

한국민사법학회 2024년 춘계 학술대회

일시 : 2024. 4. 13.(토) 13:30 ~ 18:10

장소 : 고려대학교 CJ 법학관 베리타스홀

주최 : 한국민사법학회, 고려대학교 법학연구원

후원 : 고려대학교 법학연구원 민사법연구센터

13:00 ~ 13:30	등록		
13:30 ~ 13:50	개회식		사회
	개회사 : 김재형 교수 (한국민사법학회장, 서울대)		이계정 교수 (총무이사, 서울대)
	축사 : 강병근 교수 (고려대 법학연구원)		
13:50 ~ 15:30	제1세션		사회
	제1주제	대표권의 제한	정병호 교수 (서울시립대)
	발표자 : 백숙종 판사 (서울고등법원)		
	토론자 : 김세준 교수 (성신여대)		
	제2주제	지명채권양도에 있어 대항요건주의에 대한 고찰 - 비교법적 고찰을 포함하여	
	발표자 : 이지은 교수 (경북대)		
토론자 : 김현진 교수 (인하대)			
15:30 ~ 15:40	휴식		
15:40 ~ 18:10	제2세션		사회
	제3주제	신탁의 도산절연성 - 담보신탁의 도산절연성에 대한 논의를 중심으로	김제완 교수 (고려대)
	발표자 : 문혜영 교수 (아주대)		
	토론자 : 정소민 교수 (한양대)		
	제4주제	자동차사고에서의 과실비율 제도와 신뢰보호원칙	
	발표자 : 김성연 교수 (강릉원주대)		
	토론자 : 김영두 교수 (충남대)		
	제5주제	인공지능 제조물의 민사책임론	
발표자 : 이수경 연구교수 (고려대)			
토론자 : 최민수 교수 (국립안동대)			
18:10 ~ 18:30	총회		
18:30 ~	만찬		

대표자의 대표권 제한
- 판례법리를 중심으로 -1)

백숙중²⁾

I. 서론

II. 대표권 제한에 관한 판례법리의 소개

1. 주식회사의 경우
 - 가. 판례법리의 변경
 - 나. 대법원 2015다45451 전합판결 이후 하급심 판결의 분석
 - 다. 소결
2. 비영리법인의 경우
 - 가. 민법상 비영리법인
 - 나. 특수법인
3. 비법인사단의 경우

III. 대표권 제한 법리의 개선방안

1. 논점의 정리
2. 대표권 제한 쟁점에 관한 비교법적 고찰
 - 가. 일본의 논의
 - 나. 독일의 논의
 - 다. 미국의 논의
3. 대표권 제한 법리의 기준 제안
 - 가. 영리법인과 비영리법인 사이의 균형
 - 나. 법인 위험부담의 원칙
 - 다. 약의자 보호의 문제
4. 대표권 제한 법리의 개선
 - 가. 문제의 제기
 - 나. 민법 제60조의 개정안 제시

IV. 결론

V. 보론: 대표권 남용과 관련된 몇 가지 문제

1. 주관적 요건의 요부(要否)
2. 대표권 제한과 대표권 남용의 양립 가능성
3. 거래상대방의 보호기준

1) 이 글은 한국민사법학회가 주최한 2024년 춘계학술대회 발표를 위해 필자의 박사학위 논문(백숙중, “법인 대표자의 대표권 제한에 관한 연구 - 판례법리를 중심으로-”, 서울대학교 법과대학원 박사논문, 2023) 중 일부를 소개하는 한편 일부 내용을 보완하여 작성한 것입니다. 발표 당시 토론을 해 주신 성신여자대학교 김세준 교수님께 깊은 감사의 말씀을 전합니다.

I. 서론

법률에 의하여 법인격이 인정됨으로써 권리·의무의 주체가 되는 법인은, 자연인이 아니기 때문에 의사를 결정하고 또 행위하기 위하여 반드시 기관을 필요로 한다. 그 기관은 수인의 자연인, 법인으로 구성된 회의체일 수도 있고 자연인이나 법인 그 자체일 수도 있겠으나, 현실적으로 법인이 업무를 행하고 의사를 외부에 표시하는 등의 행위는 자연인에 의해 이루어질 수밖에 없다. 결국 법인의 의사결정기관과 집행기관, 대표기관은 법률적으로나 현실적으로나 대부분 일치하지 않는다. 이처럼 법인의 의사결정기관과 대표기관이 구분됨에 따라 법인 대표자가 한 행위의 효력을 온전하게 법인의 것으로 볼 것인지와 관련하여 다양한 법적 쟁점이 등장하게 되는데, 그중 대표적인 쟁점이 대표권 제한이다.

강학상 대표권 제한을 어떻게 정의하고 분류 또는 접근하는지에 대하여는 다양한 견해가 존재하지만 그 논의의 다양성과 방대함에도 불구하고, 실무에서 주로 문제되는 ‘대표권 제한’의 쟁점은, 법인 대표자가 다른 의사결정기관의 결의를 거쳐야 함에도 이를 거치지 않고 행위한 경우의 효력을 다투는 것에 집중되어 있고, 특히 영리법인의 경우에는 주식회사 대표이사가 상법 제393조 제1항 또는 정관 등 내부규정에 따라 요구되는 이사회 결의를 거치지 않고 행위한 사안이 분쟁의 대부분을 차지한다.³⁾ 의사결정기관인 총회 또는 이사회의 결의를 거쳐야 함에도 이에 위반하여 대표기관이 행위한 경우 그 효력을 어떻게 볼 것인가(이하 ‘대표권 제한 쟁점’이라고 한다)의 문제는 영리법인인 주식회사뿐 아니라 비영리법인과 특수법인, 비법인사단에서도 빈번히 일어나는데, 그동안의 판례는 법인의 종류에 따라, 또는 다투어지는 법률행위의 유형에 따라, 또는 대표권을 제한하는 근거에 따라 서로 다른 법리를 형성하여 왔다. 이에 적지 않은 경우 규범의 수범자인 법인과 거래상대방은 물론이고 판단자인 법원마저도 대표권 제한에 관한 다양한 판례법리를 구별하여 적용하는데 혼란을 겪고 있음을 부정할 수 없다.

이하에서는 영리법인의 대표적인 예로서 주식회사, 민법상 비영리법인과 비법인사단, 일부 특수법인을 중심으로 대표권 제한 쟁점에 관한 현재의 판례법리를 살피고, 주식회사 대표이사의 대표권 제한 쟁점에 관하여 종래 법리를 변경한 대법원 2015다45451 전합 판결 선고 이후 하급심의 동향을 분석하였다. 다만 지면의 제한

2) 서울고등법원 판사, 법학박사.

3) 익히 알려진 것처럼 현재 우리나라 회사들 중 90% 이상이 주식회사의 형태를 취하고 있고, 주주총회 결의를 거치지 않거나 준비금의 자본전입(상법 제461조)에서 이사회 결의를 흠결한 경우에는 무효로, 신주발행(상법 제416조)·사채발행(상법 제469조)에서 이사회 결의를 흠결한 경우는 유효로 보는 데에 큰 다름이 없다.

으로 인해, 그 배경이 되는 학설의 내용과 대표권 제한 쟁점의 전제가 되는 논제들, 대표권 제한의 분류 내지 접근방법, 현행 민법 제41조와 제59조 제1항 단서의 충돌에 관한 논의(정관의 기재 없이 사원총회 결의만으로도 이사의 대표권을 제한할 수 있는지)⁴⁾ 등은 언급을 생략하고 대표권 제한 쟁점에 관한 판례법리만을 중심으로 소개하되 주식회사의 경우 견해 대립이 거의 없는 주주총회 특별결의 흠결 사안 등은 제외하고, 상법 제393조 제1항 또는 내부적 규정에 따라 요구되는 이사회 결의가 흠결된 사안만을 대상으로 하였음을 밝혀둔다. 다음으로 대표권 제한 쟁점에 관한 비교법적 고찰을 통해 기존 법리의 타당성을 검토하고, 나아가 대표권 제한 쟁점에 관한 개선안을 제안하고자 한다. 마지막으로 대리권 남용에 관한 민법 개정안이 논의되고 있음을 계기로 보론의 형식을 빌려, 현재 선의·무과실의 상대방을 보호하고 있는 대표권 남용 법리에 관한 몇 가지 문제의식을 논하였다.

본고에서는 논의의 편의상, 대표권 제한에 위반한 행위라도 거래상대방의 선·악의 또는 대표권 제한이 등기되었는지 여부 등에 따라 유·무효를 달리 판단하는 법리를 ‘상대적 무효설’ 또는 ‘상대적 무효의 법리’라고 하고,⁵⁾ 그중 상대방의 인식이 기준이 되는 법리를 ‘인식설’, 대표권 제한이 등기되었는지 여부가 기준이 되는 법리를 ‘등기설’이라고 한다.⁶⁾

II. 대표권 제한에 관한 판례법리의 소개

1. 주식회사의 경우

가. 판례법리의 변경

최근 선고된 대법원 2021. 2. 18. 선고 2015다45451 전원합의체 판결(이하 ‘대법원 2015다45451 전합판결’이라고 한다)은 주식회사의 대표이사가 대표권 제한에 위반하여 행위한 경우 선의·무과실의 상대방이 보호된다고 보았던 종래 법리를 변경하였다. 위 판결은, ① 주식회사 대표이사가 이사회 결의 없이 거래행위를 한 경우 거래상대방은 상법 제389조 제3항, 제209조 제2항에 따라 보호받는데 위 조항에서 정한

4) 구체적인 내용은 졸고 백숙종, “법인 대표자의 대표권 제한에 관한 연구 - 판례법리를 중심으로-”, 서울대학교 법과대학원 박사논문(2023) 참조

5) 이론상으로는 원칙적 무효인지, 원칙적 유효인지 여부를 구별하는 것이 가능하겠으나, 본고에서는 이를 구별하지 않고 법인과 제3자 사이의 거래행위가 일정한 경우에는 무효, 일정한 경우에는 유효로 각각 다르게 판단되는 법리를 ‘상대적 무효’라고 한다.

6) 본문에서 자세히 살펴보겠지만, 현재 판례에 따르면 인식설의 법리는 주식회사에서 이사회 결의를 요하는 행위인 경우(상법 제393조 제1항 또는 정관 등에 따른 경우) 및 비법인사단에서 민법 제276조 제1항의 총유물의 관리·처분행위가 아닌 경우에, 등기설의 법리는 민법상 비영리법인의 경우에(민법 제60조) 각 적용되고 있고, 인식설의 법리는 다시 거래상대방의 선의·무과실을 요구하는지 아니면 선의·무중과실을 요구하는지 여부로 나뉘어져 있다.

‘선의의 제삼자’는 선의·무중과실을 의미하고, ② 이러한 법리는 대표이사 대표권의 내부적 제한뿐 아니라 상법 제393조 제1항에 따른 법률상 제한의 경우에도 마찬가지로 적용된다고 선언하였다. 이로써 그간 사문화되었던 상법 제209조 제2항에 의미를 부여하였고, 소위 법률상 제한(상법 제393조 제1항에서 이사회 결의를 요하도록 한 제한)과 내부적 제한(개별 회사의 정관에서 이사회 결의를 요하도록 한 제한)이 논리적으로 구별되는 것은 별론, 대표권 제한 쟁점에 관하여는 동일한 기준에 따라 해결되어야 함을 재차 확인하였다는 점에서도 의미를 가진다. 상법 제209조 제2항은 원래 합명회사에 관한 규정이지만 모든 영리법인(주식회사, 합자회사, 유한책임회사, 유한회사)에 적용되므로, 위 법리는 영리법인 대표자의 대표권 제한 쟁점 일반에 적용된다.

나. 대법원 2015다45451 전합판결 이후 하급심판결의 분석

1) 개괄

대법원 2015다45451 전합판결이 선고된 지 3년 남짓 경과하였다. 2024. 2. 1.을 기준으로 “2015다45451”을 검색어로 하여 검색되는 하급심 판결은, 대표권 제한 법리와 무관한 사안들 및 상급심 판결의 선고로 중복된 사건 등을 제외하면 94건이다 (확정되지 않고 상급심에 사건이 계속 중인 경우 포함). 회사가 채무자가 되는 소비대차계약 또는 회사가 제3자의 채무를 보증하는 행위의 효력이 다투어진 경우가 다수였고, 그밖에 회사가 (연대)채무를 부담하기로 하거나 제3자를 위해 회사 재산에 관해 담보를 설정해 주거나 회사 재산을 매매하는 계약 등 ‘회사가 의무를 부담하는 행위’의 효력이 주로 다투어짐을 알 수 있었다.

94건을 분석한 결과는 아래와 표와 같은데, 숫자만으로 본다면, 거래상대방의 악의·중과실이 인정된 비율은 약 18%(만약 (1)과 (2)만을 분모로 한다면 약 22%)로 매우 낮다고 보기는 어렵지만, 그 구체적 사안을 살펴보면 거래상대방이 명시적으로 알았다고 하여 악의를 인정하거나,⁷⁾ 회사 대표이사의 배임죄가 유죄로 인정되거나⁸⁾ 거래당사자인 회사들의 대표이사가 동일인이라는⁹⁾ 등의 악의에 가까운 사실관계가 존재한다.

[표 1 - 하급심 판결 분석]

(1) 악의·중과실 부정	(2) 악의·중과실 인정	(3) 이사회 결의 불필요 (가정적 판단: 악의·중과실 부정)	(4) 기타
---------------	---------------	------------------------------------	--------

7) 부산서부지방법원 2021. 7. 21. 선고 2020가합1012113 판결, 항소취하 확정

8) 창원지방법원 2023. 1. 13. 선고 22가단1407 판결, 미항소 확정

9) 서울중앙지방법원 2023. 9. 7. 선고 22가합526489 판결, 미항소 확정

57건 (확정 41건)	17건 (확정 9건)	16건 (확정 13건)	4건 (확정 3건)
-----------------	----------------	-----------------	---------------

2) 하급심 판결의 구체적 소개

앞서의 94건 중 1심과 2심의 판단이 달라진 경우는 4건인데(참고로 위 4건의 1, 2심 모두 대법원 2015다45451 전원합의체 판결 이후에 선고되었다), 이는 동일한 사실관계를 두고 거래상대방의 악의·중과실에 대한 법원의 평가가 달라질 수 있음을 단적으로 드러내는 예라 할 것이므로, 그 판단 내용을 상세히 소개한다.

① 먼저 서울고등법원 2022. 6. 8. 선고 21나2031321 판결(심불기각 확정)은 1심에서 인정되었던 거래상대방의 중과실이 항소심에서 부정된 사안이다. 투자전문회사인 원고가 A회사와 T회사에 부동산 취득 및 투자를 위해 돈을 대여하고 위 회사들은 그 차용금으로 E회사의 출자지분 100%를 인수하였으며, E회사는 D빌딩 등을 매수하였다. 피고는 E회사의 용역대금(D빌딩에 관해 발생한 용역대금) 채권자로, 원고와 피고는 원고의 A, T에 대한 대출금채권을 피고의 E에 대한 모든 채권보다 우선하여 회수할 수 있다는 후순위약정을 체결하였다.

1심¹⁰⁾과 2심 모두 이 사건 후순위약정 체결이 상법 제393조 제1항에 따라 피고 이사회 결의를 요한다고 하면서도 이사회 결의 흠결에 대한 거래상대방(원고)의 악의·중과실 판단에 관하여는 결론을 달리하였는데, 1심 법원은 다음의 사정들을 거시하여 원고의 중과실을 인정하였다.

“㉠ 원고는 전문적인 투자회사로서 상법상 중요한 자산의 처분 등 행위에 관하여 이사회 결의가 필요함을 잘 알고 있었던 것으로 보아야 하는 점, ㉡ 원고는 D빌딩의 취득 및 관련 사업을 실질적으로 진행하고 있던 X와 이 사건 후순위약정에 관한 논의를 하였을 뿐 피고의 의사에 대하여는 아무런 확인을 하지 않은 점, ㉢ X가 피고의 위임을 받아 원고와 이 사건 후순위약정 체결에 관한 논의를 하였던 것으로 보이지도 않는 점, ㉣ 이 사건 후순위약정서는 원고 측에서 만든 것으로서 그 문안 자체가 이 사건 대출계약 체결일 무렵 비로소 확정되었고, 피고가 약정서 초안을 교부받고 불과 1주일도 지나지 않아 이 사건 후순위약정이 체결되는 등 피고로서는 이사회를 소집할 시간적 여유도 없었던 점, ㉤ 원고는 이 사건 대출계약에 관한 A와 T의 이사회 회의록을 요구하였으면서도 이 사건 후순위약정에 관한 피고의 이사회 회의록은 요구하지 않았고, 피고가 이사회 결의를 거쳤는지 여부를 확인하려는 시도조차 하지 않은 점, ㉥ 원고는 이 사건 대출계약 이전에 피고와 아무런 거래를 한 적이 없었으므로, 피고가 원고와의 관계에서 업무를 처리함에 있어 이사회 결의를 거쳤을 것이라고 신뢰하였을 가능성도 거의 없는 점, ㉦ 이 사건 후순위약정의 체결은 피고 대표이사의 통상적인 업무내용과는 무관하다고 볼 수 있을 정도로 이례적인 성격의 것에 해당하는 점, ㉧ 원고는 이 사건 소송과정에서 이 사건 후순위약정의 체결이 이사회 결의사항이 아니라

10) 서울중앙지방법원 2021. 7. 16. 선고 2019가합565569 판결.

고 주장하고 있을 뿐 자신이 피고의 이사회 결의가 없었음을 중대한 과실 없이 알지 못하였다고 주장하고 있지는 않은 점 등에 비추어 보면, 원고는 이 사건 후순위약정 체결에 관한 피고의 이사회 결의가 없음을 알고 있었거나 적어도 중과실로 인하여 이를 알지 못하였다고 봄이 타당하다.”

반면 항소심은 다음과 같은 사정들을 이유로 원고의 악의·중과실을 인정할 수 없다고 보아 이 부분 1심 판단을 뒤집고, 원고의 청구를 인용하였다.

“㉠ 피고가 이 사건 대출계약 및 후순위약정 체결과 관련하여 밀접한 이해관계를 가지고 있었던 점, ㉡ 후순위약정 내용 자체만 놓고 보면 피고에게 불리해 보이지만 그 경위 등에 비추어 볼 때 피고 대표이사 甲이 당시 상황에서 원고로부터의 자금 조달이 더 이익이라는 경영판단에 따라 이 사건 후순위약정 체결에 이르게 된 것으로 보이는 점, ㉢ 당시 원고가 피고에게 이사회 결의서 등을 요구한 바는 없지만, 피고 이사회 결의가 없었다고 의심할만한 특별한 사정이 없었으므로 원고에게 일반적으로 이사회 결의가 있었는지 확인하는 등의 조치를 취할 의무까지 있다고 볼 수 없는 점, ㉣ 피고는 대표이사 甲과 임직원이 지분 100%를 보유하고 있는 회사로 2012. 2.경부터 2017. 8.경까지 개최된 모든 이사회에서는 대표이사 甲이 특정 의안을 부의하면 나머지 사내이사과 감사가 전원 동의하여 해당 의안을 결의하여 왔고, 이 사건 후순위 약정서도 甲에게 개인적으로 전달된 것이 아니라 피고 경영지원실 실장을 통해 전달되어 날인된 점, ㉤ 피고가 후순위약정서 초안을 교부받고 1주일도 지나지 않아 이 사건 후순위약정의 체결에 이르렀다고 하더라도, 상법 제390조 제3항에 따르면 이사회 소집 기간은 단축할 수 있는데, 피고의 정관 제24조 제5항에는 ‘이사회를 소집함에는 1일 전에 각 이사 및 감사에게 통지서를 발송하여야 하되, 이사 및 감사 전원의 동의가 있을 때에는 위 절차를 생략할 수 있다’고 정하고 있고, 여러 회사들의 정관도 유사한 규정이 있을 수 있으므로, 약정서 초안 교부 후 1주일 내 계약을 체결한 사정만으로 원고에게 이사회 결의가 불가능하다는 인식이 있었다고 보기 어려운 점 등”

② 서울고등법원 2023. 3. 8. 선고 21나2029496 판결(심불기각 확정)은 원고회사가 소외인의 채무를 연대보증한 행위의 효력이 다투어진 사안이다. 1심¹¹⁾은 당시 원고의 법인인감증명서, 보증에 관한 이사회 의사록 등이 교부되었고 연대보증의 합의서에도 원고 법인인감이 날인되었다는 등의 이유로 피고(거래상대방)의 중과실을 부정하였으나 항소심은 “당시 피고 대리인이 교부받은 이사회 의사록 상단에는 ‘이사 총수 및 참석이사수가 각 7명’이라고 기재되어 있음에도 하단에는 이사 5인의 기명 날인만 되어 있고, 그 기재내용도 명백하게 모순되는¹²⁾ 점, 합의서 작성 당시 원고 대표이사가 직접 참석하지도 않았고 위임서류가 제대로 갖추어지지 않았던 점

11) 서울회생법원 2021. 6. 9. 선고 2020가합100074 판결.

12) 항소심 판결문에 의하면, “본문에 ‘의장은 전환사채 발행 관련 담보제공의 건에 대하여 자세히 설명하고 이에 관해 가부를 물으니 전원 이의 없이 찬성하므로 다음과 같이 가결하다’라고 기재되어 있음에도 그 아래에는 위 가결되었다는 의안과는 전혀 무관한 ‘의안 보증 승인의 건, 채무자 甲, 차용금 30억 원, 보증인 원고’라고 기재되어 있는 등 명백하게 모순된 기재가 존재한다.”라고 지적하고 있다.

등”을 이유로 피고의 중과실을 인정하였다.

③ 청주지방법원 2023. 7. 7. 선고 22나54423 판결(미상고 확정)은 공동주택 건설 사업을 하는 피고 회사가 채권자인 원고에게 일정 기한까지 돈을 변제하지 못할 경우 피고 소유 토지 등을 이전해 주겠다는 이행각서(2017. 2. 13. 자 대물변제약정)를 작성한 사안에서 피고 이사회 결의가 부존재하였음을 이유로 각서의 효력이 다투어진 사안이다. 1심¹³⁾은 문제의 각서에 과반수 이상의 이사들이 날인한 점 등을 중과실 부정의 근거로 들었으나, 항소심은 위 각서상의 날인행위를 이사회 결의와 동일시할 수 없음을 이유로 피고의 중과실을 인정하였다.

④ 마지막으로 수원지방법원 2022. 11. 24. 선고 22나55200 판결(미상고 확정)은 1심¹⁴⁾과 달리 거래상대방과 회사 임원진 사이의 인적관계를 이유로 거래상대방의 악의·중과실을 인정하였다.

3) 분석: 거래상대방 악의·중과실 판단의 고려요소

분석대상으로 삼은 94건의 하급심판결들에서 적시한 구체적 내용에 비추어 법원이 거래상대방의 선·악의 또는 중과실 여부를 판단하는 사정으로 공통적으로 고려하는 요소들을 다음과 같이 유형화해 볼 수 있다.

① 회사와 거래상대방 사이의 관계(당사자들 사이의 특수 관계)

회사 대표이사 또는 회사를 대표해서 (회사 명의 서류를 작성하는 등) 실제로 거래행위를 한 자와 거래상대방 사이의 인적 관계(친인척 관계인지), 거래상대방도 법인이란 서로의 주주 구성 또는 임원진 등이 중복되는지 여부 등의 사정이다.

① (중)과실 부정의 근거

회사의 거래상대방이 회사의 일개 직원에 불과한 점, 거래행위를 한 당사자가 회사의 사실상 지배자였고 배우자가 명목상 대표이사였던 점, (소규모회사이고) 거래행위 협의를 한 자가 사실상 회사 운영에 관한 의사결정권을 보유한 자라는 점 등이 있다. 또한 거래당사자의 각 대표이사가 친밀한 관계에 있었다는 등의 사정만으로는 중과실이 부정된다는 판단도 있었다.

② (중)과실 긍정의 근거

회사와 거래상대방의 이사 또는 주주 구성이 겹치거나 상호 주식을 보유하고 있는 점, 회사와 상대방 회사가 모자회사 관계인 점, 회사와 거래상대방의 대표이사가 동일인인 점, 거래상대방이 과거 회사의 대표이사 또는 회사 설립자이자 회사의 그

13) 청주지방법원 2022. 6. 9. 선고 2021가단1612 판결.

14) 수원지방법원 2022. 1. 18. 선고 2020가단568541 판결. 제1심에서는 “원고가 주장하는 사정들만으로는 피고가 이사회 결의가 존재하지 않았음을 알았거나 알지 못한 데 중대한 과실이 있다고 단정하기 어렵다”라고만 판단하였다.

를 회장이었거나, 과거 회사의 (사내)이사로 회사 경영에 적극적으로 참여하였기 때문에 회사 내부 사정을 잘 알 수 있는 위치에 있었던 점, 상대방이 회사 운영이사로 재직 중이었던 기간에 회사로부터 퇴직수당을 지급받는 합의를 한 점, 거래상대방의 아들과 조카가 회사 이사로 재직하고 있었던 점, 거래상대방의 대리인이, 회사 대표이사 개인이 거래상대방에게 채무를 부담하는 상황에서 회사 명의의 차용증을 작성해 주는 것임을 잘 알고 있었던 점 등이 있다.

㉔ 거래의 유형과 내용

회사가 체결한 거래가 회사에게도 이익이 되는 것인지 아니면 대가없는 보증과 같이 회사에게 부담만 되는 거래인지 여부도 따져보아야 한다. 물론 보증계약 체결이라 할지라도 그 경위를 살펴 회사가 보증을 하는 것이 회사 사업에 이익이 되거나 사업상 필요한 행위였다고 판단된다면 거래상대방의 악의·중과실을 부정하는 요소로 작용하게 된다.

① (중)과실 부정의 근거

문제된 행위가 과거에 계속적, 반복적으로 일어난 행위이거나 종래 거래관계의 일환으로 행해진 것이라는 점, 종전에 문제없이 체결되었던 연대보증계약의 후속조치로 이 사건에서 이사회결의 흠결이 다투어지는 양도담보약정이 체결된 점, 회사가 채무인수계약을 한 후 실제 수회에 걸쳐 일부 돈을 거래상대방(채권자)에게 변제한 점, 회사를 지배하는 자와 회사가 채무를 보증한 주채무자 회사를 지배하는 자가 동일인인 점, 계약 체결의 경위와 진행상황에 비추어 보면 사실상 회사가 해당 보증행위를 하는 것이 이례적이라고 보기 어려운 점, 금전 차용행위는 대표이사의 거래행위로서 경험칙상 이례적이라고 보기 어려운 점, 해당 행위가 회사에 이익이 되는 점 등이 거시되었다.

한편, 당사자 사이에 과거 거래관계가 없는 점 역시 과실 부정의 사정으로 거시되기도 하는데, 이는 언뜻 앞서 본 종래 거래관계의 일환이거나 과거 거래관계의 계속이라는 사정과 모순되는 요소로 보이기도 한다. 그렇지만 거래의 내용에 따라서, “당사자 사이에 과거 거래관계가 없었다면 거래상대방이 회사 내부 사정이나 업무처리방식을 알기 어려웠을 것”이라는 판단과 “다투어지는 거래가 종래 거래관계의 일환·계속으로 일어난 거래였다면 거래상대방이 종전과 마찬가지로 절차를 모두 갖추었을 것이라고 신뢰하였을 것”이라는 판단 모두 가능하고, 어느 쪽이 보다 합리적인지 여부는 구체적 사안에 따라 달리 판단될 수 있을 것이라고 측면에서 바라본다면 이를 이해할 수 있을 것이다.

② (중)과실 긍정의 근거

당사자 사이에 과거 거래관계가 없는 점, 회사가 일방적인 의무를 부담하게 되는 거래이거나 회사와 거래상대방이 얻는 이익 사이에 현저한 차이가 있는 거래인 점, 효력이 다투어지는 거래(대물변제약정)가 회사의 유일한 사업(공동주택건설사업)의 사업부지를 양도하는 내용인 점, 회사 자본금 전액에 달하는 액수를 주채무자 대신 변제하기로 하는 약정은 경험칙상 이례에 속하는 거래행위인 점 등이 거시되었다.

③ 거래 당시의 상황

다투어지는 거래행위가 체결된 장소, 거래에 관여한 자 또는 참석자들의 지위(1인 주주 등 회사를 사실상 지배하는 자인지 여부), 물리적으로 이사회 결의가 불가능할 정도로 짧은 시간 사이에 거래가 체결되었는지 등이 고려되었다.

① (중)과실 부정의 근거

회사 대표이사실에서 회사 전무 등 담당실무자들이 배석한 상태에서 거래가 이루어진 점, 회사 대표이사가 직접 참석한 점, 장차 회사를 양수하기로 계약을 체결한 상태에서 거래 당시 회사의 경영지배인으로 선임되어 있었던 자가 회사 대표로 계약을 체결한 점, 회사의 주요주주(또는 사실상 1인주주)와 (대표)이사들이 거래행위(대여약정)에 관여한 점, 회사 대표이사가 회사의 1인주주이고 유일한 사내이사인 점 등이 거시되었다.

② (중)과실 긍정의 근거

거래상대방이 계약서 초안을 작성한 다음 회사에 교부하였는데 짧은 기간 안에 계약이 체결되는 등 이사회가 소집될 시간적 여유가 없었던 점 등이 있다.

④ 이사회 의사록 등 관련 서류의 제출·하자 여부

법인등기부등본은 물론이고 (법인)인감증명서, 주주명부, 정관, 이사회 의사록 등의 구비서류를 요구하였는지 또는 교부받았는지 여부가 주로 검토된다. 특히 최근에는 이사회 의사록 자체는 교부되었는데 교부된 이사회 의사록에 단순 오기로 보기 어려운 하자가 명백히 존재할 경우 이를 어떻게 평가할 것인지도 고민되는 요소로 보인다.

① (중)과실 부정의 근거

회사 실질 사주의 인감증명서가 첨부되고 그 직인이 날인된 점, (대표이사가 참석하여) 회사 법인인감도장을 소지하고 날인한 점, 회사 대표이사의 인감증명서를 지참한 대리인과 사이에서 공정증서가 작성된 점, 합자조합의 경우 조합 고유번호증, 인감등록부 등이 교부된 점, 당해 거래행위 안건이 가결되었다는 이사회 의사록을

교부받은 점, 회사의 인감증명서와 대표이사를 비롯한 임원들의 각 신분증이 첨부된 점, 이사회 의사록 사본을 이메일로 전달받았고 회사 대표이사, 등기이사가 매일 참조인으로 되어 있었던 점, 회사 이사회 의사록 외에도 법인등기부등본, 정관, 주주명부 등 회사 관련 서류를 징구받은 점, 이사 전원이 출석하여 회사의 연대보증 안전을 만장일치로 결의하였다는 이사회 의사록을 징구한 점, 해당 각서에 대표이사를 비롯한 이사들 과반수가 날인한 점,¹⁵⁾ 거래계약서 자체에 “회사는 이사회의 승인을 비롯하여 본건 계약서의 체결 및 유지를 위해 회사가 이행해야 하는 모든 조치를 취하였으며…”라는 내용의 회사의 진술·보증조항 또는 “계약 체결 및 근질권설정에 필요한 내부수권절차를 거쳤다”는 조항이 직접 기재되어 있는 점 등이 있다.

특히 이사회 의사록이 교부된 사실관계 하에서 거래상대방의 중과실을 부정한 판결 중에서, 매매계약서 최종본이 회사에 전달되기 전의 시점에 이사회가 개최된 것으로 표기된 점만으로는 이사회 결의가 없었다고 의심할 만한 특별한 사정이 있다고 보기 어렵다고 판단한 서울중앙지방법원 2022. 4. 7. 선고 21가합508651 판결(미향소 확정), 주채무자인 제3자의 이사회와 회사 이사회가 같은 날, 같은 시간, 같은 장소에서 개최된 것으로 이사회 의사록이 작성되어 있다는 등의 사정만으로는 거래상대방이 회사 이사회 결의의 존재나 효력을 의심할 만한 특별한 이유가 없다고 판단한 서울고등법원 2023. 10. 24. 선고 23나2009816 판결(심불기각 확정), 이사회 의사록에는 2명의 이사 전원이 출석하여 찬성한 것으로 기재되어 있었으나 회사 등기부상 이사는 4명이었던 사정만으로는 거래상대방의 악의·중과실을 인정하지 않은 서울고등법원 2022. 5. 11. 선고 21나2039981 판결(미상고 확정)¹⁶⁾ 등이 주목할 만하

15) 앞서 본 청주지방법원 22나54423 판결의 1심 판단 내용이다. 다만 항소심은 이러한 날인이 이사회 결의와 동일시될 수는 없다고 하여 거래상대방의 중과실을 인정하였다

16) 이에 관하여 1심 법원은 “피고로서는 단순한 업무상의 착오로 이 사건 이사회 의사록의 흠결을 발견하지 못한 것으로 보이고, 원고의 이사회 결의가 없다는 것을 알았거나 이에 거의 가까운 정도로 주의의무를 게을리하여 공평의 관점에서 피고를 구태여 보호할 필요가 없다고 볼 수 있는 상태에까지 이르렀다고는 보이지 않는다.”라고 하여 거래상대방인 피고의 중과실을 인정하지 않았다.

항소심 역시 다음과 같은 사정을 추가하면서 중과실이 인정되지 않는다는 1심의 판단이 타당하다고 보았다. “원고는 산업용 폐축전지 등을 제련하여 순연, 합금연과 같은 재생연을 생산하는 회사인데, 위와 같이 재생연을 생산하는 과정에서 폐기물인 광재가 다량 발생하는바, 원고는 이 사건 사업을 통해 설립된 폐기물처리시설을 사용하여 위와 같은 광재를 처리하려 하였기 때문에, X가 이 사건 사업을 추진하는 데 필요한 대출계약에 대하여 연대보증을 하였고, 피고도 원고가 위 폐기물처리시설을 사용할 예정이라는 사정을 알고 있었다. 또한 피고는 K가 원고와 X 두 회사 모두의 사실상 1인 주주로서 위 두 회사를 지배하고 있다는 사실도 인식하고 있었는데, 사실관계가 이러하다면 ‘원고와 지배주주가 동일한 X가 원고의 폐기물 처리와 관련성이 있는 이 사건 사업을 진행하고, 그 사업 진행에 필요한 대출계약에 대하여 원고가 연대보증을 하는 것’에 관하여, 금융기관인 피고의 입장에서는 이를 ‘원고의 재생연 생산 업무와 관련성이 있는 정상적인 법률행위’라고 인식하였을 여지가 크다. 이처럼, 외관상 원고가 자신의 사업 영위를 위해 이 사건 연대보증계약을 체결하는 것으로 보이고, 그러한 계약 체결 과정에 원고의 대표이사 및 지배주주가 직접 참여한 이 사건에 있어서, 피고가 원고

다.

② (중)과실 긍정의 근거

이사회 의사록을 교부받았으나 거기에 문제의 안건(회사 소유 골프회원권을 거래 상대방에 담보로 제공함)이 결의되었다는 내용은 포함되어 있지 않았던 점, 이사회 의사록을 교부받았으나 그 상단에는 이사 총수와 참석이사수가 각 7명이라고 기재되어 있었던 반면 하단에는 이사 5인의 기명날인만 되어 있고 기재내용도 명백하게 모순되는 점, 거래상대방이 회사 대표이사의 배임죄 수사 과정에서 “회사측이 허가권 담보제공 내지 양도를 위한 의사록을 준비하지 않아서 우리(거래상대방)가 먼저 이사회 의사록 초안을 직접 작성한 뒤 피고측 날인을 요구하여 날인이 이루어졌다”는 취지로 진술한 점, 해당 거래가 한 장의 문서에 일부는 수기로 내용을 가필하여 작성되어 있는데다가 법인인감증명서도 첨부되어 있지 않은 점, 과거의 거래행위(회사의 차용)에는 이사회 의사록을 교부받았으나 문제된 거래(대물변제)에서는 교부받지 않은 점, 대표이사가 법인인감을 날인하지 않고 개인서명만 한 점 등이 있다. 거래상대방이 회사 명의 차용증의 양식을 마련해 왔고 회사 대표이사는 그 양식에 인감을 날인하기만 한 점도 거래상대방의 중과실을 인정하는 근거로 거시되었다. 또한 해당 거래의 근간이 된 과거의 거래 당시에는 회사 이사회 의사록을 교부받았던 점을 이유로, 해당 거래가 이사회 결의사항임을 알고 있었을 것이라고 판단한 사안도 있었다.

㉔ 거래상대방의 특성

거래상대방이 단순한 채권자에 불과하여 회사의 내부관계에 관해 구체적으로 파악할 수 있는 지위에 있지 않았다는 점은 중과실이 부정되는 요소로 거시된 반면, 거래상대방이 전문적인 투자회사로서 상법상 중요한 자산 처분 등 행위에 관해 이사회 결의가 필요함을 잘 알고 있었던 것으로 보아야 하는 점을 들어 거래상대방의 중과실을 인정한 예도(앞서 본 서울고등법원 21나2031321 판결의 1심 판단, 항소심에서는 거래상대방의 중과실을 부정하였다) 있었다.

다. 소결

개별 사안에서 거래상대방의 선·악의, (중)과실 여부는 상대방의 내심의 의사에 불과하여 법원이 이를 정확히 판단하는 것은 쉽지 않다. 실제 선의·무과실의 상대방만이 보호된다는 과거 법리 하에서도 법원은 상대방의 ‘과실’을 매우 엄격하게 인정함으로써 거래안전을 보호하여 온 측면도 있었던 바, 거래상대방의 보호기준이 ‘선

의 이사회 결의 등 내부적 의사결정절차가 결여되었다고 의심할 만한 특별한 사정이 있었다고 보기 어렵다.”

의·무중과실’로 변경되더라도 강학적인 의미에서 ‘무과실’을 ‘무중과실’이라는 용어로 대체하는 것 외에 실제 결과에 영향이 없고 재판실무에도 큰 변화를 가져올 것으로 보이지 않는다는¹⁷⁾ 회의적인 시각도 있었다.

그럼에도 대법원 2015다45451 전합판결은 대표권을 제한하는 ‘이사회 결의’는 회사 내부의 절차이므로 회사 내부에서 발생한 위험을 대표이사와 거래한 상대방에게 전가하는 것은 바람직하지 않고, 대표권 제한 쟁점이 야기하는 법률적 위험을 부담하는 자는 원칙적으로 회사라는 점은 분명히 하였다는 데에 그 의의가 있다.

2. 비영리법인의 경우

민법전 제3장(법인)은 비영리법인 일반에 적용되고, 상법과 민법이 아닌 다른 법률에 근거하여 성립하는 법인 중 국가와 지방자치단체를 제외한 나머지 모두를 특수법인이라 한다.¹⁸⁾ 특수법인에 관하여는 ‘민법의 규정에 우선하여’ 설립의 근거가 된 해당 법률이 적용되는데,¹⁹⁾ 이하에서는 특수법인 중 (1) 의료법과 민법 제60조가 함께 적용되는 의료법인, (2) 「사립학교법」이 적용되는 학교법인, (3) 「공익법인의 설립·운영에 관한 법률」(이하 ‘공익법인법’이라고 한다)이 적용되는 공익법인, (4) 「사회복지사업법」을 통해 공익법인법의 이사회 규정 등이 준용되는 사회복지법인을 중심으로 대표권 제한에 관한 판례법리를 살펴본다. 특히 판례가 특수법인 대표자가 하는 일정 행위에 관해 관할청의 허가를 요하도록 한 규정을 강행규정으로 보면서도, 신의칙과 추인의 법리에 기대 거래상대방을 보호하고 있다는 점이 흥미롭다.

가. 민법상 비영리법인

민법 제60조는 “이사의 대표권에 대한 제한은 등기하지 아니하면 제삼자에게 대항하지 못한다.”라고 규정하고 있다. 원래 의용민법은 상법 제209조 제2항과 동일하게 “선의의 제삼자에게 대항할 수 없다.”고 규정하고 있었는데, 이에 대해 ‘신시대의 발달된 제도인 등기제도를 활용하여 제3자의 불측의 불이익을 예방하는 동시에 법인의 이익을 충족’할 수 있으리라는²⁰⁾ 기대 하에 현재와 같이 개정된 것이다.

17) 대법원 2015다45451 전합판결의 반대의견 참조.

18) 주석 민법 [총칙 2](제4판), 한국사법행정학회(2010), 45(강일원).

19) 사립학교법에 의하여 설립된 학교법인에 관하여 사립학교법이 우선 적용되어야 한다는 대법원 1986. 12. 4. 자 86마879 결정.

20) 양창수, “법인 이사의 대표권 제한에 관한 약간의 문제”, 민법연구(1), 박영사(2004), 114-115. 이와 관련하여, “의용민법에서도 등기하지 않은 경우에 대항할 수 없는 자의 범위를 단순히 ‘타인’이라고 하였던바(의용민법 제45조 제2항, 제46조 제2항 단서), 이런 점에서 보더라도 현행 민법이 의용민법과 달리 등기 여부에 따라 대항력 유무를 확립적으로 결정하려는 의사를 가진 것은 아니었음이 엿보인다”는 평가로 김증한·김학동, 민법총칙, 박영사(2013), 222 각주 14.

판례는 정관에 대표권의 제한이 기재되었더라도 그 내용이 등기되지 않은 이상 “내부관계에서 효력을 가지는데 불과”하다고 하는 한편 “그러한 등기가 없는 이상 총회 결의를 필요로 하는 정관 규정 있음을 알았거나 알 수 있었다 하여도 그 효력에 다를 바 없다”고 하였고(소위 '무제한설'),²¹⁾ 사단법인과 재단법인을 불문하고 이러한 태도를 일관하여 유지하고 있다.²²⁾

나. 특수법인

아래 표에 정리된 것처럼 학교법인과 공익법인, 사회복지법인 모두 개별 법률에서 이사회 심의·의결사항과 관할청의 허가사항을 각각 규정하고 있고(내용상 전자의 범위가 후자보다 넓다), 판례²³⁾는 특수법인 이사회 결의사항에 관한 특별법의 규정을 ‘법률상의 제한’으로 보고 민법 제60조의 적용을 배제하고 있으며, 다만 의료법인은 시·도지사의 허가사항에 관한 규정만 존재하므로 이사회 의결과 관련된 대표권 제한 쟁점에 관하여 민법 제60조가 적용된다.

[표 2 - 특수법인에 관한 개별 법률]

사립 학교법	<p>제16조(이사회)의 기능</p> <p>① 이사회는 다음 각 호의 사항을 심의·의결한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 학교법인의 예산·결산·차입금 및 재산의 취득·처분과 관리에 관한 사항 2. 정관 변경에 관한 사항 3. 학교법인의 합병 또는 해산에 관한 사항 4. 임원의 임면에 관한 사항 5. 학교법인이 설치한 사립학교의 장 및 교원의 임용에 관한 사항 6. 학교법인이 설치한 사립학교의 경영에 관한 중요 사항 7. 수익사업에 관한 사항 8. 그밖에 법령이나 정관에 따라 그 권한에 속하는 사항
	<p>제28조(재산의 관리 및 보호)</p> <p>① 학교법인이 그 기본재산에 대하여 매도·증여·교환·용도변경하거나 담보로 제공하려</p>

21) 대법원 1975. 4. 22. 선고 74다410 판결. 구체적으로는 후술하겠지만, 위 판결에서 대법원은 “소론 판례는 상사회사에 관한 것으로서 본건에 적절한 것이 못된다”라고도 판시하였던바, 당시 상법상 회사의 대표권 제한에 관하여는 상대방이 이사회 결의 없었음을 알았거나 알 수 있었다면 그 거래는 유효라고 하여 선의·무과실의 제3자를 보호하고 있었던 판례의 태도가, 민법상의 사단법인에는 적용되지 않음을 분명히 하였다.

22) 사단법인에서 채무인수에 관해 사원총회와 이사회 결의를 각각 거치도록 정하였다면 이는 대표권 제한에 해당하므로, 등기되었다는 주장·증명이 없는 한 상대방에게 이를 들어 채무인수의 효력을 부인할 수 없다고 본 대법원 1987. 11. 24. 선고 86다카2484 판결 등 및 재단법인 정관에 법인의 대표자가 법인의 채무를 부담하는 계약을 함에 있어서 이사회의 결의를 거쳐 노회와 설립자의 승인을 얻고 주무관청의 인가를 받도록 정관에 규정되어 있다면 이 규정은 법인대표권의 제한에 관한 규정으로서 등기하지 아니하면 제3자에게 대항할 수 없으므로, 위 제한이 등기되어 있다는 주장·입증이 없는 이상 법인은 제3자(원고)의 선·악의에 관계없이 보증계약의 효력을 부인할 수 없다고 한 대법원 1992. 2. 14. 선고 91다24564 판결 등.

23) 공익법인에 관한 대법원 2010. 9. 9. 선고 2010다37462 판결 및 사회복지법인에 관하여 같은 취지로 판단한 원심에 대한 상고를 기각한 대법원 2013. 3. 28. 자 2012다118716 판결.

	<p>는 경우 또는 의무를 부담하거나 권리를 포기하려는 경우에는 관할청의 허가를 받아야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 경미한 사항은 관할청에 신고하여야 한다.²⁴⁾</p> <p>② 학교교육에 직접 사용되는 학교법인의 재산 중 대통령령으로 정하는 것은 매도하거나 담보로 제공할 수 없다.</p>
공익 법인법	<p>제7조(이사회의 기능)</p> <p>① 이사회는 다음 사항을 심의 결정한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 공익법인의 예산, 결산, 차입금 및 재산의 취득·처분과 관리에 관한 사항 2. 정관의 변경에 관한 사항 3. 공익법인의 해산에 관한 사항 4. 임원의 임면에 관한 사항 5. 수익사업에 관한 사항 6. 그밖에 법령이나 정관에 따라 그 권한에 속하는 사항 <p>제11조(재산)</p> <p>③ 공익법인은 기본재산에 관하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 주무관청의 허가를 받아야 한다. <개정 2016.5.29></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 매도·증여·임대·교환 또는 용도변경하거나 담보로 제공하려는 경우 2. 대통령령으로 정하는 일정 금액 이상을 장기차입하려는 경우 3. 기본재산의 운용수익이 감소하거나 기부금 또는 그 밖의 수입금이 감소하는 등 대통령령으로 정하는 사유로 정관에서 정한 목적사업의 수행이 현저히 곤란하여 기본재산을 보통재산으로 편입하려는 경우
사회 복지 사업법	<p>※ 이사회 관련 규정은 별도로 없으나 공익법인법 제7조가 준용됨</p> <p>제23조(재산 등)</p> <p>③ 법인은 기본재산에 관하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 시·도지사의 허가를 받아야 한다. 다만, 보건복지부령으로 정하는 사항에 대하여는 그러하지 아니하다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 매도·증여·교환·임대·담보제공 또는 용도변경을 하려는 경우 2. 보건복지부령으로 정하는 금액 이상을 1년 이상 장기차입하려는 경우
의료법	<p>제48조(설립 허가 등)</p> <p>③ 의료법인이 재산을 처분하거나 정관을 변경하려면 시·도지사의 허가를 받아야 한다.</p> <p>의료법 시행규칙 제54조(기본재산의 처분허가신청)</p> <p>① 영 제21조에 따라 의료법인이 기본재산을 매도·증여·임대 또는 교환하거나 담보로 제공(이하 "처분"이라 한다)하려는 경우에는 별지 제32호서식의 기본재산 처분허가신청서에 다음 각 호의 서류를 첨부하여 처분 1개월 전에 보건복지부장관 또는 시·도지사에게 제출하여야 한다.</p>

1) 학교법인

판례²⁵⁾는 허가규정인 사립학교법 제28조 제1항을 ‘강행규정’으로 보고, 허가가 흠

24) 사립학교법 시행령 제5조 제1항은 ‘부동산, 정관에 의하여 기본재산으로 되는 재산, 이사회의 결의에 의하여 기본재산에 편입되는 재산, 학교법인에 속하는 회계의 매년도 세계잉여금 중 적립금’을 기본재산으로 한다고 정하고, 시행령 제11조(기본재산의 처분) 제5항에서 신고사항인 ‘대통령령이 정하는 경미한 사항’을 구체적으로 정하고 있다.

결된 경우 그 효력은 무효라고 한다. 실무상 주무관청의 허가가 흠결된 대부분의 경우에 이사회 결의도 흠결되어 있는데, 판례는 이에 관하여 일찍부터 “학교법인이 타인으로부터 금원을 차용하고자 할 때에는 같은 법 제16조 규정에 의한 이사회 결의를 거쳐야 하고, 또 같은 법 제28조의 규정에 의한 감독청의 허가를 받아야 하는 것이며 이와 같은 절차를 거치지 않았다면 그 차금행위는 무효라고 해석하여야 할 것이다”라고 하였고(대법원 1974. 5. 28. 선고 74다244 판결), 이러한 법리는 반복되어 판시되었다.²⁵⁾ 관할청의 허가는 얻었으나 이사회 결의가 없었던 사안에 관한 판례는 찾아볼 수 없었으나, 역으로 이사회 결의는 있었으나 허가를 얻지 못한 경우 판례²⁷⁾는 그 효력을 무효로 보고 있다.

한편 관할청 허가사항의 예외를 규정한 사립학교법 제28조 제1항 단서는 1997. 1. 13. 법률 제5274호로 신설되었는데, 대법원은 위 단서가 신설되기 전부터 위 조항은 학교법인 재산의 원활한 관리와 그 재산의 유지보호를 기함으로써 제1조에서 규정하고 있는 ‘사립학교의 건전한 발달을 도모’하자는데 그 목적이 있으므로, 위 법조에서 말하는 ‘의무의 부담’이라는 것은 위 목적과 대조하여 구체적으로 그 해당 여부가 결정되어야 할 것이지 학교법인의 유상계약체결에 따르는 모든 의무가 일률적으로 이에 해당한다고 단정할 수는 없다는 법리를²⁸⁾ 통해 개별 사안에서 구체적 타당성을 도모하여 왔다.

요컨대 사립학교법 제28조 제1항 단서와 사립학교법 시행령 제11조 제5항의 해석에 의해 허가사항이 아니고 신고사항에 불과하다는 점이 명백히 드러나지 않는다면, 어떠한 거래행위가 관할청의 허가를 받지 못하여 무효인지 여부를 판단하기 위해서는 먼저 그 행위가 사립학교법 제28조 제1항에서 정한 ‘의무의 부담’에 해당는지 여부의 판단이 선행되어야 한다.²⁹⁾ 이는 주식회사 대표이사가 이사회 결의 없

25) 대법원 1987. 4. 28. 선고 86다카2534 판결. 다만 법원은 위 차용행위는 학교법인의 피용자인 이사 A(법인 설립자로서 이사 겸 학교장)의 직무상 행위로서 상대방에 대해 불법행위를 구성한다고 보아 학교법인의 손해배상책임(과실상계 후 70%의 책임 인정)을 인정하였다.

26) 대법원 2000. 9. 5. 선고 2000다2344 판결, 대법원 2016. 6. 9. 선고 2014다64752 판결 등.
다만 해당 판결들의 구체적 사실관계를 살펴보면, 대부분 이사회 심의·의결을 거치지 않았을 뿐 아니라 관할청의 허가도 없었다. 즉, 법리에 관한 문언만을 본다면 초기의 판례(앞서 본 대법원 74다244 판결, 대법원 1981. 9. 22. 선고 80다1317 판결, 대법원 1998. 12. 8. 선고 98다44642 판결 등)에서 그 법리를 ① 이사회 심의·의결과 ② 관할청의 허가를 ‘and’ 형식으로 판시하였던 것에 비하여, 대법원 2000다2344 판결 이후 최근의 판례에서는 그 법리를 ‘or’ 형식으로 표현하고 있어 구별되지만, 구체적 사실관계를 살펴보면 ①과 ② 모두가 흠결된 사안이다.

27) 대법원 1987. 4. 28. 선고 86다카2534 판결. 다만 법원은 위 차용행위는 학교법인의 피용자인 이사 A(법인 설립자로서 이사 겸 학교장)의 직무상 행위로서 상대방에 대해 불법행위를 구성한다고 보아 학교법인의 손해배상책임(과실상계 후 70%의 책임 인정)을 인정하였다.

28) 대법원 1978. 5. 23. 선고 78다166 판결(학교법인이 소송을 위임한 변호사에 대하여 보수지급을 약정한 경우 그 효력이 다투어진 사안으로 대법원은 위 보수지급 약정이 허가를 요하는 의무부담행위가 아니고 따라서 유효라고 판단하였다) 등 다수.

이 행위한 경우에 문제된 거래행위가 상법 제393조 제1항의 중요한 업무집행 또는 정관 등에서 이사회 결의를 거치도록 요구한 행위에 해당하는지 여부가 먼저 다투어지고, 그 다음 상대방의 악의·(중)과실 여부를 판단하게 되는 구조와 일응 유사하다.

2) 공익법인, 사회복지법인

대법원은 공익법인 기본재산의 처분에 관하여 주무관청의 허가를 받도록 한 공익법인법 제11조 제3항의 성격에 관하여 “강행규정”이라고 명시하여, 허가 없이 행해진 기본재산의 처분은 무효임을 분명히 하였고,³⁰⁾ 주무관청의 허가 여부와 무관하게 이사회 결의가 없이 공익법인의 재산을 처분한 경우에도 그 처분행위는 효력이 없다고 하였다.³¹⁾

사회복지법인의 기본재산의 매도, 담보제공 등에 관한 사회복지사업법 제23조 제3항은 ‘강행규정’으로 이에 위반하여 주무관청의 허가 없이 기본재산을 매도하였다면 효력이 없고,³²⁾ 사회복지법인의 대표자가 이사회의 의결 없이 사회복지법인의 재산을 처분한 경우에 그 처분행위는 효력이 없다는 것이³³⁾ 확립된 판례이다.

3) 의료법인

의료법인 대표자가 주무관청의 허가를 받지 않고 의료법인의 기본재산을 처분한 경우에는 의료법 제48조 제3항의 위반 문제가 되는데, 판례는 위 조항의 성질을 “효력규정” 또는 “강행규정”이라고 명시하면서 그에 위반하여 행해진 재산의 처분은 무효라고 보고 있다.³⁴⁾

29) 그 결과 사립학교가 주무관청의 허가 없이 체결한 거래행위라도 위 조항의 ‘의무의 부담’이 아니라면, 앞서 본 대법원 78다166 판결의 변호사 보수지급 약정처럼 유효라고 판단될 것이다.

30) 대법원 1975. 12. 23. 선고 75다2053 제2부 판결; 대법원 1983. 12. 1. 자 84마591 결정; 대법원 1998. 12. 11. 선고 97다9970 판결 등.

31) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2010다37462 판결.

위 판결은 ‘공익법인 이사회의 기능에 관한 규정은 공익법인의 대표자인 이사의 권한에 대한 법률상의 제한에 해당하여 등기 없이도 제3자에게 대항할 수 있다고 할 것이므로 그 공익법인의 대표자가 한 공익법인의 재산처분행위에 관하여는 민법 제126조의 표현대리에 관한 규정이 준용되지 아니한다.’고도 판시하였다.

32) 대법원 2003. 9. 26. 자 2002마4353 결정. 위 결정 사실관계를 살펴보면, 법원의 부동산임의경매절차에서 사회복지법인의 기본재산인 부동산(영유아 보육시설)에 관한 낙찰이 있었고 낙찰대금이 완납되었으나 위 낙찰에 대하여 주무관청의 허가가 없었던 사안으로, 대법원은 위 법리에 따라 해당 부동산에 관한 소유권은 사회복지법인으로부터 낙찰인에게로 이전되지 아니한다고 보았다.

한편 위 대법원 2002마4353 결정에서 참고판례로 기재한 대법원 77다1476 판결은, 사회복지법인이 그 소유 임야의 담보제공에 관해 보건사회부장관으로부터 허가를 받았다 하더라도, 그 허가는 담보권에 기초한 임의경매절차가 아닌 집행권원에 의한 강제경매절차에서 임야를 낙찰받은 피고에게의 소유권 이전을 위한 허가는 될 수 없다고 본 원심을 수긍한 사안이다(이에 따라 해당 임야에 관한 피고 명의의 소유권이전등기의 말소를 구한 원고 사회복지법인의 청구가 인용되었다).

33) 대법원 2002. 6. 28. 선고 2000다20090 판결.

34) 위 대법원 93다2094 판결, 대법원 2005. 9. 30. 선고 2003다63937 판결, 대법원 2007. 6. 15. 선고 2006다80322, 80339 판결 등 다수. 특히 대법원 2006다80332 판결은 의료장비 양도계약은 의료법인인 피고의 재산처분에 해당하므로 주무관청의 허가 없이 이루어진 장비 양도계약이 무효라고 보

한편 의료법과 그 시행령 등 관계규정에서는 앞서 본 사립학교법 등과 달리, 의료법인의 이사회가 결의할 사항 등을 규정한 조항이 존재하지 않는다. 따라서 의료법인 이사회에서 결의할 사항은 각 의료법인이 정관 등 내부규정을 통해 정할 수밖에 없는데, 이는 민법 제60조의 ‘대표권 제한’에 해당하므로, 의료법인의 대표자가 이사회 결의를 거치지 않고 한 제3자와 한 행위의 효력은 민법 제60조에 관한 판례 법리, 즉 등기 여부에 따라 판단된다.³⁵⁾

의료법인이 원고에게 피고에 대한 의료보호비용채권을 양도함에 따라 원고가 양수금채권을 청구한 사안에서, 의료법인이 이사회 결의 없이 채권을 양도하였다는 이유로 그 효력이 다투어졌다. 원심은 위 의료보호비용채권이 적어도 (기본재산 아닌) 보통재산에는 해당한다는 전제 하에, 이사회 결의 없이 행해진 경우 선의·무과실의 당사자가 보호된다는 주식회사 대표이사에 관한 법리를 들어 판단하였으나 대법원은, “재단법인에 관한 민법 규정이 준용되는 의료법인의 대표자가 그 법인의 재산을 처분함에 있어서 이사회의 결의를 거치도록 정관에 규정되어 있다면 그와 같은 규정은 법인 대표권의 제한에 관한 규정으로서 이러한 제한은 등기하지 아니하면 제3자에게 대항할 수 없는 것이고 이 경우 제3자가 선의인지 악의인지는 묻지 아니하는 것”이라고 하여 민법 제60조를 적용해야 함에도 제3자의 악의 여부에 따라 판단한 원심의 잘못을 지적하며 파기하였다.³⁶⁾

4) 특수법인 거래상대방의 보호

판례는, 앞서 본 사립학교, 공익법인, 사회복지법인, 의료법인에 관한 개별 법령에서 관할청의 허가를 요하도록 정한 규정에 관하여 모두 ‘강행규정’이라고 선언하며 허가 없이 행해진 행위는 상대방의 선·악의를 불문하고 절대적으로 무효라고 보고, 그 이유로 공통적으로, 특수법인 재산의 보호·유지를 통해 해당 법인의 건전한 발달을 도모하고자 일정한 행위를 허가사항으로 규정한 취지, 해당법인의 특수성 등을 들고 있다.³⁷⁾³⁸⁾

았다.

35) 다만 앞서 본 것처럼 ‘기본재산’의 처분행위는 의료법 제48조 제3항 등에 따라 시·도지사의 허가를 받아야 하므로, 현실적으로 민법 제60조의 적용 여부가 다투어지는 대부분의 경우는 ‘기본재산’이 아닌 재산에 관한 처분행위에 관한 사안일 것이다

36) 대법원 2002. 6. 14. 선고 2001다75677 판결. 파기 후 환송심에서 강제조정이 이루어졌다(대구고등법원 2002. 11. 11. 자 2002나4260 결정).

37) “학교법인 재산의 원활한 관리와 유지·보호를 기함으로써 사립학교의 건전한 발달을 도모”하기 위함 이거나(대법원 2000. 9. 5. 선고 2000다2344 판결), “사립학교의 설치경영을 위하여 설립된 학교법인이 그 기본재산을 부당하게 감소시키는 것을 방지함으로써 사립학교의 건전한 발달을 도모하고자 하는 공익적 목적에서 비롯된 것이고, 그로 인하여 채권자의 희생이 따른다고 하여도 이는 입법자가 거래의 안전이나 상대방의 재산권보다 학교재정의 건전화에 대한 공익적 요구를 중요한 가치로 선택한 것이므로 불가피한 것”이라거나(대법원 2001. 12. 28. 선고 2001다24075 판결), “의료법인이 그 재산을 부당하게 감소시키는 것을 방지함으로써 항상 그 경영에 필요한 재산을 갖추고 있도록 하여 의

이로 인해 거래상대방 보호의 문제가 발생하는데, 판례는 해당 법률행위를 한 자 스스로 강행법규 위반을 주장하는 것이 신의칙에 반하지 않는 ‘특별한 사정’을 인정함으로써³⁹⁾ 신의칙위반의 항변을 인정하거나, 일부 사안에서 흠결된 이사회 결의나 관할청의 허가 요건을 사후에 보완하는 것을 허용함으로써 이를 해결하고 있다.

신의칙의 법리를 거시한 예로는 이미 폐원된 유치원 양도의 효력을 다룬 대법원 2002. 9. 27. 선고 2002다29152 판결,⁴⁰⁾ 원래의 의료법인이 병원을 폐업하고 과산을 선고받은 이후에 도지사 허가가 없었음을 이유로 병원건물 등 매도의 효력을 다룬 대법원 2005. 9. 30. 선고 2003다63937 판결, 시도지사의 허가가 없었음을 이유로 병원 건물 부지에 관한 지상권설정계약(기간 30년)의 효력을 다룬 대법원 2021. 11. 25. 선고 2019다277157 판결의 3건을 찾아볼 수 있었다.

사후추인에 관한 예로는 학교법인 사안들이 검색된다. 판례는, 학교법인이 이사회 의 심의·의결 없이 학교법인의 차입금 및 재산의 취득 등에 관한 행위를 하였더라도 그 뒤에 이사회가 이를 추인하는 의결을 하면 무권대리행위를 추인한 것과 마찬가지로 그 법률행위에 필요한 이사회 의 심의·의결을 갖추어 유효하게 된 것으로 보아야 한다고 하였고,⁴¹⁾ 감독청의 허가에 관하여도 “매매 등 계약 성립 후에라도 감독청의 허가를 받으면 그 매매 등 계약이 유효하게 된다.”고 하였다.⁴²⁾ 나아가 최근

료법인의 건전한 발달을 도모하여 의료의 적정을 기하고 국민건강을 보호 증진케 하려는 데 그 목적이 있다”(대법원 1993. 7. 16. 선고 93다2094 판결)고 하였다.

38) 개별 법령에서 관할청의 허가 또는 총회·이사회 결의를 거치도록 정한 경우에 해당 규정은 강행규정이라고 선언한 판결로는 앞서의 특수법인 사안 외에도 전통사찰의 사찰재산 처분행위에 관한 대법원 2001. 2. 9. 선고 99다26979 판결이 있다.

그밖에 강행규정으로 명시하지는 않았으나 향교재산법에서 시·도지사의 허가를 받도록 정하였음에도 그 허가 없이 이루어진 향교의 기본재산 처분행위는 무효라고 본 대법원 2014. 4. 24. 선고 2012다108009 판결 및 지방자치단체인 시(창원시)가 한국전력공사와의 비용부담약정에 따라 예산 외의 의무를 부담한 경우, 관련 법률에서 지방자치단체인 시가 예산 외의 의무부담을 할 때에는 지방의회의 의결에 갈음하여 도지사의 승인을 얻도록 규정되어 있음에도 만일 시가 그 약정에 관하여 도지사의 승인을 얻은 바가 없었다면 이는 무효라고 한 대법원 1994. 11. 4. 선고 93다12978 판결 등을 참고할 만하다.

39) 주지하다시피, 어떠한 행위가 강행규정에 위반하여 무효인 경우, 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위배되는 권리의 행사라는 이유로 이를 배척한다면 이는 강행규정으로 정한 입법취지를 몰각시키는 결과가 될 것이므로, 그러한 무효 주장은 ‘특별한 사정’이 없는 한 신의칙에 위반되거나 권리남용에 해당한다고 볼 수 없다는 것이 확립된 판례이다(대법원 2003. 4. 22. 선고 2003다2390, 2406 판결, 대법원 2004. 1. 27. 선고 2003다14812 판결, 대법원 2011. 3. 10. 선고 2007다17482 판결 등 다수).

40) 대법원 97다10857 판결, 대법원 2002다29152 판결 등을 참고판례로 하여, 유치원의 이전 또는 폐원을 조건으로 그 부지에 관하여 체결한 “담보제공약정”의 경우에도 그 유치원의 이전이나 폐원이 불가능하지 않다면 마찬가지로 유효라고 판단한 대법원 2007. 9. 7. 선고 2005다50690 판결도 존재한다.

41) 대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다105327 판결.

42) 대법원 1998. 7. 24. 선고 96다27988 판결. 위 판결은 재단법인인 원고가 학교법인인 피고와 사이에 피고의 기본재산 X를 매수하기로 하여 그 매매계약에 기한 소유권이전등기절차의 이행을 구한 사안이었다. 대법원은 본문의 법리와, 피고 학교법인이 X부지에서 학교를 운영하다가 Y부지로 이전하기로 하고 이미 당국의 인가를 받아 Y부지로 교사를 이전하고 준공검사까지 마친 사정 등을 들어, 원·피고 사이의 매매계약이 감독청의 허가 없이 체결되어 아직은 효력이 없다 하더라도 위 매매계약에

에는 학교법인이 당사자가 되어 공사업체와 체결한 사업계약에 관하여 관할청의 허가가 없다는 이유로 그 효력이 다투어진 사건에서, “① 관할청의 불허가 처분이 있는 경우, ② 당사자가 허가신청을 하지 않을 의사를 명백히 표시하거나 계약을 이행할 의사를 철회한 경우, ③ 그밖에 관할청의 허가를 받는 것이 사실상 불가능하게 된 경우”에 학교법인과 체결된 계약이 무효로 확정된다고 판시된 바도 있다.⁴³⁾

3. 비법인사단의 경우

엄격한 의미에서의 법인은 아니지만 비법인사단 역시 ‘자연인이 아닌 권리주체’이고 대표기관을 통해 행위하는 단체로서, 그 내부 정관, 규약 등을 통해 이사회 등의 기관을 두도록 하고 총회와 이사회 사이의 권한을 배분하는 내용을 정하고 있으므로 대표권 제한 쟁점과 관련된 분쟁이 적지 않게 발생한다. 그런데 비법인사단의 대표자가 행한 대외적 행위의 효력이 다투어지는 사안 대부분은 대표자가 비법인사단의 재산을 처분·취득하거나 또는 비법인사단의 채무를 변제하거나 부담하는 등 ‘재산에 관한 거래행위’를 한 경우이고,⁴⁴⁾ 비법인사단에 대하여는 등기를 전제로 한 민법 제60조가 적용될 수 없다는 것이 확립된 판례이므로,⁴⁵⁾ 결국 비법인사단의 대표권 제한 쟁점은 “총유물의 관리·처분에 관하여는 사원총회의 결의에 의한다”는 민법 제276조 제1항의 해석 및 적용의 문제로 귀결된다.

총유물의 관리 및 처분행위는 총유물 그 자체에 관한 법률적, 사실적 처분행위와 이용, 개량행위이고, 단순한 채무부담행위에 불과한 행위는 총유물 그 자체에 대한 관리 및 처분행위라고 볼 수 없다는 판례법리는 확립되어 있다.⁴⁶⁾ 그러나 구체적 사안에서 효력이 다투어지는 비법인사단의 재산적 거래행위가 ‘총유물의 관리·처분 행위인지’ 여부의 판단은 쉽지 않다. 이 점은 비법인사단인 재건축조합의 조합장이 조합원총회 결의 없이 채무보증계약을 체결한 행위가 총유물의 관리·처분행위인지 여부가 다투어진 대법원 2007. 4. 19. 선고 2004다60072, 60089 전원합의체 판결에서

기한 소유권이전등기절차이행청구권의 기초가 되는 법률관계는 이미 존재한다고 볼 수 있고 장차 감독청의 허가에 따라 그 청구권이 발생할 개연성 또한 충분하며, 한편 원고로서는 미리 그 청구를 할 필요가 있다고 판단하였다.

43) 대법원 2022. 1. 27. 선고 2019다289815 판결. 위 판결은 본문의 법리에 따라, 문제의 사업 추진이 불가능한 것으로 확정되었거나 원피고 쌍방이 사업을 진행할 의사를 철회하는 등 관할청의 허가를 받는 것이 사실상 불가능하게 되어 무효로 확정되었다고 보고, 이에 따라 기지급한 계약금의 반환을 구하는 원고의 청구를 인용하였다.

44) 그 밖의 행위로 비법인사단이 총유재산에 대한 보존행위로서 소송을 제기하는 행위를 상정할 수 있다. 이 역시 총회의 결의를 거쳐야 하지만(대법원 2011. 7. 28. 선고 2010다97044 판결, 대법원 2014. 2. 13. 선고 2012다112299, 112305 판결 등 다수), 이러한 경우는 보호해야 할 거래상대방이 존재하는 재산적 거래행위라고 보기 어려우므로, 본고의 논의대상에서 제외한다.

45) 대법원 2006. 4. 20. 선고 2004다37775 전원합의체 판결 등.

46) 대법원 2003. 7. 22. 선고 2002다64780 판결 등 다수.

분명하게 드러났다. 위 전원합의체 판결의 다수의견은 별다른 논거를 밝히지 않은 채 보증행위는 단순한 채무부담행위에 불과하여 총유물의 관리·처분행위라고 볼 수 없다고 한⁴⁷⁾ 반면, 위 판결의 반대의견은, “총유물 자체의 관리·처분이 따르는 채무부담행위와 그렇지 않은 채무부담행위가 명확하게 구별되는 것은 아니다”라고 하면서, 이 사건에서 문제된 “비법인사단의 보증채무 부담행위는 장래의 총유물의 처분으로 연결될 수밖에” 없음을 지적하였다.⁴⁸⁾⁴⁹⁾

어쨌든 현재의 판례법리에 의한다면, 총유물의 관리·처분행위임에도 사원총회의 결의 없이 이루어졌다면 거래상대방의 선의·과실 여부를 불문하고 무효인 반면,⁵⁰⁾ 총유물의 관리·처분행위가 아닌 행위는 민법 제276조와 무관하므로, 비법인사단의 대표자가 해당 비법인사단의 정관이나 규약 등 내부 규정에서 사원총회의 결의를 거치도록 정하고 있음에도 이를 위반하여 총유물의 관리·처분에 해당하지 않는 거래행위를 한 경우에는 “대표권을 제한한 규정”의 효력을 판단하는 문제가 된다. 이 경우 판례⁵¹⁾는 “비법인사단의 대표자가 정관에서 사원총회의 결의를 거쳐야 하도록 규정한 대외적 거래행위에 관하여 이를 거치지 아니한 경우라도, 이와 같은 사원총회 결의사항은 비법인사단의 내부적 의사결정에 불과하다 할 것이므로, 그 거래상대방이 그와 같은 대표권 제한 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우가 아니라면 그 거래행위는 유효하다고 봄이 상당하고, 이 경우 거래의 상대방이 대표권 제한 사실을 알았거나 알 수 있었음은 이를 주장하는 비법인사단측이 주장·입증하여야 한다”

47) 다만, 보증행위가 총유물의 관리·처분행위가 아닌 이상 앞서 2)항에서 본 대표권 제한 법리에 따라 거래상대방이 악의이거나 과실 있는 경우에 그 거래행위가 무효라고 하면서, 이러한 거래상대방의 악의·과실은 거래 무효를 주장하는 측이 주장·증명해야 한다고 하였다.

48) 원문을 발췌하면 다음과 같다.

“비법인사단이 부담하는 보증채무가 자연채무가 아닌 한, 그러한 보증채무 부담행위는 그 채무 변제를 위한 책임재산과 별도로 생각할 수 없기 때문이다. 그 채무의 변제기가 도래하고 주채무자가 채무를 이행하지 않으면 비법인사단은 자신이 보유하고 있는 현금이나 총유물을 처분하여 그 채무를 만족시켜야 하므로 결국 보증채무 부담행위는 비법인사단의 총유물의 처분으로 연결될 수밖에 없다. 그렇다면 비법인사단의 보증채무 부담행위는 장래의 총유물의 처분행위와 같다고 보아야만 한다.”

49) 별개의견 역시 비법인사단의 보증채무 부담행위는 장래 총유물의 처분행위와 같다는 반대의견에 찬성하면서도 해당 사안에서 총회 결의가 있었다고 볼 수 있으므로, 이와 달리 총회 결의가 없었다고 본 원심을 파기해야 한다고 하여 별개의견을 취하였다.

50) 종중에 관한 대법원 1996. 8. 20. 선고 96다18656 판결(종중 소유의 재산은 종중원의 총유에 속하는 것이므로 그 관리 및 처분에 관하여 먼저 종중규약에 정하는 바가 있으면 이에 따라야 하고, 그 점에 관한 종중규약이 없으면 종중총회의 결의에 의하여야 하므로, 비록 종중 대표자에 의한 종중 재산의 처분이라고 하더라도 그러한 절차를 거치지 아니한 채 한 행위는 무효이고, 이러한 법리는 종중이 타인에게 속하는 권리를 처분하는 경우에도 적용된다).

51) 구 주택건설촉진법에 따라 아파트 소유자들을 조합원으로 하여 설립된 재건축조합의 대표자가 재건축사업의 시행을 위해 제3자와 설계용역계약을 체결한 행위를 단순한 채무부담행위로 본 대법원 2003. 7. 22. 선고 2002다64780 판결 등 다수.

한편, 위 대법원 2002다64780 판결에 대하여 비법인사단의 거래행위에 처음으로 대표권 제한의 법리를 도입함으로써 비법인사단의 보호와 상대방의 거래안전 사이에 균형을 꾀한 것이라는 평가로 호제훈, “총회결의 없는 비법인사단의 채무보증행위의 효력”, 민사판례연구 제30권, 박영사(2008), 16.

고 판단하여,⁵²⁾ 선의·무과실의 상대방을 보호하고 있다.

Ⅲ. 대표권 제한 법리의 개선방안

1. 논점의 정리

앞서 Ⅱ.항에서 살펴본 것처럼, 법인 대표자가 이사회 또는 총회 결의를 거치지 않고 행위한 경우 그 효력을 어떻게 볼 것인지에 관하여, 판례는 법인의 종류와 거래유형에 따라 다양한 법리를 전개하고 있다. 그중, 특수법인에 관하여 개별 법률에서 요구하는 이사회 결의 흠결 사안(그리고 대표권 제한은 아니지만 개별 법률에서 요구하는 관할청 허가를 흠결한 사안)은 법인 보호의 필요성이 거래상대방 보호의 필요성보다 크다는 판단 하에 상대방의 선·악의를 불문하고 위반행위가 무효라고 보는 것으로 이해되고(상법 제374조 제1항의 주주총회 특별결의 흠결 사안도 마찬가지이다), 이는 타당하다.⁵³⁾

문제는 대표권 제한에 위반된 행위의 효력이 구체적 사실관계에 따라 달리 판단되는, 즉 법인 보호와 거래상대방 보호 사이에서 이익형량한 결과가 사안에 따라 달라지는 소위 “상대적 무효”의 영역이다. 더구나 현재 판례가 취하고 있는 상대적 무효의 법리에는 『① 선의·무중과실의 상대방 보호(상법 제209조 제2항), ② 대표권 제한이 등기되지 않았다면 선·악의를 불문하고 상대방을 보호(민법 제60조), ③ 선의·무과실의 상대방을 보호(비법인사단의 총유물의 관리·처분이 아닌 거래행위에 관한 판례법리)』의 세 가지 법리가 혼재하고 있는데, 이로 인한 실무의 혼란⁵⁴⁾을

52) 이는 민법 제107조 단서의 심리유보규정을 유추적용한 것으로 이해된다(호제훈, “총회결의 없는 비법인사단의 채무보증행위의 효력”, 민사판례연구 제30권, 박영사(2008), 9).

53) 학설도 이 부분 판례의 태도에는 대체로 이견이 없어 보인다.

다만 총회 결의에 의하지 않은 총유물의 관리·처분행위의 효력을 절대적 무효로 보는 판례의 태도는, 그 해석의 어려움, ‘총유물의 관리·처분행위’라고만 정한 민법 제276조 제1항의 문언에 의한다면 비법인사단이 당사자로서 행한 재산적 거래행위임에도 불구하고 총유물의 관리·처분행위에 해당하지 않는 경우를 상정하기 어렵다는 점 등에 비추어 찬성하기 어렵다(대법원 2004다60072, 60089 전원합의체 판결의 반대의견 참조). 궁극적으로는 사립학교법 제28조 제1항과 같이 ‘경미한 사항은 그러하지 아니하다.’라는 단서 조항을 추가하거나 ‘총유물 전부 또는 중요한 일부의 관리 및 처분’이라고 현재의 민법 제276조 제1항을 개정하는 등 입법을 통해 이 부분을 해결하는 것이 보다 바람직할 것이라고 생각되나, 다만 이 부분은 비법인사단 및 총유 제도 전반과 밀접하게 연관되어 있어 대표권 제한 쟁점에 국한된 본고의 논의범위를 벗어나므로, 더 이상의 자세한 논의는 하지 않기로 한다. 참고로 현재 민법 개정을 논의하는 과정에서 비법인사단과 비법인재단 일반에 관한 규정을 신설하고 총유 제도를 삭제하자는 논의가 계속되고 있다.

54) 사단법인 사안에서 민법 제60조의 해석으로 무제한설을 선언한 대법원 74다410 판결이 “(당사자가 상고이유로 내세우는) 소론 판례는 상사회사에 관한 것으로서 본건에 적절한 것이 못된다.”라고 판시하고, 의료법인의 이사회 결의가 흠결된 사안에 관한 대법원 2001다75677 판결이 원심이 주식회사의 대표이사에게 관한 인식설의 법리를 적용한 잘못을 지적하며 원심을 파기한 예만 보더라도, 거래당사자는 물론이고 법원 역시 법리의 혼란에서 자유롭지 않음을 보여준다(하급심 실무에서는 주식회사에 관한 대법원 2015다45451 전원합의체 판결이 선의·무중과실의 거래상대방을 보호하는 것으로 종전의 법리를 변경한 이후, 민법상 비영리법인 또는 비법인사단의 대표권 제한을 다투는 사안임에도 위 판결 법리를 내세워 주장하는 경우도 드물지 않다).

