

高麗法學

제 109 호
2023. 6.

高麗大學校 法學研究院

간 행 사

高麗法學 제109호를 정시에 발간하게 되어 기쁘게 생각합니다. 이번 호에도 많은 연구자들께서 수준 높은 옥고를 투고해 주셨는데 소정의 심사절차를 거쳐 그 중 7편만을 게재하게 되어 송구스럽게 생각합니다. 투고해 주신 모든 연구자들에 깊은 감사의 인사를 드립니다.

高麗法學은 특정 법학 분야만을 위한 학술지가 아닌 법학의 다양한 전공으로부터 나오는 쟁점들을 다룬 연구논문들을 수록하는 학술지이기 때문에, 독자들은 자신의 전공영역뿐만 아니라 그 밖의 분야에서도 최신의 다양한 쟁점들과 내용들에 대해서 정보를 얻을 수 있고 또한 연구자료를 공유할 수 있다고 생각합니다. 이번 호에서도 헌법, 민법, 형법과 같은 기본적 법학 분야는 물론 국제법, 지식재산권 관련 주제를 다룬 수준 높은 논문들이 게재되어 **高麗法學**의 위상을 제고하는데 큰 도움이 될 것으로 생각합니다.

이번 제109호의 발간은 학기 중에 논문의 투고와 심사가 이루어졌음에도 **高麗法學**을 아끼시는 투고자, 심사위원, 편집위원님들의 하나 된 열정이 있었기에 발간 절차가 순조롭게 진행될 수 있었다고 생각합니다. 이 자리를 빌어 수고해주신 여러 분들께 다시 한번 감사의 말씀을 드립니다.

특히 학술지 발간을 위해 많은 배려를 해주신 강병근 법학연구원장님과 행정업무를 전담하고 있는 심현우 간사께도 감사의 인사를 드립니다. 또한 **高麗法學**이 우리나라를 대표하는 법학 전문학술지로서의 명성을 유지하고 더욱 발전할 수 있도록 강호제현의 더 많은 관심과 성원을 부탁드립니다.

2023년 6월

高麗法學 편집위원장 김경욱

목 차

■ 연구논문

해방 이후의 포고에 대한 헌법적 분석과 평가..... 남중권 · 이준일 · 이승택 / 01

무효인 가등기의 유용으로 취득한 자기 소유 부동산에 대한
등기부시효취득과 등기부상 이해관계 있는 제3자의 지위
- 대상판결 : 대법원 2022. 7. 28. 선고 2017다204629 판결
..... 윤진호 · 최은석 · 김제완 / 31

부동산 명의신탁에 관한 법리의 재인식 - 부동산실명법 시행 전후
판례법리와 실정법률해석의 연속성 관점에서 - 김규완 / 79

형집행 순서에 대한 소고 - 자유형과 노역장 유치의 집행 순서를 중심으로 -
..... 김환권 / 113

개정된 개인정보보호법상 개인정보의 국외이전에 관한 규정의 분석:
GDPR을 참조하여..... 박노형 / 169

기후변화 대응을 위한 통상규범의 모색:
WTO 보조금협정을 중심으로..... 배연재 / 205

국가 간 특허기구 비교 연구 및 동아시아
특허협력 방안..... 김동규 · 전우정 / 261

해방 이후의 포고에 대한 헌법적 분석과 평가*

남중권** · 이승택*** · 이준일****

▶ 목 차 ◀

I. 문제제기	1. 계엄제도의 유래
II. 해방 이후 발령된 포고의 현황	2. 미군정기의 계엄 포고
1. 태평양 미국육군총사령부 포고	3. 정부 수립 이후의 계엄 포고
2. 재조선 미국육군사령부 포고	V. 해방 이후 발령된 포고에 대한 헌법적 판단기준
3. 계엄 포고	1. 미군정기 포고와 계엄 포고에 대한 판단기준
III. 해방 이후 미군정기 포고의 법적 성격과 효력	2. 정부수립 이후의 포고와 계엄 포고에 대한 판단기준
1. 미군정기 포고의 법적 성격	VI. 결 론
2. 미군정기 포고의 법적 효력	
IV. 해방 이후 계엄 포고의 법적 성격과 효력	

I. 문제제기

‘8·15광복’은 일본제국주의의 식민지로 전락한 나라를 되찾고 스스로 다스리고 결정하는 자치와 자결의 본래 상태로 되돌아오는 것을 의미하면서,

* 이 논문은 ‘진실과 화해를 위한 과거사정리 위원회’의 용역을 받아 수행한 연구의 결과물을 기초로 하여 수정 및 보완되었다.

** 제1저자: 고려대학교 교양교육원 강사, 법학박사.

*** 공동저자: 충남대학교 법학전문대학원 조교수, 법학박사.

**** 교신저자: 고려대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

2 해방 이후의 포고에 대한 헌법적 분석과 평가

일제 식민통치의 억압으로부터 벗어나는 ‘해방’의 사건으로 1945년 8월 15일 일본이 제2차 세계대전에서 패망한 사건과 연동되어 있다.¹⁾ 그러나 해방 이후 20여 일이 지난 1945년 9월 8일에 미군이 인천으로 상륙하면서부터 1948년 8월 15일에 남한에서 정부가 수립될 때까지 약 2년 11개월 동안 한반도 이남에는 미군정이 실시되었다. 미군정은 「태평양 미국육군총사령부 포고 (맥아더 포고)」 제1호에서 제3호까지를 차례로 발령하여 이를 토대로 남한에 대한 통치행위를 시작했으며, 이후 총사령부 포고는 재조선미국육군(주한미군)사령부 포고, 군정법령, 남조선 과도입법의원(立法議院) 및 과도정부의 법률 등을 통해 구체적으로 시행되었다. 또한 미군 점령을 선언하고 시행한 이와 같은 포고와 법령은 1948년 헌법 제정 이후에도 대한민국헌법에 의하여 일정한 효력을 인정받아서 상당한 기간 동안 잔존하며 계속해서 적용되었다.

광복 이래 한국 현대사의 변곡점을 만든 주요 사건으로는 ① 1945년 해방, ② 1948년 분단 및 정부수립, ③ 1950년 6·25전쟁, ④ 1960년 4·19혁명, ⑤ 1972년 10·17유신쿠데타, ⑥ 1979년 부마항쟁과 10·26사건 및 12·12군사반란, ⑦ 1980년 5·17쿠데타와 5·18광주민중화운동, ⑧ 1987년 6·10항쟁 등을 꼽을 수 있다. 이러한 역사적 전환의 시기마다 사회의 질서를 유지하거나 사회적 혼란을 수습하기 위한 방식으로 계엄이 선포되었다. 다만 대한민국헌법은 1948년 7월 12일 제정되어 같은 달 17일에 공포된 후 이를 기초로 같은 해 8월 15일 정부가 수립되었다. 따라서 같은 계엄이라고 하더라도 1946년 10월항쟁(대구10·1사건)과 관련하여 정부수립 이전에 실시된 계엄은 여순(여수·순천)사건에 대해서 1948년 10월 25일 선포된 계엄²⁾이나 제주4·3

1) 한국민족문화대백과사전(<http://encykorea.aks.ac.kr>) ‘8·15광복’ 참조(최종 검색일: 2023. 5. 26.). 8월 15일은 일제의 강점으로부터 해방된 날(1945년)이면서 남한 단독으로 정부를 수립한 날(1948년)이기도 하다. 1948년 7월 12일 대한민국헌법 제정 이후 국회는 1949년 10월 1일에 국가의 경사스러운 날로서 ‘3·1절’, ‘헌법기념일’, ‘독립기념일’, ‘개천절’을 국경일로 정하는 「국경일에관한법률」(법률 제53호)을 제정하면서 ‘8월 15일’을 ‘광복절’로 명명하였다(같은 법률의 제정이유 및 제2조 참조). 이 논문은 1945년의 해방 사건을 시기적으로 지칭하기 위해 ‘해방’과 ‘광복’을 혼용한다는 점을 미리 밝혀둔다.

2) 대통령령 제13호, <계엄선포에 관한 건>, 1948. 10. 25. 대한민국관보 제10호.

사건에 대해서 같은 해 11월 17일 선포된 계엄³⁾처럼 정부수립 이후의 계엄과 구분될 필요가 있다.⁴⁾ 물론 넓은 의미에서 미군정의 포고도 계엄의 선포와 유사한 의미를 갖는다고 볼 수도 있다.

여기서 주목하게 되는 용어는 ‘포고(布告, proclamation)’인데 이것은 “일반에게 널리 알림”과 같은 일반적인 의미에서부터 “국가의 결정의사를 공식적으로 널리 알림”, “국제법상에서, 한 나라가 상대국에 대하여 전쟁을 시작한다는 통고를 하고 그 뜻을 내외에 알림”과 같은 법적인 의미를 모두 담고 있다.⁵⁾ 첫 번째 의미로서 일반에게 널리 알리는 포고는 ‘공고(公告)’와 바꾸어 쓸 수 있다. 두 번째 의미로서 국가의 결정의사를 공식적으로 널리 알리는 포고는 ‘공포(公布)’와 바꾸어 쓸 수 있다. 세 번째 의미로서 한 나라가 상대국에 대하여 전쟁을 시작한다는 통고를 하면서 그 뜻을 내외에 알리는 포고는 ‘선포(宣布)’와 바꾸어 쓸 수 있다.⁶⁾ ‘공고’를 뜻하는 포고는 관보에 게재하는 것과 같은 행위 자체를 의미할 수 있고, ‘공포’를 뜻하는 포고는 관보 게재라는 사실을 법적 효력 발생 요건으로 결부시킬 때 그 의미를 획득할

3) 대통령령 제31호, <제주도지구 계엄선포에 관한 건>, 1948. 11. 17. 대한민국관보 제14호.

4) 제주4·3사건의 발생시기(1947. 3. 1.)가 여순사건의 발생시기(1948. 10. 19.)보다 앞서지만 각 사건에 대해 실시된 계엄으로서는 여순사건에 대한 계엄선포시기(1948. 10. 21.)가 제주4·3사건에 대한 계엄선포시기(1948. 11. 17.)에 앞선다. 1976년 10월 육군본부(陸軍本部)에서 발간한 ‘계엄사(戒嚴史)’에서는 “麗順反亂 및 濟州島暴動等 初期戒嚴은 記錄이 不實하여 全的인 評價分析이 어려우나 그 施行과정인 原始的이었음을 가히 짐작할 수 있다.”고 하여 여순사건과 제주4·3사건을 각각 “여순반란” 및 “제주도 폭동”으로 지칭했다(民事 軍政監室 戒嚴史 編輯委員會, <戒嚴史>, 陸軍本部, 1976, 41쪽). 제주4·3사건과 관련해서 2000년 1월 12일에 법률 제6117호로 제정된 「제주4·3사건진상규명및희생자명예회복에관한특별법」의 제명(題名)에 대해 이의를 제기하며 청구된 헌법소원심판사건에서 헌법재판소는 “명칭에 대하여 여러 견해가 있으나 법률에서 정한 명칭을 그대로 사용한다.”고 설시한 바 있다(헌재 2001. 9. 27. 2000헌마238 등, 판례집 13-2, 383, 393쪽).

5) 국립국어원 표준국어대사전(<https://stdict.korean.go.kr>) 참조(최종 검색일: 2023. 5. 26.).

6) 현행(1987년 개정) 헌법에서는 “대통령은 조약을 체결·비준하고, 외교사절을 신임·접수 또는 파견하며, 선전포고와 강화를 한다.”(제73조)고 하여 대통령의 전쟁 개시 권한으로서 전쟁의 시작을 알린다는 의미로 ‘포고’가 사용되고, “대통령은 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서 병력으로써 군사상의 필요에 응하거나 공공의 안녕질서를 유지할 필요가 있을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 계엄을 선포할 수 있다.”(제77조 제1항)고 하여 ‘포고’라는 용어 대신 ‘선포’가 사용된다.

4 해방 이후의 포고에 대한 헌법적 분석과 평가

수 있다. 마지막으로 ‘선포’를 뜻하는 포고는 반드시 상대가 국가일 필요는 없지만 적을 상대로 한 통보처럼 상대의 승인을 요구하지 않는 일방적 선언일 때 그 의미가 제대로 발현될 수 있다. 미군정의 포고는 일방적 선포의 의미가 강하면서 계엄의 선포와 유사하고, 계엄의 선포는 흔히 계엄의 포고로 불리기 때문에 1945년 해방 이후 미군정의 포고와 1948년 헌법제정 및 정부수립 이후에 선포된 계엄을 헌법적 관점에서 분석하고 평가하는 것은 중요한 의미를 갖는다.

‘포고’라는 용어는 ‘포고령’이라고 쓰이기도 한다. 특히 미군정의 포고나 계엄 포고 등에 관한 사건들에서는 ‘포고령’이라는 용어가 사용되기도 하는데⁷⁾ 포고령을 포고와 구별되는 개념으로 인식하고 있는 것은 아닌 것으로 보인다. 본 연구에서는 ‘포고’가 미군정 당시 법령의 한 유형이라고 할 수 있는 ‘proclamation’의 공식적 번역이라는 점, 1953년 형법 제정 당시 부칙 제1조에서도 명시적으로 ‘포고’라는 용어를 사용하고 있다는 점⁸⁾, 언론이나 일부 판결을 제외하고 ‘포고령’이라는 용어를 법률상 개념으로 직접 활용한 사례는 거의 없다는 점⁹⁾ 등을 고려하여 ‘포고령’이라는 용어를 사용하지 않고 ‘포고’라는 용어를 사용하고자 한다. 이하에서는 1945년 해방 이후에 발령된 미군정 포고와 해방 이후에 선포된 계엄의 현황(II) 및 법적 성격과 효력(III, IV)을 차례로 살펴보고, 해방 이후 ‘포고’라는 법적 형식 또는 방식으로 발동되거나 선포된 입법에 준하는 사령관의 명령에 대해 위헌성 여부를 판단

7) 예를 들어 순천지원 2013재고합5 판결은 “이 사건 적용법조인 포고령 제2호는 1945. 9. 7. 발표된 태평양미국육군최고지휘관R 장군의 포고로, 현재는 폐지된 상태이다”라고 하여 ‘포고령’이라는 용어와 ‘포고’라는 용어를 혼용하고 있으며, 부산고등법원 2016재노15 판결은 “피고인은 ‘1979. 10. 18. 00:00을 기하여 부산지역에 선포된 비상계엄에 기하여 공포된 포고령을 위반하여...”라고 하여 ‘포고령’이라는 용어를 사용한 바 있다.

8) 「형법」 <법률 제293호, 1953. 9. 18.> 부칙 제1조(구형법 기타 법령과 형의 경중): “본법 또는 본법 시행후에 시행된 다른 법률이나 명령(以下 다른 新法令이라고 稱한다)과 본법 시행직전의 형법(以下 舊刑法이라고 稱한다), 다른 법률, 명령, 포고나 법령(以下 다른 舊法令이라고 稱한다) 또는 본법 시행전후에 걸쳐서 시행중인 다른 법률, 명령, 포고나 법령(以下 다른 存續法令이라고 稱한다)에 정한 형의 경중은 제50조에 의한다.”

9) 법률상 ‘포고령’이라는 개념이 사용된 사례로는 「10·27법난 피해자의 명예회복 등에 관한 법률」 제2조 제1호에서 “10·27법난”을 정의하면서 “포고령 위반 수배자”라는 표현을 들 수 있으며, 그 밖에 다른 사례는 찾아보기 어렵다.

할 수 있는 기준을 제시하면서 헌법적 평가를 수행한다(V). 이를 통해 해방 이후 실시된 위헌적 포고나 계엄으로 오랫동안 피해를 입어온 사람들이 구제 받을 수 있는 하나의 제도적 길을 열어보고자 한다.

II. 해방 이후 발령된 포고의 현황

1. 태평양 미국육군총사령부 포고

「태평양 미국육군총사령부 포고」는 총사령관인 맥아더(D. Macarthur)의 서명으로 공포되었기 때문에 ‘맥아더 포고’로도 불리며 당시 최고의 법규범으로서 다른 하위 법령의 근거가 되었다(이하 ‘「태평양 미국육군총사령부 포고(맥아더 포고)」’로 병기). 「태평양 미국육군총사령부 포고(맥아더 포고)」는 이전에 발령된 포고에 대한 개정 사항을 담은 개정포고를 제외하면 3개, 즉 제1호, 제2호, 제3호의 포고를 기본으로 한다. 1945년 9월 7일에 발령된 「태평양 미국육군총사령부 포고(맥아더 포고)」 제1호(조선주민에 포고함) 제1조에서는 “조선 북위 38도 이남의 지역과 주민에 대한 모든 행정권은 당분간 본관의 권한 하에 시행”한다고 하여 군정(軍政, military government)¹⁰⁾의 실시를 선언하고, 같은 포고 제6조에서는 향후 조선주민이 이행할 사항을 명시한 다른 “포고(proclamations), 재조선미국육군사령부군정청의 법령(ordinances), 규칙(regulations), 고시(notices), 지시(directives), 조례(enactments)”¹¹⁾가 공포될 것을 예고한다.¹²⁾ 한편 「태평양 미국육군총

10) ‘군정(military government)’은 넓은 의미에서 ‘군인이라는 특별한 지위에 있는 인사나 집단이 그 지위를 이용해 정치적인 권력을 행사하는 것’이라고 할 수 있다. ‘군정’을 넓은 범위에서 ‘군인이라는 특수한 신분의 인사나 집단이 바로 그 특수 신분의 성격을 통해서 정치적인 권력을 행사하는 것’으로 정의하는 경우로 이해숙, 미군정기 지배구조와 한국사회, 선인, 2008, 111쪽 참조.

11) 국문 번역본에는 “포고, 법령, 규약, 고시, 지시 및 조례”로 기재되어 있다. ‘enactment’가 점령지역 주민의 자치입법으로서 ‘남조선과도정부법률’을 의미하는 것이라면 ‘조례’보다는 ‘법률’ 또는 ‘자치입법’ 정도가 적절할 수도 있겠으나 공식적으로 통용되는 당시 국문본의 번역에 따라 ‘조례’를 그대로 사용했다. 다만, 미군정법령의 체계 속에서 군정장관이 내리는 명령으로서 ‘ordinance’는 시(市, city)에서 입안한 자치입법의

사령부 포고(맥아더 포고)」 제2호(범죄 또는 범규위반, 조선의 주민에 포고함)에는 “점령군의 보전을 도모하고 점령지역의 공중치안, 질서의 안전”을 기하려는 목적을 달성하기 위해 범죄 또는 범규위반에 대해 점령지역 주민인 조선주민을 “점령군 군율회의”¹³⁾의 결정에 따라 “사형(死刑)”에 처할 수 있는 내용이 담겨 있어서 일제 식민 통치를 이어받은 점령군의 고압적 태도가 고스란히 드러나기도 한다. 그밖에 「태평양 미국육군총사령부 포고(맥아더 포고)」 제3호(통화, 조선주민에게 포고함)에서는 북위 38도 이남 조선지역의 법정통화(法定通貨)에 대해 규율하고 있는데 해당 포고가 발령된 다음 해인 1946년 7월 1일에는 제4호 포고를 통해 더 이상 법화(法貨)로 인정되지 않는 통화를 규정하는 개정이 이루어졌다.¹⁴⁾

2. 재조선 미국육군사령부 포고

「태평양 미국육군총사령부 포고(맥아더 포고)」 제1호 제6조를 통해 예고했듯이 태평양미국육군총사령관의 지휘권 아래에 있는 재조선미국육군

로서 ‘조례’를 의미하기도 한다는 것을 고려할 때 「태평양 미국육군총사령부 포고(맥아더 포고)」 제1호 제6조의 국문본에서 ‘enactments’의 번역어로 사용된 ‘조례’를 현행 「대한민국헌법」(헌법 제10호, 1987. 10. 29. 전부개정 및 1988. 2. 25. 시행) 제117조 및 「지방자치법」(법률 제18497호, 2021. 10. 19. 일부개정 및 2022. 1. 13. 시행) 제19조에 따라 지방자치단체가 제정할 수 있는 ‘조례’와 동일하게 이해하기 어렵다는 점만을 지적하기로 한다.

- 12) 「태평양 미국육군총사령부 포고(맥아더 포고)」의 법적 성격에 관한 상세한 분석은 본 논문의 ‘III. 미군정기 포고의 법적 성격과 효력’ 참조.
- 13) 「태평양 미국육군총사령부 포고(맥아더 포고)」 제2호의 공식 국문 번역본에서 “점령군 군율회의”로 옮긴 용어는 “Military Occupation Court”이다. 당시 군정 관련 문서에서 ‘육군점령재판소’, ‘군정재판’, ‘군사재판소’, ‘군정재판소’ 등 다양하게 번역되어 마치 심판 대상이나 관할 또는 심급을 달리하는 서로 다른 기관인 것처럼 오해될 여지가 있다.
- 14) 「태평양 미국육군총사령부 포고(맥아더 포고)」 제4호(1946. 7. 1.): “제1조(법화) 보조군표인 ‘A’인(印)의 원통화(圓通貨)는 1946년 7월 10일 이후에는 북위38도 이남 조선지역에서 공사(公私)의 변제에 사용하는 법화(法貨)가 없음. 1946년 7월 10일 이후에 보조 군표인 ‘A’인의 원통화를 소지함을 금함. 보조군표인 ‘A’인의 원통화는 법령의 규정하는 바에 따라 회수됨. 1945년 9월 7일부 포고 제3호의 규정으로서 차(此) 포고에 불합치하는 것은 자(茲)에 폐지됨. 제2조(형벌) 차 포고의 규정에 위반하는 자는 육군점령재판소의 판결에 따라 기(其) 소정형벌에 처함.”

사령관(주한미군사령관)도 포고를 발령할 수 있다. 제헌국회를 구성하기 위한 1948년 5·10총선거를 앞두고 1948년 3월 1일에 조선인민대표선거의 실시를 알리는 「조선인민대표의 선거에 관한 포고」에서 “본관은, 재조선미국 육군사령관으로서 부여된 권한”에 의하여 포고하는 것임을 밝힘으로써 미군정의 사령관에 의한 포고가 바로 이어서 살펴볼 ‘계엄’만을 위한 것이 아니라는 점을 확인할 수 있다. 그리고 비슷한 시기인 1948년 4월 15일에 국회 의원 총선거를 앞두고 포고의 주체와 권한이 포고문 안에는 밝혀져 있지 않지만 포고 주체가 “재조선미국육군사령관”으로 추정되는 「조선인민의 권리에 관한 포고」가 발령되었다. 또한 총선거를 실시한 이후인 1948년 5월 25일에는 선거 결과를 보고 받은 “재조선미국육군사령관, 미국육군중장인 본관”¹⁵⁾이 국회 선거위원회 위원장에게 국회 창립총회 개회에 관한 권한을 부여하는 내용의 「국회에 관한 포고」가 발령되었다.

3. 계엄 포고

해방 이후 역사적 전환의 시기마다 사회의 질서를 유지하거나 사회적 혼란을 수습하기 위한 방식으로 계엄이 선포되었다(아래 ‘표 1’ 참조). ‘계엄’은 내란, 반란, 전쟁, 폭동, 국가적 재난 등 비상사태를 전제로 한 일종의 군사 작전 명령으로서 일정 지역에서 발생한 혼란 상태를 해소할 권력을 군이 장악하는 것을 주된 내용으로 한다¹⁶⁾. 그렇기 때문에 외국점령군이 점령지

15) 국가법령정보센터(<https://www.law.go.kr>)를 통해 공개된 국문 번역본에는 “재조선 미국육군사령관, 미국육군중장인 본(本) 관(官), ?, 알, 하-지”라고 기재되어 있는데 당시 재조선미국육군사령관이었던 ‘존 알 하지(John R. Hodge)’를 해독하지 못한 것으로 보인다(최종 검색일: 2023. 5. 26.).

16) 계엄이 반복적으로 수행되고 체계화 과정을 거쳐 제도로 정착될 경우 계엄이 ‘제도화’에 이르렀다고 할 수 있다. 미군정기 당시 1946년 10월항쟁에서 발령된 계엄이나 1948년 여순사건과 제주4·3사건에서 선포된 계엄은 모두 계엄법이 제정되기 이전에 수행됐다는 점에서 한국에서 제도화한 계엄의 기원을 찾는 연구의 대상이 되기도 한다. 이에 관한 세밀한 분석은 김무용, 한국 계엄령 제도의 역사적 기원과 변천(선인, 2015) 및 김춘수, 한국 계엄의 기원(선인, 2018) 참조. 그런데 이 두 개의 문헌 제목에서도 나타나듯이 “계엄령”과 “계엄”이라는 용어가 사용되고 있는데 이를 통해 지시하고자 하는 대상에 차이가 있다기보다는 “계엄령”이 일제 시대를 겪으면서 잔존해 있는

에서 합법적으로 행사할 수 있는 물리적 폭력을 점령군이 독점한 것으로 자임하는 경우에 점령군의 지휘권을 행사하는 최고사령관(지휘관, commander)이 계엄을 선포한다. 반면에 특정 지역의 주민이 자치정부를 구성하여 독립된 군대를 조직한 경우 해당 군대의 지휘권을 행사하는 최고사령관(군통수권자)이 계엄을 선포하게 된다.¹⁷⁾ 미군정기에 선포된 계엄들은 전자의 예에 해당된다고 볼 수 있다. 당시 대한(對韓) 정책의 결정 및 집행 과정에서 명령이 전달되는 지휘체계 속에서 주한미국육군사령관(하지 중장, John R. Hodge)은 주한 미국육군 제24군단의 사령관(군단장)으로서 ‘재조선(주한) 미국육군에 관한 한 명령계통의 최상위에 자리하면서도 ‘태평양 지역’ 미국육군총사령관(맥아더 대장)의 명령을 하달 받거나 상관인 미국육군총사령관(맥아더 대장)에게 보고를 하는 위치에 있었다. 1948년 7월 17일 대한민국 헌법 공포 이후로서 같은 해 8월 15일 대한민국 정부 수립 이후 또는 같은 해 11월 30일 「국군조직법」¹⁸⁾이 제정된 이후에 선포된 계엄들은 후자에 속할 것이다.

〈표 1〉 한국 현대사의 주요 사건과 계엄 선포 시기

주요 사건	발생 시기	계엄 선포 시기
1945년 해방	1945. 8. 15.	
미군정기	1945. 9. 8. ~ 1948. 8. 15.	
1946년 10월항쟁	1946. 10. 1. 전후	1946. 10. 2. ~ 11. 4.
1948년 대한민국헌법 제정 후 시행	1948. 7. 12. ~ 17. ※ 헌법 제64조: “대통령은 법률의 정하는 바에 의하여 계엄을 선포한다.”	
1948년 (분단)정부수립	1948. 8. 15.	
1948년 제주4·3사건	1947. 3. 1. ~ 1954. 9. 21.	1948. 11. 17. ~ 12. 30.

일본 법령의 용어라는 인식 유무에서 차이가 드러난다고 볼 수 있다. 이에 관해서 본 논문 ‘IV. 1. 계엄제도의 유래’ 및 ‘IV. 2. 미군정기의 계엄 포고’ 참조.

17) 상관의 명령권으로서 지휘권 개념에 대한 설명은 남중권, “모든 군인의 인권과 상관의 명령권 -기본권과 지휘권의 관계-”, 「인권법평론」 제30호, 2023, 31~35쪽 참조.

18) 법률 제9호, 1948. 11. 30. 제정 및 시행.

1948년 여순사건	1948. 10. 19.	1948. 10. 21. ~ 1949. 2. 5. ※ 광주지방법원 순천지원 2020. 1. 20. 2013재고합5 판결: 미군정 포고 제2호 적용
1948년 국군조직법 제정 및 시행	1948. 11. 30.	
1949년 계엄법 제정 및 시행	1949. 11. 24.	
1950년 한국전쟁	1950. 6. 25. ~ 1953. 7. 27.	수시
1952년 부산정치파동	1952. 5. 25. ~ 7. 7.	1952. 5. 25. ~ 7. 27.
1960년 4·19혁명	1960. 4. 19.	1960. 4. 19. ~ 7. 16.
1961년 5·16쿠데타	1961. 5. 16.	1961. 5. 16. ~ 1962. 12. 6.
1964년 6·3항쟁 (한일협정반대운동)	1964. 3. ~ 6.	1964. 6. 3. ~ 7. 29.
1972년 10·17유신쿠데타	1972. 10. 17.	1972. 10. 17. ~ 12. 13. ※ 대법원 2018. 12. 13. 2016도1397 판결 및 대법원 2019. 1. 31. 2018도6185 판결 대상: 계엄포고 제1호(1972. 10. 17.)
1979년 부마민주항쟁	1979. 10. 16.	1979. 10. 18. ~ 26. ※ 대법원 2018. 11. 29. 선고 2016도14781 판결 대상: 계엄포고 제1호(1979. 10. 18.)
1979년 10·26사건과 12·12군사반란	1979. 10. 26. ~ 12. 12.	1979. 10. 27. ~ 1981. 1. 24. (1980. 5. 17.)
1980년 5·17쿠데타와 5·18광주민주항쟁	1980. 5. 17. ~ 5. 18.	
		※ 수원지방법원 상남지원 2019. 10. 29.자 2019재고단3 결정 대상: 계엄포고 제10호(1980. 5. 17.) ※ 대법원 2018. 12. 28.자 2017모 107 결정 대상: 계엄포고 제13호 (1980. 8. 4.)
1987년 6·10민주항쟁	1987. 6. 10. ~ 7. 9.	-

Ⅲ. 해방 이후 미군정기 포고의 법적 성격과 효력

1. 미군정기 포고의 법적 성격

「태평양 미국육군총사령부 포고(맥아더 포고)」는 그 내용과 기능을 분석해 볼 때 크게 ① 점령에 대한 사실적 선언 행위, ② 점령지역 법체계의 창설규범, ③ 점령지역의 수권규범, ④ 점령지역의 행위규범이라는 다양한 성격과 의의를 갖는다고 할 수 있다. 첫째, 「태평양 미국육군총사령부 포고(맥아더 포고)」는 미군의 진주와 점령이라는 사실을 한반도에 알리고 이후 미군의 활동 방향을 명확하게 한반도 주민에게 알리고자 하는 선언의 성격을 갖는다. 둘째, 「태평양 미국육군총사령부 포고(맥아더 포고)」 제1호는 점령지역의 법체계를 창설하는 규범의 성격을 갖는다. 점령지역을 어떻게 관리하여 점령의 목적을 달성할 것인가는 결국 점령국에 달려있는 것이며, 현실적으로는 점령국의 명을 받아 수행하는 점령사령관의 의지에 달려있다. 당시 맥아더는 태평양미국육군총사령관으로서 다수의 점령지역에 대한 총괄 책임자였다. 따라서 「태평양 미국육군총사령부 포고(맥아더 포고)」 제1호는 “조선 38도 이남의 지역과 이 지역의 주민에 대하여 군정을 설립”한다고 명시하여, 한반도가 분할 점령된 상태에서 북위 38도선 이남 지역에 미군정을 수립하여 점령지역을 관리하고, 이를 토대로 한반도의 독립국가 수립을 지원해나갈 것이라는 점령 체제를 선언하고 창설하는 규범, 즉 점령지역의 기본법적 성격을 갖는다고 할 수 있다. 셋째, 「태평양 미국육군총사령부 포고(맥아더 포고)」 제1호는 점령지역의 통치권에 관한 수권규범의 성격을 갖는다. 같은 포고 제1조의 “조선 북위 38도 이남의 지역과 주민에 대한 모든 행정권은 당분간 본관의 권한 하에 시행함”과 같은 포고 제6조의 “이후 공포하게 되는 포고, 법령, 규약, 고시, 지시 및 조례는 본관 또는 본관의 권한 하에서 발포하여 주민이 이행하여야 될 사항을 명확히 기록함”에서 보는 바와 같이 「태평양 미국육군총사령부 포고(맥아더 포고)」는 한반도의 통치권이 맥아더 자신에게 있음을 직접적으로 선언하고, 맥아더의 권한에 근거하여 법령이 발포됨을 규정하고 있다. 이러한 내용에서 「태평양 미국

육군총사령부 포고(맥아더 포고)」의 수권규범적 성격을 확인할 수 있다. 넷째, 「태평양 미국육군총사령부 포고(맥아더 포고)」 제1호는 점령지역 주민의 행위규범적 성격을 갖는다. 같은 포고 제2조부터 제5조까지는 한반도 주민에게 점령군의 명령에 복종할 의무 및 일상 업무 유지 의무, 영어의 공용어화 등을 내용으로 하고 있다. 또한 「태평양 미국육군총사령부 포고(맥아더 포고)」 제2호는 점령지역에서 발생하는 범죄 및 법규위반 행위에 대한 제재 절차와 내용을 규정하고 있으며, 같은 포고 제3호는 점령 지역의 경제 활동, 특히 통화와 관련된 행위 원칙을 규정하고 있다. 이러한 측면에서 「태평양 미국육군총사령부 포고(맥아더 포고)」는 점령지역 주민의 행위 의무 및 그 위반에 대한 제재를 규정하여 수범자인 점령지역 주민의 행위를 통제하는 규범의 성격을 갖는다고 할 수 있다.

2. 미군정기 포고의 법적 효력

1948년 7월 12일에 제정되어 같은 달 17일에 공포된 헌법(이하 ‘1948년 헌법’)¹⁹⁾은 이 헌법 제정 이전에 효력을 가지고 있던 미군정의 포고와 법령에 대하여 조건부로 그 효력을 승인한 바 있다. 1948년 헌법 부칙 제100조는 “현행법령은 이 헌법에 저촉되지 아니하는 한 효력을 가진다”고 규정하여 헌법에 반하지 않는 이상 미군정의 포고와 법령을 포함한 기존의 법령이 현행 헌법 체계를 통해 승인되고 계승됨을 인정하고 있다. 이러한 1948년 헌법 제 100조를 근거로 헌법재판소의 결정²⁰⁾과 대법원의 판결²¹⁾도 미군정 법령의

19) 1948년 헌법에 대해서는 ‘제헌헌법’ 또는 ‘건국헌법’이라는 호칭이 부여된다. 현행 헌법은 전문(前文)에서 “대한민국 임시정부의 법통”을 계승한다고 명시하고 있다는 점을 고려할 때 건국헌법이라는 호칭은 적합하지 않고, 제헌헌법이라는 호칭도 최초의 헌법이라는 의미로 사용되면 사실상 건국헌법과 동일한 의미가 된다는 점에서 적절한 호칭은 아니라고 판단된다. 따라서 제정연도를 표시하는 ‘1948년 헌법’이라는 호칭을 사용하도록 한다.

20) 헌법재판소 2001. 4. 26. 선고 98헌바79·86,99헌바36(병합) 결정: “미군정기의 법령체제나 제정, 공포방식은 지금과는 차이가 많은 과도기적인 것으로서 “법령 기타 법규”의 형식을 가진 법령이 반드시 ‘법률’보다 하위의 규범이라 할 수 없고 그 공포방식도 정형화되어 있지 않았던바, 구 국방경비법은 군정장관이 직권에 의하여 ‘법령’으로 제정한 것이거나 ‘조선경비청에 대한 규정’을 개정하는 ‘기타 법규’로서 군정청관보에

유효성을 인정하고 있다.

「태평양 미국육군총사령부 포고(백아더 포고)」에 의해 북위 38도선 이남의 미군정 체제가 수립되었지만 해당 포고는 일부 내용을 제외하고는 매우 추상적인 규정들로 구성되었기 때문에 이를 구체적으로 이행할 수 있는 여러 범규범을 필요로 했다. 이러한 범규범은 재조선미군육군사령관 포고와 미군정 법령 등의 다양한 형식으로 채워졌다.²²⁾ 이와 같은 범규범은 형식적 차원에서 제정 주체에 따라 분류할 수도 있고, 실질적 차원의 역할과 기능에 따라 분류할 수도 있다. 제정 주체의 위계²³⁾를 기준으로 한 형식적 분류는 아래 ‘표 2’와 같은 체계로 정리해 볼 수 있다.²⁴⁾

의 체계가 아닌 다른 방법에 의하여 공포한 것이거나 특히 구 국방경비법 제32조, 제33조는 1946. 6. 15. 당시 이미 존재하고 있었다고 볼 수 있는 점, 대한민국 정부수립 후 구 국방경비법은 1962. 1. 20. 폐지될 때까지 아무런 의심 없이 국민들에 의해 유효한 법률로 취급받았고 유효한 법률이었음을 전제로 입법이 되는 등 실질적으로 규범력을 갖춘 법률로 승인된 점 등을 종합하여 볼 때, 비록 구 국방경비법의 제정, 공포경위가 명백히 밝혀지지 않기는 하나 그 유효한 성립을 인정함이 합리적이다.”

- 21) 대법원 1989. 12. 26. 선고 87다카2176 전원합의체 판결: “재조선미국육군사령부군정청법령(이하 군정법령이라고 줄인다) 제2호 제1조는 1945. 8. 9. 이후의 일본인 소유재산에 대하여 일체의 처분을 금지한다고 규정하고 있고 군정법령 제33호 제2조는 1945. 8. 9. 이후의 일본인 소유재산의 소유권이 그해 9. 25.부로 미군정청에 귀속된다고 규정하고 있는데 그렇게 규정한 취지는 미군정청이 물권변동에 관한 공시방법을 기준으로 하여 1945. 8. 9. 현재의 상태에서 일본인 소유재산의 처분을 금지하여 그대로 묶어 두고 그 소유권을 미군정청에 귀속시키고자 함에 있다고 할 것이므로 여기서 말하는 ‘1945. 8. 9. 이후’란 문언은 ‘1945. 8. 9. 00:00부터’라고 해석된다. 따라서 비록 1945. 8. 9. 00:00 전에 한국인이 일본인으로부터 부동산을 매수하였다 하더라도 1945. 8. 9. 00:00 후에 일본인 명의로 아직 그 소유권을 표상하는 등기가 되어 있는 이상은 군정법령 제33호에 의하여 미군정청에 그 소유권이 귀속되는 것이고 그와 같은 이치는 1945. 8. 9. 바로 그날에 일본인으로부터 한국인 명의로 소유권이전등기가 마쳐졌다 하여 다를 것이 없다.”
- 22) 미군정법령의 형식과 체계에 관하여 자세한 내용은 최경옥, “美軍政法令에 관한 研究”, 「법사학연구」 제29호, 2004. 4., 135~173쪽 참조.
- 23) 명령의 경우 공포주체가 매우 다양하며, 그 지위를 담당하였던 장교 및 공직자의 지위 또한 미군정 시기에 따라 매우 다양하다. 본문의 ‘표 2’에 표기된 계급은 대체적으로 그 지위를 담당했던 장교를 기준으로 정리한 것으로서 국장의 지위를 대위급 장교가 담당한 예외적인 사례도 있다.
- 24) 이 분류는 미군정청 관보에 게재된 용어, 발령권자 및 공식적 국문 번역을 직접 확인하여 정리한 것이다. 미군정청 군정장관이 공포한 범규범 양식으로서 ‘ordinance’가 ‘법령’ 또는 ‘미군정청 법령’으로 번역된다는 점에서 이를 ‘협의의 미군정법령’으로 부를

〈표 2〉 제정 주체의 위계를 기준으로 한 미군정법령(광의)의 형식적 분류

형식	공포 주체		군 조직상 위계
포고 Proclamation	태평양미군육군총사령관		대장 (맥아더)
	재조선미군육군사령관		중장/군단장 (하지)
선포 Declaration	미군정청 군정장관 Military Governor		소장/사단장 (아놀드(1대), 러취(2대), 딘(3대)/군정장관 대리 헬믹은 준장)
헌장 City Charter	미군정청 군정장관		
법률 Public Act	미군정청 군정장관		
법령 Ordinance	미군정청 군정장관 (민정장관, 과도입법의원, 과도정부 등 참여)		
일반 고시 General Notice	미군정청 군정장관		
명령 Order	행정명령 Executive Order	미군정청 군정장관 (민정장관 참여)	소장/조선인 민정장관
	부령 Department Order	부장/처장 director	대령
	관재령 Custody Order	재산관리과장 property custodian	중령
	지령 Bar Admission Order	국장 director	중령/소령
	국령 Bureau Order	국장 director	중령/소령
	훈령 Instruction	국장 director	중령/소령
규칙 Regulation	Administrator		소령 / 조선인 관료
규정 Rules	Director		대위

수 있고, 미군육군 (총)사령관이 공포한 ‘proclamation’을 포함해 헌장, 법률, 명령, 규칙 등 미군정기에 실정법적 기능을 수행한 법규범 양식을 아울러 ‘광의의 미군정법령’으로 구분했다.

이러한 형식적 체계에서 볼 때 원칙적으로 「태평양 미국육군총사령부 포고(맥아더 포고)」와 같은 포고(proclamation)가 미군정법령의 체계 내에서 최상위의 법규범이라고 할 수 있으며, 헌장²⁵⁾, 법률, 법령은 공포 주체가 동일하다는 점에서 다른 서열의 규범으로 분류하기보다는 유사한 지위를 갖는 법규범으로 이해할 수 있다. 그러나 이러한 분류는 개별적 법령의 내용과 역할을 볼 때 상하위의 위계질서 관계로 완전하게 정렬될 수 있는 것은 아니다.

IV. 해방 이후 계엄 포고의 법적 성격과 효력

1. 계엄제도의 유래

우리가 지금도 사용하고 있는 ‘계엄’이라는 용어를 법적인 제도로 먼저 사용한 것은 일본으로 알려져 있으며, 그 어원은 17세기 명나라 장자열(張自烈)의 저서 <正字通(정자통)>의 “敵將至設備曰戒嚴(적장지설비왈계엄)”(적장이 이르니 방비를 굳게 함을 계엄이라 한다)에서 유래한다고 한다.²⁶⁾ 일본의 계엄제도는 프랑스의 국가긴급권을 모방한 것으로 보이며 현재의 경비계엄을 의미하는 ‘臨戰地境(임전지경)’과 비상계엄을 의미하는 ‘合圍地境(합위지경)’으로 계엄을 구별한다. 전자의 경우에는 지방행정 및 사법권 중 군사에 관한 건에 한해 계엄사령관이 관장하며, 후자의 경우에는 모든 지방행정과 사법권을 계엄사령관이 관장하도록 하였다.²⁷⁾ 또한 일본의 계엄제도는 법률로 제정된 것이 아니었는데, 1882년 태정관 공고 제36호를 통

25) ‘헌장(Charter)’이라는 형식의 규범은 ‘서울시헌장(City Charter : Charter of the city of Seoul)’이라는 명칭의 법령이 한 건만 존재한다는 점에서 법령의 한 형식으로 분류되기에 적절하지 않을 수도 있다. 이 헌장은 미군정기 서울시에 특별자유도시의 지위를 인정하는 법령이었다.

26) 오병헌, “계엄법(戒嚴法)의 기원과 문제점”, 「사법행정」 제35권 제1호, 1994, 61쪽.

27) 이상철, “계엄법에 관한 문제점 고찰”, 「안암법학」 제12호, 2001, 31쪽.

해 「계엄령」이라는 명령의 형식으로 제정되었다.²⁸⁾ 우리나라의 계엄제도는 일본의 계엄제도로부터 상당한 영향을 받았다고 할 수 있다.²⁹⁾

2. 미군정기의 계엄 포고

미군정기는 미군에 의해 한반도의 입법, 행정, 사법의 모든 권한이 장악된 상태로 광의의 계엄 상태라고 할 수 있으며, 미군정청법령 제19호(Ordinance Number 19) 제1조 “국가적 비상시의 선언”도 기본적으로 한반도가 비상시국이며, 이에 따라 특별한 조치가 실시될 수 있다고 규정하고 있다.³⁰⁾

미군정 상황에서의 계엄제도를 구 일본 법령이 존속되어 활용되었다고 보는 견해도 있다. 이러한 견해는 1913년 9월 칙령 제283호 「조선에 시행하는 법률에 관한 건」에 의해 일본의 「계엄령」(1882년 태정관공고 제36호 제정, 1886년 칙령 제74호 개정)이 우리나라에 의용되었으며, 미군정기의 구법령 존속에 근거하여 미군정기에도 그대로 존재하였다고 본다. 또한 이러한 일본 「계엄령」은 1948년 헌법 제정에도 불구하고 계속 적용되었다가 1949년 11월 법률 제69호로 「계엄법」이 공포되면서 효력이 상실되었다고 본다.³¹⁾ 하지만 사실적 측면이 아닌 규범적 측면에서 보면 일본의 「계엄령」은 일왕의 전권에 근거하여 일왕의 명령 하에 발동되는 것이며,

28) 백윤철, “일제치하에서 계엄법”, 「세계헌법연구」 제18권 제2호, 2012, 54-55쪽.

29) 1949년 11월 24일 제정 및 공포된 계엄법이 일본의 계엄령의 구조와 내용과 거의 유사하다는 점에서 일본의 계엄 제도가 영향을 미쳤음을 확인할 수 있다.

30) 미국의 계엄은 입법으로 시작된 것이 아니라 통치자의 판단으로 계엄이 먼저 시행되고 사후에 이를 추인하는 입법이 있거나 그 합법성을 판단하는 재판이 진행됨으로써 상호 영향을 끼쳐온 것으로 설명된다. 미국법에서 계엄(martial law 또는 martial rule) 개념을 정확하게 정의하는 것은 어렵지만, “전쟁이나 공공의 소요 때문에 민간정부가 질서를 유지하거나 법을 집행하는 것이 부적절한 경우에 병력이나 군 기관(military force or authority)이 임시로 통치하는 것”이라는 공통적 의미를 추출하기도 한다. 그 밖에 미국 계엄제도에 대한 자세한 내용은 박종보, “계엄제도에 관한 비교법적 고찰 - 미국을 중심으로-”, 「법학논총」(한양대학교 법학연구소) 제23집 제2호, 2006, 3~19쪽 참조.

31) 김도창, 계엄론, 박영사, 1968. 228쪽.

이것이 일본 패망 이후에도 효력이 존속한다고 볼 수는 없다. 설사 일본의 「계엄령」이 미군정기에는 효력을 유지했다고 하더라도 국회가 제정하는 법형식인 ‘법률’에 의해 계엄제도를 규정하도록 명령하고 있는 1948년 헌법에 정면으로 저촉된다는 점에서 1948년 헌법 제정 이후까지 효력을 가졌다고 볼 수는 없다.³²⁾

3. 정부 수립 이후의 계엄 포고

(1) 「계엄법」 제정 이전

1948년 헌법 제64조는 “대통령은 법률의 정하는 바에 의하여 계엄을 선포한다”고 규정하고 있으며 같은 헌법 제72조 제6호는 계엄안과 해엄안을 국무회의의 의결을 거치도록 하고 있다. 또한 계엄선포권과 함께 국가긴급사태에 대응하기 위한 권한으로 대통령의 긴급명령권과 긴급처분권을 같은 헌법 제57조에 규정하고 있다. 따라서 대통령은 1948년 헌법 제57조에 근거하여 중대한 국가위기에 공공의 안녕질서 유지를 위해 국회의 집회를 기다릴 여유가 없는 경우 법률의 효력을 갖는 명령을 발할 수 있고, 계엄에 관한 법률의 제정 이전에도 계엄 선포가 긴급하게 필요한 경우 대통령의 긴급명령권으로 법률의 효력을 가진 긴급계엄명령을 발하고, 이에 근거하여 계엄을 선포할 수 있었다. 하지만 당시 이승만 대통령은 1948년 헌법 제100조에 근거하여 일본 「계엄령」이 1948년 헌법에 저촉되지 않는다고 보고 그 효력을 인정하여, 이를 토대로 대통령의 계엄선포권을 행사했다고 볼 수 있다. 그렇지만 ① 국가긴급 상황에서 국회가 계엄에 관한 법률을 제정하는 것을 기다릴 여유가 없었다면 대통령에게 부여된 긴급명령권을 행사하는 방법이

32) 특히 1948년 헌법은 국회가 제정하는 법형식인 법률에 의해 계엄 제도를 구성할 것을 요구하고 있으며, 일본 「계엄령」은 법률의 지위에 있지 않다는 점에서 1948년 헌법의 계엄 제도에 부합할 수 없다. 또한 일본 「계엄령」 제11조는 비상계엄(합위지경)에서 군이 재판할 수 있는 범죄를 규정하고 있는데 1907년 일본 「형법」 개정으로 제11조의 범죄에 대한 구성요건 등이 대폭 변경되었음에도 「계엄령」 제11조가 개정된 바 없다는 점에서 죄형법정주의에 위반된다는 점도 지적되고 있다. 이에 관해서는 김창록, “1948년 헌법 제100조: 4·3계엄령을 통해 본 일제법령의 효력”, 「법학연구」 제39권 제1호, 1998, 477쪽 이하 참조.

있었다는 점에서 일본 「계엄령」의 적용이 불가피한 상황은 아니었고, ② 앞서 언급한 대로 일본 「계엄령」은 메이지헌법 제14조 “천황은 계엄을 선포한다”에 근거하여 태정관공고 및 칙령에 의해 만들어진 것으로 일본 내에서도 형식적 측면에서 법률의 지위를 갖추지 못하여 설사 헌법 제100조에 의해 그 효력을 인정한다고 하더라도 계엄 선포의 요건인 1948년 헌법 제64조의 “법률의 정하는 바”에 의한 계엄 선포라는 요건에 부합하지 않기 때문에 위법한 계엄 선포이다.

(2) 「계엄법」 제정 이후

1949년 11월 24일 제정 및 공포된 「계엄법」은 일왕의 칙령인 「계엄령」을 기초로³³⁾ 하여 제정된 법률이었다. 「계엄법」은 계엄의 유형을 “경비계엄”과 “비상계엄”으로 구별하고 있으며, 경비계엄은 전시, 사변 또는 이에 준하는 비상사태로 인하여 질서가 교란된 지역에 선포하는 것이고³⁴⁾, 비상계엄은 전쟁 또는 전쟁에 준할 사변에 있어서 적의 포위공격으로 인하여 사회질서가 극도로 교란된 지역에 선포한다고 규정³⁵⁾하고 있다. 또한 당시 「계엄법」은 교통과 통신의 두절로 대통령의 계엄 선포를 기다릴 여유가 없는 경우 지방을 관할하는 군사책임자가 임시로 계엄을 선포하고 국방부

33) 1949년 국회의 법제사법위원회 위원장 백관수는 계엄법 제1독회 모두 발언에서 다음과 같이 밝히고 있다. “당초 계엄법은 지난 6월 22일에 지대형 의원 외 14인으로부터 계엄법안이 제출되었습니다. 그래 가지고 서로 외무국방위원회에서 토의한 것입니다. (중략) 말하자면 계엄이라는 것은 국가비상시에 있어서 군에 대한 힘으로 행정이라든지 사법이라든지 그것을 관장하고 다른 법률에 의거하지 않고 국민의 권리와 의무를 구속하고 제한하는 것입니다. 그런데 당초에 이 원안이 어떻게 되었느냐 할 것 같으면 일본에 있는 계엄령을 그대로 한 것이고 그 계엄령이라는 그 안을 모방한 것이나 그 모방한 것으로 말씀할 것 같으면 당초에 일본의 헌법이 발표되기 전 그것은 명치 15년 기시에 포고령으로 36호로 제정한 그런 계엄법 그대로 이렇게 해 왔습니다. 그래서 그 원안을 볼 것 같으면 일본에서 해오든 계엄법 그것을 모방해서 제출한 까닭으로 우리 법제사법위원회에서는 그것도 대개 표준해서 모든 것을 생각한 뒤에 국방부의 의견이라든지 법제처의 의견이라든지 모든 의견을 종합해 가지고 통일해서 이런 대안을 만든 것입니다.”(제5회 국회임시회의속기록 제19호, 단기 4282년 10월 12일 “계엄법안 제1독회” 참조, 밑줄 강조는 필자 주)

34) 1949년 「계엄법」 제3조.

35) 1949년 「계엄법」 제4조.

장관에게 상신하여 사후적으로 대통령의 추인을 받는 ‘임시 계엄 선포 제도’³⁶⁾를 두고 있었다.

V. 해방 이후 발령된 포고에 대한 헌법적 판단기준

1. 미군정기 포고와 계엄 포고에 대한 판단기준

1948년 헌법 제100조에 따르면 이 헌법 제정 당시의 “헌행법령”, 즉 이미 1948년 7월 17일 이전부터 법적 효력을 가지고 시행되고 있던 법령은 이 헌법에 저촉(위배)되지 않는 한 효력을 가진다. 미군정의 포고와 법령은 1948년 헌법이 제정될 당시에 시행되고 있던 “헌행법령”으로서 이 헌법이 제정된 이후에는 이 헌법에 저촉되지 않는 범위 내에서만 효력을 갖게 되었다. 다만 1948년 헌법에 저촉되지 않는 범위 내에서만 갖게 되는 효력은 원칙적으로 이 헌법 제정 이후에 앞으로 미군정 법령이 가지게 될 ‘장래효’와 관련되어 있고, 이 헌법 제정 이전에 이미 미군정의 포고와 법령이 가지고 있던 효력에 대한 ‘소급효’와 관련되지는 않는다. 미군정의 포고와 법령이 1948년 헌법에 저촉된다고 하더라도 그 효력을 소급적으로 부인할 수는 없다는 것이 헌법적 원칙인 것이다. 따라서 원칙적으로 1948년 헌법은 이전부터 계속해서 효력을 가지고 있던 미군정의 포고와 법령의 위헌성 여부를 판단할 수 있는 기준이 될 수는 있지만 이 헌법에 위배되는 미군정의 포고와 법령의 효력을 소급적으로 상실시키지는 못한다. 물론 이러한 불소급 원칙을 상대적인 것으로 이해할 경우 소급적 효력 상실이라는 예외를 인정할 수 있는 여지가 없는 것은 아니다.³⁷⁾ 그러나 불소급 원칙을 절대적인 것으로

36) 1949년 「계엄법」 제6조, 제7조; 이러한 임시 계엄 선포 제도는 1981년 「계엄법」 개정을 통해 삭제된 바 있다.

37) 헌법재판소는 “소급입법은 새로운 입법으로 이미 종료된 사실관계 또는 법률관계에 작용케 하는 진정소급입법과 현재 진행중인 사실관계 또는 법률관계에 작용케 하는 부진정소급입법으로 나눌 수 있는바, 부진정소급입법은 원칙적으로 허용되지만 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 사이의 교량과정에서 신뢰보호의

이해하거나 예외 인정을 엄격하게 적용할 경우 1948년 헌법이 제정되기 이전의 미군정의 포고와 법령은 다른 판단기준, 이를테면 군정의 실시에 관한 ‘국제법규’가 존재하는 경우에 이에 따라 미군정의 포고와 법령의 위법성을 판단하여 소급적으로 효력을 상실시킬 수 있을 뿐이다.

2. 정부수립 이후의 포고와 계엄 포고에 대한 판단기준

(1) 절차적 판단기준

1) 계엄법 제정 이전

1948년에 제정된 헌법에서부터 대통령에게는 ‘계엄선포권’과 ‘국군통수권’이 부여되었다(헌법 제64조 및 제61조). 다만 대통령의 계엄선포권은 법률에서 정한 절차에 따라 행사될 수 있었는데 계엄과 관련된 절차를 규율하는 「계엄법」은 1949년 11월 24일에서야 비로소 제정되었다. 따라서 1948

관점이 입법자의 형성권에 제한을 가하게 되는데 반하여, 기존의 법에 의하여 형성되어 이미 굳어진 개인의 법적 지위를 사후입법을 통하여 박탈하는 것 등을 내용으로 하는 진정소급입법은 개인의 신뢰보호와 법적 안정성을 내용으로 하는 법치국가원리에 의하여 특단의 사정이 없는 한 헌법적으로 허용되지 아니하는 것이 원칙이고, 다만 일반적으로 국민이 소급입법을 예상할 수 있었거나 법적 상태가 불확실하고 혼란스러워 보호할 만한 신뢰이익이 적은 경우와 소급입법에 의한 당사자의 손실이 없거나 아주 경미한 경우 그리고 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우 등에는 예외적으로 진정소급입법이 허용된다.”(헌재 1999. 7. 22. 97헌바76 등, 판례집 11-2, 175, 193~194쪽)고 하여, 법률불소급원칙(소급입법금지원칙)은 진정소급입법에만 적용되고 부진정소급입법에는 적용되지 않는다는 것이 원칙이지만 진정소급입법의 경우에도 법률불소급원칙이 적용되지 않는 예외 및 부진정소급입법의 경우에도 법률불소급원칙이 적용될 수 있는 예외가 존재한다고 본다. 진정소급입법의 경우에도 법률불소급원칙이 적용되지 않는 예외로서 헌법재판소는 재조선 일본인 재산의 처리 및 귀속에 관하여 규율하고 있던 재조선미국육군사령부 군정령 법령 제2호는 당시의 법적 상태가 매우 불확실하고 혼란스러웠으므로 재조선 일본인이 한반도 내에서 가지고 있던 재산권에 대한 신뢰는 헌법적으로 보호할 만한 가치가 인정되기 어렵고, 오히려 일본인들이 불법적인 한일합병조약으로 조선에서 축적한 재산을 향후 수립될 대한민국에 이양하는 공익은 일본인들의 재산권에 대한 신뢰보호의 이익보다 크기 때문에 불소급원칙의 예외가 인정된다고 실시하였다(헌재 2021. 1. 28. 2018헌바88, 판례집 33-1, 20, 28쪽 이하 참조).

년 헌법 제정 이후에 대통령이 선포한 계엄은 「계엄법」 제정 이전과 이후로 구분되어 평가되어야 한다. 「계엄법」이 제정된 1949년 11월 24일 이전에 대통령이 선포한 계엄의 경우에는 법률적 근거 없이 발동되었다는 점에서 평가되어야 하지만 그 이후에 대통령이 선포한 계엄의 경우에는 당시에 시행되고 있던 「계엄법」에 대한 합법성의 관점에서 평가되어야 하는 것이다. 이에 따르면 1948년 여순사건과 관련되어 같은 해 10월 25일에 선포된 계엄 및 1948년 제주4·3사건과 관련해서 같은 해 11월 17일에 선포된 계엄이 대표적으로 「계엄법」이 제정되지 않은 상태에서 선포된 것으로 법률적 근거가 없다는 점에서 법률유보원칙의 측면에서 합법성(합헌성)에 대한 의문이 제기될 수 있다. 헌법에 따라 대통령에게는 계엄선포권이 부여되어 있지만 헌법은 계엄에 관한 절차를 법률에 유보하고 있으므로 이러한 헌법적 요청에 따라 대통령의 계엄선포권 행사는 반드시 계엄에 관한 법률의 제정을 전제로 해야만 하기 때문이다.

2) 계엄법 제정 이후

1949년 11월에 제정된 「계엄법」에 따르면 대통령이 계엄을 선포하는 경우에는 경비에 필요한 ‘지역’을 구획하여야 하고, 계엄선포의 ‘이유’, ‘종류’, ‘시행지역’ 또는 ‘계엄사령관’을 공고하여야 한다(같은 법 제1조).³⁸⁾ 그리고 비상계엄지역 내에서는 계엄사령관이 군사상 필요할 때에는 체포, 구금, 수색, 거주, 이전, 언론, 출판, 집회 또는 단체행동에 관하여 ‘특별한 조치’를 취할 수 있으며, 다만 계엄사령관은 조치내용을 ‘미리 공고’하여야 한다(같은 법 제13조).³⁹⁾ 따라서 대통령이 계엄을 선포했다고 하더라도 계엄

38) 현행 「계엄법」에서도 대통령이 계엄을 선포할 때에는 그 이유, 종류, 시행일시 및 계엄사령관을 공고하도록 규정하고 있다(같은 법 제3조).

39) 현행 「계엄법」에 따르면 비상계엄지역에서 계엄사령관은 군사상 필요할 때에는 체포, 구금, 압수, 수색, 거주, 이전, 언론, 출판, 집회, 결사 또는 단체행동에 대하여 특별한 조치를 취할 수 있으며 그 조치내용을 미리 공고하여야 한다(같은 법 제9조 제1항). 현행 헌법은 비상계엄이 선포된 경우에 법률이 정하는 바에 의하여 영장제도, 언론·출판·집회·결사의 자유, 정부나 법원의 권한에 관하여 특별한 조치를 취할 수 있도록 규정하고 있으므로(헌법 제77조 제3항) 「계엄법」은 헌법에 의하여 법률에 유보된 내용을 구체화하는 법률로 이해할 수 있다.

사령관이 취할 수 있는 특별한 조치는 반드시 미리 공고(사전공고)되어야 한다. 「계엄법」에 따라 대통령이 헌법으로부터 부여받은 계엄선포권을 적법하게 행사하였다고 하더라도 계엄사령관이 사전공고 없이 기본권에 대한 특별한 조치를 취하면 위법한 조치로 판단받을 수 있는 것이다. 따라서 한국전쟁(6·25전쟁) 당시 선포된 계엄에 따라 취해진 104건의 특별한 조치들의 경우에 사전공고 없이 그러한 특별한 조치가 취해졌다면 위법한 조치로 평가할 수 있다.

대통령의 계엄선포권은 1948년 헌법을 포함하여 현행 헌법에 이르기까지 ‘국무회의의 의결 또는 심의’를 거쳐야 행사될 수 있다. 따라서 「계엄법」이 제정된 경우에 대통령은 헌법과 법률에 근거하여 계엄을 선포할 수 있다고 하더라도 국무회의의 의결이나 심의를 거쳐 계엄을 선포해야만 헌법에 위반되지 않는 계엄선포권의 행사가 된다. 이처럼 대통령에게 부여된 계엄선포권의 헌법적 정당성에 영향을 미치는 필수적 절차로서 국무회의의 의결이나 심의는 반드시 계엄의 선포 이전에(사전에) 필수적으로 거쳐야 하는 절차이므로 국무회의의 의결이나 심의 이후에 비로소 행사된 대통령의 계엄선포권만이 헌법적 정당성을 가진다. 따라서 국무회의의 의결이나 심의 이전에 행사된 대통령의 계엄선포권은 헌법적 정당성을 갖지 못할 뿐만 아니라 비록 사후적으로 국무회의의 의결을 거치더라도 그 이전에 선포된 계엄의 법적 흠결을 사후적으로 치유하지는 못한다고 보아야 한다. 다만 당시 「계엄법」에 따르면 교통, 통신의 두절로 인하여 대통령의 계엄선포를 기다릴 여유가 없을 때에는 당해 지방을 관할하는 군사책임자에게 임시로 계엄을 선포할 수 있는 권한이 부여되었고(같은 법 제6조), 이러한 임시계엄을 선포한 경우에 반드시 사후에 대통령의 추인을 받아야 했다(같은 법 제7조). 따라서 임시계엄이 선포될 수 있는 상황에서는 당시 헌법의 필수요건으로 규정되는 국무회의의 의결이 예외적으로 계엄선포의 절차적 요건이 되지 않는다.

(2) 형식적 판단기준

미군정의 포고와 법령의 법적 성격에 대해서는 여전히 논란이 되고 있

지만 범죄와 형벌을 규율하는 법규범에 해당한다는 사실은 명백하기 때문에 당연히 명확성원칙이 요구된다고 보아야 한다. 예를 들어 「태평양 미국 육군총사령부 포고(맥아더 포고)」 제2호의 경우에 “항복문서의 조항 또는 태평양미국육군최고지휘관의 권한 하에 발한 포고, 명령, 지시를 범한 자, 미국인과 기타 연합국인의 인명 또는 소유물 또는 보안을 해한 자, 공중치안, 질서를 교란한 자, 정당한 행정을 방해하는 자 또는 연합군에 대하여 고의로 적대행위를 하는 자”에 대하여 사형까지도 가능한 형벌을 부과한다고 매우 간단하게 규정하고 있다. 이러한 미군정의 「태평양 미국육군총사령부 포고(맥아더 포고)」 제2호는 헌법적 지위를 가진다고 볼 수는 없지만 당시 해방 직후 정부가 없는 한국의 매우 혼란한 사회적 상황을 고려할 때 적어도 최고법이나 기본법으로서 법률적 지위를 가진다고 볼 수도 있는데 헌법 재판소의 판례에 따르면 이와 같은 법률적 지위를 가진 법규범은 엄격한 명확성의 정도가 요구된다. 그럼에도 불구하고 한반도 이남에서 발생하는 모든 범죄와 형벌에 대하여 규율하는 「태평양 미국육군총사령부 포고(맥아더 포고)」 제2호에 포함된 문구는 매우 포괄적이고 추상적이어서 목적론적 해석방법이나 체계적 해석방법을 동원하더라도 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인조차도 그 일의적 의미를 이해할 수 없고 자의적인 법해석과 법집행을 가능하게 만들 정도로 불명확한 까닭에 법률명확성원칙에 위반된다고 볼 수 있다.⁴⁰⁾

또한 계엄의 법적 성격에 대해서도 논란이 있지만 앞서 검토한 대로 대법원이 법규명령으로 이해하고 있는 ‘1979년 부마민주항쟁 계엄 포고 제1호(1979. 10. 18.)’의 경우에도 “일체의 집회·시위·기타 단체활동과 유언비어를

40) 명확성원칙의 위반 여부를 판단할 때 ‘건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람’이 기준이 되어야 한다는 점은 헌법재판소의 결정에서도 분명하게 실시되고 있다. 헌재 2012. 12. 27. 2012헌바46, 판례집 24-2하, 497, 502~503쪽: “처벌법규의 구성요건과 형벌을 단순한 의미의 서술적인 개념에 의하여 규정하도록 요하는 것은 아니며, 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 그 점만으로 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성원칙에 반드시 배치되는 것이라고 볼 수 없다. 즉 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이 처벌법규의 적용대상자가 누구이며 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 어떠한 형벌을 받는지 충분히 알 수 있다면 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않는다.”

날조·유포하는 행위, 국론분열 언동, 정당한 이유 없는 직장이탈이나 태업행위를 금지하고, 언론·출판·보도·방송은 사전 검열을 받아야 하며, 각 대학은 당분간 휴교 조치를 하고(제1항 내지 제5항), 이를 위반한 자는 영장 없이 체포·구금·압수·수색한다(제7항)는 것”을 내용으로 하고 있는데 “유언비어”, “국론분열”, “당분간” 등의 문구는 법관이 다양한 해석방법을 활용하여 법규범을 전체적이고 체계적으로 해석한다고 해도 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인의 관점에서 일의적 의미가 확인될 수 있을 정도의 명확성을 가지고 있지는 않다고 판단된다.

(3) 실질적 판단기준

비례성원칙은 기본권을 제한하는 모든 국가작용에 대하여 헌법적 한계로 제시되는 원칙이므로 1948년 헌법 제정 이후에도 계속해서 효력을 유지하고 있었던 「태평양 미육군총사령부 포고(맥아더 포고)」 및 미군정의 법령에 대한 위헌성을 판단하는 기준으로 적용될 수 있다.⁴¹⁾ 또한 계엄에 관한 절차와 권한의 법률적 근거로서 1949년 11월에 제정된 「계엄법」 그 자체뿐만 아니라 이 법률에 근거하여 계엄사령관이 취하는 특별한 조치도 비례성원칙에 따라 판단될 수 있다. 예를 들어 앞에서 이미 살펴본 대로 ‘1979년 부마민주항쟁 계엄 포고 제1호(1979. 10. 18.)’는 “일체의 집회·시위·기타 단체활동과 유언비어를 날조·유포하는 행위, 국론분열 언동, 정당한 이유 없는 직장이탈이나 태업행위를 금지하고, 언론·출판·보도·방송은 사전 검열을 받아야 하며, 각 대학은 당분간 휴교 조치를 하고(제1항 내지 제5항), 이를 위반한 자는 영장 없이 체포·구금·압수·수색한다(제7항)는 것”을 내용으로 포함하고 있다. 이처럼 일체의 집회와 시위 및 그밖에 단체활동을 전면적으로 금지한다는 점에서 과도한 기본권제한으로 과잉금지원칙의 위반을 의심하기에 충분하다. 특히 「계엄법」이 계엄선포의 요건으로 명시하고 있는 “군사상 필요할 때”는 “전쟁 또는 전쟁에 준하는 사변으로 국가의 존립이나 헌법의 유지에 위해가 될 만큼 극도로 사회질서가 혼란해진 상태

41) 비례성원칙의 구체화에 대한 자세한 설명은 이준일, “헌법적 원칙으로서 과잉금지원칙과 과소금지원칙의 접점과 차이”, 『유럽헌법연구』 제39호, 2022, 285쪽 이하 참조.

등이 현실적으로 발생하여 경찰력만으로는 도저히 비상사태의 수습이 불가능하고 군병력을 동원하여 그러한 상황에 이른 직접적인 원인을 제거하는 것이 반드시 필요하게 된 때”를 의미한다는 점에서 과잉금지원칙의 부분원칙인 목적의 정당성 원칙을 고려할 때 정당한 목적의 범위가 이미 법률에 의하여 한정되어 있다는 사실에 주목할 필요가 있다.

VI. 결 론

포고는 현재의 법체계상 명확하게 정립된 범형식이 아니며 공고, 공포, 선포 등 여러 의미를 갖는데 미군정 법령의 한 유형으로 활용되었다. 미군정기의 포고로는 태평양미국육군총사령관 맥아더 포고와 재조선미국육군사령관 하지의 포고가 핵심적인 포고로 확인되며, 이러한 포고가 여러 미군정 법령 성립의 근거가 되었다. 또한 국가비상사태에 군이 행정과 사법을 관장하면서 주어진 임무를 달성하기 위한 ‘특별한 조치’들이 계엄사령관의 계엄 포고라는 형식으로 발령되었다. 이처럼 1945년 해방 후 미군정기의 포고와 1948년 헌법 제정 이전과 이후의 계엄 포고는 공통적인 용어를 사용하고 있기는 하지만 그 법적 근거와 성격, 기능에 있어서 차이가 있기 때문에 구분이 필요하다.

「태평양 미국육군총사령부 포고(맥아더 포고)」를 비롯한 당시 법령은 스스로 조선인의 인권 보장을 목적으로 미군의 한반도 진주를 정당화하고, 이를 위한 여러 법치국가적 제약을 명시적으로 제시하고 있었다. 따라서 이를 준수하지 않고 죄형법정주의를 일탈한 방식으로 「태평양 미국육군총사령부 포고(맥아더 포고)」 제2호를 형사재판에 활용한 것은 미군정기 법령의 기준에서도 정당화될 수 없다. 또한 「태평양 미국육군총사령부 포고(맥아더 포고)」는 1948년 헌법 제100조에 의해 효력이 인정되는 현행법령에 해당하지 않는다는 점, 1948년 헌법이 보장하는 여러 기본권에도 저촉된다는 점에서 1948년 헌법 제정 이후에도 「태평양 미국육군총사령부 포고(맥아더 포고)」를 재판의 준거로 활용할 경우 이는 헌법에 반하는 행위라

고 할 수 있다.

1945년 8월 15일 해방 이후 선포된 계엄은 ① 미군정기 계엄과 ② 1948년 헌법 제정 이후부터 「계엄법」 제정 이전의 기간, ③ 「계엄법」 제정 이후 기간 등 규범 질서의 부분적 체계가 변화하는 시기에 따라 구분될 필요가 있다. 이러한 구분에 따라 1) 미군정기의 계엄은 미군정의 특수성을 고려할 때 미군정기의 다른 특별군정재판과 동일한 관점에서 그 재판의 적법성을 검토하면 된다는 점, 2) 1948년 헌법 제정 이후 「계엄법」 제정 이전의 경우 실정헌법의 근거와 체계에 따라 계엄선포가 이뤄졌어야 함에도 구일본 「계엄령」을 토대로 계엄을 선포했다는 점에서 헌법에 저촉되는 행위로 이에 기초한 계엄 포고도 적법성을 상실하였다는 점, 3) 「계엄법」 제정 이후의 계엄 포고가 법규명령의 성격을 가질 경우 헌법과 법률이 정한 발동요건, 헌법상 죄형법정주의의 명확성원칙 및 영장주의원칙 등을 위반하거나 헌법상 보장된 기본권을 침해한다면 위헌이고 위법하여 무효라는 점 등을 제시할 수 있다.

이상으로 해방 이후 ‘포고’라는 법 형식에 근거하여 이뤄진 여러 층위의 정치군사적 또는 국가적 공권력 행사에 대한 법적 쟁점과 판단 기준을 정리해 보았다. ‘포고’ 혹은 ‘포고령’이라는 이름으로 행사된 여러 공권력의 작용은 지금의 헌법과 법치국가 원리의 관점에서는 허용될 수 없는 것이 분명하다. 물론 ‘포고’라는 법형식을 활용할 수밖에 없었던 과거의 시대적 특수성이 고려될 필요성이 없는 것은 아니다. 그러나 중요한 것은 시대적 특수성만으로 국가적 작용을 위시한 공권력에 의한 자의적 폭력의 행사나 법률상 근거를 두지 않은 기본권 제약 행위가 정당화될 수는 없다는 것이다. 해방 이후 여러 단계의 선상에서 기본권 제약 행위의 근거로 활용되었던 ‘포고’라는 법형식에 대한 헌법적 분석과 평가 작업은 ‘시대적 특수성’이라는 논리로 국가로부터 외면당한 국민의 억울함을 무마하려는 시각에 대해서 적어도 문제를 명확하게 하고, 시대적 특수성과 형량해야 하는 인권 침해가 무엇인지를 드러내 보이기 위한 출발점이라고 할 수 있다. 적어도 진실화해위원회의 과거사 진실규명 작업에서는 해방 이후 활용된 여러 ‘포고’와 같이 법형식적 외관이나 사실상의 강제력을 갖췄다는 점만을 근거로 국가 폭력 피해자의

26 해방 이후의 포고에 대한 헌법적 분석과 평가

주장이 외면되어서는 안 될 것이며, 헌법적 관점에서 개별적으로 행사되는 국가적 작용으로서 공권력의 법적 근거에 관한 정당성 평가가 함께 이뤄져야 할 것이다. 그리고 그 기준으로서 앞서 살펴본 법률유보원칙, 죄형법정주의, 영장주의, 명확성원칙, 비례성원칙 등 기본권 보장에 관한 절차적, 형식적, 내용적 측면의 여러 헌법상 원칙들이 활용될 수 있을 것이다.

해방 이후의 포고에 대한 헌법적 분석과 평가 - 남 중 권·이 승 택·이 준 일	수령 날짜	심사개시일	계재결정일
	2023.05.30.	2023.06.01.	2023.06.26.

[참고문헌]

1. 단행본

- 김도창, 계엄론, 박영사, 1968.
 김무용, 한국 계엄령 제도의 역사적 기원과 변천, 선인, 2015.
 김춘수, 한국 계엄의 기원, 선인, 2018.
 민사 군정감실 계엄사 편집위원회(民事 軍政監室 戒嚴史 編輯委員會), 戒嚴史, 육군본부(陸軍本部), 1976.
 서중석, 전환기 현대사의 역사상, 역사비평사, 2021.
 육군본부(陸軍本部), 陸軍法務關係法令 及 例規集, 육군본부, 1953.
 이길상, 美軍政廳官報 1~4(영인본), 원주문화사, 1991.
 이혜숙, 미군정기 지배구조와 한국사회, 선인, 2008.
 재조선 미국육군사령부 군정청(在朝鮮 美國陸軍司令部 軍政廳) 엮음, 在朝鮮 美國陸軍司令部 軍政廳 法令, 1946.
 조기안, 미군정기의 정치행정체제-구조분석: 조직, 법령, 자원을 중심으로, 아람, 2003.
 한국정치외교사학회 엮음, 한국정치와 헌정사, 한울아카데미, 2001.
 한국법제연구회(韓國法制研究會) 엮음, 美軍政法令總覽, 1: 국문판(國文版), 1971.

2. 논문

- 김창록, “1948년 헌법 제100조: 4·3계엄령을 통해 본 일제법령의 효력”, 「법학연구」(부산대학교 법학연구소) 제39권 제1호, 1998, 477~493쪽.
 남중권, “모든 군인의 인권과 상관의 명령권 -기본권과 지휘권의 관계-”, 「인권법평론」(전남대학교 공익인권법센터) 제30호, 2023, 3~47쪽.
 박종보, “계엄제도에 관한 비교법적 고찰 -미국을 중심으로-”, 「법학논총」(한양대학교 법학연구소) 제23집 제2호, 2006, 1~27쪽.
 백운철, “일제치하에서 계엄법”, 「세계헌법연구」(세계헌법학회한국학회) 제18권 제2호, 2012, 49~71쪽.
 오병현, “계엄법(戒嚴法)의 기원과 문제점”, 「사법행정」(한국사법행정학회) 제35권 제1호, 1994, 58~65쪽.
 이경주, “미군정기의 과도입법의원과 조선임시약헌”, 「법사학연구」(한국법사학회) 제23호, 2001, 139~163쪽.
 이상철, “계엄법에 관한 문제점 고찰”, 「안암법학」(안암법학회) 제12호, 2001, 29~56쪽.
 이준일, “헌법적 원칙으로서 과잉금지원칙과 과소금지원칙의 접점과 차이”, 「유럽헌법연구」(유럽헌법학회) 제39호, 2022, 283~322쪽.
 이춘선, “해방직후 미군정에 대한 국제법적 검토-한국의 국가성과 제주4.3사건을 중심으로-”, 「국제법학회논총」(대한국제법학회) 제62권 제2호, 2017, 177~199쪽.
 최경옥, “美軍政法令에 관한 研究”, 「법사학연구」(한국법사학회) 제29호, 2004, 135~173쪽.

3. 기타

- 국가기록원(<https://www.archives.go.kr>).
 국가법령정보센터(<https://www.law.go.kr>).
 국립국어원 표준국어대사전(<https://stdict.korean.go.kr>).
 제5회 국회임시회의속기록 제19호, 단기 4282년 10월 12일.
 한국민족문화대백과사전(<http://encykorea.aks.ac.kr>).

【국문초록】

8·15광복 이후 한반도를 분할 점령한 미군은 이른바 ‘맥아더 포고’로 불리는 「태평양 미국육군총사령부 포고」를 발령하여 미군정을 수립하고 한반도 이남 지역에서 군정 통치를 시작했다. 그리고 정부 수립 이후 한국의 역사적 전환 시기에는 사회적 혼란 수습을 명분으로 계엄이 선포되었고 계엄 포고를 토대로 여러 ‘특별한 조치’가 실시되었다. 이와 같이 해방 이후 대한민국 정부 수립과 헌정의 전개 속에서 ‘포고’라는 법형식이 다수 활용되었다고 할 수 있는데 이러한 포고의 법적 성격과 효력에 관한 헌법적 분석과 평가는 충분하지 않은 실정이다. 본 연구는 광복 이후 한국 헌정과 관련하여 활용된 포고라는 법형식의 현황을 정리하고, 그 법적 성격과 효력 및 헌법적 판단 기준을 검토하고자 한다.

이러한 검토 결과 우선 미군정기의 포고와 계엄 포고는 공통적인 용어를 사용하고 있기는 하지만 그 법적 근거와 성격, 기능에 있어서 차이가 있기 때문에 구분이 필요하다. 미군정 포고는 미군정이 한반도 통치를 위해 활용한 다른 미군정 법령들과 함께 체계적으로 인식될 필요가 있으며, 구체적인 사례에서 적용된 법규범의 성격을 실질적 기능과 역할에 따라 그 정당성을 판단할 필요가 있다. 특히 맥아더 포고의 경우 미군정기 군정 설립의 근거이자 군정 운영의 최고 규범적 지위와 성격을 갖는다고 할 수 있다. 하지만 이러한 맥아더 포고를 대한민국헌법 제정 이후에도 재판의 준거로 활용하는 것은 헌법에 반하는 것이라고 평가할 수 있다.

계엄 포고의 경우 계엄 상황에서 발령되는 특별한 조치를 알리는 형식적 행위를 의미함과 동시에 특별한 조치를 통해 발생하는 기본권 제약의 근거 법령의 성격을 갖는다. 따라서 계엄 포고는 그 전제가 되는 계엄 선포 행위의 법적 근거를 통해 일차적으로 형식적 정당성이 확인되어야 하며, 계엄 선포에 법적 근거가 있다고 하더라도 계엄 포고 자체가 필요한 경우에 한하여 적정한 목적과 내용을 갖고 있는지를 검토하여 실질적 정당성을 확인하여야 한다. 이러한 관점에서 헌법에 따른 절차적, 형식적, 실질적 원칙들을 준수하지 않는 계엄 선포는 위법한 것이며, 적법한 계엄 선포가 있었다고 하더라도 계엄 포고 자체가 헌법상 준수해야 할 원칙을 위반하였다면 무효라고 할 수 있다.

【Abstract】

Constitutional Analysis and Evaluation of the
Proclamations Issued after the Liberation of Korea

Joong-Kweon Nam

(Lect. Dr. Korea University Institute for General Education)

Seung Taek Lee

(Assist. Prof. Dr. Chungnam National University School of Law)

ZOONIL YI

(Prof. Dr. Korea University School of Law)

The U.S. military, which divided and occupied the Korean Peninsula after the Liberation of Korea on August 15, 1945, issued so-called ‘the MacArthur Proclamation’, which established the U.S. military government and initiated military rules in the southern part of the Korean Peninsula. During the historical transition period after the establishment of the Korean government, martial law was declared in the name of restoring social order, and various ‘special measures’ were implemented based on the martial law proclamation. As such, it can be said that the legal form of ‘proclamation’ has been utilized in the development of the Korean government and constitution since the Liberation, but there has been insufficient constitutional analysis and evaluation of the legal nature and effect of such proclamations. This study aims to summarize various legal forms of proclamations, which have been used in connection with the Korean constitution since the Liberation, and to examine not only their legal nature also the constitutional standards for reviewing them.

This article follows that it is necessary to distinguish between the

U.S. Military Government Proclamation and the Martial Law Proclamation due to their differences in legal basis, nature, and function. U.S. military Government proclamations should be systematically recognized alongside other U.S. military Government statutes utilized to govern the Korean Peninsula. And the legitimacy of the legal norms applied in specific cases needs to be judged according to their actual function and role. In particular, the MacArthur Declaration is the basis for the establishment of the U.S. military government and has the highest normative status and character for military government operations. However, it is unconstitutional to use the MacArthur Proclamation in a trial even after the enactment of the Korean Constitutional Law.

A proclamation of martial law means a public announcement of the extraordinary measures to be imposed during martial law enforcement. At the same time, it has the characteristic of the basis for the restriction on fundamental rights imposed by the extraordinary measures. Hence a proclamation of martial law must be justified by the legal basis and legitimacy of the act declaring martial law on which it is premised.

Even if the declaration of martial law is justified in a formal aspect, its legitimacy must be verified by examining whether the martial law itself has an appropriate purpose and content, and whether it is necessary and compatible with fundamental human rights. From this perspective, a martial law declaration that does not comply with various formal and substantive constitutional principles is unlawful. In other words, even if a declaration of martial law is formally legal, the martial law itself which is proclaimed can be unconstitutional and invalid if it violates in a variety of the principles of constitutional law.

주제어(Keyword) : 군정(military government), 계엄(martial law), 포고(proclamation), 사령관의 입법(legislation issued by commander), 한국헌정사(Korean constitutional history)

무효인 가등기의 유용으로 취득한 자기 소유 부동산에 대한 등기부시효취득과 등기부상 이해관계 있는 제3자의 지위

- 대상판결 : 대법원 2022. 7. 28. 선고 2017다204629 판결

윤진호* · 최은석** · 김제완***

▶ 목 차 ◀

I. 대상판결	3. 자기 소유 부동산에 대한 시효
1. 사안의 개요 및 쟁점	취득
2. 판시사항	4. 시효취득 효과의 소급효와
II. 평석	원시취득성
1. 문제의 제기	5. 대상판결에의 적용
2. 무효등기 유용과 등기상 이	III. 결론
해관계 있는 제3자의 지위	

I. 대상판결

1. 사안의 개요와 쟁점

(1) 사안의 개요

대상판결의 사안의 개요는 다음과 같다.

* 제1저자, 법률사무소 서울중원 변호사, 고려대학교 대학원 박사과정 수료.

** 공동저자, 법무법인 중심 변호사, 고려대학교 대학원 박사과정 수료.

*** 교신저자, 고려대학교 법학전문대학원 교수.

甲 상호신용금고는 1995. 12. 23. A에게 130,000,000원을 대여하였고, B는 같은 날 위 채무에 관하여 연대보증하였다.¹⁾

乙 상호신용금고는 1999. 10. 11.자 계약이전결정에 따라 甲 상호신용금고의 A 및 B에 대한 위 대여금채권을 양도받았고, 甲 상호신용금고는 그 무렵 A 및 B에게 이를 통지하였다. 乙 상호신용금고는 A 및 B를 상대로 2000. 11. 7. 양수금 청구의 소를 제기하였고, 위 법원은 2001. 2. 27. “피고들은 연대하여 원고에게 금 84,032,776원 및 이에 대한 지연손해금을 지급하라”는 원고 전부 승소판결을 선고하였으며, 위 판결은 2001. 3. 29. 확정되었다.

원고 X는 2001. 12. 31. 乙 상호신용금고와의 합병에 따라 A 및 B에 대한 위 채권을 양수하게 되었다. 그 후 원고 X는 2005. 8. 29. B 소유의 이 사건 부동산에 관하여 가압류등기(이 사건 가압류등기)를 경료하였다.

한편, B는 위 가압류 이전인 1985. 11. 25. Y에게 이 사건 부동산에 관하여 매매예약을 원인으로 한 소유권이전청구권가등기(이 사건 가등기)를 경료해 주었던 바 있다. Y는 원고 X의 이 사건 가압류등기 직후 무렵인 2005. 9. 22.²⁾ 이 사건 가등기에 기한 본등기(이 사건 본등기)를 하고 그 무렵 점유를 개시하였으며, 이로 말미암아 2005. 10. 24. 원고 X의 이 사건 가압류등기가 직권으로 말소되었다. 그 후 Z는 Y로부터 이 사건 부동산을 매수하고 2015. 7. 3. 소유권이전등기를 경료하였다.

한편, 원고 X는 2011. 1. 12. A 및 B를 상대로 잔여원금, 미징구이자, 미수이자 등 합계 317,284,412원 및 그 중 일부 금원에 대한 지연손해금을 구하는 양수금 청구의 소를 제기하였고, A 및 B에 대하여 이행권고결정이 확정되었다.

위와 같은 사안에서, 문제는 이 사건 가등기에서 매매예약 완결권이 제척기간의 경과로 이미 소멸하였었다는 데에 있었다. 이에 원고 X는 이 사건 가등기가 피보전권리가 소멸하였으므로 무효이고, 그에 터잡아 이루어진 Y

1) 원래는 연대보증인이 B 등 4명이나, 사안의 간명한 이해를 위해 본 평석의 쟁점과 직접적인 관련이 없는 나머지 연대보증인은 생략하도록 한다.

2) 대상판결에는 “2005. 9. 15.”로 되어 있으나, 이는 1심판결과 원심판결에서 실시된 사실관계 내용에 비추어 “2005. 9. 22.”의 오키로 보인다.

명의를 본등기 및 Z 명의의 이전등기는 모두 원인무효라는 점을 지적하며, ① B를 대위하여 Y와 Z를 상대로 위 각 등기의 말소를, 그리고 항소심에서 이에 추가하여 ② Z에 대해서 이 사건 가압류등기의 회복에 대한 승낙을 구한 사안이다.

(2) 쟁점

대상판결 사안의 쟁점은, 우선 무효등기의 유용과 등기부상 이해관계 있는 제3자의 지위이다.

먼저, 이 사건 가등기가 피보전권리가 소멸하였으므로 무효이고, 그에 터잡아 이루어진 Y 명의의 본등기 및 Z 명의의 이전등기는 모두 무효라는 X의 주장에 대하여, Y와 Z는 Y가 B와 가등기 유용 합의를 하고 이에 따라 Y 명의로 본등기 및 Z 명의의 이전등기를 마친 것이므로 유효라는 취지로 항변하였다. 따라서 유용의 합의에 의하여 위 가등기 및 본등기가 유효로 될 수 있는가 하는 점이 대상판결의 첫 번째 쟁점이다.

다음으로, 원고 X는 설령 가등기 유용의 합의를 인정하더라도 그 전에 이 사건 부동산에 가압류결정을 받아 가압류 등기를 마쳐 등기부상 이해관계를 가지게 된 원고 X에 대하여는 위 합의가 효력이 없다고 주장하였다. 즉 그와 같이 유용의 합의를 인정하는 경우 Y의 등기와 이에 기초한 Z 명의 소유권이전등기는 유효라고 할 수 있겠지만 가압류채권자인 X는 등기부상 이해관계 있는 제3자로서, 그에게는 무효등기의 유용으로 대항할 수 없는 것으로 평가될 수 있기 때문이다. 따라서 여기서 무효등기의 유용으로 가등기 및 본등기가 유효한 것으로 인정되는 경우에도, X가 등기부상 이해관계 있는 제3자로서 그 법적 지위가 보호될 수 있는지 여부가 문제된다. 다만 X는 위 가등기 유용 합의의 무효를 주장함에 있어서 ‘B를 대위하여’ 주장한 것인바, 이와 같이 대위청구된 경우에도 X의 등기부상 이해관계 있는 제3자 주장이 그대로 유지될 수 있는지 여부도 추가적으로 문제되었다. X는 항소심에서 Z에 대해 예비적으로 가압류등기의 회복을 주장하였는데, 가압류권자인 X는 등기부상 이해관계 있는 제3자로서, 무효등기의 유용으로 대항할 수 없는 것으로 평가될 수 있어, X의 가압류등기의 직권말소는 법률상 원인

없이 이루어져 무효가 아닌지 문제가 되기 때문이다. 그리하여 X는 이 사건 부동산의 소유자인 Z는 등기상 이해관계 있는 제3자로서 가압류등기의 말소회복등기절차에 대한 승낙의 의사표시를 할 의무가 있다면서 Z에게 그 승낙을 청구한 것이다.

마지막으로, 자기 소유 부동산에 대한 시효취득의 가부와 그 효력이 문제되었다. 위와 같이 X가 가압류등기의 회복을 주장함에 대해, Z는 자신이 등기부시효취득으로 ‘아무런 제한이 없는 소유권’을 취득하였으므로, 가압류등기의 회복에 승낙할 의무가 없다는 취지로 항변하였다. 이에 대해 X측으로는 Z가 점유한 것은 자기 소유 부동산에 대한 점유로서, 시효취득의 기초가 되는 점유가 될 수 없으므로 시효취득이 인정될 수 없다는 취지로 다투었다.

2. 판시사항

(1) 제1심

1심은 원고 X의 청구를 모두 인용하였다.³⁾ 즉, 피고 Y가 이 사건 매매예약이 성립한 1985. 11. 21.로부터 10년이 경과할 때까지 이 사건 매매예약완결권을 행사하지 않음으로써 이 사건 매매예약 완결권은 그 제척기간이 경과되어 소멸되었다고 보았다. 따라서 원고 X가 B를 대위하여 이 사건 가등기와 본등기 및 이전등기의 각 말소를 구하는 사건에서, 피고 Y, Z는 B에게 원인무효인 이 사건 각 등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다고 판단하였다. 그러면서 이에 대한 피고 Y의 시효이익 포기 주장과 피고 Z의 선의취득 주장은 이유없다고 보았다.⁴⁾ 이에 대해 피고들이 항소하였다.

3) 대전지방법원 2016. 7. 6. 선고 2015가단225544 판결.

4) 피고 Y는 이 사건 부동산에 관하여 피고 Y 명의의 본등기가 경료될 무렵인 2005. 9. 7.경 B가 가등기에 기한 본등기를 용인하겠다는 취지로 매매계약서를 작성해 준 사실이 있다고 하면서 B가 시효이익을 포기하였음을 전제로 원고 X의 피대위권리가 소멸하였다는 취지로 주장하였으나, 1심은 이를 받아들이지 않았다. 이 사건 매매예약 완결권은 소멸시효가 아니라 제척기간에 의하여 소멸하는 권리로써 시효이익을 포기할 수 없기 때문이라는 것이다. 또한 피고 Z는 자신은 부동산중개사무실에서 선의로

(2) 원심

항소심에서도 원고 X는 피고 Y에 대하여 1심과 마찬가지로 이 사건 매매예약 완결권은 그 제척기간이 경과되어 소멸되었으므로 피고 Y의 이 사건 가등기와 본등기는 원인무효로 말소되어야 한다는 주장을 유지하였고, 이에 대해서 피고 Y는 이 사건 가등기에 기초한 이 사건 본등기가 제척기간의 경과로 소멸한 매매예약완결권에 기초한 것이어서 원인무효라고 하더라도, 이 사건 본등기가 마쳐질 무렵인 2005. 9. 7. 당시 매도인인 B가 피고 Y에게 이 사건 부동산에 관하여 소유권이전등기를 경료해 줄 의사로 새로운 매매계약서를 작성해 준 이상, 이 사건 본등기는 실체관계에 부합하는 등기로서 유효하다고 주장하였다.

원심은, 이 사건 가등기가 실효된 이상 이에 기초한 이 사건 본등기는 이 사건 가등기를 유용하기로 합의한 후 마쳐진 것이라고 보고,⁵⁾ 이 때 피고 Y로서는 이러한 가등기 유용의 합의로서 합의의 당사자인 B에게 대항할 수는 있을 것이나, 이 사건 가등기에 의한 본등기 전에 이 사건 가압류등기를 마쳐 등기부상 이해관계를 가지게 된 원고 X에 대하여는 위 가등기 유용의 합의 사실을 들어 그 가등기 및 이에 기초한 본등기의 유효를 주장할 수는 없다고 보았다. 다만, 이와 같은 사유는 원고 X가 B를 대위하여 청구하는 이 사건에서 채무자인 B가 제3채무자인 피고 Y에 대하여 주장할 수 있는 사유가 아니라 채권자인 원고 X가 제3채무자인 피고 Y 사이에서 독자적으로 주장할 수 있는 사유일 뿐이므로, B를 대위하여 이 사건 가등기 등의 말소를 구하는 원고 X로서는 피고 Y에 대하여 위와 같은 사유를 주장할 수 없다고 보았다.⁶⁾

이 사건 부동산을 취득하였으므로 원고 X의 청구는 부당하다고 주장하였으나, 1심은 부동산에 있어서는 선의취득이 인정되지 아니하므로 피고 Z의 주장도 이유 없다고 보았다.

5) 대전지방법원 2016. 12. 13. 선고 2016나105785 판결.

6) 채권자대위권은 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사하는 것이므로, 제3채무자는 채무자에 대해 가지는 모든 항변사유로 채권자에게 대항할 수 있으나, 채권자는 채무자 자신이 주장할 수 있는 사유의 범위 내에서 주장할 수 있을 뿐 자기와 제3채무자 사이의 독자적인 사정에 기한 사유를 주장할 수는 없기 때문이라는 것이다(대법원 2009. 5. 28. 선고 2009다4787 판결 참조).

결국 원심은 피고 Y에 대해서는, 피고 Y는 B와의 가등기 유용의 합의로서, B를 대위하여 이 사건 가등기 및 본등기의 말소를 청구하는 원고 X에게 대항할 수 있으므로, 원고 X의 피고 Y에 대한 청구는 이유 없다고 보았다.⁷⁾

다음으로, 원고 X의 피고 Z에 대한 청구에 관하여, 주위적으로 이 사건 이전등기는 무효인 이 사건 본등기에 기초하여 마쳐진 것이므로 원인무효의 등기로서 말소되어야 한다고 주장한 부분에 관하여, 원심은 피고 Y에 대한 이유와 동일한 이유로 이를 기각하였다. 다만, 예비적으로 이 사건 가압류등기는 말소되지 아니하여야 할 등기로서 직권으로 회복되어야 하는데 피고 Z는 이 사건 부동산의 현재 소유자로서 이 사건 가압류등기가 회복될 경우 손해를 입을 우려가 있는 등기상 이해관계가 있는 제3자이므로 이 사건 가압류등기의 회복등기에 대하여 승낙할 의무가 있다고 주장한 부분에 관하여, 원심은 이를 인용하였다. 즉, 이 사건 가압류등기의 직권말소등기는 법률상 원인 없이 마쳐진 것이어서 무효이므로, 원고 X는 여전히 가압류권자라고 보았고, 그러므로 피고 Z는 이 사건 부동산의 소유자로서 이 사건 가압류등기가 회복될 경우 손해를 입을 우려가 있는 등기상 이해관계 있는 제3자에 해당하므로 원고 X에게 이 사건 가압류등기의 말소회복등기절차에 대하여 승낙의 의사표시를 할 의무가 있다고 판단하였다.

한편, 피고 Z는 원고 X의 ‘주위적 청구’에 대해서 시효취득의 항변을 한 바 있는데, 이에 대해 원심은 원고 X의 주위적 청구를 기각하고 ‘예비적 청구’에 대하여 인용 판단을 하면서 피고 Z의 위 시효취득의 항변에 대한 가정적 판단을 하였다. 즉, 피고 Z는 2005. 9. 22. 소유권을 취득한 피고 Y의 점유를 승계하여 2015. 7. 3. 이 사건 부동산의 소유권을 취득하였고, 현재까지 합계 약 11년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 선의이며 과실없이 이 사건 부동산을 점유하여 이 사건 부동산을 등기부시효취득 하였으므로, 이 사건 부동산에 대하여 아무런 제한 없는 소유권을 취득하였다는 취지로 항변하였었는데,⁸⁾ 이에 대해 원심은, 설사 피고 Z가 이 사건 부동산을 등기부시

7) 원고 X는 피고 Y에 대해서는 예비적 청구로서 말소회복등기에 대한 승낙청구는 하지 않았다.

8) 원고 X의 피고 Z에 대한 주위적 청구원인 자체가 인정되지 아니하였기 때문에 이

효취득 하였다고 하더라도, 피고 Y의 이 사건 부동산에 대한 점유개시일인 2005. 9. 22.에 소급하여 소유권을 취득하는 것이라 할 것인데, 이 사건 가압류등기는 위 점유개시일 이전에 마쳐진 것이어서, 피고 Z의 등기부취득시효 완성에 따른 소급효는 원고 X의 이 사건 가압류등기에 아무런 영향을 미치지 않으므로, 피고 Z의 항변은 이유 없다고 보았다.

결국 원심은 원고 X의 피고 Y에 대한 청구 및 피고 Z에 대한 주위적 청구는 이유 없다고 보았고, 피고 Z에 대한 예비적 청구는 이유 있다고 보아 인용하였다. 원심판결에 대해 원고 X는 상고하지 아니하였고, 피고 Z만이 상고하였다.

(3) 대상판결

피고 Z는 자신의 취득시효 완성으로 원고 X의 가압류가 소멸하였음을 상고이유로 주장하였다.⁹⁾ 이에 대해서 대법원은 원심과 같이 피고 Z의 위 취득시효 항변을 배척하는 결론을 유지하였지만, 그 이유는 서로 다르다. 대상판결에서는 시효취득이 인정되지 않으므로, 피고 Z의 승낙의무가 있다는 취지로 판시한 것이다.¹⁰⁾ 그 구체적인 이유로는 다음과 같은 점을 들었다.

우선 대상판결에서는, 자기 소유 부동산에 대한 시효취득의 가부에 관하여, 시효취득의 기초가 되는 점유에 관한 기존의 법리를 실시하였다. 즉, “부동산에 관하여 적법·유효한 등기를 하고 소유권을 취득한 사람이 자기 소유의 부동산을 점유하는 경우 특별한 사정이 없는 한 그러한 점유는 취득시효의 기초가 되는 점유라고 할 수 없다”고 실시하면서, 그 이유로 “이러한 경우에는 사실상태를 권리관계로 높여 보호할 필요가 없고, 부동산의 소유명의자는 부동산에 대한 소유권을 적법하게 보유하는 것으로 추정되어 소유권에 대한 증명의 곤란을 구제할 필요도 없기 때문이다”라고 실시하였다.

다음으로, 이와 같은 법리의 예외상황이 가능함을 실시하였다. 즉, “그

주위적 청구 부분에서는 피고 Z의 이 항변에 대한 판단은 이루어지지 아니하였다.

9) 그 밖에 피고 Z는 신의칙 위반 또는 권리남용 주장도 상고이유로 주장하였으나 배척되었다. 이 부분은 본 평석의 범위와 직접적인 관련이 없으므로 생략하도록 한다.

10) 대법원 2022. 7. 28. 선고 2017다204629 판결.

러나 소유권에 기초하여 부동산을 점유하는 사람이더라도 그 등기를 하고 있지 않아 자신의 소유권을 증명하기 어렵거나 소유권을 제3자에게 대항할 수 없는 등으로 점유의 사실상태를 권리관계로 높여 보호하고 증명곤란을 구제할 필요가 있는 예외적인 경우에는, 자기 소유 부동산에 대한 점유도 취득시효를 인정하기 위해 기초가 되는 점유로 볼 수 있다”는 것이다.

결론적으로, 대상판결에서는 사안이 위 예외에 해당한다고 보지 않고, 위 원칙적 법리에 따라 시효취득의 기초가 되는 점유가 아니라고 보고, 시효취득을 부정하였다. 즉, 이 사건 부동산은 피고 Z가 적법·유효한 소유권이 전등기까지 마치고 소유하고 있으므로 그 점유는 취득시효의 기초가 되는 점유가 될 수 없으므로, 이 사건 부동산에 대한 취득시효 완성을 전제로 하는 피고 Z의 항변은 더 이상 살펴볼 필요 없이 받아들일 수 없다는 것이다.

II. 평석

1. 문제의 제기

대상판결에서 구체적 타당성을 위해 피고 Z에 대해서 회복등기에 승낙할 의무를 인정한 결론에 대해 필자로서는 타당하다고 생각한다. 다만, 대상판결에서 들고 있는 이유와 논리구성은 동의하기 어렵다.

