

저스티스

통권 제 171호

2019년 4월호

* 이 학술지는 2018년도 정부 재원(교육부)으로 한국연구재단의 지원을 받아 출판되었음.

* This journal was supported by the National Research Foundation of Korea Grant funded by the Korean Government(MOE).

韓國法學院

차 례

〈論文〉

- ▶ 인공지능에 대한 전자인 제도 도입의 필요성과 실현방안에 관한 고찰
..... 김 진 우(한국외대 법전문 교수) 5
- ▶ 생존배우자 거주권 김 기 환(육군법무관) 49
- ▶ 범인도피죄와 위증죄에서 자기 사건 교사의 처벌가능성
..... 정 재 희(광주지법 부장판사) 111
- ▶ 용도폐지 정비기반시설 무상양도의 지방세법상 취득 유형과
취득세율에 관한 고찰 허 승(수원고법 판사) 136
- ▶ 개성공업지구에서의 투자분쟁해결 정 응 기(충남대 법전문 교수) 168
- ▶ 인공지능과 차별 고 학 수(서울대 법전문 교수) 199
정 해 빈(서울대 법대 박사과정·공익법무관)
박 도 현(서울대 법대 박사과정·변호사)

〈判例評釋〉

- ▶ 계약의 해소와 부당이득반환의 문제 : 선분양계약에서의 신탁관계를 중심으로
- 대법원 2017. 7. 11. 선고 2013다55447 판결 - 장 보 은(한국외대 법전문 교수) 278
- ▶ 소유권유보부매매의 민법 및 도산법상 취급
- 대법원 2014. 4. 10. 선고 2013다61190 판결 - 태 기 정(전북대 법전문 교수) 317
- ▶ 임차인에 대한 회생절차가 개시된 후 임대인이 자신의 골프장입회금반환채권과
임차인의 임차보증금반환채권의 상계를 주장할 수 있는지 여부
- 대법원 2017. 3. 15. 선고 2015다252501 판결 - ... 김 치 승(육군법무관) 341

〈附錄〉

- ▶ 저스티스 논문작성 및 투고에 관한 규정 및 연구윤리에 관한 규정

Contents

<Articles>

- ▶ A Study on the Necessity and Implementation
of Electronic Person for Autonomous System Kim, Chin-Woo 5
- ▶ Rights to Lodging of Surviving Spouse Kim, Gee-Hwan 49
- ▶ The Possibility of Punishment of Criminal's Instigation
in the Harboring Criminal and Perjury Jung, Jae-Hee 111
- ▶ A Study on the Type of Acquisition based on the Local
Tax Law of the Gratuitous Transfer of Maintenance Infrastructure
Subject to Usage Rescission and the Standard Tax Rate of
the Acquisition Tax Heo, Seung 136
- ▶ Investor-State Dispute Settlement in Kaesong Industrial Complex
..... Jung, Eung-Ki 168
- ▶ Artificial Intelligence and Discrimination Ko, Haksoo 199
Jeong, Hae-Bin
Park, Dohyun

<Case Comments>

- ▶ Termination of a Sales Agreement and Enrichment in Three-Party
Situations Chang, Boeun 278
- ▶ The Characteristics of the Ownership Retained Sale in the Point
of Civil Law and the Bankruptcy Law Tae, Ki-Jung 317
- ▶ The Availability of the Offset between a Lessor's Claim
to Request the Return of Membership Fee and a Lessee's
Lease Deposit Claim after the Commencement of Debtor
Rehabilitation Procedure to the Lessee Kim, Chi-Song 341

<Appendix>

인공지능에 대한 전자인 제도 도입의 필요성과 실현방안에 관한 고찰*

한국의국어대학교 법학전문대학원 교수 김진우

논문요지

프로그램 개발자조차 반응을 더 이상 예측할 수 없고 학습능력에 의하여 진화하는 지능형 로봇과 인공지능의 자율성이 증가함에 따라 전자인 제도 및 이를 위한 책임기금의 도입을 생각해 보아야 하는 상황이 도래하였다. 즉, 자연인과 법인 외에 또 다른 권리주체로서의 “전자인”을 인정할 것인가가 문제된다. 인공지능이 계약당사자가 될 수 있는지, 책임의 주체가 될 수 있는지, 기본권의 향유자가 될 수 있는지는 모두 법인격의 유무와 관련되어 있다. 이미 선진국에서는 이 문제에 관하여 활발히 논의되어 왔다. 이 과정에서 법인격에 관한 매우 상이한 형성 가능성과 정당화 가능성이 제시되었다. 이에 본 연구는 우리 법과 사회적 현실을 고려하여 인공지능에 대한 법인격 부여 내지 전자인 제도의 도입 여부를 시론(試論)적으로 검토하였다. 논의의 주요 결과는 다음과 같다.

현행 민법의 범리로는 디지털 혁명에 적절히 대응할 수 없어 새로운 규칙 및 인공지능의 법인격의 도입이라고 하는 돌파구가 모색되어야 한다. 표의자 또는 의사표시의 귀속자를 자연인으로 국한하는 전통적 법률행위론은 4차 산업혁명 및 인공지능과 같은 오늘날의 기술의 현실과 더 이상 조화를 이루지 못한다.

인공지능을 새로운 권리주체로 인정하는 것은 매우 근본적인 결단을 의미하지만, 전자인의 도입 내지 인공지능에 대한 법인격의 부여는 인공지능의 사용 시에 계약책임은 물론 불법행위책임에서도 법적 안정성을 제고하는 데 이바지 할 것이다. 근대법이 법인제도를 창설할 때에도 초기에는 비판이 적지 않았지만 결국 관철되었다. 오늘날 법인제도의 창설은 근대법의 위대한 문화적 기여로 평가된다. 법인제도에 의하여 자연인의 행동반경이 크게 확장되었기 때문이다. 인공지능에 대한 법인격 부여도 이러한 기회를 제공할 수 있다.

먼저 법리적으로 보면 인공지능에 대한 법인격을 부여를 반대할 수 있는 논거가 마땅치 않다. 법인의 예에서 볼 수 있듯 법질서는 이미 인위적 존재에 대하여 법인격을 인정하고 있기 때문이다. 현행법상 인공지능의 행위를 누구에게 귀속시킬 것인지와 관련하여 법적 불안정성이 존재한다는 점은 인공지능에 대한 법인격 인정을 위한 중요한 논거이다. 그럼에도 인공지능에 대한 포괄적인 법인격 부여는 요청되지 않는다.

법윤리적 관점에서 우선 인간의 법적 지위나 우열관계를 훼손할 수 있다는 점과 함께 기계의 인간화에 대한 우려가 표명되고 있다. 그러나 인공지능에 대한 법인격 부여에 의하여 인간의 지위가 열악해지는 사태는 발생하지 않을 것이다. 인공지능의 법적 지위를 규정한 법질서는 궁극적으로 인간이 만들기 때문이다. 그리고 존재론적 의미에서의 권리주체와 법적 의미에서의 권리주체는 구별을 요한다. 그에 따라 인간과 인공지능의 우열관계는 법적으로도 규정될 수 있다. 인공지능은 법적 의미에서의 권리주체에 불과하여 존재론적 의미에서의 권리주체에 항상 귀속되어야 하기 때문이다. 인공지능은 특히 사회적 능력이 결여되어 있는 점에서 인간과 구별된다. 그리고 본질, 구성, 재산 및 생명의 청사진과 관련하여서도 중대한 차이가 존재한다. 따라서 법윤리적·법철학적 관점에서 인공지능에 대한 법인격 부여를 반대할 이유가 없다.

인공지능의 취급과 관련하여 법적 안정성의 보장에 관한 사회적 요청은 법인격 부여를 위한 도덕적 자격 및 사회

적 역량의 결여를 상쇄할 수 있다. 인공지능의 권리능력은 계약체결에 관한 능력으로 제한하고, 운용자인 자연인 또는 법인을 등록부에 명시하며, 전자서명에 의하여 인공지능의 행위가 운용자에게 귀속됨을 분명히 하고, 인공지능의 책임재산액을 정하며, 운용자에 대한 민사법적·형사법적 행위기준을 설정해야 할 것이다. 결론적으로 법질서는 인공지능에 대하여 법적 의미에서의 법인격을 부여할 수 있다.

대리(민법 제114조 이하), 이행보조자에 대한 책임(민법 제391조), 사용자책임(민법 제756조)은 대리인, 이행보조자 및 피용자로서의 인공지능에 대하여 법인격이 전제되는 경우에 한하여 유추 적용될 수 있다. 또한 인공지능의 기본권향유능력을 인정할 때에만 인공지능은 책임재산에 대하여 소유권을 갖게 될 수 있다. 인공지능에 대한 법인격의 부여는 사회와 잠재적 피해자는 물론 시스템운용자 모두에 대하여 “윈윈(win-win) 상황”을 가져올 것이다.

검색용 주제어: 전자인, 인공지능, 법인, 권리주체성, 법인격

* 논문접수: 2019. 2. 11.

심사완료: 2019. 3. 12.

게재확정: 2019. 3. 12.

I. 들어가며

디지털화(digitization, Digitalisierung)로 대표되는 과학·기술의 발전은 법학에 대하여 새로운 과제를 제기한다. 최근에는 인공지능, 자율주행차, 드론, 3D 프린터, 블록체인, 사물인터넷(IoT)에 관한 법적 문제가 논의되고 있다. 이러한 새로운 기술 중 몇 가지에 대하여는 만족할만한 법적 취급방안이 아직 발견되지 않았다. 이 가운데 최대의 과제는 발전을 거듭하고 있는 “인공지능 또는 그것이 탑재된 지능형 로봇”(이하 단순히 “인공지능”이라 한다)을 법적으로 어떻게 취급할 것인가 하는 점이다. 자율주행차 또는 자동화된 법률자문시스템¹⁾ 같은 인공지능이 탑재된 시스템은 디지털 변화의 핵심요소로서 원하는 결과(가령 사고의 감소²⁾) 및 원치 않는 결과(가령 실업)를 동반하면서 세상을 지속적으로 변화시키고 있다. 인공지능이 모든 범영역에서 법률문제를 제기한다는 점은 두말할 나위가 없으며, 인공지능을 다루기 위하여 많은 경우에 기존 법규범을 수정해야 한다. 예컨대 자율주행차가 상용화되기 위해서는 인간운전자를 전제로 한 현행 「도로교통법」이나 「자동차관리법」이 개정되어야 한다. 유럽연합(EU)의 유럽의회는 2017. 2. 16.의 “로봇 분야의

* 이 논문은 2018년 정보통신정책연구원의 지원을 받아 작성된 것이다. 이 글에서 인용된 인터넷 자료의 최종 검색일은 2019. 3. 10.이다.

1) 이에 관한 대표적 예로 IBM의 슈퍼컴퓨터 왓슨(Watson)을 기반으로 한 인공지능 변호사 로스(ROSS)를 들 수 있다.
2) McKinsey의 추정에 따르면 자율주행차의 전면적 도입 시에는 교통사고의 수가 90%까지 감소할 수 있을 것이라고 한다, <<https://www.mckinsey.com/industries/automotive-and-assembly/our-insights/ten-ways-autonomous-driving-could-redefine-the-automotive-world>>.

민사법적 문제에 관한 입법권고안”³⁾에서 지능형 로봇 분야의 여러 법률문제를 보여주었을 뿐만 아니라 새로운 책임체계 개발과 같은 법체계적 근본문제를 제기하였다. 구체적으로는 지능형 로봇에 대한 책임기금, “전자인(electronic persons, E-Person)”⁴⁾이라는 키워드와 함께 기계가 일정한 법적 지위 또는 권리능력을 부여받아야 할 것인지에 관하여 논하고 있다. 자체학습이 가능한 인공지능에 의하여 제어되는 시스템의 출현은 전통적 법원칙 내지 아날로그 책임체계로는 곤장 답할 수 없는 법률문제들을 수반하기 때문이다.

인공지능은 일정 환경에서 그에게 맡겨진 업무를 (외부의 제어 또는 영향과는 무관하게 의사결정을 하고 외부 세계에서 구현할 수 있으며 프로그래머나 운용자가 항상 정확하게 예측할 수 없는 행위를 할 수 있다는 의미에서) 자율적으로 수행할 수 있고, 그의 운용자를 위한 표시를 할 수 있으며, 자신의 주변(가령 다른 인공지능이나 인간)과 상호작용(단순한 정보의 교환에서부터 협상에 이르기까지)하면서 독자적인 학습을 기반으로 그를 둘러싼 환경의 변화에 자율적으로 반응할 수 있는 컴퓨터프로그램을 말한다. 인공지능은 이처럼 자율적 행위를 할 수 있어야 하고, 이것은 기존의 소프트웨어 프로그램과 구별되는 결정적 차이점이라고 할 수 있다. 이러한 자율적 행위를 위하여 흔히 딥 러닝(deep learning)이 행하여진다. 이것은 시스템이 데이터를 분석하여 스스로 학습을 통해 성능을 개선하는 기술을 말하는데, 소프트웨어가 과거의 경험과 관찰을 통해 자신의 지식을 새롭게 적응시키는 것을 의미한다. 이러한 기계학습과 다른 시스템 및 환경과의 상호작용을 통해 인공지능은 본래의 프로그램을 넘어 진화하고 예측할 수 없었던 작업을 수행하기도 한다.⁵⁾ 그래서 인공지능은 경우에 따라서는 개발자 및 운용자가 본래 의도한 기능과 역할을 넘어서 그의 행태를 변경할 가능성이 있다.⁶⁾ 이를 위하여 인공지능에는 “IF - THEN 알고리즘”이 아

3) 2015/2103(INL). 권고안을 분석한 선행연구로 김진우, “지능형 로봇에 대한 사법적 규율: 유럽연합의 입법권고를 계기로 하여”, 법조 제723호(2017), 5면 이하.

4) 김진우, 앞의 논문(주 3), 43면은 “electronic persons”를 전자인으로 번역하였다. 이도국, “인공지능(AI)의 민사법적 지위와 책임에 관한 소고”, (한양대)법학논총 제34집 제4호(2017), 330면은 “electronic persons”을 “전자인간”으로 직역할 수도 있겠지만, 우리 민법이 “자연인” 또는 “법인”처럼 권리능력을 가지는 자를 “인”으로 표현하고 있는 사실을 감안하여 “전자인”이라는 용어를 사용하는 것이 바람직할 것이라고 한다. 그에 반하여 이종기, “인공지능을 가지는 로봇의 법적 취급”, 홍익법학 제17권 제3호(2016), 20면은 “전자인간”이라는 용어를 그리고 정진명, “인공지능에 대한 민사책임법리”, 재산법연구 제34권 제4호(2018), 161면 이하는 “전자적 인간”이라는 용어를 사용한다.

5) Kluge/Müller, “Autonome Systeme: Überlegungen zur Forderung nach einer «Roboterhaftung»”, *InTeR* 2017, 25; Müller-Hengstenberg/Kirn, “Kausalität und Verantwortung für Schäden, die durch autonome smarte Systeme verursacht werden: Eine Untersuchung der deliktischen Haftung für den Einsatz autonomer Softwareagenten”, *CR* 2018, 683; 정진명, 앞의 논문(주 4), 138면.

6) Sosnitza, “Das Internet der Dinge - Herausforderung oder gewohntes Terrain für das Zivilrecht?”, *CR* 2016, 765.

닌 자체학습에 필요한 데이터가 입력된다. 그에 반하여 운용자가 처음부터 시스템의 매개 변수를 설정하여 그 매개변수가 충족될 때의 결과가 무엇인지 항상 미리 알 수 있는 시스템은 자동시스템이다.⁷⁾ 이러한 자동시스템은 사전의 프로그래밍(IF - THEN 알고리즘)을 맹목적으로 따르므로 인간의 단순한 도구에 불과하다. 예컨대 우유의 잔량이 일정 수준 아래로 떨어지면 냉장고가 특정 브랜드 우유를 온라인 상점에서 주문하도록 프로그래밍 되어 있다면 자동시스템이라고 할 수 있다. 그에 반하여 냉장고가 주문해야 할 우유의 수량, 브랜드 및 판매자에 대하여 다소 자유롭게 결정할 수 있다면 인공지능 또는 자율시스템이라고 할 수 있다.

종래 인간은 법질서에서 특별한 지위를 누려왔다. 많은 권리와 의무가 인간에게 유보되었으며 인간(주체)과 물건(객체)의 관계가 명확히 규율되었다. 그래서 원칙적으로 인간만이 계약을 체결할 수 있으며, 책임의 주체가 되고, 형사적 제재를 받을 수 있으며, 소송을 진행하고, 선거권을 가지며, 헌법이 보장하는 기본권을 원용할 수 있었다. 그러나 이제 인공지능이 인간의 특별한 법적 지위를 다투는 시대가 임박하였다. 법질서는 인간과 인공지능의 상호작용 내지 기계의 인간화(Personalisierung von Maschinen)라고 하는 새로운 현상에 대응해야 하는 과제에 직면하게 된 것이다.⁸⁾ 현재까지의 인공지능은 특정 영역에서 제한된 능력만을 가진다. 이들은 인간의 특별한 법적 지위에 영향을 미치지 않는다. 즉, 지금까지의 인공지능과 지능형 로봇은 특정 영역에 국한하여 능력을 보이고 있으므로 거기에 법인격 내지 권리능력⁹⁾을 부여하는 것은 시기상조라고 할 수 있다. 그러나 가까운 장래에 모든 작업과 활동에서 인간과 적어도 동등하거나 아니면 심지어 인간을 훨씬 능가하는 인공지능이 등장할 수도 있다. 그러한 인공지능은 오늘날의 인간중심적 법질서를 흔들 수 있을 것인지에 대한 의문을 제기한다. 최근 수년간의 인상적인 기술적 발전은 가까운 장래에 그러한 인공지능이 현실화될 수 있음을 시사하고 있다. 인공지능에 관한 가장 권위 있는 전문가들에 대한 설문조사에 의하면, 2070년에는 대부분의 작업에서 적어도 인간과 동등한 능력을 가진 인공지능이 존재할 확률이 90%라고 한다.¹⁰⁾ 이러한 고도의 인

7) Gitter, *Softwareagenten im elektronischen Geschäftsverkehr*, 2007, 174; Schulz, *Verantwortung bei autonom agierenden Systemen*, 2015, 104; Specht/Herold, "Roboter als Vertragspartner?: Gedanken zu Vertragsabschlüssen unter Einbeziehung automatisiert und autonom agierender Systeme", *MMR* 2018, 40 f.

8) 인간과 기계의 관계에 대한 새로운 법적 이해가 필요하다는 입장으로 Beck, "Grundlegende Fragen zum rechtlichen Umgang mit der Robotik", *JR* 2009, 225 ff.; Kersten, "Menschen und Maschinen. Rechtliche Konturen instrumenteller, symbiotischer und autonomer Konstellationen", *JZ* 2015, 1 ff.

9) 권리능력과 법인격을 구별하는 문헌도 없지 않으나 양 개념은 동일한 것의 다른 용어라고 할 것이다. 송호영, 법인론, 제2판, 신론사, 2015, 141면.

공지능과 관련된 어려운 법적 문제는 인공지능에 대한 법인격 내지 권리능력의 부여 여부이다. 즉, 자연인과 법인 외에 또 다른 권리주체로서의 “전자인”을 인정할 것인가가 문제된다.¹¹⁾ 인공지능이 계약당사자가 될 수 있는지, 책임의 주체가 될 수 있는지, 기본권의 향유자가 될 수 있는지는 모두 법인격의 유무와 관련되어 있다. 이미 선진국에서는 이 문제에 관하여 활발히 논의되어 왔다.¹²⁾ 이 과정에서 법인격에 관한 매우 상이한 형성 가능성과 정당화 가능성이 제시되었다. 이에 본 연구는 우리 법과 사회적 현실을 고려하여 인공지능에 대한 법인격 부여 내지 전자인 제도의 도입 여부를 검토하려고 한다.

II. 현행법의 한계와 전자인 제도 도입의 필요성

그동안 인공지능에 의한 계약체결에 관한 논의는 그다지 활발하지 않았다. 인공지능의 표시가 누구에게 귀속될 것인지, 특히 운용자의 구체적 지시 없이 인공지능에 의하여 생성·표명된 표시를 법적으로 어떻게 다룰 것인가가 문제된다. 현행법상 인공지능은 권리주체가 아니기 때문에 시스템의 표시는 그 배후에 있는 권리주체(자연인 또는 법인)에게 귀

10) Bostrom, *Superintelligence, Paths, Dangers, Strategies*, 2014, 19.

11) 이상용, “인공지능과 계약법”, *비교사법* 제23권 제4호(2016), 1663면은 “근대 법학이 개인의 자유 의지 (free will)를 전제로 하는 칸트 류의 도덕철학에 기반해 있다는 점은 인공 에이전트에게 법인격을 부여하는 것은 법학의 기초를 뒤흔드는 것”이라고 한다.

12) 가령 Solum, “Legal Personhood for Artificial Intelligences”, 70 *North Carolina Law Review* 1231 (1992), 1282; Allen/Widdison, “Can Computers Make Contracts?”, 9 *Harvard Journal of Law & Technology* 25 (1996); Kerr, Providing for Autonomous Electronic Devices in the Uniform Electronic Commerce Act <<http://www.ulcc.ca/en/1999-winnipeg-mb/359-civil-section-documents/362-providing-for-autonomous-electronic-devices-in-the-electronic-commerce-act-1999>>, 18; Karnow, “Liability for Distributed Artificial Intelligences”, 11 *Berkeley Technology Law Journal* 147, 161 (1996); Schweigerhofer, “Vorüberlegungen zu künstlichen Personen: autonome Roboter und intelligente Softwareagenten”, in: Schweighofer/Menzel/Kreuzbauer (Hrsg.), *Auf dem Weg zur ePerson*, 2001, 49; Wettig/Zehendner, “A legal analysis of human and electronic agents”, *Artificial Intelligence and Law* 12/2004, 127; Matthias, *Automaten als Träger von Rechten*, 2. Aufl., 2010, 83 ff.; Hubbard, “«Do Androids Dream»? : Personhood and Intelligent Artifacts”, 83 *Temple Law Review* 405 (2011); Beck, “Brauchen wir ein Roboterrecht?, Ausgewählte juristische Fragen zum Zusammenleben von Menschen und Robotern”, in: Japanisch-Deutsches Zentrum (Hrsg.): *Mensch-Roboter-Interaktionen aus interkultureller Perspektive, Japan und Deutschland im Vergleich*, 2012, 133; Beck, “Über Sinn und Unsinn von Statusfragen – zu Vor- und Nachteilen der Einführung einer elektronischen Person”, in: Hilgendorf/Günther (Hrsg.), *Robotik und Gesetzgebung*, 2013, 239; Gruber, “Rechtssubjekte und Teilrechtssubjekte des elektronischen Geschäftsverkehrs”, in: Beck (Hrsg.), *Jenseits von Menschen und Maschine*, 2012, 138, 140, 150; Kersten, *JZ* 2015, 7; Schirmer, “Rechtsfähige Roboter?”, *JZ* 2016, 663 ff. 등.

속될 수밖에 없다. 하지만 어떤 법리로 이와 같은 결론에 도달할 수 있는지는 해명되지 않았다. 또한 현행법의 민사책임체계가 인공지능으로 인한 손해에 대하여 적절히 대응할 수 있는지에 관하여도 의문이 제기된다.

1. 의사표시의 귀속문제

현행법은 인공지능의 취급에 있어 법적 불안정성을 초래한다. 전통적 견해는 인공지능의 규율과 관련하여 이미 한계에 이르렀다.¹³⁾ 아래에서는 몇 가지 입론을 중심으로 문제점을 살펴본다.¹⁴⁾

(1) 운용자의 단순한 통신수단으로서의 인공지능?

권리주체가 아닌 시스템이 현행법상 자기 고유의 의사표시를 할 수 없음은 분명하다. 그래서 일부 입법례는 시스템은 프로그래밍에 따를 뿐 유효한 의사표시가 되기 위한 의사가 인정되지 않으므로 – 절대적으로 자율적 의사결정을 할 수 없는 – 운용자의 단순한 통신수단으로 취급한다.¹⁵⁾ 그러나 인공지능은 기존의 통신수단과 달리 자율성을 가지는 까닭에 계약체결에 있어 대개 운용자가 영향을 미칠 수 없는 내용형성(예컨대 가격, 품질보증조건, 배송조건 등)의 여지를 가진다. 그 시스템은 다수의 잠재적 계약상대방 중에서 선택을 하거나 경우에 따라서는 전혀 표시를 하지 않기도 한다. 또한 그 시스템은 자신을 둘러싼 환경으로부터 영향을 받으며 학습능력을 기반으로 새로운 해결책을 개발하고 또 이를 실행할 수 있을 뿐만 아니라 새롭고 변경된 행동방식으로 이어지는 정보를 수집하여 행태를 바꿀 수 있기 때문에 그것이 구체적 상황에서 어떤 행태를 보일 것인지 예측하기 곤란하다.¹⁶⁾ 그러한 인공지능을 자율성 및 학습능력을 갖지 못한 전자메일, 전화기, 팩스와 같은 전통적 통신수단과 비교할 수는 없다. 학습능력, 다른 시스템 및 환경과의 상호작용에 의한 운용자의 인공지능에 대한 예측불가능성 및 제어불가능성¹⁷⁾은 이러한 시스템을 운용

13) 독일의 경우 인공지능 표시의 귀속과 관련하여 15가지의 해결책이 논의되고 있는 실정이다. Wettig, *Vertragsabschluss mittels elektronischer Agenten*, 2010, 202 f., 406.

14) 본고에서 다루지는 않으나 독일 법학에서 발전된 백지표시 법리의 적용 가능성에 관하여는 김진우, “자율시스템에 의한 의사표시의 귀속”, (전남대)법학논총 제38권 제4호(2018), 117-119면.

15) 1999년의 미국의 통일전자거래법(Uniform Electronic Transation Act, UETA) Sec. 2; 1999년의 캐나다의 통일전자상거래법(Uniform Electronic Commerce Act, UECA) Sec. 19가 이러한 입장이다.

16) 이와 관련하여 김진우, 앞의 논문(주 14), 107면은 디지털 비서의 운용자가 마음속으로 피자를 원했지만 이를 드러내지 아니한 채 그의 디지털 비서에게 자신을 위한 “음식 주문”을 지시하였고, 디지털 비서는 운용자가 전 끼니에 먹었던 음식을 감안하여 “샐러드”를 주문한 경우를 예로 들고 있다.

자의 단순한 통신도구로 파악하는 접근방식의 한계를 보여준다.

(2) 사자로서의 인공지능?

사자는 의사표시 수령자에 대하여 타인의 의사표시를 전달하거나(전달기관으로서의 사자) 타인이 결정한 의사를 표시하는(표시기관으로서의 사자) 자를 말한다.¹⁸⁾ 그러나 인공지능은 운용자의 사자(Bote)라고 할 수 없다. 인공지능은 학습능력을 기반으로 자율적인 의사결정을 하기 때문이다. 또한 민법상 “자(者)”는 인(人, 자연인 또는 법인)을 의미하므로, 인공지능은 사자가 될 수 없다.¹⁹⁾

(3) 대리법리의 (유추) 적용?

대리제도는 누군가가 타인의 이름으로 자신의 의사표시를 하고 법률효과는 그 타인에게 직접 귀속되는(민법 제114조) 상황을 예정한 것이다. 인공지능의 인간에 대한 협력을 고려하면 시스템에 의한 계약체결은 대리제도가 상정한 상황과 비슷하다. 그러나 대리인은 자신의 의사표시를 하여야 하므로 권리능력과 의사능력이 있어야 한다.²⁰⁾ 즉, 대리인은 권리주체이어야 한다. 그런데 현행법은 권리주체로서 자연인과 법인을 알고 있을 뿐이다. 따라서 비록 자율적으로 행위하지만(즉, 독자적인 의사표시를 할 수 있지만) 권리능력 및 의사능력이 없어 자신의 의사표시를 할 수 없는 인공지능에 민법상의 대리규정을 적용할 수는 없다.

그렇다면 민법상의 대리규정이 인공지능의 표시에 유추 적용될 가능성은 있는가? 법인격 없는 인공지능에 대한 대리규정의 유추 적용은 아래와 같은 중대한 문제점을 안고 있다. 첫째, 권리주체가 아닌 까닭에 민법상 의사형성능력이 없는 인공지능은 자기 고유의 의사표시를 할 수 없고, 자신의 의사표시를 할 수 없는 자는 대리인도 될 수 없다. 둘째, 설령 법인격 없는 기술시스템의 대리능력 그 자체를 인정할 수 있다 하더라도 거래안전의 보호

17) Brunotte, “Virtuelle Assistenten – Digitale Helfer in der Kundenkommunikation”, *CR* 2017, 584.

18) 광윤직·김재형, 민법총칙, 제9판, 박영사, 2013, 339면; 김대정, 민법총칙, fides, 2012, 960-961면; 송덕수, 민법총칙, 제4판, 박영사, 2018, 301면.

19) 김진우, 앞의 논문(주 14), 111면.

20) 우리의 문헌들은 대리인에게 의사능력이 없으면 대리행위가 무효라고 설명하고 있는바(가령 광윤직·김재형, 앞의 책(주 18), 356면; 김대정, 앞의 책(주 18), 963면; 송덕수, 앞의 책(주 18), 342면; 이은영, 민법총칙, 제5판, 박영사, 2009, 594면), 의사능력은 권리능력을 전제로 한다.

관점에서 대리제도의 유추 적용은 문제가 다분하다. 표현대리(민법 제125조, 제126조, 제129조)가 성립하지 않고 또 본인의 추인을 얻지 못한 경우 대리인은 무권대리인으로서 계약상대방에 대하여 책임을 져야 한다(민법 제135조). 그래서 무권대리인은 상대방의 선택에 쫓아 계약의 이행 또는 손해배상의 책임을 진다. 그러나 인공지능은 권리능력 및 책임재산이 없어 책임주체가 될 수 없다.²¹⁾ 가령 인공지능이 애초의 프로그래밍을 벗어나 대리권 없이 계약을 체결한 경우를 떠올려 보자. 학습능력을 기반으로 자체 진화하는 인공지능에서는 이러한 상황이 언제라도 발생할 수 있다. 하지만 권리주체가 아닌 인공지능은 책임재산이 없으므로 계약의 이행 또는 손해배상을 할 수 없고, 계약상대방은 보호를 받지 못하게 된다. 그래서 인공지능이 사용된 경우 거래상대방은 일방적으로 불이익을 당한다. 결국 인공지능에 대하여 대리규정을 유추 적용할 경우에는 거래의 안전을 위하여 마련된 무권대리인의 상대방에 대한 책임을 규정한 민법 제135조가 무의미해지고 이에 의하여 책임의 공백이 발생하게 된다.²²⁾

(4) 위험원칙의 적용?

인공지능의 표시를 운용자에게 귀속시키기 위한 방법으로 위험원칙(Risikoprinzip)을 고려해 볼 수 있을 것이다.²³⁾ 이 원칙에 따르면 모든 자는 자신의 위험영역으로부터 비롯된 위험에 대하여 책임을 져야 한다. 이 접근방식에서 귀속문제의 해결을 위하여 특히 추상적 지배가능성의 기준이 원용된다.²⁴⁾ 그러나 위험원칙에 기한 귀속은 의사표시 내지 법률행위 영역에 사실상 일반적 위험책임을 인정하는 것과 다름없으므로 현행법의 기본 틀을 바꾸지 않는 한 인정하기 쉽지 않다고 할 것이다.

(5) 소 결

현행법상 인공지능은 권리주체가 아니기 때문에 시스템의 표시는 그 배후에 있는 권리주체에게 귀속될 수밖에 없지만 그러한 결론에 도달하기 위한 법리는 발견되지 않는다. 또한 인공지능의 의사표시를 운용자의 의사표시라고 하기도 어렵다. 국내 문헌들은 일반적으로 - 행위 의사²⁵⁾나 표시 의사²⁶⁾가 없더라도 의사표시는 성립하지만 - 효과의사²⁷⁾는 반드시

21) 같은 취지로 이상용, 앞의 논문(주 11), 1655면.

22) 보다 상세히는 김진우, 앞의 논문(주 14), 114-117면.

23) 가령 Wiebe, *Die elektronische Willensklärung*, 2002, 216 ff.; Nitschke, *Verträge unter Beteiligung von Softwareagenten – ein rechtlicher Rahmen*, 2010, 58 ff.; Sosnitzka, *CR* 2016, 767.

24) Wiebe, *Ibid.*, 223 ff.; Nitschke, *Ibid.*, 63 ff.

있어야 의사표시가 성립하는 것으로 보는데,²⁸⁾ 인공지능에 의한 표시에서는 운용자가 시스템에 의하여 생성될 표시의 내용을 미리 알 수 없는 경우가 흔하고 그 때에는 운용자의 효과의사가 존재한다고 볼 수 없기 때문이다.²⁹⁾ 결국 현행법상 인공지능의 의사표시를 그 운용자에게 귀속시키거나 운용자의 의사표시라고 하기는 매우 곤란하다.

2. 인공지능의 행위에 대한 민사책임

인공지능을 둘러싼 민사적 법률문제의 핵심 중의 하나는 인공지능이 야기한 손해에 대한 배상책임의 귀속이다. 인공지능의 결과적으로 잘못된 판단 내지 행위가 애초의 인공지능의 결함으로 인한 것인지, 인도 후 운용자의 트레이닝 내지 오사용에 의한 것인지, 그렇지 않으면 다른 외부적 환경요소로 인한 것인지를 명확히 하기 어렵기 때문이다.³⁰⁾ 여기서 인공지능의 행위에 대한 민사책임과 관련하여 기존의 법리로 충분한지 아니면 새로운 법리를 강구해야 하는지에 대한 의문이 제기된다. 인공지능이 그 운용자 또는 제3자에게 피해를 입힌 경우, 인공지능에게 행위의 결과에 대하여 책임을 물을 수 없다. 인공지능은 현행법상 책임재산과 책임능력이 없기 때문이다. 그래서 현행법에서는 인공지능의 행위로 인한 피해에 대하여는 그것이 구체적 권리주체의 행위로 귀속시킬 수 있는 경우에 한하여 권리주체가 책임을 지게 된다.

그러나 자율적 의사결정을 할 수 있는 시스템이 피해를 야기한 경우, 기존의 책임법리는 한계에 다다른다. 발생한 손해에 대한 책임소재가 불분명하기 때문이다. 피해자로서는 인공지능의 그릇된 행위에 대한 구체적 원인을 특정하기 어려워 누구에 대하여 책임을 추궁해야 할지가 문제된다. 인공지능의 기본적 의사결정절차는 제조업자의 프로그래밍을 따르지만, 인공지능이 운용자에게 인도된 후에는 무제한의 자체학습 및 무제한의 네트워킹 또는 운용자의 훈련에 의하여 변경될 수 있다. 특히 운용자가 인공지능의 일정한 의사결정에

25) 일정한 행위를 하려는 의사 내지 의식을 말한다. 따라서 예컨대 단순한 기계적 반사운동이나 수면 중의 행위에 대하여는 행위의사가 인정되지 않는다.

26) 법률행위적 활동을 한다는 의식을 갖기는 하지만 아직 구체적인 법률효과를 내용으로 하지 않는 의식을 말한다.

27) 구체적 법률효과를 발생시키려는 의사를 말한다.

28) 박윤직·김재형, 앞의 책(주 18), 258면; 김대정, 앞의 책(주 18), 747-748면; 서광민, 민법총칙, 신문사, 2007, 332면; 송덕수, 앞의 책(주 18), 118-119면; 이은영, 앞의 책(주 20), 442면 등. 그러나 이러한 견해는 민법 제107조 제1항이 “의사표시는 표의자가 진의 아님을 알고한 것이라도 그 효력이 있다.”고 규정하고 있는 것과 조화를 이루기 어려운 난점을 안고 있다.

29) 주 15)에 소개된 사례에서 효과의사는 디지털 비서가 정하였다고 보아야 할 것이다.

30) 김진우, “지능형 로봇과 민사책임”, 저스티스 제164호(2018), 47면.

대하여는 별다른 반응을 보이지 않으면서 다른 의사결정에 대하여는 비난을 가한다면, 운용자가 인공지능의 의사결정에 개입하게 된다. 그로써 인공지능에서는 문제된 의사결정의 결함의 원인을 특정하기 쉽지 않다. 이처럼 인공지능의 행태는 더 이상 고정된 경로를 따르지 않으며 독자적인 정보처리와 의사결정을 할 수 있는 능력을 토대로 고도의 예측불가능성을 보이는 까닭에 새로운 형태의 자율위험(Autonomierisiko)이 발생한다. 이러한 자율위험에 대하여 현행법은 한계를 노출하면서 책임공백을 유발한다. 이러한 사고방식은 유럽의회 입법권고안에서도 이어지고 있다. 그에 의하면 이 “새로운 산업혁명”의 “법적·윤리적 함의”를 다루는 것이 불가피하다고 한다. 새로운 책임규칙 외에도 장기적으로 “정교한 로봇”이 자신의 의사결정과 야기한 손해에 대하여 책임을 질 수 있도록 전자인 제도의 도입이 필요할 것이라고 한다.³¹⁾

나아가 현행법상 인공지능은 민법 제391조의 의미에서의 이행보조자가 될 수 없다. 이 조항의 의미에서의 이행보조자는 자연인 또는 법인과 같은 인(人)이어야 하는 까닭이다. 그런데 민법 제391조가 이행보조자의 유책사유에 대하여 채무자로 하여금 책임을 지도록 한 근본적인 취지는 타인을 사용하여 행동반경을 확대한 자는 그로 인한 불이익도 부담해야 한다는 데 있다. 인공지능은 운용자의 연장된 팔이나 다름없으므로 궁극적으로 취급을 달리할 이유가 없다. 그래서 인공지능에 의하여 발생한 오류는 채무자인 인공지능 운용자에게 귀속되어야 하지만, 현행법 아래서 이러한 결론에 도달하는 길은 (인공지능은 인이 아니므로) 불가능하다.

계약관계가 문제되지 않는 상황에서 인공지능이 제3자에게 피해를 입힌 때에는 불법행위로 인한 손해배상책임이 문제된다. 그런데 현행법상 물건인 인공지능은 “고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자”(민법 제750조)가 될 수 없는 까닭에 불법행위책임의 주체가 되지 못한다. 이처럼 불법행위능력이 없는 인공지능에 의한 법익침해에 있어서는 피해자가 인공지능의 운용자 또는 제조업자를 상대로 책임을 추궁할 수밖에 없다.

요컨대 현행법은 외부환경에 적응하면서 자체학습능력을 갖추고 자율적으로 의사결정을 하는 까닭에 행위를 예측하기 어려운 인공지능으로 인한 손해를 전보하기에 충분하지 않다. 이는 인공지능이 독립적으로 행위할수록 그리고 환경요인이 많아질수록 더욱 그러하다.

31) 2015/2103(INL), Introduction B, 59 f).

3. 인공지능의 창조적 급부

인공지능은 종래 인간에게 유보되어 있던 영역에서 가치를 생성한다. 예컨대 지식재산권에서는 인공지능이 창출한 정신적 급부를 법적으로 어떻게 분류할 것인가가 논의되어야 한다.³²⁾ 핵심문제는 인공지능을 정신적 급부의 저작자로 볼 것인지 하는 점이지만,³³⁾ 독일의 현재의 통설은 이를 부정한다.³⁴⁾ 이러한 견해에 의할 경우 인공지능의 정신적 급부는 인간의 정신적 급부로 취급되어야 한다. 인공지능이 법인격을 갖지 못하여 인공지능의 급부를 기존의 권리주체에 귀속시켜야 한다면 어떤 기준에 의하여 인공지능의 급부를 귀속시켜야 하는지에 관한 문제가 발생한다. 귀속권리자로 이론상 생각해 볼 수 있는 자로는 제조업자, 시스템 공급업자, 프로그램개발자, 인공지능의 소유자 또는 점유자, 운전자 등이 있다. 그러나 인공지능이 생성한 정신적 급부를 전적으로 인간에게 귀속시키는 것은 의문시되고 따라서 지식재산권 차원에서 전자인 제도의 도입이 심층적으로 검토되어야 할 것이다. 다만 전자인의 도입이 지식재산권과 관련하여 어떤 이점을 제공할 것인지는 의문이다. 예컨대 누가 저작권을 주장할 수 있는지, 발생한 소득을 누구에게 귀속시킬 것인지 등이 분명하지 않은 것이다.³⁵⁾

4. 소 결

권리주체로서의 전자인 제도 도입 필요성과 관련하여 부분적으로 사회문화적 공포심을 갖기도 하지만,³⁶⁾ 규율되지 아니한 상태가 훨씬 더 큰 위험을 내포한다. 지금까지도 많은 사람들이 인공지능의 자율성에 관하여 잘 알지 못하지만 이들은 이미 사회의 일부이다. 그

32) 이에 관하여는 Samuelson, "Allocating Ownership Rights in Computer Generated Works", 47 *University of Pittsburgh Law Review* 1185 ff. (1985-1986); Schaub, "Interaktion von Mensch und Maschine: Haftungs- und immaterialgüterrechtliche Fragen bei eigenständigen Weiterentwicklungen autonomer Systeme", *JZ* 2017, 346 ff.

33) Samuelson, 47 *University of Pittsburgh Law Review* 1185, 1192 ff. (1985-1986).

34) 독일의 통설에 의하면 특허법(PatG) 제6조의 의미에서의 발명자(Erfinder)는 자연인에 한하며(Ann, in: Kraßer/Ann, *Patentrecht*, 7. Aufl., 2016, § 19 Rn. 7; Melullis, in: Benkard (Hrsg.), *PatG*, 11. Aufl., 2015, § 6 Rn. 31) 저작권법(UrhG) 제7조의 의미에서의 저작자도 그러하다(Schulze, in: Dreier/Schulze, *UrhG*, 5. Aufl., 2015, § 7 Rn. 2).

35) Hetmank/Lauber-Rönsberg, "Künstliche Intelligenz – Herausforderungen für das Immaterialgüterrecht", *GRUR* 2018, 581; 계승균, "법규범에서 인공지능의 주체성 여부", 법조 제724호(2017), 180면 이하.

36) 오병철, "인공지능 로봇에 의한 손해의 불법행위책임", (연세대)법학연구 제27권 제1호(2017), 169면이 "로봇에 인격을 부여하는 것이 철학적 관점이나 윤리적 측면에서 결코 옳지 않다"고 서술하는 것도 필시 이러한 우려에 기한 것으로 보인다.

럼에도 인공지능을 둘러싼 법률관계는 불투명하다. 적지 않은 논자들은 자동화시스템에 대한 지식을 기반으로 인공지능의 행태에 대하여 운용자에게 책임을 묻고자 한다. 인공지능 기술은 현행법에서는 적절한 해결책을 찾을 수 없는 법적으로 회색지대에 속한다. 이러한 이유로 현저한 법적 불안정성이 존재한다.

또한 선진외국(특히 독일)에서의 인공지능에 대한 다양한 법적 접근방식은 인공지능이라고 하는 신기술의 법적 취급과 관련하여 그곳에서도 법적 불안정성이 존재한다는 점을 알려준다. 인공지능에 대한 법인격 인정은 두 가지 중요한 장점을 가진다. 첫째, 인공지능의 의사표시와 행위를 복잡하고 수궁하기 어려운 이론에 의거할 필요가 없이 대리법리, 이행보조자 법리, 피용자 법리에 따라 그 운용자에게 직접 귀속시킬 수 있다. 이것은 인공지능의 취급에 관한 법적 명료성 및 법적 안정성에 이바지할 것이다. 둘째, 인공지능과 운전자 또는 제3자 사이의 법률관계가 해명되어 특히 책임문제를 명확히 해결할 수 있게 된다. 일부 사용되는 보조적 이론구성은 최적의 해결책이 아니다. 그에 반하여 전자인 제도의 도입 및 그에 의하여 기대되는 인공지능의 행위의 명백한 귀속은 현재의 법상황과 비교할 때 뚜렷한 이점이라고 할 수 있다. 이러한 장점으로 인하여 자연인, 법인 외에 또 하나의 법인격 범주를 도입하자는 제안이 있다. 그래서 아래에서는 인공지능을 권리주체로 취급하는 것이 법적으로 가능한지 여부를 검토하려고 한다.

권리주체라는 것은 법질서에 의하여 자신의 권리와 의무와 함께 독립적인 행위자가 된다는 것을 의미한다. 가장 중요한 권리주체는 자연인이다. 그러나 이것은 권리주체성이 반드시 의사의 자유, 의식 또는 감성과 같은 특성과 연계되어야 함을 의미하지 않는다.³⁷⁾ 법인의 존재는 이를 잘 증명한다. 이와 같은 법적으로 인위적인 형상은 인간과 달리 자유의지와 의식이 없지만 법질서에 의하여 인간과 마찬가지로 독립된 권리주체로 인정된다. 누가 또는 무엇이 권리주체가 될지를 결정하는 것은 법질서이다. 법질서는 나무, 동물 또는 로봇과 같은 것에 대하여도 법인격을 인정할 수 있다.³⁸⁾ 예컨대 뉴질랜드에서는 2017년 왕가누이(Whanganui)라고 하는 강(江)에 대하여 법인격이 부여되었다.³⁹⁾ 사우디아라비아에서는 로봇에 대하여 시민권을 부여하였는데,⁴⁰⁾ 그것은 사우디법에 따른 결정이다. 그럼에도 불구하고 입법자가 법인격 부여와 같은 근본적인 문제에 대하여 쉽게 반응하지 않

37) Kersten, *JZ* 2015, 7.

38) 이에 관하여는 김진우, “법적 주체로서의 자율적 인공지능 로봇 I: 의의와 관점”, *성균관법학* 제30권 제2호(2018), 229면 이하.

39) Te Awa Tupua[Whanganui River Claims Settlement] Act 2017.

40) <http://biz.chosun.com/site/data/html_dir/2017/10/27/2017102702320.html>.

는 충분한 이유가 있다. 권리주체로서의 지위 인정은 규범적인 재평가의 의미를 갖기 때문이다. 즉, 지금까지 법질서에 의하여 그다지 뚜렷이 인식되지 않던 것이 법질서의 중심에 서게 되고 다른 존재와 독립적인 행위자로서 다루어진다. 그것은 다른 권리주체와 동등하게 분류되어 가장 대표적인 권리주체인 인간과 유사한 지위를 갖게 된다. 그럼에도 인간이 아닌 “무언가”에 대하여 법인격을 부여할 만한 충분한 사유가 있다면 입법자의 적극적인 개입이 요청된다.

Ⅲ. 법인격의 법적 구조

1. 일반론

인공지능을 법인격체로 분류하기 위해서는 그것이 권리주체이어야 한다. 우리 법은 다른 법질서와 마찬가지로 권리주체와 권리객체를 준별한다. 권리주체라는 것은 권리·의무의 주체가 될 수 있는 능력을 가짐을 의미한다. 우리 법에서는 자연인과 법인이 권리주체이다. 반면 권리객체(예컨대 물건, 무체재산권)는 권리·의무의 주체가 될 수 없어 법적 지배의 객체가 될 뿐이다. 그로써 권리객체는 권리주체에 귀속된다. 권리주체는 그의 권리객체에 대한 법적 책임을 진다. 가령 권리주체가 권리객체에 대한 주의의무를 위반하였다면 권리객체가 제3자에게 입힌 손해에 대하여 배상책임을 부담한다.

나아가 원칙적으로 두 가지 종류의 권리주체가 존재한다. 우선 모든 자연인은 오늘날의 시각에서는 법인격의 향유를 요구할 수 있는 당연한 자격을 가진다. 그 점에서 자연인은 이미 존재론적 관점에서 권리주체가 될 수 있다. 권리주체의 본질적 특성은 법인격이다. 다만, 법인격은 그 자체로 존재하는 것이 아니며 법질서에 의하여 부여된다. 자연인이 언제부터 언제까지 권리주체성을 가지는지는 본질의 문제가 아니라 법질서가 결정하는 것이어서 각 국가가 시대에 흐름에 따라 정할 문제이다.⁴¹⁾

41) Lehmann, “Der Begriff der Rechtsfähigkeit”, *AcP* 207 (2007), 229 f.와 그곳의 Fn. 32.

2. 법인격에 관한 규율례

이처럼 법인격의 인정 여부가 기본적으로 각국의 법질서가 정할 사항이라고 한다면, 과거에 이와 관련하여 다양한 발전이 있었다는 것은 놀라운 일이 아니다. 또한 규율기술적으로 볼 때 법인격을 제한하거나 확장하는 것도 각국 법질서의 소관사항이라고 하겠다.

(1) 권리능력의 제한

로마법에서는 남성 가장(Paterfamilias)이 가산(家産) 전체에 대한 권리주체였고, 그의 처나 자녀는 그에게 예속되었으며 간접적으로만 권리를 가질 수 있었다.⁴²⁾ 19세기 전 반부까지도 영국 법질서에서의 처는 대개 남편으로부터 독립한 자신의 권리를 인정받지 못하였다.⁴³⁾ 또한 19세기 중반까지 프랑스에서는 사형 또는 종신형을 선고받은 자들은 “법적으로 사망한” 것으로 의제되었다. 또한 과거에는 수도원에 들어가 수도사 또는 수녀가 된 자에 대하여는 시민권이 소멸되었다. 나아가 독일 제3제국(Dritte Reich)은 오로지 게르만민족에 대해서만 권리능력을 부여하고자 시도하였다.⁴⁴⁾

(2) 권리능력의 확장

권리능력 확장의 예도 다양하다. 오스트리아 민법(ABGB) 제22조, 제23조는 태아에 대하여 일반적으로 권리능력을 인정한다. 그리고 독일 민법(BGB)⁴⁵⁾과 우리 민법(제762조, 제1000조, 제1064조)은 상속능력 등 일정 사항에 대하여 태아에게 일정 권리를 인정한다.

다른 법질서에서는 동물도 권리능력을 갖거나 법적으로 적어도 특별한 지위를 가졌거나 가진다. 예컨대 고대 이집트에서는 고양이에 대하여,⁴⁶⁾ 샴(태국의 옛 이름)에서는 흰색 코끼리에 대하여, 힌두교를 신봉하는 인도에서는 신으로 숭배되는 소에 대하여 그러하다.

42) Chopra/White, “Artificial Agents – Personhood in Law and Philosophy”, *Proceedings of the 16th European Conference on Artificial Intelligence 2004* (ECAI 2004), 635.

43) Chopra/White, *ECAI 2004*, 635.

44) Lehmann, *AcP* 207 (2007), 228 f.

45) 이에 관하여는 Palandt/Ellenberger, *BGB*, 75. Aufl., 2016, § 1 Rn. 5 ff.

46) 고양이 살해는 사형에 해당하는 범죄로 분류되었고, 신성시 되는 고양이는 화제가 발생했을 때 아동보다 먼저 구조되었다. Erbel, “Rechtsschutz für Tiere: Eine Bestandsaufnahme anlässlich der Novellierung des Tierschutzgesetzes”, *DVBt.* 1986, 1242.

로마법에서 동물은 “물건”이었고 그래서 법질서의 객체였다.⁴⁷⁾ 그러나 이것은 당시로서는 진전이였다. 그 전에는 동물이 법질서의 보호범위 밖에 있었기 때문이다. 동물은 로마법에서 여성, 아동 또는 노예와 유사한 법적 지위 및 법적 보호를 누렸다.⁴⁸⁾ 중세에는 동물에 대한 의무가 부과되었으며, 그 위반 시에는 동물소송이 진행되었다. 마녀사냥과 귀신을 쫓는 것 외에 이 소송은 13세기에서 19세기에 유럽 전역에 퍼져 있었다.⁴⁹⁾ 돼지, 소와 같은 가축, 늑대, 쥐, 새와 곤충은 세속법원에서는 물론 종교법원에서 인간과 유사하게 취급되었다. 동물에 대한 소송이 종결되면 동물들은 형사제재를 받거나, 투옥되거나, 화형에 처해지거나, 살해당하였다. 그러한 의미에서 동물들은 권리주체로 취급되었다.⁵⁰⁾

오늘날 동물의 취급에서는 인간중심적 관점이 지배적이다. 현행 독일 민법(제90조의a)에 의하면 동물은 권리주체가 아니라 물건 외의 유체물의 특수한 종류에 해당한다. 그럼에도 동물은 독일 헌법(제20조의a) 및 (예컨대 동물보호법[Tierschutzgesetz], 연방수렵법[Bundesjagdgesetz] 등) 특별법에 따라 특수한 (법적) 지위를 가지며 일정 상황에서는 사회적 행위자로 의제될 수 있다.⁵¹⁾

적지 않은 법질서에서 망자(亡者), 유령과 신들도 권리자로 인정받는다.⁵²⁾ 우리 법에서도 망자가 인격권을 누린다.⁵³⁾ 영국 보통법은 사원과 선박에 대하여 권리능력을 인정한 바 있으며,⁵⁴⁾ 독일법은 법인을 통해 인공적 법인격을 부여함으로써 법인격의 인정을 확장

47) Erbel, *DVBZ*. 1986, 1240 f., 1244.

48) Erbel, *DVBZ*. 1986, 1244.

49) Fischer, *Tierstrafen und Tierprozesse*, 2005, 34 ff.

50) Fischer, *Ibid.*, 114 f.

51) Teubner, “Elektronische Agenten und grosse Menschenaffen: Zur Ausweitung des Akteurstatus in Recht und Politik”, in: Becchi/Fraber/Luminati (Hrsg.), *Interdisziplinäre Wege im der juristischen Grundlagenforschung*, 2007, 21, 22 f.

52) Chopra/White, *ECAI* 2004, 635; Allen/Widdison, 9 *Harvard Journal of Law & Technology* 25, 35 ff. Fn. 59; Teubner, *op. cit.*, 2.

53) 대판 2018. 5. 11. 2018도2844은 “헌법 제10조는 인간의 존엄과 가치를 선언하고 있고, 헌법 제17조는 사생활의 비밀과 자유를 보장하고 있다. 따라서 모든 국민은 자신에 관한 정보를 스스로 통제할 수 있는 자기결정권과 사생활이 함부로 공개되지 않고 사적 영역의 평온과 비밀을 요구할 수 있는 권리를 갖는다. 이와 같은 개인의 인격적 이익을 보호할 필요성은 그의 사망으로 없어지는 것이 아니다. 사람의 사망 후에 사적 영역이 무분별하게 폭로되고 그의 생활상이 왜곡된다면 살아있는 동안 인간의 존엄과 가치를 보장하는 것이 무의미해질 수 있다. 사람은 적어도 사망 후에 인격이 중대하게 훼손되거나 자신의 생활상이 심각하게 왜곡되지 않을 것이라고 신뢰하고 그러한 기대 속에서 살 수 있는 경우에만 인간으로서의 존엄과 가치가 실효성 있게 보장되고 있다고 말할 수 있다”(밀줄은 필자에 의함)고 판시하였다.

54) Bauer, *Elektronische Agenten in der virtuellen Welt*, 2006, 35 Fn. 134, Fn. 135; John, *Haftung für künstliche Intelligenz*, 2007, 374 Fn. 1042; Chopra/White, *ECAI* 2004, 635; Wein, “The Responsibility of Intelligent Artifacts: Toward an Automation Jurisprudence”, 6 *Harvard Journal of Law & Technology*, 103, 118 f. (1992).

하였다.

3. 인공지능에 대한 권리능력의 부여

우리 법에서 출생과 함께 시작되는 자연인의 권리능력은 민법 제3조에 규정되어 있다. 다만, 자연인은 민법 제3조에 기하여 비로소 권리능력을 부여받는다고 할 것은 아니다. 자연인의 권리능력은 인간의 존엄의 일부이고 따라서 이미 헌법 제10조로부터 도출된다고 하겠다. 반면, 법인의 권리능력은 이 헌법조항으로부터 도출할 수 없다. 따라서 법인의 권리능력은 민법 등의 법률에 명문의 근거를 필요로 한다. 인공지능의 권리능력은 헌법 제10조로부터 도출할 수 없고 현재 민법 등의 일반법에도 규정되지 않았다. 인간으로서 존엄을 누릴 수 있는 자는 생명체로서의 자연인이다. 그에 반하여 인공지능은 기술시스템에 불과하다. 따라서 그와 같은 시스템의 권리능력은 인간의 존엄성보장의 일부가 아니다. 인간 유사의 가치를 가진 존재에 대하여 유추 적용을 생각해 볼 수는 있으나, 인공지능의 가치는 인간의 그것과 비견할 수 없다. 인공지능이 인간처럼 지능적으로 행위하더라도 기본권을 향유하는 존재가 당연히 될 수는 없다. 기본권향유능력은 권리능력을 기반으로 한 보다 고차원의 능력이어서 권리능력으로부터 자동적으로 기본권향유능력이 발생하는 것은 아니다.⁵⁵⁾ 또한 법인과 달리 인공지능은 일반법에 의한 권리능력도 인정되지 않는다. 법인과 인공지능은 이해상황이 전혀 다르기 때문에 법인에 대하여 적용되는 규정들을 인공지능에 원용할 수도 없다. 따라서 인공지능에 대하여 법인격을 인정하기 위해서는 일반법에 의하여 권리능력을 승인하는 방법밖에 없다.

법질서는 “무언가”가 법적으로 책임을 지도록 할 필요가 있다고 판단되는 경우에 권리능력을 부여할 수 있다. 그래서 법질서는 거래계의 요청에 의하여 인위적 존재인 사단과 재단에 대하여 법인으로서 권리능력을 부여하였다.

법질서가 인위적 존재에 대하여 권리능력을 부여하게 되면, 그것은 권리주체가 된다. 권리능력에 기하여 그에게는 권리객체가 귀속될 수 있다. 그럼에도 권리주체로서의 인위적 존재도 사실상 권리객체처럼 다른 권리주체에 귀속될 수도 있다. 이와 같은 법적 귀속가능성은 인위적 존재가 존재론적으로는 권리능력이 없고 법적 의미에서만 권리능력을 가진다

55) 내국법인은 원칙적으로 완전한 권리능력을 갖지만 기본권향유능력은 일부만 가진다. 가령 현재 1991. 6. 3. 90헌마56는 본래 자연인에게 적용되는 기본권규정이라도 언론·출판의 자유, 재산권의 보장 등과 같이 성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권은 당연히 법인에게도 적용된다고 한다.

는 점을 배경으로 한다. 그에 반하여 자연인은 오늘날 법적으로 다른 권리주체에 귀속될 수 없다.⁵⁶⁾ 그래서 존재론적 권리주체는 좁은 의미에서의 권리주체성도 갖지만, 법적 의미에서의 권리주체는 넓은 의미에서만 권리주체성을 가진다.

그로써 법인격은 권리능력의 불가피성 및 좁은 의미의 권리주체성으로 구성된다는 점을 알 수 있다. 인공지능은 현행법상 자연인 또는 법인이 아니어서 권리주체가 아니지만, 그의 자율성으로 인하여 단순한 권리객체라고 할 수 없기 때문에 권리주체와 유사한 법적 지위를 부여할 것인지 대한 숙고가 필요하다.

이미 법인과 같은 인위적 존재에 대하여 그러하였듯, 법질서가 인공지능에 대하여 법인격을 부여하는 것은 법리적으로 문제되지 않는다. 그렇다면 법질서가 법인격의 부여를 위하여 어떤 구체적 요구사항을 제시할 것인지를 살펴보아야 한다.

IV. 법인격의 부여에 대한 법적 요구사항

자연인이 아닌 “무언가”를 권리주체로 인정하기 위한 요건으로서 대개 문헌은 세 가지 측면을 든다.⁵⁷⁾

- 도덕적 자격 / 자아의식(moral authority / entitlement)
- 사회적 능력 / 현실(social capacity / reality)
- 법적 편의 / 법적 유용성(legal convenience / expediency)

이와 관련하여 유의할 것은, 이들 세 가지 기준은 “무언가”가 권리주체로서 인정되기 위하여 항상 모두 충족되어야 할 요건은 아니라는 점이다. 오히려 권리주체성을 인정함에 있어서는 가치평가적 판단을 필요로 한다. 가령 법인은 권리주체로서의 인정을 위한 도덕적 자격으로서의 자의의식을 갖지 못한다는 점은 명백하다. 또한 법인은 유기체가 아니어서

56) 이에 대한 예외는 노예이지만, 오늘날에는 더 이상 존재하지 않는다.

57) Allen/Widdison, 9 *Harvard Journal of Law & Technology* 25, 35 (1996); Karnow, 11 *Berkeley Technology Law Journal*, 147 (1996); Kerr, op. cit., 24; Solum, 70 *North Carolina Law Review* 1231 (1992); Wein, 6 *Harvard Journal of Law & Technology* 103, 116 (1992); John, op. cit., 376; Nitschke, op. cit., 28 ff.; Wettig, op. cit., 190 ff.

스스로 행위를 할 수 없기 때문에 사회적 역량도 갖지 못한다. 그럼에도 법인을 권리주체로 인정한 것은 특히 거래에서 권리·의무의 주체가 될 수 있어야 한다는 사회적 요청으로 인한 것이다. 따라서 인공지능이 권리주체로서의 인정과 관련하여 위에 열거된 기준들을 충족하는지 그리고 이들이 가치평가적 고찰에 따라 권리주체로 인정하기에 충분한지 검토를 요한다.

1. 도덕적 자격

인간은 자율성, 즉 자기결정을 하면서 도덕적으로 행동한다. 그 점에서 사람은 권리능력의 인정을 요구할 수 있는 자아의식을 가진다.⁵⁸⁾ 철학적 관점에서 사람이 아닌 “무언가”가 자아의식을 형성할 수 있다면 권리능력의 인정을 요구할 수 있는 도덕적 자격이 있다고 한다.⁵⁹⁾ 이러한 자아의식은 반드시 생물학적 과정에서 비롯될 필요가 없어 기술과정에 기한 것이라도 상관없다고 한다. 중요한 것은 “무언가”의 사고방식이 인간의 그것과 유사하여 자아의식을 형성할 수 있어야 한다는 점이다.⁶⁰⁾ 인간의 두뇌와 인공지능의 그것 및 인간의 지능과 인공지능 사이에는 차이가 없다고 한다.

그러나 오늘날의 인공지능 및 가까운 장래의 기대되는 인공지능은 아직 자아의식을 갖거나 희노애락을 표현할 수 있을 정도에 이르지 못하였다. 도덕적 인격의 핵심적 요소는 옳고 그름을 구별하고⁶¹⁾ 또 필요한 경우 자신의 이익을 추구할 수 있는 능력이다.⁶²⁾ 인공지능의 의사결정은 프로그래밍에 의하여 지시된 계산단계에 기초한다. 학습능력과 자율성은 프로그래밍을 쉽게 무시하지 않는다. 인공지능은 옳다고 생각하거나 관심을 갖기 때문에 판단을 내리는 것이 아니라 프로그래밍에 따른 임무를 수행하기 위하여 판단을 내린다.⁶³⁾ 그래서 인간의 사고와의 유사성 또는 비교 가능성이 반드시 동일한 지위로 이어지는 것은 아니다. 또한 자의의식이 있다고 하여 법인격이 부여된다면, 동물도 무제한으로 법인격을 부여받게 된다. 동물도 일정 정도의 지능을 갖기 때문이다. 그러나 자아의식의 존부를 판단할 수 있는 확실한 방법이 존재하지 않는다.⁶⁴⁾ 권리주체로서의 인정을 위한 자아의식의

58) Allen/Widdison, 9 *Harvard Journal of Law & Technology* 25, 35 ff. (1996); John, op. cit., 377.

59) Solum, 70 *North Carolina Law Review* 1231, 1264 ff. (1992).

60) Allen/Widdison, 9 *Harvard Journal of Law & Technology* 25, 35 (1996).

61) Chopra/White, *ECAI* 2004, 638.

62) Allen/Widdison, 9 *Harvard Journal of Law & Technology* 25, 35 ff. (1996).

63) Kerr, op. cit., p 25; Allen/Widdison, 9 *Harvard Journal of Law & Technology* 25, 36 (1996).

64) Nitschke, op. cit., 29.

필요성에 관한 명제는 법체계적으로 정당화 수 없으며, 가령 유아는 자아의식이 없지만 권리능력을 가진다는 점에서 이 명제는 실제적으로도 수증하기 어렵다. 또한 권리능력을 가진 법인도 의식과 도덕을 알지 못한다는 점에서 이것은 인공지능에 대한 권리능력의 부정을 위한 결정적 이유가 될 수 없다. 더욱이 도덕관념은 민족에 따라 매우 달라질 수 있는 것이고, 비도덕적인 사람은 권리능력을 인정받아서 안 된다는 극단적인 결과도 초래할 위험이 있다. 따라서 도덕적 자격은 법인격의 인정을 위한 조건이 되어서는 안 될 것이다.

2. 사회적 현실

많은 철학자, 인지심리학자 및 컴퓨터공학자는 권리능력의 인정과 관련하여 도덕적 자격보다 자율적 행위에 대한 사회적 역량 내지 사회적 현실⁶⁵⁾에 더 큰 의미를 부여한다. 권리능력의 인정과 관련하여 “무언가”가 실제로 자아의식을 발전시키는지 아니면 사고능력이 있는지는 그다지 중요치 않다고 한다. 오히려 대화의 범위 내에서 지각 가능한 행태에 의하여 다른 사람들에게 자아의식을 가진다는 인상을 주어, 대화상대방은 다른 사람과 의사소통을 한 것으로 믿게 하는 것이 중요하다고 한다(이른바 튜링 테스트⁶⁶⁾). 사회적 현실은 인공지능에 대한 법인격의 인정 여부는 사회통념이 인공지능을 인(人)으로 보는지에 달려 있다고 한다. 가령 사단이 법인격을 취득하는 것은 이러한 이유에 기한 것이라고 한다. 인공지능이 자율적으로 의사를 외부에 표시할 수 있고 표시수령자로부터 그 표시의 표의자로 인식되면 권리주체로 인정될 수 있다고 한다.⁶⁷⁾

그러나 지금까지 어떤 인공지능도 대화의 범위 내에서 인간에 대하여 자아의식의 존재 및 인간으로서의 존재감을 설득할 수 없었다. 무엇보다도 현재 수준의 인공지능은 제한적 의미에서의 자율성만을 가지고 또 인간의 대화에 매우 중요한 정서적 지능이 매우 미흡하기 때문이다.

3. 법적 편의성

어떤 문제의 해결책을 찾는 과정에서는 항상 유용성 내지 편의성이 문제된다. 자연인,

65) Allen/Widdison, 9 *Harvard Journal of Law & Technology* 25, 35 ff. (1996).

66) 튜링 테스트(Turing-Test)는 1950년 영국 수학자인 앨런 튜링(Alan Turing, 1912-1954)에 의하여 컴퓨터프로그램의 지능을 판단하기 위한 기준으로 제안되었다.

67) Allen/Widdison, 9 *Harvard Journal of Law & Technology* 25, 36 ff. (1996).

법인 외에 별도의 법인격을 창출함에 있어서는 유용성 내지 편의성이 더욱 중요한 의미를 가진다. 인공지능 표시의 법적 분류라고 하는 목표만으로는 그와 같은 중차대한 결정을 내리는 데 충분하지 않다. 유용성 내지 편의성은 경제학적 관점으로 표현하면 비용·편익분석(risk-benefit test)을 의미한다. 이와 관련하여 다음의 문제제기를 음미해 보아야 한다. 기존의 해결가능성으로 충분하지 않은가? 무슨 이유로 새로운 접근방식이 필요한가? 새로운 규율은 어떤 장점을 가져오는가?

법질서는 법적 유용성이 있다면 자아의식의 존재 또는 사회적 역량과 무관하게 인위적 존재인 “무언가”에 권리능력을 부여할 수 있을 것이다. 과거 일부 법질서에서는 예컨대 선박에 대하여 이러한 법적 요구가 있었다. 조감하기 어려운 선박 자체 및 화물에 대한 소유권관계와 관련된 책임법적 곤란을 해결하기 위하여 선박에 대하여 권리능력을 인정하였다.⁶⁸⁾ 또한 법인도 사회적 유용성에 의하여 권리능력이 인정된 예이다. 여기의 법적 유용성은 인적 책임의 배제(물적 유한책임)와 거래의 원활(예컨대 단체 구성원 모두가 계약체결을 위하여 서명 또는 날인할 필요가 없게 된다) 두 가지로 집약된다. 따라서 그와 같은 법적 유용성이 인공지능의 권리능력의 인정과 관련하여서도 존재하는지 그리고 인공지능의 법인격을 인정하기 위하여 이러한 법적 유용성만으로 충분한지를 살펴보기로 한다.

(1) 법적 유용성의 존재

인공지능의 권리주체로서의 인정은 특히 전자상거래 분야에서 법적 안정성을 기하게 할 것이다.⁶⁹⁾

1) 인공지능 표시의 귀속

인공지능의 사용은 그 운용자에 대하여 자원의 효율적 이용을 가능케 한다. 인공지능의 운용자는 인공지능을 통해 그의 행동반경을 넓히고 일의 진행을 자동화할 뿐만 아니라 편의성도 도모할 수 있다. 인공지능에 대한 법인격의 인정은 거래의 참여를 용이하게 하고 특히 인공지능의 행위를 그 운용자에게 귀속시키는 것의 법리적 어려움을 해소시킨다. 인공지능에 권리능력을 인정할 경우 인공지능이 행한 표시의 귀속이 이미 성문화되어 있는 대리법리에 의하여 가능해지므로, 성문화되어 있지 아니한 법리의 적용은 불필요하다. 이것은 운용자나 거래상대방에 대하여 어떤 상황에서 인공지능의 표시가 운용자에게 귀속되

68) Gray, *The Nature and Sources of the Law*, 2nd ed., 1972, p. 40.

69) Allen/Widdison, 9 *Harvard Journal of Law & Technology* 25, 42 (1996).

고 어떤 경우에 그러하지 아니한지에 관한 법적 안정성을 제공하게 될 것이다. 또한 인공지능과 운전자 및 제3자와의 법률관계에는 현재의 법제도로는 설명하기 쉽지 않은데⁷⁰⁾ 인공지능에 대한 권리능력의 인정에 의하여 이 문제를 보다 명확하게 해결할 수 있다. 요컨대 인공지능의 권리주체로서의 인정은 인공지능에 대한 권리와 의무의 차별화된 귀속을 가능케 하고 법적 책임영역을 상호 구별하기 위하여 필요하다.⁷¹⁾ 또한 인공지능에 권리능력이 인정되면, 인간보다 신속한 의사결정이 가능하고 또 밤낮을 가리지 않고 작업할 수 있으며, 숙련된 근로자의 퇴직으로 인한 노하우(know-how)의 상실과 같은 문제를 걱정하지 않아도 된다.

2) 불법행위법적 책임문제

인공지능에 대한 권리능력의 인정은 불법행위와 관련된 책임문제도 해결한다. 인공지능은 스스로 책임주체로서 고려되고, 만일 운용자가 책임을 져야 하는 경우에는 오작동한 인공지능에 대하여 구상권을 행사함으로써 책임리스크를 줄일 수 있다. 인공지능에 대한 법인격의 인정으로 인공지능의 사용이 전자상거래의 발목을 잡는 일은 생기지 않게 된다. 이들 논거는 인공지능의 법인격 인정에 관한 법적 유용성을 알려준다.

(2) 반대논거

인공지능에 대한 권리능력의 인정은 인공지능이 의무의 주체는 물론 권리의 주체가 됨을 의미한다. 그러나 현 시점에 인공지능에 대하여 권리를 인정할 사회적 필요성이 있는지에 관하여 의문이 제기될 수 있다.

1) 제한적 권리능력의 인정

그래서 일부 문헌은 “소인격(minor personality)” 또는 “준인격(quasi personality)”, 즉 인공지능에 대하여 제한적 권리능력만을 인정할 것을 제창한다. 인공지능에 대하여 의무를 부담케 할 수는 있지만 반드시 권리까지 부여할 필요가 없다는 것이다.⁷²⁾ 권리와 의무의 이러한 분리는 권리능력의 범위 내에서 전혀 낮선 것이 아니라는 점은 미성년자의 예가 보여준다고 한다. 미성년자는 특히 보호를 필요로 하고 법정대리인의 동의 없이는 권리만을 성립시킬 수 있고 의무는 성립시키지 못한다(민법 제5조 제1항 단서, 제2항). 인공지

70) 예컨대 인공지능의 소유권문제가 그러하다.

71) Matthias, *op. cit.*, 35 ff., 113 f., 255.

72) Santoro/Ondina/Romano, “Electronic Agents and the Law of Agency”, *CRi* 2004, 109.

능은 이러한 관점에서 미성년자와 비교될 수 있다고 한다. 인공지능은 미성년자처럼 학습 과정을 거쳐야 하고 초기에는 독자적인 판단을 내리기 어려운 상황에 있기 때문이라는 것이다.⁷³⁾ 그러나 이러한 보호목적으로부터 미성년자는 그 자체로 의무를 부담하지 않는다는 결론에 이르러서는 안 된다. 미성년자는 법정대리인의 동의를 받은 경우에는 법률행위에 기한 의무를 부담할 수 있기 때문이다(민법 제5조 제1항 본문). 나아가 인공지능을 어느 정도로 미성년자와 비교할 수 있는지, 그래서 보호의 필요성이 있는지 의문시된다. 또한 앞의 견해는 인공지능의 의무라기보다는 권리에 대한 정당화 사유에 해당한다. 단지 로마시대의 노예만이 의무를 부담하되 권리를 갖지 못하는 법적 지위를 가졌다. 어떠한 권리도 없는 권리능력의 부여는 현재의 민주적 법질서에 따라 문제가 없지 않다.⁷⁴⁾ 따라서 “소인격”의 의미에서의 권리 없는 인공지능에 대한 법인격의 부여 가능성은 그에 상응하는 법률적 근거에 의해서만 가능할 것이다. 하지만 인공지능은 책임재산에 대한 소유권을 가져야 하고⁷⁵⁾ 그가 관리하는 데이터와 관련하여 권리가 인정되어야 한다. 인공지능은 오로지 자연인만이 누릴 수 있는 권리, 가령 인간의 존엄에 기한 권리는 그 성질상 누릴 수 없음을 당연하다.

2) 인공지능의 식별문제

인공지능에 대한 법인격의 인정과 관련하여 극복해야 할 또 하나의 문제는 인공지능의 식별이다. 인공지능은 (지속적으로) 물리적으로 위치가 특정되지 않고 오히려 그것의 저장공간이 이동할 수 있으며 모바일 인공지능의 경우 계속하여 위치가 달라진다. 그래서 자신의 이름으로 계약을 체결하거나 무권대리인으로서 그의 운용자를 위하여 행위하거나 그밖에 다른 상황으로 인하여 책임을 져야 하는 인공지능의 재판적을 쉽게 정할 수 없다. 적어도 특정 가능한 소재지의 결여로 인하여 인공지능의 위치지정을 위한 보조적 이론구성이 마련되지 않는 한 민사소송법에 따른 보통재판적(제2조 이하)을 원용할 수 없다. 예컨대 책임재산이 공탁된 은행의 소재지나 인공지능이 보험에 가입되어 있는 경우 보험회사의 소재지 또는 인공지능이 등록된 곳을 생각해 볼 수 있을 것이다. 그로써 인공지능의 소재지는 사실상 운용자의 주소지 또는 사무소나 영업소와 연계될 것이다. 그리고 이 장소는 등록부를 관장하는 기관의 공간적 관할을 위한 가장 중요한 연결점이기도 한다.

73) Narayanan/Perrott, “Can Computers have legal rights?”, in: Yazdani (Ed.), *Artificial intelligence: human effects*, 1984, 55.

74) Kerr, op. cit., 27.

75) 전자인에 대하여 권리 없이 의무만 인정되는 특별한 지위가 부여된다면, 당장 책임재산의 귀속주체가 누구인지에 관한 문제가 발생한다.

이와 관련하여 인공지능에 대하여 어떻게 소를 제기하고 인공지능이 어떻게 피소될 수 있는지가 문제된다. 현재 및 가까운 장래의 기술수준에 비추어 이들은 인간변호인의 도움을 받아서만 수행되거나 인공지능의 운용자가 예컨대 법정대리인으로서 활동할 수밖에 없을 것이다. 인공지능에 법인격을 부여하더라도 소송능력 및 변론능력에 대한 규정은 별도로 마련되어야 한다.

인공지능은 기술적 구조로 인하여 일반적으로 하드웨어에 화체(化體)되어 있는지 아니면 단순히 소프트웨어에 화체되어 있는지를 확인하기 어렵다. 그러나 이 문제는 소프트웨어 및 하드웨어가 상호 분리되어 있고 상이한 권리자에게 귀속되어 있는 경우에 특히 중요하다. 또한 모바일 인공지능은 주소를 갖지 않기 때문에 재판적을 확정하기 쉽지 않다.⁷⁶⁾ 나아가 인공지능은 물리적 구조에서 존속력이 약하다. 인공지능은 용이하게 복제되거나⁷⁷⁾ 삭제되거나 다른 모듈로 변형되거나 다른 모듈과의 결합으로 사라질 수 있다.⁷⁸⁾ 그러한 경우에 인공지능을 식별하기는 어렵다. 그러나 이와 같은 식별의 어려움 또는 권리주체의 지속성의 문제는 정도의 차이는 있더라도 다른 권리주체, 가령 법인에서도 발생한다. 법인도 그의 업무소재지를 변경할 수 있으며, 소유관계나 법적 구조도 (예컨대 합병을 통해) 단계에 변동될 수 있다.⁷⁹⁾ 이러한 변동은 일반적으로 등기부에 의하여 알려진다. 인공지능의 식별은 공적 장부에의 등록을 통해 가능하다.

3) 그 밖의 법률문제

마지막으로 인공지능에 대한 법인격의 부여와 관련하여 또 다른 중요한 법적 문제들, 가령 권리능력의 시기와 종기, 권리의 승계, 인공지능의 구체적 행위능력의 형성, 행위귀속의 가능성 또는 재산 없는 인공지능의 책임 등이 해명되어야 한다. 상술한 인공지능에 대한 법인격 부여에 관한 반대논거들로 인하여 도덕적 자격 및 인공지능의 사회적 역량의 결여에도 불구하고 법인격을 부여하는 것이 법적으로 충분히 필요한지와 관련하여 아직 해명이 이루어지지 않았다. 따라서 그 판단은 법리적으로만 행하여질 수 없으며 법인격의 부여로 인하여 도출될 수 있는 결과에 대한 가치평가적 고찰의 범위 내에서만 행하여질 수 있다. 이와 관련하여 특히 법윤리적·법철학적 측면이 고려되어야 한다.

76) Sartor, "Agents in Cyberlaw", in: Sartor/Cevenini ed., *The Law of Electronic Agents – Selected Revises Paper Proceedings of the Workshop on the Law of Electronic Agents (LEA 2002)*, 2002, 9.

77) 이상용, 앞의 논문(주 11), 1664면은 "인공 에이전트의 복제 가능성이 동일성(identity)이라는 새로운 문제를 제기할 수도" 있다고 한다.

78) Karnow, *Future Codes*, 1997, 185 f.; Sartor, *LEA 2002*, 8.

79) Kerr, op. cit., 27.

V. 법윤리적 · 법철학적 관점

인공지능에 대한 법인격 부여 여부를 법윤리적 · 법철학적 관점에서 어떻게 평가할 것인가에 대하여 외국의 학자들은 지난 수십 년 간 고심해왔다. 자연인 외에 인공지능에 대한 법인격 부여는 자칫 인간의 가치를 희석할 수 있는 위험을 내포하고 있기 때문이다. 그리고 심지어 일부에서는 (공상과학영화에서 보듯) 기계가 인간을 지배하는 상황(인간의 노예화)에 대하여 우려하고 있다. 그러나 이에 관한 논의는 종래 추상적 차원에 머물러 왔다. 다만 최근 들어 인공지능의 급속한 발전과 함께 이 문제가 처음으로 구체적인 차원에서 중요해지게 되었다. 이 논의와 관련하여 극히 다양한 논거와 함께 다채로운 견해들이 주장될 수 있을 것이다. 아래에서는 중요한 사항 몇 가지에 대하여 살펴본다.

1. 도미노 효과에 대한 우려

인공지능에 대한 법인격의 인정은 다른 인위적 존재에 대한 권리능력의 부여를 위한 출발점이 될 수 있다고 언급되고 있다. 특히 문제되는 것은 인공생명 분야이다.

인공생명(artificial life, Künstliches Leben) 영역은 컴퓨터 모델, 로봇공학 및 생화학을 이용하여 생명체의 특징을 갖는 인위적 존재를 창조하기 위한 학문이다. 이를 위해 생명체의 구조와 분석을 통해 축적된 연구결과를 체계화하며, 인공적인 매체(하드웨어, 소프트웨어, 인공적인 유기체 등)가 생명의 탄생, 성장, 진화 등과 같은 특징이나 기능을 재현 혹은 창출하기 위하여 노력한다.⁸⁰⁾ 이러한 인공생명의 가장 강력한 표현은 인조인간일 것이다. 이유를 수용할 수 있고 어떤 이유로부터 스스로 결정하고 도덕적으로 행위하는 생명체로서의 로봇은 인조인간으로 볼 수 있다. 인공지능 및 로봇공학 분야의 급속한 발전을 고려할 때 수십 년 내에 이와 같은 생명체가 탄생할 수도 있을 것이다.

법질서가 인공지능에 대하여 법인격을 부여할 경우, 그와 동시에 인조인간에 대한 법인격 인정을 위한 문호를 개방하는 것이라고 평가할 수 있다. 인공지능과 인조인간의 차이점은 화체 여부에 불과하기 때문이다.

80) 줄기세포에 관한 연구도 이에 속한다.

그러나 인조인간에 대한 법인격의 인정은 법윤리적·법철학적으로 인공지능에 대한 법인격의 부여보다 훨씬 폭발적이다. 인조인간에 대한 법인격의 인정은 기계의 법적 지위가 인간의 그것과 거의 동일시되는 것을 의미하고 그로써 인간과 기계의 구별이 흐려지기 때문이다. 이러한 이유에서 적지 않은 논자들은 “시작을 막는다”는 슬로건에 따라 인공지능에 대한 법인격의 부여를 거절한다.⁸¹⁾

그러나 과학기술의 발전으로 인하여 이러한 태도를 지속하기는 어려울 것이며, 또 인공지능에 대한 법인격의 인정은 논리적으로도 인조인간에 대한 법인격의 인정과 반드시 연결된다고 할 수 없다.⁸²⁾

인공지능에 대한 법인격 인정에 대한 인간의 주된 우려는 이에 의하여 인간의 지위가 침해될 수 있다는 두려움과 인간의 생사를 결정할 수 있다는 사실에 있다.⁸³⁾ 인간이 자칫 기계의 노예가 될 수 있다는 것이다. 이러한 픽션은 소설이나 공상과학영화를 통해 인간을 두려움에 떨게 하였다. 또한 머스크(Musk)나 호킹(Hawking)같은 저명인사들도 인공지능의 위협에 대하여 경고한다.⁸⁴⁾ 그러나 인공지능에 대한 법인격 인정은 특별요건에 의존하게 되며 또 전자인은 자연인처럼 완전한 권리능력을 갖지 못하므로 이러한 두려움은 과장된 것이다. 현행법에서도 인간을 객체화하는 것은 금지되어 있듯, 전자인 제도가 도입되더라도 인간은 권리주체로서 여전히 사회의 중심을 형성하게 될 것이다. 전자인이 인간을 지배하는 것은 법적 가능성 밖에 있다. 다시 말해 기계의 인간에 대한 지배는 위법행위에 해당하고, 그때 기계의 권리주체성은 사실 별다른 의미를 갖지 못한다. 권리객체로서의 인공지능도 인간을 지배할 가능성이 있기 때문이다. 여하튼 지배가능성은 반드시 권리주체성을 요하지 않는다. 기계의 인간에 대한 지배는 여하한 경우에도 위법한 것이 된다. 전자인 제도의 도입은 디지털화에 대한 법질서의 반응에 불과한 것으로 이해하면 될 것이다.⁸⁵⁾ 자동차나 원자력도 고도의 잠재적 위험성을 안고 있지만 법규범의 적절한 규제를 받으면서 사용되고 있다.

81) John, op. cit., 386.

82) John, Ibid.

83) 이에 관한 상세는 Klesen, *Die Entscheidung von Maschinen über Menschenleben*, 2017.

84) <<https://www.cnn.com/2017/11/08/ai-experts-join-elon-musk-stephen-hawking-call-for-killer-robot-ban.html>>.

85) Wettig, op. cit., 397; John, op. cit., 395.

2. 인간의 법적 지위의 위협?

설령 인간이 인공지능이나 지능형 로봇보다 정신적·신체적으로 열등하더라도 인공지능에 대한 법인격의 부여는 자연인의 특권적 지위를 제한하지 않게 될 것이다. 세계의 모든 국가에서 인간은 완전한 권리주체로서 인정되고 과거의 권리객체(노예)로서의 인간의 분류는 오래 전에 극복되었다. 이러한 근본적인 법원칙은 수정을 필요로 하지 않으며 인공지능 또는 지능형 로봇이라고 하는 현실에 대한 적응을 요할 뿐이다.

인간에 대하여는 계속하여 모든 인간은 출생 시부터 자유롭고 존엄성과 권리가 평등하다는 원칙이 적용된다. 이 원칙은 어떤 사람이 행위능력이 제한되고 지능적 급부를 제공하지 못한다 하더라도 달라지지 않는다.

이와 관련하여 법질서만이 인공지능에 대하여 법인격을 부여할 수 있음을 명심해야 한다. 따라서 그 법인격은 법질서에 의하여 다시 박탈될 수도 있다. 자연인만이 엄격한 의미에서의 권리주체성으로 인하여 출생 시부터 박탈할 수 없는 법인격을 가진다. 법질서는 인간이 만들고 또 인공지능의 법적 지위를 제한하거나 해소하게 되는 것도 인간이므로 인간의 법적 지위의 침해에 대한 두려움 또는 “인조인간”에 의한 법적 지위의 제한 내지 침해에 대한 두려움은 막연한 것이다.

3. 인공지능과 자연인의 우열관계의 결정

인공지능에 대하여 법인격을 부여하는 것에 의한 인간의 법적 지위의 악화에 대한 우려에 대처하기 위하여 자연인과 전자인 사이의 우열관계에 관한 3가지 법칙이 아시모프(Asimov)에 의하여 제안되었다. 이 법칙은 인공지능을 인간에 대하여 절대적으로 하위에 위치시킨다. 그 법칙은 다음과 같다.

1법칙: 로봇은 인간에게 해를 가하거나 행동하지 않음으로써 인간에게 해를 입혀서는 안 된다.

2법칙: 로봇은 1법칙과 상충되는 경우를 제외하고 인간의 명령을 따라야 한다.

3법칙: 로봇은 1법칙 및 2법칙과 충돌하지 않는 한 자신의 존재를 보호해야 한다.

요약하자면, 이것은 인공지능 및 지능형 로봇이 인간에 무조건 종속되고 제어되어야 한다는 것을 의미한다. 그리고 이들의 행위는 고도의 윤리적 가치에 의하여 제어되어야 한다.

그러나 로봇에 대한 이 법칙은 순수하게 기술적인 것이어서 인공지능 또는 지능형 로봇이 실제로 다르게 행동하는 것을 방지하지는 못한다. 이들 법칙은 인공지능의 프로그래밍의 범위 내에서 고려될 수 있을 뿐이다. 그래서 유럽의회는 상술한 입법권고안에서 로봇공학 현장의 수립을 위한 상세한 지침을 마련하였다.⁸⁶⁾

4. 존재론적 주체성과 법적 주체성의 구별

인공지능에 대한 법인격 부여와 관련하여 이론구성의 차원에서 존재론적 주체(좁은 의미의 권리주체, 자연인)와 법적 주체(넓은 의미의 권리주체, 자연인과 법인을 포함)를 구별할 수 있다. 법질서는 존재론적 주체가 아닌 “무언가”에 대하여 법인격을 부여할 수 있다. 예컨대 법인이 그러하다. 반대로 법질서가 모든 존재론적 주체에 대하여 법인격을 부여하지는 않는다. 예컨대 동물이나 로마법에서의 노예가 그러하다.

상술한 바와 같이 존재론적 주체와 법적 주체 사이의 본질적 차이점은 특히 소유권관계에 존재한다. 존재론적 의미에서의 권리주체는 오늘날에는 타인의 소유 대상이 아니지만, 법적 의미에서의 권리주체는 소유관계의 범위 내에서 존재론적 의미에서의 권리주체에게 귀속된다. 이것은 인공지능이 법인격을 부여받더라도 궁극적으로 항상 자연인에 귀속될 수 있고 따라서 법적으로 항상 인간에 의하여 제어된다는 것을 의미한다. 그로써 인간과 인공지능 사이의 우열관계는 법적으로 명확히 정해진다. 전자인으로서의 인공지능은 결코 존재론적 권리주체가 될 수 없으며 기껏해야 법적 권리주체가 될 수 있을 뿐이다.⁸⁷⁾

(1) 인공지능에 대한 존재론적 의미에서의 법인격의 부여

그러나 이러한 종속관계는 인공지능의 경우 존재론적 의미에서의 법인격의 부여가 완전히 배제된 경우에만 유지될 수 있을 것이다. 이것은 자연인과 인공지능 사이에 가치평가적 고찰에 따라 차별화된 법적 취급을 정당화하는 중대한 차이점이 존재하는 경우일 것이다.

따라서 법철학적 관점에서 인간과 기계 사이에 도대체 그러한 차이가 있는지 여부와 어디에 차이가 있는지가 밝혀져야 한다. 이와 관련하여 특히 존재론적 의미에서의 권리주체성을 구성하는 요소가 무엇인지 해명되어야 한다.

86) 김진우, 앞의 논문(주 3), 47-55면.

87) John, op. cit., 394; Wettig, op. cit., 395.

1) 인간과 기계의 구별

1950년대부터 컴퓨터 및 로봇이 단순한 형태로 사용되기 시작하면서부터 인간과 기계의 구별에 관한 논의가 이어져 오고 있다. 인간과 기계 사이의 근본적인 차이점은 어디에 있으며, 특히 인간의 지능과 인공지능의 차이점은 무엇인가?

① 신 체

이 논의는 앨런 튜링의 “Computing Machinery and Intelligence”라는 제목의 논문에서 비롯되었다.⁸⁸⁾ 튜링은 컴퓨터가 인간처럼 원칙적으로 사고할 수 있다고 하는 “강한 인공지능 학파”의 창시자이다. 튜링에 의하면 인간지능과 인공지능의 유일한 차이점은 서로 다른 장소와 물질, 즉 구성요소에 있다고 한다. 인간의 머리는 살과 뼈로 이루어져 있지만, 컴퓨터는 금속과 에너지로 이루어져 있다는 것이다.

② 지능의 구조

“강한 인공지능 학파”와 대립하는 “약한 인공지능 학파”는 인간과 기계는 근본적으로 존재론적 차이점을 가진다고 주장한다. 미국의 철학자인 설(John R. Searle)은 그의 논문에서 인공지능은 자연적 지능의 복제에 불과하며 컴퓨터는 인간의 지능적 프로세스를 시뮬레이션하고 재현할 뿐이라고 주장하였다.⁸⁹⁾ 진정한 지능을 인정하기 위한 결정적인 요소는 지능의 기능이나 장소가 아니라 유기적 구조라고 한다.

③ 생명의 청사진

거의 100년 전에 독일의 생물학자 웨스쿨(J. von Uexküll)은 생명체와 기계의 구조적 차이점을 규명하려고 시도하였는데,⁹⁰⁾ 그 본질은 오늘날에도 유지되고 있다. 그에 의하면 생명체는 그의 생애 동안 성장하는 반응기초에 따라 행위한다. 생명체는 작동원리를 내재하고 있으며 또 재생 가능한 세포로 구성되어 있어 성장과 고유한 청사진에 따라 자기 복구가 가능하다. 그에 반하여 기계는 그 행동방식이 인간에 의하여 결정되어 있는 까닭에 그 방식을 구조적으로 바꿀 수 없다. 나아가 인간과 기계 사이에는 설계원리에 따른 차이점도 존재한다. 기계는 이미 정해진 구조를 갖지만 인간의 세포는 변동된다.

88) Turing, in: *Mind* Vol. 49, 1950, 433-460.

89) Searle, “Minds, Brains and Programs”, in: *Behavioral and Brain Sciences*, 1980, 417-457.

90) Uexküll, *Theoretische Biologie*, 1928.

인공지능은 그의 행동기반을 어느 정도 확장할 수 있다. 인공지능 시스템에서의 집단적·사회적 행태의 발전은 진화론의 구현으로도 볼 수 있다. 그러나 양자 모두 인간이 미리 제공한 규칙의 구성을 위한 규칙인 메타(Meta)규칙을 기반으로 한다.

2) 존재론적 주체의 특성

이상에서 인간과 기계의 몇 가지 차이점을 확인하였는바, 이제 존재론적 의미에서의 권리주체의 특성을 알아본다. 달리 말하자면, 무엇이 인간을 특별한 존재로 만드는가 하는 점이다.

인간은 추상적 지능을 보유한 까닭에 사고하며, 학습하거나 이해할 수 있는 능력을 가진다. 그 밖에 인간은 사회적 지능도 가지고 있어 희노애락을 느끼고, 감정을 표시하며, 상상력을 발휘하거나 자아의식을 보여줄 수 있다. 이러한 인간의 모든 특성은 인간의 정신 또는 영혼과 밀접히 관련되어 있지만 반드시 두뇌와 연계되어 있는 것은 아니다.⁹¹⁾ 반면 인공지능은 감정, 의식, 자유의지 등을 갖지 못한다.⁹²⁾ 이처럼 인간과 인공지능은 상이한 존재들이어서 인공지능에 대하여 법인격이 부여되더라도 인간의 지위를 해하지 않는다. 이는 기존의 인위적 법인격체인 법인이 인간의 지위를 침해하지 않는 것과 유사하다. 오히려 인공지능에 대한 법인격 부여는 법적 안정성에 기여할 것이다.

(2) 인간의 책임과 통제

인공지능은 계속하여 독자적으로 지능적 업무를 해결해 가고 있다. 그리고 인간의 행위는 점점 더 인공지능의 행동계획을 승인하는 것으로 제한되어 간다. 그럼에도 아직까지는 인공지능에 대한 책임은 인간이 진다. 이것은 통제를 전제로 한다. 통제는 예측가능성 및 영향력 행사가능성을 내포한다. 기술력, 전문화, 지능 또는 자율성이 증가함에 따라 인공지능에 대한 통제는 점점 더 어려워지고 있다. 이로 인하여 다음과 같은 딜레마가 발생한다. 인간은 인공지능이 작동하지 않거나 그 밖에 장애가 생긴 예외적인 경우에만 개입하게 된다. 인공지능은 “통상적” 상황에서 인간운용자의 업무를 인공지능에 대한 모니터링과 이따금 수동조작을 하는 것으로 축소시킨다. 이를 통해 인간은 업무과정으로부터 최대한 배제되면서도 책임은 져야 하는 근본적인 딜레마를 발생시킨다.

91) Elmi, “Law and Artificial Subjectivity”, in: Cevenini (Ed.), *The Law and Electronic Agents: Proceedings of the LEA 04 workshop 2004*, 59.

92) Chopra/White, *ECAI 2004*, 638.

(3) 가치평가적 판단

존재론적 의미에서 인공지능에게 법인격을 부여하는 것이 정당화될 수 있을 정도로 인공지능이 인간과 흡사한지를 가치평가의 맥락에서 살펴본다.

인공지능은 일정 정도의 지능을 가지고 있다. 그래서 인공지능은 학습을 하고, 환경을 인식하면서 거기에 적응하며, 사고하거나 스스로 의사결정을 내릴 수 있다. 인공지능의 자율성 내지 지능은 기술의 발전에 따라 꾸준히 증가할 것이다. 그 점에서 인공지능은 인간의 추상적 지능과 매우 유사하다.

그러나 지금까지 인공지능은 사회적 지능, 특히 정서적 지능이 결여되어 있다. 인공지능은 자아의식을 갖지 않고 감정을 느낄 수 없다. 두뇌연구에서 알 수 있듯이 인간의 감정은 뉴런의 상호연결패턴에 의하여 설명될 수 있다. 가까운 장래까지 인간은 이와 같은 정서적인 평가와 동기요인하여 인공지능과는 전혀 다른 반응을 보이게 될 것이다.

그러나 두뇌에서 일어나는 상호작용의 법칙, 즉 뉴런 역동성은 아직 알려지지 않았기 때문에 인간 사고의 이러한 정서적 측면을 컴퓨터프로그램에서 시뮬레이션하는 것은 불가능하다. 대부분의 철학자들은 이것이 기술시스템이 결코 도달할 수 없는 한계라고 말한다. 바로 정서적 지능은 인간을 존재론적으로 완전한 권리주체로서의 유일한 생명체로 분류하게 만드는 고유한 이유이다.⁹³⁾

또한 인공지능은 본질적으로 전통적인 생명체와는 그 본질, 사고 장치의 구조 및 자연적 유기체의 각각의 세포에 들어 있는 생명의 비밀에서 구별된다.⁹⁴⁾

결국 현존하는 자연적 차이와 사회적 지능의 결여로 인하여 인공지능을 존재론적 권리주체로 분류할 수 없다. 따라서 법윤리적·법철학적 관점에서 볼 때 도미노 효과가 발생하지도 않고 인간의 법적 지위가 위태롭게 되지도 않으므로 인공지능에게 법인격을 인정하는 것에 반대할 이유가 없다. 나아가 인공지능은 법적 의미에서의 권리주체로 분류되는 까닭에 인간에 의하여 법적으로 지배되므로 인간과 인공지능의 우열관계는 법적·실제적으로 확정된다.

93) 동물들도 일정 정도의 정서적 지능을 가지고 있지만, 추상적 지능이 부족하여 존재론적 권리주체로 분류되지 않는다.

94) 인공지능은 (영혼의 존재가 인정된다고 할 때) 영혼을 갖지 않는다.

Ⅵ. 전자인의 법인격 형성 : 법정책적 접근방식

인공지능은 자아의식과 법인격의 부여를 위한 도덕적 자격이나 사회적 역량을 갖지 못한다. 그러나 인공지능의 취급에 있어 법적 안정성에 대한 사회적 요청은 법인격의 인정을 정당화할 수 있다. 또한 법윤리적·법철학적 관점도 전자인 제도의 도입에 장애가 되지 않는다. 입법자가 인공지능의 법인격을 인정하고자 할 경우, 법인격의 범위나 요건이 정해져야 한다.

1. 기술적 요건

누가 어떤 조건 아래 전자인을 창설할 수 있는가의 문제를 고찰하기에 앞서 인공지능이 전자인으로 창설될 수 있는 기술적 요건이 해명되어야 한다. 전자인의 창설에 있어 인공지능의 프로그래밍과 관련된 기술적 준칙은 인공지능이 다양한 기술 형식으로 형성될 수 있기 때문에 불가결하다. 인공지능을 권리객체가 아닌 권리주체로 인정할 필요성은 그들의 자율성에 있다. 자율성이야말로 전자인으로서의 인공지능을 다른 기술시스템과 구별하는 결정적 징표가 된다. 구체적으로 어떠한 기술적 요구가 따라야 할 것인지는 기술적 관점에서 정해져야 한다.

인공지능을 프로그래밍하고 사용할 때 불가결한 것은 안전조치이다. 따라서 이들 조치는 전자인의 창설을 위한 최소한의 공통적 안전수준을 설정 및 유지하기 위하여 필수요건으로 해야 할 것이다. 이를 위하여 전자인의 창설, 유지관리 또는 운용에 대한 특별절차 및 문서화의무를 도입하는 방안을 생각해 볼 수 있다.⁹⁵⁾ 이를 위하여 인증을 포함한 특별한 IT안전표준을 정할 필요가 있을 것이다.

2. 법인격 범위의 제한

인공지능의 법인격을 어느 정도로 인정할 것인지에 관하여는 논란이 있다. 가령 단순히 불법행위능력만을 가지는 것으로 하거나,⁹⁶⁾ 시스템의 발전단계에 따라 제한적 권리능력을

95) Schulz, op. cit., 354 ff., 381 ff.

96) Wein, 6 *Harvard Journal of Law & Technology* 103, 105 ff. (1992).

가지는 것으로 하거나⁹⁷⁾ 또는 완전한 권리능력 및 제한적 행위능력을 가지는 것으로 해야 한다⁹⁸⁾고 주장된다. 일설에 의하면, 입법자는 인공지능에 대하여 로마법상의 노예의 지위를 유추하여 행위능력은 있지만 권리능력은 없는 지위를 부여할 수도 있을 것이라고 한다.⁹⁹⁾

생각건대 법인의 권리능력은 자연인과 달리 성질, 법률 및 정관상의 목적에 의하여 제한된다. 이러한 권리능력 제한법리는 전자인에 대하여도 적용할 수 있을 것이다. 대리법리의 적용을 위하여 인공지능에 포괄적인 법인격을 부여할 필요는 없을 것이다. 인공지능의 권리능력의 범위는 중요한 법적 의무와 권리로 제한할 수 있을 것이다. 인공지능에 대한 권리를 절대적으로 부정하는 것은 바람직하지 않다. 계약의 경우 인공지능의 권리는 운전자(본인)를 위하여 법적 구속력 있는 계약을 체결할 수 있는 정도로 인정하면 될 것이다. 그로써 인공지능은 포괄적인 권리·의무의 주체가 아니라 운전자에 대한 지원기능만을 위하여 대리능력을 갖게 된다. 인공지능은 가령 혼인과 같은 고도의 인격적 법률행위를 할 수 없다. 이러한 접근방식은 장점을 가진다. 엄격한 기능적 권리능력을 수단으로 인공지능의 인간화 문제(Vermenschlichungsproblem)를 차단할 수 있다는 점이다. 인공지능은 운송자를 위한 보조자 역할을 하는 데 불과하므로 제한적 권리능력만을 부여하더라도 충분한 것이다. 더욱이 인공지능과 관련하여 장래 어떤 법적 과제가 도사리고 있을지 알 수 없으므로 인공지능에 대하여 처음부터 포괄적인 전자인격을 부여해서는 안 될 것이다.

3. 등록부에 의한 인공지능의 식별과 귀속

법적 명확성 내지 법적 안정성의 의미에서 권리주체로서의 전자인의 도입에는 거래참여자의 인지가능성을 보장하기 위하여 공시(公示)가 요청된다. 이것은 법인 등기부 유사의 공적 등록부(“전자인등록부”)의 도입을 통해 할 수 있다.¹⁰⁰⁾ 이 등록부에는 기술적으로 명

97) Schirmer, *JZ* 2016, 663.

98) Ebenter, “Warum Tiere nicht Teil unserer Rechtsordnung sein können, Roboter es aber werden könnten”, *Jusletter*, 10. Mai 2010, Rn. 16 ff.

