高麗法學

제 107 호
2022. 12.

高麗大學校 法學硏究院

간 행 사

2023년 새해로의 문턱에서 高麗法學 제107호가 발간되었습니다. 이번 학술지에도 많은 연구자들께서 귀중한 논문을 투고해 주셨습니다만, 심사절차와 게재기준에 따라 9편의 연구논문만을 게재할 수 있게 되었습니다. 풍부한 연구 결실을 공유하기 위해 투고, 게재해 주신 연구자분들과 게재된 옥고를 함께 봐주시는 독자분들께 감사의 말씀을 드립니다. 그리고 이번 호의 高麗法學은 다시 말씀드릴 바와 같이 고려대학교 자유전공학부가 개최한 논문경연대회 및 학술대회에서 대상을 수상한 '전시민간인 살해 범죄에 관한 국제형사법적 검토 및 제언 - 러시아와 우크라이나 전쟁을 중심으로 -'라는 논문과 함께 미국법률협회·유럽법률협회가 공동으로 제안한 '데이터 경제 제 원칙 - 데이터 거래 및 데이터 권리 -'의 번역자료를 함께 수록하였습니다.

이번 高麗法學은 「불법행위의 예방청구와 특수한 손해액 산정방법」이라는 특집 하에 3편의 논문을 편집해 보았습니다. 먼저, '불법행위에 대한 예방청구권' 논문은 불법행위에 대한 사전적 구제수단인 예방청구권의 필요와 일반규정 방식에 의한 도입을 긍정하면서 그에 필요한 입법적 정비를 제안하고 있어서 향후 민법개정에서 중요한 참고자료가 될 것으로 기대됩니다. 또한 '손해액 복합산정을 둘러싼 특허법 제128조 제2항의 문제 검토' 논문은 특허법 제128조 제2항 제1, 2호에서 최근 새롭게 도입된 복합산정 규정의 해석·적용에서 제기되는 몇몇 문제에 대한 실천적 논의를 전개하고 있습니다. 그리고 '구체적 액수산정이 불가능한 손해액 산정방법에 대한 판례입장과 민사소송법 제202조의2의 활용방안' 논문은 대법원 2004.6.24. 선고 2002다6951, 6968 판결을 중심으로 재량적 손해액 산정에 관한 판례법리와 이에 따른 민사소송법 제202조의2 규정의 적용범위와 활용방향에 대한 의견을 담고 있습니다.

한편 高麗法學 제107호(2022년 12월호)는 여러 법학분야의 다양한 논문을 담고 있는데, '예링의 법이론' 논문은 예링의 대표저술들을 바탕으

로 예링의 법사상에 관하여 그 역사적, 이론적 배경을 상세하게 설명하면서 예링을 '과학으로서의 법학'을 정립한 학자라고 평가하고 있습니다. 그리고 '국유재산과 공물의 비교고찰' 논문은 국유재산과 공물이라는 개념이 독일, 프랑스와 일본의 영향을 받아 발전하는 과정에서 원래 서로 다른 성질과 규율체계에 속하는 개념임에도 국내 법제에서 이를 오해하고 있음을 지적하고 있습니다. 또한 '인공지능을 통한 전쟁수행은 정당한가' 논문은 인공지능의 자율무기체계를 통하여 종전의 전투수행 방법과 양상의 근본적 변화를 가져오는데 특히 인공지능이 전쟁수행 과정에서 유사 전투원으로 활용된다는 점에서 현재의 국제법상 허용, 적절한지의 문제에 대한 성찰을 담고 있습니다.

그리고 이번 高麗法學은 개별 실정법 영역에서 제기되는 주요 쟁점에 대한 해석론을 풍부하게 해 주는 논문들을 수록하고 있습니다. '투자를 이용한 기망에 관한 형사법적 판단의 소고' 논문은 투자상의 형사법적 판단에 관한 판례법리를 분석하면서 그 모호함을 지적함과 아울러 불법성 판단을 위한 법리를 구체적으로 제시하고 있습니다. 또한 '보험금 부정취득 목적 보험계약의 효력' 논문은 보험금의 부정취득을 목적으로 하는 무효인 보험계약에 따라 보험금이 지급된 경우 보험회사의 보험금 부당이득반환청구권에 관하여 상사소멸시효를 적용한 대법원 2021.7.22. 선고 2019다277812 전원합의체판결에 대하여 그 결론에서는 찬성하면서도 논거, 특히 유추적용의 근거규정에 대한 비판적 입장을 피력하고 있습니다. 그리고 '영국의 사칭통용 법리의 기원과 발전' 논문은 그동안 국내에서 충분하게 소개되지 않았던 영국의 사칭통용(Passing off) 법리에 대한 상세한 소개 및 이를 통한 국내 표지법의 법리적 구체화에 기여할 내용을 제시하고 있습니다.

더 나아가 금번 高麗法學은 고려대학교 자유전공학부 2022년 논문경연대회 및 학술대회의 대상 수상논문인 '전시민간인 살해 범죄에 관한 국제형사법적 검토 및 제언 - 러시아와 우크라이나 전쟁을 중심으로 -'라는 논문을 게재하고 있습니다. 최근의 국제적 주요문제를 논제로 삼은 점, 논문을 통하여 민간인 살해의 비인도적 처사에 적극적으로 관여하려는 자세, 현재의

상황분석에 그치지 않고 바람직한 입법적 방향을 제시해 보려는 접근태도 등에서 돋보이는 논문이라고 생각됩니다. 끝으로 '데이터 경제 제 원칙 - 데이터 거래 및 데이터 권리 -'라는 자료는 미국법률협회와 유럽법률협회가 공동으로 발표한 ALI-ELI Principles for a Data Economy의 국문번역인데, 이 분야의 연구에 중요한 시사점을 제공할 것으로 기대합니다.

이상에서 보고드린 논문들과 번역자료에 많은 관심과 인용이 있기를 바랍니다. 이번 호의 발간을 위해서도 심사와 편집 전 과정을 함께 해 주신 교내 외의 심사위원님과 편집위원님께 감사하다는 말씀을 올리며, 그리고 다양한 차원의 행정사무를 원만하게 처리해 주는 심현우 간사님께도 고마운 마음을 전합니다. 2023년 3월 발간 예정인 高麗法學 제108호에도 옥고를 기다리고 있겠습니다.

2022년 12월

高麗法學 편집위원 모두를 대표하여 김상중 올림

목 차

▣ 특집

불법행위에 대한 예방청구권 ····· 최우진 / 01

손해액 복합산정을 둘러싼 특허법 제128조 제2항의 문제 검토 ····· 조영선 / 85

구체적 액수 산정이 불가능한 손해액 산정방법에 대한 판례 입장과
민사소송법 제202조의2의 활용방안 ····· 허성일 / 123

▣ 일반논문

예링의 법이론 ····· 신동일 / 165

투자를 이용한 기망에 관한 형사법적 판단의 소고 ····· 김혜미 / 217

보험금 부정취득 목적 보험계약의 효력 ····· 손유은 · 김제완 / 261

국유재산과 공물의 비교고찰 ····· 강호칠 / 325

영국의 사칭통용 법리의 기원과 발전 ····· 정문기 / 367

인공지능을 통한 전쟁수행은 정당한가 ····· 김보연 / 413

▣ 비심사 특별논문

전시 민간인 살해 범죄에 관한 국제형사법적 검토 및 제언
····· 이민재 · 공예원 · 천영은 · 김가경 / 449

▣ 번역자료

ALI-ELI 데이터 경제 제 원칙 - 데이터 거래 및 데이터 권리 -
····· 이성엽· 정신동· 황원재 / 493

고려대학교 법학연구원
고려법학 제107호 2022년 12월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2022.107.1

불법행위에 대한 예방청구권

- 민법전으로의 체계조화적 편입을 위한 소견 -*

최 우 진**

▶목 차◀

Ⅰ. 서 설
1. 근거조항의 필요성
2. 그간의 입법 시도
3. 체계조화적 관점에서의 추가 검토사항
Ⅱ. 요건 및 효과 측면에서의 체계조화성 확보를 위한 검토
1. “위법행위”의 의미와 판단규준
2. 고의·과실 요건의 필요 여부
3. 손해배상에 대한 보충성 요건의 필요 여부
4. 예방청구권의 법적 효과 내용과 그 형성 규준
Ⅲ. 민법 기존 규정과의 체계조화성 확보를 위한 검토
1. 흠결 없는 권리보호체계 구축을 위한 보완 필요사항: 민법 제394조의 개정
2. 민법 제763조, 제765조의 준용조항 필요 여부
3. 민법 제764조의 존치 필요 여부
4. 소멸시효에 관한 별도 규율 필요 여부
5. 불법행위에 대한 예방청구권 근거조항의 위치
Ⅳ. 결론: 새로운 개정안의 제안

* 고려대학교 법학전문대학원 인성신진학자연구비(과제번호: K2219601) 지원으로 수행한 연구 결과물이다.
** 고려대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

Ⅰ. 서 설

1. 근거조항의 필요성

불법행위는 '타인에게 손해를 주는 위법한 행위'라 설명되곤 하였다.[1] 민법전 중 불법행위에 관한 장(제3편 제5장)은 이러한 위법행위로 발생한 피해자의 손해를 그 가해자 또는 그와 일정한 관계에 있는 제3자에게 전가할 수 있는 요건과 효과에 관해 규율한다.

그러나 민법전 중 불법행위에 관한 장에는 위법행위로 인한 손해의 발생을 중지하거나 사전에 방지할 수 있는 당사자의 권리구제수단에 관해 규율하고 있지 않다. 법적으로 허용되지 않는 위법행위가 이미 저질러지고 그로 인한 피해자 이익 상태에 차이[2]가 발생한 이후에 손해전보를 꾀하는 것보다는, 그러한 손해를 미리 방지하는 것이 불법행위법의 기능적 측면에서 훨씬 바람직함에도 말이다.[3] 단지 민법은 물권편(제2편) 중 점유권(제2장

---

1) 곽윤직, 채권각론[민법강의 Ⅳ](신정판), 박영사(1995), 656면; 김상용, 불법행위법, 법문사(1997), 1면; 편집대표 곽윤직, 민법주해(ⅩⅧ), 채권(11), 박영사(2005), 1면(김성태) 등 참조. 한편, 민법 제750조의 표제에 따라, 고의 또는 과실로, 즉 불법으로 타인의 권리 또는 이익을 침해하여 손해를 가하는 위법행위를 불법행위의 내용으로 설명하기도 한다. 가령, 편집대표 김용덕, 주석 민법[채권각칙 6](제5판), 한국사법행정학회(2022), 3-4면(박동진) 참조. 이 글에서는 단지, 법적으로 허용되지 않는 가해행위를 중지하거나 사전에 방지하기 위한 당사자의 권리구제수단 확보와 그 근거조항을 민법전에 체계조화적으로 편입하기 위한 검토가 주안점이다. 따라서 여기서는 불법행위를 우선 본문과 같이 좀 더 광범위하게 전제하여 출발하고, '불법행위' 개념에 '고의 또는 과실'과 같은 주관적 표지가 포함되어야 하는지를 면밀하게 논구하지는 않으려 한다.

2) 이러한 이익상태의 차이가 손해로 인식된다. 가령, 불법행위로 인한 재산상 손해는 위법한 가해행위로 인하여 발생한 재산상 불이익, 즉 그 위법행위가 없었더라면 존재하였을 재산상태와 그 위법행위가 가해진 현재의 재산상태의 차이를 말하는 것이라는 대법원 1992. 6. 23. 선고 91다33070 전원합의체 판결 등 참조. 그 밖에 박동진, 손해배상액의 산정, 민사법학(제36호), 한국민사법학회(2007), 544-545면 참조.

3) 이러한 취지의 서술로는 우선, Gerhard Wagner, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 7, 8. Aufl., C. H. Beck(2020)[이하 'MüKo/Wagner(주 3)'], Vor. § 823 Rn. 46 참조.

중 민법 제205조, 제206조)과 소유권(제3장 중 민법 제213조, 제214조, 제217조)에 관한 규율 내에 그러한 예방적 성격의 청구권 근거조항을 마련해두고, 그중 일부 조항에 관한 준용규정(제290조, 제301조, 제319조, 제370조)을 역시 물권편 내에 두고 있을 뿐이다.[4] 그러다 보니, 실무적으로는 가령, 민법 제214조의 적용범위가 이른바 소극적 침해로까지 확장되고,[5] 몇몇 이익을 침해하는 불법행위에 대해서만 명확한 실정법 근거의 제시 없이 예방적 성격의 금지청구권을 인용하는 재판례[6]가 나오는 상황에 이르고 있다. 실정

---

4) 이처럼 불법행위법에 손해배상책임의 근거조항만을 두고, 불법행위에 대한 일반적 예방청구권의 근거조항 없이, 개별 절대적 권리 내지 보호법익 침해에 대한 예방적 성격의 청구권 규율을 마련하고 있는 법질서로는 독일, 스위스, 오스트리아의 것을 들 수 있다. 구체적으로 독일 민법전의 경우, 제12조(성명권), 제862조(점유방해로 인한 청구권), 제906조 제2항(불가량물의 유입), 제907조(위험한 시설) 이하, 제1004조(방해예방청구권 및 부작위청구권), 제1065조(용익권의 침해) 등을 두고 있고, 스위스 민법전(Zivilgesetzbuch)의 경우, 제641조(소유권의 내용: 간섭에 대한 방어권), 제679조(토지소유자의 책임), 제684조(과도한 간섭 - 임밋시온의 금지) 등을 두고 있으며, 오스트리아 일반민법전의 경우, 제43조(성명의 보호), 제339조(점유의 방해 시 점유자의 권리구제수단), 제364조(임밋시온에 대한 소유자의 청구권), 제523조(역권자에 대한 부인소권) 등을 두고 있을 뿐, 일반적 불법행위 예방청구권 규정은 두고 있지 않다.
한편 프랑스는, 실무적으로 불법행위에 의한 손해배상청구권 근거규정(2016년 개정 전의 제1382조)에 기해 일반적 불법행위 예방청구권을 도출해 왔던 반면, 위와 같은 예방적 성격의 청구권이나 부인소권(*actio negatoria*)의 근거조항 자체는, 비록 부인소권이 실무상으로 활용되기는 하지만, 민법전에 명시적으로 규정하지 않았다. 이에 관해서는 김상중, 불법행위에 대한 금지청구권 규정의 신설 제안, 민사법학(제55호), 한국민사법학회(2011), 198-203면; 김형석, 소유물방해배제청구권에서 방해의 개념, 서울대학교 법학(제45권 제4호), 서울대학교 법학연구소(2004), 413면 및 Hein Kötz, Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht, in: Archiv für die civilistische Praxis, 174. Bd., J. C. B. Mohr(Paul Siebeck)(1974), S. 158 ff. 등 참조. 이러한 맥락에서, 이 글에서의 "예방청구권"은 불법행위의 금지청구권뿐 아니라, 그 방지조처 또는 침해원의 배제, 제거 등의 적극적 작위청구권까지 아우르는 의미로 사용하고자 한다.

5) 대법원 1995. 9. 15. 선고 95다23378 판결; 대법원 2007. 6. 15. 선고 2004다37904, 37911 판결; 대법원 2015. 9. 24. 선고 2011다91784 판결 등 참조. 이미 같은 취지의 지적으로는, 김상중(주 4), 179-180면 참조.

6) 대법원 2010. 8. 25.자 2008마1541 결정(경쟁자가 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성과물을 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용함으로써 경쟁자의 노력과 투자에 편승하여 부당하게 이익을 얻고 경쟁자의 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해하는 행위는 부정한 경쟁행위로서 민법상 불법행위에 해당하는바, 위와 같은 무단이용 상태가 계속되어 금전배상을 명하는 것만으로는 피해자 구제의 실효성을 기대하기 어렵고 무단이용의 금지로 인하여 보호되는 피해자의

법적 규율 흠결 상황과 실무적 규율 필요 사이의 괴리가 개별적·구체적 사안에 대응한 법관의 법형성을 끌어내는 형국이다. 그러나 이와 같은 단편적·임시적 처리는, 자칫, 기존에 선례로서 확인되어 그 보호 목록에 포함된 권리나 이익, 그리고 그것의 보호를 위해 허용되는 구체적 효과의 범주 밖에 있는, 다른 권리나 이익에 대한 예방적 권리구제를 주저하게 하는 요인이 될 수 있다. 또 그와 반대로, 당사자의 권리보호라는 미명 아래에서 무분별하고 광범위한 예방청구권 행사의 허용이 확산하여, 사회구성원의 일반적 행동자유를 과도하게 제약하는 결과를 초래할 수도 있다.

어느 쪽이든, 그러한 위험은 억제하여야 한다. 손해의 전보보다 그 예방이 필요하다는 불문(不文)적 조리의 제시만으로는 부족하다. 다양한 쟁송사안을 망라적으로 포괄하면서도, 그중 예방청구권으로 보호될 수 있는 경우의 범주와 해당 사안에 적합한 예방적 법효과의 윤곽을 예측가능하게 제시할 수 있는 근거조항을 실정법 형식으로 마련할 필요가 있다. 물론, 그러한 근거조항은 기존의 민법체계와 조화를 이루어야 한다. 입법기술적으로는, 경직된 확정적 법개념을 활용하거나 다양한 사례군을 열거적으로 유형화함으로써 여전한 규율 흠결의 여지를 남겨두거나 법질서 내의 가치변천에 대한 유연한 대응의 폭을 좁혀놓는 방식보다는, 이미 불법행위 손해배상책임에 관한 법률규정, 즉 민법 제750조의 조항형식에서 채택된, 일반조항(Generalklausel)[7] 형태의 근거조항 마련이 당사자의 권리보호수단 완비 목적과 법적 안정성 확보에 더욱 적합하고, 필요하다.

이익과 그로 인한 가해자의 불이익을 비교·교량할 때 피해자의 이익이 더 큰 경우에는 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다). 이 결정 이후의 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률의 개정 경과에 관해서는 대법원 2020. 3. 26. 선고 2016다276467 판결 참조. 또한, 일반 공중의 통행에 제공된 도로에서 통행의 자유를 침해받은 자의 예방적 통행방해 행위의 금지청구권을 원칙적으로 긍정한 대법원 2011. 10. 13. 선고 2010다63720 판결; 대법원 2021. 3. 11. 선고 2020다229239 판결; 대법원 2021. 10. 14. 선고 2021다242154 판결 등 참조.

7) 단편적이고 임시적인 사례결의론적 방법론의 위험성을 극복할 수 있는 입법기술로서 '일반조항' 형식을 제시하는 문헌으로는 칼 엥기쉬(안법영/윤재왕 역), 법학방법론, 세창출판사(2011), 209-210면 참조.

2. 그간의 입법 시도

불법행위에 대한 예방청구권의 일반조항적 근거조항을 민법에 마련하기 위한 검토와 시도는 이미 1990년대에도 있었다. 민법 제764조를 개정하여, "불법행위가 급박하거나 반복될 명백한 우려가 있는 경우에 그 행위로 인하여 손해를 입은 사람은 그 행위의 유지(留止) 또는 예방을 청구할 수 있다."라는 규율 내용이었다.[8] 이후 2004년 법무부 민법개정안이 검토될 때, 예방적 부작위청구권에 관한 규정을 민법 제764조의2로 신설하는 방안이 논의되었지만, 장기적 검토사항으로 미루어졌다.[9]

그러던 중, 앞서 본 바와 같이, 명문의 규정이 없음에도 민법상 불법행위에 해당할 때 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다는 취지의 대법원 결정[10]이 고지되었고, 그 전후로 불법행위에 대한 일반적 예방청구권, 특히 금지청구권에 관한 논의가 학계에서도 활발히 논의되었다.[11] 그리고 이를 바탕으로 2013년 법무부 민법 개정 시안 중 민법 제766조의2에 다음과 같은 불법행위에 대한 금지청구권 근거조항 개정안(이하에서 '개정안'은 이를 가리킨다)이 일반조항 형식으로 성안되기에 이르렀다.[12] 그러나 개정안

---

8) 양창수, 손해배상의 범위와 방법/손해배상책임의 내용[한국민사법학회 민법개정안연구소위원회, 불법행위법 개정안 의견서 중], 민사법학(제15호), 한국민사법학회(1997), 220면 참조. 그 밖에 1990년대 예방청구권 도입을 주장한 문헌으로 송오식, 불법행위의 효과에 관한 일제언, 민사법연구(제6집), 대한민사법학회(1997), 121면 이하도 참조.

9) 법무부 민법개정자료발간팀 편, 2004년 법무부 민법개정안, 채권편·부록[민법개정총서 4], 법무부(2012)[이하 '법무부, 04년 민법개정안(주 9)'], 524-525면 참조.

10) 위 주 6) 참조.

11) 가령, 논문으로는 권영준, 불법행위와 금지청구권 - eBay vs. MercExcahnge 판결을 읽고 -, LAW & TECHNOLOGY(제4권 제2호), 서울대학교 기술과법센터(2008), 51면 이하; 김상중, 불법행위의 사전적 구제수단으로서 금지청구권의 소고 - 대법원 2010. 8. 25.자 2008마1541 결정에 대한 평석 -, 비교사법(제17권 4호), 비교사법학회(2010), 141면 이하; 김차동, 금지(유지)청구권에 관한 비교법적 고찰 - 대한민국과 미국을 중심으로 -, 법학논총(제26집 제4호), 한양대학교 법학연구소(2009), 221면 이하; 송오식, 불법행위의 효과로서 금지 및 예방청구권, 법학논총(제31권 제1호), 전남대학교 법학연구소(2011), 519면 이하; 위계찬, 불법행위의 금지청구권, 강원법학(제33권), 강원대학교 비교법학연구소(2011), 247면 이하 등이 발표되었다.

12) 아래 표의 개정안 내용은 법무부 민법개정자료발간팀 편, 2013년 법무부 민법개정시안, 조문편[민법개정총서 6], 법무부(2013)[이하 '법무부, 13년 민법개정시안 조문편

이 민법전에 편입되는 결실을 보지는 못하였다.[13]

현행	개정안
<신설>	제766조의2 (금지청구) ① 타인의 위법행위로 인하여 손해를 입거나 입을 염려가 있는 자는 손해배상에 의하여 손해를 충분히 회복할 수 없고 손해의 발생을 중지 또는 예방하도록 함이 적당한 경우에는 그 행위의 금지를 청구할 수 있다. ② 제1항의 금지를 위하여 필요한 경우에는 손해를 입거나 입을 염려가 있는 자는 위법행위에 사용되는 물건의 폐기 또는 그 밖에 적절한 조치를 청구할 수 있다.

3. 체계조화적 관점에서의 추가 검토사항

다시 시도하여야 한다. 거듭 언급하지만, 불법행위 예방청구권에 관한 일반조항적 근거조항을 도입하는 입법조치는 사법(私法)상 권리보호수단 완비 및 법적 안정성 확보를 위해 적합하고, 필요하다.

다만, 재시도에 앞서 체계조화적 관점에서 개정안에 대해 다시 한번 검토해볼 필요가 있다. 혹시나, 개정안의 요건 측면에서 기존 불법행위법에서와 같은 법개념을 사용하려 한다면, 그 의미와 판단규준이 이질적이거나 상호 모순·저촉되는 측면이 없도록 점검해보아야 한다. 불법행위에 대한 기존 권리보호수단인 손해배상책임과 새로 도입한 예방청구권의 법적 효과가 다르므로 그에 적확히 상응하는, 차별적 요건이 규정되어야 하는 한편, 새로운 권리보호수단을 불필요하게 제한하는 요건의 부가는 삼가야 한다. 개정안은 금지청구권과 그에 부수하는 폐기 등의 조치청구권을 불법행위 예방청구권

(주 12)'], 216면 및 동, 2013년법무부민법개정시안, 채권편(하)[민법개정총서 10], 법무부(2013)[이하 '법무부, 13년 민법개정시안 채권편(주 12)'], 456면에 실려 있다. 그 밖에 위 개정안이 성안되기까지 논의 내용에 관해서는 같은 책, 411면 이하 참조. 한편, 그 무렵 법무부 민법개정위원회의 구성과 활동에 관한 개괄적 설명으로는 윤진수, 2014년 민법 개정안의 평가와 회고, 민사법학(제99호), 한국민사법학회(2022), 4면 이하 참조.

13) 윤진수(주 12), 6-7면에서, 위 법무부 민법개정위원회가 성안한 개정안 중 일부가 2009년부터 2013년까지 부분적으로 국회에 제출된 경위를 확인할 수 있으나, 본문의 개정안이 국회에 제출되었다는 취지는 기재되어 있지 않다.

의 법적 효과로 정하는데, 이러한 청구권 근거조항만으로 예방적 권리보호 수단이 완비된다고 볼 수 있는지, 또는 그 효과내용을 한정적으로 규율할 것인지도 검토대상이다. 만약 예방청구권의 법적 효과 내용이 다양한 형태로 형성될 수 있다면, 그 효과 내용을 결정하는 데 지침으로 삼을 원리도 그 근거조항에 드러내어야, 예방청구권의 남용 방지와 다른 보호가치 있는 이익과의 조화가 추구될 것이다. 나아가 손해배상청구권의 구체적 내용 형성이나 그 행사 과정에서의 법적 문제를 규율하는 기존 불법행위법 규정들과도 조화를 이루어야 한다.

물론, 개정안을 성안하는 과정에서도 위와 같은 관점의 검토가 누락된 것은 아니다.[14] 그러나 도입의 필요성과 당위성 관점에서의 검토가 병행되는 과정에서 논의의 초점이 분산되는 측면이 전혀 없지는 않았을 터이다. 개정안 성안 후 수년이 지난 현재의 시점에서, 위와 같은 체계조화적 관점을 중심에 두고 개정안을 살펴본다면, 개정안의 보완점이 새롭게 드러날 수도 있다.

이러한 착안에서, 이하에서는 개정안의 요건 및 효과 측면에서의 체계조화성 확보를 위한 검토(II)와 민법 기존 규정과의 체계조화성 확보를 위한 검토(III)로 나누어, 전자에 관해서는 개정안의 요건 중 "위법행위"의 의미와 판단규준, 고의·과실 요건의 필요 여부, 손해배상에 대한 보충성 요건의 필요 여부, 예방청구권의 법적 효과 내용과 그 형성 규준의 필요성을 살펴보고, 후자에 관해서는 흠결 없는 권리보호체계의 구축을 위한 보완사항과 민법 제763조, 제765조 준용조항의 필요 여부, 민법 제764조의 존치나 소멸시효에 관한 별도 규율의 요부, 불법행위 예방청구권 근거조항의 위치 등에 관해 살펴보고자 한다.

14) 가령, 김상중(주 4), 207면 이하 및 법무부, 13년 민법개정시안 채권편(주 12), 432면 이하 참조.

Ⅱ. 요건 및 효과 측면에서의 체계조화성 확보를 위한 검토

1. “위법행위”의 의미와 판단규준

(1) 검토의 필요성

민법에서 정한 불법행위에서 “위법행위” 요건은 불법행위를 설명하는 핵심 표지이다. 민법 제750조가 불법행위로 인한 손해배상책임의 성립요건으로 “위법행위” 요건을 명시해두고 있고, 개정안도 불법행위를 예방하기 위한 금지청구권 성립을 위한 제1의 요건으로 “타인의 위법행위”를 정하고 있다. 이처럼 불법행위법 체계 내에서 사전적 권리보호수단과 사후적 권리보호수단의 공통적 성립요건으로서 “위법행위” 요건을 정한다면, 그 표지의 의미와 판단규준이 상호 이질적이거나 모순·저촉되어서는 아니 될 것이다. 그러나 현재의 논의 상황은 녹록하지 않다.

손해배상청구권에 관해서는, 그 성립요건인 ‘위법성’의 판단규준으로 이른바 ‘상관관계론’[15]이 제기되곤 한다. 피침해이익의 성질과 침해행위의 태양(態樣)과의 상관관계로부터 구체적으로 위법성 유무를 판단한다는 것이다.[16] 하지만, 아직 이익의 침해나 침해행위 자체가 행해지지 않은 상태에서도, 위와 같은 규준에 그대로 따라 어떠한 상대방에 대해 예방청구권을 발동할 수 있다고 볼 수 있을까? 민법은 손해배상청구권의 성립요건으로 “권리침해” 요건을 두고 있지 않고, 개정안도 불법행위 예방청구권의 성립요건으로 ‘권리나 이익의 침해’를 거론하지 않고 있다. 그런데도 피침해이익의 성질과 침해행위 양태의 상관관계에 따라 ‘위법’ 여부를 판단하는 규준이

---

15) 이 이론은 일본의 구 민법 제709조[뒤의 주 19) 참조]의 ‘권리침해’ 요건에 갈음한 위법성 요건을 구체화하기 위해 我妻榮에 의해 제시된 견해이다. 그의 事務管理 · 不当利得 · 不法行爲 新法學全集[復刻版], 日本評論社(1937), 125면 이하 및 幾大通/德本伸一, 不法行爲法, 有斐閣(1993), 63-64면 참조.

16) 김상용(주 1), 81면; 김증한/김학동, 채권각론(제7판), 박영사(2006), 786면; 지원림, 민법강의(제17판), 홍문사(2020), 1726면(다만, 사회통념상 용인한도, 즉 수인한도 내지 참을 한도를 중요한 기준으로 제시); 민법주해(ⅩⅧ)(주 1), 210면(이상훈); 주석민법[채권각칙 6](주 1), 163-165면(이연갑) 등 참조.

우리의 불법행위법 체계와 조화를 이룰 수 있을지 의문이다. 나아가, 대법원은 생활방해 등에 의한 손해배상청구권이나 예방청구권이 다루어진 사안 유형에서, 종래부터 이른바 '수인한도론'을 판단규준으로 삼아 피침해이익의 성질과 침해행위의 양태뿐 아니라 방지조치나 손해회피의 가능성 또는 지역성, 공법적 규제 및 인·허가 관계 등을 주요 고려사항으로 살피면서 이익형량에 따라 '위법' 요건을 판단해왔다.[17] 수인한도론이 적용되는 분야에서, 예방청구권을 인용할 정도의 위법 정도를 손해배상청구권을 인용할 때의 위법 정도보다 더 엄격하게 해석하여야 한다는, 이른바 위법성단계론[18]이 주장되기도 하였다. 이러한 수인한도론이나 위법성단계론은 불법행위법에서 "위법행위" 표지가 갖는 의미를 더욱 혼란스럽게 한다.

이러한 상황에서, 개정안처럼 "위법행위"를 그 성립요건으로 하는 예방청구권 근거조항을 민법전에 편입한다면, 그것의 의미와 판단규준이 무엇인지, 이를 손해배상청구권 성립요건인 민법 제750조의 "위법행위"에 관한 것과 상호 이질성이나 모순·저촉 없이 제시할 수 있을지에 대해 점검하고 해명하여야 한다. 이를 위해, 아래에서는, 위 요건 표지가 불법행위법에서 갖는 기능이 무엇인지, 우리의 실정법 규율에 부합하는 판단규준 및 그 형성방법과 이를 위한 고려요소가 어떠한지를 비교법적 검토와 아울러 살펴보기로 한다.

---

17) 대법원 1991. 7. 23. 선고 89다카1275 판결; 대법원 1995. 9. 15. 선고 95다23378 판결; 대법원 2007. 6. 15. 선고 2004다37904, 37911 판결; 대법원 2011. 4. 28. 선고 2009다98652 판결; 대법원 2014. 2. 27. 선고 2009다40462 판결; 대법원 2021. 6. 3. 선고 2016다33202, 33219 판결 등 참조.

18) 김상용(주 1), 276면; 조홍식, 유지청구 허용 여부에 관한 소고, 민사판례연구(XXII), 민사판례연구회(2000), 69면 이하 및 이 문헌에서 위법성 단계설의 전거로 들고 있는 原田尙彦(천병태 역), 환경법, 법문사(1983), 48면 참조. 그 밖에 편집대표 김용덕, 주석민법[물권 1](제5판), 한국사법행정학회(2019), 657면(이계정)도 참조. 한편, 위법성단계론을 지지하는 것으로는 이해되지 않으나, 이를 소개한 문헌으로는 이용우, 수인한도론 소고 - 공해의 위법성론 -, 법조(제27권 제10호), 법조협회(1978), 11면 참조. 이에 대해 비판적 견해는 편집대표 곽윤직, 민법주해(XIX), 채권(12), 박영사(2005), 311면(유원규) 등 참조.

(2) "위법행위" 요건의 기능과 판단규준의 주요 요소

이미 잘 알려진 바와 같이 현행 민법 제750조의 "위법행위" 요건은, 의용민법[19]이 불법행위에 의한 손해배상책임의 성립요건으로 삼았던 "권리침해"뿐 아니라, 그 책임의 대상 범주에 "「違法行爲」에 依하여 利益을 侵害한境遇 全般을 包含시키는 것이 現時의 학설이므로 이에따라"[20] 규율되었다.[21] 즉, 불법행위 책임법의 보호대상 범위를 확장적으로 획정하는 기능을 수행하기 위한 요건으로 위와 같은 개념 표지가 요건으로 정해졌다는 것이다.

이처럼 '위법' 여부 요건이 불법행위 책임법의 보호대상 범위 획정 기능을 수행하는 것은, 우리 민법과 유사하게, '위법'이라는 개념 표지를 불법행위에 의한 손해배상책임의 성립요건으로 규정하는 독일, 스위스, 오스트리아의 법제[22]에서도 살펴볼 수 있다.

---

19) 일본은 2004년(平成16年) 법률 제147호에 의한 일부개정 이후 일본 민법 제709조에서 「고의 또는 과실에 의하여 타인의 권리 또는 법률상 보호되는 이익을 침해한 자는, 이에 의하여 발생한 손해를 배상할 책임을 진다(故意又は過失によって他人の權利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う)」라고 규정하고 있다. 위 개정 전의 구 민법 제709조는 "타인의 권리를 침해한(他人ノ權利ヲ侵害シタル)"이라는 문언을 사용하고 있었다. 본문의 '의용민법'은 위 개정 전의 구 민법 제709조를 가리키고, 이하 본문에서의 서술도 특별한 언급이 없는 한 위 구 민법 규정을 염두에 두고 개진하기로 한다. 한편, 위 개정 경위 및 해설에 관해서는 吉田徹·筒井健夫 編, 改正民法の解說[保證制度·現代語化], 商事法務(2005), 115-116면 참조.

20) 민법안심의록(상권), 총칙편, 물권편, 채권편, 민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회(1957), 441면 참조. 그 밖에 민사법연구회 편, 민법안의견서, 일조각(1957), 199면(김기선)과 김형배, 민사법의 위법성개념의 구조 - 결과불법·행위불법 이원설의 검토 -, 고시계(통권 제404호), 고시계사(1990), 15-16면; 최홍섭, 불법행위의 성립요건, 한국민법이론의 발전(II)(채권편), 박영사(1999), 969면도 참조.

21) 이러한 민법 규정에 대한 긍정적 평가로는 우선 곽윤직(주 1), 794-795면 참조.

22) 이들 법질서에서는 불법행위법에 손해배상책임의 근거조항만을 두고, 예방적 부작위 또는 제거청구권의 발생 근거는 점유나 소유 등 절대적으로 보호되는 일정한 이익에 관해서만 명문의 규정으로 마련해 두고 있다는 점에서, 우리 민법의 규율 체계와 닮았다. 이에 관해서는 앞의 주 4) 참조. 다만, 책임귀속사유를 위법성과 책임으로 단계화하여 구별하는 규율은 유럽 대부분의 법질서나 보통법 시대에 적용되던 아퀼리우스법(*lex Aquilia*)의 규율에 상응하지 않다는 지적으로는 MüKo/Wagner(주 3), § 823 Rn. 1. 참조. 가령, 2016년 개정된 프랑스 민법 제1240조(개정 전 프랑스 민법 제1382조도 마찬가지)는 "*faute*"라는 포괄적 개념 표지를 사용하는데, 이는 주관적 요소로서의 과실뿐 아니라, 객관적 요소로서의 의무위반도 포함하는 개념이라고 한다. Ernst v.

가령, 독일 민법전(이하 '독일 민법'이라 한다)의 불법행위 관련 규정 중 제823조 제1항[23]에는 "위법하게 침해한(widerrechtlich verletzt)"이라는 요건이 제시된다. 그런데 이는, 우리 민법의 규율 방향과는 반대로, 같은 조항에서 정한 생명, 신체, 건강, 자유, 소유권 또는 그 밖의 주관적 권리 목록 밖에 있는 일정한 이익에 대한 일반적 과실책임(Fahrlässigkeitshaftung)을 회피하고자 하는 목적에서 비롯하였다고 한다.[24] 즉, 불법행위에 의한 손해배상책임법의 보호대상이 되는 권리침해 상태를 제한적으로 정의하기 위해 '위법'이라는 표지가 활용되었다는 것이다.[25] 하지만, 독일 민법상 불법행위

Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, in: Hans G. Leser(Hrgs.), Gesammelte Schriften, Bd. I, J. C. B. Mohr(Paul Siebeck)(1968), S. 542 및 곽윤직(주 1), 782면; 민법주해(XVIII)(주 1), 205면(이상훈) 등 참조. 다만, 책임귀속사유에서 '위법성' 개념과 '책임' 개념 구분의 효시에 관해서는 뒤의 주 25) 참조.
한편 앞의 주 19)에서 본 바와 같이, 일본은 "타인의 권리 또는 법률상 보호되는 이익을 침해"할 것으로 요건으로 정하였으나, '위법' 개념 자체를 요건으로 제시하지는 않는다. 물론, 일본에서도 위와 같은 권리 또는 법률상 보호이익 침해의 요건을 '위법성' 요건으로 이해할 것인지에 관한 복잡한 학설상 논의가 있다. 이에 관해서는 우선, 窪田充見 編集, 新注釋民法(15), 債權(8), §§ 697-711 事務管理 · 不当利得 · 不法行爲(1), 有斐閣(2017), 285면 이하(橋本佳幸) 참조.

23) 독일 민법 제823조 제1항은 "고의 또는 과실로 타인의 생명, 신체, 건강, 자유, 소유권 또는 그 밖의 권리를 위법하게 침해한 사람은, 그 타인에 대하여 이로 인하여 발생한 손해를 배상할 의무를 부담한다(Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.)."라고 규정한다.

24) MüKo/Wagner(주 3), § 823 Rn. 2, Vor § 823 Rn. 9, 14 참조(특히 순수재산상 이익과 비신체적인 인격적 이익의 침해에 대한 일반적 과실책임을 회피하고자 하는 목적이었다고 한다).

25) Erwin Deutsch/Hans-Jürgen Ahrens, Deliktsrecht, 5. Aufl., Carl Heymanns Verlag(2009), § 7 A I; v. Caemmerer(주 22), S. 542와 Gerhard Wagner, Grundsturukturen des Europäischen Deliktsrechts, in: Rheinhard(Hrgs.), Grundsturukturen des Europäischen Deliktsrechts, Nomos Verlagsgesellschaft(2003), S. 219 및 Arndt Teichmann, in: Rolf Stürner(Hrsg.), Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 18. Aufl., C. H. Beck(2021)[이하 'Jauernig/Teichmann(주 25)'], § 823 Rn. 47 등에서 공통적으로 '위법성(Rechtswidrigkeit)' 개념과 '책임(Schuld)' 개념 구분의 효시 내지 발견자로 지목되는 Rudolf v. Jehring, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, Verlag von Emil Roth(1867)(https://books.google.co.kr에서 전자파일로 확인, 최종 확인일 2022. 8. 1.), S. 4 f.도 위법성을 행위가 아닌 상태(Zustand)와 연결 짓고 있음을 확인할 수 있다. 다만, 앞의 주 22) 및 Jehring 이전인 19세기 초반에 위법성과 책임의

에 의한 손해배상책임은 보호법률(Schutzgesetz)을 위반하거나(제823조 제2항), 양속(gute Sitten) 위반의 고의적 가해가 있는 때(제826조)에도 성립한다. 이는 애초부터 보호법률이나 양속에 대한 위반행위의 위법성을 염두에 둔 규정으로 이해된다.[26] 또한, 이 글에서 다루는 불법행위에 대한 예방청구권이나 그 밖의 방어권(가령, 자력구제권이나 정당방위권)은 권리침해 상태 자체가 아직 발생하지 않은 때에 문제 되곤 하므로, 침해의 상태나 결과로 위법 여부를 판단하거나 설명하도록 할 수 없다는 점도 언급된다.[27] '위법'하다고 평가되어 그렇게 서술되는 대상은 침해된 상태 또는 그 결과가 아니라 인간의 행위 또는 행태라는 점도 지적되는 사항이다.[28] 그러다 보니, 독일 민법에서 '위법'이라는 표지의 기능은 불법행위에 의한 손해배상책임법의 보호대상 범위를 획정하는 것 외에 어떠한 행태를 '위법하다' 또는 '위법하지 않다'라는 술어로 평가·판단함으로써 법질서의 방어선(Verteidigungslinie)을

구분에 관해서는 Gottfried Schiemann, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. III, Schuldrecht: Besonderer Teil, 2. Teilbd. §§ 657-853, Mohr Siebeck(2013)[이하 'HKK/Schiemann(주 25)'], §§ 823-830, 840, 842-853 Rn. 60 f. 참조. 한편, 독일 민법의 입법자료에는 피해자 방어권의 고유한 지위에 대해서는 언급되어 있지 않고, 오히려 유책소권(*actio culpae*)에 의한 책임제한의 필요성만 강조되어 있다는 설명으로는 Wagner(주 25), S. 219 참조.

26) Wagner(주 25), S. 218; MüKo/Wagner(주 3), § 823 Rn. 4 등 참조. 그 밖에 제823조 제2항에 관해서는 v. Caemmerer(주 22), S. 547도 참조.

27) Wagner(주 25), S. 219; MüKo/Wagner(주 3), § 823 Rn. 9, 13 ff.; Rüdiger Wilhelmi, Risikoschutz durch Privatrecht, Mohr Siebeck(2009), S. 124 참조.

28) v. Caemmerer(주 22), S. 543; Deutsch/Ahrens(주 25), § 7 B I; MüKo/Wagner(주 3), § 823 Rn. 4, 8 등 참조. 이러한 지적은 독일에서 1950년대 이래 활발히 다루어진 결과불법론과 행위불법론 논쟁과 관련된 것이지만, '위법' 개념 표지의 기능에 대한 검토를 바탕으로 그 의미와 판단규준을 세우려는 이 글에서는 위 논쟁을 본격적으로 다루지는 않으려 한다. 다만, 독일에서 결과불법론을 지지하는 사람들도 위법 여부의 판단대상으로 행위를 문제 삼는다는 설명이 있음은 여기서 밝혀두고자 한다. 이에 관한 설명으로는 Karl Larenz/Claus-Wilhem Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Bd. Besonderer Teil 2. Halbbd., 13. Aufl., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung(1994), S. 365; Helmut Koziol, Gedanken zum privatrechtlichen System des Rechtsgüterschutzes, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. I, C. H. Beck(2007), S. 633 등 참조. 따라서 위법성의 판단대상이 '행위'라는 점이 결과불법론과 행위불법론의 오래된 논쟁에서 결정적 의미를 갖지는 못한다. 실제로 결과불법론에 따르면서도 행태(작위, 부작위) 중심으로 위법 여부를 설명하는 문헌으로는 Jauernig/Teichmann(주 25), § 823 Rn. 48 f. 참조.

확정하는 기능도 수행한다고 설명되기도 한다.[29]

한편 스위스 채무법 제41조[30]의 경우, "위법하게 손해를 가한(widerrechtlich Schaden zufügt)"이라는 요건을 정하는데, 여기서 '위법' 표지를 둔 것도 우선은, 책임의 경계를 획정하기 위함이라고 설명되고 있다.[31] 이러한 '위법' 요건을 충족하는 경우로는, 법질서로부터 절대적으로 보호되는 이익이 침해된 경우뿐 아니라, 해당 사안과 관련한 법익 보호 목적의 행태규범을 위반한 경우도 제시되고 있다.[32] 또한 손해배상에 관해서는, 법익침해의 경우에 "해(*laesio*)"가 발생함으로써 "아무도 해치지 말라(*neminem laedere*)"는 명령을 위반한 것이고, 이로써 위법하게 되지만, 그렇다 하더라도 정당방위권이 행사된 경우에는 위법 판단에 대한 수정이 필요하고, 이러한 점에서 인간활동에 대한 위법 판단의 대상은 법익이 침해된 경우뿐 아니라, 그러한 침해가 임박하여 방위권 발동이 검토되어야 하는 법익 위태화 상황에까지 확장되어야 한다는 점이 지적되고 있다.[33]

---

29) Erwin Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl., Carl Heymanns Verlag(1995), Rn. 226 및 Wagner(주 25), S. 219; MüKo/Wagner(주 3), § 823 Rn. 8 ff. 참조.

30) 스위스 채무법 제41조는 "1. 타인에게 위법하게 손해를 가한 자는, 의도를 가진 것이든, 과실에 의한 것이든, 그 타인에게 배상의무를 부담한다. 타인에게 양속을 위반한 방식으로 의도적으로 손해를 가한 사람도 마찬가지로 배상할 의무를 부담한다(1. Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet. 2. Ebenso ist zum Ersatze verpflichtet, wer einem andern in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise absichtlich Schaden zufügt)."라고 규정한다.

31) Walter Fellmann/Andrea Kottmann, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Stämpli Verlag AG(2012), S. 100 f. 참조(경계획정의 예시로서, 경제활동 중의 경쟁에서 성공한 사람이 실패한 사람에게 그의 일실이익이 배상되는 경우를 들고 있다). 그 밖에 유사한 취지로 Heinrich Honsell, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Schulthess(2005), S. 40; Alfred Keller, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. I, Verlag Stämpli + Cie AG(1993), S. 89; Karl Oftinger, Schweizerisches Haftpflichtrecht I, 1. Bd: Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Schulthess Polygraphischer Verlag(1975), S, 128 ff.; Karl Oftinger/Emil W. Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II/1: Besonderer Teil, 4. Aufl.(1987), S. 16 등 참조.

32) Keller(주 31), S. 90 f.; Oftinger/Stark(주 31), S. 43 참조. 또한, 행태불법론의 견지에서 절대적 권리에 대한 침해의 경우에도 침해 자체가 아닌 행태규범 위반에서 위법성을 찾아야 한다는 설명으로는 Fellmann/Kottmann(주 31), S. 122 ff.

33) Oftinger/Stark(주 31), S. 17 f. 참조. 한편, HKK/Schiemann(주 25), §§ 823-830, 840,

그리고 오스트리아 일반민법전(이하 '오스트리아 민법'이라 한다)은 과책(유책성, Verschulden)으로 인한 손해배상청구권의 성립근거인 제1295조[34] 앞에 "가해의 근원(Quellen der Beschädigung)"에 관한 제1294조를 두어 "위법한 행위 또는 부작위로 인하여(aus einer widerrechtlichen Handlung oder Unterlassung)" 생긴 손해와 우연하게 생긴 손해를 구별하고, 후자의 손해는 타인에게 전가하지 못하도록 하며(제1311조 제1문),[35] 법질서의 명령이나 금지 또는 양속을 위반한 행태(행위 또는 부작위)를 '위법'하다고 보아, 이를 과책에 의한 손해배상책임의 귀속사유로 삼는다.[36] 위와 같이 법률에 '행태'("행위 또는 부작위") 자체를 "위법한"이라는 술어의 피수식어로 명시하므로, 오스트리아에서의 지배적 견해를 보면, 위법 판단에

842-853 Rn. 10 Fn. 53은 "아무도 해치지 말라."는 명령의 전거로 *Ulpian* D. 1.1.10.2를 들고 있다. Gert Brüggmeier, Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, Springer(2006), S. 14에 따르면, 이러한 로마법 명령과 공존하는 타인을 존중할 인간의 최상위 의무로부터 자연법 시대의 유책소권[앞의 주 25) 참조]이 발전하게 되었다고 하고, 이러한 자연법 사상에 강하게 영향을 받은 법제로는 프랑스 구 민법 제1382조(현행 제1240조), 오스트리아 민법 제1295조와 같은 일반조항적 불법행위 규정이라고 설명한다. 같은 취지로는 HKK/Schiemann(주 25), §§ 823-830, 840, 842-853 Rn. 10도 참조. 또한, 프랑스 민법에 관해서는 한불민사법학회 편, 개정 프랑스채권법 해제, 박영사(2021), 352면도 참조.

34) 오스트리아 민법 제1295조 제1항은 "Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern; der Schade mag durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein(누구든지, 과책으로 인하여 그에게 손해를 가한 가해자에게 손해의 배상을 청구할 권리가 있다. 손해는 계약의무의 위반을 통해 또는 계약과 관련 없이 야기되어 발생할 수 있다)."라고 규정한다. 같은 조 제2항은 의도적 양속위반과 권리남용으로 가해진 손해에 대한 책임을 정한다.

35) 따라서 권리주체만이 그 수규자(受規者, Normadressat)이고, 동물의 행태와 같은 자연현상은 거의 위법하지 못하게 된다고 설명된다. Helmut Koziol/Rudolf Welser/Brigitta Zöchling-Jud, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Bd. II, 14. Aufl., Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung(2015), Rz. 1387; Ernst Karner, in: Helmut Koziol/Peter Bydlinski/Raimund Bollenberger(Hrsg.), Kurzkommentar zum ABGB, 3. Aufl., Springer(2010)[이하 'KurzKomm/Karner(주 35)'], § 1294 Rz. 2, § 1311 Rz. 1 등 참조.

36) Koziol/Welser/Zöchling-Jud(주 35), Rz. 1385, 1389; KurzKomm/Karner(주 35), § 1294 Rz. 2; Helmut Koziol, Österreichsches Haftpflichtrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Manz Verlag(1997), Rz. 4/1 등 참조.

관하여, 불이익한 결과가 아니라 법질서의 명령이나 금지를 위반한 '행태'를 문제 삼고 있음을 확인할 수 있다.[37] 다만 법익침해의 결과가 위법 여부를 판단할 때 전혀 의미를 지니지 못하는 것은 아니다. 특히 절대적으로 보호되는 법익침해의 결과는 적어도 그러한 결과를 가져온 행태의 위법성을 징표하고, 정당방위 또는 부작위, 제거 등의 예방청구권 성립 여부를 판단할 때는, 법익침해나 그 위태화가 구성요건으로 다루어진다고 설명된다.[38]

이러한 비교법적 규율 및 논의 상황을 다음과 같이 정리해볼 수 있다. 우선, 당초 권리 또는 법익의 침해나 그러한 상태 또는 가해(손해를 가함) 자체에 주안점을 두고 불법행위에 대한 손해배상책임의 보호대상 범위를 획정하기 위해 '위법'이라는 개념 표지를 불법행위법에 규율하려 한 법제[39]에서는, 그와 같은 표지가 보호법률이나 양속과 같은 행태규범 위반에 대한 손해배상책임 인정 가부나 정당방위권, 예방청구권과 같은 방어권 발동 가부의 경계선을 긋는 기능까지 수행한다는 점을 인식하게 되면서, 침해의 결과뿐 아니라 해당 법질서에서 정한 행태규범과 그 위반 여부도 '위법' 판단의 주요 요소로 자리매김하였음을 알 수 있다. 이와 달리, 당초부터 인간의 행태에 주안점을 두고, 우연하게 생긴 것이 아닌, '위법한 행위 또는 부작위'로 발생한 손해를 배상책임의 규율범위로 삼으려 했던 법제[40]에서도, 그 배상책임의 성립에 관해서뿐 아니라, 정당방위권이나 예방청구권과 같은 방어권 성립과 관련하여 법익침해나 그 위태화도 그 판단의 주요 고려요소로 삼고 있음을 확인할 수 있다.

요컨대, 불법행위법에서 '위법'이라는 표지는, 손해배상에 의한 책임법 보호대상의 범위 획정 기능뿐 아니라 불법행위에 대한 예방청구권 발동 주체, 즉 사법상 권리주체의 방어경계선을 긋는 기능도 수행한다고 볼 수 있다. 그리고 이러한 기능을 수행하기 위해서는, 해당 법질서에서 정한 행태규

37) Koziol/Welser/Zöchling-Jud(주 35), Rz. 1385 f.; KurzKomm/Karner(주 35), § 1294 Rz. 2 등 참조.

38) Koziol/Welser/Zöchling-Jud(주 35), Rz. 1388; KurzKomm/Karner(주 35), § 1294 Rz. 3; Koziol(주 36), Rz. 4/10 등 참조.

39) 독일 민법 제823조 제1항과 스위스 채무법 제41조와 같은 조항을 둔 법제를 가리킨다.

40) 오스트리아 민법 제1294조와 같은 조항을 둔 법제를 가리킨다.

범 및 그 위반 여부뿐 아니라, 침해되거나 아직 침해되지 않았어도 위태롭게 된 권리나 보호가치 있는 이익의 내용도 '위법' 판단의 주요 고려요소로 삼아야 함을 알 수 있다.[41] 그렇다면, '행태규범 및 그 위반 여부'와 '침해되거나 위태롭게 된 권리나 보호가치 있는 이익의 내용'이 '위법' 판단규준에서 구체적으로 어떠한 역할을 하는지를 살펴볼 필요가 있다.

(3) 이른바 상관관계론의 한계와 보호이익 관련 행태규범 내용의 정립 요청

앞서 언급한 바와 같이,[42] 불법행위 성립요건인 '위법성' 판단에 관하여, 종래 국내의 주류적 견해는 이른바 '상관관계론'이라는 판단규준을 제시해왔다. 즉, 피침해이익의 성질과 침해행위의 태양과의 상관관계로부터 위법성 유무를 구체적으로 판단한다고 하면서, 피침해이익이 강하면 침해행위의 불법성이 작더라도 가해에 위법성이 있지만, 피침해이익이 그다지 강하지 않으면 침해행위의 불법성이 크지 않는 한 가해의 위법성이 없다고 설명한다.[43]

그러나 상관관계설에 따라 피침해이익과 침해행위의 불법성이 구체적으로 어떻게 상호 작용하는지는 분명하지 않다. 피침해이익과 침해행위의 태양은 서로 차원을 달리하는 요소인데, 이를 상호 종합한다는 것 자체가 가능하지 않다는 지적[44]도 있다. 상관관계설을 내세우는 문헌에서도, 세부 설명상으로 피침해이익의 측면이나 침해행위의 측면에서 양자의 어떠한 상관관계가 작동되어 위법하다고 판단된다거나 위법하지 않다고 판단되는지를 명확하게 제시하는 경우를 찾기 어렵다.[45] 그저 상관관계론에 관한 설명

41) 법익침해의 측면과 행태규범 위반 측면의 보완 및 결합에 관해서는 Larenz/Canaris (주 26), S. 365; Helmut Koziol, Grundfragen des Schadenersatzrechts, Jan Sramek Verlag(2010), Rz. 6/6 참조.

42) 위 (1) 부분 참조.

43) 앞의 주 15), 16)의 문헌 참조.

44) 최흥섭(주 20), 998면 이하 참조. 그 밖에 상관관계론에 관한 학계의 비판을 정리한 최근 문헌으로는 김상중, 불법행위책임 성립요건에 관한 몇 가지 논의, 법과 정책연구 (제20집 제4호), 한국법정책학회(2020), 62면.

45) 우선 앞의 주 16)에서 제시한 문헌을 살피더라도, 피침해이익 측면에서 제시되는 물권 내지 물권적 권리, 채권, 형성권, 영업, 인격권 등에 대한 침해가 어떠한 침해행위

중에 또는 그 다음 부분에, 상관관계론 적용의 실정법적 근거와 상관관계의 구체적 작용과정에 관한 설명 없이, 불법행위법으로 보호되는 유형을 피침해이익과 침해행위별로 나열하여, 어떠한 이익이 침해되면 위법하고, 어떠한 행위를 하면 위법하다는 등으로 설명할 뿐이다.[46] 이에 대해서는 사례결의론(Kasuistik) 이상의 의미를 부여하기 어렵다.

당초 불법행위로 인한 손해배상책임의 보호 대상을 '권리침해'로 한정한, 일본과 같은 입법례에서는, 어떠한 이익이 침해되었음에도, 그것이 대세적이지 못하거나 그 범주의 경계를 명확하게 획정하기 어려운 경우에 침해행위 태양의 불법적 요소를 그 이익침해 요소에 상관적으로 가미하도록 함으로써, 불법행위로 인한 손해배상책임의 보호대상을 설득력 있게 확장해나갈 수 있었을 것이다.[47] 그러나 불법행위로 인한 손해배상책임의 성립요건을 "위법행위"로 정해둔 우리의 불법행위법 규율체계 내에서, 위와 같이 침해결과, 즉 침해당한 권리 또는 이익을 찾아 그 성질과 침해 결과를 살핀 다음, 그것만으로 손해배상책임의 보호대상 범주에 포함하기 어려운 경우에 그 침해행위의 태양을 추가의 요소로 삼아, 그 상관관계에 따라 '위법' 여부를 판단하는 규준을 택할 필요가 있을지, 그 실정법적 근거는 과연 무엇일지 의문이다.[48] 우리의 실정법 규율에 근거하고 그에 부합하는 '위법' 판단

양태와 상관되어 위법하게 되는지 설명하지 않는다(단, 생활방해의 경우는 침해행위의 종류·태양 등도 종합적으로 판단된다고 설명되지만, 이러한 "종합적" 설명은 오히려 상관관계론 일반론 설명보다 구체적이지 못하다). 침해행위 측면에서 제시되는 형벌법규 위반, 단속법규위반, 공서양속위반, 권리남용 등에 관한 설명에서도 피침해이익과의 상관관계는 설명되지 않고 있다.

46) 가령, 앞의 주 16)의 문헌 및 곽윤직(주 1), 709-719면 등 참조.

47) 가령, 我妻榮(주 15), 126면은 "타인의 이익을 침해하는 것으로 말해지는 경우에도, 그 행위는 권리의 행사인 경우로부터, 법규위반 행위인 경우까지 존재한다."고 하면서, "그 행위의 위법성은 점차 강도를 증가한다는 점을 승인하여야" 하고, 이러한 침해행위의 용태(위 문헌 원문의 표현으로는 「態容」)가 대세적 효력이 약하거나 그 내용이 막연한 이익침해의 경우에 고려되어야 한다는 취지를 설명한다. 이는 기본적으로 이익침해의 결과를 전제로 대세적 효력이 약하거나 외부에서 손쉽게 그 존재와 범주를 인지하기 어려운 이익에 대해 법규위반이나 양속위반 등을 위법성 판단의 추가 요소로 고려하는 이론이라고 이해할 수 있다.

48) 한편, 민법 제750조가 "고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자"에게 손해배상책임을 지우고 있으므로, 위법행위로 가해진 '손해'가 배상의 대상이

의 규준을 제시하여야 한다.

이와 관련하여 상기해야 할 사항은, 민법이 '위법'이라는 법적 평가를 어떠한 '결과'나 '상태'가 아닌 "행위"와 연결해 두었다는 점이다.[49] 다시 말해 현행 실정법은, 우선, 문제가 되는 행위 또는 행태가 법, 즉 일정한 행태를 명하거나 금지하는 내용의 규범을 위반하였다는 판단으로써 '위법'의 평가가 이루어지도록 정한 것이다. 따라서 '위법'의 판단을 위해서는 그 행태규범의 내용이 무엇인지, 문제가 되는 행태가 그 규범을 위반한 것인지가 검토되어야 한다. 이처럼, 어떠한 침해의 결과나 침해 상태 자체가 아닌, 일정한 행태규범의 제시와 그 위반에서 불법행위책임의 객관적 성립요건을 구비하도록 하는 규율은 시대 흐름과 사회변천 양상에 상응하여 사회규범 내용을 책임법의 실무적 적용과정을 통해 발전적으로 형성해나갈 수 있게 한다. 그 형성과정에서 제시되고, 숙의됨으로써 다듬어질 사회규범의 내용과 규율질서의 타당성에 대한 설득력은 더욱 높아질 수 있다. 장점이 크다고 본다.

그런데, 앞[50]에서 우리는, 불법행위법에서 '위법'이라는 표지가 지니는 기능, 즉 당초에 염두에 두었던 손해배상책임 보호대상 획정 기능뿐 아니라,

---

되는 손해배상법 일반에서 통용되는 손해(가해행위 전후의 이익상태 차이)가 아니라 '권리침해'의 의미를 갖는 것 아닌지, 의문이 제기될 수 있다. 그러나 제750조 후단에서 "그 손해를 배상할 책임이 있다."라고 정하여, 전자의 손해와 후자의 손해가 같은 의미임을 표현하고 있다. 설령, 전자의 손해를 '권리침해'의 의미로 볼 수 있다 하더라도, 위 조항의 문언구조상 전자의 손해 발생보다 '위법' 판단이 먼저 이루어지게 된다. 즉, 손해의 발생 여부가 '위법행위' 여부 판단에 영향을 주도록 이해하기 어려운 구조다. 따라서 민법 제750조에서 정한 "손해" 중 앞의 것이 '권리침해'의 의미를 갖는다고 보는 것은, 권리침해와 손해 사이의 개념 혼란을 초래하고, 불법행위 성립요건 및 효과(손해배상범위)에 관한 기존 실무의 불안정성을 더욱 가중할 염려가 크다. 그리 볼 수 없다고 생각한다.

49) 같은 취지를 지적하는 문헌으로는 이은영, 채권각론(제5판), 박영사(2005), 802-803면; 안법영, 민법상 환경오염사고의 불법행위책임 재조명, 한림법학 Forum(제2권), 한림대학교 법학연구소(1992), 96-97면; 김상중(주 45), 64면 등 참조. 다만 앞의 주 28)에서 본 바와 같이, 위법성의 판단대상이 '행위'라고 하여, 그 점이 결과불법론과 행위불법론의 오래된 논쟁에서 결정적 의미를 갖지는 못한다. 이에 관해서는 김형배(주 20), 26면도 참조.

50) 위 (2) 부분 참조.

‘불법’과 그렇지 않은 것을 구분 지어 불법행위에 대한 방어의 경계선을 긋는 기능까지 수행하기 위해서는, 그 행태적 측면뿐 아니라 침해되거나 아직 침해되지 않았더라도 위태롭게 된 이익의 내용 측면도 ‘위법’ 판단규준의 주요 요소가 되어야 함을 살펴보았다. 불법행위에 대한 손해배상청구권이든, 이 글에서 다루는 예방청구권이든, 그것이 권리보호수단으로서의 역할을 온전히 수행하기 위해서는 그 보호대상이나 방어의 경계선을 긋는 행태규범의 내용을 개개인의 권리 또는 보호가치 있는 이익과 그 보호에 관련시켜야 한다. 따라서 침해되거나 위태롭게 된 이익 측면 요소가 위와 같은 “위법행위”라는 개념 표지를 판단하기 위한 행태규범의 내용 속에서 작동하도록 구성하여야 우리의 실정법 규율 내용 및 체계에 더욱 부합한다.

(4) 행태규범 내용의 구성과 고려요소

1) 외국의 논의 상황

앞서 본 바와 같이[51] 독일 민법은, 불법행위의 성립요건으로 보호법률 위반(제823조 제2항), 양속위반의 고의적 가해(제826조) 외에 “생명, 신체, 건강, 자유, 소유권 또는 그 밖의 권리”라는 보호법익침해(제823조 제1항)까지 모두 3가지 유형을 구분 지어 규정한다. 그중 보호법익침해로 인한 불법행위 성립근거조항에 관해서는, 다수의 문헌[52]에서 다음과 같은 취지의 설명을 확인할 수 있다. 즉, 위 조항은 피침해이익 측면과 행태규범 위반 측면을 융합하여, 해당 법익에 대한 직접적 침해가 있다면 그 자체로 행태규범의 존재와 내용이 자명하다는 점에서 구성요건 해당성이 인정되고, 이로써

51) 위 (2) 부분 참조.

52) Deutsch/Ahrens(주 25), § 7 C; Larenz/Canaris(주 26), S. 365 ff.; MüKo/Wagner(주 3), § 823 Rn. 21 f.; HKK/Schiemann(주 25), §§ 823-830, 840, 842-853 Rn. 127(이러한 융합절충적 입장을 지배적 견해로 설명) 등 참조. 또한 같은 취지의 설명으로는 v. Caemmerer(주 22), S. 483 ff., 547 f. 및 ders., Die absoluten Rechts in § 823 Abs. 1 BGB, in: Hans G. Leser(Hrgs.), Gesammelte Schriften, Bd. I, J. C. B. Mohr(Paul Siebeck)(1968), S. 557 ff.; Gerhard Wagner, Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts, in: Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag am 9. Mai 2009, Carl Heymanns Verlag(2009), S. 601; Wilhelmi(주 28), S. 132 ff.도 참조.

위법성이 징표되며, 다른 조각사유가 없는 한, 위법성이 구비되었다는 판단을 신속히 하도록 한 입법기술의 구현이라는 것이다. 이와 달리, 해당 법익이 직접적으로 침해되지 않고, 다른 원인을 경유하거나 단순한 부작위로 침해되었다면, 행태규범, 즉 사회생활에서 요구되는 주의(제276조 제2항)의 위반 여부로써 '위법' 여부를 판단하여야 한다고 설명한다. 그리고 이때의 행태표준인 위와 같은 주의의 의무는 위험의 분배와 조절을 위한 위험회피 및 방지의무로 파악되고, 이를 위해서는 침해의 위험뿐 아니라 당사자 이익의 보호가치성과 잠재적 책임자의 일반이익에 대한 형량도 필요하다고 한다.[53]

우리 민법과 마찬가지로, 일반조항 형태로 불법행위에 의한 손해배상책임을 규율한 스위스에서도, 절대적 권리에 관해서는, 그것에 대한 침해를 모두에게 금지하는 권리이므로, 이것이 침해되는 경우에는 적어도 위법성이 징표된다고 이해되고 있다.[54] 다만, 공동체나 제3자 또는 그 자신의 더 큰 이익을 보장하기 위하여 일반적 인격권을 침해하거나 경제활동 중 경쟁 과정에서 타인의 권리를 침해한 경우 등은 위법성을 배제하는 정당화 사유로 거론된다.[55]

오스트리아에서도 같은 취지의 논의를 찾을 수 있다. 법질서가 개개의 권리주체에게 권리와 법익의 귀속을 할당[56]하고 이러한 권리귀속을 존중할 것을 명한다는 전제에서, 보호법익을 위태롭게 하거나 침해하는 것은 그러한 위태화·침해를 회피할 추상적 명령에 반하는 것으로 구성요건에 해당하고, 이로써 위법성이 징표되는데, 이를 확정하는 데에는 포괄적인 이익형량이 필요하다고 본다.[57] 이때의 이익형량에 관해서는 해당 법익의 순위, 행

53) Larenz/Canaris(주 26), S. 400 ff.; Wilhelmi(주 28), S. 136 ff.. 230 ff.; MüKo/Wagner (주 3), § 823 Rn. 451 ff. 참조.

54) Fellmann/Kottmann(주 31), S. 123; Keller(주 31), S. 90 f.; Oftinger(주 31), S. 130 ff. 등 참조.

55) Fellmann/Kottmann(주 31), S. 128; Oftinger/Stark(주 31), S. 22 f., 24, 29 f., 97 등 참조.

56) 이러한 권리귀속 내지 할당으로부터 '위법'의 판단규준을 설명하는 논지는 v. Caemmerer(주 22), S. 548; Larenz/Canaris(주 26), S. 373 f.("권리귀속내용과 배타적 기능은 불법행위보호의 적합한 기초") 등에서도 확인할 수 있다.

57) Koziol(주 36), Rz 4/11 ff.; Koziol/Welser/Zöchling-Jud(주 35), Rz. 1388, 1395;

태의 위태성, 규정된 행태의무의 기대가능성 및 일반적 활동자유에 관한 이익이 제시된다.[58]

이처럼 불법행위 성립요건에 '위법' 표지를 두고 있는 법질서에서는, 당사자 이익의 침해·위태화 방지 및 회피의무를 행태규범 내용으로 구성·정립하면서, 그중 생명, 신체, 자유, 소유권 등과 같이 개개의 권리주체에게 귀속되어 대세적 효력을 갖고, 외부에서 그 존재와 범주를 명백히 인식할 수 있는, 이른바 절대적 법익에 대해서는 그것의 직접적 침해나 위태화 자체로 위법성이 징표된다고 봄으로써 불법행위에 대한 권리구제수단 발동을 보다 용이하게 하고 있음을 알 수 있다. 또 한편, 개개 사안에서 최종적으로 확정된 구체적 행태규범의 내용은 사회생활상 위험의 분배와 조절 관점에서 당사자나 그 상대방뿐 아니라 잠재적으로 책임을 질 수 있는 제3자나 일반의 이익까지 아우르는 형량을 통해 객관적으로 정한다는 점도 눈여겨보아야 한다.

2) 민법 규정의 내용 및 체계와 법익침해·위태화 방지 및 회피의무의 도출

위와 같은 외국의 논의는 우리 불법행위법에서 손해배상청구권이나 예방청구권의 성립요건으로 제시되는 '위법' 판단의 규준, 즉 행태규범의 내용을 설명하는 데에도 충분한 시사점을 줄 수 있다.

물론, 민법 제750조나 개정안의 문언 자체에서 위와 같은 논지를 직접적으로 도출해낼 만한 문언이나 단서는 찾을 수 없다. 그러나 법 비교·연혁적 관점에서 보면, 불법행위책임의 성립요건을 위 조항이나 개정안처럼 일반조항 형태로 규율하는 체계는 타인의 권리를 존중하고 "아무도 해치지 말라(*neminem laedere*)"는 명령이 중시되던 자연법사상의 영향에서 완전히 벗어날 수 없다.[59] 더구나 우리 불법행위법의 여러 다른 조항에서는 위와 같은 논의와 유사한 맥락의 규율이 이미 규정되어 있다. 가령, 민법 제751조

KurzKomm/Karner(주 35), § 1294 Rz. 4 참조.

58) Koziol(주 36), Rz 4/28 ff.; KurzKomm/Karner(주 35), § 1294 Rz. 4 참조.

59) 앞의 주 33)의 하단 부분 참조. 그러나 이와 다른 취지로는 서을오, 로마법상 손해의 개념, 법학논집(제18권 제2호), 이화여자대학교 법학연구소(2013), 175면 각주 46) 참조.

제1항은 “타인의 신체, 자유 또는 명예”라는 보호법익을 열거하고, 이를 해한 자가 비재산적 손해배상의 책임을 지도록 정한다. 민법 제758조 제1항 단서는 공작물 등 점유자의 “손해의 방지에 필요한 주의”를 언급하면서, 손해, 즉 이익상태의 마이너스적 차이 발생을 방지할 행태규범의 위반 여부에 따라 손해배상책임의 성립 여부가 달라지도록 규율한다. 나아가 현재의 침해에 대한 방어권 규정으로서, 민법 제761조 제1항은 “자기 또는 제3자의 이익”에 대한 침해를 그 구성요건으로 정하고 있다.

무엇보다 유의하여 볼 부분은, 현행 민법전이 예방청구권, 즉 방해원을 제거하거나 일정한 행위의 금지(부작위)를 구하는 청구권의 근거를 대세적 효력과 공시제도를 통해 외부에서 손쉽게 그 존재와 범주를 인지할 수 있는 물적 권리에 관해서만 규율[60]하고 있다는 점이다.[61] 이러한 청구권 근거조항을 살펴보면, 모두, 해당 권리의 법적 권능(가령, 소유권의 경우에는 민법 제211조에서 정한 사용, 수익, 처분 권능)에 관한 제약이 있거나 위태로운 상태,[62] 즉 방해가 있거나 그러한 염려가 있다면 ‘방해하는 자’[63] 또는 ‘방

60) 소유권에 관한 제214조, 제217조가 있고, 지상권에 관한 제290조 제1항, 전세권에 관한 제319조가 위 두 규정을 준용하고, 지역권에 관한 제301조, 저당권에 관한 제370조가 위 제214조를 준용한다.
한편, 점유에 관해 제205조와 제206조도 있다. 점유의 보호청구권에도 대세적 효력 있는 물권적 청구권으로서의 효력이 있다고 봄이 지배적이다. 곽윤직/김재형, 물권법[민법강의 Ⅱ](제8판), 박영사(2021), 211면; 이영준, 물권법(전정신판), 박영사(2009), 393.면(“점유는 물권유사의 지위”); 주석 민법[물권 1](주 18), 515면(김형석)(점유보호청구권의 대세적 효력에 관하여) 등 참조.

61) 이는 앞서 본 독일, 스위스, 오스트리아의 각 민법 규정의 입법방식에 상응한다. 앞의 주 4) 참조.

62) 곽윤직/김재형(주 60), 27면;이영준(주 60), 559면; 편집대표 곽윤직, 민법주해(Ⅴ), 물권(2), 박영사(2000), 180면(양창수); 주석 민법[물권 1](주 18), 647면(이계정) 등 참조.

63) 이때의 방해하는 자는 ‘방해하는 사정을 지배하는 지위’에 있는 자를 의미한다고 봄이 다수이다. 곽윤직/김재형(주 60), 27, 233면;민법주해(Ⅴ)(주 62), 249면 이하(양창수); 주석 민법[물권 1](주 18), 647면(이계정) 등 및대법원 1966. 1. 31. 선고 65다218 판결; 대법원 1997. 9. 5. 선고 95다51182 판결; 대법원 2003. 3. 28. 선고 2003다5917 판결; 대법원 2007. 9. 20. 선고 2005다54951 판결; 대법원 2011. 7. 14. 선고 2010다27663 판결 등 참조. 다만, 이른바 상태책임에서 ‘방해상태의 지배’라는 공식의 한계에 대해서는 김형석(주 4), 409면 참조.

해할 염려있는 행위를 하는 자'를 상대로 예방청구권이나 적당한 조처의무에 관한 청구원인을 갖출 수 있도록 정한다.[64] 이러한 청구원인 검토단계에서, 위법 여부의 판단을 거치도록 하거나 별다른 행태의무 위반을 요구하지 않는다. 예방청구권을 행사하는 해당 권리보유자에게 수인의무가 있다거나 인용의무(민법 제217조 제2항)가 있다면, 그 상대방이 이를 주장, 증명하여, 문제가 되는 권리의 제약이나 위태화, 즉 방해 또는 방해의 염려에 위법성이 없음을 밝히도록 한다.[65]

불법행위에 대한 예방청구권의 도입을 전제로, 위와 같은 민법전의 기존 불법행위법 조항 및 예방청구권 근거조항의 규율 내용과 구조 등을 아울러 보면, 우리 민법도 타인의 권리와 법익을 존중하고 이를 침해하거나 위태롭게 하지 아니할 일반적·추상적 행태규범의 설정을 염두에 두고 있다고 볼 수 있다. 그리고 이러한 이해로부터, 우리 민법상 불법행위에 대한 손해배상책임이나 예방책임으로 보호하려는 이익의 범주와 그 경계를 짓기 위한 행태규범 내용은 다음과 같이 서술할 수 있다. 즉, '위법' 여부를 판단하기 위한 '행태규범'에는 어떠한 사법상 권리주체를 일정한 손해의 발생 및 그 확대로부터 보호하려는 목적을 가진 법률(보호법률)이나 그러한 목적을 가진 선량한 풍속 또는 사회질서와 더불어,[66] 법질서가 개개인에게 할당한 권리와 법익을 상호 존중하고 이를 침해하거나 침해할 염려, 즉 위태롭게

---

64) 민법 제214조에 관해서는 곽윤직/김재형(주 60), 230-235면; 이영준(주 60), 571면; 민법주해(Ⅴ)(주 62), 215, 222-223, 241면 이하, 266면(양창수); 주석 민법[물권 1](주 18), 655면(이계정) 등 참조. 민법 제217조에 관해서는 불가량물(Immission)에 의한 소유권침해가 원칙적으로 금지된다는 서술로서 이영준(주 60), 448-449면; 민법주해(Ⅴ)(주 62), 304면(유원규); 안경희, 임미시온의 위법성 판단기준 - 민법 제217조와 수인한도론을 중심으로 -, 환경법연구(제37권 2호), 한국환경법학회(2015), 265면 이하 등 참조.

65) 민법 제214조에 관해서는 곽윤직/김재형(주 60), 230-235면;민법주해(Ⅴ)(주 62), 247면(양창수); 주석 민법[물권 1](주 18), 656면(이계정) 등 참조. 민법 제217조 제2항의 인용의무에 관한 증명책임 소재에 관해서는 우선 민법주해(Ⅴ)(주 62), 305면(유원규); 안경희(주 64), 265-266면 참조. 그 밖에 인용의무를 불가량물에 의한 소유권침해의 원칙적 금지에 대한 예외로 설명하는 문헌으로는 김기선, 한국물권법(전정판), 법문사(1985), 202면; 이영준(주 60), 451면 참조. 또한, 같은 취지로 이해되는 김증한/김학동, 물권법(제9판), 박영사(2004), 267면도 참조.

66) 곽윤직(주 1), 717-718면 등 참조.

하는 행위를 하지 않을 결과회피 내지 위태화방지의무도 포함된다는 것이다. 이러한 서술에 담긴 사고(思考)를 통해 '위법' 판단규준의 주요 고려요소 중 하나인 침해·위태화의 대상이 된 '이익'의 측면이 또 다른 주요 요소인 '행태'의 측면에서 제시되는 행태규범의 내용 및 그 위반 여부의 판단 과정에서 구체적으로 어떻게 작동하는지를 확인할 수 있다.

나아가 위와 같은 사고의 틀 내에서 절대적 권리 내지 법익[67]에 대한 다음과 같은 책임구조가 민법의 체계 내에 자리 잡고 있다고 말할 수 있다. 즉, 법질서로부터 개개인에게 할당·귀속된 권리와 법익 중 대세적 효력과 외부에서 손쉽게 그 존재와 범주를 인지할 수 있는, 이른바 절대적 권리나 법익은 대세적 효력에 기해, 그 존재 자체로 타인에게 해당 권리·법익을 직접적으로 침해하거나 위태롭게 하는 결과를 방지·회피하여야 한다는 행태규범을 설정하게 하고, 그 명백성에 기해, 위와 같은 행태규범의 내용과 범위가 자명하게 드러난다. 따라서 해당 권리가 온전히 향유될 수 없게 된다면, 이를 보호하려는 어떠한 보호법률이나 선량한 풍속 등의 관련 행태규범 존부와 무관하게, 그 자체로 해당 권리의 침해 또는 위태화를 금지하는 행태규범의 위반성, 다시 말해 위법성이 징표된다. 그리하여 다른 정당화사유가 없는 한, 그러한 절대적 권리나 법익을 침해하거나 위태롭게 하는 행위를 하지 않을 의무를 지거나 그러한 상태를 제거 또는 방지해야 할 의무부담자 지위에 있는 사람은, 마치 보호법률이나 양속 위반행위를 직접 행한 사람처럼, 그 자체로 이른바 불법행위에 의한 손해배상청구권이나 예방청구권에 대한 책임의 객관적 요건을 갖추게 된다. 이로써 절대적 권리나 법익이 직접적으로 침해되거나 위태롭게 되면, 그 권리자에게는, 절대적이지 않은 이익을 보호하기 위해 그에 관한 행태규범 위반, 즉 위법행위의 존재를 주장·증명하여 손해배상 또는 예방의 책임을 물으려는 사람보다, 해당 권리 보호에 더 용이한 지위가 부여된다.[68] 물론, 그 상대방이 해당 절대적 법익

67) 소유나 지식재산권뿐 아니라, 생명, 신체, 건강, 자유도 이러한 성격의 권리로 볼 수 있을 것이다. 비교법적으로는 독일 민법 제823조 제1항 및 스위스와 오스트리아 논의로서 앞의 주 54), 57)의 문헌 참조.

68) 그러나 이 글이, 절대적 법익에 대한 직접적 침해는 결과불법론으로, 그렇지 않은 여타의 침해유형은 행위불법론으로 이원화하여 위법성 표지를 이해하려는 입장을

의 침해 또는 위태화에 관한 정당화사유(가령, 정당방위, 긴급피난 등의 사유)를 주장·증명하여 책임을 면할 가능성까지 박탈당하지는 않는다.

개정안의 규율도 위와 같은 사고와 책임구조 내에서 자리잡을 수 있다. 이를 민법전에 편입하더라도 그 체계조화성은 유지될 것이다. 이때 기존의 물권적 청구권 규정은 절대적 권리인 물권의 침해나 위태화를 예방하기 위한 특별규정으로 취급할 수 있다.

3) 법익침해·위태화 방지 및 회피의무의 내용 형성을 위한 이익형량과 고려요소

법질서가 사회구성원 개개인에게 할당하여 귀속한 권리의 행사나 법익의 향유는, 그들이 다른 구성원들과 함께 사회생활을 누리는 과정에서, 다른 사회구성원에게 할당, 귀속한 권리·법익 또는 공공의 이익과 불가피하게 저촉할 수 있다. 이때 자기의 권리나 법익을 행사·향유하는 사회구성원에 대해서는, 다른 사회구성원에게 할당한 권리·법익 또는 공공의 이익을 존중하고 이를 침해하거나 위태롭게 해서는 아니 된다는 행태규범을 '사회생활에서 요구되는 주의의무'로서 설정할 수 있다. 다만 이를 설정하기 위해서는, 그와 같은 구체적 저촉 상황에서 어느 권리나 법익의 존중을 우선시할 것인지가 결정되어야 한다. 그래야 불법행위책임 성립요건인 '위법' 표지를 판단하기 위한 행태규범, 즉 사회생활에서 요구되는 일정한 법익침해·위태화 방지 및 회피하여야 할 주의의무의 실제적·세부적 내용을 형성할 수 있다.

그러므로 먼저, 구체적 상황에서 침해되거나 위태롭다고 문제시된 이익(이하 '당사자 이익'이라 한다) 및 그와 관련된 이익(상대방의 이익 또는 공공의 이익, 이하 '관련 이익'이라 한다)의 내용을 확정하고 그 성질과 가치를 평가하여야 한다.[69] 그리고 이러한 내용 확정 및 가치평가에 터 잡아 당사자 이익과 관련 이익을 형량하여 그 우선순위를 판단해야 한다. 이때, 우리

지지하는 것은 아니다. 포괄적 일반조항 형태인 민법 제750조에서 위법성을 이원적으로 굳이 나누어 판단해야 할 필요는 없다는 지적으로는, 김상중(주 45), 64면 참조

69) 위법성 판단의 방법적 거점으로 문제정향적 논거를 제시함이 바람직하다는 취지의 설명으로는 안법영, 교통소음Immission과 민사책임, 법문사(2001), 88면의 주 182)와 그곳에 인용된 문헌 참조.

법질서 체계 내에서 불법행위법이 수행하는 기능, 특히 전보적 기능과 예방적 기능[70]이 온전히 발휘될 수 있는지, 이를 위해 사회생활에서 발생할 수 있는 다양한 권리·법익에 대한 위험을 어떻게 분배하고 조절하는 것이 법체계에 조화되고, 규범적으로 더 설득력을 갖출 것인지를 객관적으로 고려할 필요가 있다.[71] 가령, 생명, 신체, 자유, 소유권 등 주요 기본권 목록에 들어가 있는 데다가, 대세적 효력을 갖고, 공시제도 등을 통해 타인이 그 존재와 범주를 손쉽게 확인할 수 있는 당사자 이익에 대한 직접적 침해나 위태화가 상대적으로 그렇지 못한 관련 이익의 행사나 향유 과정에서 문제 된다면, 곧바로 그 당사자 이익에 대한 위태화 회피 및 그 침해결과 방지의무를 제시할 수 있을 것이다.[72]

그러나 어느 특정 이익의 행사나 향유, 그에 대한 보호와 예방 조처를 무조건적으로 보장함으로써, 다른 사회구성원을 불법행위책임 부담의 위험에 과다하게 노출하고, 그들의 일반적 행동자유에 대한 과도한 제약을 가해서는 아니 된다.[73] 각 이익 내용의 중대성 및 보호가치 정도에 대한 평가와 형량을 통해 각 이익 사이의 우선순위가 정해질 수 있지만, 그렇다고 하여 우선적 가치를 지닌 이익을 보호한다는 미명 아래에 다른 이익의 본질적 내용까지 제약하거나 사회적 타당성 없는 규범 내용을 형성할 수 없다. 또한, 어느 개인 부담으로 전가하기 곤란할 정도의 과다한 비용을 들여 타인의 권리나 법익에 대한 침해결과 방지나 위태화회피 조처를 하도록 규범적으로 강제하는 일도 삼가야 한다.[74] 가령, 차량 운행으로 발생하는 매연과 같

70) 불법행위법의 기능에 관해서는 우선, 민법주해(ⅩⅧ)(주 1), 31면 이하(김성태); 주석민법[채권각칙 6](주 1), 23면 이하(박동진)(전보적, 예방적 기능 외에 제재적, 권리계속적 기능도 설명한다) 등 참조.

71) 안법영(주 69), 87-88면 참조.

72) 위 2) 부분 참조.

73) 곽윤직(주 1), 764면 및 Larenz/Canaris(주 26), S. 350 ff.; Koziol(주 41), Rz. 6/14 ff. 등 참조.

74) Larenz/Canaris(주 26), S. 414; MüKo/Wagner(주 3), § 823 Rn. 452; Koziol(주 41), Rz. 6/41 등 참조.
한편, 대법원 2019. 11. 28. 선고 2017다14895 판결은 민법 제758조에서 정한 "하자"를 판단하면서, "위험의 현실화 가능성의 정도, 위험이 현실화하여 사고가 발생하였을 때 침해되는 법익의 중대성과 피해의 정도, 사고 방지를 위한 사전조치에 드는 비용이

이[75] 당사자 이익의 침해 또는 위태화 정도가 경미한 반면, 다른 사회구성원의 일반적 통행자유의 제약 정도나 그로 인해 증가하는 비용 등의 부담 정도 등을 감안할 때 관련 이익(차량에 의한 통행의 이익)의 보호가치도 경시될 수 없다면, 차량 운행 자체를 금지하는 행태규범을 '사회생활에서 요구되는 주의의무'로서 설정하는 데에 신중을 기해야 할 것이다.

따라서 법익침해·위태화 방지 및 회피의무의 내용 형성을 위한 이익형량을 할 때는, 당사자 이익 및 관련 이익의 내용과 성질, 그 가치뿐 아니라, 상대방 등이 관련 이익의 향유·행사를 위해 당사자 이익을 제약할 적합성과 필요성, 그러한 제약의 보충성과 긴급성, 제약 방법의 사회적 타당성, 이미 발생하거나 발생이 예견되는 당사자 이익의 피해 정도 등을 종합적으로 고려할 필요가 있다.[76] 위와 같은 고려요소를 반영한 이익형량 결과는 구체적

나 위험방지조치를 함으로써 희생되는 이익 등을 종합적으로 고려하여야" 한다고 하고, 이러한 법리가 법경제학에서의 비용·편익 분석임과 동시에 균형접근법에 해당하고, 이때 이른바 'Hand Rule'을 참고하여 '사고방지를 위한 사전조치 비용(B) < 사고발생 확률(P)·사고발생의 경우의 피해 정도(L)'에 따라 사회통념상 위험방지조치의무 위반 여부를 판단하는 접근방식을 제안한 바 있다. 이러한 판시 내용은, 이 글의 이해에 따르면, 공작물의 설치·보존상 '하자'의 존재란 해당 공작물의 설치·보존상 준수하여야 할 '안전의무' 구성요건을 위반한, 위법 요건의 구비를 의미하고, 그러한 안전의무, 즉 행태규범을 설정하는 과정에서의 이익형량 및 기대가능성 요소를 고려하는 방식에 관해 설명한 것으로 풀이해볼 수 있다.

75) Koziol(주 41), Rz. 6/8에서 제시하는 예시이다.

76) 본문과 같은 취지에서, 이익형량을 통한 침해행위의 최종적 '위법' 판단과 그 형량요소에 관한 상세한 판시로는 대법원 2021. 4. 29. 선고 2020다227455 판결(개인의 사생활과 관련된 사항의 공개가 사생활의 비밀을 침해하는 것이더라도, 사생활과 관련된 사항이 공공의 이해와 관련되어 공중의 정당한 관심의 대상이 되는 사항에 해당하고, 공개가 공공의 이익을 위한 것이며, 표현내용·방법 등이 부당한 것이 아닌 경우에는 위법성이 조각될 수 있다. 초상권이나 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 행위를 둘러싸고 서로 다른 두 방향의 이익이 충돌하는 경우에는 구체적 사안에서 여러 사정을 종합적으로 고려한 이익형량을 통하여 침해행위의 최종적인 위법성이 가려진다. 이러한 이익형량과정에서 첫째, 침해행위의 영역에 속하는 고려요소로는 침해행위로 달성하려는 이익의 내용과 중대성, 침해행위의 필요성과 효과성, 침해행위의 보충성과 긴급성, 침해방법의 상당성 등이 있고, 둘째, 피해이익의 영역에 속하는 고려요소로는 피해법익의 내용과 중대성, 침해행위로 피해자가 입는 피해의 정도, 피해이익의 보호가치 등이 있다) 참조. 물론 대법원은 위 판결 이전에도, 제3자의 채권침해로 인한 불법행위책임(손해배상책임)이 문제 된 사례에 관한 대법원 1975. 5. 13. 선고 73다1244 판결; 대법원 2003. 3. 14. 선고 2000다32437 판결; 대법원 2021.

문제상황에서 당사자 이익이 어떠한 관련 이익과의 관계에서 어느 정도까지 보호되고, 그 상대방은 어떠한 방법으로 그러한 보호 정도의 선을 넘어서는 아니 된다는 내용으로 형성될 것이다. 그리고 이처럼 객관적으로 사회생활에서 요구되는 주의의무를 위반한 행위는 "위법행위"로서 손해배상청구권이나 예방청구권의 발동 대상이 된다.

다만, 위와 같이 '위법' 여부를 판단하는 과정에서 행위자의 고의와 같은 주관적 요소를 반영하면, 불법행위책임에 연관될 수 있는 잠재적 피해자와 가해자의 범주가 지나치게 광범위해질 수 있다. 가령, 자신이 생산·판매하는 주방용 칼이 살상 도구가 될 수도 있음을 알면서 미필적으로 생산, 판매한 사람[77]을 그 피침해이익의 성질과 가치에 고의성을 더하여 위법행위자로 몰아 누구나 그를 상대로 위 제품의 생산·판매금지를 청구할 수 있을까? 예방청구 등 불법행위책임의 범주가 위와 같이 확대되어서는 아니 된다고 본다. 제한할 필요가 있다.[78] 그것이 '위법' 판단의 기능이기도 하다.

4) 이른바 수인한도(참을 한도)론 및 위법성 단계론에 관하여

(가) 수인한도론

대법원은 종래부터 공해 또는 일조방해 등 생활방해로 인한 손해배상

---

6. 30. 선고 2016다10827 판결 등에서도 채권침해의 위법성 판단에 피침해이익, 즉 침해되는 채권의 내용과 침해행위의 양태를 고려해왔다.

77) Larenz/Canaris(주 26), S. 364 f.에서 행위불법론을 끌어낸 사안 예시로 제시한 것 중 하나를 차용하였다.

78) 그러나 위 주 76)에 기재한 대법원판결례 중 하단의 2000다32437 판결이나 2016다10827 판결 등에서는 위법성 판단에 침해자의 고의나 해의 등 주관적 사정도 참작사유로 제시하고 있다. 문제가 있다고 본다. 위법 판단의 규준인 객관적 행태규범(주의의무), 즉 구성요건 내용의 형성 및 설정 단계에서 고의나 해의 등의 주관적 책임비난사유는 고려대상이 아니다. 그러한 행태규범 위반 자체, 즉 '위법' 판단이 위와 같은 주관적 책임비난사유에 좌우될 것은 아니라고 보아야 하기 때문이다. 물론, 고의 또는 해의로 행태규범을 위반하였다면, 그 행태의 규범위반에 대한 직접적 지향성으로 인해 그렇지 않은 경우보다는, 특히 정당화사유의 존부 측면에서, 그 행태의 '위법' 판단이 더욱 명확히 이루어질 수 있을 것이다. 그러나 위 판시처럼 위법성 판단의 고려요소인 '피침해이익의 내용', '침해행위의 양태'와 '침해자의 고의나 해의 등 주관적 사정'을 동등한 지위로 다룰 것은 아니다. 이에 관해서는 아래 2. 부분 참조. 한편, 고의적 불법행위는 이른바 '허용되지 않은 위험(unerlaubte Risiken)'으로 제한될 필요가 있다는 지적으로는 MüKo/Wagner(주 3), § 823 Rn. 24 참조.

책임이나 공사중지 등의 예방청구권 행사 가부가 다루어진 사례에서, 문제가 된 생활방해 정도가 사회통념상 일반적으로 참아내야 할 정도, 즉 수인한도(참을 한도)를 넘었는지에 따라 그 위법 여부를 판단해왔다. 이에 관하여 피해의 성질 및 정도, 피해이익의 공공성과 사회적 가치, 가해행위의 태양, 가해행위의 공공성과 사회적 가치, 방지조치 또는 손해회피의 가능성, 공법적 규제 및 인·허가 관계, 지역성, 토지이용의 선후 관계, 교섭 경과 등을 주요 고려사항으로 제시해왔다.[79]

이러한 규준은 기본적으로 불법행위의 '위법' 판단에 관한 이익형량 요구에서 나온 것으로 이해할 수 있다.[80] 이는, 당사자 이익과 관련 이익의 내용 및 성질과 가치뿐 아니라, 당사자 이익 제약의 적합성, 필요성, 보충성, 긴급성 및 그 방법의 사회적 타당성, 당사자 이익의 피해 정도 등을 종합적으로 고려한 이익형량을 통해 '위법' 판단의 규준인 행태규범, 즉 법익침해·위태화 방지 및 회피의무의 실제적·세부적 내용이 형성된다고 보는 이 글의 논지와도 연결 지을 수 있다. 요컨대 수인한도론은, 상린관계나 이와 유사한 생활방해, 더 나아가 환경책임 영역에서 독자적 용어로 제시되는 위법 판단의 규준이지만, 실질적으로는 불법행위 일반의 '위법' 판단규준인 행태규범, 그중에서도 특히 법익침해·위태화의 방지 및 회피의무를 구체적으로 설정하기 위한 이익형량 방법과 그 고려요소를 상린관계 등 해당 문제 영역에서 별도 제시하고 이를 상세화한 것에 지나지 않는다.

그러나 '수인한도론'이라는 용어 자체나 그 내용에 관한 설명 중에는 불법행위 성립에 관한 '위법' 판단의 규준인 행태규범이나 주의의무를 나타내는 어휘가 포함되어 있지 않다. 이 글의 입장에서 문제점으로 지목할 사항이다. '수인한도론'에서 제시하는 이익형량 방법이 '위법' 판단을 위한 행태규범이나 주의의무의 내용 형성을 위한 것임이 명확하게 드러나지 않다 보니, 뒤에서 다시 다루겠지만,[81] 특히 과실불법행위에 관하여 과책과 위법

79) 앞의 주 17)의 판결례 참조.

80) 이용우(주 18), 3면; 조홍식(주 18), 87면; 민법주해(ⅩⅧ)(주 1), 406면(이동명 집필); 민법주해(ⅩⅨ)(주 18), 477면(유원규) 등 참조.

81) 아래 2. 부분 참조.

표지를 일원적으로 파악하는 논의[82]가 제기되는 과정에서 '수인한도'를 환경분야의 불법행위책임에서 과책과 위법성을 아우르는 일원적 판단 표지로 이해하는 견해(이른바 신수인한도론)[83]가 등장하기도 하였다. 그뿐만 아니다. '수인한도'를 '위법' 판단 표지가 아닌 불법행위에 기한 손해배상책임이나 공사중지 등의 예방청구에 대한 책임귀속의 포괄적·일원적 요건인 듯 설시한 대법원 판례[84]도 나온 바 있다. 여기서 더 나아가 실무에서는, "수인한도", "참을 한도" 또는 "참아내야 할 정도"[85]라는 표현이, '위법' 판단의 규준인 행태규범 설정과는 무관하게 주의의무를 위반한 정도나 비재산적 손해배상의 인정 표지로 활용되기도 한다.[86] '수인한도'가 불법행위책임 귀속체계 중 어디에 위치하여 어떠한 기능을 하는지는 갈수록 혼란스럽고, 그 적용분야가 과연 생활방해나 환경책임 영역에 한정되는지도 모호해져 가고 있다. 이러한 이해와 실무의 현상은 "수인한도"라는 문언을 두고 있지 않은,

---

82) 서광민, 불법행위의 귀책구조 연구, 강원대학교 출판부(1988), 101면 이하; 이은영(주 49), 803면 등 참조.

83) 일본에서 논의된 신수인한도론을 소개하면서도 이러한 이론에 대해 거리를 두고 있는 문헌으로는 김상용(주 1), 274-276면; 이은영(주 49), 954면; 전경운, 환경사법론, 집문당(2009), 133면 참조. 그 밖에 과실 개념과 위법성 개념을 일원적으로 파악하는 견해를 통렬히 비판하면서도, 공해책임에 관해서는 신수인한도론을 긍정적으로 평가하는 견해로는 곽윤직(주 1), 708-709, 783면 참조.

84) 가령, 앞의 주 17)의 판결례 중 대법원 1991. 7. 23. 선고 89다카1275 판결; 대법원 1995. 9. 15. 선고 95다23378 판결; 대법원 2021. 6. 3. 선고 2016다33202, 33219 판결 등은 '수인한도'를 불법행위에 기한 손해배상책임이나 방해의 제거나 예방을 위한 청구권의 발생요건으로만 제시할 뿐, '위법' 판단의 규준으로는 설명하지 않고 있다. 반면, '위법' 판단규준으로 판시한 대법원 판례로는 대법원 2007. 6. 15. 선고 2004다37904, 37911 판결; 대법원 2011. 4. 28. 선고 2009다98652 판결; 대법원 2014. 2. 27. 선고 2009다40462 판결 등이 있다.

85) 대법원은 대체로 2015년경 이후부터는 "참을 한도" 또는 "참아내야 할 정도"라는 용어를 쓰고 있다. 가령, 대법원 2015. 9. 24. 선고 2011다91784 판결; 대법원 2015. 10. 29. 선고 2008다47558 판결; 대법원 2016. 11. 10. 선고 2013다71098 판결; 대법원 2021. 6. 3. 선고 2016다33202 판결 등 참조.

86) 주로 의료책임 분야에서 이러한 현상이 발견된다. 가령, 대법원 2006. 9. 28. 선고 2004다61402 판결; 대법원 2018. 12. 13. 선고 2018다10562 판결 등은 "주의의무 위반 정도가 일반인의 처지에서 보아 수인한도를 넘어설 만큼 현저하게 불성실한 진료를 행한 것이라고 평가될 정도에 이른 경우라면 그 자체로서 불법행위를 구성하여 그로 말미암아 환자나 그 가족이 입은 정신적 고통에 대한 위자료 배상을 명할 수 있다."라고 판시한다.

불법행위책임 관련 실정법 규율과 어긋날 뿐 아니라, 책임법의 통일적 체계 구축[87]과 이를 통한 예견가능하고 안정적인 법 운용을 저해한다. '위법' 판단의 규준으로서 별도의 고유기능을 갖지 못하면서도, 실정법적 근거도 없이, 또한 환경문제 등 특정 분야에서의 독자적 용어에서 비롯하였지만 점차 그 용어사용 분야를 확장해가면서 자신의 체계적 위치와 지위를 더욱 혼란스럽게 하는, 그러한 용어 사용은 경계함이 마땅하다.[88]

더구나 우리 민법은 상린관계에서의 소유권보호 규정으로 민법 제217조를 두고 있다.[89] 대세적 효력을 갖고, 외부에서 그 존재와 범주를 명백히 인식할 수 있는 이웃 토지 소유자의 토지 사용을 방해하거나 이웃 거주자의 생활에 고통을 주는 때 또는 그러한 방해나 고통을 줄 염려가 있는 때의 예방청구권 성립 근거를 마련한 조항이다. 그 규범구조[90]를 보면, 제1항에서, 불가량물에 의한 토지사용 방해 또는 생활고통이 있거나 그러한 염려가 있다면 곧바로 민법 제217조 제1항에 따른 적당한 조처의무가 성립하도록 함을 알 수 있다. 이때 방해자로 지목된 상대방은 같은 조 제2항의 "이웃 토지의 통상의 용도에 적당한 것"이라는 표지를 통해 이익형량의 방법[91]으로 형성되는 청구인의 인용의무를 주장, 증명하여 해당 불가량물로 인한 방해

87) 유사한 법제도를 단일한 구조로 체계화함으로써 법을 명확하고 다루기 쉽게 하는 것은 성문법전을 가진 법체계의 큰 장점 중 하나다. MüKo/Wagner(주 3), § 823 Rn. 27 참조. 수인한도론은 위와 같은 책임법 구조의 체계화를 교란한다.

88) 같은 취지의 비판으로는 안법영(주 69), 90면 및 같은 면 주 187) 참조.

89) 이러한 이유에서 수인한도론은 민법 제217조 제2항의 인용의무와 관련지어 설명되곤 한다. 가령, 곽윤직(주 1), 782면; 송덕수, 채권법각론(제5판), 박영사(2021), 598면; 안경희(주 64), 265면 이하; 안법영(주 69), 88-89면; 전경운(주 81), 132면 등 참조.

90) 앞의 2) 부분도 참조.

91) 민법 제217조 제2항에서 '인용의무'를 인정하기 위해 제시하는 "이웃 토지의 통상의 용도에 적당한 것"이라는 표지는, 상린관계에 있는 각 토지소유자의 토지관련 이익의 성질과 가치("통상의 용도") 및 침해행위의 양태("적당한 것")를 고려한 이익형량을 염두에 둔 것으로 보아야 한다. 가령, 민법주해(ⅩⅨ)(주 18), 308면(유원규)도, 지역적 사정을 고려하여 토지의 객관적 상태에 따라 지역통상성을 결정하고, 피해토지의 이용이나 피해토지 거주자의 생활을 비본질적으로, 또는 중대하거나, 과도하거나, 현저하지 않은 정도로 침해하는 것을 '이웃 토지의 통상의 용도에 적당한 것'으로 설명한다. 이는 이익형량 사고가 반영된 내용으로 생각된다. 또한, 위 지역통상성 기준을 수인한도론에 따라 이익형량의 방법으로 풀이하는 설명으로 주석 민법[물권 1](주 18), 700, 702-703면(황진구)도 참조.

또는 그 염려에 위법성이 없음을 밝힐 수 있다.[92] 즉, 불가량물에 의한 토지 사용 방해나 생활고통 발생 또는 염려만으로 그 상대방에 대한 적당한 조처, 즉 예방청구를 할 수 있는 위법성이 징표되지만, 그 상대방이 이익형량에 따른 인용의무, 즉 정당화사유를 주장, 증명하여 예방책임에서 벗어날 수 있도록 짜여 있는 것이다. 이러한 구조의 규범은, 토지 외의 목적물에 대한 소유권이나 생명, 신체, 자유 등과 같은 대세적이고 외부에서 손쉽게 그 존재와 범주를 인지할 수 있는, 이른바 절대적 권리가 불가량물에 의해 방해되거나 위태롭게 된 경우에도 유추 적용할 수 있다.[93] 이로써, 절대적 권리·법익을 향유하는 당사자는 그 이익에 대한 방해 또는 위태화 사실만으로 곧바로 적당한 예방조처의 청구원인을 갖추게 되고, 이를 통해 용이한 권리구제를 도모할 수 있다. 상대방은 그러한 방해나 위태화의 정당화사유를 주장, 증명함으로써 예방책임의 부담에서 벗어날 수 있다.

물론, 위와 같은 규범 구조 및 체계가 현행 불법행위법 규정 체계 내에서는 명시적으로 드러나 있지는 않다.[94] 하지만 도출해낼 수 있다.[95] 기존 불법행위에 기한 손해배상책임의 '위법' 판단 관련 논의도 같은 구조와 체계를 염두에 두고 있다고 여겨진다.[96] 따라서 민법 제217조와 같은 민법상 예

92) 앞의 주 65) 중 민법 제217조 제2항에 관해 인용한 문헌 참조.

93) 곽윤직/김재형(주 60), 244면; 민법주해(ⅩⅨ)(주 18), 314-315면(유원규) 등 참조. 이와 달리, 방해되거나 위태롭게 된 권리나 법익이 위와 같은 절대적 권리나 법익에 해당하지 않는다면, 권리주장자가 이익형량의 요소와 행태규범, 즉 해당 법익 등의 침해·위태화의 방지 및 회피의무를 구체적으로 주장, 증명하여, '위법' 판단을 받아내야 할 것이다. 위 2) 부분 참조. 그밖에 해양오염으로 인한 어업생산량 감소로 인한 손해배상소송에서 사회통념상 수인한도를 넘은 것으로 볼 수 없다는 이유로 원고 청구를 기각한 원심판결을 유지한 대법원 2013. 10. 11. 선고 2012다111661 판결 참조.

94) 그래서 민법 제217조 제2항의 인용의무 요건은 방해자가 증명해야 하고, 불법행위책임을 물을 때도 불가량물 배출행위의 위법성 여부는 민법 제217조의 규범구조에 따라 판단하여야 하지만, 제217조의 인용한도를 초과하는 위법한 불가량물로 '손해'가 발생하였다는 사실은 피해자가 증명해야 한다는 설명으로는 안경희(주 64), 266면 참조.

95) 이에 관해서는 위 2) 부분 참조.

96) 가령, 곽윤직(주 1), 709, 711면 이하; 민법주해(ⅩⅧ)(주 1), 212면 이하(이상훈); 주석민법[채권각칙 6], 165면 이하(이연갑) 등을 보면, 불법행위의 성립요건인 위법성의 구체적 판단에 관하여 피침해이익별로 분류하여 설명하면서, 소유권과 같은 절대권이 침해된 경우에는 그 침해가 원칙적으로 위법성을 띠어 불법행위가 성립한다는 취지를 서술하고 있음을 알 수 있다. 그 밖에 절대권의 침해는 그 자체로 위법성을

방청구권에 관한 개별 규율을 존치하면서 불법행위법 내에 일반적 예방청구권 규율을 도입한다면, 기존의 불법행위법 규정 내용 및 기존의 관련 논의와 어울려, 예방청구권뿐 아니라 손해배상청구권에 관해서도, 공통적으로, 각 청구권의 성립을 위한 '위법' 여부의 표지가 그 판단규준인 행태규범의 내용 설정과 이를 위한 이익형량이라는 단일한 구조로 이루어지는 체계를 정립하면서, 그와 더불어 생명, 신체, 자유, 소유권 등의 절대적 권리나 법익의 침해(방해) 또는 위태화에 대한 위법성 징표 규율도 유지, 관철할 수 있다.

이에 비해, 기존 실무의 수인한도론은 위와 같은 절대적 법익의 침해에 관한 위법성 징표의 규율을 손해배상책임이 소구된 사안에서든, 심지어 예방책임이 소구된 사안에서든 활용하지 않고, 곧바로 문제시되는 행위의 '위법' 여부를 판단하기 위한 이익형량의 단계로 나아가도록 한다.[97] 이는 절대적 법익을 침해 또는 방해받거나 그러한 염려가 있는 피해자의 권리구제를, 위법성 징표의 규범 구조와 체계에 따를 때보다는, 상대적으로 더 어렵게 한다. 다른 분야와 달리, 상린관계 등의 영역에서 특별히 절대적 법익을 제약당하거나 그러한 염려가 있는 피해자의 권리구제를 더 곤란하게 할 근거는 도저히 찾을 수 없다.

(나) 위법성단계론

한편 수인한도론이 적용되는 분야에서, 침해의 위법 여부 판단(제1단계)과 금지청구와 같은 예방청구를 인용할 정도의 위법과 손해배상만으로 족한 위법인지에 대한 위법성 정도의 판단(제2단계)을 구분하여, 예방청구를 인용할 정도의 위법 정도를 더 엄격하게 해석하여야 한다는 견해[98]도 제시되고 있다. 대법원도 같은 취지로 이해되는 판시를 한 바 있다.[99]

징표하므로 별도의 위법성조각사유가 없는 한 위법상 판단이 비교적 용이하다는 설명으로는 양창수/권영준, 권리의 변동과 구제(제4판), 박영사(2021), 639면 참조.

97) 앞의 주 17)의 판결례 참조. 같은 취지의 비판으로는 이용우(주 18), 2의 각주 3) 참조(다만, 침해사실만으로 위법성을 구성하여야 한다는 같은 논문 19면의 주장은 이 글의 논지와 동일한 것이 아님을 밝혀 둔다). 한편, '위법' 판단이 아닌 주의의무 위반 정도에 관한 판단 기준으로 '수인한도'가 활용될 때에는 불법행위 주장자에게 증명책임이 있다는 판시로는 대법원 2006. 9. 28. 선고 2004다61402 판결 참조.

98) 앞의 주 18)의 문헌 참조.

99) 대법원 2016. 11. 10. 선고 2013다71098 판결은, "항공기의 비행으로 토지 소유자의

물론, 불법행위에 기한 손해배상책임이 문제 되는 경우와 예방책임이 문제 되는 경우, 각 '위법' 판단의 구체적 과정과 내용이 반드시 동일하지 않을 수 있다.[100] 전자에서는 이미 '침해'로 인한 '손해'가 발생하여, 가해자의 행위가 결과방지·회피의무를 위반한 것인지 사후적으로 평가하고, 후자에서는 침해할 염려가 있어 그 침해원을 지배하는 사정이 있는 자에게 결과 또는 위태화 방지·회피의무를 지울 것인지 혹은 이를 장래에도 위반할 것인지를 사전적으로 평가한다. 행태규범을 도출하기 위한 이익형량 과정에서 고려하여야 할 요소와 각 요소의 비중이 상이할 수밖에 없다.

그러나 수인한도론을 통해 행해지는 이익형량은 '위법' 판단의 규준이 되는 행태규범, 즉 법익 침해·위태화 방지 및 회피의무의 구체적 내용을 정하기 위한 것이다.[101] 이로써 정해진 행태규범을 위반하였다면, 그 위반자는 위법행위를 한 자이다. 그 위반 정도가 '위법' 자체의 판단에 영향을 줄 수 없다. 당사자의 구제수단으로 손해배상을 택할 것인지, 예방청구권을 택할 것인지는 청구상대방이 민법 제750조의 손해배상청구 요건을 갖추었는지, 그와 다른 예방청구의 요건을 갖추었는지의 문제이다. 불법행위책임 체계 내에서 각 책임의 공통 성립요건으로 자리매김한 "위법행위" 판단은 단일한 구조로 이루어져야 한다. 그럼에도 위법행위에 관해 주장되는 효과가 손해배상인지, 예방조처인지에 따라 그 성립요건 중 하나인 '위법' 판단의 구조를 다르게 보아, 특히 후자의 경우에는 행태규범을 더 심하게 위반하여야 한다거나 그 위반 정도를 더 엄격하게 심사하라는 요구는 설득력을 주기

정당한 이익이 침해된다는 이유로 토지 상공을 통과하는 비행의 금지 등을 구하는 방지청구와 금전배상을 구하는 손해배상청구는 내용과 요건이 다르므로, 참을 한도를 판단하는 데 고려할 요소와 중요도에도 차이가 있을 수 있다. 그중 특히 방지청구는 그것이 허용될 경우 소송당사자뿐 아니라 제3자의 이해관계에도 중대한 영향을 미칠 수 있으므로, 방해의 위법 여부를 판단할 때는 청구가 허용될 경우 토지 소유자가 받을 이익과 상대방 및 제3자가 받게 될 불이익 등을 비교·형량해 보아야 한다."라고 하면서, 방지청구에서의 방해 위법 여부 판단을 위해 형량할 사항이 금전배상청구에서와 다르다는 점을 판시한 바 있다.

100) 기능적 관련성을 중심으로 예방청구권(금지청구권)과 손해배상청구권의 공통점과 상이점을 분석한 글로는 김상중(주 4), 218면 이하[특히, 위법성 판단의 차이에 관해서는 222-223면과 그곳의 각주 117)] 참조.

101) 위 (가) 부분 참조.

어렵다.

한편 각 책임의 성립요건 검토단계에서 행해지는 '위법' 판단을 위한 이익형량과 예방청구의 효과 부여 여부 및 그 내용을 정하기 위한 이익형량은 구별하여야 한다.[102] 예방청구로 주장된 조처청구를 허용할 것인지, 즉 단순한 부작위나 행위 중지를 명할지, 방해원의 제거와 같은 특정한 작위를 명할지는 "위법행위" 여부를 판단하는 단계에서 고려할 사항이 아니라, 그 효과 내용으로 어떤 조처가 적당한지를 정하는 문제이다. 위법성단계론은 위와 같은 이종(異種)의 이익형량 간 차이를 부각하였다는 점에서는 의미를 부여할 수 있다. 하지만, 불법행위에 대한 권리구제수단의 성립요건, 그중에서도 '위법' 판단구조 속에 갇힌 채 위와 같은 차이 관련 논의를 전개하여, "위법행위" 요건 표지의 의미와 위 각 이익형량이 작동하는 국면 및 기능상 차이를 제대로 포착하는 데에 어려움을 준다. 극복하여야 한다.

2. 고의·과실 요건의 필요 여부

개정안은 불법행위에 대한 일반적 예방청구권의 성립에 관해 위법행위자의 "고의 또는 과실" 표지를 별도로 요구하지 않는다.[103] 민법 제750조와 다르다.

---

102) 이에 관한 상세한 내용은 아래 4. 부분에서 살핀다. 따라서 앞의 주 99)의 판시와 달리, 대법원 2021. 6. 3. 선고 2016다33202, 33219 판결은, "인접 토지에 외벽이 유리로 된 건물 등이 건축되어 과도한 태양반사광이 발생하고 이러한 태양반사광이 인접 주거지에 유입되어 거주자가 이로 인한 시야방해 등 생활에 고통을 받고 있음을 원인으로 태양반사광의 예방 또는 배제를 구하는 방지청구는 금전배상을 구하는 손해배상청구와는 그 내용과 요건을 서로 달리하는 것이어서 같은 사정이라도 청구의 내용에 따라 고려요소의 중요도에 차이가 생길 수 있고, 태양반사광 침해의 방지청구는 그것이 허용될 경우 소송당사자뿐 아니라 제3자의 이해관계에도 중대한 영향을 미칠 수 있어, 방지청구의 당부를 판단하는 법원으로서는 해당 청구가 허용될 경우에 방지청구를 구하는 당사자가 받게 될 이익과 상대방 및 제3자가 받게 될 불이익 등을 비교·교량하여야 한다."라고 판시하면서, 예방청구와 손해배상청구의 (효과) 내용과 요건의 차별성을 강조하는 한편, 전자의 내용을 정할 때에 행해지는 이익형량의 추가 고려요소를 제시하면서도, 그것이 '위법' 판단 단계에서의 차이라고는 표현하지 않고 있다. 이는 이 글의 입장에 부합하는 판시로 본다.

103) 위 I.의 2. 부분 참조

이에 관하여 서구의 여러 나라 중 불법행위로 인한 손해배상책임의 법률상 요건으로 '위법' 표지와 '고의·과실', 즉 '과책' 표지를 구분해둔 법질서[104]의 논의를 보면, 공통하여, 과책원리(유책성원리, Verschuldensprinzip)가 적용되는 영역에서는 위와 같은 '과책' 표지가 '위법' 표지의 판단 다음 단계에서 가해자 행태에 대한 비난가능성 내지는 행위의 불법성을 근거 지우고, 이로써 피해자에게 발생한 손해가 위법행위를 한 자의 재산에 기한 책임부담으로 전가될 수 있는 귀책 근거가 설정된다고 보는 것이 주류임을 알 수 있다.[105] 국내에서도 종래부터 고의 또는 과실과 같은 과책 표지는, 객관적 귀속요소인 행위의 위법성과는 구별되는, 주관적 심리상태로 설명되곤 하였다.[106]

그런데 이 글에서 다루는 예방청구권은 기본적으로 당사자의 권리나 법익의 침해·위태화를 앞으로 저지·회피하고자 하는 데 주안점이 있지, 이미 발생한 피해자의 불이익, 즉 손해에 대한 책임부담의 전가를 추구하지 않는다.[107] 기존에 장래의 권리침해에 대한 예방청구권 근거조항으로 민법

---

104) 위 1.의 (2) 및 그곳의 주 23)(독일), 30)(스위스), 34)(오스트리아) 참조.

105) 독일의 경우, 우선, Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., Verlag C. H. Beck(1987), S. 276; v. Caemmerer(주 22), S. 574; Larenz/Canaris(주 26), S. 351ff.; Wilhelmi(주 28), S. 317 ff. 등 참조. 한편 스위스의 경우, 대표적으로 Oftinger(주 31), S. 138 f.; Fellmann/Kottmann(주 31), S. 183 f. 등 참조. 오스트리아의 경우, 대표적으로 Koziol(주 36), Rz. 5/1 ff.; ders.(주 41), Rz. 1/3, 2/6, 2/10, 6/13 등 참조. 그 밖에 유럽에서의 과실과 위법성 논의에 관한 역사적 전개 과정에서 관한 설명으로는 최흥섭(주 20), 966-967면 참조. 그러나 이러한 이해는 'negligence'를 심리상태가 아닌 법에 의해 정립된 기준에 미달하는 행위로 보는 영미법상 과실 개념과 다르다. Ken Oliphant, Basic Questions of Tort Law from the Perspective of England and the Commonwealth in: Helmut Koziol(ed.), Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective, Jan Sramek Verlag(2015)[이하 'Basic Questions(주 105)'], Nr. 5/1271 및 거기에 인용된 Blyth v. Birmingham Waterworks Co. (1856) 11 Exchequer Reports (Ex) 781, 784 판결과 Michael D. Green/W. Jonathan Cardi, Basic Questions of Tort Law from the Perspective of the USA, in: Basic Questions(주 105), Nr. 6/125, 126 등 참조. 독일에서도 과실의 객관화에 따라 과실을 인적 비난가능성을 전제하는 책임요소가 아닌 불법구성요건으로 보는 견해가 있다. 가령, MüKo/Wagner(주 3), § 823 Rn. 29,, 38 ff. 참조.

106) 곽윤직(주 1), 585, 586면; 민법주해(XVIII)(주 1), 184, 187면(이상훈 집필)(단, 과실에 대해서는 유보적 입장) 등 참조.

에 마련되어 있는 제205조, 제206조, 제213조, 제214조,[108] 제217조 등을 살펴보더라도, 해당 청구권의 성립을 위해 방해자의 고의 또는 과실을 요구하는 문언은 찾을 수 없다. 이에 관하여 고의 또는 과실 등의 귀책사유가 요구된다고 풀이하지도 않는다.[109] 불법행위 예방청구권에 관한 기존의 비교법적 연구 결과[110]에서도 마찬가지의 법 운용을 확인할 수 있다. 나아가 예방청구권은 아니지만, 현재의 권리침해에 대한 정당방위권을 정한 민법 제761조 제1항도 "타인의 불법행위에 대하여" 그러한 방위권을 행사할 수 있도록 정하지만, 이러한 현재의 침해행위에 대한 적극적 방위권 행사요건에 위법행위자의 고의·과실은 필요하지 않다고 이해한다.[111] 앞서 본 바와 같이,[112] 어떠한 행위에 대한 '위법' 판단이 위와 같은 예방청구권이나 정당방위권 같은 방어권 성립과 그 행사 범위의 경계선을 긋는 기능을 수행하므로, 그러

---

107) Wolfram Henckel, Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht, in: Archiv für die civilistische Praxis, 174. Bd., J. C. B. Mohr(1974), S. 113; Koziol(주 41), Rz. 2/7; Wilhelmi(주 28), S. 62 ff., 71 ff., 269, 352 등 참조. 다만, 이와 다소 다른 관점에서, 손해배상청구권과 금지청구권의 관계를 종합적으로 설명한 연구물로, 전경운·박수곤, 금지청구권에 대한 소고, 민사법학(제93호), 한국민사법학회(2020), 415-416면 참조.

108) 대법원도, 민법 제214조의 방해배제청구권과 손해배상의 영역을 구분하는 취지를 판시한 바 있다. 즉, 대법원 2003. 3. 28. 선고 2003다5917 판결은, "소유권에 기한 방해배제청구권에 있어서 '방해'라 함은 현재에도 지속되고 있는 침해를 의미하고, 법익 침해가 과거에 일어나서 이미 종결된 경우에 해당하는 '손해'의 개념과는 다르다 할 것이어서, 소유권에 기한 방해배제청구권은 방해결과의 제거를 내용으로 하는 것이 되어서는 아니 되며(이는 손해배상의 영역에 해당한다 할 것이다) 현재 계속되고 있는 방해의 원인을 제거하는 것을 내용으로 한다."라고 판시한 바 있다.

109) 곽윤직/김재형(주 60), 215, 216, 233면; 이영준(주 60), 562, 570면; 주석 민법[물권 1](주 18), 525, 531면(김형석), 659면(이계정) 등 참조.

110) 우선, 김상중(주 4), 191면 이하 참조. 특히 불법행위법 일반적 성립요건에서 위법성과 과책을 포괄한 '*faute*' 개념을 사용하는 프랑스에서도 실무상 객관적 주의의무위반 외에 주관적 요소로서의 고의 또는 과실은 요건으로 삼고 있지 않다. 영미법에서도 동일한 결과가 나타난다는 설명으로 Kötz(주 4), S. 163 f. 참조.

111) 곽윤직(주 1), 720면; 민법주해(XIX)(주 18), 270면(김황식); 편집대표 김용덕, 주석 민법[채권각칙 8](제5판), 한국사법행정학회(2022), 607면(홍기만) 등 참조. 한편, 민법 제209조가 "점유를 부정히 침탈 또는 방해하는 행위"에 대하여 자력구제권을 규정하지만, 이러한 방어권 행사에 관해서도 침탈 또는 방해 행위자의 고의 또는 과실은 요하지 않는다고 본다. 김형석(주 4), 407면 참조.

112) 위 1.의 (2) 부분 참조.

한 경계선을 넘어 타인의 권리나 법익에 대한 침해 또는 위태화가 있다면, 곧바로 해당 상황에 적당한 방어권 발동을 보장하여야 한다. 여기서 더 나아가 위법행위자의 주관적 요소를 요구할 필요나 근거는 제시하기 어렵다.[113]

다만, '위법' 판단의 규준을 이익형량으로부터 도출되는 법익침해·위태화의 방지·회피 등 사회생활에서 요구되는 주의의무(행태규범)로 보는 이 글의 견지[114]에서 볼 때, 이러한 주의의무 위반과 민법 제750조에서 불법행위 성립요건으로 정한 '과실'의 차이가 해명되어야 한다. 이는 과책과 위법 판단의 표지를 일원적으로 볼 것인지, 이원적으로 볼 것인지에 관한 기존 논의와도 연결된다.[115] 다만, 이 글에서는 예방청구권의 성립을 위해 행위자의 주관적 귀책 요소를 추가적으로 요구할 것인가 하는 관점에서만 서술하고자 한다.

앞서 본 바와 같이,[116] 위법 판단의 규준은 '사회생활에서 요구되는 주의의무'라는 객관화된 행태규범이고, 이를 위반한 행위는 '위법행위'이다. 이러한 행위에 대해서는 개개인의 주관적 사정이나 역량에 대한 고려 없이, 곧바로 예방청구권을 행사할 수 있도록 하여야, 법질서가 개개인에게 할당하여 귀속시킨 권리와 법익이 온전히 향유될 수 있다. 그래야 불법행위법도 제 기능을 다 하게 된다. 반면, 자기에게 이미 발생한 불이익을 타인 재산으로 전보하도록 책임부담을 전가하기 위해서는 그 타인 행위 자체의 객관적

113) 이 글과 마찬가지로 고의나 과책을 불법행위에 대한 예방청구권 요건으로 둘 필요가 없다는 국내의 문헌으로는 김상중(주 4), 219면; 송오식(주 11), 551면; 위계찬(주 11), 274-275면[단, 위법 판단에서 가해자의 악의 여부가 검토된다는 취지의 서술은 이 글의 입장과 다소 다르다. 이 글은 위법 판단에 관하여 침해행위의 양태 외에 행위자의 주관적 사정, 즉 악의 등이 직접적으로는 고려되지 않는다고 본다. 위 주 78) 부분도 참조]; 전경운·박수곤(주 100), 417-418면 등 참조.

114) 위 1.의 (4) 부분 참조.

115) 과실불법행위에 관하여 일원론을 주장하는 견해로는 서광민(주 80), 104면; 이은영(주 49), 803면; 최상호, 불법행위법에 있어서의 위법성과 과실, 안암법학(제1권), 안암법학회(1993), 419-421면 등 참조. 그러나 과실의 표준을 객관화하여 보더라도 여전히 위법 및 과책 판단을 이원적으로 보는 견해가 주류적이라 볼 수 있다. 곽윤직(주 1), 708-709면; 김상중(주 45), 74면;박동진, 불법행위법에서의 주의의무 - 그 위상 및 판단기준을 중심으로 -, 비교사법(제9권 2호), 비교사법학회(2002), 164-165면;최홍섭(주 20), 991, 1005면; 주석 민법[채권각칙 6](주 1), 164면(이연갑) 등 참조.

116) 위 1.의 (4) 부분 참조.

위법성뿐 아니라, 그의 재산에 개별적으로 불이익한 영향을 주는 것을 정당화하기 위한 비난 요소, 즉 주관적 책임귀속 사유가 필요하다. 민법 제750조에서 제시하는 "고의 또는 과실"이라는 과책 표지가 바로 이러한 주관적 책임귀속사유로 볼 수 있고, 그렇기에 위 표지가 주관적 심리상태로 설명되는 것이다.[117] 게다가 민법 제765조는 고의 또는 중대한 과실이 아니어야만 생계곤란 사유를 감안하여 배상의무자 청구에 따라 배상액을 경감할 수 있도록 정하는데, 여기서 "고의 또는 중대한 과실"이 책임전가의 경감 범위에 영향을 미치도록 규율하는 취지는, 주관적 비난가능성이 높은 배상의무자에게 형평상 경감청구가 부정되기 때문이라고 이해되고 있다.[118] 또한, 민법 제753조, 제754조는 위법행위자의 주관적 사정, 즉 미성년자로서 그 행위의 책임을 변식할 지능이 없다거나 심신상실 중에 타인에게 손해를 가하였다는 사정으로 손해배상책임을 배제한다.[119] 이러한 민법의 규율 내용과 그 체계를 종합하여 보더라도, 우리의 불법행위법은 손해배상책임의 귀속을 위하여 행위자의 객관적 사유로서 행위의 '위법' 표지뿐 아니라, 그 행위자의 주관적 사유로서 과책 표지도 갖추도록 정하고 있다고 볼 수 있다. 이러한 점에서 민법 제750조의 "고의 또는 과실"이라는 요건 중 '과실' 부분은 '위법' 판단의 표준인 '사회생활에서 요구되는 주의의무'의 위반이라는 객관적 표지에서 더 나아가, 그 행위자의 행위 당시 주관적 사정이나 역량에 따른 주의의무의 예견가능성과 회피가능성에 대한 고려요소를 의미한다고 볼 것이다.[120] 이러한 입장에 서면, 불법행위에 대한 예방청구권은, 앞서 본 바와

117) 앞의 주 106)의 문헌 참조.

118) 민법주해(XIX)(주 18), 353(양창수); 주석 민법[채권각칙 8](주 111), 687면(이원) 참조.

119) 나아가 객관적 주의의무를 위반하여 위법행위를 하였더라도, 해당 행위자가 정당한 이유 있는 법률 착오가 있는 때에도 손해배상책임을 부담할 과책 요건은 갖추지 못한 것으로 볼 수 있다고 본다. 같은 취지로는 김상중(주 45), 76면 참조. 이러한 맥락에서, 악의의 수익자에게 부당이득 자체뿐 아니라 이자 가산이나 손해배상책임까지 부과하는 민법 제748조 제2항를 해석·적용할 때도, 수익자의 주관적 사정에 기초하여 정당한 이유 있는 법률 착오가 있는 때에는, 악의의 수익자로서 이자 가산이나 손해배상책임을 지워서는 아니 된다고 볼 것이다. 이에 관한 논의로는 최우진, 민법 제748조 제2항에서 정한 '악의'의 의미, 민사법학(제93호), 한국민사법학회(2020), 349면 이하 참조.

같이, 행위 자체의 '위법' 판단이 있으면 곧바로 그 행사가 허용되고, 그 밖에 그 행위자의 주관적 사정에 따른 해당 주의의무의 예견가능성과 회피가능성 요소는 예방청구권 발동 여부의 심사 시에는 고려할 필요가 없다는 결론에 이른다. 따라서 예방청구권의 상대방에게는 불법행위 책임능력도 요구되지 않는다고 보아야 한다.[121]

3. 손해배상에 대한 보충성 요건의 필요 여부

개정안은 "손해배상에 의하여 손해를 충분히 회복할 수 없고 손해의 발생을 중지 또는 예방하도록 함이 적당한 경우"에 금지청구권 행사가 가능하도록 규정한다. 이 개정안을 성안하는 과정에서의 논의 내용[122]을 살펴보면, 위 요건 중 "손해배상에 의하여 손해를 충분히 회복할 수 없"을 것이라는 부분은 불법행위에 대한 예방청구권 행사가 손해배상청구권 행사에 대해 보충성을 갖게 하려는 의미의 표지로 이해된다. 경쟁자가 상당한 노력과 투자로 구축한 성과물(해당 사안에서는 인터넷 포털사이트 광고시스템)을 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 자기 영업을 위하여 무단 이용하는 부정경쟁 행위에 대한 금지 또는 예방청구권을 인정한 대법원 결정[123]도, 해당 사안과 같은 무단이용 상태가 계속되어 "금전배상을 명하는 것만으로는 피해자 구제의 실효성을 기대하기 어렵다"라는 점을 금지·예방청구권의 허용 논거로 제시한 바 있다.

그러나 의구심이 든다. 물론, 권리나 법익의 침해가 이미 종결되고, 추가로 그러한 침해의 염려가 전혀 없는 경우라면 손해배상 외에 예방청구를 고려할 필요는 없을 것이다. 하지만 당사자가 이미 손해를 입었지만, 그 손해에 대한 배상 외에 추가의 손해발생 염려에 대응하여 예방청구권을 행사해야 할 때도 있을 수 있다. 이러한 상황에 대해서는 개정안 중 "손해를 입

120) 같은 취지로 김상중(주 45), 76-77면 참조.
121) Koziol(주 28), S. 640 f. 참조.
122) 법무부, 13년 민법개정시안 채권편(주 12), 434-435면 참조.
123) 앞의 주 6)의 대법원 2010. 8. 25.자 2008마1541 결정 참조.

거나 입을 염려가 있는 자는"과 "손해의 발생을 중지 또는 예방하도록 함이 적당한 경우"라는 요건 구비를 요구하는 것만으로도 충분하다. 여기서 더 나가, 추가의 또는 장래의 권리·법익 침해에 따른 손해발생이 염려되는 사안에서, 과연, 위법행위에 대한 예방청구권 행사가 반드시 손해배상청구권의 보충적 성격을 가져야 하고, 따라서 '손해배상에 의한 회복불가성'을 불법행위 예방청구권의 일반적 성립요건으로 제시하여야 하는가? 그렇다면, 자기의 권리 또는 법익이 위태롭게 된 때에는, 그것의 가치가 아무리 중대하더라도, 또, 침해의 양태에 비추어 그 침해 정도가 아무리 심각할 것으로 예측되더라도, 위법행위자의 자력이 충분하고, 심지어 충분한 액수로 손해배상액의 예정을 해두고 그 돈 이상을 미리 담보로 제공하였다면, 금지나 침해원의 제거와 같은 예방청구권을 행사할 수 없다는 결론에 이를 수 있다. 이미 자기의 권리·법익이 침해되었고, 그 침해가 계속되어, 손해배상과 방해배제 등 예방청구가 함께 이루어져야 할 사안에서도, 향후의 침해에 대한 충분한 손해배상액까지 미리 지급해두었다면 계속적 침해를 하더라도 이를 배제하지 못할 수도 있다. 어느 경우든 그대로는 받아들일 수 없는 결과이다.

실제로 민법 제214조, 제217조 등과 같이, 소유권 등 절대권에 관한 예방청구권 근거조항에는 손해배상에 대한 보충성을 요구하지 않고 있다. 대법원 판례 중에는, 일반 공중의 통행에 제공된 도로로 통행할 특정인의 자유가 침해된 사안에서 그 특정인의 방해배제나 장래의 방해예방을 위한 금지의 소구가 가능하다고 하면서도, 여기에 '손해배상에 의한 회복불가성' 요건을 첨언하고 있지 않은 것도 있다.[124]

비교법적으로 보더라도, 위와 같은 손해배상에 대한 보충성 요청은 영미법 논의에서 발견되지만, 그곳의 논의에는 고유한 연혁적 연유가 있음을 알 수 있다. 즉, 영미법에서는 과거 보통법(common law)의 손해배상(damages)에 의한 권리구제가 원칙이고, 이러한 권리구제만으로 충분하지 않은 때에 형평법(equity)에 따른 재량적·예외적 권리구제수단으로 금지청

124) 대법원 2011. 10. 13. 선고 2010다63720 판결; 대법원 2021. 3. 11. 선고 2020다229239 판결; 대법원 2021. 10. 14. 선고 2021다242154 판결 등 참조.

구권(injunction)을 인정하였다고 한다.[125] 그래서 금지청구권의 권리구제수단은 보통법에 따른 손해배상에 대한 보충적 성격으로 이해되었고, “회복할 수 없는 피해(the irreparable harm)”라는 요건이 그곳 금지청구권의 행사요건으로 제시되었다는 것이다.[126]

그렇지만, 역사적 배경을 달리하는 우리나라에서 위와 같은 연혁적 근거에 따를 필연성은 찾을 수 없다. 더구나 영미법에서도 보통법과 형평법을 다루는 두 법원 체계가 단일한 사법 체계로 통합됨에 따라, 더는 위와 같은 역사적 배경으로써 ‘회복할 수 없는 피해’라는 요건의 근거를 제시하기 곤란한 상황이라 한다.[127] 이후 금지청구권의 성립에 관하여 ‘회복할 수 없는 피해’라는 용어가 여전히 사용되고 있기는 하지만, 이제는 위와 같은 배경에서 나온 보충성과는 다소 다른 의미로 쓰이고,[128] 이는 금지청구의 “적절성(adequacy)” 요건으로 표현되기도 한다는 설명[129]도 있다. 더구나 오늘날 영미법에서 이러한 적절성 요건의 중요성은 감퇴하였고, 심지어 무시되거나 부수적으로만 위 요건을 심사하는 때도 빈번하다고 한다.[130] 이제 적절성 원칙과 관련하여 더 중시되는 관점은, 금지청구권을 당사자 청구에 따라 그대로 인용할 것인지, 이를 제한할 것인지, 이때 어떠한 논거로써 제한되어야 하는지 등이라는 것이다.[131] 그런데 이러한 관점은, 금지청구권의 구체적 내용을 정하기 위해 고려할 사항이 무엇인지에 관한 것이다.[132] 금지청구권

---

125) Dan B. Dobbs/Caprice L. Roberts, Law of Remedies, Third Edition, St. Paul(2018), p. 89; Kötz(주 4), S. 155 f., 161 f. 및 김상중(주 11), 137-138면; 김차동(주 10), 228면; 김차동, 권리성의 인정과 회복할 수 없는 손해 - 대상결정: 대법원 2010. 8. 25.자 2008마1541 결정 -, 법학논집(제37집 제2호), 한양대학교 법학연구소(2020), 226면 이하 등 참조.

126) 앞의 주 125)의 문헌 참조.

127) Dobbs/Roberts(주 125), p. 89 및 김차동(주 125), 229면 참조.

128) Dobbs/Roberts(주 125), pp. 89-90에 따르면, ‘회복할 수 없는 피해’라는 사유가 피해의 위협이 실재하여야 한다는 점을 표현한다거나, 새로운 실체적 권리를 주장하기 위한 수사로 사용되곤 한다고 한다.

129) Dobbs/Roberts(주 125), pp. 89-90 및 김차동(주 10), 229면 참조.

130) Dobbs/Roberts(주 125), p. 94 참조.

131) Dobbs/Roberts(주 125), pp 94-95, 100 참조

132) 이에 관해서는 아래 4. 부분 참조.

의 성립요건이나 행사의 전제조건에 관한 것으로는 보기 어렵다.

한편, 유럽계약법 공통참조기준 초안(Draft Common Frame of Reference; DCFR, 이하 '유럽공통기준초안'이라 한다) 제6편(계약외적 책임) 중 제6:301조가 "손해배상이 적절한 구제수단이 될 수 없고"라는 점을 예방을 위한 권리(Right to prevention)의 요건으로 규정하고 있기는 하다.[133] 이에 관한 해설[134]도, 손해배상이 충분한 구제책이 아니고, 손해의 원인을 제거할 책임을 상대방에게 부과함이 합리적일 때에만 예방을 위한 적극적 조치를 청구할 자격이 있다고 설명한다. 그런데 "손해배상이 적절한 구제수단이 될 수 없고"의 표지를 충족하는지에 관한 위 해설[135]의 세부 설명내용에 따르면, 무엇보다 다른 수단으로 회복할 수 없는 손해가 임박하였는지, 임박한 손해의 유형과 정도, 사실적·법적 관점에서 그 손해 발생의 실현 가능성이 얼마나 큰지 등도 고려한다고 한다. 또한, 이와 관련된 영국법 규율 상황의 설명 중에는, 가령 원고의 법적 권리에 대한 침해가 작고 그 피해가 적절하게 평가되어 보상될 수 있다면, 또는 원고 자신의 행위로 금전 이상의 행위를 요구하는 것이 부당하다면, 그러한 예외적 사안에서만 그 금지명령이 거부되고 손해배상액이 지급된다는 내용도 있다.[136] 이와 같은 설명은, 예방청구권 발생 여부를 정할 때 먼저 손해배상 가부나 그 범위 등을 우선 고려하고 이로써 전보 또는 회복되지 않는 부분에 대해 예방청구권을 인정하라는 취지의 보충성 요구에 관한 것이라기보다는, 예방청구권의 성립요건과 그 효과, 즉 예방청구권의 구체적 내용의 결정을 위한 이익형량 중

133) 유럽공통기준초안 제6:301조 제1항은, "예방을 위한 권리는 오로지 다음의 경우에 한하여 존재한다. (a) 배상(reparation)이 적절한 구제수단이 될 수 없고, (b) 손해야기에 대해 책임 있는 자로 하여금 손해의 발생을 예방하도록 함이 합리적인 경우"로 규정한다. Christian v. Bar/Eric Clive(ed.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, DCFR, Full Edition. Vol. 4, sellier(2009)[이하 'DCFR(주 133)'], pp. 3803-3811 참조. 그 밖에 상세한 내용을 소개한 국내 문헌으로는 김상중(주 11), 156-157면 참조.

134) DCFR(주 133), p. 3804 참조.

135) DCFR(주 133), p. 3804(그 밖의 고려요소로, 상대방이 배상할 수 있는 재정적 여건을 갖추었는지도 제시한다) 참조.

136) DCFR(주 133), p. 3810 참조.

에 고려할 당사자 이익 등 관련이익의 가치와 성질, 당사자 이익의 침해 또는 위태화 정도 등을 구체적으로 제시한 것이라 이해될 여지가 있다. 위 요건이 반드시 손해배상청구권에 대한 보충성을 규율한 것이라고는 단언하기 어렵다.

이러한 사고에 터 잡아 앞서 본 대법원 결정례[137]를 다시 살펴보면, 그 결정에서 "금전배상을 명하는 것만으로는 피해자 구제의 실효성을 기대하기 어렵고"라는 표지를 제시한 것도, 반드시 손해배상청구권에 대한 보충성 요건을 제시하기 위함이라기보다는, 예방청구권의 구체적 효과 내용을 정하기 위한 이익형량 과정에서 당사자 이익의 가치와 성질 및 그 침해 또는 위태화 정도, 선택할 예방조처에 따른 상대방의 불이익 정도 등을 고려하고, 이를 통해, 보다 적당한 수단과 방법으로 권리구제를 도모하라는 취지를 밝힌 것으로도 풀이해볼 수 있다.

요컨대, 손해배상만으로 피해자 구제에 적절하지 않다거나 실효성이 없다는 사정 자체가 개별적·구체적 사안에서의 예방청구권 효과 내용을 결정하기 위한 이익형량 과정에서 고려할 여러 요소 중 하나일 수는 있다고 본다. 하지만, 이를 불법행위에 대한 예방청구권의 일반적·추상적 성립요건으로 삼거나 그 효과 내용을 정하는 데에 고려할 요소의 그 무엇보다도 가장 중요하고 대표적인 사유에 해당할 정도라고는 보기 어렵다.[138] 나아가 위와 같은 요소를 고려한다는 점이 예방청구권 성립을 인정하기 전에 손해배상청구의 가부 및 그 범위를 먼저 심사하고, 그것에 대한 보충적 권리구제수단으로 예방청구권을 검토하라는 의미로 이해하는 것은 더욱 곤란하다. 이러한 이유에서, 개정안과 같이 예방청구권의 손해배상에 대한 보충성을 정하는 취지의 "손해배상에 의하여 손해를 충분히 회복할 수 없"을 것이라는 요건은 유지할 필요가 없다고 본다.

---

137) 앞의 주 123) 참조.

138) 같은 취지로는 김재형, 민법상 구제수단의 다양화: 이행·추완·금지청구권에 관한 민법개정안, 서울대학교 법학(제57권 제4호), 서울대학교 법학연구소(2016), 133면 참조.

4. 예방청구권의 법적 효과 내용과 그 형성 규준

(1) 효과 내용의 다양성과 비례성 원리의 적용 필요성

타인의 위법행위를 예방하기 위한 청구권의 구체적 내용은 매우 다양한 형태로 제시될 수 있다. 이를 일일이 열거하기 어렵다.[139]

개정안도 "손해의 발생을 중지 또는 예방하도록 함이 적당한 경우에는 그 행위의 금지를 청구할 수 있다."라면서 무엇인가를 '금지'하는 청구권을 정하는 데 그칠 뿐(제1항), 그 밖의 다양한 세부적 효과 내용을 제시하지 않는다. 나아가 위와 같은 금지를 위하여 필요한 경우에 "위법행위에 사용되는 물건의 폐기 또는 그 밖에 적절한 조치를 청구할 수 있다."라면서 위법행위에 사용되는 침해원(侵害源)의 제거청구권 중 "폐기"라는 하나의 유형을 제시하였지만(제2항), "그 밖에 적절한 조치" 부분을 통해 예방청구권의 다른 세부적 내용의 형성과 특정은 실무에 위임한다. 이처럼, 예방청구권의 세부적·실질적 내용을 모두 나열하지 않고, "그 밖에 적절한 조치" 등으로 포괄적 규정을 두는 입법방식은 불가피하다고 본다. 다만, 불법행위에 대한 예방청구권의 법적 효과를 반드시 금지청구권과 그에 부수하는 제거 등 적당한 조치청구권에 한정하여야 하는지는 회의적이다. 타인의 위법행위로 인한 손해의 발생을 중지하거나 예방할 필요성이 인정된다면, 금지청구권 외에도, 그에 부수하지 않는 침해원의 배제·제거나 그 밖에 위법행위의 방지를 위한 적당한 조처에 관한 작위청구권 발생의 근거조항도 마련해야 권리보호수단으로서의 기능 발휘가 온전할 수 있다.

물론, 위법행위를 예방하기 위해 청구할 수 있는 권리의 내용을 구체적으로 제시하는 것이 입법기술적으로 곤란하다고 하여, 그것이 당사자의 예방청구권 내용에 관한 임의적 선택가능성 부여의 빌미가 될 수 없다. 예방청구권은 자기의 권리·법익에 대한 침해 또는 위태화를 막기 위하여 타인의 권리·법익 영역에 대한 의무부담 등의 제약을 가하는 권리이다.[140] 당사자

---

139) 현행 민법이나 그 밖의 법률에 규정된 예방청구권의 다양한 내용에 관해서는 우선 전경운·박수곤(주 100), 371-372면 참조.

140) 법질서가 사회구성원 개개인에게 할당하여 귀속한 권리의 행사나 법익의 향유가,

가 아무런 범주도 정하지 않은 채 자기의 권리·법익 침해나 위태화에 관련된 일체의 행태를 금지한다면, 상대방의 일반적 행동자유나 그 밖의 권리에 관한 본질적 내용을 침해하거나 그에 관한 과도한 제한이 될 수 있다. 위법행위의 예방에 적합하고 필요한 여러 조처가 가능하고, 그중에서 상대방이 수행하기에 더 용이한 것이 있음에도, 당사자가 그보다 더 곤란한 조처를 임의로 선택하여 그것의 관철을 강제하려는 때도 마찬가지이다. 예방청구권의 구체적 내용은 그 목적에 적합하게 기능할 수 있으면서도 타인의 권리·법익에 대한 제약 정도는 최소한도로 그쳐야 한다. 제약으로 상대방이 입는 불이익과 당사자 이익의 보호필요 정도 사이에 균형성도 갖추어야 한다. 즉, 법률의 힘으로 타인의 권리·법익을 제약하는 법률관계를 형성할 때 적용하는 '비례성 원리'를 예방청구권의 구체적 내용 결정에 관해서도 적용함이 마땅하다.[141]

그런데 예방청구권이 매우 다양한 양태로 형성될 수 있음은 비례성 원리의 적용과정도 그만큼 상이하게 전개될 수 있음을 시사한다. 그저 어떠한 구체적이고 특정된 행위만을 하지 못하도록 청구하는 경우부터, 상대방 물건의 점유를 이전하거나 비용을 들여 일정한 차폐시설을 한다든가, 심지어는 다수의 이해관계인이 이용 중인 고층 건물을 철거해야 하는 경우도 상정해볼 수 있는데, 각각의 경우 비례성 원리의 작동 국면이 다를 수 있다. 그렇다면, 유사한 구조의 유형을 분류하고 그에 적합한 지침을 제시하되, 실정법에는, 그러한 유형별 지침을 포괄하는, 적절한 추상적 법개념 표지를 일반조항에 반영할 필요가 있다. 기왕에 같은 기능의 개념 표지를 가진 민법의 개별 예방청구권 근거조항 문언을 활용한다면, 신설할 규정의 의미 해석과 그에 따른 판단구조가 더욱 안정적으로 형성될 것이다. 이를 위해 예방청구권의 일환으로 규정된 민법 제214조, 제217조의 문언이 활용될 수 있다. 다만, 민법 제214조 후단과 같이 "예방"을 "청구할 수 있다."라고만 규정하는

그들이 다른 구성원들과 함께 사회생활을 누리는 과정에서, 다른 사회구성원에게 할당, 귀속된 권리·법익 또는 공공의 이익과 불가피하게 저촉할 수 있다는 점에 관해서는 위 1.의 (4) 3) 부분 참조.

141) 독일에서의 예방청구권에 관한 비례성 사고의 설명으로는 김상중(주 4), 197-198면 참조.

것보다는, 새로 도입된 예방청구권의 구체적 내용을 예시적으로 제시함이 실무활용을 더욱 촉진할 수 있다고 본다. 따라서 금지청구권이나 제거청구권 등과 같이 예방청구권의 대표적 유형으로 제시되는 법적 효과를 제시하되, "또는 그 밖에 적당한 조처"라는 표현을 통해 그 유형이 예시에 불과하다는 점과 예방청구권의 법적 효과가 비례성 원리의 적용으로 결정된다는 취지를 드러내는 방안이 적절하다고 본다.

위와 같은 내용의 문언으로 개정안을 마련하더라도, 다양한 양태의 예방청구권을 어느 정도 유형화하여 그 효과 내용을 정하기 위한 유형별 지침을 살펴보는 작업은 향후의 개정 시도나 개정 후의 법 운용을 위해 필요한 일이다. 이 글에서는 일정한 행태 청구권 관철을 위한 민법과 민사집행법의 근거조항(민법 제389조, 민사집행법 제257조 이하)에서 정한 청구권의 유형화를 참고하고자 한다. 그래서 우선, 일정한 행위의 금지를 명하는 청구권(부작위청구권) 유형과 일정한 행위를 명하는 청구권(작위청구권) 유형으로 나누고, 후자 중 주요 세부 유형을 다시 구분하여 비례성 원리의 적용과정과 그에 관하여 지침으로 삼을 사항을 살펴보기로 한다.

(2) 부작위청구권

상대방에게 일정한 부작위를 청구하는 권리는, 당사자의 어떠한 권리·법익이 이미 침해되었거나 그로 인한 손해가 발생하기 전이라도, 즉 해당 권리·법익이 단지 위태롭게 된 때라도 그 침해를 방지하기에 필요하고, 적합할 수 있다.

부작위청구권을 통해서는, 상대적으로,[142] 그 상대방에게 그리 크지 않은 제약이 가해질 뿐이다. 일정한 부작위가 정당하게 청구되면, 그는 단지 그 해당 행태를 취하는 것만 금지되고, 이로써 해당 행태 외의 다른 행태를 취하는 것에 대해서는 아무런 제약이 가해지지 않기 때문이다.[143] 그가 해당 행태를 취하지 않는다면, 여전히 그 외의 자유를 누리고, 관련 이익을 향

142) 아래 다.항에서 살필 제거 등의 작위를 예방청구권 내용으로 삼는 경우와 비교하여 본다는 의미에서 "상대적으로"라는 표현을 썼다.

143) Koziol(주 41), Rz. 2/18, 6/45 참조.

유할 수 있다. 예방을 위해 어떠한 작위를 하여야 할 법적 의무를 부담하는 상황과 견주어 보면, 그 상대방은 그의 이익 향유를 위해 더 많은 대안의 선택가능성을 가진다. 더불어, 일정한 금지를 준수하고 그 금지사항을 부작위하는 데에는 별다른 비용지출 등의 부담도 필요하지 않을 때가 많다고 본다.[144] 다만, 부작위청구권의 내용은 가능한 한 구체적으로 제시되는 것이 상대방에 대한 제약 정도가 작게 된다. 그러한 부작위를 구한다면, 통상적으로는, 상대방에게 기대가능하다는 판단이 내려질 것이다.[145] 물론, 일정한 행태의 지속적 부작위보다 일정한 작위가 더 기대가능하다고 볼만한 사안도 있을 수 있다.[146]

부작위청구권으로 상대방이 부담하는 불이익 정도가 위와 같이 상대적으로 경미할 때가 많을 것이므로, 그러한 때는, 그에 상응하여 부작위청구권을 인정할 필요 정도도 상대적으로 그리 크게 요구할 이유가 없다. 앞서 본 바와 같이, 반드시 당사자의 해당 권리·법익이 침해되거나 손해가 발생할 것도 요구하지 않는다.[147] 침해가 있더라도 지속되는 장래의 위법행위 금지를 청구할 수 있음은 물론이고, 나아가 당사자가 스스로 침해원을 제거하는 것을 인용하라는 내용의 부작위를 청구할 수도 있을 것이다.[148] 사안에 따라 아직 사회생활에서 요구되는 주의의무를 위반하지 않은 때라도, 즉 위법행위를 하지 않은 때라도, 문제 된 당사자 이익의 중대성과 그에 대한 위태

144) Koziol(주 28), S. 639; Wagner(주 52), S. 605 참조.

145) Koziol(주 41), Rz. 6/45; MüKo/Wagner(주 3), Vorbem. vor § 823 Rn. 41 참조.

146) 가령, 위법하게 허위 사실을 담은 광고 자체를 게시하지 않는 부작위보다는, 해당 부분을 삭제하는 조처를 한 후 새로운 광고를 게시하는 행위가 상대방에게 더 기대가능할 수 있다. Wagner(주 52), S. 606 참조. 그 밖에, Larenz/Canaris(주 26), S. 906는, 임박한 임밋시온으로 인하여 상대방의 산업시설 운용이 금지되거나, 허위의 내용을 포함한 채 이미 인쇄되어 배포대기 중인 책의 배포가 금지되는 경우를 예방청구권의 상대방에게 심대한 불이익이 있는 부작위청구의 예시로 들고 있다.

147) 부작위청구권의 경우, 단지 장래의(*pro futuro*) 침해만 염두에 둔다는 점에서 방해자의 과도한 부담이 통상적으로 회피된다고 설명으로는 Wagner(주 52), S. 605 참조.

148) 가령, 당사자의 물건이 상대방이 점유하는 부동산 위에 있게 된 경우에 이를 수색하여 수거하는 행위를 인용해달라는 청구(이른바 추급권, Verfolgunsrecht)가 여기에 해당할 수 있다. 독일 민법은 제867조, 제1005조의 명문 규정으로 이러한 추급권을 명문 규정으로 인정한다.

화 정도에 따라 부작위청구권을 발생시킬 수도 있다.[149] 또, 금지하여야 할 일정한 행태가 부작위청구권의 주장·행사로써 비로소 상대방에게 인지되는 일도 있을 수 있다. 따라서 예방청구권 중 부작위청구권을 그 효과 내용으로 정할 때는, 상대방이 그 자신에게 객관적으로 사회생활에서 요구되는 주의의무에 대해 지금까지는 실제 예견할 수 없었고, 회피할 수도 없었다는 사정은 당초부터 중요한 고려요소로 자리 잡기 어렵다.[150] 이를 다른 각도에서 보면, 개별적·구체적 사안에 따라, 일정한 행태의 부작위 청구가 당사자와의 권리관계나 그 상태에 관한 명확한 인식이 없던 상대방에 대한 경고기능과 집행기능을 수행함을 알 수 있다.[151] 이로써 확보되는 분쟁방지와 사회질서 안정은 부작위청구권이 갖는 부수적 효과로 볼 수 있다.

위에서 본 다양한 필요성과 부작위의무를 지는 상대방 불이익 사이의 균형성을 확보하기 위해 이익형량이 이루어져야 한다. 이러한 이익형량은 앞서 행태규범, 즉 객관적으로 사회생활에서 요구되는 주의의무를 정하기 위한 형량과 구별된다. 즉, '위법' 판단의 규준을 정하기 위한 이익형량에서 고려되는 피침해이익의 성질과 가치, 침해행위의 양태에서 나타나는 침해 또는 위태화의 정도뿐 아니라, 거기서 더 나아가 침해·위태화가 발생할 개연성 정도, 예방청구권 내용의 구체화 정도와 그러한 의무부담으로 입게 되는 상대방의 불이익 정도 및 해당 예방청구권으로 얻게 되는 부수적 효과 등도 아울러 고려하여야 한다. 더욱 폭넓은 요소가 고려되는 형량이 이루어

149) Koziol(주 28), S. 635, 639 ff.

150) 따라서 부작위를 명하는 예방청구권의 효과 내용을 정할 때는, 가정적으로 해당 이익의 침해·위태화 행위가 해당 개별적·구체적 사안에서 객관적으로 요청되는 침해·위태화의 방지 및 회피의무, 즉 사회생활에서 요구되는 주의의무가 예견될 수 있었고, 회피될 수도 있었음에도, 이를 위반하여 위법하다는 판단이 먼저 내려져야 한다. 부작위청구에서의 가정적 판단에 관해서는 Wagner(주 52), S. 605과 거기서 인용하는 Eduard Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, in: Privatrechtssystem und negatorischer Rechtsschutz, Mohr Siebeck(2019), S. 745([175]) 참조. 따라서 본문에서 언급하는 예견가능성과 회피가능성은, 상대방의 주관적 사정이나 역량에 따른 사회생활상 주의의무에 대한 예견가능성과 회피가능성과는 다른 의미이다. 위 2. 부분에서 살핀 바와 같이, 이러한 주관적 과책 사유는 불법행위에 대한 예방청구권의 발동요건으로 삼을 수 없다.

151) 부작위소송 등 예방적 권리보호의 경고기능과 집행기능에 관해서는 Henckel(주 107), S. 110 ff. 참조. 그 밖에 MüKo/Wagner(주 3), § 823 Rn. 18도 참조.

지는 것이다.[152]

(3) 작위청구권

당사자의 권리·법익 침해를 예방하기 위해 상대방에게 청구할 수 있는 작위도 매우 다양한 내용으로 형성할 수 있다. 이를 상대방이 부담하는 불이익의 정도에 따라 유형을 나누어 보기로 한다.

1) 상대방 영역에서 행해지는 위태화 방지에 적합한 시설 등의 조처 청구권

먼저, 당사자의 권리·법익에 대한 침해나 위태화를 방지하기 위해, 그 상대방이 그의 영역 내에서 어떠한 조처행위를 하도록 청구하는 경우를 본다. 가령, 이웃 토지에 살포된 독성 성분의 제초제가 함유된 물의 유입을 막는 시설을 그 이웃 토지에 설치하도록 청구한다거나, 이웃 토지의 소유자가 그 이웃에 식재된 수목이 쓰러지거나 그곳 건물이 붕괴될 염려가 있는 경우에 그러한 위태화 예방에 필요한 조처를 청구하는 경우 등을 예로 들 수 있다.[153] 민법 제217조에서 정한 임밋시온에 의한 방해 방지 또는 상린자의 생활상 고통 방지에 적당한 조처 중에도 여기에 해당하는 경우가 있을 수 있다.

이러한 사안들에 대해서도 비례성 원리에 따라 예방청구권의 내용이 정해져야 한다. 이때도, 앞서 본 부작위청구권의 경우와 같이, 아직 침해나 위태화가 실현되지 않았더라도, 오염수의 유입을 막는 시설 또는 수목 지지대의 설치, 건물의 보수 등은 해당 침해나 위태화를 예방하는 조처로서 적

---

152) Wilhelmi(주 28), S. 297 ff.도 예방청구권 행사에 따른 부인적 책임(negatorische Haftung)에서는 2단계의 이익형량을 요건으로 한다는 취지를 서술하고 있다. 이는 국내와 일본에서 논의되는 위법성 단계론에서 주목하는 현상, 즉 손해배상청구권과 예방청구권의 판단구조상 차이를 설명한다는 점에서 서로 통하는 측면이 있다. 그러나 국내와 일본의 위법성 단계론은 청구권의 효과 측면이 아닌 요건 측면, 특히 단일한 구조로 정립되어야 할 '위법' 판단의 구조 내에서 위 차이를 다룬다는 점에서 문제점을 지적할 수 있다. 이에 관해서는 위 1.의 (4) 4) (나) 부분 참조.

153) Larenz/Canaris(주 26), S. 706에서 이른바 방지청구권(Verhinderungsanspruch)의 예시로 든 사례들이다. 그중 건물붕괴의 위험이 임박한 경우에 관해, 독일 민법 제908조에 별도의 규정을 두고 있다.

합하고 필요하다고 볼 수 있다.[154] 그 밖에 별도의 방지시설을 하거나 상대방 영역 내의 침해원(오염물질이나 수목이나 건물의 결함 부분) 자체를 제거하는 등의 조처도 적합·필요할 수 있다. 당사자가 부작위청구권과 더불어 위와 같은 위태화 방지를 위한 조처청구권을 함께 행사하는 사안도 있을 수 있다.[155]

그런데 이에 관하여 유의할 사항은, 기본적으로 해당 조처가 그러한 청구의 상대방 지배영역 내에서 이루어질 것이라는 점이다. 이러한 사정으로 인해, 부작위청구권과 달리, 위태화 방지를 위한 조처가 문제 될 때는, 예방목적에 적합·필요한 조처가 여러 가지이고, 이를 행하기 위한 수단도 여러 형태로 제시될 수 있더라도, 그에 관한 선택의 여지를 청구권자가 아닌 그 상대방에게 부여해야, 그의 불이익을 실질적으로 최소화할 수 있고, 그에게 기대가능한 조처를 명할 수 있다.[156] 따라서 어떠한 사안에서 예방목적에 적합하고, 필요한 조처가 다수일 때, 예방청구권을 소구하는 당사자나 그에 따라 예방을 위한 조처의무를 명하는 법원은, 상대방에게 그러한 조처 방법 중 어느 하나를 선택하여 예방청구권에 대한 이행을 하도록 청구취지를 구성하거나 그러한 방식으로 이행을 명해야 비례성 원리에 더욱 부합할 것이다.[157]

---

154) 그래서 Larenz/Canaris(주 26), S. 706은, 이러한 유형의 청구권이 종래 법리에 따른 제거청구권과 부작위청구권 사이에 있지만, 기능적으로는 부작위청구권에 가까이 있다고 설명한다.

155) 가령, 위 제초제 사례에서 다른 요건이 갖추어진다면, 제초제 살포 금지 및 제초제가 함유된 물의 유입방지에 필요한 조처 청구가 함께 주장될 수 있을 것이다. 다만, 부작위청구권과 작위청구권인 제거청구권이 일응 구별될 수 있지만, 개별적으로는 그 구별이 불명확하여 경계획정이 곤란할 수 있다는 지적으로는 Henckel(주 107), S. 99 ff. 참조.

156) 참고로, 가령 독일 민법 제908조는 이웃 토지의 건물 등이 붕괴할 위험이 있을 때, 그 이웃 토지의 소유자가 그로 인한 손해배상책임을 지게 될 사람에 대하여 위험의 회피에 필요한 예방조치를 취할 것을 청구할 수 있도록 정하는데, 이에 관해, 독일에서는, 그 이웃토지 소유자가 "위험의 회피에 필요한 예방조치" 중 일정한 조처를 요구할 청구권을 가지는 것은 아니고, 적합한 조처는 의무부담자가 스스로 정하는 것으로 해석되고 있다. 이에 관해서는 Bettina Brückner, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 8, 8. Aufl., C. H. Beck(2020), § 908 Rn. 6 및 그곳에서 인용된 BGH BeckRS 2012, 13527 Rn. 11 및 RGZ S. 65, 73, 76 참조.

한편 위태화 방지에 필요한 조처를 위해 일정한 비용이 드는 경우가 많겠지만, 그 조처가 제거가 아닌 시설 등의 설치라면, 그 비용지출로써 증대한 가치가 그 상대방의 영역에 그대로 남는 사례도 적지 않을 터이다.[158] 이러한 이유에서, 상대방이 침해 또는 위태화 방지를 위해 그 자신의 영역에서 일정한 조처를 해야 하는 때에, 그 상대방이 부담할 불이익은, 상대적으로 부작위청구권보다는 다소 클 수 있지만, 당사자(피해자) 영역 내에 있는 침해원의 제거를 구하는 경우보다는 상대적으로 작은 경우가 다수일 것이다. 그러한 당사자 영역 내에 있는 침해원의 제거를 위해서는 그 제거 자체의 비용부담도 적지 않을 뿐 아니라, 제거한 부분의 이전비용도 들 수 있기 때문이다.

요컨대, 상대방 영역에서 행해지는 침해 또는 위태화 방지에 적합한 시설 등의 조처 청구권 내용을 정하기 위해 비례성 원리를 적용할 때도, 앞서 본 부작위청구권의 경우와 같이,[159] 피침해이익의 성질과 가치, 침해행위의 양태에서 나타나는 침해 또는 위태화의 정도, 침해·위태화가 발생할 개연성 정도, 예방청구권 내용의 구체화 정도와 그러한 의무부담으로 입게 되는 상대방의 불이익 정도를 교량(較量)해야 한다. 특히 이 경우에는, 상대방의 불이익 정도가 상대적으로 크지 않을 수 있는 만큼, 아직 침해나 위태화가 실현되기 전이라도 그 발생 개연성 정도에 따라 적절한 조처의 청구가 허용될 수 있다. 또, 위태화 방지에 적합하고 필요한 여러 조처와 수단 중에서 그

---

157) 가령, 대형건물의 빛반사로 인한 방해배제 및 손해배상청구가 제기된 사안에 관하여 대법원 2021. 6. 3. 선고 2016다33202, 33219 판결의 원심판결[서울고등법원 2016. 6. 17. 선고 2013나28270, 2013나28287(병합) 판결]에 기재된 청구취지나, 그 제1심판결[수원지방법원 성남지원 2013. 4. 2. 선고 2011가합4847, 19016(병합) 판결]의 주문도 본문과 같은 방식으로 피고에게 차단시설 방법에 관한 선택의 여지를 부여하고 있다. 다만, 제1심판결과 같이 "해당 아파트에 유입되는 태양반사광의 정도가 불능현휘 및 맹안효과의 정도에 이르지 않도록 별지 제3 목록 기재 건물상에 별지 제4 목록 기재 방법들 중 하나의 방법으로 태양반사광 차단시설"을 설치하라는 주문만으로는, 피고가 주문에 부합하게 설치할 차단시설이 어떤 성상을 갖추어야 하는지에 관한 추가의 분쟁 여지를 남겨두고 있다는 점에서 문제가 있다고 본다. 이에 관해서는 서울고등법원 판례공보스터디, 민사판례해설 III-상(2022), 61면(홍승면) 참조.

158) 일정한 위험방지시설을 설치하였다면, 그 시설은 특별한 사정이 없는 한 그 상대방의 재산가치로 남을 것이다.

159) 위 (2) 부분 참조.

상대방의 지배영역에 관한 처분의 자유가 최소한도로만 제약되도록, 선택의 여지를 부여하는 내용의 청구권을 형성할 것이 요구된다.

2) 배제·제거청구권

단순히 권리·법익에 대한 침해나 위태화가 염려되는 데 그치지 않고, 그것이 실현된 경우라면 해당 침해원에 대한 배제·제거청구권이 문제 될 수 있다.

민법이 정한 물권적 청구권[160] 중 반환청구권(민법 제204조, 제213조 등)도 이러한 배제청구권의 한 유형으로 거론되곤 한다.[161] 이를 먼저 본다. 타인 소유물을 사실상 지배함으로써 타인의 소유권을 침해한다면, 그러한 지배를 정당화하는 권리가 없는 한, 그 자체로 위법하다. 이후에도 지속될 침해를 예방하는 데에는 그 지배를 이전하는 인도, 즉 반환의 조처가 적합하고, 필요하다. 청구의 상대방은 대체로 자기가 점유하는 물건의 지배를 스스로 풀어서 당사자(소유자)에게 이전해주는 부담만 진다. 이때 상대방(방해자)에게 그리 큰 비용부담이 요구되지 않곤 한다.[162] 즉, 반환청구권의 상대방에게 지워지는 부담이 크다고 볼 수 없지만, 반면 반환청구권 행사를 통한 예방은 적합하고 필요하며, 그 필요성 정도는 상대방의 불이익에 비해

---

160) 종래 물권적 청구권이 행위청구권인지, 인용청구권인지 하는 법적 성질 문제가 그 비용부담 문제와 연결지어 논의되었지만, 이 글은, 본문의 유형 분류 및 그 내용에서 나타나듯이, 행위(작위)청구권에 해당한다는 입장에서 서서 서술한다. 기본적으로, 부작위 의무를 지는 인용청구권으로 물권적 청구권을 구성하는 것은 우리 민법 규정 문언에 반한다고 생각한다. 이에 관해서는 민법주해(Ⅴ)(주 62), 192면(양창수) 이하; 주석 민법[물권 1](주 18), 611면(이계정) 등 참조.

161) 그래서 민법 제213조에 기한 소유물반환청구권은 제214조의 소유물방해배제청구권의 특별규정으로 설명되기도 한다. 민법주해(Ⅴ)(주 62), 209면(양창수) 참조.

162) 반환청구권에 관해서는, 그 목적물이 부동산이든, 동산이든, 특정물채무에 관한 규정이 준용될 것이므로, 특별한 사정이 없는 그 물건이 있는 장소에서 점유이전이 이루어져야 한다. 이때 반환의무자는 점유를 이전하는 과정에서 그리 유의미한 비용을 지출하지 않을 테고, 그 의무이행을 위한 노무급부도 그리 큰 부담이 되지는 않을 것이다. 이와 같은 취지의 설명은 독일 민법의 입법자료에서도 확인할 수 있다. Benno Mugdan(Hrsg. u. Bearb.), Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 3, Sachenrecht, Neudruck der Ausgabe Berlin 1899, Scientia Verlag AAlen(1979), S. 237 참조. 그 밖에 같은 취지로 Koziol (주 41), Rz. 2/6도 참조.

더 크고, 기대가능한 수준이다. 민법 제213조의 규범구조가, 청구인의 해당 물건에 대한 소유와 상대방의 점유 사실만으로 반환청구권의 청구원인을 갖출 수 있도록 규율하면서(본문), 그 효과내용 결정을 위한 추가의 이익형량이나 이를 위한 고려요소를 제시하지 않는 구조로 짜여 있는 점도 위와 같은 이익 상황의 평가 결과에 부합한다.

그러나 위에서 다룬 청구권 외에, 이미 침해나 위태화가 실현된 상황에서, 특히 해당 당사자 영역 내의 침해원에 대한 배제·제거를 구하는 청구권은 상대방에게 큰 부담을 줄 수 있다. 물론, 이미 침해 등이 실현된 상태에서 추가의 향후 침해를 예방하기 위해 해당 침해원의 배제·제거를 청구하는 것은 예방 목적에 적합하고, 필요할 수 있다. 이미 위법한 침해행위가 (작위로든, 부작위로든) 행해졌다면, 그러한 위법행위자에게, 다른 행위의 여지나 조처, 수단의 선택 여지를 부여하지 않은 채 곧바로 해당 침해원의 배제 또는 제거라는 특정한 의무를 부과한다고 하여, 그러한 사정만으로 위법행위자에 대한 과도한 제약이 가해졌다거나 기대불가능하다고 평가하기 어려울 것이다. 그런데 침해원의 배제·제거를 위해서는 일정한 비용이 소요된다. 이는 그 상대방이 부담한다.[163] 설령, 침해원이 예방청구권의 상대방 영역 내에 있어서, 그 상대방 영역에서 제거 등의 조처가 이루어지더라도, '배제'나 '제거'를 위한 비용지출은 통상 그 영역의 가치증대를 수반하기 어렵다. 침해·위태화가 실현된 당사자 영역에 침해원이 있는 때 중에서, 가령 타인의 토지 위에 무단으로 주차된 차량을 운전하여 다른 곳으로 옮겨두는 방식으로 제거행위를 할 때는 그리 큰 비용부담이 없고, 따라서 그 상대방의 불이익도 크지 않다고 말할 수 있지만, 그 토지 위에 무단으로 건립된 건물을 철거할 때, 그 토지의 토양에 오염물질이 매립되어 이를 정화할 때는 그 비용부담을 결코 경미하다고 볼 수 없다.[164] 즉, 예방청구권 요건이 갖추어진 사안이라도, 그 효과 내용 형성의 기본원리인 비례성 원리를 적용하는 과정에서, 침해원의 배제 또는 제거 청구권은 당사자 침해이익의 성질과 가치, 침해 또는 위태화 정도가 경미하지 않더라도, 그 정도보다 더, 상대방의 이익

163) 앞의 주 160) 부분도 참조.

164) 이미 이러한 지적으로는 Mugdan(주 162), S. 273 참조.

을 과도하게 제한한다는 판단이 내려질 수 있고, 또 그러한 조처가 기대가능하지 않다는 판단이 내려질 여지도 크다.

대법원이, 폐기물이 포장된 상태로 적치된 사안에 관해서는 그 제거(취거)청구권을 인용하는 취지로 판시하였던 반면,[165] 오니류와 각종 생활쓰레기가 주변 토양과 뒤섞여 토양을 오염시키고 토양과 사실상 분리하기 어려울 정도로 혼재된 사안에 관해서는 "위법한 쓰레기매립행위로 인하여 생긴 결과"라면서 그 제거청구권이 배척되어야 한다는 취지를 판시하였던 것[166]도 위와 같은 비례성 원리의 적용과정에 비추어 보면, 수긍할 수 있다.