대상판결에서는 자기소유 부동산의 시효취득 가부를 두고 원칙과 예외에 관하여 실시하고 있는데, 대상판결의 사안을 자기 소유 부동산의 취득시효 문제로 본 점은 무효등기 유효의 법리에 기한 물권변동의 결과와 정합하지 않는다는 것이 필자의 첫 번째 지적이다.

다음으로, 원심에서 시효취득의 소급효 법리를 적용한 것도 부적절하다. 점유개시시로 소급하는 것은 점유개시일 이후 임료상당의 부담이득 반환 문제가 추가적으로 발생하는 문제점을 막기 위한 것으로 이해되어야 하며, 본건과 같이 제한물권 등이 소멸하는지 아닌지의 문제는 시효취득의 소급효 문제와는 관련이 없다. 제한물권이 소멸하는지 문제는 소급효 문제가

아니라, 시효취득의 원시취득성 문제로 보아야 한다. 다만 원시취득에 관하여 학설은 인정하지만, 실무상 원시취득이 아니라 승계취득으로 처리되는 상황이라는 문제이다. 실제로 시효취득 당시 존재하고 있는 제한물권이 소멸하는지에 관하여는 논란의 여지가 많다. 사건으로는 시효취득, 특히 등기부시효취득의 경우 시효취득 당시 존재하고 있는 물적 부담을 그대로 안은 채 승계취득하는 것으로 해석하는 것이 바람직하다고 생각된다.

셋째, 기본적으로 자기소유 부동산에 대한 시효취득을 인정하는 법리 자체가 매우 이례적인 상황에서 발생하는 것으로서, 사건으로는 이와 같은 법리를 폐기하는 것이 타당하다고 생각된다.

이 글에서는 먼저 무효등기의 유효와 등기부상 이해관계 있는 제3자의 보호 법리의 의미와 효과에 대해 살펴보고, 이어서 자기 소유 부동산의 시효취득에 관한 법리의 현황과 문제점을 살펴본 후, 대상판결에 대해 평가해보고자 한다.

2. 무효등기 유효와 등기상 이해관계 있는 제3자의 지위

(1) 무효등기 유효의 법리

어느 등기가 실체관계에 부합하지 아니하여 무효라 하더라도 후에 그 등기에 부합하는 실체관계가 존재하는 경우에 그 등기를 유효한 것으로 취급하는 것이 바로 무효등기 유효의 법리이다. 그 등기가 처음부터 무효인 경우는 물론이고, 처음에는 유효였다가 나중에 무효가 된 경우에도 가능하다.¹¹⁾ 이를 인정하는 이유는 무효인 등기일지라도 그것이 현재 궁극적으로 있어야 하는 권리관계를 제대로 공시하고 있는 이상 굳이 이를 말소한 후 다시 새로운 등기를 하는 번잡한 절차를 피하기 위함이다. 즉, 사적자치와 등기경제에 근거하고 있다고 볼 수 있다. 여기서 실체관계에 부합한다는 것은 등기를 정상적인 절차를 밟아 경료하더라도 결국 현재의 등기상태로 나타나게 된다는 의미로 해석함이 일반적이다.¹²⁾

11) 대법원 1963.10.10. 선고 63다583 판결 참조.

무효등기 유용의 형태로는, 종전 당사자 사이의 유용 및 제3자가 개입된 유용이 있고, 후자의 경우에는 종전 등기명의인과 새로운 제3자 사이의 2자간 합의에 의한 경우와 종전 당사자들과 새로운 제3자 등 3자간 합의에 의한 경우가 있다.¹³⁾

무효등기 유용의 요건으로는, 기본적으로 그 유용 대상인 무효인 등기 이외에 다른 물권변동의 요건은 모두 갖추어진 상태에서 여기에 그 유용의 합의가 있어야 한다. 즉, 새로이 하고자 하는 물권행위 내지 물권적 합의가 있어야 하고 이와 함께 기존 무효등기에 대한 유용의 합의가 있어야 한다. 이때 무효등기 유용의 합의는 기존 무효 등기를 새로운 물권행위에 대한 유효한 등기로 유용하기로 하는 합의로, 채권적 합의라고 할 수 있다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 합의의 당사자 중 등기청구권자는 기존 등기 대신 새로운 등기를 청구할 수 없고, 상대방은 그 유용하기로 한 기존 등기의 말소를 구할 수 없다고 할 것이다. 그러므로 어느 일방이 이에 반하는 청구를 할 때에는 타방은 그에 대해서 대항할 수 있다. 만약 제3자가 무효인 등기를 이전받아 유용하려는 경우에는 3자간 유용의 합의 외에 그 무효인 등기에 대해서 이전의 부기등기가 경료되어야 한다.¹⁴⁾ 위와 같은 요건이 갖춰진 경우 그 유용된 등기는 유효한 것으로 인정되고, 그리하여 새로운 물권행위와 위와 같이 유용된 등기에 의해서 물권변동의 효력이 발생하게 된다. 판례는 구 민법 적용시대부터 무효등기 유용의 법리를 인정해 오고 있다.¹⁵⁾

12) 김황식, “제186조”, 편집대표 박윤직, 민법주해[IV] 물권(1), 박영사(2002), 154면.

13) 대법원 1998. 3. 24. 선고 97다56242 판결 참조.

14) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2009다4787 판결 참조.

15) 대법원 1961. 12. 14. 선고 4293민상893 판결. 구 민법 제177조가 규정한 등기는 부동산에 관한 현재의 진실한 권리상태를 표시하면 족하고 그 과정 또는 태양에 있어 사실상의 과정 또는 태양과 차이가 있다 하더라도 현재의 진실한 권리상태와 부합되는 한 그 등기의 효력에는 하등의 영향이 없을 뿐만 아니라 등기원인으로 표시된 권리관계가 존재치 아니하였다가 후일 그 권리관계가 발생하게 된 경우에 있어서도 그 등기는 효력을 발생한다고 하였다. 그리하여 근저당권이 소멸된 뒤 새로운 근저당권설정계약을 체결하면서 종전 근저당권등기를 유용하기로 약정한 경우 제3자의 권리를 침해하지 아니하는 한 그 등기는 현재의 진실한 권리상태를 표시하고 있으므로 유효하다고 하였다.

(2) 등기상 이해관계 있는 제3자의 지위

기본적으로 판례는 무효등기의 유용은 그 등기를 유용하기로 하는 합의가 이루어지기 전에 등기상 이해관계가 있는 제3자가 생기지 않은 경우에 한하여 허용된다고 하였다.¹⁶⁾ 따라서 이해관계 있는 제3자의 동의가 있다면 유용이 허용된다고 할 것이다.¹⁷⁾ 나아가 판례는 제3자가 개입되어 3자간 유용의 합의가 있는 경우에까지 확대하여 무효등기 유용의 법리를 인정해 오고 있는데, 이 경우에도 무효등기 유용이 기존에 등기부상 이해관계 있는 제3자의 권리를 해하게 되는 경우에는 이를 허용하지 않고 있다.¹⁸⁾¹⁹⁾

한편, 판례는 무효등기를 유용함에 있어서 “등기상 이해관계 있는 제3자”가 있는 경우 그 자에 대해서는 그 유용하기로 한 “등기의 유효를 주장할 수 없다”고 판시하고 있다. 이와 같이 “등기의 유효를 주장할 수 없다”는 것은 어떤 의미인가. 등기상 이해관계 있는 제3자가 있는 경우에는 그 유용하기로 한 등기는 전적으로 무효라는 의미인가, 아니면 기본적으로는 유효한 등기가 되고 단지 그 제3자에 대해서만 대항하지 못해 후순위자로 될 뿐이라는 의미인가. 전자를 절대적 무효라고 한다면 후자를 상대적 무효(후순위 존속)²⁰⁾라고 할 수 있을 것이다.

16) 대법원 1963. 10. 10. 선고 63다583 판결; 대법원 1974. 9. 10. 선고 74다482 판결; 대법원 1986. 12. 9. 선고 86다카716 판결; 대법원 1989. 10. 27. 선고 87다카425 판결; 대법원 2002. 12. 6. 선고 2001다2846 판결; 대법원 2009. 2. 26. 선고 2006다72802 판결 등.

17) 다만 이때 그 제3자의 동의는 이로 인해서 그 자의 권리 자체가 후순위로 되는 것이 아니라 그 자에 한해서만 그의 권리가 후순위로 된다는 의미로서 채권적인 것이라고 해야 할 것이다. 지원림, 민법강의 제17판, 홍문사(2020), 483쪽.

18) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2009다4787 판결.

19) 무효등기 유용에 관한 판례의 동향에 관하여는, 윤진호·김제완, “청산절차를 거치지 않은 무효의 본등기에 기한 소유권이전등기의 효력 : 담보가등기에 대한 임의대위가 무효등기의 유용에 미치는 영향 고찰 - 대상판결 : 대법원 2021. 2. 25. 선고 2016다 232597 판결 -”, 법조 통권 제750호, 법조협회(2021. 12.) 참조.

20) “상대적 무효”라는 용어를 사용할 경우, 이는 권리의 관계적 귀속의 의미와 같이 당사자 사이의 내부적으로는 유효이나 제3자에 대한 외부적 관계에서는 무효라는 의미로도 받아들여질 수 있는데, 여기서는 제3자에 대한 관계에서 무효라기 보다는 유효하되 후순위로 될 뿐이라는 의미로서(따라서 제3자의 권리행사의 경우에도 당해 유용 대상 등기는 후순위로서 그 권리 존속), 그러므로 “후순위 존속”이라는 용어가 좀 더 적절할 수도 있을 것이다.

만약 상대적 무효로 인정할 경우에는 물권법 질서나 등기제도의 본지에 비추어 볼 때 혼란을 초래할 수 있는 문제가 있고, 반면에 절대적 무효로 인정할 경우에는 제3자와의 관계는 간명하게 될지 모르나 무효등기 유용의 활용가능성을 좁혀서 법리의 의미를 크게 퇴색시킬 수 있으며 오히려 무효등기를 신뢰한 제3자의 경우 아예 물권을 취득하지 못한다는 문제가 있을 수 있다. 그러므로 이와 같은 두 가지 측면을 고려하여 위 “등기의 무효”는 그 유용 대상 등기와 제3자의 등기의 권리상 양립가능성을 기준으로 해서, 예컨대, 소유권과 소유권과 같이 양자가 양립할 수 없는 관계라면 그 유용 대상 등기는 절대적 무효로 보고, 만약 소유권과 저당권과 같이 양자가 양립할 수 있는 관계라면 그 유용 대상 등기는 유효하되 다만 순위상 불이익을 입는 것에 그치는 상대적 무효로 봄이 합리적이라고 할 것이다. 다만 이 경우 등기부의 기재와 실체권리관계가 불일치하는 문제는 경정등기를 활용하는 방안을 모색해 볼 수 있을 것이다.²¹⁾²²⁾

21) 이에 대한 자세한 내용으로는, 최은석·김제완, “무효인 가등기의 유용에 있어서 제3자의 지위 - 본등기에 따라 촉탁으로 말소된 경매가입등기의 회복을 중심으로 - (대상 판결 : 대법원 2019. 5. 16. 선고 2015다253573 판결)”, 『법학논총』 제37집 제3호, 한양대학교 법학연구소(2020), 101~102면. 예컨대, 무효인 가등기가 있는 상태에서 제3자의 소유권이전등기가 이루어지고 여기에서 종전 무효인 가등기에 기한 본등기가 경료된 경우라면 위 소유권이전등기자는 단순한 채권자가 아니고 물권자로서 물권적 청구권을 가지고 있을 뿐만 아니라, 위 본등기자와 위 소유권이전등기자의 각 권리가 모두 소유권으로서 양자가 양립할 수 없는 관계이므로 위 가등기 및 본등기는 절대적으로 무효라고 해야 하고, 반면에, 무효인 가등기가 존재하는 상태에서 제3자의 강제경매개시결정등기가 있고 여기에 그 무효인 가등기에 기한 본등기가 경료된 경우에는, 소유권과 압류권은 양립이 가능한 관계이므로 이때 그 유용한 가등기 및 본등기의 효력은 유효하되 다만 압류권자(경매신청채권자)에 대해서는 후순위로 존속하게 된다.

22) 이에 대해서는 절대적 무효설의 입장에서 반론도 있을 수 있다고 본다. ① 먼저 등기관계가 복잡해 질 수 있다. 무효인 등기라도 굳이 이를 말소할 유인이 적어질 수 있다. 유용 대상 등기와 제3자의 등기가 소유권과 제한물권과 같이 양립가능한 등기일 경우에는 유용 대상 등기가 후순위로 존속한다고 보는 이상, 현재 무효인 등기라도 굳이 이를 말소할 필요없이 장래에 최대한 이용할 수 있기 때문이다. 이와 같은 현상이 지속되면 무효등기의 존치를 양산시킬 수 있어 등기관계가 복잡해질 수 있다. ② 또한 그 동안 쌓아왔던 등기의 신뢰성을 훼손시키고 등기의 공시기능을 저하시킬 수 있다. 비록 경정등기를 통한 순위번호 경정으로 처리할 수 있다고 하더라도 그와 같은 경정등기가 이루어지기까지는 실체관계와 등기부 기재가 불일치하는 상황이 발생하게 되고, 따라서 어떤 등기가 있을 때 과연 그 등기의 순위가 등기부 기재와 같은지,

(3) 등기상 이해관계 있는 제3자의 등기 위법말소시 등기회복방안

1) 문제의 소재

대상판결 사안에서는 B와 Y 사이에 무효가등기 유용 합의에 의한 본등기 전에 등기상 이해관계 있는 제3자인 원고 X의 가압류등기가 있기 때문에 Y는 본등기를 경료하더라도 무효등기 유용 합의로 원고 X에게 대항할 수 없다.²³⁾ 무효등기 유용과 등기상 이해관계 있는 제3자와 관련한 판례 사안은 주로 ‘주등기-부기등기’, 즉 무효인 주등기 및 이를 유용한 부기등기 사안들이다.²⁴⁾ 무효등기 유용에 의한 부기등기명의인은 유용 당시 등기상

아니면 무효등기 유용에 의해서 실제로는 등기부 기재와 다른 순위인지 알 수가 없어 등기부의 기재를 더욱 더 믿을 수 없게 된다. ③ 한편, 순위번호의 경정등기나 변경등기를 통한 처리도 현행 부동산등기법이나 등기실무상 인정되기가 어려울 수 있다는 점이다. 어떤 물건에 대한 각각의 권리는 특정 순위를 전제로 한 구체적인 형태로 존재하는데, 당초 등기상 기재된 권리의 본래 순위를 후순위로 변경하는 것은 그 당초 권리와 동일성 범위를 벗어난 새로운 권리를 만들어내는 것이 되어, 이는 경정등기나 변경등기의 대상이 되기 어렵다고 볼 수도 있다. 순위번호의 경정은 당초 등기시 착오 또는 유루로 인해 그 당시 순위번호 자체에 잘못 기재가 있어 이를 경정하는 것으로, 이는 당초 착오나 유루 없이 기재된 유용 대상 등기의 순위번호를 변경하여 후순위 권리로 만드는 것과는 차원이 다르다고 볼 수도 있기 때문이다. 그리고 만약 유용 대상 등기와 등기상 이해관계 있는 제3자의 등기가 등기부의 갑구와 을구에서 서로 다른 구에 있는 경우에는 순위번호 경정이나 변경을 통해 후순위를 공시하는 것이 어려울 수 있다. ④ 나아가 위와 같이 등기와 실체관계의 불일치를 처리하기 위해서 다시 경정등기나 변경등기가 필요하다고 보는 이상 이는 등기경제라는 무효등기 유용의 법리의 인정취지에도 배치된다는 반론도 있을 수 있다고 본다.

- 23) 이때 무효등기 유용에 의한 등기의 효력에 대하여 절대적 무효의 입장에 의하면 Y의 본등기는 무효이고, 상대적 무효(후순위 존속)의 입장에 의하면 가압류권과 소유권은 양립가능하다고 할 것이므로 Y의 본등기는 유효하되 원고 X의 가압류권보다 후순위로 존속하는 것으로 볼 수 있다.
- 24) 예컨대, 무효인 저당권등기와 이에 대한 부기등기(대법원 97다56242 판결), 무효인 가등기와 이에 대한 부기등기(대법원 2009다4787 판결), 무효인 근저당권등기와 이에 대한 부기등기(대법원 2006다50055 판결) 등이다. 이들 사안에서 유용 등기와 등기상 이해관계 있는 제3자의 등기상 각 권리는, 저당권과 소유권(또는 소유권이전등기청구권), 가등기권(소유권이전등기청구권)과 가압류권(금전채권), 근저당권과 가등기권(소유권이전등기청구권) 등 권리의 성질상 양립가능한 경우로 볼 수 있다. 판례는 위와 같이 양립가능한 경우에도 유용 등기의 효력을 무효라고 하여 기본적으로 절대적 무효의 입장에 있다고 할 수 있다. 다만, 무효인 본등기와 이를 유용한 소유권이전등기 사안인 대법원 2016다232597 판결 사안[담보가등기 → 무효 본등기 → 원고 대위 변제(가등기담보권 당면취득) → 소유권이전등기(무효본등기 유용) → 근저당권등기

이해관계 있는 제3자에게 대항할 수 없는데, 부기등기의 순위가 주등기의 순위에 의한다고 해도(부동산등기법 제5조), 이로 인해 등기상 이해관계 있는 제3자의 등기가 말소되는 상황은 발생하지 않는다.

그러나 ‘가등기-본등기’, 즉 무효인 가등기 및 이를 유용한 본등기 사안은 달리 볼 필요가 있다. 가등기에 기한 본등기가 이루어지게 되면 가등기 후 본등기 전에 행하여진 중간등기는 부동산등기법상 직권말소되어야 하기 때문이다. 그 결과 원고 X의 가압류등기는 원래는 말소되어서는 아니됨에도 오히려 위법한 Y의 본등기로 말미암아 가등기 후 본등기 전의 중간등기로서 직권말소되고 말았다. 이에 원고 X가 B를 대위하여 Y와 Z를 상대로 하여 가등기와 본등기 및 이전등기의 각 말소를 구하였고, 항소심에서 원고 X는 Z에 대해서 자신의 직권말소된 가압류등기의 회복에 대한 승낙을 구하였다. 과연 원고 X에게 Y와 Z에 대하여 각 등기말소청구권이 있는지, 만약에 없다면 자신의 말소된 가압류등기를 어떤 방법으로 회복시킬 수 있는지, 가압류등기를 회복시킴에 있어서 Y와 Z는 어떤 의무가 있는지, 또는 다른 대안이 있는지에 대해서 아래에서 살펴보기로 한다.

2) 가압류채권에 기한 본등기말소청구 가부

대상판결의 원심은 Y의 본등기가 무효가등기 유용 합의에 의한 것이라고 보고, 이 때 Y는 합의 당사자인 B에게는 대항할 수 있으나, 본등기 전에 가압류한 X에게는 대항할 수 없다고 보면서도, 다만 X가 채무자 B를 대위하여 제기한 소송에서 X는 자신의 독자적인 사유에 의한 주장은 할 수 없고 채무자 B의 사유만을 주장할 수 있는데 B는 Y와의 합의에 기속되므로 결국 X는 Y 및 Z에게 각 등기의 말소를 구할 수 없다고 판단하였다.²⁵⁾ 이는 채

등]에서는, 결과적으로는, 가등기담보권을 당연취득한 대위변제자에 대한 관계에서도 무효본등기 유용에 의한 소유권이전등기를 토대로 한 근저당권등기도 유효하고 다만 대위변제자가 법률상 당연취득한 담보가등기에는 후순위로 존속한다고 보았는바, 이는 가등기담보권과 소유권의 양립가능한 사안에서 상대적 무효(후순위 존속)의 입장을 전제로 한 것이라고 볼 수도 있으나, 이 판결에서는 무효등기 유용에 의한 등기의 등기상 이해관계 있는 제3자에 대한 효력 여부에 대해 당사자의 주장이 없어 변론주의의 원칙상 법원의 판단이 이루어지지 않았기 때문에, 이 사안에서 대법원이 상대적 무효(후순위 존속)의 입장을 취한 것이라고 단언하기는 어렵다고 본다.

권자대위소송의 특성에 의한 것으로, 대법원은 그 동안 유사 사안에서 동일 취지의 판시를 여러 차례 해 왔는바, 이는 타당하다고 본다.

그렇다면 이 경우 원고 X는 자신의 가압류채권에 기해서 직접 Y의 본등기와 Z의 소유권이전등기에 대해서 말소청구를 할 수 있는가. 원고 X가 Y와 Z에게 등기의 말소를 구하기 위해서는 그 말소를 청구할 수 있는 권원이 있어야 한다. 만일 그러한 권원이 없다면 설사 그 말소를 구하는 등기가 무효의 등기라고 하더라도 원고 X의 청구는 인용될 수 없다. 일반적으로 등기말소청구의 권원으로는 소유권에 기한 방해배제청구권을 들 수 있다. 그런데 원고 X는 가압류를 신청한 채권자일 뿐이고 가압류결정 및 이에 의한 효력은 그 가압류 목적물에 대한 처분금지효가 있으나 이는 상대적 효력에 불과하여 이를 채무자 B 소유 부동산에 대한 Y와 Z의 각 등기의 말소를 구할 수 있는 권원이라고 보기는 어렵다고 할 수 있다.

3) 말소회복등기청구 가부

말소등기의 회복에 있어서 말소된 종전의 등기가 당사자의 신청으로 된 것인 때에는 그 회복등기도 당사자의 신청에 의함이 원칙이나,²⁵⁾ 그 등기가 등기관 직권²⁷⁾ 또는 법원의 촉탁²⁸⁾에 의하여 말소된 경우에는 그 회복등기도 등기관의 직권 또는 법원의 촉탁²⁹⁾에 의하여 행하여져야 하므

25) 이에 대해서 원고 X는 불복하지 않았다.

26) 회복등기의 신청과 관련하여, 판례는 제한물권의 등기 말소 후 새로운 소유권이전등기가 된 경우 회복등기의무자는 말소 당시의 소유명의인이고, 현 소유명의인은 등기상 이해관계인에 불과하다고 한다. 대법원 1969. 3. 18. 선고 68다1617 판결: 불법하게 말소된 것을 이유로 한 근저당권설정등기 회복등기청구는 그 등기말소 당시의 소유자를 상대로 하여야 한다. 대법원 2009. 10. 15. 선고 2006다43903 판결: 가등기가 이루어진 부동산에 관하여 제3취득자 앞으로 소유권이전등기가 마쳐진 후 그 가등기가 말소된 경우 그와 같이 말소된 가등기의 회복등기절차에서 회복등기의무자는 가등기가 말소될 당시의 소유자인 제3취득자이므로, 그 가등기의 회복등기청구는 회복등기의무자인 제3취득자를 상대로 하여야 한다.

27) 대법원 1989. 10. 27. 선고 87다카425 판결 등.

28) 대법원 1996. 5. 31. 선고 94다27205 판결; 대법원 2000. 3. 24. 선고 99다27149 판결; 대법원 2002. 4. 12. 선고 2001다84367 판결 등.

29) 말소회복등기절차[등기선례 제7-384호]: 소유자 甲의 부동산에 대하여 체납처분으로 인한 압류기입등기와 강제경매신청기입등기가 순차로 경료되고 강제경매절차에서 매각됨에 따라, 집행법원의 촉탁으로 매수인 앞으로 소유권이전등기와 동시에 압류기

로, 이 경우 말소 당시 소유권이전등기명의인을 상대로 한 말소회복등기청구는 당사자적격이 없는 자를 상대로 한 것이거나 소의 이익이 없어 부적법하다.³⁰⁾³¹⁾ 그리고 이와 같은 법리는 등기관이 착오로 인하여 말소할 수 없는 등기를 잘못 말소한 경우에도 동일하게 적용된다.³²⁾ 그러므로 등기관이 가등기에 기한 소유권이전의 본등기를 실행하면서 가등기 후의 제3자의 권리에 관한 등기를 직권말소하였는데 나중에 위 가등기에 기한 본등기가 원인무효여서 말소되는 경우에는 등기관은 위 직권말소한 제3자의 권리등기를 직권으로 회복해야 한다.³³⁾ 다만 말소된 등기를 회복함에 있어서 등기상 이해관계 있는 제3자가 있는 경우에는 법원의 촉탁이나 등기관의 직권에 의한 말소회복등기에 대하여 그 자의 승낙 증명 정보 또는 이에 대항할 수 있는 재판 증명 정보의 제출이 있어야 한다.³⁴⁾ 이 경우 집행법원에 회복등기

입등기가 말소된 후에, 경매원인무효의 확정판결에 의하여 매각에 의한 소유권이전등기가 말소된 경우, 매각으로 인하여 말소된 압류기입등기의 회복등기는 집행법원의 촉탁에 의하여야 하므로 압류권자는 집행법원에 압류기입등기의 회복등기촉탁신청을 할 수 있다. 다만 말소된 압류기입등기의 회복등기를 촉탁함에 있어서 등기상 이해관계가 있는 제3자가 있는 경우에는 그 자의 승낙서 또는 이에 대항할 수 있는 재판의 등본을 첨부하여야 한다.

- 30) 대법원 1982. 1. 26. 선고 81다2329, 81다2330 판결; 대법원 2002. 4. 12. 선고 2001다84367 판결; 대법원 2019. 5. 16. 선고 2015다253573 판결 등. 대법원 1997. 2. 14. 선고 95다13951 판결은 1순위 근저당권등기, 2순위 근저당권등기→원고 가치분등기→강제경매개시결정→피고 소유권취득→법원의 촉탁에 의한 가치분등기 말소가 되었으나, 1순위, 2순위 각 근저당권은 이미 피담보채무 변제 및 거래관계 종료로 소멸하여 결과적으로 법원의 촉탁에 의한 가치분등기 말소가 위법한 사안에서, 가치분채권자인 원고는 소유권자인 피고를 상대로 가치분등기말소회복등기절차의 이행을 소구할 이익은 없고, 다만 원고는 소유권자인 피고를 상대로 하여 법원의 촉탁에 의한 가치분등기말소회복등기절차에 대한 승낙청구의 소 제기가 가능하다고 판시하였다.
- 31) 대법원 1996. 5. 31. 선고 94다27205 판결: 회복등기가 등기관의 직권에 의해서 행해져야 하는 경우에는 등기관이 직권으로 말소회복등기를 하도록 직권발동을 촉구하는 의미에서 회복등기를 신청할 수 있고 만약 등기관이 이에 응하지 아니하면 부동산등기법상 이의신청을 제기할 수 있으며, 만약 회복등기가 법원의 촉탁에 의해야 하는 경우에는 법원이 직권으로 회복등기를 촉탁하도록 직권발동을 촉구하는 의미에서 회복등기의 촉탁신청을 할 수 있고 법원이 이에 응하지 아니할 경우에는 민사집행법상 집행에 관한 이의신청을 할 수 있다.
- 32) 대법원 1996. 5. 31. 선고 94다27205 판결.
- 33) 가등기에 기한 본등기를 말소하는 경우에 행하는 직권 회복등기의 처리방법[등기선례 제4-596호]

촉탁신청이나 집행에 관한 이의신청 등 선행절차를 거치지 않고 법원의 촉탁에 의한 말소회복에 대한 승낙청구를 해도 무방하다.³⁵⁾ 대상판결 사안에서는 원고 X의 가압류등기는 등기관에 의해 직권말소되었으므로 회복등기도 등기관의 직권에 의해 되어야 하고, 따라서 말소회복등기를 소구함은 부적법하다고 할 것이다.

4) 무효가등기 유용에 의한 본등기와 제3자의 등기의 양립가능성

무효등기 유용에 있어서 등기상 이해관계 있는 제3자가 있는 경우 유용 대상 등기의 효력에 관하여 앞서 그 유용 등기와 제3자의 등기상 권리의 양립가능성을 기준으로 하여 양립불가의 경우에는 절대적 무효로, 양립가능하다면 상대적 무효(후순위 존속)로 처리함이 합리적임을 앞서 본 바와 같다. 판례는 근저당권과 가처분권(소유권이전등기청구권)과 같이 유용 대상 등기가 제3자의 등기와 양립가능한 경우에도 그것이 후순위로 존속한다고 판시하지 않고 실체관계에 부합하지 않는 무효의 등기라고 판시하는 등³⁶⁾ 기본적으로는 양립가능 여부와 무관하게 절대적 무효의 입장에 있는 것으로 이해할 수 있다.

그런데 무효등기 유용이 무효인 가등기에 기한 본등기를 하는 경우에는 특수성이 있다. 무효가등기에 기한 본등기와 등기상 이해관계 있는 제3자의 등기를 양립가능한 것으로 볼 수 있는가? 가등기에 기해서 본등기를 할 경우 본등기의 순위는 가등기의 순위에 의하므로(부동산등기법 제91조) 순위의 소급효가 인정되고, 가등기 이후 본등기 전에 가등기권을 침해하는 중간등기는 등기관이 직권말소하도록 되어 있다(부동산등기법 제92조). 다만 가등기 시로 순위만 소급할 뿐 물권변동의 효력은 본등기시에 발생한다. 이와 같은 부동산등기법상 규정은 가등기 및 본등기에 의한 물권 또는 그 중간등기에

34) 신청에 의한 말소회복등기시 등기상 이해관계 있는 제3자의 승낙 요건에 대해서는 부동산등기법 제59조, 부동산등기규칙 제46조 제1항 제3호 참조. 이러한 요건을 갖추지 못한 말소회복등기는 등기상 이해관계 있는 제3자에 대한 관계에서는 무효이다(대법원 1980. 7. 22. 선고 79다1575 판결; 대법원 2001. 1. 16. 선고 2000다49473 판결 등).

35) 대법원 2002. 4. 12. 선고 2001다84367 판결.

36) 대법원 1994. 1. 28. 선고 93다31702 판결 등.

의한 물권 등의 효력을 규정한 실체법적 규정이라고 할 수 있고, 가등기 후 본등기 전에 행하여진 중간등기는 물권법과 부동산등기법에 의한 가등기의 순위보전적 효력 및 물권의 배타성이라는 실체법적인 효력에 반하는 것이 되어 등기의 효력을 상실하게 되므로 직권말소되어야 하는 것이다.³⁷⁾

그러므로 무효등기 유용에 의한 등기와 이에 대해 등기상 이해관계 있는 제3자의 등기가 그 각 권리의 성질상 양립가능하다고 하더라도 무효등기가 가등기이고 이를 유용한 본등기 사안에서는 그 가등기·본등기와 이에 대해 등기상 이해관계 있는 제3자의 등기는 양립할 수 없다고 봄이 타당하다고 생각한다. 이와 같이 무효가등기 유용에 의한 본등기와 유용 당시 등기상 이해관계 있는 제3자의 등기가 양립불가능하다고 할 것이므로, 이때 위 본등기의 효력은 절대적 무효로 보아야 할 것이다.

5) 말소회복등기에 대한 승낙청구 거부

위와 같은 무효인 본등기에 의해서 제3자의 등기가 직권말소된 경우에는 어떻게 되는가? 말소등기가 위법하여 무효인 경우 그 회복등기에 있어서 등기상 이해관계 있는 제3자의 승낙이 필요하다. 판례에 의하면, 말소된 등기를 회복함에 있어 승낙이 필요한 등기상 이해관계 있는 제3자라 함은 등기 기재의 형식상 말소된 등기가 회복됨으로 인하여 손해를 입을 우려가 있는 제3자를 의미하나,³⁸⁾ 회복될 등기와 등기부상 양립가능한 등기를 한 자를 상대로 할 수 있을 뿐이고, 만약 양립불가능한 등기일 경우에는 이를 먼저 말소하지 않는 한 촉탁이나 직권에 의해서 말소회복등기를 할 수 없다.³⁹⁾ 만약 위와 같이 회복될 등기와 양립하지 않는 등기의 명의인은 회복등기에서의 등기상 이해관계 있는 제3자가 아니므로 그에 대한 승낙의무가 없고, 이와 같이 승낙의무 없는 자에 대한 승낙청구는 당사자적격 없는 자를 상대로 한 것이어서 부적법하다. 말소회복등기에 있어서는 말소등기에서의 제3자의 승낙과는 다르게, 등기상 이해관계 있는 제3자가 말소회복등기

37) 대법원 2010. 4. 15.자 2007마327 결정.

38) 등기상 이해관계 있는 제3자의 범위에 관한 학설과 판례 및 등기실무에 대한 설명은, 부동산등기실무[II], 법원행정처(2015), 80~83쪽.

39) 대법원 1982. 1. 26. 선고 81다2329, 81다2330 판결.

에 승낙하더라도 그 회복등기의 부담을 안을 뿐 그 자의 등기가 말소되는 것은 아니어서,⁴⁰⁾ 회복등기와 제3자의 등기가 병존하게 되므로 이들 등기 상호간에 양립가능성이 필요한 것이고, 이는 회복등기에 대한 승낙청구의 적법요건이 되는 것이다.

6) 말소회복등기에 있어서 회복될 등기와 등기상 이해관계 있는 제3자의 등기의 양립가능성 여부

말소등기가 위법하여 무효인 경우 그 회복등기에 있어서 등기상 이해관계 있는 제3자의 승낙과 관련해서, 그 말소된 등기가 가등기에 기한 본등기로 인하여 직권말소된 사안의 경우를 살펴보자.

예를 들면, 무효가등기 유용 합의에 의한 본등기는 유용 당시 등기상 이해관계 있는 소유권이전등기자에 대해서는 대항할 수 없어 무효라고 할 것이므로, 무효가등기의 유용으로 인한 본등기가 됨으로써 등기관이 가등기 이후에 경료된 제3자의 소유권이전등기를 직권으로 말소하였다면 이는 원래는 말소되지 않았어야 할 위법한 등기가 된다. 따라서 그 소유권이전등기 명의자는 등기관에게 직권에 의한 말소회복등기의 신청이 가능하지만, 그 말소회복될 소유권이전등기와 위 본등기는 권리의 성질상은 물론이고 물건법과 부동산등기법상 가등기의 순위보전적 효력과 물권의 배타성에 반하여 양립불가하므로 회복등기에 앞서서 먼저 그 본등기명의자를 상대로 해서 본등기를 말소해야 하고, 만약 이때 승낙청구를 소로 구할 경우에는 당사자 적격이 없는 자를 상대로 한 것이어서 부적법하다. 그리고 그 본등기 말소시에 애당초 그 본등기로 인해서 위법하게 말소된 소유권이전등기를 직권으로 말소회복등기를 해야 한다.⁴¹⁾

만약 가등기 후에 강제경매등기가 경료되고 그 뒤 무효가등기 유용에

40) 부동산등기실무[II], 법원행정처(2015), 83쪽.

41) 대법원 1982. 1. 26. 선고 81다2329, 81다2330 판결은, 가등기에 기한 소유권이전의 본등기가 원인무효임에도 이로 인해서 등기관이 가등기 후 본등기 전에 경료된 제3자의 소유권이전등기를 직권말소한 사안에서, 회복되어야 할 소유권이전등기는 가등기에 기한 소유권이전의 본등기와 등기부상 양립할 수 없는 등기이므로, 위 본등기는 회복등기에 앞서 말소의 대상이 될 뿐이라고 판시한 바 있다.

의한 본등기가 경료된 경우에는 어떠한가? 대법원 2019. 5. 16. 선고 2015다 253573 판결⁴²⁾ 사안을 예로 들어보자. 甲 명의 소유권보존등기→위조계약서에 의한 乙 명의 가등기→甲의 채권자 丙의 강제경매개시결정 기입등기→乙 명의 본등기(무효가등기의 유용)→丙 명의 강제경매등기가 직권말소된 사안이다. 이 경우에도 무효가등기 유용 합의에 의한 乙의 본등기는 등기상 이해관계있는 제3자인 丙(경매신청채권자)에게 대항할 수 없어 허용될 수 없는 것이기 때문에, 그와 같은 乙의 본등기로 인하여 丙의 강제경매등기가 직권말소되었다면 이는 위법하게 말소된 것으로 무효라고 할 것인데, 이 경우 위법하게 직권말소된 丙의 강제경매등기는 어떻게 회복될 수 있는가가 문제된다. 앞서 본 바와 같이, 등기가 직권말소된 경우 그 말소회복도 직권으로 이루어져야 하고 그 말소를 회복함에 있어서 등기상 이해관계 있는 제3자가 있는 경우에는 그 자의 승낙이 있어야 할 것인데, 이때 회복될 등기와 그 제3자의 등기가 양립가능하다면 그 자에 대해서 말소회복에 대한 승낙청구가 가능하지만, 양립불가하다면 먼저 그 양립불가능한 제3자의 등기를 말소하지 않는 한 말소회복등기를 할 수 없다. 그렇다면 말소회복될 강제경매등기와 무효인 가등기 유용에 의한 본등기는 양립가능한가? 여기서도 丙의 등기가 단순한 소유권이전등기가 아니고 가등기에 의한 본등기라는 데에 문제가 있다. 앞서 본 바와 같이 부동산등기법상 본등기의 순위는 가등기의 순위로 소급하기 때문이다(제91조). 단순히 강제경매등기와 그 후의 소유권이전등기라고 하면 압류의 처분금지효의 상대적효력에 의해서 얼마든지 처분이 가능하여 양립이 가능하다. 하지만 선순위 가등기가 있는 상태에서 강제경매등기가 있고 다시 그 가등기에 기한 본등기가 있다면 이 경우에도 강제경매등기와 본등기는 과연 양립가능한 것으로 볼 수 있는가? 애초 강제경매등기가 말소된 이유가 가등기에 기한 본등기로 인해서 부동산등기법상 가등기 후의 중간등기로서 직권말소된 것인데(제92조), 과연 이

42) 이 판결에 대한 평석으로는, 최은석·김제완, “무효인 가등기의 유용에 있어서 제3자의 지위 - 본등기에 따라 촉탁으로 말소된 경매기입등기의 회복을 중심으로 - (대상판결 : 대법원 2019. 5. 16. 선고 2015다253573 판결)”, 「법학논총」 제37집 제3호, 한양대학교 법학연구소(2020).

를 양립가능하다고 볼 수 있는지 문제되었다.

위 판례사안에서 원심은 양립하지 않는다고 보았다.⁴³⁾ 즉, 말소회복 될 丙의 경매개시결정등기와 乙의 본등기는 양립할 수 없어 본등기를 먼저 말소하지 않는 한 경매개시결정등기를 말소회복할 수 없다고 본 다음, 따라서 본등기명의인 乙을 상대로 한 승낙청구는 당사자적격이 없는 자를 상대로 하여 부적법하다고 보았다. 그러나 위 판례사안에서 대법원은 양립가능하다고 보았다. 즉, 강제경매등기 말소등기는 말소될 것이 아님에도 원인없이 말소된 것으로 무효이므로 직권회복등기를 요하는데, 회복될 丙의 강제경매등기와 제3자 乙의 본등기는 양립가능하므로, 乙은 직권말소된 강제경매등기의 직권회복등기에 관하여 등기상 이해관계 있는 제3자에 해당하여 승낙의 무가 있다고 보았다. 위와 같이 강제경매등기가 무효가등기 유용에 의한 본등기에 의해서 위법하게 직권말소된 경우 그 본등기를 무효로 보지 않고 그것이 유효함을 전제로 그 회복될 강제경매등기와 양립가능한 것으로 보았는바, 이는 무효등기 유용에 있어서 등기상 이해관계 있는 제3자가 있는 경우 유용 대상 등기의 효력에 관하여 그 유용 등기와 제3자의 등기상 권리가 양립가능한 경우 상대적 무효(후순위 존속)의 입장이 반영된 것으로 볼 수도 있겠으나, 다만 왜 양립이 가능한 것인지에 대한 설명은 충분치 않다.

그러나 위와 같이 양립가능한 것으로 보아 강제경매등기의 말소등기가 회복된다면 등기부상 가등기→강제경매등기→본등기가 존재하게 되는데, 이는 가등기의 순위보전적 효력을 배제하여 가등기의 존재의의를 소멸시키고 등기체계를 훼손하여 물권법과 부동산등기법이 허용할 수 없는 권리상태를 만들어 내는 것이 되므로, 결국 위와 같은 양 등기는 양립할 수 없는 것으로 보아야 할 것이다. 따라서 위 판례사안의 원심판단이 타당했다고 생각한다.

7) 대상판결 사안의 경우

그렇다면 다시 대상판결 사안으로 돌아와 생각해 보자. 무효가등기 유

43) 대법원 2010. 3. 19.자 2008마1883 결정을 인용하면서 丙의 경매개시결정등기의 말소등기가 회복된다면 이는 채무자 아닌 乙 소유의 부동산에 대한 강제경매를 허용하는 셈이 되어 가등기의 순위보전적 효력 및 물권의 배타성과 어긋남을 근거로 설시하였다.

용에 의한 피고 Y의 본등기의 효력은 이에 대한 등기상 이해관계 있는 제3자인 원고 X의 가압류등기와는 양립불가하여 무효라고 할 것이고, 그러므로 피고 Y의 본등기로 인한 원고 X의 가압류등기의 직권말소는 위법하다고 할 것이다. 그렇다면 원고 X로서는 무효인 피고 Y의 본등기 및 이를 토대로 한 피고 Z의 소유권이전등기의 각 말소를 구할 수 있는가? 이때 먼저 문제되는 것은 ‘소유권자가 아니고 채권자에 불과’한 원고 X에게는 Y와 Z를 상대로 등기말소를 구할 수 있는 청구권원이 없다는 점이다. 원고 X는 가압류등기를 경료한 가압류채권자인데, 그에게 대항할 수 없는 무효가등기 유용에 의한 본등기로 말미암아 자신의 가압류등기가 부동산등기법에 의해서 등기관에 의해 직권말소되었다면 이에 대해서는 그가 물권자인지 채권자인지와는 상관없이 자신의 원래 적법, 유효하였던 가압류등기만큼은 자신의 힘으로 다시 회복할 수 있는 방법이 필요하다고 할 것이다.

기존 판례에서 보아온 바와 같이, 가압류채권자나 강제경매신청채권자의 경우 자신의 적법, 유효한 등기가 자신에게 대항할 수 없는 무효가등기 유용에 의한 본등기에 의해서 원인없이 말소되었음에도 불구하고 단지 채권자라는 이유로 채권자대위의 방법으로만 가능하다고 하다보니, 채무자가 무효가등기 유용 합의에 기속됨으로 인해 채무자를 대위해서는 그 유용 합의의 타방 당사자인 본등기명의인을 상대로는 그 본등기의 말소를 구할 수 없다는 결과가 되어 왔다.⁴⁴⁾ 대소판결의 원심판결에도 이와 같은 판단이 포함되어 있다. 그러면 원고 X는 가압류등기의 말소회복등기는 할 수 있는가? 원고 X의 가압류등기가 등기관의 직권으로 말소된 이상 그 회복등기 또한 이를 소구할 수는 없고 등기관의 직권에 의해야 하는데, 이를 위해서는 이제 오히려 원래는 가압류채권자에게 대항할 수 없는 무효등기 유용의 당사자인 본등기명의인이 등기상 이해관계 있는 제3자가 되어 이 자의 승낙이 필요한 상황이 되게 된다. 그런데 말소회복등기의 경우에는 제3자의 등기가 말소되지 않고 회복등기와 함께 병존하게 되는 이유로 여기에 다시 양립가능성 여부가 문제되는데, 위 대법원 2019. 5. 16. 선고 2015다253573 판결의

44) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2009다4787 판결 등.

원심은 무효가등기에 기한 본등기와 그 가등기 후 본등기 전의 강제경매등기는 가등기의 순위보전적 효력 및 물권의 배타성에 반하는 것이어서 양립불가하다고 판단하였고, 물론 상고심인 위 대법원 판결에서는 양립가능하다고 보았지만 가등기의 순위보전적 효력 및 이에 따른 직권말소 규정 위반 여부에 관한 아무런 언급도 없는 등 그 근거가 불충분, 불명확하다는 점에서 여전히 혼선이 남아 있다고 본다.

이와 같은 상황에서 대상판결의 원심은 회복될 원고 X의 가압류등기와 무효가등기 유용에 의한 피고 Y의 본등기 및 이를 토대로 한 피고 Z의 소유권이전등기가 양립가능함을 전제로 피고 Z는 원고 X의 가압류등기 직권말소회복에 있어서 등기상 이해관계 있는 제3자로서 승낙의무가 있다고 판단하였고,⁴⁵⁾ 이에 대해서는 불복이 없어 확정되었다. 그러나 앞서 본 바와 같이 원고 X의 가압류등기와 무효가등기 유용에 의한 피고 Y의 본등기는 양립불가하다고 보아야 할 것이고, 따라서 원고 X의 가압류등기의 회복을 위해서는 그에 앞서 피고 Y 및 Z의 각 등기가 말소되어야 할 것으로 생각된다. 그렇다면 원고 X가 이들 등기를 말소시킬 수 있는 방법은 무엇인가.

8) 대안 검토(등기관에 대한 본등기 직권말소등기신청 방안)

대상판결 사안에서 무효가등기 유용에 의한 본등기는 유용 당시 등기상 이해관계 있는 제3자인 가압류채권자가 있는 상태에서는 원래 등기되어서는 아니될 것이었다고 보아야 한다. 따라서 등기관은 본등기 신청이 있다

45) 위 대법원 2015다253573 판결에 의할 경우, 대상판결 사안에서도 원고 X의 가압류등기 회복에 대해 무효가등기 유용에 의한 본등기명의인인 피고 Y도 등기상 이해관계 있는 제3자로서 승낙의무가 인정될 수 있다고 보인다. 그러나 원고 X는 피고 Y에 대해서는 승낙청구를 하지 않고 피고 Z에 대해서만 승낙청구를 하여 인용판결을 얻었는데, 피고 Z의 승낙이 있다고 해도 피고 Y의 승낙이 없는 이상 원고 X가 가압류등기를 회복하는 것은 현실적으로 어려웠을 것으로 생각된다. 대상판결 이후의 사실관계를 확인할 수는 없지만, 등기상 이해관계 있는 제3자가 여러 명인 경우에는 이들 모두의 승낙(또는 대용판결)이 없는 한 회복등기를 할 수 없다고 할 것이기 때문이다. 참고로, 대법원 1980. 7. 22. 선고 79다1575 판결은 회복등기를 신청하는 경우에 등기상 이해관계 있는 제3자의 승낙서 또는 이에 대항할 수 있는 재판의 등본을 첨부하도록 되어 있으므로 이러한 요건을 갖추지 못한 회복등기는 등기상 이해관계 있는 제3자에 대한 관계에서는 무효라고 판시한 바 있다.

면 이를 “사건이 등기할 것이 아닌 때”에 해당함을 이유로 각하했어야 했다고 할 것이다(부동산등기법 제29조 제2호).

여기서 “사건이 등기할 것이 아닌 때”에 관하여 부동산등기규칙 제52조 각 호에서 규정하고 있는데 제1~9호는 각각 개별사유를, 제10호는 “그 밖에 신청취지 자체에 의하여 법률상 허용될 수 없음이 명백한 등기를 신청한 경우”를 들고 있고, 대법원도 “사건이 등기할 것이 아닌 때”라 함은 등기신청이 그 신청취지 자체에 의하여 법률상 허용할 수 없음이 명백한 경우를 말한다고 보고 있는바,⁴⁶⁾ 위 각 개별사유에 해당하지 않는 “무효인 가등기에 기한 본등기 신청”이 여기에 해당한다고 볼 수 있겠는가. 엄격히 말하면 이에 해당하지 않는다고 볼 수도 있겠으나, 일찍이 대법원은 가등기에 기한 본등기시 중간등기의 처리에 위 각하 규정이 적용될 수 있다고 판시해 왔었다. 즉, 가등기권자가 소유권이전의 본등기를 한 경우에는 가등기 후 본등기전의 중간등기는 구 부동산등기법 제55조 제2호의 “사건이 등기할 것이 아닌 때”에 해당하여 구 부동산등기법 제175조 제1항에 의하여 직권말소하여야 한다고 판시해 왔고⁴⁷⁾ 이는 실무상으로도 확립되어 오다가 입법화된 바가 있다.⁴⁸⁾

따라서 무효가등기 유용에 의한 본등기는 등기상 이해관계 있는 제3자인 가압류채권자의 권리를 침해하는 것이어서 이는 등기되어서는 아니되므로, 등기관은 본등기 신청에 대해서 이를 부동산등기법 제29조 제2호의 “사건이 등기할 것이 아닌 때”에 해당함을 이유로 각하하여야 하고, 만약 본등기가 경료되었다면 이는 결과적으로 잘못 등기된 무효의 것이라고 할 것이므로, 사후에 이를 발견하였을 때에는 부동산등기법 제58조 규정을 유추적

46) 대법원 2000. 9. 29. 선고 2000다29240 판결: 구 부동산등기법(1996. 12. 30. 법률 제5205호로 개정되기 전의 것) 제55조 제2호에서 규정하고 있는 “사건이 등기할 것이 아닌 때”라 함은 등기신청이 그 신청취지 자체에 의하여 법률상 허용할 수 없음이 명백한 경우를 말하고, 이에 해당하는 경우에는 등기관의 잘못으로 등기가 마쳐졌다 하더라도 그 등기는 그 자체가 어떠한 의미도 가지지 않는 무효의 등기이기 때문에 등기관은 같은 법 제175조 제1항에 의하여 직권으로 그 등기를 말소하게 된다.

47) 대법원 1962. 12. 24.자 4294민재항675 전원합의체 결정, 대법원 1981. 10. 6.자 81마140 결정 등.

48) 2011. 4. 12. 법률 제10580호로 부동산등기법 전부개정시에 제92조로 입법화되었다.

용하여 등기관은 본등기를 직권말소해야 한다고 할 것이다. 이때 직권말소된 가압류등기 명의인은 등기관에게 직권으로 본등기를 말소하도록 직권발동을 촉구하는 의미에서 본등기말소등기신청을 할 수 있고, 등기관이 이에 응하지 않으면 부동산등기법 제100조에서의 등기관의 결정 또는 처분에 대한 이의신청을 할 수 있다고 할 것이며,⁴⁹⁾ 그리하여 본등기가 말소되면 당초 그 본등기로 말미암아 위법하게 직권말소되었던 가압류등기도 직권으로 말소회복⁵⁰⁾되는 것으로 처리하는 방안이 적절할 것으로 생각되어, 이를 필자의 시론(試論)적 대안으로 제시하고자 한다.

3. 자기 소유 부동산에 대한 시효취득

(1) 부동산 취득시효에서 타인성 요건

부동산취득시효 제도는 부동산을 점유하는 상태가 오랫동안 계속된 경우 권리자로서의 외형을 지닌 사실상태를 존중하여 이를 진실한 권리관계로 하여 보호함으로써 법질서의 안정을 기하고, 장기간 지속된 사실상태는 진실한 권리관계와 일치될 개연성이 높다는 점을 고려하여 권리관계에 관한 분쟁이 생긴 경우 점유자의 증명곤란을 구제하려는 데에 그 존재이유가 있다.⁵¹⁾ 한편, 취득시효에 관한 현행 민법 제245조는 구 민법 제162조를 기초로 해서 제정되었는데,⁵²⁾ 구 민법과는 다르게 물건의 “타인성” 요건을 삭

49) 관할 지방법원은 이의에 대하여 이유를 붙여 결정을 하여야 한다. 이 경우 이의가 이유있다고 인정하면 등기관에게 그에 해당하는 처분을 명령하고 그 뜻을 이의신청인과 등기상 이해관계 있는 자에게 알려야 하며, 이유가 이유없는 경우에는 신청을 기각 또는 각하하여야 한다. 그리고 이들 결정에 대해서는 비송사건절차법에 따라 항고할 수 있다(이상 부동산등기법 제105조).

50) 가등기에 기한 소유권이전의 본등기가 경료됨으로써 등기관이 직권으로 가등기 후에 경료된 제3자의 등기를 말소한 경우 그 후에 그 가등기에 기한 본등기가 원인무효 등의 사유로 말소된 때에는 등기관은 직권으로 그 말소등기의 회복등기를 하여야 한다. 대법원 1983. 3. 8. 선고 82다카1168 판결; 대법원 1989. 10. 27. 선고 87다카425 판결; 대법원 1995. 5. 26. 선고 95다6878 판결 등 참조.

51) 대법원 2016. 10. 27. 선고 2016다224596 판결.

52) 다만, 실제 제정된 우리 민법상 부동산취득시효제도는 계보상으로는, 먼저 점유취득시효(현행 민법 제245조 제1항)는 중화민국민법 제769조를, 등기부취득시효(현행 민

제하였다. 이에 자기 소유 부동산에 대하여 시효취득이 가능한지에 관한 논의가 구 민법과 현행 민법 상황에서 차이가 있다.

(2) 자기 소유 부동산의 시효취득에 관한 견해의 대립

1) 구 민법상 논의

구 민법은 취득시효에 관한 제162조에서 그 객체에 관하여 동산과 부동산을 구별하지 않은 채 “타인의 물건”에 대해서 점유자가 선의·무과실이나 아니냐에 따라 10년 또는 20년으로 기간의 차이를 두어 규정하고 있다.⁵³⁾ 그리고 구 민법 제177조는 부동산에 관한 물권의 득실변경은 등기하지 아니하면 제3자에게 대항할 수 없다고 규정하여 부동산물권변동에 관한 대항요건주의를 채택하였기 때문에 등기는 소유권취득을 위한 요건은 아니지만, 이 규정의 해석상 취득시효완성의 경우에도 등기하지 않으면 그 부동산에 관하여 구 소유자로부터 소유권을 취득하여 등기를 한 제3자에 대하여 대항할 수 없는 것으로 이해되고 있다.⁵⁴⁾ 일본판례도 점유취득시효에 의하여 등기 없이 소유권을 취득하기는 하지만 그것은 등기명의인과의 관계에서 그러하며, 그 부동산이 제3자에게 처분된 경우에는 등기가 없는 한 양수인에게 취득시효를 주장할 수 없다고 한다.⁵⁵⁾ 한편, 구 민법상 “물건의 타인성”에 대해서 일본최고재판소는 구 민법 제162조의 규정에도 불구하고 자기 소유 물건에 대한 시효취득을 긍정하고 있다.⁵⁶⁾

법 제245조 제2항)는 만주민법 제225조를 모범으로 한 것으로 볼 수 있다(명순구, 실록 대한민국 민법 2, 법문사, 2010, 178면).

53) 김규완, “부동산점유취득시효의 요건과 효과 - 판레이론의 비판적 재구성-”, 안암법학 통권 제14호, 안암법학회(2002), 203면.

54) 민유숙, “취득시효 완성의 제3자에 대한 효과 - 새로운 해석론의 시도-”, 민사재판의 제문제 제16권(2007. 12.), 한국사법행정학회(2007), 324면.

55) 송덕수, “부동산 점유취득시효 제도 개정론”, 민사법학 43-2호(2008. 12.), 한국사법행정학회(2008), 300면.

56) 日本最高裁判所 昭和42年(1967) 7月 21日 民集 21卷 6号 1643頁은 “민법 제162조 소정의 점유자는 권리없이 점유하는 자 외에 소유권에 기초하여 점유를 한 자도 포함하는 것으로 해석하는 것이 상당하다(大審院 昭和8年(1933) (オ) 第2301号, 同9年 5月 28日 判決, 民集 13卷 857頁 참조). 즉, 소유권에 근거하여 부동산을 점유하는 자에게도 민법 제162조의 적용이 있는 것으로 해석해야 한다. 다만, 취득시효는 당해 물건을

일본에서 자기 소유 부동산에 대한 시효취득 인정 여부가 문제되게 된 것은 주로 부동산 이중양도 사안에서 등기하지 아니한 제1양수인의 보호와 관련되어 있다.⁵⁷⁾ 즉, 제1양수인 B가 소유자 A로부터 유효한 매매계약에 의해 X토지의 점유를 개시하였으나 등기를 이전하지 않은 사이에 제2양수인 C가 A와의 매매계약 후 X토지에 대한 이전등기를 경료한 경우에 제1양수인 B가 시효취득을 할 수 있는가 하는 문제이다. 일본민법은 부동산물권 변동에 관하여 대항요건주의를 취하고 있기 때문에 이 경우 B는 적어도 C가 등기를 경료하기 전까지는 자기 소유의 물건을 점유한 것이 되므로, 이를 과연 일본민법 제162조의 “타인의 물건”을 점유한 것으로 볼 수 있는지, 그래서 시효취득을 인정할 수 있는지가 문제된다. 이에 대해 일본판례는 매매계약에 기한 제1양수인 B의 유효한 소유권 취득을 인정하면서도, B의 시효취득에 있어서 취득시효의 기산점을 C의 등기시가 아닌 B의 점유개시시로 삼는다. 이는 일본판례가 일본민법상 명문의 규정과는 달리 자기 소유 물건의 시효취득을 인정한 것으로 이해할 수 있으면서도, 한편으로는 소급적으로 B의 점유개시시점부터 타인 소유물로 보는 것이 될 수 있다.⁵⁸⁾ 즉,

영속적으로 점유한다는 사실상태를 일정한 경우에 권리관계까지 높이려는 제도이므로, 소유권에 기하여 부동산을 영속적으로 점유하는 자라 하더라도 그 등기를 경유하지 않는 등의 사유로 소유권 취득의 입증이 곤란하거나, 소유권 취득을 제3자에게 대항할 수 없는 등의 경우에는 취득시효에 의한 권리취득을 주장할 수 있다고 해석하는 것이 제도 본래의 취지에 합치한다고 보아야 하고, 민법 제162조가 시효취득의 대상을 타인의 물건으로 한 것은 통상적인 경우에 자기 물건에 대하여 취득시효를 원용하는 것은 무의미하기 때문이며, 동조는 자기 물건에 대한 취득시효의 원용을 허용하지 않으려는 취지가 아니기 때문이다”라고 판시한 바 있다.

57) 이에 대해서는 서중희, “자기 소유 부동산의 시효취득 인정여부 - 대법원 2016. 10. 27. 선고 2016다224596 판결을 계기로-”, 일감부동산법학 제14호, 건국대학교 법학연구소(2017. 2.), 196~200면.

58) 日本最高裁判所 昭和46年(1971) 11月 5日 民集 25卷 8号 1087頁은 제2매수인 등기시점에 그 소유권은 매도인으로부터 제2매수인에게 직접 이전되는 것이지, 매도인으로부터 일단 제1매수인에게 이전되고 제1매수인으로부터 제2매수인에게 이전되는 것이 아니며, 제1매수인은 처음부터 소유권을 전혀 취득하지 않은 것이 된다고 한다. 즉, “부동산 매매가 이루어진 경우 특별한 의사표시가 없는 한 부동산 소유권은 당사자 사이에서는 즉시 매수인에게 이전되지만, 그 등기가 이루어지지 않은 동안에는 등기의 흠결을 주장할 수 있는 정당한 이익을 가진 제3자에 대한 관계에서 매도인은 소유권을 잃지 않고, 반대로 매수인도 소유권을 취득하는 것은 아니다. 당해 부동산의

일본의 판례는 소유권을 취득하였으나 제3자에게 대항할 수 없는 소유권자(제1매수인)의 실질적 보호를 위해 자기 소유 부동산에 대한 시효취득을 인정하면서도, 다만 명문의 규정에 배치되는 문제점을 극복하기 위해서 제1매수인의 소유권취득을 점유개시시로 소급해서 소멸시켜 이로써 애당초 ‘타인의 소유물’에 대한 것으로 인정하는 방안을 찾아낸 것이라고 할 수 있는데, 이에 대해서는 지나치게 의제적이라는 비판도 있다.⁵⁹⁾

2) 현행 민법상 논의

현행 우리 민법상 자기 소유 부동산에 대해서 시효취득이 인정될 수 있는지에 대해서는 종래 견해의 대립이 있어 왔다. 제245조는 취득시효의 목적물을 ‘부동산’이라고만 규정하고 있어 이러한 ‘부동산’에 자기 소유 부동산이 포함되는지가 문제되어 왔고, 학설은 긍정설과 부정설로 나뉘어져 있다.

긍정설은, 시효취득은 원시취득이라는 점, 취득시효는 소유자를 묻지 않고 사실상태를 권리관계로 높이려는 제도라는 점, 자기 소유임을 입증하기 곤란한 경우 자기 물건에 대해서도 취득시효의 주장이 필요하다는 점, 현행 민법은 구 민법의 문언에서 ‘타인의 물건’이라는 표현을 삭제하였다는 점⁶⁰⁾ 등을 근거로 들고 있다. 반면에 부정설은, 자기 소유임을 증명하지 못

매도인으로부터 제2매수인에게 이중으로 매각되어 제2매수인에게 소유권이전등기가 이루어진 경우 제2매수인은 등기의 흠결을 주장할 수 있는 정당한 이익을 가진 제3자입은 두 말 할 나위도 없으므로 등기 시점에 제2매수인이 완전히 소유권을 취득하는 것이다. 하지만 그 소유권은 매도인으로부터 제2매수인에게 직접 이전되는 것이지, 매도인으로부터 일단 제1매수인에게 이전되고 제1매수인으로부터 제2매수인에게 이전되는 것이 아니다. 제1매수인은 처음부터 소유권을 전혀 취득하지 않은 것이 된다. 따라서 제1매수인이 그 매수 후 부동산의 점유를 취득하고 그 때부터 민법 제162조에 규정된 시효기간을 경과한 때에는 동법조에 따라 당해 부동산을 시효로 취득할 수 있는 것으로 해석하는 것이 타당하다(最高裁判所 昭和40年(1965)(オ)第1265号, 昭和42年(1967) 7月 21日 第2小法廷 判決, 民集 21卷 6号 1643頁 参照).”고 판시하였다.

- 59) 이와 같은 일본판례의 입장에 대한 일본 학설의 자세한 내용에 대해서는, 정병호, “부동산명의신탁자의 점유시효취득 - 자기소유부동산의 시효취득이 가능하다는 일반론을 중심으로 -”, 민사판례연구 25권(2003.02), 민사판례연구회(2003), 42면 각주 34; 서중희, “자기 소유 부동산의 시효취득 인정여부 - 대법원 2016. 10. 27. 선고 2016다224596 판결을 계기로-”, 일감부동산법학 제14호, 건국대학교 법학연구소(2017. 2.), 196~200면 참조.

하는 경우란 결국 타인 소유물임을 주장하는 것인 점, 타인 소유물에 대해서만 시효취득이 인정될 수 있다는 것은 명문의 규정이 없어도 당연한 것이거나 또는 타인의 물건이라는 것을 굳이 증명할 필요가 없다는 이유에서 입법자가 명문에서 ‘타인성’을 삭제한 것으로 볼 수 있다는 점 등을 근거로 들고 있다. 종래에는 긍정설이 다수설이었으나, 최근에는 부정설을 취하는 견해도 적지 않다.⁶¹⁾

(3) 자기 소유 부동산의 시효취득에 관한 판례 법리의 문제점

1) 문제의 소재

판례는 점유시효취득 사안에서 시효취득의 목적물은 반드시 타인의 물건이어야 할 필요는 없고 자기의 소유물이라 할지라도 시효취득의 목적물이 될 수 있는 것이라고 판시한 바 있고,⁶²⁾ 등기부시효취득사안에서 등기부취득시효의 요건으로서의 소유자로 등기한 자라 함은 적법·유효한 등기를 한 자일 필요가 없고 무효의 등기를 한 자도 상관없다고 판시하여,⁶³⁾ 자기 소유 부동산에 대해서도 시효취득이 인정된다는 취지의 판시를 해 오고 있

60) 우리 민법 제정 당시 의용민법은 취득시효에 관하여 ‘타인의’ 물(物)일 것을 요건으로 하고 있었으나, 이에 대해서 취득시효는 원시취득으로 타인의 소유권에 기해서 취득하는 것이 아니므로 누구의 소유인가는 중요하지 않다는 비판이 있어, 이에 우리 민법 제정 당시 민법원안이 ‘타인의’ 것임을 요구하지 않은 것은 이러한 학설을 받아들인 것이라고 한다[명순구, 실록 대한민국 민법 2, 법문사(2010), 178면].

61) 김친수, “사해행위 수익자의 시효취득 - 대법원 2016. 11. 25. 선고 2013다206313 판결-”, 법조 제724권, 법조협회(2017), 527~528면; 양형우, “사해행위 수익자의 등기부취득시효 인정여부 - 대법원 20161125 선고 2013다206313 판결-”, 홍익법학 제18권 제4호, 홍익대학교 법학연구소(2017), 397~402면; 정병호, 앞의 논문(각주 13), 44~45면; 윤의섭, “자기 소유 부동산의 취득시효”, 성균관법학 제26권 제3호, 성균관대학교 법학연구소(2014. 09.), 203~204면; 김덕중, “사해행위취소소송의 수익자가 부동산취득시효를 주장할 수 있는지 여부 - 대법원 2016. 11. 25. 선고 2013다206313 판결을 중심으로-”, 원광법학 제33권 제3호, 원광대학교 법학연구소(2017. 09.), 76면은 자기 소유 부동산에 대한 시효취득을 인정하는 긍정설의 주요 논거는 실질적인 근거로서 역할을 담당하다고 있다고 할 수 없으나, 그렇다고 해서 이것이 부정설의 근거가 될 수는 없고, 궁극적으로는 시효취득제도의 존재목적과 구체적 사안에 따라 점유자의 권리보호 측면 등을 고려하여 인정 여부를 판단해야 한다고 한다.

62) 대법원 1973. 7. 24. 선고 73다559, 560 판결 등 참조.

63) 대법원 2015. 2. 12. 선고 2013다215515 판결 등 참조.

다. 반면에, 이와는 달리 판례는 자기 소유 부동산을 점유하는 것은 취득시효의 기초로서의 점유라고 할 수 없다는 이유로 시효취득을 부정하는 판시를 한 바도 있다.⁶⁴⁾

이와 같은 두 가지 상반된 입장의 판례에 대해서는 학설도 의견이 분분하며 이를 명확히 설명하지 못하고 있다.⁶⁵⁾ 취득시효, 특히 부동산취득시효와 관련해서는 지금까지 많은 선행연구들이 있어 왔고 판례도 상당히 쌓여 있는 상태이기 때문에 어느 정도 그 근거나 요건, 효과 등에 대해서 정리되어 있다고 볼 수 있지만, 위와 같이 자기 소유물에 대한 시효취득 인정 여부에 대해서는 아직까지도 학설이 제대로 설명하지 못하고 있는 상황이고, 판례 또한 자기 소유물에 대한 시효취득에 관하여 이를 인정하는 일반법리를 판시한 바가 있는 반면에, 다른 한편으로는 자기 소유물에 대한 점유는 취득시효의 기초되는 점유가 아니라는 이유로 시효취득을 부정하는 판시를 해 오는 등 일관되고 명확한 입장을 표명하지 못하고 있어 현재까지도 상당히 혼란스러운 상태인데, 이와 같은 판례 사안을 좀 더 자세히 살펴보면 아래와 같다.

2) 판례 사안의 검토

먼저 자기 소유 부동산에 관한 시효취득이 인정된다고 설시한 주요 판결의 예로는 대법원 1973. 7. 24. 선고 73다559, 560 판결, 대법원 1973. 8. 31. 선고 73다387, 388 판결, 대법원 1992. 2. 25. 선고 91다9312 판결, 대법원 2001. 7. 13. 선고 2001다17572 판결, 대법원 1998. 1. 20. 선고 96다48527 판결 등이 있다.

그러나 이들 판결 사안은 실제로 완전한 소유권에 기한 자기 소유물에 대해서 시효취득을 인정한 사안이라기 보다는 실제로는 타인 소유물에 관한 사안이거나 또는 이에 준하는 사안에 대한 것이다. 즉, 비록 직접점유자의 입장에서는 자기 소유물이 되었다고 하더라도 시효취득을 주장하는 간

64) 대법원 2016. 10. 27. 선고 2016다224596 판결 등 참조.

65) 자기 소유 부동산에 대한 판례의 입장에 대한 학설의 설명에 대해서는, 윤진호·김제완, “사해행위가 취소된 경우 수익자의 자주점유 여부 - 대상판결: 대법원 2016. 11. 25. 선고2013다206313 판결 -”, 「법학논총」 제45권 제1호, 단국대학교 법학연구소 (2021), 272쪽 참조.

점점유자에게는 타인 소유물이었던 사안(위 대법원 73다559, 560 판결), 구 민법 적용 시대에 부동산물권변동에 관한 대항요건주의 하에서 등기하지 않아 대외적으로는 소유권 취득이 인정되지 않은 자의 점유 사안일 뿐만 아니라 현행 민법상 성립요건주의 하에서는 소유권 취득이 아예 인정될 수 없어 타인 소유물에 대한 것으로 보아야 하는 사안(위 대법원 73다387, 388 판결), 성명불상자인 타인 소유물에 대한 시효취득 사안(위 대법원 91다9312 판결), 부동산실명법 시행 전 인정되던 명의신탁에서 대외적으로 무권리자인 명의신탁자의 신탁재산 점유 사안(위 대법원 2001다17572 판결⁶⁶⁾), 무효인 등기를 한 자의 타인 소유물에 대한 등기부취득시효에 관한 사안(위 대법원 96다48527 판결) 등 실제로는 타인 소유물에 관한 것이거나 이에 준하는 시효취득 사안에 대한 것으로 볼 수 있다.⁶⁷⁾ 따라서 비록 위 판결들에서 대법원이 “시효취득의 목적물은 반드시 타인의 물건이어야 할 필요는 없고 자기의 소유물이라 할지라도 시효취득의 목적물이 될 수 있다”라거나 “적법·유효한 등기를 마친 자도 자기 소유물에 대해서 시효취득을 할 수 있다”라는 취지의 ‘자기 소유 부동산의 시효취득 법리’를 실시하였다고는 하지만, 이들 사안은 실제로는 자기 소유물에 대한 것으로 보기는 어려운 사안들이었기 때문에 대법원이 굳이 이들 사안의 처리를 위해서 그와 같은 일반법리를 실시할 필요는 없었다고 할 것이며, 나아가 이들 판결을 가지고 판례가 실제로 자기 소유물에 대해 시효취득을 인정하고 있다고 단언할 것은 아니라고 할 것이다.

한편, 판례는 위와 같이 자기 소유 부동산에 대해서 시효취득이 인정된다고 판시해 오면서도, 자기 소유물에 대한 점유는 “취득시효의 기초되는

66) 이 판결에서 비록 대법원이 자기 소유 부동산도 시효취득의 목적물이 될 수 있다고 실시하고는 있지만, 이는 자기 소유 부동산에 대한 시효취득은 인정될 수 없다는 취지의 피고의 주장에 대해서 일반법리를 실시한 것일 뿐, 실제로는 이와는 상관없이 “이 사건 토지의 소유자인 피고(밑줄은 필자 주)는 원고에게 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있다”고 실시하여 부동산실명법 시행 전 명의신탁자의 신탁재산 점유를 타인 소유물에 대한 것으로 보고 있다.

67) 이들 판결 사안의 구체적인 사실관계와 판시내용 및 분석에 대해서는, 윤진호·김제완, “사해행위가 취소된 경우 수익자의 자주점유 여부 - 대상판결: 대법원 2016. 11. 25. 선고2013다206313 판결 -”, 「법학논총」 제45권 제1호, 단국대학교 법학연구소 (2021), 273~282 참조.

점유”가 아니라는 이유로 시효취득을 부정하는 판시를 해 오고 있다. 이와 같이 ‘취득시효의 기초되는 점유 법리’를 판시한 주요 판결로는 대법원 1989. 9. 26. 선고 88다카26574 판결, 대법원 2001. 4. 13. 선고 99다62036, 62043 판결, 대법원 2016. 10. 27. 선고 2016다224596 판결 등을 들 수 있는데, 그러나 이들 판결 사안은 실제로 타인 소유물에 대한 시효취득의 문제로 접근함이 타당했거나 또는 자기 소유물에 대한 시효취득을 부정함으로써 얼마든지 합리적인 해결이 가능할 수 있는 사안들이었다고 할 수 있다.

즉, 위 대법원 99다62036, 62043 판결 사안은 구분소유적 공유자(상호명의신탁자)가 점유하는 특정부분도 대외적으로는 공유물로서 이는 완전한 소유권에 기한 자기 소유물이라고 할 수 없으므로 이에 대해서 굳이 ‘취득시효의 기초되는 점유 법리’를 내세워 시효취득을 부정할 것이 아니라 명의신탁이론에 따라서 타인 소유물에 준하여⁶⁸⁾ 시효취득을 인정함이 타당하였을 사안이며, 위 대법원 88다카26574 판결 및 대법원 2016다224596 판결 사안의 경우에는 적법, 유효한 등기를 마치고 소유권을 취득한 자의 실제 자기 소유물에 대한 시효취득 사안으로 이 경우에는 ‘취득시효의 기초되는 점유 법리’를 원용할 필요없이 자기 소유물에 대한 것으로서 취득시효제도의 취지에 비추어 시효취득을 부정하는 것이 타당했을 사안이라고 할 수 있다.⁶⁹⁾

3) 소결

일본의 학설과 판례는 자기 소유 부동산에 대한 시효취득을 널리 인정하고 있지만, 이는 일본민법상 부동산물권변동에 관한 대항요건주의의 채택으로 인해 등기 없이도 시효완성만으로 소유권을 취득하게 되므로, 비록 소유권을 취득하였으나 제3자에게 대항할 수 없는 등의 경우가 발생하고 이를 보호할 필요성이 있어 명문의 규정에도 불구하고 자기 소유 물건에 대해 시효취득을 인정하고 있는 것임을 앞서 보았다.⁷⁰⁾ 그러나 우리 민법은 부동산

68) 앞서 대법원 2001다17572 판결에서 본 바와 같이, 대법원은 부동산신탁법 시행 전 명의신탁자의 신탁재산 점유를 타인 소유물에 대한 것으로 보고 있다.

69) 이들 판결 사안의 구체적인 사실관계와 판시내용 및 분석에 대해서는, 윤진호·김제완, “사해행위가 취소된 경우 수익자의 자주점유 여부 - 대상판결: 대법원 2016. 11. 25. 선고2013다206313 판결 -”, 「법학논총」 제45권 제1호, 단국대학교 법학연구소 (2021), 285~292 참조.

물권변동에 관한 성립요건주의를 채택하여⁷¹⁾ 부동산 매수인은 원칙상 등기해야 만이 소유권을 취득하고 그렇지 않으면 아예 소유권을 취득할 수 없어 자기 소유 부동산이라고 할 수가 없다. 즉, 우리 민법상 소유권등기를 하지 아니한 자의 목적물에 대한 점유는 자기 소유물에 대한 것이 아닌 타인 소유물에 대한 것이다.

한편, 취득시효의 취지가 진정한 권리자의 증거곤란 구제에도 있는 점에 비추어 자기 소유임에 대한 입증 곤란시에는 취득시효를 주장할 수 있음은 당연하고, 따라서 취득시효를 주장하는 자가 취득시효의 대상물이 자기 소유가 아닌 타인 소유임을 입증할 필요까지는 없다고 보아야 할 것인데, 그렇다고 해서 이를 설명하기 위해 자기 소유물에 대한 시효취득이 가능하다고 할 필요는 없다고 할 것이다.⁷²⁾ 자기 소유임을 증명하지 못한 경우에는 자기 소유 물건을 시효취득하였다고는 할 수 없음이 당연하고, 또한 구 민법 당시 등기하지 않은 소유권은 제3자에 대하여는 대항할 수 없어 이를 완전한 소유권이라고는 할 수 없기 때문이다. 더군다나 적법·유효한 등기를 마친 자는 자신의 권원에 대한 증명 곤란의 문제가 발생하지 않고, 타인의 물건에 대해서만 시효취득이 인정될 수 있다는 것은 명문의 규정이 없어도 당연한 것이라고 보아 입법자가 ‘타인성’을 삭제한 것으로도 볼 수 있으며,⁷³⁾ 나아가 적법·유효한 등기를 마치고 이미 소유권을 취득한 자가 10년

70) 서중희, “자기 소유 부동산의 시효취득 인정여부 - 대법원 2016. 10. 27. 선고 2016다224596 판결을 계기로-”, 일감부동산법학 제14호, 건국대학교 법학연구소(2017. 2.), 204면은 명문의 문리적 해석을 넘어서 일본 판례가 자기 소유 부동산에 대한 시효취득을 인정하는 실질적인 이유가 등기를 갖추지 못한 채 소유권을 취득한 (부동산 이중매매사안에서-팔호 안의 주는 필자) 제1매수인의 보호에 있었다는 점을 간과해서는 안 된다고 한다.

71) 김규완, “부동산점유취득시효의 요건과 효과 - 판례이론의 비판적 재구성-”, 안암법학 통권 제14호, 안암법학회(2002), 203면은 우리 민법이 물권변동에 관하여 형식주의를 채택하면서도 등기에는 공신의 원칙을 적용하지 않고 있기 때문에 점유취득시효 자체를 규정하였고, 그 제도 내에서는 다시 물권변동에 관하여 형식주의를 채택하였기 때문에 - 취득시효를 법률규정에 의한 물권변동, 즉 제187조의 경우로 본다면 체계적이지 않다는 비난을 받을 수도 있는- “등기할 것”을 요구함으로써 탄생한 입법적 절충이라고 한다.

72) 윤진수, “245조”, 민법주해[V] 물권(2), 박영사(2002), 369면.

73) 양형우, “사해행위 수익자의 등기부취득시효 인정여부 - 대법원 20161125 선고 2013

이라는 시간을 기다렸다가 시효의 완성으로 점유개시시로 소급하여 소유권을 취득한다고 인정한다는 것은 비현실적이라고 하겠다.⁷⁴⁾

따라서 우리 민법의 경우 ‘자기 소유물에 대한 시효취득 법리’를 인정할 필요는 없다고 생각된다.⁷⁵⁾ 그리고 ‘취득시효의 기초되는 점유 법리’는 자기 소유물에 대한 시효취득을 일반법리로 인정한 상황에서 다시 이를 부정하려다 보니 내세운 도구에 불과하다고 할 것이므로, 애당초 자기 소유물에 대한 시효취득을 부정한다면 이 또한 무용한 것이 될 것이라고 본다.

4. 시효취득 효과의 소급효와 원시취득성

피고 Z는 원심에서 자신이 피고 Y의 점유를 승계해서 등기부시효취득을 하였다고 하면서 아무런 제한없는 소유권 취득을 이유로 원고 X의 가압류등기가 말소되어야 한다고 항변하였고, 이에 대해서 원심은 설사 피고 Z가 등기부시효취득을 하였다고 하여도 피고 Y의 점유개시일에 소급하여 소유권을 취득한다고 할 것인데, 원고 X의 가압류등기는 Y의 점유개시일 이전에 마쳐진 것이어서, 피고 Z의 등기부시효취득완성에 따른 소급효는 원고 X의 가압류등기에 아무런 영향을 미치지 않는다고 보았다.⁷⁶⁾

그러나 시효취득의 원시취득성은 시효취득시 원소유자의 소유권에 가하여진 각종 제한에 의하여 영향을 받지 않는 완전한 소유권을 취득하는 것을 의미하는 반면에, 시효취득의 소급효 문제는 주로 취득시효기간 동안에

다206313 판결-”, 홍익법학 제18권 제4호, 홍익대학교 법학연구소(2017), 400~402면.

74) 김천수, “사해행위 수익자의 시효취득 - 대법원 2016. 11. 25. 선고 2013다206313 판결-”, 법조 제724권, 법조협회(2017), 531~532면.

75) 송덕수, “부동산 점유취득시효 제도 개정론”, 민사법학 43-2호(2008. 12.), 한국사법행정학회(2008), 277~278면: 민법은 부동산점유취득시효의 객체에 대하여 제한을 가하지 않고 있고, 그리하여 우리 민법에 있어서는 타인 명의로 등기되어 있는 부동산도 시효취득을 할 수 있는데, ... 이는 아마도 과거에 우리나라에 적용되었던 일본민법이 대항요건주의를 취하고 있었고, 그 결과 등기를 곧바로 하지 않았던 실제의 관행을 고려한 듯하다. 그런 이제는 성립요건주의가 충분히 정착되었고, 그리하여 물권변동원인이 있을 경우 대부분 즉시의 등기가 행하여지고 있는 만큼, 이에 대하여 근본적으로 재검토하여야 한다.

76) X의 주위적 청구원인을 인정하지 아니하여 여기서 판단하지 아니한 Z의 시효취득 항변을 X의 예비적 청구에 대한 부분에서 가정적으로 판단하였다.

점유자의 점유를 적법한 점유로 본다는 의미이고, 그러므로 점유자는 취득 시효기간 동안 얻은 과실 기타의 이익을 정당한 권원에 의하여 얻은 것으로 되어 원소유자에게 이를 상환할 필요가 없게 된다. 따라서 자신이 원시취득한 것이므로 X의 가압류등기가 말소되어야 한다는 Z의 등기부시효취득 주장에 대해서 원심이 위와 같이 시효취득의 소급효를 이유로 배척한 것은 타당하다고 할 수 없다.

한편, 원심은 X의 가등기에 대한 직권말소는 법률상 원인없이 마쳐진 것으로 무효이고, 따라서 X가 여전히 적법한 가압류권자라고 보았다. 이는 즉, B와 Y의 무효가등기 유용에 의한 본등기로서 X의 가압류권을 해할 수 없다는 것이고, 따라서 오히려 X의 가압류등기를 말소시킨 Y의 본등기가 위법하다는 것인데, 무효등기 유용으로 대항할 수 없는 등기상 이해관계 있는 제3자에 대한 유용 등기의 효력을 절대적 무효라고 본다면 Y의 본등기와 이를 토대로 한 Z의 소유권이전등기는 모두 무효라고 할 것이어서 이 경우 Y와 Z는 타인 소유 부동산을 점유한 것이 되고, 만약 상대적 무효(후순위 존속)라고 한다면 Y의 등기는 유효하되 X에 대해서 후순위로 존속하고 Y의 등기를 토대로 한 Z의 등기 또한 유효하다고 할 것이어서 이 경우 Y와 Z는 자기 소유 부동산을 점유한 것이 될 것이다.

원심은 Z의 점유가 타인 소유 부동산에 대한 것임을 전제로 하여 Z의 시효취득에 의한 원시취득 주장을 시효취득의 소급효 문제로 접근하여 배척하였고, 이에 대해서 대법원은 Z의 점유가 자기 소유 부동산에 대한 것임을 전제로 그에 대해서 취득시효의 기초되는 점유가 인정될 수 있는 예외적인 경우가 아니라고 보고 Z의 상고를 기각하였다.

학설 중 다수설은 시효취득을 원시취득으로 이해하고 있고, 소수설은 소급효를 갖는 특수한 승계취득으로 보고 있다.⁷⁷⁾ 판례는 기본적으로 원시취득설을 취하는 것으로 이해되고 있다.⁷⁸⁾ 원시취득으로 보는 견해는, 시효취득은

77) 윤진수, “제247조”, 편집대표 박윤직, 민법주해[V] 물권(2), 박영사(2002), 416면; 지원림, 민법강의 제17판, 홍문사(2020), 614면.

78) 대법원 1991. 10. 22. 선고 90다16283 판결; 대법원 1993. 10. 12. 선고 93다1886 판결 등. 시효취득은 원시취득에 해당하므로 특별한 사정이 없는 한 원소유자의 소유권에 가하여진 각종 제한에 의하여 영향을 받지 아니하는 완전한 내용의 소유권을 취득하

법률의 규정에 의한 물권 취득으로서 원시취득에 속하므로 원소유자의 권리 위에 존재하던 제한은 원칙적으로 소멸하고 특별한 사정이 없는 한 시효완성자는 원소유자의 소유권에 가해진 각종 제한의 영향을 받지 않는 완전한 소유권을 취득한다고 한다. 그러나 점유취득시효에 의한 소유권취득은 등기를 요하는 것으로 규정되어 있다는 점, 다수설도 취득시효의 기초가 되는 점유가 지역권과 같은 타인의 권리를 용인하고 있는 경우에는 이러한 권리의 제한을 받는 소유권을 취득한다고 설명하는데 이는 원시취득으로 이해할 때에는 설명이 어렵다는 점, 취득시효에 의한 소유권취득의 등기가 이전등기에 의하여 행해진다는 점 등에 비추어 시효취득은 소급효를 갖는 특수한 승계취득으로 봄이 타당하다고 할 것이다. 따라서 시효취득의 경우 시효취득 당시 존재하고 있는 물적 부담을 그대로 안은 채 승계취득한다고 할 것이다.

대상판결 사안에서, Y와 Z의 등기가 적법, 유효하여 자기 소유 부동산이라고 본다면 이는 자기 소유 부동산에 대한 시효취득이 부정됨을 이유로 Z의 항변을 배척했어야 했고, 만약 타인 소유 부동산이라고 본다면 시효취득을 소급효를 갖는 특수한 승계취득이라고 보고 따라서 Z는 X의 가압류등기의 제한을 받는 소유권을 취득하게 됨을 이유로 Z의 항변을 배척함이 법적 근거 제시의 측면에서 좀 더 타당했다고 생각된다.

5. 대상판결에의 적용

(1) 자기 소유 부동산의 시효취득을 인정할 수 있는 예외적인 경우 해당 여부

원고 X의 피고 Z에 대한 가압류등기 말소회복등기에 대한 승낙청구에

게 되고, 그리하여 그 부동산에 관하여 취득시효의 기간이 진행 중에 체결되어 소유권이 전등기청구권가등기에 의하여 보전된 매매예약상의 매수인의 지위도 소멸된다고 한 것으로는 대법원 2004. 9. 24. 선고 2004다31463 판결 참조. 판례의 입장은, 목적물에 취득시효 완성 전에 제한이나 부담이 설정된 경우에는 시효취득을 하면 그 제한이나 부담은 소멸하나, 시효완성 후 등기 전에 목적물에 설정된 제한이나 부담은 소멸하지 않는다는 태도로 이해할 수 있다(장재현, “점유시효취득의 소급효란? -점유시효취득이 원시취득?-, 성균관법학 제23권 제2호, 성균관대학교 법학연구원(2011. 8.), 118~119쪽).

대하여 피고 Z가 시효취득 항변을 한 것에 대해서 원심은 피고 Z의 주장대로 시효취득을 가정하더라도 가압류등기가 점유개시일 이전에 마쳐졌다는 이유로 원고 X의 가압류등기에는 아무런 영향이 없다고 판단하였지만, 대상판결은 피고 Z의 소유권이전등기가 적법, 유효하다고 보고 피고 Z의 점유를 자기 소유물에 대한 것으로 보아 이는 취득시효의 기초되는 점유가 될 수 없다고 하면서 피고 Z의 시효취득 항변을 배척하였다.

대상판결은 자기 소유물에 대한 점유는 취득시효의 기초되는 점유가 될 수 없다는 기존의 “취득시효의 기초되는 점유 법리”를 다시 한번 확인하는 동시에, 이에 대한 예외적인 상황을 실시하였는데, 그 예외적인 상황으로 “소유권에 기초하여 부동산을 점유하는 사람이더라도 그 등기를 하고 있지 않아 자신의 소유권을 증명하기 어렵거나 소유권을 제3자에게 대항할 수 없는 경우”를 들고 있다. 이는 부동산물권변동에 관한 대항요건주의를 취하고 있는 일본에서 판례가 자기 소유물의 시효취득이 인정될 수 있다며 판시한 내용⁷⁹⁾을 차용하여 우리 대법원이 종전에 ‘자기 소유물에 대한 시효취득 법리’를 통해 자기 소유물에 대한 시효취득이 가능하다고 실시했던 사안과 유사한 내용임을 알 수 있다. 즉, 종전에 판례가 ‘자기 소유물에 대한 시효취득 법리’를 실시했던 사안의 경우를 ‘취득시효의 기초되는 점유 법리’에서의 예외적인 경우로 함께 실시한 점이 눈에 띄기는 하나, 앞서 논한 바와 같이 현행 우리 민법상으로는 자기 소유물에 대한 시효취득은 부정함이 타당하다고 할 것이다.

다만 대상판결과 같이 자기 소유물에 대한 시효취득이 인정된다고 보는 관점에서 보면, 대상판결 사안은 피고 Z의 소유권이전등기가 적법, 유효함을 전제로 피고 Z가 자신의 소유권을 제3자인 원고 X에게 대항할 수 없는 경우에 해당한다고 할 수 있어 오히려 이는 대상판결이 실시하고 있는 자기 소유물에 대해 취득시효의 기초되는 점유가 인정될 수 있는 예외적인

79) 日本最高裁判所 昭和42年(1967) 7月 21日 民集 21卷 6号 1643頁: “...소유권에 기하여 부동산을 영속적으로 점유하는 자라 하더라도 그 등기를 경유하지 않는 등의 사유로 소유권 취득의 입증이 곤란하거나, 소유권 취득을 제3자에게 대항할 수 없는 등의 경우에는 취득시효에 의한 권리취득을 주장할 수 있다...”

상황에 해당한다고 볼 수도 있으나, 이 부분에 관한 언급이 없는 것을 보면 대상판결은 그와 같은 예외적인 상황임을 인정하지는 않은 것으로 보인다.⁸⁰⁾ 나아가 대상판결은 부동산물권변동에 관한 성립요건주의를 취하고 있는 현행 민법상 과연 그와 같은 예외적인 상황은 어떤 경우이고 대상판결 사안은 왜 그와 같은 상황에 해당하지 않은 것으로 보았는지 등에 대해서 아무런 언급이 없는데, 만약 이에 대한 언급이 있었다면 이는 판례의 자기 소유물에 대한 시효취득의 법리 및 이 법리의 존치 여부에 관한 논의의 활성화에 도움을 줄 수 있었을 것이다.

(2) 무효등기의 유용과 자기 소유 부동산에 대한 취득시효와의 관계

앞서 본 바와 같이 대상판결이 예외적으로 자기 소유 부동산에 대한 점유를 취득시효의 기초되는 점유로 인정하는 유형에는 ‘소유권을 제3자에게 대항할 수 없는 경우’가 있다. 그런데 대상판결의 사안에서 B와 Y가 무효인 가등기를 유용하기로 합의하기 전에 원고 X가 가압류등기를 마쳤고, 표제부 이외의 나머지 등기에 대해서는 당사자의 합의로 무효등기를 유용할 수 있고, 다만 유용 전에 등기상 이해관계를 가진 사람에 대해서는 그 등기로 대항할 수 없다는 것이 판례⁸¹⁾의 태도이므로, Y는 위 가등기에 기한 본등기으로써 X에게 그 소유권으로 대항할 수 없다.

그럼에도 불구하고, 대상판결은 위 예외사유로 인정하지 않았다. 여기서 우선 무효등기의 유용 합의로 대항할 수 없다 내지는 무효등기의 유용이 허용되지 아니한다 등의 표현으로 실시되는 판례 법리에 대한 필자의 이해를 간략히 소개한다.⁸²⁾ 그리고, 대상판결이 말하는 ‘소유권을 제3자에게

80) 물론 뒤에서 보는 바와 같이, 대상판결이 실시한 그 예외적인 상황이란, “등기가 있지만 소유권을 제3자에게 대항할 수 없는 경우”가 아니라 “등기를 하지 않아 소유권을 제3자에게 대항할 수 없는 경우”를 의미한다고 할 것이다.

81) 대법원 1998. 3. 24. 선고 97다56242 판결; 대법원 2002. 12. 6. 선고 2001다2846 판결; 대법원 2009. 2. 26. 선고 2006다72802 판결; 대법원 2009. 5. 28. 선고 2009다4787 판결; 대법원 2017. 1. 25. 선고 2016다28897 판결 등.

82) 이 부분에 관한 필자의 견해 및 상세한 논증에 관하여는 최은석·김제완, “무효인 가등기의 유용에 있어서 제3자의 지위 - 본등기에 따라 촉탁으로 말소된 경매기입등기의 회복을 중심으로 - (대상판결 : 대법원 2019. 5. 16. 선고 2015다253573 판결)”,

대항할 수 없는 경우'의 의미를 생각해 본다.

1) 권리의 양립가능성에 따라 다른 의미

무효등기 유용의 법리는 실체관계에 부합하는 등기 법리의 파생법리로서 실체적 권리관계에 대한 고려가 짙게 깔려 있어서, 권리의 양립가능성에 따라 다른 의미를 가진다.

먼저 등기상 이해관계 있는 제3자의 권리와 무효 등기의 유용 합의에 기한 권리가 서로 양립할 수 없는 경우에는 무효 등기의 유용으로 인한 물권변동의 효력 자체가 발생하지 아니한다. 예를 들어, 무효인 가등기를 유용하여 甲 명의로 소유권이전의 본등기를 하였는데, 가등기 후 본등기 전에 제3자 명의로 소유권이전등기가 된 때에는 무효등기의 유용이 허용되지 아니하여, 甲에게로의 소유권이전은 발생하지 않는다. 양립하지 아니하는 용익물권인 경우도 그러하다. 가령, 무효인 농지 전세권등기를 유용하기로 하고 대지로 변경 후 그 지상에 건물을 지었는데, 그 사이 토지 소유자가 제3자에게 지상권을 설정해 준 경우 동일한 토지에 대한 전세권과 지상권은 양립할 수 없으므로, 전세권은 성립하지 않는다.⁸³⁾

반면 양자의 권리가 양립할 수 있다면, 무효 등기의 유용으로 인한 물권변동은 발생하지만, 제3자의 권리에 저촉되지 않는 범위에서만 효력이 있다. 비근한 예로, 소유권과 저당권은 양립할 수 있는 권리이므로 무효인 저당권에 대한 유용 합의 전에 소유권이전에 관한 가등기가 경료된 경우, 저당권 성립의 물권변동은 발생하지만 가등기권자에 대해 저당권을 주장할 수는 없다. 또 다른 예로 무효인 가등기를 유용하기로 합의하고 甲 명의로 본등기를 마쳤는데 가등기 후 본등기 전에 강제경매개시결정등기가 기입된 경우,⁸⁴⁾

법학논총 제37집 제3호, 한양대학교 법학연구소(2020) 참조.

83) 토지소유자가 금융기관에 이른바 담보목적 지상권을 설정해주고도, 등기부상으로는 선순위인 전세권등기를 활용하여 자금을 조달하려고 하는 경우 또는 그 선후가 반대인 경우, 두 권리는 모두 담보의 목적이 있지만, 용익물권으로서 양립할 수 없는 상태이다.

84) 대법원 2019. 5. 16. 선고 2015다253573 판결의 간추린 사실관계 중 일부이다. 위 판결의 사안에서는 강제경매개시결정 등기가 위 가등기에 기한 본등기로 직권말소되어, 강제경매 신청채권자가 甲을 상대로 강제경매개시결정 등기의 회복등기에 대한 승낙을 구하였다.

소유권과 채권은 양립가능한 권리이므로 甲으로의 소유권 이전은 발생하지만 甲이 강제경매 신청채권자에게 그 소유권을 주장할 수는 없다.⁸⁵⁾⁸⁶⁾

이와 같이 무효등기의 유용에 관해 등기의 형식적·절차적 관계가 아니라, 실체적 권리의 양립가능성을 기준으로 하는 판례의 취지는 그 등기에 관한 실체적 권리관계를 등기의 외형에도 관철시키려는 의도이다.

2) 소유권을 제3자에게 대항할 수 없는 경우의 의미

소유권을 제3자에게 대항할 수 없다는 것은 물론 그 제3자를 제외한 나머지 사람들에 대해서는 소유자이고, 그 제3자에 대해서는 소유자가 아니라는 뜻이다. 그런데, 대상판결은 이러한 경우를 모두 포괄하는 의미로 실시한 것 같지는 않다. 대상판결의 사안 자체가 Z가 그 소유권을 제3자인 가압류 채권자 X에게 대항할 수 없는 경우인데, 그것에 관해서는 전혀 의문점이 없다는 듯 아예 언급하지 않고, Z가 적법·유효한 등기를 마치고 소유권을 취득했다는 점만 적시하기 때문이다.

대상판결의 태도는 실시한 문언을 더해 보면 정확히 알 수 있다.

“부동산에 관하여 적법·유효한 등기를 하고 소유권을 취득한 사람이 자기 소유의 부동산을 점유하는 경우 ... 취득시효의 기초가 되는 점유라고 할 수 없다 ... 등기를 하고 있지 않아 자신의 소유권을 증명하기 어렵거나 소유권을 제3자에게 대항할 수 없는 등으로 점유의 사실 상태를 권리관계로 높여 보호하고 증명곤란을 구제할 필요가 있는 예외적인 경우에는 자기 소유 부동산에 대

85) 이러한 경우가 무효등기의 유용 사례만 있는 것은 아니다. 다른 중요한 예로 가압류등기 이후 부동산이 처분된 유형이 있다. 이때는 소유권이전의 물권변동이 발생하지만, 제3취득자가 가압류채권자에게 소유권을 주장할 수는 없다. 또 다른 중요한 예로는 채권자취소권 사안이 있다. 채권자취소권이 행사된 경우 - 청구권설, 채권설, 상대적 무효설, 책임설, 소권설 및 판례를 전제로 하면 - 수익자에게로 소유권이전의 물권변동은 유효하지만, 수익자가 채권자에게 소유권을 주장할 수는 없다. 이에 대한 상세한 논의는 최은석, “사해행위 취소에서 원상회복의무의 내용과 등기상 이해관계 있는 제3자의 승낙의무”, 서울대학교 법학 제62권 제1호, 서울대학교 법학연구소(2021), 125면 이하 참조.

86) 소유권이전등기와 강제경매개시기입등기의 양립가능성에 관한 논증은, 최은석·김재환, “무효인 가등기의 유용에 있어서 제3자의 지위 - 본등기에 따라 촉탁으로 말소된 경매기입등기의 회복을 중심으로 - (대상판결 : 대법원 2019. 5. 16. 선고 2015다253573 판결)”, 법학논총 제37집 제3호, 한양대학교 법학연구소(2020), 111~112면.

한 점유도 취득시효를 인정하기 위해 기초가 되는 점유로 볼 수 있다.”

즉, 대상판결은 적법·유효한 등기를 통해 소유권을 취득했는지를 기준으로 자기 소유 부동산에 대한 점유가 취득시효의 기초되는 점유인지의 여부를 판단한다. 예외적이라는 표현을 썼지만, 적법·유효한 등기가 있었으면 원칙, 없으면 예외의 구조이기 때문에 실질적으로는 적법·유효한 등기가 없는 경우에는 원칙적으로 자기 소유 부동산에 대한 점유도 취득시효의 기초되는 점유로 인정된다고 표현하더라도 하등의 차이가 없다.

결국 대상판결은 “등기를 하고 있지 않아 소유권을 제3자에게 대항할 수 없는 경우”의 의미로 쓴 것이고, 등기가 있지만 소유권을 제3자에게 대항할 수 없는 경우를 고려한 것은 아니다.⁸⁷⁾

3) 자기 소유 부동산에 대한 취득시효와의 관계

이러한 대상판결의 태도가 타당한지, 기존의 판례 입장에 정합하는 언명인지 여부와는 별개로, 자기 소유 부동산에 대한 시효취득의 문제인지에 관한 관점에서 본다면 무효등기 유용의 법리와의 관계상 지적할 부분이 있다. 권리의 양립가능성 기준에 따라 무효등기 유용 합의에 기한 권리와 등기상 이해관계 있는 제3자의 권리가 양립하지 못할 때, 무효등기 유용 합의에 기한 물권변동은 발생하지 않는다. 무효인 가등기 후 제3자에게 소유권이전등기가 되었는데, 무효인 가등기를 유용하여 본등기를 함으로써 제3자의 소유권이전등기가 직권말소된 경우, 본등기에 기한 소유권 이전은 발생하지 않는다. 본등기 명의자가 취득시효를 주장한다면, 타인인 제3자 소유 부동산에 대한 취득시효를 주장하는 것이고, 자기 소유 부동산에 대한 취득시효의 문제는 아니다. 제3자가 취득시효를 주장한다면, 자기 소유 부동산에 대한 취득시효의 문제가 된다.

그러나 대상판결의 태도에 따른다면 전자·후자 모두 자기 소유 부동산에 대한 취득시효 문제로서 본등기 명의자는 취득시효의 기초되는 점유로 주장할 수 없고, 제3자는 취득시효의 기초되는 점유로 주장할 수 있다. 취득

87) “등기를 하고 있지 않아”가 뒷부분의 “소유권을 제3자에게 대항할 수 없는”까지를 모두 수식한다.

시효 인정 여부에 관한 결론의 정당성은 인정할 수 있더라도, 그 논리 구성이 무효등기 유용의 법리와 맞지 않는다. 나아가 앞서 본 종전의 자기 소유 부동산에 대한 판결의 사안까지 고려하면, 일반적인 물권법 질서에서 자기 소유의 의미에 비추어 취득시효에서 자기 소유 부동산의 의미는 매우 혼란스럽다는 비판을 면할 수 없는 것으로 보인다.

Ⅲ. 결 론

대상판결 사안은 무효등기 유용과 이에 대해 등기상 이해관계 있는 제3자에 관한 법리 및 말소회복등기에서의 등기상 이해관계 있는 제3자의 승낙의무에 관한 법리, 그리고 이와 관련하여 회복등기와 제3자의 등기의 양립가능성 여부, 자기 소유 부동산에 대한 시효취득 가부, 시효취득의 원시취득성 여부 등 여러 쟁점이 포괄적으로 다루어진 사안이다.