고려한다면 이 부분 법리를 보다 간명히 정리할 수 없을지 고민해 볼 필요가 있다.

이하에서는 먼저, 우리와 법률 규정과 판례법리가 가장 유사한 일본 및 우리 민법과 상법이 법률을 계수한 대표적인 국가인 독일, 그리고 판례법 국가임에도 불구하고 현대에 들어 그 영향력을 무시할 수 없는 미국을 중심으로 대표권 제한 쟁점에 관한 논의를 간략히 살펴본 다음, 이를 바탕으로 우리의 대표권 제한 쟁점에 관한 상대적 무효 법리가 지침으로 삼아야 할 일응의 기준을 정립하고, 나아가 민법 제60조의 개선안을 제시하고자 한다.

2. 대표권 제한 쟁점에 관한 비교법적 고찰

가. 일본의 논의

대표권 제한 쟁점과 관련되는 일본 회사법의 규정들은 우리 상법 규정들과 매우 유사하다. 일본 회사법 제467조는 우리 상법 제374조 제1항과 유사한 일본 구 상법 제245조 제1항을, 일본 회사법 제349조⁵⁵⁾ 제5항은 우리 상법 제209조 제2항(제389조 제3항에 따라 주식회사에 준용)과 유사한 일본 구 상법 제78조(제261조 제3항에 따라 주식회사에 준용)를, 일본 회사법 제362조 제4항⁵⁶⁾의 규정은 우리 상법 제393조 제1항과 유사한 일본 구 상법 제260조 제2항⁵⁷⁾을 거의 그대로 계승하였고, 일본 구 상법 제260조 제2항에서 이사회 권한으로 정하였던 ‘중요한 재산’의 해석에 관해

55) 일본 회사법 제349조(주식회사의 대표)

① 이사는 주식회사를 대표한다. 다만 달리 대표이사나 그밖에 주식회사를 대표하는 자를 정한 경우는 그러하지 아니하다.

② 전항 본문의 이사가 2인 이상인 경우에는 이사는 각자 주식회사를 대표한다.

③ 주식회사(이사회설치회사는 제외한다)는 정관, 정관의 정함에 의거한 이사의 호선 또는 주주총회결의에 의하여 이사 중에서 대표이사를 정할 수 있다.

④ 대표이사는 주식회사의 업무에 관하여 재판상 또는 재판외의 모든 행위를 할 권한이 있다.

⑤ 전항의 권한에 관한 제한은 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.

56) 일본 회사법 제362조(이사의 권한 등)

④ 이사회는 다음의 사항 그 외에 중요한 업무집행의 결정을 이사에 위임할 수 없다.

1. 중요한 재산의 처분 및 양수

2. 대규모의 차입

3. 지배인 그 밖의 중요한 사용인의 선임 및 해임

4. 지점 그밖에 중요한 조직의 설치, 변경 및 폐지

5. 제676조 제1호의 사항 그 외에 사채인수인의 모집에 관한 중요한 사항으로서 시행규칙으로 정하는 사항

6. 이사의 법령 및 정관에 적합한 직무집행을 확보하기 위한 체제 그밖에 주식회사의 업무의 적정성을 확보하기 위하여 필요한 것으로서 시행규칙으로 정하는 체제의 정비

7. 제426조 제1항에 따른 정관의 정함에 의한 제423조 제1항의 책임의 면제

57) 일본 구 상법 제260조 ② 이사회는 아래 사항 그 외 중요한 업무집행에 관해 이사에 결정하도록 할 수 없다.

1. 중요한 재산의 처분 및 양수

2. 다액의 차재(借財)

3. 지배인 그 외 중요한 사용인의 선임 및 해임

4. 지점 그 외 중요한 조직의 설치, 변경 및 폐지

당해 재산의 가액, 그 회사의 총자산에서 차지하는 비율, 당해 재산의 보유목적, 처분행위의 태양 및 회사에 있어서 종래의 취급 등의 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다는 일본 판례⁵⁸⁾ 법리 역시 우리 상법 제393조 제1항의 해석에 관한 판례법리와 거의 동일하며, 이를 둘러싼 학계의 논의 역시 우리의 그것과 크게 다르지 않다.

대표이사가 이사회 결의를 거치지 않고 제3자와 거래행위를 한 경우의 대표적 일본의 판례로 소개되는 것은 일본 구 상법 하의 사안인 1965년 최고재판소 판결⁵⁹⁾로, “(이사회 결의를 거치지 않은) 거래행위는 내부적 의사결정을 결여하는 것에 그치기 때문에 원칙적으로 유효하고 다만 상대방이 이사회 결의를 거치지 않은 것을 알았거나 알 수 있었던 때에 한하여 무효”라고 하여 우리의 과거 판례와 동일하다. 위 판결은 대표권 남용에 관하여 심리유보(비진의 의사표시)에 관한 일본 민법 제93조⁶⁰⁾(우리 민법 제107조와 같은 규정이다) 단서의 규정을 유추적용하여 해결하고 있던 판례⁶¹⁾와 같은 법리에 따른 것으로 이해되는바,⁶²⁾ 이사회의 결의와 대표이사의 행위를 진의와 표시의 관계로 보아 그 사이에 불일치가 있다고 보는 것이다.

2005년 일본 회사법 개정으로 상법 회사편의 규정이 현재와 같이 변경되었음에도 선의·무과실의 거래상대방이 보호된다는 판례법리는 여전히 유지되고 있다[대표적으로 最高裁判所 2009(平成21). 4. 17. 판결(民集 63卷 4号 535) 등].⁶³⁾⁶⁴⁾

한편 비영리법인에 관하여 적용되던 일본 구 민법 제54조는 우리 민법 제60조와 달리 이사의 대표권에 대한 제한은 “선의의 제삼자에게 대항할 수 없다.”고 규정하고 있었는데, 이에 대해 판례⁶⁵⁾⁶⁶⁾는 이사회 결의가 있었다고 믿은 제3자에 대해 민

58) 最高裁判所 1994(平成 6). 1. 20. 판결(民集 48卷 1号 1).

59) 最高裁判所 1965(昭和 40). 9. 22. 판결(民集 19卷 6号 1656). 위 판결 사안은 정관에 따라 이사회 결의를 요하는 사안이었는데, 당시에는 중요재산 처분에 관한 이사회 결의를 법정하기 전이어서 정관상의 제한과 별도로 법률상 제한이 대표권 제한에 해당하는지의 문제가 원래 존재하지 않았다. 그 이후인 1981년(昭和 56년) 중요재산의 처분에 이사회 결의를 요구하는 내용이 일본 구 상법 제260조 제2항에 규정되었는데 그 이후에도 위 법리는 유지되었다[最高裁判所 1999(平成11). 11. 30. 판결(金判 1085号 14); 最高裁判所 2000(平成12). 10. 20. 판결(金法 1602号 49) 등 다수].

60) 일본 민법 제93조(심리유보)

의사표시는 표의자가 그 진의가 아님을 알고 있었던 때라 하더라도 이를 위해 그 효력을 방해받지 않는다. 다만, 상대방이 표의자의 진의를 알거나 또는 알 수 있었던 때에 그 의사표시는 무효이다.

61) 일본 최고재판소는 대표이사의 권한남용행위에 관하여도 같은 태도를 보이고 있다[最高裁判所 1963(昭和38). 9. 5. 판결(民集 17卷 8号 909)].

62) 위 1965년 판결의 조사관 해설에서, 이사회 결의의 존부를 외부에서는 쉽게 알기 어렵기 때문에 일본 민법 제93조 유추적용설을 취하였다고 기술하고 있다[最高裁判所判例解説 民事篇 1965(昭和40), 法曹會(1973), 350, 351].

63) 神作裕之, 藤田友敬, 加藤貴仁, 会社法 判例百選(第4版), 有斐閣(2021), 127.

64) 最高裁判所 1999(平成11). 11. 30. 판결(金判 1085号 14); 最高裁判所 2000(平成12). 10. 20. 판결(金法 1602号 49) 등 다수.

65) 最高裁判所 1959(昭和34). 7. 14. 판결(民集 13卷 7号 960)은 현금출납권한이 없는 마을의 촌장이 마을 명의로 대주와 소비대차계약을 체결한 경우, 마을과 대주 사이에는 소비대차계약이 성립하지 않

법 제110조(권한을 넘은 표현대리, 우리 민법 제126조와 같다)의 유추적용을 통해 보호된다고 보았다.

요약하면, 일본은 영리법인과 비영리법인 모두 이사회 결의를 흠결한 행위에 관해 선의·무과실의 거래상대방을 보호하였으나 그 근거 법리는 다르게 구성하고 있었다. 다만, 2006.경 일본은 법인 관련 법률을 정비하여 「일반사단법인 및 일반재단법인에 관한 법률」(이하 ‘일반법인법’)을 비롯한 개별 법률을 제정하고 민법전 규정 중 법인에 관한 조문 대부분을 삭제하였는데, 그 과정에서 구 민법 제54조는 일반법인법 제77조 제5항으로 그대로 승계되었으나 동시에 일본 회사법 제362조 제4항과 유사한 내용이 일반법인법 제90조 제4항⁶⁷⁾에 규정되었기 때문에, 현재에 이르러서 구 민법 제54조에 관한 종전 판결의 해석 논리가 그대로 유지될 것인지(아니면 일본 회사법의 법리에 따르게 될 것인지) 여부는 지켜볼 필요가 있다.

나. 독일의 논의

현재 독일의 회사에 관한 법제는 우리처럼 하나의 상법에서 규율하고 있지 않고, 회사의 종류에 따라 별도의 법으로 입법되어 있다. 즉, 합명회사와 합자회사는 상법(Handelsgesetzbuch, 이하 ‘HGB’)에서, 주식회사와 주식합자회사는 주식법(Aktiengesetz, 이하 ‘AktG’)에서, 유한회사는 유한회사법(Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 이하 ‘GmbHG’)에서 각각 규율하고 있다.

독일 주식회사의 특징적 기관구조는 업무집행을 담당하는 경영이사회(Vorstand), 감독 기능을 담당하는 감독이사회(Aufsichtsrat)의 “이원적 이사회(two-tier board)”로,⁶⁸⁾ 이사 개인이 아닌 이사회가 주식회사의 지휘권 및 재판상 또는 재판외의 대

고 다만 민법 제110조의 유추적용에 의해 그 책임을 인정함이 상당하다고 하였다. 이 판례는 공공단체의 장에 관한 것이지만 일반 사법인의 이사에 대하여도 당연히 마찬가지로 적용될 것이라고 한다[新版 注釈民法(2) 總則(2), 有斐閣(1991), 382].

66) 最高裁判所 1985(昭和60). 11. 29. 판결(民集 39卷 7号 1760), 수산업협동조합 조합장이 어업권을 포함한 부동산을 매매하는 계약을 체결하면서 정관에 규정되어 있는 이사회 결의를 거치지 않은 사안에서, 수산업협동조합법에서 준용하도록 되어 있는 민법 제54조에서 말하는 상대방의 ‘선의’가 인정되지 않고, 설령 상대방에게 ‘이사회 승인이 있어 조합장이 정당한 매매계약 체결의 권한이 있는 것으로 믿었다’고 하더라도 그와 같이 믿는 것에 대하여 정당한 이유가 있다고 할 수 없다는 이유로, 그 상대방의 부동산 소유권이전 청구를 기각한 원심이 타당하다고 하였다. 현재의 수산업협동조합법은 회사법 제349조 제5항을 준용하고 있다.

67) 일반법인법 제90조(이사회 권한 등)

④ 이사회는 다음 각 호의 사항, 기타 중요한 업무집행 결정을 이사에게 위임할 수 없다.

1. 중요한 재산의 처분 및 양수
2. 고액의 빚
3. 중요한 사용인의 선임 및 해임
4. 종된 사무소 기타 중요한 조직의 설치, 변경 및 폐지
5. 이사의 직무집행이 법령 및 정관에 적합한 것을 확보하기 위한 체제 기타 일반사단법인 업무의 적정한 확보를 위해 필요한 것으로 법무성령으로 정한 체제의 정비

68) Vorstand와 Aufsichtsrat의 번역은 김건식 외 7인, “회사법의 해부”, 소화(2020)에 따랐다.

표권을 가진다(AktG §76, 78). 이사회가 수인으로 구성된 경우 이사 전원이 공동으로만 회사를 대표할 권한을 가지지만, 정관으로 각 이사 단독으로 또는 지배인과 공동으로 회사를 대표할 권한을 가지는 것으로 정할 수 있고, 정관으로 감독이사회에 이와 같은 결정을 할 권한을 부여한 때에는 감독이사회가 이를 정할 수 있다(AktG §78). 실무에서는 이사 2인씩 공동으로 대표권을 행사하도록 하는 부진정공동대표와 이사가 지배인과 함께 대표권을 행사하도록 하는 혼합공동대표가 주로 이용된다.⁶⁹⁾

독일 주식법 제82조 제1항은 이사회가 기관으로서 가지는 대표권은 그 내용을 제한할 수 없다고 정하고 있다(AktG §82①). 이사회가 회사 기관으로서 제3자와 체결한 법적 거래는 법(Gesetz)에 의해 제한되지 않는 한 회사에 구속력을 갖고, 그 결과 대외적으로는 무제한으로 유효하게 회사에 의무를 부담시킬 수 있다. 이때 이사회 권한이 법에 의해 제한되는 경우란, 법에서 주주총회(Hauptversammlung)의 권한으로 부여한 행위(회사의 중요한 기반과 법적·경제적 구조에 영향을 미치는 경우로 정관의 변경, 증자 또는 자본 감소, 회사의 합병, 해산 등), 법에 의해 감독이사회(Aufsichtsrat)의 권한으로 부여한 행위(AktG §111④,⁷⁰⁾ §112⁷¹⁾ 등), 회사의 이사에 대한 청구권 포기 등 법에서 경영이사회 단독으로 체결하지 못하도록 정한 행위 등을 의미하고,⁷²⁾ 우리 상법 제393조 제1항과 같은 내용은 아님을 주의해야 한다. 이런 경우가 아니라면, 이사회가 정관, 감독이사회, 주주총회 또는 업무규칙에서 정한 기준에 위반하였다더라도⁷³⁾ 회사를 대표하여 제3자와 체결한 거래는, 외부적으로 유효하고, 이사회는 회사에 대하여 내부적으로 책임을 부담할 뿐이다.⁷⁴⁾ 여타 유형의 회사의 경우에도 이러한 법리, 즉 대표권의 제한이 회사 외부(거래상대방)에

69) 임중호, “대표이사와 대표집행임원의 법적 지위 비교 -업무집행의 의사결정권과 집행권의 소재를 중심으로-”, 중앙법학 제10집 제1호, 중앙법학회(2008), 278에서 재인용.

70) AktG 제111조(감독이사회의 직무와 권리)

④ 업무집행의 조치는 감독이사회에 위임될 수 없다. 다만 정관 또는 감독이사회는, 일정한 종류의 업무는 감독이사회의 동의를 얻은 때에만 실행될 수 있다는 것을 정할 수 있다. 감독이사회가 동의를 거절한 경우에 경영이사회는 주주총회가 동의에 관하여 결의하도록 청구할 수 있다. 주주총회가 동의하는 결의에는 적어도 투표한 의결권의 4분의 3을 포함하는 다수결이 필요하다. 정관으로 이와 다른 다수결 또는 가중된 요건을 규정하지 못한다.

71) AktG 제112조(이사에 관한 회사의 대표)

이사에 대하여는 감독이사회가 재판상 또는 재판 외에서 회사를 대표한다. 제78조 제2항 제2문의 규정이 이에 준용된다.

72) Münchener Kommentar zum AktG: Band 2, 5. Auflage, C. H. Beck(2019), §182. Rn. 18-22.

73) AktG 제82조 제2항은 이사가 회사에 대한 관계에서 정관, 감독이사회, 주주총회 및 이사회와 주주총회의 업무규정이 업무집행권에 관하여 정한 제한을 준수할 의무를 부담한다고 정하고 있다.

74) 이 경우 회사에 의한 이사회에 대한 손해배상청구 또는 고용관계의 철회, 해임 고지 등이 있을 수 있으나, 이는 이미 이루어진 이사회 행위의 효력을 변경하는 것이 아니라고 한다[ヴェルンハルト・メーシェル(Möschel, Wernhard) 著/小川浩三 訳, ドイツ株式法, 信山社(2011), 71].

대하여 효력이 없다는 원칙은 동일하다.⁷⁵⁾

물론 대표자(이사회, 사원, 업무집행자)의 대표권은 회사계약(정관) 또는 주주총회 결의나 사원결의 등에 의해 제한될 수 있다.⁷⁶⁾ 예를 들어 특정한 거래행위 또는 일정한 금액 이상의 거래행위는 오직 사원들 또는 사원총회의 결의를 얻어야만 유효하다는 식으로 제한하는 것도 가능하고,⁷⁷⁾ 어떤 행위가 그런 동의를 필요로 하는 경우에는 사원결의가 성립되지 않은 경우만이 아니라 그 사원결의가 무효인 경우에도 대표권은 부정된다.⁷⁸⁾ 그러나 이러한 대표권 제한에 위반하였다는 사정은 회사와의 내부 관계에만 영향을 미칠 뿐 행위의 외부적 효력에는 영향이 없음이 원칙이다.⁷⁹⁾

이에 대한 한계는 대표권의 남용(Missbrauch)이다. 독일에서 대표권의 남용은 대표자가 자신의 대외적 대표권한 범위 내에서 그러나 내부적 의무를 위반하여 행위한 경우에 인정되고, 이는 회사 대표권을 규정한 HGB 제126조, AktG 제82조, GmbHG 제37조 등에서 공통적으로 등장한다.⁸⁰⁾ 대표자 측면에서는 오직 그 행위의 객관적 의무위반성만 기준이 되고, 대표자가 고의로 회사에 해를 끼치는 행동을 했는지 또는 남용에 대한 인식이 있었는지 여부는 중요하지 않다.⁸¹⁾ 이러한 대표권 남용의 의무위반을 이유로 거래상대방에게 대항할 수 있는지 여부는 전적으로 거래상대방의 신뢰보호가능성(Vertrauens situation)에 따라 결정되는데, 거래안전 보호를 고려하여 거래상대방에게 단순한 과실(경과실)만 있다는 것만으로는 부족하고, 상대방이 알았거나 중과실로 알지 못한 경우에 그 행위의 효력이 부정된다.⁸²⁾

독일 민법상 사단(Verein)의 대표권(Vertretungsmacht) 역시 이사 개개인이 아니

75) HGB 제126조 제2항(대표권의 범위에 대한 제한은 제3자에 대해 효력이 없다), 유한회사법 제37조 제2항(회사를 대표하는 업무집행사원의 권한을 제한하는 것은 제3자에 대해 효력이 없다). 특히 상법 제126조 제2항은 거래안전을 위한 것으로서 이를 대표권의 '제한 불가성 원칙'(Grundsatz der Unbeschränkbarkeit)이라고 한다.

76) Münchener Kommentar zum AktG: Band 2, 5. Auflage, C. H. Beck(2019), §182. Rn. 27, 34, 35.; Münchener Kommentar zum HGB, 4. Auflage, C. H. Beck(2022), §126. Rn. 18.

77) BGHZ 38, 26 (33) = NJW 1962, 2344; BGH WM 1973, 637; OLG Stuttgart NZG 2009, 1303 (1305).

78) BGH WM 1973, 637.

79) Münchener Kommentar zum AktG: Band 2, 5. Auflage, C. H. Beck(2019), §182. Rn. 46; Münchener Kommentar zum HGB, 4. Auflage, C. H. Beck(2022), §126. Rn. 17; 高橋英治, ドイツ会社法概説, 有斐閣(2012), 44.

80) Münchener Kommentar zum HGB, 4. Auflage, C. H. Beck(2022), §126 Rn. 21.

81) Münchener Kommentar zum AktG: Band 2, 5. Auflage, C. H. Beck(2019), §182. Rn. 64; Gerald Spindler, Eberhard Stilz, Aktienrecht: Band 1, C. H. Beck(2022), Rn. 14; BGH NJW 2006, 2776; OLG Dresden NJW-RR 1995, 803 (804).

82) Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch, 40. Auflage, C. H. Beck(2021), §126. Rn. 11; Münchener Kommentar zum AktG: Band 2, 5. Auflage, C. H. Beck(2019), §182. Rn. 65; Münchener Kommentar zum HGB, 4. Auflage, C. H. Beck(2022), §126. Rn. 22.

라 이사회(Vorstand)에 속한다.⁸³⁾ 이사회는 대표권은 제3자에 대한 효력이 있는 정관에 의해 제한될 수 있고, 독일 민법 제26조에 따른 대표권의 제한과 정관변경은 등기부에 기재되어야 한다.⁸⁴⁾ 실제의 독일 등기부를 살펴보면, 대표에 대한 일반규정(Allgemeine Vertretungsregelung) 항목에 경영이사, 무한책임사원 등의 인적사항, 대표권자와 특별대리권 등의 내용이, 지배권(Prokura) 항목에는 독일 상법상의 지배인 또는 대표이사과 지배인 등 (두 명 이상의) 지배인에 관한 내용이 각 기재되고, 만약 지배인에게 부동산 처분과 담보 등 특별한 권한이 부여되었다면 그러한 내용까지 명시하여 등기됨을 알 수 있다(독일 합자회사와 유한회사의 각 등기부등본을 일부 발췌한 별지 1, 2⁸⁵⁾ 참조).

독일 민법 제70조⁸⁶⁾에 의하여 준용되는 제68조의 2문에서는 “(대표권 제한이) 등기된 경우에 제3자가 이를 알지 못하고 또 그 부지가 과실로 인한 것이 아닌 때에는, 제3자는 이를 자신에 대하여 효력있는 것으로 할 필요가 없다”라고 규정함으로써 정당한 신뢰를 보호하는 것을 목표로 하고 있다. 이때 보호의 대상은 등록되지 않은 것이 법적으로 유효하지 않다는 선의(negative Publizität)이지, 등록된 것이 법적으로 유효하다는 선의(positive Publizität)가 아니다.⁸⁷⁾ 따라서 악의의 제3자에 대하여는 대표권 제한이 등기되기 전이라도 대항할 수 있고, 악의에 대한 입증책임은 사단에게 있다는 것이 통설이다.⁸⁸⁾

다. 미국의 논의

미국은 익히 알려진 것처럼 관례법 국가이므로, 모든 영리법인에 대해 상법 제209조 제2항이, 모든 비영리법인에 대해 민법 제50조가 각 적용됨을 전제하고 대표권 제한 쟁점을 논할 수 있는 우리의 경우와는 논의의 국면이 다소 다를 수 있다. 그러나 적어도 모든 회사가 (영리성을 불문하고) 이사회(board of directors) 제도를

83) 독일 민법 제26조(이사회와 대표)

① 사단에는 이사회를 두어야 한다. 이사회는 재판상 및 재판외에서 사단을 대표한다; 이사회는 법정대리인의 지위를 가진다. 정관에 의하여 대표권의 범위는 제3자에 대하여 효력에 있는 제한을 받을 수 있다.

84) 독일 사단등기부규칙(Vereinsregisterverordnung) 제3조(Gestaltung und Benutzung des Registerblatts)

85) 다만 별지 2에서와 같이 “대표이사 1인과 다른 지배인 1인과 공동으로 부동산 매각 및 담보 설정 권한에 대한 공동지배권을 갖는 지배인은 다음과 같음”이라고만 기재되는 이상에는, 대표자 또는 지배인의 특정 거래행위가 권리남용에 해당하는지 여부는 관련 법률과 정관 등의 분석을 통해 이루어질 수밖에 없을 것이다.

86) 독일 민법 제70조(대표권 등기에서의 신뢰보호)

제68조는 이사회의 대표권을 제한하는 정함이나 이사회의 대표권을 제26조 제2항 제1문과 달리 규율하는 정함에 대하여도 적용된다.

87) Münchener Kommentar zum BGB: Band 1, 8. Auflage, C. H. Beck(2018), §68, Rn. 1.

88) Münchener Kommentar zum BGB: Band 1, 8. Auflage, C. H. Beck(2018), §68, Rn. 7.

채택한 점은 공통적이고, 의사결정권과 집행권이 이사회에 부여된 동시에 임원(officer)이 이사회 대리인으로서 업무집행권을 행사하고 있으므로, 결국 대표권 제한 쟁점은 회사의 임원이 이사회 결의 없이(권한을 벗어나) 한 행위가 회사에 대하여 유효한가(파트너쉽의 파트너가 한 행위에 파트너쉽이 구속되는가)라는 논제로 탈바꿈 된다. 이에 관하여, 미국의 판례는 법인격의 유무·영리성의 유무와 상관없이 대표기관의 위임을 받아 행위한 자를 단체(법인)의 대리인(agency)으로 보고 대리인의 법리에 따라 거래상대방을 보호하고 있다. 다만 모범회사법과 델라웨어주 회사법에서 임원의 종류와 기능 등에 관하여 부속정관(bylaws) 또는 이사회가 정하도록 하고 있을 뿐이다(MBCA §8.40,⁸⁹⁾ §8.41⁹⁰⁾ 및 델라웨어주 회사법 §142⁹¹⁾).

따라서 임원의 행위가 수권범위 내의 행위인지 여부 또는 대리권이 인정되지 않는 경우라도 외관대리나 금반언의 법리를 통해 본인이 대리인(파트너, 임원)의 행위에 구속되는지 여부의 판단은 판례를 통해 이루어졌고, 그 주된 기준은 “회사의 일상업무인지 여부(ordinary or extraordinary)”라는 법리가 확립되어 있다.⁹²⁾ 이는 우리 상법 제393조 제1항에서 “중요한 업무집행”에 관한 의사결정권을 이사회에 권한으로 정함으로써 동일한 쟁점이 법률 해석의 문제로 귀결되는 우리의 법체계와는 구별된다.

그러나 실제 사안에서 미국 판례가 일상 업무인지 여부를 판단하는 것과 우리 판

89) MBCA §8.40 Officers

(a) A corporation has the officers described in its bylaws or appointed by the board of directors in accordance with the bylaws.

(b) The board of directors may elect individuals to fill one or more offices of the corporation. An officer may appoint one or more officers if authorized by the bylaws or board of directors. …(이하 생략)

90) MBCA §8.41 Functions of Officers

Each officer has the authority and shall perform the functions set forth in the bylaws or, to the extent consistent with the bylaws, the functions prescribed by the board of directors or by direction of an officer authorized by the board of directors to prescribe the functions of other officers.

91) DGCL §142 Officers: titles, duties, selection, term; failure to elect; vacancies.

(b) Officers shall be chosen in such manner and shall hold their offices for such terms as are prescribed by the bylaws or determined by the board of directors or other governing body. …(이하 생략)

92) Lee v. Jenkins Bros., 268 F.2d 357 (2d Cir, 1959). 위 사건은 원고인 Lee가 피고 회사의 사장과 구두로 하였던 연금 지급, 정년 등의 약정을 주장하며 소를 제기하였는데, 당시 이를 승인하는 회사 이사회 결의가 없었기 때문에 그 효력이 다투어졌다. 법원은 본문과 같은 법리에 따라, 종신고용계약(lifetime employment contract)을 체결하는 것은 비일상적인 업무이고, 피고 회사 사장이 원고와 원고 주장의 고용계약을 체결 권한은 없었으며, 결국 이 사건에서 다투어지는 고용계약의 유효성은 외관대리(apparent authority)의 범위 내에 있는 통상의 업무에 속하는지 여부에 따라 판단될 것인데 이는 사실인정의 문제로 배심원들이 결정해야 한다고 하였다. 배심원들은 이 사건 고용계약을 통상의 업무에 속하지 않는 종신고용계약이라고 인정하였고, 이에 법원은 사장이 이사회 승인 없이 체결하였음을 이유로 원고 청구를 기각하였다.

례가 상법 제393조 제1항의 중요한 업무인지 여부를 판단하는 것은 크게 다르지 않아 보인다. 구체적으로 살펴보면, 미국 모범회사법 §8.25(d) 등 법령에서 위원회에 위임하는 것이 불가능하다고 명시한 배당 승인, 부속정관의 제·개정 등의 업무는 원칙적으로 비밀상업무로서 특별한 수권이 필요하다고 본다. 그렇지 않은 행위라 할 지라도 해당 거래행위의 경제적 규모(회사 자산 대비), 행위와 관련된 거래위험 등의 요소를 고려하여 해당 거래행위의 일상업무성 여부가 판단된다(회사의 사업 전체를 처분하는 계약은 비밀상업무에 속한다는 *Plant v. White River Lumber Co.* 판결⁹³⁾). 또한 비록 일정 액수 내에서만 채권을 발행할 권한이 있는 대리인이 그 액수를 넘어서서 회사 명의의 채권을 발행하였더라도 이미 과거에 그 한도를 넘는 채권을 발행한 적이 있고 회사도 이를 알았다면 거래상대방이 대리인의 권한을 믿는데에 합리적 이유가 있다고 보아 외관대리권을 인정한 *United States v. Great Am. Ins. Co. of New York* 판결⁹⁴⁾ 및 회사의 정책변경으로 대리인(부사장)의 권한이 제한되었는데, 회사가 이러한 사정변경을 거래상대방에게 알려주었다고 볼 자료도 없고 상대방이 이를 의심했어야 함을 암시하는 증거도 없다는 이유로 외관대리권을 인정한 *Digital Ally, Inc. v. Z3 Technology, LLC* 판결⁹⁵⁾ 등에 비추어 보면, 회사가 과거에 대리인(행위자)에게 그와 같은 종류의 대리권을 부여한 경험이 있는지, 회사가 상대방에게 대리권의 존재에 관해 어떠한 신뢰를 부여하였는지(합리적인 상대방이라면 주어진 상황 하에서 대리인에게 권한이 있다고 믿었을 것인지) 등의 사정을 고려하여 회사가 행위자(대리인)의 행위에 구속되는지 여부를 판단하고 있음을 알 수 있다.

3. 대표권 제한 법리의 기준 제안

가. 영리법인과 비영리법인 사이의 균형

현재의 판례법리에 따르면 법인 대표자가 이사회 결의를 거치지 않고 행위한 경우에, 영리법인은 선의·무중과실의 상대방이 보호되고, 비영리법인은 대표권 제한이 등기되지 않았다면 모든 상대방이 보호되는데⁹⁶⁾ 현실적으로 대표권 제한이 등기된 비영리법인은 찾기 어려우므로, 사실상 거의 모든 상대방이 보호된다. 바꾸어 말하

93) *Plant v. White River Lumber Co.*, 76 F.2d 155 (8th Cir. 1935).

94) *United States v. Great Am. Ins. Co. of New York*, 738 F.3d 1320.

95) *Digital Ally, Inc. v. Z3 Technology, LLC*, 754 F.3d 802 (2014).

96) 다만 이사회 결의사항이 법정되어 있는 특수법인(학교법인, 공익법인, 사회복지법인)에 관하여, 현재 까지 선고된 판례는 상대방의 선·악의를 불문하고 보호하지 않고 있는데, 이는 해당 사안에서 문제된 이사회 결의사항이 허가사항과 같은 내용이거나 그에 준할 정도로 법인의 존립에 중요한 영향을 끼치는 사항이었기 때문으로 이해된다.

면, 영리법인과 거래행위가 무효로 될 가능성이 비영리법인과 거래행위가 무효로 될 가능성보다 크다는 의미이기도 하다. 영리법인과 비영리법인이 대표권 제한 쟁점에 있어 반드시 같이 취급될 필요는 없겠으나, 다음과 같은 사정에 비추어 보면 적어도 현재와 같이 영리법인과 거래한 상대방이 덜 보호되는 결과는 균형을 상실한 것으로 보이므로, 이를 바로잡을 필요가 있다.⁹⁷⁾

① 비영리법인과 영리법인의 구별에 관하여 예전부터 ‘구성원에 대한 경제적 이익의 분배’가 있으면 영리법인이라는 견해(이익분배설)가 통설로 확립되어 있었고,⁹⁸⁾ 비영리법인의 수익사업은 주된 비영리목적의 수행에 필요한 범위 내에서만 허용되어야 한다고 보아 왔다. 이러한 관점에서 영리법인은 비영리법인보다 수익사업이 보다 활발히 이루어지고 제3자와의 거래행위도 보다 빈번히 발생할 것으로 예상되는데, 비영리법인의 채권자를 영리법인의 채권자보다 강하게 보호하는 태도는 합리적이지 않다. 영리법인은 설립에 있어 준칙주의(상법 제172조)를 취하고 해산명령 제도(상법 제176조)를 두고 있는 반면, 비영리법인에 대하여는 설립허가제(민법 제32조), 감독청에 의한 감사 및 감독권(민법 제37조), 설립허가의 취소(민법 제38조) 등이 규정되어 보다 강력한 국가의 개입이 예정되어 있다는 점에서도 그러하다.

② 비교법적으로 살펴보아도 오히려 영리법인과 거래한 상대방을 더 보호하는 경우는 있지만, 그 역의 경우는 찾기 어렵다.

독일은 주식회사를 비롯한 모든 종류의 회사에 관하여, 그 대표권이 제한될 수 없다거나(AktG 제82조 제1항), 대표권의 범위에 대한 제한은 제3자에 대해 효력이 없다고 규정하는 등(HGB 제126조 제2항) 대표권의 제한은 회사 측의 제한으로 보아 상대방의 선의·과실을 불문하고 일단 거래행위가 유효함을 원칙으로 하고 있다. 반면 사단(Verein)에 관해 적용되는 독일 민법 제68조 제1문은 대표권 제한이 등기되거나 제3자가 악의인 경우, 대표권 제한을 대항할 수 있다고 규정하고 있다.

일본은 관련 법률에서 ‘대표권 제한’은 모두 “선의의 제삼자”에게 대항하지 못한다고 규정하는 한편, 해석론으로 비영리법인에 관하여는 표현대리의 법리를 유추적용하여,⁹⁹⁾ 영리법인에 관하여는 비진의 의사표시에 관한 규정을 유추적용하여,¹⁰⁰⁾ 선의·무과실의 거래상대방을 보호하는 동일한 결과를 도출하고 있고, 판례법 국가인

97) 2004년 민법 개정안을 논하는 과정에서도, 상법 제209조 등과의 균형을 맞추기 위해 현재의 민법 제60조가 개정되어야 한다는 논의가 있었다[윤진수, “법인에 관한 민법개정안의 고찰”, 법학 제46권 제1호, 서울대학교 법학연구소(2005), 87].

98) 민법주해[II] 총칙(2), 박영사(2022), 35(권철).

99) 最高裁判所 1959(昭和34). 7. 14. 판결(民集 13卷 7号 960) 및 最高裁判所 1985(昭和60). 11. 29. 판결(民集 39卷 7号 1760) 등.

100) 最高裁判所 2009(平成21). 4. 17. 판결(民集 63卷 4号 535).

미국 역시 대표권 제한 쟁점에 관해 대리법리를 적용함으로써 영리법인과 비영리법인을 동일하게 규율하는 것으로 이해된다.

나. 법인 위험부담의 원칙

대표권 제한은 법인 기관간의 권한 분배, 즉 법인 지배구조에서 파생된 문제로 이로 인한 위험은 원칙적으로 법인이 부담해야 한다.

① 법인 대표자가 대표권 제한에 위반하여 행위하지 않도록 감시·감독할 의무는 원칙적으로 법인(법인 이사회 또는 감사 등 내부 기관)에 있다. 대법원 2015다45451 전합판결의 보충의견도 “회사 내부의 조직과 제도를 통한 경영에 대한 감시, 감독과 견제라는 내부적 지배구조의 문제”라고 하여 이 점을 지적하고 있다.

물론 대표권 제한에 위반한 행위의 효력을 무효로 한다면 당장에는 법인을 보호할 수 있겠으나, 장기적 관점에서는 법인이 대표자의 대표권 제한 위반 행위를 방지하거나 대표자를 감시·감독하고자 할 유인이 사라지게 되므로 오히려 바람직하지 않다. 이는 우리 상법이 이사회 감독권한을 강화하고자 하였던 입법 방향과도 맞지 않는다.

② 이사회 결의를 필요로 하는 근거가 법률이든 또는 정관이나 회사 내부 규칙이든 이사회 결의가 법인 내부의 의사결정절차에 불과하다는 점은 명백한데, 특별한 사정이 없는 한 이사회 결의에 관한 거래상대방의 조사 또는 확인의무를 인정하기도 어렵다.

다. 악의자 보호의 문제

원래 법인 대표권을 제한한 취지는 대표자의 전횡 내지 사익 추구로부터 법인의 의사결정권을 보호하기 위함이었다. 이러한 취지만을 고려한다면, 대표권 제한에 위반한 대표자의 행위는 당연히 무효가 되어야 할 것이지만,¹⁰¹⁾ 대표자의 행위를 신뢰한 거래상대방, 즉 선의자를 보호할 필요성으로 인해 상대적 무효의 법리가 전개되었던 것으로, 거래상대방이 악의라면, 법인의 이익을 해하면서까지 상대방을 보호할 필요성이 인정되기 어려우므로, 상대적 무효의 법리가 적용될 당위성이 사라지게 된다.

악의자를 보호하는 것은 민법의 기본원리에도 맞지 않고,¹⁰²⁾ 비교법적으로도 대표권 제한 쟁점 사안에서 악의의 상대방을 보호하는 예는 찾아볼 수 없다. 대표권의 불가제한성을 선언하고 있는 독일마저도 ‘대표권 남용’의 법리를 통해 악의·중과실

101) 물론 대표권의 포괄성과 불가제한성을 강조함으로써 대표권 제한에 위반된 행위라도 적어도 외부적으로는 유효라는 원칙을 정할 수도 있다(AktG 제82조 등).

102) 2004년 법무부 민법 개정안 총칙·물권편, 법무부(2012) 중 제60조 개정에 관한 김상용 의원 의견.

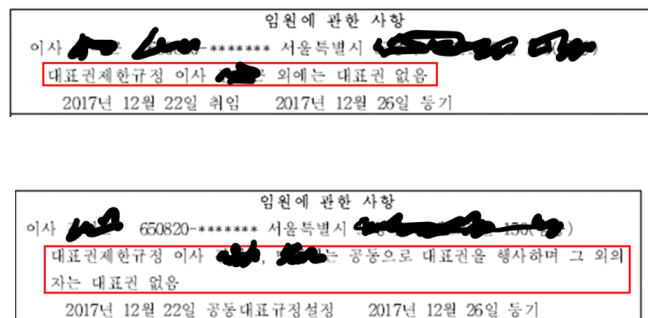
의 상대방에 대하여는 해당 거래행위를 무효로 하고 있다.

4. 대표권 제한 법리의 개선

가. 문제의 제기

현재의 판례는 법인의 종류와 거래행위의 유형에 따라 세 가지의 상대적 무효 법리를 취하고 있다. 그중 민법 제60조에 관한 상대적 무효 법리는 대표권 제한이 등기되지 않았다면 상대방의 선·악의를 불문하고 상대방에게 대항할 수 없다는 내용인데(무제한설), 현재 비영리법인에 관한 민법 제49조 제2항103)에서 대표권 제한을 등기사항으로 규정하고 있음에도 법인의 등기실무는 영리법인과 비영리법인을 막론하고 소위 대표권 제한에 관한 사항이 거의 등기되지 않고 있다. 법원행정처에서 발간한 「민법법인등기실무」에는, “대표권 제한규정 이사 김갑동 이외에는 대표권이 없음”의 문언을 대표권이 있는 이사의 성명·주소와 같이 기재하거나,¹⁰⁴⁾ “이사 김갑동과 김을동은 공동으로 대표권을 행사하며 그 외의 자는 대표권 없음”의 문언을 기록하는¹⁰⁵⁾ 방법의 등기에 관하여만 소개되어 있다(아래 그림 1 참조). 나아가 위 문헌에서는 “대표권 제한의 의미와 관련하여, 정관으로 사원총회나 이사회회의 동의를 요하는 절차적 제한을 두거나 대표권의 범위를 제한하는 것도 대표권 제한에 포함하자는 견해도 있지만, 등기실무는 이사 중 특정한 자에게만 대표권이 있다고 하는 것이나 공동대표의 정함 등 이른바 대표권의 유무에 관한 제한만을 대표권 제한으로 보아 이를 등기한다”라고 기술하고 있고,¹⁰⁶⁾ 적지 않은 문헌들이 같은 취지로 기술하고 있다.¹⁰⁷⁾

[그림 1]



103) 영리법인에 관한 상법 제317조 제2항에서는 ‘대표권 제한’을 등기사항으로 규정하지 않고 있다.

104) 민법법인등기실무, 법원행정처(2018), 233.

105) 민법법인등기실무, 법원행정처(2018), 351.

106) 민법법인등기실무, 법원행정처(2018), 348.

107) 민법주해 [I] 총칙(1), 박영사(2000), 681(최기원); 권오복, “민법법인의 임원변경과 등기(1)”, 법무사 제479호, 대한법무사협회(2007), 22.

이로써 등기제도를 통해 상대방의 인식을 둘러싼 다툼을 줄이고 법률관계의 명확성을 도모하고자 하였던 민법 제60조의 입법취지는 무색하게 되었고, 『상대방의 선·악의에 관계없이 대표권 제한을 등기하지 않으면 제3자에게 대항할 수 없다.』라는 해석론을 취한 우리 판례법리에 따라 비영리법인의 대표권 제한 사안에서 악의의 거래상대방이 대부분 보호받고 있다. 뿐만 아니라 대표권 제한에 위반하여 행위한 법인 대표자의 전횡을 통제할 길이 없게 되어 법인의 보호가 매우 취약하다. 종래 인식설을 취하였던 의용민법 규정에 대하여 ‘대표권의 제한을 필요로 하는 법인의 편익을 충족시키지 못한다’고 보고,¹⁰⁸⁾ ‘발달된 제도인 등기제도를 활용하여 제3자의 불측의 불이익을 예방하는 동시에 법인의 이익을 충족’하고자¹⁰⁹⁾ 현재와 같이 등기설로 개정된 경위에 비추어 보더라도, 현재의 민법 제60조는 그 기능을 다하지 못하는 것으로 보인다.

나. 민법 제60조의 개정안 제시

1) 인식설에 따른 개정 제안

이에 다음과 같은 이유로 민법상 법인 이사의 대표권 제한에 관한 제60조를 “이사의 대표권에 대한 제한은 선의의 제삼자에게 대항하지 못한다.”라고 개정할 것을 제안한다.¹¹⁰⁾ 이 경우 필연적으로 법원이 상대방의 내심의 의사(선의와 과실의 존부)를 판단해야 하는 어려움과 불확실성이 수반될 것이지만, 이는 인식설로 인한 이점을 고려할 때 수인 가능하다고 생각한다. 무엇보다 이로써 개별 사안에서 귀책사유 없는 선의자를 보호하여 구체적 타당성을 꾀할 수 있다.

㉠ 현재의 등기제도가 악의자를 보호하는 면죄부로 악용되어서는 아니 된다.

애초 민법 제60조가 현재와 같이 입법된 것은, (당시로서는) 현대적 제도인 등기제도에 대한 기대와 함께, 거래상대방의 선·악의 또는 과실 여부를 가리는 것은 법원이 제한된 증거에 기초하여 개인의 내심의 의사를 밝히는 것에 불과하여 그 판단이 쉽지 않다는 반성적 고려에서, 등기된 사항은 상대방이 알고 있는 것으로, 등기되지 않은 사항은 상대방이 모르는 것으로 취급한다면 그 법적 판단이 간명해진다. 이는 점에 착안한 것이지, 결코 등기되지 않은 사항을 알고 있는 악의자라도 보호하겠다는 의도는 아니었을 것이다.

또한 “등기되지 않은 사항을 알고 있는 악의자라도 보호하는 것이 타당하다”는

108) 민의원법제사법위원회 민법안심소위원회 편찬, 민법안심기록 상권(1957), 42.

109) 양창수, “법인 이사의 대표권 제한에 관한 약간의 문제”, 민법연구(1), 박영사(2004), 114-115.

110) 민법 제60조의 개정을 논하는 것은 새로운 제안이 아니다. 이미 2004년 민법 개정안에서 현재의 민법 제60조를 “이사의 대표권에 대한 제한은 등기하지 아니하면 선의의 제3자에게 대항하지 못한다”라고 개정하는 내용의 개정안이 제시된 바 있다.

명제가 거부감 없이 수용될 만큼 우리의 등기제도에 대한 신뢰가 확고하다고 단정하기도 어렵다.

무엇보다 현재 민법 제60조의 해석론은 차치하고라도 입법론적으로 악의의 제3자를 더 보호하여야 한다는 주장을 하기는 어려울 것이다.¹¹¹⁾

㉒ 이와 같이 개정한다면 보다 많은 경우에 구체적 타당성 있는 결론이 도출될 수 있다.

대표권 제한이 등기됨을 전제로 한 경우의 수는 아래 표와 같이 도식화할 수 있는데, 편의상 (중)과실을 악의와 같이 본다고 전제한다면, 아래 표에서 ②, ③과 ④ 영역은 상대방의 인식과 등기의 존부가 일치하는 경우로서, 인식설과 등기설 어느 견해에 의하더라도 ②, ③ 영역은 법인이 보호되고, ④ 영역은 상대방이 보호된다는 동일한 결론에 이른다.

[표 3 - 등기설에 따른 대표권 제한]

대표권 제한	상대방 선의·무과실	상대방 선의·(중)과실	상대방 악의
등기된 경우	①	②	③
등기되지 않은 경우	④	⑤	⑥

결국 문제는 상대방의 인식과 등기의 존부가 일치하지 않는 ①과 ⑤, ⑥ 영역으로, 대표권 제한이 법인등기부에 등기되었음에도 불구하고 이를 알지 못하고 대표자가 적법하게 요건을 갖추어 거래한다고 믿은 선의의 상대방은 보호되어야 하는지(①), 또한 대표권 제한이 법인등기부에 등기되지 않았지만 대표권 제한 내용을 알고 있었던 악의·중과실의 상대방은 보호되어야 하는지(⑤, ⑥)의 명제가 남는다.

현재의 민법 제60조에 의한다면, ①의 경우 등기를 제대로 마친 법인이 등기부를 확인하지 않은 상대방보다 우선하여 보호되고 ⑤, ⑥의 경우 현재의 민법 제60조에 관한 판례의 태도(무제한설)에 따라 등기를 해태한 법인이 대표권 제한에 대한 실제적 진실을 알고 있는 악의자보다 보호받지 못한다.

‘선의의 제삼자’에게 대항할 수 없다고 개정한다면 역으로, ①의 경우 법인은 등기를 제대로 마쳤더라도 상대방이 선의·무과실인 이상 보호되고, ⑤, ⑥ 영역에서는 법인이 등기의무를 해태하였더라도 상대방의 악의·(중)과실로 인해 (반사적으로) 법인이 보호된다.

그런데, 현실에서 ① 영역이 존재할 가능성은 ⑤, ⑥ 영역이 존재할 가능성보다

111) 윤진수, “법인에 관한 민법개정안의 고찰”, 법학 제46권 제1호, 서울대학교 법학연구소(2005), 90.

매우 낮다. 즉, 법인이 등기부 자체를 위조하여 제시하지 않는 이상, 현실적으로 “등기부에 대표권 제한이 등기되었음에도 대표권 제한을 알지 못한 선의·무(중)과실의 제3자”가 존재할 가능성은 매우 낮을 뿐 아니라, 설령 존재하더라도 그러한 자의 보호가치가 높다고 평가되기도 어렵다. 정관 등 내부 규정과 달리 법인등기부는 공시를 전제하고 있으므로 법인과 거래하는 상대방에게 법인등기부를 확인할 것을 기대하는 것이 과도한 의무를 부과하는 것이라고 볼 수는 없고, 독일 민법 제68조와 관련하여 제3자가 법인 등기부를 열람하지 않은 경우 과실이 있는 것으로 보고 있는 점¹¹²⁾도 참고할 수 있다.

반면 ⑤, ⑥ 영역의 사안은 적지 않게 발생한다. 규모가 작은 법인일수록 특정 상대방과의 거래행위가 계속적·반복적으로 일어나는 빈도가 잦고 대표자와의 친분이거나 인적관계에 기대어 법인과 거래가 지속되는 경우도 적지 않다. 그 과정에서 거래상대방은 등기부에 기재되어 있지 않은 법인의 사정들, 경영진과 이사회 구성, 그 구성원 사이의 권한배분 관계 등을 알게 될 수도 있다. 특히 유사 거래행위가 반복적으로 행해진다면 더욱 그러하다. 주식회사의 대표권 제한 법리에서 거래상대방의 선의·과실 여부를 판단하는 요소 중의 하나로 과거 유사한 거래경험이 있는지 여부를 들고 있는 것도 이 점에 착안한 것이다.¹¹³⁾

앞서 ①에서 논하였듯 현재 우리의 등기제도는 절대명제가 아니다. 대표권 제한 법리에서 거래상대방의 이익(거래안전의 보호)과 법인의 이익을 균형적으로 고려함에 있어, 원칙으로 삼아야 할 기준은 거래상대방이 보호될 가치가 있는 자인지, 또는 그럼에도 불구하고 법인이 더 보호되어야 할 중요한 가치가 있는지 여부인 것이다. 그렇다면 등기설을 전제로 한 ⑤, ⑥ 영역의 불합리성(악의자가 보호받는 불합리성)이, 인식설을 전제로 한 ① 영역의 불합리성(등기를 제대로 마친 법인이 보호받지 못하는 불합리성)보다 더욱 크다는 점을 부인할 수 없다. 이에 더하여 현실에서는 ① 영역보다 ⑤, ⑥ 영역이 더 자주 발생한다는 점을 고려한다면 대표권 제한에 위반한 거래행위의 효력에 관하여 상대적 무효설을 취할 경우 등기설보다는 인식설에 따르는 것이 보다 타당한 결론을 이끌어낼 수 있다.

③ 인식설을 취함으로써 비법인사단에 관하여도 통일적인 대표권 제한의 근거 규정을 마련할 수 있다.

등기를 전제로 하는 현행 민법 제60조는 비법인사단에 준용될 수 없다는 것이 확

112) Münchener Kommentar zum BGB: Band 1, 8. Auflage, C. H. Beck(2018), §68, Rn. 6.

113) 미국의 대리 법리에서 ‘과거에 이사회가 허용하거나 묵인한’ 것과 같은 유형의 계약 체결에 대하여는 대표자에게 ‘묵시적 실제 대리권’이 있는 것으로 보는 점 역시 같은 맥락이다.

고한 판례이고,¹¹⁴⁾ 그 결과 총유물의 관리·처분행위가 아닌 영역에서의 비법인사단 대표자의 대표권 제한은 선의·무과실의 상대방을 보호한다는 판례법리에 따라 해결되고 있다. 위 판례법리는 민법 제107조 단서를 유추적용한 것으로 평가되는데¹¹⁵⁾ 그 유추적용에 관한 합리적 근거를 찾을 수 없을 뿐 아니라(마찬가지의 법리를 취하고 있던 주식회사 대표이사의 대표권 제한에 관하여도, 대법원 2015다45451 전합판결을 통해 상법 제209조 제2항에 의하도록 판례가 변경되었다), 이는 비법인사단에 관하여 법인격을 전제로 하는 것을 제외하고는 원칙적으로 민법의 법인에 관한 규정이 준용되는 것과는 균형이 맞지 않는다.

민법상 법인 이사의 대표권 제한에 관하여 선의의 제3자를 보호하는 것으로 법률이 개정된다면, 그 규정은 비법인사단에 원칙적으로 준용될 것이고 실제로도 비법인사단에 준용함에 아무런 장애도 없을 것이다. 따라서 비법인사단의 대표권 제한에 관하여 명시적인 근거조항을 마련함과 동시에 비법인사단과 민법상 법인을 동일한 법률 조항과 법리에 따라 판단할 수 있다는 이점이 있다.

④ 앞서 언급한 것처럼 비교법적으로 보더라도 악의의 거래상대방을 보호하는 것은 타당하지 않다.

2) 상대방의 보호기준

앞서 제안한 것처럼 인식설로 민법 제60조를 개정하되 ‘선의의 제삼자’라고만 입법할 경우 다음 단계로 생각해 보아야 하는 것은 비영리법인과 거래한 상대방의 과실을 어떻게 평가할 것인가이다.

대법원 2015다45451 전합판결에 따라 영리법인과 거래한 상대방은 경과실이 있어도 보호된다(거래행위 유효). 그렇다면 (1) 영리법인과 거래하는 상대방은 비영리법인(비법인사단)과 거래하는 상대방보다 보호된다는 원칙을 수립하여 영리법인과 비영리법인의 차별성을 부각시킬지(즉, 비영리법인은 영리법인과 달리 선의·무과실의 상대방만 보호), (2) 또는 영리법인이든 비영리법인이든 법인과 거래하는 상대방은 동등하게 보호된다는 원칙을 수립하여 법인의 종류를 불문하고 거래안전을 보호하고 상대방의 거래편의를 도모할지(비영리법인도 영리법인과 마찬가지로 선의·무과실의 상대방까지 보호) 여부가 문제된다.

이는 우리의 사회·경제적 상황에 따라 결정될 수 있는 정책적 판단의 문제일 수 있고, 반드시 어느 한 견해가 보다 우월하다고 단정하기 어렵다. 다만 필자는 다음

114) 대법원 2003. 7. 22. 선고 2002다64780 판결 등 다수.

115) 호제훈, “총회결의 없는 비법인사단의 채무보증행위의 효력”, 민사판례연구 제30권, 박영사(2008), 9.

의 이유로 비영리법인과 거래한 상대방 역시 선의·무중과실이면 보호되는 것이 타당하다고 생각한다.¹¹⁶⁾

① 사회가 발전함에 따라 전통적인 영리법인과 비영리법인의 구별 자체가 모호해진 측면이 있고, 적어도 영리법인이든 비영리법인이든 현대사회에서 법인이 법률행위의 주체로서 행하는 행위의 태양은 크게 다르지 않으며 그 대부분이 재산의 처분과 별도로 생각할 수 없는 경제적 행위이다. 즉, 영리법인인지 비영리법인인지에 따라, 구성원에 대한 이익분배를 주된 목적으로 하는지 또는 이를 위해 수익사업을 주된 사업으로 하는지 여부가 달라질 수는 있지만 그 과정에서 제3자와 체결하는 거래행위의 성질 자체가 달라진다고 보기는 어렵다. 이러한 관점에서, 비영리법인과 거래행위를 한 상대방이 영리법인과 거래행위를 한 상대방보다 덜 보호되어야 하는(바꾸어 말하면, 대표자가 대표권 제한을 위반한 경우에 비영리법인이 영리법인보다 더 보호되어야 하는) 합리적 이유를 찾기 어렵다.

② 비영리법인 중 국가와 지방자치단체를 제외한 특수법인에 관하여는 대부분 개별 법률이 존재하여, 해당 법인을 특히 보호할 필요가 있는 경우에 관한 특별 조항이 마련되어 있다. 이를 통해 이미 학교법인, 공익법인, 의료법인 등은 충분히 보호받고 있으므로, 그 밖의 영역에서까지 비영리법인을 더 보호할 이유는 없다.

③ 대표권 제한의 상대방은 어떠한 민사상 책임을 부담하는 자라기보다는 법인과 거래행위를 한 당사자에 불과하고, 구체적 타당성과 공평의 관점에서 보호되어야 하는 자이다. 이 점은 상대방과 거래한 법인이 비영리법인인지 영리법인인지에 따라 달라지지 않는다.

IV. 결론

영리법인에 관한 상법과 비영리법인에 관한 민법 및 특수법인에 관한 개별 법률들은 모두, 대표권과 의사결정권을 분리함을 원칙으로 하되 업무의 중요도에 따라 의사결정권을 배분하고 있다. 이에 따라 대표권 제한 쟁점이 문제되는데, 우리의 판례는 법인의 종류 또는 거래행위의 유형에 따라, 상대방의 선·악의를 기준으로(인식설) 또는 대표권 제한이 등기되었는지를 기준으로(등기설) 거래행위의 효력을 달리 판단하는 방식으로 법리가 형성되고 있음에 주목하여, 대표권 제한 쟁점에 관한 통일적 분석과 법리의 고찰을 시도하고자 하였다. 중국적으로는 등기설을 취하고 있

116) 다만 어느 견해를 취하더라도, 해당 법인의 존립을 좌우할 중요한 행위(총유물의 관리·처분행위, 기본재산의 처분에 관한 이사회 결의 문제 등) 또는 사립학교 등 특수한 법인의 특정 거래행위의 경우에는, 대표권 제한에 위반하여 행해진 거래행위를 절대적 무효로 보아야 할 것이다.

는 민법 제60조를 상법 제209조 제2항과 같이 인식설로 개정할 것을 제안한다. 이로써 악의의 거래상대방이 보호되는 현실을 개선하는 한편, 영리법인과 비영리법인 사이의 균형도 갖출 수 있다. 나아가 대표권 제한 쟁점은 원래 법인이 그 위험을 부담해야 하는 영역이라는 점에서도 거래상대방의 보호 영역을 선의·무과실에서 선의·무중과실로 넓히는 것이 타당하므로, 주식회사 대표권 제한 쟁점에 관한 대법원 2015다45451 전합판결의 태도에 찬성하는 한편 민법 제60조의 개정안도 동일하게 해석되는 것이 바람직함을 제시하였다. 이상과 같은 입법의 개선과 해석론의 정비를 통해 현재 혼재되어 있는 법인 대표자의 대표권 제한에 관한 법리가 통일적으로 정리될 것을 기대한다.

V. 결론: 대표권 남용과 관련된 몇 가지 문제

법인의 의사결정기관과 대표기관이 일치하지 아니함에 따라 야기되는 또 다른 문제는 대표권 남용이다. 주식회사 대표이사가 회사의 영리목적과 관계없이 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 그 권한을 행사하였다면 이는 대표권을 남용한 행위가 되고, 그 거래행위의 상대방이 대표이사의 진의를 알았거나 알 수 있었던 경우에 그 행위가 회사에 대해 효력이 없다는 판례가¹¹⁷⁾ 확립되어 있다. 이처럼 대표권남용에 있어 선의·무과실의 거래상대방을 보호하는 법리는 영리법인인 주식회사와 비영리법인 모두에 공통적으로 적용된다. 다만 그 근거에 관하여는 명문의 규정이 없어 판례법리에 의존하고 있는데, 대부분의 판례는 민법 제107조 단서의 유추적용에 근거를 둔 비진의 의사표시설을 취한 것으로 평가되고¹¹⁸⁾ 일부 권리남용설의 입장을 취한 판례¹¹⁹⁾도 찾아볼 수 있다(이론상 민법 제107조 제1항 단서를 유추적용하면 선의·무과실의 상대방이 보호되지만, 권리남용설에 따르면 선의·무중과실의 상대방이 보호되는 차이가 존재하는데, 판례가 개별 사안에서 이 점을 특히 구분하였던 것으로는 보이지 않는다).¹²⁰⁾

117) 대법원 2021. 4. 15. 선고 2017다253829 판결 등 다수

118) 앞서 본 대법원 2017다253829 판결, 대법원 1993. 6. 25. 선고 93다13391 판결 등 다수

119) 대법원 2016. 8. 24. 선고 2016다222453 판결

주식회사의 대표이사가 그 대표권의 범위 내에서 한 행위는 설사 대표이사가 회사의 영리 목적과 관계없이 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 그 권한을 남용한 것이라 할지라도 일응 회사의 행위로서 유효하다. 그러나 그 행위의 상대방이 그와 같은 정을 알았던 경우에는 그로 인하여 취득한 권리를 회사에 대하여 주장하는 것이 신의칙에 반하므로 회사는 상대방의 악의를 입증하여 그 행위의 효과를 부인할 수 있다고 함이 상당하다(대법원 1987. 10. 13. 선고 86다카1522 판결 등 참조).

120) 학설로는 그 밖에 대표권 제한설(대표권에는 본인의 이익을 위해 행사되어야 한다는 내재적 제한이 있는 것으로 보고 그 한계를 넘는 대표권은 부정된다는 견해)도 존재한다. 본고는 판례법리를 중심으로 쟁점을 살펴보고자 함이므로 구체적인 학설의 소개는 생략한다(국내 학설에 관하여는 주석 민법 [총칙 3](제5판), 한국사법행정학회(2019), 42-42 및 주석 상법 [회사3](제6판), 한국사법행정학회 (2021), 296-297을, 독일과 일본의 학설에 관하여는 이기용, “대리권의 남용”, 비교사법 제2권 제2

그런데 최근 민법 개정과정에서 대리권의 남용에 관한 규정을 신설하려는 시도가 있다.¹²¹⁾ 개정안 제124조의2(대리권의 남용) 제1항은 “대리인이 그 권한 내에서 본인의 이름으로 한 의사표시가 자신의 이익을 위하는 등 그 권한을 남용하여 본인의 이익에 반하는 경우에, 상대방이 그 사정을 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 때에는 그 의사표시는 본인에 대하여 효력이 생기지 않는다.”라고 하여 악의·중과실의 상대방에 대하여는 대리인이 한 의사표시가 본인에 대해 효력이 없도록 규정하고, 이어서 무권대리에 관한 민법 제130조 내지 133조를 준용하도록 하고 있다. 과거 2004년과 2009년 민법 개정을 준비하던 중에도 대리권 남용 규정의 신설에 관한 논의가 있었고 현재의 개정안과 유사한 내용의 구체적 개정안도 마련된 바 있으나¹²²⁾ 공식적인 2013년 개정시안에는 대리권 남용에 조항을 두지 않는 것으로 정리되었다. 일본은 우리와 같이 대리권 남용에 관한 규정이 없었으나 2017년 공포된 개정 민법(2020. 4. 1. 시행)에서 악의·과실의 상대방에 대한 대리권 남용 행위를 무권대리행위로 보는 방식으로 대리권 남용에 관한 민법 제107조¹²³⁾를 신설하였다.

현재 민법 제59조 제2항에서는 ‘법인의 대표에 관하여는 대리에 관한 규정을 준용한다고 규정하고 있고, 이는 상법 제209조와 같이 대표권 제한에 관해 특별히 달리 정하였다거나 그 성질에 반한다는 등의 사정이 없는 한 상법상 회사에도 준용된다.¹²⁴⁾ 따라서 만약 민법 개정안과 같이 대리권 남용 조항이 입법된다면 민법 제59조 제2항에 따라 특별한 사정이 없는 한 대표권 남용 사안에서도 준용될 가능성이 높는데, 관련하여 다음의 몇 가지 문제들을 생각해 볼 필요가 있다.

1. 주관적 요건의 요부(要否)

현재 국내 통설과 판례는 대표권 남용뿐 아니라 대리권 남용을 정의함에 있어 ‘자기 또는 제3자의 이익을 위하여’ 라는 주관적 의도 요건을 포함하여 설명하고 있다.¹²⁵⁾¹²⁶⁾ 그런데 앞서 본 것처럼 독일의 경우 대표권 남용 법리를 적용함에 있어

호, 한국비교사법학회(1995), 311 이하를 각 참조).

121) 다만 아직까지 개정 작업이 진행 중이므로 이하에서 소개하는 내용이 확정된 개정안이라고 할 수는 없다.

122) 지원림, “계약 및 법률행위법의 개정 방향” 민사법학 제48호, 한국민사법학회(2010), 23-24에 따르면 당시 논의를 거쳐 결정된 개정안(이하 ‘2013년 제안’이라고 한다) 내용은 다음과 같다.

제114조의2(대리권의 남용) ① 대리인이 그 권한 내에서 본인의 이익에 반하여 자기 또는 타인의 이익을 위하여 의사표시를 한 경우에, 상대방이 그 사정을 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 때에는 그 의사표시는 본인에 대하여 효력이 생기지 아니한다. ② 본인은 제1항에 의한 대리행위의 무효를 선의의 제3자에게 대항할 수 없다.

123) 일본 민법 제107조(대리권의 남용) 대리인이 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 대리권의 범위 내의 행위를 한 경우에, 상대방이 그 목적을 알았거나 알 수 있었던 때에는 그 행위는 대리권을 갖지 않은 자가 한 행위로 본다.

124) 주석 상법 [회사1](제6판), 한국사법행정학회(2021), 299(임영철).

그 행위의 객관적 의무위반성만 기준이 되고, 대표자가 고의로 회사에 해를 끼치는 행동을 했는지 또는 남용에 대한 인식이 있었는지 여부는 중요하지 않는 것으로 보고, 이로써 우리가 논하는 대표권 제한 쟁점도 ‘대표권 남용’의 범주에서 다루고 있다. 일본에서도 대리인이 배임의 의사를 가지고 대리권을 이용한 경우뿐 아니라 대리인의 행위가 객관적으로 본인의 이익을 해할 수 있는 경우도 대리권 남용으로 하여야 한다는 견해¹²⁷⁾가 있다. 그 기초는, 대리 제도는 본인의 이익을 도모하기 위한 제도인데 객관적으로 본인의 이익을 해하는 행위도 본인의 이익을 도모하는 것이라고는 할 수 없으므로 이 경우에도 상대방의 주관적 양태에 따라 본인에의 효과가 귀속되지 않도록 해야 한다는 생각이라고 한다.¹²⁸⁾

앞서 본 것처럼 현재 논의되고 있는 민법 개정안은 “자기 또는 타인의 이익을 위하여”라고 규정하였던 2013년 제안과 달리 “자신의 이익을 위하여 ‘등’”이라고 제안되었다. 그 배경에는 대리권 남용은 본인의 이익에 반한다는 의무위반의 객관적 요건만 충족하면 성립하고 반드시 본인 아닌 자(대리인이나 제3자)의 이익을 위한다는 의사를 요하지는 않는다는 관점이 내포되어 있는 것으로 보인다.¹²⁹⁾

장차 대리권 남용에 관한 조문이 입법된다면 그 법률조항의 해석에 따라 정해질 문제이겠지만, 그렇지 않은 현재로서는 이미 국내의 경우 오랜 기간 대리인이 본인 아닌 자(자기 또는 제3자)의 이익을 위한다는 의사, 즉 주관적 의도를 가질 것을 대리권 남용으로 보는 법리가 확립되어 왔던바, 특히 대표권의 포괄정형성이 인정되는 주식회사 대표이사의 대표권 남용에 관하여는 주관적 의도를 요구하는 것이 타당하다고 생각된다.¹³⁰⁾ 대리권 남용도 마찬가지로이다. 대리권 남용의 현상은 일반 민법상의 대리보다는 포괄정형적·불가제한적 대리권의 경우에 현저하기 때문이다.¹³¹⁾

125) 주석 상법 [회사3](제6판), 한국사법행정학회(2021), 295(이완희); 주식회사법대계 II, 법문사(2022), 637(강대섭).

126) 민법주해[III] 총칙(3), 박영사(2022), 538(김상중); 주석 민법 [총칙 3](제5판), 한국사법행정학회(2019), 37(권순민).

127) 高橋 三知雄, 代理理論の研究, 有斐閣(1976), 233; 伊藤 進, 私法研究 第2卷 任意代理基礎理論, 成文堂(1990), 224; 福永, 礼治, “代理權の濫用に関する一試論(2·完)”, 上智法學論集 22卷 3号(1979), 210 이하.

128) 新版 注釈民法(4) 總則(4), 有斐閣(2014), 43-44.

129) 민법 개정안을 검토하는 과정에서, 이와 같이 대리권 남용을 규정한다면 ‘비법인사단 대표자가 총유물의 관리·처분행위가 아닌 거래행위를 한 경우’의 사안(현재, 명시적 규정은 부존재하고 선의·무과실의 거래상대방을 보호하는 판례법리에 따라 해결되고 있다)에도 대리권 남용에 관한 개정 민법조항을 적용할 수 있을 것이라는 의견도 제시되었다.

130) 김정호, “대리권남용의 법리구성”, 법학논집 제33집, 고려대학교 법학연구원(1997), 626에서도 “거래의 안전이 요구되는 포괄정형적인 기업형 대리권에 있어서는 거래상대방 보호의 취지에서 대리인이 자신의 배임적 용태에 대한 주관적 인식이 있는 경우에만 대리권 남용을 인정함이 타당하다고 본다.”라고 기술하고 있다.

131) 김정호, “대리권남용의 법리구성”, 법학논집 제33집, 고려대학교 법학연구원(1997), 606. 위 논문은 또한 “일반 민법상 보통의 대리는 대리권 수여자가 대리권 범위를 확정하고 그 남용가능성이 있으면

실제 대리권 남용에 관한 판례들도 대부분 사찰 대표자,¹³²⁾ 재단법인 대표자,¹³³⁾ 재건축조합 대표자¹³⁴⁾ 등 포괄정형적인 대리권의 남용이 문제되었던 사안이다.

또한 현재는 대표권 남용에 주관적 의도를 요구하는 전제 하에 형사적으로 배임죄의 성부 판단이 이루어지고 있는데, 만약 이 부분이 입법을 통해 변경된다면 대표권·대리권 남용에 관한 민사법적 쟁점과 배임죄에 관한 형사법적 쟁점의 판단은 (더욱 더) 독립하여 이루어져야 할 것이다. 객관적으로 본인의 이익에 반하는 행위라 할지라도 대표자가 주관적으로는 본인을 위하는 행위라고 잘못 생각한 경우까지 배임죄의 고의가 있다고 보기는 어렵기 때문이다.

2. 대표권 제한과 대표권 남용의 양립 가능성

통설은 대표권 남용을 설명하면서 “그 대표권의 범위 내”에서 행한 행위라고 기술하고 있는데,¹³⁵⁾ 그렇다면 권한을 벗어나서 행위한 경우, 또는 대표자가 대표권의 제한에 위반하여 행위한 경우에는 ‘남용’이 아니게 되는 것인가라는 의문이 제기된다. 즉, 권한을 벗어난 대표자의 행위는 무권대표의 문제일 뿐 남용으로 취급할 필요가 없는 것이 아닌가 하는 것이다(이러한 문제의식은 대리권 남용에서도 동일하게 발생한다¹³⁶⁾). 실제로 “대표권 제한을 벗어난 행위는 무권대표행위이고, 대표권 남용행위는 대표이사가 객관적으로는 그 대표권의 범위에 속하는 행위를 한 경우”로 양자의 구별을 주의해야 한다거나,¹³⁷⁾ 대표권의 남용은 외관상 대외적으로 적법한 행위이어야 하므로 “대표이사가 내부적으로 가해진 대표권의 제한을 초과하거나 법상 필요한 절차를 거치지 아니한 행위는 위법한 행위이므로 대표권의 남용에 해당하지 아니한다.”고¹³⁸⁾ 기술하는 문헌도 존재한다.

그런데 실제 사건에서는 통상 주식회사 대표이사의 행위에 관하여 이사회 결의를 흠결하여 무효라는 주장(대표권 제한 쟁점)과 함께 설령 이사회 결의가 존재하거나 또는 흠결에 대하여 상대방이 선의·무중과실이어서 무효라고 하더라도 대표권 남용

처음부터 무권대리로 다루어지도록 대리권 범위를 구체화시킬 수 있다. … 그러나 대리권의 범위가 법정되어 있는 상사대리에서만 이 문제가 현저하지는 않을 것이다.”라고 기술하고 있다.

132) 대법원 2017. 6. 29. 선고 2017다8388 판결

133) 대법원 2022. 4. 14. 선고 2017다3024 판결

134) 대법원 2008. 2. 1. 선고 2007다63416 판결

135) 주석 상법 [회사3](제6판), 한국사법행정학회(2021), 295(이완희); 주식회사법대계 II, 법문사(2022), 637(강대섭).

136) 이에 관하여 표현대리와 대리권 남용의 관계로 보고 논의한 일본의 학설 및 국내 학설의 구체적 소개는 윤일구, “민법 제126조의 표현대리와 대리권 남용의 관계 -이른바 명성수기통장사건을 중심으로”, 법학연구 제52집, 한국법학회(2013), 180-183.

137) 홍복기·박세화, 회사법강의(제8판), 법문사(2021), 466

138) 이철송, 회사법강의(제31판), 박영사(2023), 739

에 해당하므로 무효라는 주장이 동시에 제기되고 법원도 이러한 주장을 순차로 판단하고 있으며, 이는 표현대표이사 책임과 대표권 남용 주장 역시 마찬가지이다.¹³⁹⁾ 최근 대법원 2017다253829 판결은 “대표이사가 대표권 제한을 위반하여 한 거래행위가 상법 제209조 제2항에 의해 유효한 경우에 해당하더라도 그 거래행위가 대표권을 남용한 행위로서 상대방이 그러한 대표이사의 진의를 알았거나 알 수 있었다면 회사에 대하여 무효가 될 수 있고, 대표권 남용에 관한 법리는 앞서 본 대표권 제한에 관한 법리와 양립할 수 있다.”고 명시적으로 선언하였다.¹⁴⁰⁾ (특히 주식회사 대표이사의 경우) 대표권의 포괄성에 비추어 보더라도, 대표권 남용에서 말하는 ‘대표권의 범위 내에서’라는 의미는, 대표권 제한을 위반하거나 권한 외의 행위라 하더라도 상법 제209조 제2항 또는 표현대표이사 법리에 따라 ‘종국적으로 회사에 책임이 귀속되는 경우’¹⁴¹⁾까지 포함하는 것으로 이해함이 타당하다(소위 ‘의제된’ 대표권). 원칙적으로는 대표권 남용이 대표권 제한에 위반한 행위와는 양립할 수 없지만, ‘대표이사가 대표권 제한에 위반하면서 동시에 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 대표권을 남용하는’ 예외적 상황이 있을 수 있고 이 경우에는 양자를 모두 판단해야 한다는 기술¹⁴²⁾ 역시 이러한 관점을 반영한 것으로 이해된다.

대리권 남용에서도 유권대리뿐 아니라 표현대리가 성립하는 경우에도 대리권 남용이론이 적용된다고 보는 것이 다수설·판례¹⁴³⁾로 보인다. 따라서 현재의 민법 개정안(대리인이 그 권한 내에서 ... 권한을 남용하여) 문언과 같이 입법되더라도, 표현대리책임을 인정되는 자가 자기 또는 제3자의 이익을 위해 대리권을 남용한 경우라면 대리권 남용 규정이 적용되는 것으로 해석되어야 할 것이다. 그렇지 않다면, ① 대리인이 대리권 범위 내에서 권한을 남용한 경우에는 민법 개정안에 따라 (남용에 대해) 경과실 있는 상대방이 보호되는 결과가 되는 반면(대리행위 유효), ② 대리인

139) 대법원 2005. 7. 28. 선고 2005다3649 판결: 이사회 결의 없는 대표이사의 행위에 관하여 상대방의 악의 또는 과실 입증 없이 거래행위가 유효하다고 보고, 또 대표권 남용 주장에 대하여도 상대방의 악의 또는 과실 입증이 없다는 이유로 배척한 원심 판단을 수긍하였음

대법원 2013. 7. 11. 선고 2013다16473 판결: 이사회 승인 없는 이사의 자기거래행위(연대보증계약 체결)에 관하여 상대방의 악의 또는 중과실 입증 없이 유효하고, 또 대표권 남용 주장 역시 상대방의 악의·과실 입증 없이 배척한 원심판단을 수긍함; 그 외 대법원 2002다73289 판결, 2004다735 판결, 2011다69091 판결, 2012다65959 판결, 2013다5091 판결, 2013다5107 판결, 2013다70262 판결 등 다수 존재

140) 같은 취지로 김건식·노혁준·천경훈, 회사법, 박영사(2023), 404; 김정호, “대리권남용의 법리구성”, 법학논집 제33집, 고려대학교 법학연구원(1997), 629.

141) 대표권 남용은 회사에 책임이 귀속되는 상황에서 문제가 되므로 이론적으로는 자기거래 또는 전단적 대표행위로 회사의 책임이 부정되는 경우에는 성립할 수 없다는 기술로 송옥렬, 상법강의(제13판), 홍문사(2023), 1030.

142) 김흥기, 상법강의, 박영사(2022), 599.

143) 민법주해[III] 총칙(3), 박영사(2022), 548(김상중); 주석 민법 [총칙 3](제5판), 한국사법행정학회(2019), 40(권순민). 같은 취지로 대법원 1987. 7. 7. 선고 86다카1004 판결

이 대리권 범위를 벗어나서 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 행위한 경우에는 대리권 남용이 아니라 무권대리로서 표현대리의 규정만이 적용되고 (대리권 범위를 벗어났다는 점 등에 대해) 경과실 있는 상대방이 보호되지 않는 결과가 되어(대리 행위 무효) 균형이 맞지 않는 측면이 있다.

3. 거래상대방의 보호기준

앞서 본 것처럼 현재 판례는 대표권 남용과 대리권 남용 모두 선의·무과실의 상대방을 보호하고 있다. 대표권 제한 쟁점에 관하여 선의·무중과실의 거래상대방을 보호하는 것으로 법리를 변경한 대법원 2015다45451 전합판결이 선고된 때부터 약 2달 뒤에 대표권 남용에 관한 종전의 법리를 확인한 대법원 2017다253829 판결이 선고되었던바, 가까운 장래에 대표권 남용에 관한 판례법리가 변경될 것을 기대하기란 요원해 보인다. 대리권 남용에 관한 민법 개정안의 논의가 더욱 의미 있게 다가오는 이유이다.

