

비 교 법 연 구

The Journal of Comparative Law
제18권 3호



동국대학교 비교법문화연구원

목 차

《일반논문》

- ✿ 김선협: 명의대여자 책임에 관한 소고 7
- ✿ 김정완: 한국헌법의 개정 에 관한 연구 43
- ✿ 김진철: 외국의 민간경비관련 법제와 시사점 91
- ✿ 이진수·이우도: 부동산 점유취득자와 압류관청의 법적 갈등 해소를 위한 정책 연구 125
- ✿ 조정훈: 집합건물내 상업용건물의 하자담보책임에 관한 연구 · 157

《비교법문화연구원 규정집》

✿ 비교법문화연구원 규정	188
✿ 『비교법연구』 발행 및 심사 내규	194
✿ 비교법문화연구원 연구윤리 내규	201
✿ [별첨 1] 『비교법연구』 논문작성 요령	207
[별첨 2] 논문 투고 연구윤리 준수 서약서	210
[별첨 3] 저작물 이용 동의서	211

The Journal of Comparative Law



논문투고일 : 2018. 12. 7.
논문심사일 : 2018. 12. 27.
게재확정일 : 2018. 12. 29.

명의대여자 책임에 관한 소고* ** -과실상계 적용과 관련하여-

김선협***

[목 차]

- | | |
|--------------------------------|-----------------------------------|
| I. 서론 | IV. 민법 제756조 명의대여자
의 사용자책임의 이론 |
| II. 명의대여의 개관 | V. 과실상계 적용에 관한
문제점 검토 |
| III. 상법 제24조 명의대여자
의 책임의 이론 | VI. 결론 |

I. 서론

명의대여란 명의를 대여하는 것이다. 명의를 빌려준 자를 명의대여자, 명의를 빌려 쓴 자를 명의차용자라 한다. 명의를 빌려준 명의대여자에게 현행법상 상법 제24조의 명의대여자의 책임을 묻는 경우와 민법 제756조의 명의대여자의 사용자책임을 묻는 경우로 구분할 수 있다.¹⁾ 상법 제24조의 명의대여자의 책임의 요건에 따르면 명의차용자

* 이 논문은 2016년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2016S1A5B5A07915478).

와 거래한 제3자는 명의대여자를 영업주로 오인한 경우에 선의이며 중과실이 없으면 보호 받는다. 마찬가지로 민법 제756조의 명의대여자의 사용자책임의 요건에 따르면 명의차용자가 불법행위를 한 경우에 있어서 제3자는 선의·중과실이 없으면 보호받는다. 여기서 제3자의 보호의 범위는 동일하다.

명의대여자는 상법 제24조의 명의대여자의 책임의 경우 명의차용자와 거래한 제3자가 자기를 영업주로 오인한 것에 대하여 경과실이 인정되면 책임을 부담하며, 민법 제756조의 명의대여자의 사용자책임의 경우에도 명의차용자와 거래한 제3자가 자기를 영업주로 오인한 것에 대하여 경과실이 인정되면 책임을 부담한다. 여기서 과실상계 적용과 관련한 문제를 살펴볼 수 있다. 과실상계란 손해배상에서 손해의 공평한 분담을 위하여 손해에 대한 피해자 측의 몫을 공제하는 제도를 말한다.²⁾ 이러한 과실상계는 우선 과실에 기한 채무불이행 또는 불법행위에 의한 손해배상책임에서도 적용된다. 또한 계약체결상의 과실책임에서도 적용되며, 이외에도 상법과 같은 특별법상의 채무불이행책임에 관하여도 적용된다.³⁾ 상법 제24조의 명의대여자의 책임은 거래상의 책임이며, 민법 제756조의 명의대여자의 사용자책임은 불법행위책임이다. 그러므로 상법 제24조의 명의대여자의 책임과 민법 제756조의 명의대여자의 사용자책임은 과실상계가 적용된다고 볼 수 있다. 그러나 상법 제24조의 명의대여자의 책임과 민법 제756조의 명의대여자의 사용자책임에 있어 과실상계 적용에 차등이 존재하여 명의대여자의

** 이 논문은 박사학위논문의 수정·보완을 토대로 연구가 개시되었으며, 상법 제24조 명의대여자의 책임과 민법 제756조 명의대여자의 사용자책임에 있어 과실상계의 적용과 관련한 문제가 새로이 연구됨.

*** 백석대 교양대학 외래교수/ 법학박사.

- 1) 김선협, 명의대여자 책임에 관한 연구, 동국대학교 대학원 박사학위논문, 2015, 1면.
- 2) 지원림, 민법원론, 홍문사, 2017, 538면.
- 3) 위계찬, 계약상 이행청구권과 과실상계권, 원광법학 제24권 제1호, 원광대학교 법학연구소, 2008, 230-231면.

책임의 부담에 차이가 존재하고 있으므로, 이에 대한 문제를 제기하고자 한다.

이하에서는 명의대여의 개관, 상법 제24조 명의대여자의 책임의 이론과 민법 제756조 명의대여자의 사용자책임의 이론을 살펴보고, 상법 제24조 명의대여자의 책임과 민법 제756조 명의대여자의 사용자책임에 있어 과실상계 적용과 관련한 문제를 고찰함으로써 입법론을 제안하고자 한다.

II. 명의대여의 개관

1. 명의대여의 이론 및 유형

명의대여라 함은 타인에게 자기의 성명 또는 상호를 사용하여 영업할 것을 허락하는 행위를 말한다.⁴⁾ 자신의 성명이나 상호를 빌려준 자를 명의대여자라 한다. 타인의 성명이나 상호를 빌려 쓴 자를 명의차용자라 한다. 일반적으로 명의대여에 의한 거래관계가 나타나는 이유는 명의대여자의 사회·경제적 지위나 신용을 이용하려는 경우나, 일정한 거래를 위해서는 면허나 허가 등 행정청의 자격이 필요한 경우에 이를 갖지 못한 자가 그 자격이 있는 사람의 이름을 빌려 거래를 하려는 경우이다.⁵⁾ 이러한 양자간의 계약을 명의대여계약이라 하고 협의와 광의로 구분하여 살펴볼 수 있다.

협의의 명의대여계약은 허가, 인가, 면허 등을 요하는 영업의 경우에 있어서는 명의대여자가 가지고 있는 영업에 관한 법률상의 자격을 대여하는 것이다.⁶⁾ 위의 명의대여계약은 본래 증권거래소의 거래원이

4) 이철송, 상법총칙·상행위, 박영사, 2018, 202-203면.

5) 김성진, 명의차용자의 행위유형에 따른 명의대여자의 책임, 전북대학교 동북아법연구 제2권 2호, 전북대학교 동북아법연구소, 2008, 213면.

6) 김인섭, 명의대여자의 책임, 저스티스 제13권 제1호, 한국법학원, 1975, 30면.

자기의 명의를 대여하여 영업을 하도록 하였던 관습에서 발전되어 온 것이다.⁷⁾ 반면 광의의 명의대여계약은 어떤 자가 자기의 성명이나 상호등의 명칭을 사용하여 영업을 하는 것을 타인에게 허락하는 계약일 반을 말한다. 이것은 명의차용자가 명의대여자의 신용, 명성, 영업상의 자격등을 이용하여 자기의 영업을 유리하게 경영하는 것에 중심적인 기능이 있고 모든 종류의 영업에 관하여 넓게 이용되기에 이르렀다.⁸⁾ 명의대여자의 책임에 관한 대법원판례는 주로 광의의 명의대여에 관한 것이다.⁹⁾¹⁰⁾

2. 명의대여와 유사개념과의 비교

명의대여와 표현대리는 외관주의에 근거를 둔 점에서 공통점이 있으나,¹¹⁾ 다음과 같은 점에서 구별된다. 첫째, 명의대여는 영업주 오인의 문제이나, 표현대리는 대리권 오신의 문제이다. 둘째, 명의대여자의 책임은 명의사용의 허락 그 자체를 귀책사유로 함에 비하여, 표현대리인의 책임은 대리권 수여의 표시를 귀책사유로 한다.¹²⁾ 셋째, 명의대여는 대행의 방식으로 이루어지지만 표현대리는 대리의 방식으로 이루어진다.¹³⁾ 넷째, 명의대여자의 책임은 명의차용자와의 연대책임이나,

7) 최준선, 상법총칙·상행위법, 삼영사, 2016, 149면.

8) 김인섭, 앞의 논문, 30면.

9) 김인섭, 위의 논문, 30면.

10) 김선협, 앞의 논문, 12-13면 재인용.

11) 명의대여자 책임의 이론적 근거는 독일 외관이론과 영미의 금반언원칙이 있다. 양 법리는 별개의 법계에서 생성한 것이나, 결국 같은 목적에 도움이 되고 있다. 양 법리의 유동성은 실체사법에 있어서의 거래안전의 법리로서의 기능이 있다고 해석되고 있다. 이와 같이 양 법리는 그 기본목적 및 연혁상 차이가 있지만 양 법리는 실재와 외관의 상치라는 공통문제에 대한 외관법리라는 동일한 결론을 각각 규정한 것이기 때문에 양자 간에는 기술적으로 상호 보완될 충분한 여지가 있다. 김현무, 외관주의에 관한 연구: 상법과 어음수표법을 중심으로, 고려대학교 대학원 박사학위논문, 1990, 43면.

12) 최준선, 앞의 책, 168면.

13) 다만 표현대리의 법리를 표현대행에도 유추적용하는 견해에 따르면 행위의 형

표현대리의 경우에는 본인이 표현책임을 지는 외에 표현대리인 자신은 무권대리인으로서 책임을 지지 아니한다. 다섯째, 명의대여자는 책임을 부담할 뿐 제3자에 대하여 어떠한 권리도 취득하지 못하나, 표현대리인의 본인은 책임을 부담할 뿐만 아니라 제3자에 대한 권리도 취득한다.¹⁴⁾

Ⅲ. 상법 제24조 명의대여자의 책임의 이론

1. 요건

가. 외관의 존재

외관이 존재하려면 명의차용자가 명의대여자로부터 빌린 명의를 자신의 영업에 이용해야 한다.¹⁵⁾ 상법 제24조 법문에서는 명의에 관하여 '성명 또는 상호'라고 표현하고 있으나, 이에 국한하지 않고 거래통념상 대여자의 영업으로 오인하기에 적합한 명칭을 사용하게 되면 모두 본조의 적용대상이 된다.¹⁶⁾ 따라서 아호·예명·약칭·통칭·옥호¹⁷⁾

식의 차이는 문제되지 않는다. 송옥렬, 상법강의, 홍문사, 2018, 62-65면.

14) 최준신, 앞의 책, 168면.

15) 박세민, 상법 제24조상의 명의대여자의 책임에 관한 소고, 안암법학 제24권, 안암법학회, 2007, 148면.

16) 이철송, 앞의 책, 203-204면.

17) 이 사건은 영업양도인인 소외 회사와 피고 사이에 상호는 전혀 다르지만 교육시설의 명칭인 '서울종합예술원'이라는 명칭이 그대로 유지된 경우에 관한 사안이다. 이와 같이 양도인과 양수인 사이에 상호 자체는 완전히 다르지만 옥호(屋號) 또는 영업명칭 등의 '영업표지'를 속용하는 경우에 상호속용에 관한 규정을 유추적용하여 양수인의 책임을 인정할 수 있는지가 문제된다. 김인택, 영업양수인이 상호 자체가 아닌 옥호(옥호) 또는 영업표지를 속용하는 경우에도 상법 제42조 제1항이 유추적용되는지 여부, 대법원판례해설 제85-86호, 법원도서관, 2011, 310-311면. 옥호는 일반적으로 상점의 칭호, 가게의 통칭, 영업장소의 명칭을 나타낸다. 비록 옥호는 상호가 아니어도 영업주체를 표시하는 기능을 가지고 있다. 권기훈, 영업양수인의 책임 요건으로서의 상호의 계속 사용, 한양법학 제25

등 거래통념상 명의대여자의 영업으로 오인하기에 적합한 명칭은 모두 포함된다.¹⁸⁾

명의차용자가 명의대여자의 성명·상호 등의 명칭에 부가적인 명칭을 사용한 경우에 명의대여에 있어 명의의 동일성이 인정될 수 있는지가 문제된다. 판례를 살펴보면 명의대여자의 명의를 그대로 사용한 경우¹⁹⁾ 외에 “대한여행사”란 명의로 “외국부국제항공판매처”,²⁰⁾ “삼보국토건설주식회사”라는 명의로 “현장출장소”,²¹⁾ “대한통운주식회사”라는 명의로 “신탄진 영업소” 또는 “출장소”,²²⁾ “대한교육보험주식회사”라는 명의로 “부산지사”,²³⁾ 등의 명칭을 각각 붙인 경우에도 명의대여자의 책임이 인정되었다.²⁴⁾ 그러나 “금성전선주식회사”라는 명의로 “전주 완주군 농업기계 대리점”이라는 명칭을 부가한 경우에는 명의사용을 허락한 명의대여자의 책임이 부정되었다.²⁵⁾ 타인의 상호아래 대리점이란 명칭을 붙인 경우에는 그 아래 지점, 영업소, 출장소 등을 붙인 경우와는 달리 타인의 영업을 종속적으로 표시하는 부가부분이라고 보기 어렵기 때문이다.²⁶⁾

위에서 살펴본 바와 같이 명의대여자가 전혀 영업하지 않는 경우에

집, 한양법학회, 2009, 221-222면.

18) 손진화, 상법강의, 신조사, 2017, 103면.

19) 대법원 1983. 3. 22, 선고 82다카1852 판결.

20) 대법원 1957. 6. 27, 선고 4290민상178 판결.

21) 대법원 1973. 11. 27, 선고 73다642 판결; 대법원 1985. 2. 26, 선고83다카1018 판결.

22) 대법원 1976. 9. 28, 선고 76다955 판결.

23) 대법원 1969. 3. 31, 선고 68다2270 판결.

24) 김학동, 명의대여자책임의 판례분석, 사법행정 제33권 제5호, 한국사법행정학회, 1992, 44-47면. 이에 대해서는 명의를 그대로 사용된 경우는 물론 하부조직 또는 지점임을 의미하는 명칭을 붙인 경우에도 그 주요부분이 일치하여 사회통념상 명의대여자의 명의로 볼 수 있으면 된다고 해석된다. 김두진, 명의대여자의 책임에 관한 연구, 연세법학연구 제7권 제2호, 연세대학교 법학연구원, 2000, 133면.

25) 대법원 1989. 10. 10, 선고 88다카8354 판결. 김두진, 위의 논문, 134면.

26) 최준선, 앞의 책, 170면.

영업의 동일성이 문제될 여지가 없으며 다만 명의의 동일성만으로 충분하다.²⁷⁾ 그러나 명의대여자가 영업을 하는 경우에 있어서는 명의대여자와 명의차용자의 영업의 동일성 여부에 관한 문제가 제기되어 왔으며, 이와 관련하여 영업의 동일성이 필요하다는 견해와 영업의 동일성이 불필요하다는 견해가 대립하고 있다.

영업의 동일성이 필요하다는 견해는 영업을 서로 다르면 외관에 대한 일반적 신뢰가 어렵기 때문에, 영업의 동일성은 필요하다고 본다.²⁸⁾ 이에 반해 영업의 동일성이 불필요하다는 견해는 영업의 동일성 자체는 외관의 본질적 요소가 아니므로, 영업의 동일성은 불필요하다고 본다.²⁹⁾

대법원의 기본적인 입장은 영업외관의 동일성이 필요함을 부정하지는 않고 있지만 그렇다고 하여 두 영업을 꼭 같아야 하는 것은 아니고 거래의 사회통념상 관련성 또는 보조성이 있으면 충분하다고 해석하는 경향이므로 영업의 동일성 정도를 해석함에 완화된 입장에 서고 있다고 판단된다.³⁰⁾ 이와 관련한 판례를 살펴보면 명의대여자의 영업은 보험인수업이고 명의차용자의 영업은 보험계약 체결의 알선업인 경우,³¹⁾ 명의대여자의 영업은 야채의 위탁판매업이고 명의차용자의 영업은 야채판매업인 경우³²⁾ 등에서 법률전문가가 아닌 일반인의 입장에서 보아 영업의 동일성을 인정하였다.³³⁾

나. 명의사용의 허락

27) 박세민, 앞의 논문, 149면.

28) 정찬형, 상법강의(상), 박영사, 2017 133면; 손진화, 앞의 책, 105면.

29) 강위두·임재호, 상법강의(상), 형설출판사, 2011, 119면; 이철송, 앞의 책, 211면; 최준선, 앞의 책, 171면.

30) 박세민, 앞의 논문, 150면.

31) 대법원 1969. 3. 31. 선고 68다2270 판결.

32) 대법원 1992. 8. 18. 선고 91다30699 판결.

33) 김성진, 앞의 논문, 220면.

명의대여자가 자기의 명의를 사용할 것을 명의차용자에게 허락하여야 한다.³⁴⁾ 허락의 방식은 명의대여자와 명의차용자간의 명의대여계약에 의해 행해질 수도 있고, 명의대여자의 일방적인 동의·승인 등으로 행해질 수 있다.³⁵⁾ 명의사용의 허락은 대리상계약·도급계약·영업임대 등과 더불어 행해질 수 있으며, 어느 경우이든 명의대여자의 책임을 적용함에 차이가 없다.³⁶⁾

명의대여자가 명의사용을 허락하는 경우는 별도로 의사표시를 하지 않는 묵시적 방법이 있을 수 있다. 여기서 묵시적인 방법이란 타인이 자기의 명의를 사용하는 것을 알고서도 이를 제지하지 않는 것을 말한다.³⁷⁾ 이에 대하여 명의사용의 허락이 있었다고 볼 수 있는지에 관하여 견해의 대립이 있다. 긍정설은 자기의 성명이나 상호를 타인이 무단으로 사용하는 것을 안 자는 그 표현적 외관을 제거하고 중지시킬 의무를 부담하여 별도의 부가적 사정이 없더라도 이를 장기간 방치한 경우에는 묵시적 허락이 있다고 보아야 한다는 견해이다.³⁸⁾

반면 부정설은 타인의 자신의 성명·상호를 사용함을 알고 저지하지 않은 사실만을 가지고는 묵시적인 허락이 있었다고 볼 수 없다는 견해이다.³⁹⁾ 명의대여자의 책임은 외관주의 내지 금반언의 법리에 근거를 두고 있으며, 금반언의 법리에서는 부작위는 법적 의무위반 또는 사회생활상의 의무위반을 구성할 때에 비로소 책임발생의 원인이 된다.⁴⁰⁾ 따라서 단순한 방치만으로 부족하며, 사회통념상 비추어 허용될 수 없다고 여겨지는 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 묵시적 허락이 있는 것으로 보고 있다.⁴¹⁾ 이와 관련한 판례를 살펴보면 갑이 을에게 정미

34) 손진화, 위의 책, 105면.

35) 이철송, 위의 책, 205면.

36) 손진화, 앞의 책, 105면.

37) 김성진, 앞의 논문, 216면.

38) 이철송, 앞의 책, 207면.

39) 정찬형, 앞의 책, 132면; 최준선, 앞의 책, 175면; 송옥렬, 앞의 책, 64면.

40) 최준선, 위의 책, 175면.

41) 박세민, 앞의 논문, 157면.

소를 임대하였는데 을이 같은 상호를 그래도 사용하면서 그 정미소를 경영할 경우 을이 그 정미소를 경영하는 동안 갑이 백미를 보관하고 전표를 발행한 경우 갑에게는 명의대여자의 책임이 인정된다고 하였다.⁴²⁾ 또한 갑이 같은 업종에 종사하는 을에게 갑의 사무실내에서 같은 사업을 경영할 수 있도록 허용하여 왔다면 거래 상대방이 별개의 업체임을 알면서 거래를 하였다고 인정된 자료가 없는 한 회사는 명의대여자로서의 책임이 인정된다고 하였다.⁴³⁾⁴⁴⁾

42) 대법원 1967. 10. 25. 선고 66다2362 판결.

43) 대법원 1977. 7. 26. 선고 77다797 판결.

44) 잉꼬의 매매와 음질환에 있어 명의대여자의 책임 인정여부와 관련한 일본 판례를 살펴보면 하겠다. 사실관계에 따르면 X는 1983년(소화58년) 2월 8일, Y1가 경영하는 슈퍼의 옥상의 임차인점포의 애완동물가게 Y2에서 잉꼬 두마리를 구입해, 사육하고 있었다. 잉꼬가 음진드기 병균을 보유하고 있었기 때문에, X는 가족전원이 음 질병에 걸려 X의 부인이 사망하고, X 또는 그 자식인 X2, X3, X4, A의 모B는 고열 그 밖의 증상이 발생, 입원 또는 통원치료를 받았다. 그래서 X 측들은(X1~4의 원고를 이하에 이처럼 첨부함) Y에 대해 (1) 일본 민법718조1항의 동물점 소유자의 책임, (2) 일본 민법709조의 불법행위책임, (3) 일본 민법415조의 계약책임,(4) 일본 상법23조의 명의대여자의 책임 등을 주장하며 손해배상을 청구했다.

요코하마 지방법원에서는 이러한 사실관계하에서는 Y2의 영업은 있는지도 Y1점의 영업 안에서 편입되어 그 일부로 되어 있는 것처럼 보이고 있고, Y1의 점포내에서 판매를 하는 곳으로 의식하여 내점하는 일반고객들로부터 보면, 특단의 사정이 없는 한, Y2의 영업을 Y1의 영업으로 오인되는 것으로 보여진다고 하였다. 따라서 거래의 안전을 보호하는 견지로 해서 상법23조를 유추적용해, Y2의 영업을 Y1의 영업과 구별하는 다른 표시가 갖추어져 있지 않는 한, Y1에 대해서 명의대인의 책임을 긍정하는 것이 상당하다고 판단하였다. (橫浜地方裁判所 1991年 3月 26日 判決). 반면, 도쿄 고등법원에서는 상법23조의 유추적용에 대해서는 Y1점포와 같은 경영형태에 있어서, Y1점에 내점하는 쇼핑고객들 중에서는 Y1의 직영매장과 Y2세입자점과의 경영주체의 식별이 불가능하고, 세입자점에서 상품을 구입했던 경우에도, Y1부터 구입했다는 것으로 오인하는 사람이 발생할 수 있다는 것은 부정할 수 없다고 판단하였다(東京高等裁判所 1992年 3月 11日 判決). 이에 최고법원은 점포4층의 옥상에 걸린 계단입구의 설치된 옥상안 내판이나 층계참벽에는 애완동물가게로 표시되어 있었고, 점포외부에 Y1의 상표를 표시했던 큰 간판이 있고, 세입자명은 표시되어 있지 않았다는 점을 들어 파기환송하였다(最高裁判所 1995年 11月 30日 判決). 山本和子, 名板貸の責任について / Liability of the Lessor to Use the Trade Name, 名古屋文理短期大學紀要 22卷, 名古屋文理大學短期大學部, 1997, 38-41頁.

명의대여자는 자유로이 명의사용에 대한 허락을 철회할 수 있다.⁴⁵⁾ 명의대여자가 명의사용의 허락을 철회하거나 허락의 기한이나 조건이 도래 또는 성취된 후 명의차용자가 계속적으로 명의를 사용한 경우에 문제가 제기될 수 있다.⁴⁶⁾ 이 경우에는 명의대여자가 명의차용자에게 단순한 이의제기나 사용 중지에 대한 통지만으로는 부족하고 신문광고 및 거래처에 통지를 하는 등 철회에 대한 적극적인 외부적인 공표조치 등을 통한 의무를 이행한 경우에 한하여 명의대여자의 책임을 면할 수 있다고 한다.⁴⁷⁾

다. 상대방의 오인

제3자인 상대방이 명의차용자와 거래함에 있어 명의대여자를 영업주로 오인하였어야 한다.⁴⁸⁾ 이와 관련하여 문제되는 것은 제3자의 범위와 오인의 범위에 대한 논란이 있다. 여기서 제3의 범위는 명의차용자와 거래한 직접상대방만을 말하며, 그 외의 전득자 상대방의 채권자 등은 제3자로 보고 있지 않다.⁴⁹⁾ 오인의 범위에 대해서는 첫째, 명의대여자는 상대방이 악의인 경우에만 면책된다는 오인설,⁵⁰⁾ 둘째, 상대방이 경과실이 있는 경우에만 면책된다는 경과실 면책설,⁵¹⁾ 셋째, 상대방의 악의 또는 중과실이 있는 경우에만 면책된다는 중과실 면책설⁵²⁾의 견해로 나뉜다.⁵³⁾ 상법 제24조 명의대여자의 책임은 명의대

45) 박세민, 앞의 논문, 156면.

46) 손진화, 앞의 책, 106면.

47) 박세민, 앞의 논문, 156면.

48) 이철송, 앞의 책, 214면.

49) 손진화, 앞의 책, 106면.

50) 강위두, 명의대여자의 책임요건에 있어서 제3자의 과실 있는 선의, 판례월보 제 278호, 판례월보사, 1993, 24면.

51) 石井照久, 名板貸人の責任, 商法演習 II, 有斐閣, 1978, 17頁.

52) 손주찬, 상법(상), 박영사, 2004, 128면; 정동윤, 상법총칙·상행위법, 법문사, 1996, 157면; 최기원, 상법학신문(상), 박영사, 2004, 135면; 이철송, 앞의 책, 215면; 임홍근, 상법총칙, 법문사, 1986, 305면; 채이식, 상법강의(상), 박

여자를 영업주로 오인하여 거래한 제3자를 보호하기 위한 것이므로 거래상대방이 명의대여의 사실을 알았거나 모른 데에 대하여 중대한 과실이 있는 때에는 명의대여자는 책임을 부담하지 않는다고 한다.⁵⁴⁾ 여기서 상대방의 악의 또는 중과실이 있다는 사실의 입증책임은 면책을 주장하는 명의대여자에게 있다.⁵⁵⁾

2. 책임의 범위와 효과

명의대여자는 명의차용자의 영업거래로 인한 채무에 대하여 책임을 부담한다. 영업거래로 인한 채무는 직접적인 거래로 인하여 부담하는 채무는 물론, 채무불이행으로 인한 손해배상채무, 계약해제로 인한 원상회복의무, 목적물에 관한 담보책임 등 영업거래로 부수하는 것을 포함한다. 따라서 명의차용자가 영업과 관계없이 부담한 채무에 대해서는 책임을 부담하지 않는다.⁵⁶⁾ 명의대여자와 명의차용자의 책임은 부진정연대책임으로서, 거래상대방인 제3자는 명의대여자와 명의차용자 누구에 대해서도 채무의 변제를 청구할 수 있다.⁵⁷⁾ 여기서 명의대여자는 명의차용자가 가지는 항변을 원용할 수 있으며, 거래상대방인 제3자가 명의차용자에 대한 이행청구 또는 명의차용자의 채무승인 등 소멸시효의 중단사유나 시효이익의 포기는 명의대여자에게 효력을 미치지 않는다.⁵⁸⁾ 명의대여자가 거래상대방인 제3자에게 변제한 경우

영사, 1996, 86면; 이기수 외 2인, 상법총칙·상행위법, 박영사, 2003, 156면; 이범찬·최준선, 상법개론, 삼영사 1996, 94면; 김영호, 상법통론, 대학출판사, 1990, 190면.

53) 장덕조, 상법강의, 법문사, 2017, 58면; 정찬형, 앞의 책, 134면.

54) 대법원 1991. 11. 23. 선고 91다18309 판결.

55) 대법원 2001. 4. 13. 선고 2000다10512 판결.

56) 손진화, 앞의 책, 109면. 일본 판례에서도 동일한 취지의 판결이 있다. 山本和子·前掲, 名板貸の責任について / Liability of the Lessor to Use the Trade Name, 41-42頁.

57) 송옥렬, 앞의 책, 64면.

58) 대법원 2011. 4. 14. 선고 2010다91886 판결.

명의차용자에게 구상권을 행사 할 수 있다.

IV. 민법 제756조 명의대여자의 사용자책임의 이론

1. 성립요건

가. 사용관계

민법 제756조 사용자책임이 인정되려면 우선 그 사무가 사용자의 사무에 속하는 것이어야 하고, 타인을 사용하는 '사용관계'가 존재해야 한다(민법 제756조 제1항).⁵⁹⁾ 여기서 사용관계란 구체적으로 사용자가 피용자를 선임하고 감독하는 관계에 있는 것을 말하며,⁶⁰⁾ 위임, 조합, 도급 기타 어떤 형태라도 가능하며 보수의 유무나 기간의 제한도 묻지 아니한다.⁶¹⁾ 이러한 사용관계와 관련하여 영업상의 명의를 대여하고 있는 명의대여자에게 명의차용자가 행한 불법행위에 대하여 사용자책임이 인정되는지에 관한 문제를 살펴볼 수 있다.⁶²⁾ 이에 대하여 대법원은 명의대여자에 대한 사용자책임을 인정하면서 명의대여

59) 사용자책임의 인정 근거에 관해서는 과실책임설, 보상책임설, 위험책임설, 사회정책적 고려설 등 여러 학설이 있다. 타인을 사용하여 어떤 사업 내지 기업을 경영하는 자는 그것에 의하여 자기의 활동범위를 확장하고 그만큼 많은 이익을 얻으면, 피용자가 사무집행에 관하여 타인에게 주는 손해는 그 사업 내지 기업에 기인하는 손해로서 사용자 자신이 부담하는 것이 공평의 관념에 부합한다고 판단되므로, 이익이 있는 곳에 손해도 귀속된다는 보상책임설이 타당하다. 보상책임설이 통설이며 판례의 입장이다. 임성근, 명의대여자의 사용자책임과 그 면책사유-대법원 2005. 2. 25. 선고 2003다 36133판결, 민사재판의 제문제 제16권, 한국사법행정학회, 2007, 711-712면.

60) 김준호, 민법강의, 법문사, 2017, 1763-1764면.

61) 이공현, 명의대여자의 사용자책임, 대법원판례해설 제9호, 법원도서관, 1989, 57면; 안철규, 명의대여자의 사용자책임, 재판과 판례 제5집, 대구판례연구회, 1996, 285-286면.

62) 김주수, 민법개론, 삼영사, 2003, 983면.

의 유형에 따라 사용관계의 판단기준을 크게 실제적 사용관계와 객관적·규범적 사용관계로 나누어 달리 적용하고 있다.⁶³⁾

실제적 사용관계란 원칙적으로 사실상 지휘·감독하고 있었던 여부에 의하여 결정하는 경우를 말한다. 이 경우는 타인을 자신의 지배하에 두어서 자신의 사회적 활동의 범위를 확장하는 경우이다.⁶⁴⁾ 대법원은 타인에게 어떤 사업에 관하여 자기의 명의를 사용할 것을 허용한 경우에 그 사업이 내부관계에 있어서는 타인의 사업이고 명의자의 고용인이 아니라 하더라도 외부에 대한 관계에 있어서는 그 사업이 명의자의 사업이고 또 그 타인은 명의자의 종업원임을 표명한 것과 다름이 없으므로, 명의사용을 허용받은 사람이 업무수행을 함에 있어 고의 또는 과실로 다른 사람에게 손해를 끼쳤다면 명의사용을 허용한 사람은 민법 제756조에 의하여 그 손해를 배상할 책임이 있다고 판단했다.⁶⁵⁾ 이와 관련하여 병 신문사가 소외 갑과의 사이에 병 회사가 발행하는 신문의 판매와 광고 취급을 내용으로 하는 지국설치계약을 체결하고 갑으로 하여금 병 회사 지국장의 직함을 사용하도록 허락하였는데 갑이 고용한 을이 오토바이로 신문배달중 교통사고가 발생된 경우 명의대여자에게 사실상 지휘·감독관계가 있다고 보아 사용자책임을 인정하고 있다.⁶⁶⁾

객관적·규범적 사용관계란 명의대여로 인한 사용관계의 여부는 실제적으로 지휘·감독하였느냐 여부에 관계없이 객관적·규범적으로 보아 사용자가 그 불법행위자를 지휘·감독해야 할 지위에 있었느냐 여부를

63) 김성진, 앞의 논문, 228-229면.

64) 한기정, 명의차용자의 불법행위와 상법 제24조의 적용 문제: 명의대여자의 사용자책임을 포함하여, 상사법연구 제27권 제3호, 한국상사법학회, 2008, 23면.

65) 대법원 1994. 10. 25. 선고 94다24176 판결; 대법원 1998. 5. 15. 선고97다58538 판결; 대법원 2000. 10. 13. 선고 2000다20069 판결; 대법원 2001. 8. 21. 선고 20001다3658 판결; 대법원 2011. 11. 24. 선고 2011다64065 판결.

66) 대법원 1997. 3. 25. 선고 97다3708.3804 판결. 엄동섭, 명의대여자의 손해배상책임과 구상권, 민사판례연구 제33집, 박영사, 2011, 556면.

기준으로 결정하는 경우를 말한다.⁶⁷⁾ 대법원은 명의대여관계의 경우 민법 제756조가 규정하고 있는 사용자책임의 요건으로서의 사용관계가 있느냐 여부는 실제로 지휘·감독을 하였느냐의 여부에 관계없이 객관적·규범적으로 보아 사용자가 그 불법행위자를 지휘·감독해야 할 지위에 있었느냐의 여부를 기준으로 결정하여야 한다고 판단했다.⁶⁸⁾ 이와 관련하여 일정한 수준의 기술인력과 장비, 시설 등 자격요건을 구비하지 않고는 할 수 없는 건설관계사업의 명의를 타인에게 대여한 경우,⁶⁹⁾ 일정한 자격과 경력 없이는 설치·경영할 수 없는 민간보육시설 설치신고자 명의를 대여한 자에게 보육교사의 과실로 3세의 위탁아가 열차에 치어 사망한 사고의 경우,⁷⁰⁾ 화약류 사용으로 인한 위험과 재해를 방지하기 위해서 총포도검화약류등단속법이 일정한 사용 허가를 요하는 화약류사용사업상의 경우⁷¹⁾ 등에서 명의대여자에게 명의사용자를 객관적·규범적으로 지휘·감독할 의무가 있다고 보아 명의대여자의 사용자책임을 인정하고 있다.⁷²⁾

나. 사무집행관련성

‘사무집행관련성’이란 본래의 사무집행 그 자체 또는 사무집행을 위하여보다는 넓은 개념으로 사무집행과 관련성이 있는 것을 말한다. 여기서 ‘사무집행관련성’은 보조자가 해야 할 사무의 목적·태양 및 내부

67) 박세민, 앞의 논문, 167면.

68) 대법원 2005. 2. 25. 선고 2003다36133 판결; 대법원 2002. 4. 26. 선고 2002다4894 판결.

69) 대법원 1994. 10. 25. 선고 94다24176 판결.

70) 대법원 2001. 8. 21. 선고 2001다3658 판결.

71) 대법원 1996. 5. 10. 선고 95다50462 판결.

72) 한기정, 앞의 논문, 26면. 사용관계는 반드시 법적으로 유효한 고용관계가 아니어도 사실상의 관계로 충분하고, 명시적인 경우뿐만 아니라 묵시적인 경우에도 지휘·감독관계는 성립된다고 본다. 따라서 실제적 사용관계는 사용관계의 범위를 좁게 해석하여 민법상 사용자책임의 입법취지를 부정하는 결과를 초래할 우려가 있다. 이공현, 앞의 논문, 58면.

적 관련성을 고려해서 객관적으로 판단해야 한다. 그렇다고 사용자의 이익만을 중심으로 이해할 것은 아니다. 사무집행에 관한 행위는 적어도 피해자의 위치에서 볼 때 보조자의 행위가 업무집행에 속하는 외관 내지 외형을 갖추고 있는 것이어야 한다.⁷³⁾ 이러한 사무집행관련성에 대하여 외형이론에 따라 그 관련성을 인정하는 것이 학설의 주류이며,⁷⁴⁾ 외형이론이 대법원 판례에 등장한 것은 1961년경부터로 평가되고 있다.⁷⁵⁾⁷⁶⁾ 이것은 사용자의 책임이 원래 보상책임의 일종으로 해석되는 데에 기인하는 것이다.⁷⁷⁾

사무집행관련성에 대하여 판례는 ‘외형이론’ 이외에 ‘표현대리의 법리’(신뢰보호사상)에 판단한 것도 있다. 즉, 판례는 “민법 제756조의 피용자의 행위는 피용자의 직무범위내의 행위라야 함이 일응 필요하다 할 것이나, 일반인이 피용자의 직무범위내라고 신뢰할 수 있는 경우에는 민법상 표현대리의 법리와 마찬가지로의 법리에 의하여 사용자에게 책임을 지우는 것이 상당하다.”고 판시하고 있다.⁷⁸⁾

이러한 외형이론은 거래행위에서 더 나아가 자동차사고와 같은 사실 행위에 까지 적용되고 있다.⁷⁹⁾ 이 이론은 피용자와 거래한 상대방의 신뢰를 보호하려는 데 목적이 있으므로, 상대방이 적법한 직무권한내의 행위가 아닌 것을 알고 있을 때나, 중대한 과실로 알지 못한 때에는 사용자책임을 물을 수 없다.⁸⁰⁾

73) 김형배, 사용자책임과 판례, 고려법학 제48호, 고려대학교 법학연구소, 2007, 13면.

74) 노충천, 채권법, 법문사, 2008, 610면.

75) 김용담, 주석 민법[채권각칙(8)], 한국사법행정학회, 2016, 756면.

76) 행위의 외형상 피용자의 사무에 속하는 것 및 이것과 적당한 견련관계에 있는 것은 피용자가 그의 지위를 남용하여 자기의 이익을 꾀할 목적으로 행한 경우에도 사무집행에 관하여 행하여진 행위라고 하여야 할 것이다. 대법원 1961. 2. 28. 선고 4293민상558 판결; 대법원 1996. 1. 26. 선고 95다46890 판결.

77) 김주수, 민법개론, 삼영사, 2003, 984면.

78) 대법원 1964. 6. 30. 선고 64다3 판결.

79) 대법원 1978. 2. 28. 선고 77다2271 판결.

80) 대법원 1958. 7. 31. 선고 4290민상883 판결; 대법원 1980. 12. 30. 선고

다. 피용자의 제3자에 대한 가해행위

피용자의 제3자에 대한 가해행위란 피용자가 제3자에 대하여 가해행위를 하는 것을 말한다. 여기서 제3자는 가해행위를 한 피용자와 그의 사용자를 제외한 그 밖의 모든 권리주체를 말한다.⁸¹⁾ 가해피용자의 동료인 다른 피용자, 위조어음의 전득자 등도 이에 속한다.⁸²⁾ 이 피용자의 제3자에 대한 가해행위가 민법 제750조의 불법행위의 요건을 갖추어야 하는지에 관하여 견해의 대립이 있다. 피용자의 가해행위가 일반불법행위요건을 갖추어야 한다는 견해를 살펴보면⁸³⁾ 사용자가 피용자의 무과실에 의한 행위에 대해서도 책임을 지는 것이 너무나 가혹하고 민법 제756조 제3항이 사용자의 피용자에 대한 구상권을 규정하고 있는 점을 고려하면 피용자의 행위에 대하여 불법행위의 여러 요건을 갖출 필요가 있다고 한다.⁸⁴⁾ 반면 사용자책임의 성립에 피용자의 과실 및 책임능력은 불필요하다는 견해를 살펴보면⁸⁵⁾ 오늘날 과학기술의 발달, 기업의 대규모화로 가해원인이 복잡하고 다양화됨에 따라 가해행위 자체에 피용자의 고의·과실을 입증하기 어려울 뿐만 아니라, 피용자의 고의·과실이 있는 경우에만 사용자가 책임을 부담한다면 기업에 의한 피해를 입은 피해자들은 민법 제756조에 의하여 배상을 받을 수 없게 되는 경우가 많아질 것이므로 피용자의 과실 및 책임능력은 불필요하다고 한다.⁸⁶⁾ 이에 관례는 피용자의 가해행위에 대하여

80다134 판결: 대법원 1983. 6. 28. 선고 83다카217 판결: 대법원 1996. 4. 26. 선고 94다29850 판결. 김주수, 위의 책, 984면 재인용.

81) 대법원 1966. 10. 21. 선고 65다825 판결.

82) 지원림, 앞의 책, 861면.

83) 노종천, 앞의 책, 610면.

84) 정희영, 사용자책임에 있어서 '사무집행에 관하여'의 판단기준, 재판실무연구 2001, 광주지방법원, 2002, 154면.

85) 노종천, 위의 책, 610면.

86) 정희영, 위의 논문, 155면. 이에 대한 견해의 다른 근거로 사용자가 책임무능력

일반불법행위요건을 갖추어야 한다는 견해의 입장을 취하고 있다.⁸⁷⁾

라. 사용자책임에 있어서 면책가능성

사용자책임에 있어서 면책가능성이란 사용자가 피용자의 선임·감독에 관하여 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에는 손해배상의 책임을 면하는 경우를 말한다(민법 제756조 제1항). 즉, 사용자가 이들 두 면책사유 중 어느 하나를 입증하면 책임을 면하게 된다. 이 면책사유는 일반적으로 매우 좁게 해석하고 있으며, 그 한도에서는 사용자의 책임은 거의 무과실책임에 가까운 결과로 되어 있다.⁸⁸⁾ 여기서 ‘상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우’라 함은 사용자의 피용자에 대한 선임·감독상의 과실과 손해의 발생과의 사이에 인과관계가 없는 경우로서 사용자가 상당한 주의를 하여도 손해의 발생이 불가피했던 경우를 말한다.⁸⁹⁾ 상당한 주의의무 준수 여부는 가사사용과 대기업, 교통기관과 같은 위험한 기업과 그렇지 않은 기업 등 업무의 종류에 따라 다를 것이므로, 구체적으로 판단할 필요가 있다.⁹⁰⁾ 이러한 사용자의 주의의무의 정도는 비교적 높게 설정되어 있으며, 사무 내지 사업의 성질이나 위험성에 따라 신축적으로 부과되고 있다.⁹¹⁾ 운수업과 같이 가해위험의 가능성이 큰 사업에 있어

자를 고용하고 있는 경우에는 민법 제756조의 적용이 배제되어 부당한 결과가 발생된다고 한다. 하경효, 사용자책임과 관련된 몇 가지 문제, 고시연구 제25권 제7호, 고시연구사, 1998, 100-101면.

87) 대법원 1955. 5. 5. 선고 4287민상271 판결; 대법원 1981. 8. 11. 선고 81다298 판결. 노종천, 앞의 책, 610면.

88) 김형배, 앞의 논문, 24면.

89) 정희영, 앞의 논문, 155-156면.

90) 김주수, 앞의 책, 986면.

91) 예컨대, 자동차의 운전업무에 있어서는 사용자의 선임·감독의무가 강화된다. 판례는 자동차운전수의 선임·감독의무에 대해서 운전수가 「자동차를 운전하는 기술을 가지고 있다는 점만으로는 부족하고 운전수로서 면밀한 주의력을 가지고 책임을 중히 여기며 생각이 깊은 자를 선임하여야 하고, 감독에 있어서는 때때로 위험방

서는 보다 엄격한 주의의무를 요구하고 있다.⁹²⁾

2. 책임의 범위와 효과

민법 제756조 사용자책임에 따르면 타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다고 규정하고 있다. 여기에서 명의차용자가 제3자와 거래행위적 불법행위를 한 경우에 명의대여자와 명의차용자 사이에 사용관계가 존재하면 민법상 제756조 명의대여자의 사용자책임이 인정된다.⁹³⁾ 명의대여자인 사용자는 제756조의 사용자책임을 부담하며, 피용자인 명의차용자는 민법 제750조의 일반불법행위 책임을 부담한다.⁹⁴⁾ 이들 양자간의 책임은 부진정연대책임이다.⁹⁵⁾ 피용자가 부주의를 이용하여 고의의 불법행위를 한 경우, 피용자 자신은 신의칙상 과실상계를 주장할 수 없지만, 명의대여자는 과실상계를 주장할 수 있다.⁹⁶⁾ 따라서 명의대여자는 명의차용자의 불법행위로 손해를 입은 제3자에 대하여 과실상계를 주장할 수 있다.⁹⁷⁾ 사용자 또는 감독자가 배상하였을 때에는 피용자에 대하여 구상할 수 있다(민법 제756조 제3항). 대법원 판례에 따르면 사용자는 그 사업의 성격과 규모, 시설의 현황, 피용자의 업무내용과 근로조건 및 근무태도, 가해행위의 발생원인과 성격, 가해행위의 예방이나 손실의 분산에 관한 사용자의 배려의

지 및 기술습득에 대한 교양과 혼시를 하였다는 것만으로는 상당한 주의를 하였다고 할 수 없다」고 한다. 대법원 1964. 12. 29. 선고 64다1095 판결; 대법원 1966. 7. 26. 선고 66다953 판결; 대법원 1967. 12. 26. 선고 67다1430 판결. 김형배, 위의 논문, 25면.

92) 대법원 1964. 10. 28. 선고 64다693 판결.

93) 김선협, 앞의 논문, 157-158면.

94) 김선협, 위의 논문, 158면.

95) 노종천, 앞의 책, 613면.

96) 노종천, 위의 책, 694면.

97) 김선협, 위의 논문, 158면.

정도, 기타 제반 사정에 비추어 손해의 공평한 분담이라는 견지에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내에서만 피용자에 대하여 손해배상을 청구하거나 그 구상권을 행사하여야 한다고 판단하였다.⁹⁸⁾ 따라서 사용자인 명의대여자는 피용자인 명의차용자에게 손해배상청구권 및 구상권을 행사할 수 있다.

V. 과실상계 적용에 관한 문제점 검토

1. 과실상계의 이론과 동향

가. 과실상계의 개념과 요건

과실상계란 채무불이행이나 불법행위에 의해 발생한 손해배상의 책임과 그 배상액을 산정함에 있어 채권자 또는 피해자에게도 손해배상의 책임원인이나 그 결과인 손해의 발생 및 확대에 과실이 있는 경우 채권자 또는 피해자의 과실을 참작하여 채무자 또는 가해자의 손해배상책임을 면제하거나 배상액을 경감하는 제도를 말한다.⁹⁹⁾ 이러한 과실상계는 손해배상법을 지배하는 손해의 공평·타당한 분담을 실현하기 위하여 신의칙이나 공평의 원칙이라는 손해배상법의 지도원리를 민법전에 구체화한 제도이다.¹⁰⁰⁾

과실상계제도는 우리의 실생활에서도 깊숙이 파고들어 일반적인 채무불이행이나 불법행위의 경우뿐만 아니라 교통사고를 비롯한 안전사

98) 대법원 1996. 4. 9. 선고 95다52611 판결.

99) 이준현, 과실상계에 의한 판례의 동향, 법학논총 제25권, 숭실대학교 법학연구소, 2011, 132면.

100) 이호정, 채권법총론, 한국방송통신대학교, 1988, 101면; 박동진, 피해자측 과실이론과 과실상계, 비교사법 제17권 제3호, 한국비교사법학회, 2010, 229면; 이호행, 과실상계의 적용범위와 한계-교통사고를 중심으로, 인하대학교 법학연구 제20권 제4호, 인하대학교 법학연구소, 2017, 302면.

고, 폭행이나 명예훼손을 비롯한 여러 가지 범죄사고 등의 경우에 자주 거론되고 있는 현실이다. 우리 민법은 과실상계제도에 관하여 매우 간결하게 채무불이행으로 인한 손해배상에서 한 개의 조문을 두고 있으며(민법 제396조), 이를 불법행위로 인한 손해배상에 준용하고 있다(민법 제763조).¹⁰¹⁾

과실상계의 요건으로는 첫째, 피해자의 과실이 있어야 한다. 여기서 과실은 피해자가 자신의 손해를 피하거나 줄이기 위하여 기울여야 하는 주의를 게을리 함을 말한다. 과실은 작위뿐만 아니라 부작위와 관련될 수 있으며, 가해적 사태가 발생할 당시에 있을 수도 있고 발생 후에 존재할 수도 있다.¹⁰²⁾ 둘째, 피해자의 과실이 손해의 발생 또는 확대에 기여했어야 한다. 자기위험에 기한 행위에도 적용되고,¹⁰³⁾ 위험책임과 관련해서도 적용된다. 피해자가 손해의 발생이 아니라 그 후의 손해의 확대에 기여한 경우에도 동일하게 고려되고 있다.¹⁰⁴⁾

나. 과실상계에서의 과실의 의미

통상의 과실이라 함은 보통 일정한 법적 의무가 있음을 전제로 그러한 법률상 주어진 주의의무의 위반을 가리키는 개념인데, 과실상계에서 참작되는 채권자 또는 피해자(배상권리자)의 과실도 이러한 채무불이행이나 불법행위로 인한 손해배상책임의 발생요건인 통상의 과실과 같은 개념으로 파악할 것인가 아니면 다른 개념으로 파악할 것인가에 관하여 문제가 제기된다.¹⁰⁵⁾ 이러한 과실상계에 있어 과실의 의미에

101) 이준현, 위의 논문, 133면.