종래 판례는 무효등기 유용 합의의 법리를 통해서 무효등기 유용을 폭넓게 인정하면서도 이에 대한 등기상 이해관계 있는 제3자를 최대한 보호해 오고 있고, 이와 함께 말소회복등기에 있어서도 등기상 이해관계 있는 제3자의 승낙의무의 법리를 통해서 그 제3자의 지위 또한 부당히 침해되지 않도록 보호해 오고 있다. 그리고 말소회복등기에 있어서 그 회복등기와 제3자의 등기가 양립가능한 경우에 한하여 제3자의 승낙의무를 인정하고, 만약 양립하지 않을 경우에는 그 등기는 회복에 앞서서 먼저 말소되어야 하는 대상으로 본다. 대상판결 사안에서는 원고 X는 본등기명의인인 피고 Y에 대해서는 승낙청구를 하지 않았고, 피고 Y로부터 소유권을 취득한 피고 Z에 대해서만 승낙청구를 하였는데, X의 가압류등기 말소회복등기에 있어서 등기상 이해관계 있는 제3자임을 인정하여 승낙의무가 있다고 판단하였다. 따라서 회복될 가압류등기와 무효가등기 유용에 의한 본등기가 서로 양립가능한 것인지 여부에 대해서는 판단되지 않았지만, 부동산등기법상 본등기 순위의 가등기 순위로의 소급효 및 이에 따른 가등기 후 본등기 전의 중간등기의 직권말소 규정상 양립불가하다고 봄이 타당하다고 할 것이다. 이렇

게 불 경우 가압류권자로서 채권자에 불과한 원고 X가 피고 Y를 상대로 본등기말소청구 및 피고 Z를 상대로 그에 대한 승낙청구를 할 수 있는 청구권원이 없고, 만약 채무자인 B를 대위하여 채권자대위권을 행사할 경우에는 채무자의 사유만 주장할 수 있고 채무자는 무효등기 유용 합의에 기속되는 이유로 말소청구를 할 수 없는 문제가 있으므로, 본 평석은 이와 같은 경우 기존의 처리방법에 대한 대안으로 어떤 등기가 무효가등기 유용에 의한 본등기로 인해서 위법하게 직권말소된 사안에서는 부동산등기법 제29조 제2호 및 제58조 규정을 유추적용하여 그 등기명의자가 등기관에게 본등기 직권말소등기신청을 하는 방법을 시론(試論)적으로 제안한다.

한편, 대상판결 원심이 자신이 시효취득하여 아무런 제한없는 소유권을 취득하였으므로 원고 X의 가압류가 소멸되어야 한다고 주장한 피고 Z의 항변을 배척한 것은 타당하지만, 이를 시효취득의 소급효 문제로 접근한 것은 타당치 않다고 본다. 시효취득, 특히 등기부시효취득의 경우 시효취득 당시 존재하고 있는 물적 부담을 그대로 안은 채 승계취득하는 것으로 해석하는 것이 타당하다고 할 것이다. 나아가 대상판결은 자기 소유 부동산에 대한 시효취득 문제로 접근하였으나, 기본적으로 자기소유 부동산에 대한 시효취득을 인정하는 법리 자체가 매우 이례적인 상황에서 발생하는 것으로서, 이제는 이와 같은 법리를 폐기하는 것을 진지하게 고려해 볼 때가 되었다고 생각한다.

무효인 가등기의 유용으로 취득한 자기 소유 부동산에 대한 등기부시효취득과 등기부상 이해관계 있는 제3자의 지위 - 윤진호·최은석·김제완	수령 날짜	심사개시일	계재결정일
	2023.05.30.	2023.06.02.	2023.06.26.

[참고문헌]

[단행본]

- 편집대표 곽윤직, 민법주해[IV] 물권(1), 박영사(2002)
 편집대표 곽윤직, 민법주해[V] 물권(2), 박영사(2002)
 곽윤직, 물권법[민법강의II] 신정판, 박영사(1997)
 지원림, 민법강의 제17판, 홍문사(2020)
 명순구, 실록 대한민국 민법 2, 법문사(2010)
 부동산등기실무[I], 법원행정처(2015)
 부동산등기실무[II], 법원행정처(2015)

[논문]

- 김규완, “부동산점유취득시효의 요건과 효과 - 판례이론의 비판적 재구성-”, 안암법학 통권 제14호, 안암법학회(2002)
 김덕중, “사해행위취소소송의 수익자가 부동산취득시효를 주장할 수 있는지 여부 - 대법원 2016. 11. 25. 선고 2013다206313 판결을 중심으로-”, 원광법학 제33권 제3호, 원광대학교 법학연구소(2017. 09.)
 김천수, “사해행위 수익자의 시효취득 - 대법원 2016. 11. 25. 선고 2013다206313 판결-”, 법조 제724권, 법조협회(2017)
 민유숙, “취득시효 완성의 제3자에 대한 효과 - 새로운 해석론의 시도-”, 민사재판의 제문제 제16권(2007. 12.), 한국사법행정학회(2007)
 서종희, “자기 소유 부동산의 시효취득 인정여부 - 대법원 2016. 10. 27. 선고 2016다224596 판결을 계기로-”, 일감부동산법학 제14호, 건국대학교 법학연구소(2017. 2.)
 송덕수, “부동산 점유취득시효 제도 개정론”, 민사법학 43-2호(2008. 12.), 한국사법행정학회(2008)
 양형우, “사해행위 수익자의 등기부취득시효 인정여부 - 대법원 20161125 선고 2013다206313 판결-”, 홍익법학 제18권 제4호, 홍익대학교 법학연구소(2017)
 윤의섭, “자기 소유 부동산의 취득시효”, 성균관법학 제26권 제3호, 성균관대학교 법학연구소(2014. 09.)
 윤진호·김제완, “청산절차를 거치지 않은 무효의 본등기에 기한 소유권이전등기의 효력 : 담보가등기에 대한 임의대위가 무효등기의 유용에 미치는 영향 고찰 - 대상판결: 대법원 2021. 2. 25. 선고 2016다232597 판결 -”, 법조 통권 제750호, 법조협회(2021. 12.)
 윤진호·김제완, “사해행위가 취소된 경우 수익자의 자주점유 여부 - 대상판결: 대법원 2016. 11. 25. 선고2013다206313 판결 -”, 「법학논총」 제45권 제1호, 단국대학교 법학연구소(2021)
 장재현, “점유시효취득의 소급효란? -점유시효취득이 원시취득?-, 성균관법학 제23권 제2호, 성균관대학교 법학연구원(2011. 8.)
 정병호, “부동산명의신탁자의 점유시효취득 - 자기소유부동산의 시효취득이 가능하다는 일반론을 중심으로 -”, 민사판례연구 25권(2003.02), 민사판례연구회(2003)
 최은석·김제완, “무효인 가등기의 유용에 있어서 제3자의 지위 - 본등기에 따라 촉탁으로 말소된 경매기입등기의 회복을 중심으로 - (대상판결: 대법원 2019. 5. 16. 선고 2015다253573 판결)”, 「법학논총」 제37집 제3호, 한양대학교 법학연구소(2020)
 최은석, “사해행위 취소에서 원상회복의무의 내용과 등기상 이해관계 있는 제3자의 승낙 의무”, 서울대학교 법학 제62권 제1호, 서울대학교 법학연구소(2021)

【국문초록】

대상판결 사안은 무효인 가등기를 유용한 본등기로 인해서 그 유용 당시 등기상 이해관계 있는 제3자인 가압류권자의 가압류등기가 위법하게 직권말소된 사안이다. 이때 가압류등기명의인은 자신의 말소된 가압류등기를 어떻게 회복할 수 있고, 이에 대해서 본등기명의자 및 이 자로부터 소유권이전등기를 경료한 자는 어떻게 대응할 수 있는가. 이와 관련해서 대상판결은 무효등기 유용과 이에 대해 등기상 이해관계 있는 제3자에 관한 법리 및 말소회복등기에서의 등기상 이해관계 있는 제3자의 승낙의무에 관한 법리, 그리고 이와 관련하여 회복등기와 제3자의 등기의 양립가능성 여부, 자기소유 부동산에 대한 시효취득 가부, 시효취득의 원시취득성 여부 등 여러 쟁점을 포괄적으로 다룬다.

본 평석은 먼저 무효등기 유용에 있어 등기상 이해관계 있는 제3자가 있는 경우 유용 대상 등기의 효력에 관하여 그 유용 등기와 제3자의 등기상 권리의 양립가능성을 기준으로 하여 양립불가의 경우에는 절대적 무효로, 양립가능하다면 상대적 무효(후순위 존속)로 처리함이 합리적임을 다시 한번 설명한다. 다만, 무효등기 유용이 무효인 가등기에 기한 본등기를 하는 경우에는 특수성이 있다. 가등기에 기해 본등기를 할 경우 본등기의 순위는 가등기의 순위에 의하고 가등기 후 본등기 전에 이루어진 중간등기는 직권말소되어야 하는데, 물건법과 부동산등기법에 의해서 인정되는 가등기의 순위보전적 효력과 물권의 배타성은 가등기 및 본등기에 의한 권리와 그 중간등기에 기한 권리에 관한 실체법적 효력에 관한 것으로 보아야 하므로, 무효가등기에 기한 본등기는 등기상 이해관계 있는 제3자의 등기와 양립불가하다고 보아야 하고, 그 본등기의 효력은 절대적 무효로 보는 것이 타당하다. 마찬가지로, 무효가등기 유용에 의한 본등기로 인해서 유용 당시 등기상 이해관계 있는 제3자의 등기가 직권말소 되었다면 그 회복될 등기와 본등기는 양립불가하다고 할 것이다.

대상판결 사안에서도, 회복될 등기인 가압류등기와 무효가등기에 기한 본등기는 양립불가하다고 보아야 하므로, 회복등기를 위해서는 먼저 본등기

말소가 이루어져야 한다. 그런데 가압류권자와 같은 채권자의 경우, 채권자 대위소송으로는 무효등기 유용의 합의에 대항할 수 없고, 본등기말소를 구할 청구권원이 없으며, 직권말소 되었으므로 말소회복등기를 소구하는 것은 부적법하고, 무효가등기 유용에 의한 본등기명의자는 말소회복등기에 승낙 의무 있는 등기상 이해관계 있는 제3자가 아니어서 그 자에 대해 승낙청구를 할 수 없다고 할 것이므로, 본 평석은 이에 대해서 부동산등기법 제29조 제2호 및 제58조 규정을 유추 적용하여 등기관에 대한 본등기 직권말소등기 신청 방안을 시론(試論)적 대안으로 제시한다.

한편, 대상판결은 피고의 시효취득 항변을 자기 소유 부동산에 대한 시효취득 문제로 접근하였으나, 기본적으로 자기 소유 부동산에 대한 시효취득을 인정하는 법리 자체가 매우 이례적인 상황에서 발생하는 것으로서, 이 제는 이와 같은 법리를 폐기하는 것을 진지하게 고려해 볼 때가 되었다고 생각한다.

【Abstract】

Acquisitive prescription for self-owned real property
acquired by rehash of the invalid provisional registration and
the status of a third party with an interest in the registration
- Korea Supreme Court Decision 2017Da204629 Decided July 28, 2022 -

Yoon, Jin-ho

(Attorney-at-law, Law office Seoul Central)

Choi, Eun-seok

(Attorney-at-law, E-law Law office)

Kim, Jewan

(Professor, Korea University School of Law)

The Supreme Court decision is about the rehash of the invalid provisional registration. In this case, the decision comprehensively covers a number of issues, including the law principle on the rehash of invalid registration and the third party with an interest in the registration, the obligation of the third party with an interest in the registration to consent to restoration of cancelled registration, the compatibility of the restored registration with the third party's registration, the acquisitive prescription for self-owned real property, etc.

This paper suggests a trial alternative of applying for Article 29 (2) and 58 of the Real Estate Registration Act in a case like this. On the other hand, while the decision approached the defendant's defense as the law principle of acquisitive prescription for self-owned real estate, the

78 무효인 가등기의 유용으로 취득한 자기 소유 부동산에 대한 등기부시효취득과 등기부상 이해관계 있는 제3자의 지위

principle itself arises in very unusual circumstances, so it is time to seriously consider abandoning the principle.

주제어(Keyword) : 무효등기 유용(rehash of the invalid registration), 등기상 이해관계 있는 제3자(a third party with an interest in the registration), 말소회복등기(reinstatement of cancelled registration), 승낙의무(duty of consent), 등기의 양립가능성(possibility of co-existence), 자기 소유 부동산에 대한 시효취득(acquisitive prescription for self-owned real property), 시효취득의 원시취득성(original acquisition by prescription)

부동산 명의신탁에 관한 법리의 재인식*

- 부동산실명법** 시행 전후 판례법리와
실정법률해석의 연속성 관점에서 -

김 규 완***

▶ 목 차 ◀

I. 문제와 가설	IV. 해석 대안
II. 대법원 전원합의체판결의 대립 하는 의견들의 공통된 전제	1. 상대적 유효와 결합한 상대적 무효
1. 사안의 개요와 쟁점 및 상반 된 의견의 요약	2. 제3자 개념의 목적론적 축소
2. 공통된 전제의 내용과 의문	3. 부당이득반환관계 당사자 확 정의 문제
III. 부동산실명법 제4조 제3항을 이해하는 기존 관점	V. 입법 대안
1. ‘제3자에 대항 불가’의 의미	1. 대립하거나 경쟁하는 원칙들 의 공존
2. ‘제3자’ 개념의 정의와 외연	2. 입법 대안
3. ‘제3자’ 측의 무효 주장 가부 논란의 의미	3. 맺음말

* 적절하고 유효한 지적과 제안으로 논문의 허점과 약점을 보완할 기회와 큰 도움을 주신 심사위원들께 감사드립니다. 또한 특별연구비(K2228091)를 지원한 고려대학교의 후의에도 감사합니다.

** 1995. 7. 1부터 시행된 ‘부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률’을 말하며, 이하 ‘부동산 실명법’ 또는 오해 소지가 없는 한 ‘법’으로 줄여 표기한다.

*** 고려대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

I. 문제와 가설

일찌감치 확립되고 상당기간 지속된 판례법리에 의하면 “부동산 명의 신탁(대내적 관계에서는 신탁자가 소유권을 보유하여 이를 관리 수익하면서 공부상의 소유명의만을 수탁자로 하여둔 것)의 경우 대외적인 관계에서는 그 부동산의 소유권이 수탁자에게 이전되는 것”이며,¹⁾ “수탁자로부터 그 부동산을 양수한 제3자는 그가 선의이었건 또는 악의이었건 가릴 것 없이 적법하게 신탁자의 부동산에 관하여 그 소유권을 취득한다고 보아야 된다. 왜냐하면 신탁행위에 있어서 수탁자는 그 대외적인 관계에 있어서는 완전히 소유권자로서 행세할 수 있기 때문이다.”²⁾³⁾ 부동산소유(권)⁴⁾ 등기명의 신탁의 개념정의에 관해서는 앞의 판결례에 비추어 ‘대내적으로 소유권 이전 없다’는 명의신탁자와 명의수탁자의 합의를 ‘대외적으로 소유권은 수탁자에게 이전된다’는 합의로 읽어도 된다면, 전자에는 공시될 물건변동 자체가 아예 없지만, 후자의 합의에 따른 물건변동에는 부합하는 공시도 이뤄진 셈이다. 대외관계에서는 명의수탁자 소유인 부동산에 관한 처분⁵⁾의 상대방을 보호하는 문제에 관해서는 뒤의 판결례에서 보듯 —비록 ‘신탁자의 부동산’이나 ‘소유권자로서 행세’와 같은 표현은 논란의 불씨겠으나— ‘선·악의를 불문하고 제3자의 소유권 취득은 적법’이라는 취지만큼은 분명하다. 다만 이 취지의 답을 요구하는 문제의 선행질문은 명의신탁약정과 명의신탁등기로 공시된 물건변동의 효력 유무이다. 이를 무효로 보면 제3자는 무권리자

1) 대법원 1965. 5. 18. 선고 65다312 판결.

2) 대법원 1963. 9. 19. 선고 63다388 판결.

3) “수탁자가 수탁 부동산을 제3자에게 처분하였을 때 그 처분행위가 무효 또는 취소되는 등의 사유가 없는 한 신탁자는 제3자에게 소유권을 주장할 수 없는 것”이고(대법원 1987. 3. 10. 선고 85다카2508 판결) “명의신탁관계가 해지되더라도 수탁자 명의의 등기가 남아 있는 한 외부관계에 있어서는 수탁자의 소유임에 변동이 없다”(대법원 1980. 11. 25. 선고 80다2217 판결).

4) 부동산 명의신탁은 주로 ‘소유명의’ 신탁이 거의 전부이므로 사안을 ‘명의수탁자가 대외관계에서 소유(권)자로 공시되는 경우’로 한정하여 논한다.

5) 제3자가 명의수탁자를 집행채무자로 하여 보전처분하는 경우(명의수탁자의 책임재산에 대한 처분)도 있겠으나, 여기서는 명의수탁자의 처분행위, 즉 그녀가 소유권을 제3자에게 양도하거나 제3자에게 저당권을 설정하는 경우에 한정하여 논한다.

처분의 상대방 또는 무권리자에 대한 처분 당사자로서 부동산물권(변동)의 공시방법으로서 등기에 공신력을 부여하는 차원에서 부동산물권 외관에 대한 신뢰 보호 여부의 적법성과 정당성이 평가될 것이다. 만일 실정법적 근거가 없다면, 판례법리가 신의칙과 조리로 뒷받침되어 이를 근거로 삼더라도 원인무효인 등기에 관하여 악의인 제3자도 보호하는 태도와 그 이유에 대해서는 시비 논란이 없을 수가 없다. 이에 반해 명의신탁약정과 명의신탁 등기로 공시된 물권변동을 유효로 보면 명의수탁자가 대외적으로는 부동산 소유(권)자라는 실체적 권리관계를 제대로 공시하는 것이기 때문에 제3자가 권리자로부터 취득한 소유권이나 저당권의 유효성도 부정될 이유가 없으며, 제3자가 알고 모르고 할 대상조차도 없는 셈이다.

부동산실명법 제4조에 의하면 “명의신탁약정은 무효”이고(제1항) “명의신탁약정에 따른 등기로 이루어진 부동산에 관한 물권변동⁶⁾은 무효”이나(제2항 본문), “제1항과 제2항의 무효는 제3자에게 대항하지 못한다(제3항).” 명의신탁약정과 그에 따른 등기로 이뤄진 물권변동(이하 ‘명의신탁 약정과 등기’로 줄임)은 무효라는 입법자의 선언은 법 시행 전의 판례법리와 입법자의 의도된, 명백한 문언으로 인해 해석의 여지도 없이—상반된다. 그런데 법 제4조 제3항은 ‘이들 무효를 제3자에 대항 불가’로 규정함으로써 제1항과 제2항의 입법 결단을 반복하거나 적어도 제한하는 결정을 동시에 하였다. 법 제4조 제3항을 어떻게 이해할 것인지의 해석은 법 시행 전 판례법리와의 연속성 여부를 결정하는 관건이라는 것이 이 글의 문제의식이다. 여기서 출발하여 세운 가설은 다음과 같다. 만일 법 제4조 제3항의 문언에 충실하게 해석하여 무효를 대항할 수 없는 제3자에 대한 관계에서 ‘만’ 명의신탁 약정과 등기가 유효하다고 새길 수 있다면, 이러한 해석은 법률 시행 전 판례법리와 —특히 법률효과 측면에서— 연속성을 가지는 결과로 될 것이다. 법 제2조 제1호 각 목은 부동산실명법의 적용을 전면 배제하고, 법 제

6) 부동산실명법 제정 당시의 표현은 “명의신탁약정에 따라 행하여진 등기에 의한 부동산에 관한 물권변동”이었으며, 한자를 한글로 바꾸는 2010. 3. 31 전문개정을 통해 현재의 표현으로 바뀌었으나, 의미 내용을 달리 이해해야 할 필요에 기한 실질적인 변경은 아니라고 판단된다.

8조는 제4조를 포함하여 대체로 법의 적용을 배제하는 것과 달리, 이러한 이해는 법 제4조 제3항을 명의수탁자와 ‘적법 내지 유효’한 처분으로 평가되는 이해관계를 맺은 제3자가 있는 경우 그에 대해서만큼은 명의신탁 약정과 등기가 유효하다고 규정한 단서 조항(ad-hoc Klausel)으로 파악하고, 그와 연동되어 법 제4조 제1항과 제2항에 따른 명의신탁 약정과 등기의 무효 역시 원칙적으로 명의신탁자와 명의수탁자 사이에서만, 즉 상대적인 무효로 파악할 수 있게 된다.⁷⁾ 다만, 법 시행 전 판례법리의 주된 내용이 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁 약정과 등기가 유효하니까 제3자에 대해서도 유효하다는 동어반복같이 자연스러운 명제라면, 여기서 수립한 가설은 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁 약정과 등기는 무효이나, 제3자에 대해서는 유효로 다뤄져야 한다는 규범적 주장이다.

이 글의 순서는 우선 이러한 가설에 단초를 제공한 대법원 전원합의체 판결에서 그 출발점을 살핀 후(Ⅱ) 법 제4조 제3항을 이해하는 기존 관점들을 비판적으로 검토하고(Ⅲ), 여기서 확인된 또는 획득한 관점과 인식에 기반할 때 요구되는 현행법에 대한 해석 대안과 함께 논의의 출발점이 된 대법원판결의 결론에 이르는 사고 과정에 어떤 영향을 미칠 수 있는지를 검토한다(Ⅳ). 끝으로 역사적 입법자의 규율 의도가 명백한 법률규정을 해석으로 개량하는 한계 때문에 장래 입법자의 입법설계(de lege ferenda)에 기여할 요량으로 입법 대안을 붙인다(V).

Ⅱ. 대법원 전원합의체판결의 대립하는 의견들의 공통된 전제

1. 사안의 개요와 쟁점 및 상반된 의견의 요약

이 글에 깔린 문제의식의 출발점이 된 대법원 전원합의체판결⁸⁾의 사실관계는⁹⁾ 다음과 같다. A는 이 사건 부동산에 관하여 소유자인 C와 매매계

7) 결과적으로 같은 취지로 이미 이은영, 물권법, 2006, 275면.

8) 대법원 2021. 9. 9, 선고 2018다284233 전원합의체 판결.

약을 체결하고, C에게 매매대금을 모두 지급하였다. C는 A와 B의 명의신탁 약정에 따라 해당 부동산에 관하여 B 명의로 소유권이전등기를 마쳐주었다. 그 후 B는 S은행으로부터 5억 원을 대출받으면서 해당 부동산에 채권최고액 6억 원인 근저당권을 설정하였고, 근저당권설정등기는 원심 변론종결 시까지 말소되지 않았다.

쟁점은 3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자(B)가 제3자(S은행)에게 명의신탁 부동산에 근저당권을 설정하는 처분행위를 함으로써 제3자로 하여금 부동산에 관한 권리를 취득하도록 한 경우 명의수탁자(B)의 이익에 관하여 명의신탁자(A)가 B를 상대로 직접 부당이득반환을 청구할 수 있는지였다. 원심은 3자간 등기명의신탁의 경우 명의신탁약정과 그에 따른 소유권이전등기가 무효로 되어 부동산의 소유권은 매도인(C)에게 남아 있으므로 이 사건 근저당권설정으로 손해를 입은 자는 A가 아니라는 이유로 A의 청구를 기각하였으나, 대법원 전원합의체의 다수의견은 명의수탁자(B)가 S은행(제3자)에게 근저당권을 설정하여 제3자로 하여금 유효한 근저당권을 취득하게 함으로써 근저당권의 피담보채무액 상당의 이익을 얻고, 명의신탁자 A는 피담보채무액 만큼의 교환가치가 제한된 소유권을 취득하는 손해를 입었다면서 명의수탁자 B가 명의신탁자 A에게 그 이익을 부당이득으로 반환하여야 한다고 판시하였다. 반대의견은 B에 대한 A의 부당이득반환청구를 기각한 원심을 지지하였다.

다수의견은 종전 판례를 고수하여 A의 청구를 인용하였으며, 반대의견(대법관 5인)은 B에게 (침해)부당이득 반환청구권 또는 불법행위에 따른 손해배상청구권을 행사할 수 있는 자는 C라는 입장에서 종전 판례를 변경하자는 것이었다. 부당이득반환채권의 귀속주체를 전혀 달리 파악하는 의견대립이지만, 두 의견 모두 이 사건 부동산의 소유자는 여전히 매도인 C라는 공통된 인식을 전제하면서 반대의견은 그러니까 손실자는 C라는 주장이고, 다수의견은 그렇지만 부당이득반환채권자는 A라는 입장이다. 그런데 이러한 공통의 전제를 근거 지우는 설명과 그 법적 근거에 대한 이해에는 차이

9) 수원지방법원 성남지원 2017. 7. 7, 선고 2016가합201278 판결 ‘기초사실’ 및 대법원 2021. 9. 9, 선고 2018다284233 전원합의체 판결 ‘사안의 개요’.

가 있다.

다수의견은 다음과 같이 논증한다: (가) 3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자의 임의처분 또는 강제수용이나 공공용지 협의취득 등(이러한 소유명의 이전의 원인관계를 통틀어 이하에서는 ‘명의수탁자의 처분행위 등’이라 한다)을 원인으로 제3자 명의로 소유권이전등기가 마쳐진 경우, 특별한 사정이 없는 한 제3자는 유효하게 소유권을 취득한다(법 제4조 제3항). 그 결과 매도인의 명의신탁자에 대한 소유권이전등기의무는 이행불능이 되어 명의신탁자로서는 부동산의 소유권을 이전받을 수 없게 되는 한편, 명의수탁자는 부동산의 처분대금이나 보상금 등을 취득하게 된다. 판례는, 명의수탁자가 그러한 처분대금이나 보상금 등의 이익을 명의신탁자에게 부당이득으로 반환할 의무를 부담한다고 보고 있다. 이러한 판례는 타당하므로 그대로 유지되어야 한다. (나) 명의수탁자가 부동산에 관하여 제3자에게 근저당권을 설정하여 준 경우에도 부동산의 소유권이 제3자에게 이전된 경우와 마찬가지로 보아야 한다. 명의수탁자가 제3자에게 부동산에 관하여 근저당권을 설정하여 준 경우에 제3자는 법 제4조 제3항에 따라 유효하게 근저당권을 취득한다. 이 경우 매도인의 부동산에 관한 소유권이전등기의무가 이행불능된 것은 아니므로, 명의신탁자는 여전히 매도인을 대위하여 명의수탁자의 부동산에 관한 진정한회복을 원인으로 한 소유권이전등기 등을 통하여 매도인으로부터 소유권을 이전받을 수 있지만, 그 소유권은 명의수탁자가 설정한 근저당권이 유효하게 남아 있는 상태의 것이다. 명의수탁자는 제3자에게 근저당권을 설정하여 줌으로써 피담보채무액 상당의 이익을 얻었고, 명의신탁자는 매도인을 매개로 하더라도 피담보채무액만큼의 교환가치가 제한된 소유권만을 취득할 수밖에 없는 손해를 입은 한편, 매도인은 명의신탁자로부터 매매대금을 수령하여 매매계약의 목적을 달성하였으면서도 근저당권이 설정된 상태의 소유권을 이전하는 것에 대하여 손해배상책임을 부담하지 않으므로 실질적인 손실을 입지 않는다. 따라서 3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자가 부동산에 관하여 제3자에게 근저당권을 설정한 경우 명의수탁자는 근저당권의 피담보채무액 상당의 이익을 얻었고 그로 인하여 명의신탁자에게 그에 상응하는 손해를 입혔으므로, 명의수탁자는 명의신탁

자에게 이를 부당이득으로 반환할 의무를 부담한다.

반대의견의 논증은 다음과 같다. (가) 3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자의 처분행위 등으로 제3자에게 소유권이 이전되고 명의수탁자가 부동산의 처분대금이나 보상금 등을 취득하는 이익을 얻게 되더라도, 명의신탁자는 명의수탁자를 상대로 직접 부당이득반환을 청구할 수 없다. 이와 달리 다수의견이 명의신탁자의 명의수탁자에 대한 직접적인 부당이득반환청구권을 인정하는 판례로 들고 있는 대법원 2011. 9. 8. 선고 2009다49193, 49209 판결 등은 부동산실명법 시행 이후에는 더 이상 유지될 수 없으므로 변경되어야 한다. (나) 3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자가 신탁부동산에 관하여 근저당권을 설정한 경우에 명의신탁자, 명의수탁자 및 매도인 3자 간의 법률관계는 기본적으로 앞서 본 바와 같은, 명의수탁자의 처분행위 등으로 부동산의 소유권이 제3자에게 이전된 경우와 같다. 명의수탁자가 제3자에게 부동산에 관하여 근저당권을 설정하면 제3자는 유효하게 근저당권을 취득한다(부동산실명법 제4조 제3항). 매도인이 부동산에 관한 진정한 회복을 원인으로 한 소유권이전등기 등을 통하여 소유명의를 회복하더라도 매도인은 근저당권이 설정된 제한된 소유권을 갖게 된다. 이처럼 부동산에 관하여 아무런 권리 없이 소유명의를 가지는 자에 불과한 명의수탁자가 부동산에 관하여 제3자에 대하여 근저당권을 설정하는 행위는 매도인의 소유권을 침해하는 행위로서 명의수탁자는 근저당권설정으로 얻은 이익을 침해부당이득으로서 매도인에게 반환할 의무 또는 불법행위에 따른 손해배상의무를 부담한다. 통상적으로 매매계약에서 매도인은 매매목적물에 제한이나 부담이 없는 완전한 소유권이전등기를 이행할 의무를 부담한다. 3자간 등기명의신탁에서 명의신탁자와 매도인의 관계에서도 마찬가지이다. 명의수탁자가 부동산에 관하여 근저당권을 설정하였다고 하여 달리 볼 것은 아니다. 매도인은 원칙적으로 명의신탁자에 대하여 담보가 설정되지 않은 신탁부동산의 소유권을 이전할 의무를 부담한다. 매도인이 명의수탁자가 설정한 근저당권을 말소하지 못한 채 명의신탁자에게 부동산의 소유권을 이전하였다면 이는 매매계약에 따른 채무를 이행하지 않은 것으로서 명의신탁자에게 손해배상책임을 부담한다. 다만 매도인에게 채무불이행책임을 어느 정도까지 물

을 수 있는지는 개별 사안에 따라 달라질 수 있다. 또한 명의신탁자는 매도인과 관계에서 매매계약에 따라 부동산에 관한 소유권이전등기청구권만 가지는 지위에 있을 뿐이고 부동산의 소유권을 가지지 않으므로, 명의수탁자가 부동산에 근저당권을 설정하는 행위로 명의신탁자의 권리가 침해되는 것은 아니다. 따라서 명의수탁자는 매도인에 대하여 부당이득반환의무나 손해배상의무를 부담하고, 명의신탁자에 대하여 부당이득반환의무를 부담하지 않는다.

2. 공통된 전제의 내용과 의문

재차 쟁점을 요약하면, 명의수탁자(B)가 제3자(S은행)로부터 금원을 차용하면서 이를 피담보채권으로 하여 자신 소유명의로 된 부동산에 저당권을 설정해 준 사안에서 B를 상대로 피담보채무액 상당의 부당이득을 청구할 반환채권자가 누구인가 하는 질문에 다수는 명의신탁자(A)라는 의견이고, 반대는 명의신탁자의 매도인(C)이라는 의견이다.¹⁰⁾ 상반된 두 의견을 뒷받침하는 이유를 요약하면, 다수의견은 A가 —사안의 경우 매매대금도 완납했지만— 유효한 저당권의 부담 있는 소유권을 취득할 ‘장래의 부동산 소유자’라는 것이며, 반대의견은 A에게 저당권의 부담 있는 소유권을 이전할 채무를 부담하는 C가 법률상 ‘현재의 부동산소유자’라는 것이다.

하지만 이 글에서 주목하는 논의의 출발점은 상반된 두 의견에 공통된 전제인 명의수탁자가 명의신탁 부동산에 저당권을 설정하거나 부동산소유권을 양도하면 제3자가 “유효하게” 저당권 또는 소유권을 취득한다는 진술이다. 여기서 ‘유효성’의 법적 근거가 무엇이라는 질문이 논의의 출발점이다. 다수의견은 그 근거로 “제3자는 부동산실명법 제4조 제3항에 따라 유효하게 근저당권을 취득”한다고 명시하였고, 반대의견은 같은 문장 끝에 같은 조항을 괄호에 넣어 적시하였으며, 두 의견 모두 이는 “부동산의 소유권이 제3

10) 이 판결에 대한 평석은 쏟아졌으며, 대체로 반대의견 자체 또는 적어도 그 결론을 지지하는 입장이 압도적 다수였다. 이에 관한 자세한 논의는 이병준, 2021년도 민법 [채권편] 관련 주요 대법원 판례에 대한 평석, 안암법학 제64호, 2022, 262면 이하 참조.

자에게 이전된 경우와 마찬가지로”라고 전제하였다. 여기서 제3자가 유효하게 소유권이나 저당권을 취득하는 법적 근거가 [X] 명의수탁자가 소유권자이기 때문인지 또는 [Y] 그가 무권리자임에도 적시된 법률규정에 의한 것이냐는 질문은 물권법의 기본원칙과 관련된 문제이다. 즉, [X]는 법률행위로 인한 물권변동으로 민법 제186조의 규율관할(Regelungskompetenz)에 속하고, [Y]는 법률규정에 의한 물권변동으로 민법 제187조의 규율관할에 속한다. 위 대법원 판결례에서 다수의견은 제3자의 유효한 저당권 취득의 근거로 법조문을 적시했을 뿐 [X]와 [Y] 중 어느 입장인지를 확인 내지 짐작할만한 단서는 없이 결과적으로 명의수탁자에 대한 부당이득반환채권자는 명의신탁자라고 판단하였다. 이에 대해 반대의견은 논증 중에 “부동산에 관하여 아무런 권리 없이 소유명의를 가지는 자에 불과한 명의수탁자가 부동산에 관하여 제3자에 대하여 근저당권을 설정하는 행위는 매도인의 소유권을 침해하는 행위”라고 정의함으로써 [Y]의 관점에 기반하고 있음을 은연중 드러냈다고 볼 수 있다. 후자에 따르면 명의수탁자가 자신의 채무를 담보하기 위해 채권자에게 ‘자신 소유명의’ 부동산에 저당권을 설정하였고, 채권자가 법률규정에 의해 저당권을 (원시) 취득함에 따라 명의신탁자의 매도인은 -법률상 부동산소유자로서 자신의 의사와 무관하게- 법률규정에 의해 물상보증인의 지위에 놓이는 결과가 된다. 대법원이 마찬가지로 전제한 제3자에게 소유권이 이전되는 경우라면 명의신탁자의 매도인이 부동산소유권을 상실한다.

어떤 텍스트를 이해하기 위해서는 그 텍스트 자체가 하나의 대답이 되어야 하는 질문과 상황을 이해하는 것이 선행되어야 한다면¹¹⁾ 그 질문은, “제1항과 제2항의 무효는 제3자에게 대항하지 못한다.”고 규정하는 법 제4조 제3항은 제3자가 무권리자인 명의수탁자로부터 소유권이나 저당권을 취득하는 것을 정당화하는 법률규정인가, 아니면 이 규정 때문에 제3자에 대해서는 제1항과 제2항의 무효가 적용되지 않아 제3자는 소유자인 명의수탁자와의 법률행위를 원인으로 소유권이나 저당권을 유효하게 취득한다고 이해해야 하는가이다. 법 제4조 제3항의 문언 자체가 주는 대답은 후자여야 한다는

11) Rüthers, Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz, JZ 2/2006, S.53(58).

생각에서 대법원판결의 반대의견이 기반하고 있는 [Y]의 관점, 즉 무권리자로부터 법률규정에 의한 취득이 아닌, [X]의 관점, 즉 권리자로부터 법률행위로 인한 취득이라는 이해는 가능하지 않은지에 중점을 두고 살펴본다.

Ⅲ. 부동산실명법 제4조 제3항을 이해하는 기존 관점

1. ‘제3자에 대항 불가’의 의미

(1) 수탁자와 제3자 사이의 ‘법률관계’ 등이 유효하다는 견해

법 제4조 제3항의 법률효과를 설명하는 견해들을 임의로 간추려보면 다음과 같다. (가) 제3자는 수탁자와의 사이에 이루어진 법률관계의 유효를 주장할 수 있다는 견해¹²⁾, (나) 수탁자 명의의 등기는 무효이나, 제3자에 대한 관계에서는 유효한 것으로 취급되고 그 결과 수탁자가 그 명의의 등기에 기하여 한 처분행위는 유효하므로 신탁자는 소유권을 상실하거나 신탁부동산에 대하여 부담을 지게 된다는 견해¹³⁾ 또는 (다) 수탁자는 목적물의 소유자가 아님에도 제3자에 대한 목적물 처분이 유효하게 되어 그로부터의 양수인, 저당권자 등은 적법하게 권리를 취득하게 되는데, 이는 명의수탁자가 가지는 무권리의 흠을 치유할 뿐이라는 견해¹⁴⁾를 들 수 있다. 방향성은 비슷하다고 판단하면서도 굳이 셋으로 나눠 소개한 이유는 법 제4조 제3항이 그 무효를 대항할 수 없다고 한 대상은 동조 제1항과 제2항의 ‘명의신탁약정과 그에 따라 이뤄진 물건변동의 무효’임이 문언상으로는 명백한데도 동조 제3항이 적용되면 수탁자의 ‘처분 또는 처분행위’ 내지는 ‘그와 제3자 사이의 법률관계’가 유효해지는 법률효과가 먼저 발생하고 그래서 제3자의 소유권이나 저당권 취득이 적법해진다는 설명이 모호하기 때문이다. 즉, 무권리자

12) 목영준, 부동산 실권리자 명의 등기에 관한 법률상 명의신탁약정의 효력, 민사판례연구 [XXI], 1999, 118면; 주석민법(5판, 2019)·강경구(집필), 소유권 [후주], 698면.

13) 주석민법(3판, 2000)·권오창(집필), 물건(2), 557-8면.

14) 양창수·권영준, 민법 II, 2015, 395-6면; 박동진, 물건법강의, 2018, 277면.

로부터 법률규정에 의한 소유권이나 저당권의 취득인지 또는 권리자의 유효한 처분, 즉 소유권양도나 저당권설정의 처분행위로 인한 소유권이나 저당권의 취득인지의 경계가 모호하고, “무권리의 흠의 치유” 역시 수탁자에서 이미 또는 제3자에서 비로소 이루어지는지가 불분명하다.

“수탁자가 제3자에게 신탁부동산을 임의 처분한 경우 제3자는 유효하게 그 소유권을 취득하게 되는 것에 불과하므로 그 소유권 취득의 전제로서 수탁자가 신탁부동산의 소유권 내지 이를 처분할 수 있는 지위를 취득하였다고 평가할 수 없다”는 (가) 견해¹⁵⁾와 “수탁자는 목적물의 소유자가 아님에도 제3자에 대한 목적물 처분이 유효하게 된다”는 (다) 견해는 일단 무권리자인 명의수탁자로부터 법률규정에 의해 소유권이나 저당권을 취득한다는 입장이라 여겨진다. 반면 “수탁자 명의의 등기는 무효이나, 제3자에 대한 관계에서는 유효한 것으로 취급된다”고 전제하는 (나) 견해는, 만일 이 서술이 명의수탁자가 권리자라는 의미라면 —그렇게 판단하는지도 불분명하고, 그 근거의 제시도 없지만— 제3자는 권리자로부터 권리를 취득하는 것이기 때문에 적법하지 않을 이유가 없게 된다. 그렇다면 (나) 견해는 이어 소개하는, ‘수탁자의 물권 취득이 유효’하다는 견해 쪽으로 분류될 수 있을 것이다.

(2) 수탁자의 물권 취득(소유권 이전)이 유효하다는 견해

방금 소개한 견해들과 경쟁하며 다수의 문헌에서 빠짐없이 소개되는 (라) 견해는 법 제4조 제3항을 “제3자가 등장하는 경우 그의 법적 지위가 유효한 것으로 되는 범위에서는 수탁자 앞으로의 소유권 이전이 유효한 것으로 의제된다는 의미”로¹⁶⁾ 해석한다. 앞서 (1)의 견해들이 수탁자와 제3자 사이의 법률행위(처분행위)나 법률관계 또는 제3자의 소유권 취득이 (결과

15) 주석민법(5판, 2019)·강경구(집필), 소유권 [후주], 698면. 각주 169)에서 이러한 주장의 근거로 제시되고 있는 대법원 2018. 3. 22. 선고 2014두43110 전원합의체 판결의 소수의견은 “수탁자에서 제3자 앞으로의 재산권 이전이 유효한 것으로 되는 범위에서는 수탁자가 신탁부동산을 유효하게 처분할 수 있는 지위를 취득한 것”이라는 견해를 개진한바, 곧 이어지는 (2)의 (라) 견해의 영향을 받은 것이라 짐작된다.

16) 양창수, 부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁의 효력, 민법연구 제5권, 1999, 122-4면. 주 14)의 대법원 전원합의체 판결 소수의견의 서술 순서도 마찬가지이다.

적으로) 유효하다고 설명한다면, 이 견해가 의제하는 사태는 ‘수탁자 앞으로의 소유권 이전의 유효’이다. 다만, 서술의 선후관계로만 보면 제3자의 법적 지위가 유효한 것이 선행하고, 이어 수탁자 앞으로의 소유권이전이 유효한 것으로 의제된다는 점에서 —의도적 배치라면— 제3자가 권리자인 명의수탁자로부터 소유권이나 저당권을 취득한 것이라는 관점에 입각한 해석은 아니다. 제3자는 제4조 제3항에 의해 소유권을 유효하게 취득하고, 사후적으로 수탁자에의 소유권 귀속을 의제하는 구성이기 때문이다.

수탁자를 권리자로 의제한다는 측면에서 위 (라) 견해와 같지만, 수탁자에의 소유권 귀속을 먼저 의제하는 구성으로 볼 수 있는 (마) 견해도 있다.¹⁷⁾ 즉, “법 제4조 제3항은 반사회적 행위로서 명의신탁을 제재하는 반사회적이고, 이로써 제3자와의 관계에서 명의신탁약정에 따른 부동산물권변동이 유효한 물권행위로 의제된다”는 해석은 “제3자에게(는) 등기명의가 물권자를 결정하는 유일한 기준이고, 등기된 명의수탁자가 물권자”라는 논거로 뒷받침되고 있다. 논거의 설득력은 차치하더라도 주장 자체는 ‘법 제4조 제3항으로써 제2항의 물권변동이 유효한 물권행위로 의제’된다는 의미로 읽히므로 제3항의 제3자는 권리자인 명의수탁자로부터 소유권 등의 권리를 취득하는 것으로 보는 관점과 관련되는 것으로 볼 수 있다.

이상의 두 견해는 명의수탁자가 권리자로 의제된다는 점에서¹⁸⁾ 결론이 같은 해석으로 볼 수 있다. 이러한 의제적 구성은 등기부의 이른바 공신력(öffentlicher Glaube des Grundbuchs)을 인정하는 독일 민법 제892조 제1항 본문¹⁹⁾과 상당히 유사하다. 독일에서 통용되는 이 법조문에 대한 이해 중 부동산실명법 제4조를 이해하는데 유의미한 내용을 간추려보면 다음과 같다. 첫째, 의제되는 대상이 등기부의 정확성(Richtigkeit)과 완전성(Voll-

17) 이진기, 물권법, 2020, 176면.

18) 법 시행 직후 이미 윤철홍, ‘부동산실권리자명의등기에 관한 법률’의 제정과정과 문제점, 숭실대 법학논총, 제9집, 1996, 170, 177면.

19) 부동산물권 또는 그러한 권리에 대한 권리를 법률행위에 의하여 취득한 사람을 위하여서 부동산등기부의 내용은 정당한 것으로 본다, 그러나 그 정당함에 대한 이의가 등기되어 있거나 또는 취득자가 그 정당하지 아니함을 알았을 경우에는 그러하지 아니하다(양창수, 신판 독일 민법전, 2000, 박영사).

ständigkeit)이므로 실제 현실은 등기내용의 부정확성과 불완전성이다. 즉, 사실은 진정한 권리 상태와 등기부에 공시된 권리 상태가 다르지만, 등기대로의 권리를 취득할 수 있다는 것이다.²⁰⁾ 둘째, 여기서 법률행위는 물건행위(물권 [적]합의)를 말한다. 따라서 상속과 같이 법률규정에 의한 물권 취득에는 등기 공신력이 적용되지 않는 한편, 독일 물권법은 물건행위의 무인성 원칙(Abstraktionsprinzip)에 기반하므로²¹⁾ 법률상 원인행위의 종류(매매, 증여)와 유효성(원인무효 여부)은 일단 문제 삼지 않는다.²²⁾ 셋째, 특히 부동산물권과 그에 대한 권리의 취득자가 등기의 부정확성에 관하여 선의일 것을 요구한다.²³⁾

의제는 사실이 아닌 것을 사실로 다루는 것이기 때문에 입법자만이 할 수 있고,²⁴⁾ 해석자는 그러한 권한이 없는 것이 원칙이다. 이러한 해석이 이의 없이 승인되려면 법 제4조 제3항은 ‘제2항의 명의신탁약정에 따라 이뤄진 물권변동은 제3자에 대하여 유효한 것으로 본다.’ 정도로²⁵⁾ 노골적이었어야 한다.

(3) 동산 선의취득에서와 유사한 법률관계가 전개된다는 견해

법 제4조 제3항의 규율내용은 결과적으로 종래 판례가 수탁자로부터 양도행위에 의해 소유권이전등기를 경료한 제3자는 선의·악의를 불문하고 소유권을 취득한다고 ‘해석’했던 것과 같다는 분석과 함께, 결과적으로 제3자는 등기에 공신력이 인정되어 선의취득하는 것과 같은 효과를 누리게 된다는 (바) 견해도 있다.²⁶⁾ 즉, 제3자의 소유권 취득은 “부동산실명법의 법률규정에 의한 것”으로서 “동산의 선의취득에서와 유사한 법률관계가 전개된

20) Jauernig/Berger, BGB Kurzkommentar, 16.Aufl., 2015, Vorb. zu §§891-899a, Rn. 1, 3.

21) 개관에 적합한 Wellenhofer, Sachenrecht, 33.Aufl., 2018, §6 Rn. 2-5.

22) Jauernig/Berger, a.a.O., §892 Rn. 8.

23) Jauernig/Berger, a.a.O., §892 Rn. 14, 15.

24) Möllers, Juristische Methodenlehre, 2017, §4 Rn. 54.

25) 동 조항을 “명의신탁된 부동산의 권리는 수탁자의 것으로 본다”로 수정해야 한다는 주장은 이미 윤철홍, ‘부동산실권리자명의등기에 관한 법률’의 제정과정과 문제점, 숭실대 법학논총, 제9집, 1996, 177면.

26) 이은영, 물권법, 2006, 279-80면.

다”는 주장이어서 이 견해도 제3자가 무권리자인 명의수탁자로부터 소유권이나 저당권을 법률규정에 의해 취득한다는 관점에 입각해 있다.

2. ‘제3자’ 개념의 정의와 외연

(1) 기존의 개념 정의

다수의 문헌이 법 제4조 제3항의 의미를 설명하는 대목에서 그저 법조항을 그대로 기술하곤 곧바로 동 조항에서 말하는 제3자의 ‘범위’ 문제로 넘어간다. 한 예로 다음의 설명²⁷⁾을 들 수 있다. “명의신탁이 무효인 경우 명의신탁등기를 믿고 거래한 자는 어떻게 되는가”하는 질문을 던지고 “이 경우에도 거래의 안전을 위하여 무효인 약정에 의한 등기의 무효를 가지고 제3자에게 대항하지 못한다”고 설명하고 이러한 이해의 근거로 법 제4조 제3항을 제시한 후 곧바로 “여기서 제3자는 명의신탁약정의 당사자 및 포괄승계인 이외의 자로서 명의수탁자가 물권자임을 기초로 그와의 사이에 직접 새로운 이해관계를 맺은 사람”으로 정의한다. 이때 ‘그와의 사이에 이해관계를 맺은’의 의미는 ‘그와의 거래를 통하여 이해관계를 맺은’ 것을 말한다고 한다.²⁸⁾ 여기에는 소유권²⁹⁾이나 저당권³⁰⁾ 등 물권을 취득한 자뿐만 아니라 압류 또는 가압류채권자³¹⁾가 포함되고, 그의 선의·악의를 묻지 않는다.³²⁾ 반면 명의신탁자가 제3자에 해당하지 않음은 개념 정의 자체로부터 자명하다.³³⁾

27) 박윤직·김재형, 물권법, 2014, 129면. 비슷한 서술형식으로 송덕수, 물권법, 2019, 182면.

28) 김상환, 명의신탁자와 부동산에 관한 계약을 체결하고 단지 등기명의만을 명의수탁자로부터 경료받은 것과 같은 외관을 갖춘 제3자를 부동산 실권리자명의등기에 관한 법률 제4조 제3항에 정한 ‘제3자’로 볼 수 있는지 여부 및 그 제3자 명의의 등기의 효력, 대법원판례해설 제52호, 2005, 70-71면.

29) 대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다89814 판결.

30) 이 글에서 논의의 출발점으로 삼은 대법원 전원합의체판결.

31) 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008다36022 판결.

32) 대법원 2000. 3. 28. 선고 99다56529 판결; 대법원 2013. 3. 14. 선고 2012다107068 판결.

33) 대법원 2013. 3. 14. 선고 2012다107068 판결.

법 제4조 제3항이 적용되면 제3자는 선의·악의를 불문하고 보호를 받기 때문에 동 조항 제3자 개념의 정의가 동 규정의 적용 범위를 확장하거나 축소하는 기능을 수행할 수 있다. 방금 (1)에서 본 제3자 개념의 정의 중 명의수탁자가 ‘물권자임을 기초로 그와 사이에 직접 새로운 이해관계를 맺을 것’이라는 요건에서 예를 들어 ‘직접’이란 요소가 필수적이지 않다고 하면 제3자의 범위가 확장될 수 있다.³⁴⁾ 실제 “여기 제3자가 되기 위하여 반드시 명의수탁자와 직접 이해관계를 맺었어야 하는 것은 아니”라는 견해도³⁵⁾ 개진되고 있다. 법 제4조 제3항에 정한 제3자인지 여부와 관련하여 문제시되는 판결례를 살펴보고 제3자 개념의 외연을 확정하는 가능한 기준을 제시해 본다.

(2) 수탁자의 일반채권자

명의수탁자의 일반채권자는 동 조항에서 말하는 제3자가 아니다.³⁶⁾ 수탁자의 등기를 기초로 새로운 이해관계를 맺은 자라면 채권적 권리만을 취득한 자도 여기의 제3자에 포함된다는 견해가 있다.³⁷⁾ 그러나 매매계약이나 임대차계약을 반드시 그 목적물의 소유자와 체결해야 하는 것도 아니며, 수탁자에 대한 채권만을 취득했을 뿐 배타적 지위를 취득하지는 않은 제3자를 법 제4조 제3항에서 보호하는 것은 명의신탁자에 대해서 뿐만 아니라 다른 일반 채권자에 대해서도 과잉보호가 될 수 있다. 적어도 (가)압류 등기한 채권자나 소유권이전등기청구권을 가등기한 부동산매수인과 같이 등기를 마쳤거나 또는 대항요건을 갖춘 주택임차인 같이 등기와 같은 효력을 법률규정이 부여한 채권자만이 법 제4조 제3항이 정한 제3자에 해당한다고 볼 것이다.³⁸⁾

33) 대법원 2015. 4. 23. 선고 2014다53790 판결; 송덕수, 물권법, 2019, 183면.

34) 개념 정의와 관련하여 자주 인용되는 대법원 2000. 3. 28. 선고 99다56529 판결에서는 “그와의 사이에 새로운 이해관계를 맺는 자”라고 표현하여 ‘직접’이란 표현은 없지만, ‘그와의 사이에’가 이미 함의한다.

35) 예를 들어 송덕수, 물권법, 2019, 183면.

36) 대법원 2007. 12. 27. 선고 2005다54104 판결.

37) 주석민법(5판, 2019)·강경구(집필), 소유권 [후주], 683-4면 및 각주 125).

따라서 제3자 개념 정의 중 “명의수탁자가 물권자임을 기초로 그와의 사이에 이해관계를 맺은”의 의미는 ‘명의수탁자 소유명의의 등기를 기초로 등기부상 유효한 등기를 마친’의 의미로 읽어야 한다. 그 이유는 다음과 같다. 첫째, 명의수탁자가 물권자임을 알 수 있는 것은 등기명의뿐이다.³⁹⁾ 둘째, 명의수탁자에 대한 채권자는 명의수탁자 명의의 특히 소유권에 대하여 가등기, 압류등기 등을 통해 배타적 또는 우선적 권리가 있음을 등기부를 통해 공시한 때 한하여 법 제4조 제3항의 제3자에 해당하여 보호를 받을 수 있다. 셋째, 명의수탁자로부터 물권을 취득한 자는 물권변동의 성립요건주의(민법 제186조) 아래서는 소유권이전등기나 저장권설정등기를 마쳤을 것이기 때문이다. 넷째, 등기부상 유효한 등기를 마쳐야 한다는 의미는 이어서 (3), (4), (5)의 사례들을 살핀 후 (5)의 말미에 덧붙이기로 한다.

(3) 수탁자와의 거래행위가 없는 자

명의신탁자와 부동산에 관한 물권을 취득하기 위한 계약을 맺고 단지 등기명의만을 명의수탁자로부터 넘겨받은 것과 같은 외관을 갖춘 자는 법 제4조 제3항의 제3자에 해당하지 않는다.⁴⁰⁾ 이때 제3자가 법 제4조 제3항에 해당하지 않는 이유는 수탁자와 제3자 사이에 직접성이 결여되었기 때문이 아니라, 등기를 넘겨받은 ‘사실’ 외에는 어떤 거래행위가 없어 아무 법적인 이해관계가 없기 때문이다.⁴¹⁾ 제3자가 그 물권을 취득하는지 여부는 그녀가 명의신탁자와 체결한 ‘채권’ 계약이 유효하고, 마쳐진 (명의신탁자를 건너 뛴) 중간생략등기가 실제적 권리관계에 부합한다면 취득한 물권과 등기의 유효를 주장할 수 있다.⁴²⁾

38) 같은 취지로 이은영, 물권법, 2006, 280면.

39) 이진기, 물권법, 2020, 176면 참조.

40) 대법원 2004. 8. 30. 선고 2002다48771 판결.

41) 비슷한 취지로 송덕수, 물권법, 2019, 184면. 다만, 법 제4조 제3항의 제3자가 되려면 명의수탁자가 물권자임을 기초로 이해관계를 맺어야 하는데, “신탁자로부터 계약을 맺은” 자는 그에 해당하지 않기 때문이라는 이유이다.

42) 대법원 2008. 12. 11. 선고 2008다45187 판결.

(4) 수탁자와 거래행위가 무효인 자로부터 전득자

직전 (3)의 사례가 명의수탁자와는 아무 거래행위가 없는 자가 문제였다면, 이 사례에서는 1차로 명의수탁자와의 거래행위가 무효로 판명된 자의 제3자 여부의 문제이고, 2차로는 이 자와의 유효한 거래행위로 전득한 자의 제3자 여부가 문제이다.⁴³⁾ 즉, 이 사안의 쟁점은 명의수탁자(B)의 배임행위에 적극 가담하여 명의신탁된 토지의 소유권을 취득한 자(C)로부터 그 토지를 증여받아 등기를 넘겨받은 자(D)가 법 제4조 제3항을 원용함으로써 토지 소유권을 취득할 수 있는지였다. 이에 대해 대법원은 스스로 내린 제3자 개념 정의를 일반론으로 실시한 후, 1차 문제에 관하여는 명의수탁자(B)로부터 명의신탁된 부동산의 소유명의를 이어받은 사람(C)이 법 제4조 제3항에 정한 제3자에 해당하지 않으면 동 규정을 들어 무효인 명의신탁등기에 터잡아 마쳐진 자신의 등기의 유효를 주장할 수 없다고 판단하였다. 2차 문제에 관하여는 등기부상 명의수탁자(B)로부터 소유권이전등기를 이어받은 자(C)의 등기가 무효인 이상, 부동산등기에 관하여 공신력이 인정되지 아니하는 우리 법제 아래서는 그 무효인 등기에 기초하여 새로운 법률원인으로 이해관계를 맺은 자(D)가 다시 등기를 이어받았다면 그 명의의 등기 역시 특별한 사정이 없는 한 무효임을 면할 수 없다고 할 것이므로, 이렇게 명의수탁자(B)와 직접 이해관계를 맺은 것이 아니라 법 제4조 제3항에 정한 제3자가 아닌 자(C)와 사이에서 무효인 등기를 기초로 다시 이해관계를 맺은 데 불과한 자(D)는 위 조항이 규정하는 제3자에 해당하지 않는다고 보아야 한다고 판시하였다.

이러한 대법원의 결론에 대해서는 이 사안에서의 수증자(D)도 제3자에는 해당되지만, 사회질서 위반의 행위를 한 자(C)로부터 수증하여 하자가 치유되지 않아 제3자로서 보호되지 못하는 것으로 판단했어야 한다는 비판이 있는가 하면,⁴⁴⁾ 등기의 공신력 없는 경우까지도 포함하여 제3자를 보호하려는 것이 법의 존재이유라며 판례의 타당성에 의문을 제기하기도 한

43) 대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다34667, 34674 판결

44) 송덕수, 물권법, 2019, 183면.

다.⁴⁵⁾ 대법원이 일반론으로 전득자를 제3자에 해당하지 않는다고 판시한 것은 법 제4조 제3항의 제3자에 대한 대항력 문제와 원인무효로 인한 등기의 효력 내지 등기의 공신력 문제를 준별하지 않아 설득력이 떨어지나, 당해 사안에 대한 결론 자체는 수긍할 수 있다는 견해도 있다.⁴⁶⁾

1차 문제와 관련한 대법원의 판시를 통해 법원이 법 제4조 제3항의 제3자에 해당하여 동 조항의 보호를 받으려면 제3자의 등기가 “명의신탁 등기에 터잡아 마쳐진 등기”라는 사실만으로는 충분하지 않으며, 등기로 표상되는 권리, 즉 대개는 부동산소유권을 취득할 원인행위의 유효성을 필요 요건으로 요구하고 있음을 알 수 있다. 그런데 “법 제4조 제3항의 제3자에 해당하지 않는 자는 동 규정을 원용할 수 없다”는 너무 당연해서 다소 기이하게 들리는 법원의 논증은 추측건대 동 조항에 의해 제3자가 무권리자인 명의수탁자로부터 소유권 등을 취득한다는 관점에서는 설명될 수 있을 듯하다. 권리자로부터의 법률행위에 의한 취득이라는 관점에서는 그 법률행위의 유효성 여부에 주목하겠지만, 전자의 관점에서는 명의수탁자와의 유효한 거래행위가 없는 자는 법 제4조 제3항의 제3자 개념의 외연에 해당하지 않는다는 규범판단을 통해서만이 동 조항에 의한 소유권의 취득을 저지할 수 있다고 사고하기 때문이라는 짐작이다.

한편 2차로 제기된 전득자 D의 제3자 해당 여부의 문제를 명의신탁을 차치하고 실체법의 시각으로 보면 C는 문제의 부동산소유권을 취득한 적이 없고, 따라서 C는 가지지 않은 소유권을 D에게 이전할 수 없다. D는 C에게 채무불이행책임을 추궁할 수 있을 뿐이다. 그런데 C의 원인무효인 등기를 승계한 전득자 D의 등기도 원인무효이나, D가 어차피 B의 명의신탁등기부터 무효이지 않나며 법 제4조 제3항을 원용하여 자신 등기의 유효를 주장할 수 있고 실제 사례에서 주장했다. 이러한 D의 주장에 대하여 법원은 위 1차 C의 문제에서와 마찬가지로 D에게도 명의신탁등기에 터잡아 마쳐진 등기 외에 명의수탁자와의 유효한 거래행위가 있는지를 살펴, D는 B와의 거래행위가 아예 없기 때문에 법 제4조 제3항의 제3자 개념의 외연에 해당하지 않

45) 양창수·권영준, 민법 II, 2015, 398면.

46) 주석민법(5판, 2019)·강경구(집필), 소유권 [후주], 695면.

는다고 판단함으로써 동 조항의 적용을 배제한 것으로 보인다.⁴⁷⁾

(5) ‘연속된 명의신탁 관계’에서 제3자

비교적 최근 대법원은 이른바 ‘연속된 명의신탁관계’에서 법 제4조 제3항의 적용 여부를 특히 제3자 개념의 외연을 기준으로 판단하였다.⁴⁸⁾ 아직 많이 알려지지 않은 듯하여 사실관계를 간추려 소개하면 다음과 같다. A가 B에게 명의신탁한 부동산에 저당권이 설정되었고, 추후 저당권자(C)와 저당권설정자(B) 사이의 해당 부동산의 소유권을 이전하기로 하는 대물변제약정이 있었다. C는 아들 D와 명의신탁약정을 체결한 후 해당 부동산의 소유권이전등기를 D 명의로 이전받았다. D는 다시 이 부동산을 담보로 E로부터 금원을 차용하였고, 이를 피담보채권으로 하여 E 앞으로 저당권설정등기가 마쳐졌다. 그러는 사이에 최초의 저당권설정등기는 변제를 이유로 말소되었고, A는 D를 상대로 진정한 등기명의의 회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구를 하여 승소·확정되었으며, A 명의로 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기가 마쳐졌다. E가 A에 대한 관계에서 법 제4조 제3항에 따라 유효한 저당권자로서 보호를 받을 수 있는지 문제가 되었다.

대법원은 무효인 명의신탁약정의 당사자는 전혀 다른 두 개의 명의신탁관계를 -어차피 둘 다 법 제4조 제1항과 제2항 본문에 따라 무효이기 때문에- ‘연속된 명의신탁관계’로 묶고 최초의 명의신탁자 A와 최후의 명의수탁자 D에 대한 관계에서 E는 D를 소유자로 하여 근저당권을 취득한 제3자로서 법 제4조 제3항에 따라 그 유효를 주장할 수 있다고 판시하였다.

특히 직전 (4)의 사례와 비교하여 유의할 것은 E는 전득자로서의 제3자성이 아니라, 최초의 제3자로서 개념의 외연에 해당하는지가 문제였다는 점이다. 즉, A와 B 사이의 2자간 명의신탁과 C와 D 및 B 사이의 3자간 명의신탁이 연속되었을 뿐이고, 연속된 명의신탁관계에는 법 제4조 제3항의 제3자는 생길 수 없다. 명의신탁약정의 당사자 및 그 포괄승계인은 개념 정의

47) 부동산실명법이 예외법(ius singulare)으로서 확대해석·적용이 금지되기 때문이라는 견해로는 백경일, 물권법, 2016, 402면.

48) 대법원 2021. 11. 11. 선고 2019다272725 판결.

상 배제되기 때문이다. 최후의 명의수탁자 D 소유명의로 된 부동산에 저당권설정등기를 마치면 E는 D와의 유효한 거래행위를 전제로 법 제4조 제3항에 따라 저당권을 유효하게 취득한다. 연속된 명의신탁 약정과 등기가 몇 개이든 법 제4조 제1항과 제2항 본문이 적용되어 무효이면 최초의 명의신탁자는 최후의 명의수탁자를 상대로 진정한 등기명의의 회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구를 하여 소유명의를 찾을 수는 있으나, E의 저당권의 부담 있는 소유권으로 되찾게 되어 최후의 명의수탁자 D가 채권자이자 저당권자인 E에 대해 부담하는 채무의 물상보증인 지위에 놓이게 된다.

(3), (4), (5)의 사례들을 종합하여 확인된 법 제4조 제3항 제3자의 개념을 재정의하는 마지막 표지는 다음과 같다. 제3자는 ‘명의신탁등기에 터잡은 등기’를 마쳤다는 것만으로는 충분하지 않으며, 명의수탁자와의 유효한 거래행위가 있어야만 한다. 거래행위가 아예 없거나, 있더라도 처음부터 무효이거나 취소되어 소급무효가 되는 경우 법원은 그 자의 제3자 해당성을 부정함으로써 동 조항이 적용되는 것을 배제한다.

3. ‘제3자’ 측의 무효 주장 가부 논란의 의미

법 제4조 제3항을 일반론으로 다루는 거의 모든 문헌에서 제3자가 스스로 동조 제1항과 제2항(또는 그 중 어느 하나)의 무효를 주장할 수 있는지를 묻는다. 이 논란이 우리 주제와 관련하여 의미 있는 지점은 다음과 같다.

우선 앞서 소개한 주류적인 설명은 제3자가 명의신탁 약정 및 물권변동의 무효를 인정하는 것은 무방하다는 입장이다.⁴⁹⁾ 반면 앞서 1. (2)에서 소개한 ‘수탁자 앞으로 소유권이전의 유효’를 의제하는 (라) 견해는 명의신탁 약정 등의 무효를 제3자도 주장할 수 없다고 한다.⁵⁰⁾ 그런데 이 견해는 이러한 진술 직전에 법 제4조 제3항이 적용되어 제3자의 법적지위가 유효해지

49) 대표적으로 송덕수, 물권법, 2019, 185면; 동, 명의신탁된 부동산을 명의수탁자가 처분한 경우의 법률관계 -명의신탁의 유형에 관한 논의를 포함하여-, 이화여대 법학논집 제19권 1호, 2014, 24면.

50) 양창수, 부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁의 효력 - 소위 등기명의신탁을 중심으로-, 민법연구 제5권, 1999, 124면.

는 순간 명의수탁자를 권리자로 의제하고, 다시 이를 이유로 제3자 측의 무효 주장이 불가능하다고 한다. 이런 맥락에서 보면 이어지는 “제3자는 명의수탁자가 무권리자여서 결국 소유권을 취득하지 못하였다는 이유로 그의 매도인(즉, 명의수탁자)에 대하여 민법 제570조의 담보책임 등을 물을 수 없다”는 사실은 제3자도 무효를 주장할 수 없는 데 따른 당연한 논리적 귀결일 뿐만 아니라, 동시에 수탁자가 무권리자라는 주장할 수 없는 이유이기도 하다.

제3자 측이 무효를 주장하는 것은 무방하다는 다수의 견해는 제3자가 무권리자로부터 법률규정에 의해 소유권이나 저당권을 취득한다는 관점에 입각하고 있다. 제3자가 법 제4조 제1항과 제2항의 무효를 주장한다는 것은 명의수탁자가 소유자가 아니라는 주장이기 때문이다. 그렇다면 제3자의 이러한 주장을 허용하는 견해는 그 제3자가 무권리자로부터 법률규정에 의해 소유권이나 저당권을 취득한다는 관점과는 논리적으로 정합하지 않는다. 법 제4조 제3항의 존재를 근거로 하지만 제3자의 소유권 등의 취득이 권리자로부터의 취득이라는 관점에서도 수탁자가 무권리자이기 때문에 자신의 권리 취득과 등기도 무효라는 주장은 논리적으로 자기모순이다. 따라서 어떤 관점을 채택하든지 간에 법 제4조 제3항의 제3자가 동조 제1항과 제2항의 무효를 자기 쪽에서 주장하는 것은 -법률이 보장한 법적 지위를 포기할 현실적 필요나 이유가 있을 수는 있으나- 논리적으로는 허용될 수 없다.

IV. 해석 대안

1. 상대적 유효와 결합한 상대적 무효

명의신탁약정의 존재에 관하여 악의인 제3자도 보호하는 법 제4조 제3항에 대해 “명의수탁자의 배신적 부동산 처분을 촉진함으로써 명의신탁자가 얼마든지 돈을 떼일 수도 있도록 일부러 마련한 장치”로서⁵¹⁾ “이른

51) 앞서 언급했지만, 법률 제4조 제3항이 “부동산등기를 악용한 반사회적 행위를 막기 위한 제재”라는 관점(이진기, 물권법, 2020, 176면)도 비슷한 맥락으로 여겨진다.

바 죄수의 딜레마 이론이 입법에 도입된 예”라는⁵²⁾ 분석도 있다. 이같이 신랄한 진단을 받는 이유는 법 제4조 제1항과 제2항을 통해 명의신탁 약정과 등기를 무효로 결단한 입법자가 명의신탁 약정과 등기를 유효로 전제했던 판례법리에 따르면 당연히 도출되는 결론과 동일한 결론의 법적 근거를 제3항으로 실정화하여 제공했기 때문이라고 볼 수 있다. “이 조항은 대법원의 명의신탁에 대한 판례 태도를 아주 충실하게 반영하고 있는 것”이라는 법률 시행 직후 시점의 분석에도⁵³⁾ ‘이 조항’이 법 제4조 제3항을 지시하는 한 전적으로 동의한다.

이러한 배경에서 법 제4조 제3항이 현재 표현 형식대로 읽히는 의미 내용을 그대로 유지하는 한, 법 제2조 1호나 제8조와 같은 기능, 즉 부동산실명법의 적용을 전부 또는 일부 배제하는 것과 같은 기능을 제3자에 대한 관계에서만 수행하는 단서 조항으로서 지위와 역할을 부여하는 해석 대안을 제시한다. 이 대안 해석에 따르면 법 제4조 제3항에서 정한 제3자가 있으면 동조 제1항과 제2항은 적용되지 않으며, 그래서 그 제3자에 대한 관계에서 ‘명의신탁 약정과 등기’는 유효하고,⁵⁴⁾ 그래서 제3자는 ‘법률상’⁵⁵⁾ 소유자(물권자)로부터 대체로 유효한 법률행위를 원인으로 하여 소유권이나 저당권을 취득한다. 제3자의 이러한 법적 지위는 법 시행 전에는 명시적인 실정법 규정 없이도 자명한 계약법 원리와 물권법 질서에 따른 당연한 효과였다. 명의신탁약정의 당사자 사이에서부터 이미 통정허위표시 아니냐는 강력한 혐의에도 불구하고 부동산물권 자체 또는 그에 기반한 거래 질서의 안전에 어떤 지장도 주지 않는 대외적 법률효과가 보장되었기 때문에 법원은 명의신탁이 유효하다는 태도를 법 시행 전까지는 견지할 수 있었던 필요충분한

52) 백경일, 물권법, 2016, 397면.

53) 윤철홍, ‘부동산실권리자명의등기에 관한 법률’의 제정과정과 문제점, 송실대 법학논총, 제9집, 1996, 166면.

54) 백경일, 물권법, 2016, 401면에서는 처분권한 없는 명의수탁자에게서 소유권을 취득한 제3자가 오히려 명의신탁자에게 ‘대항할 수 있다’면서 이는 “대체로 명의신탁약정이 유효한 경우와 법률효과가 비슷하다”고 진단한다.

55) 3자간 명의신탁의 경우 민법의 성립요건주의 원칙으로 말미암아 등기 없이는 명의신탁자가 법률상 소유자의 지위를 취득할 수는 없다.

이유를 가졌을 것이라는 짐작이다.

한편 통설과 판례는 법 제3조 및 제4조 제1항과 제2항을 반론의 여지 없는 강행규정으로 보는 듯하다.⁵⁶⁾ 그러나 명의신탁약정이 통정허위표시이므로 민법 제108조 제1항에 따라 무효라는 주장이 법 제4조 제3항의 제3자에 선의를 붙여 입어야 한다는 정당한 해석론⁵⁷⁾과 결합할 수 있는 것과 달리, 법 제4조 제1항과 제2항이 강행규정이기 때문에 절대적 무효라는 주장은 동조 제3항의 존재 자체를 부인해야만 논리적으로 타당하다. 제3항을 그대로 둔 채, 오히려 그 규정의 효과로 제3자가 소유권이나 저당권을 유효하게 취득한다거나 명의수탁자와 제3자 사이의 법률관계가 유효하게 된다는 해석을 전개하는 것은 부조리하다(ad absurdum)는 공격을 면하기 어려울 것이다.

그렇다고 해서 여기 대안 해석이 한편, 법 제4조 제3항을 원용하면서 “종래의 판례이론은 이 점에 관해서는 그대로 유지된다”는⁵⁸⁾ 간결한 함의와 똑같은 취지는 아니다. 왜냐하면 종래 판례법리에 따르면 ‘명의신탁약정과 그에 따라 이뤄진 물건변동’이 제3자에 대한 관계에서만 유효하고 막상 당사자들 사이에서는 무효로 취급된 것이 아니라, 당사자들 사이에서 먼저 유효하기 때문에 모든 제3자에 대하여도 유효하다는 기조이기 때문이다. 다른 한편 여기 대안 해석이 유효한 명의신탁의 범위를 확장하여 특히 법 제4조의 적용을 제한하려는 해석론과도 다르다. 즉, 이 견해에 따르면 법 제1조에서 인식할 수 있는 법의 목적이 명의신탁을 법 논리적 무효가 아니라, 투기·탈세·탈법의 소지를 없애려는 범위 내에서만 정책적으로 무효화이므로 법 제4조 제1항과 제2항 본문의 무효를 투기 등을 지향하여 사회질서에 반하는 명의신탁약정과 이에 기한 물건변동으로 제한해석해야 한다.⁵⁹⁾ 직관으로 포착되다시피 이 해석론은 실정법률의 해석이 아닌, 법률 목적을 고려한 명의신탁약정, 즉 계약의 해석을 통해 투기 등에 악용되지 않은 명의신탁

56) 주석민법(5판, 2019)·강경구(집필), 소유권 [후주], 640면.

57) 박윤직, 물권법, 2003, 96면.

58) 김중환·김학동, 물권법, 1997, 355면.

59) 이영준, 물권법, 2009, 177-8면.

탁에는 법 제4조 제1항과 제2항 본문이 적용되지 않으므로 유효하다는 주장이다.

2. 제3자 개념의 목적론적 축소

법 제4조 제3항의 적용을 받는 제3자는 명의신탁관계에 관한 선의·악의를 불문하고 법 시행 전과 똑같이 권리자인 명의수탁자로부터 소유권이나 저당권을 유효하게 취득한다. 그런데 법 시행 전에는 ‘명의신탁 약정과 등기’가 유효했기 때문에 매수인이나 채권자는 무권리자와 거래한다는 위험을 염려할 필요가 없었으며, 소유권자로부터 소유권을 취득하거나 저당권을 설정받은 자의 법적 지위를 정당화하는 것은 오히려 소유권 취득의 원인행위인 (명의수탁자와 제3자 사이의) 유효한 매매계약이나 저당권설정계약(내지 그 전제로서 금전소비대차계약)이었다. 그런데 법이 시행되고 법 제4조 제1항과 제2항에 따라 명의수탁자는 무권리자가 되었지만, ‘그가 물권자임을 기초로 그와 새로이 이해관계를 맺은 사람’은 마치 동조 제3항의 제3자에 해당하기만 하면 유효하게 물권을 취득하는 양, 정작 그 물권의 취득과 보유를 위한 법률상 원인, 특히 법률행위의 존부나 효력 문제를 소홀히 하는 경향이 엿보인다. 법 제4조 제3항 자체가 무권리자인 명의수탁자로부터 물권을 유효하게 취득하는 법률규정이라는 관점이 지배적 지위를 차지하면서 이러한 경향이 강화될 수도 있다. 하지만 - 이러한 관점에 입각해 있는 것으로 보이는- 대법원도 법 제4조 제3항을 단순히 등기절차법 문제로만 보지는 않는 듯, ‘명의신탁등기에 터잡아 등기’가 마쳐진 모든 사람이 동 조항의 보호를 받는 것은 아니며, 명의수탁자와의 거래행위가 아예 없거나 또는 있더라도 무효이면 그런 사람들은 동 조항에서 정한 제3자에 해당하지 않는 평가를 통해 동 조항을 원용하여 자기 명의로 등기된 권리를 ‘법정’ 취득하는 사태를 저지하고 있다.⁶⁰⁾ 이같이 동 조항의 제3자 개념 정의의 외연을 확정할 때, 제3자와 명의수탁자가 맺는 이해관계가 등기를 통해 발생하고,

60) 앞의 III. 2. 참조.

등기원인으로서 명의수탁자와의 거래행위는 유효해야 한다는 요건을 요구하면 이는 동 조항의 적용범위를 합리적으로 제한하는 일종의 목적론적 축소해석(teleologische Reduktion)⁶¹⁾에 해당한다. 이러한 맥락에서 법 제4조 제3항에서 정한 제3자 개념은 “명의신탁약정의 당사자 및 포괄승계인 이외의 자로서 명의수탁자 소유명의의 등기를 기초로 유효한 등기를 마침으로써 등기부상 새로운 이해관계를 맺은 자’의 의미로 재정의될 필요가 있다.

3. 부당이득반환관계 당사자 확정의 문제

명의신탁약정에 관한 선의·악의를 불문하고 법 제4조 제3항의 제3자에 대한 관계에서만 ‘상대적으로 유효’한 ‘명의신탁 약정과 등기(부동산물권변동)’은 그 제3자 아닌, 명의신탁관계 당사자들 사이에서는 무효이므로 그들 사이에서 부당이득반환 채권관계가 성립되어 청산되어야 한다. 양자간 명의신탁의 경우에는 별문제 없겠지만, 특히 3자간 등기명의신탁의 경우에도 법 제4조 제3항의 적용을 받는 제3자가 있다면 부당이득반환채권자는 명의신탁자의 매도인이 아니라, 매수인인 명의신탁자가 되어야 한다. 왜냐하면 3자간 등기명의신탁(약정과 등기)이 적어도 제3자에 대해서 유효하려면 명의신탁자와 매매계약을 체결한 매도인은 매매목적인 부동산소유권을 중간생략등기를 통해 명의수탁자에게 이전함으로써 매도인에 대한 소유권이전채무를 이행했기 때문이다.⁶²⁾

법 제4조 제3항의 제3자가 없는 3자간 등기명의신탁의 경우라면 명의신탁 약정과 등기는 동조 제1항와 제2항에 의해 무효이므로 명의신탁자와 매도인 사이의 매매계약만이 유효하다. 명의신탁자의 부탁(내지 지시)으로 명의수탁자에게 등기명의를 넘기긴 했으나 부동산 소유권자는 여전히 매도인이며, 매매계약에 따라 이를 명의신탁자에게 이전할 채무를 여전히 지고 있다. 이것이 바로 앞서 소개한 전원합의체 판결이 —다수의견이든 반대의견이든 공통적으로— 전제하고 있는 기본구상이다. 그러나 법 제4조 제3항

61) Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6.Aufl., 1991, S. 391.

62) 민법주해[V]·권오창(집필), 명의신탁, 1992, 516면; 이영준, 물권법, 2009, 149-50면.

의 제3자가 있는 경우 여기서 제시된 해석 대안에 따르면 그 제3자에 대한 관계에서는 매매계약뿐만 아니라 명의신탁 약정과 등기도 유효한 것으로 다루어진다. 그 결과 매매계약의 당사자로서 매도인은 매수인인 명의신탁자에게 이행할 소유권이전채무를 매수인의 부탁(지시)에 따라 또는 매수인과의 중간생략등기의 합의를 근거로 명의수탁자에게 이전등기함으로써 매수인에 대한 자신의 채무를 이행하였다. 그러므로 제3자는 (대외적)‘소유자’인 명의수탁자와 사이의 유효한 법률행위를 원인으로 하여 권리자로부터 저당권을 취득한다. 이제 명의신탁자와 명의수탁자에게는 무효인 명의신탁 약정과 등기에 따른 부당이득반환의 청산이, 3자간 명의신탁의 경우에도 양자간 명의신탁의 경우처럼 그들 사이에서 이루어져야 한다. 매매대금까지 완납한 명의신탁자는 사실상의 소유자로서 명의수탁자에 대하여 제3자의 유효한 저당권이 설정된 소유권의 이전등기청구를 할 수 있다. 명의신탁자가 —3자간 명의신탁관계는 물론 매매계약에조차 머물러 있을 이유가 없는— 매도인을 매개하여서만 소유권이전등기를 청구하여야 한다고 고집하더라도 명의신탁자가 명의수탁자로부터 직접 넘겨받은 이전등기는 실체적 권리관계에 부합하는 중간생략등기로서 그 하자가 치유될 수 있을 것이다. 이러한 맥락에서 3자간 명의신탁에서 명의수탁자가 제3자인 은행에 저당권을 설정해 주며 얻은 이익인 피담보채권액 상당을 부당이득으로 청구할 반환채권자는 매수인이자 명의신탁자라고 판단한 대법원 전원합의체판결 다수의견의 결론을 지지한다.

V. 입법 대안

1. 대립하거나 경쟁하는 원칙들의 공존

명의신탁에 관한 이해와 현행 법제는 통시적으로는 공존할 수 없기 때문에 어느 하나를 불가피하게 선택할 수밖에 없는, 대립하는 원리원칙을 공시적 관점에서 조화시키려고 모색한 결과물이라는 생각이다. 방론이지만 명

의신탁과 관련된 원리원칙을 키워드로 개관해보면 첫째, 물권변동에 관한 의사주의(물권공시의 대항요건주의)와 형식주의(물권공시의 성립요건주의)는 양립할 수 없다.⁶³⁾ 둘째, 물권법정주의와 일물일권주의에 기반한 단일소유권 개념(결과적으로 절대적권리이전설과 결합한다)과 (상대적권리이전설과 결합한) 대내외 관계에서 분리 귀속을 인정하는 관계적 소유권 관념은 이론의 우열을 경합한다. 셋째, 물권변동의 법률효과를 직접 발생시키는 법률행위로서 개념 ‘독자성’을 가지는 물권행위가⁶⁴⁾ 물권변동의 원인행위(매매계약 또는 저당권설정계약 등 채권행위)의 효력에 종속되는지(긍정하면 유인성 원칙) 또는 효력도 독자적으로 평가하여 유효한 물권행위가 발생시킨 물권변동은 원인무효의 경우에도 여전히 유효하다는(무인성 원칙) 관점의 양립 불가능 대립은 물권변동법과 부당이득법의 구조를 결정하고 기능적 역할을 분담시킨다.

얼핏 봐도 민법 재산법의 근간과 주축이 되는 원칙과 운영원리에 관한 중차대한 문제인데, ‘부동산 명의신탁’ 문제에는 이러한 거대 주제들이 전면 또는 저변에 융복합적으로 투영되어 있고, 이는 부동산실명법 제4조에도 함축되어 있다. 즉, 동조 제1항과 제2항의 ‘명의신탁약정’이 동일한 법률행위를 지시하는지, 동일하나 채권행위와 물권행위가 동시에 실행됐다고 봐야 하는지, 다르다면 제2항의 명의신탁약정은 당사자 사이에선 물권변동 없이 대외적으로만 물권변동을 발생시키거나 역으로 대외적 물권변동 없이 대내적으로만 물권변동을 발생시킬 수 있는지, 명의신탁 등기 없이 명의신탁관계가 성립하는지, 명의신탁약정의 사실을 아는 3자(3자간 등기명의신탁 또는 계약명의신탁에서 매도인)가 명의신탁약정의 당사자는 아니지만 명의신탁관계에 포함되는지 등 난제들을 일거에 —법 제2조 제1호로 “물권을 사실상 취득하거나 취득하려고 하는 자의 명의신탁약정”을 포함하여— ‘모두 무효’라는 선언의 단칼로 해결하였다고 입법자는 믿었는지 모른다.⁶⁵⁾

63) 자세한 것은 박윤직·김재형, 물권법, 2014, 43-51면 참조.

64) 자세한 것은 박윤직·김재형, 물권법, 2014, 52-67면 참조.

65) 부동산실명법이 서로 이질적인 제도들을 명의신탁이라는 이름 아래 한 군데 부어 요리한 ‘술’이고, (시대적) 사회·정치像이 법률을 지배하여 법과 법이론을 왜곡한 대표 사례라는 대체로 동의할 수 있는 비판으로 이진기, 부동산 실권리자명의 등기에 관한

2. 입법 대안

법 제4조 제3항도 입법정책의 관점에서는 고도의 정치력이 발휘된 결과일 수 있다. 그러나 법 제4조 제3항을 언제까지 명의신탁을 피하는 자가 수탁자의 배신을 걱정하도록 심리적으로 압박하여 명의신탁을 사전에 억제하고, 명의신탁 사후 수탁자의 배신을 자초한 신탁자에 대한 제재의 반사적 효과를 악의의 제3자도 누리도록 하는 기능을 수행하도록⁶⁶⁾ 임무만을 변경한 채 방치해도 좋은지는 의문이다.

물권법 질서의 안정이라는 동일한 목적에 봉사하지만, 부동산물권의 공시방법으로서 등기에 사실상 또는 법률상 추정력⁶⁷⁾이 있다고 승인하는 것은 등기가 실제적 권리관계를 그대로 또는 제대로 반영할 경험적 개연성이 있다는 것을 말하고, 이는 원칙적으로 등기명의인의 이익에 봉사한다.⁶⁸⁾ 그러나 실제적 권리관계에 부합하지 않는 그래서 부실등기 내지 원인무효인 등기를 신뢰하고 거래한 자에게 등기대로의 권리를 취득하게 함으로써 물권거래의 안전도 보장하려면 추정(력)을 의제로 고양하는⁶⁹⁾ 법적 장치인 ‘등기의 공신력’을 - 일단 부동산실명법에 제한하여- 부여하는 방안을 고민할 수 있다. 없는 권리 내지 무권리자를 있는 권리 내지 권리자로 공시하는 등기(부), 곧 실제적 권리관계에 부합하지 않는 권리 외관에 기대어 물권거래에 참여한 사람을 보호할 법적 필요성은 적어도 그 사람의 부실 내지 무효 등기에 관한 선의이다. 악의인 거래참여자는 아예 보호 대상인 ‘신뢰’가 없으며, 선의에 무과실 또는 무중과실을 요구할지는 특히 등기절차와 실무에 좌우될 입법정책적 결단의 문제일 것이다.

법률을 다시 논함, 성균관법학 제29권 2호, 2017, 274면 이하, 283면 참조.

66) 주 17) 참조.

67) 대법원 2008. 4. 24. 선고 2007다90883 판결. 참고로 독일민법 제891조는 보존 내지 이전등기에 그 권리의 명의인에의 귀속(제1항)을, 말소등기에 그 권리의 부존재(제2항)를 각각 법률상 추정하는 효력을 부여한다.

68) Wellenhofer, Sachenrecht, 33.Aufl., 2018, §19 Rn 4,

69) Schwab/Prütting, Sachenrecht, 32.Aufl., 2006, Rn. 212.

3. 맺음말

이 글은 부동산실명법을 제정한 역사적 입법자의 명백한 의도에 반해 법 시행 전 판례법리에 따라 규율되던 법률상태로 ‘회귀’하려는 시도가 아니다. 정작 이러한 법률상태가 그대로 ‘유지’되는 예외 사안을 입법자 스스로 법 제8조에 규정하고, 이에 해당하면 특히 법 제4조가 적용되지 않는다고 천명하였다. 입법자가 법 제4조 전체가 아니라, 제1항과 제2항의 적용만 배제하였더라도 제3항의 적용을 배제하는 효과는 당연히 수반된다. 법 제4조 제3항이 명의신탁 약정과 등기가 유효하면 불필요한 확인적 규정이고, 무효이면 필요불가결한 제3자 보호 규정이라면 이 규정으로 보호되는 그 제3자에 대한 관계에서만큼은 동일한 법률효과가 발생하도록 할 의도로 설치된 법조항으로 이해할 수 있다는 것이 이 글의 기본구상이었다.

부동산 명의신탁에 관한 법리의 재인식 - 김 규 완	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2023.05.30.	2023.06.16.	2023.06.26.

[참고문헌]

- 곽윤직(편집대표), 민법주해[V], 명의신탁 (권오곤 집필부분), 1992, 박영사.
 김용덕(편집대표), 주석민법, 물권법 소유권 [후주2: 명의신탁] (강경구 집필부분), 2019(제5판), 한국사법행정학회.
 박준서(편집대표), 주석민법, 물권(2): [명의신탁] [부동산실권리자명의등기에관한법률] (권오창 집필부분), 2000(제3판), 한국사법행정학회.
 곽윤직, 물권법, 2003(제7판), 박영사.
 곽윤직·김재형, 물권법, 2014(제8판), 박영사.
 김증한·김학동, 물권법, 1997(제9판), 박영사.
 박동진, 물권법강의, 2018, 박영사.
 백경일, 물권법, 2016(제2판), 고래시대.
 송덕수, 물권법, 2019(제4판), 박영사.
 양창수·권영준, 민법 II(권리의 변동과 구제), 2015(제2판), 박영사.
 이영준, 물권법, 2009(전정신판), 박영사.
 이은영, 물권법, 2006(제4판), 박영사.
 이진기, 물권법, 2020, 박영사.
- 권오창, 계약명의신탁의 법률관계에 관한 고찰 -부동산 실권리자 명의 등기에 관한 법률 제4조 제2항 단서의 해석을 중심으로-, 법조 48권 5호, 6호, 1999.
 김상환, 명의신탁자와 부동산에 관한 계약을 체결하고 단지 등기명의만을 명의수탁자로부터 경료받은 것과 같은 외관을 갖춘 제3자를 부동산실권리자명의등기에관한법률 제4조 제3항에 정한 '제3자'로 볼 수 있는지 여부 및 그 제3자 명의의 등기의 효력, 대법원판례해설 제52호, 2005, 법원도서관.
 목영준, 부동산 실권리자 명의 등기에 관한 법률상 명의신탁약정의 효력, 민사판례연구 [XXI], 1999, 민사판례연구회.
 송덕수, 명의신탁된 부동산을 명의수탁자가 처분한 경우의 법률관계 - 명의신탁의 유형에 관한 논의를 포함하여-, 이화여대 법학논집 제19권 1호, 2014.
 양창수, 부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁의 효력 -소위 등기명의신탁을 중심으로-, 민법연구 제5권, 1999, 박영사.
 윤철홍, 부동산 실권리자 명의 등기에 관한 법률의 제정과정과 문제점, 숭실대학교 법학논총 제9집, 1996.
 이병준, 2021년도 민법 [채권편] 관련 주요 대법원 판례에 대한 평석, 안암법학 통권 제64호, 2022.
 이진기, 「부동산 실권리자 명의 등기에 관한 법률」을 다시 논함, 성균관법학 제29권 2호, 2017.
- Stürner, Rolf(Hrsg.), Jauernig BGB Kommentar, 2015 (16. Aufl.), C.H.Beck.
 Schwab, Karl Heinz/Prütting, Hanns, Sachenrecht, 2006 (32. Aufl.), C.H.Beck.
 Wellenhofer, Marina(fortgeführt)/Wolf, Manfred(begründet), Sachenrecht, 2018 (33. Aufl.), C.H.Beck.

- Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991 (6. Aufl.), Springer.
Möllers, Thomas M. J., Juristische Methodenlehre, 2017, C.H.Beck.
Rüthers, Bernd, Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz, Juristen Zeitung(JZ)
2/2006, S.53.

【국문초록】

지금까지 부동산 명의신탁의 개념 정의와 효력에 관하여 명의신탁이 어쩔 수 없이 이뤄질 수밖에 없는 법률 상황을 타개하기 위한 나름의 순기능 측면보다 재산의 분산, 은닉 또는 탈세 등의 탈법적 수단에 동원되는 부작용을 제거하기 위해 부동산실명법이 제정되었다는 역사적 사실에 기초하여 이 법의 시행 전 명의신탁약정과 그에 따른 등기로 이뤄진 물건변동을 원칙적으로는 유효하다고 전제하고 전개된 판례법리와 이 법에서 양자를 모두 무효로 선언한 실정법해석을 단절하여 논의를 진행해 왔다. 만일 양자의 무효를 제3자에게 대항할 수 없다는 법 제4조 제3항에 근거하여 제3자가 명의신탁 부동산에 관한 소유권이나 저당권을 무권리자인 수탁자로부터 유효하게 취득한다고 이해한다면 이러한 의심은 정당화된다. 이에 대해 법 시행 전 판례법리에 따르면 명의신탁약정에 기초한 물건변동은 적어도 대외적 관계에서는 등기대로 수탁자가 소유권자이고, 수탁자의 소유권 양도나 저당권 설정의 처분은 —양수인이나 채권자가 (유효한) 명의신탁약정에 기초한 물건변동을 알더라도— 무효로 평가될 여지가 없었다. 이러한 판례법리가 실정화되는 과정에서 그대로 유지되었고, 따라서 제3자는 권리자인 수탁자로부터 소유권이나 저당권을 취득한 것으로 동 조항을 이해할 수 있다면 이는 판례법리와 —적어도 명의신탁의 법률효과 측면에서는— 연속성을 가지는 결과로 된다.

【Zusammenfassung】

Über Rechtsgrundsätze der Titeltreuhand von
Immobilien aus einer neuen Perspektive

Dr. iur. Kim, Kyu Wan
(Professor, Korea University School of Law)

Gemäß § 4 Abs. 1 des “Gesetzes über die Eintragung des Namens des wirklichen Rechtsinhabers von Immobilien” ist ein Titeltreuhandvertrag unwirksam. Nach § 4 Abs. 2 S. 1 desselben Gesetzes ist eine Änderung des dinglichen Rechts wie Eigentums durch die Eintragung im Rahmen eines Eigentumstreuhandvertrages auch unwirksam. Dennoch kann gemäß § 4 Abs. 3 desselben Gesetzes die Ungültigkeit aufgrund der vorherigen beiden Absätzen, also die Ungültigkeit der Eintragung aufgrund einer ungültigen Vereinbarung, nicht gegen einen Dritten angefochten werden. Hinsichtlich der Auslegung des Abs. 3 geht h. M. davon aus, dass ein Dritter, der mit einem unrechtmäßigen Titeltreuhänder unter der Prämisse der Ungültigkeit der Absätze 1 und 2 Geschäfte getätigt hat, unabhängig von Kenntnisnahme in Bezug auf ungültige Vereinbarung und Eintragung, ohnehin kraft Gesetzes die eingetragenen dinglichen Rechte erwerben. Im Gegensatz dazu argumentiert die vorliegende Abhandlung, dass die Titeltreuhandvereinbarung und die Eintragung für einen Dritten und lediglich für diesen als wirksam gelten sollen und damit die Annahme angemessen ist. Daraus ergibt sich es auch, dass ein Dritter durch wirksame Transaktionen mit dem Titeltreuhänder, der der Rechteinhaber ist, echte Rechte erwirbt. Diesem Verständnis liegt das

theoretische und praktische Anliegen zugrunde, die Kontinuität zwischen der ständigen Rechtsprechung vor dem Inkrafttreten des betreffenden Gesetzes einerseits und der nach dem Inkrafttreten neu entstandenen Rechtslage andererseits zu bewahren und auch zu bekräftigen.

주제어(Keyword) : 부동산등기명의신탁(Real estate title trust), 부동산실명법(약칭, Act on Registration of Name of Owner of Real Estate Rights 1995), 판례법리와 실정법해석의 연속성(Continuity between case law and positive law interpretation), 등기명의신탁(Registration name trust)

형집행 순서에 대한 소고

- 자유형과 노역장 유치의 집행 순서를 중심으로 -

김 환 권*

▶ 목 차 ◀

- I. 서론
- II. 논의의 실의
 - 1. 노역장 유치를 자유형집행보다 먼저 하는 것이 유리한 경우
 - 2. 노역장 유치를 자유형집행보다 후에 하는 것이 유리한 경우
- III. 관련 조문의 연혁 및 관련 법령 내지 지침
 - 1. 관련 조문의 연혁 및 관련 법령 내지 지침의 설명 이유
 - 2. 관련 형사소송법 조문과 그 연혁
 - 3. 관련 규칙과 지침의 내용 및 효력
- IV. 노역장 유치를 자유형집행보다 먼저 하는 것이 유리한 경우에 대한 법원 판단
 - 1. 대상결정 1(대법원 2022. 8. 29. 자 2022모1030 결정)을 제시하는 이유
 - 2. 사안의 개요
 - 3. 법원의 판단
- V. 노역장 유치를 자유형집행보다 후에 하는 것이 유리한 경우에 대한 법원 판단
 - 1. 대상판결 2(부산지방법원 2021. 3. 25. 선고 2020노2029 판결)를 제시하는 이유
 - 2. 사안의 개요
 - 3. 법원의 판단
 - 4. 관련 판례
- VI. 검토(내재적 한계설의 지지와 그 한계 논의)
 - 1. 형사소송법과 이 사건 규칙의 해석
 - 2. ‘내재적 한계’를 지킨 형집행순서 변경의 경우
 - 3. ‘내재적 한계’를 지키지 못한 형집행순서 변경의 경우
- VII. 개선안 제시
 - 1. 논의의 소재
 - 2. 원칙적으로 수형자의 의사 고려
 - 3. 예외적으로 수형자의 의사를 따를 수 없는 경우
 - 4. 형집행순서의 변경에 따른 유·불리 고지의 필요 여부
 - 5. 구체적인 개정안
- VIII. 파생되는 문제점에 대한 검토
 - 1. 행정소송과의 관계
 - 2. 대상결정 1의 상황에서 신청인의 구제방법
- IX. 결론

* 법학박사, 청주지방법원 판사.

I. 서론

형의 집행은 형사사법절차의 최종 단계라고 할 수 있다. 범죄에 대한 수사과 기소, 재판과 형벌이 선고 되고, 선고된 형을 적정하게 집행해야 형사 절차가 사실상 종결되는 것이다.¹⁾ 형의 집행은 형벌 위하, 형벌 선고, 형벌 집행으로 나누어지는 세 단계(세 기둥)의 마지막 단계로 형사법체계의 한 축을 이루면서 형사법체계의 다른 영역들과 기능적으로 서로 긴밀히 결합하여 형사법의 전체과제를 위해 봉사한다.²⁾

헌법 형사소송법상 형의 집행은 검사의 지휘·감독하에 있는데, 엄정한 형집행이 있어야 형사사법절차의 엄정함이 보장된다. 형의 집행이 엄정하지 않으면 범죄자들이 형을 받는 것을 두려워하지 않고 범죄를 거리낌 없이 저지를 수 있기 때문이다.

그러나 기본적 인권과 헌법에 비추어 볼 때, 형의 집행이 필요 이상으로 가혹하여서는 안 되고, 아무리 범죄자들과라고 할지라도 형집행 대상자들의 예측가능성과 법적 안정성, 인권을 부당하게 침해하여서는 안 될 것이다. 즉 형집행도 헌법과 형사법에서 도출되는 적법절차, 예측가능성, 법적 안정성 내에서 헌법, 형사법은 물론 다른 법률들과도 조화롭게 정당화 되어야 한다.

한편, 노역장 유치는 벌금 또는 과료를 완납하지 아니한 자를 노역장에 유치하는 것이다. 노역장 유치를 금원의 납입을 대체하는 처분(대체 수단)으로 볼지 금원의 납입을 강제하는 처분(압박 수단)으로 볼지에 대한 논의가 있는데, 원칙적으로는 대체 수단으로 볼 수 있으나, 압박 수단의 기능도 함께 수행하는 이중적 기능을 가지고 있다고 할 수 있다.³⁾ 노역장 유치자에

1) 김현숙, “재산형과 노역장 유치 집행절차에 대한 소고”, 「형사정책」 제26권 제3호, 2014, 45면 참조.

2) 정승환, “형벌집행에 대한 법관의 통제와 형집행법원의 필요성”, 「형사법연구」 제22호, 2004, 474면 참조[형사법체계 내에 형집행의 위치를 록신(Roxin)은 ‘세 기둥 이론’ 또는 단계이론(Drei-Säulen-Theorie)’을 통해 설명하고 있다. 박학모·윌러·야버츠, 형사집행절차상 사법심사 방안에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2011, 41면; 정승환, 앞의 논문, 474면 등 참조].

3) 강영철, “재산형<벌금>의 문제점과 노역장 유치의 개선방안”, 「교정연구」 제40호, 2008, 18-19면; 이기현·최병각, 노역장 유치제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원,

대한 처우는 대체로 징역형 수형자에 준하여 행하고 있는데,⁴⁾ 2011년부터 2020년까지 교정시설 1일 평균 수용인원 중 노역장 유치의 ‘비율’은 최저 2.6%(2020년, 1397명)부터 최고 4.4%(2013년, 2,097명)로,⁵⁾ 자유형집행의 경우 노역장 유치의 경우보다 보통 그 수용기간이 긴 점, 미결수용자도 위 ‘비율’ 계산에서 분모에 포함된 점 등을 고려할 때, 교정시설 수용인원 중 노역장 유치자의 비율은 상당히 높다고 볼 수 있다.

이와 관련하여, 최근 자유형의 집행과 노역장 유치의 집행 순서와 관련하여, 간혹 그 순서 변경의 가부 내지 당부가 문제되고 있다.

수형자에 따라서, 가석방⁶⁾의 기회 등을 고려할 때 노역장 유치를 자유형집행보다 먼저 하는 것이 유리한 경우가 있고, 누범 기간이나 집행유예 결정 기간 등 관련하여 그러한 것이 불리한 경우가 있다. 즉 자유형과 노역장 유치의 집행 순서는 수형자에게 실질적인 이익 내지 불이익을 준다.

그런데 이에 대하여 명확하고 구체적인 법이나 판례는 존재하지 않고, 관련 논의도 부족하여 실무에서 혼선이 일어나고 있는 것으로 보인다.

이에 이 글에서는 자유형과 노역장 유치의 집행 순서에 대하여 논의의 실익, 관련 조문의 연혁 및 관련 법령 내지 지침, 노역장 유치를 자유형집행보다 먼저 하는 것이 유리한 경우에 대한 법원 판단, 노역장 유치를 자유형집행보다 후에 하는 것이 유리한 경우에 대한 법원 판단, 어떤 견해가 타당한지에 대한 검토에 대하여 실시하고, 개선안(개정안)을 제시한 후 결론으

1997, 25면; 한영수, *행형과 형사사법*, 세창출판사, 2000, 203-205면; 최병각, “노역장 유치의 실제와 양형”, 「형사정책」 제12호 제2권, 2000, 198면 등 참조.