물론 대표권의 제한과 남용을 단순 비교할 수는 없고, 판단의 기준이 되는 상대방의 인식대상도 전자는 ‘대표권이 제한되었는지, 즉 이사회 결의를 요하는 행위인지’인 반면 후자는 ‘대표권이 남용되었는지(대표자 본인 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 하는 행위인지)’로 구별되므로, 전자의 보호기준을 선의·무중과실로, 후자의 보호기준을 선의·무과실로 달리 하는 것이 반드시 불합리하다고 단정할 수도 없다. 그러나 실제 사안을 살펴보면, 앞서 대표권 제한 쟁점에 관한 하급심 판결을 분석하는 과정에서 거래상대방의 악의·중과실 여부를 판단하는 고려요소로 도출하였던, 『① 회사와 거래상대방 사이의 관계, ② 거래의 유형과 내용, ③ 거래 당시의 물리적 상황, ④ 이사회 의사록 등 관련서류의 제출·하자 여부, ⑤ 거래상대방의 특성』은 대부분의 대표권 남용 사안에서 거래상대방의 선의·무과실을 판단하기 위해 고려하는 요소이기도 하다.¹⁴⁴⁾ 즉, 당해 거래행위가 회사보다는 대표이사 본인 또는 대표이사와 특수관계에 있는 제3자에게 더 이익이 되는 내용인지, 회사 내의 다른 이사들도 동의하고 있는지(이사회 결의의 유무), 종래 이루어졌던 거래와 크게 다를 바 없는 통상의 행위인지 등 위와 같은 요소들을 따져봄으로써 대표자의 행위

144) 앞서 본 대법원 2017다253829 사안은 양 쟁점의 양립 가능성을 인정하고 각 상대방의 보호 여부를 달리 판단한 사안으로, 이사회 회의록이 위조되어 교부되었음을 이유로 이사회 결의를 흠결한 대표이사 행위에 대해 상대방의 선의·무과실을 인정하면서도 대표권 남용에 관한 과실을 인정하였다. 서울고등법원 2010. 11. 3. 선고 2008나94242 판결(심불기각)은 ‘약속어음 공정증서 작성 행위’에 관하여 이사회 결의 흠결에 대한 거래상대방의 악의·과실을 인정하고, 약속어음의 원인행위인 ‘보증’에 관하여도, 이사회 결의 흠결에 대한 상대방의 선의·무과실을 부정하면서도 그 보증은 대표권 남용행위인데 대표권 남용에 대한 상대방의 선의·무과실은 인정된다고 하였다.

가 본인 아닌 대표자 또는 제3자의 이익을 위한 행위인지를 상대방이 알았거나 알 수 있었는지를 판단하게 되는 것이다.

더불어 주식회사 대표이사가 종종 배임 혐의로 기소되는 우리의 현실 하에서는 대표권 남용 행위의 효력에 관한 판단이 배임죄의 기수 또는 미수에도 영향을 미친다는 점을 고려해야 한다. 대표이사가 대표권을 남용하여 회사 명의로 의무를 부담하는 행위를 한 경우 대표이사에게 배임죄가 성립하는지에 관하여, 상대방이 선의·무과실이어서 그 행위가 회사에 대해 유효한 경우에는 (회사 채무가 현실적으로 이행되기 전이라도) 배임죄의 기수가, 상대방이 대표권 남용 사실을 알았거나 알 수 있었던 경우에는 배임죄의 미수가 각 성립한다는 것이 판례이다(대법원 2017. 7. 20. 선고 2014도1104 전원합의체 판결). 이에 따르면 거래상대방의 보호 기준을 선의·무중과실로 변경하여 상대방 보호 영역을 넓힌다면 거래행위가 유효가 되는 영역이 더 넓어지게 되고, 이는 배임죄의 미수보다 기수가 성립하는 영역이 넓어진다는 결론에 이른다. 요컨대 해당 거래행위가 유효가 됨으로써 회사는 대표자의 대표권 남용을 규제하지 못한 책임을 부담하고, 대표자는 대표권 남용에 관해 배임죄 기수의 형사책임을 부담하며, 상대방의 대표권에 대한 신뢰는 보호받게 된다.

이러한 모든 사정을 종합해 보면, 장차 대표권 남용에 관하여도 선의·무중과실을 보호하는 것으로 법리가 변경되는 것이 바람직하다고 생각한다. 대표권 제한 쟁점에서 제시한 기준들은 대표권 남용에도 그대로 적용될 수 있을 것인바, 대표권 남용으로 인한 위험은 원칙적으로 회사가 부담하는 것이 타당하다. 악의의 거래상대방을 보호할 필요가 없음은 당연하고, 그러한 맥락에서 현재의 대리권 남용에 관한 민법 개정안이 그대로 입법될 경우 해당 민법 규정에 따라 대표권 남용도 해결됨으로써 역시 같은 결론(선의·무중과실의 거래상대방 보호)이 도출될 것으로 생각한다. 이로써 지배인이나 표현대표이사와 거래한 상대방은 선의·무중과실일 경우에 보호하는 현재의 판례¹⁴⁵⁾¹⁴⁶⁾와도 통일을 꾀할 수 있다.

145) 대법원 1997. 8. 26. 선고 96다36753 판결, 대법원 1999. 11. 12. 선고 99다19797 판결 등

146) 다만 표현대표이사와 달리 현재의 표현대리에 관하여는 선의·무과실의 상대방(민법 제125조, 제129조) 또는 정당한 이유 있는 상대방(민법 제126조)이 보호되도록 규정되어 있는데, 특히 후자에 관하여 통설은 선의·무과실을 의미하는 것으로 해석하고 있다(주석 민법 [총칙 3](제5판), 한국사법행정학회 (2019), 217-218(이균용)).

참 고 문 헌

1. 국내문헌

- 김건식 외 7인, “회사법의 해부”, 소화(2020)
- 김건식·노혁준·천경훈, 회사법, 박영사(2023)
- 김증한·김학동, 민법총칙, 박영사(2013)
- 김흥기, 상법강의, 박영사(2022)
- 송옥렬, 상법강의, 홍문사(2023)
- 이철송, 회사법강의(제31판), 박영사(2023),
- 홍복기·박세화, 회사법강의(제8판), 법문사(2021)
- 민법법인등기실무, 법원행정처(2018)
- 2004년 법무부 민법 개정안 총칙·물권편, 법무부(2012)
- 민의원법제사법위원회 민법안심의소위원회 편찬, 민법안심의록 상권(1957)
- 민법주해[I] 총칙(1), 박영사(2000)
- 민법주해[II] 총칙(2), 박영사(2022)
- 민법주해[III] 총칙(3), 박영사(2022)
- 주석 민법 [총칙 2](제4판), 한국사법행정학회(2010)
- 주석 민법 [총칙 3](제5판), 한국사법행정학회(2019)
- 주석 상법 [회사1](제6판), 한국사법행정학회(2021)
- 주석 상법 [회사3](제6판), 한국사법행정학회(2021)
- 주식회사법대계 II, 법문사(2022)
- 권오복, “민법법인의 임원변경과 등기(1)”, 법무사 제479호, 대한법무사협회(2007)
- 김정호, “대리권남용의 법리구성”, 법학논집 제33집, 고려대학교 법학연구원(1997)
- 양창수, “법인 이사의 대표권 제한에 관한 약간의 문제”, 민법연구(1), 박영사(2004)
- 윤일구, “민법 제126조의 표현대리와 대리권 남용의 관계 - 이른바 명성수기통장사건을 중심으로”, 법학연구 제52집, 한국법학회(2013)
- 윤진수, “법인에 관한 민법개정안의 고찰”, 법학 제46권 제1호, 서울대학교 법학연구소(2005)
- 이기용, “대리권의 남용”, 비교사법 제2권 제2호, 한국비교사법학회(1995)
- 임중호, “대표이사와 대표집행임원의 법적 지위 비교 - 업무집행의 의사결정권과 집

행권의 소재를 중심으로-”, 중앙법학 제10집 제1호, 중앙법학회(2008)
지원립, “계약 및 법률행위법의 개정 방향” 민사법학 제48호, 한국민사법학회(2010)
호제훈, “총회결의 없는 비법인사단의 채무보증행위의 효력”, 민사판례연구 제30권,
박영사(2008)

2. 일본 문헌

高橋英治, ドイツ會社法概説, 有斐閣(2012)
神作裕之, 藤田友敬, 加藤貴仁, 會社法 判例百選(第4版), 有斐閣(2021)
高橋 三知雄, 代理理論の研究, 有斐閣(1976)
伊藤 進, 私法研究 第2卷 任意代理基礎理論, 成文堂(1990)
新版 注釋民法(2) 總則(2), 有斐閣(1991)
新版 注釋民法(4) 總則(4), 有斐閣(2014)
最高裁判所判例解説 民事篇 1965(昭和40), 法曹會(1973)
福永, 禮治, “代理權の濫用に關する一試論(2·完)”, 上智法學論集 22卷 3号(1979)
ヴェルンハルト・メーシェル(Möschel, Wernhard) 著/小川浩三 譯, ドイツ株式法法,
信山社(2011)

3. 구미어 문헌

Münchener Kommentar zum AktG: Band 2, 5. Auflage, C. H. Beck(2019)
Münchener Kommentar zum BGB: Band 1, 8. Auflage, C. H. Beck(2018)
Münchener Kommentar zum HGB, 4. Auflage, C. H. Beck(2022)
Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch, 40. Auflage, C. H. Beck(2021)
Gerald Spindler, Eberhard Stolz, Aktienrecht: Band 1, C. H. Beck(2022)

별지 1

Handelsregister A des Amtsgerichts [REDACTED]	Abteilung A Wiedergabe des aktuellen Registerrhalts Abruf vom [REDACTED] 2021 [REDACTED]	Nummer der Firma: HRA [REDACTED]
Seite 1 von 1		

1. Anzahl der bisherigen Eintragungen

[REDACTED]

2. a) Firma:

[REDACTED] GmbH & Co. KG

b) Sitz, Niederlassung, Geschäftsanschrift, Empfangsberechtigte, Zweigniederlassungen:

[REDACTED]
Geschäftsanschrift: [REDACTED]

c) Gegenstand des Unternehmens:

[REDACTED]

3. a) Allgemeine Vertretungsregelung:

Jeder persönlich haftende Gesellschafter vertritt einzeln. Jeder persönlich haftende Gesellschafter ist befugt, im Namen der Gesellschaft mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten Rechtsgeschäfte vorzunehmen.

b) Inhaber, persönlich haftende Gesellschafter, Geschäftsführer, Vorstand, Vertretungsberechtigte und besondere Vertretungsbefugnis:

Persönlich haftender Gesellschafter: [REDACTED] GmbH, Hamburg (Amtsgericht Hamburg HRB [REDACTED])

Prokura:

—

5. a) Rechtsform, Beginn und Satzung:
Kommanditgesellschaft

b) Sonstige Rechtsverhältnisse:

[REDACTED]

c) Kommanditisten, Mitglieder:

Kommanditist(en):
M [REDACTED] 1974, Einlage: [REDACTED] EUR
[REDACTED] 1974, Einlage: [REDACTED] EUR

6. a) Tag der letzten Eintragung:

[REDACTED] 2021

. 끝 .

별지 2

Handelsregister B des Amtsgerichts [REDACTED]	Abteilung B Wiedergabe des aktuellen Registerinhalts Abruf vom [REDACTED] 2023 10 [REDACTED]	Nummer der Firma: HRB [REDACTED]
Ausdruck	Seite [REDACTED]	

1. Anzahl der bisherigen Eintragungen:

[REDACTED]

2. a) Firma:

[REDACTED] GmbH

b) Sitz, Niederlassung, Inländische Geschäftsanschrift, empfangsberechtigte Person, Zweigniederlassungen:

[REDACTED]
Geschäftsanschrift: [REDACTED]

c) Gegenstand des Unternehmens:

Die Entwicklung, die Herstellung, der Import und der Vertrieb von [REDACTED] Erzeugnissen und Stoffen aller Art, vor allem von Erzeugnissen und Stoffen der [REDACTED] im In- und Ausland, sowie die Betätigung in damit verwandten Bereichen, einschließlich der Erbringung von damit im Zusammenhang stehenden [REDACTED]

3. Grund- oder Stammkapital:

[REDACTED] EUR

4. a) Allgemeine Vertretungsregelung:

Die Gesellschaft hat mindestens zwei Geschäftsführer.
Die Gesellschaft wird durch zwei Geschäftsführer oder durch einen Geschäftsführer gemeinsam mit einem Prokuristen vertreten.

b) Vorstand, Leitungsorgan, geschäftsführende Direktoren, persönlich haftender Gesellschafter, Geschäftsführer, Vertretungsberechtigte und besondere Vertretungsbefugnis:

Geschäftsführer: Dr. [REDACTED] [REDACTED] - [REDACTED] 1963
Geschäftsführer: [REDACTED]
Geschäftsführer: [REDACTED]
Geschäftsführer: [REDACTED]
Geschäftsführer: [REDACTED]

5. Prokura:

Gesamtprokura gemeinsam mit einem Geschäftsführer oder einem anderen Prokuristen:
Dr. [REDACTED] 1965

[REDACTED]

Handelsregister B des Amtsgerichts: [REDACTED]	Abteilung B Wiedergabe des aktuellen Registerinhalts Abruf vom [REDACTED] 2023 10 [REDACTED]	Nummer der Firma: HRE: [REDACTED]
Ausdruck	Seite: [REDACTED]	



Gesamtprokura gemeinsam mit einem Geschäftsführer oder einem anderen Prokuristen mit der Ermächtigung zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken:
Dr. [REDACTED]

6. a) Rechtsform, Beginn, Satzung oder Gesellschaftsvertrag:

Gesellschaft mit beschränkter Haftung
Gesellschaftsvertrag vom [REDACTED]
Zuletzt geändert durch Beschluss vom [REDACTED]

b) Sonstige Rechtsverhältnisse:



7. a) Tag der letzten Eintragung:

[REDACTED] 2023

“법인 대표자의 대표권 제한 - 판례법리를 중심으로 -”

토론문

김 세 준(성신여자대학교 법과대학)

방대한 발표문의 분량에도 불구하고 그 내용이 상당히 체계적이고 논리적이어서 매우 흥미롭게 읽을 수 있었습니다. 토론자의 부족한 역량으로 민법상 법인에 한정된 공부를 해오고 있었는데, 상법 규정 및 다양한 특수법인의 경우를 비교하면서 설명해주셔서 대표권 제한에 관해 개인적인 식견을 확장할 수 있는 기회가 되기도 했습니다. 발표자이신 백숙중 판사님께 깊은 감사의 말씀을 드립니다.

전반적인 발표의 논지에 저 역시도 동의합니다. 특히 민법 제60조의 해석에 관해서는 저 역시도 명쾌한 결론을 내리지 못하고 있을 뿐만 아니라 2021년의 2015다45451 전원합의체 판결도 비영리법인의 경우와 구별하여 이해하고 있었던 차에, 설득력 있는 해석론뿐만 아니라 입법제안까지 해주신 것은 의미가 있다고 봅니다.

많은 쟁점이 검토되고 있지만, 가장 중심에 있는 것은 결국 대표권 제한이 제3자에 대하여 가지는 효력에 관해 소위 등기설과 인식설을 비교하는 점이라고 여겨집니다. 그리고 토론자의 입장에서 해당 쟁점에 상대적으로 많은 관심을 갖게 되어, 그에 관련된 몇 가지 질문을 드리는 것으로 토론에 대신하고자 합니다.

1. 기본적으로 인식설의 입장을 취하고 계시는 것으로 이해되는데, 그 장점은 매우 분명하다고 생각합니다. 등기 여부와 무관하게 제3자가 인식하고 있는 사정에 기초하여 대항여부를 정할 수 있게 되어 상대방 보호에 관한 합리성을 제고할 수 있고, 법인의 위험부담과의 균형성 역시 확보할 수 있을 것입니다. 그런데 다음과 같은 문제에 있어서도 어느 정도 해결책을 제시하기도 합니다.

(비영리법인의 경우) 정관에 의하여 대표권을 제한할 수도 있으나(민법 제41조), 이사가 사단법인을 대표함에는 총회의 의결에 의하여야 한다는 규정(민법 제59조 제1항 단서)에 따라 사단법인에 있어서는 총회의 의결로서 대표권을 제한할 수도 있을 것입니다. 이에 대해서는 사원총회 의결에 의한 제한은 대내적 제한에 불과하므로 민법 제41조에 비추어 그 제한을 정관에 기재하지 않으면 대외적으로는 그 효력이 없다고 하는 반대입장도 있습니다.

이에 관해 드는 의문은, 그렇다면 인식설에 의하는 경우 대표권 제한의 등기 이전에 그 제한의 취지가 정관에 기재되어야 하는지 여부에 대해서도 해결이 가능한가 하는 점입니다. 만일 대표권 제한에 관하여 사원총회의 의결은 있었으나 그것을 정

판에 기재하지 않은 경우 그 사실을 제3자가 알고 있었다면, 인식설에 의하는 경우 그 약의 제3자에 대해서도 대표권의 제한을 주장할 수 있을지요? 일응 생각해본다면 정관에 기재하지 않는 경우 대표권 제한의 효력이 발생하지 않기 때문에 대항력은 처음부터 문제되지 않는다고 할 수 있습니다. 그 결과 인식설에 따르는 경우에도 이때에는 그 약의 제3자에게 제한의 효력을 주장할 수 없다고 보아야 할 것입니다. 이러한 관점에 대하여 발표자의 의견을 보충적으로 말씀해주시면 이해해 더욱 도움이 되겠습니다.

2. 다음은 발표문 34~35면의 서술에 대한 아주 사소한 질문입니다. [표 3]의 ① 영역이 실제로 존재할 가능성이 거의 없고, 등기된 경우 제3자가 그 열람을 하지 않은 것에 대하여 과실이 없다고 할 수 없다는 점은 등기설에 의하거나 인식설에 의하거나 차이가 없지 않을까 합니다. 35면 하단에서는 “등기설을 전제로 한 ⑤, ⑥ 영역의 불합리성(약의자가 보호받는 불합리성)이, 인식설을 전제로 한 ① 영역의 불합리성(등기를 제대로 마친 법인이 보호받지 못하는 불합리성)보다 더욱 크다는 점을 부인할 수 없다”고 서술하고 계십니다. 그런데 언뜻 생각하기에는, 인식설을 전제로 하는 경우에 대표권 제한의 등기가 되어 있다면 선의를 인정할 수 있을까 하는 의문이 듭니다. 물론 결론에 있어서는 차이가 없습니다만 인식설의 입장에서 ① 영역의 불합리성이 발생하는 경우가 있을까 하는 사소한 의문이 들어 질문을 드립니다.

3. 발표문 33면에서 서술하고 계시는 제60조의 개정 제안에 따를 때 민법 제49조 제2항 9호와의 관계를 어떻게 보아야 할지 의문이 듭니다. 만일 대표권 제한을 등기사항으로 규정하는 것을 현행과 같이 그대로 유지하는 경우, 해당 규정에 따라 대표권 제한이 등기되었다면 그것을 제60조의 제3자의 선의를 판단함에 있어 어떻게 파악하여야 할 것인지요?

또는 제49조 제2항 9호를 그대로 두고 2004년 민법개정안과 같이 “이사의 대표권에 대한 제한은 등기하지 아니하면 선의의 제3자에게 대항하지 못한다”는 것으로 개정하는 경우에도 소위 무제한설을 따르는 판례로부터 비롯되는 문제점들을 해소할 수 있을 것입니다. 이와 같은 개정안과 발표문에서 제안하시는 방안을 조금 더 구체적으로 비교하여 설명해주시면 감사하겠습니다. 대항요건으로서의 등기는 여전히 의미를 가진다고 생각할 수도 있을 것입니다.

그것이 아니라면, 인식설에 충실하게 따르기 위해서는 제60조의 개정과 함께 제49조 제2항에서 등기사항으로서 대표권 제한을 삭제하는 것이 더욱 그 취지에 부합하

게 될 것인데, 입법론 차원에서 가장 바람직한 방안이 무엇일지에 관해서도 추가적으로 말씀해주시기를 부탁드립니다.

훌륭한 발표에 다시 한 번 감사드리며, 이상으로 부족한 토론을 마치겠습니다.

지명채권양도에 있어 대항요건주의에 대한 고찰
- 비교법적 검토를 포함하여 -

이 지 은*

< 목 차 >

I. 서 론

II. 연혁적·비교법적 검토

1. 로마법 및 게르만법
2. 독일 민법
3. 프랑스 민법
4. 일본 민법
5. 미국 계약법
6. 소결

III. 우리 민법 제450조에 대한 검토

1. 대항요건 유지 여부
2. 대항요건에 대한 개선 제안
3. 소결

V. 결 론

I. 서 론

채권양도란 채권자인 양도인과 새로운 채권자가 될 양수인 사이에 채권을 그 동일성을 유지하면서 이전하는 계약을 말하며, 지명채권의 양도는 양도인과 양수인 사이의 합의만으로 양수인은 유효하게 채권을 취득하게 된다. 채권양도에 있어서 채무자는 채권양도계약의 당사자가 아닌 제3자 중의 한 사람이라고 할 수 있고, 채권은 점유권처럼 어떤 구체적인 대상을 사실상 지배하는 것도 아니며, 소유권이나 저당권에 있어서 등기와 같이 특별한 공시방법이 존재하지도 않으므로, 채무자를 포함한 제3자는 채권양도에 따라 그 귀속주체가 변경되었다는 사실을 알기가 어려워 불측의 손해를 입을 수 있다.

위와 같은 문제를 해결하기 위하여 각국에서는 채무자를 포함한 제3자를 보호하기 위하여 법적 장치를 고안하였는데, 크게 다음의 두 가지 형태로 나타난다. 하나는 독일 민법이 채택하고 있는 이른바 선의자보호주의로, 채권양도 사실을 모르는 선의의 채무자 또는 제3자를 보호하기 위한 별도의 규정을 마련하는 방안이고, 다른 하나는, 프랑스 민법이 채택하고 있는 이른바 대항요건주의로, 채무자나 제3자가 채권양도를 주장하기 위하여 채무자에 대한 양도의 통지 또는 채무자의 양도에 대한 승낙 등 일정한 사항들을 요구하는 방안이다. 우리 민법은 프랑스 민법의 영향을 받아 제450조에서 대항요건주의를 채택하면서, 대항요건을 이원적으로 규율하여 채무자에 대한 대항요건으로서 보통의 통지 또는 승낙으로 충분하도록 하고(동조 제1항), 채무자 이외의 제3자에 대한 대항요건으로서 확정일자 있는 증서에 의한 통지 또는 승낙을 요하도록(동조 제2항) 규정하고 있다.

지명채권의 양도에 관하여 대항요건주의를 선택한 이상 확정일자가 있는 대항요건을 요

* 경북대학교 법학전문대학원 조교수

구하는 것이 양도된 채권의 권리귀속이나 경합하는 채권양수인들의 우열관계를 보다 명확하게 정리할 수 있음에도 불구하고, 우리 민법은 채무자에 대한 대항요건에 관해서는 확정일자 있는 증서에 의한 대항요건을 요하지 않음으로써 결국 확정일자 있는 대항요건을 갖추어 양도된 채권과 그렇지 않은 채권이 경합이 경합하는 결과를 발생케 하였다는 점에서 불완전한 대항요건제도라고 할 수 있다.¹⁾

아래에서는 연혁적·비교법적 검토로서 로마법 및 게르만법, 독일 민법, 프랑스 민법, 일본 민법 및 미국 계약법의 입법현황을 살펴보고(II), 우리 민법 제450조와 관련하여 대항요건주의를 유지할 것인지, 그렇다면 대항요건을 어떻게 개선하는 것이 좋을지(III)에 대하여 살펴본다.

II. 연혁적·비교법적 검토

채권양도는 연혁적으로 거슬러 올라가면 로마법과 게르만법에서 그 기원을 찾을 수 있는데, 이를 기초로 세계 여러 나라들은 각 나라의 현황에 맞도록 채권양도 법제를 만들어 오랜 기간 운용하여 오다가, 최근 들어 채권법의 현대화 과정을 통해 개정 작업이 활발히 이루어졌다. 아래에서는 채권양도와 관련하여 로마법과 게르만법을 연혁적으로 살펴본 후, 최근 여러 나라의 채권법 현대화 과정에서 이루어진 채권양도에 대한 변화를 독일 민법, 프랑스 민법, 일본 민법 및 미국 계약법을 중심으로 살펴보고자 한다.

1. 로마법 및 게르만법

(1) 로마법

로마법상 채권관계는 채권자와 채무자 사이의 인적 관계로 인식하였기 때문에 그 일방의 교체는 새로운 관계의 발생이라고 보았다.²⁾ 그 결과 로마법상 채권이 상속되거나 포괄적으로 양도되는 것 외에 당사자간 합의로 특정채권이 개별적으로 양도되는 형태의 채권양도라는 개념은 상정할 수 없었다.³⁾ 그러나 로마인들도 채권양도에 상응하는 경제적 목적을 달성할 필요는 있었고, 채권의 처분 또는 채권자교체를 위하여 그들의 법체계 내에서 허용되는 몇 가지 간접적이고 우회적인 방식을 고안해 내었다.⁴⁾

첫째, 지급지시(delegatio)⁵⁾를 활용하여 채권양도의 목적을 달성하고자 하였는데, 이는 채

1) 오수원, “프랑스에서의 지명채권양도의 채무자에 대한 대항요건의 변용과 일본 민법 제467조의 불완전한 대항요건제도의 성립 - 한국 민법 제450조의 입법배경과 관련하여”, 『저스티스』 통권 제160호, 한국법학원, 2017. 6. 62면.

2) 현승중, 로마법, 일조각, 1997, 184면.

3) 백경일, “채권자 지위의 승계에 관한 비교법적 고찰 - 독일과 프랑스의 채권양도법을 중심으로”, 『비교사법』 제29권 제1호(통권 제96호), 한국사법학회, 2022. 2. 5면.

4) 최병조, 로마법강의, 박영사, 1999, 452면; 현승중/조규창, 로마법, 법문사, 1996, 889면.

5) 로마법상 지급지시는 요식계약인 문서계약(obligatio litteris)과 문답계약(stipulatio)의 방법으로 이루어졌는데, 양자 모두 그 작용의 측면에서 구채권을 소멸시키고 같은 내용의 신채권을 성립시키는 경계적 효력을 가진다는 점에 주목하여 지급지시 대신 ‘경계계약’이라고 표현하기도 한다. (백경일, 앞의 논문, 6면; 로마법상 요식계약의 종류와 그 작용에 대한 자세한 내용은 현승중/조규창, 앞의 책(주4), 698-719면 참고)

권자의 지시에 따라 채무자와 신채권자 사이의 계약으로 채무자가 신채권자에게 동일한 내용의 급부를 이행할 것을 약속함으로써 신채권자에게 채권자의 법적 지위를 부여하는 방식이다.⁶⁾ 이러한 방식은 채권의 동일성이 유지되지 않고 구채무와 동일한 급부이행을 목적으로 하는 새로운 채권관계가 성립한 것에 지나지 않으므로 이를 위하여 채무자의 승낙이 필요하고, 나아가 경계적 효력으로 인하여 구채권의 소멸과 동시에 구채권에 부수되어 있는 권리인 보증, 담보권 등의 권리와 항변권이 소멸한다는 점에서 문제가 있었다.⁷⁾

둘째, 소권행사의 위임을 통한 소송대리(congitiō, procuratio) 방식으로, 이는 채권자가 제3자를 지명대리인으로 임명하고 채무자에 대한 확정대금청구소권의 행사를 위임하여 채권의 추심과 필요시 소구권을 위임하고 추심한 것을 보유하게 함으로써 채권양도의 목적을 달성하려는 것이다.⁸⁾ 소송대리에 의한 채권양도는 지급지시에 의한 채권양도와 달리 채무자의 동의 없이 채권에 부수하는 담보권을 소멸시키지 않고 채권을 양도할 수 있는 이점이 있었으나, 그 효력은 채무자와 채권양수인이 쟁점을 결정함으로써 비로소 나타나므로 그 이전에는 채권은 여전히 채권양수도인에게 속한다는 점에서 채무자는 쟁점결정 전에는 채권양도인에게 유효하게 변제를 할 수 있게 되어 채권양수인은 불안정한 권리를 가질 수 밖에 없었다.⁹⁾ 또한, 채권양수인의 법적 지위가 채권양도인의 대리인에 불과하다는 점에서 소송 중 채권자가 사망하는 경우 소송이 수계되지 않고 소송대리인의 대리권이 소멸한다거나 소송계속 중 채권양도인이 언제든지 소송위임을 철회할 수 있어 채권양수인이 불안한 지위에 있게 된다는 문제가 있었다.¹⁰⁾

셋째, 소권행사의 위임을 통한 소송대리시 채권양수인의 지위가 불안정해진다는 결함을 보충하기 위하여 채권양수인에게 채권양도계약에 기하여 채권양도인의 소권에 준하는 독자적인 소권을 인정하는 준소권(actio utilis)을 부여하는 방식이 고안되었다.¹¹⁾ 채권양수인에게 준소권이 부여될 경우 채권양수인은 자기의 이름으로 채권을 소구할 수 있었으므로 소송대리의 방식보다 더 높은 법적 안정성을 충족시킬 수 있었으나, 이 경우 채권양도인의 권리도 여전히 존속한다는 점에서 채권양도인이 채무자로부터 변제를 수령하더라도 부당이득이 아니므로 이를 채무자에게 반환할 의무가 없었다.¹²⁾

넷째, 채권양도의 통지 방식(denumtatio)으로, 채권양도의 사실을 채무자에게 일정한 형식을 갖추어 통지하면 채권양도는 유효하게 성립하고,¹³⁾ 따라서 통지 후에는 채권양도인과 채무자는 채권양수인을 해하는 처분을 할 수 없었다.¹⁴⁾ 이와 같은 채권증서에 의한 채권양도는 그 방식이 단순하고 신속하게 유통할 수 있다는 점에서 광범위하게 활용되었으나, 채권양도인의 사해행위나 채권양수인의 폭리행위로 이용되는 등 폐해가 발생하여¹⁵⁾ 이를 규제

6) 현승중/조규창, 앞의 책(주 4), 889면.

7) 최병조, 앞의 책, 452면.

8) 현승중/조규창, 앞의 책(주 4), 890면.

9) 현승중, 앞의 책, 185면.

10) 백경일, 앞의 논문, 6면.

11) 현승중, 앞의 책, 185면.

12) 백경일, 앞의 논문, 7면.

13) 사문서로 작성된 채권증서에 의한 채권양도 및 공정증서에 의한 채권양도 모두 인정되었는데, 전자의 경우 채권양도가 적법하게 성립했음을 기재한 양도증서를 작성하여 채권증서에 첨부하고 채권자가 증서를 채권양수인에게 교부하는 방식으로, 후자의 경우 양도사실을 기재한 공정증서를 작성하여 채권증서에 첨부한 후 이를 채권양수인에게 교부하는 방식으로 이루어졌다. (현승중/조규창, 앞의 책(주 4), 892-893면)

14) 최병조, 앞의 책, 453면.

15) 예를 들어, 채권자가 문벌귀족과 대지주에게 자신의 채권을 양도하는 방식으로 빈곤한 채무자를 착

하기 위하여 채권양도금지에 관한 칙법이 제정되기도 하였다.¹⁶⁾

(2) 게르만법

게르만법도 로마법과 마찬가지로 채권관계를 채권자와 채무자 간의 인적 결속관계로 보아 채권자가 그 권리를 채무자 아닌 제3자에게 양도할 수 없었다. 게르만법 시대의 채권은 불법행위로 인한 인명금이나 속죄금채권으로 피해자의 출생신분과 사회적 지위에 따라 벌금액이 산정되어 피해자의 일신전속권으로서의 성격을 가지고 있었고, 계약상 채권의 경우에도 채권자의 사회적 지위의 차이에 따라 법적 성질을 달리함과 동시에 자력구제를 통한 채권의 실현이 가능하였기 때문에 채권자의 인격이 채권에 반영되었다고 보아 일반적·추상적 의미의 채권 관념을 생각할 수 없었기 때문이다.¹⁷⁾

다만, 게르만법은 단체법의 영향으로 동일한 생활공동체에 속하는 다른 단체성원을 위하여 제3자에 대한 급부를 목적으로 하는 계약, 즉 제3자를 위한 계약을 폭넓게 인정하여 계약체결시부터 채무자가 제3자에게 급부의무를 부담하도록 하여 이에 따라 제3자는 채권을 취득하고 채무자에게 이행을 청구할 수 있었다.¹⁸⁾ 그 밖에 채무자가 새로운 계약으로 신채권자에게 급부를 약정하면 구채무는 소멸하고 신채무가 성립하는 일종의 경계계약과 유사한 독립된 채권양도계약이 있었다.¹⁹⁾ 이후 도시를 중심으로 채권도 채권자의 재산에 적극적 구성부분이라는 관념이 성숙하면서 채권이 거래의 객체로서 자유로운 처분의 대상이 되었고, 소송대리권수여의 방식을 활용하는 것에서 나아가 채권양도인과 채권양수인 간의 채권양도 계약에 의한 채권양도를 인정하였는데, 대부분의 분방고유법은 채권양도의 요건으로 채무자의 동의를 요구하여 채무자에 대한 통지와 승낙 없이는 채권양도의 효력이 발생하지 않는다고 보았고, 일부 도시법은 채무자의 동의제도에 갈음하여 채권양도부에 등재할 것을 요구했다.²⁰⁾

2. 독일 민법

독일 민법 제398조에 따르면, 채권양도는 양도인과 양수인 사이의 합의만으로 성립한다. 다시 말해, 채권양도에 관한 합의만 증명되면 양수인은 채무자에게 자신이 진정한 권리자임을 주장할 수 있을 뿐만 아니라 채권관계 밖에 있는 제3자에게도 자신이 먼저 양수했음을 주장할 수 있게 되므로, 결국 채무자에 대하여 채권양도를 통지하였는지 여부는 채권양도가 유효하게 성립하였는지와 무관하다.²¹⁾ 채권양도의 합의는 양도인과 양수인 사이에서 이루어

취할 수 있도록 한다거나 채권양수인이 채권증서를 염가로 매입하여 그 채권을 강제로 실현하는 방법으로 폭리를 취하는 경우 등이 있다. (현승중/조규창, 앞의 책(주 4), 893면)

16) 현승중/조규창, 앞의 책(주 4), 893면.

17) 현승중/조규창, 게르만법, 박영사, 2001, 392면.

18) 개인주의 법사상을 근간으로 하는 로마법의 경우 당사자간의 구속관계인 채권관계는 계약당사자가 아닌 제3자에 대해서는 효력이 없고, 시민법상 계약이 요식계약이었으므로 계약의 효력은 필연적으로 요식행위를 이행한 당사자에게만 귀속되어야 한다는 이유에서 제3자를 위한 계약을 원칙적으로 무효로 보았다. (현승중/조규창, 앞의 책(주 4), 693-695면)

19) 로마법에서는 경계계약으로 신채권이 성립하고 구채권의 보증과 담보권이 당연히 소멸했으나, 게르만법상 인정된 채권양도계약은 경계계약과 유사하나 채권의 동일성이 유지된다는 점에서 로마법상 경계계약과는 다르다. (현승중/조규창, 앞의 책(주 17), 393면)

20) 현승중/조규창, 앞의 책(주 17), 393면.

21) MünchKomm/Roth/Kieninger, BGB §398, Rn. 23.

지므로 그 과정에서 아무런 역할을 할 수 없는 채무자에게는 이중변제의 위험이 발생할 수 있고 이를 위하여 채무자를 보호하는 법적 장치가 필요하게 되었다.

(1) 선의자보호주의

§ 407 Rechtshandlungen gegenüber dem bisherigen Gläubiger

(1) Der neue Gläubiger muss eine Leistung, die der Schuldner nach der Abtretung an den bisherigen Gläubiger bewirkt, sowie jedes Rechtsgeschäft, das nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger in Ansehung der Forderung vorgenommen wird, gegen sich gelten lassen, es sei denn, dass der Schuldner die Abtretung bei der Leistung oder der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt.

(2) Ist in einem nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger anhängig gewordenen Rechtsstreit ein rechtskräftiges Urteil über die Forderung ergangen, so muss der neue Gläubiger das Urteil gegen sich gelten lassen, es sei denn, dass der Schuldner die Abtretung bei dem Eintritt der Rechtshängigkeit gekannt hat.

제407조(양도인에 대한 법률행위)²²⁾ ① 양수인은 채무자가 양도 후에 양도인에 대하여 실행한 급부 및 양도 후에 채무자와 양도인 사이에 행하여진 채권에 관한 모든 법률행위를 자신에게 효력 있는 것으로 하여야 한다. 그러나 채무자가 급부 또는 법률행위 당시 양도사실을 알았던 때에는 그러하지 아니하다.

② 양도 후에 채무자와 양도인 사이에 계속된 소송에서 채권에 관한 확정판결이 있을 때에는, 양수인은 그 판결을 자신에게 효력 있는 것으로 하여야 한다. 그러나 채무자가 소송계속 당시 양도사실을 알았던 때에는 그러하지 아니하다.

독일 민법 제407조 제1항은 채무자를 보호하기 위하여 채무자가 채권양도 사실을 알지 못하고 구채권자에게 변제한 경우에도 그 변제는 유효한 것으로 규정하고 있으며, 동조 제2항은 채권양도 후 양도인과 채무자 사이에 양도된 채권에 관하여 소송이 계속되어 확정판결을 받은 경우에 채무자가 소송개시시에 채권양도 사실을 알지 못하였던 때에는 이 판결의 효력은 양수인에 대하여도 발생한다고 규정하고 있다. 다시 말해, 독일 민법은 거래안전을 위하여 채권이 이미 양도되었다는 사실을 알지 못하고 구 채권자에게 변제한 채무자의 변제를 유효하게 하고 그를 면책시킴으로써 이중변제의 위험에서 선의 채무자를 보호하고 있다. 구 채권자에게 변제한 채무자가 면책되기 위해서는 선의이기만 하면 족하고, 채무자에게 통지가 없었는지 여부는 채무자의 면책에 결정적 영향을 미치지 않는다.²³⁾ 이와 같이 채권양도에 있어 채무자의 보호에 주안점을 두고 선의의 채무자를 보호하는 입법례를 두고 이른바 선의자보호주의라고 일컫는다.

독일 민법상 채무자에게 채권양도의 통지를 하거나 채무자에게서 그 승낙을 얻는 것은 양도인과 양수인 사이의 합의만으로 이미 효력이 발생한 채권양도계약에 따라 채권양도인이 채권양수인에 대하여 부담하는 부수적 의무의 이행에 불과하나,²⁴⁾ 채무자에게 채권양도의 사실을 통지하는 것이 채권양수인에게 유리하다는 것은 부정할 수 없다.²⁵⁾ 채무자에게 채권

22) 이하 본고에서 소개하는 독일 민법 규정에 대한 번역은 양창수, 독일민법전, 박영사, 2021.

23) 백경일, 앞의 논문, 14-15면.

24) MünchKomm/Roth/Kieninger, BGB §398, Rn. 35

25) 백경일, 앞의 논문, 20면.

양도의 사실을 통지하지 않았을 경우 채무자는 채권이 양도된 사실을 알지 못하는 것이 일반적이고 이 경우 선의인 채무자는 채권양수인에 대한 변제를 거절하고 채권양도인에게 변제를 하더라도 제407조 제1항에 따라 면책될 것인 반면, 채무자에게 채권양도의 사실을 통지한 경우에는 채권양도에 관한 채무자의 선의는 부정되므로 채권양수인은 채무자에게 직접 그 이행을 청구할 수 있게 되므로, 독일 민법 하에서도 채무자에 대한 통지가 실질적으로 강제된다고 할 수 있다.²⁶⁾

(2) 채권이 이중으로 양도된 경우

<p>§ 408 Mehrfache Abtretung</p> <p>(1) Wird eine abgetretene Forderung von dem bisherigen Gläubiger nochmals an einen Dritten abgetreten, so findet, wenn der Schuldner an den Dritten leistet oder wenn zwischen dem Schuldner und dem Dritten ein Rechtsgeschäft vorgenommen oder ein Rechtsstreit anhängig wird, zugunsten des Schuldners die Vorschrift des § 407 dem früheren Erwerber gegenüber entsprechende Anwendung.</p> <p>(2) Das Gleiche gilt, wenn die bereits abgetretene Forderung durch gerichtlichen Beschluss einem Dritten überwiesen wird oder wenn der bisherige Gläubiger dem Dritten gegenüber anerkennt, dass die bereits abgetretene Forderung kraft Gesetzes auf den Dritten übergegangen sei.</p>
<p>제408조(이중양도) ① 양도인이 양도채권을 다시 제3자에게 양도한 경우에 채무자가 제3자에게 급부하거나 채무자와 제3자 사이에 법률행위가 행하여지거나 소송이 계속된 때에는, 채무자를 위하여 제1의 양수인에 대하여도 제407조가 준용된다.</p> <p>② 이미 양도된 채권이 법원의 결정에 의하여 제3자에게 전부된 경우 또는 양도인이 이미 양도된 채권이 법률에 의하여 제3자에게 이전되었음을 제3자에 대하여 승인한 경우에도 또한 같다.</p>

채권이 이중으로 양도된 경우 독일 민법은 누가 먼저 채권을 양수하였는가 여부를 따져 바로 우열을 정한다.²⁷⁾ 다시 말해, 양도인과 양수인 간 채권양도의 합의만으로 채권양도가 유효한 독일 민법 하에서는 제1양수인만이 채권을 취득하고 제2양수인은 채권을 취득할 수 없게 되므로, 채무자는 제1양수인에 대하여서만 유효한 변제를 할 수 있다는 결론에 이른다. 그러나 독일 민법 제408조 제1항은 채무자가 이중양도의 사실을 알지 못하고 제2양수인에 대하여 변제한 경우 제1양수인에 대하여서도 그 변제의 유효를 주장할 수 있다고 규정하여 선의의 채무자를 보호하고 있다. 나아가 양도된 채권이 제3자에게 전부된 경우 또는 양수인이 제3자에 대하여 양도된 채권이 법률의 규정에 의하여 이전되었음을 승낙한 경우에도 동조 제2항에 따라 선의 채무자는 보호된다.

결국 채권의 이중양도에 있어 독일 민법상 채무자에 대한 채권양도의 통지는 선의의 채무자가 제2양수인에게 변제하더라도 이러한 비채변제를 무효로 하지 않기 위한 여러 증명수단 중 하나에 불과하다고 할 수 있다.²⁸⁾ 예를 들어, 채권자가 제1양수인에게 채권을 양도한 다음 착오로 제2양수인에게 다시 채권양도의 의사표시를 하였는데, 채권자가 제1양수인에 대한 채권양도의 사실을 채무자에게 확정일자 있는 증서로 통지하지 않았던 반면 제2양수인

26) MünchKomm/Roth/Kieninger, BGB §398, Rn. 39

27) 백경일, 앞의 논문, 22면.

28) 백경일, 앞의 논문, 21면.

에 대한 양도사실을 채무자에게 확정일자 있는 증서로 통지한 경우, 먼저 채권을 양수한 제1양수인이 제2양수인보다 우선하고, 만약 채무자가 위 채권양도의 통지를 신뢰하여 선의로 제2양수인에게 변제한 경우 독일 민법 제408조에 따라 채무자는 면책되는데, 이 때 유효한 변제자로서 보호를 받는 것은 채무자일 뿐이고, 그 변제를 받은 제2양수인은 부당이득을 얻은 것으로 진정한 양수인인 제1양수인은 제2양수인에게 이를 부당이득으로 반환할 것을 청구할 수 있다.²⁹⁾

3. 프랑스 민법

프랑스 민법 제1323조 제1항에 따르면, 채권양도는 양도인과 양수인 간에 제1322조의 서면방식을 갖춘 채권양도계약의 체결만으로 성립하며 채무자에 대하여 채권양도의 통지를 하였는지 여부를 문제삼지 않으므로 만약 채권양도의 통지를 받지 않았으나 이를 알게 된 채무자가 채권양수인에게 변제할 경우 이는 유효한 변제가 된다. 프랑스 민법상 채권양도의 통지 또는 채무자의 승낙은 결국 채무자 또는 제3자에 대한 대항요건으로 기능하고 있는데, 프랑스 민법은 2016년 채권양도의 방식요건을 강화하는 대신 대항요건을 크게 간소화하는 개정을 단행하였다. 아래에서는 개정 프랑스 민법이 채권양도에 있어 채무자에 대한 대항요건과 제3자에 대한 대항요건을 어떻게 규율하고 있는지 살펴본다.

(1) 대항요건주의

(가) 채무자에 대한 대항요건

<p>Article 1324 La cession n'est opposable au débiteur, s'il n'y a déjà consenti, que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte.</p> <p>Le débiteur peut opposer au cessionnaire les exceptions inhérentes à la dette, tels que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compenstation des dettes connexes. Il peut également opposer les exceptions nées de ses rapports avec le cédant avant que la cession lui soit devenue opposable, telles que l'octroi d'un terme, la remis de dette ou la compenstion de dettes non connexes.</p> <p>Le cédant et le cessionnaire sont solidairement tenus de tous les frais supplémentaires occasionnés par la cession don't le débiteur n'a pas à faire l'avance. Sauf clause contraire, la charge de ces frais incombe au cessionnaire.</p>
<p>제1324조³⁰⁾ ① 채권양도는 채무자의 사전동의를 없는 경우에, 그에게 통지되었거나 이를 승낙한 경우에만 그에게 대항할 수 있다.</p> <p>② 채무자는 무효, 동시이행의 항변, 해제, 건련관계가 있는 채무의 상계 등 채무 자체에 내재된 항변으로써 양수인에게 대항할 수 있다. 또한 채무자는 그에게 채권양도가 대항할 수 있기 전에 양도인과의 관계에서 발생한 기한의 유예, 면제, 건련관계가 없는 채무의 상계 등으로 대항할 수 있다.</p> <p>③ 양도인과 양수인이 양도로 인하여 발생한 추가비용을 연대하여 부담하며, 채무자가 미리 지급할 필요가 없다. 반대약정이 있는 경우를 제외하고, 그 비용은 양수인이 부담한다.</p>

29) 백경일, 앞의 논문, 21-22면.

30) 이하 본고에서 소개하는 프랑스 민법 규정에 대한 번역은 한불민사법학회, 프랑스민법전, 박영사, 2023.

프랑스 민법 제1324조 제1항은 채권양도에 있어 채무자에 대한 대항력에 관한 규정으로, 채권양도는 채무자와 미리 합의한 바가 없으면 그에게 통지되었거나 채무자가 이를 승낙한 경우에만 그에게 대항할 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 채권이 양도되었다는 것을 인식하고 채권자가 변경되었음을 확인할 만한 행위, 예를 들어 단순한 서신, SMS 등과 같은 방식³¹⁾을 통한 단순한 통지(notification)³²⁾ 또는 서면, 구두 등 그 방식에 구애됨이 없이 채권양도에 대한 승인(reconnaissance)를 의미하는 양도행위에 대한 승낙(prise d'acte)³³⁾만으로 충분하다. 이는 개정 전 프랑스 민법 제1690조가 양수인이 채무자에 대하여 집행관에 의하여 통지하는 경우와 채무자의 공정증서에 의한 승낙(acceptation)이 있는 경우에만 채권양도의 대항력을 인정하였던 것을 완화한 것이다. 한편, 동 규정은 채무자의 사전동의가 있는 경우에는 대항요건의 구비 없이도 양수인은 채무자에게 대항할 수 있도록 예외를 규정하고 있는데, 만약 양도금지약정이 체결된 채권에 대한 양도에 대하여 채권양도시에 채무자가 동의한 경우라면 그 동의로써 채무자에게 대항할 수 있다고 볼 수 있다. 그러나 이 경우에도 채무자의 동의가 채권양도 이전에 있었다면 그 동의로써 채무자에게 대항할 수 있다고 볼 수는 없고, 일반적인 채권양도와 마찬가지로 채무자에게 대항하기 위해서는 통지나 승낙의 대항요건을 갖추어야 한다고 해석해야 할 것이다.³⁴⁾ 채무자에 대한 대항요건을 구비하는 일자(date)는 유효한 변제인지 여부를 판단하는 기준시점으로 작용한다. 다시 말해 그 일자 전에 채무자가 양도인에게 변제하는 경우 그 변제는 유효하고, 양도증서의 일자 후의 양도인에 대한 변제는 유효한 변제가 되지 못한다.³⁵⁾ 또한, 채무자는 일자를 기준으로 그 이전에 양도인과 채무자 사이의 관계에서 발생한 항변으로 양수인에게 대항할 수 있다.³⁶⁾

프랑스 민법 제1324조 제2항은 채권양도에 있어 채무자가 가지는 항변의 대항력에 관한 규정으로, 원칙적으로 채권양도의 대항력을 구비한 때부터 양수인은 채무자 및 모든 제3자와의 관계에서 채권의 진정한 권리자가 된다. 따라서 채무자는 대항요건을 갖춘 시점부터 양수인에 대하여 자신이 가지는 항변으로 대항할 수 있게 된다. 동 규정은 채무자의 항변을 두 가지로 구분하여, 무효, 동시이행의 항변, 해제, 견련관계가 있는 채무의 상계 등 채무에 내재하는 항변의 경우 채무자는 양수인에게 항상 대항할 수 있도록 규정하고, 기한의 유예, 면제, 견련관계가 없는 채무의 상계 등의 경우에는 채권양도가 대항력을 갖추기 전에 발생한 항변만을 채무자가 양수인에게 대항할 수 있도록 규정하고 있다. 채권양도에 대한 통지 또는 승낙으로 양수인이 채무자에게 대항력을 갖춘 경우에는 양도인은 더 이상 채권의 권리

31) 개정 전 프랑스 민법 하에서는 제1690조상의 대항요건, 즉 양수인의 채무자에 대한 집행관을 통한 통지를 갖추지 못하고 채무자가 채권양도를 단순히 인식하였을 뿐인 경우에는 그에 대하여 채권양도를 대항할 수 없었다. (Civ. 1re, 22 Mars 2012, n° 11-15.151)

32) 민법 제1324조에 따라 채권양도는 채무자에게 통지된 즉시 채무자에 대하여 집행할 수 있는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 청구권의 양도는 채무자에게 통지한 때에 효력이 발생한다. (Civ. Chambre commerciale, 30 Novembre 2022, 21-16.968)

33) 채무자에의 통지는 채권자의 변경에 대한 단순한 인식을 요구함에 비하여, 채무자의 승낙은 채권자가 변경된 상황을 확인하고 그 효과를 인정한다는 채무자의 의사도 요구한다. 예컨대 채무자가 채권양수인에 대하여 자발적으로 변제한 경우라던가 혹은 채무자가 채권양수인에 대하여 채무의 면제를 청구하는 등 채권양도의 존재를 전제로 하는 채무자의 행위가 있는 경우 채권양도에 대한 채무자의 승낙을 인정할 수 있을 것이다. (김은아, “개정 프랑스민법전에서의 채권양도”, 『아주법학』 제12권 제3호, 아주대학교 법학연구소, 2018. 11, 120-121면)

34) 한불민사법학회, 개정프랑스채권법 해제, 박영사, 2021, 515면.

35) 개정 전 프랑스 민법 제1691조에 따르면, 채무자가 개정 전 프랑스 민법 제1690조에서 정한 집행관에 의한 통지나 공정증서에 의한 승낙이 없는 경우 채무자는 양도인에게 변제하여야만 했다.

36) 김은아, 앞의 논문, 121면.

자가 아니기 때문에 채무에 내재해는 항변이 아니라면 채권양도가 대항력을 갖추기 전에 발생한 항변이어야 한다는 요건은 논리필연적인 것이다.³⁷⁾

(나) 제3자에 대한 대항요건

<p>Article 1323 Entre les parties, le transfert de la créance s'opère à la date de l'acte. Il est opposable aux tiers dès ce moment. En cas de contestation, la preuve de la date de la cession incombe au cessionnaire, qui peut la rapporter par tout moyen. toutefois, le transfert d'une créance future n'a lieu qu'au jour de sa naissance, tant entre les parties que vis-à-vis des tiers.</p>
<p>제1323조 ① 당사자 사이에서는 채권의 이전은 증서의 일자에 이루어진다. ② 채권의 이전은 그때부터 제3자에게 대항할 수 있다. 다툼이 있는 경우 그 일자에 대한 증명책임은 양수인에게 있으며, 양수인은 모든 방법으로 이를 제출할 수 있다. ③ 그러나 장래채권의 이전은 당사자 사이에서만 아니라 제3자에 대해서도 그 발생일자에 이르러서야 이루어진다.</p>

제1323조 제2항 및 제3항은 채권양도에 있어 제3자에 대한 대항력의 부여 시점에 관한 규정이다. 본조 제2항에 따르면, 채권양도에 있어서 채권의 이전은 양도증서의 일자부터 제3자에게 대항할 수 있으므로, 채권양도증서의 일자에 따라 제3자에 대한 대항력이 취득되고 양수인 간의 순위가 결정된다. 따라서 채권양도일자는 개정 전과 비교하여 결정적인 역할을 하게 되고, 이 때문에 프랑스 민법 제1322조는 양도일자를 서면으로 작성하도록 규정하고 있다. 동 규정을 채무자에 대한 대항요건을 규정하고 있는 제1324조와의 관계에서 살펴보면, 양수인이 채무자에게 대항할 수 있는 채권양도의 시점은 제1324조에 따라 채무자에 대한 통지 또는 채무자의 승낙 시점인 반면, 채권이 이중으로 양수된 경우 양수인들 간 경합에 있어서는 제1323조에 따라 채권양도증서의 일자를 기준으로 우열을 판단하게 되어 그 기준시점이 앞당겨진다.³⁸⁾

따라서 채권양도에 있어 제3자와의 관계에서 채권양도증서의 일자는 상당히 중요한 의미를 가지게 되는데, 이러한 양도증서의 일자에 대한 다툼이 있는 경우에는 이를 다투는 자가 모든 증거방법으로 다른 일자임을 증명할 수 있다. 개정 프랑스 민법 제1328조의 사서증서의 효력과는 달리, 서면으로 작성된 증서는 그 일자가 확정적인 것이 아니더라도 제3자에 대하여 대항력이 있다.³⁹⁾ 동 규정은 프랑스 민법이 개정되면서 채권양도에서 제3자에 대한 대항요건이 더 이상 필요하지 않다는 점을 감안하여 양수인이 부담하는 증명책임을 축소시켜 준다는 데 그 의미가 있다고 하겠다.⁴⁰⁾⁴¹⁾

37) 김은아, 앞의 논문, 122면.

38) 백경일, 앞의 논문, 27면.

39) 한불민사법학회, 앞의 책(주 34), 512-113면.

40) 한불민사법학회, 앞의 책(주 34), 512면.

41) 이에 대하여 개정 전 프랑스 민법 제1690조상의 집행관에 의한 통지 및 공정증서에 의한 승낙의 경우와 비교하여 증서상 일자를 사후적으로 앞당기는 사해적 행위가 늘어날 위험성이 있다는 비판이 있다. (김은아, 앞의 논문, 120면 각주 72) 참고)

(2) 채권이 이중으로 양도된 경우

<p>Article 1325 Le concours entre cessionnaires successifs d'une créance se résout en faveur du premier en date ; il dispose d'un recours contre celui auquel le débiteur aurait fait un paiement.</p>
<p>제1325조 하나의 채권에 대하여 연속된 양수인 사이에 경합이 있는 경우에는, 일자가 가장 앞선 자가 우선한다. 그는 채무자로부터 이미 변제를 받은 자에 대하여 상환청구권을 가진다.</p>

프랑스 민법 제1325조 1문에 따르면, 하나의 채권에 대하여 연속된 양수인 사이에 경합이 있는 경우 제3자에 대한 대항력을 규정하고 있는 제1323조에서 말하는 증서의 일자에 따라 그 일자가 가장 우선한 양수인이 우선하고, 장래채권이 이중으로 양도된 경우에는 그 양도된 채권의 발생일의 선후에 따른다. 동조 2문은 양수인들 사이에서 먼저 양도받은 자는 채무자로부터 이미 변제를 받은 다른 양수인에게 상환청구권을 가진다고 규정하고 있다.

예를 들어, 일자가 앞서는 제1양수인이 채무자에 대하여 채권양도의 통지를 하지 않고 있던 사이에 제2양도행위가 이루어지고 제2양수인이 채무자에 대하여 채권양도의 통지를 하여 채무자에 대한 대항요건을 갖춘 상황에서 채무자가 제2양수인에 대하여 변제한 경우를 생각해 보자. 제1323조 제1항에 따라 당사자 사이에서의 채권의 이전은 증서의 일자에 이루어지므로 제1양수인이 양도인에 대한 관계에서 채권자가 되나, 아직 채무자에게 통지가 이루어지지 않아 대항요건이 구비되지 않았으므로 이 경우 제1양수인은 채무자에 대하여 채무의 이행을 강제할 수는 없다.⁴²⁾ 그러나 이 경우에도 제1323조 제2항에 따라 증서의 일자부터 제3자에 대하여는 제1양수인이 채권양도를 대항할 수 있으므로 제2양수인과의 관계에서는 제1양수인이 진정한 채권자가 된다.⁴³⁾ 따라서 위와 같은 상황에서 채권양도의 사실을 알지 못한 선의의 채무자가 제2양수인에 대하여 변제를 한 경우 진정한 채권자인 제1양수인은 제2양수인에게 비채변제에 기하여 이를 반환할 것을 청구할 수 있다고 할 것이다.⁴⁴⁾⁴⁵⁾

4. 일본 민법

일본 민법은 채권양도에 있어 프랑스 민법의 대항요건주의를 계수하여 제467조에서 채무자에 대한 대항요건과 제3자에 대한 대항요건을 이분화하여 규율하고 있었고, 우리 민법 제450조가 이를 그대로 받아들임으로써 일본 민법 제467조와 우리 민법 제450조는 그 구조와 내용상 완전히 동일한 내용을 가지고 있다. 일본은 2009년 11월 법제심의회에서 민법(채권관계) 부회가 설치된 후 여러 차례의 심의를 거친 끝에 총칙과 채권법 전반에 걸쳐 광범위

42) 이러한 점을 고려하면 프랑스 민법상 채무자에 대한 채권양도의 통지는 채권양도인과 채무자 사이의 채권양도계약에 대한 유효요건일 뿐만 아니라 채권양도인과 채권양수인 간의 채권양도계약의 유효 여부에도 소극적으로 영향을 미친다고 할 수 있다. (백경일, 앞의 논문, 27면)
43) 프랑스 민법상 채권양도가 여전히 상대적 효력을 가진다고 설명한다. (김은아, 앞의 논문, 117면)
44) 한불민사법학회, 앞의 책(주 34), 289면; 김은아, 앞의 논문, 123면.
45) 프랑스 민법 제1323조 및 제1324조에 따르면, 채권의 이중양도의 경우 채권양도증서의 일자에 따라 그 우열이 결정되므로 제2양수인은 대항요건의 구비 여부와 상관 없이 급부를 보유하지 못하게 되는 반면, 이중양도가 아닌 채권양도에 있어서는 채무자에 대한 대항요건을 갖추지 못한 경우 채권양도인이 급부를 보유할 수 있게 되어 채권양도인이 채권양도의 효력을 사실상 좌지우지할 수 있게 되는데, 프랑스 민법은 그 이유를 설명하지 못한다는 비판이 있다. (백경일, 앞의 논문, 28면)

하게 민법 개정을 단행하여 2017년 6월 법률로써 공포하였는데, 채권법에 관한 개정 내용 중 채권양도의 대항요건과 관련한 제467조와 관련하여서는 특별히 의미 있는 개정이 이루어지지 않는 않았다.

<p>第四百六十七条（債権の譲渡の対抗要件）債権の譲渡（現に発生していない債権の譲渡を含む。）は、譲渡人が債務者に通知をし、又は債務者が承諾をしなければ、債務者その他の第三者に対抗することができない。</p> <p>2 前項の通知又は承諾は、確定日付のある証書によってしなければ、債務者以外の第三者に対抗することができない。</p>
<p>제467조(채권양도의 대항요건) (1) 채권의 양도(실제로 발생하지 않은 채권의 양도를 포함한다)는 양도인이 채무자에게 통지하거나 채무자가 승낙하지 않으면 채무자 기타 제3자에게 대항할 수 없다.</p> <p>(2) 전항의 통지 또는 승낙은 확정일자 있는 증서에 의하지 않으면 채무자 이외의 제3자에게 대항할 수 없다.</p>

일본 민법 제467조 제1항은 채권양도의 채무자 대항요건에 대하여 개정 전 제467조 제1항의 규율 내용을 그대로 유지하여 채권의 양도는 양도인이 채무자에게 통지하거나 채무자가 이를 승낙하지 않으면 채무자 기타 제3자에게 대항할 수 없다고 규정하면서, 다만 그동안 일본 판례⁴⁶⁾를 통해 인정되고 있던 장래채권의 양도에 대한 내용을 추가하여 장래채권양도의 경우에도 채권발생 전의 단계에서 채무자 대항요건 및 제3자 대항요건을 구비할 수 있다고 하는 내용을 명시적으로 규정하였다.⁴⁷⁾ 그 외 채권양도의 제3자 대항요건인 본조 제2항은 확정일자 있는 증서에 의한 통지나 승낙으로만 채무자 이외의 제3자에게 대항할 수 있다는 개정 전 민법 제467조 제2항과 완전히 동일한 내용을 규정하고 있어 현행 우리 민법 제450조의 규율과 같다고 할 수 있다.

5. 미국 계약법

미국 계약법(Restatement (Second) of Contracts)상 채권은 양도인과 양수인 사이의 합의에 따라 이전되므로, 채무자에 대한 채권양도의 통지는 양도인과 양수인 간 채권양도의 효력에는 아무런 영향이 없다.⁴⁸⁾ 다만, 채권양도에 있어 채무자를 포함한 제3자 보호 문제에 있어서는 선의자보호주의 혹은 대항요건주의 중 하나를 취하지 않고 거래안전의 요소를 반영하여 양자를 절충하는 제도를 마련하고 있다.⁴⁹⁾

46) 最判平成 11年 1月 29日 民集 53卷 1号 151頁; 最判平成 19年 2月 15日 民集 61卷 1号 243頁.

47) 정태운, “일본 개정민법(채권관계) 중 주요 부분에 관한 개관”, 「민사법학」 제82호, 한국민사법학회, 2018. 2, 324면.

48) 이동진, “대항요건을 갖추지 아니한 지명채권양도의 효력”, 「민사법학」 제90호, 한국민사법학회, 2020. 3, 289면.

49) 박문원, “채권의 이중양도에 관한 Restatement와 국내법 간 비교 연구”, 「민사법연구」 제27집, 대한민사법학회, 2019. 2, 134면.

(1) 대항요건주의

§ 336 Defenses Against an Assignee

(1) By an assignment the assignee acquires a right against the obligor only to the extent that the obligor is under a duty to the assignor; and if the right of the assignor would be voidable by the obligor or unenforceable against him if no assignment had been made, the right of the assignee is subject to the infirmity.

(2) The right of an assignee is subject to any defense or claim of the obligor which accrues before the obligor receives notification of the assignment, but not to defenses or claims which accrue thereafter except as stated in this Section or as provided by statute.

(3) Where the right of an assignor is subject to discharge or modification in whole or in part by impracticability, public policy, non-occurrence of a condition, or present or prospective failure of performance by an obligee, the right of the assignee is to that extent subject to discharge or modification even after the obligor receives notification of the assignment.

(4) An assignee's right against the obligor is subject to any defense or claim arising from his conduct or to which he was subject as a party or a prior assignee because he had notice.

§ 336 채권양수인에 대한 항변

(1) 양수인은 채권양도 합의에 따라 채무자가 양도인에 대하여 가지는 채권을 취득한다. 단, 채권이 채무자에 의하여 무효로 되거나 유효한 채권양도 계약이 존재하지 않아 양수인에 대해 집행할 수 없는 경우 양수인은 채무자에게 대항할 수 없다.

(2) 양수인은 채무자가 채권양도의 통지를 받기 전 발생한 채무자의 항변에는 대항할 수 없으나, 본장에 명시되거나 법령에 규정된 경우를 제외하고 그 이후에 발생하는 채무자의 항변에 대하여는 대항할 수 있다.

(3) 양도인의 채권이 실행불가능성, 공공정책, 조건의 미성취 또는 채무자의 현재 또는 장래의 불이행으로 인해 전부 또는 일부가 소멸 또는 변경되는 경우 양수인의 권리는 채무자가 채권양도의 통지를 받은 후에도 그 범위 내에서 소멸 또는 변경될 수 있다.

(4) 양수인은 채무자에 대하여 채무자의 행위로부터 발생한 항변 또는 채무자가 채권양도의 통지를 받은 후 당사자 혹은 이전 양수인으로서 가지는 항변에 대항할 수 없다.

미국 계약법 제336조에 따르면, 채무자는 채권양도의 통지를 받은 후 양수인을 권리의 소유자로 취급하여야 하고, 그 이후의 거래로 인해 발생하는 사유로 양수인에게 대항할 수 없으며, 채무자는 채권양도의 통지를 받은 후 만기가 도래하는 채권으로 상계할 수도 없다.⁵⁰⁾ 미국 계약법상 채권양수인이 채무자에게 양수금을 청구하기 위해서는 일반적으로 채무자에 대한 채권양도의 통지가 필요하다는 점에서 채무자에 대한 채권양도의 통지를 대항요건으로 이해하고, 이러한 측면에서 미국법상 채권양도는 기본적으로 대항요건주의를 취하고 있다고 본다.⁵¹⁾

50) §336 Comment d.

51) 박문원, 앞의 논문, 132면.

(2) 채권의 이중양도의 경우

§ 342 Successive Assignees From the Same Assignor

Except as otherwise provided by statute, the right of an assignee is superior to that of a subsequent assignee of the same right from the same assignor, unless

- (a) the first assignment is ineffective or revocable or is voidable by the assignor or by the subsequent assignee; or
- (b) the subsequent assignee in good faith and without knowledge or reason to know of the prior assignment gives value and obtains
 - (i) payment or satisfaction of the obligation,
 - (ii) judgement against the obligor,
 - (iii) a new contract with the obligor by novation, or
 - (iv) possession of a writing of a type customarily accepted as a symbol or as evidence of the right assigned.

제342조 채권의 이중양수인

제1양수인의 권리는 법령에 달리 규정된 경우를 제외하고는 동일한 양도인으로부터 같은 권리를 양수받은 제2양수인보다 우선한다. 단, 다음 각 호의 경우는 그러하지 아니하다.

- (a) 제1양도행위가 무효이거나 취소될 수 있는 경우 또는 양도인이나 제2양수인에 의해 취소될 수 있는 경우
- (b) 제1양도행위에 대해 알지 못하는 선의의 제2양수인이 대가를 지급하고 다음 각 호에 해당하는 경우
 - (i) 채무의 지급 또는 그 이행을 받은 경우
 - (ii) 채무자에 대한 판결을 받은 경우
 - (iii) 채무자와 새로운 계약(경계)을 체결하는 경우
 - (iv) 채권양도의 증거가 될 수 있는 서류를 소지하고 있는 경우

앞서 살펴본 바와 같이 미국 계약법상 채권양도가 대항요건주의를 취하고 있다고 설명된 예도 불구하고, 채권의 이중양도에 관한 제342조는 대항요건주의와는 다소 이질적인 내용을 담고 있다. 동 규정에 따르면, 양도인이 채권을 이중으로 양도한 경우 원칙적으로는 제1양수인이 제2양수인보다 우선하고, 이는 채무자에게 제2양도행위에 관한 통지가 제1양도행위에 관한 통지보다 먼저 도달한 경우에도 마찬가지이다. 예를 들어, 채무자가 제1양도행위에 대하여는 아직 통지받지 못하고 제2양도행위에 대하여만 통지받은 상황에서 채무자가 제1양도행위가 있었음을 알고 있는 제2양수인에게 선의로 변제한 경우 제1양도행위에 대한 통지가 없는 상황에서 선의로 채무를 변제한 채무자는 면책되고, 악의의 제2양수인에 대한 채권양도는 무효이므로, 제2양수인은 채무자로부터 수령한 급부를 제1양수인에게 부당이득으로 반환하여야 한다.⁵²⁾

다만, 다음과 같이 일정한 예외사유를 규정하고 있다. 첫째, 동조 (a)에 따르면, 제1양도행위가 무효 또는 취소가 될 수 있는 경우에는 제2양수인은 그가 선의인지 악의인지를 불문하고 제1양수인보다 우선한다. 예를 들어, 채권양도의 유효조건인 약인(consideration)이 존재하지 않아 제1양도행위가 무효가 되는 경우 또는 양도인이 미성년자여서 제1양도행위가 취소될 수 있는 경우라면, 제2양수인이 제1양도행위가 있었다는 사실을 알고 있었다고 하더라도

52) 박문원, 앞의 논문, 127면.

라도 채무자에 대하여 양수금을 청구할 수 있게 된다.⁵³⁾ 둘째, 동조 (b)항 (i)호 내지 (iv)호의 규정은 제1양도행위에 대해 선의인 제2양수인에게 다음 몇 가지 사유가 있는 경우 제2양수인을 제1양수인보다 우선한다. 구체적으로, (i) 채무이행이 완료된 경우, (ii) 판결을 통해 법률관계가 확정된 경우, 그리고 (iii) 경계계약 등을 통해 당사자 사이에 새로운 법률관계를 형성한 경우, (iv) 진정한 권리자임을 표시하는 서류를 소지하고 있는 경우에는 거래안전의 측면을 적극적으로 고려하여 제2양수인을 제1양수인보다 우선시킴으로써 선의의 제2양수인 및 그와 거래하는 채무자의 신뢰를 보호하는 취지로 생각된다.

살피건대 채권의 이중양도와 관련한 미국 계약법 제342조는 제1양도행위를 통해 이미 채권을 제1양수인에게 양도하여 아무런 권리가 없는 양도인과 제2양수인 사이의 채권양도행위는 효력이 없음을 전제로 하여 원칙적으로 제1양수인이 우선시키고 있다는 점, 그럼에도 불구하고 제2양수인을 보호하는 예외를 인정하는 기준이 결국 제2양수인의 선의를 기준으로 하고 있다는 점에서 선의자보호주의에 가까운 것으로 생각된다.⁵⁴⁾

6. 소 결

로마법이 채권양도의 개념을 부정하고 소송대리인의 지위만을 제한적으로 부여하는 등의 방식으로 채권양도의 경제적 효과만을 도모한 반면, 게르만법은 채권을 인적 결속관계로 보면서도 제3자를 위한 계약이나 경계계약 등을 통해 채권의 유통성을 확보하고자 노력하였고 이후 도시를 중심으로 채권양도를 인정하면서 각 분방고유법에 따라 채권양도의 요건으로 채무자의 동의로서 통지와 승낙, 채권양도부의 등재 등을 요구하였다. 이러한 게르만법상 채권양도 제도는 위에서 살펴본 바와 같이 이후 독일, 프랑스 등 각국의 민법에 그 입법례를 달리하여 다양한 방식으로 규정되었다.⁵⁵⁾ 살피건대 각국의 입법례는 그 내용과 방법은 달리 하지만 채권의 이중양도로 인하여 이중변제의 위험에 빠지게 되는 채무자를 보호하기 위한 제도를 마련하고 있다는 점에서는 유사하다고 할 수 있다. 구체적으로는 독일과 같은 선의자보호주의의 경우 채무자가 제1양도행위를 알았는지 여부에 따라, 일본과 같은 대항요건주의는 채권양도에 관한 채무자의 인식 여부에 따라 양수인들 간 우열이 결정되는 반면, 미국 계약법의 경우 제2양수인이 제1양도행위에 대하여 선의인지 여부에 따라 그 우열을 결정함으로써 채무자의 측면보다는 제2양수인이 보호할 만한 가치가 있는지에 주목하고 있는 것으로 보인다.⁵⁶⁾ 그리고 프랑스 민법의 경우 채권양도에 있어 제3자에 대한 대항요건을 폐지하고 채권양도증서상 일자에 따라 양수인들 간 우열을 결정하도록 하고 이를 위하여 채권양도계약을 요식계약으로 규정하였다.

53) 예를 들어, 채권양도의 유효요건인 약인(consideration)이 존재하지 않아 제1양도행위가 무효가 되는 경우, 양도인이 미성년자여서 제1양도행위가 취소될 수 있는 경우라면, 제2양수인이 제1양도행위가 있었다는 사실을 알고 있었다고 하더라도 채무자에 대하여 양수금을 청구할 수 있게 된다. (박문원, 앞의 논문, 126면)

54) 미국 법제상 각 주(州)별로 채권양도의 제3자에 대한 효력을 다르게 규정할 수 있는데, 채권의 이중양도시 제1양수인이 그 채권을 취득한 것으로 보는 이른바 American Rule과 먼저 통지를 받은 사람이 그 채권을 취득하는 것으로 보는 이른바 English Rule 중 오늘날 대부분의 주(州)들은 전자의 입장을 채택하고 있다는 점에서도 미국 계약법상 채권양도의 제3자에 대한 효력은 선의자보호주의에 더 가깝다고 본다. (이동진, 앞의 논문, 289-290면)

55) 현승종/조규창, 앞의 책(주 17), 393면.

56) 박문원, 앞의 논문, 132면.

Ⅲ. 우리 민법 제450조에 대한 검토

채권양도와 관련하여 우리 민법 제450조는 양도인과 양수인 간 양도계약만으로 양도의 효력이 발생하지만, 이를 채무자 또는 제3자에게 대항하기 위해서는 통지 또는 채무자의 승낙을 요함으로써 대항요건주의를 취하고 있다.⁵⁷⁾ 이로 인하여 이중 채권양도 및 채권질권의 경합과 관련한 문제,⁵⁸⁾ 물권의 성립요건과 채권의 대항요건이 교차하는 저당권부 채권의 양도의 문제⁵⁹⁾ 등이 제기되어 왔고, 대항요건주의가 우리 민법 체계 하에서 타당한지에 대하여 많은 의문이 제기되어 왔다. 아래에서는 채권양도에 있어 대항요건주의를 유지할 필요가 있는지, 만약 그렇다면 구체적으로 어떠한 모습의 대항요건을 마련하는 것이 채무자와 제3자를 잘 보호하면서도 채권의 유통성을 저해하지 않고 거래안전을 지킬 수 있는지 검토한다.

1. 대항요건 유지 여부에 대한 검토

우리 민법이 채권양도에 있어 대항요건주의를 취하고 있는 것과 관련하여 몇 가지 비판이 존재한다. 첫째, 대항요건주의는 채무자의 이중변제의 위험을 보호하고 거래안전을 도모하며 법률관계를 획일적으로 확정할 수 있다는 장점이 있다고 일반적으로 설명되나, 대항요건주의를 취하지 않더라도 선의의 채무자의 변제는 유효한 변제가 된다는 점에서 채무자가 이중변제의 위험에 빠지는 것은 아니고 대항요건주의를 취함으로써 오히려 양수인의 지위를 불안하게 할 수 있다고 한다.⁶⁰⁾ 둘째, 대항요건주의는 양도인이 채무자에 대한 채권양도의 통지를 해태하거나 양도인이 파산하여 채권양도의 통지가 불가능한 경우에는 대항요건을 미처 갖추지 못한 양수인에게 부당한 결과를 가져오며 일반시민이 법에 대한 부지(不知)로 말미암아 채권양도의 통지를 누락하는 경우 이들에게 손실을 가져올 염려가 있다는 점이다.⁶¹⁾ 셋째, 법체계적인 측면에서 보더라도 대항요건주의는 물권변동에 관한 의사주의의 논리적 귀결이므로 물권변동에 관한 형식주의를 취하는 우리 민법이 채권양도에 관해서는 대항요건주의를 취하는 것은 체계적 일관성 측면에서 문제가 있다는 점을 지적한다.⁶²⁾

위와 같은 비판을 근거로 하여 우리 민법도 독일 민법과 같이 선의자보호주의로 전환하여야 한다는 주장이 상당히 설득력 있게 전개되고 있는데,⁶³⁾ 현재 우리 민법의 운용 현실에

57) 현행 우리 민법상 통지 또는 승낙은 대항요건이므로 채권양도의 성립 또는 성립요건과 아무런 관계가 없는 법률사실에 불과하다. 그럼에도 불구하고 채권양도에 있어 통지 또는 승낙을 공시방법으로 보고 이를 물권변동의 의사주의와 성립요건주의와 연결하고 그 구별을 모방하여 채권양도에 관한 입법례를 분류하는 것은 적절하지 않다는 견해도 있다. (이진기, “지명채권의 양도 - 제450조의 대항요건에 관하여”, 『민사법학』 제81호, 2017. 12. 6-7면)

58) 김상중, “채권양도, 채권질권의 귀속·경합에 관한 소고 - 권한 없는 처분, 수령을 둘러싼 최근의 대법원 판결례를 중심으로”, 『민사법학』 제105호, 2023. 12. 참고.

59) 정병호, “저당권부 채권의 양도에 관한 하나의 시론 : 대항요건과 성립요건의 교차”, 『민사법학』 제36호, 한국민사법학회, 2007. 5. 참고.

60) 백경일, 앞의 논문, 30면; 서민, “채권양도에 관한 소고(상)”, 『법조』 제31권 제11호, 법조협회, 1982, 16면.

61) 백경일, 앞의 논문, 31면.

62) 서민, 앞의 논문, 16면.

63) 김상용, “지명채권양도의 대항요건”, 『고시계』 통권 제458호, 고시계사, 1995. 3. 71면; 서민, 앞의 논문, 16-17면; 이동진, 앞의 논문, 302-305면; 정병호, “저당권에 의해 담보된 채권의 양도에 관한

서 채권양도에 있어 오랜 기간 유지되어 온 대항요건주의를 완전히 폐기하고 선의자보호주의로 한번에 전환하는 것이 적절한지에 대하여 아래에서 검토한다.

(1) 채무자 보호의 측면

대항요건주의 하에서도 통지 또는 승낙이 없는 상태에서 채무자는 이행거절권능을 가지므로⁶⁴⁾ 급부를 청구하는 양수인에 대하여 이행을 거절하고 양도인에게 변제할 수 있고 이 경우 선의의 채무자는 채권의 준점유자에 대한 변제를 규율하는 제470조 이하의 규정으로 보호받을 수 있으므로 대항요건주의가 채무자의 이중변제의 위험을 방지하는 유일한 법적 장치가 아니기는 하다. 또한 독일 민법과 같이 선의자보호주의를 취하는 경우에도 선의의 채무자가 한 변제는 유효한 변제가 되므로 채무자가 이중변제의 위험에 빠지는 것은 아니므로, 채무자의 이중지급의 위험을 보호하기 위하여 반드시 대항요건주의를 취해야 할 당위성이 있는 것도 아니다. 그러나 선의자보호주의에 의하는 경우 채무자의 선의·악의에 따라서 그 법률효과를 달리함으로써 오히려 양수인의 지위가 불안하게 된다는 점을 고려한다면, 오히려 법에서 설정한 일정한 방식을 관철하여 그 효과를 확립적으로 정하는 것이 거래안전을 위해서 필요하다고 생각한다.⁶⁵⁾ 법에서 정한 대항요건을 구비하는 것, 다시 말해 통지와 승낙에 의하여 채무자가 채권양도 사실을 인식하는 것은 채무자를 이중변제의 위험으로부터 보호하는 유일한 장치는 아닐지언정 채무자 입장에서는 가장 안전한 장치임에는 틀림 없다고 생각된다.