102) 예컨대, 야광표지를 갖추지 않는 자전거를 타고 어두운 길을 가다가 자동차에 추돌당한 경우에, 그가 야광표지를 부착함으로써 사고를 미리 피할 수 있었거나 사고 후 적절하게 상처를 치료받지 않아 손해가 확대되었다면, 그러한 사정은 손해배상책임의 유무 및 그 금액을 정함에 참작된다. 지원림, 앞의 책, 538-539면.

103) 음주운전자의 차에 동승하여 사고를 당한 경우를 말한다.

104) 지원림, 위의 책, 539-540면.

대한 견해는 동질설(同質設), 이질설(異質設), 절충설(折衷設)으로 나뉜다.

동질설(同質設)은 과실상계에 있어서의 과실을 통상의 과실과 마찬가지로 주의의무의 위반 또는 위법한 부주의로 해석하여야 한다는 견해이며,¹⁰⁶⁾ 이질설(異質設)은 과실상계에 있어서의 과실은 통상의 과실과는 성질이 다르며, 단순한 부주의 또는 가벼운 주의의무의 위반을 의미하는 것으로 해석하여야 한다는 견해이다.¹⁰⁷⁾ 절충설(折衷設)은 과실상계가 채무자의 배상책임을 부정하는 기능을 하는 경우에는 피해자(채권자)의 과실도 가해자(채무자)의 과실과 같은 정도이어야 하고, 단순히 배상액을 감경하는 기능을 하는 경우에는 피해자(채권자)의 과실은 가해자(채무자)의 과실보다 약한 정도의 과실로 충분하다는 견해이다.¹⁰⁸⁾

다. 과실상계의 판례의 동향

판례를 살펴보면 초기에는 손해배상여부를 결정하거나 그 배상액을 정할 때에 채권자의 과실을 참작하기 위하여는 채권자가 손해배상의 책임원인의 성립 또는 손해배상에 가담을 한 사정을 요한다고 판시하여 과실상계에서의 과실을 통상의 과실과 동일한 의미로 이해하여 동질성(同質設)을 취하는 경우도 있었다.¹⁰⁹⁾ 최근 판례는 이질설(異質設)의 견해를 취하고 있으며, 과실상계의 유추적용이 불가능한 경우에도 공평의 원칙이나 신의칙을 근거로 과실상계의 법리를 확대적용하여

105) 이준현, 앞의 논문, 135-136면.

106) 박윤직, 채권총론, 박영사, 2012, 126면.

107) 김상용, 채권총론, 화산미디어, 2009, 178면; 김형배, 채권총론, 박영사 1998, 275-276면; 김철수, 과실상계의 법리에 관한 재검토, 세계해양발전연구 제26권 제1호, 한국해양대학교 세계해양발전연구소, 2017, 38면 재인용.

108) 이은영, 채권총론, 박영사, 2009, 329면; 이준현, 앞의 논문, 136면 재인용.

109) 김용담, 주식 민법(채권총칙(1)), 한국사법행정학회, 2013, 396면.

배상액을 감경하고 있다.¹¹⁰⁾ 예를 들면, 가해자의 과실행위와 자연력이 경합하여 손해가 확대된 경우 과실상계의 규정을 유추적용하기도 하고,¹¹¹⁾ 기왕증을 포함한 체질적인 소인¹¹²⁾이 손해확대에 기여한 경우에도 배상액 감경사유로 과실상계의 규정을 유추적용하고 있다.¹¹³⁾

2. 상법 제24조 명의대여자의 책임과 민법 제756조 명의대여자의 사용자책임에 있어 과실상계 적용에 관한 문제점

명의대여자에 대해서는 상법 제24조의 명의대여자의 책임과 민법 제756조의 명의대여자의 사용자책임으로 구분하여 책임을 추궁할 수 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 상법 제24조 명의대여자의 책임의 요건은 외관의 존재, 명의사용의 허락, 상대방의 오인이 있어야 하며, 민법 제756조 명의대여자의 사용자책임의 요건으로는 사용관계, 사무집행관련성, 피용자의 제3자에 대한 가해행위, 사용자책임에 있어서 면책가능성이 필요하다. 이처럼 상법 제24조의 명의대여자의 책임과 민법 제756조의 명의대여자의 사용자책임의 성립 요건은 다르다. 게다가 상법 제24조의 명의대여자의 책임은 거래상의 책임이고, 민법 제756조의 명의대여자의 사용자책임은 불법행위 책임이므로 책임의 범위에도 차이가 존재한다.

상법 제24조의 명의대여자의 책임 요건에 따르면 명의차용자와 거래한 제3자는 명의대여자를 영업주로 오인한 경우에 선의이며 중과실이 없으면 보호 받는다. 마찬가지로 민법 제756조의 명의대여자의 사용자책임이 적용되는 경우에도 명의차용자가 불법행위를 한 경우에 제

110) 곽윤직, 민법총칙, 박영사, 1999, 69-71면.

111) 대법원 2001. 1. 21. 선고 98다50586 판결.

112) 최진수, 기왕증 등 피해자의 소인에 따른 책임제한에 관하여, 실무논단, 서울지방법원, 1998, 163면.

113) 대법원 2008. 3. 27. 선고 2008다1576 판결. 박동진, 앞의 논문, 230면.

3자는 선의·중과실이 없으면 보호받는다. 즉, 명의대여에 있어 제3자가 영업주를 오인함에 선의·중과실이 없으면 보호받는 범위는 동일하다.

판례를 살펴보면 상법 제24조의 명의대여자의 책임의 경우 명의차용자와 거래한 제3자가 영업주를 오인함에 있어 경과실이 있는 경우에 과실상계가 적용되지 않아 명의대여자는 일정 범위의 책임을 부담해야 한다.¹¹⁴⁾ 반면 민법 제756조의 명의대여자의 사용자책임의 경우 명의차용자와 거래한 제3자가 영업주를 오인함에 있어 경과실이 있으면 과실상계가 적용되어 명의대여자는 일정 범위의 책임이 축소된다.¹¹⁵⁾ 즉, 제3자가 영업주를 오인함에 경과실이 있는 경우에 명의대

114) 대법원 1977. 7. 26. 선고 77다797판결; 대법원 1991. 11. 12. 선고 91다18309 판결. 명의차용자와 거래한 제3자가 영업주를 오인한 것에 대하여 선의·중과실이 없는 경우에 명의대여자는 책임을 부담한다. 달리 말하면 제3자에게 경과실이 존재하면 명의대여자의 책임은 인정된다. 상법 제24조의 명의대여자의 책임을 인정하는 대부분의 판례에서는 명의차용자와 거래한 제3자가 영업주를 오인한 것에 대한 경과실의 부분을 명확하게 실시하지 아니하고 있으며, 또한 상법 제24조에 대하여 과실상계의 적용에 대한 판결자체가 전무한 상태이다. 따라서 민법 제756조의 명의대여자의 사용자책임의 과실상계 적용에 있어 확연하게 차이가 있다고 판단된다.

115) 법원은 무면허 부동산중개업자가 중개한 부동산에 하자가 있는 경우 명의를 대여해 준 부동산중개업자는 피해를 입은 임차인에게 손해배상을 해야 하며, 비록 면허대여자가 감독적인 위치에 있지 않다고 하더라도 면허를 대여해 위험을 창출하고 또 일정부분 수익을 올렸다면 사용자책임을 부담한다고 판단하였다. 명의사용을 허가 받은 사람이 업무집행을 함에 있어 고의 또는 과실로 다른 사람에게 손해를 입혔다면 명의사용을 허락한 사람은 민법 제756조에 의해 그 손해를 배상할 책임이 있다고 하며, 원고의 과실을 50% 인정하였다. 서울고법 1999. 9. 30. 선고 99나18871 판결.

대법원은 이 사건 토석채취 현장이 주택가로부터 멀지 않은 곳에 있을 뿐만 아니라 토석채취를 하면서 반대편 산등성에 길을 내놓았다는 것이므로, 사정이 이와 같다면 토석채취 작업으로 인해 생긴 물웅덩이에 일반인이 접근하여 사고가 발생할 가능성이 있음을 사전에 예견할 수 있었다고 할 것이고 위 황룡건설로서는 물웅덩이 주변에 위험표지판을 설치하거나 줄을 치는 등의 방법으로 일반인이 접근하지 못하도록 통제하거나 웅덩이를 즉시 메워 사고를 미리 막을 주의의무가 있었다고 할 것이므로 이와 같이 판단한 원심판결에는 불법행위에 있어서 과실 내지 주의의무에 관한 판단을 그르쳐 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다고 판단하였다. 과실상계사유에 관한 사실인정이나 과실상계의 비율

여자는 과실상계가 적용되는 민법 제756조 명의대여자의 사용자책임보다 과실상계가 적용되지 아니하는 상법 제24조 명의대여자의 책임의 경우에 책임의 일정 범위가 확장되어진다고 볼 수 있다.

실정법상 과실상계는 거래행위와 불법행위에도 적용된다(민법 제396조, 제763조). 상법에 따른 관계에서도 그 본질적인 성격이 채무불이행이나 불법행위를 원인으로 하는 손해배상¹¹⁶⁾인 경우에는 민법상 과실상계법리가 동일하게 적용된다. 또한 대법원 전원합의체판결에서도 사기, 횡령, 배임 등의 영득행위인 경우에만 예외적으로 과실상계가 허용되지 않는다고 판단했다.¹¹⁷⁾ 따라서 상법 제24조의 명의대여자의 책임은 거래상의 책임이므로 실정법상 과실상계가 적용된다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 법원은 상법 제24조의 명의대여자의 책임의 판단의 경우 과실상계를 적용하지 않고 있다.

물론 상법의 이념인 상거래의 안전과 제3자를 보호하기 위하여 과실상계를 적용하지 아니할 수 있다. 그러나 실정법상 과실상계의 적용

을 정하는 것은 그것이 현저히 형평의 원칙에 비추어 불합리하다고 인정되지 않는 한 사실심의 전권에 속하는 사항이라고 할 것이고, 한편 기록에 비추어 살펴보면 원심이 위 망인의 과실비율을 60% 정도로 평가한 것도 적정한 것으로 보인다. 대법원 제3부 2001. 6. 1. 선고 2001다18476 판결.

대법원 판례를 살펴보면 사용자책임에 있어 제3자의 중과실을 엄격하게 판단하고 있다. 제3자의 중과실을 인정하지 않은 채 이를 과실상계로 해결한 경우가 상당히 많다. 임성근, 앞의 논문, 730면.

116) 대법원은 상법 제401조에 정한 이사의 제3자에 대한 손해배상청구권의 소멸시효기간에 대한 사안에서 회사 임직원이 대규모 분식회계에 가담한 행위와 금융기관이 회사채 지급보증 등의 방식으로 위 회사에 여신을 제공한 것 사이에 인과관계가 인정되며, 불법행위소송에서 항변이 없어도 직권으로 과실상계를 해야 한다고 판단하였다. 대법원 2008. 2. 28. 선고 2005다60369 판결.

117) 대법원은 불법행위로 인한 손해의 발생 또는 확대에 관하여 피해자에게도 과실이 있는 때에는 가해자의 손해배상의 범위를 정함에 있어 당연히 이를 참작하여야 하고, 가해행위가 사기, 횡령, 배임 등의 영득행위인 경우 등 과실상계를 인정하게 되면 가해자로 하여금 불법행위로 인한 이익을 최종적으로 보유하게 하여 공평의 이념이나 신의칙에 반하는 결과를 가져오는 경우에만 예외적으로 과실상계가 허용되지 않는다고 판단하였다. 대법원 2013. 9. 26. 선고 2012다1146, 1153 전원합의체 판결.

규정이 조문에 명시되어 있고(민법 제396조, 제763조), 대법원 판단에서도 명확히 하고 있음에도 불구하고,¹¹⁸⁾ 상법 제24조 명의대여자의 책임의 경우에 있어 과실상계의 적용에 차등을 둬으로써,¹¹⁹⁾ 상법 제24조의 명의대여자의 책임과 민법 제756조의 명의대여자의 사용자 책임에 있어서 명의대여자의 책임의 부담에 불합리한 차이가 존재하고 있으므로, 법적 형평성과 균형성에 위배된다고 판단된다. 또한 이것은 상법상 명의대여자의 책임의 입법 취지와 현행 과실상계의 실정법상의 규정 및 대법원 판례와의 심각한 괴리가 있어 법체계의 일관성이 결여되었다고 생각된다. 따라서 과실상계 적용에 형평 및 균형을 갖출 필요가 있고, 책임의 범위에 합리성을 도모하기 위하여 다음과 같은 개정시안을 제시하고자 한다.

현행	개정시안
〈신설〉	(동조 2항) 동조 제1항의 명의대여의 경우 명의차용자와 거래한 제3자가 영업을 오인함에 경과실이 있는 경우 과실을 상계한다.

VI. 결론

명의대여자에 대해서는 상법 제24조의 명의대여자의 책임과 민법 제756조의 명의대여자의 사용자 책임을 구분하여 책임을 추궁할 수 있다. 물론 상법 제24조의 명의대여자의 책임과 민법 제756조의 명의대여자의 사용자 책임은 성립 요건만 다를 뿐만 아니라, 전자는 거래상

118) 대법원 2013. 9. 26. 선고 2012다1146, 1153 전원합의체 판결

119) 실정법상 명문화된 과실상계의 규정을 개별사건마다 적용함에 있어 합리적인 근거 없이 차등이 존재한다면 법적 안정성을 해하는 것이라고 판단된다.

의 책임이며 후자는 불법행위 책임이므로 책임의 범위에 있어서도 상당한 차이가 있다.

상법 제24조 명의대여자의 책임의 요건에 따르면 명의차용자와 거래한 제3는 명의대여자를 영업주로 오인한 경우에 선의이며 중과실이 없으면 보호 받는다. 마찬가지로 민법 제756조 명의대여자의 사용자 책임이 적용되는 경우에도 명의차용자가 불법행위를 한 경우에 제3자는 선의·중과실이 없으면 보호받는다. 즉, 명의대여에 있어 제3자가 영업주를 오인함에 선의·중과실이 없으면 보호받는 범위는 동일하다.

민법 제396조 과실상계에 관한 규정에 따르면 채무불이행에 관하여 채권자에게 과실이 있는 때에는 법원은 손해배상의 책임 및 그 금액을 정함에 이를 참작하여야 한다고 규정하고 있다. 민법 제763조에 따르면 과실상계의 규정은 불법행위로 인한 손해배상에 준용한다고 규정하고 있다. 이처럼 과실상계는 민법상 채무불이행 및 불법행위에 적용된다. 이러한 과실상계는 상법상 그 본질적인 성격이 채무불이행이나 불법행위를 원인으로 하는 손해배상인 경우에도 동일하게 적용된다. 대법원 전원합의체판결은 사기, 횡령, 배임 등의 영득행위인 경우에만 예외적으로 과실상계가 허용되지 않는다고 판단했다. 그러나 명의대여에 관한 판례를 살펴보면 상법 제24조 명의대여자의 책임의 경우 명의차용자와 거래한 제3자가 영업주를 오인함에 경과실이 있는 경우에 과실상계가 적용되지 않아 명의대여자는 일정 범위의 책임을 부담해야 한다. 반면 민법 제756조 명의대여자의 사용자책임의 경우 명의차용자와 거래한 제3자가 영업주를 오인함에 경과실이 있으면 과실상계가 적용되어 명의대여자는 일정 범위의 책임이 축소된다. 즉, 제3자가 영업주를 오인함에 경과실이 있는 경우에 명의대여자는 과실상계가 적용되는 민법 제756조의 명의대여자의 사용자책임의 경우보다 과실상계가 적용되지 아니하는 상법 제24조의 명의대여자의 책임의 경우에 책임의 일정 범위가 확장되어진다.

물론 상법의 이념인 상거래의 안전과 제3자를 보호하기 위하여 과

실상계를 적용하지 아니한 것으로 판단할 수 있다. 그러나 실정법상 과실상계의 적용규정이 조문에 규정되어 있고, 대법원 판단에서도 명확히 하고 있음에도 불구하고, 과실상계의 적용에 있어 차등을 두어 명의대여자의 책임의 부담에 불합리한 차이가 존재하고 있으므로 법적 형평성과 균형성에 위배된다고 판단된다. 또한 상법상 명의대여자의 책임의 입법 취지와 현행 과실상계의 실정법상의 규정 및 대법원 판례와의 상충되는 면이 존재하여 법체계의 규정과 적용에 있어 일관성이 결여되는 문제가 발생하고 있다고 생각된다. 이에 대하여 상법 제24조에 대한 과실상계 적용에 대한 입법적 개선이 필요하다고 판단된다. 다음과 같은 개정시안을 제시한다. 현행법 제2항을 신설하여 “동조 제1항의 명의대여의 경우 명의차용자와 거래한 제3자가 영업주를 오인함에 경과실이 있는 경우 과실을 상계한다”고 제안한다.

[참고문헌]

- 강위두, “명의대여자의 책임요건에 있어서 제3자의 과실 있는 선의”
판례월보 제278호, 판례월보사, 1993.
- 강위두·임재호, 상법강의(상), 형설출판사, 2011.
- 곽윤직, 민법총칙, 박영사, 1999.
- 권기훈, 영업양수인의 책임 요건으로서의 상호의 계속 사용, 한양법학
제25집, 한양법학회, 2009.
- 김두진, 명의대여자의 책임에 관한 연구, 연세법학연구 제7권 제2호,
연세대학교 법학연구원, 2000.
- 김선협, “명의대여자 책임에 관한 연구”, 동국대학교 대학원 박사학위
논문, 2015.
- 김성진, 명의차용자의 행위유형에 따른 명의대여자의 책임, 전북대학
교 동북아법연구 제2권 2호, 전북대학교 동북아법연구소, 20
08.
- 김용담, 주석 민법[채권총칙(1)], 한국사법행정학회, 2013.
- 김용담, 주석 민법[채권각칙(8)], 한국사법행정학회, 2016.
- 김인섭, 명의대여자의 책임, 저스티스 제13권 제1호, 한국법학원, 19
75.
- 김인택, 영업양수인이 상호 자체가 아닌 옥호(옥호) 또는 영업표지를
속용하는 경우에도 상법 제42조 제1항이 유추적용되는지 여
부, 대법원판례해설 제85-86호, 법원도서관, 2011.
- 김주수, 민법개론, 삼영사, 2003.
- 김준호, 민법강의, 법문사, 2017.
- 김철수, “과실상계의 법리에 관한 재검토”, 세계해양발전연구 제26권
제1호, 한국해양대학교 세계해양발전연구소, 2017.
- 김학동, 명의대여자책임의 판례분석, 사법행정 제33권 제5호, 한국사

- 법행정학회, 1992.
- 김헌무, 외관주의에 관한 연구: 상법과 어음수표법을 중심으로, 고려대학교 대학원 박사학위논문, 1990.
- 김형배, 채권총론, 박영사, 1998.
- 김형배, 사용자책임과 판례, 고려법학 제48호, 고려대학교 법학연구소, 2007.
- 노종천, 채권법, 법문사, 2008.
- 박동진, 피해자측 과실이론과 과실상계, 비교사법 제17권 제3호, 한국비교사법학회, 2010.
- 박세민, 상법 제24조상의 명의대여자의 책임에 관한 소고, 안암법학 제24권, 안암법학회, 2007.
- 손진화, 상법강의, 신조사, 2017.
- 송옥렬, 상법강의, 홍문사, 2018.
- 안철규, 명의대여자의 사용자책임, 재판과 판례 제5집, 대구판례연구회, 1996.
- 엄동섭, 명의대여자의 손해배상책임과 구상권, 민사판례연구 제33집, 박영사, 2011.
- 위계찬, 계약상 이행청구권과 과실상계권, 원광법학 제24권 제1호, 원광대학교 법학연구소, 2008.
- 이공현, 명의대여자의 사용자책임, 대법원판례해설 제9호, 법원도서관, 1989.
- 이기수·최병규, 상법총칙·상행위법, 박영사, 2008.
- 이준현, 과실상계에 의한 판례의 동향, 법학논총 제25권, 숭실대학교 법학연구소, 2011.
- 이철송, 상법총칙·상행위, 박영사, 2018.
- 이호정, 채권법총론, 한국방송통신대학교, 1988.
- 이호행, 과실상계의 적용범위와 한계-교통사고를 중심으로, 인하대학교 법학연구 제20권 제4호, 인하대학교 법학연구소, 2017.

- 임성근, 명의대여자의 사용자책임과 그 면책사유-대법원 2005.2.25. 선고 2003다 36133판결, 민사재판의 제문제 제16권, 한국사법행정학회, 2007.
- 장덕조, 상법강의, 법문사, 2017.
- 정찬형, 상법강의(상), 박영사, 2017.
- 정희영, 사용자책임에 있어서 '사무집행에 관하여'의 판단기준, 재판실무연구 2001, 광주지방법원, 2002.
- 지원림, 민법원론, 홍문사, 2017.
- 차낙훈 외 3인, 주식상법(상), 한국사법행정학회, 1977.
- 최준선, 상법총칙·상행위법, 삼영사, 2016.
- 최진수, 기왕증 등 피해자의 소인에 따른 책임제한에 관하여, 실무논단, 서울지방법원, 1998.
- 하경효, 사용자책임과 관련된 몇 가지 문제, 고시연구 제25권 제7호, 고시연구사, 1998.
- 한기정, 명의차용자의 불법행위와 상법 제24조의 적용 문제: 명의대여자의 사용자책임을 포함하여, 상사법연구 제27권 제3호, 한국상사법학회, 2008.
- 황경남, 명의대여자의 사용자책임, 대법원판례해설 제28호, 법원행정처, 1997.
- 山本和子, 名板貸の責任について / Liability of the Lessor to Use the Trade Name, 名古屋文理短期大學紀要22卷, 名古屋文理大學短期大學部, 1997,
- 石井照久, “名板貸人の責任”, 商法演習 II, 有斐閣, 1978.

〔 국문초록 〕

명의대여자는 상법 제24조의 명의대여자의 책임의 경우 명의차용자와 거래한 제3자가 영업주를 오인함에 경과실이 있는 경우에 책임을 부담하며, 민법 제756조의 명의대여자의 사용자책임의 경우에도 명의차용자와 거래한 제3자가 영업주를 오인함에 경과실이 인정되면 책임을 부담한다. 여기서 과실상계 적용여부와 관련한 문제를 살펴볼 수 있다. 실정법상 과실상계에 관한 규정을 살펴보면 과실상계는 우선 과실에 기한 채무불이행 또는 불법행위에 의한 손해배상책임에서도 적용된다(민법 제396조, 제763조). 또한 계약체결상의 과실책임에서도 적용되며, 이외에도 상법과 같은 특별법상의 채무불이행책임에 관하여도 적용된다. 상법 제24조의 명의대여자의 책임은 거래상의 책임이며, 민법 제756조의 명의대여자의 사용자책임은 불법행위책임이다. 그러므로 상법 제24조 명의대여자의 책임과 민법 제756조 명의대여자의 사용자책임은 과실상계가 적용된다고 볼 수 있다.

그러나 명의대여에 관한 판례를 살펴보면 상법 제24조의 명의대여자의 책임의 경우 명의차용자와 거래한 제3자가 영업주를 오인함에 경과실이 있는 경우에 과실상계가 적용되지 아니하여 명의대여자는 일정 범위의 책임을 부담해야 한다. 반면 민법 제756조의 명의대여자의 사용자책임의 경우 명의차용자와 거래한 제3자가 영업주를 오인함에 경과실이 있으면 과실상계가 적용되어 명의대여자는 일정 범위의 책임이 축소된다. 즉, 제3자가 영업주를 오인함에 경과실이 있는 경우에 상법 제24조 명의대여자의 책임은 과실상계가 적용되는 민법 제756조 명의대여자의 사용자책임의 경우보다 명의대여자의 책임의 일정 범위가 확장되어진다.

물론 상법의 이념인 상거래의 안전과 제3자를 보호하기 위하여 과실상계를 적용하지 아니한 것으로 판단할 수 있다. 그러나 실정법상 과실상계의 적용규정이 조문에 규정되어 있고(민법 제396조, 763조), 대법원 전원합의체 판결에서도 사기, 횡령, 배임 등의 영득행위인 경우에만 예외적으로 과실상

계가 허용되지 않는다고 명확히 판단하고 있음에도 불구하고, 과실상계의 적용에 차등을 두어 명의대여자의 책임의 부담에 불합리한 차이가 존재하게 하는 것은 법적 형평성과 균형성에 위배된다고 판단된다. 더불어 상법상 명의대여자의 책임의 입법 취지와 현행 과실상계의 실정법상의 규정 및 대법원 판례와의 상충되는 면이 존재하여 법체계의 규정과 적용에 있어 일관성이 결여되는 문제가 발생하고 있다고 생각된다. 이에 대하여 상법 제24조에 대한 과실상계 적용에 대한 입법적 개선이 필요하다고 판단된다. 다음과 같은 개정시안을 제시한다. 현행법 제2항을 신설하여 “동조 제1항의 명의대여의 경우 명의차용자와 거래한 제3자가 영업주를 오인함에 경과실이 있는 경우 과실을 상계한다”고 제안한다.

주 제 어 : 과실상계, 명의대여자, 명의차용자, 상법 제24조, 민법 제756조, 대법원 판례, 실정법상의 규정.

[ABSTRACT]

A Study on Liability of the Name Lender*

-In relation to the application of Comparative
negligence-

Kim, Seon-Hyub

In case of the liability of the nominal lender under Article 24 of the Commercial Act, the nominal lender shall bear the liability in case the third party who has transacted with the nominal borrower has liabilities, and in case of the liability of the nominal lender under Article 756 of the Civil Act, If the third party and the case are recognized, they bear responsibility. However, here, we can look at the problems related to whether or not the application of offsetting is applied. If you look at the provisions on offsetting the negligence under the civil law, negligence offsetting is also applied to liability for damages caused by non-payment of debts or illegal acts (Article 396, Article 763). It also applies to fault liability in contracts, and also applies to non-default liabilities in special laws such as commercial law.

* This work was supported by the Ministry of Education of the Republic of Korea and the National Research Foundation of Korea. (NRF-2016S1A5B5A07915478)

The responsibility of the nominal lender under Article 24 of the Commercial Act is the responsibility of the transaction, and the liability of the nominal lender of the name pursuant to Article 756 of the Civil Code is the liability of tort. Therefore, the liability of the nominal lender under Article 24 of the Commercial Act and the liability of the nominal lender in accordance with Article 756 of the Civil Code can be considered to be applied to the negligence.

However, in case of the case of the nominal lender of the name, in case of the nominal lender liability pursuant to Article 24 of the Commercial Act, if the third person who traded with the lender of the name has a past due, the nominal lender shall bear all the liabilities because no offsetting is applied. On the other hand, in the case of the user liability of the nominal lender under Article 756 of the Civil Act, if the third party who has traded with the nominal borrower has a past due, the extent of the liability of the nominal lender is reduced due to the application of the error offset. In other words, the liability of the nominal lender under Article 24 of the Commercial Act is not applied to the negligence offset, and the liability is extended more than the liability of the nominal lender of the name pursuant to Article 756 of the Civil Code .

Of course, it can be judged that the commercial law, which is the ideology of commercial law, and the negligence of offsetting are not applied to protect third parties. However, the provisions of the Act on Offsetting Liability (Article 396, Article 763 of the Civil Code) and the ruling of the Supreme Court clearly state that exceptions are not allowed except in cases of

fraud, embezzlement, If there is an unreasonable difference in the burden of liability of the two nominal lenders due to the difference in the application of the offset to the negligence, it is judged to be in violation of the legal equality and equilibrium. In addition, there is a contradiction between the purpose of the nominal lender of commercial law and the actual statute of offsetting the current negligence and the Supreme Court precedent, and it seems that the problem of inconsistency in the regulation and application of the legal system occurs. In this regard, it is considered that legislative amendments to the application of the offsetting of the liability to Article 24 of the Commercial Act are necessary. The following amendments are proposed. (2) of the Act, and proposes that, in case of the loan of the person referred to in paragraph (1) of the same Article, the third party who has traded with the nominal borrower shall offset the fault if there is.

Key Words: Comparative negligence, The nominal lender, The nominal borrower, Article 24 of the Commercial Law, Article 756 of the Civil Act, the Supreme Court precedent, and the provisions of the Act.

논문투고일 : 2018. 11. 18.

논문심사일 : 2018. 12. 28.

게재확정일 : 2018. 12. 29.

한국헌법의 개정에 관한 연구

- '정보기본권', 저항권, 정부형태, 대통령의 임기를 중심으로 -

김정완*

[목 차]

I. 서론

II. '정보기본권'의 문제

III. 저항권의 문제

IV. 정부형태에 관한 문제

V. 대통령의 임기에 관한 문제

VI. 결론

I. 서론

헌법은 정치성이라는 특질이 있어서¹⁾ 정치현실에 의해서 영향을 받고, 헌법현실은 끊임없이 변천하고 일정한 기간이 지나면 헌법규범과 헌법현실 간에는 간격이 벌어지는 괴리가 발생하는데 이러한 헌법규범과 헌법현실의 괴리는 헌법규범과 헌법현실의 불일치가 지속되고 규범

* 숭실대학교 대학원 법학과 박사과정 수료.

1) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010, 11면.

과 현실의 괴리가 점점 더 커지게 되면 헌법개정을 통해 현실을 규범에 반영하여 헌법의 규범력을 유지시키는 것이 필요하게 되므로 정치적 상황에 대응하여 헌법의 불비와 흠결을 보완하여 헌법의 규범력을 유지하고 정치세력간의 갈등과 대립에 의한 헌법파괴를 미연에 방지하기 위해서 헌법개정이 불가피하게 되는 것이다.²⁾ 헌법개정은 국민적 합의가 없는 상황에서 정치권에서 개헌안을 발의하는 것은 정당화되기 어렵고 국민적 합의의 도출을 위해서는 각 정당은 개헌에 관한 국민의 의사를 형성하는데 참여하는 것이 요구되고 학계와 언론기관 및 시민단체도 여론조사와 공청회 등을 개최하여 공론화 과정에 참여해야 한다.³⁾

本稿에서 ‘정보기본권’ 과 저항권, 정부형태 그리고 대통령의 임기를 선별적으로 다룬 이유를 설명하기로 한다. 먼저 ‘정보기본권’ 을 선별한 이유는 최근에 제4차 산업혁명이 도래되어 인공지능로봇이 출현하게 되고⁴⁾, SNS도 급속하게 발전되어 사이버상의 개인정보가 많이 유출되는 경우가 있고, 인공지능로봇이 사우디아라비아에서 시민권을 획득하게 된 사례⁵⁾ 가 있어서 정보가 현대생활에서 중요하게 되어 정보기본권을 국민들에게 법으로 보장해 주는 것이 타당하다고 생각되고, 정보기본권에 관한 논문⁶⁾들이 있기 때문에 선별하게 되었고, 저

2) 권영성, 위의 책, 51-52면.

3) 헌법개정논의에 학계의 참여를 강조하는 김철수 교수는 헌법개정이 공론화되면 ‘판도라의 상자’ 처럼 좌·우파간의 이념대립이 심화될 우려가 있으므로 공법학계가 좌·우파간의 이데올로기적 대립을 중화시키는 역할을 하여야 한다고 주장한다. 김철수, 한국헌법 60주년과 헌법개정문제, 헌정60년 회고 헌법재판과 민주주의, 제145회 학술대회 발표논문, 한국헌법학회, 2008, 11-12면.

4) 조선일보, 2017. 10. 12. 년 뽀통령, 난 대통령, A5면.

5) 유지영, 사우디 시민권 받은 로봇 탄생 ... 사우디 여성보다 권한 더 많아, 2017. 10. 29. 방문. <<http://biz.chosun.com/svc/news/printContent1.html?type=>>.

6) 과거에는 ‘(개인)정보자기결정권’ [김일환, 정보자기결정권의 헌법상 근거와 보호에 관한 연구, 공법연구 제29집 제3호, 2001. 5; 임규철, 정보화 사회에서의 개인정보자기결정권에 대한 연구 - 독일에서의 논의를 중심으로 -, 헌법학연구 제9집 제3호, 2003. 10; 백운철, 헌법상 자기결정권과 개인정보자기결정권, 헌법학연구 제9집 제3호, 2003. 10] 혹은 ‘자기정보통제권’ [권건보, 자기정보통제에 관한 연구 - 공

항권을 선별하게 된 이유는 성낙인 서울대학교 교수가 “이제 저항권의 인정여부보다는 오히려 저항권의 행사요건과 저항권 행사의 법적 기준을 마련하는 데 초점이 모아져야 한다.”⁷⁾라고 했고, 김학성 강원대 로스쿨 교수는 “저항권의 행사는 외형적으로는 공무집행방해죄를 비롯하여 많은 범죄의 구성요건에 해당하게 된다. 성공한 경우는 물론 실패한 경우에도 저항권 행사를 기존 실정법질서의 잣대로만 평가하는 것은 타당하지 않다. 어떤 경우, 누구에 의해, 어느 정도로, 저항이 가능하며 정당하다고 할 것인가 그리고 이러한 판단을 누가 어떻게 할 것인가는 실제적으로도 해결하기 매우 어려운 문제이다.”⁸⁾라고 했고, 필자는 인권⁹⁾이면서, 초실정법적 권리¹⁰⁾인 저항권을 우리 헌법은 명문으로 규정하고 있지 않고¹¹⁾ 헌법전문에만 규정하고 있어서 대법원에서는 저항권을 재판규범에 적용할 수 없다고 판시¹²⁾해서, 국민들이 저항권을 실제로 행사할 수 없는 것이 큰 문제이어서 헌법에 저항권을 규정하는 것이 타당하다고 생각되어 저항권을 선별하게 되었고, 정부형태와 대통령의 임기를 선별하게 된 이유는 4년 대통령중임

공부문에서의 개인정보보호를 중심으로 -, 서울대학교 박사학위논문, 2004; 권형준, 자기정보통제권에 관한 고찰, 헌법학연구 제10집 제2호, 2004. 6] 등의 개별적인 기본권으로 논의되었으나, 현재는 ‘정보기본권’이라는 포괄적인 형태로 논의되고 있는 추세이다. 김배원, 정보기본권(상), 고시계 2002년 9월호, 2002. 8; 김배원, 정보기본권(하), 고시계 2002년 10월호, 2002. 9; 이인호, 디지털시대의 정보법 질서와 정보기본권, 법학논문집 제26집 제2호, 중앙대학교 2002. 11; 정영화, 생성되고 있는 정보기본권에 관한 고찰, 세계헌법연구 제7호, 2003. 5; 김배원, 정보기본권의 독자성과 타당범위에 대한 고찰 - 헌법개정과 관련한 체계구성을 중심으로 -, 헌법학연구 제12권 제4호, 2006. 11; 김현철, 정보기본권에 관한 연구, 동국대학교 박사학위논문, 2011; 김주영, 정보시장과 균형 - 헌법사회학적 접근 -, 경인문화사, 2013, 127면에서 재인용.

7) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2017, 74면.

8) 김학성, 헌법학원론, 박영사, 2012, 64면.

9) 오승철, 저항권 이론의 재조명 - 혁명권 · 저항권 · 시민불복종의 통합을 향한 탐색 -, 민주법학 제40호, 민주주의 법학연구회, 2009. 7., 175면.

10) 오승철, 위의 논문, 175면.

11) 오승철, 위의 논문, 175면.

12) 대법원 1980. 5. 20. 선고 80도306 판결.

제를 주장하는 사람을 표로 나타내 보았는데 다음과 같다.

〈표 1〉 개헌관련 전문가 의견

이 름	소 속	개헌 찬반	올바른 정치체제
김대환	서울시립대 법전문 교수	개헌 찬성	분권형 대통령제
김하중	전남대 법전문 교수	개헌 찬성	분권형 대통령제, 장기적으로 내각제
박명린	연세대 국학대학원 교수	개헌 찬성	분권형 대통령제
박선영	동국대 법대 교수	개헌 찬성	분권형 대통령제, 장기적으로 내각제, 양원제
변해철	한국외대 법전문 교수	개헌 반대	-
임지봉	서강대 법전문 교수	개헌 반대	-
장영수	고려대 법전문 교수	개헌 찬성	분권형 대통령제, 장기적으로 내각제
최태욱	한림국제대 국제학과 교수	개헌 조건부 찬성	독일식 의원내각제
한상희	건국대 법전문 교수	개헌 반대	-
황도수	건국대 법전문 교수	개헌 찬성	독일식 의원내각제
김경진	법무법인 이인 변호사	개헌 찬성	4년 중임제
신인수	법무법인 소현 변호사	개헌 반대	-
이건개	전 국회의장 헌법개정자문위원	개헌 찬성	6년 단임 분권형 대통령제
이재교	시대정신 대표	개헌 반대	4년 중임제
이재화	민변 사법위원장	개헌 찬성	4년 중임 분권형 대통령제
이 현	시변 공동대표	개헌 찬성	-

전원책	변호사	개헌 반대	총리 대신 부통령제 도입, 궁극적으로는 내각제
조 정	변호사	개헌 찬성	국회 양원제
최진녕	대한변협 대변인	개헌 찬성	4년 중임제
하승수	녹색당 공동위원장	개헌 찬성	시민에게 권력 분산시키는 방향으로 논의해야

출처: 주간경향, 1099호, 2014. 11. 4; 오세훈, 왜 지금 국민을 위한 개헌인가?, 씨앤북스, 2016, 71면에서 재인용.

〈표 1〉과 같이 4년 대통령중임제를 주장하는 전문가들이 있고,¹³⁾ 자유한국당, 국민의당, 바른정당은 대선과정에서 분권형 대통령제에 합의했지만 각론에서는 차이가 있기 때문에 정부형태와 대통령의 임기를 선별하게 되었다.¹⁴⁾

우리나라 제6공화국 헌법은 대통령직선제에 의한 평화적 정권교체가 행해졌고, 민주화가 완성되었다.¹⁵⁾ 필자는 우리나라 현행헌법은 그 당시 정치인들의 정치적 타협의 결과로 만들어진 것이라고 생각한다. 즉 그 당시 군사정권과 김영삼, 김대중의 세력이 각각 자신의 입지를 고려해 타협한 결과의 산물이었다.¹⁶⁾ 이들 세력들에게 중요한 고려사항은 자신의 집권가능성을 보장해줄 수 있는 것이 5년 단임 대통령제이다. 이러한 5년 단임 대통령제는 최악의 가능성을 줄여줄 수 있는 방안이었다. 그 후 역사가 보여주듯이 노태우, 김영삼, 김대중은 자신들이 의도한 대로 대통령이 될 수 있었다. 당시 개헌에서는 국가발전 차원에서 새로운 헌법을 논의할 수 있는 중립적인 세력의 참여가

13) 주간경향, 1099호, 2014. 11. 4; 오세훈, 왜 지금 국민을 위한 개헌인가?, 씨앤북스, 2016, 71면에서 재인용.

14) 김아진, 조선일보, 2017. 12. 29. 막 내리는 개헌특위, 내년선거 주판알 텅기느라 합의 못봐, A6면.

15) 김철수, 헌법개정, 과거와 미래 - 제10차 헌법개정을 생각한다 -, 진원사, 2008, 머리말 참조.

16) 윤대규, 왜 개헌인가?, 도서출판 한울, 2005, 18면.

배제되었던 것이다. 이러한 점에서 보면 필자는 현행헌법은 양김을 전제로 한 잠정적 한시법에 불과하여¹⁷⁾ 현행헌법을 제4차 산업혁명에 맞게 개정해야 한다고 문제를 제기한다. 다음은 필자가 제안한 헌법개정사항들을 살펴보기로 한다.

첫째, ‘정보기본권’을 살펴보기로 한다. 헌법에 기본권이 규정되더라도 잘 보장되지 않기 때문에 기본권조항을 추가 또는 개정할 필요가 없지 않느냐 하는 주장도 있으나 헌법은 행정공무원의 행정행위를 구속하고 국회의원의 위헌입법을 견제하는 것이므로 기본권 조항을 구체적으로 규정할 필요가 있다.¹⁸⁾ 기본권 조항을 규정할 필요가 있는 것은 정보기본권이다. 이러한 정보기본권을 헌법조문에 신설해야 하는지의 이유는 다음과 같다.

회사원 박모(29)씨는 인터넷상에서 타인의 신상을 습득하는 것에 재미를 느끼고 스마트폰으로 트위터를 하다가 ‘트윗버드’ 이 박씨 주변의 트위터 사용자를 알려주면, 다른 이성의 신상을 습득한다고 한다. 트위터를 통해 상대방의 프로필과 댓글로 기본적인 신상을 확인하고, 트위터 ID를 통해 미니홈피를 찾아내어 프로필과 방명록 등을 보고 직업, 종교, 친구, 집주소와 휴대폰 번호까지 알아낸다. 여기까지 걸리는 시간은 10분이 되지 않는다고 한다.¹⁹⁾

그리고 한국수력원자력이 해킹을 당했다. 2014년 12월 한국수력원자력이 해킹을 당하면서 국내원전의 도면이 인터넷에 유포되고 말았다. 그런데 이를 유포한 해커의 가상사설망(VPN)을 찾아내보니, 어떤 일반인이 그 요금을 내고 있는 게 아닌가! 해커는 스미싱(문자메시지를 통한 악성코드 전이) 방식으로 해당 일반인의 공인인증서를 탈취해 매달 몇 만원씩 몰래 빼낸 것이다. 이 피해자는 검찰수사가 이루어지기까지 자기 돈이 해커의 소액결제에 동원됐다는 사실을 모르고 있

17) 윤대규, 위의 책, 18-19면.

18) 김철수, 헌법개정, 과거와 미래 - 제10차 헌법개정을 생각한다 -, 291-292면.

19) 뉴시스, 2014. 10. 8. 사생활 침해 ‘SNS 논란’ … 피해막심.

었다.²⁰⁾

상술한 바와 같이 개인정보 유출로 인한 피해가 많이 발생했기 때문에 필자는 정보기본권을 헌법조문에 신설해야 한다고 생각한다. 인터넷 이용자의 입장에서는 개인정보의 유출에 관한 권리구제를 받을 수 있고 인터넷 이용자는 자기정보관리통제권을 주장하는 기본적인 권리가 있는데, 여기서 자기정보관리통제권은 넓은 의미의 자기정보관리통제권과 좁은 의미의 자기정보관리통제권으로 구분되는데, 넓은 의미의 자기정보관리통제권이란 자신에 관한 정보를 보호받기 위하여 자신에 관한 정보를 자율적으로 결정하고 관리할 수 있는 권리를 말하는데 자기정보통제권 또는 개인정보자기결정권이라고도 한다. 좁은 의미의 자기정보관리통제권이란 자신에 관한 정보의 열람·정정·사용중지·삭제 등을 요구할 수 있는 권리를 말한다.²¹⁾ 이러한 인터넷 이용자의 자기정보관리통제권을 헌법 제17조에서 인정하고 있는데, 최근에는 자기정보관리통제권과 알권리를 포함하는 정보기본권이 논의되고 있어서²²⁾ 필자는 자기정보통제권과 알권리를 포함하는 정보기본권을 헌법

20) 세계일보, 2013. 8. 21. SNS에 올린 당신의 모든 정보 줄줄 샌다, 2면.

21) 권영성, 앞의 책, 456-457면.

22) 과거에는 ‘(개인)정보자기결정권’ [김일환, 정보자기결정권의 헌법상 근거와 보호에 관한 연구, 공법연구 제29집 제3호, 2001. 5; 임규철, 정보화 사회에서의 개인정보자기결정권에 대한 연구 - 독일에서의 논의를 중심으로 -, 헌법학연구 제9집 제3호, 2003. 10; 백윤철, 헌법상 자기결정권과 개인정보자기결정권, 헌법학연구 제9집 제3호, 2003. 10] 혹은 ‘자기정보통제권’ [권건보, 자기정보통제에 관한 연구 - 공공부문에서의 개인정보보호를 중심으로 -, 서울대학교 박사학위논문, 2004; 권형준, 자기정보통제권에 관한 고찰, 헌법학연구 제10집 제2호, 2004. 6] 등의 개별적인 기본권으로 논의되었으나, 현재는 ‘정보기본권’이라는 포괄적인 형태로 논의되고 있는 추세이다. 김배원, 정보기본권(상), 고시계 2002년 9월호, 2002. 8; 김배원, 정보기본권(하), 고시계 2002년 10월호, 2002. 9; 이인호, 디지털시대의 정보법 질서와 정보기본권, 법학논문집 제26집 제2호, 중앙대학교 2002. 11; 정영화, 생성되고 있는 정보기본권에 관한 고찰, 세계헌법연구 제7호, 2003. 5; 김배원, 정보기본권의 독자성과 타당범위에 대한 고찰 - 헌법개정과 관련한 체계구성을 중심으로 -, 헌법학연구 제12권 제4호, 2006. 11; 김현철, 정보기본권에 관한 연구, 동국대학교 박사학위논문, 2011 등; 김주영, 정보시장과 균형 - 헌법사회학적 접근 -, 경인문화사, 2013, 127면에서 재인용.

상의 권리로 신설해야 한다고 문제를 제기한다. 그 이유는 제4차 산업 혁명이 도래되어 인터넷을 이용하는 것이 사회생활의 일부분으로 되고 있기 때문에 현대시대의 인간들에게 반드시 필요한 인간의 권리²³⁾라고 인식되기 때문이다. 즉 새로운 독자적 기본권으로서의 ‘정보기본권’이 정보통신의 안전과 비밀보장, 정보제공권, 알 권리, 자기정보 통제권을 포함하는 포괄적인 성격의 기본권으로 형성되고 있다. 이러한 정보기본권은 정보이용자가 향유할 수 있는 기본적 권리 가운데 하나일 수 있다.²⁴⁾ 이러한 정보기본권은 정보에 대한 독점적 지배를 중심으로 하는 정보생산자의 권리와 충돌할 가능성이 많고, 기본권에 대한 일반적 법률유보에 의하여 제한될 수 있다.²⁵⁾ 따라서 필자는 이러한 정보기본권도 헌법상의 권리로 인정해서 정보기본권을 헌법에 규정할 것을 문제제기한다.

둘째, 저항권에 관해서 살펴보기로 한다. 4·19 학생의거는 헌정사적 측면에서 저항운동의 효시를 이루게 되었고, 5·18 광주민주항쟁을 통하여 불법통치에 항거하는 민중운동으로 표출되었으며, 1987년 6월 항쟁기간에 이르러서는 전두환 독재정권의 퇴진을 담보 받아 내는 정신적 원동력이 되어 왔다. 즉 저항운동들은 헌정의 기본이념인 국가권력의 목적적 정당성이 의면되고 헌법을 비롯한 법률들이 통치수단으로 전락되지 않게 통치권의 민주화를 요구해 왔다.²⁶⁾ 대부분의 학자들이 지적하듯이 저항권의 행사방법은 미리 정할 수도 없고 불법 통치를 배제하며 법질서를 유지하고 재건한다는 목적을 달성함에 필요하기만 하면 어떠한 실행행사도 동원될 수 있다고 하지만, 상기의 저

23) 권영성, 앞의 책, 458면.

24) 김주영, 위의 책, 127면.

25) 알 권리에 대한 제한의 정도는 청구인에게 이해관계가 있고 공익에 장애가 되지 않는다면 널리 인정해야 할 것으로 생각하며, 적어도 직접의 이해관계가 있는 자에 대하여서는 의무적으로 공개하여야 한다는 점에 대하여는 이론의 여지가 없을 것이다. 헌법재판소 1989. 9. 4. 선고 88헌마22 판결.