99) 가령 Schweigerhofer, in: Schweigerhofer/Menzel/Kreuzbauer (Hrsg.), *Auf dem Weg zur ePerson*, 2001, 52 특히 Fn. 10.

100) Allen/Widdison, 9 *Harvard Journal of Law & Technology* 25, 35 ff. (1996); Karnow, 11 *Berkeley Technology Law Journal* 147, 161 f. (1996); Wettig/Zehendner, *The Electronic Agent, Proceedings of the Workshop in the Law of Electronic Agents 2003*, 2003, 109 f.; 박수곤, “자율적 지능 로봇의 법적 지위에 대한 소고”, (국민대) 법학논총 제31권 제2호(2018), 64면. 이상용, 앞의 논문(주 11), 1664면은 등기 등의 공시방법은 상대방이 거래 때마다 이를 조사하여야 하므로 “거래 당사자들에게 불필요한 부담을 지우는 것이어서 실제적 타당성도 없다”고 한다.

확한 고유의 식별번호¹⁰¹⁾ 및 인공지능과의 거래에 관한 판단에 중요한 모든 데이터, 예컨대 운용자의 성명·주소, 책임재산, 인공지능의 용도¹⁰²⁾ 또는 인공지능의 기술적 데이터 등을 담도록 한다. 이 등록부는 잠재적 계약상대방이 신속히 인공지능을 식별할 수 있도록 하기 위하여 인터넷에서 열람할 수 있어야 한다. 인공지능이 국경을 넘어 활동하는 경우에는 더욱 그러할 필요성이 있다. 등록을 통해 인공지능이 비로소 권리능력을 취득하는 것으로 한다(성립요건으로서의 등록).¹⁰³⁾ 등록부를 통한 공시에 의하여 비로소 전자인은 사회에서 공공연하게 인지될 수 있을 뿐만 아니라 인공지능과 거래하는 자가 시스템을 신뢰할 수 있는 계약상대방으로 평가할 것인지를 판단할 수 있게 된다. 등록부의 관할은 법인 등 기부를 관할하는 법원이 하거나 인증서비스에 대한 인프라와 경험 가진 기관에서 하도록 하는 것이 등록부의 관리비용을 위한 조직적 비용을 상대적으로 절감할 수 있는 길일 것이다. 인공지능의 운용자에 대하여는 전자인을 등록하거나 저장된 정보를 변경할 때 관리비용을 부담시킨다.

소송절차적 의미에서 국내에서 창설된 전자인의 보통재판적은 이들의 주된 사무소 또는 영업소가 있는 곳에 따라 정하고, 사무소와 영업소가 없는 경우에는 운용자의 주소에 따라 정해져야 할 것이다(민사소송법 제5조 제1항 참조). 외국에서 창설된 전자인의 보통재판적은 대한민국에 있는 이들의 사무소·영업소 또는 운용자의 주소에 따라 정한다(민사소송법 제5조 제2항 참조).

인공지능의 행위의 운용자로의 귀속문제는 운용자의 전자서명에 의하여 해결할 수 있다.

4. 책임재산의 도입

인공지능에 대한 전자인 제도의 도입을 위한 핵심요소는 책임재산이다. 법인의 장점은 외부에 대하여 책임을 져야 할 경우에 구성원이나 출연자의 고유재산에 강제집행을 하지 못하고 당해 법인의 재산을 한도로 책임을 물을 수 있다는 것이다. 그래서 사원이나 출연자는 원칙적으로 개인책임을 지지 않는다. 이를 보장하기 위하여 법인에는 기본재산이 필

101) 이 식별번호는 이상적으로는 전 세계에서 하나밖에 없는 것으로서 조작의 불가능한 ID로 이루어져야 할 것이나, 현 단계에서는 실현 가능성은 낮을 것이다. 따라서 적어도 인공지능이 사용되는 시스템 내에서 각각의 인공지능의 식별이 가능하도록 고유한 식별번호가 부여될 수밖에 없을 것이다.

102) 인공지능이 사이버공격과 같은 금지된 목적을 달성하기 위한 것인 때에는 전자인으로 성립될 수 없어야 한다.

103) 상법 제172조도 회사는 “본점소재지에서 설립등기를 함으로써 성립한다.”고 규정하고 있는 것과 같은 맥락이다.

요하다. 이러한 기본재산은 법인에게 권리주체로서 독립적으로 거래활동에 참여할 수 있는 재정적 존립기반을 제공한다. 인공지능의 경우에도 책임재산이 필요한데, 그것은 운용자가 일정 보상금액을 공탁하거나 또는 보험에 가입하게 함으로써 마련할 수 있을 것이다.¹⁰⁴⁾

인간은 손해배상을 위하여 지출해야 하는 금전을 일반적으로 근로를 통해 얻게 된다. 인공지능은 본래 인간에 담당해야 할 업무를 수행한다. 따라서 인공지능의 노동력은 그 임금이 인공지능에 지급되지 않더라도 사람의 활동에 대하여 운용자가 지급해야 할 보수와 비교할 수 있다. 한편으로 운용자는 돈을 절약하고, 다른 한편으로 그 돈은 인공지능이 산출한 가치라고 할 수 있다.¹⁰⁵⁾ 그래서 인공지능이 산출한 가치(또는 예상되는 금전적 가치)는 책임기금이나 보험에 투자하여 발생할 수 있는 손해를 배상을 하는 데 사용된다.

등록은 법률로 정해질 책임액의 공탁에 의존케 한다. 그래야 있을 수 있는 제3자의 배상 청구의 경우에 실제로 제공될 수 있을 것이기 때문이다. 보험의 경우 인공지능의 유형에 따라 발생할 수 있는 손해의 위험이 평가되어야 할 것이며, 보험이 제공하는 범위 내에서 보상이 이루어지게 된다. 그 결과 일종의 유한책임이 성립하게 된다. 여기서 유한책임은 인공지능의 운용자에게만 유리하고 피해자에게는 불리한 것이 아니냐는 의문이 들 수 있다. 그러나 유한책임이 계약상대방에게 공개되어 있는 한 책임제한은 문제될 것이 없다. 계약상대방은 인공지능과 계약을 체결할 것인지 그리고 유한책임으로 인한 위험을 안고 갈 것인지를 미리 계산에 넣고 행동할 수 있기 때문이다.

책임재산액은 등록부에 기재되어야 한다. 인공지능은 이 정보를 그와 거래하는 속성인증서 형태로 제공받을 수 있고, 이 인증서를 통해 제3자에게 자신을 식별하고 책임의 범위를 증명할 수 있다.¹⁰⁶⁾ 그러나 이를 위한 요건으로 인공지능이 법적으로 자본을 보유할 수 있어야 한다.¹⁰⁷⁾ 최저책임재산액을 얼마로 할 것인지가 문제되는데, 그것을 정함에 있어서는 잠재적 피해자의 이익과 인공지능 운용자의 이익이 적절히 조정되어야 함은 물론이다. 책임재산액이 과소할 경우 피해자가 손해의 대부분을 스스로 부담해야 하는 문제가 발생하고, 책임재산액이 과다할 경우에는 인공지능의 운용으로 인한 경제적 위험을 유의미하

104) Solum, 70 *North Carolina Law Review* 1231, 1245 (1992); Karnow, 11 *Berkeley Technology Law Journal* 147, 193 (1996); Nitschke, op. cit., 31.

105) 물론 이때 유지보수비는 공제되어야 한다.

106) Karnow, 11 *Berkeley Technology Law Journal* 147, 195 (1996); Nitschke, op. cit., 31.

107) Lerouge, "The use of the electronic agent questioned under contractual law: suggested solutions on a European and American Level", 18 *John Marshall Journal of Computer & Information Law*, 403, 410 (2000).

게 제한하고자 하는 인공지능 운용자의 기대를 해하기 때문이다. 등록을 위한 요건인 책임 재산액을 지나치게 높게 설정할 경우, 권리능력을 가진 등록된 인공지능의 보급에 대한 장애가 될 수 있다. 궁극적으로 책임재산액의 도입은 법정책적·기술정책적 결단의 문제라고 할 것이다.

5. 등록신청

인공지능의 법인격 취득을 위한 등록을 신청할 수 있는 자는 기존의 권리주체이자 인공지능의 운용자인 자연인과 법인으로 한다. 이미 법인격을 취득한 인공지능이 다른 인공지능의 법인격 취득을 위한 등록신청을 할 수 있도록 할 것인지는 전자인 제도의 도입 후 경험을 참조하여 향후에 결정한다. 법인 제도와 마찬가지로 전자인의 경우에도 전자인의 권리주체성은 그 배후에 있는 운용자의 변경에 영향을 받지 않도록 한다.

6. 운용자의 책임

운용자는 전자인의 설립자 및 기관으로서의 역할을 수행하게 될 것이다. 그래서 운용자는 인공지능이 적절히 운용되고 있는지에 대한 주의 및 모니터링에 관한 의무를 부담하며, 이를 해태한 때에는 민법 제750조에 따른 불법행위책임을 지도록 한다. 운용자는 인공지능의 사용으로 이점을 누리므로 모니터링의 해태로 인하여 손해가 발생한 경우에는 주의의무 위반으로 인한 불이익을 감수해야 한다. 운용자는 소송에서 전자인의 관리자로서 전자인을 대리하게 된다.¹⁰⁸⁾

7. 인공지능의 취급에 관한 실체법적 규율의 확립

법정책적 관점에서 인공지능의 법인격의 취급과 관련하여 실체법적 규칙도 정해져야 한다. 무엇보다도 인공지능의 법인격의 시기와 종기 및 인공지능의 법적 양도가능성에 대한 규정이 필요하다. 인공지능의 법인격취득시기는 전자인등록부에 등록된 시점으로, 법인격의 종기는 전자인등록부에서 말소되는 시점으로 하되, 말소 당시 잔여재산이 있는 경우 그것을 누구에게 귀속시킬 것인가 하는 점에 관하여 생각해 보아야 한다. 나아가 인공지능의 기술적 안전성에 관한 규정도 마련되어야 한다. 입법자는 적절한 기본요건을 규정함으로써

108) Kersten, *JZ* 2015, 7.

인공지능에 대한 법인격 부여를 통해 발생할 수 있는 문제들을 해결할 수 있을 것이다.

8. 전자인의 행위능력

완전·유효한 법률행위를 단독으로 할 수 있는 능력인 행위능력은 자유로운 의사형성을 위한 능력을 전제로 한다. 인공지능은 자유로운 의사형성이 가능하므로 행위능력을 가진다고 할 것이다. 전자인의 행위능력은 권리능력의 범위 내에서만 인정된다.

9. 인공지능의 기본권능력

인공지능의 권리주체성으로부터 기본권능력(Grundrechtsfähigkeit)이 직접적으로 도출되는 것은 아니다. 기본권능력은 권리능력보다 고차원의 능력으로 기본권을 누릴 수 있는 자격을 말한다. 이처럼 기본권능력은 권리능력보다 고차원의 것으로서 원칙적으로 별도의 요건을 충족하여야 한다. 따라서 권리능력의 인정이 자동적으로 기본권능력의 인정을 초래하는 것은 아니다.¹⁰⁹⁾ 독일의 논자들은 향후의 입법론으로 전자인의 기본권능력을 인정하는 데 아직 대체로 부정적이지만,¹¹⁰⁾ 전자인의 기본권능력은 권리주체에 대하여 불가결하다. 이것은 특히 소유권과 관련하여 그러하다. 소유권은 전자인에게 기본적인 요소이고 특히 책임재산에 관한 법률관계를 설명하기 위하여 필요하다. 따라서 전자인도 법인과 마찬가지로 제한적 기본권능력을 가질 수 있다고 할 것이다. 그 밖에 전자인에 대하여 어떤 기본권이 인정될 수 있는지는 앞으로 보다 면밀한 검토를 요한다.

109) 현재 1991. 6. 3. 90헌마56은 “우리 헌법은 법인의 기본권향유능력을 인정하는 명문의 규정을 두고 있지 않지만, 본래 자연인에게 적용되는 기본권규정이라도 언론·출판의 자유, 재산권의 보장 등과 같이 성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권을 당연히 법인에게도 적용하여야 한 것으로 본다. 따라서 법인도 사단·법인·재단법인 또는 영리법인·비영리법인을 가리지 아니하고 위 한계내에서는 헌법상 보장된 기본권이 침해되었음을 이유로 헌법소원심판을 청구할 수 있다”고 판시하였다. 이 판례는 완전한 권리능력을 가진 법인이 성질상 법인이 누릴 수 있는 것에 한하여 부분적인 기본권능력을 가진다는 점을 알려주고 있다.

110) Gruber, in: Beck (Hrsg.), *Jenseits von Menschen und Maschine*, 2012, op. cit., 133, 157 ff.; Spranger/Wegmann, “Öffentlich-rechtliche Dimensionen der Robotik”, in: Beck (Hrsg.), *Jenseits von Menschen und Maschine*, 2012, op. cit., 105, 109 f.; John, op. cit., 381.

VII. 나오며

프로그램 개발자조차 반응을 더 이상 예측할 수 없고 학습능력에 의하여 진화하는 지능형 로봇과 인공지능의 자율성이 증가함에 따라 전자인 제도 및 이를 위한 책임기금의 도입을 생각해 보아야 하는 상황이 도래하였다. 현행 민법의 법리로는 디지털 혁명에 적절히 대응할 수 없다. 표의자를 자연인으로 국한하는 전통적 법률행위론은 4차 산업혁명 및 인공지능과 같은 오늘날의 기술의 현실과 더 이상 조화를 이루지 못한다.

인공지능을 새로운 권리주체로 인정하는 것은 매우 근본적인 결단을 의미하지만, 전자인의 도입 내지 인공지능에 대한 법인격의 부여는 인공지능의 사용 시에 계약책임은 물론 불법행위책임에서도 법적 안정성을 제고하는 데 이바지 할 것이다. 전자인 제도의 도입과 관련하여 비판론이 있는 것은 사실이나, 그러한 비판론이 모두 새로운 권리주체의 도입을 부정하기 위한 설득력을 가지는 것은 아니다. 근대법이 법인제도를 창설할 때에도 초기에는 비판이 적지 않았지만 결국 관철되었다. 오늘날 법인제도의 창설은 근대법의 위대한 문화적 기여로 평가된다. 법인제도에 의하여 자연인의 행동반경이 크게 확장되었기 때문이다. 인공지능에 대한 법인격 부여도 이러한 기회를 제공할 수 있다.

먼저 법리적으로 보면 인공지능에 대한 법인격을 부여를 반대할 수 있는 논거가 마땅치 않다. 법인의 예에서 볼 수 있듯 법질서는 이미 인위적 존재에 대하여 법인격을 인정하고 있기 때문이다. 물론 법인격의 인정을 요구할 수 있는 도덕적 자격은 인공지능이 자아의식이 없는 현재로서는 존재하지 않는다. 그리고 인공지능은 정서적 지능의 결여로 인하여 사회적 역량도 충분하다고 할 수 없다. 그러나 현행법상 인공지능의 행위를 누구에게 귀속시킬 것인지와 관련하여 법적 불안정성이 존재한다는 점은 인공지능에 대한 법인격 인정을 위한 중요한 논거이다. 그럼에도 인공지능에 대한 포괄적인 법인격 부여는 요청되지 않는다. 또한 인공지능의 식별의 어려움이나 그 밖의 법적 문제들은 인공지능에 대한 법인격 부여에 반대하는 논거로 작용할 수 있다. 이처럼 인공지능에 대한 법인격 부여와 관련하여 찬성과 반대에 관한 논거들이 존재하므로 궁극적으로 법윤리적·법철학적 측면을 고려한 가치평가적 고찰에 의하여 판단할 수밖에 없다.

법윤리적 관점에서 우선 인간의 법적 지위나 우열관계를 훼손할 수 있다는 점과 함께 기계의 인간화에 대한 우려가 표명되고 있다. 그러나 인공지능에 대한 법인격 부여에 의하여

인간의 지위가 열락해지는 사태는 발생하지 않을 것이다. 인공지능의 법적 지위를 규정한 법질서는 궁극적으로 인간이 만들기 때문이다. 그리고 존재론적 의미에서의 권리주체와 법적 의미에서의 권리주체는 구별을 요한다. 그에 따라 인간과 인공지능의 우열관계는 법적으로도 규정될 수 있다. 인공지능은 법적 의미에서의 권리주체에 불과하여 존재론적 의미에서의 권리주체에 항상 귀속되어야 하기 때문이다. 인공지능은 특히 사회적 지능이 결여되어 있는 점에서 인간과 구별된다. 그리고 본질, 구성, 재생산 및 생명의 청사진과 관련하여서도 중대한 차이가 존재한다. 따라서 법윤리적·법철학적 관점에서 인공지능에 대한 법인격 부여를 반대할 이유가 없다.

인공지능의 취급과 관련하여 법적 안정성의 보장에 관한 사회적 요청은 법인격 부여를 위한 도덕적 자격 및 사회적 역량의 결여를 상쇄할 수 있다. 인공지능의 권리능력은 계약 체결에 관한 능력으로 제한하고, 운용자인 자연인 또는 법인을 등록부에 명시하며, 전자서명에 의하여 인공지능의 행위가 운용자에게 귀속됨을 분명히 하고, 인공지능의 책임재산액을 정하며, 운용자에 대한 민사법적·형사법적 행위기준을 설정해야 할 것이다. 결론적으로 법질서는 인공지능에 대하여 법적 의미에서의 법인격을 부여할 수 있다. 전반적으로 유한책임의 등록된 인공지능의 착상은 권리능력을 가진 인공지능의 식별가능성과 책임에 적합하다.

대리(민법 제114조 이하), 이행보조자에 대한 책임(민법 제391조), 사용자의 배상책임(민법 제756조)은 대리인, 이행보조자 및 피용자로서의 인공지능에 대하여 법인격이 전제되는 경우에 한하여 유추 적용될 수 있다. 또한 인공지능의 기본권향유능력을 인정할 때에만 인공지능은 책임재산에 대하여 소유권을 갖게 될 수 있다. 인공지능에 대한 법인격의 부여는 사회와 잠재적 피해자는 물론 시스템운용자 모두에 대하여 “윈윈(win-win) 상황”을 가져올 것이다.

〈참고문헌〉

I. 국내문헌

1. 단행본

곽윤직·김재형, 민법총칙, 제9판, 박영사, 2013.

김대정, 민법총칙, fides, 2012.

서광민, 민법총칙, 신론사, 2007.

송덕수, 민법총칙, 제4판, 박영사, 2018.

송호영, 법인론, 제2판, 신론사, 2015.

이은영, 민법총칙, 제5판, 박영사, 2009.

2. 논 문

계승균, “법규범에서 인공지능의 주체성 여부”, 법조 제724호(2017).

김건우, “법적 주체로서의 자율적 인공지능 로봇 I : 의의와 관점”, 성균관법학 제30권 제2호 (2018).

김진우, “자율시스템에 의한 의사표시의 귀속”, (전남대) 법학논총 제38권 제4호(2018).

_____, “지능형 로봇과 민사책임”, 저스티스 제164호(2018).

_____, “지능형 로봇에 대한 사법적 규율 : 유럽연합의 입법 권고를 계기로 하여”, 법조 제 723호(2017).

박수곤, “자율적 지능 로봇의 법적 지위에 대한 소고”, (국민대) 법학논총 제31권 제2호 (2018).

오병철, “인공지능 로봇에 의한 손해의 불법행위책임”, (연세대) 법학연구 제27권 제1호 (2017).

이도국, “인공지능(AI)의 민사법적 지위와 책임에 관한 소고”, (한양대) 법학논총 제34집 제 4호(2017).

이상용, “인공지능과 계약법 : 인공 에이전트에 의한 계약과 사적 자치의 원칙”, 비교사법 제 23권 제4호(2016).

이중기, “인공지능을 가지는 로봇의 법적 취급”, *홍익법학* 제17권 제3호(2016).
정진명, “인공지능에 대한 민사책임법리”, *재산법연구* 제34권 제4호(2018).

II. 국외문헌

1. 단행본

- Bauer, *Elektronische Agenten in der virtuellen Welt*, 2006.
Benkard (Hrsg.), *Patentgesetz*, 11. Aufl., 2015.
Bostrom, *Superintelligence, Paths, Dangers, Strategies*, 2014.
Dreier/Schulze, *UrhG*, 5. Aufl., 2015.
Fischer, *Tierstrafen und Tierprozesse: zur sozialen Konstruktion von Rechtssubjekten*, 2005.
Gitter, *Softwareagenten im elektronischen Geschäftsverkehr*, 2007.
Gray, *The Nature and Sources of the Law*, 2nd ed., 1972.
John, *Haftung für künstliche Intelligenz*, 2007.
Karnow, *Future Codes: Essays in Advanced Computer Technology and the Law*, 1997.
Klesen, *Die Entscheidung von Maschinen über Menschenleben*, 2017.
Kraßer/Ann, *Patentrecht*, 7. Aufl. 2016.
Matthias, *Automaten als Träger von Rechten*, 2. Aufl., 2010.
Münchener Kommentar zum BGB, Band 1, 8. Aufl., 2018 (“MüKoBGB/집필자”로 인용).
Nitschke, *Verträge unter Beteiligung von Softwareagenten – ein rechtlicher Rahmen*, 2010.
Palandt, *BGB*, 75. Aufl., 2016 (“Palandt/집필자”로 인용).
Schulz, *Verantwortlichkeit bei autonom agierenden Systemen*, 2015.
Searle, *Minds, Brains and Programs*, in: *Behavioral and Brains Sciences*, 1980.
Uexküll, *Theoretische Biologie*, 1928.
Wettig, *Vertragsabschluss mittels elektronischer Agenten: Eine interdisziplinäre Untersuchung mit juristischem Schwerpunkt unter Einbeziehung internationaler, technischer und philosophischer Aspekte*, 2010.

Wiebe, *Die elektronische Willensklärung*, 2002.

2. 논 문

Allen/Widdison, “Can Computers Make Contracts?”, 9 *Harvard Journal of Law & Technology* 25 (1996).

Beck, “Brauchen wir ein Roboterrecht?, Ausgewählte juristische Fragen zum Zusammenleben von Menschen und Robotern”, in: Japanisch-Deutsches Zentrum (Hrsg.): *Mensch-Roboter-Interaktionen aus interkultureller Perspektive, Japan und Deutschland im Vergleich*, 2012, S. 124.

_____, “Grundlegende Fragen zum rechtlichen Umgang mit der Robotik”, *JR* 2009, 225.

_____, “Über Sinn und Unsinn von Statusfragen – zu Vor- und Nachteilen der Einführung einer elektronischen Person”, in: Hilgendorf/Günther (Hrsg.), *Robotik und Gesetzgebung*, 2013, S. 239.

Brunotte, “Virtuelle Assistenten – Digitale Helfer in der Kundenkommunikation”, *CR* 2017, 583.

Chopra/White, “Artificial Agents – Personhood in Law and Philosophy”, *Proceedings of the 16th European Conference on Artificial Intelligence 2004 (ECAI 2004)*, 635.

Ebenter, “Warum Tiere nicht Teil unserer Rechtsordnung sein können, Roboter es aber werden könnten”, *Jusletter*, 10. Mai 2010.

Elmi, “Law and Artificial Subjectivity”, in: Cevenini (Ed.), *The Law and Electronic Agents: Proceedings of the LEA 04 workshop 2004*, 55.

Erbel, “Rechtsschutz für Tiere: Eine Bestandsaufnahme anlässlich der Novellierung des Tierschutzgesetzes”, *DVBl.* 1986, 1235.

Gruber, “Rechtssubjekte und Teilrechtssubjekte des elektronischen Geschäftsverkehrs”, in: Beck (Hrsg.), *Jenseits von Menschen und Maschine*, 2012, S. 133.

Hetmank/Lauber-Rönsberg, “Künstliche Intelligenz – Herausforderungen für das Immaterialgüterrecht”, *GRUR* 2018, 574.

Hubbard, “«Do Androids Dream»? : Personhood and Intelligent Artifacts”, 83

- Temple Law Review* 405 (2011).
- Karnow, "Liability for Distributed Artificial Intelligences", 11 *Berkeley Technology Law Journal* 147 (1996).
- Kerr, "Providing for Autonomous Electronic Devices in the Uniform Electronic Commerce Act" <<http://www.ulcc.ca/en/1999-winnipeg-mb/359-civil-section-documents/362-providing-for-autonomous-electronic-devices-in-the-electronic-commerce-act-1999>>.
- Kersten, "Menschen und Maschinen, Rechtliche Konturen instrumenteller, symbiotischer und autonomer Konstellationen", *JZ* 2015, 1.
- Kluge/Müller, "Autonome Systeme: Überlegungen zur Forderung nach einer «Roboterhaftung»", *InTeR* 2017, 24.
- Lehmann, "Der Begriff der Rechtsfähigkeit", *AcP* 207 (2007), 225.
- Lerouge, "The use of the electronic agent questioned under contractual law: suggested solutions on a European and American Level", 18 *John Marshall Journal of Computer & Information Law*, 403 (2000).
- Müller-Hengstenberg/Kirn, "Kausalität und Verantwortung für Schäden, die durch autonome smarte Systeme verursacht werden: Eine Untersuchung der deliktischen Haftung für den Einsatz autonomer Softwareagenten", *CR* 2018, 682.
- Samuelson, "Allocating Ownership Rights in Computer Generated Works", 47 *University of Pittsburgh Law Review* 1185 (1985-1986).
- Santoro/Ondina/Romano, "Electronic Agents and the Law of Agency", *CRi* 2004, 104.
- Sartor, "Agents in Cyberlaw", in: Sartor/Cevenini ed., *The Law of Electronic Agents – Selected Revised Paper Proceedings of the Workshop on the Law of Electronic Agents (LEA 2002)*, 2002, 3.
- Schaub, "Interaktion von Mensch und Maschine: Haftungs- und immaterialgüterrechtliche Fragen bei eigenständigen Weiterentwicklungen autonomer Systeme", *JZ* 2017, 342.
- Schirmer, "Rechtsfähige Roboter?", *JZ* 2016, 663.
- Schweigerhofer, "Vorüberlegungen zu künstlichen Personen: autonome Roboter und intelligente Softwareagenten", in: Schweigerhofer/Menzel/Kreuzbauer

- (Hrsg.), *Auf dem Weg zur ePerson*, 2001, S. 45.
- Solum, "Legal Personhood for Artificial Intelligences", *70 North Carolina Law Review* 1231 (1992).
- Sosnitza, "Das Internet der Dinge – Herausforderung oder gewohntes Terrain für das Zivilrecht?", *CR* 2016, 764.
- Spranger/Wegmann, "Öffentlich-rechtliche Dimensionen der Robotik", in: Beck (Hrsg.), *Jenseits von Menschen und Maschine*, 2012, S. 105.
- Teubner, "Elektronische Agenten und grosse Menschenaffen: Zur Ausweitung des Akteurstatus in Recht und Politik", in: Becchi/Fraber/Luminati (Hrsg.), *Interdisziplinäre Wege im der juristischen Grundlagenforschung*, 2007, 1
<https://www.jura.uni-frankfurt.de/42828694/aktanten_dt.pdf>.
- Turing, "Computing machinery and intelligence", in: *Mind* Vol. 49, 1950, 433.
- Wein, "The Responsibility of Intelligent Artefacts: Toward an Automation Jurisprudence", in: *Harvard Journal of Law & Technology*, Volume 6, 1992, 103.
- Wettig/Zehendner, "A legal analysis of human and electronic agents", *Artificial Intelligence and Law* 12/2004, 111.
- _____, "The Electronic Agent: A Legal Personalty under German Law?", *Proceedings of the Workshop in the Law of Electronic Agents 2003*, 2003, 97.

3. 기 타

- European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)).
<http://biz.chosun.com/site/data/html_dir/2017/10/27/2017102702320.html>.
<<https://www.cnbc.com/2017/11/08/ai-experts-join-elon-musk-stephen-hawking-call-for-killer-robot-ban.html>>.
<<https://www.mckinsey.com/industries/automotive-and-assembly/our-insights/ten-ways-autonomous-driving-could-redefine-the-automotive-world>>

A Study on the Necessity and Implementation of Electronic Person for Autonomous System

Chin-Woo Kim*

<Abstract>

The question of the legal implications of increasing autonomy of intelligent agents was discussed for the first time in the context of contract conclusions on the Internet. The general question was whether such systems should have legal personality and thus legal personhood, as well as the concrete classification of the activities of the systems in a contractual context. Due to the autonomy and intelligence of an autonomous system, the question arises as to whether this makes its own declaration of intent. According to the concrete definition of legal personhood, this means the ability to be the bearer of rights and obligations. This question is closely linked to the examination of the existence of legal personhood. However, the Korean Civil Code recognizes these by nature only with natural persons and, in addition, attributes them to legal persons through recognition by the legal system. However, such recognition has not (yet) been made with respect to autonomous systems, and it is questionable whether this will ever succeed. This discussion is now revived, albeit under the auspices of even more autonomous, even more intelligent, more self-learning machines. It was regularly determined from the point of view of the declaration of intent, that it always presupposes a human act and then discusses the own “legal personality” or “legal personhood” of intelligent agents. Here, too, the “attribution paradigm”, as it plays a special role in today's discussion, was at the center of the discussion.

The technology has meanwhile developed enormously. Nowadays, the question is increasingly raised as to whether it makes sense to attribute legal personhood to autonomous systems or at least to what extent the attribution rules change and shift due to the autonomy of the systems. The key question of all liability problems arising in the context of digitization is therefore seen in terms of whom a possible misbehavior of autonomous systems can be attributed and how risks associated with the production and use of autonomous systems can be distributed in an appropriate manner. This applies both in the area of legal attribution as well as in the area of liability.

It should, however, be essential to take sufficient account of the current technical development. Only by examining the concrete technical functionality of the systems can it be deduced how far they control their actions and “decisions” and how the conclusions can be drawn for their classification as attributable activities. Otherwise, attempts by critics of a future lack of imputation could not be explained.

Keywords : E-Person, Artificial Intelligence, Juridical person, Legal personhood, Legal personality

* Professor, Hankuk University of Foreign Studies Law School

생존배우자 거주권*

육군법무관·법학박사 김기환

논문요지

2018년 일본 상속법 개정에서 생존배우자의 거주권이 도입됨에 따라 우리나라에서도 이에 대한 논의를 피할 수 없게 되었다. 현행법의 해석으로는 공동상속인들이 상속분할 시까지 상속재산을 공유하는 것이 되므로 공유자 사이의 인도청구를 인정하는 기존의 대법원 전원합의체 판례에 따라 상속인들의 생존배우자에 대한 인도청구도 가능하다고 볼 여지가 있다. 이것은 피상속인의 추단적 의사에 어긋나며 생존배우자의 기본권을 심각하게 침해할 수 있고 상속재산의 분할이 이루어지기 전에 기존의 거주 형태를 변경할 상속인들의 이익도 크지 않다는 점에서 불합리한 결과라고 평가할 수 있다.

따라서 피상속인의 사망 시로부터 2년을 넘지 않는 범위에서 생존배우자의 거주권을 인정하는 것이 타당할 것이다. 2년의 기간은 주택임대차보호법에서도 임차인의 주거안정을 위한 최소한의 기간이라고 인정하고 있는 것이고 이보다 장기를 인정할 경우에는 상속권자인 생존배우자가 거주권의 연장을 위하여 상속재산분할의 확정을 장기간 미룰 가능성을 배제할 수 없을 것이기 때문이다. 상속재산분할에 관하여 소재지가 이루어진 경우에는 법원이 제반 사정을 고려하여 단기거주권의 기간을 연장하는 방안도 고려할 필요가 있다. 단기거주권은 기간이 짧고 관련자의 이익을 침해할 우려가 작고 생존배우자의 임시적인 거주 지위를 보장할 필요가 크므로 폭넓게 인정하고 공서에 해당한다고 볼 필요가 있다. 즉 피상속인의 반대의사가 있거나 생존배우자가 상속권이 없는 경우에도 피상속인이나 선순위상속인에 대한 살인 또는 상해치사의 범죄행위가 없는 한 원칙적으로 이를 인정하는 것이 타당하다고 할 것이다. 또한 생존배우자가 피상속인의 사망 당시 피상속인과 별거하고 있었거나 부부 사이에 재판상 이혼청구가 있는 경우에도 이를 인정할 필요가 있다. 다만, 사실혼 배우자에 대하여는 별거에 의하여 사실혼이 소멸되었다고 볼 여지가 크기 때문에 피상속인의 사망 당시에 가정공동생활을 하고 있었던 경우에 국한하여 이를 인정하는 것이 타당할 것이다. 주택에 있는 동산의 사용권도 인정하여야 할 것이다. 거주에 근거가 되는 권리가 임차권인 경우에는 상속재산에서 차임을 지급하여야 할 것이고 재산세도 상속재산에서 지급을 하도록 할 것이다.

배우자의 종신까지 거주를 인정하는 장기거주권의 경우에는 주택이 유일한 상속재산인 경우가 많으므로 상속인들의 이익을 장기간 심대하게 침해할 우려가 있어 보다 제한적으로 인정하여야 할 것이다. 생존배우자에게 상속결격사유가 없는 경우에 가정법원이 생존배우자의 거주 이익과 이해관계자의 손해 등 제반사정을 판단하여 결정하는 것이 타당할 것이다. 그리고 이를 인정할 경우에는 생존배우자의 상속분에서 장기거주권의 가액(해당 주택의 통상 차임에 기대여명을 곱한 값)을 공제하여 생존배우자의 나머지 상속분을 정하여야 할 것이다.

이 경우 부속 동산의 사용권을 인정하는 것도 무방할 것이다. 다만, 관리비, 전기·가스·수도·난방 요금은 생존배우자가 스스로 부담하도록 하여야 할 것이다. 사실혼 배우자는 상속권이 없으므로 장기거주권을 인정하기 어렵다고 판단된다.

검색용 주제어: 생존배우자, 거주권, 상속, 동산, 프랑스 민법

* 논문접수: 2019. 2. 11.

심사완료: 2019. 3. 16.

게재확정: 2019. 3. 16.

I. 서론

한 배우자가 사망하고 생존배우자가 있는 경우 생존배우자는 기존의 주택에 계속 거주할 수 있는가? 이 문제에 대해 우리 민법은 일반적인 상속 법리에 맡겨 두고 있고 명시적인 답을 제시하고 있지는 않다. 생존배우자는 자신의 배우자를 잃은 슬픔에 더하여 기존에 살고 있던 집으로부터 이사를 나가야 하는 상황에 처하게 될 수 있다. 오늘날 우리나라에서 이혼과 재혼이 점차 폭넓게 수용되고 있는 상황에서 공동상속인(피상속인의 직계혈족)이 생존배우자의 거주에 대해 적대적 태도를 취할 가능성이 커지게 되었다. 이 부분에 대하여 법적 입장을 정리할 필요가 있다.

생존배우자의 거주권이 문제되는 경우는 크게 세 가지로 살펴볼 수 있다. 첫째, 주택에 대하여 소유권을 가지고 있는 경우이다. 둘째, 주택에 대하여 임차권을 가지고 있는 경우이다. 셋째, 주택에 대하여 전세권 또는 채권적 전세를 가지고 있는 경우이다.

권리자 근거 권리	권리자	피상속인	생존배우자	부부 공유	제3자 공유
소유권		①	②	③	④
임차권		⑤	⑥	⑦	⑧
전세권		⑨	⑩	⑪	⑫

생존배우자가 단독으로 거주 의 근거가 되는 권리를 가지고 있는 경우(②, ⑥, ⑩)에는 그의 배우자의 사망으로 인한 거주권의 문제는 원칙적으로 발생할 여지가 없을 것이다.¹⁾ 사망한 배우자에게 거주권의 근거가 되는 권리가 귀속되는 경우(①)가 가장 일반적으로 상정하는 상황이라고 할 수 있다.

현행법의 해석론으로는 이 경우 생존배우자의 거주권을 인정하기가 쉽지 않다. 민법 제 1006조는 공동상속인이 상속분할 시까지 상속재산을 공유로 한다고 규정하고 있고 이에 대해 우리나라의 다수설은 상속인이 상속재산에 대하여 공유자로서의 지위를 가진다고 본다.²⁾ 또한 우리 대법원은 1994년에, 공유자 상호간 인도청구를 허용하는 전원합의체 판

* 다수의 좋은 지적을 해 주신 익명의 심사위원들께 감사의 말씀을 올린다.
 1) 피상속인의 사망 후 3개월 후에 피상속인에게 이전될 조건이 붙어 있는 권리인 경우에는 어떠한가? 처음부터 피상속인의 권리가 있었다면 생존배우자는 거주권을 인정받을 수 있었을 것인데 상속개시 당시에 생존배우자의 권리라는 이유로 최소한의 거주권도 인정받지 못하는 것이 타당한 것일까?
 2) 김주수·김상용, 친족·상속법, 제13판, 2016, 679면.

결을 선고한 바 있는데,³⁾ 이에 따르면 공동상속인은 공유자로서 다른 공유자인 생존배우자에게 인도청구를 할 수 있게 될 것이다. 다만, 공동상속인의 공유관계는 일반 공유관계와 다른 성격을 가지고 있다는 점을 부각하거나,⁴⁾ 일본의 재판례에서 인정한 바와 같이 피상속인과 생존배우자 사이에 해당 주택을 상속재산 분할 시까지 거주하기로 하는 사용대차계약이 성립하고 있었다고 추인하는 방법으로 이를 극복할 수도 있으나⁵⁾ 현재 확립된 법실무라고 보기는 어렵다.

입법론으로는 생존배우자에게 상속 또는 혼인에 기한 권리로서 거주권을 인정하는 것을 고려할 만하다. 이는 프랑스에서 이미 전부터 인정되어 왔고 2018년에는 일본 민법에도 전면적으로 도입되었다. 거주권의 인정근거가 생존배우자의 기본권 보장에 있는지 아니면 사망 당시 배우자였던 피상속인의 추정적 의사에 의한 것인지는 이견이 있을 수 있다.

생존배우자의 거주권은 부부재산제, 재산분할청구, 배우자의 상속권과 맞닿아 있는 제도이다. 거주권의 근거가 되는 권리가 누구의 명의로 되어 있든지 상관없이 그 권리에 대하여 타방배우자는 상당한 지분을 가지고 있는 것이고 이것이 이혼이나 상속의 상황에서 구체화되는 것이라고 볼 수 있다.⁶⁾

거주의 근거가 되는 권리를 양 배우자가 공유하고 있었던 경우(③)에는 피상속인의 권리 부분에 국한하여 생존배우자의 거주권을 인정해 주면 된다.

3) 大判(全) 1994.3.22., 93다9392, 9408.

4) 1994년 대법원의 재판례는 이미 약 25년이 경과한 과거의 것이고 그 사실관계도 공유자 상호간에 대한 것으로서 상속인 상호간의 관계와는 차이가 있다고 할 것이기 때문에 생존배우자에 대한 인도청구에서도 동일한 결론을 지지하는 것이라고 보기에는 무리가 있다고 볼 여지가 있다. 상속인의 상속재산에 대한 관계를 공유로 보는지 여부와는 관계없이 이들 사이의 관계는 전형적인 공유관계와는 달리 상속재산 분할이 있기까지 일시적으로 진행되는 것이기 때문에 공유에 관한 법리를 그대로 적용할 수 없다고 보여진다. 오히려 상속재산이 분할되기까지는 현재 상태를 유지하면서 상속재산 분할과정에서 상속개시시부터 분할시까지의 상속재산 사용에 따른 부당이득을 정산하는 것이 제1006조의 취지에 부합하는 것이라고 할 것이다. 실무에 있어서도 부동산 인도소송의 경우 상소를 통해 2-3년이 소요될 수 있는 것이고 상속 지분 또는 유류분이 있는 생존배우자에 대한 부동산 점유 이전 가치분이 쉽게 인용되기도 어렵다고 할 것이므로 인도청구를 인정할 실익이 별로 없다고 할 것이다. 다만, 생존배우자가 해당 주택을 처분하거나 훼손하여 다른 공동상속인을 해하는 행위를 하였거나 할 조짐이 있다면 이를 방지하고 예방하는 것은 허용될 수 있을 것이다.

5) 最判 1996(平 8). 12. 17. 民集 50. 10. 2778.(공동상속인 중 1인이 상속개시 전부터 피상속인의 허락을 얻어 상속재산에 포함된 건물에 피상속인과 함께 거주한 경우에 특단의 사정이 없는 한 피상속인과 위 상속인과의 사이에는 위 건물에 대하여 상속개시시를 시기로 하고 상속재산분할시를 종기로 하는 사용대차계약이 성립하고 있었던 것으로 추인된다고 판시하였다. 원심은 자신의 지분에 상당한 범위를 초과하여 부동산 전부를 점유하고 사용하는 지분권자는 이를 점유, 사용하지 않은 다른 지분권자에 대하여 공유물의 임료상당액에 의거하여 산출된 금액에 대하여 부당이득반환의무를 부담한다고 판단하였다. 그러나 최고재판소는 위와 같이 판시하면서 피상속인의 지위를 승계한 다른 상속인 등이 대주가 되고 위 동거 상속인이 차주로 하는 사용대차계약관계가 존속하는 것이 되어야 한다고 판시하면서 원심 판결을 파기하였다.)

6) 우리법은 부부재산제에 대하여 혼인 중에는 별산제로 하다가 이혼시 재산분할이 문제되면 갑자기 배우자에게 1/2에 가까운 재산을 인정하다가 상속시에는 다른 공동상속인의 상속분에 1/2을 가산하는데 그치고 있다. 이는 상황에 따라서 배우자의 지분이 크게 변동되는 결과를 초래하는 것으로서 평가모순을 자아낼 가능성이 높은 방식이라고 할 수 있다.

거주의 근거가 되는 권리에 대해 제3자가 일부 지분을 가지고 있는 경우(④, ⑧, ⑫)에는 이를 온전히 인정하고 남은 한도에서 생존배우자에게 거주권을 인정하는 수밖에 없다. 배우자가 사망하지 않은 때에 비하여 더 큰 권리를 생존배우자에게 부여할 이유는 없는 것이고 이는 복지정책의 문제에 해당한다. 생존배우자의 거주권은 배우자의 사망으로 인한 이익배분 문제를 다루는 것에 국한하는 것이 좋다고 생각한다.

거주의 근거가 되는 권리가 임차권인 경우(⑤, ⑦)에는 임차인을 변경하는 문제가 별도로 발생한다. 사용대차의 경우 차주인 배우자가 사망한 경우 대주는 사용대차계약을 해지할 수 있다.(제614조) 그러나 임대차의 경우에는 상속인에게 승계되고 상속인이 없거나 상속인이 상속개시 당시 피상속인과 가정공동생활을 하지 않고 있는 경우에는 그 주택에서 가정공동생활을 하던 사실상 혼인 관계에 있는 자가 단독으로 또는 2촌이내의 상속인과 공동으로 임차인의 권리와 의무를 승계한다.(주택임대차보호법 제9조 제1항, 제2항) 따라서 생존배우자는 통상 다른 공동상속인과 함께 임차권을 승계할 것이다. 생존배우자가 임차권을 단독으로 승계하는 경우에는 차임, 관리비, 전기·수도·가스비의 지급 문제는 별도로 하고 기존의 거주형태를 계속하는데 어려움이 없을 것이다. 그러나 생존배우자가 다른 상속인과 임차권을 준공유하는 경우에는 생존배우자가 기존의 거주형태를 계속할 수 있는가의 문제가 등장한다. 생존배우자의 거주권을 인정하는 것은 이러한 임차권을 준공유하는 생존배우자가 기존의 거주형태를 계속할 수 있다는 의미를 가진다.

다른 한편 차임 등을 상속재산으로부터 지급받을 수 있는가의 문제가 있다. 생존배우자의 거주권은 원칙적으로 기존의 주택을 무상으로 계속 사용하는 것을 의미하기 때문이다.

임대차계약이 기간만료로 종료하는 경우는 어떠한가? 거주의 근거가 되는 권리가 소유권이라고 한다면 생존배우자에게 거주권이 인정될 수 있는데 이것이 임차권이라는 이유로 다르게 취급되어야 할 것인가? 우선 생존배우자에게 임대차계약을 갱신할 권리가 부여되는지 문제된다. 이를 인정하는 경우에도 임대인이 갱신을 거부할 경우 생존배우자가 비슷한 조건의 다른 임대차계약을 체결할 수 있도록 하고 그 차임을 계속 상속재산으로부터 또는 상속인들이 지급할 것인가가 문제된다.

전세권의 경우(⑨, ⑪)에는 전세금반환청구권의 귀속 문제가 등장한다. 전세권의 대상이 되는 주택을 사용하는 권리는 임차권에 준하여 해결하면 될 것인데 전세금반환채권은 거주권과는 직접적인 관계가 없기 때문에 이는 원칙적으로 상속재산에 속하여 상속인들이 그 상속분의 비율로 상속개시시에 장래채권의 형태로 취득한다고 보아야 한다. 이는 결국 전세권에 있어 목적물의 사용·수익권과 전세금반환채권이 분리되는 것이 된다. 이 경우 거주권의 법적 구성으로는 생존배우자가 법정임차권 또는 법정전차권을 획득한 것으로 해석하면 될 것이다.

거주권의 기간에 따라서 단기거주권과 장기거주권⁷⁾이 있다. 단기거주권은 1년 또는 피상속인의 사망 시로부터 상속재산의 분할이 이루어질 때까지의 기간 동안 임시적으로 거주권을 인정하는 것이다. 장기거주권은 원칙적으로 생존배우자의 사망 시까지 거주할 권리를 인정하는 것이다. 단기거주권은 기간도 짧고 이해관계자의 이익을 해칠 우려도 거의 없고 생존배우자의 이익에도 기여하는 바가 크기 때문에 이를 인정하는 것에 반대이유를 찾기가 쉽지 않다. 그러나 장기거주권의 경우에는 상속인들의 권리를 장기간 동안 중대하게 제약하고 배우자를 잃은 생존배우자에게 종신까지 종전의 주택에 계속 거주하게 할 근거가 항상 확실한 것은 아니기 때문에 이를 인정하는 것은 좀 더 신중하게 생각할 필요가 있다. 생존배우자의 기존 주택에 대한 특별한 감정은 충분히 존중받을 가치가 있을 수 있겠지만, 경제적으로 볼 때에는 가족구성원 수의 변동에 따른 거주 확대와 축소가 불가피한 측면이 있기 때문이다. 이런 측면에서 일본과 프랑스에서도 장기거주권의 인정은 좀 더 엄격한 요건에서 이루어지고 있다.

향후 우리나라에서도 생존배우자의 거주권을 입법 또는 판례로 인정할 것인지 논의가 있을 수 있다. 본고에서는 생존배우자의 거주권에 관한 비교법적 고찰을 통해 이 주제가 가지고 있는 여러 가지 측면을 제시하고 관련 쟁점에 대한 통찰력과 영감을 줄 수 있는 내용을 제시하고자 한다.

II. 비교법적 고찰 개관

1. 프랑스

(1) 개요

프랑스에서 생존배우자⁸⁾가 기존의 거주권을 취득하는 방법은 여러 가지가 있다. 첫째,

7) 프랑스만 국한하여 생각한다면 거주권의 기간이 생존배우자의 사망 시까지이므로 종신거주권(droit viager au logement)으로 번역하는 것이 좋을 것이다. 그러나 일본의 경우에는 그보다 짧은 기간으로 정하는 것도 가능하고(일본 민법전 제1030조 단서) 일본 민법전에서도 종신거주권이라는 표현을 회피하고 있다(제1028조 제1항). 생존배우자 입장에서 종신까지 거주할 수 없는 종신거주권은 받아들이기 어려울 것이고 이는 향후 불필요한 민원의 근원이 될 수 있다. 단기거주권과 대비하여 장기거주권이란 표현이 좋다고 생각한다. 프랑스의 경우에 국한하여 종신거주권의 표현을 사용하고 일본과 우리나라의 논의에서는 장기거주권의 표현을 사용하는 방안도 있지만 이는 프랑스의 종신거주권과 일본 및 우리나라의 장기거주권이 근본적으로 다른 것으로 생각될 여지가 있기 때문에 좋지 않다고 생각한다.

거주권을 상속받는 방법이 있다. 프랑스 법은 생존배우자에게 거주권에 관해 우선분배권을 부여하고 있다.(프랑스 민법전 제831-2조) 둘째, 공유유지이다. 이는 비교적 장기의 기간 동안 상속재산 분할청구권의 행사를 유예하는 것이다.(제821-1조) 셋째, 용익권 선택이다. 공동자녀만 있는 생존배우자의 경우에는 자신의 선택으로 자신의 지분에 해당하는 상속지분을 차지하거나 전체 재산에 대하여 용익권을 가질 수 있다. 용익권을 택하는 경우에는 그 안에 당연히 거주에 대한 권리를 포함하게 된다. 넷째, 단기거주권이다. 이는 2001년 법률에 의해 도입된 것으로, 생존배우자에게 1년간 거주권을 부여하는 것이다. 다섯째, 장기거주권이다. 이는 상속인인 생존배우자의 의사표시에 의하여 인정되는 권리로서 생존배우자의 사망 시까지 거주권을 보장하는 것이다.

프랑스는 생존배우자뿐만 아니라 일반적으로 임차인 보호를 강조하고 있다. 법원은 임차인의 퇴거에 대하여 유예기간을 3년까지 부여할 수 있고 겨울철 퇴거를 금지하도록 할 수 있다.(민사집행법전 제L.412-3조, 제L.412-4조, 제L.412-6조)⁹⁾ 파리의 거주환경이 매우 비싸고 열악하다는 것은 세계적으로 유명한데 일단 한번 임차인이 된 다음에는 이와 같이 그 거주권을 보장받을 수 있다.¹⁰⁾¹¹⁾

이혼 시 배우자의 거주권을 어느 정도 보호하느냐 하는 문제와도 연계하여 생각해볼 수 있다. 배우자의 상속분을 정할 때 부부재산분할의 요소를 고려하여야 하고,¹²⁾ 이혼 시에

-
- 8) 프랑스에서 생존배우자는 거주권 외에도, 유류분권(직계비속 및 직계존속이 없는 경우 상속재산의 1/4의 지분을 인정한다. 제914-1조), 주택 소유권에 대한 우선분배청구권(제831-2조), 부양정기금청구권(제767조)을 가진다. 판민회, “프랑스에 있어서 생존배우자의 상속법상의 지위”, 민사법학 제59호(2012.6), 한국민사법학회, 344면 이하.
 - 9) 김기환, “프랑스 민법상 은혜기간”, 비교사법 제25권 2호(통권81호)(2018.5), 535면 이하.
 - 10) 오늘날 거주권은 인간의 생존과 관계되는 의, 식, 주 가운데 가장 중요한 지점을 차지하고 있다. 의복과 음식의 경우에는 대량생산이 가능하기 때문에 공급의 부족 문제가 어느 정도 해결된 반면 거주는 아파트를 통하여 공급량이 늘어나기는 하였지만 여전히 공급이 많이 부족하고 특히 대도시의 경우에는 그 문제의 정도가 갈수록 증대되고 있고 그에 따른 거주비 증가는 서민들의 생존을 위협하고 있는 상황이다. 미국에서도 대도시의 거주비 문제가 심각하다. 거주비가 소득의 1/3이 넘지 않는 저렴한 거주(affordable housing)를 많이 공급하자는 정책이 활발히 추진되고 있을 정도이다. 미국의 경우 2006년에서 2014년까지 평균 월세는 22% 상승한 반면 평균 임금은 6% 감소하였다. 자신의 소득의 30% 이상을 월세로 지급하는 인구가 2001년 1480만명에서 2014년 2130만명으로 증가하였고, 소득의 50% 이상 월세 지급 인구는 같은 기간 750만명에서 1140만명으로 증가하였다. 이러한 상황은 저소득계층에서 특히 심각한데 연소득이 15,000달러가 되지 않는 계층을 보면 이들 인구 중 72%가 자신의 소득의 절반 이상을 월세로 지급하고 있고, 소득에서 월세지출이 차지하는 비율이 2006년 55.7%에서 2014년 62.5%로 상승하였다. Richard Florida, *The New Urban Crisis*, Basic Books, 2017, p. 229.
 - 11) 그러한 점을 고려하더라도 프랑스에서 생존배우자의 거주권을 보장하는 정도는 특별하다고 볼 수 있다. 여러 가지 방법으로 생존배우자에게 죽을 때까지 종전 주택에 거주하고 그에 부속된 동산을 사용할 수 있는 권리를 보장하고 있기 때문이다. 피상속인의 자녀의 경우에는 성년이 됨으로써 새로이 거주할 곳을 마련해 나가야 한다고 보고 종신까지는 거주권을 보장하지는 않는 반면 생존배우자의 경우에는 그 배우자의 사망으로 경제적으로 어려움에 빠질 가능성이 높기 때문에 이를 특별히 보호하는 것으로 보인다. 거주비용이 생활비에서 차지하는 정도를 고려한다면 거주권 보장을 통해 기존의 생활수준을 유지할 가능성이 크게 높아지게 되었다.

도 배우자의 부양과 주거보호가 필요한 것이기 때문이다. 프랑스 민법전은 해당 주택을 일방 배우자가 소유하고, 타방 배우자가 단독 또는 공동 친권을 가지며, 해당 주택이 자녀의 통상적인 거주지가 되는 경우에는, 법원이 해당 주택에 대한 타방 배우자의 임차권을 인정할 수 있도록 하고 있다.(제285-1조)¹³⁾¹⁴⁾

(2) 우선분배권

우선분배란 상속재산의 분할 시 공동 분할자 1인이 특정재산 전부를 취득하고 그에 따른 보충금(soulte)을 지급하도록 하는 제도이다.¹⁵⁾ 우선분배는 임의우선분배와 당연우선분배로 구별되는데 임의우선분배는 법원의 심사에 의하여 우선분배가 거부될 수 있는 것인 반면¹⁶⁾ 당연우선분배는 원칙적으로 법원의 심사가 배제되고 법정요건만 충족되면 분배가 이루어지는 것이다.¹⁷⁾

임의우선분배의 대상이 되는 재산은 크게 기업과 거주이다. 기업은 농업, 상업, 산업, 수공업, 자유기업을 모두 포괄한다.(제831조) 거주는 우선분배지원자가 거주하는 장소의 소유권 또는 임차권, 지원자가 직업활동에 이용한 업무용 장소의 소유권과 임차권이 이에 해당한다.(제831-2조) 당연우선분배는 중소 농경업체(제832조)와 생존배우자의 거주에 관

12) 특히 우리나라의 경우 배우자의 사망시에는 부부재산분할을 할 수 없으므로 이를 배우자 상속분에 반영할 필요가 있고 생존배우자의 거주권을 인정하는 취지에는 해당 주택의 소유권 등을 형성하는데 있어 통상 생존배우자의 기여가 포함되었다는 고려가 담겨 있다고 볼 수 있을 것이다. 한편 비교법적으로는 배우자 사망으로 혼인이 해소되는 경우 우선 부부재산관계를 청산한 뒤 잔여재산에 대하여 생존배우자가 상속하는 것이 보편적이라고 설명한다. 김상용, “자녀의 유류분권과 배우자 상속분에 관한 입법론적 고찰”, 민사법학 제36호(2007.5), 한국민사법학회, 693면 참조. 이 문헌은 배우자 상속분 자체도 평균수명 연장으로 상속 개시시점이 늦어짐에 따라 증가하는 추세에 있다고 한다. 반대로 확실적인 배우자상속분 확대의 문제점을 지적하는 문헌으로 김은아, “배우자의 재산상속상 지위와 그 강화”, 민사법학 제30호(2005.12), 한국민사법학회, 166면 참고.

13) 프랑스 민법전 제285-1조

- ① 가족의 주택으로 이용된 장소가 일방 배우자의 고유재산이거나 그의 개인소유에 속하는 경우에 법원은, 그들의 자녀 1인 또는 수인이 통상적으로 그 주택에 거주하고 그 자녀의 이해가 이를 요구하는 경우, 그 자녀에 대한 친권을 단독으로 또는 공동으로 행사하는 배우자에게 그 주택에 대한 임차권을 부여할 수 있다.
- ② 법원은 임차기간을 정하며 이 기간은 가장 연소자인 자녀가 성년에 달할 때까지 갱신할 수 있다.
- ③ 법원은 새로운 상황이 이를 정당화하는 경우 임대차를 해지할 수 있다.

14) 이로부터 자녀양육과 관련하여 생존배우자의 거주권을 달리 인정하는 방안에 대한 착안을 얻을 수 있다. 예컨대 남은 자녀가 모두 해당 부부 사이에서 태어난 경우에는 거주권의 보장에 긍정적인 점이라고 할 수 있는 반면 남은 자녀 중 일방 배우자에게만 귀속하는 자녀가 있는 경우에는 거주권 부여에 부정적인 점이라고 할 수 있다. 해당 자녀가 미성년자인 경우에는 그 자녀들이 모두 성년이 될 때까지만 거주권을 부여하는 것도 고려할 만한 선택지라고 할 수 있다.

15) 남궁술, “프랑스민법상 우선분배제도에 관한 연구”, 법학연구 제25권 제1호(2017.1), 경상대학교 법학연구회, 91면. [남궁술, “프랑스민법상 우선분배제도에 관한 연구”]

16) 남궁술, “프랑스민법상 우선분배제도에 관한 연구”, 위 논문, 99면.

17) 남궁술, “프랑스민법상 우선분배제도에 관한 연구”, 위 논문, 101면.

련된 장소와 동산(제831-3조 제1항)이다.

2001. 12. 3. 법률 시행 전부터 공동소유자인 생존배우자는 피상속인 사망 시 그가 거주하였던 주택의 우선분배권을 가지고 다른 공동상속인에게 대항할 수 있었다.(제831-2조) 이는 법원이 판단당시의 제반이익을 고려하여 정한다. 이는 부속동산에까지 확대하였다. 다만 생존배우자는 보충금을 지급하여야 한다.¹⁸⁾

2001. 12. 3. 법률은 이를 강화하여 “주택과 부속동산의 우선분배권은 생존배우자에게 있다.”라고 규정하였다.(제831-3조) 법원이 요건 충족 여부를 확인하여야 하지만 법률요건이 명확하므로 분쟁의 소지는 크게 줄어들었다.¹⁹⁾

우선분배권의 대상은 사망한 배우자와 함께 거주한 실효적 주거대상인 주택이다.(제831-2조) 주된 주거라는 표현은 하지 않는다는 점에서 제764조와 차이가 있다. 그러나 판례는 2001. 12. 3. 법률 개정 이전부터 두 번째 집에 대하여는 우선분배권을 인정하지 않는다. 따라서 양 규정은 이제 적용대상이 동일하다고 할 수 있다.²⁰⁾

소유권에 관한 우선분배권에 있어서는 동산이 상속재산에 포함되어야 하고 생존배우자가 공유자이어야 한다. 2015년 법률은 제831-2조 제1호의 동산에 자동차를 포함하였다. 생존배우자 또는 공동소유 상속인 모두의 필요에 속하는 경우에 그러하다.(제831-3조)

제832-4조의 경우 우선분배를 받는 생존배우자는 보충금의 절반까지에 대해 10년이 넘지 않는 기간 동안 유예를 요구할 수 있다.²¹⁾ 달리 약정이 없으면 남은 금액에 대하여는 법정이자가 부과된다. 주택 및 부속동산의 매각 시에는 즉시 이행기가 도래하고 그 대금은 상속분할자에게 돌아가고 보충금에 충당된다. 우선분배권은 자동으로 획득되는 것은 아니고 별도의 청구가 필요하다.²²⁾

(3) 공유유지

거주권과 관련하여 민법 제821-1조²³⁾는 피상속인이나 그의 배우자에 의해 거주용 또는 직업적 용도로 사용되었던 장소와 거주지에 부속되었거나 업무에 활용된 동산에 대하여

18) Pierre Catala et Laurent Leveneur, *JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20*, 2015, n° 73. [*JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20*]

19) *JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20*, n° 74.

20) *JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20*, n° 74.

21) *JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20*, n° 75.

22) *JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20*, n° 76.

23) “공유는 거주나 직업적 이용의 목적으로, 피상속인이나 그 배우자에 의해 실효적으로 이용되는, 거주나 직업적 사용의 장소에 대하여, 앞선 조항에서 정한 사람이 청구하고 재판부가 정한 조건에 따라 마찬가지로 유지될 수 있다. 그것은 거주지에 부속되었거나 직업적 행사에 기여하는 동산에 대하여도 마찬가지 내용을 가진다.”

공유유지의 권리를 부여하고 있다.²⁴⁾ 공유유지는 상속재산을 일정기간 공유인 상태로 유지하는 것이다.²⁵⁾ 상속재산의 분할청구권을 유예하는 제도로 분할 연기(le sursis au partage)와 공유 유지(le maintien de l'indivision)가 있는데 분할 연기의 경우 그 기간이 최대 2년으로 공유유지에 비하여 짧고 그 대상도 기업의 유지에 국한되어 있는 반면 공유 유지는 기업뿐만 아니라 거주까지 그 대상으로 하고 있고 기간도 5년 내지 그 이상으로 연장이 가능하다는 점에서 분할연기와 차이가 있다.²⁶⁾

공유유지는 5년이고 미성년 자녀의 성년 시 또는 생존배우자의 사망 시까지 갱신이 된다. 단거주권은 채권에 불과하고 장기거주권은 허용권자가 공유유지를 하면 되는 것이므로 거주권과 공유유지의 공존도 가능하다.

공유유지 청구로 공동상속인의 재판상 파산관재인에게 대항할 수 있다.²⁷⁾ 반대로 용익권의 일부지분을 가지고 있는 생존배우자는 공유유지를 주장할 수 없다. 제821-1조는 열거된 제한된 재산에 대한 공동소유자만을 보호한다.

(4) 생존배우자의 임차권 귀속

1) 생존배우자의 임차권

부부주거의 임차권은 부부공동에게 귀속한다.(제1751조²⁸⁾) 이는 반대약정이 있거나

24) 한편 기업의 지속적 유지를 목적으로 한 공유유지는 제821조에서 규정하고 있다.

① 합의가 없는 경우 피상속인 또는 그의 배우자에 의해 운용되었던 모든 농업, 상업, 산업, 수공업, 자유업 기업의 공유는 제822조에서 언급된 사람의 청구가 있으면 재판부가 결정할 조건에 따라 유지될 수 있다.

② 필요한 경우 공유유지의 청구는 회사지분에도 미친다.

③ 법원은 가족이 공유재산에서 취할 수 있는 다양한 이익과 생활의 근거를 고려하여 판단한다.

④ 상속인 또는 배우자가 상속개시 전에 소유 또는 공동소유했던 품목이 기업에 포함되어 있을 지라도 공유의 유지는 가능하다.”

25) 프랑스민법상 상속재산의 공유와 분할에 관하여는 남효순, “프랑스민법상 상속재산 분할의 효력”, 민사법학 제59호(2012.6), 한국민사법학회, 552면 이하 참조.

26) 남궁술, “프랑스 민법상 상속재산분할의 진행에 관한 연구-2006년 개정민법을 중심으로”, 민사법학 제59호(2012.6), 한국민사법학회, 490면 이하.

27) CA Versailles, 1re ch., 17 févr. 2005, n° 04/00760: JurisData n° 2005-266296 (JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 77에서 재인용)

28) 제1751조

① 직업적·상업적 성격을 가지지 않은 공간으로서 사실상 부부 쌍방의 주거로 사용되는 공간에 대한 임차권은 그들 부부간의 부부재산제가 어떠한 것이든, 반대의 약정이 있거나 임대차계약이 혼인 전에 이루어진 것이든 상관없이 부부 쌍방에게 귀속하는 것으로 본다.

② 이혼 또는 별거의 경우에 전항의 임차권은 이혼 또는 별거의 청구를 수리한 법원이 사회적·가족적 이익을 고려하여 부부일방에게 부여할 수 있으나, 이 경우에 일방은 타방에 대하여 보상 또는 손해배상을 하여야 한다.

③ 부부 일방이 사망한 경우에 공동임차권자인 생존배우자는 임차물에 대하여 배타적 권리를 가지나, 그

부부재산제가 어떠한 것이거나, 임차계약의 발생 시기를 불문하고 적용된다.²⁹⁾

생존배우자의 거주권과는 달리 공동거주를 요건으로 한다. 판례는 법원의 명령에 의해 부인에게 가정공동생활의 주택을 할당한 경우에도 공동거주가 있다고 인정하여 그 요건을 완화하였다. 주거와 직업적 사용을 겸하는 혼합 목적의 사용의 경우에는 부부공동 임차권을 인정하지 않는다.

제1751조 제2항에서 이혼이나 별거 시에도 재판상 분배를 규정하고 있다. 그러나 사망 시에는 다른 규정을 적용한다.(제832조)³⁰⁾

일방배우자의 사망 시에는 2001. 12. 3. 법률에서 명시적 포기가 없는 한 생존배우자에 임차권이 귀속한다고 규정하였고 2014년 법률에서는 생활동반자(PACS)에게도 이를 인정하였다. 이는 특별한 형식이나 행위 없이 자동으로 취득되는 권리이다. 단기거주권은 차임상환권, 부속동산사용권도 부여하는 반면 부부공동임차권은 그러하지 않다. 단기거주권과 같이 혼인의 직접효에 의한 권리이지만 주거의 공동을 요구한다는 점은 차이점이다. 상속승인을 하지 않고 임차권만 받을 수도 있다. 다만, 동산사용물권은 상속의 성격을 가지므로 상속포기 시에는 동산사용물권은 취득하지 못한다.

2) 임차권의 포기

임차권의 명시적 포기도 가능하다. 문서로서 포기하는 것이 권장된다. 전체 임차권의 포기인지 아니면 다른 공동상속인과 공동임차인이 된다는 취지인지는 불명확하다. 생존배우자가 임차권 전체를 포기한다면 임차권은 상속재산에 속하게 되어 상속공유가 된다. 그 결과 분배 또는 분할 시까지 상속재산에서 비용 등 부담을 지원하여야 한다. 공동상속인의 동의가 있으면 거주권 및 제반비용을 상환 받을 수 있다. 임차권을 포기하는 경우에도 동산사용권의 향유는 별도의 요건에 의해 가능할 수 있다.(제765-1조)

1년의 기간이 경과한 후에도 상속재산 분할 시까지는 포기하는 것이 가능하다. 생존배우자가 임차권을 포기하는 경우에는 상속공유에서 임차권을 향유하게 된다. 생존배우자가 이를 막기 위해 아예 임차계약을 해지할 수 있는지에 관하여는 명확하지 않다.

포기의 기산점에 관해 파기원은 피상속인의 사망 전에는 아직 취득을 한 것이 아니므로 포기할 수 없다고 판시하였다.³¹⁾ 공서에 관한 권리는 사전에 포기할 수 없다. 이는 단기거

권리를 명시적으로 포기한 경우에는 그러하지 않다.

29) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 67.

30) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 67.

31) Cass. 3e civ., 18 mai 2011, n° 10-13853.(남편이 2007. 2. 8. 사망하기 전 부부 사이에 진행된 2006. 12. 18. 이혼소송 기일에서 아내가 공동주택의 임차권을 남편에게 주기로 하였더라도, 민법전 제 1751조의 생존배우자 임차권은 공서의 권리로서 그것이 실제로 발생하기 전에는 포기할 수 없는 것이기 때문에 생존배우자에게 임차권이 주어질 수 있다고 실시하면서 이와 달리 판단한 항소심의 판결을 파기하

주권도 마찬가지이다.

3) 1989년 법률상 임차권 승계

1989. 6. 6. 법률(n° 89-462) 제14조는 임차인 사망 시 생존배우자, 생활동반자(PACS), 사실혼배우자(concubin notoire), 직계존비속이 임차계약을 승계하도록 규정하고 있다. 이들 사이의 순위는 없고(제1751조와의 차이점이다) 법원에서 현존이익을 판단한다. 주거용 및 비주거용을 혼합하여 사용한 경우, 부부가 별거하고 있었던 경우, 배우자들이 유효한 거주를 하지 않은 경우와 같이, 제1751조가 적용되지 않는 경우에 국한하여 1989. 6. 6. 법률이 적용된다.³²⁾ 이러한 경우에 다른 승계자의 동의가 없으면 재판상 절차를 밟아야 하므로 생존배우자의 보호에 취약하게 된다. 생존배우자는 이와 별도로 제 765-2조에 의해 주택에 부속된 동산에 대하여 사용권을 가질 수 있다.

1986. 12. 23. 법률(n° 86-1290) 제27조에서 임차인 사망, 주거 포기, 선의 점유 시에 생존배우자에게 계속거주권이 발생한다고 규정하였다.³³⁾ 또한 직계존속, 장애인, 미성년자(성년이 될 때까지)가 생존배우자와 1년 이상 동거한 경우에는 이들에게도 계속거주권이 발생한다. 2014. 8. 4. 법률(n° 2014-873) 제5조는 폭력 등 예방조치로 별거하는 경우도 계속거주로 간주하였다. 2014년 법률에서 1년 초과 실효거주요건은 삭제되었다.

2. 캐나다 퀘벡 주

(1) 혼인 해소시 배우자의 거주권

캐나다 퀘벡 주에서는 별거나 혼인의 해소 또는 무효의 경우에 법원이 자녀를 양육하는 배우자에게 기존의 공동생활 주택의 거주권을 부여할 수 있도록 규정하고 있다.(퀘벡주 민법전 제410조 제1항)³⁴⁾ 가정공동생활에 사용되는 부속동산에 관해서도 마찬가지이다.(동조 제2항) 이 경우 법원이 달리 결정하지 않는 한 담보를 제공하거나 목록을 작성할 필요는 없다.(동조 제3항)

였다.)

32) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 71.

33) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 72.

34) 퀘벡주 민법전 제410조

- ① 별거나 혼인의 해소 또는 무효의 경우 법원은 배우자 일방 또는 생존배우자에게 가사에 사용되는 타방 배우자의 동산에 대한 소유권 또는 사용권을 부여할 수 있다.
- ② 법원은 또한 자녀의 양육권을 가진 배우자에게 그 가족의 주거에 대한 사용권을 부여할 수 있다.
- ③ 사용인은 법원이 달리 결정하지 않는 한 그 보안을 제공하거나 재산목록작성을 할 의무가 없다.

(2) 공유유지

기존주택 거주권 및 부속동산 사용권에 관하여 공유유지가 인정될 수 있는데 이는 심지어 생존배우자에게 소유권, 용익권, 또는 사용권이 부여된 경우에도 그러하다.(제840조)³⁵⁾ 이러한 혜택은 생활동반자(civil union spouse)에게도 인정된다.

(3) 우선분배권

또한 생존배우자는 상속재산 분할 시 기존주택 거주권 및 부속동산 사용권을 자신에게 우선분배하도록 청구할 수 있다.(제856조 제1항)³⁶⁾ 그리고 이러한 권리의 가액이 자신의 상속분을 초과하는 경우에는 그 차액을 지급하도록 규정하고 있다.(동조 제2항)

3. 일본

일본 상속법의 개정은 2018. 7. 6. 성립하고 2018. 7. 13. 공포된(平成 30년 법률 제 72호, 제73호) “민법 및 가사사건절차법의 일부를 개정하는 법률”에 의하여 이루어졌다. 이 법률의 다수 규정은 2019. 7. 1.부터 시행하나, 자필증서유언의 방식을 완화하는 규정은 2019. 1. 13.부터, 배우자 거주권에 관한 규정은 2020. 4. 1.부터, 유언서보관법에 관한 규정은 2020. 7. 10.부터 시행한다.³⁷⁾

(1) 단기거주권

생존배우자는 피상속인의 사망 시 그의 재산에 속하는 주택에 무상으로 거주하고 있던 경우에는 그 거주하고 있던 건물의 소유권을 상속 또는 유증에 의하여 취득한 자에 대하여

35) 퀘백주 민법전 제840조
공유유지는 가족의 주거나 가사에 사용되는 동산에 관하여도 이루어질 수 있는데 이는 법률혼 또는 사실혼 생존배우자에게 소유권, 용익권 또는 사용권이 주어진 경우에도 그러하다.

36) 퀘백주 민법전 제856조
① 법률혼 또는 사실혼의 생존배우자는 다른 상속인에 우선하여, 가족 주거나 그 사용권을 가사에 사용되는 동산과 함께 자신의 몫으로 주어질 것을 요구할 수 있다.
② 그 재산의 가액이 배우자의 상속분을 초과하는 경우에는 생존배우자는 보충금을 지급하고 그 재산을 가질 수 있다.

37) 潮見佳男, 詳解 相續法, 弘文堂, 2018, 9면(각주 20). 상속법 개정경과에 관하여는 박정기, “일본의 상속법 개정”, 법학논고 제63집(2018.10), 경북대학교 법학연구원, 231면 참조.

거주건물을 무상으로 사용할 권리를 갖는다.(일본 민법 제1037조 제1항³⁸⁾) 그 기간은 상속재산분할시 또는 상속개시 시로부터 6개월을 경과한 날 중 더 늦은 날이다. 상속재산의 분할이 문제되지 않는 경우에는 거주건물취득자의 소멸청구가 있는 때로부터 6개월을 경과한 때까지는 단기거주권을 가진다.(동조 제3항)

일본의 경우에도 우리와 마찬가지로 상속이 개시되면 상속인은 피상속인의 재산을 그 상속분에 따라 승계하고(제896조, 제899조) 상속재산은 상속인의 공유에 속한다.(제898조) 일본 판례는 이를 물권법상 공유로 해석하였다.³⁹⁾ 공동상속인은 자신의 상속분에 따라 상속재산에 속하는 피상속인의 건물전부를 사용할 수 있고(제249조) 다른 공동상속인은 건물을 사용하는 상속인에 대하여 건물인도를 청구할 수 없다.⁴⁰⁾⁴¹⁾ 따라서 단기거주권 조항이 신설되기 전에는 공유관계에 의하여 생존배우자는 기존의 주택에 계속 거주할 수 있었고⁴²⁾ 자신의 상속분을 초과한 부분에 대하여는 다른 공동상속인에게 각자의 상속분에 따라 통상의 차임 상당의 부당이득반환의무를 부담하였다.⁴³⁾ 그러나 일본 최고재판소는 피상속인이 자신과 동거할 수 있었던 상속인에게 상속재산 분할시까지 거주주택을 무상사용할 수 있도록 하는 추인이 있다고 해석하였다.⁴⁴⁾ 이는 피상속인의 자가 문제된 사안이었는데 생존배우자도 이 법리에 의하여 기존주택에 계속 거주할 수 있는 것으로 해석되었다.⁴⁵⁾⁴⁶⁾

이제 단기거주권에 의하여 생존배우자는 자신의 상속분이 1/2 미만인 경우에도 다른 공

38) 일본의 생존배우자 거주권 규정의 번역은 박인환, “일본의 상속법 개정동향”, 법학연구 제21집 제3호 (2018.9), 인하대학교 법학연구소, 147면 이하 참조.

39) 最判 1955(昭 30). 5. 31. 民集 9. 6. 793.(상속재산의 공유는 민법개정의 전후를 통하여 민법 제249조 이하에 규정된 공유의 성질을 가지고, 상속재산분할에 관하여는 민법 제256조 이하의 규정이 적용된다고 판시하였다.)

40) 最判 1966(昭 41). 5. 19. 民集 20. 5. 947.(과반 지분 공유자가 공유물을 단독으로 점유하는 다른 공유자에 대하여 공유물의 명도청구를 하는 것이 당연히 허용되는 것은 아니라고 판시하였다. 소수지분권자는 자신의 지분에 의하여 공유물을 사용수익할 권한이 있다는 것이다. 본건은 공동상속인 중 1인이 상속분 1/3을 가지고 나머지 8명이 1/12씩 가지고 있었다. 피상고인들이 공동으로 1/12의 상속분을 가지고 있던 상고인을 상대로 주택의 명도청구를 하였는데 원심은 이를 인용하였으나 최고재판소는 명도를 청구할 합당한 이유를 증명하지 않았다는 이유로 이를 파기하였다.)

41) 다만, 상속재산에 속하는 건물의 관리의 일환으로는 건물인도를 청구할 수 있다고 해석하는 견해가 있다. 그리하여 배우자가 두 자녀가 공동상속인이 된 경우에 배우자와 한 자녀가 합의하여 다른 자녀에게 주택의 인도를 청구하는 것은 가능할 것이라고 설명한다. 日本弁護士連合會, 改正相續法のポイント, 新日本法規, 2018, 205면. [日本弁護士連合會, 改正相續法のポイント]

42) 日本弁護士連合會, 改正相續法のポイント, 205면.

43) 最判 2000(平 12). 4. 7. 判時 1713. 50.

44) 最判 1996(平 8). 12. 17. 民集 50. 10. 2778.

45) 日本弁護士連合會, 改正相續法のポイント, 210면.

46) 거주주택에 대한 유증이 없고 공동상속인 사이에 상속재산분할이 필요한 경우와 배우자 이외의 상속인의 거주권이 문제되는 경우에는 이 재판례의 법리가 계속 적용될 수 있을 것이라고 설명하고 있다. 日本弁護士連合會, 改正相續法のポイント, 2018, 210면.

동상속인들의 명도청구를 거절할 수 있고 부당이득반환의무도 면하게 되었다. 또한 유언에 의하여 거주주택이 제3자에게 귀속한 경우나 생존배우자가 상속을 포기한 경우에도 단기 거주권에 의하여 기존주택에 계속 거주할 수 있게 되었다.⁴⁷⁾

(2) 장기거주권

일본에서 생존배우자가 장기거주권을 취득할 수 있는 원인은 상속재산분할합의, 피상속인의 유증, 사인증여계약, 가정법원의 결정이 있다.⁴⁸⁾ 장기거주권의 요건은 ①생존배우자가 ②피상속인의 재산에 속한 건물에 ③상속개시 시에, ④거주하고 있는 것이다.(제1028조 제1항)

상속재산분할청구를 받은 가정법원은 공동상속인 간에 배우자가 배우자거주권을 취득하는 것에 대하여 합의가 성립한 때 또는 배우자가 가정법원에 배우자거주권을 희망하는 취지의 청구를 한 경우, 거주건물의 소유자가 받을 불이익의 정도를 고려하더라도 배우자의 생활을 유지하기 위하여 특히 필요가 있다고 인정하는 때 배우자가 장기거주권을 취득한다는 것을 정할 수 있다.(제1029조)

배우자거주권의 존속기간은 배우자의 종신 동안으로 한다.(제1030조 본문) 다만, 상속재산분할의 합의 또는 유언에 달리 정한 때 또는 가정법원이 상속재산분할의 심판에서 달리 정한 경우에는 그 정한 바에 의한다.(동조 단서)

거주건물의 소유자는 배우자에 대하여 배우자거주권 설정의 등기를 갖추어 줄 의무를 진다.(제1031조 제1항)

배우자는 종전의 용법에 따라 선량한 관리자의 주의를 가지고 거주건물의 사용 및 수익을 하여야 한다.(제1032조 제1항 본문) 배우자거주권은 양도할 수 없다.(동조 제2항) 배우자는 거주건물의 소유자의 승낙을 얻지 않는 한 거주건물의 개축 또는 증축을 하거나 제3자에게 거주건물의 사용 또는 수익을 하도록 할 수 없다.(동조 제3항) 배우자가 제1항 또는 전항의 규정을 위반한 경우 거주건물의 소유자가 상당한 기간을 정하여 그 시정을 최고하여 그 기간 내에 시정이 되지 않은 경우에는 거주건물의 소유자는 당해 배우자에 대한 의사표시를 하여 배우자거주권을 소멸시킬 수 있다.(동조 제4항)

47) 日本弁護士連合會, 改正相續法のポイント, 209면.

48) 日本弁護士連合會, 改正相續法のポイント, 143면.

4. 독일

(1) 공동유언

독일은 피상속인의 의사표시에 의하여 생존배우자의 거주권을 보장하는 경우가 많다. 단 독유언 외에도 공동유언이나 상속계약을 많이 활용하고 있다. 공동유언은 기혼자들이 많이 선택하는 유언방식으로 이를 통해 생존배우자와 공동자녀의 재산이익을 모두 보장하는 공동의 상속계획이 가능하게 된다.⁴⁹⁾ 베를린유언이 가장 대표적이다. 이는 통상 생존배우자를 선상속인, 공동자녀를 후상속인으로 지정하여 한 배우자가 사망한 경우 그의 재산을 모두 생존배우자가 상속하지만 이를 처분하지는 못하고 생존배우자가 사망할 때 후상속인인 공동자녀가 그 재산을 상속받는 형태의 유언이다. 상속계약은 계약의 당사자 일방이 상속인을 지정하거나 유증이나 부담을 하는 것에 대하여 다른 당사자에 대하여 계약상 구속력을 가지는 계약을 의미한다.⁵⁰⁾

(2) 생존배우자의 상속분

피상속인의 의사표시가 없는 경우에는 법정상속이 발생하는데 이 경우 생존배우자는 자녀가 있는 경우에는 1/4의 상속분을 가진다. 그러나 독일에서 부부재산제는 당사자 사이에 약정이 없으면 부가이득공동제가 되는데(독일 민법 제1363조⁵¹⁾) 이 부부재산제 하에서는 생존배우자의 상속분이 1/4만큼 할증되어 생존배우자는 1/2의 상속분을 차지하게 된다.(독일 민법 제1931조 제3항,⁵²⁾ 제1371조⁵³⁾)⁵⁴⁾ 공동상속인이 피상속인의 자녀가

49) Lange/Tischer, Familien- und Erbrecht, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, S. 104. [Lange/Tischer]

50) Lange/Tischer, *op. cit.*, S. 109.

51) 제1363조

① 부부재산계약으로 달리 정하지 않는 경우에는 부부는 부가이득공동제로 살아간다.

② 남편의 재산과 아내의 재산은 부부의 공동재산으로 되지 않는다. 이는 부부 일방이 혼인 성립 후에 취득하는 재산도 마찬가지이다. 그러나 부부가 혼인 중에 취득한 부가이득은 부가이득공동제가 종료할 때 청산된다.

52) 제1931조

① 피상속인의 생존배우자는 법정상속인으로서, 제1순위 혈족과 함께할 경우에는 1/4지분을 차지하고 제2순위 혈족이나 조부모와 함께할 때에는 1/2지분을 차지한다. 조부모와 조부모의 직계비속이 모두 존재할 경우 생존배우자는 제1926조 따라 그 직계비속이 차지하는 지분의 절반을 추가로 차지한다.

② 제1순위 또는 제2순위 혈족과 조부모가 모두 존재하지 않는 경우에는 생존배우자는 전체상속재산을 차지한다.

③ 제1371조의 규정은 영향을 받지 않는다.

④ 상속개시시에 부부별산제가 존재하고 생존배우자와 함께 피상속인의 자녀 1명 또는 2명이 상속하는 경우에는 생존배우자와 각 자녀는 같은 지분을 차지한다. 제1924조 제3항은 이러한 경우에 준용된다.

아니라 부모, 형제, 조카, 질녀, 조부모일 경우에는 생존배우자의 상속분은 원래 1/2인데 부가이득공동제에 따른 할증으로 3/4이 된다. 이 경우 생존배우자는 법정상속을 포기하고 유류분권⁵⁵⁾과 부가이득공동제의 청산금을 청구할 수도 있다.

(3) 생존배우자의 임차권 승계

임차권의 경우 임차권자가 사망하면 그와 동일세대를 이루고 있는 생존 배우자 또는 생활동반자(Lebenspartner)가 승계하도록 규정하고 있다.(독일 민법전 제563조⁵⁶⁾ 제1항) 그러나 이 승계인이 임차인의 사망을 안 때로부터 1개월 안에 이를 거부할 수 있다.(동조 제3항)

(4) 생존배우자 거주권

생존배우자가 공동상속인에 속하는 경우에는 합유 관계에 따라 해당 주택을 사용할 수 있고 자신의 지분을 넘는 사용에 대하여 차임상당의 부당이득반환을 하여야 한다. 그 외 공동상속인 사이의 재산분할에 있어서 생존배우자에게 우선권은 주어지지 않는 것으로 보인다.⁵⁷⁾

53) 제1371조

- ① 부부재산제가 부부 일방의 사망으로 종료하는 경우, 부가이득의 청산은 생존배우자의 법정 상속분에 상속재산의 1/4을 더하는 방법으로 한다. 이때 부부가 개별 사례에서 부가이득을 취득하였는지 여부는 중요하지 않다.
- ② 생존배우자가 상속인이 아니고 유증도 받지 않은 경우에는, 생존배우자는 제1373조 내지 제1383조, 제1390조의 규정에 따라 부가이득의 청산을 청구할 수 있다. 이 경우 생존배우자나 다른 유류분권자의 유류분은 그 배우자의 증가되지 않은 법정 상속분에 따라 결정된다.
- ③ 생존배우자가 상속을 포기한 경우, 상속법의 규정에 따라 경우 유류분이 그에게 귀속하지 않게 되는 경우에도, 그는 부가이득의 청산 이외에 유류분도 청구할 수 있다. 그러나 생존배우자가 그의 배우자와의 계약으로 법정 상속권이나 유류분권을 포기한 경우에는 그렇지 않다.
- ④ 사망한 배우자의 상속권 있는 직계비속으로서, 그 배우자의 사망으로 해소된 혼인관계에서 출생하지 않은 직계비속이 있는 경우에는 그 직계비속이 필요로 하는 범위에서 생존배우자는 제1항에 따라 추가로 부여된 1/4에서 그 직계비속에게 적절한 교육을 위한 수단을 제공할 의무를 부담한다.

54) Lange/Tischer, *op. cit.*, S. 92. 생존배우자가 만약 피상속인과 이혼을 하였다면 실제로 청산금을 받았을 것인지 여부는 중요하지 않다고 설명한다. 즉 생존배우자가 피상속인 보다 혼인 후 재산증액 부분이 더 많아서 실제로는 청산금을 주어야 하는 상황에서도 생존배우자의 상속분은 할증된다는 의미이다.

55) 공동상속인이 자녀인 경우 생존배우자는 1/8의 상속분을 유류분으로 주장할 수 있다. 법정상속을 포기하였기 때문에 부가이득공동제에 따른 할증은 적용되지 않는다. Lange/Tischer, *op. cit.*, S. 93.

56) 제563조

- ① 임차인과 같은 세대를 이루고 있는 배우자는 임차인의 사망과 동시에 임대차관계를 승계한다. 생활동반자에 대하여도 같다.
- ③ 제1항 또는 제2항의 의미에서의 승계인이 임차인의 사망을 안 때로부터 1개월 안에 임대인에 대하여 임대차관계를 계속하지 아니할 뜻을 표시한 때에는 승계가 일어나지 아니한다. (이하 생략)

이와 별도로 피상속인의 사망 시에 피상속인의 가정에 속하고 그로부터 부양을 받은 피상속인의 가족 구성원은 상속개시 시로부터 30일 동안 피상속인의 생전과 동일한 부양 및 주택거주, 가재도구사용을 상속인들에게 청구할 수 있다.(제1969조⁵⁷⁾ 제1항 제1문) 해당 주택에서 30일 전에 퇴거한다고 하여 그 남은 기간에 대한 보상을 청구할 수는 없으나 부양은 퇴거와 관계 없이 남은 기간에도 계속 청구할 수 있다.⁵⁹⁾ 피상속인이 해당 주택을 임차하여 사용하고 있었던 경우에는 생존배우자는 임차권을 승계하게 되고 제1969조의 거주권은 발생하지 않는다.⁶⁰⁾

피상속인은 종의처분으로 이와 다른 내용을 정할 수 있다.(제1969조 제1항 제2문) 내용을 확장하는 것은 유증에 해당하는 것으로서 상속계약에 의하여 하는 것도 허용된다.(제2278조⁶¹⁾ 제2항) 그러나 내용을 축소하거나 박탈하는 것은 상속계약으로는 할 수 없고 일방적 처분에 의하여만 가능하다.⁶²⁾

(5) 별거 및 이혼시 배우자 거주권

부부의 별거 시에도, 자녀의 복리 등 해당 배우자의 이해를 고려할 때 형평에 반하는 가혹함을 피하기 위하여 필요한 경우에는 그 배우자가 혼인주택의 전부 또는 일부를 사용할 수 있다.(제1361조의b⁶³⁾) 부부의 이혼 시에는 동거자녀의 복리와 배우자들의 생활관계

57) www.anwalt.de/rechtstipps/die-wohnung-beim-tod-des-eingetragenen-lebenspartners-oder-ehegatten (2019. 2. 8. 방문)

58) 제1969조

① 상속인은, 피상속인의 사망 시에 피상속인의 가정에 속하고 피상속인에 의해 부양되었던 그의 가족구성원에게 상속개시일 이후 30일 동안 피상속인이 했던 것과 같은 범위로 부양하고 주거 및 가사용품의 이용을 허락할 의무를 부담한다. 피상속인은 종의처분으로 달리 정할 수 있다.

② 유증에 관한 규정은 이에 준용된다.

59) Münchener Kommentar zum BGB/Küpper, 7. Aufl. 2017, §1969 Rn. 3. [MüKoBGB/Küpper BGB §1969]

60) MüKoBGB/Küpper BGB §1969 Rn. 3.

61) 제2278조

① 상속계약에서 계약을 체결한 자는 모두 계약에 따른 종의처분을 할 수 있다.

② 상속인 지정, 유증, 부담, 상속준거법 선택을 제외한 다른 처분은 계약의 방식으로는 할 수 없다.

62) MüKoBGB/Küpper BGB §1969 Rn. 5.

63) 제1361조의b

① 부부가 별거하거나 별거하고자 하는 경우, 부부 일방은, 그에게 혼인주거 또는 그 일부를 단독으로 사용할 수 있도록 인도하는 것이 상대방 배우자의 이익을 고려하더라도 불공평한 가혹함을 피하기 위하여 필요한 범위에서, 상대방 배우자에게 혼인주거 또는 그 일부를 단독으로 사용할 수 있도록 인도할 것을 청구할 수 있다. 불공평한 가혹함은 그 가정에서 생활하는 자녀의 복리가 침해되는 경우에도 있을 수 있다. 혼인주거가 소재하는 토지에 대한 소유권, 지상권이나 용익권이 부부 일방에게 단독으로 귀속하거나 제3자와 공동으로 귀속하는 경우에는, 이 점이 특별히 고려되어야 한다. 주거소유권, 영속적 거주권 및 물권적 거주권에 대해서도 같다.

② 청구를 받은 부부 일방이 상대방 배우자의 신체, 건강, 자유를 위법하게 고의로 침해하였거나, 또는 그

를 고려하여 혼인주택에 더 의존하거나 공평에 부합하는 경우에는 주택의 인도를 청구할 수 있고(제1568조의a⁶⁴) 제1항) 배우자 일방이 해당 주택의 소유권, 용익권 등 물권을 가지고 있는 경우에는 형평에 반하는 가혹함을 피하기 위하여 필요한 경우에 한하여 타방 배우자는 상대방에게 그 권리의 양도를 청구할 수 있다.(동조 제2항)

5. 소 결

캐나다 퀘벡 주의 경우 생존배우자를 보호하는 프랑스의 상속제도를 일부 수용하였음에도 불구하고 생존배우자의 거주권에 관한 규정을 두고 있지는 않다. 독일의 경우에는 공동유언을 통해 이러한 문제를 해결하고 있고 생존배우자의 거주권은 매우 짧은 기간(30일)에 한하여 인정하고 그것도 피상속인의 의사로 달리 정할 수 있도록 하고 있다. 독일에서는 피상속인의 직계비속이나 직계존속이 공동상속인이 되는 경우에도 생존배우자의 상속분이 1/2 또는 3/4에 달할 정도로 높게 인정되고, 생존배우자의 선택에 따라 그보다 낮은 상속분과 부부재산제의 청산을 선택할 수 있기 때문에 이를 통해 거주권 보호를 달성할 수 있다고 여기는 것으로 보인다.

이와 달리 프랑스와 일본에서는 생존배우자의 단기거주권과 장기거주권을 모두 인정하면서 상세한 규정을 두고 있다. 이하에서는 생존배우자 거주권의 제반 쟁점에 대한 이들 국가의 입장을 비교하며 보다 심층적인 논의를 전개하기로 한다.

와 같은 침해나 생명 침해로 협박하였던 경우에는, 원칙적으로 주거 전체가 단독으로 사용하도록 인도되어야 한다. 주거인도청구권은 더 이상의 침해 및 위법한 협박이 우려되지 않는 경우에만 배제된다. 그러나 그 행위의 심각함으로 인해, 침해받은 배우자에게 상대방 배우자와의 지속적인 공동생활이 기대될 수 없는 경우에는 그렇지 않다.

③ 혼인주택의 전부 또는 일부가 부부 일방에게 인도된 경우, 상대방 배우자는 이러한 용익권의 행사를 곤란하게 하거나 좌절시킬 수 있는 일체의 행위를 하여서는 안 된다. 그는 형평에 부합하는 범위에서 용익권을 가진 배우자에게 그 용익에 대한 보수를 청구할 수 있다.

④ 제1567조 제1항에서 의미하는 부부의 별거에 따라 부부 일방이 혼인주택로부터 퇴거하였고, 퇴거 후 6개월 이내에 상대방 배우자에게 진지한 복귀 의도를 전하지 않았던 경우에는, 그가 혼인주택에 남은 상대방 배우자에게 단독 용익권을 이전한 것으로 간주된다.

64) 제1568조의a

① 부부 일방은 이혼할 때 상대방 배우자에게 자신에게 혼인주택을 인도할 것을 청구할 수 있는데, 가정에 살고 있는 자녀의 복리와 부모의 생활상태를 고려할 때 그 부부 일방이 상대방 배우자보다 혼인주택 이용에 더 많이 의존하고 있거나, 그러한 인도가 다른 사유에 의하여 공평에 부합하는 경우에 그러하다.

② 부부 일방이 단독으로 또는 제3자와 공동으로 혼인주택이 존재하는 부동산의 소유자이거나, 부부 일방에게 단독으로 또는 제3자와 공동으로 그 부동산에 대한 용익권, 지상권 또는 물적 주거권이 귀속하는 경우에는, 그 상대방 배우자는 불공평한 가혹함을 피하기 위하여 그러한 인도가 필요한 경우에만 그것을 청구할 수 있다. 이는 주거소유권과 영속적 거주권에 대하여도 같다. (제3항 이하 생략)

Ⅲ. 단기거주권

1. 도입

(1) 의 의

생존배우자에게 상속재산 분할 시까지 또는 배우자의 사망 후 1년 이내의 단기간 동안 거주권을 보장하여 주는 것이다. 배우자의 사망에 따른 충격을 치유하고 기존의 생활을 정리하는데 필요한 기간 동안 기존의 거주를 계속할 수 있도록 배려하여 주는 것이다. 비교적 단기간이기 때문에 경제적 부담도 크지 않고 상속관계가 상속재산분할에 의하여 정리될 때까지는 현상유지를 하여야 할 필요도 있으며 생존배우자의 기본권 보장 및 피상속인의 추정적 의사 등을 두루 고려한 제도라고 할 수 있다. 생존배우자의 거주를 중단시켜야 하는 특별한 사정이 없다면, 상속재산분할 전에 상속인 사이에 기존 주택의 인도청구를 인용하는 것은 어차피 상속재산분할 시에 다시 재산관계를 정리하여야 하는 상황에서 의미 없는 소송이 거듭되는 불편함을 초래할 뿐이고 타당한 조치는 아니라고 할 것이다.

(2) 법적 성격

거주권의 인정근거가 어디에 있는지 문제된다. 상속인가 혼인인가, 피상속인의 추정적 의사가 사회정책적 배려인가? 프랑스에서는 단기거주권의 경우 혼인에서 발생하는 권리라고 해석하는 반면 장기거주권의 경우 이를 상속의 일종으로 보고 생존배우자의 상속분에서 장기거주권의 가액을 공제하고 있다.⁶⁵⁾ 또한 프랑스에서는 단기거주권의 경우에는 피상속인의 의사에 불문하고 이를 인정하고 있는 반면 장기거주권의 경우 공정증서에 의한 유언에 의해 이루어진 피상속인의 의사로 이를 배제할 수 있도록 하고 있다.

프랑스 민법전 제763조는 단기거주권을 생존배우자에게 부여한 주택에 대한 일시적인 권리로 성격지우고 있다. 이는 소유권이나 용익권과 같은 물권이나 임차권과 같은 채권으로 행사된다.⁶⁶⁾

65) 법률은 생존배우자의 일시적 거주를 보장하는 권리는 상속권이 아니라 혼인의 직접적 효과라고 규정하고 있다. 상속을 포기한 배우자도 이를 향유하기 때문이다. 이것은 상속인의 권원을 이유로 한 것이 아니라 채권의 형식으로 상속인의 권리에 대항하여 행사하는 것이다. 주택이 상속의 대상이 되는 부동산인지, 상속 대상이 아닌 거주권인지 여부는 중요하지 않고 거주권의 행사 방법에 있어서는 동일하다. *JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 19.*

일본에서도 단기거주권은 배우자간의 동거·협력·부조 의무(제752조)의 관점에서 강행규정으로 보고 있다.⁶⁷⁾ 고령의 배우자를 보호하기 위한 취지를 가진다고 설명한다.⁶⁸⁾ 단기거주권의 법적 성격에 대하여는 기존 최고재판소 재판례⁶⁹⁾를 참고로 하여 창설된 사용대차 유사의 법정채권으로 본다.⁷⁰⁾

2. 발생요건

(1) 생존자가 피상속인의 배우자일 것

가장 기본이 되는 요건이다. 이는 프랑스와 일본 모두에 공통된 요건이다. 사실혼 배우자에 대하여는 일본에서 논의가 있었으나 법률혼 존중 원칙에 의하여 단기거주권은 법률혼 배우자에 국한하여 부여하는 것으로 하였다.⁷¹⁾

사실혼 배우자에 대하여는 별거에 의하여 사실혼이 소멸되었다고 볼 여지가 크기 때문에 피상속인의 사망 당시에 가정공동생활을 하고 있었던 경우에 국한하여 단기거주권을 인정하는 것이 타당할 것이다. 장기거주권에 관하여는 사실혼 배우자는 상속권이 없으므로 이를 인정하기 어렵다고 판단된다.⁷²⁾

(2) 생존배우자가 상속권을 가질 것

상속권이 박탈된 생존배우자에게도 거주권을 부여하는 것이 타당한가? 상속권의 상실은 피상속인의 의사나 상속결격사유가 있는 경우에 이루어질 수 있다. 독일의 경우 유언으로 상속인 지정을 별도로 할 수 있도록 규정하고 있으나,⁷³⁾ 우리나라는 별도로 상속인 지정

66) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 18.

67) 日本弁護士連合會, 改正相續法のポイント, 212면.

68) 日本弁護士連合會, 改正相續法のポイント, 210면.

69) 最判 1996(平 8). 12. 17. 民集 50. 10. 2778.

70) 日本弁護士連合會, 改正相續法のポイント, 217면.

71) 日本弁護士連合會, 改正相續法のポイント, 220면, 223면. 상속에 관한 확립적 처리의 필요상 호적에서 그 존재를 확인할 수 있는 법률혼에 한정한다고 하고(220면), 배우자단기거주권의 강행성의 근거를 검토하여도 그 보호대상을 사실혼 배우자에게까지 확장하여야 할 적극적 이유는 보이지 않는다고 설명한다.(223면)

72) 우리 민법과 판례는 사실혼 배우자에게 상속권을 인정하지 않는다. 재산분할청구권에 관하여는 생전에 사실혼이 해소되는 경우에는 이를 청구할 수 있으나, 사실혼이 일방 배우자의 사망으로 해소되는 경우에는 재산분할청구권을 인정하고 있지 않다. 김인유, “사실혼이 일방의 사망으로 해소된 경우 생존 사실혼 배우자의 보호방안”, 법학논고 제52집(2015.11), 경북대학교 법학연구원., 96면.

73) Lange/Tischer, S. 116.

의 개념을 마련하고 있지는 않고 상속재산 전부를 유증으로 처분하는 경우에는 자동적으로 상속권이 상실되는 것으로 처리하고 있다. 즉 우리법상으로는 상속재산 없는 상속인은 상정하지 않고 있다.

프랑스에서는 장기거주권은 상속권의 내용으로 보지만 단기거주권은 혼인에서 나오는 권리라고 보아 상속인인지 여부는 문제가 되지 않는다고 본다.⁷⁴⁾

일본의 경우에는 생존배우자가 상속결격이나 폐제에 의하여 상속권을 상실한 경우에는 단기거주권을 배제하고 있다.(제1037조 제1항 단서) 건물취득자에게 부담을 주면서까지 상속권 상실의 제재를 받은 생존배우자의 거주를 보장할 필요성은 없다고 설명하고 있다.⁷⁵⁾

우리법의 상속결격사유를 보면 피상속인이나 전순위상속자에 대하여 살인 또는 상해치사의 범행을 하거나(제1004조 제1호, 제2호) 피상속인의 유언의 자유를 침해하는 행위를 한 경우(동조 제3호 내지 제5호)를 규정하고 있다. 전자의 경우에는 중대한 범죄행위에 해당하고 구속수사와 형사처벌이 예견되는 상황이므로 단기거주권을 보장할 이유가 미약한 반면 후자의 경우에는 상속결격으로 이를 제재하는 효과가 달성될 수 있다고 보여지고 단기거주권은 기존 상태를 일시적으로 유지한다는 것에 그 주요 취지가 있는 것이므로 이를 인정하는 것이 타당할 것이다. 장기거주권의 경우에는 상속결격자에게까지 이를 인정할 이유는 없다고 보여진다.

(3) 배우자 사망 시 생존배우자가 해당 주택을 주된 거주로서 점유하고 있을 것

생존배우자 거주권은 생존배우자의 거주계속을 보장하기 위한 것이므로 이러한 요건이 필요하게 된다. 배우자 사망 시 이혼소송이 계속 중이었거나 별거를 하고 있었던 경우는 어떻게 되는지 문제된다. 사망한 배우자의 추정적 의사에 비추어볼 경우에는 거주권을 부정하는 것이 타당할지 모른다. 그러나 장기거주권의 경우에는 이러한 의사가 중요하고 이러한 생존배우자에게 거주권을 인정하는 것에 대하여 재고의 여지가 있겠지만 단기거주권의 경우에는 그 외 다양한 요소를 고려하여 인정하는 것이기 때문에 이러한 사정에 있는 생존배우자에게도 인정하는 것이 타당할 것이다.

프랑스의 경우에는 주된 주거로서 거주할 것을 요구하고⁷⁶⁾ 단 하나의 주택에 대하여만

74) Raymond Le Guidec et Gérard Chabot, *Répertoire de droit civil*, "Succession: dévolution", Dalloz, 2009, Rn. 354. [Le Guidec, *Répertoire de droit civil*, "Succession: dévolution"]

75) 日本弁護士連合會, 改正相續法のポイント, 213면.