(2) 양수인에 대한 효용

제450조 제1항 채무자에 대한 대항요건은 채권양수인이 진정한 채권자로서의 자격을 증명한다는 의미에서 양수인이 채권을 행사하기 위한 요건으로 기능한다. 나아가 동조 제2항 제3자에 대한 대항요건은 채무자의 인식에 따라 양수인들 사이의 우열을 결정하도록 함으로써 복수의 양수인들 사이에서 채권자를 확정하여 고정화하는 기능을 담당하는 유일한 장치이다.⁶⁶⁾ 이와 같은 점에서 대항요건주의는 채권양수인이 법에 요구하는 일정한 대항요건을 구비한 경우 그가 진정한 권리자임을 확정하고 이에 따라 양수인이 채권의 실현을 용이하게 한다는 측면에서 양수인에 대하여도 일정한 효용을 하고 있음을 부정할 수는 없을 것이다. 양도인이 채권양도의 통지를 해태하는 경우 양수인이 불측의 손해를 입을 수 있다는 지적은 양수인이 채권자에게 채권양도통지절차를 이행할 것을 청구할 수 있도록 하거나⁶⁷⁾ 혹은 양수인을 통지권자에 포함하는 등 대항요건 제도의 보완을 통해 충분히 보완이 가능할 것이라 여겨진다.

민법개정시안 검토”, 「서울법학」 제31권 제3호, 서울시립대학교 법학연구소, 2023. 11, 95-96면.

64) 지원림, “지명채권양도에서 양수인의 지위”, 「비교사법」 제24권 제3호, 2017. 8, 981면.

65) 최수정, 채권양도론, 진원사, 2007, 71면.

66) 지원림, 앞의 논문, 983면.

67) 최근 대법원은 “지명채권의 양도는 특별한 사정이 없는 한 채권자와 양수인 사이의 계약에 의하여 이루어지는데, 채무자에 대한 통지 또는 채무자의 승낙이 없으면 채무자 기타 제3자에게 대항할 수 없다. 한편 위 통지나 승낙이 확정일자 있는 증서에 의한 것이 아니면 채무자 이외의 제3자에게 대항하지 못하므로, 양수인은 대항요건을 구비하기 위해 채권자에게 채권양도통지절차의 이행을 청구할 수 있다”고 판시하여(대법원 2022. 10. 27. 선고 2017다243143 판결), 채권양도에 있어 양수인의 양도인에 대한 채권양도통지절차의 이행청구권을 명시적으로 인정하였다.

(3) 체계적 일관성의 측면

채권양도는 채권양도의 합의와 채권에 대한 준점유의 이전을 요건으로 하여 성립하므로 물권적 합의와 등기 또는 인도와 같은 현실양도행위를 요건으로 하여 성립하는 물권변동과 비슷한 구조를 지닌다.⁶⁸⁾ 이러한 점에 비추어 보면 채권양도에 있어서 대항요건주의를 취하는 것은 물권변동에 있어서 성립요건주의를 취하는 우리 민법의 태도와 차이가 있는 것은 분명하다.⁶⁹⁾ 그러나 물권관계와 채권관계의 규율에 있어 공시방법의 유무가 양자의 본질적인 차이점이라는 것을 고려한다면 물권변동과 채권양도가 서로 다른 법원리 하에서 규율되는 것도 가능하다고 생각된다. 우리 민법이 독일 민법을 계수하면서 채권양도에 대하여는 프랑스 민법의 예에 따라 대항요건을 취한 것은 우리 민법 체계에서 다소 어색한 것은 사실이나 전혀 불가능하다고 볼 수는 없고, 우리 민법상 다른 제도들과 조화를 이루어 법적 안정성을 도모할 수 있는 법적인 보완 장치 혹은 해석론을 마련해 보는 것도 충분히 가능하다고 생각된다.

(4) 소결

독일 민법과 같이 선의자보호주의로의 전환하자는 입법론적 제안은 상당히 경청할만 하나, 위에서 살펴본 바와 같이 대항요건주의가 채무자에 대한 이중변제 위험으로부터의 보호, 양수인의 지위에 대한 고정화 기능 등을 통해 거래안전에 기여하는 바가 있다는 점에서 대항요건주의의 실용적인 가치는 여전히 존재하고, 현행 우리 민법 체제 하에서도 채권양도를 대항요건주의로 규율하는 것이 충분히 가능하다고 생각한다. 현실적인 측면에서도 이미 대항요건주의가 상당히 정착된 현재 상황에서 대항요건주의를 완전히 폐기하고 선의자보호주의로 전환을 하는 것은 오히려 혼란을 가져올 것이라 예상되고, 추후 우리 사회가 지금보다 더 경제적으로 안정되고 신뢰가 정착되는 시점에 선의자보호주의로의 전환을 신중하게 재검토해볼 수 있을 것이다. 지금으로서는 대항요건주의를 유지하면서 채무자와 제3자에 대한 관계에서 현재의 대항요건인 통지 또는 승낙이라는 채무자의 인식을 넘어서 대항요건의 공시기능에 보다 적합한 다른 제도를 고민해 보는 것이 더 적절하다고 하겠다.

2. 대항요건에 대한 개선 제안

(1) 이분화된 대항요건의 통합에 대한 검토

우리 민법은 제450조 제1항에서 채무자에 대한 대항요건으로 통지 또는 승낙을, 동조 제2항에서 제3자에 대한 대항요건으로 확정일자에 의한 통지 또는 승낙을 규정하여, 채무자와 제3자에 대한 대항요건을 이분화하여 규율하고 있다. 이에 대하여 채무자에 대한 대항요건과 제3자에 대한 대항요건을 통합할 필요가 있는지 살펴본다.

입법연혁을 살펴보면,⁷⁰⁾ 우리 민법의 모법인 일본 민법 제정에 결정적 영향을 미친 부아

68) 이진기, 앞의 논문, 6면.

69) 최수정, 앞의 책, 87면

70) 최수정, 앞의 책, 68-69면; 자세한 내용은 권철, “지명채권양도의 대항요건에 관한 일본 민법 규정

소나드(Boissonade)는 일본 구민법초안 제367조 제1항에서 채무자에 대한 대항요건과 그 이외의 제3자에 대한 대항요건을 구분하지 않고 규율하였다. 다만 통지는 집달관에 의해 정식으로 통보할 것을 요구하였고, 채무자에 의한 승낙은 공정증서 또는 확정일자 있는 증서를 요구하였다. 그러나 일본 구민법 재산편 제347조 제1항은 이를 분할하여 규정하였고 이것이 현행 일본 민법 제347조 1항과 2항으로 이어졌다. 원래 하나의 항에서 확정일자 있는 통지나 승낙을 채무자와 제3자에 대한 공통의 대항요건으로 규정하였던 것을, 두 개의 항으로 나누는 과정에서 채무자에 대한 대항요건과 제3자에 대한 대항요건이 나뉜 것이다.

우리 민법의 입법자는 물론이고 일본 민법의 입법자도 위와 같이 구분하여 규정하는 근거를 분명히 밝히고 있지 않지만, 채무자에 대하여 대항요건을 취하는 목적과 채무자 이외의 제3자에 대하여 대항요건을 취하는 목적이 각각 다르다. 채무자에 대한 대항요건의 구비는 채무자에게 채권양도의 사실을 알려 채무자를 이중변제의 위험으로부터 보호함과 동시에 양수인이 채무자에 대하여 양수한 채권을 행사할 수 있도록 하는 데 그 목적이 있는 반면, 채무자 이외의 제3자 대한 대항요건의 구비는 채권을 이중으로 양수하거나 또는 압류한 자들 사이에 그 우열을 가리기 위한 표준을 정하는 데 그 목적이 있다.⁷¹⁾ 다시 말해 채무자에 대한 대항요건은 채무자의 이익을 보호하기 위한 것이고, 제3자에 대한 대항요건은 사회질서에 관련되는 것으로서 그 성질이 동일하지 않으므로⁷²⁾ 양자를 통합하여 하나의 대항요건으로 규율할 필요는 없고 현행 민법과 동일하게 각 대항요건을 이분화하여 그 기능에 맞도록 대항요건의 내용을 정비하면 충분하다고 하겠다.

(2) 대항요건의 내용에 대한 개선안 검토

(가) 채권양도계약을 서면계약화하고 이에 부여된 확정일자에 효력을 부여하는 방안

프랑스 민법은 개정을 통해 채무자에 대한 대항요건으로는 개정 전 프랑스 민법 제1690조가 집행관에 의한 통지와 공정증서에 의한 승낙이라는 엄격한 방식의 대항요건을 구비할 것을 요구하였던 것을 단순한 통지나 승낙으로 그 방식을 완화하였고, 제3자에 대한 대항요건으로는 서면으로 체결된 채권양도증서의 일자에 따르도록 개정된 것과 유사한 방안을 생각해 볼 수 있다. 다만, 이와 같은 프랑스 민법의 개정에 대하여 채권양도증서의 날짜를 사후적으로 앞당기는 사해적 행위에 대한 우려가 제기된 점을 감안하여, 채권양도증서에 보다 공적인 의미의 확정일자를 부여하는 방안을 제안하고자 한다. 다시 말해, 현재 우리 민법상 낙성·불요식으로 하고 있는 채권양도계약을 서면계약으로 요식계약화하고, 서면으로 체결된 채권양도계약서상 확정일자를 부여함으로써 채무자 이외의 제3자 사이의 우열은 위 확정

의 연혁 소고 - 입법 기초의사 탐구의 효용성 재고”, 「민사법학」 제64호, 한국민사법학회, 2013. 9. 참고.

71) 곽윤직/김재형, 채권총론(제7판), 박영사, 2023, 263면; 양형우, 채권법(제15판), 정독, 2024, 238면; 지원림, 민법강의(제19판), 홍문사, 2022, 1293면.

72) 이에 대한 비판적 견해도 있는데, 채권의 행사와 귀속이 일음 구분된다고 하더라도 양자는 일정한 관계를 가지고 있기 때문에 이를 준별하여 법적 성격을 달리하는 것은 타당하지 않다고 한다. (김규완, “지명채권양도의 채권적 구속과 준물권적 효과”, 「사법질서의 변동과 현대화」 (김형배 교수 고회 기념논문집), 박영사, 2004. 11, 203면) 가령 채권의 이중양도에 있어서 확정일자 있는 증서에 의한 대항요건을 갖추지 못한 제1양수인은 대항요건을 갖춘 제2양수인에게 대항하지 못하기 때문에 채권의 귀속이 부인됨은 물론 채무자에 대해서도 채권을 행사할 수 없다. (양창수, “지명채권의 양도와 대항요건”, 「민법연구」 제1권, 박영사, 1991, 374면)

일자의 순위에 따르도록 하는 방안이다.

확정일자는 증서에 대하여 그 작성한 일자에 관한 완전한 증거가 될 수 있는 것으로 법률상 인정되고 당사자가 나중에 변경하는 것이 불가능한 확정된 일자를 가리키므로,⁷³⁾ 날짜의 소급을 방지하고 고정하는 기능을 하여 사후에 앞선 날짜로 채권양도계약을 위조하는 등 사해적 행위를 방지할 수 있는 장점이 있다. 그러나 채권양도계약서상 부여된 확정일자는 채권의 이중양도나 압류 등으로 인한 경합의 문제가 발생하기 전까지는 계약당사자인 양도인과 양수인만 알 수 있다는 점에서 대항요건이 갖는 공시적 기능이 충분하지는 않다고 하겠다.⁷⁴⁾

(나) 채권양도의 대항요건으로 채권양도등기를 요구하는 방안

채무자에 대한 통지 또는 채무자의 승낙을 요구하는 채권양도의 제3자 대항요건에 관한 민법의 특칙으로서 채권양도에 대해서 등기를 함으로써 채무자 이외의 제3자에 대한 대항요건을 갖출 수 있도록 하는 채권양도등기제도를 고려해볼 수 있다.⁷⁵⁾ 제3자에 대한 대항요건인 제450조 제2항과 관련하여 채권양도시 채권양도등기를 경료하도록 하는 입법이 이루어진다면 동 법률에 의하여 채권양도등기가 경료되면 당해 채권의 채무자 이외의 제3자에 대하여는 제450조 제2항에서 요구하는 확정일자 있는 증서에 의한 통지가 있었던 것으로 간주하는 방안이다.⁷⁶⁾ 다만 통지가 있었다고 하기 위해서는 그 통지가 채무자에게 도달할 필요가 있으므로 결국 채권양도등기가 완료된 시점에 확정일자 있는 증서에 의한 통지가 채무자에게 도달한 것으로 해석하여야 할 것이다.⁷⁷⁾ 한편 채무자에 대한 대항요건인 제450조 제1항과 관련하여서는 채권양도등기가 경료되었다는 증명서를 채무자에게 교부하도록 하고⁷⁸⁾ 채

73) 대법원 2000. 4. 11. 선고 2000다2627 판결.

74) 참고로, 채권양도에 있어 대항요건이 공시방법인지와 관련하여, 채권의 귀속관계와 채권행사의 보호(대항)는 전혀 다른 차원의 문제라고 하면서, 채권양도에 있어 대항요건으로서 통지 또는 승낙은 채권자와 채무자 또는 채무자와 양도인 또는 양수인 사이에서 내부적으로 이루어지는 행위에 불과하고 채권양도를 만방에 알리는 행위가 아니므로 공시방법으로 볼 수 없다는 견해가 있다. (이진기, 앞의 논문, 13-14면) 한편, 대법원은 주택임대차보호법상 대항력과 관련된 판시에서, “주택임대차보호법 제3조의2 제2항에 의하면, 주택임차인은 같은 법 제3조 제1항에 규정된 대항요건과 임대차계약서상에 확정일자를 갖춘 경우에는 경매절차 등에서 보증금을 우선하여 변제받을 수 있고, 여기서 확정일자의 요건을 규정한 것은 임대인과 임차인 사이의 담합으로 임차보증금의 액수를 사후에 변경하는 것을 방지하고자 하는 취지일 뿐 대항요건으로 규정된 주민등록과 같이 당해 임대차의 존재 사실을 제3자에게 공시하고자 하는 것은 아니”라고 하여 대항요건의 공시적 효력을 부정하고 있다. (대법원 1999. 6. 11. 선고 99다7992 판결)

75) 강영기, “금융소비자의 보호를 위한 채권양도 관련 입법의 필요성에 관한 연구 - 채권양도등기제도를 포함한 채권추심절차의 공정성확보를 위한 제도정비를 중심으로”, 「안암법학」제49권, 안암법학회, 2016. 1, 280면.

76) 이로운, “채권양도의 공시제도에 대한 입법적 고찰”, 「한양법학」제23집, 한양대학교 법학연구소, 2008. 6, 345면.

77) 윤부찬, “이제는 채권양도도 등록하는 시대 - 일본 채권양도등기제도를 중심으로”, 「연세법학연구」제7집 제1권, 연세대학교 법학연구원, 2000. 6, 306면.

78) 채권이 양도된 후 채권양수인이 채무자에 대하여 권리를 행사할 것이라는 점을 채무자에게 알려주는 기능을 하는 제450조 제1항의 채무자에 대한 대항요건은, 우열을 결정하는 제3자에 대한 대항요건과 그 기능을 달리한다. 만약 채무자에 대한 대항요건도 등기로 한다면 이는 채무자에게 등기를 확인할 의무를 부담시키는 것이 되어 적절하지 않고, 양도인이나 양수인이 채무자에게 등기사항 증명서를 건네주는 방법으로 통지, 혹은 채무자가 승낙하는 것이다. 통지의 방식으로 등기사항증명서를 교부하도록 하는 것은 채무자를 허위의 통지를 받을 위험으로부터 보호한다. (김현진, “동산채권담보법상 채권담보권과 채권양도의 법률관계 - 대법원 2016. 7. 14. 선고 2015다71856,71863 판결에 대한 평석”

무자의 승낙이 있는 경우에는 등기의 구비서류로서 채권양도승낙서를 첨부하도록 하여 대항요건을 갖추도록 하면 될 것으로 생각된다.⁷⁹⁾ 이렇게 되면 채무자는 경합하는 여러 채권양수인들에 대하여 각자 충족한 대항요건별로 민법상 확정일자 있는 증서에 의한 통지가 채무자에게 도달한 시점, 채권양도등기를 한 시점의 선후를 기준으로 양수인의 우열을 판단하여 우선하는 양수인에게 변제하면 채무자는 면책될 수 있을 것이다. 다만 이를 위하여는 채권양도등기의 법적 효력 및 이에 필요한 절차적 요건 등을 규정하는 특별법의 제정이 필요한 상황이다.

(다) 소결

제450조 채권양도의 대항요건에 대한 개선안으로 검토해본 위 두 가지 방안 중 채권양도의 대항요건으로 채권양도등기를 요구하는 방안이 대항요건이 갖는 공시적 기능에 보다 충실하고 채권양도등기에 관한 특별법의 제정을 통해 현행 민법의 대항요건을 보완하는 방식으로 시도해볼 수 있다는 점에서 장점이 있다고 할 수 있다. 우리나라는 전산화가 광범위하게 잘 이루어져 있으며, 인터넷이 연결된 곳이라면 어디에서나 자신의 이해관계와 관련된 내용을 검색할 수 있도록 되어 있으므로, 이러한 환경에서 채권양도의 등기제도를 도입하는 것은 매우 자연스러운 현상이라 할 것이다.⁸⁰⁾

(라) 관련 문제

채권양도등기제도가 도입되는 경우 양도인과 채무자의 재산상태 등에 대한 개인정보보호의 문제가 발생할 수 있다. 채권은 동일한 내용의 채권이 다수 존재할 뿐만 아니라, 발생원인이나 변제기 등이 제각각이라는 점에서 채권별로 등기부를 만들어 공시함은 거의 불가능하고 그 비용 또한 상당하므로,⁸¹⁾ 채권양도시 등기부의 편성은 양도인을 기준으로 한 인적 편성주의를 취할 수 밖에 없다. 따라서 양도인을 검색하면 채권을 통한 자금조달의 신용정보가 노출될 우려가 있어 아무런 이해관계가 없는 사람도 누구든지 채권양도등기부의 기재 내용에 대하여 제한 없이 정보 열람을 할 수 있도록 한다면 양도인의 개인정보보호에 큰 문제가 발생할 수 있다. 양도인 입장에서 채권의 양도 사실은 영업비밀도 해당할 수 있고 양도인 또는 채무자의 금융정보가 노출됨으로써 신용불안을 초래할 우려가 있으므로 채권양도등기는 이해관계인에 대하여만 한정하여 제한된 등기정보를 열람할 수 있도록 해야 할 필요가 있다.⁸²⁾

「법학논총」 제34권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2017. 9, 447면)

79) 이로운, 앞의 논문, 345-346면.

80) 법무부, 국제채권양도협약연구, 2002, 215면.

81) 김현진, “채권담보의 현황과 과제 - ‘동산·채권 등의 담보에 관한 법률’의 시행에 즈음하여”, 「민사법학」제61호, 한국민사법학회, 2012. 12, 26면.

82) 박규용·김명엽, “채권양도등기의 입법안에 관한 연구”, 「법학연구」 제37집, 한국법학회, 2010. 2, 42-43면.

IV. 결 론

우리 민법은 기본적으로는 독일 민법을 계수하였지만 유독 채권양도의 대항요건에 대하여는 개정 전 프랑스 민법의 태도를 따르고 있어, 제450조 제1항에서 지명채권의 양도에 있어 채무자에 대한 대항요건으로 채무자에게 통지하거나 채무자가 승낙할 것으로 요구하고, 동조 제2항에서 채무자 이외의 제3자에 대한 대항요건으로 확정일자 있는 증서에 의한 통지나 승낙을 요구하고 있다. 다시 말해 우리 민법은 채권양도에 있어 채무자의 인식을 유일하고 절대적인 기준으로 삼고 있으며, 그 외 양도인과 다른 양수인들의 관계나 인식 내용에 대해서는 무관심하다. 채무자는 채권자의 채권 양도행위에 아무런 관여를 할 수 없으므로 그에 따른 불이익을 채무자에게 지우는 것은 불합리하고, 궁극적으로 재산을 출연하는 자는 채무자이므로 채권양도의 법제는 채무자를 보호하는 방안으로 마련되는 것이 합리적이라 할 것이다. 앞서 살펴본 각국의 입법례 또한 그 내용과 방법은 달리 하지만 채권의 이중양도로 인하여 이중변제의 위험에 빠지게 되는 채무자를 보호하기 위한 제도를 마련하고 있다는 점에서는 유사하다.

채권양도와 관련하여 우리 민법이 계수한 프랑스 민법의 경우 최근 개정을 통하여 채권양도에 있어 제3자에 대한 대항요건을 폐지하고 채권양도증서상 일자에 따라 양수인들 간 우열을 결정하도록 하고 이를 위하여 채권양도계약을 요식계약으로 규정하였으며, 채무자에 대한 대항요건도 종래에 요구했던 집행관에 의한 통지와 공정증서에 의한 승낙을 단순한 통지와 승낙으로 그 방식을 완화하였다. 이와 관련하여 특히 우리가 참고할 만한 것은 제3자에 대한 대항요건을 폐지하고 채권양도증서상의 일자에 따라 경합하는 양수인들 간 우열이 정해진다는 점이다. 이러한 프랑스 민법의 개정내용을 바탕으로 우리 민법 제450조에 대한 개선안을 생각해보면, 채무자에 대한 대항요건인 통지와 승낙은 그대로 유지하면서 제3자에 대한 대항요건과 관련하여 프랑스 민법과 유사하게 채권양도계약을 서면계약화하고 이에 부여된 확정일자에 효력을 부여하는 방안과 채권양도의 대항요건으로 채권양도등기를 요구하는 방안이 있다. 살펴건대 현행 민법의 운용을 크게 변화시키지 않으면서 채권양도등기에 관한 특별법의 제정을 통해 이를 민법상 대항요건인 확정일자 있는 증서에 의한 통지로 간주함으로써 대항요건을 구비하고 이를 이해관계인에게 제공함으로써 채권양도에 있어 채권의 이중양도, 압류 등이 경합하는 경우 채무자가 진정한 권리자를 보다 확실하게 인식하고 채무를 변제할 수 있도록 제도를 개선할 필요가 있다고 하겠다.

참 고 문 헌

[단행본]

- 곽윤직/김재형, 채권총론(제7판), 박영사, 2023
양창수, 독일민법전, 박영사, 2021
양형우, 채권법(제15판), 정독, 2024
최수정, 채권양도론, 진원사, 2007
법무부, 국제채권양도협약연구, 2002
최병조, 로마법강의, 박영사, 1999
한불민사법학회, 개정프랑스채권법 해제, 박영사, 2021
_____, 프랑스민법전, 박영사, 2023
현승중, 로마법, 일조각, 1997
현승중/조규창, 게르만법, 박영사, 2001
현승중/조규창, 로마법, 법문사, 1996

[국내문헌]

- 강영기, “금융소비자의 보호를 위한 채권양도 관련 입법의 필요성에 관한 연구 - 채권양도 등기제도를 포함한 채권추심절차의 공정성확보를 위한 제도정비를 중심으로”, 「안암법학」 제49권, 안암법학회, 2016. 1.
김규완, “지명채권양도의 채권적 구속과 준물권적 효과”, 「사법질서의 변동과 현대화」(김형배 교수 고회기념논문집), 박영사, 2004. 11.
김상용, “지명채권양도의 대항요건”, 「고시계」 통권 제458호, 고시계사, 1995. 3.
김상중, “채권양도, 채권질권의 귀속·경합에 관한 소고 - 권한 없는 처분, 수령을 둘러싼 최근의 대법원 판결례를 중심으로”, 「민사법학」 제105호, 2023. 12.
김은아, “개정 프랑스민법전에서의 채권양도”, 「아주법학」 제12권 제3호, 아주대학교 법학연구소, 2018. 11.
김현진, “동산채권담보법상 채권담보권과 채권양도의 법률관계 - 대법원 2016. 7. 14. 선고 2015다71856,71863 판결에 대한 평석”, 「법학논총」 제34권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2017. 9.
_____, “채권담보의 현황과 과제 - ‘동산·채권 등의 담보에 관한 법률’의 시행에 즈음하여”, 「민사법학」 제61호, 한국민사법학회, 2012. 12.
박규용/김명엽, “채권양도등기의 입법안에 관한 연구”, 「법학연구」 제37집, 한국법학회, 2010. 2.
박문원, “채권의 이중양도에 관한 Restatement와 국내법 간 비교 연구”, 「민사법연구」 제27집, 대한민사법학회, 2019. 2.
백경일, “채권자 지위의 승계에 관한 비교법적 고찰 - 독일과 프랑스의 채권양도법을 중심으로”, 「비교사법」 제29권 제1호(통권 제96호), 한국사법학회, 2022. 2.

- 서 민, “채권양도에 관한 소고(상)”, 「법조」 제31권 제11호, 법조협회, 1982
- 양창수, “지명채권의 양도와 대항요건”, 「민법연구」 제1권, 박영사, 1991
- 오수원, “프랑스에서의 지명채권양도의 채무자에 대한 대항요건의 변용과 일본민법 제467조의 불완전한 대항요건제도의 성립 - 한국민법 제450조의 입법배경과 관련하여”, 「저스티스」 통권 제160호, 한국법학원, 2017. 6.
- 윤부찬, “이제는 채권양도도 등록하는 시대 - 일본 채권양도등기제도를 중심으로”, 「연세법학연구」 제7집 제1권, 연세대학교 법학연구원, 2000. 6.
- 이동진, “대항요건을 갖추지 아니한 지명채권양도의 효력”, 「민사법학」 제90호, 한국민사법학회, 2020. 3.
- 이로문, “채권양도의 공시제도에 대한 입법적 고찰”, 「한양법학」 제23집, 한양대학교 법학연구소, 2008. 6.
- 이진기, “지명채권의 양도 - 제450조의 대항요건에 관하여”, 「민사법학」 제81호, 2017. 12.
- 정병호, “저당권부 채권의 양도에 관한 하나의 시론 : 대항요건과 성립요건의 교차”, 「민사법학」 제36호, 한국민사법학회, 2007. 5.
- _____, “저당권에 의해 담보된 채권의 양도에 관한 민법개정시안 검토”, 「서울법학」 제31권 제3호, 서울시립대학교 법학연구소, 2023. 11.
- 정태윤, “일본 개정민법(채권관계) 중 주요 부분에 관한 개관”, 「민사법학」 제82권, 2018. 2.
- 지원림, “지명채권양도에서 양수인의 지위”, 「비교사법」 제24권 제3호, 2017. 8.

[외국문헌]

Roth/Kieninger, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl., 2019

토론문

지명채권양도에 있어 대항요건주의에 대한 고찰
- 비교법적 고찰을 포함하여 -

김현진 교수
인하대 법전문원

먼저 화창한 봄날, 민사법학회 춘계학술대회에서 토론을 맡게 되어 여러 교수님들을 뵙게 되니 반갑습니다. 이지은 교수님의 “지명채권양도에 있어 대항요건주의에 대한 고찰-비교법적 검토를 포함하여 -” 발표 잘 들었습니다. 대항요건주의를 취한 우리나라 민법 규정을 비판하면서, 각 나라의 법제를 비교하여 건설적인 입법적 제안을 하셨습니다. 이번 기회에 지명채권 양도—이 대항요건에 대하여 좀 더 진지하게 생각할 기회가 되었고 또 토론을 준비하는 과정에서 많이 배웠습니다. 상당 부분 발표자의 견해에 공감하지만, 토론자로서 주어진 역할은 비판적 시각에서 논의함으로써 끝까지 사고해 보고 그리하여 발표문의 완성도를 더 높이는 것이라고 생각하여 몇 가지 사항을 언급하고자 합니다.

첫째, “최근들어 채권법의 현대화 과정”을 통해 개정작업이 활발히 이루어졌다고 하셨는데, 여기서 말하는 “채권법의 현대화 과정”은 구체적으로 무엇을 의미하는지 그리고 발표자가 주장하시는 지명채권의 양도에 있어서 대항요건주의의 문제와 어떠한 관련이 있는지요?

둘째, 로마법을 언급하시면서, 3면, 5면에서 구채권자, 신채권자, 채권자, 소송대리인을 혼용하고 있습니다. 채권자는 채권양도인으로, 소송대리인은 채권양수인을 의미하는 것으로 보이는데 조금 가독성이 떨어져서 정리하셨으면 좋겠군요, 5면의 “채권의 동일성이 유지되지 않”음은 결국 “구채권에 부수되어 있는 권리인 보증, 담보권 등의 권리와 항변권이 소멸한다는 점에서 문제”와 같지 않은지, 혹시 다른 의미가 있는지요?

셋째, 11면에서 Restatement (Second) of Contracts를 계속 “미국 계약법”이라고 번역하고 계신데, 과연 그렇게 부를 수 있을까요?

넷째, 프랑스민법, 독일민법 일본민법을 인용할 때, 언제 민법인지 특정이 필요하다고 생각합니다. 프랑스법만 하더라도 조문에 따라 여러 번 개정되었으

므로, 단순히 개정전 프랑스 민법이라고 하는 것이 부적절해 보이고, 아무런 수식어가 없으면 현행 민법이어야 할텐데, 발표문에서 그렇지 않은 부분도 보입니다.

다섯째, 결론과 관련하여, 계약 방식의 자유 측면에서 보면 우리 민법은 보증계약을 제외하고는 낙성계약이 원칙인데, 채권양도만 서면으로 할 수 있을지, 큰 그림에서 접근할 필요가 있다고 생각합니다. 프랑스 민법은 2016년 채권법 개정 전부터도 증여, 혼인, 저당권설정, 건축예정인 부동산의 매매계약 등 요식계약이 여러 종류가 존재하였고, 현행 프랑스 민법 제1172 조는 계약을 낙성계약, 요식계약, 요물계약으로 구분하고 있습니다.

다른 한편, 동산채권등의 담보에 관한 법률상 “채권담보권 등기”를 활용하여 채권양도등기를 할 수 있을지의 문제는 이 때의 등기는 functional approach로서 통지등기라는 점에서 우리나라의 등기와 조금 기능이 다릅니다. 동산채권담보법의 제정과정에서 대법원이 제안한 안이 바로 일본의 법과 유사한 채권양도등기를 도입하는 안이었습니다. 그러나 도입되지 않은 것이고 여러 논의가 있었으므로 한번 찾아서 검토해 보시는 것이 좋을 것 같습니다. 구체적으로 어떠한 채권양도등기를 생각하시는 것인지 고견을 묻고 싶습니다.

마지막으로, 프랑스 민법을 비교법적인 대상으로 연구해 온 필자 입장에서 조금 불편한 부분이 있어 지적하고자 합니다. 결론에서 “우리 민법은 기본적으로는 독일 민법을 계수하였지만 유독 채권양도의 대항요건에 대하여는 개정전 프랑스 민법의 태도를 따르고 있어, ” 과연 그런지요? 기회가 된다면 우리 민법에 영향을 미친 프랑스 민법의 요소를 정리해 봉보어야 겠다는 생각이 듭니다만... 유류분, 채권자취소, 채권자대위, 성년후견 등 프랑스적 요소가 곳곳에 있는데 지나친 단정이 아닐까요?

신탁의 도산절연성에 대한 검토

-담보신탁의 도산절연성에 대한 논의를 중심으로-

문혜영
(아주대학교 법학전문대학원)

I. 서론

신탁은 영미법에서 발전되어 온 법률관계로, 아직까지 국내에서 신탁은 우리법상 친숙하게 받아들여지지 못하고 있는 것으로 보인다. 이는 대륙법계를 계수한 우리 법체계에서 영미법계를 중심으로 발달한 신탁이 다소 이질적인 특징을 가지고 있기 때문일 것으로 생각된다.

그렇지만 우리법이 신탁을 도입한 역사는 의외로 긴 편이다. 우리법은 1961년 12월 30일에 신탁법을 제정하여 신탁을 명문으로 규정하였고, 그 이전에도 의용 신탁법에 의하여 신탁을 법으로 인정하여 왔다.¹⁾ 이후 위와 같이 제정된 신탁법이 실질적인 내용의 개정 없이 거의 50여년 동안 계속되어 오다가 2012년에 드디어 전면 개정이 되었는데, 이 때 비로소 신탁의 본질적인 내용들이 제대로 반영된 법 기초가 마련되었고 이에 따라 신탁의 활용 또한 증가하였다. 또한 신탁의 활용도가 증가하면서 도산절차에서 신탁의 법률관계가 문제되는 사례도 증가하고 있으며 그와 관련된 법적 논의도 증가하고 있는 것으로 보이는데 대표적인 것이 도산절차에서의 담보신탁에 대한 논의라고 할 수 있다.

도산절차에서의 신탁을 어떻게 처리할 것인지의 문제는 ‘신탁의 도산절연성’을 어떻게 해석할 것인지의 문제라고 할 수 있다. 신탁의 도산절연성이란 신탁에 따른 신탁재산은

1) 신탁법이 제정되기 전에는 조선민사령 제1조 제7호의 2에 의하여 일본 신탁법이 의용되었는데, 1961년에 신탁법이 제정됨으로써 의용 신탁법은 삭제되었다.

위탁자, 수탁자 또는 수익자의 도산절차의 영향을 받지 않는다는 원칙으로, 신탁의 가장 중요하고 본질적인 특징이라고 할 수 있다. 그런데 한편 도산절차는 채권자들의 채권을 집단적으로 조정하여 공평하고 정당한 변제가 이루어지도록 하면서 채무자를 회복시키는 제도로서 사회공익적 목적을 가진다는 특징이 있는데, 특히 담보신탁과 관련하여, 그 실질은 담보라고 볼 수 있음에도 불구하고 다른 담보권들과 달리 예외적으로 도산절연성을 인정한다면 형평성에 어긋나며 채무자의 회생가능성에도 부정적 영향을 미치므로, 위와 같은 도산절차의 공익적 특징을 고려한다면 담보신탁의 도산절연성은 제한되어야 한다는 주장이 있다.

그러나 도산절차는 기본적으로 ‘채권의 집단적 추심절차’로서 절차적인 것이고, 채무자에 대하여 채권적 권리를 가지는 것이 전제되어야 도산절차에서의 권리의 제한 문제가 비로소 문제되는 것이다. 그리고 채무자에 대하여 채권적 권리를 가지는지 배타적 권리를 가지는지 여부는 실체법에 의하여 결정하는 것이지 그것까지 도산절차에서 재량적으로 정할 수 있는 것은 아니다. 따라서 실체법인 신탁법에 따라 신탁이 적법하게 설정되어 유지되고 있다면, 그 신탁재산의 도산절연성을 도산절차에서 임의로 부정할 수는 없다.

이하에서는 신탁의 특징을 살펴봄으로써 신탁의 본질로서의 도산절연성을 이해하고 검토한 후, 담보신탁에 대한 논의를 이러한 이해를 바탕으로 보다 심도있게 논의해보고자 한다.

II. 신탁의 특징

1. 신탁의 본질적 요소로서의 신탁재산

신탁재산이라 함은 신탁을 설정함에 따라 위탁자로부터 수탁자로 이전되는, 신탁의 대상이 되는 자산을 말하는데, 신탁이 설정되기 위해서는 신탁재산이 반드시 필요하며,²⁾ 그 신탁재산은 특정 가능하여야 한다.³⁾

신탁재산이 될 수 있는 자산은 “특정의 재산(영업이나 저작재산권의 일부를 포함한다)”이다(신탁법 제2조). 구 신탁법은 신탁재산의 대상으로 “특정의 재산권”이라고 규정하고

2) 신탁재산이 없이는 신탁을 설정하는 것이 불가능하며, 신탁재산이 존재하지 않게 되면 신탁도 종료하게 된다고 설명된다. Austine Wakeman Scott & Mark L. Ascher, *Scott and Ascher on Trust - Volume 2* (Aspen Publisher, 6th ed. 2022) pp. 624-626.

3) Alastair Hudson, *Principles of Equity and Trusts* (Routledge, 2d ed. 2022), pp. 58-59.

있었으나 신탁법이 2012년에 개정되면서 “특정의 재산”으로 변경하였는데, 이는 적극재산 뿐 아니라 소극재산도 신탁이 가능하다는 취지를 명시하기 위하여 수정한 것이라고 한다.⁴⁾ 그런데 신탁재산이 적극재산이든 소극재산이든, 부동산이든 동산이든, 소유권이든 담보권이든 불문하고, 신탁법상 신탁이 설정되면 그 신탁의 대상인 신탁재산이 누구에게 완전히 귀속되는 것인지가 문제된다. 즉, 신탁의 법률관계에서의 당사자들인 위탁자, 수탁자 및 수익자 중 누구에게 신탁재산이 귀속되는지가 문제되며, 이는 결국 신탁의 설정에 있어서 필수적인 요소인 신탁재산이 당사자 사이에서 어떠한 지위를 가지는지의 문제로서 신탁재산의 독립성의 원칙과 연결되고, 이것은 결국 신탁의 본질적인 특성인 신탁의 도산절연성과 연결되는 문제이다. 이하에서는 신탁재산이 위탁자, 수탁자 및 수익자에 대하여 어떠한 지위를 가지는지 검토해보고자 한다.

2. 신탁재산의 위탁자로부터의 분리

신탁은 신탁을 설정하는 위탁자가 신탁을 인수하는 수탁자에게 특정 재산을 이전하거나 담보를 설정함으로써 설정되고(신탁법 제2조), 수탁자는 신탁재산에 대한 권리와 의무의 귀속 주체로서 신탁재산의 관리, 처분 등을 하고 신탁 목적의 달성을 위하여 필요한 모든 행위를 할 권한을 가진다(신탁법 제31조). 반면 수탁자는 신탁재산을 수탁자의 고유재산과 분별하여 관리하고 신탁재산임을 표시하여야 하며(신탁법 제37조 제1항), 누구의 명의로도 신탁의 이익을 누리지 못한다(신탁법 제36조). 이와 같이, 수탁자는 신탁재산에 대하여 관리, 처분 등의 권리를 가지나 수익의 권리를 가지지는 못하며, 자신의 고유재산과 명확하게 분리하여 관리하여야 할 의무를 가진다.

우리 민법은 소유자는 법률의 범위 내에서 그 소유물을 사용, 수익, 처분할 권리가 있다고 규정하고 있어(민법 제211조), 이를 사용하고 수익할 권리도 소유권에 포함됨을 명시하고 있으므로, 수탁자가 신탁재산에 대하여 가지는 권리는 민법상의 완전한 소유권과는 그 성격이 다르다고 할 수 있다. 그런데 우리 대법원은 신탁법에 따라 신탁재산이 위탁자에서 수탁자로 이전되면 해당 재산의 소유권은 수탁자에게 대내외적으로 완전히 이전된다고 판단하여,⁵⁾ 수탁자가 대내외적으로 신탁재산에 대하여 소유권을 가지는 자임을

4) 법무부, 신탁법 해설, 도서출판 동강, 2012, 4면.

5) 대법원 2002. 4. 12. 선고 2000다70460 판결. 해당 판결은 “신탁법상의 신탁은 위탁자가 수탁자에게 특정의 재산권을 이전하거나 기타의 처분을 하여 수탁자로 하여금 신탁 목적을 위하여 그 재산권을 관리·처분하게 하는 것이므로(신탁법 제1조 제2항), 부동산의 신탁에 있어서 수탁자 앞으로 소유권이전등기를 마치게 되면 대내외적으로 소유권이 수탁자에게 완전히 이전되고, 위탁자와의 내부관계에 있어서 소유권이 위탁자에게 유보되어 있는 것은 아니라 할 것이다”고 판단하고 있다.

명확히 하고 있다. 국내 학설상으로도 수탁자가 신탁재산을 소유한다고 보는데 특별한 이견은 없는 것으로 보인다.⁶⁾

우리나라 민법이 소유자는 법률의 범위 내에서 그 소유물을 사용, 수익, 처분할 권리가 있다고 규정하여 전면적 지배권을 인정하고 있는 반면,⁷⁾ 수탁자는 신탁재산으로부터 이익을 향유하는 것이 제한되어, 우리 민법에서 소유권에 인정하고 있는 수익권이 없는 형태의 권리만을 가지므로 불완전한 형태의 소유권만을 가진다고 할 수 있다. 그러나 우리 민법 제211조 또한 소유권이 ‘법률의 범위에서’ 권리를 가진다고 하고 있어 제한이 될 수 있는 여지를 두고 있으므로, 신탁법상 수탁자는 신탁법의 규정에 의하여 일부 권리가 제한되는 형태의 소유권을 가지고, 수탁자가 아닌 다른 당사자들은 신탁재산에 대하여 소유권을 가지는 것은 아니라고 이해하는 것이 가장 타당할 것으로 생각된다.

따라서 위탁자가 수탁자에게 신탁의 목적으로 신탁대상 재산을 이전한 이상, 그 재산은 위탁자로부터 수탁자에게 온전하게 이전되고, 신탁재산은 위탁자로부터 완전하게 분리된다고 보아야 한다.

3. 신탁재산의 수탁자로부터의 분리 - 신탁재산의 독립성

위에서 살핀 바와 같이 신탁재산은 수탁자의 소유에 속한다. 그러나 신탁재산은 수탁자의 고유재산과 구별되어 관리되어야 하고(신탁법 제37조), 신탁재산에 대해서는 강제집행이 금지되며(신탁법 제21조), 수탁자의 사망에도 불구하고 수탁자의 상속재산에 속하지 않고(신탁법 제23조), 수탁자에 대하여 파산이나 회생절차가 개시되는 경우에도 파산재단이나 회생절차 상의 채무자의 재산에 속하지 않는다(신탁법 제24조). 이와 같이 신탁재산은 수탁자의 소유에 속하지만 수탁자 개인의 고유재산과는 독립한 지위를 가지는데 이를 일반적으로 신탁재산의 독립성이라고 부른다.⁸⁾

이와 관련하여, 신탁재산의 독립성을 위탁자로부터의 독립, 수탁자로부터의 독립 및 수익자로부터의 독립의 개념까지 포함하는 것으로 설명하는 예도 있으나,⁹⁾ 위탁자나 수익자는 신탁재산에 대하여 소유권을 가지는 자가 아니므로, 신탁재산의 독립성을 논할 여지

6) 이연갑, “신탁법상 수탁자의 파산과 수익자의 보호”, 민사법학 제45-1호, 한국민사법학회, 2009, 208면; 최수정, 신탁법(개정판), 박영사, 2019, 236면.

7) 주석민법, 물권법1(제5판), 한국사법행정학회, 2019, 557-558면(이계정 집필부분).

8) 오영준, “신탁재산의 독립성”, 민사판례연구 제30권, 민사판례연구회, 박영사, 2008, 851면.

9) 최수정(주6), 260-261면; 안성포, “신탁재산의 권리주체성에 관한 소고”, 법학연구 제39집, 전북대학교 법학연구소, 2013, 71면. 또한, 원칙적으로 신탁재산의 독립성은 위탁자, 수탁자 및 수익자로부터의 분리를 포함하지만, 이 중 수탁자로부터의 독립이 가장 중요하며, 이러한 수탁자로부터의 독립이 협의의 신탁재산의 독립성의 개념에 해당한다고 설명하는 견해도 있다. 정순섭, 신탁법, 지원출판사, 2021, 264-267면.

가 없는 것으로 생각된다. 대법원 또한 신탁재산 독립의 원칙은 신탁재산의 감소 방지와 수익자의 보호 등을 위하여 수탁자의 고유재산과 신탁재산은 분별하여 관리하여야 하고 양자는 별개 독립의 것으로 취급하여야 한다는 것을 의미한다고 하여 수탁자와의 관계에서 문제되는 것임을 명확히 하고 있다.¹⁰⁾ 따라서 신탁재산의 독립성은 수탁자가 신탁재산에 대하여 법적으로 소유권을 가짐에도 불구하고, 수탁자의 개인과 관련한 절차에서 독립적으로 취급된다는 점을 지적하는 개념으로 이해하여야 할 것이다.¹¹⁾

이와 같은 신탁재산의 독립성의 원칙에 따라 신탁재산은 수탁자의 도산절차에 영향을 받지 않으며, 수탁자에 대하여 도산절차가 개시되더라도 신탁이 종료되지도 않고, 신탁에 따른 수익자들의 권리도 영향을 받지 않는다. 즉 신탁재산은 수탁자의 소유로 완전하게 이전되지만, 수탁자의 고유재산과는 또 분리되어, 수탁자의 도산절차에 영향을 받지 않는 독립적인 지위를 가진다.

4. 신탁재산의 수익자로부터의 분리 - 수익권의 성격의 문제

신탁법은 수익자가 가지는 수익권의 개념에 대하여 별도의 정의 규정을 두고 있지 않고,¹²⁾ 수익자의 개념도 단지 수탁자가 신탁재산을 어느 일정한 자의 이익을 위하여 관리 또는 처분할 때 그 일정한 자를 수익자라고 한다고만 정하고 있어(신탁법 제2조), 그 개념이 명확하게 설명되고 있지는 않다. 그런데 수익자가 가지는 수익권이 수탁자에 대하여 행사하는 권리인지, 신탁재산에 대하여 직접적으로 행사할 수 있는 권리인지, 그리고 채권적 성격을 가지는 권리인지, 물권적 성격을 가지는 권리인지 여부에 따라, 즉 수익권의 법적 성격이 무엇인지에 따라 신탁재산이 수익자와 분리되는지 여부가 결정될 것이므로 이를 검토하는 것이 필요하다.

이와 관련한 국내에서의 수익권의 성격에 관한 논의는 수익권이 채권이나 물권이나 그 유사한 어떠한 권리이냐로 분류하는 것에 초점을 맞추기보다는, 신탁의 특성에 맞추어 그 권리의 특수성을 인정하고 그 독자적인 특징을 해석하려고 하는 경향을 보인다.

즉, 우리 신탁법이 수익권에 대해 채권설을 기본으로 하되 물권적 요소도 함께 입법한 것이라고 보면서 일본에서의 채권설과 실질적 법주체성설을 경우에 따라 적용하여야 한

10) 대법원 2007. 9. 20. 선고 2005다48956 판결.

11) 이와 관련하여 신탁재산의 독립성이라는 용어는 신탁법이 수탁자의 고유재산과 신탁재산을 구분하는 제규정을 두고 있는 것을 통일적으로 설명하기 위한 표현이라고 보는 견해가 있다. 오영준(주8), 851면.

12) 신탁법 제56조는 신탁행위로 정한 바에 따라 수익자로 지정된 자는 당연히 수익권을 취득한다고만 규정하고 있을 뿐이다.

다는 견해,¹³⁾ 수익자는 일종의 특수한 채권을 가지는 것으로 보는 견해,¹⁴⁾ 수익권은 원칙적으로 채권이지만, 수익자가 수탁자의 일반채권자 등 제3자의 권리행사를 배제할 수 있는 권리를 가지고, 신탁법 제75조에 의하여 인정되는 수익자취소권과 같은 권리가 물권적인 속성을 가진다는 것을 지적하면서 수익권을 물권화된 채권이라고 보는 견해,¹⁵⁾ 수익권은 결국 채권으로 보아야 하지만, 이는 법률상의 소유권을 가지지 않는다는 소극적인 의미에 불과하고, 일반적인 채권보다는 강한 채권이며, 그 특수성을 충분히 감안해야 한다는 견해¹⁶⁾ 등이 있다. 또한 영미와 일본에서의 수익권과는 달리 우리법에서의 수익권은 권리뿐 아니라 의무도 포함되는 권리와 의무의 총체이므로 단순히 채권 또는 물권과 같은 권리로 단언할 수 없으며 수익권의 다양한 형태를 고려할 때 물권을 가진다고 보기는 더더욱 어렵다고 보는 견해도 있다.¹⁷⁾

대법원은, 신탁의 해지 등 신탁 종료의 사유가 발생하더라도 수탁자가 신탁재산의 귀속권리자인 수익자나 위탁자 등에게 새로이 목적 부동산의 소유권 등 신탁재산을 이전할 의무를 부담하게 될 뿐, 신탁재산이 수익자나 위탁자 등에게 당연히 복귀되거나 승계된다고 할 수 없다고 판단하였고,¹⁸⁾ 수탁자는 신탁의 목적 범위 내에서 신탁재산을 관리·처분하여야 하는 신탁계약상의 의무만을 부담한다고 판단하였는데,¹⁹⁾ 결국 수익자의 권리를 채권적 권리로 파악하고 있는 것으로 보인다.

신탁법상 수탁자는 신탁재산에 대하여 대내외적으로 소유권을 가지고, 우리 법상 이중적인 소유권 제도나 소유권의 분할이 인정되기 어려우므로, 결국 수익자가 신탁에서 가지는 권리는 우리 법 하에서는 채권에 해당한다고 보는 것이 타당한 것으로 생각된다. 따라서 수익자의 채권자들은 신탁재산에 대하여는 직접 어떠한 권리를 행사할 수 없으므로 신탁재산은 수익자의 도산절차로부터도 분리된다.

III. 신탁의 본질로서의 신탁의 도산절연성

위에서 살펴본 바와 같이 신탁재산은 위탁자로부터 분리되고, 수탁자로부터도 분리되

13) 정순섭, “신탁의 기본 구조에 관한 연구”, BFL 제17호, 서울대학교금융법센터, 2006, 14면.

14) 남동희, “부동산신탁의 위탁자에 대한 회생절차의 실무상 쟁점”, 사법 통권 제15호, 사법발전재단, 2011, 132면.

15) 이계정, “신탁의 수익권의 성질에 관한 연구”, 민사법학 제77호, 한국민사법학회, 2016, 132-140면.

16) 이연갑, “신탁법상 수익자의 지위”, 민사판례연구 제30권, 민사판례연구회, 2008, 938-939면.

17) 최수정, “수익자취소권 재고”, 법조 통권 제63권 제6호, 법조협회, 2014, 177-180면.

18) 대법원 1994. 10. 14. 선고 93다62119 판결.

19) 대법원 2014. 11. 27. 선고 2012두26852 판결.

며, 수익자로부터도 분리되어 독자적인 지위를 가지게 된다. 이러한 신탁의 독특한 특징으로부터 도출되는 것이 ‘신탁의 도산절연성’이다. 이와 같이 신탁의 도산절연성은 신탁에서 가장 중요하고 본질적인 요소인 ‘신탁재산’을 위탁자, 수탁자 및 수익자로부터 분리하여 보호하는 원칙으로서,²⁰⁾ 신탁에 있어서 가장 본질적인 특징이라고 할 수 있을 것이다.

신탁의 도산절연성의 원칙이 신탁에 있어서 중요하고 본질적인 특징이라는 점은 왜 신탁이라는 복잡한 법률구조를 굳이 사용하는가라는 의문에 대한 답이기도 하다. 이와 관련하여 영미법에서 신탁의 장점에 대하여 논의되는 내용을 살펴보는 것이 도움이 될 것으로 생각된다. 신탁의 기능으로 논의되는 것들은, i) 어느 재산을 위탁자로부터 분리(segregation)하여 위탁자의 도산위험으로부터 보호받도록 하고, ii) 재산을 다양하게 분할(partitioning)하여 수익자에게 배분할 수 있으며,²¹⁾ iii) 어느 자산의 관리 및 투자에 관하여 전문성과 경험을 갖춘 자를 수탁자로 지정함으로써 그로 하여금 자산을 관리하도록 할 수 있고, iv) 연금펀드나 퇴직펀드의 경우와 같이 다수의 수익자가 있는 경우에는 이들을 위하여 재산을 보유하는 방법에 있어서 가장 효율적인 방법이 될 수 있으며, v) 세금을 감경하기 위하여 유용한 도구가 될 수 있다는 점 등이다.²²⁾

이와 같은 신탁의 기능은 매도인과 매수인 또는 증여자와 수증자와 같은 간단한 거래 방식을 두고 왜 굳이 위탁자, 수탁자와 수익자가 있는 복잡하고 비용이 더 들 수 있는 거래방식인 신탁을 선택하는가에 대한 답이 될 수 있는 동시에,²³⁾ 신탁에 있어 도산절연성이 인정되는 것이 왜 신탁의 본질로서 중요한가에 대한 답도 될 수 있을 것으로 생각된다.

특히 i)의 기능은 신탁의 도산절연성이 신탁의 본질임을 직접적으로 설명하고 있는데, 이는 신탁이 상업적으로 사용될 경우에 장점으로 부각되는 특징으로서, 이와 관련하여 이러한 신탁의 도산절연성 및 담보의 역할에 대하여 판단한 대표적인 영국의 판례인 *Re Kayford*를 살펴볼 필요가 있다. 해당 판결에서 법원은 회사가 고객의 물품대금을 고객이 그 물품을 직접 배달받을 때까지는 회사 자신의 계좌가 아닌 별도의 계좌에서 따로 관리

20) 신탁을 설정함에 있어 신탁재산이 특정되지 않으면 그 신탁은 적법하게 설정되지 않는다. *Wilkerson v. McClary*, 647 S.W.2d 79 (1983); Austine Wakeman Scott & Mark L. Ascher (주2), p. 626. 따라서 신탁재산은 신탁에 있어서 가장 중요하고 본질적인 요소라고 할 수 있다.

21) 예를 들면, 재산의 이익을 시간 순서에 따라 분할할 수 있는데, A를 우선 수익자로 지정하고, A가 사망하는 경우에는 B가 수익자가 되며, B가 사망하는 경우에는 C가 수익자로 되는 것으로 정할 수 있다. 또한 시간적으로 분할하는 것에 한하지 않고 신탁계약이 정하는 바에 따라 다양한 방법으로 수익을 배분하는 것이 가능해진다.

22) Graham Virgo, *The Principles of Equity & Trusts* (Oxford University Press, 4th ed. 2020), pp. 44-45.

23) 물론 미국 등에서는 세금의 측면에서 유리하기 때문에 신탁을 통한 증여를 하는 경우도 많지만, 이러한 경우를 제외하고는 일반적으로 신탁재산을 관리하는 수탁자에 대하여 그 업무 수행에 대한 수수료를 지급하여야 하므로 단순 거래보다 비용이 더 든다고 볼 수 있다.

하고 있었을 경우에는,²⁴⁾ 그 계좌는 회사가 신탁으로서 보유하고 있었던 것으로 보아 회사의 도산절차의 영향을 받지 않는다고 판단하였다.²⁵⁾ 이 판결은 신탁이 도산의 위험으로부터 재산을 보호할 수 있는 효과적인 담보의 역할을 할 수 있다는 점을 보여주는 것이라고 한다.²⁶⁾

또한 위 ii)와 iii)의 기능에 비추어보면, 신탁은 어느 재산의 소유자인 위탁자가 그 재산을 ‘처분’하여 그 수익을 수익자가 향유하도록 하고자 하나, 그 수익자가 재산을 직접 관리하기 어려운 경우이거나,²⁷⁾ 위탁자가 수익자를 자신이 원하는 방식으로 유연하게 정하고 싶거나, 신탁재산의 관리에 수탁자가 전문성이 있는 등의 여러 가지 이유로, 신탁재산의 관리만을 신인관계에 있는 제3자인 수탁자에게 맡기는 방식으로 처분하고자 하는 제도라고 할 수 있다.

따라서 신탁은 기본적으로 재산의 ‘처분행위’의 한 유형이고,²⁸⁾ 단지 위탁자의 여러 고려에 의하여 그 ‘처분행위’의 방식으로 신탁을 선택하게 된 것이다. 위와 같이 신탁의 본질은 위탁자에 의한 신탁재산의 처분이기 때문에, 필연적으로 신탁재산은 위탁자로부터 분리되고, 위탁자로부터의 신탁의 도산절연성 또한 신탁의 본질적인 특징이 된다.

이와 관련하여, 신탁에 있어서의 위탁자의 역할은 단지 설정자(creator)의 역할로, 일단 위탁자에 의하여 신탁이 설정되고 난 이후에는 신탁에 있어 더 이상 위탁자의 역할은 없으며, 위탁자의 역할은 종료(termination)되는 것이고, 위탁자가 스스로를 수탁자로 정할 수도 있고, 수익자 중 1인으로 지정할 수도 있으나, 그에 따라 수탁자 또는 수익자로서의 권리를 가지는 것은 별론으로 하고, 위탁자로서(qua settlor)는,²⁹⁾ 더 이상 어떠한 역할도 권리도 없다는 설명 또한 주목할만 하다.³⁰⁾ 이러한 설명에 비추어볼 때 특수한 신탁거래 유형인 자기신탁에 따라 위탁자와 수탁자가 동일하더라도 기본적으로 신탁재산이 도산절연성을 가진다는 점에는 영향이 없을 것이라는 결론 또한 도출될 수 있을 것이다.

24) 해당 사업자는 우편물을 통하여 물품을 판매하는 통신판매업자로서, 고객으로부터 대금을 받은 이후에 해당 상품을 배달하는 방식이었는데, 그 시간 차로 인하여 고객이 물품을 받기 전에 그 대금을 보관하는 경우가 발생하였다. 이에 회사는 회계사와 임원들의 조언에 따라 그 대금을 별도로 관리하게 된 것이다.

25) *Re Kayford Ltd* [1975] 1 WLR 279.

26) Alastair Hudson (주3), pp. 40-41.

27) 예를 들어 미성년자이거나, 해당 재산을 관리할 능력이 없거나, 수익자가 수인이어서 통일적 관리가 어려운 경우 등이 있을 수 있다.

28) 신탁에 대하여 ‘신탁의 설정할 수 있는 권한은, 일반적으로 재산에 대한 어떠한 법적(legal) 또는 형평법적(equitable) 이해관계 또는 자산을 가지고 있고 처분(dispose)할 수 있는 권한과 같다’고 설명하는 것도 이러한 점을 잘 나타낸 것으로 생각된다. Philip H. Pettit, *Equity and the Law of Trusts* (Oxford University Press, 12th ed. 2012), p. 42.

29) ‘qua’의 의미에 대하여, 신탁 관련 법조인들이 즐겨 사용하는 용어로, ‘그 지위로(자격으로) 행동하는(acting in the capacity of)’의 의미라고 설명한다. Alastair Hudson (주3), p. 120.

30) Geraint Thomas & Alastair Hudson, *The Law of Trusts* (Oxford University Press, 2004), pp. 31-32.

또한 위탁자가 다른 거래방식을 두고 신탁을 선택하는 이유 중에는 그것이 수익자의 이익을 더 극대화하는 것이라고 생각하기 때문도 있을 것인데, 만약 신탁재산이 수탁자의 신용위험에 노출된다면, 아무리 수탁자가 수익자보다 신탁재산을 더 전문적이고 효율적으로 관리할 수 있다고 하더라도 신탁을 선택할 이유가 없을 것이다. 따라서 수탁자로부터의 신탁의 도산절연성도 신탁의 본질적인 특징이 되어야 하며, 이것이 인정되지 않는다면 위탁자가 신탁을 이용할 이유가 없게 될 것이다. 또한 이러한 수탁자로부터의 도산절연성은 신탁재산의 수탁자로부터의 분리로부터 파생되는 당연한 원칙인데, 영미법에서는 신탁재산이 수탁자와 분리되어 그 이익을 향유하지 않는 것은 신탁의 본질로서, 만약 이러한 분리가 이루어지지 않는다면 신탁이 아니라고 하고 있다.³¹⁾ 따라서 수탁자로부터의 도산절연성은 신탁의 본질이라고 할 수 있다.

그리고 수익자는 신탁에서의 직접 당사자가 아니어서 신탁재산에 대하여 직접 권리를 가지는 것은 아니지만 신탁재산을 자신의 신용위험에 노출시키지 않으면서도 그 수익만을 가질 수 있는데, 이러한 점이 신탁의 장점이고, 수익자의 입장에서 신탁을 선택하는 이유가 된다. 또한 수익자가 수인인 경우에 수익자와 신탁재산이 분리되지 않는다면, 다른 수익자의 신용위험에 노출되게 될 것인데, 이렇다면 수익자의 입장에서 굳이 신탁을 통해 수익을 받을 이유가 없을 것이다.

신탁의 도산절연성이 인정됨으로 인하여 신탁이 가지게 되는 장점은 위에서도 언급한 바와 같이 상업적 영역, 특히 금융거래에서 신탁이 이용될 때 두드러지게 나타난다. 자산유동화거래나 프로젝트파이낸스 거래 등에서 신탁을 이용하는 것은 특정 거래나 사업과 관련된 자산을 별도로 분리하여, 그 사업에 따른 위험을 제외한 다른 위험에 노출되지 않도록 함으로써 사업을 안정적으로 진행하거나,³²⁾ 신용도를 높이기 위한 것이고,³³⁾ 또한 그러한 신탁의 수익을 설정할 때 다양한 지위를 가지는 수익자로 나눌 수 있다는 점에서 실무적으로도 용이한 측면이 있다. 이러한 점들을 종합적으로 살펴볼 때, 신탁에 있어서

31) Geraint Thomas & Alastair Hudson (주30), p. 31. 해당 부분에서 저자는 수익자와 수탁자가 정확하게 일치하는 경우에는 법적 권한(legal title)과 형평법적 권한(equitable title)의 분리가 이루어지지 않았기 때문에 신탁이 설정되지 않는다고 한다. *In re Cook. Beck v. Grant*, [1948] Ch 212. 판결에서도 “토지에 대한 법적 자산을 가지고 있는 사람이 동시에 수익권 전부를 가지는 경우에는 수익권이 그 법적 자산에 흡수되게 되는 것이므로, ‘신탁’이라고 볼 수 없다는 단순한 규칙이 적용된다(The simple rule applies that where the same person holds the legal estate in land and is entitled at the same time to the entire beneficial interest, there is no room for a trust for sale as the beneficial interest merges in the legal estate)”고 언급하고 있다.

32) 부동산 프로젝트 사업의 경우, 신탁을 통하여 해당 사업의 주된 자산인 부동산이 해당 사업의 위험에만 노출되게 함으로써, 보다 안정적으로 부동산 개발사업을 진행할 수 있도록 한다.

33) 실제 실무에서 자산유동화거래를 하는 이유는, 위탁자가 해당 자산을 담보로 하여 직접 대출을 받는 경우보다, 해당 자산을 신탁하여 그 신탁자산을 담보로 하여 금융을 일으키는 경우에는 신탁의 도산절연효과로 인하여 신용등급 평가에 있어 훨씬 유리하여, 보다 좋은 조건으로 금융을 제공받을 수 있기 때문이다.

도산절연성의 원칙은 신탁의 존재 이유에 있어 핵심적인 것으로서 신탁의 본질적인 원칙이라고 할 수 있을 것이다.

IV. 담보신탁의 도산절연성

1. 들어가며

신탁의 도산절연성은 신탁의 본질적인 특징으로부터 도출되는 원칙이라는 점은 위에서 살핀 바와 같다. 그런데 이와 관련하여 담보신탁의 경우에도 도산절연성을 인정할 것인지에 관하여 최근 우리법상 논의가 활발하게 이루어지고 있다. 담보신탁은 대법원에 의하여 인정된 개념으로서, 채권의 담보를 목적으로 설정되는 신탁을 의미하는데,³⁴⁾ 대법원은 대법원 2001. 7. 13. 선고 2001다9267 판결을 통하여 담보신탁의 경우에도 도산절연성이 인정된다고 최초로 판단한 이후, 일관되게 담보신탁의 도산절연성을 인정하고 있다.³⁵⁾

그런데 이에 대하여는 담보신탁도 그 실질은 담보라고 볼 수 있음에도 불구하고 다른 회생담보권들과는 달리 예외적으로 도산절연성을 인정한다면, 다른 담보권자들과의 관계를 고려할 때 형평성에 어긋난다는 이유 등을 들어 비판하는 견해가 늘어나고 있다.

그러나 담보신탁은 그 목적이 채권의 담보이기는 하나 신탁법상의 신탁의 요건을 갖춘 신탁이므로, 다른 신탁과 동일하게 신탁의 도산절연성을 예외없이 적용하여야 하고, 이러한 점에서 다른 담보권과는 다른 차별적 특징을 가진다고 보아야 한다. 그리고 어느 자산을 위탁자로부터 분리하여 위탁자의 도산위험으로부터 자유롭게 하는 것은 신탁의 담보적 기능으로서 신탁의 주요 기능 중 하나이고,³⁶⁾ 신탁이 도산의 위험으로부터 재산을 보호할 수 있다는 것 자체로 효과적인 담보의 역할을 하는 것이므로,³⁷⁾ 신탁 자체가 담보적인 성격을 포함하고 있다고 보아야 할 것이다. 따라서 채권을 담보할 목적으로 신탁법상의 신탁을 활용하는 것은 신탁의 본질적 특징을 고려할 때 매우 당연하고 자연스러운 것이며, 그 담보적 기능의 핵심은 위탁자의 도산위험으로부터의 분리인데, 이러한 신탁을 다시 위탁자가 제공한 담보로 보아 위탁자의 도산위험에 구속시키는 것은 신탁의 법리에 맞지 않다.

34) 그 명확한 개념에 대해서는 아래에서 좀 더 자세히 논의하도록 하겠다.

35) 대법원 2018. 4. 12. 선고 2016다223357 판결, 대법원 2022. 5. 12. 선고 2017다278187 판결 등.

36) Graham Virgo (주22), pp. 44-45.

37) Alastair Hudson (주3), pp. 40-41.

이하에서는 이와 같이 위에서 논의한 신탁의 본질 및 도산절연성의 원칙에 대한 이해를 바탕으로 담보신탁의 도산절연성에 대하여 자세히 살펴보고자 한다.

2. 담보신탁의 개념

담보신탁이라는 용어는 법률에 정의된 용어가 아니라 실무상 사용되다가 법원에서도 받아들여 사용하게 된 용어로서, 그 의미나 정의가 법률에 의하여 명확하게 규정되어 있지 않는데, 일반적으로는 ‘채무의 담보를 목적으로 하여 위탁자가 그 소유의 자산을 수탁자에게 이전하고 채권자를 수익자로 지정하는 형태의 신탁’을 담보신탁이라고 하고,³⁸⁾ 대법원은 담보신탁의 의미를 “위탁자가 금전채권을 담보하기 위하여 그 금전채권자를 우선수익자로, 위탁자를 수익자로 하여 위탁자 소유의 부동산을 신탁법에 따라 수탁자에게 이전하면서 채무불이행 시에는 신탁부동산을 처분하여 우선수익자의 채권 변제 등에 충당하고 나머지를 위탁자에게 반환하기로 하는 신탁”이라고 설명한다.³⁹⁾

또한 대법원은 담보신탁에서의 위탁자는 자신의 채무를 담보하기 위한 경우뿐만 아니라, 다른 사람의 채무를 담보하기 위하여 신탁을 설정하는 것도 가능하다고 하고,⁴⁰⁾ 국내 학계에서도, 담보신탁은 채무를 담보하기 위하여 위탁자가 그 자산의 소유권을 수탁자에게 이전하고 채권자를 수익자로 지정한 후에, 채무불이행 시 수탁자가 신탁재산을 처분하여 이를 수익자에게 지급하는 방식의 신탁이라고 보면서,⁴¹⁾ 이 때 위탁자는 해당 채무자

38) 고일광, “부동산신탁에 관한 회생절차상 취급-부동산담보신탁의 경우를 중심으로”, 사법 통권 제9호, 사법발전재단, 2009, 81~82면; 윤진수, “담보신탁의 도산절연론 비판”, 비교사법 제25권 제2호, 한국비교사법학회, 2018, 699~700면; 이계정, “담보신탁과 분양보증신탁에 관한 연구”, 사법 제41호, 사법발전재단, 2017, 86면; 이중기, “담보신탁과 담보권신탁”, 증권법연구 제14권 제2호, 한국증권법학회, 2013, 661~665면.

39) 대법원 2016. 11. 25. 선고 2016다20732 판결. 해당 판결은 담보신탁을 부동산을 신탁하는 경우에 국한하여 설명하고 있지만, 담보신탁에서의 신탁대상 자산은 부동산에 한하지는 않는다. 또한 해당 사례는 위탁자를 수익자로 지정한 경우이지만, 위탁자가 수익자로 지정되는 것이 담보신탁의 요건인 것도 아니다.

40) 대법원 2014. 2. 27. 선고 2011다59797,59803 판결. 한편 해당 판결에서는 자신의 채무를 담보하기 위한 경우뿐 아니라 제3자의 채무를 담보하기 위하여 위탁자가 자신의 자산으로 담보신탁을 설정하는 것이 가능하다고 보면서도, 자신의 채무를 담보하기 위하여 부동산을 신탁하는 위탁자는 신탁부동산의 처분대금이 채무의 변제에 충당된다는 것을 당연한 전제로 하는 반면, 다른 사람의 채무를 담보하기 위하여 부동산을 신탁하는 위탁자는 채무자가 신탁한 부동산의 처분대금으로 채무가 전부 변제된다면 자신이 신탁한 부동산이나 그에 갈음하는 물건은 그대로 반환된다는 것을 전제로 하여 신탁계약을 체결하였다고 봄이 당사자의 의사에 부합한다고 설명하고 있다.

41) 이계정, “고령사회에서의 신탁의 역할-신탁의 공익적 기능에 주목하여”, 서울대학교 법학 제61권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2020, 84-85면. 해당 논문은 대법원이 대법원 2017. 5. 18. 선고 2012두22485 전원합의체 판결을 통하여 “신탁법상의 신탁은 위탁자가 수탁자에게 특정한 재산권을 이전하거나 기타의 처분을 하여 수탁자로 하여금 신탁 목적을 위하여 그 재산권을 관리·처분하게 하는 것이다. 이는 위탁자가 금전채권을 담보하기 위하여 금전채권자를 우선수익자로, 위탁자를 수익자로 하여 위탁자 소유의 부동산을 신탁법에 따라 수탁자에게 이전하면서 채무불이행 시에는 신탁부동산을 처분하여 우선수익자의 채권 변제 등에 충당하고 나머지를 위탁자에게 반환하기로 하는 내용의 담보신탁을 체결한 경우에도 마찬가지이다”라고 판단함으로써, 담보신탁은 기본적으로 전형적인 신탁인 수익자신탁의 법리에 의하여야 함을 밝히고 있다고 설명한다.

뿐만 아니라 제3자도 가능하다고 본다.⁴²⁾

위와 같은 대법원의 태도 및 국내 학설상의 논의에 비추어볼 때, 담보신탁은 i) 채무자의 채무를 담보하기 위하여, ii) 그 채무자 또는 제3자가 위탁자로서 그 소유 재산의 소유권을 수탁자에게 이전하고, iii) 채권자를 수익자로 지정하며, iv) 채무자가 채무를 불이행하는 경우에는 신탁재산을 처분하여 수익자인 채권자의 채권변제에 사용하도록 하는 신탁이라고 정리할 수 있을 것이다.

그리고 그 소유의 신탁재산이 위탁자로부터 수탁자에게 ‘대내외적으로 이전’된다는 것이 담보신탁에 있어 핵심적인 요건이 될 것이다. 실무적으로 채권자를 우선수익자로, 위탁자인 채무자를 수익자로 지정하는 것이 일반적이기는 하나, 위탁자가 수익자로 지정되는 것이 담보신탁의 요건이라고 보기는 어렵고,⁴³⁾ 또한 경우에 따라 신탁재산의 점유 및 사용을 위탁자가 계속하는 경우가 있으나, 이 또한 수탁자에게 이전된 신탁재산에 대하여 신탁계약 안의 특칙 또는 별도의 계약으로 위탁자와 수탁자 간에 사용에 대한 합의를 한 것으로 보아야 할 것이고, 담보신탁 자체의 요건이라고 볼 수는 없을 것이다.

특히 담보신탁은 담보권신탁과 구별되어야 한다.⁴⁴⁾⁴⁵⁾ 담보권신탁은 신탁법이 개정됨에 따라 도입된 것으로서 위탁자와 수탁자가 담보권을 설정하는 방식으로 신탁을 설정하는 것을 말하는데,⁴⁶⁾⁴⁷⁾ 담보신탁과 담보권신탁은 채권의 담보를 목적으로 설정하는 신탁이라는 점에서는 공통점이 있으나, 담보신탁은 위탁자가 수탁자에게 신탁재산의 소유권을 대내외적으로 완전히 이전하는 신탁인 반면, 담보권신탁은 위탁자가 수탁자에게 해당 자산에 대한 담보권을 설정하는 방식의 신탁이라는 점에서 결정적 차이가 있다.⁴⁸⁾

42) 윤진수(주38), 699면; 윤진수/최효중, “담보신탁의 경제적 분석:도산절연의 문제를 중심으로”, 법경제학연구 제20권 제1호, 한국법경제학회, 2023, 37면; 최수정, “부동산담보신탁상 우선수익권의 성질과 우선수익권설권의 효력”, 인권과정의 제470호, 2017, 46면.

43) 위탁자인 채무자가 채무불이행을 하여 신탁재산이 처분되고 채권자들인 수익자가 그 처분대금을 수익권을 통하여 변제받은 이후, 그 잔여재산이 있는 경우에는, 위탁자가 해당 잔여재산을 지급받아야 할 것이다. 이를 위해서는 위탁자를 채권자들에 대한 후순위 수익자로 지정하여 그러한 수익자의 지위에서 지급받도록 하는 것이 가장 간명하고 명확한 방법이기도 하다. 그러나 채무자인 위탁자를 잔여재산에 대한 귀속권리자로 지정하여, 신탁을 종료한 후 그 잔여재산을 취득하는 방법도 가능하다. 따라서 담보신탁의 설정을 위하여 반드시 위탁자를 수익자로 지정할 필요가 있는 것은 아니다.

44) 국내 학설 또한 담보신탁과 담보권신탁의 개념을 구별하여야 한다고 보는 것이 다수의 견해인 것으로 파악된다. 주석신탁법(제2판), 광장신탁법연구회, 박영사, 2017, 18면; 윤진수(주38), 699-700면; 이계정(주41), 86면; 이중기(주38), 661면. 한편, 법원 실무에서도 담보신탁과 담보권신탁은 명확히 구분하고 있다. 법원행정처, 부동산등기실무(III), 경성문화사, 2015, 24면.

45) 일본법에서도 담보신탁과 담보권신탁은 구별된다고 본다. 道垣内弘人, 信託法の問題狀況, 有斐閣, 2022, 101頁.

46) 담보권신탁이라는 용어는 신탁법에서 정식으로 인정하고 있는 용어는 아니지만, 담보권을 설정하는 방식으로 신탁이 설정되는 경우 담보권신탁으로 부르는 것이 학계의 일반적인 태도인 것으로 보이고, 신탁법의 개정단계에서 법무부 또한 신탁법 제2조의 개정을 통하여 ‘담보권신탁’이 도입되었다고 하고 있으므로, 이 논문에서는 담보권을 설정하는 방식으로 설정된 신탁을 담보권신탁이라고 부르기로 한다.

47) 일본 신탁법 또한 담보권으로 설정하는 방식의 신탁을 인정하고 있는데(일본 신탁법 제3조), 이를 담보권신탁이라고 칭하고 있다. 道垣内弘人, 信託法(第2版), 有斐閣, 2022, 39頁.

3. 담보신탁과 유사한 외국법 제도의 검토

가. 미국법에서의 Deed of Trust

1) 의의

우리법상의 담보신탁과 유사한 제도로 종종 거론되는 것이 미국법상의 Deed of Trust 이고,⁴⁹⁾⁵⁰⁾ Deed of Trust를 아예 담보신탁으로 번역하고 거의 같은 제도로 보는 사례도 있다.⁵¹⁾ 그런데 미국법상 Deed of Trust는 신탁(trust)이라는 용어를 사용하고 있음에도 불구하고 신탁으로 인정되지 않고 담보로 취급되고 있다. 미국의 신탁에 관한 법률 중 Restatement (Third) of Trusts 제5조는 Deed of Trust가 신탁이 아니라는 점을 명확히 하고 있다.⁵²⁾ 이런 이유로 우리법에서의 담보신탁도 미국법상의 Deed of Trust에 준하여 신탁이 아닌 담보로 보아야 한다는 주장이 있다.⁵³⁾ 이에 Deed of Trust의 개념 및 특징을 살펴봄으로써 우리법상의 담보신탁과 정말 유사하다고 볼 수 있는지 검토해보고자 한다.

2) Deed of Trust의 개념 및 특징

Deed of Trust는 미국법상 인정되는 제도로, 수탁자가 법원에 의하지 아니하고 그 담

48) 특히 담보신탁과 양도담보권설정을 통한 담보권신탁을 구별하는 것이 필요하다. 이는 결국 위탁자와 수탁자 사이에 법률행위의 해석을 통하여 신탁재산의 소유권을 이전하려는 의사였는지 담보목적으로 이전하려는 의사였는지를 판단하는 것으로 해결되어야 할 것이다. 담보신탁과 양도담보권설정을 통한 담보권신탁의 구별 필요성과 그 기준에 대해서는 필자의 아래 논문에서 상세히 논의하고 있다. 문혜영, “담보신탁과 담보권신탁에 대한 연구”, 인권과 정의 제509호, 2022, 157-159면.

49) 윤진수(주38), 712면 이하.

50) Deed of Trust를 신탁증서로 번역하기도 하나, 신탁법상의 신탁과는 다른 개념이므로 이러한 번역 또한 개념의 혼란을 초래할 수 있을 것이다. 이에 별도의 번역용어를 사용하지 않고 Deed of Trust로 칭하기로 한다.