26) 이승우, 현대입헌민주국가에서의 저항권에 관한 연구, 연세법학연구 1권, 연세법학회, 1990. 2., 75면.

항운동들은 수많은 인적·물적 희생과 손실을 가져왔다는 점에서 재고의 여지가 있다고 보는 것이다.²⁷⁾ 그래서 필자는 저항권 행사에 있어서 가능한 한 희생과 손실을 줄이면서 저항의 목적을 달성할 수 있는 저항권을 헌법에 규정할 것을 문제제기한다.

셋째, 우리나라의 정부형태에 관해서 살펴보기로 한다. 정치권에서 우리나라의 정부형태가 제왕적 대통령제이기 때문에 정부형태를 분권형 대통령제로 개정하자고 하는데²⁸⁾ 자유한국당은 대통령은 외치, 총리가 내치를 담당하는 분권형 대통령제(37%)를 주장한다.²⁹⁾ 그래서 우리나라의 정부형태가 분권형 대통령제가 37%를 얻었기 때문에 분권형 대통령제를 정부형태로 할지의 여부가 문제된다. 그리고 이러한 분권형 대통령제를 우리나라의 정부형태로 개헌하는지의 여부가 문제되고 있어서 필자는 우리나라의 정부형태를 분권형 대통령제로 개헌할지의 여부에 관해서 문제를 제기한다.

넷째, 대통령의 임기를 살펴본다. 우리나라의 대통령 임기를 규정한 헌법 제70조는 “대통령의 임기는 5년으로 하며, 중임할 수 없다.”라고 하여 대통령 단임제를 규정한 것이다. 현행헌법의 문제점은 대통령제의 정부형태를 취하고 있으면서도 대통령제의 장점을 발휘할 수 없게 되어 있다는 점이다. 그리고 대통령 단임제는 과거와 같은 1인 장기집권의 폐해를 방지하는 면에서는 순기능적이지만 조기 레임덕 현상으로 안정적인 국정수행이 어렵게 되고, 국정의 연속성 및 유기적 운영 그리고 책임정치의 구현이라는 측면에서도 재임의 가능성을 열어놓아야 한다. 특히 집권여당이 국회의 소수당일 때 단임제 대통령의

27) 특히 1980년 5·18 광주항쟁에 의한 피해상황만 보더라도 1988년말 광주시 통계에 의하면 사망 195명, 행방불명 24명(신고자 102명), 부상 1472명('89년 6월말 현재 부상자 중 61명 사망)이라는 인적 희생이 있었고, 수백억원에 이르는 물적 피해가 있었다. 이승우, 현대입헌민주국가에서의 저항권에 관한 연구, 연세법학연구 1권, 연세법학회, 1990, 75-76면.

28) 조재현, 정부형태에 관한 헌법개정논의, 법학연구 제18권 제4호, 연세대학교 법학연구원, 2008, 235면.

29) 중앙일보, 2017. 11. 2. 내년 지방선거 때 개헌 국민투표 바람직, 1면.

권력행사가 얼마나 제한되며 소모적이 될 수 있는지는 우리가 잘 경험한 바이다.³⁰⁾ 필자는 대통령의 단임제는 국정의 연속성, 책임정치 구현을 실현하기가 어렵기 때문에 대통령의 단임제의 여부를 개헌하도록 문제를 제기한다.

이와 같이 본고에서 ‘정보기본권’, 저항권, 정부형태 그리고 대통령의 임기를 중심으로 살펴보기로 한다.³¹⁾

II. ‘정보기본권’의 문제

1. ‘정보기본권’의 의의

현대사회를 정보화 사회라고 한다. 여기서 정보화 사회라 함은 정보 자체가 다른 재화나 에너지 이상의 유력한 자원이 되고, 정보가치의 생산을 중심으로 경제·사회구조가 변화·발전되어 가는 사회를 말한다. 헌법도 이를 반영하여 헌법 제127조 제1항에서 “국가는 과학기술의 혁신과 정보 및 인력의 개발을 통하여 국민경제의 발전에 노력하여야 한다.” 라고 하여 정보의 개발을 국가의 임무로 규정하고 있다.³²⁾ 정보화 사회가 발전함으로써 정보가 제3의 자원이 되게 되면 개인에 관한 정보까지도 수집·정리·보관 및 전파의 대상이 된다. 이러한 과정에서 개인이 사적영역의 정보도 부득이 공개되거나 타인에 의하여 수집·관리되는 경우가 있게 마련이다.³³⁾ 이렇게 정보화 사회가 급속도로 발전함에 따라 필자는 정보기본권을 헌법에 규정해야 한다고 생각한다. 여기서 ‘정보기본권’이란 정보이용자가 향유할 수 있

30) 윤대규, 앞의 책, 87-88면.

31) 이공주, 사회적 요구가 큰 헌법조항의 개정논의에 관한 검토 - 영장주의, 검직금지, 불체포특권, 사면권을 중심으로 -, 법학연구 제59집, 한국법학회, 2015, 334면.

32) 권영성, 앞의 책, 447면.

33) 권영성, 위의 책, 447면.

는 기본적인 권리를 말한다.³⁴⁾ 이러한 정보기본권은 정보통신의 안전과 비밀보장, 정보제공권, 알 권리, 자기정보통제권을 포함하는 포괄적인 성격의 기본권으로 형성되고 있고 정보이용자가 향유할 수 있는 기본적 권리 가운데 하나일 수 있다.³⁵⁾ 그리고 정보기본권은 정보이용자의 보호를 위해 고려될 수 있는 기본적인 권리라 할 수 있다.³⁶⁾ 정보이용자들은 문화적 참여권 등의 문화적 기본권을 누리게 되기 때문에 정보이용자들은 국가에 대해 문화적 기본수요에 대한 충족을 요구할 수 있는 근거를 보유하고 있다.³⁷⁾

2. 외국의 입법례

정보에 관해서 헌법에 명문으로 규정하고 있는 국가로는 헝가리와 남아프리카공화국을 들 수 있다. 먼저 헝가리에 관해서 살펴보기로 한다.

헝가리 헌법 제51조 제2항은 “모든 사람은 본인의 개인정보를 보호하고 공익정보에 접근하고 이를 배포할 수 있는 권리를 가진다.” 라고 규정하고 있는데³⁸⁾ 이는 정보를 인간의 권리로 정해서 정보를 헌법상의 권리로 규정한 것이고 또한 정보를 개인정보와 공익정보로 구분한 것이다. 또한 헝가리 헌법 제51조 제3항은 “개인정보의 보호 및 공익정보의 접근에 대한 권리는 독립기관이 감독한다.” 라고 규정하고 있어서³⁹⁾ 정보에 대한 감독기관을 헌법에 명문으로 규정한 것이다.

그리고 남아프리카공화국 헌법 제32조 제1항은 “모든 국민은 다음

34) 김주영, 앞의 책, 127면.

35) 김주영, 위의 책, 127면.

36) 김주영, 위의 책, 122면.

37) 김주영, 위의 책, 126-127면.

38) 김철수·김대환·이효원·정재황, 세계비교헌법, 박영사, 2014, 71면.

39) 김철수·김대환·이효원·정재황, 위의 책, 71면.

의 정보에 접근할 권리를 가진다.

a. 국가가 보유한 모든 정보

b. 타인이 보유하고 있는 정보로서 권리의 행사 또는 보호를 위해 필요한 모든 정보” 라고 규정하고 있다.⁴⁰⁾ 여기서 국가가 보유한 정보는 공익정보이고, 타인이 보유하고 있는 정보는 개인정보이므로 남아프리카공화국 헌법 제32조 제1항은 정보를 인간의 권리로 정하고 헌법상의 권리로 규정한 것이다.

따라서 필자는 한국도 헝가리 헌법 제51조 제2항과 제3항처럼 정보기본권을 헌법상의 권리로 규정하는 것이 타당하다고 생각한다.

3. 판례

정보기본권과 관련된 개인정보자기결정권에 관한 판례⁴¹⁾가 있어서 이를 살펴보면 다음과 같다.

먼저 사실의 관계를 살펴보면 오○익, 홍○만은 1999년 6월경부터 주민등록증 일제갱신을 계기로 주민등록증을 발급받을 당시 자신들이 주민등록증발급신청서에 날인함으로서 만들어진 열손가락의 지문정보를 피청구인 경찰청장이 보관·전산화하고, 범죄수사목적에 이용하는 공권력행사로 인하여 청구인들의 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 인격권, 신체의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 개인정보자기결정권 등을 침해받았다고 주장하면서 1999년 9월 1일에 헌법소원심판을 청구하였다.

이에 헌법재판소는 “지문날인제도가 17세 이상 모든 국민의 열손가락 지문정보를 수집하여 보관하도록 한 것은 신원확인기능의 효율적인 수행을 도모하고 신원확인의 정확성 내지 완벽성을 제고하기 위한

40) 김철수·김대환·이효원·정재황, 위의 책, 71면.

41) 헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 99헌마513 결정.

것으로서, 그 목적의 정당성이 인정되고 지문날인제도가 위와 같은 목적을 달성하기 위한 효과적이고 적절한 방법의 하나가 될 수 있다. 지문날인제도가 피해최소성의 원칙에 어긋나지 않고, 과잉금지의 원칙에 위배하여 청구인들의 개인정보자기결정권을 침해하였다고 볼 수 없다.” 라고 하여 심판청구를 모두 기각했다.

필자는 상기의 헌법재판소의 결정은 타당하다고 생각한다. 그 이유는 열손가락 지문정보를 수집하여 보관하는 지문날인제도는 신원확인 차원에서 두는 제도이고 국민의 개인정보를 침해하려고 두는 제도가 아니기 때문이다. 우리나라 헌법재판소는 개인정보자기결정권을 인정한다. 다만 상기의 지문날인제도는 개인정보자기결정권을 침해하지 않았기 때문에 헌법재판소가 기각한 것이다. 따라서 필자는 우리나라 헌법재판소도 개인정보자기결정권을 인정하므로 정보기본권을 인간의 권리로 헌법에 명문으로 규정하는 것이 타당하다고 생각한다.

4. 입법론

이러한 정보기본권을 필자는 정보이용자들이 가지는 새로운 기본적인 권리라고 생각하기에 헝가리 헌법과 남아프리카공화국 헌법처럼 헌법에 명문으로 규정하는 것이 타당하다고 생각한다. 그리고 제4차 산업혁명이 도래되고 인공지능로봇이 출현함으로써⁴²⁾ 국민들이 정보기본권을 이용하는 것이 인간생활에 있어서 필수적이 되기 때문에 헌법에 규정하는 것이 타당하다고 생각한다.

그리고 우리나라는 정보에 관해서 헌법 제127조 제1항에 규정되어 있는데 헌법 제127조 제1항은 “국가는 과학기술의 혁신과 정보 및 인력의 개발을 통하여 국민경제의 발전에 노력하여야 한다.” 라고 하

42) 유지영, 사우디 시민권 받은 로봇 탄생 ... 사우디 여성보다 권한 더 많아, 2017. 10. 29. 방문. <<http://biz.chosun.com/svc/news/printContent1.html?type=>>.

여 국가의 정보개발의무를 규정하고 있다.⁴³⁾ 또한 필자는 정보기본권이 인간의 권리에 속하므로 헌법상의 권리로 규정되어야 한다고 생각한다.

개인정보자기결정권은 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유의 일환으로서 보장되고 인격의 자유로운 발현과 법적 안정성을 그 보호법익으로 한다.⁴⁴⁾

따라서 입법론으로 필자는 헌법 제17조는 “모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다.” 라고 규정한 것을 헌법 제17조 제1항으로 변경하고, 헌법 제17조 제2항은 모든 국민은 정보에 관하여 정보기본권을 가진다 라고 신설하고, 헌법 제17조 제3항은 정보기본권에 관한 사항은 법률로 정한다 라고 하고, 헌법 제127조 제1항에서 정보를 삭제하고 헌법 제17조 제4항은 국가는 정보기본권의 개발을 통하여 국민경제의 발전에 노력하여야 한다 라고 신설하는데 여기서 헌법 제127조 제1항의 정보를 삭제하는 이유는 정보의 규정을 구체적으로 규정하지 않고 있고, 정보의 규정은 국민의 기본권에 속하고 기본권편에 규정되어야 하기 때문에 삭제하는 것이다. 그리고 정보기본권을 헌법 제17조 제2항에 규정하는 이유는 정보기본권은 기본권에 속하고, 헌법 제17조의 사생활의 비밀이 사생활을 공개당하지 아니할 권리로서 사적 사항의 공개 등의 불가침을 그 내용으로 하고 있고⁴⁵⁾ 정보기본권과 개인정보자기결정권이 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 속하기 때문이다. 따라서 필자는 헌법 제17조 조문에 제2항, 제3항, 제4항의 조항을 신설해야 하고, 정보기본권을 보장하는 법률로 정보기본법을 제정해야 한다고 생각한다.

43) 김주영, 앞의 책, 서문 V면.

44) 권영성, 앞의 책, 458면.

45) 권영성, 위의 책, 454면.

Ⅲ. 저항권의 문제

1. 서론

우리나라 현행헌법은 헌법전문에서 “불의에 항거한 4·19 민주이념을 계승하고” 라고 하여 저항권을 규정하고 있다. 이러한 헌법전문에 규정한 저항권은 자연법상의 저항권을 인정하는 것이고, 실정법상으로는 저항권을 인정하지 않는다. 즉 우리나라는 자연법상의 저항권을 인정하지만 실정법상의 저항권을 인정하지 않아서 재판규범으로 원용할 수 없다는 것이다.⁴⁶⁾ 재판규범으로 원용할 수 없는 이유는 헌법에 저항권에 관한 규정이 없기 때문이다.

이와 같이 필자는 실정법상 저항권에 관한 규정이 없어서 국민들이 저항권을 행사할 수 없기 때문에 헌법에 저항권을 규정할 것을 문제제기한다.

동양에서 저항권사상은 유학의 天命思想에서 시작되었다. ‘堯-舜-禹-湯-文-武-周公-공자-맹자’ 로 이어지는 유학의 道統에서,⁴⁷⁾ 탕왕은 夏의 폭군 걸왕을 죽이고, 은을 세운 사람이고, 무왕은 은의 폭군 주왕을 주살하고 주나라를 세운 사람이다. 탕왕과 무왕은 각각 걸왕과 주왕을 주살하는 것이 천명을 따르는 것이었다고 선언하였으며, 토벌을 완수한 후에는 혁명이 이루어졌음을 선포하였다.⁴⁸⁾ 토벌의 과정에서 폭군의 백성들과 제후·신하·군인들까지 탕왕과 무왕에 합세하였다고 전하여진다.⁴⁹⁾

46) 대법원 1980. 5. 20. 선고 80도306 판결.

47) 韓愈, 原道, 昌黎先生集, 卷十五, 陳來, 宋明理學, 華東師範大學出版社, 2008, 18면에서 재인용; 오승철, 저항권 이론의 재조명 - 혁명권·저항권·시민불복종의 통합을 향한 탐색 -, 민주법학 제40호, 민주주의 법학연구회, 2009. 7., 180면에서 재인용.

48) 김희영, 이야기 중국사 1, 청아출판사, 2004, 32면 및 59-63면.

49) 김희영, 위의 책, 32면 및 59-63면.

천명사상은 맹자(孟子 372-289 BC)에 이르러 더욱 구체화될 뿐만 아니라 학문적으로 체계화된 모습으로 나타난다.⁵⁰⁾ 맹자는 이렇게 말한다.

“백성이 가장 귀하고 사직이 다음이며, 군주는 가벼운 것이다. 이 때문에 일반 백성들의 마음을 얻어야 천자가 되고 천자의 신임을 얻어야 제후가 되고, 제후의 신임을 얻어야 사대부가 된다. … 제후가 사직을 위태롭게 하면 갈아치운다.”⁵¹⁾ 한편 “신하가 군주를 죽일 수 있는가?” 라는 제나라 선왕의 질문에 대해 맹자는 “인을 도둑질한 자를 사악하다고 이르고, 의를 도둑질한 자를 흉포하다고 이르는 바, 사악하고 흉포한 자를 일러 보잘 것 없는 사내라고 한다. 보잘 것 없는 사내를 죽였다는 말은 들어 보았어도 군주를 시해했다는 말은 들어 보지 못했다.” 라고 대답했다.⁵²⁾ 나아가 맹자는 분명하게 혁명을 설명했다. “왕이 큰 과오가 있으면 諫하고, 반복해도 이를 듣지 않으면 갈아치운다.”⁵³⁾

천명사상이 말하고 있는 것은 체제수호를 위한 저항이 아니라 자연적 정의를 회복하기 위한 혁명이다.⁵⁴⁾

50) 김춘식, 왕권신수설과 천명사상의 비교연구, 한국정치학회보 제30집 제3호, 한국정치학회, 1996; 오승철, 저항권 이론의 재조명 - 혁명권 · 저항권 · 시민불복종의 통합을 향한 탐색 -, 민주법학 제40호, 민주주의 법학연구회, 2009. 7., 181면에서 재인용.

51) “民爲貴，社稷次之，君爲輕 是故得乎丘民而爲天子，得乎天子爲諸侯，得乎諸侯爲大夫…諸侯危社稷 則變置”，맹자 盡心章(下); 오승철, 저항권 이론의 재조명 - 혁명권 · 저항권 · 시민불복종의 통합을 향한 탐색 -, 민주법학 제40호, 민주주의 법학연구회, 2009. 7., 181면에서 재인용.

52) “賊仁者謂之賊，賊義者謂之殘，殘賊之人謂之一夫。聞誅一夫紂矣，未聞弑君也”，맹자 梁惠王章句(下); 오승철, 저항권 이론의 재조명 - 혁명권 · 저항권 · 시민불복종의 통합을 향한 탐색 -, 민주법학 제40호, 민주주의 법학연구회, 2009. 7., 181면에서 재인용.

53) “君有大過則諫，反覆之而不聽，則易位”，맹자 萬章章句(下); 오승철, 저항권 이론의 재조명 - 혁명권 · 저항권 · 시민불복종의 통합을 향한 탐색 -, 민주법학 제40호, 민주주의 법학연구회, 2009. 7., 181면에서 재인용.

54) 김춘식, 왕권신수설과 천명사상의 비교연구, 한국정치학회보 제30집 제3호, 한국정치학회, 1996, 41면; 오승철, 저항권 이론의 재조명 - 혁명권 · 저항권 · 시민불복종

그리고 서양의 저항권사상은 서양의 폭군방벌론에서 그 기원을 찾을 수 있다. 존 로크(John Locke 1632.8.29.-1704.10.28.)는 성선설에서 출발하는데⁵⁵⁾ 근대적 의미에서의 저항권이론은 존 로크에 의하여 체계화되었다. 로크의 저항권이론은 자연권 이론과 신탁계약 내지 위임계약론에 근거하고 있다. 존 로크에 의하면 국가는 인민이 그들의 평화와 행복을 확실히 보장하기 위하여 그들의 신탁 내지 위임에 따라 성립한 것이므로 국가가 신탁의 정신을 망각하여 그 신탁의 범위를 넘어 불법적인 지배를 감행할 경우에는 인민이 이에 저항할 수 있는 자연법적 권리를 가진다고 하였다. 이러한 로크적 저항권이론이 미국을 비롯한 각국헌법에서 실정화되었다.⁵⁶⁾

그리고 토마스 홉스(Tomas Hobbes 1588.4.5.-1679.12.4.)와 임마누엘 칸트(Immanuel Kant 1724.4.22.-1804.2.12.)는 초실정법적인 저항권을 부정하고, 존 로크는 저항권을 긍정하는 정치사상가이다. 토마스 홉스는 인간의 성악설을 그 이론의 출발점으로 하고 국가란 인간 각자가 타인에 대한 자기보호의 필요에서 만들어진 것으로 인간은 국가를 통해서만 보호된다는 국가철학을 전개하고 있기 때문에⁵⁷⁾ 그의 세계에서는 국가에 대한 저항권이란 처음부터 생각할 여지가 없게 된다. 또 임마누엘 칸트는 인간의 이성을 강조하면서 성선설을 그 이론의 바탕으로 하고 있기 때문에 칸트가 생각하는 국가는 마땅히 법치국가일 수밖에 없고 따라서 저항권은 무용한 것이 된다.⁵⁸⁾

의 통합을 향한 탐색 -, 민주법학 제40호, 민주주의 법학연구회, 2009. 7., 181면에서 재인용.

55) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2016, 87면.

56) 권영성, 앞의 책, 76면.

저항권사상의 전개에 관하여는 김문현, 현대헌법상의 저항권에 관한 연구, 서울대학교 석사학위논문, 1981, 8-34면; 권형준, 저항권, 고시계, 1992. 10., 60-64면; 허영, 위의 책, 87-88면 참조.

57) Vgl. Tb. Hobbes, Leviathan, English Works, Bd. 3, II/21, S. 208, Scientia Aalen 1839/1962.

2. 저항권 행사의 요건

저항권이란 위헌적인 권력행사에 의해서 헌법적 가치질서가 완전히 무너지는 것을 저지하기 위한 예비적인 헌법보호수단을 말한다. 따라서 국가권력에 의한 헌법침해에 대한 최후적·초실정법적 보호수단이 저항권이다.⁵⁹⁾ 이러한 저항권을 행사하기 위해서는 일정한 요건을 갖추어야 한다. 다음은 저항권 행사의 요건을 나열하면 다음과 같다.

첫째, 목적상의 요건으로서 저항권은 기존의 헌법질서를 유지하기 위한 소극적인 목적으로만 행사될 수 있고, 새로운 헌법질서를 세우는 것과 같은 적극적인 목적으로는 행사될 수 없다.⁶⁰⁾

둘째, 상황적 요건으로서 저항권을 행사하기 위해서는 단순히 헌법의 개별조항이 위반되는 것이 아니라 헌법의 기본질서가 전면적으로 부인된다고 할 정도의 중대한 헌법침해가 있는 상황이어야 한다.⁶¹⁾ 또한 그러한 침해상태는 객관적으로 명백하여야 한다.

셋째, 방법상의 요건으로서 실력의 행사는 목적달성에 필요한 최소한의 정도에 머물러야 한다.

넷째, 저항권은 헌법이나 법률에 규정된 모든 법적 규제수단을 사용한 후에도 헌법침해를 시정할 수 없는 경우에 최후의 수단으로만 행사될 수 있다. 이것을 저항권의 보충성이라 한다.⁶²⁾ 상기와 같은 요건들을 모두 갖추어야 저항권으로 인정된다.

다음은 저항권에 관한 입법례를 살펴보기로 한다.

58) Vgl. I. Kant, Werke von Kant, Inselausgabe, Darmstadt 1964, Bd. IV, S. 145.

59) 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2017, 131면.

60) 권영성, 앞의 책, 80면.

61) 다만 허영 교수는 저항권을 극한상황에서 일회적으로 행사되는 권리로 보지 않고, 국가권력에 대한 비판적인 복종의 자세를 의미하는 일상적·수시적 권리로 이해하므로, 이러한 요건을 요구하지 않는다. 허영, 헌법이론과 헌법, 133-135면.

62) 오승철, 앞의 논문, 175-176면.

3. 저항권의 입법례

저항권에 관해서 헌법에 명문으로 규정한 나라는 독일과 그리스 그리고 포르투갈이다. 먼저 독일의 저항권에 관해서 살펴보기로 한다.

가. 독일의 저항권

서구에서 혁명권사상이 싹트고 또 그것이 현실에서 열매를 맺은 후에도 독일에서는 국가우월적인 철학적 전통과 법실증주의, 형식적 법치주의가 지배하고 있었다. 그리하여 독일에서는 영국·미국·프랑스와는 달리 자연적 정의에 바탕을 둔 저항권 개념이 자리 잡지 못했다.⁶³⁾ 그러나 나치가 바이마르헌법을 유린하는 뼈저린 체험을 한 후 저항권에 대한 독일인의 생각이 달라졌다. 제2차 세계대전 이후 란트헌법에서 저항권 규정을 두기 시작하였고, 1968년에는 독일연방공화국기본법이 저항권을 명문으로 규정하기에 이르렀다.

1946년 헤센헌법 제147조는 다음과 같이 저항권을 명문화하였다. “(1) 헌법에 위반하여 행사된 공권력에 저항하는 것은 각인의 권리이며 의무이다. (2) 헌법위반 또는 헌법위반의 기도를 아는 자는 국가재판소에 제소하여 책임자의 형사소추를 요구할 의무가 있다. 상세한 것은 법률로 정한다.”⁶⁴⁾ 1947년 브레멘헌법 제19조는 “헌법에 보장된 인권이 공권력에 의하여 위헌적으로 침해된 경우에 저항하는 것은 각인의 권리이며 의무이다.” 라고 규정하였다.⁶⁵⁾ 1950년 베를린

63) 권영성, 앞의 책, 77면.

64) Verfassung des Landes Hessen vom 1. Dezember 1946, Artikel 147: <http://www.verfassungen.de/de/he/hessen46.htm>, 2009. 4. 10. 방문; 오승철, 저항권 이론의 재조명 - 혁명권·저항권·시민불복종의 통합을 향한 탐색 -, 민주법학 제40호, 민주주의 법학연구회, 2009. 7., 182면에서 재인용.

65) Verfassung der Freien Hansestadt Bremen vom 21. Oktober 1947, Artikel 19: http://www.verfassungen.de/de/hb/bremen47_index.htm, 2009. 4. 10. 방문; 오승철, 저항권 이론의 재조명 - 혁명권·저항권·시민불복종의 통

헌법 제36조 제3항은 “헌법에 보장된 기본권이 명백히 침해된 경우에 각인은 저항할 권리를 가진다.” 라고 규정한다.⁶⁶⁾

독일연방공화국기본법 제20조 제4항은 “모든 독일인은 이 헌법질서를 폐지하려고 하는 자에 대하여 다른 가능한 구제수단이 없는 때에는 저항할 권리를 가진다.” 라고 규정한다.⁶⁷⁾ 1949년 5월 독일연방공화국기본법이 제정될 당시에는 저항권 규정이 없었는데 1968년 개헌때 국가긴급권을 규정하면서 이에 반대하는 세력들의 강력한 요구로 새롭게 규정된 것이다.⁶⁸⁾ 독일연방공화국기본법의 저항권 규정은 국가긴급권에 대한 견제장치로서의 외견을 가지고 있지만, 체제수호를 지향하는 독일연방공화국기본법의 전투적 민주주의를 완성하는 조항이라는 측면을 아울러 가지고 있다.⁶⁹⁾

독일연방공화국기본법과 란트헌법의 저항권 규정이 미국이나 프랑스의 경우와 다른 점은 저항권의 행사목적은 기존 헌법질서의 테두리 내로 제한하였다는 것이다.⁷⁰⁾ 독일연방헌법재판소는 1956년 독일공산당 해산사건에서 다음과 같이 판시함으로써 저항권이 기존헌법의 테두리 안에서 인정되는 권리라는 것을 분명히 하고, 그 행사요건을 구제

합을 향한 탐색 -, 민주법학 제40호, 민주주의 법학연구회, 2009. 7., 182면에서 재인용.

- 66) Verfassung von Berlin vom 23. November 1995, Artike 19(3);
 《<http://www.berlin.de/rbmskzl/verfassung/abschnitt2.html>》, 2009. 6. 21. 방문; 오승철, 저항권 이론의 재조명 - 혁명권·저항권·시민불복종의 통합을 향한 탐색 -, 민주법학 제40호, 민주주의 법학연구회, 2009. 7., 182면에서 재인용.
- 67) 《<http://www.bundestag.de/parlament/funktion/gesetze/Grundgesetz/gg.html>》, 2009. 4. 10. 방문; 오승철, 저항권 이론의 재조명 - 혁명권·저항권·시민불복종의 통합을 향한 탐색 -, 민주법학 제40호, 민주주의 법학연구회, 2009. 7., 182면에서 재인용.
- 68) 국순옥, 자유민주적 기본질서란 무엇인가, 민주법학 제8호, 민주주의법학연구회, 1994, 158면.
- 69) 국순옥, 위의 논문, 158-159면.
- 70) 법철학적 관점에서 저항권을 논하는 견해는 브레멘 헌법과 베를린 헌법의 규정이 ‘헌법수호권으로서의 저항권’ 이 아니라 ‘인권보호권으로서의 저항권’ 을 규정한 것이라고 본다. 심재우, 저항권, 고려대학교 출판부, 2000, 12면. 그러나 이 두 헌법은 인권이 아니라 헌법에 보장된 인권을 지키기 위한 저항권을 규정한 것이다.

적으로 제시하였다. 그 후 이 판례는 우리나라의 저항권 이론에 지대한 영향을 끼쳤다.

“저항권은 법질서의 유지 또는 회복을 위한 헌법수호수단이라는 보수적인 의미로만 인정될 수 있다. 그리고 저항권을 가지고 대항할 수 있는 불법은 명백한 것이어야 한다. 법질서에 따라 강구할 수 있는 모든 법적 수단이 유효한 구제방법이 될 수 있는 전망이 거의 없고, 저항권의 행사가 법의 유지 또는 회복을 위하여 남겨진 유일한 수단이라야 한다.” 71)

2014년 12월 23일에 개정된 독일연방공화국기본법 제20조 제4항은 “모든 독일인은 이러한 질서의 폐지를 기도하는 자에 대하여 다른 구제수단이 불가능할 때는 저항할 권리를 가진다.” 라고 하여 저항권을 독일연방공화국기본법에 규정하고 있다.⁷²⁾

요컨대 독일의 저항권이론은 영국·미국·프랑스의 전통적인 저항권 사상과 궤를 달리하는 것으로서 독일의 특수한 역사적 경험과 법적 전통을 배경으로 생겨나고 발전한 것이다. 그러나 우리나라는 그러한 배경과 전통을 가지고 있지 않다. 우리나라 헌법은 독일연방공화국기본법과 같은 저항권 규정을 두고 있지 않다.

나. 그리스의 저항권

그리스헌법 제120조 제4항은 “헌법준수는 헌법을 폭력적으로 폐지하려고 시도하는 자에게 가능한 모든 방법으로 저항할 권리와 의무를 갖는 그리스인들의 애국심에 맡긴다.” 라고 하여 저항권을 규정하고 있다.⁷³⁾

71) BVerfGE 5, 85(95); 권영성, 헌법학원론, 78면에서 재인용. 이 판결은 독일연방공화국기본법에 저항권 규정이 명문화되기 전에 선고된 것이다.

72) 김철수·정재황·김대환·이효원, 앞의 책, 134면.

73) 김철수·정재황·김대환·이효원, 위의 책, 134면.

다. 포르투갈의 저항권

포르투갈헌법 제21조는 “모든 국민은 각자의 권리, 자유 또는 보장을 침해하는 모든 명령에 저항할 권리를 가지며 공공기관의 도움을 얻을 수 없는 경우에는 모든 공격을 막기 위해 무력을 사용할 권리를 가진다.” 라고 하여 저항권을 규정하고 있다.⁷⁴⁾

4. 저항권에 관한 판례

저항권에 관한 우리나라의 대법원판례는 박정희(1917.11.14.-1979.10.26.) 대통령 시해사건으로서, 그 당시 김재규(1926.3.26.-1980.5.24.) 중앙정보부장이 박정희 대통령을 총으로 시해했을 때 김재규가 저항권을 행사했다고 하여 무죄를 주장했다. 이러한 김재규의 무죄주장이 옳은 것인지의 여부를 살펴보기로 한다. 박정희 정권은 유신 헌법이라는 초헌법적 규범으로 국민들의 인권을 탄압했다. 그래서 수많은 국민들이 고문과 폭행, 협박 그리고 상해로 사망했다.

다음은 김재규가 저항권을 행사했다고 하여 무죄를 주장한 대법원 1980. 5. 20. 선고 80도306 판결을 살펴보기로 한다. 먼저 사실의 관계를 살펴보면 김재규 중앙정보부장이 1979년 중앙정보부 직속부하인 박선호와 박홍주 등과 같이 박정희 대통령을 살해할 것을 모의하여 1979년 10월 26일 박정희 대통령을 연회실에서 총으로 발사하여 시해한 사건이다. 그래서 10월 28일 합동수사본부장 전두환에 의해 체포되었고, 내란목적살인죄 및 내란미수죄의 상상적 경합범으로 사형선고를 받고, 1980년 5월 24일 김재규는 사형집행을 당하고, 김재규와 살해하기로 모의한 피고인 D, E, F, G, H들은 강요된 행위이거나 기대가능성이 없는 경우에 해당된다고 주장했는데, 대법원은 증거가

74) 김철수·정재황·김대환·이효원, 위의 책, 135면.

없어서 강요된 행위와 기대가능성이 없는 이론을 적용하지 않고 유죄로 판단한 사건이다. 이에 대법원은 “저항권이 실정법에 근거를 두지 못하고 오직 자연법에만 근거하고 있는 한 법관은 이를 재판규범으로 원용할 수 없다. 더구나 오늘날 저항권의 존재를 승인하는 학자 사이에도 그 구체적 개념의 의무내용이나 그 성립요건에 관해서는 그 견해가 구구하여 일치된다 할 수 없어 결국 막연하고 추상적인 개념이란 말을 면할 수 없고, 이미 헌법에 저항권의 존재를 선언한 몇 개의 입법례도 그 구체적 요건은 서로 다르다 할 것이니 헌법 및 법률에 저항권에 관하여 아무런 규정도 없는 우리나라의 현 단계에서는 더욱이 이 저항권 이론을 재판의 준거규범으로 적용할 수 없다.” 라고 판결했다. 그리고 김재규가 주장한 정당방위와 긴급피난과 저항권에 해당하지 않는다고 판단했다.

따라서 우리나라의 대법원은 저항권을 인정하지 않는다. 대법원은 1975년 ‘인혁당 재건단체 및 민청학련사건’에서 “저항권은 실존하는 헌법질서를 무시하는 초법규적인 권리개념으로서, 현행 실정법 위반행위의 정당화를 주장하는 것은 그 자체만으로서도 받아들일 수 없다.”고 하였고,⁷⁵⁾ 1980년 이른바 김재규 사건에서는 저항권의 인정여부에 관하여 직접적으로 판단하지 않은 채, “설령 저항권이 인정된다고 하더라도 실정법에 근거가 없는 자연법상의 권리를 재판규범으로 적용할 수 없다.”고 하였다.⁷⁶⁾ 다만 1980년 판결에서는 저항권의 재판규범성을 인정한 소수의견이 있었다.⁷⁷⁾

헌법재판소는 위헌법률심판사건에서 저항권의 인정여부에 관하여는 판단하지 않은 채 “입법과정의 하자는 저항권 행사의 대상이 되지 않는다.”고 판시한 바 있다.⁷⁸⁾ 이 결정은 저항권을 인정한 판례라고

75) 대법원 1975. 4. 8. 선고 74도3323 판결.

76) 대법원 1980. 5. 20. 선고 80도306 판결.

77) 대법원판사 임향준, 대법원판사 신문기.

78) 헌법재판소 1997. 9. 25. 선고 97헌가4 결정.

일반적으로 해석된다. 이 결정에서 내린 저항권의 정의는 통설의 입장과 대동소이하다.⁷⁹⁾

김재규가 박정희 대통령을 시해했을 때 저항권을 행사하여 박정희를 살해했다고 주장했다. 그래서 필자는 저항권 행사의 요건이 갖추어져 있지 않기 때문에 저항권이 아니다 라고 생각한다. 그래서 이 판례를 통해서 알 수 있는 것은 저항권을 행사하려면 저항권 행사의 요건에 갖추어져야 하는데 우리나라 헌법은 저항권 행사의 요건을 헌법에 규정하지 않고 있다. 따라서 필자는 우리나라 헌법에 저항권 행사의 요건을 명문으로 헌법에 규정하여야 한다고 생각한다. 필자는 앞으로 우리나라 헌법에 저항권 행사의 요건을 규정한 이후부터는 다시는 김재규와 같은 인물이 나오지를 않는다고 생각한다. 즉 저항권 행사의 요건을 갖추지도 않은 상태에서 저항권 행사의 이유로 대통령을 총으로 살해하는 것은 살인행위와 같기 때문이다.

그러므로 필자는 저항권행사의 요건을 헌법에 규정해야 한다고 생각한다.

5. 저항권에 관한 입법론

박정희 대통령 시해사건에서 대법원은 “저항권이 인정된다고 하더라도 실정법에 근거가 없는 자연법상의 권리를 재판규범으로 적용할 수 없다.”고 판결하였는데, 필자는 동 대법원 판결이 타당하다고 생각한다. 김재규가 저항권 행사의 이유로 인해 무죄를 주장하는 것은 바람

79) 위 결정은 다음과 같이 판시한다. “그러나 저항권이 헌법이나 실정법에 규정이 있는지 여부를 가려볼 필요도 없이 제정법원이 주장하는 국회법 소정의 협의 없는 개의시간의 변경과 회의일시를 통지하지 아니한 입법 과정의 하자는 저항권행사의 대상이 되지 아니한다. 왜냐하면 저항권은 국가권력에 의하여 헌법의 기본원리에 대한 중대한 침해가 행하여지고 그 침해가 헌법의 존재자체를 부인하는 것으로서 다른 합법적인 구제수단으로는 목적을 달성할 수 없을 때에 국민이 자기의 권리·자유를 지키기 위하여 실력으로 저항하는 권리이기 때문이다.” 헌법재판소 판례집 제9권 2집, 338면.

직하지 않다. 그 이유는 대통령 시해사건이 저항권 행사의 요건에 충족하지 않아서 저항권이 되지 않기 때문이다.

필자는 독일과 그리스 그리고 포르투갈처럼 헌법에 저항권을 규정하는 것이 타당하다고 생각한다. 구체적으로 말하면 필자는 헌법 제1조 제3항을 신설하여 국가권력이 헌정질서를 위협할 정도로 침해가 있고 침해받은 2인 이상의 국민이 있는 경우에 모든 국민은 다른 구제수단이 불가능할 때에는 국가권력에 저항할 권리를 가진다 라고 저항권을 규정하는 것이 바람직하다고 생각한다. 또한 헌법 제1조 제4항에 전항의 저항권을 행사하는 모든 국민은 위법성과 책임성이 조각되어 범죄를 구성하지 아니하고, 불법행위로 인한 손해배상청구가 발생하지 아니한다 라고 규정하여 저항권행사로 인해서 발생하는 범죄를 비범죄화했고, 불법행위로 인한 손해배상청구가 발생하지 않도록 규정했다. 그리고 저항권을 헌법 제1조 제3항에 규정하는 이유는 헌법 제1조 제2항이 “대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다.” 라고 하여 국민주권주의를 규정하고 있고 저항권을 행사하는 주체가 주권자인 국민이기 때문에 국민주권을 규정한 헌법 제1조 제2항 다음에 저항권을 규정하는 것이 타당하기 때문이다.

그러므로 필자는 저항권행사의 요건을 구체적으로 헌법에 규정해서 국민들이 저항권을 행사할 수 있도록 해야 우리나라의 정치발전에 큰 도움이 될 것이라고 생각한다.

IV. 정부형태에 관한 문제

1. 서론

우리나라의 정부형태는 대통령제인데, 대통령제의 요소와 의원내각제적 요소를 절충한 것이다. 최근에 박근혜대통령이 비리로 헌법재판

소에서 탄핵을 심판받아 대통령직에서 파면당했다.⁸⁰⁾ 이렇게 우리나라는 제왕적 대통령제가 문제가 있어 필자는 우리나라의 제왕적 대통령제의 유지여부에 관해서 문제를 제기한다.

정부형태에 관한 헌법개정 논의는 헌법이론적 근거에 기초하여 이루어져야 하고 개정범위와 관련하여서도 정부형태 자체를 개정해야 하는 것인지 또는 대통령제 정부형태를 유지하면서 부분적으로 나타나는 제도적 모순점을 개정하는 것이 바람직한 방법인지는 신중하게 검토해야 한다.⁸¹⁾

우리나라는 대통령제의 문제점과 제왕적 대통령제의 한계를 극복할 수 있는 대안으로서 관심을 끌며 논의되고 있는 정부형태가 분권형 대통령제이다. 그 이유는 2014년 5월에 국회헌법개정 자문위원회(위원장: 김철수 서울대학교 명예교수)는 ‘기본권 보장강화 및 분권형 대통령제 등’을 제안하며, “선진적인 인권보장체계와 미래지향형·분권형 권력구조를 갖춘 새로운 헌법”의 필요성에 대해 관심을 촉구⁸²⁾했기 때문이고 개헌관련 여론조사 결과가 <표 2>와 같이 나왔기 때문이다.

<표 2> 개헌관련 여론조사 결과

항목 기관	조사 시기	찬성 VS 반대 (%)	개헌시기(%)	선호하는 정부형태(%)
한길 리서치	2014.10. 14.	57.8 VS 29.0	* 내년 이후: 48.2 * 올해 안에: 31.9 * 논의 불필요: 11.7 * 잘 모름: 18.0	* 대통령중임제: 35.9 * 이원정부제: 17.9 * 의원내각제: 6.5

80) 헌법재판소 2017. 3. 10. 선고 2016헌나1 결정.

81) 조재현, 앞의 논문, 235면.

82) 이정재, 개헌 어떻게 할 것인가? - 기본권과 권력구조에 대한 탐색 & 추진전략 -, 북담, 2016, 11면.

국꺁꺁	2014.10. 21.-23	42 VS 46		* 대통령중임제: 58 VS 5년 단임제: 36 * 분권형 대통령제: 53 VS 현행대통령제: 35
문화 일보	2014.10. 30.	58.7 VS 32.1	* 박대통령 임기내: 55.1 * 다음정부에 논의: 36.6 * 모름/무응답: 8.3	* 대통령중임제: 31.2 * 분권형 대통령제: 26.9 * 5년 단임제: 21.3 * 의원내각제: 9.0
시사 오늘 R&R	2014.11. 26.	61 VS 27 새누리당 지지층: 54 VS 35.6 새정치연합 지지층: 89.0 VS 8.0	* 지금: 26 * 박근혜 임기내: 4 0 * 차기정권: 34	* 대통령중임제: 42 * 5년 단임제: 29 * 분권형 대통령제: 6 * 의원내각제: 6

출처: 이정재, 개헌 어떻게 할 것인가? - 기본권과 권력구조에 대한 탐색 & 추진전략 -, 북맘, 2016, 57면.

그래서 필자는 상기와 같이 개헌관련 여론조사결과가 나왔기 때문에 정부형태를 대통령제에서 분권형 대통령제로 헌법개정을 할 것인지의 여부가 개헌쟁점이 되어 문제를 제기한다. 이러한 분권형 대통령제는 이원정부제 또는 이원집정부제라고도 한다. 분권형 대통령제로의 개헌에 적극 찬성하는 입장은 제왕적 대통령제의 청산이 21세기 대한민국의 필수과업이라고 한다. 우리나라는 민주화의 흐름을 타고 있는 공화국이자, 휴전 중에 있는 분단국가이고 남북교류와 통일외교의 특수과업을 가진 나라이자 지정학적 위치상 외교안보가 국가의 존망을 결정하는 나라이기 때문에 이러한 조건들은 국가원수로서 대통령의 일관된 초당적 역할을 요구하고 있고, 한국의 이러한 사회적 요구를 충족시킬 수 있는 제도는 분권형 대통령제가 적합하다⁸³⁾고 한다.

한국에서 분권형 대통령제를 도입하게 되면 분권과 공유를 통하여 대통령은 외정에만 전념할 수 있으므로 국가안정과 외교안보의 효율화

83) 조재현, 위의 논문, 241면.

를 달성할 수 있으며, 취임과 동시에 실패를 의미하는 제왕적 대통령은 존재하지 않을 것이라고 한다.⁸⁴⁾ 이러한 분권형 대통령제를 채택해야 할 것인지의 여부를 위해 분권형 대통령제에 관해서 살펴보기로 한다.

2. 분권형 대통령제

1958년 10월 4일에 제정된 프랑스 제5공화국 헌법은 프랑스에 안정화되고 효율적인 제도가 되었고⁸⁵⁾ 2008년에 프랑스 헌법개정이 있었다. 프랑스의 정부형태는 분권형 대통령제를 취하고 있는데, 분권형 대통령제를 규정한 프랑스 헌법을 살펴보기로 한다.

프랑스 헌법 제8조 제1항은 “공화국 대통령은 수상을 임명한다. 수상이 정부의 사퇴서를 제출하면 공화국 대통령은 수상을 해임한다.” 라고 규정하여 대통령은 수상임명권이 있다. 그리고 프랑스 헌법 제20조 제3항은 “정부는 제49조, 제50조에서 정한 요건 및 절차에 따라 의회에 대하여 책임을 진다.”⁸⁶⁾라고 규정하고 있고, 프랑스 헌법 제21조 제1항은 “수상은 정부의 활동을 지휘한다. 수상은 국방에 대하여 책임을 진다. 수상은 법의 집행을 보장한다. 프랑스 헌법 제13조에 따라 수상은 행정입법 제정권을 행사하며, 일반공무원 및 군공무원을 임명한다.”⁸⁷⁾라고 규정하고 있고, 프랑스 헌법 제39조 제1항은 “의회 의원들과 수상은 법안발의권을 가진다.”⁸⁸⁾라고 규정하고 있어서 수상은 법안발의권이 있다.

84) 황태연, 유럽의 분권형 대통령제와 4년중임 분권형 대통령제 개헌방안, 미래한국헌법연구회 개헌세미나, 27면; 조재현, 정부형태에 관한 헌법개정논의, 법학연구 제18권 제4호, 연세대학교 법학연구원, 2008, 241-242면에서 재인용.

85) 정재황·한동훈, 2008년 프랑스 헌법개정에 관한 연구, 한국법제연구원, 2008, 11면.

86) 정재황·한동훈, 위의 논문, 109면.

87) 정재황·한동훈, 위의 논문, 109면.

88) 정재황·한동훈, 위의 논문, 115면.

또한 프랑스 헌법 제19조는 “제8조 제1항·제11조·제12조·제16조·제18조·제54조·제56조·제61조에서 정한 공화국 대통령의 행위 이외에 대해서는 수상이 부서하고, 경우에 따라 주무장관도 부서할 수 있다.” 89)라고 규정되어 있다.

프랑스 헌법 제12조 제1항은 “대통령은 수상 및 양원의 의장과의 협의를 거쳐 하원의 해산을 선포할 수 있다.” 90)라고 규정하고 있어서 프랑스 대통령은 하원해산권이 있다. 이와 같이 프랑스는 상술한 것을 모두 종합하여 볼 때 프랑스는 분권형 대통령제를 채택하고 있다.

분권형 대통령제를 경계해야 할 것은 분권형 대통령제는 제도적 한계가 있고, 분권형 대통령제 형태로 운영하는 국가에서도 예상치 못한 경험을 하면서 시행착오를 거쳤고, 분권형 대통령제의 단점으로는 대통령제가 안고 있는 제왕적 대통령제로의 변모가능성을 배제하기 어렵다는 점이다.⁹¹⁾ 분권형 대통령제가 극복되어야 할 제도운영상의 과제는 헌정의 실제에서 등장하는 동거정부의 운영이다. 동거정부의 상황은 대통령과 수상이 정부와 함께 자리 잡은 상태를 의미하는데, 프랑스의 경우 분권형 대통령제를 시행하면서 예상치 못한 동거정부형태를 경험하고 시행착오를 거쳐 오늘에 이르고 있다. 동거정부에서의 현상은 대통령이 하원의 다수파와 대립되고 있다는 사실이다.⁹²⁾

분권형 대통령제 즉 이원정부제를 채택하고 있는 각국에서의 그 구체적인 원리와 운용실태는 그들 나라의 정치문화와 정당체계 등에 따라 차이가 있다. 분권형 대통령제의 구체적 운용에 있어 대통령과 수상간의 권한배분 등 관계정립에 있어서는 각국에 따라 차이가 있으며, 개별국가 내에서도 선거결과와 정당제의 현실과의 결합여하에 따라 분

89) 정재황·한동훈, 위의 논문, 108면.

90) 정재황·한동훈, 위의 논문, 106면.

91) 한국헌법학회, 헌법개정연구, 2006. 11, 182면.

92) 정재황, 프랑스에서의 동거정부에 대한 헌법적 일고찰, 공법연구 제27집 제1호, 165면.

