高麗法學

제 108 호
2023. 03.

高麗大學校 法學硏究院

간 행 사

高麗法學 제108호(2023년 3월호)가 발간되었습니다. 이번 학술지에도 많은 연구자들께서 옥고를 투고해 주셨습니다만, 소정의 절차와 기준에 따라 10편의 논문만을 게재하는 데에 대하여 양해를 부탁드립니다. 연구결과를 공유하기 위해 투고, 게재해 주신 연구자분들과 게재된 옥고를 함께 봐주시는 독자분들께 고맙다는 말씀을 드립니다.

게재논문의 소개에 앞서 이번 **高麗法學**에는 고대 법대에서 오랜 기간 봉직하시다가 금년 2월 정년퇴임을 하시게 된 하태훈 교수님과의 간담회 대담내용을 수록하고 있습니다. 연구·교육·봉사의 교수 본연의 사명 수행과 아울러 교수님의 가치관 등을 잘 느끼실 수 있을 것입니다. 지면을 통하여 다시 한 번 하태훈 선생님께 감사의 말씀과 정년 후의 활동에 대한 응원의 마음을 전합니다.

먼저 제108호의 **高麗法學**은 절차법적 측면에서 중요논제를 포함하고 있는데, 「행정소송에서 소의 병합을 통한 다양한 소송유형의 활용에 관한 연구」는 민사소송 일반과 비교하여 행정소송의 경우에는 보다 다양한 형태의 소송유형의 병합이 필요하다는 관점 하에서 이론적, 실무적 검토를 수행하고 있습니다. 또한 「민사판결서의 obitar dictum에 대한 비판적 고찰」은 대륙법계 국가의 최고법원에서 obitar dictum을 법관법의 도구로서 종종 활용하고 있는 실무경향에 관하여 민사소송법의 원칙적 시각 하에서 비판적으로 고찰하고 있습니다.

그리고 금번의 **高麗法學**에 수록된 「개인정보 동의제도의 실질화 방안 연구」는 데이터 주도의 경제에서 개인정보의 보호와 데이터의 유통보장이라는 대립적 과제 하에서 정보주체의 동의제도에 관한 전반적 검토를 다루고 있습니다. 또한 「자동차의 운행과정에서 생성된 데이터에 대한 권리의 귀속」 논문은 ALI-ELI 제 원칙을 참고하여 스마트카의 운행과정에서 생성되는 데이터의 권리 귀속과 그 내용에 대한 법리를 전개하고 있습니다.

한편 **高麗法學** 제108호는 여러 편의 민사법적 논문을 담고 있는데, 「프랑스민법상 lettre d'intention(의향서) 제공자의 책임」은 계약 체결과 내용형성의 동태적 과정이 강조되면서 중요하게 논의되는 lettre d'intention

(의향서)의 계약법적 의미에 관한 비교법적 연구와 시사점을 포함하고 있습니다. 또한 「도급인의 지시권에 관한 연구」는 해당 주제가 갖는 민법상의 해석론적 의미 이외에 노동법적 규제의 적용범위에 관한 실무적 판단지침을 구체적으로 제공하려는 시도라고 여겨집니다. 그 외에도 주택임대차계약의 갱신법제에 대한 최근 대법원 판결례에 대한 두 편의 평석논문이 수록되어 있는데, 두 논문 모두 동일 판결례(대판 2022.12.1, 2021다266631)를 대상으로 하고 있다는 점에서 보다 큰 비교 관심을 기대해 봅니다.

끝으로 「권력에 의한 국가 폭력에 관하여」 제하의 논문은 국가의 정당하지 못한 권력행사에 대한 '폭력'이라는 평가와 그에 따른 피해자의 구제라는 전통적 주제를 다루고 있으며, 식량난의 해결이라고 여겨지는 유전자교정작물에 대한 관련 법제의 적용상 법적 쟁점을 전반적으로 서술하고 있는 「유전자교정작물(GEO)에 대한 유전자변형생물체(LMO)법 적용 관련 법적 쟁점과 개선방안」 도 함께 수록되어 있습니다.

이상에서 소개해 드린 전문논문에 대한 많은 관심과 인용이 있기를 바랍니다. 이번 호의 간행에서도 여러 전공의 논문을 함께 수록하는 작업이 쉽지 않음을 느꼈습니다. 그렇지만 **高麗法學**은 다양한 분야에 관한 법 인식의 지평을 공유한다는 사명에 따라 위와 같은 과제를 꾸준히 수행해 가고 있습니다. 같은 마음으로 **高麗法學** 제108호의 발간을 위하여 애써주신 모든 심사위원님, 편집위원님들께 감사의 말씀을 전합니다. 또한 행정사무를 전담하여 무난하게 처리해 주고 있는 심현우 간사님, 그리고 **高麗法學**의 간행업무를 자율적으로 처리할 수 있도록 지난 2년간 뒤를 돌봐 주셨던 김하열 원장님께도 고맙다는 인사를 드립니다.

금년 6월 예정인 **高麗法學** 제109호는 새롭게 강병근 법학연구원장님, 김경욱 편집위원장님의 주관하에 발행될 것입니다. 두 분께도 협조와 격려를 부탁드리며, **高麗法學** 제109호에도 교내외 다양한 전공분야의 옥고가 풍성하게 투고되기를 바라고 있겠습니다.

2023년 3월

高麗法學 편집위원 모두를 대표하여 김상중 올림

목 차

▣ 연구논문

권력에 의한 국가 폭력에 관하여 ····· 박성호 / 1

프랑스민법상 lettre d'intention(의향서) 제공자의 책임 ····· 이상헌 / 45

주택임대차에서 양수인의 실거주를 이유로 한 갱신거절의 법적 쟁점
- 대상판결 : 대법원 2022. 12. 1. 선고 2021다266631 판결
····· 최진솔 · 모승규 · 김제완 / 87

주택임대차보호법상 계약갱신요구권과 계약갱신거절권
- 대법원 2022. 12. 1. 선고 2021다266631 판결의 비판적 검토 -
····· 이제우 / 125

도급인의 지시권에 관한 연구
- 도급지시권과 근로지시권의 구별 - ····· 김봉수 / 157

자동차의 운행과정에서 생성된 데이터에 대한 권리의 귀속; ALI-ELI
제원칙상의 공동생성데이터를 중심으로 ····· 이선희 · 김태형 / 189

민사판결서의 obiter dictum에 대한 비판적 고찰 ····· 정선주 / 223

행정소송에서 소의 병합을 통한 다양한 소송유형의 활용에 관한 연구
····· 이승훈 / 251

개인정보 동의제도의 실질화 방안 연구 ····· 정원준 / 293

유전자교정작물(GEO)에 대한 유전자변형생물체(LMO)법 적용 관련
법적 쟁점과 개선방안 ····· 김지완 · 이성엽 / 331

▣ 특별대담

하태훈 교수 정년기념 대담 ····· / 377

고려대학교 법학연구원
고려법학 제108호 2023년 3월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2023.108.1

권력에 의한 국가 폭력에 관하여*

박 성 호**

▶목 차◀

Ⅰ. 문제의 제기
Ⅱ. 권력 남용과 공동체 문제
1. 법과 정의 준수 의무
2. 법을 통한 지배
3. 권력 목적의 입법 행위
Ⅲ. 권력의 합법적 폭력
1. 권력의 의무와 법의 목적
2. 권력과 법에 의한 폭력
3. 국가 폭력과 피해자들
4. 국가 폭력에 대한 책임
Ⅳ. 결 론

Ⅰ. 문제의 제기

고 백남기 농민은 2015년 11월 14일 '전국민중궐기대회'에서 2014년 4월 16일 전라남도 진도 앞바다에서 발생한 '세월호' 사건의 특별법 제정 반대 시위에 참여하던 중, 시위를 진압하던 경찰이 발포한 물대포를 맞고 1년 가까운 기간 동안 투병을 하다 2016년 9월 25일 사망을 하였다. 그런데 경찰은 고 백남기 농민의 사인이 경찰이 발포한 물대포를 맞아 사망한 것임에도 불구하고 고 백남기 농민의 사인을 밝힌다는 이유로 서울중앙지방법원에 부검 영장을 신청하여 조건부 영장을 발부 받았다[1]. 경찰의 고 백남기

* 본 논문에 대해 날카로운 심사를 해주신 심사위원분들께 감사드립니다. 본 논문은 고려대학교 법학전문대학원 홍영기 교수님의 '국가 권력의 한계, 어디서 비롯되는가'라는 논문을 보면서 작성하게된 것입니다. 홍영기 교수님께 진심으로 감사드립니다. 또한, 교과서, 논문으로 가르침을 주신 교수님들께 감사 인사를 드립니다.

** 인하대학교 대학원 박사과정.

1) http://news.donga.com/3/all/20160927/80489442/1. 검색일 : 2022. 10. 4.

농민에 대한 부검의 영장 청구는 사망원인이 무엇인지 밝히는 데 그 목적이 있는 것이라고 한다[2]. 하지만 고 백남기 농민이 2015년 11월 14일 시위 도중 물대포를 맞고 1년 가까이 투병을 했다는 점에서 경찰이 시위 진압으로 발포한 물대포가 사망의 원인이라는 점은 의심의 여지가 없어 보인다. 따라서 진압 경찰이 정확한 사인을 밝힌다는 목적으로 고 백남기 농민에 대해 부검 영장 청구의 근저에는 고 백남기 농민의 사망 원인이 국가 권력인 경찰의 진압에 의한 것이라는 아니라는 책임 회피에 대한 암묵적인 목적이 잠재되어 있다고 할 수 있다. 이와 같은 국가 권력의 행위는 국가 권력의 폭력에 사망을 한 고 백남기 농민과 그 가족들에 대한 책임 회피에 해당할 뿐만 아니라 고 백남기 농민의 사망 원인이 국가 권력의 폭력에 의한 것이 아니라는 것으로 피해자들에 대한 2차 가해의 행위에 해당할 뿐이라고 할 수 있다[3].

국가 권력에 의해 대한민국 국민이 사망하거나 피해를 입은 경우는 이승만 권력부터 현재까지 비단 고 백남기 농민의 경우만이 아니다. 1945년 8월 15일 해방 이후 대한민국 현대사에서 국가 권력은 대한민국 구성원들에 대해 사실적, 법적인 폭력을 자행했고 그 결과 수 많은 피해자 집단의 발생에 대해 권력 집단은 언제나 책임을 회피하기에 급급하였다[4]. 거의 대부분의 경우, 대한민국 국가 권력은 국가 권력에 의한 피해 대부분에 대해 책임을 인정하기 보다는 피해자들의 행위가 '공산주의자'나 '좌파' 세력 준동에 의한 소행으로 치부하면서 국가 전복 세력에 대한 국가 권력 행사의 가해행위는 정당한 것으로 선전하고 선동하기에 급급하였다.[5] 이로 인해 권력에 의해 희생을 당한 대다수의 피해자들은 그들의 명예가 특별법 제정 등의 형태로 회복이 되기 전까지 공산주의자나 빨갱이의 그 가족으로 광범위한 피해와 고통의 삶을 살고 견디어야만 했던 것이다[6]. 따라서 국가 권력의 행위

---

2) https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/762687.html : 검색일 : 2022. 10. 4.

3) 김한균, "국가범죄의 피해자, 국가 책임의 관점에서 본 세월호 참사의 극복과제", 「한국피해자학회학술논문집」, 제23집 제1호, 2015, 45면.

4) 김한균, 위의 논문, 46면~47면.

5) 전갑생, "한국전쟁기 간첩 담론 연구", 「역사연구」, 2012, 76면~77면.

6) 김한균, 앞의 논문, 44면.

는 국가 폭력에 의한 피해자들에 대해 근거는 없는 변명을 하면서 2차 가해를 가하는 것임은 물론 책임 회피에 불과하다는 것은 대부분 주지의 사실이다[7].

그러나 그들은 국가 권력의 권력 목적에 의해 희생당한 피해자들에 불과할 뿐이라는 것 역시 인정되고 있는 사실이다. 더욱이 피해자들의 대부분은 권력 목적을 위한 형식적 법에 근거하거나 법적인 근거 없이 또는 재판이 거의 없이 학살을 당하거나, 판결문이 존재하지 않는 경우, 국가 권력에 의해 현장에서 즉결 처분의 형태에 의해 희생을 당하였던 것이다.[8][9] 게다가 희생자들 대부분에 대한 명단이나 형 집행 기록 등이 전혀 존재하지 않는 경우가 대부분이다.[10] 따라서 피해자들 및 그 가족들은 국가 권력에 의해 일방적으로 희생이 되었던 것에 불과하다고 하는 것이 옳을 것이다. 그러나 국가 권력은 수십년이 지난 현재까지도 제대로 된 피해자 또는 희생자들에 대한 공식적인 사과나 피해 보상이 거의 이루어지지 않고 있는 실정이다. 따라서 피해자들 대부분이 고통스러운 삶을 살았던 점을 감안하여 본다면 국가 권력의 행위는 무책임한 책임 회피에 불과할 뿐이다.

토마스 홉스(Thomas Hobbes)는 개인들이 절대 권력자 '리바이어던(Leviathan)'에게 주권의 일부를 이양 했을 뿐이고, 자유, 생명과 같은 절대적 권리는 누구에게도 양도할 수 없고 그에 대한 침해에 대해서는 누구에게라도 저항할 수 있다고 한다[11]. 따라서 개인들은 자유, 생명, 안전 등 절대

---

7) 김한균, 앞의 논문, 45면.

8) 이재승, "소위 제주 4.3 관련 군법회의 재판은 재판인가?", 「4.3과 역사」, 2002, 201면 이하; https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/836962.html: 검색-2023. 2. 15.

9) 제주 4.3 항쟁 당시 제주도민들에 대해 재판 진행 과정이 없이 즉결 처분 형태의 학살이 자행된 사실에 대해 현재 재심 재판은 제주 4.3 항쟁 당시 진행된 판결 및 집행에 대해 대부분 무죄를 선고하고 있는 실정이다. 이처럼 국가 권력에 의해 폭력이 자행된 경우는 6.25 전쟁 당시 국군에 의한 민간인 학살 역시 대표적인 경우에 해당한다고 할 수 있다. 충북 영동군 황간면 노근리 인근에서 1950년 7월경 미군과 국군에 의해 전쟁 피난을 위해 경부선 철도 아래와 터널, 속칭 쌍굴다리 속에 피신하고 있던 인근 마을 주민 수백 명을 무차별 사격하여 수백여 명이 살해・부상・실종당한 '노근리 사건'의 경우 국가 권력에 의해 민간인이 학살을 당한 대표적인 경우에 해당한다고 할 수 있다(참조-https://terms.naver.com/entry.naver?docId=1192566&cid=40942&categoryId=31778/naver 지식백과 참조). 필자는 2010년 개봉한 노근리 학살 관련 영화 '작은 연못'을 보면서 젖먹이 아이까지 학살한 장면에서 눈물을 쏟았다.

10) 제주4.3연구소, 「무덤에서살아나온4.3수형자들」, 역사비평사, 2002, 77면

11) 토마스 홉스(Thomas Hobbes)(진석용 역), 리바이어던(Leviathan) 1, 나남, 2012, 180

적 권리를 보장받고 보호받을 목적으로 주권의 일부를 권력에게 양도한 것이어서, 권력이 이에 대해 침해하는 경우 개인들은 저항 할 수 있다고 할 수 있을 것이다[12]. 게다가 권력은 개인들로부터 양도받아 위임받은 권력을 개인들을 위한 목적으로 행사하기 보다는 권력 목적을 행사하였던 것이다[13]. 이 과정에서 국가 권력은 권력을 무자비하게 행사하여 회복할 수 없을 정도의 피해를 가하였던 것임에도 오히려 법에 근거한 권력 행사라는 이유로 합법적 행위로 치부되는 경우가 대부분이었다는 점에서 법을 권력 목적을 위한 수단으로 도구화 하였을 뿐이다[14].

이와 같은 점에서 본 논문은 국가의 권력 행위에 의한 국가 폭력과 국가 폭력에 의한 피해자 또는 희생자들에 대한 문제를 다루고자 한다. 그런데 국가 폭력의 개념이 명확히 성립되지 않았고 국가 권력의 행위를 폭력 행위로 인정할 것인지 논의가 분분한 것이 사실이다. 따라서 본 논문은 국가 권력에 의한 가해 행위를 국가 폭력으로 규정하고 이를 피해자들에 대한 가해 행위로 규정하여 논의하기로 한다. 필자는 본 논문을 작성하면서 국가의 권력적 가해 행위에 대해 국가 폭력 또는 국가 폭력의 개념이 정립될 수 있기를 진심으로 바라는 바이다. 이는 권력에 의한 피해자가 엄연히 존재하는 상황에서 국가 폭력이나 국가 폭력 행위는 충분히 인정되어야 하기 때문이다.

Ⅱ. 권력 남용과 공동체의 문제

1. 법과 정의 준수 의무

아리스토텔레스는 '정치학'에서 '법'과 '정의'를 이탈한 경우에 대해 '사악한 동물'로서 '다루기 어려운 존재'로 말하고 있다[15]. 아리스토텔레스가

면-181면.

12) 토마스 홉스(Thomas Hobbes)(진석용 역), 위의 책, 180면-181면.

13) 박성호, "법의 정당에 관한 연구", 「중앙법학」 제22집 제4호, 2020. 12, 209면.

14) 박성호, "법의 정당성에 관한 연구", 198면; 이재승, "대칭성법학",「민주법학」 통권 61호, 민주주의법학연구회, 2016, 7, 13면.

‘정치학’에서 ‘법(nomos)’과 ‘정의(dikê)’ 위반의 경우 그것은 가장 사악한 동물이라고 말을 한 것은 ‘법(nomos)’과 ‘정의(dikê)’가 공동체의 질서 유지를 하고 공동체 이익을 위한 것이라는 점에서 그에 대한 위반은 공동체 전체의 붕괴와 파멸로 이어질 수 있다는 경고의 의미를 담고 있는 것이다. 그런데 공동체의 ‘법(nomos)’과 ‘정의(dikê)’에 대한 이탈의 위반 행위는 공동체 구성원, 구성원 집단에 의해서만이 아니라 공동체 권력자, 권력 집단에 의해서도 가능한 것은 주지의 사실이다. 따라서 국가 권력이 국가 공동체의 ‘법’과 ‘정의’를 위해 권력을 사용하는 것이 아니라 권력의 목적을 위해 권력을 사용하는 권력의 이탈 행위에 대해 아리스토텔레스는 ‘정치학’에서 사악한 동물이라고 주장했던 것으로 볼 수 있다. 즉 권력의 욕구에 의한 권력의 남용은 결국 국가 폭력으로 이어지게 될 것이고 그것은 동물의 주관적 욕구를 충족하기 위한 사악한 행위에 불과한 것임은 자명한 사실이다.[16] 더욱이 아리스토텔레스는 정치학에서 ‘법(nomos)’과 ‘정의(dikê)’를 위반한 경우 ‘가장 야만적인 경우’라고 말하고 있다.[17]

> 인간은 완성되었을 때는 가장 훌륭한 동물이지만, 법(nomos)과 정의(dikê)를 위반했을 때는 가장 사악한 동물이다. 무장한 불의(不義)는 가장 다루기 어렵다. 인간은 지혜와 미덕을 위해 쓰도록 무기들을 갖고 태어나지만, 이런 무기들은 너무나 쉽게 정반대의 목적을 위해 쓰일 수 있기 때문이다. 그래서 미덕이 없으면 인간은 가장 불경하고 야만적이며, 색욕과 식욕을 가장 밝히는 것이다. 하지만 정의는 국가 공동체의 특징 중 하나다. 정의는 국가 공동체의 질서를 유지해주고, 정의감이 무엇인지 옳은지 판별해주기 때문이다.[18]

아스토텔레스의 ‘정치학’의 위 구절은 국가 공동체에서 ‘정의’는 공동체의 질서를 유지해주는 것이라고 하면서, 공동체의 정의를 위반하는 경우 그것은 사악한 동물이라고 말한다. 따라서 아리스토텔레스는 공동체의 정

15) 아리스토텔스(천병희 옮김), 정치학, 도서출판 숲, 2014, 22면.
16) 박기석, “국가폭력과 피해자”, 「법학논총」 제32집 제2호, 2012, 334면.
17) 아리스토텔스(천병희 옮김), 위의 책, 22면.
18) 아리스토텔스(천병희 옮김), 앞의 책, 22면.

의에 대한 위반으로 공동체 질서가 무너져 무질서한 상황이 된다면 이는 자연 상태의 동물과 같이 주관적 욕구만을 위한 사악한 상황이 될 것이라고 말하고 있다고 볼 수 있다[19]. 여기서 아스토텔레스는 공동체의 개인들에 대해서만 정의 위반에 대해 경고를 한 것인지 아니면 공동체 권력에 대해서도 공동체 정의 위반에 대해 경고를 하고 있는지 여부를 생각해 볼 수 있다. 즉 공동체에 존재하는 권력자 개인 간 권력 집단 사이에 권력 목적을 위해 권력 투쟁을 한다면 공동체는 무질서한 상황에서 권력 투쟁의 장으로 변질될 것이어서 그 경우 권력자, 권력 집단은 공동체 정의를 위반한 사악한 동물로 말 할 수 있을 것이다. 따라서 아리스토텔레스는 '정치학'의 위 구절을 통해 공동체 구성원들 뿐만 아니라 공동체 권력에 대해서도 공동체의 '법(nomos)'과 '정의(dikę)'를 위반한 경우 그것은 '가장 사악한 동물'이라고 말 한 것으로 볼 수 있다.

더욱이 공동체 개인들에 대해 공동체 정의 위반을 경고한 것이라고 한다면, 공동체 권력자, 권력 집단에 대해서는 권력의 남용과 공동체의 법과 정의 위반에 대한 경고의 메시지를 한 것으로 볼 수 있을 것이다. 즉 권력자가 권력을 국가 공동체를 위한 목적이 아니라 권력의 목적을 위해 남용하는 경우 공동체는 무질서한 상황이 될 것은 분명한 사실인바, 그 경우 권력자, 권력 집단의 공동체 정의를 위반한 행위는 사악한 동물의 탐욕과 같은 것이고 공동체의 승인을 얻을 수 없을 것이다[20].

공동체의 권력은 국가 공동체를 위해 공동체의 '법(nomos)'과 '정의(dikę)'의 범위에서 사용되고 남용을 금지하여 공동체의 질서를 유지하고자 하는

19) 공동체가 무질서한 사회가 되는 경우 공동체 구성원들은 자신의 주관적 욕구 충족을 위해 상대방을 배려하거나 절제하지 않을 것이고 자신의 주관적 욕구 충족만을 위해 타인에 대한 공격과 침해를 멈추지 않을 것이어서 공동체는 약육강식의 자연 상태와 같이 상호 간의 투쟁 상황으로 변하고 말 것이라는 것이다. 아리스토텔레스의 '가장 사악한 동물'의 비유는 토마스 홉스(Thomas hobbes)가 '리바이어던(Leviathan)(Leviathan)'에서 무질서와 혼란한 자연 상태를 개인들이 타인에 대한 배려가 없이 주관적 욕구 충족을 위해 타인에 대한 공격이 정당화 된다고 하면서 '만인의 만인에 대한 투쟁 상태'라고 한 것과 같이 무질서한 자연 상태를 '가장 사악한 동물'이라고 상정한 것으로 볼 수 있다(토마스 홉스(Thomas Hobbes)(진석용 역), 앞의 책, 171면).

20) 박성호, "법의 정당성에 대한 연구", 198면; , 198면; 양선숙, "법, 규범성, 그리고 규칙 준수의 동기에 대한 관행론적 이해", 「법철학연구」 제15권제3호, 2012, 47면~48면.

것은 법치주의의 원칙이라고 할 수 있다. 따라서 법치주의에 의하면, 권력은 법에 근거하여 행사되어야 하고 공동체 '법(nomos)'과 '정의(dikê)'의 범위에서 국가 공동체를 위한 목적으로 권력을 사용하는 경우에 한하여 공동체 권력의 정당성은 인정될 수 있을 것이다.[21]

이 경우 국가 권력은 행정권력 등 집행 권력만을 의미하지 않을 것이다. 따라서 입법 권력은 입법자의 주관적 의지에 의해 입법권을 행사한다고 하더라도 공동체 전체의 이익과 의견이 반영될 수 있도록 입법권을 행사해야 한다[22]. 하지만 1945년 8월 15일 해방 이후 대한민국 현대사에서 입법권력은 대부분의 경우 행정 권력의 주관적 의지에 의해 입법권을 행사하였을 뿐 대한민국 공동체 구성원들의 의견과 이익을 위해 입법권을 행사하지 않았던 역사를 가지고 있다. 또한 이들 입법 권력은 대한민국 공동체 구성원들의 위임 권력을 행사하기 보다는 권력자의 의지에 의해 권력을 행사했을 뿐이다[23]. 더욱이 입법 권력의 이 같은 행위에 의해 형성된 법은 사법 권력의 재판의 근거로 사용되고 이로 인하여 수많은 사법 사실이 자행된 것이 사실이다.[24] 이로 인한 굴곡의 대한민국의 현대사는 권력자의 권력 남용과 권력자들의 권력을 위한 투쟁의 장으로 변하였을 뿐이다. 따라서 공동체 사회에서의 '권력(勸力)'은 공동체 사회에 기여 정도에 의해 권력의 분배가 이루어져야 하고 개인 또는 소수 집단에 권력이 집중된다면 그것은 권력자 또는 권력집단을 위한 공동체로 변질되고 말 것이다. 따라서 아리스토텔레스가 '정치학'에서 '사악한 동물'이라고 표현하면서 권력의 집중과 남용에 대해 경고한 것에 의하면 권력은 개인이나 집단에 독점되어서는 안되고 공동체

---

21) 박성호, "법의 정당성에 대한 연구", 206면; 박성호, "입법권의 남용과 제한에 대한 연구", 「중앙법학」 제24집 제2호, 2022, 6, 138면; Theo J. Anglis and Jonathan H.Harison, History and Importance of Rule of Law, World Justics Project, p.1~p.2. 高橋文彦, 法的思考の論理, 成文堂, 2013, 2쪽. 愛敬浩二, 『法の支配』再考-憲法學の視点から, 憲法の眼, 1998 여름, 3~4面.

22) 박성호, "입법권의 남용과 제한에 대한 연구", 146면.

23) 가장 대표적인 경우가 이승만의 3선 개헌을 위한 사사오입 개헌, 박정희 권력 집단의 1972년 10월 17일 유신 선포 후 제정된 유신 헌법의 경우라고 할 수 있다.

24) 송기춘, "폭력사회와 입법적 폭력", 「민주법학」 통권61호, 2016. 7, 110면; 엄순영, "사법적 폭력과 법치주의", 「 민주법학」 통권 61호, 2016, 7, 65면.

구성원들에게 분배가 될 때 권력 분배의 정의는 실현될 수 있을 것이다.

2. 법을 통한 지배

법치주의는 사람에 의한 자의적인 지배를 제한하고 법에 의해 지배할 것을 요구하여 권력의 자의적이고 전단적인 행사를 배제하고 권력의 남용을 방지하여 공동체 구성원 개인의 권리와 자유를 보장하고 보호하고자 하는 것이다[25]. 즉 법에 근거하여 권력을 행사할 것을 요구하여 권력 행사를 제한한다는 것은 개인들의 자유와 권리를 보호하고 보장하기 위한 것이다[26]. 따라서 '법치주의'는 ① 개인이나 권력의 주관적 의지가 아닌 '법'에 근거한 구체적 행위를 요구하며 ② 권력이나 개인에 의한 공동체 구성원의 자유와 권리에 대한 침해는 반드시 법에 근거할 것을 요구하고 있다. 하지만 법은 권력집단에 의해 제정되고 권력집단의 주관적 의지가 반영된다는 점에서 법에 근거하기만 하면 권력의 행사가 정당하다는 것은 문제가 있다. 오히려 권력집단의 주관적 의지만에 의한 법은 권력집단의 권력유지와 권력연장을 위한 도구로서의 역할을 할 수 있는 위험성을 가지고 있을 뿐이다. 이 경우 법은 권력집단의 개인들에 대한 폭력적 도구로 변질되고 말 것이다[27]. 또한 법을 빙자한 권력의 행사는 법을 이용하여 권력 행사의 정당성을 가짐으로써 개인들의 자유와 권리를 억압할 것이다.

이와 같은 점에서 권력 행사의 근거로서 '법의 효력'과 '법의 기준'은 어떠한 것인지에 대해 고려해볼 필요가 있다. 권력행사의 근거로서의 법은 권력집단의 주관적 의지 뿐 아니라 공동체 구성원들의 의견과 이익이 반영된 공동체 전체를 위한 것이어야 한다. 다시 말해서 공동체의 전체 이익을 위한 법에 근거한 권력 행사만이 정당성을 인정받을 수 있을 것이다. 또한 권력의 행사와 권력의 남용으로부터 공동체 구성원들의 자유, 권리 등을 보장

25) 김비환, 민주주의와 법의 지배, 박영사, 2016, 4면; 박성호, "법의 정당성에 대한 연구", 199면; 박성호, "입법권의 남용과 제한에 대한 연구", 138면.

26) 박성호, "법의 정당성에 대한 연구", 198면.

27) 박성호, "법의 정당성에 대한 연구", 203면~204면; 박성호, "입법권의 남용과 제한에 대한 연구", 138면; 송기춘, 앞의 논문, 110; 엄순영, 앞의 논문, 59면, 65면.

하고 보호하기 위한 법치주의의 본래 기능의 달성이 가능할 것이다. 법은 공동체 질서 유지라는 목적을 위한 경우에 한하여 개인들의 위임 범위에 따른 입법권의 행사에 해당하고 한정된 범위의 권력 행사가 될 것이다.

국가는 법 위반 행위자에 대한 처벌이라는 형벌을 통하여 위반 행위로부터 공동체 구성원의 권리를 보호함은 물론 공동체의 질서를 유지한다.[28] 따라서 법의 목적은 소수자나 권력 유지를 위한 권력의 부역의 목적으로서 존재하는 것이 아니라 공동체 그 자체의 유지를 위한 것이어야 한다. 또한 국가 권력만이 공동체 질서 유지를 위해 형벌권을 가지는 까닭에 법을 통한 형벌권의 행사에 대한 제한 뿐 아니라 형벌권 행사의 근거가 되는 작위, 부작위의 위반 행위에 대한 규정 역시 공동체 질서 유지를 위한 범위에 한정되어야 한다. 하지만 법은 권력자, 권력 집단의 이익과 주관적 의지가 반영될 수밖에 없는 입법 권력의 문제가 존재한다. 즉 입법 권력은 국가 공동체 구성원들로부터 위임받을 권력이어서 위임의 범위에서만 입법 권력이 행사가 한정되어야 하지만, 입법 권력의 행사에 있어서는 입법 권력의 이익을 위해 입법 권력이 행사될 수 있다는 것이다.

게다가 입법권력의 행사에 의해 법이 제정, 개정되는 경우 해당 법은 법의 실질적 내용 및 목적과 관련이 없이 공동체 전체에 형식적 효력이 존재하고 강제력 행사의 근거가 된다. 이 경우 법의 목적이 공동체 전체 이익을 위한 것이 아니라 권력의 연장과 유지를 목적으로 하는 경우라고 하더라도 해당 법이 폐지되거나 헌법에 위반된다는 결정이 있기 까지는 법적인 효력은 지속된다는 점이다[29]. 또한 권력의 연장과 연속을 위한 법이라고 하더라도, 형식적 효력이 존재하는 법에 의한 국가 권력의 행사는 합법적 행위

28) 홍영기, “국가권력의 한계, 어디서 비롯되는가”, 「법철학연구」 제8권, 2005, 201면.

29) 박정희 정권은 1972년 10월 17일 유신 계엄을 선포한 후, 1972년 11월 21일 국민투표로 유신헌법을 확정하였다. 이후, 박정희 정권은 유신 헌법에 대한 비방, 개헌 논의 등을 일체 금지하는 긴급조치를 제1호부터 제9호까지 발령하였는바, 긴급조치 발령 이후 긴급조치 위반을 원인으로 무수한 대한민국 구성원들이 박정희 정권에 의해 고문, 탄압, 처벌 등을 받았다. 따라서 박정희 정권의 유신헌법 뿐 아니라 긴급조치 역시 대한민국 공동체 전체 이익을 위한 것이 아니라 박정희 정권의 권력 연장과 유지를 위한 목적의 법이었던 것이다. 하지만, 유신헌법과 긴급조치 모두 법의 형식적 효력을 가지고 있었기 때문에 긴급조치 위반을 원인으로 한 처벌은 합법적 행위이었다는 문제점이 발생하였던 것이다.

라는 문제점이 발생할 수 있다는 것이다. 따라서 입법권력에 의한 제정, 개정된 법의 목적이 공동체를 위한 것인지 권력의 목적을 위한 것인지 여부에 의해 공동체 전체에 법을 통한 지배 행위가 될 수 있는지 아니면 법을 통한 권력의 지배에 불과한 것인지 여부가 결정될 수 있다고 할 수 있다. 그것은 법을 통한 권력의 행사라고 하더라도 법을 통한 지배에 불과한 점에서 오히려 국가 권력의 법을 통한 폭력에 해당한다고 할 수 있다.

그런데 법을 통한 국가 폭력행위의 일정한 부분은 행정행위나 행정 집행의 경우에 인정될 가능성이 많은 점에서 국가의 폭력 행위로 인정되기 어려운 것이 현실적일 것이다.[30] 따라서 국가의 권력 행사로 인해 국가 폭력이 인정되기 위해서는 ① 일정한 국가 기관의 행위가 존재해야 한다. 따라서 국가 기관 내부의 공무원 등 국가 사무를 관장하거나 국가의 위임 사무를 처리하는 행위에 의해 외부적으로 국가의 행위로 인정될 수 있는 경우이어야 하고 ② 국가 기관의 행위가 실질적인 유형력의 행사가 헌법과 법을 위반한 경우로 법적인 근거가 없거나 법적인 위임의 범위를 넘어서 불법행위에 해당하는 경우 ③ 이로 인한 국가기관의 폭언, 폭력 등 불법행위가 존재하면서 피해자가 정신적, 육체적 피해를 발생시킨 경우에 국가 기관의 행위에 대한 폭력 행위가 인정될 수 있을 것이다.[31]

하지만 국가 권력의 행위가 국가 폭력 행위로 인정되기 위해서는 굳이 법 규정의 구성요건에 해당하고 위법한 행위에 한정할 이유는 없을 것이다. 국가 권력 기관의 사실적, 법적 행위에 의해 피해자 및 피해자 집단이 발생하였음에도 불구하고, 이를 국가 폭력으로 인정되지 않는 경우 같은 행위는 지속될 것이다. 따라서 국가의 형벌권 행사에 대해서는 그 행사자의 상대방

30) 정지운, "국가(기관)폭력에 의한 피해자-진실화해위원회의 결정을 중심으로-", 「피해자학연구」 제15권 제2호, 2007, 181면.

31) 박기석, 앞의 논문, 319면. 박기석은 '국가 폭력폭력'의 판단 근거로 '유형의 권력적 작용'과 '형법상 폭력 행위에 준하는 불법행위'라고 주정하고 있다. 그러나 '유형의 권력적 작용'이 무엇을 의미하는지 알 수 없을 뿐 아니라 국가의 행위는 '유형과 무형의 행위' 모두 가능하다는 점에서 '유무형의 행위'가 헌법과 법을 위반한 경우로 그 행위를 특정해야 할 것이다. 또한 국가의 행위의 불법성을 '형법상 규정의 불법성'에 한정할 것이 아니라 헌법과 법을 위반한 모든 경우 국가 행위의 폭력성이 인정되어야 한다는 점에서 부당하다는 생각이다.

이 공동체 구성원들인 까닭에 형벌권 행사에 대한 제한을 통하여 남용을 방지해야만 한다. 그렇다면 법이 공동체 구성원들의 자유, 권리를 보호하고 보장하기 위한 목적에 한정되어 최소화 되는 경우만이 공동체 구성원들인 개인의 자유와 권리가 법에 의해 진정으로 보호되고 보장될 것이다. 그렇지 않은 경우 법에 근거한 권력의 행사는 그것이 합법적이라는 이유만으로 법치주의로 인정될 수 없을 뿐만 아니라 그것은 법을 통한 권력의 지배에 불과하여 국가 공동체 구성원들에 대한 법을 통한 권력의 폭력 행위로 인정될 뿐이다.

3. 권력 목적의 입법 행위

현대 민주주의 체제가 성립되어 오는 과정에서 대한민국을 포함한 많은 국가에서 파시즘, 군부독재, 관료주의 등 다양한 권위주의 정치 체제를 경험하였다.[32] 현대화 과정은 감시, 처벌의 체제의 합리화 과정이 함께 이루어 졌으며 특히 2차 세계대전 이후 제3세계 국가들은 군부가 상대적 우월성을 가진 상황에서 군사 정변을 통해 정권을 장악한 것이 사실이다. 대한민국의 경우에도 박정희 등 몰지각한 일부 군인들에 의한 5. 16. 군사 정변과 1979년 10월 26일 사태에 의한 박정희의 사망으로 발생한 권력의 공백 상태에서 전두환 등 일부 군인들의 1979년 12월 12일 쿠데타와 1980년 5월 18일 광주항쟁을 통한 군사 권력의 장악 역시 군사 정변의 한 단면을 보여준다.[33] 이와 같이 군사 정변에 의한 군사 권력의 경우 권력의 정당성을 가질 수 없는 점과 미국과 관계 등에 의해 권력 유지의 차원에서 반공을 국시로 주창하였다. 반공을 국시로 주창한 이유는 국가 안보의 목적에 의한 것이라기보다는 권력의 정당성에 대한 도전과 문제 제기 뿐 아니라 미국과의 관계에 의한 것이라고 보아야 한다. 대한민국 현대사의 과정에서 반공의 주창과 반공을 국시로 한 정권의 유지는 박정희, 전두환 등 군사 정권에 한정된 것이 아니고 대한민국 초기 이승만 정권부터 시작되었다.

---

32) 김윤태, 사회학의 발견, 새로운사람들, 2007, 323면; 심재우, “권력자와 법치주의”, 「동아법학」 제21호, 1996, 275면.

33) 김윤태, 앞의 책, 326면.

대한민국은 1945년 8월 15일 일본으로부터 광복을 함과 동시에 미군정에 의한 군정이 시작되었다. 이 과정에서 이승만은 미군정과의 관계 등 긴밀한 관계를 유지한 후 1948년 7월 제1대 대통령이 되었고, 이후 이승만은 1948년 12월 1일 법률 제10호로 국가보안법을 제정하였다. 그런데 1948년 12월 1일 제정된 국가보안법은 제1조는 '이 법은 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제함으로써 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보함을 목적으로 한다.'라고 규정하고 있었으나. 실질에서 있어서는 일제 강점기 치안유지법을 토대로 한 법률에 불과하였다.[34] 일제 강점기에 시행된 치안유지법은 치안을 유지한다는 목적으로 시행된 법률이나 사실은 반국가세력, 독립운동을 탄압하기 위한 목적으로 시행된 법률로 그 실질에 있어서 권력자들의 반대 세력을 억압하기 위한 법률[35]에 불과하다.

국가보안법은 국가안보를 목적으로 할 뿐 좌익 세력을 억압하고 친일파 문제를 무력화 시켜 민족 세력 등 반대 세력을 제거하기 위한 정치적 목적으로 전체주의를 지향하는 법에 해당할 뿐이다.[36] 이와 같은 목적의 국가보안법은 1948년 12월 1일 법률 제10호로 제정된 후 2011년 9월 15일 법률 제11042호로 개정될 때까지 13회에 걸쳐 개정되었다. 더욱이 국가보안법은 국가 안보를 표면적인 목적으로 하고 있으나 실질에 있어서는 권력에 대한 비판 세력을 겨냥한 법의 역할을 한바 인권 침해의 주범적 법률[37]이었다는 이유에서 2004년 제17대 국회에서 폐지가 논의되었던 것이다.[38] 따라서 대한민국 성립 초기 제정된 국가보안법은 국가안보를 목적으로 제정된 것을 표면적으로 내세웠으나 실질에 있어서는 권력자들의 정적이나 국민들의 자유와 인권을 억압을 위한 도구적 역할을 한 것이었다. 또한 이승만 및 이후 권력자들이 정당성에 대한 도전에 직면한 상황에서 미국과의 관계를 염두

34) 김삼웅, "일제와 닮은 유신시대 '막걸리 보안법' 백태", 「구보학회」, 2011, 157면; 김민배, "국가보안법·반공법 한국인권 50년", 「연사문제연구소」 1999, 42면.

35) 김삼웅, 위의 논문, 157면; 김민배, "국가보안법·반공법 한국인권 50년", 43면.

36) 변동명, "제1공화국 초기의 국가보안법 제정과 개정",「민주주의와 인권」, 2007, 85면; 이성택, "민주화 이후의 『국가보안법』: 제도화와 담론화의 전제주의 경향성을 중심으로", 「사회와 이론」, 2006, 149면.

37) 김민배, "국가보안법·반공법 한국인권 50년", 42면.

38) 오동석, "20세기 전반 미국 국가보안법제의 형성과 전개", 「공법연구」, 2008, 381면.

에 둔 전체주의적 법률에 불과한 것이었고 현재에 있어서도 권력자들의 권력 유지를 위한 도구적 역할에 변함이 없는 실정이다. 더욱이 반공적 이데올로기의 숲에 가려져 국가의 공적인 폭력 행위를 정당화시켜주는 도구적 역할을 한점에서 국가보안법은 국가폭력의 상징적 존재[39]이며 국가 폭력을 대변한다고 할 수 있다.

박정희 등 일부 군인들은 1961년 5월 16일 군사 정변 이후 박정희는 국가재건최고회의 의장에 올라 권력을 장악한다. 그런데 박정희와 주변 세력의 권력 장악은 민주적 절차에 의한 것이 아니었기 때문에 그 정당성에 대한 도전에 항상 직면해야만 하는 상황이었다. 이 과정에서 박정희는 1961년 7월 3일 법률 제643호로 반공법을 제정한 후 공포일로부터 시행한다. 반공법은 제1조에서 '국가재건과업의 제1목표인 반공체제를 강화함으로써 국가의 안전을 위태롭게 하는 공산계열의 활동을 봉쇄하고 국가의 안전과 국민의 자유를 확보함을 목적으로 한다.'라고 규정하면서 공산주의자들에 대한 국가의 안전과 국민의 자유 확보를 그 목적으로 하였다. 그런데 박정희가 1961년 5월 16일 군사정변으로 권력을 장악한 후 1961년 7월 3일 법률 제643호로 제정한 반공법은 장면 정권이 4.19 의거 이후 국가보안법 개정안으로 만들고자 하였던 '반공임시특례법'과 '데모규제법'을 모태로 하였다.[40] 또한 박정희 역시 이승만과 같이 권력적 정당성에 대한 도전에 직면한 상황에서 국가 위기 상황에 대한 표면적인 이유를 내세워 일제 강점기 시행된 치안유지법을 그 근간으로 하여 반공법을 제정한 것이다.[41] 결국 치안유지법의 목적이 반체제 인사나 독립운동가 등 일제시대 권력의 반대 세력에 대한 탄압을 위해 치안유지법이 시행된 점에 의하면 반공법 역시 박정희 정권에 대한 반대세력과 정당성에 대해 도전하는 세력 등 소위 반체제 인사를 겨냥한 법률이라는 점을 잘 알 수 있다.

박정희는 1972년 10월 17일 대통령 특별담화형식으로 헌법의 일부 효력을 정지 시킨 후 ① 국회해산, 정당·정치활동의 금지 ② 비상국무회의에

39) 변동명, 앞의 논문, 88면.
40) 김민배, "국가보안법·반공법 한국인권 50년", 44면.
41) 김삼웅, 앞의 논문, 157면.

의한 국회권한 대체 ③ 헌법 개정안 공고와 국민투표 실시 ④ 개정헌법의 확정과 헌법질서의 정상화 등을 내용으로 하는 비상조치를 선포하였다. 그러나 위와 같은 박정희의 1972년 10월 17일 전국에 대한 비상조치는 헌법적 근거[42]가 없을 뿐 아니라 박정희 정권의 장기적 집권을 위한 포석에 불과한 자의적인 일종의 정치적 쿠데타에 불과하다.[43] 더욱이 박정희는 1972년 10월 17일 전국에 비상조치를 단행하고 유신 헌법을 제정한 후 1972년 11월 21일 국민 투표에서 92.9%의 투표자 중 91.5%의 찬성을 얻어 1972년 12월 27일부터 유신 헌법을 시행하였다. 박정희는 유신 헌법을 제정하는 이유로 ① 남북 대치의 상황에서 북한의 공산집단의 남침 야욕[44] ② 서구식 민주주의에 의한 권력분립에 의한 비능율화가 아닌 우리만의 한국적 민주주의[45] ③ 조국의 평화적 국가 통일을 주장[46]하면서 만약 유신 헌법이 통과되지 않는 경우 평화적 국가 통일 완수를 포기하겠다고[47] 하면서 수범자인 국민들을 공포로 몰아넣고 강박하면서 위협적인 방법으로[48] 유신 헌법에 찬성할 것을 대대적으로 홍보하였다.

박정희 정권은 1972년 10월 17일 비상조치에 의한 유신을 단행하기 직전인 1972년 7월 4일 남북공동성명을 발표하면서 자주, 평화, 민족대단결의 3대 통일 원칙 제정함은 물론 국제적 데탕트분위기와 주한미군 철수선언, 군비경쟁 축소를 위해 남북 상호간에 약속하였다. 그런데 박정희 정권이 1972년 7월 4일로부터 3개월이 되던 1972년 10월 17일 갑자기 비상조치에 의한 유신 체제를 선포한 후 북한 공산집단의 적화 야욕에 의한 국가 비상

---

42) 김선택, “유신헌법의 불법성 논증”, 「고려법학」, 2007, 177면.

43) 김선택, “유신헌법의 불법성 논증”, 177면.

44) 한국헌법연구회, 긴급조치는 왜 선포되어야 했나, 대한지방행정공제회, 지방행정, 1974, 136면.

45) 김민배, “유신헌법과 긴급조치”, 역사문제연구소, 역사와 비평, 1995, 94면; 박정희, “대통령각하의 특별담화”, 「대한지방행정공제회」, 1972, 14면; 박정희, 위의 논문, 16면; 육종수, “유신헌법질서의 전개”,「 보운」, 1972, 295면; 한국헌법연구회, “유신헌법안요해”, 「지방행정」, 1972, 63면; 한국헌법연구회, 위의 논문, 134면.

46) 김영준, “유신헌법과 조국의 평화통일”, 「국회보」, 1973, 22면 이하; 육종수, 위의 논문, 298면; 한국헌법연구회, 위의 논문, 64면, 134면.

47) 김민배, “유신헌법과 긴급조치”, 93면.

48) 김선택, “위헌적 헌법 개정에 관한 위헌심사론 - 유신헌법의 경우-”, 「공법연구」, 2011, 183면.

사태를 선포한 것은 남북의 평화적 분위기를 깨는 행위에 불과하다. 그 이면에는 1971년 4월 27일 치러진 대통령 선거에서 김대중 후보에 불과 90여만표 차이로 승리와 1971년 5월 25일 실시된 국회의원 총선거에서 대도시에서 참패 등에 의해 박정희 정권의 장기 집권에 대한 도전에 직면한 정치적 위기 상황[49]과 70년대 초 경제적 위기 상황[50]에서 경제 성장에 따른 사회적 좌절감 등에 의한 도시 곳곳에서 경제적 불만[51]에 대한 폭발은 박정희 정권을 더욱더 정치적 위기 상황으로 몰아넣은 것이다. 이와 같은 상황에서 합법적인 방법으로 정권의 장기집권이 불가능해진 박정희는 정권의 장기집권과 정권 연장을 목적으로 1972년 10월 17일 대통령 특별담화 형식의 비상조치에 의해 국회의 권한을 정지하는 등의 조치를 단행하여 비합법적, 비상적인 방법을 동원하고 전국을 공포에 몰아넣으며 권력 연장과 장기집권을 단행한 것이다.[52]

더욱이 박정희는 1972년 10월 17일 비상조치 후 유신 헌법을 개정하는 과정에서 1969년 헌법의 헌법 개정 절차를 전혀 거치지 않았고, 이는 기존 헌법의 개정 절차에 의해서는 헌법을 개정할 수 없다는 점에 의한 것으로 유신 헌법은 1969년 헌법의 개정절차를 거치지 않은 위헌적 하자에 의한 것이었다.[53] 유신헌법의 위헌성은 헌법재판소가 유신헌법 제53조 규정에 근거한 특별조치법에 대해

> 국회는 박정희 대통령의 협박 아래 야당의 반대에도 불구하고 날치기로 통과시켰다"[54]고 판단하면서 "특별조치법은 초헌법적 국가긴급권을 대통령에게 부여하고 있다는 점에서 이는 헌법을 부정하고 파괴하는 반입헌주의적, 반 법치주의적 위헌법률이다.

49) 권혜령, "유신헌법상 긴급조치권과 그에 근거한 긴급조치의 불법성", 「법학논집」, 2009, 185면.
50) 김민배, "유신헌법과 긴급조치", 91면.
51) 권혜령, 위의 논문, 185면.
52) 권혜령, 위의 논문, 185면.
53) 김선택, "위헌적 헌법 개정에 관한 위헌심사론 - 유신헌법의 경우-", 182면.
54) 헌재 1994. 6. 30. 92헌가18, 판례집 6-1, 557, 567.

라고 판단[55]한 점에서 유신헌법의 위헌성은 입증된다. 따라서 유신헌법이 국민투표에서 91.5%의 찬성을 얻었다고 하더라도 실질적으로 법 규범 수범자들인 인민들을 위협하고 동의나 합의를 강요한 것이어서 투표의 결과와 상관이 없이 유신 헌법의 법률로서의 객관성이 인정된다고 할 수 없다. 즉 박정희는 유신 헌법을 개정한 후 유신 헌법에 대한 인민 투표의 과정에서 인민들의 자발적 의사에 의해 동의 여부를 표시하도록 한 것이 아니라고 한다면 유신 헌법의 제정에 대해 다수가 찬성[56]하였다고 하더라도 유신 헌법의 객관성은 부정된다. 이는 권력자인 박정희가 규범의 수범자인 인민들에게 국가 위기를 유포하거나 조작하는 등의 강압적 방법에 의해 찬성하도록 강요하여 찬성을 얻은 것으로 객관성은 부정될 수밖에 없는 것이다.

따라서 법 규범 수범자들의 자발적인 동의나 합의를 이끌어 내는 경우만이 실질적으로 해당 법에 대한 객관성이 인정됨은 물론 국가 권력 행사를 위한 근거 법으로서의 성격이 인정될 것이다. 여기서 국가 권력 행사에 대한 자기 구속적 원리로 헌법에 의한 입법과정의 제한의 원칙과 수범자인 인민들의 법률에 대한 동의와 합의의 객관성에 대한 원칙이 인정된다. 더욱이 20세기 현대사에서 형식적 규범주의에 의한 법률만능주의는 국가 권력의 행사 편의를 위한 기여를 했을 뿐 개인의 권리나 자유의 확장을 위한 기여를 하지 못한 점은 분명한 사실이다. 따라서 형식적 규범에 의한 개인의 자유와 권리의 제한 또는 억압은 결국 국가 권력 행사 범위의 확장으로 이어지는 등 권력의 남용에 해당할 뿐이다.

이승만 정권과 박정희 정권만 본다고 하더라도 형법이라는 일반법 이외에 국가보안법이나 반공법을 제정한 목적이 국가 안보나 공공질서 유지 등에 그 목적이 있는 것이 아니라 권력에 대한 반대 세력의 제거나 탄압의 목적을 위해 사용하였음을 알 수 있다.[57] 또한 대한민국은 1948년 7월 17일 헌법을 제정한 후 각종 법률을 제정하는 과정에서 1953년 9월 18일 법률 제293호로 형법을 제정하였다. 따라서 형법이라는 일반 법률에 의해 처벌 할

55) 헌재 1994. 6. 30. 92헌가18, 판례집 6-1, 557, 569.
56) 육종수, 앞의 논문, 296면.
57) 김민배, “국가보안법·반공법 한국인권 50년”, 52면 이하 참조.

수 없는 경우나 신종 폭력에 대한 대처를 하는 경우가 아니라고 한다면 굳이 특별법을 제정하여 시행함으로 인해 개인들의 자유와 권리에 대한 제한을 가할 이유가 없다.

그런데 이승만은 1953년 형법을 제정하기 5년 전인 1948년 12월 국가보안법을 제정하여 시행하였다. 또한 박정희는 1961년 5월 16일 군사 정변으로 권력을 장학한 후 보안법을 제정하여 시행하였다. 이것은 모두 권력의 정당성에 대한 스스로의 문제점에 대한 인식과 권력의 민주적 정당성에 대한 도전에 직면한 상황에서 국가 안보나 당시의 냉소주의에 의한 반공적 이데올로기를 앞세워 권력의 반대 세력에 대한 탄압적 도구로 사용한 것에 불과하다.[58] 이와 같은 현상은 전두환이 1979년 12월 12일 쿠데타를 이용해 권력을 장악한 후 국가보위에 관한 법률을 제정하여 시행한 것 역시 같은 맥락에서 그 의미를 찾을 수 있다. 즉 전두환 역시 쿠데타에 의해 권력을 장악한 까닭에 정당성에 대한 도전에 직면한 상황에서 이승만, 박정희와 같이 국가 안보나 사회질서, 공공질서 등을 유지한다는 목적으로 법률을 제정하고 이를 통하여 자신의 권력을 유지한 것이다.

그렇다면 대한민국 현대사에 있어서 권력자들 특히 절차적 정당성을 거쳐 탄생한 권력이 아닌 경우 입법 기관을 통해 법률을 제정함은 물론 그를 통하여 권력을 유지하고 반대 세력에 대한 탄압적 도구로 이용한 것이다. 이것은 형식적 법률주의의 문제점이라고 할 수 있다. 지적한 바와 같이 국가보안법과 반공법 등은 국회라는 입법 기관을 통해 제정된 법률이어서 형식적면에서 하자를 찾기는 어려울 수 있다. 그러나 이승만, 박정희, 전두환 등은 입법 기관을 장악한 후 자신들의 권력 유지와 권력에 대한 반대 세력의 탄압을 위한 도구로 입법 기관을 이용한 것이 바로 문제가 된다. 따라서 대한민국 현대사에서 권력자들에 의한 반공국가의 공식역사[59][60]는 민중의 저항과 국가 권력의 폭력에 대한 항거를 공산주의자나 불순분자에 의한 소행쯤으로 치부하면서 침묵과 금기의 시간이 이어졌던 것이다.[61] 그

58) 김민배, "국가보안법·반공법 한국인권 50년", 44면~45면.
59) 국순옥, "자유민주적 기본질서란 무엇인가", 「민주법학」 제8호, 1994, 134면.
60) 국순옥, 위의 논문, 144면~145면.

러나 이것은 형벌권 행사자인 국가 권력에 의한 폭력적 불법행위에 해당할 뿐이다.

Ⅲ. 국가의 합법적 폭력 행위

1. 권력의 의무와 법의 목적

박정희는 1972년 10월 26일 유신을 단행한 후 1972년 12월 27일 시행된 유신헌법 전문에서 '조국의 평화적 통일의 역사적 사명에 입각하여 자유민주적 기본질서를 더욱 공고히 하는 새로운 민주공화국을 건설함에...'라고 하면서 '조국의 평화적 통일'을 유신헌법 전문 앞에 두고 '우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것'을 전문의 후미에 두어 '조국의 평화적 통일'을 강조하였다. 그러나 박정희가 1972년 12월 27일부터 시행한 유신헌법 전문의 '조국의 평화 통일' 규정은 박정희 유신 독재를 위한 표면적 이유에 불과하였다. 더욱이 박정희는 유신헌법의 '조국의 평화 통일' 규정을 근거로 유신헌법 제53조 규정에 의한 긴급조치권을 남발하는 등 권력 유지를 위한 목적으로 권력을 남용하였음은 주지의 사실이다.[62] 따라서 대한민국 헌법 제69조의 규정[63]의 위치는 독재와 권위주의 시대의 국가 우선의 시

61) 양정심, "제주 4.3항쟁연구", 성균관대학교대학원 박사논문, 2005. 10, 1면.

62) 헌재 1994. 6. 30. 92헌가18, 판례집 6-1, 557, 569; 김선택, "유신헌법의 불법성 논증", 177면.

63) 대한민국 헌법 제69조는 "나는 헌법을 준수하고 국가를 보위하며 조국의 평화적 통일과 국민의 자유와 복리의 증진 및 민족문화의 창달에 노력하여 대통령으로서의 직책을 성실히 수행할 것을 국민 앞에 엄숙히 선서합니다."라고 대통령 취임 선서를 규정하고 있다. 대통령 취임 선서를 규정한 헌법 제69조는 ① 국가의 보위와 조국의 평화적 통일 ② 국민의 자유와 복리의 증진 ③ 민족문화의 창달에 노력을 대통령의 의무를 규정한 것으로 보인다. 그런데 위 규정은 과거 군사 독재 권위주의 정부의 권력에 대한 생각과 의도가 그대로 표현된 규정이라 할 것이다. 즉 헌법 제69조 규정은 '국민의 자유와 복리 증진'의 의무 규정보다는 '국가를 보위하며 조국의 평화적 통일'이라는 규정을 앞에 두고 있는 점에서 그렇다고 할 것이다. 규정의 위치에 의하면 '대한민국의 보위와 조국의 평화적 통일'이라는 규정 내용이 '국민의 자유와 복리의 증진'에

대적 모습을 그대로 보여주고 있다고 할 것이다. 즉 대한민국 공동체의 보위가 대한민국 공동체 구성원의 자유, 권리 안전 등에 우선한다는 점과 대한민국 공동체의 보위가 대한민국 공동체 구성원들의 자유, 복리에 비해 중요하다는 점을 강조한 것이다. 권위주의 권력의 특징으로서 국가 우선 주의적인 모습이 대한민국 헌법 제69조가 그대로 답습하고 있는 것이다. 이와 같은 이유에 의해 1945년 8월 15일 해방 이후 대한민국의 권력들은 대한민국의 안보와 공산주의와 대결 등을 강조하면서 대한민국 공동체 구성원들의 자유, 권리를 억압하였고, 대한민국의 안보라는 표면적 이유를 내세워 권력의 반대 세력에 대해 억압과 강압의 폭력을 행사할 수 있었던 것이다.[64] 또한 대한민국 공동체 구성원들은 권위주의 시대의 권력의 억압과 강압을 당연한 것으로 받아들이며 숙명처럼 여겨왔다. 따라서 대한민국 헌법 제69조 규정에서 대한민국의 보위를 국민의 자유, 복리의 증진보다 앞에 규정한 것은 권위주의 시대의 모습을 그대로 보여주는 것이다.

국가는 국가 그 자체가 목적이 아니라 국가를 구성한 공동체 구성원들의 목적을 위한 수단이 되어야 한다. 공동체 구성원들은 국가의 목적을 위해 국가를 형성한 것이 아니라 공동체 구성원 개인들의 자유, 권리, 안전 생명의 보호와 보장을 위해 국가를 구성하고 자신들의 권력의 일부를 위임한 것이다.[65] 또한 공동체 구성원들이 주권의 일부를 공동체 권력에 위임하는 경우 이는 자신들의 자유, 권리 등의 보호와 보장을 위한 '동의'와 '합의'를 전제하는 것이어서 공동체의 성립은 구성원들의 동의와 합의에 의한 것이다.[66] 따라서 공동체 즉 국가는 공동체 구성원들의 목적을 위한 수단인 경우 공동체 구성원들의 자유, 권리는 보호되고 보장될 것이다. 그럼에도 불구하고 1945년 8월 15일 해방 이후 대한민국 현대사의 독재적, 권위적 권력들

우선하는 규정으로 보임은 물론 대한민국 공동체의 '통일'이라는 목적이 대한민국 공동체 구성원들의 자유, 권리에 우선되는 것으로 보이고 이는 과거 독재와 권위주의 권력의 대한민국 공동체 우선과 같다.

64) 정지운, 앞의 논문, 215면~216면.

65) 나종석, "홉스의 정치철학과 고전적 정치철학의 붕괴", 「사회와 철학」, 2003, 255면~256면, 273면~274면.

66) 나종석, 위의 논문, 256면.

은 국가의 목적을 위해 대한민국 공동체 구성원들의 희생을 강요하고 억압을 정당화하였다. 그러나 그것은 권력의 유지, 연장을 위한 목적의 표면적 이유에 불과하였을 뿐이다.

토마스 홉스(Thomas Hobbes)의 '리바이어던(Leviathan)'에서 절대적 권력은 무한한 것이 아니라 공동체 구성원들의 자유, 권리, 생명, 재산을 한정된 범위에서 또한 위임받은 범위에서 권력을 행사할 수 있을 뿐이라고 하였다. '리바이어던(Leviathan)'의 권력은 절대적인 것이 아니라 위임의 범위와 공동체 구성원들의 자유, 권리, 생명의 보장이라는 목적에 의해 제한된 권력에 불과하다.[67] 국가는 공동체의 구성원들의 생명, 자유, 권리 등을 위해 성립시킨 만큼 공동체 구성원들의 목적을 위한 수단에 불과할 뿐이다.[68] 토마스 홉스(Thomas Hobbes)의 '리바이어던(Leviathan)'에 나타난 절대적인 권력은 공동체가 '리바이어던(Leviathan)'의 목적을 위한 것이 아니라 '리바이어던(Leviathan)'과 공동체가 공동체 구성원들의 자유, 권리, 안전, 생명 등 공동체 구성원 개인들의 의견과 이익의 목적을 위한 것이다.[69] 토마스 홉스(Thomas Hobbes)는 ① 공동체 구성원인 개인들의 주관적 가치의 보존 ② 주관적 가치의 보존을 목적으로 개인들의 주관적 가치의 일부에 대한 위임을 통한 포기 ③ 개인들의 안전과 보존을 목적으로 공동체 형성이라는 점을 '리바이어던(Leviathan)'에서 주장하고자 한 것이다.[70] 따라서 공동체로서 국가의 의무는 공동체 구성원들의 목적에 의해 제한이 되는 것이고 그들의 자발적 권리는 부정된다. '리바이어던(Leviathan)'의 절대적 권력이 공동체 구성원들의 목적을 위한 존재에 불과한 만큼 '리바이어던(Leviathan)'의 권력이 그 자신을 위한 목적을 위한 경우와 '리바이어던(Leviathan)'의 목적을 위한 권력의 사용과 구성원들의 억압은 공동체 구성원의 '동의'와 '합의'에 대한 위반이다. 따라서 공동체 구성원들은 권력자인 '리바이어던

67) 나종석, 위의 논문, 275면.
68) H. Arendt, Vita activa oder Vom tätigen Leben, p, 380 : 나종석, 위의 논문, 276면 재인용.
69) 나종석, 앞의 논문, 255면.
70) 나종석, 앞의 논문, 256면.

(Leviathan)'의 위반 행위에 대해 저항할 수 있음은 물론 '리바이어던(Leviathan)'의 억압과 침해에 대한 방어의 권리를 가지는 것은 당연하다.[71]

아리스토텔레스는 '정치가'에서 국가를 최고의 선으로 말하면서도 국가의 법과 정의의 형성 의무를 강조한다. 또한 국가의 법과 정의의 의무를 위반한 경우 그것을 들짐승과 비유할 정도로 권력 남용의 불법성을 말한다.[72] 아리스토텔레스는 국가를 최고의 선[73]이라고 하면서 국가의 공동체 사회에서 법과 정의의 실현 의무를 강조하고 하고 있다.[74] 이것은 국가의 공동체 구성원들에 대한 공동체 구성원들의 국가에 대한 의무만이 존재하는 것이 아니라 국가의 법과 정의의 실현 의무를 강조한 것이다. 따라서 국가의 법과 정의의 실현 의무는 절대적 권력자나 권력을 독점한 개인만의 의무가 아니라 공동체 구성원들 전체의 의무일 것이다.

아리스토텔레스에 있어서 국가는 공동체 구성원 이전의 완성된 존재로서 의미를 가진다고 할 수 있다. 이는 공동체 구성원들의 국가에서의 선으로서 '덕'과 '윤리'를 강조한 점에서 그렇다고 할 수 있다. 반면에 국가에 대해서는 '법'과 '정의'의 실현 의무를 강조하면서 권력에 대한 분배적 정의를 말한 것은 권력의 독점과 남용으로 인한 문제를 지적한 것이라고 할 수 있다. 이에 반해 토마스 홉스(Thomas Hobbes)는 국가 공동체서 구성원 개인의 자유, 권리에 대한 보호, 보장을 주장하면 공동체의 구성원들의 자유, 권리의 중요성을 강조한 것은 국가 이전의 개인들의 자유, 권리를 우선시 한 것이고 이로 인한 개인의 자유와 권리의 신장을 가져온 것이다.[75]

위와 같이 아리스토텔레스와 토마스 홉스(Thomas Hobbes)의 국가와 공동체 구성원들에 대한 관점은 서로 다르다고 할 수 있다. 그러나 토마스 홉스(Thomas Hobbes)에 의한 국가 공동체에서 개인의 자유, 권리의 신장을 위한 자유주의적 사고는 국가의 절대적 권력에 대한 제한의 의미를 내포

71) 나종석, 앞의 논문, 281면.
72) 아리스토토렐스(천병희 옮김), 앞의 책, 22면.
73) 아리스토토렐스(천병희 옮김), 앞의 책, 17면.
74) 아리스토토렐스(천병희 옮김), 앞의 책, 17면.
75) 나종석, 앞의 논문, 256면.

하고 있다는 것을 알 수 있다.

토마스 홉스(Thomas Hobbes)는 개인의 자유, 권리 등의 보호, 보장을 위해 절대 권력자 '리바이어던(Leviathan)'을 상상한 것이지만 '리바이어던(Leviathan)'의 절대 권력은 개인의 자유, 권리 등의 보호 및 보장을 위한 범위에 한정된다는 점에서 권력 제한의 의무를 담고 있다고 할 수 있다.

토마스 홉스(Thomas Hobbes) 사상에 의하면 절대적인 국가의 권력은 인정되기 어려울 것이다. 국가의 권력은 개인의 자유, 권리의 보호 및 보장을 위해 위임된 범위에서 한정되어야 하고 그 경우만이 아리스토텔레스가 '정치학'에서 말한 국가 공동체에서 '법'과 '정의' 실현 의무가 달성될 것이다. 따라서 국가 권력은 국가를 유지하고자 하는 것이 1차적 권력 행사의 목적이 아니라 국가 공동체 구성원들의 자유, 권리를 보호하고 보장하기 위한 '법'과 '정의'의 형성이 그 1차적 목적이어야 한다. 그럼에도 불구하고 대한헌법 제69조 규정이 '국가를 보위와 조국의 평화적 통일'의 의무를 '국민의 자유 복리의 증진'의 앞에 규정한 것은 국가를 개인의 자유, 권리 보호 및 보장 의무에 우선한 것으로 문제가 있다. 따라서 국가의 1차적 의무는 개인의 자유, 권리 보호 및 보장이고 이를 실현하기 위해 국가의 '법'과 '정의' 의무가 있고 '국가를 보위와 조국의 평화적 통일'의 의무는 대한민국 공동체 구성원들의 자유, 권리를 보호하고 보장하기 위한 한정된 범위에서 국가 목적으로 인정되어야 할 것이다.

2. 권력과 법에 의한 폭력

법이 형식적 효력을 가진다는 것은 법의 효력에 대한 공동체 구성원의 '동의(agreement)'와 관련이 없이 공동체에 강제력을 행사할 근거가 된다.[76] 따라서 입법부를 통과한 법은 법의 위헌 무효가 결정되기 전까지 형식적 효력이 존재하고 이는 공동체 전체에 대한 강제력 행사의 근거가 된다. 하지만 법의 형식적 효력에 의한 강제력은 위반 행위에 대한 처벌이 가능하다는

76) 권경휘, "법의 규범적 성격에 관한 연구:법은 수범자의 행위를 어떠한 방식으로 지도하는가?", 「법학연구」 제36집 제1호, 2012, 6면~7면.

점에서 그 문제점이 존재한다.

박정희는 1972년 12월 27일부터 유신 헌법을 시행하기 전부터 국내외의 '간첩사건'을 대서특필하면서 계속해서 보도하였고[77], 1972년 12월 27일 유신헌법 시행 후에도 '고정 간첩 사건', '간첩 방조단 사건'[78] 등을 신문 등 방송을 통해 대서특필하였다. 이와 같은 행위를 통해 박정희 권력은 대한민국이 북한 김일성 독재 정권이나 공산주의자, 간첩에 의해 전복될 것과 같이 대한민국 공동체 구성원들을 겁박하였던 것이다. 1974년 7월 발생한 '인혁당 재건위 및 민청학련 사건'[79] 역시 박정희 유신 독재 권력의 '간첩 사건' 중의 하나로 이는 조작된 사건이었음과 위헌 무효인 법률[80]에 근거한 처벌이었음은 대법원 판결에 의해 확인되었다.[81] 따라서 박정희 독재 권력 당시 '간첩 사건' 등 시국 사건의 대부분은 무고한 인민들을 고문과 협박하여 조작한 사건이었음은 들어난 것이다.[82] 이것은 대한민국 내부의 '적화세력'에 의해 공산화가 될 것과 같이 분위기를 조성하고 이를 빙자하여 국가 안보와 관련한 법을 강화하고 이를 통해 권력을 유지하면서 반제 세력을 제거하고자 한 목적에 의한 것이다. 이로 인하여 박정희 유신 독재 권력은 국가 안보 관련 법의 형식적 효력과 강제력에 근거하여 무고한 개인들을 간첩으로 조작하고 합법적으로 처벌할 수 있었던 것이다.

게다가 사법 권력의 형식적 법에 근거한 국가 폭력 행위의 단면은 박정희 유신 독재 당시 '인혁당 재건단체 및 민청학련 사건'에서 여실히 들어나고 있다고 할 수 있다. 1974년 7월 9일 '인혁당 재건단체 및 민청학련 사건'이 신문 등 언론에 의해 보도된 후 재판이 진행되는 과정에서 '인혁당 재건단체 및 민청학련 사건' 피고인들의 변호인들은 1972년 12월 27일 시행된

77) 고정간첩색출 목표(경향신문 1968년 6월 26일 1면 보도), KAL기 납북미수 범인 김상태는 고정간첩?(매일경제신문 1971년 1월 25일 1면 보도). 검색일 : 2022. 10. 7.

78) 우도간첩방조자 9명 검거(경향신문 1973년 4월 25일 7면, 매일경제신문 1973년 4월 25일 7면 보도). 검색일 : 2022. 10. 7.

79) 1974년 7월 9일 경향신문 1면 보도 : 검색일 : 2022. 10. 15.

80) 김선택, "위헌적 헌법 개정에 관한 위헌심사론 - 유신헌법의 경우 -", 182면.

81) 대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 판결.

82) https://storyfunding.daum.net/episode/12993#. 검색일 : 2022. 10. 15.

유신 헌법과 유신 헌법 제53조에 근거한 박정희의 긴급 조치의 위헌성 등을 변론하였으나[83], 당시 1심, 2심 대법원 재판부는 이를 인정하지 않았다. 이로 인하여 '인혁당 재건단체 및 민청학련 사건'의 피고인들은 1975년 4월 8일 대법원의 상고 기각 판결[84] 확정된 후 18시간 만인 1975년 4월 9일 사형이 집행되었다.[85]

박정희 권력은 유신헌법 제53조 규정에 의해 긴급조치를 제1호부터 제9호까지 발령하였다. 박정희는 권력의 반대 세력, 노동세력, 민주화 세력 등의 탄압의 도구로 긴급조치를 사용한 것이다.[86] 박정희 유신 독재 당시 긴급조치 위반 사건 중 '인혁당 재건단체 및 민청학련 사건'과 관련된 대법원의 판결을 확인하는 것이 의미 있을 것으로 보인다. 따라서 먼저 대법원의 판결을 확인해보고 이후 박정희가 유신 헌법 제53조 규정에 의해 명령한 '긴급조치'의 위헌성, '긴급조치'의 초헌법적 권한 행사의 점, 대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 판결에 의해 아래 대법원 판결이 폐기된 점을 확인해보고자 한다. 이는 독재 권력이 행정, 입법, 사법 3권 모두를 장악한 경우 사법부의 사법 권력은 독재 권력의 권력 남용 및 합법적 살인 행위[87]에 대한 동조자로서의 역할을 할 뿐이라는 점을 확인하기 위한 것이다. 형식적 법에 의한 사법살인은 역사적 사실에 확인되어온 바, 박정희 유신 독재 권력은 권력의 방해 세력을 제거하기 위해 유신헌법 제53조 규정에 근거하여 '긴급조치'를 명령한 것이고 사법부는 이에 근거하여 권력의 방해 세력을 제거하는데 동조하면서 대한국민 공동체 구성원들을 겁박한 것이다.[88]

> 법관의 영장없는 체포 구속 압수 수색을 할 수 있게 한 긴급조치제2호 제12항은 헌법 제54조에 의하여 계엄이 선포된 경우에만 가능한 것인 바 위에 의한 계엄의 선포없이 헌법 제53조에 의한 위와 같은 조치는 헌법위반이라고 하는

83) 대법원 1975.04.08. 선고 74도3323 판결.
84) 동아일보, 1975년 4월 8일 3면 보도 : 검색일 : 2022. 10. 15.
85) 매일경제신문, 1975년 4월 10일 7면 보도 : 검색일 : 2022. 10. 15.
86) 김민배, "국가보안법·반공법 한국인권 50년", 44면~45면.
87) 엄순영, 앞의 논문, 65면.
88) 김선택, 위헌적 헌법 개정에 관한 위헌심사론 - 유신헌법의 경우 -, 183면.

> 논지에 대하여 판단하건대 헌법 제54조의 경우에는 헌법 제53조에 의한 비상조치를 취하지 않을 경우에 해당하는 규정인 것이며 헌법 제53조에 의하여 대통령의 긴급조치권을 발동할 경우에는 동조 제1항에 의하여 사법 등 국정전반에 걸친 조치를 취할 수 있고, 동조 제2항에 의하여 「헌법에 규정되어 있는 인민의 자유와 권리를 잠정적으로 정지」하는 조치를 취할 수 있고, 이 경우에는 「법원의 권한에 관하여 긴급조치를 할 수」 있는 것임이 동법에 명시되어 있는 바로서 헌법 제53조에 의한 긴급조치는 대통령에게 이러한 권한이 부여되었다고 인정할 수 있으므로 따라서 헌법 제53조에 의하여 논지가 지적하여 비위하는 바와 같은 인민의 일부 권리와 자유의 잠정적 정지조치는 헌법위반이라고 인정할 수 없고 결국 이 점에 관한 소론은 독자적인 견해로서 이를 받아드릴 수 없고 헌법 제53조에 의거한 위의 일련의 긴급조치가 헌법위반이라는 점은 어느모로보나 이유없는 것으로 판단한다.[89]

위 대법원 판결은 유신 헌법 제53조 규정에 근거하여 박정희가 명령한 긴급 조치 위반 사건 중 '인혁당 재건단체 및 민청학련 사건'에 대한 대법원 판결 중 영장주의 위반과 관련한 판결 부분이다.[90] 위 판결에 의하면 유신 헌법 제53조 규정에 의한 대통령의 '긴급조치'에 대한 권한은 유신 헌법 제54조 계엄과 관련한 대통령의 권한과 같은 정도의 권한이거나 그 보다 상위의 권한이라는 판단이다. 즉 유신 헌법 제54조는 계엄의 경우 국민의 기본권 중 유신 헌법 제10조 규정의 '영장주의'의 예외를 규정하였음에 반하여 유신 헌법 제53조 제2항은 '국민의 자유와 권리에 대한 잠정적 정지'를 규정하여 '긴급조치'에 의해 포괄적 기본권 제한이 가능하다는 점에서 그렇다. 따라서 대법원은 유신 헌법 제54조 규정에 의한 '영장주의'의 예외를 유신 헌법 제53조 규정에 의한 대통령 긴급조치의 경우에도 포괄적 위임에 의해 당연히 인정하고 있는 것으로 판단한 것이다. 그러나 유신 헌법 제53조 규정의 긴급조치와 유신 헌법 제54조 규정의 계엄과 관련한 권한은 그 규정 및 절차가 다르다.

유신 헌법 제53조 제2항은 유신 헌법 제1항 규정에 의해 대통령이 긴급

89) 대법원 1975.04.08. 선고 74도3323 판결.
90) 대법원 1975.04.08. 선고 74도3323 판결.

조치를 발령한 경우 '국민의 자유와 권리에 대한 잠정적으로 정지하는 긴급조치'할 수 있다고 규정하고 있고, 유신 헌법 제54조 제3항은 계엄이 선포된 경우 '영장주의'의 예외가 인정될 수 있다고 구체적으로 규정하고 있다. 따라서 유신 헌법 제54조 제1항 규정에 의해 법률에 의한 계엄이 선포되고 필요한 경우 유신 헌법 제10조 규정의 영장주의 예외가 인정되는 근거가 된다. 그러나 유신 헌법 제53조 제2항은 '국민의 자유와 권리에 대한 잠정적으로 정지하는 긴급조치'를 할 수 있다고 규정할 뿐 구체적인 범위가 규정되어 있지 않아 문제이다. 즉 유신헌법 제53조 제2항의 경우 긴급조치를 원인으로 국민의 자유, 권리를 잠정적으로 금지하는 조치를 취할 수 있다고 규정하면서도 범위를 정하지 않았고 이는 포괄적 위임의 경우에 해당할 수 있다. 따라서 박정희는 유신 헌법 제53조 제2항 규정에 의해 구체적 범위를 정하지 않고 대한민국 공동체 구성원들의 자유와 권리를 잠정적으로 제한하는 '긴급조치'를 선포한 것이다.

헌법재판소는 '법상의 포괄위임입법금지 원칙은 법규적 효력을 가지는 행정입법의 제정(법규명령)을 주된 대상으로 하고 있는 것이다. 위임입법을 엄격한 헌법적 한계내에 두는 이유는 무엇보다도 권력분립의 원칙에 따라 국민의 자유와 권리에 관계되는 사항은 국민의 대표기관이 정하는 것이 원칙이라는 법리[91]'라고 결정하고 있다. 헌법재판소는 '포괄위임'은 헌법 규정에 위반하는 것으로 금지된다는 입장이다.[92] 현대 사회의 복잡성으로 헌법 규정에 의해 행정명령에 대한 위임 입법이 인정된다고 하더라도 그 한계로서 백지위임 또는 포괄위임은 금지된다.[93] 또한 헌법 규정에 의해 '포괄위임'이 금지되는 것은 헌법 규정에 의한 포괄적 규정으로 행정입법 의해 개인의 자유, 권리가 침해되는 것을 방지하고 법에 대한 예측가능성을 담보하고자 하는 것이다.[94]

---

91) 헌재 2001. 4. 26. 2000헌마122, 판례집 13-1, 962, 972-973.

92) 헌재 1991, 7, 8, 91헌가4, 판례집 3, 336.

93) 정극원, "헌법재판에서 포괄 위임법금지 원칙의 적용", 「헌법학연구」 제15권 제3호, 2009, 9, 463면~464면.

94) 전종익, "포괄 위임 금지 원칙의 기준", 「아주법학」 제7권 제3호, 2013, 12, 14면~15면.

헌법재판소는 헌법 규정에 의해 위임 입법이 불가피하다고 하더라도 포괄적 위임은 금지되며 그 범위와 한계를 구체적이고 명확히 하여 위임해야 한다는 것이다.[95] 그러나 유신 헌법 제53조 제2항은 '국민의 자유와 권리를 잠정적으로 정지하는 긴급조치' 규정은 행정명령에 의해 헌법상 규정된 국민의 자유와 권리를 포괄적으로 제한할 수 있어 '포괄위임 금지의 원칙'에 위반되는 규정이다. 유신 헌법 제10조는 '신체의 자유'와 관련한 조항으로 법률에 의한 영장주의를 규정하면서 예외 규정을 두지 않고 단지 유신 헌법 제54조 제3항만이 영장주의의 예외를 인정하고 있을 뿐이다. 또한 유신 헌법 제32조 제1항은 '국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.'고 규정하고 제2항은 '국민의 자유와 권리를 제한하는 법률의 제정은 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한한다.라고 규정하고 있다. 따라서 권력의 자의적인 '신체의 자유'에 대한 제한은 금지되고 유신 헌법 제32조 제2항 규정에 의해 기본권의 제한이 가능하다고 하더라도 그 본질적 권리는 절대 제한 할 수 없다. 그럼에도 불구하고 유신 헌법 제53조 제3항이 포괄적인 국민의 권리 제한은 인정하는 것, 유신 헌법 제10조 규정에도 불구하고 '신체의 자유'에 대해 대통령 긴급조치에 의해 포괄적으로 제한 할 수 있도록 한 것은 포괄위임 금지 원칙의 위반된다고 할 수 있다.

박정희는 유신 헌법 제53조를 근거로 '긴급조치'를 선포하였고 사법부는 이를 근거로 '긴급조치' 위반 행위에 대해 유죄의 판단을 하였다. 그러나 유신 헌법 제53조에 의한 긴급조치 및 제53조 제2항 규정은 '포괄위임 금지의 원칙'에 위반될 뿐 아니라 유신 헌법 제10조 규정의 신체의 자유 규정에도 위반하는 것이다. 이와 같은 이유에 의해 대법원은 '긴급조치는 목적상 한계를 벗어나 민주주의의 본질적 요소인 표현의 자유를 침해하고, 영장주의에 위배되며, 법관에 의한 재판을 받을 권리와 학문의 자유 및 대학의 자율성 등 헌법상 보장된 인민의 기본권을 침해하는 것이므로, 그것이 폐지되기 이전부터 유신헌법은 물론 현행 헌법에 비추어 보더라도 위헌·무효라 할

95) 김춘환, "위임 입법의 한계와 국회에 의한 통제", 「공법연구」 제34집 제3호, 2006, 2, 62면.

것이다'라고 판단[96]하면서 '대법원 1975. 2. 25. 선고 74도3509 판결, 대법원 1975. 4. 8. 선고 74도3490 판결, 대법원 1975. 5. 27. 선고 74도3324 판결, 대법원 1975. 7. 8. 선고 74도3499 판결, 대법원 1975. 8. 19. 선고 74도3494 판결과 그 밖에 이 판결의 견해와 다른 대법원판결들은 모두 폐기'한 것이다.[97]

사법부는 1975년 4월 8일 '인혁당 재건단체 및 민청학련 사건'에 대해 1975.04. 08. 선고 74도3323 판결에서 상고 기각 판결을 하였고 이로 인하여 위 사건의 피고인 전원은 대법원 판결 후 18시간만인 1975년 4월 9일 모두 사형 처분을 받았다.[98] 그러나 대법원 1975.04. 08. 선고 74도3323 판결은 2013.05.16. 선고 2011도2631 전원합의체 판결에 의해 불법성이 인정되었다. 따라서 대법원 1975.04. 08. 선고 74도3323 판결에 의한 '인혁당 재건단체 및 민청학련 사건'의 피고인들에 대한 판결 및 집행은 불법행위에 해당할 뿐이다. 더욱이 '인혁당 재건단체 및 민청학련 사건'의 피고인들에 대한 판결 및 사형 집행은 사인 간의 행위가 아니라 국가 기관인 입법, 행정, 사법부의 공동적 행위에 해당한다. 또한 이들은 국가 기관으로서 합법적 권력을 소지한 자들이라는 점, 법인 근거에 의해 판결을 하고 사형을 집행한 점에서 그 문제점이 존재하다. 그렇다면 '인혁당 재건단체 및 민청학련 사건'의 피고들에 대한 1975년 4월 9일 사형 집행은 국가 기관의 합법적인 불법행위로 밖에 설명할 수 없을 것이다. 이와 같은 점에서 법의 형식적 효력에 대한 문제점과 형식적 효력에 근거한 국가 기관의 불법행위는 폭력에 해당할 뿐 다른 설명이 없을 것이다.

3. 국가 폭력의 피해자들

국가 권력에 의한 민간인 희생의 폭력은 작위(作爲) 행위 뿐 아니라 부작위(不作爲)에 의한 행위에 의해서도 가능하다. 과거사위원회를 통해 밝혀진 국가 권력의 민간인에 대한 집단 학살, 인권 유린 행위가 작위적 행위라

96) 대법원 2013.05.16. 선고 2011도2631 전원합의체 판결.
97) 대법원 2013.05.16. 선고 2011도2631 전원합의체 판결.
98) 동아일보, 1975년 4월 8일 3면 보도 : 검색일 : 2022. 1. 15; 매일경제신문, 1975년 4월 10일 7면 보도 : 검색일 : 2022. 10. 15.

고 한다면 2014년 4월 16일 발생한 세월호 참사는 부작위에 의한 국가 권력의 폭력 행위에 해당할 것이다.[99] 더욱이 2014년 4월 16일 세월호 참사는 국가 권력의 부작위 이외에 작위에 의한 2차 폭력이 행해졌다. 즉 2014년 4월 16일 발생한 세월호 참자는 국가 권력에 의한 세월호 탑승자에 대한 구조 의무를 위반 것으로 국가 권력의 부작위에 의해 발생한 폭력이라 할 것이다.[100] 이후 발생한 세월호 유가족들에 대한 비난, 유언비어 등의 관권 단체의 행위, 세월호 유가족들에 대한 공권력에 의한 감시 행위 등은 1차 부작위에 의한 공권력의 폭력 행위에 더하여 국가 공권력의 작위적 2차 폭력 행위에 해당할 것이다.[101] 더욱이 국가 권력은 세월호 유가족들을 국가 분열의 요주 인물들로 지목하는 만행을 저지르기도 한 것은 공권력의 의무 위반에 대한 책임보다는 권력에 의한 희생자들을 국가 분열 세력으로 호도하는 폭력 행위에 해당함은 주지의 사실이다.

국가 권력의 민간인에 대한 희생 등의 폭력은 희생자 개인의 문제로 끝나지 않는다. 희생자는 사회에 적응하지 못하는 불순분자로 치부될 뿐 아니라 희생자의 가족들 역시 희생자와 같은 정도의 고통을 감수해야 한다는 점이다.[102] 박정희의 1975년 4월 9일 '인민혁명당 재건 단체 및 민혁당 사건'의 피고들 및 그 가족들은 대법원[103]에서 유신헌법과 긴급조치의 불법성에 대한 판결이 있기 까지 수십년동안 사회의 불순세력과 그 가족이라는 낙인 속에서 살아야만 했던 것이다. 이와 같은 점에서 국가 권력에 의한 민간인 희생 등 권력 폭력의 특징은 피해의 광범위성과 피해자 개인만이 아니라 그 주변인도 포함된다는 점이다.[104] 그럼에도 불구하고 국가 권력에 의한 공동체 구성원들에 대한 희생 등의 폭력은 국가안보를 명분으로 언제라도 발생할 수 있다는 점이다.[105] 그러나 국가 권력의 1차적 목적이 공동체 구성원

99) 이재승, 앞의 논문, 149면.
100) 이재승, 앞의 논문, 149면.
101) 김한균, 앞의 논문, 46면; 이재승, 앞의 논문, 147면.
102) 김한균, 앞의 논문, 55면; 박기석, 앞의 논문, 321면~324면; 정지운, 앞의 논문, 196면.
103) 2013.05.16. 선고 2011도2631 전원합의체 판결.
104) 김한균, 앞의 논문, 44면; 정지운, "국가(기관)폭력에 의한 피해자", 188면.
105) 김한균, 앞의 논문, 44면.

들의 자유, 권리 등 '인간의 존엄에 대한 가치'를 실현하기 위한 의무라는 점에 의하면 국가 목적을 위한 권력의 행사는 그 자체가 불법적일 뿐 아니라 폭력에 해당할 것이다.

'범피해자보호법' 제3조제1항 제1호는 ' "폭력피해자"란 타인의 폭력행위로 피해를 당한 사람과 그 배우자(사실상의 혼인관계를 포함한다), 직계친족 및 형제자매를 말한다.'라고 규정하고 있다. 여기서 "타인"의 범위가 피해자 이외의 자연인과 법인만을 의미한다고 할 수는 없다. 1945년 8월 15일 해방 이후 역사에서 국가 권력과 국가 권력의 비호 세력에 의해 대한민국 공동체 구성원들에 대한 폭력 행위는 이루 말할 수 없이 자행되어 왔다. 따라서 '범피해자보호법' 제3조제1항 제1호에서 규정하는 "타인의 폭력행위"에서 "타인"의 범위에 국가 및 국가의 권력 기관의 민간인들의 희생을 강요한 행위 역시 당연히 포함되어야 한다. 더욱이 과거사위원회의 2010년 12월 31일까지 활동에서 대한민국 현대사의 독재 권력과 권위적인 정부에 의한 민간인들의 희생과 피해는 확인되었는바 국가의 권력에 의한 민간인 희생자들 역시 '범피해자보호법' 제3조제1항 제1호에서 규정하는 '피해자'에 당연히 포함되어야 한다. 따라서 '범피해자보호법' 제3조제1항 제1호에서 규정하는 '타인'의 범위에 국가 권력이 포함되어야 할 것이다.

'5·18민주화운동 등에 관한 특별법', '4·16세월호참사 피해구제 및 지원 등을 위한 특별법', '4·16세월호참사 진상규명 및 안전사회 건설 등을 위한 특별법', '제주4·3사건 진상규명 및 희생자 명예회복에 관한 특별법', '노근리사건 희생자 심사 및 명예회복에 관한 특별법' 등은 그 목적에서 "희생자 및 그 유족들의 명예 회복"이라는 문구가 규정되어 있다. 이들 특별법의 목적에서 규정하는 "희생자 및 그 유족들의 명예 회복"은 국가 권력에 의한 폭력 행위의 희생자의 명예를 회복하겠다는 의미를 담고 있는 것이다. 즉 국가의 대한민국 공동체 구성원들에 대한 폭력 행위로 인한 피해 및 희생에 대한 회복과 그 명예를 회복하겠다는 것이 위 특별법의 목적인 것이다. 따라서 국가의 과거 특별법에 포함된 피해자, 희생자 및 그 가족들에 대해 폭력 행위를 자행한 것임을 국가 스스로 인정한 것이 틀림없는 사실이다. 또한 위 특별법들은 피해자 및 희생자에 대한 명예회복과 더불어 금전

적 손해배상을 대부분 규정하고 있다. 이는 사인간의 폭력 행위에 있어서 형사 처벌 이외에 피해에 대한 회복을 위해 민사상 손해배상이 가능하다는 점과 그 법의 구조가 같은 것이다.

국가의 의무는 공동체의 법과 정의의 실현이 그 의무이다.[106] 국가 목적적 권력의 행사가 인정된다고 하더라도 국가 목적을 위한 권력의 행사는 제한적으로 행사되어야 한다. 그러나 대한민국 현대사의 국가 권력은 권력의 목적을 위해 너무나 많은 민간인들의 희생을 강요하였다. 그럼에도 불구하고 희생된 민간인들의 명예 훼복을 위한 국가의 업무는 요원한 상황이다. 국가 권력에 의한 민간인 희생자들의 명예훼복을 위한 특별법이 제정되고 국가 권력에 의한 공시시효 배제의 법률안이 국회에 제출되는 등의 일련의 과정에서 민간인 희생들은 피해자의 범위에 당연히 포함된다 할 것이다.

4. 국가 폭력에 대한 책임

대한민국 현대사는 독재, 권위주의 권력을 위해 공동체 구성원들의 희생이 강요되었던 것이 역사적 현실이다. 이와 같은 점에서 일제 강점기 이후 대한민국 현대사에서 독재 및 권위주의 권력에 의한 민간인 희생 문제는 청산해야만 하는 대한민국의 과제로 남아있었다. 김영삼 정부 역시 정권 출범 초기부터 12. 12사태, 5.18 광주민주화운동 등 대한민국 현대사에서 발생하였던 과거사 문제를 청산하고자 노력[107]하였으나 별다른 성과없이 지지부진 하였다.[108] 김대중 대통령은 1998년 10월 2일 일본 방한을 앞둔 상황에서 한일 관계의 새로운 진전을 위해 과거사 문제를 정리하여야 한다고 했다.[109] 따라서 김대중 정부 역시 출범 초기부터 대한민국 과거 청산 문제를 위해 노력하였으나 별다른 성과가 없었다. 그러나 대한민국 현대사에서 발생한 과거사는 청산 해야만 하는 것이 대한민국의 역사적 현실이었던 것이다. 이와 같은 상황에서 노무현 정부 역시 출범 초기부터 과거사 문제를 청

106) 아리스토토렐스(천병희 옮김), 앞의 책, 17면.
107) 한겨레, 1993년 5월 16일 4면 기사. 검색일 : 2022. 10. 17.
108) 동아일보, 1995년 4월 11일 15면 기사. 검색일 : 2022. 10. 17.
109) 한겨레, 1998년 10월 2일 5면 기사. 검색일 : 2022. 10. 17.

산하기 위한 일환으로 민족문제연구소 주관으로 친일인명사전[110] 작업을 진행하기도 하였으나 노무현 정부 기간 동안 출간을 할 수는 없었다.[111] 그러나 노무현 정부의 과거사 청산에 대한 의지의 결과 2005년 5월 31일 법률 제7542호로 '진실·화해를 위한 과거사정리 기본법 (약칭: 과거사정리법)'이 제정되어 2005년 12월 1일부터 시행되었다.

과거사정리법은 제1조에서 그 목적[112]을 정하고 있으며 과거사정리법 제2조 제1항은 진실규명의 범위와 관련하여 '① 일제 강점기 또는 그 직전에 행한 항일독립운동 ② 일제 강점기 이후 이 법 시행일까지 우리나라의 주권을 지키고 국력을 신장시키는 등의 해외동포 ③ 1945년 8월 15일부터 한국전쟁 전후의 시기에 불법적으로 이루어진 민간인 집단 희생사건 ④ 1945년 8월 15일부터 권위주의 통치시까지 헌정질서 파괴행위 등 위법 또는 현저히 부당한 공권력의 행사로 인하여 발생한 사망·상해·실종사건, 그 밖에 중대한 인권침해사건과 조작의혹사건 ⑤ 1945년 8월 15일부터 권위주의 통치시까지 대한민국의 정통성을 부정하거나 대한민국을 적대시하는 세력에 의한 테러·인권유린과 폭력·학살·의문사 ⑥ 역사적으로 중요한 사건으로써 제3조의 규정에 의한 진실·화해를위한과거사정리위원회가 이 법의 목적 달성을 위하여 진실규명이 필요하다고 인정한 사건'으로 하고 있다. 과거사정리법 제2조 제1항 의 '진실규명의 범위'를 보면 권력의 민간인에 대한 집단 희생 사건과 헌정질서 파괴행위 등 위법 또는 현저히 부당한 공권력의 행사 및 테러·인권유린과 폭력·학살·의문사를 규정하고 있다. 따라서 과거사정리법은 제2조에서 민간에서 발생한 폭력 행위에 대한 과거사 청산의 문

110) naver 지식백과. 검색일 : 2022년 10월 17일. 민족문제연구소가 1994년부터 진행해 온 사전편찬 작업으로 구한말과 일제강점기에 일제의 한반도 침략을 지지·찬양하고, 일제 식민통치에 협력하여 한국의 독립을 방해하는 등 친일행위를 한 한국인의 목록을 정리·분류 정리하여 2009년 11월 8일 출간한 인명사전이다

111) 필자는 친일 세력이 대한민국의 기득권 세력으로 자리를 잡고 있던 현실에서 그들의 출간에 대한 방해 등의 이유가 더해 친일인명사전의 출간이 2009년 11월 8일 노무현 정부 이후 이명박 정부에서 출간된 것으로 판단된다.

112) 과거사정리법 제1조 : 이 법은 항일독립운동, 반민주적 또는 반인권적 행위에 의한 인권유린과 폭력·학살·의문사 사건 등을 조사하여 왜곡되거나 은폐된 진실을 밝혀냄으로써 민족의 정통성을 확립하고 과거와의 화해를 통해 미래로 나아가기 위한 국민통합에 기여함을 목적으로 한다.

제도 포함하지만 대부분이 국가의 민간인에 대한 부당한 공권력의 행사 및 테러·인권유린과 폭력·학살·의문사, 대한민국 정부를 부정하고 권력을 차지하고자 한 행위 등을 불법행위 및 과거 청산의 문제로 규정한 것이다.

과거사정리법은 대한민국 일제 강점기 이후 현대사에서 발생한 과거사 청산 문제를 위한 기관으로 제3조 제1항에서 '이 법이 정하는 업무를 수행하기 위하여 진실·화해를위한과거사정리위원회(이하 "위원회"라 한다)를 둔다'라고 규정하였다. 또한 과거사정리법은 대한민국 현대사에서 발생한 과거사 청산을 위한 위원회를 과거사정리법 제3조 제3항에 의해 설치하도록 규정하면서 법 제8조 제1항에서 '위원은 외부의 어떠한 지시나 간섭을 받지 아니하고 독립하여 그 직무를 수행한다'라고 규정하여 독립된 위원회임을 분명히 하였다. 과거사정리법 제3조 제1항 규정에 의해 규정에 의해 활동을 시작한 것이 진실・화해를 위한 과거사정리 위원회(약칭 : 과거사정리위워회)이다. 과거사정리위원회는 2010년 12월 31일까지 처리대상 총 11,175건을 중 11,175건 (100.0%)처리 완료하였다. 과거사정리위원회가 처리한 대상 내용 등은 아래 도표와 같다.

(단위 : 건, %)

진실규명범위	계	처리건수					
		진실규명	진실규명 불능	각하	취하	이송	중지
총계 (%)	11,175 (100.0)	8,450 (75.6)	528 (4.7)	1,729 (15.5)	351 (3.1)	97 (0.9)	20 (0.2)
항일독립운동	274	20	23	221	10		
해외동포사	16	5		8	1		2
적대세력관련	1,774	1,445	10	292	22	1	4
민간인집단희생	8,206	6,742	454	764	242	4	
인권침해	768	238	41	373	73	29	14
기타	137			71	3	63	

<도표>113)

과거사정리위원회는 2010년 12월 31일까지 총 8,586건을 진실규명 또는 불능 결정하였으며, 진실규명 결정은 8,479건(98.8%), 불능결정은 107건(1.2%)(병합처리건수로는 진실규명 373건(85.7%), 불능 62건(14.3%)), 조사개시결정된 병합처리건 총 434건 가운데 총 435건(100.2%)에 대해 진실 규

113) http://www.jinsil.go.kr/appdealing/app_index.asp. 검색일 : 2022. 10. 17.

명 결정 또는 불능 결정하였다. 과거사정리위원회의 활동기간 동안 처리한 전체 8,586건 중 민간인 집단희생 사건은 6,780건으로 전체 신청 건수의 78.9% 인권침해 사건은 237건으로 전체 신청 건수의 2.76%로 민간집단희생과 인권침해 건수를 합하면 전체 신청건수의 81.66%에 이른다. 과거사정리위원회의 2010년 12월 31일까지 활동기간 신청건수를 토대로 하면 대부분의 희생자는 민간인이었고 가해자는 권력과 권력 집단의 주변이었다는 점이 드러난다. 따라서 대한민국 현대사에서 민간인은 권력에 의해 권력 유지와 연장을 위한 희생의 대상이었을 뿐 대한민국 공동체 구성원으로서 동등한 인식을 받지 못하였던 것이다.

2005년 5월 31일 법률 제7542호로 '진실·화해를 위한 과거사정리 기본법 (약칭: 과거사정리법)'이 제정되어 2005년 12월 1일부터 시행된 후 과거사정리위원회의 활동 과정에서 권가권력에 의해 희생당한 민간인들에 대한 반인권적 폭력의 처벌에 대한 공소시효와 손해배상에 대한 소멸시효가 문제되었다. 이와 같은 반인권적 폭력에 대한 법적인 문제에 대해 2007년 6월 4일 당시 민주당 소속 이은영 의원은 '국가폭력의 소멸시효이익 포기에 관한 특별법률안'을 대표 발의하였고, 민주당 소속 강창일 의원은 2007년 9월 21일 '반인권적 국가폭력의 공소시효 배제 등에 관한 특례법안'을 대표 발의하였다. 위 입법안은 국가 및 국가 권력에 의해 민간인에게 자행된 권력적 폭력 행위에 대한 소멸시효 이익을 포기하고 공소시효를 배제시켜 책임을 묻고자 하는 것이다. 더욱이 국가 및 국가 권력에 의한 민간인 권력형 폭력의 경우 해당 권력이 존재하는 한 진실의 발견과 피해에 대한 손해배상이 어렵다는 점에서 그 의의가 있다 할 것이다. 더욱이 아래에서 보는바와 두 법률안에 대한 입법의견서는 '국가폭력'이라고 명확히 규정하고 있어 '국가폭력'을 인정하고 있는 점이 특이하다.

- 국가폭력의 소멸시효이익 포기에 관한 특별법률안 -

국가 공권력에 의한 살인·고문 등 중대 인권침해폭력 및 이들 폭력의 처벌을 의도적으로 방해한 비호세력에 대하여 공소시효의 특례를 인정해야 한다는 공감이 확산되고 있음. 인간의 존엄한 가치를 근본적으로 부정하는 공권력의 폭력을 국가 스스로 승인하는 것은 국가의 기본책무에 반하는 것임..이하 생략...

- 반인권적 국가폭력의 공소시효 배제 등에 관한 특례법안 -

대한민국은 과거 100여 년간 일제식민지 시대와 남북분단, 한국전쟁 및 군사독재 시대를 거치면서 발생하였던 친일 반민족행위, 전쟁 전후 양민학살, 군사독재 정권의 인권 유린 행위 등에 대하여 진실규명과 명예회복 및 화해를 위한 목적으로 과거청산을 추신하고 있음... 이하 행략... 공소시효규정을 그대로 적용하는 것은 국가공권력에 의해 저질러진 폭력을 국가가 승인하는 결과가 되어 국가 공권력을 이용하여 저지른 살인죄 등 반인권 폭력 및 그 조작-은폐 행위 관련 폭력에 대해서는 공소시효를 배제 또는 정지하고자 함.

위 법률안에 의하면 국가 권력에 의한 폭력, 살인 등의 행위에 의해 민간인들이 희생된 것에 대해 '공권력의 폭력' 또는'국가공권력에 의해 저질러진 폭력'으로 규정하고 있다. 따라서 위 법률안에 의하면 국가 공권력에 의해 민간인들이 희생된 것에 대해 국가폭력으로 인정하는 것이다. 비록 위 법률안이 국회에서 법률안으로 통과되지 못했다고 할지라도 '국가 공권력에 의해 민간인[114]이 희생된 것'을 '국가 공권력'에 의한 폭력으로 규정한 것은 그 의미가 크다 할 것이다. 우리 형법 규정은 자연인의 폭력 행위를 인정하고 있을 뿐 법인의 폭력 행위 능력은 인정하고 있지 않다.[115] 대법원[116]과 학설의 일부는 형법상 폭력능력은 형벌 능력을 포함한다는 이유로 법인의 폭력 능력을 부정하고 있는 상황이다.[117] 그러나 법인의 사회적 책임이 높아가는 현대 사회에서 수형 능력 여부에 의해 법인의 폭력 능력을 부정하는 것은 문제가 있다. 따라서 법인의 현대 사회에서 기능과 역할에 의한다면 폭력 능력은 인정되어야 한다. 그러나 국가 또는 국가 권력은 행정법상 법인으로서의 성격이 인정된다고 하더라도 민사상 손해배상에 대해 기관의 책임이 인정되는 점에서 형법상 법인으로 인정하는 것은 무리가 있다.[118]

114) 김성천・김형준, 형법총론, 동현출판사, 2005, 147면.
115) 김성천・김형준, 위의 책, 144면.
116) 대법원 1994. 2. 8. 선고 93도1483 판결; 대법원 1997. 1. 24. 선고 95도524 판결.
117) 배종대, 형법총론(개정판), 홍문사, 1993, 223면; 박상기, 형법총론, 박영사, 1997, 73면; 이재상, 형법총론, 박영사, 2002, 96면.
118) 이재승, 세월호 참사와 피해자의 인권, 「민주법학」 제60호, 2016, 3, 149면; 정지운, 앞의 논문, 218면.

또한 국가를 법인으로 인정하는 경우 국가 공권력에 의한 민간인 희생은 국가 전체의 행위가 아니라 기관의 행위라는 점에서도 민간인 희생에 대한 형사상의 책임은 기관의 책임이라는 한계를 지니는 것이 현실이다.[119] 따라서 국가 기관의 공권력에 의한 민간인 희생 등의 폭력 행위에 대해서는 형법 규정에 의한 것이 아니라 특별법 규정에 의한 국가 기관의 권력행위에 대한 책임이 인정되어야 한다. 즉 국가 공권력에 의한 폭력 행위에 대해서는 일반 형법 규정의 적용에 의한 것이 아니라 공권력 행위로 인한 민간인 희생에 대한 특별법의 제정을 통한 처벌이 가능하다는 점이다. 이와 같은 점에서 2007년 6월 4일 당시 민주당 소속 이은영 의원의 '국가폭력의 소멸시효 이익 포기에 관한 특별법률안'과 민주당 소속 강창일 의원의 2007년 9월 21일 '반인권적 국가폭력의 공소시효 배제 등에 관한 특례법안'은 특별법에 의해 국가 공권력 기관의 민간인 희생과 관련한 폭력 행위를 처벌하고자 한 것은 그 의미가 있다.

더욱이 위 법률안은 '국가의 의무'와 국가의 의무 위반으로 인한 민간인 희생을 '국가폭력'으로 '국가 공권력에 의한 폭력'으로 규정하고 있다. 2007년 6월 4일 당시 민주당 소속 이은영 의원은 '국가폭력의 소멸시효이익 포기에 관한 특별법률안'에서 국가 공권력의 의무를 '인간의 존엄에 대한 가치'를 '국가의 책무'라고 규정하여 국가의 의무는 공동체 구성원들의 '인간의 존엄과 가치의 실현'이라는 점을 분명히 하고 있다. 따라서 국가 공권력의 1차적 의무는 국가 공동체의 유지가 아닌 공동체 구성원들의 '인간의 존엄에 대한 가치'의 실현임을 확인한 것이다. 강창일 의원은 2007년 9월 21일 '반인권적 국가폭력의 공소시효 배제 등에 관한 특례법안'에서는 공권력 남용의 구체적인 경우를 적시하면서 그로 인한 민간인의 희생을 '국가 공권력에 의한 폭력'으로 규정한다. 두 법률안 모두 공권력에 의해 민간인이 희생된 경우를 모두 '폭력'으로 규정한 점에서 그 의의는 크다 할 것이다. 결국 국가 공권력에 의한 폭력 행위는 국가 권력의 본래 목적인 '인간의 존엄과 가치의 실현'이라는 의무를 위반하여 권력을 위한 목적으로 공권력이 행사되고

119) 정지운, 앞의 논문, 218면~219면.

이로 인하여 민간인이 희생된 경우 이를 폭력으로 규정한 것이다.

위 특별법안은 국회에 법률안이 발의되었을 뿐 통과되지 못하였다. 그러나 2007년 6월 4일 당시 민주당 소속 이은영 의원의 '국가폭력의 소멸시효이익 포기에 관한 특별법률안'과 민주당 소속 강창일 의원의 2007년 9월 21일 '반인권적 국가폭력의 공소시효 배제 등에 관한 특례법안'은 대한민국 과거사 청산을 위한 노력의 일환의 이라는 점에서 의의(意義)가 있다. 또한 위 두 특별법률안은 국가 공권력의 1차적 목적으로 '인간의 존엄에 대한 가치'를 '국가의 책무'이어야 한다는 점을 규정한 것에서 그 의의(意義)는 크다 할 것이다. 따라서 국가 권력의 1차적 의무는 국가 공동체의 유지가 아니라 공동체 구성원들의 존엄과 가치를 보존하는 것이다. 또한 국가 권력이 공동체 구성원들의 존엄과 가치 보존의 의무를 위반하고 권력 목적으로 권력을 남용한 경우 이는 국가 권력의 공동체 구성원들에 대한 폭력 행위가 될 것이다. 이점은 아리스토텔레스의 국가의 '법'과 '정의'의 실현 의무와 같은 의미를 가질 것이다.

Ⅳ. 결 론

본 논문은 국가 권력의 행사에 있어서 권력을 위한 목적의 권력 행사는 그것이 법에 근거한 행사라고 하더라도 폭력 행위에 해당할 수 있는 점에 대한 것이다. 따라서 국가 권력의 의무는 권력의 목적을 위해 권력을 행사하는 것이 아니라 국가 공동체에서 법과 정의의 형성 의무를 위해 행사되어야 한다는 점이다. 또한 국가 권력의 남용에 의한 공동체 구성원들에 대한 희생의 강요는 희생자 개인의 문제가 아니라 국가 전체의 문제이라는 점이다. 국가 권력의 목적이 권력 유지와 연장을 위한 것일 때 국가 권력은 합법적 수단을 동원하여 자신의 목적을 위해 공동체 구성원들에게 희생을 강요하는 경우 그 대상은 공동체 전체 구성원이 될 것이기 때문이다. 이점에서 법에 근거한 권력 행사라고 하더라도 그것은 폭력 행위에 해당할 뿐 그것을 법치주의라고 할 수 없다. 법치주의의 본래 목적이 권력을 위한 것이 아니라 국

가 공동체 구성원들의 자유, 권리를 보장하고 보호하기 위한 것이라는 점에 의하더라도 권력 목적을 위한 권력 행사는 법치주의로 인정될 수 없어야 한다.

1945년 8월 15일 대한민국 해방 이후 권력자, 권력 집단은 국가 공동체 전체의 이익을 위해서 권력을 행사하기 보다는 권력의 연장, 유지의 목적으로 법적으로, 사실적으로 권력을 행사하였다. 그 과정에서 원하지 않은 수많은 무고한 민간인들의 희생이 있었고 희생자들의 고통은 현재도 여전히 진행중에 있다. 다행히 군사 독재 정권 이후 민간인 정부는 과거 권력 집단의 폭력으로 인한 희생자, 희생자 가족들에 대해 특별법을 제정하여 명예회복을 위한 노력을 하고 있다는 점은 국가 권력의 폭력 행위에 대한 반성적 고려라고 할 수 있을 것이다. 하지만 정권이 여러 차례 변경되는 과정에서도 당리 당략적 목적으로 권력을 행사하고 있는 실정이며 이로 인한 국가 폭력은 여전히 진행중에 있을 것이다. 본 논문은 과거 권력 집단과 현재 권력 집단의 행태만 다를 뿐 여전히 권력을 위해 대한민국 국가 공동체에 강요, 강압의 폭력 행위가 지속되고 있다는 현실에서 권력의 목적이 대한민국 공동체 전체 이익을 위한 것이어야 한다는 반성적 고려에 의한 것이다.

또한 본 논문은 국가 권력의 1차적 목적은 '대한민국 공동체 구성원들의 자유, 권리의 보존' 및 '인간의 존엄에 대한 가치'라는 점을 역설적으로 논증하고자 한 것이다. 이점에서 본 논문은 권력의 남용을 경고함은 물론 권력 남용으로 인한 민간인 희생자들의 피해를 희생자 개인의 문제가 아닌 국가의 문제라는 점을 끌어내기 위한 것이라 할 수 있다. 국가의 목적은 공동체에서'법'과 '정의' 실현의 의무라는 아리스토텔레스의 정치학에서의 말을 본 논문의 결론으로 대체하고자 한다. 또한 필자는 추후 국가 권력에 의한 공동체 구성원들에 대한 폭력 행위를 계속 연구함은 물론 '법'과 '정의'의 실현 의무에 대한 방법에 대해 계속적으로 연구하고자 한다.

권력에 의한 국가 폭력에 관하여 - 박 성 호	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2023.02.22.	2023.03.03.	2023.03.26.

[참고문헌]

국순옥, “자유민주적 기본질서란 무엇인가”, 「민주법학」 제8호, 1994.
권경휘, “법의 규범적 성격에 관한 연구:법은 수범자의 행위를 어떠한 방식으로 지도하는가?”, 「법학연구」 제36집 제1호, 2012.
권혜령, “유신헌법상 긴급조치권과 그에 근거한 긴급조치의 불법성”, 「법학논집」, 2009.
김민배, “유신헌법과 긴급조치”, 역사문제연구소, 역사와 비평, 1995.
_____, “국가보안법·반공법 한국인권 50년”, 「연사문제연구소」1999.
김비환, 민주주의와 법의 지배, 박영사, 2016.
김삼웅, “일제와 닮은 유신시대 ‘막걸리 보안법’ 백태”, 「구보학회」, 2011.
김선택, “유신헌법의 불법성 논증”, 「고려법학」, 2007.
_____, “위헌적 헌법 개정에 관한 위헌심사론 - 유신헌법의 경우-”, 「공법연구」, 2011.
김성천・김형준, 형법총론, 동현출판사, 2005.
김영준, “유신헌법과 조국의 평화통일”, 「국회보」, 1973.
김윤태, 사회학의 발견, 새로운사람들, 2007.
김춘환, “위임 입법의 한계와 국회에 의한 통제”, 「공법연구」 제34집 제3호, 2006.
김한균, “국가범죄의 피해자, 국가 책임의 관점에서 본 세월호 참사의 극복과제”, 「한국피해자학회학술논문집」, 제23집 제1호, 2015.
나종석, “홉스의 정치철학과 고전적 정치철학의 붕괴”, 「사회와 철학」, 2003.
박기석, “국가폭력과 피해자”, 「법학논총」제32집 제2호, 2012.
박성호, “법의 정당에 관한 연구”, 「중앙법학」 제22집 제4호, 2020.
_____, “입법권의 남용과 제한에 대한 연구”, 「중앙법학」 제24집 제2호, 2022, 6.
박정희, “대통령각하의 특별담화”, 「대한지방행정공제회」, 1972
변동명, “제1공화국 초기의 국가보안법 제정과 개정”,「민주주의와 인권」, 2007.
손병석, “공적주의(功績主義) 정의론과 최선의 국가”, 「범한철학」, 2012.
송기춘, “폭력사회와 입법적 폭력”, 「민주법학」 통권61호, 2016. 7.
심재우, “권력자와 법치주의”, 「동아법학」제21호, 1996.
양정심, “제주 4.3항쟁연구”, 성균관대학교대학원 박사논문, 2005.
엄순영, “사법적 폭력과 법치주의”,「 민주법학」 통권 61호, 2016, 7.
양선숙, “법, 규범성, 그리고 규칙 준수의 동기에 대한 관행론적 이해”, 「법철학연구」 제15권제3호, 2012.
아리스토렐스(천병희 옮김), 정치학, 도서출판 숲, 2014.
이성택, “민주화 이후의 『국가보안법』: 제도화와 담론화의 전제주의 경향성을 중심으로”, 「사회와 이론」, 2006.
이재승, “소위 제주 4.3 관련 군법회의 재판은 재판인가?”, 「4.3과 역사」, 2002.
_____, “대칭성법학”,「민주법학」 통권61호, 민주주의법학연구회, 2016
_____, 세월호 참사와 피해자의 인권, 「민주법학」제60호, 2016, 3,
오동석, “20세기 전반 미국 국가보안법제의 형성과 전개”, 「공법연구」, 2008.
육종수, “유신헌법질서의 전개”,「보운」, 1972.
제주4.3연구소, 「무덤에서살아나온4.3수형자들」, 역사비평사, 2002.
전갑생, “한국전쟁기 간첩 담론 연구”, 「역사연구」, 2012.
전종익, “포괄 위임 금지 원칙의 기준”, 「아주법학」, 제7권 제3호, 2013, 12.

정극원, “헌법재판에서 포괄 위임법금지 원칙의 적용”, 「헌법학연구」 제15권 제3호, 2009, 9.
정지운, “국가(기관)폭력에 의한 피해자-진실화해위원회의 결정을 중심으로-”, 「피해자학연구」 제15권 제2호, 2007.
제주4.3연구소, 「무덤에서살아나온4.3수형자들」, 역사비평사, 2002.
토마스 홉스(진석용 역), 리바이어던 1, 나남, 2012.
홍영기, “국가권력의 한계, 어디서 비롯되는가”, 「법철학연구」 제8권, 2005.
Theo J. Anglis and Jonathan H.Harison, History and Importance of Rule of Law, World Justics Project.
高橋文彦, 法的思考の論理, 成文堂, 2013.
愛敬浩二,『法の支配』再考-憲法學の視点から, 憲法の眼, 1998 여름.

【국문초록】

공동체에서 권력의 목적은 권력을 위한 것이 아니라 구성원들과 공동체를 위한 목적이어야 한다. 공동체 구성원들이 권력을 위임한 근거는 구성원들이 공동체에서 자신의 목적을 실현하기 위한 것이라는 점에서 권력은 구성원들의 목적 실현을 위한 도구적 역할을 해야 함은 당연하다. 또한 권력의 행사는 법에 근거해야 한다. 법에 근거한 권력 행사를 요구하는 것은 권력의 자의적인 행사를 방지하고 권력의 남용을 방지하고자 한 것이라고 할 수 있다. 그런데 권력의 행사가 법에 근거하기만 하면 어느 경우나 그것이 법의 지배나 법치주의에서 요구에 부응하는지 의문이다. 현대 사회와 같이 법을 형성할 권한이 입법 기관 뿐 아니라 행정, 사법 권력에게 모두 인정되는 상황에서 형식적 법에 근거한 권력 행사의 정당성 인정에는 문제가 있다. 오히려 형식적 법에 근거한 권력의 행사로 인한 구성원들의 피해의 문제는 현대사에서 어제 오늘의 일이 아닌 점은 주지의 사실로 인정된다. 1945년 8월 15일 해방 이후 대한민국 현대사에서도 권력은 법적인 근거에 의하거나 법적인 근거가 없이 민간인에 대한 수많은 형태의 피해를 입혔던 것은 역사적 사실이다. 그러나 국가 기관의 권력 행위에 대한 폭력을 인정한 사실이 없는 점에서 피해자는 존재하지만 가해자는 존재하지 않는 이상한 형태의 범죄가 있을 뿐이다. 더욱이 대한민국 현대사의 공식적인 역사에서 피해자의 대부분은 빨갱이와 공산주의자라는 오명과 누명 속에서 권력 기관의 감시와 통제를 받으며 오욕적인 삶을 살았던 것이다. 아직은 국가의 권력의 행위에 따른 피해 대해 국가 폭력이라고 말하기는 이른지 모른다. 그러나 국가의 권력적 행위가 언제나 정당하지 않은 이상 피해자가 존재하는 상황에서 방관할 수 많은 없을 것이다. 따라서 국가 권력의 남용을 폭력으로 인정함은 물론 피해자에 대한 보상 및 배상 등이 필요할 것이다.

【Abstract】

On state violence by power

PARK SUNG HO
(Ph.D. program at Inha University Graduate School)

The purpose of power in a community should not be for power, but for members and communities. Given that the basis for delegating power by community members is for members to realize their purpose in the community, it is natural that power should play a role as a tool for realizing the purpose of members. Also, the exercise of power should be based on law. It can be said that demanding the exercise of power based on the law was to prevent arbitrary exercise of power and to prevent abuse of power. However, as long as the exercise of power is based on the law, it is questionable whether it meets the demands of the rule of law or the rule of law in any case. In a situation where the authority to form laws is recognized not only by legislative agencies but also by administrative and judicial powers, such as in modern society, there is a problem in recognizing the legitimacy of the exercise of power based on formal laws. Rather, it is recognized as a well-known fact that the problem of damage to members due to the exercise of power based on formal laws is not something new in modern history. It is a historical fact that after liberation on August 15, 1945, power has caused numerous forms of damage to civilians, either on legal grounds or without legal grounds. However, given that there is no recognition of violence against the

acts of power by state agencies, there is only a strange form of crime in which the victim exists but the perpetrator does not exist. Moreover, in the official history of modern Korean history, most of the victims lived a misogynistic life under the supervision and control of power institutions amid the stigma and false accusations of being red and communist. It may be too early to say that the damage caused by the actions of the state's power is state violence. However, unless the state's powerful actions are always justified, there will be not many people to sit on the sidelines in the presence of victims. Therefore, it will be necessary not only to recognize the abuse of state power as violence, but also to compensate and compensate the victims.

주제어(Keyword) : 국가 폭력(state violence), 권력의 목적(the purpose of power), 법의 목적(the purpose of the law), 권력의 피해자(a victim of power), 권력의 남용(abuse of power)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제108호 2023년 3월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2023.108.45

프랑스민법상 lettre d'intention(의향서) 제공자의 책임

이 상 헌*

▶목 차◀

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 프랑스민법상 의향서에 대한 규율
1. 의향서에 대한 규정
2. 의향서의 존재이유
3. 부종성이 없는 다른 인적담보와의 비교
4. 의향서의 법적성격
6. 의향서 제공자가 부담하는 의무의 내용
7. 의향서 효력의 소멸
8. 의향서를 둘러싼 법률관계의 정리
Ⅲ. 우리 판례상 의향서의 지위
1. 컴포트레터의 법적 구속력
2. 컴포트레터 제공자의 책임 여하
3. 기타의 문제
Ⅳ. 결 론

Ⅰ. 서 론

프랑스민법은 제4권에서 담보권(sûretés)으로서 "누구든지 개인적으로 채무를 부담한 자는 현재 및 장래의 자신의 모든 동산과 부동산인 재산을 가지고 의무를 이행할 책임이 있다."고 규정하고(프랑스민법 제2264조), 제4권 제1편에서 인적담보(sûretés personnelles)와 제4권 제2편에서 물적담보(sûretés réelles)을 구분하여 규정한다. 이중에서 물적담보는 "현재 또는 장

* 경북대학교 법학전문대학원 부교수.

래의, 재산 또는 집합재산을 채권자의 우선적 또는 배타적인 변제에 할당하는 것이다."라고 하여(프랑스민법 제2323조) 재산 또는 집합재산을 채권자의 변제에 두는 것임을 분명히 하고 있고, 인적담보로 담보제공자가 채무자의 채무불이행의 경우에 채무자의 채무를 이행하는 보증(프랑스민법 제2288조, cautionnement)과 담보제공자가 제3자에 의하여 약정된 채무를 고려하여 독립적으로 일정액을 지급할 의무를 지는 독립적 보증(프랑스민법 제2321조, garantie autonome), 담보제공자가 어느 채무자의 채무이행에 있어서 채무자에 대한 지원을 목적으로 작위 또는 부작위의무를 부담하는 의향서(프랑스민법 제2322조, lettre d'intention)를 규정한다.

프랑스민법상 인적담보는 2006년 3월 23일자 오도낭스(ordonnance)에서 명시되고 개정 프랑스민법전 제1102조에 규정된 바와 같이 계약의 자유의 원칙에 의해 지배되며, 인적담보를 제공하는 자가 반드시 주채무자의 채무에 부종적으로 채무를 부담하도록 하고 있지는 않다.[1)]

이와 관련하여 프랑스민법에서는 채무자가 채권자에 부담하는 채무를 인적담보하는데 있어서 세가지 방향을 제시하고 있다. 첫째, 보증채무(cautionnement)는 주채무자가 채권자에게 부담하는 채무를 이행하지 않는 경우 보증인이 주채무자의 채무를 이행해야 한다(프랑스민법 제2288조[2)]). 이에 따라 채권자는 주채무자 대신에 보증채무자에게 자신의 채권을 행사할 수 있다는 장점을 가지는 반면, 보증인이 주채무자가 가진 항변을 채권자에게 주장할 수 있다는 점에서(프랑스민법 제2298조) 담보력에 제한을 받게 된다. 둘째, 독립적 보증(garantie autonome)의 경우, 채권자는 채무자가 채무를 이행하지 않았다는 사실만으로 담보제공자로부터 합의된 금액을 청구할 수 있고, 담보제공자는 주채무자가 가진 항변을 가지고 채권자에게 대항할 수 없다(프랑스민법 제2321조 제3항). 채권자는 독립적 보증인으로부터 주채무자가 가진 항변으로 대항받지 않는다는 점에서 강한 담보력을 향유할 수 있다. 셋째, 의향서(lettre d'intention)의 경우, 의향서 제공자는 어느

1) Ph. Malaurie et L.Aynès, *Droit des sûretés,* 15e édition, LGDJ, 2021, n° 224.

2) 보증채무의 부종성 내지 보증인의 항변권 관련한 문제는 우리 민법도 같은 취지의 규정을 두고 있어서 상론하지 않기로 한다.

채무자의 채권자에 대한 채무 이행에 있어서 채무자에 대한 지원을 목적으로 하는 작위 또는 부작위의무를 부담한다. 채권자는 채무자가 채무를 이행하지 않으면, 의향서 제공자를 상대로 채무자에 대한 지원을 목적으로 하는 작위 또는 부작위의무 불이행을 이유로 하는 책임을 물을 수 있다는 점에서 담보력을 향유한다. 프랑스민법전에서 의향서가 인적담보로서 규정되기는 하였지만, 단 한 조문만으로 규정하고 있어서 그 내용과 효력을 둘러싸고는 여전히 프랑스에서도 학설이나 판례로 형성중에 있는 것으로 이해되고 있어서 아직 명확하지 않은 부분이 남아 있다. 즉, 프랑스민법상 의향서 제공자는 채권자에게 의향서에서 자신이 약정한 의무, 즉 해야 할 의무 또는 하지 말아야 할 의무를 부담한다는 점에서 주채무자가 부담하는 채무에 대해서 부종성이 없다는 특성을 가지고 있음(담보가치의 하락을 의미함)과 동시에, 의향서 제공자 자신이 직접 채권자에게 부담하는 채무를 이행하지 않는데 따른 책임을 진다는 특성을 가지고 있다(담보가치의 증대를 의미함).

이 논문에서는 프랑스민법상의 인적담보중 담보제공자가 채무자가 부담하는 채무에 종속되지 않으면서도 담보의 목적을 다하도록 실무상으로 형성된 의향서를 둘러싼 법률관계를 살펴보고자 한다.

한편, 프랑스에서의 의향서 제공에 따른 법률관계가 입법화되고 학설 판례상으로 논의된 것과 마찬가지로 우리 대법원에서도 컴포트레터(Letter of Comfort[3])를 대주에게 제공한 모회사가 자회사의 채무불이행에 따른 책임을 부담하는지의 문제를 다룬 바 있다.[4] 영미법상 컴포트레터(Letter of Comfort)는 그 제공자가 채권자에게 서면을 제출하여 안심시킴으로서 채권자가 특정한 채무자와 법률관계를 맺는다는데서 유래되었고,[5] 프랑스에서

---

3) 프랑스민법상의 의향서(lettre d'intention)은 영미법상 Letter of comfort 내지 Comfort letter로 불린다는 설명으로, L. Aynès et P. Crocq. *Les sûretés,* 4e édition, Defrénois, 2009, n° 470.

4) 대법원 2014. 7. 24. 선고 2010다58315판결에서 컴포트레터도 계약 해석상 법적 구속력을 가질 수 있다고 한 것에 관해서 이를 긍정하는 견해로 김연학, "컴포트레터(Letter of Comfort)에 기한 채무불이행책임-대상판결:대법원 2014. 7. 24. 선고 2010다58315판결-", BFL 70권(2015), 서울대학교 금융법센터, 94면.

5) 박훤일, "컴포트 레터의 법적 문제", 비교사법 제9권 3호(통권 18호), 2002, 399면은 컴포트레터(Comfort Letter)가 법적 구속력이 없으면서 대주를 안심시키는 의미의

도 의향서(lettre d'intention)와 lettre de comfort는 혼용되고 있다는 점에서, 프랑스민법상의 의향서를 둘러싼 법률관계는 우리나라에서 논의된 컴포트레터를 둘러싼 법률관계 해석과 일맥상통할 수 있다고 생각한다. 이런 점에서 우리 민법상 컴포트레터에 관한 논의를 정리하고 프랑스민법상의 해석을 참고할 만한 것이 있는가를 살펴보는 것도 의미를 가진다고 하겠다.

Ⅱ. 프랑스민법상 의향서에 대한 규율

1. 의향서에 대한 규정

프랑스민법 제2322조는 "의향서는 어느 채무자의 채권자에 대한 채무이행에 있어서 채무자에 대한 지원을 목적으로 하는 작위 또는 부작위의 의무부담이다."라고 규정한다. 프랑스민법전 제2322조의 신설 전에도 프랑스에서는 이미 의향서를 보증이나 독립적 보증과는 구분되는 고유한 인적 담보수단으로 이해하는 해석론이 확고히 자리잡고 있었다.[6]

의향서 제공자는 자신이 영향력을 행사하는 자회사에 대해 채권자를 안심시키기 위해 행위할 것(예를 들어, 그의 자회사를 재정적으로 지원하는 것) 또는 하지 않을 것(예를 들어, 자회사 지분을 매각하지 않는 것, 제3자와 특정 유형의 계약을 체결하지 않는 것...) 또는 자회사가 그의 약속을 직접 이행하도록 하기 위하여 일반적으로 필요한 모든 것을 하기로 약정한다. 프랑스에서는 의향서가 담보수단이라기 보다는 구속력없는 도덕적 약정으로 인식되었고,[7] 이러한 유형의 약속이 보증에 대한 대안으로 생각되었으며, 보증에 비해서는 요건 등에 있어서 덜 형식적이라고 하는 장점 때문에 활용도가 인정되었다.[8] 의향서는 금융 관행에서 발생한 것이었기에, 이를 민법

서면에서 유래된 것으로 설명한다.