76) 주된 주거는 객관적으로 결정되는 것이고 피상속인의 의사는 중요하지 않다고 설명한다. Michel Grimaldi, *Droit des successions*, 7e éd., LexisNexis, 2017, n° 211(fn. 318). [Grimaldi]

거주권을 인정하고 있다. 실효적 거주가 요구된다.⁷⁷⁾ 그러나 피상속인과 공동으로 거주할 것은 요구하지 않는다.(제763조 제1항) 종전에 기판력이 있는 별거 판결이 있는 경우에는 거주권을 부여하지 않는 것으로 규정하고 있었으나, 2006. 6. 23. 법률(№ 2006-728)에서 이러한 요건을 삭제하였다.⁷⁸⁾

일본에서는 생존배우자가 피상속인이 소유하는 주택에 무상으로 거주하고 있을 것만을 요구할 뿐 피상속인과 공동으로 거주하거나 주된 거주로서 점유할 것을 요구하지는 않는다.(제1037조 제1항 본문)

(4) 해당 주택이 피상속인에 귀속할 것

생존배우자 거주권은 피상속인에 관한 것이다. 주택의 소유권이 제3자에게 있다면 피상속인의 사망으로 생존배우자가 제3자에 대하여 종전에 없던 새로운 권리를 가지는 것은 그 근거가 미약하다. 즉 피상속인의 사망이 없었던 것과 마찬가지로 권리를 생존배우자에게 보장하는 것이 본 제도의 취지이고 그 이상의 것을 보장할 수는 없는 것이다. 예컨대 기존에 2년 기간의 임차권을 가지고 있었고 그 기한이 6월 후에 도래한다고 할 경우 피상속인(배우자)의 사망으로 갑자기 1년의 기간 동안 해당 주택에 거주할 권리가 발생한다고 보는 것은 타당하지 않다는 것이다.

프랑스에서는 해당 주택이 상속재산에 속하는 회사의 소유인 경우에도 생존배우자는 사망 전에 실효적으로 점유한 주택을 1년간 무상으로 거주할 수 있다고 설명하고 있다.⁷⁹⁾

일본도 같은 요건을 가지고 있다.⁸⁰⁾ 다만, 피상속인이 제3자와 공유하는 주택은 이 요건을 충족하지 못한 것이 된다고 설명한다. 피상속인이 배우자와 공유하는 주택은 이 요건을 충족한다고 본다. 그 결과 생존배우자 스스로 소유 지분이 있는 주택에 대하여도 배우자거주권을 취득할 수 있게 된다. 상속개시 이후에 비로소 제3자가 공유자가 되었다고 하여 이미 발생한 배우자거주권이 소멸하는 것은 아니다.⁸¹⁾

(5) 피상속인의 반대의사

단기거주권의 경우에는 피상속인의 추정적 의사가 그 인정근거의 하나로 작용하기는 하

77) Le Guidec, *Répertoire de droit civil*, "Succession: dévolution", n° 355.

78) Le Guidec, *Répertoire de droit civil*, "Succession: dévolution", n° 354.

79) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 21.

80) 日本弁護士連合會, 改正相續法のポイント, 144면..

81) 日本弁護士連合會, 改正相續法のポイント, 144면.

지만 이것이 전부라고는 할 수 없고 오히려 생존배우자의 주거 안정 및 상속재산 분할시까지 기존 상태를 유지하는 것에 더 중점이 놓여 있다고 볼 수 있으므로 피상속인의 반대 의사가 있더라도 이를 고려함이 없이 인정하는 것이 타당할 것이다. 그렇지 않다면 피상속인의 의사가 있느냐 여부를 두고서 분쟁이 발생할 수 있고 그렇게 되면 단기거주권을 인정함에 의하여 달성하려던 기존질서의 유지라는 목적은 그만큼 훼손될 여지가 커지게 될 것이다.

프랑스의 단기거주권은 피상속인의 반대 의사가 있더라도 인정된다.(제763조 제1항) 이는 장기거주권과 차이가 있는 내용이다.(제764조 제1항)

일본에서도 단기거주권의 인정에 피상속인의 의사는 문제가 되지 않는다.(제1027조 제1항)

3. 효 과

(1) 단수의 주거에 대한 권리

프랑스에서는 주된 거주지 하나에만 이러한 단기거주권을 인정하고 있다.⁸²⁾ 주소가 생존배우자의 거주지와 일치하는지 여부는 중요하지 않고 주된 거주지가 사망한 배우자의 거주일 필요도 없다.⁸³⁾

(2) 건물전부에 대한 권리

일본 민법전은 생존배우자는 그가 거주하였던 건물 전체에 대하여 장기거주권을 취득한다고 규정하고 있다.(제1028조 제1항) 배우자가 피상속인의 생전에 거주건물의 일부를 사업용으로 사용하였던 경우에도 건물전체에 대하여 배우자거주권을 취득한다.⁸⁴⁾ 다만, 생존배우자가 건물의 1개층에 거주하고 이것이 독립된 구분소유의 대상이 될 수 있는 경우에는 그 1개층에 국한하여 배우자거주권을 가진다.⁸⁵⁾

이는 장기거주권에 대한 것이고, 단기거주권에 관하여는 명시적으로 “거주건물의 일부분을 무상으로 사용하고 있던 경우에는 그 부분에 대하여 무상으로 사용할 권리”(제1037조 제1항)라고 하여 건물전부에 대한 권리를 인정하지 않고 있다. 단기거주권의 현상유지적

82) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 16.

83) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 16.

84) 日本弁護士連合會, 改正相續法のポイント, 156면.

85) 日本弁護士連合會, 改正相續法のポイント, 156면.

성격을 드러내주는 부분이라고 생각된다.

(3) 무상거주권

1) 무상향유권

단기거주권은 그 기간이 짧아 그 금액이 크지 않고 피상속인이 그 기간만큼 더 생존하였다면 생존배우자가 무상으로 향유하였다고 볼 개연성이 높기 때문에 생존배우자가 대가 없이 향유할 수 있도록 하고 생존배우자의 상속분에서도 이를 공제하지 않는 것이 타당하다.

일본에서도 단기거주권은 무상향유권으로 구성하여 생존배우자는 거주에 대한 이익에 관하여 부당이득반환의무를 부담하지 않고 이것이 상속분에서 공제되지도 않는다고 본다. 단기거주권 신설의 계기가 된, 상속인의 거주권에 대하여 피상속인의 사용대차계약의 추인이 있었다고 본 종전 최고재판소 재판례⁸⁶⁾에서도 사용대차계약에 의해 취득한 이익은 배우자의 구체적 상속분에서 공제하는 것은 예정하지 않았다고 설명하고 있다.⁸⁷⁾ 이는 생전의 계약도, 상속도, 생전증여도 아니기 때문에 상속분에서 공제할 근거가 없다고 한다. 단기거주권은 그 가액이 근소하여 배우자의 상속분에 포함하지 않아도 평등원칙에 반하지 않는다고 설명하고 있으나 유류분침해청구대상이 된다고 보는 견해도 있다.⁸⁸⁾

프랑스에서도 생존배우자는 단기거주권을 무상으로 향유한다. 따라서 거주권의 가치가 상속권의 가치를 초과하는 경우에도 보충금을 지급할 필요가 없다.⁸⁹⁾ 그 취지는 생존배우자가 살던 곳에 1년간 무상으로 현상유지하면서 살 수 있도록 하는 것이다. 입법자가 의도한 무상 향유의 취지는 생존배우자가 수도, 가스, 전기 등 소비물 비용을 제외한 다른 비용으로부터 면제받도록 하는 것이다.⁹⁰⁾ 공동소유에 따른 부담과 거주세금은 상속재산에서 지급되어야 한다.

86) 最判 1996(平 8). 12. 17. 民集 50. 10. 2778.

87) 日本弁護士連合會, 改正相續法のポイント, 217면.

88) 日本弁護士連合會, 改正相續法のポイント, 218면.

89) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 11.

90) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 16.

2) 임차된 주택의 경우

① 차임 보전

임차된 주택의 경우에는 상속재산에서 생존배우자에게 차임을 보전해 주어야 한다.⁹¹⁾ 생존배우자가 공동상속인이기도 한 경우에는 상속지분에 해당하는 부분만큼 차임을 부담하여야 한다.⁹²⁾ 실무에서는 당사자들의 합의에 의하여 차임이 공증인에 의해 바로 공유상속재산으로부터 지급된다.⁹³⁾

생존배우자와 상속재산이 모두 차임을 지급할 자력이 없는 경우에는 어떻게 될 것인가? 임대인이 해지할 수 있는가 아니면 생존배우자의 단기거주에 대한 차임을 임대인이 부담하여야 하는가? 차임지급이 지체되는 것은 임대차계약의 해지사유가 되지만, 1989년 및 2001년 법률이 보장하는 거주권을 고려한다면 해지를 쉽게 허용할 수 없다는 문제에 봉착한다.⁹⁴⁾

② 차임의 범위

차임의 범위에 관하여 이를 엄격한 의미의 차임에 국한하는 견해와 생존배우자는 거주에 소요되는 모든 비용 및 세금까지 면제받아야 한다는 견해가 대립한다. 법률에 달리 규정하고 있는 것은 없지만, 모든 비용을 상속재산에서 부담한다는 견해가 타당하다는 견해,⁹⁵⁾ 거주세를 제외한 나머지 비용을 상속재산에서 부담한다는 견해⁹⁶⁾가 유력하다고 보인다. 2001. 12. 3. 법률에 의하여 폐지된 중전 프랑스 민법전 제1481조 제1항⁹⁷⁾에서는 식비·거주비·장례비에 국한하고 거주세를 포함하지는 않았다.

91) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 23.

92) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 23.

93) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 23.

94) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 23. 퇴거소송이 통상 1년 이상 소요되기 때문에 이 문제에 대한 파기원의 판단을 받기 전에 단기거주기간이 종료되어 이에 대한 재판례는 없다고 설명한다.

95) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 23.

96) Nathalie Levillain et al., *Liquidation des successions*, 4e éd., Dalloz, 2018, n° 131.144-1. [Levillain] 한편 피상속인과 제3자가 해당 주택을 절반의 비율로 공유하고 있었던 경우에는 차임은 절반을, 그 외 부담은 전액을 상속재산에서 지급받는다고 설명하고 있다. 예컨대 차임이 월 900유로이고 기타 부담이 월 120유로인 경우에 상속재산에서 월 570유로(=450+120)를 지급해 주어야 한다. 다만, 세금 공제의 관점에서는 차임에 해당하는 월 450유로만이 과세상속재산에서 공제된다.(조세기본법전 제775조) Levillain, op. cit., n° 131.144-2.

97) 구 제1481조

① 공동재산이 부부 일방의 사망으로 인하여 해소된 때에는, 생존배우자는 사망한 날로부터 9개월 동안 공동재산의 능력 및 가정생활 형편을 고려하여 식비·거주비·장례비를 공동재산으로부터 사용할 권리를 가진다.

③ 거주와 영업이 혼합된 임대차의 경우

프랑스 민법전 제763조에서 언급하는 임대차는 주택임대차를 의미하고 이는 해당 법률 체계가 무엇인가에 관계없이 모든 종류의 주택임대차를 말한다. 거주와 영업 목적이 혼합된 임대차에 관하여 해당 규정은 특별한 언급이 없다. 하나의 부동산이 거주와 영업(비상업적)에 동시에 사용되는 경우가 드물지 않다. 생존배우자가 효과적으로 주된 거주권에 기하여 주택의 일부를 점유한 경우에 그곳에 머무를 일시적인 권리는 그의 이익으로 향유되어야 하고, 소유자 또한 임차계약에서 정해진 차임 전부를 수령할 권리를 확보하고 있다. 생존배우자가 망자의 영업활동을 계승하는 경우 그곳에서 영업소의 차임지급을 부담하는 자와 상속재산을 대신하여 그것을 상환받는 자가 하나의 사람으로 되어서 혼동이 발생할 수 있다. 거주와 상거래와 거주와 두 가지 용도로 사용되는 경우에 두 가지 목적에 따른 구별된 계약이 체결된 때에는 생존배우자의 단기거주권은 어려움 없이 행사될 수 있다. 하나의 임대차가 실질적 또는 법률적으로 구별될 수 없게 된 경우에는 그렇지 않다.⁹⁸⁾

④ 사용대차의 경우

차임 없는 점유는 단기거주권의 대상이 아니다. 사용대차기간 만료 시 차주는 이를 대주에게 반환하여야 한다. 이는 피상속인의 사망과는 관계가 없는 것이다. 파기원은 기간의 정함이 없는 사용대차에 대하여 차주에게 기간을 정할 수 있는 권한을 인정한다.⁹⁹⁾ 합의된 기간이 없으면 대주는 차주의 필요가 종료한 후에 비로소 목적물의 반환을 청구할 수 있다.¹⁰⁰⁾ 생존배우자는 망자의 사망 후 1년간 필요를 가지는 것이 그 이유라고 설명한다.¹⁰¹⁾

98) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 26. 거주 또는 상거래에 영향을 받는 거주 의 중요성에 따라 임대차의 성격이 결정된다고 보는 견해가 있지만, 성격의 부여하는데 동반되는 어려움 은 별론으로 하고 일시거주권의 행사는 생존배우자가 스스로 행사하는 경우이든 공동상속인에게 대항하 는 경우이든 임차를 피상속인의 승계인을 통해 계속한다는 취지가 중요하다고 설명한다.

99) Cass. 1re civ., 12 nov. 1998, n° 96-19549. (영구적으로 사용할 수 있는 물건에 대하여 사용대차기 간에 정해지지 않았고 어떠한 자연적 기간도 예상할 수 없는 경우에는 법원이 그 기간을 결정한다고 실시 하면서 본 건의 경우에는 당사자의 공동의 의사가 차주가 교육용도로 사용을 계속하는데 있다고 보아 차 주가 사용기간을 결정한다고 판단하고 이와 달리 판단한 항소심의 결정을 파기하였다.)

100) Cass. 1re civ., 19 nov. 1996, n° 94-20446. (민법전 제1888조 및 제1889조에 따라 대주는 약정된 기간이 경과하거나 약정된 기간이 없는 경우에는 당해 목적물을 차용한 목적에 따라 사용한 이후에 차용 물의 반환을 청구할 수 있다고 실시하였다. Charles X는 그의 부모로부터 부동산을 증여받았는데 부모 의 사후에 그의 형제인 Frédéric X에게 이를 무상으로 점유하도록 하였다. Charles X는 1977년에 사 망하였고 그의 상속인인 X는 1990. 8.에 Frédéric X에게 해당 부동산의 인도를 청구하였다. 그러나 Frédéric X는 이를 거절하면서 Charles X가 자신의 종신까지 사용대차를 허락하였다고 주장하였다. 항 소심은 차주인 Frédéric X가 주택이 확정된 기간을 요구하는 결정된 필요를 위해 사용되었다는 증명을 하지 못하였고 대주는 긴박하고 예견할 없는 필요가 있다는 것을 증명하지 않고서도 언제든지 사용대차 를 해지할 수 있다고 판단하였다. 파기원은 차주인 Frédéric X의 필요가 종료하였는지 여부를 판단하지 않았다는 이유로 항소심 판결을 파기하였다.)

101) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 27.

⑤ 상속재산의 비용부담

단기거주권에 관한 비용은 상속재산의 채무로 귀속된다. 차임의 형태인 경우 그 부담은 1년간 차임, 기타 부담, 거주세 등이 된다. 장기거주권과 달리 거주세도 상속재산에서 지급한다는 점을 주목할 필요가 있다.

생존배우자가 점유한 주택이 양 배우자에게 귀속된 것이었거나 상속재산에 포함된 것이었다면 차임은 지급할 필요가 없게 되고 공유에 따른 관리 비용, 거주세가 상속재산의 부담으로 될 것이다. 생존배우자가 상속인이기도 한 경우라면 자기지분에 해당하는 비용을 스스로 부담하여야 한다.¹⁰²⁾

⑥ 상속재산 포함 여부

제763조의 채무는 상속채무에 산입되는 것에 그친다. 연간 무상 향유권은 생존배우자에 의해 점유되는 부동산의 가치를 저하시키지 않고 상속적극재산의 평가에 영향을 주지 않는다. 단기거주권은 상속권이 아니라 혼인의 직접적 효과로 발생한다. 단기거주권의 가액이 생존배우자의 상속분에서 공제되지 않는다.

⑦ 상속세 문제

무상향유권이 과세대상이 되는 상속재산에서 공제될 수 있는지 문제된다. 다수설은 공제를 긍정하는데 그 이유는 이러한 부담이 혼인의 직접적 효과에서 발생하고 사망한 배우자의 개인 채무와 유사하다는 점을 들고 있다.¹⁰³⁾ 반대견해는 오직 상속개시 시에 사망 배우자가 직접 부담한 채무만이 상속적극재산으로부터 공제될 수 있다고 주장한다. 2006. 12. 30. 법률은 제763조에 의해 상속재산에서 상환된 차임과 배상은 상속재산에서 공제된다고 규정하고 있다.(민법 제765조 제1항) 이러한 부담은 상속재산의 부채로 기입할 수 있다.

(4) 부속동산의 사용권

1) 적용범위

프랑스 민법전 제763조 제1항은 생존배우자에게 배우자 또는 상속재산에 속하는 주택의 동산을 무상으로 향유할 권리를 부여한다. 이는 단기거주권의 대상이 된다.¹⁰⁴⁾ 거주권

102) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 32.

103) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 32.

의 이러한 확장은 배우자의 거주가 임차의 방법 또는 피상속인과 제3자의 공유지분의 형태로 이루어지는 경우에는 적용되지 않는데, 일부견해는 법의 흠결이라고 보고 제765-2조의 동산사용권이 단기거주권의 경우에도 적용된다고 해석한다.¹⁰⁵⁾

그러나 제763조는 독립적인 것이고 그 이하의 조항들은 거주권의 적용범위에 관한 것이 아니라는 이유로 이에 반대하는 견해가 있다.¹⁰⁶⁾ 제765-2조가 제764조를 보충하여 장기거주권에 국한하여 적용된다는 이유에 근거한다. 단기거주권은 법률이 생존배우자에게 거주에 관해 절대적인 현상유지를 보장하고 1년간 무상 향유권의 부여하는 것으로, 상속인들의 이익과 독립되어 있다는 것이다. 거주 및 사용에 관한 물권은 장기거주권을 행사하는 도구에 불과하고 배우자가 그 향유의사를 피력하는 경우에 비로소 발생한다고 설명한다.¹⁰⁷⁾

2) 부속동산의 범위

이러한 동산은 해당 부동산을 거주하는데 생활수단이 되는 것이다.(제763조, 제764조, 제765-2조에서 묵시적으로 표현되어 있다.)¹⁰⁸⁾ “현금, 보석류, 채권, 서적, 훈장, 과학기재, 공예품, 수공기구, 의복, 말, 차량, 무기, 곡물, 주류, 건초 및 기타 식료품”과 상거래의 대상이 것은 제763조의 동산에 포함되지 않고(제533조) 상속인은 이것이 상속재산에 포함된 경우에는 이에 대하여 반환을 청구할 수 있다.¹⁰⁹⁾ 부속동산을 제534조의 “카펫, 침대, 의자, 거울, 추시계, 탁자, 도자기” 등과 같은 주거공간의 사용 또는 장식을 위해 필요한 가구(les meubles meublants)라고 설명하기도 한다.¹¹⁰⁾

3) 일본의 경우

개정 일본 민법은 부속동산의 사용권에 관하여는 언급이 없다.

4) 우리의 경우

피상속인의 사망 당시 거주에 있었던 생존배우자가 단독으로 또는 피상속인과 함께 사용

104) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 28.

105) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 28; 한편 제765-2조를 거론하지 않고 제763조 제1항의 적용을 확장하여 이러한 경우에 동산사용권을 인정하여야 한다는 설명으로 Grimaldi, *op. cit.*, n° 218.

106) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 28.

107) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 28.

108) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 17.

109) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 17.

110) Grimaldi, *op. cit.*, n° 211, 218.

하였던 가재도구, 가구 등 거주에 부속된 동산에 대하여는 생존배우자의 소유권을 인정하여 주는 것이 타당할 것이다. 다만, 이는 가구, 가전, 의류, 운동기구 등 생활에 필요한 동산에 국한되어야 할 것이고 금, 보석 등의 자산용 동산과 유가증권은 달리 규율하여야 할 것이다.

4. 행사와 소멸

(1) 대항권자

프랑스에서는 단기거주권을 가지고 공동상속인, 상속분할 후 상속인, 유류분권리자 등에 무상으로 대항할 수 있다고 설명한다.¹¹¹⁾ 생존배우자가 상속재산의 공유자가 아니라면 그의 청구는 전체 상속인에 대해 이루어져야 한다.(제815-17조 제1항)

(2) 압류 및 양도 가능성

단기거주권은 양도할 수 없다.¹¹²⁾ 이러한 양도불가성이 그 재산의 압류불가성까지 내포하는지에 대하여는 의문이 있다. 일단 거주권이 발생한 후에 생존 배우자가 이를 포기할 수 있음은 의문이 없다. 생존배우자를 보호하려는 공서의 취지는 일단 그 권리가 발생하기까지 의의가 있는 것이고 일단 발생한 이후에는 그 권리자인 생존배우자가 자유롭게 포기할 수 있다고 보는 것이다.

(3) 용익권과의 경합

프랑스에서는 배우자의 사망으로 생존 배우자는 주로 거주하는 주택에 대한 용익권을 가진다. 이는 종종 혼인계약조항이나 증여에 의해 생존배우자의 의사와 관계없이 발생하는 경우도 있다.

반대로 권리 발생이 생존배우자의 의사에 좌우되는 경우도 있다. 프랑스 민법 제757조, 제1094-1조에 규정된 선택권 행사에 대하여 승낙하는 경우가 이에 해당한다. 프랑스 민법 제757조는 “먼저 사망한 배우자가 자녀 또는 직계비속을 남긴 경우에 생존배우자는 모든 자녀가 그 부부 사이에서 출생하였다면 그의 선택에 따라 현존하는 재산의 전부에 대한 용

111) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 19.

112) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 19.

익권 또는 1/4의 재산에 대한 소유권을 취득하고 그 부부 사이에서 출생하지 않은 1인 또는 수인의 자녀가 있는 때에는 1/4의 소유권을 취득한다.”라고 규정하고 있다. 즉 자녀가 모두 해당 부부의 자녀인 경우에는 생존배우자가 현존재산 전부에 대한 용익권을 택할 수 있으나 그렇지 않은 경우에는 용익권을 선택할 수는 없고 1/4의 상속지분을 차지하는데 만족하여야 한다는 것이다. 제1094-1조는 “배우자의 일방에게 혼생이든 비혼생이든 자녀 또는 직계비속이 있는 때에 그 배우자는, 타방 배우자의 이익을 위하여 비친족인 제3자에게 처분할 수 있는 재산에 대한 소유권, 그의 재산에 대한 소유권의 1/4과 용익권의 3/4, 또는 그의 재산에 대한 용익권만을 처분할 수 있다.”라고 규정하고 있다.

프랑스 민법전을 계수한 미국 루이지애나주 민법전도 생존배우자가 상속재산에 대한 용익권을 택할 수 있도록 하는 규정을 두고 있다. 루이지애나 민법전 제890조는 생존배우자의 용익권이라는 제목으로 “사망한 배우자가 자손이 있는 경우에는 생존 배우자는 부부재산의 사망자의 지분에 대하여 사망자가 유언으로 이를 처분하지 않은 한도에서는 용익권을 가진다. 이러한 용익권은 생존배우자가 사망하거나 재혼하는 경우에는 소멸한다.”라고 규정하고 있다. 이는 법정상속에 대한 것이다. 배우자 사망시 부부재산 중 1/2 지분은 생존 배우자가 자신의 권리로서 소유권을 보유한다. 나머지 1/2 지분이 피상속인의 상속인에게 귀속하는데 이에 대하여 생존배우자는 용익권을 취득한다는 내용이다. 이러한 내용은 사망한 상속인이 임의로 배제할 수 있다. 이러한 권리는 생존배우자가 사망하거나 재혼하는 때까지 지속한다. 둘 중 먼저 도래하는 시점에 종료한다. 또한 재혼을 하더라도 생존배우자의 사망시까지 지속하도록 하는 내용을 피상속인이 유언으로 정하면 이는 효력을 가진다. (제1499조) 이러한 내용은 상속인들이 해당 배우자들의 자녀가 아닌 경우에도 마찬가지로 적용된다.

유언상속에 대하여는 제1499조에서 같은 제목으로 “사망자는 생존배우자에게 강제 할당된 부분을 포함한 자신의 재산의 전부 또는 일부에 대하여 용익권을 부여할 수 있고 용익권자에게 용익권에 관한 법에서 규정된 바와 같이 비소비물을 처분할 수 있는 권한을 부여할 수 있다. 용익권은 명시적으로 보다 짧은 기간을 정하지 않은 경우에는 사망 시까지 존속하고 명시적으로 사망자에 의하여 표시되거나 유류분이 영향을 받는 경우가 아니라면 담보물을 요구되지 않는다.”라고 규정하고 있다.¹¹³⁾

113) 루이지애나의 배우자상속관계를 보면 일방 배우자 사망시 타방 배우자는 상속재산의 1/2 지분에 대하여 소유권을 가진다. 이는 상속에 기한 것이 아니라 소유자로서 지분을 가진다. 나머지 1/2 지분에 대하여는 우선 자녀가 있으면 자녀가 상속을 한다. 자녀가 상속포기를 하는 경우에는 자녀의 상속인이 그 지분을 상속한다. 이 경우 종전 판례는 피상속인의 배우자가 이를 상속한다는 판단을 하였는데(Paline v. Heroman, 29 So. 2d 473 (La. 1946)). 피상속인이 배우자와 자녀 두 명을 두고 있었는데 자녀는 상속을 포기하여 일단 배우자가 전부 상속하고 그 배우자가 사망한 후에 자녀들이 상속을 하였다. 자녀들이 피고에게 상속된 부동산을 매각하였는데 피고는 자녀들(그 중 한명이 원고)이 부동산의 소유자가 아니라

상속지분을 택하지 않고 용익권을 택하는 경우 몇 가지 장점이 있다. 첫째, 상속이 두 번 발생하는 것을 방지할 수 있다. 생존배우자가 사망한 배우자를 상속하는 경우에는 생존배우자의 사망 시에 다시 상속이 발생하게 된다. 둘째, 생존배우자가 현상유지를 할 수 있다. 용익권은 해당 목적물을 사용, 수익할 수 있는 권리로 비록 처분을 할 수는 없지만 배우자 일방의 사망에도 생존배우자는 부부가 모두 살아있었을 때와 같은 방법으로 재산을 사용하고 수익할 수 있게 된다. 피상속인의 직계비속의 입장에서도 부모가 모두 사망한 시점이 되면 결국 자신의 상속지분대로 완전한 권리를 행사할 수 있게 되므로 크게 불만이 발생할 여지가 없다. 그러면 생존배우자가 재혼을 하고 다시 자녀를 출산하는 경우에는 어떻게 될 것인가? 이러한 경우에도 생존배우자는 용익권을 가지는 것에 불과하였기 때문에 재혼으로 생긴 새로운 배우자나 자녀에 대하여 기존의 상속재산의 지분을 상속할 수는 없게 된다.

(4) 단기거주권의 기간

1) 의 의

전부 또는 부분적으로 상속재산에 속하는 주택이나 배우자가 임차한 주택에 관하여는 생존배우자의 권리는 사망한 배우자의 사망일로부터 1년간 행사한다. 이것은 불변기간이고 중단이나 정지의 대상은 아니다. 개정전 제1481조의 9개월을 1년으로 연장한 내용이다.¹¹⁴⁾ 이러한 기간이 제763조에 포함된 모든 내용과 마찬가지로 공서라는 사실이 생존배우자가 사망한 배우자의 상속이 개시된 후에 이를 포기할 수 있다는 것을 방해하지는 않는다.

는 주장을 하였다. 상속 포기시 동순위 상속인이 상속하고 동순위가 없으면 차순위 상속인이 상속한다는 제1022조를 해석함에 있어 배우자를 차순위 상속인으로 볼 수 있는지가 문제되었다. 원심은 이를 부정하였으나 루이지애나주 최고법원에서는 이를 긍정하여 원고의 청구를 인용하였다. 이에 대하여는 피상속인의 손녀가 차순위 상속인이 된다는 반대견해도 있었다.) 민법전 제964조에서 명시적으로 이를 배척하고 자녀의 상속인이 이를 상속한다는 입장을 취하였다. “상속을 포기한 법정상속인의 권리는 해당 상속인이 피상속인보다 먼저 사망하였다면 상속인 되었을 자에게 속한다.” 이 규정은 1999. 7. 1.부터 시행되었는데 그 전에는 상속포기한 상속인의 상속분은 다른 공동상속인에게 귀속되었다.(1870년 민법전 제1022조) 그러나 상속인의 상속포기 취지는 통상 해당 상속분이 자신의 상속인에게 귀속하도록 하는 것이기 때문에 이러한 처리는 상속포기를 한 상속인의 추정적 의사에 맞지 않는 측면이 있었다. (Yiannopoulos, *Louisiana Civil Code*, 2015 ed., Vol. 1, p. 263) 자녀가 없는 경우에는 나머지 1/2 지분도 생존배우자에게 귀속한다.

114) Le Guidec, *Répertoire de droit civil*, “Succession: dévolution”, n° 353.

2) 형 식

이러한 포기를 규율하기 위해 어떠한 형식이 요구되는 것도 아니다. 그것은 묵시적으로 임대차의 해지나 상속재산에 속하는 주택의 의도적인 포기에 의하여 이루어질 수도 있다. 그 결정은 오직 배우자에게 속하고 그의 의사에 의해 좌우된다. 이는 단기거주권의 법정기간 내에 표시되어야 한다. 그 전에 거주 의 향유를 종료하는 경우에는 새로운 거주에 대하여 남은 기간이 연장된다.¹¹⁵⁾

3) 당연취득

제763조는 생존배우자의 이익을 위해 당연히 적용된다. 그 권리자는 누구에게도 이를 청구할 필요가 없다. 상속인이나 수증자가 이에 대하여 이의를 제기할 수도 없다. 다만, 생존배우자가 단기거주권을 취득하기 전에 이에 대한 포기의 의사표시를 하는 것은 효력이 없지만 일단 취득한 단기거주권을 포기하는 것은 가능하다.¹¹⁶⁾

4) 추단적 의사표시

실무상 생존배우자의 취득의사는 그가 그 주택과 부속동산을 향유하면서 계속 점유하는 것에 의하여 표시된다. 배우자에게 속하면서 상속재산에도 귀속된 주택의 경우에는 이로써 충분하다. 배우자의 거주권이 그가 차임을 지급하여야 하는 임대차의 방법으로 확보된 경우에는 다른 내용이 된다. 무상향유권의 실행은 상속의 대상인 상환청구에 의해 명시적인 방법으로 이루어진다. 다만, 권리승계인의 형식적 또는 묵시적 동의가 상환청구와 동시에 이루어진 경우에는 그러하지 아니하다.

5) 생존배우자가 지급한 차임의 상환청구

배우자가 1년의 기간 이후에 상환권의 향유를 청구할 수 있는지 문제된다.¹¹⁷⁾ 차임에 관하여 개정전 제2277조(임금, 종신정기금 지분, 임대차 차임, 이자 등 1년 이내에 변제하여야 하는 채무는 5년의 시효에 걸린다는 규정)가 적용되는지, 아니면 2008년 법률에 의해 개정된 제2224조(권리자가 권리행사를 할 수 있다는 사실을 알았거나 알았어야 한 때로부터 5년의 시효에 걸린다는 규정)가 적용되는지 여부에 관한 것이다. 파기원은 다수

115) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 30.

116) Nicolas Damas et al., Droit et pratique des baux d'habitation, 9e éd., Dalloz, 2017, n° 421.35.

117) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 31.

판결에서 개정 전 제2277조가 임대차 차임이나 임차인 부담으로 부당하게 지급된 금액의 반환청구에는 적용되지 않는다고 판단하였다.¹¹⁸⁾ 생존배우자는 차임 지급시 비채변제를 한 것은 아니므로 이 판례의 취지와는 차이가 있다고 할 것이다.¹¹⁹⁾ 유추적용 여부가 문제되는데 법률에 의해 부여된 생존배우자의 상환청구권을 폐지된 시효법이 적용되는 임차인의 차임지급에 관한 소권과 유사하다고 보는 것은 인위적이라는 비판이 있다.¹²⁰⁾

6) 일본의 경우

개정 일본 민법은 생존배우자가 공동상속인인 경우와 그렇지 않은 경우를 구분하여 공동상속인인 경우에는 상속개시 시부터 6개월의 기간 또는 상속재산분할로 거주건물의 귀속이 확정된 날 중 늦은 날까지 이를 인정하고, 공동상속인이 아닌 경우에는 거주건물 취득자의 단기거주권 소멸 청구 시부터 6개월의 기간까지 거주권을 인정하고 있다.(제1037조 제1항) 상속재산전부의 분할이 종료되지 않은 경우에도 거주 건물의 귀속이 확정된 경우에는 단기거주권이 성립한다고 해석하고 있다.¹²¹⁾ 또한 생존배우자가 거주권을 계속 향유하기 위하여 의도적으로 상속재산분할에 응하지 않는 것은 권리남용이 될 수 있다고 설명한다.¹²²⁾ 공동상속인이 아닌 경우에 거주건물취득자의 청구 시로부터 6개월의 기간까지 거주권을 인정하는 것에 대하여는 생존배우자가 거주주택에 대하여 건물명도청구를 받고서 비로소 유언 등 제3자의 소유권 취득 근거를 인지한 경우도 있어서 그 시기를 명확히 할 필요가 있다고 설명한다.¹²³⁾

7) 우리의 경우

단기거주권의 기간은 주택임대차보호법이 보장하는 기간 정도로 하면 좋다고 생각한다.(현재는 2년 보장) 임차인의 보호를 위하여 그 정도의 기간은 보장하여야 한다는 사회적 합의가 생존배우자에게도 적용될 수 있을 것이기 때문이다.

생존배우자의 경우에는 단순한 임차인이 아니고 원 권리자인 피상속인의 배우자이기 때

118) Cass. 3e civ., 21 févr. 1996, n° 93-12675(X가 1970년 Y부부에게 주택을 임대하였는데 당사자들은 1984. 10. 3.이후의 차임에 관하여 합의하고 1985. 1. 1. 새로운 임대계약을 체결하였다. X는 Y부부에게 확정금액의 차임을 청구하였고 Y부부는 임대차계약의 해지를 청구하였다. 파기원은 차임에 대하여 제2277조 제4항이 적용되지 않는다고 판시하였다): Cass. 3e civ., 13 oct. 1999, n° 98-10878: Cass. ch. mixte, 12 avr. 2002, n° 00-18529.

119) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 31.

120) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 31.

121) 日本弁護士連合會, 改正相續法のポイント, 2018, 213면.

122) 日本弁護士連合會, 改正相續法のポイント, 2018, 214면.

123) 日本弁護士連合會, 改正相續法のポイント, 2018, 214면.

문에 보다 강한 보호를 부여하는 것도 가능하다. 주택임대차보호법에서 임차인에게 최소기간을 부여하여야 하는 임대인은 해당 주택의 소유자인 반면 해당 주택의 원소유자의 생존 배우자의 단기거주권을 용인하여야 자는 그 원소유자의 상속인에 불과하기 때문이다. 상속인의 경우에는 갑자기 원소유자의 사망으로 권리를 취득하게 된 것이어서 주택임대차보호법의 소유자에 비하여는 그 권리에 대한 보호가치 있는 기대가 크다고 볼 수 없다고 보인다. 가령 원소유자인 피상속인이 원래 사망 시보다 5년 후에 사망한다고 하여 그것이 상속인들의 정당한 권리를 제한하였다고 볼 수는 없을 것이다.

(5) 소멸사유

일본 민법은 생존배우자가 종전의 용법에 따라 선량한 관리자의 주의를 가지고 거주건물을 사용하지 않거나 거주건물 취득자의 승낙 없이 제3자에게 거주건물을 사용하도록 한 경우에는 거주건물취득자가 단기거주권을 소멸시키는 의사표시를 할 수 있도록 규정하고 있다.(제1038조) 거주건물의 소유자가 아니라 취득자에게 이러한 권한을 부여하고 있다는 점은 장기거주권과 차이가 있다. 공동상속인에게는 이러한 권한이 없고 상속분할로 새로이 해당 주택을 취득한 자에게 이러한 소멸권한을 부여하려는 취지로 보인다.

장기거주권의 경우에도 생존배우자가 종전 용법에 따라 거주건물을 사용·수익하지 않거나 소유자의 승낙을 얻지 않고 제3자에게 거주건물을 사용·수익하게 하여서는 안 된다.(제1032조 제1항, 제3항) 그러나 장기거주권의 경우에는 이러한 위반행위가 있더라도 거주건물의 소유자는 바로 이를 소멸시킬 수 있는 것이 아니고 상당한 기간을 정하여 그 시정을 최고한 뒤 그 기간 내에 시정이 되지 않는 경우에 한하여 거주권을 소멸시키는 의사표시를 할 수 있도록 규정하고 있다.(동조 제4항) 장기거주권에 대하여 단기거주권에 비하여 그 소멸요건을 신중하게 정한 것은 장기거주권의 무게감을 생각해 보면 충분히 납득할 만한 내용이라고 할 것이다. 다만, 장기거주권은 원칙적으로 생존배우자의 상속분에서 공제가 되는 것으로 처리하였는데 이것이 생존배우자의 과책에 의해 소멸한다면 그 가액의 반환 문제는 어떻게 될 것인가 하는 문제가 발생한다. 생존배우자의 용법에 따르지 않은 사용에 따른 손해는 거주건물의 소유자에게 배상하여 할 것이다. 이 경우 생존배우자는 원래 계산되었던 장기거주권의 가액과 실제로 거주하였던 기간에 해당되는 가액의 차액분에 대하여 다른 공동상속인에게 부당이득반환을 청구할 수 있는가? 만약 이것이 부정된다면 생존배우자의 입장에서는 장기거주권을 선택하는 것이 큰 경제적 부담이 될 수 있다.

IV. 장기거주권

1. 법적 성격

장기거주권에 의해 단기거주권은 영구화되는데 장기거주권은 단기거주권과 마찬가지로 생존배우자가 기존 주택을 계속 사용할 수 있도록 하는 취지를 가지고 있다.¹²⁴⁾ 프랑스에서는 장기거주권을 공동상속인에게 주어지는 상속권의 성격을 가진다고 설명한다.¹²⁵⁾ 그리하여 생존배우자는 상속을 승인하여야 하고 또한 장기거주권을 행사하기로 승인하여야 한다. 이것은 이혼한 배우자를 위해 인정되는 재판상 임대차가 생존배우자에게까지 확대된 것으로 볼 수 있다.¹²⁶⁾ 생존배우자가 전체상속재산의 소유권이나 용익권을 상속하는 경우에는 장기거주권은 이에 흡수되기 때문에 별도로 성립하지 않는다고 설명한다.¹²⁷⁾

장기거주권은 물권으로 구성할 것인가 아니면 채권으로 구성할 것인가? 프랑스에서는 2001. 12. 3. 법률(n° 2001-1135)에서 거주 및 사용에 관한 물권(프랑스 민법 제625조 이하)¹²⁸⁾의 형식으로 장기거주권을 구성하여 주택과 그 부속 동산에 이를 적용하였다.¹²⁹⁾ 따라서 해당 주택은 장기거주권이 설정된 상태로 양도되고 유증된다.¹³⁰⁾

단기거주권이 장기거주권에 의해 그 내용을 유지하면서 연장되지만 그 권리 성격은 채권에서 물권으로 변경된다. 그러나 생존배우자가 주된 거주로 점유하는 주택이 임대차의 목적인 경우에는 장기거주권은 채권이다. 이 경우 동산사용권은 여전히 물권이므로 양자의 법적 성격이 서로 다르게 된다.¹³¹⁾ 제765-2조는 명시적으로 제764조와 동일한 표현을 통해 이러한 특별한 경우를 규정한다. 장기거주권은 동산에 대하여는 사용물권을 발생시키고 주택에 대하여는 채권인 임차권을 발생시킨다.

일본의 경우에는 이를 용익물권으로 구성하자는 논의가 있었으나 임대차 유사의 법정채권으로 하는 것으로 최종 결정되었다.¹³²⁾ 종래 건물에 대하여 용익물권은 존재하지 않았

124) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 33; Grimaldi, *op. cit.*, n° 209.

125) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 33.

126) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 33.

127) Grimaldi, *op. cit.*, n° 210.

128) Grimaldi, *op. cit.*, n° 209.

129) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 33.

130) Le Guidec, *Répertoire de droit civil*, "Succession: dévolution", n° 361.

131) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 37.

132) 日本弁護士連合會, 改正相續法のポイント, 2018, 155면. "배우자거주권은 배우자의 거주환경의 계속성

고 거주를 위한 권리로는 임차권이 인정되어 왔는데 배우자거주권을 물권으로 한다면 부동산 거래가 저해될 우려가 있다는 점을 근거로 한다. 다만, 해당 주택의 소유자는 생존배우자에게 배우자거주권 설정의 등기를 해 줄 의무를 부담하는 것으로 규정하였다.(제1031조 제1항)¹³³⁾ 그에 따라 다음과 같은 주문이 나올 수 있다.¹³⁴⁾

“피상속인의 상속재산을 다음과 같이 분할한다.

1. 배우자 A에 대하여 별지 목록 기재의 건물(이하 본건건물)에 관하여 존속기간을 배우자 A의 종신으로 하는 장기거주권을 설정한다.
2. 상속인 B는 본건건물의 소유권을 취득한다.
3. 상속인 B는 배우자 A에 대하여 본건건물에 관하여 제1항기재의 장기거주권을 설정하는 취지의 등기절차를 한다.
4. (이하 생략)”

2. 대상

(1) 주택과 부속동산

단기거주권과 마찬가지로 장기거주권의 대상은 주택과 그 부속 동산까지 포함하는 것이 좋다고 생각한다. 생존배우자가 실효적으로 점유하여야 한다. 프랑스 파기원은 생존배우자의 종전 혼인에서 출생한 자녀가 독립적으로 점유한 원룸(스튜디오)에 대하여 장기거주권 인정을 거부하였다.¹³⁵⁾

부속동산에 대하여는 나중에 거주가 변동되는 경우에도 계속 종신까지 사용권이 인정된다.¹³⁶⁾ 또한 부속동산에 대한 사용권 향유의 의사표시는 해당 주택을 계속 점유하는 것에

을 보호하는 목적에서 창설된 것으로 그 법적 성질에 있어서 법제심의회에서는 용익물권으로 하는지 임차권유사의 법정채권으로 하는지 논의되었다.”

133) 재판의 주문에서 등기의무의 이행을 명하는 취지가 명시되지 아니한 경우 장기거주권을 취득한 배우자는 원칙적으로는 민사소송을 제기하여 등기의무의 이행을 명하는 판결을 얻지 않으면 안 된다. 潮見佳男, 詳解 相續法, 弘文堂, 2018, 345면 각주 26.

134) 米倉裕樹, 條文から讀み解く 民法 [相續法制] 改正点と實務への影響, 清文社, 2018, 28면.

135) Cass. 1re civ., 25 sept. 2013, n° 12-21569.(Jacques X가 2008. 6. 8. 사망하면서 그의 두 자녀와 부인 Evelyne Y에게 재산을 남겨두었다. 생존배우자인 Evelyne Y는 2009. 5. 29. 공정증서로 장기거주권을 향유하겠다는 의사를 표시하였다. 그 대상이 된 부동산은 그녀의 자녀가 거주하는 스튜디오도 포함되었다. 파기원은 피상속인이 그 부동산 전부에 대하여 그녀가 거주하도록 할 의사가 있어야 한다고 실시하면서 본 사안에서는 그러한 의사가 있다고 볼 상황이 충분하지 않아 그녀가 실제로 점유한 1층 부분(rez-de-chaussée)에 국한하여 장기거주권을 인정하고 그녀의 아들이 거주한 스튜디오 부분에는 거주권을 인정하지 않았다.)

136) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 37.

의해 묵시적으로 이루어진다.

(2) 제3자가 공유하는 경우

프랑스에서는 단기거주권과 장기거주권을 구별하여 제3자가 상속인과 같이 해당 주택을 공유하고 있는 경우 단기거주권은 인정되지만 장기거주권은 인정될 수 없다고 설명하고 있다.¹³⁷⁾ 단기거주권은 그 기간이 짧고 공서의 성격이 있으며 채권이기 때문에 공유자인 제3자에게 대항할 수 있고 이 경우 상속재산에서 제3자에게 그 거주가치에 해당하는 피해를 배상하면 된다. 그러나 장기거주권은 불확정기간 동안 부동산을 제한하는 물권이고 이 권리의 보호는 공서로 인정되지 않는 점을 고려하여 제3자에게 대항할 수 없다고 설명하고 있다. 피해 배상 유무를 떠나 제3자에게 지속적인 부담을 가하는 것이 되기 때문이다. 다만, 이는 상속개시 당시를 기준으로 하는 것이고 일단 장기거주권이 발생한 이후에 해당 주택의 소유권을 이전받은 제3자는 장기거주권의 부담을 가진 채 해당 주택을 소유하는 것이 된다.¹³⁸⁾

사건으로는 생존배우자의 거주권은 상속재산에 대한 권리이고 기존의 거주형태보다 강화된 것을 얻을 수 있는 것은 아니라고 할 것이므로 제3자가 기존에 가지고 있던 권리는 존중되어야 한다고 판단된다. 따라서 장기거주권뿐만 아니라 단기거주권에 있어서도 종전에 제3자가 가지고 있었던 법적 지위는 그대로 유지된다고 보아야 한다.

(3) 주택이 피상속인의 회사에 속하는 경우

주택이 사망한 배우자가 직접 소유하는 것이 아니라 그의 회사를 통하여 소유하는 경우 장기거주권 인정 여부가 문제된다. 프랑스에서는 이를 부정하는 설명이 있는데 민법전 제 764조는 거주장소가 배우자에게 속하거나 상속재산에 의존하여야 한다고 규정하고 있어 회사를 매개로 소유하는 경우는 배척하는 것으로 해석될 수 있다는 것이다.¹³⁹⁾ 배우자에게 속하는 주택이라는 표현이 엄격한 의미에서 그 재산을 직접 지배하는 것을 의미하는 것으로 볼 수 있다는 설명이다. 제215조 제3항은 “가족의 거주를 보장하는 권리(les droits par lesquels est assuré le logement de la famille)”라고 규정하고 있어 법인을 통한 간접지배를 포함하는 것으로 볼 수 있으나 제764조는 배우자에게 속하거나 상속재산에 의

137) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 35.

138) Le Guidec, *Répertoire de droit civil*, “Succession: dévolution”, n° 361.

139) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 36.

존하는 주택이라고 규정하고 있기 때문에 법인을 통해 간접적으로 지배하는 주택은 배제된다고 볼 여지가 있다는 것이다. 그러나 제764조의 입법제안을 보면 망자가 법인을 통해 주택을 차지하는 경우도 포함하는 것이라고 설명하고 있어,¹⁴⁰⁾ 프랑스에서도 이를 긍정하는 설명이 유력하다고 보인다.¹⁴¹⁾ 이러한 입장을 받아들인다면 회사의 지분을 두 배우자가 공유하는 경우에도 같은 결론을 취하여야 한다. 두 배우자가 회사의 지분을 가지고 그 회사가 해당 주택을 소유하는 경우에도 그 주택은 두 배우자에 속하는 것으로 간주할 수 있다. 제3자가 회사의 지분을 가지고 있는 경우 문제는 달라진다. 제764조 제1항의 장기거주권은 그 조건을 충족하지 못한다. 생존배우자가 사망 시 주된 거주로 그 주택을 점유하였더라도 그 권원은 인식하지 못하였을 것이다. 회사가 해당 주택을 임차한 것이라면 상속 가능한 생존배우자는 제1751조의 도움으로 자신의 거주를 계속할 수 있고 제765-2조에 의해 규정된 동산 사용권을 주장할 수 있다.

우리의 경우 이를 도입하는 경우 회사를 통한 소유에 대하여도 명확하게 규정을 두어 불필요한 분쟁을 예방하는 것이 좋을 것이다. 장기거주권의 경우 가정법원이 제반사정을 판단하여 이를 부여하는 것으로 한다면, 좀더 폭넓게 요건을 마련해 두는 것이 좋을 것이고 그러한 맥락에서 회사를 통한 소유주택에 대하여 장기거주권을 부여하는 것이 타당할 것이다. 단기거주권의 경우에는 생존배우자의 계속 거주의 간절한 필요에 그 취지를 두고 있으므로 역시 폭넓게 인정할 필요가 있을 것이다.

(4) 피상속인의 반대의사가 있는 경우

1) 프랑스의 경우

① 생존배우자의 장기거주권 박탈 가능 여부

피상속인이 생존배우자에게 장기거주권을 부여하지 않도록 하는 의사표시를 한 경우 이에 효력이 발생하는지 문제된다. 프랑스에서는 공정증서에 의한 유언에 의하여¹⁴²⁾¹⁴³⁾ 이러한 의사표시를 한 경우에는 생존배우자의 장기거주권은 발생하지 않는다고 규정하였다.

140) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 36.

141) Doc. AN 5 févr. 2001, n° 2910, p. 29.(JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 36에서 재인용) “거주는 양배우자에게 속하거나 상속재산의 전부에 의존하여야 한다: 이것은 또한 생존배우자에게 그 거주에 계속 거주하는 가능성을 보장하기 위한 것인데 그것이 그들에게 속하지 않거나 그것이 단지 망자의 유일한 소유이거나 그것이 망자에 속하는 법인에 의존하는 경우에도 마찬가지이다.”

142) 공증인 2명이 작성하거나 증인 2명이 있는 상황에서 1명의 공증인이 작성하여야 한다.(제971조)

143) 이러한 엄격한 방식에 대해 비판적인 견해도 있다. 공증인의 역할은 유언자의 유효한 의사를 명확히 하고 유언에 담겨질 수 있는 위법이나 모순을 경고하기 위한 것이라는 취지이다. JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 42.

(제764조 제1항)¹⁴⁴⁾

이러한 입법과정에서 프랑스의 하원과 관계 부처 장관은 피상속인의 유언의 자유를 강조하여, 포스트모던 사회에서 친지에 대한 사회적, 윤리적 당위는 상속법이 채택하고 있지 않고 거주권은 애정을 기반으로 하는 것이므로 피상속인은 이를 임의로 박탈할 수 있다는 의견을 피력하였다.¹⁴⁵⁾

반면 프랑스의 상원과 학계에서는 생존배우자의 보호를 중시하여 포괄용익권 대신에 소유지분을 상속배우자에게 부여함으로써 법률은 그에게 다른 상속인과 함께 상속재산을 공유하는 지위를 부여하고 있는데 상속재산분할 등 해당 주택이 경매로 넘어갈 가능성이 발생한다는 점을 염려하였다. 또한 거주권이 애정을 기반으로 하는 것이라면 영미와 같이 유류분과 부양의무 모두 폐지하고 피상속인의 처분의 자유를 제한하는 모든 강행법규를 폐지하는 것이 맞을 것이라고 지적하였다.¹⁴⁶⁾

공정증서에 의하여 장기거주권이 박탈된 경우 용익권 상속은 가능한지 문제된다. 통상적으로는 피상속인의 의사가 용익권도 배제하는 것으로 해석될 여지가 있다.¹⁴⁷⁾

공정증서에 의하지 않고 자필유언으로 제3자에게 주택을 유증하는 경우에 수유자는 해당 주택의 소유권을 취득한다. 다만, 제764조의 거주권을 주장하는 생존배우자에게 대항할 수 없을 뿐이다. 수유자는 유언에 의해 유증목적물의 소유자가 되지만 생존배우자의 사망시까지 그 거주권의 부담을 안게 되는 것이다.

144) 이러한 논의에 대하여 까탈라(Mme N. Catala)는 제764조의 “반대의사가 있는 경우를 제외하고”라는 문언을 대신하여 다음과 같은 내용을 제2항으로 추가하여 신설할 것을 제안하였다. “그럼에도 사망한 배우자는 주된 거주로 점유하는 주택이 전부 상속재산에 종속되고, 생존 배우자가 그의 상속권으로부터 그 필요에 부합하는 다른 주택의 소유권 또는 용익권을 취득하거나 그러한 주택이 생존배우자에게 귀속하는 경우에는 제971조의 형식으로 반대의사를 표시할 수 있다.” 이는 피상속인의 의사에 의한 장기거주권의 배제에 두 가지 요건을 추가하여 그 적용을 제한하고 있다.(JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 48)

첫째, 주된 거주로 점유하는 주택이 상속재산에 포함되어야 한다. 그러한 주택이 상속재산에 포함되지 않은 경우에는 피상속인의 의사는 처음부터 문제되지 않는다. 주택의 일부 지분만이 상속재산에 포함되는 경우, 예컨대 해당 주택이 부부공동재산에 속하거나 해당 주택을 양 배우자가 공유로 가지고 있는 경우에는 생존배우자가 해당 주택에 대하여 일부 지분이 있는 것이므로 그 지분이 아무리 작다고 하더라도 그 주택의 사용권을 인정하여 주는 것이 타당하고 사망한 배우자의 상속인이 그러한 거주권을 박탈하는 것을 금지하는 것이 합당할 것이다. 반면 양 배우자 또는 일방 배우자가 제3자와 해당 주택을 공유하고 있는 경우에는 배우자가 사망하기 전에도 제3자의 공유자로서의 권리에 대항할 수 없었던 것이므로 일방 배우자가 사망한다고 하여 갑자기 없었던 권리가 창출된다고 볼 수 없으므로 생존배우자가 거주권으로 제3자에게 대항할 수는 없는 것이고 따라서 사망한 배우자의 반대의사도 처음부터 의미가 없게 된다. 둘째, 생존배우자가 자신이 필요로 하는 다른 주택의 소유권 또는 용익권을 상속권으로서 또는 원래부터 자신의 권리로서 가지고 있어야 한다. 즉 생존배우자가 다른 주택에 대하여 거주권을 가지고 있는 경우에 한하여 사망한 배우자의 생존배우자에 대한 거주권 박탈을 용인하겠다는 것이다.

145) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 40.

146) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 41.

147) Le Guidec, *Répertoire de droit civil*, “Succession: dévolution”, n° 362.

배우자간 장래 재산의 증여는 상속이 개시되기 전의 잠재적 권리에 관한 계약이다. 장래의 장기거주권의 포기는 제791조,¹⁴⁸⁾ 제1129조¹⁴⁹⁾에 의해 무효가 될 수 있다. 이는 유언과 매우 유사하기 때문에 이러한 규정이 적용되지 않는다는 견해가 있다.¹⁵⁰⁾

② 의사표시의 해석

생존배우자의 퇴거는 중대한 행위이다. 이를 이행하기 위해서는 사망자의 의도가 확실해야 한다. 그 실현에 의문이 있다면 생존배우자에게 유리하게 해석하여야 한다.¹⁵¹⁾

거주권을 언급하지 않고 일반상속권을 박탈한다고 한 경우에 관한 논의가 있다. 포괄수증자 또는 제3자에게 생존배우자가 살고 있는 주택을 유증한 경우 그 대상은 소유권에 국한되므로 거주권의 인정과 배치되는 것은 아니라고 설명한다.¹⁵²⁾ 유언에 의하여 제3자가 해당 주택을 취득할 수 있는데 이 경우 프랑스의 다수설은 수유자가 생존배우자의 거주 및 사용권의 제한을 받는다는 입장을 취한다.¹⁵³⁾

자필 또는 비밀 유언을 한 경우에는 이러한 주장이 타당하지만 공정증서 유언을 한 경우에는 제764조에서 피상속인은 생존배우자의 거주권을 박탈할 수 있기 때문에 이견이 있을 수 있다. 그러나 이 경우에도 생존배우자의 거주권이 우선한다고 보는 견해가 유력하다.¹⁵⁴⁾ 생존배우자의 거주권이 명시적으로 피상속인에 의하여 박탈된 것이 아니기 때문이다. 장기거주권의 박탈은 명시적인 방법에 의해서만 실현될 수 있다. 이와 같이 보지 않을 경우 임차인을 퇴거하는 것보다 생존배우자를 거주지에서 내보내는 것이 더 쉬워지는 문제가 발생한다. 이는 배우자에게 임차권을 자동으로 부여하고(제1751조) 소유권의 우선분배를 인정하는 것과 맞지 않는 측면이 있다.¹⁵⁵⁾

148) “부부재산계약 및 기타의 방법으로 생존자의 상속을 미리 포기하거나 상속으로 인하여 취득할 수 있게 될 권리를 미리 포기하지 못한다.”

149) 제1129조

① 채무는 최소한 그 종류에 관하여는 확정된 물건을 목적으로 하여야 한다.

② 물건의 수량은 확정될 수 있는 한 불확정적이라 하더라도 채무의 목적으로 할 수 있다.”

150) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 43.

151) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 44. “나는 배우자 김정술로부터 상속권 있는 생존배우자를 위한 거주 및 동산사용의 종신권을 박탈합니다.”라고 표시할 수 있을 것이다.

152) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 45.

153) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 52.

154) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 52.

155) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 45.

③ 공유재산인 경우

생존배우자의 거주권의 대상이 되는 주택이 부부공동재산이거나 양 배우자가 공유하고 있는 경우에는 어떠한가? 사망한 배우자는 자신에게 속하는 권리에 한하여 처분할 권한이 있다. 따라서 자신의 지분에 국한하여 거주권 박탈을 할 수 있을 뿐이다. 그리고 자신의 지분에 국한하여 거주권 박탈을 인정하는 경우에도 부부 일방의 타방의 특유재산에 대한 관리를 실질적으로 하고 있음에도 타방이 이에 대하여 이의를 제기하지 않는 경우에는 특유재산의 관리 및 사용·수익을 위한 묵시적 위임이 있는 것으로 보아야 한다.(제1423조 참고) 즉 생존배우자에게 거주권을 부여하고 사망한 배우자의 지분에 해당하는 부분에 국한하여 사용료를 지급하는 것으로 처리하여야 한다.

2) 우리의 경우

일본과 같이 법원이 제반사정을 고려하여 장기거주권의 인정하도록 하는 경우에는 피상속인의 의사 또한 법원이 제반사정의 하나로 고려하면 될 것이다. 그렇게 하는 것이 오히려 개별 사안에 맞는 해법이 될 수 있을 것이고 생존배우자 보호에도 더 적합한 방안이 될 것이다. 그와 같이 할 경우 피상속인의 의사가 공정증서의 형식을 취할 필요는 없을 것이고 만약 공정증서로 그러한 의사가 있었다면 법원이 그러한 부분도 참작하면 될 것이다.

(5) 생존배우자의 의사

일본의 경우에는 공동상속인간 협의나 피상속인의 증여, 유증 등이 없으면 가정법원의 결정에 의하여 장기거주권을 취득한다. 프랑스의 경우에는 생존배우자의 의사표시에 의하여 장기거주권을 취득한다.

프랑스에서 생존배우자가 장기거주권을 취득하기 위해서는 이를 향유하겠다는 의사표시를 피상속인의 사망 시로부터 1년 내에 하여야 한다. 장기거주권은 단기거주권과는 달리 배우자의 사망사실로 바로 생존배우자에게 이러한 권리가 발생하는 것은 아니다.(제 765-1조) 법률이 그 형식을 규정하고 있지는 않다. 생존배우자의 의사는 확실하여야 하고 생존배우자는 향유의 청구를 해야 하고 1년간 침묵은 묵시적 포기와 같은 것이라고 보는 견해가 있다.¹⁵⁶⁾ 그러나 이러한 입장은 논리적이고 법문언에 충실한 것이지만 1년간의 단기거주권의 기간이 만료되면 생존배우자는 동산만 차지한 채 그동안 거주하였던 주택에서 퇴거하여야 하게 될 수 있다는 문제가 있다. 생존배우자의 거주의 향유로부터 그의 계속

156) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 53.

거주의 의사가 묵시적으로 표시되었다고 보는 것이 타당하다는 반대견해가 있다.¹⁵⁷⁾

생존배우자가 단기거주권을 향유하려고 하는지 장기거주권을 향유하려고 하는지 의사표시를 할 수 있어야 한다. 이러한 의사표시의 이익은 그 기간 안에 단기거주권과의 관계에서 장기거주권의 기산점을 정해주는 데 있다. 생존배우자가 제765-1조가 정한 1년의 기간 안에 자유롭게 이러한 의사표시를 하는 것은 방해되지 않는다. 그가 단기거주권을 포기한다면 장기거주권은 피상속인의 사망 시에 발생한 것으로 될 것이다. 그가 단기거주권을 향유하겠다고 표시한다면 피상속인의 사망 후 1년이 되는 때에 장기거주권은 발생한 것으로 될 것이다. 생존배우자는 그 중간의 날을 선택할 수도 있다. 그 결정이 상속의 의사표시 이전에 이루어지는 경우에 공증인은 차임의 상환액과 단기거주권이 상속에 미치는 부담금액을 계산하여야 한다.¹⁵⁸⁾

단기거주권과 장기거주권은 그 권리자와 대상이 매우 유사하다.(제763조, 제764조) 생존배우자는 상속을 포기하고 단기거주권만 향유하는 것도 가능하다.¹⁵⁹⁾

3. 거주방법

장기거주권은 용익권과 유사한 성격을 가진다. 우리의 경우 별도로 용익권 제도를 마련해 두고 있지 않으므로 주택사용이라는 측면에서는 전세권의 규정을, 장기간 사용이라는 측면에서는 지상권의 규정을 적용하여야 할 것이다.¹⁶⁰⁾ 그에 따라 주거의 용법으로 선량한 관리자의 주의의무를 부담하며 통상의 필요비는 생존배우자가 부담하여야 한다는 내용이 도출될 수 있을 것이다. 대규모 수선은, 생존배우자의 고의 또는 과실에 의하여 발생한 것이 아니라면, 주택소유자가 그 비용을 부담하여야 할 것이다.

157) Grimaldi, *op. cit.*, n° 213.(p. 172) 제765-1조와 가까이 위치한 조문에서도 생존배우자가 용익권이 나 소유권을 선택하는 것이 자유롭게 모든 방법으로 증명될 수 있다고 규정하고 있다.(제758-2조) 또한 “모든 상속인은 서면으로 배우자에게 선택권을 행사하도록 최고할 수 있고 3월 내에 서면으로 선택권을 행사하지 않는 경우에는 배우자는 용익권을 선택한 것으로 간주된다.”(제758-3조)

158) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 54. 이는 생존배우자의 거주가 주택임대차의 형식으로 되어서 상속재산에서 차임 상당액을 지급하여야 하는 경우에 해당하는 것으로 보인다.

159) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 54.

160) 장기거주권은 일종의 용익권에 해당하는 것인데 프랑스의 경우 용익권은 그 기간이 권리자의 종신까지이고 소유권을 그 제한소유자와 나누어 가진다는 의미를 가진다. 즉 제한소유자가 처분 권능을 가지고 용익권자가 사용, 수익 권능을 차지한다는 것이다. 따라서 비교적 단기간 목적물을 사용, 수익하는 전세권 보다 강화된 권리, 의무를 가진다고 할 수 있다. 예컨대 도배, 장판, 페인트칠의 경우 전세권에서는 통상 소유자가 이에 대한 의무를 부담하지만 프랑스 용익권에서는 용익권자가 이를 부담한다고 보여진다. 프랑스의 용익권에 관한 설명으로 남궁술, “프랑스 민법상 Usufruit”, 민사법학 제63-2호(2013.6), 한국민사법학회, 307면 참조.

프랑스의 경우 장기거주권은 제627조, 제631조, 제634조, 제635조의 조건 하에 행사된다.(제764조 제3항) 즉 생존배우자는 선량한 관리자의 주의로 목적물을 사용·수익하여야 하고(제627조), 사용권과 거주권을 타인에게 양도하거나 임대할 수 없으며(제631조, 제634조),¹⁶¹⁾¹⁶²⁾ 생존배우자가 토지로부터 과실 전부를 수취하거나 또는 가옥의 전부를 점유한 때에는 용익권자와 마찬가지로 토지의 경작비, 가옥의 수선비(réparations d'entretien) 및 공과금(paiement des contributions)을 부담하며(제635조 제1항) 과실의 일부만을 수취하거나 가옥의 일부만을 점유한 때에는 그가 향유하는 부분의 비율에 따라 이러한 비용을 부담한다.(동조 제2항)

배우자가 홀로 주택에 거주하여야 하는 것은 아니고 가족과 함께 동거하는 것도 허용된다.(제632조¹⁶³⁾)¹⁶⁴⁾ 이 경우 가족의 잘못으로 인한 손해배상은 생존배우자 자신의 잘못으로 인한 것으로 간주되어 생존배우자가 직접 그에 따른 책임을 부담한다.

거주권을 양도할 수 없다는 점에서 거주권에 대한 압류 또한 금지된다고 설명한다.¹⁶⁵⁾ 이러한 성격으로 인해 장기거주권은 주택을 압류한 채권자에게 대항할 수 있다. 이러한 측면에서 가족재산은 제215조 제3항¹⁶⁶⁾보다 제764조에 의해 더욱 강하게 보호될 수 있다. 생존배우자가 용익권으로 거주를 향유하는 경우에도 이러한 혜택이 유지된다.(제815-5조 제2항)

이러한 준용규정은 열거적인 것인가? 일부학자는 그렇게 보고 있으나¹⁶⁷⁾ 입법자는 생존배우자의 특별한 사정을 고려하여 제631조, 제634조, 제626조와 같은 규정을 마련하였고 이외에 입법자의 의사는 명확하지 않다. 거주·사용권에 관한 규정은 장기거주권에 대하여 보충적인 것으로 보이고 2001. 12. 3. 법률도 형식적으로는 그 적용을 배제하고 있지 않다.

생존배우자는 제764조 제4항에 따라 부속동산의 목록 및 부동산 현황조사서를 작성하여야 할 수 있다. 이러한 조치는 공동이익에 부합하는 것인데 통상 상속재산의 부담으로 부과되는 것이다. 생존배우자가 법정용익권자인 경우에는 제600조¹⁶⁸⁾에 의해 상속인은

161) 이는 용익권과 구별되는 점이다.

162) 새롭고 보다 거주에 적합한 주택으로 이동하기 위한 자금을 마련하기 위해 기존의 거주권의 목적이 되는 주택을 임차하는 것은 허용된다.(제764조 제5항)

163) “주택에 대하여 거주권을 향유하는 자는 이 권리의 취득 당시 아직 혼인하지 않은 경우에도 가족과 함께 해당 주택에서 거주할 수 있다.”

164) 이에 대하여 2001. 12. 3. 법률은 침묵하고 있다.

165) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 38.

166) 부부 일방이 타방의 동의 없이 가족의 주거를 보장하는 권리 및 부속 가구를 처분할 수 없다는 규정이다.

167) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 39.

168) “용익권자는 용익물의 현상대로 이를 수령한다. 그러나 용익권자는 소유권자의 입회 또는 법정절차에 따라 소유자를 소환하여 동산의 경우에는 동산목록, 부동산의 경우에는 부동산 현황서를 작성한 이후에만

이러한 조치를 취하여야 한다. 생존배우자가 무상양여로부터 용익권을 취득한 경우에는 그 무상양여를 한 처분자가 반대의 약정을 한 경우에도 상속인은 이러한 조치를 취할 것을 생존배우자에게 청구할 수 있다.(제1094-3조)

일본의 경우에도 생존배우자는 종전의 용법에 따라 선량한 관리자의 주의를 가지고 거주건물의 사용 및 수익을 하여야 한다고 규정하고 있다.(제1032조 제1항 본문) 다만, 종전 거주용으로 제공되지 않았던 부분에 대하여 이를 거주용에 제공하는 것을 방해하지 않는다.(동항 단서) 또한 장기거주권은 양도할 수 없고(동조 제2항) 생존배우자는 거주건물의 소유자의 승낙을 얻지 않는 한 거주건물의 개축 또는 증축을 하거나 제3자에게 거주건물의 사용 또는 수익을 하도록 할 수 없다.(동조 제3항) 생존배우자가 이러한 내용을 위반한 경우 거주건물의 소유자가 상당한 기간을 정하여 그 시정을 최고하여 그 기간 내에 시정이 되지 않은 경우에는 거주건물의 소유자는 당해 배우자에 대한 의사표시를 하여 배우자거주권을 소멸시킬 수 있다.(동조 제4항)

또한 배우자는 거주건물의 통상의 필요비를 부담하며(제1034조 제1항), 생존배우자는 거주건물의 사용 및 수익에 필요한 수선을 할 수 있으며(제1033조 제1항) 거주건물의 수선이 필요한 경우에 배우자가 상당한 기간 내에 필요한 수선을 하지 않는 때에는 거주건물의 소유자는 그 수선을 할 수 있다.(동조 제2항)

4. 장기거주권의 가액 평가

(1) 장기거주권의 상속분예의 충당

장기거주권은 상속권의 성격을 갖기 때문에 생존배우자의 상속분에서 장기거주권의 가액을 차감하여야 한다.

프랑스는 민법전 제765조 제1항에서 이를 명시하고 있다. 상속분에 추가하여 장기거주권이 인정되는 것이 아니라 장기거주권의 가액만큼 상속분에서 공제된다는 의미이다. 생존배우자가 단독상속을 하는 경우에는 이러한 문제가 발생하지 않는다.¹⁶⁹⁾ 유증에 의하여 장기거주권을 취득하는 경우에는 피상속인이 이러한 내용을 배제하고 상속분을 온전히 인정하도록 할 수 있다.¹⁷⁰⁾

용익권의 향유를 개시할 수 있다.”

169) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 58.

거주권의 가액이 상속권에 미치지 못하는 경우에는 생존배우자는 그 차액에 대하여 보충금의 지급을 상속재산에 청구할 수 있다.(동조 제2항) 물론 생존배우자는 이러한 권리를 행사하지 않을 수 있다. 반대로 거주권의 가액이 상속권의 가액을 넘는 경우에도 생존배우자는 그 차액을 지급할 필요가 없다.(동조 제3항) 이러한 내용은 법률이 생존배우자에게 부여하는 최소상속의 개념에 부합한다.¹⁷¹⁾ “생존배우자는 거주권 없이 소유권지분을 획득할 수 있고 그냥 거주권만을 취득할 수도 있으며 소유권과 함께 거주권을 취득하는 것도 가능하다.”¹⁷²⁾

주택이 자신의 소유에 속한다면 거주권의 가액은 상속권에서 공제할 수 없다. 주택이 공동상속인 중 하나의 소유에 속한다면 주택은 거주권에 의해 감소된 가치로 계산되어야 한다. 장기거주권의 가치는 배우자에게 분배되는 재산으로 할당되어야 한다. 분할 전 공유 중에 주택의 공동소유자인 배우자는 거주권을 주장할 수 있다. 2001. 12. 3. 법률은 이러한 공유에 거주권이 포함된다는 규정은 두고 있지 않다. 따라서 이 경우 공유에 관한 보통법 규율이 적용되어야 한다.¹⁷³⁾ 제815-9조,¹⁷⁴⁾ 제815-10조,¹⁷⁵⁾ 제815-11조¹⁷⁶⁾가 이에 해당한다. 거주권이 생존배우자의 상속권에 미치지 못한다면 생존배우자는 매년, 상속재산의 분할과정 중에도 차액에 대한 보충권을 주장할 수 있다. 반대로 거주자의 향유가 상속분보다 우월한 가치를 가지는 경우에는 그는 공유를 유지할 이유가 없고 장기거주권을 주장할 것이다.¹⁷⁷⁾

일본의 경우에도 장기거주권은 상속재산분할, 유증, 사인증여, 법원의 결정에 의해 취득되는데 상속재산 분할의 경우에는 상속인들의 합의에 의한 것이므로 가액산정의 필요가 없다고 볼 여지가 있으나 합의에 있어서 일응의 기준이 필요하고 상속세 부과 기준도 있어야 하기 때문에 장기거주권의 가액을 산정할 필요가 있다.¹⁷⁸⁾ 유증이나 사인증여의 경우에도 다른 상속인의 유류분 침해 여부를 검토하기 위하여 장기거주권의 가액을 산정할 필요가 있다.¹⁷⁹⁾ 법원의 결정에 의한 경우에도 장기거주권의 가치에 상당한 부분이 상속된

170) Grimaldi, *op. cit.*, n° 213(p. 173), n° 194.

171) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 58.

172) M. Grimaldi, AJF févr. 2002, p. 52.(JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 58에서 재인용)

173) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 51.

174) 각 공유자는 다른 공유자의 권리와 양립할 수 있는 범위 내에서 공유물을 그 용도에 따라 사용·수익할 수 있다는 규정이다.

175) 공유물로부터 발생한 과실 또는 수익은 공유재산에 속한다는 규정이다.

176) 공유물로부터 발생한 이익의 분배에 관한 규정이다.

177) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 51.

178) 日本弁護士連合會, 改正相續法のポイント, 2018, 183면.

것이라고 하고¹⁸⁰⁾ 가액 평가방법과 평가액은 상속재산분할의 심판의 내용에 해당하여 즉 시향고의 대상이 된다고 설명한다.¹⁸¹⁾

이와 같이 장기거주권은 생존배우자의 상속분에서 장기거주권의 가액을 차감하거나 상속분할시 협의의 기준이 되며 상속세 산정에 있어서도 필요하기 때문에 장기거주권의 가액이 얼마인지 평가하는 것이 중요하다.

(2) 장기거주권의 가액평가

1) 일본의 경우

일본에서는 차입에서 필요비를 뺀 값에 기대여명을 곱하고 다시 연금환원율을 곱하여 가액을 계산하여 이로 한다든지, 제한이 없는 온전한 소유권의 가액에서 임차권 등의 부담을 안고 있는 소유권의 가액을 뺀 값으로 한다든지 등의 논의가 있다.¹⁸²⁾

2) 프랑스의 경우

프랑스에서는 보다 명시적으로 2001. 12. 3. 법률 제8조에서 거주권의 **세법상(fiscale)** 평가방법을 규정하고 있다. “거주권의 가치는 조세기본법전 제762조 제1호(현재는 제669조)에 따라 결정되는 용익권 가치의 60%이다.” 2003. 12. 30. 법률은 용익권 가치의 평가기준에 대하여는 새로운 기준을 도입하였으나 거주권의 가치가 용익권의 60%인 점은 계속 유지되었다. 100%가 아니라 60%로 평가하는 이유는 거주권은 양도 및 임대(전대)가 되지 않기 때문이다.¹⁸³⁾¹⁸⁴⁾

용익권 평가를 위해 재정 담당 관청에 의해 마련된 기준은 남녀의 실제생활의 기대를 고려하지 않고 연령에 상관없이 10년으로 확정하기 때문에 실제 가치에 부합하지 않는다는 문제가 있다.¹⁸⁵⁾ 조세기본법 제669조(구 제762조)는 **민법상(civile)** 평가방법을 규정하고 있지 않다.

179) 日本弁護士連合會, 改正相續法のポイント, 2018, 183면.

180) 日本弁護士連合會, 改正相續法のポイント, 2018, 153면.

181) 日本弁護士連合會, 改正相續法のポイント, 2018, 189면.

182) 安達敏男 外, 相續法改正ガイドブック, 日本加除出版, 2018, 21-22면; 日本弁護士連合會, 改正相續法のポイント, 2008, 184면도 참조.

183) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 56.

184) 주택의 가액이 1600유로이고 생존배우자의 나이가 65세인 경우에는 장기거주권의 가액은 384유로이다. 65세의 용익권의 가액은 소유권 가액의 40%이고 장기거주권은 용익권 가액의 60%이기 때문이다. $60\% \times (1600\text{유로} \times 40\%) = 384\text{유로}$

185) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 57.

프랑스에서도 용익권자가 사용으로부터 얻는 이익을 보험회사의 계리사에 의해 만들어진 정기금 기준을 참조하여 자본원금으로 전환하는 방법을 택하고 있다.¹⁸⁶⁾ 이는 정기금 권리자의 나이와 기대여명을 고려하고 있다. 예컨대 1000유로의 정기금을 획득하기 위해서는 15000유로가 필요할 것이고, (승수가 15인 경우) 1000유로의 연간가치가 있는 용익권은 15000유로의 자본원금에 상응한다고 보는 것이다. 이를 생존배우자의 거주권의 가치를 평가하는데 적용한다는 것이다. 다만, 이러한 경우에 당사자의 의사는 주어진 상황의 특수성, 특히 생존배우자의 건강을 고려할 수 있다. 따라서 결국 주관적인 경제적 평가가 이루어져야 한다.

5. 생존배우자의 거주권 위치

(1) 프랑스의 경우

생존배우자는 원칙적으로 장기거주권을 양도하거나 이의 대상이 되는 주택을 임대할 수 없다. 생존배우자가 장기거주권을 투기 대상으로 삼지 않도록 하겠다는 취지를 가지고 있다. 그러나 다른 한편 장기거주권이 있는 주택이 시간이 지남에 따라 나이나 질병에 의해 장애가 있는 생존배우자의 필요에 적합하지 않게 되는 경우가 발생할 수 있다. 생존배우자가 자신의 상황에 더 부합하는 주거형태를 취하기 위해 거주권의 대상이 되는 주택을 임대할 필요가 있다. 프랑스에서는 명시적으로 이러한 권한을 생존배우자에게 부여하고 있다. (제 764조 제5항) 상업 또는 농업의 목적으로 임대하는 것은 다른 상속인에게 지나친 부담이 된다고 하여 제한하고 있다. 이는 용익권자가 제한소유권자(허유권자, nu-proprétaire)의 동의 없이 농지 등을 임대할 수 없도록 하는 제595조 제4항의 내용과 상통하는 것이라고 설명한다.¹⁸⁷⁾

임차여부결정은 생존배우자나 그 대리인이 한다. 법률은 명시적으로 보좌인(curatelle)이 있는 배우자나 그러한 종류의 후견인이 없는 의사표시를 할 수 없는 배우자에 대하여는 다루지 않는다. 생존배우자가 자신의 의사를 표시할 수 있는 상태에 있거나 정당하게 대리자가 되고 있는 경우라면 공동상속인의 동의는 필요하지 않다.¹⁸⁸⁾ 소유자인 공동상속인이

186) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 57.

187) Grimaldi, *op. cit.*, n° 212(fn. 326).

188) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 62.

생존배우자의 상황이 주거의 임대를 정당화하지 않는다고 평가하는 경우에 생존배우자와 공동상속인 사이의 이해충돌의 가능성이 존재한다.

상속권이 있는 배우자나 제한소유자인 상속인은 주택의 소유권을 회복하기 위해 장기거주권을 포함한 모든 용익권을 종신정기금이나 채권원본으로 변환할 것을 제안할 수 있다. (프랑스 민법 제759조, 제761조) 장기거주권을 종신정기금채권으로 전환하기 위해서는 모든 이해관계자의 동의가 필요하다. (제760조 제3항, 제761조, 제766조 제1항) 상속재산의 분할이 있기 전에는 모든 공동상속인이 이에 해당하고 분할 후에는 생존배우자와 해당 주택을 취득한 자가 이에 해당한다. 생존배우자가 이를 거절하면 법원의 판단을 피할 수 없고, 긴급한 경우에는 긴급심리판사가 관여한다.¹⁸⁹⁾

정당한 이유의 판단은 건강상태를 넘어서 즐거움이 없는 것을 포함한다. 필요에 부합한다는 것도 마찬가지로 유리한 해석을 할 수 있다. 아파트가 너무 크거나 너무 덩다거나 엘리베이터가 없는 고층인 경우가 이에 해당한다. 생존배우자는 더 나은 의료보험이 있는 주택, 자녀가 더 가까운 주택, 좋은 기후의 주택을 원할 수 있다.

임대는 새로운 주거에 필요한 재원을 마련하기 위한 것이다. 새로운 주거의 비용이 더 저렴한 경우 생존배우자가 상속재산에서 차액을 받을 있는 것은 아니다. 반대의 경우 상속재산에서 생존배우자에게 차액을 청구할 수도 없다. 이것은 프랑스 민법 제764조의 논리적 귀결이다.

주거에 대하여 채권원본으로의 전환을 취하고 부속동산에 대하여 정기금채권으로 전환하는 것도 가능하고 그 반대도 물론 가능하다. 거주권의 평가는 현재의 임대시장을 기준으로 하여야 한다. 전환의 타당성에 대하여는 법원에서 심사한다.

(2) 우리의 경우

우리의 경우에는 장기거주권의 양도나 임대를 인정할 필요가 없다고 생각한다. 장기거주권의 양도는 일본이나 프랑스에서도 이를 인정하지 않고 있고 장기거주권의 대상이 되는 주택의 임대료에 관하여는 프랑스에서만 예외적인 상황에서 이를 허용하고 있다. 해당 주택이 생존배우자의 거주에 적합하지 않게 된 경우에는 주택의 소유자와 협의하여 장기거주권을 소멸시키는 대가로 일정액을 수령하는 것이 타당하다고 생각한다. 장기거주권이 지나치게 장기화되는 문제를 해결할 수 있는 길이 되기 때문이다. 장기거주권의 대상이 된 주택

189) JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767 Fasc. 20, n° 62.

을 임대하면서까지 생존배우자의 장기거주권을 존속시키는 것은 주택 소유자에게 지나친 부담을 안겨 주는 것이 될 수 있고 생존배우자의 거주에 적합하지 않게 되었다는 기준도 모호한 것이기 때문에 법적 분쟁의 대상이 될 여지가 높다고 보여진다.

또한 장기거주권을 정기금채권 또는 채권원본으로의 전환하는 규정을 둘 필요가 없다고 생각한다. 거주권을 정기금채권 등으로 전환하는 것은 용익권을 정기금채권 등으로 전환하는 프랑스 법제도에서 기인하는 것이고 우리는 지상권이나 전세권을 정기금채권으로 전환하는 규정을 인정하지 않고 있다. 따라서 당사자의 합의로 장기거주권을 포기하고 그 대가로 종신통정기금채권을 발생시키는 것은 당연히 허용되는 것이지만, 이에 관한 규율을 장기거주권에 국한하여 명문화할 필요는 없다고 할 것이다. 이에 대하여는 좀 더 논의를 거쳐 용익권 전반에 관하여 이러한 규정을 둘 필요가 있는지 검토하여야 할 것이다.

V. 결 론

생존배우자의 거주권에 관한 프랑스와 일본의 내용을 표로 정리하면 다음과 같다.

	프랑스		일 본	
	단기거주권	장기거주권	단기거주권	장기거주권
법적성격	채권	물권	채권(사용대차)	채권
근거	혼인	상속	혼인	상속
강행규정	강행규정	불해당	강행규정	
발생원인	거주	거주+상속	무상거주	상속분할, 유증, 사인증여, 법원의 결정
상속결격자		불가	불가	
피상속인의 반대의사로 박탈 가능 여부	박탈 불가	공정증서에 의한 의 사표시로 거주권 박 탈 가능	박탈 불가	박탈 불가
무상 여부	무상	상속분 공제	무상	상속분 공제
피상속인 소유	요구	요구	요구	요구

	프랑스		일본	
	단기거주권	장기거주권	단기거주권	장기거주권
등거여부	불요	불요	불요	불요
주된 주거	요구	요구	불요	불요
생존배우자 의사	불요	필요	불요	필요
사용수익	사용	사용	사용	사용·수익
주택 전부	기존사용부분	기존사용부분	기존사용부분	전부
부속동산 사용권	존재	존재		
등기	불가		불가	가능
양도 가부	불가	불가	불가	불가
(소유자 승낙 없이) 임대 가부	불가	예외적으로 가능 (새로운 주택이 필 요한 경우)	불가	불가
종신정기금 또는 원본으로 전환 가부	불가	가능	불가	불가
개축증축 가부			불가	불가
기간	1년	종신	상속분할일과 상속 개시 후 6개월 경과 일 중 더 늦은 날	원칙적으로 종신
용법			중전의 용법	중전의 용법
주의의무	선량한 관리자	선량한 관리자	선량한 관리자	선량한 관리자
통지의무			수선필요가 있거나 제3자의 권리주장이 있는 경우	수선필요가 있거나 제3자의 권리주장이 있는 경우
비용 부담	수도·가스·전기	수도·가스·전기, 거주세, 수선비	통상의 필요비	통상의 필요비

피상속인의 상속재산이 매우 많은 경우에는 생존배우자의 거주권이 별로 문제되지 않을 것이다. 생존배우자는 유류분만 확보되어도 거주권 보장에 어려움이 없을 것이기 때

문이다.

생존배우자의 거주권이 주로 문제되는 것은 해당 주택이 상속재산의 유일한 또는 대부분의 재산을 차지하고 있는 경우이다. 이 경우에 상속재산의 분할이 이루어지면 생존배우자의 거주권이 실질적으로 위협을 받을 것이다. 생존배우자가 피상속인의 직계혈족인 다른 공동상속인의 상속지분의 150%를 법정상속 받고 피상속인의 반대의사가 있더라도 유류분에 의하여 최소한 다른 공동상속인의 지분의 75%는 보장받는다는 점에서 이를 가지고 사실상 거주비용으로 쓰면 되지 않겠는가 생각해 볼 수 있다. 이러한 생각의 타당성을 검증하기 위하여 통상적으로 발생할 수 있는 구체적인 예를 상정해 보기로 하자.¹⁹⁰⁾

예컨대 상속재산으로 7억짜리 30평 아파트가 있고 상속채무로 3억 5천만원의 채무가 있으며 상속인으로는 피상속인이 전처로부터 출생한 딸 2명과 생존배우자가 있다고 하면 생존배우자는 아파트 지분 3/7을 상속받고 상속채무 1억 5천만원을 부담하게 될 것이다. 이 경우 생존배우자는 그 아파트에 계속 살면서 상속채무에 대한 이자 및 원금을 상환함과 동시에 다른 공동상속인이 보유한 아파트 지분에 따른 차임상당의 부당이득을 반환하여야 한다. 차임이 월 175만원이라고 한다면 매달 100만원을 다른 공동상속인에게 각 50만원씩 지급하여야 할 것이다. 따라서 생존배우자는 매달 100만원의 부당이득반환채무와 상속채무 1억 5천만원에 대한 원리금상환의무(이율이 연 3%이고 원금을 30년 동안 상환하는 조건이라면 대략 월 50만원 정도)를 부담하게 된다. 즉 매달 150만원을 지급할 능력이 되어야 해당 아파트에 계속 살 수 있게 된다. 이 경우 피상속인의 두 딸은 아파트 지분 2/7을 상속받고 상속채무 1억원을 부담하며 생존배우자로부터 매달 50만원씩 지급받을 채권을 가지게 될 것이다. 즉 매달 50만원을 받아 1억원에 대한 원리금 상환(월 35만원 정도)을 하여야 할 것이다. 생존배우자가 어느 정도 재력과 소득이 있다면 계속 해당 주택에 거주할 수 있겠지만 그렇지 않은 경우에는 해당 주택을 처분하여 보다 유지비가 저렴한 주택으로 이사하여야 하게 될 것이다. 생존배우자가 해당 아파트에 거주하기를 포기할 경우 아파트 지분에 따른 부당이득채권으로 월 75만원을 받고 매달 50만원의 원리금 상환을 하면 25만원을 얻게 된다.

다른 상속인과 협의하여 아파트를 시가에 매각하고 해당 자금으로 채무를 상환하는 경우에 생존배우자는 1억 5천만원을 받게 되고,¹⁹¹⁾ 생존배우자는 이 금액을 가지고 남은 생애

190) 일본에서는 배우자 장기거주권 사례로 피상속인이 2000만엔의 주택과 3000만엔의 예금을 남기고 상속인으로 배우자와 1명의 자녀가 있는 경우를 제시한다. 이 때 배우자가 자녀가 각각 1/2 상속분을 가지는데 종전에는 생존배우자가 주택의 소유권과 500만엔의 예금을 상속받게 되는 반면, 개정 이후에는 생존배우자가 1000만엔에 상당하는 장기거주권과 1500만엔의 예금을 상속받을 수 있어 노후보장에 더 충실하게 된다고 설명한다. www.komei.or.jp/km/amagasaki-nakao-kenichi/2018/08/16/ (2019. 3. 24. 방문)

191) 이는 물론 상속세, 양도소득세 등 제반세금을 고려하지 않은 것으로 실제로는 보다 작은 금액을 받게 될

를 버틸(?) 궁리를 하여야 한다. 피상속인의 두 딸은 각 1억원씩 상속받게 된다.

이러한 경우 생존배우자의 거주권을 인정하여 준다면 생존배우자는 해당 아파트에 계속 거주하면서 상속채무 1억 5천만원에 대한 원리금상환금(매달 50만원 정도)을 지급하여야 하게 된다. 피상속인의 두 딸은 각각 1억원에 대한 원리금상환(매달 35만원 정도)을 하여야 한다. 즉 생존배우자는 매달 50만원만 내고 해당 주택을 계속 사용할 수 있게 되고 피상속인의 두 딸은 위 아파트의 소유권에 대한 지분¹⁹²⁾은 가지고 있지만, 매달 35만원을 지급하여야 하는 부담을 안게 된다.

생존배우자의 거주권을 인정하지 않는다면 월 150만원의 부담이 작지 않으므로 보다 작고 입지가 열악한 곳으로 이사할 가능성이 높을 것이고 생존배우자의 거주권을 인정한다면 월 50만원을 부담하면서 계속 그곳에 거주할 가능성이 상당히 있다고 할 것이다. 피상속인의 두 딸의 입장에서는 생존배우자의 거주권이 부인된다면 차임상당의 부담이득반환채권을 받아서 상속채무의 원리금 상환을 할 수 있겠지만, 생존배우자의 거주권이 인정된다면 월 35만원의 부담을 감당할 수 없다고 판단되는 경우에는 위 아파트에 대한 자신의 지분을 비교적 헐값에 매각하여 그 자금으로 상속채무를 상환하려고 할 것이다. 즉 장기거주권의 인정여부에 따라 생존배우자와 두 자녀의 부담이 현저히 달라질 수 있고 그에 따라 해당 주택에 대한 보유지분을 처분하느냐의 문제가 좌우될 여지가 높다고 할 수 있다.

이와 같이 장기거주권을 인정하는 것은 경우에 따라 다른 공동상속인에게 지나친 부담이 되는 경우가 발생할 수 있고 개별 상속 사례에 따라 다양한 상황이 펼쳐질 수 있기 때문에 획일적으로 인정하거나 부정하는 것은 타당하지 않다고 생각한다. 생존배우자의 신청이 있는 경우에 가정법원이 제반사정을 고려하여 장기거주권을 인정하는 것이 좋다고 생각하며 그 기간 또한 원칙적으로 생존배우자의 종신까지로 하되 구체적 사정을 고려하여 그보다 짧은 기간을 인정하는 것도 허용하는 것이 타당할 것이다. 피상속인이 생전증여나 유증으로 생존배우자에게 장기거주권을 부여하는 것은 그의 재산처분의 자유에 속하는 것이므로 허용하는 것이 옳다고 보이고 상속재산분할과정에서 공동상속인들이 합의하여 생존배우자에게 장기거주권을 부여하는 것도 허용되어야 할 것이다. 현행법제도를 통해 이러한 형태의 장기거주권을 구성하는 것은 쉽지 않은 것으로 보이고, 생존배우자에게 주택의 소유권을 이전하거나 주택을 수탁자에게 신탁하여 생존배우자가 거주하도록 하는 방법을 생각해 볼 수 있다. 그러나 거주권만 인정하면 죽은 상황에서 소유권까지 이전하는 것은 당사자의

수 있다.(상속재산이 10억원도 되지 않으므로 상속세는 거의 부담하지 않는다고 보여진다.)

192) 이 때 두 딸의 소유지분은 생존배우자가 장기거주권을 차지한 것을 고려하여 2/7보다 높게 설정될 것이다. 예컨대 생존배우자에게 장기거주권을 인정하는 대가로 두 딸의 소유지분은 1/2씩 인정하는 것도 가능하게 된다. 그러나 이러한 소유지분은 장기거주권의 부담을 안고 있는 것이기 때문에 반드시 기존의 2/7 지분 보다 가액이 더 높다고 단정지를 수는 없다.

의사와 편리에 반하는 것이 될 수 있고 신탁을 하는 방법 또한 상당한 비용이 들고 법률관계가 복잡해진다는 단점이 있을 수 있다. 향후에 장기거주권 규정을 민법에 신설한다면 보다 손쉽게 생존배우자의 주거 안정을 도모할 수 있을 것이다.

생존배우자에게 단기거주권만 인정해 주는 것은 어떠한가? 생존배우자가 피상속인의 사망에 대하여 충분히 받아들이고 새로운 생활에 적응할 수 있는 기간만큼은 피상속인의 사망 당시 거주했던 주택에 계속 거주할 수 있는 권리를 보장하는 것이 필요하다고 볼 수 있다.

우리 민법의 경우에는 생존배우자의 거주권 보장을 위한 규정은 없고 생존배우자는 다른 공동상속인과 협의하여 상속재산을 분할하여야 한다. 상속재산이 많은 경우에는 생존배우자의 거주권도 협의과정에서 어느 정도 보장될 여지가 있겠지만, 상속재산이 생존배우자가 상속개시 당시 거주하고 있었던 주택 하나뿐이라면 다른 공동상속인의 분할청구에 의하여 거주권이 심각하게 침해받을 수 있다. 생존배우자는 그 주택을 다른 공동상속인에게 인도하여야 하거나, 계속 거주하는 경우에도 상속지분을 초과하는 부분에 대하여는 차임상당의 부당이득금을 지급하여야 한다. 공동상속인의 이러한 청구가 신의칙상 받아들여지지 않을 가능성도 배제할 수 없으나, 신의칙의 보충적 성격에 비추어 볼 때 달리 명문의 규정이 없는 상태에서 막연히 공동상속인들의 이러한 청구를 권리남용이나 신의칙위반을 이유로 배척하기도 어렵다고 할 것이다.

생존배우자는 상속지분에 해당하는 금액을 청산 받고 이를 가지고 다른 곳에 살 집을 마련하는 것도 가능하다고 할 것이기 때문에 이러한 결과가 반드시 부당하다고 할 것은 아니라고 볼 수도 있다. 특히 생존배우자가 매우 젊고 남은 생애가 길다고 기대되는 경우에는 그의 사망시까지 상속재산분할에 제약을 가하는 것은 다른 공동상속인의 입장에서는 지나치다고 느낄 수 있는 부분이 있을 것이다.

이와 같이 생존배우자의 단기거주권을 보장하는 것은 여러 가지 측면에서 필요하고 현행법의 해석에서도 어느 정도 긍정적인 해답을 도출할 수 있을 것인데 이를 민법전 규정을 명문화하여 확실히 보장해 주는 것이 좋다고 생각한다. 프랑스와 같이 1년을 보장하는 방안도 고려할 만하지만 프랑스의 경우에는 장기거주권, 공유유지, 우선분배권, 부양청구권 등 생존배우자를 보호하는 다양한 제도가 보장되어 있다는 점을 고려한다면 이러한 제도가 없는 우리의 경우에는 좀 더 장기간 이를 보장해 주는 것이 좋다고 할 것이다. 주택임대차보호법에서 임차인에게 2년의 기간을 보장하여 주고 있으므로 2년의 기간을 보장한다는 정도로 규정을 만들면 좋다고 생각한다. 또는 단기거주권의 기간을 2년으로 정해두고 상속

재산분할과정에서 법원이 제반사정을 고려하여 단기거주권의 기간을 연장할 수 있도록 하는 것도 좋은 방안이 될 것이다. 상속개시시부터 상속재산 분할시까지의 기간 동안 생존배우자의 거주권을 보장하는 방안은 생존배우자가 단기거주권 향유를 위하여 상속재산분할에 소극적인 태도를 보이거나 기타 다른 사유로 상속재산분할이 장기간 지체되어 생존배우자에게 망외의 이익을 줄 수 있기 때문에 바람직하지 않다고 보인다.

피상속인의 배우자가 거주권의 대상이 되는 주택에 임대차의 형태로 살고 있었던 경우에는 상속재산에서 그 차임 상당액을 지급하는 것으로 하여야 할 것이다. 단기거주권의 기간인 2년이 경과하기 전에 임대차가 종료하는 경우에도 생존배우자는 상속재산으로부터 받은 차임 상당액을 가지고 새로운 주거를 얻을 수 있을 것이다. 피상속인과 제3자가 해당 주택을 공동소유하고 있었던 경우에는 제3자의 지분에 따른 차임 상당액을 상속재산에서 지원하여 주면 될 것이다.

생존배우자 거주권 규정을 민법전에 신설한다면 다음과 같이 할 수 있을 것이다.

제6절 생존배우자의 거주권

제1112조(단기거주권)

- ① 피상속인의 배우자는 피상속인의 재산에 속하거나 부부가 공유하는 주택에 상속개시 시에 거주하고 있었던 경우에는 그 주택에 2년 동안의 단기거주권을 무상으로 취득한다. 제3자가 이러한 주택의 전부 또는 일부를 소유하는 경우에는 피상속인의 배우자가 그 지분에 따른 차임 상당의 가액을 지급하고 이를 상속재산에서 보상받는다.
- ② 단기거주권은 혼인의 효력에서 발생한다.
- ③ 단기거주권은 피상속인의 의사로 배제할 수 없고, 타인에게 양도하거나 임대할 수 없다.
- ④ 제1004조 제1호, 제2호의 상속결격 사유에 해당하는 자는 단기거주권을 취득할 수 없다.
- ⑤ 단기거주권은 주택의 거주에 필요한 부속 동산에도 미친다.
- ⑥ 단기거주권을 취득한 자는 선량한 관리자의 주의로 주택을 관리하여야 하며 통상의 필요비를 부담한다.

제1113조(장기거주권)

- ① 상속분할청구를 받은 가정법원은 피상속인의 배우자가 상속개시 시에 거주하고 있었던 주택에 대하여 그의 신청에 따라 해당 주택의 소유자가 입을 불이익과 그 배우자의 필요를 고려하여 장기거주권의 취득을 인정할 수 있다. 피상속인의 배우자는 사인증여, 유증, 상속재산분할협의에 의하여도 장기거주권을 취득할 수 있다.
- ② 장기거주권의 기간은 그 배우자의 사망 시까지로 한다. 다만, 가정법원이 제반사정을 고려하여 달리 정할 수 있다.

- ③ 장기거주권은 등기할 수 있다.
- ④ 장기거주권은 피상속인의 의사로 배제할 수 없고, 타인에게 양도하거나 임대할 수 없다.
- ⑤ 상속결격 사유에 해당하는 자는 장기거주권을 취득할 수 없다.
- ⑥ 장기거주권은 주택의 거주에 필요한 부속 동산에도 미친다.
- ⑦ 장기거주권을 취득한 배우자는 선량한 관리자의 주의로 주택을 관리하여야 하며 통상의 필요비를 부담한다.

〈참고문헌〉

I. 국내문헌

- 곽민희, “프랑스에 있어서 生存配偶者의 相續法上의 地位”, 민사법학 제59호(2012.6), 한국민사법학회. [곽민희, “프랑스에 있어서 생존배우자의 상속법상의 지위”]
- 김기환, 프랑스 민법상 은혜기간, 비교사법 제25권 2호(통권81호)(2018.5). [김기환, “프랑스 민법상 은혜기간”]
- 김상용, “자녀의 유류분권과 배우자 상속분에 관한 입법론적 고찰”, 민사법학 제36호(2007.5), 한국민사법학회.
- 김은아, “배우자의 재산상속상 지위와 그 강화”, 민사법학 제30호(2005.12), 한국민사법학회.
- 김인유, “사실혼이 일방의 사망으로 해소된 경우 생존 사실혼 배우자의 보호방안”, 법학논고 제52집(2015.11), 경북대학교 법학연구원.
- 김주수·김상용, 친족·상속법, 제13판, 법문사, 2016
- 남궁술, “프랑스 민법상 상속재산분할의 진행에 관한 연구-2006년 개정민법을 중심으로”, 민사법학 제59호(2012.6), 한국민사법학회. [남궁술, “프랑스 민법상 상속재산분할의 진행에 관한 연구”]
- _____, “프랑스 민법상 Usufruit”, 민사법학 제63-2호(2013.6), 한국민사법학회.
- _____, “프랑스 민법상 우선분배제도에 관한 연구”, 법학연구 제25권 제1호(2017.1), 경상대학교 법학연구소. [남궁술, “프랑스 민법상 우선분배제도에 관한 연구”]
- 남효순, “프랑스민법상 상속재산 분할의 효력”, 민사법학 제59호(2012.6), 한국민사법학회. [남효순, “프랑스민법상 상속재산 분할의 효력”]
- 박인환, “일본의 상속법 개정동향”, 법학연구 제21집 제3호(2018.9), 인하대학교 법학연구소. [박인환, “일본의 상속법 개정동향”]
- 송덕수, 친족상속법, 제2판, 박영사, 2016.
- 사단법인 한불민사법학회, 『프랑스 민법전』 번역-제3권 제1편, 제2편-, 2018년도 법무부 연구용역 보고서.

II. 국외문헌

日本弁護士連合會, 改正相續法のポイント, 新日本法規, 2018.

安達敏男 外, 相續法改正ガイドブック, 日本加除出版, 2018.

潮見佳男, 詳解 相續法, 弘文堂, 2018.

米倉裕樹, 條文から読み解く 民法 [相續法制] 改正点と實務への影響, 清文社, 2018.

Lange · Tischer, Familien- und Erbrecht, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017. [Lange/
Tischer]

Michel Grimaldi, Droit des successions, 7e éd., LexisNexis, 2017. [Grimaldi]

Nathalie Levillain et al., Liquidation des successions, 4e éd., Dalloz, 2018.
[Levillain]

Nicolas Damas et al., Droit et pratique des baux d'habitation, 9e éd., Dalloz,
2017. [Damas]

Richard Florida, *The New Urban Crisis*, Basic Books, 2017.

Yiannopoulos, *Louisiana Civil Code*, 2015 ed., Vol. 1.

Raymond Le Guidec et Gérard Chabot, *Répertoire de droit civil*, "Succession:
dévolution", Dalloz, 2009. [Le Guidec, *Répertoire de droit civil*,
"Succession: dévolution"]

JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767/Pierre Catala et Laurent
Leveneur(2015.9), Fasc. 20. [JurisClasseur Civil Code Art. 756 à 767
Fasc. 20]

Münchener Kommentar zum BGB · Küpper, 7. Aufl. 2017, §1969. [MüKoBGB/
Küpper BGB §1969]

부록 : 프랑스 민법전 생존배우자 거주권 규정¹⁹³⁾

Paragraphe 3 : Du droit au logement temporaire et du droit viager au logement

제3관 단기거주권 및 장기거주권

Article 763 Si, à l'époque du décès, le conjoint successible occupe effectivement,

à titre d'habitation principale, un logement appartenant aux époux ou dépendant totalement de la succession, il a de plein droit, pendant une année, la jouissance gratuite de ce logement, ainsi que du mobilier, compris dans la succession, qui le garnit.

사망시에 상속권이 있는 배우자가 부부에게 속하거나 그 전부가 상속재산에 속하는 주택을 주된 주거로써 실제로 점유하고 있는 경우, 그는 법률상 당연히 1년간 그 주택 및 상속재산에 포함되어 있는, 그 주택에 부속된 동산을 무상으로 향유한다.