권형 대통령제는 유동적이고 가변적으로 운용되기도 한다. 학자들의 분석에 따르면 분권형 대통령제를 도입한 국가들은 도입당시의 이상과는 달리 그 운용실체에 있어서는 대통령제적 모델로 운영되든지 아니면 영향력은 있지만 권력을 갖지 못한 대통령을 둔 내각제의 모형에 가깝게 운영된다고 한다.⁹³⁾ 즉 각 국가의 개별적 상황과 정당들 사이의 세력균형의 여하에 따라 서로 다른 체제로 운영되게 되는데, 대통령이 의회의 과반수 지지를 받고 있는 한에는 공화국 최고의 권력자이지만 만약 야당이 의회의 과반수 의석을 차지하게 되면 실제적 권력은 총리가 장악하게 된다는 것이다.⁹⁴⁾ 결국 분권형 대통령제는 어떠한 사례에서도 대통령과 수상이 동시에 공동으로 집행부를 지배하는 방식인 절반 대통령제와 절반 의원내각제로 운영된 적이 없다는 것이다.

따라서 분권형 대통령제가 대통령제로 운용되는 시기에는 의회해산권 및 새로운 총선실시권 등 통상적인 대통령제하에서 대통령권한 이상의 과도한 권력집중으로 인한 제약적 대통령의 문제가 나타나며, 내각제로 운용되는 시기에는 실질적인 권한을 갖고 있는 직선 대통령이 존재함에 따라 내각제이면서도 대통령과 수상간의 권력배분을 둘러싼 갈등의 문제가 제기될 수 있다. 즉 분권형 대통령제는 대통령제나 의원내각제의 장점을 살리지 못하면서 양제도의 문제점이 중첩적으로 나타날 수 있다는 점에서 그 문제의 심각성이 지적되지 않을 수 없다.⁹⁵⁾

또한 대통령과 수상이 동일한 정당소속이라고 하더라도 대통령과 수

93) Juan J. Linz and A. Valenzuela ed., *The Failure of Presidential Democracy: Comparative Perspectives*, 1994 / 신명순·조정관 공역, *내각제와 대통령제*, 나남출판, 1995, 144-145면; 정만희, *헌법개정과 정치제도개혁 - 정부형태 개헌논의와 의회제도 개혁의 방향 -*, 피앤씨미디어, 2017, 54면에서 재인용.

94) Reymond Aron, *Alternation in Government in the Industrialized Countries*, *Government and Opposition* 17 no.1 1981, pp.3-21; 정만희, *헌법개정과 정치제도개혁 - 정부형태 개헌논의와 의회제도 개혁의 방향 -*, 피앤씨미디어, 2017, 54면에서 재인용.

95) 정진민, *한국의 정당정치와 대통령제 민주주의*, 인간사랑, 2008, 183면.

상의 책임소재가 분산되어 있어 양자간에는 항상 갈등의 소지가 있으며 결국 분권형 대통령제의 정상적 운영은 대통령의 개인적 성격이나 능력에 따라 좌우된다는 점에서도 문제가 있다.⁹⁶⁾

3. 개정 방향

프랑스의 분권형 대통령제는 의원내각제의 취약성을 극복하여 탄생한 정부형태이고, 정부가 대통령과 의회에 이중적으로 책임을 진다.⁹⁷⁾ 분권형 대통령제는 의원내각제의 토양 위에 성장한 정치체제이다. 분권형 대통령제는 의회의 다수파가 지지를 받는 대통령이 당선되는 경우에는 대통령과 수상이 동일정파 소속이므로 대통령제와 같은 모습을 보이게 된다. 그러나 대통령이 국회의 다수파의 지지를 받지 못하게 되는 경우에는 동거정부를 구성하는 것이 국정운영의 효율성을 꾀할 수 있기 때문에 실제로 프랑스에서는 동거정부형태로 운영되고 있다.⁹⁸⁾ 그래서 필자는 분권형 대통령제의 동거정부형태가 프랑스에서 앙시앵 레짐(ancien régime)의 문제점을 극복하여 누보레짐(nouveau régime)인지는 아직 평가하기는 이르다고 생각한다.⁹⁹⁾

인간은 자기가 처한 환경에서 완전히 독립적일 수 없고 환경의 무조건적인 지배자일 수도 없다.¹⁰⁰⁾ 대한민국 헌정사에서 대통령제의 역

96) Linz and Valenzuela/신명순·조정관 공역, 앞의 책, 146면; 정만희, 앞의 책, 55면에서 재인용.

97) 문광삼, 한국헌법학, 삼영사, 2011, 104면.

98) 대통령이 다수파의 지지를 얻지 못하는 경우에는 연립정부를 구성하여 내각을 구성하려고 시도할 것이다. 동거정부의 개념을 더욱 넓게 보면 1986년 이전에 같은 우파에 속한 대통령과 수상간에 알력이 있었던 경우도 포함시킬 수 있다고 하지만 일반적으로 동거정부는 소속정파를 달리하는 경우를 일컫는 경우로 한정해서 이해한다. 정재황, 앞의 논문, 165면 각주 40번 참조.

99) 문광삼, 한국과 프랑스의 경험과 정부형태의 선택, 헌법학의 과제, 김효전 교수 정년기념 논문집, 법문사, 2011, 173면.

100) 앞의 책, 49면; 문광삼, 한국과 프랑스의 경험과 정부형태의 선택, 헌법학의 과제, 김효전 교수 정년기념 논문집, 법문사, 2011, 173면에서 재인용.

사적 사실에서 벗어날 수 없고, 다소의 문제점이 있다 하여 누가 역사적 환경을 지배할 수 있을까!¹⁰¹⁾ 정부형태에 관한 논의는 자유롭지만 개선 아닌 선부른 개혁은 위험할 수 있다. 우리나라의 경우 제2공화국의 단명으로 의원내각제의 경험은 전무하다고 할 수 있다. 즉 분권형 대통령제의 역사적 토양이 마련되어 있지 않다. 이러한 상황에서 분권형 대통령제를 도입한다는 것은 하나의 정치실험에 불과하게 된다.¹⁰²⁾ 그리고 필자는 이러한 프랑스의 동거정부의 운영과 한국분단의 현실 속에서 남북대립상황에 맞게 우리나라는 강한 대통령의 리더십이 필요하기 때문에 우리나라는 분권형 대통령제가 적합하지가 않다고 생각한다. 그리고 필자는 우리나라는 분단국가이기 때문에 프랑스 처럼 분권형 대통령제를 시행한다면 조선민주주의인민공화국(이하 ‘북한’ 이라 한다)이 먼저 대한민국(이하 ‘남한’ 이라 한다)¹⁰³⁾을 선제공격해서 사변을 일으킨다면 사변을 해야 되는 상황임에도 대통령은 사변에 맞서서 무력을 행사해야 된다고 하고 수상은 사변에 맞서지 말고 다른 의견을 제시한다면 남·북한간에 수상과 대통령간에 의견대립으로 국정이 혼란해질 수 있기 때문에 분단국가인 현실에서는 분권형 대통령제가 맞지 않는다고 생각한다.

따라서 필자는 분단국가에서는 정부형태가 제왕적 대통령제하에서 통치하되 부분적으로 개정하는 것이 바람직하다고 생각한다.

V. 대통령의 임기에 관한 문제

1. 문제의 제기

101) C. P. Scott의 말(앞의 책, 20면); 문광삼, 한국과 프랑스의 경험과 정부형태의 선택, 헌법학의 과제, 김효전 교수 정년기념 논문집, 법문사, 2011, 173면에서 재인용.

102) 문광삼, 한국과 프랑스의 경험과 정부형태의 선택, 173면.

103) 줄고, 남·북한 형벌제도의 비교연구, 숭실대학교 대학원 석사학위논문, 2002, 1면.

필자는 분권형 대통령제가 아닌 현행헌법처럼 대통령제의 요소와 의원내각제적 요소의 절충을 하는 것을 전제로 대통령제를 더욱 효율적인 방향으로 개선해야 하는 것을 포함해서 개헌시 논의되어야 할 부분을 지적해 본다. 헌법 제70조는 “대통령의 임기는 5년으로 하며, 중임할 수 없다.” 라고 하여 대통령의 임기가 규정되어 있는데, 전문가들은 대통령의 임기에 관해서 다음과 같은 견해를 밝혔다.

〈표 1〉 개헌관련 전문가 의견

이름	소속	개헌 찬반	올바른 정치체제
김대환	서울시립대 법전문원 교수	개헌 찬성	분권형 대통령제
김하중	전남대 법전문원 교수	개헌 찬성	분권형 대통령제, 장기적으로 내각제
박명린	연세대 국학대학원 교수	개헌 찬성	분권형 대통령제
박선영	동국대 법대 교수	개헌 찬성	분권형 대통령제, 장기적으로 내각제, 양원제
변해철	한국외대 법전문원 교수	개헌 반대	-
임지봉	서강대 법전문원 교수	개헌 반대	-
장영수	고려대 법전문원 교수	개헌 찬성	분권형 대통령제, 장기적으로 내각제
최태욱	한림국제대 국제학과 교수	개헌 조건부 찬성	독일식 의원내각제
한상희	건국대 법전문원 교수	개헌 반대	-
황도수	건국대 법전문원 교수	개헌 찬성	독일식 의원내각제
김경진	법무법인 이인 변호사	개헌 찬성	4년 중임제
신인수	법무법인 소헌 변호사	개헌 반대	-
이건개	전 국회의장 헌법개정자문위원	개헌 찬성	6년 단임 분권형 대통령제

이재교	시대정신 대표	개헌 반대	4년 중임제
이재화	민변 사법위원장	개헌 찬성	4년 중임 분권형 대통령제
이현	시변 공동대표	개헌 찬성	-
전원책	변호사	개헌 반대	총리 대신 부통령제 도입, 궁극적으로는 내각제
조정	변호사	개헌 찬성	국회 양원제
최진영	대한변협 대변인	개헌 찬성	4년 중임제
하승수	녹색당 공동위원장	개헌 찬성	시민에게 권력 분산시키는 방향으로 논의해야

출처: 주간경향, 1099호, 2014. 11. 4; 오세훈, 왜 지금 국민을 위한 개헌인가?, 씨앤박스, 2016, 71면에서 재인용.

이것은 현행헌법이 가지고 있는 문제점과 함께 대안이 될 수 있는 새로운 개정방향을 제시하려는 것이다.¹⁰⁴⁾ 5년 단임제의 문제점은 대통령이 공약이행이나 국정을 운영하고 쇄신하는데 있어서 5년이라는 기간은 매우 짧다. 임기 안에 완성하려니 자주 무리를 하거나, 하나도 제대로 하기 어려운 한계가 있다.¹⁰⁵⁾ 임기초기에는 업무과약 부족이 불가피하고, 첫째 예산은 대통령 취임 이전에 이미 확정되어 있어 공약사업을 시작하기 어렵다. 그 사이에 4년 단위의 국회의원 총선거, 지방선거 등도 전국적으로 실시하고, 중간에 재보궐선거 실시해서 정권심판을 의식하지 않을 수 없다. 대통령 임기 중간에 실시되는 선거에서 집권여당이 승리하지 못할 경우 권력누수(레임덕)현상으로 국정수행이 어려워지기도 한다.

따라서 대통령이 선거공약을 충실히 이행하고 국정을 안정적으로 수행할 수 있도록 시간적 여유를 충분히 줄 필요가 있는 것이다. 이렇게

104) 윤대규, 앞의 책, 87면.

105) 오세훈, 왜 지금 국민을 위한 개헌인가?, 씨앤박스, 2016, 28-29면.

해야 정책의 연속성도 확보할 수 있고, 정권교체 후 발생하는 혼란과 부작용도 줄일 수 있다.¹⁰⁶⁾

4년 중임제를 도입할 경우에 현직 대통령이 임기동안에 자신의 국정수행에 대한 평가를 받게 된다. 현재의 방식은 대통령이 아니라 대통령이 소속된 정당이 평가를 받는다. 임기 말에 대통령의 지지도가 떨어지면 여당의 차기 대권주자가 대통령에게 탈당을 강요하여 실제로 탈당을 한 경우도 있고, ‘꼬리 자르기’ 식으로 차별화를 추구하기도 한다. 이렇게 되면 대통령의 책임 있는 국정 수행이 불가능하고, 정치적 소모전이 거듭될 수밖에 없다. 이것이 바로 단임제의 단점이고, 이를 개선하기 위한 대안으로 4년 중임제를 도입하자는 것이다.¹⁰⁷⁾

따라서 필자는 이러한 대통령의 단임제는 국정의 연속성, 책임정치의 구현을 실현하기가 어렵고 전문가들이 4년 중임제를 선호하기 때문에 대통령의 단임제에 관해서 문제를 제기한다.

2. 외국의 입법례

대통령의 임기에 관해서 외국의 헌법은 어떻게 규정되어 있는지 고찰하기로 한다. 먼저 프랑스의 대통령의 임기에 관해서 살펴보기로 한다.

프랑스는 2008년에 헌법개정을 해서 프랑스 제5공화국 헌법 제6조 제1항은 “대통령은 직접, 보통선거에 의하여 5년 임기로 선출한다.” 라고 규정되어 있고, 프랑스 제5공화국 헌법 제6조 제2항은 “대통령은 2회를 초과하여 연임할 수 없다.” 라고 규정되어 있어서¹⁰⁸⁾ 프랑스 대통령의 임기는 5년인데, 1번 더 연임할 수 있다. 따라서 프랑스에서는 대통령직을 연임해서 10년을 할 수 있는 것이다.

106) 오세훈, 위의 책, 29-30면.

107) 오세훈, 위의 책, 30면.

108) 김철수·김대환·이효원·정재황, 앞의 책, 152면.

그리고 최초의 헌법을 제정한 미국에서는 대통령의 임기에 관해서 어떻게 규정되어 있는지 살펴보기로 한다. 미국연방헌법 제2조 제1항 제1문은 “행정권은 미국 대통령에게 속한다. 대통령의 임기는 4년으로 하며, 동일한 임기의 부통령과 함께 다음과 같은 방법에 의하여 선출한다.” 라고 규정되어 있고, 미국연방수정헌법 제22조 제1항은 “누구라도 2회를 초과하여 대통령직에 선출될 수 없으며, 타인이 대통령으로 당선된 임기 중 2년 이상 대통령직에 있었거나 대통령 직무를 대행한 자는 1회를 초과하여 대통령직에 당선될 수 없다. 다만 이 조는 연방의회가 이를 발의하였을 때에 대통령직에 있는 자에게는 적용되지 아니하며, 또 이 조가 효력을 발생하게 될 때에 대통령직에 있거나 대통령 직무를 대행하고 있는 자가 잔여임기 중 대통령직에 있거나 대통령 직무를 대행하는 것을 방해하지 아니한다.” 라고 규정되어 있다.¹⁰⁹⁾

따라서 프랑스 대통령의 임기는 5년인데 1번 연임할 수 있고, 미국 연방대통령의 임기는 4년인데 1번 연임할 수 있다.

3. 개정방향

상술한 바와 같이 미국은 대통령임기가 4년이고 1번 연임할 수 있고 우리나라는 <표 2>와 같이 전문가들이 4년 중임제를 선호하고 있어서 필자는 우리나라도 미국연방헌법을 본받아서 대통령의 임기를 4년으로 개정하고, 1번 더 연임할 수 있게 해야 한다고 생각한다. 즉 우리나라는 미국연방헌법처럼 대통령의 임기를 5년 단임제에서 4년 중임제로 개헌을 하는 것이 타당하다고 생각한다.¹¹⁰⁾

따라서 필자는 대통령의 임기를 규정한 헌법 제70조는 “대통령의

109) 김철수·김대환·이효원·정재황, 위의 책, 151면.

110) 윤대규, 앞의 책, 87면.

임기는 5년으로 하며, 중임할 수 없다.” 라고 규정되어 있는데, 헌법 제70조를 대통령의 임기는 4년으로 하며, 중임할 수 있다 라고 헌법 개정을 하여야 한다고 생각한다.

VI. 결론

최근에 제4차 산업혁명 시대가 도래하게 되어 정보기본권은 앞으로 국민의 기본권으로 되어야 하기 때문에 국회가 토론회를 개최하여 정보기본권에 관한 헌법규정여부에 관해서 국민들의 국민적 합의를 얻어서 헌법에 기본권으로 규정할지의 여부를 판단해야 한다고 생각한다. 필자는 정보기본권은 정보이용자들이 가지는 새로운 기본적인 권리라고 생각하기에 헝가리 헌법 제51조 제2항과 제3항처럼 헌법에 명문으로 규정하는 것이 타당하다고 생각하고 정보기본권이 인간의 권리에 해당하므로 헌법상의 권리로 규정되어야 한다고 생각한다.

그리고 입법론으로 필자는 헌법 제17조는 “모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니 한다.” 라고 규정한 것을 헌법 제17조 제1항으로 변경하고, 헌법 제17조 제2항은 모든 국민은 정보에 관하여 정보기본권을 가진다 라고 신설하고, 헌법 제17조 제3항은 정보기본권에 관한 사항은 법률로 정한다 라고 하고, 헌법 제127조 제1항에서 정보를 삭제하고, 헌법 제17조 제4항은 국가는 정보기본권의 개발을 통하여 국민경제의 발전에 노력하여야 한다 라고 신설하고, 헌법 제17조 조문에 제2항, 제3항, 제4항의 조항을 신설해야 하고, 정보기본권을 보장하는 법률로 정보기본법을 제정해야 한다고 생각한다.

그리고 헌법개정을 해야 한다면 국회가 중심이 되는 헌법으로 개정되어야 하고, 제4차 산업혁명에 적합한 헌법으로 개정되어야 할 것이다.¹¹¹⁾ 그리고 필자는 제4차 산업혁명에 적합한 헌법개정은 정보기본

111) 김철수, 헌법개정, 과거와 미래 - 제10차 헌법개정을 생각한다 - , 412-413면.

권을 헌법에 규정하는 것이라고 생각한다.

또한 필자는 독일과 그리스 그리고 포르투갈처럼 헌법에 저항권을 규정하는 것이 타당하다고 생각한다. 구체적으로 말하면, 헌법 제1조 제3항을 신설하여 국가권력이 헌정질서를 위협할 정도로 침해가 있고 침해받은 2인 이상의 국민이 있는 경우에 모든 국민은 다른 구제수단이 불가능할 때에는 국가권력에 저항할 권리를 가진다 라고 저항권을 규정하고, 헌법 제1조 제4항에 전항의 저항권을 행사하는 모든 국민은 위법성과 책임성이 조각되어 범죄를 구성하지 아니하고, 불법행위로 인한 손해배상청구가 발생하지 아니한다 라고 규정하여 저항권행사로 인해서 발생하는 범죄를 비범죄화했고, 불법행위로 인한 손해배상청구가 발생하지 않도록 규정했다.

우리나라의 정부형태는 대통령제인데, 의원내각제적 요소를 가미하고 있다. 이러한 정부형태를 개정하려고 노력하고 있는 것이 분권형 대통령제인데 분권형 대통령제를 도입함에는 동거정부를 극복해야 한다. 동거정부에서의 현상은 대통령이 하원의 다수파와 대립되고 있다는 사실이다.¹¹²⁾ 분권형 대통령제는 의회의 다수파가 지지를 받는 대통령이 당선되는 경우에는 대통령과 수상이 동일정과 소속이므로 대통령제와 같은 모습을 보이게 되지만 대통령이 국회의 다수파의 지지를 받지 못하게 되는 경우에는 동거정부를 구성하는 것이 국정운영의 효율성을 꾀할 수 있기 때문에 동거정부형태로 운영되고 있다.¹¹³⁾ 필자는 분권형 대통령제가 우리나라에는 적합하지 않다고 생각한다. 그 이유는 한국분단의 현실 속에서 남북대립상황에 맞게 우리나라는 강한 대통령의 리더십이 필요하기 때문이다. 프랑스처럼 분권형 대통령제를

112) 정재황, 앞의 논문, 165면.

113) 대통령이 다수파의 지지를 얻지 못하는 경우에는 연립정부를 구성하여 내각을 구성하려고 시도할 것이다. 동거정부의 개념을 더욱 넓게 보면 1986년 이전에 같은 우파에 속한 대통령과 수상간에 알력이 있었던 경우도 포함시킬 수 있다고 하지만 일반적으로 동거정부는 소속정파를 달리하는 경우를 일컫는 경우로 한정해서 이해한다. 정재황, 위의 논문, 165면 각주 40번 참조.

시행한다면 북한이 먼저 남한을 선제공격해서 사변을 일으킨다면 사변을 해야 되는 상황임에도 대통령은 사변에 맞서서 무력을 행사해야 된다고 하고 수상은 사변에 맞서지 말고 다른 의견을 제시한다면 수상과 대통령간에 의견대립으로 국정이 혼란해질 수 있기 때문에 분단국가인 현실에서는 분권형 대통령제가 적합하지 않다고 생각한다.

그리고 <표 1>과 같이 전문가들이 4년 대통령 중임제를 선호하고 있어서 필자는 국정의 연속성과 책임정치의 구현을 실현하기 위해서 헌법 제70조를 대통령의 임기는 4년으로 하며, 중임할 수 있다 라고 개정해야 한다고 생각한다.

또한 필자는 국회는 개헌을 심층적으로 연구하여 방향을 설정하여야 하고,¹¹⁴⁾ 빨리 공청회와 토론회를 개최하여 우리나라가 발전될 수 있도록 그리고 국민들이 행복한 삶을 살 수 있도록 국회개헌안을 만들어서 헌법개정을 해야 한다고 생각한다.

114) 김철수, 헌법개정, 과거와 미래 - 제10차 헌법개정을 생각한다 - , 410면.

[참고문헌]

I. 국내문헌

1. 국내문헌

- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010.
- 김주영, 정보시장과 균형 - 헌법사회학적 접근 -, 경인문화사, 2013.
- 김철수, 헌법개정, 과거와 미래 - 제10차 헌법개정을 생각한다 -, 진원사, 2008.
- 김철수·김대환·이효원·정재황, 세계비교헌법, 박영사, 2014.
- 김학성, 헌법학원론, 박영사, 2012.
- 김희영, 이야기 중국사 1, 청아출판사, 2004.
- 문광삼, 한국헌법학, 삼영사, 2011.
- 성낙인, 헌법학, 법문사, 2017.
- 심재우, 저항권, 고려대학교 출판부, 2000.
- 오세훈, 왜 지금 국민을 위한 개헌인가?, 씨앤북스, 2016.
- 윤대규, 왜 개헌인가?, 도서출판 한울, 2005.
- 이정재, 개헌 어떻게 할 것인가? - 기본권과 권력구조에 대한 탐색 & 추진전략 -, 북맘, 2016.
- 정만희, 헌법개정과 정치제도개혁 - 정부형태 개헌논의와 의회제도 개혁의 방향 -, 피앤씨미디어, 2017.
- 정진민, 한국의 정당정치와 대통령제 민주주의, 인간사랑, 2008.
- 한국헌법학회, 헌법개정연구, 2006. 11.
- 허영, 한국헌법론, 박영사, 2016.
- _____, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2017.

2. 논문

- 김정완, 남·북한 형벌제도의 비교연구, 송실대학교 대학원 석사학위논문, 2002.
- 김철수, 한국헌법 60주년과 헌법개정문제, 헌정60년 회고 헌법재판과 민주주의, 제145회 학술대회 발표논문, 한국헌법학회, 2008.
- 국순옥, 자유민주적 기본질서란 무엇인가, 민주법학 제8호, 민주주의 법학연구회, 1994.
- 문광삼, 한국과 프랑스의 경험과 정부형태의 선택, 헌법학의 과제, 김효전 교수 정년기념 논문집, 법문사, 2011.
- 오승철, 저항권이론의 재조명 - 혁명권·저항권·시민불복종의 통합을 향한 탐색 -, 민주법학 제40호, 민주주의법학연구회, 2009. 7.
- 이공주, 사회적 요구가 큰 헌법조항의 개정논의에 관한 검토 - 영장주의, 겸직금지, 불체포특권, 사면권을 중심으로 -, 법학연구 제59집 한국법학회, 2015.
- 이승우, 현대입헌민주국가에서의 저항권에 관한 연구, 연세법학연구 1권, 연세법학회, 1990. 2.
- 정재황, 프랑스에서의 동거정부에 대한 헌법적 일고찰, 공법연구, 제27집 제1호.
- 정재황·한동훈, 2008년 프랑스 헌법개정에 관한 연구, 한국법제연구원, 2008.
- 조재현, 정부형태에 관한 헌법개정논의, 법학연구 제18권 제4호, 연세대학교 법학연구원, 2008.

3. 기타자료

- 박근영, 더 똑똑해지는 자동차, 인공지능자동차를 바꾼다, 2017. 9.

24. 방문. 《<http://blog.naver.com/PostPrint.nhn?blogId=hwgi01&logNo=221061798975>》.

유지영, 사우디 시민권 받은 로봇 탄생 ... 사우디 여성보다 권한 더 많아, 2017. 10. 29. 방문. 《<http://biz.chosun.com/svc/news/printContent1.html?type=>》.

세계일보, 2013. 8. 21. SNS에 올린 당신의 모든 정보 줄줄 샌다.

조선일보, 2017. 8. 18. 개헌, 약속대로 내년 6월 지방선거때 국민 투표.

조선일보, 2017. 10. 12. 넌 뽀통령, 난 대통령.

중앙일보, 2017. 11. 2. 내년 지방선거때 개헌 국민투표 바람직.

〔 국문초록 〕

국민은 국가권력구조의 개편을 위한 헌법개정보다는 사회적 논란이 야기되고 있는 현행헌법의 문제점을 개선하고 재정립하여 불필요한 사회적 갈등을 해소하는 헌법개정을 원하고 있다. 헌법개정을 하려면 국민들의 다양한 의견과 요구를 수렴하고 국민의 의사가 개헌안에 반영되어야 한다. 그리고 개헌이 정당화되기 위해서는 먼저 개헌의 필요성에 관한 국민적 합의가 전제되어야 한다. 그 국민적 합의가 도출되지 않은 상황에서 정치권에서 개헌안을 발의하는 것은 정당화되기 어렵다. 그래서 개헌논의의 공론화를 통한 국민적 합의의 도출을 위해서는 정당, 학계, 언론기관 그리고 시민단체들이 여론조사와 공청회 그리고 토론회를 개최하여 공론화 과정에 능동적으로 참여해야 한다. 헌법개정의 민주적 정당성을 확보하기 위해서는 국회가 주도하여 개헌안의 발의가 이루어져야 할 것이지만, 그 과정에 국민의 활발한 참여가 보장되어야 하는 것이 중요하다.

필자는 정보기본권과 저항권, 정부형태 그리고 대통령의 임기에 관하여 헌법개정을 해야 한다고 생각한다. 구체적으로 말하면 정보기본권은 정보이용자의 보호를 위해 고려될 수 있는 기본적 권리이고 새로운 기본권이다. 정보이용자들은 문화적 참여권 등의 문화적 기본권을 누리게 되기 때문에 정보이용자들은 적극적으로 국가에 대해 문화적 기본수요에 대한 충족을 요구할 수 있는 근거를 보유하고 있다. 그리고 필자는 정보기본권이 헌법상의 권리로 규정되어야 한다고 생각한다.

또한 필자는 헌법 제1조 제3항을 신설하여 국가권력이 헌정질서를 위협할 정도로 침해가 있고 침해받은 2인 이상의 국민이 있는 경우에 모든 국민은 다른 구제수단이 불가능할 때에는 국가권력에 저항할 권리를 가진다 라고 저항권을 규정하는 것이 타당하다고 생각한다.

현행헌법의 제일 큰 문제점은 대통령제 정부형태를 취하고 있으면서도 대통령제의 장점을 발휘할 수 없게 되어 있다는 점이다. 그리고 대통령 단임제

는 과거와 같은 1인 장기집권의 폐해를 방지하는 면에서는 순기능적이지만 조기 레임덕 현상으로 안정적인 국정수행이 어렵게 된다. 또한 국정의 연속성 및 유기적 운영 그리고 책임정치의 구현이라는 측면에서도 재임의 가능성을 열어놓아야 한다. 특히 집권여당이 국회의 소수당일 때 대통령단임제의 권력행사가 얼마나 제한되며 소모적이 될 수 있는지는 우리가 잘 경험한 바이다. 현재 우리나라의 대통령의 임기를 규정한 헌법 제70조는 “대통령의 임기는 5년으로 하며, 중임할 수 없다.” 라고 규정되어 있는데, 필자는 이러한 대통령의 단임제는 국정의 연속성, 책임정치의 구현을 실현하기가 어렵기 때문에 대통령의 단임제의 채택여부에 관해서 강력히 문제를 제기하는 바이다. 필자는 대통령의 임기를 5년 단임제에서 4년 중임제로 개헌하는 것이 고려되어야 한다고 생각한다.

만약 우리나라가 헌법개정이 필요하다면 지금까지 나온 헌법개정안을 분석하고 새로운 외국법을 참조하여 앞으로의 국가발전을 위하여 국회는 헌법연구를 해야 한다. 그리고 헌법개정을 해야 한다면 국회가 중심이 되는 헌법을 만들어야 할 것이요, 제4차 산업혁명에 적합한 헌법을 개정해야 할 것이다.

주 제 어 : 제4차 산업혁명, 헌법개정, 저항권, 정부형태, 대통령의 임기

[ABSTRACT]

A Study on the Amendment of Korea Constitution

- Focused on the term of the president, a form of government, right of resistance, the fundamental right of information -

Kim, Jung Wan

What people want is not the revision which solve the problem of the constitution in force which causes social controversy, resolving unnecessary social conflict in order to amend the Constitution.

However, what people want is not the revision of the Constitution for restructuring state power system, but the revision which solve the problem of the Constitution in force which causes social controversy, resolving unnecessary social conflict. In order to amend the Constitution, various opinions and demands of the people should be collected and the will of the people should be reflected in the constitution. In order for the amendment to be justified, a national consensus on the necessity of amendment should be premised. It is difficult to justify the proposal for a constitutional amendment in the political circle in the absence of national consensus. Therefore, political parties, academics, media organizations, and civic groups should hold

public opinion surveys, public hearings and debates to actively participate in the process of public debate in order to draw public consensus through the public discussion of the constitutional debate. In order to secure the democratic legitimacy of the amendment of the Constitution, the National Assembly should initiate the initiative of the constitutional amendment proposal, but it is important that active participation of the people is guaranteed in the process.

Writer thinks that the Constitution should be revised with respect to the fundamental right of information, right of resistance, a form of government and presidential term. To put it concretely the fundamental right of information is a fundamental right that can be considered for the protection of information users and it is a new fundamental right. Since information users enjoy cultural fundamental rights such as cultural participation rights, information users have a basis for actively demanding the fulfillment of basic cultural needs of the nation. And writer thinks that the fundamental right of information should be defined as constitutional rights.

In addition writer thinks that if there are two or more people whose powers are violated and whose two or more people are violated by the establishment of Article 1 paragraph 3 of the Constitution, all people have the right to resist state authority when it is impossible.

The main problem of the current Constitution is that it can not take advantage of the presidential system while taking the form of the presidential system. And the president's single - term system is purely functional in terms of preventing the abolition

of long - term power such as the past, but it is difficult to carry out stable government due to premature lame duck phenomenon. In addition, the possibility of reappointment should be opened in terms of continuity of state affairs, organic operation, and implementation of responsible politics. In particular, we have experienced how limited and unnecessary the exercise of the power of the unilateral presidency can be when the ruling party is a minority party of the National Assembly. Article 70 of the Constitution, which prescribes the term of the President of the Republic of Korea, stipulates that “the term of the President shall be five years and that it can not be redeemed” . It is difficult to do so, and it poses a serious problem.

Writer thinks the reform of the president 's term from a five - year term to a four - year term should be considered. In addition, the current lawmakers' right to unblock is recognized, but if the case is bound by the consent of the National Assembly and is bound by the court, the authority shall be suspended until a final judgment is reached.

If Korea needs to revise the Constitution, the Constitutional amendment should be analyzed and the Constitutional Law should be studied by the National Assembly for the future development of the nation by referring to the new foreign law. And a constitutional amendment is to be made, the Constitution should be made central to the National Assembly, and the Constitution suitable for the fourth industrial revolution should be revised.

Key Words : the fourth industrial revolution, constitutional amendment, right of resistance, a form of government, presidential term

논문투고일 : 2018. 12. 9.
논문심사일 : 2018. 12. 27.
게재확정일 : 2018. 12. 29.

외국의 민간경비관련 법제와 시사점

김진철*

[목 차]

- | | |
|-------------------|-----------------------------|
| I. 서론 | III. 외국의 민간경비관련
법제 및 시사점 |
| II. 한국의 민간경비관련 법제 | IV. 결론 |

I. 서론

복잡화·다양화하고 있는 현대사회에 있어서 민간경비는 공경비인 경찰력의 한계를 극복하여 국민의 안전을 도모할 수 있는 필요불가결의 유망산업이라고 할 수 있을 것이다. 그러나 실체는 일부의 대규모 민간경비업체를 제외하고는 상당수의 민간경비업체가 그 영세성으로 인하여 증가하고 있는 국민의 치안수요에 대한 질적·양적으로 충분한 대응을 하지 못하고 있는 것이 실정이다. 따라서 민간경비의 활성화를 위해서는 기본적으로 민간경비 산업에 대한 국민적 신뢰와 국가적 검

* 전남과학대학교 교수 / 법학박사

증이 이루어져야 하며 경찰에 버금가는 치안서비스 활동이 이루어 질 수 있도록 국가는 제도적으로 뒷받침을 하여야 한다.

한국에 있어서 민간분야에서 공경비의 보조적 또는 보완적 측면에서 사회안전 역할의 수행을 법적·제도적으로 마련하고 있는 장치로서 민간경비의 사회범죄예방 활동에 대한 각종의 규제와 지침 및 민간경비의 안전역할의 근거 및 지원을 규정하고 있는 법으로는 청원경찰법과 경비업법이 있다.

한국의 경비업법은 경비업의 육성 및 발전과 그 체계적 관리에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 경비업의 건전한 운영에 이바지함을 목적으로 하고 있으며, 경비업자, 경비지도사 및 경비원의 활동과 운영을 규제하고 있는 한국 민간경비산업의 근거법이다. 또한 청원경찰제도는 경찰력의 부족현상에서 비롯되어 국가중요시설의 경비를 목적으로 국가기관이나 공공단체, 국내주재 외국기관, 기타 행정안전부장관령으로 정하는 국가의 중요시설 및 사업장 또는 장소 등에서 청원주가 소요경비를 부담할 것을 조건으로 민간인 신분의 경찰력을 배치하는 것을 말하며 이를 위하여 청원경찰법은 청원경찰의 지위 및 업무에 대하여 규정하고 있으며 공경비인 경찰력의 한계를 극복하기 위한 보완적 장치로서 민간경비의 법제도적 장치로서 도입되었다¹⁾. 그러나 현재 각각 별도로 이원적으로 운영되고 있는 민간경비측면의 법제도적 장치는 경비업법에서 규정하고 있는 경비업무와 청원경찰법상의 청원경찰의 업무의 중복 등의 문제점을 가지고 있어 제도적인 혼란과 처우 등의 문제의 차별성으로 인한 경비원간의 갈등이 발생하고 있다. 범죄예방기구로서 민간경비제도가 발전하고 사회적으로 정착되기 위해서는 법적체제와 기반이 우선적으로 통합되거나 단일화되어야 하고, 이에 따라 동일업종에 종사하는 종사자들의 직무와 활동도 동일한 범으로 보장받거나 제한되어야 한다. 민간경비제도는 사회현상에 따라 일시적

1) 박동균, “개정 경비업법의 문제점과 개선방안” 「한국민간경비학회보」 제1호, 한국민간경비학회, 2002, 135면.

으로 출현한 사회적 산물이 아니라 사회치안과 범죄예방을 위해 역사적으로 발전되어 온 사회적 제도이기 때문이고, 공공성과 효율성이 강조되기 때문이다. 따라서 이제는 민간경비라고 하는 큰테두리 안에서 경비업법의 개선을 재고해 봐야 할 것이다. 또한 현실적으로나 민간경비의 발전적 측면에서 보더라도 민간경비에 대한 통합된 법적 근거와 제도적인 장치가 필요한 시점이며 다만 방법상으로 제도적인 검토가 필요하다고 할 것이다. 이에 대하여 민간경비의 취지를 살리고 활성화하기 위해서는 이에 대한 제도적 연구가 활발한 선진 외국의 관련제도를 살펴보고 이를 참고하여 우리 실정에 맞는 대안을 모색하는 것도 한 방법이 될 수 있다.

따라서 본 논문에서는 민간경비 업무의 법적 장치로서 법률적 근거를 제시하고 있는 청원경찰법과 경비업법의 이원적인 운용에 대한 문제점을 도출하고 주요 선진국의 민간경비에 대한 실정법적 근거가 되는 관련 법제를 살펴봄으로써 현행 우리나라 민간경비법제의 개선에 접목될 수 있는 개선방안을 제시하고자 한다.

II. 한국의 민간경비관련 법제

1. 민간경비의 의의

가. 의의

경비는 크게 공경비(경찰)와 사경비(민간경비)로 나눌 수 있고 특히 사경비인 민간경비란 일반적으로 여러 위해로부터 개인의 생명과 재산을 보호하기 위하여 경비 및 안전에 관한 각종 서비스를 의뢰한 특정의 의뢰자에게 받은 보수만큼의 서비스를 행하는 개인, 단체, 기업의 활동을 말한다고 정의하고 있다²⁾. 이와 관련하여 한국에서는 경비업

을 시설경비업무, 호송경비업무, 신변보호업무, 기계경비업무, 공항(항공기 포함) 등의 국가중요시설의 경비 및 도난, 화재 기타 위험발생을 방지하는 특수경비업무의 전부 또는 일부를 도급받아 행하는 영업을 말한다²⁾고 정의하고 있다³⁾. 그러나 이러한 정의는 각국의 역사적 배경이나 관련법령에 따라 다양하고 또한 민간경비의 범위가 확장되어 나가고 있는 상황에서 유동적이므로 많은 학자들 가운데 통일된 의견의 일치를 보지 못하고 있다⁴⁾.

나. 민간경비의 기능 및 역할

일반적으로 민간경비의 주 활동은 사전적·예방적 기능을 하는 활동으로 그 일차적 기능은 내외적 위협 및 위해로부터 자유로운 상태를 확보하기 위한 다양한 수단과 조치를 취하기 위한 보안기능이다⁵⁾. 또한 공경비와 관계에서 경찰과 민간경비는 투입되는 경비서비스의 질과 양, 역할과 기능, 서비스의 대상, 전달조직, 산출면에서 여러 가지 차이점이 있으며, 공공의 질서유지 및 범인체포와 같은 사후적·법집행적인 면을 최우선으로 하는 경찰에 반하여, 고객의 손실감소나 재산보호 등과 같은 사전적·예방적인 면을 중요시하는 면에서 이질적이라고 볼 수도 있지만 결국 공경비나 민간경비나 모두 그 대상이 되는 고객이 개인으로서는 국민이라고 본다면 범죄예방, 위협방지, 질서유지라는 같은 목적을 가지고 있다고 볼 수 있다⁶⁾. 따라서 민간경비는 경찰업무에 대한 민영화의 일환으로 경찰업무의 공백을 메울 수 있으며 국민의 치안수요의 확대에 대응하고 경찰에 의한 위협방지 업무를 보완하

2) Bilek·Lejins&Meter, Private Security, Anderson Pub. Co., 1997, 3

3) 경비업법 제2조 1호.

4) 김기재, 우리나라 민간경비 활성화 방안에 관한 소고, 『영산법률논총』, 7(1), 2010, 56면.

5) 김기재, 위의 논문, 56-57면.

6) 김기재, 위의 논문, 57-58면.

는 보완적 기능을 담당할 수 있다⁷⁾.

다. 법적 성격

민간경비업무는 사람의 생명·신체에 대한 위해, 재산에 대한 침해를 방지하고 경계하는 업무로써 그 성격상 타인의 권리나 자유를 침해하거나 개인이나 단체의 활동에 대한 제재를 가하는 위법·부당한 행위를 수반할 가능성이 있는 역기능적인 측면이 있는 영업이므로 그 특성상 공익적 성격을 내포하고 있다. 따라서 이에 대한 국가적 감독으로서 법적 규제 및 행정상의 감독이 수반되어야 한다⁸⁾. 또한 민간경비는 기업에 의한 경비서비스의 제공이라는 측면에서 영리성을 무시할 수 없다. 다만 영리성을 강조할 경우 치안서비스의 공공성을 침해할 우려가 높으므로 영리성을 과도하게 침해하지 않는 범위내에서 그 한계를 설정하는 것과 더불어 이러한 이중적 성격을 조화롭게 양립시키기 위한 법적 규제 등을 제도화해야 할 것이다⁹⁾.

2. 한국의 민간경비관련 법제

가. 의의

한국의 민간경비를 규제하고 있는 법으로는 경비업법과 청원경찰법이 있다. 민간경비는 영리성을 담보하는 한편 그 역기능의 억제를 위하여 민간경비업무의 공공성에 근거하여 일정한 국가적 규제와 감독을 필요로 한다¹⁰⁾. 따라서 이를 위한 법적·제도적 장치의 마련이 필요하

7) 한신만, 「민간경비제도에 관한 연구」, 중앙대학교 석사학위논문, 2005, 17면.

8) 이민형, 각국의 민간경비관련 법제에 관한 비교법적 고찰. 「한국균형발전연구」. 2(1), 2011, 95-96면.

9) 이민형, 「한국 민간경비제도 정립을 위한 경비업법 개선방안」. 용인대학교 대학원 박사학위논문, 2010, 14면.

고 민간경비의 주체에 대한 요건 및 지위와 의무 등에 관하여 필요한 법적 규제와 행정상의 감독을 규제하고 있는 것이 경비업법이다.

한편, 청원경찰법은 청원경찰의 직무·임용·배치·보수·사회보장 및 기타 필요한 사항을 규정함으로써 청원경찰의 원활한 운영을 목적으로 1962년 제정되었으며, 청원경찰법에서 말하는 청원경찰이란 국가기관 또는 공공단체와 그 관리하에 있는 중요 시설 또는 사업장, 국내 주재 외국기관, 기타 행정자치부령으로 정하는 중요 시설, 사업장 또는 장소에 해당하는 기관의 장 또는 시설·사업장 등의 경영자가 경비를 부담할 것을 조건으로 경찰의 배치를 신청하는 경우 그 기관·시설 또는 사업장 등의 경비를 담당하게 하기 위하여 배치하는 경찰¹¹⁾을 말한다.

나. 주체 및 요건

경비업은 법인만이 이를 영위할 수 있으며 경비업을 영위하고자 하는 법인은 1억원이상의 자본금, 일정의 경비인력 요건, 교육장등의 시설과 장비의 보유, 기타 대통령령으로 정하는 사항의 요건을 갖추어 도급받아 행하고자 하는 경비업무를 특정하여 그 법인의 주사무소의 소재지를 관할하는 지방경찰청장의 허가를 받아야 하고¹²⁾, 영업의 폐업 또는 휴업, 법인의 명칭이나 대표자·임원의 변경, 법인의 주사무소나 출장소의 신설·이전 또는 폐지, 기계경비업무의 수행을 위한 관제 시설을 신설·이전 또는 폐지, 특수경비업무의 개시 또는 종료, 기타 대통령령이 정하는 중요사항의 변경 등 도급받아 행하고자 하는 경비업무를 변경하는 경우에도 지방경찰청장에게 신고하여야 한다¹³⁾. 또한 피성년후견인 또는 피한정후견인, 파산선고를 받고 복권되지 아니

10) 이민형, 위의 논문, 2010, 24면.

11) 청원경찰법 제1조, 제2조.

12) 경비업법 제4조 제1항, 제2항.

13) 경비업법 제4조 제3항.

한 자, 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 형이 실효되지 아니한 자, 경비업법 또는 대통령 등의 경호에 관한 법률에 위반하여 벌금형의 선고를 받고 3년이 지나지 아니한 자, 경비업법 또는 경비업법에 의한 명령에 위반하여 허가가 취소된 법인의 허가취소 당시의 임원이었던 자로서 그 취소 후 3년이 지나지 아니한 자, 경비원을 허가받은 경비업무외의 업무에 종사하게 하거나 경비업무의 범위를 벗어난 행위를 하게 하여 허가가 취소된 법인의 허가취소 당시의 임원이었던 자로서 허가가 취소된 날부터 5년이 지나지 아니한 자는 법인의 임원이 될 수 없다¹⁴⁾.

경비업 허가의 유효기간은 허가받은 날부터 5년이며 유효기간이 만료된 후 계속하여 경비업을 하고자 하는 법인은 일정한 절차에 따라 갱신허가를 받아야 한다¹⁵⁾.

다. 자격 및 직무범위

(1) 자격

만 18세 미만인 자, 피성년후견인·피한정후견인, 파산선고를 받고 복권되지 아니한 자, 금고 이상의 실형의 선고를 받고 그 집행이 종료되거나 집행이 면제된 날부터 5년이 지나지 아니한 자, 금고 이상의 형의 집행유예선고를 받고 그 유예기간 중에 있는 자, 범죄단체조직에 관한 죄, 강간·간음·추행에 관련된 범죄 등에 해당하는 죄를 범하여 벌금형을 선고받은 날부터 10년이 지나지 아니하거나 금고 이상의 형을 선고받고 그 집행이 종료된 날 또는 집행이 유예·면제된 날부터 10년이 지나지 아니한 자 및 치료감호를 선고받고 그 집행이 종료된 날 또는 집행이 면제된 날부터 10년이 지나지 아니한 자, 절도·강도에

14) 경비업법 제3조.

15) 경비업법 제6조.

관련된 범죄를 범하여 벌금형을 선고받은 날부터 5년이 지나지 아니하거나 금고 이상의 형을 선고받고 그 집행이 유예된 날부터 5년이 지나지 아니한 자 및 치료감호를 선고받고 그 집행이 면제된 날부터 5년이 지나지 아니한 자, 경비업법이나 경비업법에 따른 명령을 위반하여 벌금형을 선고받은 날부터 5년이 지나지 아니하거나 금고 이상의 형을 선고받고 그 집행이 유예된 날부터 5년이 지나지 아니한 자는 경비지도사 또는 일반경비원이 될 수 없다¹⁶⁾.

또한 만 18세 미만 또는 만 60세 이상인 자, 피성년후견인, 피한정후견인, 경비지도사 및 경비원의 결격사유의 어느 하나에 해당하는 자, 금고 이상의 형의 선고유예를 받고 그 유예기간 중에 있는 자, 일정의 신체조건에 미달되는 자는 특수경비원이 될 수 없으며¹⁷⁾, 경비업자는 결격사유에 해당하는 자를 경비지도사 또는 경비원으로 채용 또는 근무하게 하여서는 아니된다.

한편 청원경찰은 청원주가 지방경찰청장의 승인을 받아 임용하나, 피성년후견인 또는 피한정후견인, 파산선고를 받고 복권되지 아니한 자, 금고 이상의 실형을 선고받고 그 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년이 지나지 아니한 자, 금고 이상의 형을 선고받고 그 집행유예 기간이 끝난 날부터 2년이 지나지 아니한 자, 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에 그 선고유예 기간 중에 있는 자, 법원의 판결 또는 다른 법률에 따라 자격이 상실되거나 정지된 자, 공무원으로 재직기간 중 직무와 관련하여 「형법」 제355조 및 제356조에 규정된 죄를 범한 자로서 300만원 이상의 벌금형을 선고받고 그 형이 확정된 후 2년이 지나지 아니한 자, 징계로 파면처분을 받은 때부터 5년이 지나지 아니한 자, 징계로 해임처분을 받은 때부터 3년이 지나지 아니한 자 등 국가공무원법 제33조의 결격사유에 해당하는 자는 임용될 수 없다¹⁸⁾.

16) 경비업법 제10조 제1항.

17) 경비업법 제10조 제2항.

(2) 직무

경비업자는 대통령령이 정한 일정한 교육을 통하여 경비지도사를 선임하여야 하고 경비지도사는 경비원의 지도·감독·교육에 관한 계획의 수립·실시 및 그 기록의 유지, 경비현장에 배치된 경비원에 대한 순회 점검 및 감독, 경찰기관 및 소방기관과의 연락방법에 대한 지도, 집단 민원현장에 배치된 경비원에 대한 지도·감독, 일반경비원에 대한 교육 등의 직무를 성실하게 수행하여야 한다¹⁹⁾.