6) 의향서는 일찍이 영국계 금융실무에서 발전되어 왔다는 내용으로, P. Simler, Jurisclasseur-*art 2322 Fasc. lettres d'intention*, 2022, 8. 30, n° 1.

7) M. Bourassin, V. Bremond et M.-N. J-Bachellier, *Droit des sûretés,* 2e édition, Dalloz, 2010, n° 472.

전에 정식으로 규정하는 것이 타당한 것인지에 관해서는 2006년 입법당시 찬반양론이 있었다. 즉, 계약의 자유와 채무의 일반법상 유연성을 보장하는 것이 필요한데, 의향서를 법적개념으로 가두어 두는 경우에는 유연성이 상실될 우려가 있다는 점을 드는 입법반대설[9]이 있었지만, 다수의 인적담보를 규정하는 것이 유용할 수 있고 의향서는 다른 인적 담보로 환원될 수 없는 고유성을 가진다는 점 등을 근거로 하는 입법찬성설[10]이 받아들여져 2006년 개정 프랑스민법은 제2322조를 규정하기에 이르렀다. 프랑스에서는 그렇다고 해서 담보역할을 하는 다른 형태의 약정이 불가능한 것은 아니고 여전히 계약 자유에 근거한 다른 유형의 담보도 유효한 것으로 다루어진다.[11]

2. 의향서의 존재이유[12]

프랑스에서 의향서에 관한 판례들에서 다루어진 사례를 보면, 모회사가 자회사의 채권자 (또는 장래의 채권자)인 은행에 보낸 문서로서 자신이 자회사를 지원하기 위해 “필요한 모든 것을” 또는 “가능한 모든 것을” 약속하는 경우가 많은 부분을 차지한다.[13] 즉, 의향서 제공자인 모회사의 건전성과 좋은 평판뿐만 아니라 모회사와 의향서를 수령한 채권자인 은행과의 관계를 토대로 은행에게 채무자와의 거래를 위한 신뢰를 일으켜 주는데에 의향서의 실익이 있다. 또한, 의향서 제공자는 보증인이 명시적으로 주채무자를 대체하여 채무불이행책임을 지는 것과는 달리 채권자인 은행에게 모호한 약속을 하고자 하는 실무적인 이유[14]가 있다고도 설명된다. 이와 같이

8) Ph. Malaurie et L.Aynès, *op. cit.,* n° 249.

9) *Ibid.*

10) *Ibid.*

11) *Ibid.*

12) P. Simler, op. cit., n° 1.

13) 의향서에 관한 프랑스 최초의 판결인 Cass. com., 21 Déc. 1987. 85-13.173.의 사례에서, 의향서 제공자는 “재정적 필요에 따라 자회사를 감시하고 지원하며, 필요한 경우 자회사가 귀하에게 할 수 있는 모든 약속을 이행하도록 자회사를 대체할 것이며, 우리의 관심사는 지속 가능한 방식으로 자회사의 변제능력을 보장하는 것이다.”라고 하고 있었다.

의향서가 활용되는 국면을 보면, 보증을 통한 명확한 책임 제공을 회피하려는 의향서 제공자의 의도가 숨어있다. 그렇다고 채무자의 채무불이행이 있는 경우 의향서 제공자가 법적인 책임을 회피할 수는 없다고 본 것이 종래부터 프랑스 판례의 태도였고,[15] 이제 프랑스민법 제2322조는 의향서 제공자의 법적인 책임을 명시적으로 규정하기에 이르렀다. 결국, 의향서 제공자는 결코 채권자에게 모호한 위치에 있을수 없는 것이다. 그렇다면 의향서 제공자는 기존의 다른 인적 담보와의 관계에서 어떤 위치에 서야 할 것인가? 가령, 보증인은 주채무에 부종하는 특성을 가지고 있어서 보증인이 주채무자가 가진 항변으로 채권자에게 대항할 수 없는 결과 담보력이 감소된데 반하여, 독립적 보증인은 주채무에 대한 부종성이 단절되어 있음으로 인해서 채권자의 담보력이 증가되도록 설계되어 있다. 의향서 제공자가 부담하는 책임역시 주채무와는 독립하여 의향서 제공자 자신의 채무로 인식되는 만큼, 보증에 비하여 담보력이 강화되어 있는데 반하여, 독립적 보증인이 주채무불이행 사실만으로 약정된 금액을 채권자에게 지급해야 하는 만큼 독립적 보증인보다는 담보력이 약한 것이 사실이다.[16] 의향서의 법적 구속력을 전제로 그 담보가치와 효용을 살펴보려면 프랑스민법상 부종성이 없는 다른 인적담보와의 비교가 필요하다고 본다. 아래에서 살펴본다.

3. 부종성이 없는 다른 인적담보와의 비교

(1) 독립적 채무보증(garantie autonme)와의 구별

의향서 제공자가 채권자에게 지는 채무는 프랑스민법상 독립적 보증인이 제3자에 의하여 약정된 채무를 고려하여 일정액의 금전을 채권자에게 지급하기로 약정하는 독립적 채무보증(garantie autonme)과 구분된다.[17] 독립

14) Cass. com., 20 févr. 2007, n° 05-18.882.

15) Cass. com., 17 mai. 2011, n° 09-16.186.

16) 의향서는 보증과 독립적 보증의 중간 정도의 부종성(accessoriété médian)을 가지는 것으로 평가된다는 설명으로, M. Bourassin, V. Bremond, *op.cit.,* n° 495.

17) M. Bourassin et V. Bremond, *op. cit.*, n° 740.

적 보증인은 피보증채무에 관한 어떠한 항변으로도 대항할 수 없다는 점에서(프랑스민법 제2321조) 담보력이 강화된 보증채권이다.[18]

(2) 불완전 채무참가와의 구별

프랑스민법상 불완전채무참가(délégation imparfaite)[19]는 일종의 담보로서의 역할을 한다.[20] 즉, 프랑스민법상 불완전채무참가는 참가채권자(délégataire)가 참가지시자에게 채권을 가지고 있는 상황에서, 참가채권자가 참가채무자(débiteur)를 새로운 채무자로 받아들이면서도 참가지시자(délégant)의 참가채권자에 대한 기존 채무를 면제시켜주지 않는 형태의 채무참가인데(프랑스민법전 제1338조), 참가채무자가 참가지시자와 독립하여 참가를 약속한다는 점에서 채권자에게는 담보를 구성하는 것이다. 예를 들어, 임대인이 자신의 채권자중 한 사람을 위해서 임차인을 참가시키는 것이나 수급인이 하수급인을 위하여 도급인을 참가시키는 것을 들 수 있다.[21] 더욱이 프랑스민법전은 참가채무자가 채무참가를 함에 있어서 달리 정하지 아니하는 한 기존의 채무관계(참가채무자와 참가지시자 간의 관계 또는 참가지시자와 참가채권자 간의 관계)에서 발생하는 항변사유를 가지고 참가채권자에게 대항할 수 없다(프랑스민법전 제1336조 제2항)고 함으로써, 참가채권자의 입장에서는 참가채무자로부터 항변을 받지 않는다는 점에서 보증과는 다른 강한 담보의 역할을 하게 되는 것이다.

(3) 제3자의 행위담보(Porte-fort d'execution)와의 구별

프랑스민법전 제1204조에 규정하는 제3자의 행위담보(Porte-fort

18) M. Bourassin, V. Bremond, *op.cit.,* n° 495.

19) 채무참가는 우리 민법상 채무인수와 유사하지만, 채무인수에 있어서는 기존의 채무가 동일성을 유지하면서 채무자로부터 채무인수인에게로 이전하는데 반해, 채무참가의 경우에는 참가지시자의 채무가 이전하는 것이 아니라, 참가채무자가 새로운 채무를 부담한다는 점에서 차이가 있다는 설명으로, 남효순, "프랑스민법상 '채무참가를 시키는 제도(채무참가제도)(Délégation))", 민사법학 제71호 2015. 6., 351면.

20) Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicite fonciere,* 5e édition, Dalloz, 2009, n° 349.

21) Ph. Malaurie et L.Aynès, *op. cit.,* n° 228.

d'execution)는 낙약자가 수익자에게 제3자의 행위(예를 들어, 제3자인 회사가 일정액의 배당금을 분배하는 행위)를 약속하는 경우를 말하는 것으로서,[22] 제3자가 그 행위를 이행하지 않는 경우에는 낙약자의 채무불이행으로 귀결되고, 반대로 제3자가 그러한 행위를 이행하는 경우에는 낙약자의 채무도 소멸한다(동조 제2항 제1문). 제3자의 행위담보는 금원을 지급하는 손해배상책임을 발생한다는 점에서 그 성립을 위해서는 프랑스민법전 제1376조[23]에서 말하는 '당사자 일방만이 일정금액의 지급 또는 대체물의 양도를 약정하는 내용의 사서증서'를 요구하는 것으로 해석되기도 한다.

의향서 제공자와 제3자의 행위담보를 제공한 자 모두 채무자의 채무의 이행을 담보한다는 점에서는 공통점이 있고, 이런 점에서 두가지 모두 프랑스민법의 해석상 손해배상담보(garanties indemnitaires)의 범주를 구성하는 것으로 이해되고 있다.[24] 하지만, 의향서를 제공한 자는 결과채무를 부담하는 경우와 수단채무를 부담하는 경우가 있는데 반하여(아래 6.(2)에서 본다), 제3자의 행위담보를 제공한 자는 채무자가 채무를 이행하지 않는 경우에 결과채무 위반에 따른 손해배상책임[25]을 진다는데 큰 차이가 있다. 특히 제3자의 행위담보를 제공하는 자가 손해배상책임을 부담하는데 있어서 그 행위담보를 제공하는 자의 귀책을 요구하지 않는 것은 물론 채무자의 귀책도 필요하지 않은 것으로 해석되고 있다.[26] 이런 차이점은 결국 의향서를 제공한 자는 자기 자신의 행위를 약속하는 것인데 반하여, 제3자의 행위담보를 제공한 자는 3자인 채무자의 행위를 약속한다는 차이에서 나온다.[27]

---

22) 한불민사법학회, 「개정 프랑스채권법 해제」, 박영사, 2021, 272면(이은희 집필부분).

23) 프랑스민법 제1376조: 당사자 일방만이 상대방에게 일정금액의 지급 또는 대체물의 양도를 약정하는 내용의 사서증서는 의무를 부담하는 자의 서명과 함께 금액 또는 수량을 구성하는 모든 문자와 숫자가 그에 의하여, 기재되는 경우에만 증명력이 인정된다. 양자가 다른 경우 사서증서는 문자로 기재된 금액에 증명력이 있다.

24) P. Simler, Jurisclasseur-*Synthese-Garanties autonomes et lettres d'intention,* 1 Juin. 2022, n° 42.

25) Cass. 1re civ., 25 jan. 2005, n° 01-15.926.

26) Ph. Malaurie et L.Aynès, *op. cit.,* n° 230.

27) M. Bourassin et V. B*remond, op. cit.,* n° 474.

4. 의향서의 법적 성격

(1) 다양한 내용에 따른 법적 성질

프랑스에서 논의되는 의향서는 의향서 제공자가 작성하는 내용에 따라 서로 다른 법적 성질과 효력을 띠는 것으로 설명된다.[28] 첫째, 의향서는 법적 효력이 없는 도덕적 약속을 가지는 경우가 있다. 종래 전통적인 의미에서 의향서 제공자가 수취인에게 잠재적인 매수인을 추천하거나 정보를 제공하는 경우이다.[29] 의향서를 받은 수취인에게는 어떠한 권리도 제공되지 않고, 어떠한 법적 효력도 주어지지 않는다. 하지만 프랑스민법 제2322조는 의향서 제공자가 채무자에 대한 후원(soutien)을 목적으로 어떤 일을 하거나 하지 않는다는 것을 약정(engagement)했다는 점에서 법적 구속력 없는 의향서는 프랑스민법 제2322조의 적용대상은 아닌 것으로 해석된다.[30] 둘째, 의향서 제공자가 진정한 보증을 하는 경우도 있다. 여기서는 의향서가 진정한 보증을 감추는 경우(cautionnements déguisés)로 이해된다.[31] 의향서를 제공하는 자가 채무를 변제하겠다는 약속을 표시하면서도 보증임을 표시하지 않는 것이다. 프랑스 파기원은 SCOA사가 자신이 Rone사에 준 의향서에서 자신의 자회사인 CPL이 18개월 이내에 채무를 변제하는 것을 약속한 사안에서, "자신이 해야 하거나 하지 말하야 할 채무를 의향서의 내용으로서 포함시켰지만, 결국은 모회사가 채무를 이행하지 않은 자회사를 대체해야 했고, 이는 보증을 의미하는 것이다."라고 함으로써 의향서가 실질적으로는 보증에 해당한다는 판단을 한 예도 있다.[32] 셋째, 의향서의 일반적인 모습으로서 의향서 제공자는 채권자에게 작위 또는 부작위의무를 부담하는 경우이다.[33] 의향서는 하거나 하지 말아야 하는 것을 채무로 한다는

---

28) P. Simler, *op. cit.,* n° 5.

29) *Ibid.*

30) M. Bourassin, V. Bremond *op. cit.,* n° 740.

31) P. Simler, Jurisclasseur-*Synthese-Garanties autonomes et lettres d'intention,* 1 Juin. 2022, n° 40.

32) Cass. com., 7 oct. 1997, n° 95-15.165.

33) Cass. com., 18 avr. 2000, n° 97-19.043은 "회사는 자회사가 채무불이행하는 경우에도,

점에서 담보제공자가 금전지급의무를 지는 것과는 구분된다.[34] 이와 같은 의향서의 모습은 프랑스민법 제2322조가 다루는 것이며, 이는 앞에서 말한 도덕적 약속으로서의 의향서나 가장된 보증의 성질을 가지는 의향서의 중간적인 모습으로 이해된다.[35] 이와 같은 의향서 제공자가 부담하는 채무는 수단채무인 경우도 있고 결과채무인 경우도 있는데, 어느 경우에나 의향서 제공자는 자신의 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 진다.[36] 뒤에서 보는 바와 같이(6.(2)) 의향서 제공자가 부담하는 채무가 수단채무인 경우에는 채권자가 의향서 제공자의 채무불이행 요건을 증명해야 한다는 점에서 담보력에 있어서 제한을 가질 수 밖에 없다.

그렇다면 프랑스민법 제2322조가 규정하는 의향서를 제공받는 채권자가 가지는 담보력과 종래의 보증채무를 제공받은 채권자가 가지는 담보력은 어떤 차이가 있다고 볼 것인가? 보증채무를 제공받는 채권자는 주채무자가 채무를 이행하지 않는 경우에 보증인에게 책임을 물을수 있다는 점에서 채권자가 담보 제공자의 채무불이행 요건을 증명해야 하는 의향서에 비해서 담보력이 뛰어나다고 할 수 있다. 하지만 보증채무를 제공받는 채권자는, 보증채무자로부터 주채무자가 가지는 항변으로 대항받을 수 있다는 점에서 의향서에 비해서 담보력이 떨어지는 것을 경험하게 된다. 이와 같은 차이점은 의향서를 제공받은 채권자와 의향서 제공자 사이에 의향서 제공을 둘러싼 동상이몽을 낳기 쉽다. 즉, 의향서 제공자는 자신이 보증채무자와는 달리 주채무자를 대체하여 보증채무를 부담하기로 한 것은 아니라는 주장을 하게 되는 것이고, 의향서를 제공받은 채권자는 의향서를 제공받은 사실만으로도 보증채무자가 주채무자를 대신하여 채무를 이행할 것을 기대했다고 주장하게 될 것이다. 또한, 의향서 제공자가 채권자로부터 채무이행을 청구

단순히 자회사를 대체하는 약속을 하지 않는다."고 하고 있다. 특히, 의향서 제공자가 제공하고자 하는 채무의 내용은 의향서의 명칭을 불문하고 법원에 의하여 확정된다는 설명으로 M. Bourassin et V. B*remond, op. cit.,* n° 477.

34) P. Simler, Jurisclasseur-*Synthese-Garanties autonomes et lettres d'intention,* 1 Juin. 2022, n° 43.

35) P. Simler, *op. cit.,* n° 7.

36) L. Aynès et P. Crocq. *op. cit.,* n° 361.

받는 경우 주채무자가 가지는 항변으로 대항하려는 시도를 하게 될 것인데 반하여, 의향서를 제공받은 채권자는 의향서 제공자는 주채무자가 가지는 항변을 주장할 수 없다고 주장하게 될 것이다. 이런 점에서 의향서 제공을 둘러싼 법률관계는 과연 의향서를 제공한 자와 이를 제공받은 자가 어떤 의도를 가지고 법률관계를 체결하게 되었는지에 관심을 가지게 될 것이다. 프랑스의 판례 역시 의향서 제공을 둘러싼 법률관계를 해석함에 있어서 의향서의 문면 내용 뿐만 아니라, 의향서 제공자, 채무자, 채권자들이 의향서를 제공하는 것과 관련하여 가지고 있었던 환경들에 관심을 가지는 것도 이러한 이유 때문일 것이다.

(2) 손해배상담보(garantie indemnitaire) 내지 우리 민법상 손해담보계약과 비교

의향서 제공자는 주채무자의 채무와는 구분되는 자신의 채무를 이행하기로 약정하는 것으로서 자신의 채무의 불이행에 대하여 손해배상책임을 진다. 그래서 프랑스 문헌에서는 의향서 제공에 다른 법률관계를 손해배상담보(garantie indemnitaire)계약에 해당하는 것으로 설명한다.[37][38]

한편, 우리 민법상 손해담보계약은 채무자가 약속한 급부가 실현되지 않았다는 객관적인 사실이 있는 경우 담보제공자는 주채무자가 가지는 항변의 영향을 받지 않는 것으로 설명된다.[39] 이때, 손해담보계약의 채권자는 채무자가 채무를 이행하지 않았다는 사실만으로 담보제공자로부터 합의된 금액을 청구할 수 있다. 하지만, 프랑스민법상 의향서를 제공받은 채권자가 의향서 제공자에게 손해배상책임을 묻기 위해서는 의향서 제공자가 자신의 채무를 이행하지 못했다는 점을 증명해야 한다는 점에서, 프랑스민법상 의향서는 우리 민법상 논의되어 온 손해담보계약과는 다소 차이를 보인다.[40]

---

37) M. Bourassin, V. Bremond *op. cit.,* n° 740.

38) P. Simler, Jurisclasseur-*Synthese-Garanties autonomes et lettres d'intention,* 1 Juin. 2022, n° 42.

39) 김형석, "보증계약과 손해담보계약", 저스티스 통권 제77호, 2004. 2. 한국법학원, 52면.

40) 장준혁, "프랑스민법상의 협력장에 관한 연구-개정 담보법(2006)의 내용을 중심으로-", 민사법학 제49권 제2호, 2010, 161면.

결국, 프랑스민법상 의향서는 우리 민법상 손해담보계약에 비해 담보력이 떨어진다고 평가할 수 있다고 본다.

5. 의향서의 요건

(1) 증거법적 요건 또는 형식

의향서 제공자는 일정한 금액의 지급 또는 대체물의 양도를 약정하는 내용의 사서증서의 증명력에 관하여 규정한 프랑스민법 1376조[41](구 프랑스민법 제1326조)의 적용을 받지 않는다. 그 이유는 프랑스민법 제1376조는 일정금액 지급을 약정하는 내용의 사서증서의 증명력에 관하여 규정하고 있는데, 의향서 제공자는 작위채무를 부담하는 것이지 돈을 지급하는 채무를 부담하는 것이 아니기 때문이다.[42] 하지만 학설상으로는 의향서 제공자의 보호를 위하여 프랑스민법 제1376조를 적용함으로써, 의향서 제공자가 자신의 의무의 성격과 범위를 명시하는 형식을 요구하는 것이 바람직하다는 견해도 제시되어 있다.[43]

(2) 실체법적 요건

프랑스민법상 의향서 제공자가 의향서 수취인에게 지원을 약정하는 것도 프랑스민법상의 계약의 유효요건을 충족해야 한다. 프랑스민법 제1128조는 계약이 유효하기 위한 요건으로서 당사자의 합의(consentement des parties), 계약체결능력(capacité de contracter), 적법하고 확정적인 내용(contenu licite et certain)[44]을 요구하므로, 아래에서는 당사자의 합의를 제

41) **프랑스민법 제1376조**: 당사자 일방만이 상대방에게 일정금액의 지급 또는 대체물의 양도를 약정하는 내용의 사서증서는 의무를 부담하는 자의 서명과 함께 금액 또는 수량을 구성하는 모든 문자와 숫자가 그에 의하여, 기재되는 경우에만 증명력이 인정된다. 양자가 다른 경우 사서증서는 문자로 기재된 금액에 증명력이 있다.

42) Cass. com., 25 oct. 2011, n° 10-25.607.

43) M. Bourassin et V. B*remond, op. cit.,* n° 493.

44) 프랑스민법 제1128조의 "적법하고 확정적인 내용"은 개정전 프랑스민법 제1108조의 "목적이 확정적일 것(제3호)", "꼬즈가 적법할 것(제4호)"를 통합한 것으로 설명된다. 이와 관련하여 contenu(내용)이라는 개념은 개정전의 목적(objet)과 꼬즈(cause)의

외한 각각의 요건에 관하여 논하고자 한다.

1) 계약체결능력

의향서 제공자가 의향서를 제공하는데 있어서 관련법에서 요구하는 조건이 보증에 비해서 더욱 수월한 경우에는 이해당사자들이 이를 담보로 채택하는데 있어서 더욱 유리한 위치를 차지하게 된다. 프랑스민법상 이와 관련하여 논의되는 조건들로서는 회사법적인 조건과 가족법적인 조건이 있다.

(가) 주식회사가 의향서를 제공하는 것과 관련하여, 프랑스 상사법상 주식회사가 의향서 제공과 관련한 이사회 내지 감사회의 승인를 받아야 하는지 여부가 다루어진 바 있다. 프랑스상법전 제L.225-35조 제4항 제1문에 의하면, 금융기관이 아닌 주식회사가 보증인(cautions)이 되거나, 어음보증(avals)을 하거나, 담보(garantie)를 제공하려면, 이사회(conseil d'administration)의 승인를 받아야 하고, 프랑스상법전 제L.225-68조 제2항 제2문에 의하면, 금융기관이 아닌 주식회사가 보증인(cautions)이 되거나, 어음보증(avals)을 하거나, 담보(garantie)를 제공하려면 감사회(conseil de surveillance)의 승인을 얻어야 한다. 파기원은 주식회사가 의향서를 제공하여 수단채무만을 부담하게 되는 경우는 이와 같은 승인요건을 갖출 필요가 없는 반면, 결과채무를 부담하게 되는 경우는 이와 같은 승인요건이 필요하다고 보았다.[45] 다만 개정 프랑스민법 제2287-1조와 제2322조에서 의향서 제공자가 법적 구속력이 있는 의무를 부담한다고 규정하면서 의향서 제공자의 채무를 수단

새로운 옷에 불과하다는 설명으로, O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Reforme du droit des contrats, du regime general et de la preuve des obligations,* 2nd édition, LexisNexis, 2018, p. 200.

45) 1999년 1월 26일자 소니 판결의 내용은 다음과 같다(cass. com., 26 janv. 1999, n° 97-10.003).
즉, 소니사가 자신의 자회사의 지원을 위해 채권자에게 제공한 의향서에 의하면 "우리는 오늘 작성하는 약속의 이행을 위해 필요한 모든 것을 할 것이다. 우리가 간접적인 참여를 하고 있는 M사가 어음을 지급(honorer)할 수 있도록 준비(nous organiserons)할 수 있음을 보증한다."라고 하였는데, 의향서를 제공받은 채권자가 소송에 나서자, 소니사는 이사회 승인이 없음을 이유로 책임을 면하고자 의향서상의 채무가 결과채무에 해당한다고 주장하였다. 파기원은 소니사가 약속의 이행을 위해 필요한 모든 것을 한다고 했던 채무가 수단채무에 해당한다고 해석함으로써, 이사회의 승인을 얻을 필요가 없다고 판단한 것이다.

채무와 결과채무로 구분하지 않고 있음을 들어서, 의향서 제공자의 채무는 상법전 제L225-35조와 제225-68조에서의 담보(garantie)에 해당하는 것으로 해석하는 것이 다수의 해석이라고 한다.[46] 결국, 이런 해석에 따르면, 주식회사가 타인을 위하여 의향서를 제공하고자 하는 경우에는 이사회 내지 감사회의 승인을 받아야 하는 것이다.

(나) 프랑스민법 제1415조[47]는 부부 각자는 자신의 특유재산으로만 보증의무를 부담해야 하고, 그렇지 않은 경우에는 타방 배우자로부터 명시적 동의를 받아야 하는 것으로 규정한다. 이와 관련하여 프랑스 파기원은 동 규정에서 말하는 "보증(cautionnement)"의 범위에 '독립적 보증'을 포함시키는 판단[48]을 하면서도, 의향서에 관해서는 판단하지 않고 있다. 아마도 자연인이 의향서에 서명하는 것이 드물다는 현실적 이유에서 그 이유를 찾기도 한다.[49] 하지만, 의향서를 인적 담보로 명시한 프랑스민법의 태도를 고려할 때 파기원 역시 독립적 보증과 동일하게 판단하여 부부 각자가 자신의 특유재산 이외에 타방 배우자의 재산에 기반하여 의향서를 제공하는 경우에는 타방 배우자의 동의를 받아야 하는 것으로 해석하는 것이 다수의 견해이다.[50]

2) 적법하고 확정적인 내용(contenu)

프랑스민법 제1128조의 "적법하고 확정적인 내용"은 개정전 프랑스민법 제1108조의 "목적이 확정적일 것(제3호)", "꼬즈[51]가 적법할 것(제4호)"

---

46) P. Simler, Jurisclasseur-*Synthese-Garanties autonomes et lettres d'intention,* 1 Juin 2022, n° 45.

47) 프랑스민법 제1415조: 부부 각자는, 보증이나 대차에 대하여 자신의 특유재산과 수입만으로 책임지나, 이 경우 자신의 특유재산으로 책임지지 않는 타방 배우자의 명시적 동의 하에 이를 약정한 때에는 그러하지 아니하다.

48) Cass. l[re] civ., 20 juin. 2006, n° 04-11.037.

49) P. Simler, Jurisclasseur-*Synthese-Garanties autonomes et lettres d'intention,* 1 Juin. 2022, n° 45.

50) A-S. Barthez et D. Houtcieff, o*p. cit.,* n° *1440.*

51) 2016년 프랑스민법 제1128조의 개정으로 계약의 유효요건으로서 '꼬즈(cause)'의 개념이 내용(contenu)의 개념으로 대체된 것과 관련하여, 법원은 개정 프랑스민법 제1186조 제1항의 "유효하게 성립된 계약도 그 본질적 요소중 하나가 소멸한 때에는 실효한다."고 함으로써, 꼬즈(cause) 개념의 흠결을 보충하고 있다는 설명으로, M. Bourassin et V. Bremond, *op. cit.,* n° 499. 꼬즈의 개념과 프랑스민법에서의 위치에

을 통합한 것으로 설명된다.[52] 먼저 목적(objet)과 관련하여 살펴보면, 프랑스민법 제2322조에서 의향서는 채무자가 채권자에게 채무를 이행할 수 있도록 지원(soutien)을 하는 것을 목적으로 한다고 규정하고 있다. 여기서 의향서 제공자가 채무자를 "지원(soutien)"하는 내용에 관해서는, 의향서 제공자가 채무자를 위해 채무면제(remise de dette), 금전대여(prêt d'argent), 지급유예(délai de paiement)를 하는 등 다양한 내용을 가지고 있다. 즉, 의향서 제공자가 결과채무를 부담하든 수단채무를 부담하던 간에 채무자가 약속을 이행할 수 있도록 지원한다는 의미를 가진다.[53] 한편 꼬즈(cause)와 관련하여 살펴보면, 의향서 제공자가 의향서에서 채권자에게 일정한 채무를 부담하기로 하는 꼬즈(cause)는, 채권자가 의향서 제공자로부터 의향서를 받고서 채무자에게 이익(avantage)을 제공한다는 점에서 찾을 수 밖에 없다.[54] 예를 들어, 채무자가 채권자로부터 신용을 비롯한 그 밖의 이익을 얻을 수 있다는 점에서 의향서 제공자가 채권자에게 의향서를 제공하는 꼬즈(cause)가 있는 것이고,[55] 이와 같은 꼬즈로 인해서 의향서를 제공받은 채권자가 채무자에게 신용을 비롯한 그 밖의 이익을 부여하지 않은 경우에는 의향서가 무효가 된다고 해석되는 것이다.[56]

6. 의향서 제공자가 부담하는 의무의 내용

의향서의 효력은 의향서 제공자가 부담하는 의무의 내용((1)항), 의향서

관한 설명으로, 김현진, "프랑스민법상 꼬즈(cause)는 사라졌는가?-개정 프랑스민법 전산 계약의 내용(contenu)", 인하대학교 법학연구소, 20권 1호, 2017 .3. 참조.

52) 이와 관련하여 contenu(내용)이라는 개념은 개정전의 목적(objet)과 꼬즈(cause)의 새로운 옷에 불과하다는 설명으로, O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Reforme du droit des contrats, du regime general et de la preuve des obligations,* 2nd édition, LexisNexis, 2018, p. 200.

53) A-S. Barthez et D. Houtcieff, *Les sûretés personnelles,* LGDJ, 2010, n° 1436.

54) A-S. Barthez et D. Houtcieff, *op. cit.,* n° 1438.

55) M. Bourassin et V. Bremond, *op. cit.,* n° 499.

56) Jurisclasseur-Fasc.1690 : Suretes personnelles-Cautionnement, Garantie autonome et lettre d'intention, 2022. 4. 11, n° 21은 피담보채무가 부존재 또는 무효 또는 이미 소멸된 경우에는 의향서 제공자가 책임을 지지 않는다고 하고 있다.

제공자의 채무이행책임 ((2)항), 의향서 제공자의 구상권((3)항)으로 구분하여 살펴볼 수 있다.

(1) 의향서 제공자가 부담하는 의무의 내용

의향서는 원칙적으로 의향서를 제공받는 채권자에게는 어떠한 의무도 발생시키지 않는 편무적인 계약이다. 의향서 제공자의 의무는 법률적인 의무와 계약상의 채무로 구분된다.

1) 법률상 의무

프랑스민법상 직업적 채권자(créancier professionnel[57])는 매년 3월 31일 이전에 전년의 12월 31일에 보증채무로서 남아있는 채무를 보증인에게 고지할 의무를 부담하고 이를 이행하지 않으면, 이전의 고지일 이후부터 새로운 고지가 전달된 날까지의 이자 및 위약금에 대한 보증이 실효된다(제2302조). 이 규정은 직업적 채권자의 경우 채무자의 재정상황의 변화에 대해서 보증인에게 고지할 의무를 둠으로써, 보증인을 보호하는 역할을 한다. 채권자가 의향서 제공자에게 이러한 고지의무를 부담하는가를 두고 채무자의 재정 상황의 변화 또는 첫 번째 채무불이행 사실을 의향서 제공자에게 고지할 채무를 부담한다고 보는 견해[58]와 의향서 제공자는 약정목적이 채무자의 채무를 대신 부담하는 것이 아니고, 자신의 작위 또는 부작위를 이행한다는 것이므로, 채권자가 의향서 제공자에게 이와 같은 고지를 해야 할 의무를 부담하지 않는다고 보는 견해[59]가 모두 제시되어 있다.

또한, 프랑스상법전 제L.232-1조는 "매 회계연도가 종료될 때, 이사회, 이사는 보증, 어음보증 및 회사가 부담하는 담보를 대차대조표에 첨부한다. 다만 그 회사가 신용기관 또는 보증회사를 운영하는 경우는 제외한다"고 규정한다. 이 규정은 보증 및 독립적 보증에 당연히 적용된다. 프랑스 학설은 대체로 의

57) 프랑스 파기원은 직업적 채권자(créancier professionnel)는 직업의 실행에서 생기거나 직업적 활동과 직접적 연관이 있는 채권을 보유한 자라고 해석한다(Cass.1re civ., 9 juill. 2009, n°08-15910).

58) A-S. Barthez et D. Houtcieff, *op. cit.,* n° *1446.*

59) P. Simler, Jurisclasseur-*Synthese-Garanties autonomes et lettres d'intention,* 1 Juin. 2022, n° 44.

향서 제공자에게도 이 규정을 적용하는 것을 긍정하는 것으로 보인다.[60]

프랑스상법전 제L.225-35조와 제L.225-68조에 관해서는 위에서 살펴보았다.

2) 계약상 채무와 책임

의향서의 효력과 관련하여 중요한 문제는 의향서 제공자가 해야 할 채무 또는 하지 말아야 할 채무, 즉 자신의 채무를 발생시킨다는 점과 제3자의 채무에 대한 담보가 된다는 양면성이 있다는 점이다[61]. 이들 양면성은 인적담보에서 일어나는 근본적인 문제, 즉 의향서 제공자가 피담보채무에서 발생하는 계약상 항변을 채권자에게 주장할 수 있는지에 관한 문제로 집약된다.[62]

(가) 계약상 채무의 특성

가) 의향서의 담보적 성격에서 나오는 특성

의향서 역시 다른 인적담보와 마찬가지로 피담보채무의 존재에 종속한다는 점에서 일반적인 부종성(accessoriété général)을 가진다.[63] 하지만, 의향서는 보증에 있어서의 강화된 부종성 내지 독립적 보증에서의 강화된 독립성을 제공하지 않는다는 특징을 가진다.[64] 즉, 의향서는 보증과 독립적 보증의 중간 정도의 부종성(accessoriété médian)을 가지는 것으로 평가된다.[65] 다만, 의향서의 부종성의 정도는 결국 의향서에서 제공된 문구에 나타난 담보의 개념(notion de garantie)과 담보의 성격(nature indemnitaire)에 달려있다.[66] 의향서는 절대적 무효가 되는 주채무에 내재된 항변(예를 들어, 불법목적의 무효, 상대방의 부재, 변제) 내지, 채무자가 제기할 수 있는 인적항변중 일부(예를 들어, 합의의 하자로 인한 계약의 무효)를 주장할 수 있는 예외가 있기는 하지만, 절대적 무효의 항변을 제외한 주채무에 내재된 항변을 주장할 수 없고, 채무자가 주장할 수 있는 대부분의 인적 항변

60) A-S. Barthez et D. Houtcieff, o*p. cit.,* n° *1449.*
61) Bourassin et V. B*remond,* o*p. cit.,* n° 490.
62) Bourassin et V. B*remond,* o*p. cit.,* n° 495.
63) Bourassin et V. Bremond, *op. cit.,* n° 496.
64) *Ibid.,* n° 495.
65) *Ibid.,* n° 495.
66) *Ibid.,* n° 498.

을 주장할 수도 없는 것으로 해석된다.[67]

나) 의향서가 자신의 채무를 발생시킨다는데서 나오는 특성

의향서 제공자는 주채무자가 부담하는 채무에 대한 책임을 지는 것이 아니라, 자신의 개인적 행위에 대한 책임을 지므로, 주채무자가 부담하는 채무와 의향서 제공자가 부담하는 채무는 동일하지 않다.[68] 이와 같이 의향서 제공자가 자신의 채무를 부담하고 있는 이상, 채권자로서는 의향서 제공자의 채무불이행책임 요건이 충족되었음을 주장, 증명해야 한다. 이런 과정에서, 의향서 제공자가 부담하는 채무가 수단채무인지 아니면 결과채무인지에 따라 그 증명의 난이도에 있어서 차이를 보일 뿐만 아니라, 채권자가 체감하게 되는 담보력에 있어서도 차별성이 나타나게 되는 것이다.

(나) 의향서 제공자의 계약상 책임의 성립요건

의향서 제공자의 계약상 채무는 계약자유의 원칙에 따른다. 이에 따라 의향서 제공자가 제출하는 의향서의 내용에 따라 그 채무의 내용은 아주 다양하다. 의향서 제공자가 부담할 채무는 수단채무 내지 결과채무일 수 있고, 그 채무의 성질과 무관하게 의향서 제공자는 법적으로 구속력을 받는다.[69] 의향서 제공자가 부담하는 채무가 수단채무이건 결과채무이건, 그 불이행에 대한 제재는 계약상 민사책임(responsabilité civile contractuelle)에 관한 프랑스민법 제1231-1조에 의하여 규율된다. 따라서, 의향서 제공자의 계약상 책임이 성립하려면 채무불이행의 발생사실, 의향서를 제공받은 자의 손해발생, 채무불이행 사실과 손해발생간의 인과관계 등 세가지 요건이 충족되어야 한다.

첫째, 의향서 제공자의 계약상 책임은 의향서 제공자의 채무불이행에 의해 발생한다. 의향서 제공자가 결과채무[70]를 부담하는 경우에는 약속된 결과를 내지 못한 것에 대한 증거가 제시되어야 한다. 즉, 의향서 제공자는 채권자에게 결과(예를 들어, 의향서가 자신의 자회사에 대한 지분을 감축하

67) *Ibid.,* n° 501.
68) *Ibid.,* n° 502.
69) A-S. Barthez et D. Houtcieff, o*p. cit.,* n° *1451.*
70) Cass, com., 19 avr. 2005, n° 03-11.567.

지 않기로 약속한 경우)를 제공하기로 약속하였으므로, 채권자는 그 결과에 이르지 못했음을 증명하는 것으로 충분하다. 그리고 채권자가 이런 증명을 하는데 있어서 어려움이 발생하지 않는다.

반면에, 수단채무인 경우 채권자는 의향서 제공자가 약속된 결과를 얻기 위해 제공한 수단이 불충분하다는 점을 증명해야 한다.[71][72] 즉, 의향서 제공자가 채무자가 이행기에 변제할 수 있도록 필요한 노력을 다하기로 약정하였다면, 채권자는 의향서 제공자가 채무자의 변제에 필요한 노력을 다하지 않았음을 증명해야 한다.[73] 결국, 의향서 제공자가 수단채무를 부담하는 경우에는 채권자가 의향서 제공자의 채무불이행책임을 묻는 것이 의향서 제공자가 결과채무를 부담하는 경우에 비해서 어려워지게 되는 것이다. 다만, 의향서 제공자가 수단채무를 부담하는 경우에도 무한정으로 책임을 면할 수 있는 것은 아니다. 가령, 파기원 판결[74]에 따르면, 의향서 제공자가 "이사회에서, 자회사에 이미 시작된 구제금융을 지속할 수단을 제공하기 위해 채권의 포기를 통해 그 채권금액을 자회사에 자본화를 한다는 결정을 했다. 나는 이것이 자회사를 유지하려고 하는 우리의 의지를 확인시켜 주고 당신(의향서를 제공받은 자: 필자주)이 자회사와의 관계에서 두려움을 가지는 것을 배제하기를 기원한다."고 약정한 사안에서, "의향서의 목적은 채권자 회사에 채무자 회사가 회생을 계속할 수 있도록 채무자 회사를 지원하겠다는 의향을 제공하였다는 것이다. 의향서 제공자는 충분히 분석하여 그의 자회사를 지원한다고 판단하여 제공자가 그 약속을 지켰다고 주장하였지만, 의향서 제공자의 책임을 인정한 항소심 판결은 정당하다."고 판단함으로써,[75] 의향서 제공자가 수단채무를 부담하는 경우에도 의향서 제공자의 책

71) Com, 15 jan. 1991, n° 88-18.321.

72) 프랑스민법에서의 결과채무와 행위채무의 구분기준에 관해서는, 남효순, "프랑스민법에서의 행위채무와 결과채무-계약상 채무의 불이행책임의 체계-", 민사법학 제13호, 제14호, 한국민사법학회, 1996.4., 153면 이하.

73) A-S. Barthez et D. Houtcieff, o*p. cit.,* n° 1457.

74) Cass. com., 18 mai 2005, n° 02-20.625.

75) 또한, Versailles, 9 fév. 1989.에 따르면, 의향서 제공자인 모회사가 은행에 대해서 '자회사 내에서 상호 합의된 금융정책을 준수하고, 특히 자회사가 은행과 체결한 약속이 이행되도록 보장한다."고 약속한 사안에서, 하급심 판사(magistrat)는 의향서

임을 인정한 사례를 어렵지 않게 찾아 볼 수 있는 것이다.

다음으로는, 손해발생과 인과관계의 문제이다. 의향서를 제공받은 채권자가 의향서 제공자에게 책임을 묻기 위해서는, 역시 일반 민사법적인 책임원칙에 따라야 하므로, 채권자에게는 손해(préjudice[76])가 발생해야 하고, 그 손해와 의향서 제공자의 행위 간에는 인과관계(lien)이 존재해야 한다.[77] 가령, 의향서 제공자가 채무자 회사의 자본에 대해서 지분증대를 약속하였을 때에도, 그 의무를 이행하지 않은 것과 채권자의 손해간에 항상 인과관계가 있는 것이 아니다. 즉, 의향서 제공자가 채무자 회사에 대한 지분을 증대하였다고 하더라도 채권자에게 손해가 발생하는 경우였다면 [78] 이런 경우에는 의향서 제공자의 채무불이행과 채권자의 손해 사이에 인과관계가 인정될 수 없을 것이다.

(다) 의향서 제공자의 항변

프랑스민법상 의향서와 관련해서는 제2322조의 단 한 조문이 규정되어 있는데 비해서, 보증채무에 대해서는 보증채무의 효력과 항변 등에 관한 다수의 규정을 두고 있다. 이 중에서도 채권자의 보증채권 청구에 대한 보증인의 항변으로서 분별이익의 항변(bénéfice de division, 프랑스민법 제2306조 제2항[79]), 검색이익의 항변(bénéfice de discussion, 프랑스민법 제2305조 제1항[80])을 두고 있고, 담보된 채권에 붙어있는 항변, 면책항변 등이 해석상으로 논의되고 있다. 그런데 의향서 제공자가 이와 같은 보증인에게 인정

제공자가 수단채무를 구성하는데, 은행에 알리지 않고 모회사가 자회사의 자본에 대한 참여를 상당히 감축하였음을 이유로 채무자의 책임을 부담한다고 판시하였다.

76) 프랑스민법 제1231-3조에 의하면, 채무자는 계약체결시에 예상하였거나 또는 예상할 수 있었던 손해에 대해서만 책임을 진다. 따라서, 손해배상금액은 불이행된 피담보채무의 금액과 동일하지 않을수 있고, 더 많거나 적을수 있다는 설명으로, M. Bourassin et V. B*remond, op. cit.,* n° 506.

77) M. Bourassin et V. B*remond, op. cit.,* n° 500.

78) M. Bourassin et V. B*remond, op. cit.,* n° 507.

79) 프랑스민법 제2306조 제2항: 추급된 보증인은, 채권자에게 분별의 이익으로 대항할 수 있다. 따라서 채권자는 그들의 추급을 분할할 의무가 있고, 보증인에게 채무 중 그의 부담부분만을 청구할 수 있다.

80) 프랑스민법 제2305조 제1항: 검색의 이익은 보증인에게 채권자로 하여금 먼저 주채무자에게 추급하는 것을 강제할 수 있도록 한다.

되는 항변을 주장할 수 있는가? 의향서 제공자가 채권자에게 주장할 수 있는 항변이 많아진다는 것은 의향서의 담보가치를 떨어뜨린다는 점에서, 이 문제는 의향서 제공자의 보호문제와 함께 의향서 제도의 효용과도 관련을 가진다.

첫째, 프랑스민법상 분별이익의 항변에 의하면, 동일한 채무의 채무자에 대해 수인의 보증인이 있는 경우에, 보증인 각자는 채무의 전액에 대해서 책임을 지지만(프랑스민법 제2306조 제1항), 추급받은 보증인은 채권자에게 분별이익의 항변을 주장할 수 있다(동조 제2항). 이를 통해 채권자는 보증인에 대해 그 보증인의 부담부분에 대해서만 추급할 수 있다. 분별이익의 항변은 보증인에 대한 추급 직후에 보증인에 의해 원용되어야 하고, 분별이익의 항변이 원용될 당시 보증인 중 1인이 무자력인 경우 자력이 있는 보증인에 의해서 분담되며, 분별이익의 항변을 주장한 보증인은 그 이후 발생한 다른 보증인의 무자력을 이유로 더 이상 추급되지는 않는다(제2306-1조[81]). 한편, 검색이익의 항변은 보증인이 채권자로부터 제기된 최초의 청구(poursuites)를 받은 직후에 원용할 수 있는 항변으로서(프랑스민법 제2305-1조), 보증인은 채권자가 주채무자의 재산을 우선 압류하고 매각하도록 요구할 수 있다.[82] 검색이익의 항변은 보증이 가지는 부종성을 잘 보여주는 것으로서, 보증인은 주채무자가 채무불이행하는 경우에만 채권자에게 지급할 책임이 있다는 생각에 기초한다. 검색이익의 항변은 채무자와 연대하여 채무를 부담한 보증인이나 검색이익을 포기한 보증인, 재판상 보증인(caution judiciaire)에 의해 주장될 수 없다(프랑스민법 제2305조 제2항). 파기원은 의향서 제공자의 경우에는 그의 계약상 채무가 보증에 해당하는 것이 아니라는 점을 들어 보증인이 가지는 분별이익의 항변과 검색이익의 항변을 행사할 수 없다고 새기고 있다.[83]

둘째, 의향서 제공자가 피담보채권에 부착된 항변을 주장할 수 있는가? 의향서 제공자는 피담보채권에 부착된 항변을 주장할 수 있는 경우가 있으

81) 하지만, 프랑스에서 분별이익의 항변은 거의 실무상 이용되지 않고, 채권자는 일반적으로 연대보증 계약을 하거나 또는 적어도 분별이익의 항변을 배제한다는 설명으로, Ph. Malaurie et L.Aynès, *op. cit.,* n° 65.

82) Ph. Malaurie et L.Aynès, *op. cit.,* n° 62.

83) Cass. com., 16 nov. 2004, n° 00-19. 829.

나, 이는 의향서 제공자가 피담보채권에 종속적인 채무를 부담하기 때문이 아니라[84] 단지 민사책임의 자연스러운 성격(즉, 피담보채무의 기간의 도래, 소멸시효)에 기인한 것일 뿐이라고 설명된다.[85]

셋째, 의향서 제공자는 면책사유를 주장할 수 있는가? 의향서 제공자가 주장할 수 있는 면책사유로서는 과책의 부재(absence de faute), 외부 원인(une cause étrangère) 또는 책임제한 또는 면책조항을 들 수 있다. 수단채무를 부담하는 의향서 제공자에 대해서는 채권자가 제공자의 과책을 증명해야 한다. 반면에 결과채무를 부담하는 의향서 제공자는 과책의 부존재를 증명하는 것이 배제된다.[86] 외부 원인[87]과 관련해서는, 의향서 제공자가 부담하는 채무가 어떤 성격의 것이든 의향서 제공자는 채무를 이행하지 못하게 된 것이 불가항력 등[88]이 개입되었음을 증명함으로써 면책할 수 있는 것으로 해석된다. 마지막으로 의향서 제공자의 경우에도 책임의 제한 또는 면책조항을 금지할 수는 없다고 해석된다.[89]

(2) 의향서 제공자의 채무이행책임

의향서 제공자는 자신이 약속한 해야 할 채무 또는 하지 말아야 할 채무를 이행할 책임이 있다. 만일, 의향서 제공자가 의향서에서 자회사에 대한 자본확충 내지 채무의 변제를 약속했다면 이를 이행하도록 강제될 것이다.

---

84) 위에서 본 바와 같이 의향서는 보증과 독립적 보증의 중간 정도의 부종성을 가지는 것으로 평가된다.

85) A-S. Barthez et D. Houtcieff, o*p. cit.,* n° 1462.

86) *Ibid.*

87) *Ibid.*

88) 프랑스민법 제1218조는 불가항력을 규정하면서, 불가항력이 인정되기 위한 세가지 요소로서, 외부성(extériorité, 사건이 채무자의 통제를 벗어난 것을 말한다), 예견불가능성(imprévisibilité, 사건이 계약체결당시의 합리적인 예견이 불가능했을 것을 말한다), 항거불가능성(irresistibilité, 사건의 결과가 불가피하거나 극복할 수 없을 것을 말한다)을 들고 있다. 다만, 도급에 관한 프랑스민법 제1792조 제2항에서 외부원인(cause étrangère)은 불가항력 이외에도 채무이행을 방해하는 요소로서 채권자의 귀책이나, 제3자의 귀책까지도 포함할 수 있다는 점에서 외부원인은 불가항력을 포함하는 개념으로 이해되기도 한다(J. Huet et al., *Droit civil-Les principaux contrats spéciaux,* 3e éd., L.G.D.J.(2012), n° 32446, p. 1461.)

89) A-S. Barthez et D. Houtcieff, o*p. cit.,* n° 1462.

한편 의향서 제공자는 주채무자를 대체하는 것도 아니고, 채무자의 채무불이행을 전제로 정해진 손해금액을 배상하는 것도 아니지만, 자신의 채무불이행으로 채권자가 입은 손해를 배상할 책임이 있다.[90] 이 점에서 의향서 제공자가 부담하는 손해배상책임은 채무자가 채권자에게 부담하는 것보다 더 클 수도 있다고 해석된다.[91]

한편, 의향서 제공자가 예정하는 결과를 보증하지는 않고, 그 결과에 도달하는 것을 목적으로 노력할 의무를 부담하는 경우에는 의향서 제공자가 수단채무를 부담하는 것으로, 의향서 제공자가 확정되건 그렇지 않건 결과에 도달할 의무를 부담하는 경우에는 결과채무를 부담하는 것으로 이해된다.[92] 그런데 의향서 제공자가 부담하는 채무가 수단채무인 경우 채권자를 위한 담보력에 제한이 있는 만큼, 프랑스 파기원 역시 의향서 제공자의 책임을 가급적 결과채무로 해석하는 경향을 가지고 있다.[93] 의향서 제공자가 약정한 내용을 가지고 파기원의 판례를 구분하여 보면 다음과 같다.

가) 파기원이 의향서 제공자가 수단채무를 부담하는 것으로 새기는 경우

파기원이 의향서 제공자가 채권자에게 수단채무를 부담하는 것으로 새기는 경우는, 주로 의향서 제공자가 채무자의 채무이행을 위하여 가능한 모든 노력을 다한다(faire tout son possible)거나, 최선의 노력을 한다거나(faire ses meilleurs efforts)[94], 또는 자회사가 부담하는 의무를 지원한다(apporter son appui dams les engagements qu'elle [la filiale] a pris[95])고 하는 경우를 들 수 있다. 구체적인 사례를 들어본다.

① 의향서 제공자가 채무자가 이행기에 변제할 수 있도록 필요한 노력을 다하기로 한 경우

Com, 17 oct. 1995, n° 93-20.459에서는, New PLS사의 채무불이행에 대해서 Crédit du Nord사는 의향서를 제공했던 Sofregaz사에 대해서 의향

90) Cass. com., 17 mai. 2011, n° 09-16.186.
91) A-S. Barthez et D. Houtcieff, op. c*it.,* n° *1465.*
92) M. Bourassin et V. Bremond, *op. cit.,* n° 480.
93) L. Aynès et P. Crocq. *op. cit.,* n° 250.
94) Paris, 22 janv. 2009.
95) Com, 16 juill. 1991, n° 89-19.399.

서에 따른 손해배상책임을 청구하였다. Sofregaz사가 제공했던 의향서 문구는 "우리는 New PLS사가 Crédit du Nord사에 대해서 그의 의무를 이행할 수 있도록 모든 필요한 노력을 다한다."는 것이었다. 이에 대해서 Crédit du nord사는 Sofregaz사가 보증인이 아니었지만 결과채무를 지는 것인데도 하급심이 자신의 청구를 기각한 것에 대해서 상고하였다. 이에 대해서 파기원은 Sofregaz사가 약정한 모든 필요한 노력을 다한다는 채무는 수단채무에 불과하고, 자신이 추가적인 노력을 할 수 있었는지에 불문하고 책임을 지지 않는다고 판단하였다.

② 의향서 제공자가 자회사가 한 약속이 이행되도록 보장한 경우

Com, 19 mars. 1991, n° 89-16.464에서는, LIE사의 모든 지분을 소유한 GTIE사가 Banque atlantique사에 의향서를 제공하면서, LIE사가 Banque atlantique사에게 약속을 이행하도록 매우 긴밀히 보장하기로 약속을 하였지만, GTIE사가 LIE사에 대한 자본참가중 중요부분을 양도했다는 사실을 들어서, Banque atlantique사가 GTIE사에 손해배상청구를 하였다. 하급심에서 패소한 GTIE사가 상고하였는데, 상고심은 GTIE사가 의향서에서 약속했던 것과 달리 사전통지없이 LIE사의 자본 지분을 대폭 줄임으로써 자신의 수단채무를 완전히 이행하지 않았음을 들어 GTIE사의 상고를 기각하였다.

③ 의향서 제공자가 자회사가 약정을 이행할 수 있도록 지원하기로 한 경우

Com, 16 juill. 1991, n° 89-18.399.에서는, SNE Sitraco사는 자회사인 Sitraco사의 채권자인 Curtainwalls사에게 의향서를 제공하였고, Curtain-wall사는 SNE Sitraco사에게 의향서를 불이행한 것에 따른 손해배상책임을 물었다. SNE Sitraco사는 자신이 Curtainwall사에게 자회사의 모든 채무를 책임지라는 취지의 하급심 판결을 받자 상고하였다. SNE Sitraco사는 자신이 Curtainwall사에게 한 약속은 자신이 스스로 자회사의 채무에 대한 책임을 지는 것이 아니라 자회사에게 재정적 부담을 지원할 것을 약속한 것일 뿐이라고 주장하였다. 이에 대해서, 파기원은 SNE Sitraco사가 자회사가 약정한 채무에 관하여 모든 수단을 다할 의무를 부담하기로 했다고 하면서, 그가 그 채무를 이행하지 못한 것과 관련하여 채권자의 채권금액 전체를 책임져야 한다고 판단하였다.

④ 의향서 제공자가 채무자를 지원하기 위해 모든 이행을 하기로 한 경우

Com, 15 jan. 1991, n° 88-18.231.에서는, FN사가 Caisse사로부터 자금을 대출하는데 있어서, FN사의 대주주인 모회사 JS사가 Caisse사에게 의향서를 제공하였다. FN사가 청산절차에 들어갔고, 하급심에서 JS사는 Caisse사가 FN사에 가진 채권금액을 지급하도록 판결받았다. JS는 자신이 Caisse사에게 이와 같은 담보를 제공한 적이 없다고 다투었으며, 하급심은 JS사가 FN사의 재정적 요구의 담보를 보장하기 위해 모든 것을 이행(tout mettre en oeuvre pour assurer la couverture des besoins financiers)하기로 약속했다고 판단한 것이다. 파기원은 하급심이 JS사가 부담하는 과책을 따지지 않고 한 판결은 부당하다고 하면서 하급심을 파기하였다.

나) 파기원이 의향서 제공자가 결과채무를 부담하는 것으로 새기는 경우

파기원이 의향서 제공자가 채권자에게 결과채무를 부담하는 것으로 새기는 경우는, 의향서 제공자가 자회사에 대한 지분을 타인에게 양도 또는 감축하지 않기로 하거나(ne pas céder ou réduire sa participation dans la filiale, 즉, 부작위채무를 부담하는 경우임), 자회사에 대한 자본 증액을 진행하거나(procéder a une augmentation de capital de la filiale, 확정된 작위채무를 부담하는 경우임), 자회사에 대한 대차에 동의하거나(accorder un prêt a la filiale, 확정된 작위채무를 부담하는 경우임), 자회사가 자신의 의무를 부담하기 위하여 충분한 자산을 처분할 수 있도록 필요한 모든 것을 하는 것(faire tout le nécessaire pour que [la filiale] dispose d'une trésorerie suffisante pour faire face à ses engagements, 불확정적인 작위의무를 부담하는 경우임) 또는 자회사의 재정적 상황이 자신의 의무를 이행할 수 있도록 하는 것(faire en sorte que la situation financière de sa filiale lui permette de remplir ses engagements, 불확정적인 작위의무를 부담하는 경우임) 등을 들 수 있다.[96]

① 의향서 제공자가 부작위채무를 부담하는 경우

의향서 제공자가 부작위채무를 부담하기로 약정한 경우에는 의향서 제공자가 결과채무를 부담하는 것으로 해석된다. 예를 들어, 의향서 제공자가

96) M. Bourassin et V. Bremond, *op. cit.,* n° 480.

자회사에 대한 지분을 양도하거나 감축하지 않기로 약정한 경우(ne pas céder ou réduire sa participation dans la filiale[97])를 들 수 있다.

② 의향서 제공자가 확정적 작위채무[98]를 부담하는 경우

의향서 제공자가 확정적 작위채무를 부담하는 경우에는 의향서 제공자가 결과채무를 부담하는 것으로 해석된다. 예를 들어, 의향서 제공자가 자회사에 대한 자본 증액을 진행하거나(procéder a une augmentation de capital de la filiale), 자회사에 대한 대차에 동의하는 경우(accorder un prêt a la filiale)를 들 수 있다. 파기원 역시 의향서 제공자가 "자회사가 채권자에 대한 채무를 이행하기에 충분한 현금을 보유하기 위해 필요한 조치를 한다."고 한 경우에 의향서 제공자의 채무를 결과채무로 보아, 제공자가 채무자의 채무와 동일한 내용의 채무를 부담한다고 하였다.[99]

③ 의향서 제공자가 불확정적 작위채무를 부담하는 경우

의향서 제공자가 불확정적 작위채무를 부담하는 경우에는 의향서 제공자가 결과채무를 부담하는 것으로 해석되는 경우도 있고 수단채무로 해석되는 경우도 있다. 예를 들어, "의향서 제공자는 신용거래가 잘 실행되어 나가도록 주의하고, 그것이 좋은 결과에 이르도록 필요한 모든 조치를 한다."고 한 경우에 대해서, 파기원은 Cass. com., 26 jan. 1999, n° 97-10.003 판결[100]

---

97) Paris, 27 oct, 1981.

98) Com, 23 oct. 1990, n° 89-12.924.

99) Cass. com., 26 fevr. 2002, n° 99-10.729.에서, 부르고뉴 은행은 루와조 기계회사에 다양한 금융지원을 제공했고, 루와조 기계회사의 모회사인 소피버사는 부르고뉴 은행에 현금 및 당좌대월 신용유지를 위해 의향서를 제공했다. 루와조 기계회사가 파산에 들어갔고 부르고뉴 은행은 의향서를 기초로 소피버사에 채무불이행책임을 청구했다. 하급심은 소피버사가 부르고뉴 은행에 돈을 지급할 것을 명하였다. 이에 대해 소피버사가 상고했다. 파기원은 "자회사 중 한 곳이 약정을 이행할 수 있도록 충분한 현금을 보유하기 위해 필요한 조치를 한다."는 약정(engagement)은 수단채무를 구성한다는 소피버사의 상고이유에 대해서, 소피버사가 루와조 기계회사가 은행으로부터 현금 및 당좌대월 신용유지를 위한 약정을 한 것은 결과채무라는 취지로 판단하였다.

100) Cass. com., 26 jan. 1999, n° 97-10.003.에서, Média사는 프랑스 텔레콤에 대해서 라디오 프로그램 전송계약과 관련하여 사용료채무를 부담하였다. Média사의 대주주인 소니뮤직은 프랑스 텔레콤에 의향서를 제공했는데, 그 의향서의 내용은 "소니뮤직은 간접적으로 참여하고 있는 미디어사를 조직하는 것을 담보함으로써 Média사가 오늘 한 약정을 선의로 이행할 수 있도록 모든 필요한 일을 한다."는 것이었다. Média

에서는 수단채무를 발생시킨다고 하였으나, Cass. com., 9 juillet. 2002, n° 96-19.953[101]에서는 결과채무를 발생시킨다고 하였다. 한편, 의향서 제공자가 채무자에게 "재무상태를 제공한다."고 약속한 경우, 파기원은 실제로는 필요한 금액을 지급한다는 약속으로서 이를 결과채무로 본 사례가 있다.[102][103]

(3) 의향서 제공자의 구상권(recours)

의향서 제공자가 채권자에게 의향서에서 약정한 채무를 이행하지 않은 것에 대해 책임을 진 이후에 채무자로부터 구상을 받을 수 있는가에 관하여

사는 파산절차에 들어갔고, 프랑스 텔레콤은 소니뮤직의 채무불이행을 이유로 손해배상을 청구하였다. 하급심법원은 소니뮤직이 프랑스 텔레콤에 손해배상을 하라고 판결하였다. 하급심법원은 소니뮤직이 제공한 의향서 내에서는 자회사를 대신하여 변제할 약속을 포함하고 있지 않고 단지 의향서상에 명시된 약속을 이행하기로 하였을 뿐이어서 그 채무는 수단채무에 불과하므로 이사회의 사전 승인을 받을 필요가 없다고 하면서, 소니뮤직은 이사회의 승인을 받지 않고 제공한 의향서에 따른 책임을 부담한다고 판단한 것이다. 소니뮤직은 이에 상고하면서 의향서는 비록 보증은 아니지만 결과를 담보하는 채무일 수 있는데, 제3자에게 담보를 제공한다는 내용을 담은 의향서는 이사회의 승인을 받지 않고는 효력이 없다는 취지로 주장하였다. 파기원은 소니뮤직이 의향서에 따라 부담하는 채무는 수단채무에 불과하고 담보를 구성하는 것은 아니어서 이사회의 사전승인을 받을 필요가 없다고 하면서, 소니뮤직이 자회사를 지원하기 위해 증자등을 할 의무를 이행하지 않은 것에 따른 책임을 인정하면서 상고를 기각하였다.

101) Cass. com., 9 juillet, 2002, n° 96-19.953.에서, Lordex사는 SMS사에게 12년 만기상환 담보대출을 하는데 있어서 SMS사의 모회사인 Rhénane사로부터 "우리의 자회사의 구조조정의 일환으로, 우리는 오늘부터 이 작업이 올바르게 진행되고, 이를 완료하기 위해 필요한 조치를 취할 것임을 확인합니다"라는 내용의 의향서를 제공받았다. 이후 SMS사는 파산절차에 들어갔고, Lordex사는 Rhénane사가 대출금을 변제하라고 요구하였다. 하급심에서 Lordex사는 패소하였고, 상고심은 Rhénane사가 그의 자회사를 대체하기로 약정한 것은 아니어서 보증약정을 한 것은 아니라고 하면서도, Rhénane사가 그의 자회사가 선의로 자신의 채무를 이행할 수 있도록 필요한 일을 하기로 한 약속은 그러한 결과를 약정한 것이라고 하면서 하급심을 파기하였다.

102) Cass. com., 26 févr. 2002, n° 99-10.729.

103) 또한, Cass. com., 19 avr. 2005, n° 03-11.567.에서, Askea사는 그의 자회사인 버붐사(société Verboom)와 거래하는 소시에테 제네럴(Société générale)에게 의향서를 제공하였다. 버붐사는 파산절차에 들어갔고, 소시에테 제네럴은 Askea사가 그의 의무를 불이행했다고 하면서 소송을 제기하여 승소하였고 Askea 사는 상고했다. Askea사는 상고이유에서 수단채무 불이행에 있어서는 채권자가 채무자의 과책을 증명해야 하는데, 채권자인 원고가 이를 증명하지 못하였다고 주장하였다. 하지만 파기원은 모회사가 자회사가 그의 약정을 이행할 수 있도록 필요한 일을 할 의무를 진다고 할 때, 그 채무는 결과채무를 말한다고 하면서 상고를 기각했다.

아직 프랑스 파기원이 입장을 정하지는 않았다고 한다.[104] 하지만 프랑스 학설상 의향서 제공자가 채권자를 위하여 자신의 채무를 이행한 경우, 보증 또는 독립적 보증과 유사하게 채무자로부터 구상을 받을 권리가 있다고 해석하고 있다.[105] 이는 의향서의 담보적 목적 내지는 모든 담보에 공통된 일반적인 부종성(caractère accessoire général)에 기인한다고 보는 것이다.[106] 의향서 제공자가 가지는 구상권은 보증인이나 독립적 보증인과 다른 면을 가지고 있다. 즉, 보증인이나 독립적 보증인은 보증책임을 이행한 후에 구상권을 행사하지만, 의향서 제공자는 자신의 채무를 이행하지 않았음을 이유로 채권자에게 손해배상책임을 진 후에 구상권을 행사한다. 하지만, 보증과 마찬가지로, 의향서 제공자도 채권자에게 책임을 부담함으로써 채무가 소멸된 것에 따른 궁극적 부담을 채무자가 보유할 수는 없다는 점에서 의향서 제공자는 채무자에게 구상권을 행사할 수 있다고 보는 견해[107]가 설득력이 있어 보인다.

한편, 의향서 제공자가 구상권을 가지는 법적 근거에 관해서는 의향서 제공자와 주채무자와의 합의가 있음을 들 수 있고, 그렇지 않은 경우는 의향서 제공자의 사무관리가 있는 것으로 해석된다.[108][109] 먼저 의향서 제공자와 주채무자 간에 합의가 존재하는 경우로서는, 가령 의향서 제공자가 주채무자에게 대여를 하기로 약정한 것이라면 의향서 제공자와 주채무자 간의 대차계약이 구상청구의 기초가 될 것이다. 또한, 의향서 제공자와 주채무자간에 합의가 없는 경우에는, 사무관리(프랑스민법 제1301조부터 제1301-5조)가 구상청구의 기초가 될 수 있다. 이와 같은 의향서 제공자의 구상권은 묵시적 합의인지 아니면 사무관리인지와 관계없이, 의향서 제공자가 채권자

104) R.Baillod, *"Les lettres d'intention"*, RTD com, 1992, p. 547.

105) *Ibid.*

106) M. Bourassin et V. Bremond, *op. cit.,* n° 515.

107) S. Barthez et D. Houtcieff, *op. cit.,* n° 1467.

108) 프랑스민법상 보증에서 보증인의 구상권에 관해서는 제2308조에서 "채무의 전부 또는 일부를 변제한 보증인은 자신이 변제한 금액 및 이자와 비용에 대하여 채무자에게 개인적인 구상권을 가진다."고 하고 있다. 이 규정에 따라, 보증인은 자신이 채권자에게 지급한 것보다 주채무자에게 더 많은 금액을 구상청구할 수 있다는 장점이 있고, 주채무자는 보증인에게 자신이 채권자에게 제기할 수 있었던 항변으로 대항할 수 없다고 해석된다(Ph. Malaurie et L.Aynès, *op. cit.,* n° 74).

109) M. Bourassin et V. Bremond, *op. cit.,* n° 515.

가 입은 손해를 책임지기 위해 지출한 금액 전액을 구상받을 수 있다. 그 밖에도 의향서 제공자가 채권자의 권리를 변제자대위(subrogation[110])하는 것이 가능할까? 개정전 프랑스민법 제1251조 제3호[111]는 변제자대위는 타인과 함께 또는 타인을 위하여(avec ou pour d'autres) 채무를 변제할 책임이 있어서 면책한 자의 이익을 위해 당연히 발생한다고 규정하고 있었는데, 의향서 제공자는 동조의 '타인과 함께 또는 타인을 위하여 채무를 변제할 책임이 있는자'가 아니라는 점에서 개정전 프랑스민법 제1251조 제3호를 충족하지는 않는다고 해석되었었다.[112] 하지만 개정 프랑스민법 제1346항이 '변제할 정당한 이익이 있는 모든 변제자'에게 변제자대위를 인정하고 있다는 점을 고려할때,[113] 의향서 제공자 역시 채무의 최종적 책임을 부담하는 자를 면책시킨 범위에서 변제자대위권을 향유할 수 있는 것으로 해석되고 있다.[114]

7. 의향서 효력의 소멸

의향서는 의향서 제공자가 채권자와 약정한 기간의 도래, 채권자의 채무 면제, 혼동, 시효소멸과 같은 전통적인 원인으로 소멸한다. 한편, 의향서 제공자와 채무자간의 관계가 종결됨으로 인해서 의향서 효력에 영향이 있는 것인가? 가령, 의향서 제공자가 채무자 회사의 대주주 또는 이사직을 사임하는 경우에도 의향서 제공에 따른 책임을 져야 하는지의 문제이다. 이에

---

110) 프랑스민법은 보증에 있어서 보증인의 대위권을 규정하는데(제2309조), 보증인은 채권자의 권리를 행사하는 것이어서, 보증인은 자신이 채권자에게 지급한 것 이상을 주채무자에게 주장할 수 없고, 대위된 채권자의 권리를 보증하는 물적담보 및 인적담보 등 채권자의 권리를 그대로 이전받게 된다는 설명으로, Ph. Malaurie et L.Aynès, *op. cit.,* n° 77.

111) 개정전 프랑스민법 제1251조 제3호: 대위는 다음호에 당연히 발생한다.
3호: 타인과 함께 또는 타인을 위하여 채무를 변제할 책임이 있어서 면책한 자의 이익을 위하여

112) 다만, 개정전 프랑스민법 제1251조 제3호의 해석상으로도 법정대위를 넓게 해석하고 있었다는 설명으로, M. Bourassin et V. Bremond, *op. cit.,*n 518. 파기원 판례로서 Civ, 1re 27 mars, 2001, n° 98-16.723.

113) 한불민사법학회, 「개정 프랑스채권법 해제」, 박영사, 2021, 600면(이주은 집필부분).

114) S. Barthez et D. Houtcieff, *op. cit.,* n° 1468.

대해서는 의향서 제공자가 그 내용을 의향서에 명시한 경우를 제외하고는, 의향서 제공에 따른 책임에서 벗어날 수 없다고 보는 것이 학설의 태도이다.[115] 계약법상 약정의 동기가 소멸하였다고 해서 약정의 효력에 영향을 미치는 것은 아니기 때문에, 의향서 제공자가 채무자와의 관계를 종결하였다고 해서 그 책임을 면하는 것으로 해석할 수는 없다고 보는 것이다.

8. 의향서를 둘러싼 법률관계의 정리

위에서 살펴본 프랑스민법상 의향서를 둘러싼 법률관계의 특성에 따른 문제 국면을 정리해 보면, 다음과 같다.

첫째, 의향서를 제공받은 자는 의향서를 제공받은 것을 원인으로 의향서 제공자와 관련있는 특정한 채무자(가령, 의향서 제공자의 자회사)에게 일정한 이익을 부여하기로 약정하게 된다**(의향서가 법적 구속력을 가지게 되는 원인 관련)**.

둘째, 의향서를 제공하는 자는 특정한 채무자가 의향서를 제공받은 채권자로부터 일정한 이익을 얻는 것(가령, 채권자로부터 대출을 받는 것)과 관련하여 채권자에게 구체적인 의무를 부담하기로 약정한다**(의향서의 법적 구속력 여부)**.

셋째, 의향서를 제공하는 자는 자신이 채권자에게 특정한 채무자를 대신하여 채무를 부담하는 것, 즉 보증채무를 이행하는 것은 아니라고 항변하는 것이 다수의 사례에서 발생한다**(보증채무와의 차이)**.

넷째, 의향서를 제공하는 자는 특정한 채무자가 채권자에게 부담하는 항변권을 주장할 수 없다**(의향서 제공자가 주채무자의 항변권을 주장할 수 없다는 점에서, 의향서 제공을 받은 자에 대한 담보력이 강화된다)**.

다섯째, 의향서를 제공하는 자는 채권자에게 결과채무 또는 수단채무를 부담하게 된다**(의향서 제공자의 수단채무 내지 결과채무 부담)**.

여섯째, 의향서를 제공하는 자가 채권자에게 부담한 의향서상의 채무불

115) S. Barthez et D. Houtcieff, *op. cit.,* n° 1470.

이행책임을 부담한 이후에는, 채무자에게 구상권을 행사할 수 있다(**의향서 제공자의 구상권**).

Ⅲ. 우리 판례상 의향서의 지위

프랑스에서 lettre de comfort라는 명칭이 lettre d'intention과 혼용되어 사용되고 있음을 본 것처럼 우리나라 학설과 대법원 역시 "컴포트레터"에 관한 법률관계를 다룬 바 있다.[116] lettre de comfort라는 명칭이 그 제공자가 채권자에게 서면을 제출하여 안심시킴으로서 채권자가 특정한 채무자와 법률관계를 맺는다는데서 유래된 점을 감안하면, 컴포트레터 제공자가 채권자로부터 법적 책임을 추궁당한 경우, 컴포트레터 제공자로서는 자신이 단지 서면을 제출하여 채권자를 안심시키려 했을 뿐이고 법적 책임을 부담할 의도는 없었다고 주장하게 될 것이다. 우리 법원 역시 아래 판례에서 컴포트레터 제공자가 법적 구속력을 가지게 되는 요건에 관하여 설시하고 있다. 아래에서 살펴본다.

1. 컴포트레터의 법적 구속력

우선, 우리 대법원 2006. 8. 25. 선고 2004다26119판결과 대법원 2014. 7. 24. 선고, 2010다58315판결에서 판단한 컴포트레터 제공자의 법적책임 및 컴포트레터의 구속력에 관해 살펴보고자 한다.

---

116) 학설도 컴포트 레터 제공자의 책임의 문제로 다룬 바 있다. 이에 관해, 김양곤, "컴포트 레터(Comfort Letter)의 법적 효력-한국, 미국, 영국 및 호주의 사례 검토", BFL 제5호, 서울대학교 금융법센터, 2004. 5., 7면에서는 "컴포트레터는 자회사나 공공단체가 급전의 차입 등으로 인하여 채무를 부담하려는 경우에 모회사나 정부가 대주에 대하여 보증을 하는 것과는 달리 단지, 자기의 명예와 신용 등을 근거로 하여 그 채무의 이행을 보장하는 법적 구속력이 약화된 형태의 보장을 하는 취지의 서면을 의미하는 것"이라고 설명하고 있다. 다만, 컴포트레터가 결국 프랑스법상의 의향서와 동일한 것이라는 점에서, 컴포트레터는 원어를 그대로 번역해서 사용하는 것보다는 의향서 내지 안심장 정도로 번역해서 사용하는 것이 좋다고 생각한다.

대법원 2006. 8. 25. 선고 2004다26119판결은, A사와 자재공급, 용역제공 업무 및 통신선로 설치 계약을 체결한 원고가, A사로부터 받은 확인서[117]에서 "A사가 피고가 전 지분을 보유하는 자회사라는 사실과 A사가 본계약과 관련하여 정부당국 및 피고로부터 모든 필요한 동의, 승인, 허가를 받았다는 사실"을 포함하고 있음을 근거로, A사의 모회사인 피고를 상대로 자재공급 대금 등을 청구한 사안이었다. 이 사안에서, 대법원은 원고의 청구를 기각한 원심에 대한 상고를 기각하였다. 그 이유로는 자회사가 금전을 대출받거나 그 밖에 금전지급의무를 부담하는 국제금융거래에 있어, ① 모회사가 제공한 컴포트레터(Letter of Comfort)의 내용과 보장 문언의 해석에 따라서는 자회사의 계약상 채무에 관한 모회사의 보증책임을 인정할 수 있는 경우도 전혀 없다고는 단정할 수 없겠으나, ② 적어도 보증의 의사를 추단할 문구가 전혀 없이 단지 모회사가 자회사의 지분을 보유하고 있다는 사실의 확인과 자회사의 계약 체결을 인식 혹은 승인하였다는 등의 내용만으로는, 자회사가 모회사를 대리하여 계약을 체결하였다거나 자회사가 체결한 계약상 채무를 모회사가 보증하였다고 해석하기는 곤란하다고 하였다.[118] 즉, 대법원 2004다26119판결에서 모회사인 피고가 채무자를 위하여 보증의 의사를 표시한 바도 없다는 점에서 보증채무를 부담한다고 볼 수 없고, 더욱이 피고가 직접 자신이 채권자인 원고에게 채무를 부담한다는 약정을 한 것도 아니고 단지 자회사가 채권자에게 제출한 확인서에서 모회사가 자회사와 채권자간의 계약체결 사실을 인식하고 있음이 기재되어 있을 뿐이라는 점에서 본 논문에서 논의한 의향서 내지 컴포트레터에 해당하는 법률관계를 인정하지 않은 것이다.

대법원 2014. 7. 24. 선고 2010다58315판결을 보자. 이 사안은 소외 재단

117) 이 사안에서, A사는 원고에게 확약서를 제출하였을 뿐이고, 컴포트레터라는 이름의 서면을 제출한 것은 아니었다. 또한, 대법원은 A사가 제출한 확약서에서 피고가 A사와 원고간의 약정을 인식하였다는 내용 역시 컴포트레터의 전형적인 내용중, 모회사의 지분확인과 자회사의 계약 체결에 대한 승인을 피고가 하였다는 정도의 의미외에는 찾을 수 없다고 하였다.

118) 이 판결은, 모회사의 보증책임을 인정할 수 있는 경우는 "피고가 보증인으로서의 책임을 지도록 하는 피고의 의사가 명확히 담긴 서면이 작성 교부되었을 것"을 요한다고 하고 있다.

이 원고 은행으로부터 대출을 받는데 있어서, 소외 재단의 주무관청인 철도청이 은행에 제공한 확약서[119]에 의하면, "차주인 소외 재단이 원고 은행에 모든 채무를 이행하기에 충분한 재무상태를 유지할 수 있도록 철도청이 차주에게 필요한 지원과 협조를 제공할 것"을 정하였는데, 원고는 주위적청구로 철도청을 승계한 피고(대한민국)에 대출계약서 및 확약서상의 대출원리금 지급을 청구하고, 제1예비적 청구로 피고가 확약서상의 의무를 불이행한 것에 따른 대출 원리금상당의 손해배상을 청구하였으며, 제2예비적 청구로, 철도청이 은행에 제공한 확약서가 무효라면 철도청이 위법하게 원고에게 확약서를 제공함으로써 원고로 하여금 소외 재단에 대출하게 하여 위 대출원리금 상당의 손해를 입혔으므로, 피고에 대해 불법행위를 원인으로 한 손해배상을 청구한 사안이었다. 이에 대해 원심은 철도청이 원고에 제공한 확약서에서 원고에게 직접적인 채무는 물론 보증채무를 부담하지 않겠다고 명시적으로 밝혔다는 점을 들어, 주위적 청구를 기각하였다.

이어서 원심은 제1예비적 청구인 확약서상의 채무불이행책임을 인용하면서 그 이유로, 확약서에서 철도청이 소외 재단이 채무를 이행하는데 필요한 지원을 하고 소외 재단의 재무상태가 악화되지 않도록 할 것을 약속하였다는 점, 확약서에서 철도청이 소외 재단이 출자, 설립하는 3개 자회사의 주식을 49퍼센트 이상 확보하여 자회사들로 하여금 소외 재단의 대출금채무를 담보하겠다고 하는 등 철도청의 구체적이고 특정한 의무를 정하고 있다는 점, 원고는 철도청으로부터 확약서를 교부받는 것을 대출 실행의 중요한 조건으로 삼았고, 확약서 발급자인 철도청의 자력을 신뢰하고서 소외 재단에 대출을 실행하였다는 점, 철도청은 차주의 재무 상태 유지에 필요한 지원과 협조를 할 의무나 자회사로 하여금 채무의 지급을 보증하도록 할 의무 등을 이행하지 아니하였음을 들었다.

이에 대해 대법원은 컴포트레터 제공자의 책임에 관하여 "단지 모회사 등이 자회사 등의 지분을 보유하고 있다는 사실의 확인과 자회사 등의 계약 체결을 인식 혹은 승인하였다는 등의 내용만으로는, 모회사 등에 어떠한 법

119) 이 사안의 사실관계에서도 철도청은 확약서라는 제목의 서면을 제출했을 뿐이고, 컴포트레터라는 이름의 서면이 작성된 것은 아니다.

적 의무를 발생시킨다고 보기는 어렵다."는 2004다26119판결의 취지를 반복하면서도, "컴포트레터가 모회사 등에 의하여 발행되고, 그 서면 내에 법적 책임을 부인하는 문언이 없이 ① 발행인에게 적극적으로 요구되는 행위가 있는 경우, ② 직접보증 대신 컴포트레터를 이용하게 된 경위, ③ 컴포트레터의 발행을 위한 협상의 기간·강도, ④ 컴포트레터 발행 시 법적 효력에 관한 발행인과 수취인의 의도나 인식, ⑤ 컴포트레터를 이용한 당사자의 거래 경험과 전문성, ⑥ 서면의 교부가 거래의 최종적인 성립에 영향을 미친 정도, ⑦ 발행인이 컴포트레터의 작성·교부를 통하여 받은 이익 유무 등의 사정을 종합적으로 고려할 때", ⑧ 발행인이 컴포트레터를 교부함으로써 수취인이 거래에 응하도록 적극적으로 유인하고, ⑨ 수취인은 이에 의하여 형성된 발행인의 신용에 대한 합리적인 신뢰를 바탕으로 계약의 체결에 이른 점 등이 인정된다면 경우에 따라서는 모회사 등은 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 부담할 수도 있게 된다."고 하고 있다.

이 판결에서는 컴포트레터를 제공한 자가 채무불이행책임을 지는 경우와 그렇지 않은 경우를 구분하는 기준을 제시한 데서 의미를 찾을 수 있다. 이를 위에서 살펴본 프랑스민법 및 판례법에 비추어 살펴보면 다음과 같다. 즉, 컴포트레터 제공자에게 채무불이행책임을 지우기 위해서는 제공자에게 적극적으로 요구되는 행위가 있을 것(위 판례의 ①에 해당함)은 프랑스민법상 요건중 "목적(objet)이 확정적일 것"과 동일한 내용을 가진다. 또한, 컴포트레터 발행시 법적 효력에 관한 발행인의 의도나 인식이 있을 것(위 판례의 ④에 해당함)은 "발행인과 수취자 사이의 합의(consentement)" 요건과 동일한 내용을 가진다. 한편, 서면의 교부가 거래의 최종적인 성립에 영향을 미친 정도(위 판례의 ⑤에 해당함), 발행인이 컴포트레터의 작성, 교부를 통하여 이익을 받을 것(위 판례의 ⑦에 해당함), 발행인이 컴포트레터를 교부함으로써 수취인이 거래에 응하도록 유인할 것(위 판례의 ⑧에 해당함)과 수취인이 이에 의하여 형성된 발행인의 신용에 대한 합리적인 신뢰를 바탕으로 계약의 체결에 이를 것(위 판례의 ⑨에 해당함)은 모두 의향서 제공자가 수취자에게 해야 할 의무 또는 하지 말아야 할 의무를 부담하는 꼬즈(cause), 즉 채권자가 의향서 제공자에게 제공하는 이익이 있을 것을 요하는 프랑스

민법의 해석론과도 일맥상통하는 것이다. 즉, 만일 컴포트레터 발행인이 컴포트레터의 작성, 교부를 통하여 받는 이익이 없고, 수취인이 발행인의 신용에 대한 합리적인 신뢰를 바탕으로 계약의 체결에 이르지 않은 경우라면 컴포트레터 발행에 따른 구속력을 인정할 수 없다고 할 것이다.[120] 이와 같이 우리 대법원이 컴포트레터의 구속력을 인정하는 요건은 프랑스민법상 의향서의 효력발생 요건과 공통점을 찾을수 있다고 생각한다.[121] 결국, 의향서 내지 컴포트레터 발행인이 제공하는 서면의 구속력을 인정할 것인지 여부를 판단하는 요체는, 그 서면 제공자가 그 서면을 통해 얻는 이익이 있는지, 서면 수취인이 서면 제공자의 신용에 대한 합리적인 신뢰를 바탕으로 채무자와의 계약을 체결한 것인지가 주요한 문제가 된다고 보아야 할 것이다.

2. 컴포트레터 제공자의 책임 여하

그런데 컴포트레터의 구속력을 인정하는 경우에도 한가지 문제가 남는다, 이는 이미 프랑스 민법의 해석에서도 나타난 바와 같이 의향서 제공자가 제공하기로 한 법적 채무가 수단채무인지 아니면 결과채무인지에 따라 의향서 내지 컴포트레터를 제공받은 자가 의향서 제공자에게 책임을 물을 수 있는 가능성에 차이가 있다는 것이다. 위 2010다58315판결에서는 이에 관해서까지 논하고 있지는 않은데 아마도 이 사안에서는 컴포트레터 작성자가 구체적이고 특정적인 의무를 이행할 책임을 가진다는 것이 명확했던데 기인

120) 이와 관련하여, 미국 법원에서도 신뢰이론을 컴포트레터의 계약불이행책임을 인정하는 근거로 삼고 있다는 설명으로, 김연학, 위 논문, 95면. Chelsea Industries v. Accuracy Leasing Corp, 699 R.2d 58, 60(1st Cir, 1983)

121) 원심에서 제1예비적 청구인 이유도 마찬가지로 볼 수 있다. 즉, ① 피고는 직접 자신의 의무를 포함하는 확약서를 채권자에게 제공하였고(철도청이 소외 재단의 채무이행에 필요한 지원을 하기로 하는 약속을 담은 확약서를 채권자에게 제공하였다), ② 피고가 제공한 확약서가 법적인 구속력을 가지는 의무를 담고 있으며(확약서에서 소외 재단이 설립하는 3개 자회사의 주식을 확보하여 자회사들이 소외 재단의 대출금채무를 담보하겠다고 하는 등 특정한 의무를 부담하기로 했다), ③ 프랑스 민법상 의향서 제공이 채권자가 한 대출의 원인이 되었으며(채권자는 철도청으로부터 확약서를 제공받는 것을 대출 실행의 중요한 조건으로 삼았고, 확약서 제공자인 철도청의 자력을 신뢰하고서 소외 재단에 대출을 실행하였다), ④피고는 확약서에서 약정한 의무를 이행하지 아니한 것이 그것이다.

하는 것으로 추측된다. 그런데 이 판결에서 철도청은 확약서에서 ① 소외 재단이 채무를 이행하는데 필요한 지원을 하고 소외 재단의 재무상태가 악화되지 않도록 할 것을 약속하였고, ② 철도청이 소외 재단이 출자, 설립하는 3개 자회사의 주식을 49퍼센트 이상 확보하여 자회사들로 하여금 소외 재단의 대출금채무를 담보하겠다고 하는 등 구체적이고 특정한 의무를 부담하기로 약정하였음에 주목할 필요가 있다. 즉, 컴포트레터 제공자는 확약서에서 자신이 구체적이고 특정한 의무, 즉 결과채무를 부담하기로 약정한 것으로 새길 수 있을 것이다. 반대로 컴포트레트 제공자가 확약서에서 수단채무를 부담하기로 한 경우(가령, 위 사안에서 소외 재단이 채무를 이행하는데 필요한 지원을 한다)에는 어떤가? 이 경우 원고로서는 컴포트레터 제공자가 소외 재단이 채무를 이행하는데 필요한 지원을 하기 위한 노력을 충분히 하였는가를 주장, 증명해야 할 것이다. 이 과정에서 컴포트레터 자체의 법적 구속력을 인정하면서 컴포트레터 제공자의 수단채무불이행이 있는 경우와 컴포트레터 자체의 법적 구속력이 인정되지 않는 경우는 분명히 구분되어야 할 것이다.

이와 관련하여 최근의 대법원 2021. 1. 14. 선고 2018다223054판결을 보자. 이 사안에서 피고A사는 피고 B사의 대주주로서, 원고와 신주인수계약을 체결하여, A사의 유상증자에서 발생한 실권주를 원고가 인수하기로 약정하였고, 원고가 신주인수계약을 통해 납입한 신주인수대금은 모두 A사의 자회사인 B사의 유상증자대금으로 사용되었다. 원고가 A사의 주주인 C사 등과 체결한 주주간 계약중 'A사의 B사에 대한 증자'라는 항목에서 '당사자들은 B사 유상증자 이후에도 A사가 B사에 대한 지분비율을 현재와 같이 그대로 유지할 것을 명확히 인식하고 있으며, C사는 A사로 하여금 B사에 대한 지분비율을 현재와 같이 유지하도록 노력해야 한다.'고 약정하였다. 이 사안에서, 대법원은 C사는 A사가 B사의 지분을 신주인수계약 당시와 같이 유지하도록 할 의무를 부과하고 있는 것으로 보아야 한다고 판단하면서, 그 이유로서, C사가 원고와 체결한 주주간계약에서 C사가 B사의 유상증자 이후에도 A사가 B사에 대한 지분비율을 그대로 유지할 것이라는 점을 명확히 인식하고 있었으며, A사와 원고간 신주인수계약에서 원고로서는 A사가 보유한 B사 지분의 가치를 고려하지 않았더라면 A사의 지분을 인수하지 않았

을 것이라는 사정이 고려된 것으로 밝히고 있다. 이 판결은 C사가 원고와 체결한 주주간계약에서 한 약정의 구속력을 인정하는 근거를 논하고 있을 뿐이고 이를 넘어서서 C사가 원고에게 부담하는 의무의 성격에 관해서는 별다른 판단을 하고 있지 않다. 하지만, C사에게 채무불이행책임을 묻고자 하는 원고에게 C사와 체결한 주주간계약에서 한 약정의 구속력을 인정받는 문제만큼 중요한 것은, 과연 원고가 어떤 점을 증명하여 피고에게 책임을 구하고 피고는 어떤 항변을 할 수 있는지가 될 것이다. 이런 점에서 위에서 살펴본 프랑스민법에서의 의향서 제공자가 부담하는 채무가 수단채무인지 결과채무인지를 구분하는 기준에 관한 논의와 그에 따른 증명책임 분배의 문제는 중요한 시사점을 가진다고 생각한다.

3. 기타의 문제

우리 대법원의 컴포트레터에 관한 판례들은 컴포트레터의 법적 구속력의 요건을 다루고 있는데 그치고 있다. 의향서 제공자가 한 약정의 내용에 따라 수단채무와 결과채무를 구분하고, 의향서 제공자가 채무불이행책임을 부담한 경우에도 채무자와의 약정 여하에 따라 대차계약상의 구상권 내지 사무관리에 따른 구상권을 행사하여 궁극적인 책임을 채무자에게 돌릴 수 있다는 해석이 가능하다고 하겠다.

Ⅳ. 결 론

위에서 프랑스민법에서 규정하고 있는 의향서의 내용과 효력에 관한 프랑스 학설과 판례의 태도를 살펴보았다. 의향서가 거래계에서 주목을 받은 것은 의향서 제공자로서는 보증채무와 같이 명시적인 법적 구속력을 지는 것을 회피할 수 있고 의향서를 제공받은 자로서는 의향서에 의존하여 채무자와의 거래를 성사시킬 수 있다는 것이었으므로, 의향서를 제공받은 자가 의향서 제공자에게 의향서상의 책임을 묻는 과정에서는 과연 의향서가

법적 구속력을 가지는가, 법적 구속력을 가진다면 의향서 제공자는 어떠한 내용의 법적의무와 책임을 부담하는가, 의향서 제공자가 법적 책임을 부담한 경우에는 채무자로부터 구상을 받을 수 있는가 여부가 중요한 것이다.

프랑스민법상 의향서의 법적 구속력 규정과 의향서를 둘러싼 법률관계에 관한 판례와 학설을 보면, 의향서 제공자의 법적의무와 책임은 의향서의 내용과 의향서 제공자와 채무자, 채권자간에 의향서를 제공받는 상황에 따라 그 내용을 달리하고 있음을 알 수 있다.

우리나라에서도 프랑스민법상 의향서를 제공하는 것과 같은 취지의 거래상 요구를 반영한 확약서가 다수 발견되고 있고, 이를 반영한 대법원 판례도 나와 있다. 우리 판례는 이러한 확약서를 컴포트레터라는 이름으로 부르면서 그 법적 구속력을 인정하고 그 위반에 대한 채무불이행책임을 논의하고 있다. 이와 같은 우리 판례의 방향은 프랑스민법상 의향서가 법적 책임으로 규정되는 것과 마찬가지의 것으로 이해할 수 있다. 결국, 프랑스민법상의 의향서가 되었던 컴포트레터가 되었던 그 명칭에도 불구하고, 각 서면의 내용, 체결경위, 당사자가 그 서면을 통해 달성하려는 목적과 의사 등을 종합하여 법적 구속력을 인정하고, 그 서면을 제출한 자가 부담하는 채무의 내용에 따라 수단채무와 결과채무를 구분하여 그 증명책임과 항변을 달리하는 해석을 하는 것은 우리나라에서도 필요한 접근방법이라고 생각한다. 또한 의향서 제공자가 채권자에게 책임을 부담하고 나서 채무자에게 구상권을 행사하는 경우의 해법에 관해서도 법원에서 논의가 된다면, 본 논문에서 본 프랑스민법상의 의향서에 관한 해석을 참고할 수 있을 것이라고 생각한다.

프랑스민법상 lettre d'intention(의향서) 제공자의 책임 - 이 상 헌	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2023.02.24.	2023.03.01.	2023.03.26.

[참고문헌]

[국내 문헌]

김양곤, “컴포트 레터(Comfort Letter)의 법적 효력-한국, 미국, 영국 및 호주의 사례 검토”, BFL 제5호, 서울대학교 금융법센터, 2004. 5.

김연학, “컴포트레터(Letter of Comfort)에 기한 채무불이행책임-대상판결:대법원 2014.7.24. 선고 2010다58315판결-”, BFL 70권, 서울대학교 금융법센터, 2015.

김현진, “프랑스민법상 꼬즈(cause)는 사라졌는가?-개정 프랑스민법전산 계약의 내용(contenu)”, 인하대학교 법학연구소, 20권 1호, 2017.3.

김형석, “보증계약과 손해담보계약”, 저스티스 통권 제77호, 한국법학원, 2004. 2.

남효순, “프랑스민법상 ‘채무참가를 시키는 제도(채무참가제도)(Délégation))”, 민사법학 제71호, 2015, 6.

남효순, “프랑스민법에서의 행위채무와 결과채무-계약상 채무의 불이행책임의 체계-”, 민사법학 제13호, 제14호, 한국민사법학회, 1996. 4.

박훤일, “컴포트 레터의 법적 문제”, 비교사법 제9권 3호(통권 18호), 2002.

장준혁, “프랑스민법상의 협력장에 관한 연구-개정 담보법(2006)의 내용을 중심으로”, 민사법학 제49권 제2호, 2010.

한불민사법학회, 「개정 프랑스채권법 해제」, 박영사, 2021.

[해외 문헌]

A-S. Barthez et D. Houtcieff, *Les sûretés personnelles,* LGDJ, 2010.

J. Huet et al., Droit civil-Les principaux contrats speciaux, 3e ed., L.G.D.J. 2012.

L. Aynès et P. Crocq. *Les sûretés*, 4e édition, Defrénois, 2009.

M. Bourassin, V. Bremond et M.-N. J-Bachellier, *Droit des sûretés*, 2e édition, Dalloz, 2010.

O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, Reforme du droit des contrats, du regime general et de la preuve des obligations, 2nd edition, LexisNexis, 2018.

P. Simler, Jurisclasseur-*art 2322 Fasc. lettres d’intention,* 2022. 8. 30.

P. Simler, Jurisclasseur-*Synthese-Garanties autonomes et lettres d’intention,* 1 Juin 2022.

Jurisclasseur-*Fasc.1690 : Suretes personnelles-Cautionnement, Garantie autonome et lettre d’intention,* 2022. 4. 11.

P. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicite fonciere,* 5e édition, Dalloz, 2009.

Ph. Malaurie et L.Aynès, *Droit des sûretés,* 15e édition, LGDJ, 2021.

R. Baillod, “*Les lettres d’intention*”, RTD com, 1992.

【국문초록】

이 논문에서 프랑스민법에서 규정하고 있는 의향서의 내용과 효력에 관한 프랑스 학설과 판례의 태도를 살펴보았다. 의향서가 거래계에서 주목을 받은 것은 의향서 제공자로서는 보증채무와 같이 명시적인 법적 구속력을 지는 것을 회피할 수 있고 의향서를 제공받은 자로서는 의향서에 의존하여 채무자와의 거래를 성사시킬 수 있다는 것이었으므로, 의향서를 제공받은 자가 의향서 제공자에게 의향서상의 책임을 묻는 과정에서는 과연 의향서가 법적 구속력을 가지는가, 법적 구속력을 가진다면 의향서 제공자는 어떠한 내용의 법적의무와 책임을 부담하는가, 의향서 제공자가 법적 책임을 부담한 경우에는 채무자로부터 구상을 받을 수 있는가 여부가 중요한 것이다.

프랑스민법상 의향서의 법적 구속력 규정과 의향서를 둘러싼 법률관계에 관한 판례와 학설을 보면, 의향서 제공자의 법적의무와 책임은 의향서의 내용과 의향서 제공자와 채무자, 채권자간에 의향서를 제공받는 상황에 따라 그 내용을 달리하고 있음을 알 수 있다.

우리나라에서도 프랑스민법상 의향서를 제공하는 것과 같은 취지의 거래상 요구를 반영한 확약서가 다수 발견되고 있고, 이를 반영한 대법원 판례도 나와 있다. 우리 판례는 이러한 확약서를 컴포트레터라는 이름으로 부르면서 그 법적 구속력을 인정하고 그 위반에 대한 채무불이행책임을 논의하고 있다. 결국, 프랑스민법상의 의향서가 되었던 컴포트레터가 되었던 그 명칭에도 불구하고, 각 서면의 내용, 체결경위, 당사자가 그 서면을 통해 달성하려는 목적과 의사 등을 종합하여 법적 구속력을 인정하고, 그 서면을 제출한 자가 부담하는 채무의 내용에 따라 수단채무와 결과채무를 구분하여 그 증명책임과 항변을 달리하는 해석을 하는 것은 우리나라에서도 필요한 접근방법이라고 생각한다. 또한 의향서 제공자가 채권자에게 책임을 부담하고 나서 채무자에게 구상권을 행사하는 경우의 해법에 관해서도 법원에서 논의가 된다면, 본 논문에서 본 프랑스민법상의 의향서에 관한 해석을 참고할 수 있을 것이라고 생각한다.

【Abstract】

Responsabilité du prestataire de lettre d'intention en code civil français

Sang Heon Lee
(Professeur du droit, Law School
Université nationale de Kyungpook)

Nous avons examiné ci-dessus l'attitude des théories et précédents français sur le contenu et l'efficacité de la lettre d'intention stipulée dans le Code civil français. La lettre d'intention a attiré l'attention du monde des transactions, c'est que le fournisseur de lettres d'intention essaie de éviter d'avoir une obligation légale explicite, comme un cautionnement, et la personne qui a reçu la lettre d'intention peut se fier à la lettre d'intention pour effectuer une transaction avec le débiteur. Par conséquent, dans le processus où la personne qui a fourni la lettre d'intention est responsable de la violation de la lettre d'intention, il est important de savoir si la lettre d'intention a force obligatoire, quelles sont les obligations légales et responsabilités du débiteur envers le fournisseur de la lettre d'intention.

En Corée, il y a de nombreuses cases qui reflètent les exigences commerciales, telles que la fourniture d'une lettre d'intention en code civil français, et il y a aussi des précédents de la Cour suprême qui traitent de tels cas. Notre jurisprudence a reconnu l'effet juridique de cette affirmation sous le nom de Lettre de comfort et discute de la

responsabilité de cette violation. En fin de compte, malgré le nom qui est devenu une lettre d'intention en droit civil français, je pense que c'est une approche nécessaire en Corée pour reconnaître la force juridique en combinant le contenu de chaque lettre, le processus de signature, le but et l'intention. Je pense aussi qu'on peut se référer à la théorie de l'interprétation en droit civil français sur la solution du cas où le prestataire de lettre d'intention assume la responsabilité envers le créancier puis exerce le droit de recours auprès du débiteur.

주제어(mots clé) : 의향서(lettres d'intention), 컴포트레터(lettre de comfort), 구상권(recours), 꼬즈(cause), 결과채무(obligation de résultat), 수단채무(obligation de moyen)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제108호 2023년 3월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2023.108.87

주택임대차에서 양수인의 실거주를 이유로 한 갱신거절의 법적 쟁점

- 대상판결 : 대법원 2022. 12. 1. 선고 2021다266631 판결

최 진 솔*· 모 승 규**· 김 제 완***

▶목 차◀

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. 대상판결
1. 사실관계 및 쟁점
2. 판시사항
3. 대상판결
Ⅲ. 평석
1. 문제의 제기
2. 임차인의 갱신요구권의 법적 성격 및 관련 하급심 판결 분석
3. 외국의 법제와의 비교 - 실거주를 사유로 한 갱신거절 관련 조문을 중심으로
4. 대상판결에 대한 비판적 평석 및 제도 개선 방안

Ⅰ. 들어가며

대상판결은 주택임대차보호법상 임차인의 갱신요구권 행사에 대하여, 임대건물의 매매가 이루어진 경우, 양수인이 자신의 실거주를 이유로 갱신을 거절할 수 있는가에 대하여 판시한 최초의 대법원 판결로서 많은 법적 쟁점을 포함하고 있으며 그 결론의 당부에 관하여 논란의 여지가 많은 판결이다. 이 판결을 분석하기에 앞서 대상판결의 사안이 가지는 특수성을 살펴

* 제1저자 : 변호사, 고려대학교 박사과정 수료.
** 공동저자 : 법학박사, 법무부 법무자문위원회 전문위원.
*** 교신저자 : 고려대학교 법학전문대학원 교수.

볼 필요가 있다.

우선 지적되어야 할 것은 이 사안은 시기적으로 갱신요구권제도가 도입되어 시행되는 과도기에 걸친 특수한 사례라는 점이다. 본 대상판결에서 주요한 논점이 되는 주택임대차보호법 제6조의3의 계약갱신요구권은 법률 제17470호로 2020. 7. 31. 개정되어 즉시 시행된 규정이다. 같은 개정에서의 부칙 제2조제1항은 "제6조의3 및 제7조의 개정규정은 이 법 시행 당시 존속중인 임대차에 대하여도 적용한다"고 하여 이른바 부진정소급효를 정하고 있다.[1] 동 조항은 개정 전 주택임대차보호법을 신뢰한 임대인 및 임대주택 매수인에 대한 일반적 신뢰보호의 관점에서 위헌 여부가 검토될 수 있을 것이나,[2] 계속적 계약에서 계약 진행/이행 중의 법률개정의 효력이 미치는 것은 원칙적으로 허용되고, 특히 임대차의 존속보장을 도입하는 개정에 있어 부진정소급효를 인정하지 아니하면 급격한 차임 인상으로 시장 혼란을 초래할 우려[3]도 있으므로 이러한 소급적용을 한 것은 적절한 것으로 판단된다.[4]

---

1) 소급입법은 새로운 입법으로 이미 종료된 사실관계 또는 법률관계에 적응케 하는 진정소급입법과 현재 진행 중인 사실관계 또는 법률관에에 적용케 하는 부진정소급입법으로 나눌 수 있는데, 이 중에서 기존의 법에 의하여 이미 형성된 개인의 법적 지위를 사후입법을 통하여 박탈하는 것을 내용으로 하는 진정소급입법은 개인의 신뢰보호와 법적 안정성을 내용으로 하는 법치국가 원리에 의하여 허용되지 아니하는 것이 원칙인데 반하여 부진정소급입법은 원칙적으로 허용되지만 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호를 요구하는 개인보호의 사유 사이의 교량과정에서 그 범위에 제한이 가하여지는 것이다(대법원 2014.6.12.선고 2014다12270판결, 헌법재판소 1999. 7. 22 선고 97헌바76결정 외 다수)

2) 실제로 한 시민단체는 개정 주택임대차보호법의 계약갱신요구권이 위헌이라며 헌법소원을 제기하였으나 각하 결정이 내려진 바 있다. 이하 기사 내용 참조(윤수희, "헌재 "임대차 3법 '계약갱신요구권'위헌 아니다", 머니투데이, 2020.08.19.)

3) 1989년 주택임대차보호법은 "기간의 정함이 없거나 기간을 2년 미만으로 정한 임대차는 그 기간을 2년으로 본다."라고 개정되어 존속기간을 1년에서 2년으로 하였다. 문제는 임차인을 퇴거시킬 수 없다고 하는 일종의 사회적 충격이 있었고, 이에 임대인이 전세보증금을 미리 대폭 인상하는 사회적 대혼란이 문제되었다. 당시 건설부(지금의 국토교통부)가 국회에 제출한 자료에 따르면 1986년말~1990년 2월말까지 3년2개월 동안 전국 도시지역의 주택 매매가격은 평균 47.3% 오른데 비해 전세값은 이보다 34.9%포인트 높은 82.2%나 올랐다고 한다. (대한민국 정책브리핑, "엄마, 우리 또 이사가?", 2007.4.10.자 기사 참조)

4) 다만 이와 같은 결론에는 반대의견이 없지 아니하다. 대표적으로 소급입법을 통하여 임대인과 임차인 사이의 이해관계를 왜곡할 우려를 지적하는 논문으로 지원림, "저간

문제는 당시 대상판결의 사안과 같이 위 개정 전에 임대목적물에 관하여 매매계약이 체결되었고 그 매수인에게는 실거주 등의 목적이 있었는데, 위 개정 전에 소유권이전등기까지는 마치지 못한 경우에 대하여 어떻게 처리할 것인가 하는 점이다.[5] 매매계약 당시의 (구)주택임대차보호법을 기준으로 하면, 계약 만기가 도래할 무렵 임대인은 아무런 갱신거절 사유없이 갱신을 거절하고 매수인이 목적물에 입주하여 실거주할 수 있었을 것이다. 그런데 신법에 의하여 매수인이 목적물에 입주할 수 없는 것으로 해석된다면 거래의 안전을 크게 해칠 수 있는 것이 아닌가 하는 문제제기가 있을 수 있다.

이와 같이 과도기적으로 제3자의 보호가 문제되는 경우에 관하여, 개정법에서는 '새로운 임대차계약을 체결하였던 경우'에 관하여는 보호규정을 두고 있다. 즉, 같은 개정에서 부칙 제2조 제2항은 "제1항에도 불구하고 이 법 시행 전에 임대인이 갱신을 거절하고 제3자와 임대차계약을 체결한 경우에는 이를 적용하지 아니한다"고 함으로써, 일정한 범위에서 새로운 임차인에 관한 한 후속거래의 안전을 배려한다. 이 규정은 '법 시행 전의 갱신거절'과 '제3자와의 임대차계약 체결' 두 요건을 정하고 있다. 문제는 대상판결의 사안과 같이 새로운 임차인의 보호가 문제되는 것이 아니라 주택의 양수인이 문제되는 경우에 관하여는 개정법에서 규정하고 있지 않다는 데에 있다.

생각건대, 법시행 전에 임대차계약을 체결하였던 경우와 마찬가지로, 법시행 전에 해당 부동산을 매수하였고 실거주를 하려는 매수인의 이익도 보호가치가 없는 것은 아닐 것이다. 그러나 다른 한편으로는, 채권자의 지위에 불과한 매수인과 제3자에 대한 대항력을 가지는 임차인 중 누구를 더 보호하여야 하는지는 어디까지나 입법정책적 결정사항에 해당하는 영역으로 볼 수 있다. 개정법은 법시행 전에 새로운 임대차계약이 체결된 경우 새 임

의 부동산임대차 법제에 관하여: 능력의 한계 아니면 「의도된 오조준」?", 부동산법학 제24권 제3호, 한국부동산법학회(2020)이 있다.

5) 등기를 경료하지 아니한 이유는 알 수 없으나. 예컨대 동 법의 개정 당시는 2주택 이상 보유자 등에 대한 중과세 문제로 급히 부동산 거래가 이루어지는 예가 적지 아니한 시점이었고, 이러한 상황에서 매도인은 조세부담을 피하기 위하여 목적물을 매도하고 매수인은 그 기회에 실거주를 목적으로 매수하는 거래가 없지 아니하였을 것이다.

차인의 보호에 관하여는 규정하고 있지만, 법시행 전에 매매계약을 체결한 매수인, 특히 소유권이전등기를 경료받지 않은 상태에 있는 순수한 채권자에 불과한 매수인에 대하여는 개정법 적용의 예외로 보호하는 부칙규정을 두지 아니하였다. 이는 주택임대차법이 근본적으로 임차인을 보호하기 위한 법이므로, 새로운 임차인 또한 특별한 보호가 필요하기 때문이라는 측면에서 이해될 수 있다.

대상판결의 경우를 살펴보면, 시기상 당연히 개정법이 적용되어야 하는데, 이에 따르면 법시행전 양수인에 의한 갱신거절은 근거가 되는 부칙 규정이 없다. 하지만 구법하에서는 아무런 사유 없이도 갱신거절을 하는 것이 자연스러운 현상이었으므로, 임대인이 목적물을 양도하고 양수인이 실거주를 하려는 경우에도 '갱신거절의 정당한 사유'가 인정되어야 하는 것이 아닌지 실무상 다소 혼란스러운 상황이 있었던 것으로 짐작된다. 뒤에서 살피는 바와 같이 양수인의 실거주를 이유로 한 갱신거절에 대하여 의견이 대립되고 있지만, 그 논의의 출발점은 개정 주택임대차법에서는 '임차주택의 매매 및 양수인의 실거주'를 주택임대차법 제6조의3 제1항에 따른 갱신거절 사유로 정하고 있지 않다는 데에 있다. 이에 따라 대상판결 또한 명문의 규정을 두고 있지 않은 우리 법제 하에서 해석을 통하여 과도기의 특수성을 가지는 당해 사건에 대해 합리적인 해결을 시도한 것이라는 근본적인 특수성 및 한계를 가진다.

이에 본 논문에서도 이와 같은 사안의 특성에 평석의 초점을 두고자 한다. 즉, 주택임대차 법제가 과도기적으로 변화하는 시기의 사건인 대상판결 사안에 관하여, 등기하지 않은 매수인의 실거주를 이유로 갱신거절을 인정한 대상판결의 태도를 비판적으로 고찰하는 것을 목적으로 삼는다. 다음으로, 우리나라와 달리 명문의 규정을 두고 있는 외국의 유사입법례를 살펴보면서 양자를 비교해 살펴보는 한편, 향후 어떠한 방식으로 조문을 추가적으로 정비할 필요가 있을지를 생각해보고자 한다. 나아가 본건 법 개정 이후에 양수인에 의한 갱신거절 문제를 둘러싼 임대차 거래의 관행이 어떻게 변화하였는지를 살펴보는 한편, 향후 우리 법제의 개선 방안에 관한 소견을 제시하고자 한다.

Ⅱ. 대상판결

1. 사실관계 및 쟁점

피고 1은 2019. 3. 6. 소외인으로부터 그 소유의 이 사건 아파트를 임대차기간을 2019. 4. 15.부터 2021. 4. 14.까지로 정하여 임차하였고(이하 '이 사건 임대차계약'이라 한다), 원고들은 2020. 7. 5. 소외인으로부터 이 사건 아파트를 매수하고, 아직 소유권이전등기는 경료받지 않고 있었다.

그러던 중 2020. 7. 31. 법률 제17470호로 주택임대차보호법(이하 '주택임대차법'이라 한다)이 개정되어 시행되었고, 피고 1은 동법 제6조의3에 따라 2020. 10. 5.부터 같은 달 20.까지 사이에 4회에 걸쳐 소외인에게 '임대차기간 만료 후 임대차기간을 2년 연장하여 거주하고자 계약갱신을 청구한다'는 취지의 임대차계약갱신 요구를 하였다. 이에 대하여 종전 임대인 겸 매도인인 소외인은 피고 1에게 갱신을 거절하는 답신을 하였고, 2020. 10. 15. 내용증명우편으로 '원고들에게 이 사건 아파트를 매도하였고, 원고들이 실제 거주하여야 되기 때문에 임대차를 갱신할 수 없다'는 취지의 통지를 하였다. 그런데 매도인이 행한 이 통지는 이 법 시행일인 2020. 7. 31. 이후의 갱신거절일뿐 아니라 매매계약이므로, 개정 주택임대차보호법 부칙 제2조 제2항이 적용되는 사안은 아니며, 개정 법률이 적용되는 사안이다.

그 후 원고들은 2020. 10. 30. 각 1/2 지분에 관하여 소유권이전등기를 마쳤다. 원고들은 이 사건 아파트에 관한 소유권이전등기를 마친 직후 피고 1에게 원고들이 이 사건 아파트에 실제 거주하기 위해 계약갱신을 거절한다는 통지를 하였다고 주장하면서, 피고들에게 임대차계약 기간 만료일이 도래하면 아파트의 인도를 청구한 사안이다.

2. 판시사항

(1) 제1심

1심은 원고의 실거주를 이유로 한 갱신거절을 주택임대차보호법 제6조

의3 제1항 제9호 중 '그 밖에 임대차를 계속하기 어려운 중대한 사유가 있는 경우'에 해당하는 정당한 갱신거절로 보아 임대차종료를 인정하고, 보증금반환 동시이행으로 원고 일부승소의 판결을 선고하였다.[6] 법원은 원고들은 임차인이 이 사건 임대차에 대한 계약갱신요구권을 행사할 당시 이 사건 아파트에 관한 소유권이전등기를 마치지 아니하여 자신들이 실제 거주하려는 이유로 위 계약갱신요구를 거절할 수 있는 '임대인'의 지위에 있지 아니하고, 기존 임대인은 이 사건 아파트를 매도한 자로 자신이 이 사건 아파트에 '실제 거주'할 예정이 아니므로, 원고들이나 기존 임대인 모두 주택임대차보호법 제6조의3 제1항 제8호에 기하여 위 계약갱신요구를 거절할 수 없다고 판시하였다.

한편, 원고들은 주택임차인의 계약갱신요구권을 도입한 개정 주택임대차보호법이 시행되기 전에 실제 거주 목적으로 이 사건 아파트에 관한 매매계약을 체결하였고, 계약금의 지급도 계좌 송금의 방법으로 지급된 것이 확인되었는바, 원고들로서는 매매계약 당시 이 사건 임대차 계약이 종료되면 당연히 자신들이 실제 거주할 수 있다고 믿었을 것으로 보이고 그러한 믿음에 어떠한 잘못이 있다고 인정할 만한 사정이 존재하지 아니한다고 보았다. 또한 만약 원고들이 소유권이전등기를 마쳤다면 임대인의 지위를 승계하여 제8호에 의한 적법한 갱신거절을 할 수 있었을 것인데 매매계약 체결 당시 그 도입을 알 수 없었던 임차인의 계약갱신요구권이 실행되기 전에 먼저 소유권이전등기를 마치지 않았다는 사정만으로 갱신요구를 거절할 수 없다고 한다면 이는 형평에 반하는 것이므로, 원고들의 갱신거절을 제9호에 따른 정당한 갱신거절로 봄이 타당하다고 판시하였다.

이에 피고측에서 항소하였다.

(2) 원심

원심 판결은 갱신거절이 부적합하다는 취지로, 피고측의 항소를 받아들였다.[7] 원심은 다음 두 가지 쟁점에 대하여 판단하였다. 첫 번째는 주택임대차보호법 제6조의3 제1항 단서 제8호를 사유로 하여 갱신거절을 할 수 있

6) 서울중앙지방법원 2021. 4. 8 선고, 2020가단5302250 판결.
7) 서울중앙지방법원 2021. 8. 20 선고, 2021나22762 판결.

는 주체에 대하여, 두 번째는 주택의 매매를 제9호의 사유, 즉 '그 밖에 임대차를 계속하기 어려운 중대한 사유'에 해당하는지 여부이다. 판시내용은 다음과 같다.

첫 번째로, 원심은 제1심에서와 마찬가지로 원고들은 소유권이전등기를 마치지 아니하여 임대인의 지위에 있지 않고, 기존 임대인은 실제 거주할 목적이 부정되므로 모두 주택임대차보호법 제6조의3 제1항 단서 제8호에 기하여 계약갱신요구를 거절할 수 없다고 판시하였다. 정리해보자면, 제8호의 실거주를 이유로 한 갱신거절은 임차인이 계약갱신을 요구할 당시의 임대인을 기준으로 하여야 하며, 임대인이 임차주택을 매도할 예정이거나 혹은 매도 중인 경우라면 임대인뿐만 아니라 양수인 역시 갱신거절을 할 수 없다. 이는 설령 양수인이 매수한 임차주택에 대하여 실거주하고자 하는 의도가 진실한 경우에도 마찬가지이다.

두 번째로, 1심에서 인정하였던 제9호의 사유가 될 수 있는지에 대하여서는 1심과 입장을 달리하였다. 이 과정에서 원심은 임차인의 계약갱신요구권이 형성권임을 확인하였고, 결과적으로 1심판결의 피고 패소 부분을 취소하였다. 구체적으로 법원은 개정 주택임대차보호법의 계약갱신요구권의 도입 취지가 임차인의 주거권 강화임을 강조하고, 임차인의 계약갱신요구권은 임차인이 계약갱신의 의사를 표시함으로써 바로 그 효과가 발생하는 형성권임을 확인하였다. 또한 주택임대차보호법 제6조의3 제1항 단서 제9호는 '그 밖에 임차인이 임차인으로서의 의무를 현저히 위반하거나 임대차를 계속하기 어려운 중대한 사유가 있는 경우'라고 규정함으로써 제1호 내지 제8호의 구체적 열거 규정으로 규율하지 못하는 경우에 대한 보충적 일반조항으로서의 성격을 가지고, 개정법은 부칙 제2조 제1항과 제2항을 통하여 적용 예외 사유를 규정하고 있으므로, 이러한 관련 규정의 내용 및 체계 등에 비추어 임대인 측 사정으로 볼 수 있는 '임대인이 임차주택을 매도하였고 매수인이 실거주 의사가 있는 경우'를 제9호 사유로 보는 것은, 예외적으로 열거하고 있는 임대인의 계약갱신 거절 사유를 해석론을 통하여 새로 추가하는 결과가 되어 받아들이기 어렵다고 판시하였다.

원심판결에 대해 원고가 상고하였다.

3. 대상판결

대상판결에서 대법원은 원고의 갱신거절이 적법하다는 취지로, 원고의 상고를 인용하였다.[8] 판시사항은 다음과 같다.

첫 번째로, 원심판결과 마찬가지로 개정 주택임대차보호법의 취지에 대하여 '임차인의 주거생활 안정을 위하여 임차인에게 계약갱신요구권을 보장하는 동시에 임대인의 재산권을 보호하고 재산권에 대한 과도한 제한을 방지하기 위하여 임대인에게 정당한 사유가 있는 경우 계약갱신을 거절할 수 있도록 함으로써 임차인과 임대인의 이익 사이에 적절한 조화를 도모하고자 하였다'는 점을 확인하였다.

두 번째로, 주택임대차보호법 제6조의3 제1항의 문언, 계약갱신요구권과 갱신거절권의 관계, 계약갱신제도의 통일적 해석의 필요성 등에 비추어 볼 때, 주택임대차보호법 제6조의3 제1항 단서 각 호에 따른 정당한 사유가 있는 경우 임대인은 같은 법 제6조 제1항 전단에서 정한 기간에 임차인의 계약갱신 요구를 거절할 수 있다고 봄이 타당하다고 판시하였다. 이에 더하여 위 각 호의 사유가 임차인의 갱신요구권 행사 후에 발생한 때에도 임대인은 위 기간 내라면 갱신거절권을 행사할 수 있다고 하였는바, 갱신거절사유의 발생 시점에 대하여 최초로 판시하였다는 점이 매우 특징적이다.

세 번째로, 대상판결은 제1심 및 원심과 다르게 이 사건 원고들의 갱신거절을 주택임대차법 제6조의3 제1항 단서 제9호 사유가 아닌 제8호에 의한 정당한 갱신거절로 인정하였다. 구체적으로 살펴보면, 제8호가 정한 '임대인'을 임차인이 갱신을 요구할 당시의 임대인만으로 제한하여 해석하기 어렵고, 구 임대인이 갱신거절 기간 내에 실거주 여부를 자유롭게 결정할 수 있다면 그 기간 내에 실거주가 필요한 새로운 임대인에게 매각할 수도 있다고 보아야 할 것인 점 등을 고려하면, 위 기간 내에 주택임대차보호법 제3조 제4항에 의하여 임대인의 지위를 승계한 양수인이 목적 주택에 실제 거주하려는 경우에는 위 제8호 사유를 주장할 수 있다고 판시하였다.

---

8) 대법원 2022. 12. 1. 선고, 2021다266631판결.

Ⅲ. 평석

1. 문제의 제기

대상 판결을 평석함에 있어 다음 두 가지를 중점적으로 살펴본다.

첫째, 실거주를 이유로 갱신거절을 할 수 있는 주체가 누구인가 하는 점이다. 원심법원은 주택임대차보호법 제6조의3의 해석과 관련하여 '임대인'은, 매매계약이 체결되었다 하더라도, 여전히 매매목적물의 소유자인 과거의 임대인을 가리키므로, 과거의 임대인은 자신의 실거주 목적이 아니라면 갱신거절을 할 수 없다. 한편, 매수인 역시 소유권이전등기가 이루어지기 전까지는 아직은 임대인이라고 할 수 없으므로 갱신거절을 할 수 없다. 즉, 주택임대차보호법 제3조에 의하여 대항력이 있는 임대차의 경우 매수인이 '임대인'이 되는 것은 목적물의 소유권이 이전되는 때이므로, 미등기 매수인은 소유권을 취득하기 전에는 아직 '임대인'이 아니라고 보아야 할 것이다.[9)]

그러나 대상판결은 갱신거절의 주체인 임대인은 임차인이 갱신을 요구할 당시의 임대인만으로 제한하여 해석하기 어렵다고 하며, 갱신거절을 할 수 있는 주체의 범위를 확대하여 해석한 것이다. 이때 주택임대차법 제3조 제4항에 의하여 양수인은 임대인의 지위를 승계하였으므로, 양수인 역시 임차인의 갱신요구에 대하여 거절할 수 있는 주체라고 본 것이다. 하지만 우선, 등기를 경료받지 않아 채권적 효력밖에 없는 매수인의 실거주를 이유로 임대인이 주택임대차보호법상 제3자에 대한 대항력을 가지고 있는 임차인에게 계약갱신을 거절할 수 있는지는 다소 의문이 있다.

다음으로 다루고자 하는 것은 임차인이 과거의 임대인 내지 원임대인을 상대로 갱신요구를 하였다면 일단 갱신되는 것인지, 그리고 그 후 매수인이 뒤늦게 갱신을 거절할 수 있는지가 문제된다. 종래 이 문제를 다룬 다수의 학설[10)]은 법무부의 유권해석[11)]과 같이 일단 갱신요청을 하였다면 원

9) 주택임대차보호법 제6조의3은 임대인이 아닌 제3자에게 (임대하는 등으로) 거주시킬 목적으로 갱신거절을 하는 것을 인정하지 아니하므로 이러한 해석은 타당하다고 할 수 있다.

임대인을 기준으로 갱신거절 여부를 판단하여야 한다고 해석한다. 따라서 원임대인을 상대로 갱신이 이루어지면 뒤늦게 매수인이 갱신거절을 할 수는 없다고 보았다. 이는 주로 갱신요구권이 형성권이라는 논리에 기초한다.[12] 그러나 대상판결에서 대법원은 이와 달리 원임대인이 갱신거절사유가 없는 상황에서 매수인이 갱신거절기간 중에 갱신거절을 할 수 있다는 입장을 취하고 있다.

이하에서는 임차인의 갱신요구권의 형성권적 성격 및 관련 하급심 판결을 분석한 후 본 대상판결을 비판적으로 살펴보고자 한다.

2. 임차인의 갱신요구권의 법적 성격 및 관련 하급심 판결 분석

(1) 갱신요구권과 갱신거절권의 구조

우선 주택임대차보호법 제6조의3의 규정 방식을 살펴본다. 주택임대차보호법 제6조의3제1항은 "제6조에도 불구하고 임대인은 임차인이 제6조제1항 전단의 기간 이내에 계약갱신을 요구할 경우 정당한 사유 없이 거절하지

10) 추선희·김제완, "개정 주택임대차보호법상 갱신요구권에 관한 몇 가지 쟁점", 법학논집 제25권 1호, 이화여자대학교 법학연구소(2021) 139면; 모승규·박해선·김제완, "임대인의 실제거주를 이유로 한 갱신거절의 정당성 판단기준-캐나다 온타리오주 법제 및 판례의 동향과 시사점", 법학논고 제73집, 경북대학교 법학연구원(2021), 350면; 김남근, "임대인 등의 실거주 갱신거절 사유의 정당성 판단 연구-뉴욕주 임대차안정화 법률 분쟁사례를 중심으로-", 법학연구 제32권 제4호, 충남대학교 법학연구소(2021), 115면 등.

11) 법무부는 국토교통부와 2020년 9월 11일 보도설명자료를 통하여 "임차인의 주거권 강화를 위한 개정 법의 취지와 계약갱신요구권의 법적성격을 고려할 때, 실거주를 이유로 한 갱신거절 가능 여부는 임차인의 계약갱신요구 당시의 임대인을 기준으로 판단해야 한다"고 밝힌 바 있다. 또한 법무부는 "임차인이 갱신거절사유가 없는 기존 임대인에게 계약갱신요구권을 행사한 후 소유권을 이전받은 매수인은 본인의 실거주를 이유로 갱신거절을 할 수 없다"고 하였다.

12) 임차인의 갱신요구권을 형성권으로 이해하는 것이 다수견해라 할 수 있다. 김영두, "주택임대차보호법의 갱신요구권과 임대인의 실거주", 「집합건물법학」 제40집, 한국집합건물법학회(2021), 99면; 이은희, "상가건물 임차인의 계약갱신요구권", 「민사법학」 제26호, 한국민사법학회(2004), 130면; 장병주, "상가건물 임차인의 계약갱신요구권과 권리금회수 기회보호: 계약갱신요구권 행사기간 연장에 따른 법적 이해관계", 「민사법학」 제88호, 한국민사법학회(2019), 211면 등

못한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다"고 정할 뿐이다. 즉, 갱신요구권 행사의 법률효과는 정당한 사유가 없는 한 갱신을 "거절하지 못하는 것"일 뿐 곧바로 갱신된다고 되어 있지는 아니하다. 아마도 대상판결은 본 조 갱신요구권 행사의 효력은 임차인의 행사로 법률관계가 형성된 것은 아니고 임대인에게 갱신거절의 정당한 사유가 있는지 및 그리하여 임대인이 실제로 갱신을 거절한 것인지에 달려 있으므로, 임대인의 갱신거절의 의사표시를 요구하는 권리로 이해한 것일 수도 있다.

형성권은 일방적인 법률행위 또는 소송을 통해 자신 또는 타인의 구체적인 법률관계를 직접적으로 변동시키는 힘을 그 내용으로 하는 권리라고 정의될 수 있다.[13] 갱신요구권을 형성권으로 본다면, 임차인의 갱신요구권이 일방적으로 행사됨으로써 법률관계에 변동을 가져올 수 있는 것이므로 결국 임차인의 갱신요구만으로 곧 계약갱신의 효과가 발생한다. 다시 말해, 정당한 사유가 없다면 임차인이 갱신요구를 하면 곧바로 계약 갱신의 효과가 발생하는 것이고, 임대인이 갱신요구에 대하여 별도의 동의의 의사표시를 할 필요는 없다. 이와 관련하여 묵시적 갱신과의 관계를 생각해볼 필요가 있다. 주택임대차보호법 제6조의 묵시적 갱신제도는 임대인이 6개월 전부터 2개월 전까지 사이에 '갱신거절의 통지 또는 조건변경의 통지를 하지 아니하면' 임대차 기간이 만료된 때에 임대차가 갱신된 것으로 간주하는 것으로서 임대차 관계의 종료에 임대인의 적극적인 조치를 요한다. 이에 반해, 주택임대차보호법 제6조의3 제1항의 계약갱신요구권은 임차인이 '위와 같은 기간 내' 계약의 갱신을 요구하면, 그 단서에서 정하는 갱신 거절 사유가 없는 한 임대인이 그 갱신을 거절할 수 없는 것을 내용으로 하여 임차인의 주도로 임대차계약의 갱신을 달성하는 제도이다. 따라서 임대인은 묵시의 갱신을 원하지 않는 경우에는 '계약 만료 6개월 전부터 2개월 전'까지 사이에 갱신거절의 통지 또는 조건변경의 통지를 적극적으로 해야 하며, 이와 동일한 기간에 임차인이 만약 '임대차계약의 갱신'이라는 법적 효과를 발생하게 하는 형성권인 갱신요구권을 행사하는 경우에 임대인은 정당한 사유없이 이에 대해 항변을 할 수 없다. 반대로 임차인으로서는 묵시의 갱신을 원하

13) Seckel, S.211; Staudinger/Busche, (1999), §413, Rn.10ff

는 경우 임대인에게 아무런 통지를 할 필요가 없지만, 계약갱신을 원하는 경우에는 '계약 만료 6개월 전부터 2개월 전'까지 사이에 형성권인 계약갱신요구권을 행사하여 주도적으로 임대차계약의 갱신을 달성할 수 있고, 이 경우 임대인은 법에서 정한 정당한 사유가 있어야만 거절할 수 있다.