4) 법무연수원, 2021 범죄백서, 2022, 411면 참조.

5) 법무연수원, 앞의 책, 348면 참조.

6) 가석방(parole, vorläufiger Entlassung)이란 재판에 의하여 선고된 자유형(징역, 금고)의 집행을 받고 있는 자가 교정성적이 양호하여 「개전의 정」이 현저한 경우에 아직 형기만료 전이라도 일정한 시기에 이를 석방하고, 그 후의 교정성적에 따라 석방이 취소 또는 실효되지 않는 한, 형의 집행을 종료한 것과 같은 효과를 가져오게 하는 제도이다. 가석방은 목적형주의 내지 교육형주의의 요청에서 나온 제도라고 할 수 있다. 즉 이 제도를 도입함으로써 수형자의 개과천선의 상황을 전혀 고려함이 없이 미리 일정한 형기를 정하는 정기형제도의 결함을 보충할 수 있고, 결과적으로 정기자유형을 실질적으로 상대적 부정기형화하게 된다(박영규, “현행 가석방제도의 개선방안”, 「교정연구」 제62호, 2014, 9면; 정영석·신양균, *형사정책*, 법문사, 1999, 593면 등 참조)

로 나아가도록 한다. 그리고 결론에 앞서 보론으로 파생되는 문제점에 대한 검토도 하기로 한다.

II. 논의의 실익

가석방의 기회 등을 고려할 때 노역장 유치를 자유형집행보다 먼저 하는 것이 수형자에게 유리한 경우가 있고, 누범 기간이나 집행유예 결격 기간 등 관련하여 그러한 것이 수형자에게 불리한 경우가 있다. 즉 자유형과 노역장 유치의 집행 순서는 수형자에게 실질적인 이익 내지 불이익을 준다. 이에 대하여 아래에서 살펴본다.

1. 노역장 유치를 자유형집행보다 먼저 하는 것이 유리한 경우 (가석방의 기회 등)

자유형과 벌금형이 병과된 형이 확정된 수형자는 벌금을 완납하여야 가석방 대상이 될 수 있다(형법 제72조⁷⁾ 제2항). 따라서 이러한 경우(자유형과 벌금형이 병과된 경우) 자유형의 집행을 먼저 하면 벌금을 납부할 능력이 안 되는 수형자는 그 확정된 자유형의 전부를 살아야 하고 가석방의 기회를 얻지 못하게 된다. 즉 벌금형에 대한 노역장 유치를 먼저 받아야 확정된 자유형을 전부 복역하지 않고 가석방의 기회를 얻게 되는 것이다. 한편, 법으로 위와 같이 ‘자유형과 벌금형이 병과’된 경우만 규정되어 있을지라도, 위와 같이 ‘병과’된 경우와 ‘별건의 벌금형이 확정된 경우’ 등 벌금이나 과료가 완납되지 않은 경우에 가석방 심사에서 사실상의 불이익을 받으리라는 점도 예측가능하다.

7) 제72조(가석방의 요건)

- ① 징역이나 금고의 집행 중에 있는 사람이 행상(行狀)이 양호하여 뉘우침이 뚜렷한 때에는 무기형은 20년, 유기형은 형기의 3분의 1이 지난 후 행정처분으로 가석방을 할 수 있다.
- ② 제1항의 경우에 벌금이나 과료가 병과되어 있는 때에는 그 금액을 완납하여야 한다.

이러한 상황 중 위와 같이 ‘병과’된 경우가 문제된 것이 대상결정 1(대법원 2022. 8. 29.자 2022모1030 결정)의 상황인데, 이에 대하여는 별도의 목차[IV 노역장 유치를 자유형집행보다 먼저 하는 것이 유리한 경우에 대한 법원 판단(대상결정 1: 대법원 2022. 8. 29.자 2022모1030 결정)]에서 상세히 살펴보기로 한다.

2. 노역장 유치를 자유형집행보다 후에 하는 것이 유리한 경우 (누범 내지 집행유예 결격 기간 등)

자유형집행 중인 수형자에 대하여 그 자유형의 집행을 정지하고 노역장 유치의 집행을 지휘할 경우 수형자는 아래와 같은 불이익을 입게 된다. 이와 관련된 것이 대상판결 2(부산지방법원 2021. 3. 25. 선고 2020노2029 판결, 검사 상고하여 대법원 2021도4355로 계속 중)의 상황이다.

① 수형자에 대한 자유형의 집행이 노역장 유치 집행 기간만큼 뒤로 늦춰짐에 따라 향후 누범 기간 및 집행유예 결격 기간의 기산점이 되는 자유형집행 종료일이 뒤로 늦춰지는 불이익을 받게 된다. 예컨대, 대상판결 2 피고인의 경우 최초 이 사건 징역형의 집행종료일이 2016. 7. 22.이었으나, 검사가 2015. 3. 20. 그 집행을 정지하고 2015. 3. 21.부터 2015. 5. 12.까지 이 사건 각 벌금형의 미납에 따른 노역장 유치를 집행함으로 인하여 출소일이 2016. 9. 16.로 늦춰지게 되었다. 위 2016. 9. 16.을 이 사건 징역형의 집행종료일로 볼 경우 피고인의 누범 기간 및 집행유예 결격 기간의 기산점이 그만큼 늦춰지게 되며 향후 피고인에게 불리하게 작용할 수 있다.

② 자유형의 집행을 정지하였다가 노역장 유치의 집행을 마친 후 잔여 형기를 복역하게 할 경우 잔여 형기 복역을 시작하는 달의 일수 및 잔여 형기를 계산하는 방식에 의하여 실제 구금일수에 변동이 생길 수 있고, 이에 따라 총구금일수가 늘어날 수 있다. 이는 자유형의 경우 형법 제83조⁸⁾에 따라 ‘연(年), 월(月)’ 단위로 형기를 산정하는 반면, 환형유치기간은 형법 제70

8) 연(年) 또는 월(月)로 정한 기간은 연 또는 월 단위로 계산한다.

조, 제71조⁹⁾에 의하여 ‘일(日)’ 단위로 산정하도록 하고 있기 때문이다(대상판결 2에 따르면, 피고인에게 이 사건 징역형의 집행을 모두 마친 후 이 사건 각 벌금형의 미납에 따른 노역장 유치를 집행할 경우 피고인은 아래 총 965일간 구금될 예정이었으나, 검사의 형집행 순서 변경 지휘에 의하여 실제로는 총 968일간 구금됨으로써 3일간 추가로 구금되었다).

상세하게는 대상판결 2를 설명하는 부분에서 본다.

Ⅲ. 관련 조문의 연혁 및 관련 법령 내지 지침

1. 관련 조문의 연혁 및 관련 법령 내지 지침의 설명 이유

자유형과 노역장 유치의 집행 순서 관련하여서는 관련되는 법령 내지 지침 및 논의가 많지 않다. 형사소송법 제462조 및 제492조, 법무부령인 ‘자유형 등에 관한 검찰 집행사무 규칙(2022. 2. 7. 개정 및 시행된 법무부령 제1022호, 이하 ‘이 사건 규칙’이라고도 한다)’, 대검찰청 지침인 ‘형집행순서 변경 업무처리지침(이하 ‘이 사건 지침’이라고도 한다)’이 그것이다.

위 법령 내지 지침이 이 논의의 전제로 작용하므로 일단 미리 이에 대하여 제시 내지 설명의 필요가 있는데, 후에 관련 판례를 살펴보고 위 법령 내지 지침의 효력에 대하여도 논의해 보도록 할 것이다.

2. 관련 형사소송법 조문과 그 연혁

한국 형사소송법에서 ‘형집행의 순서’를 규정하고 있는 형사소송법 제462조는 1954년 형사소송법 제정 이후 그 본질적 내용은 변화하지 않고 문구만 알기 쉽게 변화했다. 그 변화 내용은 아래와 같다.

9) 제71조(유치일수의 공제)

벌금이나 과료의 선고를 받은 사람이 그 금액의 일부를 납입한 경우에는 벌금 또는 과료액과 노역장 유치기간의 일수(日數)에 비례하여 납입금액에 해당하는 일수를 뺀다.

형사소송법 [시행 1954. 5. 30] [법률 제341호, 1954. 9. 23, 제정] 제462조(형집행의 순서) 2이상의 형의 집행은 자격상실, 자격정지, 벌금, 과료와 몰수 외에 그 중한 형을 먼저 집행한다. 단, 검사는 소속장관의 허가를 얻어 중한 형의 집행을 정지하고 다른 형의 집행을 할 수 있다.
형사소송법 [시행 2008. 1. 1] [법률 제7427호, 2005. 3. 31, 타법개정] 제462조(형집행의 순서) 2이상의 형의 집행은 자격상실, 자격정지, 벌금, 과료와 몰수외에는 그 중한 형을 먼저 집행한다. 단, 검사는 소속장관의 허가를 얻어 중한 형의 집행을 정지하고 다른 형의 집행을 할 수 있다.
형사소송법 [시행 2021. 12. 9] [법률 제17572호, 2020. 12. 8, 일부개정] 제462조(형집행의 순서) 2이상의 형을 집행하는 경우에 자격상실, 자격정지, 벌금, 과료와 몰수 외에는 무거운 형을 먼저 집행한다. 다만, 검사는 소속 장관의 허가를 얻어 무거운 형의 집행을 정지하고 다른 형의 집행을 할 수 있다.

그리고 현행 형사소송법 제492조는 ‘노역장 유치의 집행’이라는 표제하에 “벌금 또는 과료를 완납하지 못한 자에 대한 노역장 유치의 집행에는 형의 집행에 관한 규정을 준용한다.”라고 규정되어 있는데, 이 제492조는 1954년 형사소송법 제정 이후 어떠한 변화도 없이 이어지고 있다.

한편, 형사소송법 제정과 관련된 자료들 및 당시(1954년 제2대 국회 18, 19, 21, 37차 본회의 등) 회의록들을 살펴보아도 현행 형사소송법 제462조, 제492조, 형집행의 순서, 노역장 유치에 대하여는 별다른 논의를 찾을 수 없었다.¹⁰⁾ 형사소송법 제정 논의 당시 ‘형사소송법 정부 초안’¹¹⁾에서는 ‘제444조’에 “2이상의 형의 집행은 자격상실, 자격정지, 벌금, 과료, 몰수 외에는 그 중한 형을 먼저 집행한다. 그러나 검사는 소속장관의 허가를 얻어 중한 형

10) 한국형사정책연구원, 형사소송법제정자료집, 1990.; 신동운, “제정형사소송법의 성립 경위”, 「형사법연구」 제22호, 한국형사법학회, 2004.; 국회정보시스템(입법통합지식관리시스템) 사이트(<http://likms.assembly.go.kr/>)에서 ‘회의록’ 클릭후 제헌 및 제2대 국회 회의록에서 ‘형사소송법’ 검색 시 나오는 회의록들 검토 결과임(<http://likms.assembly.go.kr/record/mhs-60-010.do#none>, 2023. 4. 4. 최종방문)].

11) 김병로 전 대법원장이 참여하여 작성되고, 법전편찬위원회가 정부에 제출한 ‘안’에 대하여 정부는 특별한 검토를 가하지 않고 1953. 1. 13. ‘정부초안’을 국회에 제출되었다(신동운, 앞의 논문, 170면 참조).

의 집행을 정지하고 다른 형의 집행을 할 수 있다.”라고 규정되어 있는데,¹²⁾ 1954. 9. 23. 제정 형사소송법에서는 위 ‘제444조’가 ‘제462조’로 이동하고, 위 제444조의 ‘외에는’이 ‘외에’로, ‘그러나’가 ‘단,’으로 문구만 변경되었을 뿐 그 본질적 내용은 같다. 위 초안에서는 ‘제473조’ 현행 형사소송법 제492조와 완전히 동일한 문구가 있다.

결국 이상과 같이 왜 현행 형사소송법 제462조와 제492조가 입법되었는지 그 입법 취지는 명확하지 않다.

생각건대, 일본 형사소송법 제474조는 “2 이상의 주형의 집행은 벌금 및 과료를 제외하고는 그 중한 형을 먼저 한다. 단 검찰관은 중한 형의 집행을 정지하고 다른 형의 집행을 하도록 할 수 있다.”라고 규정되어 있고,¹³⁾ 일본 형사소송법 제505조는 “벌금 또는 과료를 완납할 수 없는 경우의 노역장 유치의 집행에 관하여는 형의 집행에 관한 규정을 준용한다.”라고 규정되어 있는데,¹⁴⁾ 이 역시 본질적 내용의 변화 없이 이어지고 있으므로, 한국

12) 한국형사정책연구원, 형사소송법 제정 자료집, 71면.

13) 이하 일본 형사소송법 원문은 <https://elaws.e-gov.go.jp/document?lawid=323AC0000000131>에서 인용하였고(2023. 4. 4. 최종방문), 한국어 번역은 인하대학교 산학협력단, “압수·수색 관련 판례의 태도 및 외국 증거법제 도입가능성 연구”, 대검찰청 연구용역보고서, 2014. 및 법무부 형사법제과 발간 일본 형사소송법·규칙[<http://mojhome.moj.go.kr/bbs/moj/174/423256/artclView.do> (2023. 4. 4. 최종방문)]번역본 포함, 2009. 12. 발간] 및 손지영·김주석, 압수·수색 절차의 개선방안에 관한 연구, 사법정책연구원, 2016. 및 법제처 세계법제정보[https://world.moleg.go.kr/web/wli/lgsInfoReadPage.do?A=A&searchType=all&searchText=%25ED%2598%2595%25EC%2582%25AC%25EC%2586%258C%25EC%2586%25A1%25EB%25B2%2595&searchPageRowCnt=10&searchNtnlCls=1&searchNtnl=JP&pageIndex=1&CTS_SEQ=3437&AST_SEQ=2601 (2023. 4. 4. 최종방문)]을 참조하여 번역하였다.

[일본 형사소송법 제474조 번역본]

2 이상의 주형의 집행은 벌금 및 과료를 제외하고는 그 중한 형을 먼저 한다. 단 검찰관은 중한 형의 집행을 정지하고 다른 형의 집행을 하도록 할 수 있다

[일본 형사소송법 제474조 원문]

第四百七十四條 二以上の主刑の執行は、罰金及び料料を除いては、その重いものを先にする。但し、檢察官は、重い刑の執行を停止して、他の刑の執行をさせることができる。

14) [일본 형사소송법 제505조 번역본]

벌금 또는 과료를 완납할 수 없는 경우의 노역장 유치의 집행에 관하여는 형의 집행에 관한 규정을 준용한다

형사소송법 제462조가 일본 형사소송법 제474조를, 한국 형사소송법 제492조가 일본 형사소송법 제505조를 각 참조한 것으로 추정된다.

즉, 자유형과 노역장 유치에 대한 집행 순서에 대한 명시적인 한국 형사소송법 조문은 없으나, 한국 형사소송법 제492조에서 동법 제462조를 준용하고 있기에, 노역장 유치에 있어서도 형사소송법 제462조 본문에서 규정한 중형 선집행의 원칙과 동조 단서에서 규정한 검사의 형집행 순서 변경가능의 예외가 일단은 준용된다고 할 것이다.

3. 관련 규칙과 지침의 내용 및 효력

(1) 자유형등에 관한 검찰집행사무규칙(2022. 2. 7. 개정 및 시행된 법무부령 제1022호)의 내용과 그 효력

자유형등에 관한 검찰집행사무규칙은 제1조 ‘목적’에서 ‘이 규칙은 「검찰청법」 제11조에 따라 사형과 자유형(이하 “자유형등”이라 한다)의 집행에 관한 사무(이하 “집행사무”라 한다)의 방식과 절차를 정함으로써 집행사무의 적절한 운영을 기함을 목적으로 한다.’라고 규정되어 있고, 검찰청법 제11조는 “검찰청의 사무에 관하여 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.”라고 되어있다. 그리고 앞서 살펴본 대로 형사소송법 제462조 단서는 검사에게 ‘소속장관의 허가하의 경한 형으로의 형집행 순서 변경권’을 규정하고 있고, 동법 제492조는 노역장 유치 집행의 경우 형의 집행에 관한 규정을 준용한다.

즉 이 사건 규칙은 상위법령인 검찰청법 제11조의 위임에 따라 형집행사무의 방식과 절차 등을 구체적으로 규정한 법무부령으로서 대외적 구속력이 있는 법규명령이다.

이 사건 규칙의 주요 내용은 아래와 같다.

[일본 형사소송법 제505조 원문]

第五百五條 罰金又は料金を完納することができない場合における勞役場留置の執行については、刑の執行に關する規定を準用する。

제1조(목적) 이 규칙은 「검찰청법」 제11조에 따라 사형과 자유형(이하 “자유형 등”이라 한다)의 집행에 관한 사무(이하 “집행사무”라 한다)의 방식과 절차를 정함으로써 집행사무의 적정한 운영을 기함을 목적으로 한다.

제38조(형의 집행순서변경)

- ① 검사가 형사소송법 제462조 단서의 규정에 의하여 형의 집행순서를 변경하고자 할 때에는 별지 제30호서식에 의한 형집행순서 변경서를 작성하여 소속검찰청의 장의 허가를 받아야 한다. 2이상의 노역장 유치의 집행을 지휘한 후 그 집행순서를 변경하고자 하는 때에도 또한 같다.
- ② 검사의 형집행순서의 변경지휘는 별지 제31호서식에 의한 형집행순서변경지휘서에 의한다.
- ③ 제1항 및 제2항의 경우 집행사무담당직원은 별지 제32호서식의 형집행순서변경 처리부와 형집행순서변경지휘서 송부부에 정해진 사항을 기재하고 형집행순서 변경지휘서를 형의 집행 중에 있는 사람이 재소하고 있는 구치소 또는 교도소의 장에게 송부해야 한다.
- ④ 형집행순서 변경은 수형자의 수용시설 소재지 관할 지방검찰청 또는 지청 검사가 지휘한다. 다만, 서울구치소의 경우에는 서울중앙지방검찰청 검사가 이를 지휘한다.

제39조(형의 집행순서변경에 의한 노역장 유치의 집행지휘)

- ① 자유형과 벌금형이 병과 선고되거나 자유형의 집행중 다른 범죄로 벌금형이 선고된 수형자에 관하여 검사가 노역장 유치의 집행을 지휘하는 때에는 소속검찰청의 장의 허가를 받아 자유형의 집행을 정지하고, 먼저 노역장 유치의 집행을 지휘하여야 한다. 다만, 자유형을 먼저 집행하여도 벌금형에 관한 형의 시효가 완성되지 아니할 것이 명백한 때에는 그러하지 아니하다.
- ② 제1항의 규정에 의한 검사의 노역장 유치의 집행지휘는 자유형의 집행을 정지하고 먼저 노역장 유치의 집행을 지휘한다는 뜻을 기재한 별지 제33호서식에 의한 노역장 유치집행지휘서에 의한다.

(2) 형집행순서 변경 업무처리지침의 내용과 그 효력

이 사건 지침은 제1조에서 그 목적이 ‘형집행순서 변경의 절차와 기준을 명확히 규정하여 조기에 가석방 요건을 갖추 수 있는 기회를 제공함으로써 수형자의 개선의욕을 고취하고 교정시설 내 수형질서를 확립하고자 하는 형집행순서 변경제도의 취지를 구현함과 아울러 그 업무의 통일성과 투명성, 효율성을 확보하는 것’이라고 규정하고 있다.

다만 이 사건 지침은 국가기관의 내부 지침에 불과하여 대외적 구속력이 없는 것으로 보인다. 다만 보통 검사가 형집행순서 변경에 대하여 판단할 때 이 사건 지침을 따르리라 예상된다.

이 사건 지침의 내용은 아래와 같으며, 제6조가 이 사건 논의의 중심이 되는 부분이다.

1. 목적

이 지침은 형집행순서 변경의 절차와 기준을 명확히 규정하여 조기에 가석방 요건을 갖추 수 있는 기회를 제공함으로써 수형자의 개선의욕을 고취하고 교정시설 내 수형질서를 확립하고자 하는 형집행순서 변경제도의 취지를 구현함과 아울러 그 업무의 통일성과 투명성, 효율성을 확보하는 것을 목적으로 한다.

2. 정의

이 지침에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

가. “교정시설”이라 함은 교도소·구치소 및 그 지소를 말한다.

나. “관할 검찰청”이라 함은 교정시설 소재지를 관할하는 검찰 청을 말한다. 다만, 서울구치소의 경우는 서울중앙지방검찰청을 말한다.

다. “수형자”란 징역형·금고형 또는 구류형의 선고를 받아 그 형이 확정된 사람과 벌금 또는 과료를 완납하지 아니하여 노역장 유치명령을 받은 사람을 말한다.

3. 형집행순서 변경 신청

가. 교정시설의 장이 수형자에 대한 형집행순서 변경을 신청한 경우 그 허가여부는 관할 검찰청 검사가 결정한다.

나. 관할 검찰청 검사는 수형자 또는 그 가족 등이 검찰청에 직접 형집행순서 변경을 신청한 경우에는 제출된 신청서 및 그 밖의 서류를 수형자가 재소하고 있는 교정시설의 장에게 송부하여 교정시설의 장이 그 신청여부를 결정하도록 하여야 한다.

다. 수형자 또는 그 가족이 교정시설의 장에게 형집행순서 변경신청을 하였으나 이를 거부당하여 검찰청에 형집행순서 변경을 신청한 경우에는 관할 검찰청 검사가 직접 변경 허가 여부를 결정한다.

라. 가. 및 다.항의 경우에 관할 검찰청이 아닌 검찰청에 형집행순서 변경신청이 된 경우에는 당해 검찰청 검사는 제출된 형집행순서 변경신청서 기타 서류를 관할 검찰청으로 송부하여야 한다.

4. 담당직원의 자료 확인

교정시설의 장으로부터 형집행순서 변경신청이 있는 경우에는 담당직원은 그 변경신청서에 형집행순서변경 신청이유의 기재가 있는지 여부 및 이를 뒷받침할 수 있는 수용자신분카드, 판결문 그 밖에 필요한 자료가 첨부되어 있는지 여부를

확인하고 누락된 자료가 있는 경우에는 교정시설의 장에게 자료의 제출을 요청하여 이를 보완하여야 한다.

5. 관련 자료의 송부요청

가. 관할 검찰청 검사는 형집행순서 변경 허가 여부를 결정함에 있어 필요한 경우에는 교정시설의 장으로부터 관련 자료를 송부받아 이를 검토하여야 한다.

나. 관할 검찰청 검사가 제3조 다.항에 의하여 직접 변경허가 여부를 결정함에 있어 필요한 경우에는 당해 수형자가 재소하고 있는 교정시설의 장에게 불신청 결정서, 수용자신분카드, 판결문 그 밖에 필요한 자료를 송부받아 이를 검토하여야 한다.

6. 형집행순서변경 허가여부의 기준

가. 관할 검찰청 검사는 교정시설의 장으로부터 수형자에 대한 형집행순서 변경 신청을 받은 경우에는 원칙적으로 이를 허가하는 결정을 하되, 다음 각호의 사유에 해당한다고 판단할 때에는 이를 허가하지 아니할 수 있다.

- (1) 집행중인 형의 집행률이 형기의 1/3을 경과하지 아니한 경우
- (2) 재판계속 중인 추가사건이 있는 경우
- (3) 최근 1년 동안 『형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률』에 의하여 금치 이상의 징벌을 받은 경우
- (4) 고액벌금미납자가 벌금 납부를 회피하기 위한 수단으로 악용하는 것으로 보이는 경우
- (5) 검사의 형집행순서변경 불허 결정 후 사정변경 없이 재신청하는 경우
- (6) 그 밖에 수형자가 범한 범죄의 내용이나 수형자의 수형태도, 가석방의 필요성 등을 고려하여 형집행순서를 변경하는 것이 부적절하다고 보이는 경우

나. 관할 검찰청 검사가 제3조 다.항에 의하여 직접 변경허가 여부를 결정할 경우에는 위 가.항 각호의 사유를 고려하여 그 허가 여부를 결정하되 필요한 경우 교정시설의 장의 의견을 들을 수 있다.

7. 형집행순서 변경 허가 여부 결정의 신중

관할 검찰청 검사가 형집행순서 변경 허가 여부를 결정할 경우에는 형집행순서 변경제도의 취지 및 기본권보장 이념을 고려하여 신중하게 결정하여야 한다.

8. 시행일

이 지침은 2009. 6. 1.부터 시행한다. 끝.

IV. 노역장 유치를 자유형집행보다 먼저 하는 것이 유리한 경우에 대한 법원 판단(대상결정 1: 대법원 2022. 8. 29.자 2022모1030 결정)

1. 대상결정 1(대법원 2022. 8. 29.자 2022모1030 결정)을 제시하는 이유

대상결정 1(대법원 2022. 8. 29.자 2022모1030 결정) 외에 노역장 유치를 자유형집행보다 먼저 하는 것이 유리한 경우에 대한 판단을 한 법원의 결정을 찾을 수 없었고, 이와 관련한 논의도 찾기 어려웠다(2023. 4. 4. 기준).

이에 대상결정 1을 살펴본다. 이에 대한 평가는 다른 별도의 목차[VI 검토(내재적 한계설의 지지와 그 한계 논의)]에서 하기로 한다.

2. 사안의 개요

신청인은 2019. 10. 31. 부산지방법원 서부지원 2019고합136호로 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(뇌물)죄 등으로 징역 3년, 벌금 4,750만 원(환형유치 1일 10만 원) 및 추징금 5,750만 원을 선고받았고, 이 판결은 2020. 7. 9. 그대로 확정되었다(부산고등법원 2019노587호 항소기각 판결, 대법원 2020도4657호 상고기각 판결). 신청인은 2019. 5. 27. 구속되었고, 신청인에 대한 징역형의 형기종료일은 2022. 5. 25.이다(한편 피고인은 2019. 11. 27. 추징금은 전액 납부하였다).

신청인은 부산교도소에 수감되어 징역형을 집행 받던 중 2021. 7.경 부산교도소장에게 ‘가석방 적격심사 신청을 할 수 있도록 벌금형의 노역장 유치를 먼저 집행해 달라’는 취지의 형집행순서 변경신청을 하였으나 거부당하였다. 이후 신청인은 2021. 8. 3. 부산지방검찰청 서부지청장에게 같은 취지의 형집행순서 변경신청(이하 ‘이 사건 신청’이라 한다)을 하였다.

그런데 부산지방검찰청 서부지청 검사는 2021. 8. 10. 신청인에게 ‘이 사

건 신청은 4,750만 원의 고액벌금이 선고된 사안에 관한 것이므로 형집행순서를 변경하는 것이 부적절하다.’는 이유로 대검찰청의 ‘형집행순서 변경 업무처리지침’에 의하여 형집행순서 변경 불허결정(이하 ‘이 사건 결정’이라 한다)을 하였다.

3. 법원의 판단

(1) 1심의 판단(부산지방법원 서부지원 2022. 3. 22.자 2021초기 1652 결정, 사건 접수일: 2021. 11. 9.)

1심은 “형사소송법 제462조 단서와 자유형 등에 관한 검찰집행사무규칙 제39조 제1항을 종합하면, 자유형과 벌금형이 병과된 경우 원칙적으로 중한 형을 먼저 집행하되, 자유형을 먼저 집행하여도 벌금형에 관한 형의 시효가 완성되지 아니할 것이 명백한 때에는 노역장 유치의 집행을 먼저 할 수 없다.”고 전제하였다.

그리고 신청인에게 선고된 벌금형의 시효는 재판이 확정된 2020. 7. 9.로부터 5년인 점(형법 제78조 제6호¹⁵⁾), 신청인에게 벌금형과 함께 선고된 징역형은 3년이고 피고인의 형기 종료일은 2022. 5. 25.인 점을 인정하고, “신청인에 대하여 징역형을 먼저 집행하더라도 벌금형의 시효가 완성되지 아니할 것이 명백하므로, 피고인에 대하여 징역형보다 노역장 유치의 집행을 먼저 할 수 없다.”고 하였다.

또한 “형집행순서 변경 업무처리지침 제6조에서 교정시설의 장 또는 수형자로부터 형집행순서의 변경신청을 받은 경우에는 관할 검찰청 검사가 원칙적으로 이를 허가하는 결정을 하도록 규정하고 있어 ‘자유형을 먼저 집행하여도 벌금형의 시효가 완성되지 않을 것이 명백한 경우’에도 검사가 형의 집행순서를 변경할 수 있을 것처럼 해석할 수 있다. 그러나 이렇게 해석한다면 상위법령인 자유형 등에 관한 검찰집행사무규칙 제39조 제1항 단서

15) 제78조(형의 시효의 기간) 시효는 형을 선고하는 재판이 확정된 후 그 집행을 받지 아니하고 다음 각 호의 구분에 따른 기간이 지나면 완성된다.

6. 5년 미만의 자격정지, 벌금, 몰수 또는 추징: 5년

에 위반된다. 따라서 상위법령의 위임이나 근거가 없는 검찰 내부의 업무처리 지침에 불과한 이 사건 지침은 법령에 의한 형집행 순서변경의 실질적 요건이 갖추어진 경우에 내부적인 절차만을 규정한 것으로 보아야 한다.”고도 덧붙였다.¹⁶⁾

결국 이상과 같은 이유로 1심은 신청인의 이의신청을 기각하는 결정을 하였다.

(2) 2심의 판단(부산고등법원 2022. 5. 4.자 2022로7 결정, 사건 접수일: 2020. 4. 4., 항고인: 신청인)

1) 2심의 법령 해석

2심은 아래와 같이 관련 법령을 해석하며, “벌금형에 관한 형의 시효가 완성되지 아니할 것이 명백한 경우에는 어떠한 경우에도 노역장 유치의 집행을 먼저 할 수 없다는 취지의 원심(1심)판단은 형집행의 순서 및 집행순서 변경에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.”고 판단하였다.

「형사소송법 제462조 본문은 자유형과 벌금형 사이에는 중형 선집행 원칙이 적용되지 않는 것으로 정하고 있음이 문언상 명백하고(이는 자유형과 벌금형은 동시집행이 가능하기 때문이다), 자유형과 노역장 유치의 집행순서에 대해서는 명확히 정한 바가 없다. 또한 자유형 등에 관한 검찰집행사무규칙 제39조 제1항 본문은 “자유형과 벌금형이 병과 선고되거나 자유형의 집행 중 다른 범죄로 벌금형이 선고된 수형자에 관하여 검사가 노역장 유치의 집행을 지휘하는 때에는 소속 검찰청의 장의 허가를 받아 자유형의 집행을 정지하고, 먼저 노역장 유치의 집행을 지휘하여야 한다.”라고 정하고 있는데, 이는 자유형과 벌금형이 병과 선고되거나 자유형의 집행 중 다른 범죄로 벌금형이 선고된 수형자가 그 벌금을 완납하지 못하여 노역장 유치

16) 한편 신청인이 “10,000,000원 이상의 고액벌금을 선고받고도 형집행순서가 변경된 사례가 존재하므로 이 사건 결정은 형평에 반한다.”라고도 주장하였기에, ‘이 사건에서는 신청인에 대하여 노역장 유치의 집행을 먼저 할 수 없으므로 결과적으로 형의 집행순서 변경을 불허한 이 사건 결정이 부당하다고 볼 수 없고, 10,000,000원 이상의 고액벌금을 선고받고도 형의 집행순서가 변경된 사례가 존재하더라도 달리 볼 것은 아니다.’는 판단도 실시하였다.

의 집행을 하게 되는 경우, 검사는 그 수형자에 대하여 원칙적으로 자유형보다 노역장 유치를 먼저 집행하도록 형의 집행순서를 변경해야 한다는 것으로 해석되고, 이는 벌금형의 시효완성을 방지하기 위한 조치로 이해된다.

자유형 등에 관한 검찰집행사무규칙 제39조 제1항 단서는 “다만, 자유형을 먼저 집행하여도 벌금형에 관한 형의 시효가 완성되지 아니할 것이 명백한 때에는 그러하지 아니하다.”라고 정하고 있는데, 이는 벌금형에 관한 형의 시효가 완성되지 아니할 것이 명백한 경우에는 굳이 자유형보다 노역장 유치를 먼저 집행할 필요가 없기 때문에 자유형이 먼저 집행중인 경우 검사에게 그 집행순서를 변경하여 노역장 유치를 먼저 집행하도록 지휘할 의무가 없다는 것에 불과하고, 이 경우 검사는 자유형을 먼저 집행할 수도 있고, 필요한 경우에는 노역장 유치를 먼저 집행하는 것으로 형집행순서를 변경할 수도 있는 것이다. 다만 자유형의 집행 중인 수형자에 대하여 그 자유형의 집행을 정지하고 노역장 유치의 집행을 지휘할 경우 해당 수형자는 자유형의 집행종료일이 노역장 유치 집행 기간만큼 늦춰짐에 따라 향후 누범 기간, 집행유예 결격 기간의 기산일이 뒤로 늦춰지는 등의 불이익이 발생하기 때문에 특별한 사정이 없는 한 수형자의 의사에 반하여 노역장 유치를 먼저 집행하는 것은 검사의 형집행순서의 변경권의 내재적 한계를 벗어나는 것으로서 허용되지 않을 뿐이다.

자유형과 벌금형이 병과된 수형자는 벌금을 완납하여야 가석방 대상이 될 수 있는데(형법 제72조 제2항), 만약 벌금형에 관한 형의 시효가 완성되지 아니할 것이 명백한 경우에는 어떠한 경우에도 노역장 유치의 집행을 먼저 할 수 없다고 한다면, 자유형을 일정 기간 복역함으로써 벌금만 완납하면 가석방의 요건을 충족할 수 있는 수형자 중 벌금을 납부할 경제적 능력이 없는 수형자의 경우에는 벌금 미납으로 인하여 사실상 가석방 기회가 박탈되는 결과가 초래되는데, 이는 형집행순서를 변경하여 수형자에게 가석방의 요건을 빨리 갖추 수 있도록 하려는 형사소송법 제462조 단서의 입법취지에 반한다.」

2) 이 사건 결정에 대한 2심의 판단

2심은 ‘대검찰청의 “형집행순서 변경 업무처리지침”은 형집행순서 변경의 절차와 기준에 관한 대검찰청 내부의 사무처리준칙을 규정한 것에 불과하지만, 검사는 수형자의 형집행순서 변경신청에 대하여 위 지침에 따라 허가 여부를 결정함이 보통이라 할 것이므로, 검사가 이러한 지침 내용을 따르지 아니하고 특정한 개인에 대하여만 위 지침에서 정한 기준과 달리 그 변경신청을 불허하는 처분을 한 경우에는 재량권의 한계를 일탈하였다고 볼 만한 여지가 충분하다.’고 전제하였다.

그리고 ‘단순히 ‘벌금액수가 고액이라는 사정’은 형집행순서 변경 업무처리지침에서 수형자의 형집행순서 변경신청을 불허할 수 있는 정당한 사유로 볼 수 없다.’고 보았다.¹⁷⁾¹⁸⁾

결국 2심은 이 사건 결정은 위 지침에 위반하여 재량권의 한계를 일탈한 것으로서 부당하다며, 신청인의 항고를 인용하였고, “원심결정을 취소한다. 부산지방법검찰청 서부지청 검사가 2021. 8. 10. 신청인에게 한 ‘형집행순서 변경 불허결정’을 취소한다.”는 결정을 하였다.

3) 대법원의 판단(대법원 2022. 8. 29.자 2022모1030 결정, 사건 접수일: 2022. 5. 16., 재항고인: 검사)

검사의 2심 결정에 대한 재항고에 대하여 대법원은 “기록에 비추어 살펴봐도 원심의 판단에는 재판에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 없다. 그러므로 재항고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.”는 간략한 이유로 재항고를 기각하였다.

17) 부산지방법검찰청 서부지청 검사는 이 사건 신청에 관하여 ‘형집행순서 변경 업무처리지침에 의하여 이 사건 신청은 4,750만 원의 고액벌금이 선고된 사안에 관한 것이므로 형집행순서를 변경하는 것이 부적절하다.’는 이유로 이 사건 신청을 불허하였다.

18) 그리고 “또한 설령 이 사건 신청이 ‘고액벌금미납자가 벌금 납부를 회피하기 위한 수단으로 악용하는 것으로 보이는 경우’에 해당한다는 취지로 설회하더라도, 신청인에게 선고된 벌금형이 4,750만 원으로 다소 고액에 해당하지만 노역장 유치 환산금액이 1일 10만 원에 불과한 점, 신청인이 이 사건 신청을 할 당시 징역형의 형기가 2/3 이상 경과하였던 점 등에 비추어 보면, 신청인에게 벌금 납부를 회피하기 위한 수단으로 형집행순서 변경신청을 악용하였다고 보기는 어렵고, 달리 그러한 정황이 분명하게 드러나지 않는다.”고 덧붙였다.

V. 노역장 유치를 자유형집행보다 후에 하는 것이 유리한 경우에 대한 법원 판단(대상판결 2: 부산지방법원 2021. 3. 25. 선고 2020노2029 판결, 검사 상고하여 대법원 2021도4355로 계속 중)

1. 대상판결 2(부산지방법원 2021. 3. 25. 선고 2020노 2029 판결)를 제시하는 이유

대상판결 2(부산지방법원 2021. 3. 25. 선고 2020노2029 판결) 외에 노역장 유치를 자유형집행보다 먼저 하는 것이 수형자에게 불리한 경우에 대한 판단을 한 법원의 판단도 있고, 이에 대하여는 다른 목차(V. 4. 관련 판례)로 제시할 예정이다. 다만 어떠한 경우에 노역장 유치를 자유형 집행보다 먼저 하는 것이 수형자에게 불리한지를 생동감 있게 살펴보는 데 대상판결 2가 적합하고, 검사의 상고로 지금(2023. 4. 4.) 대법원에서 대상판결 2에 대하여 검토하고 있어서 결국 대법원의 판단이 나올 사건이기에 대상판결 2를 중심으로 제시하기로 하였다.

2. 사안의 개요

피고인은 특수강도, 특수절도 등 혐의로 2014. 1. 23. 체포되어 2014. 3. 3. 구속기소되었고, 2014. 6. 12. 창원지방법원 통영지원 2014고합13, 15(병합)-1(분리)호로 징역 2년 6월(이하 ‘이 사건 징역형’이라 한다)을 선고받아 위 판결이 2014. 9. 25. 확정되었다.

피고인은 2014. 4. 4. 부산지방법원 동부지원 2014고약941호 폭행죄로 벌금 70만 원(미결구금일수 1일, 환형유치 1일당 5만 원, 이하 ‘이 사건 제1 벌금형’이라 한다)의 약식명령을 발령받고, 2014. 11. 13. 정식재판(같은 법원 2014고정1607호)을 청구하였으나 곧바로 취하함으로써 그 무렵 확정되었고, 2014. 4. 25. 같은 법원 2014고약1091호 도로교통법위반(음주운전)죄로 벌금

200만 원(환형유치 1일당 5만 원, 이하 ‘이 사건 제2 벌금형’이라 한다)을 발령받고, 2014. 11. 13. 정식재판(같은 법원 2014고정1603호)을 청구하였으나 곧바로 취하함으로써 그 무렵 확정되었다.

피고인은 이 사건 징역형에 따라 복역하던 중 검사의 지휘에 의하여 2015. 3. 21.부터 2015. 4. 29.까지 40일(= 200만 원 / 5만 원)간 이 사건 제2 벌금형 미납에 따른 노역장 유치의 집행을 받고, 2015. 4. 30.부터 2015. 5. 12.까지 13일간(= (70만 원 / 5만 원) - 미결구금일수 1일) 이 사건 제1 벌금형 미납에 따른 노역장 유치의 집행을 받았다.

피고인은 2015. 5. 13.부터 이 사건 징역형의 남은 잔여형기를 복역한 후 2016. 9. 16. 창원교도소에서 출소하였다.

피고인이 이 사건 징역형 및 이 사건 각 벌금형 미납에 따른 노역장 유치의 집행에 의하여 구금된 시기와 일수는 아래 [표 1]과 같다.

[표 1] <피고인의 형집행 내역>

기간	집행형	확정된 형	실제 집행된 기간	구금일수
2014. 1. 23.	이 사건 징역형	징역 2년 6월	1년 1월 27일	422일
2015. 3. 20.				
2015. 3. 21.	이 사건 제2 벌금형	벌금 200만 원 (환형유치 1일당 5만 원)	40일	40일
2015. 4. 29.				
2015. 4. 30.	이 사건 제1 벌금형	벌금 70만 원 (환형유치 1일당 5만 원)	13일 (미결구금 1일 제외)	13일
2015. 5. 12.				
2015. 5. 13.	이 사건 징역형	징역 2년 6월	1년 4월 4일 ¹⁹⁾	493일
2016. 9. 16.				

기간	집행형	확정된 형	실제 집행된 기간	구금일수
합 계				968일 - 징역 915일 - 노역장 53일

3. 법원의 판단

(1) 1심의 판단(부산지방법원 동부지원 2020. 6. 17. 선고 2019 고단2394 판결, 접수일: 2019. 12. 30.)

1심은 누범 기간에 대한 별다른 실시 없이 2020. 6. 17. 피고인에게 징역 8월에 집행유예 2년을 선고하였다. 이에 대하여 검사만 법리오해와 양형부당을 이유로 항소하였다.

(2) 2심의 판단(부산지방법원 2021. 3. 25. 선고 2020노2029 판결, 접수일: 2020. 7. 7., 항소인: 검사)

1) 검사의 항소이유 중 법리오해 주장의 요지

피고인은 2014. 6. 12. 창원지방법원 통영지원에서 특수강도죄 등으로 징역 2년 6월을 선고받고 2016. 9. 16. 창원교도소에서 그 형의 집행을 종료한 후 3년이 지나기 전인 2019. 9. 4. 이 사건 범행을 저질렀으므로, 피고인에 대해서는 형법 제35조에 따라 누범가중을 한 범위 내에서 처단형을 정하여야 하고 형법 제62조 제1항 단서에 의하여 집행유예를 선고할 수 없음에도 불구하고, 원심은 이와 달리 형법 제35조의 누범가중을 하지 아니한 채 처단형을 정하였을 뿐만 아니라 형법 제62조 제1항 본문을 적용하여 피고인에게 징역 8월, 집행유예 2년을 선고하였다.

따라서 원심판결에는 형법 제35조, 제62조 제1항의 해석에 관한 법리를

19) 잔여 형기를 계산함에 있어 1개월을 31일로 보고, 31일에서 27일을 공제한 4일을 남은 형기로 보았다.

오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다(이와 관련하여 검사는 누범전과와 형법 제35조를 추가하는 내용의 공소장 변경 허가신청을 하였다).

2) 2심의 법령 해석

먼저 2심은 죄형법정주의와 형벌법규의 엄격 해석 원칙을 실시하였다.

그리고 아래와 같은 이유로 “자유형의 집행으로 복역 중인 수형자에 대하여 다른 범죄로 벌금형이 확정된 경우, 자유형집행 기간 중 벌금형의 시효기간이 만료될 것이 명백하다는 등의 특별한 사정이 없는 한 비록 검사는 임의로 자유형의 집행을 정지한 채 노역장 유치를 먼저 집행하도록 지휘할 수 없고, 설령 검사가 노역장 유치를 먼저 집행하도록 지휘함으로써 실제 출소일이 노역장 유치 집행 기간만큼 늦춰졌다고 하더라도 해당 수형자의 누범 기간 및 집행유예결격 기간은 실제 출소일을 기준으로 기산할 것이 아니라 최초 자유형의 집행종료 예정일을 기준으로 기산하여야 한다고 봄이 상당하다.”고 판단하였다.

「2 이상의 형의 집행순서를 어떻게 정할 것인지는 입법자가 합리적인 범위 내에서 정할 입법정책적인 문제로, 형사소송법 제462조 본문은 “2이상의 형의 집행은 자격상실, 자격정지, 벌금, 과료와 몰수 외에는 그 중한 형을 먼저 집행한다.”라고 규정함으로써 중형 선집행이 원칙임을 정하고 있다.

다만 형사소송법 제462조 단서는 “단, 검사는 소속장관의 허가를 얻어 중한 형의 집행을 정지하고 다른 형의 집행을 할 수 있다.”라고 정함으로써 중형 선집행 원칙의 예외를 인정하면서도 구체적으로 어떤 경우에 형집행의 순서를 변경할 수 있는지에 대해서는 명시하지 않고 있다.

일반적으로 위 단서 규정의 취지는 수형자의 가석방 요건을 빨리 구비할 수 있도록 하기 위한 것으로 보고 있다. 즉, 중한 형의 가석방에 필요한 기간이 경과한 후에 그 형의 집행을 정지하고 경한 형의 집행에 착수하는 것을 허용함으로써 경한 형의 집행을 종료하지 않더라도 가석방에 필요한 기간이 경과할 때 두 개의 형에 대해 동시에 가석방을 받을 수 있는 기회를 부여하기 위한 취지인 것으로 본다.

위와 같은 형사소송법 제462조 단서 규정의 취지, 형사소송법 제462조

가 본문에서 중형 선집행의 원칙을, 단서에서 그 예외를 규정하는 형식을 취하고 있는 점, 형사소송법 제462조 단서가 중형 선집행의 원칙에서 벗어나 형집행 순서를 변경할 경우 검사로 하여금 소속 장관의 허가를 얻도록 제한하고 있는 점 등에 비추어 보면, 형사소송법 제462조 단서에 의한 형집행순서의 변경은 무제한적으로 허용되는 것이 아니라, 수형자에게 이익이 되거나 수형자에게 과도한 불이익을 주지 않는 범위 내에서 합리적인 사유(헌법재판소 2008. 12. 26. 선고 2005헌바16 전원재판부 결정 등 참조²⁰⁾)가 있는 경우 예컨대, 수형자에 대한 적절한 행형에서의 처우(가석방의 자격을 조기에 취득시키기 위한 경우 등)가 요구되거나 판결의 적절한 집행의 확보(징역형의 집행에 장기간이 걸리는 때에 경한 노역장 유치의 시효 완성을 방지하기 위한 경우 등)가 필요한 경우 등에만 예외적으로 허용되는 것으로 보아야 한다.

20) 위 헌법재판소 결정(헌법재판소 2008. 12. 26. 선고 2005헌바16 전원재판부 결정)은 “청구인이 1997. 7. 18. 특수강도죄 등으로 징역 1년 6월에 집행유예 3년을 선고받을 당시 미결구금일수가 55일이었는바, 청구인의 주장대로 특수강도죄 등에 대한 징역 1년 6월의 형이 나중에 선고받은 폭처범 위반죄의 판결 확정일인 2000. 5. 9.의 다음날인 2000. 5. 10.부터 먼저 집행되었다고 하더라도 그 집행종료일시는 2001. 9. 15.이므로, 청구인이 그로부터 3년 이내인 2004. 7. 9.에 범한 강도치상죄에 대하여 특강법 제3조의 누범으로 처벌받는 것에는 아무런 차이가 없게 된다. 따라서 형집행의 순서를 규정한 형사소송법 제462조에 대하여 이 사건에서 위헌결정을 하더라도 그로써 청구인에 대한 당해 사건의 재판의 결론이나 주문에 어떠한 영향을 주거나 또는 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미를 달라지게 할 수는 없다고 할 것이므로, 형사소송법 제462조 부분은 당해 사건에 관한 한 그 전제성을 갖추지 못하였다.”는 이유로, 심판청구 중 형사소송법 제462조 부분은 재판의 전제성이 없어 부적법하다고 보았다. 다만 특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법(1990. 12. 31. 법률 제4295호로 제정된 것) 제3조의 판단에 있어서, “어느 범죄에 대한 법정형이 그 범죄의 죄질 및 이에 따른 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이어서 현저히 형벌체계상의 균형을 잃고 있거나 그 범죄에 대한 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈하였다는 등 헌법상의 평등의 원칙 및 비례의 원칙 등에 명백히 위배되는 경우가 아닌 한, 쉽사리 헌법에 위반된다고 단정하여서는 아니 된다(헌재 2008. 4. 24. 2007헌가20). 한편 이러한 입법재량은 무제한한 것이 될 수는 없으며, 법정형의 종류와 범위를 정할 때에는 형벌 위협으로부터 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하여야 한다는 헌법 제10조의 요구에 따라야 하고, 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 과잉입법금지의 정신에 따라 형벌개별화의 원칙에 적용될 수 있는 범위의 법정형을 설정하여 실질적 법치국가의 원리를 구현하도록 하여야 하며, 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성을 지켜야 한다(헌재 2003. 11. 27. 2002헌바24 참조).”고 밝히고 있을 뿐이다.

['다']항] 법무부령인 자유형 등에 관한 검찰집행사무규칙(이하 '이 사건 규칙'이라 한다) 제39조 제1항은 자유형의 집행 중 벌금형에 관한 형의 시효가 완성될 것이 명백한 경우에만 예외적으로 자유형과 노역장 유치 집행 순서를 변경할 수 있다는 점을 명확히 하고 있다.

이 사건 규칙 제38조는 형사소송법 제462조 단서에 의하여 형집행 순서를 변경하는 경우의 절차에 대해서 규정하고 있고, 제39조에서 '형의 집행순서변경에 의한 노역장 유치의 집행지휘'라는 조목으로 자유형과 벌금형이 병과 선고되거나 자유형의 집행 중 다른 범죄로 벌금형이 선고된 수형자에 대하여 노역장 유치 집행을 지휘하는 경우를 특별히 규정하고 있는데, 위 규칙 제39조 제1항은 "자유형과 벌금형이 병과 선고되거나 자유형의 집행 중 다른 범죄로 벌금형이 선고된 수형자에 관하여 검사가 노역장 유치의 집행을 지휘하는 때에는 소속 검찰청의 장의 허가를 받아 자유형의 집행을 정지하고, 먼저 노역장 유치의 집행을 지휘하여야 한다. 다만, 자유형을 먼저 집행하여도 벌금형에 관한 형의 시효가 완성되지 아니할 것이 명백한 때에는 그러하지 아니하다."라고 규정함으로써, 자유형의 집행 중 벌금형에 관한 형의 시효가 완성될 것이 명백하지 아니할 경우 자유형의 집행을 정지한 채 노역장 유치를 먼저 집행하도록 지휘할 수 없다는 점을 명시하고 있다.

['라']항] 자유형의 집행 중인 수형자에 대하여 그 자유형의 집행을 정지하고 노역장 유치의 집행을 지휘할 경우 수형자는 아래와 같은 불이익을 입게 된다.

① 해당 수형자에 대한 자유형의 집행이 노역장 유치 집행 기간만큼 뒤로 늦춰짐에 따라 향후 누범 기간 및 집행유예결격 기간의 기산점이 되는 자유형집행 종료일이 뒤로 늦춰지는 불이익을 받게 된다. 예컨대, 이 사건 피고인의 경우 최초 이 사건 징역형의 집행종료일이 2016. 7. 22.이었으나, 검사가 2015. 3. 20. 그 집행을 정지하고 2015. 3. 21.부터 2015. 5. 12.까지 이 사건 각 벌금형의 미납에 따른 노역장 유치를 집행함으로써 인하여 출소일이 2016. 9. 16.로 늦춰지게 되었다. 위 2016. 9. 16.을 이 사건 징역형의 집행종료일로 볼 경우 피고인의 누범 기간 및 집행유예 결격 기간의 기산점이 그만큼 늦춰지게 되며 향후 피고인에게 불리하게 작용할 수 있다.

② 자유형의 집행을 정지하였다가 노역장 유치의 집행을 마친 후 잔여 형기를 복역하게 할 경우 잔여 형기 복역을 시작하는 달의 일수 및 잔여 형기를 계산하는 방식에 의하여 실제 구금일수에 변동이 생길 수 있고, 이에 따라 총구금일수가 늘어날 수 있다. 이는 자유형의 경우 형법 제83조(연 또는 월로써 정한 기간은 역수에 따라 계산한다)에 따라 ‘연, 월’ 단위로 형기를 산정하는 반면, 환형유치기간은 제70조, 제71조에 의하여 ‘일’ 단위로 산정하도록 하고 있기 때문이다.

예컨대, 이 사건의 경우 이 사건 징역형의 집행을 모두 마친 후 이 사건 각 벌금형의 미납에 따른 노역장 유치를 집행할 경우 피고인은 아래 [표 2]와 같이 총 965일간 구금될 예정이었으나, 검사의 형집행 순서 변경 지휘에 의하여 실제로는 위 [표 1] 및 아래 [표 3]와 같이 총 968일간 구금됨으로써 3일간 추가로 구금되었다.

[표 2] 〈변경 전 피고인의 형집행 예정 내역〉

기간	집행형	확정된 형	집행 기간	구금일수
2014. 1. 23.	이 사건 징역형	징역 2년 6월	징역 2년 6월	912일
2016. 7. 22.				
2016. 7. 23.	이 사건 제2 벌금형	벌금 200만 원 (환형유치 1일당 5만 원)	40일	40일
2016. 8. 31.				
2016. 9. 1.	이 사건 제1 벌금형	벌금 70만 원 (환형유치 1일당 5만 원)	13일 (미결구금 1일 제외)	13일
2016. 9. 13.				
합 계				965일 - 징역 912일 - 노역장 53일

〔표 3〕 〈피고인의 예정 형집행과 실제 형집행 내역 비교〉

집행형	확정된 형	피고인의 예정 형집행			피고인의 실제 형집행			
		기간	집행 예정	구금 일수	기간	실제 집행	구금 일수	
이 사건 징역형	징역 2년 6월	2014. 1. 23.	2년 6월	912 일	2014. 1. 23.	1년 1월 27일	422일	
					2015. 3. 20.			
						2015. 5. 13.	1년 4월 4일 ²¹⁾	493일
		2016. 7. 22.				2016. 9. 16.		
제2벌금형	벌금 200만 원	2016. 7. 23.	40일	40일	2015. 3. 21.	40일	40일	
		2016. 8. 31.			2015. 4. 29.			
제1벌금형	벌금 70만 원	2016. 9. 1.	13일	13일	2015. 4. 30.	13일	13일	
		2016. 9. 13.			2015. 5. 12.			
총 구금일수		965일(징역 912일, 노역장 53일)			968일(징역 915일, 노역장 53일)			
출소일자		2016. 9. 13.			2016. 9. 16.			

위 ‘라)’항 기재와 같이 검사의 형집행 변경 지휘는 수형자에게 불이익을 초래할 수 있으므로, 명시적인 법령의 근거가 있어야 함은 물론 해당 수형자에게 그 불이익을 정확하게 고지하고 의견을 청취하는 등의 적법한 절차에 따라 이루어져야 할 것이다. 그러나 앞서 ‘다)’항에서 살펴본 바와 같이 이 사건 규칙 제39조 외에는 자유형과 노역장 유치 집행 순서를 변경할 수 있는 다른 법령상의 근거가 없으며, 이 사건 규칙과 검사가 제시한 ‘형집행 순서 변경 업무처리지침’ 등에는 수형자에게 그 불이익을 고지하고 의견을 청취하는 등의 절차가 제대로 마련되어 전혀 있지 않다(수형자는 형사소송

21) 잔여 형기를 계산함에 있어 1개월을 31일로 보고, 31일에서 27일을 공제한 4일을 남은 형기로 보았다.

법 제489조²²⁾에 따라 검사의 집행에 관한 처분에 관하여 법원에 이의신청을 할 수 있기는 하나, 수형자는 일반인에 비해 제대로 된 법률적인 조력을 받기 어려운 여건 등을 고려하면 불이익을 제대로 고지조차 받지 못한 수형자가 검사의 형집행순서 변경 처분에 관해 적시에 이의신청을 제기하여 구제받는 것은 사실상 불가능 것으로 보인다).

또한 이 사건의 경우 피고인의 신청에 따라 형집행순서 변경이 이루어졌다고 하더라도, 피고인에게 위와 같은 불이익 고지, 의견청취 절차를 취한 바 없고, 피고인이 형집행순서 변경에 따른 누범 기간 및 집행유예 결격 등에 관한 법률적 요건, 범위, 의미 등을 충분히 인지하고서 이 사건 형집행순서 변경신청을 하였다고 보기도 어렵다.

검사는, 이 사건 규칙 제39조에 규정된 경우 외에도 대검찰청의 ‘형집행순서 변경 업무처리지침’ 등에 의하여 교정시설의 장이 형집행순서 변경을 신청한 경우 검사는 형집행순서의 변경을 지휘할 수 있으며, 실무상 수형자들이 형법 제72조에 의한 가석방 신청을 하기에 앞서 형법 제72조 제2항에 따른 벌금의 완납을 희망할 경우 교정시설의 장이 해당 수형자에 대한 형집행순서 변경을 신청하여 검사가 이를 허가하는 방식으로 형집행순서 변경 지휘가 이루어지고 있는바, 이러한 검사의 집행 지휘는 벌금을 모두 납부하지 않은 수형자에게 가석방 신청 기회를 부여하는 것으로 수형자에게 유리하여 적법하다는 취지로 주장한다.

그러나 검사의 위 주장은 아래와 같은 사정들을 고려하면 받아들이기 어렵다.

① 이 사건 규칙은 상위법령인 검찰청법 제11조의 위임에 따라 형집행 사무의 방식과 절차 등을 구체적으로 규정한 법무부령으로서 대외적 구속력이 있는 법규명령인 반면, 대검찰청의 ‘형집행순서 변경 업무처리지침’은 국가기관의 내부 지침에 불과하여 대외적 구속력이 없다. 그런데 위 지침은 이 사건 규칙이나 다른 법령에 아무런 근거나 위임이 없는 내용을 임의로 정하고 있다.

② 형법 제72조 제2항은 가석방의 요건으로 “벌금 또는 과료의 병과가

22) 제489조(이의신청) 재판의 집행을 받은 자 또는 그 법정대리인이나 배우자는 집행에 관한 검사의 처분이 부당함을 이유로 재판을 선고한 법원에 이의신청을 할 수 있다.

있는 때에는 그 금액을 완납하여야 한다.”라고 규정하고 있는데, 그 문언상 ‘벌금 또는 과료의 병과가 있는 때’라 함은 가석방의 대상이 되는 징역형 또는 금고형과 미납된 벌금 또는 과료형의 병과형이 선고된 경우만 한정되는 것으로 해석된다. 즉, 이미 확정된 자유형의 집행 중에 있는 수형자에 대하여 사후 다른 범죄에 의한 벌금형이 확정되었다고 하더라도 이는 형법 제72조 제2항의 병과가 있는 때에 해당하지 아니하므로, 비록 해당 수형자가 벌금을 완납하지 아니하였다고 하더라도 이를 가석방 여부를 심사하는 데에 참작할 수 있음은 별론으로 하고 가석방의 요건으로 삼는 것은 부당하다고 봄이 상당하다. 따라서 이 부분 검사의 주장(형집행순서의 변경이 벌금형을 미납한 수형자에게 가석방 기회를 부여하는 것이라는 취지의 주장)은 쉽사리 납득하기 어렵다.

③ 설령 형집행순서의 변경 및 노역장 유치의 선집행으로 당해 수형자가 향후 가석방 심사를 받음에 있어 더 유리해지는 혜택을 받는다고 하여도 앞서 본 바와 같이 누범 기간 및 집행유예 결격 기간의 기산점이 뒤로 늦춰질 뿐만 아니라 구금일수가 늘어날 가능성 등을 고려하면 검사의 형집행순서 변경 지휘가 전적으로 수형자에게 유리하다고 할 수 없다. 또한 자유형과 벌금형이 병존하는 경우 해당 수형자를 가석방하더라도 미납 벌금이 있는 경우 다시 노역장 유치를 집행하여 실질적으로 가석방의 의미가 몰각되는 결과가 초래되고, 이러한 점 때문에 실제로는 가석방 심사 시 미납 벌금이 병존하는 수형자에 대해서는 거의 대부분 가석방이 불허될 가능성을 충분히 예상할 수 있으나, 벌금 납입 또는 노역장 유치 여부 및 노역장 유치 집행의 시기는 수형자의 자유로운 의사에 맡겨야 할 것이다.

앞서 살펴 본 형사소송법 제462조 및 이 사건 규칙 제38조, 제39조의 내용, 형집행순서의 변경이 수형자에게 누범 기간 및 집행유예결격 기간의 장기화 및 추가 구금 등의 불이익을 초래할 수 있는 점 등을 고려하면, 이 사건 규칙 제39조에 정해진 경우 이외에도 검사의 형집행순서 변경 지휘가 가능하다고 해석하는 것은 문언의 가능한 의미를 벗어나 피고인에게 불리한 방향으로 해석하는 것으로서 죄형법정주의의 내용인 확장해석금지에 따라 허용되지 아니한다.」

3) 2심의 결론(검사의 법리오해 주장은 이유 없음)

2심은 결국 “이 사건 피고인이 비록 검사의 형집행순서 변경 지휘에 따라 이 사건 징역형과 각 벌금형의 집행을 모두 마친 후 2016. 9. 16.에 출소하였다고 하더라도 이 사건 징역형의 집행은 최초 예정일이었던 2016. 7. 22.에 종료되었다고 보아야 한다. 비록 피고인이 실제 출소일인 2016. 9. 16.로부터 3년이 지나기 전인 2019. 9. 4. 이 사건 범행을 저질렀다고 하더라도 이 사건 징역형의 집행 종료일인 2016. 7. 22.로부터 이미 3년이 지났으므로 피고인이 형법 제35조의 누범에 해당한다거나 형법 제62조 제1항 단서의 집행유예 결정에 해당한다고 할 수 없다.”고 보아 “이 사건 징역형의 집행종료일이 2016. 9. 16.임을 전제로 하는 검사의 법리오해 주장은 이유 없고, 원심이 피고인에 대하여 형법 제35조의 누범가중을 하지 아니한 채 처단형을 정하고 형법 제62조 제1항 본문을 적용하여 징역형의 집행유예를 선고하였다고 하더라도 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.”고 판단하였다.

다만 검사의 누범전과와 형법 제35조를 추가하는 내용의 공소장변경신청이 허가되었기에 직권파기하면서 원심과 같이 징역 8월에 집행유예 2년을 선고하였다.

(3) 대법원 계속중(대법원 2021도4355, 접수일: 2021. 4. 15., 상고인: 검사)

검사는 위 제2심 판결에 대하여 상고하였고, 2022. 12. 29. 현재 대법원에서 2021도4344로 계속 중이다(2021. 5. 22.: 상고이유 등 법리검토 개시, 2022. 4. 16.: 법리·쟁점에 관한 종합적 검토중).

4. 관련 판례

(1) 대구지방법원 2021. 7. 6. 선고 2020노3748 판결(미상고 확정)

1) 사안의 개요

피고인은 2015. 6. 18. 대구고등법원에서 특정범죄가중처벌등에관한법

를위반(허위계산서교부등)죄 등으로 징역 2년 및 벌금 55억 원(환형유치 1일 550만 원)을 선고받았고, 위 판결은 2015. 6. 26. 확정되었다.

피고인에 대하여 확정된 징역형은 2015. 6. 26.부터 집행되었는데, 2015. 12. 24. 피고인의 신청으로 교정기관의 장은 검사에게 형의 집행순서를 변경해 줄 것을 신청하였다.

이에 따라 피고인에 대한 형의 집행순서가 변경되었고, 2015. 12. 25.부터 피고인에 대한 벌금형의 노역장 유치 집행이 이루어졌고, 그 집행은 2018. 9. 19. 종료되었다. 2018. 9. 20.부터 다시 피고인에 대한 징역형의 집행이 시작되어 2019. 5. 7. 그 형의 집행을 종료하였다.

그 후 피고인은 2019. 10. 31.경 상해와 2020. 8. 13.경 음주운전으로 기소되었다(위 상해는 2020. 3. 10.에, 위 음주운전은 2020. 9. 9.에 각 기소되었고, 2020. 9. 14.에 병합되었다).

2) 1심의 판단[대구지방법원 서부지원 2020. 10. 21. 선고 2020고단729, 2969(병합) 판결]

이와 관련하여, 대구지방법원 서부지원 2020. 10. 21. 선고 2020고단729, 2969(병합) 판결은, 피고인에게 징역 1년 6월에 집행유예 2년을 선고하였다.

그러면서, 각주에 「공소장의 공소사실에는 ‘피고인은 2015. 6. 18. 대구고등법원에서 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(허위세금계산서교부등) 등으로 징역 2년을 선고받고 2019. 5. 7. 상주교도소에서 그 형의 집행을 종료하였다.’라고 기재되어 있고, 적용법조에 형법 제35조가 기재되어 있다. 그런데 기록에 의하면 피고인은 위 사건에서 2년 및 벌금 55억 원을 선고받고 2년의 징역형을 복역한 뒤 벌금 미납에 따라 노역장 유치 되어 최종 2019. 5. 7. 출소한 것으로 보인다. 계산상 피고인에 대한 2년의 징역형의 집행은 2016년 8월경 종료한 것으로 보이고(피고인은 2014. 8. 28. 구속기소됨) 달리 피고인이 이 사건에서 누범에 해당된다고 볼 만한 증거가 없으므로, 누범가중은 하지 않는다.」라고 피고인을 누범으로 판단하지 않은 이유를 기재하였다.

이에 대하여 검사가 법리오해 등을 이유로 항소하였다.

3) 2심의 판단[대구지방법원 2021. 7. 6. 선고 2020노3748
판결, 미상고 확정]

(가) 검사의 항소이유

검사의 항소이유 중 법리오해 주장은 ‘피고인은 누범 기간 중에 이 사건 각 범행을 하여 집행유예 결정자로서 이 사건 각 범행에는 형법 제35조가 적용되어야 함에도 불구하고, 원심은 피고인에게 징역형의 집행을 유예하는 판결을 선고하였으므로, 원심판결에는 법리를 오해한 잘못이 있다.’는 것이었다.

(나) 2심의 검사 항소 기각 이유

1심은 아래와 같은 이유로 이 사건 각 범행 당시 피고인은 집행유예 결정자에 해당하지 않는다며 원심을 지지하여 검사의 항소를 기각하였고, 검사가 상고하지 않아서 확정되었다(검사는 양형부당도 항소이유로 삼았으나 2심은 검사의 양형부당 주장도 배척하였다).

「관련 규정 및 해석

① 형의 집행순서의 변경에 관련된 법령과 지침으로는 형사소송법 및 자유형등에 관한 검찰집행사무규칙(법무부령), 형집행순서 변경 업무처리지침(대검찰청 지침)이 있다.

② 먼저 형사소송법 제462조와 자유형 등에 관한 검찰집행사무규칙 제39조 제1항을 종합하면, 자유형과 벌금형이 병과 선고된 경우 원칙적으로 중한 형을 먼저 집행하되, 자유형을 먼저 집행하여도 벌금형에 관한 형의 시효가 완성되지 아니할 것이 명백한 때에는 노역장 유치의 집행을 먼저 할 수 없는 것으로 보인다.

③ 형집행순서 변경 업무처리지침에 의하면, 교정시설의 장 또는 수형자로부터 형집행순서의 변경신청을 받은 경우에는 관할 검찰청 검사가 원칙적으로 이를 허가하는 결정을 하여야 하는데(위 지침 제6조 가.항), 위 규정만을 보면 마치 형집행순서의 변경신청을 하거나 이를 허가하는 데에는, 법무부령에서 정한 노역장 유치의 선집행 배제규정(다만, 자유형을 먼저 집행하여도 벌금형에 관한 형의 시효가 완성되지 아니할 것이 명백한 때에는

그러하지 아니하다)이 적용되지 않는 것처럼 해석될 여지가 있다. 그러나 위와 같이 해석할 경우, 위 지침은 상위법령의 위임이나 근거가 없어 위법의 소지가 있다. 따라서 위 지침은 법령에 의한 형집행 순서 변경의 실질적 요건이 갖추어진 경우에, 내부적인 절차만을 규정한 것으로 보아야 한다.

구체적 판단

① 이 사건에서 피고인은 자유형의 집행 중, 교정시설의 장에게 노역장 유치집행과의 집행순서 변경을 신청하였고, 교정시설의 장의 신청에 대한 검사의 허가로 집행순서가 변경된 것으로 보인다.

② 위 지침의 목적에 기재된 것과 같이, 위 지침의 제정목적은 수형자에게 ‘조기에 가석방 요건을 갖추 수 있는 기회를 제공’하는데 있는 것이고, 결국 수형자의 이익을 위한 것으로 보인다.

③ 그런데 이 사건에서 피고인에 대한 형의 집행순서를 변경한 결과, 피고인에게는 형식상 징역형의 집행 종료일이 늦춰지게 됨으로써 결국 출소 후 누범 기간이 늘어나는 불이익이 발생하였다.

④ 벌금형의 시효는 재판이 확정된 후 5년이고(형법 제78조 제6호), 피고인에게 벌금형과 함께 선고된 징역형은 2년이므로, 피고인에게 징역형을 먼저 집행하더라도 벌금형의 시효가 완성되지 아니할 것이 명백한 때에 해당하는 것으로 보인다. 앞에서 본 것과 같이 관련 법령에 따르면, 피고인에 대한 형집행순서의 변경은 허용될 수 없다.

⑤ 더군다나 형집행순서의 변경으로 인하여 피고인에게 불리한 결과가 발생한다면, 그 변경으로 인한 집행종료일을 산정함에 있어서는 피고인에게 유리하게 해석할 수 밖에 없다.

⑥ 결론적으로 위와 같은 사정들을 종합하면, 피고인이 형식적으로 2019. 5. 7.에야 징역형의 집행을 종료하였다고 하더라도, 집행유예결격 기간을 산정함에 있어서는 집행순서가 변경되지 않은 것을 전제로 하는 것이 타당하다. 한편 형의 집행순서가 변경되지 않았다면, 피고인에 대한 징역형 집행 종료일은 늦어도 2016. 8.경이다.」

(2) 대전지방법원 천안지원 2019. 9. 5. 선고 2019고단1183,
1328(병합), 1474(병합) 판결

1) 사안의 개요

피고인은 2009년경부터 2012년경까지 사기죄로 8건 합계 900만 원, 절도죄 등으로 2014년 1건 70만 원의 벌금을 각각 부과받았다.

형집행기관은 피고인의 미납 벌금형의 집행을 위하여 피고인의 금융계좌에 대한 압류 및 추심 절차를 진행하였으나 2013. 1.경부터 2013. 3.경까지 사이에 금융기관으로부터 잔액 없음을 각각 통보받았다.

결국 피고인은 2014. 4. 24. 대구지방법원 서부지원에서 사기죄로 징역 1년을 선고받아 그 사기죄로 인한 징역형의 집행을 받다가 위 각 벌금형 중 미납 벌금에 대한 노역장 유치 집행을 받았고, 노역장 유치 집행 종료 다음 날부터 위 징역형의 나머지 기간을 복역한 후 2015. 5. 12. 출소하였다.

2) 1심의 판단[대전지방법원 천안지원 2019. 9. 5. 선고 2019
고단1183, 1328(병합), 1474(병합) 판결]

(가) 피고인의 주장

피고인은 2013. 11. 11. 위 사기죄(대구지방법원 서부지원에서 2014. 4. 24. 징역 1년 선고된 사기죄)로 체포되어 징역 1년을 선고받아 확정되었으므로, 위 징역형의 집행 종료일은 늦어도 2014. 11. 10.이 되어야 하고, 피고인이 노역장 유치 집행을 받은 벌금형은 2010년 또는 2011년의 것들로서 시효가 완성된 것일 가능성이 크며, 중한 형을 먼저 집행하여야 하는 원칙과 달리 자유형의 집행 중 피고인의 의사에 기하지 아니한 채 벌금형의 노역장 유치 집행이 개시되었으므로, 피고인은 누범에 해당하지 아니한다.

(나) 피고인의 주장에 대한 1심의 판단

1심은, “벌금형의 시효는 형집행기관이 피고인의 금융계좌에 강제처분을 개시함으로써 중단되었다가 잔액 없음을 통보받아 그 강제집행을 종료한 때로부터 새로이 3년의 시효가 진행하고, 형집행기관은 자유형의 집행 중이라도 이를 정지하고 벌금형에 대한 노역장 유치 집행을 할 수 있으며,

형의 집행 순서를 정함에 있어 피고인의 의사에 따라야 하는 것이 아니므로, 위 각 형의 집행 방식이 위법하다고 볼 수 없다.”는 이유로 피고인의 위주장을 배척하였고, 징역 1년 2월을 선고하였다.

(다) 피고인의 항소와 2심의 판단(대전지방법원 2020. 9. 9. 선고 2019노2826 판결)

위 1심에 대하여 피고인이 항소하였으나, 양형부당만을 항소이유로 주장하여, 항소심(대전지방법원 2020. 9. 9. 선고 2019노2826 판결)은 누범에 대한 명시적인 판단 없이 피고인의 양형부당 항소를 받아들여 1심을 파기하고 벌금 1,000만 원을 선고하였다. 이 2심은 상고 없이 확정되었다.

VI. 검토(내재적 한계설의 지지와 그 한계 논의)

앞에서 관련 규정, 대상결정 1, 대상판결 2, 관련 판례들을 살펴보았다. 그러나 이 외에 이와 유사한 사안에 대한 사례나 논의는 찾기 어렵다.

다만 아래와 같은 논의를 할 수 있을 것이다.

1. 형사소송법과 이 사건 규칙의 해석

(1) 형사소송법 제462조 단서의 취지에 대한 논의

대상결정 1의 2심은 “형사소송법 제462조 단서를 둔 이유는 수형자에게 조기에 가석방 요건을 갖추 수 있는 기회를 제공하고, 경한 형의 시효가 완성되는 것을 방지하기 위함이다.”라고 설시하고 있다. 대상판결 2도 형사소송법 제462조 단서의 취지를 ‘수형자의 가석방 요건을 빨리 구비할 수 있도록 하기 위한 것(중한 형의 가석방에 필요한 기간이 경과한 후에 그 형의 집행을 정지하고 경한 형의 집행에 착수하는 것을 허용함으로써 경한 형의 집행을 종료하지 않더라도 가석방에 필요한 기간이 경과할 때 두 개의 형

에 대해 동시에 가석방을 받을 수 있는 기회를 부여하기 위한 것)’으로 보고 있다.

이에 대하여 대법원도 형사소송법 제462조 단서의 위헌여부에 대하여 판단하면서, “형사소송법 제462조 단서의 입법취지는 수형자에게 가석방의 요건을 빨리 갖추도록 하고 나아가 형의 시효 완성을 방지하려는 것이고, 그 필요성을 검사가 판단하게 한 것에 불과하다”고 판시한 적이 있다(대법원 2003. 11. 17.자 2003모347 결정).²³⁾ 즉 검사가 ‘그 필요성의 판단자’임은 실시하되, 그 판단의 재량범위에 대하여는 언급하지 않았다.

앞서 목차 III. 2. ‘관련 형사소송법 조문과 그 연혁’ 등에서 살펴본 대로 이에 대하여 입법자들의 의사가 어떠했는지를 현재 확인하기는 어렵다.

이에 대하여 위 단서 규정이 단지 “단, 검사는 소속장관의 허가를 얻어 중한 형의 집행을 정지하고 다른 형의 집행을 할 수 있다.”라고만 규정되어 있으므로, 검사와 그 소속장관에게 폭넓은 재량권을 부여한 취지라고 보는

23) 이 대법원 2003모347 결정과 관련하여, 재항고인은 ‘무기징역형 판결확정 후 범한 죄로 인하여 선고된 유기징역형은 무기징역형에 흡수되어 집행할 수 없다.’고 주장하였고 이 것이 주된 쟁점이었다. 이에 대하여 원심(서울고등법원 2003. 9. 9.자 2003로7 결정)은 ‘판결이 확정된 무기징역형과 그 판결확정 후 범한 죄는 경합범 관계에 있다.’는 전제 하에 ‘경합범이란 판결이 확정되지 아니한 수개의 죄 또는 판결이 확정된 죄와 그 판결확정 전에 범한 죄를 말하는 것으로(형법 제37조), 어느 죄에 대하여 판결이 확정되면 그 이후에 범한 죄와는 경합범관계에 있지 않는 것으로서 이 사건에 있어서 무기징역형과 그 이후에 피고인이 범죄를 범하여 선고받은 징역 7년형은 경합범관계에 있지 아니하며, 경합범을 동시에 판결할 때 가장 중한 죄에 정한 형이 사형 또는 무기징역이나 무기금고인 때에는 가장 중한 죄에 정한 형으로 처벌하는 것이나(형법 제38조 제1항 제1호), 경합범이 아닌 이 사건에 있어서 무기징역형이 확정된 후 다시 징역 7년형을 선고받았다 하더라도 징역 7년형이 무기징역형에 흡수되는 것은 아니고 이에 따라 형사소송법 제462조 단서에 의하여 집행 중인 무기징역을 정지하고 징역 7년형을 집행한 데 잘못이 있다 할 수 없다.’고 판단하였다. 이에 대하여 대법원은 ‘관련법규에 비추어 보니, 원심의 이러한 판단은 정당하고 그 판단에 경합범의 성립에 관한 법리, 사형 또는 무기징역형의 집행에 관한 법리, 형집행의 순서에 관한 법리, 형법 제42조 단서에 관한 법리를 오해한 위법사유는 없다.’고 판시하였다.

또한 대법원은 형사소송법 제462조 단서의 위헌여부에 대하여 실시하면서, 형사소송법 제462조 단서의 입법취지에 대해서 본문의 기재와 같이 설명하였고, ‘위 조문 단서나 그에 기한 처분이 평등권, 명확성의 원칙, 적법절차의 원칙, 신체의 자유, 인간의 존엄과 가치, 행복추구권 등에 위배되어 위헌이라고 할 수도 없다.’고 판시하였다.

견해도 있을 수 있다.

그러나 형의 집행, 가석방의 가부는 헌법상 신체의 자유 등과 관련이 되어있고, 수형자에게 굉장히 중요한 내용이기 때문에 수형자의 입장도 고려하지 않을 수 없기에, 그 운용이 어찌되든 위 형사소송법 제462조 단서의 취지는 ‘수형자에게 조기에 가석방 요건을 갖추 수 있는 기회를 제공’이라는 수형자에게 유리한 취지도 있을 것이고, ‘경한 형의 시효가 완성되는 것을 방지하기 위함’이라는 수형자에게는 불리하지만 형집행의 엄정성을 유지시키는 취지도 있을 것이라고 본다. 즉 대상결정 1의 2심의 위와 같은 실시, 대법원 2003도347 결정의 실시에 동의하는 바이다.

(2) 검사의 형집행순서 변경권에 대한 논의

1) 논의의 소재

형사소송법 제462조 단서는 “다만, 검사는 소속 장관의 허가를 얻어 무거운 형의 집행을 정지하고 다른 형의 집행을 할 수 있다.”고 규정되어 있는데, 규정상 검사의 ‘형집행순서 변경권’에 대하여 규정하고 있는 것으로 보인다.

이러한 검사의 ‘형집행순서 변경권’이 어떠한 정도로 허용되는지, 즉 그 권한의 효력이나 검사의 재량범위는 어디까지인지가 논의될 수 있다.

2) 견해의 대립²⁴⁾

(가) 원칙적 허용설(폭넓은 재량설)[대전지방법원 천안지원 2019. 9. 5. 선고 2019고단1183, 1328(병합), 1474(병합) 판결, 서울고등법원 2016. 8. 26. 선고 2016누36125 판결 등]

형집행기관은 자유형의 집행 중이라도 이를 정지하고 벌금형에 대한 노역장 유치 집행을 할 수 있으며, 형의 집행 순서를 정함에 있어 피고인의 의사에 따라야 하는 것이 아니라는 견해이다[대전지방법원 천안지원 2019. 9. 5. 선고 2019고단1183, 1328(병합), 1474(병합) 판결 등].

이와 관련하여 형사사건은 아니지만, 행정사건에서 서울고등법원 2016.

24) 이하에서 논의될 견해의 명칭은 필자가 임의로 붙인 것임을 밝혀둔다.

8. 26. 선고 2016누36125 판결은 “검사가 형사소송법 제462조 단서에 기초하여 중한 징역형의 집행을 정지하고 경한 노역장 유치의 집행을 하는 경우에는 수형자에 대한 적절한 행형에서의 처우(가석방의 자격을 조기에 취득시키기 위한 경우 등), 판결의 적정한 집행의 확보(징역형의 집행에 장기간이 걸리는 때에 경한 노역장 유치의 시효 완성을 방지하기 위한 경우 등) 등의 제반 사정을 고려하여 적정한 재량을 가지고 그 형의 집행순서 변경의 당부와 변경의 시기를 결정하여야 한다.”는 취지를 전제하며, “검사가 적정한 재량을 일탈하거나 재량을 남용하여 수형자의 징역형 집행시기를 지연시킬 것을 목적으로 하는 등의 수형자의 불이익을 피하는 특별한 사정이 인정되지 아니한다면 검사의 징역형과 노역장 유치 사이의 집행순서 변경을 위법하다고 볼 수는 없다.”고 설시한 바 있다.

(나) 예외적 허용설(대상판결 2)

형사소송법 제462조 단서 규정의 취지가 형자의 가석방 요건을 빨리 구비할 수 있도록 하기 위한 것인 점, 형사소송법 제462조가 본문에서 중형 선집행의 원칙을, 단서에서 그 예외를 규정하는 형식을 취하고 있는 점, 형사소송법 제462조 단서가 중형 선집행의 원칙에서 벗어나 형집행 순서를 변경할 경우 검사로 하여금 소속 장관의 허가를 얻도록 제한하고 있는 점 등에 비추어 보면, 형사소송법 제462조 단서에 의한 형집행순서의 변경은 무제한적으로 허용되는 것이 아니라, 수형자에게 이익이 되거나 수형자에게 과도한 불이익을 주지 않는 범위 내에서 합리적인 사유가 있는 경우 예컨대, 수형자에 대한 적절한 행형에서의 처우(가석방의 자격을 조기에 취득시키기 위한 경우 등)가 요구되거나 판결의 적정한 집행의 확보(징역형의 집행에 장기간이 걸리는 때에 경한 노역장 유치의 시효 완성을 방지하기 위한 경우 등)가 필요한 경우 등에만 예외적으로 허용되는 것으로 보아야 한다는 견해이다.

(다) 내재적 한계설(대상결정 1의 2심)

이 견해는 형사소송법 제462조 본문은 자유형과 벌금형 사이에는 중형 선집행 원칙이 적용되지 않는 것으로 정하고 있음이 문언상 명백한데(이는 자유형과 벌금형은 동시집행이 가능하기 때문이다), 자유형과 노역장 유치의 집행 순서에 대해서는 명확히 정한 바가 없는 점, 이 사건 규칙(자유형

등에 관한 검찰집행사무규칙) 제39조 제1항 단서는 “다만, 자유형을 먼저 집행하여도 벌금형에 관한 형의 시효가 완성되지 아니할 것이 명백한 때에는 그러하지 아니하다.”라고 정하고 있는데, 이는 벌금형에 관한 형의 시효가 완성되지 아니할 것이 명백한 경우에는 굳이 자유형보다 노역장 유치를 먼저 집행할 필요가 없기 때문에 자유형이 먼저 집행중인 경우 검사에게 그 집행순서를 변경하여 노역장 유치를 먼저 집행하도록 지휘할 의무가 없다는 것에 불과하다고 해석해야 하는 점 등을 근거로, 자유형이 먼저 집행중인 경우 검사는 자유형을 먼저 집행할 수도 있고, 필요한 경우에는 노역장 유치를 먼저 집행하는 것으로 형집행순서를 변경할 수도 있다고 전제한다.

다만, 자유형의 집행 중인 수형자에 대하여 그 자유형의 집행을 정지하고 노역장 유치의 집행을 지휘할 경우 해당 수형자는 자유형의 집행종료일이 노역장 유치 집행 기간만큼 늦춰짐에 따라 향후 누범 기간, 집행유예 결정 기간의 기산일이 뒤로 늦춰지는 등의 불이익이 발생하기 때문에 특별한 사정이 없는 한 수형자의 의사에 반하여 노역장 유치를 먼저 집행하는 것은 검사의 형집행순서의 변경권의 내재적 한계를 벗어나는 것으로서 허용되지 않는다고 본다.

3) 관련 대법원 판례

위 ‘2) 견해의 대립’에서 보듯 하급심들의 견해는 갈리고 있는 것으로 보인다.

대법원은 “형사소송법 제462조 단서의 입법취지는 수형자에게 가석방의 요건을 빨리 갖추도록 하고 나아가 형의 시효 완성을 방지하려는 것이고, 그 필요성을 검사가 판단하게 한 것에 불과하(다)”고 판시한 적은 있으나(대법원 2003. 11. 17.자 2003모347 결정), 설시 그대로 ‘그 필요성의 판단자’를 검사로 보고 있음을 설시했을 뿐, 검사의 형집행순서 변경권의 재량범위·한계 등에 대한 구체적·명시적 설시는 없는 것으로 보인다(2023. 4. 4. 현재). 다만 대상결정 1에서 상고를 기각하였으므로 대상결정 1의 2심의 입장인 내재적 한계설을 수긍한 것으로 볼 여지가 있다.

4) 검토

형사소송법 제462조 단서는 별다른 조건 설명 없이 “다만, 검사는 소속 장관의 허가를 얻어 무거운 형의 집행을 정지하고 다른 형의 집행을 할 수 있다.”라고만 규정하고 있기에, 위 ‘예외적 허용설’은 위 법문에 반할 우려가 있다. 그러나 실질 운용에 있어서는 ‘예외적 허용설’과 ‘내재적 한계설’의 그 차이를 가릴 실익이 없는 것으로 보인다. 예외적 허용설은 ‘어떠한 경우’에 검사의 형집행순서 변경이 예외적으로 허용된다는 것이고, 내재적 한계설은 검사는 형집행순서 변경권이 있으나 ‘어떠한 경우’가 아닌 경우에는 형집행순서 변경이 불허된다는 것으로 볼 수 있기 때문이다. 즉 검사의 형집행순서 변경이 허용되는 ‘어떠한 경우’에 대한 판단에는 예외적 허용설과 내재적 한계설이 차이가 없을 확률이 크다. 다만, 앞서 밝힌대로 ‘예외적 허용설’보다는 ‘내재적 한계설’이 법조문에 더 적합하다고 볼 것이다.

‘원칙적 허용설’도 “적정한 재량을 일탈하거나 재량을 남용하여 수형자의 징역형 집행시기를 지연시킬 것을 목적으로 하는 등의 수형자의 불이익을 피하는 특별한 사정이 인정되지 아니한다면 검사의 형집행순서 변경을 위법하다고 볼 수는 없다.”고도 언급하는바, 검사의 적정한 재량에 대한 일탈 내지 남용은 있을 수 있음을 인정하고 있다. 그리고 그 재량에 대한 일탈 내지 남용의 예시격으로 ‘수형자의 징역형 집행시기를 지연시킬 것을 목적으로 하는 등의 수형자의 불이익을 피하는 특별한 사정’도 들고 있다. 결국 원칙적 허용설도 결론적으로는 예외적 허용설, 내재적 한계설과 동일할 여지도 있다.

그러나 형집행순서와 관련이 있는 누범 기간, 집행유예 결격 기간, 가석방 요건, 수형기간 등은 수형자의 신체에 자유와 법적 지위에 심대한 영향을 미치는 사정인데, 위 ‘적정한 재량’에 대한 기준을 상정하기 어렵고, 이는 수형자의 법적 안정성과 예측가능성을 심하게 해칠 수 있다. 그리고 위 ‘수형자의 징역형 집행시기를 지연시킬 것을 목적’은 말 그대로 정신적 요소인 ‘목적’이라 그 목적의 여부를 확인하기도 쉽지 않다.

결국 위 ‘원칙적 허용설’에는 법적 안정성, 예측가능성, 인권보호 등에 문제가 있다. 불명확한 경우에는 수형자의 이익으로 판단하는 것이 현행 형

사사법체계상 타당할 것이다.

생각건대, 신체의 자유는 헌법이 보장한 기본권이고, 구금, 노역은 그러한 신체의 자유를 고강도로 제한하는 것이다. 따라서 수형자의 의사에 반하여 이러한 고강도의 제한을 하는 것에는 합리적인 법적 근거가 필요한데, 그러한 법적 근거가 명확하지 않은 현재로서는 수형자에게 유리하게 해석할 필요가 있다. 또한 앞서 실시한대로 법문상 해석도 ‘내재적 한계설’이 무리가 없다. 따라서 ‘특별한 사정이 없는 한 수형자의 의사에 반하여 노역장 유치를 먼저 집행하는 것은 검사의 형집행순서의 변경권의 내재적 한계를 벗어나는 것’으로 보는 내재적 한계설이 타당하다.

어떠한 것이 위 ‘내재적 한계’ 내지 ‘특별한 사정’인지는 바로 다음 목차(검사의 형집행순서 변경권의 ‘내재적 한계’는 무엇인가)에서 별도로 살펴볼도록 한다.

이에 대하여는 신체의 자유의 중요성, 다음에서 살펴볼 바와 같이 법원의 판단도 갈리고 있는 실정 등에 비추어 볼 때 명확한 입법이 있어야 좋을 것이다. 필요한 입법, 즉 개정안의 구체적인 내용 및 설명은 별도의 목차(VII 개선안 제시)에서 살펴보기로 한다.

(3) 검사의 형집행순서 변경권의 ‘내재적 한계’는 무엇인가

1) 논의의 소재

앞에서 살펴본 대로 ‘내재적 한계설’이 타당하다는 전제 아래 ‘어떠한 것이 내재적 한계인가.’, 즉 ‘어떤 경우에 검사는 형집행순서의 변경을 하거나 하지 못하는가.’에 대하여 살펴본다.

2) 자유형을 먼저 집행하여도 벌금형에 관한 형의 시효가 완성되지 아니할 것이 명백한 때에는 노역장 유치의 집행을 먼저 할 수 없는지 여부

(가) 한 사건에서 자유형과 벌금형이 병과된 경우

먼저 자유형과 벌금형이 ‘병과’된 경우를 본다.

대상결정 1의 1심은 ‘형사소송법 제462조 단서와 자유형 등에 관한 검

찰집행사무규칙 제39조 제1항을 종합하면, 자유형과 벌금형이 병과된 경우 원칙적으로 중한 형을 먼저 집행하되, 자유형을 먼저 집행하여도 벌금형에 관한 형의 시효가 완성되지 아니할 것이 명백한 때에는 노역장 유치의 집행을 먼저 할 수 없다.’고 전제하고 있다.

그러나 비록 형사소송법 제492조에서 노역장 유치 집행의 경우 형의 집행에 관한 규정을 준용하나, 노역장 유치는 벌금 내지 과료 자체는 아닌데 제462조 본문에서 중형 선집행 원칙의 예외로 명시적으로 ‘벌금’, ‘과료’를 제외하고 있으므로(즉 자유형과 노역장 유치의 집행 순서에 대해서는 법에서 명확하게 정한 바가 없다), 위와 같이 자유형과 벌금형(또는 과료형)이 ‘병과’된 경우 원칙적으로 중한 형을 먼저 집행하는 것으로 해석하는 것에는 무리가 있다.

또한 이 사건 규칙 제39조 제1항 단서에서 ‘다만, 자유형을 먼저 집행하여도 벌금형에 관한 형의 시효가 완성되지 아니할 것이 명백한 때에는 그러하지 아니하다.’는 것을 ‘자유형을 먼저 집행하여도 벌금형에 관한 형의 시효가 완성되지 아니할 것이 명백한 때에는 노역장 유치의 집행을 먼저 할 수 없다.’고 단언할 수도 없다. 이는 벌금형에 관한 형의 시효가 완성되지 아니할 것이 명백한 경우에는 굳이 자유형보다 노역장 유치를 먼저 집행할 필요가 없기 때문에 자유형이 먼저 집행중인 경우 검사에게 그 집행순서를 변경하여 노역장 유치를 먼저 집행하도록 지휘할 의무가 없다는 것에 불과하다고 해석하는 것이 형사소송법 제462조와 이 사건 규칙 제39조 제1항의 구조상 더 타당하다. 이는 대상결정 1의 2심과 같은 취지이다.

따라서, 자유형과 벌금형이 ‘병과’된 경우, 자유형을 먼저 집행하여도 벌금형에 관한 형의 시효가 완성되지 아니할 것이 명백한 때에는 노역장 유치의 집행을 먼저 할 수 없다고 단언할 수는 없다.

결국, 노역장 유치 집행의 순서는 수형자의 권익과 밀접한 관련이 있으므로, 만약 수형자에 자유형집행보다 노역장 유치 집행을 먼저 하는 것의 장단점을 고지 받았음에도 노역장 유치 집행을 먼저 하기를 원한다면, 원칙적으로 수형자의 희망대로 노역장 유치 집행을 먼저 해도 무방할 것이다.

(나) 자유형집행 중 별건 벌금형 내지 과료형이 확정된 경우

위 목차의 논의는 또한 자유형의 집행으로 복역 중인 수형자에 대하여 ‘다른 범죄’로 벌금형 내지 확정된 경우에도 마찬가지라고 할 것이다.

즉, 자유형집행 기간 중 벌금형의 시효기간이 만료될 것이 명백하다는 등의 특별한 사정이 없는 한 위 검사의 형집행순서 변경권의 ‘내재적 한계’에 따라 원칙적으로 자유형의 집행을 정지한 채 노역장 유치를 먼저 집행하도록 지휘할 수 없다고 할 것이나, 만약 수형자에 자유형집행보다 노역장 유치 집행을 먼저 하는 것의 장단점을 고지 받았음에도 노역장 유치 집행을 먼저 하기를 원한다면, 원칙적으로 수형자의 희망대로 노역장 유치 집행을 먼저 해도 무방할 것이다(대사판결 2도 같은 취지).

3) 기타 ‘내재적 한계’로 상정할 수 있는 경우가 있는지

이상의 논의 외에도 ‘특별한 사정’ 없이 수형자의 요구에 반하여 형집행순서를 변경하거나 변경하지 않는 것도 ‘내재적 한계’로 볼 수 있을 것이다. 앞서 살펴본 대로 형집행순서의 변경은 수형자의 신체의 자유 등에 지대한 영향을 미칠 수 있기에 되도록 수형자의 의사를 받아들여 주는 것이 바람직하기 때문이다.

위 ‘특별한 사정’으로는 ‘수형자의 의사에 따를 경우 하나 이상의 형의 시효 완성이 우려되는 경우’를 상정할 수 있다. 그러나 그 외에 별다른 경우를 상정하기는 어려운 것으로 보인다. 이에 대하여는 개선안에 대한 논의(목차 ‘Ⅶ 개선안 제시’)에서 반영하여 살펴보기로 한다.

2. ‘내재적 한계’를 지킨 형집행순서 변경의 경우

만약 검사가 ‘내재적 한계’를 지켜서 형집행순서의 변경을 한다면, 이와 같은 변경에 따른 수형자의 유·불리를 불문하고 그 변경된 형에 따라서 누범 기간, 집행유예 결격 기간, 가석방 여부 등을 판단하여야 할 것이다.

3. ‘내재적 한계’를 지키지 못한 형집행순서 변경의 경우

만약 검사가 ‘내재적 한계’를 어기고 형집행순서의 변경을 한다면, 누범 기간이나 집행유예 결격 기간, 가석방 요건 등을 수형자에게 유리하게 해석해야 할 것이다. 즉 만약 검사가 형집행순서 변경을 하지 않은 것이 수형자에게 유리하다면, 검사의 형집행순서 변경이 없는 것으로 보고 누범 기간, 집행유예 결격 기간, 가석방 요건 등을 판단하여야 할 것이다. 이는 앞서 살펴본 대상판결 2 및 대구지방법원 2021. 7. 6. 선고 2020노3748 판결 등의 취지와 동일하다.

VII. 개선안 제시

1. 논의의 소재

이상에서 살펴본 바와 같이, 형집행순서 변경의 효력에 대하여 법원의 해석도 갈릴 수 있고, 이는 수형자에게 굉장히 중요한 문제가 될 수도 있기에 형사소송법에 명확하게 규정하는 것이 필요하다. 어떻게 규정하는 것이 바람직한지에 대하여 아래에서 살펴본다.

2. 원칙적으로 수형자의 의사 고려

앞서 살펴본 바와 같이 형집행순서는 누범 기간, 집행유예 결격 기간, 가석방 요건, 형기 내지 노역 종료일 등과 관련하여 수형자에게 큰 영향을 미칠 수 있고, 신체의 자유는 중요한 기본권이다.

따라서 원칙적으로 수형자의 의사에 따른 형집행순서 변경이 이루어지면 무방할 것이다. 즉 원칙적으로 수형자에게 ‘형집행순서 변경권’을 인정하는 것이다. 다만 그 악용의 방지를 위하여 특별한 사정이 없는 한 하나의 형에 대한 변경권 행사 횟수를 제한하는 것이 필요하다. ‘형집행순서 변경권’ 행사가 필요한 자들은 2개 이상의 형을 선고받은 자들로, 때론 3개 내지 10개 이상의 형을 선고받기도 하고, 형집행 중 다른 형을 선고받기도 하는데,

그래도 하나의 형집행 중 5번의 다른 형 선고를 받는 경우는 드물다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 하나의 형에 대한 변경권 행사 횟수를 5번으로 제한하면, 형집행 대상자 보호에도 문제가 없을 확률이 높고, 그 악용도 방지할 수 있을 것이다.

그리고 수형자의 의사에 따라 형집행이 변경된 경우 누범 기간, 집행유예 결격 기간, 가석방 요건, 형기 내지 노역 종료일 등은 수형자에게의 유·불리를 불문하고 변경된 것에 따라 판단해야 할 것이다.

3. 예외적으로 수형자의 의사를 따를 수 없는 경우

법치국가에서 형의 집행은 형벌의 실효성 확보를 위하여 매우 중요하다. 따라서 되도록 형의 시효 완성은 막아야한다.

따라서 ‘수형자의 의사에 따를 경우 하나 이상의 형의 시효 완성이 우려되는 경우’는 수형자의 의사에 따르지 못할 것이다. 그리고 이에 준하는 경우도 수형자의 의사에 따르지 못할 것이다.

현재로서 ‘수형자의 의사에 따를 경우 하나 이상의 형의 시효 완성이 우려되는 경우’ 외에 수형자의 의사에 따르지 못하는 경우를 상정하기는 어렵다. 다만 수형자가 언제든지 제한 없이 형집행순서 변경권을 행사한다면 교정행정과 형집행에 부당한 부담을 줄 수 있기에, 그 변경권 행사 가능 횟수를 제한하는 것은 필요하다. 형은 그 기간이나 액수 등에 따라 여러 경우가 있으나, 위 횟수는 앞의 목차 ‘2. 원칙적으로 수형자의 의사 고려’에서 기재한 것과 같이, ‘하나의 형당 5번’으로 하면 별 문제가 없을 것이다. 혹시 위와 같이 횟수를 ‘하나의 형당 5번’으로 하고 문제가 발생하면 추가 개정을 하면 족할 것이다.

이러한 수형자의 의사에 따르지 못하는 사정도 명확하게 법에 정해 둘 필요가 있다.

4. 형집행순서의 변경에 따른 유·불리 고지의 필요 여부

수형자는 자신에게 큰 영향을 미칠 수 있는 형집행순서의 변경의 결과에 대한 유·불리를 고지 받아야 자신의 형집행순서를 변경할 것인지를 적절하게 판단할 수 있을 것이다.

따라서 수형자가 형집행순서의 변경을 원하는 경우 위와 같은 유·불리를 서면으로 고지할 필요가 있다.

서면의 내용에는 아래와 같은 사항들이 포함되어야 할 것이다.

- 자유형집행에 앞서 노역장 유치 집행을 할 경우, 수형자에 대한 자유형의 집행이 노역장 유치 집행 기간만큼 뒤로 늦춰짐에 따라 향후 누범 기간 및 집행유예 결격 기간의 기산점이 되는 자유형집행 종료일이 뒤로 늦춰지는 불이익이 있을 수 있습니다.
- 자유형의 집행을 정지하였다가 노역장 유치의 집행을 마친 후 잔여 형기를 복역하게 할 경우 잔여 형기 복역을 시작하는 달의 일수 및 잔여 형기를 계산하는 방식에 의하여 실제 구금일수에 변동이 생길 수 있고, 이에 따라 총구금일수가 늘어날 수도 있습니다.
 - ▶ 자유형의 경우 형법 제83조에 따라 ‘연, 월’ 단위로 형기를 산정하는 반면, 노역장 유치의 환형유치기간은 형법 제70조, 제71조에 의하여 ‘일’ 단위로 산정하도록 하고 있기 때문.
- 자유형과 벌금형이 병과된 형이 확정된 수형자는 형법 제72조 제2항에 따라 벌금을 완납하여야 가석방 대상이 될 수 있고, 벌금형 내지 과료형 집행이 완료되지 않은 경우 이러한 사정이 가석방 심사에서 고려될 수 있기에, 노역장 유치를 자유형 집행보다 먼저 하는 것이 가석방 등에 유리할 수 있습니다.

5. 구체적인 개정안

이상의 논의를 종합하여 개정안을 도출해 보자면 아래 [표 4]와 같다. 즉, 기존 형사소송법 제462조는 동조 제1항으로 하고, 동조 제2, 3, 4항에 아래와 같은 내용을 신설하면 될 것이다. 또한 동법 제492조도 이에 따라 약간의 수정을 하면 될 것이다(신설 내지 수정 부분은 밑줄).