한편, 건물철거청구권이 주장되는 사안은 정형적으로 민법 제214조의 적용사례로 다루어지곤 하지만,[167] 건물철거로 인한 그 상대방(건물소유자)의 통상적 불이익 정도를 감안할 때 그의 이익을 과도하게 제한하거나 그러한 조처가 기대가능하지 않다고 판단해야 할 때도 있을 수 있다.[168] "위법행위" 요건 구비와 피침해이익의 성질과 가치, 침해행위의 양태 등에서 도

---

165) 대법원 2002. 10. 22. 선고 2002다46331 판결(피고가 염료 및 안료를 생산하는 과정에서 배출한 사업장폐기물인 폐수처리 오니(汚泥) 1,500t이 폐기물관리법에 따라 처리되지 아니한 채 500kg 단위의 점보백에 포장된 상태로 적치되어 있던 사안) 참조. 이러한 사안에서 상대방은 적치된 폐기물을 제거하는 데 그리 큰 부담이 없을 것이다.

166) 대법원 2019. 7. 10. 선고 2016다205540 판결(어느 지방자치단체가 30여 년 전 쓰레기매립지에 쓰레기를 매립하는 과정에서 매립지와 경계를 같이하는 인접 토지에 상당한 양의 쓰레기가 매립되었고, 그 후 인접 토지의 소유권을 취득한 을이 토지를 굴착한 결과 지하 1.5~4m 지점 사이에 비닐, 목재, 폐의류, 오니류, 건축폐기물 등 각종 생활쓰레기가 뒤섞여 혼합된 상태로 매립되어 있었고 주변 토양은 검게 오염되어 있었으며, 이에 원고가 해당 지방자치단체를 상대로 매립물제거 등을 구한 사안) 참조. 이러한 사안에서 상대방은 혼재된 폐기물을 분리·제거하는 데 큰 부담을 지게 될 것이다.

167) 가령, 곽윤직/김재형(주 60), 233면; 김형석(주 4), 400-401면 및 같은 글 400면 각주 13)에 소개된 판례 등 참조.

168) 그동안 실무적으로는, 이처럼 상대방(건물소유자 등)의 과도한 불이익이 문제 되는 사례에 관하여 건물철거청구권 행사의 권리남용 내지 신의칙 위반(민법 제2조) 여부가 다루어졌다. 토지소유자의 건물철거청구를 권리남용 등으로 불허한 대법원 판례로는, 우선 대법원 1980. 5. 27. 선고 80다484 판결; 대법원 1991. 6. 11. 선고 91다8593, 8609(반소) 판결; 대법원 1991. 9. 24. 선고 91다9756, 9763(반소) 판결; 대법원 2019. 10. 31. 선고 2017다48003 판결 등 참조. 이러한 판례 입장을 분석한 문헌으로는 이은영, 토지의 경계침범과 권리남용에 관한 법적 고찰, 외법논집(제36권 제3호), 한국외국어대학교 법학연구소(2012), 55-59면 참조. 또한 뒤의 주 173) 참조.

출되는 침해원의 제거필요성 정도만으로 그 침해원의 제거가 정당화되지 못하는 상황이 발생할 수도 있다는 것이다. 따라서 불법행위에 대한 예방청구권 규율을 도입할 때, 위법행위로 당사자 이익에 대한 침해나 위태화가 실현된 상황에서, 특히 그 당사자 영역 내의 침해원 제거를 그 위법행위자에게 청구하는 것은 비례성 원리에 반한다는 이유에서 허용되지 않을 수도 있음을 염두에 두어야 한다.

Ⅲ. 민법 기존 규정과의 체계조화성 확보를 위한 검토

1. 흠결 없는 권리보호체계 구축을 위한 보완 필요사항: 민법 제394조의 개정

실정법률로써 개인의 권리보호를 위한 구제수단을 마련할 때는, 각각의 요건과 효과를 그 규범 목적과 책임 내용에 부합하도록 차별적으로 규율하여야 한다. 앞서 본[169] 불법행위에 대한 예방청구의 요건 및 효과 내용이 불법행위로 인한 손해배상청구의 그것과 다른 까닭은, 위와 같은 차별적 책임체계 구축의 필요성에서 비롯한다고 설명할 수 있다.[170]

그런데 위와 같은 체계를 구축하면서 유념할 사항은, 각 권리구제수단의 요건 및 효과에 차이를 두는 과정에서 당사자의 권리보호 가능성에 틈이나 흠결이 생겨서는 아니 된다는 점이다. 이러한 틈이나 흠결을 막기 위해서는, 개별 구제수단의 보호범위 경계를 명확하면서도, 각 책임영역 사이에 빈틈이 생기지 않도록 정교하고 정확하게 획정하려고 시도함이 우선일 것이다. 그러나 그러한 획정이 현실적으로 가능하지 않다면, 차라리 그러한 규

169) 위 II. 2. 및 4. 부분 참조.

170) 그 밖에 가령, 현재의 재화의 부당이전을 교정하려는 취지의 부당이득법은 그 책임구성요건으로 수익자의 과책을 요구하지 않고, 선의의 수익자에 대해서는 그의 기존재산에 영향이 없도록 현존이익 한도에서 반환책임을 지도록 하지만, 악의의 수익자는 그의 기존재산에 의해서도 책임을 지도록 이자반환 및 손해배상의 책임을 지도록 규율한다(민법 제741조, 제748조 참조). 이에 관해서는 최우진(주 119), 333-334면 참조.

율 현실을 받아들이고, 각 구제수단으로 보호할 수 있는 범위를 어느 정도 중첩하여 여러 구제수단을 각각의 요건 구비에 따라 선택 또는 경합하여 행사할 수 있는 중간영역을 허용하는 입법이 상대적으로 더 효율적이고, 타당하다.[171] 불법행위에 대한 예방청구권을 규율할 때도 이러한 점을 의식할 필요가 있다.

앞서 본 바 있지만,[172] 당사자의 이익이 침해되거나 위태롭게 되어 그 당사자 영역 내에 있는 침해원을 제거할 필요가 있더라도, "위법행위" 요건 구비와 당사자 이익의 침해 또는 위태화 정도 및 그 침해원 제거의 필요성만으로는 침해원의 제거에 관한 상대방의 비용지출 부담 등 불이익을 상쇄하기 어려운 사안이 있을 수 있다.[173] 그렇다면, 불법행위법은 이러한 경우에 더 이상 당사자의 권리보호를 위해 기능하지 못하고, 해당 침해원과 그로 인한 손해의 확산은 그대로 방치될 수밖에 없는 것인가? 만일 그럴 수밖

171) 같은 취지의 설명으로는 Koziol(주 41), Rz. 2/5; ders.(주 22), S. 663 참조.

172) 위 II. 4.의 (3) 2) 부분 참조.

173) 가령, 토양오염 폐기물에 관한 제거청구권이 문제 되는 사례에서 그럴 수 있다. 나아가 건물 등의 철거청구권이 문제 되는 경우도 그러하다. 앞의 주 168) 및 해당 본문 부분 참조. 한편 필자는, 토지와 건물을 별개의 독립한 부동산으로 취급하면서도, 경매 등 토지사용권원에 관한 협의의 기회 없이 타인 토지 위의 건물 소유를 취득하는 때에 관해 실정 법률이나 관습법에 의한 법정지상권 제도를 운용하는 우리나라의 법제와 실무에서, 건물(특히, 완성되어 사용 중인 건물)소유자의 토지사용 무권한에 관한 주관적 과책(고의·과실)이 없는데도 철거청구권을 인용할 수 있는 실제 사례가, 이른바 경계침범(월경; 越境) 건축 사안 유형을 제외하고는, 상정할 수 있을지에 관한 의구심을 품고 있다. 나아가, 토지와 건물을 별개의 독립한 물건으로 취급하지 않기는 하나, 서구에서는 타인 토지 위의 건축이나 심지어 경계침범 건축에 관해서도, 그 지상물 철거청구 가부를 건물소유자 또는 건축주의 주관적 사유, 즉 과책 유무나 선·악의에 좌우되도록 규율하고 있다. 이러한 비교법적 연구에 관해서는 우선, 정병호, 민법 개정안 제242조의2(경계를 침범한 건축)에 관한 연구, 재산법연구(제22권 제1호), 한국재산법학회(2005), 42면 이하의 연구 내용 참조. 그렇다면, 토지와 건물(특히, 완성되어 사용 중인 건물)의 소유자가 다른 경우에 철거청구권을 행사하기 위해서는 건물소유자의 일정 정도의 과책을 요하고, 건물소유자에게 고의·(중)과실이 있는 때에만 철거청구권이 인용된다고 규율을 정립하여야 하는 때가 있는 것 아닐까? 또는 철거청구권이 과책과 무관한 예방청구권의 일환인 경우도 있지만, 사안에 따라서는 아래에서 살피는 바와 같은 손해배상책임, 그중에서도 예외적으로 실무상 허용되어 온 원상회복청구권의 일환으로 이해해야 민법의 과책원리에 부합하는 것이 아닐까? 여기서는 의문의 제기에 그치고, 별도 후속 연구를 계획해 둔다.

에 없다면, 개인의 권리보호를 추구하는 불법행위법의 기능은 크게 저하될 수밖에 없다. 보완책을 찾아야 한다.

이를 위해 우선, 불법행위법의 다른 청구권 근거, 즉 손해배상책임의 설정 가부를 검토해 본다. 불법행위에 대한 예방청구권과 달리, 상대방의 고의·과실 등 주관적 과책 사유가 갖추어진다면, 당사자에게 발생한 불이익을 상대방의 재산에 기한 책임부담으로 전가할 수 있다.[174] 즉, 침해행위가 그 상대방의 고의 또는 과실에 의한 위법행위에 해당한다면, 그리고 그 침해원 제거가 필요하고 가능하다면, 그 제거에 관한 비용지출 부담 등의 불이익은 해당 상대방에게 전가[175]할 수 있는 것이다. 전가의 범위는 통상손해가 기본이겠지만, 특별손해도 상대방이 그 사정을 알았거나 알 수 있었을 때는 그 범위에 포함할 수 있다(민법 제763조, 제393조).[176] 하지만 이와 달리 고의·과실 요건을 갖추지 못하였다면, 그 상대방이 위법행위를 하였더라도, 손해배상청구는 물론, 그 침해원의 배제 또는 제거 청구도 제한될 수 있다. 이때 그 상대방에게 과도한 비용부담 등의 불이익에 대한 책임을 전가한다면, 비례성 원리에 반하는 예방조처 청구를 승인함으로써 그 상대방에 대한 또 다른 권리침해를 조장하는 결과를 초래하기 때문이다. 이를 막으려는 손해배상책임의 과책원리도 형해화된다.[177]

그렇다면, 어떠한 때에 상대방에게 과도한 비용부담 등의 불이익이 전가되지 않는다고 보아 과책 없이도 예방조처의 청구를 허용하고, 다른 어떠한 때에 그러한 비용부담 전가로 보아 과책 요건 구비를 전제해서만 손해배상책임을 인정할 것인가? 이에 관한 경계를, 명확하면서도, 권리보호 가능성의 흠결 없이 정확하고, 정교하게 그을 수 있을지를 살펴본다.

---

174) 앞의 주 105)의 문헌 참조.

175) 물론 현행법상으로는 손해배상 방법으로 금전배상 원칙(민법 제394조)이 적용될 것이다.

176) 침해에 따른 후속결과, 즉 후속손해도 원상회복적 손해배상으로 해결할 사항이라는 지적으로는 이미 Larenz/Canaris(주 26), S. 701; Koziol(주 28), S. 648 및 국내 문헌으로는 김상중(주 4), 197-198면 등 참조. 그 밖에 앞의 주 105)의 문헌 참조.

177) 이에 관한 국내 문헌으로는 김형석(주 4), 396면; 민법주해(Ⅴ)(주 62), 242-243면(양창수) 등 참조.

우선, 어떠한 때에 상대방에게 비례성 원리에 반하는 불이익 부담이 전가된다는 이유로 당사자가 주장하는 내용의 예방청구권 효과가 부여될 수 없는지[178]는, 예방청구권의 효과 내용을 형성하기 위한 이익형량 과정에서 결정된다. 그러나 이익형량은 개별적·구체적 사안마다 달리 이루어질 수 있고, 각각의 고려요소도 다를 수 있다. 이익형량의 방법에 관한 법리 그 자체만으로, 관련된 이익상황에 관한 일반적·추상적 평가 방법과 대강의 고려요소를 제시하는 데에서 더 나아가, 미리 세상에서 일어날 수 있는 모든 사안마다 실제로 형량을 하는 방식이나 참작할 요소에 관한 세부 준칙까지, 일일이, 면밀하고 명확하게 제시한다는 것은 불가능한 일이다. 따라서 이익형량 방법에 관한 법리의 상세 준칙을 제시하는 방식으로, 어디까지가 불법행위에 대한 예방책임의 보호영역이고, 어디부터는 손해배상책임의 보호영역인지를 명확하면서도, 정확·정교하게 제시하는 데에는 한계가 있다. 그것을 법전 내에서 표현하는 일은 더욱 곤란하다.

다른 관점에서 두 책임 사이의 경계를 명확히 그어보려는 시도는, 종래 민법 제214조에서 정한 '방해'와 손해배상책임의 '손해' 개념의 구분에 관한 논의 영역에서 이루어졌다. 특히 대법원은 침해의 종결 여부를 위 구분의 기준으로 삼은 바 있다.[179] 그러나 이러한 기준은 그 의미 자체의 모호성으로 인해 부족함을 드러냈다.[180]

한편, 국내에서 관련 논점에 관한 독일의 논의[181]를 참조하여, 이른바

178) 앞의 주 173) 참조.

179) 앞의 주 108)의 판결례 참조.

180) 가령, 폐기물이 매립된 사안에서, 매립행위가 종결된 이후에는 토지소유권 침해가 종결되었다고 볼 수도 있지만, 현재 매립된 상태 자체로 인해 소유권 침해가 계속된다고 볼 수도 있다. 또한, 돌을 던져 이웃집의 창문을 깨뜨린 사안에서도, 이미 소유권 침해가 종결되었다고 볼 수도 있지만, 깨진 창문으로 유입된 한기(寒氣)로 인해 그 집을 사용할 수 없다면 여전히 침해가 계속된다고 볼 수도 있다. 같은 취지의 지적으로는 김형석(주 4), 418-419면 참조.

181) 독일에서는 종래 로마법상 부인소권(*actio negatoria*)에서 유래한 독일 민법 제1004조의 법적 효과와 같은 법 제249조 제1문에 따른 손해배상책임에 기한 원상회복이라는 법적 효과 사이의 충돌위험과 손해배상책임에서의 과책원리 형해화 문제로부터, 위 제1004조의 책임구조와 그 조항에서 정한 방해(Beeinträchtigung)의 제거청구 내용에 관한 복잡한 논의가 전개되었다. 이에 관해서는 우선 Fritz Baur, Der

반대행위(*actus contrarius*)설을 제시하는 견해가 유력하게 제시되기도 한다.[182] 하지만 이 기준 역시 명확하지 못하다.[183] 가령 토양오염 사건을 보더라도 그러한 점은 분명히 드러난다.[184] 오염된 토양에 매립된 폐기물을 분리하여 정화하기 위해서는 당초의 매립행위를 뛰어넘는 추가의 기술적 조처[185]가 필요할 수 있지만,[186] 그러한 상황에서 제거의 대상인 반대행위와 거기서 제외되는 추가 침해(방해)를 분명하게 구분하기란 매우 곤란한 일이다. 설령 어느 부분만을 반대행위로 보아 제거하더라도, 여전히 장래의 침해를 예방할 필요가 남을 수 있다.[187] 권리보호 가능성에 흠결이 생길 우려를 지울 수 없다. 더구나 위 이론 뒤에는, 제거청구권이 과책과 무관한 책임의무부담을 지향하는 쪽으로 확장되어서는 안 된다는 관점[188]이 자리 잡

Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB – Zugleich ein Beitrag zum Problem der Rechtswidrigkeit auf dem Gebiet des Güterschutzes, in: Archiv für die civilistische Praxis, 160. Bd., Mohr Siebeck(1961), S. 487 ff.; Larenz/Canaris(주 26), S. 674 f.; Thomas Raff, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl., C.H.Beck(2020)[이하 'MüKo/Raff(주 181)'], § 1004 Rn. 49 ff.; Christoph Thole, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3·Sachenrecht, §§ 985-1011, De Gryter(2019)[이하 'Staudinger/Thole(주 181)'], § 1004 Rn. 16 ff. 등 참조. 이에 관한 개략적 설명을 한 국내 문헌으로는, 우선 김형석(주 4), 395면 이하 참조.

182) 김형석(주 4), 420, 429면; 민법주해(Ⅴ)(주 62), 244면(양창수); 주석 민법[물권 1](주 18), 666면(이계정) 등 참조. 다만 유보적인 견해로는 김진우, 독일법상의 소유물방해제거청구권에서의 "방해", 재산법연구(제29권 제4호), 한국재산법학회(2012), 62면 참조.

183) 김진우(주 182), 63면; 김형석(주 4), 420면(가령, 돌을 던져 창문을 깨뜨린 사안에서 돌을 제거하는 것이 반대행위일 수 있지만, 깨진 유리창을 새것으로 교체하는 행위도 그 창문을 깨는 행위의 반대행위로 볼 수 있음을 지적) 등 참조.

184) 가령, 대법원 2019. 7. 10. 선고 2016다205540 판결[사안의 요지는 앞의 주 166)에 기재] 참조.

185) 기술적 조처에 관해서는 이계정, 소유물방해제거청구권 행사를 위한 방해의 현존, 민사판례연구(XLIII), 박영사(2021), 253면 참조.

186) MüKo/Raff(주 181), § 1004 Rn. 238 참조. 그밖에 김진우(주 182), 63면도 참조.

187) 가령, 어떠한 토지에 식재된 나무의 뿌리가 계속 자라 이웃 토지의 하수도배관을 파손한 경우, 단순히 배관으로 침투한 뿌리 부분을 제거하더라도, 그 나무뿌리는 계속 자랄 것이므로 방해원(침해원)은 여전히 제거되지 않은 상태가 된다. MüKo/Raff(주 181), § 1004 Rn. 239의 사례 참조. 그렇다면, 나무 자체가 제거의 대상이 되어야 하는가? 여전히 불명확하다.

188) Larenz/Canaris(주 26), S. 698 참조. Baur(주 181), S. 489 f.는 소유물반환청구권(*rei*

고 있음을 유의하여야 한다. 즉, '지속되는 침해의 현실적 제거'와 '과거에 행해진 가해에 대한 배상' 사이의 경계획정을 할 때, 위와 같은 관점에서 과책과 무관하게 인정되는 제거청구권의 발동 대상을 되도록 협의(俠義)로 파악하기 위해, 제거의 대상을 최초의 침해원으로 한정하고, 나머지는 과책 여부에 좌우되는 손해배상책임 영역으로 돌리고자 한 것이다.[189] 독일에서 여전히 유력[190]하게 주장되는, 이른바 권한참칭설(Usurpationstheorie)[191]도 그 곳 민법 제1004조의 제거청구권과 손해배상청구권의 기본적 차이를 강조하는 데에서 출발하였다.[192] 마찬가지로 과책과 무관한 제거청구권의 확장을 막으려는 관점이 영향을 주고 있음을 알 수 있다.[193] 그래서 위 두 이론 중 어느 이론에 따르든, 앞에서 살핀 비례성 원리의 적용 결과와 같이, 당사자

---

vindicatio)을 형성할 때에 법률이 내린 평가로부터 반대행위설을 도출한다. 즉, 점유자가 물건을 단지 반환하여야 할 뿐이고, 이로써 어느 정도까지는 방해가 제거되며, 추가의 방해와 손해는 단지 악의적이거나 불법행위적 행태로 비난될 수 있을 때에만 배상될 필요가 있다는 것이다.

189) 위 주 181)의 문헌 참조.

190) 가령, MüKo/Raff(주 181), § 1004 Rn. 102 ff.(한편, 이 주석서 같은 조 Rn. 3에서는, 권한참칭설이 그 사이에 지배적 견해가 되었다는 취지가 기재)나 Staudinger/Thole(주 181), Rn. 2, 29 ff.는 기본적으로 권한참칭설의 입장에 서면서, 기존의 권한참칭설에 대한 비판점(사실적 방해의 배제나 권리포기 사안의 문제)을 수정하는 방향의 해석론을 전개한다.

191) 이에 관한 국내 문헌으로는 김진우(주 182), 54면 이하; 김형석(주 4), 422면 이하; 이계정(주 176), 241면 이하 참조. 이미 위 문헌을 통해 상세한 소개가 이루어졌으므로, 여기서는 권한참칭설의 요지를 간략하게만 언급하고자 한다. 이 이론은 독일 민법 제1004조에 기한 방해배제청구권이, 소유자가 역권(*servitus*)을 참칭하는 상대방에게 회복을 구할 수 있도록 한 로마법상 부인소권에서 유래하였다는 점에 착안하여, 소유권한을 참칭하는 자만이 방어청구권의 수규자에 해당한다고 본다. Picker(주 150), S. 621, 699([51], [128]) 참조. 이 이론에 따르면, 위 주 180)에서 제시한, 돌을 던져 창문을 깨드린 사례에서는, 돌을 제거하는 조처든, 창문을 교체하는 조처든 모두 제거청구권으로 해결할 수 없고 손해배상책임 영역이라고 본다. Staudinger/Thole(주 181), Rn. 365 참조.

192) Picker(주 150), S. 591([21]) ff. 및 ders., Zur Beseitigungshaftung nach § 1004 BGB – eine Apologie, in: Privatrechtssystem und negatorischer Rechtsschutz, Mohr Siebeck(2019), S. 777 ff. 참조. 그 밖에 MüKo/Raff(주 181), § 1004 Rn. 229 ff., 237; Staudinger/Thole(주 181), Rn. 27 f. 참조.

193) Picker(주 150), S. 600([30]) f., 604([34]) f.; MüKo/Raff(주 181), § 1004 Rn. 3 f.; Staudinger/Thole(주 181), Rn. 33 f. 참조.

의 권리·법익이 침해된 경우, 장래의 추가 침해나 위태화를 예방하기 위한 침해원 제거를 과책과 무관하게 청구할 수 있는 범위가 제한적이다. 그러나 구체적으로 어느 범위에서 제한되는지는 각각의 이론 자체에서 표방하는 기준에 따를 경우, 일률적으로 명확하게 설명하기 어렵거나(반대행위설), 방해원에 관한 권리 자체가 포기된 사안이나 사실적 방해행위에 대한 예방청구권적 권리보호 가능성의 흠결이 문제로 지적된다(권한참칭설).[194] 다만, 예방청구권 요건 구비만으로 제거할 수 없는 부분을 제거하기 위해서는 별도의 과책 요건이 필요하고, 이 요건이 갖추어지면 손해배상책임을 구할 수 있다고 설명할 뿐이다.[195]

이러한 논의 상황에 비추어 보면, 침해원 제거청구권과 손해배상청구권의 각 보호범위 경계를 명확하게 획정하면서, 당사자의 권리보호 가능성에 흠결이 없도록 규율한다는 것은 사실상 달성하기 어려운 과제라 해도 과언이 아닐 것이다. 그렇다면 차라리, 이러한 한계를 자인하고, 두 보호체계의 중간영역을 허용하는 방향으로 규율을 정비하여, 권리보호수단 체계의 흠결을 막는 것이 훨씬 더 바람직하다. 즉, 침해원의 제거가 필요한 경우에, 상대방에게 해당 위법행위에 관한 고의 또는 과실이 있다면 손해배상책임의 일환으로 원상회복, 즉 침해 내지 위태화의 결과를 제거하는 방법으로 회복하게끔 청구할 수 있고, 상대방의 과책 요건이 구비되지 않더라도, 적어도 예방청구권의 내용으로, 비례성 원리에 부합하는 방식으로는 침해원의 배제·제거 등을 구할 수도 있는 규율체계 정립이 요망된다.[196]

---

194) 독일에서 권한참칭설을 따르는 문헌도 사실적 방해행위나 권리포기 사안에 관한 일정한 수정을 하고 있음에 관해서는 앞의 주 190)의 문헌 참조.

195) 가령, 반대행위설을 취하는 문헌 중에는 Larenz/Canaris(주 26), S. 698; Baur(주 181), S. 489 참조. 권한참칭설을 취하는 문헌 중에는 Picker(주 150), S. 699([129]); MüKo/Raff(주 181), § 1004 Rn. 238 ff.; Staudinger/Thole(주 181), Rn. 350, 356 등 참조.

196) 한편, 국내에서 불법행위에 대한 예방청구권의 도입 논거로서, 불법행위에 대한 금지가 불법행위 구제수단인 원상회복의 중요한 형태이거나 그 필수적 선행단계임이 지적되기도 한다. 권영준(주 11), 58면 참조. 이는 예방(금지)청구권과 손해배상책임의 일환인 원상회복청구권이 각각 권리보호수단으로서의 기능을 수행한다는 점에 착안한 서술로 이해할 수 있다. 두 청구권이 모두 권리보호수단으로서 기능한다는 점에 대해서는 이론을 제기할 여지가 없다. 다만, 두 청구권은 그 세부 목적과 그

그런데 우리의 현행 민법은 손해배상의 방법으로 원상회복을 청구할 여지를 좁혀 두고 있다. 원상회복을 손해배상의 원칙적 지향점으로 규율한 독일 민법[197]이나 오스트리아 민법,[198] 또는 법관으로 하여금 배상방법을 직권으로 정할 수 있도록 정한 스위스 채무법[199]과는 다르다. 손해배상의 방법으로 다른 의사표시가 없으면 금전배상에 의하도록 정한다(제763조, 제394조). 이러한 규정 내용을 그대로 둔 상태에서 불법행위 예방청구권 규정을 민법전에 편입하면, 당사자의 권리·법익에 대한 침해가 지속되는 상황에서, 새로 편입된 규정에 근거해서뿐 아니라, 기존의 손해배상책임 요건이 갖추어진 때에도, 직접 그 침해원의 배제나 제거를 청구할 수 없는 경우가 생길 수 있다. 물론, 당사자가 해당 침해원을 스스로 배제·제거한 다음 과책요건을 갖춘 상대방에게 손해배상책임을 묻는 것이 가능하겠지만, 사안에 따라 그러한 방법을 관철할 수 없는 때도 있다.[200] 가능한 때라도 별도의

요건 및 효과에서 차이가 난다. 각 수단의 세부 목적에 부합하는 권리보호 가능성에 흠결이 없어야 하므로, 두 청구권이 각각 행사될 수 있는 중간영역이 필요하다고 본다.

197) 독일 민법 제249조 제1항은, 손해배상의 의무를 부담하는 자는, 배상의무를 발생시키는 사정이 없었다면 있었을 상태를 회복함을 원칙으로 정한다. 다만, 제2항에서 인신의 침해 또는 물건의 훼손을 이유로 손해배상이 행하여질 때 원상회복에 갈음한, 필요한 금전청구를 가능하도록 정하고, 제251조 제1항에서 원상회복이 불가능하거나 전보에 충분하지 않을 때의 금전배상을 정한다.

198) 오스트리아 민법 제1323조 제1문은, 원인야기된 손해의 배상급부를 위하여, 모든 것을 이전의 상태로 복구시키거나, 이것이 가능하지 않은 경우에는 사정(査定)가치가 보상되어야 한다고 정하여 원상회복을 우선시한다. 오스트리아 손해배상법에서 원상회복의 우선시에 관해서는 Koziol(주 36), Rz. 9/1 참조.

199) 스위스 채무법 제43조 제1항은, 발생한 손해에 관한 배상의 종류와 크기를 법관이 정하고, 이때 법관은 제반사정뿐 아니라 과책의 크기를 평가한다는 취지를 정한다. 이에 따라 원상회복의 방법이나 일부는 원상회복, 일부는 금전배상을 하는 형태도 배상방법으로 정해질 수 있다. 우선 Fellmann/Kottmann(주 31), S. 448 및 그곳에 인용된 스위스 연방법원 판결과 Honsell(주 31), S. 79 f.(다만, 원상회복의 방법이 택해지는 경우는 드물다고 한다) 등 참조.

200) 가령, 폐기물 매립사안에서는 토지소유자인 당사자가 해당 폐기물을 직접 제거한 다음, 또는 그 제거를 하기 전이라도 제거비용 정도의 손해배상청구가 가능하다. 앞의 주 166)의 판결 참조. 반면, 건물철거 등의 사안에서는 토지소유자가 스스로 타인 소유의 건물을 철거할 처분권능을 가질 수 없다. 이에 관해서는 가령, 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다85133 판결(판결이유 중에서 철거대상 주차장의 처분권한이 없는 피고를 상대로 철거청구를 할 수 없다는 원심의 판시를 옳다고 판시) 참조.

의사표시가 없는 한, 비용배상청구 대신에 직접 그 침해원의 배제나 제거 자체를 상대방에게 청구할 법적 근거는 갖지 못한다.[201] 권리보호 가능성의 흠결이 우려된다.

이러한 우려를 불식하기 위해서는, 차제에 불법행위 예방청구권 규정을 민법전에 편입하면서, 손해배상의 방법으로, 당사자들의 의사표시와 무관하게 일정한 경우에 그 결과의 배제나 제거를 위한 원상회복을 명할 수 있는 법적 근거를 마련할 필요가 있다.[202] 물론, 손해배상의 방법으로 금전배상의 원칙 자체를 포기하자고 제안하는 바는 아니다.[203] 그러나 원상회복의 방법이 당사자 권리보호에 적합하고, 그것이 가능하며, 금전배상의 방법에 비해 과도한 부담을 주지 않는다면,[204] 당사자가 일방적으로 이를 청구할

---

201) 대법원 1994. 3. 22. 선고 92다52726 판결; 대법원 1997. 3. 28. 선고 96다10638 판결 등 참조. 다만, 현행 규정의 해석론으로 원상회복을 손해배상방법으로 인정할 수 있다는 취지의 주장으로는 윤진수, 손해배상의 방법으로서의 원상회복 - 민법개정안을 계기로 하여 - , 비교사법(제10권 1호), 한국비교사법학회(2003), 101면 이하 참조.

202) 한편 송오식(주 8), 147면은, 원상회복과 방해제거를 준별할 필요 없이 불법행위의 효과로서 원상회복기능을 인정하여야 한다고 주장한다. 불법행위의 효과인 손해배상방법에 당사자들의 의사표시와 무관하게 원상회복 방법이 가능하도록 입법하자는 취지에서는 이 글의 관점과 같다고 볼 수 있다. 그러나 이 글은 과책원리가 적용되는 손해배상책임의 일환인 원상회복과 과책원리가 적용되지 않는 예방책임의 일환인 방해배제 자체는 관념적으로 구별하여야 하지만, 현실적으로 그 경계를 명확히 획정하기는 곤란하기에, 두 권리보호수단 체계의 중간영역을 구축하자는 입장이다.

203) 손해배상의 방법으로 원상회복을 우선시하는 독일 민법에서도, 그 민법제정 당시, 그곳 보통법 규율에 부합하지 않고, 유럽 내에서도 독특한 길을 간다는 취지의 비판이 있었다고 한다. 특히 원상회복 원칙은, 손해발생 사안에서 당사자들의 정형적 이익을 제대로 파악한 것으로는 보기 어렵다. 독일에서도 실무적으로는 대체로 금전배상이 이루어진다고 한다. Nils Jansen, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. II, Schuldrecht: Allgemeiner Teil, 1.Teilbd. §§ 241-304, Mohr Siebeck(2007), §§ 249-253, 255 Rn. 34; Hartmut Oetker, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 9. Aufl., C. H. Beck(2022)[이하 'MüKoBGB/Oetker (주 203)'], § 249 Rn. 320 참조.

204) 가령, 유럽불법행위법원칙(Principles of European Tort Law; PETL) 제10:103조는, 원상회복의 가능성과 상대방에 대한 과도한 부담이 되지 않을 것을 금전배상에 갈음한 원상회복 청구의 요건으로 삼고 있다. 이에 관해서는 신유철, 유럽불법행위법의 통일과 전망, 민사법학(제27권), 한국민사법학회(2005), 246-247면 참조. 또한, 유럽공통기준초안 6:101 제2항도 배상(Reparation)이 "금전 아니면 다른 방법으로, 가장 적절한 것으로(Reparation may be in money (compensation) or otherwise, as is

수 있는 여지를 실정법적으로 제시해 두어야[205] 침해원의 배제나 제거에 관한 권리보호 가능성의 흠결을 안정적으로 막을 수 있다. 민법 제394조도 함께 개정하여야 한다.[206] 이를 위한 개정안 문언은 기존 현행법 중 위와 같은 취지의 규율을 정한 광업법 제77조[207]가 도움을 줄 수 있다.

---

most appropriate)"으로 이루어질 수 있음을 정하고 있다. DCFR(주 133), p. 3721 참조. 만일, 가해자가 손해배상의 방법으로 원상회복의무를 부담하지만, 피해자에게도 과실상계 사유가 있다면, 피해자에게 손해제거를 위해 필요한 비용의 일부를 부담지울 수도 있을 것이다. MüKoBGB/Oetker(주 203) § 254 Rn. 107 참조. 그러나 예방청구권의 일환인 방해제거청구권에 과실상계 법리를 적용할 수 있을지에 관해서는 아래 2. 부분 참조.

205) 2004년 법무부 민법 개정안에는, 제394조의 개정안으로 제1항 단서에 "그러나 채권자는 상당한 이유가 있는 때에는 원상회복을 청구할 수 있다."라는 규정이 포함되어 있었다. 법무부, 04년 민법개정안(주 9), 74면 참조. 그리고 법무부가 2009년 2월 구성한 민법개정위원회의 위원장단안에도 "그러나 법원은 상당한 이유가 있는 때에는 채권자의 청구에 의하여 금전배상에 갈음하거나 금전배상과 함께 다른 적절한 방법으로 배상할 것을 명할 수 있다."라는 개정안이 포함되어 있었다. 이에 관해서는 송덕수, 채무불이행에 관한 민법개정시안, 민사법학(제60호), 한국민사법학회(2012), 169면 이하 참조. 그러나 2013년 법무부 민법 개정안에는 위와 같은 개정안은 담기지 않았고, 민법 제394조의 규정 문언을 "현행유지"하기로 하였다.

206) 위 2004년 법무부 민법 개정안 중 제394조 개정안에 관하여, 과거 채권법상 강제이행과 채무불이행으로 인한 손해배상방법으로서의 원상회복 사이의 관계가 불분명하다는 점이, 해당 개정안의 문제점으로 지적된 바 있었다고 한다. 이러한 지적에 대하여 두 구제수단의 차이점을 설명한 연구물로는 우선 신국미, 손해배상의 방법으로서 원상회복의 도입, 한양법학(제21권 제1집), 한양법학회(2010), 402, 405-406면 참조. 필자도 위 두 제도가 엄연히 구별되어야 하므로, 그 관계가 위 2004년 법무부 민법 개정안 중 제394조 개정안을 반대하는 논거로 설득력을 줄 수 없고, 민법 제394조에 일정한 요건을 두어 당사자의 일방적 원상회복청구권의 근거조항을 마련하여야 한다고 본다.

207) 광업법 제77조 제1항은 "손해배상은 금전으로 한다. 다만, 배상 금액에 비하여 너무 많은 비용을 들이지 아니하고 원상으로 회복할 수 있는 경우에는 피해자는 원상회복을 청구할 수 있다."라고 규정한다. 나아가 같은 조 제2항은 법원이 적당하다고 인정하면 당사자 청구와 무관하게도 금전배상 대신에 원상회복을 명할 수 있다고 규정하나, 이를 민법 규정에 도입할지에 대해서는 추가의 검토와 논의가 필요하다. 이 글에서는 법원의 직권 원상회복 명령 규율의 도입 가부에 관한 결론을 유보하고, 우선 채권자의 원상회복 방법의 청구 가능성만 열어두는 조항만 제안하고자 한다. 그 밖에 그간의 민법 제394조의 개정안 문언[앞의 주 206) 참조]도 아울러 검토할 필요가 있을 것이다.

2. 민법 제763조, 제765조의 준용조항 필요 여부

민법 제763조는 불법행위로 인한 손해배상에 관하여, 손해배상의 범위에 관한 민법 제393조, 손해배상의 방법에 관한 민법 제394조, 과실상계에 관한 민법 제396조, 손해배상자의 대위에 관한 민법 제399조를 준용하도록 정한다. 불법행위법 규정에 예방청구권 근거조항을 편입할 경우, 그 효과에 관해 위 4가지 규정 또는 위 제763조의 준용을 지시하는 조항도 필요한지 검토해 보아야 한다.

우선, 앞서 본[208] 불법행위로 인한 손해배상청구권과 그에 대한 예방청구권의 기능 및 책임귀속 구조에 따르면, 예방청구권의 효과 내용에 그 청구상대방의 책임재산 부담으로 회복하여야 할 손해배상은 포함할 수 없다. 따라서 그 배상의 범위로서 다루어지는, 통상손해뿐 아니라 특별손해도 예방청구권으로 방지 또는 제거 등의 조처 대상이 될 수 없다. 손해배상의 방법도 예방청구권의 방법으로 적용할 사항이 아니다. 민법 제394조에 손해배상권리자 일방에 의한 원상회복청구권 근거 규율이 마련되더라도, 이는 그 상대방에게 과책(고의 또는 과실)과 같은 손해배상책임 귀속사유가 추가로 존재할 때만 행사할 수 있다. 단지 위법행위만을 저지른 상대방에 대해서는 원상회복 또는 금전배상을 구할 수 없다. 또한, 피해자의 물건 또는 권리의 가액 전부에 대한 배상이 이루어지지 않은 이상, 배상자의 대위 규정을 예방청구권의 상대방에게 준용할 여지도 없다. 일부에 대한 배상이 이루어졌더라도 마찬가지다. 예방청구권자가 배상권리자의 물건이나 권리에 관한 지위를 대위할 근거는 찾을 수 없기 때문이다. 따라서 민법 제763조에서 열거한 규정 중 민법 제393조, 제394조, 제399조를 예방청구권의 효과에 관해서도 준용하도록 규정할 필요는 전혀 없다.

민법 제396조에 관해서는 논란의 여지가 없지 않다. 가령 독일연방최고법원[209]의 경우, 그곳 민법 제1004조의 방해제거청구권 행사와 관련하여,

---

208) 위 1. 및 II. 2., 4. 부분 참조.

209) 가령, RGZ 127, S. 29, 35[이른바 석탄더미화재사건(Haldenbrandfall), 즉 채굴되어 산처럼 쌓여 있던 석탄더미에서 화재가 발생하여 철로로 번지게 된 사건에서, 제국법원은 독일 민법 제1004조에 기해 석탄더미 불의 소화(消火)에 관한 청구권뿐 아니라

특히 제거비용 분담 문제에 관하여, 같은 법 제254조의 공동과책(Mitverschulden) 조항을 적용한 판시를 한 바가 있기도 하다. 그러나 독일에서도 위와 같은 판시에 대해서는, 독일 민법 제1004조에 기한 제거청구권에 불법행위에 관한 손해배상법 규범을 적용하는 것은 체계에 반한다는 지적이 유력하게 제기되고 있다.[210] 우리 민법 제396조의 과실상계 규정도, 채권자의 과실, 나아가 고의[211]와 같은 과책을 책임제한사유로 삼고 있는데, 예방청구권의 성립에 과책을 요하지 않으면서,[212] 반대로 그 청구권 주장자의 과책을 고려하여 예방청구권 행사에 대한 책임을 제한하는 것은 모순이다. 민법 제396조에 따른 책임제한의 정당화근거는, 가해자의 과책 요건 구비에 기하여, 피침해이익을 지배하는 피해자가 아닌, 가해자에게 그 손해에 대한 배상책임의 부담이 전가되는 상황에서, 다시 그 부담 전가를 제한할만한 피해자의 공동책임성(Mitverantwortlichkeit)이 인정되기 때문으로 보아야 한다.[213] 그렇다면, 손해에 대한 배상책임의 부담 전가로써 권리구제를

불이 붙은 철로침목의 소화비용에 관한 배상청구권 및 이미 불타버린 침목에 관한 배상청구권도 인정하였는데 그 소화비용배상에 관하여 공동과책 조항 적용]와 같이 제국법원 시절부터 공동과책에 의한 제거비용에 관한 책임제한을 인정하였고, 독일 연방최고법원이 설립된 후에도, BGH WM 1964, S. 1102, 1104(이웃토지의 나무뿌리가 인접한 테니스코트 부지 쪽으로 자라나 테니스코트 바닥이 파손된 사안에서 코트 시설 수선 및 회복비용에 관하여 독일 민법 제254조를 적용)에서도 공동과책에 따른 책임제한을 하였다. 이후에도 BGH NJW 2012, S. 1080 f. 참조. 그리고 종래 독일에서의 지배적 견해도 위 판례와 같은 입장이라고 한다. 가령, Larenz/Canaris(주 26), S. 703(단, 같은 책 S. 700 f.는 위 석탄더미화재사건에 관해서는 비판적 입장을 표한다);Baur(주 181), S. 489 Fn. 91 등 및 그 밖에 MüKo/Raff(주 181), § 1004 Rn. 256 Fn. 498과 Staudinger/Thole(주 181), Rn. 404에 인용된 문헌 참조.

210) 가령, Picker(주 150), S. 733([163]) ff.; MüKo/Raff(주 181), § 1004 Rn. 259, 261 ff.; Staudinger/Thole(주 181), Rn. 407 등 참조.

211) 배상권리자의 '고의'도 민법 제396조의 과실과 동일한 원칙에 따라 손해배상액 감경사유로 보는 데에는 별 이견이 없다. 대법원 1998. 9. 4. 선고 96다6240 판결; 대법원 2000. 6. 9. 선고 98다54397 판결 등 및 민법주해(XIX)(주 18), 291면 이하(박철) 등 참조.

212) 위 II. 2. 부분 참조.

213) 종래 신의칙이나 형평을 근거로 과실상계에 의한 배상액 감경의 정당화사유가 설명되곤 하였다. 가령, 대법원 1992. 2. 14. 선고 91다4249 판결; 대법원 2001. 3. 23. 선고 99다33397 판결 등 및 편집대표 곽윤직, 민법주해(IX), 채권(2), 박영사(2000), 603면(오종근) 등 참조. 그러나 '과책'이 책임귀속사유로서 갖는 의미에 비추어 보면,

도모하는 손해배상책임이 아닌, 예방청구권에 관하여 과실상계와 같은 책임제한 규율을 적용할 수는 없다고 본다. 실제로 위 독일연방최고법원 판결례에서 그곳 공동과책 규정을 적용한 사안은 침해원의 제거비용 부담에 관한 책임제한이 문제시된 경우들이었다.[214] 그러나 이 글의 관점에서 보면, 그러한 과도한 제거비용이 드는 조처는 원상회복이나 금전배상의 방법에 의한 손해배상책임으로 규율될 것이다. 금지청구나 제거청구 등과 같은 조처를 구하는 예방청구권에 관해서는 비례성 원리가 적용되므로, 피침해이익의 성질이나 가치, 침해 또는 위태화의 우려 정도 등에 비추어 별도의 제한이 필요할 정도의 과도한 비용이 드는 조처를 구하는 청구 자체가 인용될 수 없다.

민법 제765조도 같은 관점에서 예방청구권에 관해 준용할 수 없다. 이는 어디까지 고의 또는 과실에 의한 위법행위로 타인에게 손해를 가함으로써 손해배상책임을 부담하게 된 배상의무자에 대한 배상액 경감 규정이다. 이처럼 과책원리가 적용되는 책임부담 전가에 대한 제한 규정을 과책원리와 무관하게 위법행위만으로 발동할 수 있는 예방청구권의 효과에 준용할 수 없다.

3. 민법 제764조의 존치 필요 여부

현행 민법 제764조는 “명예훼손의 경우의 특칙”을 두어, “타인의 명예를 훼손한 자에 대하여는 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있다.”라고 정한다. 이는 금전배상원칙에 대한 특칙으로서 명예훼손 불법행위에 대한 손해배상방법으로 원상회복을 명할 수 있는 근거를 마련한 것으로 이해되고

본문과 같은 논지가 과실상계에 의한 책임제한의 정당화근거로 더 설득력을 준다고 본다. 같은 논지와 민법 제396조의 비교연혁적 관점의 분석으로는 최우진, 이른바 형평성에 근거한 손해배상책임제한 실무의 사례유형별 분석과 비판, 고려법학(제94호), 고려대학교 법학연구원(2019), 163면 참조.

214) 앞의 주 209)의 판결례도 화재의 소화비용이나 테니스코트 바닥의 수선 및 회복비용에 관한 것이었다.

있다.[215] 그리고 이 규정을 유추해석하여 위 규정의 "처분"에 명예훼손에 대한 예방처분도 포함된다는 주장이 제기되기도 하였다.[216]

이 글에서 제안하는 바와 같이, 불법행위 예방청구권에 관한 근거조항을 민법전에 편입하고, 손해배상의 방법으로 당사자들의 의사표시와 무관한 일방적 원상회복청구의 가능성을 열어두는 규정상 근거를 마련한다면, 민법 제764조는 더 이상 특칙의 기능을 수행할 필요가 없게 될 것이다. 그럴 경우, 민법 제764조는 삭제할 수 있다고 보지만,[217] 명예훼손에 관한 원상회복의 방법을 예시한 특칙 조항으로서 계속 존치할 수도 있다고 본다.

4. 소멸시효에 관한 별도 규율의 필요 여부

민법 제162조는, 채권은 10년간(제1항), 채권 및 소유권 이외의 재산권은 20년간(제2항) 행사하지 않으면 소멸시효가 완성한다고 정하면서, 채권뿐 아니라 소유권을 제외한 그 밖의 '재산권'도 소멸시효의 대상으로 삼는다.[218] 가족권이나 인격권과 같은 비재산권은 소멸시효의 대상인 권리에 포함하고 있지 않다.[219] 재산권에 해당하는 채권이나 물권에 기한 청구권도, 소유권에 기한 물권적 청구권을 제외하고는,[220] 소멸시효에 걸리는 것으로

---

215) 곽윤직(주 1), 802면; 민법주해(ⅩⅨ)(주 18), 332면(김황식); 편집대표 김용덕, 주석 민법[채권각칙 8](주 111), 679-680면(이원) 등 참조.

216) 민법주해(ⅩⅨ)(주 18), 333면(김황식) 참조. 위 규정과 같은 내용의 일본 민법 제723조에 관하여 같은 취지를 서술한 문헌으로는 加藤一郎 編, 注釋民法(19), 債權(10), 不法行爲, §§ 709-724, 有斐閣(1965), 371면(幾大 通) 참조.

217) 그러나 민법 제396조를 현행유지하는 2013년 개정안에 따른다면, 제764조 규정도 현행유지할 수 밖에 없을 것이다. 법무부, 13년 민법개정시안 조문편(주 12), 136, 214면 참조.

218) 곽윤직/김재형, 민법총칙[민법강의 Ⅰ](제9판), 박영사(2018), 424면 이하; 편집대표 곽윤직, 민법주해(Ⅲ), 총칙(3), 박영사(1992), 413-414면(윤진수); 편집대표 김용덕, 주석 민법[총칙 3](제5판), 한국사법행정학회(2019), 812면 이하(이연갑) 등 참조.

219) 곽윤직/김재형(주 218), 424면; 민법주해(Ⅲ)(주 218), 431면(윤진수); 주석 민법[총칙 3](주 218), 815면(이연갑) 등 참조.

220) 소유권에 기한 물권적 청구권이 소멸시효의 대상이 아니라는 취지의 대법원 1982. 7. 27. 선고 80다2968 판결 참조(매매계약 합의해제에 따른 매도인의 원상회복청구권이 소유권에 기한 물권적 청구권이라는 전제에서 위와 같이 판시).

이해함이 주류적이다.[221]

이러한 소멸시효에 관한 민법 규정 내용과 그 대상 권리로부터 도출되는 청구권의 소멸시효에 관한 기존의 이해에 비추어 보면, 불법행위 예방청구권도 기본적으로는 그 청구권을 도출하는 당사자의 권리 또는 법익의 성질에 따라 그 소멸시효의 대상 여부와 그 소멸시효기간을 정함이 기존의 민법 체계와 조화를 이룬다고 볼 것이다. 설령, 당사자가 주장하는 피침해권리나 그러한 법익이 소멸시효의 대상이 되지 않는 비재산권에 해당하고, 그 침해나 위태화를 예방하기 위한 청구권 내용은 상대방의 재산적 권리의 목적물을 제거의 대상으로 삼는다거나 상대방의 재산적 권리영역 내에서 어떠한 방지 조처를 하도록 구하는 것일지라도, 그러한 예방청구권만 소멸시효의 대상으로 삼게 된다면, 당사자의 해당 비재산권(인격권이나 가족권)의 온전한 권능 행사와 향유가 영구적으로 제약될 수 있다. 이러한 규율은 민법의 권리보호체계에 부합하지 않는다.

다만 소멸시효기간의 기산과 관련하여, 예방청구권 중 부작위청구권은 장래의 위법행위에 대한 것임을 유의할 필요가 있다. 당사자가 자기의 권리나 법익에 대한 장래의 침해나 그 위태화를 예방하기 위해 소송으로든, 소송 외로든, 그 상대방에게 일정한 부작위청구권을 구체적으로 주장·행사하기 전부터, 그 당사자와 상대방 사이에 어떠한 부작위에 관한 권리의무관계가 설정되었고, 그 권리를 행사할 수 있다고 보아 소멸시효가 기산된다고 보는 것은 무리일 수 있다. 그러한 경우에도 예방적 부작위청구권의 소멸시효가, 그에 관한 소송상 또는 소송 외적 주장·행사 이전부터 기산된다고는 볼 수 없을 것이다.[222] 물론, 상대방이 이미 당사자의 권리나 법익을 침해하

---

221) 곽윤직/김재형(주 218), 425-426면; 민법주해(III)(주 218), 415, 421면(윤진수); 주석 민법[총칙 3], 813면(이연갑) 등 참조. 다만, 제한물권에 기한 물권적 청구권이 소멸시효에 걸리지 않는다는 견해로는, 김증한/김학동, 민법총칙(제9판), 박영사(2001), 519면 참조.

222) 민법 제166조 제2항이 "부작위를 목적으로 하는 채권의 소멸시효는 위반행위를 한 때로부터 진행한다."라고 규정하고 있는 것도 일정한 부작위채권을 위반하기 전에는 권리자가 의무자에 대하여 특별히 권리를 행사할 필요가 없기 때문이라는 설명으로는 민법주해(III)(주 218), 473-474면(윤진수); 주석 민법[총칙 3]. 881면(이연갑) 등 참조.

거나 위태롭게 한 경우라면, 동일한 행태의 반복을 금지하는 일정한 구체적 부작위의무가 설정된다고 볼 수 있다. 그러한 경우라면, 당사자가 소송상 또는 소송 외적 주장·행사를 한 바 없더라도, 장래의 침해나 위태화를 예방하기 위한 부작위청구권의 소멸시효가 그 주장·행사 이전, 즉 당초의 부작위의무 위반 시부터 기산된다고 볼 수 있다.[223] 하지만, 이때도 부작위의무에 반하는 침해 또는 위태화에 관한 적극적 행태가 일련의 계속적 행위로 이루어진다면, 그러한 위법한 상태가 지속하는 한, 소멸시효는 기산되지 않거나 부작위청구권에 대한 반복된 위반행위로 인해 그때그때 새로운 청구권이 발생한다고 볼 수 있다. 이러한 점에서 예방청구권 중 부작위청구권에 관하여 소멸시효의 완성 여부가 문제시되는 때는 거의 상정하기 어렵다고 본다.[224]

한편, 민법의 채권편(제3편) 중 불법행위에 관한 장(제5장)은, 총칙편(제1편)의 소멸시효에 관한 장(제7장)의 규정과는 별개로, 불법행위로 인한 손해배상청구권에 관하여 3년의 단기소멸시효(제1항)와 10년의 장기소멸시효(제2항)[225]에 관한 규정을 제766조에 별도로 마련해두고 있다.

그중 피해자의 인식과 같은 주관적 용태와 무관하게 기산하도록 정한 장기소멸시효는 이미 "불법행위를 한 날"[226]부터 시효를 기산하도록 정하

---

223) 물론, 추가의 권리나 법익 침해나 위태화가 우려되지 않는다면, 예방적 부작위청구권 자체가 성립하지 않게 될 것이다.

224) 참고로 독일 민법 제1004조 제1항 제2문에서 정한 소유권에 기한 부작위청구권이 소멸시효에 걸리는지에 관한 그곳의 논의를 살피더라도, 결과적으로 그러한 부작위청구권에 관하여 소멸시효 완성이 문제시 되는 사안은 상정하기 어려움을 알 수 있다. 가령, 오로지 장래의 청구권이라는 이유에서 이를 부정하는 견해가 있고[MüKo/Raff(주 181), § 1004 Rn. 308 참조], 이와 달리 일률적으로 그리 볼 것은 아니라는 견해[Staudinger/Thole(주 181), Rn. 473 참조]도 있지만, 후자의 견해에 따르더라도, 결과적으로는 전자의 견해와 차이를 보이지 않는다.

225) 민법 제766조 제2항의 10년을 제척기간으로 보는 견해[가령, 곽윤직(주 1), 846면]도 있으나, 따를 수 없다. 위 10년을 소멸시효기간으로 보는 대법원판결로는 대법원 1996. 12. 19. 선고 94다22927 전원합의체 판결 참조. 한편, 불법행위 예방청구권에 대한 제척기간 설정 필요 여부도 검토의 여지가 있겠으나, 기존의 점유소권 외에, 실체적 권리에 기한 예방청구권에 대해서는 그러한 권리행사기간을 둘 필요는 없다고 본다.

226) 여기서 "불법행위를 한 날"의 의미에 관하여 가해행위시설과 손해발생시설이 나뉘

고 있으므로, 위법행위를 미리 방지하려는 목적으로 행사하는 예방청구권의 소멸시효에 관한 규율로 삼기에 부적절하다.

단기소멸시효는 일본의 2017년 개정 전 민법 제724조 제1문[227]과 여기에 영향을 준 구 독일 민법 제852조[228]의 영향을 받은 규율이다.[229] 이는 근대 입법과정에서 제기된 손해배상청구권 시효단축에 관한 분명한 요청(dringendes Bedürfnis)에서 비롯되었다고 한다.[230] 즉, 오랜 기간이 경과한 후에 청구권 상대방이 자신을 방어하는 데 부당한 제약이 가해지는 것으로 보이기 마련이라는 점과 그 손해배상청구권이 이런, 저런 이유에서 부당하다는 추정마저 다투어질 것이라는 사정에 근거한 요청이 입법으로 이어졌다는 것이다.[231] 그런데 예방청구권은 부작위청구권이든, 작위청구권이든,

---

나, 판례는 후자의 입장으로 이해되고 있다. 이러한 견해 대립에 관한 상세한 설명으로는 민법주해(ⅩⅨ)(주 18), 397-406면(윤진수) 참조. 그 밖에 대법원 2019. 8. 29. 선고 2017다276679 판결(불법행위에 기한 손해배상채권에서 민법 제766조 제2항의 소멸시효의 기산점이 되는 '불법행위를 한 날'이란 가해행위가 있었던 날이 아니라 현실적으로 손해의 결과가 발생한 날을 의미하나, 그 손해의 결과발생이 현실적인 것으로 되었다면 그 소멸시효는 피해자가 손해의 결과발생을 알았거나 예상할 수 있는지 여부에 관계없이 가해행위로 인한 손해가 현실적인 것으로 되었다고 볼 수 있는 때부터 진행한다) 등 참조.

227) 2017. 5.에 성립한 '民法の一部を改正する法律'에 의해 2020. 4. 1. 시행된 법률에 의해 불법행위의 소멸시효에 관한 규정이 개정되었다. 다만, 현행 민법 제724조 제1(一)호에도 같은 취지의 단기소멸시효가 규정되어 있기는 하다.

228) 2001년 11월 '채권법의 현대화에관한 법률'(Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, BGBl I, S. 3138 ff.)로 개정되기 전의 것을 가리킨다.

229) 일본 민법 제정 당시의 논의 경과를 설명한 국내 문헌으로는 서종희·나강, 불법행위 손해배상청구권의 단기소멸시효 기산점 - 서울고등법원 2018. 5. 10. 선고 2017나2037841 판결에 대한 평석과 함께 -, 서울법학(제26권 제2호), 서울시립대학교 법학연구소(2018), 190-195면 참조. 그 밖에 민법주해(ⅩⅨ)(주 18), 369면(윤진수)도 참조.

230) Benno Mugdan(Hrsg. u. Bearb.), Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse, Neudruck der Ausgabe Berlin 1899, Scientia Verlag AAlen(1979), S. 414 참조.

231) Mugdan(주 230), S. 414 참조. 다만, 일본에서는 1930년대 이후 본문과 같은 가해자의 방어권 보장의 관점에 대한 반론으로서 피해자 감정의 진정(鎭靜)이 단기소멸시효의 취지로 제시되었다가, 다시 20세기 후반에 들어서는 배상의무자의 법적 불안정성을 해소하려는 취지의 이해가 제시되고 있다고 한다. 이러한 일본에서의 논의 과정에 관한 설명으로는 민법주해(ⅩⅨ)(주 18), 369-370면(윤진수) 참조. 한편, 단기소멸시효의 취지를 위와 같은 피해자 관점에서 설명하는 국내 문헌으로는 곽윤직(주 1), 845면 참조.

모두 장래의 위법행위로 인한 침해 또는 위태화의 예방을 지향한다. 손해배상청구권의 존부 및 그 범위를 다루는 손해배상소송은 이미 과거에 종결된 불법행위의 여부와 그 책임 정도를 정하는 여러 요소가 해명되어야 하므로, 오랜 시간이 경과한 후에 의외의 배상청구를 당한 상대방의 방어권 보장 요구가 어느 정도 설득력을 줄 수 있다. 그러나 장래의 침해 또는 위태화를 막기 위한 예방청구권은 다르다. 침해원의 유입이나 위법한 행태가 오래 전에 이루어졌다 하더라도, 기본적으로 장래의 침해나 위태화를 미연에 방지하기 위한 예방청구권의 존부와 범위는 어디까지나 현재 시점(소송이 제기된 경우라면 사실심 변론종결시점)을 기준으로 조사·확정된 고려요소[232]를 가지고 판단하여야 한다. 즉, 장시간 경과 후에 의외로 제기된 배상청구 사안과 달리, 당초의 침해원 유입이나 위법한 행태 이후 오랜 시간이 경과하고, 상대방이 예측하지 못한 상태에서 예방청구권이 주장·행사되더라도, 그 상대방은 현재 시점의 사정을 해명하는 방법으로 방어할 수 있다. 소멸시효기간의 단축에 대한 요구는 설득력을 갖추기 어렵다.

요컨대, 불법행위에 대한 예방청구권 규율을 민법전에 도입하면서, 불법행위로 인한 손해배상청구권에 관한 소멸시효 규정(민법 제766조)의 적용을 지시하거나 같은 취지의 별도 규정을 새로 입법할 필요는 없다고 본다.[233]

5. 불법행위에 대한 예방청구권 근거조항의 위치

불법행위에 대한 예방청구권은 민법전 중 불법행위에 관한 장에 둠이 바람직하다.[234] 그러한 체계구성이 불법행위로 인한 손해배상청구권과 불법행위에 대한 예방청구권의 기능적 관련성 부각과 각 청구권의 성립 여부

232) 위 II. 1의 (4) 및 4. 부분에서 살핀 위법행위 판단에 관한 형량 요소와 예방청구권의 법적 효과 결정을 위한 형량 요소를 가리킨다.

233) 다만, 위법행위 금지청구권의 시효기간에 관하여 원칙적으로 민법 제766조의 적용을 긍정하는 견해로는 김상중(주 11), 168면 참조.

234) 한편 보다 총론적으로, 예방청구권의 일환인 금지청구권의 해석론적 구성의 3가지 가능성, 물권적 구성, 민법총칙에의 고유한 구성, 프랑스나 영미법과 같은 불법행위적 접근 등의 가능성을 제시한 다음, 불법행위적 파악과 규정이 그 기능적 관련성을 분명히 할 수 있다는 설명으로는 김상중(주 4), 226-228면 참조.

및 그 상대방의 책임 범위에 관한 판단규준의 체계적 이해에 더 큰 도움을 줄 수 있다. 다만, 예방청구권 근거조항을 위와 같이 편입한다면, 이제는 명실상부하게 불법행위에 대한 권리구제수단으로서 손해배상청구권과 더불어 예방청구권의 성문법적 근거가 마련되는 것이므로, "불법행위의 내용"이라고 되어 있는 현행 민법 제750조의 표제는, 불법행위에 대한 권리구제수단 중 한 축인 손해배상에 관한 내용의 규율임을 나타내는 표현으로 수정할 필요가 있다. 여러 표현이 가능할 것으로 생각되나, 여기서는 일단 민법 제390조의 표제를 참조하여, "불법행위와 손해배상"이라는 표제로 개정할 것을 제안한다.

한편, 불법행위에 관한 장 중에 어느 위치에 예방청구권 근거조항을 두어야 할까? 앞서 살핀 바와 같이,[235] 예방청구권의 법적 효과에 관해서는 불법행위로 인한 손해배상청구권에 관한 민법 제763조부터 제766조까지의 조항에 대한 준용 또는 적용지시 규정을 둘 필요가 없다. 따라서 기존에 불법행위에 기한 손해배상청구권을 중심으로 규율되어 있는 불법행위에 관한 장의 규정들 사이에 예방청구권 근거조항을 두거나 불법행위로 인한 손해배상책임의 근거조항 앞 또는 그 조항과 같은 위치에 두는 것은, 자칫 체계적 혼란을 야기할 수 있다. 개정안과 같이, 민법 제766조 다음에, 즉 제766조의2에 예방청구권 근거조항을 편입함이 가장 무난하다고 본다.[236]

Ⅳ. 결론: 새로운 개정안의 제안

이상의 검토 결과를 아래와 같이 정리한다.

먼저 요건 측면에서 보면, 개정안은 "위법행위"로 인하여 "손해를 입거나 입을 염려가 있는 자"에 대하여 "손해배상에 의하여 손해를 충분히 회복할 수 없"는 경우에 손해의 발생 중지 및 예방에 적당한 금지 등의 예방청구권 행사가 가능하도록 정한다.

---

235) 위 2.부터 4.까지의 부분 참조.

236) 같은 취지로는 김상중(주 4), 229-230면 참조.

민법에서 정한 불법행위의 핵심적 표지가 “위법행위”라고 볼 때, 이를 불법행위법의 사전적 권리보호수단인 예방청구권과 사후적 권리보호수단인 손해배상청구권의 공통적 성립요건으로 삼은 것은 체계적으로 정당하고, 필요한 일이다. 다만, “위법행위” 요건 표지의 의미와 판단규준은 불법행위법 내에서 일의적으로 제시될 수 있어야 한다. 그러기 위해서는, 위와 같은 요건 표지가 사법상 권리주체의 권리·법익보호 방어선 획정 기능을 수행하는 의미를 지니고, 그 방어선은, 객관적으로 사회생활에서 요구되는 행태규범, 즉 타인의 권리나 법익을 침해하거나 위태롭게 하는 것을 방지하고 회피하여야 할 주의의무 규준으로 그어진다고 이해함이 체계조화적이다. 이러한 주의의무의 구체적 내용은 이익형량의 방법을 통해 형성할 수 있다.

또한, 위법행위로 인한 당사자 이익상태의 차이,[237] 즉 손해의 발생 또는 그러한 염려를 예방청구권의 성립요건으로 제시한 점도, 그것이 (사전적) 권리·법익의 보호수단으로서 기능한다는 점을 명확히 한다는 점에서, 그러한 문언이 없는 안보다 더 바람직하다고 본다. 여기에 손해에 대한 배상책임 전가를 위한 표지인 가해자의 ‘고의 또는 과실’과 같은 주관적 과책사유 요건은 필요하지 않다. 나아가, 예방청구권의 손해배상청구권에 대한 보충성 요건 관련 문언도 필요하지 않다고 본다. 이에 반하는 개정안의 문구를 삭제할 필요가 있다.

다음으로 효과 측면을 본다. 불법행위에 대한 예방청구권의 법적 효과를 금지청구권과 그에 부수하는 제거 등 적당한 조치청구권에 한정할 이유는 없다. 다만 이러한 다양한 법적 효과 중에서, 구체적 사안에서 나타나는 당사자 및 관련 이익의 측면과 침해 또는 위태화 행위 측면의 고려요소와 더불어 일정한 예방조처의 의무부담으로 입게 되는 상대방의 불이익 정도를 형량하는, 비례성 원리의 적용을 통해 적당한 조처 내용이 결정하여야 되어야 함이 규정 문언에 드러나야 한다. 기왕에 예방청구권의 일환으로 규정된 조항들의 문언이 좋은 참조가 된다고 본다. 이와 더불어, 손해배상의 방법으로 당사자 의사표시와 무관하게 원상회복 방법이 선택될 수 있는 여

237) 앞의 주 2) 참조.

지도 마련할 필요가 있다. 이러한 개정이 이루어진다면, 민법 제764조의 삭제 여부도 검토 대상이 된다.

불법행위법의 마지막 조항에 예방청구권의 근거조항을 두려는 개정안 조항의 위치도 적절하다. 다만, 민법 제750조의 표제는 손해배상책임에 관한 내용임이 분명히 드러나도록 개정할 필요가 있다.

이러한 이유에서, 이 글에서는 불법행위에 대한 예방청구권의 근거조항의 개정법률안을 새롭게 제안해보고자 한다. 그 내용은 다음과 같다.

현행	개정안
제394조(손해배상의 방법) 다른 의사표시가 없으면 손해는 금전으로 배상한다.	제394조(손해배상의 방법) ----------. 다만, 배상금액에 비하여 과도한 비용을 들이지 아니하고 원상으로 회복할 수 있는 경우에는 채권자가 원상회복을 청구할 수 있다.
제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.	제750조(불법행위와 손해배상) ----------.
제764조(명예훼손의 경우의 특칙) 타인의 명예를 훼손한 자에 대하여는 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있다.	(삭 제)
<신설>	제766조의2(예방청구권) 타인의 위법행위로 인하여 손해를 입거나 입을 염려가 있는 자는 손해의 발생을 중지하거나 예방하기 위하여 일정한 행위의 금지나 위법행위에 사용되는 물건의 제거 또는 그 밖에 적당한 조처를 청구할 수 있다.

불법행위에 대한 예방청구권 - 최 우 진	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2022.11.15.	2022.12.01.	2022.12.29.

[참고문헌]

[국내문헌]

곽윤직, 채권각론[민법강의 IV](신정판), 박영사(1995).
-----/김재형, 민법총칙[민법강의 I](제9판), 박영사(2018).
_____, 물권법[민법강의 II](제8판), 박영사(2021).
김기선, 한국물권법(전정판), 법문사(1985).
김상용, 불법행위법, 법문사(1997).
김증한/김학동, 민법총칙(제9판), 박영사(2001).
_____, 물권법(제9판), 박영사(2004).
_____, 채권각론(제7판), 박영사(2006).
송덕수, 채권법각론(제5판), 박영사(2021).
안법영, 교통소음Immission과 민사책임, 법문사(2001).
양창수/권영준, 권리의 변동과 구제(제4판), 박영사(2021).
이영준, 물권법(전정신판), 박영사(2009).
이은영, 채권각론(제5판), 박영사(2005).
전경운, 환경사법론, 집문당(2009).
지원림, 민법강의(제17판), 홍문사(2020).
칼 엥기쉬(안법영/윤재왕 역), 법학방법론, 세창출판사(2011).
原田尙彦(천병태 역), 환경법, 법문사(1983).

권영준, 불법행위와 금지청구권 - eBay vs. MercExcahnge 판결을 읽고 -, LAW & TECHNOLOGY(제4권 제2호), 서울대학교 기술과법센터(2008).
김상중, 불법행위의 사전적 구제수단으로서 금지청구권의 소고 - 대법원 2010. 8. 25.자 2008마1541 결정에 대한 평석 -, 비교사법(제17권 4호), 비교사법학회(2010).
_____, 불법행위에 대한 금지청구권 규정의 신설 제안, 민사법학(제55호), 한국민사법학회(2011).
_____, 불법행위책임 성립요건에 관한 몇 가지 논의, 법과 정책연구(제20집 제4호), 한국법정책학회(2020).
김재형, 민법상 구제수단의 다양화: 이행·추완·금지청구권에 관한 민법개정안, 서울대학교 법학(제57권 제4호), 서울대학교 법학연구소(2016).
김진우, 독일법상의 소유물방해제거청구권에서의 “방해”, 재산법연구(제29권 제4호), 한국재산법학회(2012).
김차동, 금지(유지)청구권에 관한 비교법적 고찰 - 대한민국과 미국을 중심으로 -, 법학논총(제26집 제4호), 한양대학교 법학연구소(2009).
_____, 권리성의 인정과 회복할 수 없는 손해 - 대상결정: 대법원 2010. 8. 25.자 2008마1541 결정 -, 법학논집(제37집 제2호), 한양대학교 법학연구소(2020).
김형배, 민사법의 위법성개념의 구조 - 결과불법·행위불법 이원설의 검토 -, 고시계(통권 제404호), 고시계사(1990).
김형석, 소유물방해배제청구권에서 방해의 개념, 서울대학교 법학(제45권 제4호), 서울대학교 법학연구소(2004).
박동진, 손해배상액의 산정, 민사법학(제36호), 한국민사법학회(2007).

_____, 불법행위법에서의 주의의무 - 그 위상 및 판단기준을 중심으로 -, 비교사법(제9권 2호), 비교사법학회(2002).
서광민, 불법행위의 귀책구조 연구, 강원대학교 출판부(1988).
서을오, 로마법상 손해의 개념, 법학논집(제18권 제2호), 이화여자대학교 법학연구소(2013).
서종희·나강, 불법행위 손해배상청구권의 단기소멸시효 기산점 - 서울고등법원 2018. 5. 10. 선고 2017나2037841 판결에 대한 평석과 함께 -, 서울법학(제26권 제2호), 서울시립대학교 법학연구소(2018).
송덕수, 채무불이행에 관한 민법개정시안, 민사법학(제60호), 한국민사법학회(2012).
송오식, 불법행위의 효과에 관한 일제언, 민사법연구(제6집), 대한민사법학회(1997).
_____, 불법행위의 효과로서 금지 및 예방청구권, 법학논총(제31권 제1호), 전남대학교 법학연구소(2011).
신국미, 손해배상의 방법으로서 원상회복의 도입, 한양법학(제21권 제1집), 한양법학회(2010).
신유철, 유럽불법행위법의 통일과 전망, 민사법학(제27권), 한국민사법학회(2005).
안경희, 임미시온의 위법성 판단기준 - 민법 제217조와 수인한도론을 중심으로 -, 환경법연구(제37권 2호), 한국환경법학회(2015).
안법영, 민법상 환경오염사고의 불법행위책임 재조명, 한림법학 Forum(제2권), 한림대학교 법학연구소(1992).
양창수, 손해배상의 범위와 방법/손해배상책임의 내용[한국민사법학회 민법개정안연구소위원회, 불법행위법 개정안 의견서 중], 민사법학(제15호), 한국민사법학회(1997).
윤진수, 손해배상의 방법으로서의 원상회복 - 민법개정안을 계기로 하여 - , 비교사법(제10권 1호), 한국비교사법학회(2003)
_____, 2014년 민법 개정안의 평가와 회고, 민사법학(제99호), 한국민사법학회(2022).
위계찬, 불법행위의 금지청구권, 강원법학(제33권), 강원대학교 비교법학연구소(2011).
이계정, 소유물방해제거청구권 행사를 위한 방해의 현존, 민사판례연구(XLIII), 박영사(2021).
이용우, 수인한도론 소고 - 공해의 위법성론 -, 법조(제27권 제10호), 법조협회(1978).
이은영, 토지의 경계침범과 권리남용에 관한 법적 고찰, 외법논집(제36권 제3호), 한국외국어대학교 법학연구소(2012).
전경운·박수곤, 금지청구권에 대한 소고, 민사법학(제93호), 한국민사법학회(2020).
정병호, 민법 개정안 제242조의2(경계를 침범한 건축)에 관한 연구, 재산법연구(제22권 제1호), 한국재산법학회(2005).
조홍식, 유지청구 허용 여부에 관한 소고, 민사판례연구(ⅩⅩⅡ), 민사판례연구회(2000).
최상호, 불법행위법에 있어서의 위법성과 과실, 안암법학(제1권), 안암법학회(1993).
최우진, 민법 제748조 제2항에서 정한 '악의'의 의미, 민사법학(제93호), 한국민사법학회(2020).
_____, 이른바 형평성에 근거한 손해배상책임제한 실무의 사례유형별 분석과 비판, 고려법학(제94호), 고려대학교 법학연구원(2019).
최홍섭, 불법행위의 성립요건, 한국민법이론의 발전(Ⅱ)(채권편), 박영사(1999).

편집대표 곽윤직, 민법주해(Ⅲ), 총칙(3), 박영사(1992).
_____, 민법주해(Ⅴ), 물권(2), 박영사(2000).
_____, 민법주해(IX), 채권(2), 박영사(2000).

_____, 민법주해(ⅩⅧ), 채권(11), 박영사(2005).
_____, 민법주해(ⅩⅨ), 채권(12), 박영사(2005).
편집대표 김용덕, 주석 민법[총칙 3](제5판), 한국사법행정학회(2019).
_____, 주석 민법[물권 1](제5판), 한국사법행정학회(2019).
_____, 주석 민법[채권각칙 6](제5판), 한국사법행정학회(2022).
_____, 주석 민법[채권각칙 8](제5판), 한국사법행정학회(2022)

민법안심의록(상권), 총칙편, 물권편, 채권편, 민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회(1957).
민사법연구회 편, 민법안의견서, 일조각(1957).
서울고등법원 판례공보스터디, 민사판례해설 Ⅲ-상(2022).
법무부 민법개정자료발간팀 편, 2004년 법무부 민법개정안, 채권편·부록[민법개정총서 4], 법무부(2012).
_____, 2013년 법무부 민법개정시안, 조문편[민법개정총서 6], 법무부(2013).
_____, 2013년 법무부 민법개정시안, 채권편(하)[민법개정총서 10], 법무부(2013).
한불민사법학회 편, 개정 프랑스채권법 해제, 박영사(2021).

[외국문헌]

Brüggmeier, Gert, Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, Springer(2006).
Deutsch, Erwin, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl., Carl Heymanns Verlag(1995).
_____/Ahrens, Hans-Jürgen, Deliktsrecht, 5. Aufl., Carl Heymanns Verlag(2009).
Dobbs, Dan B./Roberts, Caprice L. Law of Remedies, Third Edition, St. Paul(2018).
Fellmann, Walter/Kottmann, Andrea, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Stämpli Verlag AG(2012).
Honsell, Heinrich, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Schulthess(2005).
v. Jehring, Rudolf, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, Verlag von Emil Roth(1867).
Keller, Alfred, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. I, Verlag Stämpli + Cie AG(1993).
Koziol, Helmut, Österreichsches Haftpflichtrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Manz Verlag(1997).
_____, Grundfragen des Schadenersatzrechts, Jan Sramek Verlag(2010).
_____/Welser, Rudolf/Zöchling-Jud, Brigitta, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Bd. II, 14. Aufl., Manz'sche Verlags-und Universitätsbuchhandlung(2015).
Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., Verlag C. H. Beck(1987).
_____/Canaris, Claus-Wilhem, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Bd. Besonderer Teil 2. Halbbd., 13. Aufl., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung(1994).
Oftinger, Karl, Schweizerisches Haftpflichtrecht I, 1. Bd: Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Schulthess Polygraphischer Verlag(1975).
_____/Stark, Emil W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II/1: Besonderer

Teil, 4. Aufl.(1987).
Wilhelmi, Rüdiger, Risikoschutz durch Privatrecht, Mohr Siebeck(2009).

Baur, Fritz, Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB - Zugleich ein Beitrag zum Problem der Rechtswidrigkeit auf dem Gebiet des Güterschutzes, in: Archiv für die civilistische Praxis, 160. Bd., Mohr Siebeck(1961).
v. Caemmerer, Ernst, Wandlungen des Deliktsrechts, in: Hans G. Leser(Hrgs.), Gesammelte Schriften, Bd. I, J. C. B. Mohr(Paul Siebeck)(1968).
_____, Die absoluten Rechts in § 823 Abs. 1 BGB, in: Hans G. Leser(Hrgs.), Gesammelte Schriften, Bd. I, J. C. B. Mohr(Paul Siebeck)(1968).
Green, Michael D./Cardi, W. Jonathan, Basic Questions of Tort Law from the Perspective of the USA, in: Helmut Koziol(ed.), Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective, Jan Sramek Verlag(2015).
Henckel, Wolfram, Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht, in: Archiv für die civilistische Praxis, 174. Bd., J. C. B. Mohr(1974).
Koziol, Helmut, Gedanken zum privatrechtlichen System des Rechtsgüterschutzes, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. I, C. H. Beck(2007).
Kötz, Hein, Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht, in: Archiv für die civilistische Praxis, 174. Bd., J. C. B. Mohr(Paul Siebeck)(1974).
Oliphant, Ken, Basic Questions of Tort Law from the Perspective of England and the Commonwealth in: Helmut Koziol(ed.), Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective, Jan Sramek Verlag(2015).
Picker, Eduard, Der negatorische Beseitigungsanspruch, in: Privatrechtssystem und negatorischer Rechtsschutz, Mohr Siebeck(2019).
_____, Zur Beseitigungshaftung nach § 1004 BGB - eine Apologie, in: Privatrechtssystem und negatorischer Rechtsschutz, Mohr Siebeck(2019).
Wagner, Gerhard, Grundsturukturen des Europäischen Deliktsrechts, in: Rheinhard(Hrgs.), Grundsturukturen des Europäischen Deliktsrechts, Nomos Verlagsgesellschaft(2003).
_____, Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts, in: Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag am 9. Mai 2009, Carl Heymanns Verlag(2009).

v. Bar, Christian/Clive, Eric(ed.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, DCFR, Full Edition. Vol. 4, sellier(2009).
Mugdan, Benno(Hrsg. u. Bearb.), Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2 u. 3, Neudruck der Ausgabe Berlin 1899, Scientia Verlag AAlen(1979).
Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. II, Schuldrecht: Allgemeiner Teil, 1.Teilbd. §§ 241-304, Mohr Siebeck(2007).
_____, Bd. III, Schuldrecht: Besonderer Teil, 2. Teilbd. §§ 657-853, Mohr Siebeck(2013).

Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 18. Aufl., C. H. Beck(2021).
Kurzkommentar zum ABGB, 3. Aufl., Springer(2010).
Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 9. Aufl., C. H. Beck(2022).
_____, Bd. 7 u. 8, 8. Aufl., C. H. Beck(2020).
J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3·Sachenrecht, §§ 985-1011, De Gryter(2019).

幾大通/德本伸一, 不法行爲法, 有斐閣(1993).
吉田徹·筒井健夫 編, 改正民法の解說[保證制度·現代語化], 商事法務(2005).
我妻榮, 事務管理 · 不当利得 · 不法行爲, 新法學全集[復刻版], 日本評論社(1937).
加藤一郎 編, 注郎釋民法(19), 債權(10), 不法行爲, §§ 709-724, 有斐閣(1965).
窪田充見 編集, 新注釋民法(15), 債權(8), §§ 697-711 事務管理 · 不当利得 · 不法行爲(1), 有斐閣(2017).

【국문초록】

사법상 권리보호수단의 완비와 법적 안정성 확보를 위하여, 민법전에 불법행위에 대한 예방청구권의 근거조항을 일반조항 형식으로 도입할 필요가 있다. 이 글에서는, 그러한 입법시도에 앞서, 체계조화적 관점에서 예방청구권의 요건 및 효과와 민법 기존규정의 보완 요부를 살펴보았다.

불법행위법의 권리보호수단으로서, 사전적 예방청구권과 사후적 손해배상청구권을 완비하기 위해서는, 그 핵심적 표지인 “위법행위”의 의미와 판단규준이 불법행위법 내에서 일의적으로 제시되어야 한다. 이를 위해서는 위 표지가 사법상 권리주체의 권리보호 방어선 획정기능을 수행하는 의미를 지니고, 그 방어선은 객관적으로 사회생활에서 요구되는 행태규범으로 그어진다고 이해함이 체계조화적이다. 그러한 행태규범에 해당하는 타인의 권리·법익을 침해 또는 위태롭게 하는 것을 방지하고 회피할 주의의무는 이익형량을 통해 구체적으로 형성할 수 있다. 예방청구권의 요건에 가해자의 주관적 과책사유를 포함할 필요는 없다. 또한 손해배상청구권에 대한 보충성 요건도 요하지 않는다.

불법행위에 대한 예방청구권의 법적 효과는 다양한 양태로 형성될 수 있다. 반드시 금지청구권이나 그에 부수하는 제거청구권에 한정할 이유는 없다. 다만, 그 효과 내용을 정할 때는 비례성 원리를 적용하여야 한다. 사안에 따라, 상대방에 대하여 비례관계를 넘어서는 침해결과의 제거가 필요할 수 있는데, 이때의 당사자 권리구제를 위해 과책 요건을 갖춘 손해배상의 방법으로 일방적 원상회복청구권 근거조항을 마련할 필요가 있다.

불법행위에 대한 예방청구권의 근거조항은 불법행위법의 마지막에 위치함이 적절하다.

【Zusammenfassung】

Der Anspruch auf vorbeugende Maßnahme gegen unerlaubte Handlungen
- Eine Ansicht zur systemkonformen Einordnung ins südkoreanischen Bürgerlichen Gesetzbuch(KBGB) -

Choi, Woo-jin
(Professor, Korea University School of Law, Ph. D. in Law)

Zur Ergänzung der Mittel des privatrechtlichen Rechtsschutzes und der Gewährung der Rechtssicherheit ist es erforderlich, eine Anspruchsgrundlage auf vorbeugende Maßnahme gegen unerlaubte Handlungen als Generalklausel ins KBGB gesetzgeberisch einzuordnen. In dieser Arbeit wird die inhaltliche Struktur der Voraussetzungen und Rechtsfolgen von solchem Abwehranspruch sowie das Bedürfnis einer Gesetzänderung andere Vorschriften im KBGB unter einem systematischen Aspekt behandelt.

Im Gefüge des Rechtsgüterschutzes vor Delikt sollen zur Vervollständigung der Rechtsbehelfe gegen zukünftigen oder schon erfolgten Beschädigung die Bedeutung und Maßstab der „rechtswidrigen Handlung“ im Deliktsrecht eindeutig dargestellt werden: Dieser Begriff dient dazu, die Verteidigungslinie der Privatrechtssubjekte einzugrenzen. Diese wird durch objektive Verhaltensnorm gezogen, d. h. die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, wie die Sorgfaltspflicht, im bestimmten Umständen die Verletzung oder Gefährdung der Rechte und Interessen anderer zu verhindern und vermeiden. Solche Verpflichtungen werden durch Interessenabwägung

in concreto auferlegt. Anderseits ist für vorbeugende Rechtsschutz, im Unterschied zum Schadensersatzrecht, nicht Verschulden nötig. Dabei setzt auch nicht „irreparable harm“ voraus.

Die Rechtsfolge des Abwehranspruchs gegen unerlaubte Handlungen kann in verschiedenen Inhalte ausgestaltet werden. Sie ist nicht notwendigerweise auf den Unterlassungsanspruch oder das damit einhergehende Beseitigungsanspruch beschränkt. Der Rechtsfolgeinhalt der Anspruch muss doch dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Gegebenenfalls kann es dringend sein, die außer Verhältnis stehende Maßnahme zur Folgenbeseitigung zu ergreifen. Um in diesen Fällen eine Alternative zur Rechtsschutzgewährung zu schaffen, ist es erforderlich, die Grundlage des einseitigen Wiedergutmachungsanspruchs im Schadensersatzrecht des KBGB gesetzlich zu regeln.

Es ist zweck- und systemmäßig, die Anspruchsgrundlage (Vorschrift) auf vorbeugende Maßnahme an das Ende des 5. Abschnitt des 3. Buch im KBGB zu stellen.

주제어(Keyword) : 불법행위(unerlaubte Handlung, Delikt), 예방적 권리보호(vorbeugender Rechtsschutz), 위법행위(rechtswidrige Handlung), 객관적 행태규범(objektive Verhaltensnorm), 이익형량(Interessenabwägung), 비례성 원리(Verhältnismäßigkeitsprinzip), 원상회복에 의한 손해배상(Schadensersatz durch Naturherstellung)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제107호 2022년 12월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2022.107.85

손해액 복합산정을 둘러싼 특허법 제128조 제2항의 문제 검토*

조 영 선**

▶목 차◀

Ⅰ. 문제의 제기와 논의 내용
Ⅱ. 침해자 양도수량에 기초한 손해액 산정(제128조 제2항)의 문제들
1. 생산능력 초과수량과 판매불가능 수량의 반영 방법
2. 복합산정의 예외사유 (제128조 제2항 제2호 괄호부분)
Ⅲ. 결 론

Ⅰ. 문제의 제기와 논의 내용

2020. 6. 9. 특허법 개정으로 특허법 제128조에 「복합산정」 규정이 도입됨에 따라(제2항 제1, 2호), 침해자 양도수량에 근거한 손해액 산정 과정에서 「권리자의 생산능력 초과분」 및 「침해가 없었더라도 판매할 수 없었던 수량」으로 공제되는 부분에 대해 권리자가 합리적 실시료 배상을 청구할 수 있게 되었다. 복합산정을 위해서는 우선 특허법 제128조 제2항의 몇 가지 문제에 대한 점검과 해결이 필요한바, ① 복합산정의 대상이 되는 「생산능력 초과수량」과 「침해가 없었더라도 판매할 수 없었던 수량(이하, '판매불가

* 이 연구는 고려대학교 법학전문대학원 「인성 특별연구비」의 지원으로 수행되었다.
** 고려대학교 법학전문대학원 교수.

능 수량'이라고 한다)」의 내용과 서로 간의 관계, ② 손해액 산정 시 침해품 양도수량에서 생산능력 초과수량과 판매불가능 수량을 공제하는 방식, ③ 권리자 생산능력에 관한 증명책임의 소재, ④ 제128조 제2항 제1호와 제2호 간 정합성 확보를 위한 법 개정 방안, ⑤ 복합산정 예외 사유인 '권리자가 실시허락을 할 수 없었던 사정(제128조 제2항 제2호 괄호)'의 의미와 적용범위 등이 대표적 사항들이다.

그동안 특허법 제128조 제2항 중 권리자의 생산능력 초과수량 및 판매불가능 수량의 공제 방식을 두고 논란의 여지가 있어 왔다. 지금까지는 이것이 실무상 큰 문제를 일으키지 않았지만, 법 개정으로 그 실천적 중요성이 표면화되었기 때문에 이제는 정면으로 법리에 관한 점검과 해석기준의 제공이 필요하게 되었다. 뒤에서 보는 대로 현행 특허법 제128조 제2항의 문언은 입법 당시 참고하였던 일본 특허법의 대응 조항을 부적절하게 원용한 결과로 보일 뿐, 법리적 타당성과 거리가 있고 특유한 정책적 고뇌의 결과물도 아니다. 따라서 특허법 제128조 제2항은 법리적 타당성을 잃지 않도록 합목적적으로 해석되어야 하고, 장기적으로는 법 개정으로 분란의 여지를 제거할 필요가 있다. 이 글에서는 이런 문제의식 아래, 위 ①~⑤의 논점을 차례로 검토하면서 필자의 견해를 제시하고 특허법 제128조 제2항의 바람직한 해석론과 법 개정 방향을 제안하기로 한다.

필자는 특허법 제128조의 법률문제들을 다룬 선행연구에서 이 주제를 간략히 언급하면서, 상세한 내용에 대해 후속 연구를 기약한 바 있다.[1] 이 논문에서는 선행연구의 성격상 한계가 있었던 논쟁적 이슈들을 자세히 점검하는 한편, 그 이후 추가로 수집된 국내·외 자료들에 대한 소개와 검토를 통해 이를 본격적으로 다루어 보고자 한다.

1) 조영선, '특허침해로 인한 손해액 산정 시 기여율 고려에 관한 제 문제', 법원행정처 연구용역 보고서(2021), 90~100면.

Ⅱ. 침해자 양도수량에 기초한 손해액 산정(제128조 제2항)의 문제들

1. 생산능력 초과수량과 판매불가능 수량의 반영 방법

특허법 개정으로 제128조 제2항의 적용과정에서 공제된 생산능력 초과수량과 판매불가능 수량에 대해 합리적 실시료 배상이 가능해졌기 때문에, 침해품 양도수량에서 권리자의 생산능력 초과 수량과 판매불가능 수량을 어떤 식으로 공제하느냐에 따라 복합산정 금액이 달라지는 등 현실적 문제가 발생하게 되었다. 이 문제에 대해서 일본은 2019년 법 개정을 통해 혼선을 정리한 반면, 우리나라에서는 최근 이런 혼선을 심화하는 주장이 일각에서 제기되고 있어 비판적 검토가 필요하다.

(1) 조문의 구성

특허법 제128조 제2항은 [침해품의 양도수량 = 권리자의 판매감소 수량]이라는 전제 하에 권리자 제품의 단위당 이익을 그 수량에 곱해 손해액으로 하되, 침해가 없었더라도 권리자가 판매할 수 없었던 수량과 권리자의 생산능력을 초과하는 수량을 반영하는 구조로 이루어져 있다. 이 논점에 대한 분석에는 일본 특허법 대응 규정과의 대비가 빠질 수 없다.

일본	1998년 법	한국	2001년 법(법률 제6411호)
	102조 ① 특허권자 또는 전용실시권자가 고의 또는 과실로 자기의 특허권이나 전용실시권을 침해한 자에 대하여 그 침해로 인해 자기가 입은 손해의 배상을 청구하는 경우에 있어서, 그 자가 그 침해행위를 조성한 물건을 양도한 경우에는, 그 양도한 물건의 수량(이하, '양도수량'이라고 한다)에, 특허권자 또는 전용실시권자가 그 침해행위가 없었다면 판매할 수 있었을		제128조 ① 특허권자 또는 전용실시권자는 고의 또는 과실로 인하여 자기의 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자에 대하여 그 침해에 의하여 자기가 입은 손해의 배상을 청구하는 경우 당해 권리를 침해한 자가 그 침해행위를 하게 한 물건을 양도한 때에는 그 물건의 양도수량에 특허권자 또는 전용실시권자가 당해 침해행위가 없었다면 판매할 수 있었던 물건의 단위수량당

	물건의 단위수량당 이익액을 곱한 금액을, 특허권자 또는 전용실시권자의 실시능력에 응하는 금액을 넘지 않는 한도에서 특허권자 또는 전용실시권자가 받은 손해액으로 할 수 있다. 다만, 양도수량의 전부나 일부에 상당하는 수량을 특허권자 또는 전용실시권자가 판매할 수 없었던 사정이 있는 경우에는 당해 사정에 상당하는 수량에 응한 금액을 공제해야 한다.		이익액을 곱한 금액을 특허권자 또는 전용실시권자가 입은 손해액으로 할 수 있다. 이 경우 손해액은 특허권자 또는 전용실시권자가 생산할 수 있었던 물건의 수량에서 실제 판매한 물건의 수량을 뺀 수량에 단위수량당 이익액을 곱한 금액을 한도로 한다. 다만, 특허권자 또는 전용실시권자가 침해행위 외의 사유로 판매할 수 없었던 사정이 있는 때에는 당해 침해행위 외의 사유로 판매할 수 없었던 수량에 따른 금액을 빼야 한다.
	2019년 법		**2020년 법(법률 제17422호)**
	102조 ① 특허권자 또는 전용실시권자가 고의 또는 과실로 자기의 특허권이나 전용실시권을 침해한 자에 대하여 그 침해로 인해 자기가 입은 손해의 배상을 청구하는 경우에 있어서, 그 자가 그 침해행위를 조성한 물건을 양도한 경우에는, 다음 각호에 게재된 액의 합산액을 특허권자 또는 전용실시권자가 받은 손해액으로 할 수 있다. 1. 특허권자 또는 전용실시권자가가 그 침해행위가 없었다면 판매할 수 있었을 물건의 단위수량당 이익액에, 자기의 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자가 양도한 물건의 수량(이하 '양도수량'이라고 한다) 중 당해 특허권자 또는 전용실시권자의 실시능력에 응한 수량(이하 '실시상응수량'이라고 한다)을 넘지 않는 부분(그 전부 또는 일부에 상당하는 수량을 당해 특허권자 또는 전용실시권자가 판매할 수 없었던 사정이 있는 경우에는, 당해 사정		제128조 ② 제1항에 따라 손해배상을 청구하는 경우 그 권리를 침해한 자가 그 침해행위를 하게 한 물건을 양도하였을 때에는 다음 각 호에 해당하는 금액의 합계액을 특허권자 또는 전용실시권자가 입은 손해액으로 할 수 있다. 1. 그 물건의 양도수량(특허권자 또는 전용실시권자가 그 침해행위 외의 사유로 판매할 수 없었던 사정이 있는 경우에는 그 침해행위 외의 사유로 판매할 수 없었던 수량을 뺀 수량) 중 특허권자 또는 전용실시권자가 생산할 수 있었던 물건의 수량에서 실제 판매한 물건의 수량을 뺀 수량을 넘지 않는 수량에 특허권자 또는 전용실시권자가 그 침해행위가 없었다면 판매할 수 있었던 물건의 단위수량당 이익액을 곱한 금액 2. 그 물건의 양도수량 중 특허

	에 상당하는 수량(이하 '특정수량'이라고 한다)을 공제한 수량)을 곱한 금액. 2. 양도수량 중 실시상응수량을 넘는 수량 또는 특정수량이 있는 경우(특허권자 또는 전용실시권자가, 당해 특허권자의 특허권에 대해 전용실시권의 설정 또는 통상실시권의 허락, 당해 전용실시권자의 전용실시권에 대해 통상실시권의 허락을 할 수 없었다고 인정되는 경우를 제외한다) 그 수량에 대해서 당해 특허권자 또는 전용실시권에 대한 특허발명의 실시에 대해 받을 수 있는 금전에 상당한 액		권자 또는 전용실시권자가 생산할 수 있었던 물건의 수량에서 실제 판매한 물건의 수량을 뺀 수량을 넘는 수량 또는 그 침해행위 외의 사유로 판매할 수 없었던 수량이 있는 경우 이들 수량(특허권자 또는 전용실시권자가 그 특허권자의 특허권에 대한 전용실시권의 설정, 통상실시권의 허락 또는 그 전용실시권자의 전용실시권에 대한 통상실시권의 허락을 할 수 있었다고 인정되지 않는 경우에는 해당 수량을 뺀 수량)에 대해서는 특허발명의 실시에 대하여 합리적으로 받을 수 있는 금액

(2) 조문의 해석·적용

1) 일 본

(가) 2019년 법 개정 전

가) 상한선 방식

일본 특허청은 1998년 특허법 제102조 제1항의 개정 취지를 설명하면서 [(침해자의 양도수량 × 권리자의 단위수량당 이익액) - (판매할 수 없었던 사정에 따른 액) ≦ 생산능력에 상응한 액]의 산식을 제시하는 한편,[2] '침해품의 양도수량에 기한 손해액을 권리자의 생산능력으로 먼저 한정한 뒤 거기에서 다시 판매 불가능 금액을 공제하는 방법도 생각할 수 있지만, 산정방법의 합리성·타당성이라는 면에서 보면 권리자의 생산능력으로 한

2) 日本 特許廳, 産業財産權法 (工業所有權法) の解說 平成10年 法律 改正 (平成10年 法律 第51号), "特許權等侵害に對する民事上の救濟及び刑事罰の見直し" :https://www.jpo.go.jp/system/laws/rule/kaisetu/sangyozaisan/document/sangyou_zaisanhou/h10_kaisei_1.pdf: 최종방문일 2022. 10. 20), 20면.

정되기 이전의 금액에서 판매불가능 금액을 공제한 뒤 그 결과를 권리자의 생산능력으로 제한하는 것이 합당하다'는 설명을 덧붙이고 있다[3](이하, 이를 '상한선 방식'이라고 부르기로 한다). 다만, 전자에 비해 후자의 산식이 왜 더 합리적이고 타당한지에 대해서는 언급하지 않고 있다.

이후 일본의 학설 가운데 '상한선 방식'을 지지한 예가 보인다. 일본 특허법 제102조 제1항에 기한 손해액 산정방식을 그와 똑같이 제시하거나,[4] 제102조 제1항의 손해액을 산정하면서 권리자의 생산능력이 침해품의 양도수량 넘는 사실을 먼저 인정한 뒤 [(침해품 양도수량(56,417㎡) - 판매불가능 수량[5]) × 권리자 단위당 이익(11,566엔/㎡) × 특허발명의 기여율(60%)]의 산식을 이용한 판결[6]에 대해, [침해품 양도수량 - 판매불가능 수량]을 계산하기에 앞서 침해품 양도수량과 권리자의 생산능력을 먼저 비교한 것은 부적절하고, [침해품 양도수량 - 판매 불가능 수량]을 먼저 계산한 뒤 그 수량을 권리자의 생산능력 한도에서 제한하는 것이 타당하다고 비판적 평석을 한 것[7] 등이 그러하다.

나) 공제 방식

한편, 일본의 유력한 견해는[8] "특히 침해품의 양도수량이 권리자의 생산능력을 넘는 경우, 원래는 ⅰ) [침해품 양도수량 × 권리자 단위당 이익]의 금액이 권리자의 생산능력에 상응하는 금액을 넘는지를 판단한 후에, 판매불가능 수량에 상응하는 금액을 공제해야 하지만, 일반적으로는 그렇게 하지 않고 제102조 제1항 본문과 단서의 양도수량을 먼저 판단한 후에[9] 그 중 권리자 실시능력을 넘지 않는 수량에 권리자의 단위당 이익을 곱하는 것으

3) 위의 글, 19면.

4) 高部 真規子, 実務詳説 特許関係訴訟[第3版], 金融財政事情研究会(2016), 255면("침해품 양도수량(a), 침해가 없었으면 판매할 수 있었을 특허물품의 권리자 단위당 이익(b), 권리자의 생산능력(c), 침해가 없었어도 판매할 수 없었을 수량이라고 할 때, 제102조 제1항에 의한 손해액 계산식은 「(a-d) × b」(≦c)가 된다")

5) 권리자의 시장 점유율을 반영한 수치인 22,567㎡.

6) 東京高判 平11年 6. 15. 平10(ネ) 第2249号, 平11(ネ) 第1069号.

7) 辰巳直彦, "特許権侵害による損害賠償請求について, 特許権者が不実施の場合に特許法102条により逸失利益が算定された事例", 判例時報 第1721号(2000), 227면.

8) 中山信弘・小泉直樹 編, 新・注解 特許法[第2版][中], 青林書院(2017), 1824-1825면.

9) 문맥상, '침해품 양도수량 - 판매불가능 수량'을 의미한다.

로 설명한다"고 함으로써,[10] '상한선 방식' 대신 오히려 침해품 양도수량 중 권리자 생산능력을 넘는 부분을 먼저 공제하는 것이 원칙임을 언급하고 있다(이하, 이를 '공제 방식'이라고 부르기로 한다). 또한 일본에서는 침해자의 생산 여력이 없는 점을 특허법 제102조 제2항(우리 특허법 제128조 제4항에 해당)의 대표적 추정복멸 사유로 보는바,[11] 이는 손해액 산정 시 침해품 양도수량에서 생산능력 초과수량을 공제하는 것과 판단구조가 동일하다.

2019년 개정 이전의 일본 특허법 제102조 제1항을 적용하여 침해품 양도수량에 따른 손해액을 계산한 최근 일본 지적재산 고등재판소 대합의체 판결에서[12] 법원은, '특허법 제102조 제1항은 … 침해자의 양도수량에 특허권자의 제품 단위당 이익액을 곱한 전액을 특허권자가 입은 손해액으로 하는 것이 아니라, 특허권자의 실시능력에 상응한 액을 넘지 않는 한도라는 제약을 부가한 것이고…'라고 판시하였다. 이를 두고, 학설은 ⅰ) 판결문상, 권리자의 실시능력에 대한 판단은 단위당 이액액의 산정이나 침해가 아니어도 판매할 수 없었던 수량(구법 제102조 제1항 단서의 사유)의 문제보다 선행하고, ⅱ) 해당 판결에서 실시능력 한도는 곧 개정법 제102조 제1항의 「실시상응수량」과 동일한 것이라고 평석하는바,[13] 이는 침해품 양도수량에서 권리자의 생산능력을 초과하는 수량을 먼저 공제하는 사고방식을 보여준다. 그 밖의 재판례에서도 [침해품 양도수량 - 판매불가능 수량]이 권리자의 생산능력 한도에서 제한된 사례를 찾기는 어려우며, 대신 [침해품 양도수량 - 판매불가능 수량]을 인정한 뒤, 그것이 '권리자의 생산능력 안에 있다'고 언급하는 판결들은 적지 않게 눈에 띈다.[14] 이는 권리자의 생산능력 한계를 매우 유연하게 취급하는 것이 일본의 학설과 실무의 확고한 태도

10) 그런데 여기서 '일반적'이라고 인용되는 문헌들을 찾아보면 해당 법리를 근거와 함께 제시하기보다는 일본 특허청의 법 개정 취지 설명을 그냥 반복한 것들이 대부분이다. 그런 예로, 清永利亮, 設樂隆一 編, 現代 裁判法大系(26) 新日本法規(1999), 270면.

11) 中山信弘 · 小泉直樹 編, 앞의 책(주 8), 1978면.

12) 知財高裁 令和 2. 2. 28. 平成31(ネ)10003互 判決.

13) 田村善之, "特許法102條 1項の逸失利益の推定とその覆滅について —美容器事件知財高裁大合議判決—", 知的財産法政策學研究 Vol.59 (2021), 148면.

14) 知裁高裁 平18年 9. 25. 平17(ネ) 第10047号; 大阪地裁 平19. 4. 19. 平17(ワ) 第12207号; 大阪地裁 平24. 10. 11. 平23(ワ) 3850号; 知裁高裁 平27年 11. 19. 平25(ネ) 第10051号 등.

인바, 소송에서 권리자의 생산능력이 실제로 문제를 일으키는 일 자체가 많지 않아서라고 추측된다.[15]

(나) 2019년 법 개정: 공제 방식

일본은 2019년 특허법 제102조 개정을 통해 복합산정 제도를 도입하면서 종래의 해석상 혼선을 입법으로 정리하였다. 개정법은 제102조 제1항에서 '침해자의 양도수량 중 권리자의 생산능력을 넘지 않는 부분에' 권리자 제품의 단위당 이익을 곱한다는 점을 분명히 하였고, 이는 곧 '침해자의 양도수량에서 권리자 생산능력 초과수량을 공제함'을 의미한다. 일본 특허청의 개정법 해설도 제102조 제1항을, 손해액 = [(권리자 생산능력 한도에서의 침해품 양도수량[16] - 판매불가능 수량[17]) × 권리자 단위당 이익] + [침해품 양도수량 중 권리자 생산능력 초과수량과 판매불가능 수량에 대한 각 실시료 상당액]이라고 설명한다.[18] 이는 일본의 개정법이 [손해액= (침해품 양도수량 - 생산능력 초과수량 - 판매불가능 수량) × 권리자 제품 단위당 이익](공제 방식)을 명확히 하였음을 보여준다.

2) 우리나라

(가) 학 설

'상한선 방식'을 제안하였던 1998년 일본 특허청의 입장은 이후 우리 특허법 관련 문헌에 그대로 소개되었는데,[19] 그런 산정방법의 근거나 타당성에 대한 분석이나 설명은 하지 않고 있다. 국내의 실무문헌 역시 손해액(S1) = [Min 침해품 양도수량(A1: 특허권자 제품의 생산가능수량 - 특허권자 제

15) 2006. 1. 1. ~ 2016. 12. 19 일본에서 선고된 침해 손해배상 판결 129건을 분석한 뒤, 그 중 15%에서 권리자의 생산・판매능력을 이유로 한 손해 불발생이나 감액에 관한 주장이 있었으나, 인용된 예는 전무하였다는 조사결과가 있다(特許 第2委員会第2 小委員会, "特許権侵害訴訟における損害賠償額の減額要所に関する研究", 知財管理 Vol.67 No.11(2017), 1668-1669면).

16) 법문상 '실시상응수량'으로 표현.

17) 법문상 '특정수량'으로 표현.

18) 일본 특허청 홈페이지, (1) 損害賠償額の算定規定その１ (特許法第102條第1項による救濟) https://www.jpo.go.jp/support/ipr/patent-kyusai.html (최종방문일: 2022. 10. 20)

19) 정상조・박성수 공편, 특허법 주해 Ⅱ, 박영사(2010), 201면(일본 특허청의 위 해설자료와 페이지를 간략하게 소개하고 있을 뿐, 그 이상의 언급은 없다).

품의 판매량) - 침해 외의 사유로 판매할 수 없었던 권리자 수량(F1)] × 권리자 단위수량당 이익(D1) × 기여율(G1)이라고 하는 등 같은 입장을 서술하고 있다.[20][21] 이는 2001년 법 제128조 제1항의 "특허권자 또는 전용실시권자가 생산할 수 있었던 물건의 수량에서 실제 판매한 물건의 수량을 뺀 수량에 단위수량당 이익액을 곱한 금액을 한도로 한다"는 문언이나, 2020년 법 제128조 제2항 제1호의 "(침해) 물건의 양도수량(…) 중 … 생산할 수 있었던 물건의 수량에서 실제 판매한 물건의 수량을 뺀 수량을 넘지 않는 수량"이라는 문언 가운데, 주로 '한도로 한다' 혹은 '넘지 않는 수량'이라는 표현을 주된 근거로 하는 것이다.

최근에도 상한선 방식을 충실히 따르는 입장이 보인다.[22] 예컨대 해당 논자는 2020년 특허법 제128조 제2항 제1, 2호의 적용과 관련, 아래 표에서 (D-E)가 (A-B)보다 큰 경우 (A-B)가 일실이익액 기준 수량이 되고, (D-E)보다 (A-B)가 큰 경우에는 (D-E)가 기준수량이 된다고 하면서, 아래와 같이 손해액 산정을 예시하고 있다.[23]

침해품 양도수량 (A)	판매불가능 수량(B)	권리자 생산능력 (D)	권리자 판매수량(E)	양도수량 손해 (1호)	실시료 손해 (복합산정: 2호)
100	20	70	0	70	30
100	40	80	10	60	40
100	30	70	20	50	50

20) 특허법원 지적재산소송 실무연구회, 지적재산소송실무(제4판), 박영사(2019), 549면. 다만, 이는 이론적 설명에 가깝고, 재판실무가 실제로도 그런 내용으로 운영되고 있는 것으로 평가되지는 않는다. 상세는 뒤에서 살펴본다.

21) 그러나 F1을 빼고 난 뒤 다시 기여율을 곱하는 것은 이중공제라 부당하다. 일본의 하급심 판결 중에 실제로 그 점을 지적한 것이 있다(東京地裁 平26年. 3. 26. 平(ワ)3292 判決).

22) 한국지식재산학회 2021년 춘계 세미나 자료 "지재권법에서의 손해배상액 산정법리의 최근 동향", 69면 이하 (제3 주제에 대한 정차호 교수의 발표 부분). 이런 주장은, 그 뒤에 나온 정차호・황성필・장태미, "특허법에서의 손해배상액 복합산정(hybrid calculation) 법리", 산업재산권 제72호(2022. 8), 51면 이하에서도 거의 그대로 반복되고 있다.

23) 정차호, 위 세미나 자료, 78면; 정차호・ 황성필・장태미, 위 논문, 69면(각 해당 표 중 일부 컬럼 발췌).

위 논자는 권리자의 최대 보호를 위해 이 방식이 합당하며, 그런 취지의 현행 특허법 제128조 제2항 제1호는 논리적으로도 타당하다고 주장한다.[24] 과연 그런지는 뒤에서 살펴보기로 한다.

(나) 실무의 상황

재판실무는 사뭇 다른 것으로 파악된다. 2021. 12. 현재 판례 데이터베이스를 전수조사한 선행연구의 결과[25] 다음과 같은 특징이 확인되었다.

① 권리자 생산능력이 문제된 경우가 거의 없음 : 특허법 제128조 제2항 제1호의 적용과 관련하여 이론적으로는 생산능력 한도수량이 변수인 것이 사실이지만, 실무에서는 오히려 권리자 생산능력이 문제된 경우 자체를 발견하기 어렵다. 특허법 제128조 제2항을 적용한 판결례 대부분은 권리자 생산능력을 별도로 언급하지 않은 채 곧바로 ⅰ) 침해품 양도수량과 ⅱ) 권리자의 단위당 이익 문제로 나아가고 있었다.[26] 판결문에 생산능력이 언급된 판결 4건 가운데 실제로 침해품 판매수량이 권리자의 생산능력을 초과한다고 본 예로는 ⅰ) 침해품 양도수량을 기초로 하는 손해액을 권리자 생산능력 수량을 한도로 계산하고 이를 넘는 수량에 대해서는 실시료 상당액 배상을 인정한 것,[27] ⅱ) 2006년부터 2011년까지의 침해기간 동안 2007년과 2010년의 침해수량이 각 해당 연도의 권리자의 생산능력을 넘는다는 이유로(2007년의 경우, 침해품 양도수량 49개, 권리자 생산능력 한도 33개 / 2010년의 경우, 침해품 양도수량 52개, 권리자 생산능력 한도 26개) 손해액 산정 근거가 되는 침해품 양도수량을 해당 연도의 권리자 생산능력까지만 인정한 것[28] 정도가 있을 뿐이다. 나머지 2건[29]에서는 권리자 생산능력이

24) 정차호, 위 세미나 자료, 82-83면; 정차호・황성필・장태미, 위 논문, 76면.

25) 조영선, 위 보고서(주 1), 46-48면, 60-63면 참조.

26) 특허법원 2018. 11. 30. 선고2017나1315 판결; 특허법원 2017. 10. 27. 선고 2016나2014 판결; 특허법원 2017. 4. 28. 선고 2016나1424 판결; 특허법원 2017. 2. 17. 선고 2016나1271 판결; 서울 중앙지방법원 2015. 2. 13. 선고 2014가합525092판결; 서울중앙지방법원 2011. 5. 13. 선고 2010가합79935 판결; 수원지방법원 2011. 11. 3. 선고 2010가합23343 판결; 서울동부지방법원 2011. 4. 20. 선고 2010가합14023 판결; 서울동부지방법원 2009. 2. 18. 선고 2008가합11663 판결; 서울중앙지방법원 2007. 7. 6. 선고 2001가합32187 판결 등.

27) 서울 남부지방법원 2003. 2. 13. 선고 96가합6616 판결.

언급되기는 하였으나 실제 침해품의 판매수량이 그에 미치지 않았기 때문에 별다른 판단은 이루어지지 않고 있다.

이처럼 특허법 제128조 제2항이 적용된 사건에서 권리자 생산능력이 문제 된 판결이 많지 않은 것은, 권리자의 생산능력 한도라는 것이 매우 유동적이고 권리자 생산능력이 침해품의 양도수량을 상회한다는 점 자체를 당사자가 다투지 않는 경우가 많아서인 것으로 보인다.

② 드물게 생산능력이 문제된 경우에도 '상한선 방식'을 사용하지 아니함: 관련 판결례 중에는 상한선 방식 대신, [침해품 판매수량(A) - 생산능력 초과 수량(C) - 판매불가능 수량(B)] × 권리자 단위당 이익으로 손해를 계산하는 '공제 방식'을 채용한 예만이 보일 뿐이다. 침해품 양도수량이 생산능력을 초과하였던 위 ①의 ii) 사건[30]이 그러하다. 이 사건에서 상한선 방식이 적용되었다면, 2007년의 경우 A(49) - B(44)[31] ≦ C(33)의 식을 만족하는 5개 전부에 대해 원고의 단위당 이익액 (202,945,271원)을 곱한 금액을, 2010년의 경우 A(52) - B(47)[32] ≦ C(26)을 만족하는 5개 전부에 대해 원고의 단위당 이익액(176,009,386원)을 곱한 금액을 각 해당 연도의 손해액으로 보아야 했을 것이다. 그러나 법원은 계산상, 위 각 년도에도 침해품 양도수량 중 생산능력에 해당하는 수량인 33개(2007년)와 26개(2010년)에 각 기여율인 0.1을 곱해 나온 3.3개와 2.6개(기여율이 반영된 이 수치를 넘는 것은 판매불가능 수량에 해당)에 해당연도의 단위당 이익액을 곱해 손해액을 산정하고 있을 뿐이다. 이는 결과적으로 상한선 방식으로 손해액을 산정하는 것이 아니라, '공제 방식'에 따라 손해액을 계산한 것과 같다.

---

28) 서울중앙지방법원 2012. 8. 31. 선고 2011가합13369판결.

29) 대구고등법원 2017. 5. 11. 선고 2016나1602판결; 대구지방법원 2010. 6. 10. 선고 2009가단44492 판결.

30) 서울중앙지방법원 2012. 8. 31. 선고 2011가합13369호 판결.

31) 침해품에서 원고 특허의 기여율을 0.1로 보았으므로, 침해품 양도 수량 중 90%는 '침해가 없었어도 판매할 수 없었을 수량'에 준하고, 이는 약 44개(≒49×0.9)가 된다.

32) 침해품에서 원고 특허의 기여율을 0.1로 보았으므로, 침해품 양도 수량 중 90%는 '침해가 없었어도 판매할 수 없었을 수량'에 준하고, 이는 약 47개(≒52×0.9)가 된다

(3) 상한선 방식의 문제점 검토

1) 입법 경위 상 근거가 발견되지 않음

우선, 우리의 입법 경위에서 상한선 방식을 정당화할 특별한 사유가 발견되는지 살펴본다. 침해품 양도수량에 근거한 손해액 산정은 2001. 2. 3. 개정된 특허법(법률 제6411호. 이하 '2001년 법'이라고 한다) 제128조 제1항을 통해 도입되었는데, 이는 그보다 2년 전인 1998년에 개정된 일본 특허법(이하 '1998년 일본 법'이라고 한다) 제102조 제1항을 모방한 것이다.[33] 나아가 2020. 6. 9. 개정된 특허법(법률 제17422호. 이하 '2020년 법'이라고 한다) 제128조 제2항은, 2019. 5. 17. 개정된 일본 특허법(이하 '2019년 일본 법'이라고 한다) 제102조 제1항을 다시 벤치마킹한 것으로 보인다. 그런데 2001년 법에 관한 국회의 입법 제안이유 및 심사서는 단지 "특허권 등의 침해에 대한 손해액의 산정에 있어서 침해자가 판매한 수량에 권리자의 원가계산에 의한 이익액을 곱한 것을 권리자의 손해액으로 할 수 있도록 함으로써 판매수량 만을 확인하면 손해액을 쉽게 산정할 수 있도록 함(안 제128조 제1항 신설)"이라고 언급하고 있을 뿐, 제도의 도입 배경이나 제1항을 그처럼 규정한 이유는 제시하고 있지 않다.[34] 이는 2020년 특허법 제128조 제2항 제1호의 개정에 대해서도 완전히 마찬가지이다. 개정법에 대한 최초 발의안에는 2001년 법 제128조 제1항과 같은 표현이 그대로 유지되었다가(다만, 별개의 항으로 침해자 이익 환수조항의 신설이 제안되었다), 이후 의결 과정에서 이익 환수조항을 삭제하는 대신 합리적 실시료액의 복합산정 제도를 도입하기로 하면서 특허법 제128조 제2항 제1호의 표현을 현행법과 같이 바꾸고 제2호에 복합산정 규정을 마련하였다.[35] 이 과정에서 현행법 제128조 제2항

33) 위 개정의 근원을 일본의 1998년 법 개정에서 찾을 수 있다고 하는 예로는 정상조・박성수 공편, 앞의 책(주 19), 152면. 아예 위 개정 특허법 규정의 직접적 모델이 일본 특허법 제102조 제1항이라고 하는 예로는, 양창수, "特許權 侵害로 인한 損害賠償 時論 - 특허법 제128조 제1항의 입법취지와 해석론-", 법조 통권 제588호(2005. 9). 27면.

34) 국회 의안정보 시스템 https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=016408 (최종방문 2022. 10. 20).

35) 2020년 법의 개정제안 (20대 국회 의안번호 제2017894호), 의안원문, 심사보고서 및 체계자구검토보고서 참조 (https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PR

제1호와 같이 표현이 변경된 배경이나 이유에 대한 설명은 발견되지 않으며, 위 (1)의 한·일 조문 대비표에서 보는 대로, 일본 개정 특허법 제102조의 규정구조를 그대로 모방하면서 2001년 법의 해당 문구만 그에 맞추어 재배치하고 있음을 알 수 있다.

이상의 점을 종합하면, 우리나라의 2001년 법이나 2020년 법 제128조 제1항(제2항)은 일본 1998년 법 제102조 제1항의 '단위수량당 이익액을 곱한 금액을, … 실시능력에 응하는 금액을 넘지 않는 한도에서 … 손해액으로 할 수 있다. 다만, … 판매할 수 없었던 사정이 있는 경우에는 당해 사정에 상당하는 수량에 응한 금액을 공제해야 한다'는 표현을 모방하는 과정에서 이를 '생산할 수 있었던 물건의 수량에서 실제 판매한 물건의 수량을 뺀 수량에 단위수량당 이익액을 곱한 금액을 한도로 한다. 다만, … 판매할 수 없었던 수량에 따른 금액을 빼야 한다'로 임의 변형하여 옮긴 것으로 평가될 뿐, 거기에 깊은 정책적 고려나 입법상 결단이 깔려 있다고 볼 근거는 없다. 2001년 특허법에서 '실제 판매한 물건의 수량을 뺀 수량'이라는 표현이 추가되었으나, 이는 손해배상의 법리상 자명한 사항에 불과하고 손해액 산정에 차이를 가져오지 않기 때문에 독자적 의미를 부여하기 어렵다. 상세한 내용은 3)에서 별도로 언급한다. 만약 앞서 지적한 조문의 변형이 법리상 문제를 초래하지 않는다면 입법적 재량으로서 존중되어야 할 것이다. 그러나 그와 같이 변형된 문언이 명백히 법리상 문제를 야기한다면, 그리고 입법자가 그런 문제를 알고도 수인하였을 특단의 배경이 확인되지 않는다면, 입법의 부적절로 보아 이를 보완하는 해석을 하거나 법 개정을 모색해야 마땅하지, 그 문언에 매달려 현상을 유지·공고화하려고 시도하는 것은 바람직한 일이라 할 수 없다.

2) 특허법 제128조 제2항의 본질에 반함

무엇보다, 상한선 방식은 특허법 제128조 제2항의 본질에 반한다. 특허법 제128조 제2항과 제4항은 어디까지나 민법 제750조의 특칙으로서 침해와 손해 사이에 인과관계에 관한 권리자의 증명부담을 경감시켜 권리자 보

C_W1R8R1T2E2P8P1D7B5D9L1J9E5A4C1: 최종방문일 2022. 10. 20).

호를 강화하는 규정이다.[36] 제2항의 경우, 권리자가 침해행위가 없었더라면 판매할 수 있었던 수량을 객관적으로 증명하는 것은 매우 어렵기 때문에 침해자의 양도수량이 곧 권리자의 상실된 판매수량이라고 보고, 침해자의 양도수량에 권리자 제품의 단위당 이익액을 곱한 액을 손해액으로 삼는 것이다(실질적으로는 인과관계의 추정). 우리나라나 일본에 제128조 제2항이나 제4항의 본질을 두고 이른바 규범적 손해설을 취하는 입장들도 있고,[37] 그에 따르면 권리자가 실시자여야 하는지 여부, 침해품과 특허품의 대체성 요부 등에 관해서 인과관계 추정설보다 한층 너그러운 입장을 취하는 반면, 침해자가 판매불가능 수량을 주장・증명하여 배상을 감면받을 수 있는 여지는 좁게 보는 등 차이가 발생하게 된다.[38] 그런데 이를 인과관계의 추정으로 보느냐, 규범적 손해개념을 받아들인 것으로 보느냐와 관계없이 특정 사안에서 [침해자의 양도수량 = 권리자의 판매상실수량]이라는 관계가 부정된다면 그 수량을 배상액 산정의 대상에서 제외해야 한다는 점은 마찬가지이다. 따라서 ① 침해품이 시장에서 판매된 이후에도 여전히 권리자가 판매한 수량과, ② 침해가 없었더라도 권리자가 어차피 판매할 수 없었던 수량은 침해자가 각 증명에 성공하면 배상대상에서 제외되어야 한다. 그렇다면 침해품 양도수량 중 권리자의 능력을 초과하여 어차피 생산이 불가능했던 부분은 판매 또한 이루어질 수 없어 손해발생과 인과관계가 단절된 수량임이 분명하므로 이를 손해액 산정의 근거가 되는 침해품 양도수량에서 공제한 뒤 계산해야 한다. 그럼에도 불구하고 이를 침해품 양도수량에서 공제하는 대신 생산능력 한도를 손해액 산정의 상한선으로 취급하는 것은 특허법 제128조 제2항의 본질에 반한다.

---

36) 우리나라와 일본에서의 통설이다(안원모, 특허권의 침해와 손해배상, 세창출판사 2005), 156면; 조영선, 특허법 3.0, 박영사(2021), 476면; 中山信弘, 特許法, 弘文堂(2010), 335면; 中山信弘・小泉直樹 編, 앞의 책(주 8), 1814면).

37) 예컨대, 정상조・박성수 공편, 앞의 책(주 19), 189~190면; 양창수, 앞의 논문(주 33), 58면 등.

38) 이 점에 대한 일본에서의 견해대립에 대한 정리・소개는, 鈴木将文, “特許権侵害に基づく損害賠償に関する一考察: 特許法 102条1項を中心として”, Law&technoloy No.90(2021), 16-17면.

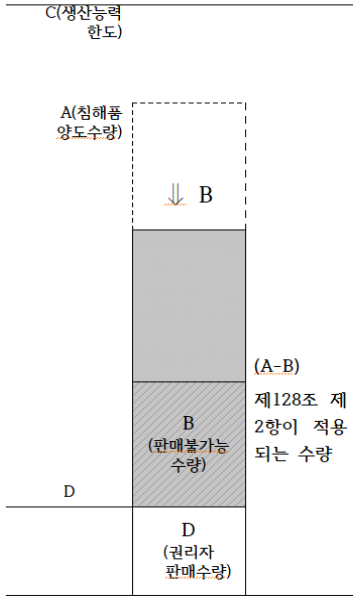
만약 특허법 제128조가 침해와 손해 사이의 인과관계에 근거한 배상의 틀이 아니라 침해자의 이익자체를 환수하는 개념을 택하였다면 모르되, 그렇지 않은 이상 손해 발생과의 사이에 인과관계가 없음이 분명한 수량을 침해품 양도수량이라는 이유로 임의로 가져다 배상대상으로 삼는 것은 부당하다. 예컨대 독일에서는 특허권 침해로 인한 배상액 모델로서, ⅰ) 권리자의 실손해 보전, ⅱ) 침해자의 이익 환수 및 ⅲ) 실시료 상당 손해배상이 활용되고 있고,[39] 그 중 침해자 이익 환수 모델을 택할 경우 권리자가 실제로 생산을 하는지, 생산능력은 얼마인지 등을 묻지 않는다.[40] 그러나 ⅰ), ⅲ)의 모델만으로 이루어진 우리 특허법 제128조에 이런 사고방식이 어울리지 않음은 물론이다.

3) 과잉배상 · 중복배상

상한선 방식은 과잉 · 중복배상을 초래할 수 있다. 이를 구체적으로 살펴보면 아래와 같다.

① 우선, 침해품 양도수량(A), 판매불가능 수량(B), 권리자 생산능력(C), 침해 후 권리자 판매수량(D) 라고 할 때, [C-D] > [A - B] 라면, 손해액은 생산능력(C) 아래에서 [A-B]만으로 정해질 것이다. 그 결과 C를 넘는 수량을 공제대상이라고 하든, [C-D]를 손해액의 상한선이라고 하든, 결과는 같다[그림 1].

② 그러나 상한선 방식에 따를 때, [C-D] < [A-B]이면 과잉배상 및 중복배상이 발생한다. 제2항 제1호의 "그 물건의



〔그림 1〕

39) Haedicke/Timmann, *Handbuch des Patentrechts*, C.H.Beck, 2012, §10, 80~138.

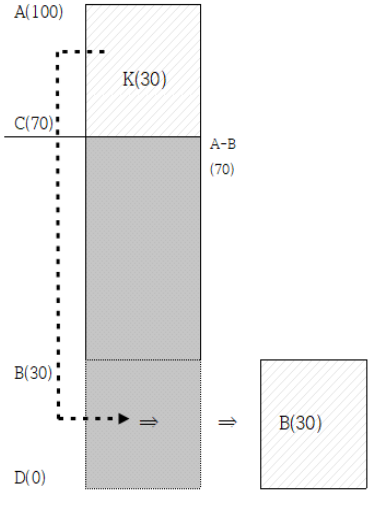
40) Alexander Harguth · Steven Carlson, *Patents in Germany and Europe(2nd. Edit)*, Wolters Kluwer(2017), pp.250-251.

양도수량(특허권자 또는 전용실시권자가 그 침해행위 외의 사유로 판매할 수 없었던 사정이 있는 경우에는 그 침해행위 외의 사유로 판매할 수 없었던 수량을 뺀 수량) 중 특허권자 또는 전용실시권자가 생산할 수 있었던 물건의 수량에서 실제 판매한 물건의 수량을 뺀 수량을 넘지 않는 수량에 권리자 제품의 단위당 이익을 곱한다"는 문언을 [C-D]를 [A-B]의 상한선으로 취급하는 것이라고 받아들이면 다음과 같이 된다.[41]

[설례 1]

침해품 양도수량(A)	판매불가능 수량(B)	권리자 생산능력(C)	침해 후 권리자 판매수량(D)
100	30	70	0

이라고 하면, [A-B] (70)은, 공제된 B(30) 수량만큼을 다시 침해품 양도수량(A) 중 권리자 생산능력(C)을 초과하는 영역(A-C = K:30)에서 가져와 권리자 단위당 이익을 곱하는 대상으로 만드는 것이다[그림 2]. 그런데 K(30)는 본래 권리자가 생산할 여지가 없었던 수량으로서, B가 0이었다면 단위당 이익을 곱하는 대상이 될 수 없음에도, B가 존재한다는 이유만으로 단위당 이익의 배상대상 수량으로 탈바꿈하는 것이다. 그러나 이런 과정을 거쳐 배상액을 증가시킬 합리적 근거는 없고, 이는 불법행위법의 기본 원리인 인과관계율에 명백히 반해가면서 권리자를 지나치게 보호하는 것이어서 과잉배상에 해당한다. 아울러, 2020년 법



〔그림 2〕

41) 편의상, 사례의 수치는 조영선, 위 보고서(주 1), 93면 이하의 것을 사용하기로 한다.

제128조 제2항 제2호에 의하면, 복합산정을 통해 권리자는 B(30)에 대해 합리적 실시료 배상까지 받게 되므로, 결과적으로 B(30)에 대해 「단위당 이익을 곱한 배상 + 합리적 실시료 배상」이 되어 중복배상이 발생한다.

[설례 2]

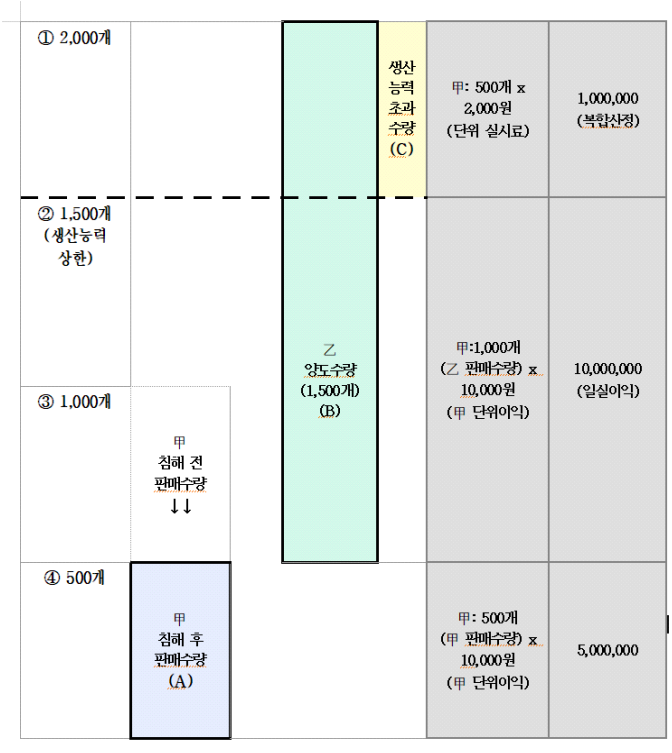
침해품 양도수량(A)	판매불가능 수량(B)	권리자 생산능력(C)	침해 후 권리자 판매수량(D)
100	30	80	40

이라고 하면,

우선, D(40)이 존재하므로, 시장에서 판매가 경합한 [권리자 제품 수량 + 침해품 수량] (A*)은 140개(A+D)가 된다. 침해에도 불구하고 판매가 이루어진 권리자 제품은 결국 '침해가 일어나지 않은 수량'에 해당하므로 배상의 영역에서 제외되어야 하며, A*가 140이 되어야 침해품 양도수량(A)이 100이 된다는 점은 계산상으로도 자명하다(140-40=100). [그림 3][42]은 이런 논리를 직관적으로 보여준다. 또한 이런 점은 법문상으로도 자명하다. 특허법 제128조 제2항 제1호는 침해품의 양도수량에 "…그 침해행위가 없었다면 판매할 수 있었던 물건의 단위수량당 이익액"을 곱하는 바, 이를 반대해석하면 '침해행위가 있었어도 판매된 물건'의 단위수량당 이익은 곱할 여지가 없고, 당연히 이 수량은 배상영역에서 배제됨을 전제하고 있는 것이다.[43]

42) 조영선, 특허권 침해에 대한 합리적 실시료 산정방법에 관한 연구(특허청 연구용역)(2020), 185면.

43) 일본 특허법 제102조 제1항도 마찬가지.

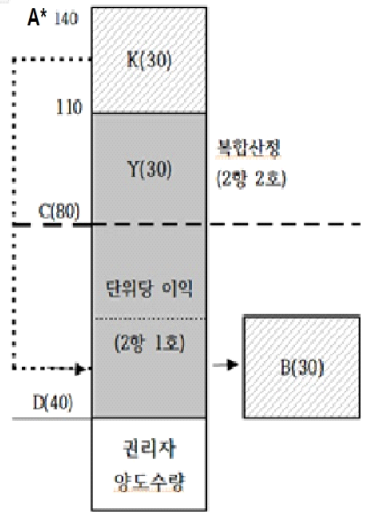


〔그림 3〕

상한선 방식에 따를 경우, 판매불가능 수량으로 공제된 만큼을 권리자 생산능력(C) 초과분에서 가져다가 (K:30) 단위당 이익을 곱하는 결과, 과잉배상과 중복배상이 발생한다는 점은 여기서도 동일하다. 한편, 권리자 생산능력(C)은 80이기 때문에 (A*-C)는 60인데 권리자는 그 중 K(30)를 공제한 수량 Y(30)에 대해서도 합리적 실시료 배상을 받게 된다(복합산정). Y(30)는 제128조 제2항 제2호의 문언에 따라 [A*-D-B] 중 [C-D]를 넘는 수량[44]이기 때문이다.

44) 제2항 제2호는: "그 물건의 양도수량 중 특허권자 또는 전용실시권자가 생산할 수 있었던 물건의 수량에서 실제 판매한 물건의 수량을 뺀 수량을 넘는 수량 또는 그 침해행위 외의 사유로 판매할 수 없었던 수량이 있는 경우"라고 하고, 제1호는 "그 물건의 양도수량"은 [침해품 양도수량 - 판매불가능 수량]이라고 정의하고 있음을 상기.

결국, 침해 발생 후에도 권리자가 시장에서 판매한 수량이 많아서 고정값인 권리자 생산능력과의 차이(C-D)가 작을수록 Y값은 커지게 되고, 그 결과 복합산정 되는 손해액 역시 증가하는 것이다[그림 4].



〔그림 4〕

(4) 일본의 상황

1) 특허법 개정

2019년 일본 법이 권리자 단위당 이익을 곱하는 대상을 우리 2020년 법과 달리 [침해품 양도수량 중 생산능력을 넘지 않는 수량. 다만, 권리자가 판매할 수 없었던 수량은 공제]라고 조문 구성하고 있음은 주목할 만하다. 그 결과 일본 특허법 제102조 제1항의 손해액은 [(침해품 양도수량 - 생산능력 초과수량 - 판매불가능 수량) × 권리자 단위당 이익액]이라고 해석된다. 침해 후 권리자 판매수량을 언급하지 않는 것은 애초에 이는 침해와 인과관계가 없는 수량이기 때문에 당연히 배상액 산정에 고려될 여지가 없음을 전제로 한 것이다. 제2호에서도 '제1호의 양도수량 중 생산능력을 넘는 수량 또는 판매불가능 수량이 있는 경우 그에 대해 합리적 실시료를 배상받을 수 있다'고 함으로써 제1호와의 정합성을 확보하고 있다.

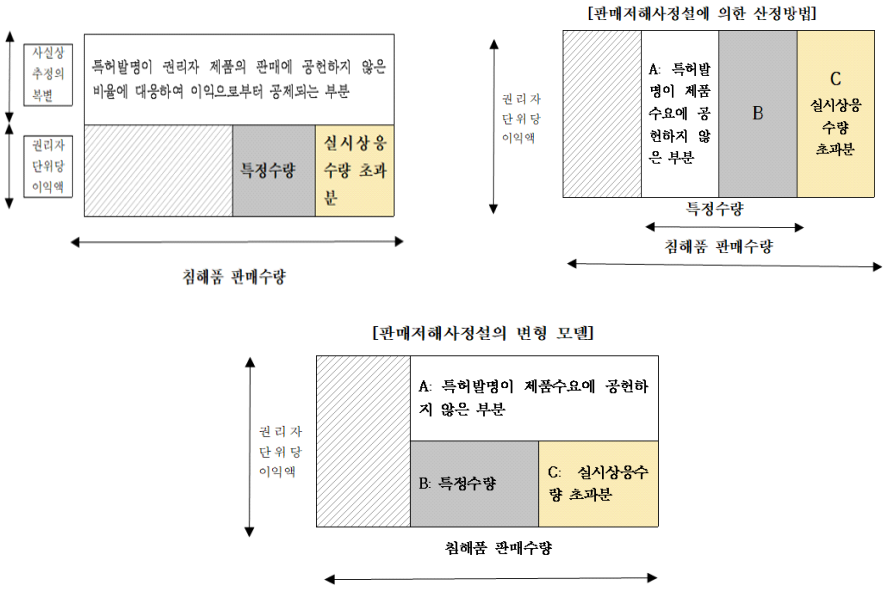
2) 학설상 논의

일본에서, 2019년 법 개정 이후의 논의는 주로, 제1항의 '침해가 아니었다면 판매할 수 있었던 물건'의 의미나, '침해가 없었더라도 판매할 수 없었을 수량(특정수량)'과 기여율의 관계, 복합산정의 대상과 범위, 제102조 제1항 제2호 괄호 부분의 의미 등을 둘러싸고 전개되고 있다.[45] 한편, 그 과정

45) 이 논문이 다루는 주제와 범위상, 이에 대한 상세한 논의는 생략한다. 이에 대한 집중적 검토를 수행하고 있는 일련의 최근 문헌으로는, 田村善之, "特許法102條 2 項にお

에서 침해품의 양도수량에서 권리자 생산능력 초과수량(실시상응수량 초과분)과 판매불가능 수량(특정수량)은 그 전부를 공제하고 계산에 나아가는 '공제방식'을 당연한 전제로 하고 있을 뿐, 우리나라에서처럼 '상한선 방식'을 적용하는 모습은 발견되지 않는다. 이는 개정 일본 특허법의 복합산정 문제를 다루고 있는 최근 문헌[46]을 통해서도 재확인된다. 해당 문헌은, 제102조 제1항의 적용 결과 복합산정이 이루어지는 경우, 특허발명이 권리자 제품의 판매에 기여하지 않는 비율을 어떻게 취급·반영할 것인지를 두고 일본에서의 견해 대립을 다음과 같이 정리·소개하고 있다.

[知財高裁 2020. 2. 28. 판결의 산정방법]



이를 통해, 일본의 학설들이 당연히 침해품 판매수량에서 특정수량(B)

ける利益の意義‧推定の覆滅と同條 3 項の相当實施料額の算定について—二酸化炭素含有粘性組成物事件知財高裁大合議判決—", 知的財産法政策學研究 Vol.58 (2021. 3), 35면 이하; 田村善之, "特許法102條1項の逸失利益の推定とその覆滅について－美容器事件知財高裁大合議判決－", 知的財産法政策學研究 Vol.59 (2021. 4), 93면 이하; 田村善之, "特許法102條各項の役割分担論と損害論定立の試み—續‧知的財産權と損害賠償—", 知的財産法政策學研究 Vol.60 (2021. 9), 1면 이하 참조.

46) 鈴木将文, 앞의 논문(주 38), 23면.

과 실시상응수량 초과분(C)를 모두 '공제하는' 전제 아래 제102조 제1항의 손해액 산정을 하고 있음을 재확인할 수 있다.

(5) 정리와 비평

결국 특허법 제128조 제2항 제1호의 손해는 공제 방식에 따라[(침해품 판매수량 - 생산능력 초과수량 - 판매불가능 수량) × 권리자 단위당 이익]으로 산정되고, 위와 같이 공제된 생산능력 초과수량 및 판매불가능 수량에 대해 합리적 실시료 배상(제2호)이 이루어짐이 상당하다.

우리 특허법이 처음부터 상한선 방식과 같은 해석이 가능하도록 규정된 이유나 특별한 근거는 관련 입법자료 어디에서도 찾아지지 않는다. 이는 단지 1998년 일본 법의 개정 직후 이를 모방하는 과정에서 입법해설서에 적힌 산정방식을 별다른 문제의식 없이 법문에 옮겨 온 결과로 보일 뿐이다. 이런 경위로 현행 특허법 제128조 제2항은 특허법 제128조의 본래 취지에 반하는 해석이 가능하게 되었으며, 복합산정을 도입한 2020년 개정법 아래에서는 과잉배상·중복배상의 문제까지 낳게 되었다. 정작 일본은 2019년 법 개정을 통해 명시적으로 공제 방식을 천명하여 이런 문제를 원천봉쇄 하고 있는 실정이다.

사정이 이와 같음에도 국내 일각에서, '상한선 방식이 합리적·논리적이고, 공제 방식을 제안하는 견해는 오류이며, 일본 특허법도 다시 개정되어야 한다'고 주장하는 예가 있다.[47] 그러나 이는 개정 특허법 제128조 제2항을 상한선 방식으로 해석하는 경우 초래되는 중복배상·과잉배상의 가능성을 간과한데다가, 권리자가 침해 후에도 판매한 수량의 법적 위상, 특허법 제128조 제2항이 침해자의 이익환수가 아니라 인과관계에 기초한 배상이라는 본질을 가진 점, 생산능력 한도 역시 인과관계 단절사유에 해당한다는 점 등을 잘못 이해한 주장이다. 상한선 방식과 같은 문언해석이 결과적으로 특허권자에게 유리하기 때문에 유지되어야 한다는 태도는 부당하며, 앞서 본 여러 법리상 흠결이 '권리자의 최대 보호'라는 구호만으로 정당화될 수 없음은 물론이다. 비교법적으로, 특허권자에 대한 보호가 가장 강력한 미국

47) 정차호, 앞의 발표문(주 22), 82-86면.

을 포함하여 주요국 어느 나라도 침해로 인한 손해배상 국면에서 그런 방법으로 특허권자를 보호하는 예는 없다는 점도 기억해야 한다.

마지막으로, 위 논자는, 특허법 제128조 제2항 각호를 공제방식으로 해석하는 필자의 입장과 일본 특허법 제102조 제1항은 각각 '침해 후 권리자의 판매수량'을 고려하지 않은 입론과 입법이어서 오류라고도 주장한다.[48] 그러나 그런 전제적 판단 자체가 그릇된 것임은 위 (3) 3) [설례 2]에 대한 설명과 [그림 3]에서 언급한 대로이다.

(6) 해결책: 공제 방식

1) 특허법 제128조 제2항 제1호의 합목적적 해석

입법자가 예정한 제도의 취지를 가급적 손상하지 않으면서 그 폐해를 제거하는 데 필요한 범위 내에서 법률은 합목적으로 해석될 수 있다.[49] 우선, 현행 법문을 그대로 읽더라도 필연적으로 상한선 모델과 같은 결론이 도출되는 것이 아니다. 만약 상한선 모델을 취하는 것이 입법자의 진정한 의도였다면, 제128조 제2항 제1호의 해당 문언은 예컨대, "물건의 양도수량 가운데, 권리자가 생산할 수 있었던 수량에서 실제 판매한 수량을 뺀 수량(이하 '생산능력 상응 수량'이라고 한다). 다만, 물건의 양도수량에서 권리자가 침해 이외의 사유로 판매할 수 없었던 수량을 공제한 것(이하 '판매 가능수량'이라고 한다)이 생산능력 상응 수량보다 적은 경우에는 판매 가능수량."과 같이 표현되었어야 할 것이기 때문이다. 불법행위법의 기본 원칙인 인과관계율을 전제로 권리자의 손해 증명의 어려움을 덜어주기 위한 법 제128조의 취지에 비추어 볼 때, 상한선 방식과 같이 중복배상과 과잉배상의 폐단을 감수하면서 권리자를 보호하는 것이 입법자의 의도는 아니라고 해야 한다. 아울러 상한선 방식은 생산능력 초과부분과 판매불가능 수량에 대해 복합산정이 가능하도록 한 제2호와의 유기적·합리적 정합성을 해친다. 그렇다면 특허법 제128조 제2항에 대해 문언 해석에 매달리는 대신, 제1호

48) 정차호, 앞의 발표문(주 22), 80, 86면; 정차호·황성필·장태미, 앞의 논문(주 22), 74, 83면.

49) 대법원 2014. 3. 20. 선고 2009다60336 전원합의체 판결 등.

를 공제 방식과 같이 '침해품의 양도수량으로부터 손해와 인과관계가 단절되는 생산능력 초과 수량 및 판매불가능 수량을 모두 공제한 수량'이라는 의미로 합리적으로 해석하고, 위와 같이 공제된 수량만큼에 대해서 실시료 배상을 보장하겠다는 의미(제2호)라고 파악함이 상당하다.

「공제 방식」에 입각한 해석을 위 (2) 2) (가)의 설례에 적용하여 상한선 방식과 대비하면 다음과 같이 된다.

침해품 양도 수량 (A)	판매 불가능 수량 (B)	권리자 생산 능력 (D)	권리자 판매 수량 (E)	공제 방식		상한선 방식	
				양도수량 손해(1호)	실시료 손해 (2호)	양도 수량 손해	실시료 손해
100	20	70	0	A-(A-D)-B 100-(100-70)-20 = 50	50	70	30
100	40	80	10	(A*-E)-(A*-D)-B (110-10)-(110-80)-40 = 30	70	60	40
100	30	70	20	(A*-E)-(A*-D)-B (120-20)-(120-70)-30 = 20	80	50	50

2) 권리자 생산능력의 취급

(가) 실무 관행의 합리적 유지 필요

한편, 위와 같은 해석상 문제는 권리자 생산능력 한도수량이 침해품 판매수량 사이에 놓이는 경우에 발생한다. 그런데 특허법 제128조 제2항의 적용 시 권리자의 생산능력은 잠재적인 것이어도 충분하고, 제3자에게 하청을 주는 등의 방식으로 확장하는 것도 가능하다고 보는 것이 일반적이다.[50] 실무에서도 권리자 생산능력이 손해액 산정에 영향을 미치는 예가 드물다는 점 앞서 본 대로인바, 이런 현실은 앞으로도 유지될 필요가 있다. 판례는[51] 특허침해로 인한 손해배상에서 손해의 발생 자체는 권리자가 주장·증명해야 하지만, 권리자와 침해자의 시장에서 경쟁관계에 있다는 사실 등에 대한

50) 안원모, 특허권의 침해와 손해배상, 앞의 책(주 36) 175면; 조영선, 앞의 책, (주 36), 493면; 정상조·박성수 공편, 앞의 책(주 19), 203면; 양창수, 앞의 논문(주 33), 64면; 高部 眞規子, 앞의 책(주 4), 257면 등.

51) 대법원 2006. 10. 12. 선고 2006다1831 판결.

증명만으로 이는 사실상 추단되고 피고가 그 반대사실에 대한 증명책임을 진다고 한다. 이런 태도에 따르면, 권리자 제품이 실제로 생산·판매되고 있는 이상, 침해품에 의해 잠식된 물량 역시 권리자 스스로 생산할 수 있는 능력을 가지고 있었다고 추정한 뒤, 침해자인 피고로 하여금 권리자의 생산능력이 그 정도까지는 이르지 않기 때문에 침해가 아니었더라도 침해품 수량만큼의 생산·판매는 이루어질 수 없었으리라는 반대사실을 주장·증명하게 함이 상당하다. 권리자 생산능력이 추상적·잠재적인 것으로도 충분하다고 보는 이상, 가급적 그것이 손해배상에 장애물이 되지 않도록 재판실무가 운용되는 것이 바람직한 것이다.[52] 결국 특허법 제128조 제2항의 적용이 이루어지는 사안에서는 침해품의 양도수량과 권리자 생산능력의 관계를 원칙상 (3) 3)의 [그림 1]에서처럼 다루되, 어차피 권리자의 생산능력이 침해품의 양도수량을 밑돈다는 인과관계 단절의 사정을 침해자가 증명하는 경우에 한해 이를 고려하게 되는 것이다. 권리자의 두터운 보호는 이와 같은 실천적 방법으로 도모되어야 합당하지, 중복배상·과잉배상의 문제를 감수하는 상한선 방식을 통해 달성되어서는 안된다.

아울러, 일각의 주장처럼 권리자 생산능력이 마치 손해액 산정을 좌우하는 핵심적 변수라도 되는 양, 여러 가상의 수치들을 동원하고 퍼즐(puzzle) 풀이의 예를 들어가면서 사변적(思辨的) 방법으로 접근하는 것은[53] 실무와 동떨어짐은 물론, 그 결과가 타당하지도 않다. 무엇보다 이는 법 해석론이 어디까지나 '현실에 대한 합리적 해결의 도구'여야 한다는 엄중한 당위에 비추어 재고되어야 마땅할 것이다.

(나) 증명책임에 대한 논의와 문제점

학설은 권리자 생산능력이 권리자측에서 보다 쉽게 증명될 수 있다고 하거나,[54] 조문의 구조 등을 근거로[55] 권리자에게 생산능력의 주장·증명

52) 조영선, 위 보고서(주 1), 97면.
53) 예컨대, 정차호, 앞의 발표문(주 22), 77-78, 82, 88면; 정차호·황성필·장태미, 앞의 논문(주 22), 67-69, 75-77, 86면 등.
54) 양창수, 앞의 논문(주 33), 64면.
55) 안원모, 앞의 책(주 36), 174면; 정상조·박성수 공편, 앞의 책(주 19), 200면.

책임이 있다고 한다. 이는 대체로, 권리자의 생산능력과 판매불가능 사정이 본문과 단서로 구분되어 있던 시절의 일본의 통설을[56] 그대로 원용한 것들이다. 그러나 ⅰ) 권리자가 생산능력을 최대 가동하더라도 침해품의 양도수량만큼 생산할 수 없었다는 것은, 그 본질이 '침해행위 외의 사유로 판매할 수 없었던 사정(수량)[57]'의 한 모습이라 할 것인데, 후자는 확고하게 침해자가 주장·증명해야 하는 사유로 받아들여져 오고 있는 점, ⅱ) 현행 특허법 제128조 제2항 제1호는 단지 "물건의 양도수량(특허권자 또는 전용실시권자가 그 침해행위 외의 사유로 판매할 수 없었던 사정이 있는 경우에는 그 침해행위 외의 사유로 판매할 수 없었던 수량을 뺀 수량) 중 특허권자 또는 전용실시권자가 생산할 수 있었던 물건의 수량에서 실제 판매한 물건의 수량을 뺀 수량을 넘지 않는 수량"이라고 하고 있을 뿐이어서, 법률요건 분류설에 의하더라도 권리자에게 증명책임을 부과하는 형태의 조문 구조가 아닌 점, ⅲ) 유독 특허법 제128조 제2항 제1호에 대해서만 증거와의 거리에 기해 증명책임을 분배하는 것에 합리적 근거를 발견하기 어렵다는 점, ⅳ) 현실에서 생산능력은 중요한 영업비밀인 경우가 대부분인바, 특허침해로 손해를 입은 권리가가 제128조 제2항의 구제를 받기 위해서는 스스로 자신의 영업비밀을 공개해야만 한다고 보는 것은 비현실적이고, 권리자의 보호가 목적인 특허법 제128조의 입법취지에도 맞지 않는 점 등을 감안하면, 위 주장들은 타당하다고 보기 어렵다.

참고로, 최근 일본의 유력한 견해는, '특허법 제102조 제1항은 일실이익 증명에 관한 특허권자의 곤란을 덜어 주어 그 구제를 용이하게 하고자 하는 것이므로 가급적 그 취지에 부합하도록 유연한 운영이 필요하고, 이는 권리자의 생산능력 한도를 인정함에 있어서도 마찬가지이다'라고 하는 한편, 이런 측면에서 생산능력 문제는 구법 제102조 제1항 단서에 의한 추정의 일부복멸의 문제로 취급할 수도 있을 것이라고 하여 같은 입장을 보인다.[58] 나아가, 아예

56) 澁谷達紀, 知的財産權講義 I 特許法·實用新案法·種苗法 有斐閣(2004), 204면; 田村善之, 知的財産權と損害賠償(新版), 弘文堂(2004), 316면 등.

57) 생산이 불가능하였다면 판매는 논리적으로 당연히 불가능한 것임을 상기할 것.

58) 田村善之, 앞의 논문(주 13), 150면.

권리자 생산능력의 증명책임이 침해자에게 있다고 하는 견해도 있다.[59]

3) 법 개정: 궁극적 해결책

위와 같이 법 해석이나 실무의 운용을 통해 문제를 해결한다 해도 이는 우회적 방법이라는 한계를 가진다. 따라서 궁극적으로는 특허법 제128조 제2항을 다음과 같이 '공제 방식'의 모델대로 개정함이 상당하다. 아울러, 그 표현도 지금보다 간단명료하고 유기적 정합성이 확보되는 형태로 바꾸어야 할 것이다. 법 개정 모델에 대한 제안은 다음과 같다.[60]

2020년 법	개정 제안
제128조 ② 제1항에 따라 손해배상을 청구하는 경우 그 권리를 침해한 자가 그 침해행위를 하게 한 물건을 양도하였을 때에는 다음 각 호에 해당하는 금액의 합계액을 특허권자 또는 전용실시권자가 입은 손해액으로 할 수 있다. 1. 그 물건의 양도수량(특허권자 또는 전용실시권자가 그 침해행위 외의 사유로 판매할 수 없었던 사정이 있는 경우에는 그 침해행위 외의 사유로 판매할 수 없었던 수량을 뺀 수량) 중 특허권자 또는 전용실시권자가 생산할 수 있었던 물건의 수량에서 실제 판매한 물건의 수량을 뺀 수량을 넘지 않는 수량에 특허권자 또는 전용실시권자가 그 침해행위가 없었다면 판매할 수 있었던 물건의 단위수량당 이익액을 곱한 금액 2. 그 물건의 양도수량 중 특허권자	제128조 ② 제1항에 따라 손해배상을 청구하는 경우 그 권리를 침해한 자가 그 침해행위를 하게 한 물건을 양도하였을 때에는 다음 각호에 해당하는 금액의 합계액을 특허권자 또는 전용실시권자의 손해액으로 할 수 있다. 1. 그 물건의 양도수량에, 침해가 없었다면 특허권자 또는 전용실시권자가 판매할 수 있었을 물건의 단위수량 당 이익액을 곱한 금액. 다만, 다음 각 목은 위 양도수량에서 공제한다. 가. 특허권자 또는 전용실시권자가 생산할 수 없었던 수량 나. 그 밖에 특허권자 전용실시권자가 그 침해행위가 없었더라도 판매할 수 없었던 수량 2. 그 물건의 양도수량 중 제1호 가.나.목에 의해 공제된 수량의 실시에 대해 합리적으로 받을 수 있는 금액. 다만, 특허권자 또는 전용실시권자가 해당 특허권에

59) 伊藤滋夫 編, 「知的財産法の要件事実」, 日本評論社(2016), 182~192면(飯村敏明 집필 부분).

60) 조영선, 위 보고서(주 1), 96면.

또는 전용실시권자가 생산할 수 있었던 물건의 수량에서 실제 판매한 물건의 수량을 뺀 수량을 넘는 수량 또는 그 침해행위 외의 사유로 판매할 수 없었던 수량이 있는 경우 이들 수량(특허권자 또는 전용실시권자가 그 특허권자의 특허권에 대한 전용실시권의 설정, 통상실시권의 허락 또는 그 전용실시권자의 전용실시권에 대한 통상실시권의 허락을 할 수 있었다고 인정되지 않는 경우에는 해당 수량을 뺀 수량)에 대해서는 특허발명의 실시에 대하여 합리적으로 받을 수 있는 금액	기해 전용실시권이나 통상실시권을 설정할 수 없었던 경우에는 그러하지 아니하다.

특히, 위 개정 제안 제1호 가.목의 '(침해품의 양도수량 중) 특허권자 또는 전용실시권자가 생산할 수 없었던 수량'이라는 표현은 다음과 같은 함의를 가진다. (3) 3)의 [그림 3]을 예로 할 때, '침해품의 양도수량 (B+C)'이 배상의 기준으로서, ⅰ) 권리자 제품의 판매수량(A)은 당연히 배상에서 제외되고 ⅱ) 권리자가 생산할 수 있었던 수량(B)은 배상의 대상이며 ⅲ) 생산가능 수량을 넘는 부분(C)은 배상대상이 아니라는 점을 명확히 한다. A는 침해품 양도와 무관하게 권리자가 이미 생산·판매한 수량이므로 '침해품의 양도수량 중'의 수량도, '생산할 수 없었던' 수량도 아니다. B는 침해품 양도수량 가운데 권리자가 생산할 수 있었던 (판매가능성이 잠식당한) 수량이므로 배상대상이고, C는 침해품 양도수량 중 권리자가 어차피 '생산할 수 없었던 수량'이므로 배상대상에서 제외되어야 한다는 것이다.

2. 복합산정의 예외사유 (제128조 제2항 제2호 괄호부분)

개정법 제128조 제2항 제2호는 제1호의 적용과정에서 공제된 수량(권리자 생산능력 초과 수량 및 판매불가능 수량)에 대해 합리적 실시료 상당

배상을 인정하되, 특허권자 또는 전용실시권자가 그 특허권자의 특허권에 대한 전용실시권의 설정, 통상실시권의 허락 또는 그 전용실시권자의 전용실시권에 대한 통상실시권의 허락을 할 수 있었다고 인정되지 않는 경우에는 그 수량을 제외하고 있다(제2호 괄호 부분). 일본에서는 동일한 내용의 제102조 제1항 제2호 괄호 부분 해석을 두고 견해의 대립이 생겨나고 있으며, 그 입법 예를 참조한 우리나라에서도 같은 해석상 논란이 예상되므로 검토가 필요하다.

(1) 일본에서의 논의

이 규정의 의미를 두고 일본에서는 다음과 같은 견해의 대립이 있다.

1) 비 기여분설

일본 특허청의 입법해설서는, 제102조 제1항 제2호(우리 특허법 제128조 제2항 제2호에 해당)의 괄호부분은 권리자의 판매불가능 수량에 대해 합리적 실시료 상당액의 배상을 명하게 되더라도, 그 판매불가능 수량이 특허발명이 권리자나 침해자 제품의 일부에 불과한 사정처럼 본래 침해와 관련 없는 것[61]이라면 실시료 배상의 여지도 없다는 점을 명문화한 것이라고 설명한다.[62] 일본 지적재산고등재판소의 판사들 가운데는 입법이유를 이와 같이 설명하면서도, 법리상 비 기여분은 일본 판매불가능 수량이 아니라 본문 소정 권리자 제품의 단위당 이익에 반영되어야 하는 요소이므로 해당 수량에는 원래 제1항 제2호 괄호가 적용될 여지가 없고 제1항의 적용으로 족하다는 견해들도 있다.[63]

2) 실시권설정 불능 수량설

반면, 학자들 사이에는 해당 괄호부분의 의미를 그 문언에 충실하게 해

61) 본래 침해와 관련 있는 부분을 '기여분'이라고 부른다면, 이는 '비 기여분'이라고 부를 수 있을 것이다(사견).

62) 川上敏寛, "令和元年特許法等改正法の概要（上）", NBL 1154号(2019. 9), 36-37면.

63) 古河 謙一, "令和元年改正特許法102条をめぐる諸問題", 別冊 Law&Technology No.6 (2020), 76면; 佐野 信, "製品の一部のみに特許発明が実施さるた場合の特許法102条1項, 2項による損害賠償額算定における諸問題", 같은 책, 89면.

석하는 견해들이 많다. ⅰ) 이는 기본적으로는 공제수량분에 있어 손해 불발생의 항변을 명문화한 것으로서, 실시허락 등을 할 수 없었던 경우란 곧 침해로 인해 권리자에게 실시료 상당 손해가 발생할 여지가 없었던 경우를 의미한다고 하거나,[64] ⅱ) 이를 기여율 배제의 문제로 보는 것은 법문에 맞지 않을뿐더러, 기여율 배제는 판매불가능 수량의 하나로서 추정 일부 복멸의 문제로 귀결됨이 상당하며, 해당 괄호부분은 특허권자와 전용실시권자가 병존하는 경우 누가 배상을 청구할 수 있는가를 명확히 하는 취지라고 한다.[65]

(2) 검 토

1) 판매불가능 사정과 기여분의 문제

'판매불가능 사정'과 '기여분'은 그 개념, 구체적 사유, 법적 성질, 증명책임과 소송상의 취급 등을 둘러싸고 매우 많은 쟁점을 내포하고 있는 문제이고, 오히려 특허법 제128조 제2항을 둘러싼 논의의 더 큰 비중은 여기에 있다고 해도 과언이 아니다.[66] 다만, 이는 Ⅰ.에서 전제한 이 글의 주제를 넘으므로 특허법 제128조 제2항 제2호 괄호 부분의 해석과 직결되는 한도에서만 이를 언급하면 다음과 같다. '판매불가능 사정'과 '기여분'은 모두 침해와 손해 사이에 인과관계가 단절된 사유이지만, '판매불가능 사정'은 예컨대 ① 특허품 생산에 불가결한 부품 공급의 차질, ② 특허실시가 법적으로 금지된 사정, ③ 신기술의 개발로 특허발명이 진부화(陳腐化) 하여 시장성에 한계 발생, ④ 특허품과 침해품의 시장이 서로 다른 사정, ⑤ 특허품에 대한 대체품・경합품의 존재나 시장점유율[67]처럼 침해품의 매출이나 침해방법의 실시에 특허발명이 전적으로 공헌하였으되, 다만 위 각 사유로 어차피 권리

64) 小泉直樹・田村善之 編 特許判例百選［第5版］, 有斐閣(2019), 87면(金子敏哉 집필부분).

65) 田村善之・時井眞・酒迎明洋, プラクティス知的財産法 I, 信山社(2020), 173-174면; 田村善之, 앞의 논문(주 13), 130면.

66) 이에 대한 상세한 분석과 설명으로는, 조영선 위 보고서(주 1), 56~59면, 105~109면, 184~194면, 204~216면 등.

67) 다만, '시장점유율'은 판매불가능 사정으로서의 성질과 기여분의 성질을 겸유하는 특징이 있다(조영선, 위 보고서(주 1), 186면).

자가 이익 전부를 획득할 수 없었던 특별한 경우를 의미한다. 반면, '기여분'은 Ⓐ 침해자의 시장개발 노력, 광고・선전, 브랜드 가치, Ⓑ 침해품의 우수성이나 가격경쟁력, Ⓒ 특허발명이 침해품의 일부 구성에 불과한 점처럼, 침해품의 매출이나 침해방법의 실시 중 일부에만 특허발명이 공헌하고 나머지 매출에는 그와 관계 없는 위 Ⓐ~Ⓒ사유가 공헌한 경우를 말한다.[68] 이런 실질의 차이는 당장 복합산정의 가부에 차이를 가져오게 된다. 침해 과정에서 특허발명이 100% 활용된 이상, 권리자의 판매불가능 사정으로 일실이익 배상이 이루어지지 않은 부분이 있다면 침해자는 그에 대해 적어도 실시료를 지급하지 않은 것은 분명하므로 복합산정을 통해 합리적 실시료 상당의 배상을 해야 한다. 반면, 침해품 양도 수량 중 기여분을 넘는 수량(비 기여분)은 실질적으로 특허발명이 활용된 부분이 아니라고 보아야 하므로 이에 대해서는 복합산정을 통한 합리적 실시료 배상의 여지도 없게 되는 것이다.[69]

2) 복합산정 예외 대상에 대한 검토

생각건대, 「비 기여분설」처럼 기여율 문제를 판매불가능 사정과 구분하여 복합산정 대상에서 배제하려는 입법적 의도 자체는 타당하지만, 해당 규정의 '통상실시권을 허락할 수 없었던 수량'이라는 표현을 '기여분을 넘는 수량'으로 읽는 것은 무리이다. 비 기여분에 해당하는 수량에는 합리적 실시료 배상도 불가능하다는 것은 법리상 자명하므로 굳이 괄호 부분을 문언에 반해가면서 그처럼 해석할 필요도 없다. 그렇다면, 해당 괄호 부분은 문언 그대로, 권리자가 본래 침해자를 포함한 제3자에게 통상실시권을 설정할 수 없는 상황이어서 실시권 설정 기회가 상실됨으로 인한 일실이익 손해 역시 발생할 여지가 없던 경우를 말하는 것으로 보면 족할 것이다. 해당 괄호 부분은 ① 특허권자가 전용실시권을 설정하거나 통상실시권을 허락할 수 없는 사정이 있었던 경우, ② 전용실시권자가 그 전용실시권에 기해 통상실시권을 허락할 수 없는 사정이 있었던 경우로 되어 있는 바, 문제는 구체적으로 어떤 경우가 여기에 해당하는지이다.

---

68) 조영선, 위 보고서(주 1), 108면 참조.

69) 설례를 통한 자세한 설명은 조영선, 위 보고서(주 1), 105~106면 참조.

제2항 제2호 단서와 관련하여 "현실적으로 특허권자 또는 전용실시권자가 통상실시권을 설정할 수 없는 상황이 인정될지는 심히 의문이다"라고 하는 예가 있으나,[70] 그런 상황은 아래와 같이 다양하게 존재한다.

(가) 특허권자가 실시권을 설정할 수 없는 사정

가) 특허권자가 이미 제3자에게 전용실시권을 설정해 준 경우

특허권자는 전용실시권 설정계약 시 시간적·지역적·내용적 범위를 한정할 수 있는바(특허법 제100조 제2항 참조), 전용실시권 설정 시 판매만을 허락하고 생산은 여전히 특허권자가 행한다든지, 기간 당 전용실시권자의 생산·판매 수량을 제한할 수도 있다.[71] 그렇기 때문에 예컨대, 특허품을 스스로 생산·판매하는 특허권자 甲이(생산능력 한도 월 10,000개) 자신의 생산능력을 넘는 물량 중 2,000개에 대하여 乙에게 전용실시권을 설정해 주었는데, 丙이 15,000개의 침해품을 생산·판매하였다고 하자. 甲은 침해품 판매수량 중 자신의 생산능력을 넘는 5,000개(15,000-10,000)에 대해 합리적 실시료를 청구할 수 있지만(복합산정), 이 때 丙은 그 중 2,000개는 이미 전용실시권이 설정된 수량이어서 甲이 어차피 그 수량만큼 제3자에게 실시허락을 할 가능성이 없었음을 주장하면서 공제를 주장할 수 있다.[72]

나) 특허권이 공유인 경우

공유 특허권자는 다른 공유자의 동의가 없는 한 제3자에게 전용실시권이나 통상실시권을 설정해 줄 수 없다(특허법 제99조 제4항). 그렇기 때문에, 공유자 일부만이 자신의 공유지분에 따라 손해배상을 청구하면서 지분 이외의 부분에 대해 실시권 설정기회가 상실되었다고 주장하면서 복합산정에 기한 손해배상을 구한다면, 침해자는 특허법 제99조 제4항 및 제128조 제2항 제2호 괄호 부분을 근거로 배척을 구하는 항변을 할 수 있을 것이다.

---

70) 정차호, 앞의 발표문(주 22), 95면; 정차호·황성필·장태미, 앞의 논문(주 22), 99면.

71) 그밖에 i) 특허권자는 허락권을 가지고, 전용실시권자만 실시하는 경우 ii) 특허권자가 실시하고 전용실시권자는 허락권 만을 가지는 경우, iii) 특허권자와 전용실시권자가 모두 허락권을 가진 채 아무도 실시하지 않는 경우를 생각할 수 있는데, 그 중 ii)의 경우에도 (1)의 상황이 발생한다.

72) 이때, 해당 수량만큼을 전용실시권자인 乙이 丙에게 손해배상 청구할 수 있음은 별개의 문제이다.

(나) 전용실시권자가 실시권을 설정할 수 없는 사정

전용실시권자는 특허권자의 허락을 받아야만 그 전용실시권에 기한 통상실시권을 허락할 수 있는바(특허법 제100조 제4항), 전용실시권자가 특허권자로부터 그 허락를 얻지 못한 경우가 여기에 해당한다. 예컨대, 생산능력 한도 10,000개인 전용실시권자 乙이 15,000개의 침해품을 제조, 판매한 丙을 상대로 제128조 제2항 제1호의 손해배상을 청구한다면, 자신의 생산능력을 넘는 5,000개(15,000-10,000)에 대해 합리적 실시료를 청구할 수 있지만(복합산정), 만약 특허권자 甲과의 전용실시권 계약에서 乙이 월 3,000개까지만 제3자에게 특허품 제조·판매에 관한 통상실시허락을 할 수 있는 것으로 제한되어 있었다면, 나머지 2,000개(5,000-3,000)에 대해서는 어차피 乙이 실시허락을 할 수 없는 처지였으므로 합리적 실시료 배상의 여지도 없게 된다.

Ⅲ. 결 론

이상에서 개정 특허법 제128조 제2항을 둘러싼 해석상·입법상 몇 가지 쟁점에 대해 검토를 수행하였다. 우리나라에서는 종래 해당 규정을 [(침해품 양도수량 - 판매불가능 수량) ≦ 권리자 생산능력 수량] × 권리자 제품 단위당 이익이라고 해석해 왔다(상한선 방식). 그러나 이처럼 권리자 생산능력을 배상의 상한선으로 취급하는 태도는 침해와 손해 사이의 인과관계 기본 원칙에 반하고, 합리적 실시료의 복합산정이 가능해진 현행법 아래에서는 과잉배상·중복배상의 가능성을 낳는다. 분석 결과, 우리 실무례는 법 개정 이전부터 상한선 방식 대신 [(침해품 양도수량 - 판매불가능 수량 - 권리자 생산능력 초과수량) × 권리자 제품 단위당 이익]과 같은 '공제 방식'을 따라 온 것으로 보일 뿐이고, 일본은 2019년 법 개정으로 복합산정 제도를 도입하면서 명시적으로 공제 방식을 채택하였다. 개정 특허법 제128조 제2항은 상한선 방식의 불합리를 배제하는 방향으로 운용되어야 하며, 이를 위해 우선 제2항을 공제 방식과 같이 합목적적으로 해석할 필요가 있다. 아울러 실무상 권리자 생산능력이 침해품 양도수량 아래 있는 경우에 주로 상

한선 방식이 문제되므로, 침해와 손해 사이의 인과관계 단절사유의 하나인 권리자 생산능력 초과분에 대한 주장·증명책임을 침해자에게 귀속시켜 예외적 사유가 인정되는 경우에 한해 배상액 산정에 고려함이 상당하다. 권리자 생산능력이 추상적·잠재적인 것으로도 충분하다고 보는 이상, 가급적 그것이 손해배상에 장애물이 되지 않도록 재판실무를 운용함이 요망되는 것이다. 현행법이 개정 과정에서 상한선 방식으로 읽힐 여지가 있는 종전 규정을 유지한 것은 입법적 고민의 결과라기 보다는 법리상 문제의식의 부재에 가까운 것으로 보이므로 궁극적으로는 일본의 예처럼 현행 특허법 제128조 제2항을 공제 방식 형태로 개정하는 것이 바람직하다. 이를 통해 위와 같은 여러 문제들을 원천봉쇄하고 복합산정 제도와의 유기적 정합성을 확보할 수 있다.

제128조 제2항의 적용과정에서 '판매불가능 사유'는 침해품의 판매 등에 특허발명이 100% 기여하였으나 다른 인과관계 단절 사정으로 인해 그 판매수량 전부를 권리자 손해로 삼기 어려운 것인 반면, '기여율'은 침해품이 판매 전부가 특허발명에 기인한 것이 아니고 그 가운데 침해자 제품의 특장점이나 침해자의 노력 등 다른 요소가 개재되어 있어서 본디 그 판매수량 전부를 권리자 손해로 취급할 수 없는 것이라는 본질적 차이가 있다. 그에 따라 전자는 개정법 아래에서 생산능력 초과수량과 더불어 복합산정의 대상인 반면, 후자는 복합산정의 여지가 없다. 개정 특허법 제128조 제2항 제2호의 괄호부분을 두고 동일한 입법을 선행한 일본에서 해석상 견해의 대립이 있는 바, 우리 특허법의 운용과정에서도 같은 문제가 발생할 것으로 보인다. 이를 두고 '비 기여분'은 합리적 실시료 배상(복합산정)의 대상이 될 수 없음을 확인한 것이라는 입장도 있으나, 문언에 명백히 반하고, 법리상 굳이 그렇게 새기지 않아도 같은 효과를 얻을 수 있으므로 부적절하다. 이는 문언대로 권리자가 제3자에게 통상실시권을 설정할 수 없었던 특수한 사정이 있는 경우를 복합산정의 예외로 인정한 취지라고 해석함이 자연스러우며, 그런 사유는 우리 특허법 제100조와 제99조 등의 적용을 두고 다양하게 상정될 수 있다.

손해액 복합산정을 둘러싼 특허법 제128조 제2항의 문제 검토 - 조 영 선	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2022.11.03.	2022.12.06.	2022.12.29.

[참고문헌]

<국내 문헌>

정상조・박성수 공편, 특허법주해 Ⅱ, 박영사(2010).

조영선, 특허법 3.0, 박영사(2021).

조영선, 「특허권 침해에 대한 합리적 실시료 산정방법에 관한 연구」, 특허청 연구용역(2020).

조영선, 「특허침해로 인한 손해액 산정 시 기여율 고려에 관한 제 문제」, 법원행정처 연구용역 보고서(2021).

특허법원 지적재산소송 실무연구회, 지적재산소송실무(제4판), 박영사(2019).