Si son habitation était assurée au moyen d'un bail à loyer ou d'un logement appartenant pour partie indivise au défunt, les loyers ou l'indemnité d'occupation lui en seront remboursés par la succession pendant l'année, au fur et à mesure de leur acquittement.

배우자의 거주가 주택임대차 또는 망인의 공유지분으로 보장되어 있던 경우에는 차임 또는 점유보상금이 변제가 될 때마다 1년간 상속재산에서 배우자에게 상환된다.

Les droits prévus au présent article sont réputés effets directs du mariage et non droits successoraux.

본조에 규정된 권리는 상속상 권리가 아니고 혼인의 직접적 효과로 본다.

Le présent article est d'ordre public.

본조는 강행규정이다.

193) 사단법인 한불민사법학회, 『프랑스 민법전』 번역 - 제3권 제1편, 제2편 -, 2018년도 법무부 연구용역 보고서, 40-45면 참조.

Article 764

Sauf volonté contraire du défunt exprimée dans les conditions de l'article 971, le conjoint successible qui occupait effectivement, à l'époque du décès, à titre d'habitation principale, un logement appartenant aux époux ou dépendant totalement de la succession, a sur ce logement, jusqu'à son décès, un droit d'habitation et un droit d'usage sur le mobilier, compris dans la succession, le garnissant.

제971조의 요건 하에서 망인이 반대 의사를 표시한 경우를 제외하고, 사망시에 부부에게 속하거나 그 전부가 상속재산에 속하는 주택을 주된 주거로써 실제로 점유하던 상속권이 있는 배우자는 종신까지 그 주택에 대한 거주권 및 주택에 부속되고 상속재산에 포함된 동산에 대한 사용권을 가진다.

La privation de ces droits d'habitation et d'usage exprimée par le défunt dans les conditions mentionnées au premier alinéa est sans incidence sur les droits d'usufruit que le conjoint recueille en vertu de la loi ou d'une libéralité, qui continuent à obéir à leurs règles propres.

제1항에 규정된 요건 하에서 망인에 의하여 표시된 거주권 및 사용권의 박탈은 법률 또는 무상양여에 의하여 배우자가 수취한 용익권에 영향이 없으며, 이러한 용익권은 고유한 규정에 계속 따른다.

Ces droits d'habitation et d'usage s'exercent dans les conditions prévues aux articles 627, 631, 634 et 635.

이러한 거주권 및 사용권은 제627조, 제631조, 제634조 및 제635조에 규정된 요건 하에 행사된다.

Le conjoint, les autres héritiers ou l'un d'eux peuvent exiger qu'il soit dressé un inventaire des meubles et un état de l'immeuble soumis aux droits d'usage et d'habitation.

배우자, 다른 상속인 또는 그들 중 1인은 사용권 및 거주권의 대상이 되는 동산목록 및 부동산현황의 작성을 요구할 수 있다.

Par dérogation aux articles 631 et 634, lorsque la situation du conjoint fait que le logement grevé du droit d'habitation n'est plus adapté à ses besoins, le conjoint ou son représentant peut le louer à usage autre que commercial ou agricole afin de dégager les ressources nécessaires à de nouvelles conditions d'hébergement.

제631조 및 제643조의 규정에도 불구하고, 거주권이 설정된 주택이 배우자의 상황으로 인해 더 이상 그에게 적합하지 않게 된 경우에는, 배우자 또는 그의 대리인은 새로운 거주 의 조건에 필요한 수입을 얻기 위하여 상업 또는 농업 이외의 용도로 그 주택을 임대할 수 있다.

Article 765

La valeur des droits d'habitation et d'usage s'impute sur la valeur des droits successoraux recueillis par le conjoint.

거주권 및 사용권의 가액은 배우자가 수취한 상속권의 가액에 충당된다.

Si la valeur des droits d'habitation et d'usage est inférieure à celle de ses droits successoraux, le conjoint peut prendre le complément sur les biens existants.

거주권 및 사용권의 가액이 배우자의 상속권의 가액보다도 적은 경우, 배우자는 현존하는 재산에서 보충을 얻을 수 있다.

Si la valeur des droits d'habitation et d'usage est supérieure à celle de ses droits successoraux, le conjoint n'est pas tenu de récompenser la succession à raison de l'excédent.

거주권 및 사용권의 가액이 배우자의 상속권 가액보다 많은 경우, 배우자는 초과를 이유로 상속재산에 대해 상환의무를 부담하지 아니한다.

Article 765-1

Le conjoint dispose d'un an à partir du décès pour manifester sa volonté de bénéficier de ces droits d'habitation et d'usage.

배우자는 사망시로부터 1년간 거주권 및 사용권의 향유의사를 표시할 수 있다.

Article 765-2

Lorsque le logement faisait l'objet d'un bail à loyer, le conjoint successible qui, à l'époque du décès, occupait effectivement les lieux à titre d'habitation principale bénéficie du droit d'usage sur le mobilier, compris dans la succession, le garnissant.

주거가 주택임대차의 대상이 되어 있었던 경우, 사망 시에 주된 거주로 건물을 실제로 점유하고 있던 상속권 있는 배우자는, 상속재산에 포함되어 있는 그 주택에 부속된 동산에 대한 사용권을 향유한다.

Article 766 Le conjoint successible et les héritiers peuvent, par convention, convertir les droits d'habitation et d'usage en une rente viagère ou en capital.

상속권이 있는 배우자 및 상속인은 합의에 의하여 거주권 및 사용권을 종신정기금 또는 원본으로 전환할 수 있다.

S'il est parmi les successibles parties à la convention un mineur ou un majeur protégé, la convention doit être autorisée par le juge des tutelles.

합의의 당사자인 상속권자 중에 미성년자 또는 피보호성년자가 있는 경우, 그 합의는 후견법원에 의하여 허가되어야 한다.

Rights to Lodging of Surviving Spouse

KIM, Gee Hwan*

<Abstract>

In 2018, considering the aging couples in Japan, rights to lodging of surviving spouse was enacted into Japanese civil code which is likely originated from French civil code. There are two kinds of rights to lodging, temporary and life-long one. Several strong reasons support temporary rights to lodging. It is only a short period before the distribution of succession property and does not cause serious harms to inheritors. It also secures substantial benefit of surviving spouse who may suffer depression from the death of her or his spouse. It also tend to correspond to the potential will of the deceased.

On the contrary it is more reluctant to grant life-long rights to lodging because it may cause serious damage to the inheritors. There is no special reason to provide this right to the surviving spouse if she or he is still very young because she/he can make a living by herself/himself and would have moved to several other houses during his/her lifetime without the death of the deceased. When the surviving spouse is aged then it is not so much burdensome to the inheritors to grant such rights to her/him. So it is proper to give family court the power to decide on this issue considering all the conditions surrounding the matter. It should be excluded to allow the surviving spouse to have such rights who has no succession right because of her/his bad behaviors excluding him/her from the inheritance.

Keywords : Surviving spouse, Rights to lodging, Inheritance, Personal property, French civil code

* Judge Advocate of South Korean Army

범인도피죄와 위증죄에서 자기 사건 교사의 처벌가능성

광주지방법원 부장판사 정재희

논문요지

범인 스스로가 도피하는 행위는 형사처벌의 대상이 아니지만, 범인이 타인을 교사하여 자신을 도피하게 하는 경우 또는 형사피고인이 제3자를 부추겨서 허위의 증언을 하게 만든 경우 범인도피사나 위증교사로 처벌할 수 있는지가 이 글의 쟁점이다. 주지하다시피 다수의 견해는 범인에게 기대가능성이 없거나 정범이 될 수 없는 자를 공범으로 처벌하는 것은 부당하다는 이유로 부정하는 반면, 판례는 방어권의 남용이라는 이유로 처벌을 긍정한다. 이 글을 쓴 첫 번째 이유는 다수의 견해가 범죄체계론의 각 단계에서 이론적인 정합성을 갖춘 것인지를 검증하려는 것이다. 두 번째 이유는 범인도피죄와 관련된 최근 판례의 추세를 분석하여, 범인도피죄에서 자기사건 교사의 가벌성을 긍정하면서도 이를 합리적인 범위 내에서 제한하는 방법이 가능한지를 살피려는 것이다.

첫 번째 논의와 관련하여 ① 범인 이외의 자가 범인을 도피시킨 경우에만 처벌하므로, 제3자의 도피 범행에 범인이 교사범의 형태로 가담하더라도 이른바 편면적 대항범으로서 형법총칙상의 공범 규정이 배제될지 여부가 문제되나, 강학상 인정되는 편면적 대항범 이론이 적용될 수 있는 상황(긴급피난과 유사한 상황)이나 최소한의 관여 정도를 벗어났으므로 이를 긍정하기 어렵다. ② 공범의 처벌근거와 관련하여 혼합적 야기설에 의하더라도 타인을 범인도피범행에 관여시킴으로써 행위반가치가 인정되고, 그 타인이 실행행위를 함으로써 결과반가치가 인정되므로, 실질적인 불법성을 인정하는데 지장이 없다. ③ 기대가능성이나 범인의 자기 비호권(nemo tenetur 원칙)과 관련해서도 기대불가능성의 일반요건인 보충성이 충족된 것으로 볼 수 없고, 자기비호권의 한계를 벗어난 것으로 보인다.

다만 범인도피죄에 대한 판례의 흐름을 보면, 판례는 범인도피죄의 정범의 입장에서 도피의 개념을 제한하여 행위 자체의 적극성이나 도피의 결정적 원인이 될 것을 요구한 바 있고, 최근 2013도12079 판결에서는 범인이 타인에게 도피를 교사하더라도 그것이 범인 스스로의 통상적인 도피의 범주에 포함되거나, 방어권의 남용에 해당되지 않는 경우에는 교사범 성립을 제한한 바 있다. 즉 판례는 범인도피죄 정범과 교사범 양자에서 이중의 '적극성'을 요구하는 것으로 보이는바, 향후 실무례가 짐작되면 범인도피죄에서 자기 사건 교사의 처벌확대로 인한 문제가 상당부분 해소될 것으로 기대된다.

검색용 주제어: 범인도피, 위증, 자기 교사, 편면적 대항범, 자기비호, 혼합적 야기설, 기대불가능성

* 논문접수: 2019. 2. 11.

심사완료: 2019. 3. 5.

게재확정: 2019. 3. 8.

I. 문제의 출발

이 글은 범인이 타인을 교사하여 자신을 도피시킨 경우와 피고인이 타인을 시켜 자기 형사소송에서 유리하도록 허위의 증언을 하게 한 경우 처벌할 수 있는지에 관한 이야기이다. 먼저 조문에서 출발해보자. 형법 제151조 제1항은 ‘벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 자를 은닉 또는 도피하게 한 자’를 처벌하는 조항이다. 주체는 ‘죄를 범한 자’를 대상으로 도피·은닉시킨 자이므로 죄를 범한 자가 주체가 될 수 없음은 자명하다. 위증죄 조문을 살펴보다도 ‘법률에 의하여 선서한 증인이 허위의 진술을 한 때’를 처벌하는 조항인데, 형사 피고인은 자기 사건에서 증인이 될 수 없으므로 애초에 위 범죄의 주체가 될 수 없다.

그런데, 범인이나 피고인이 타인에게 부탁을 하여 이러한 행위를 하면 어떻게 될 것인가? 사실 남이 부탁하지도 않았는데 알아서 범죄자를 도피시키거나 자신의 기억에 반하는 허위의 증언을 하기란 현실세계에서는 대단히 희귀한 일일 것이다. 교과서나 많은 논문들이 범인도피·은닉죄와 위증죄에서 이 쟁점을 다루고 있는데 두 죄는 모두 국가의 사법기능을 보호법익으로 하고 있고, 본인은 처벌받지 않음에도 타인을 교사하였을 때에는 처벌할 수 있는지에 관하여 논의의 양상이나 결과가 거의 유사하다.¹⁾

대체로 다수의 견해²⁾는 자기비호권의 연장이거나 기대가능성이 없다는 이유로, 또는 정범이 될 수 없는 자를 교사범으로 처벌하는 것은 부당하다는 이유로 부정하고 있다. 반면 소수의 견해³⁾는 자기비호권의 한계를 일탈하였거나 기대가능성을 부정할 수 없다는 이유로 처벌을 긍정한다. 판례는 위에서 보겠지만 범인도피죄와 위증죄(증거인멸교사도 마찬가지이다)에서 한결같이 ‘방어권의 남용’이라는 wording을 사용하여 처벌을 긍정하고 있다.

그런데 이러한 정도의 논의만으로는 위 쟁점에 관하여 선뜻 결론을 내리기 어렵다. 자기비호권이나 방어권의 한계가 어디까지인지는 사람마다 생각이 다를 수 있는 불확정 개념이고, 정범이 될 수 없는 자를 교사범으로 처벌할 수 없다는 말이 무슨 뜻인지 알려면 필요적

1) 참고로 증거인멸죄에서도 비슷한 문제가 발생한다. 타인의 형사사건에 관한 증거를 인멸, 은닉, 위·변조하는 경우만을 처벌하고 자신의 형사사건에 대해서는 처벌하지 않기 때문이다(형법 제155조 제1항). 자신의 형사사건에 대한 증거인멸을 교사하였을 때 처벌가능한가에 대하여 거의 동일한 논의가 펼쳐지고 있고, 판례도 앞서 본 바와 같은 이유에서 처벌을 긍정하고 있다. 본 발표문의 직접적인 논의대상은 아니지만 필요한 부분에서 함께 언급하기로 한다.

2) 김성천, 형법, 소진출판사, 2009, 1371면; 김일수·서보학, 형법각론, 박영사, 2009, 912면; 박상기, 형법각론, 박영사, 2008, 680면; 배중대, 형법각론, 홍문사, 2010, 875면; 오영근, 형법각론, 박영사, 2010, 992면; 이재상, 형법각론, 박영사, 2010, 777면; 임웅, 형법각론, 법문사, 2017, 987면; 이형국, 형법각론, 법문사, 2007, 838면; 정성근·박광민, 형법각론, 삼지원, 2008, 886면.

3) 백형구, 형법각론, 청림출판, 1999, 613면; 정영석, 형법각론, 법문사, 1985, 80면; 정영일, 형법각론, 박영사, 2008, 892면.

공범에 관한 논의나 공범의 처벌근거와 관련된 이론체계를 좀 더 들여다보아야 하기 때문이다.

따라서 교사범 성립을 긍정하거나 부정하는 논거의 이론적인 측면을 보다 자세히 살펴볼 필요가 있다. 구체적으로는 ① 쟁점 해결에 도움이 되는 범위 내에서 범인도피·은닉죄와 위증의 기본 개념과 판례의 태도를 개관하고, ② 범인도피 및 위증에서 자기교사에 대한 판례의 입장을 살펴본 후, ③ 가벌성 인정 여부와 관련된 논의로서 (a) 필요적 공범의 논의, (b) 공범의 종속성과 처벌근거에 따른 논의, (c) 기대가능성, (d) 범인의 자기비호권, 특히 *nemo tenetur* 원칙⁴⁾의 적용가능성을 중심으로 살펴본 후, 최종적인 결론을 도출해보려고 한다.

한편 범인도피죄와 위증죄의 가벌성을 동일한 국면에서 논의하는 것이 타당한지 이론이 있을 수 있다. 범인도피는 피고인 자신이 행할 수 있으나, 위증은 피고인 자신이 행할 수 없는 것이므로, 범인 자신의 범인도피교사는 위증교사에 비하여 쉽게 인정해서는 안된다고 주장할 수도 있다. 그런데 조금 더 생각해보면, 형사절차는 ① 수사의 단서-입건-수사활동-체포·구속 등 신병확보-피의자신문 등 추가조사-공소제기, ② 형사재판으로 구성되어 있는데 범인도피가 주로 ①의 단계에 관한 것이라면 위증은 ②의 단계에 관한 것이다. 즉 재판절차에서 피고인이 소극적으로 자신의 혐의를 부인하거나 적극적으로 인적 증거인 증인을 조작하는 행위와 피의자가 공소제기 전 단계에서 스스로 도망가거나 타인으로 하여금 자신을 도피시키는 행위는 형사사법시스템 전반을 방해한다는 측면에서는 대개 유사한 것으로 이해하더라도 무방해 보인다. 다만 형사소송법은 피고인의 진술거부권을 보호하기 위해서 피고인의 증인적격을 제한함에 따라 형사피고인의 증언은 법률적으로 불가능할 뿐이다. 학계에서도 거의 비슷한 논의가 이루어지는 것도 그런 맥락이다. 다만 뒤에서 보는 바와 같이 원초적인 형태의 범인도피교사는 처벌이 제한될 필요가 있다는 점에서 그러한 논의가 불필요한 위증죄와는 다른 측면이 있는 것은 사실이다.

4) 라틴어로 된 법언으로 *Nemo tenetur prodere accusare*의 약어이고, 번역하면 '누구도 자신을 고발할 의무는 없다'이다(네이버 사전 참조).

Ⅱ. 범인도피·은닉죄와 위증죄의 기본 개념

1. 범인 도피·은닉죄

범인을 ‘은닉’한다는 것은 수사기관의 발견·체포 또는 형의 집행을 면할 수 있는 ‘장소를 제공’하여 범인을 숨겨주는 일체의 행위를 말한다.⁵⁾ 이와 같이 ‘은닉’은 장소적인 개념인 반면, ‘도피하게 한다’는 것은 은닉 이외의 방법으로 범인에 대한 수사기관의 발견·체포를 곤란·지연 또는 불가능하게 하는 일체의 행위를 의미한다.⁶⁾

은닉은 일견 특정장소에 숨겨주는 행위로 직관적으로 이해가 쉽지만, 도피는 범인의 발견·체포를 어렵게 하는 일체의 행위로서 방법이 무정형하고 포괄적이어서 가별성이 지나치게 확대될 위험이 있다. 특히 수사과정에 관여하는 참고인들이 피의자에게 다소 유리하게 진술하는 일체의 행위도 범인도피가 될 수도 있는 것이다. 그리하여 대법원은 뒤에서 보는 바와 같이 의도와 행위의 적극성이라는 요건을 추가하여 직접적으로 도피를 가능하게 하는 행위나 적극적으로 허위진술을 하여 그 결과 수사기관이 실제 범인을 발견 또는 체포하는 것이 곤란 내지 불가능하게 이를 정도에만 ‘도피’를 인정하는 해석을 하고 있다.⁷⁾

판례에서 인정된 예를 보면, 살인미수의 피의자로서 도피 중인 자임을 알고서도 그를 다른 공동피의자를 도피시켜준 A를 접촉하여 만날 수 있게 해주는 등으로 도피의 편의를 제공한 경우,⁸⁾ 공동피고인이 지명수배 되었다는 사정을 알면서 자신의 운전면허증, 신용카드를 사용하게 하고, 자신의 명의로 승용차를 구입해준 행위⁹⁾와 같이 범인에게 직접적인 편의를 제공하는 형태가 있는 반면, 허위로 범인을 자처하여 진범의 발견을 어렵게 한 경우,¹⁰⁾ 참고인이 범인 아닌 다른 자를 진범이라고 내세우는 경우¹¹⁾와 같이 간접적인 형태의 편의제공행위도 있다.¹²⁾

5) 임웅, 앞의 책(주 2), 990면; 이근윤, “범인은닉·도피죄의 성립과 친족간의 특례”, 사법연수원 논문집(2004), 234면.

6) 이근윤, 앞의 논문(주 5), 234면.

7) 조현욱·류여혜, “범인도피교사죄가 성립하는 경우와 그 경우 방어권 남용 여부의 판단기준”, 서울법학 24권 제1호(2016. 5. 31), 297면.

8) 대판 1990. 12. 26, 90도2439.

9) 대판 2003. 5. 30, 2003도111.

10) 대판 1977. 2. 22, 76도3685, 대판 1996. 6. 14, 96도1016 등 참조, 다만 위 판결들의 사안에서 범인에게 장소를 제공해준 것은 아니므로, ‘범인도피죄’가 아니라 ‘범인은닉죄’에 해당한다고 판시한 것은 잘못 된 것으로 보인다.

11) 대판 1987. 2. 10, 85도897.

12) 직접적 편의제공과 간접적 편의제공의 분류체계를 위한 문헌으로 황정근, “범인도피죄에서 도피행위”, 대법

범인도피죄에서 ‘도피’의 개념을 판례가 제한하는 형태를 살펴보면, 대체로 다음과 같이 유형화할 수 있다.

① 행위 자체의 적극성 또는 도피의 결정적 원인이 될 것을 요구하면서 그 정도에 이르지 못하였다고 본 예 :

- 음주운전으로 현행범 체포된 공소외인이 이미 특가법(도주차량)위반죄로 기소중지 상태에 있음을 숨기기 위하여 타인의 운전면허증을 제시하여 조사를 받았고, 경찰이 사안이 경미하다고 보고 석방하는 과정에서 공소외인의 지인인 피고인에게 신원보증서를 제출할 것을 요구하여, 피고인은 공소외인이 기소중지된 사정까지는 몰랐으나 그가 타인의 성명을 모용한다는 점은 알면서도 신원보증서를 작성하고(피고인 본인의 인적 사항도 허위로 기재 하였음), 공소외인이 석방된 이후 소재불명이 된 사안에서, 신원보증서는 법적 효력이 없어서 수사기관을 적극적으로 기망한 것으로 볼 수 없고, 피고인은 공소외인이 기소중지된 사정도 몰랐으므로 적극적인 도피의사도 존재하지 아니하여 범인도피에 해당하지 않는다고 본 사안¹³⁾

- 게임장 종업원이 단순히 자신이 실제 업주라고 허위진술 한 것만으로는 범인도피죄가 성립하지 않고, 처음부터 실제 업주와 사이에 바지사장의 역할을 분담하기로 약속하고, 자금출처나 임대차계약 체결 경위 등에 관하여도 적극적인 허위진술이나 허위자료의 제출이 뒷받침되어야 범인도피죄가 성립가능하다고 본 사안¹⁴⁾

- 해군기지로 통제된 구역에 침입하였다는 범죄사실이 적발되어 조사를 받게 되자, 피고인이 위 배의 실제 선장인 A를 보호하기 위하여 위 배의 선원인 B, C로 하여금 각 기간별로 위 선박의 실제 선주로서 침범행위를 한 사실을 자인하도록 한 사안에서, 해군기지내

원판례해설 45호(2004), 679-680면.

13) 대판 2003. 2. 14. 2002도5374(다만 위 판결은 만약 공소외인이 기소중지상태이고 그로 인한 체포가능성이 커서 타인으로 행세하는 것이며, 체포상태에서 벗어나면 도피할 것이라는 사정을 잘 알면서 신원보증서에 서명·무인했다면 범인도피죄의 성립이 가능하다고 판시하였다. 따라서 엄밀하게 보면 행위 태양의 적극성 보다는 도피의사의 결여에 방점을 둔 판결로 이해된다).

14) 대판 2010. 2. 11. 2009도12164[게임산업진흥에 관한 법률 위반 혐의로 수사기관에서 조사받는 피의자가 사실은 게임장·오락실·피씨방 등의 실제 업주가 아님에도 불구하고 자신이 실제 업주라고 허위로 진술하였다고 하더라도 그 자체만으로 범인도피죄를 구성하는 것은 아니다. 다만, 그 피의자가 실제 업주로부터 금전적 이익 등을 제공받기로 하고 단속이 되면 실제 업주를 숨기고 자신이 대신하여 처벌받기로 하는 역할(이른바 바지사장)을 맡기로 하는 등 수사기관을 착오에 빠뜨리기로 하고, 단순히 실제 업주라고 진술하는 것에서 나아가 게임장 등의 운영 경위, 자금 출처, 게임기 등의 구입 경위, 점포의 임대차계약 체결 경위 등에 관해서까지 적극적으로 허위로 진술하거나 허위 자료를 제시하여 그 결과 수사기관이 실제 업주를 발견 또는 체포하는 것이 곤란 내지 불가능하게 될 정도에까지 이른 것으로 평가되는 경우 등에는 범인도피죄를 구성할 수 있다. 위 판결은 범인 아닌 자가 허위로 범인을 자처하여 진범의 발견을 어렵게 한 경우 일반적으로 범인도피죄의 성립을 긍정한 대판 1996. 6. 14. 96도1016의 법리를 사행성 게임장의 사안에서 적용 범위를 제한한 것으로 볼 수 있다.

통제보호구역에 침입한 자에 대하여 지위가 선장이나 선원이나는 범죄 성립에 영향이 없는 양형에 관한 사항에 불과한데, 실제 선장인 A도 외형상 선원의 지위에서 해군기지법위반죄로 조사를 받은 바 있으므로, 피고인에게 범인도피교사죄의 성립을 부정한 사안¹⁵⁾

② 범인도피행위를 한 자도 범인의 기본범죄에 연루된 공범으로서 자신의 방어권 행사와 관련되어 있는 경우 :

- A가 채권자로부터 강제집행을 면탈하기 위하여 콜라텍을 B 명의로 변경한 후, 채권자로부터 강제집행면탈죄로 고소되자, B(피고인)로 하여금 진실한 양도계약이라고 허위로 진술하게 하고 허위의 거래내역을 제출하게 한 행위에 대하여 B 역시 A와 더불어 강제집행면탈죄의 공동정범이 되는 이상, 이러한 행위는 B 자신의 범행에 대한 방어권 행사에 포함되어 범인도피죄가 성립하지 않는다고 본 사안¹⁶⁾

- 오락실을 공동운영하였으나, 자신이 단독운영하였다고 허위진술함으로써 공범에 관하여 묵비한 경우 그것만으로는 수사기관을 기만하여 착오에 빠지게 함으로써 범인의 발견 또는 체포를 곤란 내지 불가능하게 한 것으로 볼 수 없다고 본 사안¹⁷⁾

③ 참고인이 허위진술을 하였으나 참고인의 범인도피의사가 약하거나 수사기관이 진범을 놓칠만한 결정적 계기로 작용하지 아니하였다고 보아 범인도피를 부정하는 경우 :

- 피고인은 지명수배자인 공소외인이 A와 함께 술을 마시다가 검문을 받아 도주한 사실을 알면서도 검찰에서 참고인으로 진술하면서 공소외인을 잘 알지 못하고 A와 함께 술을 마신 사람 가운데 공소외인은 없었다는 정도의 것만으로는 범인의 발견·체포를 곤란 내지 불가능하게 할 정도에 이르지 못하였다고 본 사안¹⁸⁾

- 참고인이 실제의 범인이 누군지도 정확하게 모르는 상태에서 수사기관에서 실제의 범인이 아닌 어떤 사람을 범인이 아닐지도 모른다고 생각하면서도 그를 범인이라고 지목하는

15) 대판 2008. 1. 10. 2007도7847. 위 사건에서 범인도피교사범(피고인)만 처벌되지 않는 것인지, 범인도피의 정범(B, C)도 처벌되지 않는 것인지 분명치는 않다. 다만 위 사건의 1심에서 선원 B, C는 범인도피죄의 정범으로 처벌되었으나 항소를 제기하지 아니하여 항소심의 심판대상이 되지 아니한 점, 대법원이 수긍한 항소심의 판시 취지가 B, C의 허위진술 자체가 범인도피가 되지 않는다는 취지로 이해되므로, 단순히 교사범만의 성립을 부정한 것이라기보다는, 정범 자체가 성립되지 아니함을 전제로 한 것으로 사료된다. 따라서 범인도피에 해당되지 않는 예로 분류하였다.

16) 대판 2018. 8. 1. 2015도20396. 위와 같이 정범인 B에게 범인도피죄가 성립하지 않는 결과, A도 범인도피교사범의 죄책을 면하게 되었다.

17) 대판 2008. 12. 24. 2007도11137.

18) 대판 1991. 8. 27. 91도1441.

허위의 진술을 한 경우 참고인의 허위진술에 따라 범인으로 지목된 사람이 구속기소 됨으로써 실제의 범인을 용이하게 도피시키는 결과가 되더라도, 그것만으로는 참고인에게 적극적으로 실제의 범인을 도피시켜 국가의 형사사법의 작용을 곤란하게 할 의사가 없다고 본 사안¹⁹⁾

2. 위증죄

위증죄는 '법률에 의하여 선서한 증인'이 '허위로 진술'함으로써 성립한다(형법 제152조 제1항). 위증죄에서는 범인도피죄와 같이 실무상 구성요건의 포섭과 관련하여 자주 문제가 발생하지는 않는다. 다만 재판장이 증거거부권을 적법하게 고지하지 않은 경우에도 '법률에 의하여 선서한 증인'에 해당되는지에 관하여 문제된 바 있으나, 대법원은 제반 정황을 종합적으로 고려하여 당해 사건에서 증인보호에 사실상 장애가 초래되었는지 여부를 기준으로 위증죄의 성립을 인정하거나 부정하는 절충적인 입장을 취하고 있다.²⁰⁾ 한편 허위 여부에 관하여 객관설, 주관설의 대립이 있는데 판례는 자신의 기억에 반하는 사실을 진술하는 것이라고 보아 주관설을 취하고 있다.²¹⁾

한편 뒤에서 볼 기대가능성과 관련하여 음미해볼만한 사례로 대법원 2008. 10. 1. 2005도10101 판결을 들 수 있다. 해당 사안은 갑이 공소의 을과 공모하여 강도상해죄를 범하였다는 내용으로 기소되어 범행을 부인함에도 불구하고 유죄판결이 확정되었는데, 뒤늦게 기소된 을의 강도상해 피고 사건에서 증인으로 출석하여 종전과 같이 범행을 부인하는 내용의 진술을 한 경우 갑을 위증죄로 처벌할 수 있는지에 관한 것이었다. 대법원은 갑은 강도상해죄로 이미 유죄의 확정판결을 받았으므로 그 범행에 대한 증언을 거부할 수 없을 뿐만 아니라 나아가 사실대로 증언하여야 하고, 설사 자신의 형사사건에서 시종일관 범행을 부인하였다고 하더라도 이러한 사정만으로 기대가능성을 부정할 수 없다고 판단하였다.

이 판결에 대하여는 두 가지 측면에서 비판이 제기되는데 상당히 설득력이 있다. 첫째

19) 대판 1997. 9. 9. 97도1596(공소사실은 피고인은 아침한 시각에 본인이 자던 방에 침입하여 강간미수를 범하고 도망한 자가 A임을 잘 알면서도 한 마을에 이웃으로 살아온 그를 강간범으로 지목할 경우 자신의 수치스러운 과거가 알려질 것을 두려워한 나머지, A가 절취한 핸드폰의 소지자인 공소외인을 범인으로 지목하여 진범인 A의 검거를 곤란하게 하고 도주를 용이하게 하였다는 점인데, 대법원은 피고인이 A를 진범으로 확실히 알고 있었다고 보기 어렵다는 이유로 피고인을 유죄로 본 원심을 파기하였다).

20) 대판 2010. 1. 21. 2008도942(쌍방폭행에 따라 공동피고인으로 공소제기되어 상대방 피고인에 대한 상해사건에서 증언을 하면서 증거거부권을 고지받지 못한 경우에 무죄로 본 예), 대판 2010. 2. 25. 2007도6273(남편에 대한 음주운전 사건에서 증인으로 출석한 전처가 증거거부권을 고지받지 못하였어도 증언거부권이 사실상 침해된 것으로 볼 수 없어 유죄로 본 예) 등 참조.

21) 대판 1989. 1. 17. 88도580, 대판 1990. 5. 8. 90도448 판결 등 참조.

견해는 대법원의 기존 입장과 모순된다는 것이다. 즉 대법원의 기존 판례는 재판이 확정되기 전의 상태라면 그 자에게 증언거부권을 부여하여 위증죄의 탈출구를 마련하고 있는 이상, 증언거부권을 포기하고 허위의 진술을 한 것에 대하여 기대가능성이 있다고 보았는데,²²⁾ 대상 판결은 유죄판결이 확정되어 증언거부권이 없음에도 기대가능성을 긍정한 것은 잘못되었다는 것이다.²³⁾ 또 하나의 견해는 대상 판례는 이미 유죄의 확정판결을 받아서 다시 처벌받을 위험이 없는 이상 사실대로 증언할 의무가 있다고 보는 입장이지만, 처벌이라는 형식적인 불이익을 받을 가능성이 없다고 하여 강도상해를 저질렀다는 사실을 스스로 시인하도록 강요하는 것은 인간으로 하여금 최소한의 자율과 존엄을 포기하게 만드는 부당한 강제라고 보는 입장이다.²⁴⁾

Ⅲ. 자기 교사의 가벌성에 관한 판례의 입장

학설은 앞서 모두에서 본 바와 같이 처벌긍정설과 부정설의 대립이 있고, 이에 추가하여 범인도피교사죄와 관련하여 제한적 긍정설이 있으므로 소개한다. 위 견해는 범인이 자신을 도피시키는 타인의 행위에 기본적으로 협력하면서 통상적 가담을 한 경우는 자기비호의 연장에 불과하므로 원칙적으로 교사범이 될 수 없으나, 자신의 도피시키는 타인의 행위를 적극적으로 야기하거나 주도함으로써 방어권 남용으로 볼 수 있는 적극적 불법을 창출한 경우에는 불가벌적 대항자로서의 자격을 상실하여 타인의 불법에 대하여 종속적 불법뿐만 아니라 독립적 불법도 갖춘다고 보는 견해이다.²⁵⁾ 한편 일본 판례는 이미 오래 전부터 방어권남용을 범인도피교사죄의 판단기준으로 적용하면서 가벌성을 긍정해왔다.²⁶⁾

우리 판례도 자기도피의 교사에 관하여 가벌성을 긍정하는 확고한 입장을 가지고 있다. 특히 사행성 게임장을 운영하는 실제 업주가 다른 사람으로 하여금 이른바 ‘바지사장’을 구해오도록 지시한 사안²⁷⁾과 일정액의 돈을 주고 벌금도 대신 내주는 것을 조건으로 자신을 대신하여 경찰에 실업주로 자수하여 허위자백을 하게 한 사안²⁸⁾에서 모두 ‘방어권의 남용’

22) 대판 1987. 7. 7, 86도1724(전원합의체) 등.

23) 정영일, “위증죄에서 기대가능성과 진술거부권”, 법률신문(2009. 8).

24) 홍영기, “형사사법에서 nemo tenetur - 원칙의 구체화”, 고려법학 67호(2012. 12), 273면 이하.

25) 김성돈, 형법각론(제2판), 성균관대 출판부, 2009, 773면. 저자의 사건으로는 위 견해에 의할 때에는 범인이 자신에 대한 도피를 방조하는 경우에는 불가벌이 될 가능성이 높아 보인다.

26) 最高裁 昭和 35. 7. 18, 昭35(あ) 98 판결, 最高裁 昭和 40. 2. 26, 昭39(あ)2370 판결.

27) 대판 2002. 11. 8, 2002도5096.

28) 대판 2011. 1. 27, 2010도15112.

으로서 범인도피교사죄에 해당한다고 판시하였다. 판례는 마찬가지로 자기의 형사사건에 관하여 타인을 교사하여 위증죄를 범하게 하는 것은 '방어권의 남용'에 해당한다는 이유로 위증교사죄의 성립을 긍정하였다.²⁹⁾ 증거인멸죄에 관하여도 '범인 자신이 한 증거인멸의 행위는 피고인의 형사소송에 있어서의 방어권을 인정하는 취지와 상충되므로 처벌의 대상이 되지 아니하나, 자기의 형사사건에 관한 증거를 인멸하기 위하여 타인을 교사하여 죄를 범하게 하는 자에게는 교사범의 죄책을 부담케하는 것이 상당하다'고 판시한 이래, 가벌성을 긍정하는 확고한 입장을 가지고 있다.³⁰⁾

이러한 판례의 입장은 범인 자신의 도피행위, 형사피고인 스스로의 허위진술, 자기증거 인멸행위는 비록 국가의 사법작용을 방해할 위험이 있음에도 모두 자기비호의 영역에 포함되어 형사처벌의 대상이 아니지만, 이를 넘어서 타인으로 하여금 이러한 행위를 하도록 시킨 경우에는 방어권의 남용에 해당하여 교사범의 성립을 긍정하는 것이라고 요약할 수 있겠다.

한편 범인도피죄에서 교사범의 성립을 부정한 예로 앞서 본 바와 같이 2015도20396 판결(콜라텍 강제집행 면탈사건)과 2007도7847 판결(해군기지 통제구역 침범사건)이 있으나, 이들 사건은 범인도피죄에서 도피의 개념을 엄격하게 해석하여 정범의 성립 자체를 부정하는 취지이므로, 교사범 자체의 성립 범위를 제한하는 예는 아니다. 이와 다르게 피교사자의 행위가 범인도피죄에 해당함에도 교사범의 성립만을 제한한 판결이 있어서 주목할 만하다.

대법원 2014. 4. 10, 2013도12079 판결은 도피 중인 피고인이 가까운 후배 A에게 요청하여 대포폰을 제공받고, 그가 운전하는 자동차를 타고 이동한 사안에서 다음과 같이 설시하였다.

범인 스스로 도피하는 행위는 처벌되지 아니하는 것이므로, 범인이 도피를 위하여 타인에게 도움을 요청하는 행위 역시 도피행위의 범주에 속하는 한 처벌되지 아니하는 것이며, 범인의 요청에 응하여 범인을 도운 타인의 행위가 범인도피죄에 해당한다고 하더라도 마찬가지이다. 다만 범인이 타인으로 하여금 허위의 자백을 하게 하는 등으로 범인도피죄를 범하게 하는 경우와 같이 그것이 방어권의 남용으로 볼 수 있을 때에는 범인도피교사죄에 해당할 수 있다(대법원 2000. 3. 24. 선고 2000도20 판결 등 참조). 이 경우 방어권의 남용이라고 볼 수 있는지 여부는, 범인을 도피하게 하는 것이라고 지목된 행위의 태양과 내용, 범인과 행위자의 관계, 행위 당시의 구체적인 상황, 형사사법의 작용에 영향을 미칠 수 있는 위험성의 정도 등을 종합하

29) 대판 2004. 1. 27, 2003도5114.

30) 대판 1965. 12. 10, 65도826(전원합의체); 대판 1982. 4. 27, 82도274; 대판 2011. 2. 10, 2010도15986.

여 판단하여야 할 것이다.

(중략) 공소외인은 피고인이 평소 가깝게 지내던 후배인 점, 피고인은 자신의 휴대폰을 사용할 경우 소재가 드러날 것을 염려하여 공소외인에게 요청하여 대포폰을 개설하여 받고, 공소외인에게 전화를 걸어 자신이 있는 곳으로 오도록 한 다음 공소외인이 운전하는 자동차를 타고 청주시 일대를 이동하여 다닌 것으로서, 피고인의 이러한 행위는 형사사법에 중대한 장애를 초래한다고 보기 어려운 통상적 도피의 한 유형으로 볼 여지가 충분하다.

그런데도 원심은 공소외인의 범인도피행위가 인정된다는 이유만으로 피고인에 대하여 범인도피교사의 점을 유죄로 판단하였으니, 이러한 원심판결에는 범인도피교사죄의 성립요건에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

참고로 위 사건의 피고인을 도와준 후배는 항소심에서 범인도피죄, 게임산업진흥에 관한 법률위반죄로 징역형을 선고받아 그대로 확정된 바 있다. 여기에 위 판결의 판시 취지³¹⁾까지 고려하면 범인도피죄의 정범이 성립하더라도, 범인도피를 교사한 자의 행위태양이 통상적인 범위의 도피의 범주에 속한다면 별도로 처벌할 수 없다는 법리를 제시한 획기적인 사례로 이해된다. 위 판결의 의미에 관해서는 뒤에서 다시 한번 음미해보기로 한다.

IV. 범인도피교사 및 위증교사의 가벌성과 관련한 이론적 검토

앞서 본 바와 같이 긍정설과 부정설의 논거를 단순비교하여 이 쟁점에 대한 결론을 내기에는 곤란하다. 따라서 개별 논거들에 대하여 좀 더 심도있는 분석이 필요한데 이하에서 차례로 살펴보기로 한다.

1. 편면적 대항범으로서 교사범의 성립이 부정되는지

대항범이란 구성요건의 실현을 위해 2인 이상의 관여가 요구되는 이른바 필요적 공범의 하위 개념으로서 대항자 쌍방을 처벌대상으로 규정하고 있는 경우(예 : 증뢰죄 · 수뢰죄, 도주죄 · 도주원조죄)를 쌍방적 대항범이라 하고, 대항자 중 일방만을 처벌대상으로 규정하고 있는 경우를 편면적 대항범이라 한다.

이러한 편면적 대항범 규정에 있어서 처벌되지 않는 대항자에게 처벌되는 대항자의 공범

31) 특히 첫 번째 단락에서 '범인의 요청에 의하여 범인을 도운 타인의 행위가 범인도피죄에 해당한다고 하더라도 마찬가지로'라는 대목을 보면 알 수 있다.

이 성립할 수 있는지에 대하여 논의가 있다. 가벌성을 긍정하는 견해는 구성요건의 실현에 필요한 최소한의 정도(최소관여 내지 최소협력의 원칙)를 초과하여 적극적으로 정범의 실행에 참여한 경우에는 임의적 공범을 전제로 한 총칙상의 공범규정이 적용될 수 있다고 본다.³²⁾ 이에 대하여 필요적 공범인 대항범에서 일방만을 처벌대상으로 규정하는 것은 다른 상대방을 불가별로 하는 입법자의 결단이 있는 것으로 총칙상의 공범규정이 적용될 수 없다고 보는 것이 다수의 견해이다.³³⁾

판례는 편면적 대항범 사안에서 처벌되지 않는 상대방은 공범에 관한 형법총칙의 규정이 적용될 수 없다는 확고한 판단을 유지하고 있다. 예를 들어 ① 직접 진찰하지 아니한 의사가 환자에게 처방전을 교부하는 행위를 처벌하는 의료법조항과 관련하여 위 처방전을 교부 받은 자에 대하여³⁴⁾ ② 자기자본의 일정 비율 이상의 대출을 실행한 자를 처벌하는 종합금융사에 관한 법률위반죄는 대출을 받은 자의 행위에 대하여³⁵⁾, ③ 공무원이 취급하는 사건에 관하여 청탁의 명목으로 금품을 수수한 자를 처벌하는 변호사법위반죄에서 금품을 제공한 자의 행위에 대하여³⁶⁾, 이들의 행위가 실제로 정범을 교사하는 형태로 이루어졌더라도 모두 형법총칙상의 공범 규정의 적용을 부인하여 가벌성을 부정한 바 있다.

위와 같이 공범규정의 적용을 배제하는 근거는 서로 대항적인 행위가 필요한 대항범에 있어서 대항자를 처벌하는 규정이 없다는 것은 곧 입법자가 일방만을 처벌하겠다는 의사를 표명한 것으로 보아야 한다는 것이다(입법자의사설).³⁷⁾ 다만 편면적 대항범이라고 해서 기계적으로 공범 규정이 적용되지 않는다는 입법자의 의사가 항상 간주되는 것으로 볼 수 없다고 하면서 당해 범죄의 성질, 가담의 정도 등을 고려하자는 견해가 유력하다.³⁸⁾ 구체

32) 조현욱·류여해, 앞의 논문(주 7), 301면. 예를 들어 음화판매죄의 경우 자신을 포함한 모든 사람에게 판매할 것을 적극적으로 교사한 경우에는 가벌성이 긍정될 수 있다는 입장이다. 다만 이런 경우는 이미 대항범의 문제 영역을 벗어난 것으로 보아야 한다는 견해로 손동권·김재운, 새로운 형법각론, 율곡출판사, 2013, 494면.

33) 이정원, “대항범인 필요적 공범에 대한 임의적 공범규정의 적용가능성”, 형사법연구 제20권 제3호(2008), 112면; 조국, ‘대항범 중 불가벌적 대항자에 대한 공범 규정 적용’, 형사판례연구 II(2003), 122면.

34) 대판 2011. 10. 13, 2011도6287.

35) 대판 2002. 7. 22, 2002도1696.

36) 대판 2014. 1. 16, 2013도6969.

37) 김태명, “편면적 대항범에 가담한 자에 대한 형법총칙상 공범규정의 적용가부”, 형사판례연구 21호(2013. 6), 76면.

38) 김태명, 앞의 논문(주 37), 82면; 김성돈, “불가벌적 대항자에 대한 공범규정배제론의 검토”, 한국형사법학의 신전개(2008), 264면 등 참조. 특히 김태명 교수는 위 논문에서 이에 관한 외국의 논의〔Jescheck·Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl., 1996, 689면 이하 및 山中敬一, 刑法總論(第2版), 2008, 785면〕를 소개하고 있는데, ① 우선 일방에 대한 처벌규정만을 둔 대항범에 가담한 자가 보호법익의 주체가 되는 경우(예: 미성년자 약취유인죄)에는 가담자는 가담의 정도와 상관없이 불가벌이라고 보고, ② 가담자가 긴급피난과 유사한 상황에 처해있기 때문에 구성요건상 범죄주체로서의 적격성이 인정되지 않는 경우에는 범인은 심리적 압박을 받고 있기 때문에 자기비호적 행위를 처벌해서는 안되고 그것이 대항자에 대한 가담의 형태로 나타나더라도 처벌해서는 안된다고 보고 있다.

적으로는 당해 범죄의 성질상 항상 총칙규정의 적용이 배제되는 경우가 있고, 여기에 해당하지 않는 일반적인 대항범에 있어서는 구성요건의 실현을 위해 ‘최소한도의 관여’를 한 자에 한해서만 총칙상의 공범규정의 적용을 부정하자는 입장이다.³⁹⁾

범인도피죄가 여기에 해당할 수 있을까? 우선 범인도피행위는 반드시 대항적 협력행위가 필요한 범죄유형이 아니고 범인과의 의사소통 없이 독자적으로 수행할 수도 있으므로 편면적 대항범으로 볼 수 없어 부정하는 견해가 있다.⁴⁰⁾ 그러나 일반적으로 대항적 행위가 존재하는 것을 넘어서 100% 대항적인 경우만 대항범이라고 볼 수는 없다.⁴¹⁾ 공무상 비밀누설죄도 이를 제공받는 상대방이 반드시 비밀의 내용을 인식할 것을 요하지 아니하고, 뇌물죄에서도 수뢰죄 없이 증뢰죄만 성립할 수 있기 때문이다(예 : 공무원이 수수할 의사가 없는데 일방적으로 뇌물을 주고 떠나버린 경우). 판례도 일반적으로 대항범으로 논의되지 않는 배임죄에서 대항범의 법리를 적용하고 있어서 반드시 강학상의 편면적 대항범에만 가벌성을 제한하는 것으로 보이지는 않는다.⁴²⁾

긍정설은 범인도피죄의 경우 범죄의 성질상 본범인 가담자는 자신을 위한 긴급피난과 유사한 상황에 처해있으므로 필요적 대항범의 법리가 적용되어야 하고, 범인이 형사사법작용 내지 형벌을 피하고자 하는 것은 그것이 스스로 하는 것이건 타인의 행위에 가담해서 하는 것이건 처벌해서는 안된다고 주장한다.⁴³⁾

필자의 사건으로는 이에 쉽사리 동의하기 어렵다. 앞서 판례에서 편면적 대항범으로 인정된 사안을 살펴보면, 대체로 일방적인 처벌대상이 되는 행위자의 지위나 행위태양의 특성상 행위자의 책임이나 직업적 의무가 상대방에 비하여 훨씬 무겁다고 평가되는 사안의 경우 입법자의 의사도 상대방의 공범 성립을 배제하려는 것이라고 추단할 수 있을 것이다.

39) 김태명, 앞의 논문(주 37), 83면; 원형식, “불가벌적 필요적 공범”, 형사법연구(2005. 12), 87면; 이정원, ‘제조업자의 염산날부편 판매행위와 필요적 공범’, 형사법연구 제20권 제1호, 112면, 특히 김성돈 교수의 앞의 논문에서는 음화판매죄에서 판매자의 매수행위에 대하여 단순히 매수자로서 가담한 때에는 중범으로도 처벌될 수 없지만, 판매의사가 없는 매도인을 부추겨 음화를 매수한 때에는 음화판매죄의 교사범으로 처벌할 수 있다는 예를 들고 있다.

40) 조현욱·류여해, 앞의 논문(주 7), 304면.

41) 이하의 예는 김태명, 앞의 논문(주 37), 80면.

42) 대판 2011. 10. 27. 2010도7624. 거래상대방의 대항적 행위의 존재를 필요로 하는 유형의 배임죄에서 거래상대방은 기본적으로 배임행위의 실행행위자와 별개의 이해관계를 가지고 반대편에서 독자적으로 거래에 임한다는 점을 감안할 때, 거래상대방이 배임행위를 교사하거나 배임행위의 전 과정에 관여하는 등 배임행위에 적극 가담함으로써 실행행위자와의 계약이 반사회적 범륜행위에 해당하여 무효로 되는 경우 배임죄의 교사범 또는 공동정범이 될 수 있음은 별론으로 하고, 관여 정도가 거기에까지 이르지 아니하여 법질서 전체적인 관점에서 살펴볼 때 사회적 상당성을 갖춘 경우에는 비록 정범의 행위가 배임행위에 해당한다는 점을 알고 거래에 임하였다는 사정이 있어 외견상 방조행위로 평가될 수 있는 행위가 있었다 할지라도 범죄를 구성할 정도의 위법성은 없다고 보는 것이 타당하다.

43) 김성돈, 앞의 논문(주 38), 268면; 이진국, “대항범의 구조에 관한 일고”, 비교형사법연구 4권(2002), 99면; 원형식, 앞의 논문(주 39), 89면, 이정원, 앞의 논문(주 39), 114면.

반면 범인도피죄에서 범인 자신의 행위를 처벌하지 않는다고 해서 입법자가 범인이 타인을 교사하여 범행을 실행하는 경우까지 처벌을 배제하려고 한 것인지는 분명하지 않다. 범인도피죄에서 있어 수사기관에 의해 압박을 받고 있는 범인을 긴급피난자에 준하는 상황으로 볼 것인지는 결국 기대가능성 내지 nemo-tenetur 원칙의 적용 문제와 궤를 같이 하는 문제로 보이고, 편면적 대항범의 논의만으로는 해결될 것 같지 않다. 만약 범인도피죄를 범죄의 성질상 특수하게 취급되는 대항범으로 보지 않고 일반적인 대항범으로 보게 된다면, 결국 ‘최소한도의 관여’일 때에만 가벌성을 부정하게 되는데 배임죄의 판례 사안에서 보듯이 범인도피행위를 적극적으로 교사한 자는 최소한의 가담 정도를 넘어서었다고 보기 쉽다. 다만 범인도피교사범의 성립을 제한한 2013도12079 판결의 법리와 같이 교사를 하여 도피행위를 야기하더라도 그러한 행위가 교사자 자신의 관점에서 통상적인 도피행위의 범주(타인에게 대포폰 개설을 부탁하고 태워주는 차량에 동승하는 정도의 행위)에 속하는 한 최소한의 관여 정도에 머무른다고 보아 교사범의 성립을 부정하는 결론에는 이를 수 있다고 본다.

2. 공범이론과 관련하여

(1) 공범의 종속형식과 정도

공범독립성설은 교사 내지 방조행위도 그 자체가 범죄의사의 표현으로 이해할 수 있고, 따라서 공범의 처벌근거 역시 정범과 무관하게 독자적으로 근거지울 수 있다고 본다.⁴⁴⁾ 이러한 공범독립성설에 의하면 교사행위 자체가 곧 실행행위인 것이므로 자기도피와 마찬가지로 불가벌이라고 볼 수 있다.⁴⁵⁾ 그러나 공범의 처벌근거는 정범의 구성요건적 실행행위와의 관련성에서 찾을 수 있고 공범의 범죄성은 정범에 종속된다고 보는 공범종속성설에 의하면 공범이 정범에 어느 정도로 종속되는 것인지 따져 보아야 한다.

자기가 직접 실행하면 처벌받지 않는데, 공범으로 가담하면 처벌하는 것이 가능한가? 공범의 종속정도에 대하여 통설인 제한적 종속형식을 취한다면 범인도피죄의 정범이 처벌되지 않더라도 구성요건에 해당하고 위법하기만 하면 범인 자신의 교사행위는 처벌될 수 있다는 시사점을 줄 수는 있겠다. 예를 들어 범인이 친족을 교사하여 도피행위를 하도록 한 경우에 친족의 처벌을 면하는 형법 제151조 제2항의 규정을 인적 처벌조각사유로 볼 경우

44) 이용식, 형법총론, 박영사, 2018, 79면.

45) 박종문, “범인이 타인으로 하여금 허위의 자백을 하게 하여 범인도피죄를 범하게 하는 행위가 범인도피교사죄에 해당하는지 여부”, 대판 판례해설(34호)(2000), 827면.

에는 말할 나위도 없고, 책임조각사유로 보더라도 통설인 제한적 종속형식을 취하는 이상 교사범의 성립은 가능하다.⁴⁶⁾ 그런데 반대로 범인 자신의 교사를 받아 범인도피를 실행한 정범이 처벌되는 상황에서 범인 자신의 교사행위를 어떻게 취급할 것이냐, 즉 범인이 스스로 정범을 실행하였다면 처벌이 불가능하였다는 사정을 이유로 교사범으로서의 처벌도 부정해야 하는지에 관하여는 정범의 종속 형식에 관한 논의는 별다른 시사점을 제공해주기 어렵다.

(2) 공범의 처벌근거

공범의 처벌근거를 공범과 정범 중 어느 쪽에 비중을 더 두느냐에 따라 순수야기설, 종속적 야기설, 혼합야기설이 존재한다.⁴⁷⁾ 순수야기설은 공범의 성립과 처벌은 정범행위의 범죄성과 무관하게 공범행위를 통해 정범행위 및 구성요건적 결과를 ‘야기’했다는 공범행위 그 자체의 범죄성만으로도 충분하다고 보는 입장으로 논리적으로는 공범독립성설과 연결된다. 반면 종속적 야기설은 공범은 범죄의 실행행위를 전제로 했을 때에만 비로소 구성요건적 결과를 야기할 수 있다는 점에서 공범의 불법은 정범의 불법에 ‘종속’된다고 본다. 그리고 혼합적 야기설은 순수야기설과 종속적 야기설의 극단적 입장을 절충하여 공범의 불법 중 행위반가치는 공범 자신의 교사·방조행위에서 독립적으로 인정되고, 결과반가치는 정범행위에 종속한다는 입장이다.⁴⁸⁾ 현재 학설은 종속적 야기설과 혼합적 야기설 정도만 남아 있는데, 대표적인 차이를 예시해보자. 예를 들어 남을 시켜서 자신을 상해하도록 한 경우, 상해를 실행한 정범은 상해죄로 처벌되는데 의문이 없다. 사람의 신체는 피해자의 승낙에 의해서 처분할 수 있는 법익이 아니기 때문이다. 종속적 야기설은 정범의 불법이 인정되면 그것에 종속되어 공범의 불법도 성립하므로, 자기 스스로를 상해하도록 지시한 자도 처벌되어야 한다고 볼 것이다. 반면 혼합적 야기설에 의하면 논의의 여지는 있겠지만 자기 스스로의 법익을 침해하는 것은 불법이 되지 아니하므로, 타인으로 하여금 자기 자신의 법익을 침해하도록 지시하는 것만으로는 실질적인 불법 내지 행위반가치를 인정할 수 없다는 결론도 가능할 것이다.

다수설인 종속적 야기설에 의할 경우 범인도피죄 정범의 불법에 교사범의 불법이 종속되므로, 자기도피교사는 책임단계에서만 고려할 수 있을 뿐 위법성 내지 불법의 단계에서는

46) 대판 2006. 12. 7. 2005도3707도 무면허운전 중 교통사고를 낸 피고인이 동생으로 하여금 대신 교통사고를 내게 하였다고 자수하여 처벌받도록 한 사안에서 동생이 처벌받지 않는다고 해도 피고인은 범인도피 교사죄로 처벌가능하다고 보았다.

47) 이하의 설명은 이용식, 앞의 책(주 44), 81면 이하를 참조함.

48) 임웅, 앞의 책(주 2), 442면 참조. 혼합야기설 중 위에서 설명한 입장을 행위반가치·결과반가치 구별설이라고 하고 그 외에 종속적 법익침해설이 있으나, 논의의 단순화를 위하여 생략하기로 한다.

정범과 다르게 취급하기 어려울 것이다. 한편 혼합야기설에 의할 때에는 어떠할까? 범인이 자기를 도피하도록 정범을 끌어들이는 교사행위에서 행위반가치를 인정할 수 있을 것인지 논란이 될 수 있다. 먼저 앞에서 본 상해죄와 마찬가지로 범인 자신의 도피행위는 불법이 되지 않는 것으로 입법자가 결단을 내렸으므로 범인이 타인에게 자신을 도피시키도록 끌어들이는 행위에 대하여도 실질적인 불법(행위반가치)을 인정하기 어렵다는 견해도 가능하다. 범인 자신의 도피 행위 자체에서는 처벌근거를 끌어내지 못하고, 정범을 끌어들이었다는 점에서 행위반가치를 찾고 있으므로, 자기도피교사범에 처벌근거가 존재한다고 주장하는 것은 공범의 처벌근거에 관하여 혼합야기설이 아니라 순수야기설에 가까운 입장이라고 비판하는 견해⁴⁹⁾도 같은 맥락이라고 이해된다.

이론적으로 볼 때 혼합야기설에 의한다면 공범이 정범을 끌어들이는 행위에 행위반가치가 인정되고, 정범이 나아가 실행행위를 함으로써 결과반가치가 인정될 수 있다. 범인이 자기 스스로 도피행위를 하는 것을 넘어 타인으로 하여금 도피범행을 하도록 유인하는 것은 스스로의 도피행위와 다른 차원의 행위반가치를 인정할 수 있고, 나아가 정범의 도피행위에 결과반가치를 인정할 수 있다고 본다. 즉 혼합야기설에 의하더라도 행위반가치와 결과반가치를 모두 찾을 수 있으므로 비판론의 견해는 타당하지 않다. 불법의 본질이 타인의 법익침해에 있다고 할 때 침해대상을 자신의 법익으로 하는 자기상해는 비록 타인을 교사하는 형태로 발현되더라도 본질적으로 별도의 불법을 찾기 어렵다는 논의에 기초할 수 있다. 반면 범인 스스로의 도피행위는 그것이 본질적으로 불법이 아니라기보다는 죄를 짓고 수사기관에 쫓기는 자에게 도피행위를 하지 말고 형사사법체계에 순순히 복종하라는 것은 현실적으로 기대하기 어렵다는 논리에 기반하고 있으므로 양자의 성격은 분명히 다르다. 따라서 혼합야기설에 의하더라도 자기도피교사의 불법성을 부인하기 어렵다고 사료된다.

한편 행위자의 행위를 전체적으로 보면 새로운 불법이 추가되는 것은 맞지만 피교사자인 정범이 해당 범죄로 처벌을 받게 되는 것으로 새로 생겨난 불법은 상쇄된다는 주장도 있으나,⁵⁰⁾ 정범이 처벌됨으로써 교사범의 불법이 상쇄된다는 근거가 무엇인지 이해하기 어렵다. 결국 자기도피교사의 가벌성 문제는 위법성이나 불법의 영역이 아니라 책임 영역에서 검토되어야 할 문제로 보인다.

(3) 기대가능성 이론과 관련하여

형법 제151조에 의할 때 피의자나 피고인이 스스로 도망하였을 때에는 범인도피죄의 구

49) 홍영기, 앞의 논문(주 24), 262면.

50) 홍영기, 앞의 논문(주 24), 264면.

성요건에 해당하지 않는다. 자기 스스로 범죄를 저질렀거나 저지른 혐의를 받고 있는 자라면 증거가 될 수 있는 것들을 드러나지 않도록 하거나, 수사망의 포착을 피하고자 하는 것이 그 본성에 해당하기 때문에 이를 추가적인 범죄로 평가할 수 없다는 뜻이 담겨 있다.⁵¹⁾ 이러한 점에서 위 규정의 성질을 책임조각사유로 보는 것이 다수의 견해이나,⁵²⁾ 위 규정은 책임을 조각하고자 하는 입법자의 의도에서 비롯된 것이라는 의미이지, 개별 사안에서 책임을 조각한다는 것은 아니다.⁵³⁾

피의자가 자신을 도피시키도록 다른 사람을 교사하는 행위나 형사재판을 받고 있는 피고인이 증인에게 허위의 진술을 하도록 교사하는 행위가 기대가능성이 없는 것으로 평가될 수 있을 것인가?

먼저 기대가능성을 판단하는 기준은 행위자를 표준으로 하는 견해와 평균인을 표준으로 하자는 견해가 대립하는데 먼저 후자를 기준으로 한다면 우선 긍정하기 어려울 것이다. 평균인표준설은 양심적인 평균인을 의미하므로⁵⁴⁾ 좁혀오는 수사망에 쫓기고 있는 피의자가 타인까지 범죄행위로 끌어들이는 행위를 불가피하다고 할 수는 없을 것이기 때문이다.

보통 초범규적 책임조각사유로 기대가능성이 부정되는 예로서 면책적 긴급피난, 생명·신체 외의 법익에 대한 협박으로 강요된 행위, 상사의 구속력 있는 위법한 명령에 따른 행위, 의무의 충돌 시 부득이 낮은 가치의 의무를 이행한 행위 등을 들고 있다.⁵⁵⁾ 기대가능성이 인정되기 위한 객관적 요건으로서 ① 자기 또는 타인의 이익에 대한 객관적인 침해상태 내지 위협상태가 존재하고, ② 위법행위의 존재, ③ 행위자가 처한 객관적 사정에 비추어 그 사정을 피하기 위하여 위법행위가 유일한 수단 내지 최후의 수단으로 행해져야 한다는 보충성이 요구된다.

형법 규정에서도 친족간의 범인도피(제151조 제2항)와 친족간의 증거인멸(155조 제4항)을 처벌하지 않는 것은 기대불가능성을 이유로 한 책임조각으로 이해하는 입장이 다수이다. 그런데 앞에서 본 기대불가능성의 일반요건과 관련하여 생각해보면 친족간의 도피나 증거인멸은 구체적인 상황에서 친족인 행위자가 다른 수단을 취할 수 없어 불가피하게 행한 것인지를 묻지 않고 친족이라는 지위에 있다는 이유만으로 책임을 조각한다. 즉 초범규적 책임조각사유인 기대불가능성의 요건인 보충성이 필요하지 않은 것이다. 위와 같이 기대불가능성의 정신을 반영한 명문 규정에 따라 책임이 조각되는 경우와 그렇지 않고 초범

51) 홍영기, 앞의 논문(주 24), 263면.

52) 박상기, 앞의 책(주 2), 684면; 배종대, 앞의 책(주 2), 879면; 이재상, 앞의 책(주 2), 779면.

53) 홍영기, 앞의 논문(주 24), 263면.

54) 예컨대 아무도 안보는 곳에 떨어져 있는 만원권 지폐를 보통사람이라면 주워갈 수 있겠지만, 양심적인 평균인을 표준으로 할 경우에는 점유이탈물횡령행위를 하지 않고 적법행위를 할 것이라는 기대가 가능해진다(임용, 앞의 책(주 2), 356면).

55) 이하의 일반론은 임용, 앞의 책(주 2), 358면 이하를 참조함.

규적인 책임조각사유에 의존하는 경우는 판단기준에서 차이가 있을 수밖에 없다.

대체로 우리 형법의 범인은닉죄와 증거인멸죄를 포괄하는 성격을 가진 독일 형법 제258조의 처벌방해죄⁵⁶⁾는 자신의 처벌방해행위는 구성요건에서 배제하고 타인의 위법행위로 인한 처벌을 방해하는 경우만을 구성요건으로 규정하고 있으며(제1항), 제1항의 타인의 행위에 의하여 자신에 대한 형 또는 처분의 선고를 방해할 의사로 행위한 자도 처벌하지 않는다는 규정을 두고 있다(제5항). 물론 친족을 위하여 제1항의 행위를 한 자도 처벌하지 않는 것은 물론이다(제6항). 여기서 제5항이 범인 본인이 타인의 행위를 이용하여 형의 선고를 방해하는 경우도 불가별로 하는 것은 자기비호의 연장에 불과하여 기대가능성이 없다고 보는 것이 독일에서의 일반적인 견해이다.⁵⁷⁾

우리 형법에서는 어떠할까? 앞서 본 콜라텍사건(2015도20396 판결)의 원심(부산지법 2015노2508 판결)은 콜라텍을 허위로 양수한 B가 허위의 자료를 제출하고 허위진술을 하였다고 하더라도 이는 자신의 범행 은닉과 밀접불가분 관계를 가졌다면 적법행위에 대한 기대가능성이 없고, 다른 공범 A(콜라텍의 실제 소유주로서 강제집행을 면탈하고자 한 자)도 강제집행면탈죄로서의 공동정범으로서 한 범인도피교사행위도 자기도피와 마찬가지로 적법행위에 대한 기대가능성이 없다고 보았다. 즉 A 자신도 강제집행면탈의 공동정범으로 처벌될 수 있는 특이한 상황에서는 B에 대한 범인도피교사행위도 기대가능성이 없다고 본 것이다.⁵⁸⁾ 그러나 위 사안은 대법원의 입장과 같이 강제집행면탈의 공동정범에도 해당하는 B가 자신의 범행을 숨기는 과정에서 허위진술 등을 한 것이므로, 범인도피에 해당하지 않는다고 보아 구성요건해당성 자체가 탈락된다고 보는 것이 옳다(그 결과 범인도피의 교사범인 A도 불가벌이 되는 것은 마찬가지임). 굳이 책임단계까지 갈 필요가 없는 것이다.

우리의 형법에서도 범인의 자기도피교사나 위증교사에 대하여 기대불가능성으로 책임을 조각할 수 있을까? 그러나 독일형법과 같이 명문규정이 존재할 때 그 근거를 기대불가능성으로 설명하는 것과 명문 규정이 존재하지 않을 때 초법규적 책임조각사유를 원용할 수 있는지는 다른 문제일 것이다. 입법자의 정책적 결단이 존재하는 경우와 달리 이론상 인정되

56) 정현미, “범인은닉죄의 해석론의 비교법적 접근”, 비교형사법연구(2006. 12), 211면에서 인용함.

독일 형법 제258조 (처벌방해죄)

① 타인이 위법행위로 인하여 형법에 의한 형벌 또는 처분(제11조 제1항 제8호)을 받게 되는 경우 고의로 또는 그 정을 알면서 그 전부 또는 일부를 방해한 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

⑤ 제1항 및 제2항의 행위에 의하여 자신에 대한 형 또는 처분의 선고 또는 집행을 전부 또는 일부 방해할 의사로 행위 한 자 는 처벌하지 아니한다.

⑥ 친족을 위하여 제1항 및 제2항의 행위를 한 자는 처벌하지 아니한다.

57) Schonke/Schroder/Stree, StGB §258 Rn. 38; Trondle/Fischer, StGB §258 Rn.. 3, Ruß, LK §258 Rn.. 34; 정현미, 앞의 논문(주 56), 211면에서 재인용함.

58) 이에 대하여 기대불가능성을 인정하는 영역은 오로지 자신의 도피부분에 한정되어야 한다는 이유로 비판하는 견해로, 조현욱·류여해, 앞의 논문(주 7), 306면 참조.

는 기대불가능성의 법리를 적용하기 위해서는 앞서 본 바와 같이 보충성의 요건이 필요한데, 범인이 도피를 하면서 타인을 교사하여 도피를 용이하게 하는 것 내지 형사피고인이 타인을 교사하여 위증을 하도록 하는 것이 자신의 이익을 보호하기 위한 최후수단이라고 볼 수 있는 경우는 상정하기 어렵다. 따라서 기대불가능성 이론이 가벌성을 부정하는 논거가 될지는 매우 회의적이다. 더구나 앞서 대법원 2005도10101판결은 유죄의 확정판결을 받은 자라면 공범의 형사사건에서 증언을 거부함이 없이 사실 그대로 증언할 의무가 있고, 자신의 형사사건에서 계속 부인하였던 사정은 기대가능성을 부정하는 근거가 되지 못한다고 보았다. 위와 같이 기대가능성을 엄격하게 보는 판례가 옳은지 그른지의 문제는 차치하더라도 현행 판례의 기초에서 기대불가능성을 인정받는 것은 불가능해 보인다.

(4) 범인의 자기비호권(nemo tenetur 원칙)과 관련

위 원칙을 설명하고 있는 논문⁵⁹⁾은 도입부에서 두 가지 사례를 들고 있다.

① 첫 번째 사례 : 피고인은 수사와 공판과정에서 신문을 당하기에 앞서 ‘당신은 진술을 거부할 권리가 있다’는 이야기를 들었다. 그는 이 말을 믿고 자기에게 불리할 것 같은 대답을 유도하는 질문에 대해서 아무 답변을 하지 않았다. 피고인은 유죄판결을 받았고 신문당시에 절차에 적극 협조하지 아니하였다는 이유로 더 무거운 형의 선고를 받게 되었다.

② 두 번째 사례 : 피고인은 계속 자신의 혐의를 부인했지만 강도상해로 유죄의 확정판결을 받았다. 이 사건의 공범 혐의자가 다시 재판을 받게 되자 피고인은 그 증인으로 출석하였는데, 여전히 계속 혐의를 부인했고, 법원은 이 증언을 한 피고인을 다시 위증죄로 유죄판결하였다.

법률전문가가 아니더라도 위 사례를 보면 자신에게 유리한 행동을 할 수 있도록 법이 보장하고 있어 보이는데, 막상 이를 이용한 사람이 실제로 불이익한 처분을 받고 있으므로, 무언가 마음에 걸리고 결국 불이익을 당하지 않으려면 자신에게 불리한 행동을 하면서까지 국가에 협조해야만 하는 것이 아니냐는 의문이 들 수 있다. 이에 대한 자연스러운 반감을 법원리로 이어받은 것이 nemo tenetur 원칙이고 누구나 자신에게 불리한 말이나 행동을 강요받아서 안된다는 원칙이다. 위 원칙은 스스로 자유롭게 말과 행동을 할 수 있어 자율적인 인격발현의 토대를 마련하며, 사람을 단순한 도구로 이용당하지 않게끔 보장한다.⁶⁰⁾

59) 홍영기, 앞의 논문(주 24), 243면.

특히 피의자, 피고인은 수사와 공판 과정에서 끊임없는 질문에 답을 해야하는 사정에 놓여있는데 단지 불리한 말을 하지 않아도 되는 소극적인 권리만 인정된다면 결국 진실이면서 자신에게 유리한 몇 가지 정보를 제외하고는 어떠한 말도 할 수 없게 되므로, 피고인이 스스로 죄책을 면하거나 낮추기 위하여 허위의 진술을 하는 것을 처벌의 대상으로 삼고 있지 아니한 것이다. 위와 같이 자기 사건에 대해서 진실을 숨기고 허위의 진술을 하는 것이 법에 따라 처벌되지 않는다면 그 행위를 제3자를 통해서 하는 것 역시 처벌하지 않는 것이 합리적이라는 주장이 제기된다.⁶¹⁾ 위증의 교사는 실질적으로 보면 형법 제155조 제1항에 따른 증거 위·변조의 일환으로 파악할 수 있으므로, 자기의 형사사건에 대한 위증 교사는 자기의 형사사건에 대한 증거위조에 준한다고 보고 처벌하지 않는 것이 법의 취지에 합당하다는 견해도 같은 맥락이다.⁶²⁾

그러나 피고인 스스로 허위진술을 하는 것과 제3자를 통해서 하는 것이 실질적으로 다르지 않다는 주장은 결론 자체일 뿐, 결론을 이끌어내는 논증이라고 보기는 어렵다. 오히려 사건으로는 그러한 주장에 쉽사리 수긍하기 어렵다. 예를 들어 게임장의 실제 업주가 종업원에게 대가를 지급하고 그로 하여금 허위로 자수하게 하여 처벌을 회피한 사안을 가정해 보았을 때, 종업원은 범인도피죄로 처벌하고 실제 업주는 (사행행위에 대한 처벌은 별론) 처벌을 받지 않는 결과를 법감정으로 수용하기는 쉽지 않을 것이다.

범인을 장소적으로 숨겨주는 '범인은닉죄' 내지 범인도피죄 중 범인이 체포를 면하도록 물리적으로 도와주는 행위, 예를 들어 범인이 숨어 지낼 수 있도록 돈이나 시설 등 각종 편의를 제공해주는 행위가 있는데, 범인이 타인에게 부탁하여 그러한 편의를 제공받았다고 해도 쫓기는 자의 입장에서 나름 할 수 있는 행위이고 이러한 경우까지 교사범으로 처벌하는 것이 부당하다는 생각은 충분히 가능해보인다. 다수설이 가벌성을 부정하는 것이나 직관적인 느낌으로도 가혹하다는 느낌이 드는 것도 같은 맥락일 것이다. 그런데 범인도피교사범의 처벌을 긍정한 것으로 최초로 확인되는 대법원 1977. 2. 8. 선고 76도3685 판결은 범인도피자가 진범으로부터 부탁을 받고 자신이 피의자로 자수하여 검사의 조사를 받은 사안이다. 즉 진범을 가장하여 자수를 하는 지능적인 범죄 형태와 달리 보다 원초적이고 전형적인 형태의 도피행위나 그에 대한 교사는 실무상 기소되는 예가 드물었던 것이 아닌가 추측된다.

위 76도3685 판결 이후에 문제가 된 사례들도 사행성 게임장의 실업주를 대신하여 진범을 자처하는 이른바 '바지사장' 케이스, 대신 음주운전한 것으로 부탁을 받은 자가 수사

60) 홍영기, 앞의 논문(주 24), 244면.

61) 홍영기, 앞의 논문(주 24), 262면.

62) 임웅, 앞의 책(주 2), 1005면

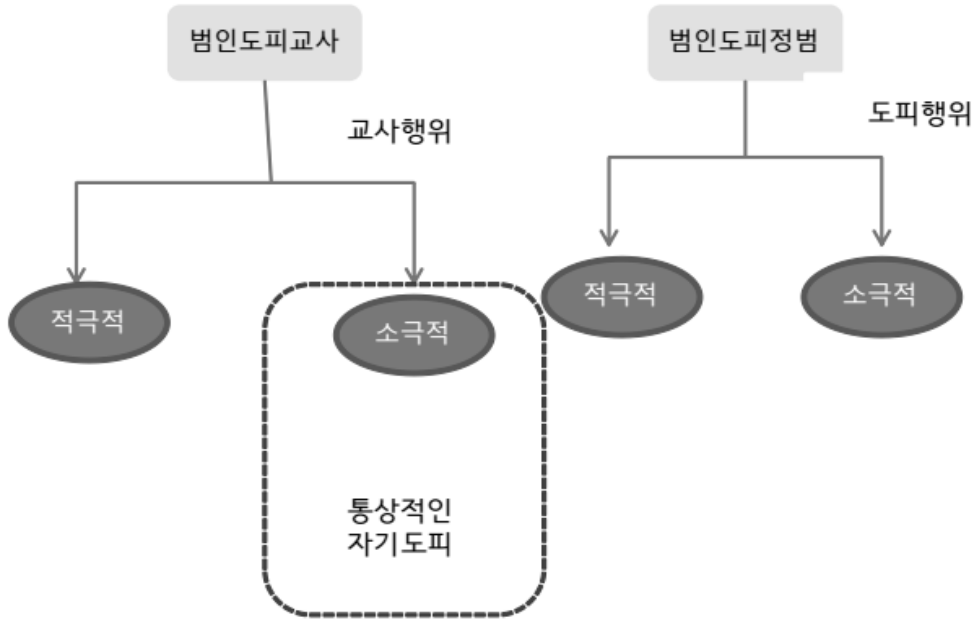
시판에 자수하여 처벌을 받은 사례들이 많다. 위와 같이 진범을 가장하여 자수하는 사안들은 대부분 사법시스템을 교란하고 농락하는 성격이 강하다. 진범이면서도 허수아비를 등장시켜 처벌을 면하고자 하는 자는 범인도피의 경위에 있어서도 정범에 비하여 우월적이고 주도적인 입장에 있는 것이 보통이다. 이러한 자를 범인도피교사범으로 처벌하는 것은 누가 보더라도 가혹하다는 생각이 들기는커녕, 오히려 지시를 받아 위장자수한 자는 범인도피죄로 처벌하는 반면, 이를 교사한 자를 처벌하지 않는 것이 정의관념에 반한다는 생각이 들지 않을까? 또한 위증죄에 있어서도 형사피고인이 타인에게 위증을 교사하는 것은 범인도피에 비하여 그 상황의 절박성이나 긴급성이 오히려 떨어질 수밖에 없으므로, 그 가벌성을 부정하기는 더욱 어렵다고 사료된다. 형법이 범인도피죄나 증거인멸죄에 대하여는 친족에 대한 특례를 인정하면서도(제151조 제2항, 제155조 제4항), 위증죄에 관해서는 친족에 대한 특례조항을 두지 않은 것도 기대가능성을 다르게 평가하고 있기 때문이다.

설령 범인 스스로가 도피하는 행위와 타인을 교사하여 도피하는 것을 공평하게 취급하여 한다는 전제가 옳다고 하더라도, 실정법이 다르게 규율하고 있음에도 그것을 동등하게 취급하자는 주장은 대개 입법론의 영역일 것이다. 즉 nemo-tenetur 원칙을 위증이나 범인도피의 자기교사에까지 긍정한다는 결론을 취하더라도, 해석론의 영역에서는 이를 범죄체계론 중 어느 부분에서 끌어들이 이론적인 정당화를 시도하여야 할 것인데, 구성요건과 위법성, 책임의 어느 대목에서도 범죄 성립을 쉽사리 부정하기 어렵다는 점은 지금까지 살펴본 바와 같다.

V. 논의의 정리와 결어

1. 판례이론의 정리

지금까지 살펴본 내용을 그림으로 정리해보면 아래와 같다.



판례는 범인도피죄에서 도피의 개념을 제한하여 행위 자체의 적극성이나 도피의 결정적 원인이 될 것을 요구하거나, 범인을 도피한 자도 기본범죄에 연루된 공범으로서 자신의 방어권 행사와 관련이 있을 경우에는 범인도피 정범의 가벌성을 제한한 바 있다. 즉, 정범의 도피행위가 보다 적극적인 형태일 것을 요구하여 도피 개념의 불명확성으로 인한 광범위한 법적용의 위험을 방지하려는 것이다.

다만 범인이 타인에게 자신을 도피하도록 교사한 경우에 기존 판례는 특별한 제한 없이 방어권의 남용이라는 이유로 가벌성을 긍정해왔고, 다수설은 이에 대하여 자기비호의 연장 선상에 있는 행위에 대하여 교사범으로 처벌하는 것은 부당하다는 비판을 제기해온 바 있다. 제3자가 범인을 도피시키는 대부분의 경우 통상 범인의 부탁을 받아 이루어질 것이기 때문에 이러한 지적은 분명 경청할만한 부분이 있었다. 그런데 대법원 2014. 4. 10. 선고 2013도12079 판결은 범인이 도피를 위하여 타인에게 도움을 요청하는 행위 역시 통상의 도피행위의 범주에 속하는 한 처벌되지 아니하되, 다만 방어권의 남용으로 볼 수 있을 경우에는 그렇지 아니하며, 이를 판단하기 위한 기준으로 범인 도피행위의 태양과 내용, 범인과 행위자의 관계, 행위 당시의 구체적인 상황, 형사사법의 작용에 영향을 미칠 수 있는 위험성의 정도 등을 제시한 바 있다. 즉 범인 자신의 범인도피 교사에 대하여 일률적으로 가벌성을 인정한 것이 아니라, 통상적인 도피행위의 범주를 벗어나거나, 통상적인 도피행위의 범주 내에 있다고 하더라도 방어권의 남용에 해당할 경우에만 제한적으로 가벌성을

인정하는 절충설에 가까운 입장으로 이해된다. 다만 실무상 자주 문제되는 제3자를 이용한 위장자수는 위 판례가 방어권 남용의 대표적인 예로 제시하고 있으므로 가벌성이 인정되는 것은 종전과 다르지 않다.

판례가 제시한 새로운 법리는 결국 범인도피의 정범의 행위가 적극적일 것을 요구할 뿐만 아니라, 범인도피 교사범도 그 교사행위의 태양이 본인 스스로의 통상적인 도피행위의 범위를 벗어난 적극적인 형태일 것임을 요구하는 것으로 이해된다. 즉 이중의 '적극성'을 요구하는 것이다. 판례의 이러한 태도는 범인도피죄에서 자기 사건 교사의 가벌성을 긍정하면서도 이를 범치국가적으로 제한하고, 종래 자기 사건 교사에 관하여 다수설과의 괴리를 좁히려는 고무적인 시도로 읽혀진다.

2. 결 어

이상과 같이 범인도피 및 위증죄의 자기교사에 관한 가벌성을 검토해보았다. 다수의 학설이 부정설을 취하고 있음에도 불구하고, 판례의 현재 입장은 요지부동이다. 또한 판례의 입장을 논박하여 변화를 추구하기에는 그 이론적인 근거가 아직은 충분하다고 보기 어렵고, 기존의 논의가 보다 심화되고 체계화될 필요가 있어 보인다.

다만 범인도피나 위증이 대개 피의자나 피고인의 부탁에 의하여 이루어진다는 점을 감안하면 타인을 매개로 한 대부분의 범인도피·은닉죄와 모든 위증죄에서 피고인의 처벌이 기계적으로 수반될 위험이 있다. 이러한 결과는 범인도피나 위증죄에서 본인을 처벌하지 않는 우리 형법의 입법취지에 어긋나는 결과를 초래할 수 있다. 특히 범인도피죄의 무정형성으로 인하여 가벌성이 확대되기 쉬운 측면을 고려하면 이러한 위험은 더욱 심화될 수 있다.

따라서 판례가 종래부터 범인도피의 범위를 합리적으로 제한하고 있고, 아울러 2013도 12079 판결에서 범인 스스로의 통상적인 도피행위의 범주에 속할 경우 교사범의 성립을 제한하고 있는 점은 매우 고무적이다. 아직 이러한 법리가 체계화되지 못하였지만, 향후 연구와 실무례가 집적될 경우 다수 견해가 우려하는 바와 같은 자기비호권의 침해 문제는 상당 부분 완화될 것으로 기대해본다.

〈참고문헌〉

I. 국내문헌

1. 단행본

- 김성돈, 형법각론(제2판), 성균관대학교 출판부, 2009.
김성천, 형법, 소진출판사, 2009.
김일수·서보학, 형법각론, 박영사, 2009.
박상기, 형법각론, 박영사, 2008.
배종대, 형법각론, 홍문사, 2010.
백형구, 형법각론, 청림출판, 1999.
오영근, 형법각론, 박영사, 2010.
이용식, 형법총론, 박영사, 2018.
이재상, 형법각론, 박영사, 2010.
이형국, 형법각론, 법문사, 2007.
임 옹, 형법각론, 법문사, 2017.
정성근·박광민, 형법각론, 삼지원, 2008.
정영석, 형법각론, 법문사, 1985.
정영일, 형법각론, 박영사, 2008.

2. 논 문

- 김성돈, “불가벌적 대항자에 대한 공범규정배제론의 검토”, 한국형사법학의 신전개(2008).
김태명, “편면적 대항범에 가담한 자에 대한 형법총칙상 공범규정의 적용가부”, 형사판례연구 21호(2013. 6).
박종문, “범인이 타인으로 하여금 허위의 자백을 하게 하여 범인도피죄를 범하게 하는 경우가 범인도피교사죄에 해당하는지 여부”, 대법원판례해설(34호)(2000).
원형식, “불가벌적 필요적 공범”, 형사법연구(2005. 12).
이근윤, “범인은닉·도피죄의 성립과 친족간의 특례”, 사법연수원 논문집(2004).

- 이정원, “제조업자의 염산날부핀 판매행위와 필요적 공범”, 형사법연구 제20권 제1호(2008).
_____, “대항범인 필요적 공범에 대한 임의적 공범규정의 적용가능성”, 형사법연구 제20권 제3호(2008).
- 이진국, “대항범의 구조에 관한 일고”, 비교형사법연구 4권(2002).
- 정영일, “위증죄에서 기대가능성과 진술거부권”, 법률신문(2009. 8).
- 정현미, “범인은닉죄 해석론의 비교법적 접근”, 비교형사법연구(2006. 12).
- 조 국, ‘대항범 중 불가벌적 대항자에 대한 공범 규정 적용’, 형사판례연구 II(2003).
- 조현욱·류여해, “범인도피교사죄가 성립하는 경구와 그 경우 방어권 남용 여부의 판단기준”, 서울법학 24권 제1호(2016. 5. 31).
- 홍영기, “형사사법에서 nemo tenetur - 원칙의 구체화”, 고려법학(2012. 12).
- 황정근, “범인도피죄에서 도피행위”, 대법원 판례해설 45호(2004).

The Possibility of Punishment of Criminal's Instigation in the Harboring Criminal and Perjury

Jung, Jae-Hee*

<Abstract>

When the criminal harbors him/herself, he is not subject to criminal prosecution. But if the criminal instigates someone to escape him or to commit perjury, is he subject to punishment as instigation of harboring criminal or incitement to perjury?

The majority views deny it because the criminal lacks the possibility of expectation (Zumutbarkeit) or it is unreasonable to punish someone who can not be a principal offender as an instigator. But The Supreme Court affirmed the punishment in the name of 'the abuse of the right of defense.'

First, This dissertation contradicts the majority views in terms of theoretical aspects. Both theories on the possibility of being an accomplice and the legal basis of punishment of accomplice does not make grounds for the majority views. Also, the criminal can not be exempted by the impossibility of expectation.

However, the case law has restricted the concept of 'escape' by demanding that it should be accompanied by his active engagement and function as an decisive cause of escape. Recently the court ruled that even if the criminal instigates somebody to escape, he can avoid punishment on the condition that the instigation is included in the ordinary escape of the criminal himself or is not the abuse of the right of defense.

Keywords : Harboring criminal, Instigate, Perjury, Accomplice, Abuse, Right of defense

* Presiding Judge, Gwangju District Court

용도폐지 정비기반시설 무상양도의 지방세법상 취득 유형과 취득세율에 관한 고찰

수원고등법원 판사 허 승

논문요지

종래 사업시행자들은 도시 및 주거환경정비법(이하 ‘도시정비법’이라 한다) 제97조 제2항 후단(이하 ‘후단 규정’이라 한다)에 의한 취득이 원시취득에 해당하거나 상속 외의 무상취득에 해당함을 전제로 취득세를 신고·납부했다. 그런데 최근 과세관청은 후단 규정에 의한 취득을 신설 정비기반시설과의 교환에 의한 취득으로 보고 유상승계취득의 경우에 적용되는 4%의 취득세율을 적용하여 취득세를 과세했고, 사업시행자들은 원시취득 또는 무상취득이라 주장하며 조세심판 및 행정소송을 제기하고 있다.

후단 규정에 의한 취득에 적용되는 취득세율과 관련하여, 각급 법원은 다른 결론의 판결을 선고하고 있다. 판단이 엇갈리는 주된 이유는 후단 규정에 의한 취득의 사법상 성격이 명확하지 않다는 것이지만, 지방세법상 취득 유형을 사법상 개념과 동일하게 해석해야 하는지가 명확하게 규명되지 않았다는 점 역시 한 원인이다. 이 글은 위 각 쟁점 검토를 목표로 한다. 검토 결과는 다음과 같다.

지방세법상 취득 유형은 지방세법의 목적을 고려하여 사법상 개념과 달리 독자적으로 해석해야 한다는 견해가 있지만, 취득세율 차등의 근거, 과세물건에 따른 취득세율 등을 분석하여 보면, 지방세법상 취득 유형은 사법상 개념과 동일하게 해석하는 것이 타당하다.

따라서 후단 규정의 취득에 적용되는 취득세율은 용도폐지 정비기반시설의 사법상 성격에 따라 결정되어야 한다. 후단 규정에 의한 취득의 사법상 성격에 대해 유상승계취득이라는 판결, 무상승계취득이라는 판결, 원시취득이라는 판결이 모두 있지만, 후단 규정 문언이 “무상으로 양도된다”인 점, 후단 규정에 의한 취득을 위해 사업시행자가 신설 정비기반시설을 국가 또는 지방자치단체에 귀속시킨다고 볼 수 없는 점 등을 종합하여 보면, 무상승계취득으로 보는 것이 타당하다.

도시정비법 외에 여러 법률은 민간 사업자가 기존에 존재하던 공공시설 등을 폐지하고 새롭게 공공시설을 설치할 때 공공시설 소유권 귀속과 관련하여 도시정비법 제97조와 유사한 규정을 두고 있다. 향후 다른 공공사업에서도 용도폐지 정비기반시설의 취득세 분쟁과 유사한 분쟁이 발생할 가능성이 높다. 이 글이 도시정비법 뿐만 아니라 다른 공공사업에서 발생할 수 있는 공공시설 귀속과 관련한 취득세 분쟁 해결에 밑거름이 되길 기대한다.

검색용 주제어: 지방세법, 취득세율, 도시 및 주거환경정비법, 용도폐지 정비기반시설, 무상양도

* 논문접수: 2019. 1. 22.

심사완료: 2019. 3. 6.

게재확정: 2019. 3. 8.

I. 서론

구 지방세법(2010. 12. 27. 법률 제10416호로 개정되기 전의 것)상 취득세의 표준세율은 취득물건의 가액 또는 연부금액의 1,000분의 20이었고 등록세의 표준세율은 등록 유형에 따라 달리 정해져 있었다. 2010. 12. 27. 법률 제10416호로 지방세법이 개정되면서 취득세와 등록세가 취득세로 통합되었고 취득 유형에 따라 표준세율이 달라졌다. 농지가 아닌 토지를 예로 보면, 개정 지방세법은 상속으로 인한 취득의 경우 2.8%, 상속 외의 무상취득의 경우 3.5%, 원시취득의 경우 2.8%, 매매·교환과 같은 유상승계취득¹⁾의 경우 4.0%의 표준세율을 정하고 있다. 그런데 개정된 지방세법은 각 취득 유형, 즉 ‘상속’, ‘무상취득’이나 ‘원시취득’ 등을 명확하게 정의하지 않아²⁾ 지방세법상 취득 유형을 사법상의 개념과 동일하게 해석해야 하는지가 불분명했다. 취득의 절대 다수를 차지하는 법률행위에 의한 소유권 취득의 경우, 과세당국이나 납세자 모두 법률행위의 사법상 성격에 따라 취득세를 납부 또는 고지했기 때문에 지방세법상 취득 유형의 개념이 쟁점인 사건이 많지 않았다.

반면 법률 규정에 의한 소유권 취득의 경우에는 지방세법상 취득 유형 개념을 둘러싼 분쟁이 계속되고 있다. 최근 관련 소송이 폭발적으로 증가하고 있는 용도폐지 정비기반시설의 취득세 관련 분쟁이 대표적이다. 도시 및 주거환경정비법(이하 ‘도시정비법’이라 한다)은 사업시행자에게 정비기반시설을 설치할 의무를 부과하고 있고(도시정비법 제96조³⁾), 그 비용 역시 원칙적으로 사업시행자가 부담하도록 하고 있다(도시정비법 제92조⁴⁾). 도시정비법 제97조 제2항 전단(이하 ‘전단 규정’이라 한다)은 시장·군수등 또는 토지구획공사등이 아닌 사업시행자(이하 특별한 언급이 없으면 ‘사업시행자’는 시장·군수등 또는 토지구획공사등이 아닌 사업시행자를 의미한다)가 신설한 정비기반시설이 그 시설을 관리할

-
- 1) 지방세법 제11조 제1항 제7호는 “그 밖의 원인으로 인한 취득”을 정하고 있고, 일반적으로 유상승계취득을 의미하는 것으로 보고 있다.
 - 2) 뒤에서 보는 바와 같이 2016. 12. 27. 법률 제14475호로 개정된 지방세법은 지방세법상 ‘원시취득’에서 ‘수용계절로 취득한 경우 등 과세대상이 이미 존재하는 상태에서 취득하는 경우를 제외한다’는 규정을 신설하였다.
 - 3) **■ 도시정비법 제96조(정비기반시설의 설치)** 사업시행자는 관할 지방자치단체의 장과의 협의를 거쳐 정비구역에 정비기반시설(주거환경개선사업의 경우에는 공동이용시설을 포함한다)을 설치하여야 한다.
 - 4) **■ 도시정비법 제92조(비용부담의 원칙)**
 - ① 정비사업비는 이 법 또는 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 사업시행자가 부담한다.
 - ② 시장·군수등이 아닌 사업시행자가 시행하는 정비사업의 정비계획에 따라 설치되는 다음 각 호의 시설에 대하여는 그 건설에 드는 비용의 전부 또는 일부를 부담할 수 있다.
 1. 도시·군계획시설 중 대통령령으로 정하는 주요 정비기반시설 및 공동이용시설
 2. 임시거주시설

국가 또는 지방자치단체에 무상으로 귀속된다고 정하고 있고, 도시정비법 제97조 제2항 후단(이하 ‘후단 규정’이라 한다)은 사업시행자에게 용도폐지되는 정비기반시설이 일정 범위에서 무상으로 양도된다고 정하고 있다. 많은 사업시행자들은 후단 규정에 따른 용도폐지 정비기반시설의 취득이 원시취득⁵⁾에 해당하거나 상속 외의 무상취득⁶⁾에 해당함을 전제로 과세표준을 용도폐지 정비기반시설의 시가표준액으로 하여 취득세를 신고납부했다. 그런데 최근 과세관청이 후단 규정에 의한 용도폐지 정비기반시설 취득이 신설 정비기반시설과의 교환에 의한 취득으로 보아 과세표준을 신설 정비기반시설의 감정평가액으로 하고 유상취득에 따른 세율을 적용하여 취득세를 과세하기 시작하였다. 유상취득의 경우 세율이 1,000분의 40으로 무상취득이나 원시취득의 경우보다 높고, 신설 정비기반시설의 감정평가액이 용도폐지 정비기반시설의 시가표준액의 약 100배를 넘는 경우도 있어 사업시행자가 신고납부한 취득세와 지방자치단체가 결정부과한 취득세가 많게는 100배 넘게 차이나고 있다. 이후 용도폐지 정비기반시설을 취득하는 사업시행자들은 가산세 등의 불이익을 피하기 위해 우선 유상승계취득임을 전제로 취득세를 신고납부한 후 무상승계취득 등을 주장하며 경정청구 등을 하고 있어 이에 관한 분쟁은 크게 증가하였다.

용도폐지 정비기반시설의 무상양도에 관한 취득세 분쟁을 해결하기 위해서는 후단 규정에 의한 취득이 지방세법상 원시취득, 무상취득, 그 밖의 취득 중 어디에 해당하는지가 밝혀져야 한다. 그런데 아직 위 쟁점에 관한 명시적인 대법원 판례⁷⁾는 없고, 각급 법원은 각기 다른 판단⁸⁾을 하고 있다. 도시정비법 제97조 제2항에서 정한 용도폐지 정비기반시설 무상양도의 사법상 성격이 불분명하다는 것이 위와 같은 혼란과 분쟁의 주된 원인이지만, 지방세법상 취득 유형을 사법상 개념과 동일하게 볼 수 있는지가 명확하지 않다는 점 역시 분쟁 해결을 어렵게 하는 한 원인이다. 용도폐지 정비기반시설 취득의 사법상 성격을 검토하기 전에 지방세법상 취득 유형이 사법상 개념과 동일한지, 만약 다르다면 어떤 지점에서 다르게 해석해야 하는지를 규명한 후 이를 바탕으로 용도폐지 정비기반시설 무상양도가 지방세법상 취득 유형 중 어디에 해당하는지를 판단할 필요가 있다.

용도폐지 정비기반시설의 취득세와 관련하여 단순히 취득세율만 문제되는 것은 아니다. 과세표준을 어떻게 산정해야 하는지⁹⁾, 취득시기가 언제인지, 지방세법 제9조 제2항¹⁰⁾에

5) 원시취득의 표준세율은 1,000분의 28이다(지방세법 제11조 제1항 제3호).

6) 상속 외의 무상취득의 표준세율은 1,000분의 35이다(지방세법 제11조 제1항 제2호).

7) 과세관청은 뒤에서 볼 대판 2014. 4. 30. 2014두236을 근거로 대법원이 용도폐지 정비기반시설 취득의 사법적 성격을 ‘교환계약에 준하는 것’으로 보았다고 주장하며 과세처분을 하였다.

8) 뒤에서 보는 바와 같이 원시취득에 해당한다는 판결, 무상취득에 해당한다는 판결, 그 밖의 취득에 해당한다는 판결이 모두 있다.

9) 지방세법 제10조 제1항 본문은 “취득세의 과세표준은 취득 당시의 가액으로 한다”로 정하고 있고, 같은 조 제2항은 “제1항에 따른 취득 당시의 가액은 취득자가 신고한 가액으로 한다. 다만 신고 또는 신고가액의 표시가 없거나 그 신고가액이 제4조에서 정하는 시가표준액보다 적을 때에는 그 시가표준액으로 한다”고 정하

서 정한 취득세 비과세 요건을 충족하는지, 지방세특례제한법 제74조 제1항¹¹⁾에 따라

고 있으며, 제5항은 “다음 각 호의 취득(증여·기부, 그 밖의 무상취득 및 소득세법 제101조 제1항 또는 법인세법 제52조 제1항에 따른 거래로 인한 취득은 제외한다)에 대하여는 제2항 단서 및 제3항 후단에도 불구하고 사실상의 취득가격 또는 연부금액을 과세표준으로 한다.”고 규정하면서 제1호로 ‘국가, 지방자치단체 또는 지방자치단체조합으로부터의 취득’을 정하고 있다. 과세관청은 위 규정을 근거로 후단 규정에 의한 취득이 유상승계취득임을 전제로 신설 정비기반시설의 감정평가액을 용도폐지 정비기반시설 취득의 과세표준으로 보았다.

그러나 지방세법 제10조 제5항은 국가, 지방자치단체 등으로부터 취득, 판결문, 법인장부에 따라 취득가격이 증명되는 취득 등과 같이 그 취득가격이 명백하게 드러나는 경우에는 취득자의 신고에 관계없이 사실상의 취득가격에 의하여 과세표준을 정한다는 취지이다(대법원 1988. 1. 12. 선고 87누953 판결 등 참조). 따라서 지방세법 제10조 제5항 각 호에 해당하는 경우라도 ‘사실상의 취득가격’을 확인할 수 없는 경우라면 지방세법 제10조 제5항을 적용할 수 없다. 판례는 교환의 경우에도 교환대상 목적물에 대한 시가감정을 하여 그 감정가격의 차액에 대한 정산절차를 수반하는 등으로 목적물의 객관적인 금전가치를 표준으로 하는 가치적 교환을 하지 않은 경우에는 사실상의 취득가격을 확인할 수 있는 경우로 볼 수 없다고 판시하였다(대판 2012. 2. 9. 2010두27592 등 참조). 신설 정비기반시설과 용도폐지 정비기반시설의 금전적 가치가 동일하다고 볼 수 있는 경우는 거의 없고, 사례에 따라서는 그 감정가격이 100배가 넘게 차이 나는 사례도 있다. 교환계약을 통해 취득하는 물건에 관하여 그 물건의 ‘사실상의 취득가격’으로 인정받는 가격이 존재하기 위해서는 가치적 교환이 있어야 하는데, 용도폐지 정비기반시설의 취득이 신설 정비기반시설과의 교환이라고 가정하더라도 양자 사이에는 가치적 교환이 있다고 볼 수 없다. 즉 후단 규정에 의한 취득을 교환 또는 교환 유사의 유상승계취득에 해당한다고 보더라도 신설 정비기반시설의 감정평가액을 과세표준으로 보는 것은 타당하지 않다.

다만, 최근 들어 과세관청 역시 후단 규정에 의한 취득의 경우에도 과세표준을 신설 정비기반시설의 감정가격으로 삼는 사례는 거의 없는 것으로 보이고, 조세심판원에서도 용도폐지 정비기반시설의 취득가격을 그 용도폐지 정비기반시설의 취득 당시의 시가표준액으로 결정하고 있으므로, 이 부분 쟁점에 관한 더 자세한 논의는 생략한다.

10) ■ 지방세법 제9조(비과세)

② 국가, 지방자치단체 또는 지방자치단체조합(이하 이 항에서 “국가등”이라 한다)에 귀속 또는 기부채납(「사회기반시설에 대한 민간투자법」 제4조제3호에 따른 방식으로 귀속되는 경우를 포함한다. 이하 이 항에서 “귀속등”이라 한다)을 조건으로 취득하는 부동산 및 「사회기반시설에 대한 민간투자법」 제2조제1호 각 목에 해당하는 사회기반시설에 대해서는 취득세를 부과하지 아니한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 그 해당 부분에 대해서는 취득세를 부과한다.

1. 국가등에 귀속등의 조건을 이행하지 아니하고 타인에게 매각·증여하거나 귀속등을 이행하지 아니하는 것으로 조건이 변경된 경우
2. 국가등에 귀속등의 반대급부로 국가등이 소유하고 있는 부동산 및 사회기반시설을 무상으로 양여받거나 기부채납 대상물의 무상사용권을 제공받는 경우

11) ■ 지방세특례제한법 제74조 (도시개발사업 등에 대한 감면)

① 「도시개발법」에 따른 도시개발사업과 「도시 및 주거환경정비법」에 따른 정비사업(재개발사업으로 한정한다)의 시행으로 해당 사업의 대상이 되는 부동산의 소유자(상속인을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)가 환지계획 및 토지상환채권에 따라 취득하는 토지, 관리처분계획에 따라 취득하는 토지 및 건축물(이하 이 항에서 “환지계획 등에 따른 취득부동산”이라 한다)과 사업시행자가 취득하는 체비지 또는 보류지에 대해서는 취득세를 2019년 12월 31일까지 면제한다. 다만, 다음 각 호에 해당하는 부동산에 대해서는 취득세를 부과한다.

1., 2. (생략)

③ 「도시 및 주거환경정비법」에 따른 재개발사업과 주거환경개선사업의 시행에 따라 취득하는 제1호부터 제3호까지의 부동산에 대해서는 취득세의 100분의 75를 2019년 12월 31일까지 경감하고, 제4호 및 제5호의 부동산에 대해서는 취득세를 2018년 12월 31일까지 면제한다. 다만, 그 취득일부터 5년 이내에 「지방세법」 제13조제5항에 따른 과세대상이 되거나 관계 법령을 위반하여 건축한 경우에는 감면된 취득세를 추징한다.

1. 내지 5. (생략)

취득세가 감면되는지 등 여러 쟁점이 있다. 다만 위 쟁점들은 용도폐지 정비기반시설 무상 양도의 사법상 성격 등과 관련이 있고, 현재 과세관청과 여러 법원 사이에 판단이 첨예하게 대립되는 쟁점은 용도폐지 정비기반시설의 법적 성격과 그에 따른 취득세율이므로, 이 글에서는 지방세법상 취득 유형의 의미, 용도폐지 정비기반시설의 사법적 성격과 그에 따른 취득세율을 검토한다.