갱신요구권의 법적 성질에 관하여는, 개정 주택임대차보호법 제6조의3 제1항과 동일한 내용으로 규정되어 있는 상가임대차법에 관한 대법원 판결에서도 확인할 수 있다. 대법원은 상가임대차법상 임차인의 계약갱신요구권은 임차인의 갱신 의사가 도달하였을 때 "임대인의 정당한 갱신거절 사유가 없는 한 임대인이 그 갱신을 거절할 수 없는 것을 내용으로 하여 임차인의 주도로 임대차계약의 갱신을 달성하려는 것"이라고 판시하고 있다.[14] 이는 마치 임대인 측의 정당한 사유의 존재를 일종의 법정해제조건과 같이 보고, 이에 따라 임대차 계약의 갱신이 거절되는, 즉 임대차 계약이 종료되는 것과 같은 구조를 가지고 있음을 알 수 있다.

원심판결 역시 임차인의 갱신요구권의 형성권적 성질에 주목하여 판시를 하였으며, 이하에서 다루게 될 다수의 하급심 판결들 역시 마찬가지이다. 임차인의 주도로 임대차계약의 갱신을 달성할 수 있도록 하기 위한 계약갱신요구권의 도입의 취지 및 임차인의 주거권 강화의 측면을 고려하였을 때에도 갱신요구권을 형성권으로 보는 것이 적절할 것이다. 이에 대하여 지나치게 임차인 보호에 치중되어 있다는 비판이 있을 수 있으나, 개정 주택임대차법은 임대인에게 갱신거절권이라는 형성권인 계약갱신요구권의 효력을 저지시킬 수 있는 강력한 권리를 부여함으로써 임대인과 임차인간 권리의 조화를 꾀하고 있음을 알 수 있다.

그렇다면 임대인의 '갱신거절권'의 법적 성격은 무엇인지에 대해 논의가 필요하다. 이에 대하여 하급심 판결[15] 및 일부 논문[16]에서는 '형성반권'이란 개념을 사용하기도 한다. 형성반권(Gestaltungsgegenrecht)이란[17], 형

14) 대법원 2010.6.10. 선고, 2009다 64307 판결.
15) 서울동부지방법원 2021. 8. 12. 선고, 2021가단105843 판결.
16) 이은희, "상가건물임차인의 계약갱신요구권", 「민사법학」 제26호(2004.9.), 130면.
17) 김영희, "독일 민법학상 형성권(Gestaltungsrecht)에 관한 연구", 서울대학교 법학박사학위논문(2003.8.),263면.

성상대방으로 하여금 형성권자의 형성을 어렵게 만들거나, 형성력을 저지시키거나 형성권을 무효화시켜서 결과적으로 형성을 방해할 수 있게 하는 권리라고 설명되기도 하지만,[18] 'Gegenrecht'를 독자적인 항변권(Einrede)과 같은 '권리'로 보기는 어렵고, 단순히 형성권의 효력에 대해 항변할 수 있는 지위, 즉, '형성권에 대한 항변'으로 이해하는 것이 타당하다고 생각한다.

정리하자면, 갱신요구를 받은 임대인은 기간 내에 갱신거절을 하지 않았으면 자동으로 갱신되었을 임대차 계약에 대하여 갱신거절권을 행사하여 갱신의 효과를 저지시킬 수 있는 것일 뿐이고, 임대인이 갱신요구권과 분리하여 독자적으로 존재·인정되는 '권리'를 가지는 것은 아니라고 볼 수 있다. 즉, 임차목적물을 매도하려고 하는 임대인은 실거주 의사가 없으므로 그 자체로 실거주(제8호)를 이유로 항변할 수 없는 것이므로, 이와 같은 경우 설령 양수인이 실거주를 희망한다고 할지라도 양수인에게 임차인의 갱신요구권에 대응하는 별도의 갱신거절권이 존재한다고 볼 수는 없는 것이다.

(2) 관련 하급심 판결 분석

이번 대상판결이 나오기까지 많은 하급심 판결이 있었다. 이하에서 살펴볼 하급심 판결은 공통적으로 임차인이 갱신요구를 했을 당시 임대인이 임차주택의 매매계약을 체결한 상태이고, 아직 양수인에게로의 소유권이전등기는 완료되지 않은 상태였다. 이와 같은 상황에서 실거주를 이유로 갱신거절을 할 수 있는 주체를 임대인으로 보아야 하는지 혹은 양수인으로 보아야 하는지가 문제 되었는데, 다수의 판례는 임차인이 계약갱신을 요구할 당시의 임대인을 기준으로 보아야 한다고 판시하고 있으며, 이를 설명하기 위하여 갱신요구권의 형성권적 성질이 뒷받침되었다.

---

18) 한편, 1900년대 독일의 학자 Carl Crome은 '반권' 개념을 처음으로 도입하여 설명하였는데, 이에 의하면 반권(反權, Gegenrecht)이란 타인의 권리를 소멸시키거나 자신의 의무를 면하게 하는 힘을 가지는 권리로, 1차적 권리의 법적 효력을 소급적으로 소멸시킬 수 있는 것, 1차적 권리의 법적 효력을 장래를 향해 효과가 없도록 하는 것, 그리고 자신이 지고 있는 의무임에도 불구하고 1차적 권리에 순종하기를 거부할 수 있도록 하는 것으로 분류할 수 있다. 자세한 내용은 김영희, 「형성권 연구」, 서울대학교 법학연구소 법학연구 총서14(2007), 30면 이하 참조.

1) 계약갱신을 요구할 당시의 임대인이 갱신거절권을 행사할 수 있다고 본 사안

주택임대차보호법의 개정 이후 임차인의 갱신요구권을 둘러싼 최초의 판결에서, 법원은 "계약갱신요구권의 법적 성질이 형성권이라는 점, 8호의 사유가 다른 경우와는 달리 임차인측에서 예측하기 어려운 임대인의 주관적 사유이고 임차목적물이 매도되어 새로운 임대인이 실제 거주하는 경우는 더욱 그러한 점, 매수인으로서는 매매계약 체결당시 기존 임차인의 계약갱신요구권 행사 유무 및 그 행사 기간을 사전에 확인하여 매매계약 체결 여부를 결정할 수 있는 반면 임차인이 자신의 계약갱신요구권 행사 이후 임차목적물이 양도되어 그 양수인이 실제 거주를 이유로 이를 거절할 수 있다고 할 경우에는 주거권 강화를 위한 주택임대차보호법의 개정 사유가 퇴색되게 되는 점 등에 비추어 실제 거주를 이유로 한 갱신거절 가능 여부는 임차인이 계약갱신을 요구할 당시의 임대인을 기준으로 봄이 상당하다"고 판시하였다.[19]

또 다른 판결에서 법원은 "제8호의 사유는 '임대인이 목적 주택에 실제 거주하려는 경우'로 임차인 측의 사정을 고려하지 않고 임대인의 사정만을 고려한 주관적 사유로 다른 경우와는 달리 갱신요구기간 내에 이루어지지 않는다면 임대차관계의 존속에 영향이 없는 사유로 갱신요구로 임대차계약이 갱신된 이후 소유권의 변동이 있다면 더는 주장할 수 없는 사유이고 이때 양수인에게도 실거주목적의 갱신거절 사유를 인정한다면 결국에는 소유권의 변동이 이미 형성된 임차권의 존속을 무효화하는 결과가 되며, 이를 제9호의 사유에 해당한다고 보는 것은 예외적으로 열거하고 있는 임대인의 계약갱신 거절 사유를 해석론을 통하여 새로 추가하는 결과가 되어 받아들이기 어렵다"고 판시하였다.[20]

---

19) 수원지방법원 2021.3.11. 선고, 2020가단569230판결. 한편, 이 사안에서는 임차인이 일전에 계약갱신을 하지 않겠다고 했던 것이 효력이 있는지도 쟁점이 되었으나, 법원은 "피고가 법상 권리가 있음을 인지하고 퇴거하기로 합의하여 원고에게 신뢰를 부여하였다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 설령 이러한 합의가 있었다고 하더라도 이는 임차인에게 불리한 약정이므로 주택임대차보호법 제10조에 의해 효력이 없다"고 판시하였다.

20) 서울동부지방법원 2021.10.29.선고, 2020가단151924판결.

한편, 임차인이 갱신요구를 할 수 있는 기간 내에 갱신요구를 하지 않고 있던 중, 기존 임대인이 임차주택의 매매계약을 체결하였음을 이유로 하여 임차인에 대하여 먼저 갱신거절의 의사를 두 차례에 걸쳐 전달하자 비로소 갱신거절의 통지를 받은 임차인이 이후 기존 임대인과 소유권이전등기 전인 매수인 모두에게 갱신요구를 한 경우, 법원은 임대인이 정당한 갱신거절의 통지를 하였으므로 임대차계약은 더 이상 갱신되지 않는다고 판시하였다.[21] 이는 기존의 임대인이 갱신거절의 주체라는 점은 긍정하면서도, 주택의 매매계약을 체결하여 실거주 의사가 인정되지 않는 기존 임대인의 갱신거절을 인정함으로써 결과적 측면에서는 앞서 본 하급심 판결들과 배치되는 것으로 보일 수 있다. 그러나 이 사안에서 법원은 “구 주택임대차보호법(2020. 6. 9. 법률 제17363호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 주택임대차법’이라 한다.) 제6조 제1항 전문에 의하면 임대인이 임대차기간이 끝나기 6개월 전부터 1개월 전까지의 기간에 임차인에게 갱신거절의 통지를 하지 아니하거나 계약조건을 변경하지 아니하면 갱신하지 아니한다는 뜻의 통지를 하지 않은 경우에는 그 기간이 끝난 때에 전 임대차와 동일한 조건으로 다시 임대차한 것으로 본다”고 하며, 이 사건 임대차계약의 임대차기간이 끝나기 6개월 전부터 1개월 전까지의 기간에 해당하는 2020. 7. 30. 임차인인 피고에게 갱신거절의 통지를 한 사실을 이유로 하여 이 사건 임대차계약이 기존 계약 만료일이었던 2021. 1. 28. 종료되었다고 판시하였는바, 개정 임대차보호법 제6조의3을 적용하지 않았다. 개정 주택임대차법 부칙 제2조에 의하면, 계약갱신요구는 이 법 시행 당시 존속 중인 임대차에 대하여도 적용되는 것이 원칙이나(부칙 제2조 제1항), 이 법 시행 전에 임대인이 갱신을 거절하고 제3자와 임대차계약을 체결한 경우에는 이를 적용하지 않는다고 규정되어있다(부칙 제2조 제2항). 따라서 이 사안은 부칙 제2조 제2항에 의하여 구 주택임대차보호법 제6조가 적용된 사안으로[22], 이 글에서 중점적으

21) 수원지방법원 2021.8.24.선고, 2021가단110 판결.

22) 한편, 이 판결은 부칙 제2조 제2항외에도 제1항을 적용한 경우에 대하여서도 판단하고 있는 듯한 내용을 포함하고 있다. 즉 “부칙 제2조 제1항에 의하여 개정 주택임대차보호법 제6조의3을 적용하는 경우에도, 임대인은 제6조의3 제1항 단서 및 제8호에 의하여 갱신거절을 할 수 있고, 또한 제3조 제4항에 의하여 임차주택의 양수인은 임대인의

로 다루고 있는 임차인의 갱신요구 전 임대인과 양수인이 갱신거절한 경우에 대한 쟁점을 직접적으로 판단한 판결이 아니라는 점에서 아쉬움이 남는다.

2) 임대인의 지위를 승계한 양수인이 갱신거절권을 행사할 수 있다고 본 사안

위에서 본 판결들과 대조적인 판결이 존재한다.[23] 임대인뿐만 아니라 양수인 역시 임차인에 대하여 갱신거절권을 행사할 수 있다고 보는 판결로, 이는 주택임대차보호법 제3조 제4항에 의하여 양수인이 임대인의 지위를 승계하였기 때문이라고 한다. 즉, 임대인의 지위 승계를 통하여 양수인이 승계받은 갱신거절권을 행사할 수 있으므로 양수인 역시 실거주를 이유로 하여 갱신거절할 수 있다는 것이다. 이는 대상판결과 매우 유사한 판단을 한 것으로 보인다.

판시사항을 자세히 살피면 다음과 같다. 임차인의 갱신요구 이후 소유권이전등기를 마친 양수인은 실거주를 이유로 임차인을 상대로 아파트의 인도를 청구하였는데, 이에 대하여 법원은 “임차인의 계약갱신요구권이 형성권인데 대해 임대인의 갱신거절권은 형성반권이며, 주택임대차법 제3조 제4항에 따라 임차주택의 양수인이 임대인의 지위를 포괄적으로 승계함에 있어 이러한 형성반권 역시 양수인에게 승계된다”고 설시한 후 원고의 청구를 인용하였다. 또한 “양도인은 실제 거주를 하지 않아서, 양수인은 아직 소유자가 아니라서 양자 모두 갱신거절을 할 수 없다는 것은 임차건물 소유자의 처분권을 갱신요구권 행사 가능한 동안 사실상 제한하는 결과를 초래하는 것”이라고 지적하였다.

3. 외국의 법제와의 비교 - 실거주를 사유로 한 갱신거절 관련 조문을 중심으로

우리 법제에서의 갱신요구권은 임차인이 갱신을 요구하고, 예외적인 사

지위를 승계한 것으로 보므로, “임대인의 지위를 승계한 것으로 간주되는 임차주택의 양수인이 목적 주택에 실제 거주하려는 경우에도 그 양수인은 임차인의 계약갱신요구를 거절할 수 있다고 봄이 타당하다”고 판시하였다.

23) 서울동부지방법원 2021.8.12.선고, 2021가단105843판결.

유가 발생한 경우에 한하여 임대인이 갱신을 거절할 수 있는 독특한 구조로 되어 있다는 데에 그 특징이 있다.[24] 따라서 기한의 정함이 있는 임대차 제도에서 자동으로 갱신되도록 하거나 기한의 정함이 없는 임대차 제도를 유지하고 있는 해외 다수의 주요국 법 제도에서는 불필요하게 갱신요구권을 행사하는 절차를 거치도록 하고 있지 않다. 임대인 측에서는 갱신을 거절할 사유가 있는 예외적인 경우에 임대차를 해지 또는 종료하면 되므로 법률관계는 매우 간명하다. 이와 같이 기본적인 구조가 다르기 때문에 우리나라의 상황과 외국 법제들을 평면적으로 비교하기는 쉽지 않지만, 대다수 국가에서 임대인의 실거주는 임대차계약을 종료할 수 있는 정당한 사유로 인정하고 있어 우리나라와 유사한 부분을 살펴볼 수 있다.

다만 이 글에서 중점적으로 다루고 있는 양수인의 실거주를 이유로 한 갱신거절에 대하여서는 특별한 규정을 두고 있지 않은 경우가 많은데, 캐나다의 경우 이를 법조문에 규정함으로서 문제를 해결하고 있으므로 이하에서 보다 자세히 살펴보고자 한다.

(1) 독일

독일 민법상 주택임대차에 있어서 가장 큰 특징은 기간을 정하지 아니한 임대차를 원칙으로 한다는 점이다. 기간을 정하지 아니한 임대차에서 임대인이 계약을 해지하기 위해서는 정당한 사유가 존재하여야 하고, 그러한 사유가 존재하는 경우라도 계약해지가 임차인에게 너무 가혹한 경우에는 이의를 제기하여 임대인의 해지권을 제한할 수 있다. 한편, 기간을 정한 임대차는 법에서 정한 특별한 사유가 있고 계약 체결 시 미리 임차인에게 서면으로 위 사유를 통지하며 계약기간 만료 당시 그 사유가 실제로 존재하여야만 예외적으로 허용되며, 기간 만료 시 임대인이 계약종료의 의사를 표시하지 아니하여 묵시적으로 갱신된 경우에는 기간을 정하지 아니한 임대차로 전환된다.[25][26]

---

24) 현재의 제도는 대부분의 경우 임차인이 갱신을 원한다는 측면을 반영하지 못한 것일 뿐만 아니라, 묵시적 갱신과의 관계에서 법률관계를 복잡하게 한다.

25) 김제완·박해선·이강훈·이승진·최진솔, 「주요국들의 최근 주택임대차 안정화 법제에

독일민법 제573조 제1항에서는 기간을 정하지 아니한 임대차에서 임대인은 임대차 관계를 종료시킬 만한 정당한 이익이 있는 때에만 계약해지를 할 수 있고, 특히 임대료를 인상하기 위한 해지는 허용되지 않는다고 규정한다. 이 때 임대인의 정당한 이익이 인정되는 경우 중 대표적인 것이 바로 임대인이 주거 공간을 자신이나 그의 가족 구성원 또는 그의 세대에 속하는 사람의 주거로 사용하려고 하는 경우, 즉 실거주를 이유로 통상해지를 인정한다. 또한 일정한 경우 임대인에게 정당한 이익이 없더라도 임대차계약을 해지할 수 있는 예외를 인정하고 있는데, 제573조의a 제1항에서는 임대인이 둘 이하의 주거로 되어 있는 건물에 스스로 거주하면서 그 중 하나의 주거를 임대한 경우 임대인은 정당한 이익이 없더라도 임대차계약을 해지할 수 있다고 한다.

(2) 프랑스

프랑스에서는 임차인이 최소한 거주할 수 있는 기간, 즉 최단 임대차 기간을 보장하는 방식을 택하고 있다. 프랑스 주택임대차법(Loi Mermaz) 제10조에 의하면 자연인이 임대하는 경우 3년, 법인이 임대하는 경우 6년이 최소한 보장되고, 임대차 기간이 만료되기 6개월 전까지 임대인이 계약 해지를 위한 사전통지를 하지 않는 경우 임대차계약은 묵시적으로 갱신되고 이때 갱신된 계약의 임대차 기간은 위 최단 임대차 기간과 동일하다. 또한 프랑스에서는 임대차계약의 기간 만료 시 임대인에게 정당한 사유가 있는 경우에만 계약을 해지할 수 있도록 하고 있는데, 주택임대차법 제15조에서 정하고 있는 정당한 사유로는 임대인 자신이나 그의 가족이 임대차 목적물에 거주하기 위하여 회수하는 경우가 있다. 프랑스에서도 마찬가지로 실거주를 이유로 한 임대차계약의 해지를 인정하고 있는 것인데, 이때의 실거주

관한 연구」, 법무부 용역 보고서(2022), 141면.

26) 이에 독일은 이러한 임대차기간 보장 및 해지권 제한을 통하여 임차인의 평균 거주 기간이 12.8년이고, 20년 이상의 임대차도 전체의 22.7%에 이를 정도로 장기 임대차를 유지하고 있다. 관련한 자세한 내용은 김병국, “독일, 기한 없는 임대차…프랑스는 계약갱신보장”, 2020.1.30.자 내일신문, http://m.naeil.com/m_news_view.php?id_art=339108 (마지막 방문 2023.2.25.)

가 인정되는 인적 범위는 임대인 본인 및 배우자, 해지 통지 시 등록된 동거 계약에 의한 동거자, 해지 통지 시 적어도 1년 이상 사실혼 관계에 있던 자 등이 있다.

한편, 주택임대차법 제15조에서는 임대차 목적물의 매각을 위한 임대차 계약의 해지에 대하여서도 규정하고 있다. 매각을 위한 계약 해지는 잔여 임대차 기간에 따라 법으로 정한 계약 종료일에 해지 통지를 할 수 있다.[27] 또한 매각을 위한 해지 시 법 제15조 제2항에 의하여 임차인이 임대차 목적물에 관한 우선매수권을 가지는 점이 독특하다. 즉, 매각을 위한 임대인의 해지 통지는 곧 매수의 제안과 동일한 효력을 가지며, 이 경우 임대인은 가액과 조건을 명시하여야 한다. 따라서 임대인이 목적주택을 매도하고자 하는 경우에는 다른 제3자보다 우선적으로 임차인으로 하여금 매수할 것인지를 결정할 수 있도록 하여, 임대인의 재산권 행사와 임차인의 주거안정성을 동시에 충족하고 있다는 점이 특징이다.

(3) 미국 뉴욕주

개정 주택임대차보호법이 전범(典範)으로 삼고 있는 미국 뉴욕주의 임대차 안정화 법률(Rent Stabilization Code, 이하에서는 'RSC'라고 한다)[28]에 의하면 임대차 종료 전 법정된 기간 내에 임대인이 갱신거절의 통지를 적법하게 하지 않으면 임대차계약은 갱신되는 것으로 보고 있다. 이 때 실거주를 이유로 한 갱신거절을 인정하고 있는데, 임대차 안정화 법 2524.4(a)조에서는 임대인과 그 직계가족은 실거주를 이유로 하여 갱신거절을 할 수 있다고 규정하고 있다.[29] 이 경우 관리국에 신고하고 퇴거료를 지급해야 하

27) 잔여기간이 매각일로부터 3년 이상인 경우에는 그 임대차계약의 종료일에, 3년 미만인 경우에는 최소 1번의 묵시적 갱신 이후의 계약 종료일에, 잔여기간이 2년 미만인 경우에는 매각일로부터 2년이 지나야 해지의 효력이 발생한다.

28) 뉴욕주는 1960년대 후반 임대주택 공실이 급감하고 임대료가 급등하자 1969년 한시법으로 "임대차 안정화 법률(Rent Stabilization Code, RSC)"을 시행하였고, 한시법으로 운영되던 RSC는 2019년부터 영구화되었다. 뉴욕시는 RSC와 별도로 뉴욕시 차원의 "임대차 안정화 법률(Rent Stabilization Law, RSL)"을 운영하고 있다. 김제완 외4인, 앞의 법무부 용역 보고서(2022), 10면.

29) 보다 정확한 명칭은 N.Y. comp. Codes R. & Regs. Tit.9하의 2524조로, 2520~

고[30], 만일 임대인 등이 실거주를 이유로 임대주택의 인도를 받은 후에 갱신거절 통지에 기재한 사유대로 임대주택을 실거주 목적으로 사용하지 않거나 3년 동안 거주하지 않으면 3년 동안 임대료를 인상할 수 있는 권리를 박탈당하는[31] 등 임차인의 주거권 보장을 매우 중요시하는 모습을 보인다.

한편 뉴욕주에서는 매수인의 실거주를 이유로 한 갱신거절에 대하여 법으로 정한 규정은 없는데, 실제로도 임대차 안정화 법률이 적용되어 갱신거절이 제약되는 임대주택에 실거주하기 위하여 매수하는 경우 역시 찾아보기 어렵다.[32] 임대기간이 종료될 때까지 기다려 실거주를 이유로 갱신거절을 해야 하고, 임차인을 퇴거시키고 임대주택을 인도하기 위한 법적 분쟁을 거쳐야 하며, 또한 임대인 역시 단지 임대료 수입을 목적으로 계속 임대차를 하는 경우가 대부분이기 때문이다.[33]

(4) 캐나다

캐나다 역시 원칙적으로 임대차계약은 특별한 임대차 종료 사유가 없는 한 계속해서 자동으로 갱신되어 임차인이 별도의 갱신 요구를 할 필요가 없으므로 우리나라와는 구조적으로 큰 차이가 있다. 이는 임대인의 실거주 등을 이유로 한 갱신거절 관련 조문이 '임대차 계약의 종료'부분에 규정되어 있는 점에서도 잘 드러난다. 다만, 캐나다는 주요주에서 기존 임대인뿐만 아니라 매수인의 실거주를 이유로 한 갱신거절에 대하여 법으로 정하여 규정하고 있으므로 이 점에 주목하여 자세히 살펴보고자 한다.

1) 온타리오주

온타리오주 주택임차법에는 임대인의 실거주 등을 이유로 한 임대차

2531part가 "Rent Stabilization Code"에 해당한다. 다만, 이 글에서는 편의상 RSC로 표기하고자 한다.

30) RSC § 2524.5(a)(2)

31) RSC § 2524.4(a)(5)

32) 김남근, "임대인등의 실거주 갱신거절 사유의 정당성 판단 연구", -뉴욕주 임대차안정화 법률 분쟁사례를 중심으로-, 법학연구 제32권 제4호(2021). 137면.

33) 김남근, 위의 논문, 137면. 실제로 뉴욕주 판례에서는 매수인이 실거주를 이유로 갱신거절을 하여 분쟁한 사례는 찾아보기 어려웠다.

계약의 종료에 관한 규정이 존재한다. 주택임차법 제48조에 의하면 임대인이 선의로 임대인, 임대인의 배우자, 임대인(혹은 임대인의 배우자)의 자녀나 부모, 임대인, 임대인의 배우자·자녀·부모, 임대인의 배우자의 자녀·부모를 위하여 돌봄(간병) 서비스를 제공하는 자(서비스를 받는 사람이 임대 목적물에 거주하거나 거주할 예정인 경우)가 최소 1년 이상의 기간 동안 임대 목적물을 점유해야 할 필요가 있는 경우에는 통지로 임대차를 종료할 수 있다.

이와 유사하게 주택임차법 제49조에 의하면 임대 목적물의 매매 시, 매수인 혹은 매수인의 가족 등이 실거주를 해야 할 필요가 있는 경우의 임대차 계약의 종료에 관하여 규정되어 있다. 다만, 이와 같은 경우에도 임차인에 대하여 임대차 종료를 통지하는 자는 매도인, 즉 기존 임대인이다. 기존 임대인은 매수인을 대신하여 갱신 거절을 해야 한다. 실제로 갱신거절시 사용하는 N12 양식을 보면 작성의 주체는 기존의 임대인이지만, 임대차를 종료하는 사유에 대하여서는 임대인 본인의 사유인지 혹은 매수인의 사유인지를 선택하여 기재하도록 하고 있다.

이처럼 온타리오주의 경우 우리나라와 다르게, 매수인의 실거주를 이유로 한 갱신거절도 가능하도록 법으로 규정하고 있고 나아가 매수인의 실거주를 이유로 임대차를 종료하는 경우에도 그 갱신 거절의 주체만큼은 기존 임대차 계약의 계약 당사자인 매도인이어야 한다는 점을 분명히 하여 혼란을 최소화하고 있다.[34]

2) 브리티시컬럼비아주

브리티시컬럼비아주의 주택임차법(Residential Tenancy Act, RTA, 2002)에 의하면 온타리오주와 마찬가지로 임대차 계약은 계속해서 갱신되는 것이 원칙이다. 주택임차법 제44조 (3)에 의하면 임차 계약의 종료일에 임대인과 임차인이 새로운 임대차 계약을 체결하지 않더라도 동일한 조건으로 임대차 계약을 month to month로 자동으로 갱신되는 것으로 간주한다.[35] 이에 따라 임대인이 실거주 등을 이유로 하여 임대 주택을 점유·사용

34) 김제완 외4인, 앞의 법무부 용역 보고서(2022), 115,116,138면 참조.

35) month to month tenancy는 매 월 자동 갱신된다는 의미이지만, 매 월 말을 만기로

해야 할 필요성이 있는 경우, 온타리오주의 경우와 마찬가지로 임대인은 임대차 계약을 종료할 수 있다. 주택임차법 제49조 (3)에 의하면 임대인은 임대인 본인 혹은 가까운 가족 구성원이 임대 주택을 점유할 필요가 있는 경우 임대차 계약을 종료할 수 있다. 이 때 가까운 가족 구성원이란 임대인의 배우자, 직계존·비속 및 임대인의 배우자의 직계존·비속 등이다.

또한 임대인은 제49조 (5)에 의하여 임대 주택의 매매 계약을 체결한 경우, 주택 매수인이 본인 혹은 매수인의 가까운 가족 구성원이 임대 주택을 점유해야 할 필요성이 있는 경우에도 실거주를 이유로 하여 임대차 계약을 종료할 수 있다. 다만 이와 같은 경우 임대인이 조건 없이 임대차 계약의 종료 통지를 해야 하는 온타리오주와 다르게, 매수인이 임대인에게 서면으로 임차인에게 임대차 계약의 종료를 통지해줄 것을 요청한 경우에 임대인이 임대차 계약의 종료를 통지할 수 있다.

3) 퀘백주

퀘백주는 주택임차법이 아닌 퀘백민법전(Civil Code of Québec) 제4절 “주택 임대에 관한 규칙”이하에서 임대차에 관한 규정을 두고 있다. 퀘백민법전 제1941조에 의하면 임차인은 약정한 임대 기간이 종료할 때 임차 기간의 갱신을 요구할 권리가 있고, 임대차 계약은 기존의 계약과 동일한 조건과 기간 동안(만일 기존 임대 기간이 12개월을 초과하는 경우 12개월 동안) 갱신된다. 또한, 제1957조에 의하면 주택의 임대인은 임대인 본인 및 직계존·비속, 혹은 친척 등의 필요에 의하여 임차인을 퇴거시키고 임대차 계약을 종료하여 주택의 점유를 되찾을 수 있다. 다만 이 경우 퀘백주는 다시 한 번 예외 규정을 둠으로써 임차인을 보호하고 있다. 제1959.1조에 의하면 임대인은 임차인 또는 임차인의 배우자가 퇴거 당시 70세 이상이고 최소 10년 동안 주거를 점유했으며 저렴한 임대 주택에 거주할 수 있는 기준 소득의 이하의 소득 수준을 가진 경우에는 임차인을 퇴거시키고 임대차를 종료할 수 없다. 그러나 이와 같은 예외규정에 대하여 다시 예외 규정을 두고 있는데, 임대인 본인이 70세 이상이고 임대 주택에서 실거주를 하기 위한 경우

하여 자유롭게 종료될 수 있다는 의미는 아니라는 점에 유의하여야 한다.

에는 임대차 계약을 종료할 수 있다.

한편 퀘백주의 경우 주택임대차 분쟁과 해결에 관하여 전문적인 행정재판소[36](Tribunal administratif du logement)에서 전적으로 담당하고 있다. 이에 의하면 임대 주택이 매도된 경우 매수인이 임대 주택에 거주할 수 있는지에 대하여 매수인은 본인 스스로 혹은 특정한 자의 거주를 위하여 임대 주택을 회수할 수 있다.[37]

4. 대상판결에 대한 비판적 평석 및 제도 개선 방안

(1) 대상판결에 대한 비판적 평석

1) 갱신요구권 행사의 효과

갱신요구권이 형성권이라는 점에 대하여서는 대상판결의 원심판결 및 하급심 판결에서도 설시하고 있는 부분이다. 이에 따르면 법에서 정한 1회에 한하여서는 임차인이 주도적으로 갱신요구권을 행사함으로써 임대차계약의 갱신은 이루어지는 것이 원칙이라고 볼 수 있다. 다만 갱신요구를 받은 임대인은 법으로 정한 정당한 사유가 있는 경우, 갱신의 효과를 저지시킬 수 있는 갱신거절권을 행사할 수 있다.[38] 따라서 만일 임차주택이 매매계약 중에 있는 경우라면 임차인은 갱신요구를 할 당시의 임대인에게 갱신

36) 위 재판소의 의무와 기능에 대하여서는 「the Act respecting the Administrative Housing Tribunal」 이라고 하는 법에서 자세히 규정하고 있다.

37) 자세한 내용은 아래 주소의 홈페이지에서 찾아볼 수 있다. https://www.tal.gouv.qc.ca/en/being-a-lessor/acquiring-a-residential-rental-property (마지막 방문 2022.12.29.)

38) 필자가 갱신요구권이 형성권이라는 이유로 형성권의 행사로 인하여 곧 법률관계가 '확정·종료'되는 것으로 말하고자 함은 아니라는 점을 분명히 한다. 법에서 정한 '정당한 사유'가 있다면 임대인이 갱신거절권을 행사하여 그 효과가 발생할 것이고, 만일 갱신거절의 정당한 사유가 없다면 비로소 갱신이 확정될 것이다. 다만, 이때 정당한 사유를 어디까지 인정할 수 있을 것인가와 관련하여, 소유권이전등기를 하지 않은 양수인도 정당한 사유를 이유로 갱신거절을 할 수 있는지, 임차인의 갱신요구가 있은 이후에 임대인에게 발생한 사유로 (단지 갱신거절 가능한 기간 내라는 이유로) 갱신거절권 행사를 모두 인정할 수 있는지에 대하여서는 보다 엄격히 판단해 볼 필요성이 있다는 점에 대하여 설시하고자 한다.

요구를 할 수 있다. 이 경우 다수의 하급심 판례에서 판시하듯, 임대인은 매매계약을 체결하고 있는 자로 실거주 의사가 없기 때문에 제8호를 사유로 하여 갱신거절을 할 수 없고, 임차주택의 소유권이전등기가 이루어지지 않았기 때문에 양수인 역시 갱신거절을 할 수 없으므로, 결국 임대차계약 갱신의 효과는 발생하는 것이다.

만일 갱신거절을 할 수 있는 주체를 갱신요구를 받은 당시의 임대인으로 한정하지 않는다면, 임차인은 과도하게 오랜 기간 동안 불안정한 지위에 놓이게 된다. 예컨대 임대차기간이 끝나기 6개월 전 정당하게 갱신요구를 하고 임대인으로부터 별다른 갱신거절의 통지를 받지 않음으로써 임대차계약이 갱신된 것으로 신뢰하고 있는 임차인이, 무려 그로부터 4개월이 지난 후인 임대차기간이 만료되기 2개월 전 소유권이전등기를 마치고 기존 임대인의 지위를 승계한 양수인의 갱신거절에 따라 임차주택을 인도해야 하는 상황이 발생할 수도 있기 때문이다. 이에 대하여 양수인의 갱신거절권 행사 가부가 결국 소유권이전등기 경료 여부에 따라서 결정되므로, 실거주를 하고자 하는 진정한 의도를 가지고 임차주택을 매수한 양수인에게 불측의 피해가 될 수도 있다는 견해가 있을 수 있다. 그러나 뒤에서 자세히 살피는 바와 같이 개정 주택임대차법이 시행된 이후로 최근에는 부동산 거래 실무상 임차인의 갱신요구권 행사 여부는 임차주택의 거래시 가장 우선적으로 중요하게 확인되고 있는 부분으로, 양수인이 임차인의 갱신요구권 행사 여부에 대하여 예상하지 못하여 발생하는 피해는 개정 초기와 비교하여 이제는 더 이상 발생하지 않을 것으로 보인다. 결국 대상판결의 판시사항 중 갱신거절의 각 호의 사유가 갱신요구권 행사 이후에 발생한 때에도 임대인이 기간 내라면 갱신거절을 할 수 있다는 점은 갱신요구권의 형성권적 성질 및 갱신요구권과 갱신거절권의 관계, 임차인의 주거권 보호의 측면을 고려하였을 때 정당성을 찾기 어렵다.

한편, 최근 법원이 임차인의 갱신요구에 대하여 임대인이 자신이 실거주하겠다는 이유로 갱신을 거절한 후 부동산을 매매하였다면 임차인에게 손해를 배상해야 한다고 판시한 사례가 있다.[39] 사안에서 임차인은 직접 실거주하겠다는 임대인의 말을 듣고 이사를 갔으나 이후 임대인이 실거주하

지 않고 목적 주택을 매도한 사실을 알게 되었고 이에 따라 임대인을 상대로 손해배상소송을 냈다. 이에 법원은 “임대인의 행위를 주택임대차보호법 제6조의3 제1항을 위반하여 정당한 사유 없이 임대차계약의 갱신을 거절함으로써 원고들의 계약갱신청구권을 침해하는 불법행위에 해당한다”며 임대인의 손해배상책임을 인정하였다. 주택임대차보호법 제6조의3 제5항에 의하면 임대인이 실거주를 이유로 갱신을 거절하였음에도 불구하고 갱신요구가 거절되지 아니하였더라면 갱신되었을 기간이 만료되기 전에 정당한 사유 없이 제3자에게 목적 주택을 임대한 경우 임대인은 갱신거절로 인하여 임차인이 입은 손해를 배상하여야 한다고 규정하고 있다.[40] 이에 위 사건의 임대인은 ‘임대가 아닌 매매를 한 것이므로 주택임대차보호법상 손해배상책임이 없다’고 항변하였으나, 받아들여지지 않았다. 이와 같은 법원의 판단은 임차인이 갱신요구를 했을 당시 실거주할 의사가 없었던 임대인은 정당한 갱신거절을 할 수 없던 자이므로 임차인의 갱신요구 그 자체로 임대차계약이 갱신되었어야 함에도 불구하고, 갱신이 되지 않아 더 열악한 조건의 새로운 집을 임차하며 중개 수수료 및 이사 비용 등을 지불하게 된 임차인의 손해를 인정한 것으로, 조문에도 불구하고 매매의 경우에까지 확대하여 손해배상책임을 인정한 것으로 볼 수 있다.[41] 손해배상을 명한 이 판결의 결론의 정당성을 부정하기는 어려울 것이다. 필자가 이 판결을 원용하는 이유

39) 서울중앙지방법원 2022가단5113218 판결.

40) 한편, 실거주를 이유로 갱신거절을 한 후 제3자에게 임대한 경우 주택임대차법에 따른 손해배상 청구를 둘러싼 해석에 있어 하급심의 판결이 엇갈리고 있다. 2021나223406 판결에서는 임차인이 주택임대차법 제6조의3 제5항에 따라 임대인에게 손해배상청구를 하기 위하여서는 먼저 임차인이 임대차 기간이 끝나기 6개월 전부터 2개월 전까지의 기간 이내에 임대인에게 계약갱신요구를 했어야 한다고 판시하였다. 반면, 2022가소1067836판결에서는 임대인이 먼저 계약갱신을 거절할 것임을 확실하게 밝힌 상황에서까지 임차인에게 계약갱신요구권을 행사할 것을 기대하기는 어렵다며 특별한 사정이 없는 한 주택임대차법 제6조의3 제5항에 따라 손해배상의무가 있다고 판시하였다. 이렇듯 임차인의 갱신요구가 주택임대차법상 손해배상의 전제조건인지에 대한 법원의 해석이 엇갈린다. 다만 위 판결에서는 임차인이 먼저 갱신요구를 하였으므로 임차인의 갱신요구권 행사여부가 문제되지는 않았다.

41) 이 글에서는 주택임대차보호법 제6조의3 제5항을 ‘매매’의 경우에까지 확대하여 적용할 수 있을지에 대하여서는 자세히 다루지 않을 예정이다. 추후 상급심 법원의 판단을 주목해보아야 할 것으로 보인다.

는 양수인에 의한 갱신거절과의 관계를 살펴보기 위한 것이다. 위와 같은 상황에서 만일 매수인이 실거주한다면 '매수인의 실거주를 이유로 임대인이 손해배상을 면할 수 있는지'에 관하여 생각해볼 수 있다. 그러나 임대차 계약기간이 모두 종료한 후 비로소 목적 주택을 매수한 자의 실거주를 이유로 임대인이 손해배상책임을 지지 않는다면, 이는 주택임대차보호법 제6조의3 및 임차인의 주거권 강화라는 개정 취지에 정면으로 배치되는 것으로 부당하다.[42] 대상판결과 같이 양수인의 실거주를 이유로 갱신을 거절할 수 있다는 법리가 일반화된다면, 갱신요구권 법제의 중요 핵심요소라고 할 수 있는 손해배상 규정을 사실상 무력화할 우려가 있다. 대상판결의 법리가 과도기 사안에 한정적으로 적용되는 데 그치지 않고 일반화되어서는 안되는 이유가 여기에 있다.

2) 갱신거절권의 승계 가부

일반적으로 적법하게 소유권이전등기까지 경료받은 임차주택의 양수인이 주택임대차법 제3조 제4항에 의하여 임대인의 지위를 승계한다는 점에 대하여서는 이견이 없을 것이다. 그런데 대상판결과 같은 사안에서 양수인이 갱신거절권까지 승계할 수 있을지에 대하여서는 다시 생각해 볼 필요가 있다.

앞서 살펴본 바와 같이 임차인이 갱신요구권을 행사함으로써 임대차계약은 갱신된다. 이때 갱신요구를 할 당시의 임대인은 실거주 의사가 없으므로, 다시 말해 갱신을 거절할 수 있는 정당한 사유의 존재라는 조건을 충족하지 못하였기 때문에 갱신거절을 할 수 없고 계약의 갱신은 확정된다. 그렇다면 양수인이 이후에 소유권이전등기를 하고 적법한 임대인으로서의 지위를 승계한다고 하더라도, 양수인은 단지 새로이 갱신된 임대차 계약에서

42) 만일 더 나아가 대상판결과 같이 임대차 계약 기간이 종료하기 전 목적 주택의 매매까지 이루어졌는데 임대인이 이를 숨기고 부당한 갱신거절을 한 경우라면 문제는 더욱 명확하게 드러난다. 대상판결과 같이 기존 임대인이 갱신거절 기간 내에 실거주 여부를 자유롭게 결정하고, 또한 그 기간 내에 매매 역시 자유롭게 할 수 있는 등 임대인에게 갱신여부를 결정지을 수 있는 사실상의 완전한 자유를 보장하고 양수인은 임대인의 지위를 승계한다고 인정한다면, 임대인의 갱신거절을 정당한 것으로 보아 손해배상책임을 지지 않을 수 있기 때문이다.

의 임대인의 지위를 포괄적으로 승계할 뿐이다. 정확히는 양수인은 기존 임대차 계약의 잔여기간과 더불어 임차인의 갱신요구로 인하여 갱신된 임대차 계약의 기간을 합한 기간 동안의 임대차계약에 대한 임대인의 지위를 승계한 것이다. 따라서 갱신된 임대차계약이 다시 만료할 때에는 임대인으로서의 갱신거절권을 행사할 수 있을 것이나 기존의 임대차계약에 대하여서는 더 이상 양수인은 갱신거절할 수 없으므로, 이미 갱신이 완료된 임대차계약에 대하여 양수인이 다시 형성반권으로서의 갱신거절권을 승계한다는 법리는 이해하기 어렵다. 사견으로는 갱신요구권의 형성권적 성격에 비추어 본다면 이미 갱신이 완료된 사안에서는 양수인의 갱신거절권 승계 자체가 논의의 실익이 없다고 생각한다. 갱신거절권은 적법·유효한 갱신요구를 받은 당시의 임대인이 법에서 정한 요건을 충족하였을 경우에 한하여 행사할 수 있는 권리이기 때문이다.

대상판결은 구 임대인이 갱신거절 기간 내에 실거주 여부를 자유롭게 결정할 수 있다면 그 기간 내에 실거주가 필요한 새로운 임대인에게 매각할 수도 있다고 보아야 할 것인 점을 고려하면 위 기간 내에 주택임대차법 제3조 제4항에 의하여 임대인의 지위를 승계한 양수인 역시 제8호의 실거주를 사유로 한 갱신거절을 할 수 있다고 판시하였으나, 제8호의 실거주를 사유로 한 갱신거절이 갱신거절 기간 전체에 걸쳐 실거주 여부에 대한 자유로운 결정권을 보장하는 것은 아닌바 법리의 오해가 있는 것으로 보인다. 갱신요구가 없는 상태라면 임대인이 실거주 여부를 자유롭게 결정한다거나 실거주가 필요한 새로운 임대인에게 매각할 수 있는 것은 당연하다. 그러나 일단 임차인이 갱신요구를 한 경우에는 1회에 한하여서는 갱신의 효과가 곧바로 발생하므로, 갱신을 거절하고자 하는 임대인은 갱신요구를 받은 당시 정당한 사유를 들어 갱신거절을 해야 적법한 갱신거절이 이루어진다. 물론 갱신요구를 받은 당시에는 실거주 의사가 없었으나 이후 사정이 변경되어 진정으로 실거주를 해야 할 필요성이 생길 수도 있다. 그러나 현실의 임대차 분쟁 양상을 살피면 보증금 및 월세 인상을 요구한 후 임차인이 이를 거절하면 그제야 임대인이 본인의 실거주를 이유로 하여 갱신을 거절하는 모습을 종종 볼 수 있다. 실거주의 진의를 심사하는 구체적인 기준이 정립되지

않은 우리나라의 현 상황에서 대상판결과 같이 갱신거절 기간 내에 임대인에게 실거주 결정 및 임차주택의 매각을 완전히 보장한다면 임차인의 갱신요구권이 무력화될 가능성이 크고 이는 임대차법의 개정 취지에도 부합하지 않는다.

사견으로는 갱신요구 기간 내라고 하더라도 갱신요구가 이루어지지 않고 있는 상황에서 임대차계약의 체결 및 소유권이전등기까지 완료되었다면, 이후 임차인의 갱신요구에 대하여 양수인이 새로운 임대인의 지위에서 실거주를 사유로 갱신거절을 할 수는 있다고 생각한다. 비록 형성권인 갱신요구권이 강력한 권한을 가진다고 할지라도 행사되지도 않은 상태에서 임차인의 갱신요구권을 우선적으로 보호할 수는 없기 때문이다.[43]

3) 등기하지 않은 부동산 매수인의 제3자에 대한 지위

우리 민법은 부동산 매수인은 등기 이전까지는 순수한 채권자로서 제3자에게 자신이 매수인임을 주장할 수 없으며, 사안에 따라 필요시에는 물권자인 매도인의 권리를 대위하여 행사할 수 있다는 법리를 비교적 확고하게 유지하고 있다.

대표적으로 부동산 매수인이 등기 전에 제3자에 대해 방해배제청구권을 행사하고자 할 경우 소유자인 매도인의 방해배제청구권을 대위하여 행사할 수 있다.[44] 마찬가지로 소유권이전등기를 경료받지 않은 매수인은 필

43) 각주40에서 다루었던 주택임대차법 제6조의3 제5항의 손해배상청구와 관련하여 임차인의 갱신요구권 행사 요부에 대하여 견해가 엇갈리는 것 역시 이와 유사한 맥락으로 볼 수 있다.

44) 대법원 1994.12.27. 선고, 94다4806판결에서는 (구)국토이용관리법상의 토지거래규제구역 내의 토지에 대해 관할관청의 허가 없이 체결된 매매계약이라고 하더라도, 매수인은 매도인에 대한 토지거래허가신청절차의 협력의무의 이행청구권을 보전하기 위하여 매도인의 제3자에 대한 제3자 명의의 소유권등기의 말소청구권을 대위행사할 수 있다고 하였다. 이와 유사하게 점용권에 기하여서도 건물철거청구권을 대위행사할 수 있다. 대법원 2003. 2. 26. 선고, 2002다58075 판결 등에서는 하천부지의 점용허가를 받아 그 관리주체에 대하여 하천부지의 사용을 청구할 수 있는 권리를 가지는 사람은 그 사용청구권을 보전하기 위하여 관리주체의 하천부지에 대한 점유권 등에 따른 방해배제청구권을 대위행사할 수 있다고 판시한 바 있다. 대법원 1975.8.19.선고, 75다273판결에서는 채권자인 원고는 자기의 채권을 보전하기 위하여 그 채무자가 가지는 등기말소청구권을 대위행사할 수 있다고 판시하였다.

요시 소유자겸 매도인의 인도청구권을 대위하여 행사 할 수 있다.[45] 즉, 매수인은 매도인에게 매매계약상 소유권이전등기청구권 및 목적물인도청구권 등을 피보전권리로 하여 매도인의 권리를 대위행사할 수 있을 뿐이고, 등기를 하지 않은 채권자가 자신의 권리를 직접 행사할 수 있는 것은 아니다.

또한 이와 같은 법리는 무효인 저당권등기의 유용과 관련한 판례에서도 찾아볼 수 있다. 채무자인 부동산 소유자가 채권자인 저당권자에게 당해 저당권설정등기에 의하여 담보되는 채무를 모두 변제함으로써 저당권이 소멸된 경우 그 저당권설정등기 또한 효력을 상실하여 말소되어야 할 것이나, 부동산 소유자와 종전의 채권자, 그리고 새로운 제3의 채권자 등 3자가 합의하여 저당권설정등기를 유용하기로 합의한 경우라면 종전의 채권자는 부동산 소유자의 저당권설정등기말소청구에 대하여 그 3자 사이의 등기 유용의 합의 사실을 들어 대항할 수 있다. 이 때 판례는 부동산 소유자로부터 그 부동산을 양도받기로 하였으나 아직 소유권이전등기를 경료받지 아니하여 그 소유자를 대위하여 저당권설정등기의 말소를 구할 수 밖에 없는 자(=등기부상 이해관계를 맺은 제3자는 아님에 유의)에 대하여서도 마찬가지로 대항할 수 있다고 판시하였다.[46] 즉, 아직 소유권이전등기를 하지 않은 매수인은 단지 채권자의 지위에 있는 것이므로, 매수인이 저당권설정등기말소청구를 하기 위하여서는 등기부상 소유권자를 대위할 수 있을 뿐이다.

앞서 살펴본 바와 같이 등기하지 않은 부동산 매수인의 제3자에 대한 지위에 관한 이와 같은 법리를 적용한다면, 대상판결 사안의 경우에도 매수인은 자신의 고유한 지위에서 자신의 실거주를 이유로 갱신거절권을 행사할 수는 없을 것이다. 매수인은 등기 전에는 순수한 채권자에 불과하므로 단지 자신의 채무자인 매도인을 대위하여 그가 가지는 갱신거절권을 대위행사하는 방법이 있을 뿐이라고 보아야 한다. 그런데 매도인은 자신이 실거주할 것이 아니므로 실거주를 이유로 갱신을 거절할 수는 없는 것이고, 이

45) 대법원 1980. 7. 8. 선고, 79다1928판결에서는 원고가 미등기 건물을 매수하였으나 소유권이전등기를 하지 못한 경우에는 위 건물의 소유권을 원시취득한 매도인을 대위하여 불법점유자에 대하여 명도청구를 할 수 있다고 판시하였다.

46) 대법원 1998.3.24. 선고, 97다56242 판결.

와 같이 매도인이 갱신거절을 할 수 없으므로, 그 권리를 대위행사할 수밖에 없는 매수인으로서는 임차인에 대하여 갱신거절을 할 수는 없는 것이라고 해석하는 것이 물권법의 기본 법리 및 기존의 확립된 대법원 판례 법리에도 부합하는 것이라고 생각한다.

4) 임대인의 지위 승계 가부 및 승계의 내용

추가적으로, 매수인이 대위행사할 수 있는 것이 아니라 임대인의 지위를 승계하였다는 대상판결의 논지도 설득력이 없다. 제3자에게 임대된 부동산이 매도되는 경우에 관한 우리 판례 법리를 보면, 등기가 이전된 후에 새 소유자가 종전 소유자의 임대인의 지위를 승계하는 것으로 해석한다. 물론 이와 같은 법리는 여러 가지 문제가 있는 것은 사실이지만, 현재의 법리상 이와 같이 최소한 소유권이전등기가 이루어져야 종전임대인의 지위를 승계하는 것으로 보아야 하며, 등기가 이루어지기 전에 단지 매매계약을 체결한 사실만으로 종전 임대인의 지위를 승계하는 것으로 보기는 어렵다. 대상판결 사안의 경우 등기 이후에 비로소 종전 임대인의 지위를 승계하는 것인데, 이 시점에는 이미 갱신이 이루어진 상황이므로, 그 후에 매수인이 갱신거절을 할 수는 없을 것이다.

다음으로, 임차인이 있는 주택을 양도하는 경우에 매수인은 임대인의 지위를 그대로 포괄적으로 인수하는 것이다. 따라서 매수인이 인수하는 지위는 '실거주하지 않으므로 갱신을 거절하지 못한 임대인의 지위'를 승계하는 것이다. 일반적으로 권리의무를 승계함에 있어서 종전 권리자의 권리 이상을 승계받을 수는 없다.[47] 본건의 경우에도 매수인인 원고는 매도인인 소외인이 가지고 있는 권리보다 유리한 권리를 승계할 수는 없으므로, 매도인이 가지지 못한 갱신거절권을 매도인의 지위를 승계한 매수인이 취득할 수는 없는 것이다. 만일 이와 같이 해석한다면, 채권 내지 계약관계의 양도로 인하여 상대방이 더 불리한 지위에 서는 것을 용인하는 결과가 되는데, 이는 민법의 기본원리에도 반한다.

---

47) 라틴어 격언으로는 "Nemo dat quod non habet(그 누구도 자신이 갖지 아니한 것을 남에게 줄 수 없다)." 가 있다.

대상판결은 기본적으로 양수의 대상이 되는 '임대인의 지위'의 의미에 대해 오해하고 있다. 민법상 법적 지위의 승계, 특히 특정승계는 해당 지위의 구체적 내용을 승계하는 것이지, 일반화 추상화된 지위를 승계하는 것은 아니다. 즉, 양수인은 종전 임대인의 구체적 지위를 승계하는 것으로서 양도인이 갱신거절이 가능하든 불가능하든 그 지위를 그대로 승계하는 것이며, 양도인이 갱신거절을 할 수 없는 상황임에도 막연히 '임대인의 지위 승계'를 주장하며 '양수인도 임대인이므로 갱신거절을 할 수 있다'고 주장할 수는 없는 것이다.

(2) 우리나라 임대차법제 관련 실무 관행 및 개선 방안

1) 실무 관행의 정착

개정 주택임대차보호법은 별도의 유예기간을 두지 않고 시행되었기 때문에 관련 분쟁 사안이 많이 발생할 수밖에 없었다. 그러나 2년여의 시간이 흐른 현재에는 실거주를 이유로 한 갱신거절권 행사에 대한 일반인들의 인식의 정도가 높아졌고, 뿐만 아니라 부동산중개인들이 중개 거래 시 임차인의 갱신요구 행사여부를 별도로 확인하도록 하고 있다.

공인중개사법 시행규칙 제16조에 따른 '주거용건축물의 중개대상물 확인, 설명서'(별지 제20호 서식)의 '권리관계 확인'부분에서는 공인중개사로 하여금 중개 시 임차인의 계약갱신요구권 행사여부를 확인하여 ① 확인(확인서류 첨부), ② 미확인, ③ 해당사항 없음 의 항목을 선택하여 기재하도록 하고 있다. 또한 공인중개사법 제51조 제2항 1의5호에 의하면 공인중개사가 동법 제25조 제1항에 따라 중개대상물의 확인 및 설명의무를 위반하여 성실·정확하게 중개대상물의 확인·설명을 하지 아니하거나 설명의 근거자료를 제시하지 아니한 자에게는 500만원 이하의 과태료를 부과하도록 하고 있다. 이처럼 갱신요구권 도입 초기와 비교하여 현재에는 실무 관행이 어느 정도 마련되어 정착되었으므로 갱신요구권 행사를 둘러싼 임차인과 양수인 간의 분쟁 경우 역시 현저하게 줄어들 것으로 예측해볼 수 있다.

2) 제도 개선 방안

본 논문은 임대목적물의 매수인이 실거주 사유를 들어 임차인의 갱신

을 거절할 수 없어야 한다는 점을 말하고자 한 것은 아니다. 다만 입법정책적인 문제와 현행법의 해석의 문제는 구별되어야 할 필요가 있다. 본 조와 관련하여 임차인이 이미 적법하게 취득한 구체적 권리인 갱신요구권과 갱신거절사유가 있는 양수인 중 누구를 더 보호해야 하는지의 문제는 입법정책적으로 해결할 수 있을 것이다. 임차목적물에 실거주하기 위하여 주택을 구매한 매수인의 입장에서는 실거주하지 못하게 된다면 불측의 손해를 입을 수 있고, 임차인의 입장에서는 임차목적물에 실거주 의사가 있는 매수인의 등장이라는 다분히 우연적인 사건의 발생으로 당연히 갱신될 것이라고 신뢰하였던 임대차계약의 갱신을 거절당하는 불합리한 점도 있을 것이므로 양측의 법익 형량의 필요성이 있다.

앞서 살펴본 바와 같이 캐나다의 주요주에서는 주택양수인의 실거주를 이유로 한 갱신거절 문제를 법제화하여 해결하고 있다. 그러나 캐나다는 우리나라와 다르게 기본적으로 임대차를 계속해서 갱신되는 것으로 인정하고 있어 이에 대하여 일찍이 입법적 해결의 필요성을 크게 인지한 것으로 볼 수 있다. 특히 임대인뿐만 아니라 매수인의 실거주를 이유로 한 갱신거절까지 입법화하는 등 어떠한 경우에도 갱신 거절의 주체만큼은 모두 기존 임대차 계약의 계약당사자인 매도인이어야 한다는 점을 분명히 하여 혼란을 최소화하고 있다. 한편, 프랑스와 같이 임대인이 양도를 할 경우에는 임차인이 그 목적주택을 매수할 것인지를 결정할 수 있도록 우선매수청구권을 부여할 경우, 임대인의 재산권 행사와 임차인의 주거안정성을 동시에 충족할 수 있다는 점도 고려해볼 수 있다.

한편, 단기의 일회성 임대차계약을 원칙으로 하고 임대차계약을 갱신하기 위하여서는 임차인이 먼저 계약갱신요구권을 행사하도록 하고 있는 우리나라의 임대차법제는 다른 주요 선진국의 경우와 비교하였을 때 매우 이례적인 것이 사실이다. 물론 단시간에 근본적인 구조를 바꾸는 것은 어렵겠지만 앞으로도 계속해서 이와 같은 법제를 유지할 것인지, 그것이 바람직한 것인지에 대하여서는 깊이 고민해볼 필요가 있다. 물론 최근 주택임대차법이 개정되며 그 전환기에는 이와 관련하여 다수의 분쟁이 발생하였고 그 사안들을 이글에서 다루었지만, 현재에는 실무 관행도 정착되었고 임차인 보

호라는 취지에 보다 부합하는 갱신제도를 생각해볼 필요가 있다. 사견으로는 우리나라 역시 궁극적으로는 프랑스, 뉴욕주, 캐나다 등 다른 입법례와 같이 임대인이 정당한 사유를 들어 갱신거절의 의사를 통지하지 않으면 원칙적으로 임대차계약은 갱신되어 장기의 임대차가 일반화되는 방식으로 나아가는 것이 바람직할 것이라고 생각한다.

3) 대상판결에 대한 평가

대상판결은 양수인의 실거주를 이유로 한 갱신거절 문제를 둘러싸고 견해의 대립이 있는 중에 나온 최초의 대법원 판결이라는 점에서 의미가 있다. 다만, 원심 및 다수의 하급심 판결과 다른 판단을 내렸음에도 불구하고 이와 관련하여 제시된 근거는 충분한 설득력이 있다고 보기 어렵다. 대상판결의 논지는 개정법의 시행 전후에 걸친 과도기 사건에 대한 특수성을 반영한 한도 내에서 이해되어야 하고, 이미 개정법과 거래관행이 정착된 현 상황에서, 미등기 양수인의 갱신거절권이 일반적으로 인정되는 것으로 확대해석되는 것은 경계하여야 할 것이다.

주택 양수인의 실거주를 이유로 한 갱신거절 - 최 진 솔 · 모 승 규 · 김 제 완	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2023.02.26.	2023.03.02.	2023.03.26.

[참고문헌]

[국내문헌]

김영희, 「형성권 연구」, 서울대학교 법학연구소 법학연구 총서 14, 2007

김남근, “임대인 등의 실거주 갱신거절 사유의 정당성 판단 연구- 뉴욕주 임대차안정화 법률 분쟁사례를 중심으로-”, 법학연구 제32권 제4호, 충남대학교 법학연구소(2021)

김제완·박해선·이강훈·이승진·최진솔, 「주요국들의 최근 주택임대차 안정화 법제에 관한 연구」, 법무부 용역 보고서, 2022

김영두, “주택임대차보호법의 갱신요구권과 임대인의 실거주”, 집합건물법학 제40권, 한국집합건물법학회(2021)

김영희, “독일 민법학상 형성권(Gestaltungsrecht)에 관한 연구”, 서울대학교 법학 박사학위논문(2003)

김영희, “형성권 논의의 의미”, 비교사법 제11권 4호, 한국비교사법학회(2004)

노순범, “임대인의 주택 실거주를 사유로 한 갱신거절에 관한 법리형성 제안 - 주택임대차보호법 제6조의3 제1항 제8호에 대한 문제-”, 연세법학 40호, 연세법학회(2022)

모승규·박해선·김제완, “임대인의 실제거주를 이유로 한 갱신거절의 정당성 판단기준-캐나다 온타리오주 법제 및 판례의 동향과 시사점”, 법학논고 제73집, 경북대학교 법학연구원(2021)

박해선·모승규·김제완, “주택임대차보호법상 갱신요구권 제도의 개선방안 -캐나다 온타리오주 법제의 시사점-”, 법학연구 제65집, 전북대학교 법학연구소(2021)

이오현·김대희, “새로운 임대인의 실거주를 이유로 한 갱신거절권(수원지방법원 2002.4.22. 선고 2021나89299 항소심 판결), 경희법학 제57호, 경희대학교 법학연구소(2022)

이은희, “상가건물임차인의 계약갱신요구권”, 민사법학 제26호, 한국민사법학회(2004)

장병주, “상가건물 임차인의 계약갱신요구권과 권리금회수 기회보호: 계약갱신요구권 행사기간 연장에 따른 법적 이해관계”, 민사법학 제88호, 한국민사법학회(2019)

지원림, 저간의 부동산임대차 법제에 관하여:능력의 한계 아니면 「의도된 오조준」?, 부동산법학 제24권 제3호, 한국부동산법학회(2020)

추선희·김제완, “개정 주택임대차보호법상 갱신요구권에 관한 몇 가지 쟁점”, 법학논집 제25권 1호, 이화여자대학교 법학연구소(2021)

최지현, “주택임대차보호법 제6조의3 갱신거절사유 중 임대인 등의 실거주에 관한 소고”, 중앙법학 통권 제83호, 중앙법학회(2022)

최현태, 주택임대차보호법 제6조의3 갱신거절사유에 관한 일고찰, 한양법학 제33권 제3호, 한양법학회(2022)

[외국자료]

New York City Rent Guidelines Board, "Changes to the Stabilized Housing Stock in New York City in 2017", 2018. 5. 24.

프랑스 정부 법률 조회 서비스 https://www.legifrance.gouv.fr/

캐나다 종합법률정보원 (Canadian Legal Information Institute, CanLII) https://www.canlii.org/en

캐나다 온타리오주 임대차위원회(Landlord and Tenant Board, LTB) https://tribunalsontario.ca/ltb/

캐나다 퀘백주 전문행정재판소 https://www.tal.gouv.qc.ca/

Landlord and Tenant Board, “Brohcure: A Guide to the Residential Tenancies Act”

【국문초록】

주택임대차보호법 제6조의3이 시행된 지 2년이 지나며 임차인의 계약갱신요구와 임대인의 갱신거절사유에 대하여 많은 연구가 축적되었다. 그 중에서 최근까지 수많은 논쟁의 중심이 되어 온 문제가 있는데, 바로 '주택 양수인이 실거주를 이유로 기존 임차인의 계약갱신요구에 대하여 갱신거절을 할 수 있는가'의 문제이다. 주택 양수인의 실거주를 이유로 한 갱신거절에 대하여 의견이 대립되는 가장 근본적인 이유는, 개정 주택임대차법에서는 임차주택의 매매 및 양수인의 실거주를 갱신거절 사유로 정하고 있지 않기 때문이다. 이에 따라 개정 주택임대차법이 시행된 이래로, 주택 양수인과 임차인간 분쟁을 주로 한 하급심 판결들이 다수 나온 것은 예상할 수 있는 결과였다. 문제는 그동안 관련 하급심 판결들마저 이 문제를 판단함에 있어 다소 혼재되어 있는 양상을 보였다는 것인데, 최근 이 문제를 정면으로 다룬 최초의 대법원 판결이 내려진바 본 논문에서는 대상판결에 대하여 분석해보고자 하였다.

대상판결의 결론부터 간략히 보면, 대상판결은 실거주를 이유로 한 주택양수인의 갱신거절을 긍정하였다. 즉, 대상판결로 인하여 임대인의 지위를 승계한 임차주택의 양수인은 주택임대차보호법 제6조의3 제1항 단서 제8호에 따라 임대인이 목적 주택에 실제 거주하려고 한다는 사유를 들어 임차인의 계약갱신 요구를 거절할 수 있게 되었는데, 이는 대다수의 하급심 판결과 배치되는 판단으로 보다 면밀히 분석해 볼 필요가 있다. 그간의 다수 견해는 실거주를 이유로 한 갱신거절 가능 여부의 판단은 임차인이 계약갱신을 요구할 당시의 임대인을 기준으로 한다는 것이었으나, 대상판결에서는 갱신거절 기간 내에 주택임차법 제3조 제4항에 의하여 임대인의 지위를 승계한 양수인이 목적 주택에 실거주하는 경우에는 갱신거절할 수 있다고 판시하였다. 그러나 이 과정에서 원심판결 및 다수의 하급심 판결에서 비중있게 다룬 갱신요구권의 법적성질, 즉 형성권 행사의 효과를 고려하지 않았는바, 본 논문에서는 우선적으로 갱신요구권의 형성권적 성격 및 갱신거절권과의 관계를 논의의 출발점으로 삼았다. 이에 따라 갱신요구권 행사의 효

과, 즉 임차인의 갱신요구권 행사 자체로 곧 계약갱신의 효과는 발생한 것으로 보아야 하고 임대인은 법에서 정한 사유를 들어 이를 저지시킬 수 있을 뿐이라는 점을 정리하였다. 이에 따라 대상판결에서 인정한 임대인의 지위 승계 및 그에 따른 갱신거절권의 승계에 대하여, 목적 주택을 매도한 임대인은 실거주 의사가 없으므로 갱신거절을 할 수 없고 양수인은 단지 갱신이 이루어진 임대차계약상의 임대인의 지위를 승계한 것으로 보는 것이 자연스럽다는 결론에 이르렀다. 또한 우리 민법상 등기하지 않은 부동산 매수인은 제3자에 대하여 순수한 채권자의 지위 및 채권자로서 종전 임대인 지위 승계의 한계와 관련한 기존의 확립된 판례 법리를 살펴보았다. 나아가 관련한 외국의 법제를 간략히 살폈는데, 특히 캐나다의 경우 매수인의 실거주를 이유로 한 갱신거절까지 법조문으로 규정하여 문제를 해결하고 있어 추후 필요시 참고해 볼 만하다.

대상판결은 양수인의 실거주를 이유로 한 갱신거절 문제를 둘러싸고 견해의 대립이 있는 중에 나온 최초의 대법원 판결이라는 점에서 의미가 있으나, 대상판결에서 제시된 근거는 충분한 설득력이 있다고 보기 어렵다. 대상판결의 논지는 개정법의 시행 전후에 걸친 과도기 사건에 대한 특수성을 반영한 한도 내에서 이해되어야 하고, 미등기 양수인의 갱신거절권이 일반적으로 인정되는 것으로 확대해석되는 것은 경계하여야 한다.

【Abstract】

Non-renewal on the grounds of primary residence by transferee of the house

- A commentary of the Supreme Court Decision 2021DA266631 delivered on December 1, 2022 -

Choi, Jinsoul (Attorney-at-law, Law firm Myoungjae)
Mo, Seungkyu (Research fellow of Ministry of Justice)
Kim, Jewan (Professor, Korea University School of Law)

Two years have passed since Article 6-3 of the Housing Lease Protection Act took effect, and many studies have been accumulated on the lessee's request for contract renewal and the lessor's non-renewal on the grounds of primary residence. The most arguable issue of the amended article is the question of whether the transferee can refuse to renew due to his primary residence. It is because of the absence that Article does not stipulate the transferee's primary residence as a reason for non-renewal. Therefore, it has been a predictable result that a number of cases took place and even the rulings of the lower courts have been mixed in judging this issue. Since 2021DA266631 is the first case by the Supreme Court Decision, this could be a meaningful study that we tried to analyze in this paper. 2021DA266631 affirmed the non-renewal on the grounds of primary residence by transferee of the house. This is a judgement contrary to the majority of lower court's rulings that it is impossible to refuse a renewal because of the primary residence by transferee, so it is necessary to analyze it more closely. In the 2021DA266631, it is confirmed that the transferee succeeded to the status

of the lessor under Aritcle 3(4) of the Housing Lease Act within the period of non-renewal. However, it has no mention about the characters of the right to renewal of the lessee as a formulating right ('Gestaltungsrecht' in German) in the decision. Therefore, we has started this paper from the concept of the relationship between the right to request renewal and non-renewal. Accordingly, when lessees require to continue their rent, it take effect. and the lessor can only block it for reasons only prescribed by the law. It has been concluded that the lessor who sold the house cannot refuse to renew because he has no intention of primary residence, and it is reasonable that transferee has only succeeded the status of the lessor in the renewed lease. Furthermore, we briefly examined the relevant foreign legislations, especially in Canada, the problem is solved by stipulating in their Residential Tenancy Act, which is worth referring to in the future. In conclusion, the 2021DA266631 is meaningful in that it is the first Supreme Court Decision about the non-renewal on the grounds of primary residence, however, despite a number of different results from the lower courts it remains somewhat regrettable that there is not enough explanations to persuade their opinion.

주제어(Keyword) : 주택임대차보호법(Housing Lease Protection Act), 갱신요구(request for contract renewal), 갱신거절(Non-renewal), 실거주(primary residence), 형성권('Gestaltungsrecht' in German), 임차인(lessee)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제108호 2023년 3월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2023.108.125

주택임대차보호법상 계약갱신요구권과 계약갱신거절권

- 대법원 2022. 12. 1. 선고 2021다266631 판결의 비판적 검토 -*

이 제 우**

목 차

[사실관계 및 소송의 경과]
[연구]
Ⅰ. 머리말
Ⅱ. 계약갱신요구권과 계약갱신거절권의 법적 성질과 효력 발생 시기
1. 권리의 법적 성질
2. 권리행사에 따른 효력 발생 시기
3. 검토
Ⅲ. 임대인 지위의 승계와 그 제한
1. 문제의 제기
2. 편면적 강행규정의 특성
3. 편면적 강행규정으로서 제3조 제4항의 적용
4. 계약당사자의 권리 중 일부의 승계 배제
5. 검토
Ⅳ. 제6조의3 제1항 단서 제9호의 해석
Ⅴ. 맺음말

[사실관계 및 소송의 경과]

Ⅰ. 사실관계

1. 피고 1은 2019. 3. 6. 소외인이 소유하는 아파트(이하 '이 사건 아파

* 이 논문은 2023년 한국토지법학회 동계학술대회에서 발표한 글을 수정·보완한 것입니다. 사회를 맡아주신 한국토지법학회 김민규 고문님, 지정토론을 통해서 유익한 지적을 해주신 경기대학교 김세준 교수님과 부경대학교 최현숙 교수님, 그리고 소중한 평가와 조언을 해주신 익명의 심사위원님들께 진심어린 감사의 말씀을 드립니다.
** 강남대학교 부동산건설학부 조교수.

트')를 2년(2019. 4. 15. ~ 2021. 4. 14.)의 기간 동안 임차하는 내용으로 계약(이하 '이 사건 임대차계약')을 체결한 후 피고 2, 3(피고 1의 부모)과 입주하여 이 사건 아파트에서 거주하고 있었다.

2. 신혼부부인 원고들은 직접 거주할 목적으로 2020. 7. 5. 소외인으로부터 이 사건 아파트를 매수하기로 하는 계약(이하 '이 사건 매매계약')을 체결한 후 2020. 10. 30. 소유권이전등기(각 1/2 지분)를 경료하였다.

3. 2020. 7. 31. 법률 제17470호로 주택임대차보호법이 개정되고 같은 날 시행됨에 따라 주택임차인의 계약갱신요구권이 도입되었다.

> 주택임대차보호법 제6조의3(계약갱신 요구 등) ① 제6조에도 불구하고 임대인은 임차인이 제6조제1항 전단의 기간 이내에 계약갱신을 요구할 경우 정당한 사유 없이 거절하지 못한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다. [중략]
> 8. 임대인(임대인의 직계존속·직계비속을 포함한다)이 목적 주택에 실제 거주하려는 경우
> 9. 그 밖에 임차인이 임차인으로서의 의무를 현저히 위반하거나 임대차를 계속하기 어려운 중대한 사유가 있는 경우
>
> 부칙 <제17470호, 2020. 7. 31.>
> 제2조(계약갱신 요구 등에 관한 적용례) ① 제6조의3 및 제7조의 개정규정은 이 법 시행 당시 존속 중인 임대차에 대하여도 적용한다.

4. 피고 1은 2020. 10. 5.경부터 10여 일에 걸쳐 소외인에게 총 네 차례 계약갱신의 의사표시를 하였으나 소외인은 이에 대해 갱신거절의 통지를 하였다. 특히 2020. 10. 16. 피고가 소외인에게 계약갱신을 요구하자, 소외인은 실제 거주할 원고들에게 이 사건 아파트를 매도한 사실을 들어 임차인의 갱신요구를 거절하였다.[1)]

1) 논문의 모든 밑줄은 필자가 중요한 내용을 강조하기 위해서 친 것이다.

Ⅱ. 제1심의 판단[2)]

제1심은 원고가 이 사건 아파트에 대한 계약갱신요구권을 행사할 당시에는 소유권이전등기를 경료하기 전이었으므로 계약갱신요구를 거절할 수 있는 임대인의 지위에 있지 않았던 점, 그리고 소외인은 이 사건 아파트에 실제 거주할 예정이 아니었던 점을 고려하여 원고와 소외인 모두 주택임대차보호법 제6조의3 제1항 단서 제8호를 근거로 해서는 피고 1의 갱신요구를 거절할 수 없다고 하였다.

그러나 제1심은 원고들이 소외인과 이 사건 매매계약을 주택임대차보호법의 개정 및 시행 전에 체결한 점, 실제 거주를 목적으로 매수를 한 점, 이 사건 임대차계약 기간의 만료와 동시에 실제 거주할 것이라는 믿음을 가졌던 점을 비롯해, 피고 1이 계약갱신요구권을 행사하기 전에 소유권이전등기를 경료하였다면 임대인의 지위에서 위 조항 제8호에 따라 갱신요구를 거절할 수 있었는데, 매매계약 체결 당시 그 도입을 알 수 없었던 계약갱신요구권을 피고 1이 행사하기 전에 원고들이 소유권을 취득하지 않았다는 사정만으로 갱신요구를 거절할 수 없다는 것은 형평에 반한다고 하였다. 이에 따라 제1심은 "계약갱신요구권을 도입한 개정 법률 시행 이전에 실제 거주를 할 예정인 원고들에게 이 사건 아파트를 매도하였다는 것을 이유로 한" 소외인의 계약갱신요구 거절이 위 조항 제9호 중 '그 밖에 임대차를 계속하기 어려운 중대한 사유가 있는 경우'에 해당한다고 인정하였다.

Ⅲ. 원심의 판단[3)]

원심은 제1심 판결 중 피고들 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고들의 청구를 모두 기각하였다.

---

2) 서울중앙지방법원 2021. 4. 8. 선고 2020가단5302250 판결.
3) 서울중앙지방법원 2021. 8. 20. 선고 2021나22762 판결.

우선 원심은 계약갱신요구권의 부여를 통해 임차인의 주거권을 강화하고자 하는 갱신 조항의 도입 취지, 의사를 표시함으로써 그 효과가 바로 발생하는 형성권인 계약갱신요구권의 법적 성질, 예측하기 어려운 임대인의 '실제 거주'라는 주관적 사유의 특성 등을 고려하면, 보충적 일반조항인 주택임대차보호법 제6조의3 제1항 단서 제9호를 확대해석하는 것이 해석론을 통해 거절 사유를 새로 추가하는 결과가 되어 부당하므로, 이 사건에서의 사안을 위 제9호가 정한 '그 밖에 임대차를 계속하기 어려운 중대한 사유가 있는 경우'에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다.

또한 원심은 제1심과 같은 이유로 '실제 거주' 사유를 규정하는 주택임대차보호법 제6조의3 제1항 단서 제8호의 적용가능성을 인정하지 않았다.

Ⅳ. 대법원의 판단

대법원은 다음을 이유로 원심판결을 파기하였다.

우선 대법원은 "주택임대차보호법 제6조, 제6조의3 등 관련 규정의 내용과 체계, 입법취지 등을 종합하여 보면, 임차인이 주택임대차보호법 제6조의3 제1항 본문에 따라 계약갱신을 요구하였더라도, 임대인으로서는 특별한 사정이 없는 한 같은 법 제6조 제1항 전단에서 정한 기간 내라면 제6조의3 제1항 단서 제8호에 따라 임대인이 목적 주택에 실제 거주하려고 한다는 사유를 들어 임차인의 계약갱신 요구를 거절할 수 있고, 같은 법 제3조 제4항에 의하여 임대인의 지위를 승계한 임차주택의 양수인도 그 주택에 실제 거주하려는 경우 위 갱신거절 기간 내에 위 제8호에 따른 갱신거절 사유를 주장할 수 있다고 보아야 한다."고 일반론을 설시하였다.

이어서 구체적인 이유로는, ① "주택임대차보호법은 임차인의 계약갱신요구권을 신설하여 제6조의3 제1항 본문에서 "제6조에도 불구하고 임대인은 임차인이 제6조 제1항 전단의 기간 이내에 계약갱신을 요구할 경우 정당한 사유 없이 거절하지 못한다."라고 정하고, 단서에서 임대인이 목적 주택에 실제 거주하려는 경우(제8호)를 비롯하여 임대인이 갱신을 거절할 수 있

는 사유를 제1호 내지 제9호로 정하고 있다. 이러한 주택임대차보호법의 취지는 임차인의 주거생활 안정을 위하여 임차인에게 계약갱신요구권을 보장하는 동시에 임대인의 재산권을 보호하고 재산권에 대한 과도한 제한을 방지하기 위하여 임대인에게 정당한 사유가 있는 경우 계약갱신을 거절할 수 있도록 함으로써 임차인과 임대인의 이익 사이에 적절한 조화를 도모하고자 함에 있다."고 하였다. 또한 ② "주택임대차보호법 제6조의3 제1항의 문언, 계약갱신요구권과 갱신거절권의 관계, 계약갱신제도의 통일적 해석의 필요성 등에 비추어 볼 때, 주택임대차보호법 제6조의3 제1항 단서 각 호에 따른 정당한 사유가 있는 경우 임대인은 같은 법 제6조 제1항 전단에서 정한 기간에 임차인의 계약갱신 요구를 거절할 수 있다고 봄이 타당하고, 그렇다면 위 각 호의 사유가 임차인의 갱신요구권 행사 후에 발생한 때에도 임대인은 위 기간 내라면 갱신거절권을 행사할 수 있다."고 하였다. 마지막으로 ③ "주택임대차보호법 제6조의3 제1항 단서 제8호가 정한 '임대인'을 임차인이 갱신을 요구할 당시의 임대인만으로 제한하여 해석하기 어렵고, 구 임대인이 갱신거절 기간 내에 실거주 여부를 자유롭게 결정할 수 있다면 그 기간 내에 실거주가 필요한 새로운 임대인에게 매각할 수도 있다고 보아야 할 것인 점 등을 고려하면, 위 기간 내에 주택임대차보호법 제3조 제4항에 의하여 임대인의 지위를 승계한 양수인이 목적 주택에 실제 거주하려는 경우에는 위 제8호 사유를 주장할 수 있다고 할 것이다."고 하였다.

사안과 관련해서는 "피고 1이 이 사건 임대차계약기간이 끝나기 6개월 전의 기간인 2020. 10. 16. 소외인에게 계약갱신을 요구하였을 당시 소외인은 이미 원고들과 사이에 이 사건 아파트를 매도하는 매매계약을 체결한 상태였고, 소외인은 원고들이 이 사건 아파트에 관한 소유권이전등기를 마치기 전에 계약갱신에 동의하는 등의 통지를 하지 않고 오히려 곧바로 매수인인 원고들이 이 사건 아파트에 실제 거주하려고 한다는 이유로 계약갱신의 거절을 통지하였다. 또한 기록에 의하면 원고들은 이 사건 아파트에 관한 소유권이전등기를 마친 직후 피고 1에게 원고들이 이 사건 아파트에 실제 거주하기 위해 계약갱신을 거절한다는 통지를 하였다고 주장하고 있기도 하다."하면서, "사정이 이러하다면, 원심으로서는 원고들이 피고 1의 계약갱

신 요구 이후에 소외인으로부터 이 사건 아파트를 양수하여 임대인의 지위를 승계한 사실이 확인되는 이상, 임대인 지위를 승계한 원고들이 위 아파트에 실제 거주하려는 것인지, 구 주택임대차법(2020. 6. 9. 법률 제17363호로 일부개정되기 전의 것) 제6조 제1항 전단에서 정한 기간 내에 자신들의 실제 거주를 이유로 계약갱신 요구를 거절한 사실이 있는지 등을 확인하고, 원고들 주장의 당부를 심리·판단하였어야 한다."고 판시하였다.

[연구]

Ⅰ. 머리말

2020년 여름 주택임대차보호법이 개정[4]되어 제6조의3(계약갱신 요구 등)이 신설됨에 따라 그전까지 상가건물의 임차인에게만 인정되었던 계약갱신요구권이 주택의 임대차관계에 대해서 도입되었다. 개정이 이루어지기 전부터 계약갱신요구권과 관련하여 학계와 정치권에서는 물론 일반대중 사이에서도 논란이 뜨거웠으며, 현재까지 관련 입법의 유지, 폐지, 강화를 놓고 의견이 분분하다. 입장 차이는 계약갱신요구권에 관한 여러 판결에서도 뚜렷하게 나타났다. 2021. 3.을 시작[5]으로 전국 법원에서 관련 하급심 판결이 나왔지만 서로 상반된 입장으로 인해 오히려 불확실성이 커져갔다.[6] 그러던 중 2022. 12. 1. 대법원이 처음으로 주택임대차보호법 제6조의3[7]에 관

4) 2020. 7. 31. 법률 제17470호로 일부개정.

5) 주택임대차보호법상 계약갱신요구권에 관한 최초의 판결은 수원지방법원 2021. 3. 11. 선고 2020가단569230 판결이다.

6) 관련 하급심 판결의 상세한 정리와 분석은 정성헌, "개정 주택임대차보호법상 임차인의 갱신요구권에 대한 연구 - 새임대인이 실거주를 이유로 갱신을 거절할 수 있는지에 대한 하급심 판결들을 중심으로 -", 「민사법의 이론과 실무」 제25권 제1호 (2021. 12.), 149면 이하; 최지현, "주택임대차보호법 제6조의3 갱신거절사유 중 임대인등의 실거주에 관한 소고", 「중앙법학」 제24집 제1호 (2022. 3.), 51면 이하; 박태신, "임대주택 양도와 임대차계약 갱신요구권에 관한 검토 - '임대인이 목적 주택에 실제 거주하려는 경우'에 관한 하급심 판결들에 관한 검토를 중심으로 -", 「비교사법」 제29권 제3호(통권 제98호) (2022. 8.), 1면 이하 참조.

한 판결[8](이하 '대상판결')을 선고하였다. 이 판결이 국민의 일상생활[9]에 직접적으로 미치는 영향이 클 수밖에 없으므로 주택임대차에서 계약갱신요구권과 관련된 문제를 면밀히 검토하는 것이 필요하다. 다만 계약갱신요구권을 둘러싼 쟁점이 많고 이를 주제로 하는 문헌이 적지 않으므로 여기에서는 대법원이 대상판결에서 다룬 핵심 쟁점, 즉 '기존 소유자로부터 임차주택을 매수한 신소유자가 임차인의 계약갱신요구를 거절할 수 있는가'로 한정하여 논의를 진행하고자 한다.

우선 계약갱신요구권과 계약갱신거절권을 개관한다(II). 두 권리의 법적 성질 그리고 그 행사의 효력 발생 시기와 관련하여 문제가 되는 내용을 먼저 검토한다. 다음으로, 임대인 지위의 승계 문제를 다룬다(III). 여기서는 임차주택의 소유권 양도 시 기존 소유자로부터 신소유자에게 이전되는 권리·의무의 범위를 자세히 고찰한다. 이어서 주택임대차보호법상 임대인이 갱신요구를 거절할 수 있는 근거로서 제6조의3 제1항 단서 제9호에 관하여 간략하게 살펴본다(IV). 마지막으로, 맺음말에서는 대상판결에 대한 논의를 정리하고 간단한 결론을 내리는 것으로 글을 마무리한다(V).

Ⅱ. 계약갱신요구권과 계약갱신거절권의 법적 성질과 효력 발생 시기

주택임대차계약의 당사자인 임대인과 임차인의 권리관계는 원칙적으로 특별법인 주택임대차보호법에 의해서 규율된다. 1981년 제정된 이래로 주택임대차보호법이 여러 차례 개정되면서 임차인의 지위가 지속적으로 향상되었는데, 특히 2020년 개정 결과 임차인에게 계약갱신요구권이 부여되면서 임차인의 보호가 한층 두터워졌다. 이로써 그 어느 때보다도 임대인과 임차인의 법익 간 대립을 조화롭게 해결하는 것이 복잡하고 어려워졌다.[10]

---

7) 이하 법명 없이 인용하는 경우는 모두 주택임대차보호법의 조문이다.

8) 대법원 2022. 12. 1. 선고 2021다266631 판결.

9) 최신 주거실태조사 발표에 따르면 2021년 기준으로 국민 중 39.0%가 임차의 형태로 주택에 거주하고 있다[2021년도 주거실태조사 결과 발표, 국토교통부 보도자료 (2022. 12. 21.)].

아래에서는 임차인의 계약갱신요구권과 이에 대한 임대인의 계약갱신거절권의 법적 성질을 살펴본 후 두 권리의 행사에 따른 효력 발생 시기를 검토하기로 한다.

1. 권리의 법적 성질

(1) 계약갱신요구권

계약갱신요구권은 임차인이 임대인에게 기존의 임대차계약의 갱신을 요구할 수 있는 권리로서 제6조의3에서 규정하고 있다. 계약갱신요구권의 법적 성질이 형성권인지 또는 청구권인지에 따라 주택임차인의 지위가 크게 달라질 수 있는데 학계와 판례는 계약갱신요구권의 법적 성질에 관하여 사실상 일치된 입장을 보이고 있다.

우선, 학계에서는 계약갱신요구권을 형성권으로 보는 견해가 지배적이며[11], 청구권으로 보는 견해는 현재 없는 것으로 파악된다. 어떤 권리가 형성권에 해당하는지를 결정하는 데 법문언에 구애받을 필요 없이 형성권적 특성의 존재 여부에 따라 판단[12]하면 되므로, 계약갱신요구권이 형성권의 특질, 즉 권리의 일방적 행사를 통해 법률관계를 변동시키는 속성[13]을 갖는지 살펴보면 된다. 임대인이 임의로 임차인의 갱신요구를 거절할 수 없고, 입법자가 제한적으로 인정하고 있는 정당한 사유가 없는 한 원칙적으로 임

10) 임대인의 재산권과 임차인의 주거권 간 충돌을 비례성의 관점에서 논의하는 연구로는 김세준, “개정 주택임대차보호법의 몇 가지 쟁점에 대한 평가 - 계약갱신요구권과 주택임대차분쟁조정제도를 중심으로 -”, 「법학논집」 제28집 제1호 (2021. 4.), 153-155면 참조.

11) 이은희, “상가건물임차인의 계약갱신요구권”, 「민사법학」 제26호 (2004. 9.), 130면; 임윤수·이창기·민선찬, “상가임차인의 계약갱신요구권과 묵시적 갱신의 관계 - 대법원 2010. 6. 10. 선고 2009다64307 판결”, 「법학연구」 제48호 (2012. 11.), 220면; 장병주, “상가건물 임차인의 계약갱신요구권과 권리금회수 기회보호 - 계약갱신요구권 행사기간 연장에 따른 법적 이해관계”, 「민사법학」 제88호 (2019. 9.), 211면; 이지은, “상가건물임대차보호법상 계약갱신거절권과 즉시해지권 - 신뢰관계 파괴에 기한 사유를 중심으로”, 「민사법의 이론과 실무」 제25권 제1호 (2021. 12.), 5면 등 참조.

12) 곽윤직, 민법총칙(제7판), 박영사, 2002, 53면.

13) 김영희, 형성권 연구, 경인문화사, 2007, 1면.

대차의 갱신을 받아들여야 한다는 점에서 계약갱신요구권을 형성권으로 보는 것이 합리적이다.[14] 한편 형성권은 ① 권리자의 의사표시만 있으면 일방적으로 권리 변동을 가져오는 좁은 의미의 형성권(가령, 취소권, 해제권 등)과 ② 실체법상 법률행위만으로는 부족하고 법원의 판결을 통해 형성을 이루도록 하는 형성소권(가령, 회사의 해산청구권)으로 구분[15]할 수 있는데, 계약갱신요구권은 전자에 해당한다.

판례에서는 그동안 계약갱신요구권을 형성권이라고 명시하지 않았지만 형성권임을 전제로 하여 임차인의 갱신요구 권리를 인정했던 것으로 평가되었다.[16] 그러다가 주택임대차보호법상 계약갱신요구권이 도입되면서 2021년부터 여러 판결에서 계약갱신요구권의 형성권적 성질이 직접적으로 인정되었다. 가령, 대상판결의 원심판결[17]에서 "임차인의 계약갱신요구권은 그 문언 및 체계와 아울러 그 입법 취지에 비추어, 임차인의 주도로 임대차계약의 갱신을 달성하려는 것이고, 임차인의 계약갱신 요구 시 임대인은 정당한 사유 없이 거절하지 못한다고 규정하고 있어 이러한 갱신요구권은 임차인이 계약갱신의 의사를 표시함으로써 바로 그 효과가 발생하는 형성권이라 할 것이다."라고 하며 이에 대한 입장을 분명히 하였다. 같은 시기에 선고된 다른 판결[18]에서도 계약갱신요구권이 형성권에 해당함을 인정하였다.

(2) 계약갱신거절권

계약갱신거절권은 임대인이 기간만료로 소멸하는 계약이 계속되는 것을 바라지 않을 때 그 갱신을 저지할 수 있는 권리이며, 이는 실체법상 항변권에 해당한다. 항변권은 자신에 대한 타인의 권리 실현가능성을 억제하는

14) 이런 점에서 민법상 계약갱신청구권(민법 제643조, 제283조)의 경우 (같은 조문에서 규정하고 있는 지상물매수청구권과 달리) 임대인이 원하지 않으면 계약의 갱신을 자유롭게 거절할 수 있으므로 형성권에 해당하지 않는다.

15) 김영희, "형성권 논의의 의미", 「비교사법」 제11권 4호 (2004. 11.), 7-11면; 김준호, 민법강의(제24판), 법문사, 2017, 37면.

16) 김영두, "주택임대차보호법의 갱신요구권과 임대인의 실거주", 「집합건물법학」 제40집 (2021. 11.), 99-100면 참조.

17) 서울중앙지방법원 2021. 8. 20. 선고 2021나22762 판결.

18) 서울동부지방법원 2021. 8. 12. 선고 2021가단105843 판결.

권리이자, 타인의 권리 작용을 저지시킴에 따라 그의 법적 지위에 변동을 가져오는 권리이다.[19] 항변권이 형성권인지에 대해서 학설대립이 존재하기도 하지만, 위에서 살펴본 바와 같이 형성권의 본질적 특성이 일방적인 권리 행사를 통한 권리 변동임을 고려하면 항변권을 형성권으로 보는 데 큰 무리가 없다.[20] 그렇다면 임대인의 계약갱신거절권도 형성권(형성반권)으로 파악하는 것이 가능하며,[21] 실제로 이를 형성권으로 인정한 판결도 존재한다.[22]

한편 임대인의 계약갱신거절권은 2020년 개정으로 처음 도입된 것은 아니고 주택임대차보호법 제정 당시부터 존재하였다. 기존의 계약갱신거절권은 제6조(계약의 갱신)[23]에서 규정하고 있는 것으로서 임대인에게 묵시적 갱신을 저지하도록 부여하는 권리이다. 이와 달리 신설된 제6조의3 제1항에서는 임대인으로 하여금 명시적 갱신에 대한 임차인의 권리관철을 방해할 수 있도록 한다. 또 하나의 차이점을 들자면, 제6조의 계약갱신거절권의 경우 임대인이 행사 기간을 제외하고 별다른 제약을 받지 않지만[24], 제6조의3 제1항에서는 임대인이 거절할 수 있는 사유가 열거되어 있으므로 계약갱신거절권이 일정한 제한을 받는다.

제6조의3 제1항의 조문 형식을 보면, 입법자는 본문에서 계약갱신요구권을 원칙적으로 인정한 다음, 단서에서 이에 대한 예외로서 임대인이 임차인의 갱신요구를 거절할 수 있는 아홉 가지 사유를 명시하고 있다. 제1호부

---

19) 김영희, “독일 민법학상 형성권(Gestaltungsrecht)에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2003, 77면.

20) 김영희, 위의 글, 77-78면. 특히 항변권과 형성권의 관계에 관한 독일법학계의 자세한 논의는 77-94면 참조.

21) 이은희, 앞의 논문(주 11), 130면; 임윤수·김웅, “상가건물임대차시장에서 갱신요구거절권과 해지권 간의 관계”, 「법학연구」 제58집 (2015. 6.), 121면; 김영두, 앞의 논문(주 16), 100-101면 등 참조.

22) 서울동부지방법원 2021. 8. 12. 선고 2021가단105843 판결.

23) 제6조(계약의 갱신) ① 임대인이 임대차기간이 끝나기 6개월 전부터 2개월 전까지의 기간에 임차인에게 갱신거절(更新拒絶)의 통지를 하지 아니하거나 계약조건을 변경하지 아니하면 갱신하지 아니한다는 뜻의 통지를 하지 아니한 경우에는 그 기간이 끝난 때에 전 임대차와 동일한 조건으로 다시 임대차한 것으로 본다. 임차인이 임대차기간이 끝나기 2개월 전까지 통지하지 아니한 경우에도 또한 같다.

24) 다만 권리남용을 이유로 제6조의 계약갱신거절권을 제한할 가능성은 여전히 존재한다[박준서 편집대표, 주석민법 채권총직(3), 한국사법행정학회, 1999, 558면].

터 제8호까지[25]에서는 구체적인 사유를 규정하고 있으며[26], 제9호의 경우 보충적 일반조항으로서 '그 밖에 임차인이 임차인으로서의 의무를 현저히 위반하거나 임대차를 계속하기 어려운 중대한 사유가 있는 경우' 갱신요구에 대한 거절 가능성을 열어두고 있다.

2. 권리행사에 따른 효력 발생 시기

앞에서 살펴본 바와 같이 계약의 갱신을 요구할 수 있는 임차인의 권리도, 이를 거절할 수 있는 임대인의 권리도 모두 형성권으로 파악하는 데 큰 문제가 없어 보인다. 한편 권리의 법적 성질을 파악하는 것 못지않게 중요한 것이 권리 행사로 인한 효력의 발생 시기이다. 이와 관련하여 제6조의3 제1항을 검토하기 전에 제6조 제1항을 먼저 살펴보기로 한다.

(1) 제6조 제1항과 관련하여

제6조 제1항에 따르면 "임대인이 임대차기간이 끝나기 6개월 전부터 2개월 전까지의 기간에 임차인에게 갱신거절(更新拒絶)의 통지를 하지 아니하거나 계약조건을 변경하지 아니하면 갱신하지 아니한다는 뜻의 통지를

---

25) 1. 임차인이 2기의 차임액에 해당하는 금액에 이르도록 차임을 연체한 사실이 있는 경우
2. 임차인이 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 임차한 경우
3. 서로 합의하여 임대인이 임차인에게 상당한 보상을 제공한 경우
4. 임차인이 임대인의 동의 없이 목적 주택의 전부 또는 일부를 전대(轉貸)한 경우
5. 임차인이 임차한 주택의 전부 또는 일부를 고의나 중대한 과실로 파손한 경우
6. 임차한 주택의 전부 또는 일부가 멸실되어 임대차의 목적을 달성하지 못할 경우
7. 임대인이 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사유로 목적 주택의 전부 또는 대부분을 철거하거나 재건축하기 위하여 목적 주택의 점유를 회복할 필요가 있는 경우
가. 임대차계약 체결 당시 공사시기 및 소요기간 등을 포함한 철거 또는 재건축 계획을 임차인에게 구체적으로 고지하고 그 계획에 따르는 경우
나. 건물이 노후·훼손 또는 일부 멸실되는 등 안전사고의 우려가 있는 경우
다. 다른 법령에 따라 철거 또는 재건축이 이루어지는 경우
8. 임대인(임대인의 직계존속·직계비속을 포함한다)이 목적 주택에 실제 거주하려는 경우

26) 제6조의3 제1항 단서의 각 호별 상세한 논의는 최현태, "주택임대차보호법 제6조의3 갱신거절사유에 관한 일고찰", 「한양법학」 제33권 제3호(통권 제79집) (2022. 8.), 75면 이하 참조.

하지 아니한 경우에는 그 기간이 끝난 때에 전 임대차와 동일한 조건으로 다시 임대차한 것으로 본다." 제6조에서 규정하고 있는 계약갱신거절권은 행사와 동시에 그 효력이 발생한다. 임대인의 갱신거절 통지는 의사통지이므로, 의사표시의 일반원칙[27]에 따라 그 효력이 임차인에게 도달한 때 생긴다.[28] 그러므로 임대인이 계약의 기간만료 6개월 전부터 2개월 전 사이에 계약갱신거절권을 행사하면 법정 기간이 경과하지 않더라도 권리변동의 효과로서 향후 (즉, 임대차 기간 만료 시) 계약이 소멸한다는 점이 바로 확정된다. 이를 달리 표현하면, 제6조 제1항의 법정 기간은 임대인 입장에서 계약갱신거절권의 권리행사 기간[29]이므로 이 기간 내에 행사하는 한 임대차의 묵시적 갱신을 막을 수 있다.

(2) 제6조의3 제1항과 관련하여

그렇다면 계약갱신요구에 의한 갱신을 규율하는 제6조의3의 경우에는 어떤지 검토하기로 한다. 먼저 임대인이 갖는 계약갱신거절권을 살펴보자. 임대인이 계약갱신거절권을 행사하면 (그에게 정당한 사유가 있다는 전제 아래) 그 효력으로서 계약이 갱신 없이 기간만료로 소멸한다는 점이 바로 확정된다.

그럼 임차인의 경우에는 어떨까? 임차인이 계약갱신요구권을 행사하면 그 효력의 발생과 관련하여 크게 다음의 네 가지 가능성을 생각해볼 수 있다: ① 갱신요구의 의사표시가 임대인에게 도달했을 때 그 효력이 바로 확정적으로 발생하는 경우; ② 갱신요구의 의사표시가 임대인에게 도달하더라도 효력이 발생하지 않되, 법정 기간의 종기(終期), 즉 기간만료 2개월 전이 되는 날까지 임대인이 계약갱신거절권을 행사하지 않으면 소급하여 효력이

27) 민법 제111조(의사표시의 효력발생시기) ① 상대방이 있는 의사표시는 상대방에게 도달한 때에 그 효력이 생긴다.

28) 박준서, 앞의 책(주 24), 558면.

29) 제6조 제1항의 법정 기간은 2020. 6. 9. 법률 제17363호로 일부개정되면서 기간의 종기를 1개월 전에서 2개월 전으로 앞당겼다. 기존의 법 아래에서는 새 임차인을 구해야 하는 임대인도, 다른 주거 주택을 마련해야 하는 임차인도 시간이 부족하다는 점이 문제되어 시간적 여유를 확보하고자 개정이 이루어졌다.

발생하는 경우; ③ 갱신요구의 의사표시가 임대인에게 도달했을 때 그 효력이 바로 발생하지만, 여기서 법적 효과는 확정적이 아닌 유동적인 것으로서 임대인이 계약갱신거절권을 행사하면 그 효과가 소멸하는 경우; ④ 법정 기간의 종기가 경과해야 그 효력이 발생하는 경우.

우선, 입법자가 임차인과 임대인 모두에게 형성권을 부여한 이상 ①은 바로 배제할 수 있다. 그렇지 않고서는 임대인의 계약갱신거절권이 전면 부정된다. 그러므로 대상판결의 사안에서 2020. 10. 16., 즉 계약갱신요구권을 행사할 수 있는 기간(2020. 10. 15 ~ 2021. 2. 14.) 중에 임차인이 이를 적법하게 행사한 점, 신소유자에게 소유권이전등기를 경료하기 전이라는 점, 계약갱신요구권 행사 당시 기존 소유자에게는 정당한 사유가 없었다는 점에 근거하여, 원심이 임대차계약의 갱신 효과가 바로 발생했다고 인정한 것은 (비록 '확정적'이라는 용어를 사용하지 않았지만 그런 취지로 판시한 것이므로) 부당하다.

다음으로, i) 형성권의 효과가 원칙적으로 행사와 동시에 발생하는 점, ii) 형성권인 계약갱신요구권의 행사에 따른 효력 발생 시기를 다른 형성권과 다르게 볼 특별한 사정이 없는 점, iii) 제6조 제1항에서와 같이 제6조의3 제1항의 법정 기간도 권리행사의 효력 발생 시기가 아니라 권리행사의 기간으로 봐야 하는 점 등에 기초하여 판단하면, 권리행사의 효력을 바로 인정하지 않는 ②와 ④도 배제할 수 있다.

결국 남는 것은 ③이다. 임차인이 계약갱신요구권을 행사하면 이로써 갱신의 효과가 바로 발생하는 것은 맞지만, 임대인에게 형성권(형성반권)이 있으므로 그 행사기간[30] 내에[31] 계약갱신거절권을 행사하면 갱신의 효과가

30) 여기서 잠깐 임대인의 계약갱신거절권의 행사기간에 대해서 생각해볼 필요가 있다. 제6조의3 제1항의 문구를 보면, "임대인은 임차인이 제6조 제1항 전단의 기간 이내에 계약갱신을 요구할 경우 정당한 사유 없이 거절하지 못한다."는 "임대인은 [임차인이 제6조 제1항 전단의 기간 이내에 계약갱신을 요구할 경우] 정당한 사유 없이 거절하지 못한다."로 이해하는 것이 자연스럽다. 그러므로 엄밀히 따지면 제6조의3 제1항의 법정 기간은 임차인의 권리행사 기간이라고 할 수 있다. 그럼에도 임대인의 권리가 항변권으로서 임차인의 계약갱신요구권에 대해서 행사되고, 재계약을 희망하는 임차인은 계약의 기간만료 6개월 전부터 2개월 전 사이에 권리를 행사한다는 점을 고려할 때 임대인의 권리행사 기간도 결과적으로 기간만료 6개월 전부터 2개월 전 사이가 된다. (물론 제6조의3 제1항을 '편하게' 해석하여 입법자가 임차인과 임대인 모두의

소멸한다. 핵심은 임대인이 원칙적으로 법정 기간 중 언제든 자신의 계약갱신거절권의 행사로 인해 갱신의 효과를 바로 소멸시킨다는 데 있다. 임차인이 계약갱신요구권을 행사할 당시에 임대인에게 제6조의3 제1항 단서의 사유가 존재하든, 갱신 요구 당시에는 없었지만 나중에 정당한 사유가 발생하든, 임대인은 주어진 4개월 동안 자신의 계약갱신거절권을 행사하여 임차인의 목표 달성을 막을 수 있다. 특히 임차인의 갱신요구에 대해서 임대인이 일단 아무런 권리행사를 하지 않는 경우에도 법정 기간이 경과하지 않는 한 원칙적으로 계약갱신거절권을 행사하여 갱신을 저지할 수 있다.[32]

3. 검토

이상의 논의를 토대로 대상판결에서 대법원이 취한 입장을 평가해보기로 한다.

우선 대법원은 대상판결에서 계약갱신요구권과 계약갱신거절권의 법적 성질을 직접적으로 판단하지 않았다. 그럼에도 대법원이 두 권리의 형성권적 특성을 부인했다고 보기는 어려우며, 최소한 두 권리가 형성권이라는 점을 전제로 하여 판결을 한 것으로 생각된다. 만일 대법원이 계약갱신요구권과 계약갱신거절권을 형성권이 아닌 청구권으로 봤다면 두 권리를 '상대방의 행위를 요구할 수 있는 권리'로만 파악하여 각 권리에 대응하는 상대방의 의무를 집중적으로 논했을 텐데 판결문 어디에도 그런 내용을 찾아볼 수

권리행사 기간으로서 법정 기간을 명시한 것으로 보더라도 큰 무리는 없다.)

31) 가장 극단적인 상황, 즉 임차인이 정확하게 만료 전 2개월이 되는 날 (즉, 계약갱신요구권을 행사할 수 있는 마지막 날), 그것도 자정 조금 전에 임대인에게 갱신요구의 의사표시를 하는 경우를 가정하더라도, 임대인이 계약갱신거절권을 행사할 기회가 박탈된다고 볼 수 없다. 이 경우에는 설사 법정 기간이 경과하였다고 할지라도 계약갱신요구권의 행사 시점을 기준으로 임대인에게 거절의 의사표시에 필요한 상당한 기간이 인정될 수 있을 것으로 생각된다. 물론 위와 같은 극단적인 모습의 권리 행사는 신의칙에 반하는 것으로서 그 효력이 부정될 여지가 크다.

32) 임대인이 허위로 갱신거절을 한 경우의 임대차계약 존속 문제에 관한 논의로는 노순범, "임대인의 주택 실거주를 사유로 한 갱신거절에 관한 법리형성 제안 - 주택임대차보호법 제6조의3 제1항 제8호에 대한 문제 -", 「연세법학」 제40호 (2022. 11.), 234면 이하 참조.

없다. 더 나아가, 대법원이 원심 판결을 파기하면서 원심이 법리적으로 오해한 부분을 상세하게 반박하였음에도 계약갱신요구권을 형성권으로 인정한 부분에 대해서는 아무런 언급을 하지 않았다. 물론 원심이 법리를 오해했다고 해서 대법원이 이를 빠짐없이 다 지적해야 하는 것은 아니다. 그러나 판결에 영향을 미칠 수 있는 경우에는 원심의 판단이 왜 부당한지 분명하게 밝히는 것이 일반적이다. 그런데도 대법원이 이와 관련한 원심의 판단에 대해서 아무런 지적을 하지 않은 채 임대인이 계약갱신거절권을 행사하기 위해서 요구되는 정당한 사유에만 초점을 맞춘 것은 제6조의3에서 규정하고 있는 계약갱신요구권이 형성권임을 받아들인 것으로 풀이된다.

다음으로, 권리의 효력 발생 시기와 관련해서 대법원은 제6조의3 제1항 단서의 "각 사유가 임차인의 갱신요구권 행사 후에 발생한 때에도 임대인은 위 기간 내라면 갱신거절권을 행사할 수 있다"고 판시하였다. 이를 통해 대법원은 최소한 임차인이 계약갱신요구권을 행사하더라도 이로써 갱신의 효과가 확정적으로 발생하지 않는 점을 확인해주었다고 볼 수 있다. 계약갱신요구권과 계약갱신거절권이 둘 다 형성권이라는 점을 고려하면 이는 타당한 입장이다. 또한 대법원은 임대인이 계약갱신거절권을 바로 행사하지 않더라도 법정 기간이 경과하기 전이라면 정당한 사유를 주장하여 갱신을 저지할 수 있다고 인정해줬는데 이에 대해서도 원칙적으로는 동의할 수 있다.

다만 일정한 상황에서는 임대인임에도 계약갱신거절권을 행사하지 못할 수 있다. 바로 임대인의 지위가 제3자에게 승계되는 경우이다.[33] 임차주택의 소유권이 제3자에게 양도되지 않는다면 대법원이 판시한 대로 임대인은 법정 기간이 경과하지 않는 한 계약갱신거절권을 행사할 수 있고 이로 인해 임대차의 갱신을 저지할 수 있다. 그러나 소유권이 양도된다면 상황이 본질적으로 달라진다. 임대인 지위의 승계 문제에 대해서는 장을 달리 하여 Ⅲ.에서 자세히 논의하기로 한다.

33) 이밖에 (대상판결의 사안에서는 문제가 되지 않았지만) 임대인이 계약갱신거절권을 포기하는 경우도 생각해 볼 수 있다. 임대인이 권리를 포기하면 설사 법정 기간이 남아있더라도 임대인은 더 이상 계약의 갱신을 막지 못한다.

Ⅲ. 임대인 지위의 승계와 그 제한

1. 문제의 제기

제3조 제4항[34]에 따라 임차주택의 양수인은 양도인으로부터 임대인의 지위를 승계한 것으로 본다. 이는 임차인의 대항력을 강화하여 그의 지위를 확실하게 보호하기 위해서 존재하는 규정이다. 주택임대차보호법이 제정되었을 당시(1981년)에는 승계조항이 없었고 일정한 요건을 전제로 하는 대항력 규정[35]만 있었는데, 대항력의 정확한 의미에 관한 논란[36]이 일자 제정 2년 만에 법이 개정되면서 임대인 지위에 관한 승계조항이 신설되었다. 한편 이처럼 임대인 지위의 승계를 인정하는 근거로 통설은 "임대인의 채무는 실제에 있어서는 그렇게 짙은 개인적 색채를 갖는 것은 아니며 [...] 임차인을 위하여도 [...] 양수인이 임대인의 지위를 승계해 주는 것이 훨씬 유리하다"[37]는 점을 든다.

그렇다면 일반적인 경우와 달리 임대인이 누구인지에 따라 임차인의 지위가 현저하게 달라지는 상황이라면 어떨까? 대상판결의 사안을 보면 임차인의 입장에서는 계약 기간 중 임차주택의 주인이 바뀌지 않고 기존 소유자가 그대로 있었다면 자신의 계약갱신요구권 행사로 인해 임대차의 갱신이라는 효과를 얻었을 가능성이 있다. 그런데 하필이면 계약갱신요구권을 행사할 시기에 소유권이 양도되는 바람에 결과적으로 갱신이 좌절된 것이다. 다시 말해, 임차인을 보호하기 위해서 존재하는 규정, 즉 임대인 지위에 관한 승계조항이 오히려 임차인의 지위를 해치는 결과를 야기하고 있다. 과

34) 제3조(대항력 등) ④ 임차주택의 양수인(讓受人)(그 밖에 임대할 권리를 승계한 자를 포함한다)은 임대인(賃貸人)의 지위를 승계한 것으로 본다.

35) 법(법률 제5641호 1983. 12. 30. 일부개정되기 전의 것) 제3조 (대항력등) ①임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 익일부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다. 이 경우 전입신고를 한 때에 주민등록이 된 것으로 본다.

36) 이에 대해서는 박준서, 앞의 책(주 24), 528면(고상룡 집필부분) 참조.

37) 곽윤직 편집대표, 민법주해(XV) 채권(8), 박영사, 1997, 77면(민일영 집필부분).

연 이런 경우에도 임대인 지위의 승계를 그대로 인정하는 것이 타당한지 고민해볼 필요가 있다.

2. 편면적 강행규정의 특성

주택임대차보호법의 목적은 그 제정이유에서 알 수 있듯이 "무주택국민의 주거생활의 안정을 보장하고 임차인의 불편을 해소함은 물론 그 임차권을 보호하여 안정된 임차생활을 영위할 수 있도록 하려는 것"이다.[38] 입법자는 바로 이런 이유로 제10조[39]를 통해 이 법의 제규정을 강행규정[40], 그것도 양면적 강행규정이 아닌 편면적 강행규정으로 확립시켰다. 이로써 주택임대차보호법은 임차인의 철저한 보호를 대전제로 하고 있다.

주택임대차보호법상 제규정의 편면적 강행규정성은 제10조에 근거하여 도출되므로, 개별 규정에서 이를 매번 명문화할 필요가 없다. 그럼에도 입법자가 별도의 조항을 두는 경우도 있다. 그 대표적인 예가 제4조 제1항이다. 이에 따르면 "기간을 정하지 아니하거나 2년 미만으로 정한 임대차는 그 기간을 2년으로 본다. 다만, 임차인은 2년 미만으로 정한 기간이 유효함을 주장할 수 있다." 제4조 제1항 단서는 제정 당시에 없던 것으로 나중에 추가된 조항인데, 단서조항의 신설이 기존의 양면적 강행규정을 편면적 강행규정으로 변경하기 위한 입법조치는 아니었다. 제정 이후 법의 해석에 관한 논란이 지속되자 입법자가 불확실성을 해소하고 임차인의 지위를 확고하게 할 목적으로 개정을 단행한 것이다. 이와 관련하여 제4조 제1항의 단서조항이 신설되기 전 판례를 보는 것이 중요한 의미를 갖는다.

1996년 한 판결에서 대법원은 임차인이 제4조 제1항(1999. 1. 21. 법률 제5641호로 일부개정되기 전의 것)에 위배되는 주장을 할 수 있는지와 관련

---

38) 법제처 국가법령정보센터, 주택임대차보호법 제정·개정이유 참조.

39) 제10조(강행규정) 이 법에 위반된 약정(約定)으로서 임차인에게 불리한 것은 그 효력이 없다.

40) 이 논문의 목적상 '강행규정'은 그 위반으로 사법상의 효력이 제한되는 효력규정을 뜻하는 것으로 한정하며, 효력규정이 아닌 단속규정은 논의에서 배제한다.

하여 “주택임대차보호법 제4조 제1항은 같은 법 제10조의 취지에 비추어 보면 임차인의 보호를 위하여 최소한 2년간의 임대차기간을 보장하여 주려는 규정이므로, 그 규정에 위반되는 당사자의 약정을 모두 무효라고 할 것은 아니고, 그 규정에 위반하는 약정이라도 임차인에게 불리하지 않은 것은 유효하다.”[41]라고 판단하였다. 이를 통해 다시 한 번 확인할 수 있듯이, 편면적 강행규정성은 주택임대차보호법의 입법 취지에서 비롯되는 자연스러운 효과이고, 조문별 명문규정이 없더라도 제10조에 기하여 이를 인정하는 데 문제가 없다.

3. 편면적 강행규정으로서 제3조 제4항의 적용

다시 제3조 제4항으로 돌아와 보자. 이상의 논의를 토대로 임대인 지위의 승계에 관한 제3조 제4항도 편면적 강행규정에 해당한다고 말 할 수 있다. 물론 제3조 제4항은 그 누구보다도 임차인에게 꼭 필요한 규정이기 때문에 임차인이 그 적용을 배제해달라고 주장할 이유가 거의 없다. 그러나 신소유자가 기존 소유자로부터 임대인의 지위를 승계하는 것이 임차인의 계속 거주를 보장하지 않고 오히려 정반대의 결과를 야기하여 임차인의 지위를 불안정하게 할 경우에는 이야기가 달라진다.

기존의 대법원 판례와 결정례를 보더라도 제3조 제4항(법률 제8583호, 2007. 8. 3, 일부개정되기 전에는 제3조 제2항)을 근거로 하는 임대인 지위의 승계는 제한될 수 있다.

우선 대법원 2002. 9. 4. 선고 2001다64615 판결에서 대법원은 “대항력 있는 주택임대차에 있어 기간만료나 당사자의 합의 등으로 임대차가 종료된 경우에도 주택임대차보호법 제4조 제2항에 의하여 임차인은 보증금을 반환받을 때까지 임대차관계가 존속하는 것으로 의제되므로 그러한 상태에서 임차목적물인 부동산이 양도되는 경우에는 같은 법 제3조 제2항에 의하여 양수인에게 임대차가 종료된 상태에서의 임대인으로서의 지위가 당연히

41) 대법원 1996. 4. 26. 선고 96다5551,5568 판결.

승계되고, 양수인이 임대인의 지위를 승계하는 경우에는 임대차보증금 반환채무도 부동산의 소유권과 결합하여 일체로서 이전하는 것이므로 양도인의 임대인으로서의 지위나 보증금 반환채무는 소멸하는 것이지만, 임차인의 보호를 위한 임대차보호법의 입법 취지에 비추어 임차인이 임대인의 지위승계를 원하지 않는 경우에는 임차인이 임차주택의 양도사실을 안 때로부터 상당한 기간 내에 이의를 제기함으로써 승계되는 임대차관계의 구속으로부터 벗어날 수 있다고 봄이 상당"하다고 판시하였다.[42)43)]

또한 대법원 1998. 9. 2.자 98마100 결정에 따르면 "임대차계약에 있어 임대인의 지위의 양도는 임대인의 의무의 이전을 수반하는 것이지만 임대인의 의무는 임대인이 누구인가에 의하여 이행방법이 특별히 달라지는 것은 아니고, 목적물의 소유자의 지위에서 거의 완전히 이행할 수 있으며, 임차인의 입장에서 보아도 신 소유자에게 그 의무의 승계를 인정하는 것이 오히려 임차인에게 훨씬 유리할 수도 있으므로 임대인과 신 소유자와의 계약만으로써 그 지위의 양도를 할 수 있다 할 것이나, 이 경우에 임차인이 원하지 아니하면 임대차의 승계를 임차인에게 강요할 수는 없는 것"이다.

위의 판례와 결정례에서 볼 수 있듯이 대법원은 제3조 제4항이 임차인에게 불리한 경우 신소유자에 의한 임대인 지위의 승계를 인정하지 않았다. 다만 살펴본 두 경우 모두 임차인이 임대인 지위 자체의 승계를 저지하였다는 데 공통점을 갖는다. 그렇다면 신소유자가 임대인의 지위는 승계하면서도 특정 권리만 승계하지 않는 경우도 인정될 수 있을까?

---

42) 같은 취지의 판례로 대법원 1995. 10. 12. 선고 95다22283 판결, 대법원 2021. 11. 11. 선고 2021다251929 등 참조.

43) 한편 이외에도 대법원 2003. 7. 25. 선고 2003다2918 판결이 있다. 대법원은 "법인에게 주택을 임대한 경우에는 법인은 주택임대차보호법 제3조 제1항 소정의 대항요건의 하나인 주민등록을 구비할 수 없으므로 임대인이 위 임대주택을 양도하더라도 그 양수인이 주택임대차보호법에 의하여 임대인의 지위를 당연히 승계하는 것이 아니고 따라서 임대인의 임차보증금반환채무를 면책시키기로 하는 당사자들 사이의 특약이 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 임대인의 법인에 대한 임차보증금반환채무는 소멸하지 아니한다."라고 판시하여 임대인의 지위 승계를 인정하지 않았다. 다만 이 사건의 경우 시기적으로 주택임대차보호법상 법인에게 대항력이 부여되기 전(법률 제8583호, 2007. 8. 3, 일부개정으로 일부 법인에 대해서 대항력과 우선변제권 부여)에 임대인 지위의 승계가 문제되었으므로 본 논문에서는 이를 그대로 원용하기 어렵다.

4. 계약당사자의 권리 중 일부의 승계 배제

양수인이 임대인의 지위를 승계하면서도 일부 권리는 승계 받지 못 하는 상황이 존재할 수 있다. 임대인의 지위가 승계되는 경우 권리와 의무가 일체로서 이전[44]되는 것이 원칙[45]이겠지만 계약당사자의 지위와 불가분의 관계에 있는 일부 권리는 예외를 이루기도 한다.[46] 특히 취소권이나 해지권과 같이 '계약견련 형성권'은 [채권(또는 채무)에 대해서 강한 부종성을 갖는 '채권견련 형성권(또는 채무견련 형성권)'과 달리] 양수인에게 이전되지 않는 것으로 볼 수 있다.[47] 임대인의 계약갱신거절권을 계약견련 형성권으로 볼 수 있는 이상 임차주택의 소유권이 이전되더라도 특별한 사정이 없는 한 계약갱신거절권은 소유권과 결합되지 않으므로 양수인에게 넘어가지 않는다고 볼 수 있다. 이런 논의가 단순히 이론적 차원에서만 의미를 갖는 것은 아니다. 비록 계약갱신거절권이 문제되었던 것은 아니지만 대법원은 임대인의 지위 승계를 인정하면서도 특정 권리의 승계를 제한한 바 있다.

관련 판결을 살펴보면, 승계 이전에 발생한 차임연체를 이유로 임대인의 지위를 승계한 신소유자가 해지권을 행사할 수 있는지 여부가 문제되었던 사안에서 대법원은 "임대인의 지위가 승계되는 경우 승계 이전에 이미 3기[48] 이상의 차임이 연체된 것을 이유로 임대인 지위를 양수한 승계인이 임대차계약을 해지할 수 있다는 것이나, 임대인 지위가 양수인에게 승계된 경

---

44) 주택(상가건물)임대차보호법과 임대인의 지위 승계에 관한 자세한 논의는 이준현, "계약인수와 임차권의 양도", 「저스티스」 통권 제89호 (2006. 2.), 17면 이하 참조.

45) 본래 로마법에서는 채권관계를 '법의 사슬(iuris vinculum)'로 생각하였다. 채권자 또는 채무자의 변경이 채권 또는 채무의 동일성 상실로 이어진다는 이유로 이를 인정하지 않았는데, 이러한 변경이 인정된 것은 근대적인 제도 아래서이다(명순구, 민법학원론, 박영사, 2015, 202-203면). 근대 이후 채권관계의 개념 변화에 관한 논의로는 백경일, 알기 쉽게 풀어 쓴 채권총론, 도서출판 고려시대, 2015, 342-344면 참조.

46) 김용담, 계약인수의 요건, 민사판례연구 제4권, 박영사, 1982, 85-86면 참조.

47) 계약견련 형성권과 채권(채무)견련 형성권에 관한 자세한 논의는 김영희, 앞의 책(주13), 146면 이하; 이동진, "계약이전의 연구 - 상대방의 동의 요건의 기능과 위치를 중심으로 -", 「서울대학교 법학」 제53권 제1호 (2012. 3.), 692-697면 등 참조.

48) 이 사안에서는 임대차계약의 목적물이 상가건물이었기 때문에 상가건물임대차보호법 제10조의8에 따라 "차임연체액이 3기의 차임액에 달하는 때" 해지권이 성립한다.

우 이미 발생한 연체차임채권은 따로 채권양도의 요건을 갖추지 않는 한 승계되지 않고, 따라서 양수인이 연체차임채권을 양수받지 않은 이상 승계 이후의 연체차임액이 3기 이상의 차임액에 달하여야만 비로소 임대차계약을 해지할 수 있"[49]다고 판시하였다.

이처럼 신소유자가 임대인의 지위는 승계하면서도 일부 권리인 해지권만 이전받지 못하는 내용의 판례가 이미 존재한다. 그렇다면 이러한 법리를 임대인의 계약갱신거절권에 대해서도 적용할 수 있는지 검토해보기로 한다.

5. 검토

대법원은 임차주택의 소유권 양도 후 신소유자가 계약갱신거절권을 행사할 수 있다고 판단한 기본적인 이유로 "주택임대차보호법 제6조의3 제1항 단서 제8호가 정한 '임대인'을 임차인이 갱신을 요구할 당시의 임대인만으로 제한하여 해석하기 어렵고, 구 임대인이 갱신거절 기간 내에 실거주 여부를 자유롭게 결정할 수 있다면 그 기간 내에 실거주가 필요한 새로운 임대인에게 매각할 수도 있다고 보아야 할 것인 점 등을 고려하면, 위 기간 내에 주택임대차보호법 제3조 제4항에 의하여 임대인의 지위를 승계한 양수인이 목적주택에 실제 거주하려는 경우에는 위 제8호 사유를 주장할 수 있다"는 점을 들었다. 대법원이 제시한 이유를 정리해보면 다음과 같이 두 가지로 요약할 수 있다: ㉠ 제6조의3 제1항 단서 제8호의 해석상 임차인이 계약갱신요구권을 행사하는 시점의 임대인만 계약갱신거절권을 갖는다고 볼 수 없다; ㉡ 기존 소유자가 갱신을 거절할 수 있다면 임대인의 지위 승계로 계약갱신거절권을 이전받는 신소유자 역시 갱신요구를 거절 할 수 있다.

㉠과 관련해서 제6조의3 제1항 단서 제8호의 문언을 있는 그대로 해석하면, 실제 거주를 이유로 갱신을 거절할 수 있는 임대인이 '계약갱신요구권 행사 당시의 임대인'으로만 한정되지 않는다고 하는 것이 언뜻 보기에 합리적이다.[50] 다만 이러한 해석이 가능하기 위해서는 ㉠의 전제가 되는 ㉡이

49) 대법원 2008. 10. 9. 선고 2008다3022 판결.

50) 신소유자에게 계약갱신거절권을 인정하게 되면 임대인이 매매계약의 상대방으로서

타당해야 한다. 문제는 기존 소유자와 신소유자 간 동일성이 인정되지 않는다면 ㉡을 수용하기 어렵고, 이 경우 제8호의 해석이 달라질 수밖에 없다.

대법원은 기존 소유자와 신소유자를 사실상 동일한 주체로 보고 있는 듯하다. 양자가 동일하다는 것은 누가 임대인의 지위를 향유하더라도 본질적인 차이가 없다는 것을 의미한다. 그런데 제6조의3 제1항 단서 제8호의 '실제 거주'가 임대인의 주관적 사유이고, 실제 거주 여부는 소유자의 개인적인 사정과 자유로운 의사에 의해서 결정된다. 다시 말해 실제 거주를 이유로 계약의 갱신을 거절할 때 임대인의 지위를 갖는 주체의 특성이 결정적인 의미를 갖는다. 이처럼 법률관계의 존속 여부가 전적으로 임대인의 개인적인 특성에 의해서 좌우된다면 기존의 소유자와 신소유자를 동일한 주체로 인정하는 데 무리가 있다.

게다가 주택임대차에서와 같이 법률행위의 특성상 계약체결 당사자 간 신뢰가 특별히 중요한 의미를 갖는 상황에서는 법률관계 전체를 일방적으로 변동시키는 계약갱신거절권이 계약 자체에 대해서 강한 부종성을 갖는다. 그럼에도 대법원이 임대인 지위의 승계 문제를 다룰 때 제3조 제4항의 제한 가능성과 계약견련 형성권의 의미에 관한 별다른 고민 없이 법정승계를 곧바로 포괄승계로 인정해버린 것은 법리적으로 아쉬운 판단이다.[51]

이밖에 제6조의3이 신설된 입법 취지도 무시해서는 안 된다. 대법원은 대상판결에서 주택임대차보호법의 입법 취지가 "임차인과 임대인의 이익 사이에 적절한 조화를 도모하고자 함에 있다"고 하고 있으며, 이러한 입장에는 충분히 공감할 수 있다. 문제는 논의의 초점이 주택임대차보호법을 제정한 입법 취지가 아니라 법을 개정하여 제6조의3을 신설한 입법 취지로 맞춰져야 한다는 점이다. 입법자는 임차인의 지위를 확실하게 보장하고자 제6

실거주 목적이 있는 자를 찾아 그에게 소유권을 양도함으로써 계약갱신요구권을 쉽게 면탈할 리스크가 존재한다는 견해로는 추선희·김제완, "개정 주택임대차보호법상 갱신요구권에 관한 몇 가지 쟁점", 「이화여자대학교 법학논집」 제25권 제1호 통권 71호 (2020. 9.), 139면 참조.

51) 법정승계가 항상 포괄승계를 의미하지 않는다는 견해로 정구태, "주택임대차보호법상 임차주택의 양도와 임대인의 제3채무자로서의 지위의 승계 - 대법원 전원합의체 2013. 1. 17. 선고 2011다49523 판결에 대한 비판적 검토 -", 「고려법학」 제74호 (2014. 9.), 163-164면 참조.

조의3을 새로 추가하였다. 이러한 입법의 적절성은 얼마든지 다툴 수 있지만 제6조의3이 임차인에게 제공하는 강력한 수준의 보호를 부인하기는 어렵다.[52] 다만 입법자는 임차인이 계약갱신요구권을 1회만 행사할 수 있게 함으로써 법정임대차를 2년만 유지하도록 하였는데, 임대인과 임차인의 법익 간 대립 문제를 질적인 차원보다는 양적인 차원에서 접근한 것으로 평가된다.

결국 이상을 토대로 판단하건대 대상판결에서 대법원이 신소유자의 계약갱신거절권을 인정한 근거는 받아들이기 어렵다. 위의 여러 사정을 복합적으로 고려할 때, 신소유자에 의한 임대인의 지위 승계 시 계약갱신거절권의 이전을 배제하는 것이 법리적으로 주장 가능할 뿐만 아니라 입법 취지 면에서도 바람직하다.

다만 (대상판결의 사안에서와 달리) 계약기간 만료 전 6개월 이상이 남아 있어서 임대인의 계약갱신거절권이 성립하기 전에 양수인에게 소유권이 넘어간다면, 계약갱신거절권의 성립 시점이 신소유자에 의한 임대인의 지위 승계 이후가 될 것이므로 승계의 문제가 발생하지 않는다.[53] 이 경우에는 기존 소유자와 무관하게 신소유자 자신이 직접 취득하는 계약갱신거절권을 실제 거주를 이유로 임차인의 갱신 요구에 대해서 행사할 수 있다고 이해하

---

52) 이는 제6조의3 제4항만 보더라도 쉽게 확인된다. 이에 따르면 “제1항에 따라 갱신되는 임대차의 해지에 관하여는 제6조의2를 준용한다.” 그런데 제6조의2 제1항에 의하면 “제6조제1항에 따라 계약이 갱신된 경우 같은 조 제2항에도 불구하고 임차인은 언제든지 임대인에게 계약해지(契約解止)를 통지할 수 있다.” 묵시적이 아닌 명시적 갱신에 대해서 아무 때나 계약을 해지할 수 있는 권리가 인정되고, 이를 임차인에게만 부여한 것은 입법자의 임차인 보호 의지가 얼마나 강했는지 잘 보여준다. 제6조의3 제4항에 관한 비판적 고찰로는 최재석, “주택임대차 갱신 임차인의 해지권에 관한 고찰”, 법조신문 (2023. 3. 27.) 참조(http://news.koreanbar.or.kr/news/articleView.html?idxno=27100)(2023. 3. 27. 접속).