안원모, 특허권의 침해와 손해배상, 세창출판사(2005), 174면; 정상조・박성수 공편, 주해 특허법Ⅱ, 박영사(2010).

양창수, "特許權 侵害로 인한 損害賠償 時論 - 특허법 제128조 제1항의 입법취지와 해석론-", 법조 통권 제588호(2005. 9).

정차호・황성필・장태미, "특허법에서의 손해배상액 복합산정(hybrid calculation) 법리", 산업재산권 제72호(2022. 8)

한국지식재산학회 2021년 춘계 세미나 자료 "지재권법에서의 손해배상액 산정법리의 최근 동향".

<일본 문헌>

高部 眞規子, 實務詳說 特許關係訴訟[第3版], 金融財政事情研究會, 2016.

澁谷達紀, 知的財産權講義 Ⅰ 特許法・實用新案法・種苗法 有斐閣(2004).

小泉直樹・田村善之 編 特許判例百選〔第5版〕, 有斐閣(2019).

伊藤滋夫 編, 「知的財産法の要件事實」, 日本評論社(2016).

田村善之, 知的財産權と損害賠償(新版), 弘文堂(2004).

田村善之・時井眞・酒迎明洋, プラクティス知的財産法 Ⅰ, 信山社(2020).

中山信弘, 特許法, 弘文堂(2010)

中山信弘・小泉直樹 編, 新・注解 特許法[第2版][中], 青林書院, 2017.

淸永利亮, 設樂隆一 編, 現代 裁判法大系(26) 新日本法規(1999).

古河 謙一, "令和元年改正特許法102條をめぐる諸問題", 別冊 Law&Technology No.6(2020).

日本 特許廳, 産業財産權法 (工業所有權法) の解說 平成10年 法律 改正 (平成10年 法律第51号), "特許權等侵害に對する民事上の救濟及び刑事罰の見直し"

日本 特許廳, 令和元年法律改正 (令和元年法律第3号) 解說書.

日本 特許廳, (1) 損害賠償額の算定規定その1 (特許法第102條第1項による救濟).

鈴木將文, "特許權侵害に基づく損害賠償に關する一考察: 特許法 102條1項を中心として〃", Law&technoloy No.90 (2021)

田村善之, "特許法102條 2 項における利益の意義・推定の覆滅と同條 3 項の相当實施料額の算定について—二酸化炭素含有粘性組成物事件知財高裁大合議判決—", 知的財産法政策學研究 Vol.58 (2021. 3)

田村善之, "特許法102條 1 項の逸失利益の推定とその覆滅について－美容器事件知財高裁大合議判決－", 知的財産法政策學研究 Vol.59 (2021. 4)

田村善之, "特許法102條各項の役割分担論と損害論定立の試み—續・知的財産權と損害

賠償—”, 知的財産法政策學硏究 Vol.60 (2021. 9).
佐野 信, “製品の一部のみに特許發明が實施さるた場合の特許法102條1項, 2項による損害賠償額算定における諸問題”, 別冊 Law&Technology No.6(2020).
辰巳直彦, “特許權侵害による損害賠償請求について, 特許權者が不實施の場合に特許法102條により逸失利益が算定された事例”, 判例時報 第1721号(2000).
川上敏寬, “令和元年特許法等改正法の槪要 (上) ”, NBL 1154号(2019. 9).
特許 第2委員會 第2 小委員會, “特許權侵害訴訟における損害賠償額の減額要所に關する硏究”, 知財管理 Vol.67 No.11(2017).

<서양 문헌>

Haedicke/Timmann, Handbuch des Patentrechts, C.H.Beck, 2012.
Alexander Harguth・Steven Carlson, Patents in Germany and Europe(2nd. Edit), Wolters Kluwer(2017).

<인터넷 자료>

국회 의안정보 시스템 https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=016408 최종방문 2022. 10. 20).
https://www.jpo.go.jp/system/laws/rule/kaisetu/sangyozaisan/document/sangyou_zaisanhou/h10_kaisei_1.pdf: 최종방문일 2022. 10. 20).
https://www.jpo.go.jp/support/ipr/patent-kyusai.html(최종방문일: 2022. 10. 20).

【국문초록】

이 글은 개정 특허법 제128조 제2항을 둘러싼 몇 가지 쟁점에 대해 검토를 수행한다. 침해품 양도수량에 근거한 손해액 산정규정인 특허법 제128조 제2항 제1호는 법문상 [(침해품 양도수량 - 판매불가능 수량) ≦ 권리자 생산능력 수량] × 권리자 제품 단위당 이익(상한선 방식)]로 해석될 여지가 있게 규정되어 있다. 그러나 이처럼 권리자 생산능력을 배상의 상한선으로 취급하는 태도는 침해와 손해 사이의 인과관계 기본 원칙에 반하고, 합리적 실시료의 복합산정이 가능해진 현행법 아래에서는 과잉배상·중복배상의 가능성을 낳는다. 분석 결과, 우리 실무례는 상한선 방식 대신 [(침해품 양도수량 - 판매불가능 수량 - 권리자 생산능력 초과수량) × 권리자 제품 단위당 이익(공제 방식)]를 따라 온 것으로 보일 뿐이고, 일본은 2019년 법 개정으로 복합산정 제도를 도입하면서 명시적으로 공제 방식을 채택하였다. 공제 방식은 상한선 방식의 불합리성이 없고, 복합산정 제도의 취지에도 부합하는 방식이므로 이에 따라 현행법을 해석·적용하고, 장차 특허법 제128조 제2항의 개정이 이루어져야 한다.

'판매불가능 사유'는 개정 법 아래에서 생산능력 초과수량과 더불어 복합산정의 대상인 반면, '기여율'은 복합산정의 여지가 없는 차이가 있다. 양자를 개념상 명확히 구분하고 그 내용을 수량으로 특정하는 등 종래의 관행을 바꾸어 개정법에 맞게 실무를 운용해 나갈 필요가 있다. 개정 특허법 제128조 제2항 제2호의 괄호부분을 두고 해석상 견해의 대립이 가능하다. 이를 '비 기여분'은 합리적 실시료 배상(복합산정)의 대상이 될 수 없음을 확인한 것이라는 입장도 있으나, 문언에 명백히 반하고, 법리상 굳이 그렇게 새기지 않아도 같은 효과를 얻을 수 있으므로 부적절하다. 이는 문언대로 권리자가 제3자에게 통상실시권을 설정할 수 없었던 특수한 사정이 있는 경우를 복합산정의 예외로 인정한 취지라고 해석함이 자연스러우며, 그런 사유는 우리 특허법 제100조와 제99조 등의 적용을 두고 다양하게 상정될 수 있다.

【Abstract】

A Review on Several Legal Issues of Patent Act §128 Ⅱ Surrounding Mixed Calculation of Damages

Cho, Young-sun
Professor, Korea University School of Law

This article reviews several legal issues of Patent Act §128 Ⅱ(2020). The amended version of §128 Ⅱ provides new damages calculation method through the number of infringing item sales. Literally, this provides a room of interpretation as to [(the number of infringing sales - the number of impossible sales ≦ patentee's capacity of production) × patentee's profit per sales: Ceiling Model]. However, it is against the causation rule of damages calculation to regard the patentee's capacity of production as an upper limit of damages. Most of all, such interpretation causes superfluous and doubled compensation of damages in mixed calculation rule. Empirical analysis of cases shows that courts have followed the calculation logic of [(the number of infringing sales - the number of impossible sales - the excess of patentee's capacity of production) × patentee's profit per sales: Deduction Model]. Japanese patent Patent Act has adopted Deduction Model through the amendment of 2019, instituting 'mixed damages rule of lost profit and reasonable royalty'. As Deduction Model is immune from the shortcomings of Ceiling Model and consistent with the mixed damages rule, it should be the yardstick of interpretation and application of §128 Ⅱ(2020) for the future practice.

The concept of 'the number of impossible sales' and 'the patent apportionment in damages' shall be distinguished by its legal attribute. Most critically, the former is an working element of mixed damages calculation while the latter is not. Under new provision of §128 Ⅱ, the practice must be established on clear distinction of both.

Due to the ambiguous literature of bracketed part of §128 Ⅱ-2, some interpretative conflict is anticipated. Some commentators argue it is to eliminate non-patent apportioned part from the damages. However, such interpretation is clearly against the wordings of the provision and of little practical benefit. Aforementioned part shall be regarded to exclude various cases where the patentee is not in legal position to allow a license, which results no lost royalty profit.

주제어(Keyword) : 특허(patent), 침해(infringement), 손해(damages), 기여율(patent apportionment), 복합산정(mixed calculation), 일실이익(lost profit), 합리적 실시료(reasonable royalty)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제107호 2022년 12월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2022.107.123

구체적 액수 산정이 불가능한 손해액 산정방법에 대한 판례 입장과 민사소송법 제202조의2의 활용방안

- 대법원 2004.06.24. 선고 2002다6951, 6968 판결을 중심으로 -

허 성 일*

목 차

Ⅰ. 사실관계 개요
Ⅱ. 원고의 주장
Ⅲ. 법원판결 요지
1. 원심판결 요지
2. 피고의 주요 상고이유
3. 대법원 판결 요지
Ⅳ. 검토할 사항
Ⅴ. 소송물 이론의 관점
1. 소송물 이론 개요
2. 법원의 입장
3. 소결
Ⅵ. 변론주의와의 관계
1. 변론주의의 의의와 적용 범위
2. 손해액의 증명책임
3. 소결
Ⅴ. 법원의 자유심증주의와 손해액의 인정
1. 개념상의 한계
2. '심증형성의 정도'의 한계
3. 소결
Ⅵ. 법원의 직권증거조사와 손해액의 인정
1. 검토의 필요성
2. 변론주의 예외와 손해액 산정
3. 소결
Ⅶ. 민사소송법 제202조의2의 의미
1. 검토의 필요성
2. 규정의 내용
3. 적용 범위
4. 작용국면
5. 활용 방향
6. 소결
Ⅷ. 결론

* 고려대학교 법학과 민사소송법 박사과정 수료.

Ⅰ. 사실관계 개요

- 원고(축구단)와 피고(축구선수)는 아래와 같이 입단계약을 체결하였다.
  (1) 전속계약금 12,903만원, 연봉 3,000만원을 받고 피고가 1991년 1월 1일부터 원고에 입단한다.
  (2) 원고는 3년 후에 피고의 해외 이적에 동의하며, 이적은 원·피고가 공동으로 추진하고, 이적료는 원고와 피고가 5:5로 배분한다.
  (3) 피고는 귀국 시에 원고로 조건 없이 복귀하기로 한다.
- 원고는 1998년 1월 7일 자로 S 구단과 이적료를 100만 달러로 피고의 이적 계약을 체결하고 이 중 499,990달러(이하 '이 사건 금원'이라고 한다)를 피고에게 지급하였으며, 피고도 S 구단과 연봉 50만 달러, 계약 기간 3.5년으로 하는 입단계약을 체결하였다.
- 피고는 대리인 A를 통해 국내복귀를 추진하면서 원고가 제의한 금액에 더하여 정착비용 1억원을 이자 없이 대출받는 조건에 원고에 입단하기로 원고와 잠정 합의하였다. 그러나 피고는 대리인 B를 통하여 1999.2.16. 수원 S 구단과 입단계약을 체결하고 S 구단으로 입단하였다.

Ⅱ. 원고의 주장

(1) 원고가 피고에게 지급한 이 사건 금원은 피고가 해외에서 복귀할 때 원고로 복귀하는 데 대한 사전지급금이므로 피고가 원고로 복귀하지 않은 이상 위 금원을 반환하여야 한다.

(2) 피고와의 1991년 입단계약 중 이 사건 금원의 지급약정은 피고가 원고로 복귀하지 않는 것을 해제조건으로 하는 약정이므로 피고의 미복귀로 인하여 위 약정은 해제되었다. 그렇지 않더라도 피고가 원고로 복귀하기로 한 약정을 위반함에 따라 원고가 그 대가관계에 있는 금원 지급약정을 해제하였다. 그러므로 피고는 계약 해제에 따른 원상회복으로서 원고로부터 받은 위 금원을 반환하여야 한다.

(3) 피고의 계약 위반으로 인하여 원고가 적어도 이 사건 금원 상당의 손해를 입었으므로 이를 배상할 의무가 있다.

Ⅲ. 법원판결 요지

1. 원심판결 요지[1)]

(1) 원·피고 사이의 입단계약에서 피고가 해외로 진출하였다가 국내로 복귀할 때는 원고운영 축구단으로 복귀하기로 약정하였으나, 피고는 원고로 복귀하기로 한 위 약정을 위반하였다고 할 것이므로, 그로 인하여 원고가 입은 손해를 배상할 책임이 있다.

(2) 1991년 입단계약에서 원고가 이적료의 절반을 피고에게 지급하기로 한 금원은 피고가 국내로 복귀할 때 원고운영 축구단으로 복귀하게 하는 데 대한 사실상 대가이자, 원고가 당시 피고를 입단시키기 위한 대가이다. 따라서 피고가 그 약정에 위반하여 원고운영 축구단에 복귀하지 않았다면 원고는 피고에게 지급하였던 금원 중 해당 금액에 상당하는 손해를 입게 되었고, 그 외에도 피고를 영입하지 못함으로써 원고운영 축구단이 필요로 하는 팀의 구성과 운영에서 지장을 받았을 것임을 추단하기 어렵지 않으며, 또 원고운영 축구단의 홍보와 광고 등에서도 부정적 영향을 받는 손해를 입었다. 그와 같은 원고의 손해의 성질상 그 손해액에 대한 입증은 대단히 곤란하여 이를 확정하기는 사실상 불가능하므로 위자료의 보완적 기능을 빌어 피고에 대하여 위자료의 지급으로서 원고의 손해를 전보하게 함이 상당하다. 피고의 1991년 입단 경위, 피고에게 지급된 해외 이적료의 금액, 피고가 원고운영 축구단에서 활동한 기간과 스트라스부르그 구단에서 활동한 기간, 피고가 국내로 복귀할 당시 원고와의 협상 경위, 기타 변론에 나타난 모든 사정을 고려하면 피고가 원고에게 지급할 손해배상액은 3억원으로 정함이 적절하다.

---

1) 서울고판 2001. 12. 6, 2001나25803, 25810

2. 피고의 주요 상고이유

피고는 다음과 같은 이유로 상고하였다.

(1) 피고를 영입하지 못하여 원고축구단이 팀 구성과 운영에 지장을 받았다는 것은 원고가 얻을 수 있었던 이익을 얻지 못한 소극적 손해에 대한 배상으로서 이행이익의 배상을 인정한 것이다. 그런데 재입단계약이 체결되지 않았기 때문에 이행이익의 배상문제는 발생할 수 없다.

(2) 원고가 재산상 손해를 입었다고 하더라도 위자료의 보완적 기능의 성격을 넘어 재산상의 손해에 대한 대체적 기능까지 확장하여 위자료의 명목으로 손해배상을 명할 수는 없다. 또한 원고는 재산상 손해의 배상만을 청구하고 있는데도 원심이 정신적 손해의 배상으로 위자료의 배상을 인정한 것은 변론주의에 어긋난다.

3. 대법원 판결요지[2)]

대법원은 원심의 사실관계에 관한 판단이 정당하다고 한 다음, 손해배상책임의 발생과 그 범위를 나누어 판단하고 있다.

(1) 손해배상책임의 발생

대법원은 “피고가 원고와의 구단복귀 약정을 위반함으로써 피 위반으로 원고가 입은 상당인과관계 있는 손해를 배상할 의무를 진다.”고 판단한 원심을 지지하였다.

(2) 손해배상의 범위

대법원은 “원고가 피고에게 입단계약시 위의 약정에 따라 지급한 금원은 피고가 원고운영 축구단에 복귀하는 대가로서의 성격도 있다”라는 원심의 판단을 지지하면서, “채무불이행으로 인한 손해배상청구소송”에 있어, 재산적 손해의 발생사실이 인정되고 그의 최대한도인 수액은 드러났으나

2) 대법원 2004.06.24. 선고 2002다6951, 6968 판결

거기에는 당해 채무불이행으로 인한 손해액 아닌 부분이 구분되지 않은 채 포함되었음이 밝혀지는 등으로 구체적인 손해의 액수를 입증하는 것이 사안의 성질상 곤란한 경우, 법원은 증거조사의 결과와 변론의 전취지에 의하여 밝혀진 당사자들 사이의 관계, 채무불이행과 그로 인한 재산적 손해가 발생하게 된 경위, 손해의 성격, 손해가 발생한 이후의 제반 정황 등의 관련된 모든 간접사실들을 종합하여 상당인과관계 있는 손해의 범위인 수액을 판단할 수 있다고 하겠다.

이 사건의 경우 원고는 그의 청구원인으로서 원고가 위의 이적료로서 받은 돈 중 피고에게 지급한 돈을 재산적 손해로써 구하고 있음이 명백하고, 원심은 이 사건 금원 중 피고의 원고운영 축구단으로의 복귀 대가에 해당하는 부분을 손해로 보고 있음이 분명한바, 이 경우 그 구체적 손해액의 입증이 지극히 곤란하다고 본 원심의 판단은 정당하고, 이러한 경우 위와 같은 법리에 따라 사실심 법원은 그 구체적 손해의 액수를 판정할 수 있으니, 원심은 그 구체적 손해액을 그 판시와 같은 제반 경위를 참작하여 3억 원으로 인정한 것으로 보인다.

원심이 그의 판시에서 비록 위자료 내지 위자료의 보완적 기능이라는 표현을 사용하였고 인신사고로 인한 손해배상청구가 아닌 이 사건에서 그러한 판시는 적절한 것이 못됨은 피고가 지적한 바와 같다고 할 것이지만, 이는 원고가 구하지 않은 정신적 손해 혹은 기타 무형적 손해를 인정한다는 취지의 판시가 아니고, 그의 전후 판시에 비추어 볼 때, 구체적으로 그 손해액의 입증이 곤란한 경우의 재산적 손해액 인정을 위한 법리의 판시로 볼 것이므로, 그를 들어 원심의 그 판시가 판결 결과에 영향을 준 변론주의 위반 판단으로 볼 것은 아니다.

Ⅳ. 검토할 사항

대상판결은 2006년 3월 민사소송법 제202조의2가 제정되기 전의 판례이므로, 그 당시 법관념과 제도 및 상황에 따라 해당 판결을 평가하되, 해당

평가를 바탕으로 민사소송법 제202조의2가 대상판결과 관련하여 어떠한 의미를 갖게 되는지 검토해본다.

우선, 상기 평석 대상판례는 “재산적 손해를 배상받지 못하는 경우에 대하여 위자료의 보완적 기능을 빌어 원고의 재산상 손해를 전보”한 원심에 대해, “원심이 그의 판시에서 비록 위자료 내지 위자료의 보완적 기능이라는 표현을 사용하였고 인신사고로 인한 손해배상청구가 아닌 이 사건에서 그러한 판시는 적절한 것이 못됨은 피고가 지적한 바와 같다고 할 것이지만, 이는 원고가 구하지 않은 정신적 손해 혹은 기타 무형적 손해를 인정한다는 취지의 판시가 아니고, 그의 전후 판시에 비추어 볼 때, 구체적으로 그 손해액의 입증이 곤란한 경우의 재산적 손해액 인정을 위한 법리의 판시로 볼 것”이라고 판시하였다. 이와 관련하여 손해배상청구소송에 있어서 손해3분설을 취하면서 각 손해청구에 대하여 독립적인 소송물을 인정한 법원의 일반적인 입장과 비교하여 소송물 이론의 관점에서 모순되는 부분은 없는지, 처분권주의 위반이 아닌지 검토가 필요하다.

두 번째로, 대상판결은 법원이 구체적으로 손해액 증명이 불가능한 경우에 있어서는 법원이 ‘증거조사의 결과와 변론의 전취지’에 기하여 손해액을 인정할 수 있다는 취지의 판시를 하고 있다. 이러한 판례의 입장이 변론주의에 따른 합리적인 예외로 인정되기 위해서는 법규 혹은 논리적인 근거가 있어야 하는데, 판결이 있을 시점에는 그 예외를 인정할 수 있는 법규상의 근거가 없었으므로, 대상판결의 그 정당성을 뒷받침할 수 있는 변론주의 예외가 인정될 수 있는 논리적인 근거가 있는지, 혹은 자유심증주의와 직권증거조사에 의해 변론주의의 예외가 인정될 수 있는지 살펴볼 필요가 있다.

세 번째로, 법원이 손해액 판단의 근거로 제시한 “증거조사의 결과와 변론의 전취지”를 보면 법원이 자유심증주의에 따라 해당 판단을 내린 것으로 알 수 있는바, 자유심증주의가 이러한 변론주의 예외의 수단으로 인정될 수 있는지 검토가 필요하다.

마지막으로, 위의 문제들 중 특히 소송물론에 대한 법원의 입장변경으로 해결이 되지 않는 변론주의와 자유심증주의와의 관계에 있어서 2016년 신설된 민사소송법 제202조의2가 어떻게 해석되어야 하고 활용되어야 하는

지를 간단히 살펴본다.

Ⅴ. 소송물 이론의 관점

1. 소송물 이론 개요

소송물이라 함은 심판의 대상이 되는 기본단위로서 소송 객체를 의미하며, 소송상의 청구라고도 한다.[3] 소송물 이론은 ① 실체법상의 권리 또는 법률관계의 주장을 소송물로 보는 구실체법설, ② 소송법적 요소인 신청과 사실관계로 보는 이지설[4], ③ 소송법상 신청만으로 소송물을 판단하고 사실관계는 소송물의 구성요소가 아니라고 보는 일지설[5], ④ 실체법상의 청구권 또는 형성권의 개념 자체를 수정하여 실체법과 소송법상의 청구권 개념의 일치를 도모하여 소송법설과 비슷한 결론을 도출하는 신실체법설이 있다.[6]

2. 법원의 입장

(1) 구실체법설 - 손해 3분설

법원은 “불법행위로 인하여 생명 또는 신체의 손상을 입은 경우에 있어서 적극적 손해와 소극적 손해는 소송물을 서로 달리하는 것이므로 그 손해배상의무의 존재 여부나 범위에 관한 피고의 항쟁이 상당한지의 여부는 적극적 손해와 소극적 손해에 관하여 각기 따로 판단하여야 한다.”[7] 혹은 “생명 또는 신체에 대한 불법행위로 인하여 입게 된 적극적 손해와 소극적 손해 및 정신적 손해는 서로 소송물을 달리하므로 그 손해배상의무의 존부나

3) 정영환, 「신민사소송법 개정신판」, 법문사, 2019년, p.396
4) 정동윤, 유병현, 김경욱, 「민사소송법 제8판」, 법문사, 2021년, p.283
5) 이시윤, 「신민사소송법 제7판」, 박영사, 2013, p.231
6) 정영환, “신모델과 소송물 이론”, 「국제법률경영」, 통권 제43호, 2005, p.31
7) 대법원 2001. 2. 23. 선고 2000다63752 판결

범위에 관하여 항쟁함이 상당한지의 여부는 각 손해마다 따로 판단하여야 한다"[8]고 판시하면서 철저히 구실체법설의 입장에서[9] 손해 3분설을 주장하고, 적극적 손해, 소극적 손해, 위자료 손해는 각각 별개의 소송물을 구성한다는 입장을 명확히 하고 있다.[10]

(2) 위자료의 보완적 기능과 손해 3분설

원심판결은 "손해액에 대한 입증은 대단히 곤란하여 이를 확정하기는 사실상 불가능하므로 위자료의 보완적 기능을 빌어 피고에 대하여 위자료의 지급으로서 원고의 손해를 전보하게 함이 상당하다"라면서 위자료의 보완적 기능을 인정하고 손해배상액을 산정하였으나, 대법원은 이에 대해 "원고가 구하지 않은 정신적 손해 혹은 기타 무형적 손해를 인정한다는 취지의 판시가 아니고, 그의 전후 판시에 비추어 볼 때, 구체적으로 그 손해액의 입증이 곤란한 경우의 재산적 손해액 인정을 위한 법리의 판시로 볼 것"이라고 판시하였다. 따라서 우선 원심법원이 언급한 위자료의 보완적 기능이 무엇인지, 이러한 원심판결의 입장이 잘못된 것임을 시인하면서도 원심을 파기하지 않은 것은 어떤 문제가 있을 수 있는지 검토할 필요가 있다.

위자료의 보완적 기능이라 함은 재산적 손해의 발생이 인정됨에도 불구하고 그 입증 곤란 등의 사유로 손해액 확정이 불가능하여 피해자가 손해배상을 받을 수 없거나 손해배상을 불충분하게 받는 경우에 이러한 손해전보의 부족분을 위자료를 증액함으로써 보충하여 주는 기능으로, 모든 손해의 배상청구를 하나의 소송물로 보고 있는 일본에서 적극적으로 활용되고 있다.[11]

한편, 우리 법원은 "법원은 위자료액을 산정함에 있어서 피해자 측과 가해자 측의 여러 사정을 참작하여 그 금액을 정하여야 하므로 피해자가 가해

---

8) 대법원 2002. 9. 10. 선고 2002다34581 판결

9) 정영환, 앞의 글, p.33

10) 손해 3분설은 소송절차에서 공격방어의 대상이 되는 쟁점을 명확히 한다는 장점이 있다는 의견도 있다.(전효숙, "저작권침해소송의 소송물 : 대법원 2013.7.12.선고 2013이다 22775 판결을 중심으로", 「법학논집」 제19권 제2호, 2014년 12월, p.535

11) 한편, 위자료의 보완적 기능은 불법행위에 기한 손해배상청구에 있어서 소송물을 1개로 보는 일본판례의 입장에 기인한 것으로 보인다.(서광민, "위자료에 관한 몇 가지 문제점", 「서강법학연구」 2권, pp.142~143 참고)

자로부터 당해 사고로 입은 재산상 손해에 대하여 배상을 받을 수 있는지의 여부 및 그 배상액의 다과 등과 같은 사유도 위자료액 산정의 참작 사유가 되는 것은 물론이며 특히 재산상 손해의 발생이 인정되는데도 증명곤란 등의 이유로 그 손해액의 확정이 불가능하여 그 배상을 받을 수 없는 경우에 이러한 사정을 위자료의 증액사유로 참작할 수 있다"[12]고 하면서 위자료 손해와 재산적 손해가 별개의 소송물임에도 위자료의 보완적 기능을 인정하고 있다.

이처럼 위자료의 보완적 기능을 인정하는 것은 ① 일차적으로 재산적 손해가 충분하게 전보되는지 여부를 판단하고 ② 법관이 충분하지 못하다고 판단하면 위자료 손해를 검토하는 것으로서, 독립된 소송물과 소송물 사이에 우선순위를 정하면서, 그 소송물간 보완적 기능을 인정하는 것으로 볼 수 있다.

다만, 대법원도 "함부로 그 보완적 기능을 확장하여 그 재산상 손해액의 확정이 가능함에도 불구하고 편의한 방법으로 위자료의 명목 아래 사실상 손해의 전보를 꾀하는 것과 같은 일은 허용되어서는 안 될 일이다."라고 판시[13]하면서 보완적 기능의 남용을 경계하고 있다.

(3) 법원이 취하는 위자료의 보완적 기능에 대한 비판

법원이 손해배상청구에 대하여 손해 3분설을 취하면서 각 손해배상청구에 대하여 별도의 독립적인 소송물로서의 지위를 부여하면서 위자료 배상청구에 대하여 보완적 기능을 인정하는 것은, ① 판단 순서에 있어 재산적 청구를 위자료 배상청구보다 우선순위를 부여한 것이며 ② 동시에 별개의 소송물 상호 간 보완을 인정한 것으로 볼 수 있다.

이는 "손해전보의 불균형 보완"이라는 '정책적 필요성'[14]을 통해 소송물론 만으로는 해결하지 못하는 현실적인 문제를 합목적론적 관점에서 극

12) 대법원 2004. 11. 12. 선고 2002다53865 판결

13) 대법원 1984. 11. 13. 선고 84다카722 판결

14) 대법원은 위자료의 보완적 기능에 대한 필요성에 대하여 "이러한 위자료의 보완적 기능은 재산상 손해의 발생이 인정되는데도 손해액의 확정이 불가능하여 그 손해전보를 받을 수 없게 됨으로써 피해회복이 충분히 이루어지지 않는 경우에 이를 참작하여 위자료액을 증액함으로써 손해전보의 불균형을 어느 정도 보완하고자 하는 것(대법원 2010. 12. 9. 선고 2007다42907 판결)"이라고 밝히고 있는데, 이는 법논리적 근거라기보다는 정책적 필요성으로 보는 것이 타당하다.

복하기 위한 법원의 고뇌가 반영된 최선의 노력의 결과물로서 큰 의미가 있는 것은 사실이다.

그러나, 주의적 청구와 예비적 청구의 관계가 아닌 독립된 소송물에 대하여 법원이 임의로 우선순위를 부여하는 것은 처분권주의 위반의 소지가 있으며, 마찬가지로 별다른 논리적 설명 없이 특정 소송물에 대한 증명이 충분한지(재산상 손해액 증명이 가능한지)를 기준으로 별개 소송물의 내용(정신적 손해액이 얼마인지)을 심사하여야 한다는 것은 소송물 간의 독립성을 해한다는 측면에서도 역시 처분권주의 위반의 소지가 있다.

한편, 재산상 손해액 증명이 곤란한 상황에서 "모든 간접사실들을 종합"하여 손해의 액수를 판단[15]하고, 위자료 손해액 역시 "사건 처리 경과, 피해자들의 직업, 경력, 나이 등 이 사건에 나타난 제반 사정 등을 참작"[16] 하여 결정하고 있는데, 결론적으로 법관이 변론 전체의 취지 기타 간접사실에 기반하여 손해액을 산정한다는 측면에서 재산적 손해와 위자료 손해는 손해산정 방법이나 근거가 실질적으로는 동일하다는 것을 고려할 때, 손해액을 구체적으로 산정하기 어려운 경우에는 재산적 손해와 위자료 손해의 구분이 실질적으로 불가능함에도 불구하고, 법관에 따라 어떤 경우에는 위자료 손해로, 어떤 경우에는 재산상 손해로 분류하면서 이에 다른 소송물로서의 지위를 부여하는 것은 논리적 통일성을 저해한다고 할 것이다.

3. 소 결

이러한 측면에서 평석 대상판결은 아래 쟁점에서 논란의 소지가 인정될 수 있다.

(1) 청구취지를 보면 원고는 피고에게 ① 원고가 피고에게 지급한 사전지급금 또는 ② 계약 해제에 따른 원상회복 ③ 혹은 이에 상당하는 손해를 배상을 청구하고 있는데, 이를 통해 원고가 피고에 대하여 주장하는 것은 재산상 손해배상청구이며 위자료 청구가 아님을 알 수 있다. 그럼에도 원심

15) 대법원 2007. 11. 29. 선고 2006다3561 판결; 대법원 2004. 6. 24. 선고 2002다6951, 6968 판결; 대법원 2006. 9. 8. 선고 2006다21880 판결 등

16) 대법원 1999. 4. 23. 선고 98다41377 판결

은 피고에게 위자료 손해배상을 명하는 판시를 하였고, 대법원도 원심이 '위자료 내지 위자료의 보완적 기능이라는 표현을 사용' 하였다는 것을 인정했다. 그렇다면 법원의 기존 입장인 손해 3분설을 감안시 '전후 판시에 비추어 볼 때'라는 막연한 표현으로 원심이 재산적 손해액을 인정했다고 보는 것보다, 원심이 주장하는 재산적 손해배상 청구에 대해 판시하면서 별개 소송물인 위자료 손해를 인정한 것이므로 처분권주의 위반으로 파기·환송할 여지가 있었다.

(2) 만일 원고의 청구취지에 위자료 청구가 포함된 것으로 보고 원심이 위자료 청구를 인용한 것으로 인정하는 경우, 대법원이 결과적으로 원심이 인정한 소송물(위자료 손해)과 다른 소송물(재산적 손해)에 대하여 판결하고 원심판결을 인정하는 것은 손해배상청구소송에서 '손해배상액이 동일'하면 소송물이 무엇이든 문제가 없는 것처럼 해석될 여지가 있으며, 이는 손해 3분설과 상충되는 것으로 보여질 여지가 있다.

(3) 한편, 원고가 재산적 손해배상만을 청구하였다면 대법원이 위자료의 보완적 기능이 아닌 재산적 손해로 결론 지은 것은 일견 타당하다[17]고 판단되나, 원고의 청구취지가 재산적 손해에 대한 것인지 정신적 손해에 대한 것인지는 원심판결에서 석명권을 행사하여 판단할 사항으로 원심이 석명권 등을 통해 원고가 위자료를 청구한 것으로 판단하였다면 대법원이 이를 변경할 수 없다. 하지만 대법원은 원심이 석명권을 행사하였는지, 그렇지 않았다면 석명권 불행사가 판시에 어떠한 영향을 미치는지 등에 대한 검토 없이 원고가 주장한 손해배상청구는 재산적 손해에 대한 배상청구라고 단정하였는데, 이 부분은 심리미진이 있다는 비판을 받을 수 있다.

(4) 증거로써 손해액 증명이 불가능한 상황에서, 어떤 경우(대상 판례)에는 법관의 재량으로 재산상 손해를 인정하고, 어떤 경우(위자료의 보완적 기능)에는 법관의 재량으로 위자료를 인정하는 것은 판례의 일관성에 대한 의구심을 초래할 수 있다.

그 외에도 법관의 재량만으로 구체적으로 액수의 산정이 불가능한 재

17) 김재형, "프로스포츠 선수계약의 불이행으로 인한 손해배상책임", 「인권과정의」 통권345호, 2005. 5월, p.398

산상 손해를 산정하는 것은 ① 명확한 증거와 기준 없이 간접사실만으로 손해액을 산정하는 경우 그 '공정성과 객관성'은 언제나 논쟁의 대상이 될 수 있다는 점 ② 위자료 손해의 산정방식과 구체적으로 액수의 산정이 불가능한 재산상 손해의 산정방식이 모두 법관이 고려 가능한 여러 가지 간접사실에 기하여 손해를 산정하는 것으로서 실질적으로 동일하므로, 별개의 소송물인 재산적 손해와 위자료 손해로 구분하기 어렵다는 점 ③ 변론주의의 예외인정은 가급적 최소화될 필요성이 있음에도, 명확한 명문의 근거 없이 변론주의 예외를 인정한 점에 있어서는 논란의 소지가 있다.

따라서, 논리적 측면에서라면 법원은 기존에 고수하던 구소송물이론이나 손해 3분설을 수정하거나 대체하는 방안도 고민할 필요가 있을 것이다.

한편, 법원은 구체적으로 손해액 산정이 불가능한 경우에 간접사실만으로도 직권 혹은 재량으로 재산상 손해를 산정할 수 있음에도 왜 구소송물이론과 손해 3분설의 논리적 일관성을 포기하면서까지 위자료의 보완적 기능을 인정하고 재산상 손해를 위자료 손해로 전보하고 있는 이유는 무엇일까? 판단컨데 변론주의하에서도 전통적으로 정신적 손해의 경우에는 법관의 직권으로 산정한다는 관행이 확립된 반면, 재산상 손해는 주요사실으로서 증거에 의하여 증명하여야 한다는 것이 확립된 상황에서, 법관이 증거에 의하지 아니하고 직권으로 재산상 손해액을 결정하는 것보다는 정신적 손해액을 직권으로 산정하고 이를 통해 재산상 손해를 전보하는 것이 보다 기존의 입장에 합치되는 것은 물론 법관의 심리적인 부담을 덜 수 있기 때문일 것이다. 다만, 구체적인 재산상 손해액 산정이 힘든 현대형 소송의 등장과 그 비중 증가로 재산상 손해도 법관의 직권으로 판단할 수 있다는 입장이 확장되어 적용되기 시작하면서 구체적인 재산상 손해액을 산정하기 힘든 경우에 과거와 같이 위자료 손해로서 전보하자는 입장과 재산상 손해로서 손해를 인정하는 입장이 일시적으로 혼재하고 있는 상황으로 생각된다. 그러나 이미 상술한 바와 같이 이러한 판례의 입장은 소송물 이론과 처분권주의 관점에서 논리적 통일성과 일관성에 논란을 야기하므로 이에 대한 이론을 재정립할 필요가 있을 것으로 판단된다.

더 나아가, 후술하는 바와 같이 민사소송법 제202조의2가 신설되었음에

도 불구 동조는 변론주의와 자유심증주의 측면의 논리적 약점을 보완할 수 있는 방향으로 활용될 수 있을 뿐, 법원이 취하는 구실체법설 및 손해 3분설과 관련된 처분권주의 측면이 약점을 보완할 수는 있는 것은 아니다. 따라서, 민사소송법 제202조의2의 신설과는 무관하게 법원이 대상판결과 같은 사안에 있어서 논리적인 모순을 감내하고 엄격하고 세분화된 구실체법설 및 손해 3분설을 고집하고 유지할 실익이 존재하는지 의문이며, 특히 앞으로 구체적 손해액의 증명이 곤란한 현대형 소송, 의료·환경 소송 등의 분쟁은 지속적으로 증가할 것으로 판단되므로 이제는 법원의 구실체법설 및 손해 3분설을 완화하는 방향을 진지하게 고민해 볼 필요가 있다.

Ⅵ. 변론주의와의 관계

1. 변론주의 적용 범위

변론주의라 함은 소송자료(사실+증거)의 수집·제출 책임을 당사자에게 맡기고, 법원은 당사자가 수집·제출한 소송자료만을 재판의 기초로 삼아야 한다는 원칙을 말한다. 즉, 재판의 기초가 되는 주요사실을 당사자가 주장하여야 하고, 증거신청도 당사자가 하여야 하며, 법원은 이에 따라 재판을 진행하여야 하는 것이다.[18]

구체적으로 변론주의에 따르면 법원은 ① 당사자가 주장하지 아니한 사실은 판결의 기초로 삼을 수 없고(주요사실의 주장책임) ② 당사자 사이에 다툼이 없는 사실은 그대로 판결의 기초로 하여야 하며(자백의 구속력) ③ 당사자 사이에 다툼이 있는 사실을 인정하는 경우 반드시 당사자가 제출한 증거에 의하여야 한다(증거제출 책임).[19]

따라서 변론주의에 따르면, 손해배상청구소송에 있어서 기본적으로 손해발생의 원인, 손해발생, 손해액과 그 인과관계 등은 모두 주요사실로서,

---

18) 정영환, 앞의 책, p.495

19) 양경승, "변론주의와 직권주의의 구별기준 및 상고심의 심리대상", 「사법논집」, 제62집, 2017년, pp.404~405

원고가 주장, 입증해야 하며, 손해의 발생이 추정되더라도 그 손해액에 대한 증거를 제출하지 못하면 법원은 그 배상청구를 인용할 수 없음이 원칙[20]이다.

2. 손해액의 증명책임

증명책임이라 함은 법원이 심리하였으나 진위 불명의 상태에 빠져 사실을 확정할 수 없게 된 때 재판을 어떻게 처리하여야 하는 문제로서, 법원에 대하여는 진위 불명의 상태에서 어떠한 재판을 할 것인가를 지시하고 당사자에게는 주요사실의 존부가 불명한 경우에 이를 요건으로 한 실체법의 적용을 부정함으로써 자기에게 유리한 법률효과를 얻을 수 없게 되는 당사자의 불이익 또는 패소위험을 말한다.[21]

판례는 손해배상청구에 있어서 증명책임과 관련하여 손해배상액(손해의 범위)과 그 원인행위에 있어서는 상당인과관계가 있어야 한다[22][23]고 하면서, "불법행위를 원인으로 한 손해배상청구소송에서 손해의 범위에 관한 증명책임이 피해자에게 있다"라고 판시[24]하고 있다. 이에 따르면 손해배상과 관련하여 원인행위의 존재, 손해의 발생 및 인과관계는 권리근거규범으로 보는 것으로 볼 수 있는데, 이러한 법원의 입장을 변론주의 측면에서 이해하면 손해의 발생을 주장하는 사람이 원인행위 존재, 손해의 범위, 손해배상금액과 가해행위 간의 인과관계를 주장하고 입증할 주관적 증명책임이 있고, 최종적으로 이러한 요소들이 입증되지 아니하면 객관적 증명책임도 원고가 부담하는 것을 명확히 하고 있는 것[25]으로 볼 수 있다.[26]

---

20) 대법원, 1960. 7. 28. 4292민상961 (김상국. "채무불이행으로 인한 재산상 손해의 증명이 곤란한 경우 그 손해액 판단 방법", 「判例硏究」. 제17집, 2006. 2월, p.244, 각주 30번 재인용)

21) 정영환, 앞의 책, pp.751~752

22) 대법원 2010. 11. 11. 선고 2008다52369 판결

23) 대법원 2012. 1. 27. 선고 2010다81315 판결

24) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2010다18850 판결

25) 대법원 법원행정처, 「민사소송 실무교재」, 법원행정처, 2015, p.170

26) 규범설을 취하고 있는 통설도 손해의 발생에 대하여 권리근거규범의 요건사실로 보고 있는바, 이는 대법원의 입장과 일치한다 (정동윤, 유병현, 김경욱, 앞의 책, p.574)

3. 소 결

판례는 상기 입장을 취하면서도 재산상 손해의 액수를 구체적으로 산정하기 힘든 경우에는 “손해배상책임이 인정되는 경우 법원은 손해액에 관한 당사자의 주장과 증명이 미흡하더라도 적극적으로 석명권을 행사하여 증명을 촉구하여야 하고, 경우에 따라서는 직권으로 손해액을 심리·판단하여야 한다.”고 판시[27]하면서 손해액에 대하여는 다소 다른 입장을 보이고 있다. 즉, 판례는 ① 일차적으로 손해액에 대하여 당사자의 주장과 입증이 있어야 하지만 ② 만일 당사자의 주장과 입증이 미흡하면 석명권을 행사해야 하여 증명을 촉구해야 하고[28] ③ 경우에 따라서는 “직권으로라도 손해액을 심리·판단하여야 한다”[29]거나 “증거조사의 결과와 변론 전체의 취지에 의하여 (중략) 모든 간접사실들을 종합하여 적당하다고 인정되는 금액을 손해의 액수로 정할 수 있다”고 판시[30]하고 있다.

증명책임에 대한 통설과 기존 판례의 입장(규범설)에 따르면 원고가 주요사실에 대한 주관적 증명책임을 이행하지 못하는 경우, 그에 대한 책임을 원고가 부담하여야 하는 것이 원칙이고, 경우에 따라 그 주관적 증명책임이 피고에게 넘어갈 수는 있다. 그런데, 상술한 판례들은 손해액이라는 주요사실에 대해 원고가 주관적 증명책임을 이행하지 못하는 경우 직권증거조사에서 더 나아가 법원의 재량을 인정한 것[31]으로서, 원고의 주관적·객관적 증명책임을 합리적인 논리나 이유 없이 면제하는 것으로 증명책임에 대한 기존의 통설과 판례의 입장인 규범설에 반하는 것은 물론, 변론주의와 충돌할 여지가 있어 보인다.

특히, 재산상 손해의 범위가 증거와 증명에 의하여 명확한 경우와는 달

27) 대법원 2011. 7. 14. 선고 2010다103451 판결; 대법원 2020. 3. 26. 선고 2018다301336 판결

28) 대법원 1983. 7. 26. 선고 81다카716 판결; 1998.5.12. 선고 96다47913 판결

29) 대법원 2011. 7. 14. 선고 2010다103451 판결; 대법원 2020. 3. 26. 선고 2018다301336 판결

30) 대법원 2020. 3. 26. 선고 2018다301336 판결

31) 법원이 직권증거조사는 결과적으로 원고의 주관적 증명책임 완화로 해석될 수 있다.

리, 법원이 직권 재량으로 손해액을 심리·판단하는 경우, 불법행위와 손해배상 범위에 상당인과관계가 재량권 행사라는 규범적 요소로 인해 단절될 것인데, 이러한 법원의 입장이 (목적론적으로 바람직한지와는 별개로) 논리적으로 합당한지는 의문이다.

다만, 만일 이러한 법원의 논리가 변론주의하에서 허용되는 자유심증주의나 직권증거조사에 의하여 인정되는 것이라면, 이러한 논리적 문제는 치유되는바, 이하에서 법원의 입장을 정당화하는 논거로서 자유심증주의와 직권증거조사제도를 내세울 수 있을지 살펴본다.

Ⅴ. 법원의 자유심증주의와 손해액의 인정

1. 개념상의 한계

(1) 자유심증주의 개념

민사소송법 제202조에서는 "법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 참작하여 자유로운 심증으로 사회정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따라 사실 주장이 진실한지 아닌지를 판단한다."고 자유심증주의를 규정하고 있다. 따라서 자유심증주의의 내용은 법관의 심증형성의 기초가 되는 대상 즉 증거원인의 범위를 ① 증거조사의 결과와 ② 변론 전체의 취지로 정하고 있다는 점과, 이에 기초하여 자유로운 심증형성을 하는 것을 내용으로 하고 있다고 할 것이다.[32]

다만 변론 전체의 취지의 경우, 그 자체로서 독립적인 증거원인이 된다는 증거원인설과 그 자체로는 증거원인이 될 수 없고 다른 증거원인과 같이 사실인정을 할 수 있을 뿐이라는 보조적 증거원인설이 대립되는데, 판례는 원칙적으로 보조적 증거원인설[33]을 취하고 있다.[34]

---

32) 정영환, 앞의 책, p.737

33) 대법원은 "법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 참작하여 자유로운 심증으

(2) 자유심증주의 적용의 적절성

구체적 액수로 증명 곤란한 손해액의 확정에 대하여 자유심증주의를 근거로 보는 견해[35]도 있으며, 법원도 자유심증주의를 규정하고 있는 민사소송법 제202조에 기재된 표현을 사용하면서 기본적으로 이러한 입장[36]을 견지하고 있다. 그러나 민사소송법 제202조에서 명문으로 밝힌 바와 같이 자유심증주의는 '사실주장'이 진실한지를 판단하기 위한 도구이며, 이것이 어떠한 가치판단에 적용되는 것은 아니다. 따라서 판례의 입장에 따르면 법관이 자유심증주의에 의하여 어떠한 판단을 할 때 변론 전체의 취지만으로는 사실확정이 힘들고[37], 특히 변론 전체의 취지만으로 어떠한 대상에 대한 가치판단을 하는 것은 자유심증주의의 영역을 벗어난다. 이는 무형의 손해에 대한 손해배상청구에 있어서도 마찬가지로 보아야 한다.

손해배상청구소송에 있어서 손해액의 경우에는 원칙적으로 주요사실로서 손해액의 주장은 손해액에 대한 사실주장으로 볼 수 있다. 따라서 원칙적으로 구체적인 손해액을 증거로서 확인하거나 결정하기 힘든 경우에 주요사실의 하나를 인정할 수 없는 경우로 보아야 하므로 법원은 손해배상을

로 사회정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따라 사실주장이 진실한지 아닌지를 판단한다."고 판시하고 있다. (대법원 1983. 7. 12. 선고 83다카308 판결)

34) 정영환, 앞의 책, p.740

35) 최우진, "구체적 액수로 증명 곤란한 재산적 손해의 조사 및 확정 : 사실심 법원 권능의 내용과 한계", 「사법논집」. 제51집, p.447

36) 불법행위로 인한 손해배상청구소송에서 재산적 손해의 발생사실은 인정되나 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 곤란한 경우, 법원은 증거조사의 결과와 변론 전체의 취지에 의하여 밝혀진 당사자들 사이의 관계, 불법행위와 그로 인한 재산적 손해가 발생하게 된 경위, 손해의 성격, 손해가 발생한 이후의 여러 정황 등 관련된 모든 간접사실들을 종합하여 손해의 액수를 판단할 수 있고, 이러한 법리는 자유심증주의하에서 손해의 발생사실은 입증되었으나 사안의 성질상 손해액에 대한 입증이 곤란한 경우 증명도·심증도를 경감함으로써 손해의 공평·타당한 분담을 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상과 기능을 실현하고자 함에 그 취지가 있는 것 (하략) (대법원 2007. 11. 29. 선고 2006다3561 판결)

37) 변론 전체의 취지만으로 다툼이 있는 사실을 인정할 수 있는가에 관하여는 학설의 대립이 있지만, 다수설과 판례는 변론 전체의 취지는 이를 기록에 의하여 객관화하기 힘들고 이것 만에 의한 사실인정을 허용하는 것은 법원의 방자한 사실인정을 초래할 염려가 있으므로, 그것은 증거자료를 보충하는 효력을 가질 뿐이라는 입장이다. (정동윤, 유병현, 김경욱, 앞의 책, p.557)

청구하는 원고의 주장을 기각하는 것이 합당하다. 그러나, 구체적인 손해를 산정할 수 없는 경우 혹은 무형의 손해액의 경우, 손해액을 산정하는 방식이 원고와 피고가 서로 다를 것이며, 더 나아가 법관마다 손해액에 대한 판단이 서로 다를 수 있다. 이처럼 손해액에 대한 판단이 다르다는 것은 결과적으로 객관적이고 구체적인 증거에 의해 손해액을 확인할 수 없다는 것을 의미하며, 이는 결국 구체적인 손해를 산정할 수 없는 경우 혹은 무형의 손해의 경우에 있어서 손해액의 인정은 더 이상 사실인정의 문제가 아니라 가치판단적 요소가 매우 크게 작용한다는 것을 의미한다.

이러한 시각에서 본다면, 법관이 무형의 손해에 대하여 손해액을 평가하는 것은 그 무형의 손해에 대한 경제적 가치판단의 결과로 볼 수 있을 것인데, 변론 전체의 취지를 감안하여 손해의 가치를 판단하는 것은 자유심증주의 영역에 해당한다고 보기 어려우며, 특히 '법관이 손해액을 판단하는 것'은 민사소송법 제202조에서 규정하고 있는 "사실주장이 진실한지 아닌지를 판단한다."는 명문에 부합하지 않는다고 할 것이다.

따라서, 자유심증주의를 근거로 구체적 액수로 증명 곤란한 손해액을 확정하는 것은 민사소송법 제202조의 문리해석은 물론, 기존 자유심증주의 이론에 비추어 보아도 적절하지 않으므로, 자유심증주의를 법관의 손해액 산정의 근거로 보기는 어렵다고 할 것이다.

2. '심증형성의 정도'의 한계

(1) 자유심증의 정도

법관이 자유심증에 의한 사실 확정을 위하여 필요한 심증의 정도는 소명으로는 부족하고 증명의 정도에 이르러야 한다. 증명이라 함은 한 점의 의심도 용인하지 않는 논리적 증명과 경험칙에 비추어 보통 사람이 의심을 품지 않을 정도의 확신인 역사적인 증명으로 나눌 수 있는데, 민사소송법상의 증명은 역사적인 증명을 의미한다.[38] 따라서 법관은 100%의 논리적 확

38) 정영환, 앞의 책, p.744; 정동윤, 유병현, 김경욱, 앞의 책, p.560

신이 아닌 고도의 개연성의 확신 또는 십중팔구 확실성에 대한 확신의 정도를 의미한다는 것이 통설과 판례의 입장이다.[39] 다만, 의료소송, 공해소송, 제조물책임소송 등 현대형 소송에 있어서는 구조적으로 불리한 지위에 있는 원고의 입증책임 완화를 위해 증거의 우월 정도로 족하다는 소수 의견[40]도 있다. 개인적으로, 현대형 소송에 있어서 자유심증의 정도는 법관이 자의적으로 판단하고 결정할 것이 아니라 입법자의 결단으로 증명책임을 완화하는 방향으로 정책적인 결단을 내려야 할 문제라고 판단된다.

(2) 손해액과 심증형성의 정도

손해액은 '객관적'인 주요사실이며, 확신의 정도는 주요사실이 아니라 해당 주요사실을 인정하기 위해 법관이 가져야 하는 '주관적'인 심증형성의 정도이다. 따라서 '손해액'과 그 손해액을 인정하기 위한 '확신의 정도'는 소송법상 차지하는 개념과 역할이 서로 다르다. 다만, 이러한 확신의 정도와 관련된 자유심증주의 이론은 객관적으로 판단할 수 있는 손해액의 산정에 있어서 유용한 이론일 뿐, 위자료 등 무형의 손해와 관련하여 그 배상액의 결정에 적용하기에는 부자연스럽다.

예컨대, 누군가 무형의 손해를 당하고 그에 대하여 2억원의 손해배상을 청구하고 있는데, 법관이 1억원의 손해액을 인정했다고 가정해보자. 그럼 이 손해액 1억원이 적정한 것이라고 누가 확신을 가질 것이며, 누가 증거의 우월 정도로 1억원이 적정하다고 판단할 수 있을까? 1억원의 손해배상액이 적정하다고 판단하는데 있어, 1억원을 지급하게 한다는 결정의 존부가 문제될 뿐, 간접사실들이 법관에게 확신을 주는지 혹은 확신에는 못 미치는 믿음을 주는지는 큰 의미가 없다. 왜냐하면, 무형의 손해액을 인정하는 것은 결국 객관적인 사실인정이 아니라 법관의 '주관적인 가치판단'이며, 일단 가치판단이 내려지면 해당 판단이 내려지기 위해 필요한 확신의 정도가 90%인지 60%인지 혹은 논리적 증명인지 역사적 증명인지는 큰 의미가 없기 때문이다. 이는 자유심증주의에서 '객관적인 사실'을 인정하기 위한 '주관적인

39) 정영환, 앞의 책, p.745
40) 정동윤, 유병현, 김경욱, 앞의 책, p.561

심증형성의 정도'를 '주관적인 가치판단(무형적 손해액)'을 위한 '주관적인 심증형성의 정도'로 활용하면서 발생하는 일종의 개념적 한계라고 할 것이다.

구체적 액수를 산정하기 힘든 손해 혹은 무형의 손해라고 하더라도 원고가 청구하는 액수 및 피고의 배상능력 등 여러 가지 사정을 감안하여 손해액을 결정해야 하는데, 이는 결국 사실인정의 측면보다는 가치판단적 측면이 더 강하다는 것은 상술한 바와 같다. 그렇다면 손해액을 인정하기 위한 모든 간접사실들을 법관이 '주관적으로 판단'함에 있어, 자유심증주의의 핵심쟁점인 법관의 '주관적인 확신의 정도'로서 고도의 개연성이나 증거의 우월성을 논하는 것은 자연스럽지 못하다. 법관의 주관적인 판단을 내림에 있어 갖는 확신의 정도는 결국 동일 개념과 동일 기능으로 수렴하기 때문이다.

따라서 자유심증주의가 적용되기 위한 기본전제로서의 '주요사실'과 '인과관계'에 대한 '확신의 정도'와 가치평가에 대한 '확신의 정도'를 동일시하는 것은 부자연스러우며, 이는 자유심증주의 자체를 법관이 무형의 손해액을 정하는 가치판단의 논거로 활용하는 것이 부적절함을 의미한다.

(3) 손해액과 심증형성의 정도

한편, 대법원은 다른 판례들을 통해 "법원이 위와 같은 방법으로 구체적 손해액을 판단함에 있어서는, 손해액 산정의 근거가 되는 간접사실들의 탐색에 최선의 노력을 다해야 하고, 그와 같이 탐색해 낸 간접사실들을 합리적으로 평가하여 객관적으로 수긍할 수 있는 손해액을 산정해야 한다."고 판시[41]하면서, 자유심증주의를 통해 법원의 재량을 인정하면서도 그 한계로 객관적으로 수긍할 수 있어야 한다는 한계를 제시하고 있다. 여기서 '객관적으로 수긍'이라는 부분은 법관 이외의 평범한 상식을 가진 일반인들 수준에서 인정할 수 있어야 한다는 의미로 해석되며, 이 부분에서는 법관이 '보통 사람이 의심을 품지 않을 정도의 확신(역사적 증명)'의 단계에 이르지 못하더라고, 일반적으로 받아들여질 수 있는 '수긍' 정도의 단계이면 충분하다는 측면에서 증거의 우월이나 고도의 개연성을 요구하는 것보다 다소 낮

41) 대법원 2007. 11. 29. 선고 2006다3561; 대법원 2009. 9. 10. 선고 2006다64627 판결; 대법원 2014. 7. 10. 선고 2013다65710 판결 등 다수 판결

은 수준의 입증 정도를 요구하고 있는 것으로 보인다.

이처럼 법원이 구체적 손해액 산정이 곤란한 재산상의 손해와 관련한 손해액의 산정에 있어 자유심증주의를 내세우고 있지만, 사실상 자유심증주의에서 필요한 '확신'의 정도를 요구하지 않고 객관적 '수긍 가능성'을 요건으로 내세우고 있는 것은 법원도 객관적으로 손해액을 확정하기 불가능하여 법원이 직원으로 손해액을 정하는 경우까지 '확신'의 정도를 항상 요구할 수 없음을 인정하고, 기존의 '확신'이라는 자유심증주의의 기준을 '수긍 가능성'으로 변형하여 인용하는 것으로 볼 수 있을 것이며, 이러한 법원의 노력은 현실적으로는 바람직한 결론을 유도하기 위한 최대한의 노력으로 볼 수 있다.

다만, 이러한 법원의 노력에도 불구하고, 실질적으로는 '객관적'인 주요사실인 손해액을, 해당 주요사실을 인정하기 위해 법관이 가져야 하는 '주관적'인 심증형성의 정도와 구분하지 않고 혼용함으로써 결론적으로 주요사실을 인정하기 위해 심증형성의 정도를 활용한 것으로 볼 수 있는 측면이 있어 아쉬움이 남는다. 쉽게 비유를 들어 설명하자면, 주요사실의 인정을 '목적'이라고 보고, 그를 인정하기 위한 심증형성의 정도를 '과정'이라고 한다면, 무형의 손해액 산정에 있어서는 목적과 과정을 동일시 혹은 혼용한 것이라거나 과정만 중점을 둔 것이라는 비판에 직면할 수 있다.[42]

이러한 측면에서 '보통 사람이 의심을 품지 않을 정도의 확신(역사적 증명)'이라는 심증형성의 정도를 '보통 사람이 수긍할 수 있는 수준'으로 낮추어 '손해액'을 인정하는 것이 (합목적론적인지는 차치하고) 적절한 방법론인지는 생각해볼 필요가 있어 보인다.

---

42) 단순히 개념상으로 '객관적 주요사실의 인정'으로서 '일반인이 수긍할 수 있는 손해'를, 그 주요사실을 인정하기 위한 심증형성의 정도로서 '일반인이 의심을 품지 않을 확신'을 매칭하고, 둘은 서로 다르다고 주장할 여지가 없는 것은 아니다. 그러나 객관적으로 수긍 가능할 손해에 필요한 확신의 정도를 70%로, 심증형성의 정도에 있어 확신의 정도를 90%로 가정한다면, 결국 '손해액이 1억원이라고 70% 확신하는 것을 90% 확신한다'는 궤변에 빠지게 되므로 이는 결국 자가당착이 될 수밖에 없는 것이다.

4. 소 결

법원은 객관적으로 가치를 확정할 수 없는 손해액의 결정에 있어 자유심증주의를 그 논거로 제시하고 있다. 그러나 상술한 바와 같이, ① 손해배상액의 산정은 사실인정에 대한 측면보다는 가치판단에 대한 측면이 강한데, 자유심증주의는 사실인정에 대한 심증에 대한 것이므로, 주관적 가치판단에 따른 손해액의 산정을 자유심증주의 적용영역에 포함된다고 보기 어렵다. ② 또한, 손해액 결정이 법관의 주관적 가치판단의 결과물이라면 법관이 갖는 확신의 정도 역시 개연성이나 증거의 우월 정도를 따지는 것은 큰 의미를 찾기 힘들다. ③ 결정적으로 '객관으로 수긍할 수 있는 손해'라는 표현을 통해 확신의 정도를 낮추었다고 하더라도 변론주의에 따라 당사자가 주장, 입증하여야 하는 '주요사실 자체'와 자유심증주의에 따라 주요사실을 인정하기 위한 '확신의 정도'는 구분되는데, 법원이 객관적이고 구체적인 가치를 확인할 수 없는 손해를 당사자의 주장 혹은 입증 없이 자유심증주의를 논거로 직권으로 산정하는 것은 자유심증주의와 변론주의 원칙의 적용영역을 불분명하게 한다는 측면에서 적절하지 않은 것으로 보인다.

특히, 법원이 확신의 정도와 관련하여 '객관적 수긍 가능성'을 제시하면서 손해액을 산정하는 것은, 자유심증주의를 사실인정에 그치지 않고 가치판단의 영역까지 확장하는 것으로 해석할 수 있는데, 이는 자유심증주의의 적용영역을 사실인정의 영역에서 가치판단의 영역까지 포함하는 것으로 변형한다면 대상 판례 등을 합리화할 수 있을 것이다.

다만, 이처럼 자유심증주의의 적용영역을 가치판단의 영역까지 확장되는 것으로 그 접근방식을 해석하는 경우에도, 자유심증주의의 지나친 확장은 증거재판주의와 변론주의를 형해화할 가능성이 있다는 측면에서 자유심증주의 변형을 비판 없이 받아들일 수 있을지 의문이며, 받아들인다고 하더라도 민사소송법 제202조에서 규정하고 있는 "사실주장이 진실한지 아닌지를 판단한다."는 명문을 수정해야 한다. 그런데, 이러한 명문의 한계는 법원의 자유심증주의에 대한 입장이나 해석을 변경함으로써 극복할 수 없는 입법정책의 영역으로써, 해당 입법정책의 수용을 위해서는 자유심증주의의 본

질에 대한 진지한 고민은 물론, 보다 체계적이고 명확한 논거와 필요성 제시가 선행되어야 하는 문제이므로, “구체적인 손해액을 확정할 수 없는 경우의 손해액 산정”을 법원이 단순히 자유심증주의 적용영역에 대한 해석을 변경함으로써 인정될 수 있는 문제가 아니다. 따라서, 법원이 “구체적인 손해액을 확정할 수 없는 경우의 손해액 산정”의 근거로 자유심증주의를 제시하는 것을 적절한 논리 전개로 볼 수 있는지는 의문이다.

Ⅵ. 법원의 직권증거조사와 손해액의 인정

1. 검토의 필요성

당사자 간 형평을 제고하기 위하여 변론주의 예외로서 법원에 의한 증거조사 등을 예외로 허용하고 있는바, 이를 구체적 액수로 증명 곤란한 재산적 손해의 조사 및 확정의 직·간접적 근거로서 제시할 수 있으므로, 여기서는 법원의 손해액 확정을 위한 재량권 행사가 석명권행사, 직권증거조사, 당사자신문 등에 의한 예외로서 허용될 수 있는지 살펴본다.

2. 변론주의 예외와 손해액 산정

통상적으로 민사소송절차는 변론주의에 기초하므로 증거조사의 개시는 당사자의 신청에 의하는 것이 원칙이며, 예외적으로 변론주의와 증명책임을 엄격히 적용할 경우 소송수행능력이 부족한 당사자가 불이익을 입을 수 있고 또 실체적 진실발견을 어렵게 해 사회정의와 사법의 신뢰를 해칠 수 있으므로, 그 완화책으로 법원에 의한 직권증거조사[43], 석명권의 행사[44] 와

43) 민사소송법 제292조(직권에 의한 증거조사) 법원은 당사자가 신청한 증거에 의하여 심증을 얻을 수 없거나, 그 밖에 필요하다고 인정한 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있다

44) 민사소송법 제136조(석명권 (釋明權)·구문권 (求問權) 등)

직권에 의한 당사자신문[45]이 허용된다.

이를 불법행위에 기한 손해배상청구 소송에 있어서 구체적인 손해액을 산정하는 것이 불가능하거나 손해액이 불명확한 경우에 상정하여 대입하여 보면, ① 석명권의 행사로서 법관은 손해액을 증명하도록 촉구하거나 당사자에게 설명을 요구하고 의견을 진술할 기회를 부여할 수 있으며, ② 당사자가 제출한 증거만으로 손해액에 대한 심증형성이 되지 않는 경우, 심증형성을 위해 추가적이니 직권증거조사를 행사할 수 있고 ③ 필요한 경우 당사자 본인을 신문할 수도 있다.

(1) 석명권 혹은 당사자신문의 측면

대상판결의 경우, 원심이 석명권이나 당사자신문을 행사하였는지[46], 그렇지 않았다면 석명권이나 당사자신문의 불행사가 판시에 어떠한 영향을 미치는지 등에 대한 검토 없이 "원고가 주장한 손해배상청구는 재산적 손해에 대한 배상청구이며, 원심이 배상을 명한 위자료 손해도 재산적 손해"라고 단정[47]하였는데, 이 부분이 적절하였는지는 논란이 여지가 있을 수 있다. 다만, 이러한 논의는 구실체법설 및 손해 3분설에 따르면 소송물이 재산적 손해배상청구인지 위자료 손해배상청구인지에 대한 것이며, 이는 소송물이 재산적 손해배상청구라는 것을 전제로 구체적 손해액을 확정하기 위해 석명권이나 당사자신문을 행사하여야 하는지와는 별개의 쟁점이다.

소송물이 재산적 손해배상청구인 경우, 법원에서 구체적으로 확정이 불

---

① 재판장은 소송관계를 분명하게 하기 위하여 당사자에게 사실상 또는 법률상 사항에 대하여 질문할 수 있고, 증명을 하도록 촉구할 수 있다.

④ 법원은 당사자가 간과하였음이 분명하다고 인정되는 법률상 사항에 관하여 당사자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.

45) 민사소송법 제367조(당사자신문) 법원은 직권으로 또는 당사자의 신청에 따라 당사자 본인을 신문할 수 있다. 이 경우 당사자에게 선서를 하게 하여야 한다.

46) 법원이 취하는 손해 3분설에 따르면 재산적 손해배상청구와 위자료 청구는 별개의 소송물이므로 적극적 석명이 허용되는지에 대한 논란이 있을 수 있는데, 원심은 이러한 논란에도 불구 별다른 설명 없이 위자료 손해를 인정하였으므로 본 평석에서 적극적 석명에 대한 부분은 논외로 하기로 한다.

47) 추단컨대 대법원은 원고가 재산적 손해배상을 청구한 것으로 보이는 상황에서 원심이 위자료 손해를 인정한 것은 적절하지 않다고 판단한 것으로 보인다.

가능한 손해액이라는 결론에 이르기까지는 석명권이나 당사자신문을 행사하여 손해를 확정할 수 있는지 여부에 대한 검토 과정이 포함되어야 할 것이며, 그렇지 않더라도 당사자의 주장과 증거 등에 의해 손해액을 확정할 수 없는 상황에서 석명권이나 당사자신문을 활용한다고 하더라도 손해액을 확정할 근거가 없는 상황이 바뀔 가능성은 사실상 매우 낮아 보이므로, 석명권이나 당사자신문의 불행사는 주요한 쟁점이 되지 않을 것으로 판단된다.

따라서, 특히 손해액과 관련하여 당사자의 주장이 분명하고 필요한 증거조사를 모두 수행하여 당사자신문이나 석명권 행사가 불필요한 경우에도 손해액을 명확하게 확정할 수 없는 경우, 법관이 직권증거조사를 수행함으로써 손해액(손해배상범위)를 산정할 수 있는 것은 아닌지 생각해볼 필요가 있다.

(2) 직권증거조사제도의 한계

직권증거조사는 보충적으로만 행해진다.[48] 즉, 변론주의 관점에서 본다면 민사소송법 제292조는 이러한 변론주의에 다른 원고의 증거제출책임과 입증책임을 완화하기 위한 것으로 원고가 증거를 제출하지 아니하거나 증거를 제출하지 못하는 경우, 석명권 행사에 더 나아가 법원이 직권으로 증거조사를 수행할 수 있다는 의미로 이해하여야 하며, 민사소송법 제292조에 따라 법원이 직권으로 증거조사를 할 수 있다는 것을 의미할 뿐, 이 규정을 통해 법원이 증거로 입증되지도 않은 주요사실(손해액)을 간접사실에만 기반하여 인정할 수 있다는 것으로 이해해서는 안된다. 왜냐하면, 변론주의 대원칙의 예외로서 인정되는 직권증거조사는 예외적·보충적으로 행사되어야 하는 취지에 맞도록 최소한의 범위에서 활용되어야 하는 것인데, 민사소송법 제292조에서는 어디까지나 당사자의 증거신청이 없이도 법원이 증거조사를 할 수 있다는 것만 명문에 의해 예외로 인정된 것일 뿐, 증거조사 없이 혹은 증거조사 결과 밝혀지지 않은 주요사실에 대하여 법원의 재량으로 확정할 수 있다는 의미는 아니기 때문이다.

48) 정영환, 앞의 책, p.679

3. 소 결

민사소송 절차에 있어서, 법규에 의하여 명확하게 예외가 인정되지 않는 부분에 있어서는 여전히 변론주의 대원칙이 관철되어야 하며, 변론주의에 따르면 당사자 간 다툼이 있는 사실에 대해서는 증거에 의하지 아니하고는 인정할 수 없게 되어 있고, 증명책임에 대한 규범론의 입장에 따르면 손해배상액은 (당사자 간 손해범위에 대하여 다툼이 없는 경우를 제외하고는) 원고가 증거에 의하여 입증하여야 한다. 또한, 직권으로 증거조사를 하여 그 증거에 의해 손해액을 판단하는 것과 직권으로 (간접사실에 기해) 손해액을 심리·판단하는 것은 개념상 구분해야 한다.

따라서, 민사소송법 제292조에 의해 법원이 직권증거조사를 할 수 있는 경우라고 하더라도, 동조에 의해 법원이 증거 없이 손해액 산정할 수 있도록 하는 것으로 확장해석하는 것은 바람직하지 못하다. 따라서, 법원의 보충적인 직권증거조사에 의하여 심증이 형성되지 않은 부분에 대해서는 법원이 재량으로 결정할 수 없으며, 그에 따른 증명책임은 해당 증거를 입증하여야 하는 원고가 부담하도록 하여야 한다.

그러므로 법원이 "구체적인 손해의 액수를 입증하는 것이 사안의 성질상 곤란한 경우 ....(중략).... 모든 간접사실들을 종합하여 상당인과관계 있는 손해의 범위인 수액을 판단할 수 있다"고 판시[49]한 것을 민사소송법 제292조와 결부시키는 것은 바람직하지 못하다.

결론적으로 법원은 변론주의 예외로서 자유심증주의를 적용하면서 위 자료 및 구체적인 액수 증명이 곤란한 재산상 손해와 관련하여 평가설의 입장에서 손해배상액을 정하고 있으나, 변론주의 예외를 인정하기 위한 논리적 근거 및 설득력이 약한 것은 물론, 자유심증주의의 적용영역이라고 보기도 힘들며, 그렇다고 변론주의의 예외를 인정하는 기존의 법규 (직권증거조사, 석명권 등) 등을 통해 손해액을 산정하는 것도 적절한 논거로 보기 힘들다.

---

49) 대법원 2011. 7. 14. 선고 2010다103451 판결

Ⅶ. 민사소송법 제202조의2의 의미

1. 검토의 필요성

살펴본 바와 같이 평석 대상판결은 처분권주의와 변론주의 측면에서 논란의 여지를 보유하고 있으며, 이러한 문제는 자유심증주의만으로 치유하기 어려운 부분이 있었다. 비록, 2016년 민사소송법 제202조의2가 신설되면서 구체적인 손해액의 증명이 사안의 성질상 매우 어려운 경우 법원이 손해액을 산정할 수 있는 권한이 입법적으로 인정되면서 향후 법원의 손해액 산정 권한의 입법적 정당성이 확보되었지만, 상술한 처분권주의, 변론주의 및 자유심증주의와 관련된 쟁점은 여전히 존재하므로, 여기서는 동조를 어떻게 해석하는 것이 변론주의 및 자유심증주의로 설명되지 않는 한계를 극복할 수 있는 것인지 살펴보도록 한다.

한편, 민사소송법 제202조의2를 해석함에 있어서 그 입법배경을 충분히 이해하는 것은 중요한 참고자료가 될 수 있다. 그러한 측면에서, 평석 대상판결은 민사소송법 제202조의2가 신설되기 전의 판례이지만 동조의 입법배경이 되었던 주요 사례 중의 하나로서 ① 민사소송법 제202조의2가 없었을 당시 대상판결이 어떠한 문제와 한계를 가지고 있었는지와 ② 동조의 신설을 통해 그러한 문제와 한계를 어느 정도 극복할 수 있는지를 진단하기 위한 주요 참고자료가 될 수 있다.

따라서 이하에서는 본 판례 평석의 결과를 바탕으로 민사소송법 제202조의2의 역할과 기능에 대한 방향성을 검토해보도록 한다.

2. 규정의 내용

신설된 개정 민사소송법[50] 제202조의2[51]는 "① 손해가 발생한 사실이

50) 시행 2016. 9. 30., 법률 제14103호, 2016. 3. 29. 일부개정

51) 1997년 개정 일본민사소송법 제248조는 손해배상청구사건에서 책임이 인정된 경우에 한정하여 손해액의 성질상 그 액의 입증이 극히 곤란할 경우에는 변론의 전취지와

인정되나, ② 구체적인 손해액을 증명하는 것이 사안의 성질상 매우 어려운 경우, ③ 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 의하여 인정되는 모든 사정을 종합하여 상당하다고 인정되는 금액을 법원이 손해배상 액수로 정할 수 있다"는 세 부분으로 나누어 볼 수 있다.

동조의 제정이유를 보면, "고전적 불법행위와 달리 다수가 관련되고 위법행위 주장의 근거가 다양해진 현대형 불법행위의 경우, 구체적 손해액의 입증이 어려운 경우가 많이 있을 뿐만 아니라 변호사를 선임하기 어려운 사회적 약자들의 경우 더더욱 손해액 입증이 어려운 경우가 많음. 그런데 손해발생 사실은 인정되나, 손해액에 대한 증명을 제대로 하지 못한다는 이유로 피해자인 원고에게 패소판결을 선고함은 사회정의와 형평의 관념에 반한다고 할 것임. 이에 손해발생 사실은 인정되나 구체적 손해액 산정이 어려운 사건에서 손해의 공평·타당한 분담원리를 지도 원리로 하는 손해배상제도의 이상과 기능을 실현하고자 손해액 증명을 완화할 필요가 있음."이라고 밝히고 있으며 이는 종래의 판례 및 해외 입법례를 반영한 것[52][53]으로 볼 수 있다.

3. 적용 범위

민사소송법 제202조의2가 채무불이행에 기한 손해배상청구에도 적용되는지 여부에 대하여, 대법원은 동조가 "특별한 정함이 없는 한 채무불이행이나 불법행위로 인한 손해배상뿐만 아니라 특별법에 따른 손해배상에도 적용되는 일반적 성격의 규정이다"라고 해석[54]하고 있지만, 그 근거를 명확

증거조사의 결과에 기해서 증명도를 저감시켜 자유로운 심증으로 상당한 손해액을 인정할 수 있다고하여 산정 불능한 청구를 배척할 수 없다는 종래의 학설판례를 명문화하였는데, (강현중, "변론주의와 자유심증주의 - 그 상극과 조화 -", 「민사소송(Ⅲ) 한국민사소송법학회지」, 2000년, p.216.) 본 법문의 신설은 이러한 일본의 법개정의 영향을 받은 것으로 보인다.

52) 대법원 2017. 9. 26. 선고 2014다27425 판결, 대법원 2020. 3. 26. 선고 2018다301336 판결

53) 김경욱, "증명의 곤란과 상당한 손해배상액의 인정", 「민사소송」, 제20권 제2호, 2016.11, p.95

히 제시하지는 않고 있다.

채무불이행에 기한 손해배상청구권과 불법행위에 기한 손해배상청구권, 혹은 다른 종류의 손해배상청구권 행사의 구성요건과 입증책임이 항상 동일한 것은 아니기 때문에 당연한 것으로 볼 수는 없지만, 최소한 손해액의 주장과 입증에 있어서 그 증명책임은 원고가 입증하는 것이 일반적이기 때문에 이러한 판례의 입장은 타당하며, 학설도 대체로 이에 동조[55]하는 것으로 보인다.

4. 작용국면

동조의 개정이유에서는 '손해액 증명을 완화할 필요'를 제시하고 있는 바, 동조의 역할이 법원의 심증도를 경감하기 위한 것인지 혹은 법관에게 자유재량을 인정한 것인지에 대하여 견해의 대립이 있다. 일부 견해는 개정이유 명문 자체를 심증도를 경감하는 것으로 이해하거나[56], 법원에서 사용하는 기존의 표현에 근거하여 동조가 규정된 이후에도 동 규정의 취지를 심증도를 경감하는 것으로 보는 견해[57](증명도경감설)가 있다. 반면 이와 달리 일정한 경우 손해액은 단순히 증명도의 경감에 그치는 것이 아니라 손해액에 관해 일정 정도의 심증형성이 되지 않은 경우에도 법원은 자유로운 판단에 따라 상당한 손해액을 인정할 수 있는 것으로 해석하는 견해(재량평가설)[58][59]도 있다.

생각건대, 심증의 정도를 완화한 것으로 보는 견해는 기본적으로 기존

54) 대법원 2020. 3. 26. 선고 2018다301336 판결

55) 김태진, "M&A 계약 위반과 손해 - 손해액 산정과 민사소송법 제202조의 2의 활용 여부 -", 「외법논집」, 42권 1호, 2018. 02월, p.63

56) 황호성, "손해액 증명 특칙의 의의와 전망- 2016 법률구조 세미나 제1세션 발표 -", 불법행위 연구 동호회, p.4

57) 김태진, 앞의 글, pp.83-99.

58) 정동윤, 유병현, 김경욱, 앞의 책, p.563, 이시윤, 「신민사소송법」, 제11판, 박영사, 2017, p.536

59) 이현종, "불법행위 손해배상청구소송의 소송물에 관한 검토", 「민사소송 : 한국민사소송법학회지」. 제23권 제2호, 2019. 7월, p.29

관련 판례들이 자유심증주의의 측면에서 손해배상 산정의 근거를 찾았기 때문인 것으로 판단된다. 그러나 이미 자유심증주의 부분에서 검토한 바와 같이 당사자의 주장과 증거로서 구체적으로 손해액 산정이 불가능한 경우에 있어 손해액 산정의 문제는 (1) 주요사실 인정의 문제라기 보다는 가치판단의 영역이라고 보아야 하고, (2) 자유심증주의에 있어 심증의 정도는 '주요사실의 존재'를 전제로 그 확신의 정도를 의미하는 것이므로 심증의 정도 완화를 '주요사실의 존재' 자체로 판단하는 것은 바람직하지 않으며, 그러한 측면에서 시각에 따라서는 수단과 목적의 관계를 혼동한 것으로 오해될 여지가 있다.

더욱이, 동조가 개정이유에서 '손해액의 증명을 완화할 필요'를 언급하고 있기는 하지만, 동조 자체는 명문으로 "모든 사정을 종합하여 상당하다고 인정되는 금액을 법원이 손해배상 액수로 정할 수 있다"라고 규정하고 있는바, 문리해석을 하자면 법문을 개정이유보다 우위에 두어야 하므로 동조를 심증도를 경감하는 것으로 한정하여 해석하기 보다는 법관에게 손해액 산정이라는 재량권을 부여한 것으로 보는 입장(재량평가설)이 타당해 보인다.

5. 활용방안

이미 살펴본 바와 같이 평석 대상판결은 주요사실의 주장과 입증책임을 당사자가 부담하고 있음에도 불구하고, 법원이 직접 손해액을 인정하였다는 점에서 변론주의에 부합하는지에 대한 논란이 있을 수 있으며, 손해액을 인정하기 위한 논리적인 근거로서 자유심증주의를 활용하였다는 측면에서 민사소송법 제202조에서 '사실주장이 진실한지 아닌지를 판단'하도록 하고 있는 규정에 부합하는지에 대한 논란(자유심증주의에 부합하는지)의 소지도 보유하고 있었다. 그럼에도 불구하고, 대상판결은 구체적 액수의 산정이 불가능한 손해액을 법원이 직권을 활용하여 예외적으로 결정하여 왔는바, 이는 완전하지 못한 법규의 구조를 판결의 법형성적 기능을 활용하여 합목적론적으로 해결하기 위한 최선의 선택이었음은 분명해 보인다. 그러나, 이처럼 대상판결과 유사 판례들이 완전하지 못한 법규의 체제를 보완하

기 위한 법형성적 기능의 활용임을 인정한다고 하더라도, 변론주의가 적용되는 영역에서 자유심증주의를 활용하여 예외적으로 법형성적 기능을 행사한 것이라는 측면에서, 판례가 손해를 직권으로 산정하는 것은 매우 제한적이고 예외적·보충적으로 활용되는 것이 바람직하다.

한편, 민사소송법 제202조의2가 기존의 판례의 입장을 그대로 반영한 것으로만 보아 법원의 심증형성의 정도를 완화한 것에 그치는 것으로 해석한다면 동조는 여전히 '주요사실'을 인정하기 위한 '심증의 정도'에 대한 규정일 뿐이므로, 기존 판례가 갖던 변론주의 및 자유심증주의 원칙에 의하여 설명되지 않는 문제와 한계를 그대로 승계하게 된다. 결과적으로 자유심증주의를 통해 주요사실 자체를 인정하는 것이 변론주의 및 자유심증주의 관점에서 논리적으로 불완전하다는 한계를 벗어날 수 없게 되는 것이다.

반면, 동조를 단순히 심증형성의 정도를 완화한 것으로 보지 않고 법관에게 손해액 인정을 위한 자유재량을 부여한 것(재량평가설)으로 볼 수 있다면, 이는 법관이 손해액이라는 주요사실의 존재를 법원이 직권으로 인정할 수 있다는 것을 의미하므로, 주요사실의 주장과 입증책임을 당사자가 부담한다는 변론주의의 '예외'를 인정하는 규정으로 해석될 수 있다.[60] 그렇다면, 기존에 '구체적 액수의 산정이 불가능한 손해액의 인정'에 있어서 합목적론적 관점에서 자유심증주의를 활용하여 손해액을 직접 산정함으로써 생기는 논리적 불완결성은 동조에 의해 해소되고 보완될 수 있게 된다. 이처럼 제202조의2를 재량평가설의 입장에서 이해하게 되면, 동조가 규정하고 있는 '상당하다고 인정되는 금액'은 손해액에 대한 심증형성의 정도를 '보통 사람이 의심을 품지 않을 정도의 확신(역사적 증명)'에서 '보통 사람이 수긍할 수 있는 수준'으로 낮춘 것으로 볼 것이 아니라, '산정된 손해액이 상당한 수준'인가에 대한 것으로 해석될 것이므로, 심증형성의 정도를 낮추었다거나 심증형성의 정도를 주요사실의 인정과 혼동하였다는 논란에서 자유로울

60) 한편, 이러한 법원의 재량에 의한 주요사실의 인정은 이론상 "액수를 명시하지 않은 청구"를 인정하는 것도 가능하게 하므로, 손해발생 여부의 판단이나 그 손해액의 산정이 곤란한 경우의 어려움을 해결함은 물론 이러한 입법취지를 소제기단계에서까지 실현할 수 있도록 "청구액을 명시하지 않은 청구"와 "단계소송"을 인정하는 방안을 모색할 필요가 있다. (김경욱, 앞의 글, p.101)

수 있게 된다.

다만, 제202조의2에 따르면 “구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 매우 어려운 경우에” 보충적·예외적으로 법원에서 재량을 행사할 수 있으므로 재량평가설을 취한다고 하더라도 그것이 증명책임을 전환하는 것으로 해석되지는 않는다. 따라서 원칙적으로 원고는 법원의 손해액 산정을 위한 충분한 사실상의 자료를 제출해야만 하며, 최소한 그 산정을 위한 구체적인 근거 또는 단초는 제공해야만 하고 이러한 것이 불가능하다면 민사소송법 제202조의2에 따른 상당한 손해액이 인정되어서는 안된다[61]고 보아야 하므로, 재량평가설은 변론주의와의 관계에서 법원에 의한 예외적이고 보충적인 재량권 행사를 인정한 것으로 보아야 한다.

6. 소 결

민사소송법 제202조의2가 불법행위에 기한 손해배상청구에는 물론 채무불이행에 기한 손해배상청구에도 적용된다고 보는 것이 판례와 학설의 일반적인 입장이므로, 동조가 평석 대상판결에도 활용될 수 있다고 보는 것이 대체적인 입장이라고 할 것이다. 그러나, 동조의 성격을 기존 판례를 단순히 반영한 것으로 보고 ‘심증형성의 정도’를 경감한 것으로 해석하는 이상, 동조의 제정 전후의 논리가 변하는 것은 아니기 때문에 평석 대상판결이 여전히 변론주의와 자유심증주의의 범위에 포함될 수 있는지에 대한 논란의 소지가 남는다.

그러나 “구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 매우 어려운 경우에” 보충적으로 법원이 재량평가설의 입장에서 손해를 산정할 수 있다고 동조를 이해하게 되면, 평석 대상판결은 처분권주의 위반의 문제는 논외로 하더라도 변론주의 위반이나 자유심증주의의 한계로부터 나오는 논란에서는 충분히 벗어날 수 있다. 왜냐하면 재량평가설에 따르면 법관이 재량으로 손해액을 인정할 수 있게 되면 당사자는 더 이상 해당 손해액을 주

61) 김경욱, 앞의 글, p.97

장하거나 입증할 필요가 없으므로, 더 이상 변론주의가 적용되는 영역이라고 볼 수 없어 변론주의의 예외가 명문으로 인정된 것과 같고, 주요사실을 인정하기 위한 심증형성의 정도에 대한 논란도 무의미해지므로 더 이상 자유심증주의의 적용영역이라고 볼 수 없기 때문이다.

따라서, 대상판결이나 기존의 유사 판례의 민주적 정당성을 보다 확고히 하는 것은 물론 변론주의, 자유심증주의와 관련된 논란을 잠재울 수 있다는 측면에서 본조를 재량평가설의 입장에서 이해하고, 향후 유사 사례에 보다 활용할 수 있는 가능성을 모색해 볼 필요가 있다.

다만, 재량평가설의 입장에서 동조를 해석한다고 하더라도 그것이 민사소송법의 대전제인 변론주의와 자유심증주의의 핵심과 근간을 위협하는 방향으로 해석되어서는 안 될 것이므로, 대상판결과 같이 기존의 변론주의와 자유심증주의만으로는 설명되지 않는 부득이한 경우에 지극히 예외적이고 필요 최소한의 범위 내에서 법원의 재량권 행사를 인정한 것으로 해석되어야 할 필요가 있다. 현행 민사소송법 제202조의2는 ① '상황적 요건'으로서 "손해가 발생한 사실이 인정되나, 구체적인 손해액을 증명하는 것이 사안의 성질상 매우 어려운 경우"로 한정하고 ② 재량권 행사의 '방법론적 요건'으로 "변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 의하여 인정되는 모든 사정을 종합"하여야 한다고 규정하면서, 법원의 재량권 행사를 엄격하게 제한하기 위한 두 가지 요건을 제시하고 있는데, 향후 동조의 활용과정에서 이러한 '상황적 요건'과 '방법론적 요건'을 더욱 엄격하게 해석하여 변론주의와 자유심증주의의 근간을 침범하지 않도록 노력하여야 할 필요가 있다.

Ⅷ. 결 론

평석 대상판결은 "원심이 위자료 내지 위자료의 보완적 기능이라는 표현을 사용"하였다는 점을 인정하고 "그러한 판시는 적절한 것이 못됨은 피고가 지적한 바와 같다"고 밝히고 있다. 그렇다면 법원이 취하고 있는 소송물 이론(구실체법설) 및 손해 3분설을 엄격하게 적용한다면 원고가 재산상

손해배상청구를 한 것에 대하여 위자료 손해의 배상을 인정한 원심의 잘못을 인정하면서도 이를 파기하지 않은 것으로 볼 수 있으며 이는 처분권주의 위반의 소지가 있어 보인다. 물론, 구체적 타당성의 측면에서 원심을 파기환송하더라도 원·피고의 승패 관계나 승소금액이 크게 달라지지 않을 것이라고 한다면 소송물 이론을 지나치게 엄격하게 유지하는 것이 소송경제적인 측면에서 바람직하지 않을 수 있기 때문에, 대상판결이 원심을 "전후 판시에 비추어 볼 때, 구체적으로 그 손해액의 입증이 곤란한 경우의 재산적 손해액 인정을 위한 법리의 판시"로 해석한 것은 일견 납득할 수 있는 판결이라고 생각된다. 그러나 구체적 타당성을 추구하더라도 법적 안정성의 측면에서 경우에 따라서는 다소의 비용과 시간을 감수하는 것도 필요하며, 예외인정을 위하여는 충분한 법리적·논리적 근거가 필요함에도 불구 소송경제적 측면만을 중시하여 예외를 인정한 것이라는 점에서 대상판결이 소송물 이론과 처분권주의 위반의 소지를 감내하고 구체적 타당성을 추구한 것이 바람직한지는 다소 논란의 여지가 있어 보인다.

특히, 민사소송법 제202조의2를 재량평가설의 입장에서 이해하고 활용한다고 하더라도 이는 변론주의 및 자유심증주의 측면의 논리를 보완할 수 있을 뿐 처분권주의와 관련된 대상판결의 문제점은 해결이 되지 않으며, 이러한 소송물 이론이나 처분권주의와 관련된 문제는 법률의 제·개정 없이 법원이 기존의 손해 3분설 혹은 구실체법설을 수정하는 등 법이론적 차원에서 치유될 수 있으므로, 법원이 구실체법설 및 손해 3분설을 엄격하고 고집하고 유지할 실익이 존재하는지, 대상판결 및 이와 유사판결의 사례나 현행 법령상 기존 법원의 입장과 이론을 완화할 필요는 없는지에 대한 심도 있는 고찰이 필요해 보인다.

한편, 이러한 소송물 이론이나 처분권주의 측면의 논란을 차치하더라도 변론주의의 관점에서 재산적 손해를 주장함에 있어 기본적으로 손해의 범위(손해금액)를 확정하는 것은 원고가 주장하고 입증되는 증거에 의하여 결정하여야 함에도,[62] 법원은 구체적인 손해액을 산정하기 어려운 경우 설득

62) 강현중, 앞의 글, pp.215~216; 이 글에서는 재산적 손해이든 정신적 손해이든, 손해의 산정 자체는 법원의 재량으로 보고 있다. 그러나 객관적 증거에 의해 명확히 산정

력 있는 논리적인 근거를 제시하지 않고 실천적 필요에 의해 증거가 아닌 간접사실이나 제반 사정에 의하여 손해액을 결정하였는 바, 이는 명문의 근거 없이 변론주의의 예외를 인정한 것으로 볼 수 있는 여지가 있다.

특히 법원이 '증거조사의 결과와 변론의 전취지'를 거론하면서 자유심증주의를 활용하여 손해액을 결정하고 있는데, 자유심증주의는 '주요사실'을 인정하기 위한 '심증형성의 정도'와 관련된 이론이라는 측면에서 자유심증주의를 통해 주요사실 자체라고 볼 수 있는 '손해액'을 확정하는 것이 적절한지는 의문이다. 즉, ① 손해액을 산정할 객관적인 기준이 존재하지 않는 상황에서 여러 간접사실들을 법관의 재량으로 평가하여 손해금액을 산정하는 부분은 결국 법관의 주관적인 가치판단의 결과물이므로 자유심증주의 적용영역에 포함된다고 보기 어렵고, ② 결정적으로 '객관으로 수긍할 수 있는 손해'라는 표현을 통해 확신의 정도를 낮추었다고 하더라도 '주요사실 자체'와 주요사실을 인정하기 위한 '확신의 정도'는 구분되므로, 법원이 구체적인 가치를 정할 수 없는 손해를 자유심증주의를 논거로 직권으로 산정하는 것은 자유심증주의와 변론주의 원칙의 적용영역을 불분명하게 한다는 측면에서 적절하지 않은 것으로 보인다.

물론, 법원이 자유심증주의를 사실인정에 그치지 않고 가치판단의 영역까지 확장하는 것으로 그 적용 영역을 변형한다면, 확신의 정도와 관련하여 '객관적 수긍 가능성'을 제시하면서 손해액을 산정하는 것도 가능할 것이지만, 이러한 경우에도 자유심증주의의 지나친 확장은 증거재판주의와 변론주의를 형해화 할 가능성이 있다는 측면에서 자유심증주의 변형을 비판 없이 받아들일 수 있을지 의문이며, 받아들인다고 하더라도 민사소송법 제202조에서 규정하고 있는 "사실주장이 진실한지 아닌지를 판단한다."는 명문에 배치될 가능성이 있으므로 자유심증주의를 사실인정의 영역에서 가치판단의 영역에서 활용하기 위해서는 보다 체계적이고 명확한 논거와 필요성 제시가 선행되어야 할 것이다.

한편, 기존의 처분권주의, 변론주의, 자유심증주의만으로 적절한 결론에

가능한 손해의 범위를 법원의 재량으로 산정하는 것은 변론주의와 처분권주의의 이념과 배치된다고 볼 여지가 있다.

이르지 못한 경우, 사법부가 실체적 공평과 정의를 추구하기 위하여 신의성실의 원칙이나, 소송경제와 구체적 타당성의 측면을 감안하여, 사법의 법형성적 기능을 활용하여 변론주의의 예외를 인정하는 것도 가능하며, 대상판결이 법형성적 기능의 측면에서 바라보는 것도 가능할 것이다. 그러나 성문법 체계를 취하고 있는 민주주의 국가에서 사법부의 법형성적 기능보다는 입법부의 법령을 통한 예외인정이 보다 법적 정당성을 가질 수 있다.

그러나 민사소송법 제202조의2가 신설되면서 대상판결이 갖는 변론주의 및 자유심증주의 측면의 이론적 취약점과 입법적 정당성의 문제는 이제 해소될 여지가 있게 되었다. 물론, 동조를 입법취지만을 강조하며 단순히 불법행위에 기한 손해배상청구로 적용 범위를 제한하거나, 심증형성의 정도를 완화하기 위한 것으로만 해석한다면, 동조로 인해 주요사실에 대한 입증책임이 면제하는 것도 아니고, 동조가 자유심증주의를 적용영역이나 기능을 변경하는 것도 아니기 때문에, 대상판결이 갖던 변론주의 및 자유심증주의 측면의 쟁점은 해소되지 못한다.

반면, 민사소송법 제202조의2를 채무불이행에 기한 손해배상청구에 적용되는 것으로 해석하고, 단순히 심증형성의 정도를 완화한 것이 아닌 법관에게 손해액 인정을 위한 자유재량을 부여한 것(재량평가설)으로 볼 수 있다면, 이는 법관이 손해액이라는 주요사실의 존재를 자유재량으로 인정할 수 있다는 것을 의미하므로, 주요사실의 주장과 입증책임을 당사자가 부담한다는 변론주의의 예외를 '예외적'으로 인정하는 규정으로 해석될 수 있다. 이렇게 해석하면 향후 구체적 손해액 입증이 불가능한 손해배상 청구에 있어서, 대상판결과 같은 유사 판례의 민주적 정당성을 보다 확고히 하는 것은 물론 변론주의, 자유심증주의와 관련된 논란을 잠재울 수 있으므로, 동조를 재량평가설의 입장에서 이해하고, 향후 유사사례에 보다 적극적으로 활용할 수 있는 가능성을 모색하는 것이 바람직해 보인다.

다만, 살펴본 바와 같이 재량평가설의 입장에서 동조를 해석한다고 하더라도 기존의 변론주의와 자유심증주의만으로는 설명되지 않는 부득이한 경우에 지극히 예외적이고 필요 최소한의 범위 내에서 법원의 재량권 행사를 인정한 것으로 해석되어야 할 필요가 있으므로, 향후 동조의 활용과정에

서 명문으로 제시하고 있는 '상황적 요건'과 '방법론적 요건'을 엄격하게 해석함으로써 변론주의와 자유심증주의의 근간을 침범하지 않도록 노력하여야 할 필요가 있다.

구체적 액수 산정이 불가능한 손해액 산정방법에 대한 판례 입장과 민사소송법 제202조의2의 활용방안 - 허 성 일	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2022.11.13.	2022.12.02.	2022.12.29.

[참고문헌]

[단행본]

정동윤, 유병현, 김경욱, 「민사소송법 제8판 (2021년)」, 법문사

정영환, 「신민사소송법 개정신판 (2019)」, 법문사

대법원 법원행정처, 「민사소송 실무교재 (2015)」, 법원행정처

이시윤,「신민사소송법 제7판 (2013)」, 박영사

[논문]

정영환, “신모델과 소송물 이론”, 「국제법률경영」. 통권 제43호, 2005

김경욱, “증명의 곤란과 상당한 손해배상액의 인정”, 「민사소송」, 제20권 제2호, 2016

김재형, “프로스포츠 선수계약의 불이행으로 인한 손해배상책임”, 「인권과정의」, 통권 345호, 2005

김태진, “M&A 계약 위반과 손해 - 손해액 산정과 민사소송법 제202조의 2의 활용 여부 -”, 「외법논집」, 42권 1호, 2018

강현중, “변론주의와 자유심증주의 - 그 상극과 조화 -”, 「민사소송(Ⅲ) 한국민사소송법학회지」, 2000

김상국. “채무불이행으로 인한 재산상 손해의 증명이 곤란한 경우 그 손해액 판단방법”, 「판례연구」. 제17집, 2006

서광민, “위자료에 관한 몇가지 문제점”, 「서강법학연구」, 2권, 2000. 3월

양경승, “변론주의와 직권주의의 구별기준 및 상고심의 심리대상”, 「사법논집」, 제62집, 2017

이현종, “불법행위 손해배상청구소송의 소송물에 관한 검토”, 「민사소송 : 한국민사소송법학회지」, 제23권 제2호, 2019

전효숙, “저작권침해소송의 소송물 : 대법원 2013.7.12.선고2013다22775판결을 중심으로”, 「법학논집」, 제19권 제2호, 2014

황호성, “손해액 증명 특칙의 의의와 전망- 2016 법률구조 세미나 제1세션 발표 -”, 불법행위 연구 동호회, 2016

최우진, “구체적 액수로 증명 곤란한 재산적 손해의 조사 및 확정 : 사실심 법원 권능의 내용과 한계”, 「사법논집」, 제51집, 2011

【국문초록】

손해가 발생한 사실은 인정되나 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 매우 어려운 경우에 법관이 손해액을 결정할 수 있도록 한 민사소송법 제202조의2가 2016년 신설되었지만, 현대형 불법행위와 관련된 손해배상청구소송이 아닌 통상적인 채무불이행에 기한 손해배상청구소송에서 법원이 손해액을 산정할 수 있는 권한을 인정한 '대법원 2004.06.24. 선고 2002다6951, 6968 판결'은 아직도 처분권주의, 변론주의, 자유심증주의 측면에서 많은 의미가 있다.

대상판결에서는 원고가 채무불이행에 기한 재산적 손해배상 청구를 주장하고 있음에도 원심은 위자료 손해배상을 인정하였고 대법원은 이러한 원심판결이 사실은 위자료에 대한 손해배상을 인정한 것이 아니라 재산적 손해배상을 인정한 것이라고 판시하고 있다. 그러나 이러한 판시는 특히, 법원이 전통적으로 취하고 있는 손해배상청구의 소송물에 대한 구실체법설 중 손해 3분설의 입장에서 보았을 때, 당사자가 주장하고 있는 소송물과 원심이 인정한 소송물이 다르게 해석될 수 있다는 측면에서 처분권주의와 관련된 논란의 소지가 있다.

또한, 해당 판시에서는 당사자가 손해액을 명확하게 주장하거나 입증하지 못하였음에도 법원이 손해액을 산정한 후 선고하고 있는데, 당사자가 주요사실을 주장하고 이에 대한 증거를 제출하여야 하는 변론주의 측면에서 이러한 판시가 적절하다고 볼 수 있을지도 의문이다.

특히, 법원은 손해액을 산정하면서 자유심증주의를 그 근거로 제시하고 있는데, 손해액 산정의 문제는 법원이 사실주장이 진실한지 아닌지를 판단하기 위한 자유심증주의가 적용되는 영역이라고 보기 어려운 부분이 있다.

본 평석에서는 대상판결이 처분권주의, 변론주의, 자유심증주의 측면에서 어떠한 쟁점이 있을 수 있는지 구체적으로 살펴보고, 이를 바탕으로 2016년 신설된 민사소송법 제202조의2가 어떠한 의미를 가질 수 있는지, 어떻게 활용될 수 있는지를 중심으로 살펴보았다.

【Abstract】

The Decision on the method of calculating the amount of compensation for which a specific amount cannot be calculated and the application of Article 202-2 of the Korean Civil Procedure Act

- Korea Supreme Court Decision 2002Da6951, 6968 sentenced 24 June 2004 -

Sung-il HEO

(Completion of Doctoral Course. General Graduate School, Korea University)

Although the article 202-2 of the Civil Procedure Act was established in 2016 to allow a judge to determine the amount of damage in cases where it is recognized that damage has occurred but it is very difficult to prove the specific amount of damage due to the nature of the case, 'Korea Supreme Court Decision 2002Da6951 and 6968 sentenced 24 June 2004'("the Decision") still has many meanings in terms of Principle of Disposition, Principle of Pleading and Principle of Free Evaluation of Evidence.

First of all, although the original judgment of the lower court recognized the compensation for non-economic damages despite the plaintiff's claim for compensation for damages from non-performance of contract obligations, the Supreme Court construed that this lower court's original judgment recognized, in fact, the compensation for damages from non-performance of contract obligation, not compensation for non-economic damages. However, in the sense that the subject-matter

asserted by the parties in lawsuit and the subject-matter recognized by the lower court's original judgment may be interpreted differently, this Supreme Court's judgment has a possibility of controversy related to the Principle of Disposition, particularly, regarding the position traditionally has been maintained by the court that the compensation for non-economic damages is an independent subject-matter from the compensation for economic damages among the of subject-matter of lawsuit in the litigation for compensation for damages.

In addition, when it comes to that, in this Supreme Court's judgment, the court determined the amount of damage even though the parties have failed to clearly assert or prove the amount of damage, I believe there is also a possibility of controversy regarding the Principle of Pleading in which the parties have duties clearly assert or prove the amount of damage.

Furthermore, the court calculated the amount of damage based on Principle of Free Evaluation of Evidence which is not a proper tool to c calculate the amount of damage.

In this paper, by examining the detailed issues of the Decision regarding the Principle of Disposition, Principle of Pleading and Principle of Free Evaluation of Evidence, I tried to suggest that we may need to interpret that, the article 202-2 of the Civil Procedure Act is not merely to alleviate the degree of the judge's heart condition, but to give the judge a specific discretion in calculating the amount of damage in case it is impossible to calculate the specific amount of compensation for damage.

주제어(Keyword) : 민사소송법 제202조의2(Article 202-2 of the Civil Procedure Act), 구체적 손해액 산정이 불가능한 손해배상(Compensation for damages that is very difficult to prove the specific amount), 구소송물 이론(The old-theory of Subject-matter), 처분권주의 위반(Violation of the Principle of Disposition), 변론주의의 위반(Violation of the Principle of Pleading), 자유심증주의 위반(Violation of the Principle of Free Evaluation of Evidence)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제107호 2022년 12월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2022.107.165

예링의 법이론*

신 동 일**

목 차

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 역사문제
1. 대학의 정치 종속성
2. 신학 의존성
3. 정치적 독립성
Ⅲ. 법학방법론
1. 사비니의 역사-체계적 방법론
2. 예링의 자연사-법기술
Ⅳ. 예링의 법이론
1. 목적법칙
2. 법 도그마틱
3. 구체적 규범
Ⅴ. 결 론

Ⅰ. 서 론

2014년 괴팅엔 대학교 교수 취임 강연에서 크로펜베르크(Inge Kroppenberg)는 예링(Caspar Rudolph Ritter von Jhering 1818-1892)을 '과학으로서

* 이 글은 2021년 한경국립대학교 연구년 지원사업으로 완성되었다. 예링에 대한 연구는 몇 년 전 타계하신 심재우 선생님이 필자에게 스치듯 권하신 연구 중 하나였다. 이를 오랫동안 마음의 빚으로 지니고 있다가 2021년 연구년을 계기로 시도해 보았다. 아직 부족해도 용기를 낸 이유는 연구년 과제 마감 때문이기도 하지만, 44세의 청년 심재우가 번역한 "권리를 위한 투쟁"(박영문고 1977년)의 문장 속에 남겨진 번역자의 예링에 대한 관심과 열정이 너무 생생하게 전해졌기 때문이다. 훨씬 더 엉성했던 초고를 읽고 수정해 주신 동국대학교 변종필 교수님과 반복된 토론에 항상 흔쾌히 응해주었던 한경대 2022년 제2학기 법철학 수강생들과 고전 라틴어 강독반 학생들에게 감사함을 전한다.

** 한경국립대학교 법경영학과 교수.

의 법학'을 정립한 학자로 설명하였다.[1] 우리에게 예링은 저서 "권리를 위한 투쟁"(Der Kampf um das Recht)으로 유명하고, 로마법과 민사법학자로서 법인 이론 등을 제안한 인물로 알려져 있다. 그의 "권리를 위한 투쟁"은 그동안 여러 언어로 번역되어 법학자 이외에 일반인들에게 친숙하기도 하다. 이 글은 1872년 5월 11일 오스트리아 비엔나 법률가협회 초청 강연(고별기념강연)을 출간한 것으로, 제4판까지는 기존 강연 중심으로 편집되고 그 후 5판부터는 이론 중심으로 개편되어 - 예링의 말에 의하면 - 일반 독자들을 위한 책으로 출간되었다.[2] 실제 비엔나 고별강연은 독일어권에서 진행되는 법개혁과 로마법이론을 중심이다.[3] 이 강연에서 예링의 이익법학의 기획은 구체화되지 않았다. 또한 강연의 논조는 책의 그것과는 차이가 있다.[4]

---

1) Kroppenberg, Die Plastik des Rechts, Sammlung und System bei Rudolf von Jhering, Duncker & Humblot 2015. 이 글은 2014년 괴팅엔 대학교 취임강연문을 출간한 것으로 강연은 축약된 내용은 아래 유튜브로도 볼 수 있다. https://www.youtube.com/watch?v=r3YZUT_Ef2g&t=2129s 크로펜베르크 교수는 지적하지 않았으나 과학으로서의 법학 또는 학문으로서의 법(Wissenschaftlichkeit)이란 논제는 키르히만(Julius Hermann von Kirchmann 1802-1884)의 1847년 글인 Die Wertlosigkeit der Jurisprudenzals Wissenschaft(한글판은 윤재왕 역, 법학의 학문으로서의 무가치성, 박영사 2019)에서 제기한 문제에 대한 예링의 대답으로 볼 수 있다. 예링은 1868년 10월 16일 비엔나 대학의 취임기념강연(Ist Jurisprudenz eine Wissenschaft?)을 통해 키르히만의 주장을 반박한 바 있다. 이에 대한 내용은 크로펜베르크 전임이었던 괴팅엔 대학교 베렌츠 교수가 편집하여 출간한 Behrends(Hrsg.), Ist Jurisprudenz eine Wissenschaft? Jherings Antrittsvorlesung vom 16. Oktober 1868, Wallstein 1998, 47-92에서 확인할 수 있다. 이 글은 중반부에 비엔나 대학 취임강연을 넣고, 3편에는 "예링의 역사법학파와 근대학파 간 법의 진화설"(Jherings Evolutionstheorie des Rechts zwischen historischer Rechtsschule und Moderne)가 베렌츠 교수의 설명을 포함한 연구서이다.(93-202)

2) 우리나라에서 번역된 "권리를 위한 투쟁"은 모두 제5판 이후를 옮긴 것으로 심재우(후에 윤재왕 재번역), 정동호/신영호, 박홍규, 윤철홍, 심윤종/이주향 교수의 번역들이다.

3) http://www.koeblergerhard.de/Fontes/Jhering-DerKampfumsRecht.pdf 114 이하.

4) "여러분들은 이제 저에게 이런 질문을 던질 수 있겠습니다. 무엇 때문에 인간에 대해 자신의 권리를 실현하라는 의무가 제기되며 요구되는가 - 여하튼 인간은 늘 그러하듯이, 그의 이익에 따라 충분히 좌우되고— 요행히 모든 권리에는 모종의 이익이 그 기초가 되어 있으며 그 이익은 이러한 투쟁을 감행할 만큼 족히 강력한데 - 하고 말입니다. 그런데 이익이 우리를 권리를 위한 투쟁으로 몰아가는 유일한 동기일까요? 저는 그렇지 않다고 말씀드릴 수 있습니다."(Nun, meine Herren, Sie können mich fragen, wozu solche Pflichten aufstellen, den Menschen noch erst auffordern, sein Recht geltend zu machen, das tut er ja ohnehin, sein Interesse bestimmt ihn hinlänglich, glü

예링은 강연에 참석한 법률가들이 법정에서 늘 투쟁적 활동에 매진한다는 점을 이미 전제하고 있었다. 그렇기 때문에 법을 투쟁으로 보는 관점은 강연에서 강조하지 않는다. 그 후 출간된 책에서는 투쟁의 의미가 부각되기는 했다.

예링은 핵심 업적인 "로마법의 정신"(Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung I-IV)을 19세기 중반 기센 대학에 있을 때 출간하였다. 이 책은 미완성이었다. 그리고 오스트리아-헝가리 제국에 자유주의적 분위기가 찾아오던 1868년 비엔나 대학 법과대학에 부임한다. 1871년 독일제국이 성립되고 1년 후 1872년 니더작센 주의 괴팅엔 대학으로 옮긴다. 시기상으로는 독일제국 성립 1년 후 괴팅엔 대학으로 옮기기 직전 비엔나 대학을 떠나면서 이 강연을 하였다. 그의 투쟁의 의미는 정치 개혁에 대한 문제 의식을 반영하기는 하였으나, 실제로는 법이론 방향성을 중심으로 해석해야 한다.[5] 투쟁 개념의 대상은 근대 법이론의 전통적 방법론(주석 위주의 법이해)이었고, 실용적이지 못한 당시 법학교육에 대한 불만도 포함하고 있었다. 그러므로 투쟁 개념은 법을 통해 자신의 이익을 실현시킨다는 정치(책)적 의미 보다는 고전 로마법이 보여주는 사회구성적 기능성을 고려한 법학방법론으로 제시한 것으로 볼 수 있다. 또한 그는 정치적 인물은 아니었던 것으로 보이며, 사회 참여도 적극적이지 않았다.[6]

1805년과 1809년 두차례 나폴레옹에게 도시를 점령당하면서 신성로마

---

cklicherweise liegt jedem Rechte ein Interesse zugrunde, und das Interesse ist mächtig genug, diesen Kampf aufzunehmen. Ist aber das Interesse das einzige Motiv, das uns in den Kampf ums Recht treibt? Das leugne ich.)

5) 예링에 대한 주요 연구로는 김학태, 예링의 법사상에 관한 고찰, 외법논집 제31집(2008), 715-743; 양창수, 예링 다시 지상에서 - 어떻게 개선할 것인가?, 법학 제39권 제3호(1999), 73-101 등이 있다. 김학태 교수는 예링의 자유주의 사상을 중심으로, 양창수 교수는 예링의 로마법 이론 연구를 중심으로 설명하고 있다. 예링을 정치나 이념이 아니라 법이론 연구자로만 강조한 설명은Behrends(Hrsg.), Ist Jurisprudenz eine Wissenschaft? Jherings Antrittsvorlesung vom 16. Oktober 1868, Wallstein 1998, 48(주 34)

6) 크로펜베르크 교수에 의하면 법학교육 개혁을 위한 제안을 하면서도 예링은 익명을 사용했다. 그러나 대부분 사람들은 그 제안서가 예링에 의해 작성되었다는 사실을 알고 있었다. Kroppenberg, 위의 글, 11.

제국이 종료된다.(1806년) 신성로마제국은 유럽연합과 달리 정치 보다 종교 연합체의 성격이 강했다. 특히 대공위시대(1254-1273)가 종료되고, 합스부르크 왕가의 루돌프 1세가 주도하면서 독일어권 제후국들은 실질적 정치와 정신적 동맹 사이의 애매한 위치에 처하게 되었다. 독일어권은 많은 지역으로 분할되어 하나의 국가로 통일되기도 어려웠다. 오스트리아 제국은 나폴레옹 전쟁에서 승리한 후 제정 수호를 목적으로 1814/1815년 비엔나 회의(Wiener Kongress)를 소집하여 독일어권을 소위 보수 반동적 "빈 체계"로 구성하였다. 이로부터 신성로마제국에서 분할된 지역에 다시 독일 연방이 설립되고, 오스트리아는 독일어권에서 반자유주의적 보수체계를 유지한다. 메테르니히(Klemens Wenzel Lothar von Metternich 1773-1859)는 중심적인 인물로 그는 처음부터 프랑스 혁명을 반대하고, 나폴레옹 전쟁 후 자유주의적 정치이념을 따르려 하던 프로이센을 견제하였다.

독일어권 내부에서 자유주의적 경향을 보인 프로이센은 1871년 독일제국 전환 전까지 오스트리아-헝가리 연합체 지배를 받았다. 사상 통제도 강화되었다. 단순하게 보면 19세기 초반 전략적인 대립점은 프랑스 공화국과 주변의 입헌 또는 비입헌 왕국과의 제도적 차별성이다. 여기에 프로이센과 오스트리아 제국, 그리고 바이에른을 비롯한 3개의 왕국과 6개의 대공국(Großherzogzum), 5개의 공국(Herzogtum), 7개의 후국(Fürstentum), 3개의 자유시(Freie und Hansestadt), 1개의 제국령(Elsaß-Lothringen)으로 분할되어 복잡한 사법권으로 분할되었다. 자유주의/보수주의, 개신교/(가톨릭) 정통주의, 입법을 통한 실증주의/관습적 자연법론 등 이론적 대립은 실제로 정치와 이념적 배경을 이루던 시기였으며, 대학들은 연구의 자유권이나 독립을 보장받지 못했다.[7]

---

7) Schorske(김병화 옮김), 세기말 비엔나, 생각의 나무 2014, 34 이하. 신성로마제국의 영향력운 법학에도 상당했던 것으로 보이는데 18세기 소위 관습법(Gewohnheitsrechte) 논쟁이 그 예이다. 당시 독일은 제정된 실정 법률이나 제후국간 계약, 또는 상급 법원 판례보다도 신성로마제국이 따르는 애매한(종교적) 관습을 더 중요한 법원으로 여기기도 했다. 16세기 후반에는 문언화 되지 않은 관습이 문언화 된 법규를 제한하는 것을 방지하기 위해 일정한 보호조치로 관습율의 권한 범위(Observanz)를 정하는 제도도 도입되었다. 오늘날 민사소송법상 관할지정은 모두 다양한 관습이 통용되던 신성로마제국에서 재판을 위한 규칙을 미리 전제하는 절차에서 비롯된 것이다. Hartmann, Das

예링을 오직 법학이론 내에서만 생각해보면 어떨까 생각으로 글을 시작했다. 이미 국내에서도 예링에 대한 생애와 사상에 대한 글들이 적잖이 발표되었다. 그러나 “권리를 위한 투쟁”만 번역되어 있다. 예링의 방법론에 대한 설명은 아직 일정한 수준은 아니다. 이하에서는 예링의 대표 저서들을 통해 그가 어떤 법이론을 제안했고, 다른 법학자들과 다른 방법론을 가질 수 있었으며, 자신의 이론을 어떻게 만들었는지 살펴보기로 한다. 이 글은 법학자 예링에 대한 기존의 연구들의 심화과정이라기 보다는 중심 저작들에 대한 저자의 개인적 독서에 가까울 수 있다.

Ⅱ. 역사적 배경

1. 대학의 정치 종속성

19세기 대학들은 이념의 현실적 투쟁장이었다.[8] 1868년은 비엔나 대학의 1850년 개혁 정책 덕분에 자유주의적 사상과 이념이 강화되던 시기였다. 1848년과 1850년 사이 비엔나 대학이 추진한 개혁의 주요 목표는 학문과 연구의 독립이었다. 오늘날 의미에서 대학과 학문, 연구의 독립은 중립적으로 보장된 자유권을 실현하는 것이지만, 당시는 정치적 상황으로부터의 독립을 의미했다. 그리고 독립성은 임용 계약에 따라 개별적으로 보장받는 경우가 많았다.

Heilige Römische Reich deutscher Nation in der Neuzeit 1486 - 1806, Reclam 2005, 46 이하,

8) 독일어권을 중심으로 하는 중세와 근대의 대학 운영과 현실에 대한 분석은 김영희, 독일 대학의 과정과 독일 대학에서의 자유, 자치, 그리고 개혁, 법학논문집 제31권 제1호(2007), 447-498. 대학들의 (종교) 정치적 참성향은 대학의 성립 목적이기도 하다. 가장 대표적인 갈등은 영국 찰스 1세와 올리버 크롬웰의 대립(the English Civil War 1642-1651)에서 옥스포드 대학과 캠브리지 대학의 기여도를 예로 들 수 있다. 옥스포드 대학은 챨스 1세의 왕당파(the Cavaliers)의 거점으로, 케임브리지 대학은 크롬웰의 의회파(the Roundheads) 거점으로 기능했다. Purkiss, The English Civil War. A People‘s History, Harper Press 2012.

문헌에 따르면 14세기 최초로 독일어권에 설립된 대학은 당시 신성로마제국의 수도였던 현재 체코 프라하 대학이다.(1348년)[9] 유럽 최초의 대학이라고 할 수 있는 이태리 볼로냐 대학이나 프랑스 파리 대학, 영국의 옥스포드 대학과 달리 독일어권 대학은 처음부터 국가 주도로 설립되었다.[10] 황제 칼 4세는 자신의 정치적 야망을 실현해 줄 젊은 엘리트들을 양성하기 위해 프라하에 대학을 건립하였다.[11] 그런 의미에서 당시 대학은 국가 인재를 양성하는 기관이었다. 문제는 당시 단일 국가로 볼 수 있는 주도적 집단이나 그 사상이 열악했다는 사실이다. 또한 현실적으로 대학은 교황청과 설립 지역 제후들에게 우선적 지위를 보장받아야 했다.[12] 보장받는 권리는 법적 면책권이었다. 예컨대 프라하 대학은 1392년에는 지역 제후로부터, 1397년경 교황으로부터 면책권을 받아 낼 수 있었다.

초기 대학들은 기존 신학교(수도원)를 확대하여 설립하는 경우가 많았

---

9) 13세기 신성로마제국 황제 프리드리히 2세가 이태리 나폴리에 세운 대학이 독일 최초의 대학이라는 주장에 대해서는 김영희, 위의 글, 480 이하. 그러나 신성로마제국의 황제들이 독일인인가에 대한 의문은 남는다. 초기 742년부터 942년까지 프랑크 출신 황제가 즉위하다, 잠시 명맥이 끊어져 936년 독일 작센 왕 출신 오토 1세가 즉위를 한 후 독일어 지역 출신들이 황제를 계승한 것은 분명하다. 그러나 이들은 모두 자기 통치 지역의 제후면서 신성로마제국의 황제를 겸직했고, 현 남프랑스 지역인 부르군트나 이탈리아 왕을 겸직했기 때문에 엄격하게 구분하면 독일인 황제라고 말하기 쉽지 않다. 그래서 역사가들은 1365년 합스부르크 왕가의 루돌프 4세가 설립한 비엔나 대학을 최초의 독일어권 대학이라고 하는 이유이다. 이렇게 파악하면 독일 지역 내 최초의 대학은 1386년 루트레흐트 1세가 설립한 하이델베르크 대학이 된다.

10) Hammerstein(trans. By Schoelkopf), History of German Universities, History of European Ideas vol.8.no.2(1987), 139-145.

11) Hammerstein, 위의 글, 139.

12) 대학의 교황청 승인과 우선권이 중요했던 이유는 당시 대학교수들과 학생들은 모두 사제 지위(Clergical Status)와 유사한 지위를 부여 받았기 때문이다. 정식 사제는 아니지만, 그들은 사제와 유사하게 사법적 면책권을 가질 수 있었다. 교황청 승인 대학은 이와 더불어 다른 특권과 지원도 받을 수 있었다. 예를 들어 학생들은 사제식 머리(Tonsure: 윗부분을 모두 삭발하고 이마만 빼고 머리를 두건으로 두른 형식)와 사제복(오늘날의 가운)을 입고 다녔다. 이러한 이유로 대학생들과 지역인들 간의 분쟁은 끊이지 않았다. 대학은 세속적 법률에 대한 면책권이 있었고, 이를 악용하는 대학생들이 흔했기 때문이다. 자세히는 Kibre, Scholarly Privileges. Their Roman Origins and Medieval Expression, The American Historical Review Vol. 59. No. 3(1954), 543.567.

다. 그렇기 때문에 신학교 중심의 운영이 불가피했다. 독일 대학의 위기는 종교개혁과 함께 왔다. 당시 가톨릭 교리를 교육하던 대학들은 종교개혁 이후 가톨릭에 대한 반감으로 인해 학생들이 대학을 떠나면서 그 수가 급감하는 사태에 직면하였다.[13] 학생 수 감소는 마틴 루터(Martin Luther 1483-1546)의 대학과 교육 개혁론[14]으로 반전을 만들었다. 이 때부터 독일어권 대학은 기존의 조합 중심체에서 완화되어 신학부는 개신교 신념에 따라 성서 해석을 중심으로, 법학부는 로마법(시민법)[15]을 중심으로 교육이 시행되었다. 그러나 독일어권 대학들은 여전히 국가(지역 제후국)의 실질적 지배를 받았다. 독일 초기 대학 중에서 학문의 자유를 중심 이념으로 설립된 대학은 1694년 브란덴부르크 선제후 프리드리히 1세가 설립한 할레 대학과 하노버 공국의 게오르크 아우구투스 선제후(후에 영국의 조지 2세)가 설립한 괴팅엔 대학뿐이었다.[16]

1763년 전체 의무교육 확대와 1794년 모든 프로이센 지역 내 대학의 국립화로 법학교육 역시 전문화가 심화되었다.[17] 그렇지만 당시 대학은 국가

13) 김영희, 위의 글, 483.

14) 양금희, 종교개혁과 교육개혁, 애영커뮤니케이션 2017, 제3장.

15) 이 당시의 법학은 민사법과 공법 구분이 명확하지 않았다. 당시 법학부의 과정이 민법 중심이라는 표현(김영희, 위의 글, 484)은 정확하지 않다. 오히려 황제정기 로마법(Institutiones)을 중심으로 하는 교과 편성이라고 보는 편이 나을 것같다. 중세 유럽은 로마법의 전통을 부분적으로 회복하는 시기가 14세기 경이다. 구체적으로는 1495년 막시밀리언 1세가 설치한 제국 왕립 법원(Reichskammergericht, 1806년 Reichshofrat로 변경)의 소송과 실체법에 대한 사례와 법률 필요성 때문에 고대 게르만법과 로마법(주로 Corpus Juris Civiis)의 연구가 추진되었다. 특히 출판 인쇄가 자유롭게 되는 활판 인쇄 보급과 가이우스의 로마법 교과서(Institutiones)가 출간되는 시기가 겹치기 때문이다. 이에 대한 연구는Diestelkamp, Reichskammergericht und Rechtsstaatsgedanke, Die Kammerjudikatur gegen die Kabinettsjustiz, C.H.Müller 1994.

16) 게오르크 아우구스트 선제후는 괴팅엔 대학(원래는 그의 이름을 따라 Georg-August Universität Göttingen)은 설립 당시부터 신학부가 주도하는 대학이 아니라, 다른 학부(법학부와 의학부, 자연과학부)들과 동등한 자격으로 운영되는 체계를 허용했다. 총장을 비롯한 교수들의 회의체(Geheimrat)가 주도한 실험적 모델은 초기 괴팅엔 대학이 자유로운 학문적 분위기를 조성하는데 유익했다. 이에 대한 내용은 Georg-August-Universität Göttingen/Geyken, Zum Wohle Aller: Geschichte der Georg-August-Universität Göttingen von ihrer Gründung 1737 bis 2019, Steidl 2019.

의 지원을 받는 기관이었기 때문에 대학의 연구와 활동 역시 국가의 이념에 따를 수밖에 없었다.[18] 19세기 초반 독일어권 대학들은 프랑스 혁명의 영향을 받지 않을 수 없었다. 물론 프랑스 혁명이 모든 유럽 국가 근대법의 기본 이념이 되었다고 볼 수는 없지만, 혁명의 영향력은 대학도 예외가 아니었다. 다만, 혁명은 하나의 원인일 수 있지만, 모든 원인은 아니다. 실제로 프랑스 혁명(1789)과 미국 혁명(1776) 이전 바이에른 주의 1751년 형법전과 1753년 소송법전, 1756년 민법전(Codex Maximilianeus Bavaricus), 1794년의 프로이센 일반란트법(Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, ALR), 1811년 오스트리아 일반민법전(Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, AGBG) 등은 혁명 이전에 계몽적 핵심 가치인 평등과 자유권을 포함하고 있었다.[19] 그렇기 때문에 법의 변화는 혁명의 결과가 아니라, 혁명의 원인으로 볼 수 있다.

나폴레옹 전쟁 후 메테르니히의 보수 정권은 독일어권 대학 내 학문 연

17) 영국의 법률가 교육이 대학을 중심으로 전환된 시기는 소위 “융합기”(the Molten Periode 1800-1930)이다. 1753년 유명한 변호사 블랙스턴(William Blackstone 1723-1780)의 교육 모델로부터 출발하였다. 일반인 대상으로 시작한 옥스포드 대학의 All Souls College의 이론 중심의 강의가 전문가들에게도 인기를 얻으면서 블랙스톤은 1758년 비너(Charles Viner 1678-1755) 법관의 사망으로 조성된 비너 교수직(Vinerian Professorship of English Law)에 임용된다. 이를 계기로 캠브릿지 등 다른 대학으로 이론 중심의 커먼로 교육 모델이 확대되었다. 20세기 초반까지 모든 영국 내 법과대학과 식민지 법과대학들로까지 이 교육 방식이 확대되었다. 자세한 내용은 Krook, A Brief History of Legal Education: A Battle Between Law as a Science and Law as a Liberal Art. Legal History. No.17(2017), 32 이하.

18) 김영희, 위의 글, 488 이하. 김영희 교수에 의하면 당시 독일 대학들은 자유주의와 보수주의가 공존하는 분위 속에 있었다. 다시 자유주의가 강화되는 계기는 제1차 세계대전 패전의 영향이었다고 한다. 그러므로 19세기 독일 대학들은 자유주의와 보수주의가 대립한 시기도 볼 수 있다. 그런데 법학을 자유주의와 보수주의 이념으로 구분하는 기준은 언제나 불분명하다. 예를 들어 보수주의 법학자들이 법률실증주의를 무조건 선호하거나 그 반대로 보수주의 법학자들이 자연법론을 배격한다는 설명은 불가능하기 때문이다.

19) 프랑스 혁명과 관련되는 독일어권 법학의 영향력에 대한 설명은 이상수, 위의 글, 11. 상세히는 Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. neubearb.Aufl., Vandenhoeck & Ruprecht 1967, 475 이하; Schlosser, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte. Rechtsentwicklungen im europäischen Kontext, 9.Aufl., C.H.Müller 2001, 250 이하.

구에 대한 검열을 강화하고 독립성은 약화시킨다. 그러나 1848년 2월 혁명과 독일의 3월 혁명을 계기로 메테르니히가 퇴각하면서 대학의 독립성이 일부 회복된다. 1849년 프랑크푸르트 제국 헌법은 대학과 학문의 자유권을 최초로 법문으로 만들었다.(제국 헌법 제152조: Die Wissenschaft und ihre Lehre ist frei) 이 헌법은 후에 빌헬름 1세와 수상 비스마르크(Otto Eduard Leopold Fürst von Bismark-Schönhausen 1815-1898)에 의해 폐지되는 운명을 겪는다. 그 후 프로이센에서도 대학과 학문의 자유권은 헌법으로 규정되지 못했다. 대학과 연구의 자유권이 독일에서 다시 헌법 규정으로 명문화한 계기는 제1차 세계대전의 패전과 독일 1918년 11월 혁명으로 독일 제국이 몰락한 후 구성된 1919년 바이마르 공화국이다. 19세기 독일 법학의 중심 논의 중 하나는 공적 법효력(객관적 공권, objektives Recht: jus commune)과 사적 권한(주관적 권리, subjektives Recht: jus civium)의 법을 통한 조정이다.[20] 그 이유는 각 국가로 분열된 사법권으로 인해 개별적으로 적용되는 법률들이 많았고, 공적인 조정기관(경찰이나 법원 제도)도 충분하지 않았기 때문이다.[21] 게다가 지금과 달리 사적 권한은 각자의 계급에 따라 각각 정해질 수 있었다.[22]

---

20) 19세기 독일 법학이론에서 객관적 공권과 주관적 권리를 정립시키는데 중요한 역할을 했다. 이에 대한 연구로는 윤재왕, 법, 도덕, 그리고 사실. 비얼링의 승인설에 대한 켈젠의 비판, 고려법학 제54권(2009), 1-31, 특히 14 이하.

21) 역사적으로 이 시기는 달력도 통일되지 않은 채 가톨릭 교단과 개신교 또는 특정 교단의 날짜 기준을 혼용하던 시기였다. 1582년 그레고리 13세 교황에 의해 선포된 새로운 역법은 기존의 율리우스 력을 대체하지 못했다. 특히 개신교단에서는 정치적 이유로 기존의 율리우스력을 19세기까지 사용하였고 개신교 국가 중 1700년 스위스와 노르웨이, 덴마크 등이 그레고리력을 채택한다. 독일 지역은 신성로마제국에 포함된 지역은 1583년부터 그레고리력을 사용하였으나, 대부분 개신교 지역은 1700 역법 개혁과 함께 그레고리력으로 변경한다. 민법의 기한 규정들은 이 개혁에 맞추어 전면적인 변화를 하기도 했다. 당시 문헌들에서는 자연과학적 사실에 의해 법원리가 변경되는 사례로 그레고리력으로의 변화를 언급하기도 했다. 예를 들어 Bierling, Juristische Prizipienlehre, Bd.1., J.C.B.Mohr 1894, 9 이하.

22) Goldschmidt, Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens, Abhandlung aus Berliner Juristischen Fakultät 2., 1925(Scientia 1962)의 집필 목적은 법을 실체법과 절차법으로 이원적으로 구분하는 "이면설"에 대한 비판이 제시되어 있다. 골드쉬미트는 당시 법률관계를 중심으로 판단하는 견해들은 로마법상 공동물권권리자의 관계를 소송에서 구분하기 위한 이론을 아예 법적인 권리로 확대한

2. 신학 의존성

신학부와 독립된 법학부라는 지위는 향후 법학교육에 중요한 역할을 한다. 우선 당시까지 유럽 대학의 법학부는 실무 변호사들이 변호사 지망생을 실무 중심으로 훈련시키던 보통법(커먼로)[23] 체계의 영국과 달랐다. 학생들은 대학에 입학하기 보다는 보조 사제로 선발되어 인문학과 법이론을 교육받고, 졸업 후 각 제후국에 임용되는 입직형 제도였다. 법률전문가의 지위는 교회 이념에 충실한 사제 훈련소와 비슷했다. 독일지역 법학교육은 종교개혁을 기점으로 종교적 의미가 약화된 실무와 학문 교육으로 변화되었다.

법학부는 14세기부터 '시민법'을 강의하기는 했지만[24] 대부분 교육은

일종의 오해이며, 이를 토대로 계급으로 구분된 소송권리를 정당화하는데 기여했다. 즉 물권 권리자들을 계급으로 구분하여 일부는 소권을 인정하고 나머지는 배제하여 중세에 형성된 계급적 소송계층화를 실현하는 원리로 작용했다는 말이다. 당시까지도 하위 계급은 상위 계급에게 소송을 하지 못했으며, 가부장의 권리에 대한 가족구성원들의 소송 역시 제한되었다. 여성은 소송권이 없었으며, 소권을 중심으로 한 계급에서도 지위가 달랐다. 골드쉬미트는 중세적 계급사회는 근대 자유주의와 조화되지 않으며, 모든 시민이 모든 대상에게 소권을 가질 수 있어야 한다는 것이 이 방대한 문헌의 결론이다. 간단한 소개는 신동일, 기소책임제. 법체계 정형화와 공판중심 형사절차, 형사정책연구 제31권 제2호(2020), 117 이하.

23) English Common law를 영국 "보통"법으로 번역하는 관행은 너무 오래되어서 지적하기는 그렇지만, 사실 Common이란 말은 우리 말로 '보통' 또는 '일반'이라는 의미가 아니다. 1066년 영국을 침공한 노르만인(프랑스인)들은 봉건적인 체계를 위해 식민지 법원칙들을 존중하는 정책을 취했다. 그에 따라 각 장원이나 영주권에서 적용되는 법들이 서로 달랐다. 1154년 옥스포드 대학을 설립한 헨리 2세가 영국 내 다양한 법원칙들을 통일하려고 정한 기획이 "커먼로"이다. 그런 의미에서 보통법으로 번역되는 커먼로는 통일법이 더 어울린다. 이 통일적 체계를 위해 왕실의 중앙 법원(curia regis)이 설치되고, 성실법원(the Star Chmaber-헨리 7세), 그리고 상소되는 소추를 담당하는 개별위원회(Judicial Committee of Privy Council) 등이 도입된다. 선례 구속원칙(Stare decisis)는 이 때 도입된 원칙으로 각 지역의 법원칙을 확인하기 위한 조사작업의 결과로 판례집(Law Report)도 처음 등장했다. 영국의 다른 식민지들은 장원 전통이 없었기 때문에 커먼로는 그냥 이식된 법체계였다. 그런 이유로 특별히 다른 번역어가 없으면 그냥 커먼로를 사용하는 편이 나을 듯하다. 현재는 영국에서는 커먼로는 역사에 불과하고 19세기 법체계 통일작업으로 영국법(English law)이라고 부르고, 커먼로라고 하지 않는다.

24) 자세한 내용은 김영희, 위의 글, 483 이하.

교회법과 세속적 로마법(Institutiones)을 중심으로 이루어졌다. 법학 교수들의 로마법에 대한 지식도 뛰어나지 못했다고 한다. 1495년 신성로마제국 막시밀리언 1세가 법률 수요를 감당하기 위해 제국 왕립 법원 (Reichskammergericht)을 설치하면서 소송과 실체법에 대한 연구가 시작된다.[25] 당시는 신학부의 영향력 때문에 법학교육은 교회법전을 중심으로 하고 일부 (후기 고전기) 로마법이 강의되었다.[26] 교육은 경전의 해석처럼 법률을 이해하는 방식으로 상상하기 쉬운데, 당시 학문적 여건에서 실정법률은 지금처럼 다양하거나 다수가 아니었다. 그리고 실무에서 적용되던 일반 원칙을 중심으로 주로 후기 고전기 로마법의 법원리와 중세 이후 세속에도 적용되던 교회법, 황제정기 로마법, 그리고 게르만 전통의 법원리들이 혼재되어 강의되었다.[27]

전통 로마법과 그로부터 발전한 독일법(로마법과 중세 교회법, 그리고 전통 독일법의 융합) 간 대립도 존재했다. 소위 로마니스텐(판덱티니스트)과 게르마니스텐의 대립이다. 법과대학 내부에서는 이러한 대립에 따른 비현실적 이론에 불만을 느끼는 집단이 있었다. 포이어바하(Paul Johann Anselm von Feuerbach 1775-1833)는 당시 상황을 이렇게 말한다.[28]

---

25) Diestelkamp, 위의 글.(주15)

26) 도그마틱에 대한 연구는 Aarnio, Denkweisen der Rechtswissenschaft, Springer Verlag 1979; Aarnio/Alexy/Peckzenik, The Foundation of Legal Reasoning, in: Rechtstheorie 12(1981), 424 이하; Starack, Empirie in der Rechtsdogmatik, JZ 1972, 609-613; Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Fischer-Athenäum-Taschenbuch Verlag 1972; ders, Grundsatz und Norm in der richterlichen Rechtsfortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beiträger zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre, 2.Aufl., Mohr 1990; Kaufmann, Rechsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann(Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie in der Gegenwart, 9.Aufl., C.H.Müller 2016.

27) 이러한 상황에 대한 설명은 Gmür/Roth, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, 15. Aufl., Vahlen 2018, 151 이하.

28) Feuerbach, Einige Worte über historische Rechtsgelehrsamkeit und einheimische deutsche Gesetzgebung, Bamberg und Leipzig 1816, 24 S. in: Wiederabgedruckt in Feuerbachs kleinen Schriften vermischten Inhalts, Nürnberg 1833, 133-151. 이 글은 포이어바하가 밤베르크 법원장 보스트(Nepomuk Borst)의 "민사소송법상 입증책임에 대하여"(Über die Beweislast im Civilprozess, 1816)의 머리글을 별도로 출간한 것이다. Stern(Hrsg.), Thibaut und Savigny. Zum 100jährigen Gedächtnis des

"대체로, 전통 로마법과 현대의 로마-교회-독일법은 비교해보면 서로 안 맞는다. 특히 로마 법학자들이 로마시대 상황에서 내린 결론을 우리 독일 법이론가들이 똑같이 따를 수는 없다. 비록 누군가 이를 법률로 정해서 독일법 해석에 강제로 적용해도 그렇다. 로마는 귀족 민주정 구조이고 오늘날 독일은 군주제이다. 이 사이에는 엄청난 차이가 있다. 군주제는 군주가 권한을 전적으로 행사하고 법원은 그를 집행하는 방식이다. 군주의 명령(das Edict)과 법원의 집행은 절대적 효력을 가질 수 있다. 반면 로마 법이론가들은 간접적이고 위임된 형식에 의해 현실적 (민회가 아니라, 우리와 유사하게 입법을 하는) 법으로만 상황을 결정할 수 있다. 이런 저런 비교를 해볼 수록 이 차이는 명확해진다. 그렇기 때문에 로마 법이론가와 그들의 법학은 우리 법이론가와 법학과 현재의 수준에서, 그리고 영구히 다른 것일 수 밖에 없다."

추측해보면, 로마니스텐과 게르마니스텐의 대립은 대학 내 법이론의 대립, 즉 로마법 지식에 따른 문제해결 방식과 당시 로마-교회-독일법(이하 "독일법")을 통한 새로운 지식에 의거한 학문적 갈등으로 정리할 수 있다. 로마니스텐과 게르마니스텐의 차이란 전통 로마법원리를 그대로 적용하느냐, 아니면 중세 교회법과 전통 독일관습법을 포함하느냐의 선택에 불과하다. 요컨대 개념법학(Begriffsjurisprudenz)은 로마니스텐이던 푸흐타(Georg Friedrich Puchta 1798-1846)가 로마법문언을 정교하게 해석하여 올바른 법이해(전통 로마법에 따른 해석)에 도달하려던 하나의 "학풍"이다. 그런 의미에서 푸흐타는 사비니(Friedrich Carl von Savigny 1779-1861)와 함께 법학부 내에서 전략적으로 로마니스텐(개념법학) 방법론을 주장하지 않았을까하는 추측을 해본다. 실제로 푸흐타의 글은 순박해 보이지만, 그의 이론 배경이 되는 논증들은 다분히 정치적이다.[29]

Kampfes um ein einheitliches bürgerliches Recht für Deutschland 1814-1914, Verlag von Franz Vahlen 1914(https://www.gutenberg.org/files/50813/50813-h/50813-h.htm)에서도 확인 가능하다.

29) 그의 글, Zu welcher Klasse von Rechten gehört der Besitz? Beantwortet durch eine Klassifikation der Rechte überhaupt, Rheinisches Museum für Jurisprudenz Jg. 3, 1829, 289-308은 소유권에 대한 등급화, 즉 각 단계별로 소유권을 체계적으로 설명하는 글이다. 사비니와 간스의 법의 체계화를 지지하여 물건에 대하여, 행위에 대하여, 그리고 사람에 대하여 각 단계를 구분하여 소유권을 설명한다. 그는 글에서

3. 정치적 독립성

이동휘 교수[30]는 "…독일은 1814년 해방전쟁의 승리의 결과, 조국의 자유와 통일을 요구하는 국민주의적 운동이 일어나게 되고, 이것에 호응하여 법의 분열상태의 극복 과 독일의 통일을 위한 통일된 민법전의 편찬을 요구하는 목소리가 높아졌다."라고 기술하고 있다.[31] 사비니는 "…입법보다는 법학의 수립이 급선무라는 취지로…" 반대의사를 보였다고 한다.[32] 당시 독일 법학교수들은 개인적 삶 뿐 아니라, 종교-정치 환경의 영향도 강하게 받았다. 1804년 나폴레옹 법전은 정치나 철학에서만 중요한 것이 아니라, 대학 구성원들에게도 중대한 논쟁거리일 수 있다. 대체로 나폴레옹 법전은 자유주의의 정신적 상징으로 인식되었을 것이다. 그렇지만 모든 대학 연구자들이 현실 정치에 의존한 것은 아니었다. 추측컨대 우리에게 익숙한 소위 "법전 논쟁"(소위 사비니와 티보 논쟁)[33]은 나폴레옹 법전의 영향을 받은 논쟁인 것은 사실이지만, 정치 이념 보다는 당시 독일 대학 내 법학연구와 강의 현실에 강하게 영향 받았을 것으로 생각한다.

뮐렌브루흐(Christian Friedrich Mühlenbruch 1785-1843)의 사물만 대상으로 하는 소유권 설명은 원래 로마법상의 소유개념(possesio)과도 일치하지 않으며(298), 소유의지와 상태로 시작하는 재산권(Eigenthum)에 대한 체계적 설명과도 부합하지 않는다라고 말한다.(295) 뮐렌브루후는 역사법학파에 대한 주요 반대자로 알려져 있으며, 사비니의 로마법 체계와 다른 입장의 교과서인 Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte. Nach den Grundsötzen des römischen Rechts, Ernst Mauritius 1817과 Doctrina Pandectarum: Scholrum in Usum, 3. Aufl., Schwetschke 1830, Lehrbuch der Institutines des römischen Rechts, 2. Aufl., C.A. Schwestschke und Sohn 1847이라는 저서를 발표하기도 했다.

30) 이동휘, 사비니와 역사법학, 법학논집 제33권 제1호(2009), 66. 마찬가지로 법전 논쟁을 법이론 보다는 헌법적, 국가정치적 대립으로 보는 관점은 Schöler, Deutsche Rechtseinheit: partikulare und nationale Gesetzgebung(1780-1866), Böhlau Verlag 2004, 317 이하; Stern(Hrsg.), 위의 글, 3 이하.

31) 이 교수가 언급하는 1814년 "해방전쟁의 승리"는 1814년 4월 제1차 나폴레옹의 실각을 의미하는 듯하다. 해방전쟁은 그가 유배지 엘바 섬에서 탈출하여 다시 복귀한 후 워털루 전쟁에서 패전하는 1815년 6월 종료되었다.

32) 이동휘, 위의 글, 66 이하.

33) 최근 이 논쟁을 재해석한 글은 서을오, 티보와 사비니의 법전편찬 논쟁에 대한 재평가, 법학논집 제25권 제4호(2021), 501-519; 이상수, 사비니에서 법의 역사성, 법사학연구 제23호(2001), 5-26, 특히 9 이하.

하이델베르크 대학 교수 티보(Anton Friedrich Justus Thibaut 1772-1840)와 베를린 대학 교수 사비니의 논쟁을 쉽게 단정하기는 어렵다. 그런데 문헌을 보면, 사비니가 주도한 "역사법학파" - 보통 생각하듯이 - 독일인들의 전통적인 법문화를 존중하자는 주장도 아니고, 티보 교수 역시 나폴레옹 법전을 모델로 당장 프로이센 통일 법전을 만들자고 하지도 않은 것 같다. 게다가 역사법학파는 명확하게 정의할 수 있는 정신적 사조도 아니었다. 오히려 사비니는 글에서 법학은 역사성과 체계성의 산물이라고 말한다.[34] 역사성이란 법과 법개념의 기원을 고려해야 하는 시간적 고려 방식이고, 체계성이란 동시대 다른 법률이나 규범들과 논리적 일관성을 의미한다. 글에서 사비니는 역사성 보다는 체계성(통일성)에 더 중점을 두고 있다. 그가 저서에서 "현대 로마법"이라는 제목을 붙인 이유는 당시 독일인들의 전통적인 인식(역사성)이 로마법을 의존해서가 아니라, 다양한 법제도로 복잡한 독일 지역에서 유일하게 로마법 의식과 지식만 공통된 법이해 또는 법기술이었기 때문이다.[35] 그런 면에서 보면 로마니스텐과 게르마니스텐은 독일어권 지역에서 공통으로 적용할 수 있는 법체계를 찾는 방편으로서 혁명을 따라 새로운 입법을 하거나 다른 방식으로 독일 지역의 전통적인 법원칙들을 확인하는 선택의 차이로 평가할 수 있다.

그렇게 판단하면 "법전 논쟁"(Kodifikationsstreit)이란 - 정치적인 자유주의 이념과 달리 현실적으로 - 독일어권 지역의 통일 민법전의 필요성에 대한 의견 차이로 볼 수 있다.[36] 티보는 글[37]에서 직접 다음과 같이 말한다.

---

34) Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd.2, Veit 1840.(이하는 System) 사실 총 9권으로 구성된 시리즈는 엄격하게 말해서 연구서가 아니라 민법 교과서로 보는 편이 낫다. 그 내용이 고전 로마법을 당시 독일법에 적용할 때 어떠해야 하는가를 설명하고 있기 때문이다.

35) Dahrendorf/Felgenhauer, Die Historische Schuld der Ökonomie, 2004, 3 이하는 사비니의 이러한 생각은 동시대 철학자 칸트(Immanuel Kant)나 헤겔(G.F.W.Hegel), 랑케(Leopold von Ranke)의 "역사주의"(Historismus)의 영향이라고 한다. 역사법학파라는 명칭과 주요 이론의 유사성, 학문 방향이 포괄적 측면에서 같다는 이유 때문이다.

36) 이 논쟁에 대한 상세한 설명은 서을오, 위의 글, 501-519.

37) Thibaut, Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, Hattenhausen(Hrsg.), Savigny und Thibaut. Ihre programmatischen Schriften, 2.Aufl., Vahlen 2002, 67 이하.

"나는 우리의 시민법(여기에는 사법과 형법, 그리고 소송법이 포함된다)이 신속하게 전부 개혁되어야 하고 독일인들 시민관계가 개별적인 지역의 자의적인 권력관계에서 벗어나, 모든 독일 지역에서 동등하게 통용될 독일을 위한 법전을 당장 얻을 수 있어야 한다는 주장을 반대한다."[38](강조는 필자)

티보 자신의 언급처럼 법전 논쟁의 대상은 사법으로서의 "민법"에 국한되지 않는다. 영국 보통법과 대립되는 대륙법(시민법) 전체를 의미하였다.[39] 여기서 시민법은 법체계 전체이다. 티보는 독일어권[40] 내 적용되는 다양한 법들의 통일을 제안한다. 그러나 프랑스식 입법(나폴레옹 법전)을 해결책으로 보지는 않았다.[41] 판덱텐 법학자[42]였던 그도 사비니와 같이 고전 로마법

---

38) Ich bin dagegen der Meinung, daß unser bürgerliches Recht (worunter ich hier stets das Privat- und Kriminalrecht und den Prozeß verstehen werde) eine gänzliche schnelle Umänderung bedarf und daß die Deutschen nicht anders in ihren bürgerlichen Verhältnissen glücklich werden können, als wenn alle deutschen Regierungen mit vereinten Kräften die Abfassung eines, der Willkür der einzelnen Regierungen entzogenen, für ganz Deutschland erlassenen Gesetzbuchs zu bewirken suchen. 강조는 필자)

39) Thibaut, 위의 글, 12.

40) 역사적으로 독일(Deutschland)라는 명칭은 제2차 세계대전 이후 공식적으로 사용된 국호이며, 1814년은 독일 연방(Deutscher Bund) 또는 프로이센 제국이 공식적인 명칭이다. 독일을 뜻하는 Deutch는 고대 독일어 Teutsch에서 유래된 말이며, 특정지역(Allemagne) 사람들이라는 뜻으로 라인 강과 다뉴브 강 넘어 동쪽 사람을 그렇게 불렀다.(…des Alamans, un peuple germanique qui vivait entre le Rhin et le Danube. Le mot " Alaman " signifierait " tous les hommes" (en allemand : alle = tous & Mann = homme), donc un regroupement de plusieurs tribus.) 1872년 독일제국(Deutsches Reich)이 선포되면서 그렇게 불리웠지만, 현재의 독일 지역이 하나의 국가로 연방체계로 선언된 것은 제2차 세계대전 이후 영국과 미국의 신탁통치를 위한 전후 조약에 따른 결과이다.

41) Thibaut, 위의 글, Vorwort 1

42) 판덱텐 법학(Pandektenrecht)은 황제정기 후기 로마에서 법을 정리한 디게스타(Digesta: 학설휘찬)나 인스티투치오네스 (Institutiones: 법학제요), 코덱스(Codex: 칙법휘찬), 노벨라(Novella: 신칙법집)와는 차원이 다르다. 독일어권 대학은 주로 판덱텐 법학을 발전시켰고, 프랑스어권 대학들은 이와 달리 인스티투치오네스를 중심으로 강의가 이루어져서 오늘날 독일법과 프랑스법의 차이점으로 남아 있다. 요컨대 판덱텐 법학이란 전통 후기 로마법과 뚜렷한 유사성이 많지 않다. 또한 독일 판덱텐 법학이 종교개혁 이후 교회법의 영향을 강하게 받은 프랑스법과 차별되는 것도 사실이다. 국내에서는 판덱텍 법학에 대한 부정확한 이해도 자주 보이는데, 이를 마치 독일 법학의 일종의 고유 방법론으로 보는 식이다. 예를 들어 김영희, 영국법, 스코틀

은 당시 독일인의 정서와 부합하지 않고, 불필요하고 형식적인 법개념들이 많아 법실무에서 적용하기 어렵다고 생각했다.[43] 티보는 글 후반에 당시 법학자들이 낡아 빠져서 더 이상 써먹지도 못할 로마법이나,[44] 이해도 못하는

랜드법, 미국법 그리고 로마법, 법사학연구 제52호(2015), 37 이하는 판덱텐 법학을 독일의 고유한 법체계로 설명하고 있다. 그러나 필자 생각에 판덱텐 법학은 논리적 방법론과 별로 관계가 없다. 판덱텐 법학의 논리적 체계성은 근대 독일 법학이 직접 로마법을 연구하는 환경에서 벗어나면서 로마법의 기본 원리를 법학방법론으로 설명하면서 시작했다. 비교적 다른 제도인 영국식 보통법도 논리성이 약한 것도 아니기 때문이다. 반면에 1900년 독일 민법전이 기존 판덱텐 체계와 일부 다른 법형식을 따르면서 로마법 원리들은 주로 법학 방법론으로만 다루어졌다. 그러므로 판덱텐 법학을 체계성으로 보는 관점이 틀린 것은 아니다. 예를 들어 이상돈, 해킹의 형법적 규율 방안, 법조 제546호(2002), 104; 이원상, 스토킹 처벌규정 도입에 관한 고찰, 형사정책연구 제24권 제2호(2013), 174 이하는 법을 전체적으로 고려하는 방식을 판덱텐 시스템으로 설명하고, 소위 사안중심적 입법 방식과 구분되는 제도처럼 설명하고 있다. 그렇지만 필자의 생각에 독일 법학의 체계성 강화는 1935년 발표된 엥기쉬의 글(Die Einheit der Rechtsordnung, C.Winter, Heidelberg)에서 확립되었다. 일부 견해에 따르면 그의 이론은 나치주의 법이론으로도 평가된다. 그의 1936년 글(Rezension zu Theodor Jaehner: Der Mythos vom Recht und seine empirischen Grundlagen, AcP 1936, 116-120)에서 "지도자의 명령만이 곧 법"이며, 모든 저항은 법적 효력이 없는 행위라고 주장했다. 그러므로 추론해보면 엥기쉬의 법적 통일성이란 히틀러의 명령을 전체 나치주의 법률들에 통일적으로 적용시키기 위한 노력일 뿐이었다. 그렇기 때문에 법적 통일성을 순수한 법치국가이론의 결론으로 파악하는 입장은 각기 다른 배경 속에서 파악해야 한다. 이에 대한 자세한 내용은 Felix, Einheit der Rechtsordnung. Zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer juristischen Argumentationsfigur, J.C.B.Mohr(Paul Siebeck) 1998. 그에 따라 고전 판덱텐 체계란 로마법(특히 유스티니아누스법전)의 편제인 사람, 물건, 계약으로 구분하는 것을 의미하는 것을 말하며, 특별한 방법론은 아니다. 반면에 독일 법학방법론이 전제하는 판덱텐이란 일종의 로마법 원칙에 따른 법이성 정도로 봐야 하지 않을까 생각한다. 이에 대해서 심사자 한 분이 매우 예리한 지적을 해 주셨다. 그렇지만 필자가 따르는 판덱텐 법학에 대한 설명은 서을오, 채권법의 학설사적 기초 연구(1). 법학제요와 판덱텐 체계, 법사학연구 제30호(2004), 291-305; Wieacker(김형석 번역), 판덱텐 법학과 산업혁명, 법학 제47권 제1호(2006), 341-367, 특히 347 이하와 유사하며, 필자 생각에 현재 독일 법학의 체계적 법이론의 발전 동기는 로마법이 아니라 근대 관념철학인 칸트 또는 헤겔 철학이다. 혹여 발생할 오류는 전적으로 필자에게 있음을 다시 밝힌다.

43) Thibaut, 위의 글, 76 이하. "현재의 주요 법의 근원은 로마법전이고, 그런 이유로 철저히 몰락한 시점부터 지금까지도 이어지는 우리와 아무런 유사성도 없는 민족이 만든 법이지만 망한 것을 일종의 전통으로 삼아 지금도 따르고 있다."

44) Thibaut, 위의 글, 22 이하. "현재의 주요 법의 근원은 로마법전이고, 그런 이유로 철저히 몰락한 시점부터 지금까지도 이어지는 우리와 아무런 유사성도 없는 민족이

프랑스법(나폴레옹법) 수입을 주장한다고 비판하고 있다. 이 논쟁은 지역만큼 분열된 법률들을 통일하는 일이다. 즉 그들은 당시 신성로마제국의 영향력으로 분할되어 통일된 법제도를 갖지 못하여 생긴 독일어권의 법적 혼란을 해결하는 수단으로 통일 민사법 제정을 지지한 것이다.[45]

정치적으로는 (민족) 국수주의(대표적으로 피히테의 "독일 국민에게 고함" 1807) 등이 유행하였고, 피히테의 뒤를 이어 베를린 대학교에 헤겔이 부임한 시기이기도 했다. 독일은 나폴레옹 지배로부터 해방되었고, 프랑스에 충성했던 공직자들이 일종의 적폐로 비난받던 시기였다.[46] 그래서 티보는

만든 법이고, 이미 망한 법을 일종의 전통이라고 우리는 지금도 따르고 있다."(Die letzte und hauptsächlichste Rechtsquelle bleibt daher für uns das Römische Gesetzbuch, also das Werk einer uns sehr ungleichen fremden Nation aus der Periode des tiefsten Verfalls derselben, die Spuren dieses Verfalls auf jeder Seite an sich tragend! Man muß ganz in leidenschaftlicher Einseitigkeit verfangen sein, wenn man die Deutschen wegen der Annahme dieses mißratenen Werkes glücklich preist und dessen fernere Beibehaltung im Ernst anempfiehlt.)

45) 이 논제에 대하여는 Luig, Der Geltungsgrund des Römischen Rechts im 18. Jahrhundert in Italien, Frankreich, und Deutschland, in Luig, Römisches Recht, Naturrecht, Nationales Recht, Goldwach 1998, 5 이하; Wieacker, 위의 책, 207 이하; Stolleis, Transfer normativer Ordnung: Baumaterial für junge Nationalstaaten. Forschungsbericht über ein Südeuropa-Projekt, RG 20(2012), 72-84. 스톨라이스가 집필한 연구보고서에는 흥미로운 지적이 나온다. 그는 1935년 나치 정권 하에서 로마법의 영향력을 "합리성"(Rationalität) 또는 "학문화"(Verwissenschaftlichung) 경향으로 설명하는 현상이 발생하는데, 그 이유는 이탈리아 파쇼 정권이 자신들의 정체성을 로마 제국 후손으로 공언하면서 독일은 로마법이 유럽 전체의 문화가 아니라는 실을 외면하기 어려웠다. 비록 신성로마제국(제2제국)의 후임인 나치의 제3제국도 마찬가지였다. 또한 실제로는 17세기부터 합스부르크 왕가 주도로 독일을 식민화하는 정책의 일환으로 로마법이 강제로 도입되었다는 객관적 역사를 은폐하기 위해 나치들이 단어만 변경하는 시도였다고 설명한다. 브란덴부르크의 호헨촐레른 왕가(프로이센) 이전 독일인들은 전통법과 로마법에 대한 이념적 갈등에서 벗어나기 어려웠을 수 있다. 그런 이유 때문인지 1945년 전쟁 종료 후에는 로마법은 독일법에 대해 순수 방법론적인 차원(Wieacker)으로 보는 관점이 성행하였고 전통 로마법을 현실법이론으로 생각하는 관념들은 거의 사라졌다.

46) Thibaut, 위의 글, 5: "Denn wie man auch die Deutschen im Gegensatz der Besiegten empor heben mag, immer bleibt es gewiss, das ein Theil unseres Volkes, besonders in den Höcheren und Mittelständen, des Deutschen Namens unwürdig ist; das unsere Beamten vielfach durch das seine Gift des Französischen Beyspiels und Einflusses verdorben wurden."(우리 독일인이 이러한 승리에도 불구하고 각성해야 하는 바는 우리 민족 중에는 특히, 고위직 또는 중간 계급에서 독일인의 이름을 더럽

프랑스식 자유주의를 반대하고, 독일 국민들을 중심으로 새로운 제도를 설계할 것을 주장하였다.[47] 그 수단으로서 통일적 법률을 요구하였다.[48] 티보는 중앙 정부에 대한 반감이 있었다.[49] 독일해방전쟁(Der Befreiungskriege 1813-1815) 초반 프로이센 정부가 보여준 나약함 때문이다. 나폴레옹군을 피해 국왕 프리드리히 빌헬름은 북쪽 쉴레스비히로 혼자 도주하여, 전쟁 발생 10일 후에야 선전포고를 하고, 독일인들에 대한 참전을 독려하는 호소문을 발표한다.[50] 해방 전쟁은 국민들의 자발적인 참여와 자금 모금으로 치러졌다.[51] 티보는 해방 전쟁으로 어렵게 통합된 독일인을 하나의 규범체계로 통합하고, 단일 사법체계를 통해 분열되고 혼란스러운 현상을 해결할 수 있다고 믿었을 것이다. 전통적 독일인들의 관습과 도덕감정에 충실한 규범 회복이 아니라, 각 제후국들의 영향력에서 벗어나서 하나의 법제도 안에서 새로운 독일을 형성할 수 있는 방법으로 새로운 법률제정을 선택하였다.[52]

요컨대 법전편찬 논쟁이란 신성로마제국 붕괴 후 독일어권 지역의 법

히는 자들이 포함되어 있다는 사실이다. 이 자들은 바로 우리 공직자들인데, 프랑스식 관행과 영향력이라는 해악을 통해 그러한 일을 벌이고 있는 것이다.)

47) Thibaut, 위의 글, 6.

48) Thibaut, 위의 글, 9 이하.

49) Thibaut, 위의 글, 9, 11, 33.

50) Schlesische privilegierte Zeitung 3월 20일자. „나의 국민들에게“(An Mein Volk)

51) Gold gab ich für Eisen(무기를 위한 모금)이라는 표어로 전쟁 자금이 기부되었고, 당시 독일지역 유대인들도 기금과 전쟁에 직접 참여하였다. 1791년 프랑스 혁명 직후 유대인에 대한 차별을 철폐한 프랑스와 달리 독일 지역은 여전히 유대인에 대한 차별이 존재했던 것을 감안하면 이례적인 현상으로 볼 수 있다. 독일제국이 설립된 1871년에 와서야 유대인에 대한 차별이 폐지된다. 당시 군복을 장식한 세 가지 색상(검정, 빨강, 노랑)은 오늘날 독일연방공화국 국기가 되었다.

52) Thibaut, 위의 글, 12 이하. 티보는 당시 독일 법은 16세기 카롤리나 법전(Constitutio Criminalis Carolina 1532년)의 영향 속에 있기 때문에 시대적인 반영이 없다는 점을 지적한다.(13) 또한 각 제후국들은 언어나 풍습이 달라서 통일된 법전이 필요했다.(14) 이러한 현실은 독일인들에게 적용되는 법률이 현저히 부족해서 교회법이나 로마법을 그대로 적용하는 세태가 만연했다.(14 이하) 특히 혼인이나 장례 등을 주도한 당시 교회법은 가톨릭 교회의 신념에 의한 것이어서 개신교 국가 정서와 맞지 않았으며(15), 당시까지 영향을 미친 로마법도 독일인과 로마인의 사고구조가 달라서 받아들이기 어려운 상태였다.(15-20: 수천 년 동안 적용할 수 있는 합리적 법적 사고는 있을 수 없다!) “비록 로마법에 반대하는 것은 독일인들의 관점에서는 주저함이 많고, 가장 나쁜 것으로 여겨진다.“(18)

률통일을 위한 형식주의 논쟁이었고, 티보는 고전적인 정치적 입장을, 반대로 사비니는 법이론적 관점을 제안하였다. 이 논쟁에서 독일 법학자들은 사비니의 법이론적 관점을 지지한 것으로 해석할 수 있다.

Ⅲ. 법학방법론

1. 사비니의 역사-체계적 방법론

티보의 글이 발표되고 사비니는 곧 그 주장에 대해 온화한 비판[53]을 한다. 12장 162 페이지의 작은 책으로 구성된 글의 서문에서 그는 새로운 입법의 필요성을 부정하지는 않는다.

> "많은 독일 제후국들에서는 시민의 권리를 위한 제도를 어떻게 마련할 것인가에 대한 질문이 제기되고 있어서…그에 따라 그러한 입법이 "정치인들과 학자들의 일반적인 소임으로 여겨지는 것은 사실이다."

입법 필요성을 부정하지는 않았지만, 문제점은 제기하였다.[54] 두 가지 방식 중 하나를 선택할 필요가 있다고 말한다: 공격적인 방식과 평화적인 방식(einen feindlichen und einen friedlichen).[55] 첫 방식은 각 제후국간 불필요한 갈등과 입법 후 해당 시민들에게 지속적인 계몽과 교육 등으로 많은 노력이 필요하다는 점 때문에 소극적이었다. 반면에 두 번째 평화적 방식은 하나의 통일된 규범을 만들 수 있었다. 즉, 법이론적 이해의 토대는 법효력과 기능에 대해 시민들의 이해를 증진시켜 통일적 법체계를 형성할 수 있었다.

---

53) Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Mohr & Zimmer 1814. 온라인에서 확인 가능한 원문은 https://www.gutenberg.org/files/50813/50813-h/50813-h.htm

54) Savigny, 위의 글, 2.

55) Savigny, 위의 글, 3.

사비니는 통일 법전을 무리하게 제정하는 일은 자연법과 이성법 논쟁에서 겪은 혼란[56]을 다시 부활시킨다고 말했다.[57] 여기서 혼란이란 16-7세기 입법(이성법)에 대한 기존 법의식(관습 자연법) 간의 논쟁을 말한다. 당시 이성법과 자연법은 구분되는 개념이었다. 오늘날 자연법 개념은 "인간의 경험적인 인식에 의하여 형성되는 시간과 공간의 개념을 초월한 영구불변의 초경험적 이성적인 법"이다.[58] 그러나 19세기 자연법 개념은 종교-도덕철학의 신학적 기반에 의한 관념이고, 당시 이성법은 순수 합리적 규율체계를 의미하였다. 역사상 중세 교회법은 자연법 자체를 기독교 신앙의 범신적 우주관(Hollism)과 모순이라는 이유로 금기시하였으며, 17세기 초반 자연법의 학문적 의미를 회복시키고 신앙적 계율과 다른 자연법의 존재를 인정하였다.[59] 현대적 의미에서 자연법과 당시의 '자연법'은 분명한 개념상 차이가

---

56) 근대 자연법 이론이 다른 개념으로 "이성법"으로 설명하지만, 중세까지 법학에서 이성법과 자연법은 구분되는 개념이다. 고대에는 자연법(jus naturalis)은 자연 현상만을 지칭하는 것이었으나, 기독교 사상에 따라 모든 자연현상이 신의 섭리라는 원리가 형성되면서 점차 자연법을 신의 섭리라는 원리로 대체하기 시작한다. 1215년 교황의 그리스식 순수 자연철학을 금기하는 명령이 내려지고, 기독교 신앙과 다른 자연법론은 금기시되었지만, 아퀴나스(St. Thomas Aquinas 1224-1274)가 아리스토텔레스의 철학을 이용하여 자연법론에 철학적인 의미를 부여하였다. 요컨대 그의 신학대전(summa theologica)은 신의 교리와 인간 이성을 구분하여 계시적 진리를 인간 이성적 결론과 관계 속에서 분석하는 방법론이다.(이경재, 형이상학: 아리스토텔레스 vs 토마스 아퀴나스, 중세철학 제6권(2000), 101-222) 근대 초반까지 기독교 도덕철학을 기반으로 하는 (계시적) 자연법과 인간의 이성적 판단을 중심으로 한 (합리적) 이성법으로 구분되었다. 이 구분이 통합되는 계기는 분명하지는 않지만, 그로티우스(Hugo de Grotius 1583-1645)로 추정할 수 있다. 그의 저서(Opera Omnia Theologica, 4.Bd., Leinen 1972)에서 확인할 수 있는 내용은 자연법을 모든 규범(이성법 또는 세속법)으로 확장하는 것이다. 범신론과 비교하면 범자연법론으로 부를 수 있는 모델로 볼 수 있었다. 사비니가 말하는 '혼란'이란 중세 자연법에 의해 초래된 근대 초 법이론들의 비합리적 요소와 이를 극복하기 위하여 17세기부터 독일 법학에서 부활한 고전 로마법에 따른 합리적 법제도의 갈등을 지칭하는 것이다. 근대 독일 법학에서 로마니스텐(소위 판덱텐 법학)이 성행한 원인 중 하나이다.

57) Savigny, 위의 글, 15 이하.

58) 한국민족문화백과사전 중. 박은정 교수는 자연법을 실천적 의미를 포함한 정법론으로 부른다. 자연법의 문제들, 세창출판사 2007.

59) Aquinas, Summa Theologica II-II, 1. 57, a. 2: "더 설명하면, 인간의 의지로 실현한 것을 "실증적"이라고 부를 수 있다. 그러나 이는 인간의 의지에 의한 것일 뿐 정당한 것은 아니다. 인간의 의지는 부당할 수도 있다. 그러므로 "정당함"과 "법"은 같아야

있다. 짧게 설명하면 자연법이란 고대 로마법에서는 순수 자연법칙을 의미하였고, 중세에는 기독교 사상의 억압적 관행으로 신의 섭리가 체화된 명령으로 변한다. 12세기 토마스 아퀴나스의 설명은 인간의 이성과 신의 명령을 구분하기 시작했고, 그 안에서 인간의 이성적 판단을 구분하는 이성법이 논의될 수 있었다. 다시 이를 통합한 사고는 범신론자 스피노자(Baruch de Spinoza 1632-1677)와 그의 이론을 법학에서 실현한 정치가 그로티우스(Hugo Grotius 1583-1645)이다.[60] 세속적 법과 종교적 계율의 구분 논의는 18세기 초반에야 등장한다.[61]

하는데, 그런 의미에서 실정법(실증적으로 정당한 법)이란 있을 수 없다." (Praeterea, illud dicitur esse positivum quod ex voluntate humana procedit. Sed non ideo aliquid est iustum quia a voluntate humana procedit, alioquin voluntas hominis iniusta esse non posset. Ergo, cum iustum sit idem quod ius, videtur quod nullum sit ius positivum.) 이 말은 바로 앞 문장에 대한 보충인데 앞 문장은 이렇다: "법은 자연법과 실정법으로 구분되면 안 될 것처럼 보인다. 자연적인 것은 불변이고, 모든 것에 부합해야 하기 때문이다. 이런 일은 인간사에서는 없다. 왜냐하면 인간의 법을 정하는 일은 실패하기 쉽거나 법을 힘으로 장악할 수도 있기 때문이다. 그러므로 자연법이란 것은 존재할 수 없다."(Videtur quod ius non convenienter dividatur in ius naturale et ius positivum. Illud enim quod est naturale est immutabile, et idem apud omnes. Non autem invenitur in rebus humanis aliquid tale, quia omnes regulae iuris humani in aliquibus casibus deficiunt, nec habent suam virtutem ubique. Ergo non est aliquod ius naturale.)

60) Grotius, 위의 글. 저서에서 유명한 "법률의 부지는 용서받지 못한다"(ignorantia juris non exacusat)가 언급되었던 이유는 자연법=이성이므로 모두가 알 수 있다는 전제 때문이다. 그 결과 캐논법(canon law)라는 번역어로 신학적 자연법이 표현되는 계기가 된다. Draper, Grotius' Place in the Development of Legal Ideas about War, in: Bull/Kingsbury/Roberts, Hugo Grotius and International Relations, Oxford University Press 1992.

61) 교황청이 그리스 자연철학에 대한 금지(1215년) 후 중세에 자연법과 구분되는 이성법을 다시 설명한 학자는 볼프(Christian Wolff 1679-1754)로 평가된다. 그의 1749년 저서 Institutiones Juris Naturae et Gentium in Quibus Ex Ipsa Hominis Natura Continuo Nexu Omnes Obligationis et Jura Omnia Deducuntur에서는 신학적인 의미의 자연법이 강조되고 있기는 하지만, 그는 신과 구분되는 인간의 본성을 중심으로 공동체의 계율에 대한 복종 의무가 필요함을 말하고 있다.(제2권 제3장 이하) 또한 이런 상황을 확정하기 위해 공동체 규약(법률 형식)을 제안한다.(제3권 제2부 제5장 이하) 볼프는 법학자 푸펜도르프(Samuel von Pufendorf 1632-1694)와 달리 신과 인간의 이성을 의무적인 관념의 이해와 구분하고 있다.(특히 제1권 제3장, 71 이하) 그는 인간에게 본연의 의무(obligatio alia primitiva)란게 존재하지만, 그를 위해서는 도덕감이나 지혜에 대한 지적 능력이 있어야 한다고 말한다.(제1권 제3장 74: Perfectio

사비니는 법전 편찬의 위험성을 다음과 같이 말한다.[62]

"예를 들면 우리가 중세시대 법률이나, 설령 12 표법을 다시 볼 수 있더라도, 아마 낮은 수준에서만 대략 유사하게 이해할 수 있을 것이다. 사라진 과거에 대해서 언어 뿐 아니라 특정 사태도 인식하기 어렵다. 그런데 어떤 면에서 전혀 필요도 없지만, 반드시 그 법(das Recht)을 알아야 할 때가 있다. 이 때도 법전까지 필요하지 않다. 이 경우는 마치 겨울을 위해 땔감을 준비하는 것과 같다. 거의 발생하지 않을 일을 준비하는 것이라 할 수 있다."