II. 지방세법상 취득 유형 및 그 의미

1. 들어가는 글

취득세의 과세객체는 지방세법에서 열거하고 있는 과세대상 물건의 취득행위이다. 지방세법은 취득 유형을 원시취득, 상속, 상속 외의 무상취득, 그 밖의 원인으로 인한 취득 등으로 나누고 그에 따라 표준세율을 정하고 있다. 그런데 지방세법은 지방세법상 원시취득, 무상취득 등의 의미에 대해 별도의 정의규정을 두고 있지 않다. 지방세법이 2016. 12. 27. 법률 제14475호로 개정되면서 원시취득에서 ‘수용재결로 취득한 경우 등 과세대상이 이미 존재하는 상태에서 취득하는 경우를 제외한다’는 규정이 신설되었으나, 위 규정은 지방세법상 원시취득의 개념을 적극적으로 정의한 것이 아니라 수용재결로 취득한 경우 등을 원시취득에서 제외한다는 의미에 불과하여 위 규정을 ‘원시취득’에 관한 정의규정이라고 볼 수 없다.

조세법률주의의 원칙상 조세법규는 특별한 사정이 없는 한 법문대로 해석하여야 하고 합리적 이유 없이 확장해석하거나 유추해석을 하는 것은 허용되지 않는다. 그러나 법규 상호간의 해석을 통하여 그 의미를 명백히 할 필요가 있거나¹²⁾ 객관적이고 합리적인 근거와 이유가 있는 경우에는 조세법률주의가 지향하는 법적 안정성 및 예측가능성을 해치지 않는 범위 내에서 합목적적 해석을 하는 것은 가능하다.

지방세법에서 취득 유형과 관련하여 사용하고 있는 원시취득, 무상취득 등의 개념은 사법상 개념으로, 지방세법은 그에 관한 정의규정을 두고 있지 않지만, 앞에서 본 바와 같이, 지방세법상 취득 유형을 사법상 개념과 달리 해석할 필요가 있고 그와 같이 해석할 충분한 근거가 있다면 사법상 개념과 다르게 해석을 할 수 있다. 그러나 사법상 개념과 달리 해석

12) 대판 2017. 10. 12. 2016다212722.

할 충분한 근거가 없다면 원칙으로 돌아가 사법상 개념과 동일하게 해석해야 한다. 즉, 지방세법상 취득 유형을 사법상 개념과 동일하게 해석할 충분한 이유가 있는 경우에 지방세법상 취득 유형을 사법상 개념과 동일하게 해석해야 하는 것이 아니라, 지방세법상 취득 유형을 사법상 개념과 달리 해석해야 할 충분한 근거가 없다면 사법상 개념과 동일하게 해석해야 할 근거가 세법상 필요성이 적더라도 사법상 개념과 동일하게 해석해야 한다.

결국 지방세법상 취득 유형이 사법상 개념과 구분되는 독자적인 개념인지는 지방세법상 취득 유형을 사법상 개념과 달리 해석할 필요가 있는지, 나아가 그와 같이 해석할 충분한 근거가 있는지에 달려있다.

2. 지방세법상 취득세 일반

(1) 의 의

1) 취득세는 재산의 이전 내지 취득이라는 사실에 담세력을 인정하고 세금을 부과하는 세목이다. 취득세의 본질에 대해 유통세라는 견해¹³⁾, 유통세적 성격과 행위세적 성격을 함께 가지고 있다는 견해¹⁴⁾, 소득세나 소비세로 완전히 포착되지 않는 담세력을 취득을 계기로 과세하는 세목이라는 견해¹⁵⁾ 등이 주장되고 있다.

2) 대법원은 취득세에 대해 ‘본래 재화의 이전이라는 사실 자체를 포착하여 거기에 담세력을 인정하고 부과하는 유통세의 일종으로 취득자가 재화를 사용·수익·처분함으로써 얻을 수 있는 이익을 포착하여 부과하는 것이 아니다’라고 판시하여 유통세의 일종으로 보고 있다.¹⁶⁾

3) 헌법재판소는 등록세와 통합되기 전의 취득세에 관하여 ‘취득세는 재산의 이전이라는 사실 자체를 포착하여 거기에 담세력을 인정하고 세금을 부과하는 유통세이자 취득행위를 과세객체로 하여 세금을 부과하는 행위세이다’라고 하여 유통세적 성격과 행위세적 성격을 함께 가지고 있다고 보았다.¹⁷⁾

13) 구옥서, 사법과 세법, 유로, 2010, 226면.

14) 임승순, 조세법(제18판), 박영사, 2018, 1079면.

15) 김해마중, “취득세에서의 취득시기”, 특별법연구 10권(2012), 261면.

16) 대판 2018. 9. 13. 2015두57345 등.

17) 헌재 1999. 12. 23. 99헌가2(전원재판부) 등.

(2) 지방세법상 과세객체 및 취득개념

1) 취득세의 과세객체는 지방세법에 열거된 과세대상 물건의 취득행위이다. 원시취득·승계취득 또는 유상취득·무상취득 여부를 불문한 모든 취득행위를 그 대상으로 한다(지방세법 제6조 제1호)

2) 지방세법상 취득에 관하여 판례는 기본적으로 소유권이전의 형식에 의한 부동산 취득의 모든 경우를 포함한다고 보는 소유권취득설의 입장에서 거래의 실질이나 과세권 행사의 적정성 등을 고려하여 정책적 조정을 하는 것으로 이해되고 있다.¹⁸⁾ 또한 지방세법 제7조 제1, 2항은 민법 등 관계 법령에 따른 등기·등록을 하지 아니한 경우에도 사실상 취득하면 취득한 것으로 본다¹⁹⁾고 규정하여 취득개념을 '사실상 취득'으로 확대하여 사법상 취득의 개념보다 더 넓게 '취득'을 인정하고 있다.

3. 사법상 취득 유형

(1) 원시취득과 승계취득

1) 물권의 발생에는 절대적 발생과 상대적 발생이 있다. 절대적 발생은 전에는 없었던 물권이 이 사회에 새로 생겨나는 것이다. 절대적 발생을 주체를 중심으로 보면 원시취득에 해당한다. 상대적 발생은 이미 존재하는 물권으로서 타인이 가지고 있는 것을 이어받아 어떤 주체에게 권리가 생기는 것을 말한다. 상대적 발생을 주체를 중심으로 보면 승계취득에 해당한다. 승계에는 매매·상속 등에 의하여 전주가 가지고 있는 물권을 그대로 이어받는 이전적 승계와 소유자로부터 지당권·지상권 등을 설정받는 것과 같이 전주의 권리내용의 일부를 이어받는 설정적 승계가 있다.¹⁹⁾ 예를 들어, 건물의 신축, 선점(민법 252조), 습득(민법 253조), 선의취득(민법 249조), 시효취득(민법 245조 이하)등이 원시취득이고, 매매나 상속 등은 승계취득이다.

2) 원시취득과 승계취득의 차이는 권리자가 구권리자의 권리 이상을 취득할 수 있는지 여부이다. 승계취득의 경우, 구권리자의 권리에 제한이 있거나 흠이 있으면 선의취득 등의 예외사유가 존재하지 않는 한 원칙적으로 구권리자의 권리에 있던 제한이나 흠이 권리자에

18) 임승순, 앞의 책(주 14), 1080, 1081면.

19) 광윤직·김재형, 물권법 제8판(전면개정)보정, 박영사, 2015, 33면.

게 승계된다.

3) 원시취득은 기본적으로 강학상 개념으로²⁰⁾ 소유권취득으로 인해 이전의 소유권이 부담하던 제한이 소멸하는가에 초점이 있다²¹⁾²²⁾. 즉 권리자가 구소유자로부터 소유권의 대상인 물권을 사실상 이전받더라도 구권리자의 권리에 있던 제한이 승계되지 않는다면, 이는 원시취득에 해당한다.²³⁾

(2) 무상취득과 유상취득

1) 자신의 재산을 감소시키고 타인의 재산을 증가하도록 하는 효과를 발생시키는 행위를 출연행위라고 한다.²⁴⁾ 출연행위에는 자신의 출연에 대하여 상대방으로부터도 그것에 대응하는 출연을 받는 것을 목적으로 하는 ‘유상행위’와 상대방으로부터는 출연을 받지 않는 ‘무상행위’가 있다. 유상행위에서 자기의 출연과 상대방의 출연은 서로 교환조건적 또는 대가적 관계에 있다. 유상계약과 무상계약은 계약의 효과로서 생기는 채권관계만을 관찰하여 서로 대가적인 의미의 채무를 부담하는지에 따라 판단하는 것이 아니라 계약의 성립에서부터 그 계약의 효과로서 생기는 채권관계의 실현에 이르기까지 모든 과정을 살펴서 그 안에서 당사자들이 서로 대가적인 출연을 하는지를 표준으로 하여 판단한다.²⁵⁾ 유상계약과 무상계약을 구분하는 실익은 유상계약의 경우에 매매에 관한 규정이 준용된다는 점에 있다(민법 제567조²⁶⁾).

20) 부동산등기규칙 제36조, 지방세법 제6조, 제11조, 제12조, 지방세법 시행령 제20조, 지방세특례제한법 제33조, 한국전력공사법 시행령 제20조 외에는 원시취득이라는 개념을 사용하는 법령·규칙을 찾을 수 없다. 위 법령·규칙 역시 ‘원시취득’의 개념에 관한 정의 규정을 두고 있지는 않다.

21) 정병호, “부동산명의신탁자의 점유시효취득 - 자기소유부동산의 시효취득이 가능하다는 일반론을 중심으로”, 민사판례연구 제25권(2003), 43면.

22) 점유취득시효를 원시취득으로 이해하는 통설은 민법 제247조의 소급효로 원소유자의 소유권 위에 존재하였던 제한이나 부담은 취득시효의 완성과 더불어 소멸한다는 점을 주된 논거로 한다(장재현, “점유취득시효의 소급효란? - 점유시효취득이 원시취득? -”, 성균관법학 23권 2호(2011), 146면).

23) 대법원은 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제45조 제1항이 ‘사업시행자가 수용의 개시일에 토지나 물건의 소유권을 취득하며, 그 토지나 물건에 관한 다른 권리는 이와 동시에 소멸한다’고 정하고 있는 점을 고려하여 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률에 정한 수용에 의한 취득이 법률의 규정에 의한 원시취득이라고 판단하였다(대판 1995. 9. 15, 94다27649; 대판 2001. 1. 16, 98다58511 등 참조).

24) 박윤직·김재형, 민법총칙 제9판, 박영사, 2013, 267면.

25) 송덕수, 채권각론 3판, 박영사, 2017, 36면.

26) ▣ 민법 제567조(유상계약에 관한 준용) 본질의 규정은 매매 이외의 유상계약에 준용한다. 그러나 그 계약의 성질이 이를 허용하지 아니하는 때에는 그러하지 아니한다.

2) 그런데 유상행위인지 무상행위인지는 양 급부의 객관적 등가성이 아니라 당사자의 주관적 의사를 기준으로 판단²⁷⁾하기 때문에 법률행위가 아닌 법률 규정에 의한 물건취득의 경우에는 그 취득의 유상성을 판단하기가 어렵다. 유상계약·무상계약은 당사자의 의사를 기준으로 판단된다는 점과 사법상 유상계약과 무상계약의 구별 실효이 매매에 관한 규정의 준용 여부에 있다는 점을 고려하면, 법률 규정에 의한 물건변동의 경우에는 그 법률의 입법 취지를 기준으로 하여 매매에 관한 규정을 준용하지 않으면 형평에 반하는 결과가 초래될 수 있는지를 보충적으로 고려하여 판단하는 것이 타당하다.

3) 다만 여기서 주의해야 할 것은 사법상 취득 유형은 원시취득, 무상승계취득, 유상승계취득으로 구분되는 것이 아니라는 점이다. 원시취득·승계취득은 구권리자가 부담하던 제한이나 흠이 승계되느냐에 관한 구분이고 유상취득과 무상취득은 양 급부 사이에 대가관계가 있는지에 따른 구분으로 논의의 평면이 다르다. 따라서 원시취득도 무상취득과 유상취득으로 구분할 수 있다.

예를 들어 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률에서 정한 수용에 의한 취득은 사업시행자가 소유자에게 지급해야 하는 손실보상금과 사업시행자가 취득하는 토지 사이에는 대가관계가 인정되므로 유상취득이다. 판례는 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률에 의한 수용의 경우 사업시행자는 수용의 개시일에 토지의 소유권을 원시취득한다²⁸⁾고 하면서도, 수용 역시 양도소득세의 과세대상인 소득세법 제88조 제1호²⁹⁾의 자산의 양도에 해당한다고 판단³⁰⁾하였다. 소유자가 토지 등을 사업시행자에게

27) 최수정, “부담부증여의 경계”, 서울법학 제22권 제3호(2015), 564면.

28) 대판 2009. 9. 10. 2006다61536, 61543.

‘공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률’ 제45조 제1항에 의하면, 토지 수용의 경우 사업시행자는 수용의 개시일에 토지의 소유권을 취득하고 그 토지에 관한 다른 권리는 소멸하는 것인바, 수용되는 토지에 대하여 가압류가 집행되어 있더라도 토지 수용으로 사업시행자가 그 소유권을 원시취득하게 됨에 따라 그 토지 가압류의 효력은 절대적으로 소멸하는 것이고, 이 경우 법률에 특별한 규정이 없는 이상 토지에 대한 가압류가 그 수용보상금채권에 당연히 전이되어 효력이 미치게 된다가나 수용보상금채권에 대하여도 토지 가압류의 처분금지적 효력이 미친다고 볼 수는 없으며, 또 가압류는 담보물권과는 달리 목적물의 교환가치를 지배하는 권리가 아니고, 담보물권의 경우에 인정되는 물상대위의 법리가 여기에 적용된다고 볼 수도 없다.

29) ■ 소득세법

제88조(정의) 이 장에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “양도”란 자산에 대한 등기 또는 등록과 관계없이 매도, 교환, 법인에 대한 현물출자 등을 통하여 그 자산을 유상(有償)으로 사실상 이전하는 것을 말한다. 이 경우 대통령령으로 정하는 부담부증여(負擔附贈與)의 채무액에 해당하는 부분은 양도로 보며, 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우에는 양도로 보지 아니한다.

30) 대판 2013. 7. 25. 2010두18536.

공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률에 의한 수용도 양도소득세의 과세대상인 자산의 양도에 해당하므로, 수용의 경우에도 당해 자산의 양도가액은 실지거래가액, 즉 실지의 거래대금 그 자체 또는 거래 당시 급부의 대가로 실지 약정된 금액으로 계산하여야 하고, 실지거래가액을 인정 또는 확인할 수

유상으로 이전하다는 의미는³¹⁾ 사업시행자가 토지 등을 ‘유상’으로 취득하였음을 의미한다. 즉 수용에 의한 취득은 유상원시취득에 해당한다.

또한 법률에서 취득의 법적 성격이 원시취득임에도 그 취득이 ‘유상’임을 명시적으로 밝히고 있는 경우도 있다. 구 토지구획정리사업법(2000. 1. 28. 법률 제6252호로 폐지되기 전의 것) 제63조는 “구획정리사업의 시행으로 인하여 생긴 공공시설의 용에 공하는 토지는 환지처분의 공고가 있는 날의 익일에 그 관리자의 구분에 따라 국가 또는 지방자치단체에 귀속한다. 다만, 공공시설중 초등학교 및 중고등학교교육에 필요한 학교교지 또는 시장용지는 유상으로 한다.”고 정하고 있었다. 대법원 2018. 7. 24. 선고 2017다291593 판결은 위 구 토지구획정리사업법에 따른 환지계획에서 초등학교 및 중고등학교 교육에 필요한 학교용지로 지정된 토지는 환지처분 공고 다음 날에 토지를 관리할 국가 등에 귀속되어 국가 등이 소유권을 원시취득하고, 다만 국가 등은 구 토지구획정리사업법 제63조 단서에 따라 사업시행자에게 학교용지의 취득에 대한 대가를 지급하여야 하는데, 사업시행자의 학교용지 인도의무와 원가 등의 학교용지대금 지급의무는 상호 대가적 관계에 있거나 동일한 법률요건으로부터 생겨 공평의 관점에서 보아 견련적으로 이행함이 마땅한 경우로서 동시이행관계에 있다고 보는 것이 타당하다고 판시하였다.

(3) 검토

원시취득·승계취득과 유상취득·무상취득은 그 구별 기준 및 기능이 전혀 다르므로 사법상 취득 유형은 ① 무상원시취득, ② 유상원시취득, ③ 무상승계취득, ④ 유상승계취득으로 구분할 수 있다. 지방세법상 취득 유형, 즉 원시취득, 무상취득 등의 개념이 사법상 개념과 동일하다면, 용도폐지 정비기반시설 무상양도로 인한 취득세의 표준세율은 용도폐지 정비기반시설 무상양도의 사법상 성격이 무엇이나에 따라 결정된다.

없는 경우에는 당해 자산의 매매사례가액, 감정가액 또는 기준시가 등에 의하여 계산하여야 한다.

31) ■ 소득세법 제88조(정의)
 이 장에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
 1. “양도”란 자산에 대한 등기 또는 등록과 관계없이 매도, 교환, 법인에 대한 현물출자 등을 통하여 그 자산을 유상(有償)으로 사실상 이전하는 것을 말한다. 이 경우 대통령령으로 정하는 부담부증여(負擔附贈與)의 채무액에 해당하는 부분은 양도로 보며, 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우에는 양도로 보지 아니한다.

4. 지방세법상의 취득 유형의 의미

(1) 들어가는 글

지방세법상 취득 유형으로 사용하는 ‘원시취득’, ‘무상취득’ 등의 개념은 본래 사법상의 개념이다. 앞에서 본 바와 같이 사법상의 개념과 구분되게 인정할 필요가 없는 한 조세법률주의의 원칙상 지방세법의 원시취득, 무상취득 등의 개념은 사법상 개념과 동일하게 해석해야 한다.³²⁾

그러나 지방세법은 원시취득, 무상취득, 그 밖의 취득 등을 구분하여 취득세율을 달리 정하고 있다. 취득세의 본질이 재화의 이전이라는 사실 자체를 포착하여 거기에 담세력을 인정하고 부과하는 유통세라고 본다면, 재화가 이전된 원인이 사법상 원시취득, 무상취득 인지 등에 따라 담세력이 달라지지 않으므로 취득 유형에 따라 다른 취득세율이 적용되는 것을 설명하기 어렵다.

이처럼 사법상 취득 유형에 따른 취득세율 차등화가 취득세의 본질에 부합하지 않고, 지방세법상 ‘취득’에서 ‘사실상의 취득’이 포함되어 사법상 ‘취득’보다 그 범위가 넓으므로³³⁾ 지방세법상 취득 유형을 사법상 개념과 다르게 해석할 수 있는지 문제된다. 지방세법의 규정체계나 입법 연혁 등을 통해 취득 유형에 따른 차등 취득세율을 규정한 논리적 이어나 정책적 고려가 드러난다면, 그 정책적 고려 등을 감안하여 지방세법상 취득 유형 개념을 사법상 개념과 다르게 해석할 여지가 있다. 따라서 먼저 지방세법상 취득세율 차등의 근거가 있는지를 살핀 후 이를 바탕으로 지방세법상 취득 유형의 의미를 검토하겠다.

32) 민법 등 사법에서 사용하고 있는 개념을 세법에서 그대로 사용할 경우 그 해석을 어떻게 할 것인지, 즉 차용개념의 해석에 관한 쟁점이 있다. 통상 차용개념이더라도 세법이 사법상 개념 정의를 그대로 따르거나 세법 자체에서 별도의 개념 정의를 하고 있다면 이 쟁점이 문제되지 않는다. 그러나 일반적으로 그러한 정의 규정이 없는 경우에 차용개념 해석에 관하여, ① 원칙적으로 사법상의 내용과 같아야 한다는 견해(통일설), ② 세법 독자적으로 해석하여야 한다는 견해(독립설), ③ 세법 목적에 비추어 상대적으로 해석하여야 한다는 견해(목적적합설) 등이 주장되고 있다. 현재 차용개념을 사법상의 개념과 달리 해석하는 것은 법적 안정성을 해할 우려가 있고, 그렇다고 상시 사법상의 개념에 종속하여 해석하는 것은 실질과세원칙을 해하고 조세회피를 조장하는 등의 폐단이 있으므로 세법의 목적, 규정 취지, 문언 체계상으로 합목적적인 해석을 해야 한다고 보는 목적적합설을 지지하는 것이 다수 견해로 보인다(노유경, “부동산 명의신탁과 양도소득세에 관한 소고”, 재판자료 제132집: 행정재판실무연구 V(2016), 167, 168면).

33) 지방세법은 사법과 달리 개수, 지목변경 등을 ‘취득’으로 보지만(지방세법 제6조 제1호, 제7조 제4항 등), 이와 같은 간주취득의 경우에는 별도로 세율을 정하고 있으므로(지방세법 제15조 제2항), 이 글에서 다루는 소유권 이전과 관련한 취득 유형과는 관련이 없다.

(2) 지방세법상 취득 유형과 취득세율 차등의 근거

1) 세율체계

지방세법상 취득세율은 부동산과 선박에 대해서는 취득 유형에 따라 표준세율을 달리 정하고 있고, 그 외 차량, 기계장비, 항공기 등에 대해서는 단일한 표준세율을 규정하고 있다. 부동산과 선박의 표준세율을 정리하면 아래 표와 같다.³⁴⁾

구분		유상취득		상속취득		무상취득		원시취득	
농지		3.0	②	2.3	④	3.5	①	2.8	③
주택	9억 원 이하	1.0 ³⁵⁾ 2.0 ³⁶⁾	④	2.8	②	3.5	①	2.8	②
	9억 원 초과	3.0	②	2.8	③	3.5	①	2.8	③
기타 부동산		4.0	①	2.8	③	3.5	②	2.8	③
일반 선박		3.0	①	2.5	③	3.0	①	2.02	④

2) 취득세율 차등의 근거

① 용도폐지 정비기반시설, 즉 농지 아닌 기타 부동산에 한정하여 보면, 유상취득(4.0) > 무상취득(3.5) > 상속취득(2.8) = 원시취득(2.8) 순으로 취득세율이 높다. 그러나 농지의 경우에는 무상취득(3.5) > 유상취득(3.0) > 원시취득(2.8) > 상속취득(2.3) 순서로 높다. 주택의 취득원인별 세율을 보면 9억 원 초과 주택의 취득세율은 무상취득(3.5) > 유상취득(3.0) > 원시취득(2.8) = 상속취득(2.8) 순서지만 9억 원 이하 주택의 세율은 무상취득(3.5) > 원시취득(2.8) = 상속취득(2.8) > 유상취득(1% 또는 2%) 순서이다.

이처럼 부동산의 취득 유형에 따른 세율 차등화는 논리적 일관성을 찾기 어렵다. 여기에 일반 선박의 세율이 유상취득(3.0) = 무상취득(3.0) > 상속취득(2.5) > 원시취득(2.02) 이고, 차량, 기계장비, 항공기 등에 대해서는 단일한 표준세율이 적용되는 점까지 함께 고려하면, 지방세법상 취득 유형에 따른 세율 차등화는 그 논리적 일관성이나 특별한 근거를 찾을 수 없다.³⁷⁾

34) 주만수, “지방세 과세원리에 입각한 취득세 세율구조 평가 및 정책대안 모색”, 지방행정연구 30권제1호 (2016), 211면.

35) 6억 이하.

36) 6억 초과 9억 이하.

37) 마정화·유현정, “응익과세의 관점에서 본 지방세법 개편방안”, 한국지방세연구원 기본연구보고서 2015권6호(2016), 94면; 주만수, 앞의 논문(주 34), 211, 212면.

② 부동산, 선박에 취득 유형별 세율구조가 적용된 것은 2010. 12. 27. 법률 제10416호로 그 전에는 취득세는 과세대상이나 취득 유형과 관계없이 2%의 표준세율로 과세했다. 등록세의 경우에는 개정 전 지방세법에서도 취득 유형에 따라 세율을 달리하였다. 그런데 2007년 대통령 선거 당시 여당과 야당 모두 주택거래에 따른 세금 부담을 완화한다는 목적에서 취득세와 등록세를 통합하고 세율을 인하하는 방안을 공약으로 제시하였고³⁸⁾, 이후 여러 논의를 거쳐 2011년 지방세간소화 정책의 일환으로 취득세와 등록세가 통합되었다. 그런데 세율은 구 지방세법(2010. 12. 27. 법률 제10416호로 개정되기 전의 것) 당시 취득세율과 등록세율을 단순히 더하여 결정하였다. 등록세의 경우 행정서비스에 대한 반대급부로서의 편익과세의 성격이 있어³⁹⁾ 취득 유형에 따른 표준세율을 달리 할 근거가 있으나, 유통세인 취득세의 경우 편익과세의 성격이 있다고 볼 수 없다. 이는 통합 후의 취득세의 경우에도 마찬가지인데, 취득세의 담세력이 취득 유형에 따라 달라진다고 볼 아무런 근거가 없다. 즉 지방세법이 부동산에 취득 유형별 세율구조를 정하고 있는 것은 취득 유형에 따라 담세력에 차이가 있다거나 특별한 정책적 고려가 있어서가 아니라 성격이 다른 취득세와 등록세를 통합하면서 세수 보전을 위해 세율을 단순합산하였기 때문이다.

(3) 사실상 취득과의 관계

1) 지방세법은 '취득'에 관하여 본질적 의미를 적극적으로 정의하지 않고 취득의 종류나 형식을 불문한다고 정하는 동시에 같은 법 제7조 제2항에서 '사실상 취득'이라는 개념을 사용하고 있다. 법률행위에 의한 부동산의 물건 취득에 한정하여 보면, 사법상 부동산 소유권의 취득으로 인정되기 위해서는 법률행위 외에 등기가 필요한 반면, 지방세법상으로는 등기를 하지 않은 경우에도 '취득'으로 인정될 수 있다. 이처럼 지방세법상 취득과 사법상 취득이 그 개념 및 그 인정 시기가 다르다는 점에서 지방세법상 취득 유형 역시 사법상 개념과 달리 해석해야 한다는 의견이 있을 수 있다.

2) 지방세법 제7조 제2항은 부동산의 경우 민법에 따른 등기를 하지 아니한 경우라도 '사실상 취득'하면 취득한 것으로 본다고 정하고 있고, 지방세법 시행령 제20조 제2항은 유상승계취득의 경우에는 잔금지급일(일부 유상승계취득의 경우에는 사실상의 잔금지급일)에 취득한 것으로 본다고 정하고 있다. 대법원⁴⁰⁾은 "사실상으로 취득이라 함은 일반적으

38) 박지현·안성서, "취득세·등록면허세(등록분) 세율체계 개편방안", 한국지방세연구원 정책연구보고서 2015 권19호(2015), 10면.

39) 박지현·안성서, 앞의 논문(주 38), 17면.

40) 대판 2001. 2. 9. 99두5955; 대판 2017. 7. 11. 2012두28414 등 참조.

로 등기와 같은 소유권 취득의 형식을 갖추지는 못하였으나 대금의 지급과 같은 소유권 취득의 실질적 요건을 갖추지 못한 경우를 말한다”고 판시하였다. 이처럼 사법상 취득의 개념은 민법 제186조의 법률행위에 의한 취득과 제187조의 법률의 규정에 의한 취득을 의미하는 반면, 지방세법의 취득 개념에는 사실상의 취득이 포함되므로 사법상 취득의 개념보다 그 범위가 더 넓다.

3) 그러나 사실상 취득은 지방세법 제7조 제2항 규정에서 알 수 있는 것처럼 기본적으로 법률행위에 의한 소유권 취득 요건 중 ‘등기’ 요건을 갖추지 않은 경우에도 취득한 것으로 간주하는 개념이다. 즉 소유권 취득의 원인이 되는 법률행위가 존재하는 것을 전제로 대금 지급과 같은 일정한 요건이 충족되면, 등기를 마치지 않은 경우에도 소유권을 취득한 것으로 보는 것으로 “소유권 취득의 원인이 되는 법률행위” 및 “소유권 취득의 원인이 되는 법률 규정”과는 관련이 없다.

이 글에서 논하는 지방세법상 취득 유형의 문제는 소유권 취득 원인의 법적 성격, 즉 “소유권 취득의 원인이 되는 법률행위”와 “소유권 취득의 원인이 되는 법률 규정”이 원시취득, 상속, 무상취득 또는 그 밖의 원인으로 인한 취득 중 어디에 해당하는지 밝히는 것이다. 사실상 취득 개념은 “소유권 취득의 원인이 되는 법률행위”와 “소유권 취득의 원인이 되는 법률 규정”의 법적 성격 분류와는 관련이 없으므로, 사법상 취득 개념보다 지방세법상 취득 개념이 더 넓다는 이유로 지방세법상 취득 유형을 사법상 개념에 따라 해석할 수 없다는 주장은 타당하지 않다.

(4) 판례

대법원은 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률에 따른 수용재결의 효과로서 수용에 의한 사업시행자의 소유권취득이 구 지방세법(2016. 12. 27. 법률 제14475호로 개정되기 전의 것)상 원시취득에 해당하는지 문제된 사건에서 지방세법상 ‘원시취득’이란 그 명칭이나 형식에 관계없이 기존에 실재하지 않았던 과세물건에 대해 납세의무를 성립하게 하는 과세요건이라는 과세관청의 주장을 조세법률주의의 원칙상 구 지방세법상 원시취득은 강학상 개념대로 해석해야 한다는 원심의 판단에 위법이 없다는 취지로 판단하였다.⁴¹⁾

41) 대판 2016. 6. 23. 2016두34783.

(5) 소결론

1) 앞에서 본 바와 같이 지방세법상 취득 유형에 따른 차등 취득세율은 논리적 일관성이거나 정책적 필요성을 찾을 수 없다. 종래 취득세와 등록세를 통합하는 과정에서 취득 유형에 따른 담세력 차이 등을 고려하지 않고 세수 보전을 위해 종래 취득세율과 등록세율을 단순 합산한 결과로 보일 뿐이다.

지방세법이 취득 유형에 따라 취득세율을 달리 정하고 있는 점을 감안하더라도 지방세법상 취득 유형을 사법상 취득 유형과 달리 해석할 필요가 있다고 볼 수 없다. 납세자의 예측 가능성, 조세 법규의 명확성을 위해 지방세법상 취득 유형은 사법상 취득 개념과 동일하게 해석하는 것이 타당하다.

2) 이에 대해 실질과세의 원칙을 규정하고 있는 지방세기본법 제17조 제2항의 취지 등을 고려하여 지방세법상 취득 유형은 사법상 개념과 동일하지 않다고 주장하는 견해가 있다. 원시취득의 세율이 다른 유형의 취득에 비해 비교적 낮다는 점을 고려하여 지방세법상 원시취득을 국부가 창출하는 사안, 즉 과세물건이 새롭게 생성되는 경우로 한정하여야 한다는 견해가 대표적이다.

위 견해는 원시취득의 세율이 다른 취득 유형의 세율보다 낮다는 점을 근거로 사법상 원시취득보다 지방세법상 원시취득을 더 좁게 인정해야 한다는 것이다. 그런데 앞에서 본 바와 같이 농지의 경우에는 상속에 의한 취득이 원시취득보다 오히려 세율이 낮고, 9억 원 이하의 주택의 경우에는 유상승계취득이 원시취득보다 세율이 낮다. 단순히 원시취득의 경우 일반적으로 세율이 다른 취득 유형보다 낮다는 점을 근거로 지방세법상 원시취득을 사법상 원시취득과 다른 개념으로 해석해야 한다는 주장은 설득력이 약하다.

특히 위 견해에 따르면, 다른 취득 유형, 예컨대, 무상취득과 유상취득 역시 지방세법상 고유의 개념 정의가 가능하다는 결론에 이르게 된다. 그러나 과세물건에 따라 무상취득과 유상취득의 세율이 달라⁴²⁾ 세율을 근거로 무상취득과 유상취득의 지방세법상 고유의 개념을 예측할 수 없고, 달리 무상취득과 유상취득의 독자적 개념을 도출할 지방세법상 근거도 찾을 수 없다.

3) 원시취득 외에 다른 취득 유형에 관해서는 아직 명시적인 대법원 판례가 없다. 하지만 종래 수십 년 동안 과세관청은 지방세법상 원시취득을 사법상 개념에 따라 해석하지 않

42) 앞에서 본 바와 같이 농지나 주택의 경우에는 무상취득이, 기타 부동산이나 선박의 경우에는 유상취득이 세율이 더 높다.

고 과세물건이 새롭게 생성되는 경우로 한정하여 세정을 운영하였는데, 대법원이 그와 같은 오랜 세무관행을 뒤집고 원시취득을 사법상 개념과 동일하게 해석해야 한다고 판단한 점이나, 원시취득을 사법상 개념에 따라 해석하였다면 다른 취득 유형 역시 사법상 개념에 따라 해석하는 것이 논리적으로 일관된다는 점에서 대법원 역시 지방세법상 취득 유형을 사법상 개념과 동일하게 해석해야 하는 입장인 것으로 보인다.

Ⅲ. 용도폐지 정비기반시설 무상양도의 법적 성격

1. 용도폐지 정비기반시설 무상양도 일반

(1) 의 의

1) 정비사업을 시행할 때 정비구역 내에 있는 기존의 도로, 공원 등 정비기반시설을 폐지하고 새로 정비기반시설을 설치할 필요가 있다. 이때 새로 설치하여야 할 정비기반시설의 설치의무자를 누구로 할 것인지, 설치비용은 누가 부담할 것인지, 설치되는 정비기반시설과 폐지되는 정비기반시설의 소유권이 누구에게 귀속 또는 양도되는지 정할 필요가 있다. 도시정비법 제97조는 신설 정비기반시설과 용도폐지 정비기반시설의 소유권 귀속에 관하여 정하고 있다.

2) 전단 규정은 사업시행자가 사업시행자의 비용으로 신설한 정비기반시설은 그 시설을 관리할 국가 또는 지방자치단체에 무상으로 귀속된다고 정하고 있다. 전단 규정은 정비기반시설의 설치와 관련한 공적 부담에 있어 형평성을 확보하고, 정비기반시설의 원활한 확보를 꾀함과 동시에 공공의 이용에 적합하도록 정비기반시설의 효율적인 유지·관리를 도모하여 쾌적한 주거환경을 조성하는데 그 목적이 있다.⁴³⁾

43) 현재 2012. 7. 26. 2011헌마169(전원재판부).

(전단 규정)은 정비기반시설의 설치와 관련한 공적 부담에 있어 형평성을 확보하고, 정비기반시설의 원활한 확보를 꾀함과 동시에 공공의 이용에 적합하도록 정비기반시설의 효율적인 유지·관리를 도모하여 쾌적한 주거환경을 조성하고자 함에 그 취지가 있으므로 목적의 정당성이 인정되고, 사업주체가 설치한 정비기반시설의 소유권을 바로 국가 등에 귀속하게 하면 이를 보다 효율적으로 유지·관리하면서 널리 공공의 이익에 제공할 수 있으므로 방법의 적절성도 인정된다. 한편, 주택재개발사업의 승인과정에서 정비기반시설의 설치와 무상귀속에 관한 사항이 미리 계획되고 협의될 것을 요구하는 점에 비추어 볼 때, 정비기반시설의 무상귀속은 사업시행자에게 부과된 원이자 또는 수익자 부담금의 성격을 띠고 있어, 결국 사업시행자나

3) 후단 규정은 민간 사업시행자에 의해 새로 설치된 정비기반시설이 전단 규정에 따라 관리청에 무상으로 귀속됨으로 인해 야기되는 사업시행자의 재산상 손실을 고려하여, 그 사업시행자가 새로 설치한 정비기반시설의 설치비용에 상당하는 범위 안에서 정비사업의 시행으로 용도가 폐지되는 국가 또는 지방자치단체 소유의 정비기반시설을 그 사업시행자에게 무상으로 양도되도록 하여 위와 같은 재산상의 손실을 합리적인 범위 안에서 보전해 주고자 하는 데 그 입법 취지가 있다⁴⁴⁾. 이러한 후단 규정의 입법취지에 비추어 보면, 후단 규정은 민간 사업시행자에 의하여 새로 설치될 정비기반시설의 설치비용에 상당하는 범위 안에서 용도폐지될 정비기반시설의 무상양도를 강제하는 강행규정이므로, 위 규정을 위반하여 사업시행자와 국가 또는 지방자치단체 간에 체결된 매매계약 등은 무효이다.⁴⁵⁾

(2) 무상양도의 절차

1) 시장·군수 등은 정비사업을 시행하기 위해 먼저 정비계획을 결정하여야 하는데, 정비계획에는 정비기반시설의 설치계획이 포함되어야 한다.⁴⁶⁾ 이때 시장·군수 등은 정비계획을 결정하기에 앞서 해당 정비기반시설의 관리청의 의견을 들어야 한다(도시정비법 제 15조 제4항).

2) 사업시행자는 정비사업을 시행하기 위해서는 정비계획에 따른 사업시행계획서를 작성하여 인가를 받아야 하는데, 그 사업시행계획서에는 정비기반시설 및 공동이용시설의 설치계획이 포함되어야 하고, 이에 더하여 ① 정비사업으로 용도가 폐지되는 정비기반시설의 조서·도면 및 그 정비기반시설에 대한 둘 이상의 감정평가업자의 감정평가서와 새로 설치할 정비기반시설의 조서·도면 및 그 설치비용계산서와 ② 사업시행자에게 무상으로 양여

입주민들이 납부하여야 할 부담금에 대신하여 사업시행자가 이를 직접 설치하여 국가 등에게 무상귀속시킨 것에 지나지 않는 것으로서, 무상귀속의 대상이 된 정비기반시설과 그 부지는 이미 정비기반시설로 용도가 지정되어 그 범위 내에서만 사용·수익이 가능할 뿐, 임의처분조차 사실상 제한을 받는다는 점에서 그 효용 가치가 현저히 감소된 재산권이라 할 것인데, 전단 규정에 의하여 정비기반시설의 사전확보와 효율적인 유지·관리가 가능해진다는 점에서 전단 규정은 가능한 최소한의 범위에서 재산권의 사회적 제약을 도모하는 것으로서 침해의 최소성원칙에 반하지 않고, 정비기반시설의 무상귀속으로 침해받는 사익보다는 이를 통해 달성하려는 공익이 훨씬 크다고 할 것이므로 법익균형성도 갖추었다.

44) 대판 2007. 4. 13. 2006두11149.

45) 대판 2009. 6. 25. 2006다18174.

46) ■ 도시정비법 제9조(정비계획의 내용)

① 정비계획에는 다음 각 호의 사항이 포함되어야 한다.

12. 그 밖에 정비사업의 시행을 위하여 필요한 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항

■ 도시정비법 시행령 제8조(정비계획의 내용)

③ 법 제9조제1항제12호에서 “대통령령으로 정하는 사항”이란 다음 각 호의 사항을 말한다.

6. 정비기반시설의 설치계획

되는 국·공유지의 조서를 첨부하여야 한다.⁴⁷⁾

대법원은 도시정비법 시행령이 사업시행계획서에 신설 정비기반시설 비용계산서와 용도폐지 정비기반시설의 감정평가서 등을 첨부하도록 규정한 것을 고려하여 신설 정비기반시설과 기존 정비기반시설의 가액평가시점은 사업시행인가시를 기준으로 하여야 한다는 원심판결에 대해 심리불속행으로 종결한 바 있다(대법원 2007. 9. 6.자 2007두10907 판결). 한편 정비구역 내 국·공유지(잡종지)가 있을 경우 사업시행자는 이를 사업부지로 하기 위해 매입할 수밖에 없는데, 이러한 점을 감안하여 도시정비법은 정비구역 내 국·공유지로서 정비사업에 필요한 경우 사업시행자 등에게 우선적으로 매각하되, 그 국·공유지의 가액평가 역시 사업시행인가 고시일을 기준으로 한다고 규정하고 있다(도시정비법 제98조 제4항, 제6항)⁴⁸⁾. 즉 위 대법원 판결 취지와 관련 규정을 종합하면, 무상귀속 대상인 신설 정비기반시설과 무상양도 대상인 용도폐지 정비기반시설의 범위는 사업시행계획 인가시에 확정된다고 볼 수 있다.⁴⁹⁾ 실무에서는 통상 사업시행계획을 인가하면서 용도가 폐지되는 정비기반시설 중 무상양도되지 않는 부분을 유상으로 매입할 것을 조건으로 부과하는 것이 일반적이다.

3) 사업시행자는 신설 정비기반시설 공사를 마친 후 전단 규정에 따라 관리청에 귀속될 정비기반시설과 사업시행자에게 양도될 재산의 종류와 세목을 정비사업의 준공 전에 관리청에 통지하여야 한다. 도시정비법 제97조 제5항은 신설 정비기반시설과 용도폐지 정비기

47) ■ 도시정비법 제52조(사업시행계획서의 작성)

① 사업시행자는 정비계획에 따라 다음 각 호의 사항을 포함하는 사업시행계획서를 작성하여야 한다.

2. 정비기반시설 및 공동이용시설의 설치계획

13. 그 밖에 사업시행을 위한 사항으로서 대통령령으로 정하는 바에 따라 시·도조례로 정하는 사항

■ 도시정비법 시행령 제47조(사업시행계획서의 작성)

② 법 제52조제1항제13호에서 “대통령령으로 정하는 바에 따라 시·도조례로 정하는 사항”이란 다음 각 호의 사항 중 시·도조례로 정하는 사항을 말한다.

11. 정비사업의 시행으로 법 제97조제2항에 따라 용도가 폐지되는 정비기반시설의 조서·도면 및 그 정비기반시설에 대한 둘 이상의 감정평가업자의 감정평가서와 새로 설치할 정비기반시설의 조서·도면 및 그 설치비용 계산서

12. 사업시행자에게 무상으로 양여되는 국·공유지의 조서

48) ■ 도시정비법 제98조(국유·공유재산의 처분 등)

④ 정비구역의 국유·공유재산은 「국유재산법」 제9조 또는 「공유재산 및 물품 관리법」 제10조에 따른 국유재산종합계획 또는 공유재산관리계획과 「국유재산법」 제43조 및 「공유재산 및 물품 관리법」 제29조에 따른 계약의 방법에도 불구하고 사업시행자 또는 점유자 및 사용자에게 다른 사람에 우선하여 수의계약으로 매각 또는 임대될 수 있다.

⑥ 제4항에 따라 정비사업을 목적으로 우선하여 매각하는 국·공유지는 사업시행계획인가의 고시가 있는 날을 기준으로 평가하며, 주거환경개선사업의 경우 매각가격은 평가금액의 100분의 80으로 한다. 다만, 사업시행계획인가의 고시가 있는 날부터 3년 이내에 매매계약을 체결하지 아니한 국·공유지는 「국유재산법」 또는 「공유재산 및 물품 관리법」에서 정한다.

49) 이 부분에 관한 명시적인 판단을 한 대법원 판결은 없는 것으로 보인다.

반시설은 모두 그 정비사업이 준공인가되어 관리청에 준공인가통지를 한 때에 국가 또는 지방자치단체에 귀속되거나 사업시행자에게 양도된 것으로 본다고 정하고 있다.

(3) 무상귀속 및 양도의 법적 성격 및 그에 따른 물권변동 시기

1) 전단 규정에 의한 무상귀속의 법적 성격이나 후단 규정에 의한 무상양도의 법적 성격 및 물권변동 시기에 대해서는 명확한 대법원 판례가 없고, 이 글에서 다루는 후단 규정에 의한 무상양도의 법적 성격에 대한 각급 법원의 판단 역시 통일되어 있지 않다.

2) 다만 전단 규정과 형식 및 내용이 유사한 구 도시계획법(1991. 12. 14. 법률 제 4427호로 개정되기 전의 것) 제83조 제2항⁵⁰⁾의 무상귀속의 효과가 문제된 대법원 1999. 4. 15. 선고 96다24897 전원합의체 판결에서 다수의견은 “도시계획사업의 시행으로 공공시설이 설치되면 그 사업완료(준공검사)와 동시에 당해 공공시설을 구성하는 토지와 시설물의 소유권이 그 시설을 관리할 국가 또는 지방자치단체에 직접 원시적으로 귀속된다”고 판단하였다. 이에 대해 5인의 대법관은 “구 도시계획법(1991. 12. 14. 법률 제 4427호로 개정되기 전의 것) 제83조 제1항 내지 제5항의 규정내용, 같은 법의 다른 조항 및 다른 실정법 조항을 종합하여 보면, 같은 법 제83조 제1항과 제2항은 공공시설의 귀속 주체 및 방법(유상이 아닌 무상)을, 제4항 후단과 제5항은 그 귀속시기를 각 규정한 것으로 해석함이 가장 평이하고 자연스러우며, 행정청이 아닌 시행자가 설치한 공공시설의 소

50) ■ 구 도시계획법 제83조 (공공시설 및 토지등의 귀속)

- ① 행정청인 시행자가 도시계획사업의 시행으로 새로이 공공시설(共同溝를 포함한다. 이하 이條에서 같다)을 설치하거나 기존의 공공시설에 대체되는 공공시설을 설치한 경우에 국유재산법 및 지방재정법등의 규정에 불구하고 종래의 공공시설은 시행자에게 무상으로 귀속되고 새로이 설치된 공공시설은 그 시설을 관리할 국가 또는 지방자치단체에 무상으로 귀속된다.
- ② 행정청이 아닌 시행자가 도시계획사업을 시행하여 새로이 설치한 공공시설은 그 시설을 관리할 국가 또는 지방자치단체에 무상으로 귀속되며 도시계획사업의 시행으로 인하여 그 기능이 대체되어 용도가 폐지되는 국가 또는 지방자치단체의 재산은 국유재산법 및 지방재정법등의 규정에 불구하고 그가 새로 설치한 공공시설의 설치비용에 상당하는 범위안에서 그 시행자에게 이를 무상으로 양도할 수 있다.
- ③ 건설부장관은 제1항 및 제2항의 규정에 의한 공공시설의 귀속에 관한 사항이 포함된 도시계획사업의 실시계획을 인가하고자 할 때에는 미리 그 관리청의 의견을 들어야 한다.
- ④ 제3항의 규정에 의하여 건설부장관이 관리청의 의견을 들어 실시계획을 인가하였을 때에는 그 실시계획에 포함된 공공시설에 대하여는 그 점용 사용은 관계법령의 규정에 의한 승인이나 허가를 얻은 것으로 보고 시행자는 도시계획사업을 시행할 수 있으며 그 도시계획사업이 완료되어 준공검사를 필요하였을 때에는 시행자는 지체없이 그 시설의 관리청에 시설의 종류 및 토지의 세목을 통지하여야 하고 그 통지한 날에 그 시설은 제1항에 규정한 자에게 각각 귀속된다.
- ⑤ 제2항의 규정에 의하여 관리청에 귀속될 공공시설과 시행자에게 양도될 재산에 관하여 시행자는 그 도시계획사업의 완료전에 그 종류와 세목을 관리청에 통지하여야 하며 그 사업이 완료되어 준공검사를 필한 후 에 시행자가 사업완료 통지를 관리청에 함으로써 관리청에의 귀속과 그 시행자에게의 양도가 된 것으로 본다.

유권이 국가 또는 지방자치단체에 귀속되는 시기는 같은 조 제5항의 사업완료 통지시라고 풀이함이 옳다.”는 반대의견을 밝혔다.

위 대법원 판결의 취지가 전단 규정에 의한 무상취득에도 적용된다면, 전단 규정에 의한 취득은 원시취득에 해당하고, 그 원시취득의 시기는 준공인가 통지시가 아니라 준공완료시가 될 것이다.

2. 후단 규정에 의한 취득의 법적 성격에 대한 견해

(1) 들어가는 글

후단 규정에 의한 취득의 법적 성격에 대해 과세관청 및 각급 법원의 판단은 크게 ① 원시취득이라는 견해, ② 무상승계취득이라는 견해, ③ 손실 보전의 한도에서 유상승계취득이라는 견해, ④ 교환 또는 교환 유사의 유상승계취득이라는 견해로 나눌 수 있다. 이하에서는 여러 판결문을 기초로 각 견해의 논거를 살펴보고, 후단 규정에 의한 취득의 법적 성격에 대해 검토한다.

(2) 각 견해의 논거

1) 무상원시취득설의 논거⁵¹⁾⁵²⁾

① 원시취득의 근거

㉔ 신설 정비기반시설은 시행되는 정비사업의 계획에 따라 설치되는 것이고 용도폐지 정비기반시설 또한 정비사업의 계획에 따라 사라지는 것으로 당사자 쌍방의 의사가 개입되기 어려우므로 후단 규정에 의한 취득은 교환에 의한 취득 또는 교환과 유사한 행위에 의한 취득으로 보기 어렵다.

㉕ 전단 규정, 후단 규정의 ‘무상귀속, 무상양도’는 그 문언상으로 ‘교환’과 차이가 있고 도시정비법 제97조 제5항⁵³⁾은 교환과 달리 법률 규정에 의한 물권변동임을 정하고 있다.

51) 서울행판 2018. 5. 24, 2017구합76869.

52) 서울고판 2018. 1. 18, 2017누48446.

53) ▣ 도시정비법 제97조(정비기반시설 및 토지 등의 귀속)

⑤ 사업시행자는 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 관리청에 귀속될 정비기반시설과 사업시행자에게 귀속 또는 양도될 재산의 종류와 세목을 정비사업의 준공 전에 관리청에 통지하여야 하며, 해당 정비기반시설은 그 정비사업이 준공인가되어 관리청에 준공인가통지를 한 때에 국가 또는 지방자치단체에 귀속되거나 사업시행자에게 귀속 또는 양도된 것으로 본다.

② 무상취득의 근거

㉔ 후단 규정은 민간 사업시행자가 설치한 정비기반시설이 국가 또는 지방자치단체에 귀속되는 데에 대하여 민간 사업시행자에게 그 대가를 보상하려는 목적에서 규정된 것이 아니라(헌법재판소 2013. 10. 24. 선고 2011헌바355 결정) 신설 정비기반시설이 관리청에 무상으로 귀속됨에 따라 입게 되는 재산상 손실을 합리적 범위 안에서 보전해 주는 것을 목적으로 하는 시혜적 법률이다(헌법재판소 2011. 7. 28. 선고 2008헌바13 결정). 이러한 시혜적 법률은 입법자가 그 입법의 목적, 수혜자의 상황, 국가예산 등을 고려하여 광범위한 입법 재량권을 행사할 수 있기 때문에 입법자가 그 재량권을 행사한 결과 사업시행자가 그 손실을 일부 보전받는다 고 하여 ‘용도가 폐지되는 정비기반시설의 양도’와 ‘사업시행자의 손실’ 사이에 어떠한 대가관계가 인정된다고 볼 수 없다.

㉕ 후단 규정은 전단 규정의 적용을 전제로 하고 이에 더하여 정비사업의 시행으로 인하여 용도가 폐지되는 정비기반시설이 존재할 것을 요건으로 하는 데 반하여 전단 규정은 후단 규정을 전제로 하지 않아 전단의 급부가 제공되더라도 후단의 급부가 제공되지 않는 경우를 상정할 수 있다. 양자 사이에 전단의 급부가 제공되면 후단의 급부도 제공되고, 후단의 급부가 제공되면 전단의 급부도 제공되는 관계가 성립하지 아니하므로, 양자 사이에 상환성과 대가성이 인정된다고 보기 어렵다.

2) 무상승계취득설의 논거⁵⁴⁾⁵⁵⁾

① 승계취득의 근거

㉔ 도시정비법 제97조 제1, 2항은 ‘무상으로 귀속된다’고 정한 국가 또는 지방자치단체의 신설 정비기반시설 취득이나 공공 사업시행자의 용도폐지 정비기반시설 취득과 달리 민간 사업시행자의 용도폐지 정비기반시설 취득에 대해서는 ‘무상으로 양도된다’고 정하고 있다. 사업시행자의 용도폐지 정비기반시설 취득을 위 법률 규정과 달리 ‘유상’으로 ‘원시취득’으로 볼 특별한 이유가 없다.

㉕ 도시정비법 시행령 제80조 제4항⁵⁶⁾은 국가나 지방자치단체로부터 무상 양여받은 토지의 경우 소유권이전등기절차를 받아 사업시행자가 소유권이전등기를 하게 되어 있고, 사

54) 서울고판 2017. 9. 5. 2017누48354(서울행관 2016구합74293의 항소심, 현재 대법원 2017두66824 호로 상고심 계속중)

55) 대구지판 2018. 8. 17. 2017구합24235.

56) ▣ 도시정비법 제80조(국·공유지의 무상양여 등)

④ 사업시행자는 법 제113조에 따라 사업시행계획인가가 취소된 때에는 법 제101조제1항에 따라 무상양여된 토지를 원소유자인 국가 또는 지방자치단체에 반환하기 위하여 필요한 조치를 하고, 즉시 관할 등기소에 소유권이전등기를 신청하여야 한다.

업시행자는 사업시행인가가 취소된 때 무상양여된 토지를 원소유자에게 반환할 의무를 지고 있다.

② 무상취득의 근거

무상원시취득설의 무상취득 근거와 동일하다.

3) 부분 유상승계취득설의 논거⁵⁷⁾

① 승계취득의 근거

무상승계취득설의 승계취득 근거와 동일하다.

② 유상취득의 근거

㉔ 후단 규정에 따른 용도폐지 정비기반시설의 무상양도는 용도폐지 정비기반시설을 사업시행자에게 무상 양도함으로써 사업시행자가 신설 정비기반시설을 관리청에 무상 귀속 시킴으로써 입계 될 재산상 손실을 합리적인 범위 안에서 보전하려는 데 입법취지가 있다는 점을 고려하면, 신설 및 용도폐지 정비기반시설의 무상귀속, 무상양도는 사업시행자의 손실이 보전되는 범위 안에서 유상관계의 성질을 갖는다.

㉕ 유상취득이란 대가를 지급하고 권리를 취득하는 것을 말하고, 무상취득이란 대가를 지급하지 않고 권리를 취득하는 것으로서 통상 상속, 증여 등에 의한 권리 취득을 말하는 데, 양자는 법문언상 표현에 구애받지 않고, 권리 취득의 대가가 실질적으로 지급되는지 여부에 따라 구별되어야 한다. 도시정비법 제65조 제2항이 '무상으로 양도되며'라고 표현하고 있더라도, 이는 양도 당시 평가액을 따로 지급할 필요가 없다는 취지일 뿐, 사업시행자가 새로이 설치하여 국가 등에 귀속시켜야 하는 정비기반시설의 설치비용에 상당하는 범위 안에서 용도폐지 정비기반시설을 취득하므로 그 권리 취득의 대가가 실질적으로 지급된 것으로 보아야 하므로 유상취득에 해당한다.

4) 교환 또는 교환 유사의 유상승계취득설의 논거

당사자 일방 또는 쌍방의 의사가 법률이나 판결 등에 의하여 강제되는 경우라도 의사표시의 합치라는 계약이 성립할 수 있으므로, 쌍방의 의사표시가 없다는 이유만으로 후단 규정에 의한 취득이 계약이 아니라고 할 수 없고, 후단 규정은 '사업시행자의 신설 정비기반

57) 서울행관 2017. 4. 14. 2016구합74293; 서울행관 2018. 10. 26. 2018구합57018.

시설의 설치비용에 상당하는 범위 안에서 무상 양도된다'고 하고 있어 상환성 및 대가성이 있음을 나타내고 있다.

3. 대법원 판결

(1) 이 쟁점에 대한 명시적인 대법원 판결은 없다. 현재 대법원 2018두35841호 사건⁵⁸⁾과 대법원 2017두66824호 사건⁵⁹⁾이 상고심에 계속중이다.

(2) 한편 대법원 2014. 4. 30.자 2014두236 판결은 구 도시계획법(나중에 2002. 2. 4. 법률 제6655호로 제정된 국토의계획및이용에관한법률에 의하여 폐지되어, 국토계획법이 적용되게 되었음) 하에서 도시계획시설인 서부트럭터미널 조성사업을 하던 사업시행자가 그 사업시행자가 조건 중 하나로 기존 도로 및 하천(양여 토지)을 무상양여받고, 신설 도로 및 하수박스 등(대체 토지 등)을 서울시에 기부채납하기로 한 사안에서 사업시행자가 용도폐지 기반시설을 무상 양도받아 취득한 것이 교환계약에 준하는 성질을 가진 것으로 본 원심판결을 심리불속행으로 종결하였다.

그러나 위 판결은 적용법령이 구 도시계획법(1984. 12. 15. 법률 제3755호로 개정되기 전의 것) 제83조 제2항, 제4항⁶⁰⁾으로 무상양도 범위에 관해 행정청에게 재량이 있는 등 후단 규정과 그 내용이 일부 다르고, 주된 쟁점이 용도폐지 공공시설의 취득시기였으며, 무엇보다 심리불속행기각판결에 해당하여 선례로서 가치가 크다고 볼 수 없다.

58) 무상원시취득에 해당한다는 서울고판 2018. 1. 18. 2017누48466의 상고심.

59) 부분 유상승계취득에 해당한다는 서울행판 2017. 4. 14. 2016구합74293과 무상승계취득에 해당한다는 서울고판 2017. 9. 5. 2017누48354의 상고심.

60) 구 도시계획법(1984. 12. 15. 법률 제3755호로 개정되기 전의 것)

제83조 (공공시설 및 토지등의 귀속)

② 행정청이 아닌 시행자가 도시계획사업을 시행하여 새로이 설치한 공공시설은 그 시설을 관리할 국가 또는 지방자치단체에 무상으로 귀속되며 도시계획사업의 시행으로 인하여 그 기능이 대체되어 용도가 폐지되는 국가 또는 지방자치단체의 재산은 국유재산법 및 지방재정법등의 규정에 불구하고 그가 새로 설치한 공공시설의 설치비용에 상당하는 범위 안에서 그 시행자에게 이를 무상으로 양도할 수 있다.

⑤ 제2항의 규정에 의하여 관리청에 귀속될 공공시설과 시행자에게 양도될 재산에 관하여 시행자는 그 도시계획사업의 완료 전에 그 종류와 세목을 관리청에 통지하여야 하며 그 사업이 완료되어 준공검사를 필한 후에 시행자가 사업완료 통지를 관리청에 함으로써 관리청에의 귀속과 그 시행자에의 양도가 된 것으로 본다.

4. 검토

(1) 후단 규정에 의한 취득이 원시취득인지 또는 승계취득인지

아래와 같은 이유로 ‘승계취득’으로 보는 것이 타당하다.

1) 후단 규정은 전단 규정과 달리 무상으로 ‘양도’된다고 정하고 있다. 양도의 사전적 의미가 ‘재산이나 물건을 남에게 넘겨줌’이고, 사법상 양도란 통상 ‘이전적 승계 가운데서 당사자의 의사에 의한 것’을 지칭하므로⁶¹⁾, 후단 규정의 ‘양도’는 승계취득이라고 보는 것이 타당하다.

2) 후단 규정에 의한 물권변동이 법률행위에 의한 물권변동이 아니라 법률의 규정에 의한 물권변동이라고 하여 원시취득이라고 해석할 수 없다. 상속에 의한 물권의 취득은 법률의 규정에 의한 물권의 취득이지만(민법 제187조⁶²⁾) 원시취득이 아니라 승계취득에 해당한다. 따라서 법률의 규정에 의한 물권변동인지 여부는 원시취득 여부를 판단하는데 결정적인 기준이 되지 못한다.

3) 사법상 ‘원시취득’에 해당할 경우, 권리자는 구권리자의 권리에 있던 제한을 승계받지 않는다는 점에서 보호가 되지만 그로 인해 제3자의 권리가 침해될 수 있다.⁶³⁾ 원시취득의 대상인 물건이 이미 현존하여 그 물건에 대해 제3자가 일정한 권리를 가지고 있을 가능성이 있는 때에는 법률의 규정에 의한 물권변동이라 하더라도 그 물권변동을 원시취득으로 볼 경우 제3자의 권리가 상실된다는 점에서 그 물권변동을 ‘원시취득’으로 해석하기 위해서는 법률상 근거가 있어야 한다. 점유취득시효의 경우 민법 제247조 제1항⁶⁴⁾이, 수용의 경우 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제45조 제1항⁶⁵⁾이 그 근거가

61) 박윤직·김재형, 앞의 책(주 19), 33면.

62) ■ 민법 제187조(등기를 요하지 아니하는 부동산물권취득)

상속, 공용정수, 판결, 경매 기타 법률의 규정에 의한 부동산에 관한 물권의 취득은 등기를 요하지 아니한다. 그러나 등기를 하지 아니하면 이를 처분하지 못한다.

63) 대판 2000. 7. 4. 98다62961.

구 토지수용법(2002. 2. 4. 법률 제6656호 공익사업에위한토지등의취득및보상에관한법률 부칙 제2조로 폐지) 제67조 제1항에 의하면, 기업자는 토지를 수용한 날에 그 소유권을 취득하고 그 토지에 관한 다른 권리는 소멸하는 것인바, 수용되는 토지에 대하여 가압류가 집행되어 있더라도 토지수용으로 기업자가 그 소유권을 원시취득하게 됨에 따라 그 토지 가압류의 효력은 소멸하는 것이고, 이 경우에 그 토지 가압류가 수용보상금채권에 당연히 전이되어 그 효력이 미치게 된다고는 할 수 없다.

64) ■ 민법 제247조(소유권취득의 소급효, 중단사유)

① 전2조의 규정에 의한 소유권취득의 효력은 점유를 개시한 때에 소급한다.

된다. 전단 규정에 의한 취득의 경우에도 ‘귀속’이라는 표현이 근거가 된다.

그런데 후단 규정의 경우에는 ‘무상으로 양도’된다고 규정하고 있을 뿐이고, 달리 후단 규정에 의한 취득을 원시취득으로 해석할 아무런 법률의 근거가 없다.

4) 사법상 원시취득은 그 개념 자체가 강학상 개념으로 소유권취득으로 인해 이전의 소유권이 부담하던 권리가 소멸하는가 하는 문제의 해결에 초점이 있다. 전단 규정에 의한 취득의 경우, 문언이 ‘무상귀속’이라고 되어 있다는 점 외에 원시취득으로 해석하지 않으면 국가 또는 지방자치단체가 행정재산이 되는 신설 정비기반시설을 취득하기 어려울 수 있다는 점이 원시취득으로 보는 근거가 된다⁶⁶⁾⁶⁷⁾. 즉, 전단 규정에 의한 취득은 도시정비법의 문언 외에 정비기반시설 관리의 필요성 등 공익과 원시취득으로 봄으로써 손해를 볼 수 있는 제3자의 사익을 형량하여 원시취득으로 해석하는 것이 타당하다.

반면 정비기반시설은 국유재산법 또는 공유재산 및 물품관리법에 따른 행정재산에 해당하여 사권 설정이 금지되고⁶⁸⁾⁶⁹⁾, 용도폐지된 이후에도 사권이 설정되는 경우를 상정하기 어려우며, 무엇보다 사업시행자가 정비구역 내 토지 등을 아무런 제한 없이 취득할 필요도 없다⁷⁰⁾. 사법상 원시취득인지의 판단기준, 즉 이전 소유권자가 부담하던 권리의 제한이

- 65) ■ 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제45조(권리의 취득·소멸 및 제한)
 - ① 사업시행자는 수용의 개시일에 토지나 물건의 소유권을 취득하며, 그 토지나 물건에 관한 다른 권리는 이와 동시에 소멸한다.
- 66) 사권이 소멸된 후가 아니면 국유재산으로 취득할 수 없다는 공유재산법 제11조 제1항 등 참조
- 67) 대판 1999. 4. 15. 96다24897(전원합의제)이 공공시설의 소유권 귀속시기를 법률 문언과 달리 사업완료통지시가 아니라 준공검사시로 판단한 것은 사업완료통지시로 해석할 경우 시행자가 준공검사를 받은 후에도 사업완료통지를 하지 아니하고 있는 사이에 당해 공공시설의 토지에 관하여 소유권을 취득하는 제3자가 생겨 공익에 반하는 결과가 초래되고, 시행자의 사업완료통지가 없으면 언제까지라도 공공시설의 소유권이 시행자에게 남아있게 됨으로써 공공시설이 적정하게 관리되지 못하는 상태로 장기간 방치되는 사태가 초래될 수 있다는 막고자 하는 현실적인 필요성 때문이다{송영천, “도시계획사업으로 설치된 공공시설의 무상귀속시기”, 국민과 사법: 윤관 대법원장 퇴임기념(1999), 630, 631면}.
- 68) ■ 국유재산법 제11조(사권 설정의 제한)
 - ① 사권(私權)이 설정된 재산은 그 사권이 소멸된 후가 아니면 국유재산으로 취득하지 못한다. 다만, 판결에 따라 취득하는 경우에는 그러하지 아니하다.
 - ② 국유재산에는 사권을 설정하지 못한다. 다만, 일반재산에 대하여 대통령령으로 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.
- 69) ■ 공유재산 및 물품 관리법 제19조(처분 등의 제한)
 - ① 행정재산은 대부·매각·교환·양여·신탁 또는 대물변제하거나 출자의 목적으로 하지 못하며, 이에 사권을 설정하지 못한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.
 1. 행정재산의 용도와 성질을 유지하는 조건으로 대통령령으로 정하는 바에 따라 국가 또는 다른 지방자치단체에 양여하는 경우
 2. 해당 지방자치단체 외의 자가 소유한 재산을 행정재산으로 관리하기 위하여 교환하는 경우
- 70) ■ 도시 및 주거환경정비법 제87조(대지 및 건축물에 대한 권리의 확정)
 - ① 대지 또는 건축물을 분양받을 자에게 제86조제2항에 따라 소유권을 이전한 경우 종전의 토지 또는 건축물에 설정된 지상권·전세권·저당권·임차권·가등기담보권·가압류 등 등기된 권리 및 「주택임대차보호법」 제3조제1항의 요건을 갖춘 임차권은 소유권을 이전받은 대지 또는 건축물에 설정된 것으로 본다.

소멸되는지를 논할 실익이 적다. 물론 법률이나 조례의 개정 등으로⁷¹⁾ 사권이 설정된 공유재산이 무상양도의 대상이 될 수 있지만, 오히려 사권이 설정되었을 때 후단 규정에 의한 취득을 원시취득으로 해석하면 제3자의 권리가 부당하게 침해될 수 있다.

(2) 후단 규정에 의한 취득이 유상취득인지 또는 무상취득인지

아래와 같은 이유로 ‘무상’취득으로 보는 것이 타당하다.

1) 먼저 교환 또는 교환 유사의 유상승계취득설은 타당하지 않다.

전단 규정, 후단 규정의 ‘무상귀속, 무상양도’는 그 문언상으로 ‘교환’과 차이가 있고 도시정비법 제97조 제5항은 교환과 달리 법률 규정에 의한 물권변동일 뿐만 아니라 신설 정비기반시설 전체와 용도폐지 정비기반시설 사이에 대가관계가 있다고 볼 수 없으므로(신설 정비기반시설과 용도폐지 정비기반시설 사이에 가치가 100배 넘게 차이나는 사례도 있고, 경우에 따라서는 사업시행자가 무상으로 양도받는 용도폐지 정비기반시설이 전혀 존재하지 않을 수도 있다) 교환 또는 교환 유사의 유상승계취득이라는 견해는 타당하지 않다.

2) 부분 유상승계설은 설득력이 부족하다.

① 후단 규정의 문언에 반한다.

후단 규정은 전단 규정과 같이 ‘무상’으로 양도된다고 정하고 있다. 사법상 유상행위·무상행위는 기본적으로 사법상 당사자의 의사를 기준으로 양 급부 사이에 대가관계가 있는지를 기준으로 판단한다. 법률의 규정에 의한 물권변동은 당사자의 의사를 기준으로 판단할 수 없으므로 입법취지를 고려하여 판단하는 것이 타당하다. 헌법재판소는 후단 규정이 전단 규정으로 인하여 사업시행자에게 발생한 비용에 대한 대가를 보장하려는 목적으로 규정

② 제1항에 따라 취득하는 대지 또는 건축물 중 토지등소유자에게 분양하는 대지 또는 건축물은 「도시개발법」 제40조에 따라 행하여진 환지로 본다.

③ 제79조제4항에 따른 보류지와 일반에게 분양하는 대지 또는 건축물은 「도시개발법」 제34조에 따른 보류지 또는 체비지로 본다.

71) 서울특별시 도시 및 주거환경정비 조례가 2018. 7. 19. 조례 제6899호로 개정되어 서울특별시 정비구역의 경우 정비구역 내 현황도로까지 사업시행자에게 무상으로 양도되는 공유재산에 포함되었다.

■ 서울특별시 도시 및 주거환경정비 조례

54조(정비기반시설 및 토지 등의 귀속)

① 법 제97조제3항제4호에 따른 공유재산 중 사업시행자에게 무상으로 양도되는 도로는 일반인의 통행에 제공되어 실제 도로로 이용하고 있는 부지를 말한다. 이 경우 같은 법 제97조제1항에 따라 구청장 또는 토지주택공사등에게 무상으로 귀속되는 경우도 포함한다.

② 시장은 무상양도(귀속)에 필요한 도로의 기준 등을 정할 수 있다.

된 것이 아니라는 것을 명확히 하였다⁷²⁾. 나아가 후단 규정은 명시적으로 ‘무상’임을 밝히고 있다. 후단 규정의 취득을 ‘유상’취득으로 해석하지 않으면 도시정비법의 목적을 달성할 수 없다는 등의 특별한 이유가 없는 이상, 후단 규정에 의한 취득은 법문에 충실하게 ‘무상’취득으로 해석하는 것이 타당하다.

② 법문과 달리 ‘유상’취득으로 해석해야 할 특별한 이유가 없다.

유상취득·무상취득의 개념은 매매에 관한 규정이 준용되는지에 초점이 있는 기능적 개념이다. 전단 규정에 의한 취득은 국가 또는 지방자치단체가 취득하는 신설 정비기반시설에 하자가 있을 때 국가 또는 지방자치단체가 시행자에게 하자담보책임을 물을 필요가 있는지 등을 고려하여 그 법적 성격을 판단할 수 있다⁷³⁾. 후단 규정에 의해 사업시행자가 취득하는 용도폐지 정비기반시설은 정비사업과정에서 종래의 형상 및 기능을 상실하게 되므로 하자담보책임 등을 논할 실익이 없고, 사업시행자는 정비사업이 완료되기 전에 용도폐지 정비기반시설을 인도받아 정비사업을 진행하므로 신설 정비기반시설 인도의무와 용도폐지 정비기반시설 인도의무 사이에 동시이행관계⁷⁴⁾ 등을 논할 실익이 거의 없다. 즉 후단 규정에 의한 취득을 문언과 달리 ‘유상’취득으로 해석할 특별한 이유가 없다.

③ 전단 규정의 취득과의 관계를 고려하면 ‘무상’으로 해석하는 것이 타당하다.

전단 규정은 정비기반시설의 설치와 그 비용부담자 등에 관하여 규율하는 규정이라는 점, 구 도시계획법(1995. 12. 29. 법률 제5115호로 개정되기 전의 것) 제83조 제2항⁷⁵⁾에 관한 대법원 2011. 12. 27. 선고 2009다56993 판결 취지 등을 고려하면,

72) 헌재 2013. 10. 24. 2011헌바355.

73) 대판 2011. 12. 27. 2009다56993.

구 택지개발촉진법(1997. 12. 13. 법률 제5454호로 개정되기 전의 것) 제25조 제1항, 구 도시계획법(1995. 12. 29. 법률 제5115호로 개정되기 전의 것) 제83조에 의하면, 택지개발사업 시행으로 공공시설이 설치되면 사업완료(준공검사)와 동시에 택지개발사업 시행자가 새로 설치한 공공시설을 구성하는 토지와 시설물의 소유권은 시설을 관리할 국가 또는 지방자치단체에 원시적으로 귀속된다. 이러한 무상의 원시취득을 인정한 취지는 택지개발사업과정에서 필수적으로 요구되는 공공시설의 원활한 확보와 그 시설의 효율적인 유지·관리를 위한다는 공법상 목적을 달성하는 데 있으므로, 이러한 무상의 원시취득으로 형성되는 국가 등과 택지개발사업 시행자의 관계는 공법관계라고 보아야 하고, 공법관계의 당사자 사이에서는 뚜렷한 법령상 및 계약상 근거 없이 사법상 하자담보책임을 인정할 수는 없다. 따라서 비록 택지개발사업 시행자가 설치한 공공시설에 시공상 하자나 재료상 하자가 있더라도 공공시설을 무상으로 원시취득한 국가 등은 뚜렷한 법령상 및 계약상 근거가 없는 한 택지개발사업 시행자에게 사법상 하자담보책임을 물을 수 없다.

74) 유상관계라고 하여 항상 동시이행관계에 있다고 인정되는 것은 아니지만, 유상관계로 인정될 경우 동시이행관계에 있다고 인정될 여지가 훨씬 크다(앞서 본 대판 2018. 7. 24. 2017다291593 참조)

75) ■ 구 도시계획법(1995. 12. 29. 법률 제5115호로 개정되기 전의 것) 제83조 (공공시설등의 귀속)
② 행정청이 아닌 자가 제25조의 규정에 의한 실시계획의 인가 또는 제4조의 규정에 의한 허가를 받아 새로이 설치한 공공시설은 그 시설을 관리할 행정청에 무상으로 귀속되며, 도시계획사업 또는 토지의 형질변

전단 규정의 취득은 ‘무상’취득에 해당한다.

한편 유상인지 여부는 양 급부가 대가관계에 있는지를 기준으로 판단하므로, 사업시행자의 용도폐지 정비기반의 취득이 유상취득이라면 그에 상응하여 국가 또는 지방단체에 무상으로 귀속되는 부분 역시 유상취득으로 보아야 하는데, 이는 전단 규정에 의해 국가 또는 지방자치단체가 신설 정비기반시설 중 일부를 ‘유상’으로 취득한다는 것으로 앞서 본 전단 규정에 의한 취득의 법적 성격이나 앞서 본 대법원 판례 취지에 어긋난다.

(3) 소결론

앞에서 본 바와 같이 후단 규정의 문언과 달리 원시취득이나 유상취득으로 해석할 필요가 없고, 전단 규정과 후단 규정의 관계, 후단 규정의 입법 취지 등을 고려하면 후단 규정에 의한 취득은 문언에 따라 무상승계취득으로 해석하는 것이 타당하다. 따라서 용도폐지 정비기반시설 취득에 적용되는 취득세율은 지방세법 제11조 제1항 제2호에 따라 1천분의 35라고 할 것이다.

IV. 결 론

용도폐지 정비기반시설의 취득세를 둘러싼 여러 쟁점은 지방세법의 취득 유형 개념과 사법상 취득 유형 개념의 관계, 법률의 규정에 의한 물권변동을 지방세법상 어떻게 취급할 것인가 등에 관한 많은 의문을 던져 준다.

앞에서 본 바와 같이 지방세법상 취득 유형 개념과 사법상 취득 유형 개념은 지방세법에서 별도의 특례 규정을 두지 않는 한 그 의미가 동일하다고 보아야 한다. 용도폐지 정비기반시설 취득의 사법상 성격은 무상승계취득에 해당하므로 용도폐지 정비기반시설 취득에 적용되는 취득세율은 지방세법 제11조 제1항 제2호에 따라 1천분의 35이 된다.

이 글은 도시정비법에 따른 용도폐지 정비기반시설의 취득에 따른 취득세율에 관해 검토하였다. 그런데 도시정비법 외에 여러 법률⁷⁷⁾에서 민간 사업자가 기존에 존재하던 공공시

경등의 시행으로 인하여 그 기능이 대체되어 용도가 폐지되는 행정청의 공공시설은 국유재산법 및 지방재정법등의 규정에 불구하고 그가 새로 설치한 공공시설의 설치비용에 상당하는 범위안에서 그 인가 또는 허가를 받은 자에게 이를 무상으로 양도할 수 있다.

76) 이 규정과 전단 규정은 규정 형식 및 내용이 유사하므로 관한 대법원 2011. 12. 27. 선고 2009다56993 판결은 전단 규정의 법적 성격을 판단하는데 참조할 수 있다.

설 등을 폐지하고 새롭게 공공시설을 설치하는 경우, 용도폐지되는 공공시설의 소유권 귀속에 관하여 도시정비법 제97조와 유사한 규정을 두고 있다. 향후 정비사업 외에 다른 공공사업에서도 용도폐지 정비기반시설의 취득세에 관한 분쟁과 유사한 분쟁이 발생할 가능성이 크다. 이 글의 논의를 시작으로 향후 치열한 논의를 거쳐 용도폐지 정비기반시설의 취득세 쟁점뿐만 아니라 공공시설의 취득과 관련한 여러 취득세 관련 쟁점이 명쾌하게 해결되기를 기대한다.

77) ■ 농어촌마을 주거환경 개선 및 리모델링 촉진을 위한 특별법

제34조(정비기반시설 및 토지 등의 귀속)

① 조합 이외의 사업시행자가 정비사업의 시행으로 새로 정비기반시설을 설치하거나 기존의 정비기반시설에 대체되는 정비기반시설을 설치한 경우에는 「국유재산법」 또는 「공유재산 및 물품 관리법」의 규정에도 불구하고 종래의 정비기반시설은 사업시행자에게 무상으로 귀속되고, 새로 설치된 정비기반시설은 그 시설을 관리할 국가 또는 지방자치단체에 무상으로 귀속된다.

② 조합이 정비사업의 시행으로 새로 설치한 정비기반시설은 그 시설을 관리할 국가 또는 지방자치단체에 무상으로 귀속되고, 정비사업의 시행으로 인하여 용도가 폐지되는 국가 또는 지방자치단체 소유의 정비기반시설은 그가 새로 설치한 정비기반시설의 설치비용에 상당하는 범위에서 사업시행자에게 무상으로 양도된다.

④ 사업시행자는 제1항 및 제2항에 따라 관리청에 귀속될 정비기반시설과 사업시행자에게 귀속 또는 양도될 재산의 종류와 세목을 정비사업의 준공 전에 관리청에 통지하여야 하며, 해당 정비기반시설은 그 정비사업이 준공인가 되어 관리청에 준공인가통지를 한 때에 국가 또는 지방자치단체에 귀속되고 사업시행자에게 귀속 또는 양도된 것으로 본다.

■ 마리나항만의 조성 및 관리 등에 관한 법률

제20조(마리나항만시설의 귀속)

① 사업시행자가 국가 또는 지방자치단체인 경우 개발사업으로 조성 또는 설치된 토지 및 시설은 준공과 동시에 국가 또는 해당 지방자치단체에 귀속된다.

② 사업시행자가 국가 또는 지방자치단체가 아닌 경우 개발사업으로 조성 또는 설치된 토지 및 시설은 준공과 동시에 투자한 총사업비의 범위에서 해당 사업시행자가 소유권을 취득한다. 다만, 대통령령으로 정하는 공공용 토지 및 시설은 준공과 동시에 국가 또는 지방자치단체에 귀속한다.

③ 제2항에 따른 총사업비 및 사업시행자가 취득하는 토지 등 가액의 산정방법은 대통령령으로 정한다.

④ 제2항 단서에 따라 국가 또는 지방자치단체에 귀속되는 토지 및 시설은 그 사업에 투자된 금액의 범위에서 대통령령으로 정하는 바에 따라 해당 사업시행자로 하여금 무상으로 사용·수익하게 할 수 있다. 이 경우 무상으로 사용·수익하는 자는 타인에게 그 토지 및 시설의 일부를 사용·수익하게 할 수 있다.

⑤ 제4항 후단에 따라 타인에게 사용·수익하게 하는 경우 그 사용·수익기간은 그 토지 및 시설의 무상 사용·수익기간을 초과할 수 없다.

■ 그 외 다수

〈참고문헌〉

I. 국내문헌

1. 단행본

- 곽윤직·김재형, 민법총칙 제9판, 박영사, 2013.
_____, 물권법 제8판(전면개정)보정, 박영사, 2015.
구옥서, 사법과 세법, 유로, 2010.
송덕수, 채권각론 3판, 박영사, 2017.
임승순, 조세법(제18판), 박영사, 2018.

2. 논 문

- 김해마중, “취득세에서의 취득시기”, 특별법연구 10권(2012).
노유경, “부동산 명의신탁과 양도소득세에 관한 소고”, 재판자료 제132집: 행정재판실무연구 V(2016).
마정화·유현정, “응익과세의 관점에서 본 지방세법 개편방안”, 한국지방세연구원 기본연구보고서 2015권6호(2016).
박지현·안성서, “취득세·등록면허세(등록분) 세율체계 개편방안”, 한국지방세연구원 정책연구보고서 2015권19호(2015).
송영천, “도시계획사업으로 설치된 공공시설의 무상귀속시기”, 국민과 사법: 운관 대법원장 퇴임기념(1999).
장재현, “점유취득시효의 소급효란? - 점유시효취득이 원시취득? -”, 성균관법학 23권 2호(2011).
정병호, “부동산명의신탁자의 점유시효취득 - 자기소유부동산의 시효취득이 가능하다는 일반론을 중심으로”, 민사판례연구 제25권(2003).
주만수, “지방세 과세원리에 입각한 취득세 세율구조 평가 및 정책대안 모색”, 지방행정연구 30권제1호(2016).
최수정, “부담부증여의 경계”, 서울법학 제22권 제3호(2015).

A Study on the Type of Acquisition based on the Local Tax Law of the Gratuitous Transfer of Maintenance Infrastructure Subject to Usage Rescission and the Standard Tax Rate of the Acquisition Tax

Heo Seung*

<Abstract>

The previous project implementers have reported and paid the acquisition tax on the premise that the acquisition pursuant to the latter paragraph of No. 2 of Article 97 (hereinafter referred to as the “the latter paragraph provision”) of the Urban and Residential Environment Maintenance Act (hereinafter referred to as “Urban Maintenance Act”) falls under original acquisition or gratuitous acquisition in addition to inheritance. However, the tax authorities recently laid the acquisition tax by applying the acquisition tax rate of 4% applied in case of paid succession acquisition, considering the acquisition by the latter paragraph provision to be one by exchange with newly-built maintenance infrastructure, and the project implementers are filing tax appeals and administrative litigations, asserting that it is an original or gratuitous acquisition.

With regard to the acquisition tax rate applied to acquisition by the latter paragraph provision, the courts of each class are adjudicating different judgments. The main reason why judgments are mixed is that the judicial nature of acquisition by the latter paragraph provision is not clear, but it is also another reason whether the type of acquisition in terms of the local tax shall be interpreted the same as its judicial concept is not determined clearly. The purpose of this paper is to review each issue above. The results of the review are as follows:

There is a view that unlike its judicial concept the type of the acquisition tax based on the local tax law shall be interpreted independently in consideration of the purpose of the local tax law, but it is reasonable to interpret the type of acquisition in terms of the local tax law the same as its judicial concept when analyzing the ground on the differentiation of the acquisition rate, the acquisition tax rate based on the taxable property, etc.

Thus, the acquisition tax rate applied to the acquisition by the latter paragraph provision shall be determined according to the judicial nature of the maintenance infrastructure subject to usage rescission. Regarding the judicial nature of the acquisition by the latter paragraph provision, there are a decision of paid succession acquisition, a decision of free succession acquisition, and a decision of original acquisition, however, when taking into consideration altogether that the latter paragraph provision says “it is transferred without any charge”, and that the project implementer is not considered to return the newly-built maintenance infrastructure to the national or local government for acquisition by the latter paragraph provision, it is reasonable to see it as gratuitous succession

* Suwon High Court Judge

acquisition.

In addition to the Urban Renewal Act, several laws have similar provisions to Article 97 of the Urban Renewal Act with regards to the return of ownership of public facilities when private project implementers abolish existing public facilities and build new ones newly. In the future, it is likely that disputes similar to those in relation to the acquisition tax in the maintenance infrastructure subject to usage rescission also arise in other public projects. This paper hopes to contribute to the settlement of the acquisition tax dispute with regards to the return of public facilities which can arise from other public projects as well as the Urban Renewal Act.

Keywords : Local Tax Law, Acquisition tax rate, Urban and Residential Environment Maintenance Act, Maintenance infrastructure of usage rescission, Free transfer

개성공업지구에서의 투자분쟁해결

충남대학교 법학전문대학원 교수·변호사 정 응 기

논문요지

21세기 들어 남북경협사업은 개성공단사업을 중심으로 시작되어 상당한 발전을 이루었고, 남북의 정치적 대립에도 불구하고 꾸준히 이어지는 내성을 보여주기도 하였지만, 남북 또는 북미간의 정치·군사적 위기와 대립을 이겨내지 못하고 결국 수년간 중단된 상태에 이르렀다. 남북관계와 북미관계의 개선 움직임이 활발한 요즘 남북경협사업의 재개에 대한 기대와 요구가 높아지고 있다. 남북경협사업이 재개된다고 하더라도 북한 당국의 조치로 인하여 투자자인 남측기업의 투자재산이 침해될 수 있는 위험은 상존할 것이고, 남북 당사자 사이의 상사분쟁도 다수 발생할 것으로 예상할 수 있다. 남북경협사업의 안정적인 발전과 지속성을 보장하기 위해서는 이러한 투자분쟁과 상사분쟁의 해결을 위한 법제도적 장치가 마련되는 것도 중요한 요소가 될 수 있다. 이와 관련하여 남북 사이에 '투자보장에 관한 합의서'와 '상사분쟁해결절차에 관한 합의서', 그리고 '개성공단에서의 상사중재위원회 구성·운영 합의서' 등이 체결되어 있다. 현실적으로 남북 일방 법원의 소송을 통하여 분쟁을 해결하는 것은 실효적인 해결책이 되기 어렵다는 점에서, '상사분쟁해결절차에 관한 합의서'에서 정한 남북상사중재제도를 시급히 정비할 필요가 있다. 이는 남북경협사업이 남북관계의 악화에 영향을 받지 않고 지속적으로 추진될 수 있는 법제도적 기반이 될 것이다. 이 글은 개성공단이 재개되는 경우 남북 사이의 분쟁의 실효적인 해결방법이 될 수 있는 남북상사중재절차를 투자분쟁을 중심으로 살펴보고 개선점을 제시하였다.

검색용 주제어: 남북경협사업, 상사분쟁해결합의서, 남북상사중재, 투자보장합의서, 개성공업지구

* 논문접수: 2019. 1. 28.

심사완료: 2019. 2. 13.

게재확정: 2019. 3. 8.

I. 들어가며

남북경협사업은 남북관계와 북미관계 등의 국제관계와 정치·군사적인 사건의 영향에 노출되기 쉽다. 그리고 남북경협사업의 법적 안정성과 투자재산에 대한 실효적인 보호는 정치·군사적인 안정과 평화에 크게 의존하고 있음은 자명하다. 사실 남북경협사업의 시작과 발전에도 남북의 정치적인 동기가 큰 계기가 되었음을 부정하기 어렵다. 다만, 남북경

협이 발전하여 안정기에 접어들고 우리 기업의 경제적인 필요와 이익도 커짐에 따라서, 어지간한 정치·군사적인 충돌과 불안만으로는 쉽게 중단과 폐쇄의 길로 들어서지 않는 저력을 보여주기도 하였다. 북한의 장거리 미사일 발사로 인하여 끝내 전면 중단으로 이르지 수년이 지난 지금에도 사업 재개에 대한 기대와 요구가 수그러들지 않고 있는 점도 남북경협사업의 필요성과 중요성을 말해주고 있다.

남북정상회담과 북미정상회담이 진행되고 남북관계와 북미관계가 개선의 방향으로 움직이면서 개성공단사업의 재개에 대한 기대가 높아지고 있다. 재개된다면 이전보다 더 큰 진전을 이루고 쉽게 중단으로 길로 들어서지 않겠다는 다짐과 준비의 의지도 드높다. 그 중요한 방법 중에 하나는 개성공업지구에서의 법제도의 완비와 법적 안정성을 높이기 위한 법률가들의 준비와 노력이라고 할 수 있다. 북한의 조치로 인하여 현실적인 손실이 발생하였음에도 불구하고 현재로서는 우리측 투자자가 이용할 수 있는 실효적인 법적절차는 없다고 해도 과언이 아니다. 실제로 북한 정부의 조치로 인한 투자에 대한 손해 또는 손실을 겪으면서 이로 인한 분쟁해결절차가 시급히 마련되어야 한다는 공감대가 형성되었고, 개성공단에서의 상사중재제도는 법률가들에게 중요한 연구주제가 되었다.

2000년 12월 남과 북 사이에 체결된 이른바 ‘4대 경협합의서’ 중 ‘남북사이의 투자보장에 관한 합의서’(이하 “투자보장합의서”)와 ‘남북사이의 상사분쟁해결절차에 관한 합의서’(이하 “상사분쟁해결합의서”)는 남북경협사업에 투자한 남한 투자자의 보호와 투자관련 분쟁해결절차에 관하여 규정하고 있다.¹⁾ 그리고 2013년 봄의 조업중단사태를 극복하고 개성공단사업이 다시 시작되면서 개성공단에서라도 상사중재제도를 먼저 구축할 필요가 제기되었다. 이를 위하여 남북 사이에 체결되었던 ‘개성공단에서의 남북상사중재위원회 구성·운영에 관한 합의서’ 이행을 위한 부속합의서(이하, “개성공단중재합의서”)는 끝내 결실을 보지 못하고 전면중단의 운명을 맞았다. 이제 남북경협사업의 재개, 특히 개성공단의 재개를 기대하면서, 위 합의서들과 남북상사중재 제도의 정비 문제가 다시 주목을 받고 있다. 이 글은 개성공업지구에서의 남북경협사업과 관련한 ‘투자분쟁’의 해결절차를 ‘남북상사중재위원회’의 중재를 중심으로 살펴보고자 한다.²⁾

1) ‘4대 경협합의서’란 2000년 12월 16일 남북 사이에 체결된 ‘남북사이의 투자보장에 관한 합의서’, ‘남북사이의 소득에 대한 이중과세방지 합의서’, ‘남북사이의 청산결제에 관한 합의서’, ‘남북사이의 상사분쟁해결절차에 관한 합의서’ 등을 말한다.

2) 이 글은 정응기, “남북경협사업과 투자분쟁의 해결”, 법학논총 제20권 제2호, 조선대학교 법학연구원(2013)에 상당 부분 기초하여 더 상세하고 진전된 논의를 하였으며, 아울러 2018년 12월 13일 법무부·통일부·법제처 공동학술대회에서 발표한 글을 수정 보완한 것임을 밝혀 둔다.

II. 개성공업지구사업의 법적 성격

1. 직접투자 거래

그동안 남북경협사업은 단순한 물자교역을 넘어서 북한 정권의 지배력이 미치는 영역에 대한 남측기업의 직접투자 방식으로 발전하여 왔다. 특히 2002년 8월 개성공단사업이 시작되면서 직접투자 방식의 남북경협사업이 본격적으로 시작되었다. ‘남북경협사업’이란 “남한과 북한의 주민(법인·단체 포함) 사이의 교역 또는 경제협력사업”을 말한다(남북교류협력에 관한 법률, 이하 “남북교류협력법”, 제2조, 제3조). 그 중에서 “교역”이란 남한과 북한 간의 물품, 용역 및 전자적 형태의 무체물의 반출·반입을 말하는데, 실질적으로는 ‘무역’에 해당한다(동법 제2조 2호, 3호). 그리고 “경제협력사업”이란 남한과 북한의 주민이 공동으로 하는 경제에 관한 모든 활동을 말하는데(동조 제4호), ‘직접투자’ 방식의 경제활동도 여기에 포함될 수 있다.

한편, 국경을 넘어 이루어지는 자본의 이동을 ‘국제투자거래’로 파악할 수 있는데, 이는 ‘직접투자’와 ‘간접투자’로 나눌 수 있다. ‘직접투자’는 자본과 기술 및 인력이 이동하여 현지 기업을 설립하거나 현지기업의 경영에 참여함으로써 장기간 존속하여 영업활동을 하는 거래를 말한다. ‘간접투자’ 또는 ‘포트폴리오투자’는 이익배당이나 시세차익 등 금융이익을 주된 목적으로 하는 투자를 말한다. 남한과 북한 사이의 물품이나 용역의 매매거래는 수출이나 수입 등 국제무역에 해당하지만, 남북 사이가 나라와 나라의 관계가 아니라는 점을 고려하여, ‘반입’, ‘반출’, ‘교역’ 등의 용어를 사용하고 있다. 그리고 남측기업이 개성공업지구 에 기업을 설립하여 영업활동을 하는 것은 사실상 ‘국제직접투자’에 해당하지만, 이를 ‘남북 경협사업’으로 부르고 있다.

2. 국제투자법

‘국제투자법’은 ‘국제직접투자’ 거래에 관한 규범체계를 말한다. 국제투자법은 사인 간 또는 사인과 국가 간의 투자거래와 투자유치국의 규제 및 투자조약 등을 대상으로 하므로 공법인 ‘국제법’과 사법인 ‘국제거래법’이 교차하는 영역이라고 할 수 있다.³⁾ 개성공업지구에서의 남북경협사업도 ‘국제직접투자’ 거래에 준하여 취급하고, 그와 관련된 법률문제에 대

3) 정응기, 기업법실무강의Ⅱ(다국적기업 MNE), 충남대학교출판문화원, 2018, 14면.

해서도 국제투자법의 법리에 따라 검토하는 것이 가능한지 생각해 볼 수 있다.

남한과 북한은 남북경협이 “나라와 나라 사이의 관계가 아닌 민족내부거래”라는 입장을 견지해 왔다. 그러나 남과 북이 유엔에 동시 가입하고 국제사회에서 별개의 국가로 인정받고 있다는 점에서 보면, 남북경협은 ‘국제거래’에 준하는 성격을 가지고 있음을 부인하기 어렵다. 다만, 우리 헌법은 대한민국을 한반도 전체에 주권이 미치는 유일한 국가로 규정하고 있고(제3조), 1991년의 ‘남북사이의 화해와 불가침 및 교류·협력에 관한 합의서’(이하 “남북기본합의서”)를 비롯한 남북 사이의 합의서들에서도 남북관계는 나라와 나라 사이의 관계가 아니라는 전제에서 있기 때문에 ‘국제거래’로만 파악하는 것은 타당하지 않다.

여기에 남북관계의 모순적인 특수성과 복잡성이 있다. 북한은 국제법적으로 독립된 주권을 가진 국가로서 활동하고 있지만, 국내법적으로는 별개의 국가가 아닌 “통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성된 특수한 정치조직체로서 평화통일을 위한 대화와 협력의 동반자”로서의 지위를 갖는다. 이러한 양면성을 반영하여 일반적으로 남북관계를 ‘특수관계’로 명명하고 있지만,⁴⁾ 그것이 남북관계의 복잡성과 모순성을 해소해주는 것은 아닌 것으로 보인다. 남북이 각기 독립된 영역에서 주권을 행사하는 현실을 부정할 수 없으므로, 남북관계에 대해서는 결국 국제관계에 ‘준하는’ 또는 ‘유추적용하는’ 법적 취급을 할 수밖에 없고, 다만 통일을 지향하는 동반자임을 분명히 함으로써 국제관계와는 다른 ‘예외적인 취급’을 정당화하거나 타국으로부터 그를 인정받기 위하여 노력할 수밖에 없다고 본다.

그렇다면 남북 사이의 직접투자 거래도 주로는 ‘국제투자거래’에 준하여 취급하거나 이를 유추적용하여 검토할 수 있을 것이다. 다만, 스스로 또는 타국으로부터 그 특수성과 예외성을 인정하거나 인정받기 위한 노력과 관점을 견지할 필요가 있다.

3. 투자협정

국제직접투자 거래는 투자유치국의 산업과 경제에 미치는 영향이 크기 때문에 투자유치국은 투자의 진입과 투자기업의 경영활동에 영향을 미치는 여러 가지 주권적 규제를 하게 된다. 투자유치국의 이러한 규제 권한은 주권의 문제에 속하기 때문에 투자자의 본국이 이에 관하여 간섭하거나 부정할 수 없다. 다만, 각국은 자국 투자자의 해외투자를 보호하기 위하여 여러 나라와 양자간 투자협정(bilateral investment treaty, 이하 “BIT”) 또는 자유무역협정(free trade agreement, 이하 “FTA”)을 체결하여 왔고, 그러한 투자협정에는 투자보호원칙의 선언과 함께 투자자와 투자유치국 정부 사이에 발생할 수 있는 ‘투자분쟁’을 해결하기 위한 절차를 마련해 두고 있다.

4) 예를 들면, 이효원, 통일법의 이해, 박영사, 2018, 89면.

예를 들면, ‘대한민국 정부, 중국인민공화국 정부 및 일본국 정부 간의 투자 증진, 원활화 및 보호에 관한 협정’(이하 “한중일 BIT”)이 체결되어 있고, 한국과 중국, 한국과 미국 사이에서는 투자협정의 내용이 각각 자유무역협정(FTA)의 한 장(Chapter)에 포함되어 있다. 즉, ‘대한민국과 미합중국 간의 자유무역협정’(이하 “한미 FTA”)의 Chapter 11, ‘대한민국과 중화인민공화국 간의 자유무역협정’(이하 “한중 FTA”)의 Chapter 12 등이 그것이다. 위의 투자협정들은 모두 투자자와 상대방 계약국 정부 사이에 발생하는 ‘투자분쟁’을 국제중재에 의해 해결하는 ‘국제투자중재’ 절차를 규정하고 있다.

남북경협사업에서 직접투자 거래가 주된 유형으로 자리 잡음에 따라,⁵⁾ 남과 북 사이에서도 2000년 12월 투자보장합의서와 상사분쟁해결합의서를 체결하였다. 위 합의서들은 남한기업의 투자자산을 보호하는 원칙을 밝혔고 ‘투자분쟁’을 해결하기 위한 제도로서 ‘남북상사중재절차’를 규정하고 있는데, 둘을 합치면 전형적인 BIT의 내용과 유사하여 ‘투자협정’에 해당함을 알 수 있다. 남북 사이의 위 합의서들은 2003년 7월 남한에서 국회의 동의절차를 거쳤고, 북한에서도 최고인민회의 상임위원회 비준을 마친 후, 같은 해 8월 20일 판문점에서 발표통지문을 교환함에 따라 정식으로 발효되었다. 특히, 투자유치국의 주권적 조치로 인하여 투자자가 손실을 입은 경우, 이를 투자유치국의 법원의 재판을 통하여 구제 받는 것을 쉽지 않은데, 투자자가 주재국 정부를 상대로 직접 중재를 제기할 수 있는 ‘투자자-국가 간 분쟁해결(Investor-State Dispute Settlement, “ISDS”)’ 제도는 투자자 보호를 위한 매우 중요한 방법이 된다. 상사분쟁해결합의서는 이를 규정하고 있다.

위 합의서들은 남과 북에서 조약과 같은 절차를 거쳐 발효되었고, 남북 사이에 법적 효과를 창출하려는 의도가 분명하며, 국민의 권리·의무와 재산에 영향을 미치는 입법사항을 포함하고 있으므로, 조약에 준하여 그 법적 효력을 충분히 인정할 수 있다.⁶⁾ 다만, 대법원과 헌법재판소는 ‘남북기본합의서’를 일종의 “신사협정에 불과하고 법률이 아님은 물론 국내법과 동일한 효력이 있는 조약이나 이에 준하는 것으로 볼 수 없다”고 판시한 바 있다(대판 1999. 7. 23, 98두14515, 헌재 2000. 7. 20, 98헌바63 등). 그러나 4대 경협합의서는 추상적인 원칙만을 선언하고 있는 기본합의서와는 달리 구체적인 법적 절차와 권리·의무 등을 규정하고 있으므로 그 법적 효력을 인정할 수 있다고 보아야 할 것이다.

5) ‘직접투자’ 형식의 남북경협사업은 1995년 5월 대우인터내셔널의 북한 삼천리총회사와의 남포지역에서의 합영사업으로 시작되었고, 이후 2000년 1월 평화자동차가 조선민흥총회사와 남포와 평양지역에서 자동차제조·판매를 위한 합영사업을 시작하는 등 수십 건의 직접투자거래가 이루어졌다. 2000년 8월 이후 개성공단 사업이 시작되고 2004년에 첫 기업의 입주가 시작되면서 직접투자는 남북경협사업의 주요한 형식으로 자리 잡게 되었다.

6) 정응기, “남북경협사업과 투자보호”, 법학연구 제24권 제1호, 충남대학교 법학연구소(2013), 409-410면.

Ⅲ. 개성공업지구에서의 투자분쟁

1. 분쟁의 유형

개성공업지구에서의 직접투자 거래에서 발생할 수 있는 분쟁의 유형은, 첫째, 남측 투자자와 북한 당국 사이의 분쟁, 둘째, 남측 투자자와 북한의 공민(개인), 기관, 기업소, 단체 등과의 사이의 분쟁으로 나누어 볼 수 있다. 둘째 유형의 분쟁은 사적 법률관계에서 발생하는 분쟁인데, 다시 기업활동과 관련된 분쟁인 '상사분쟁'과 개인적인 관계에서 발생하는 '민사분쟁'으로 나눌 수 있다.

이 글에서 주로 논의하는 첫째 유형의 분쟁은 북한 당국의 투자에 대한 '조치'로 인하여 남측 투자자의 투자재산에 손해 또는 손실이 발생하는 것과 관련된 분쟁으로서, 이른바 '투자분쟁(investment dispute)'에 해당하는 분쟁유형이다. 과거 북한이 금강산관광지구 내 현대아산의 시설 및 재산을 몰수하고 체류인원을 전원 추방한 것, 개성공업지구에의 출입 제한이나 북측 근로자의 출근 거부 조치, 계약무효화선언 등은 이러한 분쟁 유형에 속한다.

각국은 외국투자자의 직접투자에 대한 규제를 주권의 문제로 인식하여 여러 규제들을 하고 있다. 특히 북한은 아직까지 엄격한 사회주의 정책을 유지하고 계획경제를 시행하고 있는 거의 유일한 국가에 해당한다. 따라서 북한의 경제활동과 기업활동은 자본주의적 거래 관계와는 성격이 다른 경우가 많고, 계획의 일원화·세분화에 따른 것으로서 행정행위적 성격을 갖는 경우도 있으며, 기관이나 기업소는 이른바 '공무수탁사인'에 해당하는 경우도 있을 것이다. 따라서 남북경협사업과 관련된 분쟁의 주된 형태는 북한 당국의 조치를 둘러싼 '투자분쟁'으로 분류되는 경우가 많을 수밖에 없다. 그렇다면 북한 정부의 자의적인 조치를 제한하면서 투자 및 영업활동상의 자유와 평등 대우를 확보하고, 투자재산을 보호하며, 효과적이고 신속한 분쟁해결 수단을 마련하는 등 투자에 대한 법적인 보호와 안정성을 확보하는 것이 매우 중요함은 두말할 필요가 없을 것이다.