53) 임차인의 계약갱신요구권 성립 전후를 기준으로 임대인의 계약갱신거절권의 행사 가능 여부를 구분하는 견해로는 황진구 집필대표, 온주 주택임대차보호법, 주택임대차보호법 제6조의3(전휴재 집필부분), 로앤비, 2021, 2면 참조. 같은 견해로 이성진, 주택임대차보호법상 계약갱신요구권과 전월세 상한제 - 계약갱신요구권의 보호 대상과 그 행사를 중심으로 -, 민사법의 이론과 실무 제24권 제3호 (2021. 8.), 353면 참조. 이와 달리 법정 기간 내라면 신소유자의 갱신거절권을 인정할 수 있다는 견해로 이오현·김대희, “새로운 임대인의 실거주를 이유로 한 갱신거절권 (수원지방법원 2022. 4. 22. 선고 2021나89299 항소심 판결)”, 「경희법학」 제57권 제4호 (2022. 12.), 158-159면 참조.

는 것이 타당하다. 이런 경우까지 신소유자의 계약갱신거절권을 부정하는 것은 법리적으로 부당할 뿐만 아니라 형평의 관점에서도 합리화시키기 어렵다.

Ⅳ. 제6조의3 제1항 단서 제9호의 해석

앞에서 잠깐 살펴본 바와 같이 제6조의3 제1항 단서 제9호(이하에서는 '제9호'라고만 한다)는 보충적 일반조항으로서 제1호부터 제8호까지에서 규정하는 구체적인 사유 외에도 임대인에게 '그 밖에 임대차를 계속하기 어려운 중대한 사유가 있는 경우' 계약갱신거절권을 인정할 여지를 제공하고 있다.

대상판결에서 대법원은 제9호에 관한 판단을 하지 않았다. 정확한 내막을 알기는 어렵지만 제6조의3 제1항 단서 제8호(이하에서는 '제8호'라고만 한다)만으로도 신소유자의 계약갱신거절권을 인정할 수 있다고 봤기 때문인 것으로 보인다. 한편 원심이 보충적 일반조항으로서 제9호의 성격을 강조하며 그 확대해석을 경계한 입장[54]은 합리적이라고 생각한다. 반면 제1심이 취한 접근은 받아들이기 어렵다.

제1심은 기존 소유자가 신소유자와 매매계약을 체결한 시점이 개정 주택임대차보호법의 시행 전인 상황에서 임차인에 의한 계약갱신요구권의 행사 시점과 소유권이전등기 경료 시점의 선후 여부에 의해서 계약갱신거절권의 행사 가능성이 좌우되는 것은 형평에 반한다고 하였다. 그러면서 기존 소유자와 신소유자 중 어느 누구도 실제 거주를 이유로 계약갱신거절권을 행사할 수 없는 이러한 상황을 제9호에서 규정하고 있는 '그 밖에 임대차를 계속하기 어려운 중대한 사유가 있는 경우'로 본 것이다. 제1심은 임차인이 계약갱신요구권을 일찍 행사한 결과 제8호의 적용이 어렵게 되자 일종의 '차선책'으로 일반조항인 제9호를 적용하는 듯한 모습을 보이고 있다. 그러나 '그 밖의 [...] 사유'라고 명시하고 있는 데서 알 수 있듯이 제9호의 사유는 원칙적으로 그 내용이나 범위에서 제1호부터 제8호까지의 각 사유와 겹

54) 서울동부지방법원 2021. 10. 29. 선고 2020가단151924 판결에서도 이와 유사한 태도를 취했다.

치지 않는 것으로 해석하는 것이 타당하다.

구체적으로 제9호에 해당하는 사유를 미리 특정하기는 어렵지만 임차인의 파산(민법 제637조)이나 임대인이 점용권을 상실하여 소유자가 주택의 반환을 청구하는 경우[55] 등을 '그 밖에 임대차를 계속하기 어려운 중대한 사유'로 볼 수 있다는 견해[56]가 합리적이라고 생각된다. 적어도 임대인과 임차인의 이익이 첨예하게 대립하는 현실을 감안할 때, 실제 거주와 관련하여 계약갱신거절권이 문제되는 상황에서 제8호를 적용할 수 없다면 제9호의 적용 역시 어려울 것으로 판단된다. 제9호를 적용하기 위한 근거로 입법취지에만 의존할 경우에는 더욱 그렇다.

V. 맺음말

대상판결에서 대법원은 임대차의 양 당사자 간 이익의 균형 잡힌 조화가 중요하다고 하는 것 외에 크게 두 가지에 근거하여 신소유자의 계약갱신거절권을 인정하였다. 첫째, 특별한 사정이 없는 한 임대인의 지위를 갖는 자는 법정 기간 내라면 제8호에 기하여 실제 거주를 전제로 임차인의 계약갱신 요구를 거절할 수 있다. 둘째, 제3조 제4항에 따라 임대인의 지위가 승계되는 경우 권리와 의무가 일체로서 이전되고, 여기에는 계약갱신거절권도 포함되므로, 법정 기간 내라면 신소유자는 계약갱신거절권을 행사할 수 있다. 그러나 이 논문에서 상세하게 논의하였듯이 대상판결에 대해서는 다음의 반론을 제기할 수 있다.

임대인 지위에 관한 승계조항인 제3조 제4항은 편면적 강행규정으로서 임차인에게 불리한 경우 그 적용이 제한될 수 있다. 기존에도 대법원이 계약견련 형성권에 해당하는 해지권에 대해서 제3조 제4항의 적용을 제한한 경우가 있는 것은 물론, 계약견련 형성권인 계약갱신거절권의 특성을 고려할 때 임대인 지위의 승계에도 불구하고 양수인에게 이전되지 않음을 인정

55) 대법원 1991. 3. 27. 선고 88다카30702 판결 참조
56) 황진구, 앞의 글(주 53), 13면.

할 수 있다. 그러므로 대상판결의 사안에서 신소유자인 원고는 소유권이전등기를 경료하여 소유권을 취득하였음에도 기존소유자인 소외인으로부터 계약갱신거절권을 승계 받지 못했다고 봐야 한다.

다만 법정 기간을 벗어나는 시기, 즉 계약기간 만료 전 6개월 이상이 남아 있는 관계로 기존 소유자에게 계약갱신거절권이 성립하지 않은 상태에서 소유권의 양도가 이루어지면, 신소유자는 임대인으로서 자신이 직접 취득하는 계약갱신거절권을 행사할 수 있다. 결국 법정 기간의 시기(始期), 즉 계약기간 만료 전 6개월이 되는 날을 기준으로 소유권이전등기 경료 여부에 따라 (실제 거주를 전제로) 제8호의 적용가능성이 결정된다고 보는 것이 법리적으로 타당하고 2020년에 개정된 주택임대차보호법의 입법 취지에도 부합한다.

마지막으로 덧붙이자면, 지금까지의 모든 논의는 전적으로 해석론에 입각해서 진행되었다. 그러나 현행법의 해석만으로는 주택임대차의 갱신에 관한 법적 불확실성을 해소하는 데 한계가 존재한다. 향후 계약갱신요구권 및 계약갱신거절권을 둘러싼 논란을 근본적으로 해소하기 위해서는 입법을 통한 해결을 모색할 것이 요구된다. 비록 이 논문이 제6조의3에 관한 모든 쟁점을 다 다루지는 못했지만 대상판결에 관한 비판적 고찰이 추가 개정 등 계약갱신요구권에 관한 앞으로의 논의에 부족하나마 작은 보탬이 될 수 있길 기대한다.

주택임대차보호법상 계약갱신요구권과 계약갱신거절권 - 이 재 우	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2023.02.26.	2023.03.02.	2023.03.26.

[참고문헌]

1. 단행본

곽윤직 편집대표, 민법주해(XV) 채권(8), 박영사, 1997.
곽윤직, 민법총칙(제7판), 박영사, 2002.
김영희, 형성권 연구, 경인문화사, 2007.
김용담, 계약인수의 요건, 민사판례연구 제4권, 박영사, 1982.
김준호, 민법강의(제24판), 법문사, 2017.
명순구, 민법학원론, 박영사, 2015.
박준서 편집대표, 주석민법 채권총칙(3), 한국사법행정학회, 1999.
백경일, 알기 쉽게 풀어 쓴 채권총론, 도서출판 고려시대, 2015.
황진구 집필대표, 온주 주택임대차보호법, 주택임대차보호법 제6조의3, 로앤비, 2021.

2. 논문

김세준, “개정 주택임대차보호법의 몇 가지 쟁점에 대한 평가 - 계약갱신요구권과 주택임대차분쟁조정제도를 중심으로 -”, 「법학논집」 제28집 제1호 (2021. 4.).
김영두, “주택임대차보호법의 갱신요구권과 임대인의 실거주”, 「집한건물법학」 제40집 (2021. 11.).
김영희, “독일 민법학상 형성권(Gestaltungsrecht)에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2003.
김영희, “형성권 논의의 의미”, 「비교사법」 제11권 4호 (2004. 11.).
노순범, “임대인의 주택 실거주를 사유로 한 갱신거절에 관한 법리형성 제안 - 주택임대차보호법 제6조의3 제1항 제8호에 대한 문제 -”, 「연세법학」 제40호 (2022. 11.).
박태신, “임대주택 양도와 임대차계약 갱신요구권에 관한 검토 - ‘임대인이 목적 주택에 실제 거주하려는 경우’에 관한 하급심 판결들에 관한 검토를 중심으로 -”, 「비교사법」 제29권 제3호(통권 제98호) (2022. 8.).
이동진, “계약이전의 연구 - 상대방의 동의 요건의 기능과 위치를 중심으로 -”, 「서울대학교 법학」 제53권 제1호 (2012. 3.).
이성진, “주택임대차보호법상 계약갱신요구권과 전월세 상한제 - 계약갱신요구권의 보호대상과 그 행사를 중심으로 -”, 「민사법의 이론과 실무」 제24권 제3호 (2021. 8.).
이오현·김대희, “새로운 임대인의 실거주를 이유로 한 갱신거절권 (수원지방법원 2022. 4. 22. 선고 2021나89299 항소심 판결)”, 「경희법학」 제57권 제4호 (2022. 12.).
이은희, “상가건물임차인의 계약갱신요구권”, 「민사법학」 제26호 (2004. 9.).
이준현, “계약인수와 임차권의 양도”, 「저스티스」 통권 제89호 (2006. 2.).
임윤수·이창기·민선찬, “상가임차인의 계약갱신요구권과 묵시적 갱신의 관계 - 대법원 2010. 6. 10. 선고 2009다64307 판결”, 「법학연구」 제48호 (2012. 11.).
장병주, “상가건물 임차인의 계약갱신요구권과 권리금회수 기회보호 - 계약갱신요구권 행사기간 연장에 따른 법적 이해관계”, 「민사법학」 제88호 (2019. 9.).
정성헌, “개정 주택임대차보호법상 임차인의 갱신요구권에 대한 연구 - 새임대인이 실거주를 이유로 갱신을 거절할 수 있는지에 대한 하급심 판결들을 중심으로 -”, 「민사법의 이론과 실무」 제25권 제1호 (2021. 12.).
정구태, “주택임대차보호법상 임차주택의 양도와 임대인의 제3채무자로서의 지위의 승계

- 대법원 전원합의체 2013. 1. 17. 선고 2011다49523 판결에 대한 비판적 검토 -", 「고려법학」 제74호 (2014. 9.).
최지현, "주택임대차보호법 제6조의3 갱신거절사유 중 임대인등의 실거주에 관한 소고", 「중앙법학」 제24집 제1호 (2022. 3.).
최현태, "주택임대차보호법 제6조의3 갱신거절사유에 관한 일고찰", 「한양법학」 제33권 제3호(통권 제79집) (2022. 8.).
추선희·김제완, "개정 주택임대차보호법상 갱신요구권에 관한 몇 가지 쟁점", 「이화여자대학교 법학논집」 제25권 제1호 통권 71호 (2020. 9.).

【국문초록】

2020. 7. 31. 주택임대차보호법의 개정으로 제6조의3(계약갱신 요구 등)이 신설된 후 임대차계약의 갱신을 둘러싼 분쟁이 급증하였다. 2021년 초부터 계약갱신요구권과 관련된 하급심 판결이 나오기 시작했지만 여러 법원이 서로 상반된 태도를 보임에 따라 한동안 상당한 정도의 불확실성이 존재하였다. 그러던 중 2022. 12. 1. 대법원이 처음으로 주택임대차보호법 제6조의3에 관한 판결을 선고하였다. 대상판결에서 대법원은 기존 소유자로부터 임차주택을 매수한 신소유자가 임차인의 계약갱신요구를 거절할 수 있다고 판시하였는데, 주택임대차보호법의 입법 취지가 임대인과 임차인 간 이익의 조화라는 점을 강조하며 크게 두 가지를 근거로 신소유자의 계약갱신거절권을 인정하였다. 첫째, 특별한 사정이 없는 한 임대인의 지위를 갖는 자는 법정 기간 내라면 제6조의3 제1항 단서 제8호에서 규정하는 실제 거주를 이유로 임차인의 갱신요구를 거절할 수 있다. 둘째, 임차주택의 매매 시 제3조 제4항에 따라 임대인의 지위 승계가 이루어지므로 이 과정에서 계약갱신거절권을 이전 받는 신소유자는 법정 기간 내이기만 하면 이를 행사하여 계약의 갱신을 저지할 수 있다. 그러나 대법원의 이러한 입장은 수용하기 어렵다.

임대인 지위에 관한 승계조항인 제3조 제4항은 편면적 강행규정으로서 임차인에게 불리한 경우 그 적용이 제한될 수 있다. 임대인의 지위 승계 시 권리와 의무가 일체로서 이전되는 것이 원칙이겠지만 계약당사자의 지위와 불가분의 관계에 있는 일부 권리는 예외를 이루기도 한다. 특히 주택임대차에서와 같이 법률행위의 특성상 계약체결 당사자 간 신뢰가 특별히 중요한 의미를 갖는 상황에서 법률관계 전체를 변동시키는 계약견련 형성권은 계약 자체에 대해서 강한 부종성을 갖는다. 계약견련 형성권으로 파악할 수 있는 임대인의 계약갱신거절권은 임차주택의 소유권이 이전되더라도 소유권과 결합되지 않아 양수인에게 넘어가지 않기 때문에 신소유자가 임차인에 의한 계약의 갱신을 저지할 수 있다고 보기 어렵다. 게다가 기존에도 대법원이 제3조 제4항을 적용하면서 임대인의 지위 자체에 대한 승계를 인정함과 동시에 계약견련 형성권에 해당하는 해지권의 승계를 배제한 바 있다.

이런 점을 고려하면, 대상판결에서 대법원이 제3조 제4항의 제한 가능성과 계약견련 형성권의 의미에 관한 특별한 고민 없이 신소유자에게 계약갱신거절권이 넘어갔다고 본 것은 법리적으로 아쉬운 판단이다. 특히 입법자가 제6조의3의 신설로써 임차인에게 법정임차권을 부여하고 그 지위를 대폭 강화하고자 하였던 점까지 고려하면 원칙적으로 신소유자는 임차인의 갱신요구를 거절할 수 없다고 봐야 한다. 다만 법정 기간을 벗어나는 시기, 즉 계약기간 만료 전 6개월 이상이 남아 있는 상태로서 기존의 소유자에게 계약갱신거절권이 성립하지 않은 상황에서 소유권의 양도가 이루어지는 경우에는, 신소유자가 계약갱신거절권을 이전받을 필요 없이 자신이 임대인의 지위에서 직접 계약갱신거절권을 취득한다. 그러므로 이 경우만큼은 신소유자가 임대차의 갱신요구를 거절하는 데 문제가 없다.

【Abstract】

The right of renewal and the right to refuse renewals under the Housing Lease Protection Act:
A critical analysis of the Supreme Court decision 2021DA266631 delivered on December 1, 2022

LEE Jewoo
(Assistant professor, Kangnam University,
Faculty of Real Estate and Construction Engineering)

On December 1, 2022, the Supreme Court of Korea delivered an important decision on the question of the lessee's right of renewal and the lessor's right to refuse renewals under the Housing Lease Protection Act. This is the first decision on this legal issue since the amendment of the Act that introduced the lessee's right of renewal in the summer of 2020. The Supreme Court ruled that a new owner who purchased the house from the initial owner can, as the lessor, exercise the right to refuse the renewal of the lease (where the intention to actually reside in the house is met), despite the lessee's exercise of the right to renewal under article 6-3 of the Act. However the Supreme Court's decision cannot avoid criticism for such a decision.

The right to refuse renewals is a *Gestaltungsrecht* which is inherently intertwined with the contract itself. This means that the right to refuse renewals does not necessarily transfer to the new owner of the house, despite succeeding the former owner in the capacity as the lessor. Given that the Supreme Court has recognized such a limitation of the

succession of the lessor's status before, and considering the nature of the 2020 amendment of the Act that significantly empowered the overall position of lessees, the Supreme Court should have at least considered the possibility of limiting the transfer of the right to refuse renewals as a *Gestaltungsrecht*. This paper strives to give a critical assessment of the Supreme Court's decision, with the objective of shedding light on the need to interpret the Act in a manner that is more consistent with the legal nature of the right to refuse renewals.

주제어(Keyword) : 계약갱신요구권(Right of renewal), 계약갱신거절권(Right to refuse renewals), 편면적 강행규정(peremptory norm), 임대인 지위의 승계(succession of the lessor's status), 주택임대차보호법(Housing Lease Protection Act)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제108호 2023년 3월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2023.108.157

도급인의 지시권에 관한 연구*

- 도급지시권과 근로지시권의 구별 -

김 봉 수**

목 차

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 도급인의 지시권
1. 도급지시권의 개념
2. 도급지시권의 근거
3. 도급유형과 지시권
4. 도급지시권의 내용과 한계
5. 지시권의 행사주체와 상대방
Ⅲ. 근로지시권의 구별
1. 도급지시권과 근로지시권 구별의 의의
2. 판례의 입장
3. 근로지시권의 개념
4. 근로지시권의 판단요소
Ⅲ. 결 론

Ⅰ. 서 론

오늘날 산업과 기술발전으로 인해 노동시장과 고용형태가 다양해짐에 따라 고용의 효율화를 위해 근로자를 직접 고용하지 않는 사내하도급, 소사장제, 파견, 용역 등과 같은 간접고용방식이 빈번하게 활용되고 있다. 또한 4차 산업혁명으로 인해 이전에 존재하지 않았던 플랫폼 노동 같은 새로운 노무공급방식들이 등장하기도 하였다. 이러한 다양한 형태의 노무공급계약(Arbeitslieferungsvertrag)은 민법과 노동법을 통해서 규율되는데, 만약 노

* 이 논문은 2020년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 인문사회분야 중견연구자지원사업의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2020S1A5A2A01047101).

** 대구가톨릭대학교 사회과학대학 법학과 교수.

무제공에서 있어서 당사자의 대등한 관계가 전제되는 경우라면 고용, 도급, 위임에 관한 민법규정이 적용될 것이고, 그렇지 않고 노무제공자의 종속적인 지위가 인정되는 경우라면 근로기준법을 비롯한 노동관계법이 적용될 것이다. 이는 해당 법률관계에 대해 민법과 노동법 중 어느 법을 적용하는지에 따른 중요한 법률효과의 차이를 가져온다. 이런 점에서 노동법적으로는 실제는 근로계약에 해당함에도 노동법적 규제를 회피하기 위하여 민법상 도급계약의 형식을 빌려 쓰는 경우를 소위 '불법도급' 내지 '위장도급'(Scheinwerkvertrag)의 문제[1]로 중요하게 다루어 왔다.[2] 반면 민법분야에서는 노무공급계약의 유형으로서 고용, 도급, 위임 등에 관한 구분에서는 크게 논의되지 않았다. 아마도 그 이유는 민법에서 개별 계약을 고용, 도급, 위임 중 어느 것으로 보더라도 효과의 차이가 크지 않을뿐더러 어느 유형으로도 보기 어려운 경우라면 이를 혼합계약으로 다룰 수 있기 때문이라고 본다.[3] 하지만 개별계약이 고용계약[4] 내지 근로계약에 해당하는 경우라면 그에 대하여 근로자보호를 위한 강행규정인 「근로기준법」, 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 '파견법') 을 비롯한 노동법이 우선적으로 적용되어야 하므로, 개별 계약에서 다양한 계약유형의 요소가 존재하더라도 결국 해당 계약이 고용계약 내지 근

1) 민법상 도급이 아닌 것으로서 사용자가 도급계약의 형식을 빌려 수급인의 이행보조자를 실질적으로 사용하는 관계를 말한다. 위장도급에 있어서 도급인은 사용자의 지위에, 수급인의 이행보조자는 근로자의 지위에 서게 된다. 위장도급은 「근로기준법」 제9조, 「직업안정법」, 「파견근로자보호 등에 관한 법률」을 위반하는 것이다.

2) 권혁, "업무도급관계에서의 위장도급 판단", 195면 이하; 김영문, "파견과 도급 구별 기준에 관한 비판적 검토", 139면 이하; 박귀천, "'근로자성' 판단 기준 재정립의 모색", 39면 이하; 박종희, "사내하도급의 불법파견에 관한 법적 문제", 123면 이하; 박지순, "비정규직법의 쟁점과 입법정책적 과제", 26면 이하; 배동희, "고용과 사용이 분리된 근로관계와 근로자파견의 판단기준에 관한 고찰", 77면 이하; 송강직, "사내도급에서의 위장도급과 불법파견의 상호관계", 351면 이하; 이달휴, "도급과 파견의 구별에 관한 최근 판결의 동향과 쟁점", 113면 이하; 최은배, "위장도급의 판단", 1면 이하 등.

3) 민법에서 노무공급계약들의 개념상 구분은 비교적 명확하지만, 개별 사례에서 구별은 쉽지 않은 문제이다(MünchKomm/*Busche*, §631 Rn. 14 f.).

4) 민법상 고용계약과 노동법상 근로계약이 구별될 수 있는지에 대해서는 견해가 대립하지만, 종속적인 관계를 전제하지 않는 순수한 의미의 고용계약 또는 자주적 노동을 대상으로 하는 고용계약이 거의 존재하지 않는다는 점에서 양자를 동일하게 볼 수 있다(관련한 학설대립에 대해서는 김봉수, "노무도급의 법적 성질", 166면). 이하에서는 고용계약과 근로계약을 혼용해서 사용하기로 한다.

로계약인지 아닌지를 판단해야 한다.

노무공급계약이 도급계약에 해당하는지 아니면 근로계약에 해당하는지에 대해 다수의 학설과 판례는 도급인의 수급인의 근로자에 대한 지휘·명령관계을 중심으로 제반상황을 고려하여 종합적으로 판단하고 있다.[5] 즉, 노무공급계약이 민법상 전형계약, 특히 도급계약에 해당하는지 아니면 근로계약에 해당하는지에 대해 노동법적인 판단은 근로계약과 도급계약 간의 차이를 당사자 간의 종속성 내지 독립성의 유무로 파악하고, 당사자 간에 종속적 지위에서 유래하는 지시권이 행사되는 경우라면 그러한 계약관계는 고용계약(근로계약)으로 볼 수 있다는 것이다. 이와 같이 양자의 구별에 있어서 사용자의 근로자에 대한 지시권(이하, '근로지시권'(Weisungsrecht))이 가장 핵심적인 요소가 되는 것은 근로계약에서 구체적인 노무제공의 시기와 방법, 장소 등은 노무수령권자인 사용자가 지시권을 행사함으로써 정해진다고 보기 때문이다.[6] 이에 반해 도급계약에서 일의 완성을 위해 제공되는 노무의 일시, 방법 등은 도급인과의 협의를 통해서 정해질 수도 있지만, 주로 - 독립성과 재량성에 기초하여 - 수급인이 그에 관한 주된 결정권을 가지는 것이 일반적이라고 할 수 있다.[7] 이런 점에서 노무에 대한 지시권의 유무 내지 행사여부가 고용과 도급의 구별에 대한 일응 기준이 될 수 있다. 하지만 실제 거래현실을 고려하면 이러한 구분은 상당한 한계와 문제가 있다.[8] 왜냐하면 다수의 도급사례에서 도급인의 수급인에 대한 우월적 지위에 따라 양자 간에 대등성이 확보되지 않는 경우가 많고, 그로 인해 수급인이 독립적인 사업자로서 업무를 수행

5) 이재용, "위장도급과 불법파견에 있어 고용관계", 66-67면; 배동희, "고용과 사용이 분리된 근로관계와 근로자파견의 판단기준에 관한 고찰", 92-93면; 최은배, "위장도급의 판단", 12-13면, 38면 이하; 박종희, "사내하도급의 불법파견에 관한 법적 문제", 134면 이하 등. 그리고 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결. 동일한 취지의 판결로 대법원 2022. 10. 27. 선고 2017다9732, 9749, 9756 판결; 대법원 2016다40439, 2021다221638; 대법원 2016. 1. 28. 선고 2012다17806 판결 등.

6) 박준서(대표집필)/하경효, 「주석민법」 채권각칙(4), 67-68면

7) 곽윤직(대표집필)/남효순, 「민법주해」 채권(8), 304면.

8) 고용계약에서 노무자의 사용자에 대한 종속적 관계가 언제나 인정되는 것은 아닌데, 대표적으로 고도의 전문성을 가지는 노무자의 경우에는 종속성이 희박할 수도 있다. 이를 고려하여 독일에서는 별도의 규정을 두고 있다(독일민법 제627조).

하는 것이 아니라 도급인에게 종속되어 그의 지시에 따라 업무를 수행하는 경우가 빈번하기 때문이다.[9] 경우에 따라서는 도급계약에서 도급인의 지시적 요소가 근로계약에서와 같이 강하게 나타날 수도 있다. 하지만 민법에서 도급인의 지시권을 직접적으로 정하고 있는 규정은 없고, 다만 수급인의 하자담보책임의 배제에 관한 제667조에서 도급인의 지시를 규정하고 있다. 이러한 민법의 규정을 통해서는 도급계약관계에서 도급인의 지시가 존재할 수 있다는 점만을 확인할 수 있을 뿐, 도급지시권의 구체적인 내용에 대해서는 별도의 논의가 필요하다.

이하에서는 하자담보책임배제에 관한 제667조 이외에서 전혀 다루지 않았던 도급인의 수급인에 관한 지시권(이하 '도급지시권(Anweisungsrecht))이 해석론으로 인정될 수 있는지, 그리고 도급인의 지시권이 인정될 수 있다면 그 근거와 내용이 무엇인지를 살펴보고자 한다. 아울러 민법적 관점에서 도급계약의 실질에 기초한 도급지시권과 근로지시권의 구별을 시도해보고자 한다.

Ⅱ. 도급인의 지시권

1. 도급지시권의 개념

노무공급계약 중 고용계약(근로계약)은 노무자의 '노무' 그 자체를 목적으로 하는 것이고, 노무자는 노무제공을 함에 있어 그 노동력의 활용에 대한 권한을 전적으로 사용자에게 일임한다. 이때 자신에게 맡겨진 노무자의 노무를 구체화하는 것이 바로 사용자의 (근로)지시권이다. 이러한 과정을 통하여 고용계약에서 사용자가 노무자를 지휘·감독하고 노무자는 그에 구속되는 종속적인 관계가 성립하게 된다. 반면 도급계약에서 수급인은 계약의 목적인 '일의 완성'과 관련해서 도급인의 지휘·감독을 받지 않으며 또한

9) 예를 들어 건축도급계약에서 도급인이 단순한 의견개진의 수준을 넘어선 상당한 지시를 수급인에게 하고, 수급인이 그러한 지시에 기해 업무를 수행하는 경우가 이에 해당한다.

도급인에게 종속되지 않는 것이 원칙이다. 즉, 수급인은 약정한 일을 완성하는데 있어서 필요한 사항을 독자적으로 결정하고, 그에 관해 도급인의 지시를 받지 않는 것이 원칙이다. 하지만 아래에서 살펴보겠지만, 도급계약에서도 일의 계약적합적인 완성(vertragsgemäß Herstellung des Werk)을 위해 도급인이 수급인이나 그의 근로자에 대해서 지시를 할 필요성이 존재하고, 이런 차원에서 도급인이 하는 일방적인 의사표시를 도급지시권이라고 할 수 있다. 다시 말해 사용자의 근로지시권에 대비되는 개념으로서 도급지시권은 '도급계약의 목적인 일의 계약적합적 완성을 위해 도급인이 수급인에게 하는 구속력 있는 일체의 言明'이라고 정의할 수 있다. 개념적으로 볼 때 도급인의 지시권은 계약의 목적인 일의 계약적합적 완성을 위한 것이라는 점에서 사용자의 근로자에 대한 포괄적이고 全人的인 지시와는 구별된다.[10]

2. 도급지시권의 근거

도급인과 수급인은 도급계약을 체결함에 있어 도급인의 지시여부를 합의로 정할 수 있다.[11] 왜냐하면 사적자치 내지 계약자유의 원칙에 따라 당사자는 강행법규 위반과 같은 특별한 사정이 없는 이상 계약내용결정에 대한 자유를 가진다는 점에서 도급인은 수급인과 약정함으로써 진행될 업무의 공정이나 방식 등에 대한 지시권을 사전에 예정할 수 있음은 당연하기 때문이다.[12] 하지만 민법에서 도급인의 지시권을 직접적으로 정하고 있는 규정은 없으며, 다만 수급인의 하자담보책임의 배제와 관련하여 도급인의 지시를 규정하고 있을 뿐이다.[13] 즉, 민법 제667조에서 목적물의 하자가 있더라도 그 하자가

10) 이와 유사하게 도급인의 지시를 일의 결과지향성과 결과관련성으로 이해하는 입장으로 성대규, "업무도급과 위장도급의 구별에 관한 일고찰", 121-122, 126면.

11) 이러한 입장의 판례로는 대법원 1992. 6. 23. 선고 92다2615 판결.

12) 더 나아가 당사자는 민법상 정해진 (전형)계약형식에도 구애받지 않는다. 즉, 당사자들은 자신들이 체결하는 계약이 도급계약으로 할지, 다른 계약으로 할지, 혼합계약으로 할지를 자유롭게 선택할 수 있다. 사실 계약유형의 판단은 당사자들이 체결한 계약을 사후에 평가한 것에 지나지 않고, 당사자들이 계약체결 당시에 어떤 계약유형을 반드시 의도하고 정해야하는 것은 아니다.

13) 도급관련 규정 이외에 민법 제757조에서 도급인의 지시로 인한 수급인의 가해행위에 대한 도급인의 불법행위책임을 규정하고 있다.

도급인의 지시로 인한 것인 경우, 수급인은 그에 대한 하자담보책임을 지지 않는다고 정하고 있다. 일부 견해는 이 규정을 일의 완성에 대한 도급인의 지시권을 인정한 것이면서 동시에 도급인의 지시가 부적당한 경우 전문성과 독립성을 가지는 수급인이 그러한 지시를 거부해야 함을 명확히 하고 있다고 본다.[14] 그러나 동 규정을 통해서는 도급계약에서 도급인의 지시가 있을 수 있다는 점만을 알 수 있을 뿐, 구체적으로 어떤 근거에서 어떤 내용의 지시권이 인정될 수 있는지는 알 수 없다. 특히 도급에 관한 규정과 이론전개가 수급인의 전문성·독립성·재량성을 전제로, 그리고 작업도급을 전제로 입법 내지 논의된 것이어서[15] 이를 통해서 도급인의 지시(권)에 대한 근거를 도출하기는 한계가 있다. 결국 도급인의 지시권은 도급계약과 관련한 규정들, 도급계약상 당사자의 법률관계(권리와 의무)에 입각한 법해석론을 통해서 도출할 수밖에 없다.

계약관계는 당사자 간에 이익이 첨예하게 대립하는 투쟁의 場으로 볼 수도 있지만, 동시에 서로의 이익을 위해 협력하는 관계로도 볼 수 있다.[16] 모든 계약이 이러한 대립과 협력이라는 두 가지의 성격을 가지지만, 노무공급계약은 다른 계약에 비하여 '협력'적 성격이 더 강하다고 볼 수 있다. 왜냐하면 고용, 도급, 위임과 같은 노무공급계약에 있어서 당사자들 간의 인적인 신뢰관계가 바탕이 될 뿐만 아니라 계약의 목적실현을 위해서는 상호 간의 협력과 협조가 필수적인 경우가 많기 때문이다. 도급계약에 있어서도 도급인은 수급인의 전문성을 비롯한 다양한 요소에 기한 신뢰를 기초로, 수급인은 도급인의 지불능력 등을 고려한 신뢰를 기초로 계약을 체결하게 된다. 그리고 실제 도급사례에서는 수급인이 계약에 따라 일을 완성하는데 있어서 도급인의 아무런 협조가 필요치 않고 일의 완성과 동시에 보수(도급대금)만 지급하면 되는 경우는 드물고, 수급인이 일의 완성을 위해서 도급인의 다양한 협력이 불가피

14) 도급인은 채권자로서 자신이 원하는 결과를 얻기 위하여 재료나 노력에 차이가 발생하지 않는 범위 내에서 필요한 지시나 재료제공을 할 수 있다고 본다. 즉, 도급인은 채권자로서 자신이 원하는 결과를 얻기 위하여 재료나 노력에 차이가 발생하지 않는 범위 내에서 필요한 지시나 재료제공을 할 수 있다고 본다(박준서(대표집필)/정종휴, 「주석민법」 채권각칙 (4), 179면).

15) 박준서(대표집필)/정종휴, 「주석민법」 채권각칙(4), 159면 이하

16) *Honnold*, Uniform Law For International Sales, para. 292.

한 경우가 일반적이라고 할 수 있다. 이와 같은 도급인과 수급인 간의 협동의 필연성(Notwendigkeit der Kooperation)에 근거한 여러 규정들이 존재한다.[17] 이러한 도급계약 당사자 간의 협력적 사고에 근거한 것으로 도급인의 목적물의 수령의무·검수의무, 협력의무·조정의무, 보호의무, 그리고 수급인의 목적물인도의무,[18] 고지의무(민법 제667조 단서) 등을 들 수 있다.

도급계약에 따라 수급인은 일을 완성하여 그 목적물을 도급인에게 인도하여야 하고, 이에 도급인은 완성한 일을 수령할 의무를 부담하게 된다. 도급인은 이러한 수령의무의 이행과정에서 완성한 일이 계약에 따른 적합한 것인지 검사할 일종의 검수의무를 부담하게 되는 것이다. 완성한 일의 수령에 관한 도급인의 의무는 민법에서 명시적으로 규정되어 있지 않지만, 민법상 신의성실원칙과 수령지체에 따른 책임(민법 제400조 이하)으로부터 인정된다. 마찬가지로 도급인의 검수의무도 신의성실의 원칙에 따라 인정되는 것으로서 만약 수급인이 검수의무를 제대로 이행하지 않는 경우 수급인에게 일의 하자에 대한 책임을 물을 수 없게 될 수도 있다. 이와 같은 이유에서 도급인은 수급인의 일의 완성과정에 있어서 계약적합적 일의 수행을 위한 지시를 할 필요성이 인정될 수 있다. 왜냐하면 도급의 유형이나 일의 성질에 따라서 일의 완성 후 수령 단계에서의 검사를 하는 것만으로 충분하지 않을 수 있기 때문이다.[19] 따라서 이러한 경우 도급인으로서는 일의 완성과정 내지 작업수행과정에서 수급인에 대해 사전적인 지시나 감독을 해야 하고 그러한 지시나 감독이 일의 완성을 위해 필요할 수도 있다. 도급인의 일의 완성 과정에서 지시권의 행사의 필요성은 특히 노무도급에서 인정될 여지가 크다. 왜냐하면 노무도급의 경우 일의 완성 과정, 즉 업무수행과정에서 도급인이 적시에 일의 적합성 여부를 확인할 필요가 매우 크기 때문이다.

---

17) MünchKomm/*Busche*, § 642 Rn. 21.

18) 수급인의 목적물인도의무는 일의 완성과 더불어 주된 급부의무에 해당하지만, 노무도급이나 노무도급과 작업도급이 혼재된 경우 업무의 수행과정에서 일정한 보고의무 내지 통지의무가 존재할 수 있는데, 이러한 의무는 넓게는 목적물인도의무에 포함되는 것이지만 동시에 부수적 의무로서 협력에 관한 의무라고 할 수 있을 것이다.

19) 이 단계에서 검사를 통하여 수급인에게 일정한 지시나 보완에 대한 요구 등이 가능함은 물론이다.

도급인은 수급인의 일의 완성 내지 작업에 필요한 협력의무를 부담할 수 있고, 협력의무의 내용은 당사자들의 합의나 일의 성질에 따라서 정해지겠지만 이러한 협력의무의 차원에서 도급인의 지시권이 인정될 수 있다.[20] 왜냐하면 이러한 의무를 도급인이 게을리 한 경우, - 이에 대한 규정은 없지만 해석론으로 - 도급인은 그로 인한 일정한 불이익[21]을 입게 되므로, 도급인의 입장에서 이러한 불이익을 회피하기 위해서라도 수급인에 적극적으로 관여할 수밖에 없기 때문이다. 그리고 협력의무는 계약상 부수적 의무로 이해되지만, 당사자의 약정에 따라서는 주된 급부의무가 될 수도 있다는 점에서,[22] 협력의무의 일환으로 인정되는 도급인의 지시권이 개별 사례에서는 부수적인 권리가 아니라 주된 권리의 지위를 가질 수도 있다. 특히 도급계약에서 도급인이 수급인보다 높은 전문성을 가지거나 도급인의 전체 공정 중 일부만을 도급한 경우에서 - 당사자 간 약정이나 일의 성질에 근거하여 - 도급인의 지시권이 주된 권리로서 강하게 또한 빈번하게 행사될 수 있을 것이다. 그리고 도급인의 지시권은 협력의무의 구체화로서 일의 완성에 대해 도급인이 부담하는 조정의무(Koordinierungspflicht)의 또 다른 모습이라고 할 수도 있다.

3. 도급유형과 지시권

도급계약의 유형은 수급인이 해야 하는 일의 내용이 무엇인지에 따라 다양하게 존재할 수 있다. 대표적인 것이 바로 일의 유형성·무형성에 따른 유형도급과 무형도급의 구분이다.[23] 그리고 도급 중에서 수급인이 완성한 일이 일

20) 박준서(대표집필)/정종휴, 「주석민법」 채권각칙(4), 196면. 독일민법 제642조에 따라 도급인은 협력의무(Mitwirkungsobliegenheiten)를 부담한다. 독일민법상 도급인이 일의 완성에 필요한 협력을 하지 않아 수령지체가 되는 경우, 수급인은 도급인에 대하여 적절한 배상을 요구할 수 있다. 그러나 도급인에게 요구되는 협력의무의 구체적인 내용에 대해서는 구체화하지 않고 있다. 이에 대해서는 Bamberger·Roth/Voit, §631, Rn. 89 f. 협력의무에 관한 판례로 대법원 1996. 7. 9. 선고 96다14364,14371 판결.

21) 도급인이 협력의무를 다하지 않은 경우 수급인은 이행지체로 인한 책임을 지지 않고, 도급인이 수령지체로 인한 책임(민법 제400조 이하)을 지게 된다. 그리고 협력의무의 위반이 도급인의 귀책사유로 인한 것인 때에는 수급인에 대하여 손해배상책임을 지거나 계약해제를 당할 수도 있다.

22) MünchKomm/*Busche*, §642 Rn. 24.

정한 작업의 결과로 나타나는 것을 작업도급(물건형 도급)이라고 하고, 이에 반해 수급인의 노무제공을 목적으로 하는 도급을 노무도급(용역도급)이라고 한다. 그리고 경우에 따라서는 양자가 혼합된 도급의 유형도 존재할 수 있다.[24] 비록 우리 민법에서 수급인의 노무제공이 도급계약의 목적이 될 수 있는지 명시적으로 정하고 있지 않지만, 상법에서 노무도급을 간접적으로 인정하고 있으며,[25] 우리 학설도 노무도급의 유형을 긍정하는 것으로 보인다.[26] 반면 독일 민법 제631조 제2항은 노무도급을 명시적으로 인정하고 있다.[27] 그리고 다수의 판례도 "특정한 행위를 지휘하거나 또는 특정한 사업을 도급시키는 경우"를 노무도급으로 보고 있으며,[28] 대표적인 경우가 바로 건설공사의 하도급인이 구체적인 지휘·감독권을 보유한 상태에서 작업에 필요한 재료와 설비를 자신이 공급하면서 시공기술자에게 재하도급하는 경우이다. 다만 현행 도급규정은 수급인의 일의 완성을 통해 유형적인 결과가 도출되는 작업도급(물건형 도급)을 전제한 것[29]이라고 볼 수 있다.[30]

도급인의 지시권은 도급계약의 유형이 작업도급인지 노무도급인지에 상관없이 인정될 수 있다. 우선 노무제공을 통하여 유형적인 결과를 도출하는 작업도급에 있어서 도급인이 계약적합적인 결과를 위해 약정에 따라서 혹은 일의 성질에 따라서 관련한 지시를 할 수 있다. 그리고 수급인의 노무제공을 통한 일정한 업무의 수행 내지 성과를 도출하는 노무도급에 있어서

---

23) MünchKomm/*Busche*, §631 Rn. 61 ff.

24) 가령 도급인의 의류를 수선 및 개조, 자동차의 수리, 도급인 소유 건물의 관리 등이 이에 해당한다.

25) 상법 제46조 제5호에서 기본적 상행위로서 "작업 또는 노무의 도급의 인수"를 정하고 있다.

26) 박준서(대표집필)/정종휴, 「주석민법」 채권각칙(4), 160면.

27) 독일 민법 제631조 2항 도급계약의 대상은 물건의 제작이나 변경일 수 있고, 노동(Arbeit)이나 노무급부(Dienstleistung)에 의해 생기는 결과일 수도 있다.

28) 대법원 1965.10.19. 선고 65다1688 판결; 대법원 1983.02.08. 선고 81다428 판결 등. 일부 판결에서는 노무도급을 고용계약과 도급계약이 혼합된 계약으로 보기도 하였다(대법원 1991.04.26. 선고 90누2772 판결).

29) 특히 하자담보책임의 구제수단인 하자보수와 계약해제, 위험부담에 관한 규정은 전형적으로 작업도급을 전제한 것이다.

30) 작업도급과 노무도급에 대한 상세는 김봉수, "노무도급의 법적 성질", 146-149면 참조.

도 노무제공의 계약적합적 활용을 위해 도급인의 지시권이 인정될 수 있다. 그렇지만 작업도급과 노무도급 중에서 도급인의 지시권은 노무도급에 있어서 더 강하게, 그리고 더 빈번하게 나타날 수 있다. 왜냐하면 작업도급은 노무제공과 그로 인한 일의 완성이라는 결과 중에서 결과에 중점이 있는 것이므로, 결과에 대한 하자는 하자보수를 통해 치유가 가능할 수 있어 작업과정에 있어서 도급인이 수급인의 개별 노무 제공과정에 개입할 여지가 상대적으로 적다. 반면 노무제공과 결과 중에서 노무제공에 중점이 있는 노무도급에 있어서 수급인의 노무가 적시에, 그리고 적합하게 활용되지 않으면 추후에 이를 보완하거나 시정하기 어려운 관계로 그 활용에 대한 도급인의 지시권이 적극적으로 행사·인정될 수밖에 없기 때문이다. 즉, 노무제공과 그로 인한 일정한 성과를 목적으로 하는 노무도급에 있어서 - 이미 지나가버린 - 노무제공의 하자를 보수를 통하여 추완한다는 것을 상정하기는 어렵다. 따라서 노무도급상 하자의 경우에는 그에 대한 손해배상이나 계약해제가 주된 구제수단이 될 수밖에 없다. 이와 같은 노무도급에서 하자 치유의 한계로 인하여 도급인에게 수시적이고 상시적인 지시권이 인정될 수 있다. 이러한 관점에서 판례도 작업도급에서보다 노무도급에서 도급인의 지휘·명령에 관한 권한 내지 지시권을 폭넓게 인정하고 있다.[31]

4. 도급지시권의 내용과 한계

도급계약에서 도급인은 계약에 따른 일의 완성을 위해 당사자 간의 약정이나 일의 성질에 따라서 수급인에 대해 지시권을 행사할 수 있다. 아래에서는 도급인의 지시권을 내용에 따라 나누어 살펴보기로 한다.[32]

---

31) 대표적으로 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004다37676 판결("일반적으로 도급인과 수급인 사이에는 지휘·감독의 관계가 없으므로 도급인은 수급인이나 수급인의 피용자의 불법행위에 대하여 사용자로서의 배상책임이 없는 것이지만, 도급인이 수급인에 대하여 특정한 행위를 지휘하거나 특정한 사업을 도급시키는 경우와 같은 이른바 노무도급의 경우에는 비록 도급인이라고 하더라도 사용자로서의 배상책임이 있다"); 대법원 1983. 2. 8. 선고 81다428 판결 등.

32) 다만 아래의 도급인의 '지시' 내지 '지시권'에 관한 내용 중 일부 사례는 도급인의 불법행위 책임에 관한 것이므로, 이 경우는 피해자의 손해배상의 보장차원에서 그 범위가 넓게 인정

(1) 계약상 약정 또는 일의 성질에 근거한 지시권

사적자치원칙과 그 구체화인 계약자유원칙에 따라 도급계약체결시 일의 계약적합적 완성을 위해 당사자 간의 합의로 도급인의 지시권을 사전에 약정하거나 유보할 수도 있다. 이와 같이 도급계약을 체결함에 있어 도급인이 수급인에 대해 일정한 사항에 대해 지시를 할 수 있음을 사전에 '약정'하였다면, 이때 도급인의 지시권의 근거는 - 도급인의 계약상 의무와 권리의 해석이 아닌 - 그러한 약정이 될 것이다. 특히 작업도급과 달리 무형적인 일의 도급이나 노무도급의 있어서는 도급인의 일정한 협력 내지 관여는 충분히 예측가능한 것이어서, 실제 이러한 도급계약을 체결할 때 도급인의 지시에 관한 합의를 하는 것이 일반적이다. 판례도 "건축공사의 일부분을 하도급받은 자가 구체적인 지휘·감독권을 유보한 채, 재료와 설비는 자신이 공급하면서 시공 부분만을 시공기술자에게 재하도급하는 경우와 같은 노무도급의 경우"라고 하여 노무도급의 경우에는 계약체결시 도급인이 수급인에 대한 구체적인 지휘·감독권을 유보한 것으로 보고 있다.[33] 그러나 도급인의 지시권이 계약체결 시에 약정 내지 예정되어 있었다는 것은 지시권의 근거가 무엇인지를 밝혀줄 뿐, 그를 통해서 지시권의 성질이나 한계가 확인되는 것은 아니다. 즉, 사전합의된 지시권이라고 하더라도 경우에 따라서는 도급인의 지시권이 될 수도 있고, 사용자의 근로지시권에 해당하는 경우도 존재할 수 있다. 다만 사전약정에 따른 지시권은 일단 도급인의 지시권으로 추정할 수 있는 요소가 될 수 있으며, 그 밖의 다른 사정을 통해서 근로지시권으로 판단될 가능성도 있다. 따라서 계약체결시 당사자 간의 합의로 도급인의 광범위하고 포괄적인 지시권을 사전에 약정하였다고 해서 그러한 지시권이 당연히 도급인의 지시권으로 이해되는 것은 아니고, 오히려 그러한 약정으로 말미암아 수급인의 재량성·독립성이 본질적으로 훼손되었다고 본다면 사용자의 근로지시권으로 볼 여지가 크다.

도급인의 지시권이 계약체결시 미리 약정되어 있지 않은 경우에도 도급계약의 목적인 일의 성질에 근거하여 도급인의 지시권이 인정될 수 있다.

된다는 점에 주의해야 한다.

33) 대법원 2014. 2. 13. 선고 2013다78372 판결 등.

일의 성질에 따라 인정되는 도급인의 지시권은 도급의 모든 유형에서 존재할 수 있는데, 그것은 도급계약이 일정한 '일의 완성'을 위해, 즉 급부실현을 위해 도급인과 수급인이 협력적 관계에 있다는 점에 근거한다. 즉, 도급인은 수급인에 대하여 계약목적에 적합한 급부를 수령할 권리가 있고, 또한 수급인의 계약적합적 이행을 수령하거나 그 과정에 협력할 의무가 있는데, 도급의 목적인 일의 성질에 따라 이러한 권리와 의무의 구체적인 행사가 도급인의 지시권으로 나타날 수 있는 것이다.[34] 따라서 일의 성질상 도급인이 일정한 장소나 작업도구를 제공해야 하거나 자신에게 맡겨진 선택권을 행사하는 것 등이 필요한 경우라면, 그러한 일련의 행위과정에서 도급인의 지시가 행해질 수 있는 것이다. 물론 이러한 지시권은 도급인의 적극적인 관여가 전제되는 무형적 일의 도급이나 노무도급에 있어서 보다 빈번하게 나타날 것이다.

위와 같이 도급인의 지시권은 도급계약상 약정 또는 도급계약의 목적인 일의 성질에 따라서 인정될 수 있다. 이때 도급계약의 목적인 일의 성질에 따른 지시권은 다른 한편 도급계약의 일의 완성을 위한 도급인의 권리와 의무로부터 도출되는 지시권으로 볼 수 있다. 이와 같이 지시권이 도급계약 체결시 약정이나 도급의 일의 성질 내지 계약상 권리·의무에 근거하는 것이므로, 이러한 요소에 근거하지 않는 지시나 지시권의 행사는 도급인의 지시권를 벗어난 것이라고 볼 수 있다. 따라서 도급계약상 미리 약정되지도 않았고, 일의 성질상 지시가 필요하지 않은 상황에서 도급인이 수급인에게 일방적으로 도급계약상 정해진 업무 이외의 일을 추가적으로 지시하거나[35] 이미 정해진 또는 일의 성질상 필요한 지시를 도급인이 자신의 필요에 따라 수시로 변경·수정한다면,[36] 이러한 지시는 도급계약상 통상적인 도급인의 지시권의 행사로 보기 어려울 것이다.

---

34) 도급인의 지시권은 관련 법령에 따른 것일 수 있다. 예를 들어 경비용역계약에 따라 도급인(위임인)이 수급인(수임인)의 근로자에 대한 지휘·명령은 경비업법령에 따른 것이므로, 그러한 지휘·명령만으로 근로자파견관계가 인정되는 것은 아니다(대법원 2013. 7. 25. 선고 2012다79439 판결).

35) 광주지방법원 2013. 9. 26. 선고 2012가합51068 판결.

36) 이러한 취지로 대법원 2015.02.26. 선고 2010다106436 판결("사내협력업체의 고유하고 특유한 업무가 별도로 있는 것이 아니라 피고의 필요에 따라 사내협력업체의 업무가 구체적으로 결정된 점").

(2) 계약상 급부이행과 관련한 지시권

도급계약의 유형이나 그 내용에 따라서 도급인의 지시권의 내용이나 정도는 다양하게 나타날 수 있다. 하지만 도급인의 지시권은 어디까지나 계약적 합적 일의 완성의 차원에서 이루어져야 하는 것이므로, 원칙적으로 수급인이 스스로 결정해야 할 고유한 영역까지 간섭하는 것은 허용되지 않는다.[37] 따라서 계약적합적 일의 완성을 위한 지시로서 도급인의 계약상 의무이행의 차원에서 행해지는 지시는 도급인의 정당한 지시로 볼 수 있지만, 그것을 넘어서 수급인이나 수급인의 근로자에 대한 구체적인 업무지시를 하여 수급인의 독립성·재량성이 근본적으로 침해되는 것은 도급계약상 지시권이 아닌 경우로 볼 수 있다.[38] 따라서 노무도급에서 도급인이 수급인이 수행할 업무의 목표나 범위를 설정하고, 이를 위해 필요한 한도에서 지시를 할 수는 있지만, 구체적인 업무의 수행방법을 지정하거나 강요하는 내용의 지시는 도급인의 지시권이 아닌 것으로 볼 가능성이 높다. 예를 들어서 신문사가 판매확장요원들과 1년 단위로 확장요원 위탁계약을 갱신하면서 확장요원들에게 일주일 단위로 목표부수를 정하는 것은 도급인의 정당한 지시권의 행사로 볼 수 있지만, 확장요원에게 정기적으로 판촉요령을 교육하여 업무의 구체적인 수행방법을 강요하는 것은 수급인의 독립성과 재량성을 침해하는 것으로서 도급인의 지시권의 한계를 벗어난 것으로 볼 수 있다.[39]

도급인의 지휘·명령에 관한 권한이 인정되는 경우라고 하더라도, 도급인이 전체적인 업무의 조정차원이 아닌 수급인이 결정해야 하는 고유한 사항, 대표적으로 수급인의 인사, 노무관리 등에 관한 구체적인 지시를 하는 것은 도급계약상 고유한 지시권으로 보기 어렵다.[40] 따라서 일반적으로 도급인이

37) 대법원 2012. 1. 12. 선고 2010다50601 판결(도급제사원에 대해 인사관리 및 감독 등을 하지 않았다는 점에서 도급제사원의 근로자성을 부정한 사례); 대법원 2001. 8. 21. 선고 2001도2778 판결.

38) 동일한 취지의 판결로 대법원 2010. 5. 27. 선고 2007두9471 판결(운송용역도급계약이 체결된 사안에서 수급인이 수행하여야 할 구체적인 업무의 내용을 도급인이 지정하고 운행일보 등의 제출을 요구하는 방식으로 운송기사의 업무 내용을 결정하고 그 업무수행과정에서 지휘·감독한 것을 근로지시권으로 본 사례); 대법원 1999. 7. 12. 자 99마628 결정.

39) 대표적으로 대법원 1996. 10. 29. 선고 95다53171 판결.

수급인의 이행보조자나 그 근로자의 인사에 관한 지시를 하거나 근태상황을 관리하는 것은 도급인의 권리나 의무를 벗어난 것으로 일응 이해된다.[41] 그리고 지금까지 판례는 고용계약과 도급계약의 구분에 있어서 "계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 여기에서 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, …… [중략] …… 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다"고 보고 있다.[42] 이에 따르면 도급인이 작업장소나 시간, 휴게·휴일에 대한 사항을 정하는 것은 고용계약 내지 근로계약적 요소로 보게 된다. 하지만 급부제공의 구체적인 내용을 도급인이 지정하거나 지시하는 것이라고 하더라도 계약이나 일의 성질상 인정되고, 그러한 지시를 통하여 수급인의 독립성·재량성이 근본적으로 침해되지 않는다면 달리 이해되어야 한다. 특히 노무도급에 있어서는 수급인의 작업장소나 작업시간, 휴게·휴일에 대한 도급인의 지시권이 약정에 따라 유보되거나 노무도급의 특성상 인정되는 경우가 많기 때문에, 그러한 지시권의 행사로부터 곧바로 당해 계약이 도급계약이 아니라고 볼 수는 없는 것이다. 노무도급에서 그러한 지시는 급부내용에 관한 도급인의 수령의무의 이행 내지 부수적 의무인 협력의무의 이행으로 볼 수 있다.

---

40) 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009다99396 판결; 대법원 1996. 10. 29. 선고 95다53171 판결.

41) 이러한 취지로 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다93707 판결("피고가 소외 소속 근로자의 작업장소와 작업시간을 결정하고 작업내용에 대하여 실질적인 지휘·감독을 한 점, 소외 회사 소속 근로자는 피고 소속 근로자와 같은 조에 배치되어 동일한 업무를 수행한 점, 피고 소속 관리자가 피고 소속 근로자와 함께 소외 회사 소속 근로자의 근태상황 등을 파악하고 업무사항을 지적하는 등 소외 회사 소속 근로자를 관리하여 온 점 …… [중략] …… 원고들은 소외 회사에 고용된 후 피고의 작업현장에 파견되어 피고로부터 직접 지휘·감독을 받는 근로자파견관계에 있었다고 봄이 타당하다").

42) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결; 대법원 2012. 1. 12. 선고 2010다50601 판결 등.

그리고 일정한 경우 도급인은 수급인에게 일정한 자격을 가진 자를 채용하거나 해고할 것과 같은 인사에 관한 지시를 할 수도 있다. 이런 점에서 도급인의 지시권의 판단에 있어서는 도급인이 수급인의 고유한 권한인 인사나 근태관리에 대한 지시를 하였다는 것 자체가 아니라 도급인이 적극적으로 수급인의 인사노무관리에 관여하였는지, 그리고 전반적인 근태관리를 주도적으로 하였지가 중요하다고 볼 것이다.[43] 개별 사례에서 수급인의 급부제공에 관한 독립성·재량성의 정도는 사례마다 다르지만, 도급계약에서 수급인은 급부실현 내지 급부구체화에 대한 주도권을 가지고 있어야 한다. 따라서 도급인의 지시권의 행사에도 불구하고, 급부구체화에 대한 실질적인 권한을 수급인이 보유한다면 도급계약으로 볼 수 있다. 예를 들어 도급인이 수급인의 근로자의 채용과정에서 면접관으로 참여하거나 수급인의 근로자에 대한 교육을 실시하였고, 도급인(또는 그의 대리인)이 수급인이나 그의 근로자의 업무수행을 확인하였다고 하더라도, 이는 도급계약에 적합하게 이행되고 있는지를 확인하고 검수하는 절차로 이해될 수 있다.[44] 그리고 도급인이 수급인의 근로자에 대하여 직장 내 교육훈련을 실시하는 등 수급인의 업무수행에 대해 일정부분 관여하였다고 하더라도, 수급인이 작업배치권 및 변경권을 가지고, 그의 근로자의 채용·징계, 근태관리를 독자적으로 또한 주도적으로 한 경우라면, 수급인의 급부실현에 대한 도급인의 지시나 관여에도 불구하고 도급계약의 성질을 유지한다고 볼 것이다.[45]

반면 도급인의 지시권의 행사로 말미암아 급부구체화에 대한 수급인의 권한이 근본적으로 상실되는 경우라면 도급계약이 아닌 고용계약 내지 근로계약에 해당할 수 있다. 즉, 수급인의 노무제공의 시기, 방법, 대상 등이 전적으로 도급인의 지시에 따라 정해지는 경우라면, 계약의 형식에도 불구하고 도급계약이 아닌 것으로 볼 것이다. 예를 들어 방송회사와 전속계약을

43) 대법원 1999. 7. 12. 자 99마628 결정; 대법원 2008.7.10. 선고 2005다75088 판결; 대법원 2010.7.22. 선고 2008두4367 판결; 대법원 2003. 9. 23. 선고 2003두3420 판결; 대법원 2017. 1. 25. 선고 2014다211619 판결 등.

44) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2011다78316 판결(KTX 여승무원 사례); 대법원 2015.2.26. 선고 2012다96922 판결.

45) 광주지방법원 2013. 9. 26. 선고 2012가합51068 판결; 부산고등법원 2006. 7. 5. 선고 2006나2094 판결.

체결하고 입사한 관현악단원에게 회사의 필요에 따라 수시로, 그리고 일방적으로 출연지시를 내리고, 관현악단원은 그러한 지시에 따라야 할 의무를 부담한 경우, 이때 회사의 지시는 도급계약상 급부구체화에 수급인의 권한을 본질적으로 침해한 것으로 보아야 할 것이다.[46] 그리고 도급인이 수급인의 근로자에 대한 일반적인 작업배치권과 변경결정권을 가지고, 수급인의 근로자가 수행할 작업량과 작업방법, 작업순서, 작업속도, 작업장소, 작업시간 등을 결정할 뿐만 아니라, 그들에 대한 휴게시간 부여, 연장 및 야간근로, 교대제 운영 등을 결정하고 그들의 근태상황 등을 파악하는 경우라면, 수급인의 근로자에 대한 지휘권한을 사실상 도급인이 주도적으로 한 것으로 볼 수 있어 이때 도급인의 지시권은 근로지시권으로 볼 수 있을 것이다.[47]

(3) 협력의무에 근거한 지시권

도급인이 수급인에 대해 지시를 한 것이 수급인의 적절한 계약이행을 돕기 위해서 행해진 경우라면, 그러한 지시는 도급인의 협력의무·조정의무에 근거한 것으로서 이해될 수 있다. 특히 노무도급에 있어서 작업수행과정에서 일정한 지시, 작업방법에 대한 안내, 업무상황에 대한 수급인의 보고[48] 등은 작업수행이 계약목적에 일치되도록 해서 종국적으로 수급인의 적정한 계약이행에 이바지하는 것이다. 예를 들어 도급인이 수급인이 수행할 작업의 순서나 방법 등에 관한 매뉴얼을 정하고 수급인이 그에 따라 작업을 한 경우,[49] 도급인이 자신의 사업의 일부를 도급하였지만 전체 사업의 원활한 운영을 위해 수급인과 그의 근로자에 대해 최소한의 교육을 실시하거나 근무태도나 복장 등에 대한 지시를 한 경우[50]에서 도급인의 지시나 관여는 그의

---

46) 대법원 1997. 12. 26. 선고 97다17575 판결. 같은 취지로 대법원 2008.7.10. 선고 2005다75088 판결.

47) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결; 대법원 2015.2.26. 선고 2010다93707 판결; 수원지방법원 2006. 5. 26. 선고 2005가합4409 판결.

48) 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22859 판결.

49) 대법원 2017. 1. 25. 선고 2014다211619 판결(“피고가 업무매뉴얼을 두는 등의 방법으로 주식회사 공영기업(이하 ‘공영기업’이라고 한다) 소속 근로자들의 업무에 관여하였지만, 영기업의 현장책임자, 현장대리인을 통하여 작업에 관한 지시를 하였고, 원고들이 피고가 마련한 작업요령에 따라 업무를 수행한 것은 도급계약에 따른 의무이행에 해당하며”).

사업의 원활한 운영과 더불어 수급인의 적절한 급부이행을 돕기 위한 것이지, 그것을 통해 수급인의 독립성·재량성을 근본적으로 침해하였다거나 종속성을 띠는 근로지시권으로 볼 것은 아니다. 그러나 도급인이 제시한 업무수행에 관한 매뉴얼 등이 구체적이며 수급인이 수행하는 일의 중요한 부분이자 대부분에 해당하는 것이라면, 이때 도급인의 안내나 지시는 수급인의 독립성·재량성을 침해하는 것으로서 도급계약상 협력의무의 이행을 넘는 것으로 볼 수 있다. 판례도 도급인이 작업지시서, 작업표준서, 작업사양서 등을 통하여 수급인의 근로자에 대한 지시를 하고, 수급인은 그러한 지시에 따르는 것 이외에 별도로 업무수행에 대한 권한이 없는 경우라면, 이때 지시권은 근로지시권으로 볼 수 있다고 한다.[51]

건축도급 내지 하도급에 있어서 도급인(하도급인)도 건축을 업으로 하는 자이므로, 실제 도급계약체결에 있어서 건설공사에 대한 도급인의 지휘·감독을 전제로 계약을 체결하는 것이 일반적이다. 이때 도급인의 수급인에 대한 지휘·감독은 건설공사의 경우에는 현장에서 구체적인 공사의 운영 및 시행을 직접 지시·지도하고 감시·독려함으로써 시공 자체를 관리함을 말하는 것을 뜻한다.[52] 실제 건축도급에서 도급인은 현장감독관을 공사현장에 상주시키면서 공사에 대한 구체적인 지휘·감독하고 필요한 지시를 내리는 것이 관례이다.[53] 반면 도급인이 일에 대한 전문성이 없거나 수급인에 비하여 일에 대한 전문성이 떨어지는 경우라면, 도급인의 지휘·명령권과 그에 근거한 지시권이 인정될 여지가 적을 것이다.[54] 따라서 건축도급인이 수급인에 대하여 공

50) 부산고등법원 2006. 7. 5. 선고 2006나2094 판결.

51) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결(현대자동차 아산공장사건)과 이 판결의 원심 서울고등법원 2010.11.12. 선고 2007나56977 판결 참조.

52) 대법원 1992. 6. 23. 선고 92다2615 판결.

53) 대표적으로 대법원 1981. 3. 10. 선고 80다2832 판결 등

54) 대법원 2002. 4. 12. 선고 2000도3295 판결(주택수리공사에 관하여 전문적인 지식이 없는 도급인이 주택수리공사 전문업자에게 주택수리를 의뢰하면서 공사에 관한 관리 감독 업무 또는 공사의 시공에 있어서 분야별 공사업자나 인부들에 대한 구체적인 작업지시 및 감독 업무를 주택수리업자에게 일임한 경우, 도급인이 공사를 관리하고 감독할 지위에 있다거나 주택수리업자 또는 분야별 공사업자나 인부들에 대하여 공사의 시공이나 개별 작업에 관하여 구체적으로 지시하고 감독할 지위에 있다고 볼 수 없으므로 도급인에게 공사상 필요한 안전조치를 취할 업무상 주의의무가 있다고 할 수 없다고 한 사례)

사의 운영이나 시공이 설계도나 시방서대로 제대로 실시되고 있는지를 관리·감독하기 위한 일환으로 지시권을 행사하였다고 해서, 그것으로부터 도급계약상 지시권을 일탈한 것이라고 볼 수는 없다.[55] 따라서 지시권의 성격과 한계는 약정한 일의 성격과 관련한 여러 사정을 고려해서 판단할 밖에 없다.

(4) 보호의무와 안전배려의무에 근거한 지시권

도급인은 수급인이 노무를 제공하는 과정에서 생명·신체상 침해를 입지 않도록 일련의 조치를 취할 신의칙상 보호의무 내지 안전배려의무를 부담하게 되며,[56] 이러한 보호의무는 도급인이 전체 일을 관리·감독하거나 작업장소나 설비·기계 등을 수급인에게 제공하는 경우와 같이 수급인의 일에 대한 관리가능성 내지 지배가능성이 높을수록 강해진다. 또한 약정한 일이나 업무의 성질이나 내용에 따라 재해발생성이 높은 경우에도 마찬가지이다. 그리고 도급에서 수급인은 독립적 사업자로서 자신의 책임 하에 업무를 수행하는 것이므로, 도급인에게 수급인의 업무와 관련하여 사고방지에 필요한 안전조치를 취할 주의의무가 없는 것이 원칙이다. 그러나 도급인이 공사의 시공이나 개별 작업에 관하여 구체적으로 지시·감독하였거나 법령에 의하여 도급인에게 수급인의 업무에 관하여 구체적인 관리·감독의무 등이 부여되어 있는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 도급인에게도 수급인의 업무와 관련하여 사고방지에 필요한 안전조치를 취할 주의의무가 인정될 수 있다. 먼저 건축도급에서 도급인이 수급인과의 약정에 따라 건설공사에 대한 지휘·명령에 대한 권한을 행사하기로 한 경우라면, 이때 지휘·명령권에는 업무에 대한 것은 물론이고, 수급인의 생명·신체를 보호할 수 있는 방안에 대한 관리·감독의 권한도 포함한다고 보아야 한다.[57] 만약 도급인이 수급인에 대한 이러한 의무를 위반한 경우에는 그에 따른 불법행위법상 손해배상책임을 지게 된다(민법 제750조). 다음으로 도급인은 법령에 따라 수급인의 업무와 관련한 사고방지에 필요한

55) 대법원 2014.02.13. 선고 2013다78372 판결(단순히 공사의 운영 및 시공의 정도가 설계도 또는 시방서대로 시행되고 있는가를 확인하여 공정을 감독하는 데에 불과한 이른바 '감리'로부터 사용자책임의 요건인 사용자와 피용자의 관계가 성립하지 않는다고 본 사례).

56) MünchKomm/*Busche*, §631 Rn. 106; 대법원 1997. 4. 25. 선고 96다53086 판결.

57) 대법원 1994. 9. 13. 선고 94다20037 판결; 대법원 2010. 12. 23. 선고 2010도1448 판결.

조치를 취할 주의의무가를 부담할 수 있다. 이에 대표적인 예가 도급사업이 산업재해예방조치에 관한 「산업안전보건법」 제29조(도급사업 시의 안전·보건 조치)의 적용대상이 되는 경우이다.[58] 이 경우 도급인은 수급인의 업무와 관련한 사고방지를 위한 조치를 취할 동법상 의무를 지게 되고, 이를 게을리하면 동법상 일정한 처벌을 받게 된다.

도급인의 보호의무와 안전배려의무는 신의칙상 인정되는 것이므로, 관련한 안전에 관한 법적인 의무를 전제하지 않고도 인정될 수 있다. 즉, 도급인이 「산업안전보건법」 제3조의 적용대상이 아니어서 사업주로서 안전상 조치의무를 정한 동법 제38조가 적용되지 않는 경우에도 도급인은 신의칙상 보호의무에 따라 수급인의 생명·신체·건강을 침해하여 손해를 방지할 의무를 지게 된다.[59] 이상과 같이 도급인은 보호의무나 약정에 따라서, 또는 법령에 따라서 수급인과 그가 사용하는 자들의 생명과 신체를 보호할 의무를 지게 되고, 이러한 의무를 위반하게 되면 계약상·법령상 불이익을 입게 된다. 따라서 도급인은 이러한 불이익을 막기 위해 수급인(과 그의 근로자)에게 안전·보건에 관한 지시[60]를 하거나 일정한 시설을 대여·제공하는 등의 행위를 할 수 있다.

5. 지시권의 행사주체와 상대방

도급인은 자신의 계약상 의무와 협력의무 등을 스스로 이행할 수도 있고, 제3자를 통하여 대행하게 할 수도 있다.[61] 따라서 지시권도 도급인의 의사에

58) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008도7030 판결("산업재해예방조치에 관한 산업안전보건법 제29조 제2항에서 말하는 ' 제1항의 규정에 의한 사업주'란 위 법 제29조 제1항에 규정된 "동일한 장소에서 행하여지는 사업의 일부를 도급에 의하여 행하는 사업으로서 대통령령이 정하는 사업의 사업주"를 의미하고, 동일한 장소에서 행하여지는 사업의 일부가 아닌 '전부'를 도급에 의하여 행하는 사업의 사업주는 이에 해당하지 않는다"); 대법원 2016. 3. 24. 선고 2015도8621 판결; 대법원 1994. 5. 24. 선고 94도660 판결; 대법원 2017. 1. 25. 선고 2014다211619 판결.

59) 대법원 1997.04.25. 선고 96다53086 판결.

60) 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22859 판결(이 판결에서는 수급인이 하수급인을 산업재해보상보험에 가입하여 준 사실이 근로자성 판단에 고려할 요소가 아니라고 보았다).

61) MünchKomm/*Busche*, § 642 Rn. 7.

따라 제3자를 통해 대신할 수 있다. 통상적으로 건축도급계약을 체결할 때에 수급인이나 그의 현장대리인이 공사에 관한 모든 사항을 처리할 때 도급인의 현장감독관의 지시와 감독에 따르기로 하는 약정을 하게 된다.[62] 판례도 건축도급에서 수급인이 공사 중 발생한 사정을 - 도급인이 아닌 - 감리인에게 보고하고 그 지시에 따라 공사를 완공한 사안에서 감리인의 지시를 곧 도급인의 지시로 보았다.[63] 따라서 법인의 임원, 그의 직원이나 현장감독관 등과 같이 도급인과 동일한 지위에 있는 것으로 평가할 수 있는 자의 지시는 도급인의 지시로 볼 수 있을 것이다.

도급인은 도급계약의 상대방인 수급인에 대하여 지시를 하는 것이 원칙이다. 즉, 직접 계약당사자가 아닌 수급인이 사용하는 피용자나 근로자에 대하여 할 수는 없는 것이 원칙이다. 그러나 도급인이 지시를 수급인은 아니지만 그를 대리하는 지위를 가진 자에 대하여 지시를 하는 것은 무방하다. 예를 들어 공사의 도급계약에서 도급인(또는 그의 대리인인 현장감독관)이 수급인의 현장대리인에 대하여 일정한 감독이나 지시를 하는 것은 수급인의 권한을 대리하는 자에 대한 것이므로 수급인에게 직접 지시한 것과 동일하게 평가할 수 있다.[64] 그리고 도급인의 지휘·감독권과 그에 기한 지시권은 특별한 사정이 없는 이상 수급인으로부터 하도급을 받은 하수급인이나 노무수급인에게도 영향을 미치는 것으로 볼 것이다.[65] 반면 형식적으로는 도급인이 수급인이나 그를 대리하는 자에게 지시를 한 것이지만, 수급인이나 그의 대리인이 도급인이 결정한 사항을 전달만 할 뿐 그에 대한 선택가능성과 수정가능성을 가지지 못한 경우라면, 이때 도급인의 지시는 사용자의 근로지시권

62) 대법원 1992. 6. 23. 선고 92다2615 판결.

63) 대법원 1995. 10. 13. 선고 94다31747, 31754(반소) 판결("공사의 감리인은 건축주의 지정과 의뢰에 따라 건축주를 위하여 건축시공자가 하자 없는 건축물을 완성할 수 있도록 자신의 전문지식을 동원한 재량으로 공사가 설계도서대로 시공되는지 여부를 확인하고 공사시공자를 지도하는 사무를 처리하는 자이므로, 수급인이 공사 도중에 발생한 사정을 감리인에게 고하고 그의 지시에 따라 원래의 설계도서대로 공사를 계속한 것이라면, 가사 완성된 건물에 설계도서의 결함으로 인한 하자가 발생하였다 하더라도 수급인이 설계도서의 부적당함을 알면서 이를 고지하지 아니한 것이라고 할 수 없다").

64) 대법원 1992. 6. 23. 선고 92다2615 판결.

65) 대법원 1992. 6. 23. 선고 92다2615 판결.

으로 보아야 할 것이다.[66] 그리고 도급인의 수급인의 근로자에 대한 직접적인 지시도 수급인의 독립성과 재량성을 침해하지 않고, 지시의 성질을 고려할 때 불가피한 경우에는 예외적으로 인정될 수도 있다. 그러므로 도급인의 수급인의 근로자에 대한 지시의 존재가 곧바로 도급인의 지시가 근로지시권임을 나타내는 것은 아니다.

도급인의 지시권은 어디까지나 계약상 권리라는 점에서, 도급인의 정당한 지시를 수급인이 준수하지 않은 경우 그 효과는 계약상 제재로 나타난다. 즉, 지시불이행으로 인해 수급인은 약정이나 민법규정에 따라 손해배상 - 또는 위약금이나 손해배상예정 -, 계약해제 등과 같은 계약상 불이익을 받게 된다. 따라서 도급인의 지시에 대한 수급인의 불이행의 효과가 노동법상 징계나 제재로 나타난다면 이는 그 지시가 도급계약상 지시라고 볼 수 없는 경우라 하겠다.[67]

Ⅲ. 근로지시권의 구별

1. 도급지시권과 근로지시권 구별의 의의

도급인이 일의 계약적합적 완성을 위해 수급인이나 그의 근로자에 대해서까지 일정한 지시를 할 수 있다는 점을 살펴보았다. 이 중에서 도급인이 수급인이나 그의 이행보조자에 해당하는 그의 근로자에게 직접적인 지시를 한 경우는 그러한 지시가 수급인 또는 그의 근로자에 대해 도급인이 노동법상 사용자적 지위에서 한 지시가 아닌지, 즉 도급인의 지시가 근로지시권이 아닌지가 문제된다. 만약 도급인의 수급인과 그의 근로자에 대한 지시가 근로지시권에 해당하면, 도급인은 근로자에 대한 노동법상 사용자의 지위를 가지게 되어 노동법상 책임을 부담하게 된다. 특히 이러한 문제는 도급인이 외

66) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결("사내협력업체의 현장관리인 등이 소속 근로자에게 구체적인 지휘·명령권을 행사하였다 하더라도 이는 피고가 결정한 사항을 전달한 것에 불과하거나 그러한 지휘·명령이 피고에 의하여 통제된 것에 불과한 점"); 대법원 2010.7.22. 선고 2008두4367 판결; 대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두7076 판결.

67) 동일한 취지로 대법원 1997. 11. 28. 선고 97다7998 판결.

형적으로는 도급계약을 통해서 수급인으로 하여금 일을 완성하게 하거나 업무를 수행하는 것으로 보이더라도 근로지시권을 행사한 것으로 볼 수 있다면, 사실상 파견법을 위반한 것(불법파견 내지 위장도급)이 되므로 사용자는 수급인에 대한 직접고용의무(파견법 제6조의2)를 지게 될 수도 있다.

도급지시권(Anweisungsrecht)과 근로지시권(Weisungsrecht)을 구별하는 문제는 근본적으로 도급계약과 고용계약(근로계약)을 구별하는 것과 맥락을 같이한다. 다시 말해 고용계약이나 근로계약의 목적은 노무자(근로자)의 '노무제공' 그 자체이지만, 도급계약의 목적은 수급인이 수행한 결과인 '일의 완성'이라는 점에서 이론적으로는 쉽게 또한 명확하게 구별된다. 하지만 이러한 이론적 차이점만을 가지고 양 계약을 실제 개별 사례에서 구분하는 것은 쉽지 않다. 마찬가지로 도급지시권과 근로지시권도 이론적으로는 비교적 명확하게 구분할 수 있지만, 개별사례에서 행사된 지시권이 어디에 해당하는지는 어려운 문제이다. 이론적인 측면에서 보면 고용계약이나 근로계약에서 노무자(근로자)의 노무제공의무가 사용자의 지시로부터 구체화된다는 점에서 사용자의 근로지시권의 행사는 계약에 있어서 필수적으로 수반되는 것이다. 그러나 도급계약에서 수급인의 일의 완성의무는 수급인이 독립성과 재량성, 그리고 전문성을 가지고 이행하는 것이 원칙이라는 점에서 도급인의 지시권의 행사는 예외적인 것이며, 또한 제한적으로 인정되는 것이다. 그리고 도급지시권은 계약의 목적인 일의 계약적합적 완성을 위한 수단에 불과하다는 점에서 노무자(근로자)에 대한 全人的인 관리·감독의 일환으로 행해지는 근로지시권과는 명확하게 구분된다. 그러나 이러한 차이에도 불구하고 실제 개별사례에서는 양자를 구별하는 것은 쉽지 않는데, 그 주된 이유는 도급계약에 있어서도 도급인이 수급인에 대해 우월적 지위를 가지는 경우가 존재하기 때문이다. 이러한 경우 수급인의 독립성과 재량성은 매우 제한되어 수급인은 사실상 도급인에 대해 종속적인 관계에서 업무를 수행하게 된다.[68] 특히 이러한 문제는 노무도급에서 더욱 두드러진다. 왜냐하면 노무도급에서 수급인의 '업무수행'과 고용계약(근로계약)에서 노무자의 '노무제공'은 그 실질에 있어서 거의 차이가

68) 다만 수급인의 인적 종속성과 경제적인 종속성이 제한적이거나 낮을 수 있다는 점에서 피용자(근로자)의 종속성과는 구별 가능하다.

없기 때문이다. 이런 점에서 당사자의 관계나 지시권의 목적이라는 기준에 따라 도급지시권과 근로지시권을 구별하는 것에는 한계가 있다. 결국 도급지시권과 근로지시권의 구별을 위해서는 위와 같은 이론적인 차이점과 더불어 지시관계를 둘러싼 여러 가지 사정을 가지고 종합적으로 판단할 수밖에 없다.

2. 판례의 입장

도급지시권과 근로지시권의 구별에 관한 기존 판례의 입장은 불법파견에 관한 판단을 통해서 확인할 수 있다. 우리 판례는 지시권을 핵심적인 판단요소로 하여 그 밖의 여러 가지 요소를 가지고 민법상 도급인지 불법파견인지를 판단하고 있다. 2015년 대법원 판결 이후 우리 법원은 "원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률관계가 파견근로자보호 등에 관한 법률의 적용을 받는 근로자파견에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, 당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지, 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지, 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지, 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 등의 요소를 바탕으로 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다"라는 일관된 입장을 견지해오고 있다.[69]

---

69) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결. 동일한 취지의 판결로 대법원 2022. 10. 27. 선고 2017다9732, 9749, 9756 판결; 대법원 2016다40439, 2021다221638; 대법원 2016. 1. 28. 선고 2012다17806 판결; 대법원 2019. 8. 29. 선고 2017다219072, 219089, 219096, 219102, 219119, 219126, 219133 판결 등.

이 판결에서 “제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지”가 바로 도급계약의 형식에도 불구하고, 도급인이 수급인의 근로자에게 행사하는 지시가 도급지시권이 아닌 근로지시권에 해당하는지를 판단하는 기준이 되는 것이다. 불법파견에 대한 그 밖의 판단요소들, 즉 하나의 작업집단과 공동작업의 유무, 인사권의 행사, 도급인과 수급인의 업무의 구별, 수급인의 업무에 대한 전문성과 기술성도 그 실질에 있어서는 도급지시권과 근로지시권의 구별기준과 유사한 것이라고 볼 수 있다.[70] 법원은 이러한 판단기준에 따라 민법상 도급과 불법파견을 구분해오고 있지만, 이러한 기준의 적절성에 대해서는 학계와 실무에서 지금까지 격렬하게 논쟁이 되고 있다.[71] 대법원의 불법파견에 대한 판단기준은 도급인의 지시가 근로지시권에 해당할 수 있는 주요한 경우를 예시적으로 나열한 것에 불과하다는 점에서 일정한 한계를 가진다. 왜냐하면 도급인이 수급인의 근로자에게 상당한 지휘·명령을 했다는 사실, 도급인의 근로자와 수급인의 근로자가 하나의 작업집단에 속한 상태에서 업무를 하였다는 사실, 수급인의 전문성·기술성이 도급인에 비해 떨어진다는 사실 등이 존재한다는 것은 도급인의 지시가 근로지시권에 해당하거나 불법파견에 해당할 수 있다는 가능성만을 의미할 뿐이지 그 자체로 근로지시권이나 불법파견의 존재를 인정할 수 없기 때문이다. 그리고 이러한 개별적인 요소에 근거한 판단은 현재 존재하는 다양한 형태의 간접고용의 사례들을 판단하는데 있어서 제한적인 역할만 할 수 있을 뿐이다.

3. 근로지시권의 개념

노동법적 관점에서 구별이 필요한 도급과 불법파견의 구별, 그리고 도

70) 업무도급의 구체적인 형태에 따른 판례의 분석으로 성대규, “업무도급과 위장도급의 구별에 관한 일고찰”, 130면 이하 참조.

71) 예를 들어 “재판부 따라 결론 제각각 … ‘불법파견 법리’ 정리 시급”, 법률신문 2022년 8월 25일(https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Info/Legal-Info-View?serial=181115) 등 참조.

급지시권과 근로지시권에 관한 구별은 종국적으로는 개별 사례의 여러 사정을 종합하여 판단할 수밖에 없다. 그럼에도 불구하고 개별적인 요소만을 가지고 이를 판단하는 것은 판단의 통일성 측면에서 문제가 있다. 따라서 도급지시권의 개념과 구별되는 근로지시권에 대한 개념정의를 토대로 세부적인 요소를 통해서 개별사례를 판단하는 것이 타당하다고 판단한다.

근로지시권은 근로계약관계에 근거한 사용자의 지시권을 말하는 것으로, 사용자가 근로자가 제공하는 노무급부를 구체화하고 부수적으로 사업장의 질서유지를 위한 것으로 그 개념을 정의할 수 있다.[72] 하지만 이러한 사용자의 지시권 개념은 도급지시권과의 구별에 있어서는 큰 의미를 가지지 못한다. 왜냐하면 도급지시권도 도급인이 도급계약상 급부의 구체화를 하는 것이라는 점에서는 동일하기 때문이다. 따라서 도급지시권과의 대비를 위한 근로지시권의 개념은 도급지시권이 아닌 지시라는 관점의 소극적인 개념정의가 적절하다. 도급관계의 실질은 도급인의 지시에도 불구하고 수급인의 급부이행에 있어서의 독립성과 재량성이 인정된다는 것이다. 따라서 도급의 핵심적 요소인 수급인의 독립성과 재량성이 인정되는지, 그리고 지시가 도급계약의 목적인 계약적합적 일의 완성에 필요한 것인지가 근로지시권과의 중요한 구별표지가 되어야 한다. 따라서 도급인의 지시권의 행사로 인하여 수급인의 계약상 독립성·재량성이 본질적으로 침해된다면, 그러한 지시는 근로지시권으로 볼 수 있다. 독립성과 재량성의 침해는 개별적으로는 일의 완성 내지 업무수행에 있어서 중요한 지시를 누가 주도적으로 하였는지(주도성), 지시가 일의 완성이나 업무수행에 있어서 얼마만큼 핵심적이고 구체적인지(핵심성·구체성), 그리고 지시가 일의 계약적합적 완성을 위해서 필수불가결한 것이었는지(필요성)를 가지고 판단할 수 있을 것이다. 즉, 일의 완성 내지 업무수행을 위한 지시를 도급인이 수급인의 근로자에 대해 주도적으로 하고, 지시가 급부이행에 핵심적인 것으로서 구체적인 것이라면 그러한 지시는 근로지시권으로 볼 수 있다. 반면 도급인이 수급인의 근로자에게 상당한 지시를 하였더라도 그러한 지시

72) 대표적으로 방준식, "사용자의 지시권", 고려대학교 일반대학원 박사학위논문, 2005, 12면 등. 판례는 지시권이라는 용어보다는 지휘·명령이라는 용어를 사용하고 있는데, 이는 개념적으로 볼 때 사용자의 지시권과 동일하다고 볼 수 있다.

가 도급계약 또는 일의 성질상 필수적이거나 도급계약상 급부이행을 위해서 필수적인 것이라면 근로지시권으로 볼 수는 없을 것이다. 결론적으로 '도급인이 수급인의 독립성·재량성을 본질적으로 침해할 정도의 주도적·핵심적·구체적인 지시를 하고, 그러한 지시가 도급계약의 목적을 위해 필수적인 것'이 아니라면 그러한 지시는 근로지시권에 해당한다고 볼 수 있다.

4. 근로지시권의 판단요소

도급인의 지시권이 계약에서 별도의 합의로 정해진 경우, 그러한 도급인의 지시권은 도급지시권으로 볼 수 있다. 왜냐하면 고용계약이나 근로계약에서 사용자의 지시권은 당연히 또한 필수적으로 수반될 수밖에 없다는 점에서 당사자가 약정으로 별도의 지시권에 관한 합의를 하였다는 것은 도급지시권으로 판단할 수 있는 표지로 볼 수 있기 때문이다. 다만 지시권에 대한 약정의 존재는 도급지시권의 판단에 대한 절대적인 기준을 될 수 없고, 일응 도급지시권으로 추정할 수 있는 근거가 될 뿐이다.[73] 그리고 도급인이 도급계약에서 정한 지시권의 범위를 벗어난 지시를 하거나 합의된 지시권을 임의로 변경하여 다른 지시를 하는 것은 당사자의 합의를 넘어선 것으로서 근로지시권으로 볼 여지가 크다고 할 것이다.

도급인의 지시권은 도급계약의 목적인 일의 성질에 따라 인정될 수도 있는데, 이러한 지시권은 도급계약상 도급인의 목적물 수령의무, 검수의무, 협력 및 조정의무, 보호의무의 구체화라고 볼 수 있다. 즉, 도급인은 도급계약에 따른 계약적합적 일의 완성을 위해서 필요한 지시를 계약관계의 협력 차원에서 행사할 수 있다. 이런 점에서 도급인의 지시권의 행사가 계약의 협력적 관계를 넘어서 수급인의 독립성과 재량성을 근본적으로 침해하는 것이어서는 안 된다. 이때 수급인의 독립성과 재량성이 근본적으로 침해되었는지는 도급인의 지시에 대응해서 수급인이 그러한 지시를 거부할 수 있는지를 통해서 판단할 수 있다. 다시 말해 도급인의 지시에 대해 수급인이 그러한 지시를 - 일

73) 따라서 사전약정된 지시권의 성격은 일반적인 지시권과 마찬가지로 그 목적, 내용 등 제반 사정을 고려하여 확정될 수밖에 없을 것이다.

의 계약적합적 완성을 위해 - 거부하거나 수정할 권한을 가진다면, 그러한 도급인의 지시는 도급지시권으로 볼 수 있을 것이다. 반면 도급인의 지시를 통해 수급인의 독자적이고 고유한 권한을 침해한다면 그러한 지시는 근로지시권으로 볼 수 있다. 예를 들어 도급인이 지시를 통해 수급인의 그의 근로자에 대한 인사권을 침해하는 경우가 이에 해당한다. 다만 계약적합적인 일의 완성을 위해 도급인이 필요최소한도로 수급인의 근로자의 인사나 근태관리 등에 관여할 수도 있다는 점에서 도급인이 수급인의 인사권에 관한 지시만으로 근로지시권으로 판단할 수 있는 것은 아니다. 결국은 수급인의 근로자에 대한 인사(교육·채용·근태관리 등)에 관한 권한을 누가 주도적으로 행사하였는지가 중요한 판단기준이 되어야 할 것이다. 인사 이외에도 업무나 작업의 지시에 관해서도 동일한 판단이 가능하다. 즉, 업무나 작업의 시기, 일정, 방법 등의 결정을 누가 주도적으로 하였는지가 도급지시권과 근로지시권의 구별기준이 될 수 있다.

신의성실의 원칙에 따라 도급인은 수급인이나 그의 근로자에 대한 보호의무나 안전배려의무를 부담한다. 따라서 도급인이 이러한 의무의 이행으로써 수급인이나 그의 근로자에 대한 안전이나 보건에 관한 지시를 한 것만으로 그러한 지시가 근로지시권이 되는 것은 아니다. 따라서 안전과 보건의 지시가 관련 법령에 따른 것인지, 당사자 간의 약정에 따른 것인지, 신의성실의 원칙에 따라 인정되는 부수적 의무에 근거한 것인지에 상관없이 도급인의 안전·보건에 관한 지시의 존재를 가지고 도급지시권과 근로지시권을 구별하기는 어렵다.[74]

도급인은 특별한 사정이 없는 이상 일의 완성을 위해 필요한 지시를 계약상대방인 수급인에게 하는 것이 원칙이다. 만약 도급인이 수급인의 근로자에 대해 직접적인 지시를 하였다면, 그러한 사실은 근로지시권의 인정요소가 될 여지가 크다. 아울러 형식적으로는 도급인이 수급인이나 그를 대리하는 자에게 지시를 하였지만, 도급인의 지시가 수급인의 근로자에게 직접 강제 내지 적용되는 경우라면 근로지시권의 행사로 볼 수 있을 것이다.

---

74) 「산업안전보건법」이나 「중대재해 처벌 등에 관한 법률」의 적용 유무와 상관없이 도급인은 신의칙상 안전배려의무를 부담하기 때문이다.

Ⅲ. 결 론

고용계약 내지 근로계약에서 사용자의 지시권은 자신에게 맡겨진 노무자(근로자)의 노무(근로)를 구체화하는 것인 반면, 도급계약에서 도급인의 지시권은 도급계약의 목적인 일의 계약적합적 완성을 위해 도급인이 수급인에게 하는 구속력 있는 일체의 言明을 말한다. 개념적으로 볼 때, 일의 계약적합적 완성을 위해 행해지는 도급지시권은 노무자(근로자)에 대한 포괄적이고 全人的으로 행해지는 근로지시권과 구별된다. 그리고 도급인의 지시권은 사적자치원칙에 따라 당사자의 약정에 근거해서 인정될 수도 있을 뿐만 아니라 개별 도급계약의 성질과 도급 관련 규정들을 통해서도 인정될 수 있다. 왜냐하면 노무공급계약의 한 유형인 도급계약의 목적인 일의 완성을 위해서는 상호간의 협력과 협조가 필수적이므로, 이러한 협력과 협조 일환으로 지시권이 정당화될 수도 있기 때문이다. 이러한 도급지시권은 작업도급에 비해 노무도급에 있어서 넓게 인정될 수 있다. 도급계약상 도급인이 행사하는 지시권은 그 내용에 따라서 ① 계약상 약정 또는 일의 성질에 근거한 지시권, ② 계약상 급부이행과 관련한 지시권, ③ 협력의무에 근거한 지시권, ④ 보호의무와 안전배려의무에 근거한 지시권으로 구분할 수 있다. 끝으로 도급계약과 고용계약(근로계약) 모두가 '노무공급'을 그 목적으로 하거나 수반할 수밖에 없고, 특히 노무도급은 노무제공을 통한 업무수행이 그 목적이라는 점에서 도급지시권과 근로지시권을 개념적·이론적으로 구분한다는 것은 일정한 한계를 가질 수밖에 없다. 하지만 도급지시권의 행사로 인해 도급의 실질, 즉 수급인의 독립성과 재량성이 본질적으로 침해되었다면, 그러한 지시권은 근로지시권으로 볼 수 있을 것이다. 이때 수급인의 독립성과 재량성의 침해 여부는 급부이행관계에 있어서 지시의 주도성, 핵심성, 구체성, 필요성을 가지고 판단할 수 있을 것이다.

도급인의 지시권에 관한 연구 - 김 봉 수	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2023.02.23.	2023.03.01.	2023.03.26.

[참고문헌]

곽윤직(대표집필), 「민법주해」 채권(8), 박영사, 2009

박준서(대표집필), 「주석민법」 채권각칙(4), 한국사법행정학회, 1999

권 혁, “업무도급관계에서의 위장도급 판단”, 「노동법학」 제56호, 한국노동법학회, 2015, 195-222면

김봉수, “노무도급의 법적 성질” 「법학논총」 제26권 3호, 조선대학교 법학연구원, 2019, 141-171면

김영문, “파견과 도급 구별 기준에 관한 비판적 검토”, 「노동법논총」 제43호, 한국비교노동법학회, 2018, 139-209면

박귀천, “‘근로자파견성’ 판단 기준 재정립의 모색”, 「노동법포럼」 제27호, 노동법이론실무학회, 2019, 39-78면

박종희, “사내하도급의 불법파견에 관한 법적 문제”, 「고려법학」 제47호, 고려대학교 법학연구원, 2006, 123-159면

박지순, “비정규직법의 쟁점과 입법정책적 과제”, 「산업관계연구」 제19권 2호, 한국노사관계학회, 2009, 26-65면

방준식, “사용자의 지시권”, 고려대학교 일반대학원 박사학위논문, 2005

배동희, “고용과 사용이 분리된 근로관계와 근로자파견의 판단기준에 관한 고찰”, 「노동법포럼」 제2호, 77-137면

성대규, “업무도급과 위장도급의 구별에 관한 일고찰”, 「인권과 정의」 제551호, 대한변호사협회, 2023, 116-138면.

송강직, “사내도급에서의 위장도급과 불법파견의 상호관계”, 「강원법학」 제32권, 2011, 351-385면

이달휴, “도급과 파견의 구별에 관한 최근 판결의 동향과 쟁점”, 「노동법논총」 제40호, 한국비교노동법학회, 2017, 113-148면

이재용, “위장도급과 불법파견에 있어 고용관계”, 「노동법학」 제22호, 한국노동법학회, 2006, 35-69면

최은배, “위장도급의 판단”, 「노동법연구」 제31호, 서울대 노동법연구회, 2011, 1-50면

Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2 §§611-1296·Erbbau VO·WEG, C. H. Beck, 2008

Münchener Kommentar BGB Bd. 4 Schuldrecht Besonderer Teil II §§611-704 9. Aufl., C. H. Beck, 2023

Honnold, John O, Uniform Law For International Sales, Kluwer Law International, 1999(Third Edition)

【국문초록】

민법상 노무공급계약 중 도급계약과 고용계약(근로계약)의 구별은 개별적인 노무공급사례의 적용 법영역을 정하는 중요한 문제이다. 노동법 분야에서는 노동법적 규제를 회피하기 위해 도급계약의 형식을 빌리는 것에 대응하기 위해 지금까지 도급인(사용자)의 지시권을 중심으로 이 문제에 대해 활발하게 논의해 왔다. 반면 민법분야에서는 도급계약과 고용계약(근로계약)의 구별과 도급인의 지시권에 관해서는 크게 논의되지 못했다. 비록 민법 제669조에서만 도급인의 지시를 명시적으로 언급하고 있지만 도급인의 지시권은 법해석론적으로 충분히 인정될 수 있다. 고용계약(근로계약)에서 사용자의 지시권은 자신에게 맡겨진 노무자(근로자)의 노무(근로)를 구체화하는 것인 반면, 도급계약에서 도급인의 지시권은 도급계약의 목적인 일의 계약적합적 완성을 위해 도급인이 수급인에게 하는 구속력 있는 일체의 言明을 말한다. 개념적으로 볼 때, 일의 계약적합적 완성을 위해 행해지는 도급지시권은 노무자(근로자)에 대한 포괄적이고 전인적으로 행해지는 근로지시권과 구별된다. 그리고 도급인의 지시권은 사적자치원칙에 따라 당사자의 약정에 근거해서 인정될 수도 있을 뿐만 아니라 개별 도급계약의 성질과 도급 관련 규정들을 통해서도 인정될 수 있다. 왜냐하면 노무공급계약의 한 유형인 도급계약의 목적인 일의 완성을 위해서는 계약당사자의 협력과 협조가 필수적이므로, 이러한 협력과 협조 일환으로 지시권이 정당화될 수도 있기 때문이다. 이러한 도급지시권은 작업도급에 비해 노무도급에 있어서 넓게 인정될 여지가 있다. 도급계약상 도급인이 행사하는 지시권은 그 내용에 따라서 ① 계약상 약정 또는 일의 성질에 근거한 지시권, ② 계약상 급부이행과 관련한 지시권, ③ 협력의무에 근거한 지시권, ④ 보호의무와 안전배려의무에 근거한 지시권으로 구분할 수 있다. 끝으로 도급계약과 고용계약(근로계약) 모두가 노무공급을 그 목적으로 하거나 수반할 수밖에 없고, 특히 노무도급은 노무제공을 통한 업무수행이 그 목적이라는 점에서 도급지시권과 근로지시권을 개념적·이론적으로 구분한다는 것은 일정한 한계를 가질 수밖에 없다. 하지만 도급지시권의 행사로 인해 도급의 실질, 즉 수급인의 독립성과 재량성이 본질적으로 침해되었다면, 그러한 지시권은 근로지시권으로 볼 수 있다. 이때 수급인의 독립성과 재량성의 침해 여부는 급부이행관계에 있어서 지시의 주도성, 핵심성, 구체성, 필요성을 가지고 판단할 수 있을 것이다.

【Abstract】

A Study on Right of Instruction of Independent Contractor*

Kim, Bongsu
(Professor, Department of Law, Daegu Catholic University)

In a labor contract, the employer's right to direct is the right to implement the worker's labor into the business. However, the independent contractor's right of instruction is a statement to complete the work, which is the purpose of the contract. Conceptually, right of instruction of independent contractor is distinguished from the employer's right to direct in that it is an indication for the suitability of the contract. Independent contractor's right of instruction may be determined by the parties in the contract in accordance with the principle of freedom of contract. In addition, right of instruction of independent contractor can be recognized through the nature of the contract and the korean civil code's contract for work-related regulations. This is because the parties to the contract for work must cooperate with each other to complete the work. In this way, the cooperation and cooperative relationship of the parties in the contract for work justifies the right of instruction. The right to instruction of independent can arise ① according to the nature of the contract and work, ② in relation to the performance of the contract, ③ based on the duty to cooperate under the

* This work was supported by the Ministry of Education of the Republic of Korea and the National Research Foundation of Korea(NRF-2020S1A5A2A01047101)

contract, and ④ based on the duty to protect the contractor. It is very difficult to distinguish between the employer's right to direct and Independent contractor's right of instruction, given that both labor contracts and contract for work involve the provision of work. If the Independent contractor's right of instruction is exercised and the independence of the contractor is essentially violated, such right to direct may be regarded as employer's right to direct. Infringement of independence can be judged by the initiative, importance, specificity, and necessity of instructions.

주제어(Keyword) : 도급계약(contract of work), 고용계약(employment contract), 근로계약(labor contract), 도급지시권(right of instruction of independent contractor), 근로지시권(the employer's right to direct)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제108호 2023년 3월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2023.108.189

자동차의 운행과정에서 생성된 데이터에 대한 권리의 귀속

; ALI-ELI 제원칙상의 공동생성데이터를 중심으로

이 선 희*, 김 태 형**

▶목 차◀

Ⅰ. 序
Ⅱ. 데이터에 대한 개론
1. 데이터의 개념과 특징
2. 데이터 권리의 성격과 거래관계의 규율
Ⅲ. ALI-ELI 제원칙상 데이터 권리의 개념과 내용
1. ALI-ELI 제원칙상 데이터 권리의 개념
2. ALI-ELI 제원칙상 데이터 권리의 내용
Ⅳ. 공동생성 데이터에 있어서 데이터 권리
1. 공동생성 데이터의 해당 여부 및 그 정도
2. 공동생성 데이터의 권리를 결정하는 일반적인 요소
3. 개별적 권리
Ⅴ. 공익 및 유사이익을 위한 데이터 권리
1. 원칙의 내용
2. 원칙의 적용
Ⅵ. 자동차의 운행과정에서 생성된 데이터의 권리 귀속
1. 커넥티드 카의 운행과 데이터의 생성·사용
2. 커넥티드 카의 운행과정에서 생성된 데이터의 유형별 분류
3. 운전자와 자동차 회사 간 데이터 권리의 귀속
4. 공익에 기하여 지방자치단체 기타 제3자에게 데이터 권리가 인정되는 경우
5. 개인정보 보호와의 관계
Ⅶ. 결 론

Ⅰ. 序

데이터를 다량으로 수집하고 이를 빠른 시간 내에 처리할 수 있는 컴퓨

* 주저자, 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사, 변호사.
** 공동저자, HMG경영연구원, 책임매니저, 경제학 석사.

팅 기술 등이 발달함에 따라 데이터를 활용하여 새로운 가치를 창출하는 '데이터 경제'[1]의 시대가 도래하고 있다. 과거에는 구글 등 대형 검색엔진 기업이 데이터를 활용하여 광고 수익을 거두는 수준에 그쳤으나, 아마존 등 상거래 유통 플랫폼 기업들도 고객 데이터를 활용하여 맞춤형 서비스를 제공하기 위한 노력이 본격화되고 있다. 물품의 제조공정 측면에서 다양한 감지기술을 통해 생성된 디지털 데이터를 바탕으로 제조공정상 불량률을 확인하여 제조경쟁력을 높이거나, 물류 최적화를 위한 물류창고 건설을 위하여 생산거점의 위치 데이터와 교통수단별 여러 데이터를 활용하기도 한다. 기본적인 데이터나 이를 가공한 파생데이터를 사고파는 시장도 점차 확대되고 있다. 데이터의 양은 증가하는 데 반해, 필요한 데이터를 가공하고 정리하는 데도 상당한 시간이 소요되기 때문에다.

자동차산업의 경우, 제조업체는 제조 공정상의 산업데이터[2]를 생성하고 있는데, 향후에는 자동차가 센서(감지장치)로 인식하거나 외부에서 제공된 데이터를 처리하여 자동차를 인간의 운전을 매개하지 않고 제어하는 완전자율주행차가 상용화될 것으로 기대하고 있다. 그러나 데이터의 거래나 권리의 귀속관계를 사법적으로 규율하는 국내외의 법률을 찾아보기 힘들고, 위 법률관계는 거의 전적으로 약관에 의하여 규율되고 있어 향후 자율주행자동차의 운행과 관련된 데이터 권리의 귀속에 대한 내용을 짐작하기 어렵다. 그런 가운데 미국법률협회(American Law Institue, 이하 'ALI')와 유럽법률협회(European Law Institute, 이하 'ELI')가 공동작업으로 마련한 '데이터 경제에 관한 제원칙(Principles for a Data Economy, 이하 'ALI-ELI 제원칙')'[3]이 데이터 거래 전

1) 2011년 데이비드 뉴먼이 최초로 이 개념을 사용하였다(David Newman, "How to Plan, Participate and Prosper in the Data Economy", Gartner, 2011). EC의 '데이터경제 구축 전략'(European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, "Building a European Data Economy", Brussels, 2017)에 따르면, 데이터경제는 데이터의 활용이 산업발전과 새로운 가치창출에 촉매 역할을 하는 시대의 경제를 의미한다고 한다.

2) 「산업 디지털 전환 촉진법」에 의하면, 산업활동 과정에서 생성 또는 활용되는 것으로서 光 또는 전자적 방식으로 처리될 수 있는 모든 종류의 자료 또는 정보를 말한다.

3) 데이터 거래의 당사자들이 계약에 활용할 수 있도록 국내외의 데이터 시장에 적용할 수 있는 법의 일반원칙을 찾아내어 향후 각국 입법의 기초자료가 될 것을 목표로 만들

반과 주요 거래 방식에 있어서의 데이터 권리를 다루고 있어서, 그나마 향후 자율주행자동차에 있어서 데이터 권리에 관한 대략의 모습을 예측가능하게 한다.

완전한 형태의 자율주행자동차는 아직 등장하지 않았지만, 자동차에 인터넷과 모바일기기 등 IT기술을 융합하여 자동차가 주변과 실시간으로 통신하면서 다양한 서비스를 제공하는 커넥티드 카는 현재 상용화가 진행 중이다. 이 논문에서는 커넥티드 카의 운행과정에서 생성된 데이터에 대한 권리의 내용 및 귀속에 대하여 ALI-ELI 제원칙을 중심으로 검토해보고자 한다. 이 논문에서는 데이터에 대한 간략한 소개 및 정의를 시작으로(II), ALI-ELI 제원칙을 중심으로 데이터 권리의 개념과 내용(III), 공동생성 데이터에 있어서 데이터 권리(IV; 원칙 18-23), 공익 및 유사이익을 위한 데이터 권리(V; 원칙 24-27)를 살펴본다. ALI-ELI 제원칙은 조문형식을 취하고 있지만,[4] 이 논문은 위 제원칙에서 예시하고 있는 사안들[5]을 중심으로 고찰한다. 그리고 나서, 자동차가 생성한 데이터에 대한 권리의 귀속에 대하여 필자의 견해를 제시하고(VI), 이 논문을 맺고자 한다(VII).

Ⅱ. 데이터에 대한 개론

1. 데이터의 개념과 특징

우리나라의 법률에서는 데이터에 대한 공통의 정의규정을 두지 않고, 개별 법률의 문맥 속에서 별도의 정의를 사용하고 있으며,[6] 학자들도 연구논문

어진 것인데, 2021. 9. 최종초안이 위 법률협회들에 의하여 승인되었다. 그 배경에 대한 상세나 제원칙 본문 및 주석의 내용은 https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/ completed-projects-old/data-economy 참조.

4) 이 논문에서는 원칙 18(2) 등으로 표시한다. 위 조문의 내용은 이성엽 등의 번역(고려법학 107호 부록, 2022, 493면 이하)을 참조하되, 필자가 다소 수정을 가하였다. 위 원칙명을 'ALI-ELI 제원칙'이라고 한 것도 위 번역을 참조한 것이다.

5) ALI-ELI 제원칙의 Reporter인 Neil Cohen과 Christiane Wendehorst가 집필한 ALI-ELI Principles For a Data Economy - Data Transactions And Data Rights -, Final Council Draft, 2021의 해당 주석부분들을 인용하였다.

에서 다양하게 정의한 바 있다.[7] 자동차의 제조 및 운행과정에서 발생하는 데이터 권리의 귀속을 다루고자 하는 이 논문에 있어서는 "다양한 부가가치 창출을 위하여 관찰, 실험, 조사, 수집 등으로 취득하거나 정보 시스템 및 소프트웨어 등을 통하여 생성된 것으로서 광(光) 또는 전자적 방식으로 처리될 수 있는 자료 또는 정보"라는「데이터 산업진흥 및 이용촉진에 관한 기본법」상의 정의를 기초로 하되, 데이터 귀속의 면을 강조하여 "인지적 노동의 결과인 관념"[8]으로 보는 견해도 염두에 두고자 한다.

데이터는 비경합재(non-rivalrous resource)[9]로서 비용을 들이지 않고 증식될 수 있고, 동시에 많은 다른 사람들이 다양한 목적을 위해 병렬적으로 사용할 수 있다. 또한 쉽게 복제되면서도 원본이 손상되지 않는다. 이로 인하여 '물건'을 공유하는 것과는 다른 특성이 있고, 전통적인 재화나 용역의 거래를 규율하는 기존의 법률체계 내에서의 권리의 귀속에 대한 법리가 그대로 적용되기 힘들다.[10]

2. 데이터 권리의 성격과 거래관계의 규율

데이터의 중요성이 부각되면서부터 데이터의 개념에 대한 논의와 더불어,

---

6) 「데이터기반행정 활성화에 관한 법률」, 「지능정보화 기본법」, 「공공데이터의 제공 및 이용 활성화에 관한 법률」, 「방송법」은 각기 데이터에 대한 정의규정을 두고 있다.

7) 예를 들어 최경진, "데이터와 사법상의 권리, 그리고 데이터 소유권(Data Ownership)", 고학수·임용(편), 데이터오너십, 박영사, 2019, 100면은 '컴퓨터가 처리할 수 있는 문자, 숫자, 소리, 그림 따위의 형태로 된 정보'라고 하고, 정진명, "데이터 이용과 사법적 권리구제",「민사법학」제92호, 2020, 304면은 '대상으로부터 관측되고 측정되어 얻어진 어떤 사실'이라고 정의한다. 이상용, "데이터세트에 대한 배타적 보호", 「인권과정의」 제503호, 2022, 109면은 '전자적 처리가 가능한 구문론적 정보로서 경제적 가치를 지닌 것'이라고 하여 경제적 가치의 면을 포함시켰다.

8) 오병철, "제3의 재산으로서 데이터의 체계적 정립", 정보법학 제25권 제2호, 2021, 141면. 이에 따르면, 위 정의에 기하여 데이터를 창조적 데이터(예: 음악, 영상, 컴퓨터 프로그램 등)와 추출적 데이터(예: 개인정보나 파생데이터 등)로 구분하여, 데이터 권리를 전자의 경우는 창조자에게 귀속시키는 반면, 후자에 있어서는 데이터의 대상과 추출자의 두 주체 중 누구에게 무엇을 근거로 데이터를 귀속시킬 것인지에 대한 이해관계를 조절하고자 하는 시도를 하였다.

9) 경합재(競合財)에 대비되는 개념이다, 경합재는 한 사람이 재화나 서비스를 소비하면 다른 사람이 그 재화나 서비스를 소비할 수 있는 양이 감소하는 재화를 말한다.

10) Cohen & Wendehorst, pp.6-7.

데이터 권리를 소유권 유사의 지배권으로 볼 것인지 아니면 채권적인 이용권으로 볼 것인지가 중심 화두로 등장하였다.

우리 민법을 비롯한 각국의 법률은 물건을 중심으로 물권법을 구성하고 있는데, 현행법상 물건을 정의한 '유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력'(민법 제98조)에 해당하지 않는 데이터에 대하여 물권적 권리를 부여하기는 어렵다. 또한 입법론적으로 배타적 지배권을 인정하는 데이터 오너십을 법제화하는 것에 대해서는 데이터의 비경합적 특성과 데이터의 활용촉진의 목적 등을 이유로 부정적인 견해가 우세하다.[11] 그렇다고 하여 데이터 권리를 단순한 채권적 이용권만으로도 보는 것도 아니다. 최근 들어서는 데이터에 전통적인 법학의 관점에서 소유권을 인정하자는 취지는 아니고, 법경제학의 관점에서 배타적 지배권으로서의 데이터권리를 인정하여야 한다든지,[12] 독점적·배타적 권리로서 물권적 권리가 창설되어야 한다든지,[13] 개별 데이터와 그 집합물인 데이터세트를 구별하여 데이터 세트에 대한 배타적 지배권을 인정하여야 한다는[14] 등의 주장도 유력하게 등장한다. 현재 우리나라에서는 데이터에 대한 권리의 성격을 규정짓거나 권리의 직접적 귀속을 정하지 않고 부정경쟁방지법제를 통한 간접적 보호방안에 초점을 맞추는 데에 그치고 있다.[15]

그런데 ALI-ELI 제원칙은 데이터의 권리를 오너쉽 또는 재산권으로 자리매김할 것인지를 다루지는 않고, 개인정보보호 지향적인 이론과 재산권 지향적인 이론 사이의 논쟁에서 어느 하나를 취하지 않는다.[16] 다만, 데이터와

---

11) 이동진, "데이터 소유권(Data Ownership), 개념과 그 실익", 정보법학 제22권 제3호, 2018, 233-237면; 권영준, "데이터귀속·보호·거래에 관한 법리체계와 방향", 비교사법 제28권 제1호, 2021, 13-16면; 김수정, "빅데이터, 데이터 소유권, 데이터 경제", 민사법학 제96호, 2021, 20-22, 25-27면; 김진우, "데이터 채권법의 등장 - 독일 개정 민법과 우리 입법에의 시사점", 소비자법연구 제7권 제4호, 2021, 142-146면; 장보은, "데이터에 관한 권리관계", 외법논집 제46권 제1호, 2022, 83면; 황원재, "데이터 권리의 귀속에 관한 일반원칙 정립의 필요성 : ALI-ELI 데이터 원칙의 내용과 규율 방향을 중심으로", 「고려법학」 제106호, 2022, 291면 등.

12) 박상철, "데이터 소유권 개념을 통한 정보보호 법제의 재구성", 고학수·임용(편), 데이터오너십, 박영사, 2019, 41-59면.

13) 박진아, "데이터의 보호 및 유통 법제 정리 방안", 서강법률논총 제9권 제2호, 2020, 31-33면

14) 이상용, "데이터세트에 대한 배타적 보호", 인권과 정의, 통권 503호, 2022, 118-124면.

15) 황원재, 293면.

관련된 권리의 속성을 기술하고, 데이터 거래의 편의 증대와 거래상의 불확실성 제거를 위하여 데이터 계약의 유형을 정하며, 기본규칙을 제시하고 있다. 데이터가 전통적인 재화나 서비스에 해당하지 않음으로 인하여, 기존의 전형계약들 중에는 데이터에 관한 계약관계에 딱 맞는 유형이 존재하지 않는데, 이로 인하여 데이터 거래를 하려는 당사자들의 협상 비용이 가중되고 거래상의 불확실성이 커지며, 그러한 불완전한 합의를 다루고 있는 법원의 재판이 더 어려워지는 문제에 대응하기 위한 것이다.[17] ALI-ELI 제원칙상 데이터 계약의 유형은, 당사자 간에 데이터를 제공 또는 공유하는 유형에 따라 데이터 이전계약, 데이터에 대한 단순 접근계약, 데이터 소스 이용계약, 데이터 접근 승인계약, 데이터 공유계약으로 분류되고(원칙 7 내지 11), 당사자 일방이 상대방에게 제공하는 용역의 내용에 따라 데이터 처리계약, 데이터 신탁계약, 데이터 에스크로 계약, 데이터 마켓플레이스 계약으로 분류된다(원칙 12 내지 15). 그 내용에 대해서는 이미 선행 연구를 통하여 어느 정도 소개되었으므로[18] 여기에서는 그 상세를 생략하고, 데이터 계약 등에 의하여 당사자 등이 취득하게 되는 권리에 대한 논의로 넘어가기로 한다.

Ⅲ. ALI-ELI 제원칙상 데이터 권리의 개념과 내용

1. ALI-ELI 제원칙상 데이터 권리의 개념

데이터 거래에 관한 ALI-ELI 제원칙에 의하면, '데이터 권리'는 데이터 관리자를 상대로 하는 권리로서, 데이터의 특성에 따라 구체화되고, 데이터가 생성되는 방식에 의하여 또는 공익을 이유로 법률에 의하여 발생한다.[19] 여

16) Cohen & Wendehorst, p.19.
17) Cohen & Wendehorst, pp.6-7.
18) 김상중, "민법상 데이터 관련 입법 개선방안에 관한 연구", 법무부 연구용역 최종보고서, 2021, 52-60면; 정신동, "데이터 경제에 있어 계약관계의 규율 : ALI-ELI 데이터 경제 원칙상의 데이터 공급 계약과 데이터 마켓플레이스 계약을 중심으로", 고려법학 제105호, 2022, 1-31면.
19) 원칙 2(2)(k).

기에서 데이터의 관리자(controller)란, 데이터 생태계에서 중심적인 위치에 있는 자로서, 데이터에 접근할 수 있는 위치에 있고 데이터의 처리 목적과 수단을 결정하는 당사자이다.[20] 정보주체(legal entity that is the subject of the information recorded in the data)가 그 데이터를 보유하고 있다면 그가 관리자의 지위에 있지만, 정보주체가 관리자에게 정보를 제공하게 되면 정보주체와 관리자가 분리될 수 있다.[21] 커넥티드 카와 관련된 데이터에 있어서는, 운전자에게 교통 정보, 차량의 기능에 관한 주의경보를 전송하기 위해 자동차 데이터를 처리하는 서비스 제공업체, 품질 개선을 위하여 자동차 부품에 영향을 미치는 마모 데이터를 수집하는 자동차 제조회사가 데이터 관리자에 포함될 수 있다.[22]

ALI-ELI 제원칙상 데이터 권리는, 배타성·절대성으로 요약할 수 있는 전통적인 소유 개념이 비경합적인 성격의 데이터와 부합하지 않기 때문에 전통적인 소유권과는 다르며, 대세적으로 명확하게 할 수 있는 행위와 할 수 없는 행위를 규정하고 있는 지적재산권과도 다르다고 파악한다. 한편 데이터 권리는 어떠한 계약적 연계도 없이 당사자 간에 존재할 수 있으므로 순수하게 계약적인 것도 아니라고 관념한다. 앞서 여러 유형의 데이터 계약을 열거하였지만, 데이터 계약의 일방당사자가 상대방에 대하여 가지는 계약상 개개의 권리를 데이터 권리라고 말하는 것은 아니다. 마치 물건의 소유권이 소유권자의 지위에 기하여 행사할 수 있는 물건의 사용·수익·처분권 및 그 행사를 위한 물권적 청구권 등을 포괄하는 개념인 것처럼, 데이터 권리는 데이터 접근권을 비롯한 다양한 채권적 권리(권능)들의 집합(a data-specific class of rights; bundle of rights) 을 의미한다.[23] 지적재산권이나 소유권과 같은 배타성을 인정하지 않으면서도 데이터와 관련된 개별적인 권리들을 행사할 수 있는 지위를 포괄적으로 표현하기 위한 것으로 보인다.

---

20) 데이터 생태계에는 그 외에도 관리자에 대비되는 단순한 처리자(processor), 수령자, 생산자, 제3자 등이 활동한다. 이에 대한 설명은 Cohen & Wendehorst, pp. 125-126 참조.

21) Cohen & Wendehorst, pp.8-9 참조.

22) European Data Protection Board(hereinafter, 'EDPB'), Guidelines 01/2020 on processing personal data in the context of connected vehicles and mobility related applications, Version 2.0, Adopted on 9 March 2021, pp.11-12.

23) Cohen & Wendehorst, pp.125-126 참조.

2. ALI-ELI 제원칙상 데이터 권리의 내용

데이터 권리를 취득하게 되면, 그 권리자는 데이터가 가지는 성질에 특유한 권리(권능)들을 행사할 수 있게 된다. ALI-ELI 제원칙에 의하면, 권리郡으로서의 데이터 권리에는 다음 권리(권능)가 포함된다.[24]

가장 중요한 유형은, i) 다른 당사자가 관리하는 데이터에 대한 접근권이다. '접근(access)'의 의미는 광범위하며 데이터를 읽을 수 있는 단순한 가능성뿐만 아니라 관리자 영역의 매체에서 데이터의 완전한 이식(porting)에 이르기까지 데이터를 처리하는 다양한 정도에 관여할 수 있는 능력을 포괄한다. ii) 또 다른 중요한 데이터 권리는 특정 데이터 활동에 대한 중지청구권이며, 이는 데이터 삭제를 요구할 수 있는 권리까지 포함한다. iii) 그 외에도 부정확하거나 불완전한 데이터의 수정요구권이 있다. iv) 마지막으로, 예외적인 상황에서 당사자들은 데이터의 사용으로 인한 이익의 분배청구권을 가질 수 있다.[25]

위와 같은 데이터 권리는, 대표적으로는 데이터가 생성되는 방식에 의하여 발생한다. 데이터 생성에 기여한 자가 1인일 때에는 원칙적으로 그에게 데이터 권리가 귀속되지만, 데이터가 수인의 관여에 의하여 생성된 경우에는 사안에 따라 여러 가지 요소에 의하여 데이터의 귀속이 달리 결정될 수 있다. 이를 결정하는 요소들을 아래에서 살펴보기로 한다.

Ⅳ. 공동생성 데이터에 있어서 데이터 권리 (원칙 18 내지 23)

데이터 권리는 통상 관련 데이터 생성에 기여한 당사자에게 제공된다. 예외적으로 데이터 생성에 관여하지 않은 자에게 공익 기타 유사한 이익을 고려하여 데이터 접근권 등이 부여되기도 한다(이 점에 대해서는 뒤의 V.에서 따로 살펴보기로 한다).

그 내용에 대하여 ALI-ELI 제원칙과 그 제정과정에서 상정한 예시의 사

24) 원칙 16(1).
25) Cohen & Wendehorst, p. 127

안들을 중심으로 알아보기로 한다.

1. 공동생성 데이터의 해당 여부 및 그 정도(원칙 18)

가. 원칙의 내용

공동생성 데이터의 경우, 관여자가 데이터 생성에 있어서 일정한 역할을 하였다는 것이 그에게 위 데이터에 대하여 권리를 부여할 수 있는 정당성의 근거가 된다. ALI-ELI 제원칙은 데이터가 특정 당사자에 의하여 공동생성된 것으로 간주할 것인지 여부와 어느 정도까지 공동생성된 것으로 간주할 것인지를 결정하는 요소로서 우선순위에 따라 다음 네 가지를 열거한다.[26] 그런데 아래 요소들은 상대적인 중요성 순으로 나열된 것이며, 절대적인 우선순위를 의미하는 것은 아니다.

(a) 당사자가 데이터에 코딩된 정보의 주체(subject)이거나 해당 정보의 대상(subject)이 되는 자산의 소유자 또는 운영자인지 여부 및 그 정도(extent)

(b) 해당 당사자의 활동 또는 해당 당사자가 소유하거나 운영하는 제품 또는 서비스의 사용으로 인해 데이터가 생성된 정도

(c) 당사자가 새로운 품질의 데이터를 생성하면서 데이터를 수집하거나 결합하는 정도

(d) 당사자가 생산하거나 개발한 컴퓨터 프로그램 또는 제품이나 서비스의 다른 관련요소를 사용하여 데이터가 생성된 정도

그 중 위 (a)의 정보주체가 된다는 것은, 데이터의 기록과 같은 기술적 의미의 생성은 아니다. 그러나 법적인 관점에서는 기록된 데이터와 그 접근, 중지나 수정 또는 경제적 이익의 분배를 요구할 정당한 이익 간의 특정한 연결관계(link)의 여하에 따라, 가장 강력한 형태의 '생성'일 수 있다.[27]

공동생성의 기여도를 평가할 때에는 기여의 유형, 기여의 정도(투자 방법을 포함한다), 기여의 원근, 기여의 특정성의 정도, 다른 당사자의 기여 정도가

26) 원칙 18(1).
27) Cohen & Wendehorst, p.136.

고려되어야 한다.[28] 그 중 기여의 원근(proximity or remoteness)이라 함은 정보주체와 정보간의 거리를 의미한다. 정보주체가 관리자에게 제공한 자신의 개인정보 자체는, 정보주체와 데이터가 근접하므로 데이터의 공동생성에 있어서 정보주체의 기여가 매우 높다. 그러나 데이터가 가명처리되거나 익명화되면, 그 데이터는 정보주체로부터 멀어지기 때문에 정보주체의 기여는 앞의 경우보다 작게 평가된다. 기여의 특정성(specificity)이란, 기여가 특정당사자에 의해서 이루어짐을 의미한다. 따라서 동일한 기여가 다른 당사자에 의하여도 행해진다면 특정성이 떨어지게 되는 것이다. 위의 요소들은, 부분적으로는 인격권(personal rights)의 고려를 반영하고, 부분적으로는 재산권의 노동이론(labor theory of property)을 반영하며, 부분적으로는 재산의 수익이 일반적으로 원래 재산의 소유자에게 귀속되어야 한다는 생각에서 비롯된다. 공동생성 데이터에서 특정인이 앞서 본 (a) 내지 (d)의 제 요소 중 둘 이상의 요소에 해당한다면, 그 데이터의 생성에 있어서 그의 기여는 잠재적으로 특히 강하다.[29]

원칙 18(3)에 의하면, 당사자가 상황상 유의미한 기여를 하지 않았다면, 그 당사자를 해당 데이터의 공동생성자로 보지 않는다. 이것은 불확실성과 미미한 기여에 기초하여 데이터 권리를 주장하는 셀 수 없이 많은 수의 당사자들을 데이터 관리자가 직면하는 상황을 피하기 위한 것이다.[30]

나. 적용

사례 1:

D는 자동차회사 M이 제조한 커넥티드 카[31]의 소유자이자 운전자이다. D에 의한 커넥티드 카의 운행과정에서 많은 양의 데이터가 생성되는데, 그 중 일부는 자동차 자체의 상태, 일부는 D의 운전 습관, 일부는 날씨나 교통상황과 같이 환경과 관련된다.[32]

28) 원칙 18(2).
29) Cohen & Wendehorst, p.137.
30) Cohen & Wendehorst, p.137.

D의 커넥티드 카의 사용으로 인하여 생성되는 데이터의 많은 부분에 D와 M이 공동으로 기여하고 있고, 제3자도 공동데이터 생성에 기여하는 측면이 있다. 우선, D는 그의 커넥티드 카의 운행을 통해 데이터를 생성하므로, 그 생성된 모든 데이터에 있어서 원칙 18(1)의 (b)의 공동생성자에 해당한다. D는 그의 위치 데이터나 운전습관 데이터에 있어서 위 (a)의 지위도 가진다. M은 자신이 생산한 자동차로 자동차 자체의 상태, 기상, 교통에 관한 데이터 등을 수집하였다는 점에서 원칙 18(1)의 (d)의 공동생성자에 해당한다. 만일 위와 같은 정보를 이용하여 데이터베이스를 구축하거나 파생데이터를 만든 자가 있다면 그는 원칙 18(1)의 (c)에 해당하게 된다.

위 세 가지 유형의 데이터(자동차의 상태, 운전습관, 환경)의 생성에서 D가 기여한 바는 꽤 높다. 그 데이터들이 D가 자동차를 운전하는 활동과, D가 소유한 장치인 자동차의 데이터 수집 기능에 의해 기록된 것이기 때문이다. 특히 개인적인 운전 습관에 대한 데이터를 생성하는 데 있어서는, 높은 정도의 근접성과 특정성, 다른 당사자들로부터의 비교적 중요한 기여가 없다는 점을 고려할 때 D의 기여가 가장 크다고 본다. 반면 날씨 및 교통 데이터 생성에서는, 다른 데이터 유형에서와 비교할 때, D가 차지하는 비중이 가장 작다. 이는 그 데이터가 D나 D의 자동차와 구체적으로 관련이 없고, 이 데이터가 수집될 수 있게 자동차의 센서를 설계한 자동차회사 M가 기여한 바가 크기 때문이다.[33]

위 데이터들 중 교통 데이터는 어느 정도 다른 교통 참여자들에 의해 생성되는 면도 있다. 그리고 언급된 모든 데이터 유형은 자동차의 센서 등 자동차 부품의 개발과 관련된 모든 제조업체에 의해 생성되었다고도 볼 수 있다. 그러나 구체적인 상황에서 위 제3자들의 기여는 너무 멀기 때문에(다만 센서 제조업체가 센서에 의하여 수집된 데이터에 대한 접근을 요구하는 것과 같은 당면한 분쟁이 있는 경우를 제외한다), 적절히 평가절하(discount)되어야 한다.[34]

---

31) 커넥티드 카는 V2X(Vehicle to X)로 대변되는 기술들을 기반으로 차량과 차량(V2V), 차량과 교통인프라(V2I) 등과 통신한다. 안전한 자율주행 또는 주행보조 기능을 제공하거나, 차량 자체와 교통 흐름 등에 대한 정보도 주고받는다. 커넥티드 카의 상세는 뒤의 VI. 1. 에서 본다.

32) Cohen & Wendehorst, p.136의 예시 89.

33) Cohen & Wendehorst, p.137의 예시 90.

2. 공동생성 데이터의 권리를 결정하는 일반적인 요소 (원칙 19)

가. 원칙의 내용

어떤 데이터가 공동생성 데이터에 해당한다고 할 때, 데이터 권리의 귀속은 공정성(fairness)에 기초한다. 데이터 권리가 약정에 의하여 포기(waive)되거나 수정될 수 있지만, 그 약정의 유효성 또한 공정의 원칙에 의하여 결정된다. 데이터 권리의 귀속에 있어서 고려되는 사정은, (a) 앞서 1.(원칙 18)에서의 요소들을 고려하여 당사자가 데이터 생성에 참여한 비율뿐만 아니라, (b) 뒤의 3.(원칙 20 내지 23)에서 볼, 당사자에게 데이터 권리가 부여되어야 하는 원인의 중요성, (c) 관리자 또는 제3자가 데이터 권리를 부정할 수 있게 하는 기타 정당한 이익의 중요성, (d) 당사자들 간의 협상력의 불균형, (e) 공정하고 효과적인 경쟁을 담보하는 이익을 포함한 기타 공익 등이다.[35]

여기에서 (c)는 데이터 관리자 또는 제3자가 개인정보보호 또는 영업비밀 보호 등을 이유로 데이터의 생성에 기여한 자의 데이터에 대한 접근을 거부하는 경우를 상정한 것이다.[36] 그리고 (d)는 소비자, 피용자, 임차인 등과 같이 데이터의 공동생성에 기여하지만 데이터 사용이나 귀속과 관련한 약정에서 취약한 지위에 있는 자들을 보호하기 위한 것이다.[37]

위와 같은 요소들은 데이터의 형식, 기간, 보안, 권리의 완전한 행사에 필요한 기타지원, 지급되는 보상과 같은 데이터 권리의 상세(specification)와 제한을 결정하는 요소로도 고려된다.[38]

나. 적용

공동생성 데이터 성립에 관한 제18원칙상의 4가지 요소들에 관하여는 우선순위가 언급되어 있는 것과는 달리, 데이터 권리의 귀속에 관한 제19원칙은 그 우선순위를 두지 않은 점이 눈에 띈다. 기본적으로는 각국이 개별국가의

---

34) Cohen & Wendehorst, p.137의 예시 91.
35) 원칙 19(1), (2).
36) 황원재, 301면.
37) Cohen & Wendehorst, p.143.
38) 원칙 19(3).