〔표 4〕 〈형사소송법 제462조, 제492조 개정안〉

현행 형사소송법	형사소송법 개정안
제462조(형집행의 순서) 2이상의 형을 집행하는 경우에 자격상실, 자격정지, 벌금, 과료와 몰수 외에는 무거운 형을 먼저 집행한다. 다만, 검사는 소속 장관의 허가를 얻어 무거운 형의 집행을 정지하고 다른 형의 집행을 할 수 있다.	제462조(형집행의 순서) ① 2이상의 형을 집행하는 경우에 자격상실, 자격정지, 벌금, 과료와 몰수 외에는 무거운 형을 먼저 집행한다. 다만, 검사는 소속 장관의 허가를 얻어 무거운 형의 집행을 정지하고 다른 형의 집행을 할 수 있다. ② 수형자는 희망에 따라 자유형과 노역장 유치의 집행순서를 하나의 형당 5번 변경할 수 있다. 다만, 아래 각호의 경우 수형자의 희망을 따라서는 아니 된다. 1. 수형자의 희망에 따르면 하나 이상의 형의 <u>시효 완성이 우려되는 경우</u> 2. 그 외 제1호에 준하는 경우 ③ 수형자가 자유형과 노역장 유치의 집행순서의 변경을 희망하는 경우 수형자에게 그에 따른 유·불리를 서면으로 고지하여야 한다. ④ 수형자의 희망에 따라 자유형과 노역장 유치의 집행순서가 변경된 경우, 누범 기간, 집행유예 결격 기간, 가석방 요건 등의 판단은 변경된 형에 따른다.
제492조(노역장 유치의 집행) 벌금 또는 과료를 완납하지 못한 자에 대한 노역장 유치의 집행에는 형의 집행에 관한 규정을 준용한다.	제492조(노역장 유치의 집행) 벌금 또는 과료를 완납하지 못한 자에 대한 노역장 유치의 집행에는 <u>이 법에 명시적인 조문이 없는 한</u> 형의 집행에 관한 규정을 준용한다.

VIII. 파생되는 문제점에 대한 검토

1. 행정소송과의 관계

‘행정소송법에 의하여 징역형과 노역장 유치 사이의 집행순서 변경을 다투는 것이 허용되는지’에 대하여, 서울고등법원 2016. 8. 26. 선고 2016누36125 판결(미상고 확정)은 아래와 같은 이유로 ‘허용되지 않는다.’고 판단하였고, 형사소송법 제489조라는 별도의 ‘이의신청’ 절차가 존재하는 한, 위 판결의 판단은 타당하다고 생각된다.

「형사소송법 제489조에 정해진 ‘재판의 집행에 관한 검사의 처분’이라고 함은, 검사가 형사소송법의 규정에 기초하여 하는 재판의 집행에 관한 처분을 말하고, 그 처분이 부당하다는 것은 부적법한 처분이나 그 조치가 현저하게 부적절하여 부적법한 것과 동일하게 볼 수 있을 정도를 의미하며, 노역장 유치의 집행에는 형의 집행에 관한 규정을 준용하고 있으므로(형사소송법 제492조), 검사의 형사소송법 제462조에 기초한 형집행 순서의 변경뿐만 아니라 자유형과 노역장 유치 사이의 집행순서의 변경도 여기서 말하는 재판의 집행에 관한 검사의 처분에 포함된다(대법원 2001. 8. 23.자 2001모91 결정 참조). 이러한 재판의 집행에 관한 검사의 처분에 대하여는 그 재판을 선고한 법원에 대한 이의신청과 그에 대하여 내려진 결정에 대한 즉시항고라고 하는 특별한 불복신청절차가 형사소송법에 규정(제489조, 제491조)되어 있으므로, 검사가 한 징역형과 노역장 유치의 집행순서 변경의 위법 등의 하자를 이유로 그 효력을 다투기 위해서는 이러한 이의신청과 그 결정에 대한 즉시항고의 절차에 의하여야 한다(여기에서 형사소송법 제489조에 정해진 ‘재판을 선고한 법원’이란 집행하여야 할 형을 선고한 법원을 말한다.). 그러하지 아니하고 그러한 절차 외에 나아가 행정소송법에 의하여 징역형과 노역장 유치 사이의 집행순서 변경을 다투는 것은 결국 실질적으로는 행정소송을 가지고 형사판결의 취소변경을 구하는 것으로 귀결되므로 이러한 형태의 소송은 허용되지 아니한다(대법원 1956. 12. 14. 선고 4289행상 122 판결 참조). 따라서 이 사건 소는 부적법하다.²⁵⁾」

2. 대상결정 1의 상황에서 신청인의 구제방법

(1) 검사의 재처분 의무에 의한 해결 가부

대상결정 1의 신청인은 이 사건 결정(부산지방검찰청 서부지청 검사가 2021. 8. 10.에 ‘이 사건 신청은 4,750만 원의 고액벌금이 선고된 사안에 관한 것이므로 형집행순서를 변경하는 것이 부적절하다.’는 이유로 한 형집행순서 변경 불허결정)을 취소하라는 법원의 결정을 받았다. 그러나 신청인에 대한 징역형의 형기종료일은 2022. 5. 25.인데, 2심의 결정일은 2022. 5. 4.이고, 2심 결정에 대하여 검사가 재항고하여 2022. 8. 29.에야 대법원에서 검사의 재항고를 기각하였다. 그러는 동안 징역형의 형기종료일인 위 2022. 5. 25.는 경과했고, 결국 신청인은 위 취소에도 불구하고 ‘형집행순서 변경’이라는 궁극적인 목표를 이루지 못하였다.

이에 대한 신청인의 구제방법에는 어떠한 것이 있을지 생각할 가치가 있다. 헌행법과 대법원의 판례를 기준으로 보자면, 행정소송법 제30조는 “제30조(취소판결등의 기속력) ① 처분등을 취소하는 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다. ② 판결에 의하여 취소되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다. ③ 제2항의 규정은 신청에 따른 처분이 절차의 위법을 이유로 취소되는 경우에 준용한다.”고 규정되어 있고, 위 제30조 제2항에서 명시적으로 행정청에 판결의 취지에 따른 재처분 의무를 부과하고 있다. 즉 행정청의 거부처분을 취소하는 판결이 확정된 경우에는 처분을 행한 행정청이 판결의 취지에 따라 이전 신청에 대하여 재처분을 할 의무가 있다.

그러나 확정판결의 당사자인 처분 행정청은 종전 처분 후에 발생한 새로운 사유를 내세워 다시 거부처분을 할 수 있다(대법원 2011. 10. 27. 선고 2011두14401 판결, 부산고등법원 2023. 3. 31.자 2023로5 결정 등 참조). 또한 처분 이후는 물론 처분 당시 이미 존재하고 있었던 사실이라도 확정판결에서 위법

25) 결국 서울고등법원 2016. 8. 26. 선고 2016누36125 판결은, 본안에 들어가 원고의 청구를 배척한 제1심판결을 취소하고, 소를 각하하였다.

한 것으로 인정한 처분사유와는 다른 사유라면 이를 근거로 다시 거부처분을 할 수 있으며, 행정처분의 적법 여부는 그 행정처분이 행하여 진 때의 법령과 사실을 기준으로 하여 판단하는 것이므로 거부처분 후에 법령이 개정·시행된 경우에는 개정된 법령 및 허가기준을 새로운 사유로 들어 다시 이전의 신청에 대한 거부처분을 할 수 있고, 그러한 처분도 위 제30조 제2항에 규정된 재처분에 해당된다(대법원 2010. 10. 14. 선고 2010두12538 판결 등 참조).²⁶⁾

즉 대상결정 1의 신청인의 경우, ‘이 사건 결정’의 효력은 사라졌지만 그 것으로 검사의 ‘형집행 순서 변경’ 결정이 바로 의제되는 것은 아니고, ‘형집행 순서 변경’을 위해서는 검사의 ‘형집행 순서 변경’ 처분이 추가로 있어야 한다. 그러나 대상결정 1의 사건에서는 검사의 ‘형집행 순서 변경’ 처분이 있기 전에 신청인에 대한 징역형의 형기종료일이 경과하였고, 결국 ‘변경해 줄 징역형이 없는 상태’에 이르렀다. 즉 대상결정 1의 신청인에 대한 ‘형집행 순서 변경’은 원천적으로 불가능해진 것으로 보인다.

한편 대법원은 형사소송법 제489조에 의한 이의신청 관련하여, “형사소송법 제489조에 의한 이의신청은 재판의 집행에 관한 검사의 처분을 시정하기 위한 것으로서 이미 재판의 집행이 종료된 후에는 이의신청의 실익이 없어 허용되지 않는다.”는 취지로 판시하였는바 이상의 논의와 같은 취지로 보인다(대법원 1992. 12. 28. 자 92모39 결정 등 참조).

그리고, 대상결정 1의 신청인은, 징역형의 집행이 2022. 5. 25. 이미 종료되었고, 현재 노역장 유치가 집행 중인 2022. 11. 30. 새로운 ‘재판의 집행에 관한 이의신청’을 하였으나, 1심 법원은 위 대법원 1992. 12. 28. 자 92모39 결정을 제시한 후, “형사소송법 제462조, 제492조, 자유형등에 관한 검찰집행사무규칙 제38조, 제39조 등 관련 법령은 자유형과 노역장 유치의 각 집행을 명확하게 구분하고 있다.”, “위에서 본 것처럼 징역형과 노역장 유치의 각 집행을 명확하게 구분하고 있으므로, 이미 신청인에 대하여 종료된 징역형의 집행을 신청인에 대한 노역장 유치가 집행된 것으로 볼 수 없다.”, “또한 신청인은 검사가 신청인에 대하여 형집행순서 변경불허결정을 한 2021.

26) 법원행정처, 법원실무제요 행정, 박영사, 2016, 388-389면 참조.

8. 10.으로 소급하여 형집행순서가 변경되므로 그 때부터는 징역형이 아닌 노역장 유치가 집행된 것으로 보아야 한다고도 주장하지만, 이미 징역형이 집행된 것을 소급하여 노역장 유치의 집행으로 볼 수도 없다.”, “결국 징역형의 집행에 앞서 노역장 유치의 집행을 먼저 하도록 형집행순서를 변경해 달라는 취지의 이 사건 이의신청은 변경의 대상인 징역형의 집행이 이미 종료되어 더 이상 신청의 실익이 없으므로 허용되지 않는다.”는 점 등을 근거로 들어 신청인의 이의신청을 기각하였다(부산지방법원 서부지원 2023. 1. 5. 자 2022초기1688 결정). 앞에서 살펴본 대로 이는 현 상황으로서는 어쩔 수 없는 판단인 것으로 보인다.

위 부산지방법원 서부지원 2022초기1688 결정에 대하여 신청인이 항고하였고(2023. 1. 27. 부산고등법원에 접수), 항고이유로 “부산고등법원 2022. 5. 4. 자 2022로7 결정에 따라 신청인이 2021. 8. 10.부터 벌금형의 노역장 집행을 한 것으로 변경 처리되어야 한다.”는 주장을 하였다. 이에 대하여 부산고등법원은 “검사는 부산고등법원 2022로7 결정 취지에 따라 이전의 신청에 대하여 재처분할 의무가 있지만, 종전의 형집행순서변경 불허 결정 이후 발생한 새로운 사유를 내세워 다시 불허 결정을 할 수 있는 것이다. 따라서 이 법원 2022. 5. 4. 자 2022로7 결정 그 자체로 신청인이 2021. 8. 10.부터 벌금형의 노역형을 집행한 것으로 볼 수는 없다.”는 전제로, 위 대법원 92도39 결정 등을 들며, “신청인에 대한 징역형의 집행이 2022. 5. 25.에 종료되었기에 그 형집행순서변경 불허 결정에 대한 이의신청은 실익이 없어서 허용되지 않는다.”는 취지로 항고를 기각했다(부산고등법원 2023. 3. 31. 자 2023로5 결정).

이에 대하여 신청인이 대법원에 재항고하여 대법원 2023도1005로 계속 중이다(2023. 4. 19. 대법원에 접수).

(2) 국가배상 등 손해배상에 의한 해결 가부

대상결정 1의 신청인은 국가나 처분을 한 검사를 상대로 손해배상을 구할 여지는 있다.

그러나 국가배상법 제2조 등의 손해배상 책임을 묻기 위해서는 고의 또

는 과실이 있어야 하는데, 대상결정 1의 1심은 검사의 처분을 정당하다고 인정하기도 하였고, 이 사건 결정이 이에 해당하는지의 당부를 떠나서 대검찰청의 형집행순서 변경 업무처리지침에 ‘고액벌금미납자가 벌금 납부를 회피하기 위한 수단으로 악용하는 것으로 보이는 경우’도 형집행순서 변경 신청을 불허할 수 있다고 규정되어있는데, 신청인이 선고받은 벌금액수가 상당히 고액(4,750만 원)이었던 점 등을 고려하면, 관련 기록 등 자료들을 보아야 알 수 있겠지만, 처분한 검사 내지 판사에게 고의 또는 과실이 인정될지 여부가 불명확하다.

IX. 결 론

이 글에서는 자유형과 노역장 유치의 집행 순서에 대하여 논의의 실익, 관련 조문의 연혁 및 관련 법령 내지 지침, 노역장 유치를 자유형집행보다 먼저 하는 것이 유리한 경우에 대한 법원 판단, 노역장 유치를 자유형집행보다 후에 하는 것이 유리한 경우에 대한 법원 판단, 어떤 견해가 타당한지에 대한 검토 등에 대하여 실시하였고, 개선안(개정안)도 제시해 보았다.

이 중 핵심 위주로 간략히 말하자면 아래와 같다.

최근 자유형의 집행과 노역장 유치의 집행 순서와 관련하여, 간혹 그 순서 변경의 가부 내지 당부가 문제되고 있는데, 가석방의 기회 등을 고려할 때 노역장 유치를 자유형집행보다 먼저 하는 것이 수형자에게 유리한 경우가 있고, 누범 기간이나 집행유예 결격 기간 등 관련하여 그러한 것이 수형자에게 불리한 경우가 있다. 즉 자유형과 노역장 유치의 집행 순서는 수형자에게 실질적인 이익 내지 불이익을 준다.

이와 관련하여 법원의 판단들이 있고, 원칙적 허용설, 예외적 허용설, 내재적 한계설 등 여러 견해가 있다. 이 중 법조문의 내용, 법적 안정성, 예측가능성, 인권보호의 중요성 등에 비추어 볼 때 ‘특별한 사정이 없는 한 수형자의 의사에 반하여 노역장 유치를 먼저 집행하는 것은 검사의 형집행순서의 변경권의 내재적 한계를 벗어나는 것’으로 보는 ‘내재적 한계설’이 타당하다.

수형자의 의사에 반하여 노역장 유치를 먼저 집행할 수 있는 ‘특별한 사정’에 대하여 보건대, ‘수형자의 의사에 따를 경우 하나 이상의 형의 시효 완성이 우려되는 경우’에는 수형자의 의사를 받아들일 수 없을 것이다.

한편, 형집행순서 변경의 효력에 대하여 법원의 해석도 갈릴 수 있고, 이는 수형자에게 굉장히 중요한 문제가 될 수도 있기에 형사소송법에 명확하게 규정하는 것이 필요하다.

형집행순서는 누범 기간, 집행유예 결격 기간, 가석방 요건, 형기 내지 노역 종료일 등과 관련하여 수형자에게 큰 영향을 미칠 수 있기에 원칙적으로 수형자의 의사에 따른 형집행순서 변경이 이루어지도록 하되, 수형자의 변경권 행사 횟수를 제한하고, ‘수형자의 의사에 따를 경우 하나 이상의 형의 시효 완성이 우려되는 경우’와 이에 준하는 경우에는 수형자의 의사에 따르지 않는 것으로 규정하면 될 것이다. 그리고 수형자가 형집행순서 변경권을 행사하기 전에 그 행사시의 유·불리를 서면으로 고지해야 수형자, 형집행기관, 수사기관, 법원 등 모두의 예측가능성이 충실하게 담보될 것이다.

이상의 논의가 형집행순서, 자유형과 노역장 유치의 집행 순서의 바람직한 정립에 미약하나마 도움이 되기를 기원하며 이 글을 마무리한다.

형집행 순서에 대한 소고 - 자유형과 노역장 유치의 집행 순서를 중심으로 - 김 환 권	수령 날짜	심사개시일	계재결정일
	2023.04.20.	2023.06.05.	2023.06.26.

[참고문헌]

1. 문헌

- 강영철, ‘재산형 <벌금>의 문제점과 노역장 유치의 개선방안’, 교정연구 제40호, 한국교정학회, 2008.
- 김현숙, ‘재산형과 노역장 유치 집행절차에 대한 소고’, 형사정책 제26권 제3호, 한국형사정책학회, 2014.
- 김희옥 · 박일환, ‘주석 형사소송법(5판)’, 한국사법행정학회, 2017. 11.
- 박기석, ‘벌금형 개선방안’, 형사정책 제12권 제2호, 한국형사정책학회, 2000.
- 박영규, ‘현행 가석방제도의 개선방안’, 교정연구 제62호, 한국교정학회, 2014.
- 박학모 · 필러 · 야버스, ‘형사집행절차상 사법심사 방안에 관한 연구’, 한국형사정책연구원, 2011.
- 법무부 형사법제과 발간 일본 형사소송법 · 규칙(번역본 포함, 2009. 12. 발간)
(<http://mojhome.moj.go.kr/bbs/moj/174/423256/artclView.do>)
- 법무연수원, ‘2021 범죄백서’, 2022.
- 법원행정처, ‘법원실무제요 행정’, 박영사, 2016.
- 사법연수원, ‘법원실무제요 형사(Ⅰ, Ⅱ, Ⅲ)’, 경성문화사, 2022.
- 손지영 · 김주식, ‘압수 · 수색 절차의 개선방안에 관한 연구’, 대법원 사법정책연구원, 2016.
- 신동운, ‘제정형사소송법의 성립경위’, 형사법연구 제22호, 한국형사법학회, 2004.
- 이기현 · 최병각, ‘노역장 유치제도에 관한 연구’, 한국형사정책연구원, 1997.
- 인하대학교 산학협력단, ‘압수·수색 관련 판례의 태도 및 외국 증거법제 도입가능성 연구’, 대검찰청 연구용역보고서, 2014.
- 정영석 · 신양균, ‘형사정책’, 법문사, 1999.
- 정승환, ‘형벌집행에 대한 법관의 통제와 형집행법원의 필요성’, 형사법연구 제22호, 한국형사법학회, 2004.
- 최병각, ‘노역장 유치의 실제와 양형’, 형사정책 제12호 제2권, 동성사, 2000.
- 한국형사정책연구원, ‘형사소송법제정자료집’, 한국형사정책연구원, 1990.
- 한영수, ‘행형과 형사사법’, 세창출판사, 2000.

2. 웹사이트

- 국회정보시스템(입법통합지식관리시스템)(<http://likms.assembly.go.kr/>)
- 법제처 세계법제정보
(https://world.moleg.go.kr/web/wli/lgsInfoReadPage.do?A=A&searchType=all&searchText=%25ED%2598%2595%25EC%2582%25AC%25EC%2586%258C%25EC%2586%25A1%25EB%25B2%2595&searchPageRowCnt=10&searchNtnlCls=1&searchNtnl=JP&pageIndex=1&CTS_SEQ=3437&AST_SEQ=2601)
- 일본 법령 사이트(형사소송법)
(<https://elaws.e-gov.go.jp/document?lawid=323AC0000000131>)

【국문초록】

최근 자유형의 집행과 노역장 유치의 집행 순서와 관련하여, 간혹 그 순서 변경의 가부 내지 당부가 문제되고 있는데, 가석방의 기회 등을 고려할 때 노역장 유치를 자유형집행보다 먼저 하는 것이 수형자에게 유리한 경우가 있고, 누범 기간이나 집행유예 결격 기간 등 관련하여 그러한 것이 수형자에게 불리한 경우가 있다. 즉 자유형과 노역장 유치의 집행 순서는 수형자에게 실질적인 이익 내지 불이익을 준다.

이와 관련하여 법원의 판단들이 있고, 원칙적 허용설, 예외적 허용설, 내재적 한계설 등 여러 견해가 있다. 이 중 법조문의 내용, 법적 안정성, 예측가능성, 인권보호의 중요성 등에 비추어 볼 때 ‘특별한 사정이 없는 한 수형자의 의사에 반하여 노역장 유치를 먼저 집행하는 것은 검사의 형집행순서의 변경권의 내재적 한계를 벗어나는 것’으로 보는 ‘내재적 한계설’이 타당하다. 수형자의 의사에 반하여 노역장 유치를 먼저 집행할 수 있는 ‘특별한 사정’에 대하여 보전대, ‘수형자의 의사에 따를 경우 하나 이상의 형의 시효 완성이 우려되는 경우’에는 수형자의 의사를 받아들일 수 없을 것이다.

한편, 형집행순서 변경의 효력에 대하여 법원의 해석도 갈릴 수 있고, 이는 수형자에게 굉장히 중요한 문제가 될 수도 있기에 형사소송법에 명확하게 규정하는 것이 필요하다.

형집행순서는 누범 기간, 집행유예 결격 기간, 가석방 요건, 형기 내지 노역 종료일 등과 관련하여 수형자에게 큰 영향을 미칠 수 있기에 원칙적으로 수형자의 의사에 따른 형집행순서 변경이 이루어지도록 하되, 수형자의 변경권 행사 횟수를 제한하고, ‘수형자의 의사에 따를 경우 하나 이상의 형의 시효 완성이 우려되는 경우’와 ‘이에 준하는 경우’에는 수형자의 의사에 따르지 않는 것으로 규정하면 될 것이다. 그리고 수형자가 형집행순서 변경권을 행사하기 전에 그 행사시의 유·불리를 서면으로 고지해야 수형자, 형집행기관, 수사기관, 법원 등 모두의 예측가능성이 충실하게 담보될 것이다 (본문에 구체적 개정안 존재).

【Abstract】

A report on the order of execution

- Focusing on the order of execution of imprisonment and confinement of workhouse -

Kim Hwangwan

(Ph. D. in Law, Judge, Cheongju District Court)

Recently, the possibility of changing the order of execution of imprisonment and confinement of workhouse has become a problem. Considering the opportunity for parole, it may be advantageous for a sentenced person to detain a workhouse prior to the execution of imprisonment. And, in relation to the period of repeated crimes or the period of probation, such things may be disadvantageous to the sentenced person. In other words, the order of execution of execution of imprisonment and workhouse confinement gives practical benefits or disadvantages to prisoners.

There are court judgments in this regard. And, there are various views, such as the view of allowing it in principle, the view of allowing it as an exception, and the view that there are internal limitations. In light of the content of the legal text, legal stability, predictability, and importance of human rights protection, it is reasonable to view that there are internal limitations(unless there are special circumstances, it is beyond the internal limitation of the right to change the order of execution of the prosecutor). In the above 'special circumstances', there will be 'when there is concern about the completion of the prescription'.

On the other hand, the court's interpretation of the effect of changing the order of execution of the sentence may also be divided. And this could be a very important issue for a prisoner. Therefore, it is necessary to clearly stipulate in the Criminal Procedure Law.

As described above, the order of execution of the sentence can have a great influence on the sentenced person, so in principle, the order of execution of the sentence should be changed according to the intention of the sentenced person. However, it is desirable to limit the number of times prisoners exercise their right to change. And, it is desirable to stipulate that the prisoner's intention is not followed in cases where there is a concern about the completion of the prescription period and cases corresponding thereto. In addition, it is desirable for the sentenced person to notify the advantages and disadvantages of the exercise before exercising the right to change the order of execution. Only then will the predictability of all, including prisoners, sentence enforcement agencies, investigation agencies, and courts, be faithfully guaranteed(specific amendments are presented in the text).

주제어(Keyword) : 형집행(Execution), 형집행순서(Order of execution), 형집행순서 변경(Changing the order of execution), 형집행순서 변경에 관한 개정안(Amendments about changing the order of execution), 노역장 유치(Confinement of workhouse), 자유형(Execution of imprisonment)

개정된 개인정보보호법상 개인정보의 국외이전에 관한 규정의 분석: GDPR을 참조하여*

박 노 형**

▶ 목 차 ◀

- | | |
|---|------------------------------------|
| I. 서론 | IV. 개인정보의 국외 재이전 |
| II. 개인정보의 국외이전 금지 | V. 개인정보의 국외이전에 필요한
보호조치 등 |
| III. 개인정보의 국외이전 허용 | VI. 개인정보의 국외이전에 관한
계약 체결 |
| 1. 정보주체로부터 별도의 동의
를 받은 경우 | VII. 개인정보의 국외이전 중지명령 |
| 2. 법률 또는 조약에 특별한 규
정이 있는 경우 | VIII. 상호주의 원칙 |
| 3. 정보주체와의 계약의 체결
및 이행에 필요한 경우 | IX. 한국이 참여한 개인정보 국외
이전에 관한 국제체제 |
| 4. 보호위원회가 정하여 고시하
는 인증을 받은 경우 | 1. APEC CBPR체제 |
| 5. 보호위원회가 개인정보보호
수준의 적정성을 인정하는
경우 | 2. RCEP 등 통상조약 |
| | X. 결론 |

* 이 논문은 고려대학교 법학전문대학원 석탑연구비 지원을 받아 작성되었다.

** 고려대학교 법학전문대학원 교수. 본 논문 작성 과정에서 자료 수집과 각주 작업 등을 도와준 고려대학교 석사과정 정숙현 학생에게 감사를 표한다.

I. 서론

오늘날 세계화 시대에서 국경을 넘나드는 개인정보의 이동은 글로벌 비즈니스 및 국제무역과 국가 간 협력의 확대에 있어 중추적인 역할을 담당하고 있다. 개인정보의 국외이전은 해외 여러 국가에 지사를 두거나 사업 특성상 국제거래가 높은 비중을 차지하는 기업 차원에서 이루어지는데, 이때 이전하는 국가의 법이 국외이전을 어떻게 규제하는지에 따라 국제거래 활동의 성패가 달려있어 기업인 개인정보처리자는 관련 규정에 민감하게 반응할 수밖에 없다. 예컨대, 최근 유럽연합(European Union, 이하 ‘EU’)이 미국으로의 EU 시민의 개인정보 이전과 관련하여 미국 기업 Meta에 과징금을 부과하면서 향후 EU에서 Meta 등 미국 기업의 사업 활동 가능성이 불투명해지고 있다. EU사법법원이 2015년과 2020년 결정에서 Safe Harbour와 Privacy Shield 체제에 대한 유럽위원회의 적정성 결정(adequacy decision)을 무효라고 판단함에 따라 Meta는 표준계약조항(standard contractual clauses, SCCs)을 통해 개인정보를 이전받아 오고 있었다.¹⁾ 그러나 이마저도 2022년 7월 아일랜드 개인정보보호위원회(Data Protection Commission, 이하 ‘아일랜드 DPC’)의 결정 초안 및 2023년 4월 유럽개인정보보호이사회(European Data Protection Board, 이하 ‘EDPB’)의 결정에 따라 미국으로 개인정보 역외이전이 중지될 처지에 있었고, 결국 2023년 5월 22일 아일랜드 DPC는 EU의 개인정보보호법인 「개인정보보호일반규칙」(General Data Protection Regulation, 이하 ‘GDPR’) 관련 사상 최대 금액인 12억 유로(한화 1조 7천억 원)의 과징금 부과 및 향후 5개월 이내에 EU로부터 미국으로 개인정보 역외이전 금지, 그리고 6개월 이내 미국 내 관련 개인정보 저장과 처리의 중단 처분을 결정하였다.²⁾ 유럽위원회가 미국과 협상 중

1) EU사법법원은 위 두 체제가 EU에서 요구되는 개인정보보호의 동등한 수준을 충족하지 않는다고 보았다. 다음의 두 판결 참조. Case C-362/14, Maximilian Schrems v. Data Protection Commissioner, ECLI:EU:C:2015:650 (Oct. 6, 2016) (이하 ‘Case C-362/14’); Case C-311/18, Data Protection Commissioner v. Facebook Ireland Limited and Maximilian Schrems, ECLI:EU:C:2020:559 (July 16, 2020) (이하 ‘Case C-311/18’).

인 새로운 적정성 결정에 해당하는 ‘대서양 양안 정보프라이버시 프레임워크 (Trans-Atlantic Data Privacy Framework)’를 아일랜드 DPC의 결정 발효 전에 채택하지 않는 이상 Meta는 유럽에서 사업을 지속할 가능성이 매우 낮은 상황이다.³⁾

Meta의 사례는 비단 EU만의 문제가 아니다. 우리나라 역시 EU와 마찬가지로 다수의 해외 기업들이 국내에 진출하여 사업을 수행하고 있으며, 이들의 경제활동 촉진을 통한 내수 창출의 효과를 고려했을 때 한국 개인정보 보호법(이하 ‘이 법’ 또는 ‘법’)이 산업·경제적 가치와 정보주체의 권리 보호의 균형을 취해야 하는 문제는 동일하기 때문이다. 그런 점에서 이 법이 국외이전을 어떤 방식으로 규제하고 있는지 검토하는 것은 시의적인 연구라 할 수 있다. 이 법은 개인정보 국외이전의 경우 원래 개인정보의 제3자 제공

-
- 2) 아일랜드 DPC의 과징금 부과와 추가적 조치의 결정 초안에 대하여 일부 회원국 감독당국이 이의를 제기하자 EDPB가 GDPR 제65조에 따른 구속력 있는 결정을 내렸다. EDPB, EDPB resolves dispute on transfers by Meta and creates task force on Chat GPT (Apr. 13, 2023, 접속일자: 2023.5.20. 17:15), https://edpb.europa.eu/news/news/2023/edpb-resolves-dispute-transfers-meta-and-creates-task-force-chat-gpt_da; Data Protection Commission, Data Protection Commission announces conclusion of inquiry into Meta Ireland (22nd May 2023, 접속일자: 2023.5.25. 12:09), <https://www.dataprotection.ie/en/news-media/press-releases/Data-Protection-Commission-announces-conclusion-of-inquiry-into-Meta-Ireland>. GDPR에 관하여 박노형 외 8인, EU개인정보보호법-GDPR을 중심으로-, 박영사(2017) 참조.
- 3) 2022년 3월 25일 EU와 미국이 Privacy Shield 체제의 대체수단으로서 동 프레임워크를 채택하기로 합의하였다. 동 프레임워크의 실행을 위하여 동년 10월 7일 미국 바이든 대통령이 ‘미국의 신호정보활동의 안전장치를 개선하는 행정명령 14086 (Executive Order on Enhancing Safeguards for United States Signals Intelligence Activities)’에 서명하였다. The White House, Executive Order on Enhancing Safeguards for United States Signals Intelligence Activities (Oct. 7, 2022, 접속일자: 2023.5.20. 17:13), <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2022/10/07/executive-order-on-enhancing-safeguards-for-united-states-signals-intelligence-activities/>. 2023년 5월 11일 유럽의회는 동 행정명령이 미국의 대규모 정보 수집으로부터 유럽 시민의 보호에 충분한 안전장치를 제공하지 못한다는 EDPB의 의견에 동조하면서 유럽위원회에게 미국과 재협상하도록 촉구하는 구속력 없는 결의를 채택하였다. European Parliament, Adequacy of the protection afforded by the EU-US. Data Privacy Framework, P9_TA(2023)0204 (May 11, 2023); EDPB, Opinion 5/2023 on the European Commission Draft Implementing Decision on the adequate protection of personal data under the EU-US Data Privacy Framework (Feb. 28, 2023) (이하 ‘EDPB Opinion 5/2023’).

에 관한 법 제17조 제3항에서 이를 단순하게 규정하는 방식으로 규제해오고 있었다. 이후 소위 ‘데이터 3법 개정’에 따라 2020년 2월 4일 개정에서 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」(이하 ‘정보통신망법’)의 개인정보 국외이전에 관한 규정을 이 법에 통합하였다. 이후 2023년 3월 14일 개정에서 개인정보의 처리에 관한 제3장에 개인정보의 국외이전에 관한 제4절을 신설하였다.⁴⁾ 신설된 제4절은 개인정보의 국외이전에 관한 법 제28조의8, 개인정보의 국외이전 중지명령에 관한 법 제28조의9, 상호주의에 관한 법 제28조의10 및 국외 재이전의 경우 개인정보 국외이전에 관한 규정의 준용에 관한 법 제28조의11의 네 개 조문으로 구성된다.

2023년 3월 14일 신설된 법 제3장 제4절은 원래의 법 제17조 제3항 대신에 2020년 2월 4일 개정에서 법 제39조의12로 통합된 정보통신망법의 정보통신서비스제공자등의 이용자 개인정보의 국외이전에 관한 규정을 기반으로 한다.⁵⁾ 원래 국외이전은 정보주체 또는 정보통신서비스 이용자의 동의를 얻어 허용되었는데, 이번 개정으로 정보주체의 별도의 동의를 포함한 다양한 법적 근거를 통한 국외이전이 허용된다. 법 제28조의8 제1항부터 제5항에서 규정한 사항 외에 개인정보 국외이전의 기준 및 절차 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.⁶⁾ 이와 관련하여, 이 법은 정부가 국제적 환경에서 개인정보보호 수준을 향상시키기 위하여 필요한 시책을 마련하고, 개인정보 국외이전으로 인하여 정보주체의 권리가 침해되지 아니하도록 관련 시책을 마련하도록 요구한다.⁷⁾ 특히 개인정보보호위원회(이하 ‘보호위원회’)

4) 2023년 3월 14일 개정으로 신설된 법 제3장 제4절은 2023년 9월 15일 시행된다. 2023년 5월 19일 이 법의 개정에 따른 시행령 일부 개정령(안)이 입법예고 되었다.

5) 2023년 3월 14일 개정으로 개인정보의 국외 제3자 제공에 관한 법 제17조 제3항은 삭제되었다. 법 제17조 제3항은 개인정보처리자의 개인정보의 국외 제3자 제공을 규정하였는데, 역시 삭제된 법 제39조의12는 정보통신서비스 제공자등의 이용자 개인정보의 조회를 포함한 제공, 처리위탁과 보관을 포함한 점에서 일반 개인정보처리자의 개인정보의 국외 제3자 제공의 경우보다 포괄적이었다. 원래 정보통신망법은 정보통신서비스 제공자등의 이용자 개인정보의 국외이전에 관하여 제63조에서 규정하였다. 정보통신서비스, 정보통신서비스 제공자 및 이용자의 정의는 각각 정보통신망법 제2조 제2호, 제3호 및 제4호 참조.

6) 법 제28조의8 제6항.

7) 법 제14조 제1항 및 제2항.

는 개인정보보호를 위한 국제기구 및 외국의 개인정보 보호기구와의 교류·협력을 수행하고 있다.⁸⁾ 이 법의 2023년 3월 14일 개정으로 보호위원회는 개인정보 국외이전 정책의 전문적인 검토와 심의를 위하여 개인정보보호 관련 전문가 등으로 구성된 ‘국외이전 분야 전문위원회(이하 ‘국외이전전문위원회’)'를 둔다.⁹⁾

종래 국외 제3자 제공 등 국외이전이 정보주체나 정보통신서비스 이용자의 동의를 기반으로 극히 제한적으로 허용되었던 점에서 이 법은 개인정보를 포함한 ‘정보의 무역(trade in data)’ 내지 ‘정보의 이동(data flow/transfer)’의 자유에 기반한 디지털통상의 발전이라는 국제적 흐름에 부응하지 못하였다. 따라서 이번 개정으로 이 법이 개인정보의 국외이전을 위한 다양한 법적 장치를 마련한 것은 긍정적으로 평가해야 할 것이다. 그럼에도 불구하고, 아래에서 검토되듯이, 이번에 개정된 국외이전에 관한 규정은 GDPR의 상응하는 규정과 비교할 때 보다 과감하게 더 개선될 필요가 있다.¹⁰⁾ 물론 이 법의 개인정보 국외이전에 관한 규정의 개정과 함께 한국의 APEC CBPR체제와 글로벌 CBPR체제 가입 및 EU의 한국에 대한 적정성 결정 등으로 한국의 국경 간 개인정보 이동을 통한 디지털통상이 크게 성장할 것으로 기대된다.

8) 법 제7조의8 제5호.

9) 2023년 5월 19일 입법예고된 영(안) 제29조의9 제1항.

10) GDPR은 제44조(이전의 일반원칙), 제45조(적정성 결정에 근거한 이전), 제46조(적절한 안전장치에 따른 이전), 제47조(구속력 있는 기업규칙), 제48조(EU법으로 허가되지 않은 이전 또는 공개), 제49조(특정 상황을 위한 일탈), 및 제50조(개인정보보호를 위한 국제협력)로 구성된 제5장에서 제3국 또는 국제기구로 개인정보 이전에 관하여 포괄적으로 규정한다. GDPR 제5장은 제3조 제2항에 따른 GDPR의 역외적용의 경우에도 적용된다. 즉, EU 역외에 설립된 컨트롤러와 프로세서는 개인정보를 제3국 또는 국제기구로 이전할 때 GDPR 제5장의 적용을 받는다. EDPB, Guidelines 05/2021 on the Interplay between the application of Article 3 and the provisions on international transfers as per Chapter V of the GDPR (Nov. 18, 2021), paras. 3, 9 (이하 ‘EDPB Guidelines 05/2021’).

II. 개인정보의 국외이전 금지

개인정보처리자는 원칙적으로 개인정보를 국외로 제공, 처리위탁 및 보관하여서는 아니 된다.¹¹⁾ 개인정보의 국외이전은 개인정보가 조회되는 경우를 포함한 국외 제공, 국외 처리위탁 및 국외 보관을 의미한다.¹²⁾ 이렇게 개인정보 국외이전을 원칙적으로 금지하는 것은 국내에서보다 개인정보보호 수준이 낮은 국외에서 수행되는 개인정보 처리에 관하여 국내 정보주체를 보호하기 위한 것이다.

개인정보 국외이전은 개인정보처리자가 개인정보를 국외, 즉 한국 영토 밖으로 이전하는 것을 의미할 것이다.¹³⁾ 이 법이 ‘국외로’ 용어를 사용하여, 국외이전의 상대는 외국 정부나 국제기구로 한정되지 않을 것이다. 다만, 보호위원회가 이 법에 따른 개인정보보호 수준과 실질적으로 동등한 수준을 갖추었다고 인정한 ‘국가 또는 국제기구’에 개인정보 역외이전이 허용된다.¹⁴⁾ 이 경우 보호위원회의 개인정보보호 수준의 적정성 결정의 상대는 외국 또는 국제기구로 한정된다.

개인정보 국외이전의 예로는 국내에서 수집하여 처리하던 고객의 데이터베이스서버를 국외 소재 회사가 관리하거나 국외 자회사 등이 고객센터

11) 법 제28조의8 제1항 본문.

12) 개인정보의 제3자 제공은 공유를 포함하는데, 국외 제3자에 의하여 조회되는 경우는 공유와 유사한 개념으로 볼 수 있다. 법 제17조 제1항 참조. 공유는 조회보다 제3자 제공의 보다 적극적인 유형으로 볼 수 있다. EDPB는 개인정보의 제3국 또는 국제기구로 이전(transfer)이 되는 처리는 다음의 세 가지 누적적 기준을 충족한다고 밝혔다. 첫째, 컨트롤러 또는 프로세서는 해당 처리에 대하여 GDPR의 적용을 받는다. 둘째, 이러한 컨트롤러 또는 프로세서 즉 반출자(exporter)는 개인정보를 다른 컨트롤러, 공동 컨트롤러 또는 프로세서 즉 반입자(importer)에게 전송에 의하여 공개하거나 또는 달리 이용 가능하게 해야 한다. 셋째, 반입자는, [영토적 범위에 관한] 제3조에 따라 해당 처리에 관하여 GDPR의 적용을 받는지 상관 없이, 제3국에 있거나 또는 국제기구이다. EDPB Opinion 5/2023, para. 7.

13) 2023년 3월 14일 개정으로 삭제된 법 제17조 제3항은 개인정보처리자가 개인정보를 ‘국외의 제3자’에게 제공한다고 규정하였다. 개인정보가 특정 국가에 도달하기 전 공해상의 해저케이블에 있는 경우는 이전(transfer)이 아닌 통과(transit)로 본다. Case C-311/18, para. 63.

14) 법 제28조의8 제1항 제5호.

를 운영하면서 국내 고객의 데이터베이스에 접근할 수 있게 하는 경우가 있을 수 있다.¹⁵⁾

Ⅲ. 개인정보의 국외이전 허용

개인정보처리자의 개인정보 국외이전은 원칙적으로 금지되지만, 다음의 다섯 가지 경우에 예외적으로 허용된다. 개인정보처리자는 개인정보 국외이전에 관한 법 제28조의8 제1항에 따른 범위를 초과하여 개인정보를 국외 제3자에게 제공해서는 아니 된다.¹⁶⁾

1. 정보주체로부터 별도의 동의를 받은 경우

개인정보처리자는 정보주체로부터 국외이전에 관한 별도의 동의를 받은 경우 정보주체의 개인정보를 국외로 이전하는 것이 허용된다.¹⁷⁾ 개인정보처리자가 정보주체의 별도의 동의를 받을 때에는 미리 다음 각 호의 사항을 정보주체에게 알려야 한다.¹⁸⁾ 1. 이전되는 개인정보 항목, 2. 개인정보가 이전되는 국가, 시기¹⁹⁾ 및 방법, 3. 개인정보를 이전받는 자의 성명(법인인

15) 국내에 거주하는 대학생이 미국 서점에서 온라인으로 책을 주문하기 위하여 자신의 이름과 주소 등의 개인정보를 해당 서점의 웹사이트에 기입하는 경우, 국내 대학생이 자신의 개인정보를 미국 서점으로 건네준 것은 개인정보의 국외이전이 아니다. 이 경우 개인정보 이전의 주체가 정보주체이지 개인정보처리자가 아니기 때문이다. EDPB Opinion 5/2023, para. 12.

16) 법 제18조 제1항, 법 제28조의8 제4항 및 제28조의9 제1항 제1호 참조. 「금융회사의 정보처리 업무 위탁에 관한 규정」(이하 ‘금융정보처리위탁규정’) 제4조 제5항에 따르면 국내외 정보처리를 위탁받은 자는 정보 처리 과정에서 이전받은 정보를 당초 위탁의 범위를 초과하여 다른 목적으로 활용할 수 없지만, 해당 정보주체의 동의를 얻은 경우는 동意的 범위 내에서 활용할 수 있다.

17) 법 제28조의8 제1항 제1호.

18) 법 제28조의8 제2항.

19) 원래 정보통신서비스 제공자들은 이용자에게 ‘이전일시’를 고지하도록 요구되었다. 2023년 3월 14일 개정으로 삭제된 법 제39조의12 제3항 제2호.

경우에는 그 명칭과 연락처를 말한다.²⁰⁾ 4. 개인정보를 이전받는 자의 개인정보 이용 목적 및 보유·이용 기간, 5. 개인정보의 이전을 거부하는 방법, 절차 및 거부의 효과²¹⁾. 개인정보처리자는 위 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항을 변경하는 경우에는 정보주체에게 알리고 동의를 받아야 한다.²²⁾

이는 GDPR에서 유럽위원회의 적정성 결정과 적절한 안전장치가 없을 경우 정보주체가 가능한 위험을 고지받은 후 명시적으로 개인정보의 역외 이전에 동의한 경우 제3국 또는 국제기구로 개인정보의 역외이전이 허용되는 점과 유사하다.²³⁾ 이러한 역외이전은 공공당국이 자신의 공적 권한의 행사에서 수행되는 활동에 적용되지 않는다.²⁴⁾

2. 법률 또는 조약에 특별한 규정이 있는 경우

개인정보처리자는 법률, 대한민국을 당사자로 하는 조약 또는 그 밖의 국제협정에 개인정보의 국외이전에 관한 특별한 규정이 있는 경우 정보주체의 개인정보를 국외로 이전하는 것이 허용된다.²⁵⁾ 예컨대, 2008년 11월 7일 한국과 미국은 ‘대한민국 정부와 미합중국 정부 간의 범죄 예방과 대처를 위한 협력 증진에 관한 협정’(이하 ‘한미범죄예방협정’)을 체결하였다.²⁶⁾ 동 협정은 테러 등 범죄 행위의 예방과 수사를 위하여 한미 양국간 지문정

20) 원래 정보통신서비스 제공자등은 이용자에게 법인의 ‘정보관리책임자’의 연락처를 고지하도록 요구되었다. 2023년 3월 14일 개정으로 삭제된 법 제39조의12 제3항 제3호.

21) 이 항목은 2023년 3월 14일 개정으로 추가되었다. 개인정보의 국외이전을 위한 정보주체의 별도의 동의를 받기 위하여 알리는 항목인 점에서 ‘동의를 거부할 권리가 있다는 사실 및 동의 거부에 따른 불이익이 있는 경우에는 그 불이익의 내용’이 보다 적확할 것이다. 법 제15조 제2항 제4호 및 제17조 제2항 제5호 참조.

22) 법 제28조의8 제3항.

23) GDPR 제49조 제1항(a).

24) GDPR 제49조 제3항.

25) 법 제28조의8 제1항 제2호.

26) 동 협정의 영문 이름은 ‘Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of the United States of America on Enhancing Cooperation to Prevent and Combat Crime’이다. 동 협정은 2008년 12월 29일 조약 제1930호로 발효되었다. 동 협정은 한국과 미국의 비자면제프로그램(VWP)에 요구되는 한미간 지문정보를 이용한 범죄경력 상호조회 시스템 구축을 위하여 체결되었다.

보를 포함한 개인정보의 자동조회(automated searches) 등을 규정하고, 각 당사국 담당자들이 범죄의 예방과 수사를 위해 지문정보를 비교하여 긍정적 또는 부정적 결과를 획득할 목적으로 자동조회를 수행할 수 있는 권한을 가지고 참고정보에 접근하는 것을 허용한다.²⁷⁾ 또한 테러행위를 포함한 범죄의 예방과 대처를 위하여 양국은 자국 국내법에 따라 개별 사안에서 특정 정황상 정보주체라고 믿을 만하여 필요한 경우 다른 쪽 당사국 담당자들에게 관련 개인정보를 제공할 수 있다.²⁸⁾ 이들 규정은 조약의 ‘개인정보의 국외이전에 관한 특별한 규정’이 된다.

한편, 개인정보처리자는 개인정보의 수집·이용에 관한 법 제15조 제1항에 따른 범위를 초과하여 이용하거나 개인정보의 제3자 제공에 관한 제17조 제1항 및 개인정보의 국외이전에 관한 법 제28조의8 제1항에 따른 범위를 초과하여 제3자에게 제공하는 것이 금지된다.²⁹⁾ 이러한 개인정보의 목적 외 이용·제공의 금지에 대하여 아홉 가지 경우의 예외가 인정되는데, 여기에 조약의 이행이 포함된다. 즉, 조약, 그 밖의 국제협정의 이행을 위하여 외국 정부 또는 국제기구에 제공하기 위하여 필요한 경우 개인정보처리자는 개인정보의 국외이전에 관한 법 제28조의8 제1항에 따른 범위를 초과하여 개인정보를 제3자에게 제공할 수 있다.³⁰⁾ 여기서 조약에 개인정보의 국외이전에 관한 특별한 규정이 없음에도 동 조약의 이행을 위하여 필요한 경우 외

27) 한미범죄예방협정 제4조 제1항. 여기서 조회는 국외 제공 즉 국외이전에 해당한다. 법 제28조의8 제1항 참조.

28) 한미범죄예방협정 제8조 제1항. 다음의 세 가지 유형의 정보주체가 규정되어 있다: 가. 범죄행위를 범하려 하거나 이미 범하였거나, 또는 조직범죄단체나 집단에 가담한 자, 나. 제공 당사국의 국내법에 규정된 범죄행위로서 상대국에서 테러나 테러 관련 행위 또는 상대국에서 테러단체나 협회와 관련된 행위를 범하려 하거나 이미 범한 자, 또는 다. 상대국에서 테러 또는 테러 관련 범죄행위를 저지를 목적으로 나호에 언급된 범죄행위를 범하기 위하여 훈련을 받고 있거나 받은 자. 동 협정의 국문본은 정보주체(data subject)를 ‘정보대상’이라고 번역하고 있다. 제공될 개인정보는 가능한 경우 성, 이름, 종전 이름, 다른 이름, 별명, 철자를 바꾼 이름, 성별, 생년월일, 출생지, 현재와 과거 국적, 여권 번호, 그 밖의 신원확인 서류의 번호, 지문정보와 유죄 판결 또는 관련 상황에 대한 기술을 포함한다. 한미범죄예방협정 제8조 제2항.

29) 법 제18조 제1항.

30) 법 제18조 제2항 제6호.

국정부 또는 국제기구에 대한 개인정보의 목적 외 이용·제공이 허용되는 것이다.

GDPR은 보다 다양하게 조약에 근거한 개인정보 역외이전에 관한 규정을 둔다. 컨트롤러 또는 프로세서에게 개인정보를 이전하거나 공개하도록 요구하는 제3국 법원 또는 법정의 판결 및 행정당국의 결정은 이전이나 공개를 요청하는 제3국과 EU 또는 회원국 사이의 사법공조조약 등 조약에 근거하는 경우에만 인정되거나 집행될 수 있다.³¹⁾ 회원국 소관 감독당국의 허가를 조건으로 집행력 있고 유효한 정보주체 권리를 포함하는 공공당국 또는 기관 사이의 행정약정에 삽입되는 규정은 적절한 안전장치로서 컨트롤러 또는 프로세서는 제3국 또는 국제기구로 개인정보를 이전할 수 있다.³²⁾ 또한, EU와 제3국은 적절한 보호장치를 포함한 개인정보 이전을 규율하는 국제협정을 체결할 수 있다.³³⁾ 회원국들도 GDPR이나 EU법에 영향을 주지 않고 정보주체의 ‘기본권 보호의 적절한 수준’(an appropriate level of protection for the fundamental rights)을 포함하는 한 제3국이나 국제기구에 개인정보 이전을 수반하는 국제협정을 체결할 수 있다.³⁴⁾

3. 정보주체와의 계약의 체결 및 이행에 필요한 경우

개인정보처리자는 정보주체와의 계약의 체결 및 이행을 위하여 개인정보의 처리위탁·보관이 필요한 경우로서 다음의 어느 하나에 해당하는 경우에는 정보주체의 개인정보를 국외로 이전하는 것이 허용된다.³⁵⁾ 이러한 두 가지 경우는 개인정보처리자가 정보주체의 별도의 동의를 받기 위하여 정보주체에게 알리는 사항을 개인정보처리방침에 공개하는 경우, 또는 전자우편 등 대통령령으로 정하는 방법에 따라 개인정보처리자가 정보주체의 별

31) GDPR 제48조.

32) 이러한 행정협정은 국제협정의 성격을 가질 것이다. EDPB Opinion 5/2023, para. 22.

33) GDPR 상설 제102항.

34) GDPR 상설 제102항.

35) 법 제28조의8 제1항 제3호.

도의 동의를 받기 위하여 정보주체에게 알리는 사항을 정보주체에게 알린 경우이다.³⁶⁾

개인정보처리자가 정보주체와의 계약의 체결 및 이행을 위하여 허용되는 개인정보의 국외이전은 조회되는 경우를 포함한 제공이 아닌 개인정보의 처리위탁·보관이 필요한 경우로 한정된다. 한편, 금융회사는 인가 등을 받은 업무를 영위함에 있어서 정보처리가 요구되는 경우 이를 제3자에게 위탁할 수 있다.³⁷⁾ 이렇게 위탁하는 금융회사는 각 관련 법령상의 안전성 확보조치를 충실히 이행하여야 하는데, 개인정보의 고유식별정보는 국외로 이전되지 않도록 해야 한다.³⁸⁾ 민감정보의 처리를 위탁할 경우에는 정보주체에게 금융감독원장이 정하는 방법에 따라 개별 고지해야 한다.³⁹⁾

2023년 3월 14일 개정 전 정보통신서비스 제공자들은 개인정보의 국외이전을 위한 고지사항 모두를 개인정보 처리방침을 통하여 공개하거나 전자우편 등 대통령령으로 정하는 방법에 따라 이용자에게 알린 경우에는 개인정보 처리위탁·보관에 따른 동의절차를 거치지 아니할 수 있었다.⁴⁰⁾ 그러나 이번 개정으로 개인정보 처리위탁·보관의 경우 정보주체의 동의 없는 개인정보 국외이전은 정보주체와의 계약의 체결 및 이행을 위하여 필요한 경우로 한정되어 허용된다.⁴¹⁾

36) 각각 법 제28조의8 제1항 제3호 가목 및 나목. 개인정보 처리방침의 수립 및 공개는 법 제30조 참조. 전자우편 등 대통령령으로 정하는 방법은 서면 등의 방법을 말한다. 2023년 5월 19일 입법예고된 영(안) 제29조의7.

37) 금융정보처리위탁규정 제4조 제1항.

38) 금융정보처리위탁규정 제5조 제1항.

39) 금융정보처리위탁규정 제5조 제2항.

40) 2023년 3월 14일 개정으로 삭제된 법 제39조의12 제2항 단서. 개인정보의 국외 처리위탁과 보관의 경우 이용자의 동의 절차를 거치지 않을 수 있게 한 것은 개인정보의 처리위탁이나 보관으로 이용자 개인정보의 수집 목적과 다른 개인정보 처리가 기대되지 않기 때문이었을 것이다. 정보통신망법 제63조 제2항은 2020년 2월 4일 개정으로 법 제39조의12 제2항 단서로 변경되었다.

41) 틱톡이 국내 이용자의 개인정보를 국외에 이전하면서 국외이전에 따른 법령상 고지사항을 이용자에게 알리고 동의를 받거나, 정보통신서비스 제공에 관한 계약 이행 및 이용자 편의 증진 등을 위해 개인정보 처리방침에 공개하거나, 전자우편·서면·모사전송·전화 등의 방법에 따라 이용자에게 알리지 않은 행위는 정보통신망법 제63조 제2항 단서를 위반한 것이라고 판단되었다. 방송통신위원회 심의·의결(안전번호 제

GDPR에서는 유럽위원회의 적정성 결정과 적절한 안전장치가 없을 경우 정보주체와 컨트롤러 사이의 계약의 이행 또는 정보주체의 요청으로 취해진 계약 전 조치의 이행을 위해 이전이 필요한 경우 제3국 또는 국제기구로의 역외이전이 허용된다.⁴²⁾ 이러한 역외이전은 공공당국이 자신의 공적 권한의 행사에서 수행되는 활동에 적용되지 않는다.⁴³⁾

4. 보호위원회가 정하여 고시하는 인증을 받은 경우

개인정보를 이전받는 자가 개인정보 보호인증 등 보호위원회가 정하여 고시하는 인증을 받은 경우로서 다음의 조치를 모두 다한 경우 개인정보처리자는 정보주체의 개인정보를 국외로 이전하는 것이 허용된다.⁴⁴⁾ 이러한 조치는 개인정보 보호에 필요한 안전조치 및 정보주체 권리 보장에 필요한 조치와 함께 인증 받은 사항을 개인정보가 이전되는 국가에서 이행하기 위하여 필요한 조치이다.⁴⁵⁾

보호위원회의 인증은 법 제32조의2가 규정한다. 특히 국외의 개인정보를 이전받는 자가 보호위원회의 인증을 받기 위하여 해당 국가에서 인증 관련 절차가 수행될 필요가 있는 경우 보호위원회는 해당 국가의 전문기관으로 하여금 인증 관련 업무를 수행하게 할 수 있을 것이다.⁴⁶⁾ 개인정보 보호

2020-41-210호, 의결일 2020.7.15.) 12면.

42) GDPR 제49조 제1항(b). 2023년 1월 4일 아일랜드 DPC는 EDPB의 구속력 있는 결정에 따라 동의 대신 계약 이행을 근거로 맞춤형 광고 서비스를 제공한 Meta에 대해 과징금 3억9천만 유로를 부과하였다. Data Protection Commission, Data Protection Commission announces conclusion of two inquiries into Meta Ireland (Jan. 4, 2023, 접속일자: 2023.5.20. 17:19), <https://www.dataprotection.ie/en/news-media/data-protection-commission-announces-conclusion-two-inquiries-meta-ireland>.

43) GDPR 제49조 제3항.

44) 법 제28조의8 제1항 제4호. 개인정보를 이전받는 자의 인증에 관하여, 2023년 5월 19일 입법예고된 영(안) 제29조의10 참조.

45) 각각 법 제28조의8 제1항 제4호 가목 및 나목.

46) 법 제32조의2 제5항 참조. 개인정보를 이전받는 자가 인증에 따른 조치를 취하지 않는 경우 인증기관은 인증받은 기관의 인증을 취소할 수 있어야 한다. EDPB, Guidelines 07/2022 on certification as a tool for transfers (Jun. 14, 2022), para. 53 (이하 'EDPB Guidelines 07/2022') 참조. 한편, 인증기관의 요건에 관한 ISO/IEC

에 필요한 안전조치는 법 제29조가 규정한다. 예컨대, 개인정보의 국외이전 후 국외에서 개인정보가 분실·도난·유출(이하 ‘유출 등’)된 경우 개인정보를 이전받은 자가 지체 없이 개인정보처리자와 정보주체에게 유출 등을 통지하고, 유출 등의 규모 등을 고려하여 지체 없이 보호위원회 등에 신고해야 할 것이다.⁴⁷⁾ 개인정보의 열람, 개인정보의 전송 요구, 개인정보의 정정·삭제, 개인정보의 처리 정지, 자동화된 결정에 대한 정보주체의 권리, 권리행사의 방법 및 절차, 손해배상책임, 및 법정손해배상의 청구 등 정보주체의 권리 보장에 필요한 조치는 각각 법 제35조, 제35조의2, 제36조, 제37조, 제37조의2, 제38조, 제39조 및 제39조의2가 규정한다. 특히 개인정보의 유출 등으로 손해를 입은 정보주체는 개인정보를 이전받은 자와 해당 개인정보를 이전한 개인정보처리자를 상대로 손해배상 청구 등 자신의 권리를 행사할 수 있어야 할 것이다.⁴⁸⁾ 국외로 이전된 개인정보에 대한 법집행기관 등의 접근 요청이 있는 경우 개인정보를 이전받은 자는 해당 개인정보를 이전한 개인정보처리자에게 즉시 통지해야 할 것이다.⁴⁹⁾ 또한, 인증받은 사항을 개인정보가 이전되는 국가에서 이행하기 위하여 필요한 조치는 보호위원회의 고시에 규정될 것이다. 이렇게 필요한 조치에는 정보주체 권리의 효과적 이행을 보장하기 위하여 개인정보를 이전받는 자가 정보주체에게 적절한 불만처리 절차를 제공하는지 및 정보주체의 권리가 해당 국가에서 집행 가능한 여부 등이 포함되어야 할 것이다.⁵⁰⁾ 보호위원회의 인증을 개인정보 국외이전의 근거로 하려는 개인정보처리자는 해당 국외이전을 위하여 해당

17065 (Conformity assessment – Requirements for bodies certifying products, processes and services)이 적용될 수 있다.

47) EDPB Guidelines 07/2022, para. 42 참조. 개인정보 유출 등의 통지·신고에 관한 법 제34조 제4항에 따른 대통령령의 관련 규정은 국외로 이전된 개인정보의 유출 등에도 적용되어야 할 것이다.

48) 법 제39조 참조. 개인정보처리자가 보호위원회가 고시한 인증을 받은 자에게 개인정보를 국외로 이전하는 경우 등 개인정보를 이전받는 자와 개인정보의 국외이전을 내용으로 하는 계약을 체결해야 할 것이다. 이러한 계약에서 국외로 이전되는 개인정보의 정보주체가 보호되어야 하는 점에서 해당 정보주체는 ‘제3자인 수익자’(third party beneficiary)가 된다. EDPB Guidelines 07/2022, paras. 43-2a), 4a), 47, 53.

49) EDPB Guidelines 07/2022, para. 43-6a) 참조.

50) 각각 EDPB Guidelines 07/2022, paras. 41c), 41d) 참조.

인증이 여전히 유효하고 인증의 범위에 예정된 국외이전이 해당하며 국외 재이전도 포함하는 것인지 확인하여야 할 것이다.⁵¹⁾ 동 개인정보처리자는 해당 인증이 해당 외국의 법제도에서 유효한지도 확인하여야 할 것이다.⁵²⁾

GDPR에서는 유럽위원회의 적정성 결정이 없지만 제3국에서 정보주체의 권리에 관한 것을 포함하여 적절한 안전장치를 적용하는 컨트롤러 또는 프로세서의 구속력 있고 집행가능한 약속과 함께 승인된 인증(certification) 메커니즘이 있으면 컨트롤러 또는 프로세서는 제3국 또는 국제기구로 개인정보를 이전할 수 있다.⁵³⁾

5. 보호위원회가 개인정보보호 수준의 적정성을 인정하는 경우

개인정보가 이전되는 국가 또는 국제기구의 개인정보 보호체계, 정보주체 권리보장 범위, 피해구제 절차 등이 이 법에 따른 개인정보 보호수준과 실질적으로 동등한 수준을 갖추었다고 보호위원회가 인정하는 경우, 개인정보처리자가 정보주체의 개인정보를 해당 국가 또는 국제기구로 이전하는 것이 허용된다.⁵⁴⁾ 여기서 ‘실질적으로 동등한 수준’은 GDPR의 적정성 결정에서 요구되는 ‘적정한 보호수준’(an adequate level of protection)의 실제적 의미와 일치한다. 즉, EU 내에서 보장되는 보호수준에 ‘실질적으로 동등한’(essentially equivalent) 수준을 의미한다.⁵⁵⁾

51) EDPB Guidelines 07/2022, para. 20 참조.

52) EDPB Guidelines 07/2022, para. 21 참조.

53) GDPR 제46조 제2항(f). 컨트롤러와 프로세서의 개인정보 처리작업이 GDPR을 준수함을 입증할 목적으로 개인정보보호 인증 메커니즘의 수립이 장려된다. GDPR 제42조 제1항. 이러한 인증은 회원국 소관 감독당국이나 EDPB가 승인한 기준에 기초하고, 인증기관 또는 소관 감독당국이 발급하는데, 해당 기준이 EDPB의 승인을 받는 경우 유럽개인정보보호인장(European Data Protection Seal)이 될 수 있다. GDPR 제42조 제5항.

54) 법 제28조의8 제1항 제5호. 국가 등에 대한 개인정보보호 수준 인정에 관하여, 2023년 5월 19일 입법예고된 영(안) 제29조의11 참조. 개인정보의 역외이전에 관한 적정성 결정의 고려 사항과 조건 등은 GDPR의 관련 규정과 유사하다. 적정성을 인정할 때 국외이전전문위원회의 심의를 거치고, 정책협의회를 통하여 관계 부처의 의견을 들어야 한다. 2023년 5월 19일 입법예고된 영(안) 제29조의11 제3항.

GDPR에서는 유럽위원회가 제3국, 제3국 내 지역 또는 하나 이상의 특정 부문, 또는 국제기구가 적절한 보호수준을 보장한다고 결정한 경우 해당 제3국 또는 국제기구로 개인정보 이전이 허용되고, 이러한 역외이전에 대하여 특정한 허가가 요구되지 않는다.⁵⁶⁾ 개인정보 보호수준의 적정성을 평가할 때 유럽위원회는 국가안보와 형사법 및 공공당국의 개인정보에 대한 접근 등을 포함한 관련 입법 등은 물론 적절한 집행권한을 포함해서 개인정보 보호 규정의 준수를 보장하고 집행할 책임이 있는 독립적 감독당국의 존재와 효과적 기능, 특히 개인정보보호와 관련하여 해당 제3국 또는 국제기구가 체결한 국제적 약속 등을 고려해야 한다.⁵⁷⁾

한편, 2021년 12월 17일 유럽위원회는 EU로부터 한국으로 개인정보 이전의 적정성 결정을 채택하였다.⁵⁸⁾ 동 결정은 한국의 금융 분야를 제외한 민간 및 공공 부문으로 개인정보 이전에 적용된다. EU 적정성 결정으로 한국은 개인정보 국외이전에 있어 EU회원국에 준하는 지위를 부여받은 것으로 볼 수 있다.⁵⁹⁾ EU 적정성 결정은 3개 조문의 본문 및 본문 앞의 이 법의

55) GDPR 제45조 제1항과 상설 제104항. 즉, ‘적정한’의 단어는 제3국이 EU법질서에서 보장되는 수준과 ‘동일한(identical)’ 보호수준을 보장하도록 요구될 수 없음을 의미한다. Case C-362/14, para. 73.

56) GDPR 제45조 제1항. 국제기구는 국제공법으로 규율되는 기구와 그 산하 기관 또는 둘 이상 국가들 사이의 합의에 의하거나 이에 근거하여 설립되는 다른 기관을 의미한다. EDPB Guidelines 05/2021, n.3.

57) GDPR 제45조 제2항(a), (b), (c). 2017년 1월 한-EU 간 적정성 협의가 공식 개시된 이래, 핵심 요건인 ‘개인정보 감독기구의 독립성’ 요소의 미충족으로 협의가 2차례 중단되었으나, 2020년 2월 소위 ‘데이터 3법 개정’으로 2020년 8월 보호위원회가 독립 감독기구로 출범함에 따라 적정성 협의가 본격 재개되었다. 보호위원회, 한국, EU 「개인정보보호 적정성 결정」 최종 통과, 보호위원회 보도자료(2021. 12. 18.).

58) European Commission, Commission Implementing Decision of 17.12.2021 pursuant to Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council on the adequate protection of personal data by the Republic of Korea under the Personal Information Protection Act, C(2021) 9316 final (Dec. 17, 2021).

59) 보호위원회, 한국, EU 「개인정보보호 적정성 결정」 최종 통과, 보호위원회 보도자료(2021. 12. 18.). 보다 실질적으로는 한국의 EU 디지털시장에 대한 접근 또는 EU 디지털시장의 확보로 볼 수 있다. EU 적정성 결정이 없는 상황에서는 대체로 GDPR 제46조 제2항(c)와 제2항(d)에 규정된 표준계약조항을 통하여 EU시민의 개인정보가 국내로 이전할 수 있었을 것이다.

주요 내용 설명 및 본문 뒤의 두 건의 부속서(Annex)로 구성된다.⁶⁰⁾ 여기서 이 법은 EU에서 이전된 개인정보에 대한 한국 정부의 접근과 이용을 중심으로 설명되고 있다. 부속서 I은 한국으로 이전된 개인정보의 처리와 관련한 이 법의 해석과 적용을 위한 보완규정(Supplementary Rules)이고, 부속서 II는 한국 정부의 개인정보 접근에 대한 법체제의 설명이다.⁶¹⁾ 보호위원회는 EU 적정성 결정에 기반하여 한국으로 이전된 개인정보의 처리에 대한 「한국으로 이전된 개인정보의 처리와 관련한 「개인정보 보호법」의 해석과 적용을 위한 보완규정」(이하 ‘보완규정’)을 채택하였는데, 그 내용은 부속서 I의 내용과 일치한다.⁶²⁾ 보완규정은 EU 적정성 결정의 채택에 필요하여 한국이 제시한 보완적 법적 문서이기는 하나 이 법의 주요 규정에 대한 보호위원회의 해석을 포함하고 있어 이 법의 이해에 중요하다.⁶³⁾

IV. 개인정보의 국외 재이전

개인정보를 이전받은 자가 해당 개인정보를 제3국으로 이전하는 경우에 개인정보처리자의 개인정보 국외이전 및 개인정보 국외이전 중지명령에

60) EU 적정성 결정의 3개 조문은 불과 2면의 분량이고, 이 법의 주요 내용에 대한 설명이 70면 가까운 분량이다. EU 적정성 결정 부속서 I은 17면 분량이고, 부속서 II는 32면 분량이다.

61) EU 적정성 결정 부속서 I의 제목은 “Supplementary Rules for the Interpretation and Application of the Personal Information Protection Act Related to the Processing of Personal Data Transferred to Korea”이다. 부속서 II에서 한국 정부의 형사법집행 목적과 국가안보 목적의 개인정보 접근의 설명에 대하여 보호위원회 위원장, 국정원 원장, 법무부 검찰국장, 국가인권위원회 위원장, 대테러센터 센터장 및 금융정보분석원 원장이 자필 서명하였다.

62) 보완규정은 EU 적정성 결정이 채택되기 전인 2020년 9월 1일 보호위원회 고시 제 2020-10호로 제정되어 동년 12월 17일 시행된 점에서, EU 적정성 결정의 채택을 위한 중요한 법적 보완조치로 볼 수 있다. 2021년 11월 16일 일부 개정된 보호위원회 고시 제2021-5호는 동년 12월 17일 EU 적정성 결정이 채택되면서 동시에 시행되었다.

63) 보완규정의 문제점에 관하여 박노형, “EU 적정성 결정에 따른 개인정보보호위원회 고시인 보완규정의 법적 분석”, 고려법학 제106호(2022.9) 참조.

관한 규정이 준용된다.⁶⁴⁾ 따라서 법 제28조의8을 준용하여, 개인정보처리자가 국외로 이전한 개인정보는 제3국으로 ‘제공(조회되는 경우를 포함한다)·처리위탁·보관’, 즉 재이전(onward transfer)이 허용된다. 또한, 법 제28조의9를 준용하여 보호위원회는 일정한 경우 국외 재이전 중지명령을 내릴 수 있다. 국외 재이전에서 ‘개인정보처리자’는 ‘개인정보를 이전받는 자’로, ‘개인정보를 이전받는 자’는 ‘제3국에서 개인정보를 이전받는 자’로 본다.⁶⁵⁾ 이는 한국 국민의 개인정보가 국외로 이전된 후 제3국으로 재이전되는 등 해외에서 유통될 수 있는 현실적 가능성을 염두에 둔 규정이다. 국외로 이전된 개인정보가 다시 제3국에 제공된 후 해당 국가에서도 동 개인정보가 이 법에서 규정한 수준으로 보호될 수 있는지 문제되기 때문이다. 그러나 GDPR과 달리 개인정보의 국외 재이전 대상에 국제기구를 포함하지 않고 있어 향후 개선이 필요해 보인다.

국외 재이전에 관한 규정은 EU의 한국에 대한 적정성 결정의 협상 과정에서 정보통신망법에 신설되었다.⁶⁶⁾ 개인정보의 국외 재이전에 관한 규정의 예는 다음과 같다. 금융회사는 인가 등을 받은 업무를 영위함에 있어서 정보처리가 요구되는 경우 이를 제3자에게 위탁할 수 있는데, 이렇게 정보처리를 위탁받은 자는 위탁받은 업무를 제3자에게 재위탁할 수 있다.⁶⁷⁾ 또한, 한미범죄예방협정에 따라 당사국은 동 협정에 따라 제공받은 정보를 제공한 당사국의 동의와 적절한 보호조치 없이 제3국, 국제기구 또는 민간 단체에 전달할 수 없다.⁶⁸⁾

GDPR은 개인정보의 역외이전 후의 재이전도 원래의 역외이전과 같이 규율하도록 규정한다. 즉, 제3국이나 국제기구로부터 다른 제3국이나 다른 국제기구로 개인정보의 재이전을 포함하여 처리가 진행 중이거나 제3국 또

64) 법 제28조의11 제1문.

65) 법 제28조의11 제2문.

66) 이 규정은 2018년 9월 18일 정보통신망법 제63조 제5항으로 신설되었고, 2020년 2월 4일 개정으로 법 제39조의12 제5항으로 통합되고, 2023년 3월 14일 개정으로 삭제되었다.

67) 각각 금융정보처리위탁규정 제4조 제1항 및 제4항.

68) 한미범죄예방협정 제10조 제2항.

는 국제기구로 이전된 후 처리되고자 하는 개인정보의 이전은 GDPR의 다른 규정을 조건으로 컨트롤러와 프로세서가 GDPR 제5장에 규정된 조건을 준수하는 경우에만 실시되어야 한다.⁶⁹⁾ 개인정보가 이전된 제3국이나 국제기구로부터 다시 해당 또는 다른 제3국이나 국제기구의 컨트롤러나 프로세서에게 해당 개인정보가 재이전되는 경우에도 GDPR에 의하여 EU 내에서 보장된 자연인의 보호 수준은 약화될 수 없다.⁷⁰⁾

V. 개인정보의 국외이전에 필요한 보호조치 등

개인정보처리자는 개인정보를 국외로 이전하는 경우 국외이전과 관련

69) GDPR 제44조 제1문.

70) GDPR 상설 제101항. EU의 적정성 결정에 관련하여 2021년 12월 17일 시행된 보완규정의 정보주체 이외로부터 수집한 개인정보의 수집 출처 등 고지에 따르면, 개인정보처리자가 적정성 결정에 기반하여 EU로부터 이전받은 개인정보를 국외 제3자에게 제공, 즉 재이전하려는 경우에는 그 제공이 발생하기 이전에 다음의 항목을 정보주체에게 알리도록 요구된다: (1) 개인정보를 제공하려는 자와 제공받는 자의 명칭 및 연락처, (2) 제공하려는 개인정보의 항목 또는 범주, (3) 개인정보 제공이 예상되는 국가, 예상되는 제공 일시와 제공 방법, (4) 개인정보를 제공하려는 자의 제공 목적 및 법적 근거, (5) 해당 개인정보 처리에 대한 정보주체의 권리와 그 행사 방법·절차에 관한 사항 및 권리행사에 따른 불이익이 있는 경우 그 불이익의 내용. 여기서 ‘개인정보를 제공하려는 자의 제공 목적’을 처리 목적으로 이해할 수 있는데, 해당 정보주체는 개인정보를 제공하려는 자의 제공 목적보다는 국외에서 개인정보를 제공받는 자의 이용 목적을 알고자 할 것이다. 법 제28조의8 제2항 제4호 참조. 또한, 보완규정에 따르면, 개인정보처리자는 다음의 어느 하나에 해당하는 경우에는 위의 정보주체에 대한 고지를 하지 말아야 한다: (1) 고지 대상이 되는 개인정보가 법 제32조 제2항 각 호의 어느 하나에 해당하는 개인정보파일에 포함되어 있는 경우로서 이 조항에 의해 보호되는 이익이 정보주체의 권리보다 명백히 우선하고, 그 고지가 이 조항에 의해 보호되는 이익의 달성을 위협하는 경우(예를 들어 진행 중인 범죄 수사를 위태롭게 하거나, 국가안보를 위협하는 경우를 말한다), (2) 고지로 인하여 다른 사람의 생명·신체를 해할 우려가 있거나 다른 사람의 재산과 그 밖의 권리 또는 이익을 부당하게 침해할 우려가 있는 경우로서 다른 사람의 생명, 신체, 재산과 그 밖의 권리 또는 이익이 정보주체의 권리보다 명백히 우선하는 경우, (3) 개인정보처리자가 알려야 하는 정보를 정보주체가 이미 보유하고 있는 경우, (4) 법 제33조의 규정에 따라 개인정보를 처리하는 경우를 포함하여 개인정보처리자가 정보주체에게 연락 가능한 정보를 보유하고 있지 않거나 과도한 노력이 수반되어야 하는 경우. 마지막 경우에 해당하는지 여부를 판단할 때에는 EU에서 개인정보를 이전한 자와 협력할 수 있는지를 고려해야 한다.

한 이 법의 다른 규정, 제17조부터 제19조까지의 규정 및 제5장의 규정을 준수해야 하고, 대통령령으로 정하는 보호조치를 하여야 한다.⁷¹⁾ 2023년 3월 14일 개정 전 정보통신서비스제공자등은 개인정보를 국외로 이전하는 경우 대통령령으로 정하는 바에 따라 보호조치를 하도록 요구되었다.⁷²⁾

그러나, 국외이전에 필요한 보호조치 등에 관한 법 제28조의8 제4항은 법리 내지 입법기술의 관점에서 다소 문제가 될 수 있다. 첫째, 개인정보 국외이전에 관하여 개인정보처리자가 개인정보의 제3자 제공에 관한 법 제17조, 개인정보의 목적 외 이용·제공 제한에 관한 법 제18조 및 개인정보를 제공받은 자의 이용·제공 제한에 관한 제19조의 규정을 준수하라고 명시한 것은 이 법의 체계상 합리적이지 않다. 즉, 개정으로 개인정보 국외이전 관련 절차가 신설되면서 개인정보 국외 제3자 제공에 관한 법 제17조 제3항이 삭제되었는데, 제17조는 개인정보의 국내 제3자 제공에 한정되는 것이므로 개인정보 국외이전에서 동 규정의 준수를 명시한 것은 법리적으로 맞지 않는다. 둘째, 개정으로 법 제18조 제1항에서 국외 제3자 제공에 관한 법 제17조 제3항이 삭제되고 국외이전에 관하여 신설된 법 제28조의8 제1항이 추가되었기 때문에 개인정보 국외이전에서 법 제18조의 준수는 당연히 요구되어서 동 규정의 준수를 명시한 것은 굳이 필요하지 않을 것이다. 셋째, 법 제19조는 개인정보처리자로부터 개인정보를 제공받은 자에게 일반적으로 적용되어서 개인정보 국외이전의 경우에도 적용되어야 하기 때문에 해당 규정의 준수를 명시한 것은 굳이 필요하지 않을 것이다. 이 점에서 개인정보 국외이전에 관하여 특히 법 제17조의 준수를 명시적으로 규정한 것은 법리상 잘못된 것으로 볼 수 있다.

또한, 개인정보 국외이전에 관하여 개인정보처리자가 정보주체의 권리보장에 관한 법 제5장의 규정을 준수하라고 명시한 것도 문제이다. 정보주체의 권리 보장에 관한 법 제5장의 규정은 개인정보 국외이전을 포함하여 개인정보처리자에게 일반적으로 적용되어야 한다. 따라서 개인정보 국외이전에 관하여 개인정보처리자가 법 제5장의 규정을 준수하라는 규정 역시 굳

71) 법 제28조의8 제4항.

72) 2023년 3월 14일 개정으로 삭제된 법 제39조의12 제4항.

이 필요하지 않을 것이다.

마찬가지로, 개인정보 국외이전에 관하여 개인정보처리자로 하여금 ‘국외이전과 관련한 이 법의 다른 규정’을 준수하라고 요구하는 규정도 필요하지 않다. 다만, 국외이전의 대상인 개인정보의 적법한 수집 등 이 법에 따른 처리는 요구된다. 즉, 개인정보의 국외이전은 먼저 첫째 단계로서 개인정보의 적법한 처리를 위하여 이 법의 제3장 등이 준수되고, 둘째 단계로서 개인정보의 적법한 국외이전을 위하여 이 법의 제3장 제4절이 준수되어야 한다. 따라서, 개인정보 국외이전에서 개인정보처리자로 하여금 ‘국외이전과 관련한 이 법의 다른 규정’ 대신 ‘이 법의 다른 규정’을 준수하라고 요구하는 규정이 타당할 것이다.⁷³⁾

결국, 법 제28조의8 제4항에서 의미 있는 규정은 2023년 3월 14일 개정으로 삭제된 법 제39조의12 제4항에서와 같이 ‘대통령령으로 정하는 보호조치’가 된다. 대통령령으로 정하는 보호조치는 다음 각 호와 같다:⁷⁴⁾ 1. 영 제30조 제1항에 따른 개인정보보호를 위한 안전성 확보 조치, 2. 개인정보 침해에 대한 고충처리 및 분쟁해결에 관한 조치, 3. 그 밖에 정보주체의 개인정보보호를 위하여 필요한 조치. 개인정보처리자가 개인정보를 국외로 이전하려는 경우에는 위의 세 가지 보호조치에 관하여 이전받는 자와 미리 협의하고 이를 계약 내용 등에 반영해야 한다.⁷⁵⁾ 한편, 금융회사는 인가 등을 받은 업무를 영위함에 있어서 정보처리가 요구되는 경우 이를 제3자에게 위탁할 수 있다.⁷⁶⁾ 이렇게 정보처리를 위탁하는 금융회사는 각 관련 법령상의 안전성 확보조치를 충실히 이행하여야 하는데, 개인고객의 고유식별정보는 암호화 등의 보호조치를 하여야 한다.⁷⁷⁾

73) 개인정보의 국외이전이 실시되기 전에, 개인정보의 수집과 이용에 관한 법 제15조, 개인정보의 수집 제한에 관한 법 제16조, 개인정보의 목적 외 이용·제공 제한에 관한 법 제18조, 민감정보의 처리 제한에 관한 법 제23조 등이 준수되어야 할 것이다. GDPR 제44조는 ‘이전의 일반원칙’을 규정하는데, 개인정보의 역외이전에 관한 GDPR 제5장에 규정된 조건의 준수에 더하여 컨트롤러와 프로세서가 ‘본 규칙의 다른 규정’(the other provisions of this Regulation)의 조건을 충족할 것이 요구된다.

74) 2023년 5월 19일 입법예고된 영(안) 제29조의8 제1항.

75) 2023년 5월 19일 입법예고된 영(안) 제29조의8 제2항.

76) 금융정보처리위탁규정 제4조 제1항.

VI. 개인정보의 국외이전에 관한 계약 체결

개인정보처리자는 이 법을 위반하는 사항을 내용으로 개인정보의 국외 이전에 관한 계약을 체결하여서는 아니 된다.⁷⁸⁾ 2023년 3월 14일 개정 전에는 법 제17조 제3항과 제39조의12 제1항이 개인정보의 국외이전에 관련된 계약에 관한 규정을 두었는데, 이 법의 원래의 개인정보 국외 제3자 제공에 관한 제17조 제3항에 유사한 규정으로 통합된 것이다.⁷⁹⁾

문제는 개인정보의 국외이전에 관한 계약이 그 대상이 국외이전인 점에서 법 제28조의8 제5항이 개인정보 국외이전을 허용하는 별도의 근거가 될 수 있느냐이다. 그러나, 법 제28조의8 제1항이 정보주체의 별도의 동의 등 개인정보의 국외이전을 허용하는 다섯 가지 근거를 명시한 점을 고려할 때, 법 제28조의8 제5항에 언급된 개인정보의 국외이전에 관한 계약이 개인정보 국외이전의 추가적인 근거가 될 수 없을 것이다. 또한, 개인정보의 국외이전에 관한 계약은 일견 법 제28조의8 제1항 제3호에 규정된 ‘정보주체와의 계약’으로 고려될 수 있지만, 정보주체와의 계약은 그 자체 직접적으로 개인정보의 국외이전을 대상으로 하지 않을 것이다. 동시에 개인정보의 국외이전에 관한 계약에서 정보주체는 당사자가 아니다. 다만, 정보주체와의 계약의 체결 및 이행에서 필요한 개인정보의 처리위탁과 보관을 위하여 개인정보처리자는 국외에서 해당 개인정보의 처리수탁과 보관을 하는 자와 일종의 개인정보 처리계약을 체결해야 할 것이고, 이러한 계약은 개인정보의 국외이전에 관한 계약이 될 것이다. 또한, 법 제28조의8 제1항 제4호에 따라 보호위원회의 고시에 따른 인증을 받아 개인정보가 국외로 이전될 수

77) 금융정보처리위탁규정 제5조 제1항. 금융회사는 위탁 처리되는 정보의 보호를 위한 안전성 확보조치의 구체적 내용을 홈페이지 등을 통해 공시해야 한다. 금융정보처리위탁규정 제5조 제2항.

78) 법 제28조의8 제5항.

79) 2023년 3월 14일 개정으로 삭제된 법 제17조 제3항은 개인정보처리자가 “이 법을 위반하는 내용으로 개인정보의 국외이전에 관한 계약을 체결하여서는 아니 된다”고 규정하였고, 같이 삭제된 법 제39조의12 제1항은 정보통신서비스 제공자등이 “이용자의 개인정보에 관하여 이 법을 위반하는 사항을 내용으로 하는 국제계약을 체결해서는 아니 된다”고 규정하였다.

있는데, 이 경우 개인정보처리자와 개인정보를 이전받는 자는 인증의 적용을 받는 구체적인 국외이전을 규정하는 계약을 체결해야 할 것이다.⁸⁰⁾ 또한, 법 제28조의8 제1항 제5호에 따라 보호위원회가 이 법에 따른 개인정보 보호 수준과 실질적으로 동등한 수준을 갖추었다고 인정한 국가 또는 국제기구로 개인정보가 이전될 수 있는데 이러한 국가나 국제기구로 개인정보의 국외이전을 위하여 통상적으로 개인정보 국외이전을 내용으로 하는 계약이 체결될 것이다. 이러한 계약이 체결된다면, 법 제28조의8 제5항에 따라 동 계약은 이 법을 위반하는 사항을 내용으로 할 수 없다.

아울러, 개인정보의 국외이전에 관한 계약을 체결하여 이 법의 적용을 회피하는 것은 허용되지 않음이 분명하다. 개인정보처리자는 이 법은 물론 관계 법령에서 규정하고 있는 책임과 의무를 준수하고 실천해야 하기 때문이다.⁸¹⁾ 문제는 이러한 계약의 이 법과의 합치성 확인이다. 이 경우 개인정보보호책임자의 역할이 중요할 것이다. 개인정보처리자가 지정한 개인정보보호책임자는 개인정보의 처리에 관한 업무를 총괄하여 책임지고, 특히 개인정보 처리 실태 및 관행의 정기적인 조사 및 개선을 수행한다.⁸²⁾ 또한, 개인정보보호와 관련하여 이 법과 다른 관계 법령의 위반 사실을 알게 된 경우에는 즉시 개선조치를 하여야 하고, 필요하면 소속 기관 또는 단체의 장에게 개선조치를 보고하여야 한다.⁸³⁾

GDPR에서 개인정보 역외이전을 위하여 계약은 보다 적극적으로 활용된다. 즉, GDPR에서 유럽위원회 또는 감독당국이 채택하고 유럽위원회가 승인한 표준개인정보보호조항(standard data protection clause)은 적절한 안전장치로서 감독당국의 특정한 허가를 요구하지 않고서 컨트롤러 또는 프로세서는 제3국 또는 국제기구로 개인정보를 이전할 수 있다.⁸⁴⁾ 회원국

80) EDPB Guidelines 07/2022, paras. 43-2a), 48 참조.

81) 법 제3조 제8항.

82) 법 제31조 제1항 및 제31조 제3항 제2호.

83) 법 제31조 제5항.

84) GDPR 제46조 제2항(c)와 (d). 표준개인정보보호조항은 개인정보보호원칙, 내부규율, 피해보상 등 필수적인 조항을 계약서 형식으로 표준화한 것으로, 적정성 결정을 받지 못한 국가의 기업에게 가장 널리 활용되는 역외이전 수단이고, 동 표준조항을 이용한

소관당국의 허가를 조건으로 컨트롤러 또는 프로세서와 제3국이나 국제기구의 컨트롤러, 프로세서 또는 개인정보 수령자 사이의 계약조항(contractual clauses)은 적절한 안전장치에 해당하여 컨트롤러 또는 프로세서는 제3국 또는 국제기구로 개인정보를 역외 이전할 수 있다.⁸⁵⁾ 또한, 유럽 위원회의 적정성 결정과 적절한 안전장치가 없을 경우 정보주체의 이익을 위해 컨트롤러와 다른 자연인 또는 법인 사이에 체결된 계약의 체결 또는 이행을 위해 역외이전이 필요한 경우 제3국 또는 국제기구로 역외이전이 허용된다.⁸⁶⁾ 이러한 역외이전은 공공당국이 자신의 공적 권한의 행사에서 수행되는 활동에 적용되지 않는다.⁸⁷⁾

VII. 개인정보의 국외이전 중지명령

보호위원회는 개인정보의 국외이전이 계속되고 있거나 추가적인 국외이전이 예상되는 경우로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 개인정보처리자에게 개인정보의 국외이전을 중지할 것을 명할 수 있다.⁸⁸⁾ 첫째, 개인정보의 국외이전에 관한 법 제28조의8 제1항, 개인정보의 목적 외 이용·제공 제한 등 국외이전 관련 규정의 준수를 규정한 법 제28조의8 제4항 또는 이 법을 위반하는 내용으로 개인정보의 국외이전에 관한 계약의 체결 금지에 관한 법 제28조의8 제5항을 위반한 경우이다.⁸⁹⁾ 둘째, 개인정보

계약 체결을 위해서는 프로젝트별로 3개월 이상의 시간과 상당한 비용(3천만원~1억원)이 소요된다고 한다. 보호위원회, 한국, EU 「개인정보보호 적정성 결정」 최종 통과, 보호위원회 보도자료(2021. 12. 18.).

85) GDPR 제46조 제3항(a).

86) GDPR 제49조 제1항(c).

87) GDPR 제49조 제3항.

88) 법 제28조의9 제1항. 보호위원회는 법 제28조의9에 따른 개인정보의 국외이전 중지명령에 관한 사항을 심의·의결한다. 법 제7조의9 제1항 제6호의2. 동 중지명령의 기준에 관하여, 2023년 5월 19일 입법예고된 영(안) 제29조의12 참조. 보호위원회가 국외이전을 중지할 것을 명하는 때에는 국외이전전문위원회의 심의를 거쳐야 한다. 2023년 5월 19일 입법예고된 영(안) 제29조의12 제2항.

를 이전받는 자나 개인정보가 이전되는 국가 또는 국제기구가 이 법에 따른 개인정보보호 수준에 비하여 개인정보를 적정하게 보호하지 아니하여 정보주체에게 피해가 발생하거나 발생할 우려가 현저한 경우이다.⁹⁰⁾ 예컨대, 개인정보 이전 대상 국가의 법령 개정 등으로 개인정보 처리 기준이 변경되어 개인정보 이전 요건이 충족되지 않을 경우이다.

개인정보처리자는 국외이전 중지명령을 받은 경우에는 명령을 받은 날부터 7일 이내에 보호위원회에 이의를 제기할 수 있다.⁹¹⁾ 개인정보 국외이전 중지명령의 기준, 동 명령에 대한 불복 절차 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.⁹²⁾

GDPR에서 회원국 감독당국은 시정권한(corrective power)으로서 제3국의 수령자 또는 국제기구에 개인정보 이전의 중지를 명할 수 있다.⁹³⁾

VIII. 상호주의 원칙

이 법은 정보주체의 개인정보 국외이전을 허용하지만, 개인정보의 국외이전을 제한하는 국가의 개인정보처리자에 대해서는 해당 국가의 수준에 상응하는 제한을 할 수 있다.⁹⁴⁾ 그러나 조약 또는 그 밖의 국제협정의 이행에 필요한 경우에는 이러한 상응하는 제한을 하지 않는다.⁹⁵⁾ 상호주의 원칙은 국가별로 개인정보보호 수준이 다르므로 개인정보보호 수준에 맞게 개

89) 법 제28조의9 제1항 제1호.

90) 법 제28조의9 제1항 제2호.

91) 법 제28조의9 제2항.

92) 법 제28조의9 제3항. 동 중지명령에 대한 이의 제기에 관하여, 2023년 5월 19일 입법예고된 영(안) 제29조의13 참조.

93) GDPR 제58조 제2항(j).

94) 법 제28조의10. 개인정보 국외이전에 대한 상호주의 원칙의 요구는 원래 정보통신망법 제63조의2로서 2018년 9월 18일 신설되었고, 2020년 2월 4일 개정으로 법 제39조의13으로 통합되었다가, 2023년 3월 14일 개정으로 삭제되었다. 따라서, 상호주의 원칙은 정보통신서비스 제공자등에 한정하지 않고 개인정보처리자에 대하여 일반적으로 확대된다.

95) 법 제28조의10 단서.

인정보의 국외이전을 합리적이고 탄력적으로 관리할 수 있게 하고자 도입되었다. 따라서 한국에 대한 개인정보 이전을 제한하는 국가에 대하여 한국으로부터 개인정보의 국외이전이 제한될 수 있다.⁹⁶⁾

GDPR에서 유럽위원회와 감독당국은 개인정보보호를 위한 ‘법 집행의 국제상호지원(international mutual assistance for the enforcement of legislation)’을 제공 및 원활하게 하는 국제협력메커니즘을 개발하기 위해 상호성(reciprocity)에 기반하여 제3국의 소관당국과 권한 행사에 관련된 활동에서 정보를 교환하고 협력하도록 요구된다.⁹⁷⁾

IX. 한국이 참여한 개인정보 국외이전에 관한 국제체제

1. APEC CBPR체제

아시아태평양경제협력체(APEC) 정상들이 2011년 승인한 ‘국경간 프라이버시규칙체제(Cross Border Privacy Rules system, 이하 ‘CBPR체제’)’는 APEC 회원국들 사이의 자유롭고 안전한 개인정보 이전을 지원하기 위하여 APEC 프라이버시보호원칙을 기반으로 해당 기업의 개인정보보호체제를 평가하여 인증하는 다자적 인증제도이다. 또한, CBPR체제는 회원국 간 ‘프라이버시를 존중하는 개인정보 이동을 원활화하기 위한 자발적 책임에 기반한 제도(a voluntary accountability-based scheme to facilitate privacy-respecting personal information flow)’이다.⁹⁸⁾ 2023년 5월 현재 미국, 멕시코, 일본, 캐나다, 한국, 호주, 싱가포르, 대만, 필리핀이 CBPR체제에 가입하고 있다.⁹⁹⁾

96) 이러한 상호주의 원칙의 구체적 실행에 관한 보다 상세한 정책과 관련 규정이 마련되어야 한다.

97) GDPR 상설 제116항.

98) APEC Privacy Framework(2015), 제12항 주석. 동 프레임워크는 2015년 APEC 회원국들이 역내 프라이버시를 보호하고 역내 개인정보 이전을 가능하게 하려고 채택하였다. 동 프레임워크는 2005년 프레임워크를 개정한 것이고, 각각 1980년과 2013년 OECD 프라이버시 가이드라인과 일치한다. APEC Privacy Framework(2015), 제5항.

CBPR체제는 다음 네 가지 요소로 구성된다:¹⁰⁰⁾ 1) CBPR체제 책임기관(Accountability Agents)¹⁰¹⁾으로서 인정되기 위한 기관의 조건, 2) 인정된 책임기관이 지사와 계열사 등을 포함한 개인정보컨트롤러(personal information controller)¹⁰²⁾가 APEC CBPR체제를 준수한다고 인증하는 절차, 3) CBPR체제 책임기관이 개인정보컨트롤러가 CBPR체제 요건을 충족하는지 검토할 때 사용하는 평가 기준, 4) 프라이버시집행당국(Privacy Enforcement Authority, PEA)¹⁰³⁾의 지원을 받는 CBPR체제 책임기관이 제공하는 이의절차를 통한 CBPR체제 요건의 집행제도. CBPR체제 인증을 취득한 기업은 CBPR체제 참여국들 사이에서 정보주체의 별도 동의나 표준계약 등 별도의 안전장치 없이 개인정보를 이전받을 수 있다.¹⁰⁴⁾

99) 한국은 2016년 12월 28일 CBPR체제에 가입하는 의향서를 APEC 운영위원회(Steering Group)에 제출하였고, 2017년 6월 7일 가입 승인을 통보받았다.

100) APEC Privacy Framework(2015), 제12항 주석.

101) 2019년 한국인터넷진흥원이 책임기관으로 승인되었는데, 국내에서 인증기관이라 불린다.

102) 개인정보컨트롤러는 이 법의 개인정보처리자로 이해될 수 있다. APEC Privacy Framework, 제10항. 개인정보프로세서(personal information processor)가 개인정보컨트롤러의 관련 프라이버시 의무의 효과적인 이행을 제공하는 능력을 나타내는 것을 도와주기 위한 ‘프로세서를 위한 프라이버시 인정’(Privacy Recognition for Processors, PRP) 문서가 2015년 2월 승인되었다. PRP 문서는 책임기관이 이러한 인정을 구하는 프로세서를 평가하기 위한 기본요건을 정한다. APEC Privacy Framework(2015), 제16항 주석.

103) PEA의 자발적 정보 공유 등을 위한 국경간 프라이버시 집행에서의 협력을 위하여 실질적 다자적 메커니즘인 ‘APEC 국경간 프라이버시 집행 협력제도(APEC Cooperation Arrangement for Cross-border Privacy Enforcement, CPEA)’가 2010년 7월 16일 출범하였고, 2019년 개선되었다. CPEA를 통하여 프라이버시법의 국경간 집행에서 PEA의 협력이 가능하게 된다. APEC Privacy Framework(2015), 제13항 주석. 여기서 프라이버시법(privacy law)은 APEC 프라이버시프레임워크에 일치하여 개인정보보호 효과를 가지는 법규정을 가리킨다. APEC Privacy Framework(2015), 제15항. CPEA에 관하여 APEC, APEC Cross-border Privacy Enforcement Arrangement(CPEA)(May, 2023, 접속일자: 2023.5.20. 17:21), <https://www.apec.org/groups/committee-on-trade-and-investment/digital-economy-steering-group/cross-border-privacy-enforcement-arrangement> 참조. 한국이 CBPR체제에 가입할 당시 PEA는 행자부와 방송통신위원회이었고, 현재는 보호위원회이다.

104) 예컨대, 첫째, GDPR의 BCRs과 유사하게, 인증받은 동일한 기업 그룹 내의 다른 APEC 회원국 소재 구성원 기업들 사이의 이전이 가능하고, 둘째, 서로 다른 APEC

한편 2022년 4월 21일 미국 주도로 CBPR체제 참여국들이 ‘글로벌 CBPR 포럼(Global CBPR Forum)’을 출범하였다. 동 포럼은 CBPR체제와 PRP체제를 APEC 역외로 확대하려는 것인데, 중국을 배제하려는 의도가 있는 것으로 보인다.¹⁰⁵⁾ APEC CBPR체제나 글로벌 CBPR 포럼에서 인증받은 기업은 참여국들 사이에서 개인정보를 자유롭게 이전받을 수 있는데, 해당 참여국들에 계열사, 자회사 등이 위치한 경우 특히 유용할 것이다.

2. RCEP 등 통상조약

최근 주요 자유무역협정들이 디지털통상(digital trade)에 관한 개별 챕터를 규정하거나 디지털통상을 전적으로 규정하는 독립된 조약이 채택되고 있다. 아래에서 검토되는 ‘역내포괄적경제동반자협정(Regional Comprehensive Economic Partnership, RCEP)’ 등과 함께, 아시아태평양 11개 국가들이 체결한 ‘포괄적·점진적태평양동반자협정(Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership, CPTPP)’과 NAFTA를 대체하여 체결된 ‘미국멕시코캐나다협정(United States - Mexico - Canada Agreement, USMCA)’도 디지털통상에 관한 별도의 장을 규정한다.¹⁰⁶⁾

회원국 소재 다른 인증받은 기업들 사이의 이전이 가능하다. 특히 일본과 싱가포르 는 자국법에 따라 CBPR 인증 기업에 대하여 개인정보보호수준을 인정하여 개인정보 국외이전을 허용한다. 한국인터넷진흥원, APEC CBPR 인증(접속일자: 2023.5.20. 17:22), https://www.privacy.go.kr/pic/cbpr_info.do. 보호위원회와 한국인터넷진흥원은 2022년 12월 22일 CBPR체제의 50개 기준을 충족한 네이버(주)에 인증서를 수여하였다. 보호위원회, 국내 최초 아태지역 개인정보 국제인증 부여, 보호위원회 보도자료(2022. 12. 22.). 2013년 8월 IBM이 처음 인증을 받았고, 2014년 HP는 CBPR 체제의 인증과 GDPR의 BCRs을 동시에 처음으로 받았다. 애플, 시스코, 야후재팬 등 50여 기업이 CBPR체제 인증을 부여받았다.

105) 글로벌 CBPR 포럼의 참여는 개방적이지만, 새로운 참여의 결정에 기존 참여국의 동의(consensus) 결정이 요구된다. Global Cross-Border Privacy Rules(CBPR) Declaration(Apr. 21, 2022).

106) 한국은 아래 RCEP과 한-싱DPA에 더하여 2023년 6월 싱가포르, 뉴질랜드, 칠레의 디지털경제동반자협정(DEPA)에 가입을 위한 실질적 타결을 하였고, 인도태평양경제프레임워크(IPEF)의 디지털통상과 WTO의 전자상거래 협상에 참여하고 있으며,

(1) RCEP

한국은 동남아시아국가연합(ASEAN) 10개국과 중국·일본·호주·뉴질랜드 4개국과 함께 RCEP을 채택하였는데, 제12장은 전자상거래를 규정하고, 특히 제12.15조는 전자적 수단에 의한 정보의 국경간 이전을 규정한다.¹⁰⁷⁾ 당사국은 전자적 수단에 의한 정보의 국경 간 이전이 적용 대상인의 사업을 수행하기 위한 것인 경우 그러한 행위를 금지하지 않는다.¹⁰⁸⁾ 그러나, 당사국이 다음을 채택하거나 유지하는 것을 금지하지 않는다: 가. 정당한 공공정책 목표를 달성하기 위하여 당사국이 필요하다고 여기는 제2항[전자적 수단에 의한 정보의 국경간 이전]과 불합치하는 모든 조치¹⁰⁹⁾, 또는 나. 당사국의 필수적인 안보 이익 보호를 위하여 그 당사국이 필요하다고 여기는 모든 조치.¹¹⁰⁾ CPTPP 등 다른 통상협정의 규정과 달리, RCEP에서 국경 간 정보 이전은 당사국의 자의적 결정으로 제한될 가능성이 높다.

이렇게 당사국들 사이에서 정보의 국경 간 이전이 원칙적으로 제한되지 않는 것은 각 당사국의 개인정보보호제도가 완비되어 있음을 전제로 한다. 이에 제12.8조는 온라인 개인정보보호를 규정한다. 각 당사국은 전자상거래 사용자의 개인정보 보호를 보장하는 법적 틀을 채택하거나 유지하여야 하는데,¹¹¹⁾ 당사국들은 다른 당사국으로부터 이전된 개인정보 보호를 위

조만간 EU와 디지털통상협정의 협상을 개시할 것이다. 디지털통상 규정에 관하여 박노형, “데이터무역 국제규범의 출범 -TPP의 중요한 의의-”, 안암법학 제50권(2016), 53-87 참조.