2. 투자분쟁

투자협정의 체결국 일방의 '투자자'와 투자유치국 사이에 '투자'와 관련된 분쟁을 '투자분쟁(investment dispute)'이라고 한다. 투자자는 투자유치국과 사이에 생긴 투자분쟁을 투자유치국 소재 법원에서 해결하는 것을 꺼려하고, 투자유치국의 영역 외에서 분쟁을 해

결할 수 있는 방법을 원한다. 과거 제2차 세계대전 직후 신생독립국들의 재판절차에 대한 신뢰가 부족하였던 상황에서는 더욱 그러하였다. 이에 종래의 대부분의 BIT들은 ‘투자자’가 청구인(claimant)이 되어 투자유치국을 피청구인(respondent)으로 하는 ‘투자중재’를 제기할 수 있는 장치 등을 비롯한 투자분쟁해결(ISDS) 제도를 규정하고 있었다.⁷⁾ 이는 최근 체결되고 있는 FTA의 투자 Chapter도 마찬가지다.⁸⁾

투자보장합의서도 상대방 ‘투자자’와 남과 북의 일방 정부 사이에 생긴 투자와 관련된 분쟁의 해결에 대하여 규정하고 있다. 즉, “이 합의서에 의해 부여된 권리의 침해로 상대방 투자자와 일방 사이에 발생하는 분쟁”은 당사자 사이에 협의의 방법으로 해결하고, 분쟁이 협의의 방법으로 해결되지 않을 경우 투자자는 남과 북의 합의에 의하여 구성되는 남북상사중재위원회에 제기하여 해결할 수 있다(동합의서 제7조 제1항). 투자보장합의서의 이러한 분쟁해결에 관한 규정은 남한이 체결한 다른 투자협정들과 유사한 내용으로 되어 있다. 다른 투자협정들도 ‘투자분쟁’이 발생한 경우 우선 투자분쟁의 당사자들의 협의(consultation) 및 협상(negotiation)에 의하여 분쟁을 해결하도록 노력해야 한다고 규정하고, 투자분쟁이 협의에 의해서 해결되지 않으면 투자자가 투자유치국을 상대로 국제중재를 제기할 수 있도록 규정하고 있다.⁹⁾

3. 협의와 협상에 의한 해결

투자보장합의서(제7조)와 상사분쟁해결합의서(제1조)는, 투자분쟁은 협의 또는 협상에 의하여 해결하는 것을 원칙으로 하고 있다. 직접투자 거래는 투자자와 투자유치국과의 장기적인 거래관계이기 때문에 상호 신뢰와 우호적인 관계가 무엇보다 중요하다. 그런데 중재나 소송 등 분쟁절차가 시작되면 서로 적대적인 태도를 취하기 쉬우므로, 그러한 절차를 시작하는 것은 매우 신중을 기해야 한다. 특히 남북경협사업은 단순히 경제적인 이익을 넘어 한반도의 평화와 한민족의 재통합을 위한 신뢰 구축으로서의 의미도 갖는다. 이러한 특수성을 고려하면 남북 사이의 협의에 의한 우호적인 분쟁해결을 더욱 염두에 두지 않을 수 없다.

남과 북의 경우 법률체계와 내용이 매우 이질적이므로 법원 등의 사법제도를 이용한 분쟁해결은 물론, 중재 등의 자율적인 분쟁해결도 준거법의 결정과 그 적용, 집행의 문제 등으로 인하여 실효성을 보장하기 어려운 실정이다. 따라서 구체적인 분쟁절차에 돌입하기

7) 예를 들면, 한중일 BIT 제15조.

8) 예를 들면, 한미 FTA Chapter 11 Section B, 한중 FTA Chapter 12 제12.12조 등.

9) 한미 FTA 제11.15조, 한중 FTA 제12.12조 제2항, 제3항 등.

전에 충분한 협의와 협상에 의하여 분쟁을 해결하는 것이 가장 효율적이고 이익이 되는 방법일 수 있다.

협의와 협상은 당사자들이 제3자의 개입 없이 직접 대화를 통하여 호의와 양보로 분쟁을 해결하는 방식이다. ‘협의’는 분쟁의 초기 단계에서 현황을 파악하고 이해상충을 조정하는 비교적 비공식적인 교섭을 말하고, ‘협상’은 상호간의 이해조정을 위한 보다 공식적이고 체계적인 교섭을 말한다. 협의나 협상 과정에서는 상대방의 체제와 논리에 대한 내재적인 이해에 기초하여 공존과 호혜의 자세로 협상을 풀어나갈 필요가 있고, 엄격한 상호주의를 고집하기 보다는 장기적인 이익을 고려한 대승적인 문제해결의지를 가져야만 성공적인 협상을 가져올 수 있을 것이다.

이러한 협의와 협상 과정이 난관에 봉착하는 경우 보다 진전된 협상을 위하여 중립적인 제3자에게 ‘알선’을 부탁하는 방법도 고려할 수 있다. 또한 제3자에게 조정안을 제시해줄 것을 부탁하여 그 조정안을 놓고 협의와 협상을 진행하는 ‘조정’의 방법도 효과적일 수 있다.¹⁰⁾ 협의와 협상에 의하여 분쟁이 해결되지 않으면 중재절차가 개시될 수 있는데, 중재절차가 진행되는 도중에도 협의와 협상이 성립할 수 있도록 노력하는 자세가 필요하다. 상사분쟁해결합의서는, 중재신청이 접수된 후 당사자 쌍방으로부터 조정의 요청이 있을 경우 중재위원회가 중재절차를 중지하고 조정절차를 개시하도록 규정하고 있다(제17조).

한편, 투자협정들은 보통 사건이 발생한 후 일정 기간이 경과한 후에야 중재를 제기할 수 있다는 냉각기간(cooling off period)을 두거나, 청구인이 중재를 청구하기 일정기간 전에 중재제기 의사를 피청구국에 서면으로 통보하게 하는 의사통보(notice of intent) 기간을 두고 있다.¹¹⁾ 이는 협의와 협상에 의한 우호적인 분쟁해결을 위한 기회를 주기 위한 것이다. 따라서 특별한 사정이 없음에도 불구하고 협의기간이나 의사통보기간을 준수하지 않고 중재를 제기한 경우에는 중재제기요건을 위반한 것이므로 ‘관할없음’ 결정을 할 수 있다.¹²⁾

상사분쟁해결합의서는 이러한 ‘냉각기간’을 규정하지 않고 있는데, 이는 투자중재와 일반 상사중재를 구별하지 않고 규정하였기 때문인 것으로 보인다. ‘투자중재’에서는 분명하게

10) 북한의 외국인투자관련법에도 분쟁해결 수단으로서 ‘조정’ 제도가 규정되어 있다(합영법 제46조, 합작법 제23조, 외국인기업법 제30조, 외국인투자법 제22조, 토지임대법 제42조 등, 외국인투자기업노동법 제51조 등).

11) 한미 FTA 제11.16조 제2항, 제3항(90일의 의사통보기간과 6개월의 냉각기간), 한중 FTA 제12.12조 제3항(4개월의 냉각기간) 등.

12) 다만, Bayindir v. Pakistan(ICSID Case No. ARB/03/29) 사건을 비롯한 몇몇 중재판정례들은 관할없음 결정을 하지 않았다. 관할없음 결정을 하더라도 다시 협의기간과 의사통보기간을 준수하여 중재를 제기할 수 있으므로 불필요한 절차의 반복이 될 수 있지만, 협상의 여지가 있음에도 불구하고 고의적으로 협의기간 등을 준수하지 않는 것을 방지하고 보다 적극적으로 협상에 나서도록 강제하는 효과는 있을 것으로, 특별한 사정이 없는 한 관할없음 결정을 하는 것이 바람직하다고 본다.

냉각기간을 규정함으로써 일정한 기간 동안 협상을 통한 해결을 위하여 노력할 필요가 있고, 나아가 협상을 이유로 오랜 기간 동안 중재절차가 개시되지 못할 가능성을 차단할 필요가 있다. 향후 개정이 필요하다고 본다.¹³⁾

4. 남북상사중재에 의한 해결

(1) 투자자-국가 중재제도

투자분쟁은 투자유치국 정부와 사인인 투자자 사이의 분쟁인데, 이러한 분쟁은 통상 행정소송의 대상이 된다. 따라서 투자유치국 법원에 행정소송을 제기하여 다룰 수 있다. 그러나 투자유치국 정부의 조치가 행정소송의 대상이 되지 않는 경우도 있고, 외국인 투자자들은 투자유치국 법원의 소송에 의한 해결 보다는 제3국에서의 진행될 수 있는 자율적인 분쟁해결수단으로서의 중재를 선호한다. 본래 사인은 국제법의 주체가 아니어서 투자협정의 위반을 이유로 직접 타국 정부를 상대로 국제법적인 분쟁해결절차를 제기할 수 없다. 따라서 과거에는 투자자가 투자유치국에서 행정소송으로 다투거나 투자자의 본국이 나서서 투자유치국 정부와 외교적인 방법으로 해결할 수밖에 없었다. 그러나 이는 실효적인 해결수단이 되지 못하였고, 제2차 세계대전 이후 BIT가 체결되면서 투자자가 직접 투자유치국 정부를 상대로 중재를 제기하는 제도(investor-state arbitration, 이하 “ISA”)가 규정되기 시작하였다.

남한이 체결한 투자협정들도 예외 없이 이러한 투자중재(ISA)를 허용하고 있다. 투자중재는 통상 국제투자분쟁해결센터(International Center for Settlement of Investment Dispute, 이하 “ICSID”)에 제기하는 중재에 의하는 경우가 많다. ICSID는 1965년 ICSID Convention(이른바 “워싱턴협약”)에 의해 설립된 World Bank 산하의 상설투자분쟁해결기구로 워싱턴에 소재한다. 2018년 11월 15일 현재 162개국이 서명하였고, 우리나라는 1967년 가입하였으나, 북한은 현재 미가입국이다.¹⁴⁾ 그 외에도 국제상공회의소 중재법원(이하 “ICC 중재법원”라고 한다) 등에 제기하는 기관중재 또는 유엔 국제상거래법위원회(이하 “UNCITRAL”이라고 한다)의 중재규칙 등에 따른 임시중재(ad-hoc arbitration) 등을 이용하고 있다.¹⁵⁾

투자보장합의서는 남북 사이의 투자분쟁을 ‘남북상사중재위원회’의 중재에 의하도록 하

13) 박덕영 외 13인, 국제투자법, 박영사, 2012, 331면.

14) ICSID 홈페이지(<http://icsid.worldbank.org>)(2019. 1. 28. 검색).

15) 한미 FTA 제11.17조 제1항 등은 ICISD중재를 비롯한 국제중재를 선택할 수 있도록 규정하고 있다.

고 있다(동합의서 제7조). 현재 북한은 ICSID중재를 이용할 수 있는 체약국이 아니다. 체약국이 아닌 경우에도 ICSID의 추가중재규칙(additional facility rule)에 따라 ICSID 중재를 이용할 수도 있다. 그리고 ICC나 중국의 '중국국제경제무역중재위원회(中國國際貿易仲裁委員會, "CIETAC")나 대한상사중재원 등의 중재기관의 중재를 이용할 수도 있다. 다만, 남북관계의 특수성을 생각하면 아직은 ICSID나 제3국의 중재기관을 이용하는 것 보다는 독자적인 중재위원회와 중재제도를 만들어 이용하는 것이 바람직한 측면이 있다.

현재 북한이 ICSID협약의 체약국이 아님에도 불구하고 남측 투자자가 북한 정부를 상대로 제기하는 투자중재를 수용한 것 자체가 매우 큰 의미가 있다고 본다. 실제로 국제투자중재는 거대 다국적기업이 투자유치국 정부의 공공복리를 위한 조치에 대하여 다투는 경우가 많았는데, 이와 관련하여 투자유치국의 주권을 과도하게 제약한다는 측면에서 많은 논란과 비판을 불러일으키기도 하였다.¹⁶⁾ 북한 정부의 조치에 대하여 남측 투자자가 중재를 제기하는 것을 허용한 것은 매우 파격적인 것이며, 이는 남북관계의 특수성을 고려하고 배려한 것으로 볼 수 있다.¹⁷⁾

현실적으로 국제투자중재에 의한 분쟁해결에 투자자와 상대방 국가 모두 막대한 비용과 시간이 소요된다는 점을 고려할 때 ICSID중재 등 다른 국제중재가 실효성이 있을지도 의문이다. ICSID중재의 비용은 피청구국 정부에게도 막중한 부담이 되지만 중소기업이 쉽게 부담할 수 있는 수준을 넘어선다.¹⁸⁾ 남북관계와 남북경협사업이 가지는 특수성과 의미를 충분히 고려하면서 신속하고 실효적인 분쟁해결을 도모하기 위해서는 '남북상사중재위원회'의 중재를 통하여 해결하는 것이 더 현실적인 방안이 될 수 있을 것이다. 현재 남북경협사업에 적극 참여하고 있는 우리 기업들은 거의 모두 중소기업이라는 점을 감안하면 이들이 적은 비용으로 이용할 수 있다는 점에서도 바람직하다.

(2) 남북상사중재위원회

상사분쟁해결합의서에 따르면, 남과 북은 상사분쟁의 조정을 위하여 각각의 위원장 1명, 위원 4명으로 한 '남북상사중재위원회'를 구성하여야 한다(제2조). 이와 관련하여 남과 북은 2003년 10월 12일 '남북상사중재위원회 구성 운영에 관한 합의서'(이하 "중재위구성합

16) Sornarajah M., "The Retreat of Neo-Liberalism in Investment Treaty Arbitration", Catherine Rogers/Roger Alford, *The Future of Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2009, pp. 289-290. 이에 불만을 품은 볼리비아, 에쿠아도르, 베네수엘라 등은 최근에 ICSID 협약을 탈퇴하기도 하였다.

17) 보다 현실적으로는 지도자의 유혹이기도 한 사업이기 때문에 이러한 파격이 가능하였을 것으로 본다.

18) ISA는 이러한 비용을 감당할 수 있는 큰 규모의 다국적기업만이 이용할 수 있고, 중소기업의 기업들은 이용하기 어렵다는 비판이 제기되고 있다.

의서”라고 한다)를 체결하였다. 이 합의서는 2004년 9월과 12월에 국회의 해당 상임위와 본회의의 동의절차를 거쳐 2005년 8월 판문점에서 남북이 합의서 발효 문서를 교환함으로써 2005. 8. 1.자로 발효되었다. 그 위원은 법률 및 국제무역투자실무에 정통한 자, 기타 필요한 분야의 전문지식이 있는 자 중에서 각기 지명하며, 쌍방 위원장은 위원회를 공동으로 대표하도록 되어 있다(동합의서 제2조).

이에 따라 남과 북은 2006년 7월 상사중재위원회 위원 명단을 상호 교환하였는데, 우리측 위원장은 법무부 법무실장이고, 위원은 정부 내 유관부처 공무원 2명과 대한상사중재원장 및 법조인(변호사) 1명 등 4명이 지명되었다. 북한측 위원장은 민족경제협력위원회 국장이고, 위원 4인은 모두 민족경제협력위원회 연구원들로 지명된 바 있다.¹⁹⁾

‘남북상사중재위원회’는 남과 북에서 독자적인 법인으로서의 능력을 가진다(중재위구성합의서 제1조). 남북상사중재위원회의 기능은 ‘상사중재’ 및 ‘투자중재’와 관련된 사무를 처리하고, 중재규정과 그 관련규정의 제정 및 수정·보충, 중재인의 선정 등을 담당하는 것이다(상사분쟁해결합의서 제3조). 구체적으로는, 상사분쟁 또는 투자분쟁의 중재 또는 조정과 관련한 사업을 책임지고 주관하며, 당사자가 제기하는 중재인·감정인에 대한 기피신청, 중재인 권한의 존재 여부에 대한 이의신청, 중재판정부의 권한 범위에 대한 이의신청, 일방 당사자가 제기하는 중재판정의 취소신청에 대한 결정을 비롯한 사건수속 및 처리과정에 제기되는 문제들에 대하여 결정한다(중재위구성합의서 제3조). 이러한 상사중재위원회의 기능은 단순히 ICC중재법원 등의 중재기관이 담당하는 역할을 넘어 중재판정부나 중재지의 법원이 수행하는 역할도 일부 포함하고 있다는 점에서 독특한 성격을 갖는다.

남북상사중재위원회에서 쌍방은 각각 30명의 중재인을 선정하여 중재인명부를 작성하고 그것을 상호 교환하도록 되어 있다(제5조).²⁰⁾ 그러나 이러한 중재인 선정과 명단 교환은 아직까지 이루어지지 않고 있으며, 또한 실제 중재를 실행하는 데에 필요한 ‘중재규정’을 아직까지 제정하지 못하였다. 다만, 이미 남북상사중재위원회 위원들이 지명되어 그 명단이 교환되었으므로, 위원회의 활동을 구체적으로 시작할 수 있을 것이다. 우선 중재인명단을 작성하여 상호 교환하고 중재규정을 제정하는 것부터 실행할 수 있다. 이와 관련하여 남과 북은 남북상사중재위원회의 자기측 중재사무처리 기관을 각기 지정하도록 하였다(중재위구성합의서 제10조). 이에 따라 남한에서는 2007년 ‘대한상사중재원’을 지정하였

19) 대한상사중재원 홈페이지(http://kcab.or.kr/jsp/kcab_snc/arbitration/arbi_02.jsp)(2013. 6. 25. 검색) 및 통일부 2006. 7. 5.자 보도자료 “남북상사위원회 위원명단 상호교환” 참조.
20) 쌍방 중재위원회 위원장은 자기측의 중재인 가운데서 변동이 있을 경우 그에 대하여 상대방에게 통지해야 하고, 중재위원회 위원장 또는 위원도 필요에 따라 중재인으로 선정될 수 있다(동조 제2항, 제3항). 그리고 쌍방은 자기측 중재인명부를 작성할 때 각 중재인의 자격에 대한 설명서를 첨부하여 상대방 위원회에 통지해야 하고, 중재인의 변동이 있을 경우에도 이와 같은 방법으로 상호 통지해야 하며, 상대방이 중재인의 자격에 대하여 보충 설명을 요청하면 이에 성실히 협력해야 한다(중재위구성합의서 제7조).

고,²¹⁾ 북한에서는 ‘조선국제무역중재위원회’가 지정될 것으로 예상되는데,²²⁾ 이를 지정한 후 양 기관의 관계 및 업무분장 등 구체적인 실무를 협의할 필요가 있다.

(3) 개성공단에서의 남북상사중재위원회

남과 북은 2013년 봄의 개성공단 조업중단사태를 극복하고 재개하면서 같은해 8월 14일 ‘개성공단 정상화를 위한 5개항의 합의서’를 채택하였다. 위 합의서에 따라 ‘개성공단 남북공동위원회’가 구성되었다. 개성공단 남북공동위원회는 2013년 9월 개성공단중재합의서를 체결하여, 상사분쟁해결합의서에 따른 ‘남북상사중재위원회’가 가동되기 이전까지 개성공단과 관련한 상사분쟁을 신속·공정하게 해결하기 위한 ‘개성공단상사중재위원회’를 구성·운영하기로 합의하였다.

이에 따라 2013년 12월 남북의 중재위원 각 5명씩을 지정하여 통보함으로써 ‘개성공단상사중재위원회’를 구성하였다.²³⁾ 위 중재위원회 산하에 남북 각 30명의 중재인을 두고 분쟁 사건이 발생하면 이들 중 각각 3인을 선정해 중재재판부를 구성하여 개별 사건을 맡아 처리하기로 하였다. 우리측은 중재인 명부를 통보하였고, 2014. 3. 13. 개성공단 중재위원회 첫 회의가 열려 중재규정과 중재절차 논의한 바 있지만,²⁴⁾ 이후 남북관계의 경색과 개성공단사업의 중단으로 인하여 수년간 진척이 없는 상태이다.

21) 현재 지정기간이 만료되었으므로 재지정이 필요하다. 김광수, “개성공단에서의 남북상사중재위원회 구성·운영에 관한 연구”, 중재연구 제24권 제2호, 한국중재학회(2014), 17면.

22) 북한의 대외경제분쟁의 해결은 조선국제무역중재위원회, 조선해사중재위원회, 조선컴퓨터소프트웨어중재위원회 등이 하는데, 조선국제무역중재위원회는 무역, 투자, 봉사와 관련한 분쟁을 심리해결한다(대외경제중재법 제3조).

23) 상사중재위 위원 명단은 우리 측에서는 2013년 12월 11일 법무부 통일법무과장 등 5명을, 북측에서는 12월 26일 중앙특구개발지도총국 처장 등 5명을 통보한 바 있다. 최기식, “개성공단의 국제화 선결과제로서의 상사분쟁 해결 제도화 방안”, 통일과 법률 제19호, 법무부(2014), 126면.

24) 통일부 홈페이지(<https://www.unikorea.go.kr/unikorea/>) 주요소식(2014. 3. 13.자) “개성공단 상사중재위 1차회의 결과” 참조.

IV. 개성공업지구에서의 투자중재

1. 남북상사중재의 관할 문제

(1) 중재의 대상

남북상사중재위원회의 분쟁사건 관할은 “남북 사이의 경제교류 및 협력과정에서 생긴 상사분쟁 가운데서 당사자가 중재위원회에 제기하여 해결할 것을 서면으로 합의한 분쟁사건”과 “남북사이의 투자보장에 관한 합의서 제7조 제1항에 규정된 분쟁사건”이다(상사분쟁해결합의서 제8조). 동합의서 제8조 제1항의 중재는 앞서 본 분쟁유형 중 두 번째 유형인 남북당사자 사이의 ‘상사분쟁’에 해당하고, 동조 제2항의 중재는 첫 번째 유형인 남측 투자자와 북한 당국 사이의 ‘투자분쟁’에 해당한다.

‘상사분쟁’이 무엇인지는 합의서에 정의되어 있지 않다. 북한은 ‘상사조정’을 “영리활동과 관련한 분쟁이 생긴 때에 진행하는 조정”으로 정의하고 있으므로,²⁵⁾ ‘상사’란 영리활동과 관련된 것을 의미한다고 볼 수 있다. 우리 상법에서도 ‘상사’란 영리성을 본질적 요소로 하며 적어도 일방이 상인인 법률관계를 말한다. 다만, 민사활동과 상사활동은 실제로 명확히 구별되기 어려운 경우가 많으므로 상사분쟁의 개념을 넓게 해석하여 남북상사중재위원회의 중재절차를 적극적으로 활용할 필요가 있다.²⁶⁾ 현실적으로 남북상사중재 이외의 쌍방의 사법절차를 이용하는 데는 여러 가지 장애가 있어 신속하고 효과적인 해결수단이 되기 어렵기 때문이다. 따라서 ‘상사분쟁’을 넓게 해석하여 기업활동과 직·간접적으로 관련된 남한 당사자와 북한 당사자 사이의 사법상의 모든 분쟁을 의미하는 것으로 볼 필요가 있다.²⁷⁾ 그리고 향후에 이를 분명히 규정하는 방향으로 개정이 이루어지는 것이 바람직할 것이다.

25) 사회과학원 법학연구소, 민사법사전, 사회안전부출판사(평양), 1997, 350면.

26) 국제중재에 있어서 일반적으로 거의 모든 형태의 거래가 당사거래에 해당하므로 실제로는 상사중재와 비상사중재의 구별이 크게 문제되는 경우는 드물다. 목영준, 상사중재법론, 박영사, 2011, 21면; 석광현, 국제민사소송법, 박영사, 2012, 490면. 우리의 중재법도 그 적용대상을 상사로 인한 분쟁에 한정하지 않고, 민사 및 상사를 포함하는 모든 사법상의 분쟁을 그 대상으로 하고 있다(동법 제1조).

27) 순수한 민사상의 관계라고 하더라도 넓은 범위에서 보면 ‘남북사이의 경제교류와 협력과정’에서 발생한 것으로서 상사분쟁에 포함되는 것으로 넓게 해석하는 견해로는, 윤대규, “개성공업지구 관련법규의 문제점과 개선방향”, 강구진 교수 20주기 추모 학술회의발표논문자료집, 북한법연구회(2004), 59면; 임성택, “개성공업지구의 분쟁해결을 위한 사법제도”, 통일과 법률 제6호, 법무부(2011), 124면; 장승화, 남북한 분쟁해결절차의 통합방안, 서울대학교 통일평화연구소, 2005, 44-45면.

두 번째 중재의 대상은 ‘투자분쟁’인데, “투자보장합의서에 의해 부여된 권리의 침해로 상대방 투자자와 일방 사이에 발생하는 분쟁”이다. 이는 다른 투자협정들이 국제투자중재 (ISA)의 대상으로 하는 ‘투자분쟁’과 동일한 의미로 파악될 수 있다.²⁸⁾ 즉, “투자보장합의서에 의해 부여된 권리”는 투자자산, 수익금, 기업활동에 대한 ‘허가 및 보호’를 의미하고(동합의서 제2조), 나아가 투자자와 투자자산 등에 대하여 최혜국대우와 수용에 따른 보상, 송금 등을 보장하였으므로(동합의서 제3조 내지 제5조), 이에 위반하여 투자자에게 손실 또는 손해가 발생하면 ‘권리의 침해’로 인한 분쟁으로서 투자분쟁의 대상이 될 수 있다.²⁹⁾

위와 같이 투자보장합의서에 의해 부여된 권리에 대한 ‘일방 당국의 침해’가 있으면 이는 중재의 대상이 되는 ‘투자분쟁’으로 될 수 있다. 즉, 일방 당국의 어떤 ‘조치’가 투자보장합의서에 의하여 부여된 권리 위반으로 되어야 한다. 일반적으로 투자협정들은 이러한 정부의 ‘조치(measures)’를 “모든 법·규정·절차·요건·관행 등을 포함”하는 넓은 개념으로 규정하고 있다.³⁰⁾ 그리고 ‘당국’ 또는 ‘정부’에는 법률상 국가조직체계에 포함되는 입법·행정·사법기관이 포함된다고 본다.³¹⁾ 이렇게 보면 사경제 주체 사이의 상사분쟁을 제외하고, 북한 정부 당국의 여러 조치들이 투자보장합의서에서 보장하는 권리의 침해를 가져오면 모두 투자분쟁의 대상이 될 수 있다. 즉, 북한 정부의 행정조치, 노동관련조치, 환경규제, 시행세칙의 제정 등으로 인하여 투자보장합의서에 보장한 권리 침해가 있으면 ‘투자분쟁’의 대상이 되고, 따라서 남북상사중재위원회의 중재대상에 포함된다고 해석될 수 있다.³²⁾

28) 투자협정들은 ‘투자분쟁’에 관한 정의 조항을 두고 있는 것이 일반적이다. 예를 들면, 한중 FTA 제12.12조 제1항은 ISD의 대상이 되는 ‘투자분쟁’을 “투자협정상의 의무위반으로인한 투자 또는 투자자의 손해 또는 손실과 관련된 분쟁(a dispute between a Party and an investor of the other Party that has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, an alleged breach of any obligation of the former Party under this Chapter with respect to the investor or its covered investments in the territory of the former Party.)”으로 정의하고 있다. 한미 FTA 제11.16조 제1항은, 투자유치국의 투자협정상의 의무 위반에 관한 분쟁과 함께, 투자인가(investment authorization) 또는 투자계약(investment agreement) 위반을 둘러싼 분쟁도 ‘투자분쟁’에 포함시켜 규정하고 있다. 즉, ① 투자유치국의 협정상의 의무, 투자계약 또는 투자인가의 위반이 있고, ② 그로 인하여 투자자에게 손실 또는 손해가 발생하였으며, ③ 투자계약위반의 경우 손실 등이 적용대상투자자와 직접적인 관련이 있는 경우 중재를 제기할 수 있다.

29) 다만 보호될 수 있는 ‘투자’에는 일정한 한계가 있는데, 투자자의 권리는 투자 상대방의 법령에 따라 형성되는 것이고 투자자산은 투자를 받아들인 일방의 법령에 저촉되지 않아야 한다(동합의서 제1조 제1항 바.호). ICSID의 중재사례인 *Fraport v. Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25 사례도 교묘한 거래구조로 투자유치국의 외국인 지분보유비율제한을 잠탈한 투자자의 투자는 투자협정에 의하여 보호될 수 없다고 판정하였다.

30) 한미 FTA 제1.4조의 ‘definitions’에는, “measure includes any law, regulation, procedure, requirement, or practice.”라고 정의되어 있다.

31) 사법기관의 판결이나 결정도 이에 해당한다는 중재판정례도 있다. *Loewen v. United States*(ICSID Case No ARB(AF)/98/3).

나아가 중앙정부 뿐만 아니라 지방정부 및 정부의 위임에 따라 권한을 행사하는 공기업 등 비정부기구의 조치도 '정부의 조치'에 포함될 수 있는지 문제된다.³²⁾ 일반적으로 이러한 공기업이나 비정부기구의 조치가 상업행위가 아닌 '공적행위'로 평가될 수 있는 경우에는 체약국의 의무위반에 포함될 수도 있다고 본다.³⁴⁾ 북한의 경우 남북경협사업을 담당하는 기관으로서 조선노동당의 통일전선부 산하에 조국평화통일위원회, 조선아시아태평양평화위원회, 민족화해협의회 등 다수의 기관이 존재하고, 내각과 국방위원회 산하에 외자유치의 전담기구로 조선합영투자위원회와 조선대풍국제그룹 등이 있다.³⁵⁾ 개성공업지구법의 '중앙공업지구지도기관'인 중앙특구개발지도총국의 조치는 물론이고, 위 기관들의 조치도 '정부의 조치'에 포함될 수 있을 것이다.

그리고 북한은 계획의 일원화·세분화에 입각한 계획경제체제를 유지하고 있으므로, 기관이나 기업소의 경제활동이 '행정계획'이나 '행정행위'로서의 성격을 가지는 경우도 많을 것이다. 예를 들면, 북한의 수많은 '총회사'들이 합영사업 등을 벌이고 있는데, 이러한 기업소들은 경우에 따라 '공무수탁사인'에 해당하여 '당국의 조치'로 될 수도 있다. 이들 기관이나 기업소의 조치가 정부의 조치로 되어 '투자분쟁'의 대상이 될 수 있도록 분명히 규정되면 더 바람직하겠지만, 상사분쟁해결합의서는 '투자분쟁'과 '상사분쟁'을 모두 같은 중재절차로써 해결하고 있으므로 어느 쪽이든 동일한 중재의 대상으로 포함될 수는 있다.

한편, 개성공단중재합의서는 전문에서 상사중재위구성합의서에 따른 남북상사중재위원회가 가동되기 이전까지 개성공단과 관련된 '상사분쟁'을 신속, 공정하게 해결하기 위하여 개성공단상사중재위원회를 구성·운영한다고 합의하고 있다. 여기서 말하는 '상사분쟁'이 상사분쟁해결합의서 제3조 제1호에서 말하는 '상사분쟁'에 국한되는 것인지는 분명하지 않다. 만일 그렇다면 개성공단상사중재위원회의 중재대상은 상당히 축소될 수밖에 없다. 전문에도 밝히고 있듯이 남북상사중재위원회가 가동되기 전까지 개성공단에서 임시로 그 역할을 대신할 기구로서 개성공단상사중재위원회를 구성하기로 합의한 점, 그리고 개성공단

32) 최기식, 앞의 논문(주 23), 128-133면에서 검토하고 있는 이러한 분쟁유형들은 투자보장합의서 위반을 구성하는 것을 전제로 모두 '투자분쟁'의 대상이 될 수 있는 것들이다.

33) 한미 FTA는 지방정부 및 정부의 위임에 따라 권한을 행사하는 비정부기구의 조치도 체약국의 조치에 포함된다는 점을 분명히 하고 있다(제11.1조 제3항).

34) Maffezini v. Spain(ICSID Case No. ARB/97/7) Case에서는 스페인의 지방정부가 설립한 기업이 그 조직이나 기능으로 보아 체약국의 조치에 해당하고 투자협정상의 의무위반을 구성할 수 있다고 보았다. 그리고 UN국제법위원회(International Law Commission)의 "국제위법행위에 관한 국가의 책임에 관한 국제법위원회 조문초안(The International Law Commission's Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts)" 제4조, 제5조 등도 이를 규정하고 있는데, 위 초안은 국제관습법을 반영한 것으로 일반적으로 인정되고 있으므로 투자협정의 해석에 적용될 수 있을 것이다.

35) 정형근·김지연·이중운, 북한의 투자유치정책 변화와 남북경협방향, 대외경제정책연구원, 2011, 65면 이하 참조.

중재합의서 제4조가 위 합의서에 규정되지 않은 사항 중 투자자산보호와 관련한 부분은 투자보장합의서를 준용하도록 하고 있는 점 등을 고려하면 ‘투자분쟁’도 포함하려는 의도로 해석할 수 있다고 본다. 향후 개성공단상사중재위원회를 구성할 때 이 점을 분명히 하는 것이 바람직할 것이다.

(2) 중재합의

‘투자분쟁’이 중재에 회부되기 위해서는 중재관할에 대한 분쟁당사자의 서면동의, 즉 ‘중재합의’가 있어야 한다. 투자보장합의서는 “남과 북의 당국은 투자자가 분쟁을 중재의 방법으로 해결하는 것에 대하여 동의한다.”고 규정함으로써(제7조 제1항 3문), 남과 북측 정부의 중재에 대한 사전적이고 일반적인 동의를 명시하고 있다. 따라서 남측 투자자가 남북상사중재위원회에 중재를 제기하면 바로 ‘중재합의’가 성립하게 된다. 남한이 체결한 다른 투자협정들도 동일한 구조로 되어 있다.³⁶⁾ 위와 같이 상사분쟁해결합의서 제8조 제2항의 ‘투자분쟁’의 경우, 남과 북의 당국이 중재에 대한 사전동의를 하고 있으므로(투자보장합의서 제7조 제1항 3문), 투자자가 남북상사중재위원회에 중재청구를 하게 되면 ‘서면중재합의’의 요건을 충족하게 된다.

다만, 같은 조 제1항의 ‘상사분쟁’은 “당사자가 중재위원회에 제기하여 해결할 것을 서면으로 합의한 분쟁사건”이 남북상사중재위원회의 중재의 관할에 포함될 수 있으므로, 당사자 사이에 개별적으로 중재합의가 있어야 한다. 따라서 일방이 중재에 합의하지 않으면 중재절차를 이용할 수 없게 된다. 이와 관련하여 당사자 사이에 개별적으로 서면중재합의가 없더라도, 그러한 거래가 이루어진 근거가 된 법령이나 합의서에 남북상사중재위원회의 중재절차에 의한 분쟁해결이 규정되어 있는 경우에는 그로써 중재합의가 있다고 볼 수 있는지 생각해 볼 수 있다.

예를 들면, 개성공업지구법은 공업지구 내에서의 분쟁해결과 관련하여 “공업지구의 개발과 관리운영, 기업활동과 관련한 의견상이는 당사자들사이에 협의의 방법으로 해결한다. 협의의 방법으로 해결할 수 없을 경우에는 북남사이에 합의한 상사분쟁해결절차 또는 중재, 재판절차로 해결한다.”고 규정하고 있다(동법 제46조). 위 규정은 “북남사이에 합의한

36) 한중 FTA 제12.12조 제4항은 계약국의 사전동의를 규정하고 있고, 한미 FTA 제11.17조 제2항도 투자자의 중재제기로 중재합의가 이루어지게 된다는 점을 규정하고 있다. 위와 같은 명시적인 규정이 없더라도 위와 같은 방식으로 중재합의가 이루어진다는 점에 대하여 이견은 없는 것으로 보인다. 다만, 예를 들면, 한국과 베트남 사이의 투자협정(BIT) 제8조처럼 “중재를 제기할 수 있다(may choose to submit)”로 되어 있는 경우에는 투자협정의 당사국 정부가 확정적인 동의를 하고 있는 것으로 볼 수 없으므로, 투자자가 당사국 정부를 상대로 국제중재를 제기하려면 투자유치국 정부로부터 별도의 서면동의를 받아야 하는 경우가 있을 것이다.

상사분쟁해결절차”인 남북상사중재위원회의 중재절차와 “중재, 재판절차”를 선택할 수 있도록 하였으므로, 이 조항만으로는 구속력이 있는 중재합의가 있다고 보기는 어렵다. 따라서 남북상사중재위원회의 중재가 아닌 다른 중재절차나 소송 등의 분쟁해결절차가 허용되는 것으로 보아야 할 것이다.³⁷⁾ 다만 일방이 남북상사중재위원회에 중재를 제기하였을 때 상대방이 별다른 이의없이 중재절차에 응하면 당연히 중재합의로서의 효력이 있음은 물론이다.³⁸⁾

이와 달리 예를 들면, 개성공업지구 환경보호규정과 같이 남북상사중재절차를 유일한 분쟁해결방법으로 규정하고 있는 경우에는(동규정 제39조), 그 문서에 의하여 ‘사전동의’가 주어져 있는 것으로 볼 수 있는지 문제될 수 있다. 이는 환경보호규정에서 규정하는 법률관계에 대하여 일방 당사자가 남북상사중재가 아닌 제3의 중재기관에 중재를 제기하거나 법원에 소를 제기한 경우에 다른 당사자가 전속적 중재합의를 이유로 그 절차의 각하를 구할 수 있는지의 문제이다. 중재절차가 원래 당사자들이 합의에 의하여 분쟁을 해결하는 방법으로서 사적자치가 보장되는 절차라는 점에서 보면, 개별적인 합의 없이 규정만으로 중재합의를 인정하는 것은 중재의 본질에 어긋나는 점이 있다. 다만, 남북관계와 남북경협사업의 특수성을 고려하고, 북한이 아직 보편화된 선진적인 중재제도나 재판제도를 구비하지 못하여 사법구제의 실효성이 보장되지 않는 상황에서는 중재합의의 요건을 완화하여 해석할 필요가 있다고 본다.

남북상사중재위원회에 의한 중재는 일반적인 중재제도와는 다른 특수한 성격의 중재로 볼 수 있다. 그리고 남북경협사업과 관련한 북한의 법령이나 합의서에 남북상사중재절차에 의한다는 것이 명시되어 있다면, 이는 강행적인 성격의 규정으로 보아야 할 것이다. 또한 남측 기업이 그 경제특구에 입주하여 기업활동을 하는 것은 그 경제특구에 적용되는 법령이나 합의서의 적용을 받았다는 의사로서 그에 규정된 남북상사분쟁해결절차를 수용한다는 묵시적인 합의가 성립하였다고 보아도 무방할 것이다.³⁹⁾ 사적자치의 원칙이나 당사자의 재판청구권을 제한하는 문제점은 있지만, 현단계에서 남북상사중재절차가 가장 실효적인 분쟁해결수단이 될 수 있다는 점과 남북관계의 특수성을 고려하면 위와 같이 해석하는 것이 바람직하다고 본다.

남북교류가 재개되어 활성화되고 북한의 법령과 사법제도가 국제적인 기준에 맞게 정비되기까지는 다른 분쟁해결수단보다 남북상사중재위원회에 의한 중재에 의하여 분쟁을 해

37) 장승화, 앞의 책(주 27), 33-34면.

38) 우리 대법원도 선택적 중재조항은 일방 당사자가 상대방에 대하여 조정이 아닌 중재절차를 선택하여 그 절차에 따라 분쟁해결을 요구하고 이에 대하여 상대방이 별다른 이의 없이 중재절차에 임하였을 때 비로소 중재합의로서 효력이 있는 것으로 보고 있다(대판 2005. 5. 27, 2005다12452 등).

39) 윤대규, 앞의 글(주 27), 59-60면.

결하는 것이 가장 현실적인 방안이 될 수 있다. 따라서 남북상사중재위원회의 중재에 관한 ‘전속적 중재합의’를 법령이나 합의서에 명확히 규정하는 방향으로 개정하는 것이 좋다고 본다. 그 전까지는 개별적인 남북경협사업에 있어서 관련 합의서나 계약서에서 남북상사중재위원회의 중재에 의하여 분쟁을 해결한다는 명시적인 중재합의조항을 두는 것이 바람직할 것이다.⁴⁰⁾ 상사분쟁해결합의서는 같이 서면으로 합의한 분쟁사건의 중재합의는 어느 당사자도 일방적으로 철회할 수 없도록 규정하고 있다(제8조 1호).

(3) 중재를 제기할 수 있는 자(“청구인적격”)

상사분쟁해결합의서 제8조 제1항의 ‘상사분쟁’에 대한 중재는 그 분쟁의 ‘당사자’가 제기할 수 있다. ‘당사자’의 의미는 합의서에 정의되어 있지 않고 특별히 제한되어 있지 않으므로, 권리·의무의 주체가 될 수 있는 남한의 자연인 또는 법인, 북한의 기관, 기업소, 단체, 공민 등이 모두 포함될 수 있다(북한 민법 제2조 및 제2장 참조). 국가도 사경제주체로서 거래한 경우 상사분쟁의 당사자에 포함될 수 있을 것이다. 다만, 북한에서 대외경제계약의 당사자는 대외경제거래를 하도록 승인받은 기관, 기업소, 단체로 한정되어 있고 개인은 제외되어 있기 때문에(대외경제계약법 제3조), 대외경제계약 자체와 관련된 분쟁에서는 공민이 당사자로 되기 어려운 점이 있다.

상사분쟁해결합의서 제8조 제2항의 ‘투자분쟁’에 대한 중재는 ‘투자자’가 제기할 수 있다(투자보장합의서 제7조 제1항 2문). ‘투자자’의 의미는 투자보장합의서에 정의되어 있는데, ‘투자자’란 “일방의 지역에 투자하는 상대방의 법인 또는 개인”을 의미하며, 여기에는 “일방의 법령에 따라 설립되고 경제활동을 진행하는 회사·협회·단체 같은 법인, 일방에 적을 두고 있는 자연인” 등이 속한다(동합의서 제1조 제2항). 통상의 투자협정들처럼 자연인은 (국)적을, 법인은 설립지를 기준으로 하고 있다. 자연인과 법인을 명시하고 있으므로 조합 등 법인격이 없는 동업기업은 그 구성원인 자연인과 별개의 투자자로 보기 어려울 것이다. 공기업이나 사회단체 등은 법인격을 갖는 한 ‘투자자’에 포함될 수 있다.

현재 상사분쟁해결합의서의 문언상으로는 남북한 정부 등 행정청이 ‘투자자’에 포함되는 것으로 해석하기는 어렵다. 정부가 사경제주체로서 하는 투자활동도 보호되어야 한다는 점에서 ‘투자자’에 상대방 정부가 포함될 수 있도록 규정할 필요가 있다.⁴¹⁾ 나아가 투자보장

40) 김광수, 앞의 논문(주 21), 7면은, 중재합의의 예시로 “이 계약으로부터 발생하는 모든 분쟁은 남북상사분쟁해결합의서 및 중재위구성합의서와 개성공단중재합의서에 따라 개성공단중재위원회의 중재로 최종 해결한다. 신청인이 남측기업일 경우 평양에서 중재절차를 진행하고, 신청인이 북측기업일 경우 서울에서 중재로 최종 해결한다.”와 같은 문구를 제시하고 있다.

41) 한미 FTA에서 “investor of a Party”의 정의는 “다른 쪽 협정당사국의 영역에 투자하려고 시도하거나, 투자 중이거나, 이미 투자한 당사국 또는 그 공기업, 또는 당사국의 국민 또는 기업(a Party or state

합의서는, “일방 혹은 그가 지정한 기관이 투자와 관련하여 자기측 투자자에게 제공한 비상업적 위험에 대한 재정적 담보에 따라 해당한 보상을 한 경우 상대방은 일방 혹은 그가 지정한 기관이 투자자의 손해배상청구권을 포함한 권리를 넘겨받아 행사하며 그 권리의 범위 내에서 세금납부의무를 비롯한 투자와 관련된 의무를 진다는 것을 인정한다.”고 규정하여 ‘대위청구’를 인정하고 있다(동합의서 제6조). 이 경우에는 남북경협보험을 담당하는 수출입은행 등이 대위행사하는 권리에 기초하여 중재를 제기할 수 있을 것이다. 특히, ‘투자분쟁’은 위 규정에서 말하는 ‘비상업적 위험’으로 인한 분쟁을 예정하고 있는 것이므로 ‘투자분쟁’에 관한 한 현실적으로 중재절차를 이용하기 어려운 중소기업 투자자의 권리구제에 도움이 될 수 있을 것이다.⁴²⁾

한편, 개성공업지구 내에 설립된 기업은 북한에 설립된 현지법인에 해당하므로, 그 현지법인이 아니라 기업을 설립하여 투자를 실행한 남한의 모기업이나 개인이 ‘투자자’에 해당하여 중재를 제기할 수 있다. 이 경우 그 투자자의 ‘투자자산’은 주식이나 지분을 말한다. 그런데 투자보장합의서에 정의된 ‘투자자산’은 그 외에도 재산권, 청구권, 지적재산권, 주식, 지분, 회사채, 사업권 등을 포함하여 상대방 지역에 투자한 모든 종류의 자산을 의미한다(동합의서 제1조 제1항). 이러한 투자자산 중에는 현지법인의 소유로登記·등록되어 ‘투자자’의 권리라기보다는 현지법인의 권리로 되는 경우도 있을 것이다. 따라서 투자자가 현지기업을 대신하여 중재를 제기할 수 있는 길을 열어둘 필요가 있다. 예를 들면, 한미 FTA는 현지기업을 “직접 또는 간접적으로 소유 또는 통제하는(owns or controls directly or indirectly)” 자는 그 기업을 대신하여(on behalf of) 중재를 제기할 수 있다고 규정하고 있는바 이를 참고할 수 있다.⁴³⁾

enterprise thereof, or a national or an enterprise of a Party, that attempts to make, is making, or has made an investment in the territory of the other Party)”으로 규정되어 당사국 정부를 투자자로 포함시키고 있다(동협정 제11.28조).

42) 남북교류협력기금법은 교역 및 경제 분야 협력사업 추진 중 경영 외적인 사유로 인하여 발생하는 손실을 보상하기 위한 남북경제협력보험 제도를 규정하고 있다(동법 제8조 제4호). 구체적으로는 ① 북한 내 투자자산의 몰수 또는 그 권리에 대한 침해, ② 북한 당국에 의한 환거래 또는 물품 등의 반출입 제한, ③ 남한 당국과 북한 당국 간 합의의 파기 또는 불이행, ④ 조약 등 국제법규에 따른 의무이행을 위한 남한 당국의 조치, ⑤ 위 사유들을 제외한 경영 외적인 사유 중 남북교류협력추진협의회 의결을 거쳐 통일부장관이 고시한 사유 등 경영 외적인 사유로 인하여 사업 수행이 불가능하거나 일정기간 동안 사업이 정지되어 발생한 손실을 보상하기 위한 것이다(동법 시행령 제8조 1의2호).

43) 한미 FTA 제11.16조 제1항 (b), 제11.18조 제2항 참조.

2. 남북상사중재의 절차 문제

(1) 중재신청과 중재판정부의 구성

중재절차를 이용하려는 자는 자기측 중재위원회 위원장에게 중재신청서를 제출하여야 하고, 중재신청을 접수한 중재위원회 위원장은 그 날부터 10일 이내에 상대방의 중재위원회 위원장에게 통지하여야 하며, 자기측 당사자가 피신청인으로 되는 중재위원회 위원장은 위 통지를 받은 날부터 10일 이내에 피신청인에게 통지하여야 한다(상사분쟁해결합의서 제9조). 다른 투자협정들은 피청구국에 대한 중재의사통보(notice of intent)와 냉각기간(cooling off period), 제척기간⁴⁴⁾ 등을 두고 있는 경우가 많은데, 합의서는 이에 관하여 규정하고 있지 않은 점을 앞서 본 바와 같다.

위와 같이 중재신청에 따라 중재판정부가 구성되는데, 당사자 사이의 합의에 따라 중재인 3명으로 구성한다(동합의서 제10조 제1항). 정해진 기간 안에 중재인의 선정에 대하여 합의를 하지 못할 경우에는 당사자들이 중재인명부에서 각각 1명의 중재인을 선정하며, 선정된 2명의 중재인이 협의하여 중재인명부에서 의장중재인 1명을 선정한다(동조 제2항). 중재신청이 접수된 날부터 50일 이내에 중재인을 선정하지 못한 경우에는 일방 분쟁당사자의 요청에 따라 일방의 중재위원회 위원장이, 의장중재인을 선정하지 못한 경우에는 쌍방의 중재위원회 위원장이 협의하여 중재인명부에서 선정한다(동조 제3항). 이 경우 순번추첨의 방법으로도 할 수 있고, 중재인 선정은 그 요청을 받은 날부터 30일 이내에 종료하여야 한다(제10조 제3항). 그래도 의장중재인을 선정하지 못한 경우 일방의 중재위원회 위원장이 국제투자분쟁해결센터(ICSID)에 의장중재인의 선정을 의뢰할 수 있다(동조 제4항).⁴⁵⁾

남과 북이 의장중재인 1인을 다른 측의 중재인명부에서 선정하기는 현실적으로 어려울 것이다. 그리고 쌍방의 중재위원회 위원장의 협의에서도 어느 한 측의 중재인을 의장중재인으로 선정하기로 합의하기는 어려울 것으로 보인다. 그렇게 되면 의장중재인 선정에서 교착상태가 생기기 쉬울 것이고, 결국 순번추첨의 방식에 의하거나 ICSID에 의장중재인의 선정을 의뢰할 수밖에 없는 상황에 이르게 된다. 순번추첨의 방식은 분명하지는 않지만, 쌍방의 중재위원회 위원장이 각자 복수의 의장중재인 후보를 추천한 다음 추첨의 방법으로 1인의 의장중재인을 선정하는 방법을 고려할 수 있을 것이다.⁴⁶⁾ 그렇지만 이러한 방법이

44) 한미 FTA 제11.18조 제1항, 한중 FTA 제12.12조 제11항은 각각 3년의 제척기간을 규정하고 있다.

45) ICSID 협약에 따르면, 의장 중재인의 선임은 당사자의 합의에 의하되 합의가 되지 않으면 운영이사회 의장(Chairman of the Administrative Council)이 선정한다(동협약 제38조).

46) 윤병철, "남북상사중재제도의 현황", 중재 제341호, 대한상사중재원(2014), 16면.

바람직하다고 볼 수는 없으므로 중재인명부에 중립적인 위치에 있는 중재인을 미리 지정해 둠으로써 교착상태를 방지하는 것이 중요하다. 즉, 중립적인 제3국의 인사로서 한국어에 능통하고 국제법의 일반원칙과 국제관습법에 정통한 중재인을 다수 포함하는 것이 바람직할 것이다.⁴⁷⁾

나아가 중재인을 중재인명부에서만 선정해야 하는지도 문제될 수 있다. 당사자들의 합의로 중재인을 선정하지 못한 경우 당사자들 또는 의장 중재인들이 ‘중재인명부에서’ 중재인 또는 의장중재인을 선정해야 함은 합의서의 문언상 분명하다. 다만, 당사자들이 합의로 중재인을 선정하거나 ICSID에 의뢰하여 의장중재인을 선정하는 경우 중재인명부 외의 자를 선임할 수 있는지는 분명하지 않다. 남과 북 쌍방이 중재인명부를 작성하여 그 명단을 교환할 때 자기측 중재인의 자격에 대한 설명서를 첨부하여야 하고, 상대방이 중재인의 자격에 대하여 보충 설명을 요청하면 이에 성실히 협력해야 한다는 점 등을 고려하면(중재위구성합의서 제7조), 선택할 수 있는 중재인의 범위를 엄격하게 제한하려는 의사인 것으로 보인다. 이는 남북관계와 남북경협사업의 특수성을 고려한 것으로 이해되지만, 중재제도과 중재인의 선정은 본질상 사적 자치가 보장되어야 한다는 점과 현실적으로 교착상태에서의 중재인 선정의 어려움이 예상될 수 있음을 고려하면 개선이 필요할 것으로 사료된다.⁴⁸⁾

(2) 중재절차와 중재지

기관중재의 경우 중재기관은 자체의 중재규칙을 마련해 놓고 있으며, 그 기관의 중재절차에는 그 중재규칙이 적용된다. 물론 당사자들은 그 중재규칙과 다른 절차를 합의할 수 있다. 남북상사중재위원회는 중재규정과 그 관련규정을 제정할 수 있는데(상사분쟁해결합의서 제3조), 중재규정을 시급히 마련할 필요가 있다.⁴⁹⁾

남북상사중재위원회는 당사자가 제기하는 중재인·감정인에 대한 기피신청, 중재인의

47) 양효령, “중국 해협양안 중재센터(海峽兩岸仲裁中心) 중재규칙의 특징과 남북상사중재위원회 중재규칙 제정의 시사점”, 중재연구 제28권 제2호, 한국중재학회(2018), 128면은, 특히, 중국국제경제무역중재위원회(CIETAC)의 중재인을 포함할 것을 제안하고 있다. 다만, 가능하면 한국어에 능통한 자를 선임하는 것이 비용이나 실효성 측면에서 바람직하다고 본다. 한편, 익명의 심사위원이 제안한 바와 같이 동서독의 사례, 특히 독일의 수시중재재판소의 사례도 좋은 참고가 될 수 있을 것으로 보이는데, 이는 더 깊은 연구가 필요하여 향후의 과제로 남기기로 한다.

48) 중국과 대만 사이의 상사분쟁해결을 위하여 마련된 ‘양안중재센터’의 중재규칙은 중재인명부 이외의 중재인을 선임할 수 있고, 이 경우 중재위원회 주임에 의하여 확정된 후 중재인으로서 활동할 수 있다고 한다. 양효령, 앞의 논문(주 47), 2018, 120면.

49) 법무부와 통일부, 대한상사중재원 등의 협의로 2007년 남북상사중재위원회의 우리측 중재규정(안)을 마련한 바 있고, 법무부는 2014년 개성공단중재위원회의 중재규정(안)을 마련한 바 있다. 이를 확정하여 북측과 협의를 진행할 필요가 있다. 중재규정(안)의 내용과 분석은, 김광수, 앞의 논문(주 21), 20면 이하 참조.

권한의 존재 여부에 대한 이의신청, 중재판정부의 권한 범위에 대한 이의신청 등에 대하여 결정할 수 있는 권한이 있다(중재위구성합의서 제3조 제2항). 이러한 사항들은 통상 당해 중재판정부 또는 중재지의 법원이 결정하거나 관여하는데(우리 중재법 제14조, 제17조 등), 현단계에서는 어느 한쪽 법원이 관여하는 것이 바람직하지 않다는 점에서 남북상사중재위원회가 결정하는 것이 타당하다고 본다. 당사자들은 중재합의의 준거법, 중재절차의 준거법 등을 정할 수 있는데, 정하지 않은 경우에는 중재규정 또는 중재지법이 적용될 수 있다.⁵⁰⁾

중재장소는 당사자들이 합의하여 정하되, 중재판정부가 구성된 날부터 10일 이내에 중재장소를 정하지 못한 경우에는 중재판정부가 정한다(상사분쟁해결합의서 제11조). 위 규정에서 말하는 ‘중재장소’는 실질적인 중재절차가 진행되는 장소(사실상의 중재지)가 아니라 ‘중재지’(법적 중재지)를 의미한다(우리 중재법 제21조 참조). 중재절차가 반드시 중재지에서만 진행되어야 하는 것은 아니지만(동조 제3항 참조), 중재지의 법은 소송에서의 법정지법과 같이 당사자들의 합의가 없는 경우 중재절차를 규율하고, 중재판정의 취소절차나 집행단계에서 관할 또는 ‘외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 뉴욕협약(New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 이하 “뉴욕협약”)’의 적용 여부를 결정하는 기준이 되며, 중재지의 법원이 중재절차에 관여하는 경우가 있으므로 제한적이거나 의미를 갖는다.⁵¹⁾

중재장소(중재지)에 관한 당사자들의 합의가 성립하지 못하면 중재판정부가 정하는데, 결국 의장 중재인이 사실상 결정적인 역할을 할 수밖에 없을 것이다. 이 경우 중재지를 어느 쪽으로 정해야 하는지 일응의 기준을 가질 필요가 있다. 개성공업지구에서의 중재는 신청인 또는 피신청인이 모두 개성에 소재하는 경우가 많을 것이고, 남 또는 북측의 기타 지역에 소재할 수 있다. 이 경우 개성이나 북한 지역이 중재장소로 되는 경우 북한법과 북한의 법원의 관여가 이루어질 수 있으므로 중재규정을 제정할 때 가능하면 상세한 규정을 두어 자체적으로 해결할 수 있도록 함으로써 그 관여의 소지를 없애거나 최소화할 필요가 있다.

3. 남북상사중재의 본안 문제

상사분쟁해결합의서 제8조 제1항의 중재는 당사자들이 중재로 해결할 것을 합의한 ‘상사

50) 석광현, 앞의 책(주 26), 530면; 임성우, 국제중재, 박영사, 2016, 65, 203면; Redfern and Hunter on *International Arbitration*, Oxford University Press, 2009, p. 168.

51) 목영준, 앞의 책(주 26), 120-121면; 석광현, 앞의 책(주 26), 492-493면; 임성우, 앞의 책(주 50), 45면; Redfern and Hunter, op. cit., pp. 180-183.

분쟁'이 대상이 되므로 분쟁의 유형에 따라 본안 심리의 대상이 다양하게 달라질 수 있다. 반면에 통합의서 제8조 제2항의 중재는 '투자분쟁'에 대한 중재로서 '투자보장합의서에 의해 부여된 권리의 침해'로 인하여 투자자에게 손해 또는 손실이 발생하였는지 여부가 본안 심리의 대상이 된다. 즉, 일방의 "투자보장합의서상의 의무위반"여부와 투자자의 "손실 및 손해의 발생" 여부, 양자 사이의 인과관계 등을 심리하게 된다.

최근 투자중재 사례들에서는 특히 간접수용(indirect expropriation)이 있었는지 여부와 함께 국제관습법상 요구되는 투자 및 투자자에 대한 최소기준의 대우(Minimum Standard of Treatment) 위반 여부 등이 주된 쟁점이 되고 있다. 과거에는 직접적인 수용과 그 보상 문제가 주된 쟁점이 되었지만 최근에는 "간접수용"이 더 많이 주장되고 있고, 특히 "최소기준대우" 위반이 가장 많이 주장되고 또한 인용되고 있는 것으로 알려져 있다.⁵²⁾ 그런데 투자보장합의서에는 이러한 '최소기준대우' 규정이 없다. 통합의서 제2조는, "남과 북은 자기 지역 안에서 법령에 따라 상대방 투자자의 투자자산을 보호한다.", "남과 북은 법령이 정한 바에 따라 투자를 승인한 경우 투자승인을 거친 계약과 정관에 의한 상대방 투자자의 자유로운 경영활동을 보장한다."라고 규정하고 있는데, 이 규정이 '최소기준대우'를 규정한 것인지는 분명하지 않다. 이는 향후 분명하게 규정하는 방향으로 개정할 필요가 있다. 그리고 '최소기준대우'는 국제관습법상 인정되는 원칙이므로 명문의 규정이 없더라도 그에 미치지 못하는 대우는 '합의서 위반'으로 보아야 할 것이다.

중재에 의한 분쟁해결에서 당사자들은 중재의 대상이 된 분쟁의 실체에 적용될 준거법을 지정할 수 있다. 상사분쟁해결합의서도 "중재판정부는 당사자들이 합의한 법령을 중재판정의 준거법으로 하며, 당사자가 합의한 법령이 없을 경우에는 남 또는 북의 관련법령, 국제법의 일반원칙, 국제무역거래관습에 따라 중재판정을 한다."고 규정하고 있다(제12조).⁵³⁾ 개성공업지구에서의 투자분쟁에서 당사자가 합의한 법령은 개성공업지구에 적용되는 법령으로 볼 수 있을 것이다.

그러한 법령이 없을 경우 남 또는 북의 관련법령이 적용될 수 있는데, 남과 북의 법령은 매우 이질적이고 상충되는 경우도 예상되므로 어느 법령을 적용하느냐에 따라 결과에 중요한 차이를 가져올 수 있다. 따라서 어떤 기준으로 어느 법을 선택할 것이지가 중요한 문제로 될 수 있는데, 중재판정부의 권한으로 분쟁의 대상과 가장 밀접한 관련이 있는 측의 법을 적용하는 것이 합리적일 것이다.⁵⁴⁾ 나아가 남 또는 북의 법령과 국제법의 일반원칙 사

52) Schreuer Christoph, "Introduction: Interrelationship of Standards", August Reinisch, *Standards of investment protection*, Oxford University Press, 2008, p. 2.

53) ICSID협약은 "중재판정부는 당사자간에 합의된 법규칙에 따라 분쟁을 해결하고, 합의가 없는 경우 분쟁에 대한 당사국법(국제사법 포함)과 적용가능한 국제법 원칙(applicable rules of international law)를 적용하여야 한다."고 규정하고 있다(동협약 제42조 제1항).

54) 우리 중재법은 중재의 대상이 된 분쟁의 실체에 적용될 준거법의 지정이 없는 경우 중재판정부는 분쟁의

이에 불일치가 있을 수 있는데, 이 경우에는 국제법의 일반원칙이 우월하다고 보아야 할 것이다.⁵⁵⁾ 이러한 불일치는 상당히 많을 것으로 예상되므로 국제법 일반원칙이 우월하다는 내용을 합의서에 분명하게 명시할 필요가 있다.

4. 중재판정과 집행의 문제

(1) 중재판정

중재판정은 원칙적으로 중재신청이 접수된 날부터 6개월 이내에 내려야 하는데, 필요한 경우 중재판정부는 당사자들과 협의하여 그 기간을 3개월까지 연장할 수 있다(상사분쟁해결합의서 제14조). 결국 최장 9개월이 될 수 있는데, 중재인 선정 등에 많은 시일이 소요될 가능성이 있고, 사안에 따라서는 충분한 심리기간이 확보되었다고 보기 어려운 측면이 있다. 따라서 그 기산점을 ‘중재판정부가 구성된 날’로 개정하는 것이 합리적이다. 그리고 규정에 따른 기간을 넘겨서 내려진 중재판정의 효력을 부정하는 것은 합리적이지 않으므로 혼시규정으로 해석해야 할 것이다.

중재판정은 중재판정부에서 중재인 과반수의 찬성으로 하고, 중재판정문에는 중재심리에서 확인된 사실과 증거, 사건해결과 관련한 주문, 준거법, 작성년월일 등을 기재하여 중재인이 서명·날인한다(동합의서 제13조). 그리고 중재판정은 당사자들의 동의가 없이는 공개하지 않도록 되어 있다(동합의서 제15조).

중재판정부는 일방에 대하여 금전배상(monetary damages)을 명하거나 원상회복 restitution)을 명할 수 있을 것이다. 금전배상에는 이자의 지급을 명할 수 있고, 중재비용 및 변호사비용 등에 대하여 판정할 수 있다고 보아야 한다. 그 외에도 일반 중재와 같이 특정이행(specific performance)을 명하는 것도 허용될 수 있을 것이다.⁵⁶⁾ 다만, 합의서 제8조 제2항의 ‘투자중재’의 경우 일방 정부에 대하여 특정이행을 명하거나 정부 조치에 대한 수정(rectification)을 명할 수 있는지 문제될 수 있다. 이는 국가의 주권과 자율성을 침해할 우려가 있기 때문이다.⁵⁷⁾ 특히, 남북관계의 특수성과 공공정책을 위한 양측 정부

대상과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법을 적용하여야 한다고 규정한다(제29조).

55) 실제로 중재판정례들에서도 투자유치국의 국내법과 국제법 사이에 불일치가 발생하는 경우 국제법에 우월성을 부여하고 있는 경향이다. Amco v. Indonesia Case(ICSID Case No. ARB/81/8) 등 참조.

56) 김갑유 대표집필, 중재실무강의, 박영사, 2012, 237면; 목영준, 앞의 책(주 26), 202면. 임성우, 앞의 책(주 50), 307-308면은, 특정이행명령 판정이 가능한지 여부는 당사자들의 합의와 중재지법, 집행국에서의 강제집행 가능 여부 등의 요소가 고려되어야 한다는 점을 지적하고 있다.

57) 한미 FTA 제11.26조 제1항, 한중 FTA 제12.12조 제9항 등은 중재판정부가 피청구국에 패소판결을 내리는 경우 금전배상과 원상회복만을 명할 수 있도록 제한하고 있다.

의 자율성을 존중하고 남북상사중재절차의 조기 정착을 위해서는, 투자분쟁에서는 위와 같은 형식의 판정은 허용되지 않는다고 보는 것이 타당하다.

(2) 중재판정의 취소

내려진 중재판정에 대하여 다룰 수 있는 절차로는 ‘중재판정의 취소’ 절차가 있다. 합의서에는 중재판정의 취소에 대하여 규정하고 있지 않지만, 상사중재위원회구성합의서는 일방 당사자가 제기하는 중재판정의 취소신청에 대한 결정을 ‘남북상사중재위원회의’의 권한으로 하였다(동합의서 제3조 제2항). 일반적으로 중재판정의 취소는 중재지 법원의 관할로 하고 있으나, 남북관계의 특수성과 상호의 사법절차에 대한 정보 및 신뢰가 부족한 상황에서는 과도기적으로 위와 같이 해결하는 것이 바람직하다.⁵⁸⁾ 이러한 권한으로 보아 남북상사중재위원회는 남북관계의 특수성에서 탄생한 독특한 준(準)사법기관으로서의 성격을 갖는다고 볼 수 있다.

남북상사중재위원회에서 중재판정의 취소의 권한을 가지고, 취소 신청에 따라 결정을 하게 되는데, 취소결정에 이르기까지 절차가 원활하게 진행될 수 있는지 우려가 제기될 수 있다.⁵⁹⁾ 남북상사중재위원회는 남과 북이 각측의 위원장을 포함하여 각각 5명씩 지명하여 총 10명으로 구성되므로 동수로서 의사결정이 어려울 수 있고, 중재판정의 취소를 결정할 때 각 위원들이 자국이나 자국 당사자의 이익에 다르게 중재판정의 취소에 관한 중립적이고 공정한 판정을 기대하기 어려운 점이 있다.⁶⁰⁾ 취소결정 이외에도 남북상사중재위원회의 의사결정이 필요한 모든 사항에서 교착상태에 이를 수 있는 문제의 소지를 안고 있으므로 적절한 해결방법과 보완이 필요할 것으로 보인다.

중재판정취소신청은 중재규정이 정한 바에 따라 중재판정취소를 요구하는 당사자가 중재판정의 결정문을 받은 날부터 3개월 이내에 제기하여야 한다(동합의서 제8조 제1항). 또한 중재판정이 취소된 경우 당사자의 신청에 따라 중재가 다시 진행될 수 있다(동조 제2항). 그런데 합의서에서는 중재판정의 취소사유를 구체적으로 정하지 않고 ‘중재규정’에 따르도록 되어 있다. 중재판정의 취소사유는 합의서에서 정하는 것이 타당할 것으로 보이며,⁶¹⁾ 취소 사유는 국제적인 기준에 부합하는 내용으로 정해야 할 것이다.⁶²⁾ 즉, 취소사

58) 그리고 이는 ICSID의 투자중재에서 중재판정에 대한 취소(annulment)를 구하는 경우 별도의 3인의 임시판정부(*ad hoc* Committee)를 구성하여 판단하는 것과 유사하다(ICSID 협약 제52조).

59) 오현석, “개성공업지구에서의 투자분쟁해결에 관한 토론문”, 통일법제 유관부처 공동학술대회 자료집, 통일부·법무부·법제처(2018), 96면.

60) 오현석, 앞의 글(주 59), 96면.

61) 중재규정의 법적 성격이나 효력이 분명하지 않으므로 가능하면 남북합의서로서 체결하는 것이 바람직하다는 의미이다.

유는 우리 중재법의 제36조와 뉴욕협약의 규정에 준하여 정할 필요가 있다. 뉴욕협약 등에서는 취소사유로서 ‘공서양속 위반’을 규정하고 있는바, 이는 ‘국제적 공서양속’을 의미하는 것이므로 포함하는 것이 타당하다고 본다.⁶²⁾

(3) 중재판정의 집행

당사자는 중재판정에 따르는 의무를 이행하여야 하며, 남과 북은 특별한 사정이 없는 한 중재판정을 구속력이 있는 것으로 승인하고 해당지역 재판기관의 확정판결과 동일하게 집행해야 한다(상사분쟁해결합의서 제16조 제1항, 제3항). 그리고 중재판정을 얻은 후 당사자가 중재판정에 따르는 의무를 이행하지 않거나 불성실하게 이행하는 경우 상대방 당사자는 관할지역의 재판기관에 그 집행을 신청할 수 있다고 규정한다(동합의서 제16조 제2항). 이때의 집행신청은 구체적인 집행절차의 개시를 신청하는 것을 의미하는지, 아니면 집행지 법원의 집행판결을 받아야 한다는 의미인지 문제될 수 있다.

뉴욕협약으로 집행되는 상사중재판정이나 투자중재판정은 집행지국 법원의 집행판결을 얻어 집행된다. 이때 집행지국 법원은 뉴욕협약 제5조의 집행거부사유가 있는 경우에는 집행판결을 구하는 재판을 기각할 수 있다. 반면에 ICSID의 투자중재판정은 협약국에 대하여 그 나라 법원의 확정판결과 같이 구속력과 집행력을 가지고, 판정문 정본을 그 나라 법원에 제출함으로써 집행될 수 있다(ICSID협약 제54조). 상사분쟁해결합의서 제16조는 ICSID 중재판정의 효력과 유사하게 규정하고 있으므로 남북의 집행국 법원으로부터 따로 승인판결 또는 집행판결을 받지 않고도 바로 집행을 할 수 있을 것으로 본다.

이와 관련하여 상사분쟁해결합의서의 부록에는 쌍방의 합의서에의 용어의 의미를 대조하여 정리하고 있는데, 제16조 제3항의 “확정판결과 동일하게 집행”이라는 문구의 북측에서의 의미를 “집행제도에 따라 집행을 보장”이라고 명시하고 있는바, 그 의미가 어떻게 해석될 수 있는지 문제된다. 북한은 집행과 관련하여, 재판소가 내린 판결과 판정을 집행하는 데에 관한 ‘판결·판정집행법’과 중재재결(중재판정)의 집행에 관한 ‘대외경제중재법’ 제42조, 제43조의 규정을 두고 있다. 북측의 상사분쟁해결합의서가 “중재판정을 구속력이 있는 것으로 승인하고, … 집행제도에 따라 집행을 보장한다.”고 규정하고 있으므로(동합의서 제16조 제1항, 제3항), 남북상사중재위원회의 중재판정은 북한의 대외경제중재법 제42조와 같이 “집행해야 할 재산이 있는 재판기관에 해당 재결집행을 신청”하는 방식으로 집행될 수 있을 것이다. 그렇다면 따로 집행판결을 얻어야 하는 것은 아니라고 볼 수 있다.

62) 윤병철, 앞의 논문(주 46), 17면; 장승화, 앞의 책(주 27), 68면.

63) 이와 달리 ‘공서양속 위반’은 취소사유에서 제외하는 것이 타당하다는 견해로는 장승화, 앞의 책(주 27), 68면.

위와 같이 남북에서의 집행방법을 다른 문언으로 규정하여 논란의 소지를 두는 것 보다는 단일하게 그리고 보다 분명하게 규정하는 것이 바람직할 것이다. 나아가 사인간의 상사중재와 국가를 피청구인으로 하는 투자중재는 일반적으로 그 집행방법을 달리하므로, 이를 한꺼번에 규정하는 것이 바람직한지도 검토가 필요하다. 특히, 상사분쟁해결합의서 제16조 제3항은 집행의 예외사유에 해당하는 '특별한 사정'을 언급하고 있는데, 그 의미가 무엇인지 해석의 문제가 제기된다.⁶⁴⁾ 북한은 뉴욕협약의 계약국이 아니고 UNCITRAL의 상사중재에 관한 모델법(Model Law on International Commercial Arbitration)을 국내법으로 수용하고 있지도 않다. 따라서 위 규정의 '특별한 사정'이 상사중재의 집행에 법원의 집행거부사유를 의미한다면 그 범위를 분명하게 하는 것이 더 바람직할 수도 있다. 즉, 상사중재와 투자중재를 나누어 규정하고, 상사중재에 대해서는 집행이 거부될 수 있는 '특별한 사정'을 합의서에 구체적으로 열거하여 규정할 필요가 있다.

V. 나오며

개성공단을 중심으로 진행되어 온 남북경협사업은 북한이 제공한 유리한 토지사용 조건과 저렴한 노동력의 활용을 통하여 우리 기업에게 많은 사업이익을 안겨 주었고, 북한 경제에도 도움이 되는 중요한 부문으로 자리 잡고 있었다. 남북경협사업은 남과 북 모두 경제적 이익을 추구할 수 있는 경제협력의 장이 되어 왔을 뿐만 아니라, 남한기업과 북한 근로자들이 함께 생산공동체를 이루어 협업하는 협력과 소통의 장이 되어 왔다. 특히 개성공업지구와 금강산관광지구에서의 법제도적인 운영은 북한으로 하여금 시장경제에 맞는 법제 정비를 경험하게 하고 법치주의에 대한 새로운 인식을 심어주었다는 평가가 많았다.⁶⁵⁾

다만, 남북경협사업은 북한 정부에 대한 국제적 제재와 남북의 대립 상황으로 인하여 사업 자체의 존속이 위협받고 투자자산이 상실될 위험에 노출되어 왔다. 과거 북한이 금강산관광지구의 남측 투자자산에 대하여 취한 조치와 개성공단의 투자자산에 취한 조치들은, 투자보장합의서에서 규정하는 '자기 지역 안에서 법령에 따라 상대방 투자자의 투자자산을 보호할 의무'를 위반한 것이거나, '수용을 하지 않을 의무' 위반, 혹은 적법한 수용에 해당하더라도 '수용에 따른 신속하고 충분하며 효과적인 보상을 해야 할 의무'를 위반한 것으로 볼 수 있다(동합의서 제2조 제2항, 제4조). 이를 둘러싼 분쟁은 남북상사중재의 대상이 되

64) 김광수, 앞의 논문(주 21), 18면.

65) 개성공업지구 법제연구회, 개성공업지구법제의 진화와 미래, 경남대학교 극동문제연구소, 2012, 서문.

는 전형적인 ‘투자분쟁’에 해당하지만 남북상사중재절차가 완비되지 않은 상황에서 우리측 투자자들이 이용할 수 있는 가장 중요한 분쟁해결절차가 제 역할을 하지 못하였다.

향후 개성공단사업이 재개된다면 사업의 지속성을 보장하고 투자기업의 투자보호와 투자의 안정성을 확보하기 위해서는 북한 정부의 조치로 인한 투자관련 분쟁에 대한 신속·공평하고 효율적인 해결방법을 마련하는 것이 필요하다. 아울러 남북의 경제교류와 협력 과정에서 북한의 중재제도, 신소청원제도, 민사재판제도 등 북한의 사법제도를 경우에 따라 유리하게 활용하는 것도 필요할 수 있다. 북한에서의 사법절차에 당사자로서 적극 참여하여 실체적·절차적 권리를 주장함으로써 북한의 사법제도를 정확하게 파악하고, 그의 투명성과 민주성을 제고할 수도 있기 때문이다. 다만, 북측 법원의 소송을 통하여 분쟁을 해결하는 것은 많은 시간과 위험이 따르고, 집행의 문제 등을 생각하면 현실적인 해결책이 되기 어렵다. 이러한 취지에서 이 글은 보다 실효적인 분쟁해결절차로서 남북상사중재절차에 관한 내용을 살펴보고 개선점을 제시하였다.

남북경협사업을 둘러싼 분쟁은 입법적·행정적 수단으로 미리 방지하는 것이 최선이고, 분쟁이 발생하더라도 당사자들의 협의와 협상에 의하여 해결하는 것이 가장 바람직하고 또한 실효성이 있는 해결책이 될 수 있다. 그러한 방법에 의한 해결이 어려울 경우 남북상사중재위원회의 중재에 의한 분쟁해결이 가능하도록 상사분쟁해결합의서와 개성공단중재합의서에서 정한 후속조치를 이행하는 것이 필요하다. 법적인 해결 방안을 마련하고 법적 절차를 통하여 분쟁을 신속·공정하게 해결할 수 있도록 보장하는 것은 투자의 안정성을 법적으로 보장하는 의미를 갖는 매우 중요한 요소이기도 하다. 우선 남북상사중재위원회의 구성과 활동을 현실화하여 중재규칙을 마련하고 중재인명단을 상호 교환하는 것부터 시작하여, 남북사이의 특수하고 독자적인 분쟁해결절차를 차근차근 구축해 나가야 할 것이다.

〈참고문헌〉

I. 국내문헌

1. 단행본

- 개성공업지구 법제연구회, 개성공업지구법제의 진화와 미래, 경남대학교 극동문제연구소, 2012.
- 김갑유 대표집필, 중재실무강의, 박영사, 2012.
- 목영준, 상사중재법, 박영사, 2011.
- 박덕영 외 13인, 국제투자법, 박영사, 2012.
- 사회과학원 법학연구소, 민사법사전, 사회안전부출판사(평양), 1997.
- 석광현, 국제민사소송법, 박영사, 2012.
- 이효원, 통일법의 이해, 박영사, 2018.
- 임성우, 국제중재, 박영사, 2016.
- 장승화, 남북한 분쟁해결절차의 통합방안, 서울대학교 통일평화연구소, 2005.
- 정응기, 기업법실무강의Ⅱ(다국적기업 MNE), 충남대학교출판문화원, 2018.
- 정형곤·김지연·이중운, 북한의 투자유치정책 변화와 남북경협방향, 대외경제정책연구원, 2011.

2. 논 문

- 김광수, “개성공단에서의 남북상사중재위원회 구성·운영에 관한 연구”, 중재연구 제24권 제2호, 한국중재학회(2014).
- 양효령, “중국 해협양안 중재센터(海峽兩岸仲裁中心) 중재규칙의 특징과 남북상사중재위원회 중재규칙 제정의 시사점”, 중재연구 제28권 제2호, 한국중재학회(2018).
- 오현석, “개성공업지구에서의 투자분쟁해결에 관한 토론편”, 통일법제 유관부처 공동학술대회 자료집, 통일부·법무부·법제처(2018).
- 윤대규, “개성공업지구 관련법규의 문제점과 개선방향”, 강규진 교수 20주기 추모 학술회의 발표논문자료집, 북한법학회(2004).

- 윤병철, “남북상사중재제도의 현황”, 중재 제341호, 대한상사중재원(2014).
- 임성택, “개성공업지구의 분쟁해결을 위한 사법제도”, 통일과 법률 제6호, 법무부(2011).
- 정응기, “남북경협사업과 투자보호”, 법학연구 제24권 제1호, 충남대학교 법학연구소 (2013).
- _____, “남북경협사업과 투자분쟁의 해결”, 법학논총 제20권 제2호, 조선대학교 법학연구원 (2013).
- 최기식, “개성공단의 국제화 선결과제로서의 상사분쟁 해결 제도화 방안”, 통일과 법률 제19호, 법무부(2014).

II. 국외문헌

1. 단행본

- August Reinisch, *Standards of investment protection*, Oxford University Press, 2008.
- Catherine Rogers · Roger Alford, *The Future of Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2009.
- Redfern and Hunter on *International Arbitration*, Oxford University Press, 2009.

Investor-State Dispute Settlement in Kaesong Industrial Complex

Eung Ki Jung*

<Abstract>

The inter-Korean economic cooperation project has been suspended for several years due to the inter-Korean relations and international sanctions against North Korea. As the 21st century began, the inter-Korean economic cooperation project started with the Kaesong Industrial Complex project, and it showed considerable progress. Despite the political confrontation between North and South Korea, it showed steady continuity. However, it failed to overcome the political and military crisis between North and South Korea, and has been suspended so far. As the inter-Korean relations and the improvement of North-America relations are active, expectations and demands are rising for the resumption of inter-Korean economic cooperation projects. Even if the inter-Korean economic cooperation project is resumed, the risk of infringement of the investment property of the investor would remain, and there would be many commercial disputes among the inter-Korean parties. In order to ensure the stable development and sustainability of inter-Korean economic cooperation projects, it is also important that legal and institutional arrangements are established for resolving such investment disputes and commercial disputes. In this regard, "Agreement on the Promotion and Protection of Investments", "Agreement on Commercial Dispute Settlement Procedures", and "Agreement on the Establishment and Operation of Commercial Arbitration Committees in the Kaesong Industrial Complex" are concluded between the two Koreas. In reality, the dispute settlement through the lawsuits of the any Korean courts is not an effective solution, so that it is necessary to urgently establish the inter-Korean commercial arbitration system set forth in the Agreements. This will be a legal institutional basis in which inter-Korean economic cooperation projects can be continuously pursued without being affected by deteriorating inter-Korean relations. This paper examines the inter-Korean commercial arbitration procedure, which can be an effective solution to the dispute between the two Koreas when the Kaesong Industrial Complex is reopened.

Keywords : Inter-Korean economic cooperation project, Commercial dispute settlement agreement, Inter-Korean commercial arbitration, Investment protection agreement, Kaesong Industrial District

* Chungnam National University Law School, Professor, Attorney-at-law

인공지능과 차별*

서울대학교 법학전문대학원 교수 고 학 수
서울대학교 법과대학 박사과정(공익법무관) 정 해 빈
서울대학교 법과대학 박사과정(변호사) 박 도 현

논문요지

인간이 인공지능을 사용할 때 발생하는 차별은 법적으로 어떻게 취급되어야 하는가? 현재 널리 사용되는 ‘딥러닝(deep learning)’ 인공지능은 범용적 문제해결이 가능한 판단주체가 아니며, 과거의 데이터를 통계적으로 재조각하는 고도화된 분석도구라 할 수 있다. 적어도 현재의 인공지능 기술은 인간의 판단을 전반적으로 대신하는 것이라 보기 어렵다. 인공지능과 관련된 차별 문제에 대한 법적 규율은, 인공지능의 훈련과정에서 어떤 데이터가 이용되는지 그리고 어떻게 알고리즘이 구축되는지 등에 관한 구체적인 사항에 집중할 필요가 있다. 이는 사법적 판단을 통한 사후적 규율과 규제를 통한 사전적 규율에 대해 여러 쟁점을 야기하는데, 이 글에서는 쟁점들을 세 그룹으로 나누어 분석한 뒤 각각에 대해 잠정적 견해를 제시한다.

첫째로, 인간에게는 차별의도가 없었음에도 인공지능 학습에 활용된 데이터에 과거의 차별적 요소가 반영되어 있었던 탓에 인공지능을 활용한 의사결정이 차별을 발생시킨 경우, 배상책임의 귀책사유 인정이 어려울 수 있다.

둘째로, 인공지능의 학습 및 판단방식은 제도적으로 영입비밀인데다 본질적으로 인간이 이해하기 어렵고, 현실적으로 처리방식을 사법절차를 통해 재현하기도 용이하지 않을 수 있다. 이들은 재판을 통한 사후적 차별구제에서 각각 실체법, 절차법적으로 쉽지 않은 문제를 야기한다.

셋째로, 딥러닝 인공지능은 차별이 반영된 과거의 데이터들을 경로의존적으로 재생산하기 때문에 차별구조를 질적으로 약화시킬 수 있다. 그러나 가능한 대안이 무엇인지는 명확하지 않다. 데이터 및 알고리즘에 대한 사전적 통제 및 개인의 이익권 보장 등이 고려될 수 있으나, 이러한 방식은 대체로 현실성이 높지 않고 일반론적인 투명성을 과도하게 강조함으로써 개인정보나 사생활의 권리를 침해할 수도 있다. 인공지능과 차별에 관한 법제도적 규율의 문제는, 어떤 데이터를 얼마나 상세한 수준에서 이용할 수 있는지, 그 과정에 나타날 수 있는 통계적 편향 등의 문제를 어떻게 해결할 것인지에 관한 이론적인 동시에 실무적인 다양한 이슈들을 새로이 제기한다. 인공지능에 대한 차별 맥락에서의 규율은, 차별금지의 일반적 원칙, 행정절차에 대한 투명성 원칙, 개인정보보호 원칙 등 여러 법정 정책적 목표들이 복잡하게 중첩되어 고려되는 영역이어서 더욱 입체적인 분석이 필요하다.

검색용 주제어: 인공지능, 규제, 알고리즘, 차별, 불투명성, 적법절차

* 논문접수: 2018. 12. 27. 심사완료: 2019. 1. 21. 게재확정: 2019. 3. 8.

* 이 논문은 당초 2018 NAVER Privacy White Paper로 준비된 것을 수정한 것으로, 작성과정에서 네이버(주)의 지원을 받았음을 밝힌다. 논문 초고에 대해 꼼꼼하게 읽고 상세한 조언을 해주신 광주과학기술원 김건우 교수님, NAVER Privacy White Paper 발표세미나에서 유익한 의견을 제시해 주신 토론자님들, 그리고 유익한 의견을 제시해 주신 익명의 심사위원분들께 특별한 감사의 말씀을 드린다.

I. 논의의 출발점

최근 인공지능(artificial intelligence, AI) 기술이 급속도로 발전하면서 그와 관련된 사회적, 경제적 측면에 대한 관심 또한 크게 늘고 있다. 머신러닝(machine learning), 특히 딥러닝(deep learning) 기술의 발전에 힘입어 인공지능 연구의 새로운 지평이 열리면서, 노동시장의 변화 가능성을 비롯한 인공지능의 사회적 파급력에 대한 우려의 시각도 나타나고 있다.¹⁾ 이 글에서는 인공지능 기술의 활용이 ‘차별(discrimination)’이라는 중요한 사회적 쟁점에 주는 시사점에 대해 살펴보려 한다.²⁾

인공지능의 의사결정은 인간에 의한 의사결정과 달리 중립적이고, 편향이나 편견으로부터 자유로울 것이라는 기대가 인공지능이 가지는 복잡성과 맞물리며 종종 오해를 낳기도 한다. 그러나 적어도 현재의 기술수준을 전제할 경우, 인공지능은 독자적 판단주체보다 주어진 제약 하에서 가능한 최적의 해를 도출하는 통계적 분석도구에 가깝다. 따라서 인간 행위자가 의사결정의 과정에서 의식적 또는 무의식적으로 차별이라 여겨지는 판단을 행할 수 있듯이, 인공지능을 활용한 의사결정의 맥락에서도 그와 마찬가지로 차별에 관한 논란이 얼마든지 나타날 수 있다.³⁾

이 글의 출발점이 되는 문제의식은, 과연 인간이 인공지능을 활용하는 과정에서 나타날 수 있는 차별이 종래 인공지능이 없던 시기에 나타나던 차별과 비교할 때 구체적으로 어떻게 다른지에 초점을 맞추고 있다. 이와 관련하여 다양한 의문이 제기될 수 있다. 예를 들어, 인공지능에 의한 차별은 기존의 실정법과 그에 대한 해석만으로는 대응할 수 없는가? 대응할 수 없는 상황이라면, 법해석의 변경이 필요한 것인가? 아니면 현행법의 원리 자체에 일정한 수정이 필요한 것인가? 혹은 차별과 관련된 법을 어떻게 개정하더라도 새로운 문제에는 대응하기 어려울 것이므로 논의 자체가 현실적으로 무의미할 것인가? 이러한 의

1) 인공지능에 대한 우려와 그에 대한 반응을 다룬 논의로는 The Economist, “Frankenstein’s paperclips” (2016. 6. 25.) 참조.

<https://www.economist.com/special-report/2016/06/25/frankensteins-paperclips>

2) 인공지능 내지 알고리즘이 유발한 차별에 관한 국내의 연구는 아직까지는 흔치 않은 편이다. 다만 고희수 외, 데이터 이코노미, 한스미디어, 2017; 양종모, “인공지능 알고리즘의 편향성, 불투명성이 법적 의사결정에 미치는 영향 및 규율 방안”, 법조 제66권 제3호(2017); 허유선, “인공지능에 의한 차별과 그 책임을 위한 예비적 고찰 - 알고리즘의 편향성 학습과 인간 행위자를 중심으로 -”, 한국여성철학 제29권(2018) 등을 참조할 수 있다.

3) 캐시 오닐, 김정혜 역, 대량살상 수학무기, 흐름출판, 2017. 16면은 이런 문제점을 ‘대량살상무기(Weapons of Mass Destruction)’에 빗댄 표현인 ‘대량살상 수학무기(Weapons of Math Destruction)’라고 일컫는다. 비슷한 취지로 Lillian Edwards·Michael Veale, “Slave to the Algorithm? Why a ‘Right to an Explanation’ Is Probably Not the Remedy You Are Looking For” *Duke Law & Technology Review* Vol. 16(2017), p. 22에서는 “algorithmic war stories”라는 표현을 쓴다.

문을 배경으로 하여, 이 글은 ‘인공지능과 차별’이라는 중대한 이슈와 관련하여 무엇이 법적, 사회적으로 문제되는지를 체계적으로 정리하고, 이를 통해 향후 어떤 방향의 후속 연구와 사회적 논의가 필요한지에 관한 시사점을 모색하는 것을 우선적인 목표로 삼는다.

논의의 전개에 앞서, 먼저 이 글의 논의 체계에서 제외될 영역을 간략하게 짚어보도록 한다. 이 글의 문제의식은 다음과 같이 표현될 수 있다. “인간이 인공지능을 활용할 때 초래되는 차별행위를 법적으로 어떻게 취급해야 할까?” 이 표현을 통해 우리는 두 가지 영역을 논의에서 덜어낼 수 있다.

첫째, 이 글은 인공지능을 법적 주체이자 차별행위의 당사자로 여기지 않는다. 앞서 언급한 것처럼 현재의 인공지능은 복잡한 알고리즘을 활용하는 통계적 분석도구에 가까운 것이어서, 이 글에서는 인간이 통계 프로그램(인공지능)을 활용하여 내린 결정으로 인해 차별 내지 차별이 의심되는 결과가 발생한 경우, 프로그램 제공자나 이용자 등 당사자에게 어떤 책임을 어떻게 물을 수 있는지 등의 문제만을 다룬다. 프로그램 그 자체가 법적 책임을 부담할 수 있는 주체가 될 수 있는지에 관한 논의는 이 글에서 다루지 않는다⁴⁾.

둘째, 이 글은 주로 법적 관점에서 차별 개념을 규정하고 논의한다. ‘차별’은 매우 모호한 개념으로, 보편적으로 수용되는 개념을 도출하는 것 자체가 쉽지 않다.⁵⁾ 일상적 용례, 사회적 관점, 법적 관점에서 바라보는 차별 개념에 대한 이해가 각기 다르고, 판단자의 주관이나 판단기준 등에 따라서도 차별 여부에 대하여 다른 결론이 도출될 수 있으며,⁶⁾ 따라서 몇몇 사람들에게 차별이라 느껴지기도 하는 현상이, 다른 시각에서는 차별이 아닐 수도 있다. 이 글은 주로 법적 관점에서의 차별 개념에 집중하여, 논의의 일관성을 유지하고자 한다.

이 글의 구성은 다음과 같다. 2장에서는 현재 논의되고 있는 인공지능의 특성을 정리하고, 3장에서는 차별 개념에 관한 다양한 논의를 살펴본다. 그리고 4장에서는 인공지능을 활용한 차별 여부가 문제되는 의사결정을 법적으로 어떻게 취급할 것인지에 관하여 검토한다. 기존의 연구에서 산발적으로 논의를 펼쳐온 인공지능 사용자의 의도(intention), 인공지능 알고리즘의 불투명성(opacity), 인공지능 훈련 데이터가 지닌 역사성(training data as historical data)으로 인한 차별의 경로의존적 강화 등의 새로이 떠오르는 이슈

4) 본고에서의 논의는 현실점의 인공지능 기술 발전 수준을 전제하고 이루어진 것이지만, 미래지향적 차원에서 좀 더 자율성이 높아진 형태의 인공지능이 유발하는 차별 문제에 대해서도 의문이 제기될 수 있다. 그 경우, 예를 들어, 인공지능 자체에 법적 책임을 부여할 수 있을까? 이는 과연 차별 문제의 해소를 위한 합리적인 대안이 될 수 있을 것인가? 오직 배후의 인간에게만 책임을 부과하는 범원칙은 결국 인공지능 기술의 발전을 저해하는 결과를 초래하지는 않을 것인가? 그밖에도 다양한 관련 질문이 제기될 수 있다. 그러한 질문에 대한 고찰은 이 글의 논의와는 근원적으로 층위를 달리하는 것이어서, 이 글의 논의에서는 포함하지 않는다.

5) Andrew Altman, “Discrimination”, Stanford Encyclopedia of Philosophy(2015).
 <<https://plato.stanford.edu/entries/discrimination>> (최종 접속일 : 2019. 2. 25.)

6) 송석윤, “차별의 개념과 법의 지배”, 사회적 차별과 법의 지배, 박영사, 2004, 3면.

들을, '사후적 구제수단으로서 재판'과 '사전적 통제수단으로서 행정규제'라는 두 가지 차원으로 나누어 살펴볼 것이다.

그런데, 이 글 4장에서 제시되는 분석 프레임이 차별이라는 문제를 개인정보보호의 영역과 근본적으로 유리시키려는 것이 아니라는 점에 주목할 필요가 있다. 개인정보가 포함된 데이터 그 자체와 데이터의 취급에 대한 사법적, 행정적 통제는, 경우에 따라 개인정보보호 및 차별금지와 관련된 법적 규율이 중첩적으로 적용되며 복잡한 쟁점들을 야기하기도 한다. 예를 들어, 개인정보보호의 관점에서는, 최소수집의 원칙하에 데이터의 처리 자체를 최대한 제한하려는 원칙을 세울 수 있다. 그러나 차별금지의 관점에서는 오히려 민감정보까지도 적극적으로 수집함으로써 차별과 불평등을 시정할 바탕을 마련해야 할 수도 있다. 이처럼 서로 다른 정책적 방향 사이에서 해법을 찾기 위해서는, 그 근본이 되는 원칙이나 가치가 무엇인지 그리고 그러한 원칙이나 가치를 달성하는 구체적인 과정에서 어떤 딜레마가 나타날 수 있는지에 대한 상세한 분석이 이루어져야 한다.

개인정보가 포함된 데이터에 관하여 어떤 규제원칙을 세워야 할지, 그리고 그 과정에서 나타날 수 있는 다양한 가치의 충돌 사이에서 어떤 기준을 세워 판단할 것인지에 관해서는 아직까지 많은 논의가 이루어지지 않은 상황이다. 이를 고려하여, 5장에서는 차별받지 않을 권리가 개인정보보호의 원리 등과 복잡하게 얽혀있는 현실을 국내 개인신용평가 시스템의 예시를 통해 검토함으로써, 데이터의 규제와 관련된 최상위 원칙들 사이에서의 충돌이 현실에서 어떻게 나타날 수 있는지 살펴볼 것이다. 마지막으로 6장에서는 제시된 쟁점들을 간단히 정리하고, 앞으로의 과제를 제시함으로써 결론에 대신한다.

II. 인공지능의 개념과 특성

1. 인공지능의 정의

(1) '합리적 에이전트(agent)'로서의 인공지능

'인공지능'이란 무엇인가? 스투어트 러셀(Stuart Russell) & 피터 노빅(Peter Norvig)의 잘 알려진 4분론에 따르면 인공지능의 정의에 대한 접근방식은 '인간적 행위', '인간적 사고', '합리적 사고', '합리적 행위'라는 4가지로 분류될 수 있는데,⁷⁾ 이들은 그중 합리적 행위 접근방식이 가장 타당한 것으로 보았다.

(i) **인간적 행위(acting humanly)** : 고전적 견해로, 앨런 튜링(Alan Turing)은 상대방이 인공지능인지 여부를 알 수 없는 상태에서, 인간이 대화 상대를 사람으로 느끼면 그 상대 역할을 한 대상이 인공지능이라는 기준에 부합한다고 보았다.⁸⁾ 그러나 이와 같은 접근방식은 인간을 흉내 내는 것과 지능 사이에는 필연적 연관성이 없다는 근본적인 문제에 부딪힌다.⁹⁾ 예를 들어, 비행기는 새처럼 날지 않는데, 왜 인공지능은 굳이 인간처럼 행동해야만 하는가? 항공공학자들은 정확히 비둘기처럼 날아다니는 새를 설계하기 위해, 또는 비둘기처럼 날아다니는 것이 무엇인지를 정의하기 위해 노력하지 않는다.

(ii) **인간적 사고(thinking humanly)** : 이 접근방식은 인간의 사고방식을 모형화할 수 있고, 그 모형을 재현함으로써 인공지능을 구현할 수 있다고 본다. 인지과학(cognitive science)이나 신경과학(neuroscience, 또는 뇌과학) 분야에서는 뇌영상 촬영기법을 비롯한 양적 방법론이나, 내성법과 같은 질적 방법론을 동원하여 인간의 사고에 대한 심성모형(mental model)을 연구해왔으며, 이는 인공신경망(Artificial Neural Network, ANN) 기술이 발전하는 데 도움을 주기도 했다. 그러나 인간 두뇌의 구조나 작동방식을 완벽히 관찰할 수 없다는 기술적 한계로 인해 신경과학의 발전에는 한계가 왔고,¹⁰⁾ 좋은 성과를 내는 인공지능과 인간 두뇌 사이의 필연적 관계를 인정하기도 어려운 탓에 이 방식에 대한 관심은 점차 줄어들게 되었다.

(iii) **합리적 사고(thinking rationally)** : 이는 '인간'적 특성에 얽매이지 않은 채, 논리적이고 합리적인 (연역적) 추론의 연속, 즉 "사고의 법칙(laws of thought)"이 곧 인공지능의 핵심이라는 입장을 말한다. 이 접근방식은 정형적(formal) 문제에 대해서는 만족스런 답을 줄 수 있지만, 비정형적 문제를 어떻게 정형적으로 표현할 수 있을지에 대하여 충분한 해답을 제공하지 못한다는 점과, 설령 풀 수 있는 문제라 하더라도 계산의 복잡도(complexity)가 지나치게 높아질 경우 사실상 풀지 못하는 문제와 다름없다는 점을 고려하기 어렵다는 한계를 지닌다.

(iv) **합리적 행위(acting rationally)** : '합리적 에이전트(rational agent)'라 불리

7) 스텐워드 러셀·피터 노빅, 류광 역, 인공지능 : 현대적 접근방식, 제이펍, 2016, 2-6면. 인공지능의 정의에 관한 러셀과 노빅의 4분론은 학계에서 널리 통용되고 있다. Gabriel Hallevy, *Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems*, Springer, 2013, p. 7; 도용태 외, 인공지능 개념 및 응용, 사이텍미디어, 2013, 4-8면 등 참조.

8) A. M. Turing, "Computing Machinery and Intelligence", *Mind* Vol. 49(1950), p. 433.

9) 다르게 표현하면, 튜링 테스트는 '사고' 또는 '지능'에 대한 엄밀한 논증을 회피한 채 '인간의 행위'가 곧 '지능' 그 자체(또는 동치)라는 암묵적 전제를 깔고 있는 셈이다. 같은 논지로, 마이클 네그네비츠키, 김용혁 역, 인공지능 개론, 한빛아카데미, 2013, 23-25면 참조. 한편, 이른바 '중국어 방(Chinese Room)' 논변을 기초로 인공지능에 대한 튜링의 관점을 비판하는 John R. Searle, "Minds, brains, and programs", *Behavioral and Brain Sciences* Vol. 3 No. 3(1980), pp. 417-457도 참조.

10) Ian Goodfellow·Yoshua Bengio·Aaron Courville, *Deep Learning*, MIT Press, 2016, pp. 15-16.

는 입장으로, 행위자(agent, 에이전트)가 최선의 결과를 얻을 수 있도록 행동하는지, 그리고 불확실성이 있는 경우에는 기댓값을 기준으로 최선의 결과를 산출하도록 행동하는지 (acts so as to achieve the best outcome or, when there is uncertainty, the best expected outcome) 여부를 기준으로 하여 인공지능을 판단하는 방식이다.

‘합리적 행위’ 접근방식은 다른 3가지 방식에 비해 두 가지 현실적인 장점이 있다. 첫째, ‘인간적’이라는 말이 무엇인지에 관한 사변적인 (또는 현재로서는 해결할 수 없는) 논쟁을 피할 수 있게 해준다. 다른 한편, ‘합리적’이라는 표현은 수학적으로 정의될 수도 있으며, 기술발전에 대해 유연하게 대응할 수 있다. 둘째, 이 접근방식은 ‘합리적 사고’ 접근방식에 비해 포괄하는 인공지능의 범위가 넓다. 합리적인 행동을 하는 인공지능 모델 중에는 합리적 사고를 하는 경우도, 그렇지 않은 경우도 존재할 수 있다. 그러나 모든 상황에서 끝없이 완벽한 합리적(논리적) 사고를 하는 것은 현실적으로 불가능하고, 필요하지도 않다. 예를 들어, 손으로 뜨거운 것을 만졌을 때 손을 급하게 떼는 척수반사보다, 손을 떼는 행위의 논리적인 이점을 끝까지 따져들어 고민 끝에 손을 떼는 것이 언제나 더 좋은 인공지능이라고 할 수 없다. 따라서 이 접근방식은 모든 상황에서 항상 논리적으로 행동하는 주체만을 상정하기보다는, 불확실성 등 제약이 있을 수 있음을 전제로 하여 그러한 전제하에 최상의 결과를 산출하도록 한다.

(2) ‘합리적 에이전트’ 개념과 국내법상의 논의

러셀과 노빅의 4가지 분류방식을 살펴볼 때, ‘합리적 에이전트’로 인공지능을 정의하는 것은 인공지능에 관한 논의의 범위를 ‘현실’에 가까운 수준으로 제한할 수 있게 해준다. 예를 들어 인공지능과 관련된 우리나라의 실정법 문언을 살펴보자. 현재 국내 법령과 판례에서 인공지능에 관한 구체적 정의를 내리고 있는 것은 없지만, 「지능형 로봇 개발 및 보급 촉진법」 제2조 제1호는 ‘지능형 로봇’을 ‘외부환경을 스스로 인식하고 상황을 판단하여 자율적으로 동작하는 기계장치(기계장치의 작동에 필요한 소프트웨어를 포함한다)’라고 정의한다. 이 정의는 일견 무난한 것으로 보일 수 있으나, 좀 더 상세히 살펴보면 ‘스스로’와 같이 정의하기 쉽지 않은 개념이 포함되어 있다는 점에서 현실적인 한계가 있다. 예컨대, 엘리베이터는 ‘입력된 층수’를 ‘스스로 인식하고’, 어느 층에 서야 하는지 ‘상황을 판단하여’, 일정한 층에 멈춰서 문을 여는 ‘동작을 자율적으로 하는’ 것이 아닌가? 지능형 로봇에 관한 정의는 입력(input)과 산출(output) 사이의 간극을 ‘스스로’라는 표현으로 채우고 있는 것으로 파악할 수 있는데, 정작 ‘스스로’라는 개념어는 매우 모호한 것으로, 적어도 인공지능 맥락에서는 그 정확한 의미를 파악하거나 정하기 쉽지 않다.