사비니는 정치적 의미가 아니라, 법이론을 중심으로 입법과 법해석에 대한 인식을 구성해야 한다는 주장을 제기한 것으로 해석할 수 있다.[63] 그는 입법의 기능을 첫째 입법자의 정치적 의도의 사회적 수용, 둘째 기존 법의 불명확함의 교정, 셋째 법의 효력 통일성을 위해서 인정하고 있다.[64] 그는 '정치와 기술로서의 법'(technisches Element des Rechts)을 구분하고 있는데, 이는 후고(Gustav Hugo 1764-1844)에 의해 제안된 이성적 자연법의 관념을 반영한 결과로 짐작할 수 있다. 그에 따라 시민들 이성에 따른 관습법과 정치적 필요성이 수용될 수 있어야 입법은 정당하다.[65]

---

animae in virtutibus intellectualibus et moralibus consistit.) 이를 통해 신의 계율에 복종(obedientia)하는 일은 "할 수 있는 일을 하고, 할 수 없는 일을 하지 않는 것을 준비"(promptitudo faciendi, quod vult alio, et quod non faciendi, quod non vult)하는 것이다. 자연법에서 요구하는 의무는 이성으로 파악해야 한다.(officia quoque erga Deum praestanda sunt cum consentiente usu omnium facultatem, consequenter actus externi et interni conjungendi, 94) 이러한 본성적 의무에 대한 오해는 미신과 우상숭배(superstitio et idolatria)로 변질 될 수 있다.(95) 요컨대 볼프의 사상은 신의 지적 설계에서 인간 이성을 독립적으로 인정했다는 의미에서 중세 이성법을 다시 부활시키는 계기가 되었다. 윤리학의 입장에서 유사한 설명은 김성훈, 볼프의 윤리학에서 자연법 이론, 철학연구 제61권(2020), 99-126. 볼프의 라틴 원문을 확인할 수 있는 곳은 https://books.google.co.kr/books?id=jswGAAAAcAAJ&printsec=frontcover&hl=en&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false

62) Savigny, 위의 글, 제3장.

63) Jhering, Jahrbücher der Dogmatik, V., 364 이하.

64) Savigny, 위의 글, 제3장.

65) 그는 이를 위해 영국 철학자 베이컨(Francis Bacon 1561-1626)을 직접 언급하기도 했다. 베이컨은 합리적인 원칙을 정하여 제도와 규칙이 정해져야 한다는 측면에서 원용된다. Savigny, 위의 글, 제3장.

사비니의 역사주의 관념은 단순히 문화적 이해를 토대로 하는 것은 아니다. 당시 독일인들에게 통용되는 법원리로서 (후기) 로마법을 언급하는 것은 로마법에서 비롯된 독일 법문화를 따르기 위해서가 아니었다. 그보다는 로마법원리들을 통해 독일법의 사상적 공통점을 발견하기 위한 수단이었다.[66] 로마법과 독일법에 모두 공통되는 법원리는 법학방법론으로 제시할 수 있다. 그는 1804년 나폴레옹 법전과 1794년 프로이센 일반란트법, 그리고 1811년 오스트리아 신민법전을 이러한 입법 원리에서 벗어난 예로 말하고 있다.[67] 정치적인 나폴레옹 법률을 제외하고 다른 법률들은 요구되는 논쟁점을 해결하지도 못하고, 기존 관습법을 새로운 입법으로 대체하는 데에도 실패한 것으로 평가한다.[68] 그는 "분명히 새로운 세대들이 스스로 법을 위해 노력을 해야 할 상황은 명확하고, 분명하다. 이 일은 높은 학문적 수준에서 시도되어야 한다. 그래야만 장차 발생할 사항도 어렵지 않게 다룰 수 있고, 이는 법전으로 건 다른 형식에 의해서 건 추진할 수 있다. 이 상황이 어떻게 시행될 것인지 나는 알지 못한다. 이런 일들은 아주 드물고 우연한 상황에 따라 정해지기 때문이다."[69]라고 쓰고 있다. 결국 티보의 제안에 반대하는 이유는 독일 법학에 잔류하는 악습이나 관행들이 제거되지 못할 가능성 때문이었다.[70] 사비니는 법전편찬과 같은 일은 이론적인 토대(역사-체계적 방법론)에서 수행되어야 한다고 믿었다. 그 이유로 티보의 정치적 동기에 따른 법전편찬을 동의할 수 없었다고 본다.

사비니는 독일인들을 설득시켰고, 통일 민법전은 그 후 약 100년의 시간이 걸려서 1900년 제정된다. 나는 그의 법이론이 독일 법학계에 수용되었다는 평가[71]에 동의하고 싶다.[72] 사비니가 제기한 방법론적인 관점은 문화

66) Savigny, 위의 글, 제4장과 제5장.
67) Savigny, 위의 글, 제7장 내지 제9장.
68) Savigny, System, Bd. 1, 326 이하.(자세한 내용은 주 73 후단 참조)
69) Savigny, 위의 글, 제9장.
70) Savigny, 위의 글, 제11장.
71) Stern(Hrsg.),위의 글, 86 이하.
72) 이상수, 위의 글, 23 이하; 이동휘, 위의 글, 2 등은 모두 사비니와 티보의 논쟁을 주로 정치-법이념적인 입장 차이에서 분석하고 있다.

적 공동체의 이성적인 판단이 집약된 관습법이나 이를 보완하는 새로운 실정법(입법)을 넘어서 종국적으로는 "법학의 과학화"이다.[73] 자신의 저서에 "오늘날"의 로마법이란 표제를 붙인 이유도 전통 로마법에 대한 당시 비이성적 존중 또는 성경적 이해를 피하기 위한 것이었다.[74]

2. 예링의 자연사-법기술

예링은 사비니의 직접 제자는 아니지만, 긴밀한 관계가 있었다.[75] 역사법학파의 주요 인물인 푸흐타가 그의 스승이었다. 그는 1838년 베를린 대학교에서 푸흐타의 지도로 박사학위를 받았다. 1844년부터 베를린 대학교에서 로마법을 강의했는데, 이 때 강의자료가 후에 "로마법의 정신"[76]으로 완성된다.(1852년 초판 제1권 출간) 이 책은 세계적인 주목을 받은 것으로 알려져 있다. 예링 생전에 이태리어, 프랑스어, 러시아어로 부분 번역되었고, 프랑스인 몰리네르(O. de Meulenaere)가 번역한 프랑스어 본[77]이 다시 포르

---

73) Savigny, System I, 45 이하: "Wissenschaftliches Recht." 구체적인 방식은 우선 개별 사건을 토론에 붙이고, 일부 법적 쟁점에 대한 사실 확인을 하고, 그 문제에 대해 전문가들의 의견을 조회한 후, 이를 전문적 문서로 구성하여 해당 법적인 문제에 대한 기술적인 해결을 제안했다.

74) 실제로 사비니는 유스티니아누스 법전을 학자들이 지나치게 신뢰를 하는 것을 일종의 미신이라고 비판했다. Savigny, System I, 240 이하는 소위 주석학파(Glossatoria)의 법문에 대한 성경적 집착에 대한 오류를 지적하고 있다. 당시 프랑스나 스페인과 달리 독일법(게르만법)이 존재함에도 불구하고 로마법을 따르던 관행에는 숨겨진 이유도 있다.

75) 예링의 생애에 대하여는 윤철홍, 예링의 법사상, 법철학연구 제10권 제1호(2007), 109 이하.

76) 1852년 초판 제목은 Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung으로 독일 리이프치히 소재 Breitkopf und Härter 출판사에서 나왔다. 이후 2권은 두 책으로 출간되어 최종 4권(I, II.1, II.2, III.1 - 통상 III.1을 IV로 표기)이다. 여기서 참고한 문헌은 1891년 같은 출판사에서 나온 제6판으로 예링 사후 출간된 판본이지만 1891년 예링 사망 1년 전 직접 수정한 제5판을 다시 출간한 것이므로 제6판과 제5판은 동일하다.(이하는 Geist)

77) 프랑스어 판은 Histoire du développement du droit romain이라는 제목으로 파리의 Chevalier-Marescq et cie 출판사에서 1900에 첫번째 번역판, 1902년 두번째 번역판이 나왔다.(모두 불완전한 번역으로 제1권과 제2권의 일부가 번역되어 있다) 이 두번째 판을 일본어로 부분 번역되었다고 예링이 직접 제5판 서문에 적고 있으나, 확인은

투갈어와 스페인어, 일본어로 번역되었다. 모두 완역은 아니다.

그는 역사학적 방법론을 통해 보편타당하고 합리적인 법이론을 설명하려고 노력했다.[78] 역사학을 전제한 점에서 사비니와 유사하지만 미세한 방법론적 차이점은 있었다. 사비니는 역사적 경험과 체계적 보편성을 위한 방편으로 로마법을 소재로 사용했다는 점에서는 예링과 유사하다. 그러나 사비니는 역사적 사실을 하나의 '실체'(wirklicher Wesen)[79]로 파악한 반면, 예링은 로마법 자체를 법학의 기능을 설명하기 위한 수단으로만 파악하고,[80] 기존의 역사적 법원리들은 사건을 해결하는데 도움이 되는 원자적 요소(reine Atomik)로 파악한다.[81]

그래서 "권리를 위한 투쟁"의 의도 역시 법학의 기능을 공동체가 원하는 목적을 달성하기 위한 수단이라는 사실을 확인시키기 위한 것으로 볼 수 있다.[82] 예링은 그의 "로마법의 정신" 제5판 서문에서 "정신"(Geist)을 넣은 것은 "일종의 실수"(den ersten groben Fehler des Buches!)[83]라고 말한다. 자신은 원래 부제로 "법의 본질론에 대한 연구"(Ein Beitrag zur Naturlehre des Rechts)라고 쓰고자 했지만 최종 교정본에서 너무 제목이 길어지고 의미도 분명하지 않아 뺐다고 한다. 그가 법의 본질이 아니라 유행하던 "정신"

안 된다. 일본어 판은 동경 有斐閣에서 1950년 原田 慶吉(1903-1950) 도쿄대학교 법학과 교수가 제1권을 부분 발췌 번역하여 출간한 것만 확인할 수 있었다. 예링이 직접 언급한 일본어 번역판은 단순 오해이거나 프랑스어 판을 일부 번역한 일종의 문서형식일 가능성이 높다. 그 이유는 일본어 번역을 한 하라다 교수는 1950년 사망했으며, 그의 같은 해 출간된 번역본은 다른 번역자의 감수를 하였다고 적혀 있다. 실제 번역자의 이름은 밝혀지지 않았다. 그는 1903년생으로 초판 번역이 예링 사망 전에 나올 수는 없으므로, 그 당시 언급된 일본어 출판본은 불가능하다. 하라다 교수 번역도 이미 존재하는 번역자 미상 일본어 번역을 감수하여 다시 정리한 것으로 보인다.

78) Jhering, Geist I, 1.: "로마의 세계사적인 의미와 임무를 한 마디로 정의하면, 보편주의 사상을 통한 합리성 원칙의 승리라고 할 수 있다."(Die welthistorische Bedeutung und Mission Roms in ein Wort zusammengefaßt ist die Überwindung des Rationalitätsprinzips durch den Gedanken der Universalität)

79) Savigny, Vom Beruf, 29: „Enthistorisierung des römischen Rechts"

80) Jhering, Geist II/2, 379.

81) Jhering, Geist II/2, 412. 이에 대한 자세한 설명은 Kroppenberg, 위의 책, 19 이하.

82) 자세히는 Litzt(심재우 역), 형법에 있어서 목적사상, 법학행정논집 제15권(1977), 133-188, 특히 136 이하.

83) Jhering, Geist I, Vorwort zur fünften Auflage, VIII.

이라는 단어를 넣은 것을 후회한 이유는 법학을 철학적 인식론(Kant)이나 거대한 국가철학 프로젝트(Hegel)로 설명하던 방식에 대해 못마땅하게 여겼기 때문이다. 그는 당시 유행하던 헤겔 철학의 역사관에 대해 아래처럼 말한다.

> "헤겔은 그나마 로마 정신의 본질을 이해하고 있어서, 이런 결론을 당연하다고 여겼다. 그는 "로마인들의 강한 실정법에 대한 믿음"을 초기 강도사회에서 추론하고 있다. 왜냐하면 "이러한 국가는 직접 강한 규율이 필요하고, 공동체의 목적을 위한 희생이 요구되기 때문이다."헤겔에게 로마는 원래부터 "형성된 것, 강압적인 것이지 근원적인 것은 아니고" 로마인들의 삶은 처음에는 인륜이라는 감각과 거리가 먼 야만적인 수준에서 시작된" 것으로 보였을 것이다."[84]

이러한 이해는 예링이 보기엔 부적절하였다. 예링이 보기에 헤겔이 고대 로마 사회를 "강도사회"로 인식한 것은 단순히 그의 주관적 상상의 결론이다. 예링은 당시 학자들이 로마 역사에 대해 공통적으로 가지고 있던 "환상"(고대 사회를 비합리적 공동체로 보는 오류)은 독일 실증주의 역사학자 니부어(Barthold Georg Niebuhr 1776-1831) 때문이라고 지적하고 있다.[85] 니부어의 실증주의 방법론은 겉으로는 그럴듯했지만, 학문적으로 분명한 한

---

84) Jhering, Geist I, 100..

85) Jhering, Geist I, 99. 예링은 1811년부터 1832년 사이 출간된 니부어의 3권의 저서 Römische Geschichte(Berlin)의 초기 로마사에 대한 분석은 독일 학자들에게 충분히 학문적으로나 방법론적으로 매력적이지만 그를 통한 역사 이해는 실제 로마법학의 운용 방식과 기능에 대해 심각한 오래를 만들 수 있다고 말한다. 그는 이렇게 적었다. "니부어의 유명한 연구는 우리에게 다음과 같은 생각을 하게 만든다. 한 개인의 연구로도 모든 로마에 대한 사실을 충분히 알 수 있다는…로마의 초기 시작을 너무 재미있게 서술하고 있어서, 그 때문에 후의 위대한 제국과 극단적인 대비를 이루게 만들고, 초기 로마인들을 주변의 어떤 것에도 관계되지 않는 독자적인 개인들 집단으로 묘사하고 후대 로마인들은 갑자기 도덕적으로 무장된 "최초의 인간"이 되어 버렸다. 이게 가능한 일인가?"(Niebuhrs bekannte Untersuchung überheben uns der Mühe, auf das Einzelne einzugehen, es genügt hier im allgemeinen auf die innere Unwahrscheinlichkeit der römischen Sage aufmerksam zu machen….den Anfang Roms so winzig wie möglich zu machen, damit die spätere Größe dieselben eine um so ehrenvolleren Kontrast dazu bilde, stellt sie die ursprüngliche Bevölkerung als eine durch nichts verbundene Masse einzelner Individuen dar und gibt letzteren die moralische Ausstattung vom "ersten Menschen." Ist dies denkbar?)

계가 있었다.

로마사에 대한 표준적 문헌은 리비우스(Titus Livius BCE 59-CE 17)의 로마사(Ab Urbe Condita Libri: 도시의 시작에 관한 책)[86]였다. 니부어는 일련의 여행과 탐사로 부분적인 자료들을 통해 리비우스의 로마사를 재해석하였다. 그는 기존의 문헌에 자신의 상상력을 가미하여 세간의 인기를 끌었는데, 당시 마키아벨리(Niccolo Machiavelli 1469-1527)의 로마사(Discorsi spora la prima deca di Tito Livio: 티투스 리비우스 사후 10여년간의 논제들)[87] 역시 출간되어 있었다. 마키아벨리와 니부어는 모두 리비우스를 재해석하였으나 그 대상은 다르다. 공화주의자인 마키아벨리가 옥타비우스(아우구스투스) 이전의 로마에 대해 설명했다면, 니부어는 로마 황제정을 중심으로 설명하고 있다. 예링은 니부어의 글은 주관적 의미가 지나치게 포함된 픽션에 가깝다는 평가를 한 것으로 보인다. 그에 비해 마키아벨리는 리비우스의 원전을 보다 객관적이고 중립적인 태도로 기술하고 있다. 요컨대 예링은 니부어의 관점은 실증적이라고 주장하지만,[88] 문헌 해석 수준으로 볼 때 마키아벨리 저작에 비해 주관적이고 추상적이라고 평가하였다. 요컨대 니부어의 실증적 방법론은 실제 로마의 역사에 대한 기본 사료를 검토하지 않은 니부어 자신의 리비우스의 확대 해석에 기인한 상상력이라는 뜻이다. 그렇기 때문에 예링은 헤겔[89]이 니부어의 로마사에서 비롯된

86) 한글 번역은 이종인 역, 리비우스 로마사, 전4권, 현대지성 2020.

87) 한글 번역은 강정인/김경희 공역, 로마사 논고, 한길사 2018.

88) 실제로 1816년 이태리 기행에서 니부어는 유스티니아누스 법전의 또 다른 판본으로 전해지는 베로나 법전(Codex Veronensis)을 직접 발견하였다. 이 문서는 다른 글이 위에 덧씌여진 채 발견되었는데 화학적인 처리과정을 통해 이전에 필사된 내용이 베로나 법전의 일부라는 것으로 후에 판명되었다. 이 발견은 니부어의 실증적 노력의 결과이기도 하지만, 일부는 로마법학자 가이우스에 대한 재해석을 당시 프로이센의 정치적 입장을 과장하기 위한 정치적 해석 수단으로 남용되었다는 주장도 있었다. 대표적으로는 Varvaro, Ricerche sulla praescriptio, Torino 2008; Le Istituzioni di Gaio e il Ms. lat. fol. 308, in: SCDR 22, 2009, 435 - 514; Der Gaius der Preußen, in: ZRG 128, 2011, 239 - 262; Fünf unveröffentlichte Briefe Savignys an Bethmann-Hollweg aus den Jahren 1816 - 1819, 464 - 487; Zwei wiederentdeckte Briefe Niebuhrs vom 23.9.1816 und ein anonymer Aufsatz in der 'Allgemeinen Literatur-Zeitung', in: TRG 80, 2012, 171 - 209.

89) 예링이 지적하는 헤겔의 역사관이 종교적인 환상에 따라 형성되고 있다는 직접 설명

오해를 그대로 따르고 있다고 지적한 것이다.

예링은 "로마의 법과 국가 형성은 예술작품을 만드는 것과 같이 설명할 수 있다고 말한다. 원래 있던 것이 아니라 있는 것을 가공하는 것이다. 즉 그 법과 국가의 형성이 근본적으로 이미 존재하는 형상을 수단으로 하듯이, 로마는 이전의 역사적 유산을 함께 발전시키고 있다."[90]라고 말한다. 또한 그는 당시 프로이센 "정신"을 학문 활동의 동기와 목표로 하는 관행을 불편하게 여겼다. 그래서 그가 책제목에 쓴 정신이라는 단어를 실수라고 말하는 것 같다. 예링은 로마법에 대한 오해는 법학자들에게도 자주 나타난다고 말한다.

> "내 생각에 로마법의 가치에 대한 물음에 대답을 시도한 학자는 두 사람이다. 바로 사비니와 스탈이다. 그런데 두 사람 모두 단편적이기만 하고 충분하지 않은 방식으로 연구를 하고 있다. 사비니의 경우 자신의 책에서 시도한 주요 내용이 우선 결정적인 방식에서 모순이다. 형식면에서 실제 로마 법학자들의 방법론을 반대로 파악하고 있다."[91]

예링은 로마법이 고전 연구를 위한 과학적 방법론[92]을 통해서 수행되어야 한다고 믿었다. 또한 실증적인 로마법원리의 계승이 아니라 로마시대 법의 기능에 대한 이해가 필요하다고 생각했다.

> "로마법의 영향력이 과다한 이 시대는 그 학파(역사법학파)의 시대이다. (그들

은 Hegel, Vorlesungen über die Philosophie der Weltgeschichte, Bd. 1, 361. 직접 비판 내용은 Jhering, Geist I, 99 (주 8).

90) Jhering, Geist I, 101.

91) Jhering, Geist I, 18.

92) 고전학의 기본 연구방법은 어떤 사태 A를 증명하는 실질 근거 B를 찾는 작업이 아니다. 사태 A에 대한 문헌적 기록의 이론적 해석방식들의 과학성을 평가하는 것이다. 예를 들어 피라미드의 실제 건조물의 명령한 사람이 누군가를 실물을 통해 확인하는 작업이 아니라 그 문헌적 기록들의 진위를 판단하고, 그 대상 기록을 해석하는 다양한 방법론적 결론들을 비교하여 가장 합당한 이론을 따르는 것이다. 일반 과학적 방법론이기도 하다. 반증과 증명에 대한 과학적 방법론에 대한 글로는 Popper(이한구 옮김), 반증과 추측 I, 민음사 2001.

의 견해는) 불편하고 짜증나는, 오로지 임시방편적으로만 적절하고 필연적일 수 있다. 그렇지만 이 학파도 언젠가 끝날 것이다. 사람들이 이 학파가 낡아 버렸다고 느끼게 되면, 곧 그들의 견해가 부담스럽게 될 것이다. 새로운 법전이 코푸스 유리스(유스티니아누스 법전-로마법)를 대신할 것이다. 그러면 로마법은 그 의미를 잃어 버릴까? 이 학파도 사람들이 성숙해지면서 사라지겠지만 그 속에서 사라진 것은 결국 그 사람(정신)들과 함께 지속된다."[93](( )는 모두 역자)

사비니는 로마법의 역사적 자료를 보편적 인식을 위한 일종의 사고 유형(지도이념)으로 파악한 반면, 예링은 로마법 자체가 당시의 문제해결을 위한 제도라는 점을 전제로 현재 문제를 해결할 수 있는 사고 도구로 파악하고 있는 것으로 볼 수 있다.[94] 이러한 입장은 법을 단순한 강제 질서로 평가하지 않는 설명에서도 나타난다. 그는 더 나아가 법을 강제를 실현시킬 수 있는 제도로 파악하지 않았다. 당시 법학자들은 칸트(형식주의)나 헤겔(의지주의)의 사상을 통해 법을 강제로 설명하는 경우가 많았는데, 그는 두 견해 모두 비판하고 있다.

"…칸트와 그 학파는 법의 외적 형식만으로는 강제가 발생하지 못한다고 말하고, 반면에 - 새롭게 실증주의 법학에 의도적으로나 무의식적으로 상당한 영향을 주고 있는 - 헤겔은 법의 본질을 객관적이고 주관적인 의미에서의 의지(Wille) 안에만 두고 있다."[95]

의지는 법적으로는 이익의 주관적 의미(subjektiver Sinn der Interesse)에 불과하고, 개인의 이해란 보편적인 이익과 부합해야만 법적-사회적 가치를 확인할 수 있다.[96] 그렇기 때문에 헤겔은 개인의 의지가 점차 변증적으로 확대되어 국가 이성으로 귀결되는 것으로 주장하지만, 예링이 볼 때 이는 틀린 말(falsch)이다.[97] 그 이유는 법정은 단순한 개인 의지 간의 전쟁터가

93) Jhering, Geist I, 13.
94) Jhering, Geist IV, 340.
95) Jhering, Geist IV, 328.
96) Jhering, Geist IV, 329.

아니기 때문이다. 법정은 당사자 의지를 객관적 법에 따라 설득하는(또는 설득되는) 장소이다. 당사자간 의지는 대립하지 않는다. 오히려 법에 대한 이해 차이 때문에 의지가 발생하고 주장되기도 한다.[98] 그러므로 이익과 법은 서로 대립이나 독립적인 것이 아니라 결합된 관계로 이해해야 한다.

> "법주체는 법률에 의해 그 권한의 행사가 인정받는 것 뿐 아니라, 법을 지키는 것을 통해 권한행사가 보장된다. 법은 법의지라는 이념을 실현시키는 것이 아니라 거래 이익과 필요와 같은 목적에 기여할 뿐이다. 목적 없고 유익하지 않은 법이란 없으며, 그래서 이익과 법은 대립적인 것이 아니라 서로 필연적으로 결합되어 있다."[99]

법이란 정당하게 승인된 사회 규범을 유지하는 제도라는 관념이 예링의 저작에서 지속적으로 나타난다.[100] 법은 독립 주체의 이기적 활동 결과물이 아니다.[101] 상호적으로 연관된 하나의 체계 내에서 영향을 받는다. 그 원인은 단순하게 그렇게 작용하는 경우(causa officiens)와 의도적으로 만들어지는 경우(causa finalis)로 구분될 수 있다.[102]

Ⅳ. 예링의 법이론

---

97) Jhering, Geist IV, 329: "Dies ist nicht einsichtig, sondern falsch." 공법학자 J.F.M.Kierulff에 대한 법을 개인과 국가의 의지적 통합체라는 설명에 대한 비판.

98) Jhering, Geist IV, 331.

99) Jhering, Geist IV, 340.

100) Jhering, Zweck im Recht, 1.Bd., Breitkopf & Härtel 1877.(이하는 Zweck으로 표기) 두 권으로 출간된 책은 그의 "로마법의 정신"을 요약하여 특히 법의 목적 부분을 강조한 저서이다. 특히 그의 서문 참조. 그는 이 글에서 특히 헤겔 철학에 의존하는 사상들을 다시 비판하는데 중점을 두고 있다.(서문의 VIII 이하.)

101) Jhering, Zweck, 3 이하.

102) Jhering, Zweck, 4: "…사람은 „무엇" 때문에 행위하기 보다는, 무엇을 „위해" 행위한다…"(…Mensch, welcher handelt, thut es nicht eines „Weil", sondern eines „Um" wegen…)

크로펜베르크 교수는 1863년 예링이 기센 대학에 재직할 때 작성한 익명의 제안서를 언급하고 있다. 이 제안서는 독일 법학교육을 위해 의과대학이 사용하는 클리닉 방식(실제 사례를 두고 해결하는 방식) 도입을 추천하는 내용이다.[103] 예링은 자연과학적 방법론이 법학에도 필요하다는 점을 강조하였다. 자연과학의 객관적이고 합리적인 방법론을 법학도 적극 받아들여서 스스로 변해야 한다고 보았기 때문이었다. 법학 교육도 의학 교육처럼 실제 사례를 교실에서 접하고, 그를 토대로 문제 해결 능력을 높여야 한다는 내용이 익명 제안서의 핵심이었다.[104] 예링의 자연과학 존중은 "자연사 방법론"(Naturhistorische Methode)[105]을 강조하는 실천으로 나타난다.

1. 목적법칙

목적은 내적 의지의 심리적 근거에 따르지만 객관적 행위의 모든 것은 아니다.[106] 목적법칙은 간단히 "목적 없는 의사나 행위는 없다."(kein Wollen oder keine Handlung ohne Zweck)로 정의된다.[107] 예링은 목적법칙으로 법을 사회주체들의 이익을 위한 기술적 도구로 설명하고 있다.[108] 즉 법을 종교적 억압 또는 미신이나 철학적 존재론이론으로 추상화하려는

---

103) Kroppenberg, 위의 글, 11.(주 3)

104) Kroppenberg, 위의 글, 12 이하. 제안서의 원제는 „Vertraulicher Brief über die heutige Deutsche Jurisprudenz" 이 내용은 그의 책 Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, neu herausgeben von Max Leitner, Linde Verlag Wien Gesellschaft 2009에도 수록되어 있다.

105) 여기서 자연사라는 말은 가치관련적 역사관이 아니라, 순수한 관찰과 발견의 기록으로서의 역사관념을 기반으로 한다는 뜻이다. 그렇기 때문에 역사적 사실들은 가치적으로 존중될 대상이 아니라, 합리적인 추론과 평가를 위한 순수 도구에 불과하다. 예링은 이 방법론을 당시 논쟁이 심했던 법학교육에서 '클리닉'(juristische Klinik)을 도입 주장에서 발전시켰다.

106) 헤겔 철학에 대한 그의 비판점이기도 하다. 헤겔주의자들은 인간의 외적 행위가 그의 이성적 의지의 표현으로 설명하는데, 이렇게 전제하면 내적 의지에 따르지만 외부로 표출되지 않는 행위(양심)나 외부로 표현된 비심리적 인과율(착오)은 설명이 안 된다. Jhering, Zweck, Vorrede VIII.

107) Jhering, Zweck, 5.

108) 같은 설명은 윤철홍, 위의 글, 133.

시도에 반대하고 있었다. 언뜻 보기에 유사한 이념은 20세기 초반 목적론(Finalität)이다. 그러나 이 목적론과 예링의 목적사상은 구분되어야 한다. 목적론이란 벨첼(Hans Welze 1904-1977l)이 철학자 하르트만(Paul Nicolai Hartmann 1882-1950)의 사상을 응용해서 구성한 형법 이론이다. 간단하게 설명하면 행위 의지와 결과의 인과적 규칙을 목적성의 지배(Steuerung der Finalität)에 종속된다고 보고 형법상 행위 역시 목적조정적 인과법칙으로 파악하는 일종의 도그마틱 기술이다.[109]

벨첼의 목적론은 그가 따르는 하르트만의 인식론 자체가 신칸트주의에서 출발했다는 점을 감안하면[110] 본질적으로 의사주의 관념이라고 볼 수 있다. 또한 하르트만의 관념은 인식론상 주체에게 형성된 주관을 전제하기 때문에 객관적 사태를 분석하기에는 적절하지 않은 내용(존재론)으로 평가될 수 있다. 하르트만이나 벨첼과 달리 예링은 목적법칙에서 인식은 사태를 법률적 행위로 파악하는 과정으로 설명한다. 목적법칙에 따르면, 법률적 행위

109) Welzel, Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung, 7.Aulf., Walter de Gruyter & Co 1960, 28 이하. 그는 맹목적인 인과(blinde Kausalität)가 아니라, 이를 조정할 수 있는 목적적(sehende oder steuende Finalität) 행위가 형법적 행위라는 제안을 한다. 말은 그럴 듯하지만, "인식적으로 조정가능한 목적성"이란 과학적 인지이론에서 성립할 수 없거나 불가능하다. 이러한 설계는 상상력의 한계를 말해준다. 그럼에도 불구하고 이 오류는 20세기 초반 독일 형법학 뿐 아니라, 전세계에 영향을 미친 거대 이론으로 성장하였다. 벨첼에 대한 평가는 Ambos(신동일/박경규 역), 나치 형법, 박영사 2022, 제6장 참조. 사실 벨첼의 전후 출간된 형법교과서(Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung, 11.Aufl., De Gruyter 1969) 첫 문장부터 그의 정치적 관념은 드러난다. "형법의 임무는 공동체생활의 기본가치를 보호하는 일이다."(Aufgabe des Strafrechts ist es, die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens zu schützen) 그 이전 자유주의 형법이론가들(예를 들어 빈딩과 리스트)의 관념은 형법의 임무는 국가로부터 피고인을 지키는 것이었다.(피고인의 마그나 카르타!)

110) 하르트만은 인식의 기본범주를 설명하면서 인간의 정신은 자신의 모든 인식행위로부터 구성(Personaler Geist umfasst alle individuellen Bewusstseinsakte)되며, 객관적 정신이란 "역사적으로 전개된 실질적 구조, 즉 개인적 고려나 도덕, 법 또는 학문과 같은 것…"(Festigung des personalen Geistes in historisch wirksamen Strukturen wie in Erzählung, Sitten, Recht oder Wissenscahften…)에 기인한다고 말한다. 설명은 그의 Philosophie der Natur. Abriß der speziellen Kategorienlehre, De Gruyter 2015; 특히 Aufbau der realen Welt. Grundriß der allgemeinen Kategorienlehre, De Gruyter 1964, 25 Kap., 230.

란 가치에 대한 사람들의 인식을 대상으로 하고, 과정을 객관화하는 방식이었다.[111] 또한 예링이 칸트주의자들과 달리 법과 같은 제도를 주체의 인식을 통한 일방적 지각대상으로 보지 않고, 기존의 법에 의해 주체가 인식을 재구성할 수 있는 쌍방 관계로 파악했다는 점[112]에서도 차이를 확인할 수 있다. 요컨대 행위의 목적적 조정을 전제한 벨첼식 목적론과 법과 법주체의 관계를 목적법칙으로 설명하는 예링은 그 범위와 내용에서 다르다.

법률 행위는 어떤 것을 성취하는 것(um etwas damit zu erreichen)이다.[113] 법률행위는 심적-논리적 인과율에 따르는데, 예링은 이를 목적법칙(Zweck-gesetz)라고 불렀다. 그런 면에서 예링의 목적법칙은 "정당한" 이익을 보호하고 요구하는 수단으로 볼 수 있다. 그렇기 때문에 목적법칙의 전제는 정당한 이익과 결합되어야 한다. 자의적 이익을 실현시키는 제도로서의 의미로 해석할 수 없다.

2. 법 도그마틱

사비니와 역사법학파[114]와 달리 예링은 로마법을 필요에 따라 분해하

111) Jhering, Zweck, 5: "여기서 목적을 자연적 질서처럼, 어떤 결정을 하면 반드시 그 결과가 만들어지는 것처럼 생각하면 안 된다. 그 반대인데, 존재하지 않는 것은 미래에, 이미 존재하는 것은 현재에 결정될 수 있을 뿐이다. 결정 원인은 언제나 현재에 있고, 목적은 행위하는 자에게 살아 있고 그 행위를 하게 하는 생각이다." 인간은 무엇 때문(quia)이 아니라, 무엇을 위하여(ut) 법률행위를 한다.

112) Jhering, Geist IV, 340.

113) Jhering, Zweck, 4.

114) 오늘날 국내 대학에서 로마법은 사라지고 있다. 그 현실에 대한 비판(최병조, 법학전문대학원 로마법 수업의 현황과 과제. 서울대학교 법학대학원의 경험을 중심으로, 법사학연구 제51호(2014), 7-39)이나, 로마법의 법학의 기본적 인식으로서의 가치(현승종.조규창, 로마법, 법문사) 등은 의심 없이 동의할 수 있다. 최근 문화적인 차원에서 로마법을 재조명(한동일, 로마법수업. 흔들리지 않는 삶을 위한 천년의 학교, 문학동네 2019)한 글이 다시 주목받는 현상을 보면 아직도 고전에 대한 수요가 완전히 사라진 것은 아닌 것 같다. 그러나 언급했듯이 객관적으로 로마법이 유럽 법학에서 중요하게 연구된 시기와 지역은 17-8세기 일부 지역(주로 신성로마제국)에 제한되고, 로마 제국 멸망 후 12세기 대학이 설립된 후부터는 대부분 교회법만이 법학교육의 중심이었다.(Berman, Law and Revolution. The Formation oft he Western Legal Tradition, Harvard University Press 1983, 284 이하) 예를 들어

고, 다시 조립, 일부는 완전히 해체할 수 있는 대상으로 보았다.[115] 예링의 이러한 방법론은 자연과학적 - 정확히는 의학적 - 연구와 강의기법을 존중하는 입장에서 나온다.[116] 법학을 신비적이고 감정적으로 파악하는 관행을 중단하고 사회적 이익을 실천하기 위한 순수 법기술로 보는 관점의 기반이 되었다.[117]

법의 순수 기술성에 대해 그는 "정신" 제2권의 2를 모두 할애하고 있다. 간단히 정리해 보면, 고대 로마의 사제단(collegium potificum)은 법을 신법(fas)과 속세법(jus)로 구분하여 주로 어려운 법적 문제를 해석하였다.[118]

15세기 독일 지역을 중심으로 한 마녀재판 현상을 기억하면, 고전 로마법과 같이 가치중립적이고 실용적 법제도가 그러한 비이성적이고 신비주의적 판결과 집행을 결론낼 것 같지는 않다. 마틴 루터 이전 법학부는 신학부의 단순 하부 집단이었기 때문에 신학적 계율을 세속화시키기 위한 교회법에 더 많은 강의가 집중되었다. 또한 고전학적으로 볼 때 고전 라틴어 문헌들은 오늘날 완전한 형태로 발견된 것들이 거의 없을 정도이다. 12 표법(lex duodecim tabularum) 조차 현재까지 완벽한 상태로 발견되지 못했다. 요컨대 로마법 전공학자들이 사용하는 대부분 사료들과 문헌은 후대에 짜깁기된 것들이고, 로마 멸망 후, 또는 유스티니아누스가 법전을 재편하여 고대 로마의 영광을 되찾으려고 노력하던 560년 경 조차 로마법의 유럽지역 내 역할은 실제로 미미했다. 요컨대 실질적인 로마법의 연구는 고전 문헌들과 자료들을 고전학 이론적으로 접근해야 하는 것이지, 근거 없이 막연하게 로마법이 현대 법학의 DNA 라는 주장만으로는 과학적 설득력이 떨어지는 것도 사실이다. 비약하자면 12 표법 원본도 모르는 채 일부 그리스어와 라틴어 문헌들에 의존한 어두운 숲 속에서 더듬어 길 찾는 수준으로는 로마법 수업의 '과거의 영광'을 찾을 가능성은 별로 없다. 오히려 로마법의 제도사적 근원은 고대 그리스법에서 원인을 찾는 것이 더 빠를 수 있고, 그리스와 대립되던 페니키아나 근동 지역의 문명사에서 발견되는 제도들을 종합적으로 판단해서 이론을 구성해야 한다. 이러한 추세의 최근 연구 경향에 대해서도 관심을 가져봐야 한다.

115) Jhering, Geist II/2, 378.

116) Kroppenberg, 위의 글, 19 이하.

117) Jhering, Geist II/2, 377.

118) Jhering, Geist II/2, 357 이하. 예링은 사제관의 역할을 객관적 법해석을 위한 방해요소로 파악한다.(397-402) 또한 법의 구태(die Charakteristiche Momente der ältern Technik, 398)가 여전히 남아있는 원인 중 하나라고 말한다.(398) 고대 로마의 사제단과 총제사장은 12 표법의 제정으로 사라진 것이 아니라, 실제로 하나의 상위 자문기관처럼 존속했다. 중요 역할 중 하나는 법을 해석하고 최종적인 결론을 내리는 것이다. 사제장을 Pontifex Maximus라고 불렀고, 오늘날 가톨릭 교황의 지위가 이것이다. 104 BCE까지는 제사장이 제사관들을 직접 선발했으나 이후 사제단의 투표로 정해지기도 있다. 고대 로마는 종교에 대해 개방적이었으나, 그래도 그리스 신들을 숭배해서 제사장과 한 명의 종교제후(Rex Sacrorum - 후에 신성로마제국의 황제), 그리고

신법의 영향력은 세속법을 압도하는 현상도 초래했는데, 그 결정이 언제나 사제단의 주관적이고 불투명한 가치판단에서 비롯되었기 때문에 객관적 법이성으로 인정하기 어려운 점이 많았다. 그는 글에서 리비우스의 책을 원용하여 당시 사제장(Pontifex Maximus: 교황 아님)이 내린 결정을 한 예로 들고 있다.

> 근거가 불분명한 돈은 헌금하지 말아야 한다. 만일 이러한 돈이 전쟁을 위해 사용하는게 아니라면, 곧바로 다른 돈들과 구분하여 뒤섞이지 않도록 해야 한다. 그렇지 않다면 (성전에 대한) 기부금으로 적절하지 못하기 때문이다.[119]

이러한 신관에 의한 (주관적) 해석은 법을 추상적이고 존재론적으로 만들어 법이 가진 사태 명확화 기능이나 문제 해결 능력을 약화시키거나 아예 왜곡 할 수 있었다. 그에 따르면 원래 사제단은 공화정이 성립된 후에는 그 기능이 축소되어 달력을 정하거나, 제례를 지내는 단순 생활지도에 그쳐야 했었다. 그러나 일반 시민들에게서 사라지지 않았던 "자연주의 신화"[120]로

15명의 사제들(Flamines), 그 중 다시 3인의 수석사제(flamines maiores: Flamen Dialis, Flamen Martialis, and Flamen Quirinalis)와 나머지 12인의 사제들(Carmenta, Ceres, Falcer, Flora, Furrina, Palatua, Pomona, Portunus, Volcaus, Volturnus, 등이다.) 사제들의 이름 중 2개는 불분명하고, 1명의 여사제(Vestalis)가 있었다. 이들의 영향력은 공화정기에도 상당했으며, 세속적인 점술관(Augur)와 함께 고대 로마사회의 이중적인 법질서를 잘 보여준다. 중세 세속 국왕을 인정하면서도 교황의 지배권에서 벗어나지 못했던 관습 역시 이 사제단 서열이 중세와 근대 정치 구조에 정신적인 영향력이 유지되었다. 예링은 이러한 법과 제도 내에서 잔존하는 미신적(그리스 신들의 숭배 관행)이고 종교적(가톨릭 교회적인 영향력) 흔적에 대해서는 불편한 견해를 가지고 있었던 것으로 보인다.

119) Jhering, Geist II/2, 401: Ex incerta pecunia vovere debere; si ea pecunia non posset in bellum usui esse, reponi statim debere nec cum alia pecunia mesceri quod nisi factum esset, votum rite solvi non posse.

120) 이 신화란 자연의 법칙을 샤머니즘적으로 신뢰하여 하나의 인과율로 오해하는 경향을 의미한다. 예를 들어 예링은 역사법학파에 대한 비판에서도 볼 수 있듯이 지나간 과거를 현재 사태에 대한 원인으로 파악하는 것 자체가 비논리적이라고 보고 있다. (주 107) 이러한 관념은 이미 로마법학자 키케로의 글에서도 매우 정교하게 다루고 있다. 키케로는 법률론(De Legibus Liv.II, § 27 이하, 국내 번역본으로는 성염, 법률론, 한길사 2007)에서 자연적인 규칙과 이성적인 규칙의 구분이 자신의 시대에 어떻게 변화하고 있는지를 잘 말해준다. 그는 그리스인 플라톤이 법을 신성한 약속에서 유래된 것으로 말한 관점을 비판하고, 로마의 법이성은 신적인 영향을 부정하지는

인해 이들의 권한은 사라지지 않았다. 법을 "기술"(Technik)로 정의한 예링은 주관적 해석자의 자의가 차단될 수 있도록 자연사적 방법론을 통해 법적 소재를 확인(Gestaltung des Rechtsstoffs im Sinn der naturhistorischen Methode)[121]할 것이 필요하다고 한다. 이 때 소재(Stoff)란 비가치적이고 종교나 도덕관념과 구분되는 순수한 대상을 의미한다. 이를 통해 제정법 입법의 의미는 - 사비니와 유사하게 - 첫째 실증적 법의 소재를 발견하고[122], 둘째 그 자체로 모순이 없도록 만들며[123], 셋째 법이론적으로 볼 때 정교하여 아름다워야(juristische Schönheit) 한다고 말한다.[124] 아름답다는 표현은 법 그 자체가 완성된 예술품 같아야 함을 의미하고 있었다. 그로부터 법학은 법적 소재들이 실질적으로 시민들의 생활의 문제들을 해결하는 완성된 체계처럼 나타나 사람들에게 감정적 안정감(위로)을(를) 줄 수 있어야 한다.[125] 즉 사람들은 법의 적용이 예술작품의 시연처럼 사람들을 감동시켜야 결과를 설득할 수 있다는 의미로 해석할 수 있다.

예링의 법이론은 법학을 존재적 신학 도그마틱에서 자율적 법 도그마틱으로 발전시키는 계기를 만들 수 있었다. 존재적 신학 도그마틱은 계율을 벗어나지 못하는 한계를 가지고 있었다. 그러나 그의 목적법칙에 따른 법 도그마틱은 법률을 시간과 문언 해석적 한계가 있는 것으로 전제하고, 이를 살아 있는 사태와 기능적으로 결합시키려면 과학적 사고유형(법도그마틱)을 통해 당사자의 이익실현을 위한 기술로 발전시키는 노력을 했다고 평가할 수 있다.[126]

않지만, 인간적이고 세속적인 관념을 확정하는 전통에서 출발한다는 사실을 구체적으로 설명하고 있다.

121) Jhering, Geist II/2, 371 이하.

122) Jhering, Geist II/2, 371 이하.

123) Jhering, Geist II/2, 374 이하.

124) Jhering, Geist II/2, 379 이하.

125) Jhering, Geist II/2, 383 이하: Das System ist die praktisch vortheilhafteste Form des positiv gegeben Stoffs!

126) 이 시기의 법학의 근대성 문제에 대한 연구로는 이상돈, 형법의 근대성과 대화이론, 홍문사 1994.

3. 구체적 규범

그는 공동체(societas)를 하나의 인적 조합(ein Verein der mehrerer Personen)으로 설명하였다.[127] 사회란 구성원들의 이익을 위하여 상호 승인된 계약(Vertrag)에 따라 행동하는 집단이다.[128] 그리고 법은 도덕적 인격체로서 전제한 개인을 타인들과 상호 "계약"으로 조정될 수 있게 만들어서, "모든 사람은 사회를 위해 존재하고, 사회는 모든 사람을 위해 존재한다"(Jeder ist für die Welt, und die Welt ist für Jeden da)는 결론을 만든다.[129]

그런 면에서 예링의 '목적'이란 어떤 순수 이익이나 의도를 의미하는게 아니라 계약으로 정해진 그것을 합리적으로 실현시킬 수 있는 일종의 제안이다.[130] 수단으로서의 법은 이성적 주체의 법해석을 가능하게 해준다. 목적법칙의 핵심으로 볼 수 있다.[131] 또한 목적법칙에는 위계가 존재하는데, 개인의 실존을 위한 생명과 신체 완전성 같은 절대적 강제(propulsiver Zwang)가 근본 원리다.[132] 그 때문에 생명과 실존을 지키기 위한 정당방위권이나 긴급피난권이 존재한다. 또한 개인적 권역을 확대하는 관계를 가족(familia)[133]으로 보고, 가족관계에서는 실존적 목적 이외에 추가적으로 관계

---

127) Jhering, Zweck I, 87.

128) Jhering, Zweck I, 87 이하: Gesellschaftsvertrag! 이 개념이 정치철학에서 말하는 사회계약설을 의미하는 것은 아닌 듯하다. 왜냐하면 예링은 이 개념을 사회 구성의 법적인 의미에서만 사용하기 때문이다. 사회계약설은 계약 자체의 기능보다는 계약으로 보이는 허구의 규약이 어떻게 자연상태에서 국가로 이전되는가를 설명하는 모델일 뿐이다. 그러나 예링에게 계약은 구체적이고 직접적인 사회적 협동의 원인이고, 법적 의미에서만 그렇다. 그는 이러한 착상을 그리스 철학자 아리스토텔레스의 정치적 동물(ζῷον πολιτικόν zoon politikon)에서 비롯된다고 말한다.(88)

129) Jhering, Zweck I, 90 이하. 이 개념에 대한 더 자세한 분석은 Zweck II, 199 이하.

130) Jhering, Zweck I, 98 이하.(Die sociale Mechanik oder die Hebel der socialen Bewegung)

131) Keine Wissenschat tut sich damit leicht, kanonisierte Wissensbestände aufzugeben! Kroppenberg, 위의 글, 42. 강연시 예링의 분석적 개념 재구성에 대한 과학성을 평가하면서 한 말.

132) Jhering, Zweck I, 259 이하.

133) 예링은 가족을 법적인 의미와 사회적 의미로 구분한다. 그는 로마법상 가족은 소위

에서 오는 특별한 규칙이나 규약을 준수해야 하는 부수적 강제(compulsiver Zwang)가 인정될 수 있다.[134]

법의 근원을 '약속 지키기'로 전제하면[135] 로마법으로부터 형성된 계약 원리를 실천적으로 이해할 수 있다. 법은 당사자들의 이해관계를 정한 계약(약속)의 객관적 타당성(법이성)과 실천(강제)를 위한 제도이다. 예링은 이로부터 객관적 계약 원칙을 규범(Norm)으로 전제하고, 법제도를 다음과 같은 과정으로 설명한다. 1) 당사자들의 목적의 일치, 2) 목적을 달성할 수 있는 규범, 3) 해당 약속의 규범적합성, 4) 다른 주체들의 저항에도 불구하고 실행시킬 수 있는 규범 실행력, 5) 최종적으로 규범을 유지하는 외적 사회조정.[136] 예링은 법을(정당한) 약속을 지키는 강제 규범으로 파악했기 때문

계약(manus)에 의한 법인체로 설명하여, 소위 씨족공동체(Gentilverfassung)과 구분하였다. 이러한 설명방식은 사비니에게도 똑같이 발견된다.(Savigny, System III) 로마시대의 가족이란 혼인계약에 의거한 순수 인적 결합체로, 가부장(pater)를 법적 주체로 하는 부인(manus), 자녀들(filius), 그외 식솔(quiritium) 들로 구성된다. 파밀리아는 법적 관계가 출생(sanguinitas) 뿐 아니라 입양과 파양(adoptio/emancipatio)로 정해질 수 있다. Jhering, Geist II/2, § Familienprinzip(197) 참조. 이러한 예링이나 사비니의 설명 방식은 당시에도 가족관계를 설명하는 사회학적 이론(예를 들어 Tönnis, Gemeinschaft und Gesellschaft, Bd.1, 1880, Bd.2, 1887)과 거리가 있다. 퇴니스는 혈족공동체의 의미와 거래관계가 전제된 사회적 집단을 구분하는 것에 중점을 두었지만, 이는 그의 상상력에 기인한 이론에 불과하다. 로마시대의 법적인 관계를 토대로 보면 적어도 법적인 가족이란 기원전 400년 전부터 하나의 법인체 또는 조합계약관계에 따라 형성되고 해산하던 이익집단이다. 순수 혈연공동체는 어쩌면 제도가 만들어진 후에는 존재하지 못했을지 모른다. 예링은 이를 출생지 중심 제도(origo)와 거주지 중심 제도(domicilium)의 변화에서 설명하고 있다. 중요한 차이점은 300년 에비라(Evira) 종교회의가 기독교 윤리에 따른 가족관계를 정하여 다시 혈연이나 가치 공동체 개념으로 전환하면서 퇴니스식 혈연공동체적 의미인 "게마인샤프트"적 의미가 나타난 것으로 이해할 수 있다. 이에 대한 평가는 Batiffol, Principes de droit international privé, in 97 RECUEIL DES COURS 431, 499 (1959); Cassin, La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois, in 34 RECUEIL DES COURS 655, 702 (1930) 근대적 가족관계에 대한 설명 모델들은 모두 이러한 단계들을 무시하고 특정 종교(기독교 등)의 가치로만 가족을 설명하고 있어서 법적인 가족개념과는 언제나 괴리가 생긴다.

134) Jhering, Zweck I, 263.

135) May, Ancient Legal Thought. Equity, Justice, and Humanness. From Hammurabi and the Pharaohs to Justinian and the Talmud, Cambridge University Press 2019. 메이 교수는 로마법 훨씬 이전의 법학이 가진 특징을 언어 왜곡과 기망을 중요한 규범위반으로 평가했다는 설명을 한 바 있다.

에 법의 집행기관 역시 규범에 복종하는 법치국가원리의 통제 대상으로 파악하였다. 법은 시민을 지키는 것을 위해 존재해야 한다(salus populi summa lex esto!: 원래는 키케로의 말) 법규범을 통한 국가권력 통제 원리는 예링 이후 20세기 초반 독일 법학에서 많은 논의가 있었다.[137] 개인적 요구를 실현시키는 힘을 규범이라고 하고, 개별적인 규범은 이를 대상화하여 추구되는 해당 규범에 의해 더욱 강화되는 권리(Recht)가 된다.[138] 이처럼 규범과 권리가 실현되는 메카니즘을 사법(Rechtspflege)이라고 불렀다.[139] 결국 도덕이나 사회 가치와 같은 추상적 요소들을 법에서 배제하는 것이 아니라[140], 규범과 이에 대한 효력의 표현물인 법률을 구분할 뿐이다. 법학은 기술적 측면에서는 도그마틱 수행으로 볼 수 있다. 개념에서 이익 또는 목적으로 설명되는 영역은 법이성이고, 법률 자체의 해석과 적용은 합

136) Jhering, Zweck I, 297 이하.

137) 예를 들어 Binding, Die Normen und ihre Übertretung, I-IV, 와 Liszt(심재우 역), 위의 글, 137과 172 이하에서는 모두 상대주의 형벌이론을 예링의 '목적법칙'(Zweck im Recht)과 연관하여 설명하고 있다.

138) 빈딩의 규범이론은 그 대표적인 문헌이다. 빈딩은 법률은 규범과 법규로 구성되는데 요구와 금지로 구성되는 규범과 효력을 정하는 법규로 이루어진다고 한다. 점차 규범을 생략하고 법규만으로 법률 문언을 정하게 되면서 법률에는 법규만이 남게 되었다. 여기서 규범의 존재에 대하여 예링 연구를 근거로 설명한다. Binding, Normen I, 2.Aufl., 1890, 60 주 16. 빈딩의 견해에서 예링과 유사한 부분은 빈딩도 예링처럼 법을 규범 명령과 법효력을 구분하여 파악하는 점이다. 빈딩은 형벌을 조건부 명령에 따른 집행의무로 설명하였다.(위의 책, 7 이하: der angeblicher Imperativ des Strafgesetzes!) 이 생각은 당시 독일 내 헤겔주의 형법학자들의 법=명령이라는 착상에 반대하여 법은 규범을 근거로, 법률 문언은 그 효과를 정한 것으로 분석하면서 나오는 결론이기도 하다. 이에 대한 논쟁은 비교적 광범위하고 오래 지속되었던 것으로 보인다. 자세한 내용은 사법적인 측면에서 Thon, Rechtsnorm uns subjektives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre, 8. Weimar Herman Böhlau 1878, § 2 이하와 공법의 관점에서 Bierling, 위의 글. 이에 대한 설명은 역시 윤재왕, 위의 글, 1-31.

139) Jhering, Zweck I, 434.

140) 가치를 배제한 순수 실증주의적 법학이론으로 켈젠(Hans Kelsen 1881-1973)을 설명하는 견해로는 윤재왕, 위의 글, 17 이하.("…켈젠은 법이 수범자에게 어떤 동기형성력을 발휘할 수 있다는 사실도 단호하게 거부한다."); 오세혁, 켈젠의 법이론의 발전과정, 중앙법학 제7집 제4호(2005), 425 이하; 켈젠의 순수법학 제2판 한글 번역은 변종필/최희수, 순수법학, 세창출판사 1998; 제1판 한글 번역은 윤재왕, 순수법학. 법학의 문제점에 대한 서론, 박영사 2018.

리적 (순수) 규칙(도그마틱)으로 보는 예링 법이론의 특징이다.[141]

이에 덧붙여서 예링은 로마법학자이자, 로마법전문가들의 기본적 텍스트로 여길 수 있는 키케로의 법이론은 존중했던 학자였다. 일반적으로 키케로의 법률론은 그리스 철학자 플라톤이나 아리스토텔레스와 달리 법을 신비로운 요소와 현실적인 요소로 구분하여 각 효력의 의미를 설명하였다.

> "12 표법에 '죽은 사람을 도시 안에 매장하지 말며, 도시 안에서 화장하지 말라'고 규정되어 있지. 나는 이 법률이 화재 위험 때문일지도 모른다고 생각하네. 그런데 '또는 화장하지 말라'가 추가된 것을 보면 화장은 매장에 비해 선호되지 않는 것임을 알 수 있다네.(제2권 58절 중)"[142]

키케로는 이 글에서 친구 티투스 아티쿠스에게 전통적인 종교의식과 현실적 법률의 해석 필요성을 설명하면서, 로마 시민들을 위한 법과 모든 로마 영향권에 있는 사람들을 위한 보편적 법을 구분하고, 전통적인 미신적 영역을 어떻게 현실적인 세계관과 구분하여 적용할 수 있는지를 설명하는데 사용하고 있다. 이 주장은 대체로 예링 시대 로마법학자에게도 일반화된 관념이기도 하다. 그런 의미에서 실용적인 점을 강조한 로마법 역시 법의 신비주의적 요소를 모두 부정하지는 않았다. 법을 어떤 존재적 제도로 보는 관점들과 달리 사회적 제도의 일부로 보는 인식이 완성된 것은 로마시대보다 이전 수메르나 함무라비 법이기 때문이다.

V. 결 론

예링의 "권리를 통한 투쟁"(Der Kampf um Recht)은 법을 존재적 형상

---

141) 이런 점에서 예링은 순수법학을 주장한 켈젠과 다르고, 규범과 형법률을 구분하여 규범위반에 대해 조건부로 형법률의 집행을 의무화한 빈딩과도 다르다.

142) 'Hominem mortuum' inquit lex in XII 'in urbe ne sepelito neve urito.' Credo vel propter ignis periculum. Quod autem addit 'neve urito', indicat non qui uratur sepelin, sed qui humetur.

물로 파악하는 '종교적 인습'에서 벗어나 법이 형성된 원인과 구성요소를 해부하여 실제 제도의 목적으로 환원시키는 시도로 평가할 수 있다. 이를 위해 "로마법의 정신"은 핵심 이론을 위한 일종의 증명방식이다. 로마법의 일반 원칙들에 대한 설명들은 목적이 아니고 수단이다. 로마인들의 법에 대한 사상과 정신을 통해 얻고자 한 인식이 그들의 실질적 필요를 충족하기 위한 합리적 제도를 위한 수단이었다는 사실을 확인하여 종국적으로 그는 법을 정당하고 합리적인 이익을 지키는 도구이자 수단으로 설명하고 있다. 정신에서 나타난 방대한 내용을 요약 정리한 "법의 목적"은 법학을 하나의 독립적이고 완성된 과학으로 설명하기 위한 독립적 시도로 볼 수 있다.

생애 후반에 예링은 로마법원리의 역사적이고 엄밀한 해석에 국한하는 푸흐타 식 법학방법론(개념법학)이 아니라, 역사와 현실에 부합하는 실질적 해석원리로서 법도그마틱을 설명하려고 노력하였다.[143] 그는 당시까지도 주석에 머무르던 법학을 이념과 정책적 실현을 위한 살아 있는 도그마틱으로 만드는 시도를 한 것으로 평가할 수 있다. 그 때문에 그의 도그마틱은 경전 암송과 정해 놓은 해석(신학적 도그마틱) 방식[144]과는 달랐다. 언급했듯이 예링은 법학교육에서 리걸 클리닉과 모의재판을 통한 실질적인 훈련 방식이 불가피하고 말했다.[145] 예링은 비단 독일 법학만이 아니라 시민법체계

143) 예링 사후 Otto Gierke, Joseph Unger, Emil August Strohal 등과 함께 주도한 저널 Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd.32(1893)는 1919년까지 예링의 주도적인 연구성과를 확대하는데 기여했다.

144) Barth, Gesammtausgabe, Theologische Verlag Zürich 2014, 초판은 1932년 출간되었고, 마지막 14권은 1967년 출판된다. 국내에서는 박순경 등에 의하여 대한기독교서회에서 총 13권으로 번역 출간되었다. 이러한 도그마틱은 소위 경전주의(Textualism)라고 하며, 교의학적인 의미를 강하게 가지고 있다.(예를 들면 Barth, Dogmatik, Bd. 1, TV 2006, 60 이하는 "Dogmatik als Vertrauenshandlung"; 또한 "자유는 어떤 사람이 '비신학적인' 판단을 할 수 있거나 하는 경우 또는 이러한 방식으로 이단적인 행동을 할 수 있는 경우에 요구되는 것이다. 교회에서는 이러한 자유란 있을 수 없다.", 같은 글, 77) 법 도그마틱에 대한 비판적 설명은 도그마틱 자체가 신학적 계율에 묶여 있다는 전제에서는 아직 타당하다.(배종대, 법이론이란 무엇인가? 법학논집 제25집(1987), 1-71) 법 도그마틱은 확장적 기능을 가지고 있다는 설명은 문병효, 행정법 도그마틱의 변화에 관한 시론, 경원법학 제3권 제2호(2010), 139-158, 특히 143 이하. ("법도그마틱은 보수적인 요소 뿐만 아니라 역동적인 요소도 가지고 있다.")

145) Kroppenberg, 위의 글, 43 이하.

를 따르는 국가들의 법학이념과 실무적 교육에 대한 구체적 방법론을 제시한 학자로 평가될 수 있다. 그의 연구는 종료된 것이 아니라 지속적으로 발전되고 있다고 볼 수 있다.

예링 법이론은 - 조심스럽게 정의하자면 - 자연사적 인식을 통해 법에서 중세의 신비주의적 관념을 걷어내고 사회 구성원들의 이성적 이익을 정한 규범에 따라 사회생활을 제도합리적으로 실천할 수 있게 만드는 프로그램이라고 볼 수 있다. 구체적으로는 실정법률 이전에 사회적으로 승인된 규범을 전제하여 법이 구성원들의 이익을 위한 자의적인 수단으로 변질될 가능성을 차단하고, 관습법이나 실정법률의 존재만으로 어떤 사태가 강제되는 것을 제어할 수 있다고 믿었던 것 같다. 그는 공동체 승인을 기반으로 하는 규범관을 주장하여 이성적으로 설득될 수 있는 해결방식을 자신의 법이론에서 찾을 수 있기를 희망하였다. 그런 점에서 이익법학은 예링에 의해 강조된 것은 사실이지만, 이익과 목적은 수단이 아니라, 공동체의 규범 그 자체 실현을 목적으로 존중하는 방식으로 설명되었다고 볼 수 있다.

1892년 9월 17일 예링이 사망한 후 1년 후 1893년 박사학위 없이 예링의 승인으로 교수자격논문을 지도 받은 형법학자 메르켈(Adolf Merkel 1836-1896)은 스승에 대한 추도사에서 아래와 같이 적고 있다.

> "그의 과제는 끝나지 않았다. 그의 업적 - 새로운 법의 역사를 만든 '정신'(Geist)과 '법의 목적'(Zweck im Recht) - 은 완성되었는지 모르겠다. 그러나 그가 원래 의도한 모든 것을 하기 위해서는 어쩌면 한 번 더 삶을 살아야 할 기간이 필요할 것이다. 예링은 수많은 돛을 달고 까마득히 먼 곳으로 출항하길 바랬던 청년이었다. 그러나 그 바램은 빠르게 사라졌다. 왜냐하면 그가 발견한 많은 논쟁점이 사람들이 그를 주목하게 만들었고, 이후 그의 삶을 격동적인 논쟁 속으로 몰아갔기 때문이다. 그로 인해 그의 삶은 아주 작은 강가에만 머물도록 허용되었고, 수많은 관심이 그를 연구에만 몰두하게 했다. 그러면서 그가 정신에서 발전시킨 논의 방식은 널리 인정받았고 하나의 학문적 흐름을 주도하였다. 비록 본인은 모든 업적들이 충분하지 않다고 여겼지만, 그의 남겨진 성과는 한 사람의 능력을 충분히 증명한 것으로 평가할 수 있다."[146]

예링의 법이론 – 신 동 일	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2022.10.27.	2022.12.01.	2022.12.29.

146) Merkel, Jhering, in: Jhering/Gierke/Unger/Strohal(Hrsg.), Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd.32(1893), Verlag von Gustav Fischer 1893, 7.

[참고문헌]

김성훈, 볼프의 윤리학에서 자연법 이론, 철학연구 제61권(2020), 99-126
김영희, 독일 대학의 과정과 독일 대학에서의 자유, 자치, 그리고 개혁, 법학논문집 제31권 제1호(2007), 447-498
김영희, 영국법, 스코틀랜드법, 미국법 그리고 로마법, 법사학연구 제52호(2015), 7-58
김학태, 예링의 법사상에 관한 고찰, 외법논집 제31집(2008), 715-743
문병효, 행정법 도그마틱의 변화에 관한 시론, 경원법학 제3권 제2호(2010), 139-158
박은정, 자연법의 문제들, 세창출판사 2007.
배종대, 법이론이란 무엇인가? 법학논집 제25집(1987), 1-71
서을오, 티보와 사비니의 법전편찬 논쟁에 대한 재평가, 법학논집 제25권 제4호(2021), 501-519
_____, 채권법의 학설사적 기초 연구(1). 법학제요와 판덱텐 체계, 법사학연구 제30호(2004), 291-305
신동일, 기소책임제. 법체계 정형화와 공판중심 형사절차, 형사정책연구 제31권 제2호(2020), 115-148
양금희, 종교개혁과 교육개혁, 애영커뮤니케이션 2017
양창수, 예링 다시 지상에서 - 어떻게 개선할 것인가?, 법학 제39권 제3호(1999), 73-101
오세혁, 켈젠의 법이론의 발전과정, 중앙법학 제7집 제4호(2005), 425-450
윤재왕, 법, 도덕, 그리고 사실. 비얼링의 승인설에 대한 켈젠의 비판, 고려법학 제54권(2009), 1-31
윤철홍, 예링의 법사상, 법철학연구 제10권 제1호(2007), 107-148
이경재, 형이상학: 아리스토텔레스 vs 토마스 아퀴나스, 중세철학 제6권(2000), 101-222
이동휘, 사비니와 역사법학, 법학논집 제33권 제1호(2009), 65-86
이상돈, 해킹의 형법적 규율 방안, 법조 제546호(2002), 85-121
_____, 형법의 근대성과 대화이론, 홍문사 1994
이상수, 사비니에서 법의 역사성, 법사학연구 제23호(2001), 5-26
이원상, 스토킹 처벌규정 도입에 관한 고찰, 형사정책연구 제24권 제2호(2013), 147-186

Aarnio, Denkweisen der Rechtswissenschaft, Springer Verlag 1979; Aarnio/Alexy/Peckzenik, The Foundation of Legal Reasoning, in: Rechtstheorie 12(1981), 423-448
Ambos(신동일/박경규 역), 나치 형법, 박영사 2022
Aquinas, T., Summa Theologica, Coyote Canyon Press 2018.
Batiffol, H., Principes de droit international privé, in 97 RECUEIL DES COURS 431-485 (1959)
Barth, K., Gesammtausgabe, Theologische Verlag Zürich 2014
Behrends(Hrsg.), Ist Jurisprudenz eine Wissenschaft? Jherings Antrittsvorlesung vom 16. Oktober 1868, Wallstein 1998
Berman, H.J., Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Thought, Harvard University Press 1983
Bierling, E.R., Juristische Prinzipienlehre, Bd.1, Akademische Verlagsbuchhandlung von

J.C.B.Mohr(Paul Siebeck) 1894
Binding, K.G., Normen und ihre Übertretung, Bd.I, 2.Aufl., 1890
Cassin, R., La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois, in 34 RECUEIL DES COURS 655, 702 (1930)
Cicero(성염 역), 법률론, 한길사 2007
Dahrendorf, A./Felgenhauer, K., Die Historische Schuld der Ökpnpmie, 2004
Diestelkamp, Reichskammergericht und Rechtsstaatsgedanke, Die Kammerjudikatur gegen die Kabinettsjustiz, C.H.Müller 1994
Draper, G.I.A.D., Grotius' Place in the Development of Legal Ideas about War, in: Bull/Kingsbury/Roberts, Hugo Grotius and International Relations, Oxford University Press 1992
Engisch, K., Die Einheit der Rechtsordnung, C. Winter 1935
_____, Rezension zu Theodor Jaehner: Der Mythos vom Recht und seine empirischen Grundlagen, AcP 1936, 116-120
Esser, A., Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Fischer-Athenäum-Taschenbuch Verlag 1972
_____, Grundsatz und Norm in der richterlichen Rechtsfortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beiträger zur Rechtsquellen-und Interpretationslehre, 2.Aufl., Mohr 1990
Felix, D., Einheit der Rechtsordnung. Zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer juristischen Argumentationsfigur, J.C.B.Mohr(Paul Siebeck) 1998
Feuerbach, P.J.A. v., Einige Worte über historische Rechtsgelehrsamkeit und einheimische deutsche Gesetzgebung, Bamberg und Leipzig 1816, 24 S. in: Wiederabgedruckt in Feuerbachs kleinen Schriften vermischten Inhalts, Nü rnberg 1833, 133-151
Georg-August-Universität Göttingen/Geyken, Zum Wohle Aller: Geschichte der Georg-August-Universität Göttingen von ihrer Gründung 1737 bis 2019, Steidl 2019.
Goldschmidt, J., Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens, Abhandlung aus Berliner Juristischen Fakultät 2., 1925(Scientia 1962)
Grotius, H., Opera Omnia Theologica, 4.Bd., Leinen 1972
Hammerstein(trans. By Schoelkopf), History of German Universities, History of European Ideas vol.8.no.2(1987), 139-145.
Hartmann, P.C., Das Heilige Römische Reich deutscher Nation in der Neuzeit 1486 - 1806, Reclam 2005
Hartmann, N., Philosophie der Natur. Abriß der speziellen Kategorienlehre, De Gruyter 2015
_____, Aufbau der realen Welt. Grundriß der allgemeinen Kategorienlehre, De Gruyter 1940
Hegel, G.W.F., Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte, Bd.1, Meiner 1955.
Kaufmann, Arth., Rechsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann(Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie in der Gegenwart, 9.Aufl., C.H.Müller 2016.

Kelsen(변종필/최희수 역), 순수법학, 세창출판사 1998
Kelsen(윤재왕 역), 순수법학. 법학의 문제점에 대한 서론, 박영사 2018
Kibre, P., Scholarly Privileges. Their Roman Origins and Medieval Expression, The American Historical Review Vol. 59. No. 3(1954), 543.567
Krook, J., A Brief History of Legal Education: A Battle Between Law as a Science and Law as a Liberal Art. Legal History. No.17(2017), 30-61
Kroppenberg, I., Die Plastik des Rechts, Sammlung und System bei Rudolf von Jhering, Duncker & Humblot 2015
Jhering, R.v., Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts, G. Fischer 1857., V
_____, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Bd.I(1852), Bd.II/1, Bd.. II/2, Bd. III/1(IV), Breitkopf und Härter 1891.
_____, Zweck im Recht, 1.Bd., Breitkopf & Härtel 1877
_____, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, neu herausgeben von Max Leitner, Linde Verlag Wien Gesellschaft 2009
Lizst(심재우 역), 형법에 있어서 목적사상, 법학행정논집 제15권(1977), 133-188
Livius(이종인 역), 리비우스 로마사, 제1권-제4권, 현대지성 2020.
Luig, K., Der Geltungsgrund des Römischen Rechts im 18. Jahrhundert in Italien, Frankreich, und Deutschland, in Luig, Römisches Recht, Naturrecht, Nationales Recht, Goldwach 1998
Machiavelli(강정인/김경희 공역), 로마사 논고, 한길사 2018
May, L., Ancient Legal Thought. Equity, Justice, and Humanness. From Hammurabi and the Pharaohs to Justinian and the Talmud, Cambridge University Press 2019
Merkel, A., Jhering, in: Jhering/Gierke/Unger/Strohal(Hrsg), Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd.32(1893), Verlag von Gustav Fischer 1893
Mühllenbruch, C.F., Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte. Nach den Grundsötzen des römischen Rechts, Ernst Mauritius 1817
_____, Doctrina Pandectarum: Scholrum in Usum, 3. Aufl., Schwetschke 1830, Lehrbuch der Institutines des römischen Rechts, 2. Aufl., C.A. Schwestschke und Sohn 1847
Popper(이한구 옮김), 반증과 추측 I, 민음사 2001
Puchta, G.F., .Zu welcher Klasse von Rechten gehört der Besitz? Beantwortet durch eine Klassifikation der Rechte überhaupt, Rheinisches Museum für Jurisprudenz Jg. 3, 1829, 289-308
Purkiss, D., The English Civil War. A People's History, Harper Press 2012.
Savigny, F.C.v., System des heutigen römischen Rechts, Bd. I(1840)-VIII(1849), Veit
_____, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Mohr & Zimmer 1814
Schlosser, H., Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte. Rechtsentwicklungen im europäischen Kontext, 9.Aufl., C.H.Müller 2001
Schöler, C., Deutsche Rechtseinheit: partikulare und nationale Gesetzgebung

(1780-1866), Böhlau Verlag 2004
Schorske(김병화 옮김), 세기말 비엔나, 생각의 나무 2014
Starack, C., Empirie in der Rechtsdogmatik, JZ 1972, 609-613
Stern(Hrsg.), Thibaut und Savigny. Zum 100jährigen Gedächtnis des Kampfes um ein einheitliches bürgerliches Recht für Deutschland 1814-1914, Verlag von Franz Vahlen 1914(https://www.gutenberg.org/files/50813/50813-h/50813-h.htm)
Stolleis, M., Transfer normativer Ordnung: Baumaterial für junge Nationalstaaten. Forschungsbericht über ein Südeuropa-Projekt, RG 20(2012), 72-84
Thibaut, A.F.J., Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, Hattenhausen(Hrsg.), Savigny und Thibaut. Ihre programmatischen Schriften, 2.Aufl., Vahlen 2002
Thon, A., Rechtsnorm uns subjektives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre, 8. Weimar Herman Böhlau 1878
Tönnis, F., Gemeinschaft und Gesellschaft, Bd.1(1880), Bd.2,(1887), 2.Aufl., De Gruyter 1912
Varvaro, M., Ricerche sulla praescriptio, Torino 2008
Welzel, H., Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung, 7.Aulf., Walter de Gruyter & Co 1960
Wieacker, F., Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. neubearb.Aufl., Vandenhoeck & Ruprecht 1967
Wieacker(김형석 번역), 판덱텐 법학과 산업혁명, 법학 제47권 제1호(2006), 341-367

【국문초록】

독일 법학자 루돌프 폰 예링(1818-1892)은 영미 사법권에서는 법학계의 마크 트웨인으로 소개되기도 한다. 그 이유는 그의 책들(일부)이 다양한 언어로 번역되었고, 실제로 그의 탁월한 문장과 풍요로운 사상이 법학자로만 평가하기 어려운 요소도 있었기 때문이다. 사실 예링은 프랑스혁명으로 인한 영향력과 유럽의 개혁사상이 뜨거웠던 분위기에서 부흥한 로마법의 개념논쟁만을 추구하던 법학계와 그와 달리 사회적 이해관계로 인한 혼란을 해결하기 위한 정치적 논쟁의 가운데에서 활동한 학자이다.

국내에서 널리 알려진 “권리를 위한 투쟁”은 재직하던 비엔나대학을 떠나 1871년 건국한 독일제국의 괴팅엔대학으로 옮기기 전 1872년 오스트리아 법률가협회에서 행한 연설을 확대한 책이다. 그는 이 책 이전에 이미 가장 유명한 로마법의 정신 전 4권을 출간한 바 있다. 역사법학파의 창설자 사비니의 정신적 후계자로, 그리고 실제로 판덱텐학자 푸흐타의 제자였던 예링은 초기 경력을 역사법학파 로마법 학자로서 시작하였다. 그러던 중 그는 19세기 중반부터 로마법을 강의하면서 고대 로마법은 전승될 존재론적 원칙이 아니라, 고대 로마인들의 정신 속에서 있던 법을 통한 이해관계 조정 도구로서의 사회 구성 원칙으로 파악하기 시작했다. 이 강의 결과들은 후에 “로마법의 정신” 전4권으로 출간되었다. 그의 “권리를 위한 투쟁”은 사실 “로마법의 정신”을 축약하여 강연으로 옮긴 것으로 볼 수 있으며, 후에 이를 더 정밀하게 요약한 “법의 목적” 전2권을 출간한다.

필자의 생각에 신학의 그늘에서 벗어나서 법학 자체의 이론을 정립한 것은 사비니로 보인다. 그런면에서 19세기 법전논쟁은 단순히 새로운 법전의 필요성에 대한 논란이라기 보다는 당시 독일 법학자들간 법에 대한 이해(방법론) 차이에서 비롯되었다고 볼 수 있다. 정치적 필요를 바로 반영하는 법이 아니라 사회와 문화적 배경, 그리고 그 관계에서 발전하는 법학을 찾는 일은 역사법학파의 업적으로 평가할 수 있다. 다만, 그들의 방법론의 소재가 된 로마법원리들에 대한 이해 차이는 예링이 이 학파를 떠나 새로운 자연과학적 법기술을 제안하는 계기가 되었다. 특히 경전적 신념을 계승하

는 신학적 도그마틱이 아니라, 살아 있는 사람들의 이해관계를 법이성과 원리를 통해 체계적으로 설명하는 법 도그마틱은 예링의 로마법이론의 해부학적 분석과 재해석이 아니었다면 불가능했을지 모른다.

【Abstract】

Jurisprudence of Rudolf von Jhering

Dongyiel Syn PhD
(Faculty of Law and Business Hankyong National University)

A German law professor, Rudolf von Jhering was once regarded as the Mark Twain in sardonic humour. He has tried to modernize then German legal theories by analyzing and deep interpreting the republican Roman law. Jhering also pushed natural scientific methods into legal education to jettison its old ontological tediousness. He began professional career as a member of the historical school of jurisprudence proposed by Friedrich Carl von Savigny who was famous in pamphlet disputes between Anton Friedrich Justus Thibaut over the new German civil code in 1814. The school formulated an organic theory of legal and social evolution. Backing up his teacher Georg Friedrich Puchta, he joined the scene until coming out a series of book in title of the Sprits of Roman Law(Geist des römischen Rechts I-IV).

Far unlike other Roman law researchers who scrutinized themselves as uptight following (Begriffsjurisprudenz), Jhering anatomized the legal thoughts of Roman law piece by piece. And in the lecture for leaving Vienna university, he articulated that law was a tool for hunting down their interests, not for the conventional peace due. After the lecture, he printed the Struggle for Law(Der Kampf um's Recht), a bestselling book all time. Through the book he was focused from the world and other academic fields. Later he simplified the SRL(Geist) into the Purpose in

Law(Zweck im Recht), 2 volumes of book. He was extraordinarily success in publishing and admiring the audiences of the world. An orthodox pandectist became worldly recognizable. Many languages were able to enshrine his ideas to various legal cultures including Korea.

The first Korean version of the SfL was translated by Professor Jai-Woo Shim in 1977, lately it is rehabilitated by his chair successor Jai-Wang Yoon. It paid well attention but in some extent the book only was not enough to understand the gist of his whole ideas. Many other SfLs in Korean came out. To chase somebody's thought is to read through the prime sets. The SRL, the PiL, and the SfL will be the keys to open it out as Rudolf von Jhering pioneered. In this essay, I would like to summarize those books in a small dining table for readers. It is not a big work though, I hope it could legitimate that the first translator Professor Shim took us to see what Professor Jhering - then tiny Koreans knew about - has ever dedicated himself for the futuristic settings of modern jurisprudence.

주제어(Keyword) : 예링(Jhering), 이익법학(Interessenjurisprudenz), 목적사상(Zweckgedanken), 역사학파(Historische Schule), 법적 도그마틱(Rechtsdogmatik), 규범론(Normentheorie)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제107호 2022년 12월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2022.107.217

투자를 이용한 기망에 관한 형사법적 판단의 소고

- '자기책임의 원칙'과의 조화를 바탕으로 -

김 혜 미*

목 차

Ⅰ. 문제의 제기
Ⅱ. 투자에 대한 형사법적 판단 분석
1. 투자성의 정의
2. 투자위험과 관련한 불법 판단의 난점
Ⅲ. 경계선상의 사건들과 법적 쟁점들에 관한 분석
1. 적용될 수 있는 법조항
2. 투자를 이용한 기망에 관한 경계선상의 사건 판례 분석
Ⅳ. 법원 판단상의 문제점에 대한 제언
1. 법원 판단 기준의 모호함
2. 자기책임의 원칙과의 조화
3. 무조건적 처벌 확대의 불합리함

Ⅰ. 문제의 제기

현대사회는 자본주의 시장경제사회로서, 시장에서 이뤄지는 많은 거래 행위는 자본을 바탕으로 한다. 기업이 성장하고 그 가치를 상승시키려면 무엇보다 자본이 필수적이다. 시장에는 자금을 조달하는 다양한 방식이 있는데, 금융기관에서의 차입, 채권발행, 유상증자, 전환사채와 신주인수권부사

* 고려대학교 법학과 박사.

채 등이 그 예이다. 그 중에서도 투자는 성장의 밑바탕이 될 자본을 조달할 수 있는 중요한 방식이다. 이는 수익을 얻고자 하는 투자자에게 금융투자상품을 판매하여 장래의 수익을 보장하여 자금을 조달하는 것이다. 투자자는 확정된 이자율을 보장하여 안정적인 수익을 얻을 수 있는 저축을 선택할 수도 있지만, 일반적으로 투자는 수익 달성 여부가 불확실하더라도 고수익을 얻을 수 있다는 점에서 매력적이다. 이 같은 이유로 투자가 성행할수록, 그 심리를 이용하여 투자금을 편취하는 등 불법적인 행위를 하려는 시도도 증가하고 있다.

현행 제도에는 이처럼 투자와 관련한 불법적 행위를 규제하려는 다양한 법제가 있다. 「형법」,「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」,「유사수신행위의 규제에 관한 법률」 등은 형사적 처벌을 규정하고 있다. 최근에는 투자 관련 불법행위를 더욱 엄격히 규제하고자 하는 움직임이 있고, 높은 법정형을 규정하는 등 처벌이 엄격하다.[2] 그런데 이처럼 처벌을 강화하고 제도를 엄격히 운용함에도 투자 관련 불법행위는 좀처럼 억제되지 않을 뿐더러[3] 피해의 규모도 점점 더 방대해지고 있다.[4] 그 이유는 무엇일까?

어떤 이들은 이 같은 행위를 억제할 만큼 형벌이 충분히 강하지 않다는 것을 그 이유로 제시한다. 더욱 높은 형을 규정해야 이에 두려움을 느껴 불법행위를 시도하려하지 않는다는 것이다.[5] 그러나 이를 들여다보면 투자가 억제되지 않는 여러 원인을 발견할 수 있는데, 이 중 하나는 기술과 환경의

---

2) 형법 제347조 사기죄의 법정형은 10년 이하의 징역 또는 2000만원 이하의 벌금, 특정경제범죄가중처벌법 3조 사기죄의 법정형은 이득액 50억원 이상 무기 또는 5년이상의 징역, 이득액 5억원 이상 50억원 미만의 경우 3년이상의 유기징역을 규정하고 있고 유사수신행위법을 위반할 때는 5년이하 또는 5천만원 이하의 벌금을 규정한다.

3) 검찰청의 통계에 따르면 2020년 사기범죄는 2019년 대비 13.0% 증가하였고, 지난 10년 동안 53.2% 증가하였다. 지난 10년간 연도별 사기범죄의 발생비 추이를 살펴보면, 2017년까지 증감을 반복하다 2018년부터 지속적으로 증가하고 있다. 검찰청, 범죄분석, 2021 인용.

4) 김대근, “다중사기범죄 개념의 정립과 규제를 위한 법정책적 시론 - 해석의 한계와 입법의 정당성”, 형사정책연구 제29권 제3호, 2018, 131면 본문과 각주 참조.

5) 예컨대 보이스피싱 범죄를 예방하고자 하는 목적에서 2020년 전자금융거래법과 통신사기피해환급법이 개정되어 대포통장 범죄형량을 징역 3년이하에서 5년이하로 상향한 것도 이와 같은 취지로 볼 수 있다.

발전에 따라 새로운 형태의 행위가 등장하고 있어 미처 대비하기 어렵다는 것이다. 예컨대 보이스피싱, 스미싱 등 신종수법이 계속 등장하여 피해를 양산하기도 한다. 또는 가상화폐 시장에서의 행위와 같이 규제가 도입되기 이전에 투자를 이용한 불법행위가 나타나는 경우도 있다. 이처럼 투자사기 영역에는 정형화되지 않은 행위나 우리 법이 포섭하지 못하는 많은 행위가 있다.[6] 이러한 이유로 투자를 이용한 불법행위가 줄지 않는 이유를 설명할 수 있을 것이다.

또 다른 문제는 투자와 관련된 불법판단이 내포한 모호함이다. 이는 본 연구에서 다루려고 하는 중심적 논의이다. 어떠한 투자 관련 행위는 분명히 불법성을 갖는 경우도 있지만, 어떤 논쟁적인 경우에는 불법행위에 이르는지 법적으로 판단을 내리기 애매한 경우도 있다. (여기서 이를 '경계선상의 사건이라'고 칭할 것이다.) 왜 그러한가? 이는 투자의 속성 때문인데, 투자는 본래 불확실성이라는 위험을 감수하는 것을 바탕으로 하기 때문이다. '고위험 고수익'이라는 투자의 원칙을 좇는 이들은 기꺼이 위험을 감수하고자 하며, 어떤 경우에 이는 불법의 경계를 넘나들기도 한다. 이 때문에 투자상 행위에 대한 불법판단을 논할 때는 투자의 성격을 고려할 필요가 있다. 투자 관련 불법행위에 관해 처벌 일변도의 정책을 세우는 것은 효과적인 대책이 될 수 없다. 투자의 속성을 알고, 투자와 관련하여 불법인 행위와 불법이 아닌 행위의 경계를 어떻게 판단할 것인지에 관한 기준을 정립한 뒤에 적절한 방안을 논의할 수 있을 것이다. 본 연구에서는 이를 본격적으로 논하고자 한다. 먼저, (1) 투자 위험의 특성을 논하고 여기서 기인하는 형사법적 판단의 난점을 지적하고자 한다. (2) 이 같은 문제로 인해 현행법상 판례에서 법리가 모호해지는 양상을 유형별로 확인하고, 이 같은 경계선상의 사건을 다룰 구체화된 기준을 제시할 것이다.

---

6) 영국 런던의 사기범죄분석국(NFIB)가 분류하는 기준에 따르면 총48종의 소분류사기범죄가 있고, 이외에 속하지 않는 기타사기범죄 등이 있다. 서준배, "영국 런던시경의 사기범죄 수사모델과 정책 시사점에 관한 연구", 이처럼 기술과 환경의 발전으로 사기범죄는 나날이 진화하고 있으며 정형적이지 않다.

Ⅱ. 투자에 대한 형사법적 판단 분석

1. 투자성의 정의

앞서 논한 바와 같이 투자 행위를 형사법적으로 판단하는 데는 어려움이 따른다. 이는 투자의 특성 자체에서 기인하는 문제이기도 한데, 이를 살핀 뒤 형사법적 쟁점을 논할 것이다. 투자 행위에 관한 법적 판단을 논하려면 법적 관점에서 보는 투자의 개념과 의의를 살펴볼 필요가 있다. 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률(이하 자본시장법)」에서는 금융투자상품의 개념요소를 정의하면서 '투자성'을 요구한다. 투자성이란 금융투자상품의 취득을 위한 지급대가가 권리를 통해 회수할 수 있는 금전 등의 총액, 즉 수익액보다 클 가능성으로, 원본 대비 손실을 보게 될 위험을 의미한다.[7] 이처럼 투자행위는 미래의 불확실한 수익을 얻기 위해서 현재의 부를 희생한다는 특성이 있다. 현재의 부를 투자하는 대가로 시간적 위험에 대한 보상인 이자와 불확실성에 대한 보상인 위험 프리미엄을 받고자 하는 것이 투자의 목적이다.[8] 다시 말하자면 여타의 안전한 행위보다 높은 수익을 얻을 수 있는 대신 안전성, 수익성, 환급성의 위험을 감수하고 투자하기에 현재의 부를 잃을 가능성이라는 위험을 안고 있는 것이다.

'하이리스크 하이리턴' 이라는 말은 이 같은 투자의 속성을 표상하고 있다. 이는 투자의 여러 원칙 중 하나로 꼽히는 말인데, 많은 것을 얻으려면 높은 위험을 감수할 필요가 있다는 것이다. 한국에서는 투자 행위를 설명할 때 '레버리지'라는 용어를 널리 사용하는데, 이 또한 투자의 성격을 뚜렷하

---

7) 자본시장법 제3조 3조(금융투자상품) ① 이 법에서 "금융투자상품"이란 이익을 얻거나 손실을 회피할 목적으로 현재 또는 장래의 특정 시점에 금전, 그 밖의 재산적 가치가 있는 것(이하 "금전등"이라 한다)을 지급하기로 약정함으로써 취득하는 권리로서, 그 권리를 취득하기 위하여 지급하였거나 지급하여야 할 금전등의 총액(판매수수료 등 대통령령으로 정하는 금액을 제외한다)이 그 권리로부터 회수하였거나 회수할 수 있는 금전등의 총액(해지수수료 등 대통령령으로 정하는 금액을 포함한다)을 초과하게 될 위험(이하 "투자성"이라 한다)이 있는 것을 말한다.

8) 박정선·황지태·양승돈, "국내외 투자사기의 유형별 실태연구", 형사정책연구 제22권 제4호, 2011, 289면에서 서술한 투자사기의 정의를 인용하였다.

게 보여준다. 레버리지는 본래 지렛대라는 뜻으로 최소한의 노력을 들여 최대의 효과를 얻는다는 뜻을 갖는다. 금융시장에서는 이를 미래의 수익 증대를 위해 돈을 차입하여 자산을 매입하는 투자전략이란 뜻으로 사용하는데 이는 곧 하이리스크 하이리턴 원칙과 일맥상통한다. 투자에서는 이처럼 큰 수익을 얻기 위해 그만큼 위험 감수를 전제한다.

오늘날과 같이 변동성이 큰 시장에서 높은 수익을 얻기 위해 투자를 하는 이들은 고위험을 감수하는 것을 당연시한다. 예컨대 주택시장에서는 이른바 고위험 '갭투자'가 성행하기도 하였는데, 이는 주택매매가와 전세가의 차액이 적은 주택을 매입하면서 전세세입자를 구하는 투자방식이다. 여기서 투자금은 주택매매가와 전세가의 차액이고, 매매가격이 상승할 때 매각하여 얻을 수 있는 시세차익이 수익이 된다. 갭투자는 부동산 시장에서 저평가된 지역에서 매매가가 상승할 것이라는 예측을 바탕으로 하지만, 오히려 시세가 하락하거나 금리 인상으로 이자부담이 커질 경우 투자에 실패할 수도 있다. 은행에서도 사모펀드 등 고위험군 투자상품을 판매한 바 있고, 변동성이 매우 큰 가상화폐 시장에 투자하는 투자자가 늘고 있는 등 일반소비자 입장에서 투자 위험에 접하는 경우도 매우 흔해지고 있다.

그런데 투자가 위험하다는 것 그 자체는 문제가 아니다. 투자는 본디 미래에 대한 불확실한 예상에 근거한다. 우리는 투자를 할 당시 앞으로 발생할 상황에 대한 객관적 확률분포를 알 수 없기 때문에 이를 주관적 확률분포로 대체할 수밖에 없다. 경제주체는 한정된 지식과 정보를 바탕으로 이 같은 확률을 주관적으로 평가할 수밖에 없고[9] 투자 행위는 주관적 기대로 평가하는 불확실성을 바탕으로 하기 때문에 위험성을 내포하고 있다고 볼 수 있다. 따라서 투자 위험은 일반적이고 자연스러운 상황이라고 할 수 있다. 그러한 경우 투자와 관련한 불법행위가 언제, 어떻게 성립되는지 문제될 것이다.

이처럼 투자성이란 크든 작든 위험을 수반하는 행위이다. 투자와 관련된 행위를 법적으로 판단하려면 시장 내에서의 투자 위험의 속성을 이해하

9) 정운찬, 「화폐와 금융시장」, 율곡출판사, 2000의 논의를 김지열, "민스키의 금융불안정성 가설에 의한 한국 경제 분석- 헤지 단위·투기적 단위·폰지 단위에 의한 분석 - 사회연구 제6권 제1호, 2005, 128면에서 재인용하였다.

고 이를 전제로 할 필요가 있다.

2. 투자위험과 관련한 불법 판단의 난점

투자는 본래 위험을 감수하는 행위이며 자본주의 사회에서 이는 일반적이다. 문제는 투자 위험을 감수하는 행위에 대한 규범적 판단을 내리기 어렵다는 점이다. 이는 어떠한 행위가 투자의 일환일 뿐인지, 투자를 이용한 불법행위인지 판단하기 어렵기 때문이다. 또한 투자의 특성상 기존의 규범적 판단에 따라 이를 논하기에는 모호한 면이 있다. 아래에서 이를 보다 자세하게 논하고자 한다.

(1) 투자 관련 불법성의 판단

투자행위와 관련한 불법성 판단을 살피는 것으로 논의를 시작하려 한다. 투자와 관련한 불법행위를 규정하고 있는 여러 법조항들이 있다. 「형법」상의 조항뿐만 아니라 이와 관련하여 형벌에 해당하는 벌칙을 규정하고 있는 법 규정으로, 「자본시장법」, 「유사수신행위의 규제에 관한 법률(이하 유사수신행위법)」 등이 이에 해당한다. 앞서 논한 바와 같이 투자는 경제주체 간에 이루어지는 거래행위이다. 투자자가 투자를 하고, 투자금을 모집한 이가 이를 운용하여 수익을 창출하고 약정에 따라 이를 투자자에게 지급하는 과정이 총체적으로 투자와 관련한 행위라 할 수 있다. 위와 같은 법 규정들은 투자를 받거나 투자금을 운용하는 과정에서 행해지는 형법상 사기죄의 '기망' 행위나 자본시장법상의 '사기적 부정거래행위', 유사수신행위법상의 '유사수신행위' 등을 불법적인 행위로 규정하고 있다. 이 같은 투자 관련 불법행위가 갖는 불법성의 본질을 논하자면, 형법상 사기죄에 대하여 재산이 주된 보호 법익이나 부차적으로 거래상의 진실성 및 신의성실도 보호된다는 견해와 전체로서의 재산이 보호법익이고 거래의 신의칙 또는 처분의 자유는 보호법익이 아니라는 견해가 있다.[10] 대법원 판례[11]에서는

10) 이승준, "과장·허위광고와 사기죄의 기망 -判例를 중심으로-", 형사법연구 제21권 제1호, 2009, 333면에서 형법 교과서의 내용을 정리한 바를 인용하였다.

“사기죄의 본질은 기망에 의한 재물이나 재산상 이익의 취득에 있고 이로써 상대방의 재산이 침해되는 것”이라고 밝히고 있으므로 사기죄의 보호법익을 전체로서의 재산이라고 보는 것이 타당하고[12] 이를 침해하거나 위태롭게 하는 행위가 불법성의 본질이라고 할 수 있을 것이다. 유사수신행위법의 경우에는 제1조에서 ‘선량한 거래자를 보호하고 건전한 금융질서를 확립함을 목적으로’ 한다고 규정하고 있고, 자본시장법 역시 제1조에서 ‘자본시장에서의 금융혁신과 공정한 경쟁을 촉진하고 투자자를 보호하며 금융투자업을 건전하게 육성함으로써 자본시장의 공정성·신뢰성 및 효율성을 높이는 것’이라고 규정하는 바, 이 같은 규정을 위배하는 행위가 갖는 불법성의 규범적인 실체는 거래의 신의칙과 공정한 거래질서를 저해한 것이라고 볼 수 있을 것이다.

(2) 합법과 불법 구분의 모호함

행위의 불법성을 판단하려면 객관적인 행위태양과 주관적인 의도를 고려하여 이를 판단해야 한다. 그런데 법적 관점에서 볼 때 투자와 관련된 행위에서 불법성을 판단하기 어려운 이유 중 하나는 기본적으로 정상적인 투자행위가 실패로 끝난 경우와 투자를 이용한 불법적인 행위 모두 원금의 손실이라는 결과로 이어진다는 것이다.[13] 이 같은 경우 행위의 불법성을 판단하려면 투자 판단에 불법적인 의도가 있었는지를 결과를 통해 추론해야 한다. 그런데 투자 관련한 불법행위에서 불법적인 의도를 판단하기 쉽지 않다는 점이 문제된다. 불법적 의도는 내심의 영역이기 때문에 이를 판단하려면 정황상의 증거를 놓고 판단한다. 판례는 피고인이 범죄구성요건의 주관적 요소인 고의를 부인하는 경우, 그 범의 자체를 객관적으로 증명할 수 없으므로 사물의 성질상 범의와 관련성이 있는 간접사실 또는 정황사실을 증명

11) 대법원 2003. 12. 26. 2003도1226 판결.

12) 이승준, “과장·허위광고와 사기죄의 기망 -判例를 중심으로-”, 형사법연구 제21권 제1호, 2009, 333-334면.

13) 이와 같은 맥락에서 거래자체의 성격상 투자사기로 인한 재산상 손실이 발생하더라도 이를 전적으로 금융사기로 인한 손해로 보기 어렵다는 점에서 김현수, “유사수신행위 구조와 유형분석의 지평”, 형사정책연구 제28권 제3호, 2017, 102면.

하는 방법으로 증명할 수밖에 없다고 하였다. 이 때 무엇이 관련성이 있는 간접사실 또는 정황사실에 해당하는지는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력으로 사실의 연결 상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여 판단하여야 한다고 하였다.[14] 이처럼 행위자의 내심에 있는 범의를 판단하려면 간접사실 또는 정황사실로 미루어 판단할 수밖에 없다. 그런데 투자 판단은 불확실한 상황 하에서 이에 대한 행위자의 주관적인 기대나 예측을 바탕으로 행해지기 때문에, 불법적인 의도에 기한 것인지 적절한 상황 판단에 실패한 것인지[15] 정확히 말하기 어렵다는 것이다.

물론 투자를 모집할 당시 불법적인 의도가 있었음이 명백한 경우도 있다. 그러나 처음부터 투자상 수익약정을 이행할 능력이 있었고 불법적인 의도가 없었으나 사정이 변화하여 이 같은 능력을 상실한 것인지, 처음부터 수익 약정을 이행할 능력이 없었는데 이를 감추었거나 의도적으로 이 같은 능력을 상실시키거나 혹은 그러한 능력의 상실을 용인하는 등 불법적인 의도가 있었는지가 분명하지 않은 경우가 있다.

이 같은 판단이 어렵기 때문에 정책적으로 투자 불법행위를 다룰 수 있는 용이한 방법은 형식적인 의무 등을 부과하는 방법이다. 예컨대 금융소비자 보호에 관한 법률 제19조에서는 금융상품판매업자등은 일반금융소비자에게 계약 체결을 권유하는 경우 및 일반금융소비자가 설명을 요청하는 경우에는 금융상품에 관한 중요한 사항을 일반금융소비자가 이해할 수 있도록 설명하여야 한다고 규정하고 있다. 이에 따라 투자업자는 투자의 중요한 사항들을 설명할 의무가 있다. 그런데 어떤 것이 중요한 사항이 될 수 있을 것인가? 이 또한 주관적인 판단의 일부가 될 수 있다. 예컨대 주관적 예측에 기하여 손실의 가능성과 투자 위험을 크게 보지 않은 경우가 있을 수 있다. 또는 투자 방식에 있어 어떠한 사항이 결정적이지 않다고 판단했거나, 투자의 일환일 뿐 중요하지 않다고 생각하여 설명하지 않았을 수도 있다. 투자

14) 대법원 2006. 2.23. 선고 2005도8645 판결.

15) 이와 맥을 같이 하여, 금융거래의 유인을 위한 시세전망과 가치판단이 기망의 대상이 될 때 이를 사기죄의 행위태양으로 인정할 것인가에 관한 문제에 대하여 김현수, “유사수신행위 구조와 유형분석의 지평”, 형사정책연구 제28권 제3호, 2017, 102면.

초기에는 위험도를 낮게 판단하여 이처럼 설명하였으나 이후 높은 위험도를 갖는다고 판명될 수 있다. 이와는 반대로 투자업자가 불법적인 의도를 갖고 이를 제대로 설명하지 않은 경우도 있을 것이다. 이처럼 합법과 불법의 경계를 분명히 정립하기 쉽지 않은 상황이 있다. 물론 설명의무상 투자성 상품의 내용과 투자에 따른 위험 등을 설명하도록 규정할 때 관련된 모든 위험을 명확하게 설명하지 않았다면 불법이라고 규정할 수도 있겠지만 이는 현실적으로 불가능할뿐더러 타당하지도 않을 것이다.

최근의 사례를 보면 이 같은 문제 때문에 여러 논쟁이 제기된다. 투자업자는 위험성을 제대로 알리지 않은 경우 '불완전판매'에 해당하는데, 이 경우 민사상의 손해배상책임을 진다. 그런데 설명의무를 위반한 사안에서 이는 불완전판매를 넘어 사기 판매라고 주장하는 경우도 있다.[16] 설명의무를 위반한 것이 단순히 판매의 불완전함이 아니라, 사기에 이를 정도의 기망행위이기 때문에 손해배상이 아니라, 민법상의 계약취소와 형법상의 사기책임을 진다고 하는 것이다. 이 같은 논쟁을 살펴보면, 위험을 설명했는지 여부만으로는 형법상의 불법성에 이르렀는지 판단하기는 더욱 어려움을 알 수 있다. 현행법체계는 투자하는 이들을 보호하고자 하는 목적에 따라 투자권유시 의무를 부과하고 더욱 엄격하게 규제하고 있다. 특히 금융소비자보호법은 금융소비자의 요청이 없으면 방문·전화 등을 활용한 투자성 상품의 권유를 금지하는 '불초청 권유 금지'의 범위를 확대하여 방문 전 소비자의 동의를 확보한 때에만 이를 예외적으로 허용할 수 있도록 하고, 일반 금융소비자에게 '고난도 상품, 사모펀드, 장내 및 장외 파생 상품'의 권유를 금지하는 내용을 담았다.[17] 여기에는 위험한 투자로부터 대중을 보호하려는 분명한 의도가 담겨있는데, 이처럼 형식적인 의무를 강화하더라도 그 위반에

16) 시장경제 보도, "불완전판매냐 사기냐... '獨헤리티지펀드' 놓고 금감원 내부 이견" (2022.08.09. 보도), https://www.meconomynews.com/news/articleView.html?idxno=69441 (최근 방문일 2022년 11월 1일).

17) 2022년 7월 금융위원회는 이 같은 내용을 담은 금융소비자 보호에 관한 법률 시행령 및 감독규정을 입법예고하였다. 뉴데일리경제 뉴스보도, "금융당국, 고난도 상품·사모펀드도 불초청 권유금지" (2022.07.06.), https://biz.newdaily.co.kr/site/data/html/2022/07/06/2022070600246.html (최근 방문일 2022년 11월 1일).

대한 불법판단이 쉽다고는 할 수 없다.

판례는 투자행위의 불법성 판단에 대하여 몇 가지 기준을 제시한다. 판례는 투자상 불법행위에 대하여 기업에 자금을 조달하거나 경제활동에 수반하는 다양한 위험을 회피 또는 분산할 수 있는 순기능을 할 수 있는 것인지 아니면 그러한 순기능을 전혀 할 수 없고 오로지 투기 목적으로만 사용될 수밖에 없는 것인지, 그리고 거래의 내용과 목적 등에 비추어 볼 때 거래를 새로운 금융투자상품으로 발전·육성시킬 필요가 있는 것인지, 거래 참여자들을 투자자로서 보호할 필요는 있는 것인지, 특히 투기성이 강한 거래라면 투자자의 이익을 제대로 보호하고 건전한 거래질서를 유지할 수 있는 적절한 규제방법이 마련되어 있는지 등을 종합적으로 고려하여 신중하게 판단하여야 한다[18]고 하였다. 그러나 이 같은 기준은 투자행위의 불법성을 판단하기에 보다 구체적인 논의를 제시해주지 않는다. 따라서 보다 구체적인 법리가 필요할 것이다.

(3) 종래의 불법성 판단과의 차이

투자행위의 불법성 판단이 어려운 또 다른 이유는 투자의 본래적 속성을 고려하건대 투자상 판단에는 종래의 불법성 판단과 다른 특징이 있다는 것이다. 이는 투자행위에서 투자의 '위험'을 다루는 방식에 있다. 다시 말해, 투자상 불법에 관한 사례와 그 판단을 살펴보면 사실상 '위험'을 어떠한 방식으로 다루었는지에 대한 판단이 포함된다. 수익 약정을 이행할 수 없고 원금이 손실될 것이 예상됨에도 리스크를 지나치게 무모하게 감수했다면 불법적 의도가 추론된다는 것이다. 앞서 논한 바와 같이 '갭투자 사건'으로 불리는 전세사기사건에서는 임대인이 보증금 반환능력이 없으면서 임차인을 속이려했는지가 주요한 쟁점이다. 이 때 시세차익을 노린 투자였을 뿐 불법적 의도가 없었다고 주장하는 경우가 있다. 최근 사례에서는 무자본으로 수백 채를 매입한 후 집값과 전세값이 하락하여 투자에 실패하고 보증금을 돌려주지 않은 경우 사기 혐의로 의율하고 있다. 자본이 없으면서 무모할 정도

18) 대법원 2015. 9. 10. 선고 2012도9660 판결 등 참조

로 투자 위험을 감수하는 행위에 불법적인 의도가 있다고 판단한 것이다.[19]

현대사회에서 위험 관리에 대한 규제와 법적 판단은 중요한 쟁점이다. 울리히 벡이 '위험사회'를 인식한 이래로 현대사회가 마주한 위험을 어떻게 감수하고 관리할 것인가에 대한 논의가 진행되었지만, 법적인 관점에서 위험 관리를 규제하는 것은 쉽지 않다. 특히 투자 판단은 본래적으로 위험을 감수하는 행위지만, 투자를 설계하고 투자금을 모집하고 운용하는 과정에서 그 위험을 어떻게 관리하는지는 각기 다른 양상으로 나타난다. 즉 종래적 불법 판단과 달리 위험을 어떻게 감수하고 관리하였는가를 통해 불법적 의도를 추론하는 경향을 발견할 수 있다. 그러나 위험이 어떠한 결과를 낳을지 알 수 없는 투자의 세계에서 그 불법성을 판단하기는 쉽지 않다. 또한 어느 정도의 불법성이 발견되었을 때 처벌을 도입하는 것이 적절한지도 말하기 어렵다. 이 때문에 수사기관이 사기죄를 적극적으로 단속하려면 사기죄를 추상적 위험범으로 확대하자는 주장도 있다. 위험이 실제로 벌어질 가능성이 있을 때 선제적으로 대응하여 현실적인 재산피해가 발생하기 이전에 처벌할 수 있도록 규정하는 것이다. 독일은 1976년 형법개정으로 사기죄의 외연을 확대하여 투자사기죄, 신용사기죄와 같은 죄를 도입하고 이를 추상적 위험범으로 규정한 바 있다. 투자사기의 경우 '투자 증대 결정에 대한 중요한 상황에 관해 (투자자에게) 유리한 허위의 진술을 하거나 불리한 사실을 은폐하면 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다고 규정하고 있다.[20] 우리 법실무에서 투자시 설명의무를 위반하면 기망행위가 될 가능성이 있다. 그런데 이 같은 법규정에서는 이를 곧바로 처벌대상으로 규정하고 있는 것이다. 그러나 이는 투자의 위험을 회피하려고 불법을 지나치게 앞당길 수 있다는 측면에서 문제가 있다. 투자금을 운용하는 과정에서 불법성을 판단하지 않고 설명 의무 위반시 바로 처벌하게 하는 규정은 형법적 과잉이 될 수 있다는 점에서 문제가 있다.

---

19) 중앙뉴스 보도, "업자도 낀 빌라 136채 전세사기…298억 등친 희대의 세모녀" (2022년 7월 11일), https://www.joongang.co.kr/article/25086001 (최근 방문일 2022년 11월 2일).

20) 내일신문 보도, "[고수익 좇아 불법 유사수신에 몰린다 ③] 금융사기업체 1천여곳 영업, 처벌 규정 '콧방귀'" (2016.7.21.보도), http://www.naeil.com/news_view/?id_art=204042 (최종 방문일 2022년 11월 2일).

(4) 계약상 자기책임의 원칙과의 충돌

투자행위에 관한 형법상 판단을 내리기 어려운 이유 한 가지는 투자행위의 피해자를 보호하고자 할 때 민법상의 대원칙과 충돌하는 지점이 있기 때문이다. 자기책임의 원칙은 자기의 고의·과실에 의한 행위에 대하여만 책임을 진다는 원칙이다. 법률관계는 개인의 자유로운 의사를 바탕으로 이루어지므로 법률관계에 대한 책임도 그의 의사에 의한다는 것이다.[21] 투자자들도 투자 계약을 할 때는 투자 상품의 내용을 인지하고 이를 스스로 분석하여 선택할 필요가 있다.

그런데 최근 투자와 관련한 민사상 판단은 논쟁을 야기하는 결론을 제시하고 있다. 민법상 원칙적으로 계약자가 어떤 계약을 맺으면 그 계약이 유리하거나 불리하거나 계약자가 책임을 지게 된다. 만약 계약자가 착오나 기망으로 계약을 맺었을 때는 손해를 배상하거나 계약을 취소할 수 있다.[22] 그런데 주목할 만한 부분은 투자계약에 관하여 착오나 기망으로 계약 자체를 취소하는 사례는 드물었다는 사실인데, 2020년 라임자산운용 사태가 터지며 이와 관련한 법적 쟁점이 제기되었다. 라임자산운용 사건에서는 운용사가 투자금을 기형적으로 운용하여 피해를 키웠고 173개 펀드에서 환매가 이뤄지지 않아 법인과 투자가들이 큰 손실을 입게 되었다. 이에 사기를 이유로 투자 계약을 취소하고 원금 전액을 반환하기로 결정하면서 논쟁이 제기되었다.[23] 이전까지의 투자 관련 사례에서 사기를 이유로 투자계약을 취소하는 경우는 없었기에 이는 최초의 사례라 할 수 있다. 그런데 이 같은 결정은 본래 투자의 특성이나 자기책임의 원칙을 도외시할 수도 있다는 점에

---

21) 대법원 2014. 8. 21. 선고 2010다92438판결에서는 이를 개인이 자신에게 귀책사유가 있는 행위에 대하여만 책임을 지고 그렇지 않은 경우에 대하여는 책임지지 않는다는 민법의 원칙이라고 한다. 과실책임의 원칙이라고도 한다.

22) 민법 제109조(착오로 인한 의사표시) ①의사표시는 법률행위의 내용의 중요부분에 착오가 있는 때에는 취소할 수 있다. 그러나 그 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 때에는 취소하지 못한다.
민법 제110조(사기, 강박에 의한 의사표시) ①사기나 강박에 의한 의사표시는 취소할 수 있다.

23) 서울지방법원 2022. 4.28. 선고 2020가합5150271심에서 피해자들이 승소한 가운데, 서울고등법원에서 2022나2017964판결이 진행중이다.

서 문제된다. 손실 위험이 전제된 투자에서는 투자자는 스스로 일정 부분이를 감수해야 한다. 따라서 투자에서 기망을 이유로 계약 자체를 취소하는 것은 좋지 않은 선례를 남길 것이라는 비판이 제기되었다.[24]

물론 투자자가 투자 위험을 감수하고자 했더라도 이들을 착오케 하거나 기망하여 투자를 모집한 것이라면 이는 자기책임을 넘어 계약자를 보호해야 할 사안이다. 그러나 투자 상황에서 그 경계는 그렇게 명백하지 않다. 특히 불완전 판매와 사기 판매 사이의 모호함을 둘러싼 논쟁에서 이는 더욱 분명히 드러난다. 한 사안에서 판례는 해당 펀드의 수익 증권을 판매하는 과정에서 위험성 등 중요 사항을 제대로 알리지 않았고, 이로 인해 투자자들이 착오를 일으켜 계약에 이르렀다고 판단하였다. 이 같은 경우 앞서 논한 바와 같이 은행이나 투자신탁회사가 자본시장법상 설명의무를 위반하면 불완전판매에 해당하여 자본시장법이 적용된다. 불완전 판매가 적용될 경우 통상적으로 원금의 50~60%에 이르는 금액을 배상하게 되는데[25] 설명의무의 위반이 기망 수준에 이르렀다고 하여 계약 취소를 주장하면 전액을 배상받을 수 있기 때문에 피해자들은 불완전 판매가 아니라 사기 판매를 주장한다. 그러나 이처럼 불완전 판매와 사기 판매를 분명히 구분하기 쉽지 않고, 사기판매를 쉽사리 인정하기도 어렵다. 이는 자기책임의 원칙과 충돌할 우려 때문이다.

그렇다면 형사법적 판단에서는 이 같은 투자 상황을 어떻게 판단해야 할까? 형사법적 판단에서는 민사법과 다른 원칙이 적용되는바, 이 같은 민사 법리를 원용하는 것은 타당한가? 생각건대 투자자가 자유롭게 투자했더라도 자기책임을 넘어 이들을 보호해야할 필요가 있고, 민법상의 사기는 형법상의 사기보다 넓은 범위에서 형성되는 만큼 형법상의 필요를 어떻게 설정할지는 민사 영역과 또 다른 문제일 것이다. 그러나 형법적 판단에서도 민사 원칙

24) 매일경제 보도, “라임 펀드 판매 ‘사기 취소’ 판결 후폭풍…사모펀드 원금 보장하나“ (2022. 06. 03), https://www.mk.co.kr/economy/view/2022/491147 (최종방문일 2022년 10월 28일).

25) 아주경제 보도, “계약취소 전액배상 vs 불완전판매…대신증권 라임 분조위 어떤 결론 내나” (2021. 07.13), https://www.ajunews.com/view/20210713144348981 (최종방문일 2022년 10월 27일).

인 자기책임 원칙과 충돌하는 영역에서의 문제를 고려할 필요가 있다.

독일 제국법원과 연방대법원, 몇몇 법원 판결에서는 피해자의 자기책임이 불법을 제한하는 원칙으로 나타나고 있다는[26] 점도 주목할 만하다. 이를 구체적으로 논하고자 경계선 상의 사건들을 살펴보고 법리를 구체화하여 제시할 필요가 있다.

Ⅲ. 경계선상의 사건들과 법적 쟁점들에 관한 분석

1. 적용될 수 있는 법조항

투자 관련 불법을 다루는 법체계는 민사상 책임과 함께 형사적인 책임을 규정하고 있다. 특히 투자 관련 불법행위에는 형법상의 사기죄가 적용되고, 자본시장법, 유사수신행위법 등에서도 이를 규정하고 있다. 앞서 논한 바와 같이 투자 관련 불법에 대한 형사법적 판단을 모호하게 하는 구체적인 판단 유형을 검토할 필요가 있으므로, 이를 적용가능한 법조를 통해 살펴보고자 한다. 특히 여타 특별법과 형법상 사기죄와의 관계를 검토할 것이다.

(1) 자본시장법

1) 사기적 부정거래행위 규정

자본시장법은 투자와 위험관리를 본질적 기능으로 하는 '증권'과 '파생상품', '자산운용'을 포괄하는 자본시장 및 금융투자업에 대한 규제법규를 말한다. 자본시장법은 자본시장에서의 금융혁신과 공정한 경쟁을 촉진하고 투자자를 보호하며 금융투자업을 건전하게 육성함으로써 자본시장의 공정성·신뢰성 및 효율성을 높여 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다고 밝히고 있다[27]. 목적에서 밝힌 바와 같이 금융규제는 금융시장과 금융산업

---

26) 라이너 차칙(손미숙 역), 형법상의 불법과 피해자의 자기책임, 토담미디어, 2019, 30면.

27) 제1조(목적) 이 법은 자본시장에서의 금융혁신과 공정한 경쟁을 촉진하고 투자자를 보호하며 금융투자업을 건전하게 육성함으로써 자본시장의 공정성·신뢰성 및 효율

의 경쟁력을 강화하는 데 중요한 역할을 담당한다. 건실하고 신뢰할 수 있는 금융시장의 기반을 형성하고자 금융규제가 필요한 만큼, 많은 국가에서는 금융시장의 경쟁력을 강화하려면 금융규제가 필요하다는 판단에 따라 금융규제를 도입하고 있다.[28]

그 중에서도 투자상 사기적 부정거래와 관련한 규제는 불공정거래를 규율하는 편에 규정되어있다. 투자상의 부정거래를 금지하는 제 178조 '부정거래금지규정'[29]에서는 제1항에서 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 부정한 수단, 계획 또는 기교를 사용하는 행위(제1호), 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하거나 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재 또는 표시가 누락된 문서, 그 밖의 기재 또는 표시를 사용하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위(제2호), 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래를 유인할 목적으로 거짓의 시세를 이용하는 행위(제3호)를 금지할 것을 규정하고 있다. 제2항에서 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래를 할 목적이나 그 시세의 변동을 도모할 목적으로 풍문의 유포, 위계의 사용, 폭행 또는 협박을 해서는 안 된다고 규정하고 있다. 제443조는 제 178조의 위반행위에 대하여 1년 이상의 유기징역 또는 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 3배 이상 또는 5배 이하에 상당하는 벌금에 처한다고 규정한다.

이와 같은 규정을 적용한 대표적인 형사법상 판례는 '라임자산운용' 사

성을 높여 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다.

28) 정순섭, "국내 자본시장법제의 개선방향 자본시장법 개정안에 대한 의견을 중심으로", 경영법률학회 경영법률 제23권 제2호, 2013, 41면.

29) 제178조(부정거래행위 등의 금지) ① 누구든지 금융투자상품의 매매(증권의 경우 모집·사모·매출을 포함한다. 이하 이 조 및 제179조에서 같다), 그 밖의 거래와 관련하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.
1. 부정한 수단, 계획 또는 기교를 사용하는 행위
2. 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하거나 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재 또는 표시가 누락된 문서, 그 밖의 기재 또는 표시를 사용하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위
3. 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래를 유인할 목적으로 거짓의 시세를 이용하는 행위
② 누구든지 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래를 할 목적이나 그 시세의 변동을 도모할 목적으로 풍문의 유포, 위계(僞計)의 사용, 폭행 또는 협박을 하여서는 아니 된다.

례[30]를 들 수 있다. 사례에서는 중요한 사항이 거짓으로 기재된 펀드제안서를 작성하고 이를 사용하여 투자자를 유치한 행위는 자본시장법 제178조 제1항 제2호에서 금지한 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하여 금융투자상품을 판매한 행위에 해당한다고 보았다. 이 사건의 펀드제안서에는 펀드의 투자금이 해외 무역금융펀드에 투자되는 것이 아니라 모펀드에 투자된다는 내용이 기재되지 않았고, 라임자산운용은 이 사건 모펀드 자금을 해외 무역금융펀드에 투자하지 않고 기존 무역금융펀드의 환매대금으로 사용할 계획이었으나 이를 거짓으로 기재한 것이 문제된다고 하여 자본시장법상 사기적 부정거래에 해당한다고 하였다.

2) 사기죄와의 관계

자본시장법상 사기적 부정거래행위와 형법상 사기죄는 하나의 행위가 부정거래행위와 사기에 동시에 해당하는 것이므로 상상적 경합이라고 본 사례가 있다.[31] 이에 대해 부정거래행위와 사기는 별개의 구성요건에 의한 각각의 독립적 행위이므로 수개의 행위가 여러 죄를 구성하는 실체적 경합이라고 보기도 한다.[32] 특히 주목할 부분은 자본시장법 제178조 제1항 제1호가 불공정거래행위에 대한 포괄적 사기금지규정의 기능을 한다는 것이다. 제178조 제1항 제1호는 누구든지 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래와 관련해 부정한 수단, 계획 또는 기교를 사용하는 행위를 하지 못한다고 규정하고 있다. 이 같은 조항은 추상적, 포괄적으로 문언을 규정한다. 이에 빠른 속도로 변화하는 증권범죄에 보다 유연하게 대처하여 투자자의 보호에 공백이 없게 할 수 있다. 이는 포괄적 사기금지 조항인 미국 증권법 SEA 10(b)와 그 위임규정 SEC rule 10b-5, 일본의 금융상품거래법 제157조를 입법모델로 하는 것이다.[33]

---

30) 2020. 9. 25. 서울남부지방법원 2020고합171 판결.

31) 서울지방법원 2002.10.15. 선고 2002고단6437판결.

32) 리걸타임즈 ['기업과 법'] 에 실린 "자본시장법상 부정거래행위"에 관한 최영익 변호사의 글을 인용하였다. https://www.legaltimes.co.kr/news/articleView.html?idxno=58780 (최종방문일 2022년 10월 28일).

33) 강경모, "자본시장법상 포괄적 사기금지규정에 대한 비판적 검토 및 과징금제도 도입방안", 연세법학연구 제12권 제2호, 2021, 111-112면.

대법원은 '부정한 수단, 계획 또는 기교' 란 사회통념상 부정하다고 인정되는 일체의 수단, 계획 또는 기교를 말한다고 하여 기망성을 요건으로 하지 않는다고 본다.[34] 그런데 이 같은 문언이 지나치게 포괄적·추상적이기 때문에 죄형법정주의의 원칙에 위배된다고 우려하기도 한다.[35] 기망이라는 엄격한 요건에 따라 판단하는 사기죄와 달리 포괄적 부정사기거래 조항은 추상적인 문언을 사용하는데도, 이 같은 조항을 통해 사기죄의 성부 판단을 우회하면서 형사처벌을 부과하는 수단이 될 수 있다는 점에서 문제가 있다. 따라서 사기적 부정거래조항은 죄형법정주의와의 조화를 고려하여 신중하게 해석할 필요가 있다. 이 같은 조항에 의거하면 투자 관련 행위에서 불법성을 인정하거나 형벌로 처벌하기 더 용이하기 때문이다.

(2) 유사수신행위

1) 유사수신행위의 정의

유사수신행위법상의 유사수신행위는 동법 제2조에서 다른 법령에 따른 인가·허가를 받지 아니하거나 등록·신고 등을 하지 않고 원금과 수익을 보장하는 약정을 하는 것을 가리킨다. 이는 미등록·미인가 업체가 법적인 규제를 받지 않고 출자금을 받고 운용하는 행위를 지양하고자 하는 것이다. 유사수신행위법은 선량한 거래자를 보호하고 건전한 금융질서를 확립할 것을 목적으로(제1조) 장래에 출자금의 전액 또는 이를 초과하는 금액을 지급할 것을 약정하고 출자금을 받는 행위 등을 유사수신행위로 규정하고 (제2조) 제3조에서 이 행위를 금지한다고 규정하고 있다. 대법원은 유사수신행위의 의미에 대해 "유사수신행위의 규제에 관한 법률의 입법 취지나 위 법의 규정 내용 등을 종합하여 보면 위 법 제2조 제1호에 정하여진 '유사수신행위'에는 금융감독위원회의 인가를 받지 아니하고 실질적으로 신탁업을 하여 장래에 출자금의 전액 또는 이를 초과하는 금액을 지급할 것을 약정하고 출자금을 수입함으로써 불특정다수인으로부터 자금을 조달하는 것을 업으

34) 대법원 2011. 10. 27. 선고 2011도8109판결.

35) 강경모, "자본시장법상 포괄적 사기금지규정에 대한 비판적 검토 및 과징금제도 도입 방안", 연세법학연구 제12권 제2호, 2021, 115면.

로 하는 행위가 포함된다."[36]고 밝히고 있다.

2) 사기죄와의 관계

대법원은 유사수신행위의 규제에 관한 법률 제3조에서 금지하고 있는 유사수신행위 그 자체에는 기망행위가 포함되어 있지 않고, 이러한 법률 위반죄와 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(사기)죄는 각 그 구성요건을 달리하는 별개의 범죄로서, 행위의 태양이나 보호법익을 달리하고 있어 양 죄는 상상적 경합관계가 아니라 실체적 경합관계로 봄이 상당할 뿐만 아니라, 그 기본적 사실관계에 있어서도 동일하다고 볼 수 없다고[37] 본다.

사기죄와 비교하자면, 유사수신행위법은 전통적인 불법판단의 단계보다 상당히 앞서 있다고 볼 수 있다. 사기죄에서의 불법 판단과 달리 이 같은 판단에서는 등록이나 신고를 하지 않고 유사수신행위상의 약정을 했다면 곧바로 가벌성이 인정된다. 또한 불법행위로 인한 결과와 그 인과관계의 입증을 필요치 않는다. 이처럼 형법을 전단계화하므로 형법의 최후수단성을 위배할 수 있다는 문제가 있다.[38]

(3) 형법상 사기죄

투자와 관련한 불법행위와 관하여 가장 문제되는 조항은 형법상 사기죄의 성립여부이다. 형법 제347조는 사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 자는 10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다. 사기죄의 구성요건으로 타인을 기망하여 착오를 빠뜨려 피기망자가 처분행위를 하도록 하여 재물을 교부받거나 재산상의 이익을 얻음으로써 성립한다. 사기죄의 객관적 구성요건은 1) 기망행위, 2) 재물의 교부 또는 재산상 이익의 취득 3) 피기망자의 착오 4)처분행위 5) 재산상의 손해 등이다. 주관적 구성요건으로 고의와 함께 불법영득의사도 요구한다. 이 때 고의는 행위자는 기망행위, 피기망자의 착오와 처분행위,

---

36) 대법원 2005. 12. 9. 선고 2005도7120 판결.

37) 대법원 2008. 2. 29. 선고 2007도10414 판결.

38) 한병기, "「유사수신행위의 규제에 관한 법률」에 대한 새로운 이해- 형사법의 관점에서 금융혁신을 善導하는 금융규제법의 관점으로 -", 한국금융법학회지 제17권 제2호, 2020, 저자는 유사수신행위법에 대한 비판을 가하고 있다.

손해의 발생 사이의 인과관계를 인식하고 있음을 뜻한다. 사기죄의 편취 고의는 확정적 고의가 아니라 미필적 고의로도 족하다.

특히 투자행위에 대해서는 (1) 기망 행위가 성립할 것인지 (2) 기망행위를 한 자가 투자의 수익으로 원금과 이자를 상환할 '의사와 능력'이 있었는지 (3) 투자금에 대한 편취의 범의가 있었는지가 중요한 쟁점이 된다.

(4) 법조항에 대한 분석

형법상 사기죄는 수사와 그 입증이 매우 어려워 유사수신행위과 같이 형식적인 요건만 충족하면 불법성을 인정하는 식의 조항들로 처벌하게 된다. 자본시장법상의 포괄적 사기금지규정도 부정한 수단이나 기교처럼 기망보다 넓은 범위에 대해 형법상의 책임을 지게 한다. 이 같은 법조항들은 가상화폐 등 기술 발달로 인해 금융범죄가 다양화·복잡화는 상황[39]에서 처벌의 공백을 막거나 사기죄로 입증이 어려운 상황에서 사기죄보다 전단계에서 처벌하는 조항이라 할 수 있다. 이처럼 여러 법이 투자상 불법행위 체계를 구성하지만, 그 중에서 가장 핵심적인 것은 사기죄이다. 사기죄는 특정경제가중처벌에 관한 법률로 가중될 수 있다는 점에서 가장 강력한 처벌인 점도 그러하지만, 여타 법이 사기죄의 입증을 우회하여 처벌하면서 사기죄와 관계를 맺고 있기 때문이다. 기망 행위에 관한 판단은 가장 입증이 어려우면서도 모호하고 투자와 관련된 법체계 전반에 영향을 미친다. 따라서 기망행위를 중심으로 불법행위의 판단을 하는 것이 타당하다.

2. 투자를 이용한 기망에 관한 경계선상의 사건 판례 분석

(1) 기망의 내용: 중요한 사항에 관하여 기망에 이른 경우

1) 문제의 제기

사기죄의 성부와 관련하여 투자와 관련한 불법행위에서 특히 문제되는

39) 한병기, "「유사수신행위의 규제에 관한 법률」에 대한 새로운 이해- 형사법의 관점에서 금융혁신을 善導하는 금융규제법의 관점으로 -", 한국금융법학회지 제17권 제2호, 2020, 112면.

것은 기망행위가 있었는지 여부이다. 상거래 중에는 판매자가 과장이나 과대선전을 하는 경우가 종종 있기 마련이고, 관행상 이 같은 행위가 용인되는 경우가 상당하다. 따라서 일반적으로 사소한 것을 허위로 말했다고 하여 사기죄의 성립을 인정하는 것은 과도한 것이다. 판례 역시 일반적인 상거래의 원칙상 일반적으로 상품의 선전, 광고에 있어 다소의 과장, 허위가 수반되는 것은 그것이 일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 시인될 수 있는 한 기망성이 결여된다고 한다. 그러나 거래에 있어서 중요한 사항에 관하여 구체적 사실을 거래상의 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지한 경우에는 과장, 허위광고의 한계를 넘어 사기죄의 기망행위에 해당한다고 판시하고 있다.[40] 이처럼 거래에 있어 중요한 사항을 허위로 고지하여 기망에 이르게 하면 사기죄가 성립할 수 있다.

투자와 관련한 판례에서 제기되는 쟁점은 거래에 있어 '중요한 사항'이 무엇인가의 여부이다. '중요한 사항'의 판단을 다투는데 다음과 같은 사실이 문제될 것이다. 예컨대 투자제안서의 수익률을 어느 정도 과장하여 기재한 행위는 기망인가? 또는 기재한 사실과 어느 정도 다른 방식으로 투자하였을 때, 기망이 성립하는가? 이처럼 투자 당시 투자자를 유인할 때 거래와 관련한 사항을 실제와 다르게 설명했을 때 중요한 사항을 어떻게 판단할지 문제된다.

이에 대해 판례가 제시한 법리는 오히려 혼란스러움을 가중시키기도 한다. 옵티머스 자산운용 사건[41]에서 원심재판부는 "판매사를 통해 투자대상, 운용전략 등이 허위로 기대되어 있는 투자제안서를 접한 일반 투자자로서는.... 만약 투자대상, 방식 등을 고지받았더라면 펀드에 투자하지 않았을 것이므로 피고인들이 이 같은 방식으로 투자금을 받은 것은 사기죄의 기망에 해당한다"고 한 것이다. 그러나 투자에 있어 '중요한 사항'을 이처럼 판단한다면 법리상 막연하고 모호한 면이 있다. 피해가 발생한 상황에서 가정하건대 투자자는 상황을 알았다면 언제나 펀드에 투자하려들지 않을 것 아닌가? 이 같은 법리에 기하면 투자자의 자기책임 원칙은 의미를 잃는 것이 아닐까? 따라서 투자에 관한 불법행위를 투자자의 투자판단이라는 관점에서

40) 대법원 1992. 9. 14. 선고 91도2994 판결.

41) 서울중앙지방법원 2021. 7. 20 선고 2020고합585판결.

이를 다시 재고해보고자 한다. 아래에서 유형별로 이를 분석해볼 것이다.

2) 투자 유인시 투자조건 등에 대해 허위·과장광고하는 경우

(가) 기획 부동산 사기

첫 번째 유형은 투자에의 유인시 투자상의 조건, 대상, 전략 등에 관한 사실을 허위·과장광고하는 경우이다. 예컨대 기획부동산사기와 같은 사례와 펀드 사기 등에서 이를 대표적으로 찾아볼 수 있는 사례이다. 전자의 경우 교통, 상업시설 등의 개발 호재가 있다고 선전하거나 수익형 부동산을 분양하면서 얼마 이상의 수익을 보장받을 수 있다고 홍보하여 투자금을 모집한다. 펀드 사기의 경우 펀드에 투자하도록 허위·과장하여 유인하는 것이다. 여기서는 투자에 결정적인 요인이 되는 투자 조건이 되는 사실을 허위·과장한 경우를 다루고, 예상되는 수익에 대한 과장은 다음 유형에서 논할 것이다. 앞서 살펴본 것과 같이 판례는 상품의 선전 광고에 있어 다소의 과장이나 허위가 수반되었다고 하더라도 일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 시인할 수 있다면 이를 기망이라고 볼 수 없으나 거래에 있어 중요한 사항을 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 만한 방법으로 허위 고지하면 과장, 허위광고의 한계를 넘어 기망행위에 해당한다고 본다. 다음과 같은 사례는 판례가 과장, 허위광고의 한계를 넘었다고 보는 대표적인 사례이다.

<사례 1> 피고인은 각 지방자치단체 사이트, 인터넷 신문기사를 검색하여 개발예정지역 주변이지만 개발가능성이 희박한 산지 등을 헐값에 사들인 다음 영업사원들에게 해당 토지의 단가를 정하여 판매할 것을 지시하였다. 영업사원의 지인들에게 과장되거나 부풀린 정보를 제공하면서 토지매수를 권유하고 영업사원들로 하여금 매매대상 토지에 방문토록 유인하거나 개발계획서, 허위의 기밀서류 제시 등 각종 기망행위를 통하여 값싸게 매수한 땅을 통상 매입가격의 몇 배에 달하는 고가에 분양 및 매도하는 수법으로 업체를 운영해왔고 고객을 유인한 영업사원에게 월급 이외에도 매매대금에 대한 수당을 지급하였다.[42]

해당 사례에서 피고인들은 실제로 관광단지가 조성될 예정이 아니고

42) 울산지방법원 2019. 5. 16 선고 2017고단2920 판결.

그런 계획이 없음에도 그러한 사실이 있는 것처럼 광고하여 피해자들이 향후의 개발을 기대하고 땅을 매입하게 하였다. 이처럼 도로나 역과 같은 교통시설의 신설, 그린벨트구역의 해제 등 행정적으로 명확하게 사실을 판단할 수 있는 사안을 허위·과장하는 경우 사기죄가 성립될 수 있다. 토지에 상수도, 도로를 개통하여 즉시 건축이 가능하도록 하겠다고 피해자들에게 말했고 팜플렛에도 이를 기재하였음에도, 실제 개통되지 않았고 이러한 상황을 예상할 수 있었으나 설명하지 아니한 채 시기를 못 박아 건축이 가능할 것이라고 말한 것은 기망이라고 보았고[43] 이처럼 A 토지 앞에 도로가 날 계획이 없고 B토지에 아파트나 다세대 주택 건축이 가능하지 않음에도 마치 개발 계획이 확장된 것처럼 말하여 토지를 매수하게 한 사례[44]에서도 기망을 인정하였다.

이 같은 입장은 분양 계획이 극히 불투명할 뿐만 아니라 사업부지의 매매 계획도 소유자들의 매입의사를 일일이 확인한 것이 아니라, 높은 토지대금을 지급하면 매입할 수 있으리라고 막연히 예상하였을 뿐이라면 적어도 미필적으로나마 분양 계획대로 수분양자들을 입주시키는 것이 불가능하다는 점을 인식하였으리란 점에서 기망이 성립한다고 판시한 부분[45]에서 더욱 분명히 드러난다. 이를 통해 알 수 있는 사실은 판례의 입장으로 보건대 허위 또는 과장한 사실이 투자의 전제로서 결정적이며 사실여부를 판단할 수 있을 투자상 조건에 관련된 것이면 기망이 성립된다고 보았다는 것이다. 이처럼 과장·허위 광고가 기망행위가 되는지에 관한 중요한 기준은 불확실성이다.[46] 투자상 조건이 당시 막연한 예상 또는 기대에 불과하였거나 혹은 그러한 기대의 바탕이 되는 근거가 전혀 없음에도 이를 확정된 사실인 것처럼 말하였다면 투자의 기망성을 인정할 수 있다는 것이다. 이는 지방단치단체가 맡긴 용역업체의 보고서에 불과한 계획을 바탕으로 투자를 유인한 경우 기망한 행위라고 판단한[47] 사례와 맥을 같이 한다.

---

43) 울산지방법원 2019. 5. 16 선고 2017고단2920 판결.
44) 울산지방법원 2020. 11. 6 선고 2020고단1783 판결.
45) 대법원 2005. 4. 29. 선고 2005도741 판결.
46) 이승준, “과장・허위광고와 사기죄의 기망 -判例를 중심으로-”, 형사법연구 제21권 제1호, 2009, 341면.

그렇다면 판례에서 기망에 해당되지 않는다고 본 사례는 어떠한가? 상가를 분양하면서 그 곳에 첨단 오락타운을 조성·운영하고 전문경영인에 의한 위탁경영을 통하여 분양계약자들에게 일정액 이상의 수익을 보장한다는 광고를 하고, 분양계약 체결시 이러한 광고내용을 계약상대방에게 설명하였더라도, 체결된 분양계약서에는 이러한 내용이 기재되지 않았고 사정에 비추어 볼 때 청약의 유인에 불과한다고 본 사례[48]가 있다. 앞서 기망에 해당한다고 본 사례와 달리 (1)허위 과장한 내용이 투자에 있어 결정적인 내용이 아니거나, (2) 그 개발가능성이 확정적이라고 설명했다기보다 다소 과장되게 이야기한 것에 지나지 아니한다면 기망이 아니라고 한 것이다. 판결에서는 용도가 특정된 특수시설을 분양받을 경우 그 운영을 어떻게 하고, 그 수익은 얼마나 될 것인지와 같은 사항은 투자자들의 책임과 판단 하에 결정될 성질의 것이라고 설명한다. 이처럼 사실 여부를 판단할 수 있는 투자조건을 확정적인 사실로 허위·과장하였고, 이것이 투자 유인의 전제가 되었다면 기망이 성립한다고 볼 수 있다.

그러나 이를 고려하더라도 의문이 드는 판례가 있다. 이는 매수를 권유하면서 언급한 내용이 객관적 사실에 부합하거나 확정된 것은 아닐지라도 연구용역 보고서와 신문스크랩 등에 기초한 것으로서 사기죄에 있어서 기망행위에 해당한다고 보기는 어렵다고 한 판례로, 단편적 사실만 보자면 앞에서 논한 판례의 결정과 충돌할 여지가 있다.[49] 해당 사례에서는 막연한 예상이나 불투명한 가능성에 기하여 투자를 유인했음에도 기망이 성립하지 않는다고 하였다. '중요한 사항'의 법리에 비추어보면 해당 판결이 여타 판결과 일관된 것인지 의문이 제기된다. 그렇다면 어떠한 경우에 기망이 성립하고, 어떤 경우에 피해자가 스스로 책임을 져야하는가?

다음의 판례는 이 같은 논의에 대한 중요한 단서를 제공한다. "피고인은 피해자들의 손실 위험과 직결되는 기대 실현 여부와 관련된 제반 사정을 피해자들에게 정확하게 알려야 할 책임이 있다. 따라서 피해자들에게 피고

47) 대법원 2008. 10. 23. 선고 2008도6549 판결.
48) 대법원 2001. 5. 29. 선고 99다55601, 55618 판결.
49) 서울고등법원 2007. 5. 23. 선고 2006노1181,2006노2407(병합),2007초기138 판결.

인이 제공한 정보가 사실인지 여부를 검증하여 보고 알아서 투자판단을 하여야 한다고 떠넘겨서는 안 되고, 피고인과 같은 기획부동산업자를 전문가로 생각하기 때문에 피고인 측에서 제공한 정보에 의존할 수밖에 없는데, 만약 투자판단을 피해자들에게 떠넘길 것 같으면 피해자들에게 그러한 사정도 알려주어야 한다."[50] 투자를 결정하는 판단은 피해자의 책임에 있더라도, 이를 전적으로 피해자에게 떠넘길 수 없다. 판례는 관련된 정보를 정확하게 전달할 피고인의 책임을 강조하고 있다. 이는 투자를 판단하는 피해자가 피고인의 정보에 의존하기 때문이다. 현대와 같이 과대·과장 광고의 홍수 속에서 살아가며 소비자가 광고내용을 액면 그대로 받아들인데 대한 책임을 스스로 부담해야 한다는 것은 지나친 주의의무를 요구하는 것이기도 하다.[51]

정리해보건대, 투자상 불법행위에 관한 일관된 법리는 다음과 같은 것이어야 한다. 투자 조건으로서 어떠한 근거도 없거나 막연한 예상에 기한 것, 가능성이 불투명한 사실을 확정된 것처럼 속였고 이는 투자에 중요한 요인으로 작용했다면 기망에 해당한다고 볼 수 있다. 기망의 피해자들이 피고가 제시하는 정보에 의존하므로 적절히 투자판단을 할 수 없기 때문이다. 따라서 불법성의 경계에 있는 경우, 피고가 피해자로 하여금 자신들의 거짓된 정보에 의존하여 투자하게 하였는지, 혹은 투자자의 합리적인 판단을 저해할 정도의 기망은 아니었는지 판단하는 것이 타당하다.

(나) 펀드 사기

펀드사기의 경우 기획부동산 사기만큼 복잡한 사안으로 얽혀 있다. 펀드에서도 투자에 관한 중요한 사실을 허위·과장하였으면 기망에 이를 만하다고 한다. 예컨대 라임자산운용사건[52]에서는 투자대상을 허위로 기재하거나 그에 대한 설명이 누락된 펀드제안서를 제시하는 방식으로 투자자들을 기망하였다고 판단하였고 민사상 판결에서 계약 취소로 판단한 바 있다. 특히 펀드제안서, 투자제안서 등에는 투자판단에 대한 중요한 정보가 담겨있

50) 울산지방법원 2019. 5. 16 선고 2017고단2920 판결.

51) 이승준, "과장・허위광고와 사기죄의 기망 -判例를 중심으로-", 형사법연구 제21권 제1호, 2009, 338면.

52) 서울남부지방법원 2020. 9. 25. 2020고합171 판결.

다. 한 사안에서 판례는 재무제표 등 회계 자료는 원리금 회수를 담보하는 유일한 투자 판단 요소에 해당하므로 회계자료에 있어 허위 사실을 기재하여서는 아니된다[53]고 판시한 바 있는데, 최근에는 투자제안서 역시 중요한 투자판단의 요소로 보아 이를 허위·과장할 경우 기망이 성립한다.

앞서 논한 바처럼 거래에서의 투자조건을 근거가 없는 예상, 막연한 예상에 기하여 확정된 것처럼 속였다면 기망이 성립하고, 이 같은 사실이 투자에 있어 중요치 않거나 인과관계가 없다면 기망이 성립하지 않는다고 할 수 있을 것이다. 투자 유치를 근거로 은행 대출을 받으려한 사안에서 은행의 대출 승인 전까지 투자유치 실패가 확정된 것은 아니었고 여신승인신청안에도 '투자유치에 실패하더라도 원리금 상환과 담보확보가 가능하다'는 취지로 기재했으며 은행이 투자를 대출 조건으로 삼거나 중대한 고려요소로 삼아 대출을 실행한 것으로 보이지 않으므로 피고인이 기망행위를 했다고 하여 해당 사건 대출과 상당인과관계가 인정되지 않는 판례[54]로 보건대 근거가 없는 불투명한 예상이거나 결정적인 투자조건을 속인 것이 아니라면 기망이 인정되지 않는다.

그런데 펀드 관련 사기에서 보다 복잡한 문제는 펀드는 운용사와 판매사가 달리[55] 관련된 정보를 공유하기 어렵고, 금융영역에 있어 많은 부분이 불확실성에 놓여 있다는 것이다. 이에 다음 사례에서 판결의 결정을 살펴볼 필요가 있다.

<사례 2>

옵티머스 펀드 운용사건[56]에서 2018년 4월부터 2020년 6월까지 공공기

53) 서울중앙지방법원 2012. 2. 21. 선고 2011고합403 판결.

54) 부산고등법원 2015. 7. 27. 선고 (창원)2015노74 판결.

55) 금융사기를 2단계로 나누어본다면 사기성 금융상품을 설계 또는 기획하는 단계가 있고 시중 금융회사들이 고객을 상대로 사기성 금융상품을 판매하는 단계가 있다. 금융회사들은 사기목적으로 기획된 금융상품인지 모르고 판매만 했을 뿐이라고 주장하나, 금융회사가 자신들이 판매하는 금융상품이 어떻게 설계 또는 기획되었는지 모른다는 점은 합리적이지 않다는 비판이 있다. 홍성준, 「금융회사, 그들의 사기」, 레민북, 2021, 33-34면.

56) 서울중앙지방법원 2021. 7. 20 선고 2020고합585판결.

관 매출채권에 투자한다며 투자자 3200여명으로부터 투자금 약 1조3526억 원을 끌어모아 부실채권과 펀드 돌려막기에 자금을 사용한 혐의로 재판이 제기되었다. 운용사는 판매사를 통하여 투자자들에게 이 사건 매출채권펀드가 공공기관 매출채권에 80% 내지 95%를 투자하는 펀드라고 기망하면서 실제로는 이 사건 매출채권 펀드에 모인 자금을 공공기관 매출채권이 아닌 SPC등의 사모사채에 투자하였다. 또한 이를 결국 피고인 A 등의 개인적인 투자 내지 만기가 도래한 펀드투자금 상환에 사용하여 이 사건 매출채권 펀드를 투자제안서의 기재 내지 투자자들에게 제공한 정보 등과는 달리 운용한 것이 형법상의 사기죄의 위반에 해당하는지의 여부가 문제된다. 해당사안에서 옵티머스 펀드 운용사의 대표 및 피고인들은 특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(사기), 사기, 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 위반 부분 등의 유죄로 확정되었다.

이 사례에서도 투자 전제가 되는 투자조건을 기망한 사례로 보아야할 것이다. 투자의 대상을 기망하였기 때문이다. 판례는 판매사를 통해 투자대상, 운용 전략 등이 허위로 기재돼 있는 투자제안서를 접한 일반 투자자로서는 자신의 투자금이 매출채권에 투자된다고 생각하고 투자했을 것이라고 판단한다. 더 안정적인 공공기관 매출채권이 아니라 위험성이 높은 채권에 투자할 계획이면서도 해당펀드는 매우 안전하고 법률적 의견도 받았으며 금융감독원에 대한 질의 및 답변을 통해 안전한 구조임을 확인하였다고 허위로 주장하였다는 점에서는 기망이 성립한다고 한 것이다.

그렇다면 이 같은 법리에 비춰볼 때 투자대상이 실제와 달랐다면 언제나 허위가 성립한다고 보아야 할까? 예컨대 A채권 대신 B채권에 투자했을 때 채권의 각 성격과 특성이 유사했더라도 기망이 성립할 것인가? 판례가 “투자대상, 방식 등을 고지받았다면 펀드에 투자하지 않았을 것이므로 피고인들이 이 같은 방식으로 투자금을 받은 것은 사기죄의 기망행위에 해당한다”고 설명한 바는 이에 대한 답을 제시할 수 있으나, 이는 법리상 막연하고 모호한 면이 있다. 앞서 논한 바처럼 피해가 발생한 상황에서 가정하건대 상황을 알았다면 언제나 펀드에 투자하지 않았을 것이기 때문이다. 여기서는 기획부동산 사기 사례와 마찬가지로, 갖고 있는 정보를 토대로 볼 투자

조건의 가능성을 구체적으로 볼 필요가 있다. 특히 위 사안에서는 투자대상의 위험성이 투자조건의 전제가 된다고 할 것인데, 기망자가 실제 투자대상이 높은 위험성을 갖는다는 사실을 숨겼기 때문이다. 이는 투자조건이 막연하고 불투명한 가능성에 기초해 있음에도 안정적인 것처럼 속인 것이다. 이처럼 허위로 투자를 유인하여 투자자는 스스로 투자의 위험성을 제대로 판단할 수 없도록 방해한 것이다.

3) 수익에 관한 판단

투자에 관한 기망에 있어 수익에 대한 허위와 과장은 투자조건을 허위·과장광고하는 것과는 다소 다른 관점에서 바라볼 필요가 있다. 이는 미래에 대한 보다 불확실한 전망이기 때문이다. 수익에 대한 전망은 투자의 유인에서 중대한 요소이고, 수익을 허위·과장하는 것 역시 기망에 해당한다. 예컨대 민사판결에서 상가 오피스텔 소유자가 실제 수익률보다 2배 이상 높은 수익을 장담하는 등 임대 수익을 과장해 분양했다면 이는 기망행위에 해당하므로 수분양자는 매매계약을 취소하고 계약금을 돌려받을 수 있다고 결정한 바 있다.[57] 상가를 분양 받으려는 사람에게 수익성은 가장 큰 관심사인데, 형성되는 수익률보다 2배 이상 높은 수익을 장담하며 분양을 유인한 피고 측 행위는 원고가 대출까지 받아가며 점포를 분양받기로 마음먹는 데 결정적인 요인이 됐을 것이고, 이는 사소한 과장이나 허위의 수준을 넘어 중요한 사항에 관해 허위이거나 최소한 상당한 과장과 허위에 도달한 행위에 해당한다는 것이다.

그러나 기대하는 수익에 대해 다소 과장하였다고 하여 항상 기망이 성립하는 것은 아니다. 예컨대 특정금전신탁 상품에 관한 사례를 보자. 판례가 보건대 “위탁자가 지정한 운용방법에 따른 자산운용에 의해 수익률은 변동함으로써 항상 위험이 따르고, 그 위험은 그 위험은 신탁회사가 신탁재산에 대하여 선량한 관리자로서의 주의의무를 다하지 아니하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 수익자가 부담하여야 한다.” 고객이 신탁재산의 운용대상, 가격, 시기 등을 구체적으로 지정하는 특정금전신탁의 경우 “신탁재산의 운

57) 인천지방법원 2014. 10. 21. 선고 2014가합3678판결.

용 결과에 대한 손익은 모두 수익자에게 귀속되는 자기책임주의와 실적배당주의를 그 본질로 하기 때문에" 지정된 운영방법에 따른 위험을 항상 회피하고 이익만 취득할 수 있다면 자기책임주의 및 실적배당주의에 반한다는 것이다.[58] 이처럼 자기판단의 가능성이 확장된다면 손익에 대한 책임이 함께 따른다. 이 같은 특정금전신탁 상품이 아니더라도 투자에 있어 수익에 대한 판단은 일정부분 투자자의 책임이다.

그러나 판례에서는 수익을 어느 정도로 과장했을 때 자기책임 범위를 넘는지 구체적인 기준은 제시하지 않는다. 그런데 수익은 투자조건보다 주관적인 예측이며 불확실한 미래이다. 따라서 이에 관한 판단의 책임은 상당부분 투자자 본인이 져야할 것이다. 수익에 대한 판단은 현존하는 투자조건에 대한 판단보다는 가능성 문제에 있어 유연하게 바라볼 필요가 있다. 이 경우 수익에 대한 기망이 합리적인 투자판단을 방해할 정도에 이르는 사정이 있다면 기망이 성립한다고 할 것이다.

(2) 기망의 방법: 부작위에 의한 기망

투자에 관련한 행위에서 투자조건이나 수익에 대한 허위과장광고와 같은 기망의 내용과 함께 문제되는 것은 기망의 방법으로서 부작위에 의한 기망이다. 기망이란 널리 재산상의 거래관계에 있어 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위를 포함한다. 그 중 소극적 행위로서의 부작위에 의한 기망은 법률상 고지의무 있는 자가 일정한 사실에 관하여 상대방이 착오에 빠져 있음을 알면서도 그 사실을 고지하지 아니함을 뜻한다.[59] 예컨대 일반거래의 사안에서 대출 금융기관에 대하여 비정상적인 이면약정의 내용을 알릴 신의칙상 의무가 있다고 보아 이를 알리지 않은 것은 사기죄의 요건으로서의 부작위에 의한 기망에 해당한다고 하였다.[60] 판례는 피고인들이 수분양자와 분양계약을 체결하면서 향후 수분양자가 요청하는 경우 실제로 기지급한 금액에 분양회사가 다시 점포를 매

58) 서울고등법원 2012. 6. 5. 선고 2011노2875,2012노900(병합) 판결.
59) 대법원 2000. 1. 28. 선고 99도2884판결.
60) 대법원 2006. 2. 23. 선고 2005도8645판결.

입하는 내용의 특별한 약정을 하였고 이에 따라 수분양자가 지는 계약의 부담이 없어 계약 이행가능성이 낮다는 사실을 고려할 때 이를 고지할 신의칙상 의무가 있음에도 착오에 빠져 있는 피해 상호저축은행들에게 이를 고지하지 않은 것은 기망행위에 해당한다고 하였다.[61] 즉 투자에 있어서 비단 허위·과장한 경우만이 아니라, 고객에게 이를 고지할 의무가 있음에도 알리지 않은 경우 기망이 성립할 수 있다.

투자 상황에서 보다 복잡한 문제는 이처럼 소극적 기망의 성립과 관련하여 제기된다. 다음의 사례에서 이를 살펴볼 수 있다.

<사례 3>

라임 자산운용사건[62]은 운용사가 인가 금융업과 연계하여 사기성 금융상품을 판매한 경우로, 법원은 펀드제안서의 '펀드 개요' 부분에는 이 사건 펀드 자금이 이 사건 모펀드에 투자된다는 내용을 기재하지 않은 것이 기망행위에 해당하는지 여부를 판단하였다. 이 사건 펀드는 이 사건 모펀드에 편입된 형태로 설정되었고 이 사건 펀드 자금은 모두 이 사건 모펀드 계좌에 입금된 바 있다. 피고인은 이 사건 펀드의 투자금이 곧바로 해외 무역금융펀드가 아니라 이 사건 모펀드에 투자되었다고 하더라도 위 사실은 수정 부분을 통해 투자자에게 설명되었다고 주장한다. 수정 부분에 '재간접으로 투자하여'라는 문구가 기재된 사실로 보건대 구체적으로 이 사건 펀드의 자금이 '이 사건 펀드 → 해외 무역금융펀드' 순이 아니라 '이 사건 펀드 → 이 사건 모펀드 → 해외 무역금융펀드' 순으로 투자될 수 있다는 의미라고 항변하고 있다. 그러나 법원은 위 기재만으로는 일반투자자에게 이 사건 펀드의 투자금이 이 사건 모펀드에 투자될 수 있다는 사실을 설명하였다고 보기는 어렵다는 점을 통해 보건대 이처럼 기재를 누락한 사실은 기망행위라고 보았다.

이처럼 일반투자자에게 고지하지 않음으로써 기망이 성립된다면, 어떠한 사항을 고지하여야할 것인지 문제된다. 투자에 관한 모든 사항을 고지하는 것은 불가능할뿐더러 투자상품의 운영이 불확실한 상황에 놓여있기 때

61) 대법원 2006. 2. 23. 선고 2005도8645판결.
62) 서울남부지방법원 2020. 9. 25. 2020고합171판결.

문에 모든 내용을 정확성을 갖고 고지하기 어렵다. 그렇다면 어떠한 사항이 고지해야할 대상인가? 벨류인베스트코리아[63] 사건에서 피고인들은 투자자문업체인 주식회사를 설립하고 투자자들에게 설명한 것과 같은 해외선물투자에는 투자금의 일부만을 사용하고 대부분의 금액은 이전에 운영하였던 주식회사 투자자들과 해당 주식회사의 선순위 투자자들에 대한 투자금 반환 및 수익금 지급에 이용하는 일명 '돌려막기'를 하고 일부는 투자자를 유치하는 재무설계사들에 대한 수당을 지급하는 등의 용도로 사용할 생각이었음에도 피해자들을 기망하여 재물을 교부받은 바, 기망의 성립이 문제되었다. 피고인들은 투자모집금이 실제로 모두 투자에 사용되었고, 특히 몇몇 부분에 관한 투자는 막대한 수익을 올렸다는 점 등으로 보건대 기망에 해당하지 않는다고 주장하였다. 그러나 판례는 "금융사기범죄의 핵심은 모집된 투자금을 실제로 사전 고지된 내역대로 투자하였는지 여부에 있다기보다는 자금을 모집하면서 투자자에게 자본시장법상 투자자 보호를 위하여 금융투자업자에게 부여된 의무와 관련된 자금의 운용 특히 수익금의 반환에 관한 위험성과 그 구조에 대하여 기망을 하였는지 여부에 있다"고 설명한다.[64]

다시 말해 투자 유인시 고지한 내역대로 투자하였는지 그 자체가 기망 성립에 직결되는 것은 아니다. 실제로 투자 운용 중에 내리는 모든 판단에 대해 고지하는 것도 불가능하다. 또한 투자 상의 어떤 영역에서 의사결정은 실제 운용하는 이들에게 맡겨져 있다. 그렇다면 부작위에 의한 기망의 성립 여부를 판단할 때 앞서 본 판례와 같이 "위험성과 구조"을 알렸는지와 같은 사정을 고려해볼 수 있을 것이다. "고지한 대로의 투자했는지의 여부"는 지나치게 형식적이고 모호한 기준에 불과하다. 이러한 관점이 두드러지는 대목은 민사판결에서 대법원이 자산운용사가 일반투자자에 위험펀드를 추천해 손해를 입혔다면 배상하라고 판단한 부분이다. 일반투자자인 원고에게 적합하지 않은 위험한 펀드를 투자하도록 권유했고, 투자위험 고지확인서도 행정서류에 불과하다며 작성하게 한 사안에서, 단순히 "위험을 고지"한 것만으로는 충분치 않다고 판단한 것이다.[65] 투자자의 투자성향 등을 고려하

63) 서울남부지방법원 2018. 12. 3 선고 2015고단4570판결.
64) 서울남부지방법원 2019. 6. 4 선고 2018노2462 판결.

여 투자시 따라올 실질적인 위험성을 고지했어야 한다는 것이다.

이처럼 투자에 관련한 부작위의 기망에서는 투자위험의 실질을 고려할 필요가 있다. 이는 형식적인 고지가 아니라, 투자자 입장에서의 정보 비대칭성을 고려하는 것으로 풀이할 수 있다. 일반투자자 입장에서 위험성과 구조와 같은 정보에 비대칭성이 있을 때 이를 알리지 않았더라면 합리적 판단을 저해할 것이기 때문이다. 이 같은 논의에서 자기책임의 실현가능성을 바탕으로 기망 여부를 판단해야 한다는 원칙을 이끌어낼 수 있다.

(3) 주관적 요건: 기망의 고의가 있었는지의 여부

1) 문제의 제기

투자상 기망의 성립에 있어 또 다른 중요한 쟁점은 기망의 고의, 즉 편취의 범의에 관한 문제이다. 이를 투자 수익을 상환할 의사나 능력이 있었는지의 여부에서 추론할 수 있다. 금융 현실은 불확실하고 유동적이기 때문에 투자금을 약정할 당시에 기대했던 수익을 실현하지 못하고 원금을 손실하는 경우가 상당하지만, 이 같은 경우 처음부터 상환할 의사나 능력이 없었음에도 이를 숨기고 투자금을 편취하는 경우도 있다. 편취의 범위가 있었는지를 논하고자 할 때 기망행위를 하고 있음을 의심할만한 충분한 사정이 있었는지를 판단하면서 지식, 성격, 직업 등 행위 당시의 구체적인 사정에 비추어 투자금 약정 당시를 기준으로 피해자로부터 투자금을 편취할 고의가 있었는지 여부를 판단할 수 있다.[66] 적어도 미필적으로나마 투자금 약정을 실현할 수 없음을 인식할 수 있었다면 편취의 범위를 인정할 수 있다는 것이다.

그러나 편취라는 내심의 의사를 입증하기가 쉽지 않기 때문에 상황이 악화되어 수익을 실현하지 못한 경우와 이를 구분하기 어렵다. 때문에 실무적 사안에서 편취의 범의는 항상 중요한 쟁점이 된다. 정황상의 증거에서 내심의 의사를 추론할 수 있을지 논쟁의 대상이기 때문이다. 그렇다면 어떠한 기준으로 편취의 범의를 판단하여야 할 것인가? 판례상의 법리를 보면 편취의 범의를 인정할 수 있는 객관적 사실로 두 가지 유형을 제시할 수 있

65) 서울고등법원 2018. 1. 19. 선고 2017나2016561 판결.
66) 대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도3631 판결.

다. 이는 투자에 있어 투자자의 판단 여부와 상관없이 처음부터 실현가능성이 없어 투자자를 좌절시키는 사례이다. 즉, 투자자의 자기책임을 제한해야 할 경우이다.

2) 수익성이 있는 사업인지의 여부

<사례> IDS 홀딩스 사건[67]에서는 FX 마진거래 사업에 투자한다는 명목으로 다수의 투자자들로부터 FX 마진거래 사업 등 해외사업을 투자한다는 명목으로 투자금을 교부받았다. 그러나 외국환거래법에 의하면 국내법령에 반하는 행위와 관련한 지급을 금지하고 있어 국내 투자자가 직접 해외투자중개업자에게 송금하여 FX 마진거래를 하는 것은 외국환거래법상 지급절차 위반에 해당되는 것이었고, FX 마진거래 사업에 투자한다는 명목으로 투자금을 모집하여 FX 마진거래 사업을 수행하는 것 역시 법령에 위반되는 것이었으며, FX 마진거래를 위한 해외 송금도 제한되었다. 그럼에도 그러한 용도로 사용하거나 사업수익으로 원금과 이자(수익금)를 삼는 사항을 명시한 사실 등으로 보건대 편취의 범의를 인정할 수 있다는 것이다.

판례에서는 투자금을 모집하던 당시 사업에 수익성이 없었거나 투자자에게 약정한 수익을 실현할 가능성이 없었고 이를 인식하고 있었다면 편취의 범의가 있었음을 인정할 수 있다고 한다. 객관적으로 보건대 사업의 수익 가능성이 없음이 명백하거나 현저했다면 특별한 사정이 없는 한 편취의 범위를 인식했다고 볼 수 있다는 것이다. 판례는 이와 같은 맥락에서 편취의 범의를 판단하고 있다. 예컨대 의료기기 임대사업 명목으로 피해자들로부터 투자금을 받더라도 그와 같은 사업방식으로는 사업을 지속하는 것이 불가능하다는 사실을 잘 알고 있어 이를 제대로 시행할 생각이 없었을 뿐 아니라, 그 임대수익금도 극히 미미하여 회사가 투자하는 사업에서 발생하는 수익금은 거의 없었고 앞으로 수익이 발생할지도 불확실하여 피해자들에게 배당금을 지급하지 못하게 될 것을 잘 알고 있는 등 배당금을 지급할 의사나 능력이 없었다는 사례[68]나 다단계판매업체가 제시한 영업방식으로서 마케팅플랜 자체에 기망의 요소가 없다고 하여도, 그 마케팅플랜이 엄격하게 준수되

67) 2018.1.19. 서울동부지방법원 2017고합207판결.
68) 대구지방법원 2017. 1. 13 선고 2016고합5 판결.

기 위한 전제조건이 충족되지 않은 상태에서 영업을 개시하고 계속적으로 회원들을 모집하여 매출을 유도하였다면, 위 업체의 사업 자체에 미필적 기망의 요소가 포함되어 있다고 본 사례[69]를 보건대 처음부터 사업의 가능성이 불투명하였고 수익을 실현할 가능성이 희박했다면 기망으로 판단한다.

3) 구조적으로 '돌려막기'로 수익을 지급해야 한 경우

편취의 범의에 관해 특히 논쟁이 되는 사례는 투자로 수익금을 실현하여 투자자들에게 지급하는 경우가 아니라 이른바 '돌려막기'로 수익금을 지급하는 경우이다. 이는 수익금을 실현하지 못하고 후속 투자자에게 받은 투자금으로 앞선 투자자들에게 수익금을 지급하기 때문에 종국적으로 큰 손실이 발생할뿐더러 수익금을 지급할 능력을 상실할 수 있다.

위 판례는 피고인의 편취의 고의를 판단함에 있어 이 같은 사실을 고려하는데, 예컨대 몇몇 투자종목에 관하여 모집된 투자금이 수익금 지급에 사용되었고, 투자금 중 수수료 20%를 제외한 80% 전액이 투자처에 투자되는 경우는 극히 드물었고, 수익 실현한 종목 11개 중에서 실제 수익이 발생하여 실현된 종목은 4개 종목뿐이고, 나머지 종목의 투자금을 전용하여 수익금을 지급한 사실 등으로 이를 판단할 수 있다고 하였다. 벨류인베스트코리아 사건에서도 투자대상 기업이나 부동산 개발사업 등이 재무적으로 매우 취약하고 사업 초기 단계여서 사업성과가 거의 없었으며 사업성공여부가 불투명한 상황에서 투자대상기업이나 부동산개발사업에서 투자금을 회수하여 수익금을 지급하는 것이 아니라, 후속투자종목을 내세워 투자금을 계속 모집하여 실제 수익이 발생한 것처럼 이후에 모집한 투자종목의 투자금으로 기존투자종목의 투자자에게 수익금을 지급하는 소위 투자금 '돌려막기'를 하고자 하였다. 라임 자산운용사건에서도 라임자산운용은 처음부터 해당 사건의 펀드 자금을 해외 무역금융펀드에 투자할 의사 없이 기존 무역금융펀드의 환매대금을 지급하기 위한 목적으로 이 사건 펀드를 설정한 사실에서 기망하였음을 인정할 수 있다.

처음부터 사업의 수익가능성이 불투명했던 경우 이외에도 돌려막기 방

69) 서울고등법원 2007. 6. 21. 선고 2007노687 판결

식으로 수익금을 지급하려고 했던 경우 수익을 지급할 의사와 능력이 없음을 추단할 수 있다. 문제는 사업초기에 사업이 자리잡지 못하고 수익의 실현을 막연히 기대하고 있는 상황에서 돌려막기로 수익을 지급했다면 기망을 인정할 수 있을지 여부이다. 최근에 문제된 사안에서 모바일바우처를 할인해 판매하였으나 고액적자가 누적되어 정상적인 사업운영이 어려워졌음에도 피해자에게 이를 고지하지 않고 모바일바우처를 판매하면서 돌려막기 식으로 결제대금을 지급하였다.[70] 경영이 악화되거나 사업성공여부가 불투명한 경우의 경영판단과 기망을 구분하는 기준은 어떻게 판단할 수 있을까? 위 사안에서 피고인들은 시간이 있더라면 성공가능한 수익모델이라 생각했다는 이유를 들어 기망이 아니라고 주장한다.

지금까지의 판례의 법리는 편취의 범의에 대해 구체적인 법리를 제시하지는 않는다. 그러나 앞서 제시한 기망의 법리와 일관되게 사례를 추론해 보자면, '돌려막기' 방식이 아니라도 수익을 지급할 모델이 있었다고 하더라도, 그 수익모델이 심각하게 부실했다면 편취의 범의가 있다고 봐야할 것이다. 처음부터 수익가능성이 없었거나 '돌려막기'와 같은 경우처럼 수익가능성이 현저하게 낮았다면, 이는 투자자의 투자판단이 영향을 미치지 못하는 사안이다. 애초부터 실패할 가능성이 크기 때문이다.

Ⅳ. 법원 판단 상의 문제점에 대한 제언

1. 법원 판단 기준의 모호함

투자와 관련한 불법행위에서 가장 쟁점이 되는 부분은 사기죄의 성부이다. 앞서 논한 바와 같이 투자 관련 불법행위에 대해 사기죄 이외에도 자본시장법, 유사수신행위규제법 등 다양한 법이 적용되지만, 사기가 성립하

70) 뉴시스 보도, "'환불 대란' 머지플러스 남매 1심 선고…60억 추징 구형" (2022. 11. 10), https://newsis.com/view/?id=NISX20221109_0002079954&cID=10201&pID=10200 (최종방문일 2022년 11월 12일).

기 전 단계나 사기보다 넓은 범위의 불법을 규율하는 여타 법과 달리 사기죄는 보다 좁은 범위에서 성립한다. 또한 이를 보다 엄격하게 규정하고 있다. 사기죄 이외의 법들이 각기 다른 목적에 따라 투자에 관한 불법 유형을 규율하지만, 사기죄와의 관계를 통해 조망해보건대 사기죄가 규율하지 못하는 많은 영역을 처벌로 의율하고자 하는 성격을 갖는다. 예컨대 유사수신행위법이 형식적 요건에 따라 무등록, 무인가 업체의 원금보장약정을 규제하고 자본시장법이 부정한 거래를 규율하고자 하는 바처럼, 사기죄보다 넓은 범위에서 다양한 불법을 형법으로 규율하고 있다.

이처럼 투자 관련 불법행위 체계에서 여러 법이 형법상의 사기죄와 관련을 맺고 있다. 판례가 투자와 관련한 불법행위에서 기망을 필요 이상으로 넓게 해석한다면 투자상 불법을 높은 형량으로 의율하게 될 것이다. 이 같은 경우 투자자의 자유로운 판단에 따른 책임을 도외시할뿐더러 더 중요한 문제는 다른 법과의 정합성을 저해할 수 있다는 것이다. 판례가 기망을 지나치게 좁게 인정할 경우 형법이 범죄를 예방할 기능을 제대로 수행하지 못할뿐더러 여타 법이 규정하는 전단계적인 처벌이 강화될 수 있다. 따라서 투자상 불법판단에서는 특히 기망에 관한 법리를 보다 타당하게 정립하고 정교하게 논할 필요가 있다.

사기죄는 기망을 피기망자의 착오로 재물이나 재산상의 이익을 취득하였을 때 성립한다. 착오와 기망 행위 사이에 인과관계가 있어야 하고, 주관적 요소로 편취의 범의가 있어야 한다. 판례는 사기죄의 기망에 대한 해석을 구체화하여 “거래에 있어 중요하고 결정적인 사항”을 기망했을 경우 기망이 성립한다고 본다. 또한 돈을 차용할 당시 “변제할 능력과 의사가 있어야”하고 그렇지 않을 경우 기망이 성립한다. 판례는 투자상의 불법행위에 관하여 몇 가지 법리를 제시하였는데, 거래관행에서 용인되는 정도를 넘어 허위 또는 과장하였다면 기망이 성립한다고 한다. 판례가 투자상 판단에 대한 몇 가지 법리는 지나치게 모호하다. 판례는 “투자대상, 방식 등을 고지받았다면 펀드에 투자하지 않았을 것이므로 이 같은 방식으로 투자금을 받은 것은 사기죄의 기망행위에 해당한다”고 판결한다. 그러나 이미 투자 실패라는 결과가 발생하고 나서 돌이켜 생각해보건대 사정을 알았더라면 누구나

투자하지 않았으리라는 추론으로 이어질 것이기 때문에 이 같은 법리는 오히려 혼란을 야기할 수 있다.

가장 중대한 문제는 이 같은 법리가 민법상 자기책임의 원칙과 경합하게 되면 더욱 모호해진다는 것이다. 투자자는 사적자치의 원칙에 따라 스스로 행한 판단에 책임을 져야하는데, '투자하지 않았으리라는 가정'에 기하여 기망을 인정하는 것은 거래자의 책임을 떠나 거래 일방을 과도하게 보호하는 문제를 낳을 수 있기 때문이다. 때문에 이 같은 법리는 모호하고 일관되지 않다고 지적할 수 있다. 이 같은 법리로는 설명할 수 없는 많은 투자상의 사례가 있기 때문이다. 본 연구는 경계선상의 사건에 대해 기망의 법리를 구체화하고, 일관된 법리를 제시하고자 민법상 자기책임의 원칙과 결부하여 이를 상세히 하는 방안을 논하였다.

2. 자기책임의 원칙과의 조화

투자상 거래는 전통적인 거래와 달리 종종 거대한 규모의 피해를 낳는다. 이 때문에 투자에 관한 판례상의 법리는 처벌을 강화하는 경향성을 갖는다. 그러나 투자상 불법행위에 관한 여러 법체계가 더욱 복잡해지고 광범위해지는 만큼, 특히 기망에 관한 법리를 정교하게 논함으로써 그 핵심적인 기준을 분명히 세울 필요가 있다. 이 같은 법리를 보다 구체화하기 위하여 본 논문에서는 민법상의 일반 원칙과의 조화를 고려하여 이를 판단할 것을 논하고 있다. 특히 형사법적 법리에 기하여 자기책임을 제한하는 방식을 논하고자 하는 것이다.

우리 법에는 사적자치의 원칙이 있으나 형법은 불법행위자가 피해자로부터 불법적인 이득을 취하지 않도록 제재를 가할 필요가 있다. 물론 개인은 스스로 판단한 바에 대해 책임을 져야하고 투자와 같은 거래에도 마찬가지이다. 특히 개인은 투자할 당시 투자상 거래는 다른 거래에 비해 위험성이 높고 수익에 대한 예측이 불확실함을 인지하면서도 거래에 참여하였기 때문에 이 같은 거래의 결과에 책임이 있다. 그러한 경우에도 개인을 보호하는 근거와 기준을 자기책임의 원칙을 고려하여 다시금 도출해 볼 수 있

다. 이는 기망으로 인하여 개인이 합리적인 판단을 수행할 수 없었는지 판단하는 것이다.