사정에 따라 입법이나 사법에 있어서 달리 다룰 수 있도록 하는 의도였다고 한다.[39] 그렇다면 앞서 본 사례 1의 사안에서, 누구에게 데이터 권리를 귀속시킬 것인지, 데이터의 공동생성에 기여한 자들 간의 약정에 의하여 포기가 가능한지 여부에 대한 입법이나 사법적 판단은 각 나라에 따라 달라질 수 있다. 다만, 데이터의 공동생성에 기여한 자들 간의 약정에 의하여 권리를 포기하거나 수정하는 경우에 당사자의 협상력의 차이가 고려되어야 한다.

그런데 권리의 귀속에 관한 고려요소로서 "제20원칙부터 제23원칙에서 정하는 데이터 권리를 귀속시키는 근거의 중요성 정도"가 포함되어 있으므로, 개별적 권리의 귀속에 대한 구체적인 적용은 제20원칙 내지 제23원칙을 다루는 아래 3.에서 살펴보기로 한다.

3. 개별적 권리(권능)

가. 공동생성 데이터에 대한 접근권(원칙 20)

(1) 내용

데이터 권리 중 관리자에 대한 관계에서 행사될 가장 중요한 권리(권능)는 접근권이다. 접근권은 데이터 생태계에서 활동하는 사업자들이 자신의 사업 운영을 더 잘 이해하고 개선하며, 새로운 제품과 서비스를 개발하고, 다른 공급업체들 중에서 더 나은 선택을 하는 등의 목적을 위해 중요하다. 이런 목적을 위하여 데이터에 대한 단순한 접근으로는 불충분하여 그 당사자 또는 제3자에 대한 데이터의 이전이 필요한 경우도 있다. ALI-ELI 제원칙에 있어서 '접근'에는 포팅을 포함하는데, 포팅(porting)이란, 타인이 관리하는 데이터를 본인 또는 지정된 제3자에게 이전하기 위한 착수행위(initiating the transfer)로서의 이식을 의미한다.[40]

다음 내용은 공동생성된 데이터와 관련한 접근권이 발생하는 대표적인 경우의 예시이다.[41]

---

39) Cohen & Wendehorst, p.143
40) 원칙 3(1)(q).

(a) 사용자가 생성한 데이터에 대한 사용자의 접근권 : 상품 및 서비스 사용자의 목적에 부합하는 통상적 이용·유지·재판매에 필요하고, 관리자가 공급망의 일부이면서 이러한 필요성을 예상하였을 것이 합리적으로 기대되는 경우

(b) 공급자가 생성한 데이터에 대한 공급자의 접근권 : 상품 및 서비스 공급자 자신의 의무에 부합하는 품질 관리나 품질 개선에 필요하고, 데이터 관리자가 공급망의 일부이면서 이러한 필요성을 예상하였을 것이 합리적으로 기대되는 경우

(c) 사실의 입증(establishing facts)을 위한 접근권 : 일방 당사자가 자신의 활동을 더 잘 이해할 수 있게 하는 사실과 그 당사자가 제3자에게 제공할 필요가 있는 활동 사실의 입증 등을 위하여 필요한 경우로, 그 당사자에게 긴급하고, 공동생성 데이터의 접근으로 데이터 관리자의 이익을 침해하리라고 합리적으로 기대되지 않는 경우

(d) 새로운 상품이나 서비스 개발을 위한 접근권 : 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) 잠금효과의 방지(prevention of lock-in effects)를 위한 접근권 : 당사자에게 해가 되는 반경쟁적 행위(예를 들면 당사자가 정당하게 제품 또는 서비스의 공급자를 변경하거나 추가 고객을 유치하는 것 등을 금지하는 행위)의 잠금효과를 피하기 위해 필요한 경우

위 접근권은, 신뢰할 수 있는 제3자에 대한 공개, 분리, 익명화(annonymisation) 또는 데이터 블러링(blurring of data) 등과 같은 적절한 제한에서만 제공되어야 하며, 이러한 제한 없는 권리는 타인의 권리나 공익과 충돌하지 않는 범위까지만 인정된다.[42]

41) 원칙 20(1).
42) 원칙 20(2).

(2) 적용

사례 2:

사업자 T가 생산한 타이어가 자동차 제조회사 M에게 공급되어 최종적으로 D와 같은 사용자에게 판매되는 자동차에 장착된다. 타이어에 대한 데이터는 타이어 생산자인 T에 의하여 생성될 뿐 아니라, M과 운전자 D에 의해서도 생성된다. M이 타이어를 자동차에 장착하는 과정에서, 타이어를 장착하는 로봇이 고무의 특성을 테스트한다. 또한 D가 자동차를 운전하는 과정에서, 자동차 센서는 타이어가 날씨 조건 및 노면에 얼마나 잘 적응하고 노면에 접하는 타이어의 접지면(tread)이 얼마나 빨리 마모되는지에 대한 데이터를 수집한다.

T가 타이어의 성능을 향상시키기 위하여 타이어와 관련된 자동차 제조회사 M의 데이터에 접근하고자 한다. 그러나 M은, 향후 어느 시점에서 타이어를 자체 생산할 것을 고려하고 있는데 그 생산시에 경쟁력을 갖기를 원하기 때문에, 그러한 접근을 허용하지 않는다. 그럼에도 불구하고 T의 접근권이 인정될 것인가?[43]

위 사례에서, T가 데이터 권리 중 접근권을 M에게 주장할 수 있는 강력한 근거는 위 데이터가 공급자 자신에 의하여 생성되었고 목적이 타이어의 품질 모니터링 및 자체 서비스 개선에 있다는 점이다.[44] 한편 데이터 권리를 제공할 때 상대적인 협상력, 공정하고 경쟁적인 시장과 같은 공공 이익 뿐만 아니라 현재 데이터의 관리자인 M과 운전자인 D의 합법적인 이익도 고려되어야 한다.[45] 공정하고 효율적인 경쟁은 공익 뿐만 아니라 앞서 본 잠금효과의 방지와 같은 사익과도 관련되는 것이므로, 경쟁을 저지하고자 하는 M의 이익에 큰 중요성을 둘 필요는 없다.[46] 그러나 개인정보에 관한 D의 권리가

43) Cohen & Wendehorst, p.161의 예시 107.
44) 원칙 20의 (1)(b).
45) 원칙 19(2)의 고려요소 중 (c) 내지 (e).
46) Cohen & Wendehorst, p.150.

훼손되지 않도록 보장할 필요가 있으므로, T가 M에게 주장할 수 있는 데이터 권리는 D의 프라이버시를 보호하기 위해 익명화 또는 신뢰할 수 있는 제3자를 통한 접근과 같은, 적절한 제한 하에서만 제공되어야 한다. 이러한 제한 장치의 비용은 수혜자 T가 부담해야 한다.[47]

사례 3:

D는 자동차회사 M으로부터 자율주행 레벨3 수준[48]의 커넥티드 카를 구입하여 운행하던 중 제3자 E의 재물을 손괴하는 사고를 일으켰다. 위 사고의 원인과 책임을 규명하는 소송에서, D는 자신이 충분한 주의를 기울였고 사고는 커넥티드 카의 시스템상 문제로 발생한 것이라고 주장하는 반면, M(또는 자율주행 시스템 제공업체)은 사고 당시 특정조건을 벗어난 상황임에도 D의 부주의로 자율주행에만 의존했을 가능성을 제기한다. 이러한 상황에서 D는 M(또는 자율주행 시스템 제공업체)에 의해 제어되는 데이터의 접근을 요구할 수 있을까?[49]

위 사례는 앞서 본 원칙 20의 (1)(c)의 적용이 문제되는 경우이다. M(또는 자율주행 시스템 제공업체, 이하 M이라고만 지칭한다)의 데이터 세트가 제한적이고(limited) M의 영업 비밀에 대한 공개를 의미하지 않는 한, 관련 데이터 세트를 D에 제공하는 것은 M의 정당한 이익을 합리적으로 해하는 것이 아니다. D는 M의 위 데이터에 대한 접근이 허용된다고 할 것이다.

---

47) 원칙 20(2).

48) 미국 교통부 도로교통안전청(National Highway Traffic Safety Administration, NHTSA)가 분류하고 있는 자율주행기술의 발전의 5단계(레벨 0 ~ 레벨 4) 중 원칙적으로 자동차가 자율적으로 주행하므로 운전자가 주의를 기울이거나 주행에 개입할 필요는 없지만 돌발 상황에서 신호가 주어지면 운전자가 주행에 개입하여야 하는 단계를 말한다. - NHTSA, U.S. Department of Transportation Releases Policy on Automated Vehicle Development(https://www.transportation.gov/briefing-room/us-department-transportation-releases-policy-automated-vehicle-development) ; 윤태영, "자율주행자동차의 운행에 대한 법적 과제", 재산법연구 제34권 제2호, 2017, 166-168면.

49) Cohen & Wendehorst, p.150의 예시 97을 변형.

나. 데이터 활동의 중지요구권(원칙 21)

(1) 내용

경우에 따라서는, 공동데이터 생성에 기여한 자가 관리자에게 특정한 데이터 사용의 중지요구권(나아가 삭제요구권)을 행사할 수 있는 경우도 있다. 그러한 경우를 예로 들면 다음과 같다.

(a) 데이터 활동이 당사자에게 경제적·비경제적인 피해를 야기하거나 야기할 것을 합리적으로 예상할 수 있는 경우

(b) 데이터 활동의 목적이 당사자가 데이터 생성에 기여한 방식과 일치하지 않으며, 특히 다음과 같은 이유에 기하는 경우

(i) 해당 당사자는 완전히 다른 목적을 위해 데이터 생성에 기여하도록 유도되었으며, 관리자가 관여하는 데이터 활동의 목적을 알았거나 알 수 있었다면 데이터 생성에 기여하였으리라고 합리적으로 기대할 수 없는 경우

(ii) 해당 목적을 위하여 데이터 생성에 기여한다는 당사자의 동의가, 중대한 공익질서를 대변하는 원칙들{예를 들면, 과도한(overreaching) 행위나 합의로부터 당사자를 보호하는 것과 같은 원칙}과 부합하지 않는 방법으로 얻어진 경우

(2) 적용

사례 4:

자동차운전학원을 운영하는 F는 M이 제조한 운전교습용 커넥티드 카를 구입하는데, 이 커넥티드 카는 초보운전자들의 운전행태를 분석하는 서비스를 제공한다. M은 또한 운전교습용 커넥티드 카가 수집한 운전교습 강사에 대한 데이터를 사용하여 초보운전자들이 접근할 수 있는 데이터 베이스를 만들고, 자동차운전학원에 소속된 운전강사들에 대한 자세한 정보를 제공함으로써 그 운전강사들을 개별로 접촉하여 도로주

행 교습을 할 수 있도록 한다.

이 데이터 베이스에 대하여 알게 된 F가 즉시 M에게 F 제공의 데이터 사용을 중지하도록 요청한다. F의 M에 대한 중지요구권은 인정될 것인가?[50]

위 사례에서 M의 데이터 베이스 구축과 관련된 데이터 사용이 F에게 유의적인 해를 끼칠 가능성이 높다는 사실 즉 위 (a)에 해당하는 사유는 제21원칙에 따라 F에게 중지요구권을 제공하는 것이 정당하다는 강력한 지표이다. 그 외에도 F는 초보운전자들의 운전행태 분석을 위하여 데이터 생성에 기여하였을 뿐인데, M이 그것과는 완전히 다른 목적을 위하여 위 데이터를 사용하고자 한다는 점, 만일 M의 위와 같은 목적을 알았다면 F로서는 그 데이터를 생성에 기여하였으리라고는 합리적으로 기대할 수 없다는 점도 고려될 수 있다. 따라서 위 (b)(i)에도 해당한다. 그러므로 F의 중지요구권은 인정될 것이다.

다. 정정요구권(원칙 22)

(1) 내용

관리자는 공동생성된 데이터와 관련된 정정요구권을 행사할 수 있다. 위 정정요구는 데이터의 불완전성을 포함하여 공동생성 데이터에 오류가 있는 경우에 발생한다. 위와 같은 정정요구권을 행사하기 위해서는, 부정확한 데이터의 관리 또는 처리가 그 당사자나 또는 다른 당사자의 정당한 이익에 대하여 경제적 피해를 포함하여 사소한 것(insignificant) 이상의 해를 끼칠 수 있고, 그 정정 비용이, 정정하지 않으면 발생하였을 손해와 비교하여, 불균형하게 과도하지 않는 경우 등의 요건을 충족하여야 한다.

데이터 품질 향상은 데이터 경제의 일반적인 이익에 부합하기 때문에, 중단에 필요한 경우보다 훨씬 낮은 정도의 데이터의 불완전성이나 오류만으로도 정정요구권의 발동요건을 갖출 수 있다.

---

50) Cohen & Wendehorst, p.158의 예시 103을 변형.

(2) 적용

사례 5 :

앞서 본 사례 2에서 M이 제조한 자동차의 소프트웨어 프로그래밍 오류로 인해, T사에서 생산한 타이어가 젖은 노면에 잘 적응하지 못하는 것으로 데이터가 제시되었다. 이 데이터는 M의 경쟁자인 다른 자동차 제조회사도 액세스할 수 있는 자동차 데이터 풀에 추가되어 있다. M는 이미 오류를 인식하고 경쟁자가 부정확한 결론을 도출해도 개의치 않기 때문에 데이터를 수정하는 데 충분한 관심이 없을 수 있다. 그러나 T는 수정되는 데이터의 오류에 강한 관심을 가지고 있다. T는 M에게 정정요구권을 행사할 수 있을까?[51]

이와 같은 상황에서 T에게 정정요구권을 부여할 것인지를 결정함에 있어서 고려되어야 할 요소들은 원칙 19(2)의 (a) 내지 (e)로 열거된 모든 요소들이다. 관리자는 정정의 비용과 노력 및 위 데이터의 오류로 T가 입게 될 손해의 방지에 정정이 그다지 효과적이지 않다는 등으로 그 요청을 거절할 정당한 이익이 있다고 주장할 수도 있을 것이다. 데이터 경제에 있어서 데이터의 품질향상이라는 일반적인 이익을 고려할 때, 정정을 요구할 권리는 원칙적으로 주어진다. 그러나 정정요구가 성가시게 하는 것에 그치거나 전적으로 불합리하거나 혹은 남용적이거나 과도하게 비용이 드는 것이라면 부정될 수도 있다. 정정을 요구하는 당사자가 데이터의 부정확성이나 불완전성에 기여하였다면, 그 당사자가 비용의 상당한 부분을 부담하여야 할 것이다.[52]

라. 이익분배청구권 (원칙 23)

(1) 내용

당사자는 일반적으로 계약상 또는 법령상의 근거가 있거나 개별약정의 일부로서 이익분배청구권을 포함시킨 경우를 제외하고는, 공동생성 데이터의

51) Cohen & Wendehorst, p.161의 예시 107.
52) Cohen & Wendehorst, pp.161-162.

사용으로부터 다른 당사자가 취득한 이익의 분배를 요구할 자격이 없다.

그러나 예외적으로 이익분배청구권이 인정되는 경우는 다음과 같다.

(a) 데이터 생성에 대한 당사자의 기여가 (i) 경제적 관점에서 다른 당사자의 기여로 대체될 수 없을 정도로 충분히 독특하거나 (ii) 그 당사자에게 상당한 노력 또는 비용을 초래했을 때

(b) 관리자가 취한 이익이 예외적으로 과도할 때

(c) 경제적 몫을 추구하는 당사자가, 데이터 생성에 대한 기여가 이루어졌을 때 보상에 대해 효과적으로 협상할 수 있는 위치에 있지 않았을 때

(2) 적용

앞서 본 사례 1에서, M이 생산한 커넥티드 카의 운전자 D는 대량의 데이터 생성에 기여하며, M은 수천 명의 다른 운전자가 생성한 데이터와 함께 수십억 달러의 수익을 창출하는 매우 가치 있는 스마트 서비스를 만드는 데 사용한다. 그렇지만 M으로서는 경제적 관점에서 언제든지 다른 운전자의 데이터로 대체할 수 있다. 또한, 데이터를 생성하는 데는 D의 특별한 노력이나 비용이 필요하지 않는다. 따라서 D는 자신이 운전한 커넥티드 카로 대량의 데이터의 생성에 기여하였음에도 불구하고 M의 이익에 대한 분배를 청구할 권리가 없다는 결론에 도달한다.[53]

Ⅴ. 공익 및 유사이익을 위한 데이터 권리(원칙 24 내지 27)

1. 원칙의 내용

공동생성에 관한 데이터 권리는 기본적으로 데이터 생성에 있어서 일정한 역할을 한 자에게 부여되지만, 그것보다 정당한 공익이나 이와 유사한 우선 고려사항이 있다면, 예외적으로 그러한 공익 등을 위하여 데이터 권리가 부여될 수도 있다. 이 경우에도 부여되는 권리는 대부분은 접근권에 그치지만

53) Cohen & Wendehorst, p.165의 예시 110.

이론적으로는 다른 종류의 개별 권리도 포함한다.

ALI-ELI 제원칙은 이를 위하여 ① 데이터 권리가 공공의 이익에 의해 정당화될 뿐만 아니라 추구된 목적을 달성하기 위해 필요하고 비례해야 한다는 점(원칙 24), ② 공정하고 합리적이며 차별적이지 않은(Fair, Reasonable and Non-Discriminatory; FRAND) 조건에서 접근을 허용하여야 한다는 점(원칙 25), ③ 제3자의 보호된 권리나 경쟁하는 공익과 충돌할 경우에 정책입안자는 신뢰할 수 있는 제3자에게만 공개한다든지, 세분화, 익명화 또는 데이터 블러링 등 적절한 제한을 전제로 하여야 한다는 점(원칙 25), ④ 데이터 수령자는 데이터를 공익의 침해나 저해의 목적으로 사용하지 않아야 한다는 점(원칙 26) 및 ⑤ 공공의 이익을 위한 데이터 공유 체제에 따라 데이터를 수령하는 당사자는 일반적으로 원래 데이터를 공유했던 관리자와 유사한 조건에서 유사한 데이터를 공유할 준비가 되어 있어야 한다는 점(원칙 27)의 다섯 가지 기본 가치를 규정함으로써, 입법자에게 공공의 이익을 위한 데이터 권리의 도입에 대한 구체적인 지침을 제공한다.

2. 원칙의 적용

> 사례 6:
>
> M이 제조한 커넥티드 카를 구입한 D는 엔진이 고장나자 그의 자동차를 독립 수리점 R에서 수리받기를 원한다. R이 위 자동차를 수리하려면 D가 사용하는 동안 자동차가 생성한 데이터와 엔진을 올바르게 조정하기 위해 M이 보유한 다른 데이터가 필요하다. R이 D의 데이터에 접근하는 외에 M 보유의 그러한 데이터에 대한 일반적인 접근을 위하여 M을 상대로 접근권을 행사할 수 있을까?[54]

R이 D의 위 커넥티드 카를 수리하려면, R은 D가 사용하는 동안 자동차가 생성한 데이터와 엔진을 올바르게 조정하기 위해 M이 보유한 다른 데이

54) Cohen & Wendehorst, p.168의 예시 111.

터 모두에 접근해야 한다. D는 자신이 위 자동차를 사용하는 동안 위 자동차가 생성한 데이터에 대한 접근권,[55] 그리고 엔진을 올바르게 조정하기 위해 M이 보유한 다른 데이터에 대한 접근권[56]을 M에 대하여 가질 것이다. 그러나 R과 같은 독립적인 수리점이 그들의 기능을 적절하게 수행하기 위해서는 D의 자동차와 관련된 데이터에 접근할 수 있는 개인적인 권리를 D에게 주는 것만으로는 충분하지 않다. 오히려, R은 그러한 유형의 수리를 훈련하고 준비하기 위해 M이 보유한 그러한 데이터에 대한 보다 일반적인 접근을 필요로 한다. 법이 R에 대한 그러한 접근을 허용하는 경우, R은 데이터 생성에 공유하지 않았기 때문에 이 접근은 공익에 의한 데이터 권리를 규정한 원칙(24 내지 27원칙)에 의해 통제된다.

법이 R에게 M에 대하여 접근권을 부여하는 경우에, 그 법 규정에는 부품 공급업체의 영업 비밀과 같은 제3자의 정당한 이익뿐만 아니라 M의 정당한 이익에 대해 적절한 규정이 포함될 것이다. 또는 집계된 차량 데이터가 다른 고객에 대한 추론을 허용하는 경우 개인정보보호와 비밀보호에 대한 다른 규정도 마련될 것이다. 이는 R에게 M의 서버에 있는 모든 자동차 관련 데이터에 접근할 수 있는 권한이 주어지지 않고, 비례의 원칙에 따라 R이 그 기능을 수행하는 데 필요한 데이터에만 접근할 수 있어야 한다는 것을 의미한다. R은 다른 고객에 대한 추론이나 영업비밀의 공개를 허용하지 않도록 데이터를 사전 처리해야 할 수도 있다. 또한 R이 상업적 목적을 위해 행동한다는 점을 고려할 때, 법은 M이 R에게 합리적인 수수료를 부과할 수 있도록 허용하는 것이 적절할 수 있다.[57]

Ⅵ. 자동차의 운행과정에서 생성된 데이터의 권리 귀속

55) 원칙 20(1)(a)
56) 원칙 20(1)(b)
57) Cohen & Wendehorst, p.170.

1. 커넥티드 카의 운행과 데이터의 생성·사용

현재 상용화가 진행되고 있는 커넥티드 카는 운행과정에서 많은 데이터를 생성하고 사용한다. 커넥티드 카는 자동차에 인터넷과 모바일기기 등 IT기술이 융합된 형태로, 자동차가 주변과 실시간으로 통신하면서 다양한 서비스를 제공하는 '연결성을 강조한 자동차'를 의미한다. 커넥티드 카는 자동차의 연결성을 통해 차량의 내부요소 및 외부 인프라나 사물 등과 실시간으로 데이터를 교환하고, 차량제어, 교통상황 파악, 교통사고 예방 및 실시간 대응 등 사용자에게 맞춤형 서비스와 다양한 컨텐츠를 제공할 수 있다. 차량의 바퀴, 엔진, 헤드라이트 등에 탑재된 센서들은 외부의 사물(사람, 자동차, 지장물)에 대한 데이터를 운전자에게 알려주고, 인터넷과 모바일 기기를 통하여 지도와 날씨 등의 데이터를 제공한다. 나아가 인프라나 주변 차량과도 정보를 주고받는 지능형 교통시스템(ITS: Intelligence Transport System)과 융합하여 차량 간의 통신과 차량과 도로 인프라 간의 통신을 통해 차량 내의 운전자에게 개별적으로 각종 실시간 정보를 제공하는 협력 지능형 교통시스템(C-ITS: Cooperative-ITS)으로 확장될 수 있다.[58]

커넥티드 카의 주요 목표는 자율주행이다. 자율주행 방식에는 차량 자체로 자율주행 기능을 갖추는 형태(stand-alone type)와 주변 차량 및 교통 인프라와 협력(connected type)을 통한 방식이 있다. Connected type은 주변 사물(차량 및 도로 인프라)과의 통신 기능을 통해서 주변 차들에 대한 위치 및 속도 정보와 현재 차량의 상태를 공유하며 자율주행 기능을 수행한다. Stand-alone type은 주로 라이다(LiDAR)와 레이다(Radar), 카메라 등으로부터 수집되는 정보를 기반으로 차량 주변의 장애물과 차선을 인식하고, 차량이 독립적으로 주행상태를 결정하는 타입이다.[59] Connected type을 취하는 자율

58) OECD, Data in an evolving technological landscape – The case of connected and automated vehicles –, OECD Digital Economy Papers No. 346, 2022, p.15; EDPB, pp.8-9; https://spri.kr/posts/view/21825?code=column(소프트웨어 정책연구소 자료) 참조.

59) 백장균, "자율주행차 국내외 개발 현황", 산은조사월보 제771호, KDB미래전략연구소, 2020, 21면.

주행자동차의 데이터 귀속의 문제에 있어서는, 커넥티드 카의 데이터 귀속에 대한 논의가 그대로 활용될 수 있을 것이다.

2. 커넥티드 카의 운행과정에서 생성된 데이터의 유형별 분류

앞서 본 사례 1에서 ALI-ELI 제원칙은 커넥티드 카의 운행과정에서 생성되는 데이터를 그 내용에 따라 크게 i) 자동차의 상태에 대한 데이터, ii) 운전자의 운전습관에 대한 데이터, iii) 환경데이터로 나누었다. 위 데이터들은 운전자 뿐만 아니라 자동차 생산자 및 그 부품생산자, 다른 교통참여자들에 의하여 공동생성된다. 위 제원칙의 주석에 의하면, 이와 같이 공동생성된 데이터 가운데에서 자동차의 상태, 운전습관과, 환경 중 위치에 대한 데이터는 커넥티드 카의 사용자이자 정보주체이기도 한 운전자의 기여가 가장 크다고 본다.[60]

한편, 필자는 데이터의 유형을, "전적으로 운전자에 의하여 생성되는 것-운전자와 차량에 의하여 공동생성되는 것-주로 차량에 의하여 생성되는 것"으로 크게 구분하고, 거기에 데이터의 내용을 고려하여 다음과 같이 분류하여 보았다.[61]

① 식별정보(Identity Information) : 운전자의 이름, 성별, 나이, 보험정보
② 위치 데이터 : GPS좌표, 거리, 경로, 소요시간
③ 운전습관 데이터: 속도, 자동기능의 사용여부
④ 자동차 상태에 대한 진단 데이터: 엔진의 성능, 타이어 공기압 등
⑤ 외부센서 데이터 : 카메라, 라이더(LiDAR), 레이더(Radar), 초음파 판독값(Ultrasonic Readings)

①은 운전자가 정보주체로서 전적으로 운전자에 의하여 생성되고, ②, ③

60) Cohen & Wendehorst, p.137.
61) Sylvia Zhang, "Who Owns The Data Generated by Your Smart Car?", Harvard Jounal of Law & Technology. Vol.32 No.1, 2018, p.303; OECD, p.17 참조.

은 운전자와 차량에 의하여 공동생성되며, ④, ⑤는 주로 차량에 의하여 생성된다. 그러나 그 외에도 자동차 부품제조업체, 교통 인프라를 책임지는 국가 또는 지방자치단체[62], 인터넷서비스 제공자, 도로상의 다른 차량이나 보행자 등도 위와 같은 데이터의 생성에 기여하는 측면이 있다.

또한 이러한 데이터들은 다른 데이터의 생성에도 영향을 끼쳐서 위 데이터들로부터 다른 데이터가 추출되거나 창조될 수 있다. ①은 운전자를 타겟으로 한 마케팅이나 프로파일구축에 사용된다. ②는 공공 운송수단과 교통의 개선을 도모하는 교통 인프라를 위한 데이터의 생성에 도움을 주고, ③은 위험관리(risk management), 보험요율의 결정을 위한 자료가 된다. ④는 차량정비, 제조공급 체인의 최적화에, ⑤는 교통사고를 재구성하거나 나아가 자율주행자동차를 위한 머신러닝의 증대를 위한 데이터로 사용될 수 있다.

3. 운전자와 자동차 회사 간 데이터 권리의 귀속

가. 기여도에 따라 데이터 권리 귀속의 우선순위를 정하는 경우

앞서 필자의 분류에 의할 때, ①은 전적으로 운전자에 의하여 생성된다. 공동생성 데이터 중 ②위치 데이터와 ③운전습관 데이터는 ALI-ELI 제원칙이 중시하는 공동생성의 기여에 있어서 커넥티드 카의 사용자이자 정보주체이기도 한 운전자의 기여가 가장 크다고 볼 수 있다. ④, ⑤도 운전자의 운전을 계기로 생성되기는 하지만, 근본적으로는 센서를 부착한 자동차에 의하여 데이터가 생성된다는 점에서 위 자동차를 생산한 자동차 제조회사의 기여가 가장 크다고 보여진다. 그렇다면 ①은 운전자에게 귀속되고, 나머지 중 ②, ③은 운전자에게, ④, ⑤는 자동차 회사에게 각 귀속에 있어서 우선순위가 부여될 것이다.

---

62) 차량과 인프라간의 통신을 포함하는 V2X 기술을 위해서는 도로 자체, 가드레일, 신호등, 가로등과 같은 인프라를 활용하고 모든 차량이 연결될 수 있는 표준이 필요하기 때문에 정부 주도로 R&D가 추진되기도 한다. 예를 들면, 미국의 경우에는 Smart Transportation System(STS)을 구축하기 위해 무선 인터넷 및 휴대전화 통신망을 지원하는 형태의 오픈 아키텍쳐를 개발 중이다. EU는 단말에 대한 표준화와 교통상황에 대한 네트워크 모니터링 시스템을 구축하고 있다. 우리나라는 국토교통부가 2012년부터‘ 자동차 도로교통분야 ITS 계획 2020’을 수립하고 연구와 ITS 구축을 진행중이다.

이와 같은 ALI-ELI 제원칙에 따른 권리의 귀속은 데이터를 "인지적 노동의 결과인 관념"으로 보면서 추출적 데이터에 해당하는 위 ② 내지 ⑤의 경우에는 데이터의 대상인 정보주체(운전자)와 추출자(자동차 제조회사)의 두 주체의 이해관계를 조절하고자 하는 시도[63]와도 어느 정도 부합한다. 위 시도에 의하면, 추출적 데이터를 대상에게 가역적(可逆的; reversible) 영향을 주는 경우와 그렇지 않은 경우를 구분하여, 후자에 대하여는 인지적 노동을 감당한 추출자에게 데이터 권리를 귀속시킨다. 대상에게 가역적 영향을 주는 경우에 데이터 권리는 정보주체에게 귀속시키되, 개인의 위치정보와 같이 특정인에게 프라이버시 침해와 같은 강한 부정적 영향을 줄 수 있는 경우(이를 강한 가역적 영향을 주는 경우라고 칭한다)와는 달리, 데이터 추출자가 가명처리를 한 가명정보와 같이 약한 가역적 영향을 주는 경우에는 정보주체의 데이터에 대한 권리가 보통의 개인정보에 비해 법률상 제한을 받는 것으로 해석한다.[64] 그런데 이것은 ALI-ELI 제원칙이 개인정보에 해당하는 경우에도 공동생성자인 추출자에게 익명화조치 등의 적절한 제한을 할 의무의 제약이 붙은 권리를 가진다고 보는 것과는, 접근 방향에 있어서 차이가 있다.

나. 데이터가 둘 이상의 매체에 저장된 경우

위와 같은 데이터는 통상 운전자 소유의 자동차 내에 저장되지만, 인터넷 등을 통하여 데이터를 공유한 다른 주체의 매체에도 저장될 수 있다. 이 경우에 ALI-ELI 제원칙에서 본 데이터 관리자는 운전자가 될 수도 있고, 데이터를 공유한 다른 주체가 될 수도 있지만, 권리의 귀속주체는 위 가. 의 경우와 마찬가지로 보아야 할 것이다.

다. 운전자의 데이터 권리 포기약정과 관련한 문제

(1) 권리포기 약정의 유효성

운전자가 자동차 구매시에 매매계약서상 자동차에 내장된 소프트웨어에

63) 오병철, 146-149면.
64) 오병철, 153-158면.

의해 수집된 데이터를 포기하기로 약정하였다면,[65] 자동차 제조회사가 위 데이터의 관리자로 될 여지가 크다. 이와 관련하여 공동생성 데이터에 대한 권리가 약정에 의하여 포기될 수는 있지만 당사자들 간의 협상력의 불균형을 고려하여야 한다는 ALI-ELI 제원칙상 원칙 19(1), (2)가 의미를 가질 수 있다. 우리나라의 약관규제에 관한 법률은 불공정약관을 무효로 하고 있다(제6조).[66] 위 규정에 따른 내용통제를 통하여 법원이 위 포기약정을 무효로 할 경우도 있을 것이다.

(2) 권리포기약정이 유효한 경우

만일 운전자가 데이터 권리를 포기하고 자동차 제조회사에게 데이터 권리를 귀속시키기로 하는 약정이 유효하다고 할 경우, 정보주체에게 귀속되어야 하는 개인정보의 경우를 제외하고는[67] 기본적으로 자동차 제조회사가 우선적인 데이터 권리를 가지게 된다.

그런데 이 경우에 자동차 제조회사 외의 자, 특히 운전자에게 개별적인 데이터 권리로서 접근권 또는 이익분배청구권을 인정할 수 있는지가 문제된다. 생각건대, 사고와 관련된 사실확인 또는 수리를 위하여 접근권이 인정되어야 하는 경우가 있을 것이다. 앞서 본 사례 3, 사례 6은 그 예에 해당한다. 그러나 운전자의 이익분배청구권은 앞서 Ⅳ. 3. 라. (2)에서 살펴본 바와 같이 부정될 것이다.

(3) 운전자에게 데이터 권리가 우선적으로 귀속되는 경우

운전자에게 데이터 권리가 우선적으로 귀속된다면, 부분적으로는 장치의 개선(앞서 본 사례 2에서 타이어도 자동차 제조회사가 생산하는 경우를 상정

---

65) Zhang, p.307.

66) 제6조(일반원칙)
① 신의성실의 원칙을 위반하여 공정성을 잃은 약관 조항은 무효이다.
② 약관의 내용 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 내용을 정하고 있는 조항은 공정성을 잃은 것으로 추정된다.
1. 고객에게 부당하게 불리한 조항
2. 고객이 계약의 거래형태 등 관련된 모든 사정에 비추어 예상하기 어려운 조항
3. 계약의 목적을 달성할 수 없을 정도로 계약에 따르는 본질적 권리를 제한하는 조항

67) 개인정보는 추출자 노력과 무관하게 '정보주체'가 권리를 갖기 때문이다. 이상용, "데이터 거래의 법적 기초", 법조 제67권 제2호, 2018, 24면 참조.

하면 될 것이다) 또는 공익적 이유로 운전자가 관리하는 데이터에 대하여 자동차 제조회사의 접근권을 인정하는 것은 고려할 수 있을 것이다. 그러나 위 다. (2)의 경우보다는 데이터의 활용이나 거래가 제한될 수밖에 없다.

4. 공익에 기하여 지방자치단체 기타 제3자에게 데이터 권리가 인정되는 경우

커넥티드 카가 효율적으로 작동하기 위해서는 교통 인프라와도 연결되어야 한다. 이는 교통 인프라를 지방자치단체가 관리권을 가지고 있다고 할 때, 커넥티드 카의 관리자가 지방자치단체로부터 교통 데이터를 받는 동시에 지방자치단체에게 위 커넥티드 카의 데이터를 제공하여야 함을 의미한다. 나아가 지능형 교통시스템 하에서는 교통인프라나 주변 차량과도 정보를 주고받아야 하는바, 이러한 공익적 범위 내에서 지방자치단체나 제3자에게도 위 차량운행과정에서 생성된 정보에 대한 접근권이 인정될 수 있다.

나아가 지방자치단체가 도로 인프라의 이동성 데이터를 데이터에 관심이 있는 모든 사람과 무료로 공유해야 하는 의무를 부담하게 될 경우에 제3자의 접근권은 더 광범위하게 인정될 수 있다. 그러나 제공되는 데이터가 연결된 차량의 IP 주소를 포함한다는 사실에 비추어 볼 때, 이론적으로는 위 데이터로 특정 차량에 대한 이동성 프로파일을 생성하는 것이 가능할 것이며, 이는 다른 데이터와 결합될 경우 제3자의 정당한 이익을 해칠 수 있는 다소 민감한 데이터가 될 수 있다. 이 경우에 제3자는 데이터를 안전하게 저장하는 방법과 사용할 수 있는 용도에 대한 제한을 포함하여 매우 엄격한 조건에서만 데이터를 사용할 수 있도록 조치가 마련되어야 한다.[68]

5. 개인정보 보호와의 관계

앞서 본 바와 같이 커넥티드 카의 운행과정에서 공동생성된 데이터의 권

68) Cohen & Wendehorst, pp.179-180.

리를 운전자 외의 자에게 우선적으로 귀속시킴에 있어서는, 재산법적인 원리 못지않게 개인정보의 보호가 중요한 고려요소로 작용한다. 당사자 간의 약정이나 공익에 의하여 운전자 외에 자동차 제조회사 또는 제3자에게 데이터 권리의 일부가 귀속될 수 있다고 하더라도, ALI-ELI 제원칙은 운전자 등의 개인정보 보호를 위하여 익명화 등의 제한을 필요로 한다.

이것을 역으로 해석한다면, 개인정보가 익명화 등을 통하여 개인을 더 이상 식별할 수 없는 데이터가 된다면 비교적 자유롭게 활용될 수 있고, 데이터 거래의 활성화에 연결될 수 있음을 의미한다. 유럽연합에서 커넥티드 카 등의 맥락에서 개인정보 처리에 관한 가이드라인을 마련한 것은 이러한 고려와 개인정보 보호의 조화를 위한 것으로 보인다.[69] 이 가이드라인의 주된 내용은 순수한 민법의 영역이라기보다는 규제법의 영역에 가까운 것이지만, 데이터 거래의 활성화를 위해서는 우리나라에서도 민법학자들도 참여하여 마련할 필요가 있을 것으로 생각된다.

Ⅶ. 결 론

첨단 교통 인프라를 바탕으로 자동차와 데이터 송수신을 통한 스마트 교통 시스템을 구축하는 것은 멀지 않은 미래에 실현될 것으로 예상된다. 나아가 센서로 인식한 데이터를 처리하여 자동차를 자동으로 제어하는 완전자율주행차가 등장하는 것도 기대할 수 있게 되었다. 이런 상황 속에서 교통 인프라와 자율주행자동차가 데이터를 창조하고 또한 이를 바탕으로 파생될 데이터는 엄청날 것으로 예상되고, 이와 관련된 서비스들도 새롭게 등장할 것이다. 그만큼 데이터 소유권과 귀속권, 데이터로 창출된 부가가치로 얻은 이익을 어떻게 배분할 것인가에 대한 원칙과 규범의 필요성도 커질 것이다. 기존의 재화와 서비스라는 전통의 영역을 벗어난 '데이터 경제'의 시대가 도래하고 있기 때문에 이로 인한 혼선과 혼란은 불가피하다. 또 기존의 제도규범으로 해

69) EDPB, pp.4-6. 참조.

결되지 않은 부분들은 새로운 제도로서 자리 잡고자 하더라도 기존 제도와의 정합성과 그동안 사회가 추구했던 방향성, 글로벌 스탠다드 등을 고려할 때 복잡성은 더욱 높아진다. 이러한 불확실성을 예방하고자 이해관계자들이, 특히 데이터 생성에 직접적인 이해관계자들을 중심으로 폐쇄적, 배타적인 태도로 데이터를 대하는 상황도 납득이 되지 않는 것은 아니다. 그러나 데이터를 통해 발생할 긍정적인 효과와 그로 인해 사회가 얻을 이득을 고려하고, 또한 데이터를 바탕으로 새로 창출될 사업적 기회를 생각한다면, 데이터 권리를 소유권의 관념보다는 다양한 채권적 권리(권능)들의 집합으로 파악하면서, 일정한 요건을 충족하는 경우에 개별적 권리(권능)인 접근권, 중지권, 정정요구권, 이익배분요구권 등을 행사할 수 있도록 한 ALI-ELI 제원칙의 접근방법을 우리나라에서도 수용할 만하다고 생각한다.

이에 필자는 ALI-ELI 제원칙을 참고하여 데이터 권리의 귀속에 대하여 논하면서, 기본적으로 정보주체인 운전자나 자동차 제조회사에게 데이터 권리가 우선적으로 귀속된다고 보았다. 그러나 자동차 구매시 체결된 데이터 권리 포기 약정이 유효하다고 볼 경우도 있고, 자동차 회사에게 데이터 권리가 우선적으로 귀속될 경우에 공익적인 이유 등으로 제3자에게 접근권이 인정되는 경우가 있을 수 있음을 살펴보았다. 특히 정보주체 이외의 자에게 접근권이 인정되는 경우에는 개인정보에 관한 운전자의 권리가 훼손되지 않도록 익명화 등의 조치를 취하여야 함도 살펴보았다.

이러한 데이터 귀속에 대한 논의는 매우 초보단계에 불과하다. 앞으로 위 논의를 전개함에 있어서 개인정보의 보호에 소홀하지 않으면서도 데이터 거래의 활성화를 기할 수 있는 길을 모색하여야 할 것으로 생각된다.

자동차의 운행과정에서 생성된 데이터에 대한 권리의 귀속 - 이 선 희·김 태 형	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2023.02.15.	2023.03.01.	2023.03.26.

[참고문헌]

고학수·임용(편), 데이터오너십, 박영사, 2019.
권영준, “데이터귀속·보호·거래에 관한 법리체계와 방향”, 「비교사법」 제28권 제1호, 2021.
김수정, “빅데이터, 데이터 소유권, 데이터 경제”, 민사법학 제96호, 2021.
김진우, “데이터 채권법의 등장 - 독일 개정 민법과 우리 입법에의 시사점”, 소비자법연구 제7권 제4호, 2021.
박상철, “데이터 소유권 개념을 통한 정보보호 법제의 재구성”, 고학수·임용(편), 데이터오너십, 박영사, 2019.
백장균, “자율주행차 국내외 개발 현황”, 산은조사월보 제771호, KDB미래전략연구소, 2020.
윤태영, “자율주행자동차의 운행에 대한 법적 과제”, 재산법연구 제34권 제2호, 2017.
이상용, “데이터세트에 대한 배타적 보호”, 인권과 정의 제503호, 2022.
이상용, “데이터 거래의 법적 기초”, 법조 제67권 제2호, 2018.
이동진, “데이터소유권(Data Ownership), 개념과 그 실익”, 정보법학 제22권 제3호, 2018.
장보은, “데이터에 관한 권리관계”, 외법논집 제46권 제1호, 2022.
정신동, “데이터 경제에 있어 계약관계의 규율: - ALI-ELI 데이터 경제 원칙상의 데이터 공급 계약과 데이터 마켓플레이스 계약을 중심으로-”, 고려법학 제105호, 2022.
정진명, “데이터 이용과 사법적 권리구제”, 「민사법학」 제92호, 2020.
최경진, “데이터와 사법상의 권리, 그리고 데이터 소유권(Data Ownership)”, 고학수·임용(편), 데이터오너십, 박영사, 2019.
황원재, “데이터 권리의 귀속에 관한 일반원칙 정립의 필요성 : ALI-ELI 데이터 원칙의 내용과 규율 방향을 중심으로”, 고려법학 제106호, 2022.

Neil Cohen/Christiane Wendehorst, ALI-ELI Principles For a Data Economy – Data Transactions And Data Rights –, 2021.
David Newman, “How to Plan, Participate and Prosper in the Data Economy”, Gartner, 2011.
OECD, Data in an evolving technological landscape – The case of connected and automated vehicles –, OECD Digital Economy Papers No. 346, 2022.

【국문초록】

이 논문에서는 커넥티드 카의 운행과정에서 생성된 데이터에 대한 권리의 내용 및 귀속에 대하여 유럽과 미국 법률협회의 공동작업으로 2021. 9. 최종초안이 승인된 ALI-ELI 제원칙을 중심으로 검토해 보았다. 그 검토 결과, 데이터 권리를 소유권의 관념보다는 다양한 채권적 권리(권능)들의 집합으로 파악하면서, 일정한 요건을 충족하는 경우에 개별적 권리(권능)인 접근권, 중지권, 정정요구권, 이익배분요구권 등을 행사할 수 있도록 한 ALI-ELI 제원칙의 접근방법을 우리나라에서도 수용할 만하다고 생각하였다. 그리하여 필자는 커넥티드 카의 운행과정에서 생성된 데이터에 대하여 기본적으로 정보주체인 운전자나 자동차 제조회사에게 데이터 권리가 우선적으로 귀속된다고 보았다. 그러나 자동차 구매시 체결된 데이터 권리 포기 약정이 유효하다고 볼 경우도 있고, 자동차 회사에게 데이터 권리가 귀속될 경우에 공익적인 이유 등으로 제3자에게 접근권이 인정되는 경우가 있을 수 있음을 살펴보았다. 특히 정보주체 이외의 자에게 접근권이 인정되는 경우에는 개인정보에 관한 운전자의 권리가 훼손되지 않도록 익명화 등의 조치를 취하여야 함도 살펴보았다.

이러한 데이터 귀속에 대한 논의는 매우 초보단계에 불과하다. 앞으로 위 논의를 전개함에 있어서 개인정보의 보호에 소홀하지 않으면서도 데이터 거래의 활성화를 기할 수 있는 길을 모색하여야 할 것으로 생각된다.

【Abstract】

Attribution of the Right to Data Generated during the Operation of the Automobile : Focusing on the Co-created Data according to ALI-ELI Principles

Sun Hee Lee
(Professor, Sungkyukwan University)
Tae Hyung Kim
(Manager, HMG Business Intelligence Institute.)

In this paper, the contents and attribution of rights to data generated during the operation of connected cars were reviewed, focusing on the ALI-ELI Principles approved by the European and American Law Associations in September 2021. As a result of the review, we may consider adopting the approach of the ALI-ELI principle.

Therefore, I considered that, for the data generated during the operation of the connected car, the rights belong to the driver who is the subject of information, or the automobile manufacturer which contributes a great deal for the generation of the data. However, it was also examined that if the data rights are waved in an agreement when purchasing a car is considered valid, the data rights including personal data could be attributed to the automobile manufacturer, and in some instances, a third party may have access rights for public interest reasons. In particular, if access rights are recognized by persons other than the subject of information, measures such as anonymization should be taken to prevent the driver's right to personal data from being damaged.

My research may be only a rudimentary stage. In developing the

above discussion in the future, I think that it is necessary to find a way to revitalize data transactions without neglecting to protect personal information.

주제어(Keyword) : 데이터 권리(Data Rights), 관리자(Controller), 공동생성 데이터(Co-generated Data), 접근(Access), ALI-ELI 데이터 제원칙(ALI-ELI Principles for a Data Economy)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제108호 2023년 3월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2023.108.223

민사판결서의 obiter dictum에 대한 비판적 고찰*

정 선 주**

▶목 차◀

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. obiter dictum의 개념
Ⅲ. obiter dictum의 의의
Ⅳ. obiter dictum의 한계
1. 제208조 제2항
2. 처분권주의
3. 법관의 책무
4. 실질적 영향력
Ⅴ. 마치며

Ⅰ. 들어가며

근래 민사소송법학계에 큰 관심을 불러일으킨 대법원 전원합의체판결은 대법원 2018. 10. 18. 선고 2015다232316 전원합의체 판결(이하 '2018년 판결')이다. 이 판결에서 대법원은 소멸시효 중단을 위한 후소의 형태로 새로운 방식의 확인소송이 가능함을 판결이유에서 설시하였다. 문헌에서는 그러한 방식의 확인소송이 적절한지에 대해 많은 논란이 행해졌는데,[1] 개인적

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2023학년도 학술연구비 지원을 받았음.

** 서울대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

1) 대표적으로 강동훈, "시효중단을 위한 재소(再訴) 및 새로운 방식의 확인소송에 대한 고찰", 「민사판례연구」 XLII, 2020, 329면 이하; 강현중, "'재판상 청구'가 있다는 점에 대하여만 확인을 구하는 형태의 '새로운 방식의 확인소송'", 「법률신문」 2019. 2. 18.;

으로는 이러한 문제와 함께 도대체 최고법원이 그와 같은 내용을 판결이유에 적시하는 것이 적절한지에 대한 의문이 들었다. 새로운 방식의 확인소송에 관한 대법원의 설시는 주문과 전혀 관련이 없을 뿐 아니라 당사자의 신청과도 무관한 것이기 때문이다. 이 사건에서 당사자는 대여금 반환을 청구하였는데[2] 대법원이 '직권으로' 소멸시효 중단을 위한 후소의 형태에 관해서까지 판단한 것이다. 우리 민사소송법은 제208조 제2항[3]에서 판결이유는 '주문이 정당하다고 인정할 수 있을 정도로 당사자의 주장, 그 밖의 공격방어방법에 관한 판단을 표시'하여야 한다고 명시하고 있다. 새로운 방식의 확인소송에 관한 대법원의 설시는 주문의 정당함을 인정하는 것과 상관없을 뿐 아니라 직권으로 판단할 수 있는 소송요건에 해당하는 내용도 아니다.

유사한 관점에서 의문이 생긴 또 다른 최근의 대법원 전원합의체판결은 대법원 2021. 12. 23. 선고 2017다257746 전원합의체 판결(이하 '2021년 판결')이다. 이 판결에서 대법원은 종전 대법원 판례에서 설시한 내용이 '판례에 해당한다'고 보고 이를 변경하기 위해 전원합의체에서 판단하였다. 문제가 된 종전 대법원 판례[4]에서 설시한 내용은 '제217조 제1항 제2호의 규정에 따른 송달'의 의미인데, '2021년 판결'에서는 이 내용이 '대법원이 판단한 법률의 해석·적용에 관한 의견'이기 때문에 판례에 해당한다고 본 것이다. 그런데 종전 대법원 판례에서는 보충송달의 적법성이 직접적인 쟁점이

원종배, "시효중단을 위한 '새로운 방식의 확인소송'에 대하여 - 대법원 2018. 10. 18. 선고 2015다232316 전원합의체 판결에 대한 검토", 「법학논고」 제65집, 2019, 199면 이하; 이충상, "시효중단을 위한 새로운 방식의 확인소송", 「민사소송」 제24권 제1호, 2020, 173면 이하; 한충수, "새로운 방식의 확인소송의 출현배경과 후속조치에 대한 단상", 「법학연구」 제30권 제3호, 2020, 1면 이하; 호문혁, "셀카소송과 셀카봉판결 - 대법원 2018. 10. 18. 선고 2015다232316 전원합의체 판결을 보고", 「법률신문」 2019. 3. 20. 등.

2) 이 사건에서 원고는 피고를 상대로 대여금 1억 6,000만 원 및 이에 대한 지연손해금 청구를 하여 2004. 11. 11. 원고 전부승소 판결(수원지방법원 2003가합15269호)을 선고받았고 이 판결은 2004. 12. 7. 확정되었는데, 그 후 2014. 11. 4. 위 대여금 채권의 시효중단을 위한 후소로써 피고를 상대로 1억 6,000만 원 및 지연손해금의 지급을 구한 것이었다.

3) 이하 법명의 표시가 없는 것은 민사소송법을 의미함.

4) 대법원 1992. 7. 14. 선고 92다2585 판결과 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008다65815 판결.

아니었음에도 불구하고[5] 판결이유에서 의견을 밝혔던 것이다.

이러한 일련의 판례를 보면서, 최고법원인 대법원이 판결이유에서 설시할 수 있는 내용은 무엇인지, 특히 제208조 제2항의 명시적인 규정과는 달리, 주문의 정당함을 인정하는 데 필요하지 않거나 직접적인 쟁점이 아닌 사항에 관하여서도 판결이유에서 의견을 밝힐 수 있는지의 문제에 직면하게 된다.

이하에서는 그 해답을 찾기 위해 최고법원의 민사판결서에서 obiter dictum의 의미와 그 한계에 관하여 검토한다. obiter dictum은 하급심법원의 판결에서도 나타날 수 있지만[6] 실질적으로 큰 의미를 가지는 것은 최고법원의 판결이므로 이를 중심으로 살펴보며 민사재판에 한정하여 검토한다.[7]

Ⅱ. obiter dictum의 개념

라틴어 obiter dictum은 판결서에 나타난 법원의 설시 내용 중 재판의 기초가 되는 이유가 아닌 이유를 의미하는 것으로 우리나라에서는 '방론'으로, 영어권에서는 'that which is said in passing'으로,[8] 독일어권에서는 'nebenbei Gesagte'로[9] 해석되고 있다.

---

5) '2021년 판결'에서 대법관 김재형의 의견 참조.

6) 예컨대, 서울중앙지방법원 2022. 4. 15. 선고 2020가합585019(본소) 2020가합585026(반소) 판결은 서울중앙지방법원 2020. 11. 13. 선고 2020가단20980 판결에서 각주를 통해 '만일 피고가 자신에게 승계집행문이 부여되어 있음을 기화로 원고에 대하여 강제집행을 한다면 원고로서는 피고에게 더 이상 이 사건 건물의 인도청구권이 없다는 사유를 들어 청구이의의 소로써 그 집행력의 배제를 구할 수 있을 것'이라고 설시한 부분이 방론임을 지적하고 있다.

7) 헌법적 가치를 판단하여 국가나 사회가 나아가야 할 방향을 제시하는 헌법재판소의 기능이 반영된 헌법재판이나 민사재판과는 달리 직권주의가 적용되는 형사재판에서는 obiter dictum에 대한 평가가 다를 수도 있을 것이다. 헌법재판에서 방론의 문제에 관하여서는 이기철, "헌법재판소의 방론은 바람직한가?", 「공법학연구」 제7권 제1호, 2006, 319면 이하 참조.

8) https://definitions.uslegal.com/o/obiter-dictum (검색일: 2022. 11. 20.).

9) Meier, Was ist eigentlich … obiter dictum?, JuS 2020, 636.

obiter dictum은 보통 ratio decidendi(주된 판결이유)[10]와 대비되고 있는데, 당해 사건의 판단에 반드시 필요한 법적 견해가 아니라는 점에서 차이가 난다. 즉, ratio decidendi는 법원의 판단이 근거하고 있는 법원칙 내지 법규칙으로서 판단이유(the reason for deciding)를 뜻하는 반면[11] obiter dictum은 그렇지 않다. obiter dictum에 대한 개념 정의로는 '법률적 의견을 제시할 때 행해진 법률적 언급으로서 사건에 관한 판단에 반드시 필요하지 않아 선례가 되지 못하는 것'[12] 혹은 '재판에 대한 법적 근거 제시에서 본질적이거나 필수적인 부분이 아닌 것'[13] 또는 '법원의 판결이나 결정문에 나와 있는 표현(Äußerungen)이나 소견(Bemerkungen)으로서 해당 재판에 직접적인 근거가 되지 않으며 어떤 이유에서든지 구체적인 사안을 근거지우기 위한 것이 전혀 아닌 부수적으로 행해진 것'[14] 혹은 '구체적인 사건을 판단하는 데에는 어떠한 의미도 가지지 않으며 다른 재판부나 법원을 기속하는 효력도 없으며, 방론이 얘기하는 것은 실제로 그렇지 않은 것에 대해 어때야 했어야 한다는 점이다'[15] 등을 들 수 있다. 법원이 설시한 내용 중 해당 부분이 없더라도 법원이 자신의 판결을 근거 지울 수 있으며 또한 그 내용을 판결의 기초가 되는 부분에 덧붙여 설시하였다면 이는 obiter dictum에 해당하는 것이다.[16]

---

10) '주론' 혹은 '주된 판결이유'로 번역하고 있다, 최준규(역), 법학방법론, 박영사, 2022, 262면.

11) Black's Law Dictionary(8th edition), Tompson Reuters, 2004, p. 1290.

12) Black's Law Dictionary(8th edition), Tompson Reuters, 2004, p. 1102.

13) Collier, Precedent and Legal Authority: A Critical History, Wisconsin Law Review, vol. 1988, no. 5, 1988, p. 773.

14) Fischer, Das obiter dictum – aus revisionsrechtlicher Sicht –, FS für Mühl, 1981, S. 140.

15) Fischer, Kunst der Fehler, https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/ 2016-04/buerokratie-bundesgerichthof-strafrech-justiz-fischer-im-recht/seite-3 (검색일: 2022. 9. 14.).

16) obiter dictum인지 아닌지는 설시 내용의 분량에 좌우되지는 않는다. 회사법 분야에서 독일 연방대법원의 obiter dictum에 관해 조사한 연구보고서에 따르면, 가장 짧은 '문구 삽입' 정도의 obiter dictum도 있고(BGHZ 15, 328), 8면(약 17,500 자)에 달하는 obiter dictum도 있는데(BGHZ 173, 246), 평균적으로는 약 1.4면에 달한다고 한다, Korch, Obiter Dicta in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Gesellschaftsrecht,

이처럼 개념적으로는 ratio decidendi와 obiter dictum이 구분되지만, 구체적인 판결에서 실제로 어떤 부분이 ratio decidendi이고 또 어떤 부분이 obiter dictum인지를 명확하게 구분하기란 쉽지 않다.[17] 문헌에서는 판결서 이유 부분의 설시 내용 중 재판의 기초가 되는 이유와 그렇지 않은 이유를 구분하기 위해 여러 기준이 제시되고 있는데,[18] 대표적으로 미국에서 활용되는 1894년의 Wambaugh-Test에서는 구체적으로 검토하는 쟁점에 대해 법원이 다른 입장을 취하였더라도 결과가 달라지지 않았는지를 기준으로 한다.[19] 또 다른 견해에서는 해당 내용을 담당 재판부가 판결서에서 완전히 삭제하더라도 재판결과가 전혀 달라지지 않는지에 따라 판단하고,[20] 또 conditio-sine-qua-non(조건설) 공식에 따라 그러한 설시가 없어도 판결 결과에 영향을 미치지 않는지를 기준으로 하기도 한다.[21] 이에 따르면 그 부분이 없더라도 판결이유의 성립에 아무런 문제가 없다면 obiter dictum에 해당하는 것이다. 예컨대, 법원이 관할 위반을 이유로 소를 각하하면서 본안에 관하여 의견을 밝혔다면, 이는 obiter dictum에 해당하는 것이다.

이러한 구분 기준에서 보면, '2018년 판결'에서 새로운 방식의 확인소송에 관한 대법원 설시 내용은 전형적인 obiter dictum에 해당한다. 해당 내용이 없더라도 재판결과가 전혀 달라지지 않으며, 그러한 설시가 없더라도 판결이유의 성립에 아무런 문제가 없기 때문이다. 그리고 '2021년 판결'에서

ZGR 6/2021, 888 f.

17) Schlüter, Das Obiter dictum, 1973, S. 84. 영미법계에서는 ratio decidendi와 obiter dictum의 구분이 어려우므로 최고법원은 하급심법원이 신중하게 고려하여야(seriously considered) 할 내용이 무엇인지를 분명하게 표시하여야 한다는 견해로는 Harding/Malkin, 'The High Court of Australia's Obiter Dicta and Decision-Making in Lower Courts' (2012) 34 Sydney L Rev pp. 259.

18) 영미법상 논의되고 있는 구분 기준에 관한 상세한 내용은 윤진수, "한국법상 판례의 의미 - 대법원 2021. 12. 23. 선고 2017다257746 전원합의체 판결에 비추어 본 주론과 방론의 구별", 「사법」 제62호, 2022, 582면 이하 참조.

19) Collier, Precedent and Legal Authority: A Critical History, 1988 Wis. L. Rev. pp. 771, 772.

20) Meier, "Was ist eigentlich … obiter dictum?", JuS 2020, 636.

21) Bertelmann, Die Ratio decidendi zwischen Gesetzesanwendung und Rechtssatzbildung an Hand höchstrichterlicher Rechtsprechung, 1975, S. 49.

종전 대법원 판례에서 설시한 제217조 제1항 제2호의 규정에 따른 송달의 의미에 관한 내용을 판례라고 판단한 것 역시 타당하지 않다. 종전 대법원 판례의 설시 내용은 구체적인 사건에서의 법적 논점 이외의 법적인 문제에 관하여 개진된 것이므로 obiter dictum에 해당하며,[22] obiter dictum은 판례가 아니라고 보기 때문이다.[23] 판례의 의미를 명시적으로 밝힌 법규정은 없지만, 진정한 의미에서 판례는 '판결이유 중에 표시된 모든 판단이 아니라 구속력을 갖는 부분'만 의미한다거나,[24] 엄밀한 의미에서 판례는 '특정 사건과 관련한 쟁점에 관하여 대법원이 판단한 법령의 해석·적용에 관한 의견'을 가리킨다고 본다.[25] 법원조직법 제7조 제1항 제3호에서 '종전에 대법원에서 판시한 헌법·법률·명령 또는 규칙의 해석 적용에 관한 의견을 변경할 필요가 있다고 인정하는 경우'에는 대법관 전원의 3분의 2 이상의 합의체, 즉 전원합의체에서 심판하여야 함을 명시하고 있으며, 문헌에서는 '종전의 판례를 변경할 필요가 있는 경우'라고 설명하고 있는데,[26] '종전에 대법원에서 판시한 헌법·법률·명령 또는 규칙의 해석 적용에 관한 의견'에 obiter dictum이 포함된다고 보기는 어렵다. 따라서 제217조 제1항 제2호의 규정에 따른 송달의 의미에 관한 내용을 변경하기 위해 전원합의체 판단이 필요한 것은 아니다.[27]

---

22) 홍일표, 판례의 형성과 구속력의 범위, 「일감법학」 제12호, 2007, 20면.

23) 심준보, 판례 변경의 의의, 「민사판례연구」 XXXVI, 2014, 940면. 미국의 법학자 John Chipman Gray는 어떤 견해가 선례로서 의미를 가지기 위해서는 반드시 구체적인 특정 사건에 관한 판단이어야 하며, obiter dictum이 되어서는 안 된다고 밝혔다, https://www.britannica.com/topic/obiter-dictum (검색일: 2022. 10. 12.).

24) 이광범, "판례의 의미와 구속력에 관한 소고", 「판례실무연구 Ⅵ」, 2003, 243면. 방론에 속하는 부수적 쟁점에 대한 선행결정의 판단이 존중되지 않는 것은 당연하다는 견해로는 강일신, 헌법재판소 선례변경에 관한 연구, 헌법이론과 실무 2017-A-1, 헌법재판소/헌법재판연구원, 2017, 12면.

25) '2021년 판결'에서 대법관 김재형의 의견.

26) 이시윤, 신민사소송법, 제15판, 박영사, 2021, 70면.

27) '2021년 판결'에서 대법관 김재형은 '보충송달의 적법성'은 직접적 쟁점이 아니었으므로 보충송달의 적법성에 관한 부분은 방론에 해당하여 엄밀한 의미에서 판례라고 볼 수 없으므로 판례 변경이 필요한 것은 아니라고 밝혔다. 이를 지지하는 견해로는 윤진수, "한국법상 판례의 의미 - 대법원 2021. 12. 23. 선고 2017다257746 전원합의체 판결에 비추어 본 주론과 방론의 구별, 「사법」 제62호, 2022, 602면 이하.

그리고 obiter dictum은 재판부의 보충의견(Hilfserwägung)과도 구분되어야 한다.[28] 보충의견은 다수의견의 결론에는 동조하면서 그 이유를 보충하는 것으로서 재판결과를 근거지우고 있고, 판결의 정당성을 보충적인 관점에서 보장하는 것이어서 obiter dictum이 아니다.[29] 보통 재판의 기초가 되는 이유 중에는 핵심적인 내용과 부수적인 내용을 구분할 수 있는데, obiter dictum은 여기에 해당하지 않는 것이다. 부수적인 근거는 재판의 결과를 지원하고 또 다른 방법으로 근거지우며 판결의 정당성을 위한 추가적인 관점이라는 점에서 obiter dictum과는 차이가 난다.[30]

Ⅲ. obiter dictum의 의의

obiter dictum에 관한 관심과 연구는 영미법계와 대륙법계에서 차이가 난다. 영미법계에서는 선례 구속력(stare decisis)이 판결이유 중 ratio decidendi에만 인정될 뿐 obiter dictum을 포섭하지 않기 때문에 이들을 구분하기 위해 obiter dictum에 관한 논의가 활발한 반면, 대륙법계에서는 원칙적으로 판결이유에는 기판력이 인정되지 않아 obiter dictum의 실질적인 의미나 중요성은 영미법계에 비해 떨어져 학문적 관심 또한 그리 크지 않다.[31]

---

28) Sondervotum(소수의견)은 두 종류로 구분되는데, 다수의견의 결론에 따르지 않는 반대의견(dissenting vote, dissenting opinion)을 의미하는 경우와 다수의견의 결론에 동조하지만 다른 이유에 근거하는(이유를 보충할 때에는 보충의견이 됨.) 별개의견(consenting vote, concurring vote, plurality opinion, separate opinion) 경우이다, https://de.wikipedia.org/wiki/Sondervotum (검색일: 2022. 11. 23.).

29) 이와는 달리 강현중, "소극적 확인하는 소에서 '확인하는 이익'에 관한 법리 - 대법원 2021. 6. 17. 선고 2018다257958, 257965 전원합의체 판결 -", 「법률신문」 2021. 12. 13.에서는 "다수의견이 obiter dicta(傍論)으로서 반대의견이 설시하는 '특별한 사정'은 직권조사사항인 확인하는 이익의 존부를 판단하는 요소로서는 부적절하거나 소송지연의 원인이 될 수 있다고 하는데 그 부분은 다소 이해하기 힘들다."라고 서술하고 있는데, 해당 내용은 판결 원문에 '보충의견'으로 표시된 내용의 일부이다.

30) Meier, Was ist eigentlich … obiter dictum?, JuS 2020, 636. 헌법재판에서 방론은 '논의되는 부수적 근거'로서 중요이유와 구분한다는 견해로는 허완중, "헌법재판소결정의 기속력", 「헌법판례연구」 제13권, 2012, 355면.

31) Korch, Obiter Dicta in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Gesellschaftsrecht,

대륙법계에서 obiter dictum의 의미는 판결이유에 어떤 내용을 담아야 하며 또 담을 수 있는지, 즉 판결이유의 방식(Art und Weise der Begründung höchstrichterlicher Entscheidungen)과 관련되어 있다고 본다.[32] 그리고 obiter dictum으로 밝힌 최고법원의 견해와 차이가 나더라도 이는 상고이유가 되지 않는다. 제423조에서 명시하고 있듯이, '판결에 영향을 미친' 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있는 경우에 상고이유가 되는데, obiter dictum으로 설시한 내용은 판결에 영향을 미치는 부분이 아니기 때문이다.[33] 상고허가제도를 운영하고 있는 독일 또한 독일 민사소송법 제543조 제2항에서 판례의 일원화를 위해 상고법원의 판단이 필요한 경우를 상고허가사유로 명시하고 있는데 obiter dictum의 내용이 판례와 차이가 난다고 하여 상고허가사유가 되지는 않는다.[34] 이 경우에는 판례의 차이가 아니라 법원의 확신에 차이가 날 뿐이라는 것이다.[35]

이처럼 대륙법계에서 obiter dictum이 차지하는 실무적 의미나 학문적 관심은 영미법계에 비해 떨어지지만 문헌에서는 obiter dictum의 긍정적인 기능을 강조하기도 한다. 무엇보다도 법관법의 발전을 위해 obiter dictum이 필요하다는 것이다.[36] 이에 따르면, 최고법원이 obiter dictum으로 자신의 견해를 밝힘으로써 해당 문제에 관하여 학술적 및 실무적 관심과 토론이 집중적으로 행해질 수 있도록 하며, 이를 통해 법관법의 발전이 올바른 방향으로 나아갈 수 있다는 것이다. 그리고 obiter dictum은 판례의 변경 가능성을 예측할 수 있도록 한다는 데 의미가 있다고 본다.[37] 최고법원이 자신의

ZGR 6/2021, 869.

32) Schlüter, Das Obiter dictum, 1973, S. 84.

33) 대법원 2002. 9. 24. 선고 2001다49357 판결에서는 명시적으로 '~원심 판단은 방론에 불과한 것이므로, ~ 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다'고 밝혔다. 같은 취지로 대법원 2004. 9. 3. 선고 2004다21916 판결.

34) 독일 연방행정법원은 1997년 4월 10일 결정에서 obiter dictum에서 차이가 나는 내용이 있다고 하여 상고허가사유가 되지 않음을 분명히 하였다, Beschluß vom 10. 4. 1997, AZ.: BVerwG 9 B 84/97.

35) Meier, Was ist eigentlich … obiter dictum?, JuS 2020, 636.

36) 대표적으로 Fischer, Das obiter dictum – aus revisionsrechtlicher Sicht –, FS für Mühl, 1981, S. 159 f.

37) Schulz, Funktionen des obiter dictum, ZIS 10/2018, 403. 독일에서는 연방노동법원이

판결에 obiter dictum을 부가하는 것은 만일 그렇게 하지 않으면 유사한 사안에 대해 자신의 법적 의견이나 기본원칙을 밝힐 수 있는 기회를 재판부가 거의 가질 수 없기 때문이라는 것이다. 특히 오랜 기간 판례가 확립되어 있어 소를 제기하더라도 승소할 수 없다고 판단하여 더 이상 소가 제기되지 않는 경우가 바로 그러한데, 이 때에는 판례의 견해가 바뀌어야만 승소가 가능해질 터인데 당사자로서는 판례 변경의 가능성을 예측할 수 없어 소 자체가 제기되지 않는다는 것이다.

나아가 obiter dictum은 당사자의 이익을 위해 필요하다고 보기도 한다.[38] 이에 따르면, 최고법원이 판결이유에서 설시한 obiter dictum에 의해 환송법원의 새로운 재판이 올바르게 진행되어 신속하고 경제적인 소송이 가능해질 수 있다는 것이다. 파기환송판결에서 하급심을 기속하는 부분은 상고법원이 파기이유로 삼은 법률상 및 사실상의 판단에 한해서이어서(제436조 제2항 후문) 원칙적으로 obiter dictum의 설시 내용은 환송법원을 구속하지 않는다. 하지만 환송법원으로서는 파기환송판결의 이유에 담겨 있는 상고법원의 견해를 존중하게 될 것이며, 상고법원은 obiter dictum을 통해 하급심법원의 재판이 올바른 방향으로 행해질 수 있도록 할 수 있는 것이다.[39] 환송법원의 새로운 변론에 중요한 법적 관점을 상고법원이 obiter dictum을 통해 지적하면 하급심법원은 이에 따라 재판하게 되어 분쟁이 신속하게 종결될 수 있게 된다. 만일 상고법원이 이를 지적하지 않으면 원심법원은 다시 잘못된 재판을 하게 될 것이고, 이에 대해 상고가 제기되면 상고법원이 심리하여야 하므로 분쟁의 종국적인 해결은 지연될 수밖에 없다.

판례 변경의 예고를 위해 obiter dictum을 이용한다고 평가받고 있다, Bittner, Höchstrichterliche Ankündigungsrechtsprechung-Rechtsfortbildung ins Ungewisse?, JZ 2013, 648.

38) Fischer, Das obiter dictum – aus revisionsrechtlicher Sicht –, FS für Mühl, 1981, S. 150.

39) 하지만 obiter dictum을 통해 하급심을 가르치려고 해서는 안 된다는 점을 지적하기도 한다, Fischer, Das obiter dictum – aus revisionsrechtlicher Sicht –, FS für Mühl, 1981, S. 151.

Ⅳ. obiter dictum의 한계

obiter dictum에 대해 긍정적인 기능이 인정된다 하더라도 법원이 구체적인 사건과 관련되어 있지도 않은데 다른 사건의 처리에 필요할 수 있는 법원리를 해당 사건의 판결서에서 밝히는 것이 적절한지에 대해서는 비판적인 검토가 필요하다. 특히 당사자주의가 지배하는 민사재판에서는 더욱 그러하다. '2018년 판결'에서 대법원은 당사자가 신청하지도 않았고 또 재판결과와도 무관한 내용인 새로운 방식의 확인소송에 관하여 판결이유에서 설시하였다. 재판의 기초가 되는 이유(ratio decidendi)는 당연히 판결서에 적시되어야 하지만 그렇지 않은 이유, 즉 재판의 기초가 되지는 않지만 법관이 검토한 내용(obiter dictum)을 판결서에 적시하는 것은 다음과 같은 이유에서 자제되어야 한다.[40]

1. 제208조 제2항

obiter dictum은 보통 판결서의 구성 부분 중 판결이유에서 설시되고 있다. 그런데 이러한 관행은 무엇보다도 제208조 제2항의 명시적인 규정에 반한다.

제208조는 제1항 제4호에서 판결이유가 판결서의 필수적 기재사항임을 밝히고 있으며, 제2항에서는 판결이유의 기재 정도에 관하여 명시하고 있다. 이에 따르면, 판결서의 판결이유 부분에서는 '주문이 정당하다는 것을 인정할 수 있을 정도로 당사자의 주장, 그 밖의 공격방어방법에 관한 판단을 표

40) 독일에서는 obiter dictum에 대한 비판을 잠재우기 위해 때때로 판결의 기초가 되는 이유('tragender' Grund eines Urteils)라고 밝히기도 하는데, 대표적으로 동서독 기본조약(Grundlagenvertrag)에 관한 1973년 독일 연방헌법재판소 제2부의 판결을 들 수 있다. 여기서 담당재판부는 '기본조약 자체에 관한 것이 아니더라도 판결이유에 설시한 모든 내용은 반드시 필요하다'고 밝힘으로써 obiter dictum을 판결의 기초가 되는 이유라고 한 것이다, BVerfG NJW 1973, 1539. 이 판결에 대해서는 헌법재판소가 헌법 문제에 관하여서만 판단한 것이 아니라 독일 전체의 복음(ein gesamtdeutsches Evangelium)을 선포한 것이라는 평가가 행해지기도 하였다, Lamprecht, Obiter dictum – Arabeske oder Ballast?, NJW 1998, 1040.

시'하여야 한다. 과거 당사자의 주장과 공격방어방법의 '전부'에 관한 판단을 표시하도록 한 것[41]을 2002년 민사소송법 개정[42]에서 판결이유의 간소화를 위해 당사자의 모든 주장이나 공격방어방법에 관하여 판단할 필요는 없도록 바뀌었다.[43] 그런데 이러한 개정은 판결서의 이유 부분에 어떤 내용을 적어야 하는지에 대해서는 전혀 영향을 미치지 않았다. 판결이유에는 '주문의 정당함'을 뒷받침할 수 있는 내용을 기재하여야 한다. 개정 전처럼 당사자의 주장이나 공격방어방법 '전부'에 관해서든 아니면 현행법처럼 '전부'가 빠진 상태이든지 간에 판결이유의 기재 내용은 '주문'과 연결되어 있어야 하는 것이다. 즉, 원칙적으로 판결이유에는 주문과 관련 없는 내용이 기재되어서는 안 된다. 그리고 제208조 제2항에서는 '당사자의 주장, 그 밖의 공격방어방법에 관한 판단'을 판결이유에 적도록 하고 있다. 당사자의 주장이나 공격방어방법과 무관한 내용을 판결이유에서 설시하는 것 또한 제208조 제2항에 반하는 것이다.

우리 법은 독일연방대법원(Bundesgerichtshof)의 업무규정(Geschäftsordnung) 제13조 제1항[44][45]처럼 '판결이유가 재판의 대상에 한정됨'을 명시적으로 밝

41) 구법 제193조 제2항: 이유의 기재에서는 주문이 정당함을 인정할 수 있는 한도에서 당사자의 주장과 기타 공격 또는 방어방법의 전부에 관하여 판단을 표시한다.

42) 법률 제6626호

43) 이러한 개정에 관하여 문헌에서는 '판결 결과에 영향이 없는 주장 등 사소한 사항에 대한 판단을 생략할 수 있도록 하였다'고 설명하고 있는데(이시윤, 신민사소송법, 제15판, 박영사, 2021, 617면), 이 견해에 따르면 판결이유에 obiter dictum을 기재하는 것이 원칙인 것처럼 여겨진다. '판결 결과에 영향이 없는 주장 등 사소한 사항에 대한 판단'은 obiter dictum에 해당하기 때문이다. 그런데 판결이유에 obiter dictum을 기재하는 것이 당연시 될 수는 없으며, 2002년 개정의 취지는 당사자의 모든 주장이나 공격방어방법에 관하여 반드시 판단할 필요가 없다는 점에 있다. 같은 취지로 김홍엽, 민사소송법, 제10판, 박영사, 2021, 844면.

44) (1) Tatbestand und Entscheidungsgründe sind klar und möglichst kurz abzufassen. Sie sollen sich auf das Wesentliche und auf den Gegenstand der Entscheidung beschränken, auch entbehrliche Fremdwörter und nicht allgemein übliche Ausdrücke möglichst vermeiden(구성요건과 판결이유는 명확하고 가능한 한 간략하게 작성되어야 한다. 구성요건과 판결이유는 중요한 내용과 재판의 대상에 한정되어야 하며, 불필요한 외국어와 일반적으로 통용되지 않는 표현은 가능한 한 삼가하여야 한다.) https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/DasGericht/Fundstellen/geschOrdnungBGH1952.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (검색일: 2022. 10. 5.).

히고 있지는 않다. 재판서 양식에 관한 예규(재판예규 제1687호)는 제16조에서 판결이유의 기재 방법에 관하여서만 규정하고 있을 뿐이다. 즉, "① 이유 부분에는 적절히 문단간격을 두거나, 들여쓰기를 할 수 있다. ② 이유 중 필요한 부분에는 다른 글꼴이나 진한 글자를 사용하거나, 밑줄을 그을 수 있다."라고 서식에 관하여서만 명시하고 있다. 우리 법이 판결이유의 설시 대상이 무엇인지에 관하여 명시적으로 규정하고 있지는 않지만 제208조 제2항으로부터 주문과 관련되어 있어야 하며, 당사자의 주장이나 공격방어방법에 관하여 판단한 내용이어야 한다는 점은 분명히 알 수 있다. 주문과 관련 없는 내용을 기재하거나 당사자의 주장이나 공격방어방법에 대해 판단한 내용이 아니라면 판결이유에 기재해서는 안 되는 것이다.

그리고 대법원 1992. 10. 27. 선고 92다23780 판결에서 명시적으로 밝히고 있듯이, 판결이유의 기재는 '당사자에게 판결의 주문이 어떠한 이유와 근거에 의하여 나온 것인지 그 내용을 알려 주는' 기능을 한다. 당사자는 판결이유를 통해 법원이 구체적인 사실관계를 바탕으로 법 적용을 올바르게 했는지, 자의적인 판단은 아닌지 등을 검토할 수 있게 되는 것이다. 이러한 기능에 상응하도록 판결이유에는 판결 결과가 나오는 데 꼭 필요하고 그 결론을 정당화시킬 수 있는 내용을 적시하여야 하며, 주문과 관련 없는 내용은 원칙적으로 기재해서는 안 된다. 주문과 관련 없는 obiter dictum의 기재는 판결의 결론에 이르게 된 법관의 논리적인 사고 전개 과정을 분명하게 드러내야 할 판결이유의 기능이 제대로 작동하지 못하게 할 수 있다.

구체적인 사건 해결 과정에서 법관이 검토하거나 고민한 내용이라도

45) 이 규정에도 불구하고 독일 연방대법원 또한 민사판결서에 obiter dictum을 기재하는 경우가 적지 않다. 대표적으로 2001년 Weißes-Ross 판결(Urteil vom 29. 1. 2001 - II ZR 331/00)에서는 법률거래를 하는 조합(BGB-Außengesellschaft)의 권리능력에 관하여 설시하였는데, 이 내용은 판결 주문과는 상관없는 것이었다, Jauernig, Zur Rechts- und Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, NJW 2001, 2231. 또한 2005년 결정(BGH, Beschluß vom 2. 6. 2005 - V ZB 32/05)에서는 주택소유자협회(Wohnungseigentümergemeinschaft)의 부분적 권리능력(Teilrechtsfähigkeit)에 관하여 설시하였는데, 이 또한 해당 사건의 재판과는 무관한 것이었다, Schuschke, Die „Kabelanschlusskosten"-Entscheidung des BGH oder: Obiter dicta - die (verbotenen) „Überraschungseier" der Rechtssprechung, NZM 2007, 870.

사건 해결에 반드시 필요한 것이 아니라면 판결이유에 기재할 것은 아니다.[46] 법원조직법 제15조에서는 '대법원 재판서에는 합의에 관여한 모든 대법관의 의견을 표시하여야 한다'고 명시하고 있는데,[47] 이때 대법관의 의견은 구체적인 사건 해결과 관련된 의견을 의미하는 것이지 사건 해결에 직접적인 근거가 되지 않는 의견을 의미하는 것으로 보아서는 안 된다.

판결서 간소화는 재판결과에 대해 당사자를 설득하는 데 반드시 필요하지 않은 내용을 판결이유에 기재하지 않는 것으로부터 시작하여야 한다. 재판을 위해 법관이 검토한 모든 내용을 판결이유에 담지 않고 주문이 나오게 된 중요한 근거를 담아야 하며, 재판결과와 무관한 내용은 원칙적으로 판결이유에 담아서는 안 된다.

이러한 점에서 '2018년 판결'에서 새로운 방식의 확인소송에 관한 대법원의 설시나 '2021년 판결'의 전제가 된 종전 대법원 판례[48]의 보충송달에 관한 설시는 '주문'과 무관한 내용을 판결이유에 기재하고 있을 뿐 아니라 당사자의 주장, 그 밖의 공격방어방법에 관한 판단에 해당하지 않는 내용을

---

46) 인공수정 사안에서 친생추정규정의 적용에 관한 대법원 2019. 10. 23. 선고 2016므2510 전원합의체 판결에서 다수의견의 적용범위를 한정해야 한다는 별개의견 2("출생 시 법적 보호의 공백을 없애고자 하는 친생추정 규정의 입법 취지는 인공수정의 경우에도 타당하고, 부자관계를 확정하기 위한 친생추정 제도는 남편과 정자제공자가 분리된 경우와 유사한 구조를 갖는다는 점, 나아가 정자제공자가 익명인 경우에는 정자제공자를 특정하기 어려울 뿐만 아니라 인지절차도 기대할 수 없다는 점 등을 고려할 때, '제3자 정자제공형 인공수정'에 있어서는 남편과 출생한 자녀 사이에 민법 제844조의 친생추정 규정을 적용함이 타당하다. 그러나 이 법리는 아내가 혼인 중 '남편의 동의'를 받아 '제3자 제공 정자'로 인공수정을 하여 자녀를 출산한 경우에만 적용된다.~") 또한 구체적인 사건 해결에 직접적인 근거가 되는 의견이 아니기 때문에 제208조 제2항에 반한다고 할 것이다.

47) 1949년 제정된 법원조직법 제20조에서는 '대법원재판서에는 합의에 관여한 대법관의 법률상 이견을 첨서할 수 있다'고 규정하고 있었는데, 1961년 개정에서 대법관을 대법원판사로 개칭함에 따라 제20조의 표현도 '대법원재판서에는 관여한 각 대법원판사의 의견을 표시하여야 한다'로 바뀌었다. '할 수 있다'에서 '하여야 한다'로 바뀐 부분에 대해서는 법제처 국가법령정보센터의 【제정·개정이유】에 어떠한 설명도 나와 있지 않다. 1987년 법원조직법 전부개정에서는 대법원판사의 직명을 대법관으로 변경하였으므로 해당 내용 또한 제15조에서 '대법원재판서에는 합의에 관여한 모든 대법관의 의견을 표시하여야 한다'로 바뀌었고, 2014년 개정에서는 띄어쓰기만 바뀌어 "대법원재판서'로 표시하여 현재까지 그대로 유지되고 있다.

48) 각주 4) 참조.

판결이유에 기재하고 있어 모두 제208조 제2항에 반하는 것이다.

2. 처분권주의

민사소송은 법원의 직권이 아니라 당사자의 의사에 의해 절차가 시작되고, 그 판단 대상과 범위가 정해지는 처분권주의가 적용되는 절차이다. 제203조에서 명시하고 있듯이, 법원은 당사자가 신청하지 아니한 사항에 대하여는 판결하지 못한다. 소송요건 등 법원이 직권으로 검토할 수 있는 사항이 아닌 한 원칙적으로 법원은 당사자가 신청한 사항에 관하여 검토하고 판단하여야 하는 것이다. 이러한 기본원칙은 대법원 2020. 1. 30. 선고 2015다49422 판결에서도 확인할 수 있다. 이 판결에서 대법원은 '민사소송에서 심판 대상은 원고의 의사에 따라 특정되고, 법원은 당사자가 신청한 사항에 대하여 신청 범위 내에서만 판단하여야 한다'고 밝히고 있다. 만일 당사자가 신청하지 않은 내용에 대해 법원이 판단한다면 이는 처분권주의를 통해 당사자에게 소송주체로서의 지위를 인정하고자 한 민사소송절차의 기본정신에 반하게 된다.

판결서에서 obiter dictum으로 설시하는 내용은 보통 구체적인 사건의 재판에서 당사자가 신청하거나 주장한 것이 아니어서 원칙적으로 판단할 필요가 없는 것이다.[49] 이는 최고법원의 경우에도 마찬가지이다. 처분권주의는 상고심 재판에도 적용되어 재판은 법원의 직권으로 시작되지 않으며 상고인의 상고 제기가 필요하다. 상고인이 상고를 제기하는 것은 하급심법원의 판단이 잘못되었으니 이를 상고심법원이 검토해주기를 원해서이다. 그런데 최고법원이 판결서에서 obiter dictum을 설시하고 있다면 이는 당사자가 신청하지 않은 부분에 관하여 법원이 판단하고 있는 것이어서 민사재판의 기본원칙과는 맞지 않다.[50][51] 판결이유에서 판단한 내용은 상계의 경우

49) Meier, Was ist eigentlich … obiter dictum?, JuS 2020, 636.

50) 소송의 대상도 아니고 당사자가 전혀 주장하지도 않았으며 쟁점조차 되지 않아 충분한 논의의 대상이 되지 않았던 부분에 관하여 obiter dictum으로 설시하는 것은 심문청구권 침해의 위험이 있다는 지적으로는 Bryde, Obiter Dicta, FS für Papier, 2013, S. 497 f.

를 제외하고 원칙적으로 기판력을 가지지 않아 obiter dictum으로 설시한 내용이 당사자에게 직접적인 손해를 가하는 것은 아니라 하더라도[52] 당사자가 판단을 구하지 않은 내용을 법원이 판단하는 것이어서 처분권주의에 반한다.

'2018년 판결'의 새로운 방식의 확인소송에 관한 대법원 설시는 아직 존재하지 않으며 앞으로 만들어져야 하는 새로운 시스템의 모습에 관해 서술하고 있는 것이어서 전형적인 obiter dictum에 해당하며,[53] 당사자가 신청하지 않은 내용을 법원이 판단하고 있다는 점에서 심판의 대상과 범위를 당사자가 정하는 처분권주의에 명백히 반하는 것이다.

3. 법관의 책무

법관의 가장 중요한 업무는 재판이다. 재판에서 법관은 한 개인이 아니라 국가 권력을 행사하는 주체로서 직무를 수행하고 있는 것이며, 헌법에서 법관의 인적 및 물적 독립성을 보장하고 있는 것도 바로 이를 위해서이다. 이러한 책무에 걸맞게 법관은 재판에서 자신의 개인적인 가치를 실현하는 것이 아니라 공동체의 가치를 반영한 법규정의 해석과 적용을 하고 있다는 점을 판결이유를 통해 밝혀야 한다. 즉, 법원의 판결은 구체적인 사건의 사

51) 독일에서는 최고법원이 obiter dictum으로 설시하고자 하는 내용에 관하여 구술변론에서 당사자에게 알려주고 이에 대해 당사자가 의견을 진술할 수 있는 기회를 보장하는 것이 바람직하다고 보기도 한다, Fischer, Das obiter dictum – aus revisionsrechtlicher Sicht –, FS für Mühl, 1981, S. 151. 그런데 상고심에서도 구술변론을 원칙으로 하는 독일과는 달리, 우리는 임의적 변론원칙이 적용되며 다만 소송관계를 분명하기 위하여 필요한 경우 변론을 열어 참고인의 진술을 들을 수 있도록 하고 있을 뿐이다(제430조 제2항). 구술변론이 원칙이 아닌 이런 상황에서 obiter dictum에 대해 당사자에게 지적하고 의견진술의 기회를 부여하기는 더욱 어려울 것이다.

52) 간접적으로는 당사자에게 소송지연이라는 불이익이 생길 수 있다. 판결서에 obiter dictum을 기재하는 데에는 적지 않은 노력과 시간이 필요하기 때문이다. '2018년 판결'의 경우에도 대법원에 사건이 접수된 것은 2015. 8. 21.인데, 판결은 2018. 10. 18.에 선고되었다. 이행청구에 대한 승소확정판결 후 시효중단을 위해 후소로서 이행의 소를 제기하는 데 소의 이익을 인정하는 것은 대법원의 기존 입장이기에 새로운 방식의 확인소송에 관한 내용이 아니라면 당해 사건에서 판결 선고까지 3년이 넘는 시간이 걸리지는 않았을 것이다.

53) Bryde, Obiter Dicta, FS für Papier, 2013, S. 497.

실관계에 객관적이며 합리적으로 법규정을 해석 적용하여 내린 판단이어야 하며, 이 점을 판결이유에서 밝혀야 하는 것이다. 구체적인 사건의 판단에 반드시 필요하지 않은 문제에 관하여 판결이유에서 밝힌다면 이는 재판의 기능을 벗어나게 된다.[54][55] 법관은 구체적인 사건에 관하여 판결을 내리기까지 자신이 그동안 생각하고 검토한 관점이나 논리를 모두 판결서에 드러낼 필요는 없으며 드러내어서도 안 된다. 특히 판결의 근거가 되지 않는 관점이나 논리를 판결서에 설시해서는 안 된다.[56] 판결서에 개인적인 견해를 밝히는 것은 법관의 본질적인 업무가 아니다.[57] 따라서 구체적인 사건의 판단에 반드시 필요하지 않은 법규정에 관한 학문적 혹은 이론적 관점에 대해 설시하거나 당해 사건을 해결하는 데 반드시 필요하지 않은 문제에 관하여 학술적 토론을 해서는 안 되는 것이다.[58] 만일 법관이 사건 해결과 직접적인 관련이 없는 쟁점에 관하여 자신의 생각이나 신념을 판결이유에서 밝힌다면 이러한 obiter dictum으로 인해 판결서가 아니라 학술논문이 될 수 있다.[59]

그리고 재판업무에서 법관은 늘 자신의 판결의 정당성에 대해 고민하

---

54) Fischer, Das obiter dictum – aus revisionsrechtlicher Sicht –, FS für Mühl, 1981, S. 145.

55) dicta에 관한 대표적 연구자인 Wambaugh는 재판을 하는 법원은 해당 사건에 관하여 판단하여야 하며 다른 것에 관해 판단할 권한이 없다고 하였다, Collier, Precedent and Legal Authority: A Critical History, Wisconsin Law Review, vol. 1988, no. 5, 1988, p. 773.

56) 판결서는 전문가 의견서(Gutachten) 양식으로 작성되어서는 안 된다고 지적하는 견해로는 Fischer, Das obiter dictum – aus revisionsrechtlicher Sicht –, FS für Mühl, 1981, S. 142. 이에 따르면 전문가 의견서에서는 본질적으로 중요한 법적 쟁점이 아니더라도 검토할 수 있지만 판결이유에서는 재판의 기초가 되는 쟁점이 아니기 때문에 설시해서는 안 된다는 것이다.

57) Collier, Precedent and Legal Authority: A Critical History, Wisconsin Law Review, vol. 1988, no. 5, 1988, p. 777.

58) Fischer, Das obiter dictum – aus revisionsrechtlicher Sicht –, FS für Mühl, 1981, S. 146.

59) 교사의 체벌권에 관한 독일 연방대법원 형사부의 14면에 달하는 1954년 판결(BGHSt. 6. 263), 22면에 달하는 1957년 판결(BGHSt. 11. 242)과 13면에 달하는 1958년 판결(BGHSt. 12. 62) 모두 연구논문(monografische Abhandlung)이라고 지적하는 견해로는 Schmidt, Bemerkungen zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Frage des Züchtigungsrechtes der Lehrer, JZ 1959, 518.

고 검토해야 한다. 구체적인 사안에서 사실적 및 법적 관점에 관해 검토하고 양당사자의 주장을 신중하게 살피는 것은 올바른 판결을 위한 전제요건이다. 그런데 obiter dictum에는 이러한 정당성이 문제될 수 있다. obiter dictum으로 설시하고 있는 것은 구체적인 사안의 사실적·법적 쟁점과 직접 관련이 없는 내용이며 양당사자가 주장한 것도 아닌 내용에 대해 법원이 판단한 것이기 때문이다.[60] obiter dictum의 설시로 법관은 자신이 판단해야 하는 구체적인 소송사건의 범위를 넘어서게 되며, 당해 소송의 소송물도 아니고 당사자들이 다투고 있는 본질적인 내용에 관하여 검토하고 있는 것도 아니다.[61] obiter dictum을 통해 자신의 의견을 밝히려는 법관은 결국 판결의 정당성 보장을 포기해야 하며, 이로써 추가적인 오류의 위험까지 생길 수 있다.[62]

또한 법원은 원칙적으로 구체적인 사건에 대해 판단하고 법적인 해결결과를 이끌어 내어야 하며, 추상적인 법률문제에 관하여 법적 견해를 밝히는 것은 법원의 임무가 아니다.[63] 구체적인 사건에 대해 판단하지 않고, 아직 쟁점이 되지 않은 문제에 관해 법원이 미리 판단한다면 obiter dictum을 통해 법원은 사법부의 역할과 기능을 넘어[64] 입법권을 행사하는 것과 같다

---

60) obiter dicta가 소송에서 당사자 대립적인 입증체계를 무너뜨릴 수 있다는 견해로는 Collier, Precedent and Legal Authority: A Critical History, Wisconsin Law Review, vol. 1988, no. 5, 1988, p. 773.

61) Fischer, Das obiter dictum – aus revisionsrechtlicher Sicht –, FS für Mühl, 1981, S. 142. '2018년 판결'에 대하여 '당사자가 주장하거나 다툰 것도 아니고 직권조사사항도 아닌데, 대법관끼리 주장하고 다툰 것에 관해서 다수결로 판단한 것'이라는 비판으로 호문혁, "셀카소송과 셀카봉판결 – 대법원 2018. 10. 18. 선고 2015다232316 전원합의체 판결을 보고", 「법률신문」 2019. 3. 20.

62) 독일에서는 obiter dictum으로 설시한 내용이 다시 철회되는 경우가 자주 있다고 한다, Fischer, Das obiter dictum – aus revisionsrechtlicher Sicht –, FS für Mühl, 1981, S. 142.

63) Meier, Was ist eigentlich … obiter dictum?, JuS 2020, 637.

64) obiter dictum은 종종 아직 발생하지 않은 미래의 사안에 대해 설시하고 있어 정치와 사법의 기본적인 권력분립과 충돌하게 된다고 지적하면서 사법부는 (정치적으로) 이미 결정된 것에 관하여, 즉 입법부가 결정한 입법의 구체적인 내용에 관하여 재판하는 것이므로 장래의 일에 대해서는 가능한 한 소극적인 태도를 취하여야 한다는 견해로는 Bryde, Obiter Dicta, FS für Papier, 2013, S. 499.

는 비판을 받을 수 있다.[65][66]

obiter dictum의 긍정적인 측면으로서 법관에 의한 법의 형성발전에 대한 기여를 들기도 하지만[67] 법관에 의한 법의 형성발전과 obiter dictum은 엄격하게 구분하여야 한다. 법관법은 구체적인 사건과 관련하여 처분권주의 등 민사소송절차의 기본원칙을 준수하면서 이루어지는 반면, obiter dictum은 당해 사건과 직접적인 관련성이 없는 내용을 법원이 설시하고 있는 것이다. 즉, obiter dictum은 구체적인 사안 해결과 관련하여 법규정을 새롭게 해석하거나 법률흠결의 공백을 메우기 위해 법원이 의견을 제시하고 있는 것이 아니라는 점에서 법관법과 차이가 난다.

4. 실질적 영향력

obiter dictum은 법적 효과 면에서는 그리 큰 의미를 가지지 않는다. 영미법계에서는 선례 구속력이 인정되지 않으며, 대륙법계에서는 기판력이 인정되지 않는다. 우리 민사소송법이나 독일 민사소송법 모두 판결이유 중의 판단은 상계를 제외하고 기판력을 가지지 않음을 밝히고 있다. 제216조에서는 확정판결은 주문에 포함된 것에 한하여 기판력을 가지며 판결이유 중의 판단에는 상계의 경우에 기판력이 인정됨을 명시하고 있으며, 독일 민사소송법 제322조 또한 판결은 소나 반소로 제기된 청구를 판단한 범위 내에서 그리고 상계의 경우에 기판력이 인정됨을 명시하고 있다. 즉, 상계의 경우를 제외하고 판결이유에 설시된 내용은 판결의 기초가 된 내용뿐 아니라 obiter dictum 또한 당사자나 법원을 구속하는 효력이 인정되지 않는다. 그리고 기

---

65) Collier, Precedent and Legal Authority: A Critical History, Wisconsin Law Review, vol. 1988, no. 5, 1988, p. 774.

66) Schulz, Funktionen des obiter dictum, ZIS 10/2018, 403. 이에 따르면 사법부의 역할은 법질서의 유지(Rechtsbewahrung)인 반면, 미래지향적인 사회 형성은 입법부와 행정부의 업무라는 것이다.

67) obiter dictum이 법관법을 위한 중요한 도구(ein bedeutsames Instrument für die Rechtsfortbildung)라고 설명하기도 한다, Fischer, Das obiter dictum – aus revisionsrechtlicher Sicht –, FS für Mühl, 1981, S. 139.

판력과는 달리 그 효력이 판결이유 중의 판단에 미치는 참가적 효력도 결론에 영향을 미칠 중요한 판결이유를 대상으로 하며 그러한 영향이 없는 obiter dictum은 여기에 해당하지 않는다.[68] 나아가 최고법원의 obiter dictum에는 환송법원을 기속하는 효력도 인정되지 않는다.[69] 제436조 제2항 후문에서 명시하고 있듯이, 환송법원이 기속되는 것은 상고법원이 파기이유로 삼은 사실상 및 법률상 판단에 한해서이기 때문이다. 상고법원이 파기이유로 삼지 않은 사실상·법률상 판단에 대해서는 환송법원에 대한 기속력이 인정되지 않는 것이다.[70]

그런데 이러한 법적 효과와는 달리 obiter dictum의 실질적 영향력은 작지 않다. 경우에 따라서는 obiter dictum이 마치 주연처럼 영향을 미치는 경우도 있다.[71] '2018년 판결'이 대표적으로 이런 경우인데, 이 판결에 대해 학계뿐 아니라 실무계에서 주목한 것은 재판의 결과가 아니라 바로 판결이유에서 설시하고 있는 '새로운 방식의 확인소송'에 관한 obiter dictum이었다.[72]

obiter dictum에 대해서는 상당한 정도의 실질적인 구속력이 인정될 수 있는데, obiter dictum에 나타난 최고법원의 의견은 실무뿐 아니라 학문적으로도 주목을 받으며 실질적인 영향을 미칠 수 있다.[73] 특히 실무에서는 obiter dictum을 통해 최고법원의 입장을 예견할 수 있어 향후 재판에서 하급심법원들은 obiter dictum으로 설시된 최고법원의 견해에 따라 결론 내리게 될 것이며, 소송당사자나 변호사 또한 obiter dictum으로 표시된 최고법원의 의견을 중시하여 이에 상응하는 내용을 주장하게 될 것이다.[74] 영미법

---

68) 대법원 1997. 9. 5. 선고 95다42133 판결에서는 '전소 확정판결의 참가적 효력은 전소 확정판결의 결론의 기초가 된 사실상 및 법률상의 판단으로서 보조참가인이 피참가인과 공동이익으로 주장하거나 다툴 수 있었던 사항에 한하여 미치고, 전소 확정판결에 필수적인 요소가 아니어서 결론에 영향을 미칠 수 없는 부가적 또는 보충적인 판단이나 방론 등에까지 미치는 것은 아니다.'라고 밝혔다.

69) 주석 민사소송법(VI), 제7판, 한국사법행정학회, 2012, 599-600면.

70) 곽희경, "환송판결의 기속력의 범위에 관한 연구", 「민사소송」 제20권 제2호, 2016, 184면.

71) Lamprecht, Obiter dictum – Arabeske oder Ballast?, NJW 1998, 1039.

72) 각주 1) 참조.

73) Meier, Was ist eigentlich … obiter dictum?, JuS 2020, 636.

74) Birk, Die Ankündigung von Rechtsprechungsänderungen – Rechtssoziologische

계에서는 최고법원이 판단하는 사건 수가 많지 않아 중요한 법률문제임에도 불구하고 최고법원의 판단을 받을 수 없는 경우가 많기 때문에 최고법원은 obiter dictum을 통해 하급심법원의 재판에 지침이 될 수 있는 내용을 설시하여 실질적인 영향을 미칠 수 있는 것으로 평가하고 있다.[75]

이처럼 obiter dictum은 법률상 인정되는 효과와는 무관하게 최고법원의 견해가 드러난 것이어서 하급심법원 등 실무에 큰 영향을 미칠 수 있다. 그런데 이러한 obiter dictum의 실질적인 영향력을 고려하면 obiter dictum의 활용에 대해서는 더욱 비판적인 검토가 필요하다.

가장 우려되는 것은 obiter dictum의 영향력의 범위가 기판력이나 환송판결의 기속력과 같은 법적 효력에 비해 더 강하다는 점이다. 기판력은 소송물의 동일성이나 주관적, 객관적, 시적 범위 등의 제한요소가 내재 되어 있으며, 환송판결의 기속력 또한 당해 사건에 한해서만 그리고 파기의 이유가 된 부분에 대해서만 인정된다는 제약이 존재하는 데 비해 obiter dictum의 실질적인 영향력에는 그러한 제한이 없다. obiter dictum은 개별 사건에 대해서만 적용되는 것이 아닌 일반론으로서 실무에 영향을 미치고 있는 것이다.

그리고 obiter dictum에 대해서는 절차적 정당성(Verfahrenslegitimität)

---

und methodologische Bemerkungen zum Urteil des BAG vom 26.10.1973, JZ 1974, 739.

75) 예컨대, 호주의 경우 하급심법원이 최고법원의 obiter dictum에 대해 매우 설득력 있는 것으로 생각하지만 반드시 이에 따라야 한다고 보지 않았던 태도를 취해 왔던 것이 부당이득반환청구에 관한 2007년 Farah Constructions v Say-Dee Pty Ltd 사건 이후부터는 최고법원의 obiter dictum을 구속력 있는 것으로 받아들이는 경향을 보이고 있다고 한다, Harding/Malkin, 'The High Court of Australia's Obiter Dicta and Decision-Making in Lower Courts' (2012) 34 Sydney L Rev pp. 247. Farah Constructions Pty Ltd v Say-Dee Pty Ltd [2007] HCA 22 판례는 형평법(equity), 재산법(property), 부당이득(unjust enrichment), 의제신탁(Constructive Trusts), 선례원칙(doctrine of precedent) 등 호주의 법이론을 발전시킨 것으로 평가받고 있는데, 이 사건은 1998년 Say-Dee Pty Ltd와 주거용 부동산 구입 및 재개발약정을 한 Farah Constructions Pty Ltd.가 2003년 Say-Dee Pty Ltd.를 상대로 문제된 부동산에 대하여 매도 수탁인 선임을 구하는 소를 제기하자 Say-Dee Pty Ltd.는 Farah Constructions Pty Ltd.가 자신과의 파트너십의 의제신탁에 관한 소유지분이 있다는 확인을 구하는 반소를 제기한 데 관한 것이다. 상세한 내용은 Farah Constructions Pty Ltd v Say-Dee Pty Ltd [2007] HCA 22, 230 CLR 89 참조.

의 문제가 제기되고 있다.[76] 최고법원이 재판에서 밝힌 법규범의 맥락과 결과는 구체적인 사건에서 당사자와 하급심법원이 검토한 사실 및 법적 자료를 바탕으로 한 것이어서 올바른 법률해석과 법관법을 보장할 수 있는데 비해, obiter dictum에는 구체적인 개별사례를 통해 확인되는 재판의 정당성에 대한 보장이 없다는 것이다.[77]

지금까지 해결되지 않았거나 새로운 법률문제가 등장했을 때 판례의 방향을 전하기 위해 최고법원은 obiter dictum을 이용할 수 있다는 견해도 있지만,[78] 판결에서는 구체적인 사건에서 행해진 법관의 판단(judicial decisions)에 초점이 맞추어져야 하며, 법관의 견해(judicial opinions)에 관심이 집중되어서는 안 된다.[79] 또한 obiter dictum에서 의견을 밝힌 법관의 견해가 바뀌거나 재판부의 구성이 바뀐 경우에도 여전히 obiter dictum을 통해 전달된 판례의 방향이 타당성을 유지할 수 있을지도 의문이다.[80] 물론 obiter dictum으로 밝힌 최고법원의 견해가 학계나 실무계의 지지를 받는 경우에는 판례 변경의 예고라는 obiter dictum의 긍정적인 기능을 인정할 여지도 있지만 그렇지 않은 경우에는 오히려 obiter dictum으로 혼란만 초래하게 될 뿐이다. 대표적으로 새로운 방식의 확인소송에 관한 '2018년 판결'은 학계로부터 많은 비판을 받아 과연 그 판결서의 obiter dictum이 올바른 판례 변경의 방향을 예고한 것이라고 할 수 있을지 의문이다.[81]

---

76) Bryde, Obiter Dicta, FS für Papier, 2013, S. 498.

77) Schlüter, Obiter Dictum, 1973, S. 29 ff.

78) Schulz, Funktionen des obiter dictum, ZIS 10/2018, 403.

79) 독일 연방노동법원의 부법원장(BAG-Vizepräsidenten)이었던 Dörner는 obiter dicta는 개별 사안에서 구체적인 법의 형성발전에 전혀 기여하지 않으면서 독자들을 혼란에 빠뜨리고 나중에 판결 내용을 인정하는 데 방해가 될 뿐이라고 신랄하게 비판하였다, Dörner, Neues aus dem Befristungsrecht, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, Nr. 2, 2007, 58.

80) obiter dictum으로 언급했던 문제가 나중에 실제 쟁점이 된 사건에서는 달리 판단될 수도 있다, Fischer, Kunst der Fehler, https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2016-04/buerokratie-bundesgerichthof-strafrech-justiz-fischer-im-recht/seite-3 (검색일: 2022. 9. 14.).

81) 대표적으로 비판적인 입장을 취한 견해로는 한충수, "새로운 방식의 확인소송의 출현 배경과 후속조치에 대한 단상", 「법학연구」 제30권 제3호, 2020, 1면 이하; 호문혁, "셀카소송과 셀카봉판결 - 대법원 2018. 10. 18. 선고 2015다232316 전원합의체 판결

obiter dictum에 대해서는 특정 문제에 대해 꼭 필요한 토론을 이끌어 내는 데 적합한 도구라고 긍정적으로 평가하는 견해도 있지만,[82] obiter dictum의 설시가 이러한 의도에서 행해진다면 이는 판결을 통해서가 아니라 학술논문 등 다른 장소에서 이루어져야 한다.[83] 법관들의 학문적 글쓰기가 전혀 낯설지 않은 오늘날, 최고법원이 분명히 하고자 하는 법규정의 해석이나 제도 개선점이 있다면 이에 관하여서는 학술적 논문이나 대법원 판례해설 등 다른 지면을 통해 먼저 의견을 밝힌 후 학술적 및 실무적 관점에서 토론이 행해지고 의견이 모아지는 과정을 거치는 것이 필요하다. 특히 obiter dictum이 가지는 실질적인 영향력을 고려할 때 최고법원은 특정 쟁점에 관한 자신의 의견을 판결서에 obiter dictum으로 제시하기보다는 학술논문이나 기고문 등의 형태로 해당 문제를 상정하여 학술적·실무적 논의 과정을 거치는 것이 바람직하다.[84] '2018년 판결'의 새로운 방식의 확인소송에 관한 내용을 대법원이 판결서에서 obiter dictum으로 밝히는 대신 대법원 판례해설이나 학술논문 등에서 의견을 제시하고 이에 대한 토론과정과 의견수렴 과정을 거쳤다면 보다 합리적인 결론을 이끌어 낼 수 있었을 것이다.

V. 마치며

영미법계든 대륙법계든 법원의 판결서에서 obiter dictum을 찾는 것은 그리 어렵지 않다. 특히 최고법원은 구체적인 사건에서 직접적인 쟁점은 아

을 보고", 「법률신문」, 2019. 3. 20.

82) Kötz, Buchbesprechung 'Das Obiter Dictum, Die Grenzen höchstrichterlicher Entscheidungsbegründung, dargestellt an Beispielen aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts von Wilfried Schlüter (1973)', AcP 175, 364.

83) 독일에서도 법관들이 판결이유에서 학문적인 토론을 하는 것처럼 서술하는 경향이 있다고 지적하면서 판결서는 학문적 토론의 장소로 적합하지 않다는 비판이 있다, Balzer, Schlanke Entscheidungen im Zivilprozeß, NJW 1995, 2455.

84) '대법원이 사건의 결론과는 관계없는 사항에 관하여 판결에서 의견을 표시하는 것은 바람직하지 않다. 종래의 실무관행을 고치려면 실무제요에 기재하거나 다른 방법으로 시행하는 것이 타당하다'는 견해로는 호문혁, 민사소송법, 제14판, 법문사, 2020, 626면 각주 3).

니지만 특정 법률문제에 관하여 자신의 의견을 밝히기 위해 obiter dictum을 종종 활용한다. 우리 대법원 또한 마찬가지이다. 이러한 실무 경향에 대해 법관법의 발전이나 판례 변경의 예고를 위해 필요하다고 긍정적으로 평가하는 견해도 있지만, 구체적인 사건의 판단에 반드시 필요하지 않은 obiter dictum을 판결이유에 기재하는 것은 자제되어야 한다. 이는 무엇보다도 판결이유의 기재에 관한 민사소송법의 명문규정(제208조 제2항), 민사재판을 지배하는 처분권주의원칙 그리고 구체적인 사건에 관하여 판단하여야 하는 법관의 책무 및 obiter dictum이 가지는 실질적 영향력의 위험을 고려해서이다.

판례 변경을 예고하거나 논란이 되고 있는 특정 쟁점을 정리할 필요가 있다고 판단하는 경우에 최고법원이 이를 위해 판결서의 obiter dictum을 이용하는 것은 적절하지 않으며, 학술논문이나 판례해설 등 다른 문헌을 통해 먼저 의견을 밝히고 학술적·실무적 토론을 거친 후 합리적인 결론을 이끌어 내어야 한다.

민사판결서의 obiter dictum에 대한 비판적 고찰 – 정 선 주	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2023.01.30.	2023.02.27.	2023.03.26.

[참고문헌]

강동훈, “시효중단을 위한 재소(再訴) 및 새로운 방식의 확인소송에 대한 고찰”, 「민사판례연구」 XLII, 2020.

강일신, 헌법재판소 선례변경에 관한 연구, 헌법이론과 실무 2017-A-1, 헌법재판소/헌법재판연구원, 2017.

강현중, “‘재판상 청구’가 있다는 점에 대하여만 확인을 구하는 형태의 ‘새로운 방식의 확인소송’”, 「법률신문」 2019. 2. 18.

——, “소극적 확인하는 소에서 ‘확인하는 이익’에 관한 법리 - 대법원 2021. 6. 17. 선고 2018다257958, 257965 전원합의체 판결 -”, 「법률신문」 2021. 12. 13.

곽희경, “환송판결의 기속력의 범위에 관한 연구”, 「민사소송」 제20권 제2호, 2016.

김홍엽, 민사소송법, 제10판, 박영사, 2021.

심준보, “판례 변경의 의의”, 「민사판례연구」 XXXVI, 2014.

원종배, “시효중단을 위한 ‘새로운 방식의 확인소송’에 대하여”, 「법학논고」 제65집, 2019.

윤진수, “한국법상 판례의 의미 - 대법원 2021. 12. 23. 선고 2017다257746 전원합의체 판결에 비추어 본 주론과 방론의 구별”, 「사법」 제62호, 2022.

이광범, “판례의 의미와 구속력에 관한 소고”, 「판례실무연구 VI」, 2003.

이기철, “헌법재판소의 방론은 바람직한가?”, 「공법학연구」 제7권 제1호, 2006.

이시윤, 신민사소송법, 제15판, 박영사, 2021.

이충상, “시효중단을 위한 새로운 방식의 확인소송”, 「민사소송」 제24권 제1호, 2020.

주석 민사소송법(VI), 제7판, 한국사법행정학회, 2012.

최준규(역), 법학방법론, 박영사, 2022.

한충수, “새로운 방식의 확인소송의 출현배경과 후속조치에 대한 단상”, 「법학연구」 제30권 제3호, 2020.

허완중, “헌법재판에서 소수의견제도”, 「헌법재판연구」 제6권 제1호, 2019.

호문혁, 민사소송법, 제14판, 법문사, 2020.

——, “셀카소송과 셀카봉판결 - 대법원 2018. 10. 18. 선고 2015다232316 전원합의체 판결을 보고”, 「법률신문」 2019. 3. 20.

홍일표, “판례의 형성과 구속력의 범위”, 「일감법학」 제12호, 2007.

Balzer, Schlanke Entscheidungen im Zivilprozeß, NJW 1995, 2449.

Bertelmann, Die Ratio decidendi zwischen Gesetzesanwendung und Rechtssatzbildung an Hand höchstrichterlicher Rechtsprechung, 1975.

Birk, Die Ankündigung von Rechtsprechungsänderungen - Rechtssoziologische und methodologische Bemerkungen zum Urteil des BAG vom 26.10.1973, JZ 1974, 735.

Bittner, Höchstrichterliche Ankündigungsrechtsprechung - Rechtsfortbildung ins Ungewisse?, JZ 2013, 645.

Black’s Law Dictionary(8th edition), Tompson Reuters, 2004.

Bryde, Obiter Dicta, Festschrift für Hans-Jürgen Papier, 2013, 493.

Collier, Precedent and Legal Authority: A Critical History, Wisconsin Law Review, vol. 1988, no. 5, 1988, 771.

Dörner, Neues aus dem Befristungsrecht, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, Nr. 2, 2007, 58.

Fischer, Das obiter dictum – aus revisionsrechtlicher Sicht –, Festschrift für Otto Mühl, 1981, 139.

Fischer, Kunst der Fehler, https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2016-04/buerokratie-bundesgerichthof-strafrech-justiz-fischer-im-recht/seite-3.

Harding/Malkin, 'The High Court of Australia's Obiter Dicta and Decision-Making in Lower Courts' (2012) 34 Sydney L Rev 239.

Jauernig, Zur Rechts- und Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, NJW 2001, 2231.

Kötz, Buchbesprechung 'Das Obiter Dictum, Die Grenzen höchstrichterlicher Entscheidungsbegründung, dargestellt an Beispielen aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts von Wilfried Schlüter (1973)', AcP 175, 364.

Korch, Obiter Dicta in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Gesellschaftsrecht, ZGR 2021, 867.

Lamprecht, Obiter dictum – Arabeske oder Ballast?, NJW 1998, 1039.

Meier, Was ist eigentlich … obiter dictum?, JuS 2020, 636.

Schuschke, Die „Kabelanschlusskosten"-Entscheidung des BGH oder: Obiter dicta – die (verbotenen) „Überraschungseier" der Rechtssprechung, NZM 2007, 870.

Schlüter, Das Obiter Dictum – Die Grenzen höchstrichterlicher Entscheidungsbegründung, dargestellt an Beispielen aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts –, 1973.

Schmidt, Bemerkungen zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Frage des Züchtigungsrechtes der Lehrer, JZ 1959, 518.

Schulz, Funktionen des obiter dictum, ZIS 10/2018, 403.

【국문초록】

일반적으로 obiter dictum은 판결서의 판결이유 부분에 설시되어 있는 법관의 의견으로서 구체적인 사건에 관한 판결 주문을 정당화하는 데 반드시 필요하지 않아 해당 부분이 없더라도 판결이유의 성립에 아무런 문제가 되지 않는 것을 의미한다.

선례 구속력(stare decisis)이 인정되는 ratio decidendi와 구분하기 위해 영미법계에서는 obiter dictum에 관한 학문적 실무적 관심이 큰 반면, 대륙법계에서는 그러하지 않다. 하지만 대륙법계의 최고법원은 판례 변경의 예고나 법관법의 도구로서 obiter dictum을 종종 이용하고 있다.

그런데 이러한 실무관행은 비판적으로 검토되어야 한다. 무엇보다도 obiter dictum은 판결이유의 기재에 관한 민사소송법의 명문규정에 반한다. 민사소송법 제208조 제2항에 따르면 판결이유에는 주문의 정당함을 뒷받침할 수 있는 내용을 기재하여야 하는데, obiter dictum은 주문과 관련 없는 내용이며 재판결과와도 무관한 것이다. 그리고 obiter dictum으로 설시한 내용은 당사자가 신청한 것이 아니라 법원이 직권으로 판단한 것이어서 민사소송절차를 지배하는 처분권주의원칙과도 맞지 않다. 나아가 obiter dictum은 구체적인 사안에서 사실적·법적 쟁점과 직접 관련이 있는 내용이 아니라는 점에서 법관의 가장 중요한 책무인 재판에 상응하지 않는다. 재판업무에서 법관은 구체적인 사건의 법적 다툼에 대해 판단하는 것이며, 사건 판단에 반드시 필요하지 않은 일반 법원칙을 밝히거나 추상적인 법률문제에 관하여 법적 견해를 밝히는 것은 법관의 업무가 아니다.

obiter dictum에는 기판력이나 참가적 효력 등 법적 효과가 인정되지는 않지만, 학계나 실무계에 미치는 실질적 영향력이 작지 않다는 점에서 비판적으로 검토되어야 하며, 구체적인 사건에 관하여 법원이 검토한 사실 및 법적 자료를 바탕으로 한 것이 아니어서 재판의 정당성에 대한 보장이 없다는 점에서 그 활용을 자제하여야 한다.

【Zusammenfassung】

Kritische Betrachtungen über das obiter dictum im Zivilurteil

Jeong, Sun Ju
(Seoul National University School of Law)

Unter obiter dictum versteht man richterliche Ausführungen in Entscheidungsgründen, die zur Rechtfertigung des Tenors im konkreten Fall nicht notwendig und damit entbehrlich sind, weil unter diese Ausführungen der Sachverhalt eines konkreten Falles nicht subsumiert werden kann oder nicht subsumiert zu werden braucht.

Anders als im angloamerikanischen Rechtssystem, wo das obiter dictum sowohl in der Wissenschaft als auch in der Praxis eine große Rolle spielt, um es aufgrund der stare decisis von ratio decidendi abzugrenzen, steht das im kontinentaleuropäischen Rechtssystem eher am Rande. Allerdings versucht der höchste Gerichtshof häufig das obiter dictum als Instrument zur Prognose von Rechtsprechungsänderung und der Rechtsfortbildung zu nutzen.

Diese Praxis ist m.E. kritisch zu sehen. Vor allem widerspricht das obiter dictum in Entscheidungsgründen den ausdrücklichen Regelungen der Zivilprozessordnung. Nach § 208 II enthalten die Entscheidungsgründe die Erwägungen, auf denen der Tenor in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht beruht. Die Entscheidungsgründe sind insoweit von Bedeutung, als sie die im Tenor getroffene Entscheidung rechtfertigen. Dementsprechend kann das obiter dictum keinen Platz in der logisch aufgebauten Begründung finden, da es in keinem Zusammenhang mit dem Tenor steht und für den Ausgang des Verfahrens ohne Belang ist

und daher ein überflüssiger Bestandteil der Entscheidungsgründe ist.

Darüber hinaus gerät das obiter dictum in Konflikt mit dem Grundsatz der Dispositionsmaxime im Zivilverfahren, indem die Äußerungen oder Bemerkungen des Gerichts durch das obiter dictum sich in keiner Weise auf den Streitgegenstand beziehen und nicht in die Belange der Parteien eingreifen.

Das obiter dictum steht auch in keinem Einklang mit der wichtigsten richterlichen Aufgabe, Entscheidungen über auf einen konkreten Fall bezogenen Rechtsstreit zu treffen, nicht irgendwelche Rechtsgrundsätze oder Rechtsregeln aufzustellen.

Auch wenn dem obiter dictum keine rechtlichen Wirkungen wie materielle Rechtskraft oder Interventionswirkung zugeschrieben werden können, sind seine tatsächlichen Auswirkungen auf Wissenschaft und Praxis nicht zu unterschätzen. Angesichts der fehlenden Bezugnahme auf den konkret zu entscheidenden Sachverhalt ist das obiter dictum mit Vorsicht zu begegnen. Es gibt wenige triftige und überzeugend Gründe, die für die Aufnahme von obiter dictum in Urteilsgründe sprechen zu können.

주제어(Keyword) : 방론(obiter dictum), 주론(ratio decidendi), 선례(Präzedenzfall), 법관법(Rechtsfortbildung), 판결이유(Entscheidungsgründe), 처분권주의(Dispositionsmaxime), 법관의 책무(Aufgabe des Richters)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제108호 2023년 3월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2023.108.251

행정소송에서 소의 병합을 통한 다양한 소송유형의 활용에 관한 연구*

이 승 훈**

목 차

Ⅰ. 들어가며
1. 소의 병합의 활용 가능성
2. 연구의 목적과 방향
Ⅱ. 행정소송에 있어 소의 병합의 일반
1. 행정소송에서의 소의 병합의 구조
2. 소의 병합의 일반 요건
3. 병합의 형태
Ⅲ. 관련청구소송의 병합
1. 관련청구소송의 병합의 도입 목적
2. 관련청구소송의 병합 요건과 범위
3. 활용가능한 영역
4. 주된 청구가 부적법하거나 관련청구병합의 요건을 갖추지 못한 경우
Ⅳ. 마치며

Ⅰ. 들어가며

1. 소의 병합의 활용 가능성

여러 개의 청구를 병합하여 하나의 소송절차에서 심판하는 것은 각각의 절차에서 따로 심리·판단하는 것에 비하여 권리구제를 받기 위한 당사자

* 이 논문은 고려대학교 법학전문대학원 단과대학신임교원정착연구비의 지원을 받아 작성되었다.

** 고려대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사.

의 시간과 비용을 줄일 수 있을 뿐만 아니라 법원의 심리부담을 덜고, 모순·저촉을 피할 수 있는 장점이 있다.[1] 그런데 행정소송은 소송유형별로 소송요건이 복잡·다양할 뿐만 아니라 피고적격이 행정청과 행정주체로 구분되어 있어 원고가 자신의 상황에 맞는 적절한 권리구제를 받기 위해서는 적절한 소송유형과 그에 따른 소송요건을 갖출 것이 반드시 요구된다. 또한 항고소송을 통해 행정처분의 효력이 부정되더라도 그로 인한 손해를 배상받거나 원상회복을 위해서는 별도의 소를 제기하여야 한다. 이와 같은 행정소송의 특성을 고려하여 보면 행정소송에서는 일반적인 민사소송에서의 소의 병합과 달리 여러 소송유형의 병합이 요구된다. 다음과 같은 경우를 상정할 수 있다.

① 행정처분에 대한 취소소송을 제기하면서 제소기간 준수 여부에 의문이 있어 무효등확인소송도 함께 제기하고자 하는 경우 또는 행정처분에 대한 무효확인소송을 제기하면서 하자의 중대·명백성 증명에 자신이 없어 취소소송도 함께 제기하고자 하는 경우

② 행정청에 대하여 행정처분에 대한 취소소송을 제기하면서 그 행정청이 속한 국가나 지방자치단체 등 공공단체를 상대로 손해배상청구도 함께 제기하고자 하는 경우(이 경우 피고 행정청은 행정처분이 적법할 뿐만 아니라 설령 위법하다고 하더라도 손해가 발생하지 않았다고 주장하는 경우가 일반적이다)

③ 행정청에 대하여 금전부과처분에 대한 항고소송을 제기하면서 국가나 지방자치단체 등 공공단체를 상대로 이미 납부한 금액에 관한 부당이득반환청구의 소를 함께 제기하고자 하는 경우

④ 행정청에 대하여 사업인정 또는 사업인정으로 의제되는 사업시행계획 등에 대한 취소소송을 제기하면서 기각될 경우를 대비하여 손실보상금 증액청구소송도 함께 제기하고자 하는 경우

⑤ 행정청에 대하여 항고소송을 제기하면서 처분성에 의문이 있어 당사자소송으로 해당 행정작용의 위법확인소송을 함께 제기하고자 하는 경우

위와 같은 경우들은 실무상 종종 문제되는 상황으로서 주된 청구와 병합

---

1) 민일영 편집대표, 주석 민사소송법4(제8판), 제253조(강영수 집필), 한국사법행정학회, 2018, 172면.

된 청구의 소송유형이 다르거나 여기에 더하여 피고적격이 다르다는 점에서 특수하다. 이 경우 하나의 소송절차에서 위와 같은 복수의 청구를 모두 심리·판단받을 수 있다면 소송당사자는 여러 소송절차를 거칠 필요가 없어 편리하다. 또한 원고로서는 승소할 경우 신속하게 효과적으로 권리구제를 받을 수 있고, 반대의 경우 피고는 신속한 법률관계의 안정을 기대할 수 있게 된다. 한편 법원으로서는 심리 부담을 덜 수 있고 판결의 모순·저촉도 피할 수 있다.

2. 연구의 목적과 방향

이상과 같이 행정소송에서 다양한 소송유형의 병합이 활용될 수 있는 영역이 상당히 넓음에도 그동안 이 문제는 특별한 관심을 받지 못하였다. 이러한 문제의식을 기초로 본 논문은 행정소송에서 다양한 소송유형의 병합에 관한 이론적·실무적 검토를 목적으로 한다. 이를 위하여 우선 행정소송에 있어 소의 병합에 관한 일반적인 내용을 개관하기 위하여 행정소송법에 규정된 특별한 병합 요건인 관련청구소송의 병합과 공동소송에 관한 규정의 내용을 살펴보고, 민사소송법에 의한 병합과의 관계를 파악한 다음 행정소송에서 다양한 소송유형이 병합될 수 있는 영역을 구체적으로 검토한다. 그리고 여기에 기초하여 행정소송에 있어 특별한 병합 형태인 관련청구소송의 병합의 내용 및 다양한 소송유형의 활용을 저해하는 대법원 판례의 태도에 관하여 비판적으로 검토한다.

Ⅱ. 행정소송에 있어 소의 병합의 일반

1. 행정소송에서의 소의 병합의 구조

(1) 관련청구소송의 병합

행정소송법 제10조 제1항은 취소소송과 당해 처분등과 관련되는 손해배상·부당이득반환·원상회복등 청구소송(제1호), 당해 처분등과 관련되는

취소소송(제2호)을 '관련청구소송'이라고 정의하고, 이들 관련청구소송이 각각 다른 법원에 계속되고 있는 경우에 관련청구소송이 계속된 법원이 상당하다고 인정하는 때에는 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 이를 취소소송이 계속된 법원으로 이송할 수 있다고 규정하여 '관련청구소송의 이송'을 인정하고 있다. 또한 제10조 제2항은 취소소송에는 사실심의 변론종결시까지 관련청구소송을 병합하거나 피고 외의 자를 상대로 한 관련청구소송을 취소소송이 계속된 법원에 병합하여 제기할 수 있다고 규정하여 '관련청구소송의 객관적 병합'을 인정하고 있다. 또한 행정소송법은 제15조에서 수인의 청구 또는 수인에 대한 청구가 처분등의 취소청구와 관련되는 청구인 경우에 한하여 그 수인은 공동소송인이 될 수 있다고 규정하여 '관련청구소송의 주관적 병합'에 관한 규정을 두고 있다. 이들 규정을 통해 주된 청구와 그 관련청구소송에 해당하는 청구들은 민사소송법 규정에 의한 병합요건을 갖추지 못한 경우에도 행정법원으로의 이송과 병합이 가능하다.

이상의 규정들은 무효등확인소송과 부작위위법확인소송에 준용된다(행정소송법 제38조). 또한 관련청구소송에 관한 제10조는 당사자소송과 관련청구소송이 각각 다른 법원에 계속되고 있는 경우의 이송과 이들 소송의 병합의 경우에 준용된다(행정소송법 제44조 제2항).

행정소송법상 관련청구소송의 병합에 관한 규정들은 주된 청구에 해당하는 소송과 관련청구소송 사이의 원시적·추가적, 그리고 객관적·주관적 병합을 아우르는 특별규정으로서 민사소송에서는 인정되지 않는 서로 다른 소송절차에 의한 청구의 병합이 가능하도록 한 것이다.

(2) 민사소송법에 의한 소의 병합의 관계

주된 청구와 관련청구소송 사이에서는 당연히 행정소송법 규정이 우선적용된다. 다만 행정소송법은 위와 같이 소의 병합의 특수한 형태로 관련청구소송의 병합과 공동소송에 관한 규정을 두고 있는 외에 소의 병합에 관한 일반적인 절차와 요건을 규정하고 있지 않다. 관련청구소송이 아닌 경우에 민사소송법상 소의 병합에 관한 규정에 근거하여 소의 병합이 가능한지 여부가 문제되나, 이를 긍정하는 것이 일반적인 견해이자 실무의 태도이다.[2)]

2. 소의 병합의 일반 요건

(1) 객관적 병합

소의 객관적 병합은 하나의 소송절차에 청구가 복수인 경우를 의미한다. 관련청구소송의 병합에는 객관적 병합이 포함된다.