특수경비업자는 특수경비원으로 하여금 배치된 경비구역안에서 관할 경찰서장 및 공항경찰대장 등 국가중요시설의 경비책임자와 국가중요시설의 시설주의 감독을 받아 시설을 경비하고 도난·화재 그 밖의 위협의 발생을 방지하는 업무를 수행하게 하여야 한다²⁰⁾. 또한 특수경비원은 국가중요시설의 경비를 위하여 무기를 사용하지 아니하고는 다른 수단이 없다고 인정되는 때에는 필요한 한도안에서 무기를 사용할 수 있다(경비업법 제14조 제8항).

경비원이 휴대할 수 있는 장비의 종류는 경적·단봉·분사기 등이며, 근무 중에만 이를 휴대할 수 있고 장비를 임의로 개조하여 통상의 용법과 달리 사용함으로써 다른 사람의 생명·신체에 위해를 가하여서는 아니된다. 또한 경비원은 경비업무를 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 필요한 최소한도에서 장비를 사용해야 한다²¹⁾.

한편 청원경찰은 청원경찰의 배치 결정을 받은 자와 배치된 기관·시설 또는 사업장 등의 구역을 관할하는 경찰서장의 감독을 받아 그 경비구역만의 경비를 목적으로 필요한 범위에서 경찰관 직무집행법에 따

18) 청원경찰법 제5조.
 19) 경비업법 제12조.
 20) 경비업법 제14조 제1항.
 21) 경비업법 제16조의2.

른 경찰관의 직무를 수행한다²²⁾.

라. 의무

(1) 경비업자의 의무

경비업자는 경비대상시설의 소유자 또는 관리자의 관리권의 범위 안에서 경비업무를 수행하여야 하며, 다른 사람의 자유와 권리를 침해하거나 그의 정당한 활동에 간섭하여서는 아니된다. 경비업자는 경비업무를 성실하게 수행하여야 하고, 도급을 의뢰받은 경비업자가 위법 또는 부당한 것일 때에는 이를 거부하여야 한다. 경비업자는 불공정한 계약으로 경비원의 권익을 침해하거나 경비업의 건전한 육성과 발전을 해치는 행위를 하여서는 아니된다. 경비업자의 임·직원이거나 임·직원 이었던 자는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 직무상 알게 된 비밀을 누설하거나 다른 사람에게 제공하여 이용하도록 하는 등 부당한 목적을 위하여 사용하여서는 아니된다. 경비업자는 허가받은 경비업무외의 업무에 경비원을 종사하게 하여서는 아니된다. 경비업자는 집단민원현장에 경비원을 배치하는 때에는 경비지도사를 선임하고 그 장소에 배치하여 행정자치부령으로 정하는 바에 따라 경비원을 지도·감독하게 하여야 한다²³⁾.

또한 허가를 받지 아니한 자에게 경비업무를 도급하여서는 안되며 집단민원현장에 경비인력을 20명 이상 배치하려고 할 때에는 그 경비인력을 직접 고용하여서는 아니 되고, 경비업자에게 경비업무를 도급하여야 한다²⁴⁾.

경비업자는 법령에 따른 경비원의 명부를 작성·비치하여야 하며, 경

22) 청원경찰법 제3조.

23) 경비업법 제7조.

24) 경비업법 제7조의2.

비원을 배치하거나 배치를 폐지한 경우에는 관할 경찰관서장에게 신고 또는 허가를 받아야 한다. 경비원 명부에 없는 자를 경비업무에 종사하게 하여서는 안되며, 경비원을 배치하는 경우에는 법에 따른 신입교육을 이수한 자를 배치하여야 한다²⁵⁾.

(2) 경비원의 의무

경비원은 직무를 수행함에 있어 타인에게 위력을 과시하거나 물리력을 행사하는 등 경비업무의 범위를 벗어난 행위를 하여서는 안되며 또한 누구든지 경비원으로 하여금 경비업무의 범위를 벗어난 행위를 하게 하여서는 안된다²⁶⁾.

특수경비원은 직무를 수행함에 있어 시설주·관할 경찰관서장 및 소속상사의 직무상 명령에 복종하여야 하며 소속상사의 허가 또는 정당한 사유없이 경비구역을 벗어나서는 안된다. 또한 파업·태업 기타 경비업무의 정상적인 운영을 저해하는 일체의 쟁의행위를 하여서는 안되며 무기를 휴대하고 경비업무를 수행하는 때에는 무기의 안전사용수칙을 지켜서 업무를 수행하여야 하며 무기의 사용은 필요최소한도로 제한된다²⁷⁾.

마. 관리감독

경찰청장 또는 지방경찰청장은 경비업무의 적정한 수행을 위하여 경비업자 및 경비지도사를 지도·감독하며 필요한 명령을 할 수 있고 지방경찰청장 또는 관할 경찰관서장은 소속 경찰공무원으로 하여금 관할 구역안에 있는 경비업자의 주사무소 및 출장소와 경비원배치장소에 출

25) 경비업법 제18조.

26) 경비업법 제15조의2.

27) 경비업법 제15조.

입하여 근무상황 및 교육훈련상황 등을 감독하며 필요한 명령을 하게 할 수 있다²⁸⁾.

경비업자는 경비원이 업무수행중 고의 또는 과실로 경비대상에 손해가 발생하는 것을 방지하지 못한 때에는 그 손해를 배상하여야 하며 제3자에게 손해를 입힌 경우에는 이를 배상하여야 한다²⁹⁾.

경비업자는 경비업무를 적정하게 실시하기 위하여 경비원으로 하여금 대통령령으로 정하는 바에 따라 경비원 신입교육 및 직무교육을 받게 해야 하며 특수경비업자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 특수경비원으로 하여금 특수경비원 신입교육과 정기적인 직무교육을 받게 하여야 하고, 특수경비원 신입교육을 받지 아니한 자를 특수경비업무에 종사하게 해서는 안된다. 또한 특수경비원의 교육시 관할경찰서 소속 경찰공무원이 교육기관에 입회하여 지도·감독하여야 한다³⁰⁾.

한편 청원경찰법상 청원주는 청원경찰의 근무상황을 감독하고 근무수행에 필요한 교육을 실시하며, 지방경찰청장은 청원경찰의 효율적인 운영을 위하여 청원주를 지도하며 감독상 필요한 명령을 내릴 수 있다³¹⁾. 또한 청원경찰의 봉급 및 수당, 피복비, 교육비, 보상금, 퇴직금 등의 경비를 부담하고 보수는 재직기간에 따라 경찰공무원의 보수를 감안하여 정한다³²⁾.

바. 행정처분 및 벌칙

허가관청은 경비업자가 허위 기타 부정한 방법으로 허가를 받은 때, 허가받은 경비업무외의 업무에 경비원을 종사하게 한 때, 경비업 및 경비관련업외의 영업을 한 때, 정당한 사유없이 허가를 받은 날부터 1

28) 경비업법 제24조.

29) 경비업법 제26조.

30) 경비업법 제13조.

31) 청원경찰법 제9조의3.

32) 청원경찰법 제5조.

년 이내에 경비 도급실적이 없거나 계속하여 1년 이상 휴업한 때, 정당한 사유없이 최종 도급계약 종료일의 다음 날부터 1년 이내에 경비 도급실적이 없을 때, 영업정지처분을 받고 계속하여 영업을 한 때, 소속 경비원으로 하여금 경비업무의 범위를 벗어난 행위를 하게 한 때, 관할 경찰관서장의 배치폐지 명령에 따르지 아니한 때에는 그 허가를 취소하여야 한다³³⁾.

또한 경찰청장은 경비지도사가 경비지도사 및 경비원이 결격사유에 해당하게 된 때, 허위 기타 부정한 방법으로 경비지도사자격증을 교부 받은 때, 경비지도사자격증을 다른 사람에게 빌려주거나 양도한 때, 자격정지 기간 중에 경비지도사로 선임되어 활동한 때에는 그 자격을 취소하여야 하고 직무를 성실하게 수행하지 아니한 때, 경찰청장 또는 지방경찰청장의 명령을 위반한 때에는 1년의 범위 내에서 그 자격을 정지시킬 수 있다³⁴⁾.

또한 경비원 등이 경비업법의 일정한 사유에 해당하는 행위를 한 때에는 징역형 또는 벌금형 등의 형벌에 처해지며 경비원의 무기휴대로 인한 업무수칙 위반의 경우에는 정해진 형의 2분의 1까지 가중처벌한다³⁵⁾.

법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 기울이지 않는 한 이러한 위반행위에 대하여 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형 및 과태료의 처분을 부과할 수 있다³⁶⁾.

한편 청원경찰이 직무를 수행함에 있어 직권을 남용하여 국민에게

33) 경비업법 제19조.

34) 경비업법 제20조 제1항, 제2항.

35) 경비업법 제28조내지 제29조.

36) 경비업법 제30조 내지 제31조.

해를 끼친 때에는 징역 또는 금고의 형벌에 처해지며 형법, 기타 법령의 적용시에는 공무원으로 본다³⁷⁾. 또한 청원경찰의 직무상 불법행위에 대한 배상은 민법의 규정에 따라 책임진다³⁸⁾.

3. 문제점

가. 신분

청원경찰과 경비원은 모두 민간경비원으로서 법적으로는 민간인에 해당한다. 다만 청원경찰의 경우 임용자격, 교육, 보수 및 징계에 대하여 국가동무원법 및 대통령령에 의하여 규율되는 반면 경비원은 경비업법에 의하여 선발, 임용되므로 보수, 권한에 있어서 경찰공무원에 준하는 어느 정도의 제도적 보호를 받고 있지만 경비원의 경우에는 보수 및 신분보장에 대한 별도의 규정이 없어 제도적으로 불리한 계약조건 및 열악한 근무조건을 가질 수 밖에 없으므로 경비원의 의욕 및 질적 저하를 초래하여 치안서비스의 불안을 가져오는 요인으로 작용할 수 있다.

나. 직무

국민에게 범죄를 예방함으로써 치안에 대한 서비스를 제공한다는 측면에서 청원경찰과 경비원의 직무에 거의 차이가 없지만 청원경찰은 경찰관 직무집행법에 의한 직무를 수행함으로써 수사법권을 가지는 반면 경비원에게는 특별한 권한이 없다. 이는 제도적인 차이에서 기인한다고 할 것이다. 경비원은 직무에 대한 별도의 규정이 없음으로 인하

37) 청원경찰법 제10조.

38) 청원경찰법 제10조의2.

여 경비업자의 직무에 준용하여 해석된다. 그러나 관리권의 범주에 대한 명확한 규정이 없으므로 인하여 유권적으로 해석하거나 계약에 의하여 관리권의 범주가 정해지므로 불명확한 면이 있지만 대체로 그 해석에 있어서 청원경찰과 직무권한의 범위가 같다고 해석할 수 있을 것이다. 따라서 직무활동에 대한 양자의 구분은 무의미하여 규정법률을 일원화하는 것이 바람직할 것이다.

또한 근무지역내의 직무로 인한 손해배상에 있어서도 청원경찰은 국가기관, 지방자치단체 또는 청원주가 그 책임을 부담하고 청원경찰은 신분상의 책임만을 지면되지만 경비원의 경우에는 근무지역내외를 불문하고 결국에는 경비원 개인이 책임을 부담하게 되므로 신분상의 책임과 함께 재산적인 책임을 혼자 부담하게 되는 불합리성이 내재되어 있다. 이에 대한 문제도 제도상 법률을 단일화하여 청원경찰정도의 신분으로 개선해야 할 필요가 있다.

다. 복무 및 교육

청원경찰의 복무에 관해서는 공무원신분으로서 국가공무원법의 복무규정이 적용되어 엄격한 기준이 제시되며 더불어 사업장의 취업규칙에 의하지만 경비원은 별도의 규정이 없어 경비업자의 의사나 채용계약에 의하고 있다. 이는 경비원의 신분 및 복무에 대한 불안을 초래하여 전문적이고 체계적인 치안서비스를 기대할 수 없는 요인으로 작용한다. 또한 청원경찰법상 복무상 감독자지정³⁹⁾에 대한 문제도 청원경찰의 감독자를 선임하는 과정에서 청우너경찰과 경비원이 중복배치되는 경우에 경비원을 감독자로 지정하는 경우 경찰공무원의 직무를 수행하는 청원경찰이 민간인인 경비원의 감독을 받을 수 있는 상황이 되어 양자간의 업무상 대립과 갈등이 불가피하게 일어날 수도 있다.

39) 청원경찰법 시행규칙 제15조.

교육에 있어서 청원경찰과 경비원은 교육시간에 있어서 차이가 있으며 특히 교육내용에 있어서 청원경찰은 경찰교육에 준한 내용의 교육이 실시되는 반면 경비원은 일반 민방위 훈련수준의 교육이 이루어지고 있다. 이는 동일한 경비업무를 수행하고 있다는 양자의 현실을 간과하고 있어 청원경찰 수준으로 실질적인 제도적 개선이 필요하다고 할 것이다.

라. 소결

청원경찰법상 청원경찰과 경비업법상의 경비원은 그 업무에 있어서 유사한 점이 있다. 특히 경비업법상의 특수경비업무의 경우 향후 청원경찰을 대체할 목적으로 2001년 제도적 보완장치를 마련하기도 하였다. 그러나 현행 법상으로 청원경찰법과 경비업법상의 특수경비제도가 양립함으로써 국가중요시설이라는 동일한 업무영역에 대해서 각자 별도로 위해방지업무를 담당하고 있는 것이 현실이다. 따라서 동일한 업무임에도 불구하고 임용, 교육, 보수, 벌칙, 직무에 대하여 별개의 법률로 운용됨으로써 업무상 혼란과 위화감의 조성등 경비업의 활성화를 저해하는 요인으로 작용하고 있다. 따라서 경비업법의 본래의 취지에 맞추어 두 분야에 대한 통합적 입법이 요구된다고 할 것이다.

청원경찰이 배치되어 있는 다수의 시설에 청원경찰과 특수경비가 공동으로 배치되어 그 차이점이 축소되어 가고 있는 현실에서 직무상의 권한 조정과 대우에 있어서 차별성을 줌한다면 통합입법에 큰 문제가 없을 것이라고 생각된다⁴⁰⁾.

40) 공배완, 민간경비의 직무에 관한 청원경찰법상 제도와 경비업법상 특수경비제도의 비교 연구. 「법학연구」. 38, 2010, 344면.

Ⅲ. 외국의 민간경비관련 법제 및 시사점

1. 미국의 민간경비법제

가. 연혁

미국의 민간경비는 전통적으로 자경제도(Vigilantism)를 바탕으로 발전·정립되었다⁴¹⁾. 또한 미국에서 민간경비가 발달하게 된 배경에는 공급을 초과하는 민간의 공경비에 대한 수요 및 공경비에 대한 민간경비의 효율성을 들 수 있다. 담당업무로는 단순경비, 순찰, 수사, 무장호송, 경보에 따른 출동업무, 경비관련자문, 사설교도소운영 등이 있다.

미국은 연방제를 기초로 한 지방자치 국가이므로 민간경비에 대한 규제는 연방차원이 아닌 지방정부차원에서 이루어 진다. 따라서 그 규제방식이 다양하지만 경비원에 대한 신원조회 등 몇가지의 필수적인 사항에 대해서는 연방차원의 규제를 채택하고 있다. 특히 2001년 9. 11 테러 사건이후에는 연방차원의 규제를 확대하도록 하여 공공성 확보를 위한 정책으로 변화하고 있다. 이에 따라 2002년 연방정부차원에서 민간경비원의 신원조회 등의 심사를 강화할 목적으로 연방법상의 민간경비원 채용기준법(The Private Officer Employment Standard Act of 2002)을 제정하였으며 미산업안전협회(The American Society for Industrial Security; ASIS)를 주축으로 경비산업의 통일기준을 제시함으로써 민간경비서비스의 질적 향상 및 공공성 확보를 도모하고 있다⁴²⁾.

41) 김두현, 「경호학개론」. 백산출판사, 2001, 75면.

42) James S. Kakalik and Sorrel Wildhorn, *The Private Police: Security and Danger*(Crane Russak, 1997), at 49-50;; 이민형, 앞이 논문, 2011, 103-104면.

나. 내용

미국의 규제방식의 특징은 자율규제, 소송규제, 정부기관과 민간경비업체간의 협의체구성에 의한 규제나누어 볼 수 있다. 자율규제방식은 경비업체 스스로가 경비원에 대한 교육 및 훈련, 관리에 대해 자체적으로 노력하는 경우이지만 현실적으로 상황이 좋은 몇 몇 업체에만 한정적으로 가능하다는 비판이 있고 이는 완전경쟁이 보장되지 않는 경비원의 질과 불공정 거래를 방지할 수 없다는 단점이 있다⁴³⁾. 소송에 의한 규제방식은 소비자 스스로가 민간경비업체의 불완전한 서비스계약이행에 대하여 소송으로 대응하는 경우 법원은 소비자의 입장에서 유리하게 판결하게 되면 민간경비업체에 상당한 부담을 주게 되는 방식이지만 과잉소송 또는 관련업체 및 산업의 발전을 저해할 수도 있다는 단점이 있다. 마지막으로 협의체에 의한 규제방식은 자율규제와 유사하지만 공공성을 담보하기 위하여 협의주체에 민간경비업체뿐 아니라 정부기관을 참여시켜 공신력이 있는 협의체에 의한 규제를 실현하는 방식이다. 이러한 방식은 효율적 규제 및 감독이 가능하고 어느 정도 자율성도 담보할 수 있다는 장점이 있다⁴⁴⁾.

미국의 보안업체는 신입사원의 자격요건 및 기존 직원의 재교육에 노력을 기울이고 있으며 민간경비업체 차원에서 자격증제도의 운영을 통하여 전문화하고 있다⁴⁵⁾. 이러한 자격증제도가 CPP(Certified Protection Professional)자격제도로써 비록 민간자격증이지만 대부분의 민간경비업체가 ASIS에 가입되어 있으므로 공신력이 크다고 할 수 있다.

43) 정진환, 「미국경찰론」, 양영각, 1994, 272면.

44) 이창무, 민간경비 규제에 관한 연구: 미국사례를 중심으로, 「한국공안행정학회보」 22, 2006, 366면.

45) 안황권 외, 「비교시큐리티제도론」. 진영사, 2007, 377면.

또한 민간경비와 관련된 대부분의 규제는 주 또는 지방자치단체에 의한 행정규제로서 허가와 관련된 사항은 주정부의 규제에 따른다. 인허가를 담당하는 기관은 주에 따라 상이하고 자격증발급에 대한 기준도 주마다 다르다. 주에 의한 민간경비분야의 규제는 이렇듯 주마다 상이하고 법적 규제는 인허가제등의 최소한으로 제한되며 법적 권한에 있어서도 경찰과 동등한 권한을 부여하는 경우도 있으나 대개는 일반 시민과 동등한 권한을 지닌다.

2. 영국의 민간경비법제

가. 연혁

영국의 민간경비는 공경비의 활동보다 우선하였으며, 그 발달과정은 규환제도, 헨리법, 주·야 감시원제도, 절도 체포대시대, 산업혁명 시대로 나누어 볼 수 있다⁴⁶⁾. 영국의 경우 불문법 국가로서 민간경비를 규제하는 법규가 없었지만 1980년대 이후에 민간경비 부분의 늘어나는 수요에 발맞추어 제도적 기준이나 규제가 필요하다는 여론 및 경찰과의 역할 분담이라는 현실적 요청에 따라 2001년 민간경비산업법(Private Security Industry Act; 이하 PSIA라 한다)이 제정되었다⁴⁷⁾.

나. 내용

영국에서는 1980년대 말부터 많은 대형사고들이 속출함에 따라 대형재난사고를 예방하기 위해서 민간기업의 형사책임에 초점을 맞춘 위

46) 김두현, 앞의 책, 67-71면.

47) 이민형, 앞의 논문, 2011, 100면.

협규제법 체계의 발전에 주력하고 영국의 민간경비업체는 범죄대응, 범죄수사, 정보공유, 지식공유, 업무협력의 5가지의 유형에서 경찰과 상호협력하여 범죄예방과 범죄대응활동을 수행하고 있다.

영국의 민간경비산업법의 제정은 민간경비업의 사회적 위상의 향상 및 위상에 맞는 공공성의 강조를 위한 것이라는 데에 그 의의가 있다.

이에 따라 독립된 공공기구로써 경비산업위원회가 설립되었으며 이는 주무관청인 내무성장관의 책임하에 소속되어 경비업면허를 비롯하여 관련업무의 대부분을 담당하고 있다. 이 기구의 기능은 민간경비업에 대한 허가와 승인 및 감독이며 권고와 제안을 할 수 있다. 면허의 유효기간은 3년이고 3년에 한번씩 갱신한다. 경비업무는 순찰, 현금수송, 재산시설 경비업무, 자물쇠관리업, 경비컨설팅업, 사립탐정업, 특정시설 입장자 감시업, 차량통제업으로 구분되며 회사의 신임도 향상을 위한 공인제도가 있다.

경비자격은 모든 고용종사자에게 요구되며 이러한 자격증은 개인적으로 범죄기록국을 통한 전과기록확인을 거쳐 적합한 자에게만 취득될 수 있다.

또한 경비산업위원회는 산업내의 모든 경비원, 감독관, 관리자, 지도자에 대한 강제적인 허가제도를 담당하고 있으므로 이에 대한 교육훈련 및 지도감독이 최소한의 기준에 의하여 이루어진다. 무허가 경비원에 대한 불법적인 경비업무에 대한 벌칙은 구금 또는 벌금으로 규제하고 있는데 그 사실을 알면서도 고용한 경비관리자 및 경비원자격의 신청시 허위의 정보나 자료를 제출한 자에게도 높은 수준의 벌금과 구금형의 형벌을 과하고 있다⁴⁸⁾.

3. 일본의 민간경비법제

48) 안황권 외, 앞의 책, 304면.

가. 연혁

일본에 있어서 현대적 의미의 전문적인 민간경비업은 세계 제2차 대전이 끝난 후인 1950년대 말 또는 1960년대 초반에 시작되었다고 할 수 있다. 즉, 1962년에 현재 민간경비업체 세콤(SECOM)의 전신인 일본경비보장주식회사가 설립됨으로써 현대적 개념의 민간경비업을 전문으로 하는 민간경비업체가 출현하게 되었다고 볼 수 있어 그 역사는 그리 길지 않지만⁴⁹⁾, 급속한 경제성장과 함께 일본 최고의 성장산업으로 급부상하고 있다.

일본은 1973년 7월 5일 법률 제117호로 경비업에 대해 필요한 규제를 정함으로써 경비업무의 적정실시를 도모하는 것을 목적으로 경비업법을 제정하였고 1998년 4월에 검정규칙일부를 개정하여 상주경비에 대한 검정제도(자격증시험)를 도입하였으며 2007년 7월 최종 개정되어 시행되고 있다⁵⁰⁾.

나. 내용

일본은 경찰의 지도·감독 하에 경비협회 활동을 지원하고 협회가입를 향상 등에 의한 협회재정기반확립, 조직체제의 강화를 통하여 그 활성화를 도모하고 있다. 일본의 민간경의 주 업무로는 시설에서의 도난 등 사고발생을 경계하고 방지하는 업무를 수행하는 상주경비, 도로공사, 건설공사현장 등의 주변과 각종 행사등 혼잡한 장소에서의 차량의 유도, 부상 등 사고의 발생을 경계하고 방지하는 운반경비, 신변경호 등이 있으며, 최근에 관심이 높아지고 있는 민간경비 관련신종 산업으로는 주차장무인감시시스템, 온실 등의 기계경비, 쓰레기불법투기

49) 이영남, 「민간경비론」, 한국고시학회, 2001, 21면.

50) 藤本哲也, “アメリカ合中國における民間警備業の役割” 「戸籍時報サロン」 No.570, 平成16年, 2005, 67면.

야간순찰, 소재확인시스템, Full Time Locker, 빠짱코, 경품교환소의 방법시스템, 공장지역의 종합경비관리시스템 등이 있다.

일본도 한국과 같이 경비업을 영위하기 위해서는 일정한 허가 요건을 갖추어 도도부현 공안위원회의 인정을 받아야 하며 신청을 받은 공안위원회는 결격사유에 해당하지 않는 한 신속하게 인정증을 교부하여야 한다⁵¹⁾. 신규인정 및 갱신인정의 유효기간은 각 5년이며 결격사유 또는 거짓 기타 부정한 수단으로 인정 또는 인정증의 유효기간을 갱신한 경우에는 그 인정을 취소할 수 있다⁵²⁾.

경비원의 자격은 18세 미만의 미성년자, 금치산자 혹은 준금치산자, 또는 파산자로 복권되지 않은 자, 금고 이상의 형에 처해지거나 경비업법에 위반하여 벌금형에 처해져, 그 집행을 종료하거나 집행을 받지 않게 된 날로부터 기산하여 5년을 경과하지 않은 자, 최근 5년 사이에 경비업법 및 경비업법에 기초한 명령의 규정 혹은 처분에 위반하거나 또는 경비업무에 관하여 다른 법령의 규정에 위반하는 중대한 부정행위로 국가공안위원회규칙에서 정하는 것을 행한 자, 집단적 또는 상습적으로 폭력적 불법행위 기타 죄에 해당하는 위법한 행위로 국가공안위원회규칙에서 정하는 것을 할 우려가 있다고 인정하기에 족한 상당한 이유가 있는 자, 정신병자 또는 알콜, 마약, 대마, 아편 혹은 각성제의 중독자 등은 경비원이 될 수 없다고 하여 경비업자 및 경비원의 자격을 구체적으로 엄격하게 제한하고 있다⁵³⁾.

또한 경비업자는 영업소별로 경비원의 지도 및 교육에 관한 계획을 작성하고, 그 계획에 기초하여 경비원을 지도 및 교육하는 업무를 하는 경비원지도교육책임자를 선임해야하는데 이는 한국의 경비지도사와 유사한 제도이다⁵⁴⁾.

51) 일본 경비업법 제3조 내지 제4조의2.

52) 일본 경비업법 제4조의2 제4항, 제4조의3.

53) 일본 경비업법 제3조, 제7조.

54) 일본 경비업법 제11조의3.

일본의 민간경비는 기본적으로 국가공안위원회 또는 공안위원회의 지휘·감독을 받게 되어 있음으로 인하여 경찰과 수직적 관계를 형성하고 있다고 볼 수 있다. 따라서 국가공안위원회에서는 민간경비와 관련된 각종 규칙 제정과 허가 및 허가취소권 등의 행사를 통하여 민간경비업자 및 경비원을 감독하고 있으며, 그 구체적인 집행업무는 우리나라와 마찬가지로 경찰이 이행하고 있다.

4. 중국의 민간경비법제

가. 연혁

중국은 국가체제의 특성상 개인자본이 아닌 국유보안서비스회사가 전반적인 보안산업과 체제의 핵심부분으로 공안기관의 통제가 심하며 따라서 개인 소유의 민간경비라는 용어 대신에 보안서비스업이라는 용어를 사용하고 있다. 1978년 중국의 개혁개방정책과 더불어 심천에 첫 보안서비스회사가 설립된 것이 이 분야의 시초이다. 이후 점진적인 보안서비스에 대한 수요의 증가를 고려하여 2010년 2월 보안서비스 관리조례를 제정하여 시행하고 있다.

나. 내용

중국에서 2010년 2월부터 시행하고 있는 보안서비스관리조례는 총 8장 51조로 구성되어있다. 그 내용은 먼저 보안서비스회사, 무장경비 운송서비스회사, 외자보안서비스 회사를 설립하고자 하는 자는 일정한 자격요건을 갖추어 공안기관에 허가를 신청하고 공안기관은 허가증을 발급한다⁵⁵⁾. 설립요건에서 일반보안업체와는 별도로 무장수호 및 호

55) 중국 보안서비스관리조례 제9조 내지 제13조.

송업무를 규정하여 더욱 강화된 요건으로 규제하여 일반경비업무와 무장수호 및 호송경비업무를 구분하여 규정한 것으로 보아야 할 것이다⁵⁶⁾. 보안원은 만18세 이상의 중국 국민으로서 신체가 건강하고 품행이 양호하며 중학교 졸업 이상의 학력을 가지고 보안원 시험에 응시하여 합격한 자 등이어야 하고 이에 해당하는 자에게는 신청에 의하여 보안원증을 발급한다⁵⁷⁾. 보안원교육에 대해서는 한국과 같이 신입교육, 직무교육으로 구분하지 않고 보안훈련업의 요건과 보안훈련자격증에 대한 규정, 보안원교육교학요강에 따른 교육훈련지침에 대해서만 규정하고 있다⁵⁸⁾. 단, 무장경비호송서비스 보안원에 대한 총기교육 등의 교육은 일반보안훈련기구가 아닌 인민경찰학교, 전문적인 인민경찰교육기관이 담당하도록 하고 있다⁵⁹⁾. 또한 공안기관은 보안서비스 종사자 및 보안서비스회사에 대한 관리감독을 실시해야 한다⁶⁰⁾.

보안서비스회사에 위법한 행위가 있는 경우에 공안기관은 그 허가를 취소할 수 있고 공안기관의 위법한 행위에 대해서는 직접 책임자와 직접 책임이 있는 인원은 이 규정에 의하여 치안관리 처벌을 받으며 위법 소득도 몰 수 한다. 또한 범죄를 구성하는 경우 형사책임도 받게 된다⁶¹⁾.

이와 같이 중국의 보안서비스관리조례상 중국이 보안업에 대하여 허가주의를 취하고 있는 점, 감독기관이 한국의 경찰에 해당하는 공안기관이라는 점, 법인임원의 결격사유 등에서는 한국과 공통점이 있으나 허가요건, 전문기술인원의 자격, 법인임원의 자격요건에서 결격사유이 외에 구체적 자격요건을 규정하지 않은 점 등은 한국의 경비업법과 차이가 있다⁶²⁾.

56) 이민형, 앞의 논문, 2011, 109면.

57) 중국 보안서비스관리조례 제19조.

58) 중국 보안서비스관리조례 제31조, 제34조.

59) 중국 보안서비스관리조례 제33조.

60) 중국 보안서비스관리조례 제35조 내지 제44조.

61) 중국 보안서비스관리조례 제45조, 제48조.

5. 소결

이상에서 제외국의 민간경비와 관련된 법제에 대하여 개관해 보았다. 미국의 경우 연혁적 특성상 자율규제방식이 원칙이나 최근 공공성 확보차원에서 경비원에 대한 교육훈련, 자격검증에 대해서는 연방차원의 규제가 강화되고 있음과 동시에 민간협회차원의 자격제도의 공신력을 제고시켜 민간경비의 전문성을 강화하고 있다는 점에서 한국의 민간경비산업에 대한 시사점이 있을 것이다.

영국의 경우에는 민간경비를 독립적 기구에 의하여 규제·감독하고 있는 점, 민간경비업체의 공신력 제고를 위한 인증제도, 특히 업무분담에 있어서 지역치안의 일부를 민간경비차원에서 담당하고 있는 점 등은 향후 한국의 경비업 발전을 위한 모델로써 시사하는 바가 크다고 할 것이다.

또한 일본의 경우에는 경비업자 및 경비원 자격요건의 구체화, 교육훈련에 있어서의 전문화, 경비원지도책임자의 보수교육강화 및 경비원 자격제도 등에 있어서 참고해야 할 점이 있을 것이다.

마지막으로 중국의 경우에는 보안서비스관리조례는 입법취지가 한국의 경비업법과 동일함으로 인하여 비교적 유사하게 규정되어 있는데 다만 경비원에 대해서는 의무뿐만 아니라 구체적 직무내용과 권리, 권한, 복리후생에 대해서도 규정하고 있고 경비원의 자격제도, 경비원에 대한 책임 및公安기관의 감독책임에 관한 법적 규정이 구체적으로 명시되어 있다는 점에서 한국의 경비업법과 차이나 난다고 할 수 있고 이에 개정입법 시에 참고해야 할 점이 있을 것이다.

IV. 결어

62) 이민형, 앞의 논문, 2011, 110면.

앞에서 살펴 본 바와 같이 한국의 경우 민간경비에 대한 운영, 규제 및 감독을 경비업법을 근거로 하여 마련하고 있다. 민간경비업의 중요성이나 효율성의 측면에서 그 확대를 피하고 제도로서 정착할 필요성이 있음에도 불구하고 아직은 보완해야 할 점이 많은 것이 현실이다. 민간경비를 활성화하기 위해서는 우선적으로 지속적인 제도개선이 있어야 할 것이다.

우선 미국의 경우와 같이 공신력을 바탕으로 한 민간자격제도의 효율적인 운용을 통한 민간경비영역의 보안전문가의 배출, 정부기관 특히 경찰과 민간경비업체간의 원활한 협의체 구성을 통한 자율적 규제 방식 지향과 이를 위한 정부차원의 적극적인 지원을 통하여 민간경비가 경찰의 보조적 지위에서 탈피하여 비교적 독자적으로 생존, 발전할 수 있을 것이다.

또한 영국의 경우와 같이 민간경비에 대한 독립적 감독기관의 운용을 통하여 경찰업무의 경감 및 효율화를 달성할 수 있을 것이며 관리 감독의 실효성확보에도 많은 도움이 될 것이다. 따라서 영국의 경비산업위원회와 같은 독립적 감독기관을 설치 운영하고 그 실질적인 구속력을 담보할 수 있는 제도도 보완하여야 할 것이다.

더불어 일본이나 중국과 같이 경비원에 대한 자격제도를 도입하여 검정제도를 통한 경비전문가의 양산하여 경비업의 실질적 수혜자인 고객에 대한 제공서비스의 질 향상 및 경비원의 처우개선을 도모해야 할 것이다.

기타 제도적 보완책으로 이원화된 민간경비관련 법체계의 통합입법에 대해서도 고려해야 할 것이다. 통합방안으로는 두 제도를 폐지하고 하나의 법으로 새롭게 입법화하는 방법과 경비업법 개정을 통하여 청원경찰을 흡수통합하는 방법을 생각할 수 있을 것이다. 입법론으로는 기왕에 경비업법이 청원경찰제도를 염두에 두고 개정되었다면 보수 및 복지관련부분 등을 고려하여 보완개정하는 방법을 고려해야 할 것이다.

민간경비의 궁극적인 목적은 그 명칭에 관계없이 범죄예방의 기능이다. 민간경비의 범죄예방 기능이 제대로 작동하고 민간경비의 사회적 역할이 정립되기 위해서는 산재해 있는 현행 관련법들을 하나로 통일시켜 그 기틀을 마련해야 할 것이다. 특히, 청원경찰법과 경비업법상의 특수경비제도는 시급한 조정과 통합이 필요하다고 할 것이다. 또한 산업의 발전과 더불어 경비영역에서 민간분야의 활동은 점차 확대될 전망이기 때문에, 민간경비업분야와 관련된 법적 제도가 공공성과 영리성이라는 민간경비의 특성과 조화될 수 있는 제도로 개선되어야 할 것이다.

[참고문헌]

- 경비업법(법률 제9579호).
- 경비업법시행령(대통령령 제21827호).
- 청원경찰법(법률 제12921호).
- 일본 경비업법(법률 제117호).
- 중국 보안서비스관리조례(중화인민공화국 공안부령 제11호).
- 공배완. 「민간경비학개론」. 한울출판사, 2004.
- _____. 민간경비 역할지고를 위한 청원경찰법과 경비업법의 단일화 방안에 관한 논의. 「법학연구」. 30, 2008.
- _____. 민간경비의 직무에 관한 청원경찰법상 제도와 경비업법상 특수경비제도의 비교 연구. 「법학연구」. 38, 2010.
- 김기재. 우리나라 민간경비 활성화 방안에 관한 소고. 「영산법률논총」. 7(1), 2010.
- 김남중. 한국 민간경비산업의 발전과정과 개선방안 연구. 「한국스포츠리서치」. 22(4), 2011.
- 김두현. 「경호학개론」. 백산출판사, 2001.
- 김성언. 「한국의 민간경비: 성장과 합의」. 한국형사정책연구원, 2002.
- 박동균. “개정 경비업법의 문제점과 개선방안” 「한국민간경비학회보」 제1호, 한국민간경비학회, 2002.
- 안황권 외 7인 공저. 「비교시큐리티제도론」. 진영사, 2007.
- 이민형. 「한국 민간경비제도 정립을 위한 경비업법 개선방안」. 용인대학교 대학원 박사학위논문, 2010..
- 이민형. 각국의 민간경비관련 법제에 관한 비교법적 고찰. 「한국균형발전연구」. 2(1), 2011.
- 이영남. 「민간경비론」. 한국고시학회, 2001.

- 이창무. 민간경비 규제에 관한 연구: 미국사례를 중심으로. 「한국공안행정학회보」. 22, 2006.
- 한신만. 「민간경비제도에 관한 연구」. 중앙대학교 대학원 석사학위논문, 2005.
- 藤本哲也, “アメリカ合中國における民間警備業の役割” 「戸籍時報サロン」 No.570, 平成16年, 2005, 67面.
- Bilek, Arthur J., Peter P. Lejins & Clifford W. Meter. Private Security, Anderson Pub. Co., 1997.
- Fischer, Robert J., & Gion Green. Introduction to Security. Boston: Butterworth-Heinemann, 2004.
- Kakalik, James S., & Sorrel Wildhorn, The Private Police: Security and Danger(Crane Russak, 1997)
- 인터넷사이트(www.asisonline.org). 미국산업시큐리티협회(ASIS).
- 인터넷사이트(<http://sia.homeofficer.gov.uk>). 영국경비산업위원회(남).
- 인터넷사이트(www.zgba.cn). 중국보안망.
- 인터넷사이트(www.ajssa.or.jp). 일본전국경비업협회.

〔 국문초록 〕

한국의 복잡화·다양화하고 있는 현대사회에 있어서 민간경비는 공경비인 경찰력의 한계를 극복하여 국민의 안전을 도모할 수 있는 필요불가결의 유망산업이라고 할 수 있을 것이다. 그러나 실체는 일부의 대규모 민간경비업체를 제외하고는 상당수의 민간경비업체가 그 영세성으로 인하여 증가하고 있는 국민의 치안수요에 대한 질적·양적으로 충분한 대응을 하지 못하고 있는 것이 실정이다. 따라서 민간경비의 활성화를 위해서는 기본적으로 민간경비 산업에 대한 국민적 신뢰와 국가적 검증이 이루어져야 하며 경찰에 버금가는 치안서비스 활동이 이루어 질 수 있도록 국가는 제도적으로 뒷받침을 하여야 한다.

현재 각각 별도로 이원적으로 운영되고 있는 민간경비측면의 법제도적 장치는 경비업법에서 규정하고 있는 경비업무와 청원경찰법상의 청원경찰의 업무의 중복 등의 문제점을 가지고 있어 제도적인 혼란과 처우 등의 문제의 차별성으로 인한 경비원간의 갈등이 발생하고 있다. 민간경비제도는 사회현상에 따라 일시적으로 출현한 사회적 산물이 아니라 사회치안과 범죄예방을 위해 역사적으로 발전되어 온 사회적 제도이고, 공공성과 효율성이 강조되기 때문에 범죄예방기구로서 민간경비제도가 발전하고 사회적으로 정착되기 위해서는 법적체제와 기반이 우선적으로 통합되거나 단일화되어야 하고, 이에 따라 동일업종에 종사하는 종사자들의 직무와 활동도 동일한 법으로 보장받거나 제한되어야 한다. 따라서 이제는 민간경비라고 하는 큰 테두리 안에서 경비업법의 개선을 재고해 봐야 할 것이다.

본 논문에서는 민간경비 업무의 법적 장치로서 법률적 근거를 제시하고 있는 청원경찰법과 경비업법의 이원적인 운용에 대한 문제점을 도출하고 주요 선진국의 민간경비에 대한 실정법적 근거가 되는 관련 법제를 살펴봄으로써 현행 우리나라 민간경비법제의 개선에 접목될 수

있는 개선방안을 제시하고자 한다.

주 제 어 : 민간경비, 경비업법, 보안서비스관리조례, 청원경찰법, 경비원결격사유

[ABSTRACT]

The Laws on the Private Security of Foreign Countries and the Suggestions

Kim, Jin Cheol

In recent years, the security market seems to be increasingly affected by new social economic changes. Those are impact of fast aging society, rapid increase of individual household and development of the modern technology. These factors seem to increase personal and household needs for security service.

Police detailed system has been established as a complementary national police system in Korea. The main object of the system is the prevention of crime and protection for the essential establishments of the nation.

The other side, Special Security guards system took charge of its defence on the same purpose of the police detailed system.

However, they, Police detailed agent and Special Security agent, don't have the same legal authority on their field activity even though they have the same goal to protect national essential establishments.

Such as this, Behind its weakness are legal and institutional problems, which should be resolved to prepare the ground for private security system suitable for its original purpose. Also, To achieve this, it should be done to set up the system, and the law linked to private security should be revised to adapt it

to Korean circumstanced.

Therefore, it will be effectual to compare and analyze leading countries' private security laws and by accepting what the advanced systems imply, the Korean private security should perform the primary part in the blind spot.

Key Words : private security, Security Services Industry Act, management regulations on security sevice, Police Assigned for Special Guard Act, disqualifications of guard.

논문투고일 : 2018. 11. 30.

논문심사일 : 2018. 12. 27.

게재확정일 : 2018. 12. 29.

부동산 점유취득자와 압류관청의 법적 갈등 해소를 위한 정책 연구

이진수* · 이우도**

[목 차]

I. 서론

II. 점유취득시효의 요건

III. 취득시효의 효과

IV. 시효취득에 대한 민법과
조세법의 상이한 법적

해석의 문제점과 해결방안

V. 결론

I. 서론

선진 세무행정을 지향하는 현재에도 과세관청이 압류한 후 점유취득자와의 법적 갈등으로 인하여 장기간 미집행 상태로 있는 부동산이 다수 존재하는 것으로 알려져 있다.¹⁾

* 부경대학교 경영학부 교수/공인회계사

** 한국자산관리학회 부회장, 법학박사/경영학박사

1) 이종교, "지방세 체납처분 관련 장기 미집행 압류부동산의 해소방안", 한국지방세연구원 보고서 Vol. 38, 2017.6, 43면.

취득시효란 어떤 자의 물건 또는 권리를 점유하는 사실상태가 일정한 기간 동안 계속되는 경우에, 진실한 권리상태 및 권리관계와 일치하는가의 여부를 묻지 않고 처음부터 권리자이었던 것으로 취득 효과를 인정하는 제도이다. 이러한 시효취득을 인정하는 이유는 주로 영속한 사실 상태에 법적 효력을 주어 사회질서의 안정을 도모하려는 것과 증거보전 내지 입증의 곤란을 구제하려는 것에 있다.

시효취득은 소유권, 전세권, 지상권²⁾, 질권, 준물권(광업권·어업권), 무체재산권(저작권, 특허권, 상표권 등), 계속되고 표현된 지역권에 인정된다(민법 제248조).³⁾

본 논문은 주제와 관련하여 「부동산 소유권의 시효취득」에 한하여 살펴본다.

민법은 부동산소유권의 취득시효에 대해서 그 요건의 차이에 따라 일반(점유)취득시효와 등기부취득시효의 두 가지로 나뉘어 규정하고 있는바, 전자는 20년간 소유의 의사로 평온·공연하게 부동산을 점유하고 등기함으로써 소유권을 취득하는 경우를 말하며(제245조제1항), 후자는 부동산의 소유자가 아니면서 소유자로 등기된 자가 10년간 소유의 의사로 평온·공연하게, 선의이며 과실 없이 그 부동산을 계속하여 점유한 때에는 소유권을 취득하는 것을 말한다(제245조제2항).

또한 민법은 취득시효로 인한 권리취득의 효력은 점유를 개시한 때에 소급한다고 규정하고 있다(민법 제247조 제1항). 이러한 취득시효에 의한 권리취득에 대한 판례 또한 부동산점유취득시효는 시효기간이 완성한 것만으로 점유자가 곧바로 소유권을 취득하는 것은 아니고 점유자 명의로 등기를 함으로써 소유권을 취득하게 되며, 이는 ‘원시취득’에 해당하므로 특별한 사정이 없는 한 원소유자의 소유권에 가하여진 각종 제한에 의하여 영향을 받지 아니하는 완전한 내용의 소유권을 취득하게 된다.⁴⁾ 이와 같은 소유권취득의 반사적 효과로서 그 부동산

2) 대판 1994.10.14. 94다9849.

3) 송덕수, 「물권법」, 박영사, 2017.1. 309면.

에 관하여 취득시효의 기간이 진행 중의 권리 변동은 소멸된다고 할 것이지만, 시효기간이 완성되었다고 하더라도 점유자 앞으로 등기를 마치지 아니한 이상 전 소유권에 붙어 있는 위와 같은 부담은 소멸되지 아니한다고 하였다⁵⁾.

이와 같이, 부동산을 점유한 자는 등기를 함으로써 비로소 그 소유권을 취득하게 되므로 원소유자는 점유자명으로 소유권이전등기가 마쳐지기까지는 소유자로서 그 토지에 관한 적법한 권리를 행사할 수 있고, 원소유자가 취득시효완성 이후 그 등기가 있기 전에 그 토지를 제3자에게 처분하거나 제한물권설정, 토지현상변경 등 소유자로서의 권리를 행사하였다하여 시효취득자에 대한 관계에서 불법행위가 성립하는 것이 아님은 물론, 위 처분행위를 통하여 그 토지의 소유권이나 제한물권 등을 취득한 제3자에 대하여 취득시효완성 및 그 권리취득의 소급효를 들어 대항할 수도 없다. 이 경우 시효취득자로서는 원소유자의 적법한 권리행사로 인한 현상변경이나 제한물권설정 등이 이루어진 그 토지의 사실상 혹은 법률상 현상 그대로의 상태에서 등기에 의하여 그 소유권을 취득하게 되고, 따라서 시효취득자가 원소유자에 의하여 그 토지에 설정된 근저당권의 피담보채무 등을 변제하는 것은 그 토지상의 재산권 제한을 제거하여 완전한 소유권을 확보하기 위하여 시효취득자가 용인하여야 할 부담으로서 그 자신의 이익을 위한 행위로서, 변제액 상당에 대하여 원소유자에게 대위변제를 이유로 구상권을 행사하거나 부당이득을 이유로 그 반환청구권을 행사할 수는 없다고 하였다⁶⁾. 위와 같은 판례의 태도는 취득시효 목적물에 시효완성 전에 제한이나 부담이 설정된 경우 시효취득을 하면 그 제한이나 부담은 소멸하지만, 시효완성 후 그 등기 전에 목적물에 설정된 부담이나 제한은 소멸하지 않는다는 것으로 볼 수 있을 것이다.⁷⁾

4) 대판 1991.10.22. 90다16283; 1993.10.12. 93다1886 판결.

5) 대판 2004.9.24. 2004다31463.

6) 대판 2006.5.12. 2005다75910.

위와 같은 논리는 오랫동안 주로 민법상 관례로써 형성되어 왔지만, 민법 이외의 절차법인 국세징수법이나 조세법에서는 일부 내용이 민법과 다른 규정이 실정법으로 존재하며⁸⁾ 아직도 법 이론적 측면에서 정립되지 않아 이해관계자 또는 납세자와의 관계에서 민법상 형성된 시효취득의 법리가 재정조달목적의 과세관청으로서는 쉽게 받아들이지 못하고 있는 것이 사실이다.

특히 필자가 중점적으로 비판하는 부분은, 점유취득시효 완성 전·후의 법률관계에 있어서 압류권자와 저당권자의 법적 지위에 관한 내용이다.

최근 '장기 압류 부동산'과 관련하여 사회적 이슈가 되고 있는 것은 압류된 상태의 부동산에 대하여 적법·타당한 절차에 의하여 해제가 되어야 하지만, 취득시효의 법리를 현실적으로 집행하여야 하는 정부는 재정조달 목적을 이유로 국가든 지방자치단체든 과세권자로서 아직 그 해결책을 찾지 못하고 소극적으로 압류된 상태로 장기간 방치하고 있는 점은 국민의 재산권 보호측면에서 결코 간단히 볼 수 없는 것 또한 사실이다.⁹⁾ 이는 국민의 재산권을 보호하도록 법을 구체적으로 집행하여야 하는 행정부의 책임으로 밖에 볼 수 없을 것이다.