이는 앞서 논한 판례와 맥락을 같이하는 것인데, “피고인은 피해자들의 손실 위험과 직결되는 기대 실현 여부와 관련된 제반 사정을 피해자들에게 정확하게 알려야 할 책임이 있다. 따라서 피해자들에게 피고인이 제공한 정보가 사실인지 여부를 검증하여 보고 알아서 투자판단을 하여야 한다고 떠넘겨서는 안 된다”고 판시한 부분이다. 기망의 대상이 되는 피해자들은 피고인이 제공하는 정보에 의존하여 판단을 하는데, 특히 투자의 영역에 있어서는 정보 비대칭성이 강화된다. 이처럼 정보 비대칭성이 강한 상태에서는 피해자 입장에서 합리적인 판단을 내리기 어려워진다. 이는 단순히 투자의 불확실성에 대한 예측을 지나치게 과장했다거나 낙관적으로 봄으로써 투자를 유인한 것에 대한 문제는 아니다. 만약 미래의 불확실한 상황에 불과한 것이 아니라 투자의 조건이 되는 사실이 막연한 예상에 불과한 것이고 가능성이 불투명함에도 확실한 사실처럼 기망했고, 정보 비대칭성으로 인해 피해자가 이에 의존해야 했을 때 이는 합리적인 투자판단을 방해하는 불법적인 사정으로 볼 수 있다. 이에 사기의 기망이 성립한다고 볼 것이다. 펀드사기와 같은 경우에는 투자의 조건이 되는 사실을 더욱 분명히 알려야 하는데, 이는 투자의 위험성과 그 구조에 대한 것이다. 이를 기망할 경우 투자자는 정보의 비대칭성으로 인해 제대로 된 투자 판단을 행할 가능성을 상실한다. 수익의 경우는 불확실한 미래의 예측에 가깝고 이는 스스로 판단할 부분이기도 하므로 투자조건보다는 덜 엄격하게 봐야한다. 투자자에게 알릴 사항을 알리지 않은 경우 어떤 것을 알려야했는가는 투자자가 위험성과 구조 등을 알지 못하여 합리적으로 판단할 가능성을 방해하는 경우에 따라 판단하는 것이 타당하다.

결론적으로 볼 때 피해자가 입은 피해가 일반적으로 투자의 불확실성에서 기인하는 결과라면 이를 기망으로 보기는 어려울 것이다. 그러나 스스로 합리적인 판단을 내려 자기 책임을 실현하지 못하게 하였고 이것이 투자에 중요한 요인으로 작용했다면 기망에 해당한다고 볼 수 있다. 편취의 범의에 대한 판단 역시 이와 같은 맥락에 있다. 투자로 인한 결과가 불확실성

에 좌우되는 것이 아니라 실체적으로 보건대 애초부터 수익을 낼만한 가능성이 없었음에도 투자를 유인했다면 이는 투자자가 선택한 상황이 아니라 애초부터 가능성 자체를 차단한 것이므로 기망으로 보아야 한다는 것이다.

3. 무조건적 처벌 확대의 불합리함

투자와 관련한 불법행위는 자기책임으로 인한 투자실패와 투자자의 정보 결여를 이용한 불법행위의 경계에 걸쳐져 있는 경우가 상당하다. 이에 원칙적으로 투자판단은 유효한 것으로 보되, 이를 방해하는 행위가 불법적인 정도에 이르는 경우 형사법적 개입이 타당하다. 그렇기 때문에 투자와 관련된 불법행위를 억제하겠다고 무조건적으로 형사법적인 처벌을 하는 것은 타당하지 않다. 이는 민법상의 자기책임의 원칙을 존중하고자 하는 것이기도 하다.

형법적 판단에 있어 피해자의 자기책임을 논한 라이너 차칙은 특히 위험을 인식한 상황에서의 피해자의 행동에 대해 논하였다. 그는 위험을 인식한 피해자에 관한 사례를 판단하기 어려운 이유는 위험에서 결과까지 이르는 과정이 개방적이기 때문이라고 한다. 이처럼 결과 발생 여부가 확실하지 않을 때 '피해자의 자기위태화'와 같은 개념을 끌어들인다면 이미 결정난 것이나 다름없게 된다. 이는 결과의 개방성을 피해자의 자기책임 관점에서만 보는 것이기 때문이다. 이 같은 경우 결론은 피해자의 기여와 행위자의 기여를 단계적으로 파악하여 도출하는 것이고, 누구에게 귀속시킬 것인가에 불과한 판단의 형식이 될 수는 없다. 따라서 각각의 기여를 형량하여 책임을 판단하는 것이 형법과 자기책임을 조화시키는 방안이다.[71]

투자상 불법행위와 같은 문제는 피해자의 자기책임과 피고인의 불법행위 모두를 적절히 고려해야 한다. 특히 최근 사기 문제가 급증한 배경을 살펴보면 그에 대한 해답은 분명해진다. 예컨대 펀드 관련 불법행위가 급증한 이유는 2015년 사모펀드의 규제를 크게 완화한 배경에 그 시작이 있다는 해석이 있다.[72] 물론 이 같은 시행을 통해 시장의 자율성과 역동성을 바탕으

71) 라이너 차칙(손미숙 역), 형법상의 불법과 피해자의 자기책임, 토담미디어, 2019. 102-103면.
72) 머니투데이 보도, "사기판 된 사모펀드 당국, 뒤늦게 대대적 검사" (2020. 6. 23 보도),

로 사모펀드가 크게 성장하면서 투자가 활성화된 면은 있으나, 고위험 투자상품에 일반 투자자의 접근이 지나치게 쉬워졌고 이 때문에 고위험 투자나 이를 이용한 기망이 난립하게 하였다는 것이다.[73] 즉 적절한 규제의 부재가 오늘날 사기죄가 팽배한 배경이 된 것이다.

따라서 투자상의 불법행위에 대해 항상 강력한 처벌을 취하는 것이 능사는 아니다. 시의적절하고 타당한 규제를 통하여 건강한 투자환경을 조성하고, 그 후 피해자의 자기책임을 존중하면서도 필요한 경우에 형사법이 적절히 개입하는 것이 타당할 것이다.

투자를 이용한 기망에 관한 형사법적 판단의 소고 - 김 혜 미	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2022.11.15.	2022.12.13.	2022.12.29.

https://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2020062316534455160 (최종방문일 2022년 11월 14일)

73) 이와 같은 맥락에서, 대규모의 금융사기 사건을 예방하도록 금융감독을 해야함에도 금융회사와 양적인 성장을 위한 영업활동을 자유롭게 허용하는 "규제완화"에 대한 비판으로 홍성준, 「금융회사, 그들의 사기」, 레민북, 2021, 29면.

[참고문헌]

<논문>

강경모, “자본시장법상 포괄적 사기금지규정에 대한 비판적 검토 및 과징금제도 도입방안”, 연세법학연구 제12권 제2호, 2021.

김대근, “다중사기범죄 개념의 정립과 규제를 위한 법정책적 시론 - 해석의 한계와 입법의 정당성”, 형사정책연구 제29권 제3호, 2018.

김지열, “민스키의 금융불안정성 가설에 의한 한국 경제 분석- 헤지 단위·투기적 단위·폰지 단위에 의한 분석 - 사회연구 제6권 제1호, 2005.

김현수, “유사수신행위 구조와 유형분석의 지평”, 형사정책연구 제28권 제3호, 2017.

박정선·황지태·양승돈, “국내외 투자사기의 유형별 실태연구”, 형사정책연구 제22권 제4호, 2011.

서준배, “영국 런던시경의 사기범죄 수사모델과 정책 시사점에 관한 연구”, 경찰학 연구 제55호, 2018.

이승준, “과장·허위광고와 사기죄의 기망 -判例를 중심으로-”, 형사법연구 제21권 제1호, 2009.

정순섭, “국내 자본시장법제의 개선방향 자본시장법 개정안에 대한 의견을 중심으로”, 경영법률학회 경영법률 제23권 제2호, 2013.

한병기, “「유사수신행위의 규제에 관한 법률」에 대한 새로운 이해- 형사법의 관점에서 금융혁신을 善導하는 금융규제법의 관점으로 -”, 한국금융법학회지 제17권 제2호, 2020.

<단행본>

검찰청, 범죄분석, 2021.

홍성준,「금융회사, 그들의 사기」, 레민북, 2021.

라이너 차칙(손미숙 역), 형법상의 불법과 피해자의 자기책임, 토담미디어, 2019.

【국문초록】

현대사회는 자본주의 시장경제사회로서, 시장에서 이뤄지는 많은 거래행위에는 자본이 필수적이다. 자금을 조달하는 대가로 수익을 얻는 투자가 성행할수록 그 심리를 이용하여 투자금을 편취하는 등 불법적인 행위를 하려는 시도도 증가하고 있다. 그런데 투자상 행위는 분명한 형사법적 불법성을 갖는 경우도 있지만, 불법행위에 이르는지 판단을 내리기 애매한 경우도 있다. 이는 투자의 속성 때문인데, 투자는 본래 주관적 예측에 따라 불확실성이라는 위험을 감수하는 것을 바탕으로 하기 때문이다. 이 때문에 불법적인 의도가 있었는지 혹은 투자판단이 적절치 못하여 투자에 실패한 것인지 정확히 말하기 어렵다는 것이다. 또한 투자상 판단은 사실상 '위험'을 어떠한 방식으로 다루었는지에 대한 판단을 포함한다는 점에서 종래의 불법 판단과 다르다. 수익 약정을 이행할 수 없고 원금 손실이 예상됨에도 위험을 지나치게 무모하게 감수했다면 불법적 의도를 추론할 수도 있다. 투자에 관한 형사법적 판단이 모호한 또 다른 이유는 투자행위의 피해자를 보호하려는 판단이 민법상의 대원칙과 충돌하는 경우가 있다는 것이다. 손실 위험이 전제된 투자에서는 투자자는 스스로 선택한 바를 일정 부분 이를 감수해야 하지만 형법상 보호해야할 필요도 있다. 그런데 그 경계가 모호한 지점이 있다는 것이다. 이 논문에서는 이 같은 투자상의 형법판단에 관한 판례의 법리를 분석하고 모호성을 지적한 뒤, 법리에 대한 구체적인 논의를 제시하였다.

투자상 불법행위에 적용되는 여러 법조 중에서 가장 핵심은 형법상의 기망이 성립하는지 여부인데 사기 입증이 쉽지 않기 때문이다. 기망의 성립범위는 투자상 불법행위를 규율하는 법체계에 영향을 미칠 수 있다는 점에서 중요하다. 투자상 기망에 관한 경계선상의 사건에서는 기망의 성립에 있어 '중요한 사항'을 기망할 것과 편취의 범의가 있을 것을 쟁점으로 한다. 이에 대해 판례가 제시한 법리는 오히려 혼란스러움을 가중시키기도 한다. 투자대상, 방식 등을 고지받았다면 펀드에 투자하지 않았을 것이므로 피고인들이 이 같은 방식으로 투자금을 받은 것은 사기죄의 기망에 해당한다고 판

시한 판례가 그러하다. 그러나 피해가 발생한 상황에서 가정하건대 투자자는 상황을 알았다면 언제나 펀드에 투자하려들지 않을 것이고, 이 같은 법리로 투자자를 보호하면 투자자의 자기책임 원칙은 의미를 잃을 것이다.

생각건대 미래에 대해 불확실한 예측을 한 것이 아니라 투자의 조건이 되는 사실이 막연한 예상에 불과한 것이고 가능성이 불투명함에도 확실한 사실처럼 기망했더라면 합리적인 투자판단을 방해하는 불법적인 사정으로서 사기의 기망이 성립한다고 볼 것이다. 펀드사기와 같은 경우 투자조건으로서 투자의 위험성과 그 구조를 속였다면, 투자자는 정보의 비대칭성으로 인해 제대로 된 투자판단을 행할 가능성을 상실하였으므로 기망이라고 봐야한다. 수익의 경우는 불확실한 미래의 예측에 가깝고 이는 스스로 판단할 부분이기도 하므로 투자조건보다는 덜 엄격하게 봐야한다. 투자자에게 어떤 것을 미리 알려야했는가는 투자자가 위험성과 구조 등을 알지 못하여 합리적으로 판단할 가능성을 방해하는 경우에 따라 판단하는 것이 타당하다. 결론적으로 볼 때 피해자가 입은 피해가 일반적으로 투자의 불확실성에서 기인하는 결과라면 기망이 성립하였다고 보기는 어려울 것이다. 그러나 스스로 합리적인 판단을 내리지 못하도록 방해했고 이것이 투자에 중요한 요인으로 작용했다면 기망에 해당한다고 볼 수 있다. 이로써 투자의 형사법적 판단이 자기책임의 원칙과의 조화를 꾀할 수 있다.

【Abstract】

Criminal decisions making on Fraud using Investment
- Based on harmonizing with the 'principle of liability with fault -

Kim HaeMee
(Doctor. General Graduate School, Korea University)

As market economy capitalism is dominant throughout our society, capital is essential for many transaction activities in the market. Recently, Investments have become more prevalent to earn profits in return for financing. In some cases, the illegality of the conduct is evident but in some cases, it is ambiguous to judge whether the conduct is punishable. This is due to the nature of the investment, which is based on taking the risk of uncertainty attributed to the subjective prediction. For this reason, criminality judgment is so ambiguous that it is difficult to tell exactly whether there was an intent to defraud. Another reason that criminality judgments on investment are ambiguous is that criminal decision makings on investment sometimes conflict with the great principles of civil law. which is the principle of liability with fault. Under the principle, investors have to bear the burden of their own choices. We can see that the boundaries between legality and illegality are ambiguous. In this paper, precedents on such investment judgment are analyzed, while we seek to clear the positions.

Among the various laws applicable to illegal activities in investment, fraud under criminal law is the most important. This is because fraud

under criminal law is not easy to prove. As to the borderline cases of investment fraud, the issue is what is the deception of "important matters" in the fraud as well as when a criminal intent to defraud is accepted. The legal principles suggested by precedents sometimes confuse us. This is the case with the precedent saying if the victims were notified of the situation related to the fraud, they would not have invested in the fund. However, assuming that damage has occurred, investors will not always try to invest in funds if they know the situation. Also, according to this logic, the principle of liability with a fault will lose meaning.

Given them, this study suggests that fraud would be constituted when the defendant hinders reasonable investment judgment. In the case of fund fraud, if the risk and structure of investment are deceived as investment conditions and the investor sometimes loses the possibility of making proper investment judgment due to information asymmetry. then it should be regarded as fraud. In the terms of returns, this is more close to a part of self-determination since it generally falls into uncertain future predictions. Therefore it should be viewed less strictly than the investment conditions. In conclusion, if the damage suffered by the victim is generally a result of uncertainty in investment, it will be challenging to say that fraud has been constituted. However, if the deception prevents us from making a reasonable judgment, and this acted as an important factor in investment, it can be seen as fraud. This allows the criminal decisions making of investment to harmonize with the principle of liability with fault.

주제어(Keyword) : 투자(Investment), 자기책임의 원칙(Principle of liability with fault), 기망(Deception), 펀드 사기(Fund fraud), 유사수신행위(Fund-Raising Business without Permission)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제107호 2022년 12월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2022.107.261

보험금 부정취득 목적 보험계약의 효력

: 부당이득에 대한 상사 소멸시효 유추적용 법리의 명암

- 대상판결 : 대법원 2021. 7. 22. 선고 2019다277812 전원합의체 판결

손 유 은* · 김 제 완**

목 차

Ⅰ. 대상판결
1. 사안의 개요 및 쟁점
2. 판시사항
Ⅱ. 평석
1. 문제의 제기
2. 부당이득 사안에 대한 상법 유추적용
3. 부당이득반환청구권에 대한 상법 제64조 유추적용의 문제점
4. 보험금 부정취득 목적 보험계약에 대한 법적 평가
5. 일반상사소멸시효 규정으로서 상법 제64조의 문제점
6. 상법 제64조 개정론에 관한 고찰
Ⅲ. 결론

* 제1저자 고려대학교 박사과정 수료, ㈜프리하라 대표.
** 교신저자 고려대학교 법학전문대학원 교수.

I. 대상판결

1. 사안의 개요 및 쟁점

가. 사안의 개요

피고 Y1은 2005. 3. 7. 원고 X보험회사와 '이 사건 보험계약'을 체결하였다. 이 사건 보험계약은 Y1을 계약자 및 보험수익자로, 아들인 피고 Y2를 피보험자로 하고, 피보험자가 상해 또는 질병으로 입원할 경우 입원일당 등을 지급받는 내용의 계약이다.[1] 피고들은 2000. 4. 3.부터 2006. 10. 26.에 이르기까지 X보험회사 뿐 아니라 다른 보험회사와도 여러 건의 유사한 보험을 체결하였는데, 원고들과 체결된 보험계약의 건수는 이 사건 보험계약을 포함하여 총 13건, 월보험료는 합계 금 956,850원이다.

한편, Y2는 2007. 1. 2.부터 2007. 1. 26.까지 안면신경마비의 병명으로 ○○○○병원에 25일간 입원한 것을 비롯하여 그 때부터 2017. 6. 5.까지 총 849일간 총 45회에 걸쳐 입원치료를 받았고, X로부터 보험금으로 Y1은 합계 52,700,000원을, Y2는 합계 3,850,000원을 각 지급받았다. 한편, 다른 보험회사까지 포함하여, 위 13건의 보험으로 피고들에게 지급된 보험금은 합계 금 293,278,650원이다.

원고 X보험회사는 이 사건 보험계약이 무효라고 주장하였다. 즉, 피고 Y2를 피보험자로 한 전체 보험계약 체결 현황, 피고들의 소득 수준, Y2의 입원치료 기간 및 입원치료의 필요성, 피고들의 전체 보험금 수령금액 등을 고려하면, 피고들은 이 사건 보험계약을 체결하는데 보험금을 부당하게 취득할 목적이 있었다고 인정할 수 있으며, 따라서 이 사건 보험계약은 민법 제103조에서 규정한 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하여 무효라는 것이다. 나아가 피고들은 원고로부터 무효인 이 사건 보험계약에 따라 보험금을 지급받았으므로, 원고에게 부당이득으로 이를 반환할 의무가 있다고 주장했다. 또한 소멸시효에 관하여, 원고는 각 보험계약의 부당이득반환 청구는 민법 제103조에 따라 무효임을 원인으로 하는 것이므로 민법상 일반채권에 대

1) 2016. 11. 10. 이 사건 보험계약의 계약자가 피고 Y2로 변경되었다.

한 소멸시효기간인 10년이 적용되어야 한다고 주장하였다.

이에 대해 피고들은 우선 이 사건 보험계약이 무효가 아니라고 다투었다. Y1은 Y2에게 장래에 닥칠 위험을 대비할 목적으로 이 사건 보험계약을 체결하였고, 이 사건 보험계약 체결 당시 배우자였던 소외인의 사망보험금과 슈퍼마켓 경영을 통한 수입 등으로 보험료를 납부할 경제적 여력도 있었다고 주장했다. 또한 Y2는 의사의 진단에 따라 입원치료를 받았을 뿐, 입원치료가 필요하지 않는데도 보험금을 지급받을 목적으로 입원치료를 받은 것은 아니라고 주장했다. 소멸시효에 관해서도, 피고들은 설사 이 사건 각 보험계약이 무효라 하더라도 원고의 부당이득반환청구권에 대하여는 상사소멸시효인 5년이 적용되므로, 소멸시효기간이 완성된 부분에 해당하는 원고의 부당이득반환청구는 부당하다고 항변하였다.

나. 쟁점

이 사건에서의 주요 쟁점은 두 가지이다.

첫째, 이 사건 계약이 보험금을 부당하게 취득할 목적으로 체결된 것으로서 민법 제103조에 따라 무효인가 하는 점이다.

둘째, 보험계약이 무효인 경우, 기지급 보험금에 대한 부당이득반환청구권의 소멸시효기간을 상사채권으로 보아 상법 제65조에 근거하여 5년으로 볼 것인가(또는 보험료 반환채권이므로 상법 제662조에 근거하여 3년으로 볼 것인가의 쟁점도 있다.), 아니면 민법상 채권으로 보아 10년으로 볼 것인가 하는 점이다. 이에 대해 원고 보험회사측에서는 민법상 일반채권에 대한 소멸시효기간인 10년이 적용되어야 한다고 주장하였고, 피고들은 상사소멸시효인 5년이 적용되어야 한다고 주장하였다.

2. 판시사항

가. 제1심

제1심에서는 원고의 청구 중 '일부'를 인용하여, 보험계약이 민법 제103조 위반으로 무효임을 확인하고, 그에 해당하는 기지급 보험금에 대한 반환

을 명하는 한편, 원고의 나머지 청구를 기각하였다.[2)]

첫째 쟁점에 관하여 제1심은 우선 전제되는 법리로서, 보험계약자가 다수의 보험계약을 통하여 보험계약을 체결한 경우, 이와 같은 보험계약은 민법 제103조 소정의 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 무효라는 취지의 기존의 대법원 판례 법리를 인용하였다. 이러한 목적으로 체결된 보험계약에 의해 보험금을 지급하도록 하는 것은 ① 보험계약을 악용하여 부정한 이득을 얻고자 하는 사행심을 조장함으로써 사회적 상당성을 일탈하게 될 뿐만 아니라, ② 합리적인 위험의 분산이라는 보험제도의 목적을 해치고 위험발생의 우발성을 파괴하며 다수의 선량한 보험가입자들의 희생을 초래하여 보험제도의 근간을 해치게 되기 때문에 민법 제103조 위반으로 무효라고 보아야 한다는 것이다.[3)] 나아가 이때 보험계약자가 그 보험금을 부정취득할 목적으로 다수의 보험계약을 체결하였는지에 관해서는 직접적으로 이를 인정할 증거가 없더라도, 보험계약자의 직업 및 재산상태, 다수의 보험계약의 체결 경위, 보험계약의 규모, 보험계약 체결 후의 정황 등 제반 사정에 기하여 그와 같은 목적을 추인할 수 있다고 설시하는 한편, 보험금 부정취득의 목적을 추단할 수 있는 유력한 자료가 되는 간접사실로 받아들여질 수 있는 주요 사정들에 관하여도 기존의 대법원 판례 법리에서 따라 이를 받아들였다.[4)]

이와 같은 법리를 대상판결 사안에 적용하여, 제1심 판결에서는 이 사

---

2) 광주지방법원 목포지원 2019. 2. 19. 선고 2018가합11201 판결.

3) 대법원 2005. 7. 28. 선고 2005다23858 판결 인용.

4) 이에 관하여 제1심 판결은, ① 자신의 경제적 사정에 비추어 부담하기 어려울 정도로 고액인 보험료를 정기적으로 불입하여야 하는 과다한 보험계약을 체결하였다는 사정, ② 단기간에 합리적인 이유가 없이 집중적으로 다수의 보험에 가입하였다는 사정, ③ 보험계약 체결 경위가 보험모집인의 권유보다 적극적으로 자의에 의하여 체결하였다는 사정, ④ 저축적 성격의 보험이 아닌 보장적 성격이 강한 보험에 다수 가입하였다는 사정, ⑤ 보험계약 시 동종의 다른 보험 가입 사실의 존재와 자기의 직업·수입 등에 관하여 허위의 사실을 고지하였다는 사정, ⑥ 다수의 보험계약 체결 후 얼마 지나지 아니한 시기에 보험사고 발생을 원인으로 집중적으로 보험금을 청구하여 수령하였다는 사정 등을 들었다. 대법원 2014. 4. 30. 선고 2013다69170 판결 인용. 다만, 이 중 ③에 관하여 최근에는 보험모집인을 거치지 않고 보험비교사이트 등을 활용한 자발적 보험가입이 늘고 있다는 점을 고려하여 해당 요건은 보험금 부정취득의 목적을 추단할 수 있는 유력한 자료가 되는 간접사실에 포함시키는 것이 타당한지에 대해 의문이 있을 수 있다.

건 보험계약이 순수하게 생명, 신체 등에 대한 우연한 위험에 대비하기 위하여 체결되었다기보다는, 다수의 보험계약을 통하여 보험금을 부정취득할 목적으로 체결되었다고 봄이 타당하다고 인정하여, 이 사건 보험계약은 민법 제103조에 반하여 무효라고 판시하였다.

다음으로, 두 번째 쟁점인 소멸시효에 관하여, 제1심 법원은 원고의 부당이득반환채권에 민법상 10년의 소멸시효기간이 아닌 상법 제64조의 5년의 소멸시효기간이 적용된다고 판시하였다. 즉, 이 사건 각 보험계약은 상인인 원고의 기본적 상행위(상법 제46조 제17호)라고 설시하는 한편, 이 사건 각 보험계약이 무효로 됨에 따라 원고가 갖게 되는 부당이득반환채권에 대하여는 상법 제64조가 정하는 상사소멸시효기간인 5년이 적용된다고 판시하였다. 그 이유로는, ① 원고의 피고들에 대한 부당이득반환청구권도 이처럼 상행위에 해당하는 이 사건 각 보험계약에 기초한 급부가 이루어짐에 따라 발생한 것이라는 점과 ② 그와 같은 부당이득반환청구권의 발생경위나 원인, 원고와 피고들의 지위와 관계 등에 비추어 그 법률관계를 상거래 관계와 같은 정도로 신속하게 해결할 필요성이 있는 점 등을 들었다. 이 점에 관하여, 이 사건 각 보험계약이 민법 제103조에 따른 무효임을 원인으로 하는 부당이득반환을 청구를 하는 것이므로, 민법상 일반 채권에 대한 소멸시효기간인 10년이 적용되어야 한다는 원고의 주장은 같은 이유로 배척하였다.

나아가 부당이득반환청구권과 같이 변제기의 정함이 없는 채권은 원칙적으로 채권의 성립시부터 그 소멸시효가 진행된다고 설시하면서, ① 기지급 보험금 중 일부는 이미 5년의 상사 소멸시효가 완성되었음을 인정하여 이 부분 청구는 기각하고, ② 원고의 청구 금액 중 해당 부분을 제외한 나머지 청구에 대해 부당이득반환을 명하여, 결과적으로 '일부 인용' 판결을 한 것이다. 이에 원피고 쌍방이 항소하였다.

나. 원심

원심인 항소심에서는 제1심에서의 사실인정 및 법리 판단을 그대로 유지하면서, 쌍방의 항소를 모두 기각하였다.[5] 판결이유도 민사소송법 제420조 본문에 의하여 제1심 판결을 그대로 인용하였다. 이에 원고와 피고 쌍방

이 상고하였다.

다. 대상판결

대상판결에서는 항소심과 제1심에서 유지된 사실인정 및 법리 판단을 그대로 유지하면서, 쌍방의 상고를 모두 기각하였다.[6] 즉, 대상판결에서는 이 사건 보험계약이 제103조 위반으로 무효라는 점과 그로 인한 부당이득반환청구권에 관하여 상법 제64조의 상사소멸시효가 적용되어야 한다고 판시하였다.

특히 대상판결에서 주로 문제된 것은 상법 제64조의 유추적용에 관한 것이다. 이에 관하여 대상판결에서는 우선 유추적용의 기본 법리에 관하여 설시하였다. 즉, 법적 규율이 없는 사안에 대하여 그와 유사한 사안에 관한 법규범을 적용함으로써 법률의 흠결을 보충하는 것을 의미하는 유추적용의 목적은, "실정법 조항의 문리해석 또는 논리해석만으로는 현실적인 법적 분쟁을 해결할 수 없거나 사회적 정의관념에 현저히 반하게 되는 결과가 초래되는 경우 법원이 실정법의 입법정신을 살려 법적 분쟁을 합리적으로 해결하고 정의관념에 적합한 결과를 도출하기 위한 것"이라고 설시한 후, 이러한 유추를 위해서는 "법적 규율이 없는 사안과 법적 규율이 있는 사안 사이에 공통점 또는 유사점이 있어야 할 뿐만 아니라, 법규범의 체계, 입법 의도와 목적 등에 비추어 유추적용이 정당하다고 평가되는 경우이어야 한다"고 유추적용의 요건을 설시하였다.[7]

이어서 대상판결은, 상행위인 계약의 무효로 인한 부당이득반환청구권의 소멸시효기간에 관한 기존의 법리를 설시하였다. 즉, 계약으로 인한 채권이든 계약의 무효로 인한 부당이득반환청구권이든 채권의 소멸시효기간은 원칙적으로 10년인데(민법 제162조 제1항), 다만 상법은 상행위인 계약으로 인한 채권의 소멸시효기간을 5년으로 정하고 있는 바(상법 제64조), 이와 같이 상사 소멸시효기간을 단기로 정한 이유는 "대량, 정형, 신속이라는 상거

5) 광주고등법원 2019. 9. 27. 선고 2019나21193 판결.
6) 대법원 2021. 7. 22. 선고 2019다277812 전원합의체 판결.
7) 대법원 2020. 4. 29. 선고 2019다226135 판결 인용.

래 관계 특유의 성질을 감안하여 민사 계약관계에 비해 상사 계약관계를 정형적으로 신속하게 해결할 필요가 있기 때문"이라는 점을 설시한 후,[8] 상법은 위와 같이 상행위인 계약으로 인한 채권의 소멸시효기간을 민법과 달리 정하면서도 상행위인 계약의 무효로 인한 부당이득반환청구권의 소멸시효기간에 관하여는 따로 정하고 있지 않다는 점을 지적하였다. 따라서 판례는 상행위에서 직접 생긴 채권뿐만 아니라 이에 준하는 채권에도 상법 제64조가 적용되거나 유추적용 될 수 있다는 전제에서 인정한 원칙과 예외를 설시하였는데, ① 상행위인 계약의 무효로 인한 부당이득반환청구권은 민법 제741조의 부당이득 규정에 따라 발생한 것으로서 특별한 사정이 없는 한 민법 제162조 제1항이 정하는 10년의 민사 소멸시효기간이 적용되는 것이 원칙이고, ② 다만 "부당이득반환청구권이 상행위인 계약에 기초하여 이루어진 급부 자체의 반환을 구하는 것으로서 채권의 발생 경위나 원인, 당사자의 지위와 관계 등에 비추어 법률관계를 상거래 관계와 같은 정도로 신속하게 해결할 필요성이 있는 경우" 등에는 상법 제64조가 정하는 5년의 상사 소멸시효기간이 적용되거나 유추적용된다는 것이다.[9]

대상판결에서는 이와 같은 법리를 보험금을 부정취득할 목적으로 체결한 보험계약이 무효로 되는 경우의 부당이득반환청구권에 대하여 적용하였는데, 위와 같은 예외 유형에 해당한다는 취지이다. 즉, 보험계약자가 다수의 계약을 통하여 보험금을 부정취득할 목적으로 보험계약을 체결하여 그것이 민법 제103조에 따라 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 무효로 되어 발생하는 보험자의 보험금에 대한 부당이득반환청구권은 상법 제64조를 유추적용하여 5년의 상사 소멸시효기간이 적용된다고 봄이 타당하다면서, 그 이유로 다음과 같은 논거를 제시하였다.

첫째, 보험계약이 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 무효인 경우 보험자가 반환을 구하는 것은 기본적 상행위인 보험계약(상법 제46조 제17호)에 기초하여 그에 따른 의무 이행으로 지급된 보험금에 대한 것이므로, 이

8) 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004다22742 판결 인용.

9) 대법원 2003. 4. 8. 선고 2002다64957, 64964 판결, 대법원 2018. 6. 15. 선고 2017다248803, 248810 판결 등 인용.

러한 반환청구권은 보험계약의 이행과 밀접하게 관련되어 있어 그 이행청구권에 대응하는 것이라고 설시하였다.

둘째, 보험계약자가 다수의 계약을 통하여 보험금을 부정취득할 목적으로 보험계약을 체결한 경우는 보험자가 상행위로 보험계약을 체결하는 과정에서 드물지 않게 발생하는 전형적인 무효사유의 하나라고 지적하면서, 이때에는 사안의 특성상 복수의 보험계약이 관련되어 있으므로 여러 보험자가 각자 부당이득반환청구권을 갖게 되거나 하나의 보험자가 여러 개의 부당이득반환청구권을 갖게 되므로 이러한 법률관계는 실질적으로 동일한 원인에서 발생한 것이므로 정형적으로 신속하게 처리할 필요가 있다고 설명하였다.

셋째, 보험계약에서 보험계약자의 보험료 지급의무와 보험자의 보험금 지급의무는 서로 대가관계에 있는데, 보험계약자가 이미 지급한 보험료의 반환을 청구하는 것에는 상당한 제한이 있다는 점을 고려하여야 함을 지적하였다. 즉, 상법 제648조에서 보험계약자의 보험료 반환을 제한하는 한편, 상법 제662조에서는 보험계약자의 보험금 청구권이나 보험계약 무효 등으로 발생하는 보험료 반환채권에 대해서는 3년의 소멸시효기간이 적용된다고 정하고 있는 바, 이는 보험금의 신속한 지급 필요성과 함께 위와 같은 보험계약 무효의 특수성 등을 종합적으로 고려한 입법정책적 결단이라고 할 수 있는데, 이와 같은 사정을 반대로 보험회사의 보험계약자에 대한 반환청구권에도 적절히 고려하여야 하는 것인지에 관하여 설시한 것으로 이해된다.

이에 대하여 좀 더 구체적으로 살피자면, 대상판결은 “상법 제648조나 제662조는 그 문언상 보험자의 보험금 반환청구권에는 적용되지 않음이 명백하고, 위 규정들이 보험계약 무효의 특수성 등을 감안한 입법정책적 결단인 이상 이를 보험자가 보험금 반환을 청구하는 경우에까지 확장하거나 유추하여 적용하는 것은 적절하지 않다”고 하여 유추적용을 일응 부정한다는 취지로 설시하면서도, “그렇다고 해서 보험자의 보험금에 대한 부당이득반환청구권에 대해서 민사 소멸시효기간이 적용된다고 볼 수는 없다”고 설시하였다. 그러므로 최종 결론적으로는 “보험계약의 정형성이나 법률관계의 신속한 처리 필요성에 비추어 상사 소멸시효기간에 관한 규정을 유추적용하여야 한다”는 것이다.

마지막으로 대상판결에서는 “통상 보험상품을 만들어 판매한 보험자는 보험계약의 이행에 관한 전문적 지식을 가진 자로서 보험계약자보다 우월한 지위에 있음을 인정하고, 상법 제662조는 보험계약자의 보험료 반환채권에 관한 것이기는 하지만 보험계약의 무효로 인한 법률관계를 신속하게 해결할 필요가 있음”을 전제로 하고 있다. 또한, “보험계약이 무효인 경우 보험금 반환청구권에 대하여 10년의 민사 소멸시효기간을 적용하는 것은 보험계약 당사자인 보험계약자와 보험자 사이의 형평에 부합하지 않는다.”고 설시하였다.

한편, 대상판결은 이에 배치되는 기존 판례를 폐기하였는데,[10] 대상판결은 소수의견 없이 대법관 전원일치로 이루어졌다.

Ⅱ. 평석

1. 문제의 제기

대상판결에 대하여 이 글에서 서술하고자 하는 필자의 평석 요지와 방향은 다음과 같다.

첫째, 대상판결에서 보험회사의 보험계약자에 대한 부당이득반환청구에 대하여, 소멸시효기간 10년의 민법규정을 적용하지 아니하고, 상법상의 소멸시효기간 규정을 ‘유추적용’함으로서 보험계약자를 좀 더 보호하는 방향의 결론을 내린 점에 대하여는 결과적으로 바람직하다고 생각한다. 대상판결에서 제시한 유추적용의 주요 근거로서, ① 반환청구권은 보험계약의 이행과 밀접하게 관련되어 있어 그 이행청구권에 대응하는 것이라는 논거, ② 무효인 보험계약의 경우 다수의 계약이 문제되므로 정형적으로 신속하

10) 공제회사가 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 무효인 공제계약에 기초하여 지급한 공제금의 반환을 구하는 사안에서 부당이득반환청구권의 소멸시효기간을 10년이라고 본 대법원 2016. 10. 27. 선고 2014다233596 판결은 이 판결의 견해에 배치되는 범위에서 이를 변경하였다. 공제계약 사안에도 보험계약의 무효에 관한 법리가 그대로 적용된다고 보았기 때문이다.

게 처리할 필요가 있다는 논거 및 ③ 보험회사와 보험계약자의 관계에 따른 형평적 고려에 관하여도 필자로서는 그 필요성에 관하여 공감한다.

둘째, 그러나 대상판결에서 인용한 유추적용에 관한 기본법리에 비추어 볼 때, 보험회사의 보험계약자에 대한 부당이득반환청구에 대하여 유추적용의 대상이 '상법 제662조'가 아닌 '상법 제64조'가 되어야 한다고 본 근거에 관하여, 그것이 논리적이거나 합리적인지에 관하여 필자로서는 선뜻 동의하기 어렵다. 특히 상법 제662조에 대하여는 '입법정책적 결단'을 들어 유추적용을 배제하면서도 상법 제64조에 대하여는 유추적용을 인정한 것은 논리적으로나 법체계상으로도 타당하지 않다고 생각된다. 오히려 유추적용을 하려면 일반성을 가지는 총칙조항인 상법 제64조보다는, 각론조항으로서 보다 사안과 직접적이고 밀접하게 관련이 있는 규정인 상법 제662조를 유추적용했어야 한다고 생각한다.

셋째, 이와 관련하여 필자로서는 대상판결 사안의 출발점이 되는 법리, 즉, 보험금을 부정취득할 목적으로 보험계약을 체결한 경우, 이와 같은 보험계약은 민법 제103조 소정의 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 무효라는 취지의 기존의 대법원 판례 법리가 항상 타당한지는 의문이다. 이에 대하여 비판적 시각에서 분석해 보고자 한다.

넷째, 대상판결에 대한 평석을 계기로, 대상판결의 전제가 된 법리로서 부당이득반환청구권에 관하여 상법 제64조가 유추적용될 수 있는지에 관한 원칙과 예외의 법리에 관하여도 그 의의와 문제점을 지적해 보고자 한다. 이와 관련하여 부당이득반환 이외의 다른 법정채권인 손해배상 청구권의 경우와 비교해 보고자 한다.

마지막으로, 상법 제64조는 그 적용 내지 유추적용 문제를 둘러싸고 많은 문제를 야기하여 왔으며, 이에 대하여 근본적으로 제도개선이 필요하다는 점을 지적하고자 한다. 대표적으로, 일본에서 상사일반소멸시효 규정을 삭제하는 법개정을 한 것을 참고하여, 외국의 입법례와 기존 우리 학계와 실무계에서의 논의를 바탕으로 근본적인 제도개선이 필요하다고 생각된다. 대상판결은 이를 위한 중요한 계기가 되었어야 한다는 점에서도, 비판적 시각에서 평석이 필요하다는 것이 필자의 생각이다.

2. 부당이득 사안에 대한 상법 유추적용

가. 문제의 소재

대상판결은 보험계약에서 보험계약자의 보험료 지급의무와 보험자의 보험금 지급의무는 서로 대가관계에 있다는 점을 인정한다. 그런데 보험계약자가 이미 지급한 보험료의 반환을 청구하기 위해서는 상법 제648조에 따라 보험계약자와 피보험자나 보험수익자가 모두 선의이고 중과실이 없어야 한다. 나아가 보험계약자의 보험금 청구권이나 보험료 반환채권에는 상법 제662조에 따라 3년의 단기 소멸시효기간이 적용되는 등 상당한 제한이 있다.

대상판결에서는 이러한 제한은 그 문언상 보험자의 보험금 반환청구권에는 적용되지 않음이 명백하다고 하면서도 보험계약의 정형성이나 법률관계의 신속한 처리 필요성에 비추어 상사소멸시효기간에 관한 규정을 적용하여야 한다고 보았다.

대상판결이 설시한 바와 같이, 보험회사가 보험계약자보다 보험계약의 이행 등에 관하여 전문적 지식을 가지고 있다는 점, 보험계약자의 보험료 반환청구에 대해서는 제약이 있으나 보험금 반환청구에 대해서는 별도의 제약이 없어 당사자간 형평의 문제가 발생한다는 점을 고려하면, 대상판결이 보험금 반환청구권에 제한을 둔 것은 결과적으로 타당하다. 그러나 그 유추적용 대상이 보다 직접적이고 연관성이 있는 상법 제662조가 아니라 논란이 있는 제64조로 한 점에 관하여 필자로서는 의문을 가지며, 이에 대해 검토해 보고자 한다.

나. 유추적용의 필요성 : 보험회사의 우월적 지위와 당사자간의 형평

우선 상법 유추적용의 필요성에 관하여 살펴보자. 보험회사는 보험상품의 취급과 관련하여 발생하는 보험의 인수, 보험료 수수 및 보험금 지급 등을 영업으로 하는 자로 허가를 받아 보험업을 경영하는 자를 말한다(보험업법 제2조). 이와 같이 보험회사는 보험상품에 대해 일정한 수준 이상의 전문지식과 경험을 보유하고 있는 것이 일반적이어서 보험계약자에 비해 보험계약의 이행 등에 있어 우월한 지위에 있다고 볼 수 있다.

다음으로, 보험계약에서 보험계약자의 보험료 지급의무와 보험자의 보험금 지급의무는 서로 대가관계에 있다. 그런데 상법은 제648조와 제662조에서 보험계약의 무효로 인한 보험료 반환청구에 대한 제한 규정을 두고 있지만, 보험금 반환청구에 대해서는 그러한 제한을 두고 있지 않다. 결과적으로 양 반환 법제가 서로 달라 당사자 간 형평의 문제가 발생한다. 보다 상세히 살펴보면, 상법 제648조는 보험계약자와 피보험자 또는 보험계약자와 보험수익자가 선의이며 중대한 과실이 없을 때 한하여 보험자에 대하여 보험료의 반환을 청구할 수 있도록 하여 반환청구를 상당히 제한적으로 인정한다. 대상판결은 이에 대해 "보험계약의 특성상 보험계약자 등의 악의나 중대한 과실로 보험계약이 무효인 때에도 이미 지급한 보험료를 그대로 반환받을 수 있다면 보험계약자 등이 보험계약을 악용할 우려가 크고 보험계약 체결과정에서 많은 비용을 지출한 보험자에게 불리하기 때문"이라고 설시하고 있다. 이에 더하여, 동법 제662조는 보험료 반환청구권은 3년간 행사하지 아니하면 시효의 완성으로 소멸한다고 규정하여 보험료 반환청구권에 단기소멸시효를 적용하는 특례를 두고 있다. 결과적으로 보험계약자가 보험회사로부터 기지급 보험료를 반환받는 데에는 제한사항이 많은 것이다. 대상판결은 그 이유로 "보험금의 신속한 지급 필요성과 함께 보험계약의 무효의 특수성을 고려한 입법정책적 결단"이라는 점을 든다. 하지만, 문제는 계약당사자 중 일방에게만 부과되는 이러한 제한방식은 당연히 형평에 어긋난다는 점이다. 그 문언상 보험금 반환청구권에는 적용되지 않는다고 봄으로써, 보험회사의 보험계약자에 대한 보험금 반환청구권에는 민법상의 10년의 일반소멸시효 규정이 적용되는 결과가 된다. 이는 보험료 반환청구권에 단기소멸시효가 적용되는 것을 고려하면 공정하다고 평가하기 어렵다.[11]

이러한 문제를 해결하고자 대상판결은 보험계약이 무효인 경우 보험금 반환청구권에 대하여도 단기소멸시효가 적용되는 것이 공정하다고 인식한 것으로 이해되며(이 부분은 필자도 공감한다.), 그 결과가 5년의 상사 소멸시효기간을(이 부분을 필자는 공감하지 않는다.) 유추적용한 것이다.

---

11) 이러한 불균형은 보험소비자에게 불리하게 작동한다. 권영준, "2021년 민법 판례 동향" 서울대학교법학 제63권 제1호(2022), 273면.

다. 유추적용의 대상 : 상법 제64조 또는 상법 제662조의 적용

대상판결에서 제시한 유추적용의 필요성은 근본적으로 상법 제662조가 보험회사에 대한 보험계약자의 청구권에 대해서만 단기소멸시효를 적용하는 특례를 두고, 반면 보험회사의 보험계약자에 대한 청구권, 특히 본건과 같은 부당이득반환청구권에 대하여는 이를 적용대상으로 규정하고 있지 않아 결국 10년의 민법상의 일반소멸시효규정이 적용되어, 그 결과 이것이 보험계약자와 보험회사간의 균형이나 형평에 부합하지 않기 때문이다.

이것이 유추적용의 필요성이라면, 상식적으로 볼 때 유추적용의 대상은 마땅히 상법 제662조가 되어야 했을 것이다. 보다 직접적이고 연관성이 있는 규정이기 때문이다. 그런데 대상판결에서는 상법 제662조를 유추적용의 대상으로 하지 아니하고 상법 제64조를 유추적용하였다. 대상판결은 왜 직접 관련성이 있는 규정 대신 뒤에서 살피는 바와 같이 논란의 여지가 많은 상법 제64조를 유추적용의 대상으로 한 것일까? 필자가 대상판결에 대하여 의문을 가지는 출발점은 여기에서부터이다.

우선 대상판결에서 밝힌 이유는 선뜻 납득하기 어렵다. 우선 이는 유추적용의 본질상 설득력이 없다. 대상판결에 의하자면, “상법 제662조는 그 문언상 보험자의 보험금 반환청구권에는 적용되지 않음이 명백하고, 위 규정들이 보험계약 무효의 특수성 등을 감안한 입법정책적 결단인 이상 이를 보험자가 보험금 반환을 청구하는 경우에까지 확장하거나 유추하여 적용하는 것은 적절하지 않다”는 것이다. 그러나 과연 그러한가? 상법 제662조는 그 문언상 보험자의 보험금 반환청구권에는 적용되지 않음이 명백하다는 점은 사실이다. 그러나 이는 오히려 이 규정이 필요한 경우 유추적용의 대상이 될 수 있음을 고려해야 함을 보여주는 것일 뿐, ‘문언상 적용되지 않음이 명백하므로 유추적용할 수 없다’는 논지로 이어지는 것은 아니다. 유추적용은 문언상 적용되지 않음이 명백한 경우에 활용되는 것이며, 반대로 문언상 적용될 여지가 있어서 적용한다면 이는 해석의 문제일 뿐 유추적용의 문제가 아니기 때문이다.

다음으로, 대상판결에서는 유추적용이 적절하지 않은 이유로 ‘입법정책적 결단’을 들었는데, 이 또한 설득력이 없다. 여기서 대법원이 상법 제662

조를 제정한 '입법정책적 결단'의 취지를 어떻게 이해했는지 알 수 없으나, 유추적용을 배제한 결론에 이르자면 이 조항의 '입법정책적 결단'의 취지가 '보험회사에 대한 보험계약자의 청구권에 대해서만 적용하고, 반대로 보험자의 보험금 반환청구권에는 적용하지 않는다'는 것이어야 한다. 그러나 사견으로는 입법정책적 결단이 그와 같은 것은 아니었을 것으로 생각된다. 동조는 보험금청구권에 대한 단기소멸시효규정으로 신속한 결제와 보험관계의 종결을 통해 보험재정을 합리적으로 운용하기 위해 제정된 것으로[12] 상법 제662조 제정당시의 입법정책적 결단은 '보험회사에 대한 보험계약자의 청구권에 대해서 적용한다'는 것이었을 뿐, 여기서 더 나아가 '반대로 보험자의 보험금 반환청구권에는 적용할 것인지'에 대해서는 가부간 결단이 없었던 것으로 보인다. 즉, '보험자의 보험금 반환청구권에는 적용하지 않는다'는 입법정책적 결단까지 있었다고 볼만한 사정은 없다고 생각된다. 한편, 이 조항의 입법정책적 결단의 주요 취지가 '보험계약 무효의 특수성 등을 감안하여 시효기간을 3년 또는 2년으로 단축'하는 것이었다면, 비록 상법 제662조에서는 보험회사의 부당이득반환청구권에 관하여는 비록 명문으로 규정하지 아니하였지만, 오히려 대상판결에서 지적한 유추적용의 필요성을 충족하는 것으로 보기에 족하다.[13]

우선, 단기소멸시효는 법률관계를 장기간 불확정하게 두지 않고 조기에 확정해야 할 필요성이 있는 경우 규정된다는 점, 이미 보험계약자의 보험금청구권과 보험료 또는 적립금의 반환청구권에는 제한이 있다는 점을 고려하면, 실정법인 상법 제662조의 문리해석 또는 논리해석만으로는 보험회사의 보험계약자에 대한 부당이득반환청구권의 소멸시효기간에 대해 사회적 정의관념에 현저히 반하게 되는 결과가 초래된다고 볼 수 없다. 다음으로, 이 사안의 경우에 법원이 실정법의 입법정신을 살려 법적 분쟁을 합리적으

12) 헌법재판소 2022. 5. 26 자 2018헌바153 결정 [합헌] [헌공 제308호]

13) 개정전 상법 제662조는 보험금청구권의 반환청구권을 2년으로 규정하고 있었으나, 2014. 3. 11. 일부개정을 통해 3년으로 연장한 사실이 있는데, 당시 입법자들은 기존에 규정된 기간이 단기여서 보험계약자의 권리행사에 어려움이 있으므로 소멸시효 기간을 연장함으로써 보험계약자의 불이익을 줄이고자 하였다고 한다. 국회 의사국 의안과, 의안번호 1909453, 상법 일부개정법률안(대안)(법제사법위원장), 3-4면.

로 해결하고 정의관념에 적합한 결과를 도출하기 위하여 유추적용이 정당하다고 평가되는지를 살펴야 한다. 앞서 살핀 대법원의 유추적용 판단 기준에 따르자면, 법적 규율이 없는 사안인 '보험회사의 보험계약자에 대한 부당이득반환청구권의 소멸시효기간 사안'과 법적 규율이 있는 사안인 '보험계약자의 보험회사에 대한 청구권의 소멸시효기간 사안' 사이에 공통점 또는 유사점이 있는지가 문제된다. 그런데 이는 대상판결에서 설시한대로 ① 반환청구권은 보험계약의 이행과 밀접하게 관련되어 있어 그 이행청구권에 대응하는 것이라는 논거, ② 무효인 보험계약의 경우 다수의 계약이 문제되므로 정형적으로 신속하게 처리할 필요가 있다는 논거 및 ③ 보험회사와 보험계약자의 관계에 따른 형평적 고려 등에서 넉넉히 인정된다. 따라서 법규범의 체계, 입법 의도와 목적 등에 비추어 보더라도 상법 제662조의 유추적용이 정당하다고 평가될 수 있다.

이와 같이 유추적용의 대상은 상법 제662조로 하여야 함이 마땅함에도 불구하고 대상판결에서는 설득력 없는 이유만으로 이를 부정한 채 오히려 상법 제64조를 유추적용의 대상으로 삼았다. 이는 민법상 10년의 소멸시효기간을 적용한다는 결론보다는 나은 것일지 모르나, 바람직하지 않다고 생각된다. 상법 제64조는 그 자체가 이른바 상사일반소멸시효규정인데, 모든 상행위에 5년의 단기소멸시효기간이 적용된다는 취지로서, 그 적용대상이 무엇인지가 불분명하여 항상 분쟁의 여지가 있고, 수범자인 일반 국민의 예측가능성을 감소시키는 문제점이 있기 때문이다. 이어서 부당이득반환청구에 대해 상법 제64조을 유추적용하는 법리의 문제점을 살펴보면서, 나아가 상법 제64조의 적용범위를 둘러싼 모호성의 문제를 살펴보고자 한다.

3. 유추적용의 대상으로서 상법 제64조의 문제점

가. 적용 대상의 모호성

상법 제662조는 보험금청구권, 보험료 또는 적립금의 반환청구권, 보험료청구권 등으로 그 적용대상이 명시되어 있다. 따라서 보험계약 무효로 인한 기지급 보험금에 대한 반환청구권에 대해 이 조항을 유추적용하는 데에

는 앞서 살핀 유추적용의 필요성과 적합성 문제 이외에 특별한 난점이 없다. 반면, 상법 제64조는 그 적용대상 여부가 불확정적이다. '상행위로 인한 채권'을 그 대상으로 하고 있는데, 뒤에서 살피는 바와 같이 문제가 된 채권이 '상행위로 인한 채권'인지 아닌지가 늘 문제로 되기 때문이다. 특히 '보조적 상행위'까지 포함되는데, 시효기간 판단의 시각에서 어디까지 이를 포함시킬 것인지를 두고 많은 판례와 학설이 있다. 이는 그만큼 분쟁이 많음을 의미하는 것인데, 이는 일반 국민으로서는 그 기준을 미리 가늠하기 어렵다는 것을 의미한다.

이는 무엇보다도 상법 제64조가 지나치게 포괄적이고 추상적인 형식의 1개 조문으로 만들어져 있기 때문이다. 상법이 민법의 특별법이라면, 시효기간을 규정함에 있어서 적어도 민법규정보다는 좀 더 명확해야 할 것임은 당연하다. 그런데 민법에서 장기 단기의 다양한 소멸시효기간을 구체적으로 열거하여 명시하고 있는데 비해, 특별법인 상법에서는 오히려 이와 같이 포괄적이고 추상화된 1개의 조항으로 규율하고 있는 것이다. 여기에 근본적인 문제가 있다. 특히 그 기간을 5년으로 함으로서, 민법과 비교할 때 단기소멸시효기간보다는 길고 장기소멸시효기간보다는 짧다는 점도 문제이다. 소멸시효에 관하여 어떤 경우에는 상법이 유리하고, 어떤 경우에는 민법이 유리하게 되기 때문이다. 이는 뒤에서 살피는 바와 같이 많은 사안에서 민법 적용 사안인지 상법 적용 사안인지를 상인이 자신의 이익에 따라 자의적으로 주장하여 결국 분쟁으로 이어지게 한다. 상법이 민법의 특별법이라면 당연히 상법 규정이 적용되어야 하는데, 그렇게 하기 어렵게 하는 근본적인 문제가 있음을 의미한다.

이는 특히 상행위와 관련된 부당이득반환청구권의 경우에 주로 문제되는데, 그 이유는 부당이득반환청구권이 10년의 소멸시효기간이 적용되므로, 상행위와 관련된 것인데도 상법을 적용하지 아니하고 민법을 적용할 경우 상당히 장기간의 소멸시효가 적용되어 그 차이가 크기 때문이다. 대상판결도 그와 같은 유형의 하나이다. 이에 대법원은 상행위와 관련된 부당이득반환청구권의 소멸시효에 대해 나름대로 판례이론을 통하여 원칙과 예외를 설시하였는데, 앞서 살핀대로 원칙적으로는 ① 상행위인 계약의 무

효로 인한 부당이득반환청구권은 민법 제741조의 부당이득 규정에 따라 발생한 것으로서 특별한 사정이 없는 한 민법 제162조 제1항이 정하는 10년의 민사 소멸시효기간이 적용되고, 예외적으로 ② "부당이득반환청구권이 상행위인 계약에 기초하여 이루어진 급부 자체의 반환을 구하는 것으로서 채권의 발생 경위나 원인, 당사자의 지위와 관계 등에 비추어 법률관계를 상거래 관계와 같은 정도로 신속하게 해결할 필요성이 있는 경우" 등에는 상법 제64조가 정하는 5년의 상사 소멸시효기간이 적용되거나 유추적용된다는 것이다.

그런데 이와 같이 원칙과 예외를 설시하고 있지만, 이 판례법리에서 제시하고 있는 기준 자체가 모호하다. 이 예외요건을 분설해 보면, 우선 '부당이득반환청구권이 상행위인 계약에 기초하여 이루어진 급부 자체의 반환을 구하는 것'이라는 요건은 비교적 쉽게 이해될 수 있다. 이는 민법 영역에서는 이른바 부당행위의 유형론과 통일론에 관하여 충분히 논의된 것으로서 으로서 부당행위 유형중에 '급부부당이득'에 한하여 예외의 적용대상으로 한다는 취지로 받아들일 수 있기 때문이다. 문제는 후반부 요건인데, 판례에서 말하는 '채권의 발생 경위나 원인, 당사자의 지위와 관계 등에 비추어 법률관계를 상거래 관계와 같은 정도로 신속하게 해결할 필요성이 있는 경우'라는 것은 과연 어떤 것을 의미하는지는 분명하지 아니하다. '신속하게 해결할 필요성'이라는 개념 자체가 지나치게 넓고 불확정적인 기준이기 때문이다. 이와 같은 기준에 의하다 보니 일반인으로서는 사전에 이를 예견하기 어렵고, 결국 법원의 판단을 받게 되지만, 법원의 판단시에도 설득력 있는 구체적인 기준이나 논거가 제시되고 있지 못하다. 이와 같이 개별 사안별로 시효기간을 판단하는 태도는 구체적 타당성과 유연성을 제고할 수 있을지는 몰라도 시효제도가 최고 이념으로 지향하는 법적 안정성은 저해할 수 있으므로, 좀 더 안정적이고 통일적인 틀을 제공하는 것이 바람직하다는 지적은 경청할 필요가 있다.[14]

14) 예를 들어, 상사계약이 무효로 됨에 따라 부당이득반환청구권이 발생한 경우, 이는 "상행위로 인한 채권"이므로 상법 제64조에 따라 상사시효가 적용된다"고 보면 충분하며 그렇게 보는 것이 단순하고 간명하다고 주장한다. 권영준, 앞의 논문, 274면.

나. 상행위 관련 부당이득의 소멸시효에 대한 판례의 동향

이와 관련하여 대상판결에서 예외로 인용한 판결 사례들을 보아도 그 차이가 명확하게 드러나지 않는다.

우선, 상행위에 해당하는 보증보험계약에 기초한 급부가 이루어짐에 따라 발생한 부당이득반환청구권에 대해서는 "상행위에 해당하는 각 보증보험계약에 기초한 급부가 이루어짐에 따라 발생"하였다는 점, "채권 발생의 경위나 원인, 원고와 피고의 지위와 관계 등에 비추어 그 법률관계를 상거래 관계와 같은 정도로 신속하게 해결할 필요성이 있다"는 점을 근거로 5년의 소멸시효기간이 적용된다고 보았다.[15] 이에 대해, 상사계약이 무효인 경우의 부당이득반환청구권 역시 상행위로 인하여 발생한 법률관계를 청산하는 것이라는 점에서 계약해제로 인한 원상회복청구권과 다를 바가 없고, 상사시효제도의 취지를 감안하면 가급적 상사시효를 적용하는 것이 타당하다는 견해도 있지만,[16] 논란의 여지는 남는다고 생각된다.

나아가, 가맹계약과 관련한 부당이득반환채권에 대해 법원은 상사소멸시효가 적용된다고 한 사례가 있다.[17] 가맹본부가 가맹사업자를 상대로 가맹계약상 근거를 찾을 수 없는 항목으로 매출액의 일정 비율에 해당하는 금액을 청구하여 지급받았고, 가맹사업자는 해당 금액이 부당이득에 해당한다며 반환을 구하였다. 이에 대해 법원은 부당이득반환채권이 모두에게 상행위가 되는 가맹계약에 기초하여 발생하였고, 가맹본부가 정형화된 방식으로 가맹계약을 체결하고 가맹사업을 운영해 온 탓에 수 백 명에 달하는 가맹점

---

15) 원고 A보험사는 B의 자동차 할부구입건에 대해 피고 C자동차회사와 할부판매보증보험계약을 체결하였는데, B가 할부금을 납부하지 않자, A는 C에게 보험금을 지급하였다. 이 후, C는 B를 상대로 구상금청구소송을 제기하였으나, A와 C사이에 작성한 보증보험계약 약정서가 권한 없는 자에 의해 작성된 것으로 무효로 되자, A는 C에 대하여 지급한 보험금을 부당이득으로 반환하라는 청구를 하였다. 법원은 이에 대해 상거래 관계와 같은 정도로 신속하게 해결할 필요성이 있다고 보아 5년의 상사소멸시효가 적용된다고 보았다. 대법원 2007. 5. 31. 선고 2006다63150 판결.

16) 송평근, "무효인 보증보험계약에 기초한 급부가 이루어짐에 따라 발생한 부당이득반환청구권에 대하여 상사소멸시효가 적용되는지" 대법원 판례해석(2007년(상) 제67호, 2007) ; 안수현, 앞의 논문, 252-254면 등 참조.

17) 대법원 2018. 6. 15. 선고 2017다248803, 248810 판결.

사업자들에게 같은 내용의 부당이득 반환채무를 부담하는 점 등 채권의 발생 경위나 원인 등에 비추어 볼 때 그로 인한 거래관계를 신속하게 해결할 필요가 있다는 것을 근거로 부당이득반환채권은 5년의 상사소멸시효의 적용을 받는다고 보았다.

이와 같은 판례의 동향은 일응 동일하게 상행위인 계약에 기초하여 이루어진 급부로서 급부부당이득 유형에 해당하는 경우에 상사소멸시효를 적용하는 것으로 보인다. 이는 상행위에 기한 법률관계가 존속하고 있다면 해당 법률관계를 신속히 종결시키기 위해 상사소멸시효가 적용되는 것이므로, 상행위인 법률관계의 청산에 있어서도 특별한 사정이 없는 한 신속하게 종결할 것이 요청된다고 볼 수 있고, 따라서 상행위엔 법률관계의 청산을 위한 급부부당이득에 있어서는 일률적으로 5년의 상사소멸시효가 적용된다고 보는 것이 타당하다는 생각에 서 있는 것으로 이해될 수 있다.[18] 한편, 보험계약의 무효로 인한 부당이득반환청구권의 소멸시효의 기산점에 대해 민법상 부당이득반환청구권에 관한 법리를 바로 적용할 수는 없다는 견해도 있다. 보험료 반환청구권에 대하여 그 소멸시효를 2년으로 둔 것은 법률관계를 신속하게 종결하려는 취지로서 법적 안정성이 목적이지만, 이러한 단기소멸시효는 청구권을 행사할 자에게는 시간적 제약이 되어 매우 불이익하다는 것이다. 이에 더하여 반환사유가 객관적으로 확정되지 않은 상태에서 전체로서의 보험에 대한 것이 아닌 각 보험료를 납입한 때로 보아 각각의 보험료를 개별 반환대상으로 판단한다면, 이는 보험계약자에게는 지나치게 가혹하다는 것이다.[19]

반면, 위법배당에 따른 부당이득반환청구권이 문제된 사안에서 대법원은 10년의 민사소멸시효를 적용하였다, 위법배당에 따른 부당이득반환청구

18) 이계정, "[2021년 분야별 중요판례분석] (3) 민법(上)" 법률신문 4958호12-13(법률신문사, 2022) 참고.

19) 일반적으로 이미 무효인 보험계약에 대해 보험료를 계속 납입하고 있는 경우라면, 반환청구권자가 부당이득을 제공한다는 것을 알지 못한다는 것인데, 그러한 상황하에서 그 보험료를 납입할 때마다 개별적으로 소멸시효가 진행되고 있다고 하는 것은 편향된 논리구성이라는 것이다. 이에 대해서는, 김은경, "보험계약 무효시 보험료반환청구와 소멸시효", 강원법학 제35권(2012) 참조.

권은 근본적으로 상행위에 기초하여 발생한 것이라고 볼 수 없을 뿐 아니라, 회수를 위한 부당이득반환청구권 행사를 신속하게 확정할 필요성이 크다고 볼 수도 없다는 것이다.[20]

다음으로, 상행위에 해당하는 부동산 매매계약이 무효라는 이유로 이미 지급한 매매대금 상당액을 부당이득으로서 반환을 구하는 경우에 대하여, "상거래 관계와 같은 정도로 신속하게 해결할 필요성이 있다고 볼만한 합리적인 근거가 없다"는 이유로 10년의 소멸시효기간이 적용된다고 하면서 구체적인 논거를 제시하지 않았다.[21] 이와 같이 법원이 일반적인 법리를 판시하지 않고 사안 해결형 판단을 하는 점에 대해, 그 판단 기준이 모호하다거나 결론에 대한 예측가능성이 낮다는 비판이 있다.[22]

나아가, 법원은 자동차손해배상보장법에 의한 자동자손해배상 보장사업에 기해 발생한 부당이득반환청구권에 대해서도 민사소멸시효를 적용하였다. 해당 사업의 목적은 뺑소니 자동차 또는 무보험 자동차에 의한 교통사고의 피해자 보호에 있고, 이를 통해 법률상 가입이 강제되는 자동차책임보험제도를 보완하려는 것이지, 피해자에 대한 신속한 보상을 주목적으로 하고 있는 것이 아니므로 이에 기하여 발생한 부당이득반환청구권은 신속한 해결의 필요성이 없다고 본 것이다.[23] 그러나 자동차손해배상보장법이 신속하고도 효율적으로 피해자를 보호하기 위한 것임을 고려하면 이러한

---

20) 이익의 배당이나 중간배당은 회사가 획득한 이익을 내부적으로 주주에게 분배하는 행위로서 회사가 영업으로 또는 영업을 위하여 하는 상행위가 아니므로 배당금지급청구권은 상법 제64조가 적용되는 상행위로 인한 채권이라고 볼 수 없다는 이유를 들었다. 대법원 2021. 6. 24. 선고 2020다208621 판결.

21) 주식회사 A(매수인)가 의료법인 B(매도인)로부터 부동산을 매수하는 계약을 체결하고 그 매매대금을 지급하였다. 그런데, B를 대표하여 매매계약을 체결한 대표자 갑의 선임에 관한 이사회결의가 부존재하는 것으로 확정됨에 따라 위 매매계약이 무효로 되었다. 이에 따라 A는 민법의 규정에 따라 B에게 지급한 매매대금 상당액의 반환을 구하는 부당이득반환을 청구하였다. 법원은 이러한 부당이득반환청구권에 대해 상거래 관계와 같은 정도로 신속하게 해결할 필요성이 있다고 볼 만한 합리적인 근거가 없다는 이유로 민법상 10년의 소멸시효가 적용된다고 판시하였다. 대법원 2003. 4. 8. 선고 2002다64957, 64964 판결.

22) 황재호, "보험계약 무효로 인한 보험자의 부당이득반환청구권에 적용되는 소멸시효기간", 사법발전재단(사법 제58권 제1호, 2021) 참조.

23) 장덕조, 앞의 논문, 617면.

사업을 위탁받은 보험사업자가 부당이득반환청구권을 행사하는 경우 민사소멸시효가 아니라 상사소멸시효가 적용되어야 한다는 견해도 있다.[24]

결국 문제는 '정형적이고 신속하게 해결할 필요성'이 사안에 따라 긍정되거나 부정됨에 따라 적용법리가 달라지게 된다는 데 있다. 그런데 정작 그러한 필요성을 판단하기 위한 구체적인 기준이나 논거는 대상판결에서 제시하고 있지 않기 때문에, 개별 사건에서 법원의 판단이 나오기 전까지는 그 결과를 알 수 없다. 그 결과 수범자인 일반인으로서는 예측가능성이 현저히 떨어진다. 또한, 전원합의체판결에서 제시한 기준을 구체적인 사안에 적용할 때에도 사법부의 자의성이 작용할 우려가 있다. 이처럼 불분명한 상태를 해결하기 위해서는 대상판결에서 제시된 요건이 법규정에서 구체화되어야 한다. 적어도 어느 것이 원칙이고 어느 것이 예외인지 판단할 수 있는 기준을 명확히 하고, 민법과 상법상 소멸시효기간의 경합관계를 분명히 해야 할 것이다. 이 때 민법과 같이 상법상 소멸시효기간을 다양화하여 구체적인 사안 유형별로 적용되도록 하는 것이 하나의 해결방안이 될 수 있을 것이다. 추가로 소멸시효의 기산점 문제도 검토되어야 한다.

다. 상행위 관련 손해배상청구권 사례들과의 비교

한편, 앞서 살핀 바와 같이 상법 제64조의 유추적용이 문제되는 것은 주로 부당이득반환청구권이지만, 손해배상 청구권의 경우도 유사한 문제가 발생한다. 즉, 상행위 관련 손해배상 청구권의 경우에도 민법상의 소멸시효기간이 적용되는지 또는 상법 제64조가 적용되는지가 문제되는데, 어떤 의미에서는 상행위로 인한 부당이득반환청구권보다 좀 더 복잡한 양상을 띤다. 같은 손해배상청구권이라고 하더라도 채무불이행으로 인한 손해배상 청구권과 불법행위로 인한 손해배상은 그 소멸시효기간이 서로 다르기 때문이다.

먼저, 상법 제401조에 기한 이사의 제3자에 대한 손해배상 청구권의 소멸시효기간이 문제된 사안에서, 대법원은 이러한 책임은 "제3자를 보호하기

24) 이훈종, 앞의 논문, 513면.

위하여 상법이 인정하는 특수한 책임"이라는 점을 들면서도, 민법 제162조 제1항에 따라 10년의 소멸시효가 적용된다고 판시하였다.[25] 이 판결에 대해서는, 단기소멸시효를 둔 목적은 상거래의 신속한 해결을 위한 것이므로 이를 목적으로 하지 않는 경우에는 상법 제64조가 적용되지 않고, 소멸시효기간도 민법에 따라 10년이 되는데, 판례에서 상사시효의 적용을 부정한 대표적인 사례로 이사·감사의 회사에 대한 임무해태로 인해 손해배상 청구권이 발생한 경우와 이어서 살피는 근로자의 근로계약상의 주의의무 위반으로 인해 손해배상 청구권이 발생한 경우가 있다고 평가하기도 한다.[26] 그러나 이사·감사의 회사에 대한 임무해태로 인한 손해배상 청구권과 근로자의 근로계약상의 주의의무 위반으로 인한 손해배상 청구권에 대하여는 상사시효의 적용을 부정하여야 할 구체적인 논리적 규범적 근거를 찾기는 어려워 보인다.

다음으로, 근로자가 근로계약상 주의의무를 위반하여 회사에 손해를 끼쳤고, 그로 인해 발생한 손해배상 청구권의 소멸시효기간이 문제된 사안에서도, 대법원은 10년의 민사소멸시효기간이 적용된다고 보았다.[27] 상사시효제도가 대량, 정형, 신속이라는 상거래 관계 특유의 성질에 기인한 제도임을 고려하여, 상인이 그의 영업을 위하여 근로자와 체결하는 근로계약을 보조적 상행위로 보면서도, 사안에서 문제된 손해배상 청구권은 "상거래 관계에 있어서와 같이 정형적으로나 신속하게 해결할 필요가 있다고 볼 것은 아니"라는 이유를 들었다. 이에 대하여는, 상인이 근로자와 체결하는 근로계약은 보조적 상행위에 해당한다는 점을 인정하면서도, 근로자의 근로계약상 주의의무 위반으로 인한 손해배상 청구권은 신속하게 해결할 필요가 있다고 볼 것은 아니므로 특별한 사정이 없는 한 5년의 상사소멸시효기간이 아니라 10년의 민사소멸시효기간이 적용된다는 견해도 있으나,[28] 상행위로 인한 채권에 대해 5년의 소멸시효를 적용해야 한다는 상법의 해석론을 일탈하고 있

25) 대법원 2006. 12. 22. 선고 2004다63354 판결.

26) 정병덕, "2014년 상법총칙・상행위법 판례의 동향과 분석 -2013년 판례와 함께" 상사판례연구 제28권 3호(2015), 304-305면.

27) 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004다22742 판결.

28) 김홍기, "상사계약의 체결과 그 효과의 귀속에 관한 연구 - 판례의 분석을 중심으로" 비교사법 제21권 1호(2014), 141면.

고, 상행위로 인한 채권에 대해서는 상법 제64조를 적용한다는 다른 판례와도 합치되지 않는다는 반론도 적지 않다. 즉, 판례가 제시하고 있는 '상거래 관계에 있어서와 같이 정형적으로나 신속하게 해결할 필요' 유무라는 것도 지나치고 일반적이고 추상적이어서 법적용의 예측을 어렵게 하고 시효에 관한 법률생활의 안정을 저해한다는 것이다.[29] 나아가 이와 같은 판시는 대법원이 기존에 일방적 상행위와 보조적 상행위에 대하여 상사시효가 적용되는 것은 물론, 상행위로 인하여 생긴 채무의 불이행에 기하여 성립한 손해배상채권에 대해서도 상사시효가 적용된다는 법리와 배치된다는 지적도 있다.[30] 근본적으로는, '정형적으로나 신속하게 해결할 필요' 유무에 대하여 대법원판결에서 구체적이고 상세한 근거를 추가적으로 제시하고 있지 않고 있어 혼란이 가중되는 상황이라는 비판을 면하기 어려운 것이다.

다음으로, 택지개발사업을 위해 취득한 토지에 대한 담보책임으로 인한 손해배상청구 사안에서, 법원은 10년의 민사소멸시효를 적용한 사례가 있다.[31] 甲 공사는 택지개발사업을 시행하면서 乙 등이 소유한 토지를 공공용지로 협의취득하였는데, 甲 공사를 합병한 丙 공사가 위 택지개발사업을 준공하였다. 이후, 위 토지 중 일부를 丁에게 매도하여 소유권이전등기를 마쳐주었는데, 丁이 건물을 신축하기 위해 터파기공사를 하던 중 위 토지 지하에 폐기물이 매립되어 있는 것을 발견하였고, 해당 사실을 丙 공사에 통보하였다. 丙 공사는 乙 등을 상대로 매도인의 하자담보책임에 기한 손해배상을 청구하였고, 이에 대해 乙은 5년의 상사소멸시효 완성을 들어 항변하였다. 이에 대해 원심은 甲 공사와 乙 등이 체결한 매매계약은 상행위에 해당

29) 김성탁, 앞의 논문, 84-85면. 같은 견지에서 상거래의 신속한 해결이란 기준 자체가 적용범위를 정하는 기준으로서 명확성을 결여하는 것이어서 거래계의 예측가능성을 해한다는 측면이 있다는 점을 유의해야 한다는 견해로 김동훈, "민사거래와 상사거래의 구별 및 적용법조의 판단기준" 법학논총 제31권 2호(국민대학교, 2018), 488면; 같은 견지에서 청구권의 법적 성질을 전혀 고려하지 않고, 개개의 사안에서 구체적 사실관계에 따라 구체적 타당성을 기해 판단하는 대법원의 입장은 법적 안정성과 명확성을 저해하고 예측가능성이 인정되기 어려워 이를 원칙으로 확대 적용하기는 곤란하다는 견해로 이보람 · 정혜진, "보험계약 무효시 지급 보험금 반환과 관련된 소멸시효 기간에 대한 고찰" 보험법연구 제15권 2호(2021), 307-308면 참고.

30) 이훈종, 앞의 논문, 458면.

31) 대법원 2020. 5. 28. 선고 2017다265389 판결.

하므로 상법 제64조가 적용되어 丙 공사의 손해배상 청구권은 시효로 소멸하였다고 보았다. 하지만, 대법원은 이에 대해 민사소멸시효가 적용되어야 하며, 시효가 적법히 중단되었다는 취지로 파기환송하였다. 甲 공사가 공익적인 사업을 진행하기 위해 법률에 따라 乙 등 소유의 토지를 매수한 행위는 상행위에 해당하지 않아 상법 제64조가 적용되지 않으므로 민법상 10년의 소멸시효가 적용되고, 丙 공사가 乙 등에게 매도인의 담보책임을 구하고 있으므로, 10년이 지나기 전에 소가 제기되어 소멸시효가 중단되었다는 것이다. 그리고 그 근거로 상법 제46조의 기본적 상행위에 해당하기 위해서는 영리를 목적으로 동종의 행위를 계속 반복적으로 하는 것을 의미한다는 점을 들었다. 하지만, 어떤 행위를 영리를 목적으로 할 것인가 여부에 대해서는 명확한 기준이 제시되지 않았고, 결국 또한 해석의 문제가 발생하여 시효제도가 추구하는 법적 안정성을 해치는 결과를 발생시키고 있다.

한편, 쌍무계약에 있어서 소멸시효기간 측면에서 양자간의 형평 문제도 우리 대법원이 일관되게 지켜온 원칙도 아니다. 예컨대, 간병계약상의 의무위반이 문제된 손해배상 사례에서, 대법원은 문제가 된 손해배상 청구권은 10년의 소멸시효가 적용된다고 하였다.[32] 그 이유로는, 일정한 채권의 소멸시효기간에 관하여 이를 특별히 1년의 단기로 정하는 민법 제164조는 그 각 호에서 개별적으로 정하여진 채권의 채권자가 그 채권의 발생원인이 된 계약에 기하여 상대방에 대하여 부담하는 '반대채무'에 대하여는 적용되지 않는다는 점을 들었다. 이와 같은 대법원의 이유 설시는 간병비 채권의 소멸시효기간을 1년의 단기소멸시효로 규정한 취지를 고려하면 관계의 형평상 쉽게 수긍하기 어려운 측면이 있다. 대상판결 사안에서 대법원이 민법 대신 상법 규정을 유추적용을 한 근본적인 이유 중 하나가 소멸시효 기간에 있어서 양자간에 형평성 문제였다는 점을 고려하면, 양자의 청구권 중 하나는 단기, 다른 하나는 장기의 소멸시효가 적용되는 결과가 되는데, 이는 형평에 맞지 않는다는 비판의 여지가 남기 때문이다.

---

32) 피고 간병인이 원고와 사이에 체결한 간병인계약상의 의무를 위반함으로써 원고가 상해를 입는 사고가 발생하여 원고의 손해배상채권의 소멸시효기간이 문제된 사안이다. 대법원 2013. 11. 14. 선고 2013다65178 판결.

이와 관련하여 추가적으로 염두에 두어야 할 것은, 손해배상의 경우 불법행위에 기한 것과 채무불이행에 기한 것이 서로 소멸시효기간이 다르다는 점이다. 이와 같이 서로 다른 손해배상 청구권의 경우에 상사소멸시효의 유추적용 문제는 어떻게 보아야 할 것인지도 문제되기 때문이다. 예컨대, 전기공급계약 약관 관련 불법행위로 위약금이 문제된 사안에서, 대법원은 "이와 같은 위약금은 손해배상액의 예정과 위약벌의 성질을 함께 가지는 것"이라고 하면서, 이러한 위약금 지급채무는 "전기의 공급에 따른 전기요금 채무자체가 아니므로, 3년의 단기소멸시효가 적용되는 민법 제163조의 제1호의 채권에 해당하지 않는다"고 보았다.[33] 나아가, "영업으로 하는 전기의 공급에 관한 행위는 상법상 기본적 상행위에 해당하고, 그러한 전기공급계약에 근거한 위약금 지급채무 역시 상행위로 인한 채권"이라는 점을 근거로 지급채무에는 5년의 소멸시효기간이 적용된다고 보았다. 이는 그 발생원인이 된 법률행위가 상행위인지 여부에 따라 민사채권과 상사채권을 구별하고 있는 것으로 이해된다.[34] 그러나 여기서 위약금 부분에 대해서는 비판하는 견해가 있다. 즉, ① 본래 채권인 전기요금 채권이 시효로 소멸한 이후에는 종된 채권인 위약금 채권 역시 수반하여 소멸하였다고 보는 것이 자연스럽다는 점, ② 위약금 채권 중 손해배상의 예정에 해당하는 부분은 본래 급부인 전기요금 채권에 갈음하는 것이라 할 수 있으므로 본래 급부인 전기요금채권이 시효로 소멸하였음에도 불구하고 그 대체물인 위약금을 손해배상으로 청구할 수 있다면 소액 사용료 또는 물건 대금에 단기소멸시효기간을 정한 민법 취지에 부합하지 않는다는 점, ③ 위약금 약정이 있는 경우, 실질적으로 소멸시효기간을 연장시켜 시효 요건을 가중시키는 결과를 가져오는데, 그것이 적절하다고 할 수 있는지도 의문이라는 것이다.[35]

---

33) 계약종별 외의 용도로 전기를 사용하면 전기요금 면탈금액의 2배에 해당하는 위약금을 부과한다고 되어 있으나, 별도로 면탈한 전기요금 자체 또는 손해배상을 청구할 수 있도록 하는 규정은 없고 면탈금액에 대해서만 부가가치세 상당을 가산하도록 되어 있는 경우, 위 약관에 의한 위약금의 법적 성질 및 그 지급채무에 적용되는 소멸시효기간이 문제된 사안이다. 대법원 2013. 4. 11. 선고 2011다112032 판결.

34) 이훈종, 앞의 논문, 452면.

35) 김영신, "단기소멸시효기간의 적용범위" 홍익법학 제19권 2호(2018), 229면 참조.

더 나아가 살펴보면, 손해배상 청구권의 경우에 상법 제64조가 적용 또는 유추적용되는지 여부에 대하여 우리 판례의 일관성을 찾기 어렵다. 우선, 은행의 지연손해금채권의 소멸시효가 문제된 사안에서, 대법원은 은행의 지연손해금채권이 은행의 영업행위(대출)에 대한 "지연손해금"임을 인정하면서도 이 때의 지연손해금채권은 이자채권이라 볼 수 없고, 불법행위로 인한 손해배상 채권에 관한 단기소멸시효도 적용할 여지가 없으며, 상행위로 인한 채권에 관하여 적용될 5년간의 소멸시효가 적용되어야 한다고 보았다.[36] 이에 대해, 상법 제64조는 상행위를 직접 원인으로 하여 발생한 채권뿐 아니라 그로부터 파생하여 원래의 상사채권과 동일성을 가지는 채권에 대해서도 적용된다는 것이 통설이며, 상행위로 인한 채무의 불이행으로 인한 손해배상채권(민법 제390조), 상행위인 계약의 해제로 인한 원상회복청구권(민법 제548조) 등이 이에 속한다는 이유로 찬동하기도 하지만,[37] 상사시효기간은 상법에 2년(제662조, 제881조), 1년(제121조, 제122조, 제147조, 제662조, 제814조, 제875조), 6월(제154조) 등 특칙이 이는 때에는 적용하지 않고, 상법 이외의 다른 법령에서 5년보다 짧은 시효규정이 있는 경우에도 적용하지 아니하기 때문에,[38] 이자채권이나 불법행위로 인한 손해배상채권에 관한 단기소멸시효의 적용 여지가 없음을 먼저 설시한 것으로 이해하기도 한다.

추가적으로, 채권의 발생원인이 상거래에 있지만, 소 제기시 민법에 근거하여 청구하는 경우, 상사소멸시효를 적용할 것인가 혹은 민사소멸시효를 적용할 것인가의 문제도 있다. 법원은 이러한 경우 상거래와 같은 정도로 신속하게 해결할 필요성이 있는지를 기준으로 적용할 시효를 결정하고 있으나, 살펴보았듯이 '신속하게 해결할 필요성'에 대한 명확한 기준이 없이 구체적 상황에 따라 달리 적용되는 것으로 보인다.[39]

이와 같이 대상판결에서 상법 제64조의 유추적용의 판단기준으로 제시

---

36) 대법원 1979. 11. 13. 선고 79다1453 판결.

37) 김성탁, "一般商事消滅時效에 관한 商法 제64조의 立法趣旨와 그 適用對象에 관한 小考" 법학연구 제13권 3호(인하대학교, 2010), 93-94면 참조.

38) 윤성승・김성수, "보험금청구권의 소멸시효기간 연장" 비교사법 제25권 4호(2018), 1316면.

39) 김홍기, 앞의 논문, 141면.

하고 있는 '정형적이고 신속하게 해결할 필요'는 부당이득반환청구권 뿐 아니라 손해배상 청구권에서도 사용되고 있지만, 여전히 모호하며 객관적이고 명확한 기준이라고 볼 수 없고, 각각의 사안에 따라 법원의 자의적 판단에 좌우될 우려가 있다는 문제점을 가지고 있다.

라. 대상판결 선고 후의 판례의 동향 : 같은 날 선고된 두 판례의 비교

본건 대상판결이 선고된 지 얼마 지나지 않아 상법 제64조의 유추적용과 관련하여 같은 날 두 개의 대법원판례가 선고되었는데, 하나는 부당이득, 다른 하나는 손해배상에 관한 것이다. 그런데 부당이득반환청구권에 관하여는 유추적용을 인정한 반면, 손해배상 청구권의 경우에는 부정하였다. 이는 우리 대법원이 대상판결 전원합의체를 통하여 나름대로 법리를 제시하였음에도 불구하고, 여전히 그 기준이 명확하고 구체적이지 않음을 잘 보여주는 비교사례라고 생각되어, 여기서 좀 더 살펴보고자 한다.

같은 날 선고된 첫 번째 후속판결은, 실제로 발생하지 않은 보험사고의 발생을 가장하여 청구·수령된 보험금에 대한 부당이득반환청구권이 문제된 사안인데, 대법원은 부당이득청구권이 5년의 상사 소멸시효기간에 걸린다고 보았다.[40] 그 이유로는 ① 상법 제46조 제17호가 보험계약을 기본적 상행위의 하나로 규정하고 있고, 이와 같은 부당이득반환청구는 기본적 상행위인 보험계약의 이행과 밀접하게 관련되어 있다는 점, ② 보험금 편취 사안에서 미리 가입해둔 복수의 보험계약을 기초로 여러 차례에 걸쳐 보험금을 청구·수령하는 것은 드물지 않은 일이고, 이러한 경우에 여러 보험자가 각자 부당이득반환청구권을 갖게 되거나 하나의 보험자가 여러 개의 부당이득반환청구권을 갖게 될 것이므로 각각의 법률관계는 실질적으로 동일한 원인에서 발생한 것으로 정형적으로 신속하게 처리되어야 할 필요가 있다는 점, ③ 상법 제662조는 보험계약의 무효로 인한 법률관계를 신속하게 해결할 필요가 있음을 전제로 하고 있는데, 이와 같은 필요성은 보험금의 반환관계에서도 다르지 않다는 점, ④ 보험자는 보험계약자보다 우월한 지위에 있는

40) 대법원 2021. 8. 19. 선고 2018다258074 판결.

점을 들었다. 대상판결과 본질적으로 같은 논지로 이해될 수 있다.

반면, 같은 날 선고된 두 번째 후속판결은, 사용자가 근로계약에 수반되는 신의칙상의 부수적 의무로서 근로자의 안전에 대한 보호의무를 위반하여 근로자가 손해를 입게 되어 근로자의 손해배상 청구권이 문제된 사안인데, 대법원은 이와 같은 근로자의 손해배상 청구권에는 상법이 아닌 10년의 민사소멸시효기간이 적용된다고 보았다.[41] 그 이유로는 ① 사용자가 상인으로서 영업을 위하여 근로자와 체결하는 근로계약이 보조적 상행위에 해당한다는 점을 인정하였지만, ② 사용자가 보호의무를 위반하여 근로자에게 손해를 입힘으로써 발생한 근로자의 손해배상 청구권과 관련된 법률관계는 근로자의 생명, 신체, 건강 침해 등으로 인한 손해의 전보에 관한 것이므로, 그 성질상 정형적이고 신속하게 해결할 필요가 없다는 것이다.

대상판결의 후속판결로서 같은 날 선고된 이 두 개의 판결을 보면서 필자가 지적하고자 하는 것은, 두 판례 사안 모두 '상행위와 관련된 것'임에도 양자를 달리 취급하였다는 점이다. 특히 손해배상 청구권 사안에 관하여 대법원은 그것이 '보조적 상행위에 해당하더라도 상법 제64조가 적용되지 않는다'는 견해를 취한 것이다. 그리고 그 이유로는 '그 성질상 정형적이고 신속하게 해결할 필요가 있다고 보기 어렵다'는 것을 들었다. 그런데 필자로서는 이러한 판단이 구체적으로 어떤 객관적이고 명확한 근거를 가지고 있는지 확신하기 어렵다. 산업재해 사고로 인한 손해배상 청구권은 성질상 정형적이고 신속하게 해결할 필요가 있다고 보기 어렵고, 보험금 관련 부당이득은 성질상 정형적이고 신속하게 해결할 필요가 있다는 취지인가? 그러나 어떤 측면에서는 반대로 생각할 수도 있다. 보험사기 등 사안은 정형적이고 신속히 해결하기보다 개별적 사안을 충분히 검토하고 개별 사안의 특성을 고려하여 신중히 판단하여야 하고, 산업재해 사고의 경우는 오히려 정형적이고 신속하게 해결되어야 한다고 생각하는 것이 합리적일 수도 있다.[42] 물론 필자의 의견이 산업재해로 인한 손해배상에 상법 제64조가 유추적용되

41) 대법원 2021. 8. 19. 선고 2018다270876 판결.

42) 이를 구체적 타당성을 기하기 위한 것으로 이해하기도 한다. 이훈종, "상행위에 근거한 손해배상 청구권의 소멸시효기간에 관한 연구" 법과정책연구 제16권 1호, 2016, 452면.

어야 한다는 견해를 지지하는 것은 아니다. 필자가 지적하고자 하는 점은, 같은 보조적 상행위와 관련된 채권임에도 보험사기로 인한 부당이득반환청구권과 산업재해로 인한 손해배상 청구권을 두고 '정형적이고 신속하게 해결할 필요'가 있는지 여부를 서로 달리 취급하면서, 이에 대한 납득할만한 객관적이고 명확한 근거를 각 판결에서 제시하고 있지 못하다는 점이다.

결론적으로, 대상판결 사안에서 유추적용을 할 필요가 있었다면 상법 제64조보다는 제662조를 유추적용하는 것이 타당하였을 것인데, 대상판결에서는 설득력 있는 이유 없이 상법 제662조를 배제하고 제64조를 유추적용한 것이며, 필자는 이 점이 잘못되었다고 비판하는 것이다. 대상판결에서 상법 제662조를 배제하고 제64조를 유추적용한 실질적 이유는 소멸시효기간이 지나치게 짧아지게 되는 것이 아닌가 하는 우려에 의한 것이 아니었을까 추측된다. 그러나 이 문제는 기본적으로 보험금 부정취득 목적 보험계약에 대해 민법 제103조를 무리하게 적용한 데에 근본적인 문제가 있다. 사견으로는 이와 같은 보험사기에 대하여는 해당 보험계약을 '사기에 의한 법률행위'로 보고, 민법 제110조 제1항에 의하여 이를 취소대상으로 규율하여야 한다고 생각한다. 이하에서 이 문제에 관하여 살펴보고자 한다.

4. 보험금 부정취득 목적 보험계약에 대한 법적 평가

가. 문제의 소재

대상판결이 소멸시효기간 문제를 둘러싸고 합리적 결과와 논리적 설득력을 모두 갖추지 못하게 되는 문제점에 이르게 된 근본적인 원인에 관하여, 필자는 이것이 보험금 부정취득 목적 보험계약에 대해 이를 민법 제103조에 해당하는 반사회적인 법률행위로 무효사유에 해당한다고 본 데에서 출발한다고 생각한다. 필자의 생각으로는, 이와 같은 행위가 위법한 것이고 법적으로 규제받아야 하는 것임에는 틀림없지만, 이것이 민법 제103조를 가지고 규율해야 할 만한 사안이라고 본 기존 대법원판례의 입장에 동의하기 어렵다. 오히려 상법 제651조에 따른 고지의무 위반으로 인한 보험계약 해지 법리로 해결하거나, 약관상의 해지 또는 취소사유로 해결하는 것이 원칙

일 것으로 생각된다.[43] 다만, 이와 같은 구제수단이 보험회사로서는 요건을 갖추기에 까다롭거나 시효기간이 너무 짧다는 현실적인 문제점 때문에 민법에 따라 무효로 인한 부당이득반환청구를 주장하기에 이른 것이 아닌가 추측된다. 그러나 사견으로는 민법을 적용할 경우에도 반사회적 법률행위 무효 사유가 아니라, 사기에 의한 법률행위의 취소사유에 해당한다고 보는 것이 타당하다는 것이다.

법률행위의 무효와 취소는 그 효과에서 차이가 있지만 모두 법률행위의 내용 내지 의사표시에 일정한 흠이 있다면 당해 법률행위에 완전한 법적 구속력을 인정할 수 없다는 것을 공통적 취지로 하고 있다. 그리고 어떠한 사유를 무효사유로 할 것인가 취소사유로 할 것인가 하는 것은 양자간의 어떤 본질적인 차이로 인한 것이라기보다 입법정책의 문제이다.[44] 물론, 부정한 보험금취득 사안을 민법 제103조 위반으로 무효화하는 해결은 사안을 형성하는 중복보험들이 시간적으로 긴밀한 관계가 있고 이들을 근거로 보험금을 청구한 때에는 유효한 대응방안이 될 수 있다. 그렇지만 보험금의 부정취득을 목적으로 하는 보험계약이 무효라는 설정은 무엇보다 법이론적, 논리적 비약이 될 수 있다. 왜냐하면 보험금의 부정취득을 목적으로 체결한 보험계약이 필연적으로 보험금의 부정취득으로 이어지는 것은 아니기 때문이다.[45]

만일 이와 같은 보험금 부정취득 목적 보험계약에 대해 이를 민법상 사기에 의한 법률행위로 보아 취소사유로 해석하였더라면, 대상판결과 같은 시효문제를 둘러싼 난점은 발생하지 않았을 것이다. 무효로 보게 되었으므로 10년의 소멸시효기간이 적용되는 것을 피할 수 없게 된 것인데, 이는 보험회사측에 지나치게 긴 소멸시효기간을 인정해 주는 결과가 되어 대상판결에서 지적한 바와 같이 보험회사와 보험계약자간에 형평상 문제가 발생

43) 이에 관하여는, 박세민, “보험사기방지특별법상 기망행위의 적용대상과 보험사기죄 실행 착수시기에 관한 비판적 분석” 경영법률 제30권 3호(2020), 328-329면 참조.

44) 명순구, “1980년 계엄당국의 강박에 의한 증여계약의 효력과 취소권의 제척기간 - 대판 1998. 11. 27. 98다7421에 대한 이론적 보완을 위하여” 고려법학 제37호, 2001, 319면.

45) 이진기, “보험금의 부정취득을 목적으로 하는 보험계약의 효력과 보험금반환청구권의 소멸시효기간에 관하여 : 대법원 2021. 7. 22. 선고 2019다277812 전원합의체 판결의 평석을 계기로” 법조 통권748호, 2021, 485면.

함은 너무나도 당연한 결과였기 때문이다. 그러나 만일 이를 '기망행위'로 보아 무효가 아닌 취소사유로 보았더라면, 취소권의 제척기간 규정에 따라 당사자간의 정산관계가 지나치게 장기간 불확정적으로 남게 되는 일은 발생하지 않았을 것이다. 특히 취소사유를 '추인할 수 있는 때로부터', 즉, 취소사유를 '안 때로부터 3년'의 제척기간이 적용되게 된다면, 이는 매우 중요한 의미가 있다. 대상판결에서 지적한 '계약관계를 정형적으로 신속하게 해결할 필요'의 측면에서 볼 때 오히려 상사소멸시효 5년을 유추적용하는 것보다 훨씬 더 합목적적이고 합리적이기 때문이다. 양자는 소멸시효기간 뿐 아니라 소멸시효의 기산점도 달라지는데, 이 두 가지 측면 모두 모두에서 취소사유로 보는 방안이 더 바람직하기 때문이다.

즉, 대상판결과 같이 반사회적 법률행위라고 보아 무효로 보고 상사소멸시효를 유추적용하는 방식에 의하면, 부당이득반환청구권의 성립시기인 보험금 지급시기로부터 5년의 소멸시효가 적용된다. 반면, 사기로 인한 취소사유라고 본다면, 취소사유를 안 때로부터 3년의 취소권 제척기간이 적용되는데, 이는 보험회사가 그와 같은 사유를 안 때로부터 법적 조치를 서두르게 함으로서 권리행사를 촉진하는 효과가 있다. 특히 5년이 지난 후 10년이 되기 전에 취소사유를 알게 된 경우, 대상판결과 같은 법리에서는 보험회사의 반환청구권은 소멸되지만, 취소사유로 보게 되면 기산점이 달라지게 되어 보험회사에게 유리한 측면도 있다. 즉, 무효로 보아 부당이득반환청구권으로 의율하는 경우에는 이른바 주관적 소멸시효기간이 없어서 피해자인 보험회사의 인식 여부가 시효에 영향을 미치지 못한다는 문제점에 대해, 사기에 의한 취소 법리로 이 문제를 구성하게 경우에는 이를 합리적으로 해결할 수 있다.

나. 반사회적인 법률행위의 유형과 요건에 비추어 본 보험사기

근대법은 개인의 사적자치를 최대한 존중하지만, 여기에는 내재적 한계 내지 제약이 있다. 즉, 법률행위가 당사자의 합의 내용대로 효력을 발생하기 위해서는 궁극적으로 그 내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하지 않아야 한다는 것이다. 이 때의 "선량한 풍속"이란 사회의 일반적 도덕관념을

뜻하고, “사회질서”는 국가와 사회의 일반적 이익을 말한다. 두 개념을 합하여 “사회적 타당성” 또는 “사회성”이란 표현을 사용하고, “사회적 타당성”이 없는 행위가 “반사회적 법률행위”라고 설명된다.[46] 우리 대법원판례에서는 반사회적인 법률행위로 인정되는 유형에 관하여 이를 3가지로 열거하고 있다. 구체적으로, 민법 제103조에 의하여 무효로 되는 반사회질서 행위는 ① 법률행위의 목적인 권리의무의 내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 경우뿐만 아니라, ② 그 내용 자체는 반사회질서적인 것이 아니라도 법률적으로 이를 강제하거나, 법률행위에 반사회질서적인 조건 또는 금전적인 대가가 결부됨으로써 반사회질서적 성질을 띠게 되는 경우 및 ③ 표시되거나 상대방에게 알려진 법률행위의 동기가 반사회질서적인 경우를 포함하는 것이라는 법리를 판시한 바 있다.[47] 물론, 이와 같은 법률행위의 반사회성의 내용은 판결에 의존되어있으므로, 이를 따짐에 있어서는 법관의 자의성이 배제되고 가치판단의 객관성을 살릴 수 있어야만 한다.[48] 나아가 이상의 각 요건에 해당하지 아니하고 단지 법률행위의 성립과정에서 강박이라는 불법적 방법이 사용된 데 불과한 때에는 강박에 의한 의사표시의 하자나 의사의 흠결을 이유로 효력을 논의할 수는 있을지언정 반사회질서의 법률행위로서 무효라고 할 수는 없다는 법리도 분명히 한 바 있다.[49] 하지만 이에 대해서는 법률행위의 성립과정에서 강박이라는 불법적 방법이 사용되었다는 이유 하나만으로 제103조의 적용대상에서 제외된다고 하는 점은 납득하기 어렵다는 비판이 있다.[50]

이와 같은 유형화 법리가 충분한 근거와 설득력이 있는 것은 아니다.

---

46) 한삼인, “민법 제103조의 판례 분석” 법과 정책 제7호(제주대학교, 2001), 1면.

47) 대법원 1992. 11. 27. 선고 92다7719 판결 ; 대법원 1994. 3. 11. 선고 93다40522 판결 ; 대법원 2000. 2. 11. 선고 99다56833 판결 등 참조.

48) 한삼인, 앞의 논문, 28면.

49) 대법원 1992. 11. 27. 선고 92다7719 판결; 대법원 1999. 7. 23. 선고 96다21706 판결; 대법원 194. 3. 11. 93 다 40522 판결; 대법원 1993. 3. 23. 선고 92다52238 판결; 대법원 1992. 11. 27. 선고 92다7719 판결 등.

50) 명순구, “1980년 계엄당국의 강박에 의한 증여계약의 효력과 취소권의 제척기간 - 대판 1998. 11. 27. 98다7421에 대한 이론적 보완을 위하여” 고려법학 제37호(2001) 참조.

대표적으로, 이와 같은 유형화에 대해서는 ① 형식적인 유형화 법리는 타당한 근거 없이 독일의 법학자의 이론을 계승한 것이라는 점, ② 형식적인 유형화 법리로는 다양한 반사회질서 사례들을 포섭하기 어렵다는 점을 이유로 비판되기도 한다.[51] 하지만 유형화는 민법 제103조의 적용 범위와 구체적인 요건에 관한 우리 판례의 동향을 이해하는 데에 기준을 제시하고 있어 나름대로의 의미가 있다.[52] 판례는 헌법상 혼인질서에 위반하는 등 인륜에 반하는 행위, 개인의 의사결정의 자유 내지는 정신적·신체적 자유를 침해하는 행위,[53] 범죄 기타의 부정행위를 저지르거나 이를 권유하는 등 정의의 관념에 반하는 행위,[54], 부동산 이중매매에 있어 제2매수인의 적극적인 개입(교사, 유인, 권유(요청))이 있는 부동산 이중매매 행위,[55] 생존의 기초가 되는 재산의 처분행위, 도박 등 사행성이 짙은 행위, 폭리행위 등은 반사회적인 법률행위로 무효가 된다고 판시하였다.[56]

하지만, 우리 대법원 법리에 따른 이와 같은 유형화 및 기준에 비추어 볼 때, 보험금 부정취득 목적의 보험계약이 민법 제103조에 해당하는지는 의문이다. 우선, 보험계약체결시 보험계약자가 보험금의 부정취득의사 또는 목적을 드러내는 등의 특별한 사정이 없는 한 그러한 동기는 숨은 동기, 즉, "바람"에 지나지 않는데, 이와 같은 동기는 의사표시(법률행위)의 구성요소가 아니므로 법적 의사로서 가치를 가질 수 없고, 반사회적 법률행위의 세 번째 유형인 "표시되거나 상대방에게 알려진 법률행위의 동기가 반사회질서적인 경우"에 해당한다고 보기도 어렵다. 결과적으로 "보험금의 부정취

51) 서을오, "민법 제103조상의 반사회질서행위의 유형화에 대한 비판적 검토" 민사판례연구 33-1권(박영사, 2011) 참조.

52) 한삼인, "민법 제103조의 판례 분석" 법과 정책 제7호(제주대학교, 2001) ; 이병준 "법률행위의 일반적 효력요건으로서의 사회적 타당성" Jurist 409호 : 2006년1호(민법총칙)(v.2006-1) 등 참조.

53) 대법원 1963. 11. 7. 63다587 판결; 대법원 1969. 8. 19. 선고 69므18 판결; 대법원 1964. 5. 19. 선고 63다915 판결.

54) 대법원 1995. 7. 14. 선고 94다51994 판결; 대법원 1991. 3. 22. 선고 91다520 판결; 대법원 1979. 11. 23. 선고 79다483 판결; 대법원 1974. 7. 23. 선고 74다157 판결; 대법원 2001. 4. 24. 선고 2000다71999 판결.

55) 대법원 1974. 4. 28. 선고 72다343 판결; 대법원 1979. 7. 24. 선고 79다942 판결.

56) 한삼인, 앞의 논문, 70-74면 참조.

득"이라는 선하지 않은 목적에도 불구하고 보험의 내용, 즉 보험계약으로 성립하는 권리·의무는 반사회질서적이라고 단정하기 어렵다.

또한 보험금의 부정취득을 목적으로 체결한 보험계약이 필연적으로 보험금의 부정취득으로 이어지는 것은 아니다. 대법원은 보험계약자의 보험금 부정취득 목적을 직접적으로 인정할 증거가 없더라도 보험계약자의 직업 및 재산상태, 다수의 보험계약의 체결 경위, 보험계약의 규모, 보험계약 체결 후의 정황 등 제반 사정에 기하여 그와 같은 목적을 추인할 수 있다고 하여 일정한 요건 하에 보험계약자의 계약체결의 동기를 반사회질서적인 것으로 판단하지만, 이와 같이 보험금의 부정취득을 목적으로 하는 보험계약이 무효라는 논리구조를 취하게 되면 고의로 보험사고를 일으키기 전에 우연한 사정의 개입으로 '진정한' 보험사고가 발생한 경우 이를 설명하기 어렵다. 이때에는 고의의 보험사고가 존재하지 않고, 그에 따른 부정한 보험금 청구도 없는 상태이기 때문에 잠재된 보험금의 부정취득의사가 외형화·현재화하지 않는다.[57]

필자로서는, 보험금 부정취득 목적의 보험계약의 경우, 보험계약 자체를 무효로 보는 것은 적절하지 않고, 오히려 보험사기행위에 불과한 것으로 보는 것이 민법 제103조와 제110조에 대한 지금까지의 우리 대법원의 판례법리의 주된 흐름에 좀 더 부합한다고 생각된다. 이 점에 관하여 좀 더 살펴보자.

다. 사기강박 또는 반사회적 법률행위의 적용 : 대법원의 형평감 상실에 대한 비판

우리 대법원에서 보험금 부정취득 목적의 보험계약이 민법 제103조에 해당하는 반사회적 법률행위라는 입장을 취한 데 대해, 필자로서는 위에서 살핀 기준에 의하더라도 선뜻 동의할 수 없을 뿐 아니라, 민법 제110조의 사기 또는 강박으로 인한 법률행위와 민법 제103조의 반사회적 법률행위를 판별하는 과정에 나타난 대법원의 태도를 보면서 과연 그것이 형평감을 가지고 제대로 판단한 것인지에 대해 깊은 회의를 가지고 있다.

민법 제110조에서 사기 또는 강박에 의한 계약의 경우, 그 과정에 사기

57) 이에 관한 상세한 논의는, 이진기, 앞의 논문, 495-498면.

또는 강박 등 잘못된 위법한 수단으로 인하여 하자 있는 의사표시를 하게 되었지만, 그 계약 자체가 반사회적이라고까지는 말할 수 없는 상태임을 의미한다. 강박에 관한 사안이지만, 민법 제110조와 민법 제103조 중에 어느 규정을 적용하여야 하는지를 가지고 우리 사회에서 가장 깊은 인상을 남긴 사례가 있는데, 바로 1980년대 신군부의 쿠데타 이후 불법적으로 개인의 재산을 국가에 강제로 헌납하게 하고, 방송국에 대한 소유권을 포기하여 강제로 언론통폐합을 추진한 사례가 그것이다. 문민정부가 들어선 후 피해자들은 그와 같은 행위가 반사회적인 것으로서 무효라고 주장하였는데, 상대방 측에서는 위법성이 인정되더라도 그것은 수단이 위법한 것에 불과하고 계약 자체가 반사회적인 것은 아니라고 항변하였다. 이와 같은 개인의 사유재산에 대하여 제소전화해 형식으로 강제로 증여하게 한 사건과 중앙일보사에서 동아방송을 강제로 빼앗아 KBS에 통폐합시키는 영업양도계약 사례에 대해, 대법원은 두 사건 모두 반사회적인 법률행위가 아니라고 하면서, 민법 제103조가 아닌 제110조가 적용되어야 한다는 취지로, 다음과 같이 판시한 바 있다.

> "이 사건 부동산의 명의신탁자인 소외인이 이 사건 부동산을 피고 대한민국에게 증여하는 의사표시는 강박의 정도가 의사결정의 자유가 완전히 박탈되는 정도에까지 이르렀다고 보이지는 않고, 강박에 의한 의사표시나 의사의 흠결을 이유로 그 효력을 논의할 수 있을지언정 이를 반사회적인 법률행위로서 무효라거나 헌법에 위반된 당연무효의 행위라고 할 수 없다."[58]

> "민법 제103조에 의하여 무효로 되는 반사회질서행위는 법률행위의 목적인 권리의무의 내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 경우뿐 아니라, 그 내용 자체는 반사회질서적인 것이 아니라고 하여도 법률적으로 이를 강제하거나 그 법률행위에 반사회질서적인 조건 또는 금전적 대가가 결부됨으로써 반사회질서적 성질을 띠게 되는 경우 및 표시되거나 상대방에게 알려진 법률행위의

58) 대법원 1998. 11. 27. 선고 98다7421 판결. 이에 관하여는, 명순구, "1980년 계엄당국의 강박에 의한 증여계약의 효력과 취소권의 제척기간 - 대판 1998. 11. 27. 98다7421에 대한 이론적 보완을 위하여" 고려법학 제37호(2001) 참조.

동기가 반사회질서적인 경우를 포함하는바, 이상의 각 요건에 해당하지 아니하고 단지 법률행위의 성립과정에서 강박이라는 불법적 방법이 사용된 데 불과한 때에는 그 강박에 의한 의사표시의 하자나 의사의 흠결을 이유로 그 효력을 논의할 수는 있을지언정 반사회질서의 법률행위로서 무효라고 할 수는 없다(당원 1992. 11. 27. 선고 92다7719 판결 참조)."[59]

사유재산에 대하여 군사쿠데타로 권력을 장악한 군부가 국가권력을 남용하여 이를 빼앗는 계약에 대해 우리 대법원은 이를 민법 제103조의 반사회적 법률행위라고는 할 수 없고, 민법 제110조가 적용될 여지가 있을 뿐이라고 판시한 것이다. 이에 대해, 국가기관이 위헌적인 공권력을 행사하여 이로 인해 국민이 자유롭지 못한 의사표시를 하였다고 하더라도 이러한 의사표시가 항상 반사회성을 띄어 당연히 무효로 된다고 볼 수는 없다고 하는 것은 부당하며, 이에 대해서는 법률행위에 반사회적인 조건이 결부 되었다고 판단할 수 있는 가능성이 크고, 법률행위의 동기의 측면에서 보더라도 표시되거나 상대방에게 알려진 법률행위의 동기가 반사회질서적인 경우에 해당될 수 있다는 점 등에서 비판받고 있다.[60]

이에 비교해 볼 때, 보험금을 부정취득할 목적으로 보험계약을 체결하는 행위에 대해 민법 제110조를 적용하지 아니하고 제103조의 반사회적 법률행위라고 판시하는 것이 형평감이 있는 것일까? 사견으로는 오히려 전자의 경우는 명백한 반사회적 행위로 보아 민법 제103조를 적용하였어야 하고, 후자의 경우는 사기에 의한 법률행위로 보아 민법 제110조를 적용하였어야 한다고 생각한다. 물론 이와 같은 필자의 견해에 공감하지 않는 사람도 있을 것이다. 그러나 적어도 분명한 것은 민법 제103조와 제110조 중 어느 규정을 적용하여야 하는지에 관하여, 위 두 과거사 사안에 대해 우리 대

59) 대법원 1996. 10. 11. 선고 95다1460 판결.

60) 명순구, 앞의 논문, 320-323면 ; 이에 관한 추가 논의는, 김제완・백경일・백태웅, "권리행사기간에 관한 쟁점과 민사개정 방안 : 소멸시효 관련 논의에 부수하여" 민사법학 50호(2010) ; 김제완 "국가권력에 의한 특수유형 불법행위에 있어서 손해배상청구권의 소멸시효 : 거창사건 항소심판결(부산고법 2004.5.7. 선고, 2001나15255)에 대한 비판적 검토" 인권과 정의 368호(2007) 참조.

법원이 취하였던 태도와 이번에 보험사기에 관한 대상판결 사안에서 대법원의 태도는 형평감을 갖추고 있다고 평가되기 어렵다.

라. 보험사기방지특별법 제정의 의미

보험계약 체결행위를 반사회적 법률행위로서 무효가 아닌 일종의 전형적 사기행위로 보고 사기에 관한 법리를 적용하는 것이 점점 더 정당성과 설득력을 가질 수밖에 없는 또 다른 이유는, 이미 우리나라에서 보험사기방지특별법이 이미 제정되어 적용되고 있다는 점이다.

보험사기특별법은 보험사기행위의 조사·방지·처벌에 관한 사항을 정함으로써 보험계약자, 피보험자, 그 밖의 이해관계인의 권익을 보호하고 보험업의 건전한 육성과 국민의 복리증진에 이바지함을 목적으로 제정되었다. 동법 제2조의 1은 보험사기행위를 “보험사고의 발생, 원인 또는 내용에 관하여 보험자를 기망하여 보험금을 청구하는 행위”라고 규정하고 있으며, 동법 제8조는 “보험사기행위로 보험금을 취득하거나 제3자에게 보험금을 취득하게 한 자는 10년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다”고 하여 보험사기죄 규정을 두고 있다.

이를 구체화하여 대법원은 보험계약자가 고지의무를 위반하여 보험회사와 보험계약을 체결한다 하더라도 그 보험금은 보험계약의 체결만으로 지급되는 것이 아니라 보험계약에서 정한 우연한 사고가 발생하여야만 지급되는 것이라는 점을 확인하면서, 그 행위가 ‘보험사고의 우연성’과 같은 보험의 본질을 해할 정도에 이르러야 비로소 보험금 편취를 위한 고의의 기망행위를 인정할 수 있다고 보았다.[61] 이러한 판례의 태도에 따르면 보험계약자가 보험계약을 체결한 사실 그 자체는 적어도 민사법의 영역에서 당연히 반사회적 법률행위라고 단정하기는 어렵다는 지적은 설득력이 있다.[62]

---

61) 상법상 고지의무를 위반하여 보험계약을 체결하였다는 사정만으로 보험계약자에게 미필적으로나마 보험금 편취를 위한 고의의 기망행위가 있었다고 단정하여서는 아니 되고, ① 보험사고가 이미 발생하였는데도 이를 묵비하고 보험계약을 체결하거나 ② 보험사고 발생의 개연성이 농후함을 인식하면서도 보험계약을 체결하는 경우 또는 ③ 보험사고를 임의로 조작하려는 의도를 갖고 보험계약을 체결하려하는 등의 사정이 필요하다는 것이다. 대법원 2019. 4. 3. 선고 2014도2754 판결.

한편, 보험사기특별법은 이러한 기망행위의 내용을 ① 보험사고 발생에 대한 기망, ② 보험사고 원인에 대한 기망, ③ 보험사고 내용에 대한 기망으로 유형화하여 규정하고 있는데, 여기서, ① 보험사고 발생에 대해 보험자를 기망한다는 것은 보험계약 체결 후에 인위적으로 보험사고를 야기하거나, 이미 보험사고가 발생한 상황에서 이를 숨기고 보험계약을 체결하는 것, 보험사고가 발생하지 않았는데 발생한 것으로 가장하여 보험회사에 사고 통지하는 것을 의미하며, 이러한 행위는 보험자의 면책사유(상법 제659조)에 해당하거나 보험계약을 무효화(상법 제644조)하게 된다. 또한, ② 보험사고 원인에 대한 기망행위는 보험사고의 발생 경위 및 보험자의 지급책임 유무에 관한 것이다. 이러한 측면에서 볼 때 보험사고의 발생에 대한 기망행위와 상호 중복되는 면이 있는데, 예컨대 인위적으로 보험사고를 야기해놓고 우연한 사고인 것으로 속이는 행위는 발생에 대한 기망일 수도 있고, 원인에 대한 기망행위가 될 수 있다. 마지막으로 ③ 보험사고 내용에 대한 기망으로는 사고의 모습과 성질을 속이는 것을 말하는데, 과잉정비나 과잉진료, 과잉장해 진단 등을 들 수 있을 것이다.[63]

대상판결으로 돌아와 피고들이 원고 보험회사와 계약을 체결한 후 과잉진료를 발생시켜 보험금을 청구한 행위를 평가해보면, 위 마지막 유형인 “보험사고 내용에 대한 기망”이 있는 행위로 보아 보험사기특별법상 보험사기행위에 해당한다고 할 것이고, 피고는 이러한 기망을 통해 보험금을 청구하였으므로, 보험사기특별법상 보험사기죄 규정의 적용이 가능할 것으로 보인다.

참고로, 독일의 경우 보험사기행위에 대한 계약법적 처리에 관하여, 이를 ‘취소할 수 있는 것’으로 규정하고 있으며, 따라서 취소권의 행사기간을 안 때로부터 1년, 계약체결시로부터 10년 이내에 취소할 수 있다(독일 보험계약법 제22조, 독일 민법 제123조).[64] 이는 대상판례를 비판적으로 평석하는 우리에게 시사하는 바 크다. 우리나라에서 보험사기방지특별법을 제정함에 있어서 형사상의 규율만을 정하였을 뿐, 그와 같은 보험계약의 민사상의

62) 이진기, 앞의 논문, 497면.
63) 이에 관한 상세한 내용은, 박세민, 앞의 논문, 330-331면.
64) 이에 관하여는, 박세민, 앞의 논문, 328면 참조.

효력에 관하여는 규정하지 않았는데, 이는 매우 아쉬운 일이다. 독일과 같이 취소할 수 있음을 분명히 하였더라면, 대상판결 사안과 같은 문제는 발생하지 않았을 수도 있었을 것이기 때문이다. 물론 보험사기를 위한 보험계약에 대해 이를 무효로 판시한 대법원의 법리가 있었으므로, 별도로 민사적 측면의 규율이 필요하지 않다고 생각했을 수도 있다. 그러나 필자로서 지적하고자 하는 점은 이와 같은 대법원 판례 이후 보험사기방지특별법이 제정되었고, 그 과정에 이를 사기로 규율하는 다른 나라의 입법도 충분히 소개된 마당에, 대상판결에서 전원합의체를 통하여 오히려 기존의 판례를 폐기하는 기회를 만들었더라면 어떠하였을까 하는 것이다. 즉, 이를 반사회적인 법률행위로 보아 민법 제103조로 규율한 판례들을 폐기하고, 특단의 사정이 없는 한 이를 사기로 인한 법률행위로서 민법 제110조로서 취소할 수 있는 것을 원칙으로 삼는 것으로 판례를 변경하였어야 한다는 것이 필자의 지적이다. 이렇게 하였더라면 위에서 살핀 상법 제64조의 무리한 유추적용 문제도 발생하지 않고, 법률관계가 보다 간명하게 해결되지 않았을까? 대상판결이 전원합의체라는 점을 생각한다면 더욱 아쉽다는 생각이 들며, 더구나 소수의견이 하나도 없었다는 점은 매우 실망스럽다.

다음으로, 대상판결에서는 상법 제64조를 유추적용하였는데, 앞서 살핀 바와 같이 상법 제64조는 그 자체가 많은 문제점을 안고 있으며, 일본의 경우에는 이를 폐지하는 법개정을 하는 등 우리로서 재고의 여지가 있는 조항이다. 대상판결을 계기로 이에 관하여 적극적으로 논의할 필요가 있으므로, 이하에서 살펴보고자 한다.

5. 일반상사소멸시효 규정으로서 상법 제64조의 문제점

가. 상법 제64조의 적용 여부의 모호성

앞서 살핀 바와 같이 대상판결이 설시한 바에 따르면, 상법 제64조가 상행위인 계약으로 인한 채권의 소멸시효기간을 5년으로 정한 것은 “대량, 정형, 신속이라는 상거래 관계 특유의 성질을 감안하여 상사 계약관계를 정형적으로 신속하게 해결할 필요”가 있기 때문이다. 하지만 이에 대해서는

① 어떤 행위를 상행위로 볼 것인지, ② 어떤 경우에 계약관계를 정형적으로 신속하게 해결할 필요가 있다고 볼 것인지가 문제된다. 이를 판단하는 과정에서 개별 사안에 따라 설득력 있는 명확한 근거없이 달리 판결하는 법원의 태도도 문제되고 있다. 대표적인 판례들을 살펴보면 이와 같은 문제를 알 수 있다.

먼저 ① 어떤 행위를 상행위로 볼 것인가 여부와 관련하여, 대법원은 구체적인 사안에 따라 다르게 판단하고 있다. 먼저, 새마을금고의 비회원에 대한 자금대출 및 이자수취행위와 회원에 대한 자금 대출행위의 상행위성 및 대출금채권의 소멸시효기간이 문제된 사안에서 법원은 상행위성을 인정하였다.[65] 새마을금고는 비영리법인이지만 비회원에게 자금을 대출하는 경우나, 회원에 의한 대출행위라고 하더라도 영리성이 인정되는 특별한 경우에는 상행위성을 인정할 수 있다는 것이다. 따라서 이 때 발생하는 새마을금고의 대출금채권은 상사채권으로 5년의 소멸시효기간이 적용된다고 한다.

반면, 정수기 대여계약에서 리스료의 소멸시효기간이 문제된 사건에서는 상행위성을 부정하였다.[66] 금융리스는 리스이용자가 선정한 특정 물건을 리스회사가 새로이 취득하거나 대여받아서 그 리스물건에 대한 직접적인 유지·관리 책임을 지지 않으면서 리스이용자에게 일정 기간 사용하게 하고 그 대여 기간 중에 지급받는 리스료에 의하여 리스물건에 대한 취득 자금과 그 이자, 기타 비용을 회수하는 거래관계로서, 그 본질적 기능은 리스이용자에게 리스물건의 취득 자금에 대한 금융 편의를 제공하는 데에 있기 때문에 리스료는 단순 사용료라는 것이다. 즉, 정수기 회사의 정수기 리스행위는 상행위라고 보기 어렵고, 리스료 채권은 민법상 3년의 단기소멸시효가 적용되는 채권으로 보아 상사소멸시효의 적용을 부정하였다. 즉 이러한 판례의 태도에 따르면 어떠한 행위를 상행위로 볼 것인지 여부가 명확하지

65) 비영리법인인 새마을금고가 회원에게 자금을 대출하는 행위는 일반적으로 영리를 목적으로 하는 행위라고 보기 어렵지만, 비회원에게 자금을 대출하고 이자를 수취하는 행위는 영업으로 상행위에 해당하며, 나아가 회원에 대한 대출행위라 하더라도 회원이 상인이거나, 당해 회원의 자격, 출자 대비 대출규모, 대출이자율, 대출금의 사용처 등 제반 사정에 비추어 새마을금고의 목적을 넘어 영리성이 인정되는 특별한 경우에는 상행위라는 것이다. 서울서부지방법원 2015. 9. 10 선고 2014나4907 판결.

66) 대법원 2013. 7. 12. 선고 2013다20571 판결.

않아 어떤 경우에 상사소멸시효가 적용되는지를 판단하기 어렵다.

다음으로 ② 어떤 경우에 계약관계를 정형적으로 신속하게 해결할 필요가 있다고 볼 것인지가 문제된다. 특히 '신속하게 해결할 필요성'은 판결을 통해서만 구체화될 수 있는 불확정 개념이라는 점에서 소멸시효기간을 정하는 명확한 기준으로 기능하기 어렵다. 관련하여 법원은 앞서 지적한 바와 같이 상행위로 인한 채권 뿐 아니라 이에 준하는 채권에도 계약관계를 정형적으로 신속하게 해결할 필요가 있다며 상사소멸시효의 유추적용을 긍정하기도 하며, 부정하기도 한다. 또한, 민사시효와 상사시효가 적용되어야 할 성격을 모두 가지고 있는 경우에는 채권의 발생원인 또는 행위의 영업성에 따라 판단하고 있는데, 같은 문제가 있다.[67]

이와 같이 법원은 상행위로 인한 채권 뿐 아니라 이에 준하는 채권에도 상사소멸시효의 유추적용을 긍정하기도 하지만, 어떠한 채권을 상행위에 준하는 채권으로 볼 것인지, 어떠한 계약관계를 정형적으로 신속하게 해결할 필요가 있는지 여부에 대해서는 구체적 사안별로 다른 판단을 내리고 있어, 설득력 있는 명확한 기준을 제시하기 어려운 상황이다.

나. 시효기간 판단 지표 : 상행위 또는 상인

다음으로, 상사소멸시효가 적용 또는 유추적용되기 위한 요건으로서의 '상행위로 인한 채권'이 무엇인지, 그 판별을 위한 지표를 살펴볼 필요가 있

67) 건설자재를 판매하는 A가 갑주식회사에게 물품을 공급하여 물품대금을 가지고 있었다. A는 甲주식회사에 대하여 물품대금 청구소송을 제기하여 확정판결을 받았고, B는 甲주식회사의 채무를 연대보증하였다. 이에 대해 법원은 보증채무가 주채무와는 별개의 독립함 채무이므로 보증채무와 주채무의 소멸시효기간은 그 채무의 성질에 따라 별개로 정해진다고 하면서 주채무자에 대한 확정판결에 의해 민법 제163조 각 호의 단기소멸시효가 적용될 여지는 없고, 그 성질에 따라 보증인에 대한 채권이 민사채권인 경우에는 10년, 상사채권인 경우에는 5년의 소멸시효기간에 걸린다고 하였다. 또한, 상인인 A가 상품을 판매한 대금채권에 대하여 피고로부터 연대보증을 받는 행위는 상행위에 해당하고, 원고의 피고에 대한 보증채권은 상사채권으로 그 소멸시효기간을 5년으로 보아야 한다고 보았다. 이러한 법리에 따르면, 주된 채무가 상행위에 의한 채무임에도 불구하고, 확정판결에 의해 민사시효의 규정을 받게 된 경우에도 보증채무는 그와는 별도로 주채무자와 보증인의 관계에 따라 적용법규가 달라지게 되는데, 대상판결에서 원고도 상인이고, 판매대금의 확보를 위한 보증계약의 체결은 보조적 상행위에 해당함이 분명하므로 상사시효에 관한 규정이 적용되는 것이 타당하다고 본다. 정병덕, 앞의 논문, 305-307면; 김홍기, 앞의 논문, 143-144면.

다. 기본적으로는 객관적 요소인 행위(= 상행위성)를 지표로 할 것인지 또는 주관적 요소인 행위자(= 상인성)을 지표로 할 것인지의 문제이다.

상법 제64조는 상사소멸시효가 적용되는 채권을 "상행위로 인한 채권"이라고 규정하고 있는데, 여기서의 상행위에는 영업으로 하는 상행위(상법 제46조)뿐 아니라, 영업을 위하여 하는 행위(보조적 상행위, 상법 제47조 제1항)도 포함되며, 준상행위로 인한 채권도 모두 포함된다고 본다.[68] 또한, 그 밖에 채권의 발생원인이 직접 상행위에 의한 것만을 의미하지는 않고 상행위로 인한 채권의 변형으로서 원채권과 실질적으로 동일성을 갖는다고 인정되는 것도 포함한다. 예컨대 상행위로 인해 발생한 채무의 불이행에 대한 손해배상 청구권, 상행위인 계약의 해제로 발생한 원상회복 청구권 등에 대해서도 상사시효가 적용된다.[69] 구체적 사건에서는 이 표현의 해석을 둘러싼 분쟁이 자주 발생하는데, 특히 어떠한 행위를 보조적 상행위로 보아야 하는지 여부가 문제된다.[70] 관련하여 상법 제47조 제2항이 "상인의 행위는 영업을 위하여 하는 것으로 추정한다."고 하여 추정규정을 두고 있으나, 명확한 기준이 제시된 바 없어 혼란의 여지가 존재한다.

나아가, 해석과 관련하여 상인성이 문제되는 경우도 있다. 즉, 해석과 관련한 통설과 판례에 따르면 동 조가 적용되는 채권은 "쌍방적 상행위"로 인한 채권뿐 아니라 "일방적 상행위"로 인하여 발생한 채권이 포함된다.[71] 그리고 여기서 일방적 상행위로 인한 채권이란 채권자와 채무자 중 어느 일방에게만 상행위가 되는 행위로 발생한 채권을 말한다. 따라서 채권자를 위

---

68) 이때, 보조적 상행위를 인정하는 이유는 기본적으로 상인이 영업을 위해서 하는 행위는 다양하므로, 개별 행위로 규정되어 있는 상행위만 인정하는 것보다 보조적 상행위라는 이름으로 포괄적으로 인정하는 것이 타당하기 때문이라고 한다. 김홍기, 앞의 논문, 140면.

69) 안수현, "2007년 상법총칙 상행위 판례회고" 상사판례연구 제20권 4호(2007), 253면.

70) 이 분쟁의 대부분은 "상행위의 의미"와 관련되어 있거나, "상사시효의 적용을 받는 채권은 어느 정도로 상행위와 관련되어 있어야 하는가"로 나뉜다는 견해가 있다. 임재호, "상법 제64조(상사시효)의 적용범위 - 대상판결: 대법원 2005.5.27. 선고 2005다7863판결" 법학연구 제47권 제2호(부산대학교, 2007), 4면.

71) 김동민, "개업준비행위 및 금전대여행위가 보조적 상행위에 해당하기 위한 요건 – 대법원 2018. 4. 24. 선고 2017다205127 판결" 경영법률 제30권 4호(2020), 11면; 김성탁, 앞의 논문, 82면.

한 상행위(채권자가 상인인 경우)는 물론이고, 채무자를 위한 상행위(채무자가 상인인 경우)도 당연히 포함되어 상사소멸시효가 적용되는 채권인지 여부를 판단하기 위해서는 단순히 상행위성에 해당하는지 여부뿐 아니라, 상인성이 있는지 여부도 함께 고려되어야 하는 것이다.[72]

특히, 영업자금의 차입행위에 관하여, 법원은 이를 보조적 상행위로 보아 상사소멸시효를 적용한 것도 있지만, 보조적 상행위가 아닌 것으로 보아 상사소멸시효의 적용을 부정한 것도 있다. 즉, 상행위를 개시하기 전에 영업을 위한 준비행위로 영업자금의 차입을 하여 차용금채권의 소멸시효가 문제 된 사안에서 대법원은 "영업의 목적인 상행위를 개시하기 전에 영업을 위한 준비행위를 하는 자는 영업으로 상행위를 할 의사를 실현하는 것이므로 그 준비행위를 한 때 상인자격을 취득한다"고 하여 상인성을 인정하면서 "개업준비행위는 영업을 위한 행위로서 보조적 상행위가 되는 것"이라고 보아 개업준비행위의 상행위성도 긍정하였다.[73] 본래 일방 또는 쌍방이 상인이어야 상행위가 되는데, 영업을 위한 준비행위를 하는 자도 상인이라고 보아 개업준비행위를 보조적 상행위라고 판단한 것이다. 하지만, 이러한 전제에서도 "영업자금의 차입행위"는 영업의 목적인 상행위를 준비하는 행위는 아니라고 본다. 다만, 상대방이 그 행위가 영업을 위한 준비행위라는 점을 인식하였다면 상행위에 관한 상법의 규정이 적용된다고 보아 차용금반환채권에 대해 5년의 상사소멸시효를 적용한다.[74] 하지만, 이러한 판례의 태도

72) 법원은 상인과 관련하여 발생한 채권이라도 상행위와는 무관한 불법행위로 인하여 발생한 손해배상채권에 대해서는 상사시효가 적용되지 않는다고 한다. 대법원 1985. 5. 28. 선고 84다카966 판결 등; 장덕조, "2010년 상법총칙·상행위법 판례의 동향과 그 연구" 상사판례연구 제24권 2호(2011), 613면.

73) 대법원 2012. 4. 13. 선고 2011다104246 판결.

74) 즉, 개업을 하려는 비상인이 개업을 위해 영업자금을 차입하는 행위를 한 경우, 단순히 금전을 차입하는 행위만으로는 그 상대방이 차주의 영업의사의 존재를 객관적으로 인식할 수 없을 것이므로, 비록 차주 자신의 영업자금으로 사용하기 위해 차입하더라도 개업준비행위라고 할 수 없지만, 차주가 영업을 하기 위한 준비행위로서 자금을 차입한다는 주관적 의사를 갖고 있으면서 동시에 대주도 차주의 설명이나 객관적 정황 등에 의하여 그 행위가 영업을 위한 준비행위라는 점을 인식한 경우라면, 그러한 차입행위는 보조적 상행위가되고 이때부터 차주는 상인자격을 취득한다는 것이다. 김동민, 앞의 논문, 15-16면.

는 영업자금의 차입행위가 상행위에 해당하지 않는다는 판단에도 불구하고 상대방의 인식에 따라 상사소멸시효가 적용된다고 보아 일방에 이유없이 불리한 결과를 도출하여 혼란의 소지가 있다.

한편, 법원은 대표이사가 회사의 운영자금으로 사용하려고 돈을 빌리거나 투자를 받은 사안에 대해서는, "그것만으로 상행위에 해당하는 것은 아니고, 상인이 영업과 관계없이 개인 자격에서 돈을 투자하는 행위는 상인의 기존영업을 위한 보조적 상행위로 볼 수도 없다"고 하여 상행위성을 부정한다.[75] 그 근거로 상법에 의해 회사가 상인으로 의제된다고 하더라도 회사의 기관인 대표이사 개인이 상인이 되는 것은 아니라는 점을 든다. 이에 대해 회사의 대표이사는 그 기관으로서의 지위를 갖고 있을 뿐이며, 회사와 더불어 상인 자격을 유지하고 있는 것이 아니고 이와 별개의 권리주체로 존재하는 것이라는 점, 자기 명의로 법률행위를 하더라도 다른 상인의 영업을 위한 행위에 불과하다면 그 행위는 다른 상인의 보조적 상행위가 될 수 있어도 행위를 한 자의 보조적 상행위는 될 수가 없다는 점, 대표이사 개인 명의로 금전을 차용하더라도 그 대표이사 개인의 영업을 위한 보조적 상행위라고 볼 수 없다는 점을 들어 긍정하는 견해가 있다.[76] 하지만, 이러한 판례의 태도는 아직 상인이 아닌 자의 개업준비행위에 대해 상인성과 상행위성을 모두 긍정한 것과 비교하여 보았을 때, 다소 납득하기 어려운 측면이 있다. 특히, 회사의 대표이사가 개인적으로 주변의 지인으로부터 회사의 운영자금을 차입하는 경우, 일반인의 관점에서는 회사에게 돈을 빌려주는 것인지 개인에게 돈을 빌려주는 것인지 불분명할 수가 있다.[77] 나아가, 법원은 어떠한 행위가 다른 상인의 영업을 위한 준비행위를 하는 것에 불과하다면, 그 행위는 행위를 한 자의 보조적 상행위가 될 수 없다고 하여 상사소멸시효의 적용을 부정한다.[78] 하지만, 이 역시 명확한 기준없이 구체적 사안에 따라

---

75) 대법원 2018. 4. 24. 선고 2017다205127 판결.

76) 김동민, 앞의 논문, 20면 참고; 김홍기, 앞의 논문, 116면.

77) 이러한 경우 법률관계를 신속하게 종결할 필요성이 요구되는 것도 아니므로 이를 민사채권으로 보는 것이 일반인 보호 측면에서 도움이 될 것이라는 견해로 노미리, "2018년 상법총칙·상행위법 주요 판례의 검토" 상사판례연구 제32권 1호(2019), 26면 참고.

판단하고 있어 논란의 소지가 있다.

다음으로, 공동채무자의 일부가 상인인 경우, 해당 채무에 대해 어떤 시효를 적용할 것인가가 문제되는데, 법원은 이러한 경우, 전원에 대해 상사소멸시효를 적용하는 것을 긍정한다.[79] A회사의 대표이사인 甲은 A회사가 공장을 매입하는 데 계약금으로 사용하기 위하여 원고 乙과 소비대차계약을 맺고 금전을 차용하였고, 피고 丙은 해당 차용금 채무를 연대보증하였다. 후에, 원고 乙은 甲을 주채무자로 하여 차용금 반환을 청구하였고, A회사는 甲의 차용금 반환을 담보하는 의미로 乙에게 양도담보부 금전소비대차계약 공정증서를 작성하여 주었다. 이에 대해 법원은 甲의 소비대차계약이 A의 공장매입자금 일부를 마련하기 위한 보조적 상행위라고 인정하고, 비록 甲이 상인은 아니지만, A에 대해 상행위가 되는 소비대차계약을 A와 함께 체결하여 공동차주로서 차용금 채무를 부담하였으므로 甲에 대해서도 상법이 적용된다고 보았다. 따라서 A회사 및 甲의 차용금 채무는 모두 상사채무로서 5년의 상사소멸시효가 적용된다고 하면서 상사소멸시효의 완성으로 차용금채무가 소멸된다면, 부종성의 법리에 따라 피고 丙의 연대보증채무도 소멸된다고 본 것이다.

하지만 이에 대하여는, 보증채무가 부종성과 더불어 독립성을 가지고 있다는 점을 고려하면, 주된 채무가 상행위에 의한 채무라고 하더라도 보증채무는 그와 별도로 주채무자와 보증인의 관계에 따라 적용법규가 달라진다고 보는 것이 타당하다는 비판이 있다.[80] 그러나 대법원의 판단에 동조하

78) 택시운송사업을 운영하는 회사가 주주들에게 회사의 주식을 양도하는 내용의 계약을 체결하면서 “도급 문제로 감차 예정인 차량 1대분은 추후 소송 여하에 따라 승소 시 해당 시세의 50%를 주주에게 지급한다”는 취지로 정하였고, 그 후 위 약정금 채권에 상사소멸시효가 적용되는지가 문제된 사안에서 상사소멸시효의 적용을 부정하였다. 이 때 발생한 약정금 채권은 다른 상인의 영업을 위한 준비행위로 본 것이다. 대법원 2020. 3. 12. 선고 2019다283794 판결.

79) 대법원 2014. 4. 10. 선고 2013다68207.

80) 정병덕, 앞의 논문, 307면. 같은 견지에서 영업을 위하여 丙 회사가 乙과 함께 甲으로부터 돈을 차용한 경우, 이러한 차용행위는 상행위에 해당하고, 상법 제3조에 따라 다수당사자 중 1인의 행위가 상행위인 때에는 같은 방면의 당사자이건 반대 당사자이건 불문하고 전원에 대해 상법이 적용되어야 하므로 乙의 甲에 대한 차용금 채무도 5년의 상사소멸시효가 적용된다고 한 사례로, 서울고법 2013. 4. 10. 선고 2012나22640 판결

는 견해도 있다. 그 이유로는, ① 상법 제3조의 입법취지가 법률관계의 획일적인 처리를 위한 것인데 당사자 중 일부에 대해서는 5년의 상사시효가 적용되고, 다른 이에 대해서는 10년의 민사시효가 적용된다고 해석하면 법률관계의 명확성과 획일성을 해치게 된다는 점, ② 상법 제3조가 당사자들 중 1인에 대해서만 상행위가 되는 경우를 배제하고 있다고 볼 수 없다는 점, ③ 상법의 일률적인 적용이 비상인에게 반드시 불리하지도 않다는 점 등을 든다.[81] 한편, 주채무와 보증채무는 서로 독립적인 채무이고 그 소멸시효도 그 성질에 따라서 독립적으로 결정되어야 하므로 주채무의 급부내용이 단기소멸시효에 해당되는 경우라도 보증채무는 그 채무의 성질에 따라서 5년 또는 10년의 소멸시효에 해당된다고 해석할 수 있어야 하며, 보증채무에 적용될 소멸시효기간을 정함에 있어 양 당사자간의 묵시적 합의를 넓게 인정하는 것을 통해 해결하자는 지적도 있다.[82] 이와 같이 구체적인 사안에 적용되는 시효에 대해서는 또 다른 분쟁의 소지가 존재한다.

한편, 상행위성과 상인성을 충족하는 경우라고 해도 5년의 상사소멸시효를 적용하는 것이 문제되는 경우도 있다. 소멸시효가 아닌 권리행사기간이 고려되어야 하는 경우다. 예컨대, 건설업의 경우, 대표적인 상거래 영역이고, 공동주택이나 집합건물을 분양하는 행위가 상행위라는 점 또한 의심의 여지가 없어 보인다. 그러나 공동주택의 분양과 집합건물의 하자를 둘러싼 권리행사기간의 문제는 그리 간단한 문제가 아니며, 이것이 상법 제64조로 효과적이고 통일적으로 규율될 수 있는지는 의문이다.[83] 나아가 특히 우리사회에 새롭게 대두하는 거래행위나 기업활동과 관련하여도 그 권리행사기간이 종종 문제되는데, 대표적으로 온라인 쿠폰, 항공마일리지 등의 권리행사기간, 직무발명 보상금의 소멸시효 등을 들 수 있다.[84]

참조.

81) 김홍기, “상사계약의 체결과 그 효과의 귀속에 관한 연구 - 판례의 분석을 중심으로” 비교사법 제21권 1호(2014) 참조.

82) 김화, “주채무와의 관계에 있어서 보증채무의 소멸시효의 문제 — 대법원 2014. 6. 12. 선고 2011다76105 판결을 중심으로” 법학논총 제37권 4호(전남대학교, 2017) 참조.

83) 이에 관하여는, 이형범, “공동주택 분양계약상의 책임의 제문제” 저스티스 제146권 1호(2015) ; 진무성, “집합건물 하자담보책임과 관련한 법률적 쟁점” 인권과 정의 제356호(2006. 4.) 등 참조.

또한, 시효항변은 변론주의 원칙에 따라 당사자의 주장에 따라 법원의 판단대상이 되지만,[85] 어떤 시효를 적용할 것인가 여부는 법원이 직권으로 판단가능하므로, 당사자로서는 예측가능성이 떨어진다는 문제점도 남는다. 대표적으로 영업을 위해 토지를 취득한 사례를 살펴보면, 법원은 상사소멸시효를 적용하기도 하고, 민사소멸시효를 적용하기도 한다. 법원은 A가 B회사와 펜션형 다가구주택을 신축·분양하는 사업을 하기 위해 C에게 토지를 매수하고, D에게 대지조성공사를 도급한 사안에서, C의 토지매매대금 채권은 상사채권이라고 보아 상사소멸시효를 적용하였지만, D의 대지조성공사비 채권에 대해서는 민법상 3년의 단기소멸시효가 적용된다고 판단하였다.[86] 하지만, 양 채권에 대해 뚜렷한 근거 없이 다른 시효를 적용하는 것은 비판의 소지가 있다. 오히려 채권의 성격을 고려하면 토지매매에 대한 채권에 민법의 소멸시효를 적용하고, 토지공사비 채권에는 상법상의 소멸시효를 적용하는 것이 보다 타당했을 것이다.

결론적으로, 상법 제64조를 적용하더라도, 상인성이 핵심요소가 되는지 상행위성이 기준이 되는지 분명히 할 필요가 있다. 궁극적으로는 상행위성 요소를 배제하고 상인의 상인에 대한 금전채권으로 객관화하는 것이 바람직할 것이라는 것이 필자의 제언이다.

다. 예산회계법과 지방재정법상 소멸시효규정의 시사점

이에 비해 예산회계법과 지방재정법의 경우 상법 제64조와 같이 소멸시효기간에 관하여 이를 5년으로 하는 특칙을 두고 있지만, 상법과 같은 문제가 발생하지는 않는다. 그 이유는 예산회계법 제96조는 적용 대상을 “금전의 급부를 목적으로 하는 국가의 권리”로 규정하고 있고, 지방재정법 제82조는 적용 대상을 “금전의 지급을 목적으로 하는 지방자치단체의 권리”로 규정하여 그 대상을 모든 금전채권을 대상으로 하고 있는 반면, 그 금전채권의 주

84) 이에 관하여는, 이병준, “온라인 쿠폰의 권리행사기간과 약관규제법에 의한 내용통제” 외법논집 제37권 3호(2013) ; 조영선, “직무발명 보상금 청구권의 소멸시효에 관한 법률문제” 경영법률 제30권 2호(2020) ; 고형석, “항공마일리지의 유효기간에 관한 연구” 선진상사법률연구 제87호(2019) 등 참조.

85) 대법원 2008. 3. 27. 선고 2006다70929, 70936 판결 등 참조

86) 대법원 2017. 3. 22. 선고 2016다258124 판결.

체 내지 상대방이 국가 또는 지방자치단체인 것으로 매우 간명하게 규정하고 있기 때문이다. 이 때문에 '상행위', '상인'과 같은 혼란의 여지가 없다.

이에 따르면, 본래의 채권이 비금전채권인 경우에도 채무불이행으로 금전채권으로 바뀌게 되면 이에 해당한다고 보아 5년의 소멸시효기간이 적용된다.[87] 따라서 예산회계법이나 지방재정법의 경우에는 소멸시효기간을 둘러싸고 혼란의 여지가 거의 없으며, 상법 제64조와 같은 문제를 야기하지 않는다.

상법 제64조의 문제점을 해결하는 방안을 모색함에 있어서 예산회계법과 지방재정법의 규정방식은 좋은 시사점을 준다고 생각한다. '상행위'와 같은 모호한 개념 및 이를 기초로 한 '상인' 개념을 시효기간 판단의 기준으로 사용하는 대신, 상법에서 비교적 명백하게 인식할 수 있는 기준인 '회사' 개념을 사용하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 이렇게 할 경우 물론 회사가 아닌 상인이나 조합 등의 상행위 등이 제외되는 문제가 있을 수 있지만, 이는 상대적으로 회사에 비해 우리사회에서 차지하는 비중이 적을 뿐 아니라 필요한 경우 적절히 준용규정을 둠으로서 상당 부분 적절히 해결할 수 있지 않을까 생각한다.

6. 상법 제64조 개정론에 관한 고찰

가. 소멸시효에서 상법과 민법의 역할 구별

소멸시효 제도는 일정기간내에 권리를 소멸시켜 법적안정성을 확보하기 위한 것인데, 어떤 법을 적용하느냐에 따라 소멸시효를 다르게 적용하는 것이 소멸시효의 취지에 부합하는 것인가를 생각해볼 필요가 있다.[88] 상사시효를 민사시효보다 단기간으로 둔 것은 다수인을 상대로 계속적이고 반복적인 거래관계를 맺는 상인의 상거래관계를 신속하게 종결시켜 주기 위한 것으로 이해되고 있다. 즉, 상인의 세계에서는 일반인의 경우와 달리 그

87) 대법원 1995. 2. 28. 선고 94다42020 판결.
88) 이훈종, 앞의 논문, 517면.

영업활동과정에서 다수의 채권들이 빈번하게 반복적으로 발생하는데, 체결의 간이·신속뿐만 아니라 그 결제 및 이행에 있어서도 신속을 기하고, 채권과 채무에 대한 관리를 조직적으로 행하며, 단기간에 결제함으로써 조속히 매듭 짓는 것이 거래당사자 쌍방 모두에 득이 된다는 인식이 보편화 되어 있는 바, 상법 제64조는 기업의 이러한 상황을 반영한 것이라고 이해되고 있다.[89] 이와는 달리 민법 제163조 및 제164조가 단기소멸시효를 규정하고 있는 이유에 대하여는, 그 대상이 되는 채권의 금액이 보통 소액이며, 일상에서 빈번하게 발생하여 단기간에 결제되는 것이 거래관행인 점 등이 고려된 결과라고 할 수 있다. 그런데 상법도 일반적인 경우보다 보다 신속하게 채권채무관계를 종결지을 필요가 있는 특수분야에 대해서는 '특별단기소멸시효규정'을 두고 그 기간을 6개월, 1년, 2년, 3년 등으로 단축시키고 있는데(상법 제154조 제1항, 제121조, 제122조, 제17조, 제166조 제1항, 제167조, 제662조 등) 보험금 청구권도 여기에 속한다고 설명되기도 한다.[90]

하지만 현실적으로 어떠한 법률관계에 민사소멸시효를 적용할 것인가 상사소멸시효를 적용할 것인가의 문제는 앞서 살핀 바와 같이 간단히 해결할 수 있는 것이 아니다. 대법원은 민사소멸시효와 상사소멸시효를 구별하는 기준으로 (1) 상행위에 해당하는지(혹은 상행위에서 파생된 것인지) 여부와 (2) 해당 법률관계를 신속하게 해결할 필요가 있는지 여부를 들고 있고, 둘 중 하나의 요건만 충족된 경우에는 상사시효를 적용하지 않는다.[91] 즉, 상행위나 이로부터 파생된 채권이라고 하더라도 정형적으로나 신속하게 해결할 필요가 없다면 상사소멸시효가 아니라 민사소멸시효를 적용하는 것이 옳다고 보는 것이다. 하지만, 앞서 개업준비행위 및 영업을 위한 자금차용 사례를 살펴보며 검토하였듯이, 현실적으로 문제된 행위가 "상행위"에

89) 정병덕, 앞의 논문, 303면; 이훈종, "민사시효와 상사시효 구별의 타당성에 관한 연구" 강원법학 제59권(2020), 487면; 윤성승 · 김성수, 앞의 논문, 1315면; 김성탁, 앞의 논문, 80면 등 참조.

90) 박은경, "보험금청구권 소멸시효제도 개선을 위한 상법 개정안 연구" 금융법연구 제15권 1호(2018), 145면; 윤재현, "보험금청구권 소멸시효 기간의 적정성 이슈 검토" 강원법학 제65호(2021), 351면 등 참조.

91) 이훈종, 앞의 논문, 516면.

해당하는지 여부를 구별하기 어렵다. 나아가 “신속하게 해결할 필요”를 구별해야 하는 경우에도 동일한 문제가 발생한다.

이상 살펴본 바와 같이 명확한 기준이 없는 상황에서 어떤 법을 적용하느냐에 따라 소멸시효기간을 다르게 보게 되는 것은 해석에 있어 불필요한 분쟁을 일으키게 되어, 법적 안정성의 도모라는 소멸시효제도의 취지에 반하게 된다.[92] 오히려 입법론적 시각에서 본다면 소멸시효에 관한 한 민법과 상법의 구별이 불필요하다고 보는 것이 타당할 것이다.

나. 외국의 시효관련 법개정 동향

소멸시효제도에 관해 세계 각국은 시효기간을 축소하고 민사시효와 상사시효기간을 통일하는 형태로 개정하는 경향을 보이고 있다. 이 중 시효에 관한 국제적인 준칙 내지 모델법으로 대표적인 것으로는 유럽계약법원칙(PECL)과 국제상사계약원칙(UNIDROIT)을 들 수 있다.[93]

유럽계약법원칙에서는 통일적 시효기간을 정하는 것을 원칙으로 하는데, 그 이유로 ① 채권의 종류마다 다른 시효기간을 정하는 경우, 어떤 기간의 적용을 받는 채권을 그렇지 않은 채권으로부터 구별하기 위한 경계획정의 문제가 발생한다는 점, ② 시효기간을 달리 설정할 수 있게 하는 명확하고 설득력있는 범주를 발견하기 어렵다는 점, ③ 법적 성질에 따라 채권을 분류하여 다른 시효기간을 정하려 한다면, 채권법에서 인정되는 각종 채권간의 상호연관성을 무시하게 될 염려가 있다는 점, ④ 다원적 시효기간을 택하게 되면 채권자나 채무자가 자신의 법적 지위를 정확히 알고 그에 따라 적절한 조치를 취하는 것이 어렵게 될 수밖에 없다는 점을 든다.[94] 한편, 2002년의 독일의 개정민법에서의 소멸시효법, 2008년에 개정된 프랑스 민법

92) 이훈종, 앞의 논문, 517면; 같은 견지에서 특히 단기소멸시효 기간을 둔 취지는 결국 법적 안정성을 위한 것인데 어떤 시효를 적용해야 하는지 여부가 불명확함으로 인하여 오히려 법적 불안을 야기하는 것은 아이러니한 일이며 적용되는 시효의 구분기준이 좀 더 명확해져야 한다는 의견으로, 김영신, “단기소멸시효기간의 적용범위” 홍익법학 제19권 2호(2018), 229면 참고.

93) 김상찬, “프랑스의 신시효법에 관한 연구” 법학연구 제38호(한국법학회, 2010), 22면.

94) 김영신, 앞의 논문, 208면.

상 신시효법은 국가법으로서 시효법이 수정된 사례라고 볼 수 있는데, 일본에서도 이러한 추세에 부응하여 2017년 시효제도를 개정하였다.

우선, 프랑스 민법의 개정을 살펴보자. 종래 프랑스 시효제도는 1개월부터 30년까지 규정된 250개 이상의 법정시효기간을 두고 있었는데, 이러한 다수의 시효기간은 법정분쟁을 복잡하게 하는 결과를 초래하였다.[95] 학자들은 ① 보통법상의 일반시효기간(30년)이 지나치게 길다는 점, ② 특별시효기간의 종류가 너무 많아 혼란을 야기하고 있다는 점, ③ 시효 관련 용어들의 개념적 불확정성으로 인해 적용상 문제점이 있다는 점 때문에 시효법 개정의 필요성을 주장하였다.[96] 이에 따라 개정된 신시효법은 일반시효기간을 권리자가 그 권리의 행사가 가능한 사실을 알거나 또는 알 수 있었던 때로부터 5년의 시효에 걸린다고 하여 현저하게 장기간의 시효기간이 초래하는 법적불안정 상태를 없애고, 정의에도 반하지 않도록 하였다.[97] 이와 같이 5년의 일반시효기간을 도입하면서 6개월에서 5년으로 규정하고 있던 단기소멸시효는 폐지하고, 10년의 상사시효는 개정하여 5년으로 고쳤다(프랑스 상법전 L.110-4조 1항). 그 결과 민사시효와 상사시효기간이 통일되었다.[98]

일본의 경우, 2017년 「민법의 일부를 개정하는 법률」을 공포하여 민법(채권관계)을 개정하면서 소멸시효에 관한 내용도 대폭 수정하였다.[99] 기존에 일본에서는 10년의 민사시효를 두고 있었고(일본 민법 제167조 제1항), 소멸시효의 기산점을 권리를 행사할 수 있는 때로 규정하고 있었다(일본 민법 제166조 제1항).[100] 그 외에 직업별로 다양한 단기소멸시효 규정(제170조 내지 제174조)이 두고 있었다.[101] 그런데, 이에 대해서는 10년의 시효가 적용되는 채권과 그 밖의 채권의 차이를 합리적으로 설명하기 어렵고, 단기소멸시효의 적용을 받는 채권인지 여부의 판단도 어려운 경우가 많아서 실

95) 김상찬, 앞의 논문, 27면.
96) 김상찬, 앞의 논문, 23면.
97) 김상찬, 앞의 논문, 25-26면.
98) 김상찬, 앞의 논문, 26면.
99) 김병선, 앞의 논문, 160면; 윤성승·김성수, 앞의 논문, 1320면.
100) 김병선, 앞의 논문, 162면.
101) 김병선, 앞의 논문, 184면.

무상 혼선이 있다는 점이 지적되었다.[102]

특히 상사시효와의 관계에 있어서도 민사시효가 적용되어야 하는지, 그렇지 않은지 그 관계가 명확하지 않아 문제가 있었다.[103] 일본 법원은 채권이 상행위에 의해 발생한 경우 뿐 아니라 상행위에 의하여 발생한 채권에 "준하는 것"에도 상사시효 규정이 유추적용된다고 보았는데,[104] 여기서 "준하는 것"에 해당하는지 여부는 당해 거래의 신속한 해결을 요구하는지 여부에 따라 개별적으로 판단한다고 보아 우리와 같은 해석상의 난제가 발생했다. 또한 상사시효가 적용되는 채권과 그렇지 않은 채권의 시효기간의 차이를 합리적으로 설명하기 어려운 사안도 발생할 수 있는 바, 직업별 단기소멸시효만 삭제하고 상법 제522조(상사 소멸시효)를 유지하는 경우, 이러한 문제가 해소되지 않고 남게 되므로 이에 대해서도 민법상 원칙적인 채권의 소멸시효와 통일하는 것이 바람직하다는 지적이 있다.[105]

이에 따라 일본의 상법 제522조는 삭제되었다.[106] 즉, 시효를 둘러싼 법률관계를 보다 명확하게 하고 시효관리비용을 절감하기 위해 직업별 단기소멸시효를 폐지하여 시효기간을 대폭적으로 간소화·통일화하자는 주장이 있었고, 이와 동시에 기존의 단기소멸시효의 기간이 장기화 되는 것에 대응하기 위해 채권의 원칙적인 시효기간과 기산점을 개정해야 한다는 점에 대해 논의가 있었다.[107] 그 결과 개정 민법은 채권자가 권리를 행사할 수 있는 것을 안 때부터 5년간 행사하지 않은 경우 및 권리를 행사할 수 있는 때부터 10년간 행사하지 않은 경우 채권이 시효에 의해 소멸하도록 규정하였다(일본민법 제166조 제1항). 개정민법은 채권에 관하여 "권리를 행사할 수 있는 때"부터 10년의 소멸시효를 규정한 제166조 제1항 및 제167조 제1항의

---

102) 부회자료 78A(88회회의), 12-14면. 鹿野菜穗子=高須順一, "消滅時效" 69-70면(김병선, 앞의 논문, 184면에서 재인용).

103) 김병선, 앞의 논문, 184면.

104) 最判 1980(昭和 55). 1. 24. 判時955号 52면 등(김병선, 앞의 논문, 185면에서 재인용).

105) 김병선, 앞의 논문, 185면.

106) 김병선, 앞의 논문, 198면; 윤성승·김성수, 앞의 논문, 1320면.

107) 김병선, 앞의 논문, 162면; 당시 시효제도의 단순화·통일화에 의한 시효관리 위험의 절감 등의 사회적 요청도 있었다고 한다. 윤성승·김성수, 앞의 논문, 1320면.

규율을 유지하면서, 이에 더하여 새로 "권리를 행사할 수 있는 것을 알았을 때"라는 채권자의 주관을 고려한 기산점으로부터 5년의 소멸시효를 마련하였다.[108] 또한 상사소멸시효를 규정한 상법 제522조는, 그 적용을 받는 채권과 받지 않는 채권의 시효기간 차이를 합리적으로 설명하는 것이 곤란하고, 민법 제167조 제1항과의 적용관계도 불명확하다는 이유로 삭제되었다.[109] 폐지된 상사채권의 소멸시효는 채권 일반에 관한 원칙적 소멸시효제도(일본민법 제166조 제1항)로 일원화하였다.[110]

다. 상법 제64조의 개정 의견에 대한 검토

(1) 주요 개정의견

우리나라에서 상법 제64조에 대한 주요 개정의견을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 제64조의 적용 기준을 보다 명확히 하자는 견해가 있다. 현재 법원은 상사시효가 적용되는 기준으로 문제되는 행위가 ① 상행위일 것, ② 신속하게 해결할 필요가 있을 것을 들고 있는데, 이는 법리적으로 복잡하고 현실적으로 구별이 어려운 경우가 있다.[111] 한편으로는 이와 같은 기준을 두어 구체적인 사건에서 문제되는 채권이 단기소멸시효를 규정한 취지에 부합하는 지 판단해보겠다는 것으로 볼 수도 있는데, 그 적용범위나 규율범위가 명확하지 않아 혼란을 초래하므로 보다 명확한 기준을 제시하자는 것이다.[112]

둘째, 복잡하게 규정되어 있는 단기소멸시효 기간을 폐지하자는 견해가 있다. 그 이유로 채권의 종류마다 각기 다른 소멸시효기간을 정하게 되는

108) 김병선, 167면; 윤성승·김성수, 앞의 논문, 1321면.

109) 김병선, 198면.

110) 현재 일본 상법은 시효에 대해 "5년동안 행사하지 않으면 소멸한다"고 하여 시효기간만을 정하고 있고, 기산점에 관한 규정은 없으며, 기산점은 민법의 것을 따르는 것으로 하고 있다. 윤성승·김성수, 앞의 논문, 1323면.

111) 이훈종, 앞의 논문, 516면.

112) 김영신, 앞의 논문, 227면.

경우 혼란을 초래할 수 있다는 점을 든다.

셋째, 채권자가 상인이 아닌 경우 상법 제64조의 적용을 배제하자는 견해가 있다. 즉, 현재 쌍방적 상행위는 물론 일반적 상행위도 상법 제64조의 '상행위로 인한 채권'에 해당된다고 보아, 채권자가 상인 아닌 자이고 채무자가 상인인 경우에도 상법 제64조에 의해 상사소멸시효가 적용된다.[113] 이에 대해, 상법 제64조가 상거래의 신속한 종결을 위한 것이고, 이는 상인의 입장에서는 타당할 수 있지만, 이를 상인이 아닌 채권자에게까지 적용하는 것은 지나치다는 것이다. 이러한 경우에까지 상법 제64조를 적용하면 상인과 거래를 하는 상인이 아닌 채권자의 채권은 채무자가 상인이 아닐 때보다 단기에 소멸하게 되므로 채권자로 하여금 채권행사에 만전을 기하도록 촉구하는 의미가 있다는 점은 별론으로 하더라도, 상인과 채권거래를 한 상인 아닌 자에게 상인과 동일하게 행동하도록 강요하는 것이 되어 부당하다는 것이다.[114] 따라서 상법 제64조는 계속적·반복적으로 행해짐으로써 신속한 종결이 요구되는 상사채권관계에 한정하여 적용하여야 할 것이고, 채무자가 상인이라고 하더라도, 상인이 아닌 채권자와의 일방적인 상행위로 발생한 채권의 경우에는 동조의 적용을 제한하는 입법조치가 필요하다.[115]

(2) 개정방향에 대한 시론적 제안

살펴본 바와 같이 소멸시효에 관한 외국법제의 경우, 민사시효와 상사시효를 통일하여 그 구별을 없애는 추세이다. 하지만, 현재 우리나라는 민사시효와 상사시효를 구별하고, 다시 개별적인 시효를 두어 3단계의 시효규정을 두고 있다. 예컨대, 보험관련 채권의 경우, 민법상 소멸시효기간, 상법 제64조의 소멸시효 기간, 상법 제662조 등 보험과 관련된 시효규정이 적용될 여지가 있다. 이와 같이 과도한 단계를 두는 것은 어떤 시효가 적용될지 여부에 대해 예측할 수 없도록 만들어 혼란을 초래한다. 같은 견지에서 적어도 일반소멸시효에 관하여는 민사채권과 상사채권의 구별을 없애는 것이

113) 김성탁, 앞의 논문, 87면.
114) 박은경, 앞의 논문, 165-166면 참고; 김성탁, 앞의 논문, 87면.
115) 김성탁, 앞의 논문, 106면.

바람직하고 양자의 적용구분에 관한 소모적 분쟁을 억지할 필요가 있다는 견해는 경청할 필요가 있다.[116]

특히 상법 제64조는 1개의 조항으로 모든 상거래의 소멸시효를 규율하는 형태로 규정되어, 그 규율형식도 적절하지 않다. 민법의 특별법이라고 할 수 있는 상법에서 오히려 민법의 소멸시효 규정보다 더 단순화된 조항을 두고 규율하려는 것은 합리적인 규율방식은 아니다.

따라서 상법 제64조를 삭제하고, 필요한 경우 회사법, 보험법, 해상법 등 개별적인 법률에 각기의 단기소멸시효의 요건을 규정하여 각 법영역의 특성에 부합하게 구체화하여 규정하는 것이 바람직하다고 생각된다. 이와 같이 시효 규정 체계를 단순화하여 국민들의 예측가능성을 제고할 수 있다. 만약 상법 제64조를 존속하도록 두어야 한다면, 적어도 그 요건을 분명히 하여 적용되는 채권에 대해 예측할 수 있도록 하고, 타 법령(민법 및 보험해상법 등)과의 소멸시효규정과의 관계를 분명히 할 필요가 있다. 이에 대해서는 ① 민법조항을 배제하고 상법상 소멸시효를 적용하는 경우의 요건을 상법에 구체화하는 방안과 ② 상행위임에도 불구하고 민사소멸시효가 적용되는 예외를 상법에 구체화하는 방안을 고려해 볼 수 있다.

Ⅲ. 결 론

대상판결에서 상법상 보험계약자가 보험회사에 대하여 가지는 청구권에 대하여는 3년의 단기소멸시효 규정을 두고 있는 데 비해, 무효인 보험계약에 따라 지급된 보험금을 보험회사가 보험계약자에게 부당이득으로 반환청구함에 있어서는 단기소멸시효 규정이 없다는 점에서 형평상 문제가 있다는 점을 지적하고, 보험회사가 주장한 10년 장기소멸시효 주장을 배척한 점에 관하여는 보험계약자와 보험회사간에 합리적인 힘의 균형을 법원에서 시도하였다는 점에서 매우 중요한 의미를 가진다고 생각하며, 그 취지를 공

116) 김동훈, 앞의 논문, 489면.

감할 수 있다.

그러나 대상판결에서 그와 같은 목적을 관철하고자 하였다면, 상법 제64조가 아니라 상법 제662조를 유추적용하였어야 했다고 생각한다. 상법 제64조는 상사일반소멸시효규정으로서, 그 적용 여부가 보호하여 이를 둘러싸고 지속적으로 분쟁이 끊이지 않으며, 이에 대해 대법원에서 나름대로 기준을 제시하고 있지만 그 기준 자체가 지나치게 추상적이고 포괄적이어서 수범자인 일반인으로서는 이를 예측하기 어렵다는 문제점이 있기 때문이다. 이에 비해 상법 제662조는 보험계약의 소멸시효에 대한 각론규정이므로, 이를 유추적용하는 것은 유추적용에 관한 기존의 대법원 판례법리에도 좀 더 부합할 뿐 아니라, 대상판결에서 착안한 보험계약자와 보험회사간의 형평과 균형의 측면에서 보더라도 양 당사자에게 동일한 시효기간을 적용하게 되어 훨씬 더 합리적이다. 이와 같이 유추적용하였더라면 3년의 소멸시효 기간이 적용되게 된다. 그럼에도 불구하고 대상판결에서 굳이 문제의 소지가 많은 5년의 상사일반소멸시효규정으로 후퇴한 점을 필자로서는 공감하기 어렵다.

다만, 추측할 수 있는 것은 3년의 소멸시효기간은 대상판결과 같은 보험금 부정취득 목적의 보험사기행각을 밝혀내고 이에 대한 법적 조치를 취하는 데에 충분하지 않을 수도 있다는 점을 우려한 것이 아닌가 생각된다. 실제로 보험금 지급시기로부터 3년 이내에 이를 밝혀내는 것은 쉽지 않을지도 모른다. 그러나 5년이라고 하여 그리 넉넉한 시간인 것도 아니다. 대법원은 보험사기 행각을 밝혀내 법적 조치를 취하는 데에 3년은 부족하고 10년은 과하며, 5년은 충분하다고 생각한 것일까? 사견으로는 만일 이와 같은 사고방식이었다면, 이는 매우 직관적이지만 비논리적인 판단이라고 생각한다.[117] 3년의 소멸시효기간이 적용될 경우 보험사기 행각을 밝혀내 법적 조치를 취하는 데에 불충분하다고 생각할 수밖에 없는 것은 시효기간의 장단 문제라기보다는 기산점을 언제로 하느냐의 문제와 더 밀접하기 때문이다.

117) 논리보다 직관에 의존하는 것은 우리 대법원판례의 기본적인 문제 중의 하나로 오래 전부터 지적되어 왔다. 조규창, "논리와 직관 : 대법원민사판례를 중심으로" 인권과 정의 101호(1984).

그리고 그 근본적인 원인은 앞서 살펴본 바와 같이 보험금 부정취득 목적의 보험계약 체결행위를 사기에 의한 법률행위로 취소사유로 보지 아니하고 이에 대해 반사회적 법률행위로 본 데에 있다.

따라서 대상판결로서는, 스스로 잘 착안한 문제의식에 따라 보험계약자와 보험회사간의 형평과 균형을 맞추고자 하였다면, 보험금 부정취득 목적의 보험계약 체결행위를 반사회적 법률행위로 보아 민법 제103조 의율한 기존의 판례들을 폐기하면서, 이것들이 사기에 의한 법률행위로 취소사유임을 설시하였어야 한다는 것이 필자의 생각이다. 그렇게 되었더라면 보험회사가 보험금 부정취득 목적을 안 때로부터 3년의 취소권 제척기간이 적용되어 가장 합리적이고 논리적인 결론에 이를 수 있었을 것이다. 차선책으로는 상법 제64조가 아닌 상법 제662조를 유추적용하는 것이 보다 타당하였을 것인데, 이 경우도 마찬가지로 3년의 권리행사기간이 인정되지만 단지 기산점의 측면에서 볼 때 사기로 인한 취소 법리보다 합리성은 다소 떨어졌을 것이다. 보험금 부정취득 목적의 보험계약 체결행위를 반사회적 법률행위가 아닌 사기행위로 보아야 한다는 필자의 주장은 우리나라의 일반인의 상식에서 볼때 어쩌면 너무나도 당연한 것일지도 모른다. 필자의 주장을 상식 수준에서 단순화하여 본다면 '보험사기에 대해 사기 법리를 적용해야' 한다는 것이기 때문이다.

대상판결을 계기로 하자 있는 계약에 대한 법적 평가에 관하여 무효사유와 취소사유에 대해 좀 더 면밀한 고민을 하는 계기가 되는 한편, 상법 제64조를 둘러싼 상사일반소멸시효 법제를 합리적으로 개선하는 논의가 구체화되기를 기대한다.

보험금 부정취득 목적 보험계약의 효력 - 손 유 은·김 제 완	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2022.11.14.	2022.12.03.	2022.12.29.

[참고문헌]

[논문]

고형석, “항공마일리지의 유효기간에 관한 연구” 선진상사법률연구 제87호(2019)

권재열, “공동채무자의 일부가 상인인 경우 전원에 대한 상사소멸시효 적용 : 대법원 2014. 4. 10. 선고 2013다68207 판결” 상법판례백선 제4판(법문사, 2015)-반영못함

김동민, “개업준비행위 및 금전대여행위가 보조적 상행위에 해당하기 위한 요건 – 대법원 2018. 4. 24. 선고 2017다205127 판결” 경영법률 제30권 4호(2020)

김동훈, “민사거래와 상사거래의 구별 및 적용법조의 판단기준” 법학논총 제31권 2호(국민대학교, 2018)

김병선, “일본 개정민법상 소멸시효기간 및 기산점” 법학논총 제48호(2020)

김상찬, “프랑스의 신시효법에 관한 연구” 법학연구 제38호(한국법학회, 2010)

김성탁, “一般商事消滅時效에 관한 商法 제64조의 立法趣旨와 그 適用對象에 관한 小考” 법학연구 제13권 3호(인하대학교, 2010)

김양호, “共同不法行爲에 있어서 保險者 상호간 求償權의 消滅時效” 저스티스 제71호(2003)-반영못함

김영신, “단기소멸시효기간의 적용범위” 홍익법학 제19권 2호(2018)

김은경, “보험계약 무효시 보험료반환청구와 소멸시효”, 강원법학 제35권(2012)

김제완・백경일・백태웅, “권리행사기간에 관한 쟁점과 민사개정 방안 : 소멸시효 관련 논의에 부수하여” 민사법학 50호(2010)

김제완 “국가권력에 의한 특수유형 불법행위에 있어서 손해배상 청구권의 소멸시효 : 거창사건 항소심판결(부산고법 2004.5.7. 선고, 2001나15255)에 대한 비판적 검토” 인권과 정의 368호(2007)

김화, “주채무와의 관계에 있어서 보증채무의 소멸시효의 문제 — 대법원 2014. 6. 12. 선고 2011다76105 판결을 중심으로” 법학논총 제37권 4호(전남대학교, 2017)

김홍기, “상사계약의 체결과 그 효과의 귀속에 관한 연구 - 판례의 분석을 중심으로” 비교사법 제21권 1호(2014)

노미리, “2018년 상법총칙·상행위법 주요 판례의 검토” 상사판례연구 제32권 1호(2019)

명순구, “1980년 계엄당국의 강박에 의한 증여계약의 효력과 취소권의 제척기간 - 대판 1998. 11. 27. 98다7421에 대한 이론적 보완을 위하여” 고려법학 제37호(2001)

박세민, “보험사기방지특별법상 기망행위의 적용대상과 보험사기죄 실행 착수시기에 관한 비판적 분석” 경영법률 제30권 3호(2020)

박은경, “보험금청구권 소멸시효제도 개선을 위한 상법 개정안 연구” 금융법연구 제15권 1호(2018)

서을오, “민법 제103조상의 반사회질서행위의 유형화에 대한 비판적 검토” 민사판례연구 33-1

권(박영사, 2011)
송평근, “무효인 보증보험계약에 기초한 급부가 이루어짐에 따라 발생한 부당이득반환청구권에 대하여 상사소멸시효가 적용되는지” 대법원 판례해석(2007년(상) 제67호, 2007)
안수현, “2007년 상법총칙 상행위 판례회고” 상사판례연구 제20권 4호(2007)
윤성승 · 김성수, “보험금청구권의 소멸시효기간 연장” 비교사법 제25권 4호(2018)
윤재현, “보험금청구권 소멸시효 기간의 적정성 이슈 검토” 강원법학 제65호(2021)
이병준, “온라인 쿠폰의 권리행사기간과 약관규제법에 의한 내용통제” 외법논집 제37권 3호(2013)
이병준 “법률행위의 일반적 효력요건으로서의 사회적 타당성” Jurist 409호 : 2006년1호(민법총칙)(v.2006-1)
이보람 · 정혜진, “보험계약 무효시 지급 보험금 반환과 관련된 소멸시효 기간에 대한 고찰” 보험법연구 제15권 2호(2021)
이진기, “보험금의 부정취득을 목적으로 하는 보험계약의 효력과 보험금반환청구권의 소멸시효기간에 관하여 : 대법원 2021. 7. 22. 선고 2019다277812 전원합의체 판결의 평석을 계기로” 법조 통권748호(2021)
이형범, “공동주택 분양계약상의 책임의 제문제” 저스티스 제146권 1호(2015)
이훈종, “상거래로 인한 부당이득반환청구권의 소멸시효에 관한 연구” 법과정책연구 제10권 1호(2010)
이훈종, “상행위에 근거한 손해배상 청구권의 소멸시효기간에 관한 연구” 법과정책연구 제16권 1호(2016)
이훈종, “민사시효와 상사시효 구별의 타당성에 관한 연구” 강원법학 제59호(2020)
임재호, “상법 제64조(상사시효)의 적용범위 -대상판결: 대법원 2005.5.27. 선고 2005다7863판결” 법학연구 제47권 제2호(부산대학교, 2007)
장덕조, “2010년 상법총칙·상행위법 판례의 동향과 그 연구” 상사판례연구 제24권 2호(2011)
정병덕, “2014년 상법총칙 · 상행위법 판례의 동향과 분석 -2013년 판례와 함께” 상사판례연구 제28권 3호(2015)
조규창, “논리와 직관 : 대법원민사판례를 중심으로” 인권과 정의 101호(1984)
조영선, “직무발명 보상금 청구권의 소멸시효에 관한 법률문제” 경영법률 제30권 2호(2020)
진무성, “집합건물 하자담보책임과 관련한 법률적 쟁점” 인권과 정의 제356호(2006. 4.)
한삼인, “민법 제103조의 판례 분석” 법과 정책 제7호(제주대학교, 2001)
황재호, “보험계약 무효로 인한 보험자의 부당이득반환청구권에 적용되는 소멸시효기간” 사법 제58호(2021)

【국문초록】

보험금의 부정취득 목적으로 보험계약이 체결된 경우, 대법원은 보험계약이 민법 제103조에 위반하여 무효로 된다는 점을 확인하고, 보험회사는 보험계약자에 대해 부당이득반환청구권을 가지게 된다고 보았다. 나아가, 이 때 부당이득반환청구권에 관하여 상법 제64조의 상사소멸시효가 적용되어야 한다고 판시하였다.