51) 가정준, “신탁인 듯 신탁 아닌 ‘부동산담보신탁’”, 법학논총 36권 1호, 전남대학교 법학연구소, 2016, 553-555면; 김상용, “부동산 담보신탁제도 개발의 필요성과 법적 문제점 검토”, 경영 법률 제5권, 한국경영법률학회, 1992, 248면; 함대영, “신탁형 자산유동화에서의 진정양도 판단”, BFL 제44호, 서울대학교 금융법센터, 2010, 66면. 김상용 교수의 위 논문에서는 명확하게 Deed of Trust를 지칭하고 있지는 않지만, 담보신탁제도가 영미에서 모기지(Mortgage)와 함께 널리 사용되고 있으며, 특히 캘리포니아주에서 많이 사용되고 있다고 소개하고 있는데, 이는 Deed of Trust 제도를 담보신탁제도로 소개하고 있는 것으로 이해된다.

52) Restatement (Third) of Trusts § 5 (2003)은 “The following are not trusts: (l) mortgages, deeds of trust, pledges, liens, and other security arrangements.”라고 규정하고 있다.

53) 김상용(주51), 250-251면; 윤진수(주38), 712~716면; 정소민, “담보신탁의 법리에 관한 비판적 고찰”, 선진상사법률연구 통권 제85호, 법무부, 2019, 103면. 다만 윤진수 교수님의 견해는 담보신탁을 항상 신탁이 아닌 담보로 취급하여야 한다는 견해라기보다는, 신탁법상의 신탁임을 인정하지만 도산절차에서는 담보로 취급하여 도산절연성을 부정하여야 한다고 보는 견해에 가까운 것으로 이해된다.

보권을 실행할 수 있는 담보권을 말한다.⁵⁴⁾ 미국에서 부동산에 대한 담보권으로 이용되는 것은 크게 모기지(Mortgage)⁵⁵⁾와 Deed of Trust가 있는데, 둘 다 채권을 담보하기 위하여 사용되지만 담보물을 법원을 통하여 매각하여야 하는지, 아니면 사적으로 매각할 수 있는지 여부에 따라 우선적으로 구별된다.⁵⁶⁾ 채권자는 자신의 채권을 좀 더 신속하고 안전하게 보호받기 위하여 사적 매각을 할 수 있는 Deed of Trust를 선호하는 경향이 있는데, 근본적으로 채권을 담보하기 위한 담보권의 일종이라는 점에서는 공통점이 있다.

Restatement (Third) of Trusts 제5조의 주석(comment)에 의하면, i) Deed of Trust는 모기지(Mortgage)의 성격을 가지고, ii) 그 수탁자(Trustee)는 채권담보의 일환으로 해당 재산에 대한 권리(title)를 가지고 채권자 및 채무자에 대하여 신인적 관계(fiduciary relation)를 가지기는 하지만,⁵⁷⁾ 신탁법에서의 신인 의무(fiduciary duty) 및 그 규칙이 적용되진 않으며, iii) Deed of Trust에 일부 신탁적 개념이나 신탁관계에서의 규칙이 적용된다고 하더라도, 원칙적으로 담보인 Deed of Trust에는 신탁의 법리가 적용되지 않는다고 설명하고 있다.⁵⁸⁾

또한 미국법상 Deed of Trust에서의 수탁자는 다음과 같이 신탁법상의 신탁과는 상당히 다른 특징을 가진다. 즉, i) Deed of Trust에서의 수탁자는 보통법(common law)상 그리고 신탁법(trust law)상의 신인 의무(fiduciary duty)가 적용되지 않고, 단지 Deed of Trust에서 정하는 바에 따른 매우 제한된 의무만을 가지며, ii) 만약 수탁자가 그 의무를 위반하는 경우에 위탁자는 Deed of Trust 계약에서 정한 의무의 위반, 즉 계약상의 의무 불이행만을 주장할 수 있을 뿐 신탁법상의 수탁자의 일반적인 신인 의무(fiduciary duty)

54) Gershon Dean Cohen, Deed of Trust Mortgage: Foreclosure Problems, 7 St. MARY's L.J. 135 (1975), p. 135.

55) 모기지(Mortgage)는 우리법상의 저당권과 유사하다고 할 수 있지만, 대륙법상의 저당권과 완전히 동일한 개념은 아니다. Restatement (Third) of Property (Mortgages) 제1.1.에 의하면 모기지(Mortgage)는 채무 이행의 담보를 위하여 부동산의 지분을 이전하거나 보유하는 것을 말한다(원문은 "A mortgage is a conveyance or retention of an interest in real property as security for performance of an obligation"이다). 따라서 이러한 이유로 Mortgage를 저당권으로 번역하지 않고 모기지라고 표현하는 경우가 많으며, 이 논문에서도 별도의 번역된 용어를 사용하지 않고 모기지(Mortgage)라고 쓰기로 한다.

56) Aldo P. Guidotti, "Mortgages and Trust Deeds: Enforcement of a Secured Debt in California", 31 Calif. L. Rev. 429 (1943), pp. 431-432. 해당 논문에서는 담보권을 가지는 채권자를 사적 매각 권한(a power of private sale)을 가지는 자와 아닌 자로 구분하면서, 일반적인 모기지(Mortgage)를 가지는 채권자는 사적 매각 권한(a power of private sale)을 가지지 못하고, Deed of Trust를 가지거나 사적 매각 권한(a power of private sale)이 별도로 부여된 모기지(Mortgage)를 가지는 경우에만 법원을 통하지 않고 사적으로 담보물을 매각할 수 있다고 설명하고 있다. 따라서, 모기지(Mortgage)의 경우에도 별도의 의사표시로 사적 매각 권한(a power of private sale)을 부여하는 것이 가능한 하지만, 기본적으로는 사적 매각 권한(a power of private sale)이 없다.

57) Deed of Trust의 수탁자는 이와 같이 채권자 및 채무자 모두에 대하여 신인적 관계를 가지는데 반하여, 신탁에서의 수탁자는 수익자에 대해서만 신인의무를 지는데 이 점이 Deed of Trust와 신탁의 차이점이다. Austine Wakeman Scott & Mark L. Ascher, Scott and Ascher on Trust - Volume 1 (Aspen Publisher. 6th ed. 2022), p. 80.

58) Restatement (Third) of Trusts § 5 Comment. K (2003).

위반을 주장할 수 없다고 한다.⁵⁹⁾ 또한 Deed of Trust에서의 수탁자는 진정한 의미의 수탁자가 아니며, 단지 채무자(위탁자)와 채권자(수익자)를 위한 대리인에 불과하다고 한다.⁶⁰⁾⁶¹⁾

그리고 Deed of Trust의 위탁자는 대상 자산에 대하여 모기지설정자(Mortgagor)와 동일한 수준의 점유권(possessory rights)을 가지는데 그 구체적인 범위는 계약에 따라 정해지나 일반적으로는 임대계약을 체결하거나 임대료를 징수할 권한 등이 포함되며,⁶²⁾ 위탁자는 여전히 해당 자산에 대하여 점유 및 처분 권한을 가지고 후순위의 Deed of Trust를 설정하는 등의 행위를 할 수 있다.⁶³⁾ 결국 Deed of Trust의 당사자들은 신탁을 설정한 의도가 있다고 보기 어렵고, 이러한 이유로 미국법에서는 Deed of Trust를 신탁이 아닌 담보로 보는 것이다.

이러한 점들을 종합하면, Deed of Trust는 모기지(Mortgage)와 같이 채권을 담보하기 위한 담보권의 일종으로 이용되는 것으로,⁶⁴⁾⁶⁵⁾ 그 담보물의 집행 등에 있어서 모기지(Mortgage)와 구별되는 차이점이 있고 비록 신탁(trust)이라는 용어를 사용하고 있기는 하지만, 미국 신탁법상의 신탁은 아니라고 정리할 수 있을 것으로 보인다.

3) Deed of Trust와 담보신탁의 차이점

위에서 살펴본 바와 같이, Deed of Trust는 미국법상 담보권으로 취급되고 신탁법상 신탁으로 인정되지 않으며 신탁법상의 신탁과는 다른 특징들을 가지고 있다.

이에 반하여 담보신탁은 신탁법상의 신탁으로서의 요건을 갖추고 있다. 즉, i) 담보신탁의 수탁자는 신탁법에 따른 수탁자로서 신탁법에서 정하는 권리 및 의무를 모두 부담하고, ii) 위탁자는 신탁계약에서 정하는 범위에서 신탁재산에 대하여 권리를 가지는 경우를 제외하고는 원칙적으로 신탁재산에 대하여 어떠한 권리도 행사하지 못하며, iii) 일단 담보신탁이 설정되어 수탁자에게로 재산이 이전된 이후에는 위탁자는 해당 신탁재산에 대

59) *Mayo v. Wells Fargo Bank*, N.A., 30 F.Supp.3d, 485 (2014).

60) *Citrus El Dorado, LLC v. Chicago Title Co.*, 32 Cal App. 5th, 943 (2019).

61) Deed of Trust에서의 수탁자는 신탁재산의 관리자가 아니라 단순한 보유자에 불과하고, 위탁자 또한 여전히 소유자로서의 권리를 행사한다고 하며 그러한 점에서 담보신탁과 다르다고 한다. 이계정(주38), 101~102면.

62) *Kinnison v. Guaranty Liquidating Corp.*, 18 Cal. 2d 256, 115 P.2d 450 (1941).

63) *Rosberg v. Bank of America*, N. A., 219 Cal. App. 4th 1481, 162 Cal. Rptr. 3d 525 (4th Dist. 2013); *Aitchison v. Bank of America Nat. Trust & Savings Ass'n*, 8 Cal. 2d 400, 65 P.2d 890 (1937); *Zolezzi v. Michelis*, 86 Cal. App. 2d 827, 195 P.2d 835 (1st Dist. 1948).

64) *Bob DeGeorge Assocs., Inc. v. Hawthorn Bank*, 377 S.W.3d 592, 597 (Mo. 2012).

65) Deed of Trust에 대해서 모기지(Mortgage)와 신탁이 혼합된 형태라고 설명하기도 한다. Austine Wakeman Scott & Mark L. Ascher (주57), p. 80.

하여 후순위 담보권을 추가로 설정하는 등의 처분행위를 하지 못한다.⁶⁶⁾

따라서 담보신탁의 당사자들은 신탁법상의 신탁을 설정할 의도를 가지고 신탁을 설정하는 것이고, 실제 담보신탁을 설정함에 있어서는 각 당사자들이 신탁법에 따른 신탁 설정의 절차에 따라 신탁을 설정하고 필요한 경우 신탁의 등기를 경료하고 있으므로, 신탁을 설정할 의도로 신탁법상의 신탁을 설정한 것으로 보아야 할 것이고 담보를 설정한 것이라고 볼 수는 없을 것이다.

이러한 점들을 종합하여 보면, 미국법상 Deed of Trust를 우리법상의 담보신탁과 동일하다거나 유사한 제도로 보는 것은 타당하지 않으며, 오히려 Deed of Trust는 위탁자와 수탁자 사이의 대내적 관계에서 위탁자가 소유자로서 권리를 행사하고 수탁자는 단순히 재산을 보유하는 자에 불과하다는 점에서 담보신탁이 아니라 우리나라의 양도담보 또는 양도담보권 설정을 통한 담보권신탁과 비슷하다고 할 것이다.⁶⁷⁾⁶⁸⁾

나. 프랑스법에서의 담보신탁(*fiducie sûreté*)

1) 의의

프랑스 민법(Code civil)은 재산취득의 다양한 방식에 관한 부분인 제3편(Livre III)에서 제14장(Titre XIV)의 2011조부터 2030조의 규정으로 신탁(*fiducie*)에 대하여 규정하고 있다. 프랑스에서의 신탁(*fiducie*)은 크게 두 가지로 나뉘는데, i) 어떤 재산을 관리 목적으로 위탁자가 수탁자에게 이전하는 관리신탁(*fiducie gestion*)과 ii) 채무를 담보할 목적으로 위탁자가 자산에 대한 소유권이나 담보권 등의 재산을 수탁자에게 완전하게 이전하는 담보신탁(*fiducie sûreté*)으로 나뉜다.⁶⁹⁾

이와 같은 프랑스 신탁의 특징은 담보신탁(*fiducie sûreté*)을 명시적으로 인정하고 있

66) 만약 위탁자가 다른 채권자들을 위하여 후순위 담보를 추가로 설정하고 싶다면, 신탁계약상 기존 우선수익자보다 후순위로 우선수익자를 추가하는 방식으로는 가능할 수도 있을 것이나, 신탁재산에 대하여 직접적으로 후순위 담보신탁을 설정하는 것은 불가능하다.

67) 물론 양도담보는 담보대상자산을 담보권자인 채권자에게 이전하는 반면, Deed of Trust는 제3자인 수탁자에게 이전하는 형식을 취한다는 차이가 있다. 하지만, 이러한 구조는 우리법상 ‘수탁자가 양도담보권을 취득함으로써 설정되는 담보권신탁’과 유사하다고 볼 수 있을 것으로 생각한다.

68) 미국법에서는 Deed of Trust에 대해서 모기지(Mortgage)와 신탁이 혼합된 형태이며, Deed of Trust의 수탁자는 이와 같이 채권자 및 채무자 모두에 대하여 신인적 관계를 가진다는 설명하고 있다. Austine Wakeman Scott & Mark L. Ascher (주57), p. 80. 이러한 설명에 비추어보아도, 양도담보권 설정을 통한 담보권신탁과 유사한 성격을 가지는 것이라고 볼 수 있다.

69) Martin Gdanski and Tara Pichardo-Angadi, The French law on fiducie and its application to banking and finance transactions, 22 J.I.B.L.R. 434 (2007), pp. 434-437; Anker Sorensen, The fiducie-surete: the most effective French security interest?, 30 J.I.B.L.R. 621 (2015), p. 621.

고, 이에 대한 명문 규정까지 두고 있다는 점이다. 담보신탁에 대한 규정은 신탁에 대한 위 규정과는 별도로 담보(*sûreté*)에 관한 제4편(Livre IV)에서 규정하고 있는데, 해당 편의 제2장(Titre II)에서, 제2372-1조 내지 제2372-6조에서는 동산담보신탁에 관한 규정을, 제2488-1조 내지 제2488-6조에서는 부동산담보신탁에 관한 규정을 두고 있다.⁷⁰⁾ 프랑스의 위 담보신탁(*fiducie sûreté*)은 담보목적으로 수탁자에게 이전하는 재산을 어느 재산에 대한 소유권에 한하지 않으므로, 그 재산이 담보권이 될 수도 있다.⁷¹⁾ 담보권을 수탁자에게 이전하는 경우는 우리 신탁법상의 담보권신탁과 유사한 신탁에 해당할 것이므로, 프랑스 민법상의 담보신탁(*fiducie sûreté*)이 우리법상의 담보신탁과 정확하게 일치한다고 할 수는 없고, 보다 넓은 개념인 것으로 이해된다. 하지만 프랑스의 담보신탁(*fiducie sûreté*)에 우리법상 담보신탁과 동일한 유형의 신탁이 포함된다는 점은 명확하므로,⁷²⁾ 프랑스 민법의 담보신탁에 대한 규정들과 프랑스법에서 이러한 담보신탁이 어떠한 지위를 가지는지를 살펴볼 필요가 있다.

또한 미국법에서는 Deed of Trust에 대한 명문 규정을 두고 있지만 위에서 살핀 바와 같이 Deed of Trust는 신탁법에 따른 신탁이 아닌 담보권의 일종으로 우리법상의 담보신탁과는 다르고, 일본법에서도 담보신탁에 대한 논의가 있기는 하나,⁷³⁾ 이에 대한 명문 규정을 두고 있지는 않다는 점들을 고려할 때, 명문의 규정으로 정리하여 규율하고 있는 프랑스 담보신탁(*fiducie sûreté*)에 대하여 살펴보는 것은 상당한 의미가 있을 것으로 생각된다.

2) 프랑스법에서의 담보신탁(*fiducie sûreté*)

가) 담보신탁에 관한 규정

프랑스는 프랑스 민법에 신탁에 대한 규정을 도입한 이후, 2009년 1월 30일의 오르도낭

70) 이와 관련하여, 프랑스 민법이 담보신탁을 신탁에 관한 편(Livre)이 아니라 담보에 관한 편(Livre)에 두고 있다는 점을 들어 담보신탁이 신탁이 아니라 담보권에 해당한다고 설명하는 견해가 있다. 정소민(주53), 103-104면. 그러나 담보의 방식 중 하나로 담보신탁을 명문으로 인정하고 있는 것일 뿐, 담보신탁도 신탁의 한 유형으로서 신탁에 관한 일반 규정이 모두 적용되고 있으므로, 담보에 관한 편에 소개되어 있다고 하여 신탁이 아니라 담보권이라고 볼 수는 없을 것으로 생각된다.

71) Muriel Renaudin, The modernisation of French secured credit law: law as a competitive tool in global markets, 24 I.C.C.L.R. 385 (2013), p. 391.

72) François Barrière, La Fiducie-Sûreté en Droit Français, 58 McGill L.J. 869 (2013), p. 873. 해당 논문은 프랑스 담보신탁(*fiducie sûreté*)은 위탁자가 수탁자에게 재산의 소유권을 이전하는 것을 포함한다고 설명한다.

73) 道垣内弘人 (주47), 39-43頁; 新井誠, 信託法(第4版), 有斐閣, 2014, 480-483頁.

스(*ordonnance*) 제2009-112호에 의하여 담보신탁에 대한 규정을 새로이 제정하여 신탁에 대한 일반적인 규정 외에 담보신탁에 대한 특별 규정을 별도로 두고 있다.

담보신탁도 프랑스 민법에 따른 신탁이므로 신탁에 대한 일반 규정이 적용되므로,⁷⁴⁾ 담보신탁 또한 위탁자와 수탁자 사이의 계약에 의하여 설정된다.⁷⁵⁾ 또한 프랑스 신탁에서는 위탁자 또는 수탁자가 수익자 또는 수익자들 중 일인이 될 수 있으므로,⁷⁶⁾ 담보신탁에 있어 수탁자는 채권자가 될 수도 있고 채권자가 아닌 제3자가 될 수도 있다. 수탁자가 수익자의 지위를 겸하여 신탁의 이익을 향유할 수 있도록 하는 것은 프랑스 신탁의 특징이라고 할 수 있다. 영미법에서는 ‘신탁재산이 수탁자와 분리되어 그 이익을 향유하지 않는 것’이 신탁의 본질로서, 만약 이러한 분리가 이루어지지 않는다면 신탁이 아니라고 하고, 수익자와 수탁자가 정확하게 일치하는 경우에는 법적 권한(*legal title*)과 형평법적 권한(*equitable title*)의 분리가 이루어지지 않았기 때문에 신탁이 설정되지 않는다고 보고 있으며,⁷⁷⁾ 우리 신탁법에서도 수탁자 자신은 신탁으로부터 이익을 향유하지 못하고 단지 공동수익자 중 1인으로 지정되는 것만이 가능하도록 하여,⁷⁸⁾ 영미법에서와 같이 수익자와 수탁자가 일치하는 것은 금지하고 있는데, 이러한 점에서 프랑스의 신탁은 영미법상의 신탁이나 우리법상의 신탁과 큰 차이가 있다.

프랑스법에서도 수탁자는 자기 자신의 재산과 신탁재산을 분리하여 보유하도록 하여 신탁재산의 독립성을 인정하고 있는데,⁷⁹⁾ 수탁자와 수익자가 일치하는 것을 허용하는 프랑스법의 특징상 이러한 분리의 효과가 경감될 위험이 있다고 볼 수도 있지만, 위 규정만으로도 충분히 위탁자는 수탁자의 파산위험으로부터 보호받을 수 있다고 설명된다.⁸⁰⁾

위탁자가 담보신탁으로 담보된 채무의 이행을 하지 못하는 경우에는 담보신탁이 실행되게 되는데, i) 수탁자와 채권자(수익자)가 일치하는 경우에는 특별히 정한 사항이 없을 때에는 수탁자가 신탁재산을 자유로이 처분할 수 있고, ii) 수탁자가 채권자(수익자)가 아

74) 동산담보신탁에 관한 프랑스민법(Code Civil) 제2372-1조는 “제2011-2030조에 따라 체결된 신탁 계약에 따라” 동산소유권 또는 권리가 담보로 될 수 있다고 규정하고, 부동산담보신탁에 관한 프랑스민법(Code Civil) 제2488-1조는 “제2011-2030조에 따라 체결된 신탁 계약에 따라” 부동산소유권이 담보로 될 수 있다고 규정하여, 담보신탁이 신탁의 일반 규정에 따라 설정된 신탁임을 전제로 하고 있다.

75) 프랑스민법(Code Civil) 제2012조. 해당 규정은 신탁은 법률(*la loi*) 또는 계약(*contra*)에 의하여 설정된다고 하고 명시적으로 설정되어야 한다고 하고 있다. 다만 아직 법률에 의하여 담보신탁을 설정할 수 있는 근거 규정을 두고 있지는 않으므로, 결국 당사자 사이의 계약에 의하여 설정된다고 할 것이다.

76) 프랑스민법(Code Civil) 제2016조. 해당 규정은 “위탁자 또는 수탁자는 신탁계약상의 수익자 또는 수익자들 중 하나가 될 수 있다(*Le constituant ou le fiduciaire peut être le bénéficiaire ou l'un des bénéficiaires du contrat de fiducie*)”라고 규정하고 있다.

77) Geraint Thomas & Alastair Hudson (주30), p. 31.

78) 신탁법 제36조.

79) 프랑스민법(Code Civil) 제2011조.

80) François Barrière (주72), p. 888.

닌 경우에는 채권자(수익자)는 수탁자에 대하여 신탁재산의 처분을 위하여 신탁재산을 자신에게 인도할 것을 청구할 수 있으며, 신탁계약에 규정한 경우에는 수탁자가 신탁재산을 처분하여 채권자(수익자)에게 그 처분대금을 지급할 수 있다.⁸¹⁾

이와 같이 프랑스법상의 신탁은 수탁자가 신탁의 이익을 전부 향유할 수 있음에 따라, 채권자가 직접 수탁자 겸 수익자가 될 수 있고, 이에 해당하는지 여부에 따라 신탁재산의 처분방식이 나뉘게 되며, 수탁자와 채권자(수익자)가 일치하지 않는 경우에도, 수탁자가 신탁재산을 처분하여 그 처분대금을 채권자(수익자)에게 지급하는 것이 오히려 예외적인 경우이고, 원칙적으로는 신탁재산 자체를 채권자(수익자)에게 인도하여 채권자(수익자)가 직접 그 신탁재산을 처분하여 변제에 충당할 수 있도록 한다는 점에서, 그 효과에 있어서는 신탁보다는 담보에 더 가깝다고 볼 수 있다.

나) 프랑스법상의 담보신탁(*fiducie sûreté*)의 효용 - 도산절연성

프랑스에서 담보신탁(*fiducie sûreté*)이 다른 담보권에 대하여 가질 수 있는 장점은, i) 수탁자에 의하여 채권자(수익자)의 권리가 최대한 보호받을 수 있고, ii) 신탁계약의 내용을 어떻게 정하는지에 따라 다른 담보권에서는 정할 수 없는 다양한 특별한 조건들을 부가할 수 있으며, iii) 위탁자(채무자)의 도산절차로부터 보호받을 수 있다는 점이라고 한다.⁸²⁾

그 중에서도 가장 큰 장점이라고 할 수 있는 것은 담보목적의 신탁임에도 불구하고 위탁자(채무자)의 도산절차로부터 보호받을 수 있다는 iii)번의 장점이라고 할 수 있다.⁸³⁾

프랑스는 상법(Code de Commerce)의 제6편(Livre VI)에서 회사의 도산절차(Des difficultés des entreprises)에 대하여 규정하고 있는데, 프랑스 상법상의 도산절차는 크게 재건형절차인 회생절차(le redressement)와 청산절차(la liquidation)로 나뉘고, 회생절차의 사전적 절차로서 채무자회사는 재산의 동결을 위한 보전절차(la sauvegarde)를 신청할 수 있다.

프랑스의 도산절차에 관한 법률은 우리법상의 쌍방미이행쌍무계약과 유사한 ‘진행중인 계약(un contrat en cours)’의 처리에 관한 규정을 보전절차(la sauvegarde) 및 회생절차(le redressement)에서 각각 두고 있는데,⁸⁴⁾ 진행중인 계약(un contrat en cours)은 보전

81) 프랑스민법(Code Civil) 제2372-3조 및 제2488-3조.

82) Anker Sorensen (주69), p. 621.

83) 이러한 이유로 프랑스 민법상 신탁의 도입에 있어서, 프랑스법상의 다른 담보권이 형해화될 수 있고, 다른 채권자들의 이익에 침해가 발생할 수 있다는 우려가 제기되었다고 한다. Muriel Renaudin (주71), p. 390.

절차나 회생절차가 개시되었다는 이유만으로 해지 또는 해제될 수 없다고 하여 도산해지(해제)조항이 효력이 없음을 명시하고, 다만 이 규정은 신탁계약과는 관련이 없으나 채무자가 신탁에 양도된 재산이나 권리를 사용하거나 그 이익의 향유를 유지하는 협약을 체결한 경우에만 적용된다고 하고 있다. 즉 신탁법상의 신탁이 이루어져 신탁재산이 수탁자에게 이전된 경우에도, 수탁자와 위탁자 사이의 별도의 계약으로 신탁재산을 이용하는 계약이 체결된 경우에는, 도산해지(해제)조항의 효력을 부정함으로써 위탁자가 그 신탁재산을 계속 사용할 권리를 보호하는 것이다.

또한 이러한 보호를 보다 확실히 하기 위하여, 2008년 12월 18일의 오르도낭스(ordonnance) 제2008-1345호에 의하여 신설된 프랑스 상법(Code de Commerce) 제L622-23-1조는, 위탁자가 수탁자와 별도의 계약을 통하여 신탁재산을 이용 및 향유하는 경우에는 수탁자가 그 신탁재산을 양도하거나 이전할 수 없다고 하고 있다.

위와 같은 규정들에 의하여, 담보신탁의 경우에도 원칙적으로 도산절연성이 인정되어 위탁자의 도산절차의 영향을 받지 않으나,⁸⁵⁾ 위탁자가 수탁자와의 별개의 계약을 통하여 신탁재산을 이용하는 법률관계를 유지하고 있는 경우에는 도산해지(해제)조항의 금지의 원칙이 적용되어 이러한 위탁자의 권리는 보호를 받게 된다. 이러한 측면에서는 담보신탁의 경우에도 위탁자의 도산절차에 영향을 받는다고 볼 수 있으며, 일정 부분 담보신탁의 도산절연성이 제한된다고 볼 수도 있다.

그렇지만 이러한 제한은 해당 신탁이 ‘담보신탁’이기 때문에 도산절연성이 제한되는 것이 아니라, 위탁자가 수탁자와 신탁재산을 이용하는 별도의 계약을 체결하였기 때문에 해당 계약을 보호하기 위해서 수탁자의 소유권 행사가 일정 부분 제한되는 것일 뿐이다. 즉, i) 담보신탁의 경우라고 하더라도, 위탁자가 별도로 신탁재산 사용에 관한 계약을 체결하지 않은 경우에는 수탁자가 신탁재산을 처분하는 데 있어 아무런 제한이 없으며, ii) 프랑스 상법(Code de Commerce) 제L622-23-1조가 담보신탁의 실행이 도산절차에서 제한되는 근거로 소개되기는 하나,⁸⁶⁾ 위 규정은 신탁 일반에 적용되는 규정이지 담보신탁에만 적용되는 특유한 규정인 것은 아니라는 점을 유의하여야 한다.⁸⁷⁾ 물론 담보신탁의

84) 프랑스 상법(Code de Commerce) 제L622-13조 및 제L631-14조.

85) 프랑스 상법(Code de Commerce) 제L626-30조에서는 ‘채무자의 재산’에 대하여 담보권을 가지는 채권자만이 영향을 받는다고 하고 있으므로, 채무자가 아닌 수탁자가 보유하는 신탁재산은 그 대상이 되지 않을 것이다.

86) 윤진수(주38), 717-718면; 정태윤, “프랑스 신탁법”, 비교사법 제19권 제3호, 한국비교사법학회, 2012, 995면.

87) 프랑스 상법(Code de Commerce) 제L622-23-1조를 제정한 2008년 12월 18일의 오르도낭스(ordonnance) 제2008-1345호가 담보신탁을 별도로 제정한 2009년 1월 30일의 오르도낭스(ordonnance) 제2009-112호보다 먼저 이루어졌다는 것을 보아도, 해당 규정이 반드시 담보신탁만을 염두에 두고 제정된 것은 아님을 알 수 있다.

경우에는 그 실행을 위하여 수탁자 또는 채권자가 신탁재산을 처분하는 것이 필수적으로 요구되기는 하나, 담보신탁이 아닌 다른 신탁의 경우에도 신탁재산을 처분할 경우가 발생할 수 있으며, 이 경우에도 위탁자에게 도산절차가 개시되어 있으면 위 규정에 따라 그 처분은 제한되는 것이다.

따라서 이러한 규정이 있다고 하여 프랑스 담보신탁(*fiducie sûreté*)의 ‘도산절연성’이 일정 경우 제한된다고 볼 수는 없을 것이고, 다만 위탁자와 수탁자 사이에 그 신탁재산의 사용 수익에 대한 별도의 계약이 있는 경우에는 그 계약을 함부로 해지(해제)할 수 없을 뿐인 것으로 이해하여야 할 것이다.

다) 프랑스 담보신탁(*fiducie sûreté*) 제도가 우리법에 시사하는 점

우리법에서 인정되는 담보신탁의 경우에는 신탁법상의 신탁임에 따라, i) 수탁자는 공동수익자 중 1인이 되는 것이 아닌한 수익자가 될 수 없으므로, 수탁자와 채권자가 일치하는 것은 불가능하고,⁸⁸⁾ ii) 수탁자는 담보목적으로 이전된 신탁재산에 대하여 신탁계약에서 정하는 바에 따라 관리, 운용 및 처분할 의무를 지며, iii) 위탁자가 피담보채무를 지급하지 못하여 신탁재산을 처분하게 되는 경우에도, 채권자인 수익자는 신탁재산에 대하여 직접 권리를 행사하지 못하고, 수탁자가 신탁재산을 공매 등을 통하여 처분하여 그 처분대금을 수익자인 채권자에게 배분하는 형태가 되어야 한다.

위와 같은 점에 비추어볼 때, 우리법상의 담보신탁은 수탁자와 수익자(채권자)가 일치할 수 있고, 수익자(채권자)가 직접 신탁재산에 대하여 권리를 행사할 수 있는 프랑스법상의 담보신탁(*fiducie sûreté*)보다는 위탁자, 수탁자 및 수익자로부터 신탁재산이 분리되어야 한다는 신탁의 본질에 더 충실한 신탁의 형태라고 할 수 있을 것이다.

그런데, 프랑스법은 우리법상의 담보신탁보다 형태적인 측면에서 담보권에 더 가까운 담보신탁(*fiducie sûreté*)에 대해서도 위탁자의 도산절차와의 절연성을 인정한다는 점은 주목할만한 부분이다. 더구나, 프랑스법에서의 담보신탁(*fiducie sûreté*)의 수익자(채권자)는 직접 신탁재산을 이전받아 처분할 수 있으면서도, 위탁자의 다른 채권자들로부터 독립적인 권한을 행사할 수 있다는 점에서 우리법상의 담보신탁의 수익자로서의 채권자보다 훨씬 강력하고 유리한 지위를 가진다. 이러한 입법례에 비추어볼 때, 프랑스 담보신탁(*fiducie sûreté*) 보다 신탁의 요건을 갖추고 있는 우리법상의 담보신탁의 도산절연성을

88) 물론 수인의 채권자 중 1인이 수탁자의 지위를 겸하는 것은 신탁법 제36조에 따라 가능할 것이지만, 수탁자가 채권자와 정확하게 일치하는 것은 프랑스 신탁법과는 달리 불가능하다.

부정하여야 할 이유는 없을 것으로 생각된다.

4. 담보신탁의 도산절연성에 대한 검토

가. 들어가며

국내법상의 담보신탁은 대법원 판례를 통하여 정립되어 발전되어 온 개념으로서 대법원은 담보신탁의 도산절연성을 일관되게 인정하여 온 바 있다. 그런데, 대법원이 ‘대법원 2018. 10. 18. 선고 2016다220143 전원합의체 판결’을 통하여 담보신탁에 담보적 성격이 있음을 인정하는 듯한 판결을 한 이후로 담보신탁의 도산절연성에 대하여 비판하는 견해가 늘어나고 있다. 이하에서는 위 전원합의체 판결을 살펴본 후 담보신탁의 도산절연성에 대한 논의 및 각 논거들을 검토함으로써 담보신탁의 도산절연성이 유지되어야 하는지에 관하여 심도있게 논의해보고자 한다.

나. 대법원 2018. 10. 18. 선고 2016다220143 전원합의체 판결의 검토

가) 사안의 개요 및 판결의 요지

위 전원합의체판결은 체육필수시설에 해당하는 골프장에 관하여 담보신탁계약이 체결되었던 사안이다. 이 사안에서 수탁자는 담보신탁계약에서 정한 바에 따라 공개경쟁입찰 방식의 매각 절차를 진행하였다가 제대로 이루어지지 않자 다시 수의계약을 통하여 신탁대상자산인 골프장 시설을 피고에게 이전하였는데, 이 경우 피고는 담보신탁계약 상의 위탁자인 체육시설업자가 회원들과 약정한 사항들을 포함하여 체육시설업의 등록 또는 신고에 따른 권리·의무를 승계하는지 여부가 문제되었다.

이에 대하여 대법원은 체육필수시설에 관한 담보신탁계약이 체결된 다음 그 계약에서 정한 공매나 수의계약으로 체육필수시설이 일괄하여 이전되는 경우에도, 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률」(이하 “체육시설법”) 제27조⁸⁹⁾의 문언과 체계, 입법 연혁과 그 목

89) 제27조(체육시설업 등의 승계)

① 체육시설업자가 사망하거나 그 영업을 양도한 때 또는 법인인 체육시설업자가 합병한 때에는 그 상속인, 영업을 양수한 자 또는 합병 후 존속하는 법인이나 합병(합병)에 따라 설립되는 법인은 그 체육시설업의 등록 또는 신고에 따른 권리·의무(제17조에 따라 회원을 모집한 경우에는 그 체육시설업자와 회원 간에 약정한 사항을 포함한다)를 승계한다.

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 절차에 따라 문화체육관광부령으로 정하는 체육시설업의 시설 기준에 따른 필수시설을 인수한 자에게는 제1항을 준용한다. <개정 2008.2.29, 2010.3.31, 2016.12.27>

1. 「민사집행법」에 따른 경매

2. 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」에 의한 환가(환가)

적, 담보신탁의 실질적인 기능 등에 비추어볼 때, 체육필수시설의 인수인은 체육시설업자가 회원들과 약정한 사항들을 포함하여 그 체육시설업의 등록 또는 신고에 따른 권리의무를 승계한다고 판단하였다.

나) 검토

위 대법원 전원합의체 판결에서의 주된 쟁점은 체육시설법 제27조 제2항 제4호의 ‘그에 준하는 절차’에 담보신탁에 따른 신탁재산의 매매가 포함될 수 있는지 여부에 대한 것으로서, 담보신탁의 도산절연성에 대하여 직접적으로 판단한 것은 아니었다. 대법원이 위 전원합의체 판결 이후에도 담보신탁의 도산절연성을 긍정하는 판결을 계속 유지하고 있다는 점에 비추어보아도,⁹⁰⁾ 해당 판결은 담보신탁의 도산절연성 문제와는 별개의 판결로 볼 수 있을 것이다.⁹¹⁾

위 판결에서 문제된 체육시설법 제27조는 체육필수시설의 인수인에게 체육시설법에 따른 의무를 승계할 것을 규정하면서, 그 인수인에 i) 「민사집행법」에 따른 경매, ii) 채무자회생법에 의한 환가, iii) 「국세징수법」·「관세법」 또는 「지방세징수법」에 따른 압류 재산의 매각 및 iv) 그 밖에 제1호부터 제3호까지의 규정에 준하는 절차에 의하여 인수한 자도 포함된다고 규정하고 있는데, 대법원은 담보신탁에 따른 신탁재산의 매각도 위의 ‘준하는 절차’에 포함된다고 보아 그 매수인에게 의무가 승계된다고 판단하였다.

다수의견은 위와 같이 판단하는 근거에 대하여, i) 담보신탁을 근거로 한 공매 절차와 체육시설법 제27조 제2항 제1호부터 제3호까지 정하고 있는 민사집행법에 따른 경매 절차 등은 “채권자의 채권을 변제하기 위해서 채무자의 의사와 무관하게 채무자의 재산을 처분하는 강제적이거나 비자발적인 환가절차”라는 점에서 본질적으로 유사하고, ii) 담보신탁에서 수탁자로 소유권이 이전되는 것은 신탁재산의 담보가치를 유지·보전하기 위한 조치일 뿐이고, 위탁자가 여전히 신탁재산을 사용·수익하면서 영업 등을 그대로 영위하는 등 담보신탁은 실질적으로는 저당권 등 담보권과 유사한 기능을 수행하며, iii) 담보신탁

3. 「국세징수법」·「관세법」 또는 「지방세징수법」에 따른 압류 재산의 매각

4. 그 밖에 제1호부터 제3호까지의 규정에 준하는 절차

90) 대법원 2022. 5. 12. 선고 2017다278187 판결 등.

91) 이와 같은 취지에서 담보신탁의 도산절연성을 인정하는 것과 대상판결의 다수의견은 양립 가능하며, 도산결리의 문제와 회원에 대한 권리의무의 승계는 별개의 차원에서 검토할 수 있는 문제라는 보는 견해들이 있다. 박재역, “체육필수시설 담보신탁을 근거로 한 매각 절차와 인수인의 체육시설업자 권리의무 승계 여부”, 사법 통권 제47호, 사법발전재단, 2019, 425면; 윤정운, “담보신탁을 근거로 한 매각 절차와 입회보증금반환 채무의 승계-정당한 법해석의 관점에서-”, 서울대학교 법학 제61권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2020, 94면; 최준규, “담보신탁을 근거로 한 체육필수시설의 매매와 매수인의 권리의무 승계”, 사법 제48호, 사법발전재단, 2019, 388면.

은 소유권 등 권리이전형 담보의 일종인 ‘양도담보’와 채권담보 목적으로 설정되고 설정 당시 소유권이전등기가 이루어진다는 점에서 실질적으로 같고, iv) 채무자회생법에 따른 파산관재인에 의한 환가와 담보신탁을 근거로 한 수탁자에 의한 수의계약은 그 절차와 방식 등 여러 면에서 유사하므로, 위 두 절차에 대한 채육시설법 제27조 제2항의 적용 여부가 달라져서는 안 된다는 점 등을 들고 있다.

그런데 위와 같은 다수의견의 근거들에 대해서는 다음과 같은 문제점을 지적할 수 있을 것으로 보인다.

i) 담보신탁에서의 신탁재산은 위탁자의 재산이 아니라 수탁자의 재산이며, 수탁자가 그 소유의 재산을 신탁계약이 정하는 바에 따라 처분하는 것이므로 ‘채무자의 재산’을 강제적으로 환가하는 절차라고 보기는 어렵다. 채무자는 담보신탁의 설정에 따라 수탁자에게 이미 해당 신탁재산의 처분을 완료한 것이고, 수탁자는 이후 신탁계약이 정하는 바에 따라 수탁자가 수탁자의 지위에서 보유하는 신탁재산을 처분한 것일 뿐이므로, 이를 ‘채무자’의 재산을 강제적 또는 비자발적으로 환가하는 절차 또는 이에 준하는 절차라고 해석하기는 어려울 것으로 생각된다. 이에 대하여 공매 등의 개시는 채무자인 위탁자의 의사와 무관하게 개시되는 것이고 수탁자 또한 담보신탁계약서에 정해진 바에 따라 매각을 진행하는 것이기 때문에, 강제적 환가와 유사하다고 볼 수 있다고 설명하는 견해가 있다.⁹²⁾ 그렇지만 담보신탁계약에 따른 공매나 매각은 위탁자와 수탁자 사이에 체결되는 신탁계약에서 정하는 바에 따라 이루어지는 것이므로, 그 계약 체결 당시에 위탁자의 의사가 반영된 것이어서, 이를 위탁자의 의사와 무관하게 비자발적으로 이루어지는 매각절차라고 볼 수는 없을 것으로 생각된다.⁹³⁾

ii) 또한 다수의견은 담보신탁은 위탁자가 여전히 신탁재산을 사용, 수익한다는 점에서 저당권 등 담보권과 유사한 기능을 수행하며, 권리이전형 담보인 양도담보와 실질적으로 같다고 하나, 위탁자가 신탁재산을 사용, 수익할 권한을 가지는지 여부는 개개의 담보신탁에서 위탁자와 수탁자 사이의 합의에 의한 별도의 특약에 의하여 정해지는 것이고, 담보신탁의 필수적 요건인 것은 아니며, 오히려 원칙적으로는 신탁재산의 사용, 수익의 권한은 다른 담보권과는 달리 수탁자에게 있다는 점에서 다른 담보권과 유사하다고 볼 수는 없다. 그리고 담보신탁을 양도담보와 실질적으로 같다고 본다면 양도담보권 설정을 통한 담보권신탁과 담보신탁을 사실상 동일한 신탁으로 본다는 의미가 될 수 있을 것인데,

92) 박재역(주90), 445면.

93) 이계정, “골프장 시설에 대한 담보신탁에 기한 공매와 임회보증금반환의무의 승계”, 민사법학 제89호, 한국민사법학회, 2019, 147면.

이렇게 본다면 도산절연성이 부정되는 담보권신탁과는 달리 도산절연성이 인정되는 담보신탁의 개념을 별도로 인정하여 온 기존의 대법원의 태도와 배치될 수 있다.

iii) 그리고 다수의견은 채무자회생법상 파산관재인에 의한 환가와 담보신탁에서의 수의계약이 유사하다고 하고 있지만, 파산관재인은 파산재단에 속하는 재산을 채무자의 의사와 무관하게 환가하는 것임에 반하여, 담보신탁에서는 수탁자가 본인이 소유권을 가지는 신탁재산을 위탁자와 사전에 합의한 방식에 따라 처분하는 것이라는 점에서 차이가 있다.

대상 판결은 또한 이와 관련하여 문제된 체육시설법 규정이 체육시설의 회원에 대한 권리를 보장하고 그 피해를 최소화하기 위하여 제정된 규정인 만큼, 이러한 입법 취지를 고려하여 법률해석을 하여야 하고, 그 결과 담보신탁의 도산절연성을 일부 제한하더라도 이익형량의 측면에서는 타당하다고 주장하고 있으며, 이러한 주장은 일견 타당하다고 볼 수도 있다. 또한 이와 관련해서 담보신탁 설정 당시에 이미 가입한 상태의 회원들에 대한 의무를 승계하는 것은 도산절연성에 반한다고 보기도 어렵다는 지적도 있다.⁹⁴⁾ 그러나 회원들의 권익 보호라는 체육시설법 제27조의 입법 취지가 중요하고, 법률의 해석에 있어 위와 같은 입법의 목적을 고려하여야 한다고 하더라도, 그 해석은 먼저 법률의 문언에 기초하여야 할 것이고,⁹⁵⁾ 수탁자로부터 신탁재산이 완전히 처분되어 위탁자로부터 분리되는 담보신탁의 개념 및 본질적인 특징을 고려한다면, 이에 따른 신탁재산의 매각을 경매나 파산에 따른 환가절차에 준하는 절차에 포함된다고 보는 것은 문언의 해석범위를 넘는 것이라고 생각된다.⁹⁶⁾

이에 대하여 담보신탁이 다른 담보권들과 구별되는 특징들은 체육시설법 제27조의 적용을 배제할 만큼의 본질적인 것은 아니라고 비판하면서, 형식보다는 ‘실질’에 주목하여야 하고 도산절연의 효과도 법률 규정에 의하여 제한할 수 있다는 견해가 있다.⁹⁷⁾ 그렇지만 위에서 검토한 바와 같이 수탁자가 완전하게 재산을 취득하여 위탁자, 수탁자 및 수익자로부터 신탁재산이 분리되는 것은 신탁의 본질적인 부분이며, 물론 이러한 원칙을 ‘법률’에 의하여 제한할 수는 있을 것이나, 체육시설법 제27조가 신탁에 따른 공매 등을 명시적으로 포함하고 있지 않은 이상, 이를 위와 같은 법 해석을 통하여 제한할 수는 없을 것으로 생각된다. 또한 문제가 되는 체육시설법의 개정안에 대한 검토보고서에서도 언급하고 있듯이,⁹⁸⁾ 해당 규정은 새로운 규제사항으로서 기존의 권리에 제약을 가하는 것이므로,

94) 박재역(주90), 434면.

95) 이계정(주92), 143면.

96) 법률의 해석의 측면에서 위 대법원 판결이 타당하지 않다는 점에 대한 자세한 분석을 한 견해가 있는데 타당한 것으로 생각된다. 이계정(주92), 142-156면.

97) 윤정운(주90), 108-110면.

98) 해당 검토보고서는 회원과의 약정을 승계하도록 하는 것은 새로운 규제사항으로서 기존의 권리에 제약을

담보신탁을 명문으로 포함하지 않았음에도 불구하고 이러한 제한적 규정을 함부로 넓게 해석하는 것도 타당하지 않을 것이다.

위 판결은 체육시설법 제27조의 입법 취지라고 할 수 있는 회원의 권리보호를 달성하기 위하여 해당 조문을 적극적으로 해석한 것으로 이해된다. 그렇지만 공익적이고 정책적인 목적이 있다고 하더라도, 법률 문언을 뛰어넘는 해석을 하는 것은 바람직하지 않다. 또한 해당 판결은 골프장이라는 특수한 사례에서, 그리고 회원의 권리를 보호하기 위한 목적에서, 보다 적극적으로 해당 규정을 해석하기 위한 근거를 위해 담보신탁을 담보권과 유사한 것으로 판단한 것이므로, 이 판결을 담보신탁의 실질을 담보권으로 보거나, 담보신탁의 도산절연성을 부정하기 위한 근거로 확대해석하는 것은 신중해야 할 것으로 생각한다.⁹⁹⁾

다. 담보신탁의 도산절연성에 대한 학설의 검토

가) 도산절연 긍정설

담보신탁에 대하여 도산절연성을 인정하여야 한다는 견해는 담보신탁은 담보가 아니라 신탁법상의 신탁이므로, 파산절차에서 별채권자로 보거나, 회생절차에서 회생담보권자로 볼 수 없다는 견해라고 할 수 있다. 그런데 파산절차에서는 담보권 또한 파산절차에 구속되지 않고 별채권의 행사를 통하여 담보를 실행할 수 있으므로,¹⁰⁰⁾ 파산절차에서는 담보신탁을 담보로 보는지 신탁으로 보는지 여부가 특별히 문제되지 않는다. 그런 이유로 주로 담보신탁의 도산절연성 인정의 문제는 담보신탁을 회생절차에서 회생담보권으로 볼 것인지 여부를 중심으로 논의되고 있다.

현재 국내에서는 담보신탁의 도산절연성을 긍정하고 회생절차에서 회생담보권으로 볼 수 없다는 견해가 통설에 가까운 다수설인 것으로 보이는데,¹⁰¹⁾ 이러한 견해들이 들고 있

가하는 것이므로, 경과조치의 규정을 통해 기득의 권리 및 지위를 존중하고 보호하는 것이 입법상 바람직할 것으로 보인다고 하면서 기존 개정안에 대한 수정의견을 내었다. 국회 의안정보시스템 (<http://likms.assembly.go.kr/bill>) 참조.

99) 이러한 측면에서 해당 판결을 담보신탁의 도산절연성을 부정하는 것과 유사한 맥락이라고 판단한 견해(최효종/김소연, “2010년대 골프장 회생절차에 대한 실증연구”, 법조 제67권 제6호, 법조협회, 2018, 482면)는 타당하지 않은 것으로 생각된다.

100) 채무자회생법 제412조.

101) 고일광(주38), 92면 이하; 김재형, “도산절차에서 담보권자의 지위”, 인권과정의 제356호, 대한변호사협회, 2006, 17-19면; 이계정(주38), 103-106면; 이주현, “신탁법상의 신탁을 체결하면서 담보목적으로 채권자를 수익자로 지정한 경우 그 수익권이 정리계획에 의하여 소멸되는 정리담보권인지 여부”, 대법원판례해설 제42호, 법원도서관, 2003, 603-605면; 이중기(주38), 662면; 정순섭(주9), 667-668면; 최수정 “담보를 위한 신탁”, 법조 제62권 제8호, 법조협회, 2013, 13면 이하; 한민/박종현, “신탁과 도산법 문제”, BFL 제17호,

는 근거들은 다음과 같이 정리될 수 있다.

즉, i) 담보신탁은 위탁자로부터 수탁자에게 신탁재산의 ‘소유권’이 대내외적으로 완전히 이전됨으로써 설정되는 것으로, 위탁자의 책임재산으로부터 분리되기 때문에 위탁자의 도산절차에 구속된다고 볼 수 없고,¹⁰²⁾ ii) 담보신탁도 전형적인 신탁의 모습인 수익자신탁의 유형과 다르지 않으므로 담보로 볼 것이 아니라 신탁법상의 신탁으로 보아야 하며,¹⁰³⁾ iii) 양도담보는 채권자에게 그 소유권을 직접 이전하는 구조인 반면 담보신탁은 수탁자에게 소유권을 이전하고 채권자는 수익권을 취득하는 구조로서 그 구조가 다르고,¹⁰⁴⁾ iv) 담보신탁을 담보권으로 파악하게 되면 물권법정주의에 반할 우려가 있다고 한다.¹⁰⁵⁾

그리고 대법원 또한 대법원 2001. 7. 13. 선고 2001다9267 판결을 통하여 담보신탁의 도산절연성을 인정한 이후, 일관되게 담보신탁의 도산절연성을 인정하고 있는데,¹⁰⁶⁾ 담보신탁이 체결되면 위탁자의 신탁에 의하여 신탁부동산의 소유권은 수탁자에게 귀속되므로, 그 후 위탁자에 대한 회생절차가 개시된 경우 채권자가 가지는 신탁부동산에 대한 수익권은 채무자회생법 제250조 제2항 제2에서 말하는 ‘채무자 외의 자가 회생채권자 또는 회생담보권자를 위하여 제공한 담보’에 해당하여 정리계획이 여기에 영향을 미칠 수 없다는 것을 그 이유로 들고 있다.¹⁰⁷⁾ 도산절연성에 대하여 긍정하는 견해들은 이러한 대법원 판례의 태도 및 근거에 대체적으로 동의하고 있는 것으로 보인다.¹⁰⁸⁾

나) 도산절연 부정설

대법원은 담보신탁의 도산절연성을 일관되게 인정하고 있고, 이러한 대법원의 태도에 동의하는 견해가 다수설이기는 하지만, 최근에는 이러한 대법원의 판결을 비판하면서 담보신탁의 도산절연성을 부정하여야 한다는 주장이 늘어나고 있는 것으로 보인다.¹⁰⁹⁾

서울대학교 금융법센터, 2006. 31-32면; 한상곤, “부동산담보신탁의 수익권에 관한 고찰”, 경희법학 제49권 제1호, 경희법학연구소, 2014. 6-7면.

102) 이계정(주38), 103면; 이중기(주38), 662면; 최수정(주100), 14-15면; 한민/박종현(주100). 31-32면.

103) 이계정(주38), 105면.

104) 이계정(주38), 103면.

105) 이계정(주38), 103면; 한상곤(주100), 7면.

106) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002다46058 판결, 대법원 2018. 4. 12. 선고 2016다223357 판결, 대법원 2022. 5. 12. 선고 2017다278187 판결 등.

107) 위 대법원 판결 당시에는 회사정리법이 적용되고 있었으므로, 채무자회생법이 아닌 회사정리법을 기준으로 동일하게 판단하였다.

108) 고일광(주38), 94면; 김재형(주100), 17-19면; 이계정(주38), 106면; 이중기(주38), 662면; 최수정(주100), 14-15면; 한민/박종현(주100). 31-32면.

109) 김상용(주51), 250-252면; 김성용, “담보 목적으로 신탁계약상 수익자로 지정된 채권자가 회생담보권자인

담보신탁의 도산절연성을 부정하고 회생절차에서 회생담보권으로 보아야 한다는 견해들이 들고 있는 근거들은 다음과 같이 정리할 수 있을 것으로 보인다.

즉, i) 담보신탁은 담보의 목적으로 소유권을 이전하는 것이라는 점에서 양도담보와 유사한데, 양도담보는 회생담보권으로 보면서 담보신탁에만 도산절연성을 긍정하는 것은 타당하지 않고,¹¹⁰⁾ ii) 담보신탁은 피담보채무가 변제되는 것을 해제조건으로 하는 것으로서, 신탁재산의 위탁자로부터의 분리는 잠정적인 것에 불과하므로, 도산절연성을 인정하는 것은 합리적이지 않으며, 자익신탁이나 미국의 철회가능신탁(revocable trust)의 경우 위탁자의 채권자가 신탁재산에 대하여 강제집행을 할 수 있는 것에 비추어보아도 합리적이지 않으며,¹¹¹⁾ iii) 우리법상의 담보신탁과 유사한 미국법에서 Deed of Trust는 미국법상 신탁이 아니라 담보로 취급되고 있고,¹¹²⁾ iv) 위 미국법상의 Deed of Trust의 예를 포함하여 담보신탁의 도산절연성을 무조건적으로 인정하는 예는 찾을 수 없으며,¹¹³⁾ v) 도산절차는 형식보다 실질을 중요시하여야 하고, 이러한 원칙은 소유권유보부 매매를 회생담보권으로 보고 있는 대법원의 태도에 비추어보아 우리 도산법에서도 적용되고 있으므로, 담보신탁도 형식보다 실질을 고려하여 회생담보권으로 보아야 하고,¹¹⁴⁾ vi) 도산법의 중요한 정책적 목표는 주주 및 채권자 사이의 공평한 분배에 있고 특히 유사한 지위에 있는 채권자들 또는 담보권자들은 공평한 취급을 받아야 하는데, 담보신탁을 선택했다는 이유로 다른 채권자들, 특히 다른 담보권자들보다 우대하는 것은 도산법의 취지에 맞지 않으며,¹¹⁵⁾ vii) 채무자의 영업에 필수적인 자산이 담보신탁된 경우에는 그 자산의 처분을 막을 방법이 없으므로, 채무자의 회생을 어렵게 한다고 한다.¹¹⁶⁾

다) 검토 - 도산절연성 부정설에 대한 비판적 검토

담보신탁의 도산절연성을 부정하는 견해는, 담보신탁의 실질이 담보권이므로, 채권자들이나 담보권자들에 대하여 공평한 배분을 하여야 하고 채무자의 회생가능성을 높여야 하는 회생절차의 취지상 담보신탁을 회생담보권이라고 보아야 한다고 한다. 그렇지만, 위에

지 여부”, 도산판례백선, 박영사, 2021, 133면; 윤진수(주38), 723면 이하; 정소민(주53), 104-110면; 최효종/김소연(주98), 481-484면; 함대영(주51), 78-81면.

110) 정소민(주53), 101-102면; 함대영(주51), 79면.

111) 윤진수(주38), 725-729면.

112) 윤진수(주38), 712-716면; 정소민(주53), 102면; 함대영(주51), 78-79면.

113) 윤진수(주38), 723면.

114) 윤진수(주38), 729-733면; 정소민(주53), 104-109면.

115) 윤진수(주38), 733면; 정소민(주53), 102면.

116) 윤진수(주38), 734면; 최효종/김소연(주98), 482-484면.

서 논의한 바와 같이, 신탁의 도산절연성의 원칙은 신탁의 본질적인 특징이고, 담보신탁 또한 신탁법상의 신탁이므로, 신탁에 따른 수익자를 다른 채권자나 담보권자들과 유사한 지위를 가진 자로 보기는 어렵다. 또한, 도산절차의 취지를 정책적으로 고려한다고 하더라도, 도산절차에 구속되지 않는 권리, 즉 제3자인 수탁자가 가지는 신탁재산의 소유권까지 도산절차에 구속시켜서 제한할 수는 없다. 이러한 이해를 바탕으로, 도산절연성 부정설에서 주장하는 근거들을 구체적으로 검토하면 다음과 같다.

(1) 먼저, 도산절연성 부정설은 담보신탁이 담보의 목적으로 소유권을 이전하는 것으로 양도담보권과 유사하다고 한다. 채무자회생법은 제141조 제1항에서 회생담보권을 “회생절차개시 당시 채무자의 재산상에 존재하는 유치권·질권·저당권·양도담보권·가등기담보권·「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」에 따른 담보권·전세권 또는 우선특권으로 담보된 범위의 것”이라고 규정하고 있어, 양도담보권만을 포함하고 담보신탁은 포함하고 있지 않은데, 담보신탁은 양도담보권과 유사하므로 회생담보권으로 볼 수 있다고 주장하는 것으로 이해된다.¹¹⁷⁾ 그러나 담보신탁과 양도담보권 및 양도담보권 설정을 통한 담보권신탁은 구별 가능하고 전혀 다른 법률관계이다.¹¹⁸⁾ 그리고 도산절연성 긍정설에서 지적하는 바와 같이 담보신탁에서 신탁재산의 소유권을 취득하는 자는 채권자인 수익자가 아니라 수탁자이므로, 이런 점에서도 양도담보와 담보신탁은 다르다고 보아야 한다. 또한 담보신탁을 양도담보권과 유사하다는 이유로 담보권으로 취급하자고 주장하는 견해는 수탁자와 수익자 중 누구를 양도담보권자와 유사하게 취급하여 회생담보권자로 보아야 하는지에 대해서는 구체적으로 설명하고 있지 않은 경우가 대부분이고, 어느 한 견해에서만 수탁자가 양도담보를 취득한 것으로 보아야 한다고 언급하고 있을 뿐이다.¹¹⁹⁾¹²⁰⁾

117) 채무자회생법 제141조 제1항은 회생담보권에 양도담보권을 포함하고 있는 반면, 채무자회생법 제411조는 별제권자의 개념을 “유치권·질권·저당권·「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」에 따른 담보권 또는 전세권을 가진 자”라고 규정하여, 양도담보권을 제외하고 있는데, 이러한 규정에 비추어보아도 위 회생담보권에 관한 규정은 담보권의 종류를 한정적, 열거적으로 규정한 것이 아니라, 예시적으로 규정한 것임을 알 수 있다. 법원 실무에서도 위 규정은 예시적 규정이라고 설명한다. 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회(2019a), 455면. 따라서, 채무자회생법 제141조 제1항에 명시적으로 규정된 담보권이 아니라고 하더라도, 그 법적 성격을 담보권으로 볼 수 있다면 회생담보권에 포함될 수 있을 것이다.

118) 이에 대한 자세한 논의는 필자의 아래 논문을 참고. 문혜영(주48), 149면 이하 참조.

119) 함대영(주51), 81면.

120) 다만, 담보신탁의 경우에 신탁재산 자체를 채무자인 위탁자의 책임재산에 편입시키고(해당 논문은 채무자의 법인격 안으로 편입한다고 표현하고 있으나, 책임재산에 포함시켜야 한다는 취지인 것으로 이해된다), 수익자인 채권자는 해당 신탁재산 자체에 담보권을 가지는 회생담보권자로 취급하여야 한다는 견해가 있는데 {김성용(주108), 133면}, 명확하게 설명하고 있지는 않지만 도산절차가 개시되면 담보신탁 자체를 부정하고 수탁자의 지위는 소멸하며, 신탁재산은 위탁자의 재산으로 회복되고, 수익자는 해당 신탁재산에 대하여 담보권을 가지는 것으로 보아야 한다는 의미인 것으로 이해된다. 그러나 아무런 법적 근거 없이, 단지 도산절차가 개시되었다는 이유로 적법하게 설정된 신탁을 종료시키고, 신탁관계에 이해관계가 있는 수탁자의 지위를 소멸시킬 수 있다고 볼 수 있는지는 의문이다. 이에 대해서는 아래에서 다시 자세히 논의하도록 하겠다.

그런데 위의 견해와 같이 만약 ‘수탁자’가 위탁자로부터 양도담보권을 취득하는 것으로 본다면, 이는 결국 모든 담보신탁을 양도담보권 설정을 통한 담보권신탁으로 보아야 한다는 것으로서 별도의 담보신탁의 개념을 부정하는 것이 되고, 또한 위탁자와 수탁자 사이에 채권담보의 목적으로 소유권을 이전하면 무조건 양도담보권의 담보권신탁을 설정할 의사인 것으로 간주하겠다는 것이 된다. 그렇지만 위탁자와 수탁자 사이에 신탁재산의 소유권을 이전하기로 합의하는 경우에 이러한 합의를 진정한 소유권 이전의 의사로 볼 것인지, 양도담보권 설정의 의사로 볼 것인지는 당사자 사이의 법률행위의 해석에 의하여야 하는 것이지, 아무런 법적 근거 없이 무조건 양도담보의 의사로 간주할 수는 없을 것으로 생각된다.¹²¹⁾

한편, 위의 주장이 만약 수탁자가 아닌 ‘수익자’를 양도담보권자에 준하여 회생담보권자로 취급하겠다는 것이라면, 어떠한 법적 논리구조로 수익자를 회생담보권자로 취급할 것인지 문제되는데, 이에 대해서 구체적으로 설명하고 있는 견해는 아직 없는 것으로 보인다.¹²²⁾ 그런데 채무자회생법은 “회생절차개시 당시 채무자의 재산상에 존재하는” 담보권으로 담보된 범위의 회생채권 등을 회생담보권이라고 보고 있으므로, 수익자를 회생담보권자로 보기 위해서는 그 수익권이 채무자의 재산상에 존재하는 담보여야 할 것이다. 그렇다면 결국 ① 수익권의 소유권을 사실상 위탁자가 가지고 있는 것으로 보고 이를 수익자에게 담보로 제공한 것으로 논리 구성하거나, ② 신탁이 설정되지 않은 것으로, 또는 신탁이 종료된 것으로 보고 위탁자의 소유로 환원된 신탁재산에 대하여 수익자가 직접적으로 담보권을 가지는 것으로 논리 구성하는 것을 생각해볼 수 있을 것이다.

그런데 ①과 같이 본다면, 결국 도산절차 내에서는 위탁자가 자기를 수익자로 지정하는 자익신탁을 설정하고 그 수익권을 수익자에게 담보로 제공한 것으로 보겠다는 것인데, 위탁자가 신탁 설정의 단계에서 명백히 타익신탁의 설정을 의도하고 채권자를 수익자로 지정하였음에도 불구하고, 이를 도산절차가 개시되었다는 이유만으로 자익신탁을 설정한 것에 준하여 처리할 수는 없을 것으로 생각된다.¹²³⁾ 또한 이와 같이 수익권을 담보로 제공한 것으로 보는 것은 신탁 자체는 유효하게 존속하는 것을 전제로 하는 것이므로, 신탁재산은 여전히 수탁자의 소유로 머물게 될 것인데, 그렇다면 신탁재산을 위탁자의 책임재산

121) 이의 구별은 위탁자와 수탁자 간의 신탁행위의 해석을 통하여 이루어져야 한다.

122) 위에서 언급한 바와 같이 신탁재산을 채무자의 책임재산에 편입시키고, 수익자인 채권자를 그 재산에 대하여 담보권을 가진 자로 취급하여야 한다고 주장하는 견해가 있으나, 이 경우 신탁은 종료되는 것인지, 아니면 처음부터 신탁이 설정되지 않은 것으로 보는 것인지, 그리고 해당 신탁의 수탁자의 지위는 어떻게 되는지에 대하여는 구체적으로 설명하고 있지 않다. 김성용(주108), 133면.

123) 위탁자와 수탁자가 자익신탁을 설정하기로 합의하였는지, 타익신탁을 설정하기로 합의하였는지 여부는 신탁설정 당시의 위탁자와 수탁자 간의 법률행위의 해석에 따라 결정될 사안이며, 이러한 법률행위가 도산절차가 개시되었다는 이유만으로도 다르게 취급될 근거는 없을 것이다.

에 포함시켜 다른 채권자나 다른 담보권자들의 공평한 배분의 대상이 되도록 할 수는 없다는 측면에서 도산절연성을 부정할 실익도 낮아질 것으로 보인다.

한편, ②와 같이 본다면, 도산절차가 개시되었다는 이유로 신탁이 설정되지 않은 것으로 보거나, 신탁이 종료한 것으로 보아 신탁재산을 위탁자에게 환원시키는 것인데, 아무리 도산절차가 개시되었다고 하더라도 아무런 법적 근거 없이 적법하게 설정된 신탁을 부인하여 신탁재산을 위탁자의 재산으로 환원할 수는 없을 것으로 판단된다. 또한 이와 같이 본다면 적법하게 선임된 수탁자의 지위가 도산절차가 개시되었다는 이유만으로 박탈되게 되는데, 수탁자로서의 보수를 받는 등 이해관계가 있는 수탁자의 경우에는 이러한 이해관계가 법적 근거나 정당한 이유없이 침해받게 되어 타당하지 않다.

(2) 다음으로, 부정설은 자익신탁이나 미국법상의 철회가능신탁(revocable trust)의 예를 들면서, 담보신탁의 경우에는 위의 경우와 같이 소유권의 이전이 잠정적이므로 도산절연성을 인정하는 것이 합리적이지 않다고 비판한다. 그러나 자익신탁에서 위탁자의 채권자가 위탁자의 해지권을 대위행사하여 신탁을 종료시키고, 신탁 종료에 의하여 신탁재산이 귀속권리자에게 귀속되어 이에 대하여 강제집행을 하는 것은 자익신탁 자체의 구조적 특징에 따른 것이자 신탁이 종료된 이후의 문제이고, 미국의 철회가능신탁(revocable trust)과 유사한 측면이 있다고 하는 ‘해지권이 유보된 신탁’의 경우도 자익신탁과 마찬가지로 그 신탁이 해지권의 행사로 종료되어 신탁재산이 위탁자에게 귀속된 이후의 문제이므로, 신탁이 유효하게 존속하는 것을 전제로 하는 신탁의 도산절연성의 문제와는 관계가 없다.

그리고 자익신탁이든 해지권이 유보된 신탁이든, 위탁자에게 신탁을 해지할 권한이 신탁법에 의하여, 또는 신탁계약에 의하여 부여되어 있다는 점에서 담보신탁과는 결정적으로 다르다. 부정설을 주장하는 견해는 담보신탁도 피담보채무가 변제되면 위탁자가 신탁을 해지할 수 있으므로 유사하다고 하나, 위에 따른 해지권은 ‘피담보채무가 변제된다는 조건’이 성취된 경우에 비로소 발생하는 것이므로 이러한 조건이 성취되기도 전에 해지권이 발생했다고 보아 신탁을 임의로 종료시킬 수는 없으며, 이는 도산절차가 개시되었다고 하더라도 마찬가지이다. 그리고 자익신탁이나 해지권이 유보된 신탁의 경우에도 만약 도산절차가 개시된 경우에는 관리인이 그 해지권을 대위행사하여 그 신탁을 종료시키고, 그 신탁재산이 위탁자의 책임재산으로 환원되어야만 이를 도산절차에 구속시킬 수 있는 것이지, 신탁이 존속하고 있는 상태에서 신탁재산을 바로 도산절차에서의 책임재산에 포함시킬 수는 없다.

미국법에서의 철회가능신탁(revocable trust)의 경우에는 채권자가 직접 강제집행을 할 수 있도록 정하고 있기는 하나,¹²⁴⁾ 미국법은 이와 같이 입법을 통해 명문으로 신탁재산에 대하여 위탁자의 채권자가 직접 집행을 할 수 있는 근거 규정을 두고 있기 때문에 이러한 직접적 집행이 가능한 것인지, 이러한 근거 규정이 없었다면 이와 같은 직접 집행은 불가능했을 것이다.¹²⁵⁾ 따라서 이러한 명문의 근거 규정도 없는 우리 현행법 하에서는, 담보신탁이 유효하게 존속한 상태에서 그 신탁재산을 도산절차에서의 책임재산에 포함시킬 수는 없을 것으로 생각된다.

결론적으로 담보신탁은 피담보채무가 전부 변제되지 않는 한은 해지권이 발생하지 않으므로 이를 종료시킬 수 없고, 신탁이 종료되지 않은 상태에서는 어떠한 명문의 법적 근거가 없이는 그 신탁재산을 위탁자의 책임재산에 포함시킬 수 없다. 만약 신탁을 종료하고 신탁재산을 위탁자에게 환원시키고자 한다면 관리인이 피담보채무 전액을 변제하고 신탁을 해지함으로써 할 일이다.¹²⁶⁾

(3) 부정설은 또한 미국법상 Deed of Trust를 신탁으로 보고 있지 않은 점, 그리고 미국법을 포함하여 담보신탁의 도산절연성을 무조건적으로 인정하고 있는 입법례는 없다는 점을 근거로 들고 있다. 그런데 위에서 살핀 바와 같이 미국법상의 Deed of Trust는 신탁과는 전혀 다른 것으로 우리나라의 담보신탁과는 구별되고, 오히려 우리나라의 양도담보 또는 양도담보권 설정을 통한 담보권신탁과 비슷하다고 볼 수 있다.

그리고 부정설은 프랑스 또한 도산절연성을 일부 제한하고 있다고 보면서, 위탁자가 신탁재산을 점유하는 경우에 그 담보신탁(*fiducie sûreté*)의 실행이 제한된다는 점을 근거로 들고 있다.¹²⁷⁾ 그렇지만 프랑스 담보신탁(*fiducie sûreté*)에서 위탁자가 신탁재산을 점유하는 경우에 담보권의 실행이 제한되는 것을 담보신탁의 도산절연성이 제한되는 것으로

124) UTC § 505(a)(1). 해당 규정은 “위탁자가 생존하는 동안에는 위탁자의 철회가능신탁은 위탁자의 채권자에 대하여 책임재산이 된다(During the lifetime of the settlor, the property of a revocable trust is subject to claims of the settlor's creditors)”고 명시하고 있다. Restatement (Third) of Trusts § 25 (2003), Comment e. 또한 만약 신탁재산이 위탁자에게 있었다면 채권자의 집행의 대상이 되었을 경우라면, 철회가능신탁에 있는 신탁재산은 위탁자의 채권자의 집행의 대상이 된다고 하고 있다.

125) 덧붙여, 신탁의 도산절연성의 원칙의 측면에서 이러한 미국의 입법례에 대해서 필자는 비판적인 견해를 가지고 있다. 위탁자의 채권자가 위탁자가 신탁한 재산에 대하여 집행하여야 할 필요성이 있는 경우가 있다고 하더라도, 신탁이 유효하게 존속하는 상태에서 이를 직접 집행할 수 있도록 구성하는 것은 신탁의 본질에 반하는 것이므로, 일정 사유가 있을 때 신탁을 종료 또는 해지하여 신탁재산을 환원시킴으로써 채권자가 집행할 수 있도록 입법적으로 구성하는 것이 더 타당한 방안이라고 생각한다.

126) 이와 유사한 사례로, 프랑스 담보신탁(*fiducie sûreté*)의 경우에는 위탁자가 수탁자와의 합의에 의하여 신탁재산을 점유, 사용하고 있는 경우가 아닌 한 담보신탁의 실행 및 신탁재산의 처분을 막을 방법이 없는데, 이 때 그 신탁재산이 위탁자의 사업에 필요한 경우에는 피담보채무를 변제하여 이를 다시 회복할 수 있도록 하고 있다. 프랑스 상법 제L622조의 7 제2항.

127) 윤진수(주38), 723면.

볼 수는 없다. 이는 오히려 담보신탁의 도산절연성을 인정하는 전제에서, 다만 소유자로서의 수탁자가 그 신탁재산을 점유하고 있는 위탁자가 그 점유에 권한이 있을 경우에는 그 소유권의 행사에 제한이 있다는 점을 규정한 것으로 볼 것이며, 이는 우리법상, 채무자가 점유할 권한이 있는 경우에는 소유자의 환취권의 행사가 제한되고, 그 점유의 근거가 되는 계약이 쌍방미이행 쌍무계약인 경우 도산해지조항이 무효가 될 수 있는 것과 유사한 법리에 따른 것이라고 볼 수 있다. 도산절연성이 인정된다는 전제에서 쌍방미이행 쌍무계약의 법리에 따라 수탁자의 소유권 행사가 제한되는 것은 도산절연성 자체가 제한되는 문제와는 다르다.

또한 위에서 검토한 바와 같이, 프랑스 담보신탁(*fiducie sûreté*)은 수탁자와 수익자가 일치할 수 있고, 그에 따라 수탁자와 수익자 모두가 채권자가 될 수 있으며, 피담보채무를 변제하지 못할 경우 채권자인 수익자가 직접 신탁재산을 이전받아 처분할 수 있다. 그런데 이와 같이 프랑스 담보신탁(*fiducie sûreté*)은 우리법상의 담보신탁과는 달리 전형적인 신탁의 형태보다는 담보권의 형태에 가까움에도 불구하고 도산절연성을 인정하고 있는데, 이러한 점에 비추어보면, 오히려 전형적인 신탁의 형태를 가지고 있는 우리법상의 담보신탁의 경우에는 그 도산절연성을 부정할 이유는 더욱 없을 것으로 생각된다.

(4) 부정설이 도산절연성을 부정하는 가장 강력한 근거로 드는 것은, 도산절차는 형식보다는 실질을 중요시하여야 하는 절차이므로, 실질적으로, 그리고 경제적으로 담보의 역할을 하는 담보신탁도 그 실질에 주목하여 회생담보권으로 취급하여야 한다는 것이다. 도산법에서의 형식보다 실질(substance over form)의 원칙은 미국 도산법에 적용되는 원칙으로, 이러한 원칙은 우리 도산법에서도 적용된다고 하는데, 이 원칙과 관련하여 언급되는 것 중의 하나가 재정의(recharacterization)의 문제이다.¹²⁸⁾ 미국 법원은 재정의(recharacterization)는 ‘형식보다 실질의 원칙(the substance over form doctrine)’을 적용하는 법원의 오랜 전통의 일부라고 하면서, 청구권(claim)의 기초가 되는 권리의 본질에 대한 조사라고 설명한다.¹²⁹⁾ 그런데, 이와 같은 재정의(recharacterization)가 문제된 사례들은 모두 ‘청구권(claim)’의 성격을 파악하는 것으로서, 이와 관련한 대표적인 판례인 *In re Hedged-Investments Associates, Inc.* 또한 추정대출(putative loan)을 사실상 대출이 아니라 지분투자자로 본 사례로서 청구권(claim)의 재정의(recharacterization)에 관한 것이

128) 국내 도산법에도 형식보다 실질의 원칙이 적용된다고 설명하는 견해에서도 그 근거로 미국 도산법에서 형식보다 실질의 원칙이 적용되기 때문이라고 하면서 재정의(recharacterization)의 사례를 들고 있다. 윤진수(주38), 729-733면.

129) *In re Alternate Fuels, Inc.*, 789 F.3d 1139 (2015).

었다. 해당 판결은 또한 이와 같이 청구권(claim)을 재정의(recharacterization)하는 경우에도, ‘엄격한 기준’을 바탕으로 판단하여야 하고, 그 기준을 충족하는 경우에만 재정의(recharacterization)가 가능하다고 보았다.¹³⁰⁾

위와 같은 판례에 비추어볼 때 미국 도산절차에서의 ‘형식보다 실질’의 논의는, i) 그 본질이 ‘채권의 집단적 추심절차’에 있는 도산절차에서, ii) 일단 도산절차의 구속을 받는 권리인 채권이나 지분권 같은 청구권(claim)을 대상으로 하여, iii) 그러한 청구권들 사이에서의 권리의 우열 및 그 지위를 정하기 위하여 이루어진 것이라고 볼 수 있다. 즉, 도산절차의 대상에 포함되지도 않는 제3자의 권리를 도산절차에 구속시키기 위해 사용하는 원칙인 것은 아니고, 제3자의 소유권 등 다른 재산권을 침해하는 것은 도산절차의 한계를 벗어나는 것이다.

따라서 신탁법상의 신탁이 설정되어 수탁자가 소유권을 취득한 신탁재산을 도산절차에 구속시키거나, 위탁자와는 별개로 신탁에 의하여 수탁자로부터 취득한 권리인 담보신탁의 수익권을 도산절차에 구속시키는 것은, 도산절차의 구속을 받지 않는 권리인 제3자의 소유권 등 재산권을 제한하는 것으로서, 도산절차에서의 ‘형식보다 실질’의 원칙의 한계를 벗어나는 것으로 생각된다.

(5) 마지막으로 부정설은 다른 채권자들과의 형평성과 채무자의 정상화가 도산절차의 중요한 목표이므로, 담보신탁에만 예외를 인정하는 것은 이러한 도산절차의 취지에 맞지 않는다는 점을 지적한다. 하지만 담보신탁의 수익자는 다른 채권자들이나 담보권자와 유사한 지위를 가진 자라고 보기 어렵다. 담보신탁은 담보를 목적으로 신탁을 설정한 것일 뿐 신탁법상의 전형적인 신탁이므로, 그에 따른 수익자는 신탁의 수익권을 취득한 자로서, 채무자에 대하여 어떠한 직접적 권리를 가지는 다른 채권자들이나 담보권자와는 달리, 채무자인 위탁자와는 직접적으로는 어떠한 권리의무관계도 가지지 않는다. 즉, 신탁계약과는 별개의 계약으로 채무자와 금전대차거래를 하여 채무가 발생하였고, 그 채무를 담

130) *In re Hedged-Investments Associates, Inc.*, 380 F.3d 1292 (2004). 해당 판례는 대출의 만기가 정하여져 있지 않을 것, 당사자 사이의 의도가 대출이 아닐 것 등을 포함하여 13가지의 판단 기준을 제시하고 있다. 또한 위에서 언급한 *In re Alternate Fuels, Inc.* 사례에서도 위의 기준에 따라 해당 청구권(claim)이 진정한 대출인지 아니면 지분투자인지를 검토하였으며, 결과적으로는 대출에 해당한다고 보았다. 덧붙여, 이러한 법원의 판단에 대하여 도산수탁인(trustee)은 예비적으로, 만약 위 대출을 지분투자자로 인정할 수 없다면 적어도 형평법상의 후순위 인정의 원칙(principles of equitable subordination)을 적용하여야 한다고 주장하였는데, 이러한 원칙은 예외적으로 적용되는 구제수단으로서, 이러한 원칙을 잘못 사용하거나 예측불가능하게 사용하면 법적 안정성을 해하게 되고, 법원이 정형화되지 않은 형평성에 근거하여 구속력 있는 계약을 존중하지 않을 수 있는 위험이 있다고 지적하면서 부정하였다. 이러한 미국 법원의 태도에 비추어볼 때, 도산법원의 형평권한을 인정하더라도, 그 형평권한의 범위에 대하여 매우 신중하고 제한적인 태도를 취하고 있음을 알 수 있다.