107) 동 협정은 2020년 11월 15일 서명되었고, 2022년 2월 1일 발효하였다. RCEP의 국문본은 영문본의 ‘Party’를 ‘당사자’라 표기하는데, 기업 등이 아닌 국가를 의미하는 ‘당사국’이 적합할 것이다.

108) RCEP 제12.15조 제2항.

109) RCEP 제12.15조 제3항 가목. 다만, 그 조치가 자의적이거나 부당한 차별 또는 무역에 대한 위장된 제한 수단을 구성하게 될 방식으로 적용되지 않아야 한다. RCEP 제12.15조 제3항 가목 단서. 당사국들은 그러한 정당한 공공정책 이행의 필요성은 이행 당사국이 결정하는 것임을 확인한다. RCEP 제12.15조 제3항 가목에 대한 각주 14.

110) RCEP 제12.15조 제3항 나목. 그러한 조치는 다른 당사국들에 의하여 분쟁의 대상이 되지 않는다. RCEP 제12.15조 제3항 나목 제2문.

111) RCEP 제12.8조 제1항. ‘shall’ 단어를 사용하여 이러한 법적 틀의 채택과 유지는 강제적이다. 당사국은 사생활 또는 개인정보 보호를 위한 포괄적인 법과 규정, 개인정보 보호를 적용 대상으로 하는 분야별 법과 규정, 또는 개인정보 보호와 관련하여

하여 ‘가능한 한도에서’(to the extent possible) 협력하여야 한다.¹¹²⁾ 다른 당사국으로부터 이전된 개인정보 보호는 개인정보가 이전된 당사국의 개인정보보호 역량과 수준에 따르게 된다. RCEP 당사국들의 개인정보보호 수준에 차이가 있는 현실에서 그 보호가 당연히 요구되는 것이 아니라 보호를 위한 협력이 ‘가능한 한도에서’ 요구되는 것은 문제이다. 따라서, RCEP 당사국들 사이의 개인정보의 국경 간 이전은 실제로는 제한적일 것이다.

(2) 한-싱DPA

한국은 싱가포르와 한-싱가포르 FTA의 전자상거래에 관한 제14장을 대체하는 ‘한국-싱가포르 디지털동반자협정(Korea-Singapore Digital Partnership Agreement, ‘이하 한-싱DPA’)'를 체결하였고, 제14.14조는 전자적 수단에 의한 국경 간 정보 이전을 규정한다.¹¹³⁾ 개인정보를 포함하여 전자적 수단에 의한 국경 간 정보 전송이 적용 대상인의 사업 수행을 위한 것일 경우 어떠한 당사국도 이러한 활동을 금지하거나 제한하지 않는다.¹¹⁴⁾ 이와 함께 당사국이 정당한 공공정책 목표를 달성하기 위하여 제2항[전자적 수단에 의한 국경 간 정보 이전]과 불합치하는 조치를 채택하거나 유지하는 것을 금지하지 않는다.¹¹⁵⁾

법인이 부담하는 계약상 의무의 집행을 규정하는 법과 규정과 같은 조치를 채택하거나 유지함으로써 이 항에 따른 의무를 준수할 수 있다. RCEP 제12.8조 제1항에 대한 각주 8.

112) RCEP 제12.8조 제5항.

113) 동 협정은 2021년 12월 15일 협상 타결이 선언되었고, 2023년 1월 14일 발효하였다.

114) 한-싱DPA 제14.14조 제2항. ‘cross-border transfer of information’은 정부의 국문 번역에서 ‘국경간 정보의 전송’이라고 하는데 ‘국경간 정보 이전’이 보다 타당할 것이다. 전송(transmission)은 보다 특정한 의미를 가질 수 있다. 예컨대, 동 협정 제14.1조는 디지털제품(digital product)을 디지털 방식으로 부호화되고 상업적 판매 또는 배포를 목적으로 생산되며 ‘전자적으로 전송될 수 있는(can be transmitted electronically)’ 컴퓨터 프로그램, 문자열, 동영상, 이미지, 녹음물 또는 그 밖의 제품이라고 정의한다. ‘전자적 전송 또는 전자적으로 전송된’(electronic transmission or transmitted electronically)은 광자적 수단을 포함한 모든 전자기적 수단을 이용하여 이루어지는 전송(transmission)이라고 정의한다.

115) 한-싱DPA 제14.14조 제3항 본문. 다만 그러한 조치는 자의적이거나 부당한 차별

한-싱 DPA도 각 당사국의 개인정보보호제도가 완비되어 있음을 전제로 할 것이다. 한-싱DPA 제14.17조에 개인정보 보호가 규정되어 있는데, 각 당사국은 전자거래(electronic transactions)를 수행하거나 이에 참여하는 인(persons)의 개인정보 보호를 규정하는 법체계를 채택하거나 유지하여야 한다.¹¹⁶⁾ 개인정보 보호를 위한 자국의 법체계를 개발할 때, 각 당사국은 관련 국제기관의 원칙 및 지침을 고려하여야 한다.¹¹⁷⁾ 특히 각 당사국은 자국 영역에서 발생하는 개인정보 보호 위반으로부터 전자거래를 수행하거나 이에 참여하는 인(persons)을 보호할 때 비차별적 관행을 채택하여야 한다.¹¹⁸⁾ 즉, 각 당사국은 자국 내에서 발생하는 개인정보보호의 위반으로부터 전자거래에 종사하는 인의 보호에 있어서 차별해서는 아니 된다.

또한, 양 당사국은 APEC CBPR체제 및/또는 APEC PRP체제가 개인정보를 보호하면서 국경간 정보 이전을 촉진하는 유효한 메커니즘임을 인정한다.¹¹⁹⁾ 이와 동시에 양 당사국은 CBPR체제가 개인정보 보호에 관한 당사국의 법과 규정을 대체하거나 변경하지 않는다는 것 역시 인정한다.¹²⁰⁾ 한국과 싱가포르가 모두 CBPR체제의 참여국가로서 개인정보의 국경간 이전에 관하여 APEC CBPR체제를 유효한 메커니즘으로 인정한 것이다.

수단 또는 무역에 대한 위장된 제한을 구성하는 방식으로 적용되지 않아야 하고, 그러한 목표를 달성하기 위하여 요구되는 것 이상의 제한을 정보 전송에 부과하지 않아야 한다. 각각 한-싱DPA 제14.14조 제3항 단서 가, 나목.

116) 한-싱DPA 제14.17조 제2항 제1문. 'shall' 단어를 사용하여 이러한 법체계의 채택과 유지는 강제적이다.

117) 한-싱DPA 제14.17조 제2항 제2문. 당사국은 사생활, 개인정보 또는 개인데이터 보호를 위한 포괄적인 법, 데이터 보호 또는 사생활을 적용 대상으로 하는 분야별 법이나 데이터 보호 또는 사생활과 관련하여 기업의 자발적 약속 이행을 규정하는 법과 같은 조치를 채택하거나 유지함으로써 이 항의 의무를 준수할 수 있다. 한-싱DPA 제14.17조 제2항 제2문에 대한 각주 14-8.

118) 한-싱DPA 제14.17조 제4항.

119) 한-싱DPA 제14.17조 제8항.

120) 한-싱DPA 제14.17조 제8항에 대한 각주 14-9.

X. 결 론

세계화 시대에서 국가 간 개인정보 이동은 국제무역과 국제협력의 확대에 필수이다. 기업활동에 있어 개인정보 국외이전의 중요성은 최근 주목 받은 EU-미국 사이의 개인정보 이전의 미국 기업 Meta의 사업에 대한 영향에서 확인된다. EU사법법원이 각각 2015년 10월 및 2020년 7월 Safe Harbour와 Privacy Shield 체제가 미국에서 EU의 개인정보보호의 동등한 수준을 충족하지 않는다고 해당 적정성 결정을 무효라고 판단하였다. 2022년 3월 25일 EU와 미국은 Privacy Shield 체제를 대체하는 ‘대서양 양안 정보프라이버시 프레임워크(Trans-Atlantic Data Privacy Framework)’를 채택하기로 합의하였다. 그러나, 2023년 5월 22일 아일랜드 DPC는 Meta가 GDPR을 위반하여 개인정보를 미국으로 역외 이전한 것을 이유로 GDPR 관련 최대 과징금인 1조7천억원을 부과하였다. 유럽위원회가 GDPR에 일치하도록 동 프레임워크를 미국과 협상하지 못하면, Meta의 Facebook 등 미국 기업은 유럽을 상대로 더 이상 사업을 할 수 없게 된다.

이 법은 원래 개인정보 국외이전을 개인정보의 제3자 제공에 관한 법 제17조 제3항에서 단순히 규정하였는데, 2020년 2월 4일 개정에서 정보통신방법의 개인정보 국외이전에 관한 규정을 이 법에 통합하였다. 이후 2023년 3월 14일 개정에서 개인정보의 처리에 관한 제3장에 개인정보 국외이전에 관한 제4절을 신설하였다. 종래 정보주체 또는 정보통신서비스 이용자의 동의를 받아 개인정보의 국외이전이 허용되었는데, 이번 개정으로 정보주체의 별도의 동의를 포함한 다양한 법적 근거를 통하여 국외이전이 허용된다.

종래 국외 제3자 제공 등 개인정보의 국외이전이 정보주체나 정보통신서비스 이용자의 동의 만을 기반으로 허용되었던 점에서 이 법은 개인정보를 포함한 ‘정보의 무역(trade in data)’ 내지 ‘정보의 이동’(data flow/transfer)의 자유에 기반한 디지털통상의 발전이라는 국제적 흐름에 부응하지 못했었다. 이번 개정으로 이 법이 개인정보의 국외이전을 위한 다양한 법적 장치를 마련한 것은 긍정적으로 평가해야 할 부분이다. 또한, 한국의 APEC CBPR체제와 글로벌 CBPR체제 가입 및 EU의 한국에 대한 적정성 결정 등으로, 한

200 개정된 개인정보보호법상 개인정보의 국외이전에 관한 규정의 분석: GDPR을 참조하여

국의 국경간 개인정보 이동을 통한 디지털통상이 크게 성장할 것으로 기대된다. 그럼에도 불구하고, 2023년 3월 14일 개정된 이 법의 국외이전에 관한 규정은 역외이전에 관한 GDPR 제5장의 상응하는 규정과 비교할 때 보다 과감하게 개선될 필요가 있다.

개정된 개인정보보호법상 개인정보의 국외이전에 관한 규정의 분석: GDPR을 참조하여	수령 날짜 2023.05.27.	심사개시일 2023.06.07.	게재결정일 2023.06.26.
---	----------------------	----------------------	----------------------

[참고문헌]

- 박노형 외 8인, EU개인정보보호법-GDPR을 중심으로-, 박영사(2017).
- _____, 개인정보보호법, 박영사(2020).
- 개인정보보호위원회, 한국, EU 「개인정보보호 적정성 결정」 최종 통과, 개인정보보호위원회 보도자료(2021. 12. 18.).
- _____, 국내 최초 아태지역 개인정보 국제인증 부여, 개인정보보호위원회 보도자료(2022. 12. 22.).
- 박노형, “데이터무역 국제규범의 출범 -TPP의 중요한 의의-”, 안암법학 제50권(2016).
- _____, “EU 적정성 결정에 따른 개인정보보호위원회 고시인 보완규정의 법적 분석”, 고려법학 제106호(2022. 9).
- 방송통신위원회, 심의·의결(안전번호 제2020-41-210호, 의결일 2020.7.15.).
- Case C-362/14, Maximilian Schrems v. Data Protection Commissioner, ECLI:EU:C:2015:650 (Oct. 6, 2016).
- Case C-311/18, Data Protection Commissioner v. Facebook Ireland Limited and Maximilian Schrems, ECLI:EU:C:2020:559 (July 16, 2020).
- Data Protection Commission, Data Protection Commission announces conclusion of two inquiries into Meta Ireland (Jan. 4, 2023).
- European Commission, Commission Implementing Decision of 17.12.2021 pursuant to Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council on the adequate protection of personal data by the Republic of Korea under the Personal Information Protection Act, C(2021) 9316 final (Dec. 17, 2021).
- European Parliament, Adequacy of the protection afforded by the EU-U.S. Data Privacy Framework, P9_TA(2023)0204 (May 11, 2023).
- EDPB, Guidelines 05/2021 on the Interplay between the application of Article 3 and the provisions on international transfers as per Chapter V of the GDPR (Nov. 18, 2021).
- _____, Guidelines 07/2022 on certification as a tool for transfers (Jun. 14, 2022).
- _____, Opinion 5/2023 on the European Commission Draft Implementing Decision on the adequate protection of personal data under the EU-US Data Privacy Framework (Feb. 28, 2023).
- The White House, FACT SHEET: United States and European Commission Announce Trans-Atlantic Data Privacy Framework (Mar. 25, 2022).
- _____, “Executive Order on Enhancing Safeguards for United States Signals Intelligence Activities” (Oct. 7, 2022).

【국문초록】

세계화 시대에서 국가 간 개인정보 이전은 국제무역과 국제협력의 확대에 필수적이다. 기업 활동에 있어 개인정보 국외이전의 중요성은 최근 EU-미국 사이의 개인정보 이전에 대한 규제의 미국 기업 Meta의 사업에 대한 영향에서 확인된다. EU사법법원은 각각 2015년 10월 및 2020년 7월 Safe Harbour와 Privacy Shield 체제가 미국에서 GDPR이 요구하는 개인정보보호의 동등한 수준을 충족하지 않는다고 해당 적정성 결정을 무효라고 판단하였다. 이후 2022년 3월 25일 EU와 미국은 Privacy Shield 체제를 대체하는 ‘대서양 양안 정보프라이버시 프레임워크(Trans-Atlantic Data Privacy Framework)’를 채택하기로 합의하였다. 그러나, 2023년 5월 22일 아일랜드 개인정보보호위원회(DPC)가 Meta에게 개인정보 역외이전이 GDPR을 위반하였다고 1조7천억원의 과징금을 부과하였다. 이제 유럽위원회가 GDPR에 일치하도록 동 프레임워크를 미국과 협상하지 못하면, Meta의 Facebook 등 미국 기업은 유럽을 상대로 더 이상 사업을 할 수 없게 된다.

한국 개인정보보호법(이하 ‘법’)은 개인정보 국외이전을 개인정보의 제3자 제공에 관한 법 제17조 제3항에서 단순하게 규정하다가, 2020년 2월 4일 정보통신망법의 개인정보 국외이전에 관한 규정을 이 법에 통합하였다. 이후 2023년 3월 14일 개정에서 개인정보의 처리에 관한 제3장에 개인정보 국외이전에 관한 제4절을 신설하였다. 이번 개정으로 정보주체의 별도의 동의를 포함한 다양한 법적 근거를 통하여 국외이전이 허용되게 되었다.

이 법의 개정으로 개인정보 국외이전을 위한 다양한 법적 장치가 마련되어 개인정보를 포함한 데이터의 국경간 이전 및 그 결과로서 디지털통상을 증대할 수 있게 된 것은 긍정적으로 평가해야 한다. 또한, 한국의 APEC CBPR체제와 글로벌 CBPR체제 가입 및 EU의 한국에 대한 적정성 결정 등으로, 한국의 국경간 개인정보 이동을 통한 디지털통상이 크게 성장할 것으로 기대된다. 그럼에도 불구하고, 이 법의 개정된 국외이전에 관한 규정은 역외이전에 관한 GDPR 제5장의 상응하는 규정과 비교할 때 좀더 과감하게 개선될 필요가 있다.

【Abstract】

An analysis of the provisions on the transfer of personal data out of Korea in the amended Personal Information Protection Act: with reference to the EU GDPR

Nohyoung Park

(Professor, Korea University Law School)

Cross-border transfer of personal data is inevitable for international trade and cooperation in today's globalized world. Its importance in the field of entrepreneurship is evidenced from the recent controversy surrounding the European Union(hereinafter 'EU')'s regulation of Meta, a US big-tech company, with its European headquarters regarding its transfer of EU citizens' personal data to the US. The Court of Justice of the EU nullified the relevant adequacy decisions of the European Commission relating to the US for its failure to ensure the adequate level of protection as required in the EU. Since then, Meta has been relying on alternative means known as Standard Contract Clause to facilitate its transfer. However, such a basis has again been invalidated by the order of Ireland Data Protection Commission on 22 May 2023, imposing Meta with a fine of 1.2 billion Euro as well as suspension decisions. Unless the US and the EU succeed in adopting the Trans-Atlantic Data Privacy Framework so as to comply with the 'General Data Protection Regulation(hereinafter 'GDPR')' in the US, Meta may have to withdraw its business out of the EU.

The ‘Personal Information Protection Act(hereinafter ‘Act’)' of Korea originally provided for the provision of personal data to a third person in Article 17, paragraph 3 simply as it was only based on the consent of the data subject concerned. On 4 February 2020, more detailed provisions on the transfer of personal data out of Korea in the Information and Telecommunications Act were integrated into the Act, and on 14 March 2023, a separate Section 4 on the transfer of personal data was finally inserted into Chapter 3 of the Act, thereby permitting such transfer to be based on diversified legal grounds other than the original consent of data subject concerned.

The amendment of the Act, due to its various legal bases for the transfer of personal data out of Korea, is expected to further facilitate the trade in or flows of data including personal data, and consequently, to encourage digital trade. This is a positive improvement considering that Korea is now expected to develop digital trade through the cross-border transfer of personal data with its participation in the APEC Cross-Border Privacy Rules and the Global Cross-Border Privacy Rules systems as well as the adequacy decision of the European Commission. Nevertheless, this Act still needs to be further improved. The amended provisions are insufficient in comparison to the corresponding provisions of the GDPR.

주제어(Keyword) : 개인정보(personal data), 개인정보보호법(Personal Information Protection Act), 개인정보보호위원회(Personal Information Protection Commission), 국외이전(cross-border transfer), 적정성 결정(adequacy decision)

기후변화 대응을 위한 국제무역 규범의 모색: WTO 보조금협정을 중심으로*

배 연 재**

▶ 목 차 ◀

- | | |
|---|-------------------------------------|
| I. 서론 | III. 보조금협정과 국제환경의무의
균형을 위한 방안 모색 |
| II. 탄소배출 감축의무로서 KETS
분석 | 1. 보조금협정과 국제환경의무
의 균형 요청 |
| 1. KETS 시행 목적 및 방식
분석 | 2. 국제협정의 조화로운 해석을
통한 해결 방안 검토 |
| 2. KETS 전부 무상할당에 대
한 미국 상무부의 상계관세
판정 분석 | 3. 국가 간 상호 합의를 통한 해
결 방안 검토 |
| | IV. 결 론 |

I. 서론

오늘날 기후변화 대응을 위한 탄소중립¹⁾은 전 세계 모든 국가가 부담

* 본고의 내용은 필자의 개인적인 견해이며, 법무법인(유)광장의 공식 입장과는 무관함을 밝힙니다.

** 법무법인(유)광장 연구위원, 법학박사.

1) 「기후위기 대응을 위한 탄소중립·녹색성장 기본법」 제2조 제3호는 “탄소중립”을 대기 중에 배출·방출 또는 누출되는 온실가스의 양에서 온실가스 흡수의 양을 상쇄한 순배출량이 영(零)이 되는 상태로 정의하고 있다.

해야 할 공동의 목표이자 책임이 되었다. 2015년 12월에 채택된 파리협정(Paris Agreement)²⁾은 산업화 이전 대비 지구 평균기온 상승을 2°C보다 상당히 낮은 수준으로 유지하고, 1.5°C까지 제한하도록 노력하는 것을 목표로 삼았고³⁾, 2018년 기후변화에 관한 정부간 협의체(Intergovernmental Panel on Climate Change, 이하 ‘IPCC’)는 지구 평균기온 상승을 1.5°C로 제한하기 위해서는 2050년까지 탄소중립을 달성해야 한다는 목표를 제시했다.⁴⁾ 다수의 국가들이 이러한 2050년 탄소중립을 목표로 설정함으로써 화석에너지에 대한 의존도를 크게 줄이고, 저탄소 에너지를 더 많이 활용하는 에너지 전환(energy transition)을 추진하고 있다.

이러한 환경을 포함한 지속가능성 문제는 비단 국제환경협정에서만 다루는 것은 아니고, 국제무역협정의 범주에서도 적극적으로 논의되고 있다. 세계무역기구 설립을 위한 마라케쉬협정(Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, 이하 ‘마라케쉬협정’) 전문의 첫 문단은 지속가능한 개발(sustainable development)과 환경 보호가 WTO라는 다자무역체제의 주요한 목표에 해당한다는 점을 확인하고 있다.⁵⁾ 이를 풀이하자면, WTO협정은 정당화되지 않는 자의적인 차별, 위장된 수단 등으로 무역을 제한하지 않는 한 회원국들이 원칙적으로 환경 보호 목적으로 무역조치를 취하는 것을 금지하지 않는다.⁶⁾ WTO에 통보되는 대다수의 환경 관련

2) United Nations, FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1 (Dec. 12, 2015). 우리나라의 경우, 파리협정은 조약 제2315호로서 2016년 12월 3일 발효했다.

3) 파리협정 제2.1(a)조: 1. 이 협정은, 협약의 목적을 포함하여 협약의 이행을 강화하는 데에, 지속가능한 발전과 빈곤 퇴치를 위한 노력의 맥락에서, 다음의 방법을 포함하여 기후변화의 위험에 대한 전지구적 대응을 강화하는 것을 목표로 한다.

a) 기후변화의 위험 및 영향을 상당히 감소시킬 것이라는 인식하에, 산업화 전 수준 대비 지구 평균 기온 상승을 섭씨 2도보다 현저히 낮은 수준으로 유지하는 것 및 산업화 전 수준 대비 지구 평균 기온 상승을 섭씨 1.5도로 제한하기 위한 노력의 추구.

4) IPCC, *Global Warming of 1.5°C* (2018), p. 33.

5) 마라케쉬협정 전문 제1 문단 중 해당 내용은 다음과 같다. “Recognizing that their relations in the field of trade and economic endeavour should be conducted with a view to...allowing for the optimal use of the world’s resources in accordance with the objective of sustainable development, seeking both to protect and preserve the environment”

조치는 WTO에서 특별히 문제제기의 대상이 되지 않으며, 분쟁으로 나아간 소수의 사건에서도 특정 환경 관련 조치가 추구하는 환경 목적 자체가 WTO협정 위반이라고 판정된 경우는 없는 것으로 파악된다.⁷⁾ 즉, WTO체제에서 회원국들이 환경 보호 관련 조치를 취한다고 하여 그 자체만으로 WTO협정을 위반하는 것이 아니며, 회원국들은 이러한 조치를 취할 수 있는 권한을 원칙적으로 보유한다.

실제로도 회원국들은 기후변화 대응 등을 포함한 환경 보호 목적으로 무역조치를 흔하게 채택·운용하고 있다. WTO 환경 데이터베이스(Environmental Database)에 따르면, 2011-2020년 기간 동안 회원국들이 통보한 환경 관련 조치는 총 13,095건이고, 이 중 기후변화 대응과 연관된 조치는 총 4,102건(31.3%)이 통보되었다.⁸⁾ 여기서 한 가지 주목할 만한 사실은 WTO 회원국들이 통보한 기후변화 관련 조치의 절반 가까이가 보조금 및 상계조치에 관한 협정(Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, 이하 ‘보조금협정’)에 따른 보조금 관련 조치(43.7%)였다는 점이다.⁹⁾ 이는 친환경 기술 개발, 산업 기반시설 확립을 위해서는 막대한 투자가 요청되기 때문에 회원국들이 공공지출 수단을 통해 친환경 산업으로의 전환과 그 경쟁력 강화를 꾀하고 있음을 의미한다. 친환경 산업의 전환 및 활성화와 그 경제성 확보를 위해서는 아직 정부의 지원이 필요한 실정이다.¹⁰⁾ 또한, COVID-19의 영향으로 인한 경제 회복은 지속가능하고, 공정하

6) WTO, Short Answers to Big Questions on the WTO and the Environment (2020), p. 7.

7) *Ibid.*, pp. 8, 10.

8) WTO Environmental Database, <<https://edb.wto.org/charts>>, 2023. 5. 28. 최종 검색; WTO Committee on Trade and Environment, Environmental Database for 2020, Note by the Secretariat, WT/CTE/EDB/20 (28 January 2022), pp. 12-13. 기후변화 대응과 직·간접적으로 연관되는 조치의 목적으로 (재)조립, 대기오염 감소, 대체·재생 에너지, 기후변화 감축·적응, 에너지 보존·효율, 오존층 보호 등이 포함된다. *Ibid.*

9) WTO Committee on Trade and Environment, Environmental Database for 2020, Note by the Secretariat, WT/CTE/EDB/20 (28 January 2022), pp. 14-15.

10) UNEP, Towards a Green Economy, Pathways to Sustainable Development and Poverty Eradication (2011), p. 35; European Commission, “Support schemes for renewable energy”, <<https://energy.ec.europa.eu/topics/renewable-energy/financing/>>

며, 탄소중립적인 산업으로의 전환이어야 한다는 기조 아래 친환경 경제 회복을 위한 보조금 등 정부 지원이 2020년 이후 급격히 증가했다.¹¹⁾ 최근 들어서는 오히려 친환경 산업 분야에서 주요국 간 보조금 경쟁이 심화되는 양상으로 변하고 있다. EU 집행위원회(European Commission)는 역내 친환경 산업의 경쟁력 강화 일환으로 2023. 2. 1.에 ‘탄소중립시대를 위한 그린딜 산업 계획(A Green Deal Industrial Plan for the Net-Zero Age)’을,¹²⁾ 그리고 2023. 3. 9.에 후속적으로 ‘한시적 위기 및 전환 프레임워크(Temporary Crisis and Transition Framework)’를 발표했는데,¹³⁾ 이는 미국의 인플레이션감축법(Inflation Reduction Act)에 따른 대규모 보조금 정책¹⁴⁾에 대응하여 역내 보조금 지급 규제를 완화하는 것을 주요 골자로 한다. 이러한 주요국의 보조금 지급 및 규제 완화 정책은 보조금 자체가 국제무역에서 미치는 경제적 영향 외에도¹⁵⁾ 국가 간 보조금 경쟁을 가열할 수 있다는 비판적 시

support-schemes-renewable-energy_en>, 2023. 5. 29. 최종 검색.

- 11) OECD, Focus on Green Recovery, <<https://www.oecd.org/coronavirus/en/themes/green-recovery>>, 2023. 5. 29. 최종 검색.
- 12) European Commission, A Green Deal Industrial Plan for the Net-Zero Age, Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM(2023) 62 final (1 Feb. 2023).
- 13) European Commission, Temporary Crisis and Transition Framework for State Aid measures to support the economy following the aggression against Ukraine by Russia, Communication from the Commission (2023/C 101/03), OJ C 101, 17.3.2023, pp. 3-46.
- 14) IRA의 핵심 내용 중 하나는 기후변화 대응 및 에너지 안보와 관련하여 3690억 달러에 달하는 세금 및 기타 인센티브가 미국 소비자의 에너지비용 감축을 위한 세액공제, 풍력터빈, 태양광 패널, 배터리 등 에너지 생산·저장시설의 국내 제조 지원, 친환경차의 판매 진작을 위한 세액공제 등에 투입될 것이라는 점이다. 이는 기후변화 대응 및 재생에너지의 온쇼어링(onshoring) 생산에 대한 미국 역사상 가장 큰 규모의 투자에 해당한다. DLA Piper, “Inflation Reduction Act seeks to jumpstart electric vehicle market”, Regulatory Alert (Aug. 19, 2022).
- 15) 보조금이 국제무역에서 미치는 경제적 영향에 관해서는 다음의 자료 참조. IMF, OECD, World Bank & WTO, *Subsidies, Trade, and International Cooperation* (2022), p. 5; José Guilherme Moreno Caiado, *Commitments and Flexibilities in the WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures: An Economically Informed Analysis*, Cambridge University Press (2019), pp. 61-98.

각이 제기되고 있다.¹⁶⁾

이렇게 미국, EU 등 주요국의 보조금 경쟁이 심화되고 있는 가운데 정부나 공공기관이 국내산업에 대해 친환경 보조금을 지급하는 것은 국제무역의 경쟁조건에 영향을 미치기 때문에 보조금협정에 반할 소지가 있다는 지적이 제기되고 있다.¹⁷⁾ 앞서 언급한 바와 같이 WTO에 통보되는 대부분의 환경 관련 조치는 실제 분쟁으로 이어지지 않으며, 환경 보호 목적으로 지급된 보조금이 모두 보조금협정의 규율 대상에 포함되는 것도 아니다. 특정 보조금이 보조금협정의 규제 대상이 되기 위해서는 무엇보다도 동 협정 제1조, 제2조 등에서 규정하고 있는 요건, 즉 정부에 의한 재정적 기여(financial contribution), 경제적 혜택(benefit) 및 특정성(specificity) 요건이 충족되어 보조금의 정의 범주에 해당해야 한다. 그런데 보조금협정에는 GATT 제20조와 같이 환경 보호 목적의 조치가 정당화 될 수 있는 예외 사유가 명시적으로 규정되어 있지 않기 때문에 보조금협정에 위반할 소지가 있는 친환경 보조금이 확인되는 경우 이를 정당화시킬 수 있는 예외 사유가 허용되지 않는다. 결과적으로 기후변화 대응을 위한 친환경 산업으로의 전환 목적으로 보조금을 지급한 것이 자칫 WTO협정에 위반되는 결과를 야기할 수 있는 것이다. 특정 회원국의 기후변화 대응 정책이 그 실행 방식에 따라 WTO체제에서 양립할 수 없는 정책이 될 수 있다.

우리나라도 기후변화에 관한 국제연합 기본협약(United Nations Framework Convention on Climate Change, 이하 'UNFCCC'),¹⁸⁾ 교토의정서(Kyoto Protocol to the UNFCCC)¹⁹⁾ 및 파리협정의 당사국으로서 기후변화에 대응

16) Politico, "Europe embarks on subsidy race it can't win" (Feb. 1, 2023), <<https://www.politico.eu/article/europe-subsidy-green-deal-industrial-plan-state-aid/>>, 2023. 5. 29. 최종 검색; Euractiv, "EU announces own green industry plan in global subsidy race" (Feb. 2, 2023), <<https://www.euractiv.com/section/economy-jobs/news/eu-announces-own-green-industry-plan-in-global-subsidy-race/>>, 2023. 5. 29. 최종 검색.

17) David Kleimann, "Climate versus Trade? Reconciling International Subsidy Rules with Industrial Decarbonisation", *Policy Contribution* 03/2023, Breugel (Feb. 2023), p. 2.

18) 우리나라의 경우, UNFCCC는 조약 제1213호로서 1994년 3월 21일 발효했다.

하기 위한 새로운 정책 및 법제도를 채택·시행하고 있다. 대표적으로, 우리나라는 온실가스 감축 목표를 설정하고, 이러한 목표 달성을 위한 수단의 일환으로 2015년부터 배출권거래제(emissions trading system, 이하 ‘KETS’)를 운영하여 왔다.²⁰⁾ 그런데, 최근 미국 상무부(Department of Commerce)는 KETS 시행 과정에서 일부 산업에 대해 배출권을 전부 무상으로 할당한 것이 상계가능한 보조금에 해당한다는 판정을 내렸다. 우리나라가 파리협정의 당사국으로서 부담하는 국제적 환경의무 이행의 일환으로 도입한 KETS가 무역규범에 반하게 되어 결과적으로 우리 기업이 불리한 상황에 놓이게 된 것이다. 이는 전 세계가 기후변화 대응을 공동의 목표로 삼고 적극적 노력을 기울이고 있는 점과 일견 상충될 수 있어 보인다. 그렇다면, 국제적 환경의무의 이행을 위해 도입된 정부 정책이 보조금협정에 반할 수 있는 소지가 확인될 경우, 이러한 환경 정책이 WTO체제에서 정당화될 수 있는 방안은 없는 것인지에 대해 고려해 볼 필요가 있다. 친환경 보조금의 지급이 보조금협정에 위반되는지 여부에 대해서는 이전부터 논의되어 왔으나, 현재는 관련 규범과 판정에 변경이 있는 만큼 이에 대한 새로운 분석이 필요하다.²¹⁾ 이에 아래에서는 먼저 KETS의 목적과 운영방식, 그리고 미국 상무부가 KETS의 무상할당을 보조금으로 판단한 논리에 대해 살펴보고, 기후변화 대응을 목적으로 하는 친환경 보조금이 WTO협정과 양립할 수 있는 방안에 대해 검토한다.²²⁾

19) 교토의정서는 1997년 12월 일본 교토에서 개최된 UNFCCC 제3차 당사국 총회에서 UNFCCC 부속의정서로서 채택되었다. 우리나라의 경우, 교토의정서는 조약 제1706호로서 2005년 2월 16일 발효했다.

20) KETS에 대한 구체적 설명은 목차 II.1.(2)를 참조.

21) 이전의 논문들이 작성될 당시와 비교할 때, 현재는 기후변화 대응을 위한 정책들이 적극적으로 채택되고 있는 점, 배출권거래제의 유사할당이 시행된 점, 개별 국가(미국)의 국내 상계조치가능 보조금 판정 및 범원 판결이 있었던 점 등의 상황 변동이 있는 것으로 파악된다. 본고는 이러한 변경된 상황을 토대로 친환경 보조금 문제를 검토한다.

22) 본고의 검토 대상인 친환경 보조금은 정부 또는 공공기관 등에 의한 재정적 기여가 있는 보조금을 의미하며, 본고에서 특정하게 명시하지 않는 한 보조금협정 제3조에서 금지하고 있는 국내상품 사용을 조건으로 지급되는 보조금은 논의의 대상에서 제외한다.

II. 탄소배출 감축의무로서 KETS 분석

1. KETS 시행 목적 및 방식 분석

(1) 파리협정 당사국으로서 탄소배출 감축의무 이행

앞서 언급한 바와 같이 파리협정은 제2.1조에서 산업화 이전 대비 지구 평균기온 상승을 2°C보다 상당히 낮은 수준으로 유지하고, 1.5°C까지 제한 하도록 노력하는 것을 목표로 삼았다. 1992년 5월에 채택된 UNFCCC는 그 목표를 기후체계가 위협한 인위적 간섭을 받지 않는 수준으로 대기 중 온실 가스 농도의 안정화를 달성하는 것이라고 규정한 반면, 파리협정은 온실가스 배출 감축을 통한 구체적 온도 목표를 설정한 점에서 차이가 있다. 또한, 선진국에게만 온실가스 감축 의무를 부과한 1997년 교토의정서와는 달리, 파리협정은 개도국을 포함한 모든 당사국에게 감축 의무를 부과하였다 점에서 구별된다.

파리협정은 제4조에서 국가별 온실가스 감축을 각 당사국이 5년 단위로 제출하는 개별 국가결정기여(nationally determined contributions)에 따라 이행할 것을 규정하고 있다.²³⁾ 우리나라도 파리협정의 당사국으로서 온실가스 감축을 위한 목표를 설정하여 왔는데, 가장 최근에는 2021년 10월 27일 국무회의에서 2050년 탄소중립의 중간목표로 2030 국가 온실가스 감축목표를 상향하여, 2018년 대비 2030년까지 40% 감축하는 것으로 결정하고,²⁴⁾ 12월 23일 이를 UNFCCC 사무국에 제출하였다.²⁵⁾ 다만, 개별 국가결

23) 파리협정 제4조: 2. 각 당사자는 달성하고자 하는 차기 국가결정기여를 준비하고, 통보하며, 유지한다. 당사자는 그러한 국가결정기여의 목적을 달성하기 위하여 국내적 완화 조치를 추구한다.

24) 2023. 3. 21. 정부는 탄소중립녹색성장기본법에 따른 제1차 국가 탄소중립 녹색성장 기본계획을 발표하였는데, 2030년까지 온실가스 배출량을 2018년 대비 40% 감축하는 목표는 동일하게 유지하면서 세부적으로 전환, 산업, 수소, 탄소포집·저장·활용, 국제 감축 부문의 배출 목표를 조정하였다. 탄소중립녹색성장위원회, “2050 탄소중립 달성과 녹색성장 실현을 위한 윤석열 정부 탄소중립·녹색성장 청사진 공개”(2023. 3. 21); 관계부처 합동, “탄소중립·녹색성장 국가전략 및 제1차 국가 기본계획(중장기 온실가스 감축목표 포함)”(2023. 4.).

정기여는 자발적이고 그 불이행에 대한 제재가 존재하지는 않으며, 제14조 제1항에 따라 본 협정의 당사자회의 역할을 하는 UNFCCC 당사국총회가 협정의 목적과 그 장기적 목표의 달성을 위한 공동의 진전을 평가하기 위해 본 협정의 이행을 정기적으로 점검한다.²⁶⁾

한편, 2018년에 IPCC는 지구 평균기온 상승을 파리협정의 목표인 1.5°C로 제한하기 위해서는 2050년까지 탄소중립을 달성해야 한다는 목표를 제시했다.²⁷⁾ 다수의 당사국들은 탄소중립 달성을 국가 목표로 채택하고, 이를 실현하기 위한 여러 정책을 도입·시행하고 있다. 파리협정은 온실가스 감축 의무 이행의 수단으로 국가결정기여 방식을 채택하고 있으나, 탄소배출 감소 방식에 대한 국내 도입 방식에 대해서는 언급하고 있지 않기 때문에 각 당사국은 자국의 판단 하에 탄소배출 감소를 위한 국내 정책을 결정할 수 있다. 탄소배출 감축 정책은 시장가격 메커니즘 활용 여부에 따라 크게 시장기반 정책과 비시장기반 정책으로 구분되는데, 시장기반 정책으로 배출권 거래제, 탄소세, 탄소국경조정세 등의 간접규제, 그리고 비시장기반 정책으로 내연기관 판매금지, 선박 연비규제와 같은 직접규제와 공공투자 등이 포함된다.²⁸⁾ 즉, 개별 당사국은 특정한 온실가스 감축 정책을 채택해야 할 의무를 부담하는 것은 아니며, 여타 국제규범상 의무, 자국의 상황 등 여러 가지 요인들을 종합적으로 고려하여 온실가스 감축의무를 이행하기 위한 수단을 도입할 수 있다.

(2) 한국의 배출권거래제 검토

우리나라는 온실가스 감축 목표를 이행하기 위한 목적으로 2015년부터 온실가스 배출권거래제를 운영하고 있다.²⁹⁾ 배출권거래제의 기본 원칙은

25) The Republic of Korea's Enhanced Update of its First Nationally Determined Contribution, Submission under the Paris Agreement (Dec. 23, 2021).

26) 파리협정 제14조 제2항에 따라 첫 번째 이행점검은 2023년에 실시하고, 그 이후에는 5년마다 실시한다.

27) IPCC, *supra* note 4, p. 33.

28) 탄소배출 감축 정책에 대한 구체적인 내용은 다음의 자료 참조. 한국은행, “국제사회의 탄소중립 추진 현황 및 경제적 영향”, 국제경제리뷰 2021-9호 (2021. 4. 30.), pp. 6-11.

총량제한 배출권 거래(cap and trade)로서, 일정 한도 이상 온실가스를 배출하는 사업장을 대상으로 연 단위로 배출권을 할당하여, 할당 범위 내에서만 배출을 허용하는 시장 기반의 온실가스 감축제도이다. 대상업체가 확보한 배출권보다 적게 온실가스를 배출했다면, 그 여유분은 시장을 통해 판매하거나 이월할 수 있고, 확보한 배출권보다 더 많은 온실가스를 배출했다면 부족분을 정부 경매나 시장거래를 통해 확보해야 한다.³⁰⁾ 배출권거래제는 온실가스 배출 감축수단의 일환으로 2005년에 최초로 이를 도입한 EU를 중심으로 확대되었다.³¹⁾

우리나라는 2010년 「저탄소 녹색성장 기본법」의 제정으로 기후변화에 대한 통합적 법제 대응을 시작하여,³²⁾ 2012년 「온실가스 배출권의 할당 및 거래에 관한 법률」(이하 ‘배출권거래법’) 및 동법 시행령을 제정함으로써 KETS 도입을 위한 법적 기반을 마련했다. 배출권거래법 제8조 제1항에 따라 최근 3년간 온실가스 배출량의 연평균 총량이 125,000 tCO₂ -eq 이상인 업체이거나 25,000 tCO₂ -eq 이상인 사업장을 하나 이상 보유한 업체에 적용된다. 현재 전환, 산업, 건물, 수송, 폐기물, 공공 등 6개 부문이 적용대상이고, 2020년 기준으로 640 여개 업체가 대상업체로 포함되었다.³³⁾

배출권 할당 대상업체가 정부로부터 배출권을 할당 받는 방식은 유상 할당과 무상할당이 있다. 무상할당 배출권의 비율은 국내산업의 국제경쟁력

29) 우리나라 배출권거래제의 전체적 내용과 운영결과에 대한 사항은 다음의 자료 참조. 환경부 온실가스종합정보센터, 2020 배출권거래제 운영결과보고서 (2022. 2.).

30) 한국환경공단, “온실가스 배출권거래제”, <<https://www.keco.or.kr/web/lay1/S1T164C1007/contents.do>>, 2023. 5. 29. 최종 검색; KRX, “배출권시장 개요”, <<https://ets.krx.co.kr/contents/OPN/01/01050401/OPN01050401.jsp>>, 2023. 5. 29. 최종 검색.

31) KRX, “배출권시장 개요”, <<https://ets.krx.co.kr/contents/OPN/01/01050401/OPN01050401.jsp>>, 2022. 5. 29. 최종 검색.

32) 현재 2022년 3월 25일에 발효한 「기후위기 대응을 위한 탄소중립·녹색성장 기본법」(이하 ‘탄소중립기본법’)이 기존 「저탄소 녹색성장 기본법」을 대체했다. 탄소중립기본법은 기후위기 대응과 탄소중립 달성을 위한 법적 기반으로서 2050년 탄소중립 비전(제7조)과 이행체계를 법제화하고, 2030년 온실가스 감축목표는 기존 수준(2018년 대비 26.3%)보다 9%를 상향한 35% 이상 범위에서 설정할 것을 법률에 명시(제8조)했다.

33) 환경부 온실가스종합정보센터, *supra* note 29, p. 33.

에 미치는 영향, 기후변화 관련 국제협상 등 국제적 동향, 물가 등 국민경제에 미치는 영향, 직전 계획기간에 대한 평가 등을 고려하여 결정한다.³⁴⁾ 제1차 계획기간(2015-2017년)에는 배출권거래제 안착과 경험 축적을 위해 모든 대상업체들이 배출권 전량을 무상으로 할당 받았고, 제2차 계획기간(2018-2020년)부터 유상할당이 시작되어 대상업체의 감축이행이 점진적으로 강화된다. 제2차 계획기간에는 할당량의 3%가 유상할당 되었고, 제3차 계획기간(2021-2025년)에는 비중이 10%로 증가했다.³⁵⁾ 다만, 일정한 무역집약도와 생산비용 발생도를 고려한 요건을 충족하는 업종은 배출권 전량을 무상으로 할당 받을 수 있다. 제3차 계획기간의 무상할당 대상 업종은 비용발생도와 무역집약도를 곱한 값이 0.002(0.2%) 이상인 업종에 속하는 업체를 대상으로 하고, 한국표준산업분류 기준 69개 업종 중 28개 업종이 무상할당 업종으로 결정되었다.³⁶⁾

배출권을 거래하는 방식은 크게 장내거래와 장외거래가 있다. 우선, 장내거래는 배출권거래소인 한국거래소(KRX)를 통해 이루어지는 거래로서 경쟁매매,³⁷⁾ 협의매매,³⁸⁾ 유상할당 경매 등이 포함된다. 다음으로, 장외거래는 할당대상업체 간의 직접계약을 통해 배출권을 거래하는 방식이다.³⁹⁾ 이 중 본고의 논의와 가장 유의미한 연관을 갖는 것은 유상할당 경매이다. 경매는 유상할당이 시작된 제2차 계획기간부터 도입되었는데, 유상할당 대상업체에 대해서 전체 할당량 중 유상할당량이 사전할당에서 공제되어 정부가 보유하게 되고, 한국거래소의 배출권 거래시장을 통해 유상할당 대상업

34) 배출권거래법 제12조 제3항.

35) 배출권거래법 시행령 제18조 제1항 내지 제3항.

36) 배출권거래법 제12조 제4항 제1호, 동법 시행령 제19조; 환경부 온실가스종합정보센터, *supra* note 29, p. 114.

37) 배출권 시장의 매매거래는 개별 경쟁매매의 방법으로 하고, 개별 경쟁매매는 단일가격에 의한 개별 경쟁매매와 복수가격에 의한 개별 경쟁매매로 구분된다. 일정시간 동안 접수한 매도호가 수량과 매수호가 수량을 가장 많이 체결시킬 수 있는 가격(합치가격)으로 매매가 체결된다. 환경부 온실가스종합정보센터, *supra* note 29, p. 73.

38) 협의매매는 거래 당사자 간에 종목, 수량 및 가격을 사전에 협의하여 매도호가 및 매수호가를 제출하는 경우 해당 종목의 매매를 거래 당사자 간에 협의한 조건으로 체결시키는 방법이다. *Ibid.*

39) *Ibid.*, p. 51.

체만 참가할 수 있는 경매를 통해 배출권이 할당되는 방식이다. 즉, 유상할당 대상업체가 배출권 부족분을 정부 경매에 참여하여 유상으로 구매할 수 있다. 이때 중요한 점은 유상할당 경매로 발생한 수입 중 거래 수수료를 제외한 대금은 정부에 세입 조치된다는 것인데,⁴⁰⁾ 이는 아래에서 살펴볼 보조금 요건 중 재정적 기여 검토에서 중요한 고려 요소이다.

2. KETS 전부 무상할당에 대한 미국 상무부의 상계관세 판정 분석

(1) 미국 상무부의 상계관세 판정 분석

1) 2021년 한국산 후판에 대한 상계관세 판정

앞서 언급한 바와 같이 현재 주요국을 중심으로 심화되고 있는 친환경 보조금 지급은 국제무역의 경쟁조건에 부정적 영향을 미쳐 보조금협정의 규율 대상에 해당하는 보조금으로 판명되어 상계관세의 대상이 될 수 있다. 즉, 파리협정에 따른 탄소배출 감축 의무, 그리고 궁극적으로 탄소중립을 달성하고자 하는 환경규범 측면과 보조금협정에 따른 보조금을 교부하지 말아야 할 국제무역 규범 측면이 상충될 수 있다는 것이다. 우리나라도 이 문제에서 자유롭지 못한 상황이다. 미국 상무부는 KETS의 운영 과정에서 시행하고 있는 탄소배출권 전부 무상할당을 상계가능 보조금으로 간주하고 있다. 앞서 설명한 바와 같이 KETS 제2차 계획기간부터 유상할당이 시작된 가운데 일정한 요건을 충족하는 업종은 100% 무상할당을 받을 수 있는데, 미국 상무부는 이러한 업종이 추가로 무상할당 받은 배출권이 보조금에 해당한다고 판단했다. 아래에서는 우리 기업이 미국으로 수출한 철강(후판) 제품에 대해 미국 상무부가 내린 상계관세 판정⁴¹⁾을 중심으로 검토한다.

40) *Ibid.*, pp. 38, 46.

41) 본 상계관세 판정은 포스코가 2019년 기간에 미국으로 수출한 후판 제품을 대상으로 하여 내려진 다음의 상계관세 재심 판정이다. U.S. Department of Commerce, Issues and Decision Memorandum for the Final Results of Countervailing Duty Administrative Review: Certain Carbon and Alloy Steel Cut-to-Length Plate from

동 판정에서 문제된 첫 번째 쟁점은 조사당국이 보조금 여부를 판단하는 데에 있어 우리나라가 파리협정에 따라 부담하는 의무, 그리고 국내적으로 배출권거래제 대상 기업이 부담해야 하는 비용 등을 고려해야 하는지 여부이다. 우리 정부와 기업은 배출권거래제가 우리나라가 파리협정에 따라 부담하는 국제적 의무의 이행을 위해 도입한 환경규제로서 KETS 대상업체는 이에 따른 의무와 비용을 필연적으로 부담하게 되고, 해당 대상업체에게 혜택이 되지 않는다는 점을 주요하게 주장했으나,⁴²⁾ 상무부는 환경규제 준수에 따른 기업의 비용과 보조금 수혜는 별개이고, 기업의 비용은 보조금을 상쇄할 수 있는 요인이 아니라고 보았다. 상무부는 보조금이 존재하는지 여부를 판단하는 데에 있어 보조금의 효과는 중요한 요소가 아니고, 일정한 보조금으로 인해 대상기업의 환경규제 준수에 따른 비용이 감소하였다면 상계가능한 보조금이 있는 것으로 보아야 한다고 판단했다.⁴³⁾

동 판정의 두 번째 쟁점은 온실가스 감축으로 인한 비용발생도 및 무역 집약도와 관련한 일정한 요건을 충족하여 배출권 전부를 무상할당 받은 것, 즉 유상할당 업체와 비교하여 추가로 지급된 무상할당이 보조금 요건을 충족하는지 여부이다.⁴⁴⁾ 첫째, 배출권의 추가 무상할당이 보조금 요건 중 재

the Republic of Korea; 2019, C-580-888 (Jan. 31, 2022) (이하 'POSCO Final Memorandum'); U.S. Department of Commerce, *Post-Preliminary Analysis of the Countervailing Duty Administrative Review of Certain Carbon and Alloy Steel Cut-to-Length Plate from the Republic of Korea*, C-580-888 (Dec. 2, 2021) (이하 'POSCO Post-Preliminary Memorandum'). 상무부는 KETS에 대한 후속 판정에서 이와 동일한 입장을 유지하고 있다.

42) POSCO Final Memorandum, pp. 30-35.

43) POSCO Final Memorandum, pp. 38-40.

44) 미국 상무부는 배출권의 추가 무상할당이 보조금에 해당하는지 여부를 판단하는 데에 있어 원칙적으로 보조금 관련 규범이 규정된 국내법규, 즉 1930년 관세법(Tariff Act of 1930)과 관련 연방규정(Code of Federal Regulations)에 근거하고 있다. 상무부는 특정 보조금이 상계가능한지 여부를 결정하는 데에 있어 보조금 관련 국내법규에 규정되어 확립된 체계 및 관련 조항에 근거해야 한다는 입장을 취하고 있다. POSCO Final Memorandum, p. 39. 이에 따라 동 판정은 보조금협정의 관련 조항을 명시적으로 인용하고 있지 않다. 다만, 미국은 우루과이라운드협정법(Uruguay Round Agreements Act)을 통해 보조금협정을 미국 국내법규로 편입한 점을 고려할 때, 보조금협정상 법리가 미국 국내법에 반영되어 있다고 볼 수 있다.

정적 기여에 해당하는지 여부에 관해 살펴본다. 여기서 문제가 된 것은 추가 무상할당이 우리 정부가 받아야 할 세입을 포기한 경우(government revenue that is otherwise due is foregone)에 해당하는지 여부이다.⁴⁵⁾ 우리 정부와 기업은 (i) KETS 적용으로 인해 대상기업은 온실가스 배출 감축 또는 추가 배출권 구매 의무를 부담하기 때문에 한국 정부에 의한 세입 포기는 없고, (ii) 대상기업들이 유상할당으로 인한 배출권 부족분 전체를 정부 경매 방식을 통해 구매하지 않기 때문에 유상할당분 전체에 대해 정부 세입이 발생하지 않으며, (iii) 탄소배출권은 경제적 가치가 없는 수치적 기준이라는 점 등을 근거로 들어 추가 무상할당이 정부가 달리 받았어야 하는 세입 포기에 해당하지 않는다고 주장했다.⁴⁶⁾ 그러나 상무부는 이러한 주장을 받아들이지 않았다. 정부 경매를 통한 수입이 정부에 세입 조치된다는 점을 고려할 때, 무상할당 대상업체에게 추가 무상할당을 하지 않았다면 해당 업체가 추가 배출권을 구매할 시에 정부 세입이 발생할 수 있었을 것이기 때문에 추가 무상할당 제공은 ‘달리 받았어야 하는 세입 포기’에 해당하고, 탄소배출권은 거래 목적으로 가격이 형성되어 있는 일종의 시장 증서로서 가치를 지닌다고 판단했다.⁴⁷⁾ 이때 상무부는 한국 정부가 할당대상업체에게 잠재적으로(potentially) 세입을 징수할 수 있는 가치를 지니는 무언가를 제공하는 것이라고 판단했다.⁴⁸⁾

둘째, 보조금의 혜택 요건과 관련하여, 배출권의 추가 무상할당으로 인해 대상업체들이 보조금협정에서 의미하는 혜택을 받았는지 여부가 쟁점이 되었다. 우리 정부와 기업은 온실가스 감축 의무로 인해 대상업체들이 비용을 부담하고 있기 때문에 추가 무상할당으로 인해 더 나은 위치에 놓이게 된 것이 아니므로 혜택이 존재하지 않는다고 주장했다. 그리고 만약 혜택이 존재할 시에는 추가 무상할당량 전체가 아니라, 추가 무상할당량 중 실제 정부로 세입 조치되는 배출권 거래액을 기준으로 혜택을 판단해야 한다고

45) 보조금협정 제1.1(a)(ii)조.

46) POSCO Final Memorandum, pp. 30-35.

47) POSCO Final Memorandum, pp. 41-43.

48) POSCO Post-Preliminary Memorandum, p. 6.

주장했다.⁴⁹⁾ 그러나 상무부는 추가로 할당받은 배출권 전체에 대해 보조금 요건상 혜택이 존재한다고 판단했다. 추가 배출권을 필요로 하는 업체가 정부 경매가 아닌 방식으로 배출권을 획득할 가능성이 존재함에도 불구하고, 상무부는 특정 구매자의 행동을 예측하는 것이 불가능하고, 정부 경매는 충분한 유동성을 보유하기 때문에 특정 대상업체가 추가로 필요로 하는 배출권 양을 정부 경매를 통해 취득했을 수 있을 것이라는 점을 논거로 들었다.⁵⁰⁾

셋째, 보조금의 특정성 요건과 관련하여, 무역집약도와 생산비용 발생도를 고려한 요건을 충족하는 업종에 대해 배출권 전량을 무상으로 할당받을 수 있다고 명시하고 있는 KETS 법령이 법률상 특정적인지 여부가 쟁점이 되었다. 우리 정부와 기업은 특정성 요건 판단 시 ‘산업(군)’은 일정한 상품의 생산자로 지칭되므로 철강, 화학, 반도체, 자동차 등 특정 제품의 생산자 유형을 의미할 것인데, KETS 법령은 추가 무상할당의 대상을 일정한 상품의 생산자로 한정하지 않고, KETS 법령에 따른 추가 무상할당 요건은 객관적으로 설정되어 있고, 수혜 요건이 자동적이며, 그러한 요건이 엄격히 준수되고, 검증이 가능하도록 법령에 명백히 규정되어 있기 때문에 특정성 요건이 충족되지 않는다고 주장했다.⁵¹⁾ 그러나 상무부는 이러한 주장을 받아들이지 않았다. 상무부는 해당 법에 특정한 산업이 명시되어 있지는 않다고 보면서도, 해당 요건에서 추가 무상할당 받을 수 있는 산업의 기준치를 규정함으로써⁵²⁾ 추가 무상할당 대상 산업을 명시적으로 제한하는 결과가 초래되었고, 객관적 요건에 해당하지도 않기 때문에 법률상 특정성이 인정된다고 판단했다.⁵³⁾

49) POSCO Final Memorandum, pp. 30-35.

50) POSCO Final Memorandum, p. 43.

51) POSCO Final Memorandum, pp. 30-35.

52) 동 판정은 KETS 제2차 계획기간(2018-2020년)의 유상할당 업종의 할당량(3%)을 대상으로 하고 있는바, 제2차 계획기간의 추가 무상할당 산업(군)의 기준 요건은 (1) 무역집약도가 100분의 30 이상인 업종, (2) 생산비용발생도가 100분의 30 이상인 업종, 또는 (3) 무역집약도가 100분의 10 이상이고, 생산비용발생도가 100분의 5 이상인 업종이었다. 배출권거래법 시행령(시행 2019. 2. 8.) 제14조 참조.

53) POSCO Final Memorandum, p. 44.

2) 2020년 독일산 단조강 유동체받침쇠 상계관세 판정

한편, 상무부는 KETS에 대해 상계관세 판정을 내리기에 앞서 EU의 배출권거래제 하에서 탄소누출 위험에 노출된 부문에 대해 추가적으로 무상할당한 조치가 보조금에 해당한다고 판정한 바 있다. 2015년부터 운영을 개시한 우리나라의 배출권거래제는 2005년부터 세계 최초로 배출권거래제를 시행하여 온 EU의 배출권거래제를 모델로 하여 입안되었기 때문에 앞서 설명한 KETS의 운영방식에 관한 기본 원리와 구조가 EU의 배출권거래제에도 적용된다.⁵⁴⁾ 즉, EU도 소위 탄소누출 목록(carbon leakage list) 분야에 해당하는 기업, 즉 탄소누출 위험이 높은 그룹을 대상으로 전량 무상할당을 하고 있는데, KETS와 차이점은 현재 시점을 기준으로 EU의 유상할당 기준이 KETS 기준보다 더 높다는 것이다.⁵⁵⁾ 2020년 12월 미국 상무부는 독일산 단조강 유동체받침쇠(Forged Steel Fluid End Blocks from the Federal Republic of Germany)에 대한 상계관세 긍정 판정에서 탄소누출 목록에 해당하는 기업들은 모든 대상기업들이 제공받는 표준 무상할당량(standard allocation)보다 추가적인 무상할당을 받고 있고, 이는 해당 기업들이 표준 무상할당량 이상으로 배출권을 구매해야 하는 의무를 부담하지 않아도 된다는 것을 의미한다고 보았다. 이에 따라 상무부는 (i) 정부가 달리 받았어야 하는 세입을 포기한 형태로 재정적 기여가 존재하고, (ii) 탄소누출 목록에 해당하는 기업들에게 배분된 추가 무상할당량에 대해 혜택이 존재하며, (iii) 관련 법령에 따라 추가 무상할당은 탄소누출 목록에 해당하

54) EU 배출권거래제에 대한 전반적 내용은 다음의 사이트를 참조. European Commission, EU “Emissions Trading System (EU ETS)”, <https://climate.ec.europa.eu/eu-action/eu-emissions-trading-system-eu-ets_en>, 2023. 5. 29. 최종 검색.

55) EU는 제3기 계획기간(2013-2020년)부터 경매를 통한 유상할당을 기본적인 배출권 할당방식으로 채택했고, 현재 제4기 계획기간(2021-2030년)을 이행 중에 있다. 제4기의 경우, 탄소누출 위험에 노출된 부문은 탄소누출노출계수를 1로 적용하여 할당규칙에 의해 산정된 수량의 100%를 무상으로 할당받는 반면, 탄소누출에 노출되지 않은 부문의 탄소누출계수는 2026년까지는 30%이고, 2027년부터는 탄소누출 계수가 2030년에 0%가 되도록 선형적으로 감소한다. 손인성, 김동구, EU 배출권거래제 4기의 핵심 설계 변화 분석과 국내 배출권거래제 3기에의 시사점, 에너지경제연구원 수시연구보고서 2020-02 (2020), p. 52.

는 기업들에게 제한되므로 법률상 특정성이 존재한다고 판단했다.⁵⁶⁾

한편, 위 상무부의 상계관세 판정 대상에 포함된 독일 기업이 동 판정을 국제무역법원(Court of International Trade)에 제소했으나, 2022년 10월 12일 법원은 상무부의 판정이 법과 사실에 비추어 적절하다고 판시했다.⁵⁷⁾ 보조금 요건과 관련한 법원의 논리와 판단은 앞서 설명한 상무부의 후판 상계관세 판정과 크게 다르지 않다. 첫째, 재정적 기여 요건과 관련하여, 법원은 대상기업이 탄소누출 목록에 해당되었기 때문에 표준 무상할당량(당시 44.2%) 이상으로 추가 무상할당을 받았고(100% 무상할당), 그러한 추가 무상할당을 받은 만큼 배출권을 구매해야 하는 의무에서 벗어난 것이기 때문에 정부는 달리 받았어야 하는 세입을 포기한 것이라고 판단했다.⁵⁸⁾ 둘째, 혜택 요건과 관련하여, 법원은 혜택의 판단을 의무의 축소 또는 제거가 있었는지 여부를 기준으로 판단해야 하고, 특정 의무의 근거, 즉 기업의 에너지 관련 비용을 상당하게 증가하는 배출권 구매 의무가 애초에 존재했는지 여부와는 무관하다고 설명하였다. 이에 따를 때, 대상기업은 추가 무상할당으로 인해 배출권을 무상으로 받았고, 추가 무상할당이 없었더라면 해당 대상기업이 추가 배출권을 경매 또는 시장에서 구매했어야 할 것이기 때문에 혜택 요건의 판단 기준에 부합한다고 보았다.⁵⁹⁾ 셋째, 특정성 요건과 관련하여, 추가 무상할당의 대상은 탄소누출 목록에 해당하는 특정 기업(군)으로 법률에서 명시적으로 제한하고 있고, 독립적이지 않기 때문에 법률상 특정성이 존재한다고 판시했다.⁶⁰⁾ 아울러, 법원은 상계관세율 산정과 관련하여 상무부가 조사대상기간 동안 대상기업에게 배분된 추가 무상할당량을 기준으로 상계관세율을 산정한 것은 적절했고, 조사대상기간 동안 대상기업

56) U.S. Department of Commerce, Issues and Decision Memorandum for the Final Affirmative Determination of the Countervailing Duty Investigation of Forged Steel Fluid End Blocks from the Federal Republic of Germany, C-428-848 (Dec. 7, 2020), pp. 50-51.

57) *BGH Edelfahl Siegen GmbH v. United States*, 600 F. Supp. 3d 1241, 1249 (Ct. Int'l Trade 2022).

58) *Ibid.*, pp. 1262-63.

59) *Ibid.*, pp. 1263-64.

60) *Ibid.*, p. 1264.

이 배출권 제출을 위해 소량의 배출권이 필요했다는 사실은 상계관세를 산정에 영향을 미치지 않는다고 보았다.⁶¹⁾

(2) 배출권의 추가 무상할당에 대한 보조금 요건 검토

우리 정부와 관련 기업들은 KETS에서 일정한 요건을 충족하는 산업에 대해 배출권을 추가로 무상할당하는 것이 보조금협정에서 의미하는 보조금에 해당하지 않는다는 입장을 미국 당국에 적극적이고 지속적으로 전달했으나, 상무부의 상계관세 판정에 이러한 입장이 충분히 반영되지 않은 것으로 보인다. 앞서 언급한 바와 같이 보조금협정은 정부에 의한 모든 유형의 보조금을 규율 대상으로 하는 것이 아니고, 보조금협정에서 규정하는 보조금 요건을 충족해야 한다. 그렇다면, 배출권 무상할당을 보조금에 해당한다고 판단한 상무부의 판정이 과연 적절했는지, 그리고 이러한 판단 과정에서 우리 정부와 기업의 의견이 반영될 여지는 없었는지에 대해 검토가 필요해 보인다. 아래에서는 보조금 요건의 해석을 올바르게 하기 위해 우선 배출권거래법에서 규정하는 배출권 할당의 성격과 내용을 규명하는 것에서부터 시작한다.

1) 배출권 할당의 성격 검토

배출권거래법 혹은 관련 법령에는 배출권과 그 할당의 법적 성격에 관한 명문 규정이 없다. 이러한 이유에서 배출권거래법상 배출권이 권리 혹은 권한인지, 권리성이 인정된다면 어떠한 성격의 권리인지, 배출권의 할당은 어떠한 성격의 조치인지 여부 등에 대해 다양한 논의가 있는 상황이고, 이에 관한 주류적 입장은 아직까지 없는 것으로 파악된다.⁶²⁾

61) *Ibid.*, p. 1265.

62) 배출권거래법 제정 후의 논의를 살펴보면, ① 배출권이 시장에서 거래되는 점을 고려하여 배출권의 권리성을 인정하는 견해, ② 배출권의 할당 단계에서는 주관적 공권으로서 온실가스를 배출할 수 있는 권리인 허가권이고 할당 단계 이후의 거래 단계에서는 사권으로서 재산권의 성격을 갖는다는 견해, ③ 배출권은 국가가 특정한 경우에 이를 허용하는 양으로서 공법상 권리라는 견해, ④ 재산권의 객체인 물적 설비에 대한 이용권으로서 재산권의 내용에 해당한다는 견해, ⑤ 온실가스를 배출할 수 있는 공법상 권리이자 배출허용량이라는 무체물 또는 무형의 재산을 객체로 하는 사법상 권리

배출권거래법을 도입하기 위한 논의 과정에서도 배출권의 성격에 관해 논의가 있었던 것으로 보인다. 당초 2011년에 정부가 입법 예고한 「온실가스 배출권 거래제도에 관한 법률(안)」(국무총리실공고 제2011-7호)⁶³⁾은 배출권을 온실가스를 배출할 수 있는 ‘권한’으로 정의했는데,⁶⁴⁾ 이후 국회에 제출된 정부 법률안은 배출권을 ‘배출허용량’으로 정의했다.⁶⁵⁾ 당시 국회에서도 배출권을 배출허용량으로 정의하는 것이 배출권을 권리로 보는 것인지, 그리고 이러한 정의 규정이 적절한 것인지가 문제되었다. 정부의 설명에 따르면, 배출권의 법적 성격에 대한 학계와 실무계의 입장이 일치되지 않고, 배출권은 권리가 아니라는 측면에서 배출허용량으로 정의하면서도 2010년 「저탄소 녹색성장 기본법」에 이미 배출권이라는 용어가 사용되고 있는 점을 고려하여, 절충안으로서 ‘배출권’이라는 표현을 사용함과 동시에 이를 배출허용량으로 정의하는 방안을 택한 것이라고 한다.⁶⁶⁾ 또한, 정부는 배출권 할당의 취소를 무상할당으로 제한한 것과 관련하여, 무상할당은 국가가 배출허용량을 허용해 준 것이고, 사적 소유권의 대상이 되는 것이 아니라서 회수가 가능한 반면, 유상할당은 할당대상업체가 비용을 지불하고 구매한 것으로 사유 재산화된 것이어서 그렇지 않다고 설명한다.⁶⁷⁾ 즉, 배출권의 성격에 관한 학계와 실무계의 일치된 입장은 없으나, 적어도 정부는 배출권이 권리가 아니고, 무상할당과 유상할당이 비용 지불에 따른 수익 유무에 따라 구별이 가능하다는 입장에서 배출권거래법의 입법을 추진하였다는 점

이며 재산권에 해당한다는 견해, ⑥ 헌법상 권리이자 사법상 독자적인 재산권이라는 견해 등이 제시되어 왔다. 이국현, “「온실가스 배출권의 할당 및 거래에 관한 법률」상 배출권의 법적 성격 재론”, 환경법연구, 제43권 제1호 (2021), pp. 356-357.

63) 국무총리실공고 제2011-7호 (2011. 2. 28.).

64) 동 법률(안) 제2조 제2호는 배출권을 일정 기간 동안 1톤의 이산화탄소(CO₂) 또는 이산화탄소 1톤에 상응하는 온실가스를 배출할 수 있는 권한으로 정의하였다.

65) 2011. 4. 정부 제출(안)(의안번호 1811514) 제2조 제3호는 배출권을 국가온실가스감축 목표를 달성하기 위하여 온실가스 배출허용총량의 범위에서 개별 온실가스 배출업체에 할당되는 온실가스 배출허용량이라고 정의하였고, 동 내용은 현행 배출권거래법의 내용과 동일하다.

66) 제304회 국회 임시회, 기후변화대응·녹색성장특별위원회(법률안심사소위원회) 회의록 (2011. 12. 28.), pp. 26-27.

67) *Ibid.*, p. 49.

을 알 수 있다.

현행 배출권거래법 제2조 제3호는 배출권을 국가온실가스감축목표를 달성하기 위해 국가 배출권 할당계획에 따라 설정된 온실가스 배출허용총량의 범위에서 개별 온실가스 배출업체에 할당되는 온실가스 배출허용량으로 정의하고 있다. 즉, 배출권거래제의 적용 대상업체들이 대기 중에 배출할 수 있는 온실가스 허용총량으로서, 정부가 설정한 탄소중립 목표를 달성하기 위해 배출권거래법으로 창설된 일종의 기준이다.⁶⁸⁾ 배출권이 운용되는 가장 주요한 방식은, 할당대상업체가 이행연도별로 인증된 온실가스 배출량에 상응하는 배출권 제출의무를 이행하기 위해 배출권을 수단으로 활용한다는 것이다. 또한, 배출권은 할당대상업체가 배출권 거래시장에서 배출권을 구매 및 판매할 수 있는 매개체로서 온실가스 배출로 발생하는 비용이 시장에서 거래될 수 있도록 하여 비용 효과적으로 온실가스를 감축할 수 있는 수단이기도 하다.⁶⁹⁾ 이러한 배출권의 거래는 배출권에 대한 수요와 공급이 발생하기 때문에 가능하다. 공급은 기본적으로 국가 할당계획에 따른 정부의 할당으로 이루어지고,⁷⁰⁾ 이 외에 할당대상업체가 보유하는 배출권의 매도,⁷¹⁾ 상쇄배출권⁷²⁾이나 외부사업인증실적⁷³⁾의 보유·매도 등으로 구성되며, 수요는 기본적으로 할당대상업체의 배출권 제출의무로 인해 발생하고,⁷⁴⁾ 이 외에 배출권 거래로 인한 차액 상당의 이익을 추구하려는 동기 등이 해당한다.⁷⁵⁾

68) 1 배출권은 1 tCO₂-eq에 해당하는 온실가스 배출허용량이다(배출권거래법 제19조 제2항, 동법 시행령 제31조 제1항, 제2항).

69) 배출권거래제는 시장에서 온실가스 감축 목표를 달성할 수 있는 가장 저렴한 방법을 찾도록 함으로써 비용 효과적인 방법으로 온실가스 배출을 감축하기 위한 인센티브를 제공하는 시장 기반의 정책이다. International Energy Agency, Implementing Effective Emissions Trading Systems: Lessons from international experiences (2020), p. 13.

70) 배출권거래법 제12조.

71) 배출권거래법 제19조.

72) 배출권거래법 제29조.

73) 배출권거래법 제30조.

74) 배출권거래법 제27조.

75) 이국현, *supra* note 62, p. 358.

한편, 국제무역 규범 측면에서 배출권의 성격을 다룬 판정은 아직 없는 것으로 파악되나, 배출권거래법상 배출권 할당처분의 성격이 국내 행정법상 문제된 판례가 있어 본고의 논의와 관련 있는 한에서 살펴본다. 석유화학업 종에 속하는 기업에게 할당된 탄소배출권과 관련해 환경부장관을 상대로 제기된 과소할당분에 대한 배출권 할당 거부처분 취소소송에서 서울고등법원은 1심인 서울행정법원 판결의 논거⁷⁶⁾를 재정리하여 다음과 같은 이유에서 배출권 무상할당을 대상기업의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 침익적 행정처분이 아닌, 권리를 설정하거나 이익을 부여하는 수익적 행정처분으로 보는 것이 타당하다고 판시했다. 첫째, 할당대상업체는 할당받은 배출권의 범위 내 온실가스 배출행위에 대해 아무런 제재를 받지 않게 되므로 그 배출행위에 대해 사실상 오염·훼손된 환경을 회복·복원할 책임을 면제받는 효과를 누리게 되고, 이는 온실가스 배출행위에 대한 비용 부담원칙의 예외에 해당하며, 둘째, 온실가스가 지구온난화의 원인이라는 점이 과학적으로 증명되고 이에 배출권거래제가 시행되고 있는 점을 감안할 때, 산업체의 온실가스 배출을 헌법 또는 법률상 당연히 인정되는 권리로 보기 어렵고, 셋째, 정부는 국제사회의 논의를 고려한 국가 온실가스 감축목표에 따라 설정한 한정된 온실가스 배출권을 할당대상업체에게 배분한다.⁷⁷⁾ 본 판결은 국내 행정법 측면에서 고려한 것이라는 제약이 있기는 하나, 법원은 배출권의 무상할당을 할당대상업체에게 일정한 의무를 지우는 것이 아니라, 이익을 부여하는 수익적 성격의 행정행위로 판단했다는 점에서 본고의 아래 논의 중 보조금 요건 검토에 의미가 있다.

구체적으로, 법원이 배출권의 무상할당을 수익적 행위로 판단한 근거 중 하나는 산업체의 온실가스 배출이 헌법과 법률상 당연한 권리가 아니고, 헌법 제35조 제1항,⁷⁸⁾ 환경정책기본법 제7조⁷⁹⁾ 등에 따라 온실가스를 배출

76) 서울행정법원 2017. 2. 2 선고 2015구합55370 판결.

77) 서울고등법원 2018. 2. 9. 선고 2017누39763 판결 (대법원 2018. 6. 15. 선고 2018두38185 판결로 심리불속해 기각되어 확정).

78) 대한민국헌법 제35조 제1항: 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.

79) 환경정책기본법 제7조(오염원인자 책임원칙) 자기의 행위 또는 사업활동으로 환경오

하여 환경을 오염시킨 자는 자신의 비용으로 오염·훼손된 환경을 회복·복원할 책임을 부담한다는 이른바 ‘오염자 부담원칙(polluter pays principle)’이다. 국제법 차원에서 오염자 부담원칙은 법규(legal rule)로 격상되어 가고 있는 원칙으로서 환경오염의 방지·제거와 피해 구제에 대한 책임, 그리고 비용부담 문제에 대해 광범위한 국제적 지지를 받고 있다.⁸⁰⁾ 여기서 법원이 언급하는 오염자 비용부담 원칙은 배출권거래제에서 배출권 제출의무의 이행으로 실현된다고 할 수 있다. 이를 환언하면, 할당대상업체는 자신의 온실가스 배출량에 상응하는 배출권을 주무관청에 제출해야 할 의무를 부담하는바, 이러한 제출의무를 이행하기 위해 자신이 무상할당 받은 배출권을 제출하는 것은 무상할당 받은 범위에서 오염자 부담의무를 면제받는 것에 해당하고, 만약 보유하고 있는 배출권이 부족할 시에는 그 부족분을 구매하는 방식으로 자신의 배출권 제출의무, 그리고 나아가 오염자 부담의무를 이행해야 할 것이다. 이러한 의미에서, 배출권거래제에서 배출권의 무상할당은 할당대상업체의 오염자 부담의무를 면제하는 경제적 이익을 부여하는 것이라고 볼 수 있다.

요컨대, 배출권거래법의 입법 과정, 배출권의 정의 규정, 배출권 할당에 대한 법원의 입장 등을 토대로 종합적으로 고려할 때, 배출권이 그 자체로 권리성을 지닌다고 보기는 어렵고, 궁극적으로는 우리나라의 온실가스 배출 감축 의무와 오염자 부담의무를 이행하고, 배출권거래제 운영의 측면에서는 할당대상업체의 배출권 제출의무를 이행하기 위한 수단으로서 할당, 제출, 거래 등의 대상이 되는 경제적 가치가 있는 무체물로 보는 것이 타당해 보

염 또는 환경훼손의 원인을 발생시킨 자는 그 오염·훼손을 방지하고 오염·훼손된 환경을 회복·복원할 책임을 지며, 환경오염 또는 환경훼손으로 인한 피해의 구제에 드는 비용을 부담함을 원칙으로 한다.

- 80) 오염자 부담원칙은 본래 경제적 의미에서 출발한 원칙으로서 일반국제법상 규범적 효력을 지니거나 법적 의무를 구성하지는 않으나, 오늘날 환경오염의 방지·제거, 그리고 그 피해의 구제에 대한 책임, 비용부담 문제에 관한 기본 원칙으로서 폭넓은 국제적 지지를 얻고 있다. Alan Boyle, ‘Polluter Pays’ (last updated March 2009), in A Peters and R Wolfrum (eds), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, <www.mpepil.com>, 2023. 5. 29. 최종 검색; 박병도, “국제환경법상 오염자부담원칙의 우리나라 환경법への 수용”, 환경법연구, 제34권 제1호 (2021), p. 345.

인다.

2) 배출권 전부 무상할당의 보조금 요건 해당성 검토

위에서 논의한 배출권 무상할당의 성격을 바탕으로, KETS 하에서 정부가 일정한 범위의 할당대상업체에게 추가로 무상할당 하는 것이 보조금협정의 보조금 요건, 즉 정부에 의한 재정적 기여, 경제적 혜택 및 특정성 요건을 충족한다고 판단한 미국 상무부의 판정이 적절한 것인지에 대해 아래에서 검토한다.

첫째, 보조금협정의 규율대상에 해당하기 위해서는 제1.1(a)조에 규정된 재정적 기여 요건을 충족해야 한다. 제1.1(a)(1)조는 재정적 기여를 다음의 4가지 방식, 즉 (i) 자금의 직접 이전, 잠재적인 자금 또는 채무부담의 직접 이전, (ii) 정부가 받아야 할 세입을 포기하거나 징수하지 않는 경우 (government revenue that is otherwise due is foregone or not collected), (iii) 정부가 일반적 사회간접자본 이외의 상품 또는 서비스를 제공 또는 상품 구매, 그리고 (iv) 정부가 자금공여기관에 대해 지불하거나 민간기관으로 하여금 재정적 기여를 행하도록 위임하거나 지시하는 것으로 한정적으로 열거하고 있다.⁸¹⁾ 이에 따라 추가 무상할당이 보조금협정상 재정적 기여를 구성하기 위해서는 위 방식 중 하나에 해당해야 한다.

제1.1(a)(1)조에서 규정하는 재정적 기여의 유형 중 정부의 추가 무상할당과 일견 관련성이 있는 것은 자금의 이전, 정부가 받아야 할 세입의 포기, 또는 상품의 제공인 것으로 보인다. 배출권의 추가 무상할당이 정부에 의해 이루어진다는 점을 감안할 때, 제1.1(a)(1)(iv)조의 ‘재정적 기여의 위임이나 지시’에는 애초부터 해당하지 않는 것으로 판단된다. 그런데, 앞서 논의한 배출권의 성격을 고려할 때, 제1.1(a)(1)(i)조의 ‘자금 이전’과 제1.1(a)(1)(iii)조의 ‘상품 제공’에도 해당하지 않는 것으로 보인다. 배출권은 그 자체로 권리성을 가지는 것은 아니고, 배출권거래제에서 할당대상업체가 오염자 부담 의무 및 이행연도별 배출권 제출의무를 이행하기 위한 목적으로 무체물인

81) 보조금협정 제1조에 규정된 ‘재정적 기여’의 방식은 한정적 열거이다. Appellate Body Report, *US - Large Civil Aircraft (2nd complaint)*, para. 614.

배출권에 일정한 경제적 가치가 부여되어 거래의 대상이 되는 것이다. 즉, 배출권이 경매나 시장매매를 통해 거래의 대상이 되고, 이로 인해 경제적 가치가 형성된다는 측면이 인정되기는 하나, 배출권 자체가 ‘자금’에 해당되어 이전된다고 보기 어렵고, 소유 가능한 어떠한 유형의 재산이나⁸²⁾ 그러한 유형 재산에 대한 권리⁸³⁾도 아니기 때문에 상품의 제공으로 간주하기도 어렵다. WTO 판정에서 “상품”은 소유가 가능한 유형의 물품(items that are tangible and capable of being possessed)으로 해석되고,⁸⁴⁾ 모든 가능한 형태의 자산(all possible forms of property)을 포괄하는 것으로 정의되지 않기 때문이다.⁸⁵⁾

그렇다면, 배출권의 추가 무상할당이 제1.1(a)(1)(ii)조의 ‘정부가 받아야 할 세입의 포기’인지에 대한 문제가 남는다. 우선, 앞서 지적한 바와 같이 경매 수입은 정부에 세입 처리된다는 점에서 배출권의 추가 무상할당으로 인해 세입의 포기가 발생한다고 볼 가능성이 있다. 다만, 이때 추가적으로 고려할 점은, 제1.1(a)(1)(ii)조는 정부가 달리 받아야 할 수입(revenue that is otherwise due)이 포기되거나 징수되지 않았을 것을 요구하고 있기 때문에 정부가 애초에 받을 수입이 없는 경우라면 동 규정의 요건이 충족될 수 없다는 것이다. 그런데 KETS에서는 정부 수입이 발생하는 경매를 통해서만 할당대상업체들이 배출권을 확보할 수 있는 것은 아니다. 할당대상업체는 배출권의 직접 거래, 이월, 차입 등을 통해 부족분을 충당할 수도 있고, 온실가스 배출 감축 노력을 통해 배출량 자체를 감소시킴으로써 정부 세입이 실제 발생하지 않을 수도 있기 때문이다. 이러한 논리에 따를 때, 배출권의 추가 무상할당이 이루어질 때 정부 세입의 포기가 확정적으로 발생하는 것은

82) Appellate Body Report, *US - Softwood Lumber IV*, para. 59; Panel Report, *US - Large Civil Aircraft (2nd complaint) (Article 21.5 - EU)*, para. 8.382.

83) *US - Softwood Lumber IV* 사건의 패널은 임목 벌채권 약정(stumpage arrangements)을 통해 임목을 수확할 수 있는 권리(right to harvest standing timber)를 부여하는 것은 상품 제공에 해당한다고 판단했다. Appellate Body Report, *US - Softwood Lumber IV*, para. 75.

84) Appellate Body Report, *US - Softwood Lumber IV*, para. 59.

85) Panel Report, *US - Large Civil Aircraft (2nd complaint) (Article 21.5 - EU)*, para. 8.382.

아니고, 단지 세입 포기의 잠재적 가능성이 존재한다고 볼 수 있다. 즉, 이러한 잠재적 가능성만으로 제1.1(a)(1)(ii)조상 정부가 받아야 할 세입의 포기가 있다고 볼 수 있는지 여부가 쟁점인 것이다. 앞서 언급한 바와 같이, 미국 상무부는 잠재적 세입 포기로 인해 재정적 기여 요건이 충족된다고 보았다.⁸⁶⁾

우선, 문언 해석의 측면에서 살펴보면, 제1.1(a)(1)(ii)조의 문언은 정부가 받아야 할 세입을 “포기하는(forgone)” 경우로 규정하고 있는데, “forgone”이라는 과거분사 형태를 사용함으로써 특정 행위가 완료된 것을 나타낸다. 즉, 동 규정은 명시적으로 세입의 포기가 확정적으로 발생한 것을 예정하는 것이고, 잠재적으로 세입이 포기되어 미래의 어느 시점에 징수가 될 가능성이 있는 수입에 관해 규정하고 있지 않다. 이와 관련하여, 상소기구는 “forgone”이라는 용어가 사용되었다는 것은 정부가 달리 징수할 수 있었던 것을 포기했다는 것을 의미하고, 이론상으로 정부는 모든 수입에 세금을 징수할 수 있기 때문에 동 조항에 따른 징수 권한은 추상적인 것(entitlement in the abstract)이어서는 안 된다고 보았다. 이에 상소기구는 정부가 실제 징수한 수입과 달리 징수할 수 있었던 수입 간에 비교를 가능하게 하는, 명확하게 정의된 규범적 기준이 마련되어야 한다고 판단했다.⁸⁷⁾ 그런데, 현행 배출권거래제의 운영방식과 같이 배출권의 부족분을 정부 경매 외에 다른 방식으로 충당할 수 있는 조건에서는 배출권의 무상할당이 이루어질 시점에 정부가 ‘달리 징수할 수 있었던 수입’이라는 것을 명확하게 정의할 수 없다. 결과적으로, 이러한 상소기구의 판정은 동 규정의 문언을 확정적 세입 포기로 해석하는 것이 적절하다는 점을 뒷받침한다.

다음으로, 동 규정의 규율 방식 측면에서 살펴볼 때에도 ‘세입 포기’의 범위에 잠재적 세입의 포기까지 포섭하는 것은 타당하지 않은 것으로 판단된다. 제1.1(a)(1)(ii)조와 달리 제1.1(a)(1)(i)조는 무상지원, 대출과 같은 자금의 직접 이전(direct transfer of funds)과 대출보증과 같은 잠재적인 자금 또는 채무부담의 직접 이전(potential direct transfers of funds or liabilities)이 재정적 기여에 해당한다고 규정하고 있다. 제1.1(a)(1)조의 재정적 기여

86) POSCO Post-Preliminary Memorandum, p. 6.

87) Appellate Body Report, *US - FSC*, para. 90.

요건 중 잠재적 방식의 재정적 기여를 명시하고 있는 유일한 조항이다. 즉, 제1.1(a)(1)조에 규정된 재정적 기여의 유형이 한정적 열거라는 점, 그리고 제1.1(a)(1)(ii)조는 제1.1(a)(1)(i)조와 달리 잠재적 세입 포기에 관해 규정하고 있지 않은 점을 고려할 때, 잠재적 세입 포기는 동 규정에서 의미하는 세입 포기의 범위에 해당하지 않는다고 보는 것이 적절하다.

둘째, 보조금협정상 보조금을 구성하기 위해서는 제1.1(b)조에 따라 혜택 요건이 충족돼야 한다. 일반적으로 보조금협정상 혜택은 재정적 기여가 없었더라면 수혜자가 처했을 상황과 비교해 더 나은 상황(better off)에 있는지 여부를 판단한다.⁸⁸⁾ 일반적으로, 경제적 혜택의 유무와 그 정도의 판단은 실제 시장기준(market benchmark)과 문제가 된 정부와 대상기업과의 거래조건을 비교하여 확인하는데, 수혜기업이 시장에서 받을 수 있었던 조건보다 유리한 조건으로 재정적 기여를 받았다면 경제적 혜택이 존재한다고 볼 수 있다.⁸⁹⁾

배출권거래제의 운영에서 특별히 검토가 필요한 문제는 탄소중립 규제에 따라 기업이 부담하는 의무와 비용을 고려하여 혜택 요건의 충족 여부를 판단해야 하는지 여부이다. 앞서 설명한 바와 같이 오늘날 온실가스를 배출할 권리가 헌법과 법률상 당연히 인정되지 않으며, 온실가스를 배출하여 환경을 오염시킨 자는 자신의 비용으로 오염·훼손된 환경을 회복·복원할 책임을 부담한다. 그렇다면, 기업 입장에서는 정부로부터 배출권을 추가 무상할당 받음으로써 경매나 시장을 통해 배출권을 확보해야 할 의무가 경감되고, 그 범위 내에서 할당대상업체의 오염자 부담의무가 면제되는 것이기 때문에 추가 무상할당으로 인한 혜택 자체를 부인하는 것은 어려워 보인다. 또한, 보조금협정에서 규율하는 보조금은 재정적 기여 그 자체가 시장에서의 조건보다 유리한 조건을 제공하는지 여부를 검토하고, 수혜자가 높은 수준의 환경기준과 같은 규제를 준수하기 위한 비용을 부담함에 따라 해당 경제적 혜택이 상쇄되는지 여부는 혜택의 판단에 고려하지 않는 것이 일반적이

88) Appellate Body Reports, *Canada - Aircraft*, para. 157; *US - Carbon Steel (India)*, para. 4.123..

89) Appellate Body Report, *Canada - Aircraft*, para. 157.

다.⁹⁰⁾ 따라서, 배출권거래제에서 할당대상업체가 배출권 제출 의무를 이행하기 위해 온실가스 배출 감축을 목적으로 한 기술 개발, 설비 투자 등에 추가적인 비용을 부담했다고 하더라도, 이러한 규제에 따른 비용은 원칙적으로 혜택 요건의 검토에 고려되기 어렵다.

다만, 이때 할당대상업체가 받은 혜택의 크기를 줄일 수 있을지는 고려해 볼 수 있다. 예를 들어, 할당대상업체의 노력으로 배출량이 감소한 결과, 추가 배출권이 달리 필요하지 않은 상황이라면 해당 업체가 정부로부터 추가적으로 무상할당 받은 배출권 전체를 혜택으로 간주해야 하는지가 문제될 수 있다. 이를 문언적 해석 차원에서 살펴보면, 보조금협정 제1.1(b)조는 재정적 기여로 인해 혜택이 부여될 경우(a benefit is thereby conferred)에 보조금협정상 보조금이 존재하는 것으로 규정하고 있으므로 재정적 기여와 혜택 간에 일정한 연관관계가 존재할 것이 요청된다. 즉, 앞서 재정적 기여 요건과 관련해 검토한 바와 같이 잠재적 재정적 기여를 보조금협정에서 의미하는 ‘재정적 기여’의 범위에 포함하지 않는다면, 그 한도에서 혜택이 존재하지 않는다고 보는 것이 논리적으로 적절하다. 잠재적인 세입의 포기가 실제 현실화되는 한도에서 해당 업체에 혜택이 발생했다고 볼 수 있기 때문이다. 따라서, 미국 상무부의 입장과 같이 할당대상업체에게 추가적으로 무상할당 된 배출권 전체를 혜택으로 보는 것은 보조금협정에 위반될 소지가 있을 것으로 판단된다.

셋째, 특정 보조금이 보조금협정의 규율대상 범위에 해당하기 위해서는 보조금협정 제2조에 따른 특정성 요건을 충족해야 한다. 우선, 보조금협정 제2.1(a)조는 보조금이 법률상 특정적(de jure specific)이게 되는 상황에 대해 규정하고 있다. 즉, 동조는 보조금을 공여하는 당국이나 관련 근거 법률이 보조금에 대한 접근을 특정 산업이나 기업으로 명시적으로 한정(explicitly limits access)하는 경우에 특정성 요건이 충족된다고 규정하고 있다. 동조에 따른 특정성 판단은 보조금의 수령 가능성을 특정한 기업이나

90) Dominic Coppens, *WTO Disciplines on Subsidies and Countervailing Measures: Balancing Policy Space and Legal Constraints*, Cambridge University Press (2013), p. 468.

산업으로 명백하고 확실하게(expressly and unambiguously) 한정함으로써 경제 전반에 걸쳐 광범위하게 보조금이 사용 가능하지 않은 결과를 초래하는지 여부를 고려하게 된다.⁹¹⁾ 이때 ‘특정(certain)’이라는 표현은 ‘단일한 기업·산업 또는 기업·산업 유형이 알려지고 개별적으로 설명된 것(a single enterprise or industry or a class of enterprises or industries that are known and particularized)’을 의미하고, ‘명시적 식별(explicitly identified)’까지 요구하는 것은 아니다.⁹²⁾ 그리고, ‘산업’ 또는 ‘산업군’의 의미는 특정 유형의 상품 생산자(producers of particular types of product) 측면에서 일반적으로 이해될 수 있다.⁹³⁾

이에 이어서 보조금협정 제2.1(b)조는 일정한 보조금이 법률상 특정적이지 않은 것으로 간주되는 요건에 대해 규정하고 있다. 동조에 따르면, 보조금 지급의 근거 법률이 보조금의 수혜 요건 및 금액을 규율하는 객관적인 기준 또는 조건을 설정하고, 수혜 요건이 자동적이며, 이러한 기준과 조건이 엄격히 준수되는 경우에는 특정성이 존재하지 않는다. 그리고, 이러한 기준 및 조건은 검증이 가능하도록 법률, 규정 또는 기타 공식 문서에 명백하게 규정되어야 한다. 보조금협정 각주 2는 ‘객관적인 기준 또는 조건’을 종업원 수 또는 기업의 규모와 같이 중립적이고, 특정 기업에 대해 다른 기업보다 특혜를 주지 않으며, 성격상 경제적이고 적용 시 수평적인 기준 또는 조건이라는 점을 부연하고 있다.⁹⁴⁾ 보조금협정 제2.1(a)조와 제2.1(b)조는 동시에 운용되는 규정인바, 일정한 보조금의 적격요건이 제2.1(b)조의 의미에서 특정성을 띠지 않고 특정한 기업이나 산업을 유리하게 대우하지 않는다면, 제2.1(a)조의 의미에서 특정 기업이나 산업으로 명시적으로 한정하지 않는

91) Appellate Body Report, *EC and certain member States - Large Civil Aircraft*, para. 949; Panel Report, *US - Large Civil Aircraft (2nd complaint)*, para. 7.190.

92) Appellate Body Report, *US - Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)*, para. 373; Panel Report, *US - Softwood Lumber VII*, para. 7.720.

93) Appellate Body Report, *US - Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)*, para. 373.

94) Appellate Body Report, *US - Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)*, paras. 367-369; Appellate Body Report, *US - Countervailing Measures (China)*, para. 4.120.

다는 해석이 가능하다.⁹⁵⁾

상기 내용을 토대로 KETS에 따른 전부 무상할당이 보조금협정 제2조의 의미에서 특정적인지 여부에 관해 살펴본다. 배출권거래법 제12조 제4항은 전부 무상할당의 대상을 무역집약도⁹⁶⁾ 및 비용발생도⁹⁷⁾를 기준으로 정할 것을 시행령에 위임하고 있고, 배출권거래법 시행령 제19조 제1항은 한국표준산업분류(Korean Standard Industrial Classification)의 소분류 기준으로 분류된 업종을 기준으로 전부 무상할당을 받을 수 있는 산업(군)의 기준치를 무역집약도와 비용발생도에 근거해 규정하고 있다. 이에 따르면, (i) 제2차 계획기간의 경우에는 ① 무역집약도가 30% 이상인 업종, ② 생산비용발생도가 30% 이상인 업종, 또는 ③ 무역집약도가 10% 이상이고, 생산비용발생도가 5% 이상인 업종, 그리고 (ii) 제3차 계획기간의 경우에는 비용발생도와 무역집약도를 곱한 값이 0.002(0.2%) 이상인 업종일 것을 규정하고 있다.

위 기준에서 살펴볼 수 있는 바와 같이 배출권거래법 및 동법 시행령은 전부 무상할당의 대상에 해당할 수 있는 기업이나 산업을 개별적으로 언급하고 있지는 않은데, 이러한 측면에서 고려한다면 배출권거래법 시행령 제19조 제1항에서 정하고 있는 기준이 제2.1(a)조에서 의미하는 ‘특정 기업이나 산업’에 대한 보조금에 일견 해당하지 않는다고 볼 수 있다. 특정한 기업(군)이나 산업(군)의 명시적 한정과 관련하여, *US - Softwood Lumber VII* 사건의 패널은 캐나다(제소국)의 소득세 규정이 상품의 제조 및 처리에 사용되는 기계 및 장비에 대해 가속상각을 허용하면서 특정하게 열거된 활동들을 ‘제조 및 처리’의 범위에서 제외하여 결과적으로 해당 범위에서 제외되

95) Panel Report, *US - Ripe Olives from Spain*, para. 7.28.

96) 배출권거래법 시행령 별표1

무역집약도는 다음의 계산식에 따라 산정한다. [해당 업종의 기준기간 연평균 수출액(원/년) + 해당 업종의 기준기간 연평균 수입액(원/년)] / [해당 업종의 기준기간 연평균 매출액(원/년) + 해당 업종의 기준기간 연평균 수입액(원/년)].

97) 배출권거래법 시행령 별표1

비용발생도는 다음의 계산식에 따라 산정한다. [해당 업종의 기준기간 연평균 온실가스 배출량(tCO₂-eq/년) × 기준기간의 배출권 평균 시장가격(원/tCO₂-eq)] / 해당 업종의 기준기간 연평균 부가가치 생산액(원/년)].

지 않은 활동을 기준으로 대상 범위에 포함된 기업이나 산업에 한해 가속상각을 허용하는 것은 특정 기업군이나 산업군에 대해 보조금 수혜 대상을 명시적으로 한정하는 것으로 볼 수 있다고 판단한 바 있다.⁹⁸⁾ 이러한 판정 내용에 비추어 볼 때, 배출권거래법 및 동법 시행령은 전부 무상할당의 대상에 포함될 수 있는 산업(군)을 개별적으로 열거하거나 제외하는 방식으로 보조금 수혜 범위를 한정하는 결과를 야기하지는 않기 때문에 제2.1조(a)조의 의미에서 법률상 특정성이 있다고 볼 여지는 낮아 보인다.

다음으로, 배출권거래법과 동법 시행령의 기준이 보조금협정 제2.1(b)조에서 규정하는 조건에 해당하는지 여부를 살펴볼 필요가 있다. 동법에 따른 무역집약도와 비용발생도 기준은 원칙적으로 모든 유형의 기업이나 산업을 대상으로 하고, 일정한 중립적 기준을 토대로 전부 무상할당의 대상과 금액 요건을 객관적인 조건에 따라 명백하게 규정하고, 수혜 요건이 자동적이며, 해당 기준이 엄격히 준수된다고 할 수 있다. 이러한 점들을 감안할 때, 동법에 따른 무역집약도와 비용발생도 기준이 특정 기업이나 산업을 유리하게 취급하지 않고, 실제로 무상할당 대상 업종이 비교적 다양하다 측면에서⁹⁹⁾ 제2.1(b)조의 요건을 충족할 가능성이 높아 법률상 특정성이 인정되지 않는다는 반박이 가능할 것으로 판단된다.

다만, 여기서 추가적으로 규명되어야 할 문제는 해당 대상을 무역집약도와 비용발생도라는 기준을 근거로 규정하는 것 또한 제2.1조에서 의미하는 특정성 요건에 해당하지 않는지 여부이다. 참고로, 미국 상무부는 배출권거래법과 동법 시행령에서 구체적인 산업을 제시하고 있지 않은 점은 인정

98) Panel Report, *US - Softwood Lumber VII*, para. 7.723.

99) 제2차 계획기간의 경우, 전부 무상할당 대상 업종에 석탄 광업, 동물성 및 식물성 유지 제조업, 곡물 가공품·전분 및 전분제품 제조업, 방직 및 가공사 제조업, 펄프, 종이 및 판지 제조업, 석유 정제품 제조업, 기초 화학물질 제조업, 합성고무 및 플라스틱 물질 제조업, 비료·농약 및 살균·살충제 제조업, 화학섬유 제조업, 기초 의약 물질 및 생물학적 제제 제조업, 유리 및 유리제품 제조업, 내화·비내화 요업제품 제조업, 시멘트, 석회, 플라스터 및 그 외 제품 제조업, 1차 철강 제조업, 1차 비철금속 제조업, 반도체 제조업, 전자 부품 제조업, 사진장비 및 광학 기기 제조업, 일차전지 및 축전지 제조업, 선박 및 보트 건조업, 고등 교육기관, 병원, 철도 운송업, 육상여객 운송업, 해상여객 운송업, 폐기물 처리업 등이 해당하였다. 환경부 온실가스종합정보센터, *supra* note 29, pp. 114-116.

하면서도, 무역집약도와 비용발생도에 기반한 기준은 일부 산업에만 유리한 혜택을 제공하는 결과를 초래할 수 있어서 법 자체로 보조금 수혜 대상을 특정 산업으로 명시적으로 한정하고 있다고 판단했다.¹⁰⁰⁾ 유상할당 대상 업종과 관련하여, 제2차 계획기간에는 62개 업종 중 26개 업종을 유상할당 대상 업종으로, 36개 업종을 전부 무상할당 대상 업종으로 하였고, 제3차 계획기간에는 69개 업종 중 41개 업종을 유상할당 업종으로, 28개 업종을 전부 무상할당 대상 업종으로 결정하였다.¹⁰¹⁾ 만약 무역집약도와 비용발생도를 고려하여 전부 무상할당의 범위를 정함으로써 전부 무상할당의 대상 범위가 경제 전반에 걸쳐 광범위하게 사용 가능하지 않은 상황이 되어 결과적으로 그 대상 범위가 한정된 수의 기업이나 산업에 한정된다는 점이 확인될 경우에는 제2.1(c)조의 사실상 특정성 요건을 충족하는 것을 피하기는 어려울 수 있다.

요컨대, (i) 배출권의 추가 무상할당으로 인한 잠재적 세입 포기는 보조금협정에서 규율하는 ‘재정적 기여’로 포섭하는 데에 한계가 있고, (ii) 무역집약도와 비용발생도를 기준으로 전부 무상할당의 대상 업종을 정하고 있는 배출권거래법과 동법 시행령에서 전부 무상할당에 대한 접근을 특정한 기업(군)이나 산업(군)에 명백하게 한정하고 있지 않고, 객관적이고 중립적으로 정해진 기준에 따라 수혜 여부를 자동적으로 결정하고 있으므로 법률상 특정성을 부인하는 것이 보다 타당해 보이거나, (iii) 대상 기업이 추가 무상할당으로 인해 경매나 시장을 통해 배출권을 확보해야 할 의무가 경감되는 한도에서 오염자 부담의무가 면제되는 것이기 때문에 추가 무상할당으로 인한 혜택 자체를 부인하기는 어려운 것으로 판단된다. 이러한 점들을 종합적으로 고려할 때, 배출권의 추가 무상할당 전체를 상계가능 보조금으로 판단한 미국 상무부의 판정은 보조금협정의 법리와 판정에 어긋날 여지가 크다고 판단된다. 다만, 이와 같은 법리적 논의와는 별개로, 우리나라를 비롯해 EU의 배출권거래제에서 일정한 범위의 대상 업종에 대해 추가적으로 무상할당되는 배출권이 상계가능 보조금으로 판단되는 상황에서는 보조

100) POSCO Final Memorandum, p. 44; POSCO Post-Preliminary Memorandum, p. 6.

101) 환경부 온실가스종합정보센터, *supra* note 29, p. 114.

금협정과 국제환경 의무의 충돌을 피하고, 양자 간 조화로운 균형을 추구할 수 있는 방안을 모색하는 것이 필요하다.