이러한 판례에 대하여 필자는 첫째, 대상판결에서 보험회사의 보험계약자에 대한 부당이득반환청구에 대하여, 소멸시효기간 10년의 민법규정을 적용하지 아니하고, 상법상의 소멸시효기간 규정을 '유추적용'함으로서 보험계약자를 좀 더 보호하는 방향의 결론을 내린 점에 대하여는 결과적으로 바람직하다고 생각한다. 하지만, 대상판결에서 인용한 유추적용에 관한 기본법리에 비추어 볼 때, 보험회사의 보험계약자에 대한 부당이득반환청구에 대하여 유추적용의 대상이 '상법 제662조가 아닌 상법 제64조'가 되어야 한다고 본 근거에 관하여, 그것이 논리적이거나 합리적인지에 관하여 필자로서는 선뜻 동의하기 어렵다. 특히 상법 제662조에 대하여는 '입법정책적 결단'을 들어 유추적용을 배제하면서도 상법 제64조에 대하여는 유추적용을 인정한 것은 논리적으로나 법체계상으로도 타당하지 않다고 생각된다. 오히려 유추적용을 하려면 일반성을 가지는 총칙조항인 제64조보다는 각론조항으로서 보다 사안과 직접적이고 밀접하게 관련이 있는 규정인 상법 제662조를 유추적용했어야 한다고 생각한다.

둘째, 보험금을 부정취득할 목적으로 보험계약을 체결한 경우, 이와 같은 보험계약이 민법 제103조 소정의 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 무효라는 취지의 기존의 대법원 판례 법리가 항상 타당한지는 의문이다. 이러한 경우 보험금 부정취득 목적의 보험계약 체결행위를 반사회적 법률행위로 보아 민법 제103조로 의율한 기존의 판례들을 폐기하면서, 이것들이 사기에 의한 법률행위로 취소사유임을 설시하였어야 한다는 것이 필자의 생각이다.

셋째, 대상판결에 대한 평석을 계기로, 필자로서는 대상판결의 전제가

된 법리로서 부당이득반환청구권에 관하여 상법 제64조가 유추적용될 수 있는지에 관한 원칙과 예외의 법리에 관하여도 그 의의와 문제점을 지적해 보고자 한다. 대상판결이 설시한 바에 따르면 상법 제64조가 상행위인 계약으로 인한 채권의 소멸시효기간을 5년으로 정한 것은 "대량, 정형, 신속이라는 상거래 관계 특유의 성질을 감안하여 상사 계약관계를 정형적으로 신속하게 해결할 필요"가 있기 때문이다. 하지만 이에 대해서는 ① 어떤 행위를 상행위로 볼 것인지, ② 어떤 경우에 계약관계를 정형적으로 신속하게 해결할 필요가 있다고 볼 것인지가 문제된다. 이를 판단하는 과정에서 개별 사안에 따라 설득력 있는 명확한 근거없이 달리 판결하는 법원의 태도도 문제되고 있다. 또한, 상사소멸시효가 적용 또는 유추적용되기 위한 요건으로서의 '상행위로 인한 채권'이 무엇인지도 문제 되고 있으므로, 그 판별을 위한 지표를 살펴볼 필요가 있다.

마지막으로, 상법 제64조는 그 적용 내지 유추적용 문제를 둘러싸고 많은 문제를 야기하여 왔으며, 이에 대하여 근본적으로 제도개선이 필요하다는 점을 지적하고자 한다. 대표적으로, 일본에서 상사일반소멸시효 규정을 삭제하는 법개정을 한 것을 참고하여, 외국의 입법례와 기존 우리 학계와 실무계에서의 논의를 바탕으로 근본적인 제도개선이 필요하다고 생각된다.

【Abstract】

Effect of insurance contract for the purpose of unfair acquisition of insurance money: Contrast of applying the analogy of the statute of the commercial extinction prescription

Son, Yu-Eun(Ph.D. candidate at Korea University)
Kim, Jewan(Professor, Korea University School of Law)

The Supreme Court confirmed that if an insurance contract was concluded for the purpose of improperly acquiring insurance money, the insurance contract would be invalid because it violated Article 103 of the Civil Act. In addition, the insurance company can claim the right to claim restitution of unjust enrichment against the policyholder. In this judgment, the commercial extinction prescription of Article 64 of the Commercial Act shall apply to the right to claim the restitution of unjust enrichment.

Regarding these precedents, first, in the target judgment, the 10-year extinctive prescription under the Civil Act was not applied to the claim of the insurance company for the restitution of unjust enrichment against the policyholder. Instead, the extinctive prescription under the Commercial Act was applied by analogy. As a result, policyholders are more protected, which I think is desirable. However, the target judgment held that Article 64 of the Commercial Act, not Article 662 of the Commercial Act, should be applied by analogy to the insurance company's claim for the restitution of unjust enrichment against the policyholder, which I do not think is logical or reasonable. In particular, Article 662 of the Commercial Act

excludes the application of analogies on the grounds of 'legislative policy decision', while Article 64 of the Commercial Act recognizes the application of analogies, which I do not think is logical or justifiable in terms of the legal system. Rather, I think that Article 662 of the Commercial Act, a regulation directly and more closely related to the case, should have been applied by analogy as an individual clause rather than Article 64, which is a general provision clause.

Second, the Supreme Court considers that if an insurance contract is concluded for the purpose of fraudulently acquiring insurance money, the insurance contract is invalid, contrary to good morals and other social order prescribed in Article 103 of the Civil Act. but It is questionable whether such a principle is always valid. In this case, existing precedents that judged the act of concluding an insurance contract for the purpose of unfairly acquiring insurance money as an anti-social legal act under Article 103 of the Civil Act should be abolished. And they should be judged as legal acts by fraud and judged to be grounds for cancellation.

Third, I point out the problems with the principle of whether Article 64 of the Commercial Act can be applied by analogy with respect to the right to claim the return of unfair profits, which is the legal principle that was the premise of the target judgment and the principle of exception. According to the Supreme Court, the reason that Article 64 of the Commercial Act sets the statute of limitations for claims arising from commercial contracts to be five years is "considering the characteristics of commercial transactions (mass, fixed, expeditious), It needs to be resolved quickly and efficiently." However, it is a question of whether ① what kind of act should be regarded as a commercial act, and ② in what cases it is necessary to formally and quickly resolve the contractual relationship. In the process of judging this, the attitude of the courts to make different judgments without clear grounds for each individual case

is also a problem. In addition, since there is also a question as to what 'claim due to commercial activity' is a requirement for the statute of limitations to be applied or applied by analogy, it is necessary to look at the indicators for its determination.

Finally, I would like to point out that Article 64 of the Commercial Act has caused many problems around the application or analogy application problem, and fundamentally needs system improvement. Representatively, referring to the revision of the law in Japan that deleted the statute of limitations for general business extinction, it is considered that fundamental institutional improvement is necessary based on foreign legislative cases and discussions in Korean academia and working circles.

주제어(Keyword) : 부당이득반환청구권(right to claim restitution of unjust enrichment), 보험금 부정취득(illegal acquisition of insurance money), 보험계약(insurance contract), 보험사기(insurance fraud), 보험금 부정취득(unfair acquisition of insurance money), 상사소멸시효(prescription for commercial extinction), 반사회적 법률행위(anti-social legal action), 민법 제103조(Civil Law Article 103), 상법 제64조(Commercial Law Article 64), 상법 제662조(Commercial Law Article 662), 유추적용(Apply by analogy)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제107호 2022년 12월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2022.107.325

국유재산과 공물의 비교고찰*

강 호 칠**

목 차

Ⅰ. 머리말
Ⅱ. 국유재산의 의의와 규율체계
1. 국유재산의 개념
2. 국유재산에 대한 입법례
3. 국유재산의 구분
3. 국유재산에 대한 공법적 규율
Ⅲ. 국유재산과 공물의 구별
1. 구별의 필요성
2. 국유재산과 공물에 관한 입법례
3. 공물의 개념과 대상
4. 공물의 요건(직접 공적목적에 제공)
5. 공물의 효과(공물에 대한 공법적 규율)
Ⅳ. 맺음말
1. 국유재산과 공물의 개념상의 차이
2. 국유재산과 공물의 규율체계상의 차이
3. 국유재산으로부터 공물의 분리
4. 공물로부터 국유재산의 분리

Ⅰ. 머리말

국유재산은 존재하는 그 자체만으로도 다양한 공적기능을 가지며, 국가행정목적 수행에 있어서 중요한 수단이 되므로, 그에 합당한 공법적 규율을

* 이 논문은 고려대학교 박사학위 청구논문 "국유재산의 공법적 규율에 관한 연구 - 규율체계와 취득 및 소멸을 중심으로 -"의 제2장을 요약하고, 수정·보완한 것임을 밝힙니다.

** 한국자산관리공사 캠코연구소 팀장, 법학박사, 변호사.

받게 된다. 국가 행정목적 수행을 위해서는 필연적으로 토지 등 생산수단의 제공이 필요한데, 우리나라는 좁은 국토면적에서 국·공유지가 차지하는 비중이 높아 그에 대한 공법적 규율이 강하게 되었다.

국유재산에 대한 필요최소한의 공법적 규율을 하고자 한다면 민법, 국가재정법과 같은 일반적인 재산법에 의할 것이지만, 그 이상의 규율을 위해서는 별도의 단행 법률을 제정해야 한다. 우리나라는 1950년 4월부터 일찌감치 별도의 단행 법률인 국유재산법을 제정하였고, 이는 국유재산의 관리에 관한 기본법이 되어 일단의 국유재산법 체계를 형성하게 되었다.

한편 공물 역시 국유재산과는 별도의 입법목적으로 일단의 공물법체계를 형성하였는데, 양자는 국가 또는 지방자치단체 소유의 부동산을 기반으로 크게 중첩이 됨으로써 서로 연관성을 가지게 되었다. 이에 학설과 판례는 강학상 익숙한 개념인 공물을 통해서 국유재산을 이해하게 되었고, 국유재산법 체계의 독자성을 인식하지 못하였다. 그러나 국유재산과 공물은 그 본질, 대상, 소유자 및 적용법률 등이 서로 다르다.

공물은 그 소유자가 누구인지를 불문하고, 그 대상으로 민법상의 물건에 한하지 않는 물적 개념이다. 국유재산이 공물의 일부를 구성하더라도 국유재산의 본질이 없어지는 것은 아니고, 공물 역시도 그 대상이 되는 여러 물적 개념들과는 별도로 그 자체 하나의 독자적인 개념과 본질을 가진다. 그럼에도 불구하고 양자를 개념적으로 혼용하고, 규율체계상의 차이를 간과하게 되면 공물의 종류와 법적 특색, 행정재산의 성립과 소멸 등을 규명하는데 혼란을 일으키게 된다.

이하에서는 국유재산의 독자적인 규율체계를 논증하기 위하여, 먼저 국유재산의 개념을 광·협의로 나누어서 살펴보는데, 국유재산에 대한 독자적인 규율체계는 협의의 국유재산 개념을 전제로 하는 것이다. 이어서 국유재산을 행정재산과 일반재산으로 구분하여 파악하는데, 이러한 구분은 국유재산에 대한 공법적 규율의 정도에 뚜렷한 차이를 나타내며, 특히 행정재산의 개념과 종류, 그에 대한 공법적 규율은 국유재산과 공물의 구별에 있어서 매우 중요한 단서를 제공한다.

국유재산과 공물을 함께 규율하는지 서로 다르게 규율하는지에 따라

입법례가 나누어지는바, 주요 국가가 취하는 법제를 살펴봄으로서 우리 법제는 양자를 별개로 규율하는 입법례에 속함을 설명한다. 또한 우리나라는 공물에 대한 공법적 규율에 있어서 융통성의 제한을 가하지 않아 비융통성은 공물의 법적 특색과 무관함을 논증하기 위해 공물과 소유권에 관한 주요 국가의 법제를 살펴보게 된다.

이러한 법제적 분석을 토대로 공물의 개념과 대상, 공물의 요건 및 공물의 효과에 걸쳐 주요 사항들을 국유재산과 분석함으로써 양자는 구별됨을 논증하고, 아울러 종래 강학상의 공용물과 보존공물은 공물성이 취약하고 국유재산인 행정재산의 일종에 불과함을 설명하고자 한다.

Ⅱ. 국유재산의 의의와 규율체계

1. 국유재산의 개념

국유재산이라 함은 국가 소유의 재산을 말한다.[1] 이때의 재산은 민법상의 개념으로서 넓은 의미에서 어떤 주체를 중심으로 또는 일정한 목적 하에 결합된 경제적 가치가 있는 물건 및 권리·의무의 총체를 말하며, 좁은 의미에서는 개개의 물건 또는 재산권의 뜻으로 쓰여 진다.[2] 이렇게 민법상의 재산개념으로 설명되는 모든 국가 소유의 재산을 광의의 국유재산이라고 하는데, 국유재산도 어디까지나 재산이기 때문에 민법, 국가재정법 등 일반재산법의 적용을 받지만, 국유재산법,[3] 물품관리법, 군수품관리법, 「국유림의 경영 및 관리에 관한 법률」(이하 '국유림법'으로 약칭한다) 및 채권관리법 등에 특별한 정함이 있으면 일반재산법에 우선하여 적용이 된다.

광의의 국유재산 중에서 국유재산법 제5조 제1항 각 호에서 열거하는 재산을 특별히 협의의 국유재산이라고 하는데(제2조 제1호),[4] 물건 중에는

---

1) 하명호, 행정법 제3판, 박영사, 2021, 862면.

2) 김병재, 민법주해Ⅱ, 총칙(2), 박영사, 2012, 22-23면.

3) 1950. 4. 8. 법률 제122호로 제정되었다가, 1956. 11. 28. 법률 제405호로 폐지 제정된 법률을 말한다.

부동산과 몇몇 특수동산이, 재산권 중에는 용익물권, 준물권 및 지식재산권이 여기에 해당한다. 국유재산법이 협의의 국유재산을 특별히 규정하는 취지는 국유재산의 개념을 민법과 달리 하려는 것이 아니라, 국유재산법상의 공법적 규율이 미치는 대상을 한정하려는 것이다.[5] 국유재산법이 재산을 행정재산과 일반재산으로 나누고 융통성, 관리체계, 제3자 사용, 처분, 개발 및 무단점유해소 등에 있어서 광범위하고, 차별화된 공법적 규율을 하는데, 국유재산 모두에 이러한 규율을 할 필요는 없는 것이다. 일반적으로 국유재산이라 함은 이렇게 국유재산법에 따라 특별한 공법적 규율을 받는 협의의 개념을 말한다.[6]

2. 국유재산에 대한 입법례

국유재산에 대한 입법례는 국유재산의 관리·처분에 관한 관련 기본법(우리나라의 국유재산법이 여기에 해당한다)을 두느냐에 따라 제정형과 방임형으로 나눌 수 있는데, 프랑스, 일본 및 우리나라가 전자에 속하고, 독일 기타 대부분의 나라가 후자에 속한다. 방임형의 입법례는 국유재산의 관리·처분을 민법이나 국가재정법 등 일반재산법에 따라 필요최소한의 규율로 행하기 때문에,[7] 국가재산 간 공법적 규율상의 차이가 없고 따라서 국유재산을 광·협의로 나눌 필요가 없다. 이에 비하여 제정형의 입법례에서는 국유재산에 대한 공법적 규율을 위한 별도의 법률을 제정하여 강한 공법적 규율을 하므로, 이러한 규율을 받는 재산(협의의 국유재산)과 그렇지 아니

4) 이원우, 주석 국유재산법, 법제처, 2006, 15면; 이수혁, “한국의 국유재산법제도”, 토지공법연구 제12집, 한국토지공법학회, 2001, 239면; 김도승, “국유무체재산관리 및 진흥을 위한 공법적 과제”, 법학연구 제41권, 한국법학회, 2011, 21면; 기획재정부, 국유재산업무편람, 2017. 2, 12면 등.

5) 국유재산법의 이러한 태도는 우리나라의 국유재산법이 일본의 국유재산법의 영향을 받아 제정된 이래 시종일관 유지되고 있다. 일본국유재산법(https://www.klri.re.kr/jsp/popup/janlaw.jsp) 제2조 참조. 이 논문에서 인용하는 일본국유재산법 등 일본국유재산 관련 법규의 내용은 최우용, 일본 국유재산 제도 법령 해석, 한국비교공법학회, 2018. 4를 참고하였다.

6) 이원우, 앞의 책, 15면.

7) 독일 연방예산법(BHO) 제63조 참조. 재산취득사유, 처분사유, 처분가격 정도의 제한만 한다.

한 재산(광의의 국유재산)으로 나누어지게 된다.

우리나라는 제정형의 입법례에 속하는 만큼, 방임형을 취하는 독일 등 대부분의 국가에 비하여 국유재산에 대한 광범위한 공법적 규율을 하는 편이다. 이러한 공법적 규율은 재산의 관리 차원에서 이루어지는 것으로서, 공공질서의 유지 차원에서 이루어지는 공물에 대한 공법적 규율과는 구분이 된다. 한편 국유재산과 공물을 통합하여 규율하는 프랑스의 경우에는 양자에 대한 공법적 규율이 다르지 않다(프랑스 공공재산법에 대하여는 후술한다).

3. 국유재산의 구분

국유재산법은 협의의 국유재산을 그 용도에 따라 행정재산과 일반재산으로 구분해서(국유재산법 제6조 제1항, 제47조 제1항), 공법적 규율의 내용과 정도를 달리한다. 국가는 행정목적을 달성하기 위한 수단으로서 토지, 건물 등 재산을 보유하기 때문에 국유재산의 기본적인 모습은 행정재산이다.[8]

(1) 행정재산

1) 행정재산의 개념

행정재산이란 "국가가 직접 공용·공공용·기업용으로 사용하거나, 법령이나 그 밖의 필요에 따라 국가가 보존하는 국유재산"을 말한다. 이때 '사용'에는 일정한 기한[9]까지 사용하기로 결정한 것도 포함되며, 행정재산으로 사용·보존 여부는 기획재정부장관이 관련 중앙관서장의 의견을 들어 결정한다(이상 국유재산법 제6조 제2항, 동법 시행령 제4조).

행정재산에 관한 전반적인 법적성질에 대하여 학설과 판례는 지금까지 특별히 집중하여 논의해 오지는 않았다. 다만 행정재산의 사용허가를 행정행위로 보는 것으로 학설과 판례의 입장이 정리되었다는 점,[10] 일반재산보

8) 행정재산은 전체 국유재산 가치의 73.35%를 차지하며, 전체 국유지 면적의 96.8%를 차지한다(2019 회계연도 말 기준).

9) 사용하기로 결정한 날부터 5년이 되는 날을 말한다(국유재산법 시행령 제4조 제1항).

10) 1976년 국유재산법 전면개정 이전에는 일반재산의 대부에 관한 규정을 행정재산의

다 강한 공법적 규율이 가해진다는 점, 행정재산의 용도폐지가 행정행위라는 점 등을 고려할 때 행정재산 전체의 법률관계를 공법관계로 보는 것 같다.

행정재산이 공물과 동일한 것으로 이해되거나, 행정재산의 종류 및 공법적 규율이 그대로 공물의 종류 및 법적 특성으로 이해되는 등 행정재산과 공물은 그 개념과 규율체계 등에 있어서 혼란이 있을 수 있다.

2) 행정재산의 종류

국유재산법은 행정재산을 공용, 공공용, 기업용 및 보존용의 4가지로 분류하고 있다(제6조 제2항). 4종류의 행정재산에 대한 국유재산법의 규율상의 차이는 없지만, 공공용재산은 대부분 공물로의 지위를 함께 가지고,[11] 공물법의 적용을 우선적으로 받는다는 점에서 다른 행정재산과 차이를 보인다.

공공용재산에서 공공용이라는 개념은 일반 공중의 사용에 제공한다는 것으로서, 국유재산을 내부적으로 분류하는 기준일 뿐이다. 따라서 도로, 하천, 공유수면, 항만 및 공원 등 법정공물의 일부로 되는 경우가 많겠지만, 반드시 법정공물에 해당할 필요는 없다. 국가가 공공용으로 사용하거나 사용하기로 결정했다면 공공용재산이 되기 때문이다. 공공용재산은 공공시설(공물)인 경우가 많으며, 사업시행자가 설치한 신규 공공시설로서 국가에 무상귀속 되거나, 종래 공공시설로서 사업시행자에게로 무상귀속 또는 무상양여되는 경우가 많다[국토의 계획 및 이용에 관한 법률(이하 국토계획법) 제65조]. 소유권의 관점에서 볼 때, 전자는 국유재산의 취득 사유이고, 후자는 국유재산의 소멸사유가 된다.

사용허가에 그대로 준용했기 때문에 사법상 법률행위설이 다수설이었으나, 이후 1976년 전면개정 국유재산법에서부터는 행정재산의 사용허가에 관한 규정을 먼저 두고 이를 그대로 일반재산의 대부에 준용했을 뿐만 아니라, 기존에 보지 못하던 사용허가의 취소와 철회와 같은 강화된 공법적 규율을 두게 되면서 행정행위설이 절대다수설이 되었다(김남진, “행정재산사용허가의 성질”, 고시연구 제25권 제7호, 고시연구사, 1998. 7, 90-92면). 대법원도 종래 사법관계설을 취했다가, 1976년 국유재산법 전부개정 때부터는 공법관계설로 입장을 변경한 후 차곡차곡 그에 따른 판례군을 형성하고 있다(대법원 1996. 2. 13. 선고 95누11023 판결; 대법원 1997. 4. 11. 선고 96누17325 판결; 대법원 2001. 6. 15. 선고 99두509 판결; 대법원 2006. 3. 9. 선고 2004다31074 판결 등).

11) 학설은 공공용물을 협의의 공물이라고 한다. 김남진/김연태, 행정법Ⅱ, 제23판, 법문사. 2019, 393면; 김도창, 일반행정법론(하), 제4전정판, 청운사, 1993, 400면; 석종현/송동수, 일반행정법(하), 삼영사, 2013, 391면 등.

공물을 분류할 때, 그 제공된 공적 목적에 따라 공용물, 공공용물 및 보존공물로 분류하는 것이 학설의 대체적인 견해이나,[12] 이러한 분류는 행정재산의 분류방법을 그대로 따른 것으로서[13] 공물의 분류로서 적합한지 의문이다.

(2) 일반재산

협의의 국유재산 중에서 행정재산이 아닌 나머지를 일반재산이라고 한다(국유재산법 제6조 제3항). 행정재산이 국유재산법에 적극적으로 정의되고 있는 반면, 일반재산은 국유재산 중 행정재산을 뺀 나머지라는 식으로 네가티브하게 정의되어 있다.[14] 국가가 재산을 취득한 후 행정재산으로 성립된 사실이 없거나, 행정재산이 용도폐지가 되면 일반재산으로 된다.

일반재산은 매각 등 처분이 가능하고, 시효취득의 대상이 되는 등 융통성의 제한이 훨씬 완화되므로 그 법적성질을 사법관계로 보는 것이 통설적 견해이지만,[15] 그에 가해지는 상당한 공법상의 규율을 감안하여 공법관계설을 취하는 견해도 있다.[16] 이러한 논의의 1차적인 실익은 일반재산의 매

12) 류지태/박종수, 행정법신론, 제16판, 박영사, 2016, 1082면; 박균성, 행정법강의, 제11판, 박영사, 2014, 1095면; 홍정선, 행정법원론(하), 제27판, 박영사, 2019, 529면 등.

13) 홍정선, 앞의 책, 529면.

14) 이광윤, “행정사물이론에 비추어 본 국유재산법제의 문제점”, 아태공법연구 제2권, 아세아태평양공법학회, 1993. 11, 23면.

15) 하명호, 앞의 책, 842면; 김남진/김연태, 앞의 책, 432면; 박균성, 앞의 책, 1131면; 김동희, 행정법Ⅱ, 제24판, 박영사, 2018, 295면; 홍정선, 앞의 책, 528면 등. 대법원은 사법관계설로 일관하면서, 대부료납부고지에 감액경정처분의 법리를 적용해서는 안 된다고 하고(대법원 2000. 2. 11. 선고 99다61675 판결), 매각・양여거부에 대한 행정소송을 인정하지 않는다(대법원 1986. 6. 24. 선고 86누171 판결, 대법원 1983. 9. 27. 선고 83누292 판결). 또한 국유재산법 위반을 일반적인 대부・매매계약 해지사유로 인정하지 않을 뿐만 아니라, 법정 대부계약 해지사유인 ‘공용 또는 공공용으로 사용하기 위하여 필요한 경우(국유재산법 제36조 제2항, 제47조 제1항)를 엄격하게 해석하고 있다(대법원 1971. 5. 24. 선고 71다489 판결).

16) 이원우, 앞의 책, 6-7면. 한편 일반재산에 대한 다양한 공법적 규율을 감안하면 행정재산뿐만 아니라 일반재산도 공물이 될 수 있다는 견해가 있으며(김동희, 앞의 책, 261면), 프랑스 공공재산법의 행정사물(le domaine privé de l’administration) 법리에 입각하여 일반재산에 적용되는 법규범은 공법원리이어야 한다는 견해도 있다(이광윤, 신행정법론, 법문사, 2007, 391면).
프랑스 공공재산법의 원문 명칭은 Code général de la propriété des personnes publiques로서 직역하면 ‘공법인의 재산에 관한 일반법전’이 된다. personne publique(공법인)에

매 등 계약관계에 대한 해석(사법상 계약이냐 공법상 계약이냐)이나 분쟁해결 수단상의 차이(민사소송이냐 당사자소송이냐) 등이지만, 더 나아가 일반재산에 가해지는 공법적 규율의 한계를 논할 때 중요한 선결과제가 된다.[17]

4. 국유재산에 대한 공법적 규율

(1) 국유재산에 대한 공법적 규율의 의미

우리나라는 국유재산에 대한 별도의 기본법을 제정하여 특별한 공법적 규율을 하고 있는데, 이러한 공법적 규율은 공물에 대한 그것과는 그 의미와 근거가 다르다. 국유재산에 대한 공법적 규율의 목적은 국가가 ① 국유재산에 대하여 ② 국가 행정목적 수행에 안정적으로 제공되도록 하거나, ③ 국가 외의 자가 공정하게 사용하거나 취득하도록 하는데 있다. 국유재산법은 이러한 목적달성을 위하여 국유재산의 융통성, 사권설정 및 영구시설물 축조를 제한하거나, 국가가 소정의 공익목적상 사용관계를 일방적으로 종료할 수 있도록 규율하고 있다. 기타 사용관계 설정이나 매각 등 처분에 있어서 계약방법을 엄격히 통제하는 것도 마찬가지이다. 결과적으로 국유재산에 대한 공법적 규율은 재산에 대한 사적자치를 제한하는 형태로 이루어지는 경우가 많다. 반면에 공물에 대한 공법적 규율의 핵심은 공물에 대한 사소유권을 제한하는 등 재산법에 우선해서 공물을 그 제공된 목적에 맞게 관리하는 데 있다.

는 국가, 지방자치단체 및 그 소속기관과 영조물법인, 기타 공법인이 포함되므로, 이 논문에서는 '프랑스 공공재산법'으로고 번역한다. Edit de Moulins에 연원하는 프랑스 공물이론은 2006. 7. 1.부터 효력을 가진 프랑스 공공재산법이 완성되면서 더욱 발전하였다(권세훈, "하천법상 공물개념에 관한 비교법적 소고", 미국헌법연구 제22권 제1호, 미국헌법학회, 2011, 10면).

이 논문에서 인용하는 프랑스 공공재산법의 내용은 전훈/전학선/권세훈, 프랑스 국유재산 관련 법률 번역·분석, 유럽헌법학회, 2017. 11을 참조하였다. 기타 프랑스 공공재산법의 원문 검색은 https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/F10003 참조..

17) 일반재산의 법적성질에 관한 자세한 내용은 강호칠, "국유재산의 공법적 규율에 관한 연구", 고려대학교 박사학위논문, 2021. 2. 36면 이하 참조.

(2) 국유재산에 대한 공법적 규율의 근거

국유재산은 존재 그 자체만으로도 다양한 공적 기능을 수행하며, 국가행정목적 달성의 수단이 되는바, 국유재산의 이러한 기능은 곧 공법적 규율의 근거가 된다. 통상 국유재산의 공적기능 중에서 중요하게 여겨지는 것은 공공재적 기능, 비축자원 기능, 재정수입 기능 및 공공정책지원 기능 등인데, 공공재적 기능을 제외하고는 이러한 기능들이 공물의 기능과는 무관하다는 것을 알 수 있다. 국유재산과 공물은 각자의 기능이 다르고, 그 기능에 근거한 공법적 규율의 의미도 다를 수밖에 없다.

헌법재판소는 변상금부과, 행정대집행, 연체료부과 및 체납처분 등 다양한 공법적 규율을 규정한 국유재산법 및 「공유재산 및 물품관리법」(이하 공유재산법)의 해당 규정에 대한 위헌소원에서, 국·공유재산의 이러한 공적 기능에 주목하여 이들 공법적 규율을 합헌으로 판단하였다.[18]

(3) 국유재산에 대한 공법적 규율의 내용

국유재산에 대한 공법적 규율은 재산에 대한 사적자치를 제한하는 측면과 신속하고 효율적인 행정을 위한 측면에서 주로 이루어지는데, 전자가 공법적 규율의 핵심이며 국유재산의 융통성의 제한, 영구시설물 축조의 제한(국유재산법 제18조 제1항) 및 사용관계에 대한 통제(동법 제30조 제1항, 제31조, 제32조 등) 등이 전형적인 예이다. 후자에는 무단점유자에 대한 변상금부과(동법 제72조) 및 행정대집행(동법 제74조), 체납채권의 징수를 위한 연체료부과(동법 제73조 제1항) 및 체납처분(같은 조 제2항) 등이 있다.

국유재산과 공물의 차이를 규명하기 위하여 국유재산에 대한 공법적 규율 중에서 특히 융통성의 제한을 좀 더 구체적으로 파악을 필요가 있다. 융통성의 제한은 국유재산 특히 행정재산이 공소유권에서 이탈하지 못하게 하여 행정목적 수행의 항구성을 담보하려는 취지로서, 국유재산법은 행정재산에 사권을 설정하거나 매각 등 처분하는 것을 금지할 뿐만 아니라(제11조 제2항, 제27조 제1항),[19] 행정재산을 제3자가 시효취득 하는 것조차 금지한

18) 헌법재판소 2010. 3. 25. 선고 2008헌바148 결정.

19) 대법원은 용도폐지 없는 국유재산의 매각, 수용협의 등을 무효로 본다(대법원 1995.

다(제7조 제2항).[20] 이렇게 융통성이 제한되는 행정재산은 압류나 공용수용이 될 수도 없다. 융통의 제한은 행정목적 수행의 항구성을 담보하기 위한 조치이기 때문에 일반재산에는 대부분 적용되지 않는다.[21] 융통성의 제한을 공물의 중요한 법률적 특색으로 드는 견해가 다수이지만,[22] 뒤에서 보는 것처럼 융통성의 제한은 공물의 특성과 무관하다. 우리나라는 공물을 구성하는 물건에 대한 사소유권을 인정하면서, 즉 공물을 구성하는 물건 등의 융통성을 허용하면서, 공물의 공적 목적 수행을 위해 필요한 경우 사소유권을 제한하는 방식을 취한다.

Ⅲ. 국유재산과 공물의 구별

1. 구별의 필요성

국유재산은 광·협의의 국유재산, 행정재산 및 일반재산 등 확고한 분류체계를 가지고 있으며, 이들에 대한 독자적인 규율체계를 가지고 있다. 즉, 국유재산에 관해서는 ① 민법과 국가재정법 등 일반재산법이 적용되지

---

1. 24. 선고 94다21221 판결; 대법원 1992. 7. 14. 선고 92다12971 판결 등).

20) 대법원은 용도폐지 없는 국유재산의 시효취득을 부정한다(대법원 1997. 8. 22. 선고 96다10737 판결). 공물에 제공된 국유재산이 공용폐지로 일반재산으로 돌아가고, 시효취득의 대상이 된다고 설명하기도 하지만(홍정선, 앞의 책, 536면), 공물과 시효취득 금지는 아무런 상관이 없을 뿐만 아니라, 국유재산에 공용지정·공용폐지가 있다고 해서 반드시 행정재산 또는 일반재산으로 전환되는 것도 아니다. 공용지정과 폐지는 공물의 성립과 소멸에 관한 것으로서, 행정재산은 이와는 별도로 성립하고 소멸한다.

21) 우리 국유재산법상 일반재산은 대부, 매각이 자유롭고 시효취득도 가능하므로 융통성의 제한이 없다고 할 수 있다. 일반재산의 융통성에 대한 공법적 규율의 정도는 그 나라의 입법정책과 법률전통의 문제이다. 프랑스의 경우 우리의 일반재산에 해당하는 행정사물(le domaine privé)의 무상양도와 압류가 금지된다. 따라서 시효취득이 될 수도 없다. 압류금지는 프랑스 공공재산법에서 규정하는 바이지만, 무상양도의 금지는 공법인의 증여금지원칙[공법상의 일반원칙으로서 1971년 3월 19일의 꽁세이데따의 Mergui판결에 의해 확립되었다고 한다(이광윤, 앞의 책, 398면)]에 따른 것으로 모든 시민은 공공재산의 사용에 있어 평등하다.
그밖에 행정재산에는 사권설정이 전면 금지되지만 일반재산은 사용·이용에 지장이 없고 재산의 활용가치를 높일 수 있다면 예외적으로 허용이 된다(국유재산법 제11조 제2항, 동법 시행령 제6조).

22) 김동희, 앞의 책, 274면; 류지태/박종수, 앞의 책, 1090; 박균성, 앞의 책, 1104면 등.

만, ② 협의의 국유재산은 국유재산에 관한 기본법(국유재산법)의 적용을 우선적으로 받으며, ③ 기타 협의의 국유재산에 속하지 않는 동산, 채권 및 현금 등은 물품관리법, 군수품관리법, 국가채권관리법 및 국고금관리법 등 개별 국유재산법의 적용을 우선하여 받는 등 일단의 국유재산법 체계가 형성되어 있다.

국유재산이 그 개념이나 규율체계 등의 독자성에도 불구하고 독자적인 연구가 없었던 것은 행정재산이 공물과 중첩된다는 이유로 공물과 같은 취급을 받았기 때문이다. 이러한 현상은 국유재산의 이해에 장애가 될 뿐만 아니라 공물의 이해에도 악영향을 미치게 된다.

국유재산과 공물의 준별을 위해서는 먼저 우리의 국유재산 및 공물 법제에 영향을 미친 독일과 프랑스의 법제를 비교분석 할 필요가 있으며, 나아가 공물의 개념과 대상, 요건과 효과 전반을 분석하면서 국유재산 특히 행정재산과 공물이 동일한 것이 아님을 논증하도록 한다.

2. 국유재산과 공물에 관한 입법례

(1) 일원적 법률체계

국유재산과 공물은 개념상 구별되지만 그 성질, 기능 및 소유자 등의 측면에서 유사하고 중복되므로 각국의 입법례는 양자를 하나의 법률체계로 규율하는지, 서로 다른 법률체계로 규율하는지에 따라 입법례가 나누어진다. 프랑스법제는 국유재산과 공물을 하나의 법률체계에서 규율하고 있기 때문에, 공물의 다양성에 상응하여 국유재산의 규율대상을 제한하지 않고, 그 결과 국유재산을 광·협의로 구분하지도 않는다.[23] 구체적으로 국가, 지방자치단체 및 그 소속 기관과 영조물법인 등 모든 공공기관의 모든 소유재

23) 프랑스 공공재산법[Code général de la propriété des personnes publiques(2020. 6. 19. 개정)] 제2112-1조, 제2222-6조 등에 잘 나타나 있다. 즉 우리 국유재산법은 소정의 특수동산만 국유재산법의 적용대상(협의의 국유재산)으로 하지만(제5조), 프랑스 공공재산법은 공법인 소유의 동산 일반에 대하여 공공재산법의 적용대상으로 하고 있다.

산을 통합하여 규율할 뿐만 아니라,[24] 이러한 국가 등의 공공재산을 공물(le domaine public[25])과 사물(le domaine privé)로 나누어서, 전자에 연안(沿岸), 하천, 도로, 철도, 공항 및 전파 등(이상 부동산)과 문화재, 미술품 등(이상 동산)을 포함시킨다.[26]

이러한 법제는 공물의 성립에 사소유권을 부정하는 공소유권제와 자연스럽게 연결되며, 따라서 모든 공물은 국가소유의 행정재산과 같은 개념이 된다. 따라서 프랑스에서는 공물을 '그 사물(事物)의 본래 성질이나 목적에 비추어 사유로 할 수 없는 재산으로서 국유재산에 해당하는 것' 혹은 '국가나 지방자치단체 혹은 공공기관에 속하면서 공공사용에 공여하는 전 재산'이라고 정의한다.[27]

(2) 이원적 법률체계

프랑스를 제외한 대부분의 나라는 국유재산(Staatsvermögen)과 공물(Öffentliche Sache)을 서로 다른 법률체계에서 규율하는 법제를 취한다. 이러한 법제를 취한 입법례에서는 국유재산의 관리에 관한 기본법인 국유재산법을 두는 경우(우리나라와 일본이 여기에 해당한다)와 그렇지 않은 경우(독일이 여기에 해당한다)로 나뉜다. 전자의 입법례는 국유재산을 국유재산법의 적용대상인 것과 그렇지 아니한 것으로 구분하는 것이 보통이므로, 국유재산을 광·협의로 나누게 된다.

독일은 우리나라나, 일본과 달리 국유재산법이 없지만, 강학상으로 국유재산을 행정재산(Verwaltungsvermögen)과 재정재산(Finanzvermögen)으로 구분하고, 행정재산을 제공용도에 따라 공용사용(Verwaltungsgebrauch)

---

24) 프랑스 공공재산법 제1조. 원문은 다음과 같다. Article L1 : Le présent code s'applique aux biens et aux droits, à caractère mobilier ou immobilier, appartenant à l'Etat, aux collectivités territoriales et à leurs groupements, ainsi qu'aux établissements publics.

25) 프랑스 공공재산법의 'domaine public'은 강학상 공물(公物)로 번역됨이 보통이지만, 동 법률은 국유재산과 공물을 함께 규정하므로 행정재산으로 번역할 수도 있을 것이다. 전훈/전학선/권세훈, 앞의 보고서, 49면 참조.

26) 프랑스 공공재산법 제2111-1조부터 제2112-1조.

27) J.MORAND-DEVILLER, Cours de droit aministratif des biens, Montchrestien, 2005, p.22 이하(권세훈, 앞의 논문, 9-10면에서 재인용).

과 공공용사용(Zivilgebrauch) 등으로 나눈다.[28] 독일은 별도로 국유재산법이 없기 때문에 연방예산법(BHO)에 따라 행정재산의 융통성 제한 등과 같은 공법적 규율을 가한다.[29] 그러나 이는 어디까지나 국가소유의 '재산'에 관한 규율이고, 도로, 하천 및 항만 등과 같은 '공물'에 대해서는 관련 공물법에 따른 별도의 규율을 행한다. 그리고 공물을 구성하는 물건들은 그 소유자가 누구인지를 불문하며(사소유권체제), 국유의 행정재산이 곧 공물이라고 인식하지도 않는다.

(3) 우리나라

우리나라는 공물에 대하여 도로법, 하천법 및 항만법 등 독자적인 공물법체계를 갖추고 있으며, 국유재산에 대해서도 따로 기본법인 국유재산법을 제정·운영하고 있다. 학설도 국유재산법의 공법적 규율은 재산적·국가재정적 측면에 착안하여 이루어지는 것이고, 공물관리권은 이와 별개의 차원에서 규율되는 등 국유재산법과 공물법은 서로 다른 규율체계를 갖고 있다고 보는 것이 일반적이다.[30] 그밖에 국유재산은 실정법상의 개념이며, 재무행정의 영역인 반면, 공물은 강학상의 개념이며, 급부행정의 영역이라고 할 수 있다.

광의의 국유재산, 협의의 국유재산, 그리고 공물이 서로 다른 규율체계에 있지만, 이들은 서로 연관성이 있어서, 일반법과 특별법의 관계에 있게

---

28) Michael Ronellenfitsch, "Voraussetzungen und Grenzen neuer Liegenschaftmodelle bei der Verwaltung Staatlichen Vermögens in der Bundesrepublik Deutschland", 한국토지공법학회 제26회 학술대회 자료집, 2001. 4, 48-49면.

29) BHO 제63조. 그 규정내용은 다음과 같다. 토지는 국가의 임무수행에 필요한 경우에만 취득되어야 한다. 토지가 연방재산으로부터 제공될 수 없을 때 그 취득이 허용된다. 국유재산이 더 이상 공적 임무수행에 필요하지 않을 때 매각이 허용된다. 매각은 원칙적으로 시장거래가격(Verkehrswert)으로 행해져야 한다. 이상은 국유재산 임대차에도 마찬가지이다.

30) 류지태, "현행 국유재산관리의 법적 문제", 고려법학 제36집, 고려대학교 법학연구원, 2001, 70면은 공물법과 국유재산법의 관계를 바라보는 일반적인 견해가 이러하다고 설명하면서, 그러나 양자는 모두 당해 국유재산의 행정목적과 관련을 갖는 것이므로, 양자의 관계는 상대적으로 보아야 한다고 한다. 한편 공물법을 행정재산에 대한 개별법으로 이해하여 양자를 동일한 규율체계로 보는 견해도 있다(김종보, "개발사업에서 국공유지의 법적 지위", 행정법연구 제57호, 행정법이론실무학회, 2019, 8면).

된다. 예컨대, 민법상의 물건이 국유재산과 공물에 동시에 해당할 경우, '민법 - 국가재정법 - 국유재산법 - 공물법'의 순서로 일반법과 특별법의 관계에 서게 된다. 대표적으로 일본이 이러한 법제를 취하고 있다.[31] 광의의 국유재산은 민법, 국가재정법 등 일반재산법의 적용을 전면적으로 받고, 협의의 국유재산은 국유재산법의 적용을, 그리고 공물은 해당 공물법의 적용을 우선적으로 받는다.

3. 공물의 개념과 대상

공물은 직접적으로 그 사용에 의하여 공공복리를 실현하거나 공행정주체의 수요충족에 기여하고, 이에 따라 공법적 규율에 놓이게 되는 물건을 말한다.[32] 따라서 공물은 공적 목적수행 기능과 이로 인한 공적인 법적 지위를 갖는다는 점에 그 특색이 있다.[33]

우리나라에서 종래 공물을 '행정주체에 의하여 직접 공적 목적에 제공된 개개의 유체물'이라고 정의하는 것이 통설이었다. 그러나 공물을 개개의 유체물로 한정하면 관습법에 의하여 성립하는 자연공물, 동력(에너지), 공간과 같은 무체물과 물건의 집합체인 각종의 시설(공공시설)을 포괄할 수 없다.[34] 이에 공물을 "국가 등 행정주체에 의하여(또는 관습법에 의하여) 직접 공적 목적에 제공되어 공법적 규율을 받는 유체물과 무체물 및 물건의 집합체(시설)"로 정의하는 주장이 제기되었고,[35] 점차 다수학자에 의해 지

31) 일본에서도 국유재산법의 적용대상 물건을 부동산과 몇몇 특수동산으로 한정하며(일본국유재산법 제2조 제1항), 동 법률의 적용대상을 협의의 국유재산, 비대상을 광의의 국유재산이라고 해석한다(中村稔, 國有財産法精解, 平成27年改訂, 大藏財務協會, 2015, 2-4면).

32) 이러한 이해는 오랜 역사성을 갖는 것으로 평가된다. 초기의 대표적인 견해로는, Fleiner, Institution des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen: J.C.B. Mohr, 1928, S.352(류지태, "공물법 체계의 재검토", 공법연구 제30집 제1호, 한국공법학회, 2001, 68면에서 재인용).

33) Papier, Recht der öffentlichen Sachen, 3., Neubearbeitete Auflage, Walter de Gruyter, 2013, S.3 f.

34) 하명호, 앞의 책, 819면.

35) 김남진/김연태, 앞의 책, 393면.

지를 받고 있다.[36] 현재의 다수설에 따라 공물의 대상을 민법상의 물건을 기반으로 하는 국유재산과 비교하면 다음과 같다.

(1) 물건

1) 민법상의 물건보다 더 넓은 개념

민법은 관리 가능한 무체물만 물건으로 인정하기 때문에(제98조), 대기(大氣), 공해(公海)와 같이 관리할 수 없는 또는 사법적 거래나 이용질서의 대상이 될 수 없는 무체물이 공물의 대상으로 될 수 있는지가 문제될 수 있다. 국내의 다수설은 공물을 민법상 물건보다 더 넓은 개념으로 이해한다.[37] 독일 행정법학계의 다수 견해는 독일민법이 물건을 유체물만으로 한정함에도 불구하고, 공물은 사적거래 대상으로서의 의미가 아니라 물건에 대한 공법적 규율에 더 큰 비중이 주어지는 개념이라는 이유로, 관리할 수 없는 자연력까지 공물에 포섭되는 것으로 이해한다.[38]

2) 소유자의 존재와 무관한 개념

민법상의 물건은 소유권의 객체로서 반드시 그 소유자가 존재한다.[39] 그러나 공물은 민법상의 물건개념과 관계가 없을 뿐만 아니라 그 소유자가 누구인지를 묻지 않고(사소유권체제), 법률이 특별히 보상규정을 두지 않는 한 공물에 편입되었다는 이유만으로 보상을 하지도 않는다. 한편, 국유재산은 국가를 소유자로 하는 재산으로서(공소유권) 다른 사유재산과 마찬가지로 공용지정 유무에 따라 공물일 수도 아닐 수도 있다.

---

36) 김동희, 앞의 책, 262면; 류지태/박종수, 앞의 책, 1080면; 하명호, 앞의 책, 819면; 홍정선, 앞의 책, 527면 등.

37) 김남진/김연태, 앞의 책, 393면; 하명호, 앞의 책, 819면; 류지태/박종수, 앞의 책, 1080면; 김동희, 앞의 책, 262면 등.

38) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Aufl., München:Beck, 1973, S.378. 참조 : 민법상의 물건개념에 포섭되지 않는 공물의 예로서, 흐르는 물, 토지소유권이 미치는 범위는 넘는 공역(Luftraum) 등을 들고 있다.

39) 소유자가 없거나 불명인 경우, 민법은 그러한 상태를 해소하여 소유자가 정해지도록 규정하고 있다. 무주의 동산은 선점한 자의 것으로, 무주의 부동산은 국가의 것으로 한다(민법 제252조).

(2) 물건의 집합체(공공시설)

1) 공물개념의 확대

단일한 물건으로 공물을 구성하는 경우는 많지 않다. 도로·하천구역결정, 항만·공원구역지정 등 공용지정으로 토지에 공물이 성립된 다음, 도시계획시설사업으로 하나의 공공시설이 완공되면 물건의 집합체 내지 물적 종합시설로서의 공물이 생성된다. 이러한 공공시설로서의 공물은 민법상의 물건개념보다 확장된 개념이다. 공물의 원칙적인 모습은 개개의 물건이라는 전제에서 물건의 집합체, 물적 종합시설 및 물적 시설 등도 공물개념에 포섭시킬 수 있다는 것이 학설의 일반적인 태도이다.[40]

오늘날 도로, 하천, 항만 및 공원 등 공공시설인 공물은 일단의 구간·구역 및 지역에 걸친 물적 종합시설로서, 민법상의 물건개념으로는 설명하기 어려운 전자·정보시스템까지 필수적으로 결합된다. 따라서 공물의 개념을 이러한 물적 종합시설 등으로까지 넓게 보는 것이 옳을 뿐만 아니라, 오히려 공물의 본래적인 모습이 그러하다고도 볼 수 있다.

2) 공물과 공공시설

공공시설은 실정법상으로 국토계획법 제2조 제13호에서 열거하는 공공용시설이다. 공공시설은 인공시설물을 중심으로 그 부지까지를 포함하는 개념이지만, 공물은 공용지정된 구역·지역·지구를 기본으로, 그 위에 설치되는 공공시설까지를 포함하는 개념이다. 즉, 공물은 공공시설의 정도에 이른 것과 그렇지 아니한 것으로 나눌 수 있다. 공물은 관념적인 공용지정만으로 성립하지만, 공공시설은 현실적인 도시계획시설사업 등의 완공으로 설치된다. 통상

---

40) 김동희, 앞의 책, 261-262면(공물은 개개의 물건이다. 도서관이나 공원은 다수의 공물로 구성되는 것이나, 이들은 상호 결합하여 물적 종합시설로서 일체적 기능을 수행하고 있으므로, 그 실질적 기능에 착안하여 이러한 집합물을 공물로 취급해도 무방하다). 김남진/김연태, 앞의 책, 393면[종래의 통설과 같이 공물을 이해하면 물건의 집합체인 각종의 시설(특히 공공시설)이 공물개념에서 제외된다]. 하명호, 앞의 책, 819면(개개의 유체물만 공물이 되는 것이 아니라, 도로, 공원, 운동장 등과 같이 다수의 물건이 집합하여 단일한 가치를 이루고 있는 집합물 또는 시설도 공물이 될 수 있다). 박균성, 앞의 책, 1093면(공물은 물건이다. 물적 시설은 공물이다). 홍정선, 앞의 책, 527면(공물은 물건이지만, 민법 제98조의 물건개념이 공물에 그대로 적용되지는 않는다).

의 경우 공용지정으로 지구·구역 및 지역 개념의 공물이 먼저 성립되고, 그 다음에 도시계획시설사업 등으로 공공시설이 설치되는 수순을 밟는다.

실정법상의 공공시설은 공물인 것과 아닌 것으로 나누어지는데, 도로, 하천, 항만 및 공원 등 개별 공물법의 규율을 받는 것들이 공물이다.[41] 이들의 경우, 공용지정으로 공물의 지위를 취득하게 되고, 그 다음에 도시계획시설사업 등으로 공공시설이 설치되어 공공시설인 공물이 되는 과정을 거친다. ① 도로구역결정으로 도로가 성립되고, 이후 도시계획시설사업으로 도로시설이 완공되는 것(하천도 마찬가지이다),[42] ② 법규 또는 행정행위로 항만구역이 정해지고, 이후 항만구역 안에 항만시설이 들어서는 것,[43] ③ 도시 관리계획결정으로 공원 또는 도시자연공원구역으로 지정이 되어 도시공원이 성립되고, 이후 공원시설이 들어서는 것[44] 등이 그 예이다. '공용지정으로 공물성립 ⇢ 공물관리청의 관리 ⇢ 도시계획시설사업 ⇢ 공공시설 설치(사업완공) ⇢ 공공시설의 국·공유화'의 과정을 밟는 것이다.

공공시설인 공물과 그렇지 아니한 공물 사이에는 이를 구성하는 물건의 소유권과 관련하여 큰 차이가 있다. 아직 공공시설이 들어서지 않은 공물(단순한 구역·지역·지구로서의 단계)에는 사적 소유물이 있을 수 있으나(사소유권제), 공공시설인 공물은 국·공유로 무상귀속 되어 사적 소유물이 있을 수 없다(공소유권제). 결국 우리 공물법제는 공공시설의 개념으로 공물의 범위를 넓힐 뿐만 아니라, 이로써 사소유권제영역과 공소유권제영역을 구분하고 있다고도 할 수 있다.[45] 한편, 공공시설은 신규 공공시설의

41) 도시계획법은 공공시설을 공공용시설이라고 하고(제2조 제13호), 판례는 사업시행자에게 무상귀속 되는 종래의 공공시설을 공공용재산이라고 한다(대법원 2004. 5. 28. 선고 2002다59863 판결).

42) 도로구역의 결정은 도로법 제25조; 도로공사는 제30조 이하.

43) 항만구역의 결정은 항만법 제3조 제1항, 항만법 시행령 제3조 제1항(별표 1); 항만의 개발은 항만법 제9조 이하.

44) 공원·도시자연공원구역 결정은 공원녹지법 제2조 제3호; 도시공원의 설치는 제19조.

45) 예컨대, 도로관리청이 어떤 사유지를 도로구역으로 결정한 단계에서는 사유재산인 상태로 공물이 되지만(타유공물·사소유권제), 이후 사업시행자가 그 땅을 매입·수용하여 공공시설로서의 도로를 만들었다면 도로준공과 동시에 그 땅은 국·공유재산이 된다(자유공물·공소유권제).

국·공유화, 종래 공공시설의 사유화(사업시행자에 대한 무상귀속 또는 무상양여)로 국유재산의 취득과 소멸로 연결이 된다.

4. 공물의 요건(직접 공적목적에 제공)

행정주체에 의하여 직접 공적 목적에 제공된 것이 공물이다. 어떤 물건이 직접 공적인 목적에 제공되었다고 하려면 공적인 목적에 그 '사용가치'가 제공되어야 한다.[46] 따라서 수사기관이나 법원이 몰수·압수한 물건은 공물이 아니다. 몰수·압수가 공적인 목적 때문에 이루어졌지만 그 물건의 사용가치가 제공된 것은 아니기 때문이다.

공물을 분류할 때, 그 제공된 공적 목적에 따라 공용물, 공공용물 및 보존공물로 분류하는 것이 일반적이나, 이러한 분류는 행정재산의 분류방법을 그대로 따른 것으로서[47] 공물의 분류로서 적합한지 의문이다. 일본 국유재산법이 1948년 6월 제정 당시부터 행정재산을 공용, 공공용, 산림경영용(보존용) 및 황실용으로 나누었고, 이를 본받아 우리 국유재산법도 1950. 4. 제정 당시부터 지금까지 대동소이한 분류체계에 의하고 있다. '직접 공적목적에 제공'이라는 측면에서 볼 때, 강학상의 공용물과 보존공물은 공물성이 의심스럽고, 행정재산은 공물이고, 일반재산은 사물이라고 하는 구분도 의문이다.

(1) 공용물

대부분의 학설은 청사·관사 등을 공용물이라 하여 공물의 일종으로 본다.[48] 이들이 공적목적에 제공되었고, 국유재산법에 행정재산에 대한 융

---

46) 박균성, 앞의 책, 1093면 : 공물은 직접 공적 목적에 제공된 물건이라고 하면서, '직접 공적 목적에 제공된다는 것'은 '물건의 사용가치를 통하여 공적 목적에 제공된다는 것'을 말한다고 한다. 하명호, 앞의 책, 819면 : 공물은 물건의 사용가치를 통하여 공적 목적에 제공되는 것이고, 물건의 교환가치에 의하여 간접적으로 행정주체의 재정에 기여하는 것은 공물에 포함되지 않는다고 한다. 김동희, 앞의 책, 261면 : 행정주체가 행정활동을 함에 있어서는 그를 담당하는 인적 수단과 함께 그 목적에 공용되는 물적 수단을 필요로 하는데, 이러한 물적 수단 중에서 그 자본 가치에 의하여 간접적으로 행정목적에 기여하는 물건을 사물이라 하고, 그 사용가치에 의하여 직접 행정목적에 제공되는 물건을 공물이라 한다고 한다.

47) 홍정선, 앞의 책, 529면.

통성제한 등의 공법적 규율이 있는 점 등이 주요한 이유라고 생각된다.

공용물에 공물로서의 공법적 규율이 있는지도 의심스럽지만, 그 이전에 공적목적에 제공된 것인가라는 공물로서의 속성 내지 공물의 요건 측면에서부터 공물성에 대해 의심을 받는다. 공용물이 공물인가에 대하여는 과거 Otto Mayer때부터 논란이 있어 왔고,[49] 프랑스에서도 공물의 속성인 '공공서비스에의 제공'과 관련하여 사람보다 재산이 주된 역할을 하는 것만 공물로 보았다. 예컨대, 학교나 법원 등은 건물이 주 역할을 하는 것이 아니라 교사(敎師)나 판사가 주된 역할을 하므로 공물에서 제외된다고 하였다.[50] 또한, 도로나 요새, 박물관의 전시품과 같이 대치할 수 없는 재산만을 공물로 보았는데, 학교, 청사 같은 것은 파괴되더라도 쉽게 다른 건물에서 업무를 진행시킬 수 있으므로 공물이 아니라고 하였다.[51] 이러한 시각에서 보면 우리나라에서 공용물로 논해지는 것들의 대부분은 공물이 아니게 된다. 참고로 프랑스 공공재산법에서는 청사, 관사, 학교 등을 공물(le domaine public)이 아닌 사물(le domaine privé)로 분류하고 있다.[52]

한편, 공용물은 행정주체 스스로의 사용 즉 내부목적용인데, 이는 공물법체계를 급부행정체계에서 파악하는 일반적인 경향과 맞지 않다는 견해가 있다.[53] 공물법에서는 사법에서의 이용관계와 같이 일반인에 의한 이용관계가 존재하고, 이에 착안하여 급부행정법의 한 유형에 편입시켜 설명하는 것이다.[54]

---

48) 김도창, 앞의 책, 404면; 박윤흔/정형근, 최신 행정법강의(하), 개정28판, 박영사, 2009, 417-418면; 석종현/송동수, 앞의 책, 394면; 김동희, 앞의 책, 265면 등.

49) Otto Mayer는 공용물을 전체로서 공물에 해당하는 것으로 보지 않았는바[류지태, 앞의 논문(주 32), 86면], Otto Mayer의 이러한 입장은 프랑스행정법으로부터 영향을 받은 것으로 보인다. Otto Mayer의 프랑스행정법적 성향에 대해서는 김남진/김연태, 앞의 책, 411-412면 참조.

50) G. Jèze, Revue de Droit public, Paris:Lextenso éditions, 1910-1911(이광윤, 앞의 책, 396면에서 재인용).

51) M. Waline, Traité élémentaire de Droit administratif, 5e éd, Paris:Sirey, 1950, p.477(이광윤, 앞의 책, 396면에서 재인용).

52) 프랑스 공공재산법 제2111-1 내지 제21112-1조 참조.

53) 류지태, 앞의 논문(주 32), 68-69면.

54) 류지태, 앞의 논문(주 32), 92면.

(2) 보존공물

일반적으로 문화재보호법상의 문화재 및 산림자원법상의 보안림 등이 강학상의 보존공물로 꼽힌다.[55] 그런대 이들이 강력한 공법적 규율을 받기는 하지만 그 사용가치가 공익적 목적에 제공되었기 때문이 아니라, 그 희소성과 공익적 가치를 보호·보존하려는 측면이 강하다.[56] 이 경우의 공적 목적이란 '보전하는 것' 그 자체이고, 그것이 보전됨으로써 소극적으로 일반 공중의 감상이나, 행정의 문화보호정책 등에 기여할 뿐이다.[57] 따라서 강학상의 보존공물을 공물로 보기는 어렵다고 생각한다. 통상 공물을 공공용물, 공용물 및 보존공물로 나누면서 공공용물의 공물성이 가장 강하다고 보고(협의의 공물), 공용물과 보존공물은 공물로 볼 수 없다고 하거나 공물성이 가장 낮다고 하는 등 그 공물 성을 의심하는 견해도 있다.[58]

(3) 국유재산

행정재산은 그 사용가치가 직접 공적목적에 제공되기 때문에 공물이지만, 일반재산은 재산상의 가치나 수익을 통해 간접적으로 공적 목적에 기여할 뿐이므로(재정재산) 사물이라는 것이 일반적인 견해이다.[59] 그러나 일반

---

55) 김동희, 앞의 책, 265면; 박균성, 앞의 책, 1095면; 홍정선, 앞의 책, 529면; 류지태/박종수, 앞의 책, 1083면 등.

56) 홍정선, 행정법특강, 제13판, 박영사, 2014, 1095면 : 보존공물은 공물로 보지 않고 공용제한의 하나로 보는 것이 타당하다고 한다. 김동희, 앞의 책, 265면 : 보존공물은 공공용 또는 공용에 제공된 것은 아니나, 그 공공목적상(문화목적·보안목적) 그 물건 자체를 보존하기 위한 물건으로, 그 한도 안에서 자유로운 처분이 제한된다는 의미에서 공물의 범주에 속하는 것이라고 한다. 김남진/김연태, 앞의 책, 396면 : 보존공물이란 국보·중요문화재와 같이 그 물건 자체의 보존이 목적으로 되어 있는 물건을 말한다고 한다. 하명호, 앞의 책, 823면 : 보존공물은 현실적으로 공용이나 공공용에 제공된 것이 아니고, 오직 공공의 목적을 위하여 그 물건 자체의 보존이 목적인 재산이라고 한다.

57) 김치환, "공물법의 재검토 - 일본에서의 논의를 중심으로 -", 공법연구 제30집 제2호, 한국공법학회, 2001, 332면.

58) 공용물을 공물에서 배제시키는 견해(이광윤, 앞의 책, 400면), 3가지 공물 중 공물성이 가장 박약한 것은 보존공물이라는 견해(김도창, 앞의 책, 433면), 보존공물은 보존 그 자체에 특성이 있으므로 문화행정법 등 다른 영역에서 고찰함이 타당하다는 견해[류지태, 앞의 논문(주 32), 94면] 등.

59) 김동희, 앞의 책, 262-263면; 박균성, 앞의 책, 1186면; 홍정선, 앞의 책(주 12), 528면;

재산은 행정주체가 직접 공적목적에 제공하였는지에 따라서 공물일수도 아닐 수도 있고, 공물로 제공되었다고 해서 반드시 행정재산으로 전환되는 것도 아니다. 한편, 일반재산 그 자체를 공물에 포함시킬 수 있다는 견해가 있지만,[60] 일반재산에 가해지는 국유재산법상의 공법적 규율이 있다는 것 때문에 곧바로 그 법률관계를 공법관계라고 볼 수는 없다. 그리고 일반재산 그 자체로는 재산상의 가치나 수익을 통해 간접적으로 공적 목적에 기여할 뿐 직접 공적목적에 제공되었다고 할 수도 없다.

공물은 소유권보다는 관리권에 착안하여 정립된 관념으로서, 공물관리청은 공물로 필요한 물건의 소유자가 누구인지, 행정재산인지, 일반재산인지 등을 불문하고 공적목적에 제공할 수 있다. 일반재산도 공물관리청이 직접 공적목적에 제공하면 공물이 되지만, 이때 공물관리청은 일반재산의 소유권자와 일치하지 않는다는 점에 주의해야 한다. 일반재산이 그 소유권자에 의하여 공적목적에 제공되면 자유공물(행정재산)이 되지만, 소유권자가 아닌 행정주체에 의하여 공적목적에 제공되면 일반재산의 성질을 그대로 가지면서 공물이 된다(타유공물). 예컨대, 국가소유의 일반재산을 국토교통부장관이 국도구역으로 편입하면 공물이 됨과 동시에 행정재산이 되지만, 같은 재산을 지방자치단체장이 지방도구역으로 편입하면 일반재산의 지위를 계속 가지면서 공물이 된다.[61] 왜냐하면 일반재산이 행정재산으로 되려면 그 소유자인 국가가 공용·공공용 등으로 사용하거나 사용하기로 결정해야하기 때문이다. 국유재산법은 일반재산을 행정재산으로 전환하는 주체를 '국가'로 명시하고 있다(제6조 제2항 제1호 내지 제4호). 행정재산은 공물, 일반재산은 사물로 보는 대부분의 학설은 어떠한 재산을 공물로 제공하는 주체는 국가 또는 지방자치단체인데, 일반재산을 행정재산을 전환시키는 주체는 반드시 그 소유권자이어야 한다는 점을 간과하고 있는 것이다.

일반재산은 사유재산과 마찬가지로 평소에는 국가의 사물(私物)로 존

류지태/박종수, 앞의 책, 1081면 등.

60) 김동희, 앞의 책, 261면.

61) 도로법 제2조, 제11조 내지 제18조, 제23조 및 제25조 참조. 이때의 지방자치단체장은 국토교통부장관으로부터 도로구역결정사무를 위임받은 기관(국가보통행정기관)이 아니라 지방자치단체의 사무를 수행하는 행정기관이다.

재하다가 행정주체에 의하여 공적목적에 제공이 되면 바로 공물이 되는데, 그 행정주체가 소유주체와 일치하면 공물이면서 행정재산이 되고(자유공물), 불일치하면 일반재산인 공물이 된다(타유공물). 일반재산을 공물로 만드는 행정주체는 그 소유자와 일치하지 않는 경우가 많다.

5. 공물의 효과(공물에 대한 공법적 규율)

(1) 의의

공물개념은 공적목적에 제공된 물건 또는 물적 종합시설(공공시설)에 대하여 실정법상의 특수한 규율이 가하해 진다는 점에 착안하여 정립된 것이다.[62] 이때 국가나 지방자치단체 등 공물주체가 국민·주민의 복리증진이라는 목적을 위하여 제공한 물건 등이 그 본래의 목적을 보다 잘 구현할 수 있도록 사법의 적용을 배제하고 어떠한 특수한 법적 규율을 할 것인가 중요한 과제가 된다.[63] 이하에서는 공물에 대한 공법적 규율이 공물의 관리에서 어떻게 구현되는지, 공물에 대한 공법적 규율에 융통성의 제한도 포함되어 이것이 공물의 특성으로 발현되는지 등을 검토할 것이고, 그에 앞서 먼저 공물과 소유권의 관계를 살펴본다.

(2) 공물과 소유권에 관한 법제

공물은 물건 또는 물건의 집합체로서 그 구성 물건은 대부분 민법상 소유권의 대상이 된다. 공물에는 강력한 공법적 규율이 필수적인바, 구성 물건에 사소유물을 포함시킬 것인지에 대하여 이를 부정하는 공소유권제와 긍정하는 사소유권제의 서로 다른 입법례가 있다. 이러한 공물소유권이론은

62) 이광윤, 앞의 책, 384면; 홍정선, 앞의 책(주 12), 528면; 김원주, "공물관리와 사용관계의 재검토", 고시연구 제19권 제11호, 1992, 25면.

63) 김원주, 앞의 논문, 25면; 이광윤, 앞의 책, 384면(공물의 본질은 사법의 적용을 받는 물건이라도 일정 관점과 일정 범위에서 공법상의 목적에 의해 제약을 받는다는 것, 즉 공법의 적용을 받는다는 점에 있다. 그리고 공법의 적용을 받는 범위 내에서, 그 물건에 결합되어 있는 소유자·점유자 등의 민법에 따른 권리는 배제되고 공법상의 특별법이 적용된다).

공물에 대한 공법적 규율의 내용과 국유재산과 공물의 관계 등을 규명함에 도움이 된다.

1) 공소유권제

공소유권제는 공물에 대한 사법(私法)의 적용과 사권(私權)의 성립을 부정하고, 공물을 오로지 공소유권의 대상으로만 이해한다.[64] 이 법제에서는 공물을 구성하는 물건의 소유자가 오로지 국가 등 행정주체이어야 하므로 공물의 융통성 제한이 공법적 규율의 핵심이 된다. 또한 모든 공물은 자유공물이 되어 법률관계가 간명하게 되는 장점이 있다.

공소유권제를 취하는 대표적인 입법례는 프랑스이다.[65] 프랑스는 민법전에서 국가가 관리하는 도로, 하천 및 항만 등 공물은 국유에 속하는 것으로 규정함으로써(제538조) 공소유권제를 명시하고 있다.[66] 그밖에 지방자치단체 등 공공기관이 관리하는 공물은 해당 공공기관이 소유한다. 공물은 바로 국·공유재산 또는 영조물법인 기타 공법인의 재산이 되는 것이다.

프랑스 공공재산법은 프랑스 민법이 규정하는 공소유권제를 바탕으로 국가, 지방자치단체, 영조물법인 기타 공법인 등 공소유권자의 재산을 통합하여 규율하고 있는데(제1조), 공소유의 도로, 하천 및 항만 등을 공물에 포함시키고(제2111-1조 내지 제2112-1조), 그 사용과 보호 등 공법적 규율을 규정하고 있다(제2121-1조 이하). 공물은 불가양도, 불가압류 그리고 불가시효취득하다고 설명되는바,[67] 공물 자체의 특성이라기보다는 프랑스에서 예로부터 내려오는 국유재산 즉 공소유물에 대한 전통이라고 봐야 할 것이다.

프랑스에서 공물개념은 원래 추상적인 이론을 위하여 성립된 것이 아니라 '국가의 재산'이 어떠한 법제의 적용을 받아야 할 것인가 라는 현실적인 문제를 해결하기 위하여 입법과 판례를 통하여 형성되어 온 것으로서, 공물의 융통성에 대한 제한의 기원인 불가양도성과 불가처분성 등의 원칙도

---

64) 김동희, 앞의 책, 273면.

65) 독일에서도 Hamburg 자유시 및 BadenWürttemberg 주 등 일부 주에서는 일부 공물에 대해 공소유권제를 취한다. 김남진/김연태, 앞의 책, 410면.

66) 이 논문에서 인용하는 프랑스민법전의 내용은 '명순구, 프랑스민법전, 법문사, 2004'을 참조하였다.

67) 김남진/김연태, 앞의 책, 410면; 이광윤, 앞의 책, 398면 등.

방만한 궁정지출을 막기 위하여 1566년 Moulins칙령에서 확립된 것이다.[68] 왕가에서 절대적으로 낭비하거나 탕진의 대상이 되지 못하는 재산목록을 정하고 왕가의 재산을 보호하는 것에서 공물이론이 출발한 것이지만, 현대에 와서는 국유재산을 보호하는 목적으로 국가의 재산을 공물(le domaine public)과 사물(le domaine privé)로 나누어서 관리하고 있다.[69]

프랑스에서는 공물이론이 국유재산을 전제로 국유재산의 일부로서 발전되었다. 즉, 국유재산을 공법의 지배를 받는 공물(le domaine public)과 사법의 지배를 받는 사물(le domaine privé)로 나누었는데, 공물은 모든 사람의 사용에 제공되어 누구의 소유로도 할 수 없는 것이며,[70] 사물은 수익을 얻을 수 있는 재산이라고 하였다. 이러한 공물이론의 기본입장은 공물의 범위를 되도록 제한하여 공물의 불가양도성의 법칙이 제한되는 범위를 축소하려는 것이었다고 한다.[71]

2) 사소유권제(이원제)

사소유권제는 공물에 대한 사법상의 소유권을 인정하면서, 그 공물이 공용지정을 통해 공적 목적에 제공되는 한도에서 사소유권의 행사가 제한받게 된다고 보는 법제이다. 공소유물뿐만 아니라 사소유물도 공물을 구성할 수 있다는 의미에서 이원적 구조라고 할 수 있다.[72]

이 체제에서는 공물을 구성하는 물건의 소유자가 누구인지는 중요하지 않기 때문에 융통성에 제한을 가할 필요는 없고, 공물관리청의 공용지정 등을 핵심으로 하는 공물의 관리가 공법적 규율의 중심이 된다. 이 체제에서 국유재산의 융통성을 제한하는 경우가 있으나, 이는 그 나라의 국유재산 관련 입법정책의 문제일 뿐 공물과는 직접적인 연관이 없다. 예컨대 독일의

---

68) 이광윤, 앞의 책, 393-394면.

69) 권세훈, 앞의 논문, 1면.

70) 어느 누구의 소유로도 할 수 없다고 하면서 국유로 하는 이유는 공물을 무주물의 상태로 두는 것도 옳지 않기 때문이다. 이는 무주의 부동산을 일단 국유로 하여 현실적인 관리를 하는 것과 일맥상통한다고 할 것이다(프랑스민법 제539조, 프랑스 공공재산법 제1123-3조, 제1123-4조 참조).

71) 이광윤, 앞의 책, 394-395면.

72) 김남진/김연태, 앞의 책, 411면.

경우 국유재산의 융통성을 제한하지 않는 반면,[73] 우리나라의 경우 행정재산의 융통성을 엄격히 제한한다. 사소유권체제에서는 공물이 자유공물과 타유공물로 나뉘게 되고, 후자의 경우 법률관계가 복잡해지는 단점이 있게 된다.

사소유권제를 취하는 대표적인 국가인 독일의 경우 몇몇 주의 예외가 있기는 하지만, 이원제를 채택하고 있다고 보는 점에 별 이의가 없다.[74] 프랑스가 실정법상 국유재산을 공물과 사물로 나눔으로써 공물(le domaine public)개념을 발전시켰다면, 독일은 국유재산과는 무관하게 행정법이론으로서 공물(Öffentliche Sache)이론을 발전시켰다. 독일 공물이론의 맹아는 1833년의 Basel 성벽(城壁)문제에서 발단이 된 공물과 소유권논쟁인데, O. Mayer의 공소유권설과 E. Kaufmann 등의 사소유권설이 대립하였지만 사소유권설이 지배적 견해가 되었다.[75]

3) 우리나라의 공물법제

우리나라의 공물법제는 사소유권제에 입각해 있다고 보는 것이 학설의 일반적인 견해이다.[76] 도로, 하천, 항만 및 공원구역에 사유지가 편입되고 이러한 구역 일체가 공물로서 공법적 규율을 받게 된다는 점에 착안한 것이다.

한편, 우리 공물법제 중에는 공소유권설에 입각한 것도 만만치 않게 있다. 국토계획법 제65조 등에 따라 신규 공공시설이 국·공유로 무상귀속 되는 것, 공유수면법 제2조에 따라 공유수면이 국유로 되는 것 등이 그 예이다. 구 하천법(2007.4.6. 법률 제8338호로 전면개정 되기 전의 것)은 국가하천이나 지방1급 하천에 속하는 토지를 국유화하였으나(동법 제3조),[77] 2007년 전면개정 하천법부터는 국유화를 폐지하는 대신 하천구역 내의 사유지가 국·공유지로 확보하도록 노력하게 하거나(제10조 제6항), 소정의 하천구역 내 사유지 소유자에게 매수청구권을 인정하는 등의 보완책을 두고 있다(제79조 이하).

---

73) 독일 연방예산법(BHO) 제63조 참조.

74) 김남진/김연태, 앞의 책, 411면.

75) 김원주, 앞의 논문, 26면.

76) 하명호, 앞의 책, 820; 김남진/김연태, 앞의 책, 411면; 김동희, 앞의 책, 274면; 류지태/박종수, 앞의 책, 1090면; 홍정선, 앞의 책(주 12), 540면; 박균성, 앞의 책, 1103면 등.

77) 김남진/김연태, 앞의 책, 410면. 구 하천법(2006. 9. 27. 개정, 법률 제8014호) 제3조 참조.

(3) 공물의 융통성

공물에 융통성의 제한이 있게 되면 공물의 불융통성과 이에 따른 강제집행・시효취득 등의 제한이라는 특성이 생긴다. 사소유권설에 입각하는 우리 공물법제에서는 융통성의 제한이 필요 없고, 실제 공물의 융통성을 제한하는 실정법을 찾아 볼 수도 없다.

그런데, 국내학설의 일반적인 경향은 우리 공물법체계가 사소유권제를 취한다고 보면서도 공물에 융통성이 제한되는 특성이 있다고 설명하는데, 이는 행정재산과 공물의 개념상의 차이를 인식하지 않고 동일시하기 때문에 행정재산의 불융통성을 공물의 특성으로 보는 것으로 생각된다. 일본이 1948년 6월 국유재산법을 제정할 때부터 국유재산을 행정재산과 일반재산으로 나누었고, 우리 국유재산법도 1950년 제정 때부터 행정재산과 일반재산으로 나누었는바,[78] 이는 프랑스 공공재산법이 국유재산을 domaine public과 domaine privé로 나누어서 공법적 규율을 달리 한 것에서 영향을 받은 듯하다. 한편 프랑스 공공재산법의 domaine public을 공물로, domaine privé을 사물로 번역하는 것이 일반적이다.[79] 결국 이러한 연유로 국유재산법상의 행정재산이 곧바로 공물이라고 인식하는 것이 아닌가 생각한다.

1) 공물의 비융통성을 인정하는 근거에 대한 비판적 검토

대부분의 학설은 공물은 그 목적수행에 필요한 한도에서 양도, 사권설정 및 사용허가 등 사법상 거래가 제한된다고 하면서 이를 공물의 융통성의 제한이라고 한다.[80] 학설은 공물의 융통성의 제한을 추단하는 근거로써, ① 국・공유재산에 대한 사권설정 및 처분 등의 제한, ② 도로・하천에 대한 사권행사의 금지 및 ③ 국가지정문화재에 대한 신고의무(문화재보호법 제40조) 등에 관한 규정이 존재한다는 점을 주로 든다.[81]

---

78) 일본에서는 시종일관 보통재산이라고 하고, 우리나라는 보통재산, 잡종재산 그리고 일반재산의 순서로 명칭이 변경되었다.

79) 이광윤, 앞의 책, 400면.

80) 김동희, 앞의 책, 274면; 류지태/박종수, 앞의 책, 1090면; 박균성, 앞의 책, 1104면 등.

81) 김도창, 앞의 책, 433-434면; 김동희, 앞의 책, 274면; 박균성, 앞의 책, 1104-1105면; 박윤흔/정형근, 앞의 책, 437-438면; 석종현/송동수, 앞의 책, 410-412면 등.

① 국유재산에 대한 사권설정은 원칙적으로 금지되고(국유재산법 제11조 제2항), 처분은 일반재산에만 허용되는 것이 원칙이다(같은 법 제27조, 제41조 제1항). 국유재산에 대한 사권설정 및 처분의 제한은 '국유재산'에 대한 융통성의 제한으로서, 공물의 경우 '국·공유공물'에 한하여 반사적으로 나타나는 현상일 뿐이다. 사권설정의 금지와 처분의 금지는 도로법, 하천법, 항만법 등 어떠한 공물법에서도 규정하고 있지 않다.[82] 처분금지의 경우 행정재산에만 규정되어 있는데, 국·공유공물에는 일반재산도 있기 때문에,[83] 처분제한이 국·공유공물 모두에 나타나는 현상이라고 할 수도 없다. 현행법상 공물에 관한 법률로서는 국·공유공물에 관한 일반법으로서 국유재산법과 공유재산법이 있고, 개별법으로서 도로법, 하천법 등이 있다는 견해가 있다.[84] 그러나 이러한 해석은 공물과 국유재산을 동일하게 보는 프랑스식 체제(프랑스 공공재산법)에서 가능하다고 생각된다. 사소유권설에 입각하는 우리나라에서 도로법, 하천법 등은 국·공유재산법과 무관하게 독자적으로 공물법체계를 구성한다.[85] 결론적으로 국유재산에 대한 사권설정 및 처분의 제한 규정은 국가소유의 공물에 간접적으로 영향을 미치는 것일 뿐 공물의 불융통성과는 직접적인 연관이 없다고 할 것이다.

우리 국유재산법의 융통성제한 규정이 프랑스의 영향이라고 하더라도

---

82) 국유재산법의 사용허가 제한규정을 공물의 융통성 제한의 근거로 드는 경우가 있으나, 국유재산에 공물이 성립되면 국유재산법이 아닌 공물법의 점용허가 규정이 적용된다. 그리고 공물법의 점용허가는 거래로서의 성질을 인정하기 어려워, 이를 가지고 공물의 융통성 제한을 인정할 수는 없다.

83) 국유일반재산을 지방자치단체장이 공용지정 한 경우로서, 예컨대, 국유일반재산을 지방자치단체장이 지방하천구역에 편입한 경우이다.

84) 김동희, 앞의 책, 274면.

85) 박윤흔/정형근, 앞의 책, 417면 : 국유재산법상의 행정재산에 대하여는 동법에서 그 관리·처분에 관하여 약간의 공법적 규율을 하고 있으나, 그것은 오직 관리기관, 처분 등의 제한, 사용·수익허가 등에 관한 것이고, 공물의 본래의 목적을 당성하기 위한 관리 작용에 대하여는 규정을 두지 아니하였다. 따라서 관리 작용에 대하여는 하천법·도로법·공원법 등 개별적인 공물관리법의 규정이 적용된다. 오준근, "공용물에 관한 법제개선을 위한 비교법적 연구", 토지공법연구 제48집, 한국토지공법학회, 2010. 2, 117-118면 : 우리나라의 법제는 공물을 국·공유재산의 측면에서 재산법적으로 규율하고, 또 한편으로는 공물의 측면에서 행정법적으로 규율하는바, 국유 행정재산의 공적목적에 따른 사항(공물적인 사항)은 국유재산법의 규율대상이 아니며, 개별 사안마다 특별법(공물법)에 일임하고 있다.

이로써 국유재산법의 융통성제한 규정이 공물과 직접적인 연관이 있다고는 할 수 없다. 국유재산에 대한 융통성 제한은 그 나라의 입법정책의 문제일 뿐이다. 독일의 경우 국유재산에 대한 융통성제한을 하지 않고,[86] 우리나라의 경우 과거 일반재산에도 융통성 제한규정(시효취득의 금지)을 두었던 것이 이를 뒷받침한다.

② 도로법에서는 "도로를 구성하는 부지, 옹벽, 그 밖의 시설물에 대해서는 사권을 행사할 수 없다. 다만, 소유권을 이전하거나 저당권을 설정하는 경우에는 사권을 행사할 수 있다"라고 규정하고(제4조), 하천법에서도 유사한 규정이 있다(제4조 제2항). 도로법과 하천법은 공물에 대한 사권의 '설정'이 아닌 사권의 '행사'를 제한하는 것인데, 그나마도 소유권 이전과 저당권 행사는 완전히 자유롭다. 공물의 융통성이란 공물을 구성하는 물건에 대한 사법상 거래가능성을 의미하는데,[87] 매매, 교환, 증여 등 그 원인을 불문하고 소유권 이전이 자유롭다면, 나아가 저당권설정과 그 행사에 따른 소유권 이전마저도 자유롭다면 도로법, 하천법이 도로, 하천을 구성하는 물건의 융통성을 제한한다고 할 수 없을 것이다. 도로법·하천법이 제한하는 것이란 고작해야 물건에 대한 물리적 사용을 전제로 하는 용익물권 또는 임차권의 행사와 유치권의 행사 정도에 불과하다. 이러한 제한은 공물의 목적달성을 방해할 우려가 있는 사권의 행사를 제한하려는 것으로서, 공물의 관리 내지 행위제한에 관한 문제이지 공물의 융통성 제한과는 거리가 있다고 생각한다.

③ 마지막으로 문화재보호법상의 신고의무는, 보존공물에 관한 것으로서 공물의 특성으로 일반화하기 곤란할 뿐만 아니라, 신고사항들을 살펴보면 소유자, 현황 등의 변경을 사후에 신고하게 한 것에 불과하여(제40조 제1항) 융통성의 제한이 아니라 공물의 효율적인 관리를 위한 것이라고 보인다.

2) 강제집행

통설은 사유공물의 강제집행은 인정하면서 국유공물의 강제집행은 부정하는바, 그 이유에서 대해서는 ① "국가에 대한 강제집행은 국고금을 압류함으로써 한다"는 민사집행법 제192조 때문이라는 견해,[88] ② 민사집행법

86) 독일 연방예산법(BHO) 제63조 참조.
87) 김동희, 앞의 책, 274면.

과 무관하게 국유공물 자체의 융통성제한 때문이라는 견해[89]로 나뉜다.

생각건대, 민사집행법 제192조는 국유'재산'에 대한 강제집행을 제한하는 규정이고, 이에 따라 국유 '공물'의 강제집행이 제한되는 것은 반사적 효과에 불과하다. 오히려 위 규정은 일반재산에 대한 강제집행의 제한으로서 의미가 있다. 행정재산은 국유재산법에 의하여 그 처분이 금지되는 등 융통성이 제한되므로(제27조), 민사집행법과 무관하게 강제집행이 불가하다고 해석되기 때문이다. 같은 맥락에서, 국·공유재산은 국유재산법, 공유재산법 등에 따라 그 융통성이 제한되기 때문에, 결국 그 한도에서 국·공유공물에 대한 강제집행이 제한받는다고 보지 않을 수 없고, 민사집행법 제192조는 하나의 근거로 원용될 뿐이라는 견해도 있다.[90]

3) 시효취득

학설은 공물의 시효취득에 관하여 부정설, 제한적 긍정설 및 전면긍정설로 나누어져 있으나, 그 내용은 행정재산에 관한 것이다. 국유재산법은 1950년 제정 당시부터 모든 국유재산의 시효취득을 부정하였고, 이와 관련한 묵시적 공용폐지 등 관련 학설과 판례가 쌓이게 되었다. 이후 1991년 헌법재판소가 일반재산의 시효취득까지 금지한 구 국유재산법 제5조 제2항을 위헌으로 판단하면서,[91] 1994년 개정 국유재산법에서부터는 행정재산의 시효취득만 금지하고 있다(현행 국유재산법 제7조 제2항). 행정재산에 대한 시효취득금지 규정으로 인하여 반사적으로 국유공물에 대한 시효취득이 금지되는 결과가 되지만, 국유공물에는 일반재산도 있고, 일반재산은 시효취득이 가능하기 때문에 시효취득 금지가 국유공물에 대한 일반적인 특성이라고 할 수도 없다.

공물의 시효취득도 당해 공물에 융통성이 인정되는지에 따라 판단되어야 할 것인데, 현재 공물의 융통성을 제한하거나 시효취득을 배제하는 직접적인 규정은 없다. 판례는 행정재산과 공물을 동일시하면서 행정재산을 공

88) 이상규, 신행정법론(하), 신판, 법문사, 1994, 449면.
89) 김도창, 앞의 책, 434-435; 석종현/송동수, 앞의 책, 412면; 박윤흔/정형근, 앞의 책, 438면.
90) 김남진/김연태, 앞의 책, 413-414면; 김동희, 앞의 책, 275-276면.
91) 헌법재판소 1991. 5. 13. 선고 89헌가97 결정.

공용물, 공용물 등이라고 표현하지만, 시효취득의 쟁점에서만큼은 행정재산으로 명시해서 사용하고 있다.[92] 취득시효 금지규정이 국유재산법과 공유재산법에만 있음을 인식한 까닭이라고 생각한다.

4) 공용수용

학설의 일반적인 견해는 공물의 공용수용을 원칙적으로 부정한다.[93] 그 이론적 근거는 공물은 이미 공적목적에 제공되고 있으므로 다시 공적목적에 제공하는 것을 목적으로 수용하는 것이 불가하다는 것이고, 실정법적 근거는 "공익사업에 수용되거나 사용되고 있는 토지 등은 특별히 필요한 경우가 아니면 다른 공익사업을 위하여 수용하거나 사용할 수 없다"고 하는 토지보상법 제19조 제2항이 있기 때문이다.

생각건대, 우리나라는 사소유권제에 입각하여 공물의 융통성을 제한하거나 공용수용을 배제하는 실정법 규정을 두고 있지 않다. 공물을 구성하는 행정재산의 융통성이 제한된 결과[94] 반사적으로 국유공물의 공용수용이 금지된다고 해석될 뿐이다. 그런데 국유공물에는 일반재산도 있을 수 있기 때문에 국유공물 모두가 공용수용에서 배제된다고 볼 수도 없다.

토지보상법 제19조 제2항의 '공익사업에 수용되거나 사용되고 있는 토지 등'과 '공물'이 일치한다고 볼 수 없으므로, 위 조항으로 공물의 공용수용을 논하기는 적절하지 않다고 생각한다. 토지보상법상의 공익사업이 모두 공물을 설치하는 사업은 아니기 때문이다. 예컨대 택지개발사업은 토지 등을 수용하여 주택건설용지와 공공시설용지를 개발·공급한다.[95] 그밖에 국토계획사업, 도시정비사업 및 도시개발사업 등 수 많은 공익사업으로 토지 등이 수용되지만, 사업결과 개발·공급되는 용지가 모두 공물인 것은 아니

92) 대법원 2010. 11. 25. 선고 2010다58957 판결; 대법원 1983. 6. 14. 선고 83다카181 판결; 대법원 1999. 7. 23. 선고 99다15924 판결 등. 김동희, 앞의 책, 276면은 판례가 '공물'의 시효취득을 부정하는 입장이라고 소개하는 데, 그 소개하는 판례의 내용을 보면 전부 국유재산(행정재산)에 관한 내용이다. 김남진/김연태, 앞의 책, 414면에서는 판례가 '행정재산'에 관하여 부정설을 취하고 있다고 이를 명시하여 소개하고 있다.

93) 박균성, 앞의 책, 1109-1110면; 김남진/김연태, 앞의 책, 415면; 류지태/박종수, 앞의 책, 1093면; 석종현, 신토지공법론, 제11판, 삼영사, 2016, 365면 등.

94) 국유재산법 제27조, 공유재산법 제19조.

95) 택지개발촉진법 제2조.

다. 공공시설지구는 상업·주택지구 등과 더불어 전체 사업지구의 일부일 뿐이다. 사업시행으로 새로 설치되는 공공시설의 부지(공물)는 무상귀속조항(예컨대, 국토계획법 제65조)에 따라 국·공유 행정재산이 될 것이고, 그 외의 토지는 분양 등으로 사유화될 것인데, 이후에 이들이 공용수용이 될 수 없다고 할 수 없다(행정재산은 용도폐지 후에 공용수용). 토지보상법 제19조 제2항은 어떤 공익사업에 제공되어 있는 토지 등이 다른 공익사업에 이중으로 제공되어, 사업 간에 충돌이 일어나는 것을 방지하려는 것이지 공물의 공용수용을 제한하려는 취지는 아닌 것으로 보인다. 판례도 토지보상법상 공물의 공용수용을 제한하는 규정이 없다고 하면서, 문화재보호법에 따라 지방문화재로 지정된 토지의 공용수용을 인정하였다.[96]

(4) 공물의 관리

융통성의 제한은 공물의 특성과는 무관하고, 공물의 개념은 어떤 물건 등이 공물관리의 대상이 되어 특별한 공법적 규율이 가해진다는 측면에서 정립된 것이라 할 수 있으므로,[97] 결국 공물에 대한 공법적 규율이라 함은 공물의 관리를 의미한다.

공물은 그 소유자가 누구인지와 무관하게 성립하고, 성립과 동시에 각종의 공법적 규율이 개시되는바, 공법적 규율의 핵심적인 내용은 ① 공물관리의 주재자로서 공물관리청이 법정되고, ② 공물관리청에게 공용지정에서부터 공용폐지에 이르기까지 폭넓은 관리권이 주어지며, ③ 공물에 대한 폭넓은 행위제한이 가해진다는 것이다. 이러한 공법적 규율은 넓게 공물의 관리라고 표현할 수 있으며, 위 ① 내지 ③이 공물의 핵심징표가 된다.

공물의 관리는, 공물관리청이 공물을 유지하여 공적목적에 계속 제공함으로써 공물의 설치목적을 달성하는 모든 작용을 말한다고 정의되고,[98] 물건 등에 대한 재산적 관리가 아니라, 오로지 공적목적 달성을 위한 관리라

96) 대법원 1996. 4. 26. 선고 95누13241 판결.

97) 김원주, 앞의 논문, 25면.

98) 김도창, 앞의 책, 416면; 김원주, 앞의 논문, 26면; 류지태, 앞의 논문(주 32), 69면(공물관리행위는 공물 자체의 목적을 증진하고 그 목적저해행위를 방어하기 위한 목적을 갖는 일련의 작용을 말한다) 등.

는 데에 특색이 있다.[99]

(5) 공용물에 공법적 규율이 있는지 여부

학설은 청·관사, 교도소 등을 공용물이라 하여 공물의 일종으로 파악한다. 이러한 강학상의 공용물이 공물이 되려면 공물로서의 요건(직접 공적 목적에 제공)을 갖추고, 그 효과로서 공법적 규율을 받아야 하는데 전자에 대해서는 이미 앞서 살펴보았으므로, 이하에서는 우리 실정법상 강학상의 공용물에 대한 공법적 규율이 있는지, 외국의 입법례는 어떠한지를 살펴보고자 한다.

1) 국내 실정법 현황

도로, 하천 및 항만 등 공공용물의 경우에는 개별 법률에서 위 ① 내지 ③의 규율을 하여 일단의 공물법체계를 형성하고 있지만, 공용물에는 이러한 법률이 없고, 국유재산법에서도 공용물을 공물로 다루는 규정을 찾아볼 수 없다.[100] 결국 공용물에는 사소유권제를 전제로 하는 위 ①내지 ③의 규정이 없기 때문에 정부가 사유재산을 청사 등의 공용물로 사용하더라도 그 사유재산에 설정된 임차권이나 전세권을 국유재산으로 파악하는 이외에, 청사 등에 제공된 사유재산을 공용물이라고 할 수가 없다. 따라서 공용물은 대부분 국·공유재산이고, 행정주체의 소유가 아닌 예는 찾아보기 어려우므로, 다양한 모습으로 폭 넓게 사소유물에 성립하는 공공용물에 비하여 그 공물성은 희박하고 국유재산의 전형일 뿐이다.

2) 외국의 입법례

독일의 경우 공공용물에 대해서 도로법[Bundesfernstraßengesetz(FStrG)], 수로법[Bundeswasserstraßengesetz(WaStraG)], 수자원법[Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts(WHG)] 등이 공법적 규율을 하고 있으나,[101] 공용물

---

99) 김남진/김연태, 앞의 책, 437면.

100) 오준근, 앞의 논문, 124면; 류지태, 앞의 논문(주 32), 70면. 이 두 논문은 공용물이 공물이라는 전제에서, 현행 실정법 어디에도 공용물을 공물답게 하는 공법적 규율이 없으므로, 입법적인 개선을 해야 한다는 입장이다.

101) Häde, Das Recht der Öffentlichen Sachen, Juristische Schulung v.33-2, 1993, S.113. ;

에 대해서는 개별적인 공물법제를 갖추지 않고 연방예산법(BHO)에 따라 관리·처분되고 있을 뿐이다.[102] 연방예산법의 국유재산 관리·처분규정이 약하나마 우리 국유재산법에 상응하므로 결국 우리나라와 비슷한 구조라고 할 수 있다.

프랑스의 경우 공공재산법(Code général de la propriété des personnes publiques)에서 우리 강학상의 공공용물인 연안, 하천, 운하, 도로, 철도, 공항 등만 공물(le domaine public)에 포함시키고, 우리 강학상 공용물인 청·관사, 학교 등은 사물(le domaine privé)로 분류하여,[103] 공물로서의 공법적 규율에서 배제하고 있다. 프랑스의 경우 domaine public이 국가 등의 소유재산으로서 공물이자 행정재산인바,[104] 그렇다면 공용물은 공물이 아님은 물론 행정재산도 아니게 된다. 이 점은 공용물이 적어도 행정재산(공용재산)에는 해당하는 우리 법제와 큰 차이가 있다. 우리 국유재산법상의 행정재산 중 공용재산이 행정사물에 불과하다는 견해[105]는 프랑스의 이러한 경향을 반영한 것으로 보인다.

Ⅳ. 맺음말

1. 국유재산과 공물의 개념상의 차이

국유재산은 광의로는 국가를 소유자로 하는 물건 또는 국가를 귀속주체로 하는 민법상의 재산권으로, 협의로는 광의의 국유재산 중에서 국유재산법 제5조 제1항에 열거된 부동산과 특수동산, 그리고 사용가치를 내용으로 하는 소정의 재산권으로 정의할 수 있다.

Peine, Recht der Öffentlichen Sachen, Juristen Zeitung v.1996-7, 1996, S.350 f. 등.

102) 오준근, 앞의 논문, 119면.

103) 프랑스 공공재산법 제2111-1조 내지 제2111-17조, 제2211-1조 참조.

104) 전훈/전학선/권세훈, 앞의 보고서, 49면 참조.

105) 이광윤, 앞의 책, 400면.

이에 비하여 공물은 그 소유관계를 불문하고 공물관리청에 의해 직접 공적목적에 제공되어, 그 결과 특별한 공법적 규율을 받는 물건 또는 물적 종합시설(공공시설)로 정의할 수 있는데, 그 물적 범위는 민법상의 물건개념과 관계없다.

2. 국유재산과 공물의 규율체계상의 차이

국유재산과 공물에 관한 우리의 법제는 서로 다른 규율체계이고, 따라서 규율의 성격과 내용도 다르다. 국유재산은 융통성을 제한하는 데 공법적 규율의 핵심이 있는데 반하여, 공물은 사소유권을 제한하면서 공물을 관리하는데 핵심이 있다. 그런데 이러한 점을 간과하고 국유재산에 대한 융통성의 제한을 공물에 대입하면 공물의 특성을 파악하는데 혼란을 주게 된다. 그밖에 국유재산법은 재무행정법 차원에서 행정재산과 일반재산 모두에 공법적 규율을 하는바, 어느 한쪽은 모두 공물이고 다른 한쪽은 모두 사물이라고 단순하게 규정지울 수 없다. 이러한 인식은 프랑스 공공재산법상 국유재산이 공물과 사물로 구분된다는 점, 행정재산과 일반재산이 공·사법관계로 구분된다는 점 등에 영향을 받은 것으로 보이이만, 프랑스는 우리와 입법방식과 규정이 다르다. 나아가 국유재산과 공물의 규율체계를 혼용한 나머지 행정재산의 분류체계를 공물에 그대로 혼용하여 공물성이 희박한 공용물과 보존공물을 만들어 냄으로써 전체 공물을 통일적으로 설명하지 못하게 되었다.

이상은 국유재산에 대한 공법적 규율을 공물에 부분별하게 대입한 경우이고, 반대로 공물에 대한 공법적 규율을 국유재산에 잘못 대입한 경우도 있다. 행정재산은 독자적으로 국유재산법에 따라 성립하고 소멸함에도 불구하고, 공물법의 공용지정·공용폐지이론을 행정재산에 그대로 대입함으로써 국유재산법이 행정재산에 마련한 공법적 규율과 법률관계가 제대로 적용되지 못하는 경우도 있을 수 있다.

3. 국유재산으로부터 공물의 분리

앞서 살펴본 바와 같이 강학상의 공용물과 보존공물은 공물로 보기 곤란함에도 불구하고 공물을 국유재산의 분류체계 대로 분류함으로써 발생하는 현상이라고 할 수 있다. 공물을 공공용물로 단일화하고, 공용물과 보존공물은 그 소유자가 누구인지에 따라 국유재산, 공유재산 또는 사유재산으로만 파악하게 되면, 공물개념과 공물법이론이 좀 더 명료해질 것으로 사료된다.

공물이론이 복잡·난해한 것은 넓은 공물개념을 설정해서 그 속에 법적 성질을 달리하는 여러 물건을 포함시켰기 때문이다.[106] 대체적인 학설이 공용물에는 공용지정과 공용폐지가 필요 없다고 하고,[107] 공물의 사용관계는 그 성질상 주로 공공용물에만 발생하는 것이 일반적이라고 하면서,[108] 공공용물만 협의의 공물로 인정하는 것[109] 등은 공용물 및 보존공물의 공물로서의 취약성을 인식한 것이 아닌가 생각된다. 한편 대법원은 공공시설인 공물을 공공용물로 한정하는바,[110] 이러한 태도도 같은 취지를 반영한 것으로 보인다.

4. 공물로부터 국유재산의 분리

공용재산과 보존용재산은 순수하게 국유재산으로만 파악하여야 한다. 공공용재산은 대부분 공물과 국유재산의 이중적 지위를 가지지만, 양 개념은 구별되므로 그 성립과 소멸 및 공법적 규율 등은 각자의 법률에 따라 파악하여야 한다. 물론 성립과 소멸에 있어서 두 지위가 일정부분 서로 영향

106) 김원주, 앞의 논문, 25면.

107) 김남진/김연태, 앞의 책, 404면·408면; 김동희, 앞의 책, 270면·272면 등. 석종현/송동수, 앞의 책, 403·406면; 박윤흔/정형근, 앞의 책, 426·430면; 김도창, 앞의 책, 411·415면 등.

108) 하명호, 앞의 책, 829면; 김남진/김연태, 앞의 책, 419면; 김동희, 앞의 책, 284면 등.

109) 김남진/김연태, 앞의 책, 393면; 김도창, 앞의 책, 400면; 김원주, 앞의 논문, 26면; 석종현/송동수, 앞의 책, 391면 등.

110) 대법원 2019. 2. 14. 선고 2018다262059 판결; 대법원 2004. 5. 28. 선고 2002다59863 판결 등.

을 미칠 수는 있다. 일반재산은 공물로서의 공적목적에 제공되어 특별한 공법적 규율을 받는지에 따라 공물 여부를 판단해야 한다. 일반재산에 공물이 성립되었다고 해서, 곧바로 행정재산이 되는 것은 아니다. 공물로 제공한 주체가 국가이어야 행정재산이 되기 때문이다. 공물은 민법상 소유권의 대상과 관계없는 독자적인 강학상의 개념으로서 도로, 하천, 항만 등과 같은 전체적인 공공시설도 하나의 공물이 될 수 있다.[111] 이에 비하여 국유재산인 물건은 민법상 소유권의 대상으로 한정된다. 나아가 국유재산법의 적용대상(협의의 국유재산)이 되는 물건은 부동산과 몇몇 특수동산만으로 한정된다.

국유재산법은 1950. 4. 8. 법률 제122호로 제정되어 약 70년 이상 운영되어 온 국유재산 기본법으로서, 국가재정법, 물품관리법, 군수품관리법, 국유림법, 국가채권관리법 및 국고금관리법 등과 함께 일단의 규율체계를 형성하고 있다. 행정재산에 대한 융통성의 제한, 기타 일반재산을 포함한 모든 국유재산에 적용되는 공익상의 필요에 의한 일방적인 사용관계 종료, 행정대집행, 변상금・연체료부과, 체납처분 등은 공물과 준별되는 국유재산을 전제로 마련된 것이다. 국유재산법은 재무행정법의 영역에 속하고, 대내적 효력이 많으며, 행정조직법적 측면이 강한 반면, 공물법은 급부행정법의 영역에 속하고, 대외적 효력이 많으며 행정작용법적인 측면이 강하다.[112]

111) 재산권의 객체나 대상이 되는 물건은 수량화 되지만(一物一權主義), 공물은 종합적이고 기능적인 개념으로서 수량화 될 수 없다. 경부고속도로 전체가 공물이고, 그 중 일부구간도 공물이다.

112) 류지태, 앞의 논문(주 32), 69면.

[참고문헌]

[단행본]

김남진/김연태, 행정법Ⅱ, 제23판, 법문사. 2019.
김도창, 일반행정법론(하), 제4전정판, 청운사, 1993.
김동희, 행정법Ⅱ, 제24판, 박영사, 2018.
김병재, 민법주해Ⅱ, 총칙(2), 박영사, 2012.
류지태/박종수, 행정법신론, 제16판, 박영사, 2016.
명순구, 프랑스민법전, 법문사, 2004.
박균성, 행정법강의, 제11판, 박영사, 2014.
박윤흔/정형근, 최신 행정법강의(하), 개정28판, 박영사, 2009.
서정범/박상희, 행정법총론, 제3전정판, 세창출판사, 2017.
석종현, 신토지공법론, 제11판, 삼영사, 2016, 365면 등.
석종현/송동수, 일반행정법(하), 제13판, 삼영사, 2013.
이광윤, 신행정법론, 법문사, 2007.
이상규, 신행정법론(하), 신판, 법문사, 1994.
이원우, 주석 국유재산법, 법제처, 2006.
전훈/전학선/권세훈, 프랑스 국유재산 관련 법률 번역·분석, 유럽헌법학회, 2017.
하명호, 행정법, 제3판, 박영사, 2021.
최우용, 일본 국유재산 제도 법령 해석, 한국비교공법학회, 2018.
홍정선, 행정법원론(하), 제27판, 박영사, 2019.
_____, 행정법특강, 제13판, 박영사, 2014.
기획재정부, 국유재산 업무편람, 2017. 2.
기획재정부, 2019회계연도 국유재산관리운용총보고서
한국감정원, 국유재산 임대료개선방안 연구, 2015.
Fleiner, Institution des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen : J.C.B. Mohr, 1928.
Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Aufl., Beck, 1973.
Häde, Das Recht der Öffentlichen Sachen, Juristische Schulung v.33-2, 1993.
Papier, Recht der öffentlichen Sachen, 3., Neubearbeitete Auflage, Walter de Gruyter, 2013.
Peine, Recht der Öffentlichen Sachen, Juristen Zeitung v.1996-7, 1996.
中村稔, 國有財産法精解, 平成27年改訂, 大藏財務協會, 2015.

[논문]

강호칠, “국유재산의 공법적 규율에 관한 연구”, 고려대학교 박사학위논문, 2021. 2.
권세훈, “하천법상 공물개념에 관한 비교법적 소고”, 미국헌법연구 제22권 제1호, 미국헌법학회, 2011.
김남진, “행정재산사용허가의 성질”, 고시연구 제25권 제7호, 고시연구사, 1998. 7.
김도승, “국유무체재산관리 및 진흥을 위한 공법적 과제”, 법학연구 제41권, 한국법학회, 2011.
김원주, “공물관리와 사용관계의 재검토”, 고시연구 제19권 제11호, 1992. 11.

김종보, “개발사업에서 국공유지의 법적 지위”, 행정법연구 제57호, 행정법이론실무학회, 2019.
김치환, “공물법의 재검토 - 일본에서의 논의를 중심으로 -”, 공법연구 제30집 제2호, 한국공법학회, 2001.
류지태, “공물법 체계의 재검토”, 공법연구 제30집 제1호, 한국공법학회, 2001.
_____, “현행 국유재산관리의 법적 문제”, 고려법학 제36집, 고려대학교 법학연구원, 2001.
박수혁, “한국의 국유재산법제도”, 제26회 학술대회, 한국토지공법학회, 2001. 4.
신봉기, “국유지의 법리”, 동아법학 제30권, 동아대학교 법학연구소, 2002.
오준근, “공용물에 관한 법제개선을 위한 비교법적 연구”, 토지공법연구 제48집, 한국토지공법학회, 2010. 2.
이광윤, “행정사물이론에 비추어 본 국유재산법제의 문제점”, 아태공법연구 제2권, 아세아태평양공법학회, 1993. 11.
이수혁, “한국의 국유재산법제도”, 토지공법연구 제12집, 한국토지공법학회, 2001.
이현수, “도시정비법상 정비기반시설의 법적 쟁점”, 행정법연구 제30호, 행정법이론실무학회, 2011. 8.
임 현, “독일의 도시계획법제”, 토지공법연구 제50집, 한국토지공법학회, 2010.

【국문초록】

우리나라에서 공물법 이론은 독일의 Öffentliche Sache 개념을 중심으로 프랑스 Le domaine public 개념이 가미되어 비교적 풍부하고 안정적으로 발전해오고 있는데, 독일은 공물과 국유재산이 서로 무관하게 별개로 취급된 반면, 프랑스는 양자가 동일한 법체계 안에서 동일하게 취급되어 오고 있다. 따라서 독일의 Öffentliche Sache와 프랑스의 Le domaine public이 모두 공물로 번역되는데, 후자에는 행정재산의 개념까지 포함되다 보니 국내의 학설과 판례가 행정재산과 공물을 동일하게 보는 경향에 어느 정도 영향을 미치게 되었다. 아울러 우리 국유재산법은 일본 국유재산법의 영향으로 행정재산을 공공용, 공용 및 보존용으로 나누는데, 행정재산과 공물을 동일하게 보는 결과 공물을 공공용물, 공용물 및 보존공물로 나누는 데까지 이르게 된다. 이러한 공물의 분류는 우리 공물법 이론이 영향을 받은 독일, 프랑스 등에서도 볼 수 없는 것으로서 행정재산과 공물을 준별하지 아니한 결과이다.

우리나라에서 공물법이 행정법각론의 일부로서 이론상, 강학상으로 발전한 반면, 국유재산법은 실무상, 실정법상으로 발전하였는데, 후자에 대한 학문적 관심도가 낮아 실무상의 중요도에도 불구하고 발전에 한계가 있다. 국유재산법은 재무행정법으로서 1950년 4월에 제정되고, 1956년 11월 폐지 제정 된 이래로 총 22회의 개정(타법 개정 제외)을 거치면서 국유재산의 관리, 처분에 관한 특유의 제도들을 도입해 왔고, 물품관리법, 군수품관리법, 국가채권관리법, 국고금관리법, 및 「국유림의 관리 및 경영에 관한 법률」, 「공유재산 및 물품관리법」등과 함께 공물과는 다른 독자적인 재무행정법 체계를 형성하게 되었다. 국유지는 전체 국토면적의 약 25%를 차지하고, 국유재산의 금전적 가치는 약 4,500조원으로 전체 국민자산의 약 27%에 이른다. 이러한 국유재산법을 급부행정법인 공물법의 일부로 파악함으로써 국유재산법은 물론 공물법의 이해에도 혼란을 겪게 되었다.

공물법은 국가 등 행정주체가 국민에게 제공하는 공공서비스로서 급부행정의 영역에 속하고 대외적 효력 규정이 많으며, 행정작용법인 반면에, 국

유재산법은 재무행정법의 영역에 속하고, 대내적 효력 규정이 많고, 행정조직법적 측면이 강하다. 국유재산과 공물이 서로 개념과 성질이 다르고, 독자적인 규율체계에 속함을 전제로 이들에 대한 현실적이고 실정법적인 연구가 발전하기를 기대한다.

【Abstract】

A Comparative Study on State Property and Public Objects

Kang Ho-Chil
(Kamco Research Center Team Leader, Ph.D., Lawyer)

In Korea, the theory of Public Objects law has developed relatively abundantly and stably with the French concept of Le domaine public, centering on Germany's Öffentliche Sache concept. while in Germany Public Objects and State property have been treated separately, while in France have been treated the same in the same legal system. Germany's Öffentliche Sache and France's Le domaine public are both translated as Public Objects, but since the latter includes the concept of administrative property, it has somewhat affected the tendency of theories and precedents to view administrative property and Public Objects as the same. In addition, the Korean State Property Act divides administrative property into official use, public use, and preservation use under the influence of the Japanese State Property Act. and as a result of not distinguishing between Administrative Property and Public Objects, Public Objects is divided into official goods, public goods, and preservation goods. This classification of Public Objects is not seen in Germany and France, where Korea's Public Objects law theory has been affected.

In Korea, Public Objects law has developed as a part of the special discussion of administrative law, theoretically and academically, while the state property act developed in practice and positive law. because of low academic interest the latter's development is limited. The State Property

Act was enacted in April 1950 as the Financial Administration Act and was repeal enacted in November 1956. and after 22 revisions, it has introduced unique systems for the management and disposal of state property. and With the Commodity Management Act, Act on the Management of Military Supplies, State Credit Management Act, Management of the National Funds Act, and 「State Forest Administration and Management Act」, and 「Public Property and Commodity Management Act」, an independent financial administration law system different from Public Objects has established. State-owned land accounts for about 25% of the total land area, and the monetary value of state property is about 4,500 trillion won, accounting for about 27% of the total national assets. By understanding the state property act as a part of the Public Objects law, which is a benefit administrative corporation, confusion was caused not only in the state property act but also in the understanding of the Public Objects law.

Public Objects Act is a public service provided to the people by administrative entities such as the state, and belongs to the realm of benefit administration and has many external provisions, while State Property Act belongs to the area of financial administration law, has many internal provisions, and has strong administrative organizational aspects. On the premise that State Property and Public Objects are different in concept and nature from each other and belong to an independent regulatory system, we hope that realistic and positive legal study on them will develop.

주제어(Keyword) : 국유재산(State Property), 공물(Public Objects), 협의의 국유재산(State Property in a narrow sense), 행정재산(Administrative Property), 일반재산(Non Administrative Property), 공공시설(Public Facilities), 공물의 융통성(Flexibility of Public Objects), 무상귀속(Gratuitous Devolvement), 양여(Cession), 공소유권(Public Ownership)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제107호 2022년 12월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2022.107.367

영국의 사칭통용 법리의 기원과 발전*

정 문 기**

목 차

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 사칭통용 법리의 기원과 초기의 형성
1. 사칭통용 법리의 기원
2. 보통법상 '사기'에 의한 불법행위
3. 형평법상 금지청구에 '주관적 요소' 불요
4. 법제 개혁에 따른 재산권 보호 법리로 발전
Ⅲ. 사칭통용 법리의 확립
1. 업무상 신용의 재산권적 지위 확정
2. 사칭통용 법리의 확장
3. 사칭통용의 3요소 정립
Ⅳ. 사칭통용 법리의 현재와 부정경쟁방지법
1. 유럽연합법과의 조화 그리고 브렉시트
2. 영국에서의 부정경쟁방지법
Ⅳ. 결론

Ⅰ. 서 론

보통법상 사칭통용(詐稱通用, Passing off) 법리는 자신의 상품이나 영업을 타인의 것처럼 상표나 표지에 부실표시(不實表示, misrepresentation)하여 소비자를 기만하고, 그로 인해 영업과정에서 형성된 타인의 업무상 신용(Goodwill)[1]에 손해(damage)를 초래하는 행위를 규제하기 위해 역사적으

* 본 논문은 필자의 박사학위 논문인 "Passing Off에 관한 연구" 중 일부를 축약하여 다듬은 것임.

** 고려대학교 법학전문대학원 강사, 법학박사.

로 발전되어 온 개념이다. 영국에서의 상표 및 표지 보호는 상표법이 제정되기 오래전부터 현재에 이르기까지 일관되게 보통법상의 사칭통용 법리에 의존하여 해결해왔고, 이는 영미법계 국가들의 표지 보호 이론의 근간이 되었다.

특허권이나 저작권은 권리의 내용이 성문법에 비교적 명확하게 규정될 수 있는 반면, 상표법을 포함한 광의의 부정경쟁방지법은 거래관념의 변화와 새로운 유형의 부정경쟁행위 출현으로 그 내용이 동태적으로 변화하는 특성을 지니고 있다. 그러므로 표지법의 연구에 있어서는 외국의 입법례와 연혁을 살피는 것이 특히 중요한 의미를 갖는다.

사칭통용은 문헌상 전해지는 최초 판결이 1584년 *JG v. Samford* 사건[2]이고, 1990년 *Jif Lemon* 사건[3]에서 업무상 신용, 부실표시, 손해라는 정형화된 체계를 갖추게 되었으며, 현재에도 여전히 진화·발전하는 중에 있다면 400년 이상 긴 세월에 걸쳐 형성된 법리라 하겠다. 근래에는 사칭통용 법리에도 공정성에 중점을 둔 무임승차(free-riding)나 부정이용(misappropriation)과 같은 대륙법계의 부정경쟁방지 법리가 수용될 필요가 있다는 주장이 잇따르고 있지만, 영국의 법원은 일관되게 '공정함'이나 '무임승차'와 같은 불확정 개념을 광범위하게 활용하기보다 경쟁의 자유를 최대한 보장하려는 태도를 견지하고 있다.

우리나라의 표지법(標識法)은 기본적으로 대륙법을 계수하였으나, 일부 영미법의 사용주의적 요소도 도입하여 운용하고 있다. 특히 사칭통용 법리나 그 구성요소와 관련한 조항들이 적지 않은 부분에 산재되어 있음에도 불구하고, 그동안 학계에서는 이에 대한 심층적인 연구가 이루어지지 못했던 것이 사실이다. 예컨대 『부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 '부정경쟁방지법')』 제2조 제1호 (가)목 및 (나)목은 가장 기초적인 불법행

1) 학계 일부에서는 Goodwill을 '신용'으로 옮기는 경우가 있으나, 일반적으로 신용이라 함은 "credit" 뜻하므로 혼동의 여지가 있다. 상표법 제1조에서도 "업무상의 신용"이라는 용어를 사용하고 있으므로, Goodwill을 우리말로 옮길 경우, '업무상 신용'으로 함이 적절하다고 판단하였다.

2) *JG v. Samford* (1584) unreported; C. Wadlow, *The Law of Passing off: Unfair Competition by Misrepresentation* (5th ed), Sweet & Maxwell, 2016, at 20~21.

3) *Reckitt & Colman Products Ltd v. Borden Inc* (No. 3) [1990] 1 W.L.R. 491; [1990] 1 All E.R. 873.

위인 혼동초래행위로서 사칭통용의 전형적인 형태에 해당하는 것으로 보고 있는데,[4] 국내 문헌에서는 그 개념과 연혁을 간단히 소개하는 것에 그치고 있었다. 나아가 전통적 사칭통용 법리가 변화된 경제환경에 대응하고 표지사용자의 권리 보호를 강화하고자 그 구성요소의 의미와 범위를 확장시켜 지금의 모습을 갖추게 된 것은 대륙법계의 부정경쟁방지 법리에 비견할 만큼 의미 있는 변화였음에도 불구하고 이 부분에 대한 연혁적 고찰 역시 이루어지지 않았다.

이에 본 논문은 사칭통용 법리의 기원과 발전 과정을 살펴봄으로써 우리 표지법상으로도 가장 기초적인 불법행위인 혼동초래행위의 의미를 되짚어 보고, 행위규제법의 본질적 한계인 '경쟁의 자유'에 대해 점검해 보고자 한다. 먼저 사칭통용 법리의 기원에서 상표법이 제정되기까지, 표지법의 보호 목적이 '소비자 보호'에서 '상표권자의 재산적 이익 보호'로 변화하는 과정을 주요 판례와 법제의 변천을 중심으로 살펴본다(Ⅱ). 이어 20세기에 들어 비로소 업무상 신용의 재산권적 지위가 확정됨으로써 사칭통용 법리에 의한 재산권 보호가 시작되었는데, 경제환경의 변화와 재산권 보호를 강화하기 위해 '확장된 사칭통용 법리'로 진화하였으며, 현재의 '전통적 3요소(Classical Trinity)'라는 정형적인 체계를 정립하기까지의 과정과 그 함의에 대해 알아보도록 한다(Ⅲ). 다음으로 영국이 상표제도를 유럽연합법과 유럽사법재판소(Court of Justice of the European Union, 이하 'CJEU') 결정과 조화시키는 과정에서도 사칭통용 법리는 그대로 유지되었는데, 이것이 가능할 수 있었던 영국 법원의 부정경쟁방지법에 대한 인식과 그에 대한 접근법을 살펴본다(Ⅳ). 마지막으로 국내 표지법을 운용함에 있어 '경쟁의 자유'와 '표지사용자의 권리 보호 강화'가 우선적 가치로 기능해야 함을 강조하며 글을 맺는다(Ⅴ).

---

4) 송영식 외 6인, 『지적소유권법(제2판) 下권』, 육법사, 2013, 397면. 사견으로는 (가)목과 (나)목이 표지의 사용권자 보호, (라)~(바)목이 소비자 보호의 측면을 확보하기 위하여 규정되었으나 그 취지를 달리할 뿐 모두 사칭통용에 해당한다고 생각한다. 다만, 20세기 이후 확장된 사칭통용 법리에 의하더라도 (다)목의 희석화 행위, (자)목의 상품형태 모방행위, (파)목의 성과도용 행위 등은 사칭통용에 포섭되기 어려운 이질적인 규정에 해당한다.

Ⅱ. 사칭통용 법리의 기원과 초기의 형성

1. 사칭통용 법리의 기원

사칭통용 법리는 상표법이 형성되기 이전 16세기 말 영국의 보통법에서 유래되었다. 초기 사칭통용은 '부실표시', 즉 자신의 상품을 타인의 제품인 것처럼 진실하지 않은 정보를 제공하여 소비자를 기만하였다는 점에서 보통법상 소비자의 신뢰보호를 위한 불법행위로 인식하였다. 사칭통용 법리의 기원이 된 사례는 판례집에 명확하게 나타나 있지 않고 엘리자베스 여왕 시대(1553~1603)의 *Samford* 사건에서 처음 인정되었다고 알려져 있다.[5]

Doderidge 판사는 이 사건에 대하여 *Southern v. How* 판결[6]과 *Dean v. Steel* 판결[7]에서 인용하였는데, 판례집에는 기록되어 있지 않아 정확한 판시 내용을 알 수는 없으나, 피고가 품질이 떨어지는 자신의 상품에 타인의 유명 상품의 표장을 붙여 판매한 것이 문제가 되었다.

Samford 사건을 전하고 있는 *Southern v. How* 판결을 수록한 판례집도 두 개가 존재하는데, 하나는 본래 '상표사용자'인 직물업자(clothier)가 소를 제기한 것으로,[8] 다른 하나는 기만당한 '소비자'에 의해 제기된 것으로 알려져 있다.[9] 1900년 *Magnolia Metal Co v. Tandem Smelting Syndicate Ltd* 판결[10]에서 Lord Halsbury Lord Chancellor(이하 'LC')가[11] 인용하고 있는 판례도 직물업자가 제기한 것으로 보여지는데, 그 내용은 다음과 같다.

---

5) L. Bently et al, *INTELLECTUAL PROPERTY LAW*(5th ed), OXFORD, 2018, at 865; 이에 대하여 *Southern v. How* (1618) Popham. 143 사건을 기원으로 보는 견해로는 정상조, 『부정경쟁방지법 주해』, 박영사, 2020, 2면.

6) *Southern v. How* (1618) Cro. Jac. 468; Popham, 143; 2 Roll Rep. 26, *per* Dodderidge J. 다만, 이 사건은 상표침해 사건이 아닌 보석위조 사건이었다.

7) *Dean v. Steel* (1626) 82 E.R. 339, *per* Dodderidge J.

8) *Southern v. How* (1618) Cro. Jac. 468.

9) *Southern v. How* (1618) Popham. 143; 79 E.R. 1243.

10) *Magnolia Metal Co v. Tandem Smelting Syndicate Ltd* (1900) 17 R.P.C. 477 HL.

11) 2005년 『헌법개혁법(Constitutional Reform Act 2005)』이 시행되기 전까지 Lord Chancellor는 사법 기능을 수행하는 사법부의 수장, 행정권을 행사하는 내각 구성원 및 입법절차를 이끄는 상원의장을 겸하였다.

"이 사건은 직물업자가 민사법원(Common Pleas)에 제소하였던 것으로, 원고는 자신의 옷감 생산으로 큰 명성을 얻었는데, 커다란 수익과 이득을 가져다준 것은 바로 그 때문이라고 표현해 왔다. 그는 옷감에 자신의 고유 표장을 사용하기 시작함으로써 자신의 옷감으로 알려져야 했고, 다른 직물업자들도 그렇게 인식하였다. 소비자를 기만하기 위해 의도적으로 낮은 품질의 옷감에 원고의 표장과 동일한 표장를 사용하였는데, 이에 대한 원고의 소 제기는 적법한 것으로 판단했다."[12]

J. Baker 교수는 1986년 자신의 저서 *'Sources of English Legal History: Private Law to 1750'*에서 Doderidge 판사가 인용한 *Samford* 사건의 판결문 중 일부를 소개하고 있는데,[13] 이를 통해 당시 판사들의 '표장사용과 사칭통용'에 대한 인식을 엿볼 수 있다. 즉 이 사건의 Peryam 판사와 Mead 판사는 "누구든지 자신이 원하는 표장을 사용하는 것을 금지하는 법은 없으므로 피고가 원고의 표장을 사용하는 것은 불법행위가 될 수 없고, 전적으로 자신의 이익을 위해 합법적인 행동을 하는 사람에게는 기만(deceit)이 거짓이 될 수 없다"고 하여, 비록 피고의 행위로 원고가 손해를 입었지만, 이는 "권리침해 없는 손해(damnum absque injuria)"로서 원고가 불법행위 소송으로부터 구제받을 수 있는 손해로 인정되지 않는다고 결론지었다. 다만, 이 판결에서 재판장(Chief Justice, 이하 'CJ') Anderson만이 원고가 피고의 행위로부터 입은 손해는 보통법에 의해 구제받을 수 있다고 보았다.

당시에는 "동일 거래에 동일 표장(the same trade, for using the same mark)"을 사용하더라도 선사용자에게 표장에 대한 독점·배타적 권리를 인정하지 않았으므로 원고의 청구는 받아들여지지 않았다.

2. 보통법상 '사기'에 의한 불법행위

1824년 Sykes 사건[14]은 판결문으로 존재하는 보통법상 최초의 사칭통

12) C. Wadlow, *supra note* 2, at 20, 재인용.

13) J. H. Baker and S.F.C. Milsom, *Sources of English Legal History: Private Law to 1750* (2nd ed), Oxford University Press, 2010, at 673.

용 판례로 전해진다. 당시 사칭통용은 여전히 보통법상 '사기에 의한 불법행위(law of deceit)'의 한 예로 간주되었고, 그 구성요건으로 기만의 의도는 필요적이었다. 주관적 요건을 요구하는 것은 보통법상 사칭통용 법리가 상표에 관한 권리를 재산권으로 인식하지 못하고 여전히 불법행위법에 머물러 있음을 보여준다. *Sykes* 사건의 사건 개요는 다음과 같다.

> 원고는 자신의 총 벨트와 화약통에 "Sykes Patent"라는 표장을 사용했는데, 그 탁월한 품질로 인해 대단한 명성을 얻었다고 한다. 그런데 원고의 아버지는 위 제품들에 대하여 '특허'를 얻었지만, 곧 특허침해소송에서 무효심판을 받았다. 그럼에도 불구하고 원고는 식별력을 위해 "Sykes Patent"를 제품에 계속 사용해 왔다. 한편, 피고는 품질이 떨어지는 자신의 제품에 원고의 것과 동일한 표장을 표시하여 원고의 제품인 것처럼 가장하여 더 낮은 가격으로 소매상에 판매하였고, 소매상들도 이와 같은 사정을 알고 있으면서 피고의 상품을 원고의 상품으로 판매하였다. 이에 원고는 피고를 상대로 손해배상 소송을 제기하였다.

피고 측은 공동 피고인 중 한 명의 성(姓)이 Sykes이므로 자신의 표장으로 사용할 권리가 있으며, 자신의 직거래 고객인 소매상들이 속지 않았다고 항변했다. 이에 법원은 피고가 비록 원고의 상품으로 판매한 것은 아니지만 원고의 제품인 것으로 가장하기 위해 "Sykes Patent"를 표시한 사실과 소매상들로 하여금 원고의 제품으로 오인하여 판매하도록 기만한 점, 그로 인하여 원고의 매출이 감소되었다는 점을 인정하여 피고의 항변을 모두 배척하였다.[15]

보통법 법원(Common Law Court)은 이후에도 상표침해가 인정되기 위해 여전히 피고의 행위가 '기만의 의도'에 근거한 것임을 요구했고, 기존의 판례법을 적용하는 것을 제외하고 별다른 진전을 보이지는 않았다. 다만 1833년 *Blofeld v. Payne* 사건[16]에서는 피고가 원고와 동일한 포장(packing)을

14) *Sykes v. Sykes* (1824) 107 E.R. 834; (1824) 3 B & C. 541.
15) C. Wadlow, *supra note* 2, at 23.
16) *Blofeld v. Payne* (1833) 110 E.R. 509; (1833) 4 B. & Ad. 410.

사용하였다 하더라도 기만의 의도를 입증할 수 없다면 피고가 열등한 상품을 판매하여 특별한 손해가 발생했다는 점을 입증할 필요 없이 '명목적 손해(nominal damage)'[17]에 대해 배상청구할 수 있다고 판시했다. 법원이 명목적 손해배상을 인정하였다는 점은 피고의 행위에 대한 위법성을 확인하고, 원고에게 권리가 있음을 확인하는 정도의 의미만 가졌을 뿐이었다.

3. 형평법상 금지청구에 '주관적 요소' 불요

상표침해 소송에서 '사기(fraud)'과 같은 주관적 요소를 요구하지 않는다는 것은 상표를 재산권으로 인식하기 시작했다는 것을 의미한다. 그러한 측면에서 *Millington v. Fox* 사건[18]은 상표법상 상표를 재산권으로 인식하는 계기를 부여한 획기적인 판결로 평가된다.

> 원고인 Crowley Millington과 Thomas Isaac Millington은 50년 이상 철강 제품을 제조하는 사업을 해왔는데, 그들은 한 개 이상의 강철봉을 함께 압연(壓延)하는 독특한 공정을 통해 철강 제품을 생산했다. 그들이 제조한 각각의 강철 제품에는 "Crowley" 또는 "Crowley Millington"이라는 글자와 함께 Millington의 최고 직공인 John Heppel의 이니셜인 "I. H."가 찍혀 있었다. 한편 피고 James Foxd와 Samuel Fox 역시 수년간 철강 사업을 해 왔는데, "Fox Brothers"라는 표장과 함께 원고의 표장을 자신의 제품에 찍어 판매한 것이 문제가 되었다. 피고는 일반적으로 "Crowley"는 "faggot(쇠막대 다발, 쇠뭉치)"와 동의어로 이해되고 있을 뿐 특정 사업자의 제품을 지칭하는 것이 아니며 자신의 위 표장사용은 '사용에 의한 식별력(secondary meaning)'을 얻은 것이라고 항변했다. 피고의 이러한 주장의 배경에는 시장에서 그 표장을 제조의 출처

17) 영미법상 '명목적 손해배상'이란 불법행위의 성립은 인정되지만, 피해자가 손해를 거의 입지 않았다고 판단하는 경우 법원이 불법행위 자체가 존재하였다는 점을 인정한다는 의미로 아주 적은 금액의 손해배상 결정을 내리는 것을 말한다(법원행정처, "징벌적 손해배상의 적정한 운영방안에 관한 연구", 사법정책연구원, 2019, 44~45면).

18) *Millington v. Fox* (1838) 40 E.R. 956; (1838) 3 My & C, 338.

가 아닌 특정한 제조 방법을 지정하는 것으로 이해했기 때문이었다. 이를 근거로 피고는 고의로 원고의 표장을 이용하지 않았음을 주장하였다.

이 사건에서 Lord Cottenham LC는 피고가 원고의 존재를 알지 못했고 또한 그의 표장이 '사용에 의한 식별력'을 획득하였다 하더라도 원고의 표장을 사용하는 것은 피고에게 기만의 의사가 있었는지 여부와 관계없이 원고에게 손해를 초래할 수 있기 때문에 형평법상 금지명령(injunction)을 내릴 수 있다고 판단했다. 이 사건에서 주관적 요건을 고려하지 않은 것은 상표에 대한 권리를 재산권으로 이해하기 시작했음을 시사하는 것이기는 하나, 위 금지명령은 '구매 공중의 혼동 방지를 위해' 내려진 것이지 상표 소유자의 권리보호를 위한 것은 아니었다.

"원고가 이 사건 표장에 대한 권원(title)을 가지고 있음을 입증하는 것은 충분했다. 그리고 그들은 의심할 여지 없이 그 권리를 집행하기 위한 형평법 법원의 도움을 받을 권리가 있다. 동시에 이 사건은 한 사람이 다른 상인이 사용하는 상표나 명칭을 기만적으로 사용하여 발생하는 통상적인 종류의 사례와는 상당히 다르다. 이 사건은 원고의 표장을 기만적으로 사용했다고 판단할 이유가 없다고 본다. 그것은 피고가 적극적으로 부인하는 답변을 했고, 피고가 강철을 제조하는 업체로서 원고의 존재를 알고 있었다는 증거도 없다. 비록 "Crowley"와 "Crowley Millington"이라는 용어가 단지 기술적(記述的) 표장에 불과하다는 것을 보여주는 증거는 없지만, 적어도 변론에 의할 때 이 용어가 강철의 특정 품질을 기술하는 것으로 사용되었음을 보여주기에 충분하다. 요컨대 피고의 표장사용에 어떤 사기 의도가 있었던 것으로 보이지는 않지만, 그러한 상황이 원고의 명칭을 배타적으로 사용할 권리를 박탈하지는 않는다. 따라서, 이 사건은 원고에게 영구적 금지명령을 허가해 줄 수 있다고 판단했다."[19]

19) *Id.*, 352.

이 시기의 보통법상 상표침해 소송에서는 여전히 '기만의 의도'는 필수적이었으며, 선례에서 정립된 법리를 적용하는 것 외 크게 진전을 보이지 않았다. 그도 그럴 것이 보통법상 손해배상은 이미 발생한 위법한 침해에 대한 사후적, 금전적 구제수단임에 대하여, 형평법상 금지명령은 위법한 침해에 대한 사전예방적(quia timet) 구제수단이며, 손해배상과 달리 침해자의 고의나 과실과 같은 주관적 요건을 요하지 않아 당사자들에게도 권리구제의 실효성을 기대하기 쉬웠기 때문이다. 이러한 이유로 당사자 권리구제 수단에 대한 새로운 발전은 대부분 형평법 법원(Court of Chancery 혹은 Court of Equity)에서 만들어진 것이다.

Millington v. Fox 사건이 유의미한 진전의 시작이었음에도 불구하고, 상표를 재산권으로 받아들이려는 전향적(前向的) 태도는 여전히 일반화되지는 못했다. *Perry v. Truefitt* 판결[20]에서 Lord Langdale MR[21]은 상표에 대한 권리를 배타적 권리인 "재산권(property)"로 이해하지는 않았고, 상표침해행위를 사칭통용에 의한 불법행위(tort)로 판단했다. 다만, 1842년 전까지 "pass off"라는 표현이 사용되었던 것이 이 사건을 시작으로 "Passing off"라는 용어가 사용되었고, 오늘날에도 일반적인 용어로 정의되고 있다. *Perry v. Truefitt* 사건의 개요를 소개하면 다음과 같다.

> 원고 Perry는 "Perry's Medicated Maxican Balm"이라는 헤어 트리트먼트 제품을 제조·판매하였다. 한편 Perry의 경쟁업체인 피고 Truefitt은 원고의 제품과 매우 유사한 성분과 효능을 가진 제품을 만들어서 "Truefitt's Medicated Maxican Balm"이라는 명칭으로 판매하였는데, 제품의 용기와 라벨 역시 유사했다. 원고는 "Medicated Maxican Balm"이라는 명칭은 자신의 영업에 있어 본질적 요소이므로 다른 사업자가 사용할 수 없도록 독점·배타적 권리를 인정해야 한다고 주장하며 피고의 명칭 사용에 대한 금지명령을 구하였다.

---

20) *Perry v. Truefitt* (1842) 49 E.R. 749; 6 Beav. 418.

21) Court of Appeal의 형사부 수장을 'Lord Chief Justice', 민사부의 수장을 'Master of Rolls'이라 한다.

법원은 원고의 명칭 사용에 대한 독점권 주장을 받아들이지 않았고, 또 명칭이 동일하다는 사실만으로는 사칭통용이 성립할 수 없다고 하였다. 그러나 이 판결은 사칭통용이, 보다 정확하게는 '부실표시'가 금지명령 신청의 근거가 될 수 있음을 밝히고 있다는[22] 점에 의미가 있다. Lord Langdale MR은 사칭통용의 근거에 대하여 다음과 같이 밝히고 있다.

> "누구도 타인의 제품을 자기의 것인 양 자신의 제품을 판매하지 않는다. 즉, 그러한 기만은 허용될 수 없으며, 그러한 목적을 위한 수단으로 이용할 수도 없다. 따라서 소비자들로 하여금 자신이 판매하는 제품이 다른 사람이 제조한 것으로 믿도록 오인유도될 수 있는 이름, 표장, 문자 또는 기타 표시 등을 사용하는 것은 허용될 수 없다. 나는 명칭이나 표장으로 재산권을 얻을 수 있다고 생각하지 않지만, 그러한 명칭이나 표장에 재산적 가치가 있건 없건 간에, 누구도 기만의 목적으로 혹은 자신의 거래에 끌어들이기 위해 타인의 명칭이나 표장을 사용할 권리를 갖고 있지 않다는 점과 그러한 부당한 행위가 없었다면 특정 명칭이나 표장을 처음 사용했거나 단독으로 사용해 온 사람은 그것을 계속해서 사용해 나갈 수 있다는 점에 대해 의심하지 않는다."[23]

형평법 법원은 1861년 *Day v. Day* 사건[24]에 와서야 처음으로 '명성(reputation)'이나 '업무상 신용'을 구축한 영업자를 보호하기 위해 특정 표장이나 표지를 사칭통용 한 행위에 대하여 금지명령을 내린다. 이 사건에서 사칭통용의 규율 대상에 선의(혹은 무과실, innocent)의 부실표시가 포함되었다. 이는 오늘날까지도 여전히 유효한 원칙이며 업무상 신용에 대한 독점·배타적 효력을 가져다주었다. 그런데 상표권을 재산권으로 인정하려는 본격적인 시도는 1863년 *Edelsten v. Edelsten* 사건[25]에서 시작되었다.

---

22) *Perry v. Truefitt* (1842) 49 E.R. 749, [71].

23) *Id., per* Lord Langdale MR.

24) L. Bently, *'Day v. Day, Day and Martin(1816)'*, in J. Bellido (ed), Landmark cases Intellectual Property Law, 2017, at 87.

25) *Edelsten v. Edelsten* (1863) 46 E.R. 72; (1863) 1 De G J & S 185.

Lord Westbury LC는 "문제는 원고가 상표에 대해 재산권을 가지는지 여부이다. …(중략)… 그렇다면 피고의 상표가 원고의 상표와 실질적으로 동일한지 여부이고 결국 그것은 그의 재산권 침해의 문제이다"라고 언급하였다. 그는 또 "보통법상 기만 사건에서 소송에 의한 구제가 적합하기 위해서는 피고 측의 기만을 입증하는 것이 본질적"이겠지만, 형평법 법원은 "재산권만 보호한다는 원칙을 견지할 것이며, 금지명령에는 피고의 기만을 입증할 필요가 없다"고 하였다. 이러한 원칙에 따라 그는 피고가 원고의 상표에 대해 알고 있었고 자신의 제품에 사용하기 위해 원고 제품의 본질적 부분을 의도적으로 채택한 것은 원고 상표에 대한 "해적행위(piracy)"에 해당한다고 하였다.[26] Lord Westbury LC의 판시 내용은 이전부터 상표권을 재산권의 한 형태로 접근하고자 했던 학계의 큰 환영을 받았다.[27]

이와 같은 흐름 속에서 1865년 형평법 법원은 *Leather Cloth* 사건[28]에서 상표권의 근거가 '재산권'에 있음을 처음으로 인정하게 된다. 즉 법원은 피고에게 "표장사용에 있어서 기만의 의도가 있다고 보이지는 않으나, 이러한 상황이 원고가 해당 표장을 배타적으로 사용할 권리를 박탈하지 않는다"고[29] 하여 금지명령을 허가함에 있어 '기만의 의도'가 반드시 요구되지 않는다고 한 것이다. *Millington v. Fox* 사건과의 차이점은 공중이 기만당하는 것을 방지하기 위함이 아니라 '상표사용자'의 표장에 대한 배타적 사용권 보호를 위하여 금지명령을 인정하였다는 점이었다. 이는 곧 표장을 사실상 재산권으로 보호하는 결과를 만들어냈다. 그러나 이러한 해결방법이 당시로서는 상당히 파격적이었음에도 불구하고 두 가지 문제점이 남아 있었다. 우선, 이른바 상표 상의 '재산권'이라는 것이 오직 형평법 법원에서만 인정되

---

26) *Id.*, 185, 199.

27) L. Bently, *From Communication to Thing: Historical Aspects to the Conceptualisation of Trade Marks as Property*, U Iowa Legal Studies Research Paper No. 07-31, TRADEMARK LAW AND THEORY: A HANDBOOK OF CONTEMPORARY RESEARCH, Graeme B. Dinwoodie and Mark D. Janis, eds., Edward Elgar Publishers, 2008, at 28.

28) *Leather Cloth Co. v. American Leather Cloth Co.* (1865) 11 H.L. Cas 523; 11 E.R. 1435 HL.

29) *Id.*

었어야 했는가와 둘째로 형평법 상의 불법의 범위가 보통법보다 훨씬 더 넓어진다는 점이었다.[30] 그것은 형평법 법원이 표장사용에 대한 배타적 권리를 재산권과 같이 취급함으로써 그러한 권원에 기초한 상표권 침해소송에 관여할 수 있는 재판관할권을 정당화하고자 하였기 때문이라고 풀이된다.[31] 그러나 이러한 보통법과 형평법 간의 부조화는 1873년『최고법원법(Supreme Court of Judicature Act 1873)』의 제정으로 정리된다.

4. 법제 개혁에 따른 재산권 보호 법리로 발전

1870년대에 이르러 형평법상 상표권의 재산권 법리가 빠르게 진화할 수 있는 배경이 된 획기적인 사법적 단행이 있었으니, 그것은 1873년『최고법원법』과 1875년『상표등록법(Trade Marks Registration Act 1875)』의 제정이었다. 우선, 최고법원법의 제정으로 보통법 법원과 형평법 법원은 하나로 통합되어 '보통법 법원'의 단일체제 하에서 운용할 수 있게 되었다. 다만 최고법원법 제25조 제11항은 재판에서 보통법과 형평법 간 상호 충돌되는 경우 '형평법'이 우선한다는 일반조항을 두어, 사기나 기만의 의도와 같은 악의(mala fides)의 입증을 요구하지 않는 상표권 침해 구제 원칙은 일관되게 유지될 수 있었다. 둘째로 1875년 상표등록법의 제정은 사칭통용의 소(訴)에 직접적인 영향을 미치지는 않았지만, 간접적으로 미치는 효과는 적지 않았다. 1875년 상표등록법은 '상표'에 대하여 처음으로 "특별하고 식별력 있는 방식으로 인쇄된 개인이나 회사의 표장, 도안, 명칭, 또는 개인 또는 회사의 서명 또는 그 사본, 또는 식별력 있는 라벨 또는 표"로 정의하였으나, 상표를 '재산권'으로 명시하지는 않았다. 다만 등록자는 등록상표의 소유자가 되고, '권원'이라는 단어로 상표와 상표 소유자의 관계를 기술하여,[32]

30) C. Wadlow, *supra note* 2, at 27.

31) Robert G. Bone, *Hunting Goodwill: A History Of The Concept Of Goodwill In Trademark Law,* 86 B.U.L. Rev. 547, 2006, at 561.

32) L. Bently, *From Communication to Thing: Historical Aspects to the Conceptualisation of Trade Marks as Property,* U Iowa Legal Studies Research Paper No. 07-31, TRADEMARK LAW AND THEORY: A HANDBOOK OF CONTEMPORARY

상표등록으로 상표권자는 사실상 재산권 행사에 해당하는 상표에 대한 독점·배타적 사용권과 상표권 침해에 대한 제소권을 부여받았다. 또 이 법이 통과되지 전에 이미 존재했던 비공식적인 상표, 즉 1875년 8월 이전까지 사실상 표장으로 사용되었던 단어 또는 명칭이 그 기준에 미치지 못하였더라도 등록할 수 있도록 허용하였다. 이후 1876년 개정 상표등록법에서는 등록이 거절되었지만, 1875년 이전부터 사실상 표장으로 사용해 온 표장에 대하여 침해소송(infringement action)을 허용해 주었기 때문에 사칭통용 법리는 계속해서 발전할 수 있는 상황이 전개되었다.

Ⅱ. 사칭통용 법리의 확립

1. 업무상 신용의 재산권적 지위 확정

사인 간 업무상 신용에 대한 '영업양도'와 같은 상업적 거래는 이미 오래전부터 이루어져 왔으나[33] 법원이 그 본질에 대하여 명시적으로 정의한 바는 없었다. 19세기 말까지도 상표권은 실거래에서 재산권으로 다루어지고 있었음에도 불구하고, 실정법과 판례상으로는 배타적 사용권을 침해하는 행위에 대한 소권만 인정하였을 뿐 명시적으로 재산권임을 인정하지는 않았다. 그랬던 상황이 1901년 *Muller* 사건[34]에 와서 비로소 '업무상 신용'에 대한 법적 정의가 내려지게 되었고, 1915년 *Spalding* 사건에서 Lord Parker가 상표권을 재산권으로 인정하면서 법적 보호가 시작된 것이다.

Muller 사건에서 Lord Macnaghten은 업무상 신용이 형성되기 위해서

RESEARCH, Graeme B. Dinwoodie and Mark D. Janis, eds., Edward Elgar Publishers, 2008, at 31~32.

33) *Broad v. Jollyfe*, (1620) Cro Jac 596, 597; 79 E.R. 509; *Crutwell v. Lye* (1810) 34 E.R. 129; 17 Ves. Jr. 335.

34) *Inland Revenue Commissioners v. Muller & Co's Margarine Ltd* [1901] A.C. 217 HL. 이 사건의 자세한 내용은 정문기, "Passing Off에 관한 연구", 고려대학교 박사학위 논문, 2020, 31면.

는 고객으로 하여금 상품이나 영업의 출처로 돌아오게 할 만큼 충분한 흡인력을 가져야 한다고 보았는데, 업무상 신용을 "애고(愛顧, Custom)를 가져오는 매력적인 힘"으로 정의하였다. 그런데 업무상 신용이라는 것이 "독립적인 실체가 없기 때문에" 사칭통용의 소의 적합성을 위해서는 그 의미를 조금 더 구체화할만한 요소가 필요하였다. 이에 대해 대법관 모두 부실표시에 의해 손해가 발생할 수 있는 중요한 요소는 '지역적 위치(영업 지역)'에 있다는 데 결론을 내리고 이를 반드시 고려하여야 한다고 보았다.

업무상 신용의 재산권적 지위가 확립되고 시간이 지남에 따라, 업무상 신용의 개념은 물론 부실표시의 대상도 명칭이나 표장에 국한하지 않고 상품이나 영업의 품질과 관련된 표현 그리고 원고·피고 사이에 관련성이 있음을 나타내는 표시행위로 확대되었다. 이렇게 사칭통용의 개념 및 그 범위가 확장된 것을 강학상 "확장된 사칭통용(Extended Passing off)"이라 한다.

2. 사칭통용 법리의 확장

(1) 업무상 신용

원칙적으로 업무상 신용의 소유자는 업무나 영업활동에서 자신의 표지를 사용하는 '영업자'이다. 그런데 산업이 발전하고 경제규모가 성장함에 따라 개별 영업자는 물론 영업자 단체도 업무상 신용을 공동으로 창출하여 보유하는 현상이 발생했다. 그에 따라 공동소유관계에 있지 않은 사업자단체도 제품의 명칭이나 특징에 존재하는 업무상 신용을 공동으로 가질 수 있다는 점을 인정할 필요성을 인식하게 되었다. 종래의 사칭통용 법리로부터 그러한 중대한 변화를 촉발시킨 것은 바로 1960년 *Bollinger* 사건[35]이었다. 이전의 사칭통용 사례는 특정 표지와 관련하여 개별 사업자나 공동소유자(joint owners)의 업무상 신용에 대한 판단이었다면, 이 사건을 시작으로 *Advocaat*,[36] *Scotch Whisky*,[37] 그리고 *Greek Yoghurt*[38] 등과 같이 특정

35) *Bollinger v. Costa Brava Wine*, [1960] R.P.C. 16.

36) *Erven Warnink BV v. J Townend & Sons (Hull) Ltd* (No.1) ("*Advocaat*") [1979] A.C. 731, 742 HL.

지역의 재료로 생산한 제품임을 나타내는 명칭을 사용하는 사업자들이 해당 상품표지에 형성된 '단체의(collective) 업무상 신용'을 공유하는 것으로 보았다.[39] 특히 *Advocaat* 사건[40]에서 대법원은 '확장된 사칭통용'이 지리적 출처의 표시에만 국한되지 않고, 차별적 특징이나 품질을 가진 모든 제품에 동일하게 적용될 수 있다고 보았다. 이전 판례법은 Champagne이나 Scotch Whisky[41]와 같이 특정한 지리적 출처를 나타내는 성분(재료)을 사용하여 차별화된 방식으로 제조한 제품에 국한하여 판단하였으나, *Advocaat* 사건에서는 비록 지리적 연관성이 주장되지 않았지만, 원고의 상품명과 특정 성분 사이에 존재하는 연관성까지 확대하여 판단했다.

'단체의 업무상 신용'을 소유하는 형태는 다수의 당사자가 업무상 신용을 '공동소유'하는 형태와 유사하지만, 중요한 문제점은 과연 누가 공동의 업무상 신용을 통제할 수 있는가에 관한 것이었다. 업무상 신용의 전통적 소유형태 중의 하나인 '동업관계'의 경우, 각 동업자는 다른 동업자가 표지를 독점적으로 사용하는 것이 아닌 한 이를 제한할 수 없고, 모든 동업자는 타인의 불법적인 표지사용을 금지할 수 있다. 이와는 대조적으로, '단체의 업무상 신용'을 소유하는 형태에서는 다른 생산자들은 특별히 동업관계를 맺거나 기존 소유자들의 동의가 없더라도 업무상 신용을 영위하는 단체에 참여할 수 있다는 점에서 차이가 있다.[42]

확장된 사칭통용의 소 제기의 전제가 되는 '업무상 신용'을 가지는지를 판단함에 있어, 공중 사이에 그러한 기술적 표장이 식별력을 얻었는가와 그 명칭을 사용할 수 있는 자격을 가진 사람인가를 판단하는 것은 별개의 문제

37) *John Walker & Sons v. Douglas McGibbon* [1972] S.L.T. 128.

38) *Fage UK Ltd & Another v. Chobani UK Ltd & Another* [2014] EWCA Civ. 5.

39) 정문기, "엔터테인먼트산업에서 업무상 신용의 보호", 법학논총 제44권(3), 단국대학교 법학연구소, 2020, 165면.

40) *Erven Warnink BV v. J Townend & Sons (Hull) Ltd* (No.1) ("*Advocaat*") [1979] A.C. 731, 742 HL.

41) *John Walker & Sons v. Henry Ost & Co.* [1970] R.P.C. 489에서 "Scotch whisky"는 블랜디 위스키를 의미하며 그 성분은 모두 스코틀랜드에서 증류된 위스키를 말한다고 판시하였다.

42) L. Bently, *supra note* 5, at 921.

였다. 이에 대해 Bently 교수는 '단체의 업무상 신용' 운용과 관련하여 다음과 같은 세 가지의 문제점을 지적하고 있다.

첫째, '단체의 업무상 신용'에 참여하기 위해서는 개별 사업자의 영업범위가 어느 정도 광범위해야 하는가이다. 이러한 의문을 갖게 한 것은 *Jif Lemon* 사건에서 Lord Diplock이 "사업자 집단과 관련하여, 시장에 진입하는 것만으로 사칭통용의 소를 수행할 권한이 주어지지는 않는다. 새로운 진입자는 자신의 상품과 관련하여 시장에서 충분히 오랫동안 기술적 표장을 사용했고, 자신의 영업을 위해 업무상 신용을 쌓을 만큼 충분한 영업활동이 있어야 한다"고 하여 사업자가 특정 제품과 관련하여 거래하기 시작했다는 사실만으로 '단체의 업무상 신용'에 참여할 권리가 있다는 것을 의미하지는 않는다고 언급하였기 때문인데,[43] 과연 개별 사업자가 그러한 단체의 일원임을 확정하기 위해 필요한 요건은 무엇인지 명확하지 않다는 것이다.[44]

둘째, 법원이 업무상 신용에 참여할 생산자단체를 정확히 어떻게 정의하느냐 하는 것이다. 일반적인 경우 '명성'은 단체에 속한 개별 사업자들 스스로가 그에 대한 관리가 가능하기 때문에 법적 쟁점이 될 가능성은 적다. 그러나 그 단체를 정의하는 것이 결코 쉽지 않다는 것이다.[45]

세 번째는 공유된 업무상 신용의 참가자는 단체가 정한 기준을 어느 정도 범위까지 자유롭게 변경할 수 있는가이다. 예컨대, '이중발효' 과정을 거치지 않은 샴페인은 건강에 좋지 않은 영향을 주는 것으로 밝혀졌기 때문에, 그러한 생산공정을 거치지 않는 일부 샴페인 제조업체들이 계속해서 Champagne이라는 명칭을 사용한다면 해당 단체에서 제외시킬 수 있을 것인지 문제될 수 있다고 한다.[46]

(2) 부실표시

1) 품질에 대한 부실표시

---

43) *Reckitt & Colman Products Ltd v. Borden Inc* (No. 3) [1990] 1 W.L.R. 491; [1990] 1 All E.R. 873.

44) L. Bently, *supra note* 5, at 921.

45) *Id.*, 922.

46) *Id.*

사칭통용에 있어서 부실표시는 표의자의 내심이 '악의'에 의한 것이든 '선의'에 의한 것이든 그 성립에 영향을 미치지 않고 오인유도 하는 '표시행위(representation)'를 한다는 객관적 사실에 있다. 전통적인 사칭통용의 소에서 부실표시도 업무상 신용의 개념과 범위가 확장됨에 따라 자연스럽게 변화되었다. 우선 상품이나 영업의 출처표시에 대한 부실표시로부터 '품질'에 대한 부실표시로 확대되었다. 그러한 이유는 피고가 원고의 명성에 직접 편승한다는 사실보다는 피고의 행위가 원고의 업무상 신용에 부정적인 영향을 미치거나 매출에 손실을 가져오기 때문이었다. 그리고 업무상 신용의 권리 귀속 주체가 단체로 확장된 것과 같이, 생산자단체가 차별적 품질을 갖는 상품에 특정 지역 명칭이나 표지를 공유하여 창출한 업무상 신용을 훼손하는 것도 부실표시로 판단하게 되었다.

사칭통용의 법리가 보통법상 '출처'에 대한 부실표시에 머무르던 인식을 '품질이나 광고 등'으로 부실표시의 대상을 포괄적으로 넓힘으로써 현대적 의미의 부정경쟁방지 법리로 발전하도록 영향을 준 것은 1915년 *Spalding v. Gamage* 사건[47]이었다. 사건의 개요는 다음과 같다.

> 1910년 원고(Spalding)가 제작하여 'ORB'라는 명칭이 붙여진 축구공은 품질이 만족스럽지 못하다는 이유로 폐기물 처리 상인들에게 처분되었고, 새로 출시된 개선된 축구공은 'Improved ORB'라는 명칭으로 제작·판매되었다. 피고(Gamage)는 폐기장에 버려진 공을 구입한 후 가공을 하여 새로운 상품인 것처럼 "Improved ORB"라는 문구를 붙여 광고했고, 원고의 제품보다 인하된 가격으로 상당수의 도매상에 판매하였다. 이에 원고는 피고에 광고 내용을 수정할 것을 요구했고, 피고는 'Improved' ORB라고 표현한 것에 잘못을 시인하고 광고를 철회하기는 했지만, 그 후에는 'Specially Tested ORB'라는 문구로 광고하여 판매했고 또 그 부분에 대하여 자신의 권리를 주장하였다. 이에 원고는 피고가 'Specially Tested ORB'라는 문구로 또는 'ORB'가 일부를 구성하는 문구로 축구공을 판매, 광고하는 것에 대하여 금지명령을 청구했다.

47) *Spalding (AG) & Bros v. A.W. Gamage Ltd* (1915) 32 R.P.C. 273 HL.

Lord Parker는 "누구도 자신의 상품을 타인의 상품으로 표시할 권리가 없다"는 기본 원칙을 강조하면서, 그러한 표시행위는 반드시 사기로만 이루어질 필요가 없다고 판시했다. 또 사칭통용은 거짓표시(false representation)를 원인으로 하는 것이지만, "거짓표시를 오인케 할 수 있는 방법을 모두 열거하거나 분류하는 것은 불가능하다"고 했다. 그는 피고의 광고와 원고의 카탈로그 사이의 유사성을 거론하면서, 단순한 단어의 사용이 아니라 "Specially Tested ORB"라는 단어가 포함된 축구공에 동일 이미지를 사용했다는 점이 문제가 된다고 보았다. 두 광고를 비교해 보았거나 카탈로그를 본 사람이라면 누구나 피고가 원고의 카탈로그에서 광고하는 제품의 절반 이하 가격으로 판매한다는 점을 믿게 된다는 것이다. 문제는 광고의 개별 문구가 사실인지 여부가 아니라 광고 전체가 기만에 해당하는 것으로 판단할 수 있는가였다. Lord Parker는 피고의 행위를 기만적으로 평가하게 된 이유에 대하여 다음과 같이 판시하였다.

> "사칭통용의 소의 근거가 되는 피고의 거짓표시는 각 사례에서 거짓표시가 이루어졌다는 사실부터 입증되어야 한다. 물론 명시적으로 표현된 것일 수도 있겠지만, 이런 종류의 표현이 명시적인 부실표시로 인정되는 경우는 드물 것이다. 보다 일반적으로는 타인의 상품이 공중의 마음에 연상되는 표장, 상호 또는 외관의 사용 또는 모방으로부터 그 표시행위가 암시되는 경우이다. 이때 결정되어야 할 사항은 사안의 모든 정황을 고려하여 피고가 해당 표장, 명칭 또는 외관과 관련하여 사용하는 것이 원고의 상품이나 특정 등급의 품질의 상품임을 묵시적으로 나타내는 것인지 또는 때때로 피고가 그러한 표장, 명칭 또는 외관을 사용하는 것이 기만으로 평가될 수 있는지 여부이다."[48]

Lord Parker가 설시한 내용은 사칭통용 법리의 현대적 의미에 있어서 두 가지 중요한 의미를 갖는다. 첫째, 사칭통용이 출처혼동을 가져오는 부실표시라는 기존의 틀에서 벗어나는 계기를 부여했다는 점과 둘째로, 영국의

48) *Id.*, *per* Lord Parker.

대법원이 사칭통용의 법리를 재산권 보호의 관점에서 설명하기 시작했다는 점이다. 이러한 배경에는 20세기를 전후로 이미 학계에서 상표에 존재하는 영업이나 업무상 신용의 가치가 재산권이라는 혁신적인 논의가 있었기 때문이었다. 즉, 오랫동안 업무상 신용은 재산권의 한 형태로 인식되어 오기는 했지만, 법적인 권리가 아니었으므로 부실표시로부터 쉽게 침해될 수 있는 지위였다. 이러한 상황에 대해 학계 일반은 기존의 사칭통용 법리만으로는 그것을 보호하는 데 전혀 이점이 없다는 점에 공감하고 있었던 것이다.[49] 그러나 이 판결을 계기로 더 이상 '사기'의 필요성에 집착하지 않게 되었고, 이전보다 사칭통용 법리에 의한 재산권 보호에 커다란 변화를 가져오게 되었다. 이는 곧 보통법상 경제적 불법행위 중 하나인 사칭통용이 엄격한 책임의 불법행위가 되었음을 의미한다.[50] 다만, 위 판례가 부정경쟁방지 법리로 발전할 수 있는 계기를 마련하였다는 의미를 지녔음에도 불구하고, 한동안 실제 사례에 미치는 파급효과는 미미했다. 그 이유는 당시 다수의 법관들이 이 판례를 변화된 경제환경에 따라 새로운 범주의 부실표시로 참고할 수 있는 선례로 사용하기보다는, 전통적인 원칙이 완벽한 표준으로 기능하기 위해 제한된 범위 안에서 예외로만 존재하는 사례로 간주했기 때문이었다.[51]

2) 특정 지역 생산자의 특별한 제조법

Spalding 사건 이후 중요한 진보는 1960년 *Bollinger v. Costa Brava* 사건[52]에 와서 이루어졌다. 이전까지 사칭통용의 소는 원고의 식별력 있는 '표장 보호'라는 관점에서 이해되었고, 설사 동일 품질의 상품을 타인이 사칭통용 하더라도 그것은 두 종류의 상품이 모두 원고의 출처를 표시하는 경우에만 가능했다. 만약 법원이 일반적으로 행해지는 상품에 대한 오기(misdescription)나 기술적 표장에 대한 오용(misuse)을 규제한다면 그것은 사법의 권한 범위를 벗어나는 것으로 간주되기 때문이었다.[53] *Bollinger* 사

49) C. Wadlow, *supra note* 2, at 32.

50) *Id.*

51) *Id.*

52) *Bollinger v. Costa Brava Wine Co Ltd* [1960] Ch 262; [1959] 3 All E.R. 800; [1960] R.P.C. 16.

건에서 법원은 프랑스 샹파뉴 지역 포도로 '샴페노아(champenois)' 공정을 통해 스파클링 와인(Sparkling wine)을 만든 샴페인 생산자들에게 피고가 'Spanish Champagne'라는 명칭을 사용해 판매하는 행위를 공동으로(jointly) 그리고 개별적으로(severally) 저지할 권리가 있다고 판단했다. *Bollinger* 사건 이후부터 '품질 등'에 대한 부실표시도 사칭통용이 될 수 있다는 원칙을 실질적으로 적용하기 시작한 것이다.[54]

3) 상품에 대한 '통제 또는 책임'을 암시하는 부실표시

법원은 피고의 행위가 원고의 상품이나 영업에 대해 어떤 종류의 통제나 책임을 지고 있다는 암시를 주는 경우에도 부실표시가 발생할 수 있다고 한다. 원·피고 사이에 어떠한 연관관계가 있음을 암시한다는 사실만으로 반드시 사칭통용에 해당한다고 볼 수는 없다. 즉, 피고의 부실표시는 원고가 해당 상품이나 영업에 대해 어떤 종류의 통제나 책임을 지고 있음을 암시하는 경우에만 관련성(connection)이 인정되기 때문이다.

1996년 *Harrods* 사건[55]은 부실표시를 인정하는 데 필요한 '관련성'이 쟁점이 되었다. 런던의 유명 백화점 Harrods는 자사 직원의 스포츠클럽인 Harrodian Club의 이전(移轉)부지 근처에 사립 초등학교가 설립되고, 'Harrodian School'이라는 명칭을 사용하자 학교를 상대로 금지명령을 신청했다.

항소법원(Court of Appeal)은 i) 두 명칭이 동일하다고 볼 수 없고, ii) 공통의 활동 분야가 존재하지 않으며, iii) 공중의 혼동 가능성이 없으므로 손해의 실제 가능성 없음을 이유로 원고의 청구를 기각하였다. Millett LJ는 부실표시로 암시되는 관련성은 원고가 피고의 상품이나 영업의 질에 대한 책임을 지고 있다는 점이 공중들로부터 인식되어야 할 것인데, 이 사건 피고의 상품이나 영업의 질에 대해 원고에게 책임이 있다고 볼만한 관련성을

53) C. Wadlow, *supra note* 2, at 34.

54) *Vine Products Ltd v. Mackenzie & Co Ltd* (No.5) [1968] F.S.R. 625; [1969] R.P.C.1; *Argyllshire Weavers Ltd v. A Macaulay Tweeds Ltd* [1964] R.P.C. 477 (Court of Session); *Walker (John) & Sons Ltd v. Henry Ost & Co. Ltd* [1970] 2 All E.R. 106; [1970] R.P.C. 489.

55) *Harrods v. Harrodian School* [1996] R.P.C. 697 CA.

찾을 수 없다고 하였다. 원고가 피고를 후원하거나 재정적 지원을 했다는 사실만으로는 일반적으로 공중에 피고의 교육서비스에 대한 책임을 진다는 인상을 주기에 충분치 않다는 것이었다.

Harrods 사건은 특히 후원관계(sponsorship)와 관련하여 사칭통용의 범위에 중요한 제한을 두었다. 통상 스포츠나 엔터테인먼트업계에서 명칭이 드러날 것을 요구하는 사업체의 후원을 받게 되면 그로부터 통제를 받거나 책임을 지게 되는 것이 일반적이지만, 학교나 교육기관의 경우에는 후원이나 재정적 지원을 하는 사람들이 해당 기관이나 교육서비스의 질을 통제하거나 책임을 질 것을 기대하지 않기 때문에 일반적인 후원관계에서 책임 및 통제의 연관성과는 차이가 있다고 하였다.

자신의 상품이나 영업에 대한 통제나 책임을 지고 있다는 부실표시를 포함할 수 있도록 하는 '확장된 사칭통용'의 소는 현대 상업 환경에서 관련성의 범위를 확장하는 역할을 했는데, 이는 유명인들(Celibrities)이 자신의 이미지나 그 밖의 인격표지에 대한 상업적 이용을 통제하기 위해 사칭통용법리를 이용할 수 있는 가능성을 가져다주었다. 그런데 유명인들이 자신의 성명과 이미지를 사용하여 상품과 영업을 '추천(endorsement)'하고 연관시키는 것이 현대 마케팅의 통상적인 관행임에도 불구하고, 영국법은 독일과 같이 개별적 인격권(besonderes Persönlichkeitrecht)나 일반적 인격권(allgemeines Persönlichkeitrecht)에 대한 법리를 가지고 있지 않다.[56] 법원 역시 유명인 인적식별표지(personality) 보호 문제에 대해서 영국법의 기본 원칙을 바꾸지 않았으며, 미국의 퍼블리시티권과 같은 독립된 법리를 인정하려는 동향도 보이지 않았다. 다만 최근 *Irvine v. Talksport* 사건[57]과 *Rihanna* 사건[58]에서 법원은 유명인 자신이 동종 업계의 사업자로서 연관성을 암시할만한 '특정 상황'에서는 사칭통용의 소를 통해 인적식별표지 사용을 스스로 통제하고 무단사용에 대해 구제받을 수 있다고 하여, 종래 입장

56) 독일의 인격권은 민법 제12조에 성명권(Namensrecht)에 관한 규정을 둔 것으로부터 비롯되었다(안병하, "독일 퍼블리시티권 관련 논의 개관", 비교사법 제23호(1), 한국비교사법학회, 2016, 112~113면).

57) *Irvine v. Talksport* [2002] EWHC 367 (Ch); [2002] E.M.L.R. 32; F.S.R. 60.

58) *Robyn Rihanna Fenty v. Arcadia Group Brands, Ltd.* [2015] EWCA Civ 3.

과는 다른 진일보한 판단을 내놓았다.

(3) 손해

사칭통용을 결정하는 세 번째 요소는 '손해'이다. 부실표시와 관련해 법원이 인정하는 손해의 주된 범주는 i) 기존 영업분야에서 이익의 손실, ii) 잠재적 영업분야에서 이익의 손실, iii) 라이선스 수익 손실, iv) 희석화 등 4가지인데, 특히 손해의 범주와 관련하여 논란의 여지가 있는 부분은 희석화이다. 그런데 희석화 개념은 본래 보통법상의 불법행위인 사칭통용에 뿌리를 둔 것으로, 유명하거나 명성 있는 상표에 대하여 그 보호 범위를 더 넓게 해석해 주는 개념으로 이미 존재하고 있었다.[59] 다만, 『1994년 상표법(Trade Marks Act 1994, 이하 'TMA 1994')』에서 논의되는 희석행위, 즉 비경쟁적 혹은 비유사적 상품에 사용되고 또한 일반 공중이 출처표시에 혼동가능성이 없는 행위를 확장된 사칭통용 법리 하에서도 그대로 손해의 한 범주로 받아들여질 수 있는 것인가는 논란의 여지가 큰 부분이다.

희석화를 통한 손상의 개념은 *Taittinger v. Allbev* 판결[60]에서 인정되었다. 원고는 샹파뉴(Champagne) 지역 출신 생산자 모임의 일원으로, 영국에서 오래전부터 샴페인(Champagne)으로 알려져 있던 천연 스파클링 와인을 제조·판매하였다. 특히 원고의 샴페인은 샹파뉴 지역에서 생산한 포도로 이중발효 과정을 거쳐 제조하였다. 원고는 피고가 영국에서 생산된 비알코올 스파클링 음료에 'ELDERFLOWER CAMPAGNE'라는 명칭을 붙여 유통하자 소송을 제기했다.

1심 재판에서 원고가 'Champagne'라는 명칭에 업무상 신용을 가지고 있고, 피고 제품의 라벨 표시는 부실표시에 해당하는 것으로 판단하였다. 그러나 법원은 피고의 부실표시로 인하여 공중 일부에 혼동을 일으킬 수 있지만, 피고가 자신의 제품을 계속해서 ELDERFLOWER CAMPAGNE으로 판매하더라도 원고에게 심각한 손해를 입힐 가능성이 없다고 보았다.

항소법원은 1심 법원이 업무상 신용과 부실표시와 관련하여 판단한 부분

59) *Eastman Photographic Materials Co. v. John Griffiths Cycle Corp.* (1898) 15 R.P.C. 105 (Ch).
60) *Taittinger v. Allbev* [1993] F.S.R. 641, [1994] 4 All E.R. 75.

에 대해서는 그대로 받아들였지만, 손해에 대해서는 이견을 보였다. 특히 법원은 피고가 'Champagne'이라는 명칭 사용 자체가 원고에 손해를 입히는 것으로 보았다. 중요한 것은, 1심 재판에서는 샴페인 하우스의 업무상 신용과 관련한 손해는 고려되지 않았으나, 항소심에서는 'Champagne'이라는 명칭과 관련된 고유성(uniqueness)이 식별력 손상(blurring)이나 잠식(erosion)되었다고 보아 이를 손해의 한 범주로 인정하였다는 점이다. 즉 Elderflower에 'Champagne'이라는 명칭을 사용함으로써 식별력 있는 제품의 점진적인 가치 저하, 희석 또는 잠식을 가져왔다는 것이다.[61]

희석화를 손해의 한 범주로 인식하는 것은 상표권 보호범위 확장을 주장하는 많은 학자들에 의해 환영을 받았지만, *Harrods* 사건[62]에서 법원은 사칭통용 법리상 손해의 범주에 '희석화'를 포함시키는 것에는 소극적이었다. Millett LJ는 기존의 사칭통용의 소가 '혼동'에 기반하여 판단해 왔다는 점에 비추어 보았을 때, 혼동에 근거하지 않는 손해를 별개의 손해의 범주로 포함시키는 것은 수용하기 어렵다고 하였다.[63] 그리고 피고가 'Harrods'라는 명칭을 사용했다고 해서 'Harrods'의 식별력을 약화시키거나 명품판매 백화점을 대표하는 'Harrods'라는 명칭이 보통명칭화(genericide)될 가능성은 매우 낮다고 판단하여 원고의 청구를 기각하였다. *Harrods* 사건의 결과, 희석화가 어느 정도까지 뚜렷하게 이루어져야 손해로 인정될 것인지 불확실성을 남겼다. 그러나 한편으로는 출처표시에 혼동가능성이 없는 희석화 행위도 판시 내용에 따라 조건이 충족된다면 손해의 한 범주로 인정될 수 있는 여지를 남겨두었다.