보호하기 위하여 담보신탁이 설정되고 채권자가 수익자로 지정이 된 것이라고 하더라도, 금전대차거래에 따라 채권자가 채무자에 대하여 회생채권자의 지위를 가지는 것과, 수탁자와의 관계에서 담보신탁에 따른 수익자의 지위를 가지는 것은 별개의 권리로 보아야 한다. 따라서 전혀 별개의 권리를 가지는 수익자가 채무자에 대하여 직접 권리를 다른 채권자나 담보권자와 다른 취급을 받는 것을 형평성에 어긋난다고 보기 어렵다.

또한 부정설은, 회생절차 개시에도 불구하고 해당 신탁재산을 담보신탁의 수익자가 자유로이 처분할 수 있도록 하면, 결국 채무자의 회생가능성은 낮아지므로, 도산절차의 취지를 고려할 때 바람직하지 않다고 지적한다. 그러나 해당 신탁재산은 이미 위탁자가 신탁을 설정할 당시에 수탁자에게로 '처분'되어, 이미 위탁자의 책임재산에서 분리되어 위탁자의 영업과는 무관하게 된 것이므로, 이를 수탁자가 처분할 수 있다고 하여 채무자의 회생가능성이 낮아진다고 보기는 어려울 것이다. 만약 이러한 위탁자의 신탁재산의 '처분행위'로 인하여 위탁자의 책임재산이 부족해지고, 다른 채권자들이 손해를 입게 되는 상황이 발생하였다면, 그러한 처분행위 자체가 다른 채권자들을 해하는 사해행위 등에 해당하는지를 검토하여 채무자회생법상의 부인권을 행사함으로써 해결할 문제인 것이지, 담보신탁의 도산절연성을 부정하여 해결할 일이 아닌 것으로 생각된다.

물론, 담보신탁의 대상이 된 신탁재산이 위탁자의 영업에 필요한 자산이고, 그러한 이유로 담보신탁계약의 특칙 등을 통하여 위탁자가 해당 신탁재산을 점유하면서 계속 사용하고 있었던 경우에, 수탁자가 이러한 신탁재산을 신탁계약이 정하는 바에 따라 자유로이 처분하면 채무자의 회생가능성을 해할 가능성이 있다. 그렇지만 이 문제는 도산절연성을 부정하는 것으로 해결할 것이 아니라, 위탁자가 담보신탁계약의 특칙에 따라 해당 신탁재산을 점유할 권한이 있다고 보아 수탁자의 환취권 행사를 제한하고, 그 점유의 근거를 수탁자가 일방적으로 해지하려고 할 때에는 이를 쌍방미이행쌍무계약 및 도산해지조항의 무효의 법리로 해결하거나 프랑스 상법의 예와 같이 위탁자를 보호하는 법률을 두는 방식으로 해결하는 것이 타당할 것으로 생각된다.

한편 이 근거와 관련하여 부정설은, 채권자들 간의 형평성을 해하게 된 예로 대법원 2016. 5. 25. 선고 2014마1427판결의 사례를 들면서, 특히 골프장 같은 경우에는 담보신탁의 도산절연성 인정으로 인하여 회사의 회생 자체가 어려워지는 문제가 발생한다고 한다.¹³¹⁾ 위 대법원 판결은 골프장 시설을 담보신탁으로 제공하여 자금을 조달한 골프장 사업자가 회생절차에 들어간 사안으로서, 골프장 사업자에 대하여 회생채권을 보유하고 있

131) 윤진수(주38), 733-734면; 최효종/김소연(주98), 482-483면.

으면서 담보신탁에 따른 수익권을 보유하고 있는 회생채권자들에게, 그 담보신탁 상의 권리의 포기 및 신탁계약 해지의 동의를 받기 위하여 회생계획 상의 변제율에 있어 다른 회생채권자들보다 유리한 변제율을 정한 것에 대하여 판단한 것인데, 대법원은 이러한 차등적 변제율은 공정 형평의 관념에 반하여 평등의 원칙에 위배된다고 보기 어렵다고 하였다.

담보신탁의 수익자로서의 지위는 회생채권과는 별개의 것이므로, 위 회생채권자는 수익권은 별개로 행사하고 회생절차에서는 단순한 회생채권자로서 다른 회생채권자들과 동일한 취급을 받으면 될 것이다. 그런데 해당 골프장 시설이 골프장 사업자의 회생에 필수적인 자산이었기 때문에 관리인은 해당 신탁수익자들에게 신탁계약의 해지에 동의를 할 것을 권유하면서, 그 동의의 조건으로 변제율에 있어 다른 회생채권자들보다 유리한 취급을 받는 것을 제안한 것이다. 따라서 이것을 담보신탁으로 인하여 공정, 형평에 반하는 결과가 초래된 예라고 보기는 어려울 것이고, 오히려 위 담보신탁의 수익자들은 담보신탁이 정하는 바에 따라 신탁재산을 처분하여 채권을 변제받을 수 있었음에도 불구하고, 골프장 사업자의 회생을 위하여 그 신탁계약의 해지에 동의해준 것이므로, 그러한 협의에 대한 대가를 지급받는 것은 당연하다고 볼 일이다.¹³²⁾

또한 골프장의 사례를 들면서, 담보신탁의 도산절연성 인정이 회사의 정상화 가능성을 해하고 골프장 회원과 같은 다른 채권자들의 권리를 해한다고 하나, 이러한 문제는 인허가 문제와 회원 보호의 필요성이 있는 골프장의 특수한 사례에 국한되는 문제이므로, 체육시설법과 같은 골프장 관련 법률의 개정을 통해 해결하여야 할 문제이지 담보신탁의 도산절연성이라는 일반 원칙을 수정하여 해결할 문제인 것은 아니라고 생각된다. 담보신탁은 골프장 시설에만 활용되는 것이 아니고, 여러 다양한 분야에서 활발하게 사용되고 있으므로, 골프장의 특수 사례를 들어 담보신탁 전체의 도산절연성을 부정하여야 한다고 보는 것은 타당하지 않을 것으로 생각된다.

결론적으로 현행법의 해석상 신탁법상의 신탁으로 적법하게 설정된 담보신탁의 도산절연성을 부정할 근거는 없을 것으로 생각되고, 이는 도산절차의 취지를 고려해도 마찬가지

132) 이에 대하여 골프장의 경우에는 신탁에 따른 공매처분을 하면 그 인허가가 소멸되고 단순 임야로 처분되어 그 처분가액이 낮아지게 되므로, 신탁수익자들은 이를 고려하여 동의를 하는 것일 뿐이라고 지적한다. 최효종/김소연(주98), 483면. 하지만 이는 골프장이라는 특수한 사안에 국한하여 문제되는 것일 뿐 이를 담보신탁의 일반의 문제로 확대할 이유는 없을 것이고, 그러한 점을 감안하여 신탁 수익권을 가진 채권자들의 변제율도 100%가 되지 못했던 것으로 생각된다. 해당 논문은 변제율이 과도하였다는 점도 지적하고 있으나, 이는 변제율 산정의 구체적인 타당성의 문제이지, 회생채권자와 차별적으로 취급한 것 자체의 문제라고 보기는 어려울 것이다.

이다.¹³³⁾ 따라서 입법을 통하여 담보신탁을 금지하거나 담보신탁의 도산절연성을 부정하는 규정을 신설하지 않는 한, 현행법 하에서 판례를 통하여 담보신탁의 도산절연성을 부정하는 것은 타당하지 않다.¹³⁴⁾

V. 결론

지금까지 검토한 바와 같이, 신탁의 도산절연성은 신탁의 본질적인 부분으로서, 현행법 하에서 판례의 해석만으로 이를 부정하는 것은 도산절차의 한계를 넘어 신탁법상의 신탁의 본질을 해하는 것으로서 타당하지 않으며 담보신탁의 경우에도 마찬가지이다.

신탁의 도산절연성을 제한할 필요성이 있다는 견해, 특히 최근의 담보신탁 도산절연성을 비판하는 견해들은, 담보신탁에 대하여 도산절연성을 인정함으로써 인하여 채무자의 회생가능성이 낮아지고, 다른 채권자들이 피해를 입는 등 그에 따른 문제점은 많은 반면, 담보신탁을 인정하여야 할 사회 경제적 효용은 많지 않다고 주장한다.¹³⁵⁾

그러나 담보신탁을 활용할 사회 경제적 효용은 다음과 같은 이유로 여전히 많다고 볼 수 있다. i) 먼저, 담보목적으로 신탁을 활용하면 거래의 비용이 절감된다. 담보신탁이 아닌 저당권을 설정하는 경우에는 등록세 및 교육세 등을 포함한 각종 세금을 납부하여야 하고, 국민주택채권매입의무를 지는 반면, 담보신탁을 설정하는 경우에는 그러한 비용을 지급할 필요가 없다.¹³⁶⁾ ii) 그리고 담보신탁을 설정한 경우에는 신탁의 처분 사유가 발생하면, 수익자의 지시에 따라 수탁자가 직접 처분을 할 수 있으므로, 채권자가 저당권을 실행하여 경매를 통해 처분하는 것보다 훨씬 신속하게 처분할 수 있으며, 이와 같이 시장에서 매각하는 것이 경매절차를 통해 매각하는 것보다 가격측면에서도 더 유리할 수 있다. iii) 또한 담보신탁의 도산절연성으로 인하여 위탁자로부터 담보대상목적물이 분리됨에 따라, 위탁자의 신용위험으로부터 자유로워지므로, 위탁자 소유의 재산에 대하여 담보를 설정하여 자금을 조달하는 것보다 훨씬 유리한 조건으로 자금을 조달하는 것이 가능해진다. 담보신탁이 아니라 자산유동화의 사례이기는 하지만, 실무에서 실제로 자산유동화를 통해 자금을 조달하는 이유는 그 회사가 직접 증권이나 사채를 발행하는 것보다, 자

133) 이는 도산해지조항이 도산절차의 목적과 취지에 반하는 측면이 있다고 하여 일률적으로 무효로 본다면 계약자유의 원칙을 심각하게 침해하는 결과를 낼 수 있다고 지적한 대법원판결(대법원 2007. 9. 6. 선고 2005다38263 판결)의 태도에 비추어보아도 그러하다고 할 수 있다.

134) 이에 대해서는 이익집단 등의 반발로 입법을 하는 것은 어려울 것이 예상되므로 대법원의 판결로 해결하여야 한다는 견해가 있다. 윤진수(주38), 740면.

135) 윤진수(주38), 735-736면; 윤진수/최효종(주42), 48-51면.

136) 안성포, “채권금융기관에 의한 담보신탁의 활용”, 증권법연구 제13권 제3호, 한국증권법학회, 2012, 296-297면.

산유동화를 통해 자산담보부증권을 발행하는 것이 그 신용등급의 산정에 있어서 매우 유리하기 때문이며, 그 때 가장 중요한 점은 해당 자산이 신탁으로 인하여 위탁자의 신용위험으로부터 완전히 분리되는지 여부이다.¹³⁷⁾ 이러한 자산유동화의 예에 비추어 볼 때, 담보신탁의 경우에도, 위탁자의 신용위험으로부터 분리함으로써 그 이율 등 차입 조건에 있어 매우 유리해질 수 있고, 위탁자가 스스로는 담보부로 자금을 조달하는 것이 불가능할 때도 자산을 분리하여 제공함으로써 자금조달이 가능해질 수도 있다.

덧붙여, 신탁의 도산절연성이라는 특징을 이용하여 자금을 조달한다는 측면에서, 신탁을 이용한 자산유동화와 담보신탁거래는 유사점이 있는데, 담보신탁만을 문제삼아 이를 부정하여야 할 이유도 없을 것이다. 물론 자산유동화를 위한 신탁의 경우에는 수탁자가 신탁재산을 관리 및 운용하고, 그 운용수익을 수익자에게 배분함으로써 채권의 변제의 효과를 받는다는 점에서, 금전대차계약을 별도로 체결하고 신탁재산은 담보목적으로만 소유하다가, 채무불이행이 발생하면 처분하는 형태의 담보신탁과는 다른 점이 있다. 그렇지만 결국 신탁의 도산절연성을 이용하여 신탁재산을 위탁자로부터 분리하여 담보목적으로 이전하여 해당 신탁재산을 근거로 하여 자금을 조달한다는 점에서는 유사하므로, 이들 신탁을 전혀 다르게 취급하여야 할 근거는 찾기 어렵다.

물론, 현재 거래계에서 담보신탁으로 인하여 문제가 발생하는 경우가 있고 그 때마다 대법원이 법률관계의 해석으로 해결하고 있다는 점에서 문제가 있기는 하다.¹³⁸⁾ 따라서 오히려, 입법을 통하여 담보신탁을 금지하거나, 그 도산절연성을 부정할 것이 아니라, 담보신탁에 대한 규정을 신탁법에 두어 그 법률관계를 명확히 하는 것이 필요할 것으로 생각된다.

결론적으로, 담보신탁 또한 신탁법상의 신탁인 이상 신탁의 본질적인 특징인 도산절연성을 부정할 수 없을 것이며, 만약 정책적인 이유로 담보신탁의 도산절연성을 수정할 필요가 있다고 하더라도, 이는 도산법원의 해석을 통하여 할 것이 아니라 신탁법에 규정을 두는 방식으로 해결할 일이라고 할 것이다. 입법을 통하여 담보신탁 제도를 보완할 필요성이 있는지, 그리고 보완한다면 어떻게 할 것인지 등에 대해서는 앞으로 좀 더 깊이 있는 논의가 필요할 것으로 생각된다.

137) 김준태, “자산유동화를 통한 기업자금조달의 구조 및 특성에 관한 연구”, 전문경영인연구 제17권, 한국전문경영인학회, 2014, 70-71면.

138) 비록 담보신탁의 도산절연성을 부정하는 입장이지만, 담보신탁에 관련한 문제들이 담보신탁에 대한 입법의 부재로 인한 것이라는 점을 지적하는 견해가 있는데, 해당 지적은 타당한 측면이 있다. 정소민(주53), 112-113면.

[토론문]

신탁의 도산절연성에 대한 검토

- 담보신탁의 도산절연성에 대한 논의를 중심으로 -

정소민(한양대 법학전문대학원)

문혜영 교수님의 발표 잘 들었습니다. 담보신탁의 도산절연성을 긍정하는 입장에서 상세하고 설득력 있는 논의를 전개해 주셔서 경청하였습니다. 이미 발표문에서 도산절연 긍정성과 부정설에 대한 자세한 논증을 해 주셨기 때문에 크게 덧붙일 내용은 없습디다만, 제가 발표자이신 문 교수님과 는 도산절연성에 대해 다른 견해를 가지고 있어서 도산절연성을 부정하는 입장에서 몇 가지 첨언하고 질의를 드리는 것으로 토론을 대신하겠습니다.

1. 우리나라 담보법의 흐름과 담보신탁의 도산절연성

담보거래에 관한 우리나라의 대법원 판례 및 입법 동향을 살펴보면 소유권의 이전인지 담보권인지 여부를 결정함에 있어서 거래의 형식적인 측면보다는 오히려 그 거래의 실질적 기능에 주목하고 있음이 관찰됩니다. 먼저 부동산 양도담보거래에 관하여 살펴보면, 「가등기담보 등에 관한 법률」(이하 “가등기담보법”) 제1조에서 규정하는 대차거래와 관련하여 그 채권을 담보할 목적으로 채권자 앞으로 부동산의 소유권이전등기를 마쳤더라도 가등기담보법에 따른 청산절차를 거치지 않는 한 그 채권자는 담보권자에 불과합니다. 「동산·채권 담보에 관한 법률」(이하 “동산·채권담보법”)도 ‘담보약정’을 “양도담보 등 명목을 묻지 아니하고 이 법에 따라 동산 채권 지식재산권을 담보로 제공하기로 하는 약정”이라고 정의하고 있습니다(동법 제2조 제1호). 또한 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」은 양도담보권을 회생담보권으로 취급하고 있습니다(동법 제141조 제1항). 따라서 부동산의 소유권 이전이라는 거래 형식을 취하여 등기부상 채권자가 그 부동산의 소유자로서 공시되더라도 그 부동산을 담보로 제공한 채무자의 도산위험으로부터 절연되는 것은 아닙니다. 가등기담보법이나 동산·채권담보법에서 볼 수 있듯이 우리나라 담보법은 당사자가 채권을 담보할 목적으로 담보목적물의 소유권을 이전한 경우 ‘소유권 이전’이라는 거래의 형식보다는 ‘당사자가 담보거래를 의도한 것인지’ 그 실질을 중시하고 있습니다. 이런 기능주의적 관점에서 담보신탁을 바라보면 비록 수탁자가 부동산의 소유권을 이전받았다고 하더라도 이 거래의 실질은 담보거래라고 보아야 하고, 담보신탁의 도산절연성을 인정하는 것은 오히려 우리나라 담보법의 흐름에 역행하는 것으로 보입니다.

발표문(34면)에서는 담보신탁의 도산절연성을 긍정하는 입장에서 “...위탁자와 별개로 신탁에 의하여 수탁자로부터 취득한 권리인 담보신탁의 수익권을 도산절차에 구속시키는 것은, 도산절차의 구속을 받지 않는 권리인 제3자의 소유권 등 재산권을 제한하는 것으로서, 도산절차에서 ‘형식보다 실질’의 한계를 벗어나는 것으로 생각된다.”고 논의를 전개하고 있

습니다.

그러나 기능주의적 접근법에 따를 때 담보신탁의 설정에 있어서 당사자의 의사 중 가장 중요한 부분은 “담보목적으로 재산을 분리하여 (수탁자에게) 이전”하려는 의사입니다. 양도담보권 설정의 경우에도 양도담보설정자로부터 “담보목적으로 재산을 분리하여 (채권자에게) 소유권을 이전”하려는 것이 당사자의 의사라는 점에서 양자는 크게 다르지 않다고 생각됩니다. 이런 관점에서 보면 제3자인 수탁자에게 소유권을 이전하든 채권자에게 직접 소유권을 이전하든 양자 모두 실질적으로 채권의 담보를 위한 것이라는 점에 더 무게를 두어야 하고 신탁이라는 법 형식을 이용하였다는 거래 구조상의 차이점을 들어 신탁의 도산절연성을 긍정하는 것에는 개인적으로 찬성하기 어렵습니다.

2. 소유권유보부 매매에 관한 대법원 판결

2014년 대법원은 소유권유보부 매매와 관련하여 “동산의 소유권유보부매매는 동산을 매매하여 인도하면서 대금 완납시까지 동산의 소유권을 매도인에게 유보하기로 특약한 것을 말하며, 이러한 내용의 계약은 동산의 매도인이 매매대금을 다 수령할 때까지 대금채권에 대한 담보의 효과를 취득 유지하려는 의도에서 비롯된 것이다. 따라서 동산의 소유권유보부 매매의 경우에, 매도인이 유보한 소유권은 담보권의 실질을 가지고 있으므로 담보 목적의 양도와 마찬가지로 매수인에 대한 회생절차에서 회생담보권으로 취급함이 타당하고, 매도인은 매매목적물인 동산에 대하여 환취권을 행사할 수 없다.”¹⁾라고 판시하여 매도인이 유보한 소유권이 매수인에 대한 회생절차에서 회생담보권으로 취급되어야 함을 명확히 하였습니다.

이 대법원 판례는 회생파산법상 유보된 소유권을 회생담보권으로 취급한다는 명문의 규정이 없음에도 불구하고 유보된 소유권을 회생담보권으로 취급하였다는 점에서도 의의가 있다. 담보신탁의 도산절연성을 긍정하는 입장에서는 도산법의 해석과 관련하여 “법률에 명시된 경우를 벗어난 확장해석은 가급적 인정하지 않아야 하고, 법률상 명시적인 근거 없이 담보신탁의 신탁재산이 도산절차가 개시된 채무자의 재산에 포함된다고 해석할 수는 없다”고 주장합니다. 그러나 도산법 실무상으로는 상당한 기간 동안 회생절차에서 소유권유보부 매매를 회생담보권으로 취급하여 왔고, 위 대법원 판결은 회생파산법의 명문 규정 없이도 이러한 실무의 태도를 판결로서 명백히 지지한 것입니다.

이 논리를 담보신탁에 확장하면, 매도인이 유보한 소유권이 담보권의 실질을 가지고 있는 것과 마찬가지로 담보신탁에서 수탁자의 소유권 내지 채권자의 수익권도 담보의 실질을 가지고 있다고 해석하는 것이 가능하다고 생각됩니다. 또한 회생파산법 제141조 제1항에 담보신탁이 회생담보권으로 규정되어 있지 않지만 저당권 또는 양도담보권과 실질적으로 유사한 기능을 수행한다는 점에서 이 규정을 담보신탁에 유추적용할 수 있을 것으로 생각됩니다. 또한 이와 같이 해석하는 것이 도산절차에서 유사한 지위에 있는 채권자들이 공평한 취급을 받아야 한다는 도산법의 정책적 목표에도 부응하게 된다고 생각합니다.

3. 정책적 고려와 담보신탁의 도산절연성

금융실무에 종사하는 금융가와 법률가 중에 담보신탁은 다른 담보권과 달리 채무자의 도산위험으로부터 절연된 자금조달수단으로서 저비용으로 자금을 융통할 수 있는 유용한 제도

1) 대판 2014.4.10. 2013다61190.

라고 평가하면서 정책적인 측면에서라도 담보신탁의 도산절연성은 긍정되고 유지되어야 한다는 견해도 있습니다. 특히 우리나라에서 담보신탁은 저신용기업이나 한계기업의 자금조달 수단으로 이용된다는 점을 지적하면서, 담보신탁의 도산절연성을 부정하게 되면 저신용기업이나 한계기업의 경영정상화의 마지막 기회를 박탈하고 도산시기를 앞당기는 결과가 초래될 수 있다고 합니다. 그런데 담보신탁의 도산절연성이 효율적인 금융을 촉진한다는 점을 수긍하더라도, 다른 한편으로는 실질적으로 담보거래에 해당하는 담보신탁의 수익자에게만 도산절차상의 제약을 피할 수 있는 우월적 지위를 부여하여 채무자의 회생을 어렵게 한다는 점도 정책적으로 고려할 필요가 있습니다. 실무상으로 특히 골프장 회생절차에서 채무자 회사의 골프장시설 등을 신탁재산으로 한 부동산 담보신탁계약의 우선수익자인 회생채권자들은 대여금 채권이 전액 변제되지 않는 이상 언제든지 수탁자에게 골프장 영업에 필수적인 골프장시설에 대한 처분을 요청할 수 있는데 골프장 영업을 전제로 한 회생계획의 수행을 위해서는 우선수익자들로부터 신탁계약상의 권리포기 등이 반드시 필요하기 때문입니다. 적어도 이러한 점들을 고려하면 담보신탁의 도산절연성을 부정하는 쪽으로 해석할 필요성이 크다고 판단되는데 이에 대한 발표자의 견해를 듣고 싶습니다.

자동차사고에서의 과실비율제도와 신뢰보호원칙

김성연

I. 들어가며

자동차사고와 관련한 민사분쟁의 대다수는 과실비율 산정 문제라고 할 수 있다.¹⁾ 그리고 국민들의 불만도 가장 많은 분야라고 할 수 있다. 과실비율 산정 자체에 대한 불만도 있지만 가장 큰 불만은 피해자라고 생각하는데도 과실비율 산정에 의하여 가해자의 손실까지 보상해줘야 하는 부분이다.²⁾ 보험으로 처리되는 부분이긴 하지만 결국은 자부담 부분이 있다는 점과 보험료 상승이라는 불이익을 입게 된다. 보험회사들이 관행적으로 쌍방과실로 끌고 가려는 경향도 그렇지만 자동차사고를 처리하는 경찰들도 쌍방과실로 결론 내리는 경우가 많다. 그 이유는 쌍방과실로 인정되어야 보험회사들에게 유리하기 때문이다. 자동차사고 ‘과실비율 분쟁심의회위원회’³⁾의 공정성이 의심받는 이유이기도 하다.⁴⁾ 물론 이러한 문제를 해결하기 위하여 ‘과실비율인정기준’에 대한 개선노력⁵⁾이 있긴 하지만 근본적인 해결책은 되지 못하고 있다.

이러한 자동차사고에서의 과실비율제도 문제의 근본적인 이유는 법이론적으로 과실상계와 불법행위 성립요건으로서의 과실을 혼동하고 있다는 점과 판례에서 형성된 신뢰의 원칙을 교통사고 책임제한의 원리로 보험사들이 주축이 된 과실비율 인정제도에서 거의 활용하지 않기 때문이다. 신뢰의 원칙에 의한 책임제한은 불법행위 성립을 제한하는 역할까지도 할 수 있지만 실제로는 과실상계에서만 작동하는 것으로 한정하고 있는 것으로 보인다.

이하에서는 이러한 문제의식을 가지고 먼저 자동차사고와 관련한 민사사건에서의 과실비율제도와 과실상계에 대하여 살펴본다. 불법행위 성립요건으로서의 과실과 책임을 제한하는 과실상계에서의 과실의 의미에 대하여 검토한다. 두번째로는 불법행위 성립요건으로서의 과실과 신뢰의 원칙에 대하여 살펴본다. 신뢰의 원칙이 적용되어 과실이 없음으로 인하여 불법행위 성립을 저지할 수 있는지에 대하여 살펴본다. 신뢰의 원칙은 형사법 영역에서 발달한 이론이지만 독일과 일본은 물론 우리 민사판례에서도 인정하고 있는데, 우리민법의 기본

- 1) “車보험 과실비율 분쟁 폭증…분심위 법적 구속력 강화한다” (이투데이 2023.4.25.기사 <https://www.etoday.co.kr/news/view/2243357>); “차사고 과실비율 산정 ‘못 믿어’ ...소비자 불만 폭주” (소비자가 만드는 신문 2018.12.15. 기사 <https://www.consumernews.co.kr/news/articleView.html?idxno=528964>); “차 사고났는데 보험 수리비 1년 지난 후 지급?...수개월 걸리는 ‘과실비율 분쟁 조정’에 불만 폭발” (소비자가 만드는 신문 2022.6.27.기사 <https://www.consumernews.co.kr/news/articleView.html?idxno=652419>)
- 2) “[팩트체크] 사고 책임이 더 큰 키보드 운전자 치료비도 차량 운전자가 묻다?” (연합뉴스 2021.11.15.기사 <https://www.yna.co.kr/view/AKR20211115069400502>)
- 3) 손해보험협회 산하기관으로 손해보험사들의 협정으로 설립되었다.
- 4) “민주 황운하 의원 ‘교통사고 과실비율 분심위, 선수가 심판도 겸하나’ ” (충청뉴스 2022.10.11.기사 <https://www.ccnnews.co.kr/news/articleView.html?idxno=271896>); ‘[生生국감] 車사고 분쟁조정 논란… “보험사 추천위원만 가득”(뉴데일리 2022.10.11.기사 <https://biz.newdaily.co.kr/site/data/html/2022/10/11/2022101100024.html>)
- 5) “피할 수 없는데 ‘쌍방과실’...교통사고 과실 비율 일부 개선” (YTN 2019.5.27.기사 https://www.ytn.co.kr/_ln/0103_201905271525064018); “車사고시 보험사 현장출동직원 과실비율 판단 못한다…금감원, 결정과정 투명화 추진” (조선일보 2015.12.3.기사 https://biz.chosun.com/site/data/html_dir/2015/12/03/2015120301364.html)

원리라고 할 수 있는 신뢰보호의 원칙에서도 근거를 찾을 수 있음을 검토하고자 한다. 세 번째로는 이상의 논의를 바탕으로 판례를 분석하여 신뢰의 원칙이 적용되는 상황에 대하여 분석하고자 한다. 교통법규를 어긴 상대방의 행위로 인한 자동차사고에서 상대방이 법규를 지킬 것이라고 신뢰한 피해자에게 불법행위책임 자체가 성립할 수 없음을 논하기로 한다.

II. 자동차사고의 과실비율 제도

1. 자동차사고의 책임구조

자동차사고로 인하여 물적 인적 손해가 발생한 경우 민법 제750조의 불법행위가 성립한다. 그런데 자동차의 경우 대부분은 보험에 가입되어 있어 자동차 대 자동차 사고의 경우 양 보험회사가 보험으로 처리하고 종결한다. 이후 배상액에 따라 운전자에게 보험료 상승 등의 불이익이 부과된다. 보험회사끼리 분쟁이 생기면 민사소송으로 가야 하지만 손해보험협회 산하의 ‘과실비율 분쟁심의위원회’의 심의를 거치게 된다. 보통 자동차운전자들은 보험처리를 보험회사에 맡겨 놓지만 과실비율에 대하여 불만이 있는 경우 분쟁심의위원회를 거쳐 민사소송을 제기하여야 한다.

이러한 구조하에서 보험회사들은 손실을 줄이고 이익을 높여야 하는 부분이 있기 때문에 위험을 서로 나눠 가지려는 경향과 그 후 손실은 보험가입자에게 전가하려는 손쉬운 유혹에 놓여 있는 것이다. 그래서 분쟁심의위원회의 ‘과실비율 인정기준’에서 100% 과실이 인정되는 사례는 극히 드물다. 앞서 언론보도에서 보듯이 분쟁심의위원회 구성 자체도 보험사들을 이익을 대변하는 사람들로 구성되어 있기 때문에 이러한 경향이 강화된다. 결국 보험가입자들인 자동차사고의 피해자들은 민사소송 과정을 거쳐야 하지만 그 지난함과 비용 문제 등으로 과실비율을 조금 높게 인정 받는 것으로 만족하고 종결하는 경우가 많다.

2. 과실비율제도와 과실상계

(1) 과실비율제도와 과실상계

1) 과실비율제도

과실비율제도에 대하여는 손해보험협회에서 운영하는 ‘과실비율 분쟁심의위원회’(이하 분심위)에서는 “교통사고에서의 과실은 자동차 운행과정에서 발생한 사고의 운전자 주의의무 위반에 대한 책임을 의미하며, 과실비율은 교통사고 가해자와 피해자의 책임정도를 나타내는 비율을 의미합니다.”라고 정의하고 있다.⁶⁾ 또한 [과실비율 산정 원칙]으로 “1. 도로교통법의 우선권 여부에 따라 판단합니다. 2. 교통강자의 위험부담의 원칙이 있습니다.(예 : 자동차의 위험부담 > 보행자의 위험부담) 3. 사고 당시의 구체적 상황(차량의 속도, 사고 현장의 교통량, 가시거리, 도로의 폭과 종류 및 상황, 교통정리 및 규제상황, 기후와 계절을

6) 과실비율 분쟁심의위원회 과실비율정보포털 홈페이지 참조(<https://accident.knia.or.kr/about>).

비롯한 자연 조건 등)을 고려합니다.” 라고 한다. 이러한 과실비율을 최대한 반영하여 기준화 한 것이 ‘과실비율 인정기준’이다.⁷⁾

분심위는 보험업법 제125조에 의하여 손해보험협회간에 자율 협정으로 조직된 기구로 금융감독위원회의 인가를 받아 설립되었다. 자율협정으로 조직된 기구이지만 금융감독위원회는 공정거래위원회와 협의하여 협정의 변경·폐지 또는 새로운 협정의 체결을 명하거나 그 협정의 전부 또는 일부에 따를 것을 명할 수 있다(보험업법 제125조 2항 및 3항). 이에 따라 ‘과실비율 인정기준’ 등에 개입할 수 있다.

2) 과실비율제도와 과실상계

과실비율제도는 분심위에서 정의하듯이 가해자와 피해자의 책임정도를 나타내는 비율로 민법상 과실상계에 해당한다. 그런데 분심위에서는 “가해자의 과실은 사고의 주요 원인제공자로서 교통법규위반에 대한 형사상·행정상 처벌을 받는 강력한 과실임에 반해 피해자의 과실은 방어운전 등에 대한 민사상 책임을 지는 약한 과실”이라고 정의하여 과실상계의 과실과 불법행위성립요건으로서의 과실을 구분하는 입장을 보이면서도 과실상계에서 평가되어야 할 피해자의 과실도 불법행위성립요건으로서의 과실로 인정하는 관행을 보인다. 성립요건으로서의 과실과 과실상계의 과실을 사실상 동일시하는 것이다. 이하에서는 과실상계에 대하여 검토하여 그 요건으로서 과실의 의미에 대하여 검토하여 불법행위성립요건으로서의 과실과 과실상계의 과실은 다르며 판단도 별개로 이루어져야 함을 논하기로 한다.

(2) 과실상계의 의의

민법 제763조는 ‘채무불이행에 관하여 채무자에게 과실이 있는 때에는 법원은 손해배상의 책임 및 그 금액을 정함에 이를 참작하여야 한다.’는 민법 제396조의 채무불이행으로 인한 손해배상의 과실상계 규정을 불법행위로 인한 손해배상의 경우에 준용하고 있다.

과실상계란 채무불이행에 의한 손해배상의 책임원인의 성립 또는 그 결과인 손해의 발생·확대에 관하여 채권자의 과실이 가담한 경우에는 손해배상의 책임 및 손해배상액을 정할 때에 채권자의 과실을 참작하여 배상책임을 면제하거나 손해배상액을 감경하는 제도⁸⁾이다. 상계의 의미는 채권소멸원인의 하나인 상계(민법 제492조)와 같이 의사표시에 따라 이루어지는 것이 아니고, 배상의무자의 과실과 배상권리자의 과실에 의한 양자의 권리가 대등액에서 소멸하는 것도 아니므로 배상권리자의 과실 참작이라고 보아야 한다.⁹⁾ 일본 민법에서는 과실상계라는 의미로 ‘過失相殺’라는 표현이 사용되고 있고, 독일 민법 제254조는 ‘공동과실’ (Mitverschulden)이라는 용어를 사용하고 있다. 영미법에서는 ‘기여과실’ (contributory negligence) 혹은 ‘비교과실’ (comparative negligence)이라는 용어를 사용한다.¹⁰⁾

불법행위에 기한 손해배상책임에서의 과실상계는 두 가지 내용에서 일본 민법 제722조 제

7) 과실비율 인정기준은 현재 10차 개정판이 2023.6.부터 시행되고 있다.

8) 주석민법, 채권총칙1(제5판), 한국사법행정학회(2020), 931(문주형); 김준호, 민법강의(제29판), 법문사(2022), 588면.

9) 주석민법, 채권총칙1, 931; 고명식, 채권총론(제2판), 동방문화사(2015), 106; 김상용, 채권총론(제3판), 화산미디어(2016), 174.

10) 주석민법, 채권총칙1, 932.

2항과 차이가 있다. 즉 민법상으로는 불법행위에서의 과실상계에서도 피해자의 과실을 반드시 참작하여야 하며 그 과실이 중한 경우에 면책을 인정할 수 있으나, 일본 민법상의 불법행위에 기한 손해배상에서는 피해자의 과실을 단지 손해배상액을 정할 때에 재량적으로 참작할 수 있을 뿐이며 반드시 참작하여야 하지는 않고 또한 피해자의 과실이 중하다고 하여 면책시킬 수는 없다.¹¹⁾

과실상계제도의 이론적 근거로, 보통 자기의 과실에 기인한 손해를 타인에게 전가하는 태도는 손해의 타당한 분담에 반하므로 공평의 견지에서 자기의 과실에 의하여 생긴 손해는 자기가 스스로 부담하여야 옳다고 보는 공평설이 있다.¹²⁾ 또한 채권자의 행위가 손해의 발생(확대)에 기여하였음에도 전체 손해에 대해 배상을 청구하는 것은 신의칙상 허용될 수 없다거나¹³⁾ 신의칙에 따른 “선행행위와 모순되는 거동의 금지”(Verbot des venire contra factum proprium) 원칙과 관련하여 과실상계제도의 기본사상을 이해하는 견해도 있다. 그 외에 가해자와 피해자 쌍방의 과실 있는 행위가 협동하여 하나의 손해를 발생, 혹은 확대시킨 경우에, 그 원인의 강약에 따라 피해의 분담을 결정해야 한다는 협동원인설¹⁴⁾도 있다. 판례는 초기에는 협동원인설을 취하였으나,¹⁵⁾ 1970년대 이후에는 형평과 신의칙에 따른 손해의 공평한 분담을 위하여 가해자와 피해자 사이의 관계를 조절하는 것이라고 하거나¹⁶⁾ 손해를 가해자와 피해자 사이에 공평하게 분담시키는 것¹⁷⁾이라고 판시하여 일관되게 공평설을 취하고 있다.

과실상계 제도는 확정된 책임을 다시 한번 피해자의 기여를 고려하여 공평의 관점에서 인정되는 제도라고 보아야 한다. 따라서 공평설이 타당한 것으로 보인다.

과실상계제도는 특히 불법행위에서 피해자보호를 위해 과실책임에서 위험책임·무과실책임으로 그 영역을 넓히는 것에 대응하여, 가해자에 대한 배려의 차원에서 피해자에게 과실이 있는 때에 그 정도에 따라 배상책임을 부정하거나 배상액을 감액함으로써 궁극적으로는 손해의 공평·타당한 부담을 실현하는 ‘조정적 기능’을 수행한다.¹⁸⁾

(3) 과실상계의 요건

11) 주석민법, 채권총칙1, 935.

12) 고명식, 채권총론(제2판), 동방문화사(2015), 105; 김상용, 채권총론(제3판), 화산미디어(2016), 174; 김중환/김학동, 채권총론, 박영사(1998), 153; 양형우, 민법의 세계(이론과 판례)(제11판), 피앤씨미디어(2019), 915; 윤철홍, 채권총론(제3전정판), 법문사(2018), 220; 정기웅, 채권총론(제2전정판), 법문사(2014), 181; 조성민, 채권법, 두성사(2014), 84.

13) 김준호, 채권법(제10판), 법문사(2019), 112; 노중천, 채권법, 동방문화사(2015), 126.

14) 권용우, 불법행위론, 신양사(1998), 566; 이재훈, 판례불법행위법(12), 한국사법행정학회(1996), 31.

15) 대법원 1959. 11. 19. 선고 4292민상530 판결. 채무불이행 또는 불법행위에 있어서의 과실상계의 규정은 채권자의 과실로 인한 행위가 채무의 불이행 또는 불법행위에 협력하거나 채무의 불이행 또는 불법행위로 인한 손해의 발생에 협력한 경우에 적용되는 것이라 해석할 것이라고 전제한 다음 당해 사안에서는 원고의 과실이 채무자의 채무불이행 또는 그로 인한 손해발생에 협력한 것이라고 할 수 없어 과실상계의 여지가 없다고 판단하였다.

16) 대법원 1977. 9. 28. 선고 76다1778 판결.

17) 대법원 1997. 11. 14. 선고 97다35344 판결.

18) 김준호, 채권법(제10판), 법문사(2019), 112; 주석민법, 채권총칙1, 933.

1) 과실의 의미

과실상계에서의 과실의 의미에 관하여는 책임성립요건으로서의 고유한 의미의 과실과 동일하다는 견해(동질설)와 양자는 성질상 구별된다는 견해(이질설)가 대립한다.

동질설(엄격과실설, 양과실동의설)은 과실상계에서의 ‘과실’을 특이한 관념으로 생각할 필요가 없는바, 신의칙상의 주의의무위반이라는 점에서 고유한 의미에서의 과실과 다르지 않다고 보는 견해이다.¹⁹⁾

이질설²⁰⁾은 채권자에게는 스스로에게 손해를 가하지 않도록 주의를 하여야 할 법률상의 의무가 부담되지 아니하므로 채무불이행에서의 채권자의 과실을 보통의 과실과 같은 의미로 생각할 수는 없다고 본다. 여기에는 과실상계에서의 과실을 약한 부주의, 가벼운 부주의 혹은 단순한 부주의로 이해하는 입장,²¹⁾ 과실상계에서의 과실을 ‘자기 자신에 대한 과실’로 이해하여, 타인에 대한 법적 주의의무의 위반을 뜻하는 고유한 의미에서의 과실과 구별하는 입장,²²⁾ 과실상계에서의 과실은 타인에 대한 법적의무를 전제로 하지 아니하여 보통의 과실과 구별되고, 기껏해야 ‘자기 자신에 대한 과책’, 즉 자기 자신의 이익을 꾀하며 손해를 방지할 책무(Obliegenheit)를 위반한 경우에 불과하다고 보는 입장²³⁾ 등이 있다.

질충설은 과실상계가 책임부정의 기능(면책)의 기능을 하는 경우에는 피해자의 과실도 가해자의 과실과 같은 정도의 것이어야 하나, 단순히 배상액 삭감의 기능을 하는 경우에 피해자의 과실은 가해자의 것과는 달리 약한 정도의 과실로 충분하다는 견해이다. 피해자의 과실의 전제가 되는 주의의무가 법령이나 관습 등에 의해 부과된 것이 아니라도 사회통념상 피해자가 그 상황에서 그러한 주의를 다할 것으로 기대되는 경우에 과실상계가 인정될 수 있다고 한다.²⁴⁾

판례는 초기에는 손해배상 여부를 결정하거나 그 배상액을 정할 때에 채권자의 과실을 참작하기 위해서는 채권자가 손해배상의 책임원인의 성립 또는 손해발생에 가담을 한 사정을 요한다고 판시하여 과실상계에서의 과실을 고유한 의미에서의 과실과 동일한 의미로 파악한 판례가 있었다.²⁵⁾ 그러나 그 후에 태도를 바꾸어, “불법행위에 있어서 가해자의 과실은 의무위반이란 강력한 과실인 데 반하여, 피해자의 과실을 따지는 과실상계에 있어서의 과실이란 전자의 것과는 달리 사회통념상, 신의성실의 원칙상 공동생활상 요구되는 약한 부주의를

19) 고명식, 채권총론(제2판), 동방문화사(2015), 106-107; 곽윤직, 채권총론(민법강의Ⅲ), 박영사(2018), 126; 김용한, 채권법총론, 박영사(1983), 219; 현승중, 채권총론, 일신사(1982), 168.

20) 김상용, 채권총론(제3판), 화산미디어(2016), 178; 김중환/김학동, 채권총론, 박영사(1998), 154; 김형배, 채권총론(제2판), 박영사(1999), 275-276; 노종천, 채권법, 동방문화사(2015), 126; 송덕수, 채권법총론(제4판), 박영사(2018), 185; 양창수/김재형, 민법 I (계약법), 박영사(2015), 484; 양형우, 민법의 세계(이론과 판례)(제11판), 피앤씨미디어(2019), 917; 윤철홍, 채권총론(제3전정판), 법원사(2018), 222; 조성민, 채권총론, 두성사(2014), 85; 권용우, “제3자의 과실과 과실상계”, 법학논총 35권 1호(2011), 405; 최문기, “자동차사고에 있어서의 과실상계에 관한 판례분석”, 경성법학(1985. 4), 48; 주석민법, 채권총칙1, 947.

21) 김중환/김학동, 채권총론, 박영사(1998), 154; 김상용, 채권총론(제3판), 화산미디어(2016), 178; 노종천, 채권법, 동방문화사(2015), 126; 송덕수, 채권법총론(제4판), 박영사(2018), 185; 양형우, 민법의 세계(이론과 판례)(제11판), 피앤씨미디어(2019), 917; 윤철홍, 채권총론(제3전정판), 법원사(2018), 222.

22) 양창수/김재형, 민법 I (계약법), 박영사(2015), 484.

23) 김형배, 채권총론(제2판), 박영사(1999), 276; 정기웅, 채권총론(제2전정판), 법문사(2014), 183.

24) 이은영, 채권총론(제4판), 박영사(2009), 329.

25) 대법원 1957. 6. 29. 선고 4290민상238 판결, 대법원 1977. 1. 25. 선고 76다2224 판결, 대법원 1982. 10. 26. 선고 80다557 판결.

가리키는 것으로 보아야 할 것” 이라고 한다.²⁶⁾ 한편 판례는 과실상계에서의 과실을 ‘결과 회피 및 방지의무를 게을리 한 것’ 이라고 판시하기도 하였다. 즉 손해배상에 있어서의 피해자의 과실이라는 것은 엄격한 법률상 의의로 새길 것은 아니라고 하더라도 적어도 신의칙상 요구되는 결과 발생 회피의무로서 일반적으로 예견가능한 결과 발생을 회피하여 피해자 자신의 불이익을 방지할 주의를 게을리 함을 말한다고 한다.²⁷⁾ 판례는 사안마다 표현은 달리하고 있지만 기본적으로 과실상계에서의 과실은 불법행위에 있어서 가해자의 과실과 같은 의무위반이라는 강력한 과실이 아니고 사회통념상, 신의성실의 원칙상, 공동생활상 요구되는 약한 의미의 부주의를 가리키는 것이라고 하고 있다고 볼 수 있다.²⁸⁾

불법행위 성립요건으로서의 과실과 과실상계의 과실은 구별되어야 할 것으로 보인다. 불법행위의 성립요건으로서의 과실은 과실책임주의를 따르는 우리 민법하에서 엄격하게 해석하여야 할 것이다. 이는 주의의무위반을 말하며 예견가능성과 결과회피가능성을 그 내용으로 할 것이다. 반면에 과실상계는 그 제도의 의의가 공평의 관점에서 인정되는 제도이므로 과실의 의미도 공평의 관점에서 파악하여야 하기 때문에 피해자의 부주의가 결과발생에 기여하는 경우로 보아야 할 것이다. 그 부주의는 사회통념상, 신의성실의 원칙상, 공동생활상 요구되는 약한 의미의 부주의를 말할 것이다.

2) 과실과 손해의 인과관계

채권자의 과실과 손해 사이에 인과관계가 있어야 한다. 다만 채권자의 과실과 손해 사이에 어느 정도의 인과관계가 인정되어야 과실상계를 할 수 있는가에 관하여는 의견이 대립한다. 과실상계에서도 채권자의 과실과 손해 사이에 상당인과관계가 존재하여야 한다고 보는 견해가 다수설이다.²⁹⁾ 이에 대하여 과실상계에서의 과실을 책임원인으로서의 과실, 즉 고유한 의미에서의 과실과 달리 약한 부주의 혹은 자기 자신에 대한 단순한 부주의로 이해하는 이상, 그 인과관계에 관하여도 책임원인으로서의 인과관계와 동일한 정도의 상당인과관계를 요구할 필요는 없다는 견해가 있다.³⁰⁾ 채권자의 과실이 채무불이행 자체나 채무불이행에 따른 손해의 발생 혹은 손해의 확대와 직접 상당인과관계가 없더라도 그 결과와의 사이에 ‘관련성’ 을 가지고 있는 과실이라면 과실상계를 인정할 수 있다는 것이다.³¹⁾

판례도 과실상계를 하기 위해서는 채권자의 과실과 손해의 발생 내지 확대 사이에 상당인과관계가 존재할 것을 요구한다.³²⁾ 판례 중에는 단순히 ‘인과관계’ 가 존재하여야 한다는 것도 있지만,³³⁾ 그 의미는 ‘상당인과관계’ 를 의미한다고 할 것이다.³⁴⁾ 다만 판례는 과실상

26) 대법원 1973. 10. 10. 선고 72다2138, 2139 판결. 같은 취지로 대법원 1983. 12. 27. 선고 83다카644 판결, 대법원 1992. 5. 12. 선고 92다6112 판결, 대법원 1992. 11. 13. 선고 92다14687 판결, 대법원 1999. 2. 26. 선고 98다52469 판결, 대법원 2001. 3. 23. 선고 99다33397 판결, 대법원 2005. 7. 8. 선고 2005다8125 등.

27) 대법원 1986. 2. 11. 선고 85다카1422 판결, 대법원 1999. 9. 21. 선고 99다31667 판결.

28) 대법원 2005. 7. 8. 선고 2005다8125 판결 등; 주석민법, 채권각칙8, 한국사법행정학회(2022), 660.

29) 주석민법, 채권총칙1, 961; 민법주해 IX, 채권(2), 박영사(1995), 612(오종근).

30) 홍천룡, “자동차사고 손해에 있어서의 과실상계 문제”, 손해배상법의 제문제(황적인교수 화갑기념), 박영사(1990), 264.

31) 민형기, “자동차손해배상사건에 있어서의 과실상계에 관한 제문제”, 재판자료 제21집(1984), 379; 홍천룡, “자동차사고손해에 있어서의 과실상계문제”, 손해배상법의 제문제(황적인박사화갑기념), 박영사(1990), 264.

32) 대법원 1994. 5. 24. 선고 93다57407 판결.

33) 대법원 1963. 9. 12. 선고 63다343 판결.

계에서의 상당인과관계를 쉽게 인정하는 경향이다. 민간인이 적법한 절차와 정당한 이유 없이 군용차량에 승차하였다가 운전병의 과실로 인한 사고로 부상을 입은 경우에 민간인의 불법승차,³⁵⁾ 친구와 함께 음주한 후 그가 운전하는 차에의 동승,³⁶⁾ 오토바이 운전자가 오토바이에 정원을 초과하여 두 사람을 뒷자리에 태워 운행한 경우에 동승자가 오토바이에 동승하여 정원을 초과하게 한 원인을 제공한 잘못,³⁷⁾ 오토바이에 승차하면서 헬멧을 쓰지 않은 경우³⁸⁾ 등을 손해의 발생 혹은 손해의 확대에 대한 원인이 된다고 하여 과실상계를 긍정한다.

판례는 자동차교통사고 피해자의 안전띠 미착用に 관하여 ‘고속도로나 자동차전용도로 이외의 도로를 운행하는 승합자동차의 뒷좌석에 탑승한 승객에 대하여는 안전띠의 착용이 법규상 강제되는 것은 아니지만, 무릇 안전띠의 착용은 불의의 사고발생시 자신의 안전을 위하여 필요한 것이며 위 고속도로 등의 외에서 운행하는 차량이라 하여 불의의 사고가 발생하지 않는다는 보장이 없으므로, 안전띠가 설치되어 있음에도 이를 착용하지 않고 있다가 사고가 발생하게 되었고 안전띠를 착용하였다면 그로 인한 피해를 줄일 수 있었던 것으로 인정되는 경우에는 안전띠 미착用の 점은 그 사고장소가 시내인지 또는 시외인지 등을 가릴 것 없이 과실상계의 사유가 된다.’³⁹⁾고 한다.

과실상계 요건으로서의 인과관계는 과실과 결과사이의 관련성만으로 손해의 공평타당한 분배라는 관점에서 인정 가능할 것이다. 책임요건으로서의 과실과 과실상계의 과실을 달리 보는 한 즉 자기에 대한 부주의로 충분하다고 해석하는 이상 과실상계의 과실과 결과 사이의 인과관계도 완화하는 것이 타당할 것이다. 따라서 자가용자동차의 운전자가 음주한 사실을 알면서 동승한 경우, 화물자동차의 적재함에 편승한 경우, 안전벨트를 착용하지 아니한 경우, 안전모를 착용하지 않고 오토바이에 편승한 경우 등에 있어서 그러한 편승 자체가 사고발생과 직접적 인과관계는 없다 할지라도 결과발생에 관련성을 가지는 이상, 그러한 사유를 과실상계사유로 참작하여야 함은 의문이 없다.⁴⁰⁾ 그리고 위와 같은 경우를 일반화 하여 말한다면, 사고발생의 위험을 안고 있는 사정이 있을 때 또는 그에 바로 앞서서 또는 그것에 관련되는 행동 및 상황에 부닥칠 때 피해자에게 선택권이 있고 행동상황에 대한 피해자의 자주적인 선택이 사회 일반의 표준으로부터 현저하게 타당성이 없는 이상성(異狀性)이 있다면, 사고발생과 직접적인 인과관계가 없다고 할지라도 과실상계사유로서의 과실로는 평가되어야 한다고 말할 수 있다.⁴¹⁾

(4) 과실상계의 효과

34) 주석민법, 채권총칙1, 962

35) 대법원 1967. 5. 23. 선고 67다334 판결. 역시 판례는 민간인이 공무수행중인 군용차량에 편승한 경우에 ‘피해자가 사고차량에 편승한 것이 운전병의 운전과실로 인한 전복사고 자체에 대하여서는 아무런 인과관계가 없다고 하더라도 피해자가 그 차에 편승하지 아니하였더라면 피해자의 부상이라는 결과는 발생할 리는 없는 것이니 피해자의 편승사실과 피해자의 부상이라는 손해발생 사이에는 인과관계가 있다’고 본다(대법원 1967. 8. 29. 선고 67다1321 판결).

36) 대법원 1992. 1. 21. 선고 91다39306 판결.

37) 대법원 1994. 5. 24. 선고 93다57407 판결.

38) 대법원 1992. 3. 10. 선고 91다43459 판결.

39) 대법원 2009. 7. 9. 선고 2008다91180 판결 등.

40) 대법원 1969. 9. 23. 선고 69다1183 판결, 대법원 1980. 6. 24. 선고 80다957 판결, 대법원 1988. 4. 25. 선고 87다카2892 판결 등.

41) 주석민법, 채권각칙8, 한국사법행정학회(2022), 673-674(이원).

과실상계가 있게 되면 책임의 면제 또는 감경이 가능하다. 여기서 책임의 면제가 책임요건으로서의 과실을 탈락시키는지 책임은 일단 성립하지만 배상이 면제되는지 문제될 수 있지만 과실상계의 과실과 불법행위 성립의 과실을 구분하는 이상 후자로 해석되어야 할 것이다. 따라서 채권자(피해자) 측의 과실이 채무자(가해자) 측의 과실에 비하여 극히 중대하면 채무자의 손해배상책임을 부인할 수도 있다.⁴²⁾ 채권자(피해자)의 과실이 채무자(가해자)의 과실에 비하여 극히 경미한 경우에는 채무자의 손해배상액의 감액을 전혀 인정하지 않을 수도 있다.⁴³⁾ 채권자의 과실을 어느 정도로 참작하는가는 법원의 재량이라고 할 수 있다. 또한 과실상계비율을 정하는 권한은 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되지 아니하는 한, 사실심의 전권사항에 속한다.⁴⁴⁾ 채무불이행으로 인한 손해배상의 범위를 정할 때에 채권자(혹은 피해자)의 과실을 어느 정도로 참작할 것인지는 구체적인 사안마다 신의칙과 공평의 관념에 따라서 문제된 계약의 체결 및 이행 경위와 당사자 쌍방의 잘못을 비교하여 종합적으로 판단하여야 한다.⁴⁵⁾

(5) 피해자 과실의 참작 사유

자동차사고와 관련한 과실상계에서 피해자 과실의 참작 사유로서 다음이 문제될 수 있다.

1) 법규위반

자동차사고에서 피해자의 과실 유무나 그 정도는 적어도 사고발생에 관한 한 사고와 인과관계 있는 피해자의 교통법규위반 여부와 그 정도가 가장 문제될 것이다. 그런데 교통법규위반을 판단함에 있어서도, 구체적인 위험발생상황에서의 결과예방 가능성 또는 구체적 회피의무해태 여부 및 그 정도를 중시하는 입장과 구체적 위험사항에 이르기까지의 도로교통법상의 우선관계를 중시하는 입장이 대립하고 있으나,⁴⁶⁾ 과실상계를 위한 평가는 형식적인 평가가 아니라 실질적인 평가를 지향하여야 할 것이므로 어느 일방에만 치중하는 것은 적절하지 못하고, 결국 구체적 형평의 견지에서 양 측면의 평가가 통합되어야 하며 형식적인 성문법뿐만 아니라 자연발생적으로 형성된 교통관습이나 관행도 고려되어야 한다는 절충적인 입장⁴⁷⁾도 있다. 과실상계에서의 과실의 평가는 불법행위성립요건으로서의 과실과는 달리 공평의 관점에서 판단해야 하므로 여러 사정을 종합적으로 고려하는 절충적인 태도가 타당한 것으로 보여진다.

42) 김상용, 채권총론(제3판), 화산미디어(2016), 180; 김증한/김학동, 채권총론, 박영사(1998), 155; 김형배, 채권총론(제2판), 박영사(1999), 277.

43) 민법주해 IX, 채권(2), 박영사(1995), 620(오종근).

44) 대법원 1996. 1. 23. 선고 95다24340 판결, 대법원 1997. 11. 14. 선고 97다35344 판결, 대법원 1997. 11. 28. 선고 97다38299 판결, 대법원 1999. 5. 25. 선고 98다56416 판결, 대법원 1999. 8. 24. 선고 99다21264 판결, 대법원 2000. 1. 21. 선고 98다50586 판결, 대법원 2000. 2. 22. 선고 98다38623 판결.

45) 주석민법, 채권총칙1, 964.

46) 홍천룡, “자동차사고손해에 있어서의 과실상계문제”, 손해배상법의 제문제(황적인박사화갑기념)(1990), 265.

47) 주석민법, 채권각칙8, 673.

그런데 법규위반의 경우 실무에서 경찰이나 보험회사가 전가의 보도처럼 휘두르는 것이 있다. 도로교통법 제48조의 안전운전의무이다. 본 조 제1항은 “모든 차 또는 노면전차의 운전자는 차 또는 노면전차의 조향장치와 제동장치, 그 밖의 장치를 정확하게 조작하여야 하며, 도로의 교통상황과 차 또는 노면전차의 구조 및 성능에 따라 다른 사람에게 위험과 장애를 주는 속도나 방법으로 운전하여서는 아니 된다.” 고 하여 ‘다른 사람에게 위험과 장애를 주는 속도나 방법’에 위반하면 전부 안전운전의무위반의 법규 위반을 인정한다. 이 조항은 상당히 포괄적인 규정으로 경찰 스스로도 이를 근거로 “교통사고 발생 시 가해운전자에게 적용할 수 있는 처벌법규가 없을 경우에는 안전운전의무 위반으로 처리하고 있습니다.”⁴⁸⁾라고 할 정도이다. 실제로 교통사고 통계에서는 안전운전의무위반으로 처리되는 경우가 제일 많다. 이는 신호위반, 과속과 같은 의도적인 위반행위가 아닌 운전 집중하지 못해 발생하는 일련의 사고를 의미한다. 예를 들면, 운전자의 주의분산으로 인한 전방주시태만, 전방 교통상황 파악 미흡, 핸들브레이크 조작에 의한 운전미숙, 운전자 심리상태에 따른 불규칙한 운전행동, 졸음운전 등이 해당된다.⁴⁹⁾ 도로교통법이 도로상에서 발생하는 모든 행위를 법률로써 규정하기 어렵기 때문에 만든 포괄적이고 추상적인 규정인데 그 필요성은 인정된다. 그러나 실무에서는 쌍방과실을 인정하기 위한 수단으로 또는 기계적 과실상계를 하기 위해서 적용되는 경우가 많은데 이러한 점은 지양되어야 할 것으로 보인다. 가해자의 다른 법규위반이 명백한 경우에 의한 사고임에도 불구하고 피해자의 안전운전의무불이행이라고 하여 기계적으로 쌍방과실로 하거나 피해자에게도 불법행위책임을 묻는 것은 일반조항을 악용하는 것으로 밖에 보이지 않는다. 일반조항으로의 도피는 법해석에 있어 가장 경계해야 할 태도이다. 안전운전의무에 대한 구체화 작업이 필요할 것으로 보인다.

2) 위험성 비교⁵⁰⁾

법규위반을 중심으로 하여 쌍방의 과실 정도를 파악한다면 형식적 정의 또는 평등적 정의는 만족될 수 있으나, 배분적 정의도 반드시 충족된다고는 말할 수 없다. 자동차운전자의 과실과 보행자의 과실이 동일평면에서 비교될 수 없을 뿐만 아니라 차중에 관하여도 가해의 위험성이 더 큰 자동차는 그 위험이 작은 자동차에 비하여 더 가중된 책임을 부담하여야 한다는 생각은 이미 널리 승인되고 있다고 한다.⁵¹⁾ 그러나 과실의 평가에 있어 추상적 경과실을 기본적인 태도로 하고 있는 우리 민법의 태도에 비추어 위험성을 비교하는 것은 자칫 구체적 과실을 인정하는 것으로 될 수 있으므로 그 적용에는 신중을 기하여야 할 것으로 보인다. 실제로 경찰조사에서도 관행적으로 차 대 사람 사고는 무조건 차 잘못이라고 하는⁵²⁾ 관

48) “안전운전의 의무” (중앙경찰학교 교수 박용환)(http://www.gssm.co.kr/default/article_print.htm?part_idx=292&idx=32148).

49) 조준한/김인석/송태진, “안전운전불이행 개념 정립 및 유형별 교통사고 관련성 연구”, 대한교통학회 학술대회지(2015), 156.

50) 홍천룡, “자동차사고손해에 있어서의 과실상계문제”, 손해배상법의 제문제(황적인박사화갑기념)(1990), 265 및 주석민법, 채권총칙8, 673에서는 “우자(優者)의 위험부담”이라는 표현을 사용하고 있으나 우자는 일본어 ゆうしゃ [優者]로 우수한 사람이라는 뜻으로 국어에는 없는 말로 적절하지 않은 표현으로 보인다.

51) 홍천룡, “자동차사고손해에 있어서의 과실상계문제”, 손해배상법의 제문제(황적인박사화갑기념)(1990), 265.

52) “사람과 부딪히면 무조건 차 잘못?...운전자들 '환호' [아차車]“(한국경제 2023.9.30.기사 <https://www.hankyung.com/article/2023092734867>); “무단횡단 고교생 ‘쿵’...번호까지 쫓는데 뺄소리로 신고했네요”(서울경제 2023.8.3.기사 <https://www.sedaily.com/NewsView/29T9HYWM8G>).

행이 있어 많은 억울한 피해자를 양산하고 있다.⁵³⁾

3) 교통약자⁵⁴⁾에 대한 수정

어린이, 장애인, 노인 등 사회생활상 일반인보다 자기의 안전을 확보할 능력이 낮고 따라서 사회적으로 이들에 대한 보호가 요청되는 경우, 이들에 대한 보호는 현실적인 사고발생에서도 고려되어야 한다는 것이다. 이 견해는 항상 위험성을 내포하고 있는 자동차는 요보호자에 대하여는 한층 더 주의의무를 부담해야 한다는 데에 근거를 두고 있다⁵⁵⁾고 한다. 그러나 이처럼 보호를 필요로 하는 사람들에 대한 더 강한 주의의무를 인정하는 것도 신중하게 적용하여야 한다. 일반 성인이 무단횡단하는 것과 어린이나 노인이 무단횡단하는 경우, 주취자가 무단횡단하는 경우를 달리 평가한다면 법적 안정성을 해칠 우려가 있다. 이러한 경우는 어린이보호구역 등의 지정을 하거나 횡단보도에서의 통행보호 등을 통해 일반인보다 강력한 보호대책을 수립하는 것으로 해야지 손해배상에서 주의의무를 수정하는 것은 법적 안정성 측면에서 여러 가지 문제를 야기할 것이다. 이와 관련하여 ‘교통약자의 이동편의 증진법’에서는 ‘교통약자’를 장애인, 고령자, 임산부, 영유아를 동반한 자, 어린이 등 생활을 영위함에 있어 이동에 불편을 느끼는 자로 정의하고 이들을 위한 보행우선구역 등을 지정하여 보호하고 있다. 운전을 하면서 요보호자에 대하여 구체적으로 판단을 하고 요보호자에 해당하면 더 큰 주의의무를 부담하여야 한다고 하는 것은 운전자에게 교통법규 이외에도 사실판단 내지 법적 판단을 하면서 운전하라는 것과 같다. 또한 요보호자의 보호에 치중한 나머지 요보호자들이 이를 악용을 하는 경우 교통질서 유지 측면에서도 바람직하지 않은 것으로 보인다. 따라서 어린이, 장애인 등 교통약자에 대한 보호 필요성은 있지만 그것이 불법행위 성립인정이나 과실상계에 있어 기계적으로 더 큰 주의의무를 부담하여야 할 사유는 아닌 것으로 보인다. 다만 이들이 자동차 사고로 피해를 입는 경우는 이들의 과실을 고려하여 사회보험이나 의무보험제도를 통하여 배상이 아닌 보상으로 해결하는 것은 어떨까 생각한다.

3. 소결

이상의 논의를 요약하자면 자동차사고의 과실비율 제도는 불법행위책임에 있어서의 과실상계에 해당한다. 여기서의 과실은 불법행위성립요건으로서의 과실과 달리 완화하여 해석하여야 하며 과실과 결과사이의 인과관계도 마찬가지로 관련성만으로 인정할 수 있다. 과실상계의 효과로는 가해자의 손해배상이 면제되거나 감액될 수 있다. 그런데 자동차사고의 과실상계에서 주요하게 참작하여야 할 과실은 피해자의 법규위반일 것이다. 다만 실무에서 광범위하게 적용하는 도로교통법 제48조의 안전운전불이행은 포괄적인 일반조항으로 그 적용에 신중하여야 할 것이다. 그리고 위험성을 비교하는 것도 자칫 구체적 과실을 요구하는 것으

53) “ ‘경찰아, 너도 당해봐’ 사실상 고라니급, 운전자만 억울해 미친다” (Dot Key Press 2023.9.8.기사 <https://m.dotkeypress.kr/editorpick/article/47031>).

54) 홍천룡, “자동차사고손해에 있어서의 과실상계문제”, 손해배상법의 제문제(황적인박사화갑기념)(1990), 265.는 요보호자(要保護者)라는 표현을 사용하고 있다.

55) 홍천룡, “자동차사고손해에 있어서의 과실상계문제”, 손해배상법의 제문제(황적인박사화갑기념)(1990), 265.

로 흐를 가능성이 있어 주의하여야 할 것이고, 요보호자에 따라 주의의무를 강화하여 더 큰 주의의무를 부과시키는 것도 법적 안정성과 교통질서 확립 측면에서 신중하게 접근하여야 할 것이다. 따라서 원칙적으로 과실비율인정 즉 과실상계에 있어서는 피해자의 법규위반만을 고려하여 과실을 참작하여야 할 것으로 보인다.

III. 불법행위 성립요건으로서의 과실과 신뢰보호원칙(신뢰의 원칙)

과실비율제도는 과실상계에 해당하는데, 문제는 실무상 과실비율제도가 불법행위 성립요건으로서의 과실과 과실상계의 과실을 혼동하고 있다는 점이다. 앞서 논의한 바와 같이 불법행위 성립요건의 과실과 과실상계의 과실은 개념적으로도 차이가 있고 작용영역이 다르다. 불법행위 성립요건으로서의 과실은 보다 엄격하게 해석되어야 함에도 불구하고 보험실무상 과실상계의 과실로 불법행위 성립까지 인정하고 있고, 대부분의 과실비율 사례를 보면 쌍방과실로 취급하여 불공평한 결과를 야기하고 보험 소비자들의 불만을 야기하고 있다. 이하에서는 불법행위 성립요건으로서의 과실과 그 제한 원리로서 판례에서 형성된 신뢰의 원칙에 대하여 검토한다. 그 전제로서 신뢰의 원칙의 근거를 우리민법의 기본원리는 신뢰보호의 원칙에서 찾고자 한다.

1. 불법행위성립요건으로서의 과실

(1) 과실의 의미

민법 제750조에서 말하는 과실의 의미에 관해서는 전통적인 통설은 독일법의 영향을 받아, 위법성은 객관적 요건, 과실은 주관적 요건으로 이해하여, 과실을 심리상태라고 보는 견해(주관적 과실론)이다. 이에 대해서 규범적으로 보아 해석은 안될 일을 하였다는 행위의무의 위반으로 보는 견해(객관적 과실론)⁵⁶⁾도 유력하다.⁵⁷⁾ 자동차를 운전하다가 졸아서 전방을 보지 못하는 바람에 도로를 횡단하던 사람을 충돌한 경우, 주관적 과실론에 의하면 운전자가 운전을 하면서 주의를 기울이지 아니한 심리상태에 있었으므로 과실이 있다고 보고, 객관적 과실론에 의하면 운전자의 심리상태와는 무관하게 전방주시의무를 다하지 아니한 사실만으로 과실이 있다고 본다.⁵⁸⁾

판례 중에는 당해 상황에서 행위자에게 부과되는 주의의무의 위반을 인정하고 곧바로 과실이 있다고 판단하는 예가 많다. 예컨대 교통사고의 경우 운전자가 실제로 충분히 주의를 기울였는가에 관한 사실인정 없이, 술에 취한 상태에서 운전한 과실,⁵⁹⁾ 전방주시의무를 게을리한 과실⁶⁰⁾과 같이 운전자에게 요구되는 행위의무의 위반이 곧 과실이다.⁶¹⁾ 반면 “자동차 전용도로를 무단횡단하는 피해자를 충격하여 사고를 발생시킨 경우라도 운전자가 상당한 거

56) 김증한/김학동, 채권각론(제7판), 박영사(2006), 796.

57) 주석민법, 채권각칙6(제5판), 한국사법행정학회(2022), 141(이연갑).

58) 주석민법, 채권각칙6(제5판), 한국사법행정학회(2022), 142(이연갑).

59) 대법원 2014. 4. 24. 선고 2014다201087 판결.

60) 대법원 2013. 11. 14. 선고 2011다82063, 82070 판결, 대법원 2005. 6. 10. 선고 2004다29934 판결 등.

61) 주석민법, 채권각칙6(제5판), 한국사법행정학회(2022), 142(이연갑).

리에서 그와 같은 무단횡단을 미리 예상할 수 있는 사정이 있었고, 그에 따라 즉시 감속하거나 급제동하는 등의 조치를 취하였다면 피해자와의 충돌을 면할 수 있었다는 등의 특별한 사정이 인정되지 아니하는 한 자동차 운전자에게 과실이 있다고는 볼 수 없다.”⁶²⁾고 하여 과실 판단에서 주관적 요소가 완전히 배제되는 것은 아님을 시사하는 듯한 설시도 보인다.⁶³⁾

판례나 실무례가 실제 사건의 재판에서 주관적 과실론 또는 객관적 과실론의 어느 한 견해에 따르고 있다고 하기는 어렵다. 이는 두 견해가 양립불가능한 것이 아님을 시사한다.⁶⁴⁾ 구체적 사건에서 과실의 유무를 판단할 때에는 내심의 심리상태를 직접 증거에 의해 인정하기는 어렵다. 이 경우에는 객관적인 징표에 의해 내심의 부주의를 인정하는 경우가 많다. 또 일반적인 행위의무의 위반이라고는 하지만, 뒤에 보는 것처럼 피침해법익의 중요성이나 종류에 따라 당해 상황에서 기울여야 할 주의의무의 내용이나 정도는 구체적으로 정해지고, 그 경우에도 주의를 충분히 기울였다더라면 손해를 방지할 수 있었을 것이라는 판단에서 신중함의 결여라는 심리상태가 전혀 고려되지 않는 것은 아니다.⁶⁵⁾ 또한 주관적 과실론과 객관적 과실론 중 어느 견해에 따르는가에 따라 실제 사건의 결론에 큰 차이가 있는 것도 아니다.⁶⁶⁾

과실을 누구를 기준으로 주의의무를 판단할 것인가와 관련하여 통설은 과실 유무의 판단에서 일반인, 통상인을 기준으로 한다(추상적 과실).⁶⁷⁾ 판례도 동일한 입장이다.⁶⁸⁾

(2) 주의의무의 내용

이러한 주의의무는 예견가능성과 결과회피의무로 구성되어 있다.

예견가능성은 일정한 결과(손해)가 발생할 가능성 있는 행위를 하면서 사회평균인의 관점에서 그 결과를 예견할 수 있었어야 한다. 예견할 수 있었는데도 그 결과회피를 위한 조치를 취하지 아니한 경우에 비로소 그 행위자를 비난할 수 있다. 이러한 의미에서 예견가능성은 결과회피의무 판단의 전제로서 과실의 내용을 이룬다.⁶⁹⁾ 판례는 “교통사고의 발생에 있어서 피해자나 제3자에 의한 교통법규위반 등의 이상행동이 개재되었을 때에 당시의 제반사정에 비추어 그와 같은 이상행동은 없을 것이라고 신뢰하는 것이 상당한 경우에는 가해차량의 운행공용자 내지 운전자의 책임이 부정된다.”⁷⁰⁾는 이른바 신뢰의 원칙을 적용하여 손해배상책임을 부정하기도 한다. 예컨대 4차로 도로의 1차로를 운행하는 자동차의 운전자에게 우측 도로에서 오토바이가 나와 우회전하지 아니하고 갑자기 4차로 도로를 바로 가로질러 1차로로 돌진하리라는 것까지 예상하여 운전할 주의의무는 없다.⁷¹⁾ 이 경우 운전자에게는 예

62) 대법원 2007. 7. 13. 선고 2007다26240 판결.

63) 주석민법, 채권각칙6(제5판), 한국사법행정학회(2022), 142(이연갑).

64) 주석민법, 채권각칙6(제5판), 한국사법행정학회(2022), 143(이연갑).

65) 주석민법, 채권각칙6(제5판), 한국사법행정학회(2022), 143(이연갑).

66) 주해민법 XV, 채권(8), 박영사(1997), 187(민일영).

67) 광윤직, 채권각론(제6판), 박영사(2013), 389; 김상용, 채권각론(제3판), 화산미디어(2016), 610; 이은영, 채권각론(제5판), 박영사(2007), 744(“객관적 과실설”이라고 표현하고 있으나 그 내용은 추상적 과실론의 그것과 같다); 양창수/권영준, 권리의 변동과 구제(민법2)(제2판), 박영사(2015), 584; 송덕수, 채권법각론(제4판), 박영사(2020), 506. 구체적 과실론에 따르는 견해로 김형배, 민법학연구, 박영사(1989), 285 이하.

68) 대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다12532 판결.

69) 주석민법, 채권각칙6(제5판), 한국사법행정학회(2022), 149(이연갑).

70) 대법원 1988. 10. 11. 선고 87다카1130 판결.

견가능성이 인정되지 않는다는 것이다. 이러한 의미에서 신뢰의 원칙은 교통사고 사건에서 예견가능성을 정형화한 준칙이라고 할 수 있다.⁷²⁾

결과회피의무는 일정한 결과의 발생이 예견되는 경우 사회평균인이라면 그 결과를 회피하기 위한 조치를 취하였을 것이라고 인정되는 때 그 행위자에게 그러한 조치를 취할 의무를 말한다. 이 때 과실은 결과회피의무를 다하지 아니한 것을 의미한다. 예컨대 신호등에 의해 교통정리가 행하여지고 있는 교차로를 진행신호에 따라 진행하는 차량의 운전자는 다른 차량이 그 진행방향의 신호가 진행신호에서 정지신호로 바뀐 직후에 교차로를 진입하여 계속 진입하고 있는 것을 발견하였다면 그 차량의 동태를 살피면서 서행하는 등으로 사고를 방지할 태세를 갖추고 운전할 의무가 있다.⁷³⁾ 이러한 상황에서 운전자에게는 결과회피의무가 부과되고, 이를 다하지 아니하여 사고가 발생한 경우 과실이 있다고 평가되는 것이다.⁷⁴⁾ 이러한 결과회피의무는 자동차사고에서는 도로교통법 제48조로 대별되는 안전운전의무에 해당할 것이다.

2. 신뢰보호의 원칙 및 신뢰의 원칙

(1) 신뢰보호의 원칙과 신뢰의 원칙

신뢰보호의 원칙은 권리의 외관(Rechtsschein)을 신뢰한 자를 보호함으로써 거래의 안전과 신속을 도모하는 원칙을 말한다.⁷⁵⁾ 신뢰보호의 원칙은 보통 우리민법의 기본원리로 설명한다.⁷⁶⁾ 그 내용으로 주로 신의성실의 원칙, 외관주의, 기존상태 존중에 의한 신뢰보호 등이 언급된다. 신뢰보호의 원칙은 민법의 기본원리로 이해하지만 주로 재산법 영역에서의 거래 안전을 도모하기 위한 것으로 이해한다. 그러나 신뢰보호의 원칙이 우리민법의 기본원리라면 불법행위 영역에서도 적용가능하다. 특히 판례에서 형성된 신뢰의 원칙은 이를 반영하고 있다고 보아야 할 것이다. 신뢰의 원칙은 독일의 교통사고와 관련하여 판례⁷⁷⁾로 발전된 이론으로, 우리나라의 경우 형사판결로 기관차조수 견습사건⁷⁸⁾에서 처음으로 적용한 이래 주로 교통사고영역에서 판례이론으로 형성되었다. 그 후 의료사고에 적용되는 판례⁷⁹⁾로 등장하여 현재는 고도의 분업활동을 요구하는 여러 사회활동에까지 그 적용범위를 확장하고 있는 추세에 있다.⁸⁰⁾

신뢰의 원칙이 처음으로 민사법에 도입된 것은 1950년 독일 연방통상대법원의 판결⁸¹⁾ 이후이며, 그 후 주의의무 제한과 관련하여 허용하고 있다.⁸²⁾ 일본의 경우도 신뢰의 원칙을 민

71) 대법원 1998. 2. 10. 선고 97다35894 판결, 대법원 2000. 9. 5. 선고 2000다12068 판결.

72) 주석민법, 채권각칙6(제5판), 한국사법행정학회(2022), 150-151(이연갑).

73) 대법원 1994. 6. 14. 선고 93다57520 판결.

74) 주석민법, 채권각칙6(제5판), 한국사법행정학회(2022), 151(이연갑).

75) 백태승, 민법총칙(제7판), 집현재(2016), 43; 양형우, 민법총칙(민법의 세계 제15판), 정독(2024), 17.

76) 백태승, 민법총칙(제7판), 43-46; 양형우, 민법총칙(민법의 세계 제15판), 정독(2024), 17-19.

77) RGSt, 1935, 70. 71.

78) 대법원 1957. 02. 22. 선고 4289형상330 판결.

79) 대법원 1970. 02. 10. 선고 69도2190 판결.