한편 민사소송법 제253조는 “여러 개의 청구는 같은 종류의 소송절차에 따르는 경우에만 하나의 소로 제기할 수 있다.”라고 규정하여 소의 객관적 병합을 규정하고 있다. 위 규정에 근거하여 소를 병합하기 위해서는 우선 병합되는 각각의 청구가 소송요건을 갖추어 적법하여야 한다. 여러 개의 청구 중 소송요건을 갖추지 못한 청구가 있는 경우에는 원칙적으로 그 부분에 해당하는 소를 각하하여야 한다. 그리고 여러 개의 청구는 같은 종류의 소송절차에서 심리될 수 있어야 한다. 다만 여러 청구 사이에 관련성(견련성)이 있을 것은 원칙적으로 요구되지 않는다. 하지만 실제로는 상호 간에 관련 있는 청구가 병합되는 경우가 많다. 실제로 예비적·선택적 병합의 경우에는 해석상 병합된 청구 사이에 일정한 관련성이 있을 것이 요구된다.[3] 이와 같은 소의 병합의 일반 요건은 관련청구소송이 아닌 행정소송의 소의 병합에도 그대로 적용된다. 다만 같은 종류의 소송절차에서 심리되어야 한다는 요건으로 말미암아 행정소송과 민사소송은 원칙적으로 병합이 불가능할 뿐만 아니라 양자 사이의 소의 변경도 허용되지 않는다고 해석하는 것이 일반적인 견해이다.

(2) 주관적 병합

하나의 소송절차에 여러 당사자가 원고 또는 피고로 관여하는 경우를

---

2) 하명호, 행정쟁송법(제6판), 박영사, 2022, 325면, 김철용, 행정법(전면개정 제10판), 고시계사, 2021, 607면. 김의환, “가. 손해배상청구 등의 민사소송이 행정소송에 관련청구로 병합되기 위한 요건 나. 사업인정 전의 사업시행으로 인하여 재산권이 침해되었음을 원인으로 한 손해배상청구가 토지수용사건에 관련 청구로서 병합될 수 있는지 여부”, 대법원판례해설 제35호, 법원도서관, 2001, 449면. 법원실무제요 행정, 법원행정처, 2016, 264면.

3) 예컨대 논리적으로 전혀 관계가 없어 순수하게 단순병합으로 구하여야 할 수개의 청구를 선택적 또는 예비적 청구로 병합하여 청구하는 것은 부적법하여 허용되지 않는다(대법원 2008. 12. 11. 선고 2005다51495 판결).

주관적 병합이라고 한다. 행정소송법 제10조와 제15조가 관련청구소송의 주관적 병합에 관하여 규정하고 있으므로 민사소송법 제65조의 규정에 우선하여 적용된다.[4]

주관적 병합의 경우 하나의 소송절차에 여러 당사자가 참여하는 특성상 주관적 병합은 공동소송인 사이에 변론과 재판을 공동으로 하는 것이 합목적적인 경우에만 허용된다. 이는 민사소송법 제65조 규정을 통해서도 알 수 있는데, 위 규정에 따르면 주관적 병합은 ① 소송의 목적이 되는 권리나 의무가 여러 사람에게 공통된 경우(권리의무공통), ② 소송의 목적이 되는 권리나 의무가 사실상 또는 법률상 같은 원인으로 말미암아 생긴 경우(원인공통), ③ 소송의 목적이 되는 권리나 의무가 같은 종류의 것이고, 사실상 또는 법률상 같은 종류의 원인으로 말미암은 것인 경우(권리의무동종)에만 허용된다.[5]

(3) 소송물과의 관계

소의 병합은 별개의 청구(소송물)가 병합되는 경우이므로 소송상의 청구를 이유 있게 하는 데 불과한 주장은 그것이 아무리 여러 개이더라도 공격방어방법의 나열에 불과하다. 취소소송의 소송물을 '처분의 위법성 일반'으로 보는 통설과 판례의 입장에 따르면 취소소송의 소송물은 처분을 단위로 구분되고, 처분의 구체적인 위법사유는 공격방어방법에 불과하다. 이러한 구분은 다음과 같은 의미를 가진다.

일반적으로 처분의 위법사유는 실체적 위법사유로서 처분사유의 존재 여부, 절차적 위법사유의 존재 여부, (재량행위의 경우) 재량권 일탈·남용 여부로 구분된다. 이러한 사유들은 처분의 위법성의 근거가 되는 것으로서

---

4) 관련청구소송에는 민사소송법 제65조의 규정이 준용될 여지가 없다는 설명도 있으나 행정소송법 제15조에 보충하여 적용된다고 보는 것이 옳다[김철용·최광률 편집대표, 주석 행정소송법, 제15조(오진환 집필), 박영사(2004), 445면].

5) 여기에 더하여 주관적 병합은 각 공동소송인과 상대방 사이에 각각의 청구가 존재하고, 이들 청구의 병합이 수반되므로 청구의 병합의 일반 요건이 필요하다는 것이 일반적인 설명이다[민일영 편집대표, 주석 민사소송법1(제8판), 공동소송 총설(장석조 집필), 한국사법행정학회, 2018, 450면. 정동윤·유병현·김경욱, 민사소송법(제9판), 법문사, 2022, 1045면 등 참조].

공격방어방법으로 취급된다. 따라서 이러한 개별 위법사유가 복수라고 하여 이를 청구의 병합으로 볼 수는 없다. 이러한 점을 고려하면 행정소송에서 소의 병합이 문제되는 경우는 주로 복수의 처분과 처분 사이의 관계라고 할 수 있다.

여기에 더하여 같은 행정처분을 대상으로 하더라도 소송의 유형이 취소소송인지 무효등확인소송인지에 따라 소송물이 달라진다는 점을 유의할 필요가 있다. 즉 무효등확인소송의 소송물은 처분등의 유·무효, 존재·부존재로서 청구취지만으로 소송물의 동일성이 특정된다고 보아 취소소송의 소송물과 다른 것으로 파악하는 것이 일반적인 설명이다.[6] 따라서 같은 행정처분을 대상으로 하는 취소소송과 무효등확인소송은 복수의 청구로서 소의 병합의 대상이 된다(병합 형태는 뒤에서 보는 바와 같이 예비적 병합에 해당한다).

3. 병합의 형태

(1) 단순병합

단순병합은 원고가 서로 양립하는 복수의 청구를 병렬적으로 병합하여 그 전부에 관하여 판결을 구하는 경우를 의미한다. 각 청구 사이에 아무런 관련이 없어도 무방하다. 행정소송에서도 단순병합은 특별한 문제 없이 가능하다. 대집행 계고처분에 대한 취소와 이행강제금 부과처분의 취소를 하

6) 김철용·최광률 편집대표, 주석 행정소송법, 제35조(홍준형 집필), 박영사, 2004, 1033면, 하명호, 행정쟁송법(제6판), 박영사, 2022, 452면, 홍정선, 행정법원론(상)(제29판), 박영사, 2021, 1230면. 대법원은 과세처분무효확인소송의 경우 소송물은 권리 또는 법률관계의 존부 확인을 구하는 것이며, 이는 청구취지만으로 소송물의 동일성이 특정된다고 할 것이고 따라서 당사자가 청구원인에서 무효사유로 내세운 개개의 주장은 공격방어방법에 불과하다고 한 원심판결이 정당하다고 판시하여(대법원 1992. 2. 25. 선고 91누6108 판결) 같은 취지로 보인다.
반면 취소소송의 소송물을 행정처분을 통하여 자신의 권리가 침해되었다는 원고의 법적 권리주장으로 파악하면서, 그 연장선에서 무효등확인소송의 소송물은 처분이나 재결의 무효·유효 여부 또는 존재·부존재의 확인을 구하는 원고의 법적 권리구장이라는 견해도 있다[류지태·박종수, 행정법신론(제18판), 박영사, 2021, 675면].

나의 소송절차에서 청구하는 경우와 같이 독립된 수개의 처분을 하나의 소송절차에서 다투는 경우가 단순병합에 해당한다.

병합된 청구는 각각 독립된 청구의 성질을 유지하고 있다. 따라서 단순병합에서 병합요건을 갖추지 못한 경우에는 변론을 분리하여 별소로 취급하여야 하고, 병합요건을 갖추었으나 일부 청구가 소송요건을 갖추지 못한 경우에는 그 부분에 관한 소를 각하하거나 이송한다. 병합된 모든 청구가 판결을 할 수 있을 정도로 성숙한 경우에는 모든 청구에 관하여 전부판결을 선고하는 것이 일반적이나, 여러 개의 청구 중 일부에 관하여 일부판결을 선고할 수도 있다. 그러나 병합된 청구 모두에 관하여 심판하여야 하므로 일부 청구에 관하여 판단을 누락하면 추가판결의 대상이 된다.

(2) 선택적 병합

선택적 병합은 원고가 양립하는 여러 개의 청구 중 어느 하나라도 인용하는 판결을 구하는 병합 형태를 의미한다. 행정소송에서도 수개의 행정처분에 대하여 선택적으로 취소나 무효확인을 구하는 경우와 같이 선택적 병합이 가능하다. 예컨대 피고가 원고에게 ① 상수도 시설분담금(이 사건 시설분담금) 부과처분과 ② 상수도 원인자부담금 부과처분(이 사건 처분)을 하자, 원고가 이중부과에 해당한다는 이유로, 주위적으로 이 사건 처분 중 이 사건 시설분담금 합계액을 공제한 부분을 초과하는 금액에 해당하는 부분의 무효확인을 구하고, 예비적으로 이 사건 시설분담금 부과처분의 무효확인을 구한 사안에서, 대법원은 주위적 청구와 예비적 청구는 그 명칭에도 불구하고 서로 양립할 수 없는 관계에 있지 않고 두 청구가 모두 동일한 목적을 달성하기 위한 것으로 실질적으로는 선택적 병합 관계에 있다고 하였다(대법원 2021. 6. 24. 선고 2016두61877 판결).[7]

---

7) 대법원은 같은 판결에서 병합의 형태가 선택적 병합인지 예비적 병합인지 여부는 당사자의 의사가 아닌 병합청구의 성질을 기준으로 판단하여야 하고, 항소심에서의 심판범위도 그러한 병합청구의 성질을 기준으로 결정하여야 한다. 따라서 실질적으로 선택적 병합 관계에 있는 두 청구에 관하여 당사자가 주위적·예비적으로 순위를 붙여 청구하였고, 그에 대하여 제1심법원이 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구만을 인용하는 판결을 선고하여 피고만이 항소를 제기한 경우에도 항소심으로서는 두 청구 모두를

선택적 병합의 경우 법원은 어느 하나의 청구를 인용하는 경우 다른 청구에 관하여는 심판을 하지 않아도 된다. 반면 원고 패소판결을 선고하기 위해서는 원고의 청구 전부를 기각하여야 한다. 모든 청구를 기각하는 판결은 물론 하나의 청구를 인용하는 판결도 전부판결에 해당한다.[8]

(3) 예비적 병합

예비적 병합은 양립할 수 없는 여러 개의 청구를 순차적으로 병합하여 주위적 청구가 각하되거나 기각될 경우를 대비하여 예비적 청구의 심판을 구하는 병합 형태를 의미한다. 예비적 병합은 주위적 청구가 소송요건을 갖추지 못하거나 증명이 곤란하여 그 청구가 각하 또는 기각된 후에 다시 예비적 청구에 관한 소를 제기하여야 하는 번잡과 곤란을 해결할 뿐만 아니라 분쟁의 일회적 해결을 통한 소송경제 실현에 이바지한다.[9] 이러한 도입 취지는 특히 소송유형이 다양하고, 각 소송유형별로 갖추어야 할 소송요건이 복잡·다양한 행정소송에서 큰 의미가 있다. 행정소송에서는 소송유형을 잘못 선택하거나 소송요건을 갖추지 못한 경우 소가 부적법하게 될 우려가 크고, 이 경우 사실상 권리구제를 받는 것이 불가능한 위험이 상존하고 있는 바, 이 경우 주위적 청구가 부적법하다고 판단될 경우를 대비하여 다른 청구를 예비적으로 병합할 필요가 크다. 또한 행정작용에 하자가 있는 경우에도 그것이 무효사유인지 취소사유인지에 따라 소송의 양상과 판결의 형태가 전혀 달라지는 행정소송에서 예비적 병합은 본안에서 적절한 권리구제를 받기 위한 수단으로 기능할 수 있다. 이러한 이유로 행정소송에서는 예비적 병합이 활용될 수 있는 분야가 대단히 많고, 실무상으로도 자주 활용

심판의 대상으로 삼아 판단하여야 한다고 하였다.

8) 대법원은 청구의 선택적 병합이란 양립할 수 있는 수개의 경합적 청구권에 기하여 동일 취지의 급부를 구하거나 양립할 수 있는 수개의 형성권에 기하여 동일한 형성적 효과를 구하는 경우에 그 어느 한 청구가 인용될 것을 해제조건으로 하여 수개의 청구에 관한 심판을 구하는 병합 형태로서, 이와 같은 선택적 병합의 경우에는 수개의 청구가 하나의 소송절차에 불가분적으로 결합되어 있기 때문에 선택적 청구 중 하나만을 기각하는 일부판결은 선택적 병합의 성질에 반하는 것으로서 법률상 허용되지 않는다고 한다(대법원 1998. 7. 24. 선고 96다99 판결).

9) 정동윤·유병현·김경욱, 민사소송법(제9판), 법문사, 2022, 1000면.

되고 있다.

예를 들어 취소소송과 무효확인소송은 예비적으로 병합이 가능하다. 대법원은 행정처분에 대한 무효확인과 취소청구는 서로 양립할 수 없는 청구로서 주위적·예비적 청구로서만 병합이 가능하고 선택적 청구로서의 병합이나 단순병합은 허용되지 아니한다고 판시한 바 있다(대법원 1999. 8. 20. 선고 97누6889 판결). 취소소송을 제기하면서 제소기간 준수 여부에 관한 의문이 있어 무효확인소송을 예비적으로 병합하거나, 무효확인소송을 제기하면서 하자의 명백성에 관한 의문이 있어 취소소송을 예비적으로 병합하는 등의 방법으로 활용이 가능하다. 또한 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」상 국가유공자 요건 또는 「보훈보상대상자 지원에 관한 법률」상 보훈보상대상자 요건은 상이 또는 질병의 원인이 국가의 수호·안전보장 또는 국민의 생명·재산 보호와 '직접적인 관련이 있는 직무수행이나 교육훈련'에 의한 것인지에 따라 구별되므로 국가유공자 비해당결정처분과 보훈보상대상자 비해당결정처분의 취소를 청구하는 것은 동시에 인정될 수 없는 양립불가능한 관계에 있고, 이러한 두 처분의 취소청구는 원칙적으로 국가유공자 비해당결정처분 취소청구를 주위적 청구로 하는 주위적·예비적 관계에 있다.[10] 그 밖에 잔여지의 수용청구와 잔여지의 가격감소로 인한 손실보상청구도 예비적 병합에 해당한다.[11]

법원은 주위적 청구가 이유 있는 경우에는 예비적 청구에 관하여 심판할 필요가 없고[12], 주위적 청구가 부적법하거나 이유 없는 경우에만 예비적 청구에 관한 심판을 하면 된다. 반면 원고의 청구를 배척하는 경우에는 주위적 청구와 예비적 청구 모두를 배척하여야 한다.

---

10) 대법원 2016. 7. 27. 선고 2015두46994 판결. 같은 취지의 판례로 대법원 2016. 8. 17. 선고 2015두48570 판결, 대법원 2016. 12. 15. 선고 2015두38313 판결, 대법원 2017. 5. 31. 선고 2015두56397 판결 등 참조.

11) 대법원 2014. 4. 24. 선고 2012두6773 판결

12) 이 경우 주위적 청구를 인용하는 판결은 전부판결로서 이러한 판결에 대하여 피고가 항소하면 제1심에서 심판을 받지 않은 다음 순위의 예비적 청구도 모두 이심되고 항소심이 제1심에서 인용되었던 주위적 청구를 배척할 때에는 다음 순위의 예비적 청구에 관하여 심판을 하여야 한다(대법원 2000. 11. 16. 선고 98다22253 전원합의체 판결).

(4) 주관적·예비적 병합

1) 의의

주관적·예비적 병합이란 공동소송인 가운데 일부의 청구가 다른 공동소송인의 청구와 법률상 양립할 수 없거나 공동소송인 가운데 일부에 대한 청구가 다른 공동소송인에 대한 청구와 법률상 양립할 수 없는 경우이다. 객관적 병합과 주관적 병합이 복합적으로 결합된 형태의 병합유형이라고 할 수 있다.[13]

2) 민사소송에서 주관적·예비적 병합의 허용

2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전부개정되기 전의 민사소송법은 주관적·예비적 병합에 관한 명문규정을 두고 있지 않았다. 당시 대법원은 소의 주관적·예비적 병합에 있어 예비적 피고에 대한 청구의 당부에 관한 판단은 제1차적 피고에 대한 청구의 판단 결과에 따라 결정되므로, 예비적 피고의 소송상의 지위가 현저하게 불안정하고 불이익하게 된다는 이유로 소의 주관적·예비적 병합은 허용되지 않는다는 입장을 일관되게 유지하여 왔다.[14] 그런데 전부개정된 민사소송법에 주관적·예비적 병합에 관한 근거규정이 신설됨에 따라 위와 같은 입장에 변화가 생겼다. 전부개정된 민사소송법은 공동소송인 가운데 일부의 청구가 다른 공동소송인의 청구와 법률상 양립할 수 없

13) 주관적·예비적 병합 이외에도 민사소송법상 허용되는 공동소송의 유형으로 필수적 공동소송(고유필수적 공동소송, 유사필수적 공동소송 등)이 있다. 구 토지수용법(2002. 2. 4. 법률 제6656호 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률에 의하여 폐지되기 전의 것) 제75조의2 제2항에 의하면 이의재결에 불복하여 손실보상금 증감에 관한 소송을 제기하는 때에는 당해 소송을 제기하는 자가 토지소유자 또는 관계인인 경우에는 재결청 외에 기업자를, 기업자인 경우에는 재결청 외에 토지소유자 또는 관계인을 각각 피고로 하도록 규정하고 있었다. 이 규정은 필수적 공동소송 형태의 공동소송을 규정하고 있는 것으로 보인다. 그런데 구 토지수용법이 폐지된 이후에는 행정소송에서 필수적 공동소송의 예는 찾아보기 어렵게 되었다.

14) 대법원 1997. 8. 26. 선고 96다31079 판결 등. 당시 논의되던 주관적·예비적 병합은 각 공동소송인에 대한 소송계속은 동시에 생기지만 예비적 당사자에 대한 소송계속은 주위적 당사자에 관한 청구인용판결을 해제조건으로 하는 것으로 인식되었다. 이로 인하여 주위적 원고의 또는 주위적 피고에 대한 청구가 인용되면 예비적 원고의 또는 예비적 피고에 대한 소송계속은 그대로 소멸하는 것으로 보았기 때문에 예비적 당사자의 지위가 불안정하게 된다는 우려가 컸다.

거나 공동소송인 가운데 일부에 대한 청구가 다른 공동소송인에 대한 청구와 법률상 양립할 수 없는 경우에 필수적 공동소송에 관한 규정(제67조 내지 제69조)을 준용하도록 하여, 주관적·예비적 병합을 인정하고 있다(제70조 제1항).[15] 그리고 주관적·예비적으로 병합된 소송에서는 모든 공동소송인에 관한 청구에 대하여 판결을 하여야 한다고 규정하여 예비적 당사자의 지위가 불안정해지는 것을 입법적으로 해결하고 있다(제2항). 위와 같은 민사소송법 전부개정 이후 대법원 판례는 주관적·예비적 병합을 허용하고 있다.[16]

3) 행정소송에서의 주관적·예비적 병합

민사소송법에 주관적·예비적 병합에 관한 근거 규정이 신설되기 전에 대법원은 행정소송에서도 소의 주관적·예비적 병합은 원칙적으로 허용되지 않는다고 보아 예비적 피고에 대한 청구를 바로 각하하여 왔다.[17] 다만 사정판결에 관한 행정소송법 제28조 제3항은 "원고는 피고인 행정청이 속하는 국가 또는 공공단체를 상대로 손해배상, 제해시설의 설치 그 밖에 적당한 구제방법의 청구를 당해 취소소송등이 계속된 법원에 병합하여 제기할 수 있다."라고 규정하여 실질적으로 주관적·예비적 병합을 허용하고 있었다. 따라서 위 규정에 근거하여 주위적으로 행정청을 피고로 하여 행정처분의 취소를 구하는 소를 제기하면서, 그 청구가 사정판결에 의하여 기각될 경우를 대비하여 예비적으로 국가나 지방자치단체 등 공공단체를 피고로 하는 손해배상청구를 병합할 수 있었다.[18]

민사소송법에 주관적·예비적 병합에 관한 규정이 도입된 이후에는 위 규정을 준용하여 행정소송에서도 주관적·예비적 병합이 가능하다는 것이 일반적인 설명이다.[19] 실무에서도 주관적·예비적 병합을 허용하는 것이 일

---

15) 민사소송법 제70조 제1항의 표제상 주관적·선택적 병합도 가능할 것이나 크게 주목을 받고 있지 못할 뿐만 아니라 실무상 활용되는 예도 거의 없는 것으로 보인다.

16) 대법원 2018. 2. 13. 선고 2015다242429 판결 등.

17) 대법원 1989. 10. 27.자 89두1 결정, 대법원 1996. 3. 22. 선고 95누5509 판결, 대법원 2002. 11. 8. 선고 2001두3181 판결 등.

18) 대법원 1997. 11. 11. 선고 95누4902, 4919 판결 사안이 여기에 해당한다.

19) 하명호, 행정쟁송법(제6판), 박영사(2022), 326면은 국가나 지방자치단체 등 공공단체와 같은 행정주체를 상대로 소를 제기하고자 하는데 그 소가 각하되거나 기각될 경우

반적이다.[20] 행정청을 피고로 하는 항고소송에 국가 또는 지방자치단체 등 공공단체를 상대방으로 하는 당사자소송을 병합하는 경우가 전형적이다. 예컨대 행정청을 상대로 사업인정 또는 사업인정으로 의제되는 사업시행계획에 대한 취소소송을 제기하면서 사업인정이 적법한 것으로 인정되는 경우를 대비하여 사업시행자를 상대로 손실보상금 증액청구 소송을 병합하는 경우는 실무상 일반적으로 활용되는 주관적·예비적 병합이다. 또한 특정 행정작용에 대한 항고소송을 제기하면서 처분성이나 제소기간 준수 여부에 의문이 있어 확인소송 등 당사자소송을 병합하고자 하는 경우도 주관적·예비적 병합에 해당한다.

대법원은 원고들이 주위적으로 피고 시흥시장에 대하여 개발제한구역 내 행위허가 신청에 대한 불허가 처분의 취소를 구하면서 그 청구가 인용되지 아니할 경우를 대비하여 예비적으로 피고 시흥시에 대하여 금전의 지급을 청구하면서 그 청구원인을 손실보상 또는 국가배상으로 선택적으로 주장하는 사안에서 피고 시흥시장은 주위적 피고, 피고 시흥시는 예비적 피고로서 피고들의 관계에 대하여 행정소송법 제8조, 민사소송법 제70조가 적용된다고 판시하여 주관적·예비적 병합의 성립을 긍정하고 있다.[21] 또한 대법원은 원고가 제1심에서 피고 한국애니메이션학교장에 대하여 2010. 2. 28.자 근로계약 갱신 거부처분 무효확인을 구하다가, 원심에서 주위적으로 피고 경기도에 대하여, 예비적으로는 피고 한국애니메이션학교장에 대하여 2010.

를 대비하여 그 소속 행정기관에 대하여 소를 제기할 필요성이 있는 경우에 주관적·예비적 병합을 허용할 실익이 있다고 한다.

20) 법원실무제요 행정, 법원행정처(2016), 266면.

21) 대법원 2021. 7. 21. 선고 2021두33838 판결. 이 사건에서 대법원은 피고 시흥시에 대한 국가배상청구를 배척하였다. 그리고 피고 시흥시에 대하여는 손실보상청구와 국가배상청구가 선택적으로 병합되어 있는데, 국가배상청구 중 피고 시흥시 패소 부분과 손실보상청구 중 피고 시흥시 패소 부분은 여러 개의 청구가 하나의 소송절차에 불가분적으로 결합되어 있기 때문에 피고 시흥시 패소 부분은 모두 파기되어야 한다고 전제한 다음, 주관적·예비적 공동소송은 동일한 법률관계에 관하여 모든 공동소송인이 서로 간의 다툼을 하나의 소송절차로 한꺼번에 모순 없이 해결하는 소송형태로서 모든 공동소송인에 관한 청구에 관하여 하나의 종국판결을 내려야만 하므로, 위와 같이 피고 시흥시 패소 부분을 파기하는 이상 피고 시흥시장에 대한 부분도 파기할 수밖에 없다고 판시하였다.

2. 28.자 근로계약 갱신 거절 무효확인을 구하는 것으로 청구취지를 변경한 사안에서 원고의 피고 경기도 및 피고 한국애니메이션학교장에 대한 주위적 및 예비적 갱신 거절 무효확인 청구는 주관적·예비적 공동소송에 해당한다고 판시하였다.[22]

주관적·예비적 병합은 앞서 살펴본 예비적 병합의 기능에 더하여 행정주체와 행정청을 구분하고 있는 현행 행정소송법에서 피고 선택의 위험을 분산·완화하기 위한 수단으로 유용하게 활용할 수 있다. 또한 행정권한의 귀속주체가 분명하지 않은 상황에서도 유용하게 활용될 수 있다.

Ⅲ. 관련청구소송의 병합

1. 관련청구소송의 병합의 도입 목적

관련청구소송은 행정소송법이 특별히 인정하고 있는 병합유형이다. 행정소송법 제10조가 특별 규정을 두어 관련청구소송의 이송과 병합을 인정하는 취지는 다음과 같이 설명할 수 있다.

민사소송에서 소의 객관적 병합은 물론 주관적 병합은 여러 개의 청구가 같은 종류의 소송절차에서 심리될 수 있는 경우에만 가능하다. 그런데 주된 청구에 해당하는 소송은 행정소송인 반면에 제10조 제1항 제1호의 관련청구소송에 해당하는 손해배상·부당이득반환·원상회복등 청구소송은 민사소송이어서 같은 종류의 소송절차에서 심리될 수 없다. 따라서 주된 청구

22) 대법원 2015. 4. 9. 선고 2013두11499 판결. 이 사건에서 대법원은 주관적·예비적 공동소송은 동일한 법률관계에 관하여 모든 공동소송인이 서로 간의 다툼을 하나의 소송절차로 한꺼번에 모순 없이 해결하는 소송형태이므로, 모든 공동소송인에 대한 청구에 관하여 판결을 하여야 하고(민사소송법 제70조 제2항), 그중 일부 공동소송인에 대하여만 판결을 하거나, 남겨진 자를 위한 추가판결을 하는 것은 허용되지 않는다는 법리를 제시한 다음, 원고의 피고 경기도에 대한 주위적 갱신 거절 무효확인 청구를 인용하면서 피고 한국애니메이션학교장에 대한 예비적 청구에 대하여 판결을 하지 아니한 원심판결에는 주관적·예비적 공동소송에 관한 법리 등을 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 하였다.

와 관련청구소송은 그 기초가 되는 사회적·사실적 이해관계가 동일하여 밀접한 관련이 있는 청구임에도 병합할 수 없고, 각각의 절차에서 따로 심판할 수밖에 없어 분쟁의 일회적 해결이 불가능하고 재판이 모순·저촉될 우려도 있다. 반면 민사소송법은 동종의 소송절차에 의하여 심판될 수 있는 한 '청구 상호간의 관련성'을 병합의 요건으로 하고 있지 않기 때문에 주된 청구와 별다른 관련이 없는 청구도 제한 없이 병합할 수 있어 사건의 심리 범위가 확대되어 법원의 부담이 가중될 우려가 있다. 행정소송법은 이러한 점들을 고려하여 관련청구소송에 한하여 소의 병합과 이송을 허용하는 특칙을 두고 있다.[23]

여기에 더하여 제2호의 당해 처분등과 관련되는 취소소송 역시 관련청구소송에 포함하여 주된 청구와 함께 병합심리가 가능하도록 하여 모순·저촉을 피하고 분쟁의 신속한 해결을 도모하고 있다.

대법원은 행정소송법이 관련 청구소송의 병합요건으로 본래의 행정소송과의 관련성을 요구하고 있는 이유는 행정소송에서 계쟁 처분의 효력을 장기간 불확정한 상태에 두는 것은 바람직하지 않다는 관점에서 병합될 수 있는 청구의 범위를 한정함으로써 사건의 심리범위가 확대·복잡화되는 것을 방지하여 그 심판의 신속을 도모하려는 취지라고 이해하고 있다.[24]

2. 관련청구소송의 병합 요건과 범위

(1) 관련청구소송의 병합의 모습

앞서 살펴본 바와 같이 행정소송의 원고는 주된 청구에 관련청구소송

---

23) 김남진·김연태, 행정법 I(제26판), 법문사, 2022, 847면. 김철용·최광률 편집대표, 주석 행정소송법, 제10조(이홍훈 집필), 박영사, 2004, 296면, 김동희·최계영, 행정법I(제26판), 박영사, 2021, 770면.

24) 대법원 2000. 10. 27. 선고 99두561 판결. 다만 이러한 판례의 문언만을 놓고 대법원이 관련청구소송을 오로지 행정소송의 심리·판단의 신속을 위한 제도로 파악하고 있다고 볼 수는 없다. 대법원은 위 사건에서 관련청구사건을 병합하여 함께 심리·판단함으로써 얻게 되는 당사자의 소송경제와 편의 등의 효용에 비하여 심리범위를 확대·복잡화함으로써 심판의 신속을 해치는 폐단이 통상의 경우보다 크다고 할 수도 없다고 하여 관련청구소송의 병합이 허용된다고 판단하였다. 여기에 비추어 보면 대법원은 관련청구소송을 인정하는 취지를 당사자의 편의와 재판의 신속 모두에서 찾고 있는 것으로 이해된다.

을 병합하여 제소하거나, 사실심 변론종결시까지 관련청구소송을 제기하여 주된 청구에 병합할 수 있고, 수인의 원고가 공동원고로 관련청구를 병합하여 제소할 수도 있다. 또한 관련청구소송이 주된 청구가 계속된 법원으로 이송되도록 하여 주위적 청구와 병합할 수도 있다(이상 행정소송법 제10조, 제15조). 관련청구소송이 병합의 요건을 갖춘 이상 그 병합에 피고의 동의가 필요하지 않다. 원시적·후발적 병합이 가능하고, 병합의 형태 역시 앞서 살펴본 객관적·주관적 병합의 형태가 모두 인정된다. 또한 단순병합, 선택적병합, 예비적 병합은 물론 주관적·예비적 병합도 가능하다.[25] 또한 행정소송 사이에 선후 관계도 없으므로 당사자소송에 항고소송을 병합하는 것도 가능하다.[26]

항소심에서의 병합에 대해서는 상대방의 심급의 이익을 해칠 수 있어 상대방의 동의를 받는 것이 적절하나, 명문의 규정이 없는 이상 동의를 받지 않더라도 위법하다고 볼 필요는 없다.[27]

(2) 관련청구소송 병합 요건

주된 청구에 관련청구소송을 병합하기 위해서는 주된 청구와 관련청구소송 모두 적법요건을 갖추어야 하는데, 관련청구소송은 그 자체로 소의 이익, 당사자적격을 갖고 제소기간을 준수하는 등 소송요건을 구비한 적법한 것이어야 한다. 제소기간과 관련하여 제소기간이 있는 관련청구소송은 제소기간 내에 제기되어야 한다. 이와 관련하여 주된 청구에 관한 소가 제기된 때에 관련청구소송도 제기된 것으로 보아야 한다는 견해가 있을 수 있고,

---

25) 김남진·김연태, 행정법 I(제26판), 법문사(2022), 850면, 김국현, "취소소송과 부당이득반환청구소송의 관련 청구 병합", 대법원판례해설 제79호, 법원도서관(2009), 732면.

26) 대법원 2016. 10. 13. 선고 2016다221658 판결. 사업주인 원고가 고용보험 및 산재보험의 보험료납부의무 부존재확인을 구하면서 이미 납부한 보험료는 부당이득으로서 반환을 구하는 소를 제기하였다가 이후 항고소송인 보험료 징수처분의 무효확인을 구하는 청구를 추가한 사안임. 대법원은 원고가 최초 제기한 소는 당사자소송(보험료 납부의무 부존재확인)과 관련청구소송(부당이득반환)이 병합된 소송이라고 전제한 다음, 여기에 항고소송인 보험료 징수처분의 무효확인을 구하는 청구를 추가하는 것은 행정소송법 제44조 제2항, 제10조에 따라 허용된다고 판시하였다.

27) 하명호, 행정쟁송법(제6판), 박영사(2022), 327면. 한편 뒤에서 보는 바와 같이 일본 행정사건소송법은 상대방의 동의를 받도록 하고 있는바, 향후 비교법적으로 검토할 필요가 있다.

일본 판례 중에는 이를 긍정한 것도 있다.[28] 하지만 피고경정신청에 대한 허가결정이 있는 경우 새로운 피고에 대한 소송은 처음에 소를 제기한 때에 제기된 것으로 보는 행정소송법 제14조 제4항이나 소의 종류의 변경에 제14조 제4항을 준용하고 있는 제21조 제4항과 같이 제소시점의 소급을 인정할 아무런 법률상 근거가 없는 이상 이러한 예외를 인정하기는 어렵다.

한편 관련청구소송의 병합이 인정되기 위해서는 주된 청구에 병합되는 청구가 행정소송법 제10조 제1항 각 호의 관련청구일 것, 행정소송에 관련청구를 병합하는 것일 것(민사소송에 행정소송을 병합할 수는 없다), 각 청구에 관하여 수소법원에 관할이 있을 것, 각 청구가 적법할 것이 요구된다. 민사소송에서는 소의 객관적 병합에서 여러 개의 청구가 같은 종류의 소송절차에서 심판될 수 있는 것이면 각 청구 사이에 견련관계를 요구하지 않는 것이 원칙이고, 주관적 병합 역시 앞서 살펴본 주관적 요건(민사소송법 제65조)만 충족하면 허용된다. 행정소송법상 관련청구의 병합은 객관적 병합이든 주관적 병합이든 여러 개의 청구가 동종의 소송절차에서 심판될 수 없더라도 무방하나, 다만 관련청구일 것을 요구하고 있다.[29] 다만 관련청구에 해당하기만 하면 당연히 병합청구를 할 수 있으므로 법원의 피고경정결정을 받을 필요도 없다.[30] 따라서 주된 청구에 병합할 수 있는 관련청구소송의 범위는 '관련'의 의미를 어떻게 해석할 것인가에 따라 달라지게 된다.

(3) 관련청구소송의 범위

1) 당해 처분등과 관련되는 손해배상·부당이득반환·원상회복등 청구소송

행정소송법 제10조가 규정하고 있는 '관련'의 의미는 법문상 명확하지 않으나, 대법원은 이를 청구의 내용 또는 발생원인이 법률상·사실상 공통되는 것이거나, 병합되는 청구가 당해 행정처분으로 인한 것인 경우 또는 행정처분의 취소·변경을 선결문제로 하는 경우를 의미한다고 해석하고 있

28) 最高裁判例 昭和 58(1983). 9. 8. 昭和54(行ツ)129. 集民 139号 457頁,
29) 법원실무제요 행정, 법원행정처(2016), 268면. 김의환, 451면.
30) 대법원 1989. 10. 27.자 89두1 결정

다.[31] 주된 청구의 대상인 행정처분이나 재결의 취소 또는 무효, 부존재를 선결문제로 하는 청구 및 행정처분이나 재결로 인하여 입은 손해에 관한 청구가 여기에 포함된다.[32]

이러한 취지에서 대법원은 토지수용사건에서 심리의 대상으로 되는 적법한 수용에 따른 손실보상청구권과 당해 공공사업과 관련하여 사업인정 전에 사업을 시행하여 타인의 재산권을 침해하게 됨에 따라 발생하게 된 손해배상청구권은 위 각 권리가 적법한 행위에 의하여 발생한 것인가 아닌가의 차이가 날 뿐 그것들이 하나의 동일한 공공사업의 시행과 관련하여 타인의 재산권을 침해한 사실로 인하여 발생하였다는 점에서 위 각 청구의 발생원인은 법률상 또는 사실상 공통된다는 이유로 토지수용사건에 병합된 손해배상청구는 행정소송법 제10조 제2항, 제1항 제1호, 제44조 제2항에 따른 관련청구로서의 병합요건을 갖춘 것으로 보아야 한다고 판시하였다(대법원 2000. 10. 27. 선고 99두561 판결). 또한 도로관리청이 원인자부담금 부과처분에 의한 부과금 징수를 위하여 압류처분을 하고 그에 이어 압류등기를 한 경우에 이해관계인은 그 압류처분에 대한 항고소송 외에 그 압류등기의 말소청구소송을 제기할 수 있고, 그 경우 행정소송법 제38조, 제10조에서 말하는 본래의 항고소송은 원인자부담금 부과처분 또는 압류처분에 대한 항고소송을 모두 포함한다고 판시하여(대법원 2001. 11. 27. 선고 2000두697 판결), 주된 청구인 원인자부담금 부과처분 또는 압류처분으로 파생되는 '압류등기의 말소청구'가 관련청구소송에 해당한다고 보았다.

한편 처분의 효력이나 존부 유무가 선결문제로 된다는 것은 항고소송의 대상인 처분 등의 취소 또는 무효, 부존재를 선결문제로 하는 청구라는 의미로서 여기서 선결문제란 일반적으로 '어떤 소송사건에 관하여 그 판결을 행하기 위한 전제로서 먼저 결정할 필요가 있는 문제를 의미한다.[33] 대

31) 김남진·김연태, 행정법 I(제26판), 법문사, 2022, 848면.

32) 김철용·최광률 편집대표, 주석 행정소송법, 제10조(이홍훈 집필), 박영사, 2004, 301면.

33) 김의환, "가. 손해배상청구 등의 민사소송이 행정소송에 관련청구로 병합되기 위한 요건 나. 사업인정 전의 사업시행으로 인하여 재산권이 침해되었음을 원인으로 한 손해배상청구가 토지수용사건에 관련 청구로서 병합될 수 있는지 여부", 대법원판례해설 제35호, 법원도서관, 2001, 449면, 김국현, "취소소송과 부당이득반환청구소송의

법원은 원고가 피고 국민건강보험공단이 건강보험료를 부과한 처분의 취소를 구하면서 위 처분이 일부 취소됨을 전제로 자신이 이미 납부한 건강보험료를 부당이득으로서 반환을 구하는 사안에서 취소소송에 병합할 수 있는 당해 처분과 관련되는 부당이득반환소송에는 당해 처분의 취소를 선결문제로 하는 부당이득반환청구가 포함된다는 법리를 제시한 다음, 위 취소소송에서 90,946,000원의 보험료부과처분 중 67,194,980원의 보험료부과처분을 취소하고 있으므로, 부당이득반환소송에서는 67,194,980원의 보험료부과처분이 취소되었음을 전제로 그 인용 여부를 판단하였어야 한다고 판시하였다.[34]

2) 당해 처분 등과 관련되는 취소소송

여기에는 ① 당해 처분과 함께 하나의 절차를 구성하는 다른 처분의 취소를 구하는 소송, ② 당해 처분에 관한 재결의 취소를 구하는 소송, ③ 재결의 대상인 처분의 취소소송, ④ 당해 처분이나 재결의 취소·변경을 구하는 제3자의 취소소송 등이 포함될 수 있다고 설명된다. 면허신청을 거부당한 원고가 피고 행정청을 상대로 제기한 제3자에 대한 면허취소 청구와 자신에 대한 면허신청 거부처분에 대한 취소 청구, 불특정 다수인을 대상으로 하는 하나의 일반처분에 대하여 여러 명이 제기한 취소소송, 선행처분에 대한 취소청구와 후행처분에 대한 취소청구가 위 규정에 의한 관련청구의 예로 제시된다.[35]

3) 법문에 없는 관련청구소송 유형을 허용할 수 있는지 여부

행정소송법 제10조 제1항 제1호가 규정하고 있는 유형 외에 다른 유형의 관련청구소송을 인정할 것인지의 문제가 있다. 이와 관련하여 행정소송법 제10조가 관련청구의 범위를 규정하고 있는 것은 무분별한 병합으로 심

관련 청구 병합", 대법원판례해설 제79호, 법원도서관, 2009, 731면.

34) 대법원 2009. 4. 9. 선고 2008두23153 판결. 대법원은 원심이 건강보험료 부과처분을 일부 취소하면서도 그 취소가 확정되지 않았다는 이유로 부당이득 반환청구의 인용 여부에 관한 판단에 나아가지 않은 것은 관련 청구병합에 관한 법리를 오해하여 위법하다고 판시하였다.

35) 김철용·최광률 편집대표, 주석 행정소송법, 제10조(이홍훈 집필), 박영사, 2004, 301면. 김동희·최계영, 행정법I(제26판), 박영사, 2021, 771면.

리의 범위가 확대되고 복잡해지는 것을 피하기 위하여 병합의 범위에 일정한 한계를 둔 것으로서 관련청구소송의 범위는 행정소송법 제10조 제1항 각 호에 규정된 것에 한정된다는 견해가 있다.[36] 하지만 위 규정은 당해 처분 등과 관련되는 '손해배상·부당이득반환·원상회복등 청구소송'이라고 하여 한정적으로 규정하고 있지 않을 뿐만 아니라 여기에 관련청구소송의 병합을 인정한 목적에 더하여 보면 관련성의 요건을 충족하는 한 위 유형에 한정할 필요는 없다고 생각한다. 예컨대 주된 청구와 관련된 손실보상청구나 결과제거청구소송도 포함될 수 있다.[37]

한편 취소소송과 무효확인소송을 관련청구소송으로 병합할 수 있는지도 문제된다. 법문상으로는 '당해 처분등과 관련되는 취소소송(제10조 제1항 제2호)' 또는 '당해 무효등확인소송과 관련되는 무효등확인소송'(제38조 제1항, 제10조 제1항 제2호)만을 병합할 수 있는 것으로 규정되어 있다. 주된 청구인 취소소송에 관련청구소송인 무효확인소송을 병합하거나 그 반대의 경우는 위 각 규정의 적용을 받지 않으나 이러한 경우들은 어차피 같은 종류의 소송절차에서 심리·판단될 수 있으므로 민사소송법에 의한 소의 병합의 대상은 될 수 있다.

3. 활용가능한 영역

관련청구소송의 병합은 서로 다른 종류의 소송절차에서 심리되는 소송유형 사이의 병합을 가능하게 한다는 점에서 활용할 수 있는 영역이 대단히 넓다.

관련청구소송의 병합의 전형적인 예로 제시되는 취소소송과 손해배상청구소송의 병합은 행정처분으로 인하여 손해를 입은 상대방에게 하나의 소송절차에서 행정처분의 취소와 동시에 그로 인하여 발생한 손해의 전보를 받을 수 있는 길을 열어준다. 관련청구소송의 병합이 인정되지 않는다면

36) 김철용·최광률 편집대표, 주석 행정소송법, 제10조(이홍훈 집필), 박영사(2004), 297면은 이와 같이 제한적으로 해석하더라도 소의 변경의 요건을 갖춘 경우 소의 변경을 통해 병합이 가능하므로 원고의 재판청구권을 과도하게 제한한다고 보기는 어렵다고 한다.

37) 김남진·김연태, 행정법 I(제26판), 법문사(2022), 848면.

행정처분의 상대방은 취소소송을 제기하여 그 결과를 기다려 다시 손해배상청구를 할 수밖에 없어 권리구제가 지연될 우려가 크다. 뿐만 아니라 대법원 판례는 어떠한 행정처분이 항고소송에서 취소되었다고 할지라도 그 기판력에 의하여 당해 행정처분이 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 것으로서 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없다고 판시하고 있어(대법원 2000. 5. 12. 선고 99다70600 판결) 행정법원에서의 항고소송의 결과와 민사법원에서의 국가배상청구소송의 결과가 달라질 위험이 있는바, 관련청구소송의 병합을 통해 같은 법원에서 모두를 심리한다면 위와 같은 위험은 상당 부분 해소할 수 있을 것으로 보인다. 또한 금전부과처분에 대한 취소소송이나 무효확인소송을 제기하면서 이미 납부한 금전의 반환청구를 병합하는 경우나 압류처분에 대한 취소소송이나 무효확인소송을 제기하면서 원상회복으로 압류등기의 말소를 구하는 청구를 병합하는 경우 역시 행정소송과 민사소송을 따로 제기하여야 하는 불편을 덜고 하나의 소송절차에서 권리구제를 가능하게 한다는 점에서 유용하다. 이처럼 관련청구소송은 분쟁의 유형에 따라 무한한 활용가능성이 있다.

4. 주된 청구가 부적법하거나 관련청구병합의 요건을 갖추지 못한 경우

(1) 문제의 소재

앞서 살펴본 관련청구소송의 병합은 서로 다른 소송유형을 병합하여 판결의 모순·저촉을 피하고 신속한 권리구제가 가능하게 한다는 점에 특징이 있다. 그런데 주된 청구가 부적법하거나 관련청구소송의 병합 요건을 갖추지 못하는 경우가 있을 수 있다. 특히 소송유형별로 대상이 되는 행정작용이 다르고, 소송요건도 복잡·다양하게 구성되어 있는 우리 행정소송법상 주된 청구가 실체적 위법 여부와 무관하게 부적법하게 되는 경우가 생길 수 있다. 또한 제소 당시에는 관련청구소송에 해당한다고 보았으나 심리 진행 과정에서 관련청구소송의 요건을 갖추지 못한 것으로 드러나는 경우도 있다.

문제는 이러한 경우에 관련청구소송 그 자체는 적법 요건을 갖추었음에도 반드시 각하하여야 하는지 아니면 독립한 소로 취급하여 분리하여 따로 심리하거나 관할 법원에 이송하여야 하는지가 법률 규정상 분명하지 않다. 대법원은 관련청구소송을 각하하여야 한다는 입장을 일관되게 유지하고 있다. 이로 인하여 소를 제기하는 당사자는 본안 심리도 받지 못한 채 각하될 위험을 안고 굳이 관련청구소송의 병합을 이용하기를 꺼리게 된다. 이는 관련청구소송 병합의 활용에 커다란 장애물이 된다.

이하에서는 관련청구소송을 각하하여야 한다는 대법원 판례의 입장과 이에 대한 비판적인 관점을 구체적으로 살펴보고, 우리와 유사한 논의가 있었던 일본과의 비교법적 검토를 통해 대법원 판례의 입장을 평가하고자 한다.

(2) 대법원 판례의 태도와 비판적인 견해

우리 대법원은 관련청구소송 병합은 주된 청구가 적법할 것을 요건으로 하는 것이어서 주된 청구가 부적법하여 각하되면 그에 병합된 관련청구소송도 소송요건을 흠결하여 부적합하므로 각하되어야 한다는 입장을 일관되게 유지하고 있다.[38] 대표적으로 다음과 같은 사안이 있다.

- ○ 대법원 1975. 11. 25. 선고 74누238 판결(조세부과처분 취소청구가 부적법한 이상 이미 납부한 세금의 환급을 구하는 청구는 부적법하다고 한 사안)
- ○ 대법원 1980. 4. 22. 선고 78누90 판결(주된 청구인 하천공작물 설치허가 취소처분에 대한 취소청구가 소의 이익이 없어 부적법한 이상 관련청구소송인 손해배상 및 부당이득반환청구도 부적법하다고 한 사안)

---

38) 다만 대법원은 원고가 주된 청구로 광주민주화운동관련자보상심의위원회의 보상금지급신청에 대한 결정의 취소를 구하면서 피고 대한민국을 상대로 보상금의 지급을 청구한 사안에서 위 보상금지급신청에 대한 결정은 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니어서 주된 청구가 부적법하다고 하면서도 피고 대한민국에 대한 청구를 부적법하다고 보지 않고 소변경으로서 유효하다고 판시하였여 일부 예외를 인정하고 있다(대법원 1992. 12. 24. 선고 92누3335 판결).

○ 대법원 1981. 2. 10. 선고 80누317 판결(원고가 국가배상본부심의위원회의 결정이 행정처분에 해당함을 전제로 취소소송을 청구하면서 손해배상청구를 관련청구로 병합하였는데 위 배상심의회의 결정이 행정처분이 아니어서 부적법한 이상 손해배상청구도 부적법하다고 한 사안)

○ 대법원 1997. 3. 14. 선고 95누13708 판결(원고가 피고 농어촌진흥공사를 상대로 농지조성비 및 전용부담금 부과처분의 취소를 구하면서 부당이득반환청구를 관련청구소송으로 병합하였는데, 주된 청구의 피고를 잘못 지정하여 부적법한 이상 부당이득반환청구도 부적법하다고 한 사안)

○ 대법원 1997. 11. 11. 선고 97누1990 판결(원고가 국방부장관을 피고로 하여 직권면직처분부존재·무효확인의 소를 제기하면서 직권면직의 인사발령이 부존재·무효임을 전제로 같은 면직일 이후의 보수지급을 구하는 금원지급청구의 소를 관련청구소송으로 병합하였으나, 직권면직 인사발령이 행정처분에 해당하지 않아 부적법하므로 금원지급청구의 소도 부적법하다고 본 사안),

○ 대법원 2011. 9. 29. 선고 2009두10963 판결(원고들이 청구취지변경신청을 통해 주위적으로 생활대책용지 수급대상자 선정신청 거부처분의 취소를 구하면서 제1예비적으로 피고가 원고들을 생활대책대상자로 선정하지 않고 있는 것의 위법확인, 제2예비적으로 원고들이 생활대책대상자임의 확인을 구하는 소를 종전의 주된 청구인 영업손실보상금 청구에 관련청구소송으로서 병합한 사안에서 주된 청구인 영업손실보상금 청구의 소가 재결절차를 거치지 아니하여 부적법한 이상 관련청구소송인 위 생활대책대상자 선정 관련청구 부분 역시 부적법하다고 한 사안)

이러한 판례의 입장과 관련하여 관련청구소송은 주된 청구가 적법한 것을 전제로 한다는 이유로 대법원 판례를 지지하는 견해도 있다.[39] 반면 위와 같이 주된 청구가 부적법하면 병합된 관련청구소송도 당연히 부적법

하다고 보는 대법원 판례에 대해서는 주된 청구가 부적법하다고 하더라도 관련청구소송이 독립하여 적법한 요건을 구비하고 있다면 별개의 독립한 소송으로 취급하여 재판하거나 관할법원으로 이송하는 것이 타당하다는 반론이 있다.[40]

(3) 비교법적 검토 - 일본의 경우

1) 행정사건소송특례법 당시 논의

일본에서는 1948. 6. 25. 제정된 구 일본 행정사건소송특례법 당시부터 이와 관련된 논의가 진행되어 왔다. 구 일본 행정사건소송특례법 제6조 제1항은 "제2조의 소(행정청의 위법한 처분의 취소 또는 변경을 구하는 소)에는 그 청구와 관련된 원상회복, 손해배상, 그 밖의 청구(이하 '관련청구'라 한다)에 관한 소에 한하여 병합할 수 있다."라고 규정하고 있었다. 이와 관련하여 취소소송에 그와 관련된 국가배상청구소송이 병합된 경우 취소소송이 부적법하면 국가배상청구소송도 부적법한 것인지가 문제되었다.

이와 관련하여 당시 일본에서는 원래 소송요건은 개별 청구마다 그 존재 여부를 판단하여야 하고, 병합요건에 흠결이 있으면 반드시 병합된 소송 전부를 각하하여야 하는 것은 아니며, 만약 소송요건을 흠결한 청구가 있는 경우에는 그 청구만을 부적법 각하하면 충분하고, 나머지 청구에 대한 관할권이 있는 한 심리판단을 하여야 한다는 견해가 있었다.[41] 당시 판례는 주된 청구가 부적법하면 병합된 관련청구 역시 부적법하다고 한 것이 있는 반면[42] 관련청구소송이 주된 청구와 관련성을 갖추지 않아 병합이 허용되지

---

39) 박윤흔·정형근, 최신행정법강의(상)(개정30판), 박영사, 2009, 778면, 이일세, 행정법총론, 법문사, 2020, 710면, 홍정선, 행정법원론(상)(제29판), 박영사, 2021, 1107면, 홍준형, 행정구제법, 오래, 2012, 560면.

40) 하명호, 행정쟁송법(제6판), 박영사, 2022, 327면. 김철용·최광률 편집대표, 주석 행정소송법, 제10조(이홍훈 집필), 박영사, 2004, 309면, 박균성, 행정법론(상)(제20판), 박영사, 2021, 1377면.

41) 古崎慶長, "取消訴訟が不適法な場合と關連請求としても國家賠償訴訟", 民商法雜誌 86卷5号, 1982, 738頁

42) 長崎地判 昭和 25. 12. 12. 下民集 1卷 12号 1818頁. 원고가 업무상횡령 등의 고소장을 경찰에 제출하였으나 담당검사가 불기소처분을 하자 원고가 검사와 그 검사가 속한 長崎지방검찰청을 상대로 불기소처분의 취소를 구하고, 고소장제출일부터 불기소처

않는 경우라고 하더라도 당연히 부적법 각하할 것이 아니라 다른 적법요건을 갖추고 있는 한, 주된 청구인 행정소송과 분리하여 심리판단을 하여야 한다고 한 것도 있다.[43]

2) 일본 행정사건소송법 제정 이후

(가) 법률 규정 및 도입 목적

1962. 5. 16. 제정된 일본 행정사건소송법은 제13조에서 해당 처분 또는 재결에 관련된 원상회복이나 손해배상의 청구(제1호), 해당 처분과 하나의 절차를 이룬 다른 처분의 취소 청구(제2호), 해당 처분에 관한 재결의 취소 청구(제3호), 해당 재결에 관한 처분의 취소 청구(제4호), 해당 처분 또는 재결의 취소를 구하는 다른 청구(제5호), 그 밖에 해당 처분 또는 재결의 취소의 청구에 관한 청구(제6호)를 '관련청구'라고 정의하고 있다. 그리고 "취소소송과 관련청구에 관한 소송이 서로 다른 재판소에 계속하는 경우에 관련청구에 관한 소송이 계속된 재판소는 상당하다고 인정하는 때에는 신청에 의하거나 직권으로 그 소송을 취소소송이 계속되는 재판소에 이송할 수 있다."라고 규정하고 있다.[44] 그리고 제16조 제1항은 "취소소송에는 관련청구에 관한 소를 병합할 수 있다."라고 규정하여 관련청구의 객관적·원시적 병합을 규정하고 있다. 또한 제19조 제1항은 "원고는 취소소송의 구두변론이 종결될 때까지 관련청구에 관한 소를 그 소에 병합하여 제기할 수 있다."라고 규정하여 객관적·추가적 병합을 규정하고 있다. 한편 제17조 제1항은 "수인은 그 수인의 청구 또는 그 수인에 대한 청구가 처분 또는 재결의 취

분일까지 사이에 지출한 비용 상당의 손해배상을 청구한 사안임. 위 법원은 불기소처분의 취소를 구하는 부분은 그 자체로 법원의 재판권에 속하지 않는 사항을 목적으로 한 것으로서 부적법하다고 보았다. 그리고 원래 행정사건소송특례법 제6조가 행정청을 피고로 하는 행정처분의 취소변경의 소에 관련청구소송을 병합하는 것을 인정하는 이유는 심리의 중복과 재판의 모순저촉을 피하기 위한 것이라는 이유로 주된 청구에 병합된 행정청을 피고로 하여 제기된 후소 역시 부적법하다고 하였다.

43) 東京高等裁判所 昭和 37. 1. 25. 行裁集 13卷 1号 7頁. 다만 이 사건의 쟁점은 관련청구에 해당하는지 여부였고, 취소소송이 부적법한 경우 관련청구도 당연히 부적법한지 여부가 주된 쟁점은 아니었다.

44) 그 단서에는 취소소송 또는 관련청구에 관계되는 소송이 계속된 재판소가 고등재판소인 때에는 그러하지 아니하다고 규정하고 있다.

소의 청구와 관련청구인 경우에 한하여 공동소송인으로서 소를 제기하거나 소를 제기당할 수 있다.”라고 하여 공동소송에 관하여 규정하고 있다. 이 규정은 현행 행정사건소송법에도 거의 그대로 유지되고 있다.

일본 행정사건소송법 역시 당사자와 법원의 부담경감, 심리의 중복, 재판의 저촉을 피하면서도 행정소송 자체의 심리의 촉진을 위하여 관련청구라는 개념을 설정하여 주된 청구와의 병합을 인정하고 있다(객관적 병합은 제16, 19조, 주관적 병합은 제17조). 하지만 일본에서는 관련청구에 관한 소가 아닌 다른 소와의 병합은 인정하지 않고 있다.[45]

(나) 초기 판례의 대립

일본에서는 행정사건소송법 제정 이후 위와 같은 문제가 본격적으로 논의되었다. 특히 주된 청구인 취소소송이 부적법한 경우에 관련청구소송도 당연히 부적법한 것인지, 그리고 병합된 청구가 관련청구에 해당하지 않는 경우 관련청구의 요건을 갖추지 못하였다는 이유로 병합된 청구를 각하하여야 하는지에 관하여 판례가 대립하고 있었다.[46]

가) 관련청구에 관한 소 역시 부적법하다고 본 판례[47]

① 東京地方裁判所 昭和 45. 1. 26. 訟月 16卷 10号 1156頁

원고는 공정거래위원회의 위원장을 공무원직권남용피의사건으로 고소하였고, 이에 동경지방검찰청 검사장은 불기소처분을 하였다. 원고가 담당검사를 상대로 불기소처분의 무효확인을 구하고, 국가를 상대로 국가배상청구소송을 제기한 사안이다.

위 재판소는 우선 검사의 불기소처분 그 밖의 행위의 적법 여부는 법원의 심사의 대상이 되지 않는다고 전제하였다. 그 다음 행정사건소송법이 취

45) 塩野廣, 行政法Ⅱ, 有斐閣, 2019, 162頁.

46) 일본에서 이 문제는 사실상 동일하게 취급되고 있다. 古崎慶長, “取消訴訟が不適法な場合と關連請求としても國家賠償訴訟”, 民商法雜誌 86卷 5号, 有斐閣, 1982, 743頁 참조.

47) 이하의 판례는 古崎慶長, “取消訴訟が不適法な場合と關連請求としても國家賠償訴訟”, 民商法雜誌 86卷 5号, 有斐閣, 1982, 738頁 이하에 제시된 판례 중 일부를 참고한 것이다.

소소송에는 당해 행정처분과 관련된 손해배상 청구의 소를 병합할 수 있다고 규정하고 있는 것은 취소소송이 적법하여 본안의 판단이 가능한 것을 전제로 양 청구에 관한 소가 각각 별개의 소송으로 취급되어 발생하는 심리의 중복과 재판의 모순저촉을 피하기 위하여 피고 및 소송절차를 달리하는 청구를 특별히 병합하는 것을 허용하는 것이기 때문에 단지 관련청구소송이라는 것만으로는 부적법한 취소소송에 손해배상청구를 병합하여 제기하는 것은 허용되지 않고, 병합하여 제기된 손해배상청구소송은 부적법하여 각하를 면할 수 없다고 판단하였다.[48]

② 札幌高等裁判所 昭和五五年一二月一七日 判時一〇一四号五七頁

원고는 북해도지사를 상대로 주택지조성사업계획변경인가처분의 취소소송을 제기하고 구두변론 종결 후에 국가와 북해도를 상대로 국가배상청구와 지사를 상대로 한 민법 제709조에 의한 손해배상청구를 관련청구로서 추가적으로 병합하였다. 제1심은 원고의 취소소송이 법률상의 이익이 없어 부적법하기 때문에 병합요건을 흠결하여 관련청구 역시 부적법하고, 또한 관련청구의 소는 구두변론종결 후에 제기되었기 때문에 행정사건소송법 제19조에 의하여 부적법하다는 이유로 구두변론을 열지 않고 각하하였다. 이에 대하여 원고가 항소한 사안이다.

삿포로 고등법원은 지방재판소에 계속 중인 취소소송에 행정사건소송법 제13조의 관련청구에 관한 소를 병합하여 제기할 수 있는 것은 같은 법 제19조 제1항에 의하여 구두변론 종결시까지만 가능하기 때문에 이 사건 추가적 병합은 이를 제기하는 것이 불가능한 시점에 제기된 것으로서 부적법하고, 이는 보정할 수 없으므로 구두변론을 거치지 않고 각하한 원심 판결은 정당하다고 하였다. 또한 위 재판소는 항소인의 주장은 결국 관련청구에

48) 이 판결과 같은 취지로 東京高等裁判所 昭和 48. 10. 23. 東高時報 24卷 10号 民183頁 판례 참조.
원고가 행정교화의무부존재등 확인청구소송을 제기하였으나 제1심이 위 소가 부적법하다는 이유로 각하하자 원고가 항소심에서 국가를 상대로 하는 손해배상청구를 추가한 사안이다. 이에 대하여 동경고등재판소는 본문의 판례와 같은 취지로 부적법한 항고소송에 손해배상청구의 소를 병합하는 것은 허용되지 아니하므로 부적법한 항고소송에 병합하여 제기된 손해배상청구의 소 역시 부적법하다고 판단하였다.

관한 소의 병합이 허용되지 않는 경우에는 예비적으로 독립된 소로 취급하여 심리하는 것을 요구하는 것이라고 하면서도 원래부터 다른 사건에 병합되어 심리되기 위하여 제기된 소는 그 병합의 요건을 흠결한 경우에는 종국판결로써 이를 각하하여야 하는 것으로서 이를 독립한 소로 취급하여야 하는 것은 아니라고 하였다.[49] 나아가 위 판결은 이와 같은 독립한 소로의 전환을 허용한다면, 병합요건을 흠결한 것으로 판단될 때까지의 심리 결과가 독립하여 취급되는 소의 심리에 미치는 영향 등과 같이 소송제도상 해결하는 것이 곤란한 혼란을 야기한다고 보았다. 그에 따라 당사자가 예비적으로 병합요건을 흠결한 때에는 독립한 소로 취급하여 심리를 받겠다는 의사를 명시하였다고 하더라도 역시 부적법하다고 하였다.[50]

나) 관련청구에 관한 소를 독립된 소로 취급한 판례

① 福岡高等裁判所 昭和 48. 3. 13. 訟月 19卷 7号 104頁

원고는 지사를 상대로 하여 농지법 제3조에 의한 농지임대차설정허가처분에 대한 심사청구 기각처분의 취소를 구하는 소를 제기하였으나 기각되자 항소심에서 손해배상청구를 추가하였다. 그러나 피항소인인 지사는 행정사건소송법 제19조 제1항, 제16조 제2항에 의하여 이의를 제기하였다.[51] 그러자 항소인이 관련청구를 관할 제1심 법원에 이송하여 달라는 취지의 신청을 한 사안이다.

후쿠오카 고등재판소는 취소소송이 부적법하더라도 관련청구가 독립하

49) 위 판결은 반소에 관한 最高裁判所 昭和 1. 11. 10. 民集 20卷 9号 1733頁 판결을 참조판례로 제시하고 있다.

50) 그 밖에 관련청구에 관한 소가 부적법하다고 본 일본 판례로는 東京高等裁判所 昭和 38. 2. 27. 行集 14卷 2号 398頁, 東京高等裁判所 昭和 48. 10. 23. 東京民時報 24卷 10号 183頁 등이 있다.

51) 관련청구가 항소심에서 추가된 경우 행정사건소송법 제19조 제1항에 의하여 준용되는 제16조 제2항에 따르면, 피항소인의 동의가 없으면 관련청구의 병합제기가 불가능하였다.
관련청구에 관한 소의 원시적 병합에 관한 행정사건소송법 제16조 제2항은 “전항의 규정에 의하여 소를 병합한 경우에 취소소송의 제1심 재판소가 고등재판소인 때에는 관련청구에 관한 소의 피고의 동의를 얻어야 한다. 피고가 이의 없이 본안에 대하여 변론을 하거나 준비절차에서 진술을 한 때에는 동의한 것으로 본다.”라고 규정하고 있고, 제19조 제1항은 관련청구에 관한 소의 추가적 병합에 위 규정을 준용하고 있다.

여 소송요건을 갖추고 있고, 동시에 그에 관하여 당사자로부터 관할 재판소에 이송하여 달라는 신청이 있는 경우에는 당사자의 의사를 존중하여 항소심에서도 관련청구을 관할 제1심 재판소에 이송하는 것이 가능하다고 하였다. 하지만 항소인이 제기한 본건 관련청구(손해배상청구)는 그 주장 자체로 명백한 것처럼 이 사건 피항소인인 후쿠오카현지사가 아니고 후쿠오카현을 피고로 하여야 하므로 관련청구로서 소의 요건을 갖추지 못하여 부적법하므로 관할 제1심 법원에 이송하지 않고 각하하였다.

② 名古屋地方裁判所 昭和 53. 7. 20. 訟月 24卷 10号 1907頁

원고가 국가를 상대로 나고야국세국장이 체납처분으로서 한 채권압류가 무효임의 확인을 구하고, 관련청구로서 국가를 상대로 불법행위 내지 부당이득을 원인으로 하는 금전지급청구를 병합한 사안이다.

나고야지방재판소는 본건 압류는 국가의 행정기관인 나고야 국세국장이 원고 회사에 대하여 행정처분인 국세체납처분으로서 한 것이기 때문에 나고야 국세국장을 피고로 하여야 하므로 국가는 피고적격이 없다는 이유로 부적법하다고 보았다. 그러나 피고 국가에 대한 불법행위 내지 부당이득을 원인으로 한 금원지급 청구가 관련청구에 관한 소송이고, 주된 청구인 본건 확인의 소가 부적법 각하되어야 하는 것이기는 하나, 그로 인하여 관련청구소송도 그대로 부적법하게 된다고 할 수는 없고, 관련청구 그 자체가 계속 중인 법원의 관할에 속하는 경우에는 그것이 적법하게 계속된 소송으로서 심판의 목적이 되는 것이 분명하다고 하였다.[52]

③ 旭川地方裁判所 昭和 五六年三月一九日 行裁集 三二卷三号四〇二頁

원고는 도지사를 상대로 농지매수처분의 무효확인청구소송과 국가를 상대로 소유권이전등기 말소등기절차청구의 소를 제기하면서 예비적로서 손해배상청구소송을 추가로 병합하였다. 재판소는 무효확인청구소송을 부적법 각하한 후에 관련청구에 관한 소의 심리를 진행하였다. 이에 대하여

52) 나고야지방재판소는 이 사건에서 불법행위에 기초한 손해배상청구 내지 부당이득반환청구의 본안 심리를 진행하였으나 결국 압류가 적법하다는 이유로 청구를 기각하였다.

피고가 주된 청구가 부적법하여 각하되었기 때문에, 이와 관련청구에 관한 소 역시 부적법하다는 본안 전 항변을 한 사안이다.

위 재판소는 행정사건소송에서 관련청구에 관한 소가 병합하여 제기된 경우, 당해 행정사건소송이 부적법하여 병합의 요건을 흠결한 경우에도 병합하여 제기된 관련청구소송이 다른 소송요건을 구비하고 있는 한, 이를 독립한 소로 취급하는 것이 상당하고, 또한 소송경제의 요청에도 합치하는 것이라고 하였다. 그리고 관련청구에 관한 소가 당초부터 병합되어 있는 경우와 추가적으로 병합된 경우를 원칙적으로 다르게 취급할 것도 아니라고 하였다. 여기에 기초하여 위 법원은 관련청구에 관한 소가 독립된 소로서 소송요건이 흠결되어 있지 않기 때문에 피고의 본안 전 항변은 이유 없다고 하였다.

(다) 일본에서의 논의

일본의 취소소송이 부적법하여 각하되거나 관련청구에 관한 소의 요건을 갖추지 못한 경우에도 관련청구에 관한 소는 독립한 소로 남는다고 보아 소송요건 흠결이 있으면 각하하고, 관할위반이 있으면 이송하면 충분하므로 관련청구에 관한 소를 각하할 필요는 없다는 견해가 통설이었다고 한다.[53] 이러한 관점에서 관련청구에 관한 소를 각하한 판례에 대하여 다음과 같은 평가가 있다.[54]

우선 관련청구를 각하한 판례의 사안은 소 제기 자체가 무리한 경우가 많다고 한다. 즉 주된 청구인 취소소송이 구두변론일을 열 필요도 없이 명백히 부적법한 경우, 관련청구소송이 제1심 구두변론종결 이후 제기되어 행정사건소송법 제19조 제1항에 위반되거나 피고적격을 오인한 경우, 관련청구소송이 항소심에서 제기되어 행정사건소송법 제19조, 제16조 제2항에 의하여 국가의 동의가 필요하나 그 동의를 얻지 못한 경우 등이다. 이와 같은

53) 南博方, (條解)行政事件訴訟法 第4版, 弘文堂, 2019, 422頁, 古崎慶長, “取消訴訟が不適法な場合と關連請求としても國家賠償訴訟”, 民商法雜誌 86卷5号, 1982, 748頁은 이 점에 관하여 학설이 일치되어 있었다고 설명한다.

54) 古崎慶長, “取消訴訟が不適法な場合と關連請求としても國家賠償訴訟”, 民商法雜誌 86卷5号, 1982, 748頁. 이 문헌의 설명에 의하면 주된 청구와 관련청구에 관한 소가 명백히 부적법하여 각하할 수밖에 없는 사례들을 제외하면 결국 각하설의 주장에 들어 맞는 전형적인 사례는 앞서 살펴본 東京地方裁判所 昭和 45. 1. 26. 訟月 16卷 10号 1156頁 판례(①)가 유일하다고 한다.

경우 재판소로서는 그 소송을 각하하고 원고에게 다시 소를 제기하도록 요구하는 것이 당연하다고 평가된다.

특히 관련청구에 관한 소의 심리가 진행된 상태에서 주된 청구가 부적법하다는 이유로 관련청구에 관한 소를 그대로 각하하는 것은 대단히 어렵기 때문에 이러한 점도 반영이 된 것이라고 한다.[55]

(라) 일본 최고재판소 판례와 그 영향

이와 같은 논의를 거쳐 最高裁判所 昭和 59. 3. 29. 昭和 55年 (行ツ) 第１４１号 판례는 그동안의 논란을 정리하고 다음과 같이 관련청구에 관한 소를 그대로 각하하여서는 안되고 독립한 소로 취급하여야 한다고 판단하였다.

위 판결의 사안은 다음과 같다. 회사의 대표이사 개인이 제기한 자연공원법에 따른 현(縣) 지사의 건축불허가처분의 취소청구(A청구)에 회사가 현 지사에 대하여 본건 토지 위에 일체의 건물의 건축이 허용되지 않는 것은 아니라는 것의 확인청구(B청구)가 추가적으로 병합되었다. 다음으로 회사가 국가에 대하여 본건 토지 위에 일체의 건물의 건축이 허용되지 않는다면 국가가 회사에 대하여 본건 토지에 관하여 정당한 보상을 할 의무가 있음의 확인청구(C청구)가 추가적으로 병합되었고, 위 청구의 취지가 손실보상청구(D청구)로 변경되었다. 이후 B청구에 관한 소가 취하되었다.

이 사건의 쟁점은 B청구와 D청구는 A청구와 특별한 관련이 없어 관련청구에 해당하지 않아 병합이 부적법한데, 이와 같이 관련청구의 추가적 병합이 부적법한 경우 추가된 소를 부적법 각하하여야 하는지, 아니면 독립한 소의 요건을 갖춘 한 적법한 소가 제기된 것으로 취급하여야 하는지(관할이 다른 경우에는 관할재판소에 이송하여야 하는지) 여부이다.[56]

이 사건에서 일본 최고재판소는 주된 청구인 취소청구와 동일한 절차 내에서 심판되는 것을 전제로 하여, 오로지 병합심판을 받는 것을 목적으로 하는 것이라고 인정되는 경우가 아닌 한, 손실보상청구는 행정사건소송법

55) 古崎慶長는 판사로서의 경험을 살려 이러한 경우에는 적법설을 따라 피고의 각하 주장을 배척하는 것이, 판결작성상의 기법(테크닉)이라고 설명하고 있다.

56) 判例タイムズ 533号(1984. 10. 15.), 138頁.

제13조의 관련청구에 해당하지 않는다고 해서 곧바로 부적법 각하할 것이 아니라, 이를 관할재판소에 이송하여야 한다고 하였다.

이 판결에 관하여는 행정사건소송법상 독특한 제도인 관련청구소송을 인정한 목적이 반영된 것이라는 평가가 있다.[57] 일본 민사소송의 일반이론에 의하면 소의 객관적 병합의 경우 병합요건을 갖추지 못한 경우에는 별개의 독립된 소로 취급하여야 한다는 것이 통설이나, 반소나 소의 변경과 같은 소송 계속 중의 소의 제기가 부적법한 경우에는 독립한 소의 요건을 갖추어도 부적법 각하하는 것이 일반적이라고 한다. 이와 같은 통상의 민사소송에서 소송 계속 중의 소 제기는 오로지 당해 소송절차를 이용하여 판단을 받으려는 목적으로 행하여지는 제도인 반면, 관련청구는 행정사건소송법상의 독특한 제도로서 관련청구의 추가적 병합은 독립한 소인 관련청구가 우연히 기본이 되는 항고소송과 동시에 제기되지 않은 것일 뿐이므로 민사소송법에 있어 소송계속 중의 소의 경우와는 달리 그 요건을 대폭 완화하여 추가적 병합을 할 수 있는 길을 열어둔 것이라고 한다. 그리고 그 때문에 통상의 민사소송의 경우과는 달리 행정사건소송법상의 관련청구에 해당하지 않는 청구를 관련청구로서 병합한 경우에는, 그것이 원시적 병합인지 추가적 병합인지와 관계 없이, 분리하여 별개의 소송으로 처리하는 것이 적절하다는 것이다.

위 최고재판소 판례 이후에 선고된 판결들은 관련청구를 주된 청구와 분리하여 스스로 심판하거나 또는 관할법원에 이송하여야 한다는 입장을 보이고 있다. 예컨대 東京高等裁判所 平成 24. 3. 14. 판례는 행정처분의 취

57) 判例タイムズ 533号(1984. 10. 15.), 138頁 이하에 의하면 행정사건소송법이 '관련청구'라는 관념을 인정한 목적은 다음과 같이 두가지가 제시된다. 우선 관련청구에 관한 소송이 통상의 민사소송인 경우에는 행정사건소송법상의 항고소송과는 소송절차가 다르기 때문에 소의 객관적 병합은 물론 주관적 병합이 불가능할 수밖에 없어 특별한 경우에 한하여 위와 같은 병합을 가능하게 한 것이다. 다음으로 같은 성질을 가진 행정사건소송법상의 소송 사이에서도 무제한 병합이 인정되는 것은 아니고, 소송이 복잡다기화되어 판결에 의한 해결이 지연되는 것을 방지하기 위하여 개별 처분을 둘러싸고 파생하는 별개의 쟁송을 관련청구소송으로 일괄하여 그것에 한하여 주된 소송인 항고소송과의 병합심리를 허용하여 동일한 심리절차에서 하나의 판결에 의하여 그 전부에 관하여 모순 없는 해결을 도모하기 위한 것이다.(행정사건소송법 제13조, 제16조, 제20조, 제18조, 제19조, 제21조 참조).

소청구와 부당이득반환청구에 관한 소송이 병합되어 제기된 경우에 부당이득반환청구소송이 행정사건소송법이 정한 관련청구의 요건을 갖추고 있지 못하거나 또는 병합하여 제기된 취소청구소송이 부적법한 경우 당해 부당이득반환청구소송이 독립하여 소의 적법 요건을 갖추고 있는 때에는 위 부당이득반환청구소송의 제기가 행정처분의 취소청구와 동일한 소송절차 내에서 심판되는 것을 전제로 하고 오로지 그러한 병합심판을 받는 것을 목적으로 한다고 인정되는 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 부당이득반환청구소송이 부적법하다고 해석할 근거가 없다고 판단하였다.[58]

(4) 대법원 판례에 대한 평가

이상에서 살펴본 바를 종합하면 우리 대법원이 일관되게 유지하고 있는 주된 청구가 부적법하면 관련청구소송도 당연히 부적법하다는 입장은 다음과 같은 이유로 변경되어야 한다고 생각한다.

① 관련청구소송을 인정하는 이유는 심리의 중복을 피하고, 재판의 모순·저촉을 피하기 위한 것이다. 그리고 여기에 더하여 하나의 소송절차에서 여러 분쟁을 한꺼번에 해결함으로써 효과적인 권리구제와 함께 공법상 법률관계의 조속한 안정을 도모하기 위한 이유도 있다. 그런데 대법원 판례에 의하면 주된 청구가 소송요건을 갖추지 못하여 부적법한 경우 관련청구소송은 그대로 각하되고, 당사자는 다시 소송을 제기하여야 한다. 다음과 같은 경우를 예로 들 수 있다.

Ⓐ 대법원 판례에 의할 경우 행정처분의 취소판결이 있어야만, 그 행정처분의 위법임을 이유로 한 손해배상 청구를 할 수 있는 것은 아니다(대법원 1972. 4. 28. 선고 72다337 판결). 즉 관련청구소송인 손해배상청구는 행정처분의 취소를 전제로 하는 것이 아니다. 예컨대 행정처분에 대한 취소소송에 손해배상청구를 병합하였는데 취소소송 계속 중 행정처분이 직권취소되는 등으로 소의 이익이 소멸하여 부적법한 경우 관련청구소송을 분리하여 심리하거나 민사법원에 이송하여 국가배상책임의 성립 여부를 그대로

58) 이 판결은 最高裁判所 第二小法廷 平成 24. 10. 19. 결정으로 상고수리신청이 받아들여지지 않아 확정된 것으로 확인된다.

심리할 수 있다. 하지만 대법원 판례에 의할 경우 국가배상청구소송은 그대로 각하되고, 민사법원에 다시 소를 제기하여야 한다.

Ⓑ 대법원 판례에 의할 경우 국가나 지방자치단체가 사경제의 주체로서 하는 행정작용을 제외한 모든 권력적·비권력적 작용에 의한 손해도 국가배상청구권의 성립요건에 해당한다. 즉 행정처분이 아닌 행정작용에 의한 손해에 대해서도 국가배상청구가 가능하다. 특정한 행정작용이 행정처분에 해당한다고 보아 취소소송을 제기하면서 국가배상청구를 병합하였는데 소송 계속 중 해당 행정작용이 행정처분이 아니라는 것이 밝혀졌다면 취소소송은 각하될 것이나 국가배상청구소송에서는 해당 행정작용으로 인한 국가배상청구권 성립여부를 심리·판단하는 것이 가능하다. 그런데 대법원 판례에 의할 경우 역시 국가배상청구소송은 각하되고 다시 소를 제기하여야 한다.

Ⓒ 대법원 판례의 입장을 관철할 경우 주된 청구의 피고를 잘못 지정하여 각하된 경우에도 관련청구소송은 각하될 수밖에 없다(실제로는 피고를 경정하라는 석명권 행사에도 불구하고 경정신청을 제때 하지 못한 경우에 각하될 것이다). 이는 행정주체와 행정청을 인위적으로 구분해 놓은 데 따른 위험을 국민에게 부담시키는 것으로 매우 가혹하다.

뿐만 아니라 관련청구소송의 심리가 어느 정도 진행된 상황에서 각하된 경우라면 심리의 중복과 지연은 불가피하게 된다. 이는 당사자에게 무익한 절차의 반복을 강요하는 것이다.[59]

② 민사소송법에서는 소의 병합의 요건을 갖추지 못한 경우에는 각 청구마다 별개의 소가 있는 것으로 취급하여 일부의 청구에 소송요건의 흠결이 있으면 그 부분 청구만 각하 또는 이송한다. 이는 선택적 병합 또는 예비적 병합의 경우에도 마찬가지이다. 그런데 유독 관련청구소송의 각하 여부가 주된 청구의 적법 여부 또는 병합 요건 충족에 좌우된다고 볼 만한 특별

59) 古崎慶長, “取消訴訟が不適法な場合と關連請求としても國家賠償訴訟”, 民商法雜誌 86卷5号, 1982, 750頁은 원고는 관련청구에 관한 소의 추가적 병합을 신청하는 청구취지 변경신청서를 작성하여 인지를 첨부하여 재판소에 제출하였는데, 취소소송이 각하됨에 따라 관련청구에 관한 소도 각하하여야 한다면, 원고는 어쩔 수 없이 다시 같은 소장에 인지를 붙여 제출하여야 하는데, 이는 소송을 이용하는 국민에 대한 불친절한 취급이라고 한다.

한 근거가 없다.

③ 우리의 관련청구소송과 비슷한 제도를 가진 일본의 판례들은 적법설로 입장을 변경하였다. 특히 일본 최고재판소 역시 전향적인 학설과 하급심의 태도를 수용하여 관련청구에 관한 소가 오로지 취소청구와 병합심판을 받는 것을 목적으로 제기된 것이 아닌 한 분리하여 관할 법원으로 이송하여야 한다고 선언한 것은 시사하는 바가 크다. 관련청구에 관한 소 제도의 도입 취지에 충실한 해석으로 평가할 수 있다.

(5) 소결론

결국 주된 청구가 부적법하거나 관련청구소송 병합의 요건을 충족하지 못한 경우에도 관련청구소송을 각하할 것이 아니라, 관련청구소송 그 자체가 소송요건을 충족하고 있는 한 독립한 소로 취급하여 심리를 계속하거나 관할이 없는 경우에는 관할 법원으로 이송하여야 한다. 관련청구소송이 예비적이나 선택적으로 병합된 경우에도 마찬가지로 볼 수 있다.

Ⅳ. 마치며

이상에서 행정소송에서 소의 병합을 통한 다양한 소송유형의 활용에 관하여 살펴보았다. 소송유형별로 소송요건이 복잡·다양하고, 행정작용의 위법 여부 및 하자의 정도에 따라 판결의 유형이 전혀 달라지는 행정소송의 특성상 소의 병합은 대단히 유용하게 활용될 수 있다. 행정소송에서 소의 병합을 통해 다음과 같은 효과를 기대할 수 있다.

먼저 하나의 소송절차에서 분쟁 해결을 가능하게 하여 신속한 권리구제가 가능할 뿐만 아니라 행정상 법률관계의 조속한 안정화에도 기여한다. 이는 헌법상 신속한 재판을 받을 권리(헌법 제27조 제3항)의 실현으로 평가할 수 있다. 또한 분쟁의 유형이 다양해짐에 따라 분쟁 해결에 여러 복합적인 조치들이 동원될 수밖에 없는 상황에서 다양한 소송유형의 병합은 헌법이 보장하는 효과적인 권리구제의 실현에도 기여한다.

나아가 소의 병합을 통해 법원 판단의 모순·저촉을 피할 수 있을 뿐만 아니라 심리부담도 상당 부분 경감할 수 있게 되어 소송경제의 실현에도 기여한다.

이와 같이 행정소송에서 소의 병합은 활용가치가 충분할 뿐만 아니라 활용될 수 있는 영역도 대단히 넓다. 다만 앞서 살펴본 바와 같이 대법원은 소의 병합이 활용될 수 있는 여지를 좁히고 있는 바, 이 점에 관하여는 향후 전향적인 태도 변화가 필요하다. 향후 행정소송에서 소의 병합이 더욱 적극적이고 폭넓게 활용될 수 있기를 기대한다.

행정소송에서 소의 병합을 통한 다양한 소송유형의 활용에 관한 연구 - 이 승 훈	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2023.02.15.	2023.03.03.	2023.03.26.

[참고문헌]

김철용·최광률 편집대표, 주석 행정소송법, 박영사, 2004.
민일영 편집대표, 주석 민사소송법1(제8판), 한국사법행정학회, 2018
민일영 편집대표, 주석 민사소송법4(제8판), 한국사법행정학회, 2018.
법원실무제요 행정, 법원행정처, 2016.

김남진·김연태, 행정법 I(제26판), 법문사, 2022.
김동희·최계영, 행정법I(제26판), 박영사, 2021.
김철용, 행정법(전면개정 제10판), 고시계사, 2021.
류지태·박종수, 행정법신론(제18판), 박영사, 2021.
박균성, 행정법론(상)(제20판), 박영사, 2021.
박윤흔·정형근, 최신행정법강의(상)(개정30판), 박영사, 2009.
이일세, 행정법총론, 법문사, 2020.
정동윤·유병현·김경욱, 민사소송법(제9판), 법문사, 2022
하명호, 행정쟁송법(제6판), 박영사, 2022.
홍정선, 행정법원론(상)(제29판), 박영사, 2021.
홍준형, 행정구제법, 오래, 2012.

김의환, "가. 손해배상청구 등의 민사소송이 행정소송에 관련청구로 병합되기 위한 요건 나. 사업인정 전의 사업시행으로 인하여 재산권이 침해되었음을 원인으로 한 손해배상청구가 토지수용사건에 관련 청구로서 병합될 수 있는지 여부", 대법원판례해설 제35호, 법원도서관, 2001.
김국현, "취소소송과 부당이득반환청구소송의 관련 청구 병합", 대법원판례해설 제79호, 법원도서관, 2009.

塩野廣, 行政法Ⅱ, 有斐閣, 2019
古崎慶長, "取消訴訟が不適法な場合と關連請求としても國家賠償訴訟", 民商法雜誌 86卷 5号, 1982.

【국문초록】

여러 청구를 하나의 소송절차에서 병합하여 심판하는 것은 각각의 절차에서 따로 심리·판단하는 것에 비하여 법원의 심리부담을 덜 수 있고, 모순·저촉을 피할 수 있는 장점이 있다. 이러한 이유로 행정소송에서도 다양한 소의 병합이 활용되고 있다. 그런데 다양한 소송유형이 마련되어 있는 행정소송의 특성을 고려하여 보면 행정소송에서는 일반적인 민사소송과 달리 여러 소송유형의 병합이 요구된다. 본 논문은 행정소송에서 다양한 소송유형의 병합에 관한 이론적·실무적 검토를 목적으로 한다.

우선 행정소송에서의 소의 병합의 구조를 분석한다. 행정소송법 제10조는 행정소송법 제10조 제1항은 당해 처분등과 관련되는 손해배상·부당이득반환·원상회복등 청구소송(제1호), 당해 처분등과 관련되는 취소소송(제2호)을 '관련청구소송'이라고 정의하고 이들 관련청구소송을 주된 청구에 관한 소가 계속 중인 법원에 이송하거나 병합할 수 있는 근거를 마련하고 있다(객관적 병합). 또한 행정소송법 제15조는 수인의 청구 또는 수인에 대한 청구가 처분등의 취소청구의 관련청구소송인 경우에 한하여 공동소송인이 될 수 있도록 규정하고 있다(주관적 병합). 이 규정들을 통해 주된 청구인 취소소송과 그 관련청구소송에 해당하는 청구들은 민사소송법 규정에 의한 병합요건을 갖추지 못한 경우에도 병합이 가능하다. 관련청구소송에 해당하지 않는 청구들은 민사소송법에 의한 병합이 가능하다.

그리고 행정소송에 있어 소의 병합의 형태와 허용가능성에 관하여 살펴본다. 행정소송의 소의 병합에는 민사소송과 마찬가지로 객관적 병합과 주관적 병합이 모두 허용된다. 병합의 형태는 단순병합과 선택적 병합, 예비적 병합이 모두 가능하고, 객관적 병합과 주관적 병합이 복합적으로 결합된 형태인 주관적·예비적 병합도 가능하다. 행정소송에서는 이들 병합 형태가 모두 가능하고 분쟁의 유형에 따라 다양하게 활용되고 있다.

다음으로 관련청구소송의 병합에 관하여 살펴본다. 관련청구소송은 민사소송법상 소의 병합이 불가능한 소송 사이의 병합을 가능하도록 하기 위하여 행정소송법이 특별히 인정하고 있는 병합유형이다. 주된청구와 관련청

구에 해당하면 비교적 폭넓게 병합이 허용된다. 관련청구소송의 병합은 서로 다른 종류의 소송절차에서 심리할 수 밖에 없는 소송유형 사이의 병합을 가능하게 한다는 점에서 활용할 수 있는 영역이 대단히 넓다. 그런데 대법원은 주된 청구가 부적법하거나 관련청구소송의 병합 요건을 갖추지 못하는 경우에 관련청구소송은 당연히 각하된다고 보아 관련청구소송이 허용될 수 있는 범위를 크게 제한하고 있다. 이러한 대법원 판례의 입장은 관련청구소송을 허용한 취지에 반하고, 국민에게 불필요한 부담을 강요하는 것일 뿐만 아니라 비교법의 관점에서 보아도 합리적인 근거를 찾기 어렵다.

마지막으로, 국가·사회적인 발전에 따라 분쟁의 유형이 다양해짐에 따라 분쟁 해결에 여러 복합적인 조치들이 동원될 수밖에 없는 상황에서 다양한 소송유형의 병합은 헌법이 보장하는 효과적인 권리구제의 실현에 큰 도움이 된다. 향후 다양한 소송유형의 병합이 더욱 활용될 수 있기를 기대한다.

【Abstract】

Utilization of various types of litigation through the consolidation of lawsuits in administrative litigation

LEE SEUNGHOON
(Professor, Korea University School of Law, Ph. D. in Law)

Consolidating multiple claims in a single litigation procedure and adjudicating them accordingly has the advantage of reducing the court's trial burden and avoiding contradictions and conflicts in judgement. For this reason, consolidation of various claims is being used in administrative litigation. However, considering the characteristics of administrative litigation, in which various types of litigation are provided, administrative litigation requires consolidation of various litigation types, unlike general civil litigation. The purpose of this study is a theoretical and practical review of consolidation of various litigation types in administrative litigation.

First, the structure of consolidation of claims is analyzed. Article 10, Paragraph 1 of the Administrative Litigation Act stipulates 'a claim for compensation for damages, return of unjust enrichment, restoration state, or other claims related to the disposition(No. 1)', and 'revocation suit related to the disposition(No. 2)' is defined as 'related claim'. In addition, it prepares the basis for transfering and consolidating related claims to the court where the lawsuit on the main claim is pending(objective consolidation). Article 15 stipulates that, several persons may file or be filed as coparties only in cases where claims made by or against those

persons are revocation suit and its related claim(subjective consolidation or joint litigation). Through these provisions, revocation suit and its related claim litigation can be consolidated even if they do not meet the conditions for objective consolidation and subjective consolidation under the Civil Procedure Act.

Next the form and admissibility of the consolidation of claims in administrative litigation are reviewed. Both objective and subjective consolidation are allowed in administrative litigation, just like in civil litigation. As the form, simple, selective and preliminary consolidation are all possible, and subjective/preliminary consolidation, which is a complex combination of objective and subjective consolidation, is also possible. In administrative litigation, all of these forms of consolidation are allowed and are used in various ways depending on the type of dispute.

Next, the consolidation of related claims is examined. A related claim is a type of consolidation specially recognized by the Administrative Litigation Act to enable consolidation between lawsuits that cannot be consolidated under the Civil Procedure Act. Comparatively wide consolidation is allowed if it falls under the main claim and related claims. The consolidation of related claims has a very wide range of applications in that it enables the consolidation of lawsuit that must be tried in different types of litigation. However, the Supreme Court greatly limits the permissible range of related claims, considering that the related claims suit is naturally dismissed if the main claim is unlawful or does not meet the requirements for consolidation of related claims. The position of these Supreme Court precedents runs counter to the purpose of allowing related claims, imposes an unnecessary burden on the people, and it is difficult to find a reasonable basis even from the point of view of comparative law.

In conclusion, as the types of disputes diversify, in a situation where

various complex measures are inevitably mobilized to resolve disputes, the consolidation of various lawsuits is a great help in realizing the effective remedy of rights guaranteed by the Constitution. It is hoped that the consolidation of various types of litigation will be further utilized in the future.

주제어(Keyword) : 소의 병합(Consolidation), 관련청구소송의 병합(Consolidation of Related Claims), 객관적 병합(objective consolidation), 주관적 병합(joint litigation), 주관적·예비적 병합(subjective/preliminary consolidation)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제108호 2023년 3월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2023.108.293

개인정보 동의제도의 실질화 방안 연구

정 원 준*

▶목 차◀

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 동의의 개념과 적법처리 요건
1. 동의의 본질과 근원: 프라이버시권과 개인정보자기결정권
2. 동의의 법적 성격 및 의의
3. 현행법상 적법한 동의의 요건
Ⅲ. 현행법의 한계와 제도적 문제점
1. 동의의 형식화 문제
2. 디지털 경제의 부상과 기존 원칙의 한계
3. 동의 제도의 규범적 한계
Ⅳ. 동의의 실질화를 위한 개선방안
1. 정보처리 전반에서의 투명성 원칙 내재화
2. 옵트아웃 방식의 부분적 도입을 위한 법적 방안
3. 동의 없는 예외적 허용 범주의 확대
4. 차별적 선택이 가능한 동의 등급제 도입
5. 고지 등 정보제공 방법의 실질화 방안
Ⅴ. 결 론

Ⅰ. 서 론

정보주체를 대상으로 한 동의(consent)는 개인정보를 수집하고, 이용하고, 제공하는 등 일련의 정보 흐름 과정 속에서 개인정보를 적법하게 처리하기 위한 원칙이자 요건이 된다. 이에 따라 동의는 개인정보보호법에서 고안하고 있는 여러 법적·제도적 장치들 중에서도 개인정보자기결정권을 가장 직접적이고도 구체적으로 실현시켜 주는 핵심 수단이라 여겨진다.[1] 개인정보자기결정권이

* 한국법제연구원 부연구위원, 법학박사.
** 본 논문은 이성엽 외, 『데이터와 법』, 박영사, 2021을 통해 필자가 기고한 “동의

헌법상 기본권으로 인정되고 있고, 인격권적 성격을 가진다는 것이 일반적인 이해임을 고려하면, 동의 절차는 정보주체가 자기 정보에 대한 통제권과 선택권을 최대한 보장하고 발현시키는 데 있어서 중요한 매개적 역할을 수행하는 것이다.

동의의 법적 성격이 민법상 의사표시인지 또는 준법률행위인지, 약관법 적용은 가능한지 등의 논쟁에 관하여는 학자들 사이에 견해의 대립이 존재하지만, 동의는 일상생활에서 실로 다양하게 사용된다. 비단 법률관계에서 뿐만 아니라 그 이외의 경우로서 이를테면 정보주체에 대한 인격적 권리의 제한에 대해 승낙하는 의사표시로 기능하기도 한다. 이에 따라 수많은 정보가 디지털화 되어 실시간으로 거래되고 유통되는 데이터 경제 시대에는 동의 제도의 유연한 설계와 효율적 운영이 더욱 중요해지고 있다. 과거 아날로그 시대에 획득한 동의의 규범적 의의가 정보주체에게 정보의 사용을 허락받는 형태의 소극적인 권리 보장에 그쳤던 반면, 디지털 시대에 이르러서는 개인에게 적극적인 통제권[2]을 확보시켜줌으로써 막대한 경제적 가치를 지닌 (개인)데이터의 원활한 이전과 거래·유통을 정당화하는 법적 절차로서 자리매김한 것이다.

이러한 동의 절차의 법적 위상(位相)은 개인정보에 관한 일반법에 해당하는 개인정보보호법 제4조에서 정보주체 권리의 하나로서 “개인정보 처리에 관한 동의 여부, 동의 범위 등을 선택하고 결정할 권리(개인정보처리자로부터 동의를 받을 권리로서 이른바 “동의권”이라 함)”를 인정하고 있는 데에서도 확인된다. 이 외에도 현행법은 법률에 특별한 규정이 있거나 법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우 등 일정한 예외적 사유를 제외하고는 동의 절차를 엄중하게 요구하고 있다.

규제의 역설과 실질화 방안”이라는 제목의 글을 논문의 형식과 체계로 재구조화하여 수정·보완한 글임을 밝힙니다.

1) 권영준, “개인정보 자기결정권과 동의 제도에 대한 고찰”, 「법학논총」, 제36권 제1호, 2016, 696쪽.

2) 가령 데이터의 이전과 이동을 보장해주는 EU GDPR에 도입된 데이터이동권(Right to Data Portability)과 이를 국내법상 도입한 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」(이하 “신용정보법”이라 함) 제33조의2의 전송요구권과 같은 권리는 개인정보 활용에 대한 의사를 정보주체 스스로가 결정하는 것을 토대로 실질적인 권리 보장이 가능하도록 하고 있어 개인정보자기결정권의 적극적인 모습을 담고 있는데, 개인정보자기결정권을 구현하는 중요한 수단인 동의 역시 이러한 권리 성격의 출현과 함께 실질적인 권한 행사를 추구하는 방향으로의 변화가 요구된다고 할 것이다.

그러나 동의 제도의 본질에 부합하게 정보주체의 실질적인 권리를 보장하고, 나아가 형식적 제약으로부터 벗어나 유연한 절차적 체계를 갖추는 것은 결코 쉬운 일이 아니다. 동의는 여러 측면에서 근본적인 한계를 가지고 있기 때문이다. 가장 본질적인 문제로는 동의의 제도 모형이 엄격한 사전동의(opt-in) 원칙 하에 승낙과 거부라는 내용통제가 사실상 배제된 이분법적인 선택지만을 제공한다는 점이다. 이에 따라 개인정보처리자는 서비스의 이용이 시작된 이후 동의의 내용과 항목을 유연하게 변경·조정·철회할 수 있도록 하는 등 정보주체에게 사후적인 통제력을 확보시켜주는 데에는 크게 관심이 없고, 오히려 추후 정보 활용의 가능성을 염두에 두고 한 번의 동의로 최대한 많은 항목을 확보하려는 데에 노력을 기울인다. 이 때문에 개인정보처리자는 사전에 동의 항목 및 처리 방침 등을 상세히 열거하여 정해놓기 마련이다. 이는 결국, 동의서를 방대하고 복잡하게 만들어 동의 사항을 명확하게 인지하지 못한 채 무심히 습관적으로 동의하게 만드는 형해화(形骸化) 문제를 야기한다. 게다가 현행법은 포괄 동의를 금지하고, 구분동의를 요구하며, 필수정보와 선택정보를 구분하도록 하고 있어 이러한 현상을 부추긴다.

이와 같은 동의 절차의 형식성과 경직성은, 개인에게 실질적인 통제권을 부여하지 못하게 함으로써 동의의 기능적 측면을 제한한다. 이에 해외 주요국에서는 다양한 영역에서 동의의 실질성과 유연성을 강화하는 방향으로의 변화를 점진적으로 시도하고 있다. 이를테면 정보주체가 아닌 자로부터 수집되는 경우 등 고지 자체가 불가능하거나 비례적이지 못한 노력이 수반되는 경우에는 고지의무를 면제시켜주는 EU의 접근방식[3]이나 투명성 확보를 위한 계층적 접근 방식(layered approach to transparency)을 채택하여 서비스 운영 과정에서의 '적시고지(just in time notices)'와 동의 사실을 명확히 파악할 수 있는 '대시보드(dash boards)' 사용을 권고하고 있는 영국의 접근방식,[4] 나아가 소비자 대시보드(consumer dashboard)를 통한 고지(notification)를 법률상 의무로 규정하고 있는 호주의 입법례[5] 등 각 국은 데이터 경제 시대에 대응

3) European Union Agency for Fundamental Rights et al., *Handbook on European data protection law(2018 edition)*, 2018, p.358.

4) Information Commissioner's Office(ICO), *Big data, artificial intelligence, machine learning and data protection(Version 2.2)*, 2017, pp.96-98.

하기 위하여 동의 제도의 유연성 강화와 실질화를 꾀하고 있다. 즉, 사전 동의라는 기본 원칙은 범세계적으로 공통되게 유지하고 있으면서도 보완적인 제도의 마련과 일정한 경우 동의의 유효요건을 낮추는 방법으로 유연성 확보를 꾀하고 있는 것이다.

이러한 상황에서 국내법은 2011년 개인정보보호법을 제정한 이후로 동의 제도의 실질화 측면에 있어서 큰 틀에서의 변화를 관철시키지 못하였다. 지난 2020년 이른바 '데이터 3법' 개정을 통해 개인정보 관련 규범을 전면적으로 개편하면서 개인정보보호법 제15조 제3항에 당초 수집 목적과 합리적으로 관련된 범위에서 정보주체에게 불이익이 발생하는지 여부, 암호화 등 안전성 확보에 필요한 조치를 하였는지 여부 등을 고려하여 정보주체의 동의 없이 개인정보를 이용할 수 있다는 규정(소위 '양립가능성' 조항)을 신설하여 개별 동의 요구에 대한 일부 예외를 확대한 것이 사실상 유일하게 진일보한 입법적 성과라 할 수 있다.[6] 그러나 해당 규정은 정보 처리에 있어서 적법성 판단에 대한 융통성 있는 해석을 제공함으로써 빅데이터에의 활용 가능성을 넓혀준다는 점에서 의미가 있지만, 동의 절차의 본질적인 구조나 설계의 변화를 가져오는 것은 아니어서 정보 처리의 효율성을 실질적으로 증진시키는 데에는 한계가 있다.

이에 본고는 디지털 경제 시대에 부합하는 원활한 정보 거래와 유통을 위한 동의 제도의 실질화 방안에 대해 집중적으로 논하고자 한다. 특히 그간 동의를 주제로 한 다수의 연구가 학술적·이론적으로 진행되어 왔음에도 불구하고, 엄격한 사전 동의 원칙에 기반한 현행법의 규범적 프레임 안에서의 논

---

5) Competition and Consumer(Consumer Data Right) Rules 2020. available at <https://www.legislation.gov.au/Details/F2020L00094>(visited at February 4, 2023)..

6) 이와 같은 규정에 대하여는 1980년 OECD Guidelines에서 제시된 개인정보의 이용은 수집 당시 명시된 목적에 부합하여야 한다는 내용의 '목적 명확성의 원칙(Purpose Specification Principle)'을 확대하여 특정 목적과 다르더라도 양립가능한 범주 내에서의 처리를 허용하는 '목적 합치의 원칙'을 인정하고 있는 견해가 있다(이동진, "목적합치의 원칙", 「데이터와 법」, 박영사, 2021, 174-178쪽; 정종구, "개인정보처리의 허용범위와 근 한계 -목적합치의 원칙을 중심으로-", 「법학논고」, 제27집 제2호, 2020, 57쪽). 다만 다른 한편에서 보면 이는 OECD Guidelines에서 법률에 명시된 사유를 제외하고는 명시된 목적에 반하는 개인정보의 공개·제공·이용행위를 금지하는 '이용 제한의 원칙(Use Limitation Principle)'에 대한 예외로서 합리적으로 관련된 범위 내에서 사전 동의의 원칙을 폭넓게 인정하고 있는 것으로 바라보는 시각도 필요하다고 보인다.

의는 분명한 한계가 있다. 따라서 개인정보 보호라는 이익 너머에 존재하는 데이터 활용의 공익성, 경제적 이익 등의 가치를 함께 고려하여 세밀하고 객관적인 이익형량을 통해 적절한 조화 방향을 강구할 필요가 있다. 동의제도의 유연성 강화와 실질화 방안의 마련 역시 이러한 접근 방향에서 검토되어야 할 것이다. 이를 위해 이 글에서는 먼저 동의의 이론적 근원과 현행법상 적법한 동의의 요건 등 동의의 법적 성격에 대하여 파악하였고(Ⅱ), 이어서 현행법상 동의의 한계를 비판적 시각에서 관련 쟁점들을 분석하였다(Ⅲ). 이를 토대로 본 연구의 결론으로서 최종적으로는 동의를 실질화할 수 있는 여러 제도적인 개선방안을 제시하였다(Ⅳ).

Ⅱ. 동의의 법적 개념과 적법처리 요건

1. 동의의 본질과 근원: 프라이버시권과 개인정보자기결정권

동의의 단초는 개인정보를 둘러싼 권리 개념 형성의 효시(嚆矢)를 이루는 '프라이버시권'에서부터 기원한다.[7] 미국에서 프라이버시권은 1880년 Thomas Cooley 판사가 그의 저서에서 물리적 침탈로부터의 소극적 보호를 의미하는 '혼자 있을 권리(The Right of be alone)' 개념을 창안한 것으로부터 시작되었고,[8] 1890년에는 Warren과 Brandies가 이를 타인으로부터 개인의 방해받지 않는 개인 영역(personal space)을 유지하기 위한 권리로 해석[9]하면서 프라이버시 침해가 물리적 침입의 여부와 상관없이 일반 불법행위를 구성한다고 보았다.[10] 이후 줄곧 프라이버시권은 보통법상 불법행위로 다루어지다가, 1965

7) 그 밖에 프라이버시권을 둘러싼 각국의 접근방식 차이와 연혁적 배경에 대한 상세한 내용은 정원준, "빅데이터 환경에서 개인정보 이용에 관한 법적 고찰", 고려대 박사학위논문, 2019, 26-30쪽을 참조.

8) Thomas M. Cooley, T*he General Principles of Constitutional Law in the United States of America*, BOSTON: LITTLE, BROWN AND COMPANY, 1880, p.238.

9) *See* Samuel Warren and Louis Brandeis, The Right to Privacy, 4 *Harv. L. Rev.* 193, 1890.

10) 프라이버시에 대한 침해가 일반 불법행위를 구성한다는 점을 인정한 판결로는 Pavesich v. New England Life Ins. Co., 122 Ga. 190, 50 S.E. 68 (1905) 참고.

년 Griswold 사건[11]에서 피임기구의 판매와 상담을 금지시킨 주법이 프라이버시를 침해하는 공권력의 행사에 해당한다는 판결을 통해 처음으로 헌법상 권리로 인정되었다.

이처럼 프라이버시권이 논의되던 초기에는 제3자나 공권력의 행사로부터 은밀한 사적 영역의 비밀성(소위 '영역 프라이버시')과 신체적 자유(소위 '신체 프라이버시')를 보장하는 소극적 보호를 의미하였다.

그러나 이러한 전통적인 해석에서 벗어나 현대적 의미의 권리로서 정보주체에게 개인정보의 통제 권한을 직접 귀속시키는 '정보 프라이버시(Information Privacy)'라는 개념이 새롭게 주창되었다. 이를 처음 제안한 Alan Westin 교수는 정보화 시대에는 정보주체가 자발적으로 공개한 정보일지라도 원치 않는 공개 상태에 놓일 수 있으므로 개인에 관한 모든 정보를 통제할 수 있는 강력한 권리 설정이 필요함을 강조하였다.[12] 이후 연방대법원은 Whalen 사건을 통해 독자적 판단에 의해 결정할 이익을 보장하기 위한 자율권으로서 '사생활 결정에 관한 프라이버시(Decisional Privacy)'와 개인 문제를 공개하지 않을 이익을 보장하는 통제권으로서 '사생활 공개에 관한 프라이버시(Informational Privacy)'와 같이 적극적인 성질을 명시적으로 인정하기에 이른다.[13]

이처럼 적극적 권리로서 프라이버시권의 법적 성격은 우리 헌법상 기본권으로 인정되는 '개인정보자기결정권'에도 내재화되어 있다. 헌법재판소는 지문날인 사건에서 개인정보자기결정권을 "자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 이용되도록 할 것인지를 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리"로 정의하였다.[14] 이와 같은 판례의 해석에서 알 수 있듯이 개인정보자기결정권은 개인정보 처리에 있어서 자율적인 통제력을 확보해주는 것이 핵심인데,[15] 그 실행을 담보하기 위한 직접적이고 구체적인 법적 장치로서 고안된 것이 바로 '동의'라 할 수 있다.

---

11) Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).
12) *See* Alan F. Westin, Privacy And Freedom, 25 *Wash. & Lee L. Rev.* 166, 1968.
13) Whalen v. Roe, 429 U.S. 589 (1977).
14) 헌재 2005. 5. 26. 99헌마513.
15) 학설에 의하면, 개인정보자기결정권을 개인정보의 공개와 이용을 스스로 통제하고 결정할 수 있는 적극적 성질의 기본권으로 보는 의견이 지배적이다. 한수웅, 「헌법학」, 법문사, 2014, 543쪽; 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2014, 1207쪽 등.

2. 동의의 법적 성격 및 의의

동의라 함은 일반적으로 타인의 행위에 대하여 인허(認許) 내지 긍인(肯認)하는 의사표시를 뜻한다.[16] 이러한 동의는 사전 의사표시라는 점에서 사후적인 의사표시인 '승인(承認)'과 구분된다. 이에 따라 사전에 동의를 구하지 않는 경우 개인정보 처리는 법률상 규정된 예외적 상황을 제외하고는 원칙적으로 위법한 행위가 된다. 관점을 달리하여 해석해 보면 개인정보처리자의 정보 처리 요구에 정보주체가 동의하는 경우 개인정보 침해에 대한 위법성이 배제되며, 이 때 동의는 개인정보의 처리를 정당화하고 합법화하는 역할을 담당한다고 할 것이다.

그러나 동의의 법적 성격과 성질에 대하여는 학설상 견해가 일치하지 않는다. 현행 개인정보보호법에서는 동의를 통해 제공해야 하는 내용과 동의를 받는 방법 등을 설명하고 있을 뿐, 동의의 개념을 구체적으로 설명하지는 않고 있다.[17] 이에 따라 동의가 법률효과를 불러오는 법률행위의 요소로서 민법상 의사표시에 해당하는지, 단순한 사실적 행위에 대하여 법률에서 법적 효과를 부여한 준법률행위에 해당하는지, 혹은 법률행위가 아닌 단순한 승낙의 의사에 해당하는지 등이 불분명한 상황이다. 여기서 의사표시에 해당하거나 준법률행위로 바라보는 입장에서는 민법상의 법률행위에 관한 규정이 적용되므로 법 적용에 있어서 실질적인 차이를 발생시키지는 않는다. 그러나 승낙의 의사로서 단순행위에 해당하는 경우에는 민법의 규정이 적용되지 않는 점에서 차이가 발생한다.

학계에서 제안되고 있는 견해들을 구분해보면, 동의의 법적 성격을 민법상 의사표시로 보는 견해[18]로서 세부적으로 일방적 의사표시로서 단독행위로 보는 견해[19], 계약의 구성요소로 보는 견해, 전통적 의미의 동의와 계약적 동의로 구

16) 국회도서관·한국법제연구원, 핵심 한영 법률용어사전, 2022, 98쪽.

17) 이는 법규정에서 뿐만 아니라, 기존에 정부에서 발표한 동의 관련 가이드라인인 「개인정보 수집 최소화 가이드라인」과 「온라인 개인정보 처리 가이드라인」을 통합하여, 개인정보 처리 동의에 대하여 새롭게 안내하고 있는 개인정보보호위원회, 「알기 쉬운 개인정보 처리 동의 안내서」, 2022에서도 마찬가지이다.

18) 배대헌, "인터넷상 개인정보의 이용약관에 관한 고찰", 「정보화정책」, 제10권 제1호, 2003, 155쪽; 김선량·허진성, "개인정보보호법 제16조 목적에 필요한 최소한의 개인정보 수집과 계약의 자유", 「강원법학」, 제52권, 2017, 146-148쪽; 오병철, "제3의 재산으로서 데이터의 체계적 정립", 「정보법학」, 제25권 제2호, 2021, 189쪽 등.

분하는 견해, 약관법을 적용하자는 견해가 있으며, 그 밖에 주장으로는 계약의 구성요소로 보지 않는 견해와 준법률행위로 이해하는 견해로 나누어 볼 수 있다.[20]

이 중 주요한 입장을 위주로 개괄적으로 살펴보면, 먼저 동의를 개인정보처리자와 정보주체 사이의 두 개 의사표시의 합치를 통해 성립하는 '계약'으로 보는 경우, 정보주체의 동의를 승낙으로 보거나 혹은 청약으로 보는 견해가 존재한다. 동의를 승낙으로 보는 견해에 의하면 동의라는 법률상 용어를 사용하고 있으나, 실질적으로 동의는 서비스 이용계약에 대한 개인정보처리자의 청약에 대한 승낙의 의사표시로 볼 수 있다고 한다.[21] 이러한 견해에 의하면 직관적으로 볼 때 승낙과 동의가 유사한 외관을 띠고 있다는 점과 개인정보처리자의 동의 취득 목적이 결국 서비스 제공을 위하여 필요로 하는 개인정보를 처리하기 위함이라는 점에서 개인정보처리자의 동의 요구를 청약으로 보는 것이 어색하지 않다는 장점이 있다. 그러나 정보주체는 개인정보 처리에 대한 동의 없이도 얼마든지 서비스 이용계약을 체결하는 것이 가능하므로 이러한 주장에는 논리적 허점이 존재한다.

반면 동의를 청약으로 보는 견해의 경우 가령 홈페이지 개설을 통해 인터넷 회원을 가입하도록 모집할 때 이는 청약의 유인에 해당하고 이때 정보주체의 동의의 의사표시는 실질적으로 청약을 한 것으로 볼 수 있고, 개인정보처리자 가 다시 이를 승낙하는 구조를 가진다고 설명한다.[22] 그러나 이는 거래 현실에서 정보주체가 개인정보처리자의 승낙을 구하기 위해 선제적으로 의사를 표시하는 청약으로 보기는 어렵다는 점, 청약은 효력을 발휘한 때에는 철회를 할 수 있어야 하는데 개인정보의 경우 언제든 철회할 수 있는 권한을 법률

19) 다만 동의를 단독행위로 보는 경우는 국내에서는 구체화된 주장을 찾아보기 힘들다고 한다. 백경일·이병준, "개인정보 관련 약관·서식과 그 내용통제", 「외법논집」, 제36권, 2012, 204쪽에서 동의의 성격을 단독행위 내지 준법률행위로 이해할 수 있다고 언급하고 있으나 이에 대하여 구체적인 논거를 제시하지는 못하고 있다는 것이다. 주영선, "개인정보보호법상 동의의 법적 성격에 관한 고찰", 「법학논고」, 제42권 제1호, 2022, 191-192쪽.

20) 개인정보보호법상 동의의 법적 성격을 둘러싼 국내 학설을 정리하고 정보주체 동의가 법률의 규정에 따라 일정한 법률효과가 부여되는 준법률행위에 해당한다고 본 문헌으로, 상세한 설명은 주영선, 위의 논문, 187-213쪽 참고.

21) 배대헌, 앞의 논문, 155쪽.

22) 김선량·허진성, 앞의 논문, 146-148쪽.

상 부여받고 있다는 점을 간과하고 있는 주장으로서 타당하지 않다고 보인다.

다음으로 전통적 의미의 동의와 계약적 동의를 구분하는 견해[23]에 의하면, 전자의 경우 개인정보자기결정권을 구현하는 수단으로서의 기능을 강조하며, 개인정보 권리를 실현시키기 위한 간섭으로부터 정당화하는 수단으로서 위법성 조각사유에 해당한다고 주장한다. 한편 또 다른 유형에 해당하는 계약적 동의는 개인정보처리자가 제공하는 서비스 이용계약을 체결하는 과정에서 서비스 제공에 대한 반대급부로서 개인정보를 처리·유통할 수 있는 권한을 가진다고 보고 있다.[24] 다만 이 견해는 개인정보처리자가 해당 개인정보를 직접 혹은 제3자에게 제공하여 광고 및 마케팅 목적을 달성하고자 하는 경우와 서비스 제공을 위하여만 개인정보를 처리하고자 하는 경우, 계약의 체결 및 이행을 위해 개인정보가 반드시 필요한 경우와 그렇지 않은 경우 등 구체적·개별적 사안에 따라 획일적으로 판단할 수 없다는 점을 간과하고 있는 것으로 보인다. 즉, 서비스 이용계약에 대한 승낙인지 혹은 이용약관에 대한 별도의 동의인지에 관하여는 분석하고 있지 않은데, 개인적으로는 이용계약에 대한 승낙은 청약에 의해 별개의 의사표시로 성립되는 경우가 대부분이므로 이용약관에 대한 별도 동의인지 여부를 중심으로 논의될 필요가 있다고 생각된다.

한편 계약의 성립을 위한 승낙의 의사표시라기 보다는 개인정보자기결정권의 영역을 침해하는 것에 대한 위법성 조각사유로서 '피해자 승낙'에 가까운 성격을 가진다고 보는 견해도 있다.[25] 다만 이 견해는 계약을 위한 청약이 정보주체의 개인정보를 처리하는 것을 내용으로 함으로써 피해 상황 혹은 위법한 상황을 초래하는 것으로 볼 수는 없기 때문에 이를 일반화하여 위법성 조각사유로 보는 것은 적절하지 않다고 판단된다.

또 다른 견해로는 약관법의 적용이 필요하다는 주장이 존재한다. 이는 다시 두 가지 견해로 입장이 나뉘는데, 먼저 개인정보 동의서식을 미리 마련하고 해당 서식에 동의를 받는 것이 일반적이므로 개인정보에 관한 계약적 내용을 담고 있는 약관으로서의 성질을 가진다는 견해[26] 있다. 정보주체가 동

23) 김진우, "대가로서의 디지털 개인정보 - 데이터의 개인정보보호법 및 계약법적 의의-", 「비교사법」, 제24권 제4호, 2017, 1529-1531쪽.
24) 김진우, 위의 논문, 1539쪽.
25) 권영준, 앞의 논문, 128쪽.

의 여부만을 선택할 수 있도록 하고 있어 실질적으로 결정을 내리지 못하는 상황에서 약관 통제의 대상이 된다는 것이다.[27] 다른 견해로는 동의가 실질적으로 권리를 보장하고 있는가 하는 문제에서 정보주체가 일반적으로 수용하기 어려운 부당한 내용을 담고 있다면 약관법을 유추적용하여 불공정성 문제를 해결하자는 취지의 주장을 하는 견해[28]가 있다.

끝으로 정보주체의 동의는 준법률행위로서 의사의 통지에 해당하므로 법률상 규정된 사항에 따라 법률효과가 발생한다는 견해가 있다.[29] 이 견해에 따르면 개인정보 처리에 관한 동의는 양 당사자간 의사표시의 합치로 법률효과가 발생한다고 보기 보다는 개인정보보호법에서 강행규정으로서 요구하는 동의 규정에 따라 동의를 구하는 것이라는 점을 주장한다. 다만 이 견해는 의료행위에 있어서 의사의 설명의무와 환자 동의를 일반적으로 준법률행위로 본다는 것을 하나의 논거로 제시하고 있는데, 이는 의료 영역에서의 고지 기반 동의(Informed Consent)와 정보통신 분야에서의 서비스 이용을 위한 고지 기반 동의가 실무적으로 통용되는 개념과 실체적 요건에 있어서 차이가 있음을 고려하지 못한 판단으로 보인다.

상술한 바와 같이 이론적으로 동의의 법적 성질을 명확히 정립하였을 때 얻을 수 있는 실익은 동의 제도를 어떻게 수정하고 발전시켜 나갈 것인가 하는 방향 설정에 영향을 끼친다. 왜냐하면 동의를 승낙 혹은 청약의 의사표시로 보는 경우 이는 계약법적 영역에 속하게 되어 사적 계약의 원칙에 따라 당사자의 자율적인 의사결정에 의존해야 하는 상황을 초래할 수 있기 때문이다. 생각건대 계약의 내용이나 동의 상황 등의 개별 사안의 맥락에 따라 법적 해석은 달라지겠지만, 동의의 일반적인 법적 성격은 준법률행위로서 이해하는 것이 타당한 접근이라고 생각된다.[30] 특히 동의의 형식과 절차, 방법에 있어서 합법적 효력을 인정받기 위해서는 엄격하고 세세하게 규정된 법률상 요건을 충실히 따라야 한다. 따라서 동의는 준법률행위로서의 성격을 인정하는 것이 거래 현실에

---

26) 김진우, 앞의 논문, 1544쪽.
27) *Id.*
28) 백경일·이병준, 앞의 논문, 199쪽.
29) 주영선, 앞의 논문, 198-205쪽.
30) 다만 계약의 유형과 계약관계를 둘러싼 구체적 사실 등 개인정보의 쓰임에 따라 이러한 법적 성격은 다르게 평가될 수 있다는 점은 논의의 전제로 삼을 필요가 있을 것이다.

보다 부합된다고 보이며, 향후 제도의 효율적인 개선을 위한 논의의 발전과 구체적인 정당성을 확보하기 위한 차원에서도 보다 유의미하다고 생각된다.

3. 현행법상 적법한 동의의 요건

그렇다면 현행법에서 요구하는 적법하고 유효한 동의란 무엇인지를 살펴보도록 한다.

가. 현행법상 동의의 주요 내용

개인정보보호법 제4조는 개인정보의 처리에 관한 동의여부, 동의 범위 등을 선택하고 결정할 권리를 정보주체의 권리로서 인정하고 있다. 개인정보보호법은 이 규정을 원칙으로 삼아 상당히 엄격하고 강력한 수준의 사전 동의 절차를 운용하고 있다.[31]

구체적으로는 우선 개인정보보호법 제15조 제2항은 개인정보의 수집 및 이용을 위하여 정보주체의 동의를 취득하려는 때에는 ⅰ) 개인정보의 수집·이용 목적, ⅱ) 수집하려는 개인정보의 항목, ⅲ) 개인정보의 보유 및 이용 기간, ⅳ) 동의를 거부할 권리가 있다는 사실 및 동의 거부에 따른 불이익이 있는 경우에는 그 불이익의 내용에 대하여 정보주체에게 고지하도록 규정하고 있다. 이 밖에도 제17조 제1항 제1호에서 제3자 제공 동의, 제17조 제3항에서 국외 제3자 제공 동의, 제22조 제3항에서 마케팅 목적 처리 동의 등에 관하여 법률에 규정하고 있다.

개인정보처리자는 정보주체의 동의를 받아 개인정보를 수집하는 경우 필요한 최소한의 정보 외의 개인정보 수집에는 동의하지 아니할 수 있다는 사실을 구체적으로 알리고 개인정보를 수집하여야 한다(법 제16조 제1항). 다만 이러한 동의 여부는 정보주체의 실질적인 선택권을 전제로 이루어져야 하며,

31) 우리 개인정보보호법은 개인정보의 수집·이용·제공 등 각각의 행위에 대하여 동의를 구하도록 하는 규율 체계를 하고 있는데, 개인정보의 취급위탁 업무의 경우 개인정보 취급방침에 공개하여 이용자에게 알린 경우 사전 동의를 면제하고 이후 명시적인 거부의사표시를 하는 경우에 한하여 효력이 배제되도록 하는 예외 규정을 두고 있다(법 제26조 제2항 및 제3항).

개인정보처리자는 선택 사항을 동의하지 아니한다는 이유로 재화 또는 서비스의 제공을 거부해서는 아니 된다(제16조 제2항).

또 다른 특징적인 부분은 처리의 대상이 되는 정보가 특별한 보호를 요하는 중요 정보일 경우 통상적인 동의와 구분하여 별도의 동의를 받도록 규정하고 있는 점이다. 예를 들어 목적 외 이용·제공(개인정보보호법 제18조 제2항 제1호)이 필요한 경우나 고유식별정보(제24조 제1항 제1호) 혹은 민감정보(제24조 제1항 제1호)의 취급 시에도 별도의 동의가 필요하다. 이 중 주민등록번호를 제외한 고유식별정보 및 민감정보는 법령에 해당 정보의 처리를 요구하거나 허용하는 근거가 있거나 정보주체의 별도 동의를 받은 경우에 한하여 수집이 허용된다(제23조 및 제24조).

나. 동의를 받는 방법

개인정보보호법 제22조에서 규정하고 있는 현행법상 동의를 받는 방법과 관련하여 핵심적인 내용은 다음과 같이 정리해볼 수 있다.

첫째, 고지 기반의 동의를 원칙으로 삼으면서 동시에 각각의 동의 사항을 구분하여 이를 명확하게 인지할 수 있도록 알리고 각각의 동의를 받도록 규정하고 있다(개인정보보호법 제22조 제1항). 곧 명시적·구체적·개별적 동의를 요구하면서 포괄적인 동의를 금지하고 있는 것이다. 이에 의하면 동의 당시에 포함된 내용에서 합리적으로 예상할 수 없는 방식으로 추가되거나 내용상 일체의 변경이 있는 경우에는 반드시 재동의를 받아야 하는 문제가 있다.

둘째, 서면으로 동의를 받을 때에는 중요한 내용을 개인정보보호위원회가 고시[32]로 정하는 방법에 따라 명확히 표시하여 알아보기 쉽게 하여야 한다(제22조 제2항). 특히 서면 동의 시 쉽게 접근할 수 있는 형식으로 명확하고 쉬운 문구를 사용하여 제시하여야 한다.[33] 고지사항에 대한 이해가 결여되어

32) 「개인정보 처리 방법에 관한 고시」 제4조에서는 "글씨의 크기는 최소한 9포인트 이상으로서 다른 내용보다 20퍼센트 이상 크게 하여 알아보기 쉽게 할 것", "글씨의 색깔, 굵기 또는 밑줄 등을 통하여 그 내용이 명확히 표시되도록 할 것", "동의 사항이 많아 중요한 내용이 명확히 구분되기 어려운 경우에는 중요한 내용이 쉽게 확인될 수 있도록 그 밖의 내용과 별도로 구분하여 표시할 것"을 구체적인 방법으로 요구하고 있다.

33) General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 §7(2).

있거나 정확한 내용을 전달받지 못하였다면 유효한 동의로 보기 어렵다.

셋째, 개인정보의 수집·이용·제공과 민감정보 및 고유식별정보의 처리에 대하여 동의를 받을 때에는 정보주체와의 계약 체결 등을 위하여 동의 없이 처리할 수 있는 개인정보와 정보주체의 동의가 필요한 개인정보를 구분하여야 한다(제22조 제3항). 이 경우 동의 없이 처리할 수 있는 개인정보라는 입증책임은 개인정보처리자가 부담하도록 규정하고 있다(제22조 제3항 단서).

넷째, 재화나 서비스를 홍보하거나 판매를 권유하는 마케팅을 위한 동의를 받을 때에는 정보주체가 명확하게 인지할 수 있도록 알리고 별도의 구분 동의를 받아야 한다(제22조 제4항).

다섯째, 개인정보처리자는 정보주체가 선택적으로 동의할 수 있는 사항을 동의하지 않거나, 동의를 하지 않는다는 이유로 재화 또는 서비스의 제공을 거부하여서는 아니 된다(제22조 제5항). 여기서 선택적 동의에 대해서는 법률에 명시적인 규정을 두고 있지는 아니하나, 개인정보보호법 시행령 제17조 제3항에서 선택적으로 동의할 수 있는 사항에 대한 동의를 받으려는 때에는 정보주체가 동의 여부를 선택할 수 있다는 사실을 명확하게 확인할 수 있도록 선택적으로 동의할 수 있는 사항 외의 사항과 구분하여 표시하여야 한다고 규정하고 있다.

다. 동의의 법적 효력 인정을 위한 유효요건

위에서 설명한 '고지된 동의' 절차에 있어서 요구되는 법률상 성립요건을 모두 충족하더라도 반드시 법적 효력을 확보한 동의라 할 수 없다. 동의가 법률상 효력이 있는 유효한 동의가 되기 위해서는 다음과 같은 사항을 추가적으로 고려해야 하기 때문이다.

첫째, 동의를 구하는 사실이나 법정 고지사항과 관련하여 정보주체가 개인정보처리와 관련된 여러 상황과 배경에 대해 충분히 인식한 상태에서 자발적인 의사를 가지고 동의(Free/Freely given Consent) 여부를 결정한 것이어야 한다. 즉, 정보주체가 실질적인 선택권과 통제권을 확보하지 못하면 유효한 동의로 볼 수 없다. 이와 같은 자유의사에 기한 동의는 정보주체가 실질적인 선택이 가능하고, 기망, 협박, 강요 및 동의를 하지 않을 경우의 부정적인 결과가 없을 때에만 인정된다.[34] 이에 대하여는 절대적인 기준으로 판단하기

는 어렵다고 생각되는데, 그 이유는 가령 일정한 혜택을 받기 위해서는 카드 발급 신청에 동의를 해야 한다면 할인 혜택을 받지 못한다는 부정적 결과만으로 유효하지 않다고 판단해서는 곤란하기 때문이다.

그럼에도 불구하고 정보처리자와 정보주체 사이에 힘의 불균형(Imbalance of Power)으로 인해 부적절한 압력이나 영향력의 요인이 존재할 때 동의는 무효가 된다.[35] 예를 들어 특정 제품이나 서비스를 이용하는 데 있어서 중요한 사항을 실행하는 데 있어서 개인정보를 제3자에게 반드시 공개하여야만 하는 동의를 요구한다면 이는 자율적 판단에 의한 결정으로 보지 않는 것이 타당하다.

둘째, 정보처리의 범주나 목적 등이 구체적인 동의(Specific Consent)가 아니라면 자발적인 동의를 이끌어 낼 수 없어 유효한 동의로 평가할 수 없다.[36] 다만 이와 같이 예속되어 있는 상황이 자유로운 결정을 방해할 정도로 심각하지 않은 경우에는 유효한 동의로 봄이 상당하다.