One in a Million 사건[64]은 '사이버스쿼팅(cyber-squatting)' 문제를 다룬 최초의 영국 사례로, 인터넷에서 사용되는 도메인이름의 채택과 관련하여 피고의 행동이 부실표시가 된다고 판단한 사건이었다. 피고는 인터넷 도

61) 정문기, "Passing Off와 상품형태 모방 부정경쟁행위", 산업재산권 제64호, 한국지식재산학회, 2020, 489면.

62) *Harrods v. Harrodian School* [1996] R.P.C. 697 CA.

63) *Id.,* at 715~716, *per* Millett LJ.

64) *British Telecommunications Plc v. One in a Million Ltd* [1999] 1 W.L.R. 903; [1999] E.T.M.R. 61; [1999] F.S.R. 1 CA.

메인이름 딜러로, 'virgin.com', 'tandy.com' 등 저명한 명칭들을 도메인이름으로 등록해 두었는데, 위 도메인이름은 해당 명칭에 업무상 신용을 가진 업체의 동의 없이 이루어진 것이었다. 피고는 이를 선의의 제3자에게 판매하거나 등록차단 효과를 노려 더 높은 가격으로 타인에 판매하려는 목적이 있었다. 항소법원은 "marksandspencer.co.uk"와 동일한 도메인이름을 등록하고 거래한 행위에 대하여 사칭통용의 책임을 인정했다. 'marksandspencer'라는 명칭은 차별적 특징 및 명성을 가지고 있기 때문에 이를 도메인이름에 포함시키는 것 자체가 '기만의 수단'[65]이 된 것이고, 등록행위는 marksandspencer의 식별력의 훼손 및 명성을 손상시키거나 잠식할 가능성이 있는 것으로서 업무상 신용을 침해하는 손해의 한 범주로 인정하였다. 이 판결은 인터넷상의 법적 규제에 중요한 영향을 미쳐, 검색엔진에서의 용어 사용과 같은 전자상거래 환경에서도 사칭통용 법리를 발전시키는 계기를 만들었다.

3. 사칭통용의 3요소 정립

1979년 *Advocaat* 사건에서 대법관 Lord Diplock이 현대 부정경쟁행위를 구성하는 5가지 특성을 다음과 같이 제시함으로써, 사칭통용의 구성요소를 규명하였다. 즉, i) 거래과정에서 영업자가 ii) 부실표시를 하여 iii) 자신의 상품이나 영업을 잠재적 고객 또는 최종 소비자에게 제공한 것이, iv) 다른 영업자의 영업이나 업무상 신용을 훼손시킬 목적으로 계획되었고(합리적으로 예견할 수 있는 결과라는 의미에서), v) 해당 소송을 제기한 영업자의 영업이나 업무상 신용에 실제 손해를 입히거나 (사전예방적 금지명령에서) 손해 발생 가능성이 있어야 한다고 판시했다.[66]

Lord Oliver는 1990년 *Jif Lemon* 사건에서 위 5가지 특성을 큰 수정을 가하지 않고 사칭통용의 세 가지 본질적 요소, 즉 업무상 신용, 부실표시, 손

65) 기만의 수단(instrument of deception) 법리란 부실표시를 직접 행하는 사람뿐만 아니라, 사칭통용이 애초에 일어날 수 있는 수단이나 시설을 제공하는 사람에게도 사칭통용의 책임을 인정하는 것을 말한다(정문기, 주 34, 198면).

66) *Erven Warnink BV v. J Townend & Sons (Hull) Ltd* (No. 1) ("*Advocaat*") [1979] A.C. 731, 742 HL.

해로 줄여서 공식화하였는데, 이 3가지 구성요소를 이른바 사칭통용의 "전통적 3요소(Classical Trinity)"라 한다. "Classical Trinity"라는 명칭은 *Jif Lemon* 사건의 이듬해인 1991년 *Consorzio del Prosciutto di Parma v. marks & spencer* [1991] R.P.C. 351 판결에서 Nource LJ에 의해 명명하기 시작하여, 이후 일반적 용어로 사용하게 되었다. *Jif Lemon* 사건은 미등록 상표권자가 특정 표장이나 브랜드명, 포장 및 외관을 통해 형성된 업무상 신용을 기초로 자신의 상품형태를 사칭통용 한 행위에 대해 금지명령을 신청한 사건이었는데, Lord Oliver는 사칭통용의 소 제기가 적법하기 위해 다음의 3요소가 입증되어야 한다고 밝히고 있다.

> "첫째, 원고는 구매 공중에 제공하는 자신의 특정 상품이나 서비스의 '외관(Get-up)'을 식별하는 것(그것이 단순히 브랜드명이나 거래표시, 또는 라벨링이나 포장의 개별적 특징으로 구성되어 있는지)과 관련하여 구매 공중의 마음에 상품이나 서비스에 대한 업무상 신용이나 명성을 만들어야 한다. 둘째, 원고는 피고가 자신이 제공한 상품이나 서비스가 원고의 상품이나 서비스라고 공중이 믿도록 (의도 여부를 불문하고) 유도하거나 유도가능성이 있는 부실표시를 했다는 점을 입증해야 한다. 공중이 실제로 상품이나 서비스의 출처가 원고라고 인식하는 한 제조업체나 공급자로서 원고의 동일성(identity)은 중요하지 않다. 예컨대, 공중이 특별한 표시를 담고 있는 상품의 특정 브랜드명에 의존하여 구매하는 습관이 있다면, 그 브랜드명 소유자의 동일성에 대한 공중의 인식은 거의 없거나 혹은 전혀 중요하지 않다. 셋째로, 피고의 상품이나 서비스의 출처가 원고의 출처와 동일하다는 피고의 부실표시에 의해 수반되는 잘못된 믿음 때문에 손해를 입었거나, 또는 사전예방적 금지명령 소송에서 손해 발생 가능성에 대해 입증해야 한다."[67]

Wadlow 교수는 *Advocaat* 사건과 *Jif Lemon* 사건은 공히 사칭통용의 기본 법리를 다루었다는 점에서 근본적 차이가 없기는 하지만, 동일한 법리에 대하여 서로 다른 관점에서 접근하였고, 또한 각각 다른 맥락에서 유용

67) *Id.*

하다고 볼 수 있다고 한다.[68] 즉, 사칭통용과 관련한 분쟁 상황이 발생하였을 때, '업무상 신용(혹은 명성)', '부실표시(혹은 혼동초래행위)' 및 '손해'라는 전통적 3요소에 맞추어 적용한다면 사건의 중심 사실 및 증거 문제 해결에 더 부합하기 때문에, 실제 사안을 쟁점별로 파악할 수 있다는 점에서는 확실히 더 유용하다고 보았다. Lord Oliver의 접근법에 따르면 부실표시 여부를 결정할 수 있는 원고의 명칭이나 표장 또는 외관의 식별력과 그 명성의 정도 및 범위, 피고의 상품과 혼동될 수 있는 요인, 실제 혼동의 증거 그리고 그러한 혼동과 손해 사이의 인과관계 등 핵심적인 쟁점에 대해 바로 접근할 수 있고, 특별히 관련되지 않다고 볼 수 있는 많은 부수적 문제들을 배제시킬 수 있다는 것이다. 어쨌든 현재 사칭통용 연구에서 Lord Diplock의 견해가 훨씬 더 중요하고, 더 자주 언급되는 근본적 이유는 *Jif Lemon* 사건이 주로 사실과 증거에 관한 문제에 관심을 가졌던 반면, *Advocaat* 사건은 기본적인 법리를 규명하려고 했기 때문이라고 평가했다.[69]

Ⅲ. 사칭통용 법리의 현재와 부정경쟁

1. 유럽연합법과의 조화 그리고 브렉시트

영국과 미국, 호주 등 보통법계 국가들은 경쟁의 자유 보장에 주안점을 두어,[70] 경쟁자의 행위가 특별히 불법성이 과도하다고 인정되는 경우에 공정성을 고려하는 것을 원칙으로 하고 있다. 여기서 과도한 행위(extreme conduct)라고 인정되는 경우란 "경쟁자가 취한 행동에 의해 소비자가 상품의 품질이나 출처에 대해 오인 또는 기만 가능성이 있는 경우"를 말하고, 그러한 행동이 없는 경우에는 시장의 자유경쟁과 자율규제(self-regulation)의 작동에 맡기고 있다. 이와는 대조적으로 독일과 프랑스로 대표되는 대륙법계 국가들의 부정경쟁에 대한 접근법은 시장에서 경쟁자의 "공정하고 정직

68) C. Wadlow, *supra note* 2, at 13~14.

69) *Id.*

70) *L'Oreal SA v. Bellure NV,* [2010] EWCA Civ 535, [20].

한(fair and honest)" 행위라고 하는 불확정 개념에 초점을 맞추는 경향이 있다.[71] 유럽의 관점에서 보면 사칭통용은 표지를 보호하는 특정한 유형의 부정경쟁행위로서, 등록상표법을 보완하여 미등록 상표를 부분적으로 동등한 방식의 보호를 기대할 수 있게 하는 법리로 이해한다. 그런데 근래 영국과 유럽연합(European Union, 이하 'EU') 회원국 간 공정과 불공정을 판단하는 법적 인식의 차가 상당 부분 좁혀졌다. 이는 CJEU의 『회원국 간 상표법 조화를 위한 이사회 지침, 이하 '상표지침(89/104/EEC)'』[72] 해석에 따른 법의 동화(assimilation)에 기인한다.[73] 일부 보통법계 국가들의 판례법은 다양한 상거래 활동과 관련하여 유연한 적용을 하기 위해 유럽의 부정경쟁방지 개념을 취용(取用)하는 듯한 태도를 보이기도 했지만, 사칭통용 법리와 유럽의 부정경쟁방지법 사이에 중대한 차이는 여전히 남아 있다. EU 내에서는 두 법 원칙 간 충돌이 될 수 있는 부분에 대하여 CJEU의 판결을 통해서 그 조화를 모색하였는데, CJEU는 상표지침을 유럽의 부정경쟁방지 법리에 합치되는 결정을 하여 사칭통용 법리의 본래 모습과는 다소 거리가 있는 조치를 취하도록 유도하기도 했다.

입법적 측면에서 TMA 1994는 '희석화'와 관련하여 상표지침(89/104/EEC) 제5조 제2항과 『EC상표규칙(No 40/94)』[74] 제9조 제1항 제(c)호를 반영하기 위해 제10조 제3항에 "정당한 이유 없이 그 표지를 사용하는 것이 해당

71) Mary LaFrance, *Passing off Unfair Competition Conflict and Convergence in Competition Law*, The Trademark Reporter 102, No. 5, 2012, at 1096~7.

72) First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, OJ L 40, 11.2.1989, p. 1 - 7. 이 지침은 현재 Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks (Text with EEA relevance) OJ L 336, 23.12.2015, p. 1~26으로 대체되었다.

73) Ansgar Ohly, *The Freedom of Imitation and its Limits - a European Perspective*, International Review of Intellectual Property and Competition Law, Vol. 41, 2010. at 6.

74) Council Regulation (EC) No 40/94 of 20 December 1993 on the Community trade mark, OJ L 11, 14.1.1994, p. 1 - 36. 이는 현재 Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark (codification)(Text with EEA relevance.) OJ L 154, 16.6.2017, p. 1 - 99로 대체되었다.

상표의 식별력 또는 명성을 부정하게 이용하거나 해하는" 행위로부터 '명성' 있는 표장을 보호하는 규정을 두게 되었다. 비록 "등록상표로서 명성 있는"이라는 제한된 범위의 표장에만 적용되는 것이기는 하나 대륙법계의 부정경쟁방지 법리가 도입된 것과 같은 효과를 갖는 것임은 분명하다. 다만, '무임승차'가 있었다는 것만으로는 충분하지 않고, 해당 표장의 식별력 훼손이나 명성 손상(혹은 그러한 가능성)을 입증할 것을 요구하고 있다.

법 해석의 측면에서 CJEU가 2009년 *L'Oréal v. Bellure* 사건[75]에서 출처표시기능 이외에 광고기능, 투자기능, 광고기능, 정보전달기능 등이 훼손된 경우에도 상표침해를 인정하는 기능이론(function theory)을 수용하여 국내 법원 판결에 영향을 주었다.[76]

한편, 영국은 2016년 국민투표를 통해 브렉시트(Brexit)를 결정하고 2020년 12월 24일 자유무역협정(FTA)을 포함한 미래관계(future relationship) 협상이 최종적으로 결정되면서, 2021년 1월 1일부로 EU로부터 완전히 탈퇴하게 되었다. 따라서 이전과 동일하게 EU상표법이 영국 법원의 판단에 영향을 미칠 것으로 보이지는 않는다. 물론 영국이 유럽의 여러 국가와 자유무역협정을 추진 중이고 통상 환경 변화에 민감하게 대처해야 한다는 점에서 영국 법원이 EU상표법과 CJEU의 결정을 완전히 무시하고 독자적 판단을 할 것인지에 대해서는 어느 정도 한계는 있을 것으로 사료된다.

2. 영국에서의 부정경쟁방지법

(1) 영국에서 부정경쟁의 의미

영국에서 'Unfair Competition'은 사칭통용과 동일한 의미로 받아들여진다. 판례상으로 부정경쟁이라는 용어가 처음 등장한 것은 1802년 *Hogg*

75) *L'Oréal v. Bellure,* Case C-487/07 [2009] ECR I-5185.

76) *L'Oréal* 사건의 쟁점 중 하나인 사칭통용에 대해서는 영국의 제1심법원과 항소법원이 동일한 결론을 내렸다. 즉 특정 향수 브랜드의 향이 그 브랜드의 업무상 신용으로 인정될 수 없기 때문에 사칭통용으로 보호될 수 없다고 보았다. 주요 쟁점은 TMA 1994 제10조 제1항 및 제3항의 상표권 침해가 문제되었다. 이에 대한 상세한 내용은 정문기, 주 34, 158~162면.

v. Kirby 사건[77]이었다. 이 판례에서 Lord Eldon LC가 언급한 부분을 기록으로 남아 있는 최초의 자료로 본다면, 영국에 있어 부정경쟁을 법적 문제로 인식하기 시작한 것은 적어도 2세기 이상 된 것이다. 이는 '부정경쟁'이라는 용어가 *Perry v. Truefitt* 사건에서 "Passing off"가 사용되기 시작한 것보다 거의 반세기 앞선다는 근거가 되는 셈이다. *Hogg v. Kirby* 사건에서 Lord Eldon LC는 피고가 원고의 제호를 자신의 출판물(잡지)에 공정한 경쟁 방식으로 표시하였다면, 즉 "다른 원저작물과 공정한 경쟁이 있었고, 그것이 정말 새로운 것이었다면, 손해나 침해가 있을 수 없다"고 밝히고 있다.[78] Kirby의 행위가 불공정하여 쟁송의 대상이 되었던 이유는 새로 발간한 출판물이 이전 간행물과 관련성을 암시하는 부실표시 때문이었다. 영국에서 19세기 후반과 20세기 초 사이 명시적으로 부정경쟁이나 불공정거래를 청구원인으로 인정하지 않았다 하더라도, 경쟁관계에 있어서 불공정한 상황을 특별히 어렵지 않게 인식할 수 있었을 뿐만 아니라 그것을 기술하는 데에도 어려움이 없었을 것이다.

국제법상 부정경쟁이라는 용어가 처음으로 등장한 것은 1900년 『공업소유권의 보호를 위한 파리협약(Paris Convention for the Protection of Industrial Property, 이하 '파리협약')』 제10조의2[79]에서 "Concurrence déloyale"를 사용하면서 시작되었다. 제1차 세계대전이 시작될 무렵 미국에서는 독점적인 것이든 합의에 의한 것이든 부정경쟁이라는 용어는 담합(collusion)과 같은 공동행위나 기업의 반경쟁적 활동에 적용되었기 때문에 포퓰리즘적 정치사상과 쉽게 결합될 수 있었다. 그렇게 만연된 풍조는 법률적으로도 충분히 친숙해져 의회입법과 대법원 판결에 의해 신속하게 채택되었을 뿐만 아니라 상당히 광범위한 방향으로 빠르게 확산될 수 있었다. 이후 미국의 부정경쟁방지 정책은 기본적으로 공정경쟁을 보장하고 장려하는 것보다는 부정경쟁방지에 초점을 맞추었다. 반면 영국의 경우는 20세기 대부분 '부정

77) *Hogg v. Kirby* (1803) 32 E.R. 336.

78) *Id.*, [225]~[226].

79) 제10조의2 (부정경쟁)
(2) 공업상 또는 상업상의 정직한 관습에 반하는 모든 경쟁행위는 부정경쟁행위를 구성한다.

경쟁'이라는 용어는 법률 문헌에서는 거의 사용되지 않았고, 주로 국제법 또는 비교법 전문가들에 의해 사용되었을 뿐이었다. 하지만 그것이 법문에 명시되었든 그렇지 않든 사칭통용 법리와 상표권 침해 규정을 부정경쟁방지를 위한 중요한 부분으로 인식하였고 또한 그렇게 운용되어 왔다는 점에서 미국의 부정경쟁방지법과 크게 다르지 않았다. 이를 잘 나타내주고 있는 판례의 내용을 소개하면 다음과 같다.

> "사칭통용 및 등록상표권 침해와 같은 소송의 원인들은 많은 연구 주제이며, 그중 일부는 청문 과정에서 쟁점으로 전개되었지만, 기본적인 아이디어는 매우 간단하다. (상당히 오랫동안) 거래에서 공정경쟁을 보장하고 장려하되 부정경쟁을 억제하고 방지하는 것이 법의 정책이었다. … 사칭통용과 상표권 침해에 관한 원칙은 (각각 법에 명시되어 있지 않은 것과 명시된 형태로) 부정경쟁을 방지하는 매우 중요한 부분이다. 이들의 기본적인 공통원칙은 영업자가 자신의 상품을 다른 영업자의 상품으로 사칭통용 하여 그 상품의 명성을 부당하게 이용하거나, 혹은 등록상표와 동일하거나 혼동스러울 정도로 유사한 영업표지를 사용하여 자신의 상품을 허위로 판매할 수 없다는 것이다."[80]

이런 의미에서 Aldous LJ[81]는 *Arsenal* 사건[82]에서 "전통적으로 사칭통용이라 불리는 소송의 원인을 부정경쟁이라고 부른다"고 밝힌 바 있다.

영국에는 부정경쟁에 관한 일반법은 존재하지 않는다. 또한 부정경쟁의 문제를 해결할 수 있는 법리에 어떠한 것들이 포함될 수 있는지에 대해서도 견해가 일치되어 있지도 않다. 예컨대 Hazel Carty는 그녀의 저서 "*An Analysis of the Economic Torts*"에서 '공모(conspiracy)', '계약위반(breach

80) *United Biscuits (UK) Ltd v. Asda Stores Ltd* [1997] R.P.C. 513, per Robert Walker J.

81) 일반적인 Court of Appeal의 판사들(Lords Justices of Appeal)은 "Lord/Lady Justice [Surname]" 또는 간단히 "[Surname] LJ"로 칭한다(법원행정처, "외국사법제도연구(20)-각국의 합의재판부 구성 및 합의부의 재판방식에 관한 연구-", 대법원 사법정책연구원, 2017, 94~95면).

82) *Arsenal Football Club plc v. Matthew Reed* (No. 2) [2003] EWCA Civ 696; E.T.M.R. 73; [2003] R.P.C. 39 CA.

of contract)', '사칭통용', '악의적 허위표시(malicious falsehood)' 등을 과도한 경쟁 혹은 경제적 노력을 침해하는 경제적 불법행위로 구분한 바 있고,[83] Wadlow 교수는 그의 저서 "*The Law of Passing Off*"에서 '부정경쟁'이라는 용어는 다양한 의미로 사용될 수 있지만, 그중의 하나는 "상인 상호 관계에 있어서 자신을 보호하는 데 공통적으로 유용한 것을 의미하는 다양하게 규정된 혹은 새롭게 발생하는 불법행위의 총칭"이라고 하였다. 그리고 부실표시로 부정경쟁방지법을 구성하는 두 가지 보통법상의 불법행위는 '사칭통용'과 '악의적 허위표시'로 보았다.[84]

영국의 학계에서는 대체로 해외 주요국들이 인정하는 부정경쟁행위와 가장 밀접하게 관련이 있는 것으로 이 두 가지 불법행위 법리를 들고 있다.[85]

(2) 보통법상의 부정경쟁방지 법리

1) 사칭통용

영국의 보통법상으로 이해되는 부정경쟁행위는 실질적 활용 목적을 위해 거의 대부분 '부실표시'에 의존하고 있다. 그러므로 사칭통용과 악의적 허위표시는 부정경쟁행위라 할 수 있는 다양한 종류의 부실표시와 관련이 있다고 말할 수 있다. 그러나 Jacob 판사가 *RoHo* 사건[86]에서 밝히고 있듯이 사칭통용 법리는 규제 중심의 부정경쟁방지보다 경쟁의 자유를 최대한 보장하고 장려하는 것에 더 큰 가치를 부여한다는 점이다.

> "나는 보통법을 숙고(熟考)하여 보통법이 아닌 것을 구별하는 것부터 시작한다. 모방(copying)이라는 불법행위는 없다. 타인의 시장이나 고객을 가져가는 불법행위라는 것도 없다. 시장이나 고객 모두 원고의 소

83) Hazel Carty, *An Analysis of the Economic Torts* (2nd edn), Oxford University Press, 2010, at 2.

84) C. Wadlow, *supra note* 2, at 1.

85) Jennifer Davis, *Unfair Competition Law in the United Kingdom*, Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, *Law Against Unfair Competition-Toward a New Paradigm in Europe?*, Springer, 2007, at 188.

86) *Hodgkinson & Corby v. Wards Mobilit Services* [1995] F.S.R. 169.

유가 아니기 때문이다. 타인의 Goodwill과 같은 것을 이용하는 불법행위 역시 존재하지 않는다. 경쟁이 불법행위라는 것은 없다.

…(중략)…

사칭통용의 핵심에는 기만이나 그 가능성, 특히 최종 소비자에 대한 기만이 있다. 오랜 세월 사칭통용 법리는 피고가 원고의 상품을 판매하는 여러 종류의 기만을 처리하기 위해 전통적인 사례로부터 발전되어 왔다. 예컨대 *Combe International Ltd. v. Scholl(UK)* 사건에서는 피고의 상품이 원고의 상품과 동일하지 않았음에도 불구하고 그것과 동일한 상품으로 보았고, … *Warnink (Erven) Besloten Vennootschap v. J. Townend Sons Ltd* 사건에서는 피고가 원고와 같은 부류의 구성원이 아니었음에도 불구하고 피고의 상품이 그들의 상품과 동일하다고 보았다.

그러한 불법행위는 기만 사례를 벗어나는 것으로 볼 수 있는 경미한 경향조차 보이지 않았다. 그것은 정직한 경쟁의 영역에 들어가기만 하다면, 기만이 아닌 어떤 이유로 불법으로 규정된다는 것이다. …(중략)… 그것은 경쟁을 저해할 뿐이다."

그리고 Jacob LJ는 이러한 기본적 태도를 10년 후 *L'Oréal v Bellure* 사건[87]에서 다시 한번 확인해 주고 있다.

[*Hodgkinson Corby v Wards Mobility Services*] 사건의 진실은 일부 부정경쟁방지법이라는 일반법(general law)에 관련될 수 있다는 것을 보여준다. 피고는 거동이 불가능한 사용자들이 욕창(sore)을 예방할 수 있는 특별한 쿠션을 모방했는데, 그 부분에 대해서는 저작권, 등록디자인, 특허권도 존재하지 않았다. 그래서 모방(copying)이 '불공정'하다고 주장되었지만, 부실표시가 없다는 이유로 청구는 기각됐다.

청구가 기각된 것은 부정경쟁방지법(law of unfair competition)이 얼마나 반경쟁적(anticompetative)인지 혹은 그럴 수도 있는지를 보여준

87) *L'Oréal SA v. Bellure NV* [2007] EWCA Civ 968, [138].

다. 혹자에게는 '불공정'한 것이 또 타인에게는 '공정'하다 할 수 있다. 시장은 사업자, 그들의 경쟁자, 소비자의 이익을 포함한다. 그들은 모두 다른 관점을 가지고 있다. 기성 사업자는 법이 가능한 한 모든 경쟁자들을 배제하기를 원할 것이다. 그것도 가능한 한 오랫동안 말이다. 가능하다면 무기한으로 자신의 제품을 모방하는 것을 금지하길 원할 것이다. 그리고 가능하다면 자신의 상표와 다른 상표 사이에 커다란 이격이 있기를 원할 것이다. 또 어떠한 형태의 비교광고도 반대할 것이다. 반면, 신규 참여자는 모방하고 개선할 수 있기를 원할 것이고, 비교적 공정하게 광고할 수 있기를 원할 것이다. 그리고 소비자들은 자신이 최상의 거래를 하기 원할 것이다. 기만적인 것은 무엇이든 반대하겠지만, 아마 그 외의 것에 대해서는 반대하지 않을 것이다.

그래서 기만을 이용하지 않는다는 요건을 충족하게 되면 그것이 공정과 그렇지 않은 것 사이에 명확하고 합리적인 경계를 획정하는 것이 진정한 어려움이라고 생각한다.

게다가 경쟁은 합법적일 뿐만 아니라 경제의 주요 원천이라는 것이 기본적인 경제원칙이다. 입법자는 예외가 있어야 할 부분을 인식하였던 바, 특허, 상표, 저작권, 그리고 디자인 모두 그러한 목적을 위해 만들어졌다. 각각 존립을 위한 규칙을 가지고 있고 (상표권 보호를 위해) 존속기간을 정하고 있다. 각각 자신의 정당성은 갖고 있다. 법관이 개입해서 새로운 범주의 지적재산권을 입법화해서는 안된다. 만약 그렇게 된다면 이들은 완전히 불확실한 영역에 놓이게 될 것이다.

따라서 비록 법원이 그것을 할 수 있다고 해도, 부정경쟁상의 불법행위를 새로 만들라는 Mr. Carr의 제안을 거부한다.

위 인용문에서 가장 주목할 만한 것은 사칭통용 법리가 기만의 사례를 벗어나는 '경미한 경향'조차 보인 적이 없다고 하는 부분이다. *Advocaat* 사건 이후 몇몇 사례에서 부정경쟁의 일반적 법리가 존재하거나, 영업이나 업무상 신용에 대한 고의적이거나 기만적인 침해가 있었음을 주장한 바 있었지만, 언제나 인정되지 못했다는[88] 점을 비춰볼 때, 현재까지도 이 표현이

과장이 있다고 보이지 않는다. 설사 그러한 형식적인 예외가 존재한다 하더라도 극소수에 지나지 않을 뿐만 아니라, 완전히 독립된 법리로 발전하지 못하고 전통적 법리에 흡수되거나 폐기될 가능성이 높다.

2) 악의적 허위표시

'침해적 허위표시(injurious falsehood)' 혹은 '거래비방(trade libel)'으로도 표현되는 '악의적 허위표시'는 세 가지 요소로 구성되어 있다. 즉 부실표시, 손해, 악의(malice)이다. 사칭통용과의 차이점은 주관적 요소가 책임 유무의 중심이라는 점이다. 악의가 명백한 경우를 제외하고는 이를 입증하기 상당히 어렵다는 점을 고려해 볼 때, 악의적 허위표시가 사칭통용보다 부정경쟁방지 법리로서의 역할이 크지 않다고 볼 수도 있다.[89] 그러나 악의적 허위표시와 사칭통용의 구체적 차이를 살펴보면 다음과 같다.

악의적 허위표시는 피고가 '원고'의 상품에 대해 거짓표시를 하는 것이라면, 사칭통용은 주로 피고가 '자신의' 상품 및 서비스에 대해 거짓표시를 하는 것과 관련이 있다. 그리고 사칭통용이 원고의 업무상 신용이나 명성을 손상시키는 부실표시와 관련이 있다면, 악의적 허위표시에서 업무상 신용은 사칭통용에서의 구성요소와 같은 본질적인 입지를 가지고 있지는 않다. 즉 악의적 허위표시의 소에서 업무상 신용은 다양한 경제적 이익을 보호하는 것 중 하나로 인정될 뿐이다. 또 현재까지의 판례가 경업관계에서 악의적 허위표시만을 다루기는 했지만, 그 주체가 경쟁자 혹은 사업자에 제한된다는 이론적 요건이 있는 것도 아니다. 악의적 허위표시에서 부실표시는 거의 명시적으로나 묵시적(암시적)으로 이루어지며, 반드시 식별력 있는 표지와 관련되는 않는다는 점에서 부실표시의 범주가 사칭통용에서의 그것보다 더 광범위하다고 할 수 있다.[90]

---

88) *Harrods v. Schwartz-Sackin* [1986] F.S.R. 490, 494. 이에 대하여 "영국의 법원은 사칭통용에 의한 불법행위를 넓히는데 만족해 왔으며, 새롭고 개별적인 불법행위의 존재를 일관되게 부인했다"고 평가하는 견해도 있다(H. Beverley-Smith, *The Commercial Appropriation of Personality*, Cambridge University Press, 2004, at 324); *Associated Newspapers v. Insert Media* (No. 2) [1988] 1 W.L.R. 509; [1988] 2 All E.R. 420.

89) C. Wadlow, *supra note* 2, at 16.

이렇게 악의적인 허위표시에 포섭될 수 있는 부실표시의 범위가 광범위함에도 불구하고 널리 활용되지 않는 이유는 첫째, 악의적 허위표시가 가장 일반적으로 문제되는 분야가 '비교광고'인데, 이를 현재 TMA 1994에 의해 규율되고 있다는 점이다. 두 번째로, 악의적 허위표시의 소로 해결될 수 있는 상황이 사칭통용의 소와 상당히 중복되는데, 사칭통용의 소에서는 원고가 피고의 의도(악의)를 입증할 필요가 없기 때문에 입증책임의 부담을 느끼는 원고로서는 사칭통용의 소를 더욱 선호한다는 점이다. 셋째, 법원은 경쟁의 자유를 위축시킬 수 있다는 점을 우려하여 피고의 행동이 특별히 비난받아 '마땅한(deserving)' 경우가 아니라면 '악의적'이라고 단정하기를 꺼린다는 것이다. 그래서 법원은 단순 '과장(puffing)', 즉 자신의 상품이 명시적으로든 묵시적으로든 경쟁업체의 상품보다 낫다는 정도의 표현은 일관되게 악의적 허위표시가 되지 않다고 판시해 왔다.[91]

부정경쟁에 해당하는 부실표시는 파리협약 제10조의2에 규정된 부정경쟁의 정의로부터 도출할 수도 있겠지만, 제10조의2에서 예상하고 있는 다양한 유형의 부정경쟁행위가 모두 사칭통용 법리로 해결되지는 않는다. 예컨대, *Schulke & Mayr v. Alkapharm* 사건[92]에서 Jacob 판사는 보통법상 악의적 허위표시에 해당하기 위해서는 "원고의 상품에 대해 경멸하고(disparagement) 사실이 아닌 것을 허위진술"하는 것을 요구하기 때문에, 광고문구에 일부 진실이 아닌 부분이 존재한다 하더라도 그것이 원고 상품과 연관될만한 내용이 없다면 '악의적 허위표시'에 대한 책임이 없다고 판시했다. 또 "사칭통용은 거짓표시뿐만 아니라, 원고의 상품이나 업무상 신용과 관련된 거짓표시를 포함하지만, 거짓표시와 유사한(혹은 그러한 분위기가 느껴지는, in the air) 것은 포함되지 않는다"고 하여 일반적 부정경쟁방지 법리로 확장되는 것에 대단히 신중한 태도를 보이고 있다.

법원이 이와 같이 지속적으로 경쟁의 자유를 보장하려는 취지의 판결을 내려왔음에도 불구하고, 정부는 그와는 별개로 불공정한 상거래 관행으

90) *Id.*
91) *Id.*
92) *Schulke & Mayr UK Ltd v. Alkapharm UK Ltd* [1999] F.S.R. 161.

로부터 소비자를 보호에 중점을 둔 법률안을 통과시켰다. 물론 이 법률들은 『불공정 상관행에 관한 지침』의 시행을 따른 것들이었다. *Advocaat* 사건에서[93] Lord Diplock은 법원이 사칭통용과 같은 경제적 불법행위 법리의 범위를 확장할 것인지 여부를 결정할 때 "상업적 정직성에 대한 보다 엄격한 기준의 필요성"은 의회의 승인을 고려해야 한다고 했다. 그리고 불공정 거래 분야, 특히 사칭통용과 관련하여 법률의 제정과 보통법의 발전은 "분리되는 과정에 있는 것이 아니라 평행하게 진행되어야 한다"는 견해를 밝힌 바 있다. 이는 일견 위 지침의 시행에 따라 소비자 및 기업 관계를 규제하는 법령과 사업자 간의 관계를 규제하는 보통법이 부정경쟁의 일반불법행위법의 발전을 통해 수렴될 수 있다고 이해할 수도 있다. 그러나 영국 법원이 비교광고를 규제하는 TMA 1994의 조항을 어떻게 해석했는지 살펴보면 그렇게 될 가능성은 희박하다는 것을 알 수 있다. 즉, TMA 1994 제10조 제6항은 상표지침으로부터 파생된 것이 아니라 영국에서 독자적으로 입법화된 것이었고, 비교광고지침 역시 TMA 1994 이후 시행된 것이기는 하였지만, 법원은 TMA 1994와 비교광고지침은 상호 양립 가능하다고 보았다. 표면적으로는 TMA 1994의 비교광고 조항은 부정경쟁을 규제하고, 소비자 기만방지와 등록상표가 희석되는 것으로부터 보호하기 위해 도입된 것처럼 보인다. 그러나 실제 이 조항과 관련된 소송은 대부분 '악의적 허위표시'와 연계되었고, 법원은 전통적인 관점에 입각하여 제10조 제6항을 '경쟁의 자유'에 최소한의 영향이 미치게 하는 방식으로 해석했다.

부정경쟁방지에 대한 일반 법리 개발을 주장하는 입장으로서는 이와 같은 상황들이 긍정적으로 보이지 않겠지만, 영국 법원이 부정경쟁을 사업자와 소비자 사이의 관계보다 사업자 사이의 관계를 중시하는 한 그리고 사업자나 일반 공중을 기만하는 것은 아니나 부정직하고 착오를 유발하는 정보로부터 법이 적극적으로 개입하여 보호하기보다는 강력한 경쟁의 촉진이라는 보편적 공익에 더 큰 가치를 두는 한 크게 바뀌지 않을 것이다. 이를 두고 영국의 보통법이 현재 부정경쟁의 일반불법행위를 수용할 만큼 충분

93) *Erven Warnink BV v. J Townend & Sons (Hull) Ltd* (No. 1) ("*Advocaat*") [1979] A.C. 731, 742 HL.

히 광범위하지도 않고, 또한 법원이 그에 대하여 소극적 태도로 일관한다고 볼 수도 있다. 그러나 또 다른 측면에서 본다면 보통법과 법원이 그러한 불법행위 법리 개발의 압력으로부터 사칭통용 법리를 더욱 견고하게 지켜낼 수 있도록 지속적으로 노력하고 있다는 점을 대변하는 것이기도 하다.

Ⅳ. 결 론

부정경쟁방지 법리의 기원으로 평가되는 사칭통용은 보통법과 형평법상의 전통에 따라 다양한 판례들이 축적되는 과정에서 보편적인 법원리로 발전되어 왔다. 초기에는 기만행위로부터 소비자의 신뢰를 보호하고 정직한 상거래 질서를 유지하기 위한 법리였으나, 산업혁명 이후 경제 발전이 급속도로 이루어짐에 따라 상표권은 실체법상의 재산권으로 인식하게 되었고, 사칭통용의 보호대상도 소비자에서 상표권자와 상표 상의 재산적 가치 보호로 변화되었다. 상표 자체를 재산권으로 보호한다는 개념은 *Muller* 판결에서 업무상 신용에 대한 법적 정의가 내려지면서 확립되었는데, 업무상 신용을 "애고를 가져오는 매력적인 힘"으로서 '영업자의 영업활동이 표지와 관련하여 특정 지역에서 발현되어야 한다'는 필수불가결의 구성요소를 갖는 무형의 재산적 가치로 이해하였다. 업무상 신용의 재산권적 지위 확정은 사칭통용의 나머지 구성요소인 부실표시 및 손해의 개념과 범위를 확장할 수 있게 되어, 표지사용자의 권리 보호를 더욱 강화시켰다.

영국은 1973년 유럽공동체(現 EU)의 회원국이 되면서 상표법제에 또 한 번의 변화를 맞이하였다. 자국의 상표법을 상표지침과 상표규칙에 부합하도록 개정하는 과정에서 그리고 CJEU의 결정을 수용하는 과정에서 영국의 독자적인 법리와 이질적인 부분이 존재하여 다소 진통을 겪기도 하였으나 점차 EU상표법 및 CJEU의 결정에 조화를 이루려는 노력을 했다. 또 이 시기에 전통적인 사칭통용 법리 역시 기만이나 혼동초래 여부와 관계없이 공정성에 중점을 둔 대륙법계의 노예적 모방(slavish imitation)과 무임승차 그리고 미국의 부정이용 법리와 같은 새로운 유형의 부정경쟁행위 개념이

수용되어야 한다는 주장이 제기되기도 했다. 그러나 영국 법원은 여전히 공정이나 무임승차와 같은 불확정 개념을 광범위하게 활용하기보다 경쟁의 자유 보장을 중시하고 공정성에 대해서는 경쟁자의 행위가 특별히 극단적이라고 인정되는 경우에 한정해 규율하는 방식을 유지하였다.[94] 이러한 기본적인 태도는 모방의 자유에 대해서도 그대로 견지되었다. 영국 법원은 모방 그 자체를 금지하는 개방형 규범을 인정하거나 해악에 대한 확립된 범주 외의 행위를 금지하는 것에 대해 상당히 소극적인 입장이다. 즉, 모방의 자유로 대변되는 경쟁의 자유 영역에 사칭통용 법리가 적극적으로 개입하는 것에 매우 신중한 입장을 취했다. 노예적 모방과 같은 대륙법계의 부정경쟁방지 법리는 이미 지적재산권에 의해 확립된 '독점적 지위'를 부당하게 확장하는 것으로 볼 수 있기 때문에 사칭통용 법리로 수용하지 않고, 노예적 모방에 대해서도 공중이 상품을 직접 혼동할 위험을 수반하는 경우에만 구제할 수 있도록 제한하였다.

국내 표지법 발전을 위해 사칭통용의 법리로부터 참고할 만한 다양한 주제들도 있겠으나, 본 논문은 사칭통용 법리의 연혁과 영국 법원의 태도를 통해 '경쟁의 자유'와 '표지사용자의 권리보호 강화'라는 목적론적인 부분을 중심으로 기술해 보고자 하였다. 그러므로 법을 운용함에 있어 언제나 이들이 우선적인 가치로 기능하는지 살펴야 한다.

우선, 표지법상 '경쟁의 자유'를 저해하는 요소들이 존재하는가이다. 최근 부정경쟁방지법에는 여러 행위규제 조항들이 속속 신설되고 있는 상황이다. 입법의 필요성이나 보호 목적의 정당성이야 충분히 이해된다 하더라도, 몇몇 법문의 내용은 과연 신중한 검토를 통해 이루어졌는지 의문이 드는 조항들이 있다. 부정경쟁의 규제 영역이 넓어지면 경쟁의 자유 영역은 필연적으로 좁아지게 된다. 경쟁의 자유는 부정경쟁행위를 효율적으로 규제하여 공정한 상거래 질서를 유지해 줄 때 비로소 활성화될 수 있으며, 양자는 상호의존성을 지니기 때문에 어느 한쪽도 다른 한쪽에 대한 고려 없이 해석되거나 운용될 수는 없을 것이다. 그러나 공정과 공익에 치우친 과도한 행위규

94) 정문기, 주 61, 506면.

제는 경쟁의 자유를 위축시키고 혁신과 창조의 동력을 잃게 한다. 그러므로 자유의 영역에 법이 적극적으로 개입하는 것은 필요 최소한에 그쳐야 하며, 행위규제법의 적용과 해석에 있어서도 해석자의 주관적이고 자의적인 판단은 극도로 자제되어야 한다. 예컨대, 이와 관련하여 논란이 되는 대표적 규정이 부정경쟁방지법 제2조 제1항 (자)목이다. (자)목은 노예적 모방 금지 규정으로 본래 '상품표지'라는 요건구비의 제약때문에 도입되기는 하였지만, 법문 내용의 모호성과 지나친 행위규제 가능성으로 표지사용자의 권리보호는 물론 모방의 자유까지 위축시킬 위험성이 큰 조항으로 지적되고 있다. 이를 위해 현행 (자)목은 입법론적으로 노예적 모방의 불법성을 가늠케 하는 '법 위반의 상황'이나 구체적 '행위태양'이 명시될 필요가 있다고 본다.

둘째, 표지법 상의 권리는 법적으로 온전히 보호될 수 있는가이다. 상표법 제1조의 '업무상 신용', 부정경쟁방지법 제4조 및 제5조의 '영업상의 이익'은 모두 "Goodwill"로서 표지법의 보호 대상으로 명시하고 있어, 국내 법제에서도 이미 영업 활동으로 얻어진 업무상 신용의 재산적 지위를 인정하고 있다. 다만, 국내법의 엄격한 물권법정주의 원칙에 따라 재산권으로 인정되지 않아 영미법상의 그것만큼 보호 효과를 기대하기는 어려운 것이 사실이다. 부정경쟁방지법이 재산권이나 재산적 이익을 적극적으로 보호하지 못하는 태생적 한계에 기인하는 것일 수도 있겠으나, 그렇다 하여 이를 '반사적 이익' 정도로 이해하려는 태도는 전혀 타당하지 않은 것이다. 사칭통용의 전형적인 형태에 해당하는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목 및 (나)목의 혼동초래행위, (바)목 전단의 상품사칭행위에서 최근 개정 입법된 (타)목 유명인의 인적식별표지 무단이용까지, 표지를 통해 획득한 '영업상 이익'의 법적 성격을 규명하는 것은 손해액 산정과 금지청구권 그리고 양도 및 상속가능성에 대한 논의를 수반하므로 매우 중요한 부분이다. 이를 위해 현재까지 발전되어 온 사칭통용의 구성요소 중 '업무상 신용'의 법리를 검토하여 채용하는 것도 적절한 대안이 될 수 있을 것이라 생각한다.

현대 사칭통용 법리의 근저에 흐르는 '경쟁의 자유' 보장과 '표지사용자에 대한 권리 보호 강화'는 우리나라의 표지법 역시 지향하여야 할 바이다. 이는 표지법이 동태적으로 작동하고 혁신과 새로운 가치창출을 추구하기 위

한 기본적인 전제이기도 하다. 규제 중심의 입법이나 사법의 적극적인 개입은 경쟁의 자유를 저해하여 오히려 정의롭지 않은 결과를 낳게 된다. 향후 입법절차를 비롯한 실정법의 적용과 해석에서 위 지향점들이 최우선의 가치로 구현될 수 있기를 기대하며 글을 마친다.

영국의 사칭통용 법리의 기원과 발전 - 정 문 기	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2022.11.14.	2022.12.03.	2022.12.29.

[참고문헌]

[국내 문헌]

법원행정처, “외국사법제도연구(20) - 각국의 합의재판부 구성 및 합의부의 재판방식에 관한 연구 - ”, 대법원 사법정책연구원, 2017.

법원행정처, “징벌적 손해배상의 적정한 운영방안에 관한 연구”, 사법정책연구원, 2019.

송영식 외 6인, 『지적소유권법(제2판) 下권』, 육법사, 2013.

안병하, “독일 퍼블리시티권 관련 논의 개관”, 비교사법 제23호(1), 한국비교사법학회, 2016.

정문기, “엔터테인먼트산업에서 업무상 신용의 보호”, 법학논총 제44권(3), 단국대학교 법학연구소, 2020.

정문기, “Passing Off에 관한 연구”, 고려대학교 박사학위 논문, 2020.

정문기, “Passing Off와 상품형태 모방 부정경쟁행위”, 산업재산권 제64호, 한국지식재산학회, 2020.

정상조, 『부정경쟁방지법 주해』, 박영사, 2020.

[국외 문헌]

Baker, J.H./ Milsom, S.F.C., *Sources of English Legal History: Private Law to 1750* (2nd ed), Oxford University Press, 2010.

Bently, Lionel, *Day v. Day, Day and Martin(1816),* in J. Bellido (ed), Landmark cases Intellectual Property Law, 2017.

Bently, Lionel, *From Communication to Thing: Historical Aspects to the Conceptualisation of Trade Marks as Property,* U Iowa Legal Studies Research Paper No. 07-31, TRADEMARK LAW AND THEORY: A ANDBOOK OF CONTEMPORARY RESEARCH, Graeme B. Dinwoodie and Mark D. Janis, eds., Edward Elgar Publishers, 2008.

Bently, Lionel/Sherman, Brad/Gangjee, Dev/Johnson, Phillip, *INTELLECTUAL PROPERTY LAW* (5th ed), OXFORD, 2018.

Beverley-Smith, Huw., *The Commercial Appropriation of Personality, Cambridge University* Press, 2004.

Bone, Robert G., *Hunting Goodwill: A History Of The Concept Of Goodwill In Trademark Law,* 86 B.U.L. Rev. 547, 2006.

Carty, Hazel, *An Analysis of the Economic Torts* (2nd ed), Oxford University Press, 2010.

Davis, Jennifer, *Unfair Competition Law in the United Kingdom,* Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, *Law Against Unfair Competition-Toward a New Paradigm in Europe?,* Springer, 2007.

LaFrance, Mary, *Passing off Unfair Competition Conflict and Convergence in Competition Law,* The Trademark Reporter 102, no. 5, 2012.

Mellor, James/ Llewelyn, David/ Moody-Stuart, Thomas/ Keeling, David/ Berkeley, Iona/ Chantrielle, Ashton/ Duncan, William, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names* (16th ed), Sweet & Maxwell, 2018.

Ohly, Ansgar, *The Freedom of Imitation and its Limits - a European Perspective,* International Review of Intellectual Property and Competition Law, Vol. 41, 2010.
Wadlow, Christopher, *The Law of Passing off : Unfair Competition by Misrepresentation* (5th ed), Sweet & Maxwell, 2016.

【국문초록】

우리나라의 표지법은 기본적으로 대륙법을 계수하였으나, 적지 않은 부분에서 영미법적 요소를 도입하여 운용 중에 있다. 특허권이나 저작권은 그 권리내용이 성문법에 의해 비교적 명확하게 규정된 반면, 부정경쟁방지법은 산업화와 시장 환경에 따라 그 내용이 동태적으로 변화하는 특성을 지니고 있어 여전히 진화·발전하는 중이라고 볼 수 있다. 따라서 상표법을 포함한 광의의 부정경쟁방지법은 국제적 기준과 외국의 입법례를 통해 국내법을 비교·분석하는 것이 특히 중요한 분야라 할 것이다. 사칭통용에 관한 연구는 국내 학계에서 이미 연구되었어야 함에도 불구하고 아직까지 '사칭통용'과 그 '전통적 3요소'에 대한 심층적인 연구가 거의 이루어지지 않았다. 본 논문은 그간 국내에서 연구가 미진했던 사칭통용 법리의 기원과 발전 과정을 충실하게 소개하는 것에 의의를 두었다.

사칭통용 법리는 본래 '소비자 보호'에 있었으나 산업기술과 경제 발전이 급속도로 이루어지고 상표권을 재산권으로 인식하게 됨에 따라 상표권자의 재산적 가치 보호로 진보하게 되었다. 그리고 20세기에 들어 비로소 업무상 신용의 재산권적 지위가 확정됨으로써 사칭통용 법리에 의해 재산권 보호가 시작되었고, 이후 경제환경의 변화와 재산권 보호를 강화하기 위해 '확장된 사칭통용 법리'로 진화하였으며, 현재의 '전통적 3요소'라는 정형적인 체계를 갖추게 되었다. 경제환경의 변화와 새로운 유형의 부정경쟁행위에 대응하기 위하여 다소 변화한 측면도 있지만, 현대의 사칭통용 법리는 경쟁의 자유 보장과 상표권 보호 범위 확대를 지향한다.

경쟁의 자유는 부정경쟁행위를 효율적으로 규제하여 공정한 상거래 질서를 유지해 줄 때 비로소 활성화될 수 있는 것이기는 하나, 공익을 위한 지나친 행위규제는 경쟁의 자유를 위축시키고 혁신과 창조의 동력을 잃게 한다. 이에 본 논문은 상표법의 근간이자 부정경쟁방지법의 기원이 된 사칭통용 법리를 통해 우리 표지법상으로도 가장 기초적인 불법행위인 혼동초래 행위의 의미와 행위규제법의 한계에 대해 점검해 보고자 한다.

【Abstract】

The Origin and Development of the Law of Passing Off in England

Jeong, Mun-Gi
(Lecturer of Korea University Law School, Ph. D.)

Although Korea's trademark law is based on Civil Law, elements from Anglo-American Law are also implemented. While patent rights and copyrights are relatively clearly defined by Statutory Law, Unfair Competition Law is yet being developed as industrialization and market conditions entail dynamic changes pertinent to the contents of the law. Therefore, it is crucial that analysis of Korean laws be made through comparisons with international standards and foreign legislations. Despite the necessity of studies on the law of 'Passing off' in Korea's academia, there have only been very few in-depth studies on 'Passing off' and its 'Classical Trinity'. The purpose of this thesis is to faithfully introduce the origin and development process of the law of 'Passing off', which has been insufficiently researched in Korea.

The law of Passing off was originally 'protection of consumers', but as industrial technology and economic development were made rapidly and trademark rights were recognized as property rights, it progressed to 'protection of trademark owners' property'. And it was only in the 20th century that Goodwill's property rights status was confirmed and property protection started by the law of Passing off, and after that, it evolved into 'Extended Passing off' to strengthen the protection of

property rights and changes in the economic environment, and established the current formal system called 'Classical Trinity'. Although some changes have been made to respond to changes in the economic environment and new types of unfair competition, the modern law of Passing off aims to guarantee freedom of competition and expand the scope of trademark protection.

Freedom of competition can only prevail when fair trade order is maintained, with unfair competition behaviors effectively regulated. However, excessive measures potentially threaten freedom of competition and the drive towards innovation and creativity. Therefore, this thesis intends to examine the meaning of confusion-causing act, which is the most basic tort in Korea's trademark law, and the limits of regulations on violations, through the law of passing off, which is the basis of the Trademark Law and the origin of the Unfair Competition Law.

주제어(Keyword) : 사칭통용(Passing off), 업무상 신용(Goodwill), 부실표시(Misrepresentation), 손해(Damage), 악의적 허위표시(Malicious falsehood), 부정경쟁방지법(Unfair Competition Law)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제107호 2022년 12월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2022.107.413

인공지능을 통한 전쟁수행은 정당한가
- 자율무기체계를 통한 국제인도법 준수가능성을 중심으로 -

김 보 연*

목 차

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 자율무기체계의 의의와 특징
1. 자율무기체계의 의의
2. 인공지능의 기술적 특성과 문제점
3. 윤리적 쟁점: 인간의 유의미한 통제
Ⅲ. 자율무기체계를 통한 국제인도법 준수가능성
1. 국제인도법의 발전
2. 기존 국제인도법 규칙과의 합치성
3. 국제입법동향
4. 자율무기체계를 통한 국제인도법 준수가능성
Ⅳ. 결 론

Ⅰ. 서 론

인공지능(Artificial Intelligence) 기술은 컴퓨터의 정확하고 신속한 데이터 처리능력과 학습능력을 기초로 대규모 가용 데이터셋을 분석하고 이를 문제해결에 적용함으로써 군사안보, 금융, 보건의료, 교육, 산업 등 사회 전반에서 혁신을 주도하고 있다.[1] 인공지능 기술은 인간지능과 유사한 인식능력과 판단능력을 갖춘 대리인을 구현한다는 점에서 위험하거나 고도의 정확성과 정밀성을 요구하는 분야에서 활용되고 있다. 특히 군사안보 분야에서는 인공

* 법학박사, 변호사 (evaboyeon@gmail.com).

1) 정상조, 「인공지능, 법에게 미래를 묻다」, 사회평론, 2021, 39-51면.

지능의 활용이 미래 전쟁의 판도를 근본적으로 변화시킬 수 있다는 점에 많은 국가들이 주목하고 있다.[2] 미국은 이미 '2018년 국방부 인공지능 전략'을 발간하여 군사안보 목적의 인공지능 기술의 활용을 강조하였고, 러시아도 2019년 인공지능 전략을 통해 전 분야에서 인공지능 기술의 도입을 주장하였다.[3] 중국 역시 인공지능에 기초한 군사안보 혁신과 현대화를 추구하는 것으로 알려졌다.[4]

최근 인공지능 기술이 군사안보 분야의 혁신과 관련하여 활발히 논의되는 이유는 인공지능이 탑재된 자율무기체계(Autonomous Weapon Systems)가 기왕의 전투수행 방법과 양상을 근본적으로 변화시킬 수 있기 때문이다. 자율무기체계는 원거리에서 군사목표물을 정밀 타격할 수 있을 뿐 아니라 군사목표물의 선택과 병력 투입 결정을 무기체계에 위임하여 전쟁의 자동화와 자율화를 가능하게 할 수 있다. 무엇보다 전장(戰場)에서 인간이 무기를 수동통제하거나 특정한 군사목표물에 대해 구체적인 결정을 하지 않고도 무기에 장착된 센서와 컴퓨터 알고리즘을 이용하여 목표물을 식별하고 무력공격 여

---

2) Laura A. Dickinson, "Lethal Autonomous Weapons Systems: The Overlooked Importance of Administrative Accountability", in Michael N. Schmitt et al. (eds.), *Impact of Emerging Technologies on the Law of Armed Conflict,* Oxford University Press, 2019, p.69.

3) Tsvetelina van Benthem, "The regulation of militarized artificial intelligence: Protecting civilians through legal reviews of new weapons and precautions", in Damian M. Bielicki (ed.), *Regulating Artificial Intelligence in Industry*, Routledge, 2022, p.158; U.S. Department of Defense, Summary of the 2018 Department of Defense Artificial Intelligence Strategy: Harnessing AI to Advance Our Security and Prosperity, https://media.defense.gov/2019/Feb/12/2002088963/-1/-1/1/SUMMARY-OF-DOD-AI-STRATEGY.PDF (검색일: 2022년 8월 11일). 러시아의 군사안보 분야에서 인공지능 기술 도입 현황에 관해서는 이수훈, 유영철, "러시아 안보 국방 분야의 인공지능 기술 도입과 개발 현황: 분석과 한계", 「중소연구」 제44권 제3호 (2020년 가을호) 참조.

4) Van Benthem, *supra* note 3, p.158; Elsa B. Kania, "Chinese Military Innovation in Artificial Intelligence", Testimony before the U.S.-China Economic and Security Review Commission Hearing on Trade, Technology, and Military-Civil Fusion (7 June 2019), https://www.uscc.gov/sites/default/files/June%207%20Hearing_Panel%201_Elsa%20Kania_Chinese%20Military%20Innovation%20in%20Artificial%20Intelligence_0.pdf (검색일: 2022년 8월 11일).

부를 결정할 수 있다.[5]

그런데 인공지능 기술을 군사안보 분야에 도입하고 활용하는 것은 단순히 군사전략상 의미만 갖는 것이 아니다. 자율무기체계를 통한 전투수행은 인간의 고유한 영역이던 외부상황 인식과 그에 따른 판단을 기계에 위임한다는 점에서 그 국제법적 정당성에 대한 근본적 질문을 제기한다.[6] 다시 말해, 인공지능을 단순히 정보를 수집하고 전술가의 결정을 보조하는 수단으로 활용하는 것이 아니라 독자적으로 교전 상황을 인식하고 전략상 중요 결정을 하는 일종의 유사 전투원(pseudo-combatant)[7]으로 활용한다면 이것이 현재의 국제법 체계 내에서 허용되며, 적절한 것인지의 문제가 발생하게 된다. 우선, 인간의 생사여탈권을 인간이 아닌 기계에 위임하는 것이 인간의 존엄성을 근본적으로 침해하는 것은 아닌지의 질문이 제기된다.[8] 다음으로 인공지능 로봇 혹은 자율무기가 이러한 권한을 행사하여 국제위법행위가 이루어졌다면, 그에 따른 국제법상 책임을 누가 부담하는가의 문제도 동시에 제기된다.[9] 두 번째 질문은 전쟁과 관련한 중요한 의사결정에 있어서 '인간의 유의

---

5) Van Benthem, *supra* note 3, p.159.

6) Christof Heyns, "Autonomous weapons systems: living a dignified life and dying a dignified death", in Nehal Bhuta et al. (eds.), *Autonomous Weapons Systems: Law, Ethics, Policy,* Cambridge University Press, 2016, pp.3-8.

7) 국제인도법상 적대행위에 직접 참여할 권한은 전투원(combatant)에게만 부여되며, 전투원과 대비되는 개념은 무력공격으로부터의 보호대상인 민간인(civilian)이다. Nicholas Tsagourias and Alasdair Morrison, *International Humanitarian Law: Cases, Materials and Commentary*, Cambridge University Press, 2018, pp.88-89. 다만, 자율무기체계의 경우 적대행위에 직접 참여하면서 일단 작동하면 군인의 통제로부터 벗어난다는 특징으로 인해 단순한 무기가 아니라 전투원의 속성을 갖는다는 견해가 있다. Tim McFarland, *Autonomous Weapon Systems and the Law of Armed Conflict: Compatibility with International Humanitarian Law,* Cambridge University Press, 2020, pp.69-70.

8) 인간 존엄성 개념은 국제법상 무력충돌을 규율하는 국제인도법과 국제인권법 체계를 관통하는 개념에 해당한다. 이런 점에서 인간의 생사여탈권을 기계가 행사하는 것은 인간 존엄성을 침해한다고 보는 견해가 있다. Heyns, *supra* note 6, pp.10-13; Peter Asaro, "On Banning Autonomous Weapon Systems: Human Rights, Automation, and the Dehumanization of Lethal Decision-Making", *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, 2012, p.699.

9) 자율무기체계를 통한 국제위법행위와 관련하여 국제법상 책임추궁의 어려움을 지적하는 논의로서 Andreas Matthias, "The Responsibility Gap: Ascribing Responsibility

미한 통제'(meaningful human control)가 있었는지에 관한 윤리적 성찰과 밀접히 연결된다.[10]

이미 일찍부터 인공지능 기술의 군사적 활용이 제기하는 윤리적이고 법적인 문제가 다각도로 검토되어왔다. 특히 일부 학자들은 자율무기체계의 발전에 따라 무기의 자율성(autonomy)이라는 새로운 관념이 등장하면서 어떻게 인간의 존엄성이 제한되는지를 살펴보고, 이러한 전쟁자동화와 자율화 경향이 국제인도법의 기본원칙을 준수하는 데 어떠한 문제점을 제기하는지에 관해 비판적인 견해를 제시한 바 있다.[11] 이와 더불어 현재 많은 국가들은 자율무기체계를 국제법 체계 내에서 규율하고자 논의하고 있다. 대표적으로 국가들은 2014년부터 '특정 재래식무기의 사용금지 또는 제한에 관한 협약'(Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons: CCW)에서 자율무기체계에 관한 정부전문가 그룹

---

for the Actions of Learning Automata", *Ethics and Information Technology*, Vol. 6, 2004; Robert Sparrow, "Killer Robots", *Journal of Applied Philosophy*, Vol. 24, No.1, 2007; Markus Schulzke, "Autonomous Weapons and Distributed Responsibility", *Philosophy and Technology,* Vol. 26, 2013; Filippo Santoni de Sio and Ezio Di Nucci, "Drones and Responsibility: Mapping the Field", in Ezio Di Nucci and Filippo Santoni de Sio (eds.), *Drone and Responsibility: Legal, Philosophical, and Sociotechnical Perspectives on Remotely Controlled Weapons*, Routledge, 2016, pp.1-12; Marta Bo, "Autonomous Weapons and the Responsibility Gap in light of the Mens Rea of the War Crime of Attacking Civilians in the ICC Statute", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 19, No. 2, 2021, p.276 등 참조.

10) Heyns, *supra* note 6, pp.12-13.

11) 박문언, "자율무기체계의 국제법적 허용성과 규제방안", 서울대학교 박사학위논문, 2019; 임예준, "인공지능 시대의 전쟁자동화와 인권에 관한 소고: 국제법상 자율살상무기의 규제를 중심으로",「고려법학」제92호, 2019; Human Rights Watch, "Losing Humanity: The Case against Killer Robots" (November 19, 2012), https://www.hrw.org/report/2012/11/19/losing-humanity/case-against-killer-robots(검색일: 2022년 8월 12일); Vincent Boulanin et al., "Limits on Autonomy in Weapon Systems: Identifying Practical Elements of Human Control" (SIPRI & International Committee of the Red Cross, 2 June 2020), https://www.icrc.org/en/ document/ limits-autonomous-weapons (검색일: 2022년 8월 12일); Simon Chesterman, *We, the Robots? Regulating Artificial Intelligence and the Limits of Law*, Cambridge University Press, 2021, pp.44-46; Dan Saxon, *Fighting Machines: Autonomous Weapons and Human Dignity*, University of Pennsylvania Press, 2022; Jaemin Lee, *Artificial Intelligence and International Law*, Springer, 2022, pp.191-210 등 참조.

(Group of Governmental Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems: GGE on LAWS)을 구성하여 2019년 자율무기체계에 적용될 국제법 원칙에 관한 총 11개의 지도원칙을 제시하였다.[12]

그렇지만 이러한 선행 검토에도 불구하고 인공지능을 통한 전쟁수행이 과연 정당한 것이며, 현재의 국제법 체계 내에서 허용되는 것인지에 대한 해답은 아직 내려지지 못하였다. 우선, 자율무기체계를 통해서는 국제인도법과 국제인권법의 기본원칙을 준수할 수 없고, 자율무기체계를 통한 국제법 위반이 발생하더라도 책임추궁이 불가능한 책임공백 상황이 발생하므로 자율무기체계를 절대적으로 금지하여야 한다는 견해가 있다.[13] 반면, 이러한 입장의 대척점에는 현행 국제인도법에 자율무기체계를 직접 금지하는 규정이 없으며, 오히려 자율무기체계를 활용함으로써 국제인도법의 준수가능성이 확보될 수 있다는 견해가 있다.[14] 이처럼 자율무기체계의 국제법적 허용성에 관해 상반된 답변이 제시되는 이유는 법이란 무엇인지에 대한 서로 다른 이론적 전제에서 자율무기체계를 살펴보고 있기 때문이다. 요컨대, 자율무기체계의 절대적 금지를 주장하는 견해는 법이 도덕적이어야 한다고 보는 자연법론에 가까운 반면, 자율무기체계의 허용가능성을 고려하는 견해는 법실증주의에 근접해 있다.[15]

---

12) Group of Governmental Experts of the High Contracting Parties to the Convention on the Prohibition or Restriction on the Use of Certain Conventional Weapons(CCW GGE), Draft Report of the 2019 Session of the Group of Governmental Experts on Emerging Technologies in the Area of Lethal Autonomous Weapons Systems (Geneva, 21 August 2019), CCW/GGE.1/2019/CRP.1/Rev.2.

13) Saxon, *supra* note 11, p.5.

14) *Ibid.*; Michael Schmitt and Jeffrey Thurnher, "Out of the Loop: Autonomous Weapon Systems and the Law of Armed Conflict", *Harvard National Security Journal*, Vol. 4, 2013, pp.243-265; William Boothby, "How Far Will the Law Allow Unmanned Targeting to Go", in D. Saxon (ed.), *International Humanitarian Law and the Changing Technology of War*, Martinus Nijhoff, 2013, pp.57-62; Marco Sassóli, "Autonomous Weapons and International Humanitarian Law: Advantages, Open Technical Questions and Legal Issues to Be Clarified", *International Law Studies,* Vol. 90, 2014, pp.308-310.

15) 자연법론과 법실증주의에 대한 설명으로는 김도균, "공적 이성과 자연법론-공적 이성의 문제의식을 통한 자연법론의 재구성-", 「법학논총」 제38권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2021, 28-36면 참조.

그러나 이러한 법철학적 논쟁은 현재의 국제법 체계가 자율무기체계라는 새로운 현상을 규율하는 데 적합하지 않다면 어떻게 새로운 대안을 모색하여야 할 것인가 라는 실천적 질문에는 충분한 해답을 제시해주지 못하였다. 이러한 문제의식에서 이 논문은 국제인도법의 기본 원칙을 통해 자율무기체계라는 새로운 전투방법을 적절히 규율할 수 있는지에 대해 살펴보고, 만약 기존 법체계가 적합하지 않다면 어떠한 대안을 모색하여야 하는지에 대해 제안하고자 한다.[16] 이하 본문에서는 다음의 순서로 자율무기체계를 통한 국제인도법의 준수가능성을 분석한다. 첫째, 자율무기체계의 기술적, 운용상 특징에 비추어 그 국제인도법상 지위를 어떻게 보아야 할지를 검토한다. 둘째, 자율무기체계의 핵심 속성으로서 '자율성'이 무엇을 의미하는지 살펴보고, 그와 관련된 윤리적 문제를 고찰한다. 셋째, 자율무기체계의 활용이 현행 국제인도법 원칙과 충돌하는지, 만약 현행 국제인도법이 자율무기체계를 적절히 규율하지 못하고 있다면 어떠한 대안을 모색하여야 하는지를 살펴본다.

Ⅱ. 자율무기체계의 의의와 특징

우선 자율무기체계란 무엇이며 그 기술적 특성은 어떠한지를 살펴보고자 한다. 이를 위해 자율무기체계의 기술적 특성을 표상하는 인공지능이란 무엇이며, 이를 통해 구현된 자율성이란 어떤 특성을 의미하는지를 살펴볼 필요가 있다.

1. 자율무기체계의 의의

자율무기체계란, 일단 작동하기 시작하면 군인의 추가적인 감독이나 지

16) 국제적 무력충돌의 구체적 양상은 정치사회적 상황과 기술진보에 따라 변화해왔으며, 이와 더불어 무력충돌을 규율하는 국제인도법 규칙도 변화하였다. 그러나 국제인도법이 새로운 발전을 예상하여 선제적이고, 효과적으로 대응하지 못하였다는 비판이 꾸준히 제기되어왔다. Emily Crawford, *Non-Binding Norms in International Humanitarian Law: Efficacy, Legitimacy, and Legality*, Oxford University Press, 2021, pp.1-4.

시가 없더라도 일정한 군사작전 수행이 가능한 무기체계를 의미한다.[17] 자율무기를 다른 무기와 구별하는 가장 중요한 특징은 군사전략상 의사결정을 일정 수준 자율적으로 할 수 있다는 점이다.[18] 다만, 여기서의 자율성이란 인간의 통제를 벗어난 기계의 독립된 판단과 행동을 의미하며, 인간의 고유한 가치에 기초하여 인간 행위의 자율성을 분석하는 법철학에서의 논의와는 구별된다.[19] 또한, 무기체계별로 자율성의 정도에는 차이가 있으므로 인간 운영자가 무기의 작동을 중단하도록 고안된 인간이 감독하는 무기체계도 자율무기체계의 범주에 포함된다.[20] 현재 각 국이 도입한 자율무기체계는 군 사령관과 해당 시스템 운영자의 통제와 감독을 전적으로 배제한 것이 아니라 일정한 수준에서 인간의 판단을 배제하는 의미로 이해되고 있다.[21]

자율무기체계는 인간의 지시와 통제 정도에 따라 세 가지 유형으로 구분된다. 먼저 Human Rights Watch에서는 군사목표물의 선택과 공격/방어 결정이 인간의 통제 하에 이루어지는 'human-in-the-loop', 사전 프로그램으로 입력된 군사목표물을 공격·방어하도록 설계되어 있지만 인간 운영자가 무기 작동에 영향을 미칠 수 있는 'human-on-the-loop', 일단 작동하기 시작하면

17) 미 국방부가 제시한 정의(定義)에 의하면, 자율무기체계란 일단 작동하기 시작하면 인간 운영자의 추가적인 개입 없이 군사목표물을 선택하고 교전할 수 있는 무기체계를 의미한다. Gary D. Solis, *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law* (3rd edition), Cambridge University Press, 2022, pp.465-466; U.S. Dept. of Defense, Directive 3000.09: Autonomy in Weapon Systems (incorporating change 1, May 8, 2017), "Glossary, Part Ⅱ. Definitions", https://www.esd.whs.mil/portals/ 54/documents/dd/issuances/dodd/300009p.pdf (검색일: 2022년 8월 19일) 참조.

18) Chesterman, *supra* note 11, p.44.

19) 법철학에서는 자율성을 다양한 관점에서 고찰하고 있다. 대표적으로 칸트는 자율성을 인간의 초월적 자유에 근거한 '도덕적 자율성'(moral autonomy)으로 이해하였고, 밀은 다수의 행복한 삶을 추구하는 공리주의 관점에서 '개인적-인격적 자율성'(individual-personal autonomy)을 주장하였다. 임미원, "칸트의 실천철학의 기초-자율성과 사회계약론을 중심으로", 「법철학연구」 제22권 제3호, 2019, 192-204면. 이와 달리 자율무기체계에서 자율성은 인간의 통제와 감시가능성 여부와 정도에 따라 판가름된다. 마정목, "통제가능한 자율무기체계의 개념과 설계에 관한 연구", 「국방정책연구」 2020년 여름 통권 128호, 85-90면.

20) U.S. Dept. of Defense, *supra* note 17, pp.13-14.

21) *Ibid.*

인간 운영자의 아무런 통제 없이 스스로 목표물을 설정하고 공격·방어하는 'human-out-of-the-loop'으로 구분하고 있다.[22] 한편, 미 국방부에서는 군사목표물의 선정과 병력투입 결정이 인간에 의해 통제되는 '인간이 감독하는 자율무기'(human-supervised weapons), 목표물의 선정과 병력투입 결정에서 인간의 통제 정도가 중간 수준인 '반(半)자율형 무기'(semi-autonomous weapons), 작동하기 시작하면 인간의 추가 개입 없이 독자적으로 목표물을 선택하고 공격하는 '완전 자율무기'(fully-autonomous weapons)로 구분하고 있다.[23]

〈표 1〉 자율무기체계의 유형

인간의 통제정도	분류체계 1	분류체계 2	사례
강함	Human-in-the-loop	인간이 감독하는 자율무기(수용 불가능한 수준의 손해 발생 전에 인간 운영자가 개입하여 종료 가능)	자동화 화기, 크루즈미사일, 미사일방어체계
중간	Human-on-the-loop	반(半)자율형 무기(인간 운영자가 선택한 개별적이고 구체적인 군사목표물을 공격하는 유형)	원격무기, 무인드론
약함	Human-out-of-the-loop	완전 자율무기(일단 작동하면 인간 운영자의 추가 개입 없이 군사목표물을 선택하고 교전할 수 있는 무기체계)	

* Human Rights Watch와 미 국방부가 각각 제시한 자율무기체계 개념과 유형구분에 근거하여 필자가 정리함.

22) Human Rights Watch, *supra* note 11. 국내연구에서는 human-in-the loop을 '인간통제', human-on-the loop을 '인간감독', human-out-of-the-loop을 '인간부재'로 번역하기도 한다. 박문언, "자율무기체계의 개념과 비례성", 「국제법학회논총」 제64권 제2호, 2019, 89면.

23) U.S. Dept. of Defense, *supra* note 17 참조.

이미 2001년 미국의 대(對)테러전에서 무인드론이 표적살해(targeted killing) 작전에 이용되면서부터 군사목표물의 선택과 실제 공격에서 인간의 부분적 개입과 감독이 이루어지는 무기 형태가 출현하였다.[24] 인간의 감독이 부분적으로 이루어지는 자동화된 자율무기체계는 일단 배치되면 인간의 추가적인 개입 없이 작동하며, 구체적인 군사목표물에 대한 정보가 사전에, 혹은 작동 중에 입력되어 그에 따라 작동한다는 점에서 인간이 감독하는 자율무기로 분류된다.[25] 현재 기술수준에서 구현되고 활용되는 자율무기체계는 목표물의 선정과 공격에 있어 인간의 통제가 이루어지는 human-in-the-loop 유형이며, 그 활용에 따른 윤리적 문제가 제기되는 무기체계는 인간의 통제에서 완전히 벗어난 human-out-of-the-loop 유형이다. 완전 자율무기체계가 원격무기나 자동화무기와 구별되는 점은 해당 무기가 배치되기 이전이나 배치되어 있는 동안 인간의 개입을 필요로 하지 않는다는 점이다. 이러한 이념형의 자율무기체계는 공격대상에 대한 사전 프로그램 없이 독립적으로 작동하여 목표물을 타격할 능력과 인간 작동자의 개입 없이 변화하는 환경에 따라 독립적으로 반응하여 대응할 능력이라는 두 가지 특성을 보유한 점에서 자율적이라고 간주되고 있다.[26] 이와 같이 전장(戰場)에서 인간으로부터 독립한 독자적 판단능력과 대응능력을 가능하게 하는 기술이 바로 자율무기체계에 탑재된 인공지능 기술이다.

2. 인공지능의 기술적 특성과 문제점

인공지능은 다양한 분야에서 다양한 방식으로 적용되기 때문에 일반적으로 통용되는 정의(定義)는 없다.[27] 다만, 인공지능이 실제 적용되고 활용되

24) 무인 항공기나 무인 지상정찰 시스템의 활용에 따른 국제법 문제에 대해서는 Vivek Sehrawat, *Drones and the Law: International Responses to Rapid Drone Proliferation*, Emerald Publishing, 2021, pp.23-53 참조.

25) Markus Wagner, "Autonomous Weapon Systems", in Frauke Lachermann and Rüdiger Wolfrum (eds.), *The Law of Armed Conflict and the Use of Force: The Max Planck Encyclopedia of Public International Law,* Oxford University Press, 2017, p.106.

26) *Ibid.*

는 모습에 주목하여 학자들은 인공지능이란, 구체적인 목적을 달성하기 위하여 일정한 정도의 자율성을 갖고 외부환경을 분석하고 행동을 선택함으로써 지능 있는 행동을 구현할 수 있는 시스템을 일컫는다고 보고 있다.[28] 또한, 구체적 법령상 규율목적에 따라 인공지능에 대한 개념 규정을 두는 경우가 있다. 대표적으로 미국은 국방수권법(FY2019 National Security Defense Authorization Act)에서 인공지능의 기술적 특성과 작동방식에 주목하여, 인간과 유사하게 사고하고 행동하는 소프트웨어 프로그램이나 인간의 중요한 감독 없이 복잡한 임무를 수행할 수 있는 시스템으로 인공지능을 정의한다.[29] 미국 국방수권법상 인공지능은 다양하고 예측 불가능한 상황에서 인간의 상당한 감독 없이 임무를 수행할 수 있는 기계나 시스템 혹은 그러한 기법을 의미한다. 이에 따르면, 인공지능은 경험을 통해 학습하고, 데이터셋에 노출됨으로써 성능을 개선할 수 있는 기술적 특성을 보유한다. 이러한 특성으로 인해 인공지능은 여러 분야에서 인간과 유사한 지각, 인지, 계획, 학습, 의사소통, 물리적 행동을 필요로 하는 임무를 효과적으로 수행할 수 있다.

인공지능을 통한 의사결정을 통제하는 논리체계가 바로 알고리즘(algorithm)이다. 알고리즘이란 컴퓨터에 입력된 논리적이고 수학적인 일련의 규칙체계로서 자동화된 의사결정을 가능하게 한다.[30] 알고리즘은 컴퓨터에 입력된 데이터셋에서 패턴을 발견하고, 예측하며, 결과로부터 학습하는 방식을 반복함으로써 지속적인 성능개선을 할 수 있다.[31] 알고리즘을 활용하

---

27) Kelly M. Sayler, “Artificial Intelligence and National Security”, Washington D.C.: Congressional Research Service, 2020, p.1.

28) 러셀과 노빅은 인공지능의 네 가지 속성으로서 인간과의 유사성, 합리성, 사고, 행동을 조합하여 인공지능을 이해하는 네 가지 접근방식으로 ‘인간적 행동’, ‘인간적 사고’, ‘합리적 행동’, ‘합리적 사고’ 를 제시하였다. 이 중 인공지능 분야의 발전을 주도해 온 것은 인공지능이 특정 목적을 달성하기 위해 일정한 자율성을 갖고 외부환경을 인식하고 행동하며, 적응하도록 프로그램된 ‘합리적 대리인’이라는 접근방식이다. 이에 관해서는 스튜어트 러셀, 피터 노빅, 류광 (역), 「인공지능: 현대적 접근방식」 제4판, 제이펍, 2021, 제1권, 4-8면.

29) P.L. 115-232, Section 2, Division A, Title Ⅱ, §238.

30) Ari Ezra Waldman, “Algorithmic Legitimacy”, in Woodrow Barfield (ed.), *The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms*, Cambridge University Press, 2021, p.108.

31) Solis, *supra* note 17, p.465; Annemarie Vazquez, “Laws and Lawyers: Lethal Autonomous Weapons Bring LOAC Issues to the Design Table, and Judge

여 데이터셋의 패턴을 확인하고 인간에 의해 수행되었던 의사결정을 기계로 대체함으로써 보다 신속하고 효율적인 의사결정이 이루어지게 되었다.[32]

그러나 현재 기술수준에서 인공지능은 복잡한 가치판단을 요구하는 상황에서는 그 적용상 한계가 있다는 점을 고려하여야 한다.[33] 무엇보다 인공지능을 통한 학습과 판단은 기계학습을 위해 투입되는 데이터셋에 기초하며, 그러한 판단과정에서 알고리즘을 설계한 사람의 편향된 가치를 반영한다.[34] 요컨대 인공지능을 통한 판단의 정확성과 공정성은 해당 프로그램을 구성하는 데이터와 알고리즘에 영향을 받는다.[35] 이러한 점에서 많은 학자들은 인공지능과 알고리즘 설계의 역할과 한계에 대해 정확히 인식하고, 인간의 고유한 판단영역으로 남아 있어야 하는 분야인 공정성, 윤리, 투명성, 설명가능성에 대한 개념규정의 역할은 인간이 계속 수행하여야 한다고 주장하고 있다.[36] 같은 맥락에서 자율무기체계에 대해서도 그 운영상 인간의 개입을 배제하는 것이 어떤 윤리적 문제를 제기하는지 살펴볼 필요가 있다.

3. 윤리적 쟁점: 인간의 유의미한 통제

앞에서 살펴본 인공지능의 특성과 작동방식에 비추어 볼 때 자율무기체계를 실제 전투에서 활용하는 것에는 어떤 윤리적 문제가 있을지 살펴보기로

Advocates Need to Be There", *Military Law Review*, Vol. 228, 2020, pp.96-97.

32) Waldman, *supra* note 30, pp.108-109.

33) 학자들은 특정한 기능이나 인간지능의 한 측면만을 복제하도록 설계된 인공지능을 약(弱)인공지능으로, 자연인에 유사한 정도의 인간지능 수준을 구현하는 일반화된 인공지능을 강(强)인공지능으로 분류하고 있다. 현재 여러 분야에서 통용되는 인공지능은 약인공지능으로 인간이 설정한 목표를 달성하기 위해 알고리즘에 따라 작동하는 기술 수준에 있다. Woodrow Barfield and Ugo Pagallo, *Advanced Introduction to Law and Artificial Intelligence*, Edward Elgar, 2020, pp.5-6.

34) 인공지능이 인간의 편향성을 반영한다는 '편향성 거울' 이론과 그에 대한 비판으로는 박도현, "인간 편향성과 인공지능의 교차", 「서울대학교 법학」 제63권 제2호, 2022년 3월, 151-162면 참조.

35) Alfred R. Cowger, Jr., *The Threats of Algorithms and AI to Civil Rights, Legal Remedies, and American Jurisprudence: One Nation under Algorithms*, Lexington Books, 2020, pp.5-15.

36) 마이클 키언스, 아론 로스, 이정표 (역), 「알고리즘 윤리: 안전한 인공지능 알고리즘 설계 기법」, 에이콘, 2021, 31면.

한다. 이 문제를 살펴보기 위해 먼저 자율무기체계의 국제인도법상 지위를 검토하고, 그 활용이 제기하는 윤리적 문제를 고찰한다.

(1) 자율무기체계의 국제인도법상 지위

현행 국제법에는 자율무기체계의 법적 지위와 규율방법에 관한 규정이 없다. 그러므로 인공지능을 통한 전쟁수행이 정당한 것인지, 즉 자율무기체계가 현행 국제법에서 허용되는지를 살펴보기 위해 선행되어야 할 문제는 자율무기체계의 국제법상 지위를 규명하는 것이다. McFarland는 전통적인 국제적 무력충돌에서 인간 전투원이 수행했던 의사결정과 교전행위를 자율무기체계가 대신하게 되었다면 그 법적 지위를 단순히 무기로 볼 수 있는지에 대해 의문을 표시하였다.[37] 다시 말해, 자율무기체계는 그 작동방식과 기능에 비추어 볼 때 무기이자 전투원의 지위를 갖는 것으로 볼 수 있으며, 이에 대해서는 별도의 국제인도법 개념 및 관련 규칙을 적용할 수 있다는 주장이다.

국제인도법상 '전투원'(combatant)의 엄밀한 법적 정의가 제시되어 있지는 않지만, 전투원은 구별의 원칙과 관련하여 "민간인(civilian)에게 부여된 군사공격으로부터의 보호를 향유하지 못하는 자들"이라는 포괄적 의미로 이해되어왔다.[38] 한편 실제 교전상황과 관련한 1907년 헤이그 육전규칙에서는 군대의 모든 구성원들을 포괄하는 '교전자'(belligerent)라는 용어를 사용하고 있다.[39] 이런 점에서 전투원은 국제인도법상 교전자격을 갖추고, 적대행위(act of hostilities)에 참여할 권리를 갖는 자로 이해할 수 있다.[40] 그렇다면, 자율무기체계가 이러한 전투원의 개념에 부합한다고 볼 수 있을까?

---

37) McFarland, *supra* note 7, pp.69-70.

38) 안준형, "국제인도법상 불법전투원의 법적 지위", 「서울국제법연구」 제28권 제1호, 2021, 134-135면; Tsagourias and Morrison, *supra* note 7, pp.89-94.

39) 안준형, 앞의 논문(주38), 135면; 1907년 육전의 법 및 관습에 관한 규칙(이하 '헤이그 육전규칙') 제1편 각각 참조.

40) *Ibid.* 다만, 국제적 무력충돌에 관한 1977년 제네바협약 제1추가의정서 제43조 제2항은 교전당국의 군대구성원을 전투원으로 정의하고 있지만, 비국제적 무력충돌에 대해서는 전투원의 정의가 없고 민간인에 대한 규정도 없다. 신창훈, "무력충돌시 "민간인"에 대한 재정의-새로운 무기 기술과 전투 유형의 발전에 따른 민간인 보호 문제의 재조명-", 「인도법논총」 제35호, 2015, 161-162면.

우선, 현행 국제인도법상 전투원은 민간인에 대비되는 개념이자, 실제 교전상황에서 적대행위에 참여할 권리를 갖는 군대구성원에게 인정되고 있다. 그런데 자율무기체계는 위에서 살펴본 바와 같이 인간의 통제 정도에 따라 구분된다. 현재의 기술수준에서 인간과 유사한 정도로 독자적인 판단능력과 행위능력을 갖춘 인공지능이 개발되지 못하였으며, 이러한 이유로 아직 완전자율무기는 개발되어 상용화 단계에 있지 않다. 또한, 미 국방부의 자율무기체계 분류에 의하자면, 현재 상용화되고 있는 인간감독 자율무기나 반(半)자율형 무기의 경우에는 국제인도법상 독자적인 교전자격을 갖추고 적대행위에 참여하는 전투원으로 보기 어렵다. 요컨대 현 단계의 인공지능 기술을 통해 구현된 자율무기체계의 자율성 수준을 고려할 때 국제인도법상 권리와 의무가 인정되는 전투원의 자격을 갖추었다고 볼 수 없다.[41]

그러나 자율무기체계에 국제인도법상 전투원의 지위를 부여해야 한다는 논의가 전개되는 배경은 검토해 볼 필요가 있다. 그것은 바로 자율무기체계가 일단 작동하면 인간의 추가적인 개입이나 감독을 요구하지 않는다는 특성을 보유하기 때문이다. 즉 자율무기체계를 통해 국제인도법 위반행위가 발생하였을 때 그 책임을 누구에게 추궁할 수 있을지가 문제될 수 있다. 또한, 인간의 생명과 관련된 전투 관련 중요한 의사결정을 인간이 아닌 컴퓨터나 알고리즘에 위임하는 것이 과연 윤리적인가 라는 문제가 필연적으로 제기된다.

(2) 인간의 유의미한 통제 여부

자율무기체계를 실제 전장에서 활용하는 데에는 다음과 같은 윤리적 문제가 있다. 우선, 자율무기체계의 정확성과 예측가능성, 그리고 전투 관련 의사결정에서의 특징에 따라 국제인도법 관련 규칙을 준수하는 것이 어려울 수 있다는 점이다.[42] 둘째, 다른 인간의 생명과 복리와 관련된 중요한 의사결정

41) 비슷한 맥락에서 사법(私法)상 인공지능에 독자적인 법인격이 인정될 수 있는지가 여전히 회의적인 상황에서 자율무기체계에 국제인도법상 전투원으로서의 법적 지위를 부여하기는 어렵다고 생각된다. 국제법상 인공지능에 대한 법인격을 인정할 수 있는지에 대한 비판적 검토로는 Simon Chesterman, “Artificial Intelligence and the Limits of Legal Personality”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 69, 2020 참조.

을 인간이 아닌 기계에 맡긴다는 점에서 윤리적 문제가 발생할 수 있다.[43] 셋째, 자율무기체계를 통한 군사작전 과정에서 국제인도법 위반이나 전쟁범죄가 발생했을 때 그에 대한 국제법상 책임과 국제형사책임을 누구에게 어떻게 추궁할 것인지에 관한 책임공백 문제가 제기된다.[44]

자율무기체계에 대한 이러한 윤리적 우려를 해소하기 위한 방안으로 제안된 것이 바로 '인간의 유의미한 통제'(meaningful human control)를 유지하여야 한다는 원칙이다. 이 원칙에 의하면, "컴퓨터나 알고리즘이 아니라 인간이 군사작전과 관련된 결정을 궁극적으로 통제하여야 하고, 따라서 그러한 결정에 대해 인간이 도덕적 책임을 부담하여야 한다."[45] 이처럼 자율무기체계의 주요 기능 중에서 특히 군사목표물의 선택과 타격 결정에 대해서는 인간의 유의미한 통제가 필요하다는 점에 많은 학자들과 정책입안자들이 동의하였고, 콜롬비아, 크로아티아, 덴마크 같은 국가들 역시 자율무기체계의 배치와 사용에 있어 인간의 유의미한 통제가 필요하며 그러한 통제가 이루어지지 않는 완전 자율무기체계의 사용은 금지되어야 한다는 의견을 표명한 바 있다.[46]

---

42) Filippo Santoni de Sio and Jeroen van den Hoven, "Meaningful Human Control over Autonomous Systems: A Philosophical Account", *Frontiers in Robotics and AI*, Vol. 5 (28 February 2018), p.2.

43) *Ibid.*; Markus Wagner, "The Dehumanization of International Humanitarian Law: Legal, Ethical, and Political Implications of Autonomous Weapon Systems", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 47, 2014, p.54.

44) De Sio and Van den Hoven, *supra* note 42, pp.2-3. 책임공백 상황은 자율무기체계뿐만 아니라 인공지능이 활용되는 다른 분야에서도 인공지능과 알고리즘의 예측 불가능성과 설명 불가능성으로 인해 유사한 양상으로 발생하고 있다. 즉, 인공지능이 인간의 도구에 국한되지 않고 사실상 자율성을 보유한 디지털 대리인으로 기능하게 되면서 인공지능의 예측 불가능한 활동과 인간의 통제력 상실로 인한 손해에 어떻게 법적 책임을 추궁할 수 있을지의 문제가 필연적으로 수반된다. Anna Beckers and Gunther Teubner, *Three Liability Regimes for Artificial Intelligence: Algorithmic Actants, Hybrids, Crowds*, Hart Publishing, 2021, pp.3-4, 23.

45) De Sio and Van den Hoven, *supra* note 42, p.3.

46) *Ibid.*; Human Rights Watch, "Killer Robots and the Concept of Meaningful Human Control", Memorandum to Convention on Conventional Weapons(CCW) Delegates (April 11, 2016), https://www.hrw.org/news/2016/04/11/killer-robots-and-concept - meaningful-human-control (검색일: 2022년 8월 16일).

그러나 자율무기체계의 활용이 제기하는 이러한 윤리적 문제와 달리 현재의 국제인도법 체제 내에서 자율무기체계가 그 자체로 금지되며 위법한지에 대해서는 의문을 표시하는 학자들이 있다.[47] 이들에 의하면, 자율무기체계는 그 자체로 위법한 금지된 전투방법이 아니라 적용 가능한 국제인도법 규칙에 따라 그 정당성이 검토되어야 할 새로운 전투방법에 해당한다. 이와 관련하여 제네바협약 제1추가의정서 제36조는 신무기와 새로운 전투방법에 대한 사전검토의무를 부과하고 있다.[48]

제36조

"신무기, 전투수단 또는 방법의 연구·개발·획득 및 채택에 있어서 체약당사국은 동 무기 및 전투수단의 사용이 본 의정서 및 체약당사국에 적용 가능한 국제법의 다른 규칙에 의하여 금지되는지의 여부를 결정할 의무가 있다."

위 조항에 의하면, 자율무기체계가 제기하는 윤리적 문제와는 별개로 그러한 새로운 전투수단이나 방법의 활용이 현행 국제법 규칙에 의해 직접 금지되는지는 국제법의 주체인 국가들이 구체적으로 검토하고 스스로 결정할 사안에 해당한다. 이와 관련하여 다음 절에서 자율무기체계가 현재의 국제인도법 체제에서 왜 문제가 되며 자율무기체계를 통한 전쟁수행을 국제법 규범의 틀 안으로 도입하기 위해서 어떠한 추가적인 규범적 모색이 현재 진행되고 있는지를 살펴보고자 한다.

---

47) Schmitt and Thurnher, *supra* note 14, pp.243-265; Boothby, *supra* note 14, pp.57-62; Sassóli, *supra* note 14, pp.308-310; Kenneth Anderson, Daniel Reisner and Matthew Waxman, "Adapting the Law of Armed Conflict to Autonomous Weapon Systems", *International Law Studies*, Vol. 90, 2014, pp.395-398.

48) Article 36 of Additional Protocol ; Kobi Leins, *New War Technologies and International Law: Legal Limits to Weaponizing Nanomaterials*, Cambridge University Press, 2022, pp.19-23; 김자회, "치사성 자율무기시스템에 대한 적법성 검토: 제네바협약 제1추가의정서 제36조의 검토의무를 중심으로", 「인도법논총」 제38호, 2018 참조.

Ⅲ. 자율무기체계를 통한 국제인도법 준수가능성

자율무기체계를 현재의 국제인도법 규칙으로 적절히 규율할 수 있는지, 만약 그러한 규칙의 적용에 어려움이 있다면 어떠한 대안을 모색하여야 하는지에 대해 검토하고자 한다. 자율무기체계를 통해 군사적 필요성과 인도적 고려 간의 균형을 모색한다는 국제인도법의 기본 관념을 준수하는 것이 가능한 것일까? 만약 그러한 준수가 어렵다면 현재 논의되는 자율무기체계의 규율방안은 어떠한 의미가 있을지 살펴볼 필요가 있다.

1. 국제인도법의 발전

교전당국은 국제인도법에 합치하는 방식으로 전투를 수행하여야 한다. 국제인도법은 수백 년에 걸쳐 전개된 전쟁의 참상을 목격한 국제법학자들과 군인, 정책결정자들이 무차별한 전투수행으로 인한 인간성 훼손을 방지하고 군사적으로 긴급하며 필요한 수준에서 무력사용을 제한하려는 목적에서 발전시킨 국제규범이다. 17세기 국제법학자인 Hugo Grotius가 「전쟁과 평화의 법」에서 정당한 무력사용이란 개념을 제시하였다.[49] Grotius는 전쟁은 무제한적인 것이 아니며, 국가들은 무분별한 살상을 야기하는 전투방식을 자제하여야 한다고 언급하였다.[50] 전쟁의 절제와 인간성을 강조한 Grotius의 정전론(正戰論)은 무력충돌 시 적대행위가 적전투원의 저항을 물리치고 정당한 전쟁을 종결하기 위해 필요한 정도에서 국제법상 정당화된다는 Vattel의 이론으로 발전하였다.[51] 이와 같이 전쟁이 군사상 필요성과 인도적 고려

49) Grotius는 정당한 전쟁의 세 가지 원인으로서 ① 임박한 공격에 대한 방어(defense), ② 권리의 침해를 회복(restoration), ③ 과거의 위법행위의 처벌(punishment)을 들고 있다. Stephen C. Neff (ed.), *Hugo Grotius on the Law of War and Peace,* Cambridge University Press, 2012, pp.81-82.

50) 전투수행에서 절제(moderation)와 인도성(humanity)의 고려가 필요하다는 주장에 대해서는 *ibid.*, pp.326-327, 393, 396-397, 400-401 참조.

51) Vattel에 의하면, 국가는 정당한 전쟁의 목적을 달성하기 위하여 필요한 모든 수단을 강구할 권리가 있다. 그렇지만 그러한 목적의 정당성은 그 목적의 획득을 위해 필요한 바로 그 수단을 넘어선 것에 대한 권리를 부여하지는 않는다. 따라서 정당한 목적을

라는 한계 내에서 정당화된다는 관념에 기초하여 국제인도법 규칙이 발전하였다.

현대 국제인도법은 1899년과 1907년 헤이그 육전규칙과 1949년 4개 제네바협약으로 발전하였다.[52] 이후 제네바협약은 1977년 두 개의 추가의정서로 보충되었다. 특히 제네바협약 제1추가의정서는 새로운 전투방법과 수단의 적법성 검토의무를 부과하였고, 군사목표물 타격에 관한 상세한 규정을 마련하였다.[53] 1996년 국제사법재판소(International Court of Justice: ICJ)의 Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons 사건 권고적 의견에 의하면, "무력충돌법의 원칙에 포함된 인도주의적 성격은 모든 형태의 전쟁과 미래 무기를 포함하여 모든 종류의 무기에 적용된다."[54] 이처럼 국제인도법 규칙은 모든 종류의 무기에 적용되므로 자율무기체계와 관련해서도 군사적 필요성과 인도적 고려 간에 적절한 균형이라는 기본 원칙이 준수되어야 한다.[55] 특히 자율무기체계와 관련해서는 적대행위를 규율하는 헤이그 육전규칙의 두 가지 핵심 규칙인 구별의 원칙(principle of distinction)과 비례의 원칙(principle of proportionality)과의 합치성이 문제된다.[56]

넘어선 행위는 자연법과 양심의 법정에서 비난할 수 있다. Emer de Vattel, Joseph Chitty (ed.), *The Law of Nations: or, principles of the nature, applied to the conduct and affairs of nations and sovereigns*, Cambridge University Press, 2011, p.346.

52) Saxon, *supra* note 11, pp.48-50.

53) Article 36 & Articles 48-59, Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol Ⅰ), June 8, 1977, 1125 U.N.T.S.3 (이하 'Additional Protocol Ⅰ').

54) International Court of Justice, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Report 1996,* para. 86 ("However. it cannot be concluded from this that the established principles and rules of humanitarian law applicable in armed conflict did not apply to nuclear weapons. Such a conclusion would be incompatible with the intrinsically humanitarian character of the legal principles in question which permeates the entire law of armed conflict and applies to all forms of warfare and to all kinds of weapons, those of the past, those of the present and those of the future.") (밑줄은 필자가 추가).

55) Saxon, *supra* note 11, pp.51-53.

56) Stuart Casey-Maslen, Steven Haines, *Hague Law Interpreted: The Conduct of Hostilities under the Law of Armed Conflict,* Hart Publishing, 2018, p.10.

2. 기존 국제인도법 규칙과의 합치성

(1) 구별의 원칙

교전당국은 적법한 군사목표물에 해당하는 군병력이나 구체적 군사적 가치를 갖는 군사목표물에 대해서만 공격을 가하여야 하며, 민간인 집단이나 개별 민간인 혹은 민간물자에 대해 공격을 해서는 안 된다.[57] 이 원칙은 국제인도법의 핵심 원칙의 하나로 간주된다.[58] 즉 국제인도법은 민간인과 민간물자의 보호를 목적으로 하므로 무력공격 시 민간인을 공격 목표로 하여서는 안 되며 민간인과 군사목표물을 구별할 수 없는 무기를 사용하여서는 안 된다.[59] 구별의 원칙은 1977년 제네바협약 제1추가의정서 제48조에 다음과 같이 성문화되었다.

제48조

"민간주민과 민간물자의 존중 및 보호를 보장하기 위하여 충돌 당사국은 항시 민간주민과 전투원, 민간물자와 군사목표물을 구별하며 따라서 그들의 작전은 군사목표물에 대해서만 행하여지도록 한다."[60]

한편, 비국제적 무력충돌(non-international armed conflicts)에 적용되는 1949년 4개 제네바협약에 대한 제2추가의정서 제13조에서는 "민간인이 무력공격의 대상이 되어서는 안 된다"라고만 규정하고 있다. 즉, 민간물자에 대한 공격은 직접 금지하지 않고 있다.[61]

---

57) *Ibid.*, p.11.

58) International Court of Justice, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Report 1996*, para. 78.

59) *Ibid.*

60) Article 48 of Additional Protocol I ("In order to ensure respect for and protection of the civilian population and civilian objects, the Parties to the conflict shall at all times distinguish between the civilian population and combatants and between civilian objects and military objectives and accordingly shall direct their operations only against military objectives.").

61) Article 13 of Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949,

국제인도법상 구별의 원칙은 교전당국이 공격대상을 구별하여야 한다는 적극적 원칙이자 동시에 교전당국들이 민간인과 자신을 구별하도록 조치를 취해야 한다는 수동적 원칙으로도 원용된다. 즉, 미국 국방부의 군사교범은 교전당국은 자국 군대와 민간인이 시각적으로 구별되도록 하는 특수한 조치를 취하여야 하고, 민간인과 그 밖의 보호받는 사람들로부터 군사목표물을 물리적으로 구별하여야 하며, 국제인도법상 보호받는 사람이나 물자를 군사목표물을 보호하는 수단으로 이용하여서는 안 된다고 규정하고 있다.[62]

이처럼 국제인도법상 구별의 원칙은 민간인과 민간물자를 전투원 및 군사목표물과 구별하여야 한다는 원칙이다.[63] 그런데 과거 재래전의 경우와 달리 오늘날에는 구별의 원칙의 범위를 확정하는 것이 어려워졌다. 오늘날 무력충돌에서는 민간인의 무력분쟁 참여가 확대되었으며, 새로운 전투수단과 방법이 발전하였기 때문이다.[64] 이에 따라 자율무기체계를 실제 전장에서 활용하는 것과 관련해서도 어떻게 구별의 원칙을 준수하여 국제인도법상 합법적인 군사목표물에 타격을 가할 수 있는지가 문제로 제기된다.[65] 특히 유념할 점은 인구밀집지역에서 비대칭적 분쟁으로 전개되는 오늘날 무력충돌의 양상을 고려할 때 인간의 통제범위를 제한한 자율무기체계를 통해 구별의 원칙을 준수하는 것이 더욱 어려워졌다는 사실이다.[66] 즉, 비대칭적 무력충돌에서는 '적대행위에 직접 참여하는 민간인'과 국제인도법상 보호대상인 민간인을 구별하는 것이 쉽지 않다.[67] Human Rights Watch는 이러한 새로운 무

---

and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), June 8, 1977; Michael W. Meier, "Emerging Technologies and the Principle of Distinction: A Further Blurring of the Lines between Combatants and Civilians?", in Michael N. Schmitt (ed.), *The Impact of Emerging Technologies on the Law of Armed Conflict,* Oxford University Press, 2019, p.213.

62) Meier, *supra* note 61, pp.214-215.

63) Tsagourias and Morrison, *supra* note 7, p.88.

64) *Ibid.*, pp.88-89.

65) Meier, *supra* note 61, p.224.

66) Human Rights Watch, *supra* note 11, pp.30-31.

67) 현행 국제인도법상 민간인은 적대행위에 직접 가담하지 않는 한 직접적인 공격으로부터 보호받는다. '적대행위에 직접 가담하는 민간인'의 의미와 범주에 관해서는 2009년 ICRC의 해석지침(Interpretative Guidance on the Notion of direct participation in

력충돌 상황에서 자율무기체계와 같은 '기계'는 개인의 의도를 평가할 수 있는 '필수적인 인간적 특징'(necessary human qualities)을 보유하고 있지 못하다는 점을 지적하면서, 자율무기체계를 통해 국제인도법상 구별의 원칙을 준수하는 것이 사실상 불가능하다고 평가하고 있다.[68]

더 나아가 자율무기체계가 인간의 통제와 감독이 가능한 현재의 형태가 아니라 인간의 개입 없이 독립적으로 반응하여 대응하는 이념형으로 발전하게 된다면 구별의 원칙을 준수하는 것은 더욱 어려워질 것이라고 생각한다. 요컨대, 군사목표물을 인간 운영자가 사전 지정하지 않거나 인간의 유의미한 통제가 결여된 자율무기체계를 활용하는 것은 무차별공격을 금지하는 국제인도법 규칙을 처음부터 위반할 수 있다. 제네바협약 제1추가의정서 제51조 제4항은 무차별공격을 금지하는 원칙을 다음과 같이 규정하고 있다.

제51조 제4항

"무차별공격은 금지된다. 무차별공격이라 함은, 특정한 군사목표물을 표적으로 하지 아니하는 공격, 특정한 군사목표물을 표적으로 할 수 없는 전투의 방법 또는 수단을 사용하는 공격 또는, 그것의 영향이 본 의정서가 요구하는 바와 같이 제한될 수 없는 전투의 방법 또는 수단을 사용하는 공격을 말하며, 그 결과 개개의 경우에 있어서 군사목표물과 민간인 또는 민간물자를 무차별적으로 타격하는 성질을 갖는 것을 말한다."[69]

이 조항에서 볼 수 있듯이, 실제 전투에서 자율무기체계를 작동하면서 구체적인 군사목표물을 선정하지 않았고, 외부상황의 변화에 따라 자율무기가 스스로 공격대상을 선정하고 이에 대한 인간 운영자의 사후의 통제가 불가능하다면 제1추가의정서 제51조 제4항을 위반하는 것으로 볼 수 있다.

---

hostilities under International Humanitarian Law)에서 제시하고 있다. 신창훈, 앞의 논문(주40), 162면.

68) Human Rights Watch, *supra* note 11, pp.30-31.

69) Additional Protocol Ⅰ, Article 51(4).

(2) 비례의 원칙

적법한 군사목표물에 대한 공격이라고 하더라도 또 하나 유념해야 할 국제인도법 원칙이 바로 비례의 원칙이다. 이 원칙에 의하면 '구체적이고 직접적인 군사상 이익'과 비교하여 '과도한'(excessive) 부수적인 민간인 손해를 야기할 것으로 '예상된다면' 그러한 공격은 위법하다.[70] 비례의 원칙은 적전투원과 군사목표물의 피해에 대해 적용되는 원칙이 아니라 민간인의 사상, 민간물자의 파괴나 손해에 대해서만 적용되는 원칙이다.[71] 특히 제네바협약 제1추가의정서 제51조 제5항은 비례의 원칙과 관련하여, "우발적인 민간인 생명의 손실, 민간인에 대한 상해, 민간물자에 대한 손상, 또는 그 복합적 결과를 야기할 우려가 있는 공격으로서 소기의 구체적이고 직접적인 군사적 이익에 비하여 과도한 공격"을 무차별공격으로 간주하여 금지하고 있다.[72]

위 조항에 의하면, 군사목표물에 대한 적법한 공격이 민간인의 생명이나 민간물자에 우발적 손실이나 상해를 야기하며 그러한 우발적 손실과 상해가 구체적인 군사상 이익보다 과도하다면 금지된다. 제1추가의정서 제57조 제2항에서도 같은 취지로 비례의 원칙을 규정하고 있다.[73] 이러한 비례의 원칙에 따른 군사상 이익과 민간인 피해에 대한 비교 평가는 공격이 이루어지기 전에 행해지는 사전적 평가로 알려져 있다.[74] 이 문제는 구 유고형사재판소(International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia: ICTY)의 Prosecutor v Mladic 사건에서 쟁점이 되었다. 이 사건 최종판결에서 재판부는 세르비아 군이 군사목표물에 대한 손해나 그러한 포격이 필요한 것인지에 대한 목표물의 사전 평가를 하지 않았다는 사실에 비추어 세르비아 군의 포

70) Casey-Maslen and Haines, *supra* note 56, p.15.

71) *Ibid.*, pp.15-16.

72) Additional Protocol Ⅰ, Article 51(5)(b).

73) 제1추가의정서 제57조 제2항 (b)호에서는 군사공격이 우발적인 민간인 생명의 손실, 민간인에 대한 상해 및 민간물자에 대한 손상을 야기하지 않도록 사전예방 조치를 취할 의무를 규정하고 있으며, (c)호에서는 구체적이고 직접적인 소기의 군사적 이익과 비교하여 과도한 공격개시 결정을 자제할 의무를 규정하고 있다. Additional Protocol Ⅰ, Article 57(2)(b), 57(2)(c) 참조.

74) Casey-Maslen and Haines, *supra* note 56, p.16.

격이 무차별적이라고 판시하였다.[75]

그런데 비례의 원칙에 따른 평가는 실제 교전상황이 전개되기 이전에 예상되는 군사상 이익과 비교하여 민간인과 민간물자에 대한 손해가 과도한지 여부를 살피는 것이므로 그 판단기준을 확정하기 어렵다.[76] 더구나 개별 전쟁과 전투에 영향을 미치는 다양한 정치적, 군사적, 경제적, 지정학적 변수를 고려할 때 비례의 원칙이 준수되었는지 여부를 정량화 하거나 경험적으로 확인하는 것도 쉽지 않다.[77] 예컨대, 미 국방부의 군사교범 2016년판에서는 '매우 중대한' 군사상 이익이 존재해야만 수천 명에 달하는 민간인 사상이라는 피해를 정당화할 수 있으리라고 예시하였다.[78] 그렇지만 개별 전쟁이나 전투별로 매우 중대한 군사상 이익이 무엇인지가 불명확할 뿐 아니라, 모든 실제 전투상황에서 동일한 기준이 적용된다고 말하기도 어렵다.

그렇다면 자율무기체계를 통해 군사상 이익과 예상되는 민간인 피해에 대한 고도의 가치평가와 판단을 수행하는 것이 가능할 것인가? 우선 자율무기체계에 탑재된 인공지능을 보조수단으로 활용한다면, 다양한 전투상황과 외부환경에 대한 학습데이터를 토대로 하여 인간보다 정확하고 신속한 산술적 평가를 내리는 것은 가능할 것으로 생각된다. Prosecutor v Galic 사건에서 ICTY는 비례의 원칙의 준수 여부와 관련하여, 동일한 환경에서 충분한 정보를 보유한 사람이 이용 가능한 정보를 합리적으로 활용하였다면 그 공격으로 인한 민간인 사상이 과도하다고 간주할 것인지를 살펴야 한다고 판시한 바 있다.[79] 만약 전장에서의 비례의 원칙의 준수를 이용 가능한 정보를 활용

---

75) *Ibid.*; ICTY, *Prosecutor v Ratko Mladic, Judgment* (Trial Chamber Ⅰ), Case No. IT-09-92-T (22 November 2017), para.1876.

76) 이에 관해 Sassóli는 적법한 군사목표물의 공격으로부터 예상되는 구체적이고 직접적인 군사상 이익은 군사령관의 계획과 교전당국의 군사작전의 전개에 따라 끊임없이 변화하므로 완벽히 설계된 자율무기체계라 하더라도 이러한 군사작전과 계획을 계속 업데이트하지 않는 한 비례의 원칙을 적용하는 것이 불가능하다고 언급한 바 있다. Sassóli, *supra* note 14, p.332.

77) Casey-Maslen and Haines, *supra* note 56, p.16; ICTY, Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia (13 June 2000), para. 48 참조.

78) Casey-Maslen and Haines, *supra* note 56, pp.16-17.

한 합리적 판단으로만 한정한다면 인간보다 빠르고 정확한 데이터 처리능력과 인간의 합리성을 구현한 자율무기체계를 통해 예상되는 민간인 사상의 수치를 예측하고, 공격 여부를 결정하는 것이 가능할 것으로 보이기도 한다. 그렇지만 전쟁에서 비례의 원칙을 준수하려면, 단지 개별 전투상황에 한정된 데이터에 기초한 평가가 아니라 전체 전쟁의 맥락과 다양한 변수를 고려한 고도의 전략적 평가가 요구된다.[80] 또한, 민간인과 전투원의 구별이 쉽지 않은 오늘날의 교전 양상을 고려할 필요가 있다. 즉, 과거 전쟁의 데이터를 기초로 학습하여 판단을 내리는 인공지능이 비례의 원칙을 실제 준수할 가능성은 매우 낮을 것이라 생각된다.[81]

(3) 평가

위에서 검토한 바와 같이 무력충돌 시 적용되는 국제인도법 규칙에 의하면 교전당국은 적법한 군사목표물을 구별하여야 하고, 그 공격에 있어서도 비례성을 준수하고, 사전예방 의무를 다하여야 한다.[82] 이러한 규범의 준수를 위해서는 단순한 숫자나 기술적 지표에 따른 판단이 아니라 구체적 교전상황에 대한 질적이고 규범적 평가에 기초한 판단이 이루어져야 한다.[83] 또한, 실제 전투에서 국제인도법 원칙을 준수하기 위해서는 교전이 이루어지는 시간과 장소를 포함한 외부환경의 맥락을 고려하여 군사목표물을 구별하고 공격 혹은 방어가 이루어져야 한다.[84] 그러나 인공지능을 탑재한 자율무기의 경우 사전 프로그램 된 목표물 프로파일, 센서를 통해 수집된 외부환경에 관

79) ICTY, *Prosecutor v Garlic, Judgment* (Trial Chamber), Case No IT-98-29-5 (5 December 2003), para.58.

80) Sassóli, *supra* note 14, p.332.

81) 민간인이 없는 지역에 대한 공격과 같이 비례의 원칙이 문제되지 않는 상황에서 자율무기체계의 사용은 적법할 수 있다. 그렇지만 아직 가치판단을 계량화할 수 있는 인공지능 프로그램이 개발되지 않은 상황에서 자율무기체계를 통한 비례의 원칙 준수가능성은 제한적이다. 이에 대해서는 Boothby, *supra* note 14, p.57; Solis, *supra* note 17, p.469 참조.

82) Boulanin, *supra* note 11, p.5.

83) *Ibid.*; Working Paper submitted by Switzerland, CCW/GGE.1/2017/WP.9 (10 November 2017), para. 13.

84) Boulanin, *supra* note 11, p.6.

한 정보에 기초하여 판단과 행동이 이루어진다. 즉, 수집된 데이터를 프로파일에 적용하여 컴퓨터가 수행한 분석에 기초하여 작동하고 행동을 취하게 된다.[85] 실제 끊임없이 변화하는 교전 상황에서는 언제, 어떤 위치와 외부환경에서 그러한 전략적 판단이나 행동이 이루어질 것인지에 대한 고려 없이 사전 입력된 임무 내용과 목표물 유형, 예상되는 외부환경과 전투방법에 따라 이러한 판단과 행동이 이루어진다.[86] 그렇다면, 이러한 특징을 갖는 자율무기체계가 과연 국제인도법의 규칙을 준수할 수 있는지에 대한 문제가 계속 제기될 수밖에 없다. 그리고 자율무기체계를 통한 국제인도법 준수가 쉽지 않다면, 그러한 무기가 국제법상 정당한지에 대한 비판을 피하기 어려울 것이라고 생각한다.[87]

3. 국제입법동향

마지막으로, 현재 국가들이 자율무기체계의 국제법적 규율방안과 관련하여 어떠한 원칙을 검토하고 있는지를 살펴보고자 한다. 2019년 CCW GGE는 자율무기체계와 관련하여 현재 형성 중인 국제법 원칙을 확인할 중요한 단초를 제시해주고 있다. 주요 내용을 살펴보면 우선, 자율무기체계의 발전과 활용에 있어 국제인도법이 계속 적용되어야 한다는 점을 확인하고(원칙1), 다음으로 무기체계의 사용에 따른 인간의 책임이 유지되어야 한다는 점을 확인하였다(원칙2). 특히 자율무기체계의 자율성이 현재 군사목표물의 선정과 공격 결정에서 인간의 유의미한 개입을 완전히 배제하는 수준으로 확장되어서는 안 된다는 점을 확인하고 있다. 즉, 무기체계 작동의 구체적 맥락과 무기체계의 능력과 특징을 고려하여 인간과 무기 간의 상호작용의 질과 정도가 결정되어야 하며(원칙3), 어떠한 신무기라도 그 개발과 배치, 사용에 대한

85) *Ibid.*, p.5.

86) *Ibid.*, p.6.

87) 자율무기체계의 국제인도법 준수가능성에 대한 비판적 검토로 *Ibid.,* pp.5-7. Human Watch, *supra* note 11; Lee, *supra* note 11, p.191; 박문언, 앞의 논문(주11), 117-188면 등 참조.

책임은 인간의 명령과 통제라는 연관성 내에서 보장되어야 한다고 제시하고 있다(원칙 4). 또한, 국가들은 자율무기체계에 탑재된 인공지능 기술이 테러리스트 같은 비국가행위자에게 확산될 위험에 대해서도 충분한 주의를 기울여야 한다는 점을 확인하고 있다(원칙 6).

〈표 2〉 자율무기체계 분야에서의 지도원칙[88]

① 국제인도법은 치명적 자율무기체계의 향후 발전과 사용을 포함하여 모든 무기체계에 계속하여 완전하게 적용된다.
② 무기체계의 사용에 관한 인간의 책임은 계속 유지되어야 한다. 그 이유는 책임(accountability)은 기계로 이전될 수 없기 때문이다. 이 원칙은 무기체계의 전 생애에 걸쳐 고려되어야 한다.
③ 다양한 형태로 이루어질 수 있고, 어떤 무기의 생애주기의 다양한 단계에서 이행될 수 있는 인간과 기계의 상호작용에 따라 치명적 자율무기체계 분야에서의 신기술에 기초한 무기체계의 잠재적 사용이 적용 가능한 국제법, 특히 국제인도법에 합치하여야 하도록 보장되어야 한다. 인간과 무기의 상호작용의 질과 정도를 결정함에 있어 조작적 맥락, 무기체계 전체의 특징과 능력을 포함한 다양한 요소들이 고려되어야 한다.
④ 재래식무기협약의 틀에서 어떤 신무기체계의 개발, 배치, 사용에 대한 책임은 그러한 체계를 인간의 명령과 통제라는 책임 있는 연관성 내에서 작동하는 것을 포함하여, 적용 가능한 국제법에 따라 보장되어야 한다.
⑤ 국제법상 국가들의 의무에 따라 새로운 무기나 전투방법의 연구, 개발, 획득, 채택에 관한 결정은 그러한 도입을 어떤 상황에서 국제법에서 금지하는지에 따라 이루어져야 한다.
⑥ 치명적 자율무기체계 분야의 신기술에 기초한 새로운 무기체계를 발전하고

88) CCW GGE에서 채택된 2019년 자율무기체계에 관한 국제법의 지도원칙을 필자가 번역 정리한 것임. 원문은 Meeting of the High Contracting Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effect, CCW/MSP/2019/9 (13 December 2019), Annex Ⅲ. Guiding Principles affirmed by the Group of Governmental Experts on Emerging Technologies in the Area of Lethal Autonomous Weapons System 참조.

획득할 때 물리적 안전, 적절한 비물리적 보장(해킹이나 데이터 탈취를 포함), 테러리스트 집단이 획득할 위험이나 확산의 위험이 고려되어야 한다.
⑦ 위험평가와 완화 조치는 어떤 무기체계에서의 신기술의 설계, 개발, 시험, 배치의 전 과정에서 고려되어야 한다.
⑧ 치명적 자율무기체계 분야에서 신기술 사용에 있어 국제인도법과 다른 적용 가능한 국제법상 의무의 준수가 고려되어야 한다.
⑨ 잠재적 정책상 조치를 고안하는 데 있어 치명적 자율무기체계 분야에서의 신기술이 인간화 되어서는 안 된다.
⑩ CCW 맥락에서 취해지는 논의와 다른 잠재적 정책 조치는 지능 있는 자율적 기술에서의 발전이나 평화로운 사용에 대한 접근을 방해해서는 안 된다.
⑪ CCW는 군사적 필요성과 인도적 고려 간에 균형을 추구하는 협정의 대상과 목적의 맥락에서 치명적 자율무기체계 분야에서 신기술 문제를 다루는 적절한 프레임워크를 제공한다.

이처럼 자율무기체계에 관한 CCW의 11개 지도원칙은 자율무기의 개발과 활용에 있어서 기존 국제인도법의 기본 원칙과 의무를 준수해야 한다는 기본적인 내용을 제시하고 있다. 특히, 기존 국제인도법이 자율무기체계에도 그대로 적용된다는 점, 무기의 개발과 활용이 국제법에 합치하는 방향으로 이루어져야 한다는 점, 재래식 무기와 마찬가지로 자율무기에 대해서도 인간의 명령과 통제라는 기본 원칙은 계속 준수되어야 한다는 점을 재확인하고 있다. 그러나 이러한 원칙은 국제법상 구속력 있는 국제조약의 형식으로 도입된 것이 아니며 전문가그룹의 논의를 정리한 것이다. 그 의무의 내용도 자율무기체계의 개발과 배치, 사용에 있어 국가들이 자율적으로 고려할 행위준칙을 권고한 것에 불과하다. 다시 말해 어떤 국가가 위 <표 2>에 제시된 지도원칙을 위반하여 자율무기체계를 개발하고 실제 전투에 활용하더라도 그러한 국가의 국제법적 책임을 추궁할 근거로 활용되기는 어렵다는 한계가 있다.

4. 자율무기체계를 통한 국제인도법 준수가능성

위에서 살펴본 바와 같이 자율무기체계의 활용은 전쟁의 무제한성을 규

율하기 위해 성립한 국제인도법의 주요 원칙, 특히 구별의 원칙과 비례의 원칙을 효과적으로 준수함에 있어 문제점을 노정하고 있다. 이러한 문제는 우선 인공지능 기술을 고도의 가치판단에 활용하는 것에서 비롯되는 판단의 공정성과 비윤리성의 문제와 연결되어있다. 그러나 그 해결방법은 자율무기체계가 비윤리적이므로 그 사용을 전면 금지해야 한다는 것이 아니라 어떻게 하면 자율무기체계에 대한 인간의 통제와 책임가능성을 유지할 수 있을지 그 법적 조건을 제시하는 데에서 출발하여야 한다고 생각한다. 이와 관련하여 실정법(實定法)(lex lata)과 '있어야 할 법'(lex ferenda)의 관계를 고려하여 자율무기체계에 대한 유효한 규율방안을 모색할 필요가 있다고 본다.

실정법이란 현재 있는 법, 다시 말해 국제법을 구성하는 국제관습법과 조약, 법의 일반원칙을 의미하며, 있어야 할 법은 아직 실정법규로 성립되지는 않았지만 정의(正義)나 도덕률에 따라 마땅히 있어야 할 법으로 간주되는 법을 의미한다. 엄격한 법실증주의를 고수하면 적법성(legality)은 충족할 수 있으나 도덕률에 배치될 수 있고, 도덕에 기초한 판단을 하게 되면 실정법규를 유월하여 안정성을 침해할 수 있다. 이런 점에서 Arajärvi는 실정법과 도덕법 사이에 적절한 균형이 유지되어야 한다고 보았다.[89] 실정법과 도덕법 사이의 균형의 모색은 사실 국제인도법의 기본 원칙에 그대로 반영되어 있다. 즉, 국제인도법은 군사적 필요성을 위한 전략적 결정을 하면서도 동시에 인도적 고려를 위해 전투수행 목표와 방법을 제한하고 있기 때문이다. 자율무기체계에 대한 국제법적 규율에서도 군사적 필요성이 인도적 고려를 잠식하지 않도록 법원칙을 정립하여야 한다. 자율무기체계에 대한 구속력 있는 조약을 마련하고 자율무기에 대한 유의미한 통제 원칙이 확립될 때까지 국가들은 자율무기가 가져올 위험을 억제하기 위해 최선의 노력을 다할 책임이 있다.

---

89) Noora Arajärvi, "Between Lex Lata and Lex Ferenda? Customary International (Criminal) Law and the Principle of Legality", *Tilburg Law Review*, Vol. 15, No. 2, 2010, pp. 168-170 참조. Lex lata와 lex ferenda의 구분에 관한 논쟁에 대해서는 Antonio Cassese and Joseph H.H. Weiler (eds.), *Change and Stability in International Law-Making,* De Gruyter, 1988, pp.66-101 참조.

Ⅳ. 결 론

이 글에서는 인공지능을 통한 전쟁수행이 정당한가라는 질문을 인공지능의 기술적 특성, 무기체계에서의 자율성의 의미, 국제인도법의 주요 원칙의 준수가능성이라는 세 가지 차원에서 분석하였다. 자율무기체계란 일단 작동하기 시작하면 인간 운영자의 추가적인 개입 없이 군사목표물의 선택과 교전이 가능한 무기를 의미한다. 자율무기체계의 자율성은 인간의 개입 수준에 따라 다양하게 나타나는데 이념형으로서 완전한 자율무기체계는 인간으로부터 독립하여 독자적인 판단능력과 대응능력을 구현할 수 있는 무기를 의미한다. 이러한 자율무기체계의 자율성을 뒷받침하는 것이 바로 인공지능 기술이며, 인공지능을 복잡한 가치판단에 활용하는 데서 비롯되는 공정성, 윤리, 설명가능성에 관한 기존 비판이 그대로 자율무기체계에도 적용된다.

인공지능을 통한 판단의 공정성 문제가 자율무기체계에서는 인간의 유의미한 통제가 결여되더라도 그러한 전략적 결정이 허용되는지에 관한 윤리적 쟁점으로 다루어진다. 그런데 현재의 기술수준에서 자율무기체계를 통해 엄밀한 가치판단을 요구하는 국제인도법 규칙을 준수하는 것이 쉽지 않으며, 보다 본질적으로는 인간의 생사여탈권을 기계에 위임하는 것이 비윤리적이기도 하다. 그리고 무엇보다 국제인도법이나 국제형사법 위반 시 책임추궁이 어렵다는 문제가 있다. 이러한 윤리적 우려를 해소하려면 군사목표물의 선택과 타격에 대한 결정에서 인간의 통제와 감독을 지속함으로써 전쟁수행 과정에서의 판단에서 인간의 책임성을 유지하여야 한다.

마지막으로 자율무기체계의 활용이 현행 국제인도법 체제에서 허용되는지, 만약 국제인도법 준수가 어렵다면 어떠한 대안적 모색이 필요한지를 살펴보았다. 국제인도법은 군사적 필요성과 인도적 고려를 균형 있게 고려하여야 한다는 관점에서 발전해왔다. 국제인도법의 여러 원칙 중 자율무기체계와 관련하여 가장 문제되는 것이 바로 구별의 원칙과 비례의 원칙의 준수가능성이다. 오늘날 무력충돌이 인구밀집지역과 같이 민간인과 전투원의 구별이 어려운 환경에서 전개된다는 점을 고려할 때 자율무기체계를 통해 구별의 원칙을 준수하는 것이 쉽지 않으리라 생각된다. 또한, 비례의 원칙을 준수하려면

어떤 전략적 결정 이전에 사전적으로 군사적 이익과 예상되는 민간인 피해를 비교형량하는 평가를 하여야 한다. 비례의 원칙은 군사상 이익과 민간인과 민간물자의 우발적 피해 사이의 엄격한 산술적 평가가 아닌 고도의 가치판단을 요구하는 원칙으로 간주된다. 그렇다면 현재의 인공지능 기술 수준에서 인간의 감독이나 통제 없이 구별의 원칙과 비례의 원칙을 준수하는 것은 쉽지 않을 것으로 생각한다.

이처럼 자율무기체계는 그 개념상, 그리고 실제 운용상 특징에 비추어 볼 때 여러 윤리적이고 법적인 문제를 노정하고 있다. 자율무기체계를 그 자체로 금지되는 무기라고 볼 수는 없으나 그에 대한 적절한 국제법적 규제장치가 마련되기 전까지는 그 사용으로 인해 국제인도법 규칙의 준수가 어려운 상황은 최대한 방지할 필요가 있다. 자율무기체계에 대한 구속력 있는 조약을 마련하고 자율무기에 대한 유의미한 통제 원칙이 확립될 때까지 국가들은 자율무기가 가져올 위험을 억제하기 위해 최선의 노력을 다할 책임이 있다.

인공지능을 통한 전쟁수행은 정당한가 - 김 보 연	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2022.11.27.	2022.12.04.	2022.12.29.

[참고문헌]

[국내문헌]

김도균, “공적 이성과 자연법론-공적 이성의 문제의식을 통한 자연법론의 재구성- ” , 「법학논총」 제38권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2021.

김자회, “치사성 자율무기시스템에 대한 적법성 검토: 제네바협약 제1추가의정서 제36조의 검토의무를 중심으로”, 「인도법논총」 제38호, 2018.

마이클 키언스, 아론 로스, 이정표 (역), 「알고리즘 윤리: 안전한 인공지능 알고리즘 설계 기법」, 에이콘, 2021.

마정목, “통제가능한 자율무기체계의 개념과 설계에 관한 연구”, 「국방정책연구」 2020년 여름 통권 128호, 2020.

박도현, “인간 편향성과 인공지능의 교차”, 「서울대학교 법학」 제63권 제2호, 2022.

박문언, “자율무기체계의 국제법적 허용성과 규제방안”, 서울대학교 박사학위논문, 2019.

_____, “자율무기체계의 개념과 비례성”, 「국제법학회논총」 제64권 제2호, 2019.

스튜어트 러셀, 피터 노빅, 류광 (역), 「인공지능: 현대적 접근방식」(원서명: Artificial Intelligence: A Modern Approach), 제이펍, 2021.

신창훈, “무력충돌시 “민간인”에 대한 재정의-새로운 무기기술과 전투 유형의 발전에 따른 민간인 보호 문제의 재조명-”, 「인도법논총」 제35호, 2015.

안준형, “국제인도법상 불법전투원의 법적 지위”, 「서울국제법연구」 제28권 제1호, 2021.

이수훈, 유영철, “러시아 안보 국방 분야의 인공지능 기술 도입과 개발 현황: 분석과 한계”, 「중소연구」 제44권 제3호, 2020.

임미원, “칸트의 실천철학의 기초-자율성과 사회계약론을 중심으로”, 「법철학연구」 제22권 제3호, 2019.

임예준, “인공지능 시대의 전쟁자동화와 인권에 관한 소고: 국제법상 자율살상무기의 규제를 중심으로”, 「고려법학」 제92호, 2019.

정상조, 「인공지능, 법에게 미래를 묻다」 , 사회평론, 2021.

[외국문헌]

Anderson, Kenneth, Reisner, Daniel & Waxman, Matthew, “Adapting the Law of Armed Conflict to Autonomous Weapon Systems”, *International Law Studies,* Vol. 90, 2014.

Arajärvi, Noora, “Between Lex Lata and Lex Ferenda? Customary International (Criminal) Law and the Principle of Legality”, *Tilburg Law Review,* Vol. 15, No. 2, 2010.

Asaro, Peter, “On Banning Autonomous Weapon Systems: Human Rights, Automation, and the Dehumanization of Lethal Decision-Making”, *International Review of the Red Cross,* Vol. 94, no. 886, 2012.

Barfield, Woodrow & Pagallo, Ugo, *Advanced Introduction to Law and Artificial Intelligence,* Edward Elgar, 2020.

Beckers, Anna & Teubner, Gunther, *Three Liability Regimes for Artificial Intelligence: Algorithmic Actants, Hybrids, Crowds*, Hart Publishing, 2021.

Bo, Marta, "Autonomous Weapons and the Responsibility Gap in Light of the Mens Rea of the War Crime of Attacking Civilians in the ICC Statute", *Journal of International Criminal Justice,* Vol. 19, No. 2, 2021.

Boothby, William, "How Far Will the Law Allow Unmanned Targeting to Go", in D. Saxon (ed.), *International Humanitarian Law and the Changing Technology of War*, Martinus Nijhoff, 2013.

Boulanin, Vincent et al., "Limits on Autonomy", SIPRI & International Committee of the Red Cross, June 2020, https://www.icrc.org/en/document/limits-autonomous-weapons.

Casey-Maslen, Stuart and Haines, Steven, *Hague Law Interpreted: The Conduct of Hostilities under the Law of Armed Conflict,* Hart Publishing, 2018.

Cassese, Antonio and Weiler, Joseph H.H. (eds.), *Change and Stability in International Law-Making,* De Gruyter, 1988.

Chesterman, Simon, "Artificial Intelligence and the Limits of Legal Personality", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 69, October 2020.

_____, *We, the Robots? Regulating Artificial Intelligence and the Limits of the Law,* Cambridge University Press, 2021.

Cowger, Alfred R. Jr., *The Threats of Algorithms and AI to Civil Rights, Legal Remedies, and American Jurisprudence: One Nation under Algorithms,* Lexington Books, 2020.

Crawford, Emily, *Non-binding Norms in International Humanitarian Law: Efficacy, Legitimacy, and Legality*, Oxford University Press, 2021.

De Sio, Filippo Santoni and Mecacci, Giulio, "Four Responsibility Gaps with Artificial Intelligence: Why they Matter and How to Address them", *Philosophy & Technology,* Vol. 34, 2021.

De Sio, Filippo Santoni and van den Hoven, Jeroen, "Meaningful Human Control over Autonomous Systems: A Philosophical Account", *Frontiers in Robotics and AI,* Vol. 5 (28 February 2018).

De Vattel, Emer, Joseph Chitty (ed.), *The Law of Nations: or, principles of the nature, applied to the conduct and affairs of nations and sovereigns,* Cambridge University Press, 2011.

Dickinson, Laura A., "Lethal Autonomous Weapons Systems: The Overlooked Importance of Administrative Accountability", in Eric Talbot Jensen & Ronald T. P. Alcala (eds.), *The Impact of Emerging Technologies on the Law of Armed Conflict,* Oxford University Press, 2019.

Di Nucci, Ezio, and de Sio, Filippo Santoni (eds.), *Drones and Responsibility: Legal, Philosophical and Socio-Technical Perspectives on Remotely Controlled Weapons,* Routledge, 2016.

Heyns, Christof, "Autonomous weapons systems: living a dignified life and dying a dignified death", in Nehal Bhuta et al. (eds.), *Autonomous Weapons Systems: Law, Ethics, Policy*, Cambridge University Press, 2016.

Lee, Jaemin, *Artificial Intelligence and International Law,* Springer, 2022.

Leins, Kobi, *New War Technologies and International Law: Legal Limits to*

Weaponizing Nanomaterials, Cambridge University Press, 2022.

Matthias, Andreas, "The Responsibility Gap: Ascribing Responsibility for the Actions of Learning Automata", *Ethics and Information Technology*, Vol. 6, 2004.

McFarland, Tim, *Autonomous Weapon Systems and the Law of Armed Conflict: Compatibility with International Humanitarian Law,* Cambridge University Press, 2020.

Meier, Michael W., "Emerging Technologies and the Principle of Distinction: A Further Blurring of the Lines between Combatants and Civilians?", in Eric Talbot Jensen & Ronald T. P. Alcala (eds.), *The Impact of Emerging Technologies on the Law of Armed Conflict*, Oxford University Press, 2019.

Neff, Stephen C. (ed.), *Hugo Grotius on the Law of War and Peace,* Cambridge University Press, 2012.

Sassóli, Marco, "Autonomous Weapons and International Humanitarian Law: Advantages, Open Technical Questions and Legal Issues to Be Clarified", *International Law Studies*, Vol. 90, 2014.

Saxon, Dan, *Fighting Machines: Autonomous Weapons and Human Dignity*, University of Pennsylvania Press, 2022.

Schmitt, Michael & Thurnher, Jeffrey, "Out of the Loop: Autonomous Weapon Systems and the Law of Armed Conflict", *Harvard National Security Journal*, Vol. 4, 2013.

Schulzke, Markus, "Autonomous Weapons and Distributed Responsibility", *Philosophy and Technology*, Vol. 26, 2013.

Sehrawat, Vivek, *Drones and the Law: International Responses to Rapid Drone Proliferation,* Emerald Publishing, 2021.

Solis, Gary D., *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War* (3rd edition), Cambridge University Press, 2022.

Sparrow, "Killer Robots", *Journal of Applied Philosophy,* Vol. 24, No.1, 2007.

Tsagourias, Nicholas & Morrison, Alasdair, *International Humanitarian Law: Cases, Materials and Commentary*, Cambridge University Press, 2018.

Van Benthem, Tsvetelina, "The regulation of militarized artificial intelligence: Protecting civilians through legal reviews of new weapons and precautions", in Damian M. Bielicki (ed.), *Regulating Artificial Intelligence in Industry,* Routledge, 2022.

Vazquez, Annemarie, "Laws and Lawyers: Lethal Autonomous Weapons Bring LOAC Issues to the Design Table, and Judge Advocates Need to Be There", *Military Law Review,* Vol. 228. 2020.

Wagner, Markus, "The Dehumanization of International Humanitarian Law: Legal, Ethical, and Political Implications of Autonomous Weapon Systems", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 47, 2014.

_____, "Autonomous Weapon System", in Frauke Lachenmann and Rüdiger Wolfrum (eds.), *The Law of Armed Conflict and the Use of Force: The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2017.

Waldman, Ari Ezra, “Algorithmic Legitimacy”, in Woodrow Barfield (ed.), *The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms,* Cambridge University Press, 2021.

Group of Governmental Experts of the High Contracting Parties to the Convention on the Prohibition or Restriction on the Use of Certain Conventional Weapons(CCW GGE), Draft Report of the 2019 Session of the Group of Governmental Experts on Emerging Technologies in the Area of Lethal Autonomous Weapons Systems (Geneva, 21 August 2019), CCW/GGE.1/2019/CRP.1/Rev.2.

Meeting of the High Contracting Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effect (13 December 2019), CCW/MSP/2019/9.

Human Rights Watch, “Losing Humanity: The Case against Killer Robots”, https://www.hrw.org/report/2012/11/19/losing-humanity/case-against-killer-robots.

_____, “Killer Robots and the Concept of Meaningful Human Control”, Memorandum to Convention on Conventional Weapons(CCW) Delegates (11 April 2016), https://www.hrw.org/news/2016/04/11/killer-robots-and-concept-meaningful-human-control.

Kania, Elsa B., “Chinese Military Innovation in Artificial Intelligence”, Testimony before the U.S.-China Economic and Security Review Commission Hearing on Trade, Technology, and Military-Civil Fusion (7 June 2019), https://www.uscc.gov/sites/default/files/June%207%20Hearing_Panel%201_Elsa%20Kania_Chinese% 20Military%20Innovation%20in%20Artificial%20Intelligence_0.pdf.

Sayler, Kelly M., “Artificial Intelligence and National Security”, Washington D.C.: Congressional Research Service, 2020.

U.S. Department of Defense, *Summary of the 2018 Department of Defense Artificial Intelligence Strategy: Harnessing AI to Advance Our Security and Prosperity,* https://media.defense.gov/2019/Feb/12/2002088963/-1/-1/1/SUMMARY-OF-DOD-AI-STRATEGY.PDF.

U.S. Dept. of Defense, Directive 3000.09: Autonomy in Weapon Systems (incorporating change 1, May 8, 2017), Glossary, Part Ⅱ. Definitions, https://www.esd.whs.mil/portals/54/documents/dd/issuances/dodd/300009p.pdf.

【국문초록】

이 글에서는 인공지능을 통한 전쟁수행의 정당성 문제를 고찰한다. 이를 위해 인공지능의 기술적 특성, 무기체계에서의 자율성의 의미, 국제인도법의 주요 원칙의 준수가능성을 검토하였다. 자율무기체계란 일단 작동하기 시작하면 인간 운영자의 추가적인 개입 없이 군사목표물의 선택과 교전이 가능한 무기를 의미한다. 인공지능을 복잡한 가치판단에 활용하는 데서 비롯되는 공정성, 윤리, 설명가능성에 관한 기존 비판이 그대로 자율무기체계에도 적용된다. 특히 자율무기체계를 통한 국제인도법이나 국제형사법 위반 시 책임추궁이 어렵다는 책임공백 문제가 있다. 이러한 윤리적 우려를 해소하려면 군사목표물의 선택과 타격에 대한 인간의 통제와 감독기능을 유지함으로써 국제인도법 준수에 대한 인간의 책임을 유지해야 한다.

이 글에서는 자율무기체계의 활용이 현행 국제인도법과 충돌하는지, 만약 현행법이 이를 적절히 규율하지 못하고 있다면 어떠한 대안을 모색하여야 하는지를 살펴보았다. 국제인도법의 여러 원칙 중 자율무기체계와 관련하여 가장 문제되는 것이 바로 구별의 원칙과 비례의 원칙의 준수가능성이다. 오늘날 무력충돌이 민간인과 전투원의 구별이 어려운 비대칭적 환경에서 전개된다는 점을 고려할 때 자율무기체계를 통해 구별의 원칙을 준수하는 것이 쉽지 않으리라 생각된다. 또한, 비례의 원칙을 준수하려면 어떤 전략적 결정 이전에 사전적으로 군사적 이익과 예상되는 민간인 피해를 비교형량하는 평가를 하여야 한다. 국제인도법상 비례의 원칙은 군사상 이익과 민간인의 부수적 피해 사이의 엄격한 산술적 평가가 아닌 고도의 가치판단을 요구하는 원칙으로 간주된다. 그렇다면 현재의 인공지능 기술 수준에서 인간의 감독이나 통제 없이 구별의 원칙과 비례의 원칙을 준수하는 것은 쉽지 않을 것으로 생각한다. 자율무기체계는 그 자체로 금지되는 무기라고 볼 수는 없으나 그에 대한 적절한 국제법적 규제장치가 마련되기 전까지는 그 사용으로 인해 국제인도법 규칙의 준수가 불가능해지는 것은 최대한 방지할 필요가 있다. 자율무기체계에 대한 구속력 있는 조약을 마련하고 인간의 유의미한 통제 원칙이 확립될 때까지 국가들은 자율무기가 가져올 위험을 억제하기 위해 최선의 노력을 다할 책임이 있다.

【Abstract】

Is an Armed Conflict through Artificial Intelligence Justified?
- With Focus on Compliance of International Humanitarian Law through Autonomous Weapon Systems -

Kim, Boyeon
(Ph.D in Law, Attorney-at-law)

This article examines the question whether an armed conflict through the Artificial Intelligence(AI) is justified. For this purpose, it explores technical characteristics of the AI, the meaning of autonomy in weapon systems and (in)compatibility of principles of international humanitarian law to a warfare performed by Autonomous Weapon Systems(AWS). AWS denotes a type of weapons which is capable of choosing and engaging military targets without additional involvement by human soldiers, once being operated. In this regard, the current criticism concerning the utilization of the AI in complex decision-making, such as fairness, ethics and explicability is also related to the AWS. In order to relieve these ethical and legal concerns on the AWS, it is required to maintain the fundamental human control and supervision in the course of selecting and targeting the military targets when using the AWS.

This article considers whether the employment of the AWS in the military collides with the current rules of international humanitarian law, and if the current principles of international humanitarian law do not adequately regulate the AWS what alternative options can be suggested. Concerning the employment of the AWS, it seems very difficult for state

parties to comply with the principle of distinction and the principle of proportionality. It is partly due to the changed environment of today's military conflict which is performed in situations where distinction between civilians and combatants is difficult. Furthermore, it is because proportionality principle requires state parties to duly compare estimated civilian damages with estimated military interests before making a certain strategic decision. It is not considered as strict arithmetic examination but as delicate value judgment. Considering this, it is impossible to comply with principles of humanitarian law only through the AWS at the current AI technology level. The AWS is not prohibited as such in current international law, but states and relevant interested parties shall come up with alternative regulations on the AWS in order to prevent the possible violation of international law when employing the AWS in an international armed conflict. States shall make best efforts to restrict the harm involving the AWS, in a way to make a binding international agreement and to establish the meaningful human control principle.

주제어(Keyword) : 자율무기체계(Autonomous Weapon Systems), 인공지능(Artificial Intelligence), 자율성(Autonomy), 구별의 원칙(Principle of Distinction), 비례의 원칙(Principle of Proportionality), 인간의 유의미한 통제(Meaningful Human Control)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제107호 2022년 12월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2022.107.449

전시 민간인 살해 범죄에 관한 국제형사법적 검토 및 제언

- 러시아-우크라이나 전쟁을 중심으로 -

이 민 재* · 공 예 원** · 천 영 은*** · 김 가 경****

▶목 차◀

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 전시 민간인 살해 범죄의 개념 및 현황
1. 전시 민간인 살해 범죄의 개념
2. 러시아-우크라이나 전쟁에서의 민간인 살해 현황
Ⅲ. 국제형사법상 전시 민간인 살해 범죄의 처벌 근거 및 실효성 검토
1. 로마규정 검토의 타당성
2. 집단살해죄
3. 인도에 반한 죄
4. 형사 절차상 실효성 검토
Ⅳ. 부차(Буча) 학살의 처벌 가능성 검토
1. 부차 학살의 양상
2. 집단살해죄의 해당성 검토
3. 인도에 반한 죄의 해당성 검토
4. 형사 절차상 검토
Ⅴ. 제언
1. 집단살해죄의 성립 요건 완화
2. 인도에 반한 죄의 성립 요건 완화
3. 형사 절차상의 한계 보완
Ⅵ. 결론

* 주저자, 고려대학교 자유전공학부 경영학과 학사과정.
** 공동저자, 고려대학교 자유전공학부 경영학과 학사과정.
*** 공동저자, 고려대학교 자유전공학부 학사과정.
**** 공동저자, 고려대학교 자유전공학부 경영학과 학사과정.

I. 서 론

2022년 2월 24일 러시아군이 우크라이나의 국경을 넘어 인근 도시에 폭격을 가하면서 러시아-우크라이나 전쟁이 시작되었다.[1] 전쟁이 수도 키이우(Київ)를 비롯한 우크라이나 전국에서 진행되고 장기화 양상을 보이고 있어 군인과 민간인 사상자가 크게 증가하고 있다. 특히 우크라이나 부차(Буча)에서의 학살 행위를 비롯한 러시아군의 무분별한 우크라이나 민간인 살해 행위는 국제사회의 공분을 사고 있으며 국제범죄로 평가될 가능성이 크다.

과학기술의 발전으로 첨단 무기 체계가 구축됨에 따라 현대전에서의 민간인 희생자가 크게 증가하였다. 이는 전투원 대 민간인 사상자의 비율이 제1차 세계대전에서는 20:1로 전투원 사상자가 대다수였으나 제2차 세계대전에서는 1:1 수준으로 변화하였고 베트남전쟁에서는 1:13으로 민간인 사상자가 대다수에 이르게 되었다는 사실에서 파악할 수 있으며,[2] 이에 따라 전시 민간인 보호의 필요성은 점차 크게 증가하고 있다. 즉, 전시 민간인 보호 수준을 제고하기 위하여 국제형사법에 대한 면밀한 검토가 필요한 상황이다.

위와 같은 시대적 필요성에 따라 본 논문은 국제형사법을 구성하는 주요한 규정인 국제형사재판소에 관한 로마규정(Rome Statue of the International Criminal Court, 이하 '로마규정')을 중심으로 전시 민간인 보호 규범의 실효성을 검토하고자 한다. 또한 로마규정을 보충하는 규범인 국제형사재판소 범죄구성요건(International Criminal Court Elements of Crimes, 이하 'ICC EOC')은 그 내재적 한계에도 불구하고 국제형사재판의 해석에 큰 영향을 주고 있어 검토의 필요성이 상당하다. 특히 해당 규정의 제6조 (a) 제4항 및 제7조 서문 제3항은 로마규정에 명시되어 있지 않은 내용을 정당한 이유 없이 추가하여 집단살해죄와 인도의 반한 죄의 성립 범위

1) "Ukraine conflict: Russian forces attack from three sides", BBC NEWS, 2022. 2. 24. https://www.bbc.com/news/world-europe-60503037 (2022. 8. 19. 최종 접속)

2) 양철호, "제네바협약 위반 사례를 통한 전쟁시 민간인 보호에 관한 연구", 「유럽헌법연구」 제31호, 유럽헌법학회, 2019, 173면.

를 좁히고 있다. 또한 국제형사재판소(International Criminal Court, 이하 'ICC')의 관할권 행사는 개별 국가의 협력에 의존한다는 한계를 지니며, 이에 따라 특정 국가의 협조를 강제할 수 없으므로 피고인 인도가 이루어지지 않는 경우 재판이 진행되기 어렵다는 문제점도 존재한다.

따라서 본 논문은 먼저 전시 민간인 살해 범죄의 개념 및 현황을 살펴보고(Ⅱ), 전시 민간인 살해 행위의 처벌 가능성과 로마규정의 실효성을 중점적으로 검토하며(Ⅲ), 실제 사건으로서 부차 학살 사례를 법적 관점에서 바라보고(Ⅳ), 이를 통해 ICC EOC 규정의 일부 조항에 대한 바람직한 판례의 태도와 개정안을 제안한다(Ⅴ-1, Ⅴ-2). 더불어 ICC가 가진 한계를 극복하고 전시 민간인 살해 행위 등 국제범죄로 평가될 가능성이 높은 행위에 대하여 재판을 진행할 수 있도록 하기 위한 형사 절차상의 개선방안도 제언한다(Ⅴ-3).

Ⅱ. 전시 민간인 살해 범죄의 개념 및 현황

1. 전시 민간인 살해 범죄의 개념

본 연구에서 다루는 '민간인'은 1977년 제정된 '제네바협약에 대한 추가 및 국제적 무력충돌의 희생자 보호에 관한 의정서'의 기본 규칙에 따라 전투원 및 군사목표물과 구별되어 충돌당사국의 공격으로부터 일방적으로 보호받아야 할 모든 사람을 의미한다.[3] 이에 따라 '전시 민간인 살해 범죄'란 제네바협약의 규정하에서 보호되는 사람인 '민간인'을 대상으로 전시에 범해진 고의적 살해를 말한다. 국제사회는 두 차례의 세계대전을 겪으며 전쟁 중의 무분별한 민간인 희생을 방지하고 전쟁 이후 최소한 중대범죄에 대해서라도 강력한 형사 조치가 필요하다는 합의에 도달하였다. 이러한 국제적 담론 형성에 따라 전시 민간인 살해 범죄의 형사처벌을 위해 로마규정을 발

3) Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) Part Ⅳ Section I Chapter I Article 48.

효하였고, 실질적인 처벌 기관으로서 ICC가 출범하였다.

전시 민간인 살해 범죄는 ICC에서 다루어질 수 있고, 로마규정 제5조 제1항에 따르면 ICC의 관할 범죄는 집단살해죄(Genocide), 인도에 반한 죄(Crimes against humanity), 전쟁범죄(War crimes), 침략범죄(The crime of aggression)이다. 그런데 이중 전쟁범죄는 로마규정 제8조에서 민간인에 대한 공격을 전쟁범죄의 예시로서 명시적으로 언급하고 있어, 대부분의 전시 민간인 살해 행위는 전쟁범죄에 해당할 수 있으므로 검토의 필요성이 적다.[4] 또한, 침략범죄는 침략 전쟁을 실행하는 행위이므로 전시 민간인 살해 행위에 적용되지 않음이 명백하다. 따라서 본 연구는 집단살해죄와 인도에 반한 죄를 중심으로 하여 전시 민간인 살해 행위에 대한 처벌 근거 규정의 실효성을 검토하고자 한다.

2. 러시아-우크라이나 전쟁에서의 민간인 살해 현황

2022년 7월 12일 기준 UN 인권최고대표사무소는 우크라이나 상황을 알리는 주간 현황 자료를 통해 러시아의 침공으로 우크라이나에서 민간인 5,024명이 사망하였고 6,520명이 다쳤다고 밝혔다.[5] 7월 26일 보그(VOGUE)에서 진행한 인터뷰에서 우크라이나의 영부인 올레나 젤렌스카 또한, “900만 명 이상의 우크라이나 국민들이 자신의 나라를 떠났다. 민간인 5,000명 이상이 목숨을 잃었고, 아마도 더 많은 사람이 죽을 것이다. 교전이 한창일 때는 하루에 200명의 군인들을 잃었다.”라며, 우크라이나 측에서 공식적으로 인정하는 민간인 사상자가 5,000명을 초과했다고 언급하였다.[6]

---

4) 전쟁범죄의 정의에 대하여 규정한 로마규정 제8조 제2항 (a)에서는 전쟁범죄를 ‘1949년 8월 12일자 제네바협약의 중대한 위반, 즉 관련 제네바협약의 규정하에서 보호되는 사람 또는 재산에 대한 다음의 행위 중 어느 하나’라고 명시하고 있으며, 해당 조항에서 언급하는 ‘다음의 행위’ 중 첫 번째로 ‘(1) 고의적 살해’를 규정하고 있다. 따라서 전시 민간인 살해 행위의 대다수는 전쟁범죄에 포섭될 수 있으므로 그 규범적 실효성에 대하여 더 이상 검토하지 않는다.

5) 정원식, “UN “우크라이나 전쟁 민간인 사망자 5000명 넘어””, 경향신문, 2022. 7. 13. https://m.khan.co.kr/world/world-general/article/202207130827011#c2b (2022. 8. 19. 최종 접속)

이뿐만 아니라 지난 8월 9일 국제아동권리 비정부기구(NGO) 세이브더칠드런은 우크라이나 전쟁 발발 5개월 간 아동 352명을 포함해 민간인 12,584명이 사망하였으며, 지난 2월 24일 러시아의 우크라이나 침공으로 발생한 우크라이나의 국내 실향민과 국외 피란민은 각각 630만여 명과 956만여 명에 달한다고 밝혔다. 세이브더칠드런 관계자는 “난민으로 전락한 아동과 가족은 1,500만 명이 넘고, 사상자도 잇따르고 있다.”라고 언급하였고 “이는 제2차 세계대전 이후 최대 규모”라고 말하며 그 심각성을 지적하였다.[7]

나아가 지난 5월 10일 마틸다 보그너 우크라이나 주재 UN 인권감시팀 장이 스위스 제네바에서의 브리핑을 통해 우크라이나 민간인 희생자 규모가 추정 및 발표된 숫자보다 수천 명 더 많다고 언급하였듯이[8] 계속되는 전쟁에서 민간인 사망자 수가 추가되고 있으며, 아직도 구체적이고 정확한 희생자 집계가 어렵다는 점을 고려하면 본 전쟁에서의 민간인 살해 현황은 더욱 심각한 상황이다.

Ⅲ. 국제형사법상 전시 민간인 살해 범죄의 처벌 근거 및 실효성 검토

1. 로마규정 검토의 타당성

본 논문에서 전시 민간인 살해 범죄의 처벌 근거로서 중점적으로 검토할 ‘국제형사재판소에 관한 로마 규정’은 1998년 7월 17일 이탈리아 로마에서 열

---

6) “Portrait of Bravery: Ukraine’s First Lady, Olena Zelenska”, VOGUE, 2022. 7. 26. https://www.vogue.com/article/portrait-of-bravery-ukraines-first-lady-olena-zelenska (2022. 8. 19. 최종 접속)

7) 이상서, “우크라 전쟁 5개월…"민간인 1만2천여명 사망, 352명은 어린이"”, 연합뉴스, 2022. 8. 9. https://www.yna.co.kr/view/AKR20220809063900371?input=1195m (2022. 8. 19. 최종 접속)

8) 김유진, “UN “우크라이나 민간인 희생자, 알려진 것보다 수천명 많아"”, 경향신문, 2022. 5. 11. https://www.khan.co.kr/world/world-general/article/202205111148001 (2022. 8. 19. 최종 접속)

린 UN 외교회의(United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court)에서 120개국의 찬성으로 채택된 것이다. 규정의 명칭에서 알 수 있듯이 로마규정은 ICC의 상설화를 목표로 하는 국제 인권 조약이며, 이러한 로마규정에서 직접 주지하는 것처럼 본 규정의 발효로 인해 설립된 ICC는 집단살해 등과 같은 중대범죄에 관한 개인의 형사책임을 추급하기 위해 설립된 최초의 상설 국제형사법원이다.[9]

로마규정과 ICC의 설립 이전에도 구 유고슬라비아 국제형사재판소(The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, ICTY)나 르완다 국제형사재판소(International Criminal Tribunal for Rwanda, ICTR) 등이 세워졌었으나, 이러한 임시 재판소의 경우에는 잔학 행위(Atrocity)가 발생하고 난 이후에 그것을 처벌하는 법을 만들고 재판소를 설립하였으므로 소급 입법과 소급효의 문제가 늘 제기되었다.[10] 이와 달리 로마규정은 전문에서 국제사회가 우려하는 가장 중대한 범죄들이 반드시 처벌받아야 하고, 이를 위해 국가 협력을 강화함으로써 효과적인 기소가 보장되어야 한다고 명시하고 있다.[11] 즉, 로마규정의 발효와 ICC의 설립으로 인해 적어도 국제사회가 우려하는 가장 심각한 범죄들에 대해서는 소급 입법과 소급효의 논란을 일으키지 않고 처벌할 수 있는 기반이 마련된 것이다.[12]

---

9) 김성규, "'국제형사재판소에 관한 로마규정'의 국내적 이행 - 현상과 과제", 「동아법학」 제46호, 2010, 396면.

10) Okeke는 임시 국제형사재판소의 사후적 성격이 재판소의 신뢰성을 제한하였음을 지적하며, 상설기구인 ICC의 설립으로 이러한 사법적 논란이 종결되었다는 점을 매우 긍정적으로 평가하고 있다. Godwin N. Okeke, 'The Legality of the Ex Post Facto Element in the Jurisdiction Of International Criminal Tribunals: A Case Study Of Special Court at Sierra Leone', 「International Journal of Humanities and Social Science Invention」 2(4), 2013, pp. 54-58.

11) 로마규정 전문에서 이와 같은 내용이 나타나는 부분의 원문은 다음과 같다.
Affirming that the most serious crimes of concern to the international community as a whole must not go unpunished and that their effective prosecution must be ensured by taking measures at the national level and by enhancing international cooperation,

12) 정소영, "국제 인권 조약으로서의 로마 규정과 국제형사재판소의 역할 - 아프가니스탄, 미얀마, 필리핀, 팔레스타인 등 아시아 지역 상황을 바탕으로", 「형사정책연구」

본 논문에서 전시 민간인 살해 범죄에 관한 규정의 실효성을 검토하는 기준으로서 로마규정과 ICC의 판례를 활용하는 이유는 해당 규정과 판례의 보편성과 포괄성에 있다. 로마규정은 1998년 채택된 이래 현재 123개국이 동 규정의 당사국이 되는 등 보편적 규범으로 인정받고 있으며, ICC를 활용하여 전시 민간인 살해 범죄를 포함한 잔학 범죄에 대해 소급 입법과 소급효의 논란 없이 보편적으로 수용되는 처벌의 근거와 기준을 마련했다는 점, 로마규정 내에 제네바협약(Geneva Conventions)과 같은 다른 국제규범을 인용하는 등 내용적 측면의 포괄성도 크다는 점에서 검토 대상으로서의 타당성이 매우 크다. 이에 따라 현재 로마규정은 국제형사법의 적용에 있어 가장 핵심적인 법원으로 인정받고 있으며,[13] 로마규정 제21조는 ICC의 적용 법규로 로마규정을 최우선순위에 두고 있다.[14] 따라서 본 논문은 로마규정과 ICC를 중심으로 검토를 진행하고자 한다.

2. 집단살해죄

(1) 집단살해죄의 개념

집단살해죄(Genocide)는 본래 인도에 반한 죄의 범주에 속해 있었으나, 나치 독일의 홀로코스트(Holocaust) 범죄가 발생한 이후 이에 대응하여 독자적 범죄 유형으로 발전하였다.[15] 집단살해죄는 1946년 UN 총회 결의 96(1)을 통해 처음으로 독립된 범죄로서 지위를 인정받았으며, 1948년 UN 총회는 집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약(Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 이하 '집단살해죄 협약')을 채택하여 집단살해죄의 개념 및 원칙이 공고화되었다. 이후 집단살해죄의 개념은 1998년 로마규정 제6조[16]에서 다시 한번 규정되었으며, 해당 조항에 따르면

제32권 제2호, 2021, 165면.

13) 조상제, "국제형법의 체계에 관한 이론적 토대", 「형사정책연구원 연구총서」 제7권 제18호, 한국형사법무정책연구원, 2007, 42면.

14) 조상제, 앞의 논문, 42-45면.

15) 김기준, 앞의 책, 411면.

집단살해죄는 '국가, 민족, 인종 또는 종교 집단의 전부 또는 일부를 그 자체로서 파괴할 의도를 가지고 범하여진 살해 등의 행위'를 의미한다. 이와 같은 집단살해죄의 개념 및 원칙은 많은 국가의 국내법에도 규정되어 국제관습법으로서 널리 인정받았다.[17] 이에 따라 ICTY와 국제사법재판소(International Court of Justice, ICJ)를 비롯한 국제재판소들은 집단살해죄 규범은 모든 국가에 구속력이 있으며 문명국가들로부터 인정된 원칙이라고 보았으며,[18] 집단살해의 금지는 국제법상 강행규범에 해당하고 대세적 의무를 부과하고 있다고 선언하였다.[19]

(2) 전시 민간인 살해 행위의 포섭 여부

집단살해죄에 전시 민간인 살해 행위가 포섭되는지를 검토하자면, 먼저 집단살해죄 협약 제1조[20]에 따르면 집단살해죄는 전시와 평시를 불문하고 범죄로서 규율되므로 전시 조건은 포섭된다. 다음으로 로마규정 제6조와 집단살해죄 협약 제2조는 집단살해죄가 국민, 민족, 인종 또는 종교 집단을 대

16) 제6조 [집단살해죄]
이 규정의 목적상 "집단살해죄"라 함은 국민적, 민족적, 인종적 또는 종교적 집단의 전부 또는 일부를 그 자체로서 파괴할 의도를 가지고 범하여진 다음의 행위를 말한다.
가. 집단 구성원의 살해
나. 집단 구성원에 대한 중대한 신체적 또는 정신적 위해의 야기
다. 전부 또는 부분적인 육체적 파괴를 초래할 목적으로 계산된 생활조건을 집단에게 고의적으로 부과
라. 집단내의 출생을 방지하기 위하여 의도된 조치의 부과
마. 집단의 아동을 타집단으로 강제 이주

17) 김기준, 앞의 책, 411-412면.

18) Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, ICJ, 26 February 2007, para. 161; Krstić, Judgment, ICTY (TC), 2 August 2001, para. 541.

19) The case of Jorgic v. Germany, Judgment, ECHR, 12 July 2007, para. 20; Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, ICJ, 3 February 2006; Brđanin, Judgment, ICTY (TC), 1 September 2004, para. 680.

20) 제1조
체약국은, 집단살해가 평시에 행해졌는지 전시에 행해졌는지를 불문하고 이를 방지하고 처벌할 것을 약속하는 국제법상의 범죄임을 확인한다.

상으로 범해져야 한다고 규정하고 있는데, 해당 집단에 민간인 구성원이 포함되는 경우 민간인 조건도 포섭되며, 집단의 특성상 민간인 구성원이 포함될 가능성은 매우 크다. 마지막으로 로마규정 제6조와 집단살해죄 협약 제2조에 규정되어 있는 기본행위 중 '가. 집단 구성원의 살해 행위'는 집단의 구성원을 사망에 이르게 하는 것으로서,[21] 이 경우 살해 조건 또한 포섭된다.

(3) 규범의 실효성 검토

로마규정과 집단살해죄 협약은 집단살해죄의 보호 대상을 국민, 민족, 인종, 종교 집단으로 제한하였다. 로마규정 협상 과정에서 정치 및 사회 집단도 보호 대상에 포함하려는 시도가 있었으나 수용되지 않아,[22] 정치, 경제, 문화 집단은 보호 대상에서 제외되었다.[23] 따라서 집단살해죄의 보호 대상이 아닌 무수한 집단들에 대한 살해 행위는 집단살해죄가 포섭할 수 없다는 한계가 존재한다.[24]

로마규정 제6조와 집단살해죄 협약 제2조는 집단살해죄가 '집단의 전부 또는 일부를 그 자체로서 파괴할 의도를 가지고' 범해져야 한다고 규정하고 있다. ICTR은 Akayesu 사건에서 이러한 '특별한 의도(special intent or dolus specialis)'가 집단살해죄와 다른 범죄를 구별하는 요소라고 정의하였으며,[25] ICTY는 Krstić 사건에서 '집단을 파괴할 의도란 독립된 개인들의 모임으로서가 아니라 집단의 명확한 부분을 파괴하고자 하는 의도를 말한다.'라고 설시하였다.[26] 즉, 해당 의도는 초과주관적 구성요건요소로서, 집단

---

21) Al Bashir, Decision, ICC (PTC), 12 July 2010, para. 20; Semanza, Judgment, ICTR (TC), 15 May 2003, para. 319; Bagilishema, Judgment, ICTR (TC), 7 June 2001, paras. 55, 57 et seq.

22) Robert Cryer, Håkan Friman, Darryl Robinson, Elizabeth Wilmshurst, An Introduction to International Criminal Law and Procedure 3rd Edition, Cambridge University Press, 2014, p. 210.

23) Kai Ambos, Treatise on International Criminal Law: Volume II: The Crimes and Sentencing, Oxford University Press, 2014, p. 6; Krstić, Judgment, ICTY (TC), 2 August 2001, para. 554.

24) 이와 같은 비판에 대하여는 Antonio Cassese, International Criminal Law 3rd Edition, Oxford University Press, 2013, p. 113-114 참조.

25) Akayesu, Judgment, ICTR (TC), 2 September 1998, para 498.

살해죄의 성립 범위를 좁히고 있다.[27] 또한 이러한 특별한 의도를 입증하는 일은 상당히 어렵다. 피고인이 집단을 그 자체로서 파괴할 의도를 가지고 범행을 저질렀는지에 대한 직접 증거는 존재하지 않는 경우가 대다수이므로 이를 인정된 사실관계와 정황들로부터 추론해내야 하며,[28] 이때 추론은 반드시 증거 전체로부터 합리적으로 도출되어야 하고[29] 합리적 의심을 배제하는 정도의 증명이 필요하기 때문이다.[30] 따라서 집단살해죄의 특별한 의도를 입증하지 못하는 경우 집단에 대한 살해 행위를 집단살해죄로 규율할 수 없다는 한계가 존재한다.

ICC EOC 제6조 (a)[31]는 로마규정 제6조 (a)의 성립 요건을 부연하고 있는데, 그중 제4항은 로마규정에 명시되지 않은 요건으로, 집단살해죄의 금지 행위는 '집단을 직접 대상으로 유사한 행위의 명백한 패턴의 맥락에서 일어났거나 그 자체로 그러한 파괴를 가져오는 행위'여야 한다고 규정하고 있다. 이는 실질적으로 집단살해죄의 상황적 구성요건을 추가하고 있으며, 집단살해죄의 성립 범위를 좁히고 있다. ICTY는 Krstić 사건 1심에서 해당 요건이 범죄의 객관적 구성요건이라고 파악하고 사건에 적용하였으나,[32]

---

26) Krstić, Judgment, ICTY (TC), 2 August 2001, para. 590.

27) Gerhard Werle, Florian Jeßberger, Principles of International Criminal Law, Oxford University Press, 2014, p. 313.

28) Gacumbitsi, Judgment, ICTR (AC), 7 July 2006, para. 40.

29) Nahimana and others, Judgment, ICTR (AC), 28 November 2007, para. 524.

30) Rutaganda, Judgment, ICTR (AC), 26 May 2003, para. 525; Gacumbitsi, Judgment, ICTR (AC), 7 July 2006, paras. 40-41.

31) Article 6 (a)
Genocide by killing
Elements
1. The perpetrator killed one or more persons.
2. Such person or persons belonged to a particular national, ethnical, racial or religious group.
3. The perpetrator intended to destroy, in whole or in part, that national, ethnical, racial or religious group, as such.
4. The conduct took place in the context of a manifest pattern of similar conduct directed against that group or was conduct that could itself effect such destruction.

32) Krstić, Judgment, ICTY (TC), 2 August 2001, para. 682.

해당 사건 항소심 재판부는 해당 요건이 집단살해죄 협약에 명시되지 않았으며 국제관습법에서 승인되지도 않았기에 객관적 구성요건이 아니라고 판단하여 1심 재판부의 결론을 지지하지 않았다.[33] ICTR도 해당 조항을 객관적 구성요건으로 받아들이지 않은 것으로 보이며,[34] 이후 ICJ 또한 해당 요건은 집단살해죄의 실질적 요건이 아니라는 해석을 지지하였다.[35] 그러나 이후 ICC 전심재판부는 Al Bashir 사건에서 해당 요건은 실질적 요건이라고 판시하여 기존의 해석을 지지하지 않았다.[36]

이와 같이 ICC EOC 제6조 (a) 제4항에 규정된 집단살해죄에 대한 상황적 구성요건을 실질적 요건으로 파악하는 해석은 범죄의 성립 범위를 제한하고 있는데, 이에 대해 학계에서는 비판적 견해와 옹호적 견해가 대립하고 있다. 먼저 비판적 견해는 그러한 해석은 로마규정과 같은 명문의 국제법규에 반하는 것이며,[37] 집단살해죄의 특별한 의도를 입증하기 위한 요소를 법적 요건으로 변화시킨 것이라고 비판한다.[38] 또한 ICC EOC 규정은 로마규정 제9조 제1항[39]에 따라 로마규정을 보조하고 동조 제3항[40]에 따라 로마규정에 부합되어야 하므로 ICC EOC에 규정된 내용을 범죄 개념의 부가적 요건으로 해석해서는 안 된다고 주장한다.[41] 반면 옹호적 견해는 ICC EOC 또한 국제사회의 합의로 채택된 것이므로 그 규범적 가치를 무시할 수 없으

33) Krstić, Judgment, ICTY (AC), 19 April 2004, para. 224.

34) 대법원 국제형사법연구회, 앞의 책, 144면.

35) Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, ICJ, 26 February 2007, paras. 373, 376.

36) Al Bashir, Decision, ICC (PTC), 4 March 2009, para. 123.

37) Gerhard Werle, Florian Jeßberger, 앞의 책, p. 313.

38) Kai Ambos, 앞의 책, p. 16.

39) 제9조 [범죄구성요건]
1. 범죄구성요건은 재판소가 제6조, 제7조 및 제8조를 해석하고 적용하는 것을 보조한다. 이는 당사국총회 회원국의 3분의 2의 다수결에 의하여 채택된다.

40) 제9조 [범죄구성요건]
3. 범죄구성요건과 그 개정은 이 규정에 부합되어야 한다.

41) 이러한 입장에서는 ICC EOC를 적용하기 위해서는 로마규정 문언 자체에서 ICC EOC가 제공할 해석적 도움(interpretive assistance)의 근거를 상당 부분 찾을 수 있는 경우여야 한다고 본다. 김기준, 앞의 책, 432면; Gerhard Werle, Florian Jeßberger, 앞의 책, p. 311.

며, 해당 요건의 적용을 통해 집단살해죄의 중대성과 심각성에 대한 객관적 수준을 유지할 수 있으므로 필요하다고 주장한다.[42]

이와 같은 견해들을 종합하여 볼 때, 비판적 견해가 더욱 타당하다고 판단된다. 미국의 주장으로 도입된 ICC EOC 규정이 채택되기 전 다수의 국가들은 해당 규정이 구속력이 있다기보다는 로마규정을 해석하고 적용하는데 보조하는 역할로 제한하기를 희망하였기에 로마규정 제9조에 그 역할이 명시되었고,[43] 이는 ICC EOC 규정의 내재적 한계로 보아야 한다. 따라서 로마규정과 집단살해죄 협약에 명시되지 않았으며 국제관습법으로 승인되지도 않은 ICC EOC 규정의 내용을 집단살해죄의 실질적 구성요건으로 새로이 부가하여 범죄의 성립 범위를 제한하는 해석은 ICC EOC 규정의 규범적 효력을 과대평가한 것이다. 또한 로마규정과 집단살해죄 협약은 집단살해죄가 집단에 대해 특별한 의도를 가지고 범해져야 한다는 요건을 규정하고 있어 이미 죄의 중대성과 심각성은 높은 수준으로 유지되고 있으며 그 적용 범위는 제한되고 있으므로 부가적인 요건의 필요성은 크지 않다. 따라서 ICC EOC 제6조 (a) 제4항을 실질적 요건으로 파악하여 집단살해죄의 실효성을 크게 낮추는 해석은 바람직하지 않다.

3. 인도에 반한 죄

(1) 인도에 반한 죄의 개념

인도에 반한 죄(Crimes against Humanity)는 제2차 세계대전 이후 그 필요성에 따라 1945년 뉘른베르크 국제군사재판소 헌장(Charter of the International Military Tribunal, 이하 'IMT 헌장') 제6조 (c)에서 최초로 범죄로서 규정되었으며, 그 내용은 1946년 극동 국제군사재판소 헌장(International Military Tribunal for the Far East, 이하 'IMTFE 헌장') 제5조 (c)에도 약간의 수정만을 가한 형태로 규정되었다. 나아가 인도의 반한 죄의 개념 및 원칙은 1946년 UN 총회에서 만장일치로 승인되기에 이르렀으

42) Robert Cryer, Håkan Friman, Darryl Robinson, Elizabeth Wilmshurst, 앞의 책, p. 220.
43) 김영석, "국제형사재판소의 관할대상범죄", 「국제인권법」 제5호, 2002, 69-70면.

며,[44] 이후 1990년대 중반 UN 안전보장이사회는 ICTY 법령 제5조와 ICTR 법령 제3조에 인도에 반한 죄의 개념 및 원칙을 재차 규정하였고, 이에 따라 다수의 피고인이 처벌되었다. 이와 같은 과정을 거쳐 인도에 반한 죄는 국제관습법으로서의 지위를 공고화하였다.[45] 이를 바탕으로 1998년 인도에 반한 죄의 개념은 로마규정 제7조에 상세하게 규정되었으며, 동조 제1항[46]에 따르면 인도에 반한 죄는 "민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격의 일부로서 그 공격에 대한 인식을 가지고 범하여진 살해, 절멸, 노예화, 감금, 고문, 성폭행, 박해, 기타 이와 유사한 비인도적 행위"를 의미한다.

(2) 전시 민간인 살해 행위의 포섭 여부

로마규정 제7조 제1항은 인도에 반한 죄의 객관적 구성요건을 규정하고 있으며, 이는 상황적 구성요건(contextual element)과 개별적 기본행위(underlying act)로 이루어져 있다.[47] 이를 토대로 전시 민간인 살해 행위가 인도에 반한 죄에 포섭되는지를 검토하면, 먼저 인도에 반한 죄는 무력충돌 상황인지의 여부와 무관하게 성립하므로[48] 전시 조건은 포섭된다. 다음으로 해당 조항의 상황적 구성요건은 민간인 주민에 대한 공격으로 범해진 행위일 것을 요구하므로, 민간인 조건 또한 포섭된다. 마지막으로 해당 조항에

---

44) UN General Assembly resolution 95 (Ⅰ), Affirmation of the Principles of International Law recognized by the Charter of the Nürnberg Tribunal, New York, 11 December 1946.