Ⅲ. 보조금협정과 국제환경의무의 균형을 위한 방안 모색

1. 보조금협정과 국제환경의무의 균형 요청

탄소중립을 목적으로 지급된 특정 보조금은 국내산업에 경쟁 우위를 부여할 수 있기 때문에 국제무역과 투자로 인한 경제적 이익의 분배에 영향을 미칠 수 있다. 국내산업에 대한 보조금 혜택이 커질수록 수혜 기업에게 유리한 방향으로 국제무역의 경쟁조건이 수정될 가능성이 높기 때문이다.¹⁰²⁾ 그러나, 친환경 보조금의 지급으로 인한 영향이 전부 부정적인 것은 아니다. 친환경 보조금의 효과를 전체적으로 볼 때, 그 지급이 국가 간에 미치는 긍정적 영향이 국제무역에 미치는 부정적 영향을 능가할 수도 있다. 친환경 보조금으로 인한 잠재적 혜택으로 무역에 의해 유발될 수 있는 기술 이전, 탄소배출 감축, 환경상품의 비용 효율적 공급 등을 꼽을 수 있다. 즉, 친환경 보조금이 무역 왜곡을 최소화하는 방식으로 시행될 경우 결과적으로는 전세계 순후생(net welfare)에 긍정적일 수 있다는 것을 의미한다.¹⁰³⁾

다만, 보조금협정은 이러한 전세계 순후생을 강화하는 효과를 갖는, 탄소중립 전환 달성을 위한 공공투자에 관한 내용을 반영하고 있지 않다. 보조금협정에서 친환경 보조금이 장기적인 시각에서 탄소중립 전환을 목적으로 시장실패를 보완하기 위해 필요한 정책인 점을 반영하지 않은 결과, GATT 제20조에 규정된 일반예외와 같이 이를 보조금협정의 규율대상에서 제외하는 법적 예외를 허용하지 않는다.¹⁰⁴⁾ 이를 토대로 보조금협정이 환경

102) David Kleimann, *supra* note 17, p. 2.

103) *Ibid.*, pp. 2-3; Steve Charnovitz, *Green Subsidies and the WTO*, World Bank Group (Oct. 2014), pp. 3-7.

104) GATT 제20조의 일반예외 조항을 GATT 이외의 WTO협정에 적용하는 것이 적절한지 여부에 대한 이견이 존재하나, 이는 제20조의 해석상 부적절하다고 보는 입장

에 대한 고려를 하지 않는다고 단정할 수 있는 것은 아니고, 동 협정이 협상·기안될 당시 현재와 같은 기후변화 문제의 심각성을 고려할 필요성이 적었기 때문인 것으로 이해된다.¹⁰⁵⁾ 현재 탄소중립 전환의 일환으로 주요국을 중심으로 심화되는 공공투자 지출이 설사 시장실패를 보완하기 위한 장기적 수단이고, 국제규범의 큰 틀에서 파리협정에 따른 탄소배출 감축을 목표로 하며, 보조금협정이 금지하는 보조금에 해당하지 않는다 하더라도,¹⁰⁶⁾ 무역을 왜곡하는 효과가 발생하여 보조금협정상 상계관세조치나 WTO 분쟁의 대상이 될 수 있다. 이러한 이유로 탄소중립 달성을 목적으로 시행된 친환경 보조금의 수혜 기업이 국제무역에 있어 불리한 대우를 받는 결과가 초래될 수 있다.

이러한 친환경 보조금 문제는 보조금협정에서 명백하게 금지하고 있는 국내상품 사용 의무(local content requirement)의 부과와는 구별된다. 보조금협정 제3.1(b)조는 수입품 대신 국내상품의 사용을 조건으로 지급되는 소위 수입대체보조금(import substitution subsidies)을 금지보조금으로 규정하고 있고, WTO 판정에서도 국내상품 사용 의무 조건은 보조금협정을 위반한다는 점이 확인되었기 때문이다.¹⁰⁷⁾ 이렇듯 친환경 보조금의 지급을 통해 국내산업을 보호하고자 하는 목적이 뚜렷하고, 다른 회원국의 산업에 부정적 영향을 미칠 가능성이 높은 경우는 정책적 또는 법제도적인 보호막을

이 더 우세한 것으로 파악된다. Luca Rubini, "Ain't Wastin' Time No More: Subsidies for Renewable Energy, The SCM Agreement, Policy Space, and Law Reform", *Journal of International Economic Law*, Vol. 15 Iss. 2 (June 2012), p. 562.

105) David Kleimann, *supra* note 17, p. 3; IMF, OECD, World Bank & WTO, *supra* note 15, p. 27.

106) 보조금협정 제3조는 법률상 또는 사실상 수출실적에 따라 지급되는 보조금(수출보조금)과 수입품 대신 국내상품의 사용을 조건으로 지급되는 보조금(수입대체보조금)을 금지보조금으로 규정하고 있다.

107) 예를 들어, *US - Upland Cotton* 사건의 패널과 상소기구는 미국 면화(upland cotton)의 사용자에게 지급된 보조금이 국내상품의 사용을 조건으로 지급되었기 때문에 보조금협정 제3.1(b)조를 위반한다고 판단했다. Panel Report, *US - Upland Cotton*, paras. 7.1088, 7.1097-7.1098; Appellate Body Report, *US - Upland Cotton*, para. 552.

제공하는 것이 불필요하며, 이에 관해 회원국들 간 공동의 합의에 이르는 것도 어렵다.

요컨대, 기후변화와 같은 세계적 도전과제는 보조금의 역할을 보조금협정이 입안된 당시의 상황에서만 고려하는 것이 아니라, 이를 새로운 시각에서 재고할 것을 요청한다. 탄소중립은 모든 국가가 기후변화로 인한 위협성을 예방하고, 이에 적응할 수 있기 위한 공동의 목표이며, 전세계적으로 탄소중립 달성을 위한 법·정책이 적극적으로 채택되고 있는 점을 고려할 때, 보조금협정과 국제환경의무 간 발생할 수 있는 규범 해석과 적용상 충돌을 방지하는 것이 중요하다. 현 보조금협정의 체계에서 양 규범 체계 간 조화를 꾀하는 것이 어려운 작업이기는 하나, 기후변화 위협의 심각성과 그 대응의 중요성을 고려할 때, 양자 간 충돌을 해결할 수 있는 실마리를 찾는 것이 시급하다. 앞서 논의한 미국 상무부의 판정에서도 모든 배출권거래제 대상 기업이 동등하게 무상으로 부여 받은 배출권을 상계가능 보조금으로 판단하지 않은 점은 무상할당 방식으로 배출권거래제를 운영하여 기후변화 문제에 대응하는 조치 자체가 국제무역 규범 측면에서 분쟁의 소지가 될 여지가 낮고, 궁극적으로 친환경 보조금의 지급이 무역규범체제에서 양립할 수 있다는 가능성을 보여준다고 할 수 있다.

2. 국제협정의 조화로운 해석을 통한 해결 방안 검토

기후변화 대응을 위한 친환경 보조금의 지급이 국제무역 규범과 균형을 이룰 수 있는 방안을 찾기 위해서는 사실 이에 앞서 양자 간에 규범 충돌이 근본적으로 발생하는지를 검토하는 것이 필요하다. 즉, 국제무역에 왜곡을 초래하는 부정적 영향을 최소화하기 위해 적용되는 보조금협정상 규범과 파리협정에 따른 온실가스 감축 이행을 위해 KETS에서 추가 무상할당을 가능토록 한 조치 간에 규범 충돌이 발생하여 양 규범을 동시에 준수할 수 없는 상황이 발생했다고 봐야 하는가? 이에 대한 답이 어떠한지에 따라 해결 방안의 모색 방향이 달라질 수 있기 때문이다.

규범 충돌의 개념과 관련한 국제법학계의 전통적 입장은 하나의 규범

을 준수하거나 적용하는 것이 필연적으로 다른 규범의 위반으로 이어지는 경우에 규범 충돌이 발생한다고 보았다. 이러한 입장에 따르면, WTO협정과 다자환경협정이 서로 모순되는 의무를 당사국에게 부여하지 않는 한 규범 충돌 문제는 발생하지 않게 되고, 당사국이 양립 불가능한 복수의 협정상 의무 이행에 직면할 경우에만 일반국제법상 규범 충돌의 해결 원칙을 적용할 수 있다. 그러나 규범 충돌이 반드시 두 협정의 양립 불가능한 의무에 의해서만 초래되는 것은 아니며, 일견 양립 가능해 보이는 협정의 규정들이 실제 적용에서는 충돌을 야기할 수도 있다.¹⁰⁸⁾ 이에 규범 충돌 범위를 매우 좁게 제한하는 전통적 입장의 문제를 보완하여, 동일한 행위에 대해 복수의 규범이 다른 규제를 하는 상황을 규범 충돌의 범위에 포함하는 광의의 개념으로 이해하는 견해들이 제시되고 있다.¹⁰⁹⁾ 이러한 광의의 입장에 따르면, 잠재적 충돌의 가능성을 가진 경우도 규범 충돌의 범위에 포함될 수 있다.¹¹⁰⁾

상기 규범 충돌의 개념을 배출권의 무상할당 조치와 연관 지어 살펴보면, 우선 본고는 배출권의 추가 무상할당 전체를 상계가능 보조금으로 판단한 미국 상무부의 판정은 보조금협정의 법리와 판정에 어긋날 여지가 크다고 판단한바, 배출권의 전부 무상할당 조치로 인해 보조금협정과 파리협정

108) 김현정, “WTO 분쟁해결절차에서의 규범 충돌의 해결: WTO 협정과 비통상 조약과의 관계를 중심으로”, 통상법률, 2013년 제2호, 통권 제109호 (2013. 5.), pp. 90-91; 박배근, “조약 간 충돌의 해소 원리에 관한 일고: 1969년 조약법협약 제30조 규정을 중심으로”, 국제법평론, 제64호 (2023. 2.), pp. 8-11.

109) 김현정 교수는 다수의 규범이 동일한 행위를 다르게 규제하는 모든 경우, 즉 ‘잠재적 규범 충돌’을 규범 충돌의 범위에 포함시키는 ‘포괄적 충돌 개념’을 제시하고, 박현석 교수는 ‘한 규칙에 따른 권리를 행사할 때에만 다른 규칙의 위반을 야기하는 경우, 즉 한 규칙에 따른 권리 행사를 자제함으로써 다른 규칙의 위반을 피할 수 있는 경우를’ 잠재적 저촉’이라고 칭하고 있는데, 이러한 견해들은 필연적인 규범 충돌을 요구하는 전통적 입장보다 충돌의 개념을 넓게 이해한다. 또한, 박배근 교수는 국제법상 규범 충돌의 해소 원리가 법적 확실성과 명확성을 높이고 국제법의 준수에 공헌한다는 측면에서 규범 충돌을 광의로 이해하는 것이 적절하다고 설명한다. 김현정, *supra* note 108, p. 92; 박현석, “새로운 국제관습법규의 출현에 의한 기존조약의 개폐 문제: 해양법 판례의 검토를 중심으로”, 국제법학회논총, 제53권 제2호 (2008), p. 64; 박배근, *supra* note 108, pp. 8-11.

110) *Ibid.*

에 따라 우리 정부가 부담하는 의무 간에 필연적인 규범 충돌이 발생하는 것으로 보지 않는다. 또한, 파리협정에 따른 온실가스 감축의무를 이행하기 위해 반드시 배출권거래제, 그리고 특히 일정한 할당대상업체에 대한 추가 무상할당을 국내적으로 도입하는 것이 요구되지 않고, 이는 개별 당사국이 국내 정책적 판단에 따라 채택한 기후변화 대응제도이기 때문에 원칙적으로 파리협정에 따른 우리 정부의 의무 이행이 필연적으로 보조금협정 위반의 결과로 이어지는 규범 충돌이 초래된다고도 보기 어렵다.

다만, 이와 같은 본고의 법리적 검토와는 별론으로, 우리나라를 비롯해 EU가 파리협정에 따른 온실가스 배출 감축의무를 이행하기 위해 배출권거래제를 도입하고, 제도 설계에 있어 일정한 범위의 대상 업종에 대해 배출권을 추가로 무상할당하는 조치가 상계가능 보조금으로 판단됨에 따라 파리협정 의무의 이행이 결과적으로 보조금협정 의무 위반으로 이어지는 상황이 야기되고 있다. 아울러, 배출권의 추가 무상할당의 형태가 아니라 정부 무상지원, 금융지원, 공공투자 등의 형태를 띤 온실가스 감축 정책은 정부에 의한 재정적 기여가 더 뚜렷하게 규명될 수 있기 때문에 보조금협정을 위반할 가능성이 월등히 크다고 할 수 있다. 이를 환언하면, 파리협정에 따른 의무를 이행하는 방식 선택에 있어 당사국의 재량이 인정되고, 보조금협정과 충돌하지 않는 조치를 선택하게 되면, 양 규범 간 필연적인 규범 충돌이 발생하는 것은 아니다. 그러나 파리협정상 보장된 당사국의 재량이 보조금협정에 의해 제한될 가능성이 있다는 점에서 양 규범 간 관계가 광의의 규범 충돌에 포함될 수 있는 것이다. 이에 보조금협정과 국제환경 의무의 충돌을 피하고, 양 규범 간 조화로운 균형을 추구할 수 있는 방안을 모색하는 것이 시급하다.

그렇다면, 우선적으로 고려해 볼 수 있는 방안은 조약의 명시적 규정을 통해 문제를 해결하는 것이다. 즉, WTO협정과 다자환경협정의 통합적 적용을 통해 양자 간 조화를 피하기 위해 보조금협정과 UNFCCC, 파리협정 등 환경협정에 국제협정상 의무 충돌이 발생할 시에 이를 회피할 수 있는 내용의 명시적 조항이 있는지를 살펴보는 것이 필요하다. 먼저, 앞의 논의에서 언급한 바와 같이 현재 보조금협정에는 환경 관련 예외조항이나 다른 국

제협정상 의무 충돌에 관한 조항이 포함되어 있지 않다.

다음으로, 다자환경협정을 살펴보면, UNFCCC와 파리협정에는 친환경 보조금과 관련한 직접적인 조항이 규정되어 있지 않다. UNFCCC는 국제무역 규범과의 양립관계를 고려하여, 제3.5조에서 일방적 조치를 포함하여 기후변화에 대처하기 위해 당사국이 취한 조치가 국제무역에 대한 자의적 또는 정당화할 수 없는 차별수단이나 위장된 제한수단이 되어서는 안 된다고 규정함으로써 GATT 제20조의 핵심 법리를 기후변화에 대처하기 위한 조치의 타당성 여부를 판단하는 기준으로 제시하고 있다. 파리협정은 친환경 보조금에 관한 규정이나 UNFCCC 제3.5조와 같이 국제무역 규범과의 관계를 명시한 조항이 아예 포함되어 있지 않다.

이렇듯 UNFCCC 제3.5조에 GATT 제20조의 기본 법리가 반영되어 있기는 하나, 국제무역 규범과 충돌이 발생할 시 적용상 우열관계에 관해서는 규정하고 있지 않다. 즉, GATT 제20조와 달리 제3.5조는 당사국이 환경보호를 위해 필요한 조치가 국제무역 규범에 반할 경우 특정한 요건을 충족할 것을 조건으로 해당 위반 사항을 정당화할 수 있다거나, 다자환경협정상 당사국의 의무가 우선적으로 적용되거나 고려된다는 내용을 규정하고 있지 않기 때문에 친환경 보조금의 지급이 보조금협정에 반하는 상황을 제3.5조를 통해 정당화하는 것은 어려워 보인다. 결과적으로, 친환경 보조금의 지급이 상계가능 보조금으로 판단될 경우, 현 상태의 명시적 조항을 해석하고 적용하는 것만에 의존해서는 양자 간 조화를 꾀하는 데에 한계가 있다.

WTO협정과 다자환경협정의 명시적 규정만으로 양 규범 체제의 통합적 해석이 어렵다면, 1969년 조약법에 관한 비엔나협약(Vienna Convention on the Law of Treaties, 이하 ‘비엔나협약’)과 국제관습법상 조약해석에 관한 원칙을 살펴볼 수 있을 것이다. 국제법상 규범 충돌 해결의 일반원칙으로 신법우선의 원칙, 특별법우선의 원칙, 강행규범 우위 등이 있는데, 하나의 규범을 우선하여 적용함으로써 다른 규범의 적용을 배제하는 결과를 초래한다.¹¹¹⁾ 첫째, 신법우선의 원칙은 두 조약의 우위관계를 시간의 선후에

111) UN General Assembly, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study

기초하여 결정하는 것이다. 조약법에 관한 비엔나협약 제30조 제1항과 제3항에 따라 동일한 주제(same subject matter)에 대한 양립 불가능한 두 조약 간에는 후 조약이 선 조약에 우선한다. 여기서 문제되는 점은 WTO협정과 다자환경협정이 “동일한 주제”에 관한 것인지 여부이다. 비엔나협약은 “동일한 주제”의 정의에 관해 구체적으로 규정하고 있지 않으나, 용어의 일반적 의미를 고려할 때 신법우선의 원칙은 유사한 분야를 다루는 조약 간에 적용될 수 있을 것이다.¹¹²⁾ 보조금 요건과 관련한 WTO협정과 온실가스 감축과 관련한 다자환경협정이 동일하거나 유사한 분야를 다루고 있다고 보기는 어려우므로 양 규범의 관계에 신법우선의 원칙을 적용하기는 어렵다고 판단된다.

둘째, 특별법우선의 원칙은 일반법과 특별법의 관계에 있는 규범 간에 특별법을 우선하여 적용하는 것이다. 그런데 일반국제법의 큰 틀에서 WTO협정과 다자환경협정은 모두 특별법의 범주에 해당한다고 볼 수 있기 때문에 양 규범 간에 특별법우선의 원칙을 적용하여 우위관계를 적용할 수 없다.

현 논의와 같이 규범 간에 광의의 충돌이 발생할 가능성이 있으나, 신법 및 특별법우선과 같은 규범 충돌 해결의 원칙으로 충돌을 회피할 수 없는 경우, 조약의 조화로운 해석원칙(principle of harmonization)을 통한 해결을 모색할 수 있을 것이다. 조화로운 해석은 널리 수용되고 있는 해석원칙 중 하나로서 복수의 규범이 하나의 사안에 대해 규율할 경우에는 가능한 양립할 수 있는 단일한 의무(single set of compatible obligations)를 창출하는 것으로 해석되어야 함을 의미한다. 즉, 국가는 자신이 체결한 모든 국제조약에 구속되어 이를 신의성실하게 준수할 의무를 부담하고,¹¹³⁾ 국가

Group of the International Law Commission, finalized by Martti Koskenniemi, UN Doc. A/CN.4/L.682 and Add.1 (13 April 2006), para. 225; UN, Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law, Yearbook of the International Law Commission 2006, Vol. II, Part 2 (2014), para. 251.

112) 김현정, *supra* note 108, p. 102. 비엔나협약 제30조는 ‘동일한 주제에 관해 전후관계에 있는 조약의 적용’에 대해 규정하고 있음에도 불구하고, ‘동일한 주제’가 무엇을 의미하는지에 대해 정의하고 있지 않다. 이에 따른 여러 해석 가능성 문제에 관해서는 박배근, *supra* note 108, pp. 11-14 참조.

가 명시적으로 다른 의사를 표시하지 않는 한 일정한 조약을 체결함으로써 부담하는 의무는 기존 국제법을 위반하지 않는 방향으로 해석되어야 하는 것이다.¹¹³⁾

친환경 보조금 문제에 조화로운 해석원칙을 적용하여 보조금협정의 상계조치를 피할 방안을 생각해보면, 보조금협정의 혜택 요건을 검토할 시에 해당 기업의 온실가스 감축 노력을 함께 고려해 볼 수 있을 것으로 판단된다. 앞서 언급한 바와 같이, 일반적으로 보조금 요건을 검토하는 데에 있어 수혜자가 환경규제를 준수하기 위해 부담한 비용은 혜택 요건의 검토에 고려되지 않는다. 그 결과 수혜 기업이 온실가스 배출을 감축하기 위해 지출한 비용이 해당 재정적 기여로 인한 혜택의 범위를 초과하여 궁극적으로 해당 기업에 손실이 발생하여도 혜택 요건을 충족하게 되는 불합리한 결과가 발생하게 된다. 파리협정은 온실가스 배출 감축을 개별 국가결정기여 방식으로 준수할 것을 채택하였고, 개별 국가의 재량에 따라 구체적인 이행 방식을 결정할 수 있다. 이에 따라 우리나라는 배출권거래제를 채택하고, 배출권거래제의 시행으로 발생할 수 있는 탄소누출을 방지하기 위해 일정한 범주의 산업군에 대해 배출권을 무상으로 할당하고 있다. 즉, 우리나라는 파리협정에 따른 온실가스 배출 감축 의무를 이행하기 위한 구체적인 제도 운용 방식을 결정할 재량이 있기는 하나, 온실가스 배출 감축 의무 자체는 국제법상 부담하는 의무이다. 그리고 탄소누출 방지를 위한 배출권의 무상할당은 이러한 국제법상 의무를 효과적으로 이행하기 위한 수단이다. 이러한 핵심 사항을 보조금협정의 요건 검토에 반영하지 않는 것은 우리나라가 파리협정의 의무를 성실하게 이행하는 데에 수반되는 제반 재정적 부담을 충분히 고려하지 않는 것이라고 보인다. 상황이 이러하다면, 친환경 보조금의 혜택 요건을 검토하는 과정에서 파리협정에 따른 온실가스 배출 감축 의무와 탄소누출 방지를 위한 재정적 부담을 종합적인 단일한 의무로 보아 온실가스 배출 감축을 위해 수혜 기업이 부담한 비용을 보조금협정의

113) 비엔나협약 제26조 ("*Pacta sunt servanda*"): 유효한 모든 조약은 그 당사국을 구속하며 또한 당사국에 의하여 성실하게 이행되어야 한다.

114) UN General Assembly, *supra* note 111, para. 38; UN, *supra* note 111, para. 251.

혜택 산정에서 제외하는 것이 조약의 조화로운 해석원칙에 부합하는 것이라고 판단된다.

한편, 친환경 보조금의 혜택 요건과 달리, 무상지원, 금융지원, 공공투자 등의 형태를 띤 온실가스 감축 정책은 정부에 의한 재정적 기여와 특정한 수혜 기업의 범위를 비교적 명확하게 규명할 수 있기 때문에 파리협정에 따른 온실가스 감축 의무를 근거로 보조금협정상 재정적 기여 및 특정성 요건을 정당화하기는 어려울 것으로 보인다.

다만, 여기서 한 가지 지적할 점은 보조금협정의 혜택 요건을 검토하는데 있어 수혜자가 환경규제를 준수하기 위해 부담한 비용은 그 고려 요소에 포함되지 않는다고 통상 해석하여 왔기 때문에 이와 다른 해석을 하기 위해서는 실제 WTO 분쟁으로 전개되어 패널 또는 상소기구의 판정이 요청된다는 것이다. 현재 주지하는 바와 같이 상소기구의 기능은 사실상 정지되어 있으며, 패널은 WTO협정의 기존 해석과 다른 해석을 채택하는 것을 기피할 가능성이 크고, 만약 변경 해석을 한다면 입증책임을 지는 당사국이 이를 변경할 만큼의 막대한 책임을 부담하게 된다는 제약이 있다. 이러한 사항들을 종합적으로 고려할 때, 파리협정에 따른 온실가스 감축을 이행하기 위해 채택한 국내 조치가 보조금협정을 위반하는 상황이 발생하여 양 규범을 동시에 준수할 수 없는 결과가 발생하는 경우, 국가 간 상호 합의를 통해 이러한 상황을 타개하는 것이 더 명확한 해답을 가져올 것이라고 판단된다. 국제규범의 위반은 근본적으로 국가 간 공동의 이해를 바탕으로 한 상호 합의를 통해서 정당화하는 것이 적절해 보인다.

3. 국가 간 상호 합의를 통한 해결 방안 검토

(1) 보조금협정에 대한 환경 예외 허용을 통한 조화 가능성

보조금협정 제8조는 회원국이 채택·운용할 수 있어 상계조치의 대상이 되지 않는 허용보조금을 규정하여, 제8.2(c)조에서 소위 환경보조금, 즉 기업에 대한 보다 많은 제약과 재정적 부담을 초래하는 법 및/또는 규정에 의

해 부과된 새로운 환경 요건에 기존 시설의 적응을 촉진하기 위한 지원을 허용보조금의 하나로 포함하고 있었다. 제8.2(c)조가 기후변화 대응 목적을 직접적으로 명시하고 있는 것은 아니었으나, 제8.2(c)조 제(i)호 내지 제(v)호의 요건¹¹⁵⁾을 충족하는 것을 전제로 새로운 환경 요건에 적응하기 위한 지원금의 범주에 기후변화 대응을 위해 지급되는 보조금을 포섭할 수 있었을 것으로 보인다. 다만, 보조금협정 제8조는 적용 연장에 대한 합의에 도달하지 못해 2000년 1월 1일자로 적용이 만료된 상태이다.

이와 같이 현재 허용보조금 조항을 적용할 수 없는 상황이고, 보조금협정에는 달리 예외를 인정받을 수 있는 조항이 규정되어 있지도 않다. 이러한 조건 하에서 GATT 제20조에 규정된 일반예외 조항을 보조금협정에 적용할 수 있는지 여부에 대해 학계에서 논의되어 왔다. GATT 제20조는 두문 요건에 따라 회원국의 조치가 자의적이거나 정당화할 수 없는 차별의 수단을 구성하거나 국제무역에 대한 위장된 제한을 구성하는 방식으로 적용되지 않을 것을 전제로, (b)호는 인간, 동물 또는 식물의 생명 또는 건강을 보호하기 위해 필요한 조치, 그리고 (g)호는 고갈될 수 있는 천연자원의 보존과 관련된 조치 등 환경보호 목적의 조치에 대해 일정한 예외를 인정하고 있다. 만약 GATT 제20조의 적용을 고려한다면, 탄소누출 방지를 주된 목적으로 하는 추가 무상할당 조치가 동조 두문 요건과 GATT 제20조 (b)호 또는 (g)호에 명시된 환경보호 목적을 충족하는 것을 조건으로 추가 무상할당 조치를 정당화시킬 수 있을 것이다. 다만, GATT 제20조를 보조금협정의 위반을 정당화할 수 있는 법적 근거로서 적용시킬지 여부에 대한 학계의 일치

115) 보조금협정 제8.2(c)조: 기업에 대한 보다 많은 제약과 재정적 부담을 초래하는 법 및/또는 규정에 의하여 부과된 새로운 환경 요건에 기존 시설의 적응을 촉진하기 위한 지원으로서 다음의 모든 요건을 충족할 것

- (i) 일회적인 비반복적 조치이며, 그리고
- (ii) 적용 비용의 20%로 한정되며, 그리고
- (iii) 기업이 전적으로 부담해야 하는 지원 대상 투자의 대체 또는 운영 비용을 보전하지 않으며, 그리고
- (iv) 기업의 공해 및 오염의 감축계획에 직접적으로 연계되고 그에 비례하며, 달성될 수 있는 제조 비용의 절감을 보전하지 않고, 그리고
- (v) 새로운 설비 및/또는 생산 공정을 채택할 수 있는 모든 기업이 이용 가능할 것.

된 입장이 없는 상황이고, GATT 제20조를 보조금협정에 적용한 판정도 존재하지 않는다.¹¹⁶⁾

이와 같은 상황에서 일부 회원국들은 허용보조금을 보조금협정에 재도입하여 환경 목적의 보조금을 허용하고, 개도국 회원국에 대한 특별 및 차등 대우(special and differential treatment)를 제공하는 내용의 제안서를 제출한 바 있다. 대표적으로, 2001년 11월 도하 각료회의에서 친환경적 생산방식의 개발·이행을 포함한 정당한 개발목표를 달성하기 위해 개도국 회원국이 시행하는 무역조치를 허용보조금으로 간주하는 제안을 검토할 것을 채택하였고,¹¹⁷⁾ 도하개발어젠다(Doha Development Agenda) 협상 당시 EU는 보조금의 환경적 측면을 고려할 필요성을 인정하고 특히 환경보호 목적의 보조금에 대한 접근을 논의할 것을 제안했다.¹¹⁸⁾ 그리고 최근 WTO 개혁방안 협상의 일환으로 중국은 허용보조금 관련 규정을 재도입하고 해당 범위를 확대해야 한다는 내용의 제안서를 제출했다.¹¹⁹⁾ 다만, 아직까지 허용보조금의 재도입에 관해 WTO 내에서 결정된 사항은 없다.

요컨대, 보조금협정 제8조의 적용 연장에 대해 회원국 간 합의에 이르지 못해 동 조항이 사문화되었으나, 전 세계적으로 심각한 기후변화 문제에 대응하기 위한 방안의 하나로서 환경보호 목적의 보조금 등을 포함한 허용보조금 조항을 재도입해야 한다는 논의는 여전히 WTO 내에서 유효하다. 기후변화 대응을 위해 장기적 차원에서 친환경 보조금을 포함한 허용보조금을 재도입을 하는 것이 필요해 보이는 하나, 허용보조금의 재도입 여부, 재도입 시 허용 범위의 확장 여부, 개도국 회원국에 대한 특별 및 차등 대우

116) Luca Rubini, *supra* note 104, pp. 559-570; Robert Howse, *Climate Change Mitigation Subsidies and the WTO Legal Framework: A Policy Analysis*, International Institute for Sustainable Development (May 2010), pp. 17-19.

117) WTO Ministerial Conference, Implementation-Related Issues and Concerns, WT/MIN(01)/17 (20 November 2001), para. 10.2.

118) WTO Negotiating Group on Rules, WTO Negotiations Concerning the WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, Proposal by the European Communities, TN/RL/W/30 (21 November 2002)

119) WTO General Council, China's Proposal on WTO Reform, WT/GC/W/773 (13 May 2019), para. 2.16.

등에 관해 회원국들 간에 이견이 존재하고,¹²⁰⁾ WTO 개혁방안 논의가 단기적으로 완료되기는 어려운 점을 고려할 때, 단기적으로는 친환경 보조금을 보조금협정 내 환경 예외를 허용하는 방식으로 보조금협정과 국제환경의무 간 조화를 피하기는 제약이 존재한다.

(2) 의무면제 인정을 통한 조화 가능성

WTO는 의무면제(waiver)에 의한 예외가 가능하도록 관련 규정을 두고 있다. 마라케쉬협정 제9.3조 두문은 예외적인 상황(exceptional circumstances)에서 각료회의는 이 협정이나 다자간무역협정이 회원국에게 지우는 의무를 면제하기로 결정할 수 있다고 규정하고 있다. 기후변화 대응을 위해 취해진 무역 관련 조치에 대해 예외적으로 보조금협정의 의무를 면제 받아 동 협정에 따른 상계관세 부과를 피할 수 있는 가능성이 WTO협정상 인정된다. 오늘날 다수의 국가들이 기후변화의 심각성과 이에 대한 대응의 중요성을 인식하고 있는 만큼 기후변화 대응을 위해 취해진 무역 관련 조치에 대해 보조금협정의 의무면제가 허용될 가능성이 존재한다.

다만, WTO협정상 의무에 대한 면제가 인정되기 위해서는 여러 엄격한 절차와 요건에 따라야 한다. 우선, WTO협정에서 의무면제의 해석에 관한 구체적인 기준을 제시하고 있지는 않으나, 의무면제의 기능은 의무면제 결정에 명시된 제반 조건과 정당화하는 예외적 상황이나 정책적 목적에 따라 명시된 제한 기간 동안에 한해 특정 WTO협정에 규정된 의무로부터 회원국을 면제하는 것이고, 의무면제의 목적이 WTO협정에 규정된 기준 조항을 수정하거나, 새로운 법을 창설하거나, 회원국의 의무를 추가·수정하는 것이 아니라는 점을 고려할 때, 의무면제는 예외적인 성격을 지니고, 엄격한 규율의 대상이 되기 때문에 매우 신중하게 해석이 되어야 한다.¹²¹⁾

120) Mark Wu, *Re-examining 'Green Light' Subsidies in the Wake of New Green Industrial Policies*, E15 Initiative, International Centre for Trade and Sustainable Development and World Economic Forum (2015), p. 10; Siqu Li and Xinquan Tu, "Reforming WTO Subsidy Rules: Past Experiences and Prospects", *Journal of World Trade*, Vol. 54, No. 6 (2020), pp. 864-866.

121) Appellate Body Report, *EC - Bananas III*, para. 185; Appellate Body Reports,

또한, 절차적 측면에서, 의무면제는 마라케쉬협정 제9.4조에 따른 엄격한 조건을 준수해야 한다. 동조는 의무면제 결정이 제9.3조에 달리 규정되어 있는 경우를 제외하고는 WTO 회원국 4분의 3 다수결에 의한다고 규정하고 있기 때문에 회원국의 동의 기준을 충족하는 것이 쉽지 않다. 그리고 면제를 부여하는 각료회의의 결정은 동 결정을 정당화하는 예외적인 상황, 면제의 적용을 규율하는 제반 조건 및 면제 종료일자를 명시하되, 1년보다 긴 기간 동안 부여되는 면제의 경우 각료회의는 면제 부여 후 1년 이내 및 그 이후 종료시까지 매년 면제를 검토해야 하고, 각료회의는 매 검토 시마다 의무면제 부여를 정당화하는 예외적인 상황이 계속 존재하는지 여부 및 면제에 첨부된 조건이 충족되었는지 여부를 조사하며, 연례 검토를 기초로 면제를 연장, 수정 또는 종료할 수 있다.

생각건대, 기후변화 대응을 위해 취해지는 무역조치가 회원국의 보조금 협정상 의무를 위반하게 되는 경우 의무면제를 인정하는 방식으로 동 협정 위반 상황을 구제할 수 있는 방안을 고려해 볼 수 있다. 다만, 이러한 의무면제는 WTO협정에서 정한 엄격한 요건과 절차를 따라야 하고, 각료회의 결정에 명시된 기간과 조건에 따라서만 허용될 수 있다는 제약이 존재한다.

(3) 기후 평화조항 도입을 통한 조화 가능성

일각에서는 소위 기후 평화조항(peace clause)을 도입하여 타국의 기후변화 대응 또는 친환경 전환 조치를 다투기 위해 국제무역협정의 분쟁해결 메커니즘을 사용하지 않을 것을 주장하고 있다. 특히 미국 환경단체와 전미 환경의원모임(National Caucus of Environmental Legislators) 소속 상·하원의원들은 국가들이 시대에 뒤떨어진 무역규범을 토대로 타국의 기후정책을 다투지 않을 것을 약속하는 구속력 있는 합의에 도달할 것을 요청하고 있다.¹²²⁾

EC - Bananas III (Article 21.5-Ecuador II) / EC - Bananas III (Article 21.5 - US), para. 382.

122) U.S. National Caucus of Environmental Legislators, Letter to President Joseph R. Biden (March 30, 2023), <<https://www.ncelenviro.org/app/uploads/2023/03/WTO-Letter-Final.pdf>>, 2023. 5. 29. 최종 검색; Trade Justice Education Fund

이러한 형식의 분쟁 회피 노력은 국제적 차원에서 새로운 시도는 아니다. 대표적으로, 농업협정(Agreement on Agriculture) 제13조는 ‘적절한 자제(due restraint)’라는 제목 하에 2003년 12월 31일까지 농업 보조금이 특히 보조금협정과 GATT에 근거한 일정한 조치로부터 면제된다고 규정하여 회원국들로 하여금 농업 보조금을 보조금협정과 GATT에 따라 다투지 않을 것을 규정하고 있다.¹²³⁾ 또한, 2013년 12월 제9차 각료회의는 개도국 회원국의 식량안보 목적의 공공비축(Public stockholding for food security purposes)

and Sierra Club, *The Case for and Design of a Climate Peace Clause*, Discussion Paper (2022).

- 123) 농업협정 제13조: 1994년도 GATT와 보조금 및 상계조치에 관한 협정(이 조에서는 “보조금협정”이라 한다)의 규정에도 불구하고, 이행 기간 동안
- 가. 이 협정 부속서 2의 규정에 완전히 합치하는 국내보조조치는
- (i) 상계관세의 목적상 허용보조금이 된다.
 - (ii) 1994년도 GATT 제16조 및 보조금협정 제3부에 근거한 조치로부터 면제된다. 그리고
 - (iii) 1994년도 GATT 제23조제1항(b)의 의미상, 1994년도 GATT 제2조에 따라 다른 회원국이 향유하는 관세양허의 이익의 비위반 무효화 또는 침해에 근거한 조치로부터 면제된다.
- 나. 이 협정 제6조제5항의 요건에 합치하는 직접지불을 포함하여 각 회원국의 양허표에 반영되어 있는 이 협정 제6조의 규정에 완전히 합치하는 국내보조조치와 최소 허용 수준이내의 보조로서 제6조제2항에 합치하는 국내보조는
- (i) 1994년도 GATT 제6조 및 보조금협정 제5부에 따라 피해 또는 피해의 우려 판정이 내려지지 않는 한 상계관세 부과로부터 면제되며, 상계관세 조사를 개시함에 있어서 적절한 자제가 발휘되어야 한다.
 - (ii) 동 조치로 인하여 특정품목에 대해 1992유통년도중에 결정된 보조를 초과하는 보조가 제공되지 않는 한, 1994년도 GATT 제16조제1항 또는 보조금협정 제5조 및 제6조에 근거한 조치로부터 면제된다. 그리고
 - (iii) 동 조치로 인하여 특정품목에 대해 1992유통년도중에 결정된 보조를 초과하는 보조가 제공되지 않는 한 1994년도 GATT 제23조 제1항(b)의 의미상, 1994년도 GATT 제2조에 따라 다른 회원국이 향유하는 관세양허의 이익의 비위반 무효화 또는 침해에 근거한 조치로부터 면제된다.
- 다. 각 회원국의 양허표에 반영된 이 협정 제5부의 규정에 완전히 부합하는 수출보조금은
- (i) 1994년도 GATT 제6조 및 보조금협정 제5부에 따라 물량, 가격에 미치는 효과 또는 결과적인 영향에 근거한 피해 또는 피해의 우려 판정시에 상계관세의 대상이 되며, 상계관세 조사를 개시함에 있어서 적절한 자제가 발휘되어야 한다. 그리고
 - (ii) 1994년도 GATT 제16조 또는 보조금협정 제3조, 제5조 및 제6조에 근거한 조치로부터 면제된다.

조치가 농업협정상 당해 회원국의 국내 보조 양허 수준을 초과하더라도 한시적으로 허용하되 추후 협상을 통해 영구적인 해결책을 마련할 것을 합의한바, 이는 개도국의 식량안보 조치를 WTO 분쟁해결절차에 회부하지 않을 것에 합의하는 이른바 평화조항을 인정한 것이다.¹²⁴⁾

다만, 기후 문제와 관련해서는 아직 평화조항이 도입된 사례가 없는 것으로 파악된다. 2022년 5월에 개최된 미국-EU 무역기술위원회(EU-US Trade and Technology Council) 제2차 회의에서 EU는 당초 공동성명서에 기후 관련 보조금에 관해 상호 간 다투지 않을 것을 합의하는 기후 평화조항을 포함하고자 하였으나, 해당 조항은 결국 최종 공동성명서에서 삭제되었다. 양국 모두 온실가스 감축을 위한 노력을 기울이고 있어서 기후 평화조항을 도입할 실익이 없는 것은 아니나, 현재 미국은 기후변화 대응 정책 도입에 있어 EU에 비해 상대적으로 뒤처져 있는 상황이고, 국내생산을 조건으로 세제혜택 등 지원금을 제공하고 있어 WTO협정에 위반된다는 여타 국가의 비판 대상이 되고 있으며, EU 탄소국경조정제도(carbon border adjustment mechanism)에 반대할 수 있는 여지를 유보하고자 하고, 미국 상계관세법에 따른 조치를 취하지 않을 것에 합의하기 위해서는 의회가 관여되어야 하는 등 여러 이유가 있는 것으로 파악된다.¹²⁵⁾ 즉, 각 국가들은 친환경 산업으로의 전환에 대응하기 위한 법정책들을 적극적으로 채택하고 있으나, 현재로서는 개별 국가마다 다른 방식의 대응책을 채택하고, 보조금 협정 등을 포함한 국제무역 규범에 위반할 소지가 다분하여 기후 평화조항에 대한 국가 간 합의에 이르기 어렵다는 제약이 있다.

124) WTO Ministerial Conference, Ninth Session, Public Stockholding for Food Security Purposes - Ministerial Decision of 7 December 2013, WT/MIN(13)/38, WT/L/913 (11 December 2013), p. 1.

125) Center for Strategic & International Studies, Assessing Progress within the TTC (May 18, 2022), <<https://www.csis.org/analysis/assessing-progress-within-ttc>>, 2023. 5. 29. 최종 검색; World Economic Forum, What do green subsidies mean for the future of climate and trade? (March 13, 2023), <<https://www.weforum.org/agenda/2023/03/what-do-green-subsidies-mean-for-the-future-of-climate-and-trade-099a016307/>>, 2023. 5. 29. 최종 검색.

IV. 결 론

오늘날 기후변화 대응은 선택이 아니라 필수가 되었고, 주요국을 중심으로 친환경 산업으로 전환하기 위한 여러 가지 기후변화 대응정책이 적극적으로 채택·운용되고 있다. 친환경 산업으로 전환하고 이를 활성화하기 위해서는 아직 국가의 지원이 필요한 실정이기 때문에 EU, 미국 등의 국가들은 탄소 배출 감축을 위한 친환경 기술 개발, 산업 기반시설 확립에 공공지출의 형식으로 지원을 제공하고 있다. 그런데, 이러한 친환경 산업의 전환을 위한 정부의 지원이 국제무역 규범, 특히 보조금협정에 위반할 수 있다는 문제점이 초래됨에 따라 파리협정으로 구현된 온실가스 배출 감축 의무에 대한 국제적인 합의, 그리고 이를 위한 개별 국가의 기후변화 대응정책과 선도적인 노력에 역행하는 상황이 발생하고 있다. 특히 우리나라가 도입한 배출권거래제에서 탄소누출을 방지하기 위해 채택한 배출권의 무상할당 조치는 미국의 상계조치 대상에 포함된다는 판정을 받은 상태이다.

현 사정이 이렇다고 하여 보조금협정을 적용할 시에 기후변화 문제를 전혀 고려할 수 없다고 단정할 수는 없다. 보조금협정 제8조는 일종의 환경보조금을 허용보조금으로 규정하고 있었으나 현재 사문화되었고, 보조금협정이 입안될 당시에는 기후변화 문제가 지금과 같이 심각하지 않았기 때문에 WTO 회원국들은 보조금협정에 환경보조금을 지속할 필요성에 대해 국제적인 합의에 이를 수 없었던 것으로 파악된다. 이제 기후변화 대응과 탄소중립 달성에 대한 국가들의 태도와 시각이 달라진 만큼 보조금협정과 국제환경의무 간 발생할 수 있는 규범 해석과 적용상 충돌을 방지하는 것이 중요한 과제이다.

앞서 논의한 바와 같이 본고는 친환경 보조금의 지급으로 인해 보조금협정과 파리협정에 따른 의무 이행 간에 필연적인 규범 충돌이 발생한다고 보지 않는다. 특히 우리나라의 배출권거래제 하에서 시행되는 배출권의 추가 무상할당 조치는 보조금협정의 보조금 요건 중 재정적 기여를 충족하지 않는다고 해석하는 것이 타당하다. 또한, 일반적 범주의 친환경 보조금의 경우에도 조화로운 해석원칙에 따라 보조금협정과 다자환경협정을 해석하여

파리협정에 따른 온실가스 배출 감축 의무와 그에 따른 재정적 부담을 종합적인 단일한 의무로 보아 온실가스 배출 감축을 위해 수혜 기업이 부담한 비용을 보조금협정의 혜택 요건을 검토할 시에 고려하는 것이 요청된다. 다만, 이러한 조약의 해석을 통한 해결 방안 외에도 궁극적으로는 기후변화 대응에 대한 전 세계적인 공통의 이해를 바탕으로 국가들 간의 상호 합의를 통해 친환경 산업 전환을 위한 보조금 문제를 해결하는 것이 필요하다.

기후변화 대응을 위한 국제무역 규범의 모색: WTO 보조금협정을 중심으로 - 배 언 재	수령 날짜	심사개시일	계재결정일
	2023.05.30.	2023.06.02.	2023.06.26.

[참고문헌]

국내문헌

- 관계부처 합동, “탄소중립·녹색성장 국가전략 및 제1차 국가 기본계획(중장기 온실가스 감축목표 포함) (2023. 4).
- 김현정, “WTO 분쟁해결절차에서의 규범 충돌의 해결: WTO 협정과 비통상 조약과의 관계를 중심으로”, 통상법률, 2013년 제2호, 통권 제109호 (2013. 5.).
- 박배근, “조약 간 충돌의 해소 원리에 관한 일고: 1969년 조약법협약 제30조 규정을 중심으로”, 국제법평론, 제64호 (2023. 2.).
- 박병도, “국제환경법상 오염자부담원칙의 우리나라 환경법예의 수용”, 환경법연구, 제34권 제1호 (2021).
- 박현석, “새로운 국제관습법규의 출현에 의한 기존조약의 개폐 문제: 해양법 관례의 검토를 중심으로”, 국제법학회논총, 제53권 제2호 (2008).
- 손인성, 김동구, EU 배출권거래제 4기의 핵심 설계 변화 분석과 국내 배출권거래제 3기에의 시사점, 에너지경제연구원 수시연구보고서 2020-02 (2020).
- 이국현, “「온실가스 배출권의 할당 및 거래에 관한 법률」상 배출권의 법적 성격 재론”, 환경법연구, 제43권 제1호 (2021).
- 탄소중립녹색성장위원회, “2050 탄소중립 달성과 녹색성장 실현’을 위한 윤석열 정부 탄소중립·녹색성장 청사진 공개” (2023. 3. 21).
- 한국은행, “국제사회의 탄소중립 추진 현황 및 경제적 영향”, 국제경제리뷰 2021-9호 (2021. 4. 30.).
- 환경부 온실가스종합정보센터, 2020 배출권거래제 운영결과보고서 (2022. 2.).

서울고등법원 2018. 2. 9. 선고 2017누39763 판결.
서울행정법원 2017. 2. 2 선고 2015구합55370 판결.

해외문헌

- BGH Edelstahl Siegen GmbH v. United States*, 600 F. Supp. 3d 1241, 1249 (Ct. Int’l Trade 2022).
- Boyle, Alan, ‘Polluter Pays’ (last updated March 2009), in A Peters and R Wolfrum (eds), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, <www.mpepil.com>.
- Caiado, José Guilherme Moreno, *Commitments and Flexibilities in the WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures: An Economically Informed Analysis*, Cambridge University Press (2019).
- Charnovitz, Steve, *Green Subsidies and the WTO*, World Bank Group (Oct. 2014).
- Coppens, Dominic, *WTO Disciplines on Subsidies and Countervailing Measures: Balancing Policy Space and Legal Constraints*, Cambridge University Press (2013).
- DLA Piper, “Inflation Reduction Act seeks to jumpstart electric vehicle market”, *Regulatory Alert* (Aug. 19, 2022).
- European Commission, A Green Deal Industrial Plan for the Net-Zero Age,

- Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM(2023) 62 final (1 Feb. 2023).
- European Commission, Temporary Crisis and Transition Framework for State Aid measures to support the economy following the aggression against Ukraine by Russia, Communication from the Commission (2023/C 101/03), OJ C 101, 17.3.2023.
- Howse, Robert, "Climate Change Mitigation Subsidies and the WTO Legal Framework: A Policy Analysis", *International Institute for Sustainable Development* (May 2010).
- IMF, OECD, World Bank & WTO, *Subsidies, Trade, and International Cooperation* (2022).
- International Energy Agency, *Implementing Effective Emissions Trading Systems: Lessons from international experiences* (2020).
- IPCC, *Global Warming of 1.5°C* (2018).
- Kleimann, David, "Climate versus Trade? Reconciling International Subsidy Rules with Industrial Decarbonisation", *Policy Contribution* 03/2023, Breugel (Feb. 2023).
- Li, Siqi and Tu, Xinquan, "Reforming WTO Subsidy Rules: Past Experiences and Prospects", *Journal of World Trade*, Vol. 54, No. 6 (2020).
- Rubini, Luca, "Ain't Wastin' Time No More: Subsidies for Renewable Energy, The SCM Agreement, Policy Space, and Law Reform", *Journal of International Economic Law*, Vol. 15 Iss. 2 (June 2012).
- Trade Justice Education Fund and Sierra Club, *The Case for and Design of a Climate Peace Clause*, Discussion Paper (2022).
- U.S. Department of Commerce, Issues and Decision Memorandum for the Final Affirmative Determination of the Countervailing Duty Investigation of Forged Steel Fluid End Blocks from the Federal Republic of Germany, C-428-848 (Dec. 7, 2020).
- U.S. Department of Commerce, Issues and Decision Memorandum for the Final Results of Countervailing Duty Administrative Review: Certain Carbon and Alloy Steel Cut-to-Length Plate from the Republic of Korea; 2019, C-580-888 (Jan. 31, 2022).
- U.S. Department of Commerce, Post-Preliminary Analysis of the Countervailing Duty Administrative Review of Certain Carbon and Alloy Steel Cut-to-Length Plate from the Republic of Korea, C-580-888 (Dec. 2, 2021).
- UN General Assembly, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission, finalized by Martti Koskenniemi, UN Doc. A/CN.4/L.682 and Add.1 (13 April 2006).
- UN, Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law, Yearbook of the International Law Commission 2006,

- Vol. II, Part 2 (2014).
- UNEP, *Towards a Green Economy, Pathways to Sustainable Development and Poverty Eradication* (2011).
- WTO Committee on Trade and Environment, Environmental Database for 2020, Note by the Secretariat, WT/CTE/EDB/20 (28 January 2022).
- WTO General Council, China's Proposal on WTO Reform, WT/GC/W/773 (13 May 2019).
- WTO Ministerial Conference, Implementation-Related Issues and Concerns, WT/MIN(01)/17 (20 November 2001).
- WTO Ministerial Conference, Ninth Session, Public Stockholding for Food Security Purposes - Ministerial Decision of 7 December 2013, WT/MIN(13)/38, WT/L/913 (11 December 2013).
- WTO Negotiating Group on Rules, WTO Negotiations Concerning the WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, Proposal by the European Communities, TN/RL/W/30 (21 November 2002).
- WTO, Short Answers to Big Questions on the WTO and the Environment (2020).
- Wu, Mark, *Re-examining 'Green Light' Subsidies in the Wake of New Green Industrial Policies, E15 Initiative*, International Centre for Trade and Sustainable Development and World Economic Forum (2015).

【국문초록】

오늘날 기후변화 대응을 위한 탄소중립은 전 세계 모든 국가가 부담해야 할 공동의 목표이자 책임이 되었다. 국가들은 다양한 기후변화 대응 정책을 도입하고 있는데, 친환경 기술 개발, 산업 기반시설 확립을 위해서는 막대한 투자가 필요하기 때문에 공공지출 형식으로 친환경 산업으로의 전환을 모색하는 경우가 많다.

이에 미국, EU 등 주요국의 보조금 경쟁이 심화되고 있는 가운데 정부나 공공기관이 국내산업에 대해 친환경 보조금을 지급하는 것은 국제무역의 경쟁조건에 영향을 미치기 때문에 보조금협정에 반할 소지가 있다는 지적이 제기되고 있다. 특히, 우리나라가 파리협정에 따른 의무 이행의 일환으로 도입한 배출권거래제에서 시행하고 있는 배출권의 추가 무상할당이 미국법상 상계가능조치에 해당한다는 판정을 받음에 따라 결과적으로 우리 기업들이 불리한 상황에 놓이게 되었다. 그러나 이는 전 세계가 기후변화 대응을 공동의 목표로 삼고 적극적 노력을 기울이고 있는 것과 상충될 가능성이 있다. 이에 본고는 배출권거래제의 목적과 운영방식, 그리고 미국이 배출권거래제의 무상할당을 보조금으로 판단한 논리에 대해 살펴보고, 기후변화 대응을 목적으로 하는 친환경 보조금이 WTO협정과 양립할 수 있는 방안에 대해 검토하였다.

배출권거래제의 운영방식, 배출권의 법적 성격 등을 종합적으로 고려하여, 본고는 배출권의 추가 무상할당 전체를 상계가능 보조금으로 판단한 미국 상무부의 판정은 보조금협정의 법리와 판정에 어긋날 여지가 크다고 판단하였다. 다만, 이러한 법리적 논의와는 별개로, 우리나라를 비롯해 EU의 배출권거래제에서 일정한 범위의 대상 업종에 대해 추가적으로 무상할당되는 배출권이 상계가능 보조금으로 판단되는 상황에서는 보조금협정과 국제환경 의무의 충돌을 피하고, 양자 간 조화로운 균형을 추구할 수 있는 방안을 모색하는 것이 필요하다.

본고는 친환경 보조금의 지급으로 인해 보조금협정과 파리협정에 따른 의무 이행 간에 필연적인 규범 충돌이 발생한다고 보지 않는다. 특히 우리

나라의 배출권거래제 하에서 시행되는 배출권의 추가 무상할당 조치는 보조금협정의 보조금 요건 중 재정적 기여를 충족하지 않는다고 해석하는 것이 타당하다. 아울러, 일반적 범주의 친환경 보조금의 경우에도 조화로운 해석원칙에 따라 보조금협정과 다자환경협정을 해석하여 파리협정에 따른 온실가스 배출 감축 의무와 그에 따른 재정적 부담을 종합적인 단일한 의무로 보아 온실가스 배출 감축을 위해 수혜 기업이 부담한 비용을 보조금협정의 혜택 요건을 검토할 시에 고려하는 것이 요청된다. 다만, 이러한 조약의 해석을 통한 해결 방안 외에도 궁극적으로는 기후변화 대응에 대한 전 세계적인 공통의 이해를 바탕으로 국가들 간의 상호 합의를 통해 친환경 산업 전환을 위한 보조금 문제를 해결하는 것이 필요하다.

【Abstract】

Accommodating Climate Change in International Trade Law: Focusing on the WTO Subsidies Agreement

Yeonjae Bae
Research Fellow, Lee & Ko

In recent years, as a response to climate change, practically all countries have adopted carbon neutrality as a common goal and responsibility. Various climate change response policies have been introduced worldwide, and most often, transition to clean energy industries is sought through the form of public expenditure since substantial amounts of investments are required to develop clean energy technologies and establish related industrial infrastructures.

As major countries, such as the U.S. and the EU, are increasingly competing in providing support for clean energy transition, it has been pointed out that such governments' support to domestic industries may be contrary to the WTO Subsidies Agreement because it affects conditions of competition in international trade. In particular, the additional free allocation of emission permits under the Korean emission trading system as part of Korea's fulfillment of obligations under the Paris Agreement was determined as a countervailable subsidies under the U.S. law, resulting in an unfavorable situation for the Korean companies. However, this is likely to conflict with the fact that the international community is making every effort to address climate change as a global common goal. Accordingly, this paper examines the purpose and

operating methods of the Korean emission trading system, the logic behind the U.S.' determination that the additional free allocation of emission permits amounts to countervailable subsidies, and how clean energy subsidies aimed at responding to climate change can be compatible with the WTO Subsidies Agreement.

Taking into account the operating methods of the Korean emissions trading system and the legal nature of emission permits, this paper assesses that the U.S.' determination, which concluded the entire additional free allocation of emission permits as a countervailable subsidy, is highly likely to contradict the legal principles and related judgments under the WTO Subsidies Agreement. However, apart from such legal discussions, under the current situation where the free allocation of additional emission permits to a certain range of industries is determined as countervailable subsidies, it is necessary to seek ways to avoid conflicts between the Subsidies Agreement and international environmental obligations, and to pursue a harmonious balance.

This paper does not consider that clean energy subsidies create an inevitable conflict of norms between the fulfillment of obligations under the Subsidies Agreement and the Paris Agreement. In particular, the additional free allocation of emission permits implemented under the Korean emission trading system should not be interpreted as meeting the financial contributions requirement under the Subsidies Agreement. Moreover, in the case of clean energy subsidies in general, by interpreting the Subsidies Agreement and multilateral environmental agreements according to the principle of harmonization, the obligation to reduce greenhouse gas emissions under the Paris Agreement and the resulting financial burden should be regarded as a comprehensive and single obligation to reduce greenhouse gas emissions, when considering the cost borne by the beneficiary companies to reduce greenhouse gas

emissions while assessing the benefits requirement under the Subsidies Agreement. Lastly, in addition to seeking harmonious interpretation of these treaties, it is ultimately necessary to solve the subsidy issues for the transition to clean energy industries through mutual agreements among countries based on a global common understanding of climate change response.

주제어(Keyword) : 기후변화 대응(response to climate change), 친환경 보조금(clean energy subsidy), 배출권거래제(emissions trading system), 배출권 무상할당(free allocation of emission permits), 조약의 조화로운 해석원칙(principle of harmonization)

동아시아 특허협력을 위한 국가 간 특허기구 및 협력방안 연구

김 동 규* · 전 우 정**

▶ 목 차 ◀

- | | |
|----------------------------|--|
| I. 서론 | V. 동아시아 지식재산 협력에의 시사점 |
| II. 비교법과 비교대상 선정 | 1. RCEP 내 지식재산 분야 논의 발전양상 |
| III. 국가 간 특허기구 | 2. 한·일·중 3국의 특허제도 통일화를 바탕으로 ASEAN·RCEP으로의 확대 |
| 1. 유럽: EPO와 UPC | 3. 공식 절차언어로 영어를 채택 |
| 2. 아프리카: ARIPO와 OAPI | 4. 특허효력 인정협약(Validation Agreement) 체결 |
| 3. 유라시아: EAPO | 5. 사법적 단계의 협력방안 |
| 4. 중동: GCCPO | VI. 결론 |
| IV. 분석 결과 | |
| 1. 설립 필요성 논의 촉발요인 | |
| 2. 특수한 특허제도 | |
| 3. 특허출원의 효력 및 역내 재판의 승인·집행 | |
| 4. 기술동향 및 운용의 실제 | |

I. 서론

전 세계 지식재산권을 보호하고 제도를 통일하기 위해 세계지식재산권

* 제1저자 : 한국과학기술원 문술미래전략대학원 지식재산대학원 석사과정생.

** 교신저자 : 한국과학기술원 문술미래전략대학원 지식재산대학원 조교수. 이 논문은 2023년도 정부(과학기술정보통신부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구입니다(NRF-2022M3J6A1063021).

기구(World Intellectual Property Organization, 이하 “WIPO”)는 지식재산권 관련 국제규범 통일화를 추진하였다. 이러한 특허법 통일화 및 조화의 역사는 1880년 체결된 파리조약(Paris Convention for the Protection of Industrial Property)을 시작으로 1970년 특허협력조약(Patent Cooperation Treaty, 이하 “PCT”)과 2000년 특허법조약(Patent Law Treaty, PLT)을 거쳐 특허실체법조약(Substantive Patent Law Treaty, SPLT)에 대한 논의로 이어졌다.

전 세계 주요 특허기구(청)들은 특허출원의 급증 및 기술의 복잡화 등으로 인해 조직 확대, 심사인원 확충, 정보인프라 구축은 물론 외국 특허청과 선행기술 공동조사 사업 등을 추진하여 심사결과 상호활용, 심사처리기간 축소 등 효율화 방안을 모색하고 있다. 예컨대, 1980년대 초반 미국, 일본, 유럽특허청 간 3국 협력을 시작으로 현재 우리나라 및 중국으로 확대된 세계 5대 특허청(Intellectual Property 5, IP5)은 세계 지식재산권 제도 발전에 끊임없이 기여하고 있다.

한편, 경제적 측면에서 국가들은 초기에 인접국 간 양자·다자 자유무역협정(Free Trade Agreement, FTA)을 체결하였는데, 글로벌 경쟁이 고조되는 동시에 기술 및 운송수단이 발달하면서 이러한 현상은 지역을 초월하는 경제 블록화 현상으로 심화되었다. 또, 다수의 구성국이 정치·경제적 목적 달성을 위해 국제법상 조약에 기초해 느슨한 관계로 연합한 형태인 국가연합의 실체도 등장했다.¹⁾ 유럽연합, 동남아시아 국가연합, 독립국가연합, 아랍연맹 등은 대륙 혹은 지역을 기반으로 복수국 간 설립된 국가연합의 사례다.

이러한 국가연합들은 역내 지식재산 제도의 통일화 및 조화 방안을 함께 모색한다. 국가연합 및 역내 블록을 통해 추진되는 특허제도 통일화 및 조화의 특징은 국가연합들이 형성된 정치·경제·사회적 배경 속에서 특허제도의 통일화가 함께 이루어지기 때문에 역내 경제통합이라는 거대한 기조 속에서 이루어지는 경우가 많다는 점이다. 따라서 이 논문은 유럽연합(European Union, 이하 “EU”)의 유럽특허청(European Patent Office, 이하 “EPO”)과 통합특허법원(Unified Patent Court, 이하 “UPC”), 아프리카의 아프리카지역 지

1) 양현모·이준호, 「남북연합의 정부·행정체제 구축방안」, 통일연구원, 2001, 4면.

식재산기구(African Regional Intellectual Property Organization, 이하 “ARIPO”)와 아프리카지식재산기구(Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle, 이하 “OAPI”), 걸프협력회의(Gulf Cooperation Council, 이하 “GCC”)의 걸프만 지역특허청(Gulf Cooperation Council Patent Office, 이하 “GCCPO”), 독립국가연합(Commonwealth of Independent States, 이하 “CIS”)의 유라시안 지역특허청(Eurasian Patent Office, 이하 “EAPO”)을 비교법의 관점에서 분석하였다.

한편, 우리나라의 동아시아 역내 특허제도는 ‘한·일·중 3국’과 ‘동남아시아국가연합(ASEAN)+3(한·일·중)’(이하 “ASEAN+3”)에 집중되어 왔다.²⁾ 한·일·중 3국 간 수립된 협의체는 한·일·중 특허청장 회의 외에도 한·일·중 심판 전문가 회의(Joint Expert Group for Trial and Appeal, JEGTA), IP 연수기관장 회의와 3국 유저 심포지엄(TRIPO User Symposium) 등이 있다. 3국의 평화와 공동 번영을 촉진하기 위해 설립된 국제기구인 한·일·중 3국 협력사무국(Trilateral Cooperation Secretariat, 이하 “TCS”)은 특허 분야를 포함하여 3국 간 협의체 지원 등의 역할을 하고 있다.³⁾ 또, ASEAN+3 내 특허 부문 논의는 2023년 4월 26일 기준 제5차례의 한-아세안 특허청장 회의를 시행하여 역내 협력을 강화하고 있다. 그러나 양 협의체를 통한 특허 부문 논의는 역내 특허제도 통합이 아닌 개별국가들과의 양자 협력 활동을 중심으로 이루어지고 있다.⁴⁾

동아시아에 현존하는 다자 경제블록으로는 15개국이 참가하고 2019년 9월 27일 제28차 RCEP 공식 협상에서 채택된 역내포괄적경제동반자협정

2) ‘한·중·일’과 ‘한·일·중’의 표기법에 관해 한국 정부의 공식표기는 ‘한·일·중’이라는 점을 고려하여 ‘한·일·중’으로 표기한다. 연합뉴스, “[팩트체크] ‘한일중’·‘한중일’ 어떻게 부르는게 맞나?”, 2019년 12월 23일. <https://www.yna.co.kr/view/AKR20191223122100502> (검색일: 2023년 4월 30일).

3) 지식재산권 관련 한·일·중 3국 협력사무국의 기능, 역할, 활동 등은 2021 *Progress Report of the Trilateral Cooperation*, (2022, June), Trilateral Cooperation Secretariat, p.12-13.; *Annual Report FY2021: September 2021-August 2022*, (2023, March), Trilateral Cooperation Secretariat, p.17-18 참고.

4) 특허청, “특허청, 아세안(ASEAN) 8개국 특허청과 청장회담 개최”, 2022년 11월 15일. <https://www.kipo.go.kr/ko/kpoBultnDetail.do?menuCd=SCD0200618&ntatcSeq=19609&prchId=BUT0000029&sysCd=SCD02> (검색일: 2023년 4월 26일).

(Regional Comprehensive Economic Partnership, 이하 “RCEP”)이 있다.⁵⁾ 20개 장(Chapter)으로 구성된 RCEP협정 제11장은 지식재산권에 관한 내용을 다루며, 기존 한-ASEAN FTA에 포함되지 않았던 내용이 포함되었다. 11장 5절에서 명시하는 특허에 관한 내용은 12개 조로 구성되며, 지식재산권 제도의 통합을 목표하고 있다.⁶⁾ 유럽연합과 같이 단일한 사법절차를 추구하는 수준으로까지 발전하지는 못했지만, RCEP을 통해 당사국들은 TRIPs 협정 이상의 보호 규범을 만들고자 하였다.⁷⁾ 동 협정의 채택은 최근 보호무역주의의 확산과 미국을 중심으로 한 특허의 대상에 대한 보수적 태도로의 회귀 등의 불리한 조건 속에서 동아시아에서 역내 통일된 특허제도의 도입을 최초로 시도했다는 점에서 의의가 있다.⁸⁾

이러한 점에서 상기 언급한 국가 간 특허기구의 비교법적 분석은 RCEP을 비롯한 동아시아 특허제도 통일화의 논의에 여러 시사점을 제공한다. 이를 위해 구체적으로 제2장에서는 비교연구의 이론적 틀과 비교 대상 선정 기준을 서술한다. 이어 3장에서는 2장에서 수립한 기준을 바탕으로 유럽, 아프리카, 유라시아, 중동의 국가 간 특허기구를 비교분석하고 4장에서는 3장의 분석결과를 정리한다. 5장은 분석을 통해 동아시아 특허제도의 조화 및 통일화 방안의 시사점을 도출한다.

II. 비교법과 비교대상 선정

1. 비교법 방법론

비교법은 법학 연구의 매우 중요한 수단이다. 비교법은 법계(legal

5) RCEP은 ASEAN+3 정상회의가 정례화와 동아시아 경제통합에 대한 논의 대두 과정을 거쳐 수립되었다. 최초 논의 시부터 ASEAN 10개국과 한국, 중국, 일본, 호주, 뉴질랜드, 인도를 당사자로 하였으나 인도의 임시탈퇴로 2020년 11월 15개국이 최종 서명하였다.

6) 최교숙, “RCEP 지식재산 협정문에 관한 소고: 산업재산권을 중심으로”, 「지식재산연구」 제16권 제3호, 2021, 291면.

7) 최교숙, 위의 논문, 291면.

8) 조영선, 「제7관 특허법 3.0」, 박영사, 2021, 8~9면.

family), 헌법, 형법 등 법체계 내 부문 중 단일 법개념에 국한하여 그 비교 대상을 설정할 수 있다.⁹⁾ 비교법을 통해 둘 이상의 법체계의 유사점 및 차이점을 분석하고, 법·제도의 역내 통합이 이뤄지는 국제적인 흐름 속에서 차이를 극복하여 제도적 통합을 이룰 수 있다.

최종고(1995)는 비교법을 미시적 법 비교와 거시적 법 비교로 구분하였다. 미시적 법 비교는 계약, 혼인 등 각국의 법·제도를 비교하는 반면, 거시적 법 비교는 정치, 윤리, 사회문화, 종교 등을 아우르는 넓은 범문화의 비교에 적합하다.¹⁰⁾ 이 글은 국가 간 특허기구를 둘러싼 미시적 법 비교를 시행한다. 또한, 특허 출원·심사·결정·등록·심판을 아우르는 특허청 및 특허심판원 절차와 취소소송 등 외국판결의 승인·집행, 그리고 특허법원 절차의 사법적 통일화 단계로 구분하여 살펴본다.¹¹⁾

2. 비교대상 선정

국가연합은 “복수의 국가가 공동의 이익을 위하여 국제법상 독립국가의 자격을 보유하면서 상호 대등한 지위에서 결합하고, 공동의 기구를 통해 외교, 기타 일정한 사항을 협의하여 그에 관한 기능을 공동으로 행사하는 국가결합 형태”이다.¹²⁾ 국가연합의 대표적 사례로는 EU, 동남아시아 국가연합(Association of Southeast Asian Nations, 이하 “ASEAN”), CIS, 유라시아 경제연합(Eurasian Economic Union, EEU), 아랍연맹(Arab League, 이하 “AL”), 아프리카연합(African Union, 이하 “AU”), 카리브 공동체(Caribbean Community and Common Market, CARICOM), GCC 등이 있다.

9) 최종고, “법학의 비교연구방법”, 「비교문화연구」 제2권, 1995, 157-158면.

10) 최종고, 위의 논문, 155면.

11) 역내 특허기구 수립 합의 조약 내 법 조문체계의 번역은 한국법제연구원·법령번역센터에서 제공하는 번역을 기준으로 작성했다, 한국법제연구원·법령번역센터, 용어검색 > 조문체계, https://elaw.klri.re.kr/kor_service/lawsystem.do (검색일: 2023년 5월 1일).

12) 김정균, “분단국의 통일형태에 관한 연구”, 「국제법학회논총」 제28권 제1호, 1993, 94면.

새늘국제특허법률사무소(2017)는 법·제도적 측면에서 EPO와 UPC, GCCPO, EAPO를 분석하였고, 지식재산권 제도 도입을 협력사업 측면에서 수행한 대표적 사례로 아세안 지식재산 협력체(ASEAN Working Group on Intellectual Property Cooperation, AWGIPC), 노르딕 특허연구소(Nordic Patent Institute, 이하 “NPI”), 비세그라드 특허그룹(Visegrad Patent Institute, 이하 “VPI”)으로 <표 1>과 같이 분류하여 분석하였다.¹³⁾

〈표 1〉 통합의 정도에 따른 국가 간 특허기구 정리

분류			명칭
범국가적 통합 지재권 제도			특허협력조약 (PCT)
			특허법조약 (PLT)
			특허실체법조약 (sPLT)
역내 국가 간 통합 지재권 제도	제도적 측면		유럽특허청 (EPO)
			통합특허법원 (UPC)
			걸프협력기구 특허청 (GCCPO)
			유라시아특허기구 (EAPO)
			호주-뉴질랜드 (Trans-Tasman)
	협력 사업 측면	사업 측면	지식재산권 아세안협력워킹그룹 (AWGIPC)
		PCT 국제조사기관	노르딕특허기구 (NPI)
			비세그라드 특허청 (VPI)

한편, 윤영진(2019)은 상기 새늘국제특허법률사무소(2017)의 분류를 기초로 통합의 정도에 따라 1단계 심사협력, 2단계 통합특허청, 3단계 통합특허법원으로 분류하여 1단계에는 NPI, VPI, 1.5단계에는 호주-뉴질랜드 심사협력 질차(Trans-Tasman Patent), 2단계에는 EAPO, GCCPO, ARIPO와 OAPI를 추가하였으며, EPO와 UPC는 3단계로 분류하였다.¹⁴⁾

13) 새늘국제특허법률사무소, 「국가 간 통합 지재권 제도 도입에 관한 연구」, 특허청, 2017.

이 논문은 EU를 중심으로 한 EPO와 UPC, GCC를 중심으로 한 GCCPO, CIS를 중심으로 한 EAPO, AU를 중심으로 한 ARIPO, OAPI를 살펴보도록 한다. 범국가적 통합 지식재산권 제도의 통일을 목표로 하는 PCT, PLT(Patent Law Treaty), sPLT(Substantive Patent Law Treaty)는 비교 대상에서 제외한다. PCT 국제조사 기관으로 운영되는 NPI와 VPI의 사례 또한 제외하며, 괄목할 만한 기대를 불러일으켰지만 결국 무산된 호주-뉴질랜드 간 통합 사례도 제외한다. 또, 통합적 수준이 아닌 협력사업 수준에 머무르는 AWGIPC 또한 비교대상에서 제외한다.

〈표 2〉 이 논문의 비교 대상 국가 간 특허기구

분류	국가연합		국가 간 특허기구	
사법적 수준 통합	유럽연합	EU	통합특허법원	UPC
			유럽특허청	EPO
특허청 수준 통합	걸프협력회의	GCC	걸프협력기구 특허청	GCCPO
	독립국가연합	CIS	유라시아 특허기구	EAPO
	아프리카연합	AU	아프리카지역 지식재산기구	ARIPO
			아프리카 지식재산기구	OAPI

Ⅲ. 해외 국가 간 특허기구

1. 유럽: EPO와 UPC

(1) 발전연혁

1957년 3월 25일 로마 조약(Treaty of Rome)에 의해 설립된 유럽경제 공동체(European Economic Community, 이하 “EEC”) 집행위원회에서

14) 윤영진, 「동북아시아 특허 공동체의 필요성 및 그 추진 방안에 관한 연구: 주요 특허 공동체 추진의 여건에 대한 고찰을 중심으로」, 한국과학기술원 대학원, 석사학위논문, 2019.

1959년 “공동시장을 위한 특허”에 대한 최초 협상이 진행됐다.¹⁵⁾ 1960년대 EEC 이사회는 (유럽)공동체 특허가 ① 가능한 한 넓은 지역에서 발명자의 특허 취득 ② 절차 간소화와 비용 절감 ③ 로마 조약에서 확립된 경제통합에 공헌해야 한다는 원칙을 수립했지만, 다수 국가의 참여가 요구되는 첫 번째 요건과 주권의 재량을 제한하여 유럽공동체에 이를 이양해야 하는 셋째 요건 간 충돌을 쉽게 해결할 수 없었다.¹⁶⁾

그럼에도 EEC 회원국 외 국가들도 참여할 수 있는 유럽특허 출원 및 부여 절차를 통일하는 동시에, EEC 회원국만 참여할 수 있는 특허제도를 형성하기 위한 「유럽특허조약」(Convention on the Grant of European Patents, 이하 “EPC”)이 1973년 독일 뮌헨에서 프랑스 정부 주도로 채택되었다. 그리하여 1977년 EPO는 유럽 특허부여 절차의 전속적 관할기관이 되었으며, 이듬해 6월 1일부터 EPO 특허출원을 개시하여 특허권 심사 및 부여의 절차적 통일을 달성하였다.¹⁷⁾ EPO는 독립적 국제법인격을 가진 의사결정 기관이었다.¹⁸⁾ EPO는 특허 부여까지만 담당했으며, 특허심사의 통일된 절차는 당사국 제도에 영향을 미칠 수밖에 없었고, 회원국 상호 간 특허권리 범위 및 침해 판단에 대한 해석에 있어서 상호 국가들의 태도를 참고하게 될 개연성이 커질 수밖에 없었기 때문에 EEC 회원국들은 EPC를 “공동체 중심의 통합특허제도”를 위한 과정으로 바라보았다.¹⁹⁾

통일화된 특허제도를 위해 1975년 12월 15일, EEC 9개 회원국 대표들이 룩셈부르크에서 행정, 취소분과 설치라는 낮은 수준의 합의를 골자로 한 「공동시장의 유럽특허를 위한 협약」(Convention for the European Patent for the Common Market, 이하 “1차 CPC”)에 서명하여 EEC 전역에 적용되

15) Plomer, Aurora, A Unitary Patent for a (Dis)United Europe: The Long Shadow of History, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 46, 2015, p.516.

16) 이일호, “유럽 통합특허제도에 대한 역사적 논의가 주는 시사점에 관한 소고 - 역사는 발전하는가, 순환하는가?”, 「연세법학」 제32권, 2018, 53면.

17) 김용진, “유럽연합 특허시스템의 대대적 변혁과 그 교훈”, 「법제연구」 제54호, 2018, 307면.

18) 이일호, 앞의 논문, 56면.

19) 이일호, 앞의 논문, 57면.

는 특허제도를 창설하려 했으나, 덴마크와 아일랜드가 국내 비준 절차를 완료하지 못해 폐기되었다.²⁰⁾ 이어 EEC 당사국들은 1989년 12월 21일 룩셈부르크에서 조약, 분쟁 해결, 통합항소법원의 특권·면제 등을 골자로 한 「공동체 특허에 관련된 합의」(Agreement relating to Community Patents, 이하 “2차 CPC”)를 채택했지만, 마찬가지로 일부 국가만 비준하여 발효되지 못했다.

1993년 EEC가 유럽공동체(European Community, 이하 “EC”)로 개칭된 한편, 2000년대에 들어서서 세계 특허 논의가 미국 중심의 「WTO 무역 관련 지적재산권에 관한 협정(TRIPs)」(이하 “TRIPs”)으로 옮겨감과 더불어 여러 국가의 특허제도가 빠른 속도로 발전하기 시작했다. 이에 EC는 유럽 전역에 유효한 단일 특허의 필요성을 인지하고 이사회에서 재논의를 시작했지만, 과거 논의과정에서 발생한 언어와 사법제도, 국내 절차와의 충돌 등의 정치적 문제를 봉합하지 못했다.

오랜 논의 결과, 유럽의회는 「단일특허보호의 창설 분야에서의 강화된 협력을 실시하는 2012년 12월 17일 유럽의회 및 이사회 규칙」(이하 “UPR”)²¹⁾과 「단일특허보호의 창설 영역에서의 강화된 협력을 실시하는 적용 번역언어의 결정에 관한 2012년 12월 17일 이사회규칙」(이하 “단일특허 번역언어규정”)²²⁾ 제정에 합의했다. 뒤이어 2013년 2월 유럽연합 회원국 중 25개국이 통합특허법원협정(Agreement on a Unified Patent Court, 이하 “UPC협정”)에 서명하였다. 그러나 UPC협정이 발효되기 위해서는 UPC협정 제89조에 의해 영국, 독일, 프랑스 3개국을 포함하여 13개국 이상의 비준을 받도록 되어 있다. 독일이 2023년 2월 17일이 되어서야 동 협정을 비준하여 마침내 유럽단일특허 제도가 완성되었다.²³⁾ 다만, 상기 3개 법안은 각기

20) 이일호, 앞의 논문, 57면.

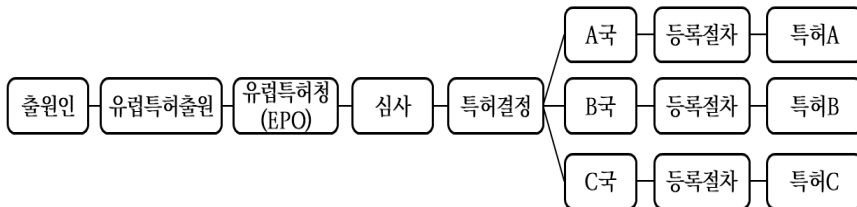
21) Regulation (EU) No 1257/2012 of the European Parliament and of the Council of 17 December 2012 implementing enhanced cooperation in the area of the creation of unitary patent protection, December 17, 2012.

22) Council Regulation (EU) No 1260/2012 of 17 December 2012 implementing enhanced cooperation in the area of the creation of unitary patent protection with regard to the applicable translation arrangements, December 17, 2012.

다른 법체계로서 가입국에도 차이가 있다. 예를 들어, 폴란드는 “강화된 협력(Enhanced Cooperation)”을 바탕으로 채택된 UPR 당사국이지만, UPC협정은 서명하지 않았다.

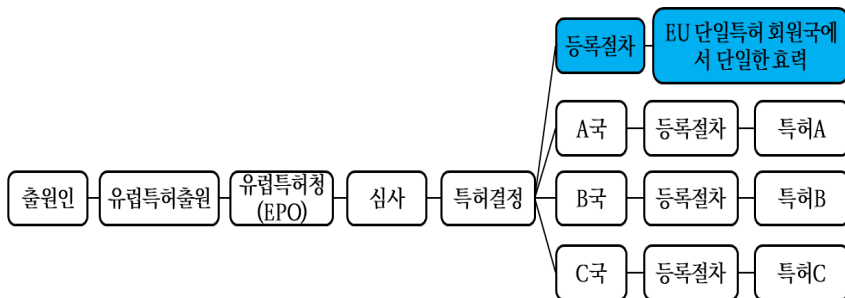
(2) 단일특허보호제도

〈그림 1〉 유럽특허청에 의한 특허출원 절차²⁴⁾



* EPO 홈페이지의 내용을 저자가 번역

〈그림 2〉 유럽단일특허에 의한 특허출원 절차²⁵⁾



* EPO 홈페이지의 내용을 저자가 번역

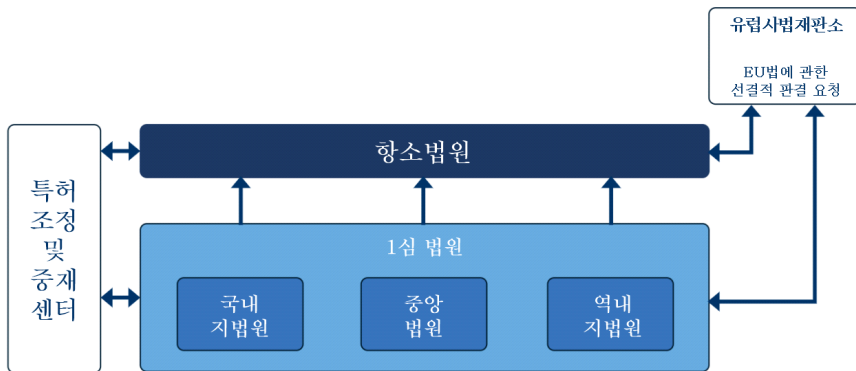
현행 유럽 특허출원 절차는 <그림 1>과 같이 EPO에서 신청 접수, 심

23) *UPC Agreement Ratification- Breaking news*, (2023, February 17), Unified Patent Court. Retrieved April 24, 2023 from <https://www.unified-patent-court.org/en/news/upc-agreement-ratification-breaking-news>.; 독일이 UPC협정을 발효하기 전 등록된 특허권에도 UPC의 관할권을 소급적용하며, 조약 발효로부터 3개월간 부여되는 적용배제 신청 기간(Sunrise Period)에 특허권자가 Opt-out 신청 시 유럽통합특허법원의 Case Management System에 접수, 7년간의 경과조치를 통해 특허권자에게 유리한 선택적 관할권의 인정 등의 제도를 잠정 시행하였다.

사, 결정을 거친 이후 각국에서 등록하여 특허를 받도록 되어 있다. <그림 2>에 묘사된 유럽 단일특허제도의 경우, 심사과정은 기존 유럽 특허출원과 같지만 국가별 등록이 아닌 한 번의 EPO 등록으로 모든 회원국에서 특허가 보호된다. 이를 통해 행정적 측면에서는 비용의 절감 및 절차의 신속성을 보장하는 동시에, 법적으로는 법적 통일성을 통해 안정성과 예측 가능성을 높일 수 있다. 단, 유럽 단일특허제도의 도입이 기존의 제도를 대체 혹은 폐지하지 않으며 특허출원인이 지정한 국가별 국내특허(National Patent)를 묶음(bundle) 형태로 부여하는 현행 지정국 특허발효(National Validation)의 절차 중 무엇을 선택하는지에 따라 법적 효과와 보호지역이 달라진다.²⁶⁾

(3) 통합특허법원

〈그림 3〉 유럽 통합특허법원 구조²⁷⁾



* UPC 홈페이지의 내용을 저자가 번역

한편, UPC는 UPC협정을 비준한 당사국의 영토 내 효력이 발생한다.

24) 김동규, “유럽연합 특허패키지를 통해 살펴본 남북 특허 협력의 기반조성을 위한 비교법적 연구”, 『통일과 법률』 통권 제48호, 2021, 54면.

25) 김동규, 위의 논문, 54면.

26) 김형건, 「유럽연합(EU) 단일특허제도 도입에 따른 과제와 전망」, 한국법제연구원, 2013, 5면.

UPC는 기존의 유럽특허와 새로운 단일특허를 둘러싼 취소, 침해, 무효 등 소송에 관한 전속적이고 배타적 관할권을 가진다. 또한, 협정 체결국의 법원을 대체하며 통합특허법원 및 당사국의 국내법원 간 관할 배분 기능을 한다.

UPC의 구조는 <그림 3>에 정리하였다. 1심 법원은 국내지법원, 중앙법원과 역내지법원으로 구성된다. 우선, 국내지법원은 당사국의 요청에 따라 설치하게 되며, 2023년 1월 기준 비엔나, 브뤼셀, 코펜하겐, 헬싱키, 파리, 뒤셀도르프, 함부르크, 만하임, 뮌헨, 밀란, 헤이그, 리스본, 류블랴나에 국내지법원이 설립되어 있다.²⁸⁾

중앙법원은 파리와 뮌헨에 각각 본원과 분원을 두고 있으며, 본원은 IPC(International Patent Classification) 섹션 B(처리조작·운수), 섹션 D(섬유·지류), 섹션 E(고정구조물), 섹션 G(물리학), 섹션 H(전기)에 관한 소송을 담당한다. 기존에는 뮌헨과 런던 분원이 각각 섹션 F(기계공학·조명·가열·무기·폭파)와 섹션 A(생활필수품), 섹션 C(화학·야금)에 대한 소송을 담당하기로 계획되어 있었는데, 2020년 7월 20일 영국이 「2018 유럽연합(탈퇴)법」(European Union (Withdrawal) Act 2018)에 의거 공식적으로 UPC 협정에서 탈퇴할 것을 알렸다.²⁹⁾ 이에 런던 분원에서 담당하기로 한 업무는 파리와 뮌헨 소재 법원에서 임시로 대체하는 동시에 런던을 대체할 중앙법원의 소재지에 대한 논의가 지속한 결과 이탈리아 외교부는 밀라노가 중앙법원지로 확정되었다고 발표하였다.³⁰⁾ 단, 2023년 6월 26일 현재까지 IPC

27) *UPC Structure*, (n.d.), Unified Patent Court, Retrieved April 24, 2023 from <https://www.unified-patent-court.org/en/court/presentation>.

28) *Locations*, (n.d.), Unified Patent Court, Retrieved April 24, 2023 from <https://www.unified-patent-court.org/en/court/locations>.

29) *UK formally withdraws from Unified Patent Court*, (2020, July 30), Simmons & Simmons, Retrieved April 24, 2023 from <https://www.simmons-simmons.com/en/publications/ckda3v1mmk7120926aq8ts61b/uk-formally-withdraws-from-unified-patent-court>.

30) *Unified Patent Court. Italy to obtain a branch office in Milan*, (2023, May 18), Italian Government Ministry of Foreign Affairs and International Cooperation, Retrieved June 26, 2023 from https://www.esteri.it/en/sala_stampa/archivionotizie/comunicati/2023/05/tribunale-unico-dei-brevetti-italia-otterra-sezione-distaccata-per-milano/.

섹션 배분에 관해서는 알려지지 않았다.

국내지법원 및 역내지법원은 침해소송과 무효소송을 위한 반소에 대한 관할권을 가진다.³¹⁾ 만약 단일 국가에서 충분한 특허소송이 예측되지 않으면 다수 국가끼리 단일 역내지법원을 둘 수 있다. 예컨대, 발트 3국 및 스웨덴은 스톡홀름에 노르딕-발틱 지부를 설치하기로 했으며, 2023년 1월 기준 스톡홀름, 리가, 빌뉴스에 역내지법원이 설립된 상태다. 한편, 항소법원은 유럽사법재판소가 있는 룩셈부르크에 설치하였다. 이에 대해서는 동유럽 군소 국가들의 정치적 지지를 위한 타협이었다는 일각의 해석도 존재한다.³²⁾

(4) 브뤼셀-Ⅰ 규칙을 통한 통합특허법원의 관할권 확장

유럽의 단일특허제도 및 통합특허법원은 EU법 우위의 원칙을 바탕으로 만들어졌다. EU법 우위의 원칙은 국내법과 충돌 시 EU법이 우선 적용된다는 협의의 의미를 갖는 동시에, 넓은 의미에서 EU 회원국의 국내법보다 상위법으로서 갖는 헌법적 성격을 가리키기도 한다.³³⁾ EU법이 최고법으로서 효력을 가지는 규범인 동시에 유럽연합의 기본법적 역할을 하는 근거로는 유럽연합조약(Treaty on European Union, 이하 “TEU”), 유럽연합기능조약(Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU)과 유럽연합기본권헌장 및 의정서·부속서를 들 수 있으며, 유럽사법재판소의 판례를 통해 이러한 기본법을 보충하는 지위를 인정하고 있다.³⁴⁾ 해당 판례에서 유럽사법재판소는 국내법에 대한 EU법의 헌법적 최고규범성을 확립하였다.³⁵⁾

31) 주벨기에 대사관, “[지재권 정책] 통합특허법원 구조(UPC Structure)”, 2017년 2월 14일, https://overseas.mofa.go.kr/be-ko/brd/m_7571/view.do?seq=1283183&srchFr=&srchTo=&srchWord=&srchTp=&multi_itm_seq=0&itm_seq_1=0&itm_seq_2=0&company_cd=&company_nm (검색일; 2023년 4월 24일).

32) 김성기, “유럽 통합 특허법원의 설립과 발족”, 「산업재산권」 제52호, 2017, 260면.

33) 채형복, “유럽연합법의 국내법적 효력과 적용”, 「국제법평론」 통권 제28호, 2018, 5-6면.

34) 박인수, “유럽연합의 기본법과 법의 일반원칙”, 「유럽헌법연구」 통권 제13호, 2013, 25-26면.

35) Flaminio Costa v ENEL (Case 6/64), [1964] ECR 585, 15 July 1964.

2011년 3월 8일 유럽사법재판소는 UPC가 EU의 재판관할권 이외의 지역에 설치되면 EU법의 해석 및 적용을 개별회원국의 사법당국에 의존할 수밖에 없다는 점, 그리고 EU 비회원국이 UPC의 당사국이 되면 EU법 관련 소송에서 회원국 법원 간 판결의 일관성을 유지하고 다른 판결 예방을 위해 유럽사법재판소에 선결적 판결을 요청해야 하는 경우에 대한 대비책이 마련되어 있지 않으므로 EU법 체계에 맞지 않다고 판시하였다.³⁶⁾ 이에 2014년 4월 15일, 유럽연합 준비위원회는 UPC의 특허 소송 및 전통적 ‘유럽특허’와 ‘단일효력의 유럽특허’에 관한 전속적 관할권을 위한 「법원의 관할권과 판결의 인정에 대한 EU 규칙」(이하 “브뤼셀-I 규칙”)을 개정하였다.³⁷⁾ 그 결과 UPC협정 제4장 제20조는 “UPC에서 TEU를 포함한 유럽연합법(Union Law)을 회원국 국내법에 우선 적용”하도록 하여 EU법 우위 원칙을 명문화하고 있다. 또한, UPC협정은 국내법과 국내법원을 구속하는 EU법을 적용하여 당사국 간 유럽특허의 단일효력 및 분쟁 등에 관해 통일적이고 전속적으로 해결하는 관할권의 근거가 된다.³⁸⁾

2. 아프리카: ARIPO와 OAPI

(1) 설립연혁

아프리카 내 지식재산기구는 구(舊) 영국 피식민 국가로 구성된 ARIPO와 구(舊) 프랑스 피식민 국가로 구성된 OAPI가 있다.³⁹⁾ ARIPO 설립 이전, 종속형 시스템(Dependent System)과 독립형 시스템(Independent System)으로 이원화된 산업재산권 시스템은 특허권 확보를 위해 국가별 절

36) C-1/09 Opinion Pursuant to Article 218(11) TFEU [2011.03.08.].

37) 한국지식재산연구원, “유럽연합 준비위원회, 유럽 차원에서의 특허 보호를 위한 개정 사항 투표”, 2014년 5월 9일, https://www.kiip.re.kr/board/trend/view.do?bd_gb=trend&bd_cd=1&bd_item=0&po_no=13612 (검색일: 2023년 4월 24일).

38) 이일호, 앞의 논문, 5면.

39) 2016년 1월 AU에서 합의한 55개국을 포괄하는 범아프리카 지식재산기구(Pan-African Intellectual Property Organization)는 2023년 3월 23일 기준 시에라리온, 가나, 코모로스, 기니만이 서명했으며 비준·기탁한 국가는 튀니지뿐으로 이 논문에서 제외한다.

차를 이중으로 진행해야 하는 비용과 노력의 낭비를 초래했다.⁴⁰⁾ 이에 1970년대 초 중북에 따른 문제를 해결할 수 있는 산업재산권 조직의 설치가 제안되었다.⁴¹⁾ 이어 유엔 아프리카 경제위원회(United Nations Economic Commission for Africa, 이하 “UNECA”)와 세계지적재산권기구(World Intellectual Property Organization, 이하 “WIPO”)의 지원으로 1976년 12월 9일 잠비아 루사카에서 「아프리카 지역 지식재산기구 설립을 위한 루사카 협정」(Lusaka Agreement Establishing the African Regional Industrial Property Organization, 이하 “루사카 협정”)이 체결되었고, 동 협정에 따라 1978년 2월 15일 잠비아, 가나, 케냐, 말라위, 잠비아 5개국이 ARIPO의 전신인 「영어권 아프리카 지역 산업재산기구」(Industrial Property Organization for English-Speaking Africa, 이하 “ESARIPO”)를 창설했다. 당사국들은 1958년과 2003년에 각각 “영어권(English-Speaking)”을 삭제하고 “산업재산권(Industrial Property)”을 “지식재산권(Intellectual Property)”으로 수정하는 두 차례의 명칭 개정을 시행했다. 1차 개정은 영어를 사용하는 아프리카 국가뿐만 아니라 UNECA 및 AU 회원국들의 참여를 독려하기 위함이었고, 2차 개정은 산업재산권 뿐만 아니라 저작권과 관련된 권리를 포함하기 위함이었다.⁴²⁾

OAPI는 아프리카 및 마다가스카르 공업소유권 사무국(de l’Office Africain et Malgache de la Propriété Industrielle, OAMPI) 설립협약에 근거하여 1962년 9월 13일 가봉 리브르빌에서 수립되었다.⁴³⁾ 그러나 저작권 등 새로운 영역을 함께 다루어야 할 필요로 인해 새로운 협정이 요구되었

40) *ARIPO: Who we are & What we do*, (n.d.), The African Regional Intellectual Property Organization (ARIPO), p.8, Retrieved April 24, 2023 from https://www.aripo.org/wp-content/uploads/2018/12/ARIPO_Who_We_Are__What_We_Do_1-1.pdf.

41) *Our History*, (2018, November 8), The African Regional Intellectual Property Organization (ARIPO).

42) ARIPO, *op. cit.*, p.9-10.

43) *Historique*, (n.d.-b), Organisation Africaine De La Propriété Intellectuelle, Retrieved April 4, 2023 from <http://oapi.int/index.php/en/oapi/presentation/historique>.

다.⁴⁴⁾ 그 결과 1977년 3월 2일 「아프리카 지식재산기구 설립을 위한 방기협정」(Agreement Relating to the Creation of an African Intellectual Property Organization, 이하 “방기협정”)을 체결하여 OAPI를 창설했다. TRIPs 협정과의 통일화를 보장하기 위해 1999년 2월 24일 동 협정을 개정하고 2002년 2월 28일부터 효력이 생겼다.

(2) 하라레 의정서와 방기협정을 통한 특허출원 방식과 효력

1982년 12월 10일 ARIPO에서 채택하고 1984년 4월 25일 발효된 「특허 및 산업디자인에 관한 하라레 의정서」(Protocol on Patents and Industrial Designs within the Framework of the African Regional Intellectual Property Organization, 이하 “하라레 의정서”)에 따르면 ARIPO를 통한 특허출원과 국내 출원 방식을 병용한다. 그러나 출원인들은 ARIPO 당사국 특허청에 직접 출원하기보다는 특허 가능성을 높이기 위해 ARIPO를 통한 특허출원을 더 많이 활용한다.⁴⁵⁾ ARIPO는 동 의정서에 따라 당사국들을 대신하여 특허를 허여할 수 있는 권한이 있고 ARIPO 특허는 당사국 내에서 부여한 국내 특허와 같은 효력을 가진다.⁴⁶⁾ 특허심사 절차와 조건을 만족하여 부여된 특허권은 ARIPO 당사국 중 출원인이 신청하는 지정국에 특허 부여 취지를 통보하여, 해당 지정국에도 효력이 미친다.⁴⁷⁾ 그러나 특허결정 이후 회원국들이 자국 번역문만을 요구할 수 있는 EPO와는 달리 ARIPO는 특허결정에 대해 회원국이 심사 결과를 인정하지 않고 발명의 범위 등을 문제로 자국에서 따로 특허를 받을 수 없다는 이의신청을 할 수

44) Marius Schneider and Vanessa Ferguson, *Enforcement of Intellectual Property Rights in Africa*, Oxford University Press, 2020, p.44.

45) 특허청·대한무역투자진흥공사, 「해외 지식재산제도 가이드-아프리카」, 대한무역투자진흥공사, 2020, 3면.

46) 하라레 의정서 제1절 제1항은 “ARIPO is empowered to grant patent…(중략)…in accordance with the provisions of the Protocol, through its Secretariat”이라고 명시하며 제3항은 “The ARIPO patent…(중략)…in each of the Contracting States for which it is granted or registered, as the case may be, have the effect of, and be subject to the same conditions as, a national patent granted…”라고 명시한다.

47) 윤영진, 앞의 논문, 16면.

있다.⁴⁸⁾ 동 의정서에 따르면 특허심판원은 ARIPO 사무국에서 특허신청인의 재심 요청 이후 특허를 거절하는 경우 특허심판원에 불복신청을 할 수 있도록 규정했다.⁴⁹⁾ 특허심판원의 결정은 최종적이다.⁵⁰⁾

한편, OAPI는 ARIPO와 달리 별도 출원국을 지정하지 않고, OAPI를 통해서만 출원이 이루어지도록 하여 국가별 특허출원을 할 수 없다.⁵¹⁾ 방기협정 부속서에 명시되어 있듯 모든 지식재산권에 관한 권리는 각 당사국 내 효력이 있는 독립적인 국내 권리이다. 동 협약과 부속서가 당사국 내 관련 분야를 규율하는 법의 역할을 한다.⁵²⁾ 특이한 점은 OAPI 회원국들은 파리협약, 부다페스트 조약, PCT 협정, TRIPs 협정의 회원국에 포함된다는 것이다.⁵³⁾ OAPI 당사국 내 특허출원은 파리협약을 통하지 않은 출원, 파리협약을 통한 출원, OAPI 지정 및 PCT에 따른 국내 단계 출원, 분할출원, 원 특허발명에 대한 보정 또는 수정사항의 추가신청 방법을 통해 특허를 출원할 수 있다.⁵⁴⁾ 다만 "특허 신청은...(중략)... OAPI에 직접 신청"해야 하며, 출원인이 회원국의 특허청에 출원서를 제출할 경우, 해당 출원서를 5일 이내에 국가 특허청에 의해 OAPI로 전송해야 한다고 명시하고 있다.⁵⁵⁾ 마찬가지로 특허심판원과 관련하여 방기협정은 산업재산권 보호를 위한 특허신청 거절, 보호 유지 및 연장을 위한 요청 거절, 보존요청 거부, 반대 결정에 대한 항소심판을 한다고 규정하고 있다.⁵⁶⁾

48) 주인, 「아프리카 전통지식 및 생물자원의 보호에 대한 소고: ARIPO, 케냐 및 남아프리카를 중심으로」, 한국방송통신대학교 대학원, 석사학위논문, 2016, 2면.

49) 하라레 의정서 제4의2절 제5조 제a항 및 제3절 제5항.

50) 하라레 의정서 제4의2절 제7조는 "Decision of the Board shall be final"라고 명시한다.

51) 주인, 앞의 논문, 17면.

52) 방기협정 제5조 제2항은 "This Agreement and its annexes shall serve as laws governing their intended subject matter in the Member States"라며 방기협정의 법적 우위를 명시하고 있다.

53) 특허청·대한무역투자진흥공사, 앞의 단행본, 250면.

54) 특허청·대한무역투자진흥공사, 앞의 단행본, 253면.

55) 방기협정 제3절 제8조 제1항은 "Applications for patents...(중략)...shall be filed directly with the Organization"이라고 명시하고 제2항은 "the Ministry shall transmit the application to the Organization within five working days of receiving it"이라고 명시한다.

56) 방기협정 제1편 제2절 제31조에서 High Commission of Appeal는 (a)rejection of

(3) 사법협력 조약의 부재

ARIPO는 특허 침해에 관한 사법절차는 당사국의 국내법을 따르도록 명시하고 있다.⁵⁷⁾ OAPI도 마찬가지로 침해사건의 소송절차 등 분쟁행위는 통상 분쟁이 발생한 회원국 법원에서 담당하도록 규정한다.⁵⁸⁾

ARIPO 및 OAPI 당사국 간 재판의 관할, 승인 및 집행에 관한 별도 협정은 존재하지 않는다.⁵⁹⁾ 다만 아프리카 내 「외국 중재판정의 승인 또는 집행에 관한 1958년 뉴욕협약」(Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award, 이하 “뉴욕협약”)에 가입하는 국가가 늘어나고 있다. 19개의 ARIPO 당사국 중 15개국과 17개의 OAPI 당사국 중 13개국이 뉴욕협약의 당사국이다. 대다수 국가는 1900년대에 가입했지만, 최근 2021년 말라위, 2020년 시에라리온 외에도 2018년 수단, 2014년 콩고 등 2000년대 들어서 뉴욕협약에 가입한 국가들이 늘었다.

(4) 마타투아 선언을 통한 전통지식의 보호

선진기업들이 개발도상국에서 전통지식을 입수하여 지식재산권을 취득하는 사례가 증가하여,⁶⁰⁾ 아프리카는 고유 법률을 통해 전통지식을 보호하고 있다. 아프리카는 1993년 「토착민의 문화적 및 지적 소유권에 관한 마타아투아 선언」(The Mataatua Declaration on Cultural and Intellectual Property Rights of Indigenous Peoples, 이하 “마타투아 선언”)과 이를 계승·발전하여 ARIPO 외교회의에서 2010년 8월 9일 채택, 2015년 5월 11일 발효한 「전통지식 및 민족적 표현의 보호에 관한 스와콤포문트 의정서」

applications for titles of protection for industrial property (b)rejection of requests for the maintenance or extension of terms of protection (c)rejection of requests for restoration (d)decisions on oppositions에 관해 결정한다고 명시한다.