이러한 점은 납세자에게만 문제되는 것이 아니라, 반사적으로 납세의무와 무관한 부동산의 점유시효취득자와의 갈등은 아직도 해결되지 못하고 있는바, 제3자의 재산권의 행사에 지장이 초래되어 갈등은 계속되고 있어, 차제에 법 이론적으로 분쟁을 해결하여야 할 과제이기도 하다.

7) 대판 2004.9.24. 2004다31463.

8) 부동산으로서 압류대상재산은 압류 당시 체납자에게 귀속되는 것, 즉 체납자의 명의로 등기되어 있어야 한다. 부동산에 대한 압류의 효력은 그 압류의 등기가 완료된 때에 발생하며(국세징수법 제47조제1항), 그 압류는 해당 압류재산의 소유권이 이전되기 전에 법정기일이 도래한 국세에 대한 체납액에 대하여도 그 효력인 미친다(동법 제47조제2항).

9) 日刊 NTN(국세신문사)(<http://www.intn.co.kr>);한혜영, “3년 이상 장기압류 부동산, 올해 모두 정리한다”, 2013.1.28. .

따라서 본 논문을 통하여 민법상 점유취득의 효과에 대하여 명확히 함으로써, 입법 정책상 미비된 조세법예의 적용을 용이하게 할 수 있도록 최근의 적용 관례에 대하여 법령 및 판례의 해석을 중심으로 그 해결방안을 마련하고자 한다.

특히 취득시효의 요건이며 원인으로서는 자주점유는 타인소유의 부동산만을 대상으로 하는 것이 아니라, 자기소유의 부동산도 단지 형식적 등기만 못하고 있다가 드물게는 명의자의 협조가 있거나 대부분은 판결을 통하여 그 형식적 요건을 갖춘 경우도 있음을 간과하고 있는 것이 문제이다.

이와 관련하여, 최근 대법원은 부동산에 관하여 적법·유효한 등기를 마치고 소유권을 취득한 사람이 부동산을 점유하는 경우, 그 점유가 취득시효의 기초가 되는 점유인지 여부에 대하여 점유시효 취득을 부정하고 있는바 이는 정상적인 소유권을 가진 자가 등기하여 보유하는 과정에서 점유함을 전제로 한 판례로서, 본 논문의 요건인 불가피한 사정에 의하여 등기하지 못한 시효취득자의 권리보호 측면과는 그 궤를 달리하여 본 논문의 주제와는 다르다고 볼 수 있다(대판 2016.10.27. 2016다224596 참조).

이러한 관점에서 본 논문의 시효취득과 관련하여 점유취득자의 소유 부동산에 대한 압류 문제로 야기되는 갈등해소를 위한 정책방안을 강구하고자 한다.

II. 점유취득시효의 요건

취득시효의 요건으로서 점유는 소유의 의사로 하는 자주점유이어야 하고, 직접점유뿐만 아니라 간접점유도 포함된다.¹⁰⁾ 여기에서 자주점유라 함은 소유자와 동일한 지배를 사실상 행사하려는 의사를 가지고

10) 대판 1991.10.8. 91다25116; 1998.2.24. 97다49053.

하는 점유를 의미하는 것이지, 법률상 그러한 지배를 할 수 있는 권한, 즉 소유권을 가지고 있거나 소유권이 있다고 믿고서 하는 점유를 의미하는 것은 아니다¹¹⁾. 그런데 소유의 의사는 점유개시 당시에 존재하여야 하고, 그것으로 족하며, 나중에 매도인에게 처분권이 없음을 알았더라도 자주점유의 성질이 변하지 않는다¹²⁾. 또한 평온·공연하게 점유를 하여야 한다. 따라서 폭력이나 강박 또는 은비에 의한 점유로는 시효취득을 할 수 없다. 자주·평온·공연한 점유는 추정이 되며(제197조), '선의·무과실의 점유'는 그 요건이 아니다.

취득시효의 주체는 권리능력을 가진 자이면 모두 가능하다. 그리하여 자연인은 물론이고 사법인·공법인뿐만 아니라 법인 아닌 사단이나 재단도 주체일 수 있다. 본 논문에서 점유취득시효의 객체는 물론 부동산이다. 그 부동산은 타인의 것이어야 할 필요는 없으며, 특히 자기의 부동산인데도 소유권을 증명할 수 없을 때에는 취득시효를 주장할 수 있다(통설·판례도 같음).¹³⁾ 1필의 토지의 일부도 다른 부분과 구분되어 점유가 인식하기에 족한 객관적인 징표가 계속하여 존재한다면 시효취득 할 수 있다(이설이 없으며, 판례도 같음).¹⁴⁾

위 점유취득시효에서는 등기부취득시효와 달리 점유자의 선의·무과실은 요건이 아니다. 그리고 점유의 기간은 20년간 계속되어야 한다. 기간의 기산점이 문제 되는 바 판례는 과거에는 시효의 기초가 되는 점유가 시작된 때이며 시효취득을 주장하는 자가 임의로 기산점을 선택하지 못한다고 하였다. 그 뒤 판례가 변경되어, 시효기간 중 계속해서 등기명의자가 동일한 경우에는 기산점을 어디에 두어도 무방하여 취득시효의 기산점을 임의로 선택할 수 있다고 하였고¹⁵⁾, 시효기간

11) 대판 1994.10.21. 93다12176.

12) 대판 1996.5.28. 95다40328.

13) 대판 1973.8.31. 73다387·388; 2001.7.13. 2001다17572.: 송덕수, 앞의 책, 310면.

14) 대판 1965.1.19. 64다1254; 대판 1989.4.25. 88다카9494; 대판 1993.12.14. 93다581: 위의 책, 311면.

만료 후 이해관계 있는 제 3자가 있는 경우에는 기산점을 임의로 선택할 수 없다고 하였다¹⁶⁾. 또다시 여기에 약간 수정을 가하여, 취득 시효 완성 후 등기명의를 변경되고 그 뒤에 다시 취득시효가 완성된 때에는 등기명의 변경시를 새로운 기산점으로 삼아도 무방하다고 하였다¹⁷⁾.

특히 시효에 의한 소유권 취득은 법률행위에 의한 것이 아니므로 원칙적으로 등기를 요하지 않지만(민법 제187조), 그 유일한 예외로 제 245조 제1항은 등기를 하여야 소유권을 취득하도록 규정하고 있는 점은 특이할만하다. 전술한 바와 같이, 점유취득시효의 완성에 의한 권리의 취득은 원시취득이므로¹⁸⁾, 보존등기의 형식에 의하여야 할 것이지만, 실무상 이전등기의 형식에 의한다.¹⁹⁾ 등기 당사자인 등기권리자와 등기의무자는 시효완성 당시의 점유자가 등기권리자로서, 시효완성 당시의 소유자를 등기의무자로 하여 양자의 공동신청에 의하여야 한다. 다만, 현실적으로 전 소유자가 점유취득자의 등기 청구권을 쉽사리 인정하지 아니하는 경우가 대부분이므로 판결에 의한 등기 절차로서 공동 등기 신청이 아닌 점유취득자인 권리자 단독으로 판결문에 의한 신청이 가능하다. 또한 점유취득시효의 완성에 기한 등기청구권은 채권적 청구권으로 소멸시효의 대상이다. 이 등기청구권은 채권적 청구권이나, 부동산에 대한 점유가 계속되는 한 시효로 소멸하지 않고²⁰⁾, 그 후 점유를 상실하였다고 하더라도 이를 시효이익의 포기로 볼 수 있는 경우가 아닌 한 바로 소멸되지 않는다²¹⁾. 다만, 취득시효 완성자가 그 부동산에 대한 점유를 상실한 때로부터 10년간 이를 행

15) 대판 1976.6.22. 76다487·488; 1988.4.14. 97다44089.

16) 대판 1993.11.26. 93다30013; 대판 1977.6.28. 77다47.

17) 대판(전원) 1994.3.22. 93다46360; 대판 1999.2.12. 98다40688; 대판(전원) 2009.7.16. 2007다15172·15189.

18) 대판 2004.9.24. 2004다31463.

19) 대판 1995.9.5. 95다24586.

20) 대판 1995.2.10. 94다28468.

21) 대판(전원) 1995.3.28. 93다47745.

사하지 않으면 소멸시효가 완성한다.²²⁾

점유취득시효 완성을 이유로 소유권이전 등기를 청구하려면 전술한 바와 같이 시효완성 당시의 진정한 소유자를 상대로 하여야 한다.

Ⅲ. 취득시효의 효과

취득시효의 요건이 완비되면 점유자는 권리를 취득한다. 그리고 취득시효로 인한 소유권의 취득은 원시취득이다. 따라서 원소유자의 권리 위에 존재하던 제한은 원칙적으로 소멸한다. 그러나 시효기간이 완성되었다하더라도 점유자 앞으로 등기를 마치지 아니한 이상 전 소유권에 붙어 있는 부담이 소멸되지 않음은 전술한 바와 같다²³⁾. 원시취득은 전 권리자의 권리 제한 여부와 관계없이 최초의 취득이어야 함에도 불구하고 시효기간의 만료만으로 권리취득의 효과가 생기는 것은 아니고, 민법은 제245조 제1항에서 점유취득시효는 등기를 하여야 소유권을 취득하게 된다고 명문화함으로써 시효취득자²⁴⁾는 소유명의자에 대하여 채권적인 등기청구권을 가질 뿐이다²⁵⁾. 이에 따라 권리관계가 복잡하게 나타남으로써 그 법리상 해석의 문제가 다양하게 나타난다.

판례에 의존하여 시효완성자, 즉 시효를 완성한 점유자의 지위를 살펴보면, 우선 소유명의자에게 대항할 수 있으며²⁶⁾, 시효완성자는 무효인 등기명의인에 대하여 시효완성 당시의 진정한 소유자를 대위하여 원인무효인 소유권이전등기의 말소를 구할 수 있다²⁷⁾.

22) 대판 1995.12.5. 95다24241; 대판 1996.3.8. 95다34866·34873.

23) 대판 2004.9.24. 2004다31463.

24) 취득시효를 완성한 점유자(시효완성자를 의미하며 판례는 보통 '시효취득자'라는 표현을 사용한다.

25) 대판 2006.9.28. 2006다22074.

26) 대판 1993.5.25. 92다51280.

27) 대판 2005.5.26. 2002다43417.

또한 민법은 취득시효로 인한 권리취득의 효력은 점유를 개시한 때에 소급한다고 규정하고 있는바(민법 제247조 제1항) 이 또한 해석상 문제점은 본 논문의 주제와 관련하여 이해관계자들의 권리에 막대한 영향을 미친다.

이와 같이, 취득시효는 법률의 규정에 따라 자동적으로 소유권을 취득하는 것이 원칙임에도 불구하고 우리민법은 유래가 없는 “등기함으로써 그 소유권을 취득한다”는 규정(제 245조 1항)을 삽입하여 여러 가지 복잡한 문제를 야기하고 말았다.²⁸⁾ 그 때문에 통설과 판례는 이를 제187조의 예외라 보고 등기를 제외한 취득시효의 요건이 갖추어졌다고 하여 부동산의 소유권을 취득하게 되지는 않으며, 취득시효 완성자는 등기청구권을 취득할 뿐이라고 한다.²⁹⁾ 그리고 등기 청구권을 행사하여 등기를 하여야 이로써 소유권을 취득하게 된다고 한다.

먼저, 취득시효와 등기의 법률관계를 판례에 의하여 살펴보기로 한다.

취득시효가 완성되면 취득시효 완성자는 시효기간 만료 당시의 토지 소유자에 대하여 소유권이전 등기청구권을 취득한다.³⁰⁾ 소유권을 취득하는 것이 아니며 그것은 미등기부동산이라도 마찬가지이다³¹⁾. 취득시효 완성자가 취득시효에 의하여 부동산의 소유권을 취득하려면 그로 인하여 소유권을 상실하게 되는 시효완성 당시의 소유자를 상대로 소유권이전등기 청구를 하여야 한다.³²⁾ 그리하여 시효완성 당시의 소유권보존등기 또는 이전등기가 무효라면 원칙적으로 그 등기명의인은 시효취득을 원인으로 한 소유권이전등기 청구의 상대방이 될 수 없고,

28) 동지 ; 추신영, “부동산점유취득시효에 있어서 소유권취득에 대한 제언”, 「재산법연구」 제34권, 2018.2, 253면.

29) 대판 1966.10.21. 66다976.

30) 대판 1991.4.9. 89다카1305; 대판 1992.12.11. 92다9968·9975; 대판 1999.2.23. 98다59132.

31) 대판 2006.9.28. 2006다22074·22081.

32) 대판 1995.5.9. 94다39123; 대판 1997.4.25. 96다53420; 대판 1999.2.23. 98다 59132.

그러한 경우에는 시효취득 완성자는 소유자를 대위하여 위 무효등기의 말소를 구하고 다시 위 소유자를 상대로 취득시효를 원인으로 한 소유권이전등기를 청구하여야 한다.

1. 시효완성 전의 사정변경에 따른 법적 효과

시효취득 완성의 효과는 시효완성 전·후의 사정변경에 따라서 그 효과는 다르다.

먼저, 시효완성 전의 사정변경(소유자 변동·점유자 변동)의 경우에는, 소유자변동과 관련하여 취득시효기간의 만료 전에 등기부상의 소유명의가 변경되었다 하더라도 이로써 종래의 점유상태의 계속이 파괴되었다고 할 수 없으므로 이는 취득시효의 중단사유가 될 수 없다³³⁾. 점유자변동과 관련하여 취득시효의 기초인 점유가 승계된 경우에, 점유자는 자신의 점유만을 주장할 수도 있고, 전 점유자의 점유를 흡산하여 주장할 수도 있다. 다만, 흡산의 경우에는 전 점유자의 하자도 승계한다(민법 제199조제1항).

2. 시효완성 후의 소유자변동 등에 따른 법적 효과

위와는 달리, 취득시효 완성 후 등기명의가 변경되고 그 뒤에 다시 취득시효가 완성된 때에는 등기명의 변경시를 새로운 기산점으로 삼아도 무방하다고 하였다. 이와 같은 이치로 새로이 2차의 취득시효가 개시되어 그 취득시효기간이 경과하기 전에 등기부상의 소유명의자가 다시 변경된 경우에도 마찬가지로 그 취득시효 완성 당시의 등기부상 명의자에게 시효취득을 주장할 수 있다³⁴⁾. 그리고 부동산의 점유로 인

33) 대판 1997.4.25. 97다6186.

34) 대판(전원) 1994.3.22. 93다46360; 대판 1999.2.12. 98다40688; 대판(전원) 2009.7.16. 2007다15172·15189.

한 시효취득자는 취득시효완성당시의 소유자에 대하여 소유권이전등기 청구권을 가질 뿐, 그 등기 전에 먼저 소유권이전등기를 경료하여 부동산소유권을 취득한 제3자에 대하여 시효취득을 주장할 수 없는 것이지만 이는 어디까지나 그 제3자 명의의 등기가 적법 유효함을 전제로 하는 것이므로 만일 위 제3자 명의의 등기가 원인무효라면 동인에게 대항할 수 있고, 따라서 취득시효완성 당시의 소유자에 대하여 가지는 소유권이전등기청구권으로서 위 소유자를 대위하여 동인 앞으로 경료된 원인무효인 등기의 말소를 구하고 아울러 위 소유자에게 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기를 구할 수 있다³⁵⁾.

취득시효가 완성되면 취득시효 완성자는 시효기간 만료 당시의 토지 소유자에 대해서만 소유권이전등기청구권을 취득함에 그치고, 취득시효기간 만료 후에 새로이 그 토지의 소유권을 취득한 사람에 대하여는 시효취득으로 대항할 수 없다³⁶⁾. 이 경우 시효취득자로서는 원소유자의 적법한 권리행사로 인한 현상변경이나 지상권, 전세권, 저당권, 가등기 등 제한물권설정 등이 이루어진 그 토지의 사실상 혹은 법률상 현상 그대로의 상태에서 등기에 의하여 그 소유권을 취득하게 된다.³⁷⁾

취득시효완성 후 그 등기 전에 제3자에게 소유권이전등기가 마쳐졌다가 그 후 어떠한 사유로 취득시효완성 당시의 소유자에게로 소유권이 회복되었다면 점유자는 그 소유자에게 시효취득의 효과를 주장할 수 있다³⁸⁾. 또한 미등기 토지에 대한 점유취득시효 완성 당시 소유권을 가지고 있던 자가 취득시효 완성 후에 자신 명의로 소유권보존등기를 마치거나, 소유자의 상속인 명의로 소유권보존등기를 마친 경우, 점유자가 그 등기명의인에게 취득시효 완성을 주장할 수 있다³⁹⁾.

35) 대판 1986.8.19. 85다카2306.

36) 대판 1991.4.9. 89다카1305; 대판 1992.12.11. 92다9968·9975; 대판 1999.2.23. 98다59132.

37) 대판 2006.5.12. 2005다75910; 1989.4.11. 88다카8217.

38) 대판 1994.2.8. 93다42016.

여기서 시효완성 후 부동산 소유자가 취득시효가 완성된 사실을 알고 그 부동산을 제3자에게 처분하여 소유권이전등기를 넘겨줌으로써 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기의무가 이행불능에 빠지게 되어 시효취득을 주장하는 자가 손해를 입었다면 불법행위를 구성한다고 할 것이고, 부동산을 취득한 제3자가 부동산 소유자의 이와 같은 불법행위에 적극 가담하였다면 이는 사회질서에 반하는 행위로서 무효라고 할 것이다⁴⁰⁾.

3. 과세관청의 압류 등 절차 및 효력

국세징수법상 과세관청의 압류 등의 절차를 살펴보면, 과세관청인 세무서장은 부동산 등을 압류할 때에는 압류조서를 첨부하여 압류등기를 소관 등기소에 촉탁하여야 하며(국세징수법 제45조 제1항 참조), 세무서장은 이에 따라 압류를 하였을 때에는 그 사실을 체납자에게 통지하여야 한다(동조 제4항).

이와 같은 절차에 의한 부동산의 체납처분 과정에서, 본 논문과 관련하여 국세징수법상 압류의 당사자 아닌 진정한 소유자로서는, 실질적으로는 소유권자이지만 등기부상 압류로 제한되고 있어, 완전한 소유권을 주장하고자 할 경우 말소등기를 청구하여 소유권 반환을 받아야 한다. 국세징수법은 이에 관하여 규정하고 있는 바, 매각(‘공매’를 의미함) 5일 전까지 소유자로 확인할 만한 증거서류를 세무서장에게 제출하여야 하고,⁴¹⁾ 이 시점에 와서야 비로소 압류등기의 말소를 청구할 수 있어 재산권 회복 문제가 처음으로 거론될 수 있는 것이다(동

39) 대판 2007.6.14. 2006다84423.

40) 대판 2002.3.15. 2001다77352, 77369.

41) 국세징수법 제50조(제3자의 소유권 주장) 압류한 재산에 대하여 소유권을 주장하고 반환을 청구하려는 제3자는 매각 5일 전까지 소유자로 확인할 만한 증거서류를 세무서장에게 제출하여야 한다.

법 제50조).

채납처분에 따른 부동산 등의 압류의 효력은 그 압류의 등기 또는 등록이 완료된 때에 발생하며, 압류는 해당 압류재산의 소유권이 이전되기 전에 「국세기본법」에 따른 법정기일이 도래한 국세의 채납액에 대하여도 그 효력이 미친다(동법 제35조제1항제3호, 제47조).

이에 대하여 대법원은 등기부상 전소유자 명의로 남아있어, 전 소유자가 채납자임을 원인으로 한 과세관청의 압류가 적법하다고 판시하고 있고,⁴²⁾ 국세청의 의견도 이와 입장을 달리하고 있지 않다.⁴³⁾

IV. 시효취득에 대한 민법과 조세법의 상이한 법적해석의 문제점과 해결방안

이상의 민법상 소유권 취득의 법리는 물권변동의 효력으로서 점유취득의 효과에 따른 소유권자와 점유자와의 관계에서만 문제되는 것이 아니라, 전혀 법률관계가 없는 자 예를 들면, 조세법상 납세의무자로서 채납자인 형식상 등기명의자의 경우에까지 그 효과가 현실적으로 문제점이 발생되고 있는 것이 사실이다.

이러한 법리상 문제가 납세의무자와 과세주체와의 사이에서 발생한 공법관계가 진정한 소유권자에게 국세징수법상 압류 등으로 인하여 사법상 재산권이 침해되고 있어 갈등 내지 분쟁의 원인이 되어 지금도 원만히 해결되지 못하고 있는 점, 결코 더 이상 방치되어서는 아니 된다는 것이 소견이다.

1. 판례상 문제점

42) 대판 1985.5.14. 84누520; 대판 1991.2.26. 90누5375.

43) 서면법령기본-5113, 2016.10.25; 질의회신 서면-2016-법령해석기본-5113.

그 동안의 판례를 분석해 보면, 부동산점유취득시효 완성 후 부동산의 소유권을 취득한 제3자와 시효완성점유자의 관계⁴⁴⁾에서 민법 제245조 제1항의 부동산 점유취득시효 완성으로 인한 법률관계에 관한 대법원 판례이론은 이른바 '판례 5원칙'으로 요약된다. 즉, 취득시효완성 당시의 소유자는 점유자에 대하여 소유권에 기한 물권적 청구권, 부당이득반환청구권 및 손해배상청구권을 행사할 수 없고(제 1원칙), 점유취득시효기간이 완성되기 전에 등기부상 소유자가 변경된 경우 시효완성 점유자는 그 새로운 소유자에 대하여 등기 없이도 취득시효완성의 효과를 주장할 수 있으며(제 2원칙), 점유취득시효가 완성되었다고 하더라도 이를 등기하지 않고 있는 사이에 그 부동산에 관하여 제3자에게 소유권이전등기가 마쳐지면 시효완성 점유자는 그 제3자에게 대항할 수 없고(제 3원칙), 점유자는 점유취득시효의 기산점을 임의로 선택할 수 없으며(제 4원칙)⁴⁵⁾, 취득시효완성 후 소유자에 변동이 있어도 당초의 점유자가 계속 점유하고 있고 소유자가 변동된 시점을 새로운 기산점으로 삼아도 다시 취득시효의 점유기간(20년)이 완성되는 경우에는 시효완성 점유자는 소유권 변동시를 새로운 취득시효의 기산점으로 삼아 취득시효의 완성을 주장할 수 있다는 것이다(제 5원칙).

이를 본 논문과 관련하여 요약하면 다음과 같다.

제 1, 제 2 및 제 5원칙은 본 논문의 취지상 다툼이 없다.

제 3원칙과 관련하여, 현재의 판례의 태도는 본 논문의 취지와 관련하여 특이할 만하다. 왜냐하면, 취득시효가 완성된 경우 시효완성 점유자와 소유자는 통상의 채권·채무관계와는 다른 특수한 법률관계에 놓여 있음에도, 대법원은 제3원칙을 채택함으로써, 취득시효제도의 취

44) 양진수, “부동산점유취득시효 완성 후 부동산의 소유권을 취득한 제3자와 시효완성 점유자의 관계”, 민사판례연구 Vol.-No.32 [2010], 민사판례연구회, 2010, 225-275면.

45) 판례 변경 여부 논의 대상이 됨.

지를 실현하기 위하여 인정하던 특수한 법적 상태가 시효완성 후 소유자의 변경이라는 사정만으로 파괴되어 버린다는 입장을 취하고 있으나, 이는 다음과 같은 이유로 부당하다. 먼저, 시효완성 후 제3자에게 소유권이전등기가 마쳐졌다 하더라도 이는 권리관계상의 변동일 뿐 이와 괴리된 사실관계가 존속하고 있다는 점에는 아무런 변화가 없고, 우리 민법 하에서는 시효완성 점유자가 등기하기 이전에는 '권리변동의 당사자'가 존재할 수 없다는 점을 간과하였다. 다음으로, 시효완성 전에 등기부를 믿고 부동산을 취득한 제3자와 시효완성 후의 제3취득자를 다르게 취급하는 근거가 빈약하고, 등기의 공신력이 인정되지 않는 현행 민법 하에서의 부동산거래 관행과도 맞지 않으며, 시효완성 후의 제3취득자로 되고자 하는 자는 대상 부동산에 대한 권리취득을 위해서 권리분석과 입장활동을 한 후에 권리를 취득하므로 대부분 악의의 제3취득자일 가능성이 큼에도 불구하고 악의의 제3취득자를 보호하게 된다.⁴⁶⁾ 또한, 시효완성 점유자 또는 시효완성 전의 제3취득자를 자신의 권리행사를 게을리 한 자로 단정할 수 없을 뿐만 아니라, 더 오랜 기간 점유한 자의 시효취득 가능성이 오히려 더 낮아질 수 있다. 시효완성 후의 제3취득자에게 시효중단이라는 방어수단이 없다는 점은, 시효완성 후의 제3취득자와 점유시효 취득자 중 누구를 우선시할 것인가를 판단하기 위한 하나의 고려요소가 될 수는 있지만, 시효완성 점유자의 법적 지위를 송두리째 부정하고 제3취득자를 우선시할 전적인 이유는 되지 못한다. 취득시효가 완성된 이후임에도 불구하고 등기 전 원소유자의 처분행위를 통하여 소유권이나 제한물권 등을 취득한 제3자에 대하여 점유취득자는 취득시효완성 및 그 권리취득의 소급효를 들어 대항할 수도 없게 된다.

제 4원칙에 대하여 본 논문의 취지와 관련하여 점유자는 점유취득시효의 기산점을 임의로 선택할 수 없다면, 점유취득자가 당초 점유를

46) 대판 2009.7.16. 2007다15172(본소), 15189(반소).

개시할 당시부터 자기소유의 부동산이더라도 기산점을 임의로 선택할 수 없음으로써 진정한 소유자는 전혀 재산권을 보호받지 못한다는 결과와 초래 된다.

위와 같은 ‘판례 5원칙’은 각 요건에 따라 달리 해석하고 있어 구체적 타당성은 있지만, 신뢰성 내지 일반성을 갖지 못한다는 것은 부인할 수 없으며, 이러한 연유로 본 논문과 관련하여 조세법과의 관계에서 문제점이 나타날 수밖에 없다.

점유취득자가 당초 점유를 개시할 당시, 자기소유의 부동산이라면 기산점을 임의로 선택할 수 있도록 함으로써 진정한 소유자를 보호하는 취지에서 판례든 학리든 수정이 필요하다고 본다.

2. 과세관청의 법리해석상 문제점

과세관청은 사법인 민법이나 공법인 조세법 등 명문 규정을 그 법적 취지를 심도 있게 검토하지 않은 채, 질의회신 형식으로 일선 세무서에 하달하는 행정규칙에 의존하고 있는 것이 사실이다.⁴⁷⁾ 또한 전술한 판례에서 형성된 법리를 구분함이 없이 법률적 원칙하에 예외적인 5원칙을 두고 또 예외를 두는 판결을 하여 점유자와 등기명의자 중 누구를 진정한 권리자로 보고 관련 권리자를 보호해야 할 것인가를 이해하지 않고 있다. 일체의 이론을 무시하고 명확한 논리 제시 없이 무차별적으로 적용하여 문제가 발생하고 있는 것으로 볼 수밖에 없다.

본 논문의 핵심적인 주제와 관련하여, 국세징수법의 규정에 기한 채납처분으로서의 압류는 납세자의 재산을 대상으로 하여야 하고, 그 압

47) 국세청 서면-2016-법령해석기본-5113의 질의회신, 법령해석과 - 2016.10.25. : 납세자가 민법 제245조 제1항에 따라 부동산 점유취득시효의 완성을 원인으로 소유권이전등기를 하였더라도, 소유권이전등기 이전에 행한 원소유자 채납에 따른 과세관청의 압류는 적법한 것으로 「국세징수법」 제53조 제1항 제3호의 압류해제 사유에 해당하지 않는 것”이라고 밝혔다. 출처 : 日刊 NTN(국세신문사)(<http://www.intn.co.kr>), 2018.10.17. 검색.

류대상 재산이 납세자의 소유에 속하는지의 여부는 등기의 효력에 의하여 판단하여야 할 것인바, 20년의 부동산취득시효기간이 경과되어 점유시효취득자가 되었더라도 그 때까지 등기를 하지 아니한 상태로 있을 동안 과세관청이 해당 부동산을 압류할 수 있다. 또한 그 취득시효로 인한 권리취득의 효력이 점유를 개시한 때에 소급한다고 하더라도 제3자인 과세관청과의 관계에서까지 그 소급효가 인정되는 것은 아니며, 점유취득자는 압류채권자에게 대항할 수 없게 된다고 판시하고 있다.⁴⁸⁾

점유취득자로의 등기가 있기 전 과세관청의 압류가 적법하다는 위 판례에만 의존하여 점유개시시점의 진정한 소유자까지도 압류의 해제 요건에 해당하지 않다고 해석하여 압류 등의 유지를 고집하면서 재산권을 제한하고 갈등을 이어가고 있는바, 분쟁 해결의 기미를 전혀 보이고 있지 않는 점, 경직된 태도라고 보지 않을 수 없다.

3. 해결방안

위와 같은 과세관청의 법리해석은 판례상 해석과 대부분 일치 하지만, 다음과 같은 점에서 민법상 태도와 조세법이나 국세징수법령 등 실무상 적용의 태도는 달라, 납세자와 이해관계인과의 갈등이 계속되고 있는 점은 주지하는 바와 같다.

현 시점에서 선진 과세행정을 추구하는 과세관청은 위와 같은 해석상 미비한 점을 간과하고 소극적으로 압류부동산을 장기간 방치할 것이 아니라 그 동안 적용하여 온 실정법뿐만 아니라 판례법의 연구를 통하여 일치된 해석을 함으로써, 불필요한 갈등과 분쟁을 해결하여야 할 시점에 이르렀다고 본다. 따라서 다음과 같이 현행 법령, 판례 및 질의회신에 대한 내용을 개정 및 변경하도록 제안한다.

48) 대판 1991.2.26. 90누5375.

가. 국세징수법 개정

현행 국세징수법은 부동산 등의 압류 절차에서 세무서장은 부동산을 압류 및 변경할 때에는 압류조서를 첨부하여 압류등기를 소관 등기소에 촉탁하고, 그 사실을 체납자에게 통지하여야 한다고 규정하고(동법 제45조), 압류의 효력은 그 압류 등기 또는 등록이 완료된 때에 발생한다고 하고 있다(동법 제47조).

위 압류한 재산에 대하여 소유권을 주장하고 반환을 청구하려는 제3자가 있는 경우, 그는 매각 5일 전까지 소유자로 확인할 만한 증거서류를 세무서장에게 제출하여야 한다고만 규정하고 있을 뿐(제50조), 매각(중전의‘공매’를 의미함) 이전에 압류권자인 세무서장에게 압류의 무효 또는 취소를 주장하여 재산권 보호를 받을 수 있는 절차는 규정하고 있지 않아, 소송절차 등에 의하지 않고서는 원만한 분쟁 해소방법을 강구한다는 것은 민원인인 납세자 등 일반국민은 쉽게 이행할 수 없는 것 또한 문제점으로 나타난다.

이 점에 대하여 조세의 목적이 재정조달임을 전제로 위 압류가 적법하다고 하더라도, 과세대상과 납세의무자는 헌법 제59조에 근거한 조세법률주의에 의한 과세요건에 해당하여야 하므로⁴⁹⁾ 납세의무자 아닌 진정한 소유자의 재산권을 제한함은 목적적합성을 결여한 부당한 압류임은 사실이다. 따라서 동법 제53조 제1항 제2호에 의거 시효취득도 ‘제3자의 소유권 주장이 상당한 이유가 있다’고 인정함으로써,⁵⁰⁾ 국세청 서면-2016-법령해석기본-5113의 질의회신 또한 다음과 같이 수

49) 강정규·김종민·이우도, 「부동산조세」, 2015, 부연사, 20면; 강경태, 「부동산조세」, 샘앤박스, 2017, 8면.

50) 국세징수법 제53조(압류 해제 요건) ① 세무서장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 압류를 즉시 해제하여야 한다. 1. 납부, 충당, 공매의 중지, 부과의 취소 또는 그 밖의 사유로 압류할 필요가 없게 된 경우 2. 제50조에 따른 제3자의 소유권 주장이 상당한 이유가 있다고 인정하는 경우 3. 제3자가 체납자를 상대로 소유권에 관한 소송을 제기하여 승소 판결을 받고 그 사실을 증명한 경우.

정 해석함이 타당할 것으로 본다.

“납세자가 민법 제245조 제1항에 따라 점유개시 당시 진정한 소유자임이 증명되어 부동산 점유취득시효의 완성을 원인으로 소유권이전등기를 한 경우, 소유권이전등기 이전에 행한 원소유자 체납에 따른 과세관청의 압류는 「국세징수법」 제53조 제1항 제3호의 압류해제 사유에 해당하는 것”이라고 하여야 할 것이다.

나. 민법 및 조세법상 해석의 변경

과세관청은 민법이나 조세법등 명문 규정에 대한 기존의 해석에만 얽매어 질의회신 형식으로 일선 세무서에 하달하는 행정규칙 형식의 의존할 것이 아니라,⁵¹⁾ 민법의 규정의 진정한 의미, 그 동안 검토하지 않았던 소득세법령 등을 추가로 검토하여, 형성된 판례, 법리해석 등을 진정한 권리자를 보호하기 위하여 개별적·구체적·종합적으로 수용하여, 시효취득의 점유취득자 재산권 보호 측면에서 특히 자기재산에 대한 자주점유에 의한 점유취득자를 보호하여야 하는 취지에서 적극적으로 해결방안을 마련하여야 할 것이다.

시효제도의 존재이유에 비추어 보면, 실질적으로 권리를 취득하였으나 이를 증명하지 못하는 자가 보호될 수도 있으나, 그 반면에 권리를 취득하지 않았음에도 불구하고 권리를 취득한 자도 생기게 된다. 뒤의 경우에는 진정한 권리자가 희생되어 진정한 권리자의 보호라는 민법의 기본 입장에 어긋나게 된다.⁵²⁾ 다만, 본 논문과 관련하여 필자가 주장하고자 하는 점은 전자에 한하여 진정한 권리자인 시효취득자가 과세관청의 압류 등에 의하여 희생당하는 경우를 방지하기 위함으로, 비록 진정한 소유자로서의 등기가 있기 전 그 압류가 적법한 압류이라 하더라도,⁵³⁾ 전자와 후자를 엄격하게 구별하여 전자의 경우 점유개시

51) 각주 43) 참조.

52) 송덕수, 「민법총칙」, 박영사, 2018.1. 447면 참조.

당시부터 진정한 소유자인 시효취득자를 보호함이 타당하다고 판단된다. 이는 전술한 ‘판례 5원칙’중 제 2원칙과 제 3원칙을 수용하여서도 위와 같은 해석론은 타당하다고 본다.

부동산 물권 변동에 관하여 ‘성립요건주의’를 채택한 현행 민법 하에서 점유취득시효 제도가 예외적인 제도이기는 하다. 그 제도의 존재이유와 기능 또한 민법상 진정한 소유자를 보호한다는 가치 있는 것으로 결코 그 취지가 몰각되어서는 안 되므로, 점유 개시 당시 자주점유라는 엄격한 요건과, 20년의 장기간 동안 부동산 소유자가 시효중단을 위한 조치를 취하지 않았다는 조건을 만족하고, 시효완성 점유자는 시효 완성 전의 제3취득자와 시효 완성 후의 제3취득자 모두에 대해서 시효완성을 주장할 수 있다고 보아야 한다.

민법 제245조 제1항의 조문 해석과 관련하여, 점유취득시효의 등기는 법률상 소유권이 취득된다는 형식적 의미로 축소하여, 취득시효의 요건이 갖추어지면 언제라도 등기를 할 수 있는 사실상의 소유권을 취득하는 것으로 인정하는 것이 타당하다고 판단된다.⁵⁴⁾

특히 실정법상 점유시효 취득에 있어서 취득시점을 등기라는 형식적 요건이 완성된 날로 보지 않고 잔금을 청산한 날을 취득시기로 보고 있는 소득세법은 자산의 양도차익을 계산할 때 그 취득시기 및 양도시기를 원칙적으로 해당 자산의 ‘대금을 청산한 날’로 하는 것에 유의할 필요가 있다(소득세법 제98조).⁵⁵⁾ 여기서 잔금을 청산한 날을 취득시기로 보는 이유는 잔금 청산 후에는 사실상 소유자와 같은 지위를 갖게 되기 때문이다.

53) 대판 1991.2.26. 90누5375.

54) 강덕수, 「물권법」, 박영사, 2017.1. 322면.

55) 소득세법 제98조 : 자산의 양도차익을 계산할 때 그 취득시기 및 양도시기는 대금을 청산한 날이 분명하지 아니한 경우 등 대통령령으로 정하는 경우를 제외하고는 해당 자산의 대금을 청산한 날로 한다.

다. 판례변경의 필요성

전술한 취득시효 관련 다섯 가지 원칙의 판례 유형에 대하여 국세기본법 및 지방세기본법에 규정된 국세 및 지방세 부과 원칙의 하나인 ‘실질과세의 원칙’과 관련하여 살펴본다. 이 원칙은 형식과 실질이 불일치할 때 세법의 해석·적용은 실질에 따라 이루어져야 한다는 것으로서, 과세의 대상이 되는 소득, 수익, 재산, 행위 또는 거래의 귀속이 명의일 뿐이고 사실상 귀속되는 자가 따로 있을 때에는 사실상 귀속되는 자를 납세의무자로 하여 세법을 적용한다(“귀속에 관한 실질주의”라 한다; 국세기본법 제14조 제1항, 지방세기본법 제17조). 즉, 실제로 모든 법 영역에서 법적용은 원칙적으로 형식이 아니라 실질에 따라 이루어져야 하며, 동 규정의 성격이 창설적인지 확인적인지 문제가 되는바 대체로 학설과 판례는 확인적 규정으로 이해한다.⁵⁶⁾

본 논문과 관련하여 살펴 보건대, 소유권 회복을 위한 점유 시효취득의 경우, 타인의 소유권을 20년 이상 점유함으로써 원시취득 하는 것은 별도로 하고서라도, 진정한 소유자로서 소유권을 소송절차에 의존하여 이전하기까지 장기간을 소요하고서 비로소 점유시효취득 이전등기 형식으로 소유권을 회복하는 것이 사실이다. 이와 같이 재산권을 찾아오기 위해서는 재판 과정에서 심도 있는 증거채택에 의한 석명과정을 거쳐 이행판결을 받아 소유권이전등기청구권을 확보하게 됨을 감안하여 실질적 권리자의 재산권 보호는 진정 필요한 것으로 판단된다.

특히 본 논문의 취지와 관련하여 점유취득자가 당초 점유를 개시할 당시, 자기소유의 부동산이라면 기산점을 임의로 선택할 수 있도록 함으로써 진정한 소유자를 보호하는 취지에서 판례의 수정이 필요하다고 본다.

따라서 이상의 법령 개정과 함께 해석변경의 취지를 감안하여 법원

56) 이동식, 「일반조세법」, 준커뮤니케이션즈, 2013.3. 224면, 231면.

은 기존의 판례(대법원 84누520, 1985.5.14.; 대법원 90누5375, 1991.2.26.)를 “국세징수법의 규정에 기한 채납처분으로서의 압류는 납세자의 재산을 대상으로 하여야 하고, 그 압류대상으로 된 재산이 등기되어 있는 부동산인 경우에 그 재산이 납세자의 소유에 속하는지의 여부는 등기의 효력에 의하여 판단하여야 할 것인바, 과세관청이 원고에 의하여 이미 20년의 부동산취득시효기간이 경과된 부동산을 압류한 후 그 때까지 원고가 등기를 하지 아니하였다가 판결을 거쳐 민법 제245조 제1항에 의해 점유개시 당시 진정한 소유권이 있음을 인정받아 소유권이전등기청구권을 이용하여 등기를 완료하였다면 그 취득시효로 인한 권리취득의 효력이 점유를 개시한 때에 소급하여 국세징수법 해당 국세징수법」 제53조 제1항 제3호의 압류해제 사유에 해당한다.”라는 판결의 원인과 취지로 변경함으로써 진정한 권리자를 보호하여야 할 것이다.

V. 결론

국세의 채납처분에 따른 장기간 압류 상태로 방치된 부동산에 대하여 3년 이상 기간이 오래 경과한 미 공매 자료를 신속히 정리해야 한다는 국세청장의 설명에서 보여주는 것과 함께,⁵⁷⁾ 최근 지방세의 경우에도 이와 동일한 사안이 발표되어 이슈화되고 있지만,⁵⁸⁾ 현 시점에서 그 해결책은 구체적으로 나오지 않고 과세관청은 소극적으로 민

57) <http://www.intn.co.kr/news/articleView.html?idxno=96862>. 구글 검색 2018.10.21. UPDATED. 2018-10-21 03:58 (일) Daily NTN(日刊 NTN; 국세신문사), “3년 이상 장기압류 부동산, 올해 모두 정리한다”. “장기간 정리되고 있지 못한 부동산, 특히 3년 이상 기간이 오래 경과한 미 공매 자료의 경우 쌓아놓을 것이 아니라 올해 안에 신속히 정리해야 한다.”며 “같은 맥락에서 철저한 재산현황조사 등을 통해 납부능력이 있으면 신속하게 현금위주로 채납활동을 해야 한다”고 설명한 것으로 전해졌다.

58) 각주 1) 참조.

원인의 청구를 기다려 수동적으로 대처하고 있는 것이 현실이다.

이러한 점에 비추어 과세행정은, 그 동안 세무행정의 선진화에 노력하고 있는 점에 비추어 결코 바람직하다고 볼 수는 없을 것이다. 납세의무가 전혀 없는 재산의 진정한 소유자가 취득 당시 등기를 소홀히 하여 그 절차를 이행하지 않았다는 이유만으로, 자기재산을 타인의 체납처분 절차에 의한 압류가 되어 재산권 행사에 지장이 있을 뿐만 아니라, 수동적으로 장시간의 과세관청의 매각절차 완료를 기다린 후 그 결과를 수용할 수밖에 없음은 국민의 기본권인 재산권을 과도히 침해 받는다고 하지 않을 수 없을 것이다.

본 논문의 주제인 ‘부동산 시효취득’과 관련하여, 시효기간 「만료 전에」 제3자가 등기를 취득한 경우에는 시효취득자는 시효기간 완성 당시의 등기명의자에 대하여 소유권취득을 주장할 수 있다.⁵⁹⁾ 그리고 최근에 대법원은 전원합의체 판결에서, 이러한 법리는 부동산에 대한 점유 취득시효가 완성된 후 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전 등기를 하지 않고 있는 사이에 그 부동산에 관하여 제3자 명의의 소유권이전등기가 경료 된 경우에, 소유자가 변동된 시점을 기산점으로 삼아 새로이 2차의 취득시효가 개시되어 그 취득시효기간이 경과하기 전에 등기부상의 소유 명의자가 다시 변경된 때에도 마찬가지로 적용된다고 하였다.⁶⁰⁾ 종래 이와 달리 부동산의 취득시효가 완성된 후 토지소유자가 변동된 시점을 새로운 취득시효의 기산점으로 삼아 2차의 취득시효의 완성을 주장하려면 그 새로운 취득시효기간 중에는 등기명의자가 동일하고 소유자의 변동이 없어야만 한다는 취지로 판시한 판결들을 모두 위 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 이를 변경하였다. 그 결과, 현재의 판례에 의하면, 2차 취득시효기간이 경과하기 전에 등기부상 소유 명의를 취득한 자에게 시효취득을 주장할 수 있게 된다.

59) 대판 1977.8.23, 77다785; 대판 1989.4.11., 88다카5843·5850.

60) 대판 2009.7.16., 2007다15172·15189.

취득시효의 완성 후 부동산소유자가 파산선고를 받은 경우 파산선고 전에 점유 취득시효가 완성되었으나 이를 원인으로 하여 소유권이전등기를 마치지 않은 자는, 소유자에게 파산선고가 된 후에는, 파산관재인을 상대로 취득시효를 원인으로 한 소유권이전등기 절차의 이행을 청구할 수 없다.⁶¹⁾

이러한 취지의 판례에 의하면, 시효기간이 경과되기 전에 부동산이 처분된 경우에는 시효취득을 할 수 있으나, 시효기간이 경과된 후에 처분된 경우에는 시효취득을 할 수가 없게 되는바, 이는 부당하다. 즉, 점유기간이 길수록 등기명의인의 처분가능성이 커져서 시효에 의한 취득 가능성은 더욱 줄어드는 모순이 생긴다. 이러한 민법의 해석 문제는 점유 취득시효에 등기를 하도록 규정한 데서 비롯된 것이다. 특히 초기의 판례가 그것이 가져올 파장을 예견하지 못한 채 법률문언에 충실하게 해석해 보려고 시도하여 사태가 더욱 심각해졌다고 보여진다. 본 논문의 주제와 관련하여 시효취득 기간 중에 등기된 과세관청의 압류에 대해 점유취득자는 민원을 제기하게 되고 실질적인 분쟁으로까지 이어지고 과세관청과 분쟁을 해결하는 데 시간과 노력이 소요하더라도 해결의 기미를 보이지 않고 있다는 것은 선진세무행정에 역행하는 것이라고 할 수 있다.

이는 민법의 조문 해석과 관련하여서도, 명백히 잘못된 입법의 경우에는 무시하는 해석이 불가피하다. 점유취득시효의 등기에 대하여 제245조 제1항의 「등기」 부분은 후에 등기하면 법률상 소유권이 취득된다는 형식적인 의미로 축소하여야 할 것이다. 취득시효의 요건이 갖추어지면 언제라도 등기를 할 수 있는 사실상의 소유권을 취득하는 것으로 인정하는 것이 타당하다고 판단하는 것과 일맥상통 하는 것으로 보여진다.⁶²⁾

헌법상 재산권보호에서부터 국세기본법상 실질과세의 원칙, 소득세

61) 대판 2008.2.1., 2006다32187.

62) 동지; 「송덕수」, 물권법, 박영사, 2017.1. 321~322면.

법상 사실상 취득시기, 질의회신의 법규성 등에 이르기까지 종합적으로 법리를 검토하여 현재에도 과세관청이 압류한 후 장기간 미집행 상태로 있는 부동산이 존재하고 향후에도 발생할 것으로 예견되는바, 진정한 소유자가 장기간 수인 하에 시효로 취득하는 부동산은 점유개시 당시의 소유권자의 기본권 보장 측면에서도 재산권 보호를 함으로써 점유취득자와 과세관청 사이의 압류를 둘러싼 법적 효력문제에서 기인한 법적 갈등은 해소될 수 있을 것이다.

따라서 국세징수법상 압류 해제 요건 중 시효취득도 '제3자의 소유권 주장이 상당한 이유'에 해당함을 인정하여, 국세청의 질의회신 또한 수정 해석함이 타당할 것으로 본다.

[참고문헌]

- 김봉수, "점유취득시효의 기산점에 관한 연구", 성신법학 제12권, 성신여자대학교 법학연구소, 2013.
- 민유숙, "취득시효 완성의 제3자에 대한 효과 : 새로운 해석론의 시도", 민사재판의 제문제 16권, 한국사법행정학회, 2007.
- 박득배, "점유취득시효제도의 타당성 검토", 법학논총 제32권, 한양대학교 법학연구소, 2015.
- 박영민, "점유취득시효에서 점유자 보호의 한계 : 대법원 2009.7.16. 선고 2007다15172, 15189 전원합의체판결과 새로운 입법 방향을 중심으로", 부동산법학 제17권, 한국부동산법학회, 2010.
- 손주희, "부동산 점유취득시효 완성 후의 소유자 변경 -대법원 2009.7.16. 선고 2007다15172, 15189 판결에 대하여-" 2009.
- 송덕수, 「물권법」, 박영사, 2017.1.
- 양창수, "최근중요민사판례동향(II) -토지소유권에 대한 장기취득시효 완성의 효과-" 제4권, 1997.
- 양진수, "부동산점유취득시효 완성 후 부동산의 소유권을 취득한 제3자와 시효완성점유자의 관계", 민사판례연구, 제32권, 민사판례연구회, 2010.
- 윤진수, "점유취득시효 완성 후 재진행의 요건", 제15권, 2009.
- 이기용, "점유취득시효에 관한 판례의 5유형과 명의신탁 등기에의 적용", 대한변호사협회지 제357권, 대한변호사협회, 2006.
- 이동식, 「일반조세법」, 준커뮤니케이션즈, 2013.3.
- 이범주, "점유취득시효에 있어 소유자가 제3자로 변경된 시점을 새로운 취득시효의 기산일로 삼을 수 있는지 여부" 제8권, 1994.