45) 김기준, 국제형사법, 박영사, 2017, 462면.

46) 1. 이 규정의 목적상 "인도에 반한 죄"라 함은 민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격의 일부로서 그 공격에 대한 인식을 가지고 범하여진 다음의 행위를 말한다.
가. 살해
나. 절멸
다. 노예화
[···]
카. 신체 또는 정신적·육체적 건강에 대하여 중대한 고통이나 심각한 피해를 고의적으로 야기하는 유사한 성격의 다른 비인도적 행위

47) 대법원 국제형사법연구회, 국제형사법과 절차, 사법발전재단, 2020, 113면.

48) 김영석, 국제형사재판소법강의, 법문사, 2014, 53면; 조정현, "국제형사재판소(ICC) 규정상 인도에 반한 죄의 구성요건", 「강원법학」 제50권, 강원대학교 비교법학연구소, 2017, 592면.

규정된 개별적 기본행위 중 민간인 살해가 해당할 수 있는 행위로는 '가. 살해', '나. 절멸', '아. 박해' 행위가 존재하므로, 이 경우 살해 조건 또한 포섭된다.

(3) 규범의 실효성 검토

로마규정 제7조 제1항은 인도에 반한 죄가 민간인 주민에 대한 '광범위하거나 체계적인 공격의 일부로서 그 공격에 대한 인식을 가지고' 범해져야 한다고 규정하고 있다. 이때 광범위한 공격인지의 여부는 공격의 대규모성과 피해자의 다수성을 고려하여 판단되는데,[49] 공격 행위가 상당한 심각성을 가지고 다수의 피해자들을 향해 집단적으로 수행되는 대량의(massive) 빈번한(frequent) 대규모(large scale) 행위인 경우 인정된다.[50] 체계적인 공격인지의 여부는 공격 행위의 정기적 반복성과 체계적 계획성을 고려하여 판단되는데,[51] 공격 행위가 사전적 계획이나 정책에 의하여 규칙적인 패턴에 따라 조직되어 수행된 행위인 경우 인정된다.[52] 따라서 공격 행위가 소규모로 이루어졌거나 산발적 또는 즉흥적으로 이루어져 광범위하거나 체계적이지 않다고 판단되는 경우는 처벌의 대상이 될 수 없다[53]는 한계가 존재한다. 또한 가해자는 광범위하거나 체계적인 공격의 존재에 대해 인식하고 자신의 행위가 이러한 공격의 일부를 형성한다는 사실에 대해서도 인식했어야 한다는 주관적 요건도 요구된다.[54]

로마규정 제7조 제2항 (a)[55]는 민간인 주민에 대한 공격을 부연하고 있

---

49) Robert Cryer, Håkan Friman, Darryl Robinson, Elizabeth Wilmshurst, 앞의 책, p. 235.

50) COI, "Report of the detailed findings of the commission of inquiry on human rights in the Democratic People's Republic of Korea", UN Doc. A/HRC/25/CRP.1, 7 February 2014 (이하 'COI 최종보고서'), para. 1031.

51) Katanga and Chui, Decision, ICC (PTC), 30 September 2008, para. 397; Kordić and Čerkez, Judgment, ICTY (AC), 17 December 2004, para. 94.

52) COI 최종보고서, para. 1032.

53) Kunarac and others, Judgment, ICTY (AC), 12 June 2002, para 90.

54) Kai Ambos, 앞의 책, p. 77; Katanga and Chui, Decision, ICC (PTC), 30 September 2008, para. 401; Al Bashir, Decision, ICC (PTC), 4 March 2009, paras. 86 et seq; Blaškić, Judgment, ICTY (AC), 29 July 2004, paras. 124 et seq.

55) 제7조 [인도에 반한 죄]
2. 제1항의 목적상,

는데, 이는 실질적으로 인도에 반한 죄의 상황적 구성요건을 추가하는 역할을 하고 있다. 즉, 공격 행위가 국가나 조직의 정책에 따르거나 이를 조장하기 위하여 범해져야 한다는 요건도 요구되는 것이다. 이와 같은 요건은 IMT 헌장, IMTFE 헌장, ICTY 법령, ICTR 법령 등 로마규정 이전까지 인도에 반한 죄를 규정한 법령에는 규정되지 않았던 것이다.[56] 그러나 로마규정 입법 과정에서는 국제범죄의 요소가 전쟁과의 관련성에서 국가나 조직의 권한과의 관련성으로 이동하고 있다고 판단하여 이와 같은 정책 요건을 추가하였다.[57] 이처럼 해당 요건이 추가됨에 따라 가해자가 아무리 광범위하고 체계적인 공격을 감행하였다고 해도 국가나 조직의 정책과의 관련성이 인정되지 않는 경우 인도에 반한 죄로 처벌될 수 없게 되었다.[58] 또한 로마규정을 보충 설명하는 규범인 ICC EOC의 제7조 서문(Introduction) 제3항[59]은 "이러한 정책은 국가나 조직이 민간인에 대한 공격을 적극적으로 촉진하거나 조장할 것을 요구하는 것으로 이해된다."라고 규정하고 있는데, 이는 인도에 반한 죄의 적용 범위를 최소화하고자 하는 국가들[60]을 설득하기 위해 추가된 것이다.[61] 그런데 해당 조항은 국가나 조직이 소극적으로

(a) "민간인 주민에 대한 공격"이라 함은 그러한 공격을 행하려는 국가나 조직의 정책에 따르거나 이를 조장하기 위하여 민간인 주민에 대하여 제1항에 규정된 행위를 다수 범하는 것에 관련된 일련의 행위를 말한다.

56) 김기준, 앞의 책, 477면.

57) Kai Ambos, 앞의 책, p. 50.

58) Gerhard Werle, Florian Jeßberger, 앞의 책, p. 345.

59) Article 7
Crimes against humanity
Introduction
3. "Attack directed against a civilian population" in these context elements is understood to mean a course of conduct involving the multiple commission of acts referred to in article 7, paragraph 1, of the Statute against any civilian population, pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy to commit such attack. The acts need not constitute a military attack. It is understood that "policy to commit such attack" requires that the State or organization actively promote or encourage such an attack against a civilian population.

60) 중국, 인도, 인도네시아, 이집트, 수단 등

61) 김상걸, "인도에 반하는 죄의 상황적 구성요건", 「국제법학회논총」 제61권 제1호,

민간인에 대한 공격 행위를 용인한 경우는 인도에 반한 죄를 구성하지 않는 것으로 해석될 여지를 남기게 되었으며,[62] 이에 해당 조항은 국제관습법에 비해 인도에 반한 죄의 개념을 지나치게 좁혔다는 비판[63]을 받고 있다. 즉, 해당 요건은 인도에 반한 죄에 전시 민간인 살해 행위가 포섭될 가능성을 크게 낮추고 있으며, 이는 인도에 반한 죄의 실효성을 위협하는 요소이므로 개선이 필요하다.

4. 형사 절차상 실효성 검토

전시 민간인 살해 행위가 앞서 검토한 인도에 반한 죄 또는 집단살해죄에 해당하는 경우, 로마규정 제5조에 따라 ICC의 관할권 아래에 놓인다. 이 관할권을 행사하기 위해서는 범죄 발생지국이나 범죄인의 국적국 중 최소 하나의 국가는 로마규정 당사국 또는 ICC의 관할권을 수락한 국가여야 한다. 다만 안전보장이사회가 UN 헌장 제7장을 근거로 회부한 사태에 대해서는 위와 같은 제약 없이 ICC가 관할권을 행사할 수 있다.[64] 그러나 전술한 조건을 모두 충족하지 못하는 경우, 당해 사태에 대한 ICC의 관할권 행사는 불가하다.

현재 ICC의 관할권 행사는 개별 국가의 협력에 의존하고 있다. ICC 스스로는 경찰력을 가지고 있지 않을 뿐 아니라 수사 및 기소 과정에서 필요한 자원도 제한적이기 때문이다.[65] 하지만 다자조약에 기반해 설립된 ICC의 태생적 한계로 '협력 요청'이라는 표현을 사용하는 것은 불가피하다. 원칙적으로 개별 주권국가 간의 대등한 관계에서 사법공조는 강제적일 수 없기 때문이다. 이런 이유로 ICC가 절대적 강제력을 확보하거나 그렇게 변화하려고 하는 시도조차도 현실적으로 불가하다. 이에 로마규정 제9부 '국제

대한국제법학회, 2016, 96면.

62) 대법원 국제형사법연구회, 앞의 책, 127면.

63) Antonio Cassese, 앞의 책, p. 107.

64) 정인섭, 신국제법 강의: 이론과 사례, 박영사, 2017, 984면.

65) 유영근, "국제형사재판소의 전쟁범죄 규정과 그 의의", 「통일과 평화」 제4권 제2호, 2012, 105-106면.

적 협력과 사법공조'에서는 당사국에 한해 협력 의무를 규정함으로써 집행력의 약화를 보완하였다.[66] 그러나 여전히 비당사국은 협력해야 할 의무가 없다. 주권국가의 재량이 인정되어야 하므로 비당사국의 협력을 의무화하기는 어려우며, 이에 비당사국은 수사 및 기소에 협조하지 않을 가능성이 크다. 이 경우 분쟁 당사국의 로마규정 비준 여부와 안전보장이사회에서의 지위에 따라 다음과 같은 문제가 발생할 수 있다.

로마규정 제87조 제5항[67]에 따라 비당사국의 협력 불응을 당사국총회나 안전보장이사회에 통지할 수 있다. 당사국총회에 통지한다고 해도, 당사국총회는 로마규정을 비준한 국가들 간의 총회이기 때문에 비당사국에 강제력을 부과하기는 어렵다. 법적 구속력이 있는 제재를 가하려면 국제평화와 안전에 대한 제1차적 책임기관인 안전보장이사회의 도움이 필요하다.[68] 다만 안전보장이사회에 통지하기 위해서는 사건이 안전보장이사회에 의해 회부되었어야 한다. 그러나 분쟁 당사국이 안전보장이사회 상임이사국이라면 애초부터 ICC에 회부하는 결의에 거부권을 행사함으로써 안전보장이사회에 의한 회부가 이루어지지 않게 될 것이다. 안전보장이사회의 ICC 회부는 5개 상임이사국 모두를 포함한 9개 이사국의 찬성이 필요하고, 상임이사국이 거부권을 행사하면 결의가 통과될 수 없기 때문이다.[69] 결국 상임이사국인 비당사국의 협력을 강제할 방법은 현재로서는 존재하지 않는다.

다음으로, 비당사국이 수사 및 기소에 협조하지 않는 경우 재판이 성립하기 어렵다는 점 또한 문제된다. 로마규정 제63조 제1항은 피고인 출석

---

66) 최석윤·이수진·변용남, "국제형사재판소 관할범죄에 대한 형사사법공조체계의 문제점과 개선방안", 「비교형사법연구」 제18권 제3호, 2016, 199면.

67) 제87조 [협력요청 : 일반규정]
5. 가. 재판소는 이 규정의 당사국이 아닌 국가에게 그 국가와의 특별약정, 협정 또는 기타 적절한 근거에 기초하여 이 부에 따른 조력을 제공하도록 요청할 수 있다.
나. 재판소와 특별약정 또는 협정을 체결한 이 규정의 당사국이 아닌 국가가 그러한 약정 또는 협정에 따른 요청에 협력하지 않는 경우, 재판소는 이를 당사국총회에 또는 안전보장이사회가 그 사태를 재판소에 회부한 경우에는 안전보장이사회에 통지할 수 있다.

68) 정인섭, 앞의 책, 795면. UN 총회도 UN 헌장 제10조가 규정하는 범위에서 권고할 수 있으나, 총회의 결의는 그 자체로 구속력을 갖지 못하고 권고적 효력만을 갖는다.

69) UN 헌장 제27조 제3항 참조.

하의 재판을 원칙으로 하고 있으며 동 규정 제67조 제1항은 재판에의 출석을 피고인의 권리로 규정하고 있으므로, ICC 재판을 위해서는 용의자의 인도가 필수적이다. 그러나 비당사국은 용의자 인도에 협력하지 않을 것이며, 이 경우 수사는 가능할지라도 실질적인 법적 심판의 가능성은 요원해진다.

Ⅳ. 부차(Буча) 학살의 처벌 가능성 검토

전술한 바와 같이 전시 민간인 살해 행위에 대하여 인도에 반한 죄 및 집단살해죄의 적용과 처벌에는 한계가 존재한다. 이번 장에서는 그 한계가 실제 사건을 처벌함에 있어 제약이 되는지를 검토하여 개선방안 모색의 토대로 삼고자 한다. 이를 위해 러시아-우크라이나 전쟁에서 대규모 민간인 학살이 이루어진 부차 학살을 살펴본다. 부차 학살은 한 달가량 러시아군이 점령하여 외부 접근이 어려운 상태에 놓였던 부차에서 발생한 사건이다. 이는 군사적 공격의 필요성이 적은 상황에서 대규모의 민간인 살해 및 매장 등의 범죄가 이루어진 것으로서 다양한 국제범죄에 해당할 가능성이 크기에, 해당 사건에 대한 검토가 다른 지역의 국제범죄에도 유의미하게 적용될 수 있다고 판단하였다.

1. 부차 학살의 양상

부차 학살은 러시아-우크라이나 전쟁에서 러시아군이 우크라이나 키이우 주의 도시 부차에서 민간인을 살해한 사건이다. 부차는 전쟁 사흘째인 2022년 2월 26일부터 러시아의 점령으로 우크라이나의 접근이 불가능했으며,[70] 학살 사실은 우크라이나군이 2022년 4월 2일 부차를 탈환하고[71] 다음

70) 길윤형, “집단학살 피해 우크라 부차 시장 ”러군, 키이우 점령 못하자 불만 분출“, 한겨레, 2022. 4. 4. https://www.hani.co.kr/arti/international/europe/1037520.html (2022. 8. 19. 최종 접속)

71) 최수호, “전쟁 상흔 드러난 우크라 마을…그중에도 희망은 움터”, 연합뉴스, 2022. 4. 3. https://www.yna.co.kr/view/AKR20220403025800009 (2022. 8. 19. 최종 접속)

날 수도 키이우와 주변 30여 개 동네를 탈환하면서 밝혀졌다.[72] 전쟁 전 39,000여 명이던 부차의 인구는 전쟁 발발 이후 피난과 사망 등의 사유로 인해 4,000여 명으로 감소하였다.

우크라이나 당국은 2022년 5월 16일 기준으로 부차 지역에서 1,000여 명 이상의 민간인이 희생되었으며, 그중 650명 이상이 폭격이나 파편이 아닌 러시아군이 쏜 총에 의해 사망했다고 밝혔다.[73] 이후 여러 차례 매장된 시체들이 추가로 발견되면서 집계되는 민간인 희생자 수는 더 증가할 것으로 예상된다. 3월 10일에는 부차의 세인트 앤드류 교회 앞에 150구 정도의 시신이 매장되었을 것으로 추정되는 14m 길이의 집단 매장터가 발견되었으며, 4월 2일 부차 시장은 해당 매장터에 최대 300구의 시신이 묻혔을 수 있다고 밝혔다.[74]

부차 학살은 일상생활을 하던 민간인에 대한 러시아군의 무차별적 공격 행위로 이루어졌다. 우크라이나의 부차 탈환 직후 거리에서 발견된 22구의 민간인 시신은 식량 가방을 가지고 있거나 자전거와 함께 있었다.[75] 러시아군의 점령 기간 동안 다수의 민간인 주택과 학교가 공격 대상이 되었으며, 러시아군은 "나치를 사냥하고 있다(hunting Nazis)"라면서 주거지를 수색하거나 주민들을 심문하고 명령을 따르지 않으면 구금하기도 하였다.[76] 한 남성은 가족과 함께 아파트 지하실에 대피해 있다가 러시아군이

---

72) 이솜, "우크라, 수도 키이우 탈환…러軍 떠나자 드러난 전쟁 참상, 천지일보, 2022. 4. 3. https://www.newscj.com/article/202204030964842 (2022. 8. 19. 최종 접속)

73) "Ukraine: The children's camp that became an execution ground", BBC NEWS, 2022.06.15. https://www.bbc.com/news/world-europe-61442387 (2022. 8. 19. 최종 접속)

74) 신정연, "'부차 학살'‥교회 앞마당에 길이 14미터 집단매장터", MBC NEWS, 2022. 4. 4. https://imnews.imbc.com/news/2022/world/article/6355980_35680.html (2022. 8. 19. 최종 접속)

75) "What we know about what happended in Ukraine's Bucha", The Moscow Times, 2022. 4. 4. https://www.themoscowtimes.com/2022/04/04/what-we-know-about-what-happened-in-ukraines-bucha-a77197 (2022. 8. 19. 최종 접속)

76) "Ukrain: Russian Forces' Trail of Death in Bucha", Human Rights Watch, 2022. 4. 21. https://www.hrw.org/news/2022/04/21/ukraine-russian-forces-trail-death-bucha (2022. 8. 19. 최종 접속)

쏜 총에 목과 가슴, 얼굴을 맞아 사망하였다.[77] 이외에도 아파트 부엌에서 사망한 채로 발견되거나 도망치던 여자아이가 총격으로 팔이 절단되는 등 러시아군에 대한 공격 의지가 없는 민간인이 희생되는 사례가 잇달아 보고되고 있다.

한편 러시아는 부차 학살이 우크라이나의 연출이라면서 집단학살 의혹을 부정하였다.[78] 그러나 국제앰네스티(Amnesty Internationl)는 본인 주거지 1층에서 총에 맞아 사망한 민간인 시체 근처에서 9*39mm 7N12 철갑탄(7N12 armour-piercing 9x39mm rounds) 여러 개를 발견했다고 보고하였다. 이 탄환은 러시아에서 개발되어 특정 소총만으로 발사할 수 있으며, 러시아 특수부대(Spetsnaz)와 부차에 투입된 러시아 공수군(VDV) 등 일부 정예부대에만 투입된 것이다.[79] 해당 철갑탄은 전차나 군함, 방탄복을 관통할 용도로 만들어졌으나, 이를 부차에서 비무장 상태의 민간인을 공격하는 데 사용한 러시아는 전쟁범죄의 혐의를 피할 수 없어 보인다. 전 세계는 부차 학살에 대해 러시아가 집단살해죄를 범하고 있다며 강하게 비판하고 있다. 조 바이든 미국 대통령은 러시아군의 잔혹 행위를 제노사이드라고 지칭하였고,[80] 보리스 존슨 영국 총리는 러시아군의 부차에서의 행위가 제노사이드와 다르지 않아 보인다고 언급하였으며,[81] 쥐스탱 트뤼도 캐나다 총리는 러시아의 행위를 제노사이드라고 부르는 것이 완전히 옳다고 생각한다고 밝혔다.[82][83]

---

77) Amnesty International, “Ukraine: ”He’s not coming back“. War crimes in Northwest areas of Kyiv Oblast”, Amnesty International EUR 50/5561/2022, 6 May 2022, pp. 5-20.

78) 최수호, “러 ”‘부차 집단학살’은 연출 장면“…안전보장이사회 소집 요구”, 연합뉴스, 2022. 4. 4. https://www.yna.co.kr/view/AKR20220404017200009 (2022. 8. 19. 최종 접속)

79) Amnesty International, 앞의 보고서, pp. 5-7.

80) 임선영, “바이든 ”러, 제노사이드 자행“…푸틴 ”목표 달성까지 전쟁 계속“, 중앙일보, 2022. 4. 13. https://www.joongang.co.kr/article/25063181#home (2022. 8. 19. 최종 접속)

81) 송명희, “영국 총리 “부차 상황, 제노사이드와 다르지 않아 보여””, KBS NEWS, 2022. 4. 6. https://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=5434013 (2022. 8. 19. 최종 접속)

82) 김재영, “캐나다 트뤼도 “푸틴 행위를 ‘제노사이드’로 부를 수 있어””, NEWSIS, 2022.

2. 집단살해죄의 해당성 검토

부차 학살이 집단살해죄에 해당하는지를 검토하면, 러시아군이 우크라이나 국민 집단 구성원의 다수를 살해한 점은 정황상 명백하므로 로마규정 제6조 및 집단살해죄 협약 제2조의 '국민, 민족, 인종 또는 종교 집단의 전부 또는 일부에 대한 살해 등 행위'를 범하여야 한다는 요건은 충족할 것이다. 그러나 해당 조항에 규정된 '집단의 전부 또는 일부를 그 자체로서 파괴할 의도를 가지고' 범행해야 한다는 요건을 충족하는지에 대하여는 논란의 여지가 있다. 러시아군은 부차 학살을 저지르지 않았다고 주장하고 있어 집단의 명확한 부분을 파괴하고자 하는 특별한 의도를 가지고 범행하였는지에 대한 직접 증거는 존재하지 않으며, 이를 인정된 사실관계와 정황들로부터 합리적 의심을 배제하는 정도로 입증해내는 일은 어려운 일이므로 해당 요건의 충족을 단언하기 어렵다. 유사한 사례로서 아프리카 수단에서 발생했던 대량학살 사건은 이러한 특별한 의도가 입증되지 못하여 집단살해죄로 규율되지 않았다.[84] 또한 부차 학살이 ICC EOC 제6조 (a) 제4항의 요건을 충족하는지에 대하여도 논란의 여지가 있다. 현재 ICC의 입장에 따르면 해당 요건은 객관적 구성요건으로 요구되는데, 부차 학살이 집단을 직접 대상으로 유사한 행위의 명백한 패턴의 맥락에서 실행되었거나 그 자체로 그러한 파괴를 가져왔다는 점을 입증하기는 어렵기 때문이다. 이와 같은 요건들은 부차 학살이 집단살해죄에 해당할 가능성을 크게 낮추고 있으므로, 부차 학살의 실질적 불법성을 고려하면 개선의 필요성이 크다.

---

4. 14. https://newsis.com/view/?id=NISX20220414_0001834142 (2022. 8. 19. 최종 접속)

83) 다만 에마뉘엘 마크롱 프랑스 대통령은 러시아군의 행위는 믿을 수 없이 잔인하고 책임자를 처벌해야 하지만 제노사이드라는 용어를 사용하는 것은 주의해야 한다는 입장을 밝혔다. 이에 관하여는 최윤정, "[우크라 침공] 마크롱 "제노사이드 표현 주의해야…양국민은 형제 같아"", 연합뉴스, 2022. 4. 14. https://www.yna.co.kr/view/AKR20220414001000085 (2022. 8. 19. 최종 접속) 참조.

84) 남승현, 앞의 논문, 14면.

3. 인도에 반한 죄의 해당성 검토

부차 학살이 인도에 반한 죄에 해당하는지를 검토하면, 먼저 러시아군이 고의로 다수의 우크라이나 민간인 주민을 여러 차례에 걸쳐 살해한 점은 정황상 명백하므로 로마규정 제7조 제1항에 규정된 “민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격의 일부로서 그 공격에 대한 인식을 가지고 범하여진 살해, 절멸 등의 행위”일 요건은 충족할 것이다. 그러나 로마규정 제7조 제2항 (a)와 ICC EOC 제7조 서문 제3항에서 도출되는 구성요건 역시 충족하는지에 대하여는 논란의 여지가 있다. 즉, 러시아군의 학살 행위가 러시아 정부나 조직의 정책에 따르거나 이를 조장하기 위하여 이루어졌음을 밝혀낸다고 하더라도, 그 정책이 부차 학살을 적극적으로 촉진하거나 조장할 것을 요구하였다는 점이 입증되지 않는 경우 인도에 반한 죄가 성립하지 않을 수 있는 것이다. 특히 ICC EOC 규정은 부차 학살이 인도에 반한 죄에 포섭될 가능성을 현저하게 낮추고 있으며, 부차 학살의 법익 침해 정도가 중대하다는 점을 고려하면 이를 규율하지 못할 수 있다는 점은 문제가 아닐 수 없다.

4. 형사 절차상 검토

러시아는 2016년 ICC에서 탈퇴하였으므로 로마규정 당사국이 아니지만, 우크라이나는 두 차례의 선언을 통해 ICC의 관할권 행사를 허용하였으므로 ICC는 우크라이나에서 발생한 사건에 대하여 조사할 수 있다.[85] 이에 따라 2022년 3월 1일 ICC 당사국인 리투아니아가 본 사태를 ICC에 공식적으로 회부하였고, 이튿날인 3월 2일 영국 등 38개 ICC 당사국이 공동명의로 공식 회부 서한을 제출함으로써 우크라이나에서 발생한 러시아의 전쟁범죄에 대한 수사가 개시되었다.[86] 이때 부차 학살 또한 수사 범위에 포함되었

85) 남승현, 앞의 논문, 17면. 우크라이나는 2014년 선언으로 크림반도 병합 이후의 사건들(2013. 11. 21.~ 2014. 2. 22.)에 대한 관할권 행사를 인정하였고, 2015년 선언으로 2014년 2월 20일부터 발생한 모든 사건들에 대하여 영구적으로 관할권 행사를 인정하였다.

다. 수사 결과에 따라 전쟁범죄 외에 인도에 반한 죄와 집단살해죄에도 해당할 수 있으나, 실질적인 재판과 형의 집행에는 한계가 존재한다. 러시아는 ICC의 관할권을 인정하지 않으므로 수사에 적극적으로 참여할 의무가 없기 때문이다. 이에 러시아는 자국 내 전범 용의자를 인도하는 데 협조하지 않을 것으로 예상되며,[87] 이 경우 다음과 같이 형사 절차상 문제가 발생할 것이다.

ICC는 러시아의 협력 불응을 로마규정 제87조 제5항에 따라 당사국총회 또는 안전보장이사회에 통지할 수 있다. 후자에 통지하기 위해서는 해당 사건이 안전보장이사회에 의해 회부된 것이어야 한다. 그러나 러시아는 상임이사국이므로 안전보장이사회에서 ICC 회부 결의가 채택되기는 현실적으로 어렵다. 또한, 설령 안전보장이사회가 본 사태를 ICC에 회부하여 러시아의 협력 불응을 안전보장이사회에 통지할 수 있게 되더라도, 상임이사국인 러시아가 거부권을 행사할 것이므로 협력을 강제할 결의가 통과되는 것은 사실상 불가능하다.[88] 따라서 본 사태에 대한 러시아의 협력 불응을 당사국총회에 통지해야 하는데, 당사국총회의 심의는 안전보장이사회와 달리 비당사국에 대한 강제력을 가지지 못하므로 실효성이 없다.

뿐만 아니라, 로마규정 제63조 제1항은 궐석재판을 허용하지 않고 있기에 러시아가 용의자를 인도하지 않는 경우 실제 재판은 이루어지기 어려울 것이다. 전 세계적 법적 심판 요청이 있음에도 불구하고 단 하나의 로마규정 비당사국이 협조하지 않음으로써 ICC의 권한 행사가 저지된다면 ICC의 존재 의미는 퇴색될 수밖에 없을 것이다.

---

86) 김상걸, “러시아의 우크라이나 침공에 대한 ICC 수사 개시의 국제법적 함의”, 「이슈브리프」 제335호, 2022, 3면.

87) 도미닉 카스시아니, “부차 학살: ‘전쟁범죄’란 무엇이며, 푸틴 대통령을 기소할 수 있을까?”, BBC NEWS 코리아, 2022. 4. 6. https://www.bbc.com/korean/news-61006939 (2022. 8. 19. 최종 접속)

88) 실제로 러시아는 우크라이나 침공에 대한 규탄 결의안(UN 총회 결의 제2623호)에 대해 거부권을 행사하여 무산시킨 바 있다. 다음은 그 내용이 담긴 기사이다.
김정원, “UN 안보리, 러 규탄 결의안 채택 실패‥러시아 거부권 행사”, MBC 뉴스, 2022. 2. 26. https://imnews.imbc.com/news/2022/world/article/6345152_35680.html (2022. 8. 19. 최종 접속)

Ⅴ. 제 언

1. 집단살해죄의 성립 요건 완화

로마규정 제6조와 집단살해죄 협약 제2조에 규정된 특별한 의도는 집단살해죄를 다른 범죄와 구별되게 하며 매우 중대한 범죄로 만드는 본질적인 요소이므로[89] 해당 요건을 입증하기가 어렵다는 점만으로 그 필요성을 부정할 수는 없다. 반면 집단살해죄의 금지 행위가 집단을 직접 대상으로 유사한 행위의 명백한 패턴의 맥락에서 일어났거나 그 자체로 그러한 파괴를 가져오는 행위여야 한다고 규정한 ICC EOC 제6조 (a) 제4항의 적용에 관하여는 판례의 태도도 여러 번 변화하였으며 학설의 대립도 존재한다는 점에서 개선의 여지가 있다고 판단된다. 특히 ICC EOC는 로마규정에 부합하여야 하는 보조 규범으로서 내재적 한계를 지니고 있으며, 이미 로마규정은 집단살해죄의 요건으로 특별한 의도를 요구하고 있어 부가적인 요건의 필요성이 크지 않다. 그러나 현재 ICC는 기존의 판례의 태도를 뒤집고 ICC EOC의 해당 조항을 집단살해죄의 실질적 요건이라고 판단하고 있는데, 이는 부차 학살과 같은 사건이 집단살해죄에 포섭될 가능성을 더욱 낮추고 있으므로 국제범죄의 예방 및 처벌을 목적으로 하는 로마규정의 존재 의미를 위협할 수 있다. 따라서 ICC는 ICTY와 ICJ에서 판단한 바와 같이 해당 요건을 실질적 구성요건으로 파악하기보다는 로마규정의 특별한 의도를 입증하기 위한 하나의 요소로서 파악하는 것이 바람직하다.

나아가 해당 조항의 필요성보다 그로 인해 발생하는 해석 및 적용에서의 혼란과 민간인 보호 수준의 저하 효과가 크다는 점을 고려하여 다음과 같이 해당 조항을 삭제하는 방식으로 개정하는 방안도 제안한다.

89) 김기준, 앞의 책, 423면.

현행	개정안
Article 6 (a) Genocide by killing Elements 1.~3. (생 략) 4. The conduct took place in the context of a manifest pattern of similar conduct directed against that group or was conduct that could itself effect such destruction.	Article 6 (a) Genocide by killing Elements 1.~3. (현행과 같음) <삭 제>

이와 같이 개정하는 경우 해당 조항으로 인해 초래되는 문제점을 제거하고 집단살해죄의 적용 범위를 정상화하여 민간인 보호 수준을 제고할 수 있을 것으로 판단된다. 다만 ICC EOC 규정 또한 국제사회의 합의로 채택된 것이므로 이에 대한 개정은 국제사회의 보편적 인식과 다양한 의견을 충분히 고려하여 이루어져야 할 것이다.

2. 인도에 반한 죄의 성립 요건 완화

인도에 반한 죄가 민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격의 일부로서 그 공격에 대한 인식을 가지고 범해져야 한다고 규정한 로마규정 제7조 제1항의 내용은 입법 과정에서도 별다른 논쟁 없이 쉽게 합의된 사항이며[90] 죄의 개념을 구성하는 핵심적인 요건이므로 죄의 성립 범위를 제한한다는 이유만으로 개정될 만한 것은 아니라고 판단된다. 또한 인도에 반한 죄가 국가나 조직의 정책에 따르거나 이를 조장하기 위하여 범해져야 한다고 규정한 동 규정 제7조 제2항 (a)는 처음으로 인도에 반한 죄에 정책 요소를 부가한 것이지만, 이를 도외시한다면 연쇄살인범이 다수의 피해자를 살

90) Darryl Robinson, “Developments in International Criminal Law”, American Journal of International Law, 93(1), 1999, p. 47.

해하여 광범위 요건을 충족시키는 경우 인도에 반한 죄에 해당할 수 있다는 결론이 도출될 것이고 이는 부당한 결론이라는 견해가 있으며,[91] 로마규정은 국제형사법의 적용에 있어 가장 핵심적인 법원으로 인정받고 있는 보편적인 규범이므로 죄의 성립 범위를 제한한다고 하더라도 개정되기는 현실적으로 어렵다. 그러나 로마규정의 해당 조항이 규정한 '정책'이 국가나 조직이 민간인에 대한 공격을 적극적으로 촉진하거나 조장할 것을 요구하는 것이라고 규정한 ICC EOC 제7조 서문 제3항은 개정의 필요성이 크다. 로마규정 자체에는 공격 행위와 정책의 관련성만 요구하고 있으나, 해당 조항은 이를 넘어서 정책의 실질적인 내용까지 요건으로 두고 있어 과도하다. 또한 해당 조항은 입법 당시 죄의 성립 범위를 최소화하고자 한 소수의 국가들을 설득하기 위해 도입한 것에 불과한데, 이로 인해 로마규정의 해석 범위가 제한되어 죄의 개념을 국제관습법에 비해 지나치게 좁힐 수 있게 되었으므로 부당하다. 따라서 다음과 같이 해당 조항의 마지막 문장만을 삭제하는 방식으로 개정할 것을 제안한다.

현행	개정안
Article 7 Crimes against humanity Introduction 1.~2. (생 략) 3. "Attack directed against a civilian population" in these context elements is understood to mean a course of conduct involving the multiple commission of acts referred to in article 7, paragraph 1, of the Statute against any civilian population, pursuant to or in	Article 7 Crimes against humanity Introduction 1.~2. (현행과 같음) 3. "Attack directed against a civilian population" in these context elements is understood to mean a course of conduct involving the multiple commission of acts referred to in article 7, paragraph 1, of the Statute against any civilian population, pursuant to or in

91) 김기준, 앞의 책, 478면.

furtherance of a State or organizational policy to commit such attack. The acts need not constitute a military attack. It is understood that "policy to commit such attack" requires that the State or organization actively promote or encourage such an attack against a civilian population.	furtherance of a State or organizational policy to commit such attack. The acts need not constitute a military attack. <삭 제>

이와 같이 개정하는 경우, 로마규정에서 명시하는 인도에 반한 죄의 개념이 과도하게 제한되어 부차 학살과 같이 법익 침해의 정도가 중대한 사건을 규율하지 못할 수 있다는 문제점을 방지할 수 있으며, 이에 따라 죄가 성립할 가능성을 높임으로써 전시 민간인 보호 수준을 제고할 수 있을 것으로 기대된다. 또한 본 개정안은 로마규정 자체가 아닌 이를 보충하는 규범인 ICC EOC만을 개정 대상으로 하여 실현 가능성과 설득력을 높이면서도 개정의 목적을 충실하게 달성하고자 하였다.

3. 형사 절차상의 한계 보완

러시아는 로마규정의 비당사국이자, UN 안전보장이사회 상임이사국이다. 전 세계적 법적 심판 요청이 있는 경우에도 한 국가의 반대만으로 ICC의 권한 행사가 저지된다면 ICC의 설립 목적을 이행할 수 없다. ICC가 독립적 국제기구로서 국제평화를 해치거나 인권에 반하는 행위를 공정하고 효율적으로 처리하기 위해서는 집행력의 부족을 보완함으로써 분쟁 당사국의 비준 여부나 안전보장이사회에서의 지위와 무관하게 법적 심판을 할 수 있어야 한다.

개선방안으로 UN 안전보장이사회 표결에 관한 UN 헌장의 개정이 제시될 수 있으나, 사실상 모든 상임이사국의 이해관계를 충족할 수 없어 실현 가능성이 낮다. 이전에도 거부권으로 인하여 안전보장이사회가 주요 국

제 현안에 제 역할을 하지 못하는 경우가 빈번히 발생했다. 이와 관련하여 거부권 폐지론, 강제적 기권 적용 범위의 확대론, 찬성표의 요건을 3~4표로 하는 축소론, 총회가 일정한 다수결로 결의하면 거부권을 무력화시키는 방안 등 거부권 개혁에 관한 다양한 제안이 주장된 바 있으나,[92] 구체적인 성과는 가시권에 들어오지 않았다. 현재 5개 상임이사국은 거부권을 유지할 것을 주장하고 있어[93] 거부권을 폐지하거나 심지어는 제한할 수도 없을 것으로 보인다.[94] 설령 상임이사국이 협조 의사를 밝히더라도, 상임이사국 5개국을 모두 만족시키는 개혁안은 사실상 존재하기 어렵다. 이에 따라 안전보장이사회 표결 절차의 개정 없이 문제를 보완할 수 있는 다음의 방안들을 제안한다.

(1) 러시아-우크라이나 특별재판소 신설

ICC에서 러시아-우크라이나 전쟁 중에 발생한 민간인 살해 사건을 소추하거나 기소할 수는 있을지라도 실질적으로 재판이 이루어질 가능성은 희박하다는 것이 문제된다. 하지만 로마규정을 개정한다고 하더라도 개정에 드는 시간과 로마규정의 소급효금지원칙으로 인해 해당 개정을 적용할 수는 없으므로, 현재 체제 내에서 UN 안전보장이사회의 표결 절차와 상임이사국의 거부권에 가로막히지 않고, 러시아의 협력 없이도 재판을 할 수 있는 장치를 마련해야 한다. 따라서 UN 총회와 우크라이나 간의 합의를 통해 특별재판소를 신설할 것을 제안한다.

총회는 안전보장이사회에서 의미 결의한 내용과 모순되는 권고가 아닌 한 회원국에 대해 집단적 조치를 권고할 수 있다. 특히 안전보장이사회가 상임이사국 간의 의견 불일치로 국제평화와 안전에 관한 일차적 책임을 다할 수 없을 경우 그러하다.[95] 또한, UN 헌장에 따라 총회는 임무 수행에 필

92) 정인섭, 앞의 책, 802면.

93) Bardo Fassbender, UN security council reform and the right of veto: a constitutional perspective, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, p. 273-275.

94) David D. Caron, The Legitimacy of the Collective Authority of the Security Council, Cambridge University Press, 1993, p. 567.

95) UN 총회 결의 제377호(Ⅴ), "평화를 위한 단결 결의(Uniting for Peace)", UN 문서

요하다고 인정되는 보조기관을 설치할 수 있다. 총회의 결의를 통해 특별재판소를 설립하는 것이 원칙상 문제되지 않을 것으로 보인다. 실제로 안전보장이사회가 아닌 총회에서 체결된 협정으로 특별재판소를 설립했던 선례도 존재한다. '킬링 필드'로 알려진 캄보디아의 대량학살 범죄를 심판하기 위해 2006년 UN과 캄보디아 정부가 공동으로 설립한 크메르루즈 특별재판소(Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, 이하 'ECCC')는 UN 총회에서 체결된 협정[96]에 기반을 두었다. ICTY 규정의 초안 작업에 참여한 래리 존슨(Larry Johnson) 전 UN 부사무총장도 UN과 우크라이나 정부 간 합의에 기반한 특별재판소 설립을 총회가 권고할 수 있다고 주장한 바 있다.[97]

특별재판소의 형식은 정해진 바가 없기에 궐석재판의 가능성이 열려 있다. 레바논 총리 암살 테러 사건으로 설립된 레바논특별재판소(Special Tribunal for Lebanon, 이하 'STL')는 궐석재판을 인정한 바 있다.[98] 궐석재판을 허용하면 절차적 흠결이 논란될 여지가 있고 처벌을 집행하기는 어렵지만, 분쟁 당사국이 용의자를 인도하지 않아도 증거와 범죄 가담자가 최대한으로 보존되어 있을 때 재판을 진행할 수 있다는 장점이 있다.

비록 특별재판소가 신설되더라도 관할권 행사 범위에 논쟁이 있을 것으로 보이나, ICC의 미약한 집행력을 궐석재판을 통해 보완할 수 있다는 점에서 앞서 지적했던 ICC의 한계를 다소 해결할 수 있다. 또한, 공식적인 국제기관을 설립한다면 러시아-우크라이나 전쟁에서 발생한 민간인 살해에 대한 국제사회의 관심과 지원을 촉진하고 체계적으로 관리할 수 있는 시스템을 구축할 수 있을 것으로 기대된다. 결과적으로 현재로서는 특별재판소를 설립하는 것이 관계국의 협력에 의존해야 하는 ICC의 결점을 가릴 수 있

A/RES/5/377, 1950.

96) Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia concerning the prosecution under Cambodian law of crimes committed during the period of Democratic Kampuchea (ECCC Agreement).

97) 남승현, 앞의 논문, 19면.

98) Statute of the Special Tribunal for Lebanon Article 22 (Trials in Absentia), Rules of Procedure and Evidence Rule 106 (Determination of the Intention to Avoid Trial or of the Impossibility to Attend) 참조.

는 최선의 방법이다.

전술한 설립의 이점을 극대화하기 위해서는 국제사회의 관심이 고조된 지금 논의가 개시되어야 한다. ECCC의 경우 설립 협의가 길어지면서 사건 발생 후 30여 년이 지나서야 첫 재판을 시작했다. 주요 용의자들 상당수가 이미 사망한 상태였고, 재판 과정 중에 사망한 경우도 많았다.[99] 실형을 선고받은 전범은 3명뿐이며, 그중 대부분은 형이 확정될 때 이미 고령이었기에 얼마 지나지 않아 사망하였다.[100] ECCC를 운영함으로써 크메르루즈 집권기 인사들에게 법적 책임을 지웠다는 점에서는 큰 의미가 있지만, 재판의 실효가 크게 떨어지는 것은 사실이다. 유사한 상황이 반복되지 않도록 단기간 내에 논의를 시작하여 러시아-우크라이나 특별재판소 설립이 이루어져야 한다.

(2) 로마규정 제63조의 예외 조항 신설

ICC는 독립 국가의 협력으로 운영된다. 그러나 관할권이 없는 비당사국에게 협력을 의무화할 권한이 없고, 강제성을 부여할 유일한 방법은 안전보장이사회의 결의를 통한 제재다. 독립적 사법기구인 ICC가 안전보장이사회에 의존해야만 한다는 모순적인 사실도 문제되지만, 더 큰 문제는 협력에 불응한 비당사국이 안전보장이사회 상임이사국인 경우 구속력 있는 제재를 가할 방법이 전무하다는 것이다. 이처럼 피고인의 신병 확보가 어려운 상황에서 로마규정은 재판 동안 피고인의 출석을 요구하고 있다. 사법공조의 강제성 정도와 재판형식 허용범위의 차이 때문에 ICC의 실효가 크게 떨어지는 실정이다. 이에 대해 비당사국의 협력을 의무화하거나, 안전보장이사회의 표결 절차를 개혁하자는 개선방안도 제시될 수 있다. 그러나, 다자조약에 기반을 둔 ICC의 태생적 한계로 비당사국의 협력을 강제할 수 없으며, 상임이사국의 거부권 개혁도 현실적으로 어렵다. 따라서 재판형식에 변화를 줌으

---

99) 예를 들어, 외교부 부총리였던 Leng Sary와 그의 아내 Leng Thirith도 ECCC Case 002의 공동 피고인이었으나, Leng Sary는 2013년 사망하여 그에 관한 소송이 종료되었고, Leng Thirith도 치매로 인해 재판에 부적합한 것으로 밝혀져 2011년 사건에서 제외되었다.

100) Kaing Guek Eav(2012년 종신형 확정, 2020년 사망), Nuon Chea(2016년 종신형 확정, 2019년 사망), Khieu Samphan(2016년 종신형 확정).

로써, 즉 궐석재판을 허용함으로써 부족한 집행력을 보완할 것을 제안한다.

현재 국제형사재판기관들은 궐석재판에 대해 다양한 입장을 보이고 있다. 그중 STL은 여타 기관들과 달리 궐석재판에 대한 명시적인 규정을 두고 있다는 점에서 주목할 만하다. Statute of the Special Tribunal for Lebanon(이하 'STL 규정') 제22조는 예외적인 경우에 있어 형사재판 절차를 모두 궐석으로 진행할 수 있는 가능성을 열어두고 있다.

국제형사재판은 국제적 정당성을 확보해야 하며, 국제인권기준을 충족해야 할 정책적 필요성을 갖는다.[101] STL 규정은 위처럼 궐석재판의 범위를 폭넓게 규정하고 있지만 2001년 Krombach v. France 사건이나 2006년의 Sejdovic v. Italy 사건에 관한 유럽인권재판소의 입장을 고려할 때 이것이 국제인권기준에 어긋나는 것은 아니다.[102] 따라서 ICC 내 궐석재판의 예외적 허용에도 법적 정당성이 결여된다고 볼 수 없을 것이다. 하지만 궐석재판은 피고인의 공판 출석권에 대한 침해 또는 제한으로 이해될 여지가 있기에[103] 허용범위와 허용 시 반드시 지켜져야 할 기준을 구체적으로 지정해야 한다.

STL이 이례적으로 폭넓은 궐석재판을 허용할 수 있었던 것은 당사자주의보다 궐석재판의 허용범위에 대해 완화된 입장을 취하는 직권주의적 레바논 국내법 체계를 반영했기 때문이다.[104] 한편 ICC는 직권주의와 당사자주의가 혼합된 형태로 평가되기 때문에,[105] ICC에서 STL만큼의 궐석재판을 허용하는 것은 어려울 것으로 보인다. 하지만 국제범죄의 처벌과 기소가 국제형사재판의 목적임을 고려했을 때, ICC의 결점을 보완할 수 있는 궐

101) 김형구, "국제인권기준과 국제형사재판에 있어서의 궐석재판의 허용과 한계", 「법학논총」 제23집, 2010, 410면.

102) 김형구, "레바논특별재판소의 설립과 관련 법적 쟁점", 「국제법학회논총」 제53권 제3호, 2008, 25-26면; Krombach v. France, Judgment, European Court of Human Rights, Application No. 29731/96 (13 February 2001); Sejdovic v. Italy, Judgment, European Court of Human Rights, Application No. 56581/00 (10 November 2004); UN Security Council, Report of the Secretary-General on the establishment of a Special Tribunal for Lebanon, UN. Doc. S/2006/893, 15 November 2006, para. 33.

103) 김형구, 앞의 논문(주 101), 406면.

104) UN. Secretary-General, Report of the Secretary-General on the establishment of a special tribunal for Lebanon, UN 문서 S/2006/893, 2006, para. 32.

105) 김형구, 앞의 논문(주 101), 421면.

석재판은 예외적으로라도 허용되어야만 한다. 따라서 STL 규정을 모티브로 하되, 현재의 문제를 보완할 수 있을 정도로 제한된 범위만큼만 궐석재판을 허용해야 할 것이다. 이에 따라 제안하는 개정안은 다음과 같다.

현 행	개 정 안
제63조 (피고인 출석하의 재판) 1. 피고인은 재판하는 동안 출석하여야 한다. <신 설> 2. (생 략) <신 설>	제63조 (피고인 출석하의 재판) 1. 피고인은 재판하는 동안 출석하여야 한다. 다만, 제63조의2에 따라 궐석재판이 진행될 경우는 예외로 한다. 2. (현행과 같음) 제63조의2 (궐석재판) 1. 재판소는 피고인의 신병이 관계국 또는 당국에 의해서 재판소에 인계되지 않은 경우 피고인의 출석 없이 1심재판절차를 진행할 수 있다. 2. 피고인의 궐석상태로 심리가 진행되는 경우 특별재판소는 다음을 보장해야 한다. 가. 피고인은 공소장의 내용을 통지받거나 또는 이를 송달받아야 한다. 그렇지 않은 경우에는 언론매체를 통해 공소장의 발행이 공지되거나 국적국 또는 거주국과의 협의를 통해 공소장이 공지될 수 있도록 해야 한다. 나. 피고인은 자신의 결정에 따라 변호인을 정하고 피고인은 변호인에게 수임료를 지급하여야 한다. 단, 피고인의 사정이 궁핍한 경우 재판소는 피고인을 대신하여 변호인에게 그 수임료를 지급할 수 있다. 다. 피고인이 변호인의 선임을 거부하거나 선임에 실패한 경우 당해 사건의 변호인은 재판소의 변호인실이 피고인의 이익과 권

	리의 완전한 표명이라는 관점을 고려하여 임명한다. 3. 피고인의 결정에 따라 변호사를 선임하지 않은 경우로서 피고인의 궐석상태에서 유죄판결이 내려진 경우에 피고인이 당해 판결을 인정하지 않은 경우에는 피고인은 특별재판소에 출두하여 다시 재판을 받을 권리가 있다.

이와 같이 로마규정 제63조에 예외 조항을 둠으로써 궐석재판의 가능성을 열어두고, 제63조의2를 신설하여 궐석재판의 범위와 유의사항을 규정하였다. 당국이 피고인의 신병을 인계하지 않았을 경우 1심 재판을 궐석으로 진행할 수 있도록 함으로써, 비당사국이자 안전보장이사회 상임이사국이 협력에 불응할 경우 용의자 인도가 어려워 재판을 진행할 수 없다는 문제를 해결할 수 있다. 다만, 이를 해석할 때는 피고인의 출석 의사가 고려되어야 한다. 국제인권기준에 따르면 피고인의 불출석은 자발적이어야 하기에 피고인의 출석 의사와 무관하게 궐석재판이 이루어지는 경우는 문제가 될 수 있다.[106] 따라서 피고인의 불출석 의도가 확인된 것을 전제로 "피고인의 신병이 관계국 또는 당국에 의해서 인계되지 않은"이 해석되어야 한다. 피고인의 불출석 의도를 확인할 수 있는 절차가 개정 논의 이후 ICC EOC에 규정되어야 할 것이다. ICC의 궐석 상태 심리에서 피고인의 인권을 위해 보장되어야 할 내용도 규정하였는데 이는 STL 규정을 원용하였다.[107]

해당 개정이 이루어진다면 ICC의 집행력 부족으로 발생하는 형사 절차상의 한계를 보완할 수 있다. 분쟁 당사국의 로마규정 비준 여부와 안전보장이사회에서의 지위와 무관하게 ICC가 재판을 진행할 수 있는 법적 기반을 마련할 수 있을 것으로 기대된다.

106) The case of F.C.B. v. Italy, Judgment, ECHR, 28 August 1991.
107) STL 규정의 번역은 김형구, 앞의 논문(주101), 417-418면을 참조하였다.

Ⅵ. 결 론

러시아-우크라이나 전쟁에서 수많은 민간인 살해 행위가 발생하면서 그 처벌 여부에 대하여 국제사회의 관심이 집중되고 있다. 그러나 현재 로마규정과 ICC의 형사 절차는 전시 민간인 살해 행위를 규율하는 데 있어 실효성이 적다. 먼저 로마규정과 ICC EOC의 일부 조항에 따라 집단살해죄의 성립에 있어 특별한 의도가 요구되는 점과 명백한 패턴이나 자체적 파괴성이 요구되는 점은 규범의 실효성을 낮추고 있다. 또한 인도에 반한 죄의 성립에 있어서는 공격 행위가 광범위하거나 체계적이지 않다고 판단되는 경우와 국가나 조직이 소극적으로 민간인에 대한 공격 행위를 용인한 경우에 전시 민간인 살해 행위를 포섭하기 어렵다는 한계도 존재한다. 뿐만 아니라, ICC의 관할권 행사가 개별 국가의 협력에 의존하는 상황에서 안전보장이사회 상임이사국인 비당사국의 협조를 강제할 수 없으며, 이로 인해 피고인 인도가 어려울 수 있음에도 궐석재판은 허용되지 않고 있다.

부차 학살 사건에 대한 검토를 통해 현실의 전시 민간인 살해 사건에서도 전술한 한계가 드러난다는 점을 확인하였다. 이를 바탕으로 볼 때, 로마규정의 보충 규범임에도 인도에 반한 죄의 성립 범위를 크게 제한하고 있는 ICC EOC 제7조 제3항의 마지막 문장을 삭제할 필요가 있으며, 로마규정에 명시되지 않은 불필요한 요건으로 집단살해죄의 성립 범위를 좁히고 있는 ICC EOC 제6조 (a) 제4항의 요건은 실질적 구성요건으로 판단하지 않아야 한다. 또한 로마규정에 궐석재판을 예외적으로 허용하는 조항을 추가함으로써, 협력 피요청국의 로마규정 비준 여부 및 안보리에서의 지위에 따른 제약을 받지 않고 법적 심판이 가능하도록 해야 한다. 다만, 본 개정사항을 러시아-우크라이나 전쟁에서 발생한 민간인 살해 행위에 적용하기에는 현실적 한계가 있어, 궐석재판의 가능성이 열린 특별재판소를 UN 총회와 협의하여 설립할 것을 제안한다.

본고는 전시 민간인 살해 행위를 규율하는 과정에서의 한계점을 발견하고 이에 대한 개선방안을 도출함으로써 전시 민간인 보호 수준을 한층 높이고 민간인 살해 행위에 대한 법적 책임을 실효적으로 묻고자 하였다는 점

에서 의의가 있다. 본고의 제언이 러시아-우크라이나 전쟁에서의 민간인 희생자뿐 아니라 앞으로 발발 가능한 전쟁에서의 무분별한 민간인 희생을 방지하는 데 도움이 되기를 바란다. 나아가, 국제사회의 인권을 심각하게 침해하는 국제범죄에 대한 정당한 처벌을 합리적 이유 없이 가로막고 있는 요소들을 제거하여 로마규정의 제정 목적과 ICC의 설립 목적 또한 효과적으로 달성할 수 있기를 기대한다. 아울러, 더 이상 전시 민간인 살해 행위가 무분별하게 자행되지 않도록 국제사회에서 다양한 논의와 협력이 전개되어 실질적인 개선을 이루어내기를 바란다.

전시 민간인 살해 범죄에 관한 국제형사법적 검토 및 제언 - 이 민 재 · 공 예 원 · 천 영 은 · 김 가 경	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2022.12.03.	심사제외논문	2022.12.29.

[참고문헌]

[단행본]

김기준, 국제형사법, 박영사, 2017.
김영석, 국제형사재판소법강의, 법문사, 2014.
대법원 국제형사법연구회, 국제형사법과 절차, 사법발전재단, 2020.
정인섭, 신국제법 강의: 이론과 사례, 박영사, 2017.

Antonio Cassese, International Criminal Law 3rd Edition, Oxford University Press, 2013.
Bardo Fassbender, UN security council reform and the right of veto: a constitutional perspective, Martinus Nijhoff Publishers, 1998.
Christian Tomuschat, Modern Law of Self-Determination, Martinus Nijhoff, 1993.
David D. Caron, The Legitimacy of the Collective Authority of the Security Council, Cambridge University Press, 1993.
Gerhard Werle, Florian Jeßberger, Principles of International Criminal Law, Oxford University Press, 2014.
James A. Green, The International Court of Justice and Self-Defence in International Law, Hart Publishing, 2009.
Kai Ambos, Treatise on International Criminal Law: Volume II: The Crimes and Sentencing, Oxford University Press, 2014.
Robert Cryer, Hakan Friman, Darryl Robinson, Elizabeth Wilmshurst, An Introduction to International Criminal Law and Procedure 3rd Edition, Cambridge University Press, 2014.
Tom Ruys, Armed Attack and Article 51 of the UN Charter, Cambridge University Press, 2011.

[논문]

김상걸, “러시아의 우크라이나 침공에 대한 ICC 수사 개시의 국제법적 함의”, 「이슈브리프」 제335호, 2022.
김상걸, “인도에 반하는 죄의 상황적 구성요건”, 「국제법학회논총」 제61권 제1호, 대한국제법학회, 2016.
김성규, “‘국제형사재판소에 관한 로마규정’의 국내적 이행 - 현상과 과제”, 동아법학, 2010.
김영석, “국제형사재판소의 관할대상범죄”, 「국제인권법」 제5호, 2002.
김형구, “국제인권기준과 국제형사재판에 있어서의 궐석재판의 허용과 한계”, 「법학논총」 제23집, 2010.
김형구, “레바논특별재판소의 설립과 관련 법적 쟁점”, 「국제법학회논총」 제53권 제3호, 2008.
남승현, “우크라이나 침공에 대한 국제법적 검토”, 「주요국제문제분석」 제2022권 제16호, 국립외교원 외교안보연구소, 2022.

배종인, “외교, 정보, 전쟁 그리고 국제법이 직면한 도전: 우크라이나 사태를 둘러싼 UN에서의 국제법 주장의 역할, 수렴과 확산”, 「국제법학회논총」 제67권 제2호, 2022.
양철호, “제네바협약 위반 사례를 통한 전쟁시 민간인 보호에 관한 연구”, 「유럽헌법연구」 제31호, 유럽헌법학회, 2019.
유영근, “국제형사재판소의 전쟁범죄 규정과 그 의의”, 「통일과 평화」 제4권 제2호, 2012.
이진국, “국제형법상 범죄의 주관적 요소: 그 체계와 해석”, 「형사정책연구」 제18권 제3호, 2007.
정소영, “국제 인권 조약으로서의 로마 규정과 국제형사재판소의 역할 – 아프가니스탄, 미얀마, 필리핀, 팔레스타인 등 아시아 지역 상황을 바탕으로”, 「형사정책연구」 제32권 제2호, 2021.
제성훈, “러시아의 우크라이나 침공 결정과 푸틴의 인식”, 「슬라브학보」 제37권 제2호, 2022.
조상제, “국제형법의 체계에 관한 이론적 토대”, 「형사정책연구원 연구총서」 제7권 제18호, 한국형사법무정책연구원, 2007.
조정현, “국제형사재판소(ICC) 규정상 인도에 반한 죄의 구성요건”, 「강원법학」 제50권, 강원대학교 비교법학연구소, 2017.
최석윤·이수진·변용남, “국제형사재판소 관할범죄에 대한 형사사법공조체계의 문제점과 개선방안”, 「비교형사법연구」 제18권 제3호, 한국비교형사법학회, 2016.

Darryl Robinson, “Developments in International Criminal Law”, American Journal of International Law, 93(1), 1999.
Godwin Okeke, ‘The Legality of the Ex Post Facto Element in the Jurisdiction Of International Criminal Tribunals: A Case Study Of Special Court at Sierra Leone’, 「International Journal of Humanities and Social Science Invention」 2(4), 2013.

[연구 보고서]

Amnesty International, “Ukraine: ”He’s not coming back“. War crimes in Northwest areas of Kyiv Oblast”, Amnesty International EUR 50/5561/2022, 6 May 2022.
COI, “Report of the detailed findings of the commission of inquiry on human rights in the Democratic People's Republic of Korea”, UN Doc. A/HRC/25/CRP.1, 7 February 2014.
UN Security Council, Report of the Secretary-General on the establishment of a Special Tribunal for Lebanon, UN. Doc. S/2006/893, 15 November 2006.

[판례]

Akayesu, Judgment, ICTR (TC), 2 September 1998.
Al Bashir, Decision, ICC (PTC), 4 March 2009.
Al Bashir, Decision, ICC (PTC), 12 July 2010.
Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, ICJ,

26 February 2007.
Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, ICJ, 3 February 2006.
Bagilishema, Judgment, ICTR (TC), 7 June 2001.
Blaškić, Judgment, ICTY (AC), 29 July 2004.
Brđanin, Judgment, ICTY (TC), 1 September 2004.
Gacumbitsi, Judgment, ICTR (AC), 7 July 2006.
Katanga and Chui, Decision, ICC (PTC), 30 September 2008.
Kordić and Čerkez, Judgment, ICTY (AC), 17 December 2004.
Krombach v. France, Judgment, European Court of Human Rights, Application No. 29731/96 13 February 2001.
Krstić, Judgment, ICTY (TC), 2 August 2001.
Krstić, Judgment, ICTY (AC), 19 April 2004.
Kunarac and others, Judgment, ICTY (AC), 12 June 2002.
Nahimana and others, Judgment, ICTR (AC), 28 November 2007.
Rutaganda, Judgment, ICTR (AC), 26 May 2003.
Sejdovic v. Italy, Judgment, European Court of Human Rights, Application No. 56581/00, 10 November 2004.
Semanza, Judgment, ICTR (TC), 15 May 2003.
The case of F.C.B. v. Italy, Judgment, ECHR, 28 August 1991.
The case of Jorgic v. Germany, Judgment, ECHR, 12 July 2007.

[기타]

길윤형, “집단학살 피해 우크라 부차 시장 ”러군, 키이우 점령 못하자 불만 분출“, 한겨레, 2022. 4. 4. https://www.hani.co.kr/arti/international/europe/1037520.html
김유진, “UN “우크라이나 민간인 희생자, 알려진 것보다 수천명 많아””, 경향신문, 2022. 5. 11. https://www.khan.co.kr/world/world-general/article/202205111148001
김재영, “캐나다 트뤼도 ″푸틴 행위를 ′제노사이드′로 부를 수 있어″”, NEWSIS, 2022. 4. 14. https://newsis.com/view/?id=NISX20220414_0001834142
김정원, “UN 안보리, 러 규탄 결의안 채택 실패‥러시아 거부권 행사”, MBC 뉴스, 2022. 2. 26. https://imnews.imbc.com/news/2022/world/article/6345152_35680.html
도미닉 카스시아니, “부차 학살: ′전쟁범죄′란 무엇이며, 푸틴 대통령을 기소할 수 있을까?”, BBC NEWS 코리아, 2022. 4. 6. https://www.bbc.com/korean/news-61006939
송명희, “영국 총리 “부차 상황, 제노사이드와 다르지 않아보여””, KBS NEWS, 2022. 4. 6. https://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=5434013
신정연, “‘부차 학살’‥교회 앞마당에 길이 14미터 집단매장터”, MBC NEWS, 2022. 4. 4. https://imnews.imbc.com/news/2022/world/article/6355980_35680.html
안재명, ““푸틴, 명백한 국제법 위반”… ICC법정에 세울 수 있을까”, 법률신문, 2022.03.10., https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View/Content/Article?serial=177006
이상서, “우크라 전쟁 5개월…″민간인 1만2천여명 사망, 352명은 어린이″”, 연합뉴스, 2022.

8. 9. https://www.yna.co.kr/view/AKR20220809063900371?input=1195m
이솜, “우크라, 수도 키이우 탈환…러軍 떠나자 드러난 전쟁 참상, 천지일보, 2022. 4. 3., https://www.newscj.com/article/202204030964842
임선영, “바이든 ”러, 제노사이드 자행“…푸틴 ”목표 달성까지 전쟁 계속“, 중앙일보, 2022. 4. 13., https://www.joongang.co.kr/article/25063181#home
임선영, “시신 410구 쏟아진 ‘부차 학살’…미·유럽 ”러 전쟁범죄 책임져야“”, 중앙일보, 2022. 4. 5. https://www.joongang.co.kr/article/25060827#home
정원식, “UN “우크라이나 전쟁 민간인 사망자 5000명 넘어””, 경향신문, 2022. 7. 13. https://m.khan.co.kr/world/world-general/article/202207130827011#c2b
최수호, “러 ”‘부차 집단학살’은 연출 장면“…안전보장이사회 소집 요구”, 연합뉴스, 2022. 4. 4., https://www.yna.co.kr/view/AKR20220404017200009
최수호, “전쟁 상흔 드러난 우크라 마을…그중에도 희망은 움터”, 연합뉴스, 2022. 4. 3., https://www.yna.co.kr/view/AKR20220403025800009
최윤정, “[우크라 침공] 마크롱 “제노사이드 표현 주의해야…양국민은 형제 같아"”, 연합뉴스, 2022. 4. 14. https://www.yna.co.kr/view/AKR20220414001000085
한명오, “드러난 부차 학살…발견된 시신 1000명 중 650구에 사살 흔적”, 국민일보, 2022. 5. 17., http://news.kmib.co.kr/article/view.asp?arcid=0017086805&code=61131611&sid1=i

“Portrait of Bravery: Ukraine’s First Lady, Olena Zelenska”, VOGUE, 2022. 7. 26. https://www.vogue.com/article/portrait-of-bravery-ukraines-first-lady-olena-zelenska
“‘Smells of genocide’: How Putin justifies Russia’s war in Ukraine”, ALJAZEERA, 2022, 3. 9. https://www.aljazeera.com/news/2022/3/9/smells-of-genocide-how-putin-justifies-russias-war-in-ukraine
“Ukraine: civilian casualty update 15 August 2022”, United Nations, 2022. 8. 15. https://www.ohchr.org/en/news/2022/08/ukraine-civilian-casualty-update-15-august-2022
“Ukraine conflict: Russian forces attack from three sides”, BBC NEWS, 2022. 2. 24. https://www.bbc.com/news/world-europe-60503037
“Ukraine: The children’s camp that became an execution ground”, BBC NEWS, 2022. 6. 15. https://www.bbc.com/news/world-europe-61442387
“Ukraine reconstruction is a ‘long road’ but it must start now: Guterres”, United Nations, 2022. 7. 5. https://news.un.org/en/story/2022/07/1121992
“Ukrain: Russian Forces’ Trail of Death in Bucha”, Human Rights Watch, 2022. 4. 21. https://www.hrw.org/news/2022/04/21/ukraine-russian-forces-trail-death-bucha
“War in Ukraine: Can we say how many people have died?”, BBC NEWS, 2022. 7. 1. https://www.bbc.com/news/world-europe-61987945
“What we know about what happended in Ukraine’s Bucha”, The Moscow Times, 2022. 4. 4. https://www.themoscowtimes.com/2022/04/04/what-we-know-about-what-happened-in-ukraines-bucha-a77197

【국문초록】

2022년 2월 24일 러시아군의 폭격으로 러시아-우크라이나 전쟁이 발발하였다. 전쟁이 우크라이나 전국에서 진행되고 장기화 양상을 보이면서 민간인 사상자가 크게 증가하고 있으며, 이는 국제사회에 많은 공분을 일으키고 있다. 특히 전쟁의 정당성을 강조하는 러시아의 입장과 달리 국제범죄로 평가될 만한 민간인 살해 범죄가 지속적으로 보고되고 있으며, 정확한 희생자 수치를 집계하기가 어려운 상황에서도 1만 3천여 명이 넘는 사상자가 발생했다는 점, 나아가 전쟁이 계속됨에 따라 민간인 희생자 규모가 더욱 증가할 것임을 고려할 때, 전시 민간인 살해 범죄에 대한 국제형사법적 검토를 진행할 필요성은 상당하다.

이에, 국제사회가 우려하는 가장 심각한 범죄에 대하여 형사처벌이 이루어져야 한다는 국제적 합의를 바탕으로 제정된 '국제형사재판소에 관한 로마규정'을 중심으로 러시아가 자행한 민간인 살해 범죄의 형사처벌 가능성을 검토하였다. 본고에서는 집단살해죄, 인도에 반한 죄, 국제형사절차를 중심으로 각 규정의 개념을 간단히 짚어보고, 러시아가 자행한 전시 민간인 살해 범죄의 국제범죄 포섭 가능성 및 국제형사법 규정의 실효성을 검토한 후, 각 규정의 한계와 개선의 방향을 제언하였다. 나아가 대규모 민간인 살해 범죄가 자행된 부차 학살의 사례를 중심으로 국제형사법 주요 규정의 한계를 보완하여 형사처벌의 실효성을 제고할 수 있는 입법론적 개선방안을 제시하였다.

먼저 로마규정 제6조에 규정된 집단살해죄의 경우 보호 대상으로 규정되지 않은 무수한 집단에 대한 살해 행위를 규율할 수 없으며, 집단살해죄의 이른바 '특별한 의도'를 입증하지 못하는 경우에도 처벌이 불가하다는 한계가 존재한다. 특히 로마규정을 보조하는 규정인 ICC EOC 제6조 (a) 제4항은 범행이 집단을 직접 대상으로 유사한 행위의 명백한 패턴의 맥락에서 일어났거나 그 자체로 그러한 파괴를 가져오는 행위여야 한다는 요건을 명시하고 있어 합리적 이유 없이 집단살해죄의 성립 범위를 더욱 제한하고 있으므로, 이에 대한 바람직한 판례의 태도를 제안하고 나아가 해당 조항을 삭제하는 방식의 개정안을 제언하였다. 이를 통해 집단살해죄 규범의 실효

성과 위하력을 높이고자 하였다.

다음으로 로마규정 제7조에 규정된 인도에 반한 죄의 경우 공격 행위가 광범위하거나 체계적이어야 한다는 점, 가해자의 공격 행위와 국가나 조직의 정책과의 관련성이 입증되어야 한다는 점에서 한계가 존재한다. 특히 ICC EOC의 제7조 서문 제3항은 정책의 내용에 대하여 국가나 조직이 민간인에 대한 공격을 적극적으로 촉진하거나 조장해야 한다고 규정하여 전시 민간인 살해 행위가 인도에 반한 죄에 포섭될 가능성을 더욱 낮추고 있으며, 이에 따라 여러 비판을 받고 있다. 따라서 해당 조항의 마지막 문장을 삭제하는 방식으로 개정할 것을 제언하여 범죄 개념의 실질적인 성립 요건을 완화하고 전시 민간인 보호 수준을 보다 제고하고자 하였다.

전시 민간인 살해 범죄가 집단살해죄 또는 인도에 반한 죄에 포섭되더라도, ICC의 형사 절차는 로마규정 비당사국의 협력 불응을 막기 어렵다는 점, UN 안전보장이사회 상임이사국의 거부권으로 무력화될 수 있다는 점에 따라 실질적인 법적 심판의 가능성이 요원해진다는 한계가 존재한다. 이에, 러시아-우크라이나 특별재판소를 신설하는 방안과 로마규정에 궐석재판을 허용하는 조항을 신설하는 방안을 제안하여 형사 절차상의 한계도 보완하고자 하였다.

【Abstract】

Review and Suggestions on the Killing of Civilians in Time of War from the Perspective of International Criminal Law
- Focused on the Russo-Ukrainian War -

Lee, Min-Jae
(Undergraduate, School of Interdisciplinary Studies, Korea University)
Kong, Ye-Won
(Undergraduate, School of Interdisciplinary Studies, Korea University)
Cheon, Young-Eun
(Undergraduate, School of Interdisciplinary Studies, Korea University)
Kim, Ga-Kyeong
(Undergraduate, School of Interdisciplinary Studies, Korea University)

On February 24, 2022, the Russo-Ukrainian war broke out due to the bombing of Russian troops. As war progresses throughout Ukraine and prolonged, the number of civilian casualties is increasing significantly, which is causing a lot of public outrage to the international community. Contrary to Russia's emphasis on the legitimacy of the war, killings of civilians, which can be regarded as international crimes, have been continually reported, and more than 13,000 casualties have occurred even in situations where it is difficult to count accurate victims. Furthermore, considering that the victims will increase as the war continues, it is necessary to conduct international criminal law reviews on the killing of civilians.

Therefore, this study reviews the possibility of criminal punishment for Russia's civilian murder based on the 'Rome Statute of the International Criminal Court', which came into force based on the international agreement that the most serious crimes of concern to the international community should be punished. This study briefly points out the concept of each regulation, focusing on genocide, crimes against humanity, and international criminal procedures, reviews the possibility of inclusion of international crimes committed by Russia and the effectiveness of international criminal law regulations, and suggests the limitations and direction of improvement. Furthermore, a legislative amendment is proposed to improve the efficiency of criminal punishment by supplementing the limitations of each regulation, focusing on the case of Bucha massacre in which a large-scale civilian murder was committed.

First, in the case of genocide stipulated in Article 6 of the Rome Statute, it is impossible to regulate the killing of countless groups not prescribed for protection, and there is a limitation that punishment is impossible if the so-called 'special intent' of genocide cannot be proven. Article 6 (a) of the ICC EOC, a regulation that subsidizes the Rome Statute, stipulates that the conduct took place in the context of a manifest pattern of similar conduct directed against that group or was conduct that could itself effect such destruction, further limiting the scope of establishment of genocide without reasonable grounds. Therefore, this study suggests a desirable judicial attitude and amendments to the provisions, in order to increase the effectiveness and deterrence of the norm of genocide.

Next, in the case of crimes against humanity stipulated in Article 7 of the Rome Statute, there are limitations in that the act of attack must be widespread or systematic, and the relationship between the

perpetrator's act of attack and the policy of the state or organization must be proven. In particular, Article 7, introduction, Paragraph 3 of the ICC EOC stipulates that the state or organization must actively promote or encourage such an attack against a civilian population, further reducing the possibility that killings of civilians in wartime are included in crimes against humanity, and has therefore been criticized. Therefore, this study proposes an amendment that deletes the last sentence of the relevant clause to alleviate the practical requirements for establishing the concept of crime and to further enhance the level of protection for civilians during wartime.

Even though the killings of civilians in wartime are included in the crime of genocide or crimes against humanity, the criminal procedure of the ICC has limitations in that the possibility of legal adjudication is remote, due to the fact that it is difficult to prevent non-compliance of cooperation by non-parties to the Rome Statute, and that it can be neutralized by the veto power of permanent members of the UN Security Council. Accordingly, this study proposes the establishment of a special tribunal for Russian-Ukrainian and the addition of an article allowing trial in absentia to the Rome Statute in order to supplement the limitations of criminal procedure.

주제어(Keyword) : 국제형사법(International criminal law), 국제형사재판소(International Criminal Court), 국제형사재판소에 관한 로마규정(Rome Statute of the International Criminal Court), 국제범죄(International crimes), 집단살해죄(Genocide), 인도에 반한 죄(Crimes against humanity), 전쟁범죄(War crimes), 전시 민간인 보호(the protection of civilians in time of war), 전시 민간인 살해(the killing of civilians in time of war), 러시아-우크라이나 전쟁(Russo-Ukrainian war), 부차 학살(Bucha massacre)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제107호 2022년 12월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2022.107.493

ALI-ELI 데이터 경제 제 원칙

- 데이터 거래 및 데이터 권리 -

ALI-ELI Principles for a Data Economy

- Data Transactions and Data Rights -[1)]

이성엽** · 정신동*** · 황원재****

제1장 총 칙

원칙 1: 본 원칙의 목적

(1) 데이터 경제에 관한 본 원칙은 유럽, 미국 및 기타 국가에서의 법제 시스템에서 사용하기 위한 것이다. 본 원칙은

(a) 데이터 경제와 관련된 기존 법률 및 법적 개념에 대해 일관성을 부여하고 이들을 조화시키는 방향으로 나아가기 위해,

---

1) 이 번역문은 미국법률협회(American Law Institue, ALI)와 유럽법률협회(European Law Institute, ELI)의 'Principles for a Data Economy' 내 조문들을 한국어로 옮긴 것이다. ALI-ELI 데이터 경제 제 원칙은 양 기관의 공동 프로젝트로서, 2017년에 몇몇 사항에 한정하여 논의가 시작되었다가 2018년 공식적으로 시작된 연구결과물로서(이 연구 과제는 Fritz Thyssen 재단에 의해 지원되었다) 데이터 거래관계 및 데이터 권리 귀속 등에 대한 국내 법질서를 마련함에 있어서 적지 않은 시사점을 제시하고 있다. 위 제 원칙의 배경과 취지, 그리고 그 의미에 대하여 자세한 것은 정신동, "데이터 경제에 있어 계약관계의 규율: -ALI-ELI 데이터 경제 원칙상의 데이터 공급 계약과 데이터 마켓플레이스 계약을 중심으로-", 「고려법학」 제105호, 2022, 1면 이하; 황원재, "데이터 권리의 귀속에 관한 일반원칙 정립의 필요성 -ALI-ELI 데이터 원칙의 내용과 규율 방향을 중심으로-", 「고려법학」 제106호, 2022, 277면 이하 참고.

** 고려대학교 기술경영전문대학원 교수.
*** 강릉원주대학교 법학과 교수, **** 계명대학교 법학과 교수.

(b) 전 세계의 법원 그리고 입법자에 의해 법의 계속적 발전을 고무하고 안내하는 자료로서 사용되기 위해,

(c) 최적의 실무사례 개발을 알리고, 특정 산업 또는 산업 부문에 특별 표준 또는 거래 규정들이 포함된 새로운 표준 개발을 안내하기 위해,

(d) 데이터 경제에 있어서의 당사자들에 의해 자발적으로 사용될 모델 협정 또는 조항의 초안 작성을 용이하도록 하기 위해,

(e) 계약을 규율하기 위해, 또는 계약이 기본 규칙을 제공하거나, 거래 당사자들이 자신들의 계약 내용으로 편입시켰거나, 또는 거래 당사자들이 다른 방식으로 계약을 규율하도록 설계하는 한도 내에서 계약에 적용되는 법을 보완하기 위해,

(f) 중재 및 기타 분쟁 해결의 장에서 담당 기구의 심의를 안내해 주기 위해, 마련되었다.

(2) 본 원칙은 모든 형태의 데이터 프라이버시법 내지 개인 정보 보호법, 지식재산권법 또는 영업 비밀법과 함께 적용될 수 있도록 법적 기본 틀을 제시한다. 본 원칙은 그러한 법률을 수정하거나 제정하기 위한 것이 아니지만 그러한 타법들의 전개과정에 대한 정보를 제공할 수 있다. 이 원칙과 위의 다른 법 사이에 해석에 의해 극복될 수 없는 불일치가 있는 경우에는 그 다른 법이 우선해야 한다.

원칙 2: 본 원칙의 범위

(1) 본 원칙에서의 주요 논제는 자산, 자원 또는 거래 가능한 상품으로서의 다량의 정보 기록들이다. 본 원칙은 기능적 데이터, 즉 특정 기능을 제공하는 것이 주된 목적인 데이터(예: 컴퓨터 프로그램)와 표상적 데이터, 즉 다른 자산이나 가치를 나타내는 것이 주된 목적인 데이터(예: 암호화 자산)는 다루지 않는다.

(2) 제3조에 따라 이 원칙은 다음을 다룬다.

(a) 데이터 계약,

(b) 데이터 권리, 그리고

(c) (a) 및 (b)항에서의 제3자적 측면.

(3) 본 원칙은 공공 기관이 자신의 권한을 행사하는 경우 해당 공공 기관에 적용될 수 있도록 마련되지는 않았다.

원칙 3: 정의

(1) 본 원칙의 목적을 위해 다음과 같은 정의가 적용되어야 한다.

(a) '데이터'라 함은 자동 처리에 적합한 기계 판독 가능 형식으로 기록된 정보로서, 어떠한 매체에 저장되거나 전송되는 동안 저장되는 정보를 말한다.

(b) '복사본'이라 함은 모든 형식 또는 모든 매체에 있어서의 데이터의 모든 물리적 발현을 말한다.

(c) '데이터 처리'라 함은 자동화 수단에 의한 것인지와 관계없이 데이터에 대해 수행되는 모든 작업 또는 일련의 작업들을 말한다; 이에는 특히 데이터의 구조화, 변경, 저장, 검색, 전송, 결합, 집적 또는 삭제가 포함된다.

(d) '데이터에 대한 접근'이라 함은 해당 데이터를 관리하거나 또는 관리함 없이 데이터를 읽고 사용할 수 있는 지위에 있음을 말한다.

(e) '데이터 관리'라 함은 데이터에 접근하고 그 데이터의 처리 목적과 수단을 결정할 수 있는 지위에 있음을 말한다.

(f) '관리자'라 함은 단독으로 또는 다른 사람과 공동으로 데이터를 관리하는 자를 말한다.

(g) '처리자'라 함은 관리자가 아닌 자로서 관리자를 대신하여 데이터를 처리하는 자를 말한다.

(h) '공동 생성 데이터'라 함은, 정보의 대상이 되거나 해당 대상의 소유자 또는 운영자가 됨으로써, 또는 데이터 생성 활동을 추구하거나, 데이터 생성 장치를 소유 또는 운영하거나, 또는 데이터를 생성하는 제품 또는 서비스를 생산 또는 개발함으로써, 관리자 이외의 사람이 생성에 기여한 데이터를 말한다.

(i) '파생 데이터'라 함은 다른 데이터를 처리하여 생성된 자료로서, 집적 데이터 및 외부 결정 규칙의 도움으로 다른 데이터에서 추론된 데이터를 포함한다.

(j) '데이터 계약'이라 함은 데이터가 대상이 되는 계약을 말한다.

(k) '데이터 권리'라 함은 데이터 관리자를 상대로 하는 권리로서, 데이터의 특성에 따라 구체화되고, 데이터가 생성되는 방식에 의해 또는 공익을 이유로 법률에 의해서 발생되는 권리를 말한다.

(l) '데이터 활동'이라 함은 수집, 획득, 관리, 처리 및 향후 데이터의 공급을 포함한 그 밖의 활동과 같은 데이터와 관련된 자에 의한 활동을 말한다.

(m) 데이터의 '공급'이라 함은 다른 자에게 데이터에 대한 접근을 제공하거나 다른 자가 데이터를 관리하도록 하는 것을 말한다.

(n) 데이터 '공급자'라 함은 타방 당사자에게 데이터를 공급하거나 이를 약정한 당사자를 말한다.

(o) 데이터의 '수령인'이라 함은 데이터가 공급되거나 공급될 당사자를 의미합니다.

(p) 데이터의 '이전'이라 함은 공급자가 데이터에 대한 관리를 유지하는지 여부에 관계없이 공급자가 수령인이 데이터를 관리하는 방식으로 데이터를 공급하는 것을 말한다.

(q) 데이터 '포팅'이라 함은 타방 당사자에 의해 관리되는 데이터를 자신 또는 지정된 제3자에게 이전을 개시하는 것을 말한다.

(r) '데이터 삭제'라 함은, 합리적으로 가능한 한, 데이터에 영구적으로 접근할 수 없거나 다른 방식으로 판독을 못하도록 보장하기 위해 조치를 취하는 것을 말한다.

(s) '인지'라 함은 어떤 사실을 알게 되거나, 자신이 알고 있는 모든 사실과 정황을 통해 해당 사실을 알았을 것으로 합리적으로 기대될 수 있는 지위에 있는 것을 말한다.

(2) '데이터 이전에 관한 계약', '데이터의 단순 접근에 관한 계약', '데이터 소스 이용 계약', '접근권 부여에 관한 계약', '데이터 풀링에 관한 계약', '데이터 처리에 관한 계약', '데이터 신탁 계약', '데이터 에스크로 계약' 및 '데이

터 마켓플레이스 계약', 그리고 이러한 계약들의 당사자를 나타내는 용어들은 본 제7원칙에서 제15원칙에 있어서 그 용어들에게 주어진 의미를 가진다.

(3) '인(人)'이 언급될 경우 사적 또는 공적 자연인과 법인이 포함된다. '작업' 또는 '활동'이 언급될 경우 타인의 도움으로 또는 인공 지능을 포함한 기계의 도움으로 수행되는 작업 또는 활동이 포함되어야 한다.

원칙 4: 구제

(1) 데이터 활동과 관련된 제3자 보호를 포함한 데이터 계약 및 데이터 권리와 관련된 피해구제는 일반적으로 관련법에 따라 결정되어야 한다.

(2) 본 원칙 또는 관련법이 어느 한 당사자(상대방)가 타인(청구인)에게 데이터를 반환하거나 포기하는 것을 의무화하는 경우 그 대신에 상대방은 자신의 데이터 사본을 모두 삭제하는 방식으로 데이터를 반환하거나 양도할 의무를 충족시킬 수 있어야 한다. 청구인에게 데이터 복사본이 없는 경우 상대방은 데이터를 삭제하기 전에 청구인에게 데이터를 관리할 수 있도록 해야 한다.

제2장 데이터 계약

제1절 데이터 계약을 규율하는 규칙과 원칙

원칙 5: 데이터 계약에 관한 본 원칙의 적용

제2장에서의 데이터 계약은 다음의 우선적 순위에 따라 규율되어야 한다.

(a) 약정에 의해 수정될 수 없는 법 규칙

(b) 당사자들의 약정;

(c) 관련 유형의 데이터 거래에 적용하기 위해 마련된, (a)에 언급된 규칙 이외의 모든 법 규칙;

(d) 제7원칙에서 제15원칙의 실행에 의해 계약에 편입된 조건들;
(e) 관련 유형의 데이터 거래에 직접적으로 적용될 수는 없지만 유사한 거래를 규율하는 기본 규칙 및 법 원칙의 유추에 의한 적용; 그리고
(f) 법 일반 원칙

원칙 6: 계약법의 해석과 적용

계약법의 규칙과 원칙을 해석하고 적용함에 있어서는 특히 아래의 요소들이 고려되어야 한다.

(a) 데이터가 (i) 매체에서의 또는 전송되는 상태에 있어서의 물리적 발현, 그리고 (ii) 기록된 정보의 조합이라는 사실;
(b) 다수의 복사본이 있을 수 있고 여러 당사자에 의해 다수의 상이한 목적을 위해 병렬적으로 사용될 수 있는 자원으로서의 데이터 특성;
(c) 일반적으로 데이터는 다른 데이터에서 파생된다는 사실, 그리고 원 데이터 세트 및 원 데이터 세트와 다소 유사한 파생 데이터 세트가 많이 공존할 수 있다는 사실;
(d) 데이터 저장소의 물리적 위치가 빠르고 쉽게 변경될 수 있지만 데이터는 일반적으로 원격적 접근의 방식으로 이용되며 데이터 저장소의 물리적 위치는 거의 중요하지 않음이 일반적이라는 사실; 그리고
(e) 누적 효과 및 규모 효과가 가지는 높은 중요성.

제2절 데이터 공급 또는 데이터 공유에 관한 계약

원칙 7: 데이터 이전에 관한 계약

(1) 데이터 이전에 관한 계약은, 수령자가 관리할 수 있는 매체로 데이터를 이전하거나, 데이터가 저장된 매체를 수령자에게 전달함으로써, 공급자가 수신자로 하여금 특정 데이터를 관리할 수 있도록 의무를 부담하는 거래를 말한다.

(2) 당사자의 약정 및 본 제5원칙에 따라 우선되는 규칙에 따라, 법은 데이터 이전에 관한 계약에 아래의 조건들이 포함됨을 규정해야 한다.

(a) 공급자가 제1항에 기술된 의무를 이행하는 방식과 관련하여, 데이터 보안 문제의 관점에서 해당 전달 방식이나 지정된 매체가 불합리적인 경우로서 수령자가 대체적 전달 방식이나 대체적 매체를 지정할 수 있도록 공급자가 해당 우려 사항을 수령자에게 즉시 고지해야 하는 경우가 아니라면, 데이터는 수령자에 의해 지정된 매체에 전자적으로 전송되거나, 수령자가 선택한 매체로 수령자가 데이터를 포팅할 수 있는 방식으로 데이터가 제공되어야 한다.

(b) 특성, 양, 정확성, 최신성, 무결성, 세분성 및 형식뿐만 아니라 메타데이터, 도메인 테이블 및 데이터 이용을 위해 요구되는 기타 사양들의 포함과 관련하여, 그리고 공급 주기 및 모든 업데이트를 포함한, 공급되는 데이터의 특징과 관련하여,

(i) 제공되는 데이터는 공급자에 의해 만들어지거나 받아들여진 데이터와 관련된 모든 실질적 설명이나 표현, 그리고 제공된 샘플 또는 모델과 일치해야 한다.

(ii) 데이터를 획득하는 수령자의 특정한 목적, 그리고 수령자가 공급되는 데이터를 선택함에 있어 공급자의 기술이나 판단에 의존하고 있다는 점에 대해 공급자가 고지를 받은 경우, 공급되는 데이터는 수령자의 해당 특정 목적에 적합해야 한다.

(iii) 공급자가 계약의 대상이 되는 종류의 데이터를 공급하는 사업을 하거나, 그러한 종류의 데이터와 관련하여 전문 지식을 보유하고 있다고 광고하는 경우, 제공되는 데이터는 해당 유형의 거래에 있어서 합리적으로 기대되는 품질이어야 한다.

(c) 제공되는 데이터의 관리 및 그 밖의 데이터 활동과 관련하여:

(i) 제공된 데이터가 지식재산권법 또는 기타 유사한 제도에 의해 보호되는 경우 공급자는 데이터 수령자가 데이터를 관리할 수 있는 충분한 제3자에 대해 유효한 권리 및 수령자가 합리적으로 관여할 것으로 예상됨을 관리자가 통지한 기타 데이터 행위에 참여할 권

리를 가지도록 해야 한다. 수령자에게 이러한 지위를 마련해 줌에 있어서 요구되는 문서의 실행 또는 기록과 같이 공급자가 추가적 단계를 수행해야 하는 경우 공급자는 이러한 추가 단계를 수행해야 한다.

(ii) 공급자는 데이터가 제공되는 시점에 데이터를 합법적으로 관리할 수 있고 수령자가 합리적으로 기대할 수 있다고 관리자가 통지한 기타 데이터 행위에 합법적으로 참여할 수 있는 지위를 수령자에게 마련해야 한다.

(iii) 공급자는 수령자가 참여할 것으로 합리적으로 예상할 수 있는 데이터 또는 기타 데이터 활동의 관리와 관련하여 법적 요구 사항을 준수하는 데 필요할 수 있는 행위에 합리적으로 필요한 범위 내에서 협력해야 한다. 또한 공급자는 공급자가 통지를 받았고 수령자가 알고 있는 것으로 기대할 수 없는 모든 데이터 활동과 관련하여 법적 요구 사항에 대한 정보를 수령자에게 제공해야 한다.

(iv) 수령자는 데이터 및 파생 데이터를 타인에 대한 공급을 포함하여 적법한 목적으로 공급자 또는 제3자의 권리를 침해하지 않는 방식으로, 그리고 데이터 이전 계약이 체결된 시점에 수령자가 공급자가 제3자에게 부담하는 의무에 대한 통지를 받은 경우 이러한 의무를 위반하지 않는 방식으로 이용할 수 있다.

(v) 제공된 데이터를 사용하여 수령자가 생성한 새로운 지식 재산권 또는 이와 유사한 권리는, 당사자 간에 있어서, 수령자에게 귀속된다. 그리고

(vi) 공급자는 데이터 사본을 보유할 수 있으며 데이터를 제3자에게 제공하는 것을 포함하여 해당 데이터를 계속 이용할 수 있다.

(3) 제5원칙에 규정된 것과 같이 데이터 이전 계약에 유추의 방식으로 적용해야 하는 규칙과 원칙을 결정함에 있어서는 특히 아래의 요소들이 고려되어야 한다.

(a) 해당 계약에서 수령자가 기간의 제한 없이, 아니면 기간의 제한을 두고 데이터를 관리하도록 규정하고 있는지 여부, 및

(b) 해당 계약이 데이터의 1회적 공급, 회귀적 공급 또는 일정 기간 동안의 계속적 공급에 관한 것인지 여부

원칙 8: 데이터 단순 접근에 관한 계약

(1) 데이터의 단순 접근에 관한 계약은 공급자가 관리하는 매체상의 특정 데이터에 대한 접근을 수령자에게 제공하기로 약정하는 계약으로서 제7원칙에 따른 데이터 전송에 대한 계약이 아닌 계약을 말한다. 여기에는 공급자가 수령자로 하여금 데이터를 읽을 수 있도록 하는 것 외에 공급자가 관리할 수 있는 매체상의 데이터를 수령자가 처리하거나 데이터를 포팅할 수 있는 지위를 마련하는 계약이 포함된다.

(2) 당사자의 약정 및 본 제5원칙에 따라 우선되는 규칙에 따라, 법은 데이터 단순 접근에 관한 계약에 아래의 조건들이 포함됨을 규정해야 한다.

(a) 데이터에 대한 수령자의 접근 방식과 관련하여:

(i) 공급자는 수령인에게 필요한 접근 자격을 제공하고 해당 유형의 거래에 있어서 제거가 합리적으로 기대되는 액세스에 대한 기술장벽의 제거를 실행해야 한다.

(ii) 공급자는 해당 유형의 거래에서 합리적으로 기대할 수 있는 종류의 구조화되고 판독 가능한 형식으로 데이터의 접근가능성을 제공해야 한다.

(iii) 공급자는 데이터 보안 문제에 비추어 볼 때 비합리적이지 않다면 수령자가 데이터에 원격으로 접근할 수 있도록 해야 한다.

(iv) 수령자는 자신에게 접근 권한이 부여된 데이터를 계약상 동의된 목적과 일치하는 정도로만 처리할 수 있다.

(v) 수령자는 해당 유형의 거래에 있어 데이터의 포팅이 합리적으로 기대 가능한 경우에 한해서 계약상 접근 권한이 부여된 데이터를 포팅할 수 있으며 계약에 따라 수행된 수령자의 처리 활동으로부터 파생된 데이터(데이터 분석으로부터 파생된 데이터)를 포팅할 수 있다. 그리고

(vi) 수령자는 자동화된 수단을 포함하여 이용 가능한 경우 모든 수단을 통해 데이터를 읽거나 처리 또는 포팅할 수 있으며, 이를 동의된 접근 기간 동안 수령자가 원하는 빈도로 만큼 행할 수 있다.

(b) 접근이 제공되는 데이터의 특성과 관련하여 데이터 이전에 관한 계약 제7원칙 제2항 (b)에 나열된 조건은 데이터에 대한 단순 접근 계약에 대해서도 적용된다.

(c) 계약에 따라 수령자가 포팅한 모든 데이터의 관리 및 기타 데이터 활동과 관련하여서는 데이터 이전 계약에 대한 제7원칙 제2항 (c)에 나열된 조건들이 데이터의 단순 접근 계약에도 적용된다.

(3) 데이터 단순 접근 계약에 제5원칙에서 규정된 것과 같이 유추 방식으로 적용될 규칙과 원칙을 결정함에 있어서는 특히 수령자가 데이터를 보기만 할 수 있는 정도, 공급자의 관리 하에 있는 매체에서 데이터를 처리할 수 있는 정도 또는 데이터를 포팅할 수 있는 정도를 고려해야 한다.

원칙 9: 데이터 소스 이용 계약

(1) 데이터 소스 이용에 대한 계약은 공급자가 데이터가 수집되거나 그 밖의 방식으로 생성되는 것으로서 이를 통해 데이터를 읽거나 데이터를 처리 또는 포팅할 수 있는 특정 장치 또는 설비('데이터 소스')에 대한 접근을 제공함으로써 데이터에 대한 접근을 수령자에게 제공하기로 약정하는 계약을 말한다.

(2) 당사자의 합의와 제5원칙에 따라 우선 적용되는 규칙에 따라서 법은 제8원칙에 규정된 조건 외에 아래의 조건이 데이터 소스 이용 계약에 포함되도록 규정해야 한다.

(a) 데이터 소스상의 데이터에 대한 수령자의 접근 방식과 관련하여:

(i) 수령자는 데이터 소스에서 수집하거나 생성한 모든 데이터를 포팅할 수 있다. 그리고

(ii) 데이터에 대한 접근은 데이터 소스에서 데이터가 수집되거나 생성될 때 실시간으로 제공된다.

(b) 데이터의 특성과 관련하여 수령자가 특정한 품질 또는 특정한 수량의 데이터를 수령할 것이라는 요구 사항은 없다.

(3) 제5원칙에 규정된 바와 같이 데이터 소스 이용 계약에 유추의 방식으로 적용될 규칙과 원칙을 결정함에 있어서는 특히 다음의 사항이 고려되어야 한다.

(a) 수령자가 데이터 소스에 대해 받는 관리의 정도 및 기간; 그리고

(b) 수령자가 데이터를 포팅할 수 있는지 여부 및 그 정도

원칙 10: 접근 승인에 관한 계약

(1) 데이터 접근 승인에 관한 계약은 공급자(이 원칙에서는 '승인 당사자'라고 한다)가, 일반적으로 데이터 처리 또는 포팅을 포함하여, 수령자에 의한 데이터 또는 데이터 소스에 대한 접근을 승인하는 약정으로서, 다만 계약에 따른 승인 당사자의 예상되는 행위의 수동적 성격과 거래에 대한 승인 당사자의 의미 있는 영향력 결어를 비추어 볼 때 승인 당사자가 제7원칙부터 제9원칙까지에 기술된 종류의 책임을 부담할 것으로 합리적인 기대가 불가능한 경우를 말한다.

(2) 당사자들의 합의와 제5원칙에 따라 우선 적용되는 규칙에 따라서 법은 접근 승인에 관한 계약에 있어서 아래의 사항을 규정해야 한다.

(a) 수령자의 접근방식과 관련하여서 승인 당사자는 수령자가 접근을 하도록 조력하거나 지원한다는 조건은 포함되지 않으며 승인 당사자는 수령자의 접근에 지장을 주거나 이를 불가능하게 만드는 경우에도 어떤 방식으로든 데이터 또는 데이터 소스를 계속 이용할 수 있다.

(b) 데이터의 특성과 관련하여 수령자가 특정한 품질 또는 특정한 수량의 데이터를 수령할 것이라는 요구 사항은 없다.

(c) 데이터 관리 및 수령자가 관련될 수 있는 그 밖의 데이터 활동과 관련하여 승인 당사자는 수령자가 특정 권리를 갖도록 보장할 의무가 없다.

(d) 승인 당사자와 수령자 간에 있어서, 수령자는 제32원칙에 따라 데이터 공급자에게 부과되는 의무를 포함하여 제4장에 따른 제3자에 대한

모든 의무를 준수할 책임이 있다. 그리고

(e) 수령자는 승인 당사자가 데이터에 접근을 승인한 이후 발생하는 제3자에 대한 모든 책임을, 수령자가 그러한 책임을 합리적으로 예측할 수 없는 경우를 제외하고는, 부담해야 한다.

(3) 제5원칙에 규정된 바와 같이 데이터 승인에 관한 계약에 유추하는 방식으로 적용한 규칙과 원칙을 결정함에 있어서는 당사자 간의 계약의 중점이 데이터에 대한 접근에 있는지 또는 데이터에 대한 접근이 발생하는 다른 상품(예턴대 디지털 서비스)의 공급에 있는지 여부를 고려해야 한다.

원칙 11: 데이터 풀링에 관한 계약

(1) 데이터 풀링에 관한 계약은 2 이상의 당사자('데이터 파트너들')가 체결한 계약으로서, 데이터 풀 내 데이터를 아래와 같이 공유하기로 하는 약정을 말한다.

(a) 특정 데이터를 데이터 파트너들이 공동으로 관리하거나 데이터 수탁자, 에스크로 당사자 또는 데이터 파트너들을 대신하여 행위하는 다른 제3자가 관리하는 매체로 전송하는 방식

(b) 제3자의 개입 여부와 관계없이 특정 데이터에 대한 접근 또는 특정 데이터 소스를 이용할 가능성을 상호 부여하는 방식

(2) 이 원칙은 데이터 풀링 계약에 따라 생성된 모든 단체의 규율 원칙에 적절하게 변형되어 적용된다.

(3) 당사자들의 합의와 제13원칙에 따라 우선 적용되는 규칙에 따라 법은 아래의 조건이 데이터 풀링 계약에 포함되도록 규정해야 한다.

(a) 데이터 파트너는 아래의 목적으로만 데이터 풀의 데이터 또는 이러한 데이터에서 파생된 데이터를 이용할 수 있다.

(i) 데이터 풀링 계약에서 데이터 파트너 간에 합의된 목적

(ii) (i)에 언급된 합의와 일치하지 않는 목적의 경우, 해당 데이터 파트너가 다른 데이터 파트너가 수락할 것으로 합리적으로 예상할 수 있는 목적, 또는

(iii) 실정법을 준수하기 위해 필요한 경우

(b) 데이터 파트너는 데이터 처리자를 참여시킬 수 있지만, 그 밖의 경우에는 데이터 풀의 데이터 또는 해당 데이터에서 파생된 데이터는 데이터 파트너 간에 합의된 조건 또는 실정법상 요구되는 경우에 한해서 제3자에게 전달할 수 있다.

(c) 데이터 파트너들 사이에서 데이터 풀의 데이터를 사용하여 생성된 새로운 지식재산권 또는 이와 유사한 권리는 새로운 권리를 창설한 행위를 행한 파트너 또는 파트너들에게 귀속한다.

(d) 데이터 파트너가 데이터 풀을 벗어나는 경우 해당 데이터 파트너에 의해 제공된 데이터는 해당 데이터 파트너에게 반환되어야 하지만 데이터에서 파생된 데이터는 원 데이터와 본질적으로 동일하지 않는 한 풀에 잔존한다. 데이터 풀을 벗어나면 데이터 파트너는 해당 데이터 파트너에 의해 제공된 데이터로부터 전체적으로 또는 상당 부분에 있어 파생된 풀 내 모든 데이터 사본에 대해 권한이 있다.

(4) 제5원칙에 규정된 바와 같이 데이터 풀링 계약에 유추의 방식으로 적용할 규칙과 원칙을 결정함에 있어서는 데이터 파트너 간의 관계가, 예컨대 데이터 파트너들이 상호 신탁 의무를 지고 있는 것과 같이, 상호 신임와 신뢰로 특징지어지는 관계인지, 아니면 신탁 의무가 없는 독립된 거래로 특징지어지는 관계인지 여부가 고려되어야 한다.

제3절 데이터와 관련된 서비스에 대한 계약

원칙 12: 데이터 처리에 관한 계약

(1) 데이터 처리에 관한 계약은 처리자가 관리자를 대신하여 데이터를 처리하는 계약을 말한다. 이러한 처리에는 특히 아래 사항이 포함될 수 있다.

(a) 데이터 수집 및 기록(예: 데이터 스크래핑)

(b) 데이터 저장 또는 검색(예: 클라우드 공간 제공)

(c) 데이터 분석(예: 데이터 분석 서비스)

(d) 데이터의 조성, 구성, 표시, 변경 또는 결합(예: 데이터 관리 서비스) 또는

(e) 데이터 삭제

(2) 당사자의 합의와 제5원칙에 따라 우선 적용되는 규칙에 따라 법은 아래의 조건이 데이터 처리 계약에 포함되도록 규정해야 한다.

(a) 처리자는 관리자의 지시에 따라야 하고, 관리자가 명시한 처리 목적에 따라 일관되게 행위해야 한다.

(b) 처리자는 관리자가 보장해야 할 의무가 있는 것과 최소한 동일한 수준의 데이터 보안 및 제3자의 권리 보호를 보장해야 하며, 관련 상황에서 합리적으로 예상할 수 있는 또는 계약 체결 시 처리자가 인지한 제3자 보호를 위한 법적 의무를 준수함에 있어 관리자를 지원해야 한다.

(c) 처리자는 데이터를 제3자에게 전달해서는 안 된다.

(d) 처리자는 관련 서비스의 품질 또는 효율성을 개선하는 데 합리적으로 필요한 범위를 제외하고, 처리자 자신의 목적을 위한 데이터 처리는 할 수 없다. 단 이것이 처리자의 정당한 이익을 해치지 않고 제2항(b)에서의 제3자 보호 의무와 불일치하지 않아야 한다.

(e) 계약이 완전히 이행되거나 종료되면 처리자는 아직 이전되지 않은 처리 결과 데이터를 관리자에게 이전해야 한다. 처리자는 기존 또는 잠재적인 소송에 합리적으로 필요한 정도 또는 처리자가 해당 기간 이후에도 데이터를 보관할 본 원칙과는 별개의 법적 권리 또는 의무가 있는 경우를 제외하고는 보유된 모든 데이터를 삭제해야 한다.

(3) 데이터 처리에 관한 계약에 제5원칙에 규정된 바와 같이 직접 또는 유추의 방식으로 적용할 규칙 및 원칙을 결정함에 있어서는 데이터를 변경하는 데 중점을 두는지 아니면 데이터를 안전하게 유지하는 데 중점을 두는지 등 서비스의 특성을 고려해야 한다.

원칙 13: 데이터 신탁 계약

(1) 데이터 신탁 계약은 1인 이상의 데이터 관리자('위탁자')와 제3자 간의 계약으로, 위탁자가 제3자('데이터 수탁자')에게 위탁자 또는 더 넓은 이

해 관계자 집단에게 이익이 될 수 있는 명시된 목적을 촉진하기 위해 제3자가 자신을 대신하여 데이터의 공급 또는 이용에 관한 특정한 결정을 내릴 수 있는 권한을 부여하는 약정을 말한다.

(2) 데이터 신탁 계약 및 그로 인해 창설되는 관계는 특정 조직 구조를 따를 필요가 없고, 보통법 신탁과 관련된 특성 및 의무를 포함할 필요가 없다. 이 원칙은 데이터 신탁 계약에 따라 창설되는 모든 단체의 규율 원칙에 적절히 변형되어 적용된다.

(3) 당사자의 합의 및 제5원칙에 따라 우선 적용되는 규칙에 따라 법은 아래의 조건이 데이터 신탁 계약에 포함되거나 데이터 신탁 계약에 따라 창설되는 모든 단체의 규율 원칙에 포함되도록 규정해야 한다.

(a) 데이터 수탁자는 (b) 및 (c)에 따라 데이터 프라이버시/개인정보보호에 기반한 권리 및 지식 재산권과 관련된 결정을 포함하여 위탁된 데이터의 공급 또는 이용과 관련된 모든 결정을 내리고 이행할 권한이 있다.

(b) 데이터 수탁자는 수익자의 이익으로 데이터 신탁 계약의 명시된 목적을 촉진하기 위해 행위해야 하며 위탁자가 수익자가 아니더라도 데이터 수탁자가 인지한 위탁자의 정당한 이익과 일치하는 방식으로 행위해야 한다.

(c) 데이터 수탁자는 위탁자의 모든 지시에 따라야 한다. 다만 해당 지시가 데이터 신탁의 명시적이거나 분명한 목적과 양립할 수 없다는 것을 데이터 수탁자가 인지한 경우는 그러하지 아니하다.

(d) 데이터 수탁자는 자신의 목적을 위해 위탁된 데이터를 사용해서는 안 되고, 이해 상충을 회피해야 한다.

(e) 위탁자는 자신이 위탁한 데이터와 관련하여 언제든지 데이터 수탁자의 권한을 종료시킬 수 있다; 다만 이는 수익자의 신뢰 및 유사한 정당한 이익을 고려하는 데 필요한 범위로 제한될 수 있다; 그리고

(f) 데이터 수탁자가 위탁된 데이터 또는 그러한 데이터에서 파생된 데이터를 보유하고 있는 경우 계약이 종결된 후(종료 또는 그 밖의 방식으로) 데이터 수탁자는 데이터를 위탁자에게 반환해야 하며, 합리적

인 경우라면, 향후 수령자가 데이터의 사용을 방지하도록 조치를 취해야 한다.

(4) 제5원칙에 규정된 바와 같이 데이터 신탁 계약에 유추의 방식으로 적용될 규칙과 원칙을 결정함에 있어서는 특히 아래의 사항이 고려되어야 한다.

(a) 데이터 신탁 계약의 명시된 목적과 데이터의 성빌 및 관련 당사자의 특성

(b) 데이터 신탁 계약의 목적이 주로 위탁자 또는 더 광범위한 지원자들의 이익을 위한 것인지 여부 그리고

(c) 데이터 신탁 계약에 의해 생성된 관계의 조직 구조.

원칙 14: 데이터 에스크로 계약

(1) 데이터 에스크로 계약은 데이터 사용을 계획 중인 하나 이상의 당사자('계약체결 당사자들')와 제3자('에스크로 당사자')간의 계약으로, 독점금지법 또는 데이터 프라이버시/개인정보보호법에 의해 부과되는 것과 같은 법적 요건과의 충돌을 방지하기 위해 에스크로 당사자가 데이터에 관한 계약체결 당사자들 전부 또는 일부의 권한과 능력이('제한되는 당사자') 제한됨을 보장할 의무를 부담하는 약정을 말한다.

(2) 데이터 에스크로 계약과 이 계약이 창설하는 관계는 특정 조직 구조를 따를 필요가 없다. 이 원칙은 적절히 변형되어 데이터 에스크로 계약에 따라 창설된 단체의 규율원칙에 적용된다.

(3) 당사자들의 합의와 제5원칙에 따라 우선 적용되는 그 밖의 원칙에 따라, 법은 다음의 조건이 데이터 에스크로 계약에 포함되거나 데이터 에스크로 계약에 따라 창설된 단체의 규율 원칙에 포함되도록 규정해야 한다.

(a) 에스크로 당사자는 데이터 에스크로 계약의 명시적 목적에 필요한 것으로서 데이터와 관련된 권한을 가진다.

(b) 에스크로 당사자는 데이터 에스크로 계약의 명시된 목적과 구분되는 계약 당사자의 이해관계에 부합하지 않는 경우라 할지라도 데이터 에스크로 계약의 명시된 목적을 이행해야 한다.

(c) 에스크로 당사자는 계약 당사자가 제시한 데이터 에스크로 계약의

명시적 또는 분명한 목적과 양립할 수 없는 지시는 따르지 않아야 한다.

(d) 에스크로 당사자는 위탁받은 데이터를 자신의 목적을 위해 사용하거나 공급해서는 안 되며 이해충돌을 회피해야 한다.

(e) 데이터 에스크로 계약이 종료되는 경우, 각 당사자는 관계를 청산하는 동안 데이터 에스크로 계약의 명시된 목적을 훼손하는 행위를 해서는 안 된다.

(4) 제5원칙에 규정된 바와 같이 유추의 방식으로 데이터 에스크로 계약에 적용할 규칙과 원칙을 결정함에 있어서는 특히 아래의 사항을 고려해야 한다.

(a) 데이터 에스크로 계약의 명시된 목적과 데이터의 성질 및 관련 당사자의 특성.

(b) 데이터 에스크로 계약에 의해 창설되는 관계의 조직 구조

원칙 15: 데이터 마켓플레이스 계약

(1) 데이터 마켓플레이스 계약이라 함은 데이터 거래를 시작하려는 당사자('고객')와 데이터 마켓플레이스 제공자 간의 계약을 말하는 것으로서, 이 계약 하에 데이터 마켓플레이스 제공자는 고객과 데이터 거래를 위한 다른 잠재적 당사자 간의 매칭을 가능하게 하거나, 용이하게 할 의무를 부담하고, 나아가 경우에 따라서는 거래를 용이하게 하는 서비스를 제공한다.

(2) 당사자들의 합의 및 제5원칙에 따라 우선하는 그 밖의 원칙들에 따라 법은 데이터 마켓플레이스 계약에 아래의 조건들이 포함되도록 규정해야 한다.

(a) 데이터 마켓플레이스 제공자가 거래와 관련된 특정 단계를 용이하게 하거나 가능하게 하는 한, 해당 단계에 적용되는 모든 법적 의무를 준수하는 데 있어 고객에게 합리적인 지원을 제공해야 한다.

(b) 데이터 마켓플레이스 제공자는 예상되는 거래의 대상인 고객으로부터 받은 데이터를 자기 자신의 목적으로 사용해서는 아니 된다. 그리고

(c) 계약이 완전히 이행되거나 종료되면 데이터 마켓플레이스 제공자는 예상되는 거래의 대상이 되고, 고객으로부터 받은 관리 하의 데이터와 이러한 데이터에서 파생된 모든 데이터를 삭제해야 한다.

(3) 제5원칙에 규정된 바와 같이 데이터 마켓플레이스 계약에 유추의 방식으로 적용될 규칙과 원칙을 결정함에 있어서는 특히 아래 사항이 고려되어야 한다.

(a) 데이터 마켓플레이스 제공자가 관련 데이터를 관리할 수 있는 지위에 있는지 여부와 그 정도; 및

(b) 매치메이킹이 데이터 거래를 발생시키는지 여부에 따라 데이터 마켓플레이스 제공자에게 행해져야 할 지불 또는 그 밖의 급부가 있는지 여부 및 그 정도

제3장 데이터권

제1절 데이터권에 관한 규칙과 원칙

원칙 16: 데이터권

(1) 데이터권에는 다음과 같은 권리가 포함된다.

(a) 상황에 따라 데이터 포팅을 포함하는 수단으로 데이터에 접근할 수 있는 권리

(b) 데이터 관리자에게 데이터 행위를 정지할 것을 요구할 수 있는 권리

(c) 데이터 관리자에게 데이터의 정정을 요구할 수 있는 권리

(d) 데이터의 사용으로 만들어진 경제적 이익의 배분을 요구할 수 있는 권리

(2) 제3장에 명시된 데이터권은 완결된 것이 아니다; 오히려, 당사자가 유사한 추가적 권리를 갖는 것을 법률 체계가 허용할 수 있다. 따라서 제3장에서 그러한 권리를 명시하지 않았다는 점으로부터 어떠한 부정적 추론도 이루어져서는 안 된다.

(3) 제3장에 명시된 데이터권은 당사자가 데이터 관리자에게 데이터와 관련하여 갖게 된 데이터권 이외에 다른 권리, 예컨대 채무불이행으로 인한 권리, 부당이득으로 인한 권리, 재산권의 대상(代償)에 대한 권리, 불법행위법으로 인한 권리에 영향을 미치지 않는다.

원칙 17: 데이터권에 대한 원칙의 적용

제3장 이하의 권리는 다음과 같은 우선순위에 따라 규율된다.

(a) 데이터 프라이버시/데이터 보호법을 포함하여, 계약을 통해 변경할 수 없는 강행법규

(b) 계약이 제18원칙부터 제27원칙에 부합하거나 준거법에서 제18원칙부터 제27원칙의 적용을 배제할 수 있는 자유가 있는 경우, 당사자의 계약

(c) (a)에서 규정된 것을 제외하고 데이터권에 적용하기 위하여 마련된 법률규칙

(d) 제18원칙부터 제27원칙

제2절 공동생성 데이터에 대한 권리

원칙 18: 공동생성 데이터

(1) 제19원칙부터 제23원칙에서 정하는 공동생성 데이터에 해당하는지 여부와 공동생성 데이터가 되는 범위를 결정하는 데 사용되는 요소는 다음과 같은 우선순위를 갖는다.

(a) 당사자가 데이터에 코딩된 정보의 주체가 되는 정도, 또는 당사자가 정보의 대상이 되는 자산의 소유자나 운영자가 되는 정도

(b) 당사자의 활동으로 데이터가 생산되는 정도, 또는 당사자가 소유하거나 운영하는 제품이나 서비스의 사용으로 데이터가 생산되는 정도

(c) 당사자가 새로운 품질의 데이터를 만들면서 데이터를 수집하고 결합

하는 정도

(d) 당사자가 생산하거나 개발한 컴퓨터 프로그램 또는 상품 및 서비스의 기타 관련 요소가 사용되면서 생성된 데이터의 정도

(2) 기여도를 평가할 때에는 기여의 유형, 기여의 정도(투자 방법 포함), 기여의 원근도, 기여의 특수성의 정도, 다른 당사자의 기여 정도가 고려되어야 한다.

(3) 당사자가 상황상 유의미한 기여를 하지 않았다면, 그 당사자에 의한 공동생성 데이터로 보지 않는다.

원칙 19: 공동생성 데이터에 대한 권리를 결정하는 일반요소

(1) 공동생성 데이터에 대한 데이터권은 공정하게 인정된다; 따라서 준거법 하에서 데이터권이 현존하는 법체계에 수용되는 방법 및 데이터권이 계약에 의하여 면제되거나 수정될 수 있는 정도는 해당 법체계에서 공정의 원칙이 하는 역할에 맞추어 결정된다.

(2) 공동생성 데이터의 경우, 데이터의 생산에 참여한 당사자가 이하의 요소들을 고려하여 판단하였을 때 사실과 상황에 부합한다면 데이터권을 갖는다.

(a) 제18원칙에서 열거된 요소들을 고려하여 당사자가 관련 데이터 생산에 참여한 비율

(b) 제20원칙부터 제23원칙에 열거된 것과 같이 당사자에게 데이터권이 부여되어야 하는 원인의 중요성

(c) 데이터 관리자 또는 제3자가 데이터권을 부정할 수 있게 하는 기타 정당한 이익의 중요성

(d) 당사자들 간의 협상력의 불균형

(e) 공정하고 효율적인 경쟁을 담보하는 이익을 포함하는 기타 공익

(3) 데이터의 형식, 기간, 보안, 권리의 완전한 행사에 필요한 기타 지원, 지급되는 보상과 같은 데이터권의 특성과 제한을 결정할 때에도 제2항에서 열거된 요소들이 고려되어야 한다.

원칙 20: 공동생성 데이터에 대한 접근권 및 포팅권

(1) 제19원칙을 전제로, 공동생성 데이터에 대한 접근 또는 포팅에 관한 권리는 다음과 같은 경우에 발생한다.

(a) 데이터 접근 또는 포팅이 상품 및 서비스 사용자의 목적에 부합하는 통상적 이용, 유지, 재판매에 필요하고, 데이터 관리자가 공급망의 일부이면서 이러한 필요성을 예상하였을 것이 합리적으로 기대되는 경우

(b) 데이터 접근 또는 포팅이 상품 및 서비스 공급자 자신의 의무에 부합하는 품질 관리나 품질 개선에 필요하고, 데이터 관리자가 공급망의 일부이면서 이러한 필요성을 예상하였을 것이 합리적으로 기대되는 경우

(c) 데이터 접근 또는 포팅이 일방 당사자가 자신의 활동을 잘 이해할 수 있게 하는 사실 및 그 당사자가 제3자에게 제공해야 하는 활동의 증거를 확인하는 데 필요한 경우로, 그 당사자에게 긴급하고 공동생성 데이터의 접근 또는 포팅으로 데이터 관리자의 이익이 침해될 것이 합리적으로 기대되지 않는 경우

(d) 데이터 접근 또는 포팅이 일방 당사자의 새로운 상품이나 서비스 개발에 필요한 경우로, 일방 당사자와 데이터 관리자의 이전 영업활동, 데이터 생성에 대한 각각의 기여 방법, 그들 상호 간의 관계를 고려할 때 그러한 개발 활동이 그 당사자의 영업적 기회로 주로 여겨지는 경우

(e) 데이터 접근 또는 포팅이 일방 당사자가 정당하게 상품이나 서비스의 공급자를 변경하거나 추가적인 고객을 유인하지 못하게 하는 것과 같은 그 당사자를 해하는 반경쟁적 잠금효과(lock-in effects)를 피하는 데 필요한 경우

(2) 제19원칙 제3항에 따라, 신뢰할 수 있는 제3자에 대한 공개, 데이터 분리, 데이터 익명화, 데이터 블러링과 같은 적절한 제한 속에서만 제1항의 권리가 발생하며, 이러한 제한 없는 권리가 타인의 권리나 공익과 충돌하

지 않는 범위까지만 그 권리가 인정된다.

(3) 데이터 관리자는 제3자를 보호하기 위하여 제32원칙 상의 의무를 지켜야 하며, 제2항의 제한은 어떠한 경우라도 데이터 관리자의 이러한 의무 이행을 가능하게 만들어야 한다.

원칙 21: 공동생성 데이터에 대한 데이터 활동 중지권

제19원칙을 전제로, 일방 당사자가 데이터 관리자에게 공동생성 데이터에 대한 데이터 활동의 중지, 그리고 데이터의 삭제를 요구할 수 있는 권리는 다음과 같은 경우에 발생한다.

(a) 데이터 활동이 그 당사자에게 중대한 경제적 또는 비경제적 손해를 야기하거나 야기할 것이 합리적으로 기대되는 경우

(b) 데이터 활동의 목적이 그 당사자가 데이터 생산에 기여한 방법과 다음과 같은 이유로 부합하지 않는 경우로,

(i) 그 당사자는 완전히 다른 목적을 위해 해당 데이터 생산에 참여하였고, 만약 그 당사자가 데이터 관리자가 수행하는 데이터 활동의 목적을 알았거나 알 수 있었다면 데이터 생산에 참여할 것이 합리적으로 기대되지 않는 경우

(ii) 과도한 행위나 계약으로부터 당사자를 보호하는 것과 같은, 중대한 공익질서를 대변하는 원칙들과 부합하지 않는 방법으로 해당 목적을 위해 데이터 생산에 참여한다는 그 당사자의 동의를 얻은 경우

원칙 22: 공동생성 데이터에 대한 정정권

제19원칙을 전제로, 일방 당사자가 데이터 관리자에게 공동생성 데이터의 오류를 정정하고, 데이터의 불완전성을 정정해 달라고 요구할 수 있는 권리는 부정확한 데이터의 관리나 처리가 그 당사자나 다른 당사자의 적법한 이익에 대한 경미하지 않은 경제적 또는 비경제적 손해를 야기할 수 있고, 그

정정 비용이 정정하지 않으면 발생할 수 있는 손해와 비교하여 과도하지 않은 경우에 발생한다.

원칙 23: 공동생성 데이터의 경제적 이익에 대한 배분요구권

(1) 일방 당사자는, 해당 권리의 계약적 또는 규범적 근거가 없고 해당 권리가 제19원칙 제3항의 개별 약정의 일부에 속하는 것이 아니라면, 일반적으로 다른 당사자가 공동생성 데이터를 사용하여 만든 경제적 이익에 대한 배분을 요구할 권리가 없다.

(2) 제1항에도 불구하고, 다음과 같은 예외적인 경우 일방 당사자는 공동생성 데이터의 관리자가 그 데이터를 사용하여 만든 경제적 이익에 대한 배분을 요구할 권리가 있다.

(a) 그 당사자가 해당 데이터의 생성에 기여한 정도가 다음과 같은 경우로,

(i) 그 당사자의 기여가 매우 특별해서 경제적 관점에서 다른 당사자의 기여로 대체될 수 없는 경우

(ii) 그 당사자의 기여에 특별한 노력이나 비용이 들어간 경우

(b) 데이터 관리자에 의하여 만들어진 이익이 예외적으로 과도한 경우

(c) 경제적 이익의 배분을 요구하는 당사자가 해당 데이터의 생성에 기여할 때 그 보상에 대해서 효과적으로 협상할 수 있는 상황에 있지 않았던 경우

제3절 공익을 위한 데이터권

원칙 24: 데이터권과 데이터 의무의 원인

(1) 법률은 공익을 위한 데이터권을 인정해야 하며, 권리 부여의 당사자가 데이터 생성에 기여한 정도를 고려하지 않으면서 데이터 관리자 또는 제3자의 적법한 이익에 대한 침해가 필수적이고, 적절하며, 추구하는 공익과 비례할 것을 전제로 유사한 이익을 위한 데이터권도 인정되어야 한다.

(2) 제1항은 정부 간 관계에는 적용되지 않는다.

(3) 제1항에서 언급된 비례성 검사는, 데이터의 형식, 기간, 보안, 권리의 완전한 행사에 필요한 기타 지원, 지급되는 보상과 같은 데이터권의 특성과 제한을 결정할 때에도 적용되어야 한다.

(4) 법률이 데이터권을 인정하지는 않지만, 기능적으로 유사한 데이터 공유 의무를 부과하는 경우라면, 이 장의 원칙이 준용된다.

원칙 25: 데이터 관리자에 의한 접근권 부여

(1) 법률이 제24원칙에서 정하는 데이터 접근권을 부여하는 경우, 데이터 관리자가 공정하고, 합리적이며, 해당 권리가 부여되는 당사자 집단 간 차별이 없게 접근권을 부여하도록 법률에서 규정해야 한다.

(2) 제24원칙 제3항에 따라, 신뢰할 수 있는 제3자에 대한 공개, 데이터 분리, 데이터 익명화, 데이터 블러링과 같은 적절한 제한 속에서만 데이터 접근권이 부여될 수 있으며, 이러한 제한 없는 권리가 타인의 권리나 공익과 충돌하지 않는 범위까지만 그 권리가 인정된다.

(3) 데이터 관리자는 제3자를 보호하기 위하여 제32원칙의 의무를 준수해야 하며, 제2항의 제한은 어떠한 경우라도 데이터 관리자의 이러한 의무이행을 가능하게 만들어야 한다.

원칙 26: 데이터 수취인의 데이터 행위

(1) 법률이 제24원칙에서 정하는 데이터 접근권을 일방 당사자에게 부여하는 경우, 제2항을 전제로 그 당사자가 적법한 방법으로 수취한 데이터를 다음과 같은 목적과 상충되지 않는 적법한 목적을 위하여 이용할 수 있다고 법률에서 규정해야 한다.

(a) 수취인이 그 공익에 대한 고지를 받은 경우, 그 권리 수여의 원인이 되는 공익

(b) 제25원칙 제2항에 의하여 부과된 타인을 보호하기 위한 제한

(c) 제32원칙에 의해 데이터 관리자가 수취인에게 부과한 의무나 제한에 관한 약정을 포함한, 양 당사자 간의 계약

(2) 제24원칙에 의해 데이터 접근권이 부여된 당사자는 그 권리가 부여된 목적을 넘어서 원래의 데이터 관리자의 적법한 이익을 침해하는 방식으로 그 데이터를 이용할 수 없다.

원칙 27: 상호호혜의 원칙

법률이 제24원칙에서 정하는 데이터 관리자에 대한 데이터 접근권을 일방 당사자에게 부여한다면, 유사한 상황에서 데이터 관리자에게 그 당사자에 대한 유사한 데이터 접근권을 부여하게 하는 강력한 근거가 된다. 이러한 근거가 정당한지는, 무엇보다 이러한 호혜적 권리를 인정하는 것이 그 당사자에 대한 접근권을 부여하는 규정의 목적과 상충되는 것은 아닌지에 달려있다.

제4장 데이터 활동의 제3자적 측면

제1절 데이터 활동으로부터 제3자 보호

원칙 28: 제3자에 대한 데이터 활동의 불법성(Wrongfulness)

(1) 다음과 같은 경우 데이터 활동은 제3자('피보호자')에게 불법이다.

(a) 데이터 활동이 제29원칙에서 말하는 본래적 제3자효를 갖는 피보호자의 권리를 방해하는 경우

(b) 데이터 활동이 제30원칙에서 정하고 있는 유형의 계약상 제한에 부합하지 않고, 이러한 제한을 피보호자가 계약상 강제할 수 있는 경우

(c) 피보호자로부터 취득한 데이터 접근권이 제31원칙에서 의미하는 미승인 수단을 통해 취득된 경우

(2) 데이터 활동이 불법인지를 판단할 때, 데이터의 보안 수준에 관한 약정이나 제32원칙에서 정하는 의무의 준수와 같은 데이터 활동이 행해지는 상황이 고려되어야 한다.

(3) 이 원칙을 시행할 때에는 정보나 표현의 자유와 같은 관련 정당성 원칙(doctrines of justification)이 고려되어야만 한다.

원칙 29: 본래적 제3자효가 있는 권리

(1) 제28원칙 제1항 (a)에서 말하는 본래적 제3자효가 있는 권리에는 다음과 같은 것이 포함된다.
   (a) 지적재산권 및 기타 유사한 권리
   (b) 데이터 프라이버시/데이터 보호에 관한 권리 및 기타 유사한 권리
   (c) 기타 권리로서 준거법상 유사한 제3자효가 있는 권리
(2) 제1항에서 정하는 권리가 데이터 활동을 제한하는 범위, 그리고 그 제한의 효과는 준거법에 의하여 정해진다.

원칙 30: 계약상 제한

(1) 제28원칙 제1항 (b)에서 말하는 데이터 활동에 대한 계약상 제한은 데이터의 사용 또는 후속 전송에 대한 제한을 포함하여 계약 당사자의 데이터 활동을 제한하는 계약 조건을 말한다.
(2) 데이터 활동에 대한 계약상 제한이, 중요한 공공정책 및 과도한 행위나 계약으로부터 당사자를 보호하는 강행규칙에 반하는지를 판단할 때에는 다음과 같은 요소를 고려해야 한다.
   (a) 특히 지적 재산권 보호 한계와 비교할 때, 해당 계약이 과도하게 계약 당사자의 자유를 제한하는지 여부
   (b) 해당 계약이 공익에 관한 활동을 과도하게 제한하는지 여부
   (c) 해당 계약이 부당한 차별이나 반경쟁 효과가 있는지 여부

원칙 31: 미승인 접근

(1) 제28원칙 제1항 (c)와 관련하여, 다음과 같은 경우 해당 데이터 접근권

은 미승인 수단을 통한 취득한 것이 된다.

(a) 보완수단을 우회하는 수단을 통해 접근한 경우

(b) 데이터에 접근하는 자가 데이터 관리자의 의도였다고 합리적으로 믿기 어려운 보안 공백을 이용하는 경우처럼, 분명한 실수를 이용해 접근한 경우

(c) 데이터 운반 매체의 전자기파 방출을 포함하여, 데이터의 비공개 전송을 기술적 수단을 통해 가로채는 방식으로 접근한 경우

(2) 다음과 같은 경우에는 미승인 수단을 통한 데이터 접근권 취득이 아니다.

(a) 데이터 접근을 데이터에 접근하는 자와 데이터 관리자 간의 약정에서 허용하는 경우

(b) 정보나 표현의 자유에 관한 법률과 같은 기타 법률에서 데이터에 접근하는 자에게 권리를 인정하고, 이 권리가 이 원칙에 따른 데이터 관리자의 권리보다 우선하는 경우

제2절 후속 공급이 제3자 보호에 미치는 효과

원칙 32: 후속 공급 상황에서 공급자의 의무

(1) 수취인에게 데이터를 공급하는 자가 그 데이터를 이전할 수 있지만 제1절의 의무와 제한을 준수해야 한다면, 법률은 그 공급자에게 다음과 같은 의무를 부과해야 한다.

(a) (수취인이 이미 동일한 의무의 구속을 받는 경우가 아니라면) 수치인에게 동일한 의무와 제한을 부과할 의무, 그리고 수취인이 그 데이터를 타인에게 제공하는 경우라면 같은 의무를 타인에게 부과시킬 의무

(b) 수취인과 그로부터 데이터를 공급받는 자가 이러한 제한을 준수하게 할 (기술적 보호조치를 포함하여) 합리적이고 적절한 조치를 취할 의무

(2) 사후에 공급자가 제28원칙에서 정하는 불법 데이터 활동을 추정케 하는 수취인 측의 사정을 알게 되거나, 수취인 측의 데이터 활동을 불법으로 만드는 사정을 알게 되거나, 그 외에 피보호자의 이익을 위하여 조치를

취할 필요가 있다는 사실을 알게 되면, 공급자는 합리적이고 적절한 방법으로 불법 활동을 중단시키거나 피보호자의 이익에 부합하는 기타 조치를 취해야 한다.

(3) 이 원칙은 데이터 처리자에 의해 행해진 데이터 행위에 대한 데이터 관리자의 준거법상 엄격한 대리책임을 배제하지 않는다.

(4) 이 원칙상 공급자의 의무가 피보호자에게 불리하게 그에 의해 면제되거나 약정을 통해 수정될 수 있는지는, 제1절상 관련 의무 및 제한의 본질과 피보호자가 해당 의무를 면제시킬 수 없도록 하는 준거법 규정에 따라 판단한다.

원칙 33: 하류수취인(downstream recipient)에 대한 직접적 조치

특정한 계약 조건을 직접수취인으로부터 데이터를 공급받게 될 하류수취인에게 부과할 의무를 데이터의 직접수취인이 제32원칙에 따라 공급자에게 부담하는 경우, 그리고 직접수취인은 이러한 의무를 준수하였지만 하류수취인이 데이터에 부과된 조건을 위반한 경우, 최초공급자는 직접수취인에게 고지한 후 직접 하류수취인에게 소를 제기할 수 있다.

원칙 34: 하류수취인에게 직접 영향을 미치는 불법한 행위

(1) 제1절에서 규정한 불법한 행위 외에도 공급자로부터 데이터를 받은 하류수취인의 데이터 행위는, (i) 해당 공급자의 데이터 관리행위가 불법인 경우, (ii) 해당 공급자가 데이터를 이전할 때 불법을 저지른 경우, 또는 (iii) 해당 공급자가 하류수취인에게 제32조의 의무나 제한을 부과하지 못한 불법을 저질러 그 데이터 활동을 막지 못한 경우이면서, 다음과 같은 사정이 하류수취인에게 있는 경우 불법이다.

(a) 하류수취인이 데이터 행위가 행해질 때 해당 공급자 측에 불법성이 있음을 인지한 경우

(b) 하류수취인이 데이터를 수취하면서 정황상 합리적으로 기대되는 조사를 하지 않은 경우

(2) 제1항은 다음과 같은 경우에는 적용되지 않는다.

(a) 공급자의 불법성이 정황상 본질적인 것이 아니고, 제1장에 의해 보호되는 당사자에게 본질적인 손해를 야기할 것이 합리적으로 기대되지 않는 경우

(b) 하류수취인은 데이터가 공급된 후에 한 번 고지를 받았을 뿐이고, 하류수취인의 신뢰이익이 제1절에 의해 보호되는 당사자의 적법한 이익보다 정황상 명백히 중한 경우

(c) 일반적으로 해당 종류의 정보를 다루는 자가 해당 데이터에 접근하는 것이 가능한 경우

(3) 제1항 및 제2항은 공급자로부터 데이터를 받지 않았지만, 타인을 통해 해당 데이터에 대한 접근권을 갖고 있는 자의 데이터 활동에 준용된다.

제3절 기타 데이터 활동이 제3자 보호에 미치는 효과

원칙 35: 데이터 처리 및 파생데이터와 관련된 데이터 관리자의 의무

(1) 데이터 관리자가 데이터를 처리할 수 있지만 제1절에서 정하는 의무와 제한을 준수할 의무가 있다면, 데이터 관리자는 해당 데이터를 처리할 때 다음과 같은 상황에서 합리적 주의를 기울여야 한다.

(a) 해당 의무와 제한에 부합하는 데이터 처리의 방법과 목적을 결정하는 경우

(b) 파생데이터와 관련하여 어떠한 의무와 제한이 적용될 것인지를 정하는 경우, 그리고 해당 의무와 제한이 준수되도록 할 합리적이고 적절한 조치를 취하는 경우

(2) 파생데이터와 관련하여 원데이터에 대한 의무와 제한이 적용되는지, 또는 경감된 또는 추가적 의무나 제한이 적용되는지 여부는 제1절상 관련 보호 원인에 적용되는 규칙과 원칙에 따라 정해진다. 분명하지 않은 경

우, 다음과 같은 사정이 고려된다.

(a) 분해 또는 역설계라는 합리적인 수단을 통해 파생데이터로부터 원데이터를 만들어낼 수 있는지처럼, 파생데이터가 원데이터와 얼마나 상이한지의 정도

(b) 원데이터의 위험과 비교할 때, 파생데이터가 보호되는 당사자에게 어느 정도의 위험을 부담시키는지의 정도

(3) 원데이터의 처리가 불법이 아니지만 동일 유형의 데이터 처리를 불법으로 만드는 후속 사건이 발생한 경우, 선행하는 데이터 처리가 소급적으로 불법이 되는 것은 아니다.

원칙 36: 불법 데이터 처리

(1) 데이터의 처리가 불법인 경우, 데이터 관리자는 데이터를 분해하거나 파생데이터를 지우는 등 해당 데이터 처리를 무효화시키기 위한 합리적이고 적절한 모든 조치를 취해야 하며, 이는 제35원칙에 따라 제1절 및 제2절의 의무나 제한이 파생데이터에 부과되지 않는 경우라도 그러하다.

(2) 제1항이 적용되는 경우 데이터 처리의 무효화가 불가능하거나, 데이터 관리자의 불법성을 초래하는 사정 및 제1절에 의한 보호를 받는 당사자의 적법한 이익을 고려할 때 데이터 처리의 무효화가 불합리한 가치파괴가 된다면, 정황상 합리적인 경우, 합리적인 범위에서 유상으로 그 데이터 처리를 허용할 수 있고, 파생데이터의 장래 사용에 제한을 가할 수도 있다. 이때, 고려해야 하는 사정으로는 다음과 같은 것이 있다.

(a) 데이터 관리자가 데이터 처리시에 불법성에 대한 고지를 받았는지 여부

(b) 데이터 처리의 목적

(c) 정황상 불법성이 본질적인지 여부, 또는 제1절에 의해 보호되는 당사자에게 본질적인 손해를 야기할 것이 예측되는지 여부

(d) 데이터 처리에 들어간 투자의 정도, 그리고 원데이터의 파생데이터에 대한 상대적 공헌도

(3) 제1항과 제2항은 원데이터의 도움으로 개발된 제품과 서비스에 준용된다.

원칙 37: 경미한 불이행의 효과

(1) 데이터 관리자가 대량의 데이터세트에 관한 데이터 활동에 참여하고, 이 데이터 활동이 일부 데이터와 관련하여 제1절의 의무나 제한에 부합하지 않는 경우, 이러한 데이터 활동은 다음과 같은 경우 전체 데이터세트와 관련하여 불법이 되는 것은 아니라고 법률에 규정되어야 한다.
   (a) 데이터 행위가 일어나는 데이터세트 전체를 고려할 때, 영향을 받은 데이터가 매우 작은 일부에 불과한 경우처럼 정황상 불이행이 본질적이지 않은 경우
   (b) 데이터 관리자가 해당 의무와 제한을 준수하기 위하여 정황상 필요한 합리적인 노력을 다한 경우
   (c) 데이터 행위가 제1절의 의무나 제한이 부과된 이유와 관련이 없고, 이러한 데이터 행위가 보호되는 당사자에게 본질적인 손해를 야기할 것으로 합리적으로 예측되지 않는 경우
(2) 제1항이 적용되는 경우, 데이터 관리자는 장래의 데이터 행위를 위해 정황상 불가능한 것이 아니라면 고지를 받는 즉시 영향을 받은 데이터를 데이터세트에서 제거해야 한다.

제5장 섭외적 문제

원칙 38: 법정지(forum)의 확립된 준거법 선택 규칙의 적용

(1) 만약 사건이 한 국가 이상의 법률이 적용되는 지역에서 발생하였다면, 해당 사건에 적용되는 준거법은 법정지의 준거법 선택 규칙에 따라 결정된다. 이 원칙은 개별 국가 법률의 지역적 적용 범위를 결정하지 않는다.
(2) 제2장의 데이터 계약에 적용되는 법률은 법정지의 준거법 선택 규칙이 계약에 적용하기로 정한 국가의 법률이 된다.
(3) 이 원칙과 관련하여 발생하는 기타 사건에는, 다음과 같은 방법으로 결정된 준거법이 적용된다.

(a) 법정지의 준거법 선택 규칙이 해당 사건에 대하여 명확한 준거법 선택 규칙을 두고 있다면, 법정지의 준거법 선택 규칙에서 정하는 국가의 법률

(b) 법정지의 준거법 선택 규칙이 해당 사건에 대하여 명확한 준거법 선택 규칙을 두고 있지 않다면, 제39원칙에 의하여 정해지는 법률

원칙 39: 법정지의 확립된 준거법 선택 규칙이 대상으로 하지 않는 사건

(1) 제38원칙이 적용되지 않는 사건에 적용되는 법률은 해당 사건과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법률이 된다. 어떠한 국가와 가장 밀접한 관련이 있는지를 정할 때에는 다음과 같은 접점이 고려된다.

(a) 데이터 활동이 (i) 관련된 이익에 효력을 발할 것으로 계획된 장소, 또는 (ii) 실제로 효력이 발생한 장소

(b) 거소, 주소, 국적, 법인설립지 및 권리를 주장하는 당사자 또는 권리가 주장된 당사자의 영업지

(c) 권리를 주장하는 당사자와 권리가 주장된 당사자 간 기존 법률관계가 있다면, 이를 규율하는 국가의 법률

(d) 데이터 발생지

(2) 법적 분쟁의 본질에 반하거나 공공 정책상 고려사항에 반하지 않는다면, 당사자는 이 원칙에서 규율하는 법적 분쟁과 관련하여 당사자 간 법률관계를 규율할 준거법 국가를 분쟁이 발생한 후 체결된 상호 간의 약정으로 선택할 수 있다.

원칙 40: 데이터 저장위치의 관련성

(1) 제2항에서 규정된 경우를 제외하고, 사건이 저장소 또는 저장매체에 대한 권리와 관련 있는 경우에만 데이터 저장위치가 준거법 선택을 위한 연결점으로써 관련성을 갖는다.

(2) 준거법을 선택할 때 다른 연결점이 없거나 다른 연결점을 고려해도 불확

실한 경우, 데이터 저장위치가 기타 요소의 연결점으로써 관련성을 갖는다.

(3) 한 국가와 규율하려는 데이터에 관한 행위 간에 또는 한 국가와 집행하려는 데이터에 관한 권리 간에 충분한 관련성이 있다면, 데이터가 그 국가의 밖에 저장되었다는 사실 자체만으로 섭외적 관할권 행사 또는 섭외적 법적용의 문제가 바로 생기는 것은 아니다.

高麗法學 논문투고 및 논문작성에 관한 규칙 [규정 명칭 변경 2020.9.1.]

2009. 4. 1. 제정
2012. 8. 13. 개정
2020. 9. 1. 개정

제1조 (목적) 이 규칙은 고려대학교 법학연구원이 발간하는 『高麗法學 (영문명 : Korea Law Review)』 (이하 '『高麗法學』'이라 한다)에 게재할 논문의 작성요령 및 논문투고에 관한 사항 등을 정하는 것을 목적으로 한다. <개정 2020. 9. 1.>

제2조 (투고자격 및 자격의 제한) ① 투고자의 자격은 다음과 같다.

1. 국내·외 대학 전임교원
2. 법학 관련 연구소의 연구원
3. 법률 분야의 전문가
4. 석사학위과정 이상의 사람
5. 그 밖의 편집위원회의 추천을 받은 사람

② 『高麗法學』에 게재된 원고는 다른 학술지에 다시 게재할 수 없고, 다른 학술지에 게재되었던 원고도 『高麗法學』에 게재할 수 없다.

③ 편집위원회는 위원회의 결정으로 제2항에 위반한 투고자에 대하여 일정기간 투고자격을 제한할 수 있다.

④ 『高麗法學』에 게재된 원고는 전자출판을 할 수 있다.

<본조신설 2020. 9. 1.>

제3조 (논문작성요령) ①『高麗法學』에 게재될 논문은 특집논문, 일반논문, 판례평석, 연구논문, 학술발표문 및 특별강연문으로 구분된다.

② 원고의 표지에는 논문제목(국문 및 영문), 필자성명(국문 및 영문), 소속과 직위, 학위, 주소, 전화번호(사무실, 자택, 이동전화), 팩스번호 및 e-mail 주소를 기재하여야 한다.

③ 논문의 분량은 200자 원고지 200매(A4용지 25매) 내외를 원칙으로 하며, 300매를 초과할 수 없다.

④ 논문의 본문 및 각주의 작성방법은 본 규칙 [별첨 1]의 원고작성방법에 따라야 한다.

⑤ 제출하는 논문에는 본문 뒤에 참고문헌, 외국어 초록(외국어논문인 경우에는 국문초록), 국문 및 외국어를 병기한 5개 이상의 주제어를 첨부하여야 한다. <개정 2020. 9. 1.>

제4조 (원고제출) ① 투고자는 온라인 논문투고 및 심사시스템을 통하여 원고마감일까지 제출하여야 한다. 다만 특별한 사정이 있는 경우에는 e-mail 등의 방법으로 제출할 수 있다. <개정 2020. 9. 1.>

②『高麗法學』은 원칙적으로 매년 3월 30일, 6월 30일, 9월 30일, 12월 30일 연 4회 발간하며,『高麗法學』에 논문을 게재하고자 하는 사람은 각각 발간일 45일 전까지 원고를 제출하여야 한다. 다만 논문제출 마감일이 공휴일인 경우에는 그 다음날까지 원고를 제출할 수 있다. <개정 2020. 9. 1.>

③ 편집위원장은 원고제출 마감일까지 제출된 논문의 수가 상당히 적은 경우에는 원고제출 기일을 연장할 수 있다. 이 경우 법학연구원 홈페이지에 공지하여야 한다. <개정 2020. 9. 1.>

④ 원고마감일 이후에 투고된 원고는 투고자의 의사에 따라 다음 호에 투고한 것으로 한다. <신설 2020. 9. 1.>

⑤ 투고자는 원고를 제출할 때 투고할 논문과 '高麗法學 논문 투고자 서약서/저작물동의서(高麗法學 연구윤리지침 [별첨 1])'를 온라인 논문투고 및 심사시스템에 업로드 하여야 한다. 다만 온라인 논문투고 및

심사시스템을 통해 연구윤리서약에 동의한 경우에는 '高麗法學 논문투고자 서약서/저작물동의서(高麗法學 연구윤리지침 [별첨 1])'를 제출한 것으로 본다. <신설 2020. 9. 1.>

⑥ 게재가 확정되면 투고자에게 일정 금액의 게재료를 부과할 수 있다. 다만 편집위원회의 결정에 따라 게재료를 면제할 수 있다. <신설 2020. 9. 1.>

제5조 (논문게재안내) 매 학술지 말미에는 이 규칙에 근거하여 다음 호에 게재할 논문의 투고 및 작성요령을 안내한다. <개정 2020. 9. 1.>

제6조 (저작권) 채택된 원고의 저작권은 채택과 동시에 고려대학교 법학연구원에 귀속된다. <개정 2020. 9. 1.>

제7조 (기타) 이 규칙에서 정하지 아니한 사항은 편집위원회의 결정에 따른다. <신설 2020. 9. 1.>

부칙

이 규칙은 2009년 4월 1일 부터 시행한다.

부칙

제1조 이 규정은 2012년 8월 13일 부터 시행한다.

부칙<2020.9.1.>

제1조 (시행일) 이 규칙은 2020년 2월 4일로 소급하여 적용한다.

제2조 (명칭변경) 이 규칙의 명칭을 '高麗法學 논문투고 및 논문작성에 관한 규정'에서 '高麗法學 논문투고 및 논문작성에 관한 규칙'으로 변경한다.

〔별첨 1〕

高麗法學 원고 작성방법

1. 편집용지(A4)의 여백주기(한글에서 F7 키를 누름)

- 위쪽 : 23, 아래쪽 : 23, 왼쪽 : 28, 오른쪽 : 28, 머리말 : 11, 꼬리말 : 11.

2. 글자모양

- 서체 : 신명조, 자간 : -5, 장평 : 100, 크기 : 10.

3. 문단모양

- 왼쪽 : 0, 오른쪽 : 0, 들여쓰기 : 2, 줄간격 : 160, 문단 위 : 0,
  문단 아래 : 0, 낱말간격 : 0, 정렬방식 : 혼합.

4. 목차의 순서

- Ⅰ (‘큰제목’으로 설정)
- 1. (‘중간제목’으로 설정)
- (1) (‘작은제목’으로 설정)
- 1) (‘아주작은제목’으로 설정)
- (가) (‘바탕글’로 설정)
- 가) (‘바탕글’로 설정)
- ⅰ) (‘바탕글’로 설정)

5. 각주의 표기

- 저서의 인용 : 저자명, 서명, 출판사, 출판년도, 인용면수.

- 정기간행물의 인용 : 저자명, “논문제목”, 「잡지명」 제○권 ○호, 출판년도, 인용면수.
- 대법원 판결의 인용 : 대법원 20○○.○○.○○ 선고, ○○다○○ 판결.
  또는 대판 20○○.○○.○○, ○○다○○.
- 헌법재판소 판결의 인용 : 헌재 20○○.○○.○○. 20○○헌마○ 결정.

6. 저자의 표기

- 논문의 제목 아래에 저자를 표기하고 오른쪽에 * 표를 하여 각주란에 인적사항을 표기한다.
- 공동연구논문의 경우에는 주저자(책임연구자)와 공동저자를 구분하고, 주저자/공동저자의 순서로 표기한다.

7. 참고문헌의 표기

- 논문의 본문 뒤에 중요한 참고문헌의 서지사항을 목록으로 첨부하여야 한다.

8. 논문초록의 표기

- 논문의 본문 뒤에 외국어(영어・독어・불어 중 택1)로 작성한 논문초록을 첨부하여야 한다.
- 논문초록에는 초록작성 언어로 논문명과 필자명, 소속이 함께 표기되어야 한다.
- 논문의 내용을 적절한 표현으로 전체적으로 전달하되 분량은 20줄 내외로 한다.

9. 주제어의 표기

- 논문초록의 뒤에는 주제어(Keyword)를 국문과 외국어를 병기하여 5개 이상을 첨부하여야 한다.

高麗法學 제108호 원고모집

고려대학교 법학연구원에서는 高麗法學 제108호에 수록될 원고를 다음과 같이 모집합니다. 많은 투고를 바랍니다.

— 다 음 —

1. 제출 기한
   2023년 2월 15일 (3월 30일 발행 예정)

2. 원고 형식
   1) 원고 분량 : 원고지 200매 내외
   2) 원고 형식 : 논문 또는 판례평석(국문 및 영문초록 필첨)

   ※ 한국연구재단 등재지로서 기일 준수 및 교정이 완료된 원고만 송부 가능함.
   ※ 논문 투고자에게는 편집위원회의 결정에 따라 일정액의 논문게재료가 부과될 수 있음.
   ※ 게재확정시 저자정보(소속, 직위)를 명확하게 표기해야 함.

3. 원고 제출방법
   - 고려대학교 법학연구원 온라인논문투고시스템 : klr.jams.or.kr

   ※ 고려법학 제95호(2019.12)부터는 온라인논문투고시스템을 이용하여 원고를 모집하고 있으며, 기존의 온라인논문투고시스템 홈페이지가 변경되었음을 알려드립니다.
   ※ 기존 온라인논문투고시스템(klr.korea.ac.kr)을 한국연구재단 JAMS로 변경함에 따라 「고려법학」 제99호(2020.12)부터는 **klr.jams.or.kr** 에서만 논문투고가 가능하오니 투고자분들의 많은 양해를 부탁드립니다. 자세한 사항은 고려대학교 법학연구원 홈페이지 [공지사항]을 참조 바랍니다.
   ※ 홈페이지 참조 : http://kulri.korea.ac.kr/kulri/index.do

4. 심사결과 후 게재판정기준
   투고된 논문의 게재여부는 심사위원 3인의 심사결과 점수를 합산한 총점의 순위를 참고하여 편집위원회에서 최종 결정함.

※ 기타 문의사항은 법학연구원 고려법학 이메일(lab004@korea.ac.kr) 또는 편집실(02.3290.1630/2914)로 연락주시기 바랍니다.

高麗法學 제109호 원고모집

고려대학교 법학연구원에서는 高麗法學 제109호에 수록될 원고를 다음과 같이 모집합니다. 많은 투고를 바랍니다.

— 다 음 —

1. 제출 기한
   2023년 5월 15일 (6월 30일 발행 예정)

2. 원고 형식
   1) 원고 분량 : 원고지 200매 내외
   2) 원고 형식 : 논문 또는 판례평석(국문 및 영문초록 필첨)

   ※ 한국연구재단 등재지로서 기일 준수 및 교정이 완료된 원고만 송부 가능함.
   ※ 논문 투고자에게는 편집위원회의 결정에 따라 일정액의 논문게재료가 부과될 수 있음.
   ※ 게재확정시 저자정보(소속, 직위)를 명확하게 표기해야 함.

3. 원고 제출방법
   - 고려대학교 법학연구원 온라인논문투고시스템 : klr.jams.or.kr

   ※ 고려법학 제95호(2019.12)부터는 온라인논문투고시스템을 이용하여 원고를 모집하고 있으며, 기존의 온라인논문투고시스템 홈페이지가 변경되었음을 알려드립니다.
   ※ 기존 온라인논문투고시스템(klr.korea.ac.kr)을 한국연구재단 JAMS로 변경함에 따라 「고려법학」 제99호(2020.12)부터는 klr.jams.or.kr 에서만 논문투고가 가능하오니 투고자분들의 많은 양해를 부탁드립니다. 자세한 사항은 고려대학교 법학연구원 홈페이지 [공지사항]을 참조 바랍니다.
   ※ 홈페이지 참조 : http://kulri.korea.ac.kr/kulri/index.do

4. 심사결과 후 게재판정기준
   투고된 논문의 게재여부는 심사위원 3인의 심사결과 점수를 합산한 총점의 순위를 참고하여 편집위원회에서 최종 결정함.

※ 기타 문의사항은 법학연구원 고려법학 이메일(lab004@korea.ac.kr) 또는 편집실(02.3290.1630/2914)로 연락주시기 바랍니다.

高麗法學 연구윤리지침

2016. 6. 9. 개정
2020. 9. 1. 개정
2021. 8. 16. 개정

제 1 장 총 칙

제1조 (목적) 이 지침은 고려대학교 법학연구원과 관련된 연구의 연구윤리를 확보하고 연구부정행위를 방지하며 연구 부정행위 여부를 공정하게 검증할 수 있는 기준을 제시하는 데 그 목적이 있다.

제2조 (적용대상) 이 지침은 고려대학교 법학연구원과 관련된 연구에 종사하는 사람 및 고려대학교 법학연구원이 발행하는 학술지와 관련된 연구에 종사하는 사람에 적용한다.

제3조 (적용범위) 특정 연구 분야의 연구윤리 및 진실성에 관하여 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 지침에 의한다. 이 지침을 적용하기 어려운 분야의 특수한 사정이 있는 경우에는 이를 고려하여 적용할 수 있다.

제4조 (서약) ① 고려법학에 게재를 희망하는 투고자와 논문 심사위원은 본 지침을 준수할 것을 서약해야 한다.

② 논문 투고자와 논문 심사위원은 별첨 1, 2의 서약서를 작성하여 제출하여야 한다. <본조신설 2016. 6. 9>

제 2 장 연구의 진실성과 사회적 책임

제5조 (연구의 진실성) ① 연구자는 모든 연구 행위(연구의 제안, 연구의 수행, 연구결과의 보고 및 발표, 연구심사·평가행위 등)를 정직하고 진실하게 수행하여야 한다.

② 연구자는 연구 내용과 그 중요성에 관해 객관적이고 정확하게 기술

해야 하고, 연구결과를 임의로 삭제하거나 추가하지 말아야 한다.
③ 연구자는 모든 연구행위가 편견과 예단 없이 이루어지도록 하여야 한다.

제6조 (연구정보 기록, 보존, 보고 및 공개의무) 모든 연구정보는 정확히 보고되어야 하고 해석 및 확인이 가능하도록 명확하고 정확하게 기록, 처리 및 보존되어야 한다.

제7조 (연구결과의 사회적 기여) 연구자는 연구를 통해 사회적 이익을 증진시키고 공익의 기준에 부합하도록 노력해야 하며, 자신의 연구가 사회에 미칠 영향을 자각하고 전문가로서 책임을 다하여야 한다.

제8조 (연구결과 활용 시 주의사항) 연구자는 연구결과를 공표하고 활용할 때 자신의 학문적 양심에 부합하도록 해야 한다. 특히 외부의 평판 제고나 연구비 확보 등을 위해 연구결과를 왜곡하거나 과장하지 말아야 한다.

제9조 (관련 법규 준수의무) 연구자는 특허나 저작권과 같은 지적 재산권을 존중하고 연구관련 법규를 준수해야 한다.

제 3 장 연구자 상호관계의 공정성

제 1 절 저자의 책임과 의무

제10조 (공동연구) 연구자는 다른 연구자와 공동연구를 수행할 경우에 역할과 상호관계를 분명히 하고 그에 따른 책임을 다해야 한다. 연구 착수에 앞서 연구과제의 목표와 기대 결과, 협력관계에서 각자의 역할, 데이터수집・저장・공유의 방법, 저자결정과 순위기준, 연구책임자 선정, 지적 재산권 및 소유권 문제 등에 대하여 상호 합의와 이해가 이루어져야 한다.

제11조 (저자의 책임과 의무) 저자들은 법학연구원 또는 외부 기관이 자신의 기여도에 대한 증명을 요구할 경우 이에 따라야 한다.

제 2 절 저자결정 기준 및 저자표시

제12조 (저자결정 기준) ① 저자는 연구내용 또는 결과에 대한 학술적・기술적 기여도에 따라 정한다. 학술적・기술적 기여도의 예는 다음과 같다.

1. 연구의 착상 및 설계
2. 데이터 수집 및 해석
3. 초고 작성
4. 최종 원고의 승인 등

② 연구내용 또는 결과에 학술적·기술적 기여를 하지 않은 사람을 감사의 표시 또는 예우 등의 이유로 저자에 포함시켜서는 안 된다. 다만 데이터 수집 또는 입력이나 다른 언어로의 번역 등 기타 기여의 내용에 관하여는 사사를 표하는 주에 그 내용을 적시할 수 있다.

제13조 (저자표시 순서결정) 저자표시 순서는 모든 저자들 간의 협의에 따라 연구 기여도를 반영하여 공정하게 결정하여야 한다.

제14조 (저자정보의 표시) ① 저자는 논문을 투고할 때 저자의 소속, 직위를 정확하게 밝혀서 연구의 신뢰성을 제고하여야 한다.

② 저자의 소속은 집필 등 연구를 수행할 당시의 소속으로 표시한다.

③ 편집위원회는 발간된 논문의 저자정보를 확인하고 관리하여야 한다. <개정 2020. 9. 1.>

제 4 장 연구 부정행위 및 기타 비윤리적 연구행위

제 1 절 인용방법 및 원칙

제15조 (인용방법 및 원칙) ① 저자는 자신의 저작물에 소개, 참조, 논평 등의 방법으로 타인의 저작물의 일부를 원문 그대로 또는 번역하여 인용할 수 있다.

② 저자는 출처 표시와 참고문헌 목록 작성의 정확성을 기하여야 한다. 저자는 인용의 모든 요소(저자명, 학술지의 권·호수, 페이지, 출간년도 등)를 2차 출처에 의존하지 말고 원 논문에서 직접 확인해야 하며, 다만 불가피한 경우에는 재인용을 밝히고 인용할 수 있다.

③ 저자는 피인용저작물이 인용저작물과 명확히 구별될 수 있도록 신의성실의 원칙에 입각하여 합리적인 방식으로 인용하여야 한다.

④ 저자는 원칙적으로 공표된 저작물을 인용하여야 하며, 공개되지 아니한 학술 자료를 논문심사나 연구제안서 심사 또는 사적 접촉을 통하여 획

득한 경우에는 반드시 해당 연구자의 동의를 얻어 인용하여야 한다.

⑤ 저자는 타인이 이미 발표한 논문에 담긴 이론이나 아이디어를 번안해서 자신의 저작물에 소개할 때에는 그 출처를 명시해야 한다.

⑥ 저자는 하나의 출처로부터 집중적으로 차용하는 경우 어떤 아이디어가 자신의 것이고 어떤 아이디어가 참조된 출처로부터 왔는지를 독자들이 명확하게 알 수 있도록 집필해야 한다.

⑦ 저자는 연구의 방향을 결정하는 데에 중대한 영향을 주었거나 독자가 연구 내용을 이해하는 데에 도움이 될 수 있는 중요한 공개된 문헌이라면 관련 연구자가 이론적·경험적으로 알 수 있는 경우를 제외하고는 모두 참고문헌에 포함시켜야 한다.

⑧ 선행연구 리뷰에서 초록을 사용했으면서도 참고문헌 목록에는 학술지 논문을 인용하거나, 논문의 출간 버전을 인용하면서 실제로는 학술회의 발표논문집에 출간된 초기 버전 또는 예비 버전을 사용하는 것을 피해야 한다.

제16조 (일반 지식의 인용방법) ① 타인의 아이디어 또는 그가 제공한 사실에 관한 정보를 사용할 때에는 누구의 것인지 출처를 밝혀야 하지만, 그것이 일반적으로 공지된 지식이거나 독자들이 인지하고 있는 자료인 경우에는 예외로 한다.

② 어떤 개념 또는 사실이 일반 지식인지 의문이 드는 경우에는 인용하는 것이 바람직하다.

제 2 절 연구부정행위

제17조 (연구부정행위의 정의) "연구부정행위"라 함은 전 연구과정(연구의 제안, 연구의 수행 및 연구결과의 보고 및 발표, 연구심사·평가 행위 등)에서 발생하는 위조 및 변조행위, 표절행위, 부당한 논문저자 표시 행위, 중복게재 행위 등을 말한다.

1. "위조"는 존재하지 않는 데이터 또는 연구결과 등을 허위로 만들어 내는 행위를 말한다.
2. "변조"는 연구 재료·장비·과정 등을 인위적으로 조작하거나 데이터를 임의로 변형·삭제함으로써 연구 내용 또는 결과를 왜곡하는 행위를 말한다. (여기서 "삭제"라 함은 기대하는 연구결과의 도출에

방해되는 데이터를 고의로 배제하고 유리한 데이터만을 선택하여 사용하는 행위를 말한다.)

3. “표절”은 저작권법상 보호되는 타인의 저작, 연구 착상 및 아이디어나 가설, 이론 등 연구결과 등을 정당한 승인 또는 인용 없이 사용하는 행위를 말한다.
4. “부당한 논문저자 표시”는 연구내용 또는 결과에 대하여 학술적 기여를 한 사람에게 정당한 이유 없이 논문저자 자격을 부여하지 않거나, 학술적 기여가 없는 자에게 논문저자 자격을 부여하는 행위를 말한다.
5. “중복게재”는 편집인이나 독자에게 이미 출간된 본인 논문의 존재를 알리지 않고 이미 출간된 본인 논문과 완전히 동일하거나 거의 동일한 텍스트의 본인 논문을 다른 학술지에 다시 제출하여 출간하는 것을 말한다.

제18조 (아이디어 표절) ① “아이디어 표절”이라 함은 창시자의 공적을 인정하지 않고 전체나 일부분을 그대로 또는 피상적으로 수정해서 그의 아이디어(설명, 이론, 결론, 가설, 은유 등)를 도용하는 행위를 말한다.

② 저자는 통상 각주 또는 참고인용의 형태를 통해 아이디어의 출처를 밝힐 윤리적 책무가 있다.

③ 저자는 타인의 연구제안서 및 기고 원고에 대한 동료 심사 등을 통해 알게 된 타인의 아이디어를 적절한 출처와 인용 없이 도용해서는 안 된다.

제19조 (텍스트 표절) “텍스트 표절”이라 함은 저자를 밝히지 않고 타인 저술의 텍스트 일부를 복사하는 행위를 말한다.

제20조 (모자이크 표절) “모자이크 표절”이라 함은 타인 저술의 텍스트 일부를 조합하거나, 단어를 추가 또는 삽입하거나, 단어를 동의어로 대체하여 사용하면서 원저자와 출처를 밝히지 않는 행위를 말한다.

제21조 (중복게재) ① 이미 출간된 본인 논문과 주된 내용이 동일하다면 후에 출간된 본인 논문의 본문이 다소 다른 시각이나 관점을 보여주는 텍스트를 사용하거나 이미 출간된 동일한 데이터에 대한 다소 다른 분석을 포함하더라도 중복에 해당한다.

② 이미 출간된 논문을 인지할 수 없는 다른 독자군을 위하여 중복게재

를 하는 경우에는 두 학술지의 편집인이 중복게재에 대해 동의해야 하고, 저자는 학술지의 독자들에게 동일 논문이 다른 학술지에 출간되었다는 사실을 밝혀야 한다. 한 언어로 출간된 논문을 다른 언어로 번역하여 다른 학술지에 출간하는 경우도 마찬가지이다.

③ 동일논문을 서로 다른 학회지에 복수로 기고하는 것은 금지되며, 하나의 학술지에 게재거부가 결정된 후에 다른 학술지에 기고하는 것이 원칙이다.

제22조(연구부정행위의 사후조치) ① 연구부정행위 의혹이 제기되면 편집위원회가 부정행위 조사를 실시한 후 과반수 투표로 최종 결정한다.

② 연구윤리를 위반한 투고자는 향후 고려법학 투고가 금지된다. <본조신설 2016. 6. 9>

제23조 (연구부정행위와 저작권침해 유의) ① 논문이 학술지에 게재되면 통상적으로 저작권은 학술지 발행인에게 이전된다. 따라서 저자는 학술지에 게재된 논문을 다른 형태로 출간하거나 재사용할 때에는 저작권 침해의 우려가 있음을 유의하여야 한다.

② 중복게재는 저작권침해의 우려가 있으므로 유의하여야 한다.

③ 저작권이 보호된 출처로부터 광범하게 텍스트를 인용하는 경우에 인용부호를 적절하게 사용하거나, 제대로 환문하였다 하더라도 저작권이 침해될 수 있음을 유의하여야 한다.

제 3 절 비윤리적 연구행위

제24조 (심사과정의 비윤리적 연구행위) ① 심사자는 연구제안서 또는 논문심사 과정에서 알게 된 특정정보를 원저자의 동의 없이 심사자가 직간접으로 관련된 연구에 유용해서는 안 된다.

② 다음 각 호의 행위는 심사과정의 비윤리적 연구행위에 해당할 수 있으므로 삼가야 한다.

1. 자신이 의뢰받은 논문심사를 학생이나 제3자에게 부탁하는 행위
2. 심사 중인 연구제안서나 논문의 내용을 학과나 학회 동료들과 논의하는 행위
3. 심사종료 후 심사물의 사본을 반납하거나 분쇄하지 않고 이를 보유

하는 행위

제25조 (비윤리적 연구행위) 다음의 행위는 윤리적으로 부적절한 연구행위에 해당할 수 있다.

1. 공동연구의 사실을 적절한 방식으로 알리지 않고 학회나 세미나에서 발표하는 행위
2. 연구계획이 해당분야에 상당히 기여할 것이라는 확신을 주어 연구비를 지원받으려고 기대효과에 관한 진실을 왜곡하는 행위
3. 제출된 논문을 심사하는 과정에서 명예를 손상시키는 언명이나 인신공격을 하는 행위
4. 금전적 이익을 얻기 위해 연구결과를 과대평가하는 행위
5. 논문을 읽지 않고 심사·평가하는 행위
6. 연구비 유용행위
7. 연구업적 및 결과를 허위로 진술하거나 보고하는 행위

제 4 절 부적절한 집필행위

제26조 (부적절한 집필행위) 다음의 행위는 부적절한 집필행위에 해당한다.

1. 부적절한 출처인용
2. 참고문헌 왜곡
3. 출간논문을 인용하면서 초록 등에 의존하는 행위
4. 읽지 않거나 이해하지 못한 저술의 출처인용
5. 하나의 출처로부터 집중적으로 차용하면서 부분적으로만 출처를 밝히는 행위
6. 텍스트의 재활용 행위
7. 연구업적을 부풀릴 의도로 하나의 논문으로 게재되었어야 할 연구결과를 수 개의 논문으로 분할하여 게재하는 행위

제27조 (참고문헌의 왜곡금지) ① 참고문헌은 논문의 내용과 직접적으로 관련이 있는 문헌만 포함시켜야 한다. 학술지나 논문의 인용지수를 조작할 목적으로 또는 논문의 게재 가능성을 높일 목적으로 관련성에 의문이 있는 문헌을 의도적으로 참고문헌에 포함시켜서는 안 된다.

② 자신의 데이터 또는 이론에 유리한 문헌만을 편파적으로 참고문헌에

포함시켜서는 안 되며, 자신의 관점과 모순될 수 있는 문헌도 인용할 윤리적 책무가 있다.

제28조 (텍스트의 재활용) ① "텍스트의 재활용"이라 함은 저자가 자신의 다른 저술에서 이미 사용했던 텍스트의 일부를 재사용하는 것을 말한다.
② 텍스트 재활용은 윤리적 집필정신에 어긋나므로 이미 출간된 텍스트를 재활용하는 것을 피해야 하며, 불가피하게 재활용하는 경우에는 인용부호를 표시하거나 적절한 환문을 하는 등 표준적 인용관행에 따라야 하며, 저작권 침해가 발생하지 않도록 하여야 한다.

부 칙

이 규정은 2007년 3월 1일 부터 시행한다.

부 칙 <2020.9.1.>

이 지침은 2020년 2월 4일로 소급하여 적용한다.

부 칙 <2021.8.16.>

제1조 (시행일) 이 지침은 2021년 8월 16일부터 시행한다.

제2조 (다른 규칙의 개정) 高麗法學 게재 논문 심사규칙 일부를 다음과 같이 개정한다.

별첨 2의 내용 중 "'高麗法學 게재 논문 심사규정' 제4조 (심사판정과 이의제기)와 제7조 (비밀유지의무)"를 "'高麗法學 게재 논문 심사규칙' 제4조 (심사기준 및 방법)와 제7조 (이의제기) 및 제8조 (비밀유지의무)"로 한다.

[별첨 1]

高麗法學 논문 투고자 서약서/저작물 동의서

투고 논문	제 목								
	종 류	특집 논문		연구 논문		판례 평석		학술발표문 및 특별강연문	

본인은 '高麗法學' 제 호에 게재를 희망하는 자로서 고려대학교 법학연구원 '高麗法學' 연구윤리지침을 준수하고 그 위반으로 인해 발생되는 문제에 대해 전적으로 책임질 것을 서약합니다.

본인은 위 저작물이 장래 법학 발전에 기여할 수 있도록, 아래와 같이 고려대학교 법학연구원이 위 저작물을 이용하는데 동의합니다.

- 다 음 -

1. 고려대학교 법학연구원이 운영하는 DB구축과 인터넷 등 정보통신망을 통한 서비스와 보존을 위하여, 본 저작물의 내용 변경을 제외한 필요 범위 내에서 편집 및 형식상 변경을 허락하고, 필요한 범위의 복제, 기억장치에의 저장, 전송 등을 허락함.
2. 저작물을 이미지DB(PDF)로 구축하여 인터넷을 포함한 정보통신망 등에 공개하여 저작물 일부 또는 전부의 복제·배포 및 전송에 관한 일체를 제공하는데 동의함.
3. 저작물에 대한 이용기간은 5년으로 하고 이용 기간 종료 3개월 이내에 별도의 의사표시가 없을 때에는 저작물의 이용기간을 계속 연장함.
4. 저자가 저작물의 저작권을 타인에게 양도하거나 또는 출판 허락을 하였을 경우에는 1개월 이내에 편집위원장에게 이를 통보함.
5. 고려대학교 법학연구원은 저작권자의 저작물 이용 동의를 받기 이전에, 해당 저작물로 인하여 발생되었거나 발생될 타인에 의한 권리 침해에 대하여 일체의 법적 책임을 지지 않음.

20 년 월 일

논문 투고자 : (서명 또는 인)

고려대학교 법학연구원 高麗法學 편집위원장 귀하

[별첨 2]

高麗法學 논문 심사위원 서약서

투고 논문	제 목								
	종 류	특집 논문		연구 논문		판례 평석		학술발표문 및 특별강연문	

본인은 '高麗法學' 제 호에 게재 논문의 심사위원으로서 고려대학교 법학연구원 '高麗法學 게재 논문 심사규칙' 제4조 (심사기준 및 방법)와 제7조 (이의제기) 및 제8조 (비밀유지의무)를 준수하고 그 위반으로 인해 발생되는 문제에 대해 전적으로 책임질 것을 서약합니다.

20 년 월 일

심사위원 : (서명 또는 인)

고려대학교 법학연구원 高麗法學 편집위원장 귀하

편집위원장 : 김상중 (고려대학교 법학전문대학원 교수)

편 집 위 원 : 고세일 (충남대학교 법학전문대학원 교수)
김경욱 (고려대학교 법학전문대학원 교수)
김성은 (강원대학교 법학전문대학원 교수)
박찬호 (부산대학교 법학전문대학원 교수)
신호영 (고려대학교 법학전문대학원 교수)
심재한(영남대학교 법학전문대학원 교수)
윤은경 (제주대학교 법학전문대학원 교수)
이희정 (고려대학교 법학전문대학원 교수)
방준식 (영산대학교 법학과 교수)
허완중 (전남대학교 법학전문대학원 교수)

「高麗法學」은 고려대학교 법학연구원이 발간하는 법학학술지입니다.
문의나 건의사항이 있으신 분은 아래로 연락주시기 바랍니다.

서울특별시 성북구 안암로 145 고려대학교 법학연구원
lab004@korea.ac.kr
TEL : (02)3290-1630 / FAX : (02)922-4013

高麗法學 (제107호)

2022年 12月 20日 印刷
2022年 12月 30日 發行

發行人 金 河 烈
發行處 高麗大學校 法學硏究院
서울특별시 성북구 안암로 145
고려대학교 법학연구원
TEL : (02) 3290-2914
FAX : (02) 922-4013

製作處 (주)한신아트
TEL : (02) 2277-2271

값 30,000원

* 이 책의 무단전재 또는 복제행위를 금합니다.
ISSN 1598-1584 (Print)
ISSN 2672-0736 (Online)