80) 김현선, “분업적 의료행위에 대한 민사책임제한으로서 신뢰원칙의 적용 여부 - 대법원 2011. 07.

14. 선고 2009다65416 판결을 중심으로”, 한국의료법학회지 제21권 제2호(2013), 131.

81) BGH, VersR, 1950, 493.

사범에 활용할 것인가 다툼이 있었지만 현재는 긍정하는 것이 다수설이다.⁸³⁾ 우리 대법원도 신뢰의 원칙을 교통사고와 관련한 손해배상 사건에서도 신뢰의 원칙을 적용하고 있다.

형사책임과 민사책임이 차이가 있고, 민사상책임과 형사상책임은 상호보완적이거나 의존적인 것이 아니라 상호 독립적·무관계적인 특징을 가지고 있다⁸⁴⁾고는 하지만 형사상 과실 개념과 민사상 과실 개념이 실제상 이론상으로 차이 없다는 점과 우리 민법의 기본원리로 신뢰보호의 원칙이 인정되는 이상 그 하위 개념이라고 할 수 있는 신뢰의 원칙도 충분히 인정가능할 것이다.

(2) 신뢰의 원칙(Vertrauensgrundsatz)

신뢰의 원칙에 대한 개념은 민사영역과 형사영역에서 대동소이하게 정의하고 있다. 신뢰의 원칙은 사회적으로 유익한 활동을 함에 있어서 그것이 자칫 잘못되면 공공의 이익에 중대한 위험을 미칠 가능성이 있다고 하는 경우에 그 위험행위 관계자에게 과중한 주의의무를 요구하게 되면 유익한 행위를 형벌에 의해 금지하는 결과가 될 뿐 아니라 사실상 결과책임 주위에 빠질 수 있음을 고려하여, 어느 정도의 위험을 무릅쓰고 행위하는 것을 허용함과 동시에 그것에 수반하는 결과방지를 위한 부담을 행위자 뿐만 아니라 관여자에게도 합리적인 범위로 분산한다는 사고에 기하여 고안된 것이라거나,⁸⁵⁾ 피해자 또는 제3자가 부적절한 행동으로 나오지 않을 것을 신뢰함에 족한 정당한 사정이 있는 경우, 즉 적절한 행동으로 나올 것을 신뢰하는 데에 부당한 사정이 없는 경우에는, 그를 전제로 하여 적절한 행위를 하면 족하고 그 신뢰가 배신당한 결과로서 범익침해가 생겼다고 하더라도 과실책임을 묻는 일은 없다고 하는 원칙⁸⁶⁾을 말한다. 상대방이 본인의 행위에 수반되는 위험을 제어하지 못할 것에 대비하는 ‘특별한 주의’는 요구되지 않는다고 하는 원칙⁸⁷⁾인 것이다. 이 경우에 상대방의 행동으로부터 유래하는 위험은 그 행동의 주체인 상대방이 제어하는 것이 원칙이며, 이는 행위자가 제어할 수 있는 성질의 것이 아니므로, 이 때에 행위자가 그것을 제어하지 못하였다고 해서 무슨 주의의무의 위반이 인정될 수 있는 것도 아니며, 따라서 행위자의 행위가 발생된 결과와 인과관계를 가진다고 볼 수 있는 것도 아니다.⁸⁸⁾

3. 신뢰의 원칙의 법적 지위

신뢰의 원칙의 법적 지위에 대하여 형사법 영역에서는 객관적 주의의무를 과실범의 구성요건의 문제로 해석하고, 따라서 신뢰의 원칙도 구성요건해당성의 조각사유로 보는 견해⁸⁹⁾

82) BGH, VersR, 1961, 69; BGH, VersR, 1966, 388.

83) 西原春夫, 交通事故と信頼の原則, 成文堂, 1970, 79頁.

84) 김현선, “분업적 의료행위에 대한 민사책임제한으로서 신뢰원칙의 적용 여부 - 대법원 2011. 07. 14. 선고 2009다65416 판결을 중심으로”, 한국의료법학회지 제21권 제2호(2013), 133.

85) 천진호, “분업적 의료영역에 있어 신뢰의 원칙의 적용”, 법학논총 제35집2호(2015), 89.

86) 김준호, “신뢰의 원칙의 판례이론”, 인권과정의(2013.9), 25

87) 김준호, “신뢰의 원칙의 판례이론”, 인권과정의(2013.9), 25

88) 김준호, “신뢰의 원칙의 판례이론”, 인권과정의(2013.9), 25

89) 목적적 행위론에 입각한 학자들이 취한 견해로, 독일의 경우 대표적으로 H.Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11.Aufl., 1969, S.134. 과실의 이중적 기능을 인정하는 다수의 국내 학자들(객관적·주관적 주의의무의 이중적 지위설로 이른바 구성요건·책임요소설)도 이 견해를 취하고 있다(자세한 내용은

와 실질적 이익형량 즉 위법성의 문제로서 허용된 위협의 법리를 받아들임으로써 신뢰의 원칙도 위법성조각사유로 기능한다고 보는 견해⁹⁰⁾가 대립된다.⁹¹⁾ 민사법 영역에서는 이에 대하여 명시적인 논의는 찾기 힘들지만 신뢰의 원칙은 불법행위 성립요건으로서의 과실을 조각시키는 사유로 보아야 할 것으로 보인다. 자동차사고에 있어 신뢰의 대상이 되는 가해자가 교통법규를 준수할 것이라고 신뢰하고 피해자가 행위를 하였다면 도로 교통에서 요구되는 주의의무를 충분히 다하였다고 보아야 할 것이다. 가해자의 교통법규 위반이 사고에 결정적이고 주된 원인으로 작용하였다면 피해자의 과실이 개입될 여지는 없다고 보아야 한다. 도로교통에 있어 상대방의 불법까지 예견하여 주의의무를 다하라고 하는 것은 강간 피해자에게 강간당할 위험을 예견하고 회피하지 않았다고 과실이 있다고 보는 것과 같을 것이다. 일상생활에서 다른 사람들의 불법행위 까지 예견하고 회피할 의무를 부과하는 것은 과중한 주의의무를 부과하는 것이다. 특히 도로교통의 경우 교통법규에 의하여 규율되고 있고 교통참여자들은 도로교통법규를 숙지하는 것이 당연하기 때문에, 다른 교통 참여자들도 정상적으로 운전면허를 취득했고 도로교통법규를 알고 있고 이를 준수하리라는 것을 기대할 수 있기 때문에 충분히 보호가치 있는 신뢰일 것이다. 따라서 이러한 신뢰를 하였고 가해자가 그 신뢰를 위반하고 그 위반한 교통법규로 인하여 자동차사고를 일으켰다면 피해자에게도 비록 법규위반이 있다고 하여도 불법행위 성립요건으로서의 과실을 인정할 수는 없을 것이다.

다만 도로교통에 있어서의 신뢰는 교통법규 준수에 대한 신뢰로 한정되어야 할 것이다. 이러한 신뢰의 원칙은 자동차사고에 있어 불법행위 성립요건으로서의 과실을 조각시킬 것이다. 즉 예견가능성을 탈락시키게 된다.

4. 신뢰의 원칙의 제한

상대방의 교통법규 준수에 대한 신뢰는 일정한 경우 제한될 수도 있다. 앞서 II.2.(5)에서 검토하였던 피해자 과실 참작 사유로서 위험성 비교, 교통약자에 대한 수정 등이 이에 해당한다. 그러나 앞서 검토하였던 것처럼 이들은 신중하게 적용되어야 함은 마찬가지일 것이다. 보행자, 소형차, 어린이, 장애인 등의 경우 교통법규 준수에 대한 신뢰가 약하기 때문에 신뢰의 원칙에 대한 제한을 쉽게 할 수 있을 것이다. 그러나 일반 보행자, 노인, 소형차(덜 위험한 차) 등의 경우에는 전자보다는 신뢰의 원칙을 제한함에 있어 엄격하여야 할 것이다. 이들이 교통법규에 대한 인식이 덜하다고는 할 수 없기 때문이다.

신뢰의 원칙을 제한한다면 그 근거로서 도로교통법 제48조의 안전운전불이행을 엄격하게 적용가능할 것이다. 다만 현재와 같이 전가의 보도처럼 도로교통법 제48조를 차:사람, 차:어린이, 차:노인 등의 경우 기계적으로 도로교통법 제48조를 적용하여 차량 운전자를 가해자로 만드는 것은 지양해야 할 것이다.

김일수/서보학, 새로쓴 형법총론(제12판), 박영사(2014), 315면 참조.

90) 이 견해는 허용된 위협을 정당행위, 정당방위 등과 동등한 독립된 정당화사유로 보고 있다. 차용석, 형법총론강의(1), 고시연구사(1998), 522면. 독일의 경우 대표적으로 H.J.Hirsch, "Soziale Adäquanz und Unrechtslehre", ZStW Bd.74, 1962, S.93f.; D.Oehler, "Die erlaubte Gefahrsetzung und die Fahrlässigkeit", in: FS für Eb.Schmidt, 1961, S.243f. 이익교량의 관점에서 예외적으로 허용되는 경우로 보아야 할 경우에는 제20조 정당행위 중 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 속하는 위법성조각사유라고 해야 한다는 견해로 김일수/서보학, 위의 책, 325면.

91) 천진호, "분업적 의료영역에 있어 신뢰의 원칙의 적용", 법학논총 제35집2호(2015), 92.

신뢰의 원칙을 제한함에 있어서는 구체적인 사안별로 교통법규 준수에 대한 기대가능성이 있는지가 기준이 될 수 있을 것이다. 증명책임은 신뢰의 원칙을 제한하려는 쪽에 두어야 할 것이다. 증명책임의 분배에 관한 통설인 법률요건분류설⁹²⁾에 의한다면 민법 제750조가 정한 각 요건은 손해배상채권의 성립요건(권리발생요건)이므로 그 증명책임은 피해자도 불법행위자라고 주장하는 가해자(원고)에게 있다. 불법행위성립을 주장하는 쪽 즉 가해자가 교통약자로서 신뢰의 원칙이 제한 되기 때문에 피해자에게 별도의 주의의무가 요구된다는 것을 가해자가 증명하여야 할 것이다.

5. 소결

이상의 논의를 요약하자면 불법행위 성립요건으로서의 과실은 주의의무위반으로서 예견가능성과 회피가능성을 위반한 경우로 볼 수 있다. 여기서 예견가능성을 조각하는 것이 판례에서 형성된 신뢰의 원칙이다. 우리 민법의 기본원리에 해당하는 신뢰보호의 원칙으로부터 파생되는 신뢰의 원칙은 불법행위 성립요건으로서 과실에 작용한다고 보아야 한다. 신뢰의 원칙은 주의의무로서 예견가능성을 탈락시킨다. 이를 제한하는 원리로서 도로교통법 제48조의 안전운전의무 위반이 주의의무위반으로서 결과회피의무위반으로 작용하여 불법행위성립을 인정하게 될 것이다. 다만 결과회피의무 위반에 해당하는 도로교통법 제48조의 안전운전의무 위반은 그 위반에 자동차사고에 결정적이고 주된 원인인 경우에만 제한적으로 적용하여야 할 것이다.

과실비율제도와 관련한 보험실무와 경찰실무상 가장 큰 문제는 이러한 불법행위성립요건으로서의 과실과 과실상계의 과실을 혼용하여 사용함으로써 대부분의 자동차사고를 쌍방과실 내지 쌍방 불법행위로 만들어버린다는 것이다.

IV. 자동차사고와 신뢰의 원칙 판례 분석

이상의 논의와 관련하여 판례를 유형화 하여 보면 ①신뢰의 원칙을 적용하여 불법행위 성립을 부정한 경우와 ②신뢰의 원칙이 적용되는 상황이지만 결과회피의무를 위반한 경우로 나누어 볼 수 있다. 한편 ③피해자 스스로 교통법규를 위반한 경우에도 피해자의 불법행위 성립이 부정되는 판례에 대하여도 살펴본다.

1. 신뢰의 원칙을 적용하여 불법행위 성립을 부정한 경우

<대법원 2005. 6. 10. 선고 2004다29934 판결>

신호기에 의하여 교통정리가 행하여지고 있는 교차로의 전방에 노면표지로서 유턴을 허용하는 안전표지가 설치되어 있으나, 전방의 교차로에 설치된 신호기에는 좌회전신호시 또는 보행신호시 유턴하라는 등의 별도 표지가 부착되어 있지 아니한 경우, 이와 같은 유턴 허용 구역에서 유턴하려 하는 차량의 운전자는 도로교통법 제16조 제1항의 규정에 따른 통행방법

92) 이시윤, 신민사소송법(제15판), 박영사(2021), 544; 김홍엽, 민사소송법(제10판), 박영사(2021), 751.

에 따라 보행자나 다른 차마의 정상적인 통행을 방해할 염려가 없을 때에는 유턴할 수 있다고 할 것이고, 반드시 전방의 신호기가 좌회전신호로 바뀐 후에야 유턴하여야 하는 것은 아니라 할 것이며, 따라서 이와 같은 교차로에 설치된 신호기의 신호가 적색등화로 바뀐 다음 유턴 허용구역에서 다른 차마의 정상적인 통행을 방해할 염려가 없음을 확인하고 유턴하는 운전자로서는 특별한 사정이 없는 한 다른 차량들도 교통법규를 준수하고 충돌을 피하기 위하여 적절한 조치를 취할 것으로 믿고 운전하면 충분하고, 맞은 편 반대차선에서 정지신호를 위반하고 교차로를 통과하여 직진하여 오거나 자신의 차량을 들이받을 경우까지 예상하여 그에 따른 사고발생을 미리 방지할 특별한 조치까지 강구할 주의의무는 없다.

<대법원 2002. 9. 6. 선고 2002다38767 판결>

신호등에 의하여 교통정리가 행하여지고 있는 교차로를 진행신호에 따라 진행하는 차량의 운전자는 특별한 사정이 없는 한 다른 차량들도 교통법규를 준수하고 충돌을 피하기 위하여 적절한 조치를 취할 것으로 믿고 운전하면 충분하고, 다른 차량이 신호를 위반하고 자신의 진로를 가로질러 진행하여 오거나 자신의 차량을 들이받을 경우까지 예상하여 그에 따른 사고발생을 미리 방지할 특별한 조치까지 강구할 주의의무는 없다. 다만 신호를 준수하여 진행하는 차량의 운전자라고 하더라도 이미 교차로에 진입하고 있는 다른 차량이 있거나 다른 차량이 그 진행방향의 신호가 진행신호에서 정지신호로 바뀐 직후에 교차로를 진입하여 계속 진행하고 있는 것을 발견하였다거나 또는 그 밖에 신호를 위반하여 교차로를 진입할 것이 예상되는 특별한 경우라면 그러한 차량의 동태를 두루 살피면서 서행하는 등으로 사고를 방지할 태세를 갖추고 운전하여야 할 주의의무는 있다 할 것이지만, 그와 같은 주의의무는 어디까지나 신호가 바뀌기 전이나 그 직후에 교차로에 진입하여 진행하고 있는 차량에 대한 관계에서 인정되는 것이고, 신호가 바뀐 후 다른 차량이 신호를 위반하여 교차로에 새로 진입하여 진행하여 올 경우까지를 예상하여 그에 따른 사고발생을 방지하기 위한 조치까지 강구할 주의의무는 없고, 이러한 법리는 교차로에서 자신의 진행방향에 대한 별도의 진행신호가 없다고 하여도, 다른 차량들의 진행방향이 정지신호일 경우를 이용하여 교통법규에 위배되지 않게 진행하는 경우도 마찬가지라고 할 것이다.

<대법원 1998. 6. 12. 선고 98다14252, 14269 판결>

신호등에 의하여 교통정리가 행하여지고 있는 교차로를 녹색등화에 따라 진행하는 차량의 운전자는 특별한 사정이 없는 한 다른 차량들도 교통법규를 준수하고 충돌을 피하기 위하여 적절한 조치를 취할 것으로 믿고 운전하면 족하고, 다른 차량이 신호를 위반하고 자신의 진로를 가로질러 진행하여 올 경우까지 예상하여 그에 따른 사고발생을 미리 방지할 특별한 조치까지 강구할 주의의무는 없으나, 다만 녹색등화에 따라 진행하는 차량의 운전자라고 하더라도 이미 교차로에 진입하고 있는 다른 차량이 있는지 여부를 살펴보고 그러한 차량이 있는 경우 그 동태를 두루 살피면서 서행하는 등으로 사고를 방지할 태세를 갖추고 운전하여야 할 주의의무는 있다 할 것이나, 그와 같은 주의의무는 어디까지나 신호가 바뀌기 전에 이미 교차로에 진입하여 진행하고 있는 차량에 대한 관계에서 인정되는 것이고, 특별한 사정이 없는 한 신호가 바뀐 후 다른 차량이 신호를 위반하여 교차로에 새로 진입하여 진행하여 올 경우까지를 예상하여 그에 따른 사고발생을 방지하기 위한 조치까지 강구할 주의의무는 없다.

<대법원 1985. 1. 22. 선고 84도1493 판결>

신호등에 의하여 교통정리가 행하여지고 있는 교차로를 녹색등화에 따라 직진하는 차량의 운전자는 특별한 사정이 없는 이상, 다른 차량들도 교통법규를 준수하고 충돌을 피하기 위하여 적절한 조치를 취할 것으로 믿고 운전하면 족하고, 다른 차량이 신호를 위반하고 직진하는 차량의 앞을 가로 질러 좌회전할 경우까지를 예상하여 그에 따른 사고발생을 미연에 방지할 특별한 조치까지 강구할 업무상의 주의의무는 없다.

<대법원 2001. 11. 9. 선고 2001다56980 판결>

신호등에 의하여 교통정리가 행하여지고 있는 교차로를 진행신호에 따라 진행하는 차량의 운전자는 특별한 사정이 없는 한 다른 차량들도 교통법규를 준수하고 충돌을 피하기 위하여 적절한 조치를 취할 것으로 믿고 운전하면 되고, 다른 차량이 신호를 위반하고 자신의 진로를 가로질러 진행하여 올 경우까지 예상하여 그에 따른 사고발생을 미리 방지할 특별한 조치까지 강구할 주의의무는 없으며, 이는 교차로에서 자신의 진행 방향에 대한 별도의 진행 신호가 없다고 하여도, 다른 차량들의 진행 방향이 정지신호일 경우를 이용하여 교통법규에 위배되지 않게 진행하는 경우도 마찬가지이다.

<대법원 1999. 8. 24. 선고 99다30428 판결>

신호등에 의하여 교통정리가 행하여지는 교차로를 진행신호에 따라 진행하는 차량의 운전자는 특별한 사정이 없는 한 다른 차량들도 교통법규를 준수하고 충돌을 피하기 위하여 적절한 조치를 취할 것으로 믿고 운전하면 되고, 다른 차량이 신호를 위반하고 자신의 진로를 가로질러 진행하여 올 경우까지 예상하여 그에 따른 사고 발생을 미리 방지할 특별한 조치까지 강구할 주의의무는 없으며, 이른 아침 시간대의 통행량이 많지 않은 교차로라고 하여 달리 볼 것도 아니다.

<대법원 1998. 2. 13. 선고 97다47620 판결>

교통신호에 의하여 정리되는 교차로에서 다른 방향에서 진행하는 차량을 살피지 아니하고 신호가 바뀌자마자 바로 출발함으로 인하여 신호를 무시하고 달려오던 차량과 충돌함으로써 그 충격으로 인하여 뒤로 밀리면서 자신의 차량을 뒤따르던 차량을 들이받아 손해를 가한 차량의 운전자에게 피해자에 대한 사고의 예견가능성이 없었다고 하여 과실이 없다고 한 사례.

2. 신뢰의 원칙이 적용되는 상황이나 결과회피의무위반으로 인정되는 경우

<대법원 1994. 6. 14. 선고 93다57520 판결>

신호등에 의하여 교통정리가 행해지는 교차로를 신호에 따라 진행하는 차량의 운전자로서는, 특별한 사정이 없는 한, 다른 차량의 운전자가 신호를 위반하여 교차로로 진입하여 올 것까지 예상하여 운전할 주의의무가 있다고 할 수는 없을 것이나, 이미 다른 차량이 그 진행방향의 신호가 진행신호에서 정지신호로 바뀐 직후에 교차로를 진입하여 계속 진행하고 있는 것을 발견하였다거나 그 밖에 신호를 위반하여 교차로를 진입할 것이 예상되는 특별한

경우에는, 신호에 따라 진행하였다고 하여 과실이 없다고 할 수는 없다.

〈대법원 1994. 10. 25. 선고 94다8693 판결〉

교차로의 신호가 진행신호에서 주의신호 내지 정지신호로 바뀌는 경우에도 그 교통신호에 따라 정지함이 없이 진행하던 속도 그대로 교차로를 통과하는 차량이 흔히 있는 것이 현실이며, 이는 자동차를 운전하는 사람이면 누구든지 쉽게 예상할 수 있는 상황이므로, 교차로 정지선 맨앞에서 신호를 받기 위하여 정지하였다가 출발하는 자동차 운전자는 다른 방향에서 그 교차로를 통과하려는 차량의 운전자가 교통신호를 철저히 준수할 것이라는 신뢰만으로 자동차를 운전할 것이 아니라 좌우에서 이미 교차로를 진입하고 있는 차량이 있는지 여부를 살펴보고 또한 그의 동태를 두루 살펴면서 서행하는 등 어느 때라도 정지할 수 있는 태세를 갖추고 출발하여야 할 업무상의 주의의무가 있다고 보아야 할 것이고, 현실적인 차량 운전자의 교통도덕 수준 등에 비추어 이와 같은 주의의무를 부과한다 하더라도 그것이 사회적 상당성의 한도를 넘는 과도한 요구라고 말할 수 없을 것이라는 전제 아래, 교차로에서 정지하였다가 신호에 따라 출발한 운전자에게도 구체적 상황에 비추어 과실이 있다고 하여 면책주장을 배척한 원심판결을 수긍한 사례.

3. 피해자가 스스로 규칙을 위반한 경우

〈대법원 1993. 1. 15. 선고 92도2579 판결〉

신호등에 의하여 교통정리가 행하여지고 있는 T자형 삼거리의 교차로를 녹색등화에 따라 직진하는 차량의 운전자는 특별한 사정이 없는 한 다른 차량들도 교통법규를 준수하고 충돌을 피하기 위하여 적절한 조치를 취할 것으로 믿고 운전하면 족하고, 대향차선 위의 다른 차량이 신호를 위반하고 직진하는 자기 차량의 앞을 가로질러 좌회전할 경우까지 예상하여 그에 따른 사고발생을 미리 방지하기 위한 특별한 조치까지 강구하여야 할 업무상의 주의의무는 없고, 위 직진차량 운전자가 사고지점을 통과할 무렵 제한속도를 위반하여 과속운전한 잘못이 있었다 하더라도 그러한 잘못과 교통사고의 발생과의 사이에 상당인과관계가 있다고 볼 수 없다.

〈대법원 2005. 5. 13. 선고 2005다7177 판결〉

[1] 신호등에 의하여 교통정리가 행하여지고 있는 교차로의 통행 방법과 운전자의 주의의무
[2] 가해차량이 신호등이 이미 정지신호로 바뀌고 어느 정도 시간이 경과되었음에도 정지신호를 무시한 채 교차로로 진입한 경우, 신호등에 따라 진행하던 운전자는 비록 과속한 잘못이 있다 하더라도 면책된다고 한 사례⁹³⁾

93) 원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채용 증거를 종합하여, 원고는 1999. 10. 11. 13:55경 서울 87자 4437호 화물차를 운전하여 평택시 비전동 소재 '천혜보육원' 부근 신호등 있는 사거리 교차로를 천안 방면에서 송탄 방면으로 신호에 따라 직진하다가, 송탄 방면에서 원곡 방면으로 신호를 위반하여 좌회전하던 피고의 피보험차량인 소외인 운전의 서울 33라 9685호 아반떼 승용차와 충돌하여 뇌좌상, 두개골함몰골절 등의 상해를 입은 사실, 사고 현장에 남겨진 화물차의 스키드마크 등을 토대로 분석한 결과 사고 직전 원고의 화물차는 시속 100km 이상의 속도를 내고 있었던 것으로 추정되는 사실, 사고 현장의 제한 속도는 시속 80km인 사실을 인정한 다음, 원고도 이 사건 사고 당시 과속으로 위 화물차를 운행한 잘못이 있고 이러한 잘못 역시 이 사건 사고로 인한 손해의 발생 및

4. 소결

이상의 판례를 분석하여 보면 대법원의 주류적 판례는 자동차사고에 있어 상대방이 교통법규를 준수할 것이라고 신뢰하고 운전한 자에게는 불법행위 성립을 부정하고 있음을 알 수 있다.

1.의 경우는 앞서 III.에서 검토한 바와 같이 신뢰의 원칙을 적용하여 불법행위 성립을 부정한 것으로 볼 수 있다. 즉 신뢰의 원칙을 적용하여 불법행위 성립요건으로서의 예견가능성을 탈락시킨 것으로 볼 수 있다. 이들 판례에서는 과실로서의 결과회피의무는 크게 문제되지 않았다.

2.의 경우는 결과회피의무를 인정하여 과실을 인정하여 불법행위 성립을 인정한 판례로 볼 수 있다. 다만 도로교통법 제48조를 적용하여 안전운전의무불이행의 책임을 묻기 위해서는 “이미 다른 차량이 그 진행방향의 신호가 진행신호에서 정지신호로 바뀐 직후에 교차로를 진입하여 계속 진행하고 있는 것을 발견하였다거나 그 밖에 신호를 위반하여 교차로를 진입할 것이 예상되는 특별한 경우” 나 “교차로의 신호가 진행신호에서 주의신호 내지 정지신호로 바뀌는 경우에도 그 교통신호에 따라 정지함이 없이 진행하던 속도 그대로 교차로를 통과하는 차량이 흔히 있는 것이 현실이며, 이는 자동차를 운전하는 사람이면 누구든지 쉽게 예상할 수 있는 상황” 이라거나 “현실적인 차량 운전자의 교통도덕 수준 등에 비추어 이와 같은 주의의무를 부과한다 하더라도 그것이 사회적 상당성의 한도를 넘는 과도한 요구라고 말할 수 없을 것이라는 전제” 등 엄격하게 제한된 상황에서만 적용함을 알 수 있다. 이는 보험실무와 경찰실무에서 무분별하게 도로교통법 제48조를 적용하여 쌍방과실로 이끌어가는 태도와는 다른 것이라고 볼 수 있다.

3.의 경우는 형사판례이기는 하지만 피해자가 교통법규 위반을 한 경우라고 하더라도 “제한속도를 위반하여 과속운전한 잘못이 있었다 하더라도 그러한 잘못과 교통사고의 발생과의 사이에 상당인과관계가 있다고 볼 수 없다” 고 하여 과실과의 결과발생(교통사고로 인한 손해) 사이의 인과관계를 부정하였다. 민사 판례인 94다8693도 동일한 취지라고 볼 수 있다. 다만 이 경우는 과실상계 부분에서 살펴 보았듯이 과실상계로서의 인과관계는 인정하여 과실상계 사유로서 작용할 수는 있을 것이다.

IV. 결론

자동차사고에 있어 과실비율제도는 그 실무 운영상 많은 문제점을 안고 있다. 법논리적으로 불법행위의 가해자와 피해자로 구별될 수 있음에도 불구하고 보험회사의 이익을 위해 자동차사고의 양측 모두를 가해자로 만들어 버리기 쉬운 제도가 과실비율제도이다. 과실비율제도는 불법행위책임을 제한하는 과실상계에 해당하며 불법행위 성립요건으로서의 과실과는 구별하여야 함에도 실무상으로 혼동하여 사용함으로써 많은 피해자를 양산하고 있다.

자동차사고의 과실비율 제도는 불법행위책임을 있어서의 과실상계에 해당한다. 여기서의

확대에 한 원인이 되었다는 이유로 피고의 책임을 80%로 제한하였다.

과실은 불법행위성립요건으로서의 과실과 달리 완화하여 해석하여야 하며 과실과 결과사이의 인과관계도 마찬가지로 관련성만으로 인정할 수 있다. 과실상계의 효과로는 가해자의 손해배상이 면제되거나 감액될 수 있다. 그런데 자동차사고의 과실상계에서 주요하게 참작하여야 할 과실은 피해자의 법규위반일 것이다. 다만 실무에서 광범위하게 적용하는 도로교통법 제48조의 안전운전불이행은 포괄적인 일반조항으로 그 적용에 신중하여야 할 것이다. 그리고 위험성을 비교하는 것도 자칫 구체적 과실을 요구하는 것으로 흐를 가능성이 있어 주의하여야 할 것이고, 요보호자에 따라 주의의무를 강화하는 것도 법적 안정성과 교통질서 확립 측면에서 신중하게 접근하여야 할 것이다. 결과적으로 과실비율인정 즉 과실상계에 있어서는 피해자의 법규위반을 고려하여 과실을 참작하여야 할 것으로 보인다.

그런데 과실비율제도의 실무상 혼동하고 있는 과실은 불법행위 성립요건으로서의 과실인데 불법행위 성립요건으로서의 과실은 주의의무위반으로서 예견가능성과 회피가능성을 위반한 경우로 볼 수 있다. 여기서 예견가능성을 조각하는 것이 판례에서 형성된 신뢰의 원칙이다. 우리 민법의 기본원리에 해당하는 신뢰보호의 원칙으로부터 파생되는 신뢰의 원칙은 불법행위 성립요건으로서 과실에 작용한다고 보아야 한다. 신뢰의 원칙은 주의의무로서 예견가능성을 탈락시킨다. 이를 제한하는 원리로서 도로교통법 제48조의 안전운전의무 위반이 주의의무위반으로서 결과회피의무위반으로 작용하여 불법행위성립을 인정하게 될 것이다. 다만 결과회피의무 위반에 해당하는 도로교통법 제48조의 안전운전의무 위반은 그 위반에 자동차사고에 결정적이고 주된 원인인 경우에만 제한적으로 적용하여야 할 것이다.

이상의 검토를 바탕으로 판례를 분석하여 보면 상대방이 교통법규를 준수할 것이라고 믿고 행동하면 신뢰의 원칙을 적용하여 불법행위 성립을 부정하는 경우가 주류적 판례라고 보여지며 예외적으로 도로교통법 제48조의 안전의무불이행을 적용하여 결과회피의무 위반으로 불법행위 성립을 인정하고 있다는 것을 알 수 있다. 또한 피해자가 교통법규를 위반하였다고 하더라도 그것이 자동차사고에 결정적이고 주된 원인이 아니라면 상당인과관계가 탈락하여 불법행위 성립이 인정되지 않음을 알 수 있다.

그러나 손해보험협회에서 운영하는 과실비율 인정기준은 이러한 이론이나 판례의 태도를 반영하지 않고 도로교통법 제48조를 확대해석하여 대부분의 경우에 안전운전의무 불이행으로 불법행위 성립을 인정하고 있고 이는 경찰의 교통사고 조사 실무도 마찬가지로 보인다. 일반규정인 도로교통법 제48조를 확대해석하여 무분별하게 적용하는 것은 일반조항으로의 도피가 될 뿐만 아니라 법적 안정성과 건전한 교통질서 확립에도 장애가 될 것이다. 따라서 손해보험협회에서 운영하는 과실비율 분쟁심의위원회의 과실비율인정기준에서도 과실비율 인정기준의 기본원칙으로 신뢰의 원칙을 천명⁹⁴하고 있듯이 불법행위 성립에 있어 신뢰의 원칙을 적용한 과실비율 인정기준을 명확하게 마련할 필요성이 있는 것으로 보인다. 즉 과실비율 인정은 1단계로 신뢰의 원칙을 적용하여 자동차사고에 가장 주된 원인이고 직접적인 원인으로 작용한 법규 위반행위자만이 불법행위자임을 인정하고 그 이후 과실비율 산정(과실상계)을 통하여 불법행위자의 책임을 감면하거나 감경하여야 할 것이다. 과실상계를 할 경우는 피해자의 법규위반행위도 주요한 요소가 될 수 있을 것이다.

94) 손해보험협회, 자동차사고 과실비율 인정기준(2023.6), 16.

<참고문헌>

- 주석서 -

민법주해 IX, 채권(2), 박영사(1995)(오종근)
주석민법, 채권총칙1(제5판), 한국사법행정학회(2020)(문주형)
주석민법, 채권각칙6(제5판), 한국사법행정학회(2022)(이연갑)
주석민법, 채권각칙8, 한국사법행정학회(2022)(이원)

- 단행본 -

곽윤직, 채권각론(제6판), 박영사(2013)
곽윤직, 채권총론(민법강의Ⅲ), 박영사(2018)
권용우, 불법행위론, 신양사(1998)
김상용, 채권각론(제3판), 화산미디어(2016)
김상용, 채권총론(제3판), 화산미디어(2016)
김용한, 채권법총론, 박영사(1983)
김일수/서보학, 새로쓴 형법총론(제12판), 박영사(2014)
김준호, 민법강의(제29판), 법문사(2022)
김준호, 채권법(제10판), 법문사(2019)
김증한/김학동, 채권각론(제7판), 박영사(2006)
김증한/김학동, 채권총론, 박영사(1998)
김형배, 민법학연구, 박영사(1989)
김형배, 채권총론(제2판), 박영사(1999)
김홍엽, 민사소송법(제10판), 박영사(2021)
노종천, 채권법, 동방문화사(2015)
고명식, 채권총론(제2판), 동방문화사(2015)
백태승, 민법총칙(제7판), 집현재(2016)
송덕수, 채권법각론(제4판), 박영사(2020)
송덕수, 채권법총론(제4판), 박영사(2018)
양창수/권영준, 권리의 변동과 구제(민법2)(제2판), 박영사(2015)
양창수/김재형, 민법 I (계약법), 박영사(2015)
양형우, 민법의 세계(이론과 판례)(제11판), 피앤씨미디어(2019)
양형우, 민법총칙(민법의 세계 제15판), 정독(2024)
윤철홍, 채권총론(제3전정판), 법원사(2018)
이시윤, 신민사소송법(제15판), 박영사(2021)
이은영, 채권각론(제5판), 박영사(2007)
이은영, 채권총론(제4판), 박영사(2009)
이재훈, 판례불법행위법(12), 한국사법행정학회(1996)
정기웅, 채권총론(제2전정판), 법문사(2014)
조성민, 채권법, 두성사(2014)
조성민, 채권총론, 두성사(2014)
차용석, 형법총론강의(1), 고시연구사(1998)
현승중, 채권총론, 일신사(1982)

- 논문 -

권용우, “제3자의 과실과 과실상계”, 법학논총 35권 1호(2011)
김준호, “신뢰의 원칙의 판례이론”, 인권과정의(2013.9)
김현선, “분업적 의료행위에 대한 민사책임제한으로서 신뢰원칙의 적용 여부 - 대법원 2011. 07. 14. 선고 2009다65416 판결을 중심으로”, 한국의료법학회지 제21권 제2호(2013)
민형기, “자동차손해배상사건에 있어서의 과실상계에 관한 제문제”, 재판자료 제21집(1984)

조준한/김인석/송태진, “안전운전불이행 개념 정립 및 유형별 교통사고 관련성 연구”, 대한교통학회 학술대회지(2015)
 천진호, “분업적 의료영역에 있어 신뢰의 원칙의 적용”, 법학논총 제35집2호(2015)
 최문기, “자동차사고에 있어서의 과실상계에 관한 판례분석”, 경성법학(1985.4)
 홍천룡, “자동차사고 손해에 있어서의 과실상계 문제”, 손해배상법의 제문제(황적인교수 화갑기념), 박영사(1990)

- 기타 -

“車보험 과실비율 분쟁 폭증…분심위 법적 구속력 강화한다” (이투데이 2023.4.25.기사 <http://www.etoday.co.kr/news/view/2243357>)
 “차사고 과실비율 산정 ‘못 믿어’ ...소비자 불만 폭주” (소비자가 만드는 신문 2018.12.15. 기사 <https://www.consumernews.co.kr/news/articleView.html?idxno=528964>)
 “차 사고났는데 보험 수리비 1년 지난 후 지급?...수개월 걸리는 '과실비율 분쟁 조정'에 불만 폭발” (소비자가 만드는 신문 2022.6.27.기사 <https://www.consumernews.co.kr/news/articleView.html?idxno=652419>)
 “[팩트체크] 사고 책임이 더 큰 키보드 운전자 치료비도 차량 운전자가 문다?” (연합뉴스 2021.11.15.기사 <https://www.yna.co.kr/view/AKR20211115069400502>)
 “민주 황운하 의원 ‘교통사고 과실비율 분심위, 선수가 심판도 겸하나’ ” (충청뉴스 2022.10.11.기사 <https://www.ccnnews.co.kr/news/articleView.html?idxno=271896>)
 ‘ [生生국감] 車사고 분쟁조정 논란… “보험사 추천위원만 가득”(뉴데일리 2022.10.11.기사 <https://biz.newdaily.co.kr/site/data/html/2022/10/11/2022101100024.html>)
 “피할 수 없는데 '쌍방과실'...교통사고 과실 비율 일부 개선” (YTN 2019.5.27.기사 https://www.ytn.co.kr/_ln/0103_201905271525064018)
 “車사고시 보험사 현장출동직원 과실비율 판단 못한다…금감원, 결정과정 투명화 추진” (조선일보 2015.12.3.기사 https://biz.chosun.com/site/data/html_dir/2015/12/03/2015120301364.html)
 “안전운전의 의무” (중앙경찰학교 교수 박용환)(http://www.gssm.co.kr/default/article_print.htm?part_idx=292&idx=32148)
 “사람과 부딪히면 무조건 차 잘못?...운전자들 '환호' [아차車] “(한국경제 2023.9.30.기사 <https://www.hankyung.com/article/2023092734867>)
 “무단횡단 고교생 ‘쿵’ ...번호까지 쫓는데 뺨소니로 신고했네요” (서울경제 2023.8.3.기사 <https://www.sedaily.com/NewsView/29T9HYWM8G>).
 “ ‘경찰아, 너도 당해봐’ 사실상 고라니급, 운전자만 억울해 미친다” (Dot Key Press 2023.9.8.기사 <https://m.dotkeypress.kr/itorpick/article/47031>).

「자동차사고에서의 과실비율 제도와 신뢰보호원칙」

토론문

김영두(충남대학교 법학전문대학원 교수)

교통사고로 인해서 손해가 발생하면 가해자는 피해자에게 손해배상의무를 부담하게 됩니다. 만약 피해자에게 사고의 발생이나 손해의 발생 및 확대에 기여한 과실이 있다면 이를 고려하여 손해배상 책임여부나 금액을 산정하게 됩니다.

교통사고가 발생하면 피해자만 손해를 입는 것이 아니라 가해자도 손해를 입게 됩니다. 특히 차량의 충돌로 인한 교통사고에서 그러합니다. 이 경우 가해자는 자신이 교통사고를 발생시킨 것이므로 자신에게 발생한 손해는 스스로 부담해야 합니다. 그러나 피해자의 과실이 가해자의 과실과 공동으로 교통사고를 발생시켰고, 피해자도 가해자에 대해서 가해행위를 한 것으로 인정된다면 피해자는 교통사고의 피해자이면서 동시에 상대방에 대한 교통사고의 가해자가 될 수 있습니다. 이 경우에 각 당사자의 과실은 상대방에 대한 손해배상책임을 성립시키는 원인이 될 수도 있지만 서로에 대한 손해배상책임에 있어서 과실상계의 원인이 될 수도 있습니다. 또한 교통사고로 인해서 가해자와 피해자가 공동으로 제3자에게 손해배상책임을 부담할 수도 있습니다. 「자동차손해배상 보장법」(이하 ‘자동차손배법’)은 사실상 운행자의 무과실책임을 규정하고 있기 때문에 교통사고의 피해자도 피해자이면서 동시에 제3자에 대해서 교통사고로 인한 손해배상책임을 부담하게 될 수도 있습니다. 이 경우에 피해자의 과실은 공동불법행위자의 과실비율을 판단함에 있어서 고려될 수 있습니다.

이와 같이 교통사고에 있어서 피해자의 과실은 과실상계를 통하여 가해자의 손해배상책임과 그 범위를 정함에 있어서 고려되는 사유가 될 수 있지만, 가해자에 대한 불법행위책임을 발생시키거나 공동불법행위책임을 발생시킬 수 있습니다. 어느 경우이든 과실비율이라는 표현을 사용할 수 있지만, 그 과실비율은 과실상계에 있어서 과실비율과 손해배상책임을 성립에 있어서 과실비율로 구분되어야 합니다.

그런데 실무적으로는 종종 이 두 가지 경우를 명확하게 구분하기 어려운 경우가 있습니다. 특히 「자동차손해배상 보장법」에 따른 책임은 무과실책임이며, 교통사고의 피해자는 사고의 발생에 기여한 자신의 과실유무와 상관없이 책임보험금을 청구할 수 있다는 점(대법원 2020. 1. 30. 선고 2016다267890 판결)을 고려한다면 교통사고가 발생한 경우에 단순히 과실상계만을 할 수 있는 “과실”과 상대방 또는 제3자에게 손해배상책임을 발생시키는 “과실”을 구분하기 쉽지 않습니다. 이는 교통사고가 발생한 경우에 보험회사들이 적당히 과실비율을 산정하는 원인이 되기도 합니다.

발표문은 이러한 문제점을 지적하고 그에 대한 해결방안을 제시하고 있습니다. 발표내용에 대해서 두 가지 사항에 대해서 질문을 드리는 것으로 토론에 같음하고자 합니다.

첫째, 교통사고가 발생한 경우에 과실상계를 위한 과실비율과 쌍방의 과실에 의해서 교통사고가 발생한 경우의 과실비율은 구분되어야 합니다. 이러한 구분에 있어서 제일 중요한 점은 결국 피해자의 과실이 가해자에 대한 불법행위를 구성하는지 또는 쌍방의 과실이 공동으로 불법행위를 구성하는지 여부가 됩니다. 이론적으로는 이렇게 구분할 수 있지만 실무적으로 피해자에게 과실이 있는 경우에, 그 과실이 과실상계를 위해서만 고려되어야 하는지, 그 과실이 오

히려 가해자에 대한 불법행위를 구성하거나 가해자의 과실과 함께 공동불법행위를 구성하는지 구분하기 쉽지 않습니다. 발표자도 이러한 혼동으로 인한 문제점을 지적하고 있는데, 교통사고가 발생한 경우에 이 두 가지를 구분하기 위한 기준은 무엇이며, 실무적으로 이를 명확히 구분하도록 하기 위해서는 어떠한 제도개선방안이 있는지 궁금합니다.

둘째, 신뢰의 원칙은 불법행위책임의 성립요건을 검토하는 경우에도 적용되지만 과실상계를 위한 피해자의 과실비율을 산정함에 있어서도 고려됩니다(대법원 1992. 12. 22. 선고 92다 34650 판결). 발표자는 신뢰의 원칙을 불법행위책임의 성립에 있어서 상세하게 검토하고 있는데, 과실상계에 있어서 신뢰의 원칙은 어떠한 의미를 갖는지, 불법행위책임의 성립요건과 과실상계에 있어서 신뢰의 원칙이 차이가 있는지 궁금합니다.

공동불법행위에 있어서 과실비율

과실상계에 있어서 과실비율

두 가지 과실비율이 혼재되어 사용되는 것 같다. 이 두 가지 과실비율을 구분하는 방법에 대해서 발표자의 견해는?

가해행위, 즉 손해를 가하는 행위가 있는 경우에 공동불법행위가 성립하게 된다. 즉 이 경우에는 쌍방과실로 인한 불법행위가 성립하게 된다. 서로가 서로에게 불법행위를 가한 것이 된다. 다만 상대방의 과실은 나의 손해배상책임에 있어서 과실상계 사유가 되고, 나의 과실은 상대방의 손해배상책임에 있어서 과실상계 사유가 된다.

제3자에 대한 관계에서 공동불법행위가 될 수도 있다.

쌍방 불법행위의 경우에 각 가해자의 과실은 상대방에 대한 손해배상 책임에 있어서 과실상계의 사유가 된다.

신뢰의 원칙은 불법행위 성립이나 과실상계의 사유가 존재하는지 여부에 대한 판단기준이 된다.

쌍방불법행위, 교차적 불법행위에 해당하는지, 아니면 과실상계에 해당하는지 기준을 구분하는 것이 중요하다.

불법행위가 성립하기 위한 과실과 과실상계를 하기 위한 과실을 어떻게 구분할 수 있는지 기준을 설정하는 것이 가능한가?

쌍방불법행위나 공동불법행위가 성립하기 위한 과실과 과실상계를 위한 과실을 구분하는 것이 어렵다.

자동차손해배상보장법에 따른 책임은 과실책임이라고 보기 어려운 측면이 있다. 이것은 쌍방과실에 있어서 과실비율을 판단하기 어렵게 만든다. 운전자책임을 부담한 경우에 그로 인한 손해배상금을 가해행위에 의한 손해로 보고 손해배상을 청구할 수 있는지 여부가 문제될 수 있다.

교통사고가 발생하게 되면 쌍방이 손해를 입게 된다.

이 경우에 교통사고가 쌍방의 과실로 발생하게 된다면, 쌍방에 대한 불법행위가 성립할 수도 있고, 일방의 불법행위만 성립하고 과실상계가 적용되는 경우도 있다. 이 두 가지 경우를 어떻게 구분할 수 있는가? 사실상 구분이 어려운 것이 아닌가? 그렇다면 과실비율을 통해서 손해를 분산시키는 실무적인 현상을 꼭 부정적으로 판단할 수는 없지 않은가?

특히 과실비율을 보험회사에 맡기는 경우에 보험회사는 100% 과실을 주장하지 않는 경우가 일반적이다. 이러한 문제를 어떻게 처리해야 할 것인가? 제3자에 대한 관계에서 과실상계에 있어서 과실과 공동불법행위의 과실을 혼동하는 경우가 있는데, 이를 어떻게 처리해야 할 것인가?

인공지능 제조물의 민사책임론

이 수 경 *

I. 서론

최근의 인공지능 기술의 발달은 그 속도나 규모의 면에서 인류사의 어느 시기보다 가장 빠른 변화를 가져오고 있다. 자연 서식지에서 침팬지와 같은 멸종 위기종의 각 개체의 얼굴을 개별적으로 인식하고 추적할 수 있는 새로운 소프트웨어를 개발하여 다양한 포즈의 개체를 지속적으로 추적하고 인식하는 소프트웨어를 만들기도 하고,¹⁾ 의료계에서는 진단용 인공지능의 과제가 극복되고 있다. 영상의 부족으로 인하여 희귀질환의 식별은 어려웠던 점이 기술의 발달로 더 많은 데이터베이스를 통하여 생성된 엑스레이자료(computer-generated X-rays)를 통해 훈련이 되기 때문이다.²⁾ 인공지능 기술발달의 역사는 2012년에 합성곱 신경망(CNN)으로 이미지처리에 대한 딥러닝이 본격화 된 이래 눈부시게 발달해 왔다. 2016년에는 구글의 알파고(AlphaGo)를 통하여 인공지능이 대중화 되었으며, 2017년에 구글이 자연어 처리 모델인 트랜스포머(Transformer)를 내놓았고 이는 기존의 자연어 처리 모델의 단점을 극복시킨 것으로 이후 GPT, ELMo, BERT의 기반을 마련하게 된다.³⁾ 인공지능 기술은 로봇공학에도 혁신을 가져와 최근 로봇의 자연어 처리 발전에 고급자연어처리(Natural Language Processing, 이하 'NLP')를 통하여 인공지능의 활용이 가속화 되고 있다. 이러한 NLP의 사용은 언어가 아무리 복잡하더라도 기계가 식별하고 이해할 수 있게 되었다.⁴⁾ 2023년 이후 생성형 인공지능이 급속도로 인류의 일상에 변화를 일으키며 아울러 데이터 활용의 가능성을 급격하게 증폭시켰고 인공지능의 창의성이 인간을 대신하는 창작활동을 하고 있다. 물론

* 고려대학교 법학연구원 연구교수, 법학박사

이 글은 한국민사법학회 춘계학술대회의 발제문입니다. 발제 후 보완이 필요한 미완의 글입니다.

- 1) 옥스퍼드 대학교 영장류 모델 연구소에서 교토대학교의 영장류 연구소의 비디오 아카이브에서 가져온 천만 개 이상의 이미지를 활용하여 소프트웨어를 학습시켰다. University of Oxford, Artificial Intelligence used to recognise primate faces in the wild, new & events, 5 Sep 2019. <<https://www.ox.ac.uk/news/2019-09-05-artificial-intelligence-used-recognise-primate-faces-wild>> 마지막 방문일 2024. 3. 1.
- 2) Kristie Wright, Latest developments of artificial intelligence:10 AI trends to follow, 21 March 2024, InData Labs. <<https://indatalabs.com/blog/ai-latest-developments>> 마지막 방문일 2024. 3. 1.
- 3) 인공지능 분야의 핵심적인 사건은 chat GPT이전과 이후의 인공지능 발달의 흐름을 살피기 위하여 2010년대 이후의 인공지능 활용과 기술의 발달을 살펴 본 것이다. 자료의 출처는 IT & Future Strategy, “글로벌 AI 전문가 10인이 진단한 AI 현상과 방향”, 2023. 5면의 한국지능정보사회진흥원의 자료(2022.12)의 도표 참조. 2019년 GPT-2 언어모델이 등장하며 언어모델에 새로운 표준을 제시하고 바로 뒤이어 2020년 GPT-3가 초대규모 언어모델의 시작을 알리며 초대규모 모델의 범용성이 부각되게 된다. 이후 2022년부터는 ‘미드저니(midjourney)’ 등 인공지능으로 이미지까지 만들어 낼 수 있게 되어 현재의 인류는 멀티모달(multi modal)의 전성시대에 살고 있다. 조남호, “인간처럼 사고하는 멀티모달AI란?”, 삼성SDS, 인사이트 리포트, 2022. 10. 21.
- 4) Ross Gruetzemacher, The Power of Natural Language Processing, Harvard Business Review, 19 April 2022. 마지막 방문일 2024. 3. 1. <<https://hbr.org/2022/04/the-power-of-natural-language-processing>>

생성형 인공지능의 발달과 함께 이에 따른 우려의 목소리도 높아진 것도 사실이다.⁵⁾

인공지능으로 인하여 발생한 손해에 대해서는 누가 어떻게 책임을 질 것인가. 그것은 인공지능 기술의 특성과 관련이 있다 할 것이다. 인공지능이 가진 여러 가지 기술적 특성 중 이 글에서는 예측불가능성과 불투명성에 초점을 두고자 한다. 또한 우리 민법의 책임원리에 대입하여 인공지능의 민사책임을 검토한 뒤, 최근 생성형 인공지능이 산업에 적용되어 민사책임을 일으킬 수 있는 의약품 제조라는 대표적인 사례를 통하여, 최근 대두된 생성형 인공지능 기술 이후의 민사책임에 대한 논의를 하고자 한다. 인공지능의 불법행위책임을 해결할 수 있는 민사책임법리를 검토하면서 기존의 방식으로 규율하는데에 한계점이 있다면 어떤 점이 있는지 살펴보고⁶⁾ 인공지능으로 인한 불법행위 손해에서 어떤 유형에서 위험책임을 적용될 수 있는지 살펴보았다.

II. 인공지능의 특징과 손해

1. 논의를 위한 인공지능의 특성

(1) 예측불가능성

인공지능(Artificial Intelligence, 'AI')은 알고리즘을 활용하여 데이터를 처리한다. 인공지능의 알고리즘의 기반은 딥러닝(Deep Learning)이며⁷⁾, 알고리즘이 이러한 딥러닝을 통하여

5) 미국 비영리단체인“삶의미래연구소(FLI)”의 테크마크 교수는 작년 3월 오픈AI의 GPT-4보다 강력한 인공지능을 훈련시키는 것을 6개월간 중단해야 한다는 서명운동을 벌였다. 또한 인공지능학계의 권위자인 월시 교수는 “거대언어모델(LLM)”은 계속 발전할 것이고 향후에는 LLM에 지시를 내리기 위해 명령입력(Prompt)조차 필요하지 않을 것이라고 예언했다. 세계적인 인공지능의 권위자들이 생성형 인공지능의 발달에 대하여 인간 노동력의 대체 등 고용대란 등을 우선적인 문제점으로 꼽았다. 이현주 기자, 한국일보 “AI, 노동시장에 구조적 차별 가져올 수 있다... 해외 석학들의 경고”, 기사입력 2024. 2. 21. <<https://www.hankookilbo.com/News/Read/A2024022009450004945?did=NA>> 그러나 Open AI의 chatGPT출시 이후, ‘적어도 모든 종류의 신뢰할 수 있는 텍스트’를 생성하는 기술과 영향에 대해 지적재산권 침해, 명예훼손 콘텐츠 생성, 데이터 보호법 위반 등의 위험의 가능성을 지적했다. Richard Dahl, “Could You Get In Legal Trouble using ChatGPT”, Findlaw, 기사입력 2023. 1. 17. 마지막 방문일 2024. 3. 1.

<<https://www.findlaw.com/legalblogs/law-and-life/could-you-get-in-legal-trouble-using-chatgpt/>> 인공지능을 기반으로 하는 제조물과 서비스는 경제 전반에 빠르게 확산되었고 거의 모든 기업이 제품과 서비스에 인공지능을 탑재하는 것에 몰두하는 현상은 미국 FTC(Federal Trade Commission) 이 인공지능이 적용된 도구에 대한 상업적 가용성에 대하여 신속하고도 포괄적인 대응을 하여 불법적인 편견이나, 지적재산권과 경쟁을 규제하는 법률준수에 대한 영역을 확보하려는 대에서도 알 수 있다. FTC의 소비자보호국에서는 ‘인공지능 및 알고리즘’ 사용이라는 주제로 이미 2020년부터 관심을 보이고 있다. 그러면서 Open AI가 chat GPT를 출시한 지 불과 몇 달 만에 생성형 인공지능 기반 제품에 시장에 대하여 FTC는 오해가 있거나 허위의 광고에 대하여 금지하는 체계를 세웠다. 그러면서 FTC는 합리적으로 ‘예측이 가능한’ 인공지능의 위험을 식별하고 완화하도록 조언하기도 했다. D.Reed Greeman Jr. “The Federal Trade Commission and Artificial Intelligence”, ArentFoxSchiff, 입력일 2023. 10. 18. 마지막 방문일 2024. 3. 1. <<https://www.afslaw.com/perspectives/privacy-counsel/the-federal-trade-commission-and-artificial-intelligence>>

6) 이해원, “인공지능과 제조물책임” 정보법학 제25권 제2호, 2021, 71-72면 ; 오병철, “인공지능 로봇에 의한 손해의 불법행위책임”, 법학연구 제27권 제4호, 2017, 158면.

7) 딥러닝이라는 개념은 2006년 Geoffrey Hinton에 의하여 탄생되어 알고리즘의 기반으로 활용된다. 이성엽 대표저자, 데이터와 법 제2 전정판, 박영사, 2024, 486면, 487면 이하. Hinton은 그의 논문에서

결과값을 만들어내는 구조⁸⁾이다. 빅 데이터의 패턴을 인식하고 학습하여 결과값이 도출되므로 인공지능은 스스로 알고리즘의 진행을 임의로 벗어나거나 조절할 수는 없다. 인공지능을 만든 사람조차도 구체적으로 인공지능을 통제할 수 없는 가능성이 있다.⁹⁾ 인공지능을 스스로 자율적으로 행동한다¹⁰⁾고 정의하거나, 인간의 인지적인 기능을 모방하여 학습 혹은 문제의 해결에 이르는 과제를 수행할 수 있는 기술을 지칭하는 것으로 널리 정의할 수도 있다.¹¹⁾ 그리고 인간의 지적인 사고를 알고리즘을 이용하여 인공적으로 구현했다는 정의¹²⁾도 가능하나, 인공지능은 일반적으로 소프트웨어에 국한되지 않고 자율성을 갖춘 기계 또는 로봇을 포함한다고 본다.¹³⁾ 인공지능은 소프트웨어와 데이터를 활용한 알고리즘을 통하여 구현되지만 그 자체가 과연 독립적인가에 대하여 의문이 제기되기도 한다. 알고리즘이 개발이나 학습과정에서 이미 인간의 의지가 반영될 가능성을 전혀 배제할 수는 없기 때문이다. 심지어 알고리즘이 포함된 기술이 객관적이라고 볼 수 없다는 견해까지도 제기된다. 기업에서 사용하는 알고리즘이 이용자에게 일정한 결과를 보여주고 이것이 객관적이라고 오도할 수 있다는 것이 그 이유다.¹⁴⁾ 지금까지의 인공지능 법안들은 주로 인공지능 기술의 발달을 촉진하기 위한 방향으로 만들어져 왔다. 그런데 최근 발의된 법률안에서는 인공지능의 개발이 거의 모든 산업분야에 적용되고 높은 부가가치를 창출할 것으로 기대됨에 따라 인공지능의 위험성에 대한 우려도 확산되고 있으므로 이에 대한 법적규제의 내용을 포함한다. 인공지능이 대량의 데이터를 학습하는 기계학습에 기반하고 있다보니 생래적으로 불확실성과 불투명성을 가지고 있고, 노이즈 데이터로 인한 오류의 가능성이 크다는 것이 전제이다. 게다가 특정 분야에서 인간의 통제 수준을 넘어설 경우 고의적으로 악용이 될 수도 있는 문제점에 대한 우려도 제기되고 있는 것이다.¹⁵⁾

인공지능의 발전이 딥러닝이 다른 학습방법과 함께 결합하여 이루어져 왔으나 앞으로 자연어 이해는 딥러닝이 향후 (인공지능에) 큰 영향을 미칠 또 다른 영역임을 예측한 바 있다. Yann Lecun, Yoshua Bengio, Geoffrey Hinton, "Deep learning", Nature, 2015, 521(7553) pp. 436-444. 또한 기술적으로 기계학습은 인공지능의 하위집합이고 딥러닝은 기계학습의 하위분야이다. 신경망은 알고리즘의 중추를 구성하고 단일 신경망을 딥러닝 알고리즘과 구별하는 것은 신경망의 노드 계층 수 또는 깊이이다. 인공지능은 기계학습과 딥러닝 중에 가장 광범위한 용어이며 인간의 지능과 문제해결과 같은 인간의 인지 기능을 모방하는 기계를 분류하는 데에 사용되는 개념이다.

IBM Data and AI Team, AI vs. Machine Learning vs. Deep Learning vs. Neural Networks: What's the difference?, July 6, 2023 updated, 마지막 방문일 2024. 3. 1. <<https://www.ibm.com/blog/ai-vs-machine-learning-vs-deep-learning-vs-neural-networks/>>

- 8) 김영두, "인공지능과 자유의지", 법학연구 제30권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2020, 338면 이하.
- 9) 이수경, "인공지능 기술에 있어서 법인격 부여와 책임론", 재산법연구 제39권 제1호, 2022, 35-36면.
- 10) 김윤명, "인공지능(로봇)의 법적쟁점에 대한 시론적 고찰", 정보법학 제 20권 제1호, 2016, 146면.
- 11) 전정현, 김병필, "인공지능과 법률 서비스: 현황과 과제", 저스티스 통권 170-1호, 각주 13) 222면.
- 12) 오병철, "인공지능 로봇에 의한 손해의 불법행위책임", 법학연구 제27권 제4호, 2017, 162면.
- 13) Georg Borges, "Liability for AI Systems Under Current and Future Law - An overview of the key changes envisioned by the proposal of an EU-directive on liability for AI", CRi, 2023, p.2 Borges교수는 인공지능이라는 표현이 아닌 인공지능 시스템(AI system)이라는 표현을 사용하고 있다. 그러나 이것은 유럽연합에서의 Art. 3 Draft AI Act에서의 정의를 따른 것으로 위원회의 제안과 달리 각료회의는 소프트웨어에 국한하지 않고 자율성을 갖춘 기계 또는 로봇을 포함하고 인공지능 시스템으로 표기하며 정의하고 있다. Council, General Approach AI Act (n.14)
- 14) 김윤명, 『블랙박스를 열기위한 인공지능법』, 박영사, 2022, 425-426면.
- 15) [의안번호23709] 인공지능 책임 및 규제법안 (안철수의원 대표발의) 2023. 8. 8. 제안이유 참조. 21대 국회에서 발의된 인공지능 관련 법안 중 정부입법지원센터에서 2024년 3월 1일 현재 검색되는 총 13개의 법안을 상임위원회별로 본다면 과학기술정보방송통신위원회 9개, 교육이 2개, 산업통상자원중소벤처기업위원회가 2개 등이다. 인공지능 연구개발 및 산업 진흥, 윤리적 책임 등에 관한 법률안 (이상민 의원 등 11인)외에도 인공지능산업육성에 관한 특별법안 (양향자 의원 등 23인), 인공지능 집적

(2) 인공지능으로 발생한 손해에 대한 책임의 주체

인공지능을 법적인 관점에서 정의내리기 위해 입법의 내용을 살펴보면¹⁶⁾ 「지능형 로봇 개발 및 보급 촉진법」에서의 지능형 로봇을 “외부환경을 스스로 인식하고 상황을 판단하여 자율적으로 동작하는 기계장치(기계장치의 작동에 필요한 소프트웨어를 포함한다)” 라고 정의한 것에서도 볼 수 있듯, 외부상황에 맞추어 자율적으로 동작할 수 있는 특성이 개념정의에 포함된다고 볼 수 있다. 「자율주행자동차 상용화 촉진 및 지원에 관한 법률」(약칭 ‘자율주행자동차법’)에서도 자율주행시스템을 “운전자 또는 승객의 조작 없이 주변상황과 도로 정보 등을 스스로 인지하고 판단하여 자동차를 운행할 수 있게 하는 자동화 장비, 소프트웨어 및 이와 관련한 모든 장치를 말한다” 고 규정한다. 전통적인 기계와 달리 딥러닝을 통하여 예상하지 못한 상황에도 대처할 수 있고, 이것은 개별적인 상황에서는 인공지능을 설계한 제조자 혹은 프로그래머조차도 인공지능으로 인한 행위를 정확하게 예측할 수 없는 점이 지적된다. 이러한 유형의 자율성을 두고 새로운 유형의 “자율성 위험 (autonomous risk, Autonomierisiko)” 이라고 칭하기도 한다.¹⁷⁾ 이것은 인공지능 그 자체의 알고리즘이 제조자에 의해 출시된 초기의 상태에서 벗어나, 외부로부터의 데이터를 교신하여 분석하고 추론하는 과정에서 이용자의 통제를 벗어나게 되는 것을 의미한다. 이용자로서는 인공지능의 활용에 관련하여 어떠한 주의의무를 기울여야 하는지, 어떠한 과정에서 타인에게 손해를 끼쳤는지에 대한 과정을 이해하기 어려운 경우도 존재한다.¹⁸⁾ 그러나 이러한 자율성은 ‘책

단지 육성에 관한 특별법안 (송갑석 의원 등 11인), 인공지능 기술 기본법안 (민형배 의원 등 10인), 인공지능 교육진흥법안 (안민석 의원 등 10인), 인공지능 육성 및 신뢰 기반 조성 등에 관한 법률안 (정필모 의원 등 23인), 인공지능에 관한 법률안 (이용빈 의원 등 31인), 한국인공지능반도체공과대학교 법안 (안민석 의원 등 13인), 인공지능 교육진흥법안 (조해진 의원 등 12인)은 인공지능 산업의 육성을 위한 취지의 입법안들이었다. 이후 알고리즘 및 인공지능에 관한 법률안 (윤영찬 의원 등 12인)에서는 “고위험 인공지능을 이용한 기술 또는 서비스를 이용하는 과정에서 국민의 생명과 안전을 보호하고 고위험 인공지능과 그 알고리즘의 규율에 관한 기본원칙 및 정책 수립 등에 관한 사항을 심의할 수 있는 고위험인공지능심의위원회를 두도록 했다. 그리고 고위험인공지능 이용 기술 또는 서비스에 대한 설명요구권, 이의제기권, 또는 거부권 등 고위험인공지능이용자를 보호하도록” 한 규정이 포함되었다.(대안반영폐기), 인공지능사업 육성 및 신뢰 확보에 관한 법률안 (윤두현 의원 등 12인)에서는 “고위험 영역에서 활용되는 인공지능을 이용하여 제품 또는 서비스를 제공하려는 자는 해당 제품 또는 서비스가 고위험 영역에서 활용되는 인공지능에 기반하여 운용된다는 사실을 이용자에게 사전에 고지하도록” 하는 내용을 포함한다.(대안반영폐기) 이후 인공지능책임법안 (황희 의원 등 14인)에서는 2022년 12월 chat GPT의 출시를 두고 인공지능의 윤리 문제 등 인공지능의 역기능적 측면에 대한 우려에 대하여 알고리즘의 설계에 대하여 선제적 윤리 대응을 제안이유로 제시하였다. (소관 위 심사). 국회의 입법안들을 살펴 보아도 chat GPT 이후 인공지능의 책임 및 규제에 대한 논의가 부상한 것을 알 수 있다. 2024. 3. 1. 검색 기준.

<https://www.lawmaking.go.kr/lmSts/nsmLmSts/out?sortCol=&sortOrder=&sugCd=21&sgtCls=&cptOfiOrgCd=&searchStDtNew=&searchEdDtNew=&rslRsltNmL=&rslRsltNmR=&scCptPostCmt=&scPpsUsr=&stDtFmt=&edDtFmt=&scBlNm=scBlNm_blnm&scBlNmSct=%EC%9D%B8%EA%B3%B5%EC%A7%80%EB%8A%A5&pageSize=100>

16) 정진명, “인공지능에 대한 민사책임 법리”, 재산법연구 제34권 제4호, 2018, 139면.

17) Teunmer, AcP 218(2018), 155 (163ff.) : Mayinger, a.a. O., S. 213 ff. 김진우, “인공지능 시스템의 책임능력”, 중앙법학 제23집 제4호, 각주4) 9면 재인용. 그러나 이러한 자율성을 두고 “설계된 자율성(built-in autonomy)”일 뿐이며 완전한 자율성과는 다른 프로그래밍 된 알고리즘에 의한 자율성을 강조하는 견해도 존재한다. 모든 작동에 대한 세부적인 프로그래밍이 아니며 머신러닝을 기초로 하여 포괄적인 프로그래밍이라는 견해이다. 그러기에 인공지능을 프로그래밍한 측에서는 이후 인공지능이 구체적인 개별사안에서 어떠한 결과값을 제공할지 사전에 인식할 수 없게 되는 난점이 야기된다는 견해로 오병철, 각주 13)의 논문, 163면.

임을 논할 수 있을 인간의 자유의지와 동일시 할 수 있을 정도'의 자율성의 본질과는 다르게 판단된다.¹⁹⁾ 그러므로 인공지능에게 자유의지가 존재하며, 인류와 같은 인지능력을 인정할 수는 없을 것이다.²⁰⁾ 이와 같은 맥락에서 인공지능에 의하여 통제되는 제조물은 이용자의 행위개입이 없이도 조작되는 것으로 보일 수 있고, 개입이 있다 하여도 매우 제한적으로 보인다. 이것은 직접적인 인간의 조종이 없으니 인간의 개입도 존재하지 않는 것처럼 보이게 되므로 결국 인간의 행위결과로 인한 책임귀속을 묻기 어려운 상황도 초래될 수 있을 것이다.²¹⁾ 인간의 작동에 의한 손해발생이라면 인공지능의 행위가 법적인 의미로서의 행위(Verhalten)으로 평가될 수 있어야 할 것이고, 그것은 인간의 개입을 행위로 인정할 수 있는가의 문제가 될 것이다. 자유의지를 통한 행위자의 행위가 부정될 경우에는 책임요건으로서의 행위성은 탈락하게 되며²²⁾ 더 나아가서 인공지능의 사용자가 이에 대한 통제가능성이

18) 정진명, 앞의 논문, 138면 ; 최민수, “인공지능 로봇의 오작동에 의한 사고로 인한 불법행위책임”, 민사법의 이론과 실무 제23권 제3호, 2020, 4면; 김진우, “지능형 로봇과 민사책임”, 저스티스 통권 제164호, 2017, 51면 ; 이에 대하여 의식적인 의도(intent)를 전제로 하지 않는 예측불가능성이 로봇으로 하여금 제조업자가 미리 설정한 명령을 그대로 따르지 않는 것을 강조한 선행연구로 김건우, “법적 주체로서 자율적 인공지능 로봇 I: 의의와 관점”, 성균관 법학 제30권 제2호, 2018, 218면 각주 3) ; 김진우, “인공지능에 대한 전자인 제도 도입의 필요성과 실현방안에 관한 고찰”, 저스티스 통권 171호, 2019, 7면. 그리고 또한 이러한 인공지능 로봇의 자율성의 정도는 로봇이 환경과의 상호작용을 어느정도로 하도록 설계되어 있는지에 따라 달라진다는 견해로 오병철, “전자인격 도입을 전제로 한 인공지능 로봇의 권리능력의 세부적 제안”, 법조 제69권 제3호, 2018, 56면; 이경규, “인(人) 이외의 존재에 대한 법인격 인정과 인공지능 법적 지위에 관한 소고”, 법학연구 제21집 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2018, 343면.

19) 이상용, “인공지능과 법인격”, 민사법학 제89권, 2019, 12면.

20) 인간의 행위에 자유의지(free will)를 부여하는 것은 2차적 욕구를 갖고 이에 부합하는 행동을 가지는 것을 의미하는데 인공지능은 스스로 학습하여 알고리즘을 변화시킬 수도 있어서 인간의 예측가능성에서 벗어나 현상적으로는 자율적으로 '보인다'. 그러나 이러한 현상적인 모습이 실제의 인간의 의지와는 다르며 이러한 위험에 대하여 추가적인 고려가 필요하다는 견해로 이상용, 앞의 논문, 11-12면.

21) 오병철, “인공지능 로봇에 의한 손해의 불법행위책임”, 법학연구 제27권 제4호, 2017, 163면;

22) 관련하여, 2017년 EU의회에서는 법적 주체 혹은, 기계 자체를 지정하여 책임의 청구 대상으로 만드는 “전자인(electronic person)”이라는 가능한 해결책을 제시하였으나 이 해결책은 현재는 법적 정책 토론에서는 더 이상 그 역할을 하지 못한다. Borges, 앞의 논문, p.3; 전자인 제도에 대하여 Expert Groupd, Liability for AI (n.22), p.38; Denga, CR 2018, 69, 77; Linke, MMR 2021, 200, 202f.; Mayinger, Die Künstliche Person, 2017, p. 166 ff.; Riehm, RD 2020, 42ff.; Wagner (n.26), para §823 BGB mn.111. 우리나라에서도 선행연구에서 전자인(electronic person)에 대한 비판이 있어왔다. 오병철 교수는 ‘전자인간’으로 명칭하며 철학이나 윤리적 관점에서서도 로봇에 인격을 부여하는 것이 바람직 하지 않으며, 법적인 관점에서 로봇에게 인격을 부여함으로써 권리와 의무의 주체로 인정하기 위해서는 권리능력의 시기 및 종기의 자의성과 불명확성에 비추어 부당하다고 지적한다. 로봇의 경우 제조시점과 폐기시점을 기준으로 시기와 종기를 정한다면 자의적으로 그 시기를 누군가에게 의해 좌우될 위험이 있기 때문이다. 주어진 의무를 회피하려고 고의적으로 로봇을 폐기하고 의무부담 주체는 사라질 수도 있다. 게다가 인간과 동일시 할 수는 없다고 해도 자율성이 인정되는 존재여야 하는데 이 경우, 설계된 자율성에서 국한되는 로봇으로 하여금 외형상 스스로 작동을 한다는 이유만으로 이를 완전한 자율성으로 보기는 어렵다는 것이다. 로봇의 창조자인 인간과 피조물인 로봇이 동격으로 인정받는 것은 윤리적으로도 수용이 어려운, 자연적인 생명력이 없는 로봇에게 생명체와 동등한 대접을 해야 한다는 점에서 비판받는다. 오병철, 각주 13)의 논문, 169-170면. 동지의 견해로 별도의 독립된 법인격의 인정에 대한 부정적인 견해로서 피해자를 효과적으로 구제하기 위하여 기존의 법인제도를 활용할 수는 있지만 완전히 새로운, 독립된 형태의 인공지능 법인격체를 인정하는 것은 별개의 논의로서 현 단계에서 인공지능의 설계, 제작, 운용, 이용자에게 불법행위책임을 귀속시키는 것이 타당하다는 입장으로 최경진, “인공지능과 불법행위책임”, 정보법학, 48면. 반면 전자인 제도의 장점을 도입하여 책임의 주체로 세우고 피해자는 채무자로서의 전자인을 상대할 수 있다는 견해도 있다. 물론 전자인의 도입은 가까운 미래에 도래할 현실은 아니나 광범위한 비판을 무릅쓰고 인공지능이 탑재된 자율성이 존재하는 시스템에 대한 권리주체성에 대한 요구는 점

없는 상태에서 이에 대한 책임을 지는 것도 부당하다는 견해도 이해가 된다.²³⁾ 유럽연합에서는 로봇의 자율성에 대해 외부의 통제나 영향과는 무관하게 외부 세계에서 결정을 내리고 구현하는 능력으로 정의하면서 이러한 자율성이 오로지 기술적인 성격을 띄고 있으며 그러한 정도가 로봇과 환경의 상호작용의 설계의 정도에 따라 결정이 되는 것으로 판단하고 자율성을 지닌 로봇이 증가하게 되면 될 수록 행위자 즉, 제조업자, 소유자, 사용자 등은 로봇을 단순한 도구로 간주할 수 없다고 보고 있다. 따라서 다양한 행위주체의 법적 책임에 대한 명확성을 제공하기 위하여 새로운 원칙과 규칙이 필요할 것인지, 그러한 책임발생의 원인을 특정한 인간 행위자에게 분배할 수 있을 것인지에 대한 판단에 대한 논의가 필요하게 된다.²⁴⁾

2. 블랙박스효과 (Black Box Effect)

인공지능의 알고리즘은 저장된 매개변수의 값을 알고 있다고 해서 인공지능이 외부세계와 상호작용한 결과로서의 추론과정을 인간의 언어로 이해하거나 설명하기는 극히 어렵다. 이것은 인공지능의 설명가능성 (explainability)²⁵⁾이라고도 하고, 알고리즘의 처리방식이 외부에서 이해가 어렵다고 하여 블랙박스효과(Black Box Effect)라고도 불린다.²⁶⁾ 블랙박스처럼 기계학습은 데이터를 활용하고 그 복잡성으로 인하여 인간이 완전히 이해가 불가능한 복잡한 알고리즘이 형성된다는 것이다.²⁷⁾ 인공지능의 예측불가능한 결과값의 도출과 인공지능의 설명가능성의 문제는 결과값의 도출과정을 설명해 내지 못하게 되므로 발생한 손해에 대한 책임 귀속을 묻기 어렵다는 점이 나타난다.²⁸⁾ 인공지능의 알고리즘이 실시간으로 엄청난 양의 정보를 처리하면서 발생하는 손해가 있다 해도 소비자 혹은 사용자로서는 자신의 손해를 주장하고 인공지능의 결함을 입증하기에는 한계가 존재한다는 지점이다. 심지어 향후 스스로 프로그래밍하고 자신을 고도화하는 시스템의 출현도 예상되고 있는 상황에서 소프트웨

점 증가할 것이라는 전망으로 김진우, 각주 19)의 논문, 2021, 35면.

23) 정진명, 앞의 논문, 138면.

24) European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2013(JNL)) (2018/C 252/25), OJ C 252, 18.7.2018, p. 242, 249f. (이하 “EP, Civil Law Rules on Robotics”)

25) 인공지능의 설명가능성과 관련하여 인공지능의 발달로 위험에 대한 우려가 증가하자, 인공지능 윤리로 논의되던 내용들이 이제는 구체적인 규제 영역에서 논의되고 있는데 2022년 마련되어 2024년부터 시행되는 유럽연합의 「디지털서비스법(Digital Service Act)」에서는 온라인 플랫폼 서비스나 대규모의 온라인 검색엔진에서 불법콘텐츠의 유포와 기본권의 침해 우려, 선거와 성평등에 대하여 미칠 위험을 평가하고 위험을 완화시키려는 노력을 하고 있다. 최소 1년에 1회는 독립적인 감사를 실시하되 추천 시스템이나 콘텐츠 조정, 광고, 데이터 커리에 대하여 책임성을 갖출 것을 요구한다. 이러한 책임성은 Accountability로 표기되는데, 인공지능이 미치는 악영향을 감소시키는 측면에서 윤리의식과 관련된다. 박소영, “인공지능의 FATE(공정성·책임성·투명성·윤리의식)를 위한 입법 논의 동향과 시사점”, 이슈와 논점 제2111호, 국회입법조사처, 2023, 각주11) 2면.

26) 장호준, “인공지능에 대한 법인격 부여에 관한 소고-민사법적·인간 중심적 관점에 국한하여”, 사법통권 63호, 2023, 248면.

27) 이에 대하여 인공지능의 불투명성(opacity)이라고 칭하기도 한다. Expert Group on Liability and New Technologies-New Technologies Formation, Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies, 2019, p.33

28) 인공지능의 자율성과 예측불가능성이 명확하게 구별되지 않고, 상호작용을 하는 것으로 주장하는 견해로서 近内京太, “AI搭載ロボットによる不法行為責任のフレームワーク: 製造者 `所有者` 使用者の責任をめぐる一試論”, NBL 1157号, 商事法務, 2019, 26頁, 김훈주, “AI(Artificial Intelligence)에 대한 법인격 부여의 타당성 검토”, 법학연구 제31권 제1호, 충북대학교 법학연구소, 2020, 186면 각주26) 재인용.