- 강정규·김종민·이우도, 「부동산조세」, 2015, 부연사, 20면; 강경태, 「부동산조세」, 샘앤박스, 2017, 8면.
- 이중교, “지방세 체납처분 관련 장기 미집행 압류부동산의 해소방안”, 한국지방세연구원 보고서 Vol.38, 2017.6.
- 임권면, “대상청구권에 관한 소고” 경남법학 제14권, 경남대학교법학연구소, 1997.
- 추신영, “부동산점유취득시효에 있어서 소유권취득에 대한 제언”, 「재산법연구」, 제34권, 한국재산법학회, 2018.
- Randall Lesaffer, “Argument from Roman Law in Current International Law: Occupation and Acquisitive Prescription”, *The European Journal of International Law* Vol. 16 no.1, 2005.

[국문초록]

현재에도 과세관청이 압류한 후 점유취득자와의 법적 갈등으로 인하여 장기간 미집행 상태로 있는 부동산이 존재하는 것으로 알려져 있다.

민법은 부동산의 시효취득에 대하여 제245조에서 20년간 점유자는 등기함으로써 그 소유권을 취득하고, 소유자로 등기한 자는 10년간 점유함으로써 소유권을 취득하도록 하면서, 그 소유권 취득의 효력은 제247조에서 점유를 개시한 때에 소급한다고 규정하고 있다. 시효취득은 원시취득으로서 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 전소유자의 소유권에 가하여진 각종 제한에 관계없이 완전한 내용의 소유권을 취득하게 된다.

관례에 의하면 소유권취득의 반사적 효과로서 그 부동산에 관하여 취득시효의 기간이 진행 중에 제3자에게 소유권에 대한 처분이 있는 경우에는 취득시효가 완성되고 등기가 완료되면 제3자의 처분은 소멸된다고 하는 반면, 취득시효가 완성된 이후에는

원소유자가 제3자에게 소유권을 처분하거나 압류 등 강제집행의 등기가 점유취득에 따른 이전등기 전에 선행되는 경우, 전 소유권에 붙어 있는 위와 같은 부담은 소멸되지 아니 한다.

과세관청은 점유시효취득의 진정한 의미를 감안하여 타인의 부동산을 장기간 점유하여 소유권을 취득하는 점유취득자와는 구별하여, 진정한 소유자가 장기간 수인 하에 시효로 취득하는 부동산은 점유개시 당시의 소유권자의 기본권 보장 측면에서도 재산권 보호를 위해서는 국세청의 경직된 법령해석기본의 질의 회신에만 의존할 것이 아니라고 본다. 체납처분에 따른 장기간 압류 상태로 방치된 부동산이 다수 존재함으로써 갈등은 여전히 존재하고 있다. 납세자에게만 문제되는 것이 아니라 납세의무와 무관한 제3자에게 재산권의 행사에 지장이 있

음으로써 해결하여야 할 과제이기도 하다.

따라서 본 논문은 차제에 부동산 물권 변동에 관하여 성립요건주의를 채택한 현행 민법 하에서 점유취득시효 제도가 예외적인 제도로서, 그 제도의 존재이유와 취지에 비추어 민법상 점유취득의 효과에 대하여 법리를 명확히 함으로써 점유취득자와 과세관청 사이의 압류를 둘러싼 법적 효력문제에서 기인한 법적 갈등은 해소될 수 있을 것이며, 입법 정책적으로 민법의 법리와 일치되지 않은 조세법 적용상 발생하는 문제점을 개선하도록 하면서, 행정규칙인 질의회신 등의 경직된 해석 및 집행에서 벗어나, 최근까지의 사례와 판례를 중심으로 국세징수법 개정, 민법 및 조세법상 해석의 변경을 통하여 그 해결방안을 마련하여야 할 것이다.

주 제 어 : 점유시효취득, 압류, 국세징수법, 질의회신, 재산권보호

[ABSTRACT]

**Study on the policy for resolving legal
conflicts between an acquirer by
occupation and a seizure authority of tax
service on the real estate**

Lee, Jin-Soo·Lee, Woo-Do

The judicial precedent that has been established by the Korean Supreme Court regarding the legal effects due to the completion of an acquisitive prescription on real estate in Paragraph 1 of Article 245 of the Civil code can be described as follows: (a) The registered owner cannot claim against the occupant for the delivery of the real estate, the demolition of the building on the real estate (if it is land), the return of unjust enrichment, and damages. (b) The occupant can claim for the transfer of the registration of the real estate against the registered owner who obtained the ownership before the completion of prescription period. (c) The occupant cannot claim for the transfer of the registration of the real estate against the registered owner who obtained the ownership after the completion of prescription period. (d) The starting point of the acquisitive prescription period should be fixed at the time the occupant began to occupy the real estate. The occupant is not permitted to insist an arbitrary starting point. (e) In spite of

the above legal principle (c), the occupant can claim for the transfer of the registration of the real estate against the registered owner who obtained the ownership after the completion of prescription period, if another acquisitive prescription period has completed after the registered owner obtained the ownership while the occupant continues to occupy the real estate.

In this study, I researched the problems of the above legal principle (c), which ignores the unique legal status of the occupant who has achieved an effect of an acquisitive prescription on the real estate.

(1) The transfer of the registration of the real estate is merely the transfer of the legal status, not influencing the actual fact. The acquisitive prescription is the legal system that endows a predominant effect to the actual fact over the legal status.

(2) There is no reason to discriminate between the registered owner who obtained the ownership before the completion of prescription period and the registered owner who obtained it after, even if the registered owner obtained the ownership for the purpose of interrupting the occupant from acquiring the right to claim for the transfer of the registration of the real estate.

(3) According to the above legal principle (c), the longer the occupant has occupied the real estate, the lower the possibility the occupant successfully obtains the ownership.

I insist that the judicial principle should be amended to protect the occupant who has achieved an effect of the

acquisitive prescription on the real estate from a person who acquired ownership of that real estate after the completion of an acquisitive prescription period. That occupant deserves the protection because he/she satisfies the following conditions: he/she began to occupy it in the belief that he/she is the owner of the real estate, and the registered owner has taken no action to stop the occupation. I support the theory that the judge should measure the period of the acquisitive prescription in a way to count the term reversely from the day of judgment.

I have found in the adjudication of the Korean Supreme Court (Case # 2007DA5172,15189) that the court realized the problem of the above legal principle (c) and tried to modify the principle in order to broaden the range of protection of the occupant. The adjudication declared that in spite of the above legal principle (e), the occupant can claim for the transfer of the registration of the real estate against the registered owner who obtained the ownership from the previous owner who obtained the ownership after the completion of prescription period, if another acquisitive prescription period has completed after the previous owner obtained the ownership while the occupant continues to occupy the real estate. However, it could be more desirable for the Supreme Court to declare the abolition of the above legal principle (c).

Key Words : Occupancy Acquisitive Prescription, Attachment, National Tax Collection Act, Query Reply, protection for property rights

논문투고일 : 2018. 12. 10.

논문심사일 : 2018. 12. 27.

게재확정일 : 2018. 12. 29.

집합건물내 상업용건물의 하자담보책임에 관한 연구

- 집합건물법 개선에 관한 연구 -

조정훈*

[목 차]

- | | |
|-----------------------------------|----------------------------------|
| I. 서론 | IV. 집합건물법상의 담보책임
제도의 한계와 개선방안 |
| II. 집합건물내 상업용건물의
하자담보 책임 | V. 결론 |
| III. 집합건물내 상업용건물의
하자담보 책임제도 분석 | |

I. 서론

최근에 국제적으로 대륙법계에서 많은 논란을 불러일으킨 하자담보 책임을 채무불이행 책임으로 일원화 하고자 하는 시도가 나오고 있다. CISG, DCFR, PICC, EU 소비자매매지침 등과 같은 글로벌 통일규범화 시도와 2002년에 개정된 독일민법, 일본 채권법현대화 프로젝트

* 동국대학교 일반대학원 박사과정 수료

등이 그 예이다. 국내의 경우 2004년과 2013년 민법개정 작업을 통해 하자담보 책임에 대한 법체계의 개정이 시도되었으나 그 당시 시기 상조론이 대세가 되었으며, 특히 하자담보 책임과 채무불이행 책임 체계가 과실책임에서 이해충돌되는 근본적인 문제로 인하여 개정시안으로 채택되지 못한 것이다.

우리나라의 민법도 다른 대륙법계의 국가들과 마찬가지로 채무불이행 책임과 하자담보 책임에 대한 법규정을 따로 구분하고 있어서 하자담보 책임에 관한 규정의 법체계와 분석 및 해석에 다양한 이견들이 있다. 채무자의 하자가 포함되어 있는 물건을 인도한 경우, 채무불이행 혹은 하자담보 책임 중 무엇을 근거로 어느 규정에 의해 책임을 지는지에 따라 요건, 효과, 권리행사 기간 등 여러가지 이해관계적 문제가 발생하기 때문이다. 사실 이러한 논의는 하자담보 책임의 본질론에서 시작된다. 즉 하자담보 책임의 일반적인 본질이 채무불이행에 대한 책임인지 아니면 채무불이행에 대한 책임과는 다른 법정의 책임인지에 따라 그 결과가 상이하게 달라지는 것이다.

헌행법상 하자담보 책임제도는 그 본질에 관한 논의에서부터, 세부적인 법률적 해석까지 수많은 논의사항이 존재하고 있다. 다만 이러한 문제점에 대해 오랫동안 논의되어와 관련 선행연구도 활발히 진행되어왔다. 특히 본질과 관련한 논의는 하자담보 책임의 요건과 효과에 대하여 서로 다른 결과와 법적근거를 낳기때문에 많은 연구들이 진행되었는데, 하자담보 책임의 법적 성질이 채무불이행 책임인지, 아니면 채무불이행 책임과는 전혀 성질이 다른 별개의 법정 책임인지에 관한 논의들이다. 이러한 연구 활동들은 국제적 통일규범과 우리 국내법을 융합시키는 노력, 즉 세계화 추세에 따르는 것이며, 하자담보 책임 제도의 취지에 맞도록 그 기능을 충실하게 수행할 수 있도록 하는데 도움을 주는 것이다.

그 과정으로 본 논문은 최근 선분양 후입주라는 집합건물의 특성으로 인하여 집합건물에서 발생하고 있는 민법상 하자담보 책임을 일반

적인 채무불이행 책임과는 전혀 다른 성질로 규정하고, 적용하는 현행 법에 대한 궁극증으로 출발한다. 특히 하자담보 책임이 채무불이행 책임과 전혀 다른 책임인가에 대한 의견으로, 하자담보 책임이 채무불이행 체계 속에 포함될 수 있는 건지, 또 포함이 된다면 현행 하자담보 책임에서 명시하지 않은 다른 제도나 규정들도 현행 법체계에서 일원화 할 수 있는 방법은 없는지에 대한 관심에서 연구한다.

따라서 본 논문에서는 집합건물내 상업용건물의 하자담보 책임 체계에 대한 전반적인 이해를 통해 채무불이행 책임과의 상호관계에 대하여 알아보고자 하였다. 이에 하자담보 책임에 대한 이론적 고찰과 하자담보 책임의 현행 규정에 대한 문제점 및 일원화 방안을 논의하고자 하며, 결론적으로 세계화 추세에 맞는 하자담보 책임과 채무불이행 책임의 연관성을 알아보고 그에 따른 입법적 제언을 통해 세계화 추세에 맞는 개정방향으로 관련법을 연구하고자 한다.

II. 집합건물내 상업용건물의 하자담보 책임

1. 하자담보 책임의 이론적 근거

법률적 해석으로 담보 책임이란 매매를 포함한 유상계약, 기타 이와 동일한 법률관계에서의 권리 그 자체에 문제가 있거나 권리의 객체인 물건에 흠이나 문제가 있는 경우 매도인 등이 부담하는 책임을 의미한다. 민법은 제569조 내지 제584조에서 매도인의 담보책임에 관하여 규정하고 있고, 제567조에서 매매 이외의 유상계약에서 이를 명확하게 준용하고 있으며, 증여(제559조), 공유물분할(제270조), 그리고 공동상속재산분할(제1016조 내지 제1018조) 등 유상계약과는 다른 법률관계에서도 이러한 담보책임의 성립을 분명하게 인정하고 있다.

담보책임은 일반적으로 권리에서 발생한 하자로 인하여 담보책임과

물건의 하자로 발생한 담보적 책임으로 분류하는 것이 일반적이다. 이렇게 두가지의 유형으로 구별하는 것에 대한 실익은 하자담보 책임의 경우 매수인의 선의와 무과실을 그 성립요건으로 하고 있으며, 경매에서는 하자담보 책임을 불인정 한다는 것이다. 민법은 하자담보 책임을 다시 특정물 매매에서의 하자담보 책임(제580조)과 그리고 종류물매매에서의 하자담보 책임(제581조)으로 구분하고 있다. 하자담보 책임에 관한 규정은 채권의 객체인 급부 혹은 지적재산권의 객체인 정신적 창작물 등 소유권 이외의 권리의 객체에 하자가 있는 경우에도 적용된다.¹⁾

우리나라 민법상 담보책임 제도의 연혁적 특징으로는 로마법에서 유래하여 프랑스민법과 독일민법 안에 계수된 후 다시 일본민법을 거쳐 우리나라 민법으로 된 것으로 우리나라 담보책임 제도가 유래된 로마법에서 담보책임은 원래 매매 계약의 본질적 효력으로 해석된 것이 아니라 다른 법적 판단 또는 매매 계약에 부수되어 체결되는 서로 상이한 계약의 효력으로 인정되어 온 것으로 판단된다.

로마법에서 담보책임이 매매계약 자체의 효력으로 이해되고 매도인의 의무로 종속된 것은, 추탈담보책임의 경우에는 매수인소권(actio empti), 하자담보 책임의 경우에는 안찰관소권(actio aedilium curulium)이 인정되는 시기부터이다.²⁾ 로마 공화정 후기의 안찰관소권은 유스티니아누스 시기에 시민법과 통합되어 모든 매매에서 적용되는 제도로 정착되었고, 이것이 근대법으로 이어져 현재의 하자담보 책임제도를 만들었다.³⁾

독일의 보통법 시대에는 매도인의 하자담보 책임의 법적근거를 물건의 하자로 기인한 매도인과 매수인의 '등가성'(Äquivalenz)의 회복을

1) 광운직 편집대표, 민법주해 XIV [채권(7)], 박영사, 2007, 291면

2) 광운직 편집대표, 민법주해 XIV, 187-188면(남효순 집필부분).

3) 조규창, "물건의 하자담보 책임-현행법규정의 비판적 고찰", 『고려대 법학논집』, 제 21집, 1983. 21면

위한 묵시적 유보에서 찾았으며, 하자담보 책임의 법적근거는 매수인이 매매 목적물에 하자가 없는 것을 전제로 매매 계약을 성사하였으나, 매매 목적물에 하자가 존재하고 매수인의 기대에 차이가 생기게 되면서 찾게 되었다.⁴⁾ 물건이나 권리의 하자로 인한 매매 계약의 등가관계가 성립되지 않는 경우에 그 보상을 위한 동등한 효과가 제공되어야 하며, 이러한 동등한 효과가 하자담보 책임이라는 것이다. 여기서 '등가성'(Äquivalenz)이란 급부에 대한 반대급부의 '동등한 가치'(Gleichwertigkeit)를 말하는데, 이 가치에 대해서는 3가지 유형으로 구분되는데 급부의 객관적 가치가 동등하다고 하는 객관적 등가성과 당사자간 급부는 서로간에 동등한 가치를 가진다고 판단하는 주관적 등가성론, 그리고 당사자가 법률 행위에 의해 동등하게 정하였다는 법률행위적 등가성론으로 구분할 수 있다.⁵⁾

특히 법정 책임설은 채무관계를 이행한 매도인이 매수인에게 무과실의 법률적 책임을 부담하는 이유를 매도인의 급부와 매수인의 급부에 대한 대가적이라는 견련 관계에서 찾는다.⁶⁾ 즉 담보책임은 서로간의 채무가 서로 대가적 견련 관계를 가지는 유상계약인 매매에서 급부와 반대급부 사이의 불균형을 조정하기 위하여 형평성 원칙에 의해 인정된다고 한다. 그래서 매도인이 민법 제580조와 제581조에서 명시된 하자담보 책임을 부담하는 이유는, 매수인이 실제 지불한 매매 대금은 하자가 있는 물건(mangelhafte Sache)이 아니라 하자가 없는 물건(fehlerfreie Sache)에 대한 것으로 매매 대금과 급부된 목적물 간의 등가관계가 성립하지 않기 때문이라는 것이다.⁷⁾

대법원의 기존 판례의 경우를 보면, "민법 제581조, 제580조에 기

4) 이상광, 하자담보 책임론, 법원사, 2000, 24-26면.

5) 정진명, "등가성 장에 관한연구: 독일법의 논의를 중심으로", 민사법학, 제62호, 2013년, 42면

6) 김기선, 「한국채권법각론」, 법문사, 1988년, 136면.

7) 양형우, "매도인의 하자담보 책임과 다른 제도와의 관계", 강원법학, 제14권, 2001년, 390면.

한 매도인의 하자담보 책임은 특별히 법률로 인정한 무과실 책임으로써 여기에 민법 제396조의 과실상계 규정이 준용될 수는 없다 하더라도, 담보책임이 민법의 본질 이념인 공평의 원칙에 입각한 것인 이상 하자 발생 및 그 확대에 가공한 매수인의 잘못을 참작하여 손해배상의 범위를 정함이 상당하다.”고 하여 공평의 원칙에서 근거를 찾고 있다.

2. 하자담보 책임 학설론

가. 법적 책임설

(1) 하자 없는 급부의무의 부인

법정 책임설에서는 하자없는 급부의무를 부인하고, 하자담보 책임을 매도인에게도 채무가 없음에도 불구하고, 거래의 동적안정을 보호하기 위해 법이 매도인에게 특별히 부과한 특수한 무과실의 법정책임으로 파악하고 있다.⁸⁾

(2) 손해배상 범위

하자담보의 효과로 민법 제580조가 정하고 있는 손해배상의 범위는 일반채무불이행으로 인한 이행이익 배상을 구체적으로 규정하고 있는 민법 제390조가 적용되지 않고, 신뢰이익의 배상으로 그 범위가 제한되고 있다.⁹⁾

법정 책임설이 매도인의 하자담보 책임의 영향으로서 손해배상의 범위를 이행이익이 아닌 신뢰이익의 배상으로 특수하게 제한하는 것은,

8) 김현태, 「채권각론」, 일조각, 1975, 117면.

9) 김기선, 「한국채권법각론」, 법문사, 1988, 136면.

매도인의 하자담보 책임은 목적물에 발생한 원시적 하자로 인한 매매 계약의 전부가 아닌 일부가 유효되지 않는 경우에 인정되는 책임이므로, 그 손해배상의 범위도 이행이익이 아닌 신뢰이익의 범위내에서 제한되어야 한다는 점을 근거로 한다.¹⁰⁾

(3) 채무불이행 책임과의 경합 인정 여부

법정 책임설을 연구하는 연구자의 대다수는 매도인의 하자담보 책임과 채무불이행 책임은 법률적인 본질상 서로 다른 책임이기 때문에 매수인은 두가지의 책임 중 어느 하나를 선택하여 주장을 하여도 무관하기 때문에 하자담보 책임과 채무불이행 책임의 경합을 인정한다.¹¹⁾

또한 이와는 달리, 특정물 매매에서 매도인의 의무는 현상 그대로 특정물을 매수인에게 이전하는 것이기 때문에 계약을 체결하는 당시에 그 특정물에 하자가 존재 하더라도 매도인은 그 하자 상태로 급부를 이행하면, 채무불이행, 다시말해서 불완전이행에 대한 법적 문제가 발생하지 않으며, 흠결이 있는 불특정물의 매매의 경우에도 하자담보책임만이 문제가 되고 불완전이행 상의 법적문제가 되지 않는다 하여 경합을 인정하지 않고 하자담보 책임만을 추궁할 수 있다는 견해가 있다.

나. 채무불이행 책임설

최근에 법정 책임설의 특정물도그마를 부인하는 것을 기본 전제로, 매도인의 하자가 있는 급부를 매도인의 재산권 이전의무에 대한 불완전 이행의 일환으로 판단하면서, 담보책임의 법적 본질은 이러한 매도인의 채무불이행 책임인 것으로 해석하는 채무불이행 책임설이 강하게

10) 김현태, 「채권각론」, 일조각, 1975, 117면.

11) 김기선, 「한국채권법각론」, 법문사, 1988, 136면.

제기되고 있다. 그러나 담보책임의 핵심적 본질을 채무불이행으로 이해하는 다양한 견해 중에서도 담보책임의 핵심적인 사항에 대해서 그 해석이 서로 다르다는 것을 알 수 있다. 매도인의 담보책임으로서의 손해배상 책임을 무과실 책임으로 해석할 수 있는지에 대하여, 채무불이행 책임설을 지지하는 대부분의 연구자는 이를 적극적으로 긍정하지만 이와 다르게 해석하는 견해 역시 주장되고 있다. 이처럼 우리나라 민법의 해석론으로서 채무불이행 책임설을 논의하기 위해서는 연구자들 각자의 해당 문제에 있어 각 견해마다 해석론이 상이하므로 올바른 해석을 위해서는 개별적으로 살펴보아야 하는 주의가 필요하다.

(1) 매도인의 귀책사유

법정 책임설을 지지하는 학자들은 매도인의 하자담보 책임을 무과실 책임으로 보고 있다. 그러나 채무불이행 책임설을 연구하는 학자들의 입장은 일관되지 않는 특징을 보인다. 하자담보 책임의 본질을 채무불이행 책임으로 보는 다수설은¹²⁾ 이를 매도인의 귀책사유 여부와 관계없이 인정되는 무과실 책임으로 인정하고 있다. 이러한 해석은 민법 제390조가 규정하는 일반의 채무불이행 책임은 그 요건으로 귀책사유를 요한다는 점이 법률용어상 명백하지만, 하자담보 책임에 대하여는 이러한 규정이 없다는 점을 그 근거 이유로 주장하고 있다. 이 경우, 하자담보 책임은 법률적인 채무불이행 책임의 본질을 소유하고 있지만 귀책사유와 무관하게 인정되는 특수한 경우의 채무불이행 책임이 되는 것이다.

하지만 하자담보 책임의 경우에도 매도인의 귀책사유가 필요하다고 주장하는 견해가 있다. 그 근거로는 채무불이행 책임은 법률상 귀책사유를 전제로 그 책임이 인정되는 것이므로, 특칙 원칙으로 규율되는

12) 김주수, 「채권각론」, 박영사, 1997, 214면.

사항을 제외하고는 채무불이행 책임의 기본적인 일반원칙에 따라 규율을 적용하는 것이 보다 합리적이기 때문이라고 주장한다. 또한 하자담보 책임은 계약목적 또는 그 일부를 이행할 수 없는 상황에 대한 책임이므로, 목적의 전부를 이행할 수 없는 경우에 인정되는 계약체결상의 과실 책임과의 형평성을 고려하여 과실 책임으로 해석하는 것이 보다 합리적이라고 주장 한다.

(2) 손해배상의 범위

법정 책임설에서는 손해배상 범위를 다양하게 다루고 있다. 신뢰이익배상설은 손해배상의 범위는 신뢰이익에 한정되지만 채무불이행책임설을 지지하는 견해는 손해배상의 범위에 대하여, 귀책 사유없이 이행이익의 배상을 인정한다면 책임법 체계의 혼란을 불러오게 됨을 이유로 신뢰이익만 배상하면 된다는 이론이다.¹³⁾ 반면 이행이익배상설은 매도인의 담보책임의 본질을 채무불이행 책임으로 새기는 이상 당연히 이행이익을 배상 하여야 한다는 이론이다.¹⁴⁾ 이원설은 원칙적으로 이행이익 배상을 인정해야 하나 매도인의 귀책사유가 없는 경우에는 신뢰이익 배상의 담보책임을 부담하고 매도인의 귀책사유가 있는 경우에는 이행이익 배상의 담보 책임을 진다는 이론이고,¹⁵⁾ 하자담보 책임에 있어서 손해배상의 범위는 하자담보의 규범 목적에 따라 결정하여야 한다는 규범목적설 등 법정 책임설에서는 손해배상 범위를 다양한 견해로 해석하고 있다.¹⁶⁾

(3) 채무불이행 책임과의 경합여부

13) 박윤직, 「채권각론」, 2003, 140면

14) 김주수, 「채권각론」, 박영사, 1997, 214면.

15) 김상용, 「채권각론」, 법문사, 2003, 205면.

16) 김형배, 「채권각론」, 박영사, 2001, 319면.

채무불이행 책임과 매도인의 담보책임은 그 요건 및 내용, 그리고 효과와 행사기간에 따라 다소 차이가 있는데 우선 먼저 요건상 담보책임은 매도인의 고의나 과실을 요하지 않는 무과실 책임이나, 채무불이행 책임은 과실 책임을 원칙으로 하고 있다. 둘째, 그 내용상에도 차이가 있는데 매도인의 담보 책임은 매수인이 선의인 목적에만 매수인의 손해배상 청구권이 인정되고, 매수인의 해제권은 계약 목적의 달성이 불가능한 경우에만 한정하여 인정된다. 반면 채무불이행 책임에서는 채권자 혹은 매수인의 선·악의는 고려되지 않고 있으며, 손해가 발생하면 언제나 손해배상 청구권이 발생한다. 매수인의 해제권은 채무불이행의 경우에는 대부분 인정되나, 이행지체의 경우 법정 최고 기간을 정하여 최고하여야 한다(제544조). 셋째, 행사기간 상의 차이가 존재하는데 담보 책임은 1년 혹은 6개월의 제척기간이 해당되나(민법 제573조, 제575조 제3항, 제582조), 채무불이행 책임은 통상적 채권의 소멸시효인 10년이 적용된다(제162조).

채무불이행 책임과 매도인의 담보책임의 이상과 같은 서로 다른 차이점으로 인해 두 가지 책임을 동시에 적용할 수 있는 문제에서 채무불이행 책임을 적용할 것인지 매도인의 담보책임을 적용할 것인지의 여부는 하자담보 책임을 별개의 단독적 책임으로 인정하는 법정 책임설에서는 별다른 문제여지가 없으나, 담보책임의 성격을 채무불이행 책임으로 보는 경우에는 문제가 발생하게 된다.

채무불이행 책임설에 의하면 하자담보 책임은 일반 채무불이행 책임의 특칙이기에, 법률적으로만 판단 한다면 일반규정과 특별규정이 충돌할 경우 특별규정 우선적용 원칙에 따라 하자담보 책임 규정만이 적용되게 된다. 하지만 민법 제580조는 특정물의 하자담보 책임의 효과에만 제한되어 손해배상과 계약 해제만을 명시하고 있고 무과실의 대금 감액을 규정하지 않고 있다. 따라서 불완전한 급부이행에 대한 일반적인 규정인 채무불이행 책임 관련 규정이 적용되지 않는다고 판단하는 경우, 선의·무과실인 매도인에 대한 매수인의 손해배상 청구권을

인정하는 경우 채무자의 귀책 사유를 요건으로 하고, 그 법률적인 영향으로 이행이익의 배상을 인정하는 채무불이행 책임의 법률적인 체계에서 법률적, 논리적으로 설명되기 힘든 상황이 발생한다.

3. 집합건물법 및 주택법상의 하자의 개념

가. 집합건물법상의 하자

공동주택 이외의 분양된 집합건물의 하자담보 책임에 관해서는 집합건물법 제9조에 따라 민법상 수급인의 하자담보 책임 규정(민법 제67조 이하)이 준용된다. 그러므로 집합건물의 하자담보 책임에 있어서 하자의 의미나 세부 사항에 대하여서도 도급계약법의 해석에 따르게 된다. 먼저 분양된 집합건물에 있어서 수급인의 하자담보 책임이 법적으로 성립하려면 일의 목적물에 하자가 있어야 한다. 물론 여기서의 하자는 매매의 경우와 달리 숨은 하자임을 그 요건으로 하고 있지 않다. 도급계약에서의 하자는 도급계약상 명시된 내용과 다르게 일을 완성한 경우에 존재하게 되는데 이러한 경우에는 채권관계의 체계상 불이행 또는 불완전한 이행으로 분류될 수 있다.¹⁷⁾ 그러나 우리 민법에서는 도급계약상의 하자의 개념에 관련한 명확한 규정이 없으므로, 독일민법 제633조 및 제634조 제1항에서의 하자의 개념인 '성상의 결함'¹⁸⁾을 도급계약상의 하자로 해석할 수 있을 것이다.

17) Esser/Weyers, Schuldrecht BT, 7 Aufl., 1991, S. 257; Teichmann, Christoph, Das neue Werkvertragsrecht, JuS 2002, S. 55.

18) 성상은 독일의 매매에 관한 규정(제459조)에서 사용되는 성상의 개념과 구별되는 것은 아니지만, 다음과 같은 점이 다르다. 즉, 성상은 물건과 관련될 뿐만 아니라 무형적 급부와 관련 된다. 보증된 성상은 구체적 도급급부와 관련되는 것이므로 그의 성질, 적성, 용도와 관련하여 그 개념이 확장된다. 거래관념상 그것의 종류와 존속기간에 의하여 일의 평가와 유용성에 미치는 적'당한 모든 관계들이 성상이라는 개념 하에서 이해될 수 있다. 그러므로 성상은 도급급부의 가치를 형성하는 요소이다. 수급인에 의해서 보증된 성상은 일의 현상형태를 결정할 수 있으며 그것은 질에 관한

나. 주택법상의 하자

집합건물 중 공동주택의 하자에 대해서는 집합건물법 제9조의 규정이 있음에도 주택법 제46조와 동법시행령 제59조 제1항에서 따로 규정하고 있다. 위 규정에서 분양된 공동주택에서의 하자의 개념을 보면, 먼저 건물 자체의 건축 공정상의 하자를 들 수 있다. 즉 공사상 잘못으로 인한 건물 구성부분의 균열처짐·비틀림·침하누수 등으로 인한 건물의 기능상 혹은 미관상 침해나, 건물의 내력구조에 대한 하자로서 건물의 안전성에 대한 하자를 의미하는 것이다. 그러한 유형으로 건물이 붕괴되거나 붕괴될 우려가 있는 경우는 물론, 그 외에도 건물의 부속시설물의 하자로서 제반 시설물의 설치기능상 하자(작동기능불량, 부착접지결선불량, 고사 및 입상불량 등)는 당연히 건물의 하자로 된다.¹⁹⁾ 특히 집합건물 중 공동 주택의 구조적 하자로는 주택인 건물로서 갖추어야 할 최소한의 구조(출입문 등 독립주택으로서 구분물의 성립)를 결하거나, 건물 내·외부에서 생기는 소음이나 방화벽의 설치여부는 중요한 건물의 하자로 된다.

Ⅲ. 집합건물내 상업용건물의 하자담보 책임제도 분석

것이다. 또한 그것은 일의 적성과 용도를 대상으로 한다. 따라서 경제적인 관점에서 일의 중요한 기술적 성상을 목표로 할 수 있다.

- 19) 주택법시행령 제59조 제1항 별표6. 건물의 내력구조의 하자로서 주택법시행령에서 정하고 있는 기준으로는 먼저 건물의 내력구조부에 발생한 결함으로 인하여 당해 공동주택이 무너진 경우(주택법시행령 제59조 제1항 별표7)는 물론, 그 외에 과학기술분야 정부출연연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률 제8조에 따른 한국건설기술연구원, 시설물의 안전관리에 관한 특별법 제 25조에 따른 한국시설안전공단, 건축사법 제31조 규정에 의한 건축사협회, 고등교육법 제2조 제1 호제2호의 대학 및 산업대학의 부설연구기관(상설기관에 한한다), 시설물의 안전관리에 관한 특별법 제9조의 규정에 의한 안전진단의 실시 결과, 당해 공동주택이 무너질 우려가 있다고 판단 된 경우를 말한다(주택법시행령 제62조 제3항).

1. 집합건물 하자담보 책임에 관한 관계법령과 적용범위

현재 집합건물의 담보책임을 규정하는 우리나라 법률에는 민법, 집합건물법, 건설산업 기본법, 그리고 주택법이 있다. 민법에서는 매매 계약상의 매도인에 대한 담보책임과 도급계약상의 수급인의 하자담보 책임에 대하여 규정하고 있다. 사실상 민법에서의 규정은 물건의 담보 책임에 관한 일반조항으로서의 성격을 가진다고 할 수 있다.²⁰⁾

집합건물법에선는 분양자의 담보책임에 대하여 규정하고 있으며(집합건물법 제9조), 공동주택의 경우에만 별도의 법령을 두고 있다(주택법 제46조, 주택법시행령 제59조).

그러나 하자담보 책임에 관한 민법과 집합건물법의 관계를 보면 '집합건물법' 제9조 제1항은 분양업자의 담보책임으로 "구분소유건물을 건축하여 분양한 자"라고 정확하게 명시했기 때문에 그 소유관계의 성립여부에 따라 적용법에 대한 차이가 있을 수 있다.

2. 집합건물 하자담보 책임의 법적 성격

집합건물의 하자담보 책임과 관련하여 2012년 12월에 개정된 집합건물법을 보면, "제1조 또는 제1조의2의 건물을 건축하여 분양한 자(이하 "분양자"라 한다)와 분양자와의 계약에 따라 건물을 건축한 자로서 대통령령으로 정하는 자(이하 "시공자"라 한다)는 구분 소유자에 대하여 담보책임을 지며, 이 경우 그 담보책임에 관하여는 민법 제667조 및 제668조를 준용한다."라고 규정되어 있고(집합건물법 제9조 제1항), 나아가 "제1항의 분양자의 담보책임에 관하여 민법에 규정된 것보다 매수인에게 불리한 특약은 효력이 없다."라고 하여 강행규정화하고 있다(집합건물법 제9조 제4항). 하지만 집합건물의 하자담보 책

20) 유어녕, 집합건물의 이론과 실무, 법률정보센타, 2011.

임의 법적성격에 대해 여러 가지 대립들이 존재하는데 수급인의 하자담보 책임설, 매도인의 하자담보 책임경합설, 그리고 법정책임설이 그것이다.

우선, 수급인 담보책임설을 보면, 집합건물 분양자의 하자담보 책임에 대해서는 집합건물법 제9조에 의해 수급인의 하자담보 책임에 관한 민법 제667조 이하의 규정이 준용되고 매매계약에 관한 민법 제580조 이하의 적용은 배제되므로 매도인의 위치에 있는 분양자라고 하더라도 목적물 그 자체의 기능, 제품의 하자에 대하여는 수급인의 하자담보 책임을 부담하게 된다는 견해이다.²¹⁾

매도인 담보책임경합설에 의한 대립을 보면, 집합건물법 제9조의 입법 취지는 집합건물에 관한 분양계약이 본래 취지는 매매계약에 해당하지만 수분양자에게 유리한 조건이라고 볼 수 있는 수급인의 하자담보 책임에 관한 규정을 준용함으로써 결론적으로 수분양자를 보호하려는데 있으므로 집합건물법 제9조는 매도인의 담보책임 이외에도 집합건물의 하자에 관하여는 분양자에 대하여 특별한 법정책임을 아울러 부담시키는 것으로 보아 민법 제580조 이하의 규정에 따른 하자담보 책임도 마찬가지로 선택하여 준용할 수 있다고 보는 견해이다.²²⁾

마지막인 집합건물 분양자 하자담보 책임에 관한 법정책임설은 집합건물법상의 분양자의 하자담보 책임은 분양계약관계를 근거로 한 것이 아닌 분양자의 구분소유자에 대한 담보책임을 규정한 특별한 법정책임이라고 하는 견해인데 대법원의 최근 판례방향이기도 하다. 즉, “집합건물법 제9조는 건축업자 내지 분양자로 하여금 견고한 건물을 짓도록 유도하고 부실하게 건축된 집합건물의 소유자를 강력히 보호하기 위하여 집합건물의 분양자의 담보책임에 관하여 민법상의 도급인의 담보책임에 관한 규정을 준용하도록 함으로써 분양자의 담보책임의 내용

21) 김대정, “매도인의 담보책임에 관한 연구”, 1991, 성균관대학교, 292면.

22) 이정민, “집합건물의 분양과 하자담보 책임: 집합건물법 제9조와 관련한 몇가지 법적 쟁점에 관하여”, 사법논집 제38집, 2004.

을 보다 명확히 하는 한편, 이를 강행규정화 한 것으로서 이는 분양자가 부담하는 책임의 내용이 민법상의 수급인의 담보책임이라는 것이지 그 책임이 분양계약에 기인한 책임이라는 것은 아니며, 집합건물의 분양자가 집합건물의 현재의 구분소유자에 대하여 부담하는 법정책임이다.”²³⁾라고 하고 있다. 법정책임설에 따르면 집합건물법 제9조의 법률적 성격이 무과실 책임이자 법정책임이라고 보면서도 수급인의 담보책임과는 달리 수분양자 뿐만 아니라 현재의 구분소유자에게까지 하자담보추급권을 인정하고 있다.

3. 현행 집합건물법 규정취지 및 적용범위

집합건물법 제9조의 입법취지는, 집합건물이 부실건축이 되는 경우 상대적으로 경제력이 약한 다수의 수분양자가 손해를 입게 되어 이것이 사회문제화 되고 법적 분쟁으로까지 나아갈 위험성이 높으므로 수분양자를 보다 더 강하게 보호할 필요성이 제기 되었기 때문이다. 또한 집합건물의 분양 실패상 목적물의 완성 이전인 건축의 초기단계에서 분양계약이 체결되는 경우가 대부분이고 그 법률관계는 매매계약적인 측면이 아닌 목적물의 완성을 목적으로 한 도급계약적인 측면도 강하므로, 집합건물의 분양자로 하여금 민법상의 매도인의 하자담보 책임 규정이 아닌 수급인의 담보책임에 관한 규정을 준용하도록 하여 그 하자담보 책임의 내용을 명확하게 하기 위한 것이다²⁴⁾.

원래 집합건물 수분양자가 그 집합건물에 하자가 발생하여 생긴 경우에 취할 수 있는 방법으로는, 첫째, 하자로 인하여 매매의 목적을 달성할 수 없는 경우에는 계약을 해제하고²⁵⁾ 손해배상을 청구하는 방

23) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2009다9539 판결. 대법원 2008. 12. 11. 선고 2008다12439 판결, 대법원 2003.2.11. 선고 2001다47733 판결 등 다수

24) 법원 2003.2.11. 선고 2001다47733 판결; 서울고등법원 2001.5.10. 선고 2000나41006 판결(상고취하로 확정) 등.

25) 대법원 2003.11.14. 선고 2002다2485 판결; 청주지방법원 2010.5.26. 선고 20

법과, 하자가 계약을 해제할 정도로 중대한 것이 아닌 경우에는 단순히 손해배상 청구만을 하는 방법이다. 그러나 판례적으로 하자가 중대하여 매매의 목적을 달성할 수 없는 경우는 매우 드문 상황이며, 대부분의 경우에는 하자보수에 의하여 분쟁 및 문제들이 쉽게 해결될 수 있다. 그러므로 공사부실에 따른 집합건물 하자의 경우에는 수분양자는 계약해제나 손해배상보다도 오히려 하자보수청구권을 더 요구하게 된다. 특히 집합건물의 분양에 관한 법률관계가 매매적 측면과 도급적 측면이 같이 존재한다고 볼 때, 현행 민법상 매수인의 하자보수청구권에 관하여는 아무런 규정이 없을뿐만 아니라 만약 매수인이 목적물에 하자를 찾아내더라도 그로부터 6개월 내에 권리를 행사해야만 한다. 하지만 집합건물의 특성상 구조적인 하자 등은 오랜시간에 걸쳐 보이지 않는 내부 혹은 기초지반에서 서서히 나타나게 되므로 이를 발견하기도 쉽지 않고 발견하더라도 신속하게 담보책임 권리를 행사하기가 쉽지 않다. 이러한 이유 등으로 수분양자의 보호를 위해 도급계약상의 하자담보 책임 규정을 준용하여 장기의 하자담보 책임기간을 인정함으로써, 분양자의 하자담보 책임을 더 지게 하는것이라 할 수 있다.

집합건물법 제9조에 명시된 적용범위와 관련하여 민법 제667조 제1항은 완성전의 일부 완성된 부분에 하자가 발생할 때에는 도급인은 수급인에 대하여 적정한 기간을 정하여 그 하자에 대한 보수를 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 완성 전의 일부 완성된 부분의 하자란 도급계약에 따른 일이 전부 종료되지는 않았지만 하자가 발생한 부분의 작업이 완료된 상태를 말한다.²⁶⁾ 하지만 이렇게 집합건물이 완공되지 않은 상황에도 집합건물법 제9조가 분양자와 수분양자 사이에 관계법을 적용시킬 수 있는지에 대해 견해들이 대립되고 있다. 이러한 상황에서는 계약의 법률적 성질을 어떻게 보느냐에 따라 문제여부가 결정되는데 법률적 성질을 도급으로 보는 경우에는 집합건물법의 특별규정

09가합 1075,1280,2375 판결.

26) 대법원 2001.9.18. 선고 2001다9304 판결.

은 단순한 주의적 규정에 불과할 것이므로 문제가 되지 않지만 매대로 보는 때에는 문제가 된다.²⁷⁾

이와 관련하여 구분소유 관계가 명확하게 성립되기 전에는 위 규정이 적용될 수 없다고 주장하는 적용 부정설과 그 이전에도 집합건물법 제9조를 적용하되 위 규정의 취지상 매매의 담보책임과 도급의 담보책임이 서로 경합하여 적용해야 한다고 주장하는 적용 긍정설이 있다.

적용 긍정설에 의하면, 동 규정은 강행규정으로서 오히려 집합건물을 분양한 자의 책임을 포괄적으로 정한 것으로 보아야 하므로, 구분소유권 성립 이전에도 분양계약의 법률적 성질을 불문하고 수분양자를 보호할 필요가 있으면 위 조항에 의하여 도급계약상 수급인의 담보책임을 적용하여야 한다고 보고 있다. 즉 집합건물법 제9조 제1항의 문면상 “건물을 건축하여 분양한 자” 라고 하여 이것이 무조건 건물을 완공한 자를 뜻한다고 볼 수는 없고 ‘건축예정 및 분양’의 뜻도 포함하는 것으로 이해한다.²⁸⁾

적용 부정설에 의하면 집합건물의 하자에 대한 담보책임은 먼저 그 분양계약에서 특별한 정함이 있는 때에는 그 계약상 책임을 부담하게 되고, 특별한 정함이 없거나 명확하지 아니한 사항에 대하여는 분양계약의 법률적 성질에 따른 민법상 담보책임을 부담하게 된다는 것으로, 분양계약의 단계에서는 분양계약 또는 민법상 책임을 부담할 것이지만, 집합건물법의 적용을 받는 구분소유 관계가 성립하면 그 집합건물에 대한 하자의 담보는 민법상 도급에 관한 규정을 준용하게 된다고 보는 것이다.²⁹⁾

27) 분양계약의 법적 성질을 ‘혼합계약’으로 보게 되면 구분소유관계가 성립되기 전에는 매매와 도급에 따른 담보책임은 선택적으로 행사할 수 있는 것으로 되어 특별히 논할 실익이 없게 된다.

28) 윤재윤, 건설분쟁관계법 -건설분쟁의 법적 쟁점과 소송실무, 박영사, 2008.

29) 박종두, “분양집합주택의 하자과 담보책임”, 법조 제44권 제12호(통권 471호), 법조협회, 1995.

4. 집합건물법상의 하자 담보책임의 내용

가. 하자보수청구권

분양계약의 법률적 성질을 어떻게 해석하는냐를 불문하고 구분소유 관계가 성립하여 일단 집합건물법의 적용을 받는 경우에는 집합건물법 제9조의 규정에 의하여 민법 제667조나 제668조의 규정에 따른 하자 담보 책임이 적용되게 된다.

민법 제667조 제1항에서는 완성된 목적물 또는 완성 전의 성취된 부분에 하자가 있는 때에는 도급인은 수급인에 대하여 상당한 기간을 정하여 그 하자의 보수를 청구할 수 있다. 그러나 하자가 중요하지 아니한 경우에 그 보수에 과다한 비용을 요하는 때에는 그러하지 아니하다고 하고, 또한 동조 제2항에서는 도급인은 하자의 보수에 갈음하여 또는 보수와 함께 손해배상을 청구할 수 있다고 하였다. 그 행사기간에 관하여는 집합건물법에서 규정하고 있는데, 건물의 주요구조부 및 지반공사의 하자는 10년, 그 외의 하자는 하자의 중대성, 내구연한, 교체가능성 등을 고려하여 5년의 범위에서 담보책임을 지도록 규정하고 있다(제9조의 2 제1항 제1호). 또한 하자로 인하여 건물이 멸실되거나 훼손된 경우에는 그 멸실되거나 훼손된 날부터 1년 이내에 권리를 행사하여야 한다(제9조의 2 제3항). 이와 같이 집합건물법은 담보 책임에 관한 특별한 규정을 별도로 두어 하자보수에 대한 분양자의 책임을 명확하게 규정하고 있다.

나. 손해배상청구권

현행 민법은 도급계약상에 하자가 있는 일의 완성으로 인한 수급인의 손해배상책임에 관해서는 민법 제667조 제2항에 특별한 규정을 만

들어 두고 있다. 그러나 동조에서는 상세한 규율을 하지 않고 다만 도급인은 하자의 보수에 갈음하여 또는 보수와 함께 손해배상을 청구할 수 있다고 규정하고 있을 뿐이다. 그러나 도급계약의 경우에는 매매계약과는 다르게 수급인이 목적물을 직접 제작해야 하는 특수한 경우를 인정하여 수급인은 하자에 관하여 유책한 경우가 대부분이므로, 수급인의 하자담보 책임상의 손해배상범위도 매도인의 하자담보 책임(민법 제570조 이하)상의 손해배상범위보다는 크다.

다. 계약해제권

민법에 따라 도급인은 계약의 목적달성이 불가능할 정도의 중대한 하자가 확인되면, 하자보수의 청구나 손해배상의 청구, 또는 계약을 해제할 수도 있다(민법 제668조). 그러나 일의 목적물이 건물 기타 토지의 공작물인 경우에는 중대한 하자가 있어도 해제할 수 없다(동조 단서). 그러나 도급계약에 있어서는 민법 제668조 단서를 제한적으로 적용하려는 해석적인 시도가 있었지만 집합건물 분양자의 경우에는 집합건물법 제9조 제1항에도 불구하고, 민법 제668조 단서는 준용되지 않는다는 해석이 현재의 판례이다.

하자담보 책임에 대해 민법 제667조 이하에서는 하자보수, 손해배상, 계약해제를 명확하게 규정하고 있다. 먼저 계약해제와 하자보수와 의 관계에서 함의로 계약이 해제가 되면 수급인의 일완성 의무가 소멸되므로 하자보수 의무 또한 없다. 또한 계약상의 일의 완성 전인 시점에서는 언제든지 도급인은 수급인에게 확인된 손해를 배상하고 계약을 해제할 수 있지만, 일이 완성된 경우에는 하자를 이유로 계약목적 달성이 불가능한 경우에만 해제가 가능하다. 따라서 보수가 오랜기간을 필요로 하여 즉시 해제가 법률적으로 정당화되는 사유가 인정될 경우에는 해제를 인정하지만 하자가 매우 경미한 경우에는 수급인이 보수 의무를 적극적으로 하지 않더라도 계약을 해제할 수 없으며, 도급인은

하자보수청구권이나 이에 동등한 수준의 보수에 준하는 손해배상청구권을 행사 할 수 있다.