셋째, 고지사항을 게시하는 부분과 이용자가 동의를 표시해야 하는 부분을 밀접하게 배치하여 법정 고지사항에 대한 명확한 인식을 기반으로 동의 여부를 결정할 수 있어야 한다. 그리고 동의를 표시하는 방법 역시 명확하게 인지한 상태로 진행될 수 있도록 구체적인 실행방안을 마련하여야 한다. 이는 대체로 입법적으로 강구해야 할 사항이라기보다는 제도적인 차원에서 쉽고 이해하기 쉬운 동의 방법을 개발하는 것이 적절한 대안일 수 있다.

넷째, 정보주체는 언제든지 자신의 동의를 철회할 권리를 갖는다고 할 것인데, 동의 철회는 동의에 기초한 절차의 적법성에 영향을 미치지 않는다.[37] 또한 철회의 절차는 동의를 받는 것만큼 쉬어야 한다.[38][39] 동의를 얻는 방법

---

34) WP29, *Article 29 Working Party Guidelines on consent under Regulation 2016/679, Adopted on 28 November 2017 As last Revised and Adopted on 10 April 2018*, p.12.

35) *Id.* at 6.

36) *Id.* at 11-12. 이에 대하여는 개인정보보호위원회, 앞의 보고서, 15쪽에서도 정보처리 사실과 수집의 주체 등이 누구인지 명확하지 않은 경우 동의의 효력에 문제가 제기될 수 있다고 설명하고 있다.

37) General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 §7(3).

38) *Id.*

39) 우리 개인정보보호법의 경우 제39조의7에서 정보통신서비스제공자 등은 동의의 철회를 요구하는 방법을 개인정보의 수집 방법보다 쉽게 하여야 한다고 규정하고 있다.

을 구체적으로 요구하는 것 보다 쉽게 철회할 수 있는 방법을 강구하도록 하는 것이 효과적일 수 있다. 이러한 맥락에서 우리 개인정보 법제는 서면 동의 시 중요한 내용에 대한 표시 방법을 고시에서 정하도록 하고 있는 반면에 동의를 철회하는 방법에 관하여는 관련 규정을 두고 있지 아니하고, 「개인정보 수집·제공 동의서 작성 가이드라인」을 포함하고 있는 「불필요한 개인정보 수집 관행 개선을 위한 개인정보 수집 최소화 가이드라인」[40]에서조차 별다른 언급을 하고 있지 않아 규범적인 차원에서 이를 구체화할 필요가 있다.

이상에서의 논의를 종합해보면, 동의가 법적 효력을 갖추기 위해서는 정보주체가 자유로운 동의를 표시할 수 있는 상황에서 정보주체가 이해할 수 있는 동의 요건을 제시하여야 하고, 동의의 내용을 충분히 이해한 정보주체가 동의의 범위에 대해 선택적으로 동의의사를 표시할 수 있도록 하며, 언제든 쉽게 철회가 가능하도록 하여야 할 것이다. 이 중에서도 특히 철회권의 확보는 사전적 의사표시에 해당하는 동의 절차에 있어서 사후적인 대처에 속하므로, 개인정보처리자 입장에서의 법적 안정성 확보를 위해 어느 수준으로 철회권을 확보시켜 주어야 할 것인지에 대한 명확한 해설을 제시할 필요가 있다. 또한 철회권의 확보는 결국 정보 처리의 투명성을 확보하고, 정보주체가 언제든 적시에 자율적으로 개인정보의 처리 여부를 결정할 수 있게 돕는다는 점에서 동의를 실질화 하는데 있어서도 매우 중요한 요소가 된다.

Ⅲ. 현행법의 한계와 제도적 문제점

1. 동의의 형식화 문제

앞서 우리가 개인정보를 처리하고자 할 때 개인정보에 대한 권리를 동의법리에 의존하여 거래한다고 하더라도 실질적이고 유효한 동의를 확보하기 위하여는 여러 가지 고려 요소가 존재한다는 점을 확인하였다. 특히 동의에

40) 개인정보보호위원회·한국인터넷진흥원, 「불필요한 개인정보 수집 관행 개선을 위한 개인정보 수집 최소화 가이드라인」, 2020.

기반한 법리는 합리적인 의사 판단 능력과 이익 보호를 강구할 수 있는 권리자를 전제로 상정하는 것이 필요하다. 정보주체가 충분한 지식과 협상 능력을 확보하지 못하는 경우 동의의 유효성이 깨질 가능성이 크기 때문이다. 그러나 현실에서는 법적·기술적 통제와 같은 여러 제약들로 인하여 정보주체가 이와 같은 충분한 정보력과 협상력을 확보하기가 쉽지 않다. 이러한 문제로 인하여 충분한 정보가 제공되지 못하고 정보주체가 명확하게 인식하지 못한 채 동의가 이루어지게 되면서 동의의 형식화·형해화를 초래하는 원인이 된다.

이러한 동의의 형식화·형해화의 문제는 다양한 실태조사와 실증적 방법을 사용한 연구 결과를 통해서도 드러난다. 일례로 「2021년 개인정보보호 실태조사」 결과[41]에 의하면, 공공기관은 개인정보의 수집 근거로 정보주체의 동의를 사용하는 경우가 94.7%로 가장 높았으며, 민간기업의 경우에도 정보주체의 동의가 99.0%로 가장 높았다. 또한 정보주체가 개인정보를 제공할 때 동의 내용을 확인하지 않는 경우가 53.1%로 확인하는 경우 보다 높았으며, 동의 내용 미확인의 이유에 관하여는 '동의 내용에 상관없이 서비스를 반드시 이용해야 해서'가 34.9%로 가장 높았고, '확인하는 것이 귀찮고, 번거로워서'가 34.6%로 그 뒤를 이었다. 비단 해당 조사뿐만 아니라 동의의 형식화를 지적하는 연구는 실로 다양하다.[42] 대표적으로 플랫폼 기업들의 서비스 이용약관을 읽는데 걸리는 시간을 측정한 결과, 성인 평균에 해당하는 속도(분당 240단어)를 기준으로 할 때 Microsoft는 15,620단어로 구성된 약관을 읽는데, 1시간 3분 30초가 소요되었고, 8,600단어로 된 Spotify 약관의 경우 35분 48초가 걸리는 것으로 기록되었다.[43] 현명한 소비자라고 해도 약관의 내용 전체를 읽

41) 개인정보보호위원회·한국인터넷진흥원, 『2021년 개인정보보호 연차보고서』, 2022, 202-203쪽.

42) 이 밖에도 다수의 연구에서 정보주체가 고지 내용을 이해하고 파악하는 데 많은 시간을 할애하고 있지 아니하며, 사후에 거절할 수 있는 옵트아웃 방식을 따르더라도 극소수의 이용자만이 고지를 숙지한다는 사실이 분석되었다. B. Custers, S. van der Hof, B. Schermer, S. Appleby-Arnold and N. Brockdorff, Informed consent in Social Media Use - The Gap between User Expectations and EU Personal Data Protection Law, 10 *A Journal of Law and Technology* 435, 2013, pp.435 - 457.

43) <https://markets.businessinsider.com/news/stocks/terms-of-service-visualizing-the-length-of-internet-agreements-1029104238>(visited at February 4, 2023).

고 숙지하는데 드는 시간적 비용이 상당함을 파악해볼 수 있다. 또 다른 연구로 뉴욕대의 Florencia Marotta-Wurgler 교수는 개인정보 동의 시 제시하는 약관의 내용을 한번 더 클릭하도록 유도하는 경우에도 실제로 약관을 읽는 경우는 0.05%에 불과하였다는 연구 결과를 발표한 바 있다.[44] 그 밖에 다양한 연구에서 정보주체 스스로가 과적재된 프라이버시 관련 고지사항을 열독하고 이를 진정으로 이해하여 합리적인 의사결정을 내리기 어렵다는 점이 실증되었다. 심지어 짧고 이해하기 쉬운 형태의 취급방침을 제시한다고 해도 고지사항에 대한 이해도가 유의미한 수준으로 증가하지 않는다는 부정적인 결론의 연구[45]도 있다.

이와 같은 현상은 개인정보의 중요성에 대한 구체적 인식 없이 추상적으로 막연하게 접근하여 정보 처리의 상세한 흐름을 파악하는 데 소극적으로 임함으로써 나타나는 행동이라 할 것이다. 개인정보의 처리를 동의하는 것이 개인정보 유출에 대한 리스크를 동시에 가진다는 인식은 정보주체 누구나 인지할 수 있는 부분이다. 그렇지만 정보처리자가 제공하는 서비스를 이용함에 있어서 동의 사항을 면밀히 검토하여 일부 내용에 대하여 동의를 하지 않는다고 하여 구체적인 결과가 달라질 것이라는 확신도 갖기 어렵다. 특히 필수 동의로 표시된 사항의 경우 동의서의 내용이 어떻게 기술되어 있는지 여부를 불문하고 서비스 이용을 위하여 반드시 선택을 해야 하는 것이기 때문에, 동의를 숙려함으로 인해 얻는 이익 보다 그렇게 하지 않았을 때 얻는 경제적 실익과 시간·비용 절감의 효과가 더욱 크다고 할 수 있다.

한편, 현행법에서 고지 기반의 동의 즉, 동의에 대한 승낙의 의사표시와 함께 동의 내용을 사전에 고지하도록 하는 기본 원칙은 오히려 동의의 형식화를 부추기는 원인으로 작동한다. 또한 개인정보처리자는 현행법에서 요구하는 명시적 동의, 개별적 동의, 별도 동의, 필수/선택 구분 동의 등의 요구사항으로 인하여 동의서의 내용을 복잡하게 만들고, 동의 항목에 수 차례 체크하도

44) *See* Florencia Marotta-Wurgler, Does Disclosure Matter?, *LAW & ECONOMICS RESEARCH PAPER SERIES, Working Paper* No. 10-54, 2010.

45) *See* Edward J. Janger and Paul M. Schwartz, The Gramm-Leach-Bliley Act, Information Privacy, and the Limits of Default Rules, 86 *MINN. L. Rev.* 1219, 2002.

록 요구함으로써 이용자를 번거롭게 하는 경향이 발생한다. 이를 이른바 '동의의 역설(Consent Paradox)'이라 한다.[46] 동의가 이러한 역설적 상황에 직면하여 요식행위로 전락하지 않도록 하기 위해서는 동의 절차를 간소화하고, 사전적 통제 수단으로서의 기능을 일부 축소하여 다른 제도적 통제 수단 이를테면 사후적 통제 혹은 기술적 통제 등과의 조화가 이루어지도록 제도 방향을 설계할 필요가 있을 것이다. 이에 대하여는 후술하여 상세히 다루도록 한다.

2. 디지털 경제의 부상과 기존 원칙의 한계

본래 동의는 정보의 공유와 교환이 이루어질 때 개인정보처리자의 고지와 정보주체의 승낙이 동시에 행해지도록 고안된 절차이다. 일상적인 거래 상황을 예로 들면 개인이 은행과 거래를 하거나 보험금을 청구하는 등 제한적인 목적으로 거래가 이루어지는 경우, 이는 충분히 예측 가능한 상황 하에 정보가 처리되며 계약서 혹은 거래 약관을 통해 개인정보 처리 및 보호 관련 내용이 일부 편입되어 있는 것이 대부분이므로, 정보주체가 동의서에 기재된 내용 외에 추가적인 정보 확인을 요청하는 경우가 많지 않다.

그러나 분산시스템을 통한 데이터 전송이 전제가 되는 빅데이터와 사물인터넷 환경에서는 정보의 흐름을 일일이 예측하는 것이 쉽지 않고, 엄청난 양의 정보가 실시간으로 축적되어 가공·분석된다. 이처럼 디지털 환경에서의 개인정보 처리 현실은 매우 복잡하고 가변적이어서 모든 내용을 사전에 고지하고, 전적으로 고지된 사항에 한정하여 데이터를 처리하는 것이 사실상 불가능하다.

더군다나 최근 인공지능 기술의 발전으로 자동적으로 인식·처리되는 동적인 디지털 환경이 도래하면서 기존의 동의 요건이나 기본 원칙들은 여러 맥락에서 한계적 상황을 맞이하게 되었다. 자동화 처리가 기반이 되는 데이터 처리 환경에서는 알고리즘이 갖는 블랙박스(Black Box) 영역으로 인하여 개인정보처리의 책임자 및 관리자조차도 법률적 리스크를 완벽히 통제하기 어려운 예측 곤란의 상황이 발생하기 때문이다.

---

46) Daniel J. Solove, Privacy Self-Management and the Consent Paradox, 126 *Harv. L. Rev. 1880,* 2013, p.1885.

가령 동의 목적의 구체성 요건의 경우 데이터를 마이닝(mining)하는 과정에서 사전에 예측하지 못한 분석이 이루어질 수 있기 때문에 완벽한 달성이 어려우며, 자동화된 의사결정에 구속됨으로써 자발적인 의사를 가진 동의(Free/Freely given Consent)가 이루어지기 어렵다. 또한 구체적인 동의(Specific Consent)나 법정 고지사항에 대한 명확한 인식을 기반으로 한 동의(Informed Consent) 역시 실시간 정보 수집이 광범위한 범주에서 이루어지는 디지털 환경에서의 거래 현실에 반한다.

따라서 디지털 경제에 대응하여 데이터 기반의 다양한 서비스 개발을 위해서는 동의 제도의 운영에 있어서 기존의 접근 방향을 전환할 필요가 있다. 즉 수집 단계에서 고지 내용과 동의 항목을 명확히 제시하도록 하는 사전적 절차의 완비에 방점을 둘 것이 아니라, 수집 이후에 정보처리의 각 단계에서 드러나는 리스크를 사후적으로 어떻게 효과적으로 통제할 것인지의 관점으로 초점을 옮겨갈 필요가 있을 것이다.

3. 동의 제도의 규범적 한계

전술한 바와 같은 동의 제도의 한계점에도 불구하고 현행법은 이를 효과적으로 해결하지 못하고 있다. 현행법에서 요구하는 사전 동의, 구분 동의(포괄동의 금지), 필수·선택 동의 등의 법률요건은 동의의 실질성을 담보할 수 있는 유연한 제도로 견인하지 못함으로써 개인정보 보호나 데이터 활용 확산 그 어느 측면에서도 완전한 제도로서 역할을 다하고 있다고 보기 어렵다. 이에 이하에서는 현행법상 동의제도의 규범적 한계에 대해 검토하고자 한다.

가. 포괄 동의의 금지, 구분동의와 필수·선택 동의의 요구

개인정보보호법의 동의는 포괄적 동의를 금지하고 있고, 각각의 동의 사항을 구분하여 개별 동의를 받아야 하며, 필수·선택 동의를 구분하도록 요구하고 있어 강력한 수준의 사전 규제를 두고 있다고 평가할 수 있다. 이는 이용자의 직관적인 선택을 돕는 데 유용하겠으나, 오히려 필수사항에만 동의 체크를 하도록 사실상 유도함으로써 정보주체를 소극적으로 만들어 동의의 형

식화 현상을 부추기는 원인이 되기도 하며, 산업계에서 데이터를 기반으로 하는 새로운 서비스를 개발하는 데 있어서 장애가 되기도 한다.

이를테면 2017년 방송통신위원회에서 발표한 「바이오정보 보호 가이드라인」에서 인공지능 스피커의 알고리즘 고도화를 위한 원본 음성정보의 수집 활동을 필수가 아닌 선택 동의를 받도록 명시하면서 논란이 된 바 있다.[47] 선택 사항의 경우 대부분의 소비자들이 동의에 체크하지 않는 상황에서 음성 기반의 알고리즘 서비스 개발을 목적으로 한 원본정보의 수집 시 선택 동의를 받도록 한 부분은 인공지능 기술의 특성을 전혀 반영하지 못하였다는 산업계의 비판이 있었다. 이와 관련하여 개인정보보호위원회는 2021년 8월 발표한 「생체정보보호가이드라인」을 통해 인공지능 스피커 사업자가 화자인식 알고리즘 고도화와 관련하여 원본정보를 수집·이용하려는 경우 '필수동의' 항목으로 운영할 수 있도록 개선하였다. 그러나 향후 자동화 처리 환경에서 새롭게 출현하게 될 다양한 ICT 서비스를 제공하는 데 있어서 이러한 선택 동의 요구는 법률상의 리스크를 초래할 뿐만 아니라 유연한 정보처리를 제약하는 규제 요인으로 작용할 우려가 있다.

나. 재동의 요구에 따른 비효율성 문제

사전 동의를 통해 정보 수집이 시작되고 동의 받은 목적과 기간에 한정하여 개인정보처리 프로세스를 시작하게 되는데, 이것이 빅데이터를 수집하는 과정이나 자동화 처리되는 환경에서 일일이 사전 동의를 요청할 수 없는 문제를 야기한다. 즉, 목적이나 보관 기간 등의 변경 사항에 대해 재동의가 곤란한 부분이 발생하는 것이다. 이처럼 재동의 요구는 사업자에게 많은 비용과 시간을 소요하므로 정보가 효율적으로 교환되어야 하는 빅데이터 환경이나 자동화된 처리를 기반으로 하는 환경에서는 정보처리의 유연한 흐름을 가로막는다.

물론 개정 데이터 3법을 통해 이른바 '양립가능성' 조항이 신설되어 당초 수집 목적과 합리적으로 관련된 범위에서는 일부 조건 하에 정보주체의 동의

47) 인공지능 스피커에서 제기되는 음성정보 처리와 관련한 세부 쟁점에 관한 논의는 정원준, "인공지능 스피커에서 음성정보 처리에 관한 법적 쟁점", 「AI OUTLOOK」, 정보통신정책연구원, 2020 참고.

없이 개인정보를 이용할 수 있게 되었지만, 여전히 대상 정보나 처리 범위를 특정한다는 것은 그에 관한 입증책임을 지는 사업자 입장에서는 사전에 예견하기 어려운 요소이다.

아울러 개인정보보호법 제18조 제3항은 ① 개인정보를 제공받는 자, ② 개인정보의 이용 목적(제공 시에는 제공받는 자의 이용 목적), ③ 이용 또는 제공하는 개인정보의 항목, ④ 개인정보의 보유 및 이용 기간(제공 시에는 제공받는 자의 보유 및 이용 기간), ⑤ 동의를 거부할 권리가 있다는 사실 및 동의 거부에 따른 불이익이 있는 경우에는 그 불이익의 내용 중 어느 하나에 해당하는 사항을 변경하는 경우 재동의를 요구하고 있다. 이는 데이터의 결합이나 연계를 통해 새로운 분석데이터를 확보해야 하는 상황에서 비현실적이고 불합리한 결과를 초래한다. 이와 같은 이유로 정보주체의 이익에 명확히 반하거나 안전을 확보하기 위하여 위험 요소가 확대되는 상황이 아니라면 이익형량을 통해 고지만으로도 승낙을 갈음할 수 있도록 예외를 인정하는 등 수집 목적의 범주를 유연하게 적용할 수 있는 해석 법리를 확대할 필요가 있다.

다. 규제 수준의 엄격성

개인정보보호법은 동의의 예외를 인정하는 사유에서 불가피한 상황만을 전제로 하는 등 규제 수준의 엄격성이 문제된다. 구체적으로 살펴보면 개인정보보호법 제15조는 극히 불가피한 상황에 한정하여 동의 없이도 개인정보를 수집 및 이용할 수 있도록 인정하고 있다. 즉, ① 법률에 특별한 규정이 있거나 법령상 의무를 준수하기 위하여 '불가피한 경우', ② 공공기관이 법령 등에서 정하는 소관 업무의 수행을 위하여 '불가피한 경우', ③ 정보주체와의 계약의 체결 및 이행을 위하여 '불가피하게 필요한 경우',[48] ④ 정보주체 또는 그 법정대리인이 의사표시를 할 수 없는 상태에 있거나 주소불명 등으로 사전

48) 개인정보보호법 제15조 제1항 제4호에 해당하는 정보주체와의 계약의 체결 및 이행을 위하여 '불가피하게 필요한 경우'에 대하여는 불가피성의 범위가 명확하지 않다는 이유에서 개인정보보호법일부개정안(정부입법, 의안번호-2112723, 2021.9.28.)에 '불가피하게 필요한 경우'를 배제하는 개정 사항이 포함되어 있었으나, 해당 법안이 국회 정무위원회 소위를 통과하는 과정에서 제외되었다. 한편 해당 내용이 빠진 동 법안은 2023년 2월 16일 현재 국회 본회의 최종 의결을 앞두고 있는 상황이다.

동의를 받을 수 없는 경우로서 '명백히 정보주체 또는 제3자의 급박한 생명, 신체, 재산의 이익을 위하여 필요하다고 인정되는 경우', ⑤ 개인정보처리자의 정당한 이익을 달성하기 위하여 필요한 경우로서 '명백하게 정보주체의 권리보다 우선하는 경우'(이 경우 개인정보처리자의 정당한 이익과 상당한 관련이 있고 합리적인 범위를 초과하지 아니하는 경우)를 규정하고 있다. 이처럼 불가피하다거나 명백하지 아니한 경우만을 한정적 예외 사유로 규정하게 되면 법조 실무에서 해당 규정이 적용되는 경우로 해석할 만한 사례를 발굴하기 어렵다.

위와 같은 예외적 사유를 엄격하게 인정하는 문제는 동의 위반행위에 대한 형사처벌 수준을 감안할 때 과도한 규제로 인식될 수 있다. 개인정보보호법은 동의와 관련한 위반사항에 대하여 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하는 제재규정을 두고 있다. 개인정보 보호의 강화를 위하여 적절한 제재수단을 확보하는 것은 매우 중요한 일이나, 이러한 제재를 통한 목적의 달성이 반드시 형사처벌로만 가능한 것은 아니다. 특히 형벌은 최후의 수단으로서 죄질과 책임에 상응하는 비례성의 원칙이 요구되는데, 실체적 위반인지 절차적 위반인지를 세밀하게 구분하지 아니하고 동일한 수준의 형사적 제재를 구하는 것은 바람직하지 않다. 따라서 현재의 위법한 상태를 제거할 수 있거나 시정이 가능한 경우에는 행정조치 등 행정적 제재 등을 활용하도록 하고, 이에 대한 적절한 조치가 취해지지 않거나 위법 상태가 존속하는 경우에 한하여 형사처벌을 하는 방향으로 보다 실효성 있게 제재규정을 재설계할 필요가 있다.

Ⅳ. 동의의 실질화를 위한 개선방안

이상에서 살펴본 바와 같이 동의 제도는 그 법적 성격으로부터 야기되는 형식화·형해화 문제와 사물인터넷 및 빅데이터와 같은 디지털 환경의 도래로 인해 발생하는 경직성 문제 등으로 인해 여러 측면에서 한계가 드러난다. 이러한 한계적 상황에 대한 인식은 특별히 이견이 없을 정도로 전세계적으로도 일치된 문제의식과 지적이 나오고 있다. 그에 따라 각 국은 동의 제도의 실질

화를 담보하기 위하여 다양한 시도를 꾀하고 있다. 이에 이하에서는 각 국에서 시도되고 있는 해외 입법례 및 제도적 고안을 참고하여 우리법상 동의 제도를 실질화하기 위한 개선방안에 대하여 제안하도록 한다.

1. 정보처리 전반에서의 투명성 원칙 내재화

먼저 개인정보보호법에 투명성 원칙을 보다 명확하게 천명하는 것을 고려해 볼 필요가 있다. GDPR 제5조에 의하면 투명성 원칙은 개인정보의 처리는 적법하고(lawfulness), 공정하고(fairness), 투명해야 한다(transparency)는 것을 의미한다. 한편 GDPR 제12조는 이를 구체화하여 개인정보 처리와 관련한 일체의 정보와 통지를 정확하고, 투명하고, 쉽게 이해할 수 있는 형식으로 명확하고 평이한 언어(clear and plain language)를 사용(특정 정보의 경우 표준화된 아이콘의 사용도 가능)하여 정보주체에게 제공하도록 적절히 조치하여야 한다고 규정하고 있다.

반면에 우리 개인정보보호법은 투명성 원칙을 명시하지는 않고, 법 제3조 제1항에서 처리 목적을 명확하게 하여야 하고 그 목적에 필요한 범위에서 최소한의 개인정보만을 적법하고 정당하게 수집하여야 한다는 규정만을 두고 있다. 또한 동 조 제3항에서는 정확성, 완전성 및 최신성을 보장하도록 규정하고 있다.

GDPR의 경우 개인정보처리자는 적법한 처리를 위한 과정에서 투명성 원칙의 통제를 받게 되므로 해당 원칙이 동의를 구하는 방식이나 언어적 표현방법 등 동의를 받는 과정 전반에서 내재화되어야 한다. 그러나 우리나라의 규율 방식은 법문에 명시된 동의를 구하는 방법(제22조)으로서 명확하고 용이한 설명을 해야 하는 것 이외에 개인정보취급방침에 고지된 내용적 측면에 이르기까지 투명성 확보가 요구되는 것인지가 명확하지 않다. 일례로 깨알 같은 글씨로 마케팅 동의를 구하여 문제가 된 홈플러스 사건[49]에서 대법원은 당해 사안의 동의의 적법성 판단에 있어서 동의의 방식과 절차적인 집행이 적절했는지에 대한 형식적 외연에 대해서만 판단하였고, 개인정보처리방침에

49) 대법원 선고 2016도13263 판결.

고지된 내용의 실질에 대한 합법성 여부는 판단하지 않았다.[50]

반면에 프라이버시 정책 및 서비스 약관 등 구글의 동의방식 및 절차 전반에 걸쳐 유효한 동의가 제공되었는지에 관하여 다투어진 프랑스 개인정보보호위원회(CNIL)의 과징금 처분 사건[51]에서는 국내와는 다른 접근이 이루어졌음이 확인된다. 이 사건에서 논란이 된 구글은 계정을 생성할 때 추가정보를 확인할 수 있는 팝업창을 통해 프라이버시 정책 및 서비스 약관을 제공하고, 이메일 계정의 생성 시에는 첫 이메일 송신을 통해 프라이버시 약관 사항을 전송하기도 하였다. 또한 구글 계정을 이용할 때 개인맞춤형 광고의 허용 여부나 위치기록 등 프라이버시 환경을 개별적으로 설정할 수 있는 'Privacy Check-up'이라는 옵션이나 구글과 관련된 사용 계정 및 서비스 이용 현황을 보여주는 'Dashboard'를 제공하였다. 그럼에도 불구하고 서비스 약관에서 구체적인 내용을 확인하기 위해서는 'More Option'을 클릭하여야 하고, 그 구체적인 기술 내용 역시 매우 추상적이며, 한 곳에서 이러한 정보들을 파악하기 어렵게 널리 퍼져있고, 그로 인해 접근하기 용이하게 구성되어 있지 아니하였다. 이에 법원은 이러한 동의 절차는 GDPR 제12조에 따른 '명확하고 이해하기 쉬운 동의'로 볼 수 없고, GDPR 제13조에 따라 제공되어야 하는 정보가 정보주체에게 인지되었다고 볼 수 없다고 판단하였다.

요컨대, 국내 판결은 법규범에서 규율하고 있는 동의 방법, 즉 절차의 이행을 중시하는 체계인 반면에, EU GDPR은 동의를 받는 형식에 구애 없이 투명성과 유효성 확보를 판단 기준으로 하여 실제 정보주체에게 유효한 동의가 이루어졌는지의 실체적 사실을 보다 중요한 기준으로 삼고 있다. 이는 법률 요건을 충족하였다는 이유만으로 위법성이 면제되는 소위 동의만능주의의 폐해를 일정 부분 해소할 수 있다는 점에서 의의가 있다. 동시에 법체계 전반에서 개인정보 보호와 활용 사이의 동적 변화에 대응하기 위한 근간이 되는 기본 원칙으로서 기능할 수 있을 것으로 본다.

---

50) 이와 같은 지적에 대하여는 이주희, "개정 개인정보보호법과 GDPR의 투명성원칙 및 동의절차에 관한 비교법적 연구", 「원광법학」, 제36권 제4호, 2020, 74쪽.

51) Délibération SAN-2019-001 du 21 janvier 2019. available at <https://www.legifrance.gouv.fr/cnil/id/CNILTEXT000038032552>(visited at February 4, 2023).

2. 옵트아웃 방식의 부분적 도입을 위한 법적 방안

가. 동의의 유연성 확보와 옵트아웃 방식의 부분적 도입

동의의 경직성으로 인해 발생하는 비효율성 문제를 해소하기 위한 개선도 필요하다. 이를 위해 모든 상황에 일률적으로 옵트인(opt-in) 방식의 사전 동의를 요구할 것이 아니라, 서비스 제공에 필수적인 사항과 같이 동의가 형식화되어 행해질 수밖에 없는 한도 내에서는 부분적으로 옵트아웃(opt-out) 방식을 도입하는 것을 고려할 필요가 있다.

일각에서는 옵트아웃 방식의 도입이 곧 개인정보보호 수준의 후퇴를 초래한다고 확대해석하여 우려를 표명하는 시선도 있다. 그러나 거래에서 예정한 본질적인 서비스를 제공하기 위해 필요한 필수정보에 대한 동의는, 부동의(不同意)하는 경우 서비스를 아예 이용할 수 없기 때문에, 서비스 이용 시 반드시 거쳐야 하는 형식적인 요식 절차에 불과하다고 할 것이다. 따라서 굳이 이러한 제한적 상황에서까지 엄격한 사전 동의를 요구할지는 반드시 관철시켜야 하는 기본 법리의 영역에 속한다고 보아서는 아니 될 것이다. 결국, 개인정보 법제에서 정보처리의 적법 처리 사유 중에서도 중요한 위치를 차지하는 동의를 획득함으로써 절차적 정당성 확보에 방점을 둘 것인지, 동의의 유연성 강화를 통한 효율성의 증진을 기대이익으로 삼을 것인지를 비교형량하여 제도적으로 적절한 균형점을 찾는 접근이 필요하다.

다만 과거 개인정보 침해에 대응하는 보호체계와 관련 규범 형성이 불완전한 상황에 놓여 있던 시절에는 형식적 절차에 불과한 동의 절차일지라도 정보처리의 통제수단으로서 그 기능을 다할 수 있었을 것이나, 최근에 이르러 방대한 데이터가 생산·수집되어 가공·분석되는, 심지어는 자동적으로 처리되는 디지털 환경에서 이러한 접근은 더 이상 실효적 성과를 기대하기 어렵다고 보인다. 곧 향후 동의 제도의 설계 방향은 형식적 절차를 명확화하는 데 집중하기 보다는 실질적인 통제권 확보에 방점을 둘 필요가 있을 것이다. 이를 통해 정보화 사회에서 정보주체의 개인정보자기결정권 실현에 있어서도 개인화서비스의 향유 및 재산적 이익 확보 등과 같이 보다 현실적인 가치의 이익을 공여받는 데 기여할 수 있을 것이다.

그 밖에도 옵트아웃 방식의 효용성을 확보하기 위한 여러 방안을 고안해 볼 수 있을 것이다. 옵트인 방식은 수집의 단계에서부터 동의 절차를 요구함에 따라 실시간으로 데이터를 수집하는 자동화 처리 환경에서 심각한 비효율성을 초래한다. 원칙적으로 개별 정보주체들에게 동의를 일일이 받아야 하기 때문이다. 더군다나 정보주체가 동의 여부를 자유롭게 선택할 수 있는 상황에 놓이게 된다면, 본인이 취할 수 있는 합리적 이익을 우선시 하여 옵트인 방식(opt-in) 보다는 오히려 옵트아웃 방식을 더욱 선호할 가능성이 확률적으로 높다고 한다.[52] 개인의 입장에서는 옵트인(opt-in) 방식을 선호할 수 있지만 본인의 개인정보를 남들과 공유하는 것과 달리 다른 사람들로부터 공유된 개인정보를 통해 다양한 편익을 누리는 것에는 긍정적일 것이므로 전체적으로 판단했을 때 옵트아웃을 선호하는 역설적인 상황이 존재한다는 것이다. 다만 이는 일반화하기에는 무리가 따르는 견해로 비추어진다. 동의를 취득하는 거래 현실에서 이용자들은 거래나 서비스를 통해 얻는 편익뿐만 아니라, 처리자가 취득해 간 정보를 유용하거나 유출할 위험성에 대해서도 예민하게 반응하는 것이 일반적이기 때문이다.

오히려 옵트아웃 방식의 도입 필요성은 IoT나 AI 같은 자동화된 정보 처리 환경에서의 적용이 어렵다는 점에서 찾는 것이 바람직하다. 이들 신산업은 미래의 혁신성장 산업으로서 포기할 수 없는 중대한 경제적·산업적 가치를 가진다. 따라서 데이터의 수집 단계에서의 무조건적인 사전 동의를 요구하기 보다는 데이터 수집 이후에 실효적인 통제권을 부여하는 것에 보다 초점을 맞출 필요가 있다.

나. 대시보드 의무화 등 철회권 보장 및 투명성 확보 방안

전술한 실효적 통제권 확보와 관련하여 일본의 개인정보보호법은 정보주체에게 법정 고지 사항(제3자 제공의 목적, 대상 개인정보 항목, 제3자 제공의 방법, 요청시 언제든 제3자 제공이 정지된다는 점, 그러한 요청을 접수하는 방

52) Elizabeth K. Brill, Privacy and Financial Institutions: Current Developments Concerning the Gramm-Leach-Bliley Act of 1999, *Annual Review of Banking Law*, 2002, p.167.

법)을 사전에 전달하거나 본인이 용이하게 알 수 있는 상태로 두는 경우 개인정보보호위원회에 신고하는 요건으로 익명가공정보를 동의 없이 제3자에게 제공할 수 있다(개인정보보호법 제23조 제2항). 이에 의하면 동의사항에 변경이 있는 경우에도 개인정보보호위원회에 재신고만 하면 된다고 규정된다(제23조 제3항).

일본의 공표제도는 비록 익명가공정보에 한정하여 옵트아웃 방식을 인정하는 것이지만, 공표제도를 도입·운영함으로써 정보 흐름에 대한 투명성 강화를 함께 고려하고 있다는 점에서 시사하는 바가 크다. 우리 개인정보 법제에서도 옵트아웃 방식을 도입하기 위해서는 입법자의 결단이 필요한 상황인데, 일본의 사례와 같이 투명성 강화를 함께 도모하는 것이 입법의 정당성과 당위성을 끌어내는데 보탬이 될 것으로 보인다.

가령 투명성 확보 차원에서 동의 철회권 행사의 구체적인 방법을 규범적으로 정립하는 것을 생각해볼 수 있을 것이다. 개인정보보호법은 수집보다 쉬운 철회를 요구하고 있으나(제39조의7제2항), 구체적으로 어떠한 형태로 해당 요건을 충족시킬 수 있을지가 불분명하다. 예컨대 전화나 이메일 등 별도의 수단을 통해 철회의 의사를 표시할 수 있다면 이는 쉬운 철회로 보기는 어려워 보인다.

따라서 소비자의 대시보드 화면을 통해 정보처리자가 보유하고 있는 개인정보를 관리·통제할 수 있도록 하고, 그 일환으로서 대시보드를 통해 철회의 의사도 손쉽게 관철시킬 수 있도록 권고하는 방안이 타당해 보인다. 이와 관련하여 선제적인 입법례로서 호주의 「경쟁 및 소비자법(Competition and Consumer(Consumer Data Right) Rules 2020)」은 "데이터 보유자(data holders)와 인가자(accredited persons)[53]는 소비자의 데이터 요청과 이 규칙에 따른 동의 및 동의철회 기능을 포함하는 대시보드를 제공해야 하는 일반적인 의무[54]와 정보 업데이트 의무[55]를 가진다"고 규정하고 있다. 본 규정은

53) 여기서 '인가자'는 국내 신용정보법상 본인신용정보관리업 허가를 받은 본인신용정보관리업자와 같이 개인정보를 취급할 수 있도록 허가된 마이데이터 사업자를 의미한다.

54) Competition and Consumer(Consumer Data Right) Rules 2020), Division 1.4, Subdivision 1.4.1－Preliminary, 1.11 Simplified outline of Division.

55) Competition and Consumer(Consumer Data Right) Rules 2020), Division 4.3－Consents to collect and use CDR data, Subdivision 4.3.5－Notification requirements, 4.19 Updating consumer dashboard.

개인정보 처리 전반에 적용되는 것은 아니고 Consumer Data Right의 실행과 관련하여 제공의무를 부담하는 것이지만, 대시보드를 통해 동의 사항에 대해 상세한 정보를 제공하도록 하고 있어 주목된다.[56]

만약 이에 관한 내용을 국내 입법 시 서면 동의를 받을 때의 고지 방법에 관하여 「개인정보 처리 방법에 관한 고시」에 위임하여 정하도록 한 입법례를 참고하여 이러한 철회의 방법을 하위 법령 내지 행정규칙에서 규정하는 것을 고려해 볼 여지가 있다.

3. 동의 없는 예외적 허용 범주의 확대

한편 개인정보보호법 제15조 제1항 제4호에서는 앞서 지적한 바와 같이 동의 없이 개인정보를 수집 및 이용할 수 있는 범위를 "정보주체와의 계약의 체결 및 이행을 위하여 불가피하게 필요한 경우"에 한하여 극히 제한적으로 예외를 인정하고 있다. 따라서 해당 조문과 관련하여 일차적으로는 "불가피하게 필요한 경우"에서 "불가피하게"를 삭제하여 성립 요건을 낮추어 예외 사유의 적용 가능성을 넓히거나, 동 조 제3항에서 "당초 수집 목적과 합리적으로 관련된 범위에서" 부동의(不同意)를 인정하고 있는 것과 같이 "합리적으로 관련된 범위"로 문구를 수정하여 합리적 기대가능성을 핵심 판단기준으로 삼도록 하는 것 역시 방안이 될 수 있다.

또한 개인정보보호법 제15조 제1항 제6호에서 "개인정보처리자의 정당한

56) 인가자의 경우 다음의 8개 항목에 관하여 대시보드를 통해 공개하도록 요구하고 있는데, 동의와 관련된 CDR 데이터의 상세 내용(details of the CDR data to which the consent relates), CDR 소비자로부터 동의 받은 이용 목적에 관한 상세내용(details of the specific use or uses for which the CDR consumer has given their consent), CDR 소비자가 동의한 시기(when the CDR consumer gave the consent), CDR 데이터의 수집을 위해 단번에 혹은 일정 기간 동의한 내용이 무엇인지 여부(whether the CDR consumer gave the consent for collection of CDR data), CDR 데이터의 수집을 위해 소비자가 일정 기간 동의를 하였다면 얼마의 기간인지, 얼마나 자주인지, 해당 기간을 초과하여 수집될 것으로 기대하는지 여부(if the CDR consumer gave the consent for collection of CDR data over a period of time), 예정된 만료기간이 언제인지에 관한 동의 현황(if the consent is current－when it is scheduled to expire), 만료로 인해 동의가 철회된 경우(if the consent is not current－when it expired), 동의에 기하여 수집된 CDR 데이터에 관한 정보(information relating to CDR data that was collected pursuant to the consent)가 그 대상에 속한다.

이익을 달성하기 위하여 필요한 경우로서 명백하게 정보주체의 권리보다 우선하는 경우"에도 마찬가지로 세부 요건을 완화할 필요가 있다. 해외 입법례를 살펴보면 GDPR 제6(f)조는 "컨트롤러 또는 제3자의 정당한 이익을 달성하기 위하여 필요한 경우"를 제시하면서, "정보주체의 이익 또는 기본권 및 자유보다 우선되어서는 아니 된다"라고 규정하고 있다. 우리 법상 명백한 경우로 해석될 여지는 매우 협소하기 때문에 GDPR의 '우선되어서는 아니 된다'는 문언의 적용 범주가 훨씬 넓을 것으로 판단된다.

이와 같이 예외적 사유를 허용하는 기준을 완화하고 그 적용 범주를 확대함으로써 정보주체의 이익과 개인정보 침해 위험 사이의 균형을 도모하면서도 정보 활용의 가능성을 넓힐 수 있을 것이다.

4. 차별적 선택이 가능한 동의 등급제 도입

또 다른 방안으로 필수 수집 항목에 대하여는 별도 동의를 요구하지 않고 고지로 대체하는 대신에, 선택 항목에 대하여는 이용자가 원하는 공개 수준이나 수집 허용대상 및 목적 등을 세세하게 설정할 수 있도록 유연한 선택 방식을 도입하는 방안이 있다. 이를 통해 이용자는 개인맞춤형의 부가적인 서비스를 이용하는 등 차별적인 수준의 서비스를 제공받을 수 있게 된다. 다만 정보주체의 선택권을 지나치게 배려하여 자칫 다양한 선택지로 동의 절차를 설계하게 되면, 개별 서비스의 맞춤형 제공에 상당한 부담이 초래되거나 정보처리의 목적 달성이 어려워 오히려 비효율성을 배가시키는 경우도 있을 수 있다.

이와 관련하여 참고할만한 선택 동의 제도 사례로는 2021년 2월부로 금융 분야에 도입된 신용정보법상의 '정보활용 동의 등급제'가 있다. 신용정보법 제34조의3에서는 금융위원회가 평가한 등급을 신용정보주체에게 알리고 정보활용 동의를 받도록 정보활용 동의등급 제도를 규정하고 있다. 동의등급을 부여할 때에는 정보활용에 따른 사생활의 비밀과 자유를 침해할 위험에 관한 사항(민감정보인지의 여부 포함), 정보활용에 따라 신용정보주체가 받게 되는 이익이나 혜택을 고려하여야 한다(법 제34조의3제2항). 또한 "보다 쉬운 용어나 단순하고 시청각적인 전달 수단 등을 사용하여 신용정보주체가 정보활용

동의 사항을 이해할 수 있도록 할 것"과 "정보활용 동의 사항과 금융거래 등 상거래관계의 설정 및 유지 등에 관한 사항이 명확하게 구분되도록 할 것"이 요구된다(법 제34조의3제2항). 이를 종합해보면 동의 등급의 평가 요소로서 소비자 위험도, 소비자 혜택, 소비자 친화도 즉, 소비자 관점을 핵심 기준으로 삼고 있음을 파악해 볼 수 있다. 우리 법은 법률상 필수 동의와 선택 동의의 구분을 요하고 있어 소비자 입장에서 선택 동의 항목에 체크하는 경우는 많지 않을 것이다. 이러한 상황에서 선택 동의서에 등급을 부여하는 방식으로 동의 수준을 수치화하여 제공하는 등급제는 소비자에게 사전에 위험 수준정보를 제공함으로써 '알고하는 동의(Informed Consent) 원칙'을 실현시킨다는 점에서 중요한 의미를 갖는다고 할 것이다.

이를 참고하여 차별적 선택이 가능하도록 새로운 동의 제도를 고안할 필요가 있다. 구체적으로는 선택 동의에서 제시하는 개별 항목 단위로 정보처리 단계에서 갖는 리스크를 등급화하여 운영하는 것도 방안(이른바 '동의 항목별 등급제'라 지칭하고자 함)이 될 수 있다. 위에서 살펴본 금융 분야의 등급제가 선택 동의서 전체를 기준으로 위험도 및 혜택 등을 기준으로 등급을 매기는 것이라면, 여기서 제안하는 동의 항목별 등급제는 개별 동의 항목별로 위험도 등을 객관적 수치로 환산하여 평가하는 것이다. 이러한 제도 운영을 통해 노려볼 수 있는 실질적 효과는 통상의 동의 절차에서 '예'와 '아니오'의 선택지만을 갖던 소비자가 선택 동의의 대상이 되는 항목별로 얻을 수 있는 혜택과 위험도 등을 비교형량함으로써 구체적인 선택으로 나아갈만한 유인을 제공한다는 점이다. 또한 개별 동의 항목에 대한 전문기관의 객관적 평가를 통해 최종 의사결정을 내리는 데 있어서 매우 유용한 기준을 제시한다는 점에서도 실익이 있다.[57] 다만 금융 분야에서는 등급제 적용을 받는 대상사업자를 명시하고, 등급 분류 기준을 마련하고, 한국신용정보원과 같이 동의 등급을 부

57) 이와 같은 취지에서 에너지소비효율등급과 신용등급 같은 객관적 수치화된 요소에 기초하여 산정기준을 제시하는 것은 쉬운 일이 아니나, 소프트웨어 라이선스 등급 부여와 같이 약관에 대하여 등급을 부여하는 시도가 이루어지고 있으므로 등급 부여 제도를 포기할 것은 아니라고 한다. 권영준, 앞의 논문, 716-717쪽. 소프트웨어 라이선스 등급 부여에 관한 논의는 *See* F. Marotta-Wurgler, Are "Pay Now, Terms Later" Contracts Worse for Buyers? Evidence from Software License Agreements, 38 *Journal of Legal Studies*, 2009, pp. 5-10.

여하는 전문기관을 지정하는 등과 같이 구체적인 입법이 뒷받침되어야 한다.

5. 고지 등 정보제공 방법의 실질화 방안

가. 이해된 동의와 고지된 동의

각 국에서 동의의 형식화와 형해화 문제를 해결하기 위해 전통적으로 취하는 동의 방식은 'Informed Consent' 모델이라 할 수 있다. 여기서 'Informed Consent'를 우리말로 번역할 때 의료 분야에서의 '이해된 동의'와 정보통신 분야에서의 '고지된 동의'를 개념적으로 구분하여 사용할 필요성이 인정된다. 이 둘은 모두 번역상 'Informed Consent'라는 용어에 어원을 두고 있지만, '고지'가 반드시 '이해'를 동반하는 것은 아니라는 점에서 개념적으로 분화시킬 필요가 있는 것이다. 특히 의료행위 실무에서 일대일 방식으로 환자에게 동의를 구할 때 의료행위와 관련된 구체적 사실과 영향에 대해 이해시키는 데에 방점을 두고 동의를 구하는 것과 정보보호를 위하여 불특정 다수를 대상으로 이해된 동의를 구하는 것은 큰 차이가 있다. 명확한 이해를 동반하지 못한 동의로 인하여 훼손될 수 있는 권리자의 법익과 침습성의 존재 여부 또한 두 상황은 매우 다르다. 따라서 이러한 상황적 차이를 감안하여 정보통신 분야에서의 'Informed Consent'는 명확하고 이해할 수 있는 고지를 통해 달성할 수 있는 규준으로 삼는 것이 바람직하다.

나. 정보제공 방법의 실질화

본 연구에서는 앞서 정보주체가 프라이버시 보호와 관련된 동의를 결정할 때 광범위한 고지 사항을 충분히 숙지하지 못하는 한계가 있음을 지적하였다. 이를 해결하기 위해서는 동의를 진행하는 과정이 단순하고 직관적으로 전개될 수 있도록 다음과 같이 소비자 친화적인 동의 매커니즘을 설계하는 것이 필요하다.

먼저 현행 개인정보보호법은 다수의 법적 고지 항목을 정보주체에게 제공하도록 하고 있다. 이로 인해 개인정보취급방침의 내용이 지나치게 어렵거나 너무 길어서 애초에 읽고 싶은 의지를 상실케 하는 경우가 있을 수 있다.

여기서 제공하려는 정보가 많을수록 동의절차는 형식화될 우려가 큰데, 이를 극복하기 위해 정보제공을 단순화하여 실질적이고 효율적으로 정보가 제공되도록 하는 방법을 고려해볼 만하다.

고지 항목의 주요 내용을 집약적으로 요약한 버전을 추가로 제공하거나 표나 이미지를 사용하는 것도 가능하다.[58] 특히 정부가 발표한 동의 서식에 관한 가이드라인[59]을 보면 쉬운 용어 사용하기, 주요 내용을 색상이나 크기로 구분하여 명확히 파악될 수 있도록 하는 등 텍스트를 위주로 의사판단에 도움이 될 만한 표기 방법을 제안하고 있어 그림이나 동영상 등을 통해 개인정보의 전체적인 흐름을 파악할 수 있도록 하는 것도 직관적인 전달에 유리할 것이다.

나아가 정부 차원에서 가독성 좋은 동의서식을 표준화하여 다양한 형태로 제공하는 것이 효과적인 대안이 될 수 있을 것이다. 이를테면 개인정보 제공 시 할인 제공 이벤트 등 보장되는 혜택을 거부감 없이 강조할 수 있다면 소비자의 원활한 선택을 돕는데 기여할 수 있다.

Ⅴ. 결 론

본 연구에서 살펴본 동의 제도는 개인정보 처리에 관한 동의 여부, 동의 범위 등을 권리자가 사전에 선택하고 결정하는 형태로 구체적인 모습이 실현된다. 개인정보 처리를 최초로 시작하는 결정이 동의를 통해 내려지며 정보주체가 동의하는 경우 처리 권한이 정보처리자에게 넘어가는 것이다. 또한 동의는 사전에 개인정보 처리를 통제한다는 점에서 사전적인 통제권이자 결정권의 성격을 가진다.[60]

그러나 정보주체의 자율적인 선택과 결정권의 보장이라는 동의의 근본 취지를 감안할 때 사전적인 행사를 지원하는 것만으로는 그 목적을 달성하기

58) 권영준, 「개인정보 자기결정권과 동의제도에 대한 고찰」, 2015 Naver Privacy White Paper, 2015, 133쪽.
59) 개인정보보호위원회·한국인터넷진흥원, 「불필요한 개인정보 수집 관행 개선을 위한 개인정보 수집 최소화 가이드라인」, 2020.
60) 권영준, 앞의 논문, 685쪽.

어렵다. 앞서 여러 논거를 들어 기존의 사전적(ex ante) 규범 통제 방식에서 벗어나 사후적(ex post) 통제 방식으로 중심을 옮겨갈 것을 제안하였다. 최근 새로운 동의 방식으로 부각되고 있는 개인정보 전송요구권과 같은 '자기통제 방식의 개인정보 이용' 역시 이러한 사후적 통제의 일환으로 볼 수 있다. 자기통제 방식의 하나로서 국내 신용정보법상 도입된 전송요구권[61]은 정보주체의 적극적 참여를 전제로 동의 모델을 설계하고 있다. 또한 미국에서 환자들이 연구 프로젝트 참여를 위해 플랫폼상의 온라인 커뮤니케이션을 통해 동의하는 '동적 동의 모델(Dynamic Consent)'도 유사한 성격의 제도라 할 것이다.[62]

다만 이러한 사후적 통제권의 행사를 보다 용이하게 실현시키기 위해서는 다른 보조적 권리가 필요하다. 열람요구권과 사전 동의의 행사 결과를 재고·수정할 수 있도록 돕는 처리정지, 정정·삭제 및 파기 요구권 등 개인정보의 처리 상황을 투명하게 알 수 있도록 하는 개인정보자기결정권을 구성하는 다른 권리들을 함께 보장하는 것이 중요하다. 여기에는 이 글에서 동의의 실질화를 위한 방안으로서 제시한 투명성 원칙의 내재화, 대시보드 의무화, 선택 동의 등급제 등의 제안도 포함된다.

이 글에서 제안한 여러 법적·제도적 고안들을 통해 동의제도의 유연성과 정보주체의 실질적인 권리를 보장함으로써 동의가 새로운 디지털 환경에 유연하게 대처할 수 있는 효율적이고 합리적인 수단으로서 거듭나기를 기대한다.

개인정보 동의제도의 실질화 방안 연구 – 정 원 준	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2023.02.26.	2023.03.04.	2023.03.26.

61) 동 권리는 신용개인정보를 본인이나 다른 주체(본인신용정보관리회사, 신용정보제공·이용자, 개인신용평가회사 등)에게 전송하도록 요청할 수 있는 정보환수와 정보이전을 주요 골자로 한다(신용정보법 제33조의2).

62) 의료 영역에서의 동적 동의 플랫폼이 갖는 의의에 대하여는 다른 연구를 통해 진행하고자 한다. 동적 동의에 관한 참고 문헌으로는 See e.g. Harriet J. A. Teare, Megan Prictor, Jane Kaye, Reflections on dynamic consent in biomedical research: the story so far, *European Journal of Human Genetics*, 2021; Jane Kaye et al., Dynamic consent: a patient interface for twenty-first century research networks, *European Journal of Human Genetics*, 2015; Isabelle Budin-Ljøsne, Dynamic Consent: a potential solution to some of the challenges of modern biomedical research, *BMC Medical Ethics*, 2017.

[참고문헌]

1. 국내문헌

개인정보보호위원회, 「알기쉬운 개인정보 처리 동의 안내서」, 2022.

개인정보보호위원회·한국인터넷진흥원, 『2021년 개인정보보호 연차보고서』, 2022.

개인정보보호위원회·한국인터넷진흥원, 「불필요한 개인정보 수집 관행 개선을 위한 개인정보 수집 최소화 가이드라인」, 2020.

국회도서관·한국법제연구원, 핵심 한영 법률용어사전, 2022.

권영준, "개인정보 자기결정권과 동의 제도에 대한 고찰", 「법학논총」, 제36권 제1호, 2016.

권영준, 「개인정보 자기결정권과 동의제도에 대한 고찰」, 2015 Naver Privacy White Paper, 2015.

김선량·허진성, "개인정보보호법 제16조 목적에 필요한 최소한의 개인정보 수집과 계약의 자유", 「강원법학」, 제52권, 2017.

김진우, "대가로서의 디지털 개인정보 - 데이터의 개인정보보호법 및 계약법적 의의-", 「비교사법」, 제24권 제4호, 2017.

배대헌, "인터넷상 개인정보의 이용약관에 관한 고찰", 「정보화정책」, 제10권 제1호, 2003.

백경일·이병준, "개인정보 관련 약관·서식과 그 내용통제", 「외법논집」, 제36권, 2012.

성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2014.

오병철, "제3의 재산으로서 데이터의 체계적 정립", 「정보법학」, 제25권 제2호, 2021.

이동진, "목적합치의 원칙", 「데이터와 법」, 박영사, 2021.

이주희, "개정 개인정보보호법과 GDPR의 투명성원칙 및 동의절차에 관한 비교법적 연구", 「원광법학」, 제36권 제4호, 2020.

정원준, "빅데이터 환경에서 개인정보 이용에 관한 법적 고찰", 고려대 박사학위논문, 2019.

정원준, "인공지능 스피커에서 음성정보 처리에 관한 법적 쟁점", 「AI OUTLOOK」, 정보통신정책연구원, 2020.

정종구, "개인정보처리의 허용범위와 근 한계 - 목적합치의 원칙을 중심으로-", 「법학논고」, 제27집 제2호, 2020,

주영선, "개인정보보호법상 동의의 법적 성격에 관한 고찰", 「법학논고」, 제42권 제1호, 2022.

한수웅, 「헌법학」, 법문사, 2014.

2. 외국문헌

Alan F. Westin, Privacy And Freedom, 25 Wash. & Lee L. Rev. 166, 1968.

B. Custers, S. van der Hof, B. Schermer, S. Appleby-Arnold and N. Brockdorff, Informed consent in Social Media Use - The Gap between User Expectations and EU Personal Data Protection Law, 10 A Journal of Law and Technology 435, 2013.

Daniel J. Solove, Privacy Self-Management and the Consent Paradox, 126 Harv. L. Rev. 1880, 2013.

Edward J. Janger and Paul M. Schwartz, The Gramm-Leach-Bliley Act, Information Privacy, and the Limits of Default Rules, 86 MINN. L. Rev. 1219, 2002.

Elizabeth K. Brill, Privacy and Financial Institutions: Current Developments Concerning the Gramm-Leach-Bliley Act of 1999, Annual Review of Banking Law, 2002.

European Union Agency for Fundamental Rights et al., Handbook on European data protection law(2018 edition), 2018.

F. Marotta-Wurgler, Are "Pay Now, Terms Later" Contracts Worse for Buyers? Evidence from Software License Agreements, 38 Journal of Legal Studies, 2009.

Florencia Marotta-Wurgler, Does Disclosure Matter?, LAW & ECONOMICS RESEARCH PAPER SERIES, Working Paper No. 10-54, 2010.

Harriet J. A. Teare, Megan Prictor, Jane Kaye, Reflections on dynamic consent in biomedical research: the story so far, European Journal of Human Genetics, 2021.

Information Commissioner's Office(ICO), Big data, artificial intelligence, machine learning and data protection(Version 2.2), 2017.

Isabelle Budin-Ljøsne, Dynamic Consent: a potential solution to some of the challenges of modern biomedical research, BMC Medical Ethics, 2017.

Jane Kaye et al., Dynamic consent: a patient interface for twenty-first century research networks, European Journal of Human Genetics, 2015.

Marotta-Wurgler, "Are "Pay Now, Terms Later" Contracts Worse for Buyers? Evidence from Software License Agreements", 38 Journal of Legal Studies, 2009.

Samuel Warren and Louis Brandeis, The Right to Privacy, 4 Harv. L. Rev. 193, 1890.

Thomas M. Cooley, The General Principles of Constitutional Law in the United States of America, BOSTON: LITTLE, BROWN AND COMPANY, 1880.

WP29, Article 29 Working Party Guidelines on consent under Regulation 2016/679, Adopted on 28 November 2017 As last Revised and Adopted on 10 April 2018.

Competition and Consumer(Consumer Data Right) Rules 2020. available at <https://www.legislation.gov.au/Details/F2020L00094>(visited at February 4, 2023).

Délibération SAN-2019-001 du 21 janvier 2019. available at <https://www.legifrance.gouv.fr/cnil/id/CNILTEXT000038032552> (visited at February 4, 2023).

<https://markets.businessinsider.com/news/stocks/terms-of-service-visualizing-the-length-of-internet-agreements-1029104238>(visited at February 4, 2023).

【국문초록】

정보주체를 대상으로 한 동의(consent)는 자기 정보에 대한 통제권과 선택권을 최대한 보장하고 발현시키는 데 있어서 중요한 매개적 역할을 수행한다. 그러나 동의 제도의 본질에 부합되도록 정보주체의 실질적인 권리를 보장하고, 나아가 유연한 절차적 체계를 갖추는 것은 결코 쉬운 일이 아니다. 동의는 여러 측면에서 한계를 가지고 있기 때문이다. 가장 본질적인 문제로는 동의의 제도 모형이 엄격한 사전동의(opt-in) 원칙 하에 이루어진다는 점이다. 또한 개인정보처리자 입장에서 한 번의 동의로 최대한 많은 항목을 확보하려다 보니, 동의서를 방대하고 복잡하게 만들어 동의 사항을 명확하게 인지하지 못한 채 무심히 습관적으로 동의하게 만드는 형해화(形骸化) 문제를 야기한다. 게다가 현행법의 포괄 동의 금지, 구분동의, 필수·선택동의 요구는 이러한 현상을 부추긴다.

이에 본 고에서는 각 국에서 시도되고 있는 해외 입법례 및 제도 사례를 참고하여 우리법상 동의 제도를 실질화하기 위한 여러 개선방안을 제시하였다. 구체적으로는 EU GDPR 제5조에서 규정하는 투명성의 원칙을 우리 법에도 내재화하는 방안, 동의의 유연성 확보를 위해 옵트아웃 방식을 도입하는 방안과 철회권 보장 및 투명성 확보 차원에서의 대시보드를 의무화하는 방안, 동의 없이 정보처리를 할 수 있는 예외 사유의 확대 방안, 차별적 선택을 보장하기 위한 이른바 '동의 항목별 등급제'를 도입하는 방안, 그 밖에 고지 등 정보제공 방법을 실질화하기 위한 방안을 핵심적으로 제안하였다. 이와 같은 논의를 기반으로 새로운 제도적 방안의 고안을 통해 동의제도의 유연성과 정보주체의 실질적인 권리를 보장함으로써 동의가 새로운 디지털 환경에 유연하게 대처할 수 있는 효율적이고 합리적인 수단으로서 거듭나기를 기대한다.

【Abstract】

A Study on the Practicalization of Personal Information Consent System

CHUNG, WONJUN
(Korea Legislation Research Institute)

Consent plays an important role in ensuring and expressing the right to control and choose their information as much as possible. However, it is by no means easy to guarantee the actual rights of the data subject in accordance with the nature of the consent system, and furthermore, to have a flexible procedural system. This is because consent has limitations in many ways.

The most essential problem is that the consent system model takes a strict opt-in method. In addition, the personal information controller tries to secure as many items as possible with one consent. Therefore, it causes the problem of penalization that makes consent vast and complex, making consent unconsciously and habitually consenting without being clearly aware of it. And, the principle of prohibition of comprehensive consent, the principle of division of consent, and the principle of division of essential and optional consent stipulated in the current law encourage this phenomenon.

Therefore, this paper proposed various improvement measures to substantiate the consent system under Korean law by referring to overseas legislation and system cases attempted in each country. Therefore, this paper proposed various improvement measures to substantiate the consent system under Korean law by referring to overseas legislation and system cases attempted in each country.

Specifically, it proposed measures to internalize the principle of transparency stipulated in Article 5 of the EU GDPR, to introduce an opt-out method to secure flexibility in consent, to mandate dashboards to guarantee withdrawal rights and transparency, to expand exceptions to process information without consent, to introduce a “consent item classification system”, and other information. Based on these discussions, we hope that consent will be reborn as an efficient and reasonable means to flexibly cope with the new digital environment by ensuring the flexibility of the consent system and the practical rights of the data subject.

주제어(Keyword) : 동의(Consent), 동의권(The right to consent, Prior Consent System), 사전동의제도(Consent Rating System), 동의의형식화(Formalization of Consent), 개인정보자기결정권(The right to self-determination of personal information), 전송요구권(The right to request transmission), 양립가능성(Compatibility)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제108호 2023년 3월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2023.108.331

유전자교정작물(GEO)에 대한 유전자변형생물체(LMO)법 적용 관련 법적 쟁점과 개선방안

김 지 완*· 이 성 엽**

▶목 차◀

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. GEO(유전자교정작물) 개념 및 정의
1. GEO와 LMO 비교
2. 유전자가위 기술 유형으로 살펴본 GEO
3. 육종기술 발달로 살펴본 GEO와 LMO
Ⅲ. GEO 작물에 대한 주요국 규제
1. 미국
2. 유럽연합/영국
3. 기타국가
4. 소결
Ⅳ. GEO에 대한 법적 쟁점과 개선안
1. 국내 LMO법 정의 및 규제 논란
2. 프로세스 기반 LMO법 적용 문제
3. GEO 사전검토제 문제
(1) 정부부처 간 업무관장 문제
(2) 사전검토제 도입 근거 '오프타깃' 논란
4. GEO의 LMO 표시문제
Ⅴ. 결 론

* 주저자, 고려대 일반대학원 과학기술학협동과정 박사과정 수료, 이데일리 기자 nixvirus@hanmail.net
** 교신저자, 법학박사, 고려대 기술경영전문대학원 부교수, dysylee@korea.ac.kr

Ⅰ. 서 론

영국의 고전 경제학자 '토마스 로버트 맬서스'(Thomas Robert Malthus)는 1798년『인구론』에서 인구의 자연적 증가는 기하급수적이지만 식량은 산술급수적으로밖에 증가하지 않기 때문에 식량부족이 필연적일 것으로 전망했다.[1] 이렇게 태동한 맬서스 인구론은 20세기 초까지 정설로 여겨졌다. 하지만 노벨화학상을 수상한 독일의 화학자 '프리츠 하버'(Fritz Haber)는 공기 중에 존재하는 질소(N2)를 농축한 뒤, 암모니아로 합성해 인공 질소비료를 만들어냈다. 이 질소비료는 토양의 수확량에 결정적인 영향을 줬다. 그 결과, 세계 인구증가에도 식량이 부족하지 않은 세상이 도래했다. 질소 부족에 따른 휴경은 거의 사라졌다. 질소비료가 인류에게 150-200년의 시간을 벌어줬다는 평가다.[2]

하지만 계속되는 지구온난화는 현재의 식량 생산성을 담보할 수 없게 만들었다. 구체적으로 전 세계 13억 명의 식량이 되는 감자는 현재의 지구온난화 속도라면 2060년엔 68%까지 줄어들게 된다.[3] 특히, 식량 생산을 위해 땅에 마구 뿌려댔던 질소비료는 온실가스인 이산화질소를 만들어내며 지구온난화를 심화시키고 있다.

미국 데이비스 캘리포니아대 '에두아르도 블룸왈드'(Eduardo Blumwald) 식물과학부 교수팀은 '유전자교정'(Genomic editing)을 통해 땅속의 질소(N) 대신 공기 중 질소(N2)를 자양분으로 삼는 벼를 개발했다.[4] 이 연구팀은 한 발 더 나아가 물 사용을 줄이는 종자도 개발했다. 유전자교정 기술로 기후변화 저항성, 질병 저항성 등과 같은 농업적으로 중요한 저항성 형질을 강화할 수 있다.[5] 유전자교정작물은 병충해 내성을 키워 농약 사용도 줄일 수

1) 토머스 멜서스, 이서행 옮김, 「인구론」, 동서문화사(2011), 20-22면.
2) 전성원. "프리츠 하버(Fritz Haber, 1868~1934): 녹색혁명에서 육식 혁명으로 이어진 풍요를 발명한 비운의 과학자." 인물과사상 (2011): 106-110면.
3) 소년한국일보, "줄어드는 '식량'…전쟁 무기화까지?", 2022.08.23 기사 참조.
4) 연합뉴스, "[사이테크+]유전자가위로 벼 유전자 조작해 질소비료 사용량 줄인다", 2022.08.07. 참조.
5) 허정, 이은송, and 박순주. "국내외 유전자 교정기술의 농업적 활용 현황과 전망." 한국

있다. 또 생산량을 획기적으로 증대시켜주기도 한다. 유전자교정 작물이 제2의 질소비료가 될 수 있다는 기대가 나오는 상황이다.[6]

하지만 국제사회에서 유전자교정작물을 바라보는 시각은 상반돼 있다. 유전자교정작물(GEO, Genetically Edited Organism)을 유전자변형작물(LMO, Living Modified Organism)로 바라보는 국가는 위해성 검사, 유통, 표기법 등에서 엄격한 규제를 가하고 있다. 반면, GEO가 제2의 질소비료라는 인식을 가진 국가에선 별도의 법 적용으로 전통육종에 의해 개발된 종자와 동일하게 취급하고 있다.

대한민국은 GEO를 LMO로 분류하고 있다. 정부는 2021년 5월 「유전자변형생물체의 국가 간 이동 등에 관한 법률」(유전자변형생물체법 또는 LMO법) 개정안 입법 예고를 통해 유전자교정작물이 기존 LMO와 달리 외부 유전자를 도입하지 않았고 위험성이 높지 않다는 점을 인정해 위해성 심사 면제를 결정했다.[7] 문제는 LMO법 개정 후에도 국내에선 GEO가 LMO로 분류된다는 점이다. 이에 따라 GEO는 LMO법 적용을 받는다. 그 결과, GEO는 유전자변형농산물 또는 유전자변형식품이란 꼬리표를 달게 된다.[8] 이는 GEO를 일반 종자와 동일하게 취급하는 국제적 흐름과 상반돼 있다.[9] GEO의 LMO로의 분류는 국내외 학계 목소리와도 정면으로 배치된다. 외래유전자 도입이 없는 GEO는 외래유전자 도입이 있는 LMO에 비해 안전하고, 자연적인 돌연변이에 가까우므로 기존 LMO 규제보다 완화된 규제를 적용해야 한다는 의견이 끊임없이 제기돼 왔다.[10][11] 필요 이상의 GEO 규

원예학회 학술발표요지 (2020): 61-62면.

6) 이기춘. “GMO/LMO 식품 표시제를 통한 리스크 소통과 공존의 원칙 실현을 위한 동아시아법제 비교연구.” 강원법학 61 (2020): 296-297면.

7) 유전자변형생물체의 국가간 이동 등에 관한 법률 일부개정법률안. 산업통상자원부 공고 제2021-421호

8) 이상현. “주요국별 유전자변형식품표시제도.” 세계농업 207 (2017): 9면.

9) 농촌진흥청, “차세대 농작물 신육종기술의 농업적 이용”, 에이치앤피파트너스(2018. 10.), 91면.

10) 송인자, and 노영희. "유전자가위 등 바이오 신기술 국내 규제개선 동향." 한국원예학회 학술발표요지 (2020): 62면.

11) 박성민. "합성유기물 (LMO) 규제에 있어 형법적 과제-합성생물학 적용 생성물에 대한 생명윤리, 생물안전 및 생물안보를 중심으로." 비교형사법연구 22.4 (2021): 176면.

제가 국내 GEO 산업발전에 저해가 되는 것은 물론, 국내 식량안보에도 위협될 수 있단 우려 때문이다.

이하에서는 대한민국이 GEO를 LMO로 취급하면서 필요 이상의 규제를 받고 있다는 점을 해외 규제 사례를 통해 지적할 예정이다. 본 논문에서는 국내 GEO 규제와 해외 GEO 규제가 어떻게 다른지를 살펴보고 법적 쟁점 분석을 통해 대안을 모색해보고자 한다.

Ⅱ. GEO(유전자교정작물) 개념 및 정의

1. GEO와 LMO 비교

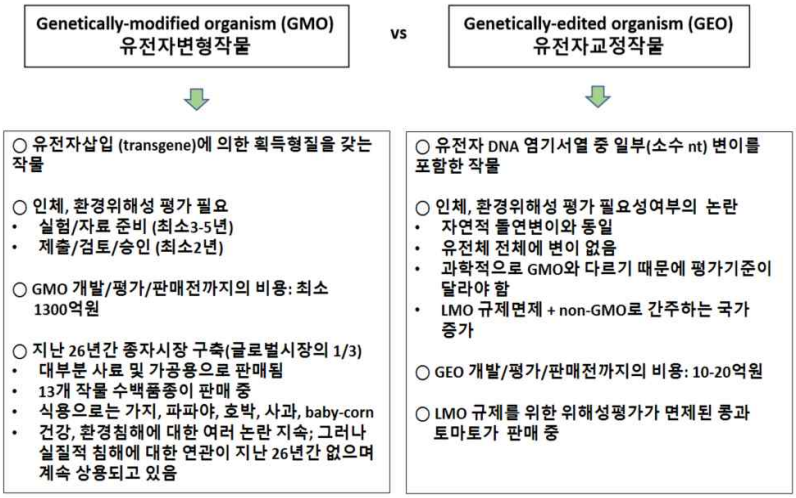
유전자변형작물과(LMO)와 유전자교정작물(GEO)를 비교하면 명칭의 유사성 외엔 완전히 다르다. 우선 국내에선 LMO와 GMO를 혼용하고 있지만, LMO는 유전자변형생물체가 살아있어 번식할 수 있는 데 비해, GMO는 번식할 수 없다.[12] GMO는 인간의 식량 증진 및 보건의료의 필요성에 기초해 특정 생물의 유용한 외래유전자를 동식물의 유전자에 삽입해 합성생물체를 만들어낸 것이다.[13] GMO는 농산물품질관리법에서 인공적으로 유전자를 분리 또는 재조합하여 의도한 특성을 갖도록 한 농산물로 정의하고 있다. GMO는 LMO가 생명력을 잃고 냉장, 냉동, 가공된 식품(ex. 두부, 두유)까지 포함하므로 LMO는 GMO의 한 부분이라 할 수 있으나 우리나라에선 다수가 GMO와 LMO를 구분 없이 혼용하여 사용하고 있다.[14]

---

12) 류예리. "합성생물학 적용 LMO에 대한 현행 LMO 법의 적용성에 관한 고찰." 國際去來와 法 31 (2020): 101면.

13) 박성민. 앞의 논문, 178면.

14) 국립종자원 홈페이지 참조.



〔그림 2〕 유전자변형작물(GMO)와 유전자교정작물(GEO) 비교표

(출처: 한국바이오안전성정보센터(KBCH) 주관 제4차 LMO 안전관리계획 수립을 위한 관계기관 워크숍, 한지학 발제)

GEO와 LMO 모두 살아서 번식할 수 있다. 차이가 있다면, GEO는 외래 유전자를 전혀 사용하지 않는다.[15] GEO엔 외래 DNA가 잔존하지 않기 때문에 자연적으로 발생한 돌연변이 식물과 구분할 수 없다.[16] GEO는 외래유전자 삽입 없이 자연이 제공한 유전자원을 활용하기 때문에 '정밀육종'(Precesion Breeding)으로도 불린다. 학계와 산업계에선 GEO가 완전히 새로운 기술이 아니라 전통육종[17]의 연장선으로 바라보고 있다. 책에 비유하자면 LMO가 책의 한 페이지를 통째로 뽑아 다른 책에 붙이는 것이라면, GEO는 문장의 의미를 바꾸기 위해 단어나 글자를 일부 지우거나, 바꾸는 것이다.[18]

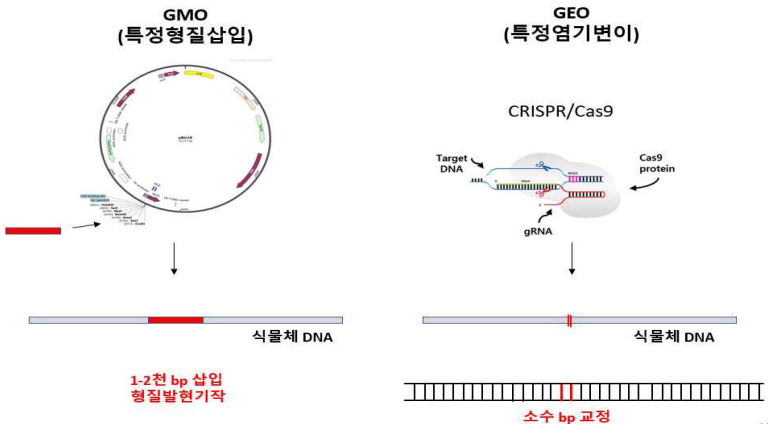
15) 류예리. 앞의 논문, 113면.

16) 이신우. "외래 DNA 단편이 잔존하지 않는 유전자교정식물에 대한 GMO 규제 범위의 제외에 관한 국제 동향." Journal of Plant Biotechnology 46.3 (2019): 139면.

17) GEO는 GMO와 달리 외래유전자 삽입이 없다. GEO는 잠재된 형질을 깨우는 기술로, GMO가 외부 유전자를 삽입해 형질을 발전시키는 것과 차이가 있다.

18) 미국 농업 관련 전문매체인 '에이지데일리'(Agdaily)에서 참조,

GEO는 DNA 염기서열에서 원하는 위치를 유전자가위를 이용해 정교하게 절단하는 유전자편집 기술을 이용한다. 이 기술을 이용하면 생물체 형질에 직접적인 영향을 미치는 유전자를 찾아 잘라내거나, 원하는 서열로 편집해 원하는 형질을 얻어낼 수 있다. GEO는 작물이 본래부터 갖고 있던 잠재형질을 활성화하거나, 일부 기능을 강화한 것이다.[19] 전문가들은 유전자편집 기술이 DNA 염기서열에서 원하는 위치를 정교하게 절단할 수 있으므로 무작위 위치에서 절단하는 전통육종에 비해 안전성 측면에서 우수하다고 평가하고 있다.[20][21] 전통육종법으로 간주되는 돌연변이 육종법이 방사선, 화학물질 등을 이용해 DNA를 절단함으로써 무작위로 돌연변이를 발생시키기 때문이다.[22]



〔그림 3〕 숙주 게놈(Host Genome)에서 GMO와 GEO 차이
(출처: 한국바이오안전성정보센터(KBCH) 주관 제4차 LMO 안전관리계획 수립을 위한 관계기관 워크숍, 한지학 발제)

19) Gwon, O-Hui. "특허와 유전자변형 생물체 (GMO)." Bulletin of Food Technology 17.1 (2004): 109면.
20) 서성태, "바이오 신기술 글로벌 규제동향 및 국내 제도 도입방안 연구", 산업통상자원부(2020.3.), 2면.
21) 최인호, et al. "유전자교정기술을 이용한 식물의 phenylpropanoid 대사공학기술 개발 동향." 농업생명과학연구 54.5 (2020): 2면.
22) 조인성. "생물다양성과 합성생물학 관련 법적 쟁점과 과제-2018년 7월 25일 ECJ 판결 (EuGH, Urt. v. 25. 7. 2018-C-528/16) 을 중심으로." 환경법과 정책 24 (2020): 52면.

유전자변형생물체법 개정안에 따르면 유전자교정 작물을 '신규 유전자변형생물체'라고 명명하고 있다. 하지만 이 같은 법률 용어는 국제적 동향과 거리가 멀다. 유럽연합(EU)에선 유전자가위 기술 또는 관련 산물에 대해 '신유전체기술'(NGT, New Genomic Techniques)라는 용어를, 일본에선 자국 법률을 통해 '유전체편집' 이란 용어를 사용하고 있다.[23] 일본은 유전체편집이란 법률 용어가 나오기 전엔 '유전자 재조합'으로 사용해 왔다. 국제학계에선 유전자가위를 이용한 기술에 대해선 '유전자교정'(Gene Editing) 이란 표현을, 여타 신기술을 포함한 포괄적인 용어론 '식물육종신기술'(NPBTs, Novel Plant Breeding Techniques)이라는 용어를 쓰고 있다.[24]

산업계에선 유전자교정 산물을 '신규 유전자변형생물체'라고 규제 및 정책적으로 명명하는 것은 유전자교정에 대한 낙인 효과를 가져오고 유전자교정 농작물의 국가 간 교역에도 지장을 가져올 가능성이 크다고 우려했다.[25] 유전자변형생물체 개정안 입법 예고에서도 법 개정이유로 '유전자가위 등 바이오 신기술에 대한 국제적 규제 동향과 조화로운 법 개정이 요구된다'고 밝혔다. 그럼에도 우리나라 정부는 GEO를 '신규 유전자변형생물체로 명명했다. 이 같은 명칭은 법 개정 취지에서 밝힌 국제적 규제 동향에 맞춘 조화와도 거리가 멀다.[26] 본 논문에선 국제적 동향과 산업계 입장을 살펴 GEO를 법률 용어인 '신규 유전자변형생물체' 대신 '유전자교정작물'로 표현하겠다.

2. 유전자가위 기술 유형으로 살펴본 GEO와 LMO

유전자가위(Genome editor) 기술을 이용하면 DNA를 일부를 제거(deletion)하거나 변이(mutation)시키거나, 삽입(addition)할 수 있다.[27] 유전

23) EU 농장에서 식탁까지 (Farm-to-Fork) 전략.

24) 임명호, et al. "식물육종신기술(NPBTs)의 발전에 따른 신규식물 (Novel Plant) 의 위해성평가 동향", Korean Journal of Breeding Science 46.4 (2014).

25) 김태산, "유전자변형생물체법 개정안 관련 글로벌 산업계 입장", Biosafety Vol.22(2), 바이오안전성정보센터(2021). 20면.

26) 김태산, 앞의 보고서, 18면.

자편집 기술은 유전자가위로 불리는 '효소'를 이용해 유전체에서 특정 염기서열을 제거하거나, 다른 염기서열로 교체하거나, 다른 염기서열을 삽입하는 것을 말한다.[28] 다시 말해, 유전자가위는 염기서열을 '잘라낸다'는 기능적인 면을 강조한 용어다. 유전자가위 기술은 1세대 징크핑거(ZFN), 2세대 탈렌(TALENs), 3세대 CSISPR/Cas9(크리스퍼/카스9) 순으로 발전했다. 크리스퍼/카스9 기술개발 전에도 징크핑거, 탈렌과 같은 유전자가위 기술이 있었지만, 비싸고 긴 시간 소요로 소수 연구소에서만 운용했다.[29] 크리스퍼/카스9 기술은 기존 유전자가위 기술에 비해 정확도가 높으면서도 짧은 시간에 편집 효소를 만들 수 있다.[30][31]

유전자가위를 이용한 유전자편집은 제거(SDN-1), 교체(SDN2), 삽입(SDN3) 등 총 3가지로 분류한다. SDN-1은 유전자가위에 의해 유전자가 절단된 후 자가 치유과정에서 소수의 '염기쌍'(base pair)이 '삭제'(deletion)돼 돌연변이가 발생하는 것을 말한다.[32] SDN-1은 유럽연합을 제외한 대부분 국가에서 LMO로 취급하지 않고 자연적인 돌연변이와 동일하게 간주하고 있다. 그 결과, 대부분 국가에서 SDN-1 기술이 적용된 GEO를 LMO 규제 대상에서 제외하고 있다.[33] SDN-2는 유전자 절단 부위가 동종의 다른 유전자로 교체하는 경우이다. 즉, 동종 유전자 내부를 변이시킨 다음 그 유전자를 기존 유전자와 치환하게 하는 경우다. SDN-2는 호주 등 일부 국가를

---

27) Kantor, Ariel, Michelle E. McClements, and Robert E. MacLaren. "CRISPR-Cas9 DNA base-editing and prime-editing." International journal of molecular sciences 21.17 (2020): 6240. 1-3면.

28) Bitinaite, Jurate, et al. "Fok I dimerization is required for DNA cleavage." Proceedings of the national academy of sciences 95.18 (1998): 10570면.

29) Doudna, Jennifer A., and Emmanuelle Charpentier. "The new frontier of genome engineering with CRISPR-Cas9." Science 346.6213 (2014): 1258096. 1077면.

30) Cao, Hieu X., et al. "The power of CRISPR-Cas9-induced genome editing to speed up plant breeding." International journal of genomics 2016 (2016). 3면.

31) 박수철, et al. "유전자교정 농작물의 실용화 현황 및 전망." Korean Journal of Breeding Science 51.3 (2019). 176-177면.

32) 張仁豪. "유전자편집기술에 관한 미국의 입법 동향과 시사점." 미국헌법연구 30.1 (2019): 217면.

33) 이신우. "외래 DNA 단편이 잔존하지 않는 유전자교정식물에 대한 GMO 규제 범위의 제외에 관한국제 동향." Journal of Plant Biotechnology 46.3 (2019): 139면.

제외한 상당수 국가에서 LMO 규제대상에서 제외하고 있다. SDN-3는 절단된 DNA와 DNA 사이에 외부 생물체의 유전자가 삽입되는 것이다. 대부분 국가에선 SDN-3를 LMO로 간주하고 있다. 다만, 일본에선 법령을 통해 SDN-3까지도 GEO 범주에 포함하고 있다.

〈표 1〉 유전자가위 기술 세대별 특성

구분[34]	1세대ZFN	2세대TALEN	3세대CRISPR
유전자 인식	징크핑거 단백질	TALE 단백질	가이드 RNA
유전자 절단	Fok1	Fok2	Cas9
제작 용이성	복잡[35]	간단	매우 간단
생산비	5000유로	1000유로	10유로
실험 기간	수개월	수개월	수일

SDN-1과 SDN-2 기술에 의해 생산된 작물은 '운반체 DNA 단편' 또는 '가이드(guide) RNA'가 잔존하지 않는다. 즉, 100% '이식유전자 없는' (transgene-free) 작물로 개발할 수 있다. 실제 SDN-1 기술을 이용해 고농도 올레인산이 집적되도록 만든 카멜리나 오일에선 어떠한 DNA 단편도 검출되지 않았다. 그 결과, GEO가 전통교배 육종기술과 차이가 없다는 점을 근거로 기존 LMO 정의에 해당하지 않는다고 봤다.[36][37]

34) Friedrichs, Steffi, et al. "Meeting report of the OECD conference on "genome editing: applications in agriculture－implications for health, environment and regulation"." (2019): 421-422면

35) Bitinaite, Jurate, et al. "Fok I dimerization is required for DNA cleavage." Proceedings of the national academy of sciences 95.18 (1998): 10571면.

36) Advisory Committee on Releases to the Environment(ACRE)가 2020년 발표한 'Advice on genome-edited Camelina plants with increased levels of oleic acid'. 2면.

37) Jouanin, Aurélie, et al. "Development of wheat with hypoimmunogenic gluten obstructed by the gene editing policy in Europe." Frontiers in Plant Science 9 (2018): 1523. 2-3면.

〈표 2〉 유전자가위를 이용한 유전자편집 방법 구분

구분[38]	편집방법	비고
SDN-1	유전자가 절단된 후 자가 치유과정에서 돌연변이 발생	유전자 제거
SDN-2	절단 부위에 부분 변형된 짧은 유전자 단편이 치환됨	유전자 교체
SDN-3	절단 부위에 재조합된 유전자가 삽입됨	유전자 삽입

SDN-1은 표적 유전자를 정확하게 교정하기 때문에 전통적인 육종법보다 신뢰성이 높은 것으로 인식되고 있다.[39] 반면, SDN-3 유전자교정식물은 외래 공여체 DNA를 이용하여 비교적 길이가 긴 DNA 단편이 삽입된 것을 말한다. 아직 성공사례가 많지 않으며 추가적인 연구가 많이 필요하고 안전성 평가 또한 기존 LMO법으로 해야 한다는 시각이 우세하다.[40] 국내 학계 역시 위험에 대한 인식은 SDN-1은 거의 없고, SDN-2는 사안에 따라 다르며, SDN-3는 전형적인 LMO 생산방법으로 간주하고 있다.[41] 유전자가위 기술 유형별 특성과 국가별 유전가가위 기술 수용도에 따른 GEO 정의를 참고해, 해당 논문에선 GEO를 SDN-1과 SDN-2 기술로 개발된 농작물로 한정한다.

3. 육종기술 발달로 살펴본 GEO

육종은 약 1만 년 전 인간이 농경을 시작한 이래로 행해지고 있다. 육종이란 인간이 원하는 형태로 작물을 개선, 진화, 변형하는 것을 목표로 작물

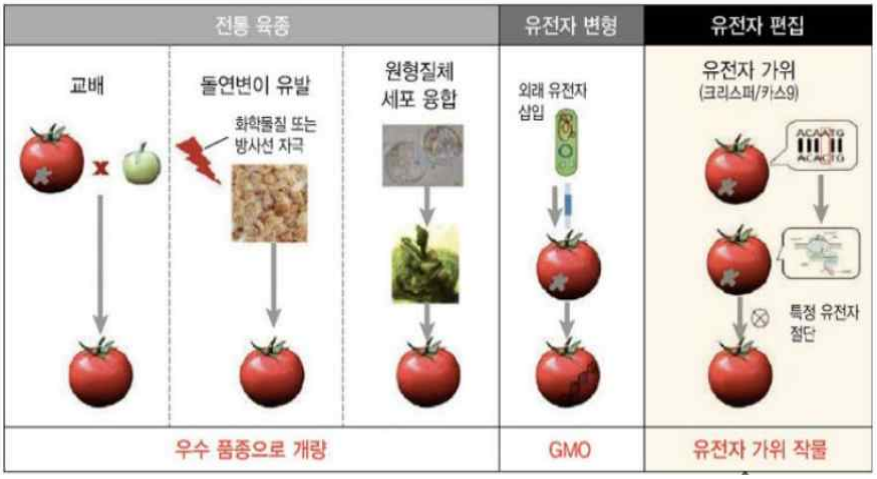
38) 張仁豪. 위의 논문, 217면.

39) 2019년 12월 10일 삼경교육센터에서 열린 제20차 LMO포럼 유전자가위등 바이오신기술 규제 개선 대토론회에서 현준원 한국법제연구원 박사는 SDN-1에 대한 위험성과 위험성에 대한 인식은 전혀 없다고 발표했다. 약업신문, “유전자가위 등 바이오신기술 규제 전 사전스크린 필요”, 2019년 12월 10일 기사 참조.

40) 이신우. 앞의 논문, 139면.

41) 현준원 박사는 앞의 토론에서 SDN-1에 해당하면 규제를 면제, SDN-2에 해당하면 각 케이스 검토에 따라 규제적용 여부 결정, SDN-3에 해당하면 규제 적용하는 것이 합리적이란 뜻을 밝혔다.

을 분리하는 행위를 말한다. 최초 육종법은 생산성이 좋은 씨앗이나 맛이 좋은 과일을 골라내는 형태였다. 다음 해 더 나은 품질의 식량과 과일을 얻으려는 방편이었다.[42] 육종기술은 더욱 우수한 품종을 얻기 위한 노력이 더해지며 계속 진보하고 있다. 농촌진흥청에 따르면, 육종기술은 전통육종 → 여교배 → 동종교배 → 하이브리드 육종 → 돌연변이 육종 → 조직배양 → GMO → DNA 마커 보조 육종 → 게놈편집(유전자가위) 순으로 발전해 왔다.



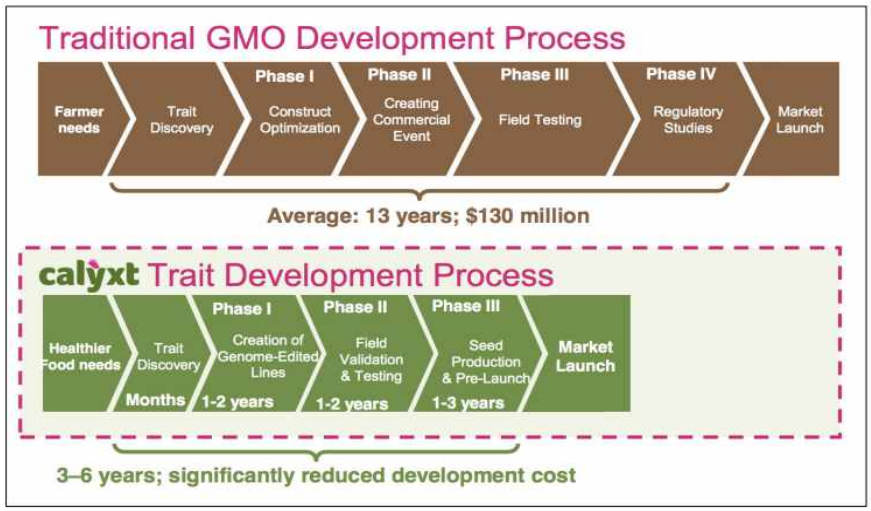
〔그림 4〕 작물 품종개량 방법 비교 (출처: 박지현·홍미영·한지학(2018), 신육종기술(NPBTs), 한국과학기술기획평가원; 네이처 제네틱스 2016년 2월호)

다양한 기능성을 지닌 작물을 개발하기 위해서 교배가 어렵거나 장기간의 시간이 소요되는 전통 교배 육종 한계를 개선하고자, 1980년대 이후부터 생명공학기술을 활용한 다양한 연구가 진행됐다. '유전자변형'(Genetically Modified)기술은 외부 유전자를 삽입하거나, 식물체 내부 유전자를 변형시켜 특정 형질을 갖게 하는 것으로 1990년대 중반 이후 GMO 작물이 개발되면서 세계 종자 시장에 큰 변화를 일으켰다. 현재 다국적 기업들은 현재 옥

42) 미국작물과학회(Crop Science Society of America, CSSA) 홈페이지에서 '작물육종'(Crop Breeding) 참고.

수수, 콩 등 GMO를 판매 중이다.[43][44]

전통육종은 자연교배로 유전자 재조합이 이뤄지지만, GEO는 인위적인 유전자 재조합이 발생한다는 점에서 차이가 있다. 또 전통육종과 GMO 개발이 시간과 비용이 많이 들고 예측이 어려운 것에 비해 GEO 개발은 경제적이고 빠르다는 장점이 있다.[45] 육종방법별 육성 기간을 계산하면 전통육종의 경우 평균 최소 7-8년, GMO 개발은 13년 이상 소요된다.[46] 반면, GEO 개발엔 3-6년이면 충분하다.[47]



〔그림 5〕 GMO와 GEO 개발기간 비교 (출처: 미국 칼릭시트(Calyxt)사 홈페이지에 게재된 "Comparison of crop development processes: genetically modified crops vs. gene edited crops" 참조; 박수철, et al. 앞의 논문, 179면.)

43) 박지현, 홍미영, and 한지학. "신육종기술 (NPBTs)." 종자과학과 산업: 한국종자연구회지 14.3 (2018): 24면.
44) 오성덕, 앞의 논문, 310면.
45) Cao, Hieu X., 앞의 논문. 3면 참조.
46) 농촌진흥청, 앞의 보고서, 11면.
47) 미국 칼릭시트(Calyxt)사 홈페이지에 게재된 "Comparison of crop development processes: genetically modified crops vs. gene edited crops" 참조.

Ⅲ. GEO에 대한 주요국 규제

1. 미국

미국에선 “전통육종으로 개발된 식물은 안전한 사용 이력이 있다.”[48], “규제되는 식물은 전통육종으로 개발될 수 있을 것이다.”[49], “유전공학을 이용하는 것 자체로 식물 위해성을 발생시킨다는 근거가 없다.”[50] 등의 이유로 GEO를 일반 종자와 동일하게 취급하고 있다.[51] 미국 농무부(USDA)는 2018년 3월 28일 ‘작물 재배에 혁명에 관한 성명’(USDA Statement on Plant Breeding Innovation)을 발표했다. 이 발표에서 미국 정부는 전통기술로 개발된 작물과 구분할 수 없는 작물에 대해선 추가 규제를 할 수 없다고 규제 방향성을 정했다. 이날 미국 농무부는 전통육종 기술, 화학 기반 돌연변이, 방사선 기반 돌연변이를 이용해 개발할 수 있었던 작물에 대해서도 추가 규제는 불가하다는 입장을 표명했다.[52]

구체적으로 작물에서 유전자 삭제(SDN-1)만 한 경우는 규제하지 않기로 했다. 유전자 교체(SDN-2)를 한 경우에도 단일 염기쌍 교체에 국한된

48) “Products generated solely using such techniques have a history of safe use and have never been regulated under the part 340 regulations”. Hoffman, Neil E. "Revisions to USDA biotechnology regulations: The SECURE rule." Proceedings of the National Academy of Sciences 118.22 (2021): e2004841118. 2면.

49) “The Agency believes that the differences [in plant pest risk from gene insertion sites, copy number, and genetic background] that may result [in plants qualifying for the extension process] would be of the magnitude observed through traditional crop breeding.”;Hoffman, Neil E., 위의 논문, 3면.

50) “That there is no evidence of unique hazards inherent in the use of recombinant DNA techniques with respect to plants, and that crops modified by molecular and cellular methods should pose risks no different from those modified by conventional breeding methods for similar traits (5, 16).”; plant developed using genetic engineering did not pose a plant pest risk;Hoffman, Neil E., 위의 논문, 2면.

51) 박수철, et al. 앞의 논문, 177면.;1989 NRC(National Research Council) 보고서(29792 각주 4).

52) 미국 농무부 홈페이지에서 2018년 3월 28일 자 보도자료(media press-releases)에서 확인.

경우에도 규제대상에서 제외하기로 했다. 또 전통육종 기술을 이용해 교배와 후손 생산이 가능한 식물에서 유래한 염기서열을 삽입(SDN-3)한 식물은 규제대상이 아닌 것으로 규정했다.[53] 즉, 종, 속, 과 이하 유전자를 삽입한 LMO까지는 GEO로 보겠다는 얘기다.[54] 이 외에도 생명공학기술 발달을 고려해 향후 미국동물검역소가 신규로 추가하는 면제유형도 규제면제 요건으로 명시했다.[55][56]

미국USDASecureRule[57]

1) 면제(exemption): 생명공학기술이 사용되었지만, 결과물들이 규제 면제조건을 충족하기에 규제대상에서 제외하는 경우다. 아래 4가지 중 한 가지 만족 시 면제됨.
   ① 외부 DNA template를 첨가하지 않은 상태에서 타DNA가 복구(repair)되어 생성된 변이 ② 단일 염기쌍치환(single base pair substitution)으로 변이를 만들었을 경우 ③ 식물 유전체 안에서 자연적으로 일어나고 있는 것이 이미 잘 알려진 유전자 도입이나 그리고 알려진 대립 유전자 또는 유전자 풀에 알려진 구조적 변화에 대응하기 위해 만든 타깃 서열의 변이일 경우 ④ USDA APHIS가 평가를 통해 규제가 필요 없다고 한 식물 형질 발생 메커니즘조합을 포함하는 식물체
2) 규제대상심사(regulatory status review: RSR): 개발된 품목에 대해

53) 미국은 유전자교정 작물의 규제 감독과 관련해 명확한 기준을 마련해놓고 있다. 미국 농무부(USDA)와 동식물검역소(APHIS)는 지난 2020년 'GMO(또는 LMO) 안전관리 법령'(7 CFR Part 340)을 개정해 유전자교정식물 관련 규제면제 요건을 수립했다. 이 개정규정은 '생명공학적 개선' 정의 범위 내에 속하는 특정 유전자교정 식물에 대해 요건에 해당하면 규제를 면제한다는 내용이다.

54) 미국에선 자연상태 교잡가능한 유전자를 외래유전자로 보지 않는 반면, 우리나라 LMO법 개정안에선 외래 유전자에 대한 정의가 없다. 같은 종의 유전자라도 삽입이 이뤄지면 외래유전자로 볼 것인지, '목' 이상의 유전자에 한정할 것인지 혼란스러운 상황이다.;이진수, 앞의 보고서, 171면.

55) 7 CFR 340. §340.1 - 적용요건 (b) 적용예외 (4) 전통육종으로 발생 가능한 것으로 규제 당국이 제안한 추가 변이 목록.

56) Hoffman, Neil E. 앞의 논문, 3면.

해충 위험이 있는지 확인하기 위해 규제대상 검토 요청을 할 수 있다. 또는 면제를 신청하였으나 내용이 면제 범주에서 벗어나서 면제승인을 받지 못할 경우도 규제대상심사 검토 요청을 할 수 있다. 만약 규제대상심사에서 통과가 되면 재배승인 절차를 할 필요가 없게 되며, 면제와 동일하게 취급된다.

3) 허가(permitting): RSR에서 면제를 받지 못하거나, GMO처럼 규제대상이 될 경우, 위해성평가 자료를 갖추어 재배허가 신청을 하게 된다. (GMO일 경우 해당)

이 같은 GEO 규제 완화에 힘입어 미국에선 유전자교정 기술을 적용한 다양한 작물들이 개발되고 있다. 펜실베니아 주립대학의 갈변 방지 양송이, 듀폰 파이오니어(DuPont Pioneer)의 찰옥수수, 잎마름병(Northern Leaf Blight) 저항성 옥수수, 플로리다 대학의 수확성 개선 토마토, 미국 농무부 농업연구센터(USDA-ARS)의 가뭄 저항성·내염성 대두, 칼릭시트(Calyxt)의 고올레산 대두, 흰가루병 저항성 밀, 갈변방지 감자, 영양성 개선 알팔파 등이 대표사례다. 또, 아이오와 주립대학의 병저항성 벼, 심플랏(Simplot)의 흑변감소 감자, 애그리비다(Agrivida) 전분 함량 증대 옥수수와 노스캐롤라이나 주립대학의 니코틴 함량 저감 담배 등도 규제면제를 받은 GEO 목록에 이름을 올리고 있다.[58] 미국 USDA 'Secure Rule'을 통해 규제를 면제받은 유전자 교정작물은 2022년 10월 12일 기준 23점[59]으로 파악된다. 'Secure Rule' 이전의 'Am I Regulated' 시스템에서 규제면제를 받은 작물 숫자는 미국 131점, 독일 2점, 일본 3점, 호주 1점, 이스라엘 2점, 한국 3점 등 총 143점이다.[60]

57) USDA Secure Rule은 최종 산물의 특성에 근거해 관리 감독의 필요 유무를 평가. 2020년 8월부터 시행. Secure Rule 등장하면서 'Am I regulated? 규정으로 대체했다.

58) 미국 농무부(USDA) 홈페이지에서 공개된 정보. Gene edited crops that the U.S. Department of Agriculture considered to be out of regulatory scope 참고.; 박수철, et al. 앞의 논문, 177-178면.

59) USDA SECURE Rule Confirmation Letters 참조.

2. 유럽연합(EU)·영국

현행 유럽연합 법률하에선 GEO는 미국·일본과 달리 LMO로 취급한다. 유럽사법재판소(ECJ)는 2018년 7월 유전자편집 기술로 만들어진 동식물이 LMO 범주에 든다고 판결을 내렸다.[61] 이 판결로 방사선·화학적 돌연변이를 제외한, 최신 돌연변이 유발기술로 변형된 동식물은 모두 LMO 범주에 속하게 돼 규제대상에 편입됐다.[62] 유럽사법재판소 판결 이후 2만 6,000명의 과학자를 대표하는 '유럽식물과학기구'(EPSO)[63]는 이 판결에 대해 '유럽은 기회를 잃은 처사'라며 강하게 비판했다.[64]

이 같은 반발에 EU 집행위원회[65]는 GEO에 대한 법안 개정 검토에 착수했다.[66] 그 첫 번째 절차로 EU 집행위원회는 유럽이사회의 명령에 따라 2019년부터 유전자교정 관련해 산하기관 전문가 의견수렴과 관련 연구를 진행했다. ENGL(European Network of GMO Laboratories)는 GMO와 달리 GEO는 유전자교정 여부를 기술적으로 구분하는 것이 어렵거나 불가능하다고 보고했다.[67] 각종 안전성 관련 전문기관인 유럽식품안전청(EFSA)

60) USDA AIR GE 작물 정리.

61) 박수철, et al. 앞의 논문, 181면.;한겨레신문 오철우 기자가 2018년 7월 26일 작성한 「유럽사법재판소 "유전자가위 작물에도 GMO 규제 적용"」 기사 인용.

62) 정유희, and 김용삼, "국내 산업계에서 바라본 유전자편집 작물 규제", Biosafety Vol.22(2), 바이오안전성정보센터(2021). 27면.

63) European Plant Science Organisation (EPSO) 홈페이지에서 European Academies Science Advisory Counil이 2015년 7월 발간한 'New Breeding Techniques' statement 참조.

64) The ScienceTiems, "유기농업, EU의 GMO 규제 푸는 열쇠 될까?". 2021년 5월 4일 기사 인용.

65) 유럽사법은 유럽집행위가 유일하게 법안을 발의할 수 있는 권한이 있다. 유럽집행위는 법안 발의전 경제사회위원회와 지역위원회 자문받는다. 이후 유럽의회와 각료이사회가 법안 통과를 공동 결정하는 구조다. 이렇게 결정된 법은 유럽집행위가 법안 집행을 하고 각 회원국에 적용하는 구조다. 이를 어길 시 유럽사법재판소에 넘겨진다. 홍완식, "유럽연합의 입법체계", 유럽연합정부론(2002), 65-88면.

66) 한국바이오안전성정보센터, "국가별 LMO 동향: 유럽연합(EU) 2021", KBCH 동행보고서(2021.2). 10면

67) European Network of GMO Laboratories (ENGL)이 2019년 3월 26일 발간한 「Detection of food and feed plant products obtained by new mutagenesis techniques」 참조.

도 외래유전자를 도입하지 않는 유전자교정 작물은 기존 관행 작물에 비해 새로운 위험요소가 없고, 우려되는 '오프타깃'(off-target)도 관행작물에 비해 빈도가 낮다는 등의 검토 결과를 2020년 발표했다.[68] EU 집행위 연구결과를 보면 외래유전자를 도입하지 않은 유전자교정 작물이 위험하지 않다는 것과 LMO와 달리 GEO는 유전자교정 여부를 알기 힘들다 등의 내용이 주요 골자다.

유럽연합위원회(EC)는 2020년 5월 EU 그린딜(Green Deal) 농업전략인 '농장에서 식탁까지(Farm to Fork Strategy)' 정책을 승인하면서 회원국들은 '새로운 혁신 성분의 기술'의 사용이 인간, 동물, 환경에 안전하다는 것이 입증되면 지속 가능한 식량 생산을 위해 혁신적인 육종기술을 이용해야 한다는 것에는 동의했다. 이날 EC는 2030년까지 농약 사용량 50% 감축 및 기후변화 대처를 위해 유전자교정이 기여할 것이라는 분석 결과를 제시했다.[69] 같은 해 11월 유럽식품안전청(EFSA)은 최신 바이오 기술로 개발된 식물을 규제하기 위해 기존의 LMO 위해성 평가 지침의 적용 가능성에 대한 의견을 발표했다. EFSA는 기존 LMO 위해성 평가 지침이 다른 생물체의 유전자를 포함하고 있지 않고 유전자가위로 개발된 모든 제품에 적용하지 않는다고 결정했다. 아울러 외래유전자가 없는 유전자가위 기술을 통한 유전적 변화는 새로운 특정 위험을 확인하지 못했다고 언급했다.[70] EC는 현재 117페이지 분량의 보고서에서 GEO를 '신유전체기술'(NGT)로 지칭하고 GEO 규정 재검토를 개시한다고 밝혔다.[71] 유럽 지역에서 GEO 정책 변화가 시작된 것이다.[72][73]

---

68) 유럽식품안전청(EFSA)가 2021년 2월 5일 발간한 「Evaluation of existing guidelines for their adequacy for the molecular characterisation and environmental risk assessment of genetically modified plants obtained through synthetic biology」 참조.

69) 임송수. "EU그린딜(Green Deal)과 농식품 부문의 영향." 해외곡물시장동향 10.1 (2021): 326면; 김태산, 앞의 보고서, 17면.

70) 한국바이오안전성정보센터, 앞의 보고서, 10면.

71) The ScienceTiems, "유기농업, EU의 GMO 규제 푸는 열쇠 될까?". 2021년 5월 4일 기사 인용.

72) 한국바이오안전성정보센터, 앞의 보고서, 10면.

영국은 브렉시트로 유럽연합을 벗어난 이후 “농업 및 환경 단체와 협력해 기후변화에 더 강하고 탄력적인 식물을 재배할 수 있도록 지원할 것”이라며 GEO에 대한 규제 완화를 약속했다.[74] 영국 정부는 유전자가위 기술을 농산물과 가축에 적용할 수 있도록 LMO 규제에서 논의를 위해 2021년 1월부터 10주간 전문가들의 의견을 수렴한다고 공고했다.[75] 이후 영국 정부는 2022년 5월 GEO의 상업적 재배와 판매를 허용하는 법안을 발의했다. 앞서 영국 의회는 같은 해 3월 연구원들이 시험적으로 GEO를 야외에서 재배하는 것을 더 쉽게 하도록 새로운 규칙을 승인했다.[76]

3. 기타 국가들

일본은 아시아 지역에서 가장 먼저 유전자교정 기술에 대한 정책을 수립한 나라다. 일본에서 유전자변형 농작물은 용도별로 3개의 정부 기관, 즉 농림수산성, 환경성, 후생노동성이 규제·감독한다. 이들 기관은 LMO 규정이 유전자교정 산물에 적용되는지, 그렇지 않은지를 명확히 하고 있다. 일본은 외부 유전자 도입이 없으면 LMO로 볼 수 없다는 입장이다. 심지어 외부 유전자가 삽입돼도 자연계에서 발생할 수 있는 수준의 변이라면 LMO가 아니라고 해석하고 있다. 2019년에 완성한 환경성 정책과 이와 동시에 만들어진 농림수산성 이행 가이드라인에 따라, 특정 범주에 속하는 유전자교정 식물은 LMO의 정의 범주 밖에 속한다고 결정했다. 그 결과, 일본에선 SDN-1,

---

73) 2021년 4월 EU집행위는 이러한 전문기관 의견 등에 근거한 신육종기술 규제에 관한 연구결과를 공개한 후 “Legislation for plants produced by certain new genomic techniques”라는 이니셔티브를 통해 규제 해결책 개발에 착수했다. 이니셔티브는 표적 변이(targeted mutagenesis) 및 시스제네시스(cisgenesis)로 개발하는 식물체 규제 체계 제안을 위한 것으로서, 1) 인간·가축 및 환경 보호, 2) 농식품 시스템 혁신, 3) EU 그린딜(Green Deal) 농업전략 ‘농장에서 밥상까지’(Farm to Fork Strategy)의 정책 목표 달성에 대한 기여를 목적으로 한다. 법률안은 2023년 2/4분기에 공개 예정이다.

74) 정유희, and 김용삼, 앞의 보고서, 27면.

75) 한국바이오안전성정보센터, 위의 보고서, 10면.

76) 격월로 발행되는 미국 간행물 '포린 폴리시'(Foreign Policy)의 Emma Kovak 기자가 2022년 9월 17일 작성한 「Who's Afraid of Gene-Edited Crops?」 기사 참조.

SDN-2, SDN-3 등 유전자편집 전체 유형이 LMO 규제대상이 아니다.[77]

브라질은 지난 2018년 1월 15일 규범적 결정 NO 16/2018(The Normative Resolution No°16)을 제정, 발표했다.[78] 이 법안은 신육종기술 또는 정밀육종 혁신기술에 대한 LMO 법령의 적용 범위에 대해 제시했다.[79][80] 해당 지침에 근거해 크리스퍼/카스9 기술을 도입한 고아밀로펙틴 옥수수(waxy corn)를 검토한 결과, 이는 SDN-1 작물로 LMO에 해당하지 않는다고 판단했다. 이에 고아밀로펙틴 옥수수는 기존 LMO 안전관리 법령(Law 11.105/2005)의 규제대상에서 제외했다.[81] 아르헨티나 정부는 지난 2015년 유전자교정 제품 일부를 LMO에서 제외하는 내용을 담은 신육종기술에 대한 규정(resolution on new plant breeding techniques)을 제정했다.[82] 아르헨티나

77) 일본 후생성에서 2018년 12월 17일 발간한 'To Genome Editing Techonologies Users'에 따르면 유전자교정 산물은 '세포 외부(in vitro)에서 가공된 핵산'이 식물체로 도입되지 않았거나 최종적으로 얻어진 생물체 내에 핵산이나 그로부터 복제된 산물이 남아 있지 않은 것으로 확인되는 경우, 그 산물은 LMO로 간주하지 않는다. 이와 더불어, 유전자가 삽입된 경우라도, 만약 삽입된 '세포 외부(in vitro)에서 가공된' 핵산이 생식 호환성이 있는 근연종에서 유래(셀프 클로닝을 의미)된 경우, 또는 자연계에서 발생(natural occurrence)할 수 있는 경우라면 일본의 카르타헤나법 시행규칙에 따라 LMO에서 제외된다.

78) 바이오안전성정보센터 (Biosafety Clearing-House) 홈페이지에서 'Brazil|Biosafety Law, Regulation, Guidelines and Agreements' 내용 참조. 참고로 바이오안전성정보센터는 유전자변형생물체의 안전한 이동, 취급, 이용과 관련한 국제협약인 바이오안전성에 대한 카르타헤나의정서(바이오안전성의정서) 제20조에 따라 설치된 국제정보기관이다.

79) Suprayitno, Suprayitno, Riamona Sadelman Tulis, and Ira Zuraida. "The Strategy to Increase the Regional Revenue (PAD) of the Government of Central Kalimantan through the Governor Regulation No. 16/2018." Policy & Governance Review 2.3 (2019): 245-248면.

80) 이 조건들은 1) 부모 개체가 GMO에 해당되지만 재조합 DNA/RNA를 포함하지 않는 제품, 2) 살아있는 세포 내에서 증식하지 않는 DNA/RNA를 이용한 기술을 통해 개발된 제품, 3) 유전 형질의 획득 또는 상실을 야기하는 특정 부위 돌연변이 유도 기술로 개발된 제품이지만 해당 제품 내에 재조합 DNA/RNA를 포함하지 않는 제품, 4) 재조합 DNA/RNA 분자의 일시적 또는 영구적 발현을 나타내는 기술로 개발된 제품이지만 해당 제품 내에 이러한 분자가 없거나 유전적으로 침투하지 않은 제품, 5) 접촉이나 흡수를 통해 식물의 유전체를 영구적으로 변형하지 않는 DNA/RNA 분자를 적용하는 기술을 사용한 제품으로 규정하고 있다.

81) 이신우. 앞의 논문, 140면.

82) 아르헨티나는 2015년에, Normative Resolution No. 173/2015 (Whelan and Lema 2015)를 제정하여 식물신육종기술의 안전성 평가 신청서, 위해성 평가절차, 규제대상 여부의 결정

는 해당 규정에 따라 2018년 6월까지 신청된 12건의 작물을 GEO로 인정하며, LMO 규제대상에서 제외했다.[83] 브라질과 아르헨티나는 SDN-1, SDN-2 등 어떠한 재조합 DNA를 포함하지 않거나, 잔존하는 외래 DNA 단편(transgene)이 없으면 LMO 규제대상에서 제외하기로 결정했다.[84][85][86]

호주는 LMO 관련 규제는 유전자 기술법(GT Act, Gene Technology Act 2000) 법령을 통해 규정하고 있다.[87] 호주의 LMO 관련 규제는 LMO의 최종 사용 용도에 따라 호주 내 관련 규제기관의 평가와 승인을 받도록 규정돼 있다. 다만 예외적으로 '외부 유전자 도입을 수반하지 않는 돌연변이'는 LMO에서 제외해 규제적용을 배제하고 있다. 호주의 유전자 기술법은 2020년 10월 8일 개정을 통해 외부 유전자 도입을 수반하지 않는 돌연변이 대신 'SDN-1'으로 구체화했다. 이 법안에 따라 호주에선 SDN-1 작물은 LMO에 포함되지 않는다. 반면, 호주는 아르헨티나, 브라질과 달리 SDN-2는 LMO로 분류했다.[88]

캐나다는 최종 산물에 기존에 존재하지 않았거나, 선행 경험이 없는 새로운 특성(novelty)이 도입된 것이 아니라면 LMO 규제대상으로 보지 않는다.[89] 따라서 유전자교정기술이나 어떤 새로운 기술이 적용된 것이라도 최

등에 관한 구체적인 사항들을 포함하도록 했다. 그리고 평가절차를 도식화하여 개발자들도 쉽게 GMO의 여부를 결정할 수 있도록 했다. 이를 단계별로 보면 ① 유전물질의 새로운 조합이 존재 하는가?(Is there a new combination of genetic material?), ② 외래유전자(transgene)의 도입을 일시적으로(temporarily) 사용하는가?, ③ transgene이 최종산물에 잔존 하는가?, 등의 순차적인 질문에 대하여 YES 또는 NO에 따라 GMO 규제대상 여부를 결정하게 된다.

83) Eckerstorfer, Michael F., et al. "Plants developed by new genetic modification techniques－comparison of existing regulatory frameworks in the EU and non-EU countries." Frontiers in Bioengineering and Biotechnology 7 (2019): 9면.

84) OECD가 2019년 4월 발간한 보고서 「Chemical Safety and Biosafety Progress Reports」 21면 참조.

85) Eckerstorfer, Michael F. 앞의 논문. 9면.

86) Whelan, Agustina I., and Martin A. Lema. "Regulatory framework for gene editing and other new breeding techniques (NBTs) in Argentina." GM crops & food 6.4 (2015): 254-255면.

87) Whelan, Agustina I., and Martin A, 위의 논문, 256면.

88) Eckerstorfer, Michael F., et al. 앞의 논문, 10면.

89) 이신우. 앞의 논문, 140면.

종 산물의 특성에 따라 평가를 수행한다.[90] 캐나다 정부는 유전자편집 기술로 만들어진 제품 중에서 신규성이 있어 새로운 위험을 야기할 가능성이 있다는 산물에 대해서만 '시장 출시 전 평가'(pre-market assessment)를 거치도록 규제하고 있다. 캐나다 정부는 GEO 중 새로운 형질을 나타내지 않는 제품에 대해서는 시장 출시 전 평가를 요구하지 않고 있다.[91] 이 외에도 칠레, 콜롬비아, 이스라엘(USDA FAS 2017) 등 국가들은 최종 산물에서 외래 유전자가 삽입 여부에 따라 LMO로서의 규제 여부를 판단하고 있다. 이들 국가는 GEO가 외래유전자를 포함하지 않는 경우에는 LMO 규제 범주에서 제외하고 있다.[92]

4. 소결

미국, 캐나다, 호주의 경우 LMO를 정의하고 국가 간 이동을 다룬 국제협약인 '카르타헤나 의정서'[93] 비가입국이다.[94] 이들 국가는 카르타헤나 의정서 이행과 LMO법 적용에서 제약을 받지 않는다. 캐나다 정부는 유전자편집 기술 관련 규제 여부를 결정할 때 해당 제품을 '개발한 수단'(means of development)이 아닌 '제품의 신규성'(novelty of the product)을 판단 기준

90) Smyth, Stuart J. "Canadian regulatory perspectives on genome engineered crops." GM crops & food 8.1 (2017): 41면.

91) Whelan, Agustina I., and Martin A, 앞의 논문, 256면.

92) 박수철, et al. 앞의 논문, 181면.

93) 카르타헤나 의정서는 '생명공학에 의해 생산된 유전자변형생물체(LMO)의 국가간 이동 시 인간건강을 고려하면서, 생물다양성에 해로운 영향을 미칠 수 있는 LMO의 안전한 수송, 취급 및 이용 등에 관한 사항'을 다루는 국제적 협약이다. 첫 개최지명을 따라 이 의정서를 카르타헤나 의정서라고 부르게 됐다. 본 의정서는 50개국이 비준한 후 90일이 지나면 발효되기로 합의됐다. 2003년 6월 13일 팔라우(Palau)가 50번째로 비준하면서 2003년 9월 11일 자로 그 효력이 발효됐다. 카르타헤나 의정서 비준 국가는 2023년 2월 8일 기준 173개국에 달한다. 생물다양성협약(Convention on Biological Diversity)에 근거해 '생물안전성에 관한 의정서'를 만들기 위한 논의가 진행돼 1992년 카르타헤나에서 체결국 특별의회가 개최됐다. 이 의정서는 2000년 1월 29일 캐나다 몬트리올에서 채택됐다. 국립수산과학원 홈페이지에서 'LMO규제' 참조.

94) The Cartagena Protocol on Biosafety 홈페이지에서 Parties to the Cartagena Protocol 참고.;서성태, 앞의 보고서, 104-105면.

으로 하고 있다. 캐나다 정부는 유전자가 편집된 작물로 만들어진 제품 중에서 새로운 형질을 나타내지 않는 제품은 시장 출시 전 평가를 요구하지 않는다.[95] 호주는 외부 유전자 도입을 수반하지 않는 돌연변이는 LMO가 아닌 유기체로 규정하고 규제적용을 배제하고 있다.

일본, 브라질, 아르헨티나는 카르타헤나 의정서 당사국이지만 각각 법령 해석과 법령 개정을 통해 일부 유전자편집 기술을 유전자변형생물체 규제대상에서 제외했다.[96] 다만, 유럽연합은 법령 유권해석을 통해 유전자편집 기술을 일괄적인 규제대상에 편입시켰다.[97] 하지만, 최근 유럽연합도 GEO에 대해 법 개정 절차를 진행 중이다. 결론적으로 유럽연합을 제외하고는 대부분 국가는 SDN-1 기술이 적용된 GEO를 LMO로 보지 않으며 따라서 LMO 법규 적용대상이 아니다.

결론적으로 종자 산업을 미래산업으로 적극적으로 육성하려는 미국, 캐나다와 같은 국가들은 카르타헤나 의정서 비가입으로 관련 법규 비준 의무를 회피했다. 일본, 브라질, 아르헨티나는 카르타헤나 의정서 가입국이지만 법령의 새론운 해석이나 신규 법안 제정으로 GEO를 일반작물과 동등하게 취급하고 있다. GEO를 LMO로 취급하던 유럽연합마저도 법안개정 움직임을 보이며 전향적인 태도를 보인다. 카르타헤나 가입국인 우리나라는 일본, 브라질 등의 사례를 참고해 GEO 규제 완화를 검토할 필요가 있겠다.

Ⅳ. GEO에 대한 국내 법적 쟁점과 개선방안

미국, 캐나다, 호주, 일본, 브라질, 아르헨티나 등의 국가들과 달리, 우리나라에서 GEO가 법률 개정에도 LMO 범주에 계속 속하는 이유는 안전성 우려 때문이다.[98] 당장 GEO에 사용된 유전자가위 기술이 의약품이 아닌 농

95) Whelan, Agustina I., and Martin A, 앞의 논문, 256면.; 서성태, 위의 보고서 61면.
96) Whelan, Agustina I., and Martin A, 위의 논문, 257면,; 서성태, 위의 보고서 105면.
97) Whelan, Agustina I., and Martin A, 위의 논문, 256-257면.
98) 서성태, 앞의 보고서, 24-26면.

업에서 먼저 상품화가 이뤄지면서 충분한 안전성 검증이 이뤄지지 않았다고 보는 시각이 존재한다.[99] 의약품에서 상품화가 먼저 이뤄졌다면 임상 과정에서 유전자가위 기술에 대한 최소한의 안전성 검증이 이뤄졌을 것이기 때문이다. 초기 GMO는 농작물 개발에 앞서 항생제 내성 유전자를 제거하는 방식으로 의약품 개발이 선행됐다.[100] GMO와 달리 유전자가위 기술은 임상시험과 같은 인체 유해성에 관한 안전성 절차를 생략했다는 것이다.

유전자변형생물체법 개정안을 입법 예고한 산업통상자원부는 내부 보고서를 통해 GEO가 현재 기술 수준으로는 예상치 못한 부정적 영향이 있을 수 있다는 점을 우려했다.[101] GEO 법규제 완화를 반대하는 시민단체는 국내법으로 GEO가 자연상태에선 불가능한 것을 인위적으로 만들어냈다는 점에서 엄격한 규제를 원하고 있다. 정리하자면 정부와 시민단체는 인위적인 산물인 GEO가 장기적으로 환경과 생태계에 어떤 영향을 줄지 알 수 없다는 점을 이유로 GEO 법규제 완화를 반대하고 있다.[102]

이런 이유로 국내에서 GEO에 대해 엄격한 규제를 하고 있다. GEO에 대한 찬반논란이 뜨거운 상황에서 과학자들은 GEO가 LMO와 달리 외래유전자를 삽입하지 않기 때문에 자연상태 돌연변이와 다를 바 없다는 주장으로 맞서고 있다. 화학물질을 투여하고 방사선을 쬐는 돌연변이 육종법은 전통육종법으로 간주해 그 어떤 규제도 받지 않는 데 반해, 현행 GEO 규제는 형평성에 맞지 않는다는 인식이다.[103][104] 돌연변이 육종법[105]은 어떤 유전자가 잘려나갈지 알 수 없다.[106] 반면 GEO는 유전자가위를 이용해 원하는

99) Park, Sung-Han, et al. "National program for developing biotech crops in Korea." Plant Breeding and Biotechnology 6.3 (2018): 172면.

100) 김은진, 앞의 논문, 10면.

101) 서성태, 앞의 보고서, 109-110면.

102) 2021년 6월 29일 산업통상자원부가 주최하고 바이오안전성정보센터가 주관한 공청회장에서 시민사회단체는 기자회견과 발언을 통해 이 같은 견해를 밝혔다.

103) 이신우, 앞의 논문, 140면.

104) 유미영, 양지영, and 차재호. "유전자변형식품의 안전성 및 동향." 식품과학과 산업 35.1 (2002): 34면.

105) 화학약품 처리를 하거나, 방사선을 이용해 돌연변이를 일으키면 일부 유전자가 제거되거나 변형된다.

106) Pacher, Michael, and Holger Puchta. “From classical mutagenesis to nuclease

위치의 DNA를 정확하게 절단할 수 있다. 학계와 산업계에선 GEO가 높은 정확도로, 방사선·화학 돌연변이보다 안전한데도 불구 지나치게 엄격한 규제를 받고 있다며 반발하고 있다.[107] 학계와 산업계는 한발 더 나아가 우리나라 종자 산업 경쟁력 확보와 식량안보 확보를 위해선 GEO 규제 완화를 주장하고 있다.[108] 이렇게 두 개 시각이 맞서고 있다는 점을 양지하고 GEO에 대한 국내 법규제 쟁점과 개선방안을 살펴볼 필요가 있다.

1. 국내 LMO법 정의 및 규제 논란

국내 「유전자변형생물체의 국가 간 이동 등에 관한 법률」(유전자변형생물체법 또는 LMO법)에선 유전자변형생물체는 '현대생명공학기술을 이용하여 새롭게 조합된 유전물질을 포함하고 있는 생물체를 말한다'(제2조의 2호)고 정의하고 있다. 국립종자원 역시 LMO에 대해 현대 생명공학기술을 이용해 물체의 유전자 중 유용한 유전자를 분리해 인위적으로 생물 종에 도입함으로써 개발자가 목적한 특성을 갖도록 DNA 일부를 변형시킨 새로운 생명체를 말한다고 정의하고 있다.[109]

즉, 국내에선 전통육종법이 아닌 '현대생명공학기술' 이용해 '인위적'인 결과물을 만들어냈다면 LMO로 간주한다.[110] 국내법상 유전자가위(CRISPR/

---

based breeding – directing natural DNA repair for a natural end product." The Plant Journal 90.4 (2017):820-821면.

107) 서성태, 앞의 보고서, 6면. 23면.

108) Biosafety 2021. vol. 22 No.2에서 이해당사자, 산업계, 학계, 글로벌 산업계 등 다양한 계층에서 유전자변형생물체법 개정안에 대한 의견을 개진했다.

109) 국립종자원 '유전자변형 생물체(LMO) 소개' 참조.

110) 이진수 위의 보고서 62면에 따르면 의정서의 정의규정과 형식적으로 가까운 것은 우리의 입법태도라 할 수 있으나, 의정서 취지에 반하지 않는 한 입법형식은 어떠한 방식이 타당하다고 말할 수는 없다. 의정서는 '최소한의 규정'으로 각국이 그 이상의 규제를 하는 것에 대해 그 효력을 제한할 수 없다. 결론적으로 유전자가위 산물이 LMO에 해당하는지 여부는 각국의 정의 규정에 따를 수밖에 없는데, 같은 가입국이라고 해도 국내입법의 차이에 따라 그 범위는 달라질 수 있다. 물론, 법 해석적 관점에서 보면 의정서의 정의는 '인위적 핵산기술'의 대표적 예로서 '유전자 재조합'과 '핵산 직접 주입'을 규정하고 있는 것이므로, 외래유전자의 도입 없이 단순히 유전자가위 기술만을 적용한 경우에도 LMO법상 유전자변형생물체로 보는 것이 합리적이다.

CAS9), RNA 발현간섭(RNAi), 신식물육종교배 기술(New plant Breeding Techniques, NBT) 등의 기술은 모두 LMO로 분류된다.[111] 국내에선 신육종기술 전체가 LMO법 적용을 받게 되는 셈이다. 하지만 해외 GEO 정책을 확립한 국가들의 동향을 살펴보면 최종 산물에 외래유전자가 남아 있지 않으면 LMO로 보지 않고 있다.[112]

카르타헤나 의정서에서 LMO를 너무 광범위하게 정의하고 있다는 점도 국내 LMO법 운신의 폭을 좁히고 있다. 카르타헤나 의정서 비준국인 우리나라가 비가입국인 미국, 캐나다, 호주 등에 비해 GEO를 엄격한 규제를 적용하고 있는 이유다. 카르타헤나 의정서에 따르면, LMO는 현대생명공학 기술을 이용해 얻어진 새롭게 조합된 유전물질을 포함하고 있는 모든 생물체라고 정의하고 있다.[113] 아울러 다음과 같은 3가지 요건을 갖추면 LMO로 본다. 첫 번째는 전통적인 교배 및 선발에서 사용되는 기술이 아니며, 자연상태의 생리적 증식이나 재조합의 장벽을 넘어서는 기술로서 여기에는 유전자재조합기술과 세포융합기술이 포함된다.[114] 두 번째는 유전의 기능적 단위를 포함하는 식물·동물·미생물 또는 그 밖의 기원물질이어야 한다.[115] 세 번째는 유전물질을 전달하거나 복제할 수 있는 모든 생물학적 존재다.[116]

---

111) 임재환, "유전자가위(CRISPR) 등 새로운 유전자변형생물체 개발기술에 대한 인체위해성 평가기준 개발 연구", 국립안동대학교 산합협력단, 질병관리본부(2016. 12), 6-7면.

112) 박수철, et al. 앞의 논문, 181면.

113) 카르타헤나 의정서 제3(g)조 "Living modified organism" means any living organism that possesses a novel combination of genetic material obtained through the use of modern biotechnology.

114) 카르타헤나 의정서 제3(i)조."Modern biotechnology" means the application of: a. In vitro nucleic acid techniques, including recombinant deoxyribonucleic acid (DNA) and direct injection of nucleic acid into cells or organelles, or Fusion of cells beyond the taxonomic family, that overcome natural physiological reproductive or recombination barriers and that are not techniques used in traditional breeding and selection.

115) 협약 제2조 Genetic material' means any material of plant, animal, microbial or other origin containing functional units of heredity.

116) 카르타헤나의정서 제3(h)조 "Living organism" means any biological entity capable of transferring or replicating genetic material, including sterile organisms, viruses and viroids.

우리나라도 카르타헤나 의정서 이행법률로서 LMO법을 제정했다. 카르타헤나 의정서 이행이라는 측면에서 보면 LMO법 적용대상을 의정서보다 좁히기 어렵다.[117] GEO는 현대생명공학기술을 이용하는 것은 물론, 자연상태의 재조합이 아니다. GEO의 LMO법 적용은 원칙적으로 카르타헤나 의정서에 기반했다. 다시 말해, GEO가 현행 LMO법 적용 대상인 것은 부인할 수 없다.[118] 하지만 앞서 살펴본 것처럼 일본, 브라질은 카르타헤나 의정서 가입국이지만 법령 해석 또는 법령 개정을 통해 GEO를 LMO법 규제대상에서 제외하고 있다. 우리나라도 일본, 브라질의 사례를 참고할 필요가 있다. 아울러 카르타헤나 의정서 가입국이라도 국내 종자 산업발전을 위해 LMO법 해석이나 별도 법안 신설 등으로 GEO 관련 법안을 재정비할 필요가 있다.