어를 개발하는 소프트웨어가 개발될 경우, 자동으로 개발해 주는 소프트웨어를 기획하거나 개발한 자의 의도와는 다르게 소프트웨어가 스스로 인공지능을 기획하고 개발할 가능성까지도 예측된다.²⁹⁾ 그럼에도 현행 인공지능과 관련 법제에서도 「지능형 로봇 개발 및 보급 촉진법」, 「소프트웨어 산업 진흥법」, 「정보통신 진흥 및 융합 활성화 등에 관한 특별법」 등에서도 인공지능 기술이 발달된 현실에 적용할 수 있는 문제를 다루고 있지는 않다. 게다가 인공지능의 발달 단계 혹은 정도에 따라 비례한 책임을 묻는 규정은 찾기 어렵다.³⁰⁾

3. 인공지능의 기술 발달 정도와 책임논의

인공지능으로 인한 불법행위 책임을 논의함에 있어서 인공지능의 기술 발달 단계를 고려해서 법적 취급을 달리 생각해 볼 수 있다.³¹⁾ ‘약한 인공지능(weak AI)’의 경우에는 인간을 보조하는 수준의 정도로서 자율성이 인정될 수준에 이르지 않는다.³²⁾ 반면, 인공지능의 자율성이 문제되고 인공지능의 결과값을 스스로의 지적인 산물로 볼 수 있을 정도의 ‘강한 인공지능(strong AI)’ 이상의 경우에는 법인격의 인정여부를 논의해야 할 정도로 인지능력이 상승된 상태이다.³³⁾ 인공지능의 단계는 자동화 및 지능화의 발전 단계³⁴⁾를 일률적으로 구분

29) 이제희, “알고리즘의 취급에 대한 법적 논의”, 공법학연구 제19권 제3호, 2018, 314면 ; 김윤명, 앞의 책, 431면.

30) 인공지능의 성능과 그에 따른 책임론에 대한 논의로서 최경진, 각주 23)의 논문, 235면; 이수경, “인공지능 기술에 있어서 법인격 부여와 책임론”, 재산법연구 제39권 제1호, 2022, 49면 이하; 고세일, “책임주체로서 지능형 인공지능 로봇”, 재산법연구 제37권 제2호, 2020, 10면.

31) 인공지능의 기술발달에 대한 정도의 약한 인공지능, 강한 인공지능, 지능폭발 등의 단계의 표현이 가능하나 그 단계를 명확하게 구분하기는 어렵다. 최경진, “인공지능과 불법행위책임”, 정보법학 제25권 제2호, 2021, 47면. 인공지능의 기술발달 정도에 대한 정확한 용어가 확립된 것은 아니나, 인공지능의 법인격에 대한 논의에서 강(한) 인공지능(strong AI)나 초지능(super intelligence) 등의 개념은 상정되어 왔다. 이상용, 각주 20)의 논문, 38면.

32) 이에 대하여 정진명 교수는 약한 인공지능은 인간의 지능적 행동을 수행한 결과에만 주목하게 되므로 진정한 지능이 존재하지 않는다고 한다. 정진명, “인공지능 표시에 대한 고찰”, 비교사법 제26권 제1호, 2019, 6면.

33) 인공지능의 발달 단계에 대한 분류로서 ‘강한 인공지능(strong AI)’와 ‘약한 인공지능(weak AI)’의 분류는 인공지능에 대한 사고실험인 존 설의 ‘중국어방(Chinese Room)’이 그 시초가 되었다. Searl, “Minds, Brains, and Programs”, Behavioral and Brain Sciences 3. 03, 1980, pp. 417-424; 이상용, “인공지능의 법인격”, 민사법학 제89호, 2019, 15면. 현재 인공지능의 발달단계에 대한 여러 표현들이 활용되지만, 일반적으로는 인공지능의 범주를 ① Artificial Narrow Intelligence, ‘ANI’, ② Artificial General Intelligence, ‘AGI’, ③ Artificial Super Intelligence, ‘ASI’로 분류할 수 있다. 인공지능의 기술단계를 지칭하는 용어가 전 분야에서 모두 일률적으로 통합된 것도 아니고, 국내 학계에서 부르는 용어도 해석에 따라 조금씩 차이를 보이나, 일반적으로 저위험의, 약한 기술발달 단계의 인공지능과 강한 기술발달 단계의 강한 인공지능으로 크게 나뉘어 질 수 있다. 그러나 약한 인공지능의 경우, 최근 보다 명확하게 약한 인공지능은 ANI로서 체스 게임에서 이기거나 일련의 사진들에서 특정한 개인을 식별하는 작업, 특정한 작업을 완수하는 능력으로 정의된다. 자연어처리(NLP)와 같은 컴퓨터 비전은 기업이 작업을 자동화하고 Siri나 Alexa와 같은 챗봇이나 가상의 비서를 활용할 수 있게 한다. 컴퓨터 비전은 자율주행자동차 개발의 요소가 되기도 한다. AGI나 ASI와 같은 더욱 강력한 형태의 인공지능은 인간의 어조와 감정을 해석하는 능력, 인간의 행동을 더욱 두드러지게 통합한다. 강력한 인공지능은 인간의 능력과 비견된다. AGI는 다른 인간과의 동등한 성능을 발휘할 수 있는 정도로 현재 정의되고 ASI정도는 ‘초지능(super intelligence)’로서 인간의 지능과 능력을 능가할 수도 있는 범주의 기술 정도를 상정한다. 강력한 인공지능의 형태는 아직 등장하지 않았고 연구중인 영역이다. IBM, 각주 8), Categories of AI 부분 참조.

<<https://www.ibm.com/blog/ai-vs-machine-learning-vs-deep-learning-vs-neural-networks/>>

34) 유럽집행위원회(European Commission, ‘EC’)에서 유럽의회에 「인공지능에 관한 통일규범(인공지능법)의 제정 및 일부 연합제정법들의 개정을 위한 법안(Proposals for a Regulating laying down

짓는 것이 불가능하나 지속적인 발전의 선상에서 인간에 의하여 제어가 가능한 경우는 그 자동적 판단의 결과 또한 인간의 행위 영역 내에 있다고 볼 수 있을 것이다. 그러나 작용의 과정이 예측범위를 넘어서는 경우에는 책임을 사람에게 부여하는 것이 타당한지에 대한 논의가 발생할 수 있다.³⁵⁾ 그러나 한편으로 ‘약한 인공지능’의 유형이라고 하더라도 인공지능은 생래적으로 알고리즘을 통한 결과값을 내기 때문에 예측불가능성은 약한 인공지능의 경우에도 발생할 수 있는 문제이다. 이러한 인식은 인공지능 기술을 ‘위험원’³⁶⁾으로 인식할 수도 있다. 다만 인공지능을 만들어낸 측이나, 사용하는 사용자도 어느 정도의 예측불가능성에 대해서는 사용의 편리를 위하여 불가피한 것으로 지배가능한 위험으로 받아들인 것으로 인식될 수 있다. 의약품과 같은 제조물의 경우 상당한 위험이 존재할 수 있는데 이는 의약품의 내재되어 있는 위험이 실현되어 손해가 발생할 수 있는 것이다.³⁷⁾ 위험책임은 불가피한 위험원을 관리하고 이익을 향유한 대가로서 실현된 위험에 대하여 책임을 지는 것³⁸⁾으로 정의되지만 특별한 위험이라는 것은 막연³⁹⁾하여 일반적으로 인공지능이 적용된 제조물을 모두 일률적으로 하나의 기준으로 바라볼 수는 없을 것이다. 개별 인공지능이 구체적으로 활용되면서 기존의 법제에 따른 규율의 범위 내에 있다면 굳이 그것을 따로 내어 인공지능을 위험원으로 일률적으로 규정할 필요는 없을 것이다. 다만, 기술이 고도로 발달되어 인류와 동일시하거나 그 이상의 인지적 능력, 자유의지를 가지는 인공지능이 도래하게 될 경우 그 인공지능을 대상으로 하여 책임을 물을 수 있는 시기가 도래할 수도 있으나, 그렇지 않은 경우의 인공지능으로 인한 책임은 발생한 손해에 대한 구체적인 분배적 정의를 가진 입법 혹은 규제가 되어야 할 것이다.

Ⅲ. 인공지능에 적용가능한 민사책임의 분류

1. 과실책임과 적용

(1) 과실책임주의

우리 민법 제750조는 고의 또는 과실⁴⁰⁾로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 경우

harmonized rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union Legislative Acts」을 발의하였다. European Commission, COM/2021/206 final, Brussels, 21. 4. 2021. 그리고 여기서 AI법안에서 리스크 단계별 유형과 과제를 제시하였는바, 간략하게 살펴보면 수인불가의 리스크, 높은 리스크, 제한적 리스크, 최저의 리스크로 나누었다. 그 자세한 내용에 대해서는 AI법안에서 다시 설명한다. 고태수, 임용, 박상철, “유럽연합 인공지능법안의 개요 및 대응방안”, DAIG 제2호, 2021, 12면.

35) 따라서 인공지능의 발달 단계 중 약한 인공지능을 토대로 현재의 논의를 진행할 수 있다는 견해로 최경진, 각주 23), 47면.

36) 위험책임의 논의를 위해서는 위험의 질적인 측면이 중요하고 이는 위험책임에서 실제로 발생한 손해를 지칭하는 것이 아니라 잠재적인 손해를 기준으로 한다. 이제우, “위험책임에서 일반조항의 도입가능성과 그 과제”, 강원법학 제43권, 2014, 521면.

37) 의약품에 대해서 Deutsch 교수가 분류한 ‘협약의 위험책임’에 해당되어 물건 또는 활동에 내재하고 있는 위험이 실현되어 발생하는 무과실책임이라는 견해로, 이제우, 앞의 논문, 523면.

38) 김상중, “한국의 위험책임 현황과 입법 논의-유럽의 논의와 경험을 바탕으로-”, 민사법학 제57호, 2011, 174면.

39) 김상중, 앞의 논문, 185면.

40) 우리나라 민법에서 일반적 구성요건주의를 취하더라도 ‘과실’의 의미가 명백히 규정되어 있지는 않

손해를 배상하도록 하고 있다.⁴¹⁾ 불법행위 손해배상책임을 묻기 위해서는 원칙적으로는 손해를 입은 자가 이러한 책임구성요건을 증명해야 한다. 고의, 과실을 요구하는 과책주의를 따른다.⁴²⁾ 불법행위의 책임을 묻기 위해서는 개별 구체적인 사안에 따라서 가해행위 등에 대한 구체적 판단이 필요하다.⁴³⁾ 그런데 인공지능의 판단이 잘못된 경우에는 그 결과값에 대한 객관적인 잘못에 대해 평가를 할 수는 있어도, 그와 같은 결론에 이르게 된 과실에 대해서는 판단이 어렵다. 설계자의 의도로부터 별도로 분리되어 인공지능 스스로가 한 정보의 취사선택에 대하여 사용자는 어떠한 기준으로 처리된 것인지 알 길이 없기 때문이다. 인공지능이 스스로 합리적인 결론을 제시하였다 하더라도 근거에 대한 설명이 없으니 잘못된 결론이라 하더라도 해당 분야의 통상적인 전문가라면 저지르지 않을 만한 수준의 것인지 판단이 어려워, 약결과에 대한 과실을 인정하기 어렵다.⁴⁴⁾

(2) 적용

불법행위책임과 인공지능의 제조물의 사전 설계에 대한 판단은 인간 사용자의 행위 영역 내로 평가되기 어렵고 인공지능의 기술단계가 높아져 자동화의 예견가능성을 벗어나는 순간 인간 사용자에게 그 책임을 돌리기 어렵게 될 것이라는 견해도 있다.⁴⁵⁾ 그렇다면 인공지능 그 자체는 불법행위의 책임을 질 수 있을 것인가에 대하여 법인격의 인정에 대한 논의가 발생한다. 현재까지의 기술단계와 학계의 선행연구를 보았을 때 인공지능으로 인한 손해의 발생에 대한 책임을 묻기 위하여 법인격을 인정하는 것은 적절하지 않은 것으로 보인다. 인공지능의 법인격을 인정⁴⁶⁾하고 그에게 책임을 물을 수 있는 정도의 기술까지 발달된 것은 아니라고 판단되기 때문이다. 독립적인 법인격을 가지며 책임까지 지우기 위해서는 인간의 지능과 필적하거나 그 이상의 인지능력과 추론 능력을 가져야 하기 때문이다.⁴⁷⁾ 결국 완전한

- 다. 독일 민법 제276조 제2항에서는 과실(Fahrlässigkeit)을 사회생활상 필요한 주의(die in Verkehr erforderliche Sorgfalt)의 결여로 규정하고 있으며 사회생활상 필요한 주의는 가해자가 속하는 거래영역에서 일반적으로 행해지는 주의로서 해석되고 있다. 김시호, “부작위 불법행위 유형화에 관한 법적 연구: 독일 Verkerrspflicht를 중심으로”, 동아대학교대학원, 2017, 1면.
- 41) 우리 민법상의 불법행위책임이 성립하기 위하여 위법한 가해행위로 인한 손해가 발생되어야 하고, 가해자의 고의 또는 과실이라는 주관적인 요건이 필요하다. 이러한 요건은 협의의 구성요건으로서 손해와 원인이 되는 행위가 존재할 것, 그리고 가해행위가 위법할 것, 그리고 행위자의 고의 또는 과실이라는 구성요건이 정립되어 온 독일 법학의 영향이며 손해의 원인이 되는 행위에 대한 불법판단이 행위자의 비난가능성이라는 주관적 요소를 통하여 개별적으로 책임귀속 여부가 판단되는 것이다. MünchKomm/Wagner, 7. Aufl., 2017, § 823 Rn. 1. 김상중, “불법행위책임 성립요건에 관한 몇 가지 논의” 법과 정책연구 제20권 제4호, 한국법과정학회, 2020, 57면 각주3) 재인용.
- 42) 서종희, “4차 산업혁명시대 위험책임의 역할과 한계-인공지능 로봇에 의해 발생한 손해의 책임귀속을 고려하여”, 사법 제1권 제43호, 사법발전재단, 2018, 74면.
- 43) 김상중, 앞의 논문, 57면.
- 44) 우승하, 김제완, “인공지능 활용에 따른 법적 책임과 윤리에 관한 동향”, 과학기술과 법 제12권 제1호, 2021, 122-123면.
- 45) 최경진, 각주 23), 47면.
- 46) 인공지능의 법인격을 긍정하기 위해서는 새로운 권리주체를 창설하는 것이기에 인공지능의 무오류성을 가정한 뒤, 책임의 이행을 담보하기 위한 것이므로 추가적 절차가 필요하다는 견해로 이종기, “인공지능을 가진 로봇의 법적취급 : 자율주행자동차 사고의 법적 인식과 책임을 중심으로”, 홍익법학 제17권 제3호, 2016, 9면. 그리고 전자인 제도를 도입하여 인공지능 상대방의 불측의 손해를 입을 가능성을 낮출 수 있다는 견해로 김진우, “인공지능 시스템의 책임 능력 - 전자인 제도의 도입 필요성에 관한 논의를 중심으로 -”, 중앙법학 제23권 제4호, 2021, 23면.
- 47) 동지의 견해로 최경진, “지능형 신기술에 관한 민사법적 검토”, 정보법학 제19권 제3호, 2015, 234면; 현재의 기술단계에서 법적인 측면에서 논의의 대상으로 삼을 수 있는 기술단계는 알고리즘은 제

법인격을 인정하기 위해서는 매우 높은 수준의 기술 발달이 이루어진 이후여야 할 것이고 현재의 기술 단계에서의 인공지능으로 인한 손해에 대하여는 설계, 제작, 운용에 있어 이용자에게 불법행위책임을 지우는 것이 현실적인 방법이 될 수 있다. 그러나 이 경우에도 인공지능으로 인한 결과를 예측할 수 없었던 이용자에게 책임을 지우는 것이 ‘자기책임의 원칙’에 부합하는가에 대하여 그 누구의 책임도 물을 수 없는 손해의 발생이라는 문제가 발생할 수 있다. ‘사고책임이 불명확’하게 될 경우 귀책사유의 판단이 어려워 질 수 있는 것이다.⁴⁸⁾ 이러한 경우, 피해자의 구제를 위해서는 보험 등의 제도를 활용할 수 밖에 없게 된다.⁴⁹⁾

그리고 또 다른 측면에서 생각해 본다면 발달된 인공지능에게 적어도 절대로 오류가 없다는 신뢰, 그리고 인간이 설계하였으나 알고리즘의 특성상 생애적인 예측불가능성에 대한 인지는 제조자와 사용자 모두 가능하기에 이 부분에 대하여 예견가능성이 완전히 부정된다고 볼 수는 없을 것이다.⁵⁰⁾ 약한 인공지능의 경우라면 그 작동에 인간의 과실을 상대적으로 쉽게 인정될 수도 있어, 주의의무를 게을리 한 것으로 판단되면 과실이 있다고 인정될 수 있는 가능성도 있을 것이다.⁵¹⁾

(3) EU의 논의

EU의 집행위원회에서는 2018년 제조물책임지침 개정을 위한 전문가회의를 설립한 후 2022년 9월 28일 「비계약적 민사책임을 인공지능에 적용하는 지침 (Proposal for a Directive of the European Parliament and of the council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence)」, AI 책임지침안을 각각 공표하였다.⁵²⁾ AI 책임지침에 대한 초안은 비계약적 책임에 대한 것으로 책임에 대한 독립적인 근거는 없다. 책임을 지울 수 있는 요소로서 문서공개 조항이나 입증책임의 전환에 대한 조항을 도입하였고 운영자의 엄격책임을 규정하지 않은 경우에 일반 불법행위에 따라 과실 책임원칙을 계속 적용된다고 보이기도 한다.⁵³⁾

AI 책임지침의 경우, 과실책임주의를 채택하여 제조사의 작위 또는 부작위의 과실로 인하여 발생한 비계약적인 민사책임을 규정하고 있으나 회원국의 민사상 손해배상제도를 보완하는 것으로 일정한 경우에 AI와 손해와의 인과관계의 존재를 간주하고 제조사에 입증책임을 전환한다는 내용이 있다.⁵⁴⁾ 지침은 일반 인공지능(non-high risk AI system)과 고위험 인

조자 혹은 개발자인 사람이 설계하되 일부 알고리즘의 수정을 알고리즘 스스로가 할 수 있는 정도, 그리고 다양한 데이터를 학습하여 판단하고 예측가능한 범위를 넘어설 수 있는 수준의 현실적인 인공지능을 대상으로 판단한다. 최경진, 각주 23), 47면.

48) von Bodungen/Hoffmann, *Autonomes Fahren - Haftungsverschiebung entlang der Supply Chain?* (1. Teil), NZV 2016, 449 ff. 서종희, 앞의 논문, 각주27) 재인용.

49) 최경진, 각주 23), 48면.

50) 약한 인공지능의 경우, 발생할 수 있는 손해의 유형이 한정적이며 주의의무의 전제로 요구되는 예견가능성은 “가해자가 취했어야 한다고 피해자가 주장하는” 위험방지조치의 내용에 따라 추상적 위험으로도 가능하다는 견해로 김진아, “인공지능 오류사고 민사책임에 대한 입법론적 검토”, *재산법연구* 제39권 제2호, 2022, 279면.

51) 광윤직 편집대표, *민법주해 [XVIII] -채권11, 박영사*, 2005, 186면 (이상훈 집필부분)

52) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0495>> ; <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://commission.europa.eu/system/files/2022-09/1_1_197605_prop_dir_ai_en.pdf>

53) Borges, 각주 14)의 논문, p.5.

공지능(high-risk AI system)으로 나누어 인과관계의 존재를 인정하는데, 일반 인공지능은 손해배상 청구인이 제조사가 손해 예방을 위한 관련 인공지능 규제를 작위 또는 부작위의 과실로 준수하지 않은 점을 증명할 경우 인과관계가 있는 것으로 간주한다. 고위험 인공지능의 경우에는 제조사가 적절한 위험관리조치를 시행하지 않은 경우나, 인공지능 학습 데이터의 질적 기준 또는 시스템과 관련한 투명성, 정확성, 안전성, 사이버보안 등이 기준에 미달하는 경우와, 인간에 의한 감시 또는 즉각적 필수 개선조치를 취하지 않은 경우, 인공지능과 손해와의 인과관계를 추정하고 있다.

2. 중간책임의 적용

(1) 동물점유자책임

인공지능은 일반적으로 탑재된 알고리즘을 통하여 주어진 역할을 수행한다. 예를 들어, 한 TV방송국의 뉴스 앵커가 방송 중에 한 말을 Amazon Echo에서 사용자가 주문을 하라는 것으로 오인하여 뉴스를 시청하고 있던 많은 가정에서 특정 제품을 주문하는 일이 벌어졌다.⁵⁵⁾ Alexa라는 이름으로 흔히 알려진 Amazon Echo는 스마트 스피커이다. 전통적인 제조물이라면 단순히 음악을 재생해 주는 스피커일 뿐이지만, Echo는 음성 제어 지능형 개인 비서 서비스인 Alexa와 연결되어서, 사용자가 부르면 응답하고 날씨, 교통, 음성 상호 작용, 오디오 북 재생 뿐 아니라, 홈 오토메이션 허브 역할 등 스마트 장치를 제어 할 수 있다.⁵⁶⁾ 그러나 Echo가 알고리즘을 통하여 선호하는 음악이나, 제품을 주문할 수는 있으나 편향된 사고나 잘못된 주문 등도 가능하다. 이는 마치 동물을 대하는 것과 유사하게 느껴질 수도 있다. 손해배상책임에 귀책사유를 요구하면서도 과실을 추정하여 과실책임주의를 완화하는 책임유형으로서의 동물점유자책임을 고려해 보려 한다.

위험한 동물을 규제하는 것은 동물 점유자로 하여금 어떠한 법적인 예방 조치를 준수하도록 하여 타인에게 끼칠 수 있는 위험을 줄이기 위함이다. 동물의 점유자가 타인에게 발생할 수 있는 피해에 대하여 책임을 지도록 하는 것인데, 우리 민법 제759조에서도 동물 점유자로 하여금 동물의 종류나 특성에 따라서 상당한 주의를 기울이며 관리하는지 책임을 결정할 때의 판단의 근거가 되고 과실 유무를 판단하는 구조가 된다. 우리 민법 제759조의 동물점유자의 책임에 대하여 “위험책임의 원리에 의하여 강화된 과실책임”이라는 견해는 동물 점유자의 관리 및 감독상의 하자에 대한 책임을 묻는 조문으로 이해한다.⁵⁷⁾ 한편으로 동물의

54) Borges, 각주 14)의 논문, p.4. 그러나 손해배상의 청구인은 법원을 통하여 고위험 분야의 인공지능 제조사에 대하여 인공지능 개발 정보, 기술 문서, 로그, 품질관리 시스템 등 보관을 의무화한 정보의 공개 청구를 할 수 있다. 제조사 등 피청구인은 영업 비밀 보호 등의 비례성의 원칙에 근거하여 정보의 공개를 거부할 수 있으나, 합리적인 거부 사유가 불충분한 경우에는 제조사의 정보공개 주의의무 위반으로 추정한다. Article 3 Disclosure of evidence and rebuttable presumption of non-compliance

55) TODAY.com 기사입력 2017. 1. 7. TV anchor’s comment on Amazon’s Alexa accidentally places orders for viewers 마지막 방문일 2024. 3. 1.
<<https://www.today.com/video/tv-anchor-s-comment-on-amazon-s-alexa-accidentally-place-s-orders-for-viewers-849778755835>>

56) <https://en.wikipedia.org/wiki/Amazon_Echo#:~:text=Echo%20maintains%20voice%2Dcontrolled%20alarms,SmartThings%2C%20Insteon%2C%20and%20Wink.> 마지막 방문일 2024. 3. 1.

57) 김성미, “소형드론 운항자에 대한 동물점유자책임 유추해석의 가능성”, 항공우주정책 법학회지 제34

‘중류 및 성질에 따라 상당한 주의’를 기울이며 관리하고 있었는가 책임 결정의 중요한 판단근거로서 과실유무를 판단하나 기본적으로 중간책임으로 보기도 한다.⁵⁸⁾ 동물은 이성이 없고 사람과 늘 가까이 있으므로 사람의 신체나 생명에 손해를 끼칠 위험성이 내포되어 위험책임법리에서 책임을 가중하는 근거를 찾을 수 있으나 점유자가 동물을 보관함에 있어서 상당한 주의를 기울인 경우에는 면책이 가능하다는 단서규정으로 인하여 과실의 입증책임이 전환된다. 그리고 책임의 주체 측에서는 보관상의 주의의무를 위반하였음을 입증하지 못하는 한 책임을 지는 구조⁵⁹⁾이다. 동물 또한 예측불가능한 행동으로 위험성을 지니고 있고 이러한 위험이 실현되는 경우에 동물점유자의 책임을 문듯이 인공지능의 보유자에게 책임을 물을 수 있을 것인가. 그러나 동물 점유자는 보관상의 주의를 다 하였을 경우 이를 증명하고 민법 제759조 제1항 단서에 의해 면책이 가능하다. 그러나 인공지능의 보유자는 자신이 인공지능을 어떠한 주의의무로 보관하여야 하며 사용하였음을 증명하여 면책을 받을 수 있는 가이드라인이 존재하지 않는다. 현실적으로, 동물점유자의 경우, 동물의 행동반경에 울타리를 쳐 둔다거나 입마개와 하네스를 채워 공격으로 인한 위험에 대비하는 등의 행위들은 시각적으로 동물점유자가 그러한 관리 및 감독의 행위를 수행하는 것으로 보인다. 그러나 인공지능의 경우, 알고리즘의 프로세스 기록은 이후에 확보한다 하더라도 시간적으로 이미 늦은 뒤거나, 심지어 딥 러닝 과정에서 사용될 학습의 데이터는 인간 사용자에게는 보이지도 않는다. 앞서 지적한 블랙박스효과와 인공지능의 생래적인 예측불가능성은 동물의 위험과는 양상이 다르므로 동물점유자의 책임을 유추 적용할 수 있는 가능성에 대해서는 쉽게 수긍되지 않는다.

(2) 사용자책임

인공지능 로봇에 대하여 민법의 제756조 제1항의 사용자책임의 적용가능성을 검토해 볼 수 있다.⁶⁰⁾ 인공지능 특히 휴머노이드 로봇(Humanoid Robot)과 같은 “지능형 로봇”은 인간이 직접 조작하는 외형이 없이 스스로 움직이고 사람은 마치 이를 감독하는 것처럼 보인다.⁶¹⁾ 그러나 사용자책임⁶²⁾은 적어도 사용·비용의 전제가 되는 사용관계가 있어야 하는데 판례⁶³⁾에서 말하는 사용자 감독의 지휘·감독 관계는 매우 구체적으로 보고 있다. 판례

권 제2호, 2019, 182면

58) 김향중, “동물로 인해 발생한 민사상 불법행위책임에 관한 일고 - 미국의 과실책임과 엄격책임 분석을 중심으로-”, 비교사법 제28권 제1호, 331면.

59) 박규용, “개물림 사고에 있어서 견주(犬主)의 민사책임”, 법과정책 제27권 제3호, 2021, 61면.

60) 민법초안에서 사용자책임에 대하여 사용자가 선임, 감독상의 주의의무를 다하면 면책하도록 되어 있으나 책임의 성립구조에 관해서는 과실책임주의를 취하는 것이라고 볼 수 있음에도 실무에서 거의 면책을 인정하지 않고, 학설도 무과실책임 내지는 중간책임이론이 다수인 것으로 판단되어 중간책임 범주에 포함시켰다. 박윤직 편집대표, 민법주해 [XVIII] -채권11, 박영사, 2005, 492면 (이주홍 집필부분).

61) 오병철, 각주 13)의 논문, 199면.

62) 과실책임주의를 수정하여 불법행위자와 일정한 관계에 있다면, 예를 들어 감독자, 사용자 등에게 보상의무를 확대하는 전형적인 경우로서의 감독자책임(민법 제755조) 혹은 사용자책임(민법 제756조)을 제시한다. 과실책임주의를 적용할 경우 본인이 아닌 행위 타인의 행위에 대해 책임을 진다는 것이 허용되지 않으나 피해자에게 보상을 해 주기 위해 일정한 관계의 자에게 감독을 게을리 하였다거나 귀책사유가 존재하는 경우에만 책임이 인정되는 것으로 이를 실무적으로 보상의무자의 면책항변을 재판과정에서 드물게 인정토록 하여 실질적으로 무과실책임으로 운용할 수도 있다는 견해로 오병철, “법정채권법”, 법문사, 2021, 97면.

63) 국립대의 소속코치가 시체육회로부터 전국체전에 출전할 선수들에 대한 코치로 위촉되었는데 합동강화훈련을 지도하다가 학생이 훈련 중 사고를 당해도 대학교 측에서는 지도행위에 대한 지휘·감독권이

에서 지휘·감독권에 대하여 매우 구체적으로 판단하고 있는데 인공지능 로봇의 경우, 탑재된 소프트웨어에 따라서 스스로 머신러닝을 거쳐 결과값이 나오는 과정에서 인간 사용자가 실제로 그 로봇을 지휘하고 감독하고 있다고 볼 수 있을지 의문이다. 또 하나 사용자책임을 유추적용할 수 없는 중대한 근거로서 만약 민법 제756조 제1항 단서에 따라서 사무감독에 상당한 주의를 했거나 상당한 주의를 했음에도 손해가 있으면 사용자는 면책이 되는데 인공지능의 경우에는 상당한 주의를 한다하여도 알고리즘의 과정 전부를 혹은 딥러닝에 제공되는 데이터를 전부 감독할 수는 없으므로 사실상 인공지능에 대하여 사용자 책임을 유추적용하기 어렵다.⁶⁴⁾ 더구나 사용자책임의 요건에서 ‘업무상의 귀속성’을 논할 때에도 피용자가 사용자의 지배권 또는 업무수행방법 등에 대하여 사업자가 언제라도 피용자의 사무집행을 제한하거나 금지시킬 수 있어야 하는데⁶⁵⁾ 인공지능에서 알고리즘의 특정 프로세스 혹은 일정 데이터만 개입을 조절하는 등의 귀속성은 알고리즘의 설계 단계에서 고려되지 않는 한 어렵다. 설령 프로그램은 가능하더라도 딥러닝하는 과정에서의 데이터는 취사선택이 불가능하므로 실질적으로 귀속성이 부정된다.

(3) 감독자책임

유사한 관점에서 감독자책임을 물을 수 있을 것인가에 대해서도 감독자책임의 기초가 게르만법에 있어서의 단체주의적 책임이론에서 비롯되어 가족구성원의 행위에 관한 가장이 자신의 감독의무를 게을리 한 것에 대한 책임으로 본다면 스스로의 행위에 의한 것은 아니므로 인공지능으로 인한 손해에 대한 유추적용의 가능성을 생각해 볼 수도 있다. 그러나 감독자책임은 감독상의 과실을 요건으로 하기에 인공지능으로 인한 손해에 앞서 사용자책임과 같이 감독이 불가능하다면 감독자책임을 적용할 수도 없게 된다. 물론 인공지능의 소유자에게 그 활용에 대한 감독자책임을 물으려면 적어도 인공지능 자체의 고의 혹은 과실에 의한 행동이 요구⁶⁶⁾되지만 그 또한 인정되기 어렵고 인간과 동일한 인지능력의 인공지능 시스템의 발달이 도래할 경우 다시 논의의 가치가 있을 것으로 보인다.

3. 무과실 책임

유럽차원에서 인공지능에 대한 위험책임⁶⁷⁾에 대한 논의에서 지금까지의 인공지능 시스템 적어도 특정 위험이 수반되는 시스템을 포괄하는 엄격한 책임에 대한 규칙은 아직까지 유럽의 법률시스템에 도입되어 있지 않다.⁶⁸⁾ AI 책임지침에서는 “블랙박스” 효과로 인하여 피해자의 과실과 인과관계의 입증에 어려울 수 있고 피해자가 책임자를 식별하고 성공적인 책

없기에 제조코치의 사용자로 볼 수 없다고 판단하였다. 코치로 위촉을 하였으며, 학생을 훈련시키는 과정에 있어서는 대학교 측은 코치의 사용자로 볼 수 없다는 것이다. 대법원 1999. 10. 12. 선고 98다62671판결; 사용관계에서의 실질적인 지휘, 감독관계에 대한 동지의 견해로 정진명, 각주17)의 논문, 145면.

64) 정진명, 각주17)의 논문, 145면.

65) 곽윤직 편집대표, 앞의 책, 504면(이주흥 집필부분).

66) Müller, AJP/PJA 5/2014, S. 602. 정진명, 각주17)의 논문, 144면 각주 34) 재인용.

67) 박규용, 김종현, “독일민법에 있어서 불법행위법의 발전과 위험책임”, 국제법무 제13집 제2호, 법과 정책연구원, 2021, 74면 이하;

68) Borges, 각주 14)의 논문, p.4.

입청구를 위한 요구사항을 입증하는 것이 어렵거나 비용이 많이 들 수 있다는 것(인공지능이 관련되지 않은 사건에 비해 매우 높은 초기 비용이 발생할 수 있다는 점)과 훨씬 더 긴 법적절차에 직면할 수 있어 피해자가 보상을 청구하는 것에 대해 단념할 수 있다는 점을 지적하고 있다. 또한 법적인 전문지식이나 자본준비금에 의존할 수 없는 중소기업에도 영향을 미칠 수 있다는 우려가 표현되기도 하였다. 이로 인하여 유럽 연합 전역에서는 활동하고 있는 기업의 비용이 증가될 것으로 전망되었다.⁶⁹⁾ 사실 유럽의 인공지능책임지침안에서는 특정한 인공지능 시스템에서 의무보험과 관련한 운영자에 대한 청구권에 대해 제조물책임(85/374/EEC)의 적용을 받지 않는 한, 무과실책임 규칙을 만들 필요가 있는지(review should examine whether there is a need to create no-fault liability rules for claims) 여부를 검토하도록 하고 있다.⁷⁰⁾ 지침안이 제정되고 난 이후에도 추가적인 개정작업 혹은 각 국의 입법을 통하여 지속적인 연구가 필요한 상황이다.

인공지능으로 인한 책임을 묻기 위하여 인공지능이 작위 또는 부작위의 행위에 대하여 책임을 질 수는 없기에 ‘사람’이 손해에 기여한 경우라면 책임을 부담하게 될 것이나, 일정한 경우 제조업자가 고의 혹은 과실의 유무와 무관하게 책임을 질 수도 있다.⁷¹⁾ 인공지능에 대한 무과실 책임⁷²⁾을 생각해 본다면 제조물책임법⁷³⁾의 적용을 생각할 수 있다. 제조업자는 제조물의 결함으로 인하여 생명, 신체 또는 재산에 발생한 확대손해를 귀책사유과 무관하게 배상해야만 하고 이에 대하여 일정한 면책사유만이 인정되기 때문이다. 그러나 현재의 제조물책임법은 전통적인 제조물을 대상으로 만들어져 이에 대하여 앞으로 인공지능을 적용하는 것이 과연 타당한가에 대한 의문이 들 수 있다. 우선 제조물의 범위부터 살펴보았을 때, 일반적으로 소프트웨어 그 자체에 대한 평가에서도 제조물로 볼 것인가에 대한 견해의 대립이 있었다.⁷⁴⁾ 제조물책임법의 요건에 소프트웨어 등이 포함이 되어 인공지능 제조물에 대하여도 적용이 가능하게 된다면 제조물책임법을 인공지능 제조물에도 적용할 수 있게 될 것이다. 유럽연합에서의 2022년 제조물책임지침⁷⁵⁾에서 이미 출시된 제조물이라도 소프트웨어의 업데이트 혹은 기계학습으로 일어난 경우도 책임을 질 수 있다는 규정이 포함되었다.⁷⁶⁾ 인

69) Explanatory Memorandum, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence, (AI Liability Directive) : COM(2022) 496 final. p.2.

70) Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence, (AI Liability Directive) ; COM(2022) 496 final. p.23.

71) 약한 인공지능에 대한 무과실책임에 대한 견해로서, 이도국, “인공지능(AI)의 민사법적 지위와 책임에 관한 소고”, 법학논집 제34권 제4호, 2017, 324면.

72) 제조물책임은 판례에 의해 구체적으로 형성되었는데 2000년대에는 제조물책임법이 제정되어 민사특별법에 의한 특수불법행위가 되었다. 오병철, 앞의 책, 138면 이하.

74) 권오승 외, 제조물책임법, 법문사, 2003, 190면에서는 제조물로 보지 않았고 차성민, “정보통신업에서의 제조물책임”, 법조 제55권 제1호 257면 이하에서는 소프트웨어 자체를 제조물로 볼 수 있다고 하기도 하였다. 만약 자율주행자동차에 자율주행 소프트웨어가 탑재된 경우, 이것은 임베디드 소프트웨어(embedded software)로 파악되어 이는 곧 자동차의 결함으로 볼 수 있다는 견해로 이상수, “임베디드 소프트웨어의 결함과 제조물책임 적용에 관한 고찰”, 법학논문집 제39집 제2호, 2015, 73면 이하; 최병록, 제조물책임법, 박영사, 2018, 25면.

75) 「제조물책임지침개정안 (Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on liability for defective products)」 COM(2022)495

76) [Product defects] 특정상황에서는 제품이 이미 시장에 출시되거나 서비스에 투입된 후 결함이 발생한 경우 책임이 계속 적용된다. 여기에는 (i) 제조업체가 통제하는 소프트웨어 업데이트, (ii) 사이버 보안 취약성을 해결하지 못한 경우, (iii) 기계학습이 포함된다. 기존의 PLD 제7조 (b)항에 따른 책

공지능 책임 지침은 과실을 기반으로 한 책임이었다면 제조물책임지침개정안의 경우에는 결합있는 제조물로 인하여 손해를 입은 개인이 경제적 운영자(economic operator)를 상대로 청구하는 경우이며 대상 제품의 정의를 디지털 제조과일이나 소프트웨어까지도 포함시키고 있다. 또한 자율주행자동차의 내비게이션 시스템과 같은 디지털 서비스, 소프트웨어 및 인공지능 시스템의 업그레이드 등 새로운 기술이 적용될 수 있도록 하였다. 제조물에 결합으로 인한 손해배상의 경우 그 범위는, 사망 또는 상해에 따른 인신 손해와 재산상 손해에 한정되던 것이 의학적으로 심리적 건강을 해치는 것으로 인정되는 손해까지 포함하는 사망, 신체적 손해, 재산에 대한 손해 및 파손, 사업목적으로 사용하지 않는 데이터의 손실까지도 범위에 포함한다.⁷⁷⁾ 책임의 대상에서도 개정안은 제조자 뿐 아니라 유럽연합 역외 시장에 설립된 제조업체로부터 업무 대리에 대해 위임을 받은 자 혹은 그러한 법인, 수입업자, 유통업자, 이행서비스업자(fulfilment service provider)에게까지 대상이 확대되었다. 제조물책임지침개정안에 비하여 인공지능책임지침은 일관되지 못하여 소비자 보호에 불공정성을 초래한다는 지적도 있다.⁷⁸⁾ 이는 기존의 제조물책임지침이 인공지능을 포함하는 신기술로 인한 문제들을 해결할 수 있도록 기존의 한계점을 극복하기 위하여 제안되었고 이에 소비자단체들은 인공지능책임지침 또한 엄격책임으로의 전환을 주장하는 것이다.⁷⁹⁾

IV. 인공지능의 위험책임 적용 사례 : 생성형 인공지능을 활용한 의약품 제조

1. 생성형 인공지능 기술의 발달과 활용

최근 생성형 인공지능 기술의 개발로 이용자는 별다른 기술적인 지식이 없더라도 다양한 유형의 콘텐츠를 제작할 수 있게 되었다.⁸⁰⁾ 알고리즘을 활용하여 데이터의 패턴을 분석하고 데이터를 생성하는 생성형 인공지능(Generative AI) 기술은 등장과 동시에 가파른 성장과 대중적인 인기를 얻으며⁸¹⁾ GPT-3 부터는 인간의 작문과도 구분하기 불가능한 수준⁸²⁾에 이르

임의 면제와는 다르며 손해를 유발한 하자가 제조자가 제품을 유통할 당시에는 존재하지 않았거나 그 후에 이 하자가 발생했을 가능성이 있는 경우에 대한 책임을 면제한다. European Parliament, New Product Liability Directive, Briefing EU Legislation in Progress, December 2023, p.5

77) 이재목, “2022년 EU 제조물책임지침 개정안의 내용과 그 시사점”, 홍익법학 제24권 제3호, 2023, 247-248면; Article 4 (6) ‘damage’ means material losses resulting from:(a)death or personal injury, including medically recognised harm to psychological health;(b) harm to, or destruction of, any property, except:(i) the defective product itself;(ii) a product damaged by a defective component of that product; (iii) property used exclusively for professional purposes; (c) loss or corruption of data that is not used exclusively for professional purposes;

78) 이재목, 앞의 논문, 256면.

79) 이재목, 앞의 논문, 256면.

80) 김윤명, “생성형 인공지능(AI)모델의 법률문제”, 정보법학 제27권 제1호, 2023, 83면. chatGPT의 활용은 비단 텍스트를 생성하는데 그치지 않고, 이미지를 생성하고 계약서를 작성할 수도 있다고 예견된다.

81) chatGPT의 경우 2022년 12월 출시 이후 5일에 100만명 이상이 가입하였다. 페이스북은 10개월, 애플의 아이폰은 74일 걸렸던 데 비하면 놀라운 수치다. Krystal Hu, ChatGPT sets record for fastest-growing user base-analyst note, Reuters, February 3, 2023.

<<https://www.reuters.com/technology/chatgpt-sets-record-fastest-growing-user-base-analyst-note-2023-02-01/>>

82) GPT-3는 문법을 준수하고 생성한 문장이 자연스럽게 논리정연하다. 2023년 7월부터 대중에 공급된

는데 이는 작문과 유사한 형태의 다양한 인지적 작업까지 수행이 가능할 수 있는 능력을 보였다.⁸³⁾ 그리고 작년 7월 일반에 공개된 GPT-4는 “보다 창의적이고 협력적(more creative and collaborative than ever before)”이며 각본을 작성하거나 사용자의 문체(writing style)를 학습하는 등의 작업을 사용자와 함께 생성하며 보다 개선된 추론능력을 보인다.⁸⁴⁾ 생성형 인공지능은 산업에도 엄청난 파급효과를 가져왔다. 생산 일정이나 자원의 분배, 재고 관리 등을 최적화 하여 효율성을 높이고 비용을 절감하는 것은 기본이고 원격지원을 위한 관리지침이나 운영절차를 위한 텍스트를 자동으로 생성하기도 한다. 로봇 공학에서는 특별한 훈련이나 코칭이 없더라도 음성 명령 등을 통하여 로봇의 동작을 자동화하거나 사용자가 제공한 기준에 따라 공정을 설계하여 생산 효율성이 향상되었다.⁸⁵⁾ 생성형 인공지능 기술이 산업 전반에 활용되고 있음에도 의약품의 제조에 적용되는 생성형 인공지능에 대한 법적평가를 내리려는 것은, 최근 더욱 가속화되고 있는 인공지능의 기술의 발달, 특히 생성형 인공지능의 기술 발달 이후로 제약산업이 큰 편익⁸⁶⁾을 보고 있을 뿐 아니라 막대한 이윤을 얻기도 하므로 앞으로 생성형 인공지능을 활용한 의약품 개발은 더욱 많아질 것이다. 만약 의약품의 손해가 발생한다면 사용자의 생명까지도 위협받을 수 있고 부작용에 대하여 제조상 결함이나 설계상 결함에 해당될 경우 제조물책임법이 적용될 것이다. 우리나라의 제조물책임법은 무과실책임이며⁸⁷⁾ 의약품의 위험책임 적용에 대하여 살펴본다.

비용이 많이 드는 신약 개발에서 생성형 인공지능을 활용하면 잠재적으로 수십억 달러의 가치만큼의 이득을 볼 수 있다. 맥킨지 보고서에 의하면 신약 가능성이 있는 화합물을 식별하는 프로세스를 가속화하고 개발 및 승인 절차도 신속하게 진행될 경우 의료 제품 산업에

GPT-4는 인간이 제작한 산문, 예술, 비디오 또는 오디오를 모방할 수 있다.

<<https://www.techrepublic.com/article/gpt-4-cheat-sheet/#:~:text=GPT%2D4%20is%20able%20to,On%20Nov.>> Megan Crouse, GPT-4 Cheat Sheet: what is GPT-4, and what is it capable of?, TechRepublic, January 25, 2024.

83) 김병필, “대규모 언어모형 인공지능의 법적 쟁점”, 정보법학 제26권 제1호, 2022, 175면.

84) We’ve applied lessons from real-world use of our previous models into GPT-4’s safety research and monitoring system. Like ChatGPT, we’ll be updating and improving GPT-4 at a regular cadence as more people use it. <<https://openai.com/gpt-4>> 아이러니하게도, GPT-4의 동작을 개선하기 위하여 보다 많은 인간 사용자의 피드백을 검토하였다. 인공지능의 안전 및 보안을 포함한 영역에서 50명이 넘는 전문가와 협업했음을 보인다. GPT-4는 엄청난 양의 데이터를 학습한 대형언어모델로 미국 모의변호사 시험에서도 상위 10%의 성적을 받았고 안전성도 개선되었다. 초기 모델보다는 유해한 콘텐츠를 피할 수 있도록 훈련되었으나 신뢰성의 문제를 해결하기 위하여 대체적인 접근방식이 필요할지, 아니면 더 많은 데이터를 통하여 스스로 이런 문제가 해결될 지에 대하여는 논쟁중이다. M. Scharth, Evolution not revolution: why GPT-4 is notable, but not ground breaking, The conversation, 2023.

<<https://theconversation.com/evolution-not-revolution-why-gpt-4-is-notable-but-not-ground-breaking-201858>>

85) Elena Canorea, How Generative AI is changing the Industrial Sector, July 12, 2023.

<<https://www.plainconcepts.com/generative-ai-industry/>> 마지막 방문일 2024. 3. 1.

86) 특정 생체분자에 대해 훈련된 기계 학습 기반 모델이 효과적인 바이러스 치료법을 찾기 위하여 저렴하고도 신속하게 구현의 방법을 제공하였다. 충분한 데이터만 제공된다면 치료제 및 백신의 개발에 인공지능을 활용할 수 있다. Arash Keshavarzi Arshadi, Julia Webb, Milad Salem, Emmanuel Cruz, Staciealad-Thomson, Niloofar Ghadirian, Jennifer Collins, Elena Diez-Cecilia, Brendan Kelly, Hani Goodarzi and iann Shiun Yuan, Artificial intelligence for COVID-19 Drug Discovery and Vaccine Development, Frontiers in Artificial Intelligence, Vol.3 Art. 6, August 2020,

<<https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/frai.2020.00065/full>>

87) 윤석찬, “의약품의 무효능에 대한 제조물책임법의 적용과 한계”, 재산법연구 제31권 제3호, 2014, 225면.

연간 600억 달러에서 1,100억 달러의 경제적 가치가 창출된다고 한다. 제약업계는 오랜 기간 인공지능 기술을 활용해 왔고 질병의 매커니즘을 규명하기 위하여 복잡한 인공지능 모델을 활용해 왔다. AlphaFold 2, ESMFold, MoLeR은 모두 딥 러닝을 활용하여 알려진 거의 모든 단백질의 구조를 예측한 뒤 기저 질환에 대한 이해를 변화시킨 예이다.⁸⁸⁾ 특발성 폐섬유증 치료제 INSO18_055은 홍콩의 생명공학 스타트업 회사인 인실리코 메디슨(Insilico Medicine)에서 개발되었다. 설립자겸 CEO인 자보론코프는 이 약물에 대하여 환자를 대상으로 2상 시험까지 이른 최초의 완전한 생성형 인공지능 약물이라고 소개하였다.⁸⁹⁾ 생성형 인공지능은 자연어처리(NLP)에 있어서 의료환경을 재편할 수 있을 정도로 놀라운 능력이 있는 것으로 평가받는데, 방대한 양의 데이터와 지식을 활용할 수 있고 임상의사를 결정하는 것을 지원할 수 있기 때문이다. 그럼에도 불구하고 생성형 인공지능조차 블랙박스효과의 특성을 지녀 데이터의 개인정보보호문제 환자의 기밀성 관리 및 인공지능의 잠재적 편향과 관련한 윤리적인 문제점은 여전히 나타난다.⁹⁰⁾

2. 생성형 인공지능으로 개발된 의약품으로 인하여 발생한 손해와 민사책임

생성형 인공지능이 의약품 개발에 활용되어 개발에 소요되는 기간을 획기적으로 줄이고 빠른 출시로 엄청난 비용을 줄일 수 있지만, 만약 결함이 있는 의약품이 유통 될 경우에는 심각한 손해를 발생시킬 수도 있다. 생성형 인공지능이 의약품의 제조에 활용된 역사는 길지 않으나, 의약품의 부작용 혹은 무효능으로 인하여 손해를 끼칠 수도 있고, 의약품의 특성상 환자의 생명권을 침해할 가능성도 있다. 의약품이 아닌 다른 제조물에 비해 결함이 발생할 경우에 생명, 신체에 대한 심각한 위협이 되는 의약품의 특징은 인공지능을 이용한 의약품이라고 해서 이러한 위협에서 자유로울 수 없을 것이다. 제약회사는 막대한 이윤을 거둬들일 수 있는 생성형 인공지능의 기능을 사용하지 않고 의약품을 개발하는 시대로 다시 돌아가기는 어려울 것이다. 계속하여 더 많은 의약품이 생성형 인공지능 기술을 활용하게 될 것이며 의약품은 제조물이므로 제조물책임이 적용될 수 있다. 의약품은 제약회사에서 대량으로 생산되고 유통되어 피해가 발생할 경우 많은 인원이 동시에 심각한 손해에 노출될 수 있다. 단순히 재산적 손해를 넘어서 생명까지도 위협하게 되는 것으로 의약품은 무과실 책임법리, 전형적인 위험원으로서의 위험책임을 물을 수 있다.⁹¹⁾

3. 위험책임

88) McKinsey & Company, Generative AI in the pharmaceutical industry: Moving from hype to reality, January 9, 2024. p.1. 마지막 방문일 2024. 3. 1.

<[https://www.mckinsey.com/industries/life-sciences/our-insights/generative-ai-in-the-pharmaceutical-industry-moving-from-hype-to-reality#/>](https://www.mckinsey.com/industries/life-sciences/our-insights/generative-ai-in-the-pharmaceutical-industry-moving-from-hype-to-reality#/)

89) Hayden Field, The first fully AI-generated drug enters clinical trials in human patients, CNBC Tech, June 29 2023, 마지막 방문일 2024. 3. 1.

<<https://www.cnbc.com/2023/06/29/ai-generated-drug-begins-clinical-trials-in-human-patients.html>>

90) Peng Zhang, Maged N. Kamel Boulos, “Generative AI in Medicine and Healthcare: Promises, Opportunities, and Challenges”, Future Internet 15(9), 23 August 2023.

<<https://doi.org/10.3390/fi15090286>>

91) 윤석찬, 각주 87)의 논문, 225면.

인공지능의 발달로 인류는 편리해졌고, 기술을 접목한 제조물들은 소비자에게 많은 선택을 받아왔다. 인류는 현재 가장 빠른 기술의 발달 시대와 폭발하는 빅 데이터의 시대에 살고 있으며 기술의 발달로 인하여 인류는 많은 이익을 누릴 수 있게 되었다. 기술의 발전에 따라서 사용자의 편의가 개선되고 막대한 부가 창출⁹²⁾된 만큼, 민사책임영역에서의 위험책임의 범리는 더욱 의미가 부각될 수 있다. 다시 말해, 과실책임을 원칙으로 하는 불법행위법에서도 과학기술의 발달, 예를 들어 자동차와 같은 빠른 운송수단의 출현을 새로운 위험원으로 하는 사실상의 무과실책임, 면책요건이 매우 까다로운⁹³⁾ 일종의 위험책임이 활용되고 있으며⁹⁴⁾ 생성형 인공지능은 이런 신약개발에 소요되는 비용과 시간을 혁신적으로 절약해 주었다. 그렇다면 제조물책임법은 이미 무과실책임인데 위험책임으로서의 논의가 추가적으로 필요한 것은 어떤 근거인가.

의약품은 제조물이므로 제조물책임법상의 제조상의 결함이나 설계상의 결함이 해당될 경우 제조물책임법이 적용될 것이다. 소비자가 제조업자의 과실을 입증할 필요가 없지만, 결함은 입증되어야 한다. 판례에 의하여 제조물책임법이 없었던 시절에도 소비자가 결함만을 입증하면 민법750조의 요건을 만족하는 제조업자의 과실이 추정⁹⁵⁾되었다. 그렇다면 피해자는 제조물책임법상의 설계상의 결함만 입증하면 되는 것인데, 우리 법은 제조업자가 합리적인 대체설계⁹⁶⁾에 대한 가능성이 있었는지의 여부를 두고 설계상의 결함의 여부를 판단하게 된다. 합리적인 대체설계가 가능함에도 하지 않아 안전성이 결여되어야 하는데 제조사 측에

92) 독일 연방대법원의 판례에서 “경제적 이익의 극대화는 불법행위책임에서의 책임면제의 대폭적 인정을 통해서만 가능”하다고 판시한 바 있다.(BGH v. 10.14.1978, BGHZ 71, 228; BGH v.05.07.1978, NJW 1978, 2243; BGH v.7.02.1979, NJW 1979, 2148; 윤석찬, “불법행위책임과 위험책임에서의 책임면제 및 책임제한 이론에 관한 연구”, 법학연구 제51권 제4호, 2010, 각주3) 재인용; 계약책임에서의 책임면제에 관한 합의의 효력이 중국에는 불법행위책임의 면제에 대한 합의로의 확장을 가져오는 부분이고 비단 경제적인 이유 뿐만 아니라 사적자치의 실현 등의 논거로도 의미를 지닌다. 윤석찬, 107면.

93) 자동차손해배상 보장법 제3조에서는 자기를 위하여 자동차를 운행하는 자는 그 운행으로 다른 사람을 사망하게 하거나 부상하게 한 경우에는 그 손해를 배상할 책임을 진다. 다만 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그러하지 아니하다. 1. 승객이 아닌 자가 사망하거나 부상한 경우에 자기와 운전자가 자동차의 운행에 주의를 게을리 하지 않았고, 피해자 또는 자기 및 운전자 외의 제3자에게 고의 또는 과실이 있으며, 자동차의 구조상의 결함이나 기능상의 장애가 없었다는 것을 증명한 경우 2. 승객이 고의나 자살행위로 사망하거나 부상한 경우 ; 특히 판례는 “운행자는 승객의 사망이 고의 또는 자살행위로 인한 것임을 주장·입증하지 않는 한 운전상의 과실유무를 가릴 것 없이 그 승객의 사망에 따른 손해를 배상할 책임이 있으므로 자동차의 운행자로서는 그 소유의 자동차 승객이 사망한 경우라면 자기에게 과실 없음을 내세워 이 사건 손해배상책임을 면할 수 없다.”(대법원 1993. 5. 27. 선고 93다6560판결 ; 대법원 1987. 6. 23. 선고 86다카2863판결 등) 이라고 하여 승객이 고의나 자살이 아닌 한 당해 운전자는 책임을 면하지 못하는 매우 강력한 책임을 부과하고 있다. 이병석, “자동차손해배상보장법 제3조 단서 제2호에 관한 검토”, 보험학회지 제65권, 2003, 3면.

94) 과학기술의 발달로 인하여 과실책임주의의 회피를 가져온 경향에 대한 연구로, Deutsch, “Freiseichung von der Berufshaftung”, VersR 1974, S. 301 ; 윤석찬, 각주 92)의 논문, 106면 재인용.

95) 대법원 1979. 1. 25. 선고 77다2092판결에서 결함의 존재를 추정하고, 과실과 인과관계도 추정하였다. 민법 제750조의 과실의 요건을 배척한 것이 아니라, 판단의 중점을 결함의 인정에 둔 것이다. 양창수, “한국의 제조물책임”, 서울대학교 법학 제42권 제2호, 2001, 95면; 윤석찬, “의약품 결함과 손해배상책임”, 비교사법 제19권 제2호, 2012, 558면.

96) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
2. “결함”이란 해당 제조물에 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 제조상·설계상 또는 표시상의 결함이 있거나 그 밖에 통상적으로 기대할 수 있는 안전성이 결여되어 있는 것을 말한다... 나. “설계상의 결함”이란 제조업자가 합리적인 대체설계(代替設計)를 채용하였다면 피해나 위험을 줄이거나 피할 수 있었음에도 대체설계를 채용하지 아니하여 해당 제조물이 안전하지 못하게 된 경우를 말한다.

서는 ‘이러한 설계가 불가피하며, 합리적인 대체설계가 가능하지 않다’는 점을 입증하여 과실의 추정을 반복할 수 있다.⁹⁷⁾

의약품에 결함이 있을 경우, 제조물책임법이 무과실책임법이라고는 하나 설계상의 결함에 있어서 합리적인 대체설계에 대한 가능성으로 면책가능성이 인정된다면 피해자의 손해를 구제하기 위해서는 보다 강화된 위험책임이 필요하게 된다. 의약품에 대해서는 이미 위험책임인 제조물책임법의 면책사유마저도 요구되지 않는 더욱 강화된 위험책임법⁹⁸⁾이 필요하게 될 것이다. 우리나라에서 현재 의약품에 대하여 별도의 특별법은 없으므로 제조물책임법이 적용되게 될 것이나, 현재 제조물책임법에는 생성형 인공지능으로 인한 의약품, 소프트웨어나 인공지능 시스템과 관련한 규정은 제조물책임법에 들어와 있지 않다. 피해자의 구제를 위해서는 생성형 인공지능으로 만들어진 의약품의 경우와 같이 특수한 경우는 보다 강화된 위험 책임을 만들어서 면책사유없이 보호를 하는 입법 논의도 의미가 있으리라 생각한다. 만약, 제약회사에게 강화된 위험 책임을 지우는 것이 비례성의 관점에서 가혹하다고 판단될 경우, 배상액을 법에 명시하여 매출액의 몇 퍼센트 혹은 최대 배상액을 한도로서 정한다면 제조사에게 제조상의 과실을 막을 수 있는 억지력도 가질 수 있으면서도 피해자의 손해배상도 확보가 될 수 있는 방안이 될 수도 있을 것이다.

V. 맺음말

생성형 인공지능이 의약품의 제조부분에서 활용될 수 있는 것과 같이 어떤 부분의 기술은 그것을 활용하는 측에게 막대한 경제적 이익을 가져다 준다. 그만큼 손해가 발생할 경우 피해의 규모가 클 수 있기에 위험을 방지하는 차원에서 이러한 부분에는 더욱 강화된 위험 책임을 제시해 볼 수도 있다고 생각된다. 미국의 2022년 알고리즘책임법⁹⁹⁾과 같은 법률은 연방거래위원회(Federal Trade Commission, ‘FTC’)가 특정 기계학습과 인공지능을 통해 중요한 의사 결정 프로세스를 강화할 수 있으나 미국은 아직까지는 광범위하게 규제하는 법안을 제정하지는 않았다. 미국의 경우 광범위하게 적용할 수 있는 인공지능 기술에 대한 규제 대신에 특정 부문에서 인공지능 기술 사용을 규제하는 표적화된 접근 방식을 제안하는 것으로 보인다.¹⁰⁰⁾ 인류가 인공지능을 개발하였지만, 이제 인공지능의 발달은 되돌리거나 멈출 수 없는 것으로 보인다. 인공지능으로 인한 불법행위책임에 대하여 어떠한 민사책임의 법리를 취할 것인가를 일률적인 기준으로 평가하기 보다는 구체적인 인공지능 기술의 특성과 손해의 특성을 파악하여 구체적으로 평가하는 것이 민사책임의 공평한 분배에 합당한 것이 아닐까한다. 인공지능 기술은 잠재적인 위협의 요소가 있지만 산업계에서 활용하면서 많은 부분이 조절되거나 관리될 여지도 있다. 그러한 경우를 제외하고 손해가 대규모로 심각하게

97) 윤석찬, 각주95)의 논문, 560면. 또한 우리 대법원 판례는 제조상의 결함에 대해서는 무과실책임법리를 인정하면서도 설계상 결함에 대해서는 입증책임이 전환된 과실책임의 형태로 운영되고 있다고 평가된다. 대법원 2003. 9. 5. 선고 2002다17333판결 등

98) 독일의 경우 의약품을 일반 제조물과는 달리 특별하게 취급하고 제조물책임법의 특별법으로서 의약품법(AMG)을 입법하였다. 윤석찬, 각주87)의 논문, 229면.

99) Algorithmic Accountability Act of 2022, H.R. 6850 S.3572, 117th Congress

100) Laurie A. Harris, Artificial Intelligence: Overview, Recent Advances, and Considerations for the 117th Congress, CRS report, August 4, 2023, (R47664) - Perspectives on Regulating Artificial Intelligence

발생할 가능성이 있는 영역에 대해서는 보다 강화된 위협책임을 준비하는 것도 인공지능 기술의 발달만큼 중요하다고 생각된다.

참고문헌

[단행본]

- 곽윤직 편집대표, 『민법주해 [XVIII]-채권11』, 박영사, 2005.
권오승 외, 『제조물책임법』, 법문사, 2003.
김윤명, 『블랙박스를 열기위한 인공지능법』, 박영사, 2022.
오병철, 『법정채권법』, 법문사, 2021.
최병록, 『개정 제조물책임법』, 박영사, 2018.

[논문]

- 고세일, “책임주체로서 지능형 인공지능 로봇”, 재산법연구 제37권 제2호, 2020.
고학수, 임용, 박상철, “유럽연합 인공지능법안의 개요 및 대응방안”, DAIG 제2호, 2021.
김건우, “법적 주체로서 자율적 인공지능 로봇 I: 의의와 관점”, 성균관 법학 제30권 제2호, 2018.
김병필, “대규모 언어모형 인공지능의 법적 쟁점”, 정보법학 제26권 제1호, 2022.
김상중, “한국의 위험책임 현황과 입법 논의-유럽의 논의와 경험을 바탕으로-”, 민사법학 제57호, 2011.
_____, “불법행위책임 성립요건에 관한 몇 가지 논의” 법과 정책연구 제20권 제4호, 2020.
김성미, “소형드론 운항자에 대한 동물점유자책임 유추해석의 가능성”, 항공우주정책 법학회지 제34권 제2호, 2019.
김진아, “인공지능 오류사고 민사책임에 대한 입법론적 검토”, 재산법연구 제39권 제2호, 2022.
김영두, “인공지능과 자유의지”, 법학연구 제30권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2020.
김윤명, “생성형 인공지능(AI)모델의 법률문제”, 정보법학 제27권 제1호, 2023.
김진우, “지능형 로봇과 민사책임”, 저스티스 통권 제164호, 한국법학원, 2017.
_____, “인공지능 시스템의 책임 능력 - 전자인 제도의 도입 필요성에 관한 논의를 중심으로 -”, 중앙법학 제23권 제4호, 2021.
_____, “인공지능에 대한 전자인 제도 도입의 필요성과 실현방안에 관한 고찰”, 저스티스 통권 171호, 한국법학원, 2019.
김윤명, “인공지능(로봇)의 법적쟁점에 대한 시론적 고찰”, 정보법학 제 20권 제1호, 2016.
김항중, “동물로 인해 발생한 민사상 불법행위책임에 관한 일고 - 미국의 과실책임과 엄격 책임 분석을 중심으로-”, 비교사법 제28권 제1호, 2021.
김훈주, “AI(Artificial Intelligence)에 대한 법인격 부여의 타당성 검토”, 법학연구 제31권 제1호, 충북대학교 법학연구소, 2020.
박규용, “개물림 사고에 있어서 견주(犬主)의 민사책임”, 법과정책 제27권 제3호, 2021.
_____, 김종현, “독일민법에 있어서 불법행위법의 발전과 위험책임”, 국제법무 제13집 제2호, 법과정책연구원, 2021.
서중희, “4차 산업혁명시대 위험책임의 역할과 한계-인공지능 로봇에 의해 발생한 손해의 책임귀속을 고려하여”, 사법 제1권 제43호, 사법발전재단, 2018.
양창수, “한국의 제조물책임”, 서울대학교 법학 제42권 제2호, 2001.

- 오병철, “인공지능 로봇에 의한 손해의 불법행위책임”, 법학연구 제27권 제4호, 연세대학교 법학연구원, 2017.
- _____, “전자인격 도입을 전제로 한 인공지능 로봇의 권리능력의 세부적 제안”, 법조 제 69권 제3호, 2018.
- 우승하, 김제완, “인공지능 활용에 따른 법적 책임과 윤리에 관한 동향”, 과학기술과 법 제12권 제1호, 2021.
- 윤석찬, “의약품의 무효능에 대한 제조물책임법의 적용과 한계”, 재산법연구 제31권 제3호, 2014.
- _____, “불법행위책임과 위험책임에서의 책임면제 및 책임제한 이론에 관한 연구”, 법학연구 제51권 제4호, 부산대학교 법학연구소, 2010.
- _____, “의약품 결함과 손해배상책임”, 비교사법 제19권 제2호, 2012.
- 이경규, “인(人) 이외의 존재에 대한 법인격 인정과 인공지능 법적 지위에 관한 소고”, 법학연구 제21집 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2018.
- 이도국, “인공지능(AI)의 민사법적 지위와 책임에 관한 소고”, 법학논집 제34권 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2017.
- 이병석, “자동차손해배상보장법 제3조 단서 제2호에 관한 검토”, 보험학회지 제65권, 2003.
- 이상수, “임베디드 소프트웨어의 결함과 제조물책임 적용에 관한 고찰”, 법학논문집 제39집 제2호, 2015.
- 이상용, “인공지능과 법인격”, 민사법학 제89권, 2019.
- 이수경, “인공지능 기술에 있어서 법인격 부여와 책임론”, 재산법연구 제39권 제1호, 2022.
- 이재목, “2022년 EU 제조물책임지침 개정안의 내용과 그 시사점”, 홍익법학 제24권 제3호, 2023
- 이제우, “위험책임에서 일반조항의 도입가능성과 그 과제”, 강원법학 제43권, 2014.
- 이제희, “알고리즘의 취급에 대한 법적 논의”, 공법학연구 제19권 제3호, 2018.
- 이해원, “인공지능과 제조물책임” 정보법학 제25권 제2호, 한국정보법학회, 2021.
- 장호준, “인공지능에 대한 법인격 부여에 관한 소고-민사법적·인간 중심적 관점에 국한하여”, 사법 통권 63호, 2023.
- 전정현, 김병필, “인공지능과 법률 서비스: 현황과 과제”, 저스티스 통권 170-1호, 한국법학원, 2019.
- 정진명, “인공지능에 대한 민사책임 법리”, 재산법연구 제34권 제4호, 2018.
- 정진명, “인공지능 표시에 대한 고찰”, 비교사법 제26권 제1호, 2019.
- 최경진, “인공지능과 불법행위책임”, 정보법학 제25권 제2호, 2021.
- _____, “지능형 신기술에 관한 민사법적 검토”, 정보법학 제19권 제3호, 2020.
- 최민수, “인공지능 로봇의 오작동에 의한 사고로 인한 불법행위책임”, 민사법의 이론과 실무 제23권 제3호, 2020.

Arash Keshavarzi Arshadi, Julia Webb, Milad Salem, Emmanuel Cruz, Staciealad-Thomson, Niloofar Ghadirian, Jennifer Collins, Elena Diez-Cecilia, Brendan Kelly, Hani Goodarzi and iann Shiun Yuan, *Artificial intelligence for*

COVID-19 Drug Discovery and Vaccine Development, *Frontiers in Artificial Intelligence*, Vol.3 Art. 6, August 2020.

Georg Borges, *Liability for AI Systems Under Current and Future Law - An overview of the key changes envisioned by the proposal of an EU-directive on liability for AI*, CRI, 2023.

Searl, *Minds, Brains, and Programs*, *Behavioral and Brain Sciences* 3. 03, 1980.

[자료]

박소영, “인공지능의 FATE(공정성 · 책임성 · 투명성 · 윤리의식)를 위한 입법 논의 동향과 시사점”, 이슈와 논점 제2111호, 국회입법조사처, 2023.

European Commission, COM/2021/206 final, Brussels, 21. 4. 2021.

Explanaoty Memorandum, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence, (AI Liability Directive) ; COM(2022) 496 final.

European Parliament, New Product Liability Directive, Briefing EU Legislation in Progress, December 2023.

Expertd Group on Liability and New Technologies-New Technologies Formation, Liability for Aritificial Intelligence and other emerging digital technologies, 2019.

Peng Zhang, Maged N. Kamel Boulos, *Generative AI in Medicine and Healthcare: Promises, Opportunities, and Chanllenges*, *Future Internet* 15(9), 23 August 2023.

Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on liability for defective products COM(2022)495

Elena Canorea, How Generative AI is changing the Industrial Sector, July 12, 2023.

Hayden Field, The first fully AI-generated drug enters clinical trials in human patients, CNBC Tech, June 29 2023.

Krystal Hu, ChatGPT sets record for fastest-growing user base-analyst note, Reuters, February 3, 2023.

Laurie A. Harris, Artificial Intelligence:Overview, Recent Advances, and Considerations for the 117th Congress - Perspectives on Regulating Artificial Intelligence CRS report, August 4, 2023, (R47664)

McKinsey & Company, Generative AI in the pharmaceutical industry: Moving from hype to reality, January 9, 2024.

M. Scharth. Evolution not revolution: why GPT-4 is notable, but not ground breaking, *The conversation*, 2023.

토론문

인공지능 제조물의 민사책임론

국립안동대학교 법학과 최민수

안녕하십니까. 안동대학교 법학과 최민수입니다. 먼저 ‘인공지능의 민사책임의 소고’ 라는 주제로 발제를 해주신 이수경 교수님께 감사의 말씀을 드립니다. 인공지능에 관한 민사책임의 문제는 이전부터 지금까지 많은 교수님께서 관심을 가지고 연구해오신 주제인데, 생성형 인공지능 기술 이후의 민사책임 문제를 깊이 있고 상세하게 다루어 주셔서 많은 가르침을 얻을 수 있었습니다. 저도 인공지능에 관한 민사책임의 문제에 관하여 관심을 가져 논문을 쓴 적이 있는데, 교수님들의 학문적 스펙트럼이 워낙 다양하셔서 제가 논문을 쓰면서 많은 어려움이 있었던 경험이 있습니다. 인공지능 분야의 연구가 부족하지만, 토론자로서의 소임을 다하기 위하여 발제문을 읽으면서 가졌던 몇 가지 궁금한 점이 있어 질문을 드리고자 합니다.

1.

교수님께서 “인공지능으로 인한 불법행위책임을 논의함에 있어서 인공지능의 기술 발달 단계를 고려해서 법적 취급을 달리 생각해 볼 수 있다고 기술하시면서 ‘약한 인공지능(weak AI)’의 경우에는 인간을 보조하는 수준의 정도로서 자율성이 인정될 수준에 이르지 않지만, ‘강한 인공지능(strong AI)’ 이상의 경우에는 법인격의 인정여부를 논의해야 할 정도로 인지능력이 상승된 상태이다.” 라고 기술하고 계십니다(발제문 7면). 또한 “현재까지의 기술단계와 학계의 선행연구를 보았을 때 인공지능으로 인한 손해의 발생에 대한 책임을 묻기 위하여 법인격을 인정하는 것은 적절하지 않은 것으로 보인다.” 라고 밝히셨습니다(발제문 9면).

인공지능에 법인격을 부여할 수 있는지에 대한 최초의 문제 제기는 1992년 미국 로올라대학 로스쿨 교수인 솔럼(Lawrence B. Solum)의 논문에서 찾아볼 수 있는데, 이 당시만 하더라도 솔럼 교수는 자신의 법인격에 대한 문제 제기를 일종의 상상에 기반한 이론화로 평가하였다고 합니다. 또한 2017년 EU 의회의 ‘로봇에 관한 민사법 규칙에 관한 결의안(Civil Law Rules on Robotics)’은 로봇에 대해 전자인(electronic person)이라는 법적 지위의 부여를 제안함으로써 새로운 국면을 맞이하게 되었는데, 이를 통해 인공지능 로봇에 대해서도 법인격을 인정할 수 있을 것인지에 대한 논의가 가속화되었다고 합니다.

미국, 유럽과 마찬가지로 국내에서도 인공지능의 법인격을 인정할 수 있을지에 대하여 찬·반 논의가 다양하게 제기되고 있으며 인공지능에게 법인격을 부여하고자 하는 논의는 무엇보다 그에게 법인격을 부여할 사회적, 법적 필요성에 기인합니다. 가령 법인 개념의 인정 역시 독자적인 행위능력 없이 내부의 기관을 통하여 법률행위를 해야 하는 단체를 법적 주체로 인정해야 할 실제적 필요에서 비롯되었습니다.

교수님께서 “ ‘강한 인공지능(strong AI)’ 이상의 경우에는 법인격의 인정여부를 논의해야 할 정도로 인지능력이 상승된 상태이다라고 기술하셨고, 현재까지의 기술단계와 학계

의 선행연구를 보았을 때 인공지능으로 인한 손해의 발생에 대한 책임을 묻기 위하여 법인격을 인정하는 것은 적절하지 않은 것으로 보인다.” 라고 하셔서 아마도 부정론을 택하고 계신 것으로 보이는데, 인공지능에 대한 법인격 인정 여부에 대한 교수님의 고견을 구하고자 합니다.

2.

교수님께서서는 “생성형 인공지능이 의약품 개발에 활용되어 개발에 소요되는 기간을 획기적으로 줄이고 빠른 출시로 엄청난 비용을 줄일 수 있지만, 만약 결함이 있는 의약품이 유통 될 경우에는 심각한 손해를 발생시킬 수도 있으며(발제문 17면), 생성형 인공지능의 의약품의 부작용 혹은 무효능으로 인하여 손해를 끼칠 수도 있고, 의약품의 특성상 환자의 생명권을 침해할 가능성도 있으므로 의약품에 대해서는 이미 위험책임인 제조물책임법의 면책사유마저도 요구되지 않는 더욱 강화된 위험책임법이 필요하게 될 것이다.” 라고 기술하고 계십니다(발제문 18면).

제 사건으로는 생성형 인공지능이 제조한 의약품은 인간의 생명과 신체에 직접적인 영향을 미치고, 더욱이 인간의 생명권을 침해할 가능성이 매우 크기 때문에 면책을 인정하지 않는 강화된 위험책임을 구상해 보자는 취지이신 것 같습니다(발제문 19면).

그런데 의료분야에 있어서 생성형 인공지능 활용의 경우 특히 의료과오로 인한 결과가 바로 신체나 건강의 침해와 연결된다는 점에서, 다른 영역에서와 달리 인공지능을 활용함에도 전문가인 인간의 통제 가능성의 필요성이 매우 높다는 특징을 가지고 있습니다. 즉, 다른 영역과는 달리 인공지능을 통한 일정한 기능의 수행에 있어서 인간의 적극적 개입이 요구되는 환경이 처음부터 설정되어 있으며, 특히 최종적인 의료적 판단 내지 의료적 처치에 있어서는 생성형 의료 인공지능의 자율적 판단에 이를 쉽게 맡기거나 생성형 의료 인공지능이 도출한 결과물에 대해서 쉽게 이를 속단해서는 안 되며 반드시 전문가인 의사가 자신의 전문가적인 고려 내지 결단을 해야 하는 것입니다.

저도 교수님과 같이 생성형 인공지능이 만든 의약품에 대하여 강화된 위험책임을 적용하는 것에 대하여는 교수님과 같은 의견입니다. 다만 생성형 인공지능을 활용하여 의약품을 제조하였는데, 여기 의약품에 결함이 존재하는 경우 현재로서 이러한 생성형 인공지능이 만든 의약품을 인간에게 투여하는 것은 인간인 의사(醫師)가 개입할 수밖에 없기 때문에 의사에게 그 책임을 묻는 전통적인 책임법이 그대로 적용되지 않을까 생각합니다. 이에 대한 교수님의 고견을 여쭙고자 합니다.

3.

교수님께서서는 “우리나라의 현재 제조물책임법에는 생성형 인공지능으로 인한 의약품, 소프트웨어나 인공지능 시스템과 관련한 규정은 제조물책임법에 들어와 있지 않다. 피해자의 구제를 위해서는 생성형 인공지능으로 만들어진 의약품의 경우와 같이 특수한 경우는 보다 강화된 위험책임을 만들어서 면책사유 없이 보호를 하는 입법 논의도 의미가 있으리라 생각한다(발제문 19면)” 라고 기술하고 계십니다.

인공지능에 대한 제조물책임을 묻기 위해서는 인공지능 소프트웨어 자체가 제조물에 해당하여야 합니다. 인공지능 소프트웨어 자체가 제조물에 해당되는 것인가에 대해서는 다양한 견해가 제기되고 있지만, 소프트웨어는 유체물이 아닌 일종의 정보이므로 그 자체는 제조물이 될 수 없다는 점이 가장 큰 반대 논거로써 제기되고 있습니다. 즉, 유체화 되지 않은 순

수한 인공지능 소프트웨어 그 자체는 물건이라고 볼 수 없고 따라서 제조물이라고도 볼 수 없다는 것입니다.

한편 2022년 3월 2일 EU 「제조물책임지침 개정안(Revision of the Product Liability Directive: COM(2022) 495 final, 2022/0302(COD)」의 제조물의 정의 및 유형을 살펴보면 “제조물은 다른 동산이나 부동산에 통합된 경우라도 해당하는 모든 동산을 말하며, 또한 제조물에는 전기, 디지털 제조 파일 및 소프트웨어가 포함되는 것으로 정의한다(Article 4 (1))”라고 하여 무형의 소프트웨어를 제조물책임 대상으로 확장하고 있습니다.

교수님께서 “생성형 인공지능으로 만들어진 의약품의 경우와 같이 특수한 경우는 보다 강화된 위험책임을 만들어서 면책사유 없이 보호를 하는 입법 논의도 의미가 있을 것”이라 전망하고 계신 데, 혹시 의약품, 소프트웨어나 인공지능 시스템과 관련한 규정이 제조물책임법 안에 도입이 된다면 어떠한 방식으로 입법이 되면 좋을지 이에 관한 교수님의 고견을 부탁드립니다.

이상으로 ‘인공지능의 민사책임에 관한 소고’라는 주제로 훌륭하신 발제를 해 주신 이수경 교수님께 깊은 감사의 말씀을 드리며 토론을 마치겠습니다. 감사합니다.

<end>