우리는 인간을 기준으로 ‘스스로’, ‘자율적’ 같은 표현을 상정하고 이를 인공지능에 관한 논의에 적용하는데 익숙하지만, 정작 인간이 ‘스스로’ 행동한다는 의지와 의식이 구체적으로 (특히 물리적으로) 무엇을 뜻하는지는 여전히 베일에 가려져있다. 하지만 ‘스스로’라는 표현이 적절하지 않다고 해서 입력과 산출 사이의 간극을 설명할 수 있는 다른 적절한 개념어를 생각해내기도 쉽지 않다. ‘사고(thinking)’를 기준으로 인공지능을 정의하려는 접근방식을 취할 경우, 앞서 살펴본 것처럼 해명되지 않는 새로운 질문이 나타날 수 있다. 그러므로 무엇이 인공지능인지를 법적으로 판단함에 있어서는 그 대상이 구체적으로 어떤 ‘사고(생각, 이해)’를 하는지, 또는 대상의 행동이 얼마나 ‘인간적’인지가 아니라, ‘(불확실한 상황에 대하여 설계 당시에) 기대된 결과’에 가장 가깝게 행동하는지 여부를 기준으로 판단할 필요가 있다. 이하의 논의에서 인공지능이라는 용어를 사용할 때는 ‘합리적 에이전트’ 개념을 전제로 한다.

2. 인공지능 기술 : 딥러닝

인공지능을 합리적 에이전트로 정의하더라도, 상황에 따른 합리적 행위를 수행할 수 있는 인공지능의 형태는 다양하기 때문에, 합리적 에이전트 개념이 특정한 기술을 상징하는 것은 아니다. 그러나 인공지능 기술이 얼마나 성공적인지에 대한 평가는 상당부분 시장에서 평가가 반영하게 될 것이고, 상용화된 인공지능은 당대의 가장 우수한 기술적 배경을 공유하게 될 것이다. 그 배경 중 하나로 딥러닝(deep learning)에 대해 살펴보도록 한다.

(1) 딥러닝의 정의

1) 머신러닝

딥러닝은 머신러닝(machine learning, ML)의 최신 형태라고 할 수 있다. 머신러닝 이전의 인공지능 개발은 각각의 상황에 대한 규칙(rule)을 사전적으로 부여하고 그에 따라 판단하도록 하는 광의의 지식 베이스(knowledge base) 접근방식¹¹⁾이라고 부를 수 있

11) 이러한 접근방식은 상황에 따라 미리 기반지식으로 주어진 IF-THEN의 구조로 판단을 내리는 일명 ‘전문가 시스템(expert system)’을 중심으로 발전이 이루어져 왔다. 전문가 시스템은 기반지식과 추론과정이 분리되어 있으므로 기반지식의 변경에 따른 업데이트가 용이하며, 판단과정의 해설이 쉽다는 장점이 있다. 그러나 전문가 시스템은 기반지식(규칙) 사이에 충돌이 있을 경우에 이를 인공지능 시스템이 스스로 학습하여 해결하지 못하고 외부적으로 인간이 개입해서 기반지식을 업데이트 함으로써 해결해야 한다는 근본적인 한계점이 있다. 전문가 시스템의 종류와 방법론에 관해서는 마이클 네그네비츠키, 앞의 책(주 9), 2장-5장 참조.

다. 그러나 가능한 미래 상황을 미리 상정하고 개별상황마다 그에 알맞은 지식(규칙)을 전부 정해놓는 것은 커다란 한계가 있을 수밖에 없기 때문에, 상황에 따라 취득하는 기초 데이터(raw data)로부터 패턴을 추출하여 스스로 지식을 터득해나가는 학습 기반 접근방식¹²⁾의 필요성이 대두되었다. 이것이 머신러닝이다. 머신러닝 인공지능은 이미 옳다고 검증된 지식들을 연역적으로 이어나가는 것이 아니라, 특정한 문제 집합 내에서 확률적으로 옳을 것이라고 예상되는, 가장 넓은 범위를 포괄할 수 있는 지식(규칙)을 훈련을 통해 터득하게 된다.

머신러닝의 아이디어를 구현하는 알고리즘(모델)은 매우 다양하지만, 이들의 공통적인 요소는 ‘문제 상황에서 취할 수 있는 데이터를 어떻게 표현(representation)하여 학습 알고리즘에 반영할 것인지’에 대한 문제의식이다. 이미 적절하게 표현된 데이터 간의 연관관계를 학습하는 것은 그다지 어려운 문제가 아닐 수 있다. 많은 경우에 더 어렵고 또한 더 중요한 문제는, 알고리즘이 받아들일 수 있도록 데이터를 표현하는 각각의 특징(feature)을 어떻게 규정하느냐에 관한 것이다. 하나의 개념(concept)으로 표현될 수 있는 여러 기초 데이터 사이에는 편차나 차이를 발생시키는 여러 요소(factors of variation)가 존재하기 때문에, 어떤 요소를 동일한 개념에 편입시키고, 어떤 요소는 편입시키지 않을 것인가가 매우 중요한 구분이 된다. 예를 들어, 사진에 자동차가 있는지 여부를 판별하는 인공지능을 개발하는 과정을 생각해보자. 자동차가 있는 사진의 값을 1로, 그렇지 않은 사진의 값을 0으로 하는 라벨을 붙인 뒤, 여러 사진들에서 공통적으로 포착되는 특징들을 변수로 삼아, 라벨을 잘 설명할 수 있는, 즉 라벨에 대한 오차의 총합이 가장 적은 함수를 만들면 되지 않을까? 여기서 인공지능은 판별의 대상인 사진을 2차원 픽셀 데이터로 입력받으므로, ‘자동차’라는 시각적 개념을 일정한 픽셀값의 집합으로 정의내린 뒤 이를 입력변수로 삼아 라벨을 설명하는 함수를 생성해야 한다. 그리고 이를 위해서는 자동차로 정의될 수 있는 시각적 이미지의 공통적인 특징은 무엇인지가 명확히 정해져야 한다.

설령 오랜 시간동안 데이터를 학습한 끝에, 인공지능이 효과적으로 작동하는 함수를 생성했다고 하더라도, 인공지능이 ‘학습용으로 주어진 데이터’를 정확하게 설명해낼 수 있다는 것과, ‘새로이 입력되는 데이터’에 대해 합리적 의사결정을 내릴 수 있다는 것은 전혀 다른 문제이다. 머신러닝의 학습과 판단이란, 결국 과거의 데이터에 전제된 상황이 현재에도 비슷하게 유지되고 있을 것이라는 가정에 근거하고 있는 셈이기 때문이다. 데이비드 흄(David Hume)의 경험론에서부터 현대 통계학의 시계열 분석(time series analysis)에 이르기까지, 과거를 바탕으로 현재와 미래를 설명하려는 귀납적 시도들은, 과거가 꼭 반복되는 것은 않는다는 - 또는, 때로는 과거가 반복되지 말아야 한다는 - 근본적 의문에 맞닥뜨린

12) Ian Goodfellow·Yoshua Bengio·Aaron Courville, 앞의 책(주 10), pp. 3-8.

다. 딥러닝을 포함한 머신러닝은 고전적인 지식베이스 접근방식에 비해 스스로 지식(판단 기준)을 늘려나간다는 점에서 더 우수한 면이 있다고 할 수 있지만, 여전히 ‘한정된 숫자의 학습용 데이터에 대한 훈련으로부터 새로운 데이터에 적용할 일반화(generalization)’를 도출한다는 근본적 한계¹³⁾¹⁴⁾¹⁵⁾를 가지고 있다.

과거의 데이터에 기초하여 현재와 미래를 설명한다는 것은 머신러닝의 근본적인 특징이자 한계이다. 인공지능에 대한 일부 접근은 이 문제를 우회하기 위한 시도를 하기도 한다. 합리적 에이전트로 인공지능의 개념을 정의하는 것도 유사한 맥락에서 머신러닝의 한계점을 우회하려는 시도라 이해할 수도 있다. 합리적 에이전트라는 개념정의에 따르면, 머신러닝 인공지능은 모든 종류의 지적인 문제해결에 적용할 수 있는 일반적 해결책(General Problem Solver)을 추구하는 것이 아니며, ‘특정한 문제집합’에 있어 다른 알고리즘보다 나은 성과를 보이는 알고리즘을 찾아 최대의 제한된 합리성을 구현하기 위한 노력으로 파악할 수 있기 때문이다.

2) 딥러닝

딥러닝은 인간의 뇌를 모방한, 여러 개의 개별 ‘뉴런(neuron)’을 연결한 집합적 구조인 인공신경망(Artificial Neural Network, ANN) 기반의 머신러닝 모델로, 기존의 머신러닝과 비교하여 전반적으로 매우 뛰어난 성과를 보여주는 모델인 것으로 평가된다. 다만 머신러닝이 지닌 근본적인 한계, 즉 이미 주어진 데이터를 바탕으로 일반적인 설명을 도출한다는 한계는 마찬가지로 가지고 있다.¹⁶⁾ 딥러닝의 특징에 대해 좀 더 구체적으로 알아

13) Ian Goodfellow·Yoshua Bengio·Aaron Courville, 앞의 책(주 10), pp. 114-115.

14) 물론 과거의 훈련 데이터로 학습을 일단락한 이후에도, 새로이 판단대상으로 제공되는 입력값(데이터)들을 훈련 데이터로 활용함으로써 인공지능이 꾸준히 개선될 수도 있지만, 이것이 머신러닝 인공지능이 과거를 바탕으로 미래에 대해 판단하는 구조를 근본적으로 바꾸는 것은 아니다.

15) 이 근본적 한계점은 울퍼트(David Wolpert)와 맥크레디(William Macready)가 1997년에 제시한 일명 ‘공짜점심은 없다(No Free Lunch Theorem, NFL)’ 정리에서 또 다른 모습으로 포착된다. 이 정리는 ‘특정한 문제집합에서 특정한 알고리즘이 보이는 좋은 성과는, 다른 종류의 문제집합에서 그 알고리즘이 보이는 나쁜 성과로 상쇄된다’는 것을 의미하는 두 가지 증명으로 이뤄져 있다. 특정한 문제에 최적화됨으로써 다른 알고리즘에 비하여 높은 성과를 내는 알고리즘이 있다면, 그 알고리즘은 나머지 문제들에서는 다른 알고리즘에 비해 낮은 성과를 낼 수밖에 없다는 것이다. David H. Wolpert·William G. Macready, “No Free Lunch Theorems for Optimization”, *IEEE Transactions on Evolutionary Computation* Vol. 1(1997), pp. 69-70. 따라서 이미 주어진 데이터를 아주 정확하게 설명하는 것조차 문제가 될 수도 있다. 훈련용 데이터의 완벽한 설명에 집착할 경우, 훈련용 데이터만을 완벽하게 소화하는 과다학습(overfitting, 또는 과적합)의 문제가 발생하여, 앞으로 주어질 새로운 데이터를 제대로 설명하지 못하는 한계가 나타날 수 있기 때문이다.

16) 현대 딥러닝 기술이 갖는 한계점에 대해서는 Gary Marcus, “Deep Learning: A Critical Appraisal”, *arXiv:1801.00631*(2018) 참조. 딥러닝 모델은 완전히 새로운 머신러닝이 아니므로 고전적인 머신러닝 모델들이 갖는 근본적인 맹점, 예를 들어, 상관관계와 인과관계를 스스로 구분하지 못하는 문제 등을 여전히 갖고 있다.

보자.

간략히 일반화하면, 딥러닝은 데이터의 복잡한 표현을 ‘다른 간단한 표현들을 바탕으로 정의’함으로써 머신러닝이 아주 효율적으로 작동하도록 만든 것이다. 개별 모델에 이용되는 각각의 개념은 더 간단한 개념에 기초하여 정의되며, 추상적인 표현은 덜 추상적인 표현을 바탕으로 연산된다. 사진에 자동차가 있는지 여부를 판별하는 인공지능의 예로 돌아가 보자. 고전적 머신러닝과 달리, 딥러닝은 사진이라는 픽셀데이터로부터 자동차라는 표현을 곧장 짚어내는 것이 아니라, 등글다 또는 뽀족하다는 등의 간단한 특성들을 먼저 짚어내고, 그 특성들을 바탕으로 더 복잡한 특성을 반복적으로 쌓아올려 최종적으로 자동차라는 특성(표현)이 데이터로부터 표현될 수 있도록 한다. 딥러닝은 세상을 ‘개념들의 계층(hierarchy of concepts)’으로 표현하는 방식이라 볼 수 있다.

이러한 반복적 과정은 일반적으로 ‘등글다’ 또는 ‘뽀족하다’와 같은 간단한 특성을 판단하는 퍼셉트론(perceptron)이 층층이 쌓인 다층 퍼셉트론(Multi-Layer Perceptron, MLP)에 의해 달성된다. 이때 최종적 표현을 도출하는 과정에 있는 퍼셉트론들은 숨겨진 판단과정으로, 입력 레이어(input layer, 입력층)와 출력 레이어(output layer, 출력층) 사이에 위치해 있다. 이를 ‘히든 레이어(hidden layer, 은닉층)’라 부른다. 딥러닝이 여러 층을 다양하게 쌓을수록, 기초 데이터로부터 곧바로 표현을 짚어내는 단순한 구조에 비하여 데이터의 다양한 측면을 더욱 다면적으로 파악할 수 있어서 데이터를 더욱 유용하게 분석하고 활용할 수 있게 된다.¹⁷⁾ 이처럼 학습되는 특성들의 층이 여러 개라는 점에 착안하여 오늘날의 머신러닝은 ‘딥(deep)’ 러닝이라 불리게 되었다.¹⁸⁾

(2) 딥러닝의 등장 배경

그렇다면 왜 과거의 머신러닝 연구자들은 딥러닝과 같은 해결방안을 강구하지 못했는가? 달리 말하면, 딥러닝은 왜 최근에야 크게 부각되었는가? 이에는 크게 4가지의 기술적·사회적 배경이 있다.¹⁹⁾ 첫째로, 위치 및 행태정보 등을 포함하여 가용한 자료의 종류와 총량이 근래에 극적으로 늘어났다. 둘째로, 그런 자료들을 알고리즘에 반영할 수 있는 기초 데이터로 변환할 수 있게 해주는 데이터마이닝 등 컴퓨팅 기술이 크게 발전했다. 셋째로, 증가한 데이터에 대한 전산처리에 큰 부담이 없을 정도로 컴퓨터의 연산능력이 크게

17) 장병탁, 장교수의 딥러닝, 홍릉과학출판사, 2017, 49면.

18) 다만, 층이 많다고 해서 반드시 ‘깊은(deep)’ 인공지능은 아니다. 특성의 개수가 적더라도 서로 연결된 수준에 따라 상대적 깊이가 얼마든지 달라질 수 있기 때문이다.

19) Ian Goodfellow·Yoshua Bengio·Aaron Courville, 앞의 책(주 10), pp. 12-26; 장병탁, 앞의 책(주 17), 8면.

강화되었다. 마지막으로, 기업들이 이 영역에서 커다란 상업적 가치가 창출될 수 있음을 인식하면서, 이 영역에 대한 투자가 매우 큰 규모로 늘어나게 되었다.

(3) 머신러닝의 기술적 전개

기술적, 사회적 배경의 변화에 힘입어 딥러닝은 여러 새로운 기술적 방법론을 갖추게 되었다. 아래에서는 머신러닝 기술의 다양한 방법론에 관해 살펴보고, 이를 통해 이 글에서 논의하고자 하는 인공지능이 어떤 것인지 좀 더 명확히 하고자 한다.

머신러닝 기반 인공지능이 기초 데이터로부터 판단능력을 갖추게 되는 방법론은 지도학습(supervised learning), 비(非)지도학습(unsupervised learning, 관찰에 의한 학습이라고도 함), 그리고 강화학습(reinforcement learning)이라는 3가지 형태로 대략적인 분류를 하여 정리할 수 있다.²⁰⁾ 다만, 이 분류가 엄밀한 것이라거나 그 경계가 명확한 것이라고 할 수는 없다. 예를 들어, 비지도학습에서 주로 사용하는 모델(방법론)을 이용하는 경우에도, 필요에 의해 데이터의 특성에 라벨(label)을 붙이거나 목표(target)를 설정해 주면 지도학습과 유사하게 작동할 수 있다.

1) 지도학습

지도학습은 인공지능에게 인간이 직접 라벨(label)을 붙인 여러 특성이 담긴 기초 데이터를 제시하는 방식이다. 인공지능이 데이터만 가지고 스스로 파악하기 어려운 특성이 있는 경우에 주로 사용된다. 따라서 지도학습을 거친 인공지능은 어떠한 특성 x 와 그 특성에 붙여진 라벨 y 의 관계를 살펴봄으로써 임의의 x 값으로부터 y 의 값을 추론하는 작업이라 할 수 있다.

① 거리 모델(distance based model)

거리모델은, 훈련 데이터 내의 일정한 특성(또는 라벨이 붙은 산출값)을 축으로 삼는 평면상에 데이터를 위치시켰을 때 각각의 데이터 포인트 사이의 거리에 주목하는 모델이다. 이 모델에서는 주어진 입력값으로부터 가장 가까운 데이터 값을 일정 개수만큼 지정하고 그 거리의 평균, 무게중심 등을 근사하여 출력값으로 삼는다. 가까운 데이터 값을 몇 개나 지정할 것인지에 따라 좋은 분석값을 낼 수도 있으나, 모형 구조가 매우 단순하고 노이즈의 영향을 쉽게 받을 수 있다는 한계도 있다.²¹⁾ 데이터의 크기가 커질수록 연산해야 하는

20) 양기철, 인공지능 이론 및 실제, 홍릉과학출판사, 2014, 240-241면; 도용태 외, 앞의 책(주 7), 205-209면; Ian Goodfellow·Yoshua Bengio·Aaron Courville, 앞의 책(주 10), pp. 102-104.

양이 급격히 늘어난다는 문제도 있다. 그래서 현실에서는 활용도가 제한적이다. k -NN(k -Nearest Neighbour²²⁾)이 이 모형의 대표적 예이다.

② 선형 모델(linear model)

선형 모델은 훈련 데이터의 특징을 입력값으로 하여 라벨이 붙은 출력값에 대한 설명력이 높은 선형 함수를 학습을 통해 생성해내는 모델이다. 즉, 인간 연구자들이 회귀분석으로 적절한 함수를 그려서 상관관계(또는 인과관계)를 찾아내는 것처럼, 선형 모델은 훈련 데이터를 설명하는 함수 중에서 측정 오차가 가장 적은 함수를 학습하여 새로운 입력값에 대한 출력값 판단에 사용하는 셈이다. 로지스틱 회귀분석(logistic regression)²³⁾이 가장 널리 쓰인다. 데이터의 분포가 단순한 선형함수로 설명되기 어려운 비선형적인 경우에 대하여는, 거리 모델이 응용된 서포트 벡터 머신(kernel Support Vector Machine, SVM)이라 불리는 방법이 적용되기도 한다. 이 방법은 훈련용 데이터 포인트들의 클래스를 분류하는 결정선이 일단 도출되었을 때, 그 도출된 결정선 주변에 가까운 데이터 포인트들을 서포트 벡터로 삼아 클래스 간의 거리를 극대화하는 또 다른 결정선을 도출하여 새로운 입력값에 대한 판단을 최적화하는 것이다.²⁴⁾ 서포트 벡터 머신은 최종 판단구조를 적절히 연마하여 연산 성능을 개선하는 기법이므로, 평면상에 표현될 수 있는 데이터의 분석에 널리 응용될 수 있다.²⁵⁾ 선형 모델은, 일반적인 통계적 회귀분석이 그러하듯, 함수를 구성하는 변수들과 그 계수를 살펴봄으로써 인공지능의 판단구조에 대한 이해가 쉽다는 것이 큰 장점이다. 그러나 데이터의 크기가 커지고 복잡해질수록 효율적인 연산이 어려워 제대로 된 판단을 내리기 어려워진다는 한계가 있다.

③ 확률 모델(probability model)

훈련 데이터에서 라벨 y 가 특성 x 를 기준으로 할 때 확률적으로 어떻게 분포되어 있는지 학습하여, 그 학습된 확률분포를 기준으로 삼아, 입력값에 대해 가장 확률이 높은 출력값을 제시하는 모델이다.²⁶⁾ 베이즈 정리를 응용한 나이브 베이즈(Naive Bayes) 모델이 널리 활용되며, 카테고리가 있는 데이터(categorical data)의 분류에 주로 사용되고 있다.

21) 마쓰오 유타카, 박기원 역, 인공지능과 딥러닝, 동아엠앤비, 2015, 126면.

22) Peter Flach, *Machine Learning: The Art and Science of Algorithms that Make Sense of Data*, Cambridge University Press, 2016, pp. 242-244.

23) Ian Goodfellow·Yoshua Bengio·Aaron Courville, 앞의 책(주 10), p. 138; Peter Flach, 앞의 책(주 22), pp. 196-206.

24) Peter Flach, 앞의 책(주 22), pp. 216-219; 마쓰오 유타카, 앞의 책(주 21), 128-129면.

25) Ian Goodfellow·Yoshua Bengio·Aaron Courville, 앞의 책(주 10), pp. 139-140.

26) Peter Flach, 앞의 책(주 22), pp. 262-263; 마쓰오 유타카, 앞의 책, 126-127면.

④ 결정트리 모델(decision tree model)

일정한 입력에 대해 정해진 산출에 이르는 판단과정을 수형도(樹型圖)로 그린 것이 결정 트리다. 결정트리 모델은 범용적이고, 인간이 이해하기 쉽다는 장점이 있다. 그러나 데이터를 분류하기 위해 무한히 크고 복잡한 결정트리를 만드는 것은 비효율적이며, 결정트리가 지나치게 커지면 컴퓨터의 연산에 한계가 나타날 수도 있다. 따라서 결정트리 모델이 유용해지기 위한 현실적 관건은, 훈련 데이터를 수형도를 통해 최대한 간략하게 분류하고 결론에 이르는 과정을 단축시키는 것이다.²⁷⁾ 그러나 기존의 학습용 데이터를 한 가지의 트리로 분류하려 할 경우, 새로운 상황에서 제시된 데이터를 적절히 판단하는 데에 한계가 있을 수 있다. 이를 고려하여, 하나의 훈련 데이터에 대해 여러 개의 트리를 생성하고, 새로운 입력값이 들어올 경우 그것들을 종합적으로 참고하여 산출값에 대한 결정을 내리는 앙상블(ensemble) 기법²⁸⁾이 대안으로 제시되기도 한다.

⑤ 인공신경망 모델(ANN, Artificial Neural Network)

인공신경망 모델은 입력에 대하여 학습에 따라 변화하는 가중치를 기준으로 삼아 출력값을 산출하는 ‘뉴런’을 대량으로 서로 연결하여 입력값에 대한 판단을 내리는 방법으로,²⁹⁾ 인간의 두뇌가 지닌 신경망 모델을 흉내 내려는 시도에서 출발한 것이다.³⁰⁾ 인공신경망이 입력값에 대해 어떻게 출력값을 결정할 것인지는 뉴런 내부의 활성화 함수(activation function)에 의해 조절되며, 뉴런의 출력이 목표와 어긋나서 오차가 발생하는 경우에 오차를 줄이는 방향으로 활성화 함수의 가중치를 조정함으로써 개별 뉴런의 학습이 이루어진다. 다만, 모델이 학습을 시작한 첫 단계에는 뉴런 내부의 함수가 데이터를 학습할 여지가 없으므로, 초기 가중치는 인간에 의해 지정되는 것이 일반적이다.³¹⁾

이러한 개별 뉴런 모델 중 가장 널리 알려진 것이 퍼셉트론(perceptron)으로, 입력의 총합이 가중치에 따른 일정한 값을 넘으면 1을 출력하고, 그렇지 않으면 0을 출력함으로써 0과 1이라는 두 개의 값으로만 출력을 결정하는 뉴런이다. 입력값을 두 개의 클래스로 분류하여 어디에 속하느냐에 따라 0 또는 1을 출력하는 방식으로 구분하는 모델인 셈이다. 이렇게 본다면 개별 퍼셉트론 자체는 일종의 선형 모델이라 할 수 있다. 따라서 신경망 모델을 고려함에 있어서는, 각각의 뉴런 그 자체가 아니라 뉴런들이 서로 얽혀있는 구조가

27) Peter Flach, 앞의 책(주 22), pp. 148-153.

28) Peter Flach, 앞의 책(주 22), pp. 330-331. 앙상블 기법은 결정트리에 대해서만 활용되는 기법이 아니라, 여러 가지 모델을 동시에 사용하여 산출값의 예측 정확도를 높이는 일반적인 기법을 일컫는다.

29) Daniel Graupe, *Deep Learning Neural Networks*, World Scientific, 2016, pp. 14-16.

30) 장병탁, 앞의 책(주 17), 24-25면.

31) 마이클 네그네비츠키, 앞의 책(주 9), 220-225면.

어떠할 것인지 파악하는 것이 중요하다.³²⁾

입력값에 대해 퍼셉트론을 한 개의 층으로만 엮는 단층 퍼셉트론 구조는 선형 분리가 가능한 데이터만 분류해낼 수 있다는 근본적인 한계³³⁾가 있으므로, 이를 극복하고 복잡한 형태의 데이터를 처리할 수 있도록 퍼셉트론을 다층으로 쌓은 것이 현재 딥러닝 기술의 기반을 이루고 있는 다층 퍼셉트론(Multi Layer Perceptron, MLP) 구조이다. 그런데 다층 신경망 모델에서 수많은 개별 뉴런들이 어떻게 서로 작동하는지를 일일이 파악하고 통제하는 것은 불가능에 가까우므로, 개발자에게는 다층 신경망의 초기 가중치를 설정하고 이를 순차적으로 훈련시켜나가는 노하우가 중요해진다. 또한 층을 늘린다고 성능이 무조건 향상되지는 않으므로, 과다학습을 방지하는 적절한 수준의 모델 복잡도를 찾는 것(model selection problem)은 인공지능망 모델의 중요한 문제가 되었다.³⁴⁾

머신러닝 연구자들은 이미 21세기 이전에 여러 층을 적절히 쌓는다면 더 나은 결과가 나올 수 있음을 알고 다층 신경망 모델을 구축하고 개선하기 위한 노력을 기울여왔다. 그러나 예를 들어 신경망을 다층으로 구성할 경우, 최종 출력에 관여하는 출력층은 목표로 삼고자 하는 오차의 최소화 정도가 분명하지만 그 아래층은 목표가 분명하지 않다는 문제가 있었다. 연구자들은 출력층에 목표출력치가 설정되면 아래의 은닉층이 재귀적으로 계산하는 오류역전파(error back-propagation) 알고리즘을 1986년에 개발하여 이 문제를 해결하려고 하였다. 그러나 오류역전파 알고리즘은 많은 분량의 계산이 요구되는 것으로 인해 학습속도가 느리고, 출력층으로부터 먼 층일수록 오차신호가 희석되는(vanishing gradient) 문제가 있었다. 딥러닝이 이론 기술적 도약 중 하나는 각각의 층을 미리 훈련시키는 층별 선훈련(layerwise pre-training) 방법으로 오류역전파 알고리즘의 오차신호 희석 문제를 극복한 것이다.³⁵⁾

또 다른 발전 방향은 개별 뉴런을 이루는 활성화 함수의 개선이다. 앞서 살펴보았듯이 개별 퍼셉트론은 일종의 선형 모델이므로, 선형 분리가 가능하지 않은 복잡한 패턴의 데이터에 대해서는 비선형 결정 경계를 갖출 필요가 있다. 이를 개선하고자 뉴런의 입력의 총합에 대해 시그모이드(sigmoid) 함수로의 처리를 거치는 방법이 개발되었다. 그런데 시그

32) 신경망 모델은 모든 뉴런이 함께 힘을 합쳐서 출력에 관여하는 구조가 아님에 유의할 필요가 있다. 이는 이 글의 뒷부분에서 살펴볼 인공지능의 불투명성(opacity) 문제와도 관련이 있다. 예를 들어, 최신의 신경망 모델인 AlexNet은 정규화과정에서 은닉층에 있는 각 뉴런의 출력을 50%의 확률로 그냥 0으로 만들어 제거하고, 그 제거된 뉴런은 전방으로의 출력과 오류역전파에 모두 참여하지 않게 만든다. 이른바 “드랍아웃(Dropout)”이라 불리는 이 기법은 뉴런 간 연결이 특정한 뉴런에 의존하지 못하도록 함으로써 뉴런 사이의 공적응(co-adaptation)을 줄이는 효과가 있다. 장병탁, 앞의 책(주 17), 81-82면; Daniel Graupe, 앞의 책(주 29), pp. 50-51 등 참조.

33) 마이클 네그네비츠키, 앞의 책(주 9), 229면.

34) 장병탁, 앞의 책(주 17), 60면.

35) 장병탁, 앞의 책(주 17), 52면.

모이드 함수만으로 여러 층을 구성하여 오류역전과 알고리즘을 적용할 경우, 학습을 통해 형성된 경사도(가중치)가 사라지는 새로운 문제가 발생하였다. 이 문제에 대응하기 위해서 비선형 구조를 지니는 정류선형유닛(Rectified Linear Units, ReLU)이라는 활성화 함수를 추가적으로 도입하여 오류역전과 과정에서 경사도가 사라지지 않도록 하는 방법이 제시되었다.³⁶⁾

⑥ 컨볼루션 신경망 모델(CNN, Convolutional Neural Network)

딥러닝 기술은 개념상 인공신경망 머신러닝 모델의 연장에 불과하지만, 다양한 기술적 발전이 지속적으로 이루어지면서 종래의 단점들을 극복하고 우수한 성과를 내고 있는데, 그 방법론 중의 하나가 컨볼루션 신경망 모델이다. 이 모델은 영상 이미지의 처리에 있어 기초 데이터 중 처리해야 할 유용한 학습 데이터를 추려내는 컨볼루션 커널(convolution kernels, 또는 합성곱 커널)을 도입하여 과다학습을 방지하면서도 유용한 특징만을 학습할 수 있게 하였다. 즉 컨볼루션 신경망 모델은, 인공지능이 배워야 할 데이터를 알맞게 가공하여, 판단에 유용한 데이터를 위주로 더 많이 배울 수 있도록 함으로써 처리능력의 개선을 꾀하는 것에 혁신의 초점이 맞춰져 있다.

컨볼루션 모델은 크게 컨볼루션층(convolution layer 또는 convolutional layer)과 서브샘플링층(subsampling layer 또는 pooling layer)으로 이루어져 있다. 컨볼루션층에서는, 예를 들어 영상의 움직임에 따라, 입력되는 이미지의 위치가 변화하더라도 이를 동일한 매개변수로 처리할 수 있도록(parameter sharing), 특징맵(feature map)을 생성하여 모델이 학습하여야 할 전체적인 매개변수의 수를 줄인다. 한편 서브샘플링층은 이미 만들어진 특징맵의 해상도를 압축하여 문제의 복잡도를 줄이는 기능을 담당하고 있다.³⁷⁾ 불필요한 연산량을 줄이는 한편(sparse interaction), 동등한 수준의 표현이 도출되도록 하여(equivariant representation), 학습효율의 개선이 이루어지도록 하는 것이다. 이처럼 컨볼루션 신경망 모델의 특성은 ① 뉴런간 상호작용의 감축(sparse interaction), ② 매개변수의 공유(parameter sharing), ③ 동등한 표현(equivariant representation 또는 등변 표현)의 3가지로 요약될 수 있다.³⁸⁾

컨볼루션 신경망 모델은 당초 영상 데이터의 처리를 염두에 두고 발전해 왔으나, 기초 데이터의 특징들이 평면상의 특징맵으로 표현될 수 있기만 하면 컨볼루션 신경망의 적용이 가능하다는 점에서 상당한 범용성을 가지고 있다.³⁹⁾ 서포트 벡터 머신이 함수의 일부를

36) 장병탁, 앞의 책(주 17), 34-36, 54면.

37) 장병탁, 앞의 책(주 17), 72-75면.

38) Ian Goodfellow·Yoshua Bengio·Aaron Courville, 앞의 책(주 10), pp. 329-330.

39) Daniel Graupe, 앞의 책(주 29), pp. 41-43.

교정하는 커널(kernel)로 사용됨으로써 여러 인공지능 모델에 적용될 수 있었듯이, 컨볼루션 커널도 현대의 여러 딥러닝 기술에 널리 적용될 수 있는 것이다. 이에 따라 컨볼루션 신경망 모델은 오늘날 딥러닝의 발전 과정에서 가장 널리 쓰이는 모델이 되었다.

2) 비지도학습

비지도학습에 따른 인공지능은 데이터의 특성들을 자체적으로 분류하여 특성간의 관계를 분석하므로, 데이터 내 어떠한 특성 x 의 분포를 나타내는 함수 $f(x)$ 를 추론해내는 작업이라 할 수 있다. 지도학습은 인간이 인식한 특성을 학습하는 방식이나, 비지도학습은 인공지능이 자체적으로 특성을 추출하므로 데이터의 좀 더 다양한 측면을 살펴볼 수 있다는 특징이 있다. 다만, 비지도학습은 달성해야 할 목표값이 y 로 한정되지 않은 것이 핵심적인 차이일 뿐이며, 훈련 데이터를 설명할 함수를 제시하고 오차를 최소화하는 학습과정을 이용한다는 점은 지도학습과 마찬가지로이다. 따라서 비지도학습에서도 인공지능 모델들이 활용되고 있으며, 훈련과정에서 과적합의 문제를 수정하기 위해 외부의 개입이 이루어진다.

① 거리 기반 군집분석(distance based clustering)

데이터를 평면에 투사하였을 때, 포함된 데이터 포인트 사이의 거리를 최소화하는 군집(cluster)을 찾아내고 이를 바탕으로 데이터를 분류하여 새로운 의미 있는 특성을 발견해내는 것이다⁴⁰⁾. 대표적으로 K-means 알고리즘이 사용된다.

② 딥빌리프네트워크(DBN, Deep Belief Network)

이 모델은 인공지능 모델의 일종으로, 개별 뉴런을 결정적 모델인 퍼셉트론 대신 확률적 모델인 제한 볼츠만 머신(Restricted Boltzmann Machine)으로 대체한 것이다.⁴¹⁾ 이 모델은 지도학습처럼 라벨이 붙은 데이터를 예측하는 오차 값의 최소화 문제를 학습할 목표로 다루는 대신, 자신이 관측한 데이터를 재생성할 확률을 최대화하는 것을 목표로 하는 아이디어는 제한 볼츠만 머신 개발 이전에 이른바 ‘오토인코더(autoencoder)’라는 모델로 이미 제시된 바 있다⁴²⁾로 추구한다. 딥빌리프네트워크는 데이터에 내재된 특성과 추상적인 정보를 학습과정에서 잘 표현할 수 있다는 장점이 있다.⁴³⁾

40) Peter Flach, 앞의 책(주 22), pp. 242-249.

41) Daniel Graupe, 앞의 책(주 29), p. 102.

42) 마쓰오 유타카, 앞의 책(주 21), 153-155면.

3) 강화학습

지도학습과 비지도학습이 고정된(fixed) 훈련용 데이터의 분석을 다룬다면, 강화학습은 데이터의 관측 순서가 학습결과에 영향을 미치는 특별한 방식의 훈련 방법이다. 모든 종류의 강화학습은 주어진 상태(state)에서 행동(action)을 선택하는 정책함수(policy function)를 지니고 있으며, 정책의 가치는 정책에 따라 취한 행동이 미래에 가져다주는 보상(reward)에 의해 평가된다. 강화학습의 목표는 가치를 최대화하는 정책을 찾아내는 것이다.⁴⁴⁾

강화학습의 특징에 대해 살펴보자. 행동에 따라 주어지는 상태가 바뀐다는 점에서, 강화학습은 ① 고정된 훈련용 데이터의 분석이 아니라 행동에 따른 시행착오(trial and error)로 학습을 진행한다는 특징이 있다. 또한 강화학습은 행동에 따라 즉각적 보상을 받으면서도, ② 행동에 의해 주어진 상태 자체가 바뀌어 이후의 모든 보상에 궁극적인 영향을 미친다는 점에서 지연 보상(delayed reward)이 나타난다는 특징이 있다. 한편 강화학습에 따른 인공지능은, ③ 기존의 효율적 행동을 계속(exploitation)할 필요도 있지만, 더 많은 보상을 얻기 위해서 새로운 선택을 할(exploration) 필요가 나타나기도 한다. 이 3가지 특징은 지도학습과 구분하여 강화학습을 특징짓는 중요한 차이이다.⁴⁵⁾

따라서 강화학습은 이번 단계의 행동에 따라 다음 단계의 상태가 결정되는 종류의 문제, 예를 들어, 바둑과 같은 게임에서 판단을 내리는 작업에 탁월하다.⁴⁶⁾ 딥러닝의 사례로 일 반대중에 널리 알려진 알파고(AlphaGo)가 바로 강화학습이 적용된 대표적 사례이다. 알파고는 정책망(policy network), 가치망(value network), 몬테카를로 트리 탐색(Monte Carlo tree search)이라는 세 부분으로 이루어져 있는데, 앞의 두 망은 앞서 살펴본 컨볼루션 신경망으로 구성되어 있다. 이처럼 강화학습은 인공지능 고유의 모델을 분류하는 기준이라기보다, 인공지능의 여러 모델들을 어떻게 학습시킬 것인지에 관한 전략이라 할 수 있다.

3. 소 결

딥러닝이 이루어내고 있는 새로운 성과들은 매우 인상적인 것이지만, 그 근본원리 자체가 새로운 것은 아니다. 딥러닝은 한정된 분량의 훈련 데이터에 기초한 학습과정을 통해,

43) 장병탁, 앞의 책(주 17), 96-98, 104면.

44) 장병탁, 앞의 책(주 17), 168-169면.

45) 장병탁, 앞의 책(주 17), 170, 187-191면.

46) Peter Flach, 앞의 책(주 22), pp. 360-361.

새로운 입력값에 적용할 수 있는 일반화를 가능하게 하는 통계적 분석작업이라 할 수 있다. 다만 인공지능경망 구조를 활용하게 되면서 그 과정이 과거에 비해 매우 고도화된 것이다. 그런 점에서 인공지능에 관한 법적 문제들은, 고도화된 통계적 분석도구의 활용을 법적으로 어떻게 다뤄야 할 것인지에 관한 현실적 문제인 경우가 많다.

그렇다면 딥러닝이 유발하는 현실적 문제는 무엇인가? 첫째, 딥러닝 인공지능은 훈련 데이터를 필요로 하는데, 데이터는 과거의 현실에 기반을 둔 역사적(historical) 자료인 것이 보통이다. 따라서 딥러닝 인공지능은 과거의 데이터를 바탕으로 현실을 일반화하여 현재와 미래를 설명하려는 머신러닝의 근본적 한계를 벗어나지 못할 뿐만 아니라, 과거의 데이터에 왜곡이 있다면, 그 왜곡을 체계적으로 일반화함으로써 과거의 왜곡을 현재와 미래에 재생산하거나 증폭할 우려까지도 있다. 이러한 왜곡의 재생산이나 증폭은, 인공지능의 사용자가 악의적 차별의도를 전혀 가지고 있지 않더라도, 데이터 자체에 왜곡이 있는 것으로 인해 발생할 수 있다.

둘째, 딥러닝의 인공지능경망 구조는 입력된 값에 대해, 연역적 논증을 거쳐 자명한 답을 찾아내는 것이 아니라, 과거의 의사결정에 기반을 둔 학습용 데이터를 학습하여 가중치가 정해진 여러 개별 뉴런들의 (확률적) 함수를 집합하여 가장 적합한 답을 찾는 방식으로 작동한다. 따라서 문제(입력값)로부터 답(출력값)에 이르는 과정이 부분적으로 불투명(opaque)할 수밖에 없는 것이 일반적이며, 그로 인해 '왜' 특정한 답에 이르렀는지 설명하는데 어려움을 겪게 되는 것이 보통이다. 그러므로 질문(입력)에 대한 인공지능의 답(결론)에 대한 '설명'의 개념을 어떻게 규정하느냐에 따라,⁴⁷⁾ 인공지능 함수(알고리즘) 자체에 대한 분석이 필요할 수도 있고, 인공지능이 어떤 데이터로 학습했는지를 함께 살펴 보아야 할 필요성이 있을 수도 있다. 딥러닝의 이러한 문제는 차별에 대한 고려에 있어 매우 중대한 영향을 미칠 수 있는데, 이에 관해서는 4장에서 상세하게 살펴보기로 한다. 그에 앞서, 차별의 개념은 무엇인지, 이를 법의 울타리에서는 어떻게 고려하는지 살펴보기로 한다.

47) 머신러닝 인공지능의 결정을 '설명'한다는 것은 한 가지로 정의내리기 어렵다. Lilian Edwards·Michael Veale, 앞의 논문(주 3), pp. 54-63은 인공지능의 결정에 대한 설명방식을 '모델중심 설명(Model-Centric Explanation)' 방식과 '대상중심 설명(Subject-Centric Explanation)' 방식으로 구분한다. 모델중심 설명(Model-Centric Explanation) 방식은, 인공지능이 어떠한 기술적 과정을 거쳐 결론에 이르렀는지에 관해, 예를 들어, 학습 데이터는 어떻게 수집되었고 그것으로 어떻게 훈련했는지에 관해 초점을 맞추어 설명하는 것이다. 다른 한편, 대상중심 설명(Subject-Centric Explanation) 방식은, 입력과 출력의 관계가 어떠한지, 예를 들어, '나는 A라는 결과를 받았으나 나와 비슷한 연령 또는 인종적 배경을 지닌 친구는 B라는 결과를 받았는데 그렇다면 나와 친구의 차이는 무엇에서 기인하는지, 또는 내가 받은 결과 A와 비슷한 결과를 받은 사람들은 누구인지'에 관해 초점을 맞추어 설명하는 방식이다.

Ⅲ. 법적 의미의 차별

1. 차별의 의미

차별이란 무엇인가? 모든 사람에게 똑같은 대우를 해야 평등하다는 이른바 ‘절대적 평등’의 입장에서는, ‘차별’이란 ‘상대방을 불리하도록 하는 모든 차등적 대우(different treatment)’를 의미한다고 생각할 수 있다. 그러나 현실적으로 모든 사람이 완전히 동일한 대우를 누릴 수는 없기에, 국내의 현행 법체계를 포함하여 근대 입헌주의 이후의 법질서는 모든 개인에게 똑같은 대우를 보장하는 대신, ‘동등한 인간존엄성’을 최고의 헌법적 가치로 상정한다.⁴⁸⁾ 이러한 시각에서는 절대적으로는 차등적 대우에 해당하는 경우라도, 그러한 차등적 대우가 오히려 구성원들의 동등한 인간존엄성을 실현하는 데 기여한다면, 바람직한 것으로 평가할 수 있다.⁴⁹⁾

이에 따라 오늘날 금지되어야 하는 ‘차별’의 개념은 “같은 것은 같게, 다른 것은 다르게”라는 오랜 격언에서처럼 ‘상대적 평등’의 관점에서 이해되고 있다.⁵⁰⁾ 그렇기 때문에, 차별에 관한 논의에서는, 차등적 대우가 존재하였다는 사실뿐 아니라, 차등적 대우가 발생하게 된 구체적 ‘맥락(context)’ 또한 고려되어야 할 필요가 있다.⁵¹⁾ ‘상대적 평등’ 관점에서의 ‘차별’이란 차등적 대우와 부당성이라는 두 가지 요건, 즉, ① 사실적 차원에서 ‘특정한 영역에서 동일하거나 유사한 지위에 위치하는 개인 또는 집단의 구성원이 차등적 대우를 받았는지’⁵²⁾ 여부, 그리고 그와 같은 차등적 대우가 ② 규범적 차원에서 ‘정당화될 수 없는 부당한 것(wrongfulness, 또는 부당성)인지’⁵³⁾ 여부를 판단하는 두 단계로 이루어진 개념이

48) 윤영미, “평등규범의 사인에 대한 적용”, 헌법학연구 제19권 제3호(2013), 42면.

49) 김도균·이상영, 법철학, 한국방송통신대학교, 2011, 346-347면. 또한 독일 ‘일반평등대우법’과 판례의 태도도 이와 같다고 한다. 윤영미, 앞의 논문(주 49), 43-44면.

50) 최승철, 차별금지법의 이해, 한울아카데미, 2011, 15면. 다만, ‘불법의 평등’은 보통 인정되지 않는다.

51) 이준일, 차별 없는 세상과 법, 홍문사, 2012, 14-15면 참조.

52) ‘차등적 대우’와 유사한 용어로는 ‘구별(distinction)’, ‘차이(difference)’ 등을 생각해볼 수 있다.

53) ‘차등적 대우’의 상황이지만 ‘부당성’이 인정되는 차별은 아니라고 볼 수 있는 특수한 유형의 예외가 있을 수 있다. 그 대표적 유형으로는, ① 소위 ‘적극적 우대조치(affirmative action)’라고 일컬어지는, 소수자 집단에 대한 역사적 부정의를 시정하기 위한 목적의 잠정적 우대조치, ② 임신이나 출산의 과정에 있는 여성에게 부여되는 ‘모성보호조치’, ③ 자격증을 비롯하여 일정한 직업 수행에 있어 필수적인 조건을 뜻하는 소위 ‘진정직업요건(bona fide occupational qualification)’ 등이 있다. 이준일, “차별금지법의 제정필요성과 입법적 고려사항”, 의정연구 제20권 제1호(2014), 254면. 그밖에도 독일 ‘일반평등대우법’은, ‘친족 및 상속관계가 존재하는 경우(제19조 제4항), 친족이나 신뢰관계가 형성된 자에 대한 경우(제19조 제5항), 종교, 장애, 연령, 성적정체성 또는 성별을 근거로 한 사법상 거래에서 차등적 대우를 하는 ‘객관적 이유가 있는 경우(제20조)에 차등적 대우가 정당화될 수 있음을 정하고 있다. 박신욱, “차별금지에 관한 일반법 도입을 위한 허용되는 차별대우 연구”, 비교사법 제22권 제3호(2015), 1171면 참조.

라고 정리할 수 있다.⁵⁴⁾⁵⁵⁾ 인간에 대한 모든 차등적 대우가 법적으로 금지되는 차별인 것은 아니고, 동등한 대우를 받아 마땅한 사람(또는 집단)에 대한, 규범적으로 부당한 차등적 대우만이 금지되어야 하는 셈이다. 그렇다면 법적인 관점에서는 무엇이 ‘차등적’ 대우이고, 무엇이 ‘부당’한 것인가?

2. 관련 법리

차등적 대우가 금지되는 부당성을 판별하는 기준을 법의 테두리에서 표현하는 방식은 여러 가지가 있을 수 있다. 차별 피해자를 적극적으로 보호하려는 입장에서는 법령상의 차별

54) 이준일, 앞의 책(주 52), 26-27면 참조. 철학적으로는 ‘비도덕적(non-moralized) 차별’은 의미 ①만을 포함하는 개념으로, ‘도덕적(moralized) 차별’은 의미 ①과 ②의 혼합개념으로 구분하기도 한다. Andrew Altman, “Discrimination”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*(2015).

<<https://plato.stanford.edu/entries/discrimination>> (최종 접속일 : 2019. 2. 25.)

55) 차별의 성립조건으로 부당성을 감안함으로써, 일반적으로 차별이라고 이름이 붙여지지만 부당하지는 않은 요소들을 차별의 논의로부터 덜어낼 수 있다. 예컨대, 경제학에서 말하는 ‘가격차별(price discrimination)’은 경제적 이윤극대화를 도모하는 과정에서 공급자가 개별 수요자에게 판매하는 재화의 거래가격을 달리 하는 것으로, 가격차별이 보다 정교하게 작동할수록 거래로 인해 발생한 당사자들의 경제적 잉여는 수요자에게서 공급자에게로 이전되는 경향이 나타난다. 가격차별은 공급자가 손해 보지 않고 판매하는 수준을 넘어서, 수요자가 기꺼이 지불하려는 값(willingness to pay)으로 판매가격을 수렴시키기 때문이다. 이러한 가격차별 역시 인공지능에 의해 가속화될 수 있으며, 가격차별이 극단적인 수준에 이를 경우 개별 수요자들이 스스로 지불하려는 가격이 공급자에게 전부 파악됨으로써 사회적 잉여가 공급자에게 전부 이전되는 상황에 직면할 수도 있다. 가격차별에 따라 사회적 잉여의 총량이 줄어드는 것은 아니지만, 사회적 잉여의 분배가 공급자에게 기울어지는 것이 과연 정당한지는 논란의 여지가 있다. 다른 한편, 가격차별을 통해, 가격차별이 없었으면 구매가 아예 불가능했을 소비자들에게 저렴한 가격의 판매가 이루어질 수 있는 가능성이 열린다는 특징도 있다.

가격차별은 경제적 이윤극대화라는 객관적 목적을 추구하는 점에서, 단지 ‘가격’을 달리 정하여 판매하는 것만으로 그 행위가 인종, 성별, 장애 등의 차별금지사유에 의한 차별에 준하는 정도로 ‘부당’한 것이라 보기에는 어려운 측면이 있다. 『독점규제 및 공정거래에 관한 법률』 제23조 제1항 제1호 및 동법 시행령 제36조 제1항 [별표 1] 제2호 (가)목은 ‘가격차별’을 ‘불공정거래행위’의 일종으로 규제하는데, 이는 가격차별을 규범적인 개념으로써 ‘차별’의 한 형태로 파악한 것이라기보다, 시장에서의 공정한 거래를 도모하기 위한 목적을 반영한 것이라고 보아야 할 것이다. 같은 맥락에서 대법원의 다음 판결이 참고가 될 수 있다. “불공정거래행위의 한 유형으로 규정하고 있는 ‘가격차별’은 “부당하게 거래지역 또는 거래상대방에 따라 현저하게 유리하거나 불리한 가격으로 거래하는 행위”를 의미하므로, 가격의 차별적 취급에 해당하는 모든 경우가 공정거래법 위반이 되는 것이 아니고, 거래지역이나 거래상대방에 따라 현저한 가격의 차이가 존재하고 그러한 가격의 차이가 부당하여 시장에서의 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 경우에 성립한다. … [중략] … 가격차별이 부당성을 갖는지 여부를 판단함에 있어서는 가격차별의 정도, 가격차별이 경쟁사업자나 거래상대방의 사업활동 및 시장에 미치는 경쟁제한의 정도, 가격차별에 이른 경영정책상의 필요성, 가격차별의 경우 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 그와 같은 가격차별로 인하여 공정한 거래가 저해될 우려가 있는지 여부에 따라 판단하여야 한다(대판 2012. 6. 14. 2010다26035)”.

다만, 가격차별이 사회집단의 불평등을 고착하거나 강화하는 방향으로 나아갈 경우 결국 경제적 차별과 사회적 차별이 한데 수렴한다는 점에서, 양자가 뚜렷이 구분될 수 없다는 지적도 있다. 예를 들어, Christopher Townley et al., “Big Data and Personalised Price Discrimination in EU Competition Law”, *King’s College London Law School Research Paper No. 2017-38*(2017), p. 44는 가격차별을 효율성과 공정성에 대한 평가가 상호작용하는 사례로 본다.

금지사유를 가급적 넓게 규정하거나 해석하려고 하는 경우가 많겠지만, 그러한 접근방식은 경우에 따라서는 정작 보호가 필요한 피해자에 대한 보호를 충분히 제공하지 못하거나 법적 안정성을 해치는 결과로 나타날 수도 있다. 그와 대비되는 방식으로, 특정 차별금지사유를 법령에 한정적으로 열거하는 방식을 고려해 볼 수도 있다.⁵⁶⁾

(1) 해외의 논의

1) 차별의 분류

고용 등 사적 영역 일부까지 아우르고 있는 차별금지법⁵⁷⁾이 발달된 미국과 유럽에서는, 법에 명시된 차별금지사유를 직접적 원인으로 삼아,⁵⁸⁾ 동등하게 대우받았어야 마땅할 상대방을 차등적으로 대우하는 경우를 '직접차별(direct discrimination)'이라 부른다. 다른 한편, 법적으로는 차별금지사유로 금지되지 않은, 외관상 중립적 요소를 차등적 대우의 기준으로 삼았지만, 그 결과가 부당한 것으로 금지된 사유에 따른 차등적 대우, 즉, 직접차별과 유사한 상황을 낳는 경우를 '간접차별(indirect discrimination)'이라 부른다.⁵⁹⁾ 그

56) 법령에 열거되지 않은 기준이 차별금지사유에 해당한다는 점에 대한 증명책임 문제 때문에 차별금지사유를 명시하는 것이 피해자 보호에 유리하다는 주장으로, 김명수, "소수자보호와 차별금지법", 홍익법학 제15권 제3호 (2014), 192면.

57) 예컨대 독일 '일반평등대우법'에는 대량거래, 성질상 거래당사자가 큰 의미를 갖지 않는 거래, 보험(제19조), 공적인 성격이 강한 재화 및 서비스(제20조)에는 차별을 금지하고 있다. 박신옥, 앞의 논문(주 53), 1171면. 한편, 유럽 공통참조기준초안(Draft Common Frame of Reference, DCFR)도 재화나 서비스에 대한 차별금지를 규정한다. 김진우, "민사계약에서의 차별금지 - DCFR과 그것의 우리 사법(私法) 및 차별금지기본법의 입법예의 시사점 -", 비교사법 제22권 제1호(2015), 211면 이하.

58) 차등적 대우는 규범적으로 부당한 것으로 평가된 차별사유에 의하여 유발된 것이어야 한다는 '인과관계'를 요구하는 경우도 있다. 미국과 영국의 법원은 인과관계를 판단하기 위한 기준으로 '조건설(but-for causation)'을 차용한다. 조건설에 의하면 규범적으로 부당한 것으로 평가된 차별사유가 없었더라도 같은 결정을 내렸을 것임이 증명되는 경우, 어떠한 판단을 내려야 할지가 문제될 수 있다(소위 '복합동기(mixed motive)' 문제). 같은 맥락에서 미국 민권법 제7편은 차별사유가 없었더라도 동일한 결정을 내렸을 것임이 증명되는 경우에는 손해배상 책임을 경감하도록 하고 있다. 최승철, 앞의 책(주 50), 49-50면.

59) 이준일, 앞의 책(주 51), 30면. '간접차별'이라는 표현은 유럽의 용어로서, 본래 미국의 노동법에서 개발된 '차등적 영향(disparate impact 또는 결과적 차별)' 법리가 유럽에 수용되면서 직접차별에 대비되어 등장한 용어이다. 간접차별은 유럽이 미국의 법리를 수용하여 개발한 것이므로 기본적인 구조가 유사하나, 구체적 적용에서는 다른 모습을 보인다. 예를 들어, 미국의 차등적 영향 법리는 의도적 차별행위에 대비되는 개념으로 차별의 의도성을 고려하지 않도록 기획되었지만, 유럽의 간접차별 법리는 의도적 차별행위(예를 들어, 은폐된 직접차별)와 분명히 구분하여 운용되지 않는다는 주장으로 최윤희, "현행 남녀고용평등법의 간접차별 규정에 대한 비교법적 고찰", 비교사법 제13권 제1호(2006), 655-657면을, 또는 성별임금차이에 대해서 미국은 공민권법(Civil Rights Act)과 다른 별도의 동일임금법(Equal Pay Act)을 두고 있으므로 판단기준에 차이가 있지만, 유럽은 일반적인 차별금지법리가 적용되므로 차이가 없다는 지적으로는 심재진, "미국의 차별적 영향 이론과 유럽연합의 간접차별 법리", 노동법연구 제27호(2009), 53면 참조. 다만 이 글에서는 국내 법리와와의 대비에 초점을 맞추기 위해, 미국과 유럽 법리 간의 구체적인 차이를 세밀하게 검토하기보다는, 두 법리가 공유하는 공통적인 기본구조를 중심으로 논의를 전개할 것이다.

밖에 성희롱을 비롯한 ‘괴롭힘(harassment)’이나, 제3자에게 차별을 ‘지시’하는 행위, 차별 신고에 대한 ‘보복(retaliation)’까지 ‘차별’의 법적 개념에 포함되기도 한다.⁶⁰⁾ 다만, 괴롭힘, 보복 등의 차별 개념은 인공지능 맥락에서 제기될 수 있는 차별의 문제와는 관련성이 높지 않아서, 이하의 논의에서는 ‘직접차별’과 ‘간접차별’ 개념에 주목하여 논의를 전개한다.

2) 차별의 심사기준

직접차별과 간접차별은 재판상 증명방식에 차이가 있다. 직접차별은 법률이 금지한 사유로 차별을 한 것이므로, 어떤 차등적 대우가 직접차별에 해당한다고 주장하는 원고는 그 행위가 ① 본질적으로 동일하거나 유사한 지위에 있는 경우와 비교할 때 동등하게 대우받아야 할 사람(또는 집단)에 대한 차등적 대우이며, ② 차등적 대우의 사유가 법으로 금지된 차별사유에 해당함을 증명함으로써 차별의 존재를 증명할 수 있다. 즉, 문제되는 차등적 대우의 부당성은 그것이 차별금지사유에 기초하여 발생했다는 점만 증명되면 곧바로 그 존재가 추정된다. 이에 대해, 피고는 위 ①, ② 요건의 성립을 부인하거나, 요건의 성립을 인정하면서도 문제되는 차등적 대우를 객관적으로 정당하게 만드는 또 다른 사유(일명 ‘객관적 정당화 사유’)를 제시함으로써 부당한 차별이 아니라고 항변(defense)할 수 있다. 유럽연합(European Union, EU)은 유럽연합 차별금지법에서 각 차별금지사유에 대응되는 객관적 정당화 사유를 따로 두면서도,⁶¹⁾ 평등대우에 관한 지침을 통해 ‘공공안정, 범죄예방, 보건, 타인의 권리와 자유의 보호 등 필요한 경우’라는 일반적인 객관적 정당화 사유도 비례원칙에 의한 검토를 거쳐 인정하고 있다.⁶²⁾

반면, 간접차별은 법령상 금지되지 않은, 일견 중립적인 것으로 보일 수도 있는 사유에 의한 차별을 말한다. 따라서 어떠한 차등적 대우가 간접차별이라고 주장하는 원고는 그 행위가 ① 본질적으로 동일하거나 유사한 지위에 있는 경우와 비교할 때 동등하게 대우받아야 할 사람(또는 집단)에 대한 차등적 대우이며, ② 법령상 차별금지사유로 보호받는 집단(protected group)에 특정한 차별적 영향(particular disadvantage) 또는 차등적 효과(disparate impact)가 나타남을 증명함으로써 간접차별임을 주장할 수 있다.⁶³⁾ 직접차

60) 이준일, 앞의 논문(주 53), 253면.

61) 예를 들어, 2006/54, 제14(2)조는 고용영역에서의 성차별에 대한 객관적 정당화사유로 ‘진정직업자격(a genuine and occupational requirement)’을 제시하고 있다(헌법재판소 헌법재판연구원, 간접차별법리에 관한 비교법적 연구 - 유럽인권재판소와 EU사법재판소의 판례를 중심으로, 비교헌법연구 2017-B-1, 2017, 45면에서 재인용).

62) 2000/78/EC 제2조 제5항(헌법재판소 헌법재판연구원, 앞의 책(주 61), 46면에서 재인용).

63) 최근 EU사법재판소(Court of Justice of the European Union, CJEU) 등의 판례가 직접차별과 간접차별의 구분에 관하여, ‘차별적 영향(particular disadvantage)’을 끼쳤는지 여부를 기준으로 판단하는

별에서는 차등적 대우의 '원인'이 차별금지사유라는 점을 증명하면 차별의 존재가 추정되나, 간접차별에서는 차등적 대우의 '결과'가 차별적 영향에 이른다는 점을 입증하면⁶⁴⁾ 차별의 존재가 증명되는 셈이다. 이에 대해 피고는 직접차별과 마찬가지로 ①, ② 요건의 성립을 부인하거나, 객관적 정당화 사유를 들어 항변할 수 있다. 객관적 정당화 사유의 검토는, 직접차별의 경우와 유사하게, 차별금지사유에 따른 개별적인 사유별로 이루어지거나, 일반적인 객관적 정당화 사유로서 비례원칙의 검토를 받는다.

객관적 정당화 사유의 구체적인 사례를 살펴보면, 미국의 경우, 공민권법(civil rights law)에 해당하지 않는 분야에서는 법에 따라 개별적인 예외인정 사유⁶⁵⁾를 규정하고 있어서 일반적인 객관적 정당화 사유를 논하기는 어렵다.⁶⁶⁾ 반면, 유럽연합, 특히 EU사법재판소(CJEU)는 모든 종류의 차별에 대한 객관적 정당화 사유의 일반적 심사기준으로 비례의 원칙(proportionality)⁶⁷⁾을 제시하고 있다.⁶⁸⁾ 비례의 원칙에 따른 경우, 목적은 정당(legitimate)해야 하고, 수단은 적절(appropriate)하며, 필요(necessary)한 수준이어야 한다. 경우에 따라서는 협의의 비례의 원칙(proportionality stricto sensu)으로 법익간의 형량이 요구될 수도 있다. 유럽인권재판소(European Court of Human Rights, ECHR) 또한 마찬가지로 차등적 결과에 대해 '정당한 목적을 추구하지 않거나, 사용한 수단과 추구하는 목적 사이에 비례성이 성립하지 않으면' 차별로 본다든 입장이다.

3) 차별의 심사기준에 관한 쟁점

차별금지 법리는 오랜 시간을 두고 발달해왔지만, 여러 측면에서 한계가 나타나기도 한다. 이러한 한계는 인공지능 기술을 본격적으로 도입하는 맥락에서 중요한 이슈로 부각될

것이 형식적인 기준이 아닌 실질적인 기준에 의한 구분으로 변화하고 있는 것이라는 지적으로 헌법재판소 헌법재판연구원, 앞의 책(주 61), 63-64면 참조.

64) 현실적으로 차별적 영향이 있었다는 사실을 피해자인 개인이 입증하기는 매우 어려운 경우가 많다. 예를 들어 고용맥락에서의 차별의 경우를 생각해 보면, 피해자인 개인(원고)은 가해자인 회사(피고)의 인사관리에 관한 정보를 얻을 수 없기 때문에, 입증을 하는 것이 어려울 수 있다.

65) 예를 들어, 미국 고용상 연령차별금지법(The Age Discrimination in Employment Act)은 연령상의 차별에 대해 그러한 차별이 진직업자격(bona fide occupational qualification)에 해당하면 차별의 예외를 인정하고 있다. 이준일, "연령차별금지의 법제와 법적문제", 미국헌법연구 제19권 제1호(2008), 113-114면.

66) 공민권법상의 객관적 정당화사유마저도 상충하는 개념들을 병행하여 사용함으로써 일관된 기준을 보여주지 못하고 있다는 지적으로 심재진, 앞의 논문(주 59), 65-67면 참조.

67) 비례의 원칙은 뚜렷한 사전적 기준이 아니며 판단에 있어 법관의 재량이 매우 넓기 때문에 재판의 결과를 사전적으로 예측하는 것이 어렵다. 비례의 원칙이 지닌 근본적인 문제로 과도한 재량과 모호성에 대한 비판으로는 Aharon Barak, *Proportionality - Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, 2012, pp. 482-488 등 참고.

68) 채형복, "EU법에 있어 간접차별금지법리의 형성과 전개", 법학논고 제56집(2016), 288-292면; 헌법재판소 헌법재판연구원, 앞의 책(주 61), 45-55면.

수도 있다. 이하에서는 (i) 차등적 효과 또는 차별적 영향 요건의 모호성과, (ii) 차별심사에서 의도(intention)가 고려되어야 하는지 여부를 중점적으로 논의하도록 한다.

첫째, 간접차별의 성립요건으로서 미국 차별법리상의 ‘차등적 효과’와 유럽 차별법리상의 ‘차별적 영향’의 판단에 관한 구체적이고 일관된 기준이 있는지가 문제될 수 있다. 일관된 기준이 제시되지 못한다면, 인공지능은 물론 인간 행위자조차 자신의 행위가 차별에 해당하는지를 사전적으로 판단하기 어려울 수 있어서 문제가 된다. 특히 인공지능의 맥락에서는, 모형의 설정 과정에서 무엇을 어떻게 고려해야 할지에 대한 근본적인 질문이 제기될 수도 있다. 이에 관해 널리 알려진 기준의 예로 미국의 평등고용기회위원회(Equal Employment Opportunity Commission, EEOC)에 의하여 제시된 ‘5분의 4 규칙(four-fifth rule, 또는 80% 규칙)’을 들 수 있다.⁶⁹⁾ 이 규칙은, 예를 들어, 고용에서의 성적 간접차별의 경우, 남성지원자 중 합격률과 여성지원자 중 합격률을 비교하여 성별 간 격차가 20% 이상인 경우 차별이 있는 것으로 보는 것이다. 즉, 고용 맥락에서 남성지원자는 50%가 합격하였는데 여성지원자는 20%만 합격하였다면, 여성지원자의 합격률은 남성지원자 합격률과 비교할 때 40% 수준이어서 5분 4 규칙을 위반한 것으로 파악된다.

그러나 왜 ‘5분의 4’인가? 미국과 달리, 독일에서는 고용에서의 차등적 대우로 인한 중대한 불이익이 75%이상 여성에게 적용된다면 여성에 대한 간접적 차별이 존재한다는 견해가 제시된다.⁷⁰⁾ 그런데, ‘5분의 4’와 ‘75%’가 각각 미국과 독일의 특수성이 반영된 의미 있는 수치인지는 불분명하다. 미국 연방대법원은 5분의 4 규칙을 일종의 경험칙에 따른 일응증명(rule of thumb)일 뿐이라고 밝히고 있다. 그렇다고 하여 간접차별이 추정되는 차등적 효과가 어느 정도의 통계적 수치를 의미하는 것인지에 대하여 미국 연방대법원이 명확한 기준을 제시하는 것도 아니다.⁷¹⁾ EU사법재판소(CJEU) 또한 간접차별의 ‘차별적 영향’이 어느 정도여야 성립하는지의 명확한 기준을 제시하지 못한다는 비판을 받고 있다.⁷²⁾ 이처럼 모호한 심사기준은 무엇이 간접차별인지를 예측하기 어렵게 만든다는 한계가 있다.⁷³⁾ 따라서 사회적 합의에 따라 구체화되어 명확히 금지되는 유형의 차별(예컨대, 인종을 기준으로 대중교통 탑승을 차별하면 안된다)로 명시적으로 제한된 직접차별과 달리, 간접차별의 경우에는 사전적인 기준을 명확히 하여 행정규제를 하는 것이 현실적으로

69) 한지영, “차별금지법 제정을 둘러싼 쟁점의 비판적 검토: 차별의 개념 및 구제조치를 중심으로”, 이화젠더법학 제3권 제1호(2011), 102-105면.

70) 홍강훈, “평등권의 심사원칙 및 강도에 관한 연구”, 공법연구 제41권 제1호(2012), 265면; 황수옥, “독일 일반평등대우법상 고용에서의 간접차별과 시사점”, 산업관계연구 제26권 제4호(2016), 45면.

71) 심재진, 앞의 논문(주 59), 56면.

72) 헌법재판소 헌법재판연구원, 앞의 책(주 61), 57면.

73) 예를 들어, 오늘날 유럽인권재판소(ECHR)가 시간제 노동에 대한 불이익에 대해 사안별로 상이한 입장을 취하고 있다는 지적으로 채형복, 앞의 논문(주 68), 289-290면 참조.

매우 어렵다는 문제가 있다.

둘째, 직접차별 또는 간접차별을 인정하기 위해 ‘차별하려는 의도(차별의도)’가 요건으로 증명되어야 하는지가 문제된다. 미국 연방대법원은 1970년대 이래 직접차별의 성립요건으로 차별효과(discriminatory effect)는 물론, ‘정책결정권자가 특정한 집단에게 불이익을 주기 위해 특정한 정책을 선택한 경우로서 차별효과를 단순히 예견했다는 것 이상의 개념’으로 차별의도(discriminatory intent)가 모두 요구된다는 입장을 견지해오고 있다.⁷⁴⁾ 그러나 원고가 소송에서 행위자인 피고의 차별의도를 증명하는 것은 일반적으로 매우 어렵기 때문에, 이후 연방대법원은 차별의도를 고려하지 않음으로써 증명책임의 부담을 완화하는 법리인 간접차별, 즉, ‘차등적 효과(disparate impact)’ 법리를 개발하게 되었다. 그러나 이러한 구분은, 행위자가 외견상 중립적인 기준을 택했을 때, 원고가 ‘의도가 은폐된 직접차별(masked discrimination)’인지 혹은 ‘의도하지 않은 간접차별’인지를 구분하여 소송전략을 달리 구성하여야 한다는 현실적인 부담을 주는 결과를 초래할 수 있다.⁷⁵⁾ 다른 한편, 유럽연합은 직접차별과 간접차별 모두에서 차별의도를 불법적인 차별의 요건으로 요구하지 않고 있다.⁷⁶⁾

4) 차별의 구제수단

법원이 특정한 행위를 차별금지법제상의 ‘차별’이라 인정하는 것은 어떠한 의미가 있는가? 이 질문에 답을 하기 위해서는 차별이라는 문제를 사회가 어떻게 다뤄야 할 것인지에 관한 정책적인 원칙을 생각할 필요가 있다. 공적 영역에서의 차별행위는 투표할 권리, 부당한 형사처벌을 받지 않을 권리 등 ‘국가에 대하여 개인 또는 집단의 헌법상 권리를 보호하는 문제’로 귀결된다. 따라서 여기서는 국가의 이익과 개인의 권리라는 관계에서 차별의 부당성을 판단하고 적절한 구제수단을 모색하여야 하며, 개인에 대한 국가의 권리침해를 방지하기 위해 여러 사전적인 행정조치, 또는 사법적인 임시조치가 적극적으로 활용될 수 있다. 그러나 사적 영역에서의 차별행위는 ‘개인과 개인 사이의 권리를 조율하는 문제’로 귀결되며, 따라서 사적 당사자 사이의 자율성이 존중되어야 한다.⁷⁷⁾

74) 강승식, “미국 연방대법원의 평등심사에 대한 비판적 고찰”, 원광법학 제28권 제2호(2012), 185-187면.

75) 애초에 ‘차별 의도’ 자체가 모호하고 불분명한 개념으로 차별의 부당성과 무관한 개념이라는 비판으로는 데버러 헬먼, 김대근 역, 차별이란 무엇인가, 서해문집, 2016, 246면 이하를 참조.

76) 헌법재판소 헌법재판연구원, 앞의 책(주 61), 38, 42, 80면.

77) 예를 들어, 유럽연합의 차별관련 지침을 법제화하기 위해 독일이 제정한 일반평등대우법의 제정과정에서, 제정에 반대하는 세력은 ‘불분명한 법 개념들의 적용으로 인하여 특히 중간 규모나 작은 규모의 기업들에게 불확실성을 가져올 것이며 또한 계약 당사자들 사이에 불확실성과 다툼을 유발시켜 계약자유의 원칙을 저해할 수 있음을 주장한 바 있다. 이와 관련하여서는 황수욱, “독일 일반평등대우법의 제정과정과 시사점”, 노동법학 제57권(2016), 79-80면 참조.

이러한 맥락에서, 사적 영역에 적용되는 차별금지법제들은 사전적이고 일괄적인 행정규제에 비해 사후적인 사법판단을 현실적인 구제수단으로 고려하는 경향이 있다. 예를 들어, 미국의 공민권법은 법원의 사후적 판단에 따라 차별이 인정되는 경우 이를 구제하기 위해 ① 차별행위의 금지, ② 복직 등 적극적 시정조치, ③ 그 밖에 법원이 적절하다고 보는 구제수단이나 징벌적 손해배상 등을 인정한다.⁷⁸⁾ 유럽의 경우, 유럽연합의 차별금지에 관한 지침들은 개별 회원국들이 차별금지를 관철시킬 수 있는 제재수단 및 구제수단을 입법하도록 요청하고 있으며,⁷⁹⁾ 이에 따라 독일 등 개별 회원국은 손해배상과 원상회복 등 시정조치를 적절히 선택하여 구제수단으로 입법하고 있다. 이 때 차별 자체의 성립여부에 관해서는 차별의도가 논해지지 않는 것과 달리, 손해배상책임의 성립여부를 판단하기 위해서는 일반적인 불법행위의 법리에 따라 고의 및 과실이 요청된다.⁸⁰⁾

반면, 행정부의 사전적이고 구체적인 규제는 흔하지 않은 편이다. 법적으로 차별금지사유를 곧장 적용하는 직접차별이라도 객관적 정당화 사유라는 항변이 존재하는 등, 차별 개념은 법령상 규정을 두더라도 모호한 영역이 남아있어서 사전적 판단에 한계가 있을 수밖에 없다는 것이 그 배경이 되는 주요 이유이다. 따라서 미국과 유럽에서 차별금지 문제를 다루는 정부기관들은 강력한 행정규제 수단을 발휘하기보다, 재판을 통한 피해자의 사후적 권리구제가 효과적으로 이루어질 수 있는 법제도를 마련하기 위해 노력하는 편이다. 이를 위해, 차별에 관한 사적 영역의 분쟁사건에서 사실관계를 체계적이고 공평하게 규명할 수 있도록 강력한 조사권을 가지고 재판부에 체계적으로 정보를 전달하거나⁸¹⁾ 사전에 중재를 유도하여 분쟁해결을 지원하는 기관⁸²⁾으로 운영되는 경우가 많은 것으로 보인다.

(2) 국내의 논의

1) 개 관

우리나라의 차별금지법리가 미국 및 유럽의 차별금지 법리와 다른 특징은 크게 두 가지다. 첫째, 우리나라는 별도의 포괄적인 차별금지법이 없고, 헌법상으로도 차별금지사유를

78) 이승길, “미국의 고용차별금지법 개관”, 한국법제연구원 최신외국법제정보(2015), 10-14면.

79) 신옥주, “유럽연합의 반차별지침 고찰”, 공법학연구 제9권 제2호(2008), 216면 등.

80) 예를 들어, 독일의 사례로는 황수옥, “간접차별금지 실효성 강화를 위한 구제방법과 절차 - 독일 판례분석을 중심으로”, 산업관계연구 제27권 제2호(2017), 121-127면 참고. 독일은 고용상 차별에 대한 구제수단에서 원상회복의무를 두지 않고 있는데, 이는 제3자에게 피해를 주지 않기 위함이다.

81) 예를 들어, 프랑스의 차별철폐청(HALDE, Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité)은 매우 강력한 조사권한을 갖고 있다. 이에 관하여는 김도승, “프랑스 차별금지 법제도에 관한 소고”, 법학논총 제19권 제1호(2012), 132-138면을 참조.

82) 예를 들어, 미국의 평등고용기회위원회(EEOC)가 사전적인 중재권한을 중점적으로 행사하고 있다. 이에 관하여는 이주희, “미국의 차별시정기구”, 국제노동브리프 제3권 제1호(2005), 69-72면 참조.

열거하지 않고 있으므로 특별법에서 별도의 규정을 두는 경우를 제외하고는 일반적으로 직접차별과 간접차별을 구분하지 않으며, 모든 종류의 차별에 대하여 차별의도를 별도로 심사하지 않는다. 둘째, 우리나라의 차별금지 법리는 원칙적으로 공적 영역에만 적용되며, 사적 영역에서는 제한된 형태의 차별만이 금지되고 있다.

2) 헌법상 평등권에 대한 침해로서의 차별

우리나라에서는 차별금지에 관한 별도의 일반법을 두고 있지 않으므로, 헌법의 원칙이 차별금지에 관한 법리의 일반적인 근거가 되고 있다. 따라서 장애라는 특정 차별사유에 대한 기본법으로서 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률(이하 ‘장애인차별금지법’)」⁸³⁾과 같은 일부 특별법을 제외하면, “... 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고...”라는 헌법 전문과, “모든 국민은 법 앞에 평등하고, 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치, 경제, 사회, 문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 않는다”고 규정한 헌법 제11조 제1항이 차별금지의 일반적인 근거가 된다. 헌법 제11조 제1항은 ‘성별, 종교, 사회적 신분’만을 차별사유로 열거하고 있지만, 이것은 열거적·한정적인 표현이 아니라 예시적·개방적인 규정으로 해석하는 것이 통설과 판례의 입장이다.⁸⁴⁾ 그밖에 헌법 제31조, 제32조, 제36조 등에서 구체적 영역들에 관한 차별금지 내지 평등 관련 규정이 마련되어 있다. 그러나 ‘차별’ 내지 ‘평등’의 의미가 구체적으로 무엇인지에 대하여는 헌법은 이를 직접 규정하지 않고 해석에 위임하고 있다.⁸⁵⁾

법률의 위헌 여부를 심판⁸⁶⁾하는 우리나라 헌법재판소는 어떤 법률이 헌법상 평등원칙에 위배되는지를 판단함에 있어 해외에서와 마찬가지로 ‘상대적 평등’의 관점을 따르고 있다. 다만, 그 적용범위에 대하여, 헌법 제11조 제1항이 직접 적용되는 것은 차별 주체가 공권력인 경우로 한정된다고 바라보는 것이 전통적 견해이다.⁸⁷⁾ 따라서 사적 영역에서 사인(私人)간 차별이 발생했을 때 헌법상 기본권으로서 평등권(또는 평등원칙)이 무력화되는

83) 이와 같은 특별법들은 직접차별과 간접차별을 차별행위의 정의에 포함하는 것이 특징이다. 일례로 장애인차별금지법 제4조 제1항 제1호는 ‘장애인을 장애를 사유로 정당한 사유 없이 제한·배제·분리·거부 등에 의하여 불리하게 대하는 경우’라 하여 직접차별을, 동항 제2호는 ‘장애인에 대하여 형식상으로는 제한·배제·분리·거부 등에 의하여 불리하게 대하지 아니하지만 정당한 사유 없이 장애를 고려하지 아니하는 기준을 적용함으로써 장애인에게 불리한 결과를 초래하는 경우’라 하여 간접차별에 가까운 규정을 두고 있다. 이처럼 장애인차별금지법 상 정의규정에 간접차별 개념이 포함되어 있다고 보는 견해로는 최윤희, “장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률에 대한 소고”, 일감법학 제35호(2016), 371-373면 참조.

84) 헌재 2014. 2. 27. 2011헌마825 등 참조.

85) 송석운, 앞의 논문(주 6), 10-11면.

86) 「헌법재판소법」 제2조 제1호 등 참조

87) ‘행정소송법’상 항고소송, ‘헌법재판소법’상 위헌법률심판, 헌법소원심판 등을 통해 권리를 구제받을 수 있다. 홍관표, “차별금지법 제정 추진상 쟁점 및 과제”, 저스티스 통권 제139호(2013), 316면.

것이 아니냐는 문제제기가 있어왔다.⁸⁸⁾

이 문제에 대한 해결방안으로, 헌법상 기본권도 사인 간의 관계에 적용될 수 있다고 보아 별도의 차별금지법 제정 없이도 법원이 사인 간의 분쟁에 대한 재판에서 헌법상 기본권인 평등권을 근거로 하는 판결을 내릴 수 있다는 일명 ‘기본권의 대(對)사인적 효력’이라는 이론이 제시되었다. 기본권의 대사인적 효력을 긍정할지에 대하여는 견해가 나뉘어 있었는데, 이를 인정하는 긍정설 내에서도 기본권을 재판에 직접 근거규정으로 원용할 수 있는지 여부를 두고 헌법상 기본권도 곧바로 재판에 적용된다는 ‘직접적용설’과 헌법상 기본권은 개별 법률의 규정을 매개로 재판에 적용된다는 ‘간접적용설’이 대립해 왔다.⁸⁹⁾

기본권의 대사인적 효력에 대하여, 대법원은 서울기독교청년회(YMCA)가 여성 회원을 총회원자격심사에서 원천적으로 배제한 것이 여성 회원의 인격적 법익을 침해하여 손해배상책임에 이르는지 문제된 사건에서 간접적용설에 가까운 입장을 보였다.⁹⁰⁾ 대법원은 이 사건에서 헌법상 기본권은 성질상 사법(私法)관계에 직접 적용 가능한 경우를 제외하면, 사법상 일반원칙을 형성하고 그 해석기준으로써 간접적으로 사법관계에 효력을 미친다고 보았다. 헌법상 평등권의 침해도 민법상 일반조항을 매개하여 인격적 법익침해에 대한 손해배상의 형태로 구체화되어 논할 수 있으므로, 평등권의 침해에 의한 손해배상책임을 인정하기 위하여 반드시 사인간의 평등권 보호에 관한 별개의 입법이 필요하지는 않다는 것이다. 이 판결은 우리나라에서도 사인간 차별에 대해 손해배상이라는 구제수단을 인정할 수 있는 가능성을 열어준 것이다.

3) 평등권의 심사기준

헌법재판소는 평등권 침해 여부의 심사기준을, ① 본질적으로 동일한 집단 사이의 차별적 취급과 ② 차별적 취급의 합리성 여부라는 두 단계로 나누어 보고 있다.

첫째, 본질적으로 동일한 비교 대상임에도 차등적으로 대우되고 있으면 차별적 취급(‘차등적 대우’의 판례상 용어)이 성립한다. 즉, 본질적으로 동일하지 않은 집단(또는 개인)을

88) 사적 영역에서의 차별금지과 관련하여 국내에서는 민사법상의 대원칙인 ‘사적자치의 원칙(계약을 체결하지 않을 자유, 계약 상대방을 결정할 자유 등)’을 근거로 부정하는 입장과, 사적자치의 원칙의 폐해를 시정할 필요, 사회통합 효과, 차별구조의 악순환 등을 이유로 예외적으로 긍정하는 입장이 대립 중이다. 전자의 견해는 박신욱, 앞의 논문(주 53), 1185면을, 후자의 견해는 김명수, 앞의 논문(주 56), 190-191면; 김진우, 앞의 논문(주 57), 235면; 박신욱, 앞의 논문(주 53), 1177-1178면; 윤영미, 앞의 논문(주 48), 50면 이하; 이재희, “사적 자치와 차별금지법”, 저스티스 통권 제165호(2018), 48-50면 등 참조.

89) 윤영미, 앞의 논문(주 48), 65면.

90) 대판 2011. 1. 27. 2009다19864. 이 판례는 평등원칙에 의한 사인간의 차별금지 규율 문제는 ‘사적자치의 원칙’ 내지 사인이 단체일 경우 ‘결사의 자유’를 제한하는 것이기 때문에, 차별적 처우가 사회공동체의 건전한 상식과 법감정에 비추어 볼 때 도저히 용인될 수 있는 한계를 벗어난 경우 비로소 사회질서에 위반되는 행위로서 위법한 것으로 평가할 수 있다는 것으로 제한적으로 해석한다.

서로 다르게 취급하는 것은 차등적 취급이 아니기 때문에 평등권 침해를 논할 여지가 없다. 그렇다면 어떤 집단이 본질적으로 동일한가? 이에 대하여 명확하게 제시된 요건은 없다. 헌법재판소는 일반적으로 관련된 헌법규정 및 위헌 여부가 문제되는 당해 법률규정의 의미와 목적을 종합적으로 판단하여 집단 간의 본질적 동일성 여부를 판단한다고 하고 있으나,⁹¹⁾ 이는 결국 재판부가 다양한 요소들을 감안하여 재량적으로 판단하는 것에 지나지 않으므로 유사한 선례가 없는 당사자들은 자신의 행위가 차별에 해당될지 여부를 사전에 예측하기 어렵다.

둘째, 만약 차별적 취급이 존재하는 경우, 그것이 합리적이었는지 여부에 대한 심사기준은 다시 한 번 두 가지로 나뉜다. 헌법재판소는, ① 헌법에서 특별히 평등을 요구하거나, 차별적 대우로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우는 합리적 이유의 유무 심사에 그치지 않고 차별취급의 목적과 수단 사이에 엄격한 비례관계가 성립하는지를 기준으로 하는 소위 '비례의 원칙'⁹²⁾을, ② 그렇지 않을 경우 완화된 심사척도인 소위 '자의금지 원칙'을 활용하고 있다(헌재 2011. 10. 25. 2010헌마661 등 참조).⁹³⁾ 합리성 심사기준을 통과하지 못한 차별적 취급은, 비로소 헌법 제11조 제1항이 금지하는 '차별'에 해당하게 된다.⁹⁴⁾ 다만, 비례의 원칙은 물론, 자의금지 원칙 역시 어디까지나 '자의적'인 불평등을 제한하는 것이므로 차별의도와는 관련이 없다고 생각된다.⁹⁵⁾

우리나라는 사적 영역의 차별에 관한 일반적 요건을 정립할 기회 자체가 많지 않았으므로, 앞서 살펴본 YMCA 사건에서 대법원이 손해배상책임이 인정되는 '위법한 차별'의 기준에 대해 실시한 요건을 통해 법리를 검토해 볼 필요가 있다. 대법원은 차별적 처우가 사회공동체의 건전한 상식과 법감정에 비추어 볼 때 도저히 용인될 수 있는 한계를 벗어난 경우로서, 사회질서에 어긋난 것인지 여부를 판단함에 있어 ① 사적 단체의 성격이나 목적, ② 차별처우의 필요성, ③ 차별처우에 의한 법익침해의 양상 및 정도 등을 종합적으로 고려해야 한다고 보았다.

91) 헌재 2006. 1. 17. 2005헌마1214 등 참조.

92) 차별취급의 목적과 수단 간에 엄격한 비례관계가 성립하는지를 기준으로 하는 심사로(헌재 2003. 1. 30. 2001헌마64 등 참조), 일반적으로 차별적 취급 목적의 정당성, 차별적 취급의 적합성, 차별적 취급의 필요성, 법익의 균형성의 4가지 단계로 나누어 판단된다.

93) 여기에 더하여, 헌법재판소는 동일 사안에서 엄격한 심사기준과 완화된 심사기준을 함께 적용하여야 하는 사안에서 일종의 '완화된 비례심사'를 채택하고 있다. 최승철, 앞의 책(주 50), 296-297면. 이 경우 4단계 비례심사를 모두 거치되, 심사강도를 다소 완화하는 방식을 취한다. 헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25 등 참조.

94) 결과적으로 '합리적이지만 않은 차별취급'이 '차별'에 해당한다는 의미가 되므로, 맥락상 판례가 언급하는 '차별'이라는 표현은 '차등'이 적절하다는 지적이 있다. 김해원, "평등권인가 '평등원칙'인가?", 헌법학연구 제 19권 제1호(2013), 232면 참조.

95) 제대군인지원에 관한 헌법재판소 결정(일명 '군가산점 사건')이 차별의도에 대한 고려 없이 차별효과만을 고려한 것으로 해석하는 입장에 관하여는 강승식, 앞의 논문(주 74), 193-194면 참조.

각각의 요건을 좀 더 구체적으로 살펴보면, 대법원은 ① 사적 단체의 성격이나 목적과 관련하여, 대외적으로 그 단체가 사회공동체 내에서 순수하게 사적인 영역에서만 활동하는지 아니면 일정 부분 공공적 영역에서 활동하며 공익적 기능도 수행하는지와 대내적으로 그 단체의 구성원에게 제공되는 구체적인 역무의 내용과 성격 등을, ② 차별처우의 필요성과 관련해서는 그러한 차별처우가 단체의 정체성을 유지하기 위하여 불가피한 것으로서 필요한 한도 내의 조치였는지 여부를, ③ 차별처우에 의한 법익 침해의 양상 및 정도와 관련하여서는 해당 구성원의 단체가입 목적, 이를 위한 단체 내 활동에서의 제약 정도와 기간, 가입목적 달성을 위한 대체적 단체의 가입 가능성 유무, 가입시 단체 내 차별처우 존재에 대한 인식 여부, 차별처우에 대한 문제제기 기간과 이에 대한 그 단체의 대응방식 등을 우리 사회의 건전한 상식과 법감정에 비추어 합리적으로 고려하여야 한다고 판단기준을 구체적으로 실시하고 있다.⁹⁶⁾

4) 차별에 대한 구제수단

차별행위에 대한 구제수단으로는 손해배상, 원상회복, 재발방지조치 등이 흔히 거론된다. 이러한 구제수단들은 차별금지에 관한 각각의 특별법마다 약간씩 다르게 규정되어 있으나, 손해배상의 일반원칙에서 크게 벗어나지 않고 있다. 고용영역의 경우, 차별행위가 급여 차별이나 해고로 이어진 경우에는 「근로기준법」 제6조, 제23조 및 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률(이하 ‘남녀고용평등법’)」 위반으로 위법성이 인정된다. 위법한 해고에 대하여는 무효를 다룰 수 있으며,⁹⁷⁾ 고의 또는 과실이 있는 위법한 행위의 존재, 그리고 그로 인하여 손해가 발생하였다는 인과관계와, 손해의 존재가 인정되면 손해배상⁹⁸⁾도 성립할 수 있다.⁹⁹⁾ 「고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률」은 제4조의7에서 시정명령 제도를 통해 차별행위의 중지, 원상회복 등의 구제수단을 갖추고 있다. 장애인이라는 인적 속성에 대한 차별의 경우, 「장애인차별금지법」은 제46조에서 손해배상을, 제48조에서 적극적 조치를 인정하고 있으며, 제49조를 통해 형사처벌까지 가능하도록 규정하고 있다. 다만 동법 제46조 제1항은 고의나 과실이 인정되지 않는 경우에는 손해배상책임을 인정하지 않고 있는데, 이는 일반적인 손해배상책임 법리의 연장선이라 할 수 있다.

이러한 별도의 개별법이 없는 사적 영역에서의 차별이라도, 위에서 살펴본 것과 같이 대

96) 다만 해당 사안의 차별주체가 사인이 아닌, 사적 단체이기 때문에 판단기준은 사적 단체를 전제하고 있다.

97) 대판 1992. 8. 14. 91다29811 등 참조.

98) 대판 2006. 7. 28. 2006다17355 등 참조.

99) 국내의 노동법상 차별에 대한 사법적 구제수단으로는 서혜진, “차별적 처우 금지 위반의 효과 및 구제의 내용”, 노동연구 제19호(2009), 67-73면 참조.

법원은 헌법상 평등권 규정의 간접적용설에 따라 손해배상을 인정하고 있다. 따라서 국내에 차별금지법이 없더라도, 차별행위에 대해 사후적으로 법원이 손해배상을 인정함으로써 차별로 인한 피해를 구제하고 장래에 발생할 수 있는 차별을 억제하는 효과를 기대할 수는 있다.¹⁰⁰⁾

한편 차별을 방지하기 위한 사전적 행정규제의 주무부처로서 국가인권위원회가 존재하고는 있으나, 『국가인권위원회법』은 기관을 설치 및 조직하는 법률에 불과하여 차별에 관한 법리의 맥락에서는 많은 한계가 있다. 국가인권위원회법에 관해서는, 적어도 문언상으로는 간접차별을 포괄하고 있지 않은 점,¹⁰¹⁾ 권고조치만 할 수 있어 차별구제의 실효성이 낮은 점, 차별의 규명에 관한 증명책임의 전환을 명시한 규정이 없는 점 등에 대한 한계가 지적되고 있다.¹⁰²⁾

3. 소 결

법적인 의미에서의 차별이란 본질적으로 동일한 두 사람 또는 집단을 부당하게 차등적으로 대우하는 것이다. 차등적 대우가 차별에 해당하는지 여부는 어떻게 판단되는가? 첫째, 다르게 대우한 기준이 차별금지법상 금지되는 사유라면 직접차별이 성립한다. 둘째, 다르게 대우한 기준이 차별금지법상 금지되지 않는 사유라도, 당사자들이 본질적으로 동일하여 같은 대우를 받아야 함에도 불구하고, 차별적 취급을 받은 경우에는 위법성이 인정될 수 있다. 다만, 두 경우 모두 차별적 취급(차등적 대우)을 합리화할 수 있는 (또는 객관적으로 정당화할 수 있는) 사유가 없는 경우에 비로소 최종적으로 차별이 성립한다.

어떤 행위가 법적인 차별에 해당할 경우, 이에 대한 대응은 각국의 법제마다 다양한 형태로 나타나고 있으나, 이를 크게 사전적 행정규제와 사후적 사법판단으로 구분해볼 때 일반적으로 후자의 중요성이 강조된다. 공적 영역에서의 차별과 달리, 사적 영역에서의 차별은 사적자치의 원칙을 존중하여 해결될 필요가 있기 때문이다. 또한 법적인 차별 개념은 부당성에 관한 서술을 포함하고 있는데다, 특히 간접차별의 성립요건들은 대부분 모호하고 판단이 어려운 탓에 사전적 행정규제를 적용하기 어렵다는 한계도 있다. 따라서 사후적 사법판단이 차별 문제에서 보다 중요한 역할을 하며, 구제수단으로 손해배상, 원상회복, 형

100) 불법행위법의 예방적 기능을 법경제학적으로 분석한 문헌으로는 권영준, “불법행위법의 사상적 기초와 그 시사점 - 예방과 회복의 패러다임을 중심으로”, 저스티스 통권 제109호(2009), 77면 이하 참조.

101) 그러나 국가인권위원회는 ‘국가인권위원회법’상 ‘차별’ 개념에 ‘간접차별’도 포함된다고 해석(국가인권위원회 상임위원회, 2005. 5. 18.자 ‘인천광역시 일부 자치법규에 대한 국가인권위원회의 의견’ 15면 참조) 하였고, 이에 대해서는 논란이 있다.

102) 홍관표, 앞의 논문(주 87), 325-326면.

사처벌 등이 다양하게 활용되고 있다. 다른 한편, 차별에 관한 법적 판단의 출발점이 되는, 동일한 대우를 받아야 마땅한 본질적으로 동일한 집단을 규정하거나 구분짓는 기준이 무엇인지에 관해서는 아직 일관적이고 명확한 원칙이 정립되었다고 보기 어렵다.

IV. 인공지능 그리고 차별

이 글의 1장에서 제기한 질문으로 돌아가 보자. “인간이 인공지능을 활용할 때 초래되는 차별행위를 법적으로 어떻게 취급해야 할까?” 우리는 2장에서 오늘날의 인공지능인 딥러닝이 고도화된 통계적 분석도구에 지나지 않음을 살펴보았다. 그렇다면 회사의 채용담당자가 과거의 인사자료를 바탕으로 훈련된 인공지능에 신규 입사지원자들의 정보를 입력해서 차별적인 채용에 이르는 것과, 채용담당자가 직접 과거의 인사자료와 신규지원자들의 정보를 읽고 나름대로 과거 채용전례에 맞춰 채용 의사결정을 하는 과정에서 차별적인 결과가 나타나는 것은 어떤 차이가 있을까? 결론부터 말하면, 구조적 차이는 없을 가능성이 높다. 인간이 인공지능을 활용할 때 나타나는 차별은 결국 인간이 직접 의사결정을 하는 상황에서 나타나는 차별의 연장선에 있는 것으로 파악할 수 있고, 그런 점에서 그에 대한 규율의 근본원리는 3장에서 살펴본 것과 크게 다르지 않다.

하지만 문제의 근본적인 구조는 같다고 해도, 인공지능을 활용했다는 점으로 인해, 사실 관계를 차별의 성립요건에 포섭하거나, 또는 사실관계를 밝혀내는 과정에 있어 커다란 어려움이 나타날 수 있다. 오늘날 점점 더 활용도가 높아지고 있는 인공지능인 딥러닝은 대부분 과거의 역사적 데이터를 훈련에 사용하므로 아무런 의도 없이도 왜곡(특히 차별)을 재생산할 수 있으며, 인공지능경망 구조라서 그 의사결정 과정은 불투명하다. 이러한 특징은, 인공지능과 차별에 관한 선행 연구들에 비춰볼 때, 차별에 대해 적용되는 법적 통제로서 사후적 구제수단과 사전적 행정규제에 대해 다음과 같은 우려를 야기할 수 있다.

(i) **차별의 사후적 사법판단에 관한 실체법적 문제** : 인공지능을 활용한 차별행위는 차별성립에 관한 기존의 판단요건들을 회피할 수 있다. 특히 인공지능을 활용한 차별행위자들은, 차별적 영향이 발생한 상황에서도 자신은 인공지능을 사용했을 뿐 차별의도(intention)는 없었다고 주장하거나 의도를 은폐(masking)함으로써 법적 책임을 회피할 우려가 있다.

(ii) **차별의 사후적 사법판단에 관한 절차법적 문제** : 인공지능은 인공지능경망 구조의 복잡성으로 인해 작동과정이 근본적으로 불투명(opaque)한데다, 흔히 영업비밀로 보호받

고 있어 법절차의 진행과정에서 차별에 관한 사실규명이 난해해질 우려가 있다.

(iii) **차별의 사전적 행정규제에 관한 문제** : 인공지능이 지능을 갖추기 위해 필요로 하는 훈련 데이터는, 많은 경우 이미 차별이 발생한 과거의 현실에 기반을 둔 역사적 데이터(historical data)이다. 따라서 인공지능은 이미 발생한 차별을 경로의존적(path-dependent)으로 강화할 우려가 있는데, 이는 규제의 시각에서는 훈련 데이터의 관리와 알고리즘의 구성에 관하여 매우 어려운 문제를 야기한다. 아래에서는 이러한 문제들에 관하여 상세히 살펴보도록 한다.

1. 차별의 사후적 사법판단에 관한 실체법적 문제

위에서 논의한 것과 같이, 법적으로 차별이란, ① 동등한 대우를 받아야 마땅한 당사자들을, ② 정당화할 수 없는 사유로, ③ 차별적으로 취급하는 것을 의미한다. 이들 요건 중 무엇이 인공지능의 도입으로 인해 해석상의 어려움에 직면하는가? 이론상으로는 이들 중에서 별도의 추가적인 어려움을 야기하는 요소가 존재하지 않는다고 볼 수도 있다. 실제로 인공지능과 차별의 법적 담론에서, 차별의 요건에 대해 가지는 선행연구들의 문제의식은 차별의 성립요건이 아닌, ‘차별의도(intention)’에 주로 집중되어 있다.¹⁰³⁾ 인공지능을 사용함으로써 차별의도가 은폐되어 문제가 된다는 선행연구들의 주장은 크게 두 가지의 서로 다른 맥락에서 전개되고 있으므로 이를 각각 검토해본다.

첫째, 인공지능을 사용하여 겉으로는 중립적인 것처럼 보이는 대체변수(proxy)를 추출함으로써 자신의 차별의도를 ‘은폐(masking)’하는 것이 문제라는 우려다.¹⁰⁴⁾ 그러나 외관상 중립적 기준에 의한 차등적 대우라도, 차별적 영향이나 차등적 효과를 유발함에도 이를 합리화하거나 객관적으로 정당화할 수 없다면 간접차별 법리에 포섭될 수 있다. 그리고 앞서 보았듯 간접차별에는 차별의도가 문제되지 않는다고 보는 것이 일반적이다. 그러므로 인공지능을 활용한 차별의도의 은폐가 문제될 수 있다는 지적은 적어도 국내의 차별금지 법리를 적용하고, 실제 사안을 해결하는 데 있어서는 중대한 결림돌이 되지 않을 것이다.

설령 직접차별의 성립요건으로 차별의도를 요구하는 미국의 법리에 따르더라도, 인공지능을 활용한 차별의도의 은폐가 반드시 문제되는 것은 아니다. 우선, 인공지능은 데이터 수집 및 학습에 이르는 모든 과정에서 지속적으로 인간의 영향을 받는다. 테스트 데이터(test data) 또는 검증 데이터(validation data)를 통한 평가절차의 미비로 인한 제작상

103) 양종모, 앞의 논문(주 2), 91면.

104) Solon Barocas, “Data Mining and the Discourse on Discrimination”, *Data Ethics Workshop, Conference on Knowledge Discovery and Data Mining(2014)*, p. 1.

의 ‘결함’ 내지 ‘하자’이든, 주기적으로 필요한 업데이트를 누락한 관리상의 소홀이든, 해킹과 같은 제3자의 고의적 왜곡이든, 이 글에서 전제한 통계 프로그램의 일종인 인공지능의 의사결정은 배후자의 모종의 의도가 개입된 것으로 해석될 수도 있다¹⁰⁵⁾. 물론 어떤 경우에는 인공지능이 유발한 사고에 대한 법적 책임을 이들 배후자 누구에게도 물을 수 없는 경우가 발생할 수 있다. 그렇지만 이는 법의 규율 대상이 아닌 ‘불운한 일’로 바라보았기 때문이거나, 이하에서 볼 증명의 어려움 때문이지, 배후의 인간에게 귀속되던 ‘의도’가 인공지능에게 이전되었기 때문은 아니다. 따라서 인공지능이 인간 대신 주체로서 판단하였으므로 인공지능을 활용한 인간에게는 최종적인 차별결과에 대한 ‘의도’가 없었다는 주장(주체성의 논변)은 적어도 현재의 기술수준을 전제로 할 때에는 타당하다고 보기 어렵다. 또한, 인공지능은 끊임없이 학습을 통해 변화하므로, 인공지능을 활용한 인간도 그 인공지능이 차별적 의사결정을 할 것이라고는 예측하기 어려웠다는 주장(‘예측가능성의 논변’)도 타당하지 않다. 물론, 예를 들어, 인공신경망 구조의 각 뉴런의 형성과 판단에의 기여를 일일이 계측하고 추적하는 것이 극도로 어렵다는 점은 사실이다. 인공지능의 알고리즘과 훈련용 데이터를 전부 파악한다고 하더라도, 인공지능이 학습과정에서 지속적으로 변화함에 따라 생겨나는 모든 종류의 양상을 예측하기란 불가능에 가까울 것이다. 그러나 소프트웨어로서의 인공지능의 의사결정에 대한 예측이 어려운 것과, 인간에 대한 최종적 행동에 이르는 하드웨어적 로봇의 작동 메커니즘¹⁰⁶⁾에 대한 예측이 (더구나 단위가 개별 개체가 아닌, 통계적으로조차) 어렵다는 것은 구분되는 개념이다.¹⁰⁷⁾

유사한 맥락에서 차별행위로 인한 손해배상 책임을 판단할 때, 불법행위에 기한 배상책임¹⁰⁸⁾의 일반적 요건 중 불법행위(차별행위)에의 고의·과실도 구체적인 상황에 따라서

105) 종래 계약책임, 불법행위책임의 이원적 구조 하의 민사책임의 구체적 모습은 김진우, “지능형 로봇과 민사책임”, 저스티스 통권 제164호(2018), 50-67면 참조. 다만, 인공지능의 의사결정 결과에 대한 윤리성에 대한 우려가 점차로 증가하는 현 시점에서는, 통계적 오류(error)에 대한 사실적 평가 외에, 결과물의 윤리성에 대한 규범적 평가도 결함 내지 하자를 판정하는 기준으로 포함시킬 필요가 있다.