계약해제와 손해배상과의 관계를 보면, 민법은 계약해제를 하더라도 계약으로부터 생긴 본래의 채무는 모두 소멸되지만 손해배상채무는 존속한다는 것이 일반적인 법조계의 주장이므로, 제668조 본문의 해제를 하더라도 기 발생된 손해배상채무는 그상태로 존속하게 되며, 이때의 손해배상은 제667조 제2항의 보수에 의한 손해배상이 되는 것이다. 따라서 보수와 함께 하는 손해배상은 보수와는 전혀다른 별개의 대상으로 하는 손해배상이기 때문에 통상의 손해배상이라고 할 수 있으며, 계약해제와 함께하는 손해배상은 계약해제로 인한 법률적으로 남은 결과들을 조정하는 기능을 수행한다. 이러한 경우는 해제권을 행사한 결과 발생한 원상회복 의무 이행이 현실적으로 불가능하거나 완전하지 못하게 이행할 수 밖에 없는 경우가 해당된다.

특히 제668조 단서의 경우 일반적인 건축물 도급계약에 제한적으로 적용하려는 경우가 있으나, 집합건물 분양의 경우 수분양자의 계약해제권을 대부분의 판례에서 인정하고 있다. 집합건물의 분양 계약 해제의 경우, 당해 수분양자의 전유부분 및 공용부분을 철거해야 할 필요가 전혀 없고, 오히려 분양자는 새로운 수분양자와 분양계약을 체결할 수가 있기 때문에 따라서 완성된 건축물을 보존하기 위해 분양계약의 해제를 인정할 수 없는 경우라면 그러한 근거는 소멸하였다고 해석이 가능하므로 집합건물 수분양자의 계약해제를 인정하는 것이 법률적으로 타당하다고 봐야 할 것이다.

IV. 집합건물법상의 담보책임제도의 한계와 개선방안

집합건물이 양도되었을 경우의 하자담보추급권자의 확정에 관한 기존 대법원 판결과 하자에 대한 명확한 개념과 관련된 하급심의 논쟁과

임대에서 분양전환한 아파트의 하자담보 책임에 관한 대법원 판결 등을 고려할 때, 입법적인 해결을 통하여 집합건물 담보책임에 관한 구체적인 법해석 및 적용이 매우 필요하다고 할 수 있다. 본 연구에서는 이러한 담보책임제도의 한계를 첫째, 하자담보 책임대상에 대한 개념과 기준정립 미흡, 둘째 시공자의 담보책임 규제 미흡, 마지막으로 건축수급인의 담보책임 규정 미흡으로 판단하였으며, 이러한 측면에서의 집합건물법 개선안을 제시하면 다음과 같다.

첫째, 집합건물의 하자담보 책임의 대상인 하자에 대한 그 개념과 판단기준에 관한 명확한 기준정립이 필요하다. 즉, 현행 집합건물법 제9조에 의해 준용되는 민법의 경우, 그 개념이나 판단기준에 대해 명시된 규정이 전혀 없으며, 따라서 법조계에서는 하자의 개념과 판단기준에 관한 객관설, 주관설 및 절충설 등의 다양한 의견대립이 존재했고, 실무적으로도 주택법상과 집합건물 법상의 객관적 하자개념이 동일한 것인지에 대한 여부, 집합건물법상의 하자는 객관적 하자는 물론 주관적 하자도 포함하는 것인지에 대한 여부, 하자판정의 기준이 되는 도면이 준공도면인지 아니면 사업계획승인도면 및 착공도면이 기준이 되는 것인지에 대한 여부 등에 관한 다양한 논의와 주장들이 진행되고 있다.

따라서 우리도 해외 선진국가들의 민법을 참조하여 하자의 개념을 현실에 맞게 재정의하고 합의된 성상에의 적합성, 계약의 전제가 된 용도적합성, 통상의 용도적합성 등의 순으로 그 판단기준을 명확히 규정할 필요가 있다. 또한 민법과는 별개로 집합건물법에 하자의 개념과 판단기준에 대해 신설할 수도 있겠으나, 일반적으로 하자에 관한 논의는 집합건물에만 한정된 문제가 아니기 때문에 입법체계상 민법의 매매와 도급에 관한 규정의 개정을 통하여 해결함이 더 바람직할 것이다.

둘째, 비교법적 검토를 통해 분양자는 물론 시공자의 구분소유자에 대한 담보책임 규정을 새롭게 신설해야 한다. 집합건물의 분양자겸 사

업주체는 해당 사업의 수행만을 위한 특수목적 법인의 성격으로 기업의 존속성이 보장되지 않거나 매우 영세하여 하자담보 책임 이행에 필요한 능력이 거의 없고, 공사도급계약상 시공자는 분양자에 대하여 하자담보 책임을 전적으로 부담하고 있으므로 구분소유자들을 위해서는 시공자의 담보책임을 강제로 규정해야 할 필요가 있다.

셋째, 집합건물의 담보책임뿐만 아니라 건축수급인의 담보책임을 강행 규정화 할 필요가 있다. 프랑스의 민법에서는 건축수급인의 하자담보 책임에 대하여 관련규정을 강행규정화 하고 있다. 또한 집합건물과 일반건물에 있어 양적차이를 제외하고는 부실하지 않은 견고한 건물을 건축하여야 할 필요성과 부실 공사 등의 사회적 위험을 최소화해야 할 필요성은 같다. 따라서 우리 민법도 수급인의 담보책임 중 '건축수급인'의 담보책임에 관한 규정을 집합건물법 제9조와 같이 강행규정화하여 일괄적으로 규율할 필요가 있는 것이다. 민법의 건축수급인의 하자담보 책임을 강행규정화 할 경우, 현행 집합건물 법 제9조 제2항은 삭제함이 바람직하다고 할수 있다.

V. 결론

본 연구의 목적은 집합건물의 하자담보 책임에 관한 연구로서 현행 법상 집합건물의 하자담보 책임제도의 문제점을 살펴보고 개선안을 제시해 보고자 함에 있다. 따라서 집합건물의 하자담보책임에 관한 내용으로 집합건물의 하자담보 책임제도의 현 문제점들을 알아보고 개선방안을 제시하고자 하였으며, 이를 위하여 먼저 현행법상 집합건물의 하자담보책임에 관한 규정과 법리 등을 살펴보았다.

이를 위해 먼저 집합건물내 하자담보 책임에 대한 법적일반론에 대해 문헌적 고찰을 실시하고 집합건물내 하자담보 책임제도에 대해 살펴보았다. 또한 하자담보 책임에 관한 관계법령과 적용범위, 법적성

격, 그리고 현행 집합건물법 규정취지 및 적용범위와 구체적인 담보책임의 내용에 대해 조사해 보고 집합건물법상의 한계점과 개선방안에 대해 3가지를 제시하였다. 첫째 집합건물 하자담보 책임의 범위를 명확히 하기 위해서는 민법의 매매, 도급에 관한 규정에 하자의 개념과 그 판단기준에 관한 공적기준을 신설할 필요성이며, 두 번째는 집합건물의 하자담보 책임의 주체로 분양자 이외에 시공자를 명문화할 필요가 있는 점을 제안하였다. 마지막 세 번째는 집합건물의 담보책임뿐만 아니라 민법의 건축수급인의 담보책임 또한 강행규정화할 필요성에 대해 제안하였다.

[참고문헌]

I. 국내문헌

1. 단행본

- 곽윤직·김재형, 물권법(민법강의Ⅱ), 박영사, 2017.
- 곽윤직 편집대표, 민법주해 XIV [채권(7)], 박영사, 2007.
- 곽윤직, 「채권각론」, 2003.
- 권영준, “매도인의 하자담보 책임”,
- 김기선, 한국채권법각론, 법문사, 1988.
- 김석우, 채권법각론, 박영사, 1978.
- 김증한안이준, 신채권각론(상), 박영사, 1963
- 김기선, 「한국채권법각론」, 법문사, 1988.
- 김남근, 집합건물의 분양·관리상 법적 쟁점, 진원사, 2018.
- 김대정, “매도인의 담보책임에 관한 연구”, 성균관대학교, 1991.
- 김봉수, 특정물매수인의 하자보수 청구권, 한국비교사법학회, 비교사법1(1), 2010.
- 김상용, 「채권각론」, 법문사, 2003.
- 김상용, 「물권법」, 화산미디어, 2009.
- 김성연, 하자담보 책임과 채무불이행 책임의 관계, 연세대학교, 2015.
- 김영두, 집합건물법연구(이론·사례·판례), 진원사, 2008.
- 김주수, 「채권각론」, 박영사, 1997.
- 김현태, 「채권각론」, 일조각, 1975.
- 김형배, 「채권각론」, 박영사, 2001.
- 남윤봉, “하자담보 책임의 효과”.

남효순, 「민법주해 XIV 채권(7)」, .

민법주해 XIV, 187-188면(남효순 집필부분)

박종두·박세창 공저, 집합건물법(제2판), 삼영사, 2011.

이상광, 하자담보 책임론. 법원사, 2000.

양형우, “매도인의 하자담보 책임과 다른 제도와의 관계”, 강원법학, 제14권, 2001.

윤일구, 하자담보 책임의 고찰과 입법적 제언, 2010, 전남대학교 법학연구소

이상광, “하자담보 책임의 기본문제”, 비교사법 제5권 1호, 1998, 한국비교사법학회..

유어녕, 집합건물의 이론과 실무, 법률정보센터, 2011.

2. 논문

김규완, 표준관리규약의 제정과 그 주요내용-집합건물법에 기한 법무부 표준 ‘표준규약’의 제정에 관한 보고서-, 비교사법 제20권 3호, 한국비교사법학회, 2013.

김대정, “아파트분양계약의 사법상의 법률관계”, 한독법학 13호, 한독법률학회, 2002.

김대정, 매도인의 담보책임에 관한 연구, 1991, 성균관대학교

김영두, 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 개정안 해설(집합건물관리의 현실화를 위한 법률 개정안), 2012, 성공회대학교

박경량, 집합건물법상 관리단과 그 규약의 해당여부 판단기준, 저스티스 30권 2호, 한국법학원, 1997.

박종두, “분양집합주택의 하자과 담보책임”, 법조 제44권 제12호(통권 471호), 법조협회, 1995.

민성철, 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(제20조 제2항 소정의

- 분리처분금지), 2007, 민사판례연구회, 민사판례연구
- 사동천, 최근 국제적 동향에서 바라본 우리민법상의 매도인의 하자담보 책임에 관한 연구, 한국민사법학회, 2003.
- 이정민, “집합건물의 분양과 하자담보 책임: 집합건물법 제9조와 관련한 몇가지 법적 쟁점에 관하여”, 사법논집 제38집, 2004.
- 이준형, 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 개정안 해설(선진적인 집합건물 관리를 위한 법률개정안), 성공회신학교, 2012.
- 윤재운, 건설분쟁관계법 -건설분쟁의 법적 쟁점과 소송실무, 박영사, 2008.
- 정진명, “등가성 장애에 관한연구: 독일법의 논의를 중심으로”, 민사법학 제62호, 2013.
- 조규창, “물건의 하자담보 책임-현행법규정의 비판적 고찰”, 고려대법학논집 제21집, 1983.
- 차흥권, 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(제48조 제2항, 제4항 소정의 매도청구), 서울지방변호사회, 판례연구, 2001.

3. 기타

- 국제전자센터관리단, 관리단규약, 2002. 7. 1. 개정본.
- 동대문밀리오레관리단, 관리규약, 2010. 2. 25. 제정본.
- 법무부 집합건물법 해석사례집 2015
- 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 2016.01.19(법률 제 13805호)
- 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률시행령 2018.01.16.(대통령 제 28586호)
- 서울시, 집합건물 관리 실태점검 결과 발표, 2013.12.10. 부동산 뉴스

II. 외국문헌

Esser/Weyers, Schuldrecht BT, 7 Aufl, 1991, S. 257; Teichmann, Christoph, Das neue Werkvetragsrecht, JuS 2002, S. 55.

中川善之助, 註釋民法7(物權2), 有斐閣, 1968.

玉田弘毅, 管理規約の發展と変容, 都市問題東京市政調査會第92卷第2號, 2001

〔 국문초록 〕

집합건물법 제9조는 민법상 수급인의 담보책임에 관한 규정을 준용하여 집합건물을 건축한 건축주와 시공자에게 하자보수 및 손해배상의 책임을 부담시키고 있다. 원래 민법상의 담보책임이 도급인과 수급인과의 관계에서 발생한다는 측면에서 집합건물법의 규정은 집합건물을 분양받은 구분소유자를 보호하기 위한 것이라 할 수 있다. 본 연구는 최근 선분양 후입주라는 집합건물의 특성으로 인하여 집합건물에서 발생하고 있는 민법상 하자담보 책임을 일반적인 채무불이행 책임과는 전혀 다른 성질로 규정하고, 적용하는 현행법에 대한 궁극적으로 출발하였으며, 집합건물의 하자담보 책임에 관한 연구로서 현행법상 집합건물의 하자담보 책임제도의 문제점을 살펴보고 개선안을 제시하는데 그 목적이 있다.

이를 위해 먼저 집합건물내 하자담보 책임에 대한 법적일반론에 대해 문헌적 고찰을 실시하고 집합건물내 하자담보 책임제도에 대해 살펴보았다. 또한 하자담보 책임에 관한 관계법령과 적용범위, 법적성격, 그리고 현행 집합건물법 규정취지 및 적용범위와 구체적인 담보책임의 내용에 대해 조사해보고 집합건물법상의 한계점과 개선방안에 대해 3가지를 제시하였다. 첫째 집합건물 하자담보 책임의 범위를 명확히 하기 위해서는 민법의 매매, 도급에 관한 규정에 하자의 개념과 그 판단기준에 관한 공적기준을 신설할 필요성이며, 두 번째는 집합건물의 하자담보 책임의 주체로 분양자 이외에 시공자를 명문화할 필요가 있는 점을 제안하였다. 마지막 세 번째는 집합건물의 담보책임뿐만 아니라 민법의 건축수급인의 담보책임 또한 강행규정화할 필요성에 대해 제안하였다.

주 제 어 : 집합건물법, 하자담보 책임, 입법적 제언, 집합건물법 개선안, 집합건물 하자담보

[ABSTRACT]

A Study on the Warranty Liability of the Aggregate Buildings

Cho, Chung Hun

According to Article 9 in Act on Ownership and Management of Condominium Buildings(hereinafter Act on Condominium Buildings), person who parcels out a building and constructor should bear the liability of repairing defect or compensation, based on the regulation of contractee's liability for warranty in Civil Law. Compared to the fact that liability for warranty originally occurs between the contractor and contractee, it clearly shows that the article is to protect the owner who bought the condominium building. Especially, it allows owner to easily exercise his or her right by making the constructor, who did not have contractual relation to sectional owner, responsible for warranty.

Therefore, this thesis examines the liability for warranty in the Act on Condominium Buildings and the relations between different responsibilities by comparing the different liabilities for warranty regulated in other acts such as Multi-Family Management Housing Act. It was concluded that regulation system relevant to the liability for warranty of condominium that is multi-family housing is very confusing. Thus, the way to integrate different responsibilities and regulate the liability for

warranty is suggested in the thesis.

Key Words : Condominium Building, Client(Owner), Liability for Warranty, Warranty Liability, Aggregate Buildings

The Journal of Comparative Law

비교법문화연구원
규 정 집



비교법문화연구원 규정

[개정 2015.08.01.]

제1장 총 칙

제1조(명칭 및 소재) 본 연구원은 동국대학교 비교법문화연구원(이하 “본 연구원”)이라 칭하고, 동국대학교 일반연구기관으로 서울캠퍼스 법과대학에 둔다.

제2조(목적) 본 연구원은 법률 전반에 걸친 이론·정책·실무에 관한 연구활동 및 각국의 법률제도와 법문화를 상호 비교연구하며, 이를 위해 국내외 각종 학술단체 및 연구기관과의 교류를 증진함으로써 우리 법의 효용성 증대와 법문화창달에 기여함을 목적으로 한다.

제3조(사업) 본 연구원은 제2조의 목적을 달성하기 위하여 다음과 같은 사업을 한다.

1. 법문화 전반에 걸친 이론·정책·실무에 관한 연구
2. 정기 간행물 및 비정기 간행물의 발간
3. 학술 연구용역 및 출판사업
4. 연구 인력의 교육 및 양성
5. 학술세미나, 강연회 등 개최
6. 국내외 교육 및 연구 기관과의 학술교류
7. 법률 분야 현장 실무자를 위한 재교육 프로그램 운영
8. 기타 본 연구원의 목적을 달성하는 데 필요한 사업

제2장 조직과 연구인력

제4조(기구) 본 연구원에는 부설연구센터 및 운영위원회와 편집위원회를 둔다.

제5조(임원) ① 연구원장은 본 연구원을 대표하고 연구와 교육 및 운영에 관한 일체의 업무를 통할하며, 국내외 법률 분야 저명 학자 중에서 연구원 소속 교원의 추천으로 학장이 임명한다.

② 각 연구센터장은 연구센터의 업무를 관장하며, 연구센터의 목적과 사업에 부합하는 학문분야의 본교 전임교원 중에서 연구원장의 추천으로 학장이 위촉한다.

③ 임원의 임기는 2년으로 하되, 연임할 수 있다.

제6조(부설연구센터) ① 본 연구원에는 다음과 같은 부설연구센터를 둔다.

1. 문화산업법연구센터
2. 법학연구센터

② 문화산업법연구센터에는 문화콘텐츠연구팀, 지적재산권법연구팀, 스포츠법연구팀을 두고, 법학연구센터에는 공법연구팀, 사법연구팀, 비교법연구팀을 둔다.

제7조(연구원 전임교원) ① 본 연구원에 연구와 교육을 전담하는 연구원 소속의 전임교원을 둘 수 있다.

② 본 연구원 전임교원의 임용에 관한 사항은 본교 교원인사규정에 따른다.

제8조(상임연구원) ① 상임연구원은 본교 전임교원, 연구원 소속의

전임교원, 석좌교수, 객원교수 등으로서 제2조의 목적에 관련된 학문을 연구하는 자로 하며 임기는 2년으로 한다.

② 상임연구원은 각 연구센터장의 추천으로 연구원장이 위촉한다.

제9조(연구초빙교수) 본 연구원에는 연구를 전담하는 연구초빙교수를 둘 수 있으며, 임용에 관한 사항은 본교 관련 규정에 따른다.

제10조(석좌교수 등) 본 연구원에는 석좌교수, 객원교수 등을 둘 수 있으며, 그 임용은 본교 관련 규정에 따른다.

제11조(연구원) 본 연구원에는 연구원을 둘 수 있으며, 그 임용은 본교 관련 규정에 따른다.

제12조(보조연구원) ① 연구센터에는 연구사업의 계획과 추진을 보조하기 위하여 보조연구원을 둘 수 있다.

② 보조연구원은 학부생 이상으로 각 연구센터장이 추천하고 연구원장이 임명하며, 임기는 1년으로 하되 연임할 수 있다.

제13조(조교) 연구원에는 필요에 따라 조교를 둘 수 있으며, 본교 조교인사규정에 따른다.

제14조(소속) 연구원 전임교원, 연구초빙교수, 석좌교수, 객원교수, 연구원, 보조연구원, 조교는 연구원 소속을 원칙으로 하되, 연구원장이 사업의 필요에 따라 각 연구센터에 중복하여 배정할 수 있다.

제3장 위원회

제15조(운영위원회의 구성) ① 본 연구원 운영에 관한 기본사항을 심의하기 위하여 운영위원회(이하 “위원회”)를 둔다.

② 위원회는 연구원장을 포함하여 10인 이내의 위원으로 구성하며, 위원장은 연구원장이 겸한다.

③ 위원은 각 연구센터장을 당연직 위원으로 하며, 연구원 소속 전 임직원 또는 관련분야 전문가로서 위원장의 제청으로 학장이 위촉한다.

④ <현행과 같음>

제16조(운영위원회 심의사항) 위원회는 다음 <삭제> 사항을 심의한다.

1. 연구원의 기본정책 수립에 관한 사항
2. 연구원의 제규정 제정 및 개폐에 관한 사항
3. 연구 및 연구관련 사업의 조정에 관한 사항
4. 연구기금에 관한 사항
5. 연구비 조성 및 관리에 관한 사항
6. 연구 인력의 교육 및 양성에 관한 사항
7. 예·결산의 심의 및 배정에 관한 사항
8. 산하 연구센터의 행정 및 재정지원에 관한 사항
9. 기타 운영에 관한 중요사항

제17조(편집위원회의 구성) 연구원에서 발행하는 출판물의 간행에 관한 사항을 심의·의결하기 위하여 편집위원회를 두며, 이에 관한 자세한 사항은 별도로 정한다.

제18조(회의) 위원회의 회의는 재적위원 과반수의 출석으로 개최하고 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다. 다만, 가부동수인 경우에는 위원장이 결정한다.

제4장 재정 및 보고

제19조(재원) 본 연구원의 경비는 연구재단의 지원금, 교비보조금, 학술용역사업의 수익금 및 기타 찬조금으로 충당한다.

제20조(회계연도) 본 연구원의 회계연도는 본 대학교 회계연도에 따른다.

제21조(보고) ① 연구원장은 회계연도 종료 후 1개월 이내에 연구기관 운영보고서(당해연도 연구비 수혜현황 및 연구활동 실적) 및 결산서를 운영위원회의 심의를 거쳐 학장 및 산학협력단장에게 보고하여야 한다.

② 연구원장은 회계연도 종료 1개월 전까지 사업계획서 및 예산서를 운영위원회의 심의를 거쳐 학장에게 제출하여 승인을 얻어야 한다.

③ 연구원장은 연구비 수혜현황 및 연구활동실적을 수시로 학장 및 산학협력단장을 경유하여 총장에게 보고하여야 한다.

제22조(해산) ① 학장은 본 연구원의 업적을 심사하여 그 업적이 부진하다고 인정될 경우에는 단과대학 자체 심의를 거쳐 해산을 명할 수 있다.

② 본 연구원이 해산될 경우 그 재산은 본교에 귀속된다.

제5장 보칙

제23조(규정의 근거) 본 연구원의 운영 및 학술지의 발간 등에 관한 내용을 구체적으로 정하기 위하여 「비교법 연구 발행 및 심사내규」, 「비교법문화연구원 연구 윤리 내규」 기타 필요한 내규를 제정

할 수 있다. [조항신설 2015.08.01]

부 칙

제1조(시행일) 이 규정은 2000년 5월 30일부터 시행한다.

제2조(경과규정) 본 연구소의 학술활동 등에 관한 사항에 대하여는 본 연구소가 이미 1999년 12월 1일 설립된 것으로 본다.

제3조(세칙) 이 규정 시행에 있어 필요한 사항 및 사무처리를 위한 세칙은 연구위원회의 심의를 거쳐 총장의 승인을 얻어 별도로 제정하여 시행할 수 있다.

부 칙

이 개정 규정은 2008년 10월 13일부터 시행한다.

부 칙(2015. 08. 01. 개정)

이 개정 규정은 2015년 08월 1일부터 시행한다.

『비교법연구』 발행 및 심사 내규

[개정 2018.09.03]

제 1 장 총 칙

제1조(목적) 이 내규는 동국대학교 비교법문화연구원(이하 '비교법연구원'이라 한다)규정 제3조 및 제17조 에 따라 비교법연구원에서 발간하는 학술지인 『비교법연구』의 학문적 질과 이론적 수준을 제고하여 법학분야의 전문 논문집으로 발전시키기 위하여 발행 및 연구윤리에 관한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조(발행일 및 투고일) ① 『비교법연구』는 연 3회 발행함을 원칙으로 한다.

② 발행일은 매년 4월, 8월, 12월의 말일로 한다.

③ 편집위원회의 결정에 따라 기념호 또는 특집호로 발간 할 수 있다.

[개정 2017.04.01]

제 2 장 편집위원회

제3조(편집위원회 구성) ① 편집위원회는 다음과 같이 구성한다.

1. 편집위원장은 비교법문화연구원 원장으로 한다.

2. 편집위원은 3명 이상으로, 국내·외의 공인된 법학전임교수 또는 법률분야 종사자 중에서 연구업적과 대외적 활동 및 지역적 분포 등을 고려하여 원장이 임명한다.

② 편집위원의 임기는 2년 이내로 하며, 연임할 수 있다.

제4조(편집위원회의 권한 및 운영) ① 편집위원회는 비교법연구원에

서 발간하는 『비교법연구』 및 기타 간행물을 기획하고, 게재할 논문을 심사·편집한다.

② 편집위원회는 『비교법연구』 및 기타 출판물의 발행 및 심사내규 등 편집위원회의 업무와 관련된 지침을 제·개정할 수 있다.

③ 편집위원회는 위원장이 필요하다고 판단하거나 편집위원의 요구가 있는 경우에 위원장이 소집한다.

④ 편집위원회에서 의결권 행사는 서면으로 할 수 있다. 이 경우 의안에 대한 찬성 또는 반대의 의사가 서면에 명시적으로 표시되어야 한다.

제 3 장 논문투고 및 논문작성

제5조(투고자격) ① 논문을 투고하고자 하는 자는 본 내규에 따른 사항을 준수하여야 한다.

② 논문 등을 투고할 수 있는 자격은 다음과 같다.

1. 대학교 전임강사 이상의 교원
2. 변호사 자격 소지자(판사, 검사 포함)
3. 법학석사학위 이상 소지자
4. 기타 운영위원회가 해당 분야의 전문가라고 인정하는 자

③ 운영위원회는 특수한 연구 과제를 지정하여 전향의 자격과 상관 없이 논문 등을 청탁 할 수 있다.

제6조(논문의 투고시기 및 내용) ① 『비교법연구』에 투고하고자 하는 매년 3월, 7월, 11월의 말일까지 비교법문화연구원 온라인논문투고시스템(<http://submit.dongguk.edu/>)을 통하여 원고를 제출하여야 한다. [개정 2018.09.03]

② 『비교법연구』에 투고할 수 있는 논문은 다음과 같다.

1. 연구논문

2. 판례평석

3. 자료(강연, 논단, 연구활동 및 학술정보 등)

4. 서평

5. 번역

③ 논문은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 것으로 한다.

1. 비교법연구원의 단독학술행사 및 공동학술행사에서 발표된 논문,
기타 비교법연구원에서 기고를 청탁한 논문

2. 공인된 국내외 대학교 전·현직 교수의 논문

3. 박사학위 소지자의 논문

4. 변호사 자격 소지자(판사, 검사, 외국 변호사 포함)의 논문

5. 동국대학교 대학원 법학과 박사과정생의 논문. 단, 지도교수의
추천을 받아 '별첨4'를 제출한 논문

제7조(논문의 작성요령 및 제출서류) ① 논문 등을 학술적 저술로서의 형식적 요건을 갖추어야 한다.

② 논문은 '별첨1'의 '논문작성요령'에 따라 작성하여야 한다.

③ 『비교법연구』에 게재를 희망하는 자는 투고 논문과 함께 비교법문화연구원 온라인논문투고시스템(<http://submit.dongguk.edu/>)상의 '별첨2'의 '논문투고 연구윤리 준수 서약서', '별첨3'의 '저작물 이용 동의서'를 반드시 작성하여야 한다.[개정 2018.09.03.]

제8조(게재료) ① 『비교법연구』에 게재된 원고에 대해서는 게재료를 징수할 수 있다.

② 게재논문에 대해서는 소정의 게재료를 부과 할 수 있다.

다만, 다음 각 호의 경우에는 게재료를 감면할 수 있다.

1. 특별기고

2. 본 연구원에서 주최한 학술세미나에서 발표된 논문

3. 편집위원회 심사에서 게재료 및 논문심사료 면제를 받은 논문

[개정 2015.08.01.]

제 4 장 논문의 심사

제9조(논문의 심사) ① 본 연구원에서 발간하는 모든 논문은 편집위원회의 심사를 받아야 한다.

② 편집위원회는 원장이 위촉하는 편집위원으로 구성하며, 위원장은 연구원장으로 한다.

③ 제출된 원고는 편집위원회에서 위촉한 3인의 심사위원이 평가를 하고, 그 결과를 편집위원회에 보고한다.

④ 편집위원회는 심사결과에 따라 수정정보완을 요구하거나, 게재를 유보할 수 있다.

제10조(심사위원) ① 편집위원회가 논문의 심사위원을 선정할 때에는 심사대상 논문이 다루고 있는 전공분야·내용 등을 고려하여 객관적으로 공정하게 심사할 수 있다고 판단되는 심사위원을 선정하여야 한다.

② 편집위원회는 심사위원의 명단을 비공개로 한다.

③ 편집위원이 논문 등을 투고한 경우, 해당 편집위원은 해당 논문 등의 심사위원 선정 및 최종심사 결정에 참여할 수 없다.

제11조(심사기준) 논문 심사위원은 다음의 기준을 참작하여 심사보고서를 작성·제출하여야 한다.

① 주제 설정의 창의성과 적절성

② 연구관점의 참신성

③ 연구방법의 적절성

④ 연구결과의 학술적 완성도

⑤ 학계에 대한 기여도

⑥ 논문작성요령의 준수 여부

제 12조(심사절차) ① 논문 접수 마감 후 편집위원회를 소집하여 접수된 심사대상 논문에 대한 심사절차를 진행하여야 한다.

② 심사위원들은 정해진 기간 내에 원고에 대한 심사결과를 “수정 없이 게재”, “수정 후 게재”, “수정 후 재심사”, “게재 유보”로 판정하여 편집위원회에 통보하며, 심사평가서에 수정 및 보완사항 또는 게재유보사유를 서식에 따라 작성하여 편집위원장에게 제출한다.

③ 심사위원 3인 중 2인의 의견에 따라 최종심사결과를 결정한다. 3인의 심사의견이 모두 다른 경우에는 편집위원회가 심의하여 결정한다.

④ 게재순서 및 편집에 관한 기타 사항은 편집위원회가 결정한다.

⑤ 편집위원회의 결정으로 게재논문의 사후심사도 가능하다.

제 5 장 기 타

제 13조(저작권) 『비교법연구』에 게재된 논문의 저작권은 저자에게 귀속한다. 다만, 저자는 전자적 방법 및 인쇄 매체에 의한 보관·출판·제공에 동의한 것으로 본다.

제 14조(배포 및 온라인제공) ① 발간된 『비교법연구』는 게재논문의 저자, 국내외 법학교육기관, 법학연구기관, 도서관, 기타 운영위원회가 선정하는 기관 및 단체에 무상으로 배포한다.

② 저자의 신청이 있는 경우 게재논문의 별쇄본 10부를 제공한다.

③ 발간된 『비교법연구』에 게재된 논문은 비교법연구원이 관리·운영하는 웹사이트 또는 협정기관에 저작물로 제공할 수 있으며, 정보통신망 등을 이용한 저작물의 전송 및 출력을 허용한다.

제15조(연구윤리 준수) ① 『비교법연구』에 원고를 제출하고자 하는 자는 다음 각 호의 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 위조·표절·변조 등 타인의 저작권을 침해하는 행위
2. 과거에 출판된 논문 등 저작물을 중복하여 출판하는 행위
3. 자신의 석·박사 학위논문의 일부를 활용하여 작성하는 행위
4. 타인의 외국어 간행물의 번역을 투고하는 경우 저작권자의 서면동의서 첨부 없이 투고하는 행위

② 편집위원회가 부정행위에 해당하는 것으로 판정한 경우에는 해당 논문 등의 게재의 소급적 무효, 학술지에서 목록 및 논문 삭제, 해당 논문의 부정행위 사실과 게재 무효의 사실의 공지 등 편집위원회에서 정하는 각종 제재를 병과 할 수 있다.

부 칙

이 개정 내규는 2013년 4월 1일부터 시행한다.

부 칙

이 개정 내규는 2014년 10월 1일부터 시행한다.

부 칙

이 개정 규정은 2015년 8월 1일부터 시행한다.

부 칙

이 개정 내규는 2017년 4월 1일부터 시행한다.

부 칙

이 개정 내규는 2018년 9월 3일부터 시행한다.

동국대학교 비교법문화연구원 연구윤리 내규

[제정 2015.09.01]

제1장 총 칙

제1조(목적)

이 내규는 동국대학교 비교법문화연구원(이하 “연구원”이라 한다)이 발간하는 각종 연구성과물의 연구윤리를 확립하고, 연구부정행위가 발생한 경우 공정하고 체계적인 진실성 검증을 위한 연구윤리위원회(이하 “위원회”라 한다)의 설치 및 운영에 관한 기본적인 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조 (용어의 정의)

이 내규에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “연구부정행위”라 함은 연구를 제안, 수행, 발표하는 과정에서 연구목적과 무관하게 고의 또는 중대한 과실로 내용을 위조, 변조, 표절, 부당한 저자표시, 중복게재 등 연구의 진실성을 해치는 행위를 말한다.
2. “위조”라 함은 자료나 연구결과를 허위로 만들고 이를 기록하거나 보고하는 행위를 말한다.
3. “변조”라 함은 연구와 관련된 자료, 과정, 결과를 사실과 다르게 변경하거나 누락시켜 연구가 진실에 부합하지 않도록 하는 행위를 말한다.
4. “표절”이라 함은 타인의 아이디어, 연구 과정 및 연구 결과 등을 적절한 출처표시 없이 연구에 사용하는 행위를 말한다.
5. “부당한 저자 표시”는 연구내용 또는 결과에 대하여 학술적 공헌 또는 기여를 한 사람에게 정당한 이유 없이 저자 자격을 부

여하지 않거나, 학술적 공헌 또는 기여를 하지 않은 자에게 감사의 표시 또는 예우 등을 이유로 저자 자격을 부여하는 행위를 말한다.

6. “중복게재”는 동일 논문을 중복하여 학술지에 게재하는 행위를 말한다.
7. “사전조사”라 함은 부정행위의 혐의에 대하여 공식적으로 조사할 필요가 있는지 여부를 결정하기 위한 절차를 말한다.
8. “판정”이라 함은 조사결과를 확정하고 이를 제보자와 피조사자에게 문서로써 통보하는 절차를 말한다.

제2장 연구윤리위원회의 설치 및 운영

제3조 (기능)

위원회는 연구원이 발간하는 학술지 등 각종 연구자료에 연구저작물을 게재하는 자의 연구윤리준수 등에 관한 다음 각 호의 사항을 심의·의결한다.

1. 연구윤리 확립에 관한 사항
2. 연구부정행위의 예방·조사에 관한 사항
3. 제보자 보호 및 비밀 유지에 관한 사항
4. 제보자 보호 및 피조사자 명예회복 조치에 관한 사항
5. 연구진실성 검증·결과처리 및 후속조치에 관한 사항
6. 기타 위원장이 부의하는 사항

제4조 (구성)

- ① 위원회의 위원장은 연구원의 원장이 되며, 그 임기는 원장의 임기와 같다.
- ② 위원장은 학식과 경험이 풍부하며 연구윤리와 관련하여 대외적

인 신인도가 인정되는 자로 5인의 위원을 위촉하며, 그 임기는 1년으로 하되 연임할 수 있다.

- ③ 위원회의 제반업무를 처리하기 위해 위원장은 간사 1인을 둘 수 있다.
- ④ 위원장은 위원회의 의견을 들어 전문위원을 위촉할 수 있다.

제5조 (회의)

- ① 위원장은 필요한 경우 위원회의 회의를 소집하고 그 의장이 된다.
- ② 회의는 특별한 규정이 없는 한 재적위원 과반수 출석과 출석위원 과반수 찬성으로 의결한다. 단 위임장은 위원회의 성립에 있어 출석으로 인정하되 의결권은 부여하지 않는다.
- ③ 위원회에서 필요하다고 인정될 때에는 관계자를 출석하게 하여 의견을 청취할 수 있다.
- ④ 회의는 비공개를 원칙으로 한다.

제6조 (위원회의 권한과 책무)

- ① 위원회는 조사과정에서 제보자·피조사자·증인 및 참고인에 대하여 출석과 자료 제출을 요구할 수 있다.
- ② 위원회는 연구기록이나 증거의 멸실, 파손, 은닉 또는 변조 등을 방지하기 위하여 상당한 조치를 취할 수 있다.
- ③ 위원회 위원은 심의와 관련된 제반 사항에 대하여 비밀을 준수하여야 한다.

제3장 연구진실성 검증

제7조 (연구부정행위 조사)

- ① 위원회는 구체적인 제보가 있거나 상당한 의혹이 있을 경우에

는 연구부정행위 존재 여부를 조사하여야 한다.

- ② 위원장은 필요한 경우 사전조사를 실시할 수 있다.

제8조 (제보자과 피조사자의 권리 보호 및 비밀엄수)

- ① 위원회는 제보자의 신원을 직·간접적으로 노출시켜서는 안 되며, 부정행위 여부에 대한 검증이 완료될 때까지 피조사자의 명예나 권리가 침해되지 않도록 주의하여야 한다.
- ② 제보·조사·심의·의결 및 건의조치 등 조사와 관련된 일체의 사항은 비밀로 하며, 조사에 직·간접적으로 참여한 자는 조사와 직무수행 과정에서 취득한 모든 정보를 부당하게 누설하여서는 아니 된다. 다만 합당한 공개의 필요성이 있는 경우 위원회의 의결을 거쳐 공개할 수 있다.

제9조 (기피·제척·회피)

- ① 제보자 또는 피조사자는 위원에게 공정성을 기대하기 어려운 사정이 있는 때에는 그 이유를 밝혀 기피를 신청할 수 있다. 기피신청이 인용된 경우에는 기피신청된 위원은 당해 조사와 관련하여 배제된다.
- ② 당해 조사와 직접적인 이해관계가 있는 자는 안건의 심의·의결 및 조사에 관여할 수 없다.
- ③ 제1항 또는 제2항의 사유가 있다고 판단하는 위원 및 조사위원은 회피의 신청을 할 수 있다.
- ④ 위원장은 위원 중 당해 조사와 이해관계가 있는 위원에 대해서는 당해 조사사안과 관련하여 위원의 자격을 정지할 수 있다.

제10조 (이의제기 및 진술기회의 보장)

위원회는 제보자와 피조사자에게 의견진술, 이의제기 및 반론의 기회를 동등하게 보장하여야 하며 관련 절차를 사전에 알려주어야

한다.

제11조 (판정)

- ① 위원회는 이의제기 또는 반론의 내용을 토대로 조사내용 및 결과를 확정한다.
- ② 위원회는 재적위원 과반수 출석과 출석위원 3분의 2 이상의 찬성으로 피조사사실과 관련한 피조사자의 행위가 연구부정행위임을 확인하는 판정을 한다.

제4장 검증 이후의 조치

제12조 (조사결과에 따른 조치)

- ① 연구부정행위 확인판정이 있는 경우에는 다음 각 호의 제재를 가하거나 이를 병과할 수 있다.
 - 1. 연구부정논문의 게재취소
 - 2. 연구부정논문의 게재취소사실의 공지
 - 3. 관계 기관에의 통보
 - 4. 기타 적절한 조치
- ② 전항 제2호의 공지는 저자명, 논문명, 논문의 수록 권·호수, 취소일자, 취소이유 등이 포함되어야 한다.

제13조 (결과의 통지)

위원장은 조사결과에 대한 위원회의 결정을 서면으로 작성하여 지체 없이 제보자 및 피조사자 등 관련자에게 이를 통지한다.

제14조 (재심의)

피조사자 또는 제보자는 위원회의 결정에 불복할 경우 제13조

의 통지를 받은 날부터 20일 이내에 그 이유를 기재한 서면으로 위원회에 재심의를 요청할 수 있다.

제15조 (명예회복 등 후속조치)

조사결과 연구부정행위가 없었던 것으로 확정될 경우, 위원회는 피조사자 혹은 혐의자의 명예회복을 위해 노력하여 하여 적절한 후속조치를 취할 수 있다.

제16조 (기록의 보관 및 공개)

- ① 조사와 관련된 기록은 조사 종료 시점을 기준으로 5년간 보관하여야 한다.
- ② 판정이 끝난 이후 결과는 학회에 보고되어야 하며, 제보자·조사위원·증인·참고인·자문에 참여한 자의 명단 등 신원과 관련된 정보에 대해서는 당사자에게 불이익을 줄 가능성이 있을 경우에 위원회의 결의로 그 공개대상에서 제외할 수 있다.

부 칙(2015. 9. 1.)

이 내규는 제정 즉시 시행한다.

[별첨 1]

『비교법연구』 논문작성 요령

1. 원고는 워드프로세서 프로그램인 「한글」로 작성하여, A4 편집 용지 기준 20매 내외로 한다.

2. 목차작성 순서

항목순서	글자크기 및 정렬
제 목	들여쓰기 없음, 가운데정렬, 14pt 진하게, 장평: 100%, 자간: -5
- 부 제 -	들여쓰기 없음, 가운데정렬, 12pt, 장평: 100%, 자간: -5
I .	들여쓰기 없음, 가운데정렬, 12pt 진하게
1.	들여쓰기 10pt, 띄어쓰기 없음, 11pt 진하게
^^가.	들여쓰기 10pt, 왼쪽으로부터 두 칸 띄움, 10pt
^^^^(1)	들여쓰기 10pt, 왼쪽으로부터 네 칸 띄움, 10pt
^^^^^^(가)	들여쓰기 10pt, 왼쪽으로부터 여섯 칸 띄움, 10pt
^^^^^^^^1)	들여쓰기 10pt, 왼쪽으로부터 여덟 칸 띄움, 10pt
^^^^^^^^^^가)	들여쓰기 10pt, 왼쪽으로부터 열 칸 띄움, 10pt
^^^^^^^^^^^^①	들여쓰기 10pt, 왼쪽으로부터 열 두 칸 띄움, 10pt
^^^^^^^^^^^^^^㉠	들여쓰기 10pt, 왼쪽으로부터 열네 칸 띄움, 10pt
참고문헌	들여쓰기 없음, 가운데 정렬, 12pt 진하게
외국어초록 제목	들여쓰기 없음, 가운데 정렬, 13pt 진하게, 장평: 100%, 자간: -5

※ 각 "본문내용"은 신명조체, 들여쓰기 10pt, 글자크기 10pt, 줄간격 180%으로 작성

3. 각주 표기법

각주는 본문과 동일한 신명조체로 글자크기 9pt, 장평 95, 자간 - 5, 줄간격 130%의 규격으로 작성하여야 한다. 또한, 문장 또는 기술이 끝날 때마다 마침표(.)를 반드시 표기하여야 한다.

(1) [일반논문 인용각주 예시] 김동국·김법학, 부당해고 시 금전 보상제도에 관한 소고, 노동법학 제21호, 한국노동법학회, 2010, 214면.

(2) [동일일반논문 인용각주 예시] 김동국 외, 앞의 논문, 223면.

(3) [같은 저자의 수개의 논문 또는 저서 인용예시] 김동국, 논문제목 또는 단행본제목, 127면.

(4) [단행본 인용각주 예시] 김동국, 민법강의, 법문사, 2010, 332면.

(5) [기관저자 인용각주 예시] 노동부, 고용보험 백서, 2010, 534면.

(6) [학위논문 인용각주 예시] 김동국, 적법절차원칙에 관한 연구, 동국대학교 대학원 박사학위논문, 2010, 97면. ※ 학위논문의 부제는 생략하여도 무방함

(7) [정기간행물 인용각주 예시] 김동국, 사형제도 존폐론에 관한 소고, 고시계 통권321호, 2010. 11., 36면.

(8) [법령 인용각주 예시] 근로기준법 시행령 제32조의2 제3항 제4호 가목.

※ 필요에 따라서는 본문 또는 단서, 전문 또는 후문 등도 특정하여 주어야 함

(9) [외국문헌 인용각주 예시] N. Gregory Mankiw, Principles of Economics(An Asian Edition), Cengage Learning Asia Pte Ltd., 2008, p. 73.

(10) [판례 인용각주 예시] 대법원 1997. 1. 21. 선고 96다457 판결.

(11) [전원합의체 판결 인용각주 예시] 대법원 1995. 11. 16.

선고 94다56852, 56853 전원합의체 판결.

(12) [헌법재판소 결정 인용각주 예시] 헌법재판소 1994. 7. 29. 선고 92헌바49 결정.

(13) [인터넷 자료 인용각주 예시] 김동국, 전자서명과 법률문제, 2000. 5. 5. 방문, 《<http://www.kafil.or.kr/seminar/d-3.html>》.

(14) [방문인터뷰 인용각주 예시] 가재환 사법연수원장과의 인터뷰, 사법연수원 210호실, 1997. 8. 22.

4. 편집용지의 여백주기 설정

용지: 사용자정의, 폭: 163mm, 길이: 239mm, 위쪽: 25mm,
아래쪽: 27mm, 왼쪽: 24mm, 오른쪽: 24mm, 머리말: 12mm,
꼬리말: 0mm, 제본: 0mm

[별첨 2]

논문 투고 연구윤리 준수 서약서

제1저자	성명		소속(직위)				
공동저자 교신저자	성명		소속(직위)				
논문제목	국문						
	영문						

본인은 위 논문 작성 과정에서 다음과 같이 『비교법문화연구원 연구윤리내규』를 준수할 것을 다짐하면서 이에 연구윤리 준수 서약서를 제출합니다.

1. 정직하고 엄정한 연구를 수행하여 논문을 작성한다.
2. 위조, 변조, 표절(타인표절, 자기표절), 대필, 중복게재 등 학문의 진실성과 타인의 명예를 침해하는 어떠한 연구부정행위도 하지 않는다.

이를 위반할 시에는 어떠한 제재조치에도 이의를 제기하지 않을 것을 서약합니다.

년 월 일

주 저자 : (인)

공동저자 / 교신저자 : (인)

동국대학교 비교법문화연구원장 귀하

[별첨 3]

저작물 이용 동의서

소 속			
성 명			전화번호
			이메일주소
주 소			
논문제목	[국문]		
	[외국어]		

본인이 저작한 위의 저작물에 대하여 다음과 같은 조건아래 비교법문화연구원원이 저작물을 이용할 수 있도록 허락하고 동의합니다.

1. 저작물의 DB구축 및 인터넷을 포함한 정보통신망에의 공개를 위한 저작물의 복제, 기억장치에의 저장, 전송 등을 허락함.
2. 위의 목적을 위하여 필요한 범위 내에서의 편집·형식상의 변경을 허락함. 다만, 저작물의 내용변경은 금지함.
3. 배포·전송된 저작물의 영리적 목적을 위한 복제, 저장, 전송 등은 금지함.
4. 저작물에 대한 이용기간은 5년으로 하고, 기간종료 3개월 이내에 별도의 의사 표시가 없을 경우에는 저작물의 이용기간을 계속 연장함.
5. 해당 저작물의 저작권을 타인에게 양도하거나 또는 출판 허락을 하였을 경우에는 1개월 이내에 비교법문화연구원원에 이를 통보함.
6. 비교법문화연구원원은 저작물의 이용허락 이후 해당 저작물로 인하여 발생하는 타인에 의한 권리 침해에 대하여 일체의 법적 책임을 지지 않음.
7. 비교법문화연구원원은 협정기관에 저작물의 제공 및 인터넷 등 정보통신망을 이용한 저작물의 전송·출력을 허락함.

- ▶ 라이선스(이용허락) 범위 설정을 통해 학술저작물에 대한 저작자의 권리를 표현할 수 있습니다.
- ▶ 또한 설정한 라이선스(이용허락) 범위 내에서 이용자는 자유롭게 학술저작물을 이용할 수 있습니다.

20 년 월 일

성 명 : (서명 또는 인)

동국대학교 비교법문화연구원장 귀하

『비교법연구』 편집위원

● 편집위원장

- 최봉석 (동국대학교 법과대학 교수)

● 편집위원

- 김병기 (중앙대, 법학전문대학원 교수)
- 박재윤 (충북대, 법학전문대학원 교수)
- 방동희 (부산대, 법학전문대학원 교수)
- 소병천 (아주대, 법학전문대학원 교수)
- 안동인 (영남대, 법학전문대학원 교수)
- 조성규 (전북대, 법학전문대학원 교수)

● 편집실무

- 황예슬 (비교법문화연구원 조교)

비교법연구

제18권 3호

2018年 12月 31日 印刷

2018年 12月 31日 發行

發行人 최 봉 석

發行處 동국대학교 비교법문화연구원

T E L 02 2260 8683

F A X 02 2260 3941

Homepage <http://law.dongguk.edu>

E-mail dgulaw@dongguk.edu

印刷 아인(02 2269 8972)

ISSN 1598-3285