2. 프로세스 기반 LMO법 적용 문제

국제적으로 LMO를 판단하는 기준은 최종 산물을 중심으로 살펴보는 '프로덕트 기반'(Product based) LMO법이 있고, 생산과정에서 이용된 기술을 중심으로 살피는 '프로세스 기반'(Process based) LMO법이 있다.[119] 프로덕트 기반으로 LMO를 판단하는 국가들은 최종 산물에 외래유전자 잔존 여부를 살핀다. 최종 산물에 외래유전자가 없으면 LMO가 아니라고 판단하고 있다. 이 과정에서 사용된 기술은 LMO를 판단하는 데 영향을 주지 않는다. 프로세스 기반으로 LMO를 판단하는 국가에선 최종 산물에 외래 DNA 잔존 여부는 중요치 않다. 해당 산물을 만드는 데 현대생명공학 기술 여부가 LMO 판단 기준이다. 프로세스 기반 LMO법에선 현대생명공학기술을 이용해 최종 산물을 만들어냈다면 LMO로 간주된다.

현재 GEO에 대한 규제 방식에 대해 국제적으로 합의가 이뤄지지 않아 국가별로 상이한 규제 체계를 가지고 있다. GEO를 프로세스를 기준으로 LMO법을 적용해 규제하는 국가들로는 유럽연합(EU), 호주, 뉴질랜드, 인도

117) 서성태, 앞의 보고서, 105면
118) 이진수, 앞의 보고서, 64면.
119) 이진수, 위의 보고서, 57-58면.

등이 있다.[120] 이들 국가는 유전자변형생물체에 대해 개발과정에서 이용된 프로세스별로 규제 여부가 결정된다. 반면, 미국, 캐나다 등은 프로덕트 기반, 즉 제품의 특성에 따라 규제한다. 미국·캐나다는 유전공학 또는 유전자변형생물체 또는 유전편집 생물체로 생산된 제품의 특성을 검토해 규제하고 있다. 이 국가들은 해당 생물체를 개발하는데 이용된 기술과는 무관하게 해당 생물체에서 문제가 되는 형질을 검토해 신규성이 있는지를 살펴 GEO와 LMO를 분류하고 있다.[121][122]

〈표 4〉 국가별 규제형태 및 카르타헤나 의정서 가입 여부(면적: 백만 핵타르)

국가[123]	GMO 재배면적	규제형태	카르타헤나의정서 가입여부
미국	70.9	산물	X
브라질	44.2	산물	O
아르헨티나	24.5	산물	X
인도	11.6	과정	O
캐나다	11	산물	X
중국	3.7	과정	O
파라과이	3.6	-	O
파키스탄	2.9	과정	O
남아프리카 공화국	2.3	과정	O
우루과이	1.4	산물	O
볼리비아	1.1	과정	O
호주	0.7	과정	X
필리핀	0.7	산물	O
부르키나 파소	0.4	과정	O
미얀마	0.3	-	O

120) 서성태, 앞의 보고서, 95면.

121) Hoffman, Neil E. 앞의 논문. 3면.;이진수, 위의 보고서, 28면.;Whelan, Agustina I., and Martin A, 앞의 논문, 255-256면.

122) 이상팔, “규제과학 인사이트: 미국과 유럽연합(EU)의 증거 기반 생명공학기술 규제 과학 체계 비교 분석”. Biosafety Vol.22(2), 바이오안전성정보센터(2021). 47-49면.

멕시코	0.1	산물	O
콜롬비아	0.1	산물	O
스페인	0.1	과정	O
수단	0.1	산물	O
온드라스	<0.1	산물	O
칠레	<0.1	-	X
포르투칼	<0.1	과정	O
베트남	<0.1	-	O
체코	<0.1	과정	O
슬로바키아	<0.1	과정	O
코스타리카	<0.1	산물	O
방글라데시	<0.1	산물	O
루마니아	<0.1	과정	O
EU	없음	과정	O
영국	없음	과정	O
일본	없음	산물	O
북한	없음	산물	O
뉴질랜드	없음	과정	O
러시아	없음	산물	X

프로세스 기준으로 유전자변형생물체를 규제하는 국가는 기술진보에 따른 법 적용 문제에 직면하게 된다. LMO법 제정 이후 개발된 생명공학기술에 대해선 규제대상인지 아닌지 여부가 모호하다는 것이다.[124] 쉽게 설명해, 기존 LMO법은 종-속-과-목-강-문-계 분류에서 기존 LMO법 적용 범위가 자연교잡이 가능한 종, 속, 과 단위에서의 유전자 삽입을 배제하고 있다.[125] 생명공학기술을 이용한 자연교잡이 불가능한 '목' 이상의 외래유전자 삽입을 가정하고 규정이 만들어졌다.[126] 하지만 SDN-1, SND-2는 외래유

123) 이진수, 위의 보고서, 29면.
124) 서성태, 위의 보고서, 96면.
125) 김은진, 앞의 논문, 10-11면.
126) 유전제변형생물체법에서 LMO에 대한 정의로 분류학에 의한 과(科)의 범위를 넘는

전자를 삽입하지 않았지만, 생명공학기술을 이용함으로써 판단이 모호해진 경우다. SDN-3의 경우도 같은 종에서 유전자를 가져올 경우 기존 LMO법 적용에 혼선이 생기게 된다.

우리나라에선 유전자변형생물체법 개정안에선 GEO를 외래유전자가 없더라도, 유전자가위라는 신생명공학기술을 이용했기 때문에 LMO로 규정하고 있다. GEO가 유전자변형생물체법상 LMO라는 정의가 프로세스 기반에 근거했기 때문이다. LMO법의 근간인 카르타헤나 의정서에서 LMO를 정의할 당시 크리스퍼/카스9 기술은 존재하지도 않았다. 카르타헤나 의정서 채택일은 2000년 1월 29일이고, 국내 LMO법 시행일은 2008년 1월 1일이다. 크리스퍼/카스9 기술이 처음 소개된 건 2012년 6월 사이언스(Science)지다.[127] 즉, 크리스퍼/카스9 유전자가위 기술 탄생 이전에 제정된 LMO법이 GEO를 LMO로 규정하고 있는 셈이다.

최종 산물이 아닌 과정을 규제하는 것은 하루가 다르게 변해가는 현대 기술시대에 걸맞지 않다. 산업통상자원부도 프로세스 기반의 규제 방식이 기술 혁신의 걸림돌이 된다고 지적했다. 산업통상자원부는 매번 새로운 기술이 등장할 때마다 사회적, 정치적 합의에 상당한 시간과 노력이 반복적으로 수반된다는 점을 이유로 들었다. 신속성과 예측 가능성이 중요한 기술 혁신에서 이 같은 규제는 치명적인 단점이 된다고 봤기 때문이다.[128]

더 큰 문제는 프로세스 기준의 국내 LMO법이 대상에 따라 오락가락하고 있단 사실이다. 우리나라는 유전자교정 식물끼리 교배한 후대교배종[129]도 유전자변형생물체법에 따라 규제하고 있다. 후대교배종이 LMO법 적용을 받기 위해선 LMO 정의가 프로세스 기반이 아닌 '프로덕트 기반이 돼야

세포융합기술이라고 명시했다.

127) 당시 사이언스지엔 크리스퍼/카스9 기술을 이용한 트랜스싸이레딘(TTR) 단백질 돌연변이 유전자를 비활성화시키는 시험 결과가 실렸다. 이후 같은 해 12월과 이듬해 UC버클리, 브로드연구소(MIT/하버드대)툴젠 등이 차례로 미국 특허를 출원했다.

128) 서성태, 앞의 보고서 96면.

129) 「유전자변형식품등의 안전성 심사 등에 관한 규정」 제2조(정의) 11에 '후대교배종은 안전성심사를 거쳐 승인받은 유전자변형농축수산물끼리 교배하여 얻은 것을 말한다'고 규정하고 있다.

한다. 또, 유전자변형생물체법에 의해 규제면제를 받는 셀프클로닝[130] 미생물은 현대생명공학(유전자 재조합) 기술을 이용해 개발됐지만 LMO법 규제 적용을 면제받고 있다.[131] 셀프클로닝 미생물이LMO법 적용을 받지 않으려면 법률이 프로세스 기반이 아닌 프로덕트 기반으로 LMO를 정의할 때만 가능하다. 이러한 사실로 산업계에선 동일 법률에 이중잣대 존재로 법적 일관성이 없다는 비판을 제기하고 있다.[132] 전향적인 GEO 정책 수립 국가들의 공통점은 LMO를 '최종 산물' 기준으로 판단하고 있다. 최종 산물을 만드는 데 이용된 기술은 규제대상이 아니다. 미국, 캐나다, 일본, 이스라엘, 브라질 등은 최종 산물, 즉 제품 특성에 따른 규제 방식을 취하고 있다. 최종 산물을 기준으로 하는 LMO법 적용이 기술 혁신을 끌어내는 데 유리하다고 판단하고 있기 때문이다. 현대 사회는 하루가 다르게 기술진보가 이뤄지고 있다. 우리나라가 신육종기술에 빠르게 대응하고, 법적 일관성을 갖추기 위해선 하루빨리 프로덕트 기반의 LMO법 체계로 전환이 필요하다.

3. GEO 사전검토제 문제

> 제7조의3(신규 유전자변형생물체에 대한 사전검토) ① 신규 유전자변형생물체를 수입·생산·이용하려는 자 또는 개발한 자는 해당 유전자변형생물체의 위해성심사 대상 여부 등에 대하여 국가책임기관의 장에게 대통령령으로 정하는 서류를 첨부하여 사전검토를 신청할 수 있다. 다만, 사전검토 대상 신규 유전자변형생물체 중 병원(病原)미생물은 제외한다.

130) 유전자변형변형식품등의 안전성 심사 등에 관한 규정에 따르면, "셀프-클로닝 미생물"은 건강한 성인(동물 또는 식물을 포함한다)에게 질병을 일으키지 아니하는 것으로 알려진 미생물인 생물학적제 1위험군에 해당하는 미생물 중 동종 또는 자연적으로 발생하는 생리적 과정에 의해 유전물질의 교환이 가능한 계통적으로 밀접한 종을 유전자 재조합으로 만든 유전자변형 미생물로 정의하고 있다.

131) 식품의약품안전처가 2016년 6월 10알 공고한 '유전자변형식품등의 안전성 심사 등에 관한 규정 일부개정고시(안) 행정예고(제2016호-234호)에 따르면, 제2조 제12호에서 셀프-클로닝 미생물 정의를 신설하고 제3조 제1호에서 셀프-클로닝 미생물의 경우 유전자변형미생물 안전성 심사 대상에서 제외하도록 규정을 신설했다.

132) 김태산, 앞의 보고서 17면.

사전검토제는 정부 부처에서 GEO 개발 관련 자료를 검토해 위해성 심사를 면제해주고 엄격한 안전관리에서 제외하겠다는 제도다.[133] GEO가 자연적인 돌연변이와 구별이 어렵고 안전관리 실익이 없다는 판단 때문이다.[134] 사전검토제와 관련한 쟁점은 크게 2가지다. 첫째로 GEO는 농산물(또는 식품)로, 법률에서 정한 산업통상자원부의 업무관장 범위를 벗어난다. 두 번째는 GEO 사전검토제 도입 근거가 원치 않는 DNA를 전달할 위험, 즉 오프타깃(Off-target) 우려인데 GEO와 무관하다. 이에 (1) 정부 부처 간 업무관장 문제, (2)사전검토제 도입 근거 '오프타깃' 논란 2가지 쟁점으로 나눠 사전검토제 법적 쟁점과 개선안을 살펴보겠다.

(1) 정부 부처 간 업무관장 문제

현재 LMO는 유전자변형생물체법 제7조2에 의거해 위해성 심사를 받고 있다. 정부는 GEO가 전통육종과 다를 바 없다는 점을 인정해 사전검토제를 통해 고비용이 드는 위해성 심사 절차를 면제하기로 결정했다.[135] 유전자변형생물체법 개정안이 통과되면 산업통상자원부 소관으로 GEO 작물에 대한 사전검토를 실시하게 된다. 산업통상자원부는 2020년 11월 '유전자변형생물체 위해성 심사 사전검토제 도입 방안'을 발표하며 유전자변형생물체법 32조에 따라 '유전자가위 작용 산물에 대해 위해성 심사 여부를 검토받고자 하는 개발사들은 국가책임기관(산업통상자원부)로부터 업무 위탁을 받은 한국바이오안전성정보센터(KBCH)에게 사전검토 예비 접수를 신청해

133) 유전자변형생물체법 개정안은 사전검토제 도입을 통해 GEO의 위해성 심사, 수입·생산·이용 승인을 면제해준다.

134) 이진수, 앞의 보고서, 168면

135) 국내에서 유전자교정 작물(GEO)은 LMO로 정의됨에 따라 LMO법 적용을 받는다. LMO법은 총 5단계 안전관례 체계를 확립하고 있다. 우선 LMO법 제22조에 따라 LMO를 개발하거나 이를 이용하여 실험/생산하는 시설을 설치/운영하려는 자는 연구시설을 안전관리 등급별로 관계 중앙행정기관장의 허가를 받거나 관계 중앙행정기관의 장에게 신고해야 한다. 동법 제12조 1항에 근거해 LMO 생산하는 경우에도 중앙행정기관장의 승인을 받아야 한다. 또, LMO법 제8조 제1항에 따라 GEO를 수입하려는 자는 관계 중앙행정기관장의 승인을 받아야 한다. LMO법 제26조2에 따라 중앙행정기관이 GEO 연구시설, 생산시설, 사업장, 보관장소 등을 조사할 수 있는 권한도 부여하고 있다. 다만 GEO가 LMO와 다른 특성으로 현재 시행 중인 위해성 심사 면제하는 내용을 담은 개정안이 입법 예고된 상태다.

야 한다'고 알렸다.[136]

문제는 국내 유전자변형생물체법 개정안이 법률상 권한을 넘어서는 사전검토제를 시행하고 있다는 것이다. 현행법상 식품은 식품의약품안전처, 농작물은 농림축산식품부를 소관부서로 하고 있다. 하지만 이번 개정안은 GEO에 대한 사전검토를 산업통상자원부가 주관하고 있다는 문제를 내포하고 있다. 유전자변형생물체의 국가간 이동 등에 관한 법률 시행령(유전자변형생물체법 시행령) 제2조(관계 중앙행정기관의 업무) 제3호에서 산업통상자원부의 관장 범위는 섬유·기계·화학·전지·에너지·자원 등 산업 분야에 사용되는 유전자변형생물체로 국한하고 있다. 동법 제2조 제7호에서 식품 또는 의료기기 분야에 사용되는 유전자변형생물체는 식품의약품안전처로 명시돼 있다. 동법 2조 제2호 농업관련, 사료 등의 유전자변형생물은 농림축산식품부 소관으로 하고 있다.

유전자변형생물체의 국가간 이동 등에 관한 법률 시행령(유전자변형생물체법 시행령)

제2조(관계중앙행정기관의 업무) ① 「유전자변형생물체의 국가간 이동 등에 관한 법률」(이하 "법"이라 한다) 제2조제5호에서 "대통령령으로 정하는 중앙행정기관"이란 다음 각 호의 구분에 따른 업무를 관장하는 중앙행정기관을 말한다.

2. 농업, 임업, 축산업 또는 동물용 의약품에 사용되는 유전자변형생물체: 농림축산식품부

3. 섬유・기계・화학・전자・에너지・자원 등의 산업분야에 사용되는 유전자변형생물체(제1호・제2호 및 제4호부터 제7호까지에 해당하는 유전자변형생물체는 제외한다): 산업통상자원부

7. 식품 또는 의료기기 분야에 사용되는 유전자변형생물체: 식품의약품안전처

136) 산업통상자원부와 KBCH가 2020년 11월 6일 발표한 '유전자변형생물체 위해성심사 사전검토제 도입 방안' 참조.; 이진수, 앞의 보고서, 169면.

결론적으로 GEO에 대한 사전검토제 소관 부처는 식품의약품안전처 또는 농림축산식품부가 돼야 한다. 현재 법과 시행령에 따르면 산업통상자원부는 법 권한 밖의 GEO에 대한 사전검사를 주관하게 된다.[137] 법과 시행령 충돌을 피하기 위해선 GEO에 사전검토 주무 부처를 식품의약품안전처 또는 농림축산식품부로 한정해야 한다.

(2) 사전검토제 도입 근거 '오프타깃' 논란

오프타깃(off-target)이란 원래 표적으로 한 DNA 대신에 다른 DNA를 표적해 잘라내는 것을 의미한다. 비표적 DNA를 잘라내 만들어진 두고 '오프타깃 돌연변이' 또는 '오프타깃 변이'로 부른다. 그런데 산업통상자원부는 GEO 사전검토제 도입 근거는 GEO 개발과정에서 의도하지 않은 DNA를 잘라낼 수 있다는 우려 때문이다.[138] 하지만 이 같은 우려는 인체용 의약품에 해당하지, 작물육종에는 해당하지 않는다.

크리스퍼/카스9 유전자가위를 이용하면 한번 정해지면 바꿀 수 없다고 여겨지는 유전질환을 치료할 수 있다.[139] 몸속에 크리스퍼/카스9 효소를 집어넣어 DNA를 잘라내는 방식이다. 문제는 타깃으로 하는 DNA를 정확하게 잘라내지 못하면 신체 기능 일부가 소실될 수 있다. 유전자교정에 이용되는 유전가가위(CRISPR/Cas9, TALEN, zinc-finger nuclease, meganuclease)는 특정 DNA를 정확하게 절단하도록 설계됐다. 하지만 유사한 염기서열 부위를 절단하는 오프타깃 현상이 발생한다[140]. 이런 이유로 유전자교정 의학분야에선 오프타깃 현상을 없애는 것이 과제다.

하지만 어디까지나 인체용 의약품에 해당하는 얘기다. 작물육종에선 오프타깃이 우려 사항이 아니다. 작물육종은 자연적 또는 인위적 처리를 통해

---

137) 김태산, 앞의 보고서, 17-18면.

138) 2021년 3월 공개된 바이오안전성정보센터(KBCH) '유전자가위 산물 국가안전관리를 위한 세부시행방안 연구보고서'의 '유전자가위 기술의 기술적 한계'를 통해 인체의료용 유전자교정의 우려 사항인 오프타깃(off-target)을 GEO 문제로 인식하고 있다.

139) 동아사이언스, "유전자가위 체내에 직접 주입해 희귀 유전질환 고친다", 2022년 9월 18일 기사 참조,

140) 한겨레, "유전자 가위, '표적 벗어난 변이' 예상보다 많이 발생", 2017년 5월 31일 기사 참조.

발생하는 유전자 변이 중 우수한 형질을 선택하는 과정이다. 유전자교정에서 발생하는 오프타깃 변이는 개발자 처지에선 우수형질 선택권을 늘려주는 것이다.[141]

유전자변형생물체법 제7조3 1항에(적용범위)에선 '인체용 의약품으로 사용되는 LMO에 대해선 이 법을 적용하지 아니한다'고 명시돼 있다. 유전자 편집 기술에서 오프타깃 우려는 인체용 의약품 문제인데, GEO 사전검토제 적용 범위에선 인체용 의약품을 제외했다.[142] 이에 생명공학작물산업 이익을 대변하는 국제단체 크롭인터내셔널 한국지사 크롭라이프코리아는 2021년 6월 입장문 표명을 통해 사전검토제 도입 근거가 부족하다고 비판했다.[143]

현재 사전검토제와 같은 규제를 전혀 받지 않는 방사선 돌연변이 육종이나 화학 돌연변이 육종의 경우 어떤 DNA가 잘려나갈지 모른다.[144] 규제 대상에서 제외된 방사선 육종은 무작위 돌연변이를 유발하는 방법인데 반해, SDN-1, SDN-2 등은 표적으로 정한 유전자 돌연변이를 정확하게 유발한다.[145] 즉, SDN-1, SDN-2가 방사선·화학 돌연변이 육종법보다 훨씬 예측 가능한 기술로 평가받고 있다. 전통육종법으로 간주되는 돌연변이 육종이 오프타깃 우려가 GEO보다 더 크다고 보는 이유다.[146] 그럼에도 돌연변이 육종 작물은 전 세계에서 사전검토제를 면제해주는 것은 물론, 품종 등록 시에도 LMO와 달리 안전성 검사를 받지 않는다.[147]

---

141) 크롭라이프코리아에 김동헌 미래식량자원포럼 상임부의장은 2020년 12월 "유전자교정 작물과 오프타깃(off-target)" 제목의 전문가칼럼을 통해 GEO에 대한 오프타깃 우려가 의약품의 오프타깃 우려와는 다르다고 설명했다.

142) 유전자변형생물체법 개정안 제7조의4(신규 유전자변형생물체에 대한 사전검토) 1항.

143) 크롭라이프코리아는 유전자변형생물체법 개정안 입법 예고 이후 2021년 6월 해당 내용을 포함한 입장문을 발표했다. 참고로 크롭라이프 인터내셔널은 생명공학작물산업을 대표하는 협력기구다. 이 기구에는 14개 국가의 작물보호협회와 6개의 글로벌 작물과학기업이 소속돼 있다.

144) 조인성, 앞의 논문, 49-50면.

145) 조인성, 위의 논문, 52면.

146) 정유진, et al. "신식물육종기술의 현황과 사회적 수용을 위한 노력." Journal of Plant Biotechnology 45.4 (2018): 300면.

147) 강시용, et al. "한국 돌연변이육종 연구의 역사와 주요 성과 및 전망." Korean Journal of Breeding Science 52 (2020). 50면.

APHIS는 작물 개발과정에서 발생하는 돌연변이 오프타깃 돌연변이 검토하지 않을 것이라고 발표했다. 이유는 크게 두 가지다. 첫째는 오프타깃 돌연변이율은 전통육종에서 발생하는 돌연변이율에 비해 낮다. 이는 식물 해충 위해 관련 우려가 높지 않다. 둘째는 위해한 오프타깃 돌연변이가 표적인 변이와 밀접하게 유전적으로 연결되지 않는 한 사라질 가능성이 높다. 대신 APHIS는 표적타깃 변이만 검토하겠다고 밝혔다.[148]

GEO에 대한 오프타깃 우려는 미국, 일본 등의 주무 부처와의 입장과도 정면으로 배치된다. 농작물 유전자교정에서 발생하는 오프타깃은 관행육종에서와 유형이 동일하고 빈도는 더 낮다.[149][150][151] 미국 농무부(USDA) 산하 동식물검역원(APHIS) 는 유전자편집 시 오프타깃 효과가 화학적, 방사선 돌연변이 유발보다 '덜 작위적'(non-random)일 가능성이 높다며 오프타깃 효과를 고려해 규제할 필요가 없다고 판단했다.[152] 미국 SECURE Rule에서도 GEO 오프타깃 변이는 제공 정보 대상이 아니다.[153] 우리나라 정부

148) APHIS 홈페이지에 게재된 'Guide for Requesting a Confirmation of Exemption from Regulation under 7 CFR part 340' 6면에 APHIS will not review off-target mutations that occur during development of an exempt plant because (1) the rate of off-target modification is low relative to the background mutation rate that occurs in conventional breeding without raising unique plant pest risk concerns, and (2) due to the nature of plant breeding, where populations are created and evaluated and individuals are selected and advanced for further breeding, deleterious off-target modifications are likely to be lost unless they are closely linked genetically to the targeted modification. Instead, APHIS' review will focus on the targeted modification.

149) 김태산, 앞의 보고서, 17면.

150) 작물 유전자교정 중 오프타깃 안전성은 2020년 11월 유럽식품안전청(EFSA), 2019년 2월 일본후생성 유전자교정 정책전문가 의견, 2020년 5월 미국농무부(USDA) 검토 결과에서도 동일 내용이 발표됐다.

151) Zhang, Xiao-Hui, et al. "Off-target effects in CRISPR/Cas9-mediated genome engineering." Molecular Therapy-Nucleic Acids 4 (2015): e264. 1면.

152) 농무부(USDA) 산하 동식물검역원(APHIS) 홈페이지에서 Biotechnology(BRS) "Am I Regilated" Process에서 참조.

153) 미국 SECURE Rule에선 GEO 오프타깃 변이는 제공 정보 대상이 아니다. 서성태,

도 GEO 사전검토제 도입에 대한 학계와 산업계 공감을 끌어내기 위해선 보다 합리적인 제도 도입 근거를 마련해야 한다.

3. GEO의 LMO 표시문제

유전자변형생물체법 제24조에 의해 유전자변형생물체 또는 신규 유전자변형생물체라는 표시를 해야 한다.[154] GEO가 LMO법 완화에도 불구 '유전자변형~' 표시를 해야 한다. 유전자변형식품등의 표시기준 제5조 제8항에 따르면 국내에서 GEO는 비유전자변형식품, 무유전자변형식품, Non-GMO, GMO-free 표시할 수 없다. GEO는 현행법상 신규 유전자변형농작물이기 때문에 유전자변형농산물로 표기된다.

제5조(표시방법) 유전자변형식품의 표시방법은 다음 각 호와 같다.[155]

③ 유전자변형농축수산물의 표시는 "유전자변형 ○○(농축수산물 품목명)"로 표시하고, 유전자변형농산물로 생산한 채소의 경우에는 "유전자변형 ○○(농산물 품목명)로 생산한 ○○○(채소명)"로 표시하여야 한다.

④ 유전자변형농축수산물이 포함된 경우에는 "유전자변형 ○○(농축수산물 품목명) 포함"으로 표시하고, 유전자변형농산물로 생산한 채소가 포함된 경우에는 "유전자변형 ○○(농산물 품목명)로 생산한 ○○○(채소명) 포함"으로 표시하여야 한다.

⑤ 유전자변형농축수산물이 포함되어 있을 가능성이 있는 경우에는 "유전자변형 ○○(농축수산물 품목명) 포함가능성 있음"으로 표시하고, 유전자변형농산물로 생산한 채소가 포함되어 있을 가능성이 있는 경우에는 "유전자변형 ○○(농산물 품목명)로 생산한 ○○○(채소명) 포함가능성 있음"으로 표시할 수 있다.

⑥ 유전자변형식품의 표시는 소비자가 잘 알아볼 수 있도록 당해 제품

앞의 보고서, 105면 참조.

154) 김동헌 미래식량자원포럼 상임부의장은 위의 칼럼에서 유전자변형생물체법 개정안에선 GEO에 대한 LMO 표시 면제에 대한 고려가 없었다고 지적했다.

의 주표시면에 “유전자변형식품”, “유전자변형식품첨가물”, “유전자변형건강기능식품” 또는 “유전자변형 ○○포함 식품”, “유전자변형 ○○포함 식품첨가물”, “유전자변형 ○○포함 건강기능식품”으로 표시하거나, 당해 제품에 사용된 원재료명 바로 옆에 괄호로 “유전자변형” 또는 “유전자변형된 ○○”로 표시하여야 한다.

산업계에선 이 같은 규제가 GEO 상업화를 가로막을 것으로 내다봤다. 국내에서 새로운 종자를 개발하면 최소 2년간 농가위탁시험 재배를 통해 성능과 사업성 여부를 테스트하는 과정을 거친다. 농가에선 해당 작물을 시험작물을 재배해 농가수익을 창출하고 개발자는 해당 품종을 테스트하는 상생적 협력이 이뤄지는 구조다. 하지만 GEO가 LMO로 분류돼 ‘유전자변형’ 표시를 할 경우, 농가에선 소비자 수요가 없어 판매가 어렵다고 판단해 위탁재배를 거부할 것으로 전망하고 있다.[156][157] GEO가 완화된 규제로 위해성 심사를 면제받더라도 LMO로 낙인찍힌 농산물이나 식품을 구매할 소비자가 없기 때문이다. 수요가 불확실한 상황에서 이를 재배할 농가도 나올 리가 만무하다. 같은 이유로 국내에서 그동안 GMO에 대해 많은 투자가 이뤄졌지만, 단 한 평의 땅에서도 GMO 재배가 이뤄지지 않고 있는 것과 같은 맥락이다.[158] 결국, 생산되는 GEO가 없어 생산판매신고를 통한 판매도 없을 것이란 관측이다. GEO 상업화 길이 완전히 막힐 수밖에 없다.[159]

---

155) [식품의약품안전처고시 제2019-98호, 2019. 10. 28., 일부개정]

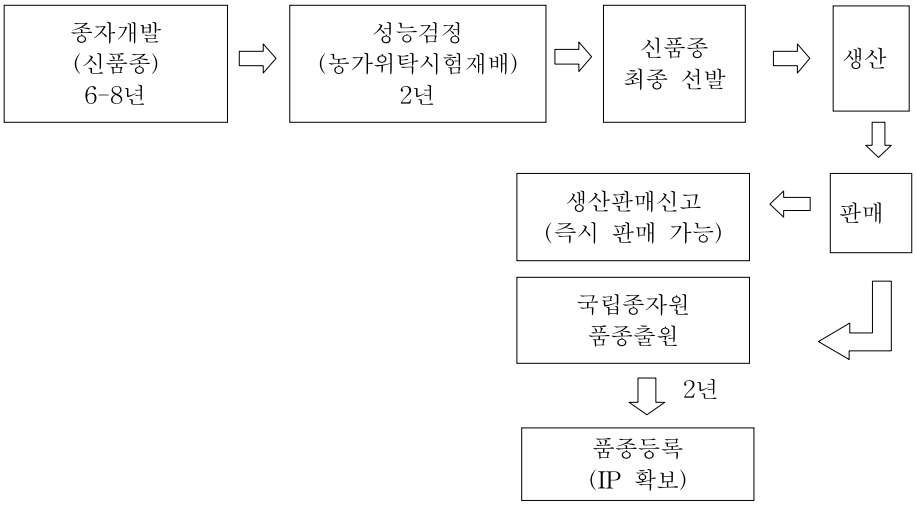
156) 한지학, “유전자변형생물체법 개정안에 대한 의견”, Biosafety Vol.22(2), 바이오안전성정보센터(2021). 31면.

157) 한국바이오안전성정보센터가 2017년 발간한 바이오안전성백서에 따르면, 유전자가위 기술을 포함한 식육종기술이 유전자변형식품으로 인식될 경우 사회적 수용성이 낮아 기술개발과 상업화에 어려움을 겪을 수 있다는 연구결과를 공개한 바 있다.

158) 매일경제, “GMO·유전자가위, 기후변화·식량안보 파수꾼인데...규제에 꽉 막힌 한국”, 2022년 12월 9일 기사 참조.

159) 김동헌 미래식량자원포럼 상임부의장은 앞의 칼럼에서 LMO에 대한 국내 인식이 부정적인 상태에서 GEO를 LMO로 규정하면 품종 개발에서 실제 재배까지의 과정 중 여러 단계에서 농민들의 참여가 어렵게 된다고 봤다. 결국, 종자 회사의 투자와 연구개발 의욕 상실로 이어질 것으로 관측했다.

LMO법 개정 취지는 GEO가 종래의 LMO보다 안전하므로 위해성 심사와 같은 규제를 완화해 GEO 산업을 육성하겠다는 것이다. LMO법 개정 취지에 더 부합하기 위해선 GEO에 대한 위해성 심사 면제와 더불어 LMO 표시제도 면제도 함께 도입해야 한다.



〔그림 6〕 국내 종자 개발 후 상업화까지의 과정
(출처: 한지학, 앞의 보고서, 31면)

Ⅴ. 결 론

일본에선 2021년 9월 'GABA 토마토'가 2021년 9월 비LMO(Non-LMO)로 승인받고 상용화됐다.[160] GABA(Gamma-aminobutyric Acid)는 혈압 상승을 억제하는 기능을 가지고 있다. 일본 사나텍시드(Sanatech Seed)가 GABA의 합성을 방해하는 유전자를 유전자가위로 제거했다. 그 결과, 이 토마토는 GABA 생합성이 활발해졌다. GABA 토마토는 기존 유전자 가운데 일부 기능손실이 되었을 뿐, 어떠한 외래유전자도 삽입되지 않았다. GABA

160) BIOTIMES, "일본, 세계 최초 유전자 교정 토마토 판매...GMO와 다른 점은?", 2021.9.27 기사 참조.

토마토는 일반 토마토보다 GABA 함유량이 4-5배 많이 축적돼 있다. 일본 정부는 GABA 토마토에 대해 LMO 규제면제 통해 일반 종자로 판매할 수 있도록 했다.[161] 우리나라가 GEO를 LMO로 규제로 국내 종자 산업을 짓누르는 사이, 일본은 SDN-1, SDN-2, SND-3 등 유전자편집 기술 전체를 GEO로 규정하며 자국 종자 산업발전을 꾀하고 있다.[162]

정부도 국제적 동향과 GEO가 전통육종과 크게 다르지 않다는 점을 들어 유전자변형생물체법 개정안을 통해 규제 완화를 시도하고 있다.[163] 해당 개정안은 GEO에 대해 LMO와 달리 위해성 평가를 면제를 해주겠다는 내용이 주요 골자다.[164] 하지만, 국내에선 LMO법 개정 이후에도 GEO는 여전히 LMO로 분류된다. 해외 대부분 국가에서 최소한 SDN-1은 일반종자로 취급하는 현실에 비춰보면 국제적인 동향과 한참 떨어져 있다. 이는 유전자변형생물체법 개정 취지로 '국제 규제 동향과의 조화'를 내세운 것과도 배치된다. 심지어 유전자변형생물체법 개정안을 입법 예고 주체인 산업통상자원부 보고서조차도 유럽연합을 제외한 대부분 국가가 SDN-1을 규제대상에서 제외하고 있다는 점을 고려할 필요가 있다고 말하고 있다.[165] 더욱이 유럽연합도 GEO에 전향적인 태도를 보이는 점을 살필 필요가 있다. 정부 입장에서 GEO에 대한 안전성 우려를 떨칠 수 없다면 SDN-1은 전면허용, SDN-2은 개별심사를 통해 판단하는 식으로 법규를 세밀하게 조정하는 것을 대안으로 제시한다.

---

161) 정유희, and 김용삼, 앞의 보고서, 27면.

162) 박수철, et al., 앞의 논문, 180면..

163) 산업통상자원부가 2021년 5월 '유전자변형생물체의 국가간 이동 등에 관한 법률 일부개정법률안' 입법예고 공고에 따르면, "생명공학기술의 발달로 인하여 기존의 유전자변형기술에 비해 정밀하게, 전통육종이나 자연돌연변이와 유사하게 변형된 신규 유전자변형생물체에 대하여 현행 위해성심사 및 각종 승인 등 국가안전관리를 완화할 필요성이 있다"고 개정이유를 밝혔다.

164) 산업통상자원부가 2021년 5월 '유전자변형생물체의 국가간 이동 등에 관한 법률 일부개정법률안' 입법예고 공고에 따르면, 최종 산물에 유전자가 도입되지 않은 등 낮은 위해도가 입증된 유전자변형새물의 경우 위해성심사, 수입/생산승인 등을 면제한다고 밝히고 있다.

165) 서성태, 앞의 보고서, 108면.

LMO법 개정 취지는 GEO에 대한 국제적 동향에 발맞추고 관련 산업을 육성하는 데 있다. 이 목적을 달성하기 위해선 법령 해석이나 새로운 법안 제정을 통해 LMO와 GEO를 분리할 필요가 있다. 일본과 브라질은 한국과 같은 카르타헤나 의정서 당사국이지만 법령 해석이나 새로운 법안 마련을 통해 GEO를 LMO와 철저히 구분하고 있다. 정부는 브라질과 일본 사례를 참고해 GEO 법규를 재정비할 필요가 있다. 현재 국내에선 GEO가 전통육종과 차이가 없음에도 유전자가위라는 현대생명공학 기술을 이용했다는 이유 하나만으로 LMO로 간주되고 있다. 이 같은 프로세스 기반 법체계는 기술혁신의 걸림돌로 작용한다. 중장기적으론 LMO법 적용을 최종 산물의 신규성이나 유해성을 놓고 평가하는 프로덕트 기반의 법체계로 전환해야 한다.

위해성 심사 면제를 위해 선행되는 사전검토제는 법률상 정부 부처 간 업무관장 범위가 충돌하는 부분을 해결해야 한다. LMO법 시행령에서 GEO는 농림축산식품부 또는 식품의약품안전처로 규정하고 있다. 현행법상 GEO 사전검사는 산업통상자원부가 담당할 수 없다. 정부 부처별 업무 관장 범위에 따른 사전검토제 시행 관련 법안과 시행령 수정이 필요하다. 아울러 사전검토제 도입 근거인 '오프타깃 우려'도 우려는 GEO에 해당 사항이 없다. 합리적인 사전도입제 도입 근거를 마련해야 한다.

마지막으로 GEO의 LMO 표시문제는 이번 LMO법 개정안 취지를 퇴색시키고 있다. 대한민국에서 '유전자변형' 꼬리표가 달린 농작물을 농사지을 농부도, 사 먹을 소비자도 없다. 이런 상황에서 GEO 산업발전을 통한 국내 종자 경쟁력 확보는 불가능하다. 다시 말해, 현재의 LMO법 개정안의 위해성 심사 면제는 반쪽짜리 GEO 규제 완화정책에 불과하다. GEO 관련 법규를 재정비해 현대생명공학 기술에 대한 법적 수용도를 높여야만, 국내 종자 산업 경쟁력을 높일 수 있다.

유전자교정작물(GEO)에 대한 유전자변형생물체(LMO)법 적용 관련 법적 쟁점과 개선방안 - 김 지 완 · 이 성 엽	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2023.02.15	2023.03.04.	2023.03.26.

[참고문헌]

[국내문헌]

Gwon, O-Hui. "특허와 유전자변형 생물체 (GMO)." Bulletin of Food Technology 17.1 (2004): 106-117.

강시용, et al. "한국 돌연변이육종 연구의 역사와 주요 성과 및 전망." Korean Journal of Breeding Science 52 (2020).

김태산, "유전자변형생물체법 개정안 관련 글로벌 산업계 입장", Biosafety Vol.22(2), 바이오안전성정보센터(2021): 14-21.

농촌진흥청, "차세대 농작물 신육종기술의 농업적 이용", 에이치앤피파트너스(2018. 10.).

류예리. "합성생물학 적용 LMO에 대한 현행 LMO법의 적용성에 관한 고찰." 國際去來와 法 31 (2020): 101-119.

박성민. "합성유기물 (LMO) 규제에 있어 형법적 과제-합성생물학 적용 생성물에 대한 생명윤리, 생물안전 및 생물안보를 중심으로." 비교형사법연구 22.4 (2021): 175-198.

박수철, et al. "유전자교정 농작물의 실용화 현황 및 전망." Korean Journal of Breeding Science 51.3 (2019).

박지현, 홍미영, and 한지학. "신육종기술 (NPBTs)." 종자과학과 산업: 한국종자연구회지 14.3 (2018): 22-39.

서성태, "바이오 신기술 글로벌 규제동향 및 국내 제도 도입방안 연구", 산업통상자원부 (2020. 3).

송인자, and 노영희. "유전자가위 등 바이오 신기술 국내 규제개선 동향." 한국원예학회 학술발표요지 (2020): 62-62.

유미영, 양지영, and 차재호. "유전자변형식품의 안전성 및 동향." 식품과학과 산업 35.1 (2002): 33-42.

오성덕, et al. "LMO 격리 포장에서 비타민 A 강화콩 재배가 곤충 다양성에 미치는 영향." Korean Journal of Breeding Science 52.4 (2020).

우미형, "기술중립성 관점에서 본 유전자변형생물체법 개정안" , Biosafety Vol.22(2), 바이오안전성정보센터(2021): 40-45.

이기춘. "GMO/LMO 식품 표시제를 통한 리스크 소통과 공존의 원칙 실현을 위한 동아시아법제 비교연구." 강원법학 61 (2020): 295-340.

이상팔, "규제과학 인사이트: 미국과 유럽연합(EU)의 증거 기반 생명공학기술 규제과학 체계 비교 분석". Biosafety Vol.22(2), 바이오안전성정보센터(2021): 46-53..

이상현. "주요국별 유전자변형식품표시제도." 세계농업 207 (2017): 3-21.

이신우. "외래 DNA 단편이 잔존하지 않는 유전자교정식물에 대한 GMO 규제 범위의 제외에 관한국제 동향." Journal of Plant Biotechnology 46.3 (2019): 137-142.

이진수, "유전자가위 산물 국가안전관리를 위한 세부시행방안 연구보고서", 아이앤아이리서치, 한국생명공학연구원(2020. 11): 1-224

임명호, et al. "식물육종신기술 (NPBTs) 의 발전에 따른 신규식물 (Novel Plant) 의 위해성평가 동향." Korean Journal of Breeding Science 46.4 (2014).

임송수. "EU 그린딜 (Green Deal) 과 농식품 부문의 영향." 해외곡물시장동향 10.1 (2021): 320-335.

임재환, "유전자가위(CRISPR) 등 새로운 유전자변형생물체 개발기술에 대한 인체위해성 평가기준 개발 연구", 국립안동대학교 산합협력단, 질병관리본부(2016. 12), 1-192.

張仁豪. "유전자편집기술에 관한 미국의 입법동향과 시사점." 미국헌법연구 30.1 (2019): 213-242.

전성원. "프리츠 하버 (Fritz Haber, 1868~ 1934): 녹색혁명에서 육식혁명으로 이어진 풍요를 발명한 비운의 과학자." 인물과사상 (2011): 95-121.

정유진, et al. "신식물육종기술의 현황과 사회적 수용을 위한 노력." Journal of Plant Biotechnology 45.4 (2018): 299-305.

정유희, and 김용삼, "국내 산업계에서 바라본 유전자편집 작물 규제", Biosafety Vol.22(2), 바이오안전성정보센터(2021): 22-29.

조인성. "생물다양성과 합성생물학 관련 법적 쟁점과 과제-2018 년 7 월 25 일 ECJ 판결 (EuGH, Urt. v. 25. 7. 2018-C-528/16) 을 중심으로." 환경법과 정책 24 (2020): 39-66.

최인호, et al. "유전자교정기술을 이용한 식물의 phenylpropanoid 대사공학기술 개발 동향." 농업생명과학연구 54.5 (2020): 1-9.

토머스 멜서스, 이서행 옮김, 「인구론」, 동서문화사(2011)

한국바이오안전성정보센터, "국가별 LMO 동향: 유럽연합(EU) 2021", KBCH 동행보고서 (2021.2): 1-26.

한지학, "유전자변형생물체법 개정안에 대한 의견", Biosafety Vol.22(2), 바이오안전성정보센터(2021): 30-33.

허정, 이은송, and 박순주. "국내외 유전자 교정기술의 농업적 활용 현황과 전망." 한국원예학회 학술발표요지 (2020): 61-62.

홍완식,"유럽연합의 입법체계", 유럽연합정부론, 2002, 65-88면.

[외국문헌]

_____, "Advice on genome-edited Camelina plants with increased levels of oleic acid". Advisory Committee on Releases to the Environment(2020): 1-3.

Bitinaite, Jurate, et al. "Fok I dimerization is required for DNA cleavage." Proceedings of the national academy of sciences 95.18 (1998): 10570-10575.

Cao, Hieu X., et al. "The power of CRISPR-Cas9-induced genome editing to speed up plant breeding." International journal of genomics 2016 (2016).

Doudna, Jennifer A., and Emmanuelle Charpentier. "The new frontier of genome engineering with CRISPR-Cas9." Science 346.6213 (2014): 1258096.

Eckerstorfer, Michael F., et al. "Plants developed by new genetic modification techniques—comparison of existing regulatory frameworks in the EU and non-EU countries." Frontiers in Bioengineering and Biotechnology 7 (2019): 26.

Friedrichs, Steffi, et al. "Meeting report of the OECD conference on "genome editing: applications in agriculture—implications for health, environment and regulation"." (2019): 419-463.

Hajiahmadi, Zahra, et al. "Strategies to increase on-target and reduce off-target effects of the CRISPR/Cas9 system in plants." International Journal of Molecular Sciences 20.15 (2019): 3719.

Hoffman, Neil E. "Revisions to USDA biotechnology regulations: The SECURE rule."

Proceedings of the National Academy of Sciences 118.22 (2021): e2004841118
Jouanin, Aurélie, et al. "Development of wheat with hypoimmunogenic gluten obstructed by the gene editing policy in Europe." Frontiers in Plant Science 9 (2018): 1523.
Kantor, Ariel, Michelle E. McClements, and Robert E. MacLaren. "CRISPR-Cas9 DNA base-editing and prime-editing." International journal of molecular sciences 21.17 (2020): 6240.
Smyth, Stuart J. "Canadian regulatory perspectives on genome engineered crops." GM crops & food 8.1 (2017): 35-43.
Sprink, Thorben, Janina Metje, and Frank Hartung. "Plant genome editing by novel tools: TALEN and other sequence specific nucleases." Current opinion in biotechnology 32 (2015): 47-53.
Suprayitno, Suprayitno, Riamona Sadelman Tulis, and Ira Zuraida. "The Strategy to Increase the Regional Revenue (PAD) of the Government of Central Kalimantan through the Governor Regulation No. 16/2018." Policy & Governance Review 2.3 (2019): 245-260.
Pacher, Michael, and Holger Puchta. "From classical mutagenesis to nuclease based breeding - directing natural DNA repair for a natural end product." The Plant Journal 90.4 (2017): 819-833.
Park, Sung-Han, et al. "National program for developing biotech crops in Korea." Plant Breeding and Biotechnology 6.3 (2018): 171-176.
Tilman, David, et al. "Global food demand and the sustainable intensification of agriculture." Proceedings of the national academy of sciences 108.50 (2011): 20260-20264.
Whelan, Agustina I., and Martin A. Lema. "Regulatory framework for gene editing and other new breeding techniques (NBTs) in Argentina." GM crops & food 6.4 (2015): 253-265.
Zhang, Xiao-Hui, et al. "Off-target effects in CRISPR/Cas9-mediated genome engineering." Molecular Therapy-Nucleic Acids 4 (2015):

【국문초록】

세계 인구증가, 물 부족 문제, 가속화되는 지구온난화에 따른 생산량 변화 등으로 미래에 심각한 식량문제를 맞닥뜨리지 않으려면 2050년까지 현재 수요의 두 배를 생산해야 한다는 발표가 있었다. 하지만 세계 식량 수급의 4대 주요 작물인 옥수수, 쌀, 밀, 콩의 연간 생산증가율은 각각 1.6%, 1.0%, 0.9%. 1.3%에 그치고 있다.[166]

이런 상황에서 유전자가위를 이용한 유전자교정작물은 미래 식량난의 해결책으로 부상하고 있다. 한발 더 나아가 영화 '마션'처럼 우주식량 해법도 유전자교정작물이 될 것으로 기대하고 있다. 하지만 이와 관련한 국가별 법 규정은 상이하다. 미국, 일본, 캐나다, 호주, 영국, 브라질, 아르헨티나 등에선 LMO법 국제규약인 '카르타헤나 의정서'에 가입하지 않거나, 가입했더라도 법 해석이나 새로운 법안을 통해 유전자교정작물의 LMO법 적용을 피하고 있다. 즉, 이들 국가에선 유전자교정작물이 전통육종과 다를 바 없다고 판단해 일반 종자와 동일하게 취급하고 있다. 그동안 유전자교정작물을 GMO로 엄격히 규제해 왔던 유럽연합조차도 최근 전향적인 움직임을 보이며 법 개정 절차에 착수했다.

한국 정부도 이런 국제적 동향에 맞춰 위해성 평가 면제 등의 GEO 규제 완화를 시도하고 있다. 하지만 법 개정 후 국내에선 유전자교정작물은 '신규 유전자변형생명체'라는 간주된다. 산업계에선 GEO가 LMO로 분류되면, GEO 작물을 농사를 짓는 농민도 없고 소비하는 소비자도 없을 것으로 우려하고 있다. GEO에 대한 엄격한 법규제는 국내 종자 경쟁력을 잃게 되는 것은 물론, 종자산업 자체를 괴멸시킬 수 있다는 우려를 내놓고 있다. 국내 GEO 산업발전과 경쟁력을 높이기 위해선 여타 국가들처럼 관련 규제를 완화해야 한다. 일본, 브라질처럼 LMO법 법령 해석이나 별도 법안을 마련해 GEO를 LMO와 구분한 것을 참고해야 한다. 장기적으론 생명공학기술 사용 여부와 무관하게 최종 산물을 기준으로 한 GEO 평가체계를 마련해 종자 산업발전에 신생명공학기술 수용도를 높여야 한다.

---

166) Tilman, David, et al. "Global food demand and the sustainable intensification of agriculture." Proceedings of the national academy of sciences 108.50 (2011): 20260-20262면.

【Abstract】

Legal Issues of Genetically Edited Organism and Desirable Direction of Legislation

Jiwan Kim
(Ph.D. Candidate, Korea University & Edaily Repoter)

SeongYeob Lee(Corresponding Author)
(Associate professor of Management of Technology, Korea University)

It has been announced that it will have to produce twice its current demand by 2050 to avoid facing serious food problems in the future due to global population growth, water shortages, and changes in production due to accelerating global warming. However, the annual production growth rate of corn, rice, wheat and soybeans, the four major crops of the world's food supply and demand, is only 1.6%, 1.0%, and 0.9%, respectively.

In this situation, GEO using CRISPR/Cas9 are emerging as a solution to future food shortages. Furthermore, like the movie "Martian", it is expected that the solution to space food will be a gene-corrected crop. However, national legal regulations are different in this regard. In the United States, Japan, Canada, Australia, the United Kingdom, Brazil, and Argentina, even if they do not join the "Cartagena Protocol", an international protocol of the LMO law, or even if they do, they avoid applying the LMO law by revising or establishing laws. In other words, these countries treat GEO the same as general seeds, judging that they

are no different from traditional breeding. Even the European Union, which has strictly regulated genetically modified crops as GMOs, has recently begun the process of revising the law with a positive move.

In line with this international trend, the Korean government is also attempting to ease GEO regulations such as exemption from risk assessment. However, after the revision of the law, genetically modified crops are considered “new genetically modified creatures” in Korea. Industry sources predict that if GEO is classified as LMO, there will be no farmers who farm GEO crops and no consumers who consume them. There are concerns that strict legal regulations on GEO could not only lose domestic seed competitiveness but also destroy the seed industry itself.

In order to develop the domestic GEO industry and increase its competitiveness, related regulations should be eased like other countries. Like Japan and Brazil, it is necessary to distinguish GEO from LMO by interpreting LMO laws or preparing separate bills. In the long run, a GEO evaluation system should be established based on the final product regardless of whether biotechnology is used or not.

주제어(Keyword) : 유전자교정작물(GEO), 유전자변형생물체(LMO), 유전자가위(CRISPR/Cas9), 유전자변형농수산물(GMO), 유전자편집(Genetically Edited)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제108호 2023년 3월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2023.108.377

하태훈 교수 정년기념 대담

참석자 명단

하태훈 고려대 법학전문대학원 교수
류경은 고려대 법학전문대학원 부교수
이근우 가천대 법과대학 부교수
이상수 중국 산동사범대 교수
김상중 고려대 법학연구원 부원장
윤동호 국민대 법과대학 교수
이석배 단국대 법과대학 교수
심현우 고려대 법학연구원 간사

일시 : 2023년 1월 19일(목)
장소 : 컨퍼런스하우스달개비

[하태훈 교수님 약력]

하태훈(河泰勳) 교수는 1958년 2월 충남 보령에서 출생하였다. 1977년 고려대학교 법과대학 법학과에 입학, 1985년 8월 동 대학원에서 법학석사 학위를 취득하였다. 같은 해 독일로 유학을 떠나 1987년 독일 아데나워 장학재단의 장학생으로 선발되었으며, 1990년 7월 독일 쾰른(Köln)대학교 대학원에서 법학박사 학위(Dr. jur. 논문 제목: Die strafrechtliche Behandlung des untauglichen Versuchs 불능미수의 형법적 처리 방안)를 취득하였다.

1991년 3월 홍익대학교 법학과 조교수로 임용되어 교원으로 첫발을 내디뎠으며, 1999년 9월 고려대학교 법과대학 교수로 부임한 이래 32년간 강의와 연구에 온 힘을 쏟아 탁월한 교육성과와 연구업적을 쌓았고 수많은 법학사, 법학석사 및 법학박사, 법조인을 양성 배출하였다. 석탑강의상 5회, 우수강의상 1회를 수상하였고, 한국범죄방지재단 제10회 학술상(2017년)을 받은 바 있다. 법학전문대학원 출범 시 부원장을 맡아 법학전문대학원의 기틀을 세우는 데 이바지하였으며, 법학연구원 원장, 고려대학교 교원윤리위원회 위원장 등 교내 각종 위원회에 참가하여 학사행정에 이바지하였다.

정부 부처의 각종 위원회(사법시험 출제위원, 경찰청 경찰혁신위원회 위원, 대법원 양형위원회 위원, 교육부 법학교육위원회 위원, 국무총리실 시민사회발전위원회 위원·부위원

장, 국가인권위원회 혁신위원회 위원장, 교육부 제6기 대학구조개혁위원회 위원, 법무부 교정개혁위원회 위원장 등)에서 활동하였다. 사법개혁과 관련한 역대 정부의 개혁위원회(김대중 대통령 직속 사법개혁추진위원회, 노무현 대통령 임기 중 대법원 사법개혁위원회, 노무현 대통령 직속 사법제도개혁추진위원회)에 위원으로 참여하여 사법개혁에 이바지했다는 평가를 받고 있다.

1997년부터 우리나라 대표적인 시민단체인 참여연대 사법감시센터 실행위원으로 참여하여 법치국가의 파수꾼으로서 검찰과 법원, 변호사 등 법조 직역에 대한 감시활동을 하였다. 2016년 참여연대 공동대표로 취임하여 참여연대 활동을 총괄하면서, 정부와 시민사회의 소통과 협력에 힘썼다.

학회 활동으로 한국비교형사법학회 회장, 한국형사법학회 회장, 안암법학회 회장 등을 역임하여 학회 발전에 이바지하였다. 연구업적으로는 형법총론, 형법사례연습, 형법강의, 검찰공화국 대한민국(공저) 등의 저서, 국내 전문학술지 논문 31편을 포함하여 160여 편의 연구논문과 연구용역 보고서(13편) 등이 있다.

2021년 8월부터 국책 연구기관인 한국형사·법무정책연구원 원장으로 재직하고 있다.

김상중 : 지금부터 시작하도록 하겠습니다. 먼저, 하 선생님 그리고 다른 교수님들께 참석해 주셔서 감사드린다는 말씀 전합니다. 오늘의 간담회는 선생님의 연구, 강의, 봉사, 그리고 인간적인 소회 등을 같이 듣고 또 배우는 그런 자리가 될 것 같습니다. 자, 그럼 시작하도록 하겠습니다.

Ⅰ. 정년 소회

윤동호 : 선생님께서 정년을 맞이하게 되셨는데 축하를 드려야 될지 아쉽다고 말씀을 드려야 될지 모르겠습니다. 정년을 맞이하시게 된 소감이 어떠신지요.

하태훈 : 우선 학교와 인연을 맺은 햇수는 입학한 77년부터 치면 46년입니다. 그다음에 순수 교단 경력으로는 32년, 군 경력까지 포함한 교직 경력이 34년입니다. 이것이 왜 중요하냐 하면 훈장을 받으려면 33년 이상이어야 하는데, 군 경력이 포함되면 34년이 넘어 훈장을 받게 되었습니다. 하여튼 34년 만에 학교를 떠나게 되니 서운하기도 하고, 많은 분이 정년을 맞이하거나 어느 직을 떠날 때 '대과 없이'라는 말씀을 많이 하는데 그것이 참 와닿습니다. 제가 이룬 성과는 자신이 평가할 수는 없고, 반대로 제가 잘못한 것은 평가하고 스스로 성찰해 볼 수 있을 것 같은데 '대과 없이', '그래도 큰 문제 없이' 주어진 소명을 다하지 않았나 싶어서 한편으로는 기쁘고 한편으로는 섭섭하기도 하고 그렇습니다.

Ⅱ. 학부 및 대학원 시절

이상수 : 저는 교수님 연구실에서 석사부터 시작해 박사학위까지 받았는데, 그게 엊그제 일 같지만 벌써 시간이 꽤 지났습니다. 우리 교수님께서 퇴임하게 되셔서 더 시간이 빠르게 느껴집니다. 교수님께서, 그러니까 연구자로서, 그리고 실천하는 형법학자로서 후학들한테는 되게 기강을 보여주셨다고 생각합니다. 감사드리고요. 우선 몇 가지 궁금한 것들을 제가 여쭤보겠는데 일단 전공에 관한 것입니다. 법학을 전공하셨는데 그 전공에 대한 교수님의 생각을 간단히 듣고 싶습니다.

하태훈 : 조금 전에, 32년…. 46년…. 이런 식으로 시간에 관해서 얘기했는데 사실 1년 365일이라는 시간은 굉장히 길죠. 그런데 우리가 큰 것, 큰 사건들, 큰 경험들만 기억하기 때문에 시간이 빠르게 느껴지는 것이 아닌가 합니다. 예컨대 77년에 입학하고, 99년에 고대에 오게 된 것과 같은 것만 기억하다 보니까 시간 수축 효과

가 생기는 것 같아서 세월이 정말 빠르고 무상함을 느끼는 것 같습니다.

제가 법대에서 법학을 전공하게 된 배경은 따로 특별한 뭐가 있다고 볼 수 없구요. 요즘 학생들이야 무얼 하겠다는 생각이 있지만, 우리 때에는 그냥 공부하면 고등학교 올라가고 또 대학교 가고 이러는 것이었습니다. 그래서 대학까지의 진학은 성적순으로 그냥 갔던 것 같고요. 또 그렇게 해야 부모님께 도리를 다하는 것으로 여겨졌기에 공부 좀 그냥 하니까 법대에 가게 되었습니다. 당시에 대학 중에서는 법대가 가장 좋은 시절이었거든요. 또, 예전에는 주로 고등학교 선생님들이 학생을 무조건 좋은 대학에 보내는 게 입시 전략이었지, 그 학생들의 희망이나 꿈하고는 관계가 없었습니다. 사실은 제가 재수를 했습니다. 담임선생님이 입시업적을 올리려고 다른 대학 비인기학과를 권유하기도 하였지만 어쨌든 앞서 말씀드린 연유로 법대에 입학한 것입니다. 법대에 진학하게 된 배경을 잘 포장을 해보면, 제가 공주에서 초등학교와 중학교에 다녔었습니다. 예전에는 재판소라고 했는데, 지금은 지원이겠죠. 당시의 공주재판소 앞에 집이 있었습니다. 그 동네에서 가장 넓은 마당이 재판소니까 법원에 가서 놀기도 하고 때로는 창 너머로 재판도 구경하고, 또 교도소에서 호송되는 피고인, 그때 우리의 느낌으로는 죄인·죄수들을 구경하기도 했는데, 그런 것들이 내면에 쌓여서 법학을 전공하게 됐는지도 모르겠습니다. 그렇지만 그건 포장이고 돌이켜보면 결국 성적순이었지 않았나 싶네요. 지금 와서 생각해 보면 법학을 선택하고 사법시험을 중간에 포기하면서 교직에 들어선 것은 참 잘 선택한 일이었다고 생각합니다. 굉장히 만족하고 있습니다.

이상수 : 알겠습니다. 감사합니다. 제가 알기로는 교수님도 학부 시절에 형사법학회 동아리 활동을 하셨다고 제가 알고는 있는데요, 맞으신가요?

하태훈 : 그건 아니고, 지도 교수를 제가 한 것입니다.

이상수 : 아, 그런가요?

하태훈 : 예.

이상수 : 그럼 일단 혹시 동아리 활동을 하셨었는지, 그리고 어쨌든 형사법학회 같은 경우는 어느 정도 법 현실에 관해서 관심도 두고 나름 그런 고민을 하는 학생들이 많았을 것 같은데 그 부분을 좀 말씀해 주시면 좋겠고요. 그리고 야학 활동을 하시다가 그만두신 것에 대해서 어느 정도 부채 의식 같은 것도 있으셨다고 교수님 글을 통해 읽은 적이 있습니다. 이러한 동아리 활동과 야학 활동 관련해서 좀

얘기해 주신다면 감사하겠습니다.

하태훈 : 지방에서 대학 진학으로 서울로 올라오게 되면, 사실 생활비 걱정이 되는 거죠. 하숙비도 있어야 하고 용돈도 써야 하니까. 그래서 그때 당시는 일반적으로 중고등학생을 가르치는 과외 아르바이트를 많이 했기 때문에 동아리 활동을 할 생각을 잘 못 했던 것 같아요. 관심이 크게 없었던 것 같고…. 그런데 입학하고 얼마 지나지 않아 서울에 진학해 있는 중학교 동창들을 만났는데 이 중의 한두 명 정도가 서클 활동을 하는, 지금으로 생각하면 학생운동을 하는 친구들이었어요. 이 친구들하고 대화하다 보니까 '야학을 한번 해보자', '우리도 의미 있는 무언가를 하자'라는 말이 나왔습니다. 그때 당시에 야학이 대학생으로서는 가장 일반적인 봉사활동이어서 야학을 운영하면 좋겠다고 생각했습니다. 그래서 저희가 시작했던 게 구로공단 앞에서 구로공단의 여직공들을 교육하는 것이었습니다. 공간은 70년대에 노동자들을 교육했던 도시산업선교회라고 하는 곳이 있어서 그곳을 빌렸었습니다. 그렇게 야학을 쭉 몇 달 하다가 내부에서 또 논의가 있었죠. 한쪽 그룹은 이 학생들이 기본적으로 초등학교밖에 안 나왔으니 중학교 과정들을 거쳐서 검정고시를 보게 하는 식으로 교육 쪽에 중점을 둬야 한다고 하였었고, 다른 그룹은 노동법이라든지 노동권을 중심으로 해서, 소위 의식화를 시켜야 한다고 주장하는 친구들이었는데, 결국 합의를 보지 못하고 쪼개지게 돼서 그런 것에 대한 부채 의식으로 시민사회단체 활동을 하게 된 것이었습니다.

또 동아리 활동을 하지 않았던 이유 중의 하나는 그 당시에는 학교에 형사들, 특히 정보과 형사 같은 분들이 학생들을 감시 사찰하려고 상주하고 있었던 때였었는데, 지금까지 같이 친하게 지낸 친구 중 동아리 활동을 하던 그 친구와 만나 대화하고 나면 형사들이 교문 앞에서 꼭 가방 검사도 하고 어떤 대화를 했는지 캐묻고, 안암로터리에 있는 안암동 파출소에 끌려가는 일 등을 겪었기 때문인데요. 실제로 성북서 정보과장이 불러서 학생회관에서 얘기했었는데, '너희 아버지가 공무원인데 왜 공부 안 하고 그래?' 이러면서 겁을 주기도 했었습니다. 뒷조사를 다 한 거죠. 물론 동아리마다 다 다르지만, 사실은 그때 당시 동아리가 반정부활동 같은 학생운동을 좀 했었고, 그런 쪽에 관심이 많았던 학생들이 모이는 곳이었기 때문에 겁을 먹기도 했었습니다. 그런 연유로 동아리 활동들을 제대로 못 했었죠. 그런 부채의식이 계속 있었습니다. 또, 유학을 가게 되면서 우리나라의 격변기인 85년부터 90년까지 독일에 있었기 때문에, 민주화 과정들에 제가 참여하지 못한 지성인으

로서의 어떤 부채 의식, 이런 것들이 겹쳤기 때문에 시민단체 활동을 열심히 했던 것이 아닐까 싶습니다. 하여튼 학교 다닐 때는 동아리나 그와 유사한 활동은 하지 못했죠.

이상수 : 감사합니다. 지금 말씀하신 그 부분들, 그런 부채 의식들을 지금 학계에서 활동하시는 모든 교수님도 똑같이 느끼시는 부분이 아니실까, 그런 생각이 들고요. 또 그래서 학계에서도 좀 더 사회 현실이나 시민운동 쪽에 관심을 두고서 더 적극적으로 활동하시는 분들이 계시는 것이 아닌가 하는 생각이 듭니다. 말씀 감사드립니다.

류경은 : 저는 이제 선생님의 대학원 시절에 관한 질문을 드리겠는데요. 대학원에 진학하고, 거기서 법학자의 길에 들어서게 된 이유, 특히 그중에서도 형법을 전공으로 하신 이유에 대해서 여쭤보겠습니다.

하태훈 : 법대에 들어오면 아까 말씀드린 것처럼 누구나 다 사법시험을 준비하는데 입학 당시에는 사법시험 합격자 수가 80명이었거든요. 그러니까 우리 법대 정원이 당시에 행정학과를 포함해서 130명인데 정원에도 못 미치는 인원을 뽑았던 것이죠. 이건 뭐 사실이니까 말씀드리자면, 그때 당시에 우리 고대의 사법시험 합격률이 매우 낮은 상황이었거든요. 서울대학과 비슷해진 것이 비로소 2000년대에 들어오고부터 그러하지 않았을까 싶은데 그전까지만 해도 합격하기 매우 어려운 시험이었습니다. 뭐, 몇 년이고 시험공부를 계속하다 보면 될 수도 있겠고 또 합격자 수를 300명으로 증원한다는 얘기도 있었지만, 합격 가능성이 희박해서 고민하던 때에 어머니께서, 이건 뭐 객관적인 건 아니지만, “점을 봤더니 너는 관운이 없다더라” 이런 말씀을 하시는 거예요. “시험을 통해 공무원을, 공직에 진출하는 것은 별로 가능성이 없으니 공부를 하는 게 어떻겠냐?” 그 말씀은 저희 아버님도 교직에 계셨고 형님과 누님 세 분이 다 학교 선생님을 하고 있기도 해서 교직이 어머님으로서는 익숙한 직업이어서 그랬는지 대학원을 진학해서 공부를 계속했으면 좋겠다고 말씀하시는 바람에 그렇게 된 것입니다.

그런데 전공선택을 위해 성적표를 살펴보니까 형법 학점이 제일 좋았더라고요. 저희 때는 형법 교수님으로 남흥우 선생님이 계셨고 74년에 심재우 선생님이 오셔서 심재우 선생님께도 배우고 했었습니다. 아마 심재우 선생님의 영향이었을 것 같은데, 하여튼 형법이 성적이 좋아서 형법을 전공으로 하겠노라, 이렇게 생각하게 됐던 것 같아요. 그래서 사실은 어떻게 보면 특별하게 어느 분야에 내가 관심이 있었다거나 해서 전공을 선택한 게 아니고 조금은 우연에 맡겨져 있었던 게 아닐

까 싶기도 하고 그렇습니다.

Ⅲ. 독일 유학시절

이상수 : 그러면 이제 화제를 독일 유학으로 바꿔서 한번 제가 여쭤보겠습니다. 80년대 독일 유학을 하셨는데, 물론 대부분 법학의 경우 그 당시에 독일 유학을 많이 가시는 경향이었지만, 혹시라도 교수님께서 독일 유학을 가게 된 어떤 이유가 있으셨는지, 또 거기서의 유학 생활 이런 것들에 대해서 한번 간략하게 설명해 주신다면 감사하겠습니다.

하태훈 : 그러니까 국내에서 공부하는 방법도 있고 유학을 가는 방법도 있는 것인데, 사실 저희 어머니께서 초등학교만 나오셨던 것이 굉장히 서운하고 회한이 들어서 자식 교육에 대한 열의가 높았고, 그래서 어려운 살림이었지만 유학을 보내야겠다고 생각하신 것 같습니다. 어디서 들으셨는지 '법학은 독일이라더라', '독일에 유학 가는 게 좋겠다'라고 하시는데 저보다 더 잘 아시는 것 같더라고요. 또, 독일로 선택한 이유 중의 하나는 우리와 법체계가 대륙법 체계로 같다는 점도 있고…. 그리고 미국은 비용이 많이 들잖아요. 독일은 상대적으로 생활비만 있으면 되는데…. 독일은 학비가 없는 그런 교육 제도인 점도 크게 작용한 것 같습니다.

독일에서 지도 교수를 선택하는 과정에 대해서는, 처음에는 Kiel 대학을 가려고 했었어요. 집사람이 같이 가게 되었는데 집사람 지도 교수도 그쪽에 있는 분을 염두에 두고 있었고 제 지도 교수도 Kiel 대학에 있는 교수면 좋겠다 싶어서 입학허가서를 다 받았었거든요. 그런데 1985년 여름 방학에 김일수 선생님께서 독일에 갔다 오시더니 제 지도 교수이신 Hirsch 교수를 만나 보고 왔다고 하시면서 아주 굉장히 친절하고 좋은 분인 것 같으니 거기로 가는 게 좋겠다고 말씀을 주셨습니다. 그래서 급히 Köln 대학으로 가게 되었고 저는 좀 편했지만, 집사람은 지도 교수를 정하는 데 조금 어려움이 있게 되었습니다. 결과적으로는 집사람도 좋은 지도 교수를 만나게 되어 둘 다 무난하게 독일 유학 생활을 할 수 있었습니다. 저희가 자랑하는 것 중의 하나가 '같은 비행기를 타고 독일 유학을 갔다가 같은 비행기를 타고 학위를 마쳐 돌아왔다', 뭐 이런 자랑을 하기도 합니다. 하여튼 그래서 저에게 은사 세 분이 계신다고 생각하는데, 우선 대학원에서도 강의를 듣고 지도받긴 했지만, 학부 때 형법을 배웠던 심재우 선생님으로부터 올곧은 학자다움, 인간의 존엄성 등, 석사 과정 지도 교수이신 김일수 선생님으로부터는 형법 도그마틱, 사

회참여활동 등, 그리고 박사과정 지도 교수이신 Hirsch 교수로부터는 엄격한 학문적 자세와 학생에 대한 관심과 배려 등을 배웠습니다. 세 분의 은사를 잘 만난 덕분에 오늘날까지 학자로서 잘 활동하고 정년을 맞이하지 않았나, 그런 생각이 듭니다.

Ⅳ. 연구자의 길

이석배 : 교수님께서는 독일에서 박사 논문을 미수에 관해 쓰셨습니다. 당시에 박사 논문 주제를 미수에 관해서 쓰고 계셨지만, '이거는 나중에 꼭 내가 다시 한번 제대로 깊이 공부해 보고 싶다' 이런 주제들이 혹시 따로 있으셨는지 궁금합니다.

하태훈 : 글쎄요. 저는 주로 소위 형법 이론학, 해석학 중심으로 공부했습니다. 그것은 다 심 선생님이나 김일수 선생님, Hirsch 교수님의 영향이었던 것 같아요. 특별하게 주제를 미수로 정한 이유 중의 하나는 Hirsch 교수가 비교 형법학을, 비교법학을 하기를 원하셨었기 때문입니다. 우리는 사실 비교법학을 제대로 하지 않고, 비교법학에 대해 조금 저평가하는 그런 경향이 있긴 한데 독일에서는 굉장히 중시하고 있는 법학 방법론이거든요. 제가 그래서 쭉 우리 법과 독일 법을 비교해보니까 많은 차이가 있는 부분이 미수 쪽이 아니었나 싶어서 주제를 선택하게 됐고, 그 이후에도 한국에 와서 형법 해석학 측면에서 이 연구를 많이 해왔습니다. 아마 그게 다 지도교수님들의, 스승들의 영향이 아니었나 싶어요.

이석배 : 저도 이제 연구 시작한 지가 한 17년, 이렇게 된 것 같고요. 선생님은 벌써 기간이 저의 2배 정도 되시게 되는 셈인데요. 저도 그런 게 있습니다만, 선생님께서는 혹시 지금까지 쓰셨던 논문이나 연구 실적 중에서 스스로 가장 만족하시는 것이 무엇인지 여쭤보고 싶습니다.

하태훈 : 뭐, 논문을 다 탈고하고 출판이 되면 다 후회하잖아요. 좀 더 잘 써볼 걸 하는 후회들을 쭉 하는데, 그래서 어느 것이 만족할 만한 것이라는 이런 것은 없는 것 같습니다. 제가 그냥 되돌아보면 유학하고 돌아와서 한 10여 년 정도는 실무와의 소통, 그래서 판례평석을 많이 했던 것 같아요. 형사판례연구회에 적극 참여하고 매년 1회씩 10번 연속으로 발표해서 『형사판례연구』에 실리기도 하곤 했습니다. 그래서 감사패도 받았죠. 실무와의 교류를 중시했던 것은 판례가 제가 배웠던 이론들하고 많이 차이가 나는 부분들이 상당히 많다고 느껴졌었고 이 판례를 좀 바꿔야

겠다는 생각이 들어서였습니다. 당시 발표했던 판례들이 최근에 변경되기도 해서 시간이 오래 걸리긴 했지만 뿌듯함을 느끼기도 했습니다.

후에 대법원에 계류 중인 사건에 대해 연구발표를 하는 형사실무연구회에 참가하게 되었지만, 90년대 초에 형사판례연구회가 마침 결성이 되어 그 활동을 열심히 하면서 실무와 소통을 했던 것 같고, 그다음에 한 10여 년은 실무에 이론들을 좀 적용해서 보다 나은 형법 · 형사소송법을 만드는 일, 그러니까 주로 사법개혁에 관한 연구와 활동을 많이 했습니다. 예컨대 검찰 개혁이라든지 형사소송법 개정이라든지 이런 것들에 힘을 쏟았던 것 같고, 각종 사법개혁위원회, 개혁추진위원회 등에서 활동하였습니다. 그리고 2005년 후반부터 2006년도 중반까지 사법제도개혁추진위원회에 기획연구팀장으로 상근하면서 형사소송법 개정에 관여했는데, 2008년에 시행된 형사소송법이 그것입니다. 공판중심주의, 피해자 · 피고인의 인권 보장, 방어권 보장, 이런 것들에 중점을 두고, 증거법도 개정이 되었는데 제가 기획연구팀장을 맡으면서 했던 것들입니다. 그런 식으로 우리가 공부했던 이론들을 실제 법 개정과 실무에 적용해 보는 역할들을 했던 것 같습니다.

하지만 2010년 전후로 해서는 우리 형법이 이렇게 가서는 안 되는데, 소위 형법이 막 팽창이 되는 사태를 맞았거든요. 형법이 최후 수단(ultima ratio)이 아니라 최우선 수단(prima ratio), 유일한 수단(sola ratio)인 것처럼 모든 것을 형법과 형벌로 해결하려는 만사형(刑)통의 시대를 맞이한 거죠. 주로 성범죄 때문에 그렇죠. 조두순, 김길태 사건 등을 통해서 성범죄에 대한 강력한 처벌, 보안 처분이라는 이름을 달고 있지만 자유와 권리를 제한한다는 면에서 형벌과 다르지 않은 처분들, 신상 공개라든지 화학적 거세라든지, 전자발찌 부착 등 여러 제도가 도입되고, 자유형 상한도 대폭 두 배로 상향이 된다든지 하는 식으로 형법이 과잉되고 팽창되는 시기가 있어서 당시에 그런 것들의 문제점들을 좀 지적하려 했습니다. 2005년에 폐지된 보호감호가 이름만 보호수용으로 바뀌어 부활하려는 움직임도 있었죠. 그러니까 김일수 선생님, 심재우 선생님이나 Hirsch 교수님을 통해서 배웠던 전통적인 법치국가 형법과 형사소송법이라고 하는 것들을 좀 고수해야 하는 것 아닐까, 형법의 지주라고 볼 수 있는 원칙들, 예를 들면 비례성의 원칙, 최후 수단성, 법익보호의 원칙, 책임 원칙 등등, 이런 것들을 지켜내야 하는 것 아닐까 하는 생각에서, 형법 · 형사소송법을 좀 비판적으로 들여다보고 그런 것들이 다시 재개정돼야 하지 않을까 하는 문제의식 속에서 연구를 많이 했습니다. 물론 논문은

많지 않지만, 그때 당시는 주로 칼럼이라든지 언론 인터뷰 같은 것을 통해서 그런 목소리를 좀 많이 냈던 시기라고 볼 수 있습니다. 하여튼 제 연구 활동 30여 년을 정리해 보자면, 특별히 그렇게 나누어 볼 수 있지 않나 하는 그런 생각이 듭니다.

이석배 : 사실 제가 개인적으로 선생님 글 중에 가장 최고로 뽑는 게 몇 편 있습니다. 그게 처음에 말씀하신, 선생님께서 처음 우리나라로 들어오셔서 판례와 관련해 쓰신 평석 중에 좀 많이 있고요. 사실 저 말고도 다른 제자들이 뽑은 것 역시 그랬던 것 같습니다. 실제로 선생님께서 그때 쓰셨던 글들이 시간이 조금 지나면서 판례에 반영된 것들도 많아서 아주 큰 의미가 있었다고 제자로서 평가합니다. 그러면 이제 다른 질문, 약간 방향이 다른 질문인데요. 저는 개인적으로 그렇게 생각하지 않습니다만, 최근에 한국 형법의 독자성, 이런 얘기를 하면서 독일 형법의 틀, 이런 데서 벗어나야 하는 게 아니냐 하는 주장들도 많이 나오고 있고, 사실 그런 취지에서 연구를 계속하시는 분들이, 특히 원로 교수님 중에서도 몇 분 계시거든요. 독일 형법에서 벗어나 독자적인 주장을 하고 계신 분들에 대해서는 어떻게 생각하시는지 궁금합니다.

하태훈 : 글쎄, 독자적인 한국 형법이 있는지에 대해서는 부정적인데요. 그럴 수 없을 것 같습니다. 1953년에 제정 시행된 형법을 보면 체계 자체뿐 아니라 내용도 독일 법하고 굉장히 유사해서 우리가 해석할 때 우리만의 독자적인, 뭐 이런 걸 찾아낼 수 있을지는 조금 의문입니다. 다만, 그렇게 비판하시는 분들에 대해서 새겨야 할 지점은 있어요. 어떤 게 있느냐 하면 무작정 독일 것들을 그냥 갖다 베끼는 것에 대한 부끄러움과 반성입니다. 그러니까 아까 제가 비교 형법학, 비교법학을 얘기했는데 그냥 규정을 단순 비교하는 게 아니고 그 규정이 어떻게 탄생했고, 어떤 상황에서 만들어졌고, 실제 지금 어떻게 적용되는지, 이런 것들을 전체적으로 좀 종합해서 살펴봐야 하는데 그냥 단순히 외국의 제도나 법 규정을 소개하는 것에 그치고 하다 보니까 독일에 종속돼 있다고 비판을 받는 것입니다. 하여튼 독일에는 규정이 존재하기 때문에 그와 관련한 사례들이 교과서나 논문에 소개되어 있는데, 우리 형법에 규정이 없는데도 독일에 있는 그 사례들을 우리 교과서에 그대로 쓰고 있는 거죠. 무조건 독일 것을 갖다 쓰다 보니까 우리 규정에 없는 것까지도 등장하기도 하는 거죠.

이석배 : 낙태 미수 같은 것이 그렇죠.

하태훈 : 예, 낙태 미수가 그래요. 그러니까 낙태 불능미수에 관한 독일 교과서나 판례사례

들이 우리 교과서에 그대로 들어와 있습니다. 독일 형법에는 낙태 미수 처벌 규정이 있기 때문에 의미가 있지만, 우리는 애초에 낙태 미수를 처벌하지 않기 때문에 의미가 없는 사례인데도 그런 사례를 예시로 들곤 하죠. 뭐 이런 것들에 대해 극단적으로 독일 형법에 종속되어 있다고 볼 수 있겠습니다만, 제가 보기에는 그래도 '독일에 편향돼 있다', 이렇게 보기는 어렵지 않을까 생각합니다. 다양한 해석 방법이라든지 해석 내용 중에 독일 것들을 받아들이는 것도 있을 수 있고, 또 규정이 거의 유사해서 그렇게 해석할 수밖에 없는 것들이 있기도 합니다. 그래서 제가 어느 자리에서는 그분들에 대해 자기들이 하지 못하는 것에 대한 자격지심 아닐까 하는 말을 한 적도 있어요. 그런 분들은 일본 것들을 주로 많이 베끼기도 했던 분들이고…. 그래서 저는 하여튼 굉장히 거부감이 있습니다. 한국의 독자적인 형법이라고 하는 말 자체가 성립할 수 있을지 의문입니다. 규정 같은 것들이 외국 것에서 다 계수, 독일법을 계수한 것인데 한국의 독자적인 게 있을 수 있는가 싶습니다. 예컨대, 그런 건 있을 수 있죠. 정당방위의 해석과 관련해서는 '우리는 왜 이렇게 좁게 해석하느냐', '미국은 굉장히 넓게 해석하지 않느냐'라는 비판이 나오는데 그것도 상황에 따라 다른 거죠. 총을 사용할 수 있고 공권력이 금방 개입할 수 없는 미국 같은 데서는 남의 집에 들어가는 건 다 총기를 들고 간다라고 하는 게 전제가 되기 때문에 총으로 방어할 수 있는데 우리는 그런 경우에는 과잉방위가 되는 거죠. 그런 고려 없이 그냥 우리도 정당방위를 넓게 해석해야 한다고 한다면 문제가 있는 것입니다. 그러나 그 규정 자체는 독일 것하고 거의 유사하므로 우리가 독일 이론들이라든지 독일 판례들, 뭐 이런 것들을 소개하고 비교한다고 해서 '독일 편향이다', 이렇게 얘기할 것은 아니지 않나 합니다. 그렇게 매도할 것은 아닌 거죠.

이석배 : 저도 이 부분에 관해 조금 생각해 봤었는데, 독일에서 공부한 사람 중에 우리나라 맥락에 잘 맞지 않는 독일 얘기를 막 끌어다가 쓰는 사람들이 있어요. 그거는 우리가 독일 형법의 틀에서 벗어나야 할 문제가 아니고 그 개인이 독일의 것을 잘못, 아무 데나, 맥락에도 맞지 않게 막 갖다가 얘기해버리는 것이 문제라고 봅니다. 특히 한국에서 학위 받으신 분들이 보기에는 '저런 쓸데없는 얘기를 한다'고 하시기도 하지만, 오히려 성급한 일반화의 오류가 발생하는 것은 아닌가 하는 생각이 들거든요. 그래서 저도 개인적으로 선생님과 같은 생각을 하고 있습니다.

류경은 : '로스쿨 제도가 도입되면서 법학이 위기를 맞이했다', 그리고 '대학원을 통한 학문 연구 풍토나 여건이 로스쿨 제도 시행 이전보다 좀 더 어려워진 측면이 있다'라는

지적들이 있는데요. 이 부분에 대해서 선생님의 생각을 좀 여쭤보고 싶습니다.

하태훈 : 제도 자체는 사실 잘 도입이 됐는데 몇 가지 문제가 있는 건 분명하죠. 그게 어디에 결부된 거냐 하면 합격률에 결부된 거거든요, 변호사 시험에 대한. 그러니까 우리의 교육은 초등학교, 중학교, 그 외 전부 다 마찬가진데, 어느 교육이든 시험으로 인해 교육 내용이 결정되는 것이죠. 그런데 변호사 시험 자체가 그렇게 되면 교육도 그렇게 할 수밖에 없는 문제가 생기는 거죠. 하여튼 제가 2005년에 사법제도개혁추진위원회에 있을 때 제 담당은 아니었지만, 그 당시에 '이제 법학 교육 제도를 좀 개선하자'라고 해서 도입된 것이 로스쿨 제도입니다. 제도의 취지는 굉장히 좋은 것인데 합격률을 제한하다 보니까 사실상 사법시험의 입학 정원을 1,500명으로 늘린 것밖에 되지 않는 것 아닌가 하는 생각을 하는 거죠. 그러니까 과거에 사법시험은 1,000명 이런 식으로 미리 정했는데, 지금 우리도 1,500명으로 정해진 것이나 마찬가지예요. 왜냐하면, 합격률을 입학 정원으로 따지는 문제 때문에 그렇거든요. 응시자 대비 몇 %, 이렇게 가야 맞는 것인데….

물론 로스쿨 시험 자체를 보면 사법시험하고 다릅니다. 사법시험은 1차 객관식을 먼저 보고 그다음에 2차 보고 그다음에 연수원 들어가서 1년 차에 실무를 익히는 것이지만, 로스쿨에서는 이것을 한꺼번에 해야 한다는 차이가 있는 것인데 그러다 보니까 개선이 되지 않는 거죠. 3년 안에 그 모든 걸 다 해야 하기 때문입니다. 그래서 법을 바꿔야 하는 문제지만, 저는 로스쿨 제도를 개선한다면 2년을 공부하고서 변호사 시험을 보게 하고 그다음 3년 차에는 실무 교육도 하고 선택 과목도 듣게 하고 하는 식으로 바뀌어야 하지 않을까 생각합니다. 그러니까 일단 2년 동안은 기본법을 중심으로 굉장히 철저하게 공부하도록 한 상태에서 시험을 보도록 하는 겁니다. 시험에 합격하게 되면 학생들이 자유로운 상태에서 공부할 것이라고 봅니다. 그렇게 나머지 1년 동안은 경쟁력을 갖추기 위해서 선택 과목 및 실무 관련 과목도 수강할 수 있도록 시험제도를 바꾸면 지금보다 조금 나아질 수 있다고 생각합니다. 예컨대 2년 공부한 사람들이 '나는 학문에 뜻을 두고 있다'라고 한다면 3년 차에는 그런 논문을 쓰게 하는 방식으로 하면서 박사 과정에 들어오도록 한다든지, 이렇게 하면 되는데 지금은 실무 교육도 제대로 안 되고 이론 교육은 더더군다나 안 되는, 기본 교육도 안 되는 그런 상황이고요.

그러다 보니까 로스쿨이 도입된 학교들의 경우는 법대를 폐지해야 했고, 그러다 보니 학문 후속세대의 인력풀이 아주 제한된 거죠. 인력풀이 없어서 로스쿨 졸업

한 사람 중에 학문 후속세대로 가기를 원하는 사람들이 석사 논문도 써보지 않은 상태에서 박사 과정에 들어오게 되는 문제 등도 있는 거죠. 지금 대학원은 주로 실무가들 위주로 충원이 되고 그러다 보니까 수업도 굉장히 파행적으로 진행되기도 합니다. 대학원에서 해야 할 그야말로 발표하고 토론하고 하는 이런 수업이 제대로 이루어지지 않는 상태가 돼서 학문 후속세대를 양성하는 데는 대단히 문제가 많습니다. 하여튼 아무것도 안 되는, 로스쿨 도입 취지대로 제대로 운영되지 않는 그런 문제가 있는 거죠.

V. 교육자의 길

이석배 : 이건 총체적인 질문일 것 같은데요, 선생님. 교수가 연구자이기도 하고 교육자이기도 한데, 연구자로서 가장 중요하게 생각하시는 점이 무엇이 있으신지, 또 교육자로서 대학 때 가장 중요하게 생각하셨던 점, 다시 말해 교육자로서 가장 중요하다고 생각하시는 점, 그 두 가지를 좀 여쭤보고 싶습니다.

하태훈 : 학자는 사실은 되기도 쉽지 않잖아요. 그러니까 학자가 되려면 유학을 하건 아니면 국내 대학원에 진학하는 것인데 공부를 마친다고 해서, 학위를 취득한다고 해서 무슨 장래가 보장되는 게 아니잖아요. 무슨 자격증을 받는 것도 아니고…. 사법시험이나 로스쿨은 그래도 변호사 자격은 받잖아요. 변호사가 되든지, 판검사가 되든지 할 수 있는 자격증은 받는 것인데 박사학위라고 하는 것은 뭐 자격증이 아니죠. 그래서 사실은 학자가 되려면 엄청난 열정이, 학문적인 진리와 그 학문에 대한 열정이 있어야 하는 건 아닐까…. 물론 경제적으로도 뒷받침이 돼야 하겠죠. 그 기간 동안에 공부해야 하는데 경제적으로 여유가 없으면…. 제가 독일 유학할 때 돌이켜 보니까, 저희가 그래도 5년여 정도 공부하면서 두 사람 다 무사히 마칠 수 있었던 것은 처음에는 굉장히 경제적으로 어려웠지만 한 2년쯤부터 저와 집사람 둘 다 장학금을 받으면서 경제적으로 여유가 생겨 그렇게 된 것 같습니다. 경제적으로 여유가 없으면 방학 동안에 계속 아르바이트를 해야 해요. 그러면 공부가 늦어질 수밖에 없는 거거든요. 뭐 대단히 뛰어난 사람이라 하더라도 법학은 어느 정도 절대적인 시간이 필요하기 때문이죠. 그래서 학문에 대한 열정이 없으면 되지 않는 그런 직업이라고 생각합니다. 그다음에 특히 우리 법학 같은 경우에는 사회과학, 인문과학과 마찬가지로 성과라고 하는 게 사실 가시적으로 보이는 건 아니잖아요. 즉, '내가 열심히 무언가를 연구해서 논문을 낸 것이 성과다', 이렇게 볼

순 있어요. 물론 그것은 연구 성과이기는 하지만, 좋은 사회로 가는 데 어떤 영향을 미치고 정책화되고 제도화되고 입법화되고, 하여튼 이런 것들에 이바지해야 성과라고 볼 수 있다고 한다면 그런 걸 가시적으로는 보이기는 쉽지 않기 때문에 사실 참 어려운 직업이 아닌가 하는 거죠. 다른 직업들의 경우는 실험해서 뭔가 발견하고 이것들이 또 실제 적용되기도 하는 등 성과가 바로 나타나는 것들이 일반적인데 말이죠. 그래서 그런 것에 대한 조바심을 갖지 않고 공부를 하는 것이 필요하지 않을까 합니다. 가장 중요한 것은 열정과 성실함이 아닐까, 그런 생각이 들고요. 저는 그래도 성실하지 않았나 싶어요. 누군가 저에 대해서 성실함이나 신뢰감에 관해 평가해 주기도 했는데 하여튼 저는 성실했던 것 같아요. 그 성실함이라고 하는 게 굉장한 연구자로서의 필수적 자산이 아닐까, 그런 생각이 들어요. 그다음에 또 뭘 물어봤지?

이석배 : 교육자로서.

하태훈 : 아, 교육자로서…. 우리가 대학교수를 평가할 때도 뭐 교육, 그다음에 연구, 그다음에 사회봉사, 이런 식으로 하잖아요. 저는 그중에서 교육이 가장 중요하다고 생각해요. 그러니까 연구기관은 많잖아요. 다른 연구기관들 많은데 교육은 모든 곳에서 하지 않는 것이죠. '대학이 존재하는 이유는 교육이다', 저는 이렇게 생각해요. 물론 교육을 잘하려면 연구를 잘해야지만 되는 것이고, 또 교육하다 보면 어떤 연구 거리가 생길 수 있고 해서 서로 순환하는 것이지만, 하여튼 대학에서 가장 중요한 것은 인재를 양성하는 것으로 생각합니다. 그렇다면 교육을 어떻게 잘할 수 있을 것인가 하는 것인데, 저는 교육을 잘하려면 준비를 잘해야 하는 것이 아닐까 싶어요. 준비 없이 강의를 잘할 수는 없죠. 이거는 제 지도 교수이신 Hirsch 교수님으로부터 배운 것인데, 그분께서는 강의하기 전에 엄청나게 준비하시거든요. 제가 갔을 때는 거의 뭐 60세가 다 되셨는데, 정년이 얼마 안 남았음에도 불구하고 강의 준비를 굉장히 열심히 하시는 거를 보고 배워왔습니다.

하여튼 열심히 준비해야 하고 또 교수는 그 분야에서는 학생들보다 먼저 공부를 한 공부량이라는 게 있지 않습니까? 그 눈높이에서 학생들을 대하면 안 되는 것이죠. 학부 같은 경우 그렇기도 하고 로스쿨도 사실 비슷한 경우인데, 학생들은 이제 막 고등학교 졸업해서 법학에 관한 것을 익혀야 하는 처지죠. 그래서 학생들의 눈높이에 좀 맞춰야 하는데, 일방적으로 어떤 이론들을 소개하면 학생들이 잘 이해를 못 합니다. 그래서 판례 사안이라든지 사례를 들어서 이론들을 설명한다든지

하는 이런 것들이 학생들에게 굉장히 좋은 결과를 가져오고 학생들도 그렇게 했을 때 좋은 평가를 했던 것 같아요.

또, 제가 교육자로서 했던 것 중의 하나는 강의를 시작하기 전에 사회적 이슈에 관한 사회 평론을 한 5분 정도 하는 거죠. 물론 제가 일방적으로 제 시각에서 학생들에게 전달할 목적이 아니라 사회의 다양한 문제들에 관한 관심을 좀 두도록 하고, 결국 법학도 사회과학이기 때문에 생활 사안들이나 사회적으로 이슈가 되는 것들을 잘 들여다보고 자기 입장을 항상 정리할 수 있도록 도우려고 하는 것입니다. 하여튼 사회를 바라보는 하나의 관점으로써 제가 평론했던 방식이 학생들의 강의 평가에서 상당히 좋은 평가를 받았던 것 같아요. 마지막으로 제가 강의하면서 했던 것 중 또 하나는 첫 주에는 한 학기 동안 배워야 할 것을 전체적으로 개관하는 시간을 갖는 거죠. 전체적으로 법전을 통해서 쭉 개관하고 그다음에 강의안의 목차를 통해서 개관하기도 하면서 학생들이 한 학기 동안 뭘 배우는지 대략적인 그림을 갖도록 하면 아무래도 조금 관심을 가질 수 있게 됩니다. 또, 저희 학생 때를 되돌아보면 우리 선생님들께서 강의 진도도 얼마 나가시지 않으셨는데, 그런 탓에 뒷부분은 뭔지도 모르고 거의 한 학기를 마치게 되는 그런 문제가 있어서, 적어도 전체적인 그림을 그리도록 하고 그 그림 속에서 학습하도록 하면 훨씬 더 이해가 쉽지 않을까 싶어서 그렇게 강의했습니다. 뭐 강의와 관련된 상을 몇 번 받기도 했는데, 어쨌든 간에 그런 점들이 교육자로서는 필요한 것이 아닐까 싶네요. 요즘은 대학교수로서 막 연구를 강조하기도 하는데, 연구가 물론 중요하지만 저는 무엇보다도 교육이 중요한 것이 아닐까 싶어요.

Ⅵ. 교내외 활동

이근우 : 선생님. 앞에서 사회 참여 활동에 관해서도 얘기를 약간 설명해 주셨는데, 특히 참여연대나 장발장 은행을 오래 하셨었죠. 그런데 어떤 사람들이 보기에는 교수가 시민단체 활동, 이런 것들을 하면 편견으로 바라보기도 하죠. 그래서 선생님께서 활동하시면서 가장 힘들었던 오해랄까, 혹은 선생님 개인적으로 힘들었던 점이랄까, 그런 게 있으시다면 말씀 좀 해주세요.

하태훈 : 아무래도 사회 활동을, 시민단체 활동을 하다 보니 저에 대해 평가해 주는 것 중의 하나가 '사회참여형 학자'라고 하는 것이 있습니다. 저는 이렇게 평가해 준 걸 굉장히 좋게 받아들입니다만, 교수가, 연구자가, 학자가 연구 열심히 하고 교육 열심

히 하면 되는 것 아닌가 하는 지점이 있는 거죠. 물론 그것도 중요하지만, 우리가 무언가를 연구하고 교육하는 것도 다 사회의 발전을 위한 것이라 한다면 사회의 어떤 문제점들을 우리가 보았을 때 지성인으로서 그것들을 좀 개선하는 데 적극적으로 참여하는 것이 필요하지 않을까 생각합니다. 그게 뭐 학자마다 입장이 다양할 수 있죠. 사회적 기여를 연구로써 하는 사람들도 있고 아니면 언론에 기고하거나 인터뷰하거나 하는 방식이 있을 수 있고, 아니면 정부 위원회에 참가하는 방법도 있을 수 있고 저처럼 시민단체에 오래 활동하는 방법도 있을 수 있는데, 저는 하여튼 그런 의미에서는 어떻게 보면 행동 지향적이라고 얘기할 수 있을 것 같기는 해요. 제가 시민단체에 있으면서 실제 행동하기도 했죠. 국회 앞에서 뭐 집회도 나가고, 마이크를 잡고서 큰소리도 외쳐 보고, 박근혜 탄핵 때에는 매주 빠짐없이 촛불집회에 나가기도 하고, 효자동에 가서는 위험한 발언까지 하기도 했는데, 저는 그런 것들이 필요하다고 생각해요.

아까 이 교수께서 말씀한 것처럼 '학자가 그게 할 일인가?'라는 식으로 보는 시각이 없지 않지만, 반대로 다른 평가를 해주시는 분들도 많이 있다는 생각이 드는데, 여러 형법학자께서 저에게 고맙다는 얘기를 가끔 하기도 하거든요. 그러니까 우리가 하지 못했던 목소리를 내줘서 고맙다는 코멘트였던 것 같아요. 물론 모든 학자가 다 그렇게 할 수도 없고 각자의 어떤 소신도 있고 한 것이지만, 저로서는 필요한 일이라 생각해요. 하지만, 조금 그런 편견이 있을 수 있고 아니면 정부의 성향에 따라서는 압력 같은 것들이 있을 수도 있죠. 그러나 그 압력이란 것도 제가 고려대학 소속이기 때문에, 고려대학 교수이기 때문에 특별하게 없었다고 생각해요. 일부 작은 대학들이라든지 아니면 재단이 강한 이런 학교들의 경우는 아마도 압력이 있었을 것 같거든요. 그래서 제가 시민단체 활동하는 것을 두고 저의 대학 및 고등학교 한참 선배이시면서 하여튼 상당히 보수성향이신 분이 계시는데, 그분이 저한테 '괜찮냐?' 이렇게 몇 번을 물어보시기도 했어요. 제가 '아, 뭐, 고려대학 교수를 학교가 그런 활동을 한다고 불이익을 주겠냐'고 말씀드렸죠. 근데 그런 경우가 사실 있긴 했었죠. 반정부, 정부 비판적일 때, 예컨대 4대강 사업에 대해서 반대 서명 같은 것을 했을 때 저희에게는 직접적인 불이익은 없었지만, 이공계 교수들에게는 블랙리스트처럼 연구비가 신청해도 안 된다든지, 이런 것들이 있기도 했죠. 저는 그런 어려움은 없었던 것 같고, 어려움이라고 하면 사실은 시민단체에서 공동대표를 할 때, 박근혜 탄핵 집회에 단 두 번만 빠지고 토요일 오후 2시부터 늦은 밤까지 이어지는 집회에 모두 참여했었거든요. 그러다 보니 공부할 시간이 없더라

고요. 그래서 연구가 소홀해진 면이 있었고, 그때 당시에 강의 평가가 제일 안 좋았던 경험이 있습니다. 왜냐하면, 제 울분을 강의실에서 많이 토로하는 바람에, 5분 이야기하기로 해놓고 그 5분을 지키지 못하고 한 10분을 학생들에게 얘기한 적도 있었고 해서 그랬던 것 같아요. 그랬더니 강의 평가가 별로 안 좋았는데, 하여튼 그런 어려움은 좀 있었죠. 시간, 그러니까 여러 가지를 다 병행한다는 게 쉽지 않은 일이기 때문에 균형을 맞춰서 하든지 아니면 어떤 것들을 포기하든지 할 수밖에 없었는데, 지금 되돌아보면 그래도 저는 나름대로 의미 있는 일들을 해왔다고 생각합니다.

이근우 : 그중에 선생님께선 특히 검찰 개혁, 법무 개혁에 많은 활동을 하셨는데 돌이켜 보셨을 때 좀 더 아쉬운 점이나 좀 더 밀어붙였어야 했다 싶었던, 그런 부분이 있으신가요?

하태훈 : 글쎄요, 검찰 개혁도 뭐 오랫동안…. 사실 개혁 운동이라고 하는 게 뭐 크게, 금방 성과가 나지는 않는 것이죠. 예컨대 공수처 같은 것들도 한 20여 년 운동했고, 검찰 개혁이나 사법개혁 이런 것도 제가 98년인가 99년에 김대중 정부의 사법개혁 추진위원회 전문위원으로 들어갈 때부터 논의가 됐던 것이거든요. 근데 이제 겨우 조금 진행되었죠. 법무부의 탈검찰화, 검경 수사권 조정 등의 논의는 우리 검찰의 권력이 정의하는(define) 권력으로서 상당히 막강하여서 그랬던 것이죠. 검찰이 기소해야 비로소 법원이 진실과 정의가 무엇인지 판단하는 것이고, 아무리 법원이 판단하고 싶어도 할 수 없는 제도이고요. 범죄가 되는지 안 되는지는 검찰의 손에 달려 있으니 그 권력이 대단히 큰 거죠. 검찰이 진실을 규명하는 초입을 막고 있어서 검찰 개혁의 핵심은 검찰 권력을 분산하는 것에 있다고 할 수 있는데, 이게 어느 정도 됐다 싶었다가 최근에 되돌아간 것 같아요. 제도적으로, 법률로 규정되더라도 또다시 되돌릴 수 있는 그런 상황이 돼서 사실은 아쉬움이 있기는 하죠.

Ⅶ. 한국형사·법무정책연구원 원장을 하면서

이근우 : 그 다음에 또 다른 길로 선생님께서 일종의 기관장 혹은 한국형사·법무정책연구원 원장으로 가시게 되었는데 그 특별한 계기랄까, 지원하시게 된 동기랄까, 뭐 그런 것들이 있으실까요?

하태훈 : 제 스승인 김일수 선생님께서 정년을 맞이하시기 전에 원장으로 가셔서 사실은 제가 속으로 비난했거든요. 학자는 학교에서 정년을 맞이해야지, 왜 그런 기관에 가

시는가 하고 부정적이었는데 제가 그렇게 돼버렸네요. 오래전부터 사실 형정원 원장을 공모한다고 그러면 다른 분들이 제가 가는 것이 아닌가 하고 얘기한 적들이 많았는데, 저는 사실 관심이 없었거든요. 그런데 가게 된 계기가 된 것은 형사·법무정책연구원으로 이름을 바꾸면서 연구 영역이 좀 확대되었는데, 그렇다면 연구원의 위상을 좀 높일 수 있겠다 싶은 생각이 들었어요. 형사정책연구원 시절에는 사실 위상과 평가가 높지 않았거든요. 그 이유는 여러 가지가 있을 텐데요. 무엇보다도 연구원의 유관 부처가 주로 법무부와 대검찰청이라고 볼 수 있는데, 연구원의 연구 영역이 형사정책에 국한되어 있어 법무부의 극히 일부 정책영역의 연구 지원만 하다 보니 법무부의 위상을 따라가지 못하게 된 것이죠. 그래서 법무 정책으로 연구 영역을 확장하면서 법무부 소관의 여러 사무에 연구 지원을 해야 하는 연구기관으로 바뀌게 되었기 때문에 제가 열심히 하면 이 연구원의 위상이 조금 높아질 수 있지 않을까 생각했습니다.

2021년 5월 한국형사·법무정책연구원으로 바뀌면서 제2의 도약기를 맞았다고 보았는데, 이 제2의 도약기에 잘 토대를 마련해 주면 좋겠다는 생각이 들면서 지원하게 됐어요. 이제 1년 반 정도가 지났습니다. 계속 그러한 일에 중점을 두고 있고요. 법무 정책의 어떤 토대를 만들어내는, 인력도 충원하고 연구 예산도 확보하고 하는 그런 역할을 지금 하는 거죠. 하여튼 학자로서는 전혀 경험해 보지 못한 것들을 지금 다 겪고 있습니다. 예컨대 국정감사도 받아야 하고 감사원이나 국무조정실의 감사도 받아야 하고, 최근에는 국세청 세무조사까지 받기도 했습니다. 하여튼 여러 가지 학자로서는 해보지 못한 경험이고, 학교에 있을 때는 제가 세상의 갑인 줄 알았는데 학교 밖으로 나와 보니까 제가 상대해야 하는 갑들이 너무 많더라고요. 국회의원도 상대해야 하고 공무원도, 예산 당국도 상대해야 하고 등등…. 그래서 그런 역할이 사실 익숙하지 않지만, 그냥 뭐 들리는 평가에 의하면 '잘하고 있다', '학자인 줄만 알았는데 이런 쪽에도 능력이 있었나 보네', 하는 평가들이 간혹 들려서 기분이 좋아요. 연구원 내부 사람들도 '이렇게 연구원이 평화롭고 좋았던 적이 없었다', 이렇게 얘기하고요. 다행히 연구원들도 굉장히 만족하는 것 같아요. 하여튼 제가 연구원에 가서 연구원의 전체적인 위상을 높이기 위해서는 무엇보다도 구성원들의 자긍심을 높이는 것이 중요하다고 생각해요. 또, 이 구성원들과 소통을 계속하면서 구성원들의 연구 환경이나 처우를 개선해 주기 위해 노력을 많이 하는 것이 일정한 성과들을 낳아 연구원들이 만족하게 되고 자긍심이 생기게 되면 결국엔 역시 연구원의 위상도 높아지지 않을까, 뭐 그런 생각을 합니다.

이근우 : 법학 교수나 시민단체의 의장이라는 역할과는 달리 이건 관료제의 기관장으로서 업무 수행 방식이 또 다를 텐데, 특히 그런 부분에서 힘드신 부분이 있었다면 어떤 것들이 가장 힘드셨는지….

하태훈 : 일단, 내부 구성원들이 다양하죠. 그렇다 보니까 제가 이런 비교를 하거든요. 기업 경영했다고 해서 나라를 운영할 수는 없는 것인데, 왜냐하면 기업 경영이야 목표가 똑같잖아요. 모든 사람이 이해가 똑같은 것입니다. 물론 그 안에서도 서로 다를 수 있지만 그래도 목표가 똑같은데, 나라는 생각이 다른 사람들이 다 모여 있는데 '기업 경영을 잘한다고 해서 잘할 수 있을까', '학교에서 잘하고 있었다고 해서 이 연구기관 경영을 잘할 수 있을까' 하는 건데 다르긴 하죠. 구성원들이 다 연구자만 있는 것도 아니고 행정직도 있고요. 또 연구자들이 사실은 생각들이 다양하고 굉장히 자율, 독립적이잖아요. 그러니까 누구에게 간섭받는 걸 원치 않는 그런 집단이기 때문에 사실 연구원을 경영하고 이끌어가는 게 쉽지 않은 일입니다. 하여튼 끊임없이 그들에게 어떤 불만들이 있고, 어떤 문제가 있는지를 대화를 통해서 알아내고 그것을 최대한 충족시킬 수 있도록 노력하는 것, 이게 경영자로서 해야 할 일이라 봅니다.

작년 연말에 연구원 재정이 허락하는 한에서 연봉을 인상하는 처우 개선을 해서 구성원들이 굉장히 좋아하고 있고요. 급여 수준이 저희가 상당히 낮았는데 이제는 조금 높여져서 연구원들이 좋아해요. 연구원 내부적으로 이해 조정이 안 돼서 여태까지 못 했던 것들인데 제가 직급마다, 그다음에 행정과 연구자마다 소통하면서 조정해서 이루어낸 것이거든요. 경영자로서는 하여튼 그게 필요할 것 같고요. 원장이 외부 출신이다 보니까 내부 구성원들에 대해 잘 모르잖아요. 그래서 이번에 직제를 개편해서 부원장 제도를, 다시 말해 내부 연구위원 중에 부원장을 두어서 부원장이 그런 문제들을 좀 잘 파악해서 소통하면서 저를 도와준다면 앞으로도 더 나아질 수 있지 않을까 싶어요.

이근우 : 굳이 명제화 된 모토 같은 건 아니더라도 경영자 혹은 관리자로서 어떤 지침이랄까 혹은 선생님께서 지향하시는 바 같은 것이 있으시다면 어떤 게 있을까요?

하태훈 : 저는 구성원들에게 강조하는 것이 있어요. 제가 소명 의식이라는 단어를 굉장히 좋아해요. 이게 종교적인 색채가 있는 단어이기는 하지만, 구성원들을 보면 그저 하나의 직업으로써, 월급을 타는 직장으로써 생각하는 분들도 있기도 한데, 언제

떠나더라도 있는 만큼은 자기 주어진 일들을 정말 책임감 있게 해내야 한다는 얘기들을 많이 전합니다. 왜냐하면, 연구원의 처우가 낮다 보니까 대학으로 가기를 원하기도 하고 그러는데 그렇다 보면 아무래도 연구원에서 해야 할 연구는 제대로 하지 않고 다른 쪽에 관심을 두게 되잖아요. 연구원에서 주어진 연구 보고서를 쓴다든지 하는 것보다는 학회에 투고한다든지 다른 일들을 많이 하게 되는데, 그러면 연구원에는 손실이 되는 거죠. 그래서 소명 의식 같은 것들을 굉장히 강조하고 있습니다. 그런 것들을 통해서 연구원들이 조금씩 나아지는 것 같다는 생각이 들고, 그렇게 요구하려면 사실 가장 중요한 게 처우죠, 처우. 그러니까 이번 처우 개선을 통해서 가능해질 수 있다는 생각이 들고요. 하여튼 아까도 얘기했지만, 경영하면서 다양한 이해들을 잘 조정하는 것, 이게 중요한 일이에요. 저희가 노조가 있는데 노조와의 대화, 이런 것들이 굉장히 중요한 거죠. 하여튼 서로를 잘 이해하는 것, 이런 것들이 경영자로서는 중요한 것이 아닐까 싶고 제가 좋아하는 말 중의 하나가 역지사지라고 하는 말이 있는데 항상 다른 사람의 입장에서, 상대방의 입장에서 생각을 해보면 쉽게 소통할 수 있고, 쉽게 공감할 수 있고, 어떤 합의도 끌어낼 수 있지 않을까 싶어서 그런 쪽을 강조하고 있죠.

이근우 : 우여곡절 내지 많은 어려움 속에 처우 개선은 일단 하셨다고 하셨고, 남은 기간 동안 더 중점적으로 하시고 싶은, 앞으로 이루어내고 싶은 일들은 어떤 게 있으실지….

하태훈 : 그러니까 아까 얘기한 것처럼 제가 연구원장이 된 이유 중의 하나가 법무 정책으로의 확장이어서 이 법무 정책 쪽에 연구 기반을 확충하는 것이 중요한 일이에요. 인력과 예산을 확보해야 하는데, 불행하게도 이 정부가 효율성을 강조하니까 연구기관에 대한 지원이 충분하지 않습니다. 되도록 삭감하려 해요. 지금도 연구 예산을 삭감하고, 인력도 감축하는 쪽으로 가고 있어서 제가 기대했던 만큼은 안 될 것 같긴 합니다. 그러니까 처음 예상키로는 한 3~4년 안에 연구 예산 한 30억 정도와 그다음에 인력 같은 경우는 연구직을 포함해서 한 25명, 이렇게 계획했었는데 굉장히 어려울 것 같아요. 지금 7명과 연구비 9억 정도밖에 확보를 못 했는데, 그래도 어려운 상황 속에서도 다른 연구기관하고는 달리 계속 증원이 되거나 연구 예산이 증액되는 상황이기는 합니다. 하여튼 인력이나 연구 예산 면에서 법무 정책 연구 쪽에 신경을 쓰려고 하고 있어요. 법무 정책이 굉장히 다양하거든요. 민·상사법도 있고, 인권 문제도 있고 그다음에 외국인·이민·난민 정책도 있고 등등한데, 예컨대 민·상사법 같은 것들을 개정하는 것 등도 이제 중요한 일이거든요.

대학 같은 곳과 함께 법무정책과 관련한 공동 연구 같은 것 등을 하는 것, 이런 것에 지금 중점을 두고 있어서 기구를 조금씩 법무 정책 연구를 확대하는 방향으로 계획을 좀 갖고 있죠. 그래서 다양한 기관들하고 MOU도 체결하고 기관을 방문해서 사정도 하고 요청도 하고…. 예컨대 제가 오고 나서 해양대학과 MOU를 맺었는데, 해양과 관련한 법무 정책, 이런 것들을 함께 연구하도록 한다든지 아니면 성범죄, 사이버 성범죄 연구센터 같은 것들을 한번 만들어본다든지 하는 것들도 하고요. 코이카(KOICA)도 방문해서 제3국에 우리 연구원과 같은 기관을 설립할 수 있도록 지원하는 것이 가능한지도 타진도 해보고, 서울시가 우리 연구원 근처에 AI 허브를 만들겠다고 오래전부터 계획하고 있어서 연구원에 AI ·법·정책연구센터를 만들고 연구기능을 강화해서 서울시와 같이할 수 있는 일이 있는지 등을 타진해 보는 등 다양한 기관들을 방문하고 MOU도 체결하고 있습니다.

Ⅷ. 앞으로의 여정과 마지막 한 마디

윤동호 : 지난 한 40여 년의 형사법학의 여정을 잘 들었는데요. 한 순간도 쉬지 않고 달려오신 듯한 그런 느낌을 받았습니다. 그러면 혹시 지난 40여 년을 되돌아보셨을 때 혹시 후회되거나 좀 아쉬운 점이 있다면 어떤 게 있을까요?

하태훈 : 항상 되돌아보면 후회가 되죠. 좀 더 열심히 할 걸, 좀 더 잘할 걸 뭐 이런 후회는 항상 남는 것인데 그런 후회가 없었으면 사실은 못 살 것 같기도 해요. 인생이 그걸 통해서 계속 발전해 나가고 좀 더 나아지는 것이 아닐까, 지금까지 해 온 것들이 다 만족스러우면 더 나아갈 수 있겠어요? 하여튼 계속 되돌아보고 성찰하면서, 부족하다면 이제 그걸 채워나가야 하는 거죠. 형사법학으로 치면 46년 정도의 여정이고, 형법 강의는 한 30 몇 년의 여정이기는 한데 후회가 많기는 하지만, 나름대로 만족할 만한 일들도 있고 그렇습니다.

한 가지 더 후회가 남는 것이 있다면 형법에서 일탈하지 못한 것이 아닐까 싶어요. 그러니까 다른 걸 해보지 못한 것이 사실은 참…. 물론 제가 얘기했던 시민단체 활동이나 이런 것을 두고 얘기하는 건 아니고요. 다른 학문에 관한 관심을 조금 가졌으면 하는 그런 것이죠. 사실 우리 법학자들이 가진 한계가 거기일 것 같기도 해요. 너무 법학에 매몰돼 있는 것…. 그래서 다른 학문에 좀 관심을 뒀다면, 그것이 꼭 사회과학이나 인문과학 같은 것들이 아니더라도 예술이라든지 이런 쪽에도 좀

관심을 가졌다면, 삶이 조금은 더 풍부하지 않았을까 하는 생각이 들어서 그런 점이 되돌아보았을 때 아쉬운 점인 것 같아요. 그러나 이렇게 후학을 양성하는 것이 굉장히 보람되었던 일이기도 했고, 또 사회적인 평가를 받은 것도 굉장히 기분 좋은 일이었습니다.

이제는 뭐 의무가 없어지는 거니까…. 물론 임기가 끝까지 보장된다면 연구원장은 앞으로 정년퇴임하고도 1년 한 6개월 정도를 더 해야 하지만, 이제 교육자로서, 교수로서의 의무는 없어지는 것이어서 조금은 자유로워지는 것에 대한 기대가 있습니다. 그래서 '여태까지 해보지 않았던 것들을 좀 해보면 어떨까?', 뭐 이런 생각이 들고…. 하여튼 몇 해 전부터 그런 생각을 쭉 했었습니다. 아직 뭐 내가 이걸 하고 있다, 이렇게 얘기할 수 있는 정도는 아니긴 한데 하여튼 음악, 악기를 한번 해본다든지 아니면 그냥 소일거리로 꽃을 가꾸거나 채소를 기르는 등 이런 취미활동들을 좀 하면 좋지 않을까 싶어서 그런 시도를 하고 있어요. 후배들이나 우리 제자들에게 하고 싶은 얘기는 물론 지금도 잘하고 있지만, 사회적 스피커가 되는 것이 굉장히 좋은 일이 아닐까…. 물론 이제 저처럼 시민단체에 활동하고 그런 것까지 요구하지는 않지만 적어도 언론이나 그런 식의 활동을 통해서 우리의 목소리를 끊임없이 내는 것, 지식인으로서 끊임없이 목소리를 내는 것이 필요하지 않을까 싶은 생각이 드네요.

윤동호 : 이제 다 말씀해 주셔서 끝내도 될 것 같기는 한데, 혹시 그래도 또 하시고 싶은 말씀이 있다면…?

하태훈 : 아까 연구원으로서는 법무 정책만 얘기했는데 형사정책 쪽에 대해서도 말하고 싶네요. 제가 최근에 논문 쓴 것 중에도 있습니다만, 우리 형사정책과 입법이 증거기반(evidence based)이 아니라 그냥 opinion based, 그러니까 정책책임자가 자기 생각이나 주관, 여론에 따라 정책 결정을 하고 입법하고 있다고 생각합니다. 언론에 의해서 형성된 여론이라는 게 과학적인 증거가 될 수 없고, 근거가 될 수 없는데 그런 입법이나 정책들이 너무 많아요.

증거 내지 근거에는 전문가의 의견도 포함되는데, 어느 때부터인가 법무부에 설치되어 있던 형사법개정자문위원회도 사라지고 정책 결정과 입법과정에서 전문가가 보이지 않게 되었습니다. 학문이 횃불을 들고 앞서면 그 빛 안에서 입법과 사법이 뒤따르던 호시절은 간데없죠. 저는 언론 인터뷰나 칼럼 기고를 통해서 목소리를 내려고 노력했는데, 앞으로 학계가 관심을 갖고 힘써야 할 부분이 아닌가 싶어

요. 정책 결정과 입법과정에 자문역과 선생님의 역할을 할 수 있도록 말이죠.

우리 형사법무정책연구원에서 증거에 기반한 형사 입법이나 형사 정책을 좀 수립하는 데 도움이 되는 연구들을 많이 해보고 싶다는 생각이 들어요. 지금까지 제가 잘 해보지 않았던 영역이긴 하지만, 연구원장으로 와 보니까 그런 것들이 필요하지 않을까 생각하게 되었습니다. 대중영합적으로 형량이 계속 올라가고 형법이 너무 과잉화되는 게 아닌가 싶고, 형벌포퓰리즘에 빠져 있는 것 같아서 그런 연구들을 우리 연구원에서 끊임없이 해야 하지 않나 생각합니다.

이석배 : 요즘에 판례도 그런 것 같아요. 특히 성범죄 관련해서는 좀…. 예전에, 선생님께서 '장애인 여성 강간에 대해서 요건을 약간 완화해야 한다', 이 정도까지는 어느 정도 동의가 됐는데 요즘에는 뭐 그냥….

이근우 : 그게 아니라 저는 이제 비동의 간음죄를 차라리 만들어주는 게….

류경은 : 예, 비동의 간음죄 만드는 게….

이근우 : 법원이 비동의 간음죄가 없는데 해석으로 비동의 간음죄를 창설하니까요.

이석배 : 거의 그렇게 돼버리는 거죠.

류경은 : 더 명확할 거고….

이근우 : 뭐, 형은 한 3년 정도만 떨어뜨리고…. 지금 그렇게는 해석이 안 됩니다.

류경은 : 예.

김상중 : 이상으로 간담회 자리를 마무리하도록 하겠습니다. 약 2시간 내외의 선생님 말씀을 잘 들었습니다. 오늘의 기록은 학교 · 연구를 포함해 전문 직업을 지향하시는 분들이 보실터인데, 형법 · 형사정책에 관한 전문적 식견 외에도 누구나 공감할 수 있는 '성실', '소명의식', '준비되고 폭넓은 생각', '실천하는 생활인의 자세', 이런 내용들을 배울 수 있었습니다. '역지사지'라는 말씀도 그런 말씀의 키워드로 남겨져 있습니다. 주신 말씀 소중하고 감사하게 잘 들었습니다.

하태훈 : 김 교수님이 마무리 정리를 잘 해주셨고요. 이렇게 소중한 대담의 기회를 주셔서 감사드립니다.

高麗法學 논문투고 및 논문작성에 관한 규칙 [규정 명칭 변경 2020.9.1.]

2009. 4. 1. 제정
2012. 8. 13. 개정
2020. 9. 1. 개정

제1조 (목적) 이 규칙은 고려대학교 법학연구원이 발간하는 『高麗法學 (영문명 : Korea Law Review)』 (이하 '『高麗法學』'이라 한다)에 게재할 논문의 작성요령 및 논문투고에 관한 사항 등을 정하는 것을 목적으로 한다. <개정 2020. 9. 1.>

제2조 (투고자격 및 자격의 제한) ① 투고자의 자격은 다음과 같다.

1. 국내·외 대학 전임교원
2. 법학 관련 연구소의 연구원
3. 법률 분야의 전문가
4. 석사학위과정 이상의 사람
5. 그 밖의 편집위원회의 추천을 받은 사람

② 『高麗法學』에 게재된 원고는 다른 학술지에 다시 게재할 수 없고, 다른 학술지에 게재되었던 원고도 『高麗法學』에 게재할 수 없다.

③ 편집위원회는 위원회의 결정으로 제2항에 위반한 투고자에 대하여 일정기간 투고자격을 제한할 수 있다.

④ 『高麗法學』에 게재된 원고는 전자출판을 할 수 있다.

<본조신설 2020. 9. 1.>

제3조 (논문작성요령) ①『高麗法學』에 게재될 논문은 특집논문, 일반논문, 판례평석, 연구논문, 학술발표문 및 특별강연문으로 구분된다.

② 원고의 표지에는 논문제목(국문 및 영문), 필자성명(국문 및 영문), 소속과 직위, 학위, 주소, 전화번호(사무실, 자택, 이동전화), 팩스번호 및 e-mail 주소를 기재하여야 한다.

③ 논문의 분량은 200자 원고지 200매(A4용지 25매) 내외를 원칙으로 하며, 300매를 초과할 수 없다.

④ 논문의 본문 및 각주의 작성방법은 본 규칙 [별첨 1]의 원고작성방법에 따라야 한다.

⑤ 제출하는 논문에는 본문 뒤에 참고문헌, 외국어 초록(외국어논문인 경우에는 국문초록), 국문 및 외국어를 병기한 5개 이상의 주제어를 첨부하여야 한다. <개정 2020. 9. 1.>

제4조 (원고제출) ① 투고자는 온라인 논문투고 및 심사시스템을 통하여 원고마감일까지 제출하여야 한다. 다만 특별한 사정이 있는 경우에는 e-mail 등의 방법으로 제출할 수 있다. <개정 2020. 9. 1.>

②『高麗法學』은 원칙적으로 매년 3월 30일, 6월 30일, 9월 30일, 12월 30일 연 4회 발간하며,『高麗法學』에 논문을 게재하고자 하는 사람은 각각 발간일 45일 전까지 원고를 제출하여야 한다. 다만 논문제출 마감일이 공휴일인 경우에는 그 다음날까지 원고를 제출할 수 있다. <개정 2020. 9. 1.>

③ 편집위원장은 원고제출 마감일까지 제출된 논문의 수가 상당히 적은 경우에는 원고제출 기일을 연장할 수 있다. 이 경우 법학연구원 홈페이지에 공지하여야 한다. <개정 2020. 9. 1.>

④ 원고마감일 이후에 투고된 원고는 투고자의 의사에 따라 다음 호에 투고한 것으로 한다. <신설 2020. 9. 1.>

⑤ 투고자는 원고를 제출할 때 투고할 논문과 '高麗法學 논문 투고자 서약서/저작물동의서(高麗法學 연구윤리지침 [별첨 1])'를 온라인 논문투고 및 심사시스템에 업로드 하여야 한다. 다만 온라인 논문투고 및

심사시스템을 통해 연구윤리서약에 동의한 경우에는 '高麗法學 논문투고자 서약서/저작물동의서(高麗法學 연구윤리지침 [별첨 1])'를 제출한 것으로 본다. <신설 2020. 9. 1.>

⑥ 게재가 확정되면 투고자에게 일정 금액의 게재료를 부과할 수 있다. 다만 편집위원회의 결정에 따라 게재료를 면제할 수 있다. <신설 2020. 9. 1.>

제5조 (논문게재안내) 매 학술지 말미에는 이 규칙에 근거하여 다음 호에 게재할 논문의 투고 및 작성요령을 안내한다. <개정 2020. 9. 1.>

제6조 (저작권) 채택된 원고의 저작권은 채택과 동시에 고려대학교 법학연구원에 귀속된다. <개정 2020. 9. 1.>

제7조 (기타) 이 규칙에서 정하지 아니한 사항은 편집위원회의 결정에 따른다. <신설 2020. 9. 1.>

부칙

이 규칙은 2009년 4월 1일 부터 시행한다.

부칙

제1조 이 규정은 2012년 8월 13일 부터 시행한다.

부칙<2020.9.1.>

제1조 (시행일) 이 규칙은 2020년 2월 4일로 소급하여 적용한다.

제2조 (명칭변경) 이 규칙의 명칭을 '高麗法學 논문투고 및 논문작성에 관한 규정'에서 '高麗法學 논문투고 및 논문작성에 관한 규칙'으로 변경한다.

〔별첨 1〕

高麗法學 원고 작성방법

1. 편집용지(A4)의 여백주기(호글에서 F7 키를 누름)

- 위쪽 : 23, 아래쪽 : 23, 왼쪽 : 28, 오른쪽 : 28, 머리말 : 11, 꼬리말 : 11.

2. 글자모양

- 서체 : 신명조, 자간 : -5, 장평 : 100, 크기 : 10.

3. 문단모양

- 왼쪽 : 0, 오른쪽 : 0, 들여쓰기 : 2, 줄간격 : 160, 문단 위 : 0,
  문단 아래 : 0, 낱말간격 : 0, 정렬방식 : 혼합.

4. 목차의 순서

- Ⅰ (‘큰제목’으로 설정)
- 1. (‘중간제목’으로 설정)
- (1) (‘작은제목’으로 설정)
- 1) (‘아주작은제목’으로 설정)
- (가) (‘바탕글’로 설정)
- 가) (‘바탕글’로 설정)
- ⅰ) (‘바탕글’로 설정)

5. 각주의 표기

- 저서의 인용 : 저자명, 서명, 출판사, 출판년도, 인용면수.

- 정기간행물의 인용 : 저자명, “논문제목”, 「잡지명」 제○권 ○호, 출판년도, 인용면수.
- 대법원 판결의 인용 : 대법원 20○○.○○.○○ 선고, ○○다○○ 판결.
  또는 대판 20○○.○○.○○, ○○다○○.
- 헌법재판소 판결의 인용 : 헌재 20○○.○○.○○. 20○○헌마○ 결정.

6. 저자의 표기

- 논문의 제목 아래에 저자를 표기하고 오른쪽에 * 표를 하여 각주란에 인적사항을 표기한다.
- 공동연구논문의 경우에는 주저자(책임연구자)와 공동저자를 구분하고, 주저자/공동저자의 순서로 표기한다.

7. 참고문헌의 표기

- 논문의 본문 뒤에 중요한 참고문헌의 서지사항을 목록으로 첨부하여야 한다.

8. 논문초록의 표기

- 논문의 본문 뒤에 외국어(영어・독어・불어 중 택1)로 작성한 논문초록을 첨부하여야 한다.
- 논문초록에는 초록작성 언어로 논문명과 필자명, 소속이 함께 표기되어야 한다.
- 논문의 내용을 적절한 표현으로 전체적으로 전달하되 분량은 20줄 내외로 한다.

9. 주제어의 표기

- 논문초록의 뒤에는 주제어(Keyword)를 국문과 외국어를 병기하여 5개 이상을 첨부하여야 한다.

高麗法學 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 제110호 원고모집

고려대학교 법학연구원에서는 高麗法學 제110호에 수록될 원고를 다음과 같이 모집합니다. 많은 투고를 바랍니다.

— 다 음 —

1. 제출 기한
   2023년 8월 15일 (9월 30일 발행 예정)

2. 원고 형식
   1) 원고 분량 : 원고지 200매 내외
   2) 원고 형식 : 논문 또는 판례평석(국문 및 영문초록 필첨)

   ※ 한국연구재단 등재지로서 기일 준수 및 교정이 완료된 원고만 송부 가능함.
   ※ 논문 투고자에게는 편집위원회의 결정에 따라 일정액의 논문게재료가 부과될 수 있음.
   ※ 게재확정시 저자정보(소속, 직위)를 명확하게 표기해야 함.

3. 원고 제출방법
   - 고려대학교 법학연구원 온라인논문투고시스템 : klr.jams.or.kr

   ※ 고려법학 제95호(2019.12)부터는 온라인논문투고시스템을 이용하여 원고를 모집하고 있으며, 기존의 온라인논문투고시스템 홈페이지가 변경되었음을 알려드립니다.
   ※ 기존 온라인논문투고시스템(klr.korea.ac.kr)을 한국연구재단 JAMS로 변경함에 따라 「고려법학」 제99호(2020.12)부터는 klr.jams.or.kr 에서만 논문투고가 가능하오니 투고자분들의 많은 양해를 부탁드립니다. 자세한 사항은 고려대학교 법학연구원 홈페이지 [공지사항]을 참조 바랍니다.
   ※ 홈페이지 참조 : http://kulri.korea.ac.kr/kulri/index.do

4. 심사결과 후 게재판정기준
   투고된 논문의 게재여부는 심사위원 3인의 심사결과 점수를 합산한 총점의 순위를 참고하여 편집위원회에서 최종 결정함.

※ 기타 문의사항은 법학연구원 고려법학 이메일(lab004@korea.ac.kr) 또는 편집실(02.3290.1630/2914)로 연락주시기 바랍니다.

高麗法學 연구윤리지침

2016. 6. 9. 개정
2020. 9. 1. 개정
2021. 8. 16. 개정

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 (제108호)

2023年 3月 20日 印刷
2023年 3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 : 010-2209-3179

값 30,000원

* 이 책의 무단전재 또는 복제행위를 금합니다.
ISSN 1598-1584 (Print)
ISSN 2672-0736 (Online)