57) 하라레 의정서 제3절 제14조 (d)항은 “An infringement of any ARIPO patent shall be dealt with by the national law of the Contracting State”라고 명시한다.

58) 방기협정 제1부속서 제4편 제1절 제47조 제1항은 “all disputes relating to patent ownership shall be brought before the competent domestic courts”라고 명시한다.

59) 윤영진, 앞의 논문, 34면.

60) 김병일, “전통지식의 독자적(sui generis) 보호 방안에 관한 연구: WIPO 논의 동향을 중심으로”, 「정보법학」 제16권 제1호, 2012, 3면.

(Swakopmund Protocol on the Protection of Traditional Knowledge and Expression of Folklore, 이하 “스와콥문트 의정서”)에 의해 전통지식을 보호하고 있다.

스와콥문트 의정서에 따르면 전통지식은 노하우, 기술, 혁신, 관행 및 학습의 지적 활동 및 통찰력의 결과로 지역 혹은 전통으로부터 도출되는 것을 의미한다. 아프리카의 법률체계를 통한 전통지식의 보호는 기록되어 전해져 내려오는 것이 아닌 그리오(Griot)처럼 구전을 통해 전해져 내려오는 실정을 반영한 것으로 보인다.⁶¹⁾ 따라서 대중에게 공지된 기술은 누구라도 특허를 받을 수 없어서 당연히 누구나 이용할 수 있는 기술이 되어 소극적으로 이익을 공유할 수 있지만, 구술 공개를 명시하였기 때문에 기록되지 않고 구전으로만 전해져 내려오는 전통지식이라고 하더라도 특정인이 특허를 받을 수 없다는 것이 명확하게 규정되었다.⁶²⁾

그러나 이미 알려진 기술이라는 이유로 특허를 거절하려면 적어도 심사관이 구두 공개된 내용을 알고 있거나 찾아볼 수 있어야 하는데, 주로 구전으로 내려오는 전통지식의 특성상 그것이 알려지게 되는 공동체의 인적 범위 혹은 지리적 범위가 한정될 수밖에 없다.⁶³⁾ 따라서 전통지식, 특히 구전으로 내려오는 전통지식 내용을 타인이 무단으로 출원한 특허 등록을 막는 것도 현실적으로 쉽지 않으며 타인의 무단 사용을 막을 수도 없어 전통 지식 자체의 남용으로부터 보호할 수 없다는 문제도 있다.⁶⁴⁾

3. 유라시아: EAPO

(1) 발전연혁

1990년대 초 소련의 붕괴가 가시화되며 역내 산업재산권 보호를 위한 합의서 초안을 작성한 전문가 실무위원회(Working Group of Experts)는 국

61) 김병일, 위의 논문, 8면.

62) 김병일, 위의 논문, 9면.

63) 김병일, 위의 논문, 10면.

64) 김병일, 위의 논문, 11면.

가 간 특허의 법적 보호를 위한 수단을 제안했다. 이후 1993년 3월 12일 「산업재산권 보호를 위한 협정」과 「산업재산권 보호를 위한 국가 간 위원회의 설립협정」이 채택되어 아르메니아, 벨라루스, 카자흐스탄, 키르기스스탄, 몰도바, 러시아 연방, 타지키스탄, 우크라이나 8개국이 서명하였고, 같은 해 4월에 아제르바이잔이 가입하였다.⁶⁵⁾

국가 간 산업재산권 보호체제 수립을 지시받은 각주위원회(Interstate Council)는 1993년 5월 18일부터 이틀간 모스크바에서 첫 회의를 했고 WIPO 사무총장이 참여하여 유라시아 특허 통일화를 지원하였다. 1994년 2월 14일부터 4일간 제네바에서 열린 3차 회의에서 최종적인 문구 수정을 거쳐, 1994년 9월 모스크바에서 WIPO를 통해 「유라시아 특허협약」(Protocol to the Eurasian Patent Convention of September 9, 1994 on the Protection of Industrial Designs)이 CIS 정부수뇌회의(CIS Council of Heads)에서 서명되었다. 동 협약에 의하면 3개국이 국내의 비준 및 가입 동의를 거치면 효력이 발생하게 되는데, 1995년 3월 1일 투르크메니스탄을 시작으로 벨라루스, 타지키스탄이 서명하여 협약 제26조 제4항에 의해 1995년 8월 12일에 발효되었다.

(2) 유라시아 특허협약을 통한 특허출원 방식과 효력

유라시아 특허협약은 9편 28조로 구성되었으며, EAPO는 유라시아 특허의 기능 및 유라시아 특허 부여에 관한 행정 업무를 담당한다.⁶⁶⁾ 심사 협력 단계에서 EAPO를 통해 특허출원이 이뤄지면 전 회원국에 효력이 발생한다. 또, “유라시아 특허 부여를 위한 신청이 공지된 경우, 출원인은 계약당사국의 국내법과 상응하여 잠정보호를 받게 된다.”⁶⁷⁾

65) *EAPO: A HISTORY OF ESTABLISHMENT AND DEVELOPMENT*, (n.d.), Eurasian Patent Organization, Retrieved April 4, 2023 from <https://www.eapo.org/en/publications/reports/report2015/history.html>.

66) 유라시아 특허협약 제2편 제2조 제1항은 유라시아 특허청의 목적과 기능을 “administer the functioning of the Eurasian Patent System and the grant of Eurasian patents”로 명시한다.

67) 유라시아 특허협약 제9조 제3항은 “the applicant shall enjoy provisional protection in conformity with the national legislation of the Contracting States”라고 명시한다.

유라시아 특허협약은 실체법과 절차법에 관한 내용을 다룬다. 동 협약은 특허의 성립요건인 신규성, 진보성과 산업상 이용가능성을 명시하고 있으며, 발명자의 권리 및 직무발명에 관한 내용을 담고 있다. 유라시아 특허기구를 통해 특허출원이 이루어지면, 모든 회원국에 효력이 발생하며, 각국의 국내법원에 의해 규율되고, 각국 법원의 결정은 해당 국가에서만 효력을 가진다.⁶⁸⁾

(3) 키예프협정 및 민스크협정을 통한 판결의 승인·집행

특허분쟁은 각 국가의 법원에 의해 규율되며 관련 조항은 유라시아 특허협약 제13조 (1)부터 (3)에서 명시하고 있다. 체약국 내에서 허여된 유라시아 특허의 무효 혹은 침해에 관한 분쟁이 발생할 경우, 동 협약 및 특허 규칙에 따라 국내법원 혹은 관련 적합한 기관에 의해 해결되어야 하며,⁶⁹⁾ 이 결정은 체약국 내에서만 효력이 있다.

다만, EAPO 당사자들은 1992년 3월 20일 「상사활동에 관한 분쟁해결을 위한 키예프 협약」(Kiev Convention on Settling Disputes Related to Commercial Activities, 이하 “키예프협정”)과 1993년 1월 22일 「민사, 가정, 형사 사안에 대한 법률지원 및 법률관계에 관한 민스크 협약」(Minsk Convention on Legal Assistance and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Matters, 이하 “민스크협정”)을 체결하였다. 키예프협정에 따르면, 당사국의 판결법원에서 판결 이후 다른 당사국의 집행법원에 승인 및 집행을 신청하는 경우, 해당 집행법원이 소정 요건을 판단하여 승인 및 집행 여부를 결정할 수 있다.⁷⁰⁾ 또 민스크협정에 따르면, 회원국 판결법원의 판결 이후 다른 당사국의 집행법원에 승인 및 집행을 신청하는 경우, 해당 집행법원이 소정 요건을 판단하여 승인 및 집행 여부를 결정하는 방식을 취한다. 민스크협정은 강제집행 허가를 받기 위해서 신청서를 회원국의 집행법원에 제출하도록 명시하고 있다.⁷¹⁾

68) 유라시아 특허협약 제9조, 제10조, 제11조, 제13에서 해당 내용을 명시한다.

69) 유라시아 특허협약 제13조는 “Eurasian patent shall be resolved by the national courts or other competent authorities of that State”라고 명시한다.

70) 키예프협정 제7조, 제9조 및 제51조, 53조, 제55조.

4. 중동: GCCPO

(1) 발전연혁

GCC는 1979년 이란 화교 혁명 이후 왕정 붕괴, 1980년대 이란-이라크 전쟁 등 걸프 지역의 역내 상황에 공동 대응하기 위해 1981년 5월 25일 아랍 산유국 간 창설된 기구로, GCCPO는 GCC 특허를 부여하기 위해 설립된 지역특허기구이다.

1980년대 후반에 회원국 간 특허법 및 제도의 조화와 더불어 지역의 발명과 혁신 촉진을 위해 GCCPO가 제안되었고, 이후 1992년 제13회 GCC 최고이사회(Supreme council)가 「GCC 특허협약」(Patent Regulation of the Cooperation Council for the Arab States of the Gulf) 설립 결의안을 채택하면서 본격화됐다. 동 협약에 따라 GCC 국가들은 사우디아라비아 리야드에 사무실을 위한 새로운 본부를 세우고 GCCPO를 위한 기반 시설과 직원 개발을 위해 노력했다. 이어, GCC는 1996년 특허법 시행령을 발표하였다. GCCPO는 1998년 12월 2일부터 특허출원 접수를 시작했고, 이후 GCC 국가의 발명자와 연구자에게 특허출원 절차와 심사 후 등록을 보다 편리하게 진행하도록 특허 관련 서비스를 제공하였다. GCC는 1999년에 특허법을 개정하고 2000년에 시행령을 개정하였다. 따라서 현재 GCC 특허협약은 1999년의 개정된 특허협약을 기준으로 한다.⁷²⁾ 회원국은 바레인, 쿠웨이트, 오만, 카타르, 사우디아라비아, 아랍에미리트 6개국이다.

(2) GCC 특허협약을 통한 특허출원 방식과 효력

GCC 특허협약은 “(GCC) 통합경제협정 4절에서 명시한 당사국 간 합동 과학 및 기술 협력 지원을 위해” 동 협약을 채택한다고 명시하고 있다. GCCPO의 특징적인 점 중 하나는 파리조약의 당사자가 아니라는 점이다. 물론, GCC 회원국들은 개별적으로 전부 파리조약의 가입국이기 때문에 외국 출원에 기초하여 12개월 우선권 주장을 할 수 있다.⁷³⁾ 다만, PCT의 경

71) 윤영진, 앞의 논문, 35-36면.

72) 조성민, 「중동 특허법」, 아이이북, 2017.

73) GCC 특허협약 제7조.

우, GCC를 지정국으로 선택할 수 없다.

또, 분할출원에 관해 별도의 규정은 없고 “특허출원은 단지 하나의 발명에 관한 것이나, 단일의 종합적 발명 개념을 구성하는 것에 관련된 발명의 측면들에 관한 것”으로 명시하고 있다.⁷⁴⁾ 하지만 실무에서는 분할출원에 관해 실무적인 차원에서 인정하고 있다.⁷⁵⁾ 또 다른 특이점 중 하나는 출원 공개에 관한 규정을 두지 않고 있다는 것이다.

별도의 심사청구제도에 관해 명시하고 있지 않지만, GCCPO에 특허 신청이 되면 방식심사가 이뤄지며 비용납부 시 GCCPO에 의해 실체심사가 수행된다.⁷⁶⁾

GCCPO에 특허를 출원하면 GCCPO가 GCC 국가들을 대신하여 심사를 진행하고, 특허로 등록되면 6개국 전체에 권리가 발생한다. EPO 출원과 비슷하게, 특허출원 하나로 역내 6개 회원국 모두에 동시에 출원한 효과를 제공한다. 따라서 GCC 특허청에서는 특허 등록 이후, 역내 회원국들의 별도 심사 없이 바로 회원국들 전체에 특허 등록이 된 것과 같은 효과를 부여한다.

(3) 리야드 아랍협약 및 GCC 민사협정을 통한 판결의 승인·집행

GCC 국가 간에는 1983년 4월 6일 AL 법무부 장관협의회에서 채택된 「사법협력을 위한 리야드 협약」(Riyadh Arab Agreement for Judicial Cooperation, 이하 “리야드 협약”)과 1998년 11월 11일 채택된 「판결집행, 위임 및 송달에 관한 GCC 협정」(The GCC Convention for the Execution of Judgements, Delegations and Judicial Notifications, 이하 “GCC 사법 협정”)이 있다. 예컨대, 리야드 협약은 민사, 상사 및 행정에 관한 회원국 판결 후 다른 회원국의 집행법원이 집행을 승인하는 경우, 집행하는 법원이 소정 요건을 판단한 후, 집행 선언 절차 및 유사 절차가 집행법원에 의해 이루어지도록 하고 있다.⁷⁷⁾ 다만, 제30조는 판결집행의 거부 사유를 명시한다.

74) GCC 특허협약 제5조 제1항 제3호(Article 5/1/3).

75) 조성민, 앞의 저서.

76) 조성민, 앞의 저서.

77) GCC 특허협약 제25조.

(4) 특허의 불허요건: 이슬람 율법

GCC 내 특수한 특허의 불허요건은 “이슬람 샤리아법 국가들에서 준수되는 공공행동 규칙에 저촉되지 말아야 한다”는 것이다.⁷⁸⁾ 또, GCC의 각료이사회는 인간 또는 동식물의 생명 및 건강의 보호를 포함하는 공공질서 및 적법한 윤리를 보호하거나 환경에 대한 심각한 파괴를 피하고자 필요할 때마다 일부 발명에 대한 특허를 배제할 수 있다.⁷⁹⁾ 제2조와 관련하여 사우디아라비아는 자국 특허법 제4조에서 “이슬람의 샤리아를 위반하는 경우 특허를 받을 수 없다”고 명시하기 때문에 술 제조 기법에 대한 특허 신청은 특허의 불특허사유가 된다.⁸⁰⁾ 그 외에도 일부 알코올 음료, 일부 돼지고기, 크리스마스트리 장식품 등이 제한된다.⁸¹⁾

IV. 분석 결과

1. 설립 필요성 논의 촉발요인

각 국가연합 별 국가 간 특허기구 설립의 촉발요인 및 경과를 <표 3>에 정리하였다. 국가연합과 연합체 내 국가 간 특허기구의 관계 속에서 이들의 설립과정은 점진적 유형과 Top-Down 유형으로 분류될 수 있다. 점진적 유형에는 EU와 EPO·UPC가 포함되며 이들은 장기간의 논의, 당사국 간 이해관계의 충돌, 비준 문제 등을 경험하였다. 예컨대, UPR과 UPC의 필요성은 유럽공동체 내에서 1950년대부터 대두되었지만 2023년 2월 17일이 되어서야 마침내 독일이 UPC협정을 비준하여 유럽단일특허가 완성되었다. 특허제도의 이러한 단일화 및 통일화 과정에서 질충과 균형의 부재로 인해 제

78) GCC 특허협약 제2조 제1항.

79) GCC 특허협약 제4조.; 조성민, 앞의 저서.

80) 기율 특허법률사무소, “아랍 및 중동 특허제도의 소개”, <https://kiyul.co.kr/archives/13343>(검색일: 2023년 3월 23일) 혹은 <https://kiyulpat.tistory.com/6> (검색일: 2023년 4월 24일).

81) 특허청·대한무역투자진흥공사, 「해외 지식재산제도 가이드-중동」, 대한무역투자진흥공사, 2020, 44면.

〈표 3〉 분석 대상 국가 간 특허기구의 발전연혁 및 특징

기구	연혁	특징
EPO · UPC	- 1960 EEC 이사회 중심 유럽에 걸친 특허를 위한 본격 논의 시작 - 1973 유럽특허협약 채택 - 1975 1차 CPC 채택 / 1989 2차 CPC 채택 - 2012 단일특허규정·단일특허변역 규정 제정 - 2013 통합특허법원 협정에 25개국 서명	- EU 기관 중심의 논의 - 28개국 간 이해관계 충돌 - 국내적 비준 문제 - 장기간 논의 발생 - 언어를 둘러싼 대립
ARIPO	- 1970 아프리카 산업재산 기구 설립 권고 - 1973 UNCA와 WIPO의 요청 수용 *1981까지 임시 공동사무국 역할 - 1985 1차 명칭변경 / 2003 2차 명칭변경	- 아프리카 식민지(英) 중심 - WIPO 및 국제기구의 지원 - 두 차례의 명칭변경을 통해 당사국·보호범위 확대 유도
OAPI	- 1977 창설	- 프랑스의 아프리카 식민지 국가 중심 논의
GCCPO	- 1992 GCC 정상회의 GCC 특허협정 채택 - 1998 GCCPO 설립	- 중동 안보환경 등에 따른 GCC 설립 - GCC 경제통합협정(UEA) 체결에 따른 걸프만 경제공동체
EAPO	- 1990 소련 붕괴 특허 보호 필요성 대두 - 1991 CIS 국가수반회의·정부수뇌회의 논의 - 1993 산업재산권 보호 협정 및 국가 간 위원회 설립협정 채택 - 1994 유라시아 특허협약 채택 및 1995 발효	- CIS 중심의 논의 - 소련 붕괴의 영향 - WIPO 및 EPO 역할 ↑

도 수범자의 지지를 이끌어내지 못했다는 것을 방증한다.⁸²⁾ 반면, Top-Down 유형에는 ARIPO, OAPI, GCCPO, EAPO가 포함된다. 지정학적 요인에 의한 국가연합의 탄생이 특허 통합논의의 직접적 촉발요인이 된 경우, 국가 간 특허기구 수립까지의 진행이 상당히 빠르게 진행되었다. 예컨대, ARIPO는 식민 해방으로 인한 산업재산권의 통일된 보호를 위해서 1970년대 논의를 시작해서 1981년 6월 1일 ARIPO 사무국을 설립하였다. 1973년 UNECA와 WIPO의 적극적인 지원과 1976년 1월 9일 ESARPIO 설립을 위한 루사카 협정이 채택된 점을 고려하면, 논의 시작 시점부터 6년이라는 짧은 기간 만에 기구가 설립됐다. EAPO는 소련의 붕괴라는 지정학적 요인이 논의를 촉발했으며 1993년에 산업재산권 보호 협정 및 국가 간 위원회 설립 협정 채택, 1994년 유라시아 특허협약 채택 이후 1995년에 발효되었다. GCC는 이란 화교혁명과 1980년대 이란-이라크 전쟁 등 역내 문제를 해결하기 위해 아랍 산유국 간 1981년에 창설되어 1992년에 GCC 특허협약을 채택하였다.

2. 특수한 특허제도

EU는 UPR, 단일특허번역언어규정, UPC협정 등 다자조약을 통해 특허출원단계부터 사법 단계까지 높은 수준의 제도적 통일을 달성했다. 또한, 논의과정에서 유럽사법재판소의 관할권 관련 판결을 통해 제도를 발전시켜 나가고 있다.

다른 국가 간 특허기구와는 달리 ARIPO는 “특허” 뿐만 아니라 각각 상표, 식물신품종, 전통지식을, EAPO는 상표, 산업디자인, 상호, 지리적 표시도 보호 대상으로 규정하고 있다. ARIPO는 하라레 의정서를, OAPI는 방기협정을 근거로 각각의 특허기구에서 특허 신청, 심사, 권리부여, 심판 등의 과정을 수행하고 있다. ARIPO는 마타투아 선언 및 스와콤포문트 의정서를 통해 전통지식 보호를 위한 명문화된 규정을 마련하고 있는 한편, OAPI는 개별국의 모든 특허출원에 관한 심사를 맡아서 하고 있으며 강력한 중앙집중

82) 이일호, 앞의 논문, 64면.

형 형태를 띠고 있다. 또, 2023년부터 효력을 가지는 방기협정 부속서-I 은 실체심사, 이의신청 제도 및 분할신청제도를 도입했다.⁸³⁾

GCC는 파리조약 우선권 및 PCT 출원 활용이 불가하다. 또, 여타 기구와는 달리 분할출원을 실무적으로 허용하지만, 관련 규정은 부재하며 출원 공개 제도는 없다. 존속기간 연장에 관한 규정도 없다. 또한 GCC 특허협약은 이슬람 율법에 반하는 내용을 불특허사유로 명시하고 있다. 마지막으로, EAPO는 GCC와 비슷하게 특허만을 보호 대상으로 규정하고 있으며 2019년부터 디자인 특허제도를 채택하였다.⁸⁴⁾

3. 특허출원의 효력 및 역내 재판의 승인·집행

분석 대상이 된 국가 간 특허기구들은 공통적으로 역내 기구에서의 신청, 심사, 권리부여의 과정을 통해 특허를 부여받게 되어 역내 하나의 특허권이 발생한다. 이를 위해 EU의 UPR협정, ARIPO의 하라레 의정서, OAPI의 방기협정, GCC의 GCC 특허협약, EAPO의 유라시아 특허협약을 살펴보았다. 기본적으로 이들의 공통점은 국가연합 내 국가 사이의 상호특허 신청, 심사, 출원의 단계에 이르기까지 수반되는 상호의 절차를 인정하고 있다.

한편, 사법적 단계에서는 외국법원의 판결에 대한 승인·집행에 관해 역내 국가연합에서 각종 협정을 체결하고 있다. EU는 외국법원의 판결에 대한 승인과 집행을 더 간소화·신속화하기 위해 브뤼셀-I 규칙을 채택하였다.⁸⁵⁾ GCC와 CIS는 별도의 협정을 통해 정해진 절차를 거쳐 상호 재판의 결정에 대한 승인·집행 관련 조약을 체결하였다. 아프리카의 경우 재판관할

83) Tavares, I, (2022, May 9), Bangui Agreement: A Summary of The Essential Changes, Inventa, Retrieved April 4, 2023 from <https://inventa.com/en/news/article/737/bangui-agreement-a-summary-of-the-essential-changes>.

84) 한국지식재산연구원, “유라시아특허기구, 유라시아 디자인특허 제도 도입”, 2019년 11월 28일, https://www.kiip.re.kr/board/trend/view.do?bd_gb=trend&bd_cd=1&bd_item=0&po_no=19247 (검색일: 2023년 4월 24일).

85) 성대규, 「유럽연합(EU)의 통합적 분쟁해결절차에 관한 연구-지급명령 및 소액소송 절차를 중심으로」, 사법정책연구원, 2021, xi 면.

〈표 4〉 분석 대상 국가 간 특허기구의 특허절차 및 사법협력 현황

국가연합 (특허기구)		특허출원 단계	사법적 단계
EU (EPO·UPC)		- EPO 특허결정→전 회원국에 효력발생	- UPC협정 - 브뤼셀- I 규칙
GCC (GCCPO)		- GCCPO 특허결정→전 회원국에 효력발생 *카타르는 GCCPO를 통해서만 특허신청 가능	- 리야드 협약 - GCC 사법협정
CIS (EAPO)		- EAPO 특허출원→지정국 설정→전 회원국에 특허유효	- 키예프협정 - 민스크협정
A U	ARIPO	- ARIPO 특허출원→지정국 설정→전 회원국 및 지정국 효력 * 일반적으로 PCT 및 ARIPO 더 적극 활용	- 없음
	OAPI	- OAPI 특허출원→지정국 선택→전 회원국에 효력 * 강력한 중앙집권형	

권 혹은 민사협력에 관한 별도 조약을 체결하지는 않았지만, 최근 아프리카 내 UNCITRAL을 적극 참고하는 경향이 강화되고 있으며 뉴욕협약의 가입국 또한 늘어나는 흐름을 보인다.

4. 기술동향 및 운용의 실제

비교 대상 국가 간 특허기구를 통한 특허 신청·출원현황은 <표 5>에 정리했듯 최근 5년간 평균 OAPI 535건, ARIPO 807건, EAPO 3,458건, EPO 178,317건, GCCPO 약 1,777건이었다.

제도상 상대적으로 높은 특허 통합 수준에도 불구하고 OAPI와 ARIPO의 특허 신청량은 많지 않다. 나아가 2009년부터 2019년까지 아프리카 내 총 특허 신청 건수를 살펴보면, 남아공 78,834건(49.8%), 이집트 23,735건(15.0%), 모로코 16,170건(10.2%), 알제리, 7,787건(4.9%), ARIPO 7,372건(4.7%), 튀니지 6,102(3.9%), OAPI 3,263건(3.3%), 기타(8.1%)로 아프리카 내 발전한 개별국가보다도 적은 수치를 보인다.⁸⁶⁾ 이는 제도와 실제 운용상

의 격차가 존재한다는 것을 보여준다. 아프리카의 특허환경에 관해 한유진(2011)은 아프리카에 초보적 형태로라도 지식재산 보호시스템이 구축된 국가는 12개국 정도에 그친다고 분석한다.⁸⁸⁾ 한유진(2011)은 아프리카 국가들을 대상으로 지식재산 보호시스템이 구축된 국가를 ① 남아프리카공화국, 이집트, 알제리, 모로코와 같은 독자적 시스템을 구축한 경우 ② 코트디부아

〈표 5〉 비교 대상 국가 간 특허기구들의 최근 5년간 특허 신청현황⁸⁷⁾

기구	국적	2017	2018	2019	2020	2021
OAPI	내국인	105	129	90	130	205
	외국인	414	422	424	349	407
	총계	519	551	514	479	612
ARIPO	내국인	17	21	19	8	10
	외국인	730	810	849	746	823
	총계	747	831	868	754	833
EAPO	내국인	594	664	724	679	657
	외국인	2,708	2,824	2,758	2,698	2,986
	총계	3,302	3,488	3,482	3,377	3,643
EPO	내국인	78,555	81,565	82,584	81,511	83,825
	외국인	88,030	92,832	98,895	98,835	104,953
	총계	166,585	174,397	181,479	180,346	188,778
GCCPO	내국인	371	667	593	894	81
	외국인	1,475	1,553	1,569	1,449	237
	총계	1,846	2,220	2,162	2,343	318

르와 콩고와 같이 OAPI에 의존하는 동시에 이들 국가에서조차 90% 이상이 외국에 의한 출원인 경우 ③ 가나, 케냐, 모잠비크, 수단, 탄자니아, 우간다와 같이 ARIPO에 의존하는 경우로 분류하고 있다.⁸⁹⁾ 아프리카에 특허 신청 및 부여의 절대적 수치가 적은 이유는 1차 산업 중심의 제조업 및 서비

86) Vitor Sergio Moreira, (2021), “Africa: patenting against the clock”, World Intellectual Property Review, Retrieved April 24, 2023 from <https://inventa.com/en/news/article/696/africa-patenting-against-the-clock>.

87) WIPO IP Statistics Data Center (May 8, 2023 기준)

88) 한유진, “신지식재산권의 강화와 아프리카의 딜레마: 식량인가? 에너지인가?”, 『아프리카학회지』 제33권 제1호, 2011, 106면.

89) 한유진, 위의 논문, 108-109면.

스 분야에서 활성화된 지식재산으로 보호받을 수 없는 영역이 더 많고, 아프리카 국가 내 제도적 장치에 대한 신뢰 부족으로 지식재산권의 효과적 보호가 어렵다는 인식이 팽배하고, 저개발국이나 개발도상국들은 경제발전을 위하여 의도적으로 지식재산권에 대한 사전적 보호와 사후적 단속을 느슨하게 하는 경향이 있기 때문이다.⁹⁰⁾

한편, EAPO의 경우 지속해서 3,000건 이상의 특허 신청과 2,500건을 상회하는 특허 부여를 유지하고 있다. 그러나 주요국들은 우크라이나 전쟁과 같은 지정학적 요인을 특허 부여 과정상의 문제와 연계시키기 때문에 향후 EAPO의 특허출원에 관한 통계를 살펴볼 필요가 있다. 예컨대, 미국 특허상표청(United States Patent and Trademark Office, USPTO)은 2022년 3월 4일 EAPO와 협력 종료에 관한 성명을 발표하였으며,⁹¹⁾ 유럽연합 지식재산청(European Union and Intellectual Property Office, EUIPO)은 2022년 3월 9일 EAPO와의 협력을 전면 중단,⁹²⁾ 일본 특허청(Japan Patent Office, JPO)은 2022년 5월 10일 이후 EAPO를 선행기관으로 하는 특허심사하이웨이(Patent Prosecution Highway, PPH)의 신청에 대해서 신청된 출원을 PPH에 근거한 조기 심사의 대상으로 선정하지 않는다고 발표하였다.⁹³⁾

5. 소결

전 세계의 주요 국가연합인 EU의 EPO와 UPC, 아프리카의 ARIPO 및 OAPI, GCC의 GCCPO, CIS의 EAPO를 비교한 결과 <표 6>과 같은 결론을

90) 한유진, 위의 논문, 106면.

91) 이유리나, “일본 특허청, 러시아 특허청 및 유라시아 특허기구과의 특허심사하이웨이 중단”, 한국지식재산연구원 홈페이지, 2022년 5월 24일, https://www.kiip.re.kr/board/trend/view.do?bd_gb=trend&bd_cd=1&bd_item=0&po_item_gb=JP¤tPage=6&po_no=21219 (검색일: 2023년 4월 24일).

92) 정수연, “[우크라이나 사태] 유럽연합 지식재산청, 우크라이나 대상 EUIPO 절차 기한 연장”, 한국지식재산연구원 홈페이지, 2022년 4월 26일, https://www.kiip.re.kr/board/trend/view.do?bd_gb=trend&bd_cd=2&bd_item=0&po_item_gb=¤tPage=3&po_no=21146 (검색일: 2023년 4월 24일).

93) 이유리나, 앞의 인터넷 자료.

〈표 6〉 비교 대상 국가 간 특허기구의 연구내용 정리

기구	발전연혁	언어	특허단계	사법단계
EU (EPO·UPC)	- 28개국 간 논의 - 장기간 논의 촉발 - 언어문제 대립	영어 독일어 프랑스어	- 단일특허규정(2012) - 단일 특허 번역 규정 (2012)	- UPC 협정 (2013) - 브뤼셀- I 규칙(2014)
ARIPO	- 英 식민국 중심 - 2차례 명칭변경 *당사국 보호범위↑	영어	- 하라레 의정서(1982) - 전통지식 강력보호 *스와콕문트 의정서 (2010)	- 민사협력협약 無 △뉴욕협약 가입 ↑
OAPI	- 佛 식민국 중심	프랑스어	- 방기협정(1977) - 중앙집중형 특허제도 실체심사, 이의신청제도, 분할신청제도 도입 (2023~)	
GCC (GCCPO)	- 안보환경 변화로 경제공동체 논의 촉진	아랍어	- 특허법(1992) - 특허법 시행규칙(1996) - PCT로 GCC 지정 불가 - 불특허사유: 이슬람율법	- 라야드협약 (1983) - GCC 민사협정(1996)
CIS (EAPO)	- 소련 붕괴로 논의 촉진 - WIPO·EPO 협력	러시아어	- 유라시아 특허협약 (1994) - 디자인특허제도 채택 (2019)	- 키예프협정 - 민스크협정 (1992)

도출하였다. 우선, 발전연혁과 통합논의의 촉진요인과 관련하여 EU는 1959년부터 통일화된 특허제도에 대한 논의가 진행되었다. 당사국 간 주권을 이양해야 하는 요건과 언어 문제 등에서 야기되는 이해관계의 조율 과정에 오랜 기간이 소요되었다. 그 결과 2012년과 2013년이 되어서야 단일특허제도 및 통합특허법원에 관한 합의를 채택했다. 한편, ARIPO, OAPI는 식민 해방

이후, GCCPO와 EAPO는 지정·지경학적 환경 변화로 인해 국가연합의 수립이 촉진되면서 국가 간 특허기구의 설립도 가속화되었다.

둘째, 법·제도의 관점에서 비교 대상이 된 국가 간 특허기구들에는 역내 문화와 특성을 반영한 제도가 존재한다. 예컨대, ARIPO는 스와콤포먼트 의정서를 통해 전통지식을 강력하게 보호하고, GCCPO는 샤리아법에 반하는 내용을 불특허사유로 명시한다. 또, 기구별 채택 공용어는 EU의 EPO와 EPC의 경우 영어, 독일어, 프랑스어이다. 반면, CIS의 EAPO는 구소련국가들로 역사적으로 러시아어를 사용해서 이를 계승했고, GCC 또한 아랍어를 사용하는 중동국가들로 구성되어 아랍어를 공용어로 채택했다. 한편, ARIPO와 OAPI는 각각 영국과 프랑스로부터 식민 해방 이후 수립된 기관으로 각각 식민국의 영향을 받아 영어 및 프랑스어를 사용한다.

셋째, 특허출원 단계에서 국가 간 특허기구들은 각각의 조약을 근거로 출원, 심사, 등록, 효력 등에 관한 내용을 명시하고 있다. 예컨대, EU는 단일 특허규정과 단일언어번역규정을 채택하였다. ARIPO는 하라레 의정서, OAPI는 방기협정, GCCPO는 GCC특허법 및 시행규칙, EAPO는 유라시아 특허협약을 채택했다. 이들의 유형을 분류하면 ①국가별 국내출원과 국가 간 특허기구를 통한 출원을 병용하는 EPO, ARIPO, GCCPO, EAPO의 사례 ②국가 간 특허기구를 통해서만 특허출원을 할 수 있는 OAPI의 사례가 있다. OAPI의 형태를 가장 강력한 중앙집권형으로 분류할 수 있다. 단, GCCPO는 ①의 유형에 속하지만, 카타르의 경우 GCCPO를 통해서만 특허출원을 할 수 있다.

넷째, 침해 및 무효소송 등의 사법적 단계를 기준으로 국가 간 특허기구의 유형을 통합의 정도에 따라 분류해보면 ① 단일한 사법기관에 의한 판결이 모든 당사국을 구속하는 EU의 사례 ② 단일한 사법기관은 없는 대신, 당사국 간 국내재판의 승인·집행에 관한 조약을 채택한 EAPO와 GCC의 사례 ③ 국내재판에 일임하는 ARIPO와 OAPI의 사례로 살펴볼 수 있다.

V. 동아시아 특허협력에의 시사점

1. RCEP 내 지식재산 분야 논의 발전양상

상기 살펴본 EAPO와 GCCPO는 역내 지정학적 격동으로 인해 CIS와 GCC가 탄생하면서 역내 국가 간 특허기구가 수립되었고 EPO와 UPC의 논의도 EU를 중심으로 논의되어 왔다. 이러한 점에서 국제연합은 아니지만 아시아·태평양 지역에 포괄적 경제자유체제를 수립하기 위한 RCEP의 탄생 요인과 과정을 살펴보는 것은 RCEP협정의 지식재산권에 관한 제11장의 파생요인을 바라보는 중요한 관점이 될 수 있다.

RCEP협정과 지식재산권에 관한 11장의 채택은 GCC와 GCCPO, CIS와 EAPO와 같은 지정학적 격동으로 보기는 어렵다. 오히려 두 차례의 CPC 등을 통해 드러났듯 국가들의 의견대립이 논의를 장기화 시킨 EU의 EPO와 UPC 설립 사례와 비슷하다. 첫째, RCEP 논의 초기부터 참여했던 인도의 임시탈퇴는 협상국 간 입장 차가 나타나는 대표적인 사례이다. 초기 기대와 달리 농산품과 공산품 등 일부 산업이 중국에 뒤쳐진 인도의 중국과 마찰이 RCEP 당사국들과 인도의 마찰로 불거졌으며, 결과적으로 인도의 RCEP 임시탈퇴로 이어졌다. 이에 인도를 제외한 15개국만이 RCEP 협정에 서명하였으며 이는 제4차 RCEP 정상회의 공동선언문에 첨부된 ‘인도의 RCEP 참여에 관한 장관 선언문’에서 볼 수 있듯 다른 구성국들의 반발을 일부 불러일으켰다. 또한, 인도의 탈퇴 배경에는 국내 강력한 철강 분야의 이익집단, 농민단체의 반발 등 국내적 요인이 크게 작용했다는 일각의 평가도 있는데,⁹⁴⁾ 이러한 점은 EU의 사례처럼 국제적 사안이 국내 요인으로 인해 좌절되는 경우로 평가할 수 있다.

또, 지식재산권 협정 체결과정에서 일부 내용을 두고 국가들의 이견이 드러났다. 지식재산을 다루는 제11장은 2018년 말 제24차 공식협상까지만 하더라도 조항의 약 15% 정도만 합의된 상태였고 당사국들의 국내법 및 주

94) 정민정·김예경, “역내포괄적경제동반자협정(RCEP) 주요 특징과 향후과제”, 「NARS 현안분석」 제183호, 2020, 11면.

력산업 등의 차이로 인해 지리적 표시에 관한 내용은 담은 제11.34조, 제 11.35조, 유전자원 및 전통지식에 관한 제7절, 국가안보의 표현을 둘러싼 제 11.44조 등 일부 조항에 대해 합의 도출이 어려울 것이라는 예측이 존재했으며 일각에서는 지식재산 분야를 RCEP협정 타결의 “Deal-Breaker”로 인식하기도 하였다.⁹⁵⁾ 하지만 결과적으로 이러한 차이는 모두 주석을 통해 극복되고 합의되었다.⁹⁶⁾ 그 과정에서 한국, 일본 등이 특허의 존속기간 연장, ASEAN이 집행 부분에서 타협하는 등 당사국들은 총체적 합의를 위해 조금씩의 타협을 해야 했다.⁹⁷⁾

이렇듯 RCEP 수립의 논의과정을 살펴보면 EU의 사례처럼 점진성을 띠며 다수 국가 간 차이 해소의 과정을 지속 거쳐 왔다. RCEP협정 내 지식재산권 관련 제11장의 일부 조항은 TRIPs, TRIPs+ 및 파리조약 등 국제적 수준의 조항으로 제정되었으며 기존 한-ASEAN FTA보다 더 많고 구체적인 내용이 포함되었다.⁹⁸⁾ 그럼에도 향후 인도의 재참여를 어떻게 유인할 것인가는 여전히 남아있는 과제이다. 또한, 특허존속기간 연장, 의약품, 유전자원 등 여러 분야에서 국가 간 이견이 드러났다. 향후 동아시아 내에서 체결되는 FTA가 상당 부분 RCEP협정을 기반으로 할 것으로 예측되기 때문에, EPO와 UPC 수립까지 많은 시간이 소요되었듯, RCEP 당사국 내에서도 ASEAN에 대한 지원 강화 및 한·일·중 간 특허제도의 조화 노력 등을 위해 충분한 협의 과정이 요구된다.

95) 최교수, 앞의 논문, 294면에 따르면 유전자원 및 전통지식의 출처공개 특허등록 요건화 도입 및 해적행위 금지, 이익의 공정한 공유 등을 주장한 유전자원 제공국과 이에 반대하는 유전자원 이용국 간의 의견대립, 공개 제외 가능 대상에서 “국가안보”의 영문 표현을 두고 TRIPs 제73조의 “contrary to its essential security interests”와 PCT 제27조 “National Security” 중 어느 것을 차용할지를 둘러싼 의견대립이 표출되었다.

96) 최교수, 앞의 논문, 297면.

97) 최교수, 앞의 논문, 297면.

98) 최교수, 앞의 논문, 291면.

2. 한·일·중 3국의 특허제도 통일화를 바탕으로 ASEAN·RCEP으로의 확대

동아시아 역내 특허기구 수립을 위해서는 한·일·중 역내 특허제도의 통일화 혹은 조화를 바탕으로 ASEAN 국가들과의 협력으로 확장하는 것이 바람직하다. 우선, 한·일·중 특허제도의 통일화 혹은 조화를 위해서는 유사점이 상대적으로 많은 한·일 간의 특허제도의 통일화 작업에서 시작해야 한다.⁹⁹⁾ 이를 바탕으로 한·일·중 3국에 이어 ASEAN 및 RCEP으로 통일화된 특허제도를 확장해야 한다. 한·일·중 특허제도를 한국과 일본 특허법의 공통점을 기반으로 통합할 경우, 우리나라의 관점에서는 특허출원, 심사, 등록의 과정 등의 기본적인 행정절차의 심사기준과 거절결정불복심판 또는 무효심판 등의 심결기준이 현재보다 더욱 평준화 될 수 있으며, 외국에서 특허권을 등록하는 과정과 특허분쟁을 해결하는 과정이 더욱 수월해져 개인 또는 기업 등의 출원인뿐만 아니라 국가적 관점에서도 일본과 중국에서의 특허권 확보 및 보호의 실익이 있다고 판단된다. 또한, 한·일·중 특허제도를 통해 단일화된 기준으로 등록된 특허권의 권리범위가 한·일·중 전역에 발생한다면, 통합된 특허권을 필두로 기존의 속지주의에 입각한 각국에서의 특허분쟁이 감소할 실익이 있다.

한·일·중 간 통합 특허제도가 각국에서의 특허권들을 속지주의에 입각하여 별도로 고려해야 하는 상황이어도 특허분쟁에서 활용되는 침해 및 무효소송에서 공통된 기준을 수립하여 예측가능성을 확보할 수도 있으며, 특허분쟁을 사전에 대비하여 개인과 기업은 물론 국가적 손실을 사전에 예방할 수 있다. 최근 미·중 무역 분쟁에서 중국의 지식재산권 침해는 핵심이슈

99) 조영선, “특허권 공유의 법률관계: 특허법 제99조의 해석론과 입법론”, 「법조」 제60권 제3호, 2011, 61면~62면에 따르면 일본 특허권의 공유에 대한 규율도 우리나라와 동일하다. 또, 실시조항 또한 한국에서 문언상 수출을 제외한다는 것을 빼고 한·일 특허법에서 명시하는 발명의 정의, 발명의 종류, 컴퓨터 프로그램 발명의 인정 여부 또한 거의 동일하다. 이외에도 용도발명, 수치한정, 선원주의, 신규성과 진보성 판단기준, 심사청구, 우선심사제도, 신규성 상실의 예외, 특허대상, 적용기간, 취지기재, 증명서 제출 등 동일한 제도를 다수 보유하고 있다. PCT 국내 진입기한이 한국과 일본이 각각 31개월, 30개월이라는 점과 거절이유통지 대응기간에서 차이를 보인다.

로 부각되었으며 한·중 간에도 특허분쟁이 많아지고 있는 형국이다. 이를 해결하기 위해 학계·법조계 등의 민간부문과 국제기구의 역할이 중요하다. 예컨대, EAPO의 도입 과정에서 전문가 위원회가 큰 역할을 했다. 현재 따라서 협력증진을 목표로 하는 TCS를 중심으로 한·일·중 간 특허제도 논의와 공감대 형성 과정이 중요하다. 또한, ARIPO와 EAPO는 EPO와 WIPO가 임시사무국을 맡는 국제기구가 큰 역할을 하였다. 최근 RCEP협정 내 지식재산권 챕터 채택으로 향후 FTA 협상 시 RCEP협정 이상의 산업재산권 조항을 포함시킬 수 있다는 데 의의가 있다. 이러한 토대를 바탕으로 중국과의 제도 통일화 방안을 모색해야 한다.

특히 <표 7>과 같이 RCEP의 구성국인 ASEAN의 개별국가 내 특허출원을 살펴보면, 여전히 내국인보다 외국인의 출원이 많고, 양적으로도 부족한 수준이다. 따라서 ASEAN 회원국들과의 특허효력 인정협약(Validation Agreement) 확대를 통해 특허효력 확장, 특허권자 보호와 투자 증진을 유도할 수 있을 것이다. 동시에 ASEAN 국가들의 지식재산권 제도 현대화 작업 등 자체적 노력도 요구된다. 최소한 각국에 진입한 특허의 특허 적격성, 선행 문헌 개시 의무, 존속기간, 공유 특허권에 대한 시비가 없어야 한다.

〈표 7〉 ASEAN+3의 특허출원 현황¹⁰⁰⁾

국가	국적	2017	2018	2019	2020	2021
라오스	내국인	3	1	-	-	-
	외국인	97	58	-	-	-
	총계	100	59	0	0	0
말레이시아	내국인	1,166	1,116	1,071	989	883
	외국인	5,906	6,179	6,480	5,839	6,651
	총계	7,072	7,295	7,551	6,828	7,534
베트남	내국인	592	646	720	1,021	1,066
	외국인	4,790	5,425	6,800	6,674	7,468
	총계	5,382	6,071	7,520	7,695	8,534

100) WIPO IP Statistics Data Center (May 8, 2023 기준).

국가	국적	2017	2018	2019	2020	2021
브루나이	내국인	8	26	8	5	2
	외국인	99	95	133	115	137
	총계	107	121	141	120	139
싱가포르	내국인	1,609	1,575	1,727	1,778	2,024
	외국인	9,321	10,270	12,409	11,487	12,566
	총계	10,930	11,845	14,136	13,265	14,590
인도네시아	내국인	2,271	1,407	3,093	1,309	1,397
	외국인	7,032	8,347	8,388	6,851	7,403
	총계	9,303	9,754	11,481	8,160	8,800
캄보디아	내국인	-	1	-	-	-
	외국인	55	160	310	248	-
	총계	55	161	310	248	0
태국	내국인	979	904	865	863	867
	외국인	6,886	7,245	7,307	6,662	7,375
	총계	7,865	8,149	8,172	7,525	8,242
필리핀	내국인	323	529	501	476	490
	외국인	3,072	3,771	3,879	3,517	3,903
	총계	3,395	4,300	4,380	3,993	4,393
대한민국	내국인	159,084	162,561	171,603	180,477	186,245
	외국인	45,691	47,431	47,372	46,282	51,753
	총계	204,775	209,992	218,975	226,759	237,998
일본	내국인	260,292	253,630	245,372	227,348	222,452
	외국인	58,189	59,937	62,597	61,124	66,748
	총계	318,481	313,567	307,969	288,472	289,200
중국	내국인	1,245,709	139,3815	1,243,568	1,344,817	1,426,644
	외국인	135,885	148,187	157,093	152,342	159,019
	총계	1,381,594	1,542,002	1,400,661	1,497,159	1,585,663

* WIPO Database에 없는 미얀마와 비(非)ASEAN RCEP 당사국인 호주, 인도, 뉴질랜드는 제외

3. 공식 절차언어로 영어를 채택

특허제도 통일화를 위해서 중요한 요소 중 하나는 언어 문제이다. ARIPO, OAPI, GCCPO, CIS는 역사적·정치적 과급효과로 공식 절차언어 채택에 큰 어려움이 없었지만 26개 회원국으로 구성된 EU 내 합의의 가장 큰 걸림돌은 언어를 둘러싼 번역비용의 문제였다. 또, 이탈리아와 스페인은 공식 절차언어를 둘러싼 갈등으로 인해 논의 초기 EPO 및 UPC의 체제출범을 거부하는 동시에 유럽사법재판소에 관련된 소를 제기하였다.¹⁰¹⁾ 이는 특허제도의 통일화 과정에서 채택되는 공식 절차언어가 매우 민감한 사안이라는 것을 보여준다. 이렇듯 언어 문제의 중요성을 인식한 EU는 그 장벽을 해소하기 위해 특허번역(Patent Translation) 서비스를 개발하여 운영하고 있다.

특허명세서의 작성 언어는 특허침해 여부 및 특허 유효 및 무효 판단을 위한 전달 수단이 되기 때문에 발명에 대한 이해를 정확하게 이해하기 위해서는 어느 언어를 공식 절차언어로 채택하는지는 매우 중요한 요인이다. 한 나라의 관점에서 자국어의 절차언어 채택은 타국 대비 출원등록의 용이함, 행정절차의 효율화 등을 달성에 크게 기여할 수 있다. 또 최근 늘어나는 특허량 등을 고려하면, 공용어를 쓰는 국가의 대리인들과 협업이 늘어날 수밖에 없기 때문에 자국어가 공식 절차언어로 채택되면 자국 특허의 영향력 또한 확장될 것이다.

동아시아의 사례를 살펴보면, 한국의 중국 전리(專利) 출원과정에서 IP 번역의 오역 및 전문성 부족으로 인해 중국어 명세서에 대한 품질검증이 이루어지지 않아 거절된 사례가 다수 존재한다.¹⁰²⁾ 따라서 한·일·중 간 특허제도를 통일할 때 공용어를 무엇으로 채택할지는 매우 중요하다. 최초로 제

101) Joined Cases C 274/11 and C 295/11. Kingdom of Spain (C 274/11), Italian Republic (C 295/11). v. Council of the European Union. 유럽사법재판소는 양국의 소송을 병합하여 심리했으며, 2013년 4월 16일 동 청구를 기각하였다.

102) 전소정, “중국 특허출원 심사의견통지서에서 번역 상의 오류로 인한 거절이유 사례 및 분석”, 특허와 상표, 2013년 6월 5일, <http://www.kpaanews.or.kr/m/content/view.html?§ion=86&no=1648&category=88> (검색일: 2023년 5월 8일).

정된 우리나라 특허법은 우리나라에서 시행됐던 일본 특허법 등을 폐지하기 위해 만들어진 성격이 강하다.¹⁰³⁾ 이러한 점 때문에 한국어와 일본어는 문법과 문장구조가 유사하고, 법률용어를 많이 공유하고 있기 때문에 특허명세서를 번역하더라도 오류의 가능성을 많이 줄일 수 있다. 그럼에도 3국의 언어 중 하나를 공식 절차언어로 채택하는 것은 어려움이 따를 것이다. EU 또한 단일 언어가 아닌 3개 언어를 공식 절차언어로 채택한 데에는 각국의 첨예한 이해관계를 좁히지 못한 데에서 기인한다.

대안으로 영어를 기본언어로 채택하는 것이 적절할 것으로 보인다. 우선, 영어는 TCS의 공용어이기도 하며,¹⁰⁴⁾ 3국은 이미 표준화된 영문 계약서 등을 다수 활용하고 있다. 나아가, 공용어를 영어로 채택하면 미국 혹은 EU 시장으로 진출하기에 용이할 것이며, 이 경우 동아시아 통일 특허제도가 적용되고 영어로 특허명세서를 작성하여 동아시아 특허기구와 사법단계 또한 영어로 절차가 진행될 수 있을 것이다.

다만, 출원명세서의 오역은 영어에서도 종종 발생한다. 특히, 출원명세서는 영어로 완역(完譯)되기도 하지만 실무적으로는 영어를 중역(重譯)으로 각국의 언어로 번역하기도 한다. 이런 과정에서 기계번역은 수식관계 혹은 용어상 오역을 발생시킬 수 있다. 실제로 한·일·중 간에도 동일한 의미를 가진 용어에 대해 다른 번역을 사용하는 경우가 있기 때문에 영문으로의 번역 용어에 대한 통일된 체계가 요구된다.¹⁰⁵⁾ 따라서 번역 시스템 자체에 대한 개선방안이 요구된다. 또, 사법적 분쟁에서 한·일·중 각국 언어로 작성된 청구항을 영어로 번역하면 각국의 언어표현 특징이 사라져서 권리범위가 모

103) 정차호, “한국 특허제도의 변천: 특허권 강화의 역사”, 『과학기술정책』 제14권 제3호, 2004, 4면.

104) Agreement on the Establishment of the Trilateral Cooperation Secretariat among the Governments of People's Republic of China, Japan, and the Republic of Korea, (December, 2010)의 마지막 문단은 "Done in triplicate, in the English Language, at Seoul, this sixteenth day of December, 2010"라고 명시하여 한·일·중 간 조약을 영어로 작성하였다.

105) 황보현, “[영리더 프로그램 참여기]한중일 법률용어의 통일”, 법조신문, 2015년 5월 2일, <http://news.koreanbar.or.kr/news/articleView.html?idxno=12220> (검색일: 2023년 5월 8일).

호해지거나 임의로 변경될 우려도 있다. 따라서, 영어를 기본언어로 채택하
 되, 특허의 기재 언어를 병용하는 방안이 요구된다.

4. 특허효력 인정협약(Validation Agreement) 체결

EPO와 WIPO는 ARIPO의 EAPO의 수립과정에서 큰 역할을 하였다. 특히 EPO는 해외 국가 간 특허기구 수립 이후에도 심사관 역량 강화 훈련 등의 지원을 제공하였다. 또한 2010년 이후 EPO 비회원국들과 특허효력 인정협약을 체결하여 특허행정처리 및 심사분야에서 해당 국가의 지식재산청 직원의 전문성 향상, 특허유효성 시스템 이행을 위한 법적·기술적 지원을 하기 시작했다. 2023년 4월 기준 EPO는 모로코, 몰도바, 튀니지, 캄보디아와 협약을 맺고 있다.

아시아 국가 최초로는 캄보디아가 2017년 EPO와의 특허효력 인정협약을 통해 EU 기업의 캄보디아 시장 진출을 지원하였다.¹⁰⁶⁾ 캄보디아는 외국인 직접투자 증가, 경제성장 도모를 위해 지식재산권 제도 현대화에 앞장서는 ASEAN 국가 중 하나로서 동 협약을 통해 EPO 특허가 캄보디아에서도 유효하게 되었다. 우리나라도 캄보디아에서 신속히 특허권을 확보하고 우리 기업들의 현지 사업 환경의 안정성 확보를 위해 2019년 8월 특허효력인정 양해각서(MOU)를 체결하여, 한국에 등록된 특허에 관한 효력 인정 신청, 증빙 서류 제출 등 절차만을 현지에서 진행함으로써 3개월 내 캄보디아 특허를 획득할 수 있게 되었다.

이처럼 캄보디아를 시작으로 ASEAN 개별국에 특허출원 및 등록 절차를 진행하고, 등록결정 이후 국가진입을 선택할 수 있는 Validation 절차를 보완한 형태의 통합 출원 절차를 고려할 수 있다. 특허 취약국에 대한 지원과 더불어, 특허효력 인정협약을 맺는 것은 국가 간 긍정적 효과를 가져오는 IP 트렌드이다. 앞서 검토한 바와 같이 동아시아 통합특허 체제를 위해

106) *Validation agreement with Cambodia enters into force*, (2018, March 1), European Patent Office, Retrieved April 24, 2023 from <https://www.epo.org/news-events/news/2018/20180301.html>.

ASEAN에 대한 지원과 특허효력인정협약을 추진한다면, 아세안 특허 진입을 위해 각국의 발명자들은 한·일·중 통합특허를 출원하여 ASEAN 전역에 걸친 특허권을 취득할 수 있는 이점으로, 3국은 특허 강국이 될 수 있을 것이다. 이를 통해 ASEAN과 더불어 아시아 전역을 지식재산에 친화적인 산업 생태계로 만들 수 있을 것이다.

5. 사법적 단계의 협력방안

앞서 언급했듯 특허의 무효 및 침해소송에서 EU는 UPC의 판결이 모든 당사국에 효력을 발휘하도록 규정하였다. EU의 UPC는 브뤼셀- I 규칙을 통해 역내 통합된 재판관할권을 인정하여 가장 높은 수준의 통일화 수준을 달성하였다. 반면, EAPO와 GCC는 단일재판소를 설립하지는 않았지만, 국내재판의 승인·집행에 관한 조약을 체결했다. ARIPO와 OAPI는 각국의 국내법원에 소송단계를 일임하고 있다. RCEP협정에 분쟁해결에 관한 규정은 제19장에서 명시하였지만, 특허의 사법적 판결에 대해서는 “지식재산권의 집행과 관련한 민사 사법 절차에서, 자신의 사법 당국이 침해자가 …(중략)… 피해를 보상할 수 있는 적절한 손해배상”을 할 것을 명시하고 있다.¹⁰⁷⁾ 결과적으로 RCEP, 한·일·중 3국, ASEAN+3 모든 협의체는 특허의 사법적 단계를 국내법원에 일임하고 있다.

장기적인 최종목표는 특허분쟁의 사법적 단계 통합을 위해 EU처럼 역내 지역기구를 통한 통합사법제도를 도입하는 것이다. 특허와 관련하여 사법적 단계의 협력방안으로는 동아시아 특허법원을 설립하는 것이 최종적인 목표가 될 수 있겠지만, 이 역시 언어의 문제가 선결과제이다. 현재 수준에서 역내 통합적 사법기구를 구성한다는 것은 현실적으로 어려움이 따르기 때문에 단계적인 접근을 채택할 필요가 있다. 따라서 RCEP협정과 국제법을 준용하고, 양자·다자 사법협정을 통해 문서의 송달, 증거조사, 중재재판의 관할권 확장에서 나아가 외국판결의 승인·집행으로 그 범주를 확대하는 것

107) RCEP 협정 제11장 제10절(지식재산권의 집행) 제2관(민사 구제) 제11.60조(손해배상) 1항

이 현실적이다.

단계적으로는 상기 한·일·중을 중심으로 한 동아시아 특허기구 수립의 단계적 접근과 비슷하게 사법공조 또한 한·일·중 3국을 바탕으로 ASEAN 및 RCEP과의 협력이 이루어져야 한다. 현존하는 양자·다자조약을 준용하되, 단계적으로 한·일·중 간 상사 및 민사 사법 분야 협력조약 체결을 바탕으로 ASEAN 및 RCEP으로 확장해야 한다. 구체적으로 2011년 9월 한국국제사법학회 그리고 일본국제사법학회를 중심으로 2011년 9월 공동으로 “지적재산권에 국제사법원칙”을 발표하였는데, 이를 참고하여 한·일 간 승인 및 집행에 관한 조약을 체결해야 한다. 이어 이를 2005년 4월 27일 발표한 「대한민국과 중화인민공화국간의 민사 및 상사사법공조조약」과 통일화하여 한·일·중 3국 조약으로 확대해야 한다.¹⁰⁸⁾ 한·일·중 간 조약을 바탕으로 사법협정을 ASEAN을 포함한 RCEP 국가들과의 협정으로 확장시키기 위해 ASEAN 국가들이 송달협약, 증거협약에 가입하도록 해야 한다.¹⁰⁹⁾

또한, 한·일·중 통합심판소나 통합법원 수준의 사법적 통합단계로 가기 위한 전(前) 단계의 인큐베이션(incubation) 프로젝트로서, 이행강제성이 없는 무효 확인과 권리범위 확인을 심리하는 3국 간 위원회 추진을 검토할 수 있다. 동 위원회의 결정이 각국 심판이나 소송을 구속하지는 않지만, 각국 심판이나 소송에서 쟁점효 또는 유력한 증거효를 인정하도록 협의하는 방안이다.

108) 다만, 한국과 일본 양국이 중국의 법제, 재판의 공정성 등에 대한 불신 극복 방안이 관건이다.

109) 석광현, “한중일간의 민사사법공조조약의 체결을 제안하며”, 「아시아법제연구」 제2호, 2004. 115면.; 사법협정은 양자 협정을 통해 이루어지는 것이 일반적이며 국제조약으로는 국내 판결의 승인·집행에 관한 합의를 이루고 국가 간 문서의 송달을 다루는 「민사 또는 상사의 재판상 및 재판외 문서의 해외 송달에 관한 협약」, 증거조사에 관한 내용을 다루는 「민사 또는 상사의 해외증거조사에 관한 협약」, 뉴욕협약 등이 있다. EU와 같은 높은 수준의 통합특허법원은 브뤼셀-I 규칙을 통해 역내 통일적 재판관할권 효력을 인정하였다. 이러한 조약의 실익은 외국판결의 승인 및 집행에 관해 법적 안정성 제고 및 집행 절차 단순화에 있다.

VI. 결 론

특허제도 및 사법부의 태도에 관해 여러 가지 비교법적 연구를 해온 조영선(2021)은 최근 미국을 중심으로 특허의 대상에 대한 보수적 태도로의 회귀가 이루어지고 있다며, 이러한 미국의 재판기준은 시대적 변화와 마찰을 일으킬 가능성이 있다고 주장한다. 이러한 문제의 근본적인 해결을 위해 일각에서는 세계적으로 통일된 특허실체법의 필요성을 주장한다.¹¹⁰⁾ 특허를 비롯한 지식재산권의 국경초월적 이동현상은 특허의 본질적 속성인 “국제성”으로 인해 야기되는데, 이러한 점에서 한 나라의 특허요건에 관한 논의는 결코 다른 나라의 문제로만 볼 수 없다. 마찬가지로 전통적으로 ‘한·일·중 3국’과 ‘ASEAN+3’을 중심으로 시행되어온 우리나라의 동아시아 역내 특허부문 논의는 역내 특허제도 통합이 아닌 개별국가들과의 양자 협력 활동을 중심으로 이루어져 왔다는 한계가 있다. 그럼에도 글로벌 경제의 위축과 보호무역주의의 심화 가운데 RCEP협정과 동 협정 내 지식재산권에 관한 제11장의 채택은 매우 유의미하다.¹¹¹⁾ 제11장은 “지식재산권의 효과적이고 적절한 창출, 활용, 보호 및 집행”을 위해 “당사자들의 상이한 경제발전 단계 및 역량 그리고 국가 법 제도의 차이”의 왜곡과 장애 감소를 통해 궁극적으로 “심층적인 경제 통합 및 협력 증진”을 목표하기 때문에 동아시아 역내 지식재산권 제도 통합에 큰 의의가 있다.¹¹²⁾

한편, “다양성 속의 통일” 정책을 추구하는 유럽연합이 “하나의 특허, 하나의 특허법원” 시대로 갈 것을 천명하고,¹¹³⁾ 유럽의회 및 EU이사회에서 유럽단일특허 및 유럽통합특허법원에 관한 협정을 승인하였으며, 약 10여년이 흐른 후 마침내 2023년 6월 1일에 시행되었다.¹¹⁴⁾ 유럽단일특허는 번역

110) 조영선, 앞의 저서, 8~9면.

111) 정민정·김예경, 앞의 글, 4면

112) 역내포괄적경제동반자협정 제11장(지식재산) 제1절(일반 규정과 기본 원칙) 제11.1조(목적) 1번

113) 김동규, 앞의 글, 65면

114) 법무법인(유) 세종, 새로운 유럽특허 제도, 2023년 6월 1일 시행... 임시 조치의 사전 시행에 따른 전략적 대응 필요, <https://www.shinkim.com/kor/media/newsletter/1987> (검색일: 2023년 4월 30일).

에 대한 부담을 줄여 적은 비용과 간단한 절차만으로 특허출원을 여러 국가에서 보호받을 수 있다. 반면 특허권의 침해 및 무효소송의 효력이 UPC 당사국 모두에 미치기 때문에 과급효과가 클 것으로 예측된다. 초국가적 특허 침해가 증가하는 시점에 통일된 역내 특허제도는 우리나라를 둘러싼 동아시아의 단일한 특허제도에도 여러 시사점을 준다.

이러한 환경 속 이 논문은 EU의 EPO와 UPC, 아프리카의 ARIPO와 OAPI, GCC의 GCCPO, 유라시아의 EAPO를 비교법의 관점에서 분석하였다. EU는 브렉시트 및 유럽 각국에서 제기된 소송을 겪고 장기간의 점진적 논의과정을 거쳐 EPO와 UPC에 관한 합의를 도출했다. 또, ARIPO, OAPI는 식민 해방, GCCPO와 EAPO는 지정·지경학적 환경 변화라는 특수한 상황이 국가연합의 수립을 촉진시켰고 이로 인해 국가 간 특허기구의 설립도 가속화되었다. 이들을 살펴보면, 역내 문화와 특성이 제도 속에 반영되었는데, ARIPO의 스와콤포문트 의정서를 통한 전통지식의 보호, GCCPO의 샤리아법 준수 의무 등이 대표적이다. 언어적 측면에서 EAPO는 구소련국가들이므로 러시아어를, GCC는 아랍어를 채택하였다. ARIPO와 OAPI는 식민국가의 영향을 받아 각각 영어 및 프랑스어를 공용어로 채택하였다. 또, 특허출원 단계에서 EU의 단일특허규정과 단일언어번역규정, ARIPO의 하라레의 정서, OAPI의 방기협정, GCCPO의 GCC특허법, EAPO의 유라시아 특허협약 등 조약 체결을 통해 신청, 심사, 출원, 효력에 관한 내용을 명시하고 있다. 마지막으로, 침해 및 무효소송 등의 사법적 단계에서는 EU와 같이 UPC라는 단일 사법기관의 판결이 모든 당사국을 구속하는 경우, ARIPO와 OAPI와 같이 사법절차는 국내절차에 일임하는 유형이 있다. 이 둘의 중간적 형태로 EAPO와 GCC는 EU와 같이 단일한 사법기관은 없지만 당사국 간 사법협정을 채택한 경우도 있었다.

이러한 점을 바탕으로 동아시아 특허협력을 살펴본 결과, RCEP 내 지식재산 분야 논의의 발전양상은 점진적이고 장기적인 국가 간 차이 해소 과정을 거친 EU와 유사점이 더 많았다. 예컨대, 최근 인도의 탈퇴 등은 다수국 간 협정 체결과정에서 나타나는 견해의 차이를 보여주는 사례이며, 지식재산권 분야에서는 유전자원, 특허존속기간 등을 두고 국가 간 의견대립을

보여주었다. EU의 국가 간 의견대립은 언어 문제에서도 나타났는데, 효용성, 경제성, 범용성 등을 고려하여 동아시아 특허제도의 공식 절차 언어는 영어로 채택하는 것이 현실적이다.

또, 신청, 심사, 등록 등의 특허출원 단계와 침해 및 무효소송 등의 사법 단계 모두 한·일·중 3국의 협력을 바탕으로 ASEAN 및 RCEP으로 확대해야 한다. 우선, 공통점이 많은 한·일 특허제도를 기반으로 이를 한·일·중에 확대해 심결기준의 평준화, 특허권 부여 과정 및 분쟁 해결 과정의 통일성 부여 등을 달성할 수 있을 것이다. 이를 ASEAN 및 RCEP 당사국들로 확장하기 위해 특허협력 인정협약을 우선 활용할 수 있을 것이다. 사법적 단계 또한 현재 수준에서 UPC처럼 동아시아 역내 단일 사법기구를 구성하는 것은 현실적으로 어렵기 때문에 RCEP협정과 송달협약, 증거협약, 뉴욕협약 등 국제조약을 준용하는 동시에 양·다자 사법협정을 통해 그 범위를 확대시켜 나가야 한다. 구체적으로, 현존하는 양·다자조약을 준용하되, 단계적인 한·일·중 간 상사 및 민사 사법 분야 협력조약 체결을 통해 ASEAN과 RCEP으로 확장해야 한다. 국제조약의 측면에서는 ASEAN 국가들이 송달협약, 증거협약 및 뉴욕협약에 가입하도록 유도해야 한다. 또, 각국 심판 및 소송에서 쟁점 효 및 유력한 증거 효 인정 협의를 위한 방안으로 이행강제성이 없는 무효 확인과 권리범위 확인을 심리하는 한·일·중 3국 간 위원회 추진을 검토할 수 있다.

RCEP이라는 경제통합 기구를 통한 동아시아 지식재산권 논의는 상당 부분 진전을 이루었다고 평가할 수 있다. 그러나 현재 RCEP 내 지식재산권 논의가 출원, 심사, 등록 과정부터 침해·무효소송 등 단일한 사법적 절차 수준의 제도 도입으로 이어지기에는 제한사항이 많을 것으로 인식된다. 이를 해소하기 위해서는 국가 간 제도의 차이, 경제력 및 산업의 발전추세 등을 종합적으로 고려한 뒤 점진적으로 확대해나가야 한다. 이러한 특허제도의 통일화가 역내 통합, 공생과 평화의 역할을 해줄 것을 기대한다.

국가 간 특허기구 비교 연구 및 동아시아 특허협력 방안 - 김 동 규 · 전 우 정	수령 날짜	심사개시일	계재결정일
	2023.05.12.	2023.06.05.	2023.06.26.

[참고문헌]

1. 국내 문헌

가. 단행본

- 김형건, 「유럽연합(EU) 단일특허제도 도입에 따른 과제와 전망」, 한국법제연구원, 2013.
- 양현모·이준호, 「남북연합의 정부·행정체제 구축방안」, 통일연구원, 2001.
- 최종고, “법학의 비교연구방법”, 「비교문화연구」 제2권, 1995.
- 새누리특허법률사무소, 「국가 간 통합 지재권 제도 도입에 관한 연구」, 특허청, 2017.
- 성대규, 「유럽연합(EU)의 통합적 분쟁해결절차에 관한 연구-지급명령 및 소액소송 절차를 중심으로」, 사법정책연구원, 2021.
- 윤영진, 「동북아시아 특허 공동체의 필요성 및 그 추진 방안에 관한 연구: 주요 특허 공동체 추진의 여건에 대한 고찰을 중심으로」, 한국과학기술원 대학원, 석사 학위논문, 2019.
- 조성민, 「중동 특허법」, 아이이북, 2017.
- 조영선, 「제7판 특허법 3.0」, 박영사, 2021.
- 주인, 「아프리카 전통지식 및 생물자원의 보호에 대한 소고: ARPIO, 케냐 및 남아프리카를 중심으로」, 한국방송통신대학교 대학원, 석사학위논문, 2016.
- 특허청·대한무역투자진흥공사, 「해외 지식재산제도 가이드-아프리카」, 대한무역투자진흥공사, 2020.
- 특허청·대한무역투자진흥공사, 「해외 지식재산제도 가이드-중동」, 대한무역투자진흥공사, 2020.

나. 논문

- 김동규, “유럽연합 특허패키지를 통해 살펴본 남북 특허 협력의 기반조성을 위한 비교법적 연구”, 「통일과 법률」 통권 제48호, 2021.
- 김병일, “전통지식의 독자적(sui generis) 보호 방안에 관한 연구: WIPO 논의 동향을 중심으로”, 「정보법학」 제16권 제1호, 2012.
- 김성기, “유럽 통합 특허법원의 설립과 발족”, 「산업재산권」 제52호, 2017.
- 김용진, “유럽연합 특허시스템의 대대적 변혁과 그 교훈”, 「법제연구」 제54호, 2018.
- 김정균, “분단국의 통일형태에 관한 연구”, 「국제법학회논총」 제28권 제1호, 1993.
- 박인수, “유럽연합의 기본법과 법의 일반원칙”, 「유럽헌법연구」 통권 제13호, 2013.
- 석광현, “한중일간의 민사사법공조조약의 체결을 제안하며”, 「아시아법제연구」 제2호, 2004.
- 이일호, “유럽 통합특허제도에 대한 역사적 논의가 주는 시사점에 관한 소고 - 역사는 발전하는가, 순환하는가?», 「연세법학」 제32권, 2018.
- 정민정·김예경, “역내포괄적경제동반자협정(RCEP) 주요 특징과 향후과제”, 「NARS 현안분석」 제183호, 2020.
- 정차호, “한국 특허제도의 변천: 특허권 강화의 역사”, 「과학기술정책」 제14권 제3호, 2004.
- 조영선, “특허권 공유의 법률관계: 특허법 제99조의 해석론과 입법론”, 「법조」 제60권 제3호, 2011.

채형복, “유럽연합법의 국내법적 효력과 적용”, 『국제법평론』 통권 제28호, 2018.
 최교수, “RCEP 지식재산 협정문에 관한 소고: 산업재산권을 중심으로”, 『지식재산연구』 제16권 제3호, 2021.
 한유진, “신지식재산권의 강화와 아프리카의 딜레마: 식량인가? 에너지인가?”, 『아프리카학회지』 제33권 제1호, 2011.

다. 기타

기율 특허법률사무소, “아랍 및 중동 특허제도의 소개”,
<https://kiyul.co.kr/archives/13343>(검색일: 2023년 3월 23일) 혹은
<https://kiyulpat.tistory.com/6> (검색일: 2023년 4월 24일).
 법무법인(유) 세종, 새로운 유럽특허 제도, 2023년 6월 1일 시행… 임시 조치의 사전
 시행에 따른 전략적 대응 필요,
<https://www.shinkim.com/kor/media/newsletter/1987> (검색일: 2023년 4월
 30일).
 연합뉴스, “[팩트체크] ‘한일중·’ ‘한중일’ 어떻게 부르는게 맞나?”, 2019년 12월 23일.
<https://www.yna.co.kr/view/AKR20191223122100502> (검색일: 2023년 4월
 30일).
 이유리나, “일본 특허청, 러시아 특허청 및 유라시아 특허기구과의 특허심사하이웨이
 중단”, 한국지식재산연구원 홈페이지, 2022년 5월 24일,
[https://www.kiip.re.kr/board/trend/view.do?bd_gb=trend&bd_cd=1&bd_item=0
 &po_item_gb=JP¤tPage=6&po_no=21219](https://www.kiip.re.kr/board/trend/view.do?bd_gb=trend&bd_cd=1&bd_item=0&po_item_gb=JP¤tPage=6&po_no=21219) (검색일: 2023년 4월 24일).
 전소정, “중국 특허출원 심사의견통지서에서 번역 상의 오류로 인한 거절이유 사례 및
 분석-중국 특허출원 심사의견통지서에서 번역 상의 오류로 인한 거절이유 사례
 및 분석”, 특허와 상표, 2013년 6월 5일,
[http://www.kpaanews.or.kr/m/content/view.html?§ion=86&no=1648&cate
 gory=88](http://www.kpaanews.or.kr/m/content/view.html?§ion=86&no=1648&category=88) (검색일: 2023년 5월 8일).
 정수연, “[우크라이나 사태] 유럽연합 지식재산청, 우크라이나 대상 EUIPO 절차 기한
 연장”, 한국지식재산연구원 홈페이지, 2022년 4월 26일,
[https://www.kiip.re.kr/board/trend/view.do?bd_gb=trend&bd_cd=2&bd_item=0
 &po_item_gb=¤tPage=3&po_no=21146](https://www.kiip.re.kr/board/trend/view.do?bd_gb=trend&bd_cd=2&bd_item=0&po_item_gb=¤tPage=3&po_no=21146) (검색일: 2023년 4월 24일).
 주벨기에 대사관, “[지재권정책] 통합특허법원 구조(UPC Structure)”, 2017년 2월
 14일,
[https://overseas.mofa.go.kr/be-ko/brd/m_7571/view.do?seq=1283183&srch
 Fr=&srchTo=&srchWord=&srchTp=&multi_itm_seq=0
 &itm_seq_1=0&itm_seq_2=0&company_cd=&company_nm](https://overseas.mofa.go.kr/be-ko/brd/m_7571/view.do?seq=1283183&srchFr=&srchTo=&srchWord=&srchTp=&multi_itm_seq=0&itm_seq_1=0&itm_seq_2=0&company_cd=&company_nm) (검색일: 2023년 4월 24일).
 특허청, “특허청, 아세안(ASEAN) 8개국 특허청과 청장회담 개최”, 2022년 11월 15일.
[https://www.kipo.go.kr/ko/kpoBultnDetail.do?menuCd=SCD0200618&ntatc
 Seq=19609&aprchId=BUT0000029&sysCd=SCD02](https://www.kipo.go.kr/ko/kpoBultnDetail.do?menuCd=SCD0200618&ntatcSeq=19609&aprchId=BUT0000029&sysCd=SCD02) (검색일: 2023년 4월 26일).
 한국법제연구원·법령번역센터, 용어검색 > 조문체계,
https://elaw.klri.re.kr/kor_service/lawsystem.do (검색일: 2023년 5월 1일).
 한국지식재산연구원, “유라시아특허기구, 유라시아 디자인특허 제도 도입”, 2019년
 11월 28일,

https://www.kiip.re.kr/board/trend/view.do?bd_gb=trend&bd_cd=1&bd_item=0&po_no=19247 (검색일: 2023년 4월 24일).

한국지식재산연구원, “유럽연합 준비위원회, 유럽 차원에서의 특허 보호를 위한 개정사항 투표”, 2014년 5월 9일,

https://www.kiip.re.kr/board/trend/view.do?bd_gb=trend&bd_cd=1&bd_item=0&po_no=13612 (검색일: 2023년 4월 24일).

황보현, “[영리더 프로그램 참여기]한중일 법률용어의 통일”, 법조신문, 2015년 5월 2일, <http://news.koreanbar.or.kr/news/articleView.html?idxno=12220> (검색일: 2023년 5월 8일).

2. 외국 문헌

가. 단행본 및 논문

Marius Schneider and Vanessa Ferguson, *Enforcement of Intellectual Property Rights in Africa*, Oxford University Press, 2020.

Plomer, Aurora, A Unitary Patent for a (Dis)United Europe: The Long Shadow of History, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 46, 2015.

나. 조약 및 판결

African Intellectual Property Organization. (1977). Agreement Relating to the Creation of an African Intellectual Property Organization (Bangui Agreement), Retrieved May 1, 2023 from http://www.oapi.int/Ressources/accord_bangui/2020/anglais.pdf.

African Regional Intellectual Property Organization. (1982). Harare Protocol on Patents and Industrial Designs Within the Framework of the African Regional Industrial Property Organization (ARIPO), Retrieved May 1, 2023 from <http://www.aripo.org/wp-content/uploads/2018/11/Harare-Protocol-2019.pdf>.

Agreement on the Establishment of the Trilateral Cooperation Secretariat among the Governments of People's Republic of China, Japan, and the Republic of Korea, (December, 2010).

C-1/09 Opinion Pursuant to Article 218(11) TFEU [2011.03.08.].

Cooperation Council for the Arab States of the Gulf. (1992). Patent Regulation of the Cooperation Council for the Arab States of the Gulf, Retrieved May 1, 2023 from https://www.wipo.int/export/sites/www/scp/en/meetings/session_14/ips/gcc_reg_2.pdf.

Council Regulation (EU) No 1260/2012 of 17 December 2012 implementing enhanced cooperation in the area of the creation of unitary patent protection with regard to the applicable translation arrangements, December 17, 2012.

Eurasian Patent Organization. (1994). Protocol to the Eurasian Patent Convention

- of September 9, 1994 on the Protection of Industrial Designs, Retrieved May 1, 2023 from https://www.eapo.org/en/documents/norm/convention_txt.html.
- Flaminio Costa v ENEL (Case 6/64), [1964] ECR 585, 15 July 1964.
- Joined Cases C-274/11 and C-295/11. Kingdom of Spain (C-274/11),. Italian Republic (C-295/11). v. Council of the European Union.
- Minsk Convention on Legal Assistance and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Matters, (1993).
- Regional Comprehensive Economic Partnership(RCEP) Agreement, Chapter 11 Intellectual Property, (2020).
- Regulation (EU) No 1257/2012 of the European Parliament and of the Council of 17 December 2012 implementing enhanced cooperation in the area of the creation of unitary patent protection, December 17, 2012.
- Riyadh Arab Agreement for Judicial Cooperation, (1993).
- The Agreement on Settlement of Disputes Related to Commercial Activity, (1992).
- The GCC Convention for the Execution of Judgements, Delegations and Judicial Notifications, (1998).

다. 기타

- 2021 Progress Report of the Trilateral Cooperation*, (2022, June), Trilateral Cooperation Secretariat.
- Annual Report FY2021: September 2021-August 2022*, (2023, March), Trilateral Cooperation Secretariat.
- ARIPO: Who we are & What we do*, (n.d.), The African Regional Intellectual Property Organization (ARIPO), Retrieved April 24, 2023 from https://www.aripo.org/wp-content/uploads/2018/12/ARIPO_Who_We_Are__What_We_Do_1-1.pdf.
- EAPO: A HISTORY OF ESTABLISHMENT AND DEVELOPMENT*, (n.d.), Eurasian Patent Organization, Retrieved April 4, 2023 from <https://www.eapo.org/en/publications/reports/report2015/history.html>.
- Historique*, (n.d.), Organisation Africaine De La Propriété Intellectuelle, Retrieved April 4, 2023 from <http://oapi.int/index.php/en/oapi/presentation/historique>.
- Locations*, (n.d.), Unified Patent Court, Retrieved April 24, 2023 from <https://www.unified-patent-court.org/en/court/locations>.
- Unified Patent Court. Italy to obtain a branch office in Milan*, (2023, May 18), Italian Government Ministry of Foreign Affairs and International Cooperation, Retrieved June 26, 2023 from

- https://www.esteri.it/en/sala_stamp/a/archivionotizie/comunicati/2023/05/tribunale-unico-dei-brevetti-italia-otterra-sezione-distaccata-per-milano/.
- Our History*, (2018, November 8), The African Regional Intellectual Property Organization (ARIPO).
- Tavares. I, (2022, May 9), Bangui Agreement: A Summary of The Essential Changes, Inventa, Retrieved April 4, 2023 from <https://inventa.com/en/news/article/737/bangui-agreement-a-summary-of-the-essential-changes>.
- UK formally withdraws from Unified Patent Court*, (2020, July 30), Simmons & Simmons, Retrieved April 24, 2023 from <https://www.simmons-simmons.com/en/publications/ckda3v1mmk7120926aq8ts61b/uk-formally-withdraws-from-unified-patent-court>.
- UPC Agreement Ratification- Breaking news*, (2023, February 17), Unified Patent Court, Retrieved April 24, 2023 from <https://www.unified-patent-court.org/en/news/upc-agreement-ratification-breaking-news>.
- UPC Structure*, (n.d.), Unified Patent Court, Retrieved April 24, 2023 from <https://www.unified-patent-court.org/en/court/presentation>.
- Validation agreement with Cambodia enters into force*, (2018, March 1), European Patent Office, Retrieved April 24, 2023 from <https://www.epo.org/news-events/news/2018/20180301.html>.
- Vitor Sergio Moreira, (2021), “Africa: patening against the clock”, World Intellectual Property Review, Retrieved April 24, 2023 from <https://inventa.com/en/news/article/696/africa-patenting-against-the-clock>.
- WIPO IP Statistics Data Center (May 8, 2023 기준).

【국문초록】

역내 경제통합을 목표로 하는 국가연합들은 특허기구(청)를 수립하여 특허제도, 실무절차 및 사법절차의 통일화를 추구하고 있다. EU의 EPO와 UPC, 아프리카의 ARIPO와 OAPI, CIS의 EAPO, GCC의 GCCPO는 각각의 지정·지경학적 이유로 특허제도를 통일화하였다. 이들은 특허출원을 통해 역내 당사국의 영토 내에서 특허등록의 효력이 발생하도록 조약을 체결하였으며, 각각의 역내 문화와 특성을 반영한 특수한 특허제도 및 공용어를 채택하였다. 특허출원 방식 및 효력을 기준으로 ① 국가별 국내출원과 국가 간 특허기구를 통한 출원을 병용하여 선택, 출원방식에 따라 국내 그리고/혹은 역내에 효력을 부여하는 사례 ② 국가 간 특허기구를 통해서만 역내 및 국내 특허출원을 할 수 있는 강력한 중앙집권형인 사례로 분류할 수 있었으며, 특허 침해·무효소송 등의 사법적 단계를 기준으로 ① 단일한 사법기관의 판결이 모든 당사국을 구속하는 사례 ② 단일한 사법기관은 없지만 당사국 간 국내재판의 승인·집행에 관한 조약을 채택한 사례 ③ 사법단계는 국내재판에 일임하는 사례로 분류할 수 있었다.

우리나라의 동아시아 특허정책은 전통적으로 ‘한·일·중 3국’과 ‘ASEAN+3’에 집중되어 왔다. 2019년 동아시아 15개국이 RCEP협정과 부속되는 지식재산권에 관한 제11장을 채택함에 따라 역내 통일된 특허제도를 위한 최초의 시도가 이루어졌으며, 이는 상당한 의의가 있다고 평가할 수 있다. 상기 해외 국가 간 특허기구와의 비교분석을 통해 향후 더 높은 수준의 동아시아 특허제도의 통합을 위한 시사점을 도출하였다. 우선, RCEP 내 지식재산권에 관한 논의는 점진적이고 장기적인 논의를 진행해온 EU의 사례와 유사하다. 언어의 측면에서는 공식 절차 언어로 영어를 채택하는 것이 현실적이다. 또, 특허 출원·심사·등록 단계와 특허의 무효·침해 소송 등 사법적 단계의 통일화를 위해 한·일·중 3국의 협력 강화 및 제도 통일화를 우선 시행하여, 이를 기반으로 한 ASEAN 및 RCEP으로의 확장이 요구된다. 전자의 단계에서는 한·일 특허제도 통일화를 우선 시행하고 이를 한·일·중에 확대해야 한다. 한·일의 특허제도는 유사점이 많아 통합제도를 만들기에 적절하며,

한·중 간에는 특허분쟁이 많아서 통합제도 운영의 효용이 클 것으로 보인다. 이를 바탕으로 ASEAN 및 RCEP 당사국들로의 확장을 위해 특허효력 인정협약(Validation Agreement)을 활용할 수 있을 것이다. 한편, 사법단계에서는 한·일·중 3국 간 사법공조조약을 채택하고 RCEP이라는 틀을 유지하면서 ASEAN 국가들의 송달협약, 증거협약 가입을 유도해야 한다. 또, 각국 심판 및 소송에서 쟁점효 및 유력한 증거효 인정 협의를 위한 방안으로 이행강제성이 없는 무효확인과 권리범위 확인을 심리하는 한·일·중 3국 간 위원회 추진을 검토할 수 있다. 이를 바탕으로 ASEAN 및 RCEP 당사국들과의 사법공조협정 채택을 통해 동아시아 내 특허출원 단계부터 사법 단계까지의 통일화를 이룰 수 있다.

【Abstract】

Comparative Study of Inter-State Patent Organizations
and Cooperative Measures for East Asian Patent Collaboration

Kim, Dongkyu

(Master's Student, KAIST, Graduate School of Future Strategy,
Master's Program in Intellectual Property)

Jon, WooJung

(Assistant Professor, Graduate School of Future Strategy,
Master's Program in Intellectual Property)

Regional economic integration has led to the establishment of inter-state patent organizations that seek to harmonize patent systems, practices, and judicial procedures. EU's EPO and UPC, Africa's ARIPO and OAPI, CIS's EAPO, and GCC's GCCPO attained a certain level of unitariness of their patent systems and procedures due to their distinct geo-political and geo-economic reasons. They were established through an international treaty subsequently unifying the overall application, examination, and registration process for patents and establishing grounds for their effectiveness within the territories of the contracting states. In terms of patent application methods and their effectiveness, the characteristics of inter-state patent organizations can be classified into two categories; those that concurrently adopt patent application systems through both national and inter-state patent organizations; and those which adopt a strong centralized system that allows patent applications only through the organization itself. Meanwhile, in terms of the judicial

stage of infringement and invalidity proceedings of patents granted, the aforementioned inter-state organizations can be classified into three categories, according to the level of unitariness; judgements made by a single judicial body binding all parties; no unitary judiciary bodies but litigation proceedings carried out through the proceedings of the domestic court, while adopting a¹ international treaty on the recognition and enforcement of foreign judicial decisions; all judicial phases left to the national judicial courts.

The two pillars of South Korea's patent policy towards East Asia have traditionally been focused on the 'trilateral cooperation between Korea, Japan, and China' and the 'ASEAN+3'. Meanwhile, the adoption of the RCEP Agreement and its Chapter 11 on Intellectual Property Rights by 15 countries in 2019 was the first attempt to establish a unified patent system within the Asia-Pacific region. Through the comparative analysis of the aforementioned inter-state patent organizations, implications were drawn for a higher level of integration of the Asia-Pacific patent systems henceforth. First of all, discussions on intellectual property across RCEP are more akin to those in the EU, which is characterized by gradual and long-term discussions. As a specific course of action to adopt a higher level of patent system in the Asia-Pacific region, the official working language should be English and the unification and harmonization of the Korean-Japanese patent system should be carried out first throughout the patent application, examination, and registration stages, and then expanded to Korea, Japan, and China. The patent systems between Korea and Japan have many similarities that make them suitable for initial coordination, and since numerous patent disputes arise between Korea and China, a unitary system would be regarded highly beneficial. The Validation Agreement can be utilized for the expansion of these systems to ASEAN and RCEP countries. Meanwhile,

during the judicial stage, e.g. the infringement and invalidity proceedings of patents, a trilateral treaty on judicial cooperation between Korea, Japan, and China should be adopted, and concurrently, ASEAN countries should be induced to adopt and accede to the Hague Service Convention, Hague Evidence Convention, and the New York Convention, while maintaining the framework of RCEP. In addition, a Korea, Japan, and China trilateral committee to hear non-enforceable declarations of ineffectiveness and confirmation of the scope of a patent could be considered as a way to coordinate collateral estoppel and the admissibility of evidence in national trials and litigation. The adoption of judicial cooperation agreements with ASEAN and RCEP countries will help unify the patent system cycle and the judicial phases in the Asia-Pacific.

주제어(Keyword) : 유럽특허청(EPO), 유럽통합특허법원(UPC), 아프리카지역 지식재산기구(ARIPO), 아프리카지식재산기구(OAPI), 걸프지역특허청(GCCPO), 유라시아특허기구(EAPO), RCEP, 한·일·중 3국 특허협력, ASEAN+3 특허협력

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, 일반 논문, 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’ 논문 투고자 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 법학 연구원에 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, 출판
년도, 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 논문
초록을 첨부하여야 한다.
- 논문초록에는 초록작성 언어로 논문명과 필자명, 소속이 함께 표기
되어야 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 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 제111호 원고모집

고려대학교 법학연구원에서는 高麗法學 제111호에 수록될 원고를 다음과 같이 모집합니다. 많은 투고를 바랍니다.

— 다 음 —

1. 제출 기한

2023년 11월 15일 (12월 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 신의 성실의 원칙에 입각하여 합리적인 방식으로 인용하여야 한다.

④ 저자는 원칙적으로 공표된 저작물을 인용하여야 하며, 공개되지 아니한 학술 자료를 논문심사나 연구제안서 심사 또는 사적 접촉을 통하여 확

특한 경우에는 반드시 해당 연구자의 동의를 얻어 인용하여야 한다.

⑤ 저자는 타인이 이미 발표한 논문에 담긴 이론이나 아이디어를 번안해서 자신의 저작물에 소개할 때에는 그 출처를 명시해야 한다.

⑥ 저자는 하나의 출처로부터 집중적으로 차용하는 경우 어떤 아이디어가 자신의 것이고 어떤 아이디어가 참조된 출처로부터 왔는지를 독자들이 명확하게 알 수 있도록 집필해야 한다.

⑦ 저자는 연구의 방향을 결정하는 데에 중대한 영향을 주었거나 독자가 연구 내용을 이해하는 데에 도움이 될 수 있는 중요한 공개된 문헌이라면 관련 연구자가 이론적·경험적으로 알 수 있는 경우를 제외하고는 모두 참고문헌에 포함시켜야 한다.

⑧ 선행연구 리뷰에서 초록을 사용했으면서도 참고문헌 목록에는 학술지 논문을 인용하거나, 논문의 출간 버전을 인용하면서 실제로는 학술회의 발표논문집에 출간된 초기 버전 또는 예비 버전을 사용하는 것을 피해야 한다.

제16조 (일반 지식의 인용방법) ① 타인의 아이디어 또는 그가 제공한 사실에 관한 정보를 사용할 때에는 누구의 것인지 출처를 밝혀야 하지만, 그것이 일반적으로 공지된 지식이거나 독자들이 인지하고 있는 자료인 경우에는 예외로 한다.

② 어떤 개념 또는 사실이 일반 지식인지 의문이 드는 경우에는 인용하는 것이 바람직하다.

제 2 절 연구부정행위

제17조 (연구부정행위의 정의) “연구부정행위”라 함은 전 연구과정(연구의 제안, 연구의 수행 및 연구결과의 보고 및 발표, 연구심사·평가 행위 등)에서 발생하는 위조 및 변조행위, 표절행위, 부당한 논문저자 표시 행위, 중복게재 행위 등을 말한다.

1. “위조”는 존재하지 않는 데이터 또는 연구결과 등을 허위로 만들어 내는 행위를 말한다.
2. “변조”는 연구 재료·장비·과정 등을 인위적으로 조작하거나 데이터를 임의로 변형·삭제함으로써 연구 내용 또는 결과를 왜곡하는 행위를 말한다. (여기서 “삭제”라 함은 기대하는 연구결과의 도출에

방해되는 데이터를 고의로 배제하고 유리한 데이터만을 선택하여 사용하는 행위를 말한다.)

3. “표절”은 저작권법상 보호되는 타인의 저작, 연구 착상 및 아이디어나 가설, 이론 등 연구결과 등을 정당한 승인 또는 인용 없이 사용하는 행위를 말한다.
4. “부당한 논문저자 표시”는 연구내용 또는 결과에 대하여 학술적 기여를 한 사람에게 정당한 이유 없이 논문저자 자격을 부여하지 않거나, 학술적 기여가 없는 자에게 논문저자 자격을 부여하는 행위를 말한다.
5. “중복게재”는 편집인이나 독자에게 이미 출간된 본인 논문의 존재를 알리지 않고 이미 출간된 본인 논문과 완전히 동일하거나 거의 동일한 텍스트의 본인 논문을 다른 학술지에 다시 제출하여 출간하는 것을 말한다.

제18조 (아이디어 표절) ① “아이디어 표절”이라 함은 창시자의 공적을 인정하지 않고 전체나 일부분을 그대로 또는 피상적으로 수정해서 그의 아이디어(설명, 이론, 결론, 가설, 은유 등)를 도용하는 행위를 말한다.

② 저자는 통상 각주 또는 참고인용의 형태를 통해 아이디어의 출처를 밝힐 윤리적 책무가 있다.

③ 저자는 타인의 연구제안서 및 기고 원고에 대한 동료 심사 등을 통해 알게 된 타인의 아이디어를 적절한 출처와 인용 없이 도용해서는 안 된다.

제19조 (텍스트 표절) “텍스트 표절”이라 함은 저자를 밝히지 않고 타인 저술의 텍스트 일부를 복사하는 행위를 말한다.

제20조 (모자이크 표절) “모자이크 표절”이라 함은 타인 저술의 텍스트 일부를 조합하거나, 단어를 추가 또는 삽입하거나, 단어를 동의어로 대체하여 사용하면서 원저자와 출처를 밝히지 않는 행위를 말한다.

제21조 (중복게재) ① 이미 출간된 본인 논문과 주된 내용이 동일하다면 후에 출간된 본인 논문의 본문이 다소 다른 시각이나 관점을 보여주는 텍스트를 사용하거나 이미 출간된 동일한 데이터에 대한 다소 다른 분석을 포함하더라도 중복에 해당한다.

② 이미 출간된 논문을 인지할 수 없는 다른 독자군을 위하여 중복게재

를 하는 경우에는 두 학술지의 편집인이 중복게재에 대해 동의해야 하고, 저자는 학술지의 독자들에게 동일 논문이 다른 학술지에 출간되었다는 사실을 밝혀야 한다. 한 언어로 출간된 논문을 다른 언어로 번역하여 다른 학술지에 출간하는 경우도 마찬가지이다.

③ 동일논문을 서로 다른 학회지에 복수로 기고하는 것은 금지되며, 하나의 학술지에 게재거부가 결정된 후에 다른 학술지에 기고하는 것이 원칙이다.

제22조(연구부정행위의 사후조치) ① 연구부정행위 의혹이 제기되면 편집위원회가 부정행위 조사를 실시한 후 과반수 투표로 최종 결정한다. ② 연구윤리를 위반한 투고자는 향후 고려법학 투고가 금지된다. <본조 신설 2016. 6. 9>

제23조 (연구부정행위와 저작권침해 유의) ① 논문이 학술지에 게재되면 통상적으로 저작권은 학술지 발행인에게 이전된다. 따라서 저자는 학술지에 게재된 논문을 다른 형태로 출간하거나 재사용할 때에는 저작권 침해의 우려가 있음을 유의하여야 한다. ② 중복게재는 저작권침해의 우려가 있으므로 유의하여야 한다. ③ 저작권이 보호된 출처로부터 광범하게 텍스트를 인용하는 경우에 인용부호를 적절하게 사용하거나, 제대로 환문하였다 하더라도 저작권이 침해될 수 있음을 유의하여야 한다.

제 3 절 비윤리적 연구행위

제24조 (심사과정의 비윤리적 연구행위) ① 심사자는 연구제안서 또는 논문심사 과정에서 알게 된 특정정보를 원저자의 동의 없이 심사자가 직간접으로 관련된 연구에 유용해서는 안 된다.

② 다음 각 호의 행위는 심사과정의 비윤리적 연구행위에 해당할 수 있으므로 삼가야 한다.

1. 자신이 의뢰받은 논문심사를 학생이나 제3자에게 부탁하는 행위
2. 심사 중인 연구제안서나 논문의 내용을 학과나 학회 동료들과 논의하는 행위
3. 심사종료 후 심사물의 사본을 반납하거나 분쇄하지 않고 이를 보유

하는 행위

제25조 (비윤리적 연구행위) 다음의 행위는 윤리적으로 부적절한 연구행위에 해당할 수 있다.

1. 공동연구의 사실을 적절한 방식으로 알리지 않고 학회나 세미나에서 발표하는 행위
2. 연구계획이 해당분야에 상당히 기여할 것이라는 확신을 주어 연구비를 지원받으려고 기대효과에 관한 진실을 왜곡하는 행위
3. 제출된 논문을 심사하는 과정에서 명예를 손상시키는 언명이나 인신공격을 하는 행위
4. 금전적 이익을 얻기 위해 연구결과를 과대평가하는 행위
5. 논문을 읽지 않고 심사·평가하는 행위
6. 연구비 유용행위
7. 연구업적 및 결과를 허위로 진술하거나 보고하는 행위

제 4 절 부적절한 집필행위

제26조 (부적절한 집필행위) 다음의 행위는 부적절한 집필행위에 해당한다.

1. 부적절한 출처인용
2. 참고문헌 왜곡
3. 출간논문을 인용하면서 초록 등에 의존하는 행위
4. 읽지 않거나 이해하지 못한 저술의 출처인용
5. 하나의 출처로부터 집중적으로 차용하면서 부분적으로만 출처를 밝히는 행위
6. 텍스트의 재활용 행위
7. 연구업적을 부풀릴 의도로 하나의 논문으로 게재되었어야 할 연구결과를 수 개의 논문으로 분할하여 게재하는 행위

제27조 (참고문헌의 왜곡금지) ① 참고문헌은 논문의 내용과 직접적으로 관련이 있는 문헌만 포함시켜야 한다. 학술지나 논문의 인용지수를 조작할 목적으로 또는 논문의 게재 가능성을 높일 목적으로 관련성에 의문이 있는 문헌을 의도적으로 참고문헌에 포함시켜서는 안 된다.

② 자신의 데이터 또는 이론에 유리한 문헌만을 편파적으로 참고문헌에

포함시켜서는 안 되며, 자신의 관점과 모순될 수 있는 문헌도 인용할 윤리적 책무가 있다.

제28조 (텍스트의 재활용) ① “텍스트의 재활용”이라 함은 저자가 자신의 다른 저술에서 이미 사용했던 텍스트의 일부를 재사용하는 것을 말한다.
② 텍스트 재활용은 윤리적 집필정신에 어긋나므로 이미 출간된 텍스트를 재활용하는 것을 피해야 하며, 불가피하게 재활용하는 경우에는 인용부호를 표시하거나 적절한 환문을 하는 등 표준적 인용관행에 따라야 하며, 저작권 침해가 발생하지 않도록 하여야 한다.

부 칙

이 규정은 2007년 3월 1일 부터 시행한다.

부 칙 <2020.9.1.>

이 지침은 2020년 2월 4일로 소급하여 적용한다.

부 칙 <2021.8.16.>

제1조 (시행일) 이 지침은 2021년 8월 16일부터 시행한다.

제2조 (다른 규칙의 개정) **高麗法學** 게재 논문 심사규칙 일부를 다음과 같이 개정한다.

별첨 2의 내용 중 “‘**高麗法學** 게재 논문 심사규정’ 제4조 (심사판정과 이의제기)와 제7조 (비밀유지의무)”를 “‘**高麗法學** 게재 논문 심사규칙’ 제4조 (심사기준 및 방법)와 제7조 (이의제기) 및 제8조 (비밀유지의무)”로 한다.

[별첨 1]

高麗法學 논문 투고자 서약서/저작물 동의서

투고 논문	제 목							
	종 류	특집 논문		연구 논문		판례 평석		학술발표문 및 특별강연문

본인은 '高麗法學' 제 호에 게재를 희망하는 자로서 고려대학교 법학연구원 '高麗法學' 연구윤리지침을 준수하고 그 위반으로 인해 발생하는 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 법
학연구원 '高麗法學' 게재 논문 심사규칙' 제4조 (심사기준 및 방법)와
제7조 (이의제기) 및 제8조 (비밀유지의무)를 준수하고 그 위반으로 인해
발생되는 문제에 대해 전적으로 책임질 것을 서약합니다.

20 년 월 일

심사위원 : (서명 또는 인)

고려대학교 법학연구원 高麗法學 편집위원장 귀하

편집위원장: 김경욱 (고려대학교 법학전문대학원 교수)

편 집 위 원: 고세일 (충남대학교 법학전문대학원 교수)

김성은 (강원대학교 법학전문대학원 교수)

박찬호 (부산대학교 법학전문대학원 교수)

방준식 (영산대학교 법학과 교수)

신호영 (고려대학교 법학전문대학원 교수)

심재한 (영남대학교 법학전문대학원 교수)

윤은경 (제주대학교 법학전문대학원 교수)

최우진 (고려대학교 법학전문대학원 교수)

허완중 (전남대학교 법학전문대학원 교수)

하명호 (고려대학교 법학전문대학원 교수)

「高麗法學」은 고려대학교 법학연구원이 발간하는 법학학술지입니다.

문의나 건의사항이 있으신 분은 아래로 연락주시기 바랍니다.

서울특별시 성북구 안암로 145 고려대학교 법학연구원
lab004@korea.ac.kr

TEL : (02)3290-1630 / FAX : (02)922-4013

高麗法學 (제109호)

2023年 6月 20日 印刷

2023年 6月 30日 發行

發行人 金 河 兗

發行處 高麗大學校 法學研究院

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)