106) 예를 들어, 증권시장에서 (외견상) 자율적으로 매수도 주문을 내는 인공지능 투자프로그램을 상상해보자. 이 투자프로그램이 컴퓨터 내에서 그냥 프로그램으로만 머무른다면 아무런 문제가 발생하지 않는다. 문제는 이 투자프로그램이 증권시장에 직접 연결되어 매수도 주문을 낼 수 있을 때 발생한다. 이때 인공지능 소프트웨어가 인간을 포함한 외부세계에 대하여 직접 ‘최종적 행동’을 할 수 있도록 연결하고 설정하는 것은 결국 그 인공지능 프로그램의 사용자인 인간이다.

107) 나아가 마이크로소프트 채팅봇 테이(Tay)가 인종차별적 발언을 한 사례, 인공지능이 심사한 미인대회에서 대부분 백인만 선발된 사례, 특정 인종이 주로 쓰는 이름을 검색했을 때 전과 기록 관련 광고가 더 많이 노출된 사례와 같이 인공지능이 유발하는 다양한 차별적 사례가 논란이 되어온 점에서(허유선, 앞의 논문(주 2), 168면 이하 참조), 적어도 오늘날 인공지능 제조업자 내지 사용자에게 인공지능 의사결정의 결과물이 차별적일 수 있다는 점에 대한 예견가능성이 전혀 없다고 보기는 어렵다. 일례로 볼보(Volvo)사는 자율주행 자동차로 유발된 손해 전액을 자사가 부담하겠다는 정책을 내놓기도 하였는데, 이는 (적어도 통계적) 예견가능성이 없다면 필치가 어려운 입장일 것이다. 다만, 인공지능이 차별적 결과를 만들어 낼 경우에 그에 대한 책임을 최종적으로 누가 부담하여야 사회적으로 가장 바람직할 것인지에 대하여는 앞으로도 지속적으로 논의되어야 할 대상이다.

는 인정될 수 있다. ‘어떠한 데이터나 인공지능을 사용한다는 행위 자체를 주의깊게 결정할 의무’를 인공지능 사용자들에게 인정한다면, 인공지능이 충분히 통제되지 않을 수 있으며, 사고를 낼 수 있다는 점을 인지하고서도, 그럼에도 불구하고 그 인공지능이 인간을 대상으로 하는 최종적 행위를 인간에 의한 감독이나 개입 없이 단독으로 곧장 행할 수 있도록 설정을 해놓는다면 불법행위(차별행위)에의 고의·과실이 인정될 수 있다는 것이다.¹⁰⁹⁾¹¹⁰⁾

다른 한편, 인공지능을 사용해 차별을 하면서도 일부러 코드를 복잡하게 만들어 난독화를 유도(obfuscation)하는 등으로 차별의도를 은폐할 수 있다는 우려가 있다.¹¹¹⁾ 이것은 엄밀히는 차별의 성립요건으로서 ‘의도’ 또는 손해배상 책임의 성립요건으로서 ‘고의·과실’에 대한 문제제기가 아니라, 인공지능의 사용자가 의도 또는 고의·과실 요건의 소송상 증명을 방해할 수 있다는 절차법적, 소송법적 우려다. 이에 관하여는 절을 달리하여 논의한다.

- 108) 다만, 인공지능 프로그램이 차별적 효과를 낼 수 있는 가능성에 대하여 프로그램의 사용자가 인공지능 제조업자에게 아무런 고지를 받지 못한 경우 내부적으로 배상책임 및 구상의 문제가 생길 수 있는데, 이는 사용자와 제조업자 사이의 구상 문제에 불과하므로 차별 피해자에 대한 구제에 직접적 영향을 끼치지 않는다. 민법상 공동불법행위는 객관적으로 관련공동성이 있는 수인의 행위로 타인에게 손해를 가하면 성립하고, 행위자 상호 간에 공모는 물론 의사의 공통이나 공동의 인식을 필요로 하는 것이 아니기 때문이다. 대판 2016. 4. 12. 2013다31137.
- 109) 같은 취지로 자율주행자동차 이용자가 지켜야 할 주의의무(duty of care)에는 ‘자동차를 사용한다는 결정 그 자체를 합리적 주의를 기울여서 내려야 하는 의무’가 포함되어 있다는 주장으로 Chris Reed et al., “Responsibility, Autonomy and Accountability: legal liability for machine learning”, *Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 243/2016*(2016), pp. 10-11. 다만, Chris Reed et al., 위의 글, pp. 26-31은 영국법상 불법행위의 범위에 의하면 충분히 검증된 인공지능은 정확성이 높기 때문에 그것을 신뢰하여 행당한 행위자는 주의의무의 위반이 인정되지 않으므로, 인공지능 프로그램 사용자는 과실(negligence)에 기한 불법행위 손해배상 책임을 부담하지 않을 가능성이 있다고 주장한다. 그러나 그러한 주장은 ‘충분히 검증하는 주체가 누구인지, 어떤 기준에 따라 검증하는지’ 등에 대한 추가적 문제를 남긴다.
- 110) 좀 더 근본적으로, 인공지능이 유발한 결과에 대한 책임을 ‘왜’ 인공지능 기술을 활용한 사용자에게 부과해야 할 수도 있는가? 이 질문은 이 논문의 핵심적인 주제를 벗어나는 것이므로 여기서 자세히 다루기는 어렵지만, 다만 법정정책 고려사항을 간략히 지적하고자 한다. 첫째, ‘인공지능이 유발한 결과를 예상하기 어려웠다거나 또는 알 수 없었다’는 이유를 들어 인공지능이 유발한 결과에 대한 책임을 인공지능 사용자로부터 면제하는 입장을 제도적으로 견지할 경우, 기술의 발전은 인공지능의 예측가능성을 떨어뜨리고 불투명성을 높이는 방향으로 이루어질 가능성이 높다. 인공지능의 개발은 목적을 위한 효용성을 극대화하는 것뿐만 아니라 사회적 부작용을 최소화하는 방향으로 유도될 필요가 있다. 둘째, 인공지능 사용자가 인공지능으로 인한 부작용을 예측할 수 없다는 이유를 들어, 인공지능의 활용으로부터 나타날 수 있는 부작용에 대한 책임을 면제하는 것은, 법경제학적 관점에서 볼 때 인공지능 사용자가 인공지능을 사용할 것인지를 결정하는 개인적 비용-편익함수와 사회적으로 인공지능 사용이 어느 정도로 이뤄져야 할 것인지를 결정하는 사회적 비용-편익함수를 불일치시킴으로써 일종의 ‘시장실패’를 초래할 가능성이 있다. 따라서 인공지능 사용자에게 인공지능이 유발한 결과에 대한 책임을 면제하는 방향으로 배상책임구조를 설계할 경우, 인공지능 기술이 초래할 수 있는 부작용으로 인해 그 사용이 일부 억제될 필요가 있는 상황에서 인공지능을 과잉 사용하게 되는 비합리적인 결과가 초래될 수도 있다.
- 111) 대표적으로, 프랭크 파스칼레, 이시은 역, 블랙박스 사회, 안티고네, 2016, 15-16면.

2. 차별의 사후적 사법판단에 관한 절차법적 문제

이론적으로 인공지능의 차별행위가 실체법적으로 ‘차별’ 개념에 포섭될 수 있다고 하더라도, 실제 재판에서 차별 및 손해배상 책임의 각 요건을 증명할 수 있는지 여부는 또 다른 문제이다. 인공지능을 활용한 차별행위의 피해자들은 인공지능을 활용한 행위자에 대하여 구제수단으로 대체로 민사적 손해배상이나 원상회복조치 등을 청구할 것인데, 이때 소송상 청구를 제기하는 원고가 되는 피해자는, 일반적인 절차법적 원칙(증명책임)에 따르면, 자신에게 이익이 되는 청구를 인정받으려는 것이므로 청구권의 각 성립요건을 스스로 증명하여야 한다. 그러나 이것이 실제로 가능할 것인가? 인공지능은 그 자체로, 또는 사용자의 의도적인 방해로 인해, 일정 수준의 불투명을 내포하는 것이 보통이고 따라서 구체적인 작동과정을 파악하기 힘들게 될 가능성이 높고, 그에 따라 손해배상 책임의 성립요건 중 하나인 ‘불법행위(차별행위)와 발생한 손해 간의 인과관계’를 증명하기 어렵게 만드는 것이 아닌가?

이것이 이른바 인공지능의 불투명성(opacity)에 대한 우려로서, 이 맥락에서는 인공지능과 차별의 문제는 인공지능 자체의 고유한 속성인 ‘불투명성’으로 인해 재판으로 해결될 수 없다거나 또는 (불투명성을 극복하기에는) 소송비용이 너무 과다하기 때문에 재판이 적절한 구제수단이 될 수 없다는 주장이 제기될 수 있다. 일부 연구자들은 알고리즘적 차별의 문제를 적극적으로 다룰 수 있도록, (인공지능) 알고리즘과 그 훈련용 데이터에 대한 감사(audit) 제도 또는 강제적 조사권 등을 도입해서라도 불투명성의 문제를 해결해야 한다는 적극적 입장을 보이기도 한다.¹¹²⁾

이와 같은 주장들은 인공지능의 판단과정이 불투명하므로 ‘검증(verification)’ 내지는 ‘설명가능성(explainability)’이 확보되기 어렵다는 한계에 대한 문제의식에 터 잡고 있는 것이다.¹¹³⁾ 예를 들어, 인공지능의 작동 중에 어떤 오류가 발생하는 경우, 오류의 원인이 인공지능의 근본적 한계, 인간의 설계 또는 학습 상 실수로 인한 결함, 사용자의 잘못된 조작이나 운용 중 무엇에 해당하는지에 따라서 배상책임의 분배가 달라질 수 있다. 따라서 인공지능 사용의 책임성(accountability)을 확보함에 있어 인공지능의 작동과정을 사후적으로 들여다볼 필요가 있는데, 이때 불투명성은 사후적 검증 및 설명에 방해요소로 작용할 가능성이 있다.¹¹⁴⁾ 이 같은 불투명성의 원인은 대략 3가지로 정리된다.

112) Brent Mittelstadt, “Automation, Algorithms, and Politics: Auditing for Transparency in Content Personalization Systems.” *International Journal of Communication* Vol. 10(2016), pp. 4996, 4998.

113) 교학수 외, 앞의 책(주 2), 36면.

114) Jenna Burrell, “How the machine ‘thinks’: Understanding opacity in machine learning

첫째, 지식재산권 등의 “제도적(institutional)” 측면에서 불투명성이 형성된다. 인공지능, 특히 딥러닝은 수많은 뉴런과 레이어로 이루어져 있어 기본적으로 구조 자체가 복잡한데,¹¹⁵⁾ 인공지능망 구조는 판단과정에서 그 구조를 이루는 모든 레이어가 함께 기여하여 출력에 관여하는 구조가 아니므로,¹¹⁶⁾¹¹⁷⁾ 입력 데이터와 출력 데이터만을 놓고서는 어느 뉴런(레이어)이 최종출력에 어떻게 기여한 것인지를 밝혀내기가 쉽지 않다. 결국 인공지능이 입력에서부터 출력에 이르는 과정을 세밀하게 파악하기 위해서는 인공지능 프로그램의 소프트웨어적 설계도인 소스코드(source code)가 필요한데, 많은 경우에 소스코드는 영업비밀(trade secret)이나 지적재산권 제도를 통해 보호받고 있을 것이어서 법원 등 외부 주체가 공개를 강제하기가 어렵다.

둘째, 인공지능 자체의 “본질적(fundamental)” 측면에서도 불투명성이 나타나는 면이 있다. 예를 들어 인공지능의 소스코드를 구하여 그 의사결정 과정을 추적한다고 해도, 일반적으로 인간의 입장에서 인공지능의 구체적 판단 과정을 이해하기 어렵다는 한계가 있다. 왜냐하면 현재의 인공지능은 애초에 인간적 또는 합리적 사고과정에 초점을 두고 개발된 것이 아니라, 합리적 에이전트로서 얼마나 효과적으로 행동하는지에 초점을 두고 개발된 것이기 때문이다. 이러한 특성은 프로그래밍 언어로 이루어진 소스코드 자체의 기술적 가독성(technical literacy)의 문제¹¹⁸⁾와는 구분되는, 인공지능의 판단과정 자체에 대한 ‘불가해성(inscrutability)’의 문제라 불린다.¹¹⁹⁾ 복잡도가 일정 수준을 넘어선 알고리즘에 대한 사후검증 및 설명은 경우에 따라서는 해당 알고리즘을 설계한 개발자에게도 불가능한 것일 수 있다.¹²⁰⁾

셋째, 비용 등 “현실적(practical)” 측면에서도 불투명성이 형성될 수 있다. 예를 들어, 인공지능의 판단과정을 이해하는 것이 기술적으로는 가능한 상황이라고 하더라도, 현실적인 비용 문제를 고려할 때 재판이나 법제도 진행의 모든 과정에서 인공지능의 판단에 대해

algorithms”, *Big Data & Society*(2016), p. 4.

115) Jatinder Singh et al., “Responsibility & Machine Learning: Part of a Process”, SSRN (2016), p. 2; U.S. Executive Office of the President of US., “Preparing for the Future of Artificial Intelligence”(2016), p. 9.

116) 모델마다 각기 다른 특성을 가지고 있어, 모델 구현기법에 따라 검증가능성의 정도는 달라질 수 있다. 예컨대, ‘결정트리(Decision Tree)’는 다른 구현방식보다 검증가능성이 높은 편이다. Jatinder Singh et al., 앞의 논문(주 115), pp 4-7. 일반적으로 검증가능성이 높은 인공지능은 머신러닝이 아닌 지식베이스 기반의 규칙의 집합으로 설계된 전문가 시스템 유형일 것이다. 반면에, 오늘날 활용도가 높은 딥러닝 방식은 검증가능성이 매우 낮은 편이다.

117) Ian Goodfellow·Yoshua Bengio·Aaron Courville, 앞의 책(주 10), p. 7.

118) Andrew D. Selbst·Solon Barocas, “The Intuitive Appeal of Explainable Machines”, *Fordham Law Review Vol. 87*(2018), pp. 1093-1094; Jenna Burrell, 앞의 논문(주 114), p. 4.

119) Andrew D. Selbst·Solon Barocas, 앞의 논문(주 118), pp. 1094-1096.

120) Chris Reed et al., 앞의 논문(주 109), p. 4; Jenna Burrell, 앞의 논문(주 114), p. 9.

사후적으로 검증하는 것은 매우 어려울 수 있다.¹²¹⁾ 특히 인공지능의 입력과 출력에 대한 전수조사가 아니라 표본조사를 시행할 경우 검증작업에 오류가 수반될 가능성이 높는데, 그렇다고 해도 조사에 드는 비용과 시간을 고려한다면 모든 종류의 법절차나 규제 과정 에서 전수조사를 요구할 수도 없다.¹²²⁾ 또한 아무리 비용과 시간을 많이 들이더라도 전수 조사 자체가 사후적으로 불가능할 수도 있다. 예를 들어, 새로운 데이터를 학습하여 지속적으로 업데이트 되는 동적(dynamic) 시스템의 경우 각각의 입력에 따라 출력에 이르는 판단과정이 학습에 따라 계속 변화하기 때문에, 어떠한 출력이 왜 그렇게 산출되었는지에 관하여 사후적으로 검증을 하려고 해도 학습에 따른 개별 뉴런 및 레이어의 변화가 정기적으로 기록되지 않았다면 검증이 불가능한 것이나 다름없다.¹²³⁾

그렇다면 법절차상 어떤 해결책을 모색할 수 있을 것인가? 법절차의 진행과정에서 차별의 성립을 인정하고 그에 따른 손해배상책임 (또는 형사처벌) 등을 확정하기 위해 모든 사실이 투명하게 밝혀지고 증명되어야만 하는 것은 아니다. 인공지능 및 알고리즘의 불투명성에 대한 경고는 타당하고 정당한 지적이지만, 사회는 이미 인간행동의 불투명성에 관한 문제에 대해 증명책임(burden of proof) 법리를 응용하여 해결해왔음을 인공지능 맥락에서도 고려할 수 있다.¹²⁴⁾ 증명책임이란, 재판에서 증명되어야 할 사실의 진위불명에 빠진 경우에 재판부가 마치 그 사실이 존재하지 않는 것처럼 취급하여 법적 판단을 내림으로써 소송당사자가 받게 되는 불이익을 말한다.¹²⁵⁾ 따라서 재판상 중요한 사실을 알고 있음에도 그것을 재판에서 밝히지 않고 불투명하게 유지하려는 자는, 자신이 그것을 밝히지 않음으로써 얻는 이익과 (예를 들어, 영업비밀의 보호) 증명책임을 이행하지 못하여 받게 될 불이익을 (예를 들어, 차별로 인한 손해배상 소송에서 패소하여 부담하는 배상액) 비교하여, 불이익이 이익보다 더 크다면 증거를 제출하도록 유도하는 것이다. 모든 불투명성에 대해 투명성을 무제한적으로 강요하는 것은 적절하지 않으며, 사안에 따라 법령 및 법원의 판단에 따라 재판상 증명책임을 적절히 분배함으로써 사회적으로 적절한 수준의 투명성을 확보하는 것이 가능해질 수 있다.¹²⁶⁾

각각의 사실에 대한 증명책임을 소송당사자 중 누구에게 분배해야 할 것인지의 기준에 관하여, 우리나라 민사재판의 경우에는 주장되는 권리가 법에 어떤 구조로 규정되어 있는

121) Danielle Keats Citron·Frank Pasquale, "The Scored Society : Due Process for Automated Predictions", *Washington Law Review* Vol. 89:1(2014), pp. 15-16.

122) Deven R. Desai·Joshua A. Kroll, "Trust But Verify: A Guide to Algorithms and the Law", *Harvard Journal of Law and Technology* Vol 31, Issue 1(2018), p. 37.

123) Deven R. Desai·Joshua A. Kroll, 앞의 논문(주 122), pp. 39-41.

124) Lilian Edwards·Michael Veale, 앞의 논문(주 3), p. 43.

125) 이시윤, *신민사소송법*, 박영사, 2016, 541-543면.

126) Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2004, pp. 425-428.

지에 따라 결정된다는 ‘법률요건 분류설’을 따르고 있으며,¹²⁷⁾ 형사재판의 경우에는 ‘진위가 의심스러울 때는 피고인의 이익이 우선한다는 원칙(*in dubio pro reo*)’에 따라 검사가 증명책임을 부담한다.¹²⁸⁾ 행정재판은 민사재판과 같이 법률요건 분류설에 따라, 행정청의 처분이 적법하였는지는 원칙적으로 행정청이 증명하되, 개인이 특정한 권리를 주장하는 경우에는 그 개인이 권리의 존재를 증명하도록 책임을 지우고 있다.¹²⁹⁾ 따라서 우선적으로는 법령에 권리가 어떻게 규정되어 있는지에 관한 입법구조가 중요하다.¹³⁰⁾

다만 일반적인 법원칙에 의한 분배방식에만 의존할 경우, 정보를 확보하기 어려운 개인의 민사상 권리구제를 저해할 수 있으므로, 우리나라는 물론 외국 법원에서조차 산업제해 소송 등 일정한 상황에서 증명책임의 전환(*res ipsa loquitur*)을 법리로 인정하고 있다.¹³¹⁾ 증명책임의 전환 법리에 의하면 손해배상 등 권리를 주장하는 원고는 그 권리의 성립요건에 관한 모든 사실을 처음부터 증명할 필요가 없으며, 대신 법원이 정한 몇몇 기초사실만을 증명함으로써 권리의 존재를 ‘추정(presumption)’받을 수 있다. 이렇게 권리의 존재가 일단 추정되면, 소송 상대방이 그와 반대되는 사실을 증명하지 못하는 이상 권리가 인정되어 권리를 주장한 원고가 승소한다.

그렇다면 차별과 관련된 재판에서의 증명책임은 어떠한가? 차별행위를 형사적으로 처벌하려는 경우, 범죄사실은 검사에 의하여 증명되어야 하므로, 차별행위를 저지른 것으로 의심되는 피고인은 자신의 차별행위에 관련된 사실, 예를 들어, 자신이 사용한 인공지능 프로그램에 관련된 사실을 불투명하게 유지하려고 노력할 것이다. 여기서 검사는 민사재판의 당사자인 개인과 달리 범죄에 관한 구체적인 정보들을 강제적으로 밝혀낼 수 있는 압수·수색 등 다양한 수단이 있으므로, 영업비밀 등의 제도에 의해 정보수집 자체가 가로막히지 않는다.¹³²⁾ 한편, 차별행위가 행정절차상 발생한 경우에는 차별이 의심되는 해당 행정처

127) 이시윤, 앞의 책(주 125), 543-545면.

128) 노명선·이완규, 형사소송법, 성균관대학교출판부, 2015, 436-437면.

129) 법원행정처, 법원실무제요 행정, 법원행정처, 2016, 277-278면.

130) 예를 들어, 법률요건 분류설에 따르면, 민사재판에서 「민법」 제750조에 따라 불법행위에 기한 손해배상을 주장하는 자는 원칙적으로 당해 규정에 따른 모든 요건사실을 증명해야 한다. 따라서 소비자가 구매한 어떤 물건이 오작동을 일으켜 신체나 재산에 손해를 발생시킨 경우, 소비자가 그 물건의 제조업자에 대해 불법행위에 기한 손해배상을 청구하려 한다면, 민법 및 법률요건 분류설의 원칙에 따라 소비자 자신의 손해가 제조업자의 잘못으로 인해 발생했다는 ‘인과관계’를 재판에서 증명해야 한다. 그러나 전자장치와 같은 복잡한 물건에 대한 전문적 지식이 없는 소비자로서는 그런 사실을 증명하기 매우 어렵다. 이를 해결하기 위해 법원이 적절한 판례상 논리를 세울 수도 있지만(예를 들어, 제조물책임법 시행 전의 대판 2000. 2. 24. 84다15934 등 참조), 입법부가 증명책임을 완화하는 입법을 할 수도 있다. 이러한 맥락에서 2002년부터 시행되고 있는 「제조물책임법」 제3조의2는, 소비자가 제조물의 결함으로 인해 입은 손해배상을 제조업자에게 청구하려는 경우에 특정한 사실만을 증명하면 제조물의 결함 및 결함과 손해의 인과관계를 모두 추정해주고 있다. 이에 관한 더 자세한 설명은 지원림, 민법강의, 홍문사, 2017, 1742-1746면 참고.

131) 이시윤, 앞의 책(주 125), 554-557면; Chris Reed et al., 앞의 논문(주 109), pp. 13-14.

분이 적법하다는 점은 행정소송법상 정부에게 입증책임이 있으므로,¹³²⁾ 정부가 인공지능을 활용하여 그와 같은 처분에 이른 상황에서 스스로 불투명성을 계속 유지하려 할 경우, 법원은 그 처분이 차별적으로 이루어진 부적법한 것임을 인정하여 당해 처분을 취소할 수도 있을 것이다.

민사상 손해배상 소송의 경우에도, 관련법에 명문화된 증명책임의 전환 규정을 활용한다면,¹³⁴⁾ 인공지능을 활용한 차별 문제의 절차법적 불투명성 문제는 적어도 부분적으로는 해결될 수 있다. 예를 들어, 「장애인차별금지법」상 증명책임의 전환 규정이 도입되기 전인 2004년에, 서울중앙지방법원은 장애인에 대한 보험가입을 거절한 행위가 「장애인복지법(차별금지에 관한 내용이 현행 장애인차별금지법으로 분리)」상의 차별에 해당되어 손해배상 책임을 부과하는지 여부가 문제된 사안에서, ‘장애를 이유로 차별을 받은 사실’에 대한 증명책임은 차별을 받은 원고가 부담한다고 판시하였다.¹³⁵⁾ 그런데 「장애인차별금지법」은 2008년에 제정되었고 증명책임 전환이 명시화되었는데, 그 후인 2017년 서울중앙지방법원은 장애인에 대한 아무런 배려 없이 이뤄진 면접이 「장애인차별금지법」상의 차별에 해당하여 손해배상 책임을 부과하는지 여부가 문제된 사안에서, 원고는 ‘불리한 대우를 받은 사실’에 대한 증명책임만을 부담할 뿐, 그것이 ‘장애로 인한 차별’이라는 점에 관한 증명책임은 부담하지 않는다고 판결하였다.¹³⁶⁾

132) 다만 수사기관의 강제적 처분으로서 압수 및 수색은 불투명성의 원인 중 하나인 지적재산권 제도를 우회할 수 있을 뿐, 인공지능 알고리즘의 근본적인 불가해성에 대한 해결책은 될 수 없을 것이다. 그러나 형사재판의 대원칙인 무죄추정의 원칙을 포기할 수는 없으므로, 이 근본적인 불가해성에 대한 해결은 인공지능을 활용한 범죄행위에 대해서는 ① 해석론적으로 구성요건을 넓게 해석하거나, ② 입법론적으로 구성요건 자체를 포괄적으로 규정하는 방향으로 해결되어야 할 것이다.

133) 이때 무효확인소송에서는 차별의 피해자인 원고에게 증명책임이 있다(대판 2010. 5. 13. 2009두3460)는 지적이 제기될 수 있지만, 통설·판례상 처분의 당연무효를 판단하는 기준인 이른바 ‘중대·명백설(대판(奎) 2018. 7. 19. 2017다242409)’의 취지를 감안하면 애초에 취소소송 대신 무효확인소송을 제기한 경우는 대부분 원고가 차별의 하자가 객관적으로 명백하다고 판단한 경우이거나, 제소기간을 도과한 경우일 것이라는 점을 감안할 필요가 있다.

134) 예를 들어, 「장애인차별금지법」 제46조, 제47조, 「남녀고용평등법」 제30조 등을 참조.

135) 서울중앙지판 2004. 2. 12. 2003가단150990. “...결국 보험회사가 보험승낙 여부를 결정함에 있어 장애를 이유로 부당한 차별을 한 것이라면 이는 장애인복지법 제8조에 위반한 것으로 위법한 행위에 해당한다 할 것이고, 위에서 본 관계 법령의 취지와 손해배상책임의 성립 구조에 비추어 그 위법성의 판단에 있어, 원고로서는 위 보호영역 내에서 장애를 이유로 차별을 받은 사실에 관한 증명책임을 부담한다 할 것이고, 그 차별이 합리적인 이유가 있어 자의적인 차별에 해당하지 않는다는 점에 관한 증명책임은 피고에게 있다고 봄이 상당하다.”

136) 서울중앙지판 2017. 4. 26. 2015가합519728. “... 가) 증명책임의 분배 다음과 같은 장애인차별금지법의 규정 및 취지를 종합하여 보면, 장애인차별 금지법 제4조 제1항 제1호에 따른 차별행위에 있어서 ‘장애인을 제한·배제·분리·거부 등에 의하여 불리하게 대하는 사실’에 관한 증명책임은 차별행위를 당하였다고 주장하는 자가 증명책임을 부담하고, 그와 같은 제한·배제·분리·거부 등에 의하여 불리하게 대하는 경우가 ‘장애로 인한 차별’이 아니라거나 ‘정당한 사유가 있다’는 점에 관하여는 차별행위를 당하였다고 주장하는 자의 상대방이 증명하여야 하는 것으로 봄이 타당하다. (1) 장애인차별금지법 제4조 제1항 제1호는 ‘장애인을 장애를 사유로 정당한 사유 없이 제한·배제·분리·거부 등에 의하여 불리하게 대하는 경우’를 차

이러한 변화는 차별에 대한 유럽에서의 법리와 유사한 방향을 취한다. 앞서 살펴보았듯 유럽은 차별을 받은 원고가, ① 자신은 동등한 대우를 받아야 하는 대상인데, ② 차별금지 사유에 따른 차등적 대우의 존재(직접차별) 또는 외관상 중립적인 기준에 의한 차별적 영향(간접차별)이 존재했다는 사실만 증명하면 곧바로 차별이 추정되는 증명책임의 전환을 인정하고 있다.¹³⁷⁾ 같은 맥락에서 EU사법재판소는 차등적 대우의 기준이 불명확한 경우, 차별을 받은 원고가 그 기준이 차별적이라는 점을 증명해야 하는 것이 아니라, 차등적 대우를 한 행위자가 자신의 행위가 차별적이지 않다는 것을 증명해야 한다는 증명책임의 전환을 인정하고 있다. 예를 들어, 부가 급여(pay supplements)가 차별적인지 여부가 문제된 Danfoss 사건에서는 회사의 급여가 기동성(mobility), 훈련(training), 근속기간(seniority) 등을 고려하여 산정되었음은 알려졌으나 구체적인 급여산정체계는 알려져 있지 않았다. 이에 대하여 EU사법재판소는 급여체계에 대한 정보가 상세하게 공개되지 않을 때에는 증명책임이 고용주에게 전환되어, 고용주가 급여체계가 차별적이지 않음을 증명하여야 한다고 판시하였다.¹³⁸⁾ 마찬가지로 개인적 성과(individual output)에 근거하였다고 알려진 성과급 체계가, 남성이 주로 종사하는 직군에 비하여 여성이 주로 종사하는 직군에 상대적으로 낮은 급여를 지급한 것이 문제된 Royal Copenhagen 사건에서도, 성과급 지급 기준이 투명하지 못한 경우에는 사용자가 성과급의 차이가 차별에 근거하고 있지 않다는 것을 증명해야 한다고 판시하였다.¹³⁹⁾

이처럼 차별에 관한 증명책임의 법리는 차별적 영향 또는 차등적 효과라는 '행위의 효과'가 증명된다면 차별의 존재를 추정하게 되므로, 차별행위에 이르는 과정이 불투명하다는 사실은, 행위자인 피고에게 재판상 별다른 도움이 되지 않는다. 나아가 민사소송법 제374

별행위로 규정하고 있고, 같은 법 제47조에서 위 차별행위에 관한 증명책임에 관하여 차별행위가 '장애를 이유로 한 차별'이 아니라거나 '정당한 사유가 있었다는 점'은 차별행위를 당하였다고 주장하는 자의 상대방의 증명하는 것으로 정하고 있는 점을 고려할 때, 차별행위를 당하였다고 주장하는 자가 '장애로 인한 차별'이라거나 '정당한 사유가 없다'는 점에 관하여는 증명책임을 부담하지 않는다는 것이 위 각 규정의 체계적 해석에 부합한다. (2) 장애인에 대한 제한·배제·분리·거부의 행위자는 차별행위를 당하였다고 주장하는 자의 상대방이므로, 그와 같은 차별행위가 장애를 이유로 한 것이라는 점에 관한 증거는 위 상대방에게 편재되어 있는 것이 일반적이다. 따라서 그와 같은 차별행위가 장애를 이유로 한 것이라는 점을 차별행위를 당하였다고 주장하는 자에게 증명하게 하는 것은 증거에 대한 접근의 어려움, 장애인의 특수성 등을 고려할 때 지나치게 가혹하여 모든 생활영역에서 장애를 이유로 한 차별을 금지하고 장애를 이유로 차별받은 사람의 권익을 효과적으로 구제함으로써 장애인의 완전한 사회참여와 평등권 실현을 통하여 인간으로서의 존엄과 가치를 구현함을 목적으로 장애인차별금지법의 입법목적에 부합하지 않는다."

137) 헌법재판소 헌법재판연구원, 앞의 책(주 61), 55-57면.

138) 헌법재판소 헌법재판연구원, 앞의 책(주 61), 58, 87-89면. (Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening, acting on behalf of Danfoss (1989) C-109/88)

139) 이주희, "간접차별의 개념과 판단기준", 청구법학 제32권 제2호(2010), 204-205면. (Specialarbejderforbundet I Danmark v Dansk Industri, formerly Industriens Arbejdsgivere, acting for Royal Copenhagen A/S (1995) C-400/93)

조에 의하여 준용되는 서증 관련 규정에 의해 피고는 자료를 법정에 제출할 의무가 있고 (동법 제344조), 자료를 훼손하는 경우 법원은 원고의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다(동법 제350조). 때문에 오히려 증명책임의 전환으로 피고는 자신의 행위가 차별적이지 않았음을 증명해야 할 따름이다. 앞서 가. 절에서 살펴본 난독화(obfuscation) 문제도 마찬가지이다. 차별의 행위자가 스스로 증명책임을 부담하는 상황임에도 불구하고, 자신의 행위가 차별적인 결과에 이르는 과정을 일부러 불투명하게 만들었다면 이는 민사소송법에 따른 각종 불이익을 부담하는 결과로 이어질 것이기 때문이다.

결론적으로, 인공지능이 불투명하다고 하여, 인공지능과 차별의 문제를 사후적인 재판으로 구제하는 것 자체를 불가능하게 할 정도로 근본적인 한계라고 단정짓기는 어렵다. 인공지능 알고리즘의 불투명성이라는 특징을 강조하는 선행연구¹⁴⁰⁾들은, 사후적 사법판단을 통한 구제수단의 존재에 대해 진지하게 다루지 않는 경향이 있다. 그러나 사법제도는 매우 불투명한 존재인 인간을 대상으로 분쟁을 해결하고 책임을 분배하는 작업을 오랜 기간 수행해 온 경험이 있다. 그것이 가능했던 중요한 이유 하나는 인간이 스스로를 온전히 설명할 수(explainable) 있기 때문보다는, 모호하고 애매한 - 즉, 불투명한 영역의 사실에 대한 증거가 충분하지 않은 - 상황에서, 그에 대한 불이익을 누구에게 지울 것인지에 관한 '증명책임 법리'를 적절히 운용해왔기 때문이다.¹⁴¹⁾

다만 인공지능에 의한 (잠재적으로 차별적인) 의사결정과 관련하여 사법제도가 원활하게 작동하기 위해서는 몇 가지 한계와 전제가 고려되어야 한다. 위에서의 논의에 기초하여, 이에 관해 간략히 정리해 보기로 한다. 그리고 사전적인 행정규제가 어떤 역할을 할 수 있을지에 관해 좀 더 상세히 살펴보기로 한다.

첫째, 이 절에서 강조한 것처럼, 증명책임의 전환 등 증명책임 법리가 적절히 조정될 필요가 있다. 일부 개별법 영역에는 증명책임의 전환이 도입되어 있지만, 인공지능 맥락에서 증명책임 법리를 어떻게 조정할지에 대한 보다 일반화된 논의가 필요하다. 예를 들어 형사법 영역에서는, 압수와 같은 대물적 강제처분을 토대로 인공지능의 제도적인 (영업비밀) 또는 현실적인 (비용) 불투명성은 어느 정도는 극복할 수 있으나, 피고인의 기본권 보장이

140) 예를 들어, Jenna Burrell, 앞의 논문(주 114), p. 10은 인공지능이 데이터를 학습하고 처리하는 패턴 자체가 인간에 의해 이해되기 어렵다는, 불가해성으로서의 인공지능의 불투명성에 주목하여, 규제(regulation)나 알고리즘 코드 또는 작동방식에 대한 감사(audit), 오픈소스(open source) 활용, 알고리즘의 위험성을 일반대중에게 교육하는 것 등을 중요한 해결책으로 제시하고 있다. 이 논문은 법원을 통한 사후적 사법절차는 논의에 포함하지 않고 있다.

141) 물론 궁극적으로 가장 좋은 해결책은 인공지능의 불투명성을 둘러싸고 사회적 책임을 어떻게 분배해야 할 것인지에 관해 실체적 배상책임과 절차적 증명책임을 법제화하는 것이다. 그러나 현재는 그러한 차별금지법이 구체적으로 어떤 내용을 담아야 하는지조차 충분한 사회적 논의가 이뤄지지 않았으므로, 이 글은 잠정적인 해결책으로 증명책임의 전환을 (또는 증명책임의 분배 자체의 변화를) 고려해 볼 수 있다는 점을 제시하고자 한다.

라는 대원칙으로 인해 증명책임을 전환하거나 완화하는 것이 무척 어렵기 때문에 불가해성의 극복에 한계가 남게 된다. 나아가 다음과 같은 물음도 제기될 수 있다. 어떤 행위에 대해, 해당 행위가 인공지능을 사용하여 행해졌다는 이유만으로 증명책임의 완화나 전환을 인정할 수 있을 것인가? 그렇지 않다면, 증명책임의 완화나 전환을 위해 어떤 제한조건들을 부가할 수 있을 것인가?

둘째, 인공지능에 의한 차별적 의사결정이 발생한 경우에, 차별행위의 피해를 받는 당사자는 그러한 의사결정의 존재 자체를 파악하지 못할 가능성이 존재한다. 당사자에 의한 문제해결은, 당사자가 문제의 존재를 파악하고, 파악하려는 능력이 있을 것을 당연한 전제로 한다. 차별적 의사결정이 있을 때, 당사자가 그에 관해 파악할 수 있는 메커니즘에 관하여는 추가적 고민이 필요하다.

셋째, 인공지능의 도래와 더불어 간접차별의 법리가 보완될 필요가 있다. 간접차별은 당사자의 구제를 널리 도모하기 위해 '차별적 영향' 또는 '차등적 효과'만 있으면 차별의 존재 자체를 추정하는 논리구조를 취한다. 그러나 어느 정도로 차별적 영향이 있어야 하는가? 이에 대한 기준을 사전적으로 선언할 경우, 차별행위자들은 단지 그 기준을 우회하는 방식으로 차별을 행할 우려가 있다. 그러나 기준이 사전적으로 밝혀지지 않는다면, 예측가능성이 떨어지게 되고 당사자들은 향후 법정에서 무엇을 증명해야 하는지 판단을 하기 어려울 수 있다. 이 같은 애매한 기준의 문제는 법이 가지는 본질적인 문제일수도 있지만, 인공지능을 활용한 의사결정의 맥락에서는 매우 중대한 것으로 부각될 가능성이 높다.

넷째, 궁극적으로 증명책임을 통한 조정방안을 통하더라도, 인공지능의 본질적인 불가해성은 여전히 극복하기 어렵다는 한계가 지적될 수 있다. 인공지능의 제작자 내지 사용자 역시 본질적인 불가해성의 영향으로부터 자유로울 수는 없고, 증명책임이 부여된 상황에서 입증하는 것이 불가능하거나 제한적으로만 가능한 상황에 처하게 될 가능성이 있다. 다만, 올바른 사법판단을 위해 지향해야 할 목적이 '설명가능 인공지능(Explainable AI)¹⁴²⁾'에 있다는 일반적 이해를 고려하면, 증명책임 부담자를 설명가능 인공지능의 '최소비용 회피자(least cost avoider)'와 일치시키려는 시도의 일환으로 이해할 수 있을 것이다. 이를 위해서는 구체적인 제도의 설계과정에서 유인(incentive) 구조에 대하여 세밀한 고민이 요구된다. 인공지능의 제작자 내지 사용자에게 증명책임을 과중하게 부과하는 경우, 그에 따른 사회적 영향은 어떻게 나타날 것인가? 법제도가 인공지능 기술의 발전에 불필요한 냉각효과(chilling effect)를 가져오는 것은 아닌가? 그렇다면 투명성을 일정 수준 이상 확보한 경우 면책을 제공하는 방안은 어떠한가? 법이 인간 이상의 정확도와 일정한 수준을

142) '설명가능 인공지능'에 관한 대표적 논의로, David Gunning, "Explainable artificial intelligence (XAI)", Defense Advanced Research Projects Agency(DARPA)(2017) 참조.
(<https://www.darpa.mil/attachments/XAIProgramUpdate.pdf> 최종 접속일 : 2018. 12. 20.)

넘어선 설명가능성을 탑재한 인공지능이 유발한 (차별적) 부작용조차 빈틈없이 방지할 것을 요구하는 것이 과연 가능한 일이고, 바람직한 일인가? 이상과 같은 쟁점은 현대형 소송의 증명책임의 전환 또는 완화에 관한 일반론을 인공지능 맥락에서 응용할 때 어떤 점을 고려해야 할 것인지에 관한 시사점을 제공해준다.

3. 차별의 사전적 행정규제에 관한 문제

인공지능을 활용한 차별의 위험성을 강조하는 일부 연구는, 인공지능을 활용한 차별행위를 해소함에 있어 재판을 통한 사후적 규제에는 한계가 있다는 주장을 한다. 이는 주로 두 가지 유형의 주장으로 나눌 수 있다. 첫째, 인공지능을 활용한 차별행위는 개인적, 사회적 차원에서 파급효과가 매우 중대하므로, 사후적 규제만으로는 불충분하다. 둘째, 각각의 사안마다 일일이 사후적으로 규제를 하는 것보다는, 사전적으로 일괄적인 기준 하에 규제를 하는 것이 더 효율적이다.¹⁴³⁾ 이 같은 주장에 관해 나누어 검토한다.

(1) 인공지능을 활용한 차별행위는 무엇이 특별한가?

우선 인간에 대한 최종적인 판단이나 행위(예컨대 행정처분)가 인간의 개입 없이 자동적으로(automated) 처리되는 것 자체가 금지되어야 한다는 주장이 있을 수 있다. 이 주장은 종종 다음과 같은 생각을 전제로 한다. 즉, 인공지능을 활용할 경우에 인간이 직접 최종적인 행위를 할 때보다 (통계적인 정확도는 더 높을지 몰라도) 오히려 덜 신중한 판단으로써, 경로의존적(path-dependently)으로 더 심각한 폐해(즉 차별)를 유발 또는 강화할 수 있다는 것이다. 여기서 인공지능이 ‘덜 신중하다’는 속성과 ‘차별을 경로의존적으로 강화한다’는 속성은 결국 하나의 원인으로 귀결된다. 빅데이터를 이용하는 현대 인공지능은, 규칙에 따라 연역적 판단을 내리는 것이 아니라, 과거의 데이터를 학습하여 재창출하는 방식으로 작동한다는 점이다.

여기서 경로의존성은 우연한 이유로 일단 하나의 선택이 이루어진 경우, 그것이 관성적으로 이후 선택에 영향을 미쳐 점차 고착화되는 성향을 뜻한다.¹⁴⁴⁾ 이를 차별에 관한 논의의 맥락에 적용해보면, 경로의존성은 한 번 시작된 차별이 지속 및 강화되는 과정을 설명하는 원리 중 하나가 될 수 있다. 차별이 시작된 원인에 관계없이, 경로의존성은 차별의

143) Danielle Keats Citron·Frank Pasquale, 앞의 논문(주 121), pp. 18-24; 양종모, 앞의 논문(주 2), 83면; 허유선, 앞의 논문(주 2), 198-199면.

144) Paul Pierson, “Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of Politics”, *The American Political Science Review* Vol. 94, No. 2(2000), p. 251 참조.

피해자¹⁴⁵⁾와 가해자¹⁴⁶⁾ 양측 모두에서 작동하여 이미 시작된 차별을 지속 및 강화시킨다. 따라서 차별이 일어나고 있는 현실의 영향을 받은 훈련 데이터, 즉 과거의 역사적 데이터(historical data)를 활용하여 학습된 인공지능 알고리즘은 차별의 경로의존성을 더욱 강화할 수 있다.¹⁴⁷⁾ 그런 점에서 인공지능이 차별을 경로의존적으로 악화시킬 것이라는 우려에 관해서는 진지한 고민이 필요하다. 현실에서의 인공지능은 통계적 분류 또는 순위 설정 프로그램인 경우가 많으며,¹⁴⁸⁾ 어떤 데이터로 훈련하는지에 따른 영향 또는 훈련과정에서 인간의 개입에 따른 영향을 많이 받게 되는 것이 보통이다.¹⁴⁹⁾ 그러므로 인공지능의 이용은, 기존에 행해진 차별을 역사적 데이터로 변환하여 인공지능 알고리즘으로 재창출하는 과정에서 차별을 영속화하거나 강화할 우려를 낳게 된다.¹⁵⁰⁾

물론 경로의존성의 문제에 관해, 이는 ‘인공지능’의 본질적 속성으로 인해 나타나는 것이

-
- 145) Betsy Anne Williams·Catherine F. Brooks·Totam Shmargad, "How Algorithms Discriminate Based on Data They Lack", *Journal of Information Policy* Vol. 8(2018), pp. 91-96에 따르면 피해자의 입장에서 경로의존성이 작동하는 이유는 여러 가지가 있다. 이에 대한 설명 중 하나는 경제학에서의 ‘신호이론(signal theory)’이다. 고용주는 노동자의 실제능력을 정확히 알기는 어렵기 때문에 노동자가 발송하는 여러 신호에 의존하여 능력을 가늠하게 되는데, 노동자가 자신의 능력에 관한 신호를 발송하는 데에도 비용이 들기 때문에 문제가 발생할 수 있다. 비용의 존재로 인해, 낮은 대우를 받는 집단에 속한 우수한 노동자는, 자신의 능력을 고용주에게 드러낼 수 있는 새로운 신호를 발송함으로써 더 나은 대우를 받을 수 있더라도, 새로운 신호에 드는 비용이 자신이 얻게 될 수 있는 더 나은 대우에 미치지 못한다면 새로운 신호를 발송하지 않고 그냥 낮은 대우를 받는 것을 선택할 것이다. 이런 경우에는 노동자 개인의 합리적인 선택이 집단 전체의 차별을 지속시키는데 기여하게 된다.
- 146) 박영범, “차별의 경제학적 의미”, *계간 임금연구* 봄호(2007), 43-44면. 가해자의 입장에서 경로의존성이 작동하는 이유도 여러 가지인데, 대표적으로 ‘통계적 차별이론(statistical discrimination)’이 문제된다. 고용주는 노동자의 실제능력을 정확하게 알지 못하므로 노동자가 발송하는 신호 중 무엇이 정말로 능력과 관련된 신호인지를 심사(screening)할 필요가 있는데, 심사에도 비용이 들기 때문에 통계적으로 검증된 신호를 집중적으로 검토하게 된다. 따라서 어떤 집단에 속해 있다는 신호가 능력과 실제로 관련이 있다는 사실이 초기에 통계적으로 드러난다면, 후기에 들어 그 집단에 속해 있다는 것이 실제 능력과의 관련성이 떨어지더라도 고용주는 그 집단에 속한 노동자들을 선발하려고 할 가능성이 높게 된다.
- 147) Solon Barocas·Andrew D. Selbst, "Big Data's Disparate Impact", *California Law Review* Vol. 104(2016), pp. 679-680. 이 밖에도 수집된 데이터 항목 자체가 편향되어 있어서 차별이 강화될 수 있는 경우에 관하여, Kate Crawford, "The Hidden Biases in Big Data", *Harvard Business Review*(2013. 4. 1.) 참조. 여기서는 스마트폰에 의하여 발송하는 요청을 기준으로 사회 인프라를 개발한 탓에, 이미 스마트폰이 보급되고 작동할 정도로 인프라가 좋은 지역이 추가적으로 개발되는 사례가 소개되고 있다. 한편, Moritz Hardt, "How big data is unfair", *Medium*(2014. 9. 26.)은 소수집단의 데이터가 실제에 비해 너무 적게 수집된 탓에 알고리즘의 학습과정에서 예외적인 경우로 취급되어, 알고리즘 학습에 제대로 반영되지 않을 가능성(대표성 문제)을 지적한다.
- 148) 앞서 2장에서 살펴본 것과 같이, 머신러닝은 데이터 특성간의 인과관계와 상관관계를 스스로 구분하지 못한다. 따라서 Catherine Tucker, "Privacy, Algorithms and Artificial Intelligence", *The Economics of Artificial Intelligence: An Agenda*(2017), p. 9에 제시된 사례에서처럼 소셜미디어의 감자튀김 사진을 좋아하는 것과 높은 지능지수 사이에 일정한 상관관계가 있더라도, 인간의 입장에서는 우연한 일치이거나 자의적인 기준일 수 있으므로 판단에 반영하지 않을 것이지만, 머신러닝은 그것이 그럴듯하다고 보아 스스로의 학습에 반영할 가능성이 있다.
- 149) Kate Crawford, 앞의 글에서는 이를 두고 ‘미가공 데이터(raw data)’는 형용모순(oxymoron)이라고 하면서까지 강하게 비판한다; 허유선, 앞의 논문(주 2), 178-180면 참조.
- 150) Solon Barocas, 앞의 논문(주 104), p. 3.

아니라, 다루는 데이터가 양적으로나 질적으로나 매우 방대해졌고, 데이터를 예전보다 더 체계적으로 반영할 수 있게 되었다는, 빅데이터(Big Data) 시대의 도래로 인한 것이라 볼 수도 있다. 이 맥락에서 볼 때 인공지능의 빅데이터 분석에 의한 차별의 경로의존적 심화는 이미 종래에도 종종 발생하던 편견의 오류가 더욱 가속화되는 것을 의미하는 것일 수 있다. 다시 말해, 인공지능의 도입은 차별의 본질적 구조를 바꾼 것이 아니고, 단지 이미 일어나고 있던 차별에 대해 그 속도와 규모를 증폭시킨 것 뿐이라고 볼 수 있는 것이다.

그러나 차별의 속도나 규모가 증폭되거나 그러한 '경로'가 형성되는 것은, 종래와 다른 새로운 지평의 문제를 유발할 가능성도 있다. 예를 들어, 차별이 문제되는 대상의 데이터들은 특징(feature)들이 서로 고도로 얽혀있는데다(encoded) 데이터의 규모가 크기 때문에 대체변수(proxy)를 어렵지 않게 찾아낼 수도 있다.¹⁵¹⁾ 이 대체변수는 차별금지 법령 등으로 인해 수집이 불가능한 데이터 항목의 결측값을 보충(imputation)하는 역할을 할 수도 있지만, 차등적 대우를 받는 대상 간의 본질적 차이를 나타내는 새로운 매개변수(parameter)를 짚어낸 것일 수도 있다. 이 때 전자와 후자의 구분은 현실적으로 쉽지 않은 것일 수도 있고, 빅데이터로 인하여 고려해야 할 요소가 늘어난 탓에 문제시되는 차등적 대우에 개입된 기준의 부당성을 판단하기 위한 '가정적 상황(counterfact)'을 파악하는 것 자체가 곤란해질 수도 있다. 데이터의 규모가 증가하여 금지된 차별사유의 대체변수를 만들기가 쉬워졌는데,¹⁵²⁾ 그 대체변수가 부당한 차별인지를 사후적으로 판단하는 것조차 데이터의 규모 증가로 인해 어려워지는¹⁵³⁾ 셈이다.

정리하자면, 차별행위에 인공지능이 활용되었다는 이유만으로 차별행위의 논리와 구조가 완전히 바뀐 것은 아니므로, 사후적 사법판단이 차별행위에 대한 구제수단으로서의 기능을 상실했다고 단정하기는 어렵다. 그러나 다른 한편으로는, ① (경로의존성) 인공지능의 방법론인 딥러닝에는 역사적 데이터가 활용됨으로써 과거의 차별이 경로의존적으로 재생산될 가능성이 있고, ② (대체변수 발견의 용이성) 차별금지사유에 관한 정보의 수집을 금지하는 것은 인공지능의 성능으로 인해 대체변수가 쉽게 찾아지는 등 무력화될 가능성이 있으며, ③ (차별의 고도화) 인공지능의 복잡한 분석을 통해 매우 고도화된 미묘한 차별행위가 이뤄질 수도 있고, 이에 대해 그 대상이 되는 개인은 상황에 대한 파악이 어려울 수 있다. 이와 같은 문제가 두드러진다면, 사법절차를 통한 사후적인 구제는 많은 한계를 보

151) Betsy Anne Williams·Catherine F. Brooks·Totam Shmargad, 앞의 논문(주 145), pp. 83-84.

152) Kate Crawford·Jason Shultz, "Big Data and Due Process: Toward a Framework to Redress Predictive Privacy Harms", *Boston Law Review* Vol. 55(2014), pp. 99-101.

153) Solon Barocas·Andrew D. Selbst, 앞의 논문(주 147), p. 717; Bryce W. Goodman, "A step towards accountable algorithms?: Algorithmic Discrimination and the European Union General Data Protection", *29th Conference on Neural Information Processing Systems(NIPS 2016)*(2016), p. 3.

이게 될 수 있고, 사전적인 행정규제가 더 바람직할 수도 있다.

(2) 인공지능을 활용한 차별행위에 대한 사전적 행정규제는 효율적인가?

사회적으로 문제가 되는 상황이 발생하는 것을 억제하기 위해서는, 사후적으로 강력한 제재를 가할 수도 있지만, 다른 한편으로는 사전적인 통제를 통해 그러한 상황이 발생할 가능성을 최소화하기 위한 노력을 기울이는 것이 사회적으로는 더 중요할 수도 있다. 전자의 경우 피해자에 대한 민사적 배상과 조화될 수 있으며, 후자의 경우는 피해자의 권리 자체를 사전적이고 절차적으로 보호하려는 행정규제의 취지와 조화될 수 있다. 어느 방식이 문제의 발생을 더 잘 억제하면서도, 동시에 피해자를 잘 보호할 수 있는지는 구체적 사정에 따라 달라질 수 있다.¹⁵⁴⁾ 예를 들어 차별에 대하여 충분히 높은 액수의 손해배상액을 인정하기 어려운 법제도적 제약이 있다거나, 차별 입증에 어려워져서 재판상 구제에 어려움이 있는 경우, 피해자들이 피해 자체에 대해 파악하기 쉽지 않을 수 있는 경우 등의 상황에서는 차별금지가 제대로 구현되지 못할 우려가 있다. 이러한 맥락에서 사전적 행정규제는 사후적 사법판단에 비해 더 바람직할 수도 있다.

그러나 구체적으로 어떠한 사전적 행정규제가 가능할 것인가? 차별과 관련된 맥락에서의 사전적 행정규제가 지금까지 얼마나 유용한 성과를 냈는지에 관해서는 다양한 평가가 존재한다. 인공지능과 관련된 차별의 문제에 있어서는, 과연 경로의존성, 대체변수 발견의 용이성, 차별의 고도화 등에 대해 사전적 행정규제가 얼마나 효율적으로 작동할 것인지를 살펴볼 필요가 있다. 생각해 볼 수 있는 사전적 행정규제들은 다양하겠지만, 여기서는 ‘기술영역의 적법절차(technological due process)’를 중심으로 생각해 본다.

기술영역의 적법절차란, 이 개념을 처음 구체화하여 제시한 Danielle Citron에 따르면, ‘예측 알고리즘이 공정성과 정확성을 담보할 수 있도록 하려는 일정한 수준의 조사와 검토를 보장하려는 절차(procedures ensuring that predictive algorithms live up to some standard of review and revision to ensure their fairness and accuracy)’로 설명된다.¹⁵⁵⁾ Citron은 미국정부가 건강보험의 요양급여를 지급하는 과정에서의 의사 결정을 예로 들어, 주어진 데이터에 따라 자동적인 처분¹⁵⁶⁾을 내리는 것이, 행정처분과

154) 사후적 구제와 사전적 규제의 관계에 관한 일반론으로는 Steven Shavell, 앞의 책(주 126), pp. 581-585 참조.

155) Danielle Keats Citron·Frank Pasquale, 앞의 논문(주 121), p. 19.

156) 이는 차별행위의 의도와 그에 대한 손해배상 책임의 고의 및 과실을 인정함에 있어서 중요한 것으로 위에서 언급한 인공지능의 ‘최종적 행동’과 연결되는 개념이다. 인공지능이 인간의 감독을 거쳐 행동에 이르면 아무런 문제가 되지 않지만, 행정의 효율성 등을 이유로 수만 명에 대한 처분을 알고리즘에 의해 일괄적으로 처리하고 있다면, 이는 최종적 처분이 인간의 감독을 제대로 받지 않는 경우로, 인공지능이 단독

정에 자동화 알고리즘을 도입함으로써 개인의 행정절차상 통지(notice)를 받을 권리와 청문(hearing)에의 권리 등을 침해하고, 개인정보에 대한 개인의 권리¹⁵⁷⁾를 침해한다고 주장한다. 이에 대한 해결책으로, Citron은, 경제성 등 여러 이유를 고려할 때 알고리즘의 활용 자체가 불가피한 것이라면, 데이터와 알고리즘 및 그 처리과정을 감시할 수 있는 사전적인 절차를 마련하는 것, 즉 ‘기술영역의 적법절차’ 도입이 필요하다고 주장한다. 그 구체적인 방안으로써, Citron을 비롯한 몇몇 연구자들은¹⁵⁸⁾ 알고리즘의 공적 검사(review)나 설계과정의 공적 감독(revision), 훈련용 데이터의 공적 감사(audit)나 수집과정의 행정적 규제, 개인의 이익권 보장 등을 제시하고 있다. 그러나 과연 이러한 규제들을 구체화하는 것이 가능할지, 그리고 이러한 방식을 통해 인공지능으로 인한 경로의존성, 대체변수 발견의 용이성, 차별의 고도화 등과 관련된 적절한 수준의 사회적 제어가 가능할 것인지에 관해서는 추가적인 논의가 필요하다. 아래에서는 데이터에 관한 규제와 알고리즘에 관한 규제로 나누어 각각 검토하고, 개인에게 이익권을 주는 방식에 대해서도 검토한다.

1) 데이터에 대한 규제

데이터에 대한 규제방안으로 제시된 정책들은 주로 다음과 같은 것이다. 첫째, 수집된 데이터가 정확한지(accuracy)에 대해 데이터 주체에게 검증(inspect) 또는 통지(notice)를 하거나,¹⁵⁹⁾ 둘째, 훈련 데이터가 무엇인지에 관해 항목 또는 내역을 일반에 공개(disclosure)하거나 또는 공인된 독립기관을 통해 검사를 받도록¹⁶⁰⁾ 하는 것이다. 이 같은 정책들은 훈련 데이터 자체가 편향되어 있을 경우, 그것을 학습한 인공지능 알고리즘도 편향될 수밖에 없다는 문제의식을 바탕으로 두고, 그러한 경로의존성을 해결하려는데 목표를 두는 것이다.¹⁶¹⁾

으로 최종적 행동을 할 수 있는 경우라 볼 수 있을 것이다. 이와 관련하여, 최근 독일에서는 연방행정절차법 개정에 의해 마련된 제35조의a를 통해, 이른바 ‘(완)전자동화 행정행위’를 법적 개념으로 수용한 바 있다. 이에 대한 보다 자세한 내용은 김중권, “인공지능시대에 완전자동적 행정행위에 관한 소고”, 법조 제66권 제3호(2017); 이재훈, “전자동화 행정행위에 관한 연구-독일 연방행정절차법 제35조의a를 중심으로-”, 성균관법학 제29권 제3호(2017) 등 참조.

157) Danielle Keats Citron, “Technological Due Process”, *Washington University Law Review* Vol. 85(2008), p. 1281.

158) ‘기술영역의 적법절차’라는 아젠다를 다루는 문헌으로는 Danielle Keats Citron·Frank Pasquale, 앞의 논문(주 121), p. 19; Kate Crawford·Jason Shultz, 앞의 논문(주 152), pp. 124-127; Lilian Edwards·Michael Veale, 앞의 논문(주 3), pp. 75-77; Neil M. Richards·Jonathan H. King, “Three Paradoxes of Big Data”, *Stanford Law Review Online* Vol. 66(2013), pp. 45-46 등 참조.

159) Danielle Keats Citron·Frank Pasquale, 앞의 논문(주 121), p. 20; Kate Crawford·Jason Shultz, 앞의 논문(주 152), p. 125.

160) Danielle Keats Citron·Frank Pasquale, 앞의 논문(주 121), pp. 25-26.

161) 허유선, 앞의 논문(주 2), 195면.

이와 같은 방식은 데이터의 정확성을 확보하는데 도움이 될 수도 있지만, 다른 한계를 보일수도 있다. 첫째로, 데이터의 역사적 편향성이 차별을 경로의존적으로 강화할 수 있다는 문제의식에 바탕을 두면서도, 정작 그러한 데이터들이 데이터 주체가 제출한 것 그대로 '정확하게' 처리되어야 한다고 주장하는 것은 문제해결에 도움이 되지 못할 가능성이 높다. 분석 또는 학습의 대상이 되는 모집단 데이터 자체에 통계적인 편향 또는 역사적인 편견이 반영되어 있다면, 훈련 데이터가 '정확히' 처리된다고 해서 차별이, 특히 차별의 경로의존성이 사라지는 것이 아니기 때문이다. 훈련 데이터에 반영된 통계적 편향이나 역사적 편견 자체가 문제인 상황에서는, 입력된 데이터가 모집단을 정확하게 통계적으로 대표하도록 요구하는 방식으로는 문제해결이 불가능하다.

둘째로, 인공지능 학습의 대상이 되는 데이터 자체를 감독하고 규제하려는 방식은 개인 정보보호라는 중요한 사회적 요구와 충돌할 가능성이 높다. 예를 들어 차별행위의 잠재적 객체가 될 수 있는 개인에 관한 데이터를 일반에 공개하거나 제3의 기관을 통해 검증을 받게 하는 방식은, (경우에 따라 동의 없이) 개인정보를 일반에 공개하거나 제3자에 이전하게 함으로써 오히려 정보주체의 프라이버시를 해칠 수 있다.

이처럼 차별을 방지하기 위해 인공지능에 대해 제안되는 규제들은 종종 (좋은 의도에도 불구하고) 수단과 여러 상반되는 목적들이 적절하게 조화되지 못하는 현상을 보일 가능성이 있는데, 이에 관해서는 4장의 마지막에서 좀 더 자세히 언급하기로 한다.

2) 인공지능 알고리즘에 대한 규제

인공지능 알고리즘에 대한 규제방안으로 흔히 제시되는 정책은 다음과 같다. 첫째, 알고리즘의 소스코드(source code) 및 프로그래머의 주석(comment)을 일반에 공개하거나 또는 공인된 독립기관의 검사를 받도록 하거나,¹⁶²⁾ 둘째, 알고리즘의 설계과정에서 차별이 의심되는 행위를 방지할 수 있는 메커니즘 또는 윤리적 메커니즘의 탑재를 요구¹⁶³⁾하거나, 셋째, 인공지능이 데이터를 처리하는 과정을 사후적으로라도 추적할 수 있도록 감사 추적(audit trail) 기록을 남길 의무를 규정하는 것이다. 위와 같은 정책은 인공지능 알고리즘이 최종적인 행위로 이어지는 경우 그 효과가 너무 막대하기 때문에 사후적 사법판단이 아닌 사전적 행정규제로 차별행위 자체를 미연에 방지할 필요가 있다는 문제의식, 그리고 이러한 규제는 시민참여 등 상호소통을 통해 사회적으로 이루어지는 것이 바람직하다(interactive modelling)는 판단을 그 배경에 두고 있는 경우가 많다.¹⁶⁴⁾ 사회적 소통을

162) Danielle Keats Citron·Frank Pasquale, 앞의 논문(주 121), pp. 25-26; Neil M. Richards·Jonathan H. King, 앞의 논문(주 158), p. 43.

163) 박종보·김휘홍, "인공지능기술의 발전과 법적 대응방향", 법학논총 제34권 제2호(2017), 55-56면; 허유선, 앞의 논문(주 2), 198-201면.

위해 알고리즘 자체가 공개되거나 적어도 추적될 수 있어야 하고, 그러한 소통을 통해 형성된 사회적 합의를 알고리즘에 강제할 수 있어야 한다는 것이다. 이러한 정책방향 또한 구체화를 쉽지 않게 하는 여러 현실적인 장애요인들이 있다.

알고리즘 규제에 관한 첫 번째 유형의 주장으로, 투명성을 제고할 필요가 있다는 취지의 주장을 살펴보자. 이 맥락에서 우선 고려할 필요가 있는 것은, 예를 들어, 질병검사에서 키를 측정하는 것처럼 평가기준이 대상에 대해 평가하고자 하는 능력을 정확히 포착하는 경우도 있겠지만, 대부분의 경우 평가기준은 마치 시험을 치른 뒤 그 점수를 통해 학생의 학습능력을 평가하는 것처럼 실제로 평가하려는 능력의 매개변수에 불과할 뿐이라는 점이다. 따라서 평가기준이 공개될 경우 평가대상은 기준에 특화된 적응된 행동¹⁶⁵⁾을 함으로써 실제보다 능력을 부풀려 보이기 위한 노력을 할 수 있다. 마찬가지로 알고리즘의 소스코드를 공개하는 등 투명성(transparency)을 높이면 알고리즘 작동과정의 허점을 노려 부당한 이익을 취하려는 조작(gaming)에 노출될 수 있으므로, 알고리즘의 투명성이 증가할수록 대체적으로 실효성이 감소하는 상충관계(trade-off)¹⁶⁶⁾가 나타날 가능성에 유의할 필요가 있다.

알고리즘의 투명성을 둘러싼 상충관계는 실효성과 투명성의 문제일 뿐만 아니라, 많은 경우에 사적 자율성의 확보와 공적 차별금지의 필요성 사이의 긴장관계이기도 하다. 가급적 다양하고 많은 데이터를 확보하여 이를 통해 정확한 평가를 하고, 사적 이익을 극대화하려는 것이 민간 영역의 일반적인 유인일 것인데, 법제도의 도입은 이러한 유인 구조에 대해 차별금지의 공적 필요성을 들어 미세하고 정확한 분석을 하는 것에 제약으로 작용할 가능성이 있기 때문이다. 인공지능을 통한 차별금지의 법제도는 현재로는 그 내용을 구체적으로 상정하기가 쉽지 않은데, 구체적인 내용에 따라서는 사적 영역에서의 자율성에 대한 부당한 간섭이 될 수도 있다.

그렇다면 차별금지의 필요성은 얼마나 중요한 것인가? Citron은 소비자 신용평가의 경우를 예로 들어, 소비자대출에서의 차별을 방지하기 위해 신용평가 알고리즘의 소스코드를 일반에 공개해야 한다는 주장을 펼친다. 이에 대해 근거로 제시된 논거는, ① 인간의 존엄성과 ② 신용평가 과점시장의 혁신이다. 이에 대해 각각 살펴보자.

첫 번째 논거는, 대출에서 차별받는 사람들의 존엄은 인공지능 알고리즘 회사가 지식재산권을 포기하고 소스코드를 전부 공개하도록 명할 수 있을 정도로 중요하다는 것이

164) Danielle Keats Citron·Frank Pasquale, 앞의 논문(주 121), pp. 25-26.

165) 아예 평가대상에게 '특정한 평가결과'를 달성하는 방법이 무엇인지를 알려줘야 한다는 견해로는 Berk Ustun, Alexander Spangher, Yang Liu, "Actionable Recourse in Linear Classification", *arXiv:1809.06514*(2018) 참조. 그러나 이는 아래에서 살펴보듯이 사적자치에 대한 제약을 해소하는 근본적인 방안이라고 할 수는 없다.

166) 캐시 오닐, 앞의 책(주 3), 165-167면.

다.¹⁶⁷⁾ 이러한 논거를 어떻게 평가할 것인가? 인간은 물론 존엄한 존재이다. 하지만 그렇다고 하여 그 존엄을 근거로 알고리즘의 소스코드를 공개하도록 하는 법제도를 구축하는 것이 정당화될 수 있는 것인지, 그리고 설사 정당화될 수 있다고 가정하더라도 실효성이 있을 것인지는 불분명하다.

두 번째 논거는, 소비자대출 시장에서 신용조회회사(Credit Bureau)들이 과점상태를 이루고 있는 원인에 신용평가 알고리즘의 불투명성이 있다는 주장이다.¹⁶⁸⁾ 현재의 개인신용평가 알고리즘이 얼마나 효과적인지 외부자가 검증할 수 없으므로, 새로운 경쟁기업이 시장에 등장할 수 없다는 것이다. 그러나 이 주장은 신용평가 알고리즘의 개발이 어려운 근본적인 이유가 '알고리즘의 불투명성'에 있다는 생각을 전제로 하는 것이다. 개인신용평가에 관한 규제는 개별 국가에 따라 상당히 다른 형태로 나타나는데, 인허가 제도 등을 통해 직접적인 진입장벽이 존재하는 경우가 많고, 제도적인 진입장벽이 없더라도 알고리즘뿐 아니라 신용평가에 이용될 수 있는 데이터의 가용성 및 불투명성 등의 요소들이 경쟁과 혁신에 대한 중요한 제약요인으로 작동하는 것이 보통이다. 즉, 문제의식이 정당한 것이라 하더라도, 알고리즘의 공개가 해결책이 되기는 어려운 경우가 많을 것이다. 더 나아가, 경쟁자 사이에서 같은 또는 유사한 알고리즘을 공유할 경우에는, 경쟁제한적인 담합의 의혹이 제기될 수도 있다.

이와 별개로, 독립된 제3자 기관에 의한 감사가 필요하다는 주장 또한 현실적인 어려움이 많다. 우선 독립기관이 어떻게 신뢰도를 확보할 것인지, 비밀유지나 개인정보보호는 어떻게 충실하게 이행할 것인지 등의 문제가 있다. 그리고 더욱 어려울 수 있는 문제는, 이러한 기관이 '차별을 방지하기 위해' 인공지능 개발업자와 이용자에게 감사를 개시할 수 있는 경우는 어떤 경우인지, 그에 관해 어떻게 기준을 세울 것인지, 검증과정에서 판단의 기준은 어떻게 세울 것인지 등에 관한 실무적이고 구체적인 것들이다.¹⁶⁹⁾

167) Danielle Keats Citron·Frank Pasquale, 앞의 논문(주 121), p. 27.

168) Danielle Keats Citron·Frank Pasquale, 앞의 논문(주 121), p. 31.

169) Danielle Keats Citron·Frank Pasquale, 앞의 논문(주 121), 같은 곳; Kate Crawford·Jason Shultz, 앞의 논문(주 153), pp. 123 등은 식품과 의약품의 유해성에 관해 널리 조사할 수 있는 식품의약품안전에 관한 정부기구가 있듯이, 알고리즘의 유해성을 조사할 수 있는 정부기구가 설립될 수 있다고 주장한다. 그러나 알고리즘에 대한 총괄적 조사기구가 성립되어야 한다는 주장은, 현실적으로는 알고리즘을 새로이 만들어내고 수정하는 것이 상대적으로 용이하다는 점을 고려할 때 간단하지 않은 것이다. 예를 들어, 대규모 IT 회사가 일 년에 수백 번 또는 수천 번 알고리즘을 수정한다고 할 경우, 알고리즘이 수정될 때마다 조사할 수도 없고 선별적으로 할 경우에는 어떻게 기준을 만들어 선별적인 조사를 할 것인지 등의 문제가 있다. 다만 이에 대하여는 특정한 인공지능 기술을 현장에 도입하는 단계에서, 인공지능 기술이 한 번 도입된 이후로 알고리즘 자체에 대한 추가적인 수정(업데이트)를 거치지 않을 것임을 전제로, 해당 인공지능 기술이 사회에 끼칠 수 있는 영향을 평가하는 '영향평가(impact assessment)'를 마치 환경법제처럼 수행할 수 있다는 견해도 있다. 영향평가에 관한 의견을 제시해주신 익명의 심사위원에게 감사를 드린다.

알고리즘 규제에 관한 두 번째 유형의 주장은, ‘윤리적 인공지능’이 필요하다는 취지의 주장이다. 즉, 인공지능 알고리즘을 개발할 때, 차별이 의심되는 행위를 미연에 방지할 수 있는 메커니즘을 포함한, 윤리적 메커니즘을 구축하여 이를 강제로 탑재시켜야 한다는 주장이다.¹⁷⁰⁾ 그러나 이 또한 다양한 이론적, 현실적인 문제들을 내포하는 주장이다. 우선, 어떠한 의심스러운 기준에 의해 누군가가 차등적으로 대우받는다 고 할 때, 그러한 ‘차등적 대우가 존재하는지 여부’와 ‘차등적 대우가 부당하여 법적으로 차별에 해당하는지 여부’는 전혀 다른 판단을 필요로 한다. 따라서 대상 간의 차등적 대우 자체에 ‘기준값(threshold value)’을 설정¹⁷¹⁾하여, 모든 종류의 차등적 대우가 기준값을 넘어서지 않도록 하는 메커니즘¹⁷²⁾을 탑재하는 것이 차별을 방지하는 대안이 된다는 주장도 구체화하기에는 어려움이 있다. 현재로서는 그러한 차등적 대우의 기준에 대해 법원이 주요 원칙들만 제시하고 있을 뿐 ‘기준값’을 제시하고 있는 것은 아닐 뿐더러, 설령 기준을 정한다고 해도 차등적 대우의 기준값을 사전적으로 정해놓는 방식은 개별적 상황에 관한 고려는 무시한 채 정당한 차등적 대우까지(예를 들어, 소수집단을 구제하기 위한 적극적 우대조치(affirmative action)) 원천적으로 금지하는 압력으로 작동할 우려가 있고, 그 과정에서 오히려 차별을 강화하는 역설적 결과를 초래할 가능성까지 있다.

알고리즘 규제에 관한 세 번째 유형의 주장으로, 차별을 사후적으로라도 통제하기 위해 인공지능 알고리즘에 감사에 필요한 감사추적(audit trail, 또는 감사증적)을 남겨야 한다는 주장이 있다. 감사추적이란 본래 회계감사에서 누가, 언제, 무엇을, 어떻게 사용했는지를 추적하는 과정에서 등장한 용어이나,¹⁷³⁾ 오늘날에는 정보기술 분야의 용어로 확장되어 데이터와 알고리즘의 변경이력을 감독할 수 있는 개념으로도 사용되고 있다. 각각의 경우

170) 양종모, 앞의 논문(주 2), 84-87면. 이는 소위 ‘인공적 도덕행위자(Artificial Moral Agent, AMA)’에 관한 논의와 맥을 함께한다. AMA에 관한 대표적 논의로는, 웬델 윌러치·폴린 알렌, 노태복 역, 왜 로봇의 도덕인가, 메디치미디어, 2014 참조.

171) 위에서 본 것처럼, 간접차별의 요건이 되는 차등적 대우가 어느 정도인지에 관하여 구체적으로 합의된 수치(예를 들어, 5분의 4 규칙 등)가 존재하지 않는다는 점 또한 고려될 필요가 있다. 따라서 공공영역에서 국가가 ‘차별을 방지하는 알고리즘’을 도입해야 한다는 주장도 현실화하기 쉽지 않다. 공공영역에서의 차등적 대우를 기계적인 수치에 따라 전부 차단할 경우, 오히려 매우 소수집단이라 비울 산정 자체가 어려운 종교 또는 인종 등에 대해서는 오히려 차등적 대우가 더 강화될 수도 있다.

172) 예를 들어, Lu Zhang·Yongkai Wu·Xintao Wu, “A causal framework for discovering and removing direct and indirect discrimination” *arXiv:1611.07509*(2016), p. 2는 차별에 관한 공학적 모델링을 구성함에 있어 직접차별을 ‘차별금지사유가 차등적 대우에 직접 인과적 영향을 미치는 것(causal effect transmitted along the direct path from the protected attribute to the decision)’으로, 간접차별을 ‘정당화되지 않은 속성이 담긴 인과경로를 통해 차별금지사유가 차등적 대우에 인과적 영향을 미치는 것(causal effect transmitted along other causal paths that contain any unjustified attribute)’로 정의하고 있다. 한편, 아예 부당성을 수량적 차이의 관점에서 정의하려고 한 시도로는 *Indrė Žliobaitė*, “A survey on measuring indirect discrimination in machine learning”, *arXiv:1511.00148v1* [cs.CY](2015) pp. 15-19 참조.

173) 박민영, “표준기록관리시스템 기능 평가- 접근관리 기능을 중심으로”, 기록학연구 제38권(2013), 12면.

마다 세부적인 정의는 다르지만, 대체로 '전자기록이 생성, 변경 또는 삭제된 모든 사건이력을 순차적으로 재구성할 수 있는 전자기록'¹⁷⁴⁾으로 정의할 수 있을 것이다. 데이터의 처리과정에 감사추적을 도입할 경우, 데이터가 처리되는 모든 이력을 사후적으로 추적할 수 있으므로 데이터 처리의 보안성과 신뢰성을 확보하고 감사가 용이하게 이뤄질 수 있다.

하지만 감사추적 제도를 어떻게 구체화, 현실화할 것인가는 매우 어려운 문제이다. 감사추적 제도는 그 취지상, 단지 데이터가 처리되는 모든 로그(log)만 남기면 되는 것이 아니라, 감독기관이 데이터 처리의 이력을 검토할 수 있도록 제도의 수범자에게 일정기간 동안 데이터를 따로 보관할 의무를 부과하는 것이 전제될 수도 있다¹⁷⁵⁾. 오늘날 감사추적은 그 운영에 드는 비용으로 인해 금융, 의약품검사 등 제한적 영역에만 법적으로 강제되고 있다. 모든 종류의 인공지능 알고리즘 프로그램에 감사추적 제도를 강제하는 것은 인공지능 기술의 발전과 사회적인 도입에 과도한 부담을 초래할 수 있다. 특히 개별 영역에 따라서는 알고리즘이나 데이터가 매우 빈번하게 수정되고 업데이트 되기도 하는데, 이에 관해 매번 감사추적을 하도록 한다면 그 이행과정은 비현실적으로 부담스러운 것이 될 것이다.

3) 개인의 이의권 보장

마지막으로 인공지능을 활용한 행위에 대해 개인의 이의권을 보장해주어야 한다는 주장을 검토한다. 이 주장의 요지는 자신에 대한 최종적 행위가 인공지능에 의해 단독으로 이뤄지지 않도록 거부할 수 있는 권리¹⁷⁶⁾를 보장해야 한다는 것이다. 데이터와 알고리즘에 대한 규제들이 사회적 관점에서 조사기구 등의 제도를 수립하는 차원의 문제로 다뤄졌다

174) 예를 들어, 감사추적에 대한 미국 FDA(Food and Drug Administration)의 다음과 같은 정의를 참조할 수 있다. "For purposes of this guidance, audit trail means a secure, computer-generated, time-stamped electronic record that allows for reconstruction of the course of events relating to the creation, modification, or deletion of an electronic record. An audit trail is a chronology of the "who, what, when, and why" of a record.". U.S. Food and Drug Administration, "Data Integrity and Compliance With CGMP Guidance for Industry" (2016), p. 3; 우리나라 「식품·의약품분야 시험·검사 등에 관한 법률(이하 '식품의약품검사법」)의 '기록관리시스템'에 관한 규정을 같은 맥락에서 참조할 수 있다. "10. 컴퓨터 기반 제어프로그램을 사용하는 시험·검사 장비에 대하여 시험·검사 결과의 수정 등을 포함한 모든 작업 기록을 유지·보존할 수 있는 시험·검사 기록관리시스템을 설치·운영하여야 한다", 「식품의약품검사법」 제12조 제3항, 동법 시행규칙 제15조의 [별표6].

175) 예를 들어, CFR Title 21-Food and Drugs Part 11 Electronic Records: Electronic Signatures, Subpart B-Electronic Records, Sec. 11.10 Controls for closed systems. (e) Use of secure, computer-generated, time-stamped audit trails to independently record the date and time of operator entries and actions that create, modify, or delete electronic records. Record changes shall not obscure previously recorded information. Such audit trail documentation shall be retained for a period at least as long as that required for the subject electronic records and shall be available for agency review and copying.

176) Kate Crawford·Jason Shultz, 앞의 논문(주 152), p. 126.

면, 이의권은 데이터와 알고리즘에 대해 개인적 차원의 권리를 보장함으로써 문제를 해결하려는 시도라 할 수 있다. 이러한 주장들은 대체로 유럽연합의 GDPR(General Data Protection Regulation) 제22조 제1항에 규정된 이의권과 관련성이 있는 것으로 보인다. GDPR은 ‘오직’ (인공지능 알고리즘 등의) 자동화된 처리에‘만’ 의존하여 중대한 영향을 끼치는 법적 효과를 창출하는 판단에 대해 그 대상이 되지 않을 권리를 정보주체에게 부여한다(‘right not to be subject to a decision based solely on automated processing, including profiling, which produces legal effects concerning him or her or similarly significantly affects him or her’).

그런데 GDPR 제22조와 관련해서는 이를 어떻게 해석해야 할지에 대해 다양한 견해가 존재한다. 우선, ‘오로지 인공지능 알고리즘에만 기반을 두고 있는 판단’이란 무엇인가? 예를 들어, 어떤 회사가 인공지능 알고리즘이 수만 명의 지원자들의 정보를 처리하여 면접대상자를 추려내도록 서류전형에 인공지능을 활용했다고 가정해보자. 이때 지원자 중 한 명이, 자신에 대한 서류전형 합격판단이라는 최종적 행위가 인공지능에만 기반을 두어 이뤄진 것이라는 이유로 ‘이의권’을 행사한다면, 회사는 어떻게 대응할 것인가? 어렵지 않게 생각할 수 있는 대응방식은, 회사의 채용담당자가 인공지능의 판단을 들여다 본 다음, 그 판단의 결과나 논리를 참조하여¹⁷⁷⁾ 이의권을 행사한 지원자에게 채용담당자 자신의 판단으로 합격여부를 통보하는 것이다. 한편, 만일 이와 같은 이의권의 행사 자체가 부담스럽게 여겨진다면, 전체 채용과정 중에서 매우 간단한 업무에 대해 인공지능이 아닌 담당자를 거치도록 함으로써 오로지 인공지능에 의한 판단은 아닌 것으로, 법제도를 우회하는 것도 생각해 볼 수 있다. 결국, 어떤 식이건 이의권 보장의 개념을 애초에 주장하고 도입한 취지와는 다른 형태로 실무적인 반응이 나타날 가능성이 적지 않다.

따라서, 인공지능 알고리즘에‘만’ 기반을 둔 행위의 대상이 되지 않을 권리(이의권)는, 상당히 제한적인 상황에만 사용될 수 있는 권리이며, 사용되더라도 차별의 결과를 방지하기보다는, 차별의 결과를 발생시킨 최종적 결정자를 인공지능에서 사람으로만 변경한다거나 하는 등의 방식이 나타나면서 실효성 확보가 어려울 가능성이 높다. 또한, 적어도 현재로는 인공지능 알고리즘에 주체성 내지 법인격을 부여하기도 어렵다는 사정을 감안한다면, 이의권의 도입이 차별적 의사결정을 둘러싼 논란의 맥락에서 당사자의 구제에 얼마나 현실적인 기여를 할 수 있는지는 의문이다.

177) 이때 회사의 채용담당자가 인공지능의 판단논리를 해석할 수 없다는(inscrutable) 것이 불투명성의 차원에서 문제를 일으키는가? 이는 인공지능의 제조업자와 이용자 사이의 민사적 구상관계의 문제에 불과하며, 결국 최종적인 차별행위는 회사의 채용담당자(이용자)에 의해 이뤄지는 것이므로 차별의 피해자인 제3자에게는 문제가 되지 않는다고 보아야 할 것이다. 자신도 이해하지 못하는 근거를 바탕으로 삼아 차별적인 채용행위를 했다는 점이, 인공지능을 사용하였다는 이유만으로, 특별히 피해자에 대한 면책사유가 되기는 어려울 것이다.

(3) 인공지능을 활용한 차별행위에 대한 사전적 행정규제를 둘러싼 혼란

지금까지 인공지능과 차별의 문제에 대해, 사전적 행정규제를 도입해야 한다는 여러 주장과 그 구체적 방안으로써 데이터 및 알고리즘에 대한 체계적 규제와, 개인의 이의권 보장 등을 차례로 살펴보았다. 이러한 논의들은 사후적 구제수단인 재판에 관한 논의에 비해 더 복잡하고 혼란스러운 양태를 띤다. ‘인공지능과 차별’에 관한 문제는, 차별에 관한 지금까지의 논의는 물론 인공지능의 불투명성이나 개인정보보호 등 여러 영역의 문제가 불가피하게 함께 논의될 수밖에 없는 경우가 많다는 것이 복잡성과 혼란의 주요 원인이다.

예를 들어, 개인정보보호의 관점에서는, 개인정보 등 문제되는 정보의 수집 자체를 최대한 제한할 수 있다면 그렇게 하는 것이 개인정보보호에 도움이 된다. 특히 개인정보보호의 관점에서는 인종, 종교, 성적 지향 등에 관한 정보는 ‘민감정보’¹⁷⁸⁾로서 수집에 추가적인 제약이 있다. 그러나 차별금지의 관점에서는 문제되는 정보의 수집과 처리를 단순히 차단하는 것이 능사라 할 수 없다. 구체적인 예를 들어보자. 프랑스에서는 2006년부터 취업시 이력서에 이름, 피부색 등 신상에 관련된 몇몇 정보를 기재하지 못하도록 강제하는 무명이력서(CV anonyme) 제도를 법제화하여 실시하였다. 그런데 3년 뒤 프랑스 정부가 무명이력서 제도의 효과를 검증해본 결과, 무명이력서 제도는 채용담당자가 자신과 유사한 배경을 지닌 지원자를 선호하는 경향을 억제하기는 하였으나, 오히려 이민자 및 민감지역(Zone urbaine sensible) 거주자 등 취약계층에게 불리하게 작용하고 있음이 파악되었다. 원래 채용담당자들은 학력 등 이력에 약점이 있는 지원자가 이민자나 민감지역 거주자 인 경우 그 사정을 참작하여 선발하는 경향이 있었는데, 무명이력서 제도로 인해 민감지역 거주 여부가 이력서에서 아예 누락되는 탓에 이력에 약점이 있는 지원자는 무조건 배제되는 방향으로 선발이 진행되었기 때문이다.¹⁷⁹⁾ 그러므로 경우에 따라서는, 오히려 당사자들의 관련된 민감정보를 폭넓게 수집 및 처리함으로써 상황을 정확하게 파악하는 것이 차별방지에 도움이 될 수 있다.¹⁸⁰⁾ 또한, 일단 차별이 발생하여 문제가 되면, 그때부터는 피

178) 현행 「개인정보보호법」 제23조 제1항 참조.

제23조(민감정보의 처리 제한) ① 개인정보처리자는 사상·신념, 노동조합·정당의 가입·탈퇴, 정치적 견해, 건강, 성생활 등에 관한 정보, 그 밖에 정보주체의 사생활을 현저히 침해할 우려가 있는 개인정보로서 대통령령으로 정하는 정보(이하 “민감정보”라 한다)를 처리하여서는 아니 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 정보주체에게 제15조제2항 각 호 또는 제17조제2항 각 호의 사항을 알리고 다른 개인정보의 처리에 대한 동의와 별도로 동의를 받은 경우
2. 법령에서 민감정보의 처리를 요구하거나 허용하는 경우

179) 김도승, 앞의 논문(주 81), 127-130면.

180) Indrė Žliobaitė·Bart Custers, “Using sensitive personal data may be necessary for avoiding discrimination in data-driven decision models”, *Artificial Intelligence and Law* Vol. 24(2016), pp. 197-198; Betsy Anne Williams·Catherine F. Brooks·Totam Shmargad, 앞의

해자의 구제를 위하여 피해자가 속한 집단 및 비교집단의 차별금지사유에 관한 정보가 필요해진다. 차별행위자가 처음부터 그런 정보를 전혀 수집하지 않은 채 차별행위를 저질렀다면, 차후에 법원은 그 행위가 다른 비교집단에 비해 차별적 영향을 유발한 것이었는지 여부 자체를 파악하기 힘들고, 차별의 부당성에 대한 판단은 더더욱 어려워질 수 있다.

마찬가지로, 행정절차법적 관점에서 개인은 자신에 대한 결정이 ‘어떻게 이뤄졌는지’에 관한 구체적인 설명¹⁸¹⁾을 필요로 한다. 행정절차적 관점에서 볼 때 불이익한 처분에 대해 설명을 요구할 권리(right to explanation)를 부여하는 것은 정부의 자의적인 공권력 행사로부터 개인을 보호할 수 있는 중요한 제도적 보호장치이다. 투명성은 공적 영역에서 질실히 요청되고 있는 셈이며, 그 연장선상에서 데이터와 알고리즘에 대한 통지 또는 설명의 권리는 정부 등 국가기관에 대하여 널리 요구될 가능성이 있다. 그러나 개인정보보호의 관점, 특히 국내 개인정보보호 법제도의 관점에서는 문제되는 특정 정보가 수집되었는지 그리고 그 정보가 제공이나 위탁되었는지 자체가 더 중요하다. 일단 누군가의 손에 정보가 들어갔다면, 개인정보는 이미 그 사람에게 노출된 셈이기 때문이다.

이처럼 인공지능 알고리즘에 대한 사전적 행정규제를 둘러싼 논의를 구체화하기 위해서는, 여러 보호법익이 혼재하고 있고,¹⁸²⁾ 논의를 구체화하는 과정에서 다양한 이익 사이에 충돌이 발생할 가능성이 있음에 대해 충분히 인식하고, 이에 관한 더욱 세밀한 분석과 고려가 필요해 보인다. 다양한 이익 중에서도 특히 개인정보보호에 관한 종래의 데이터 규제

논문(주 145), pp. 106-107은 공통적으로 차별금지사유를 아예 수집 및 처리하지 못하도록 제한하는 경우에, (인공지능) 알고리즘이 그 제한된 사유의 결측값을 대체하는 매개변수를 찾아내어 분석에 활용하는 문제가 발생할 수 있으므로, 그에 대한 해결책으로써 차별금지사유를 포함한 민감정보를 오히려 적극적으로 수집하여 분석에 반영하여야 한다는 주장을 펴고 있다. 알고리즘을 사용한 결과 차별적인 결과가 나타났는데, 그 배경에 관한 아무런 정보가 없어서 차별의 행위자조차 그것이 차별인지를 깨달을 수 없었다면 차별의 시정이 훨씬 오래 걸릴 수 있기 때문이다. 그런데 이처럼 알고리즘적 차별을 방지하기 위해 민감정보를 수집하려는 시도는, 일반적으로 정보의 수집과 처리를 억제하려는 경향을 보이는 개인정보보호법제와의 충돌을 유발할 가능성이 높다. 이는 인공지능의 알고리즘적 차별에 대한 규제와 인공지능 알고리즘의 개인정보보호 맥락의 규제가 서로 다른 법정정책 목표를 가지기 때문에 나타나는 것이다.

181) 예를 들어 현행 「행정절차법」 제5조 및 제23조 참조.

제5조(투명성) 행정청이 행하는 행정작용은 그 내용이 구체적이고 명확하여야 하며, 행정작용의 근거가 되는 법령 등의 내용이 명확하지 아니한 경우 상대방은 해당 행정청에 그 해석을 요청할 수 있다. 이 경우 해당 행정청은 특별한 사유가 없으면 그 요청에 따라야 한다.

제23조(처분의 이유 제시) ① 행정청은 처분을 할 때에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 한다. (생략) ② 행정청은 제1항, 제2호 및 제3호의 경우에 처분 후 당사자가 요청하는 경우에는 그 근거와 이유를 제시하여야 한다.

182) 예를 들어 EU GDPR 제5조는 적법성, 공정성, 투명성, 정확성, 데이터 최소화, 기밀성, 책임성 등 요소를 개인정보 처리 원칙으로 규정하고 있는데, 이때 ‘공정성(fairness)’을 바탕으로 GDPR의 권리들을 차별금지에 관한 권리로 해석할 수 있다. 그러나 우리가 위에서 살펴보았듯이, 투명성(행정절차적 측면), 공정성(차별금지의 측면), 데이터 최소화(개인정보보호의 측면) 등은 구체적 권리인정에 있어 길항하는 관계를 보일 수 있다. 그러나 이들 사이의 조화는 어떻게 달성될 수 있는지에 관하여 GDPR은 아무런 규정을 두지 않고 있다.

체계에 대한 검토가 중요한 것일 수 있다. 개인정보보호의 맥락에서는, 위에서 살펴본 것과 같이 최소수집의 원칙이 중요한 원칙 중 하나인데, 다른 한편 데이터를 적게 수집할수록 차별이 오히려 강화되거나 사후적 차별의 구제 자체에 어려움이 생길 수 있다. 더욱 어려운 문제는, 데이터를 적게 수집한다고 해서 차별이 방지되는 것도 아니고, 오히려 데이터가 적기 때문에 차별이 강화될 가능성조차 있다는 것에 있다. 또한, 차별방지를 이유로 해서 데이터 수집이 제한된 경우라 해도, 데이터를 분석하는 과정에서 그것을 대체하는 변수를 고안해 낼 수도 있어서, 차별을 방지하기 위해 데이터의 수집 자체를 규제하는 것은 유효성을 확보하기 어려운 정책적 대안일 가능성이 있다.

특히 사적 영역에서의 차별금지는 개인이 평등한 대우를 받을 권리를 보호할 뿐만 아니라, 평등한 대우가 실현되도록 하는 평등원칙을 보호하는 것으로써, 근본적으로 공적 이익을 바탕으로 사적 자치에 대하여 일정한 제약을 부과하는 것이다. 따라서 차별금지에 관한 사회적, 법적 요청은 사적 영역 그 자체를 보호하려는 프라이버시라는 가치와 개별 사안에 따라 근본적인 충돌을 빚을 가능성이 있다. 그런 점에서, 데이터의 규제에 있어 프라이버시 보호만을 최고의 가치로 일관되게 강조하는 입장은 유지되기 어려울 수밖에 없다. 인공지능과 알고리즘, 그리고 데이터에 대한 규제의 맥락에서, 각기 다른 이익을 보호하고자 하는 서로 다른 가치들 사이의 충돌이 발생할 경우에 어떤 원칙하에 어떻게 서로 조화를 이룰 수 있을 것인지에 관해서는 진지한 분석과 정책적 방향모색이 필요하다.

4. 소 결

4장에서는 인공지능과 차별에 관한 선행연구들이 제기한 여러 가지의 문제제기를, ① 차별의 실체적 요건에 대한 문제, ② 차별에 관한 소송의 절차적 문제, ③ 사전적 행정규제의 필요성에 대한 문제의 3단계로 나누어 정리하고 각각의 문제되는 쟁점들을 살펴보았다. 이러한 쟁점에 대한 잠정적인 결론은 아래와 같이 정리할 수 있다.

첫째, 인공지능을 활용한 차별행위에는 차별의도나 행위의 고의·과실이 인정되기가 어려운가? 반드시 그런 것은 아니다. 인공지능 소프트웨어 자체의 작동을 예측하기 어렵다는 사정과, 인공지능이 인간에 대해 단독으로 최종적 결정(처분)을 하여 그 인간에게 영향을 미치는 것을 예측하기 어렵다는 사정은 다른 차원의 문제이다. 인공지능이 최종적 결정을 단독으로 할 수 있도록 설정이 되었다면, 설정과정에서의 합리적 예측가능성 등을 고려하여 차별의도나 과실이 인정될 수 있는 가능성이 있다.

둘째, 인공지능은 불투명하므로 인공지능을 활용한 차별행위를 재판으로 규율하기 어려운가? 마찬가지로, 한계는 있지만, 반드시 그렇지는 않다. 법원은 차별로 인한 손해배상

책임의 요건에 대한 증명책임을 적절히 분배함으로써 일반적 차별행위는 물론, 인공지능을 활용한 차별행위 또한 적절히 규율할 수 있다. 다만, 그러한 규율이 가능하기 위해서는 인공지능을 활용한 의사결정 맥락에서 증명책임을 어떻게 설정할 것인지에 관하여 법체계의 전반적인 재검토가 필요할 수 있다.

셋째, 인공지능이 결측값에 대한 대체변수를 만들기 쉽기 때문에, 차별행위 자체가 쉽게 이루어질 수 있어 사회적 차별이 경로의존적으로 강화되는가? 역시 반드시 그렇지는 않다. 다만, 문제의 위험성을 경계할 필요가 있다. 차별은 그 속성상 근본적으로 경로의존적인 성격이 있으며, 다만, 빅데이터로 인해 문제가 발생할 경우에 그 속도나 규모가 커질 수 있게 되었고, 경우에 따라 개별 인공지능 모형 안에서 반복적으로 나타날 수 있게 된 것이다. 차별 문제의 본질적 구조 자체가 달라진 것이라 보기는 어렵다.

인공지능을 활용한 차별행위에 관해, 사전적 행정규제를 도입하는 것이 쉽지 않은 이유는 무엇인가? 그 배경에는, 인공지능에 대한 행정규제가 보호법익으로 삼고 있는 차별금지, 행정절차적 투명성, 개인정보의 보호 등이 모두 서로 다른 법정정책적 목표를 가지고 있고, 이들 법정정책적 목표사이에 서로 충돌이 발생할 가능성이 있다는 점이 있다. 또한, 그와 관련된 매우 다양한 실무적이고 구체적인 쟁점들이 있다. 문제제기 자체는 타당하더라도, 이를 어떻게 구체화하여 반영할지 구체적인 답을 제시하는 것은 다른 차원의 이슈인 것이 일반적이어서, 그에 관해서는 지속적인 논의와 고민이 필요한 형편이다.

V. 인공지능 차별 관련 사례검토 : 소비자대출

4장에서는 사후적 구제의 실체적 쟁점, 절차적 쟁점, 사전적 규제에 관한 쟁점으로 문제를 나누어 살펴보는 프레임워크를 통해 인공지능과 차별 문제에 대해 새로운 개념과 쟁점을 제시하고자 하였다. 이 글의 분석구조와 개념 및 논리가 어떻게 현실에, 특히 우리나라의 상황에 적용될 수 있는지를, 이 장에서 국내의 흥미로운 사례인 ‘2012년 신한은행의 학력에 따른 신용차별 사건’을 중심으로 다시 정리해보고자 한다. 이 사례는 인공지능을 이용한 의사결정의 사례는 아니지만, 이 글의 논의 맥락에서 상당히 유용한 시사점을 제공한다.

1. 사례의 개관

이 사건은 신한은행이 2008년 4월부터 학력을 신용요소로 삼는 내부 신용평가모형을

개발하여 그에 따라 소매금융상품에서의 금리산정을 해온 것이 2012년 7월 감사원의 ‘금융권역별 감독실태’ 감사에서 적발됨으로써 알려진 것이다. 감사원이 지적한 내용의 요지는, 신한은행이 내부 신용평점 산정에 이미 직업이나 급여를 신용평가요소로 반영하고 있는데, 그에 추가하여 학력까지 평가요소로 반영함은 불합리하다는 것이었다. 왜냐하면, 감사원이 보기에, 학력은 직업과 급여에 이미 영향을 주고 있기 때문에 학력을 반영하는 것은 같은 변수를 중복해서 반영하는 문제가 있기 때문이었다. 그럼에도 불구하고 금융감독원은 신한은행의 신용평가모형이 학력을 평가요소로 삼고 있다는 것을 문제 삼지 않았으므로, 감사원은 금융감독원이 신한은행에 대해 제대로 된 조치를 취하지 않았다고 지적하였다.¹⁸³⁾

은행의 내부 신용평가모형은 공개대상이 아님에도 불구하고 어떻게 학력에 따른 신용평가 모형이 문제된 것일까? 우선 이 문제가 발생된 배경을 보면, 이는 신한은행의 내부 신용평가 모형이 국제결제은행(Bank for International Settlements, BIS) 산하의 은행 감독에 관한 바젤위원회(Basel Committee on Banking Supervision, BCBS)의 기준에 입각한 우리나라 금융위원회의 규제를 받고 있기 때문에 나타날 수 있었던 것으로, 은행이 아닌 금융기관의 신용평가 모형에서는 발생하기 어려웠을 법한 사례이다.

바젤위원회는 자기자본비율 등 은행감독 업무에 대한 국제적 표준을 만드는 기구로서, 은행의 재무건전성을 확보하기 위한 감독기준을 이른바 바젤 I, 바젤 II 등으로 불리는 바젤협약(Basel Capital Accord)으로 발표하고 있다. 자본규제 측면에서 볼 때, 1988년에 처음 발표된 바젤 I 이 총자산에 대한 자기자본의 비율 산정에 있어서 자산의 종류별 위험(신용위험, capital risk)과 시장 변동에 따른 위험(시장위험, market risk)을 고려한 위험가중자산을 사용하도록 했다면, 2004년에 발표된 바젤 II는 부적절한 내부절차·인력 등으로 인한 위험(운영위험, operational risk)을 함께 고려하도록 하고 있다. 다른 한편, 2010년에 발표된 바젤 III는 자기자본 제고, 레버리지 규제, 자본공시 강화 등에 초점을 맞추었다.¹⁸⁴⁾

183) 감사원, “금융권역별 감독실태 II 공개문”(2012), 31-32면(이에 관해서는 언론에도 다수 보도되었다). “통보 내용 : 금융감독원에서 「은행업감독규정」 제26조 및 「은행업감독업무시행세칙」 제26조(* 저자 주: 제17조의 오기로 보인다) [별표3] “위험가중자산에 대한 자기자본비율 산출기준”에 따라 은행의 신용리스크 내부등급법 사용 신청안에 대한 승인 업무를 하면서 신용평가모형(Credit Scoring System)의 적정성을 검토하고 이를 승인하고 있다. 금융감독원에서 은행이 불합리한 신용평가 항목으로 개인 신용을 높게 평가하여 신용대출을 거절하거나 대출금리를 더 부담하게 하는 일이 없도록 지도·감독하여야 한다. 그런데 ○○은행의 경우 통상 개인별 학력 차이는 직업이나 급여 등에 영향을 미치고 있는데도 학력을 직업이나 급여 이외에 별도 항목으로 평가하여 학력별로 신용평점에 차등(고졸 이하 13점~석·박사 54점)을 두고 있다...” “조치할 사항 : 금융감독원장은 ○○은행장으로 하여금 개인 신용평가 항목에서 학력을 제외시키는 등 개인 신용평가모형을 재개발하는 방안을 마련하도록 하시기 바랍니다.”

우리나라는 2009. 3. 13. 바젤위원회에 가입하였으며, 이에 따라 은행법 및 은행업감독규정¹⁸⁵⁾에서 바젤협약에 따른 감독기준을 반영하고 있다.¹⁸⁶⁾ 은행이 바젤협약상의 기준을 충족시키지 못할 경우, 금융감독원은 은행으로 하여금 개선 계획을 제출하도록 할 수 있다.¹⁸⁷⁾ 감사원이 지적의 근거로 들고 있는 은행업감독규정 제26조 및 은행업감독업무시행세칙 별표3은 바젤협약을 인용하고 있는 것이다. 이를 고려하면, 감사원은 학력에 따른 신용평가가 ‘차별’이라서 문제라고 지적한 것이 아니라, 평가모형이 ‘건전성’에 관한 바젤협약상의 기준을 위반한 것이라고 본 셈이다.

그렇다면 학력을 고려한 신용평점이 바젤협약상의 기준 중 무엇을 위반한 것인가? 감사원의 통보에는 이에 관한 설명이 제시되어 있지 않다. 바젤협약의 자본규제는 위험을 반영한 총 자산에 대한 자기자본의 비율을 일정한 수준으로 통제하는 데 초점이 있는데, 이는 사후적으로 비율을 달성하도록 요구하는 것 외에도 사전적으로 적절하게 자산이 분산될 수 있도록 하는 방법으로 달성될 수 있다. 이에 따라 바젤협약은 은행의 내부 신용평가 모형에 대한 기준을 두고 있는데, 이는 은행업감독업무시행세칙 별표3의 제148항 이하에서 규정되고 있다. 그러나 이들 규정은 전체적으로 모형이 타당할 것을 요구하고 있을 뿐이다(별표3 제160항 등 참조). 그렇게 보면 단지 학력이라는 요소가 직업이나 급여와 통상적인 상관관계가 있다는 이유를 들어, 이를 반영하는 것이 바젤협약상 모형의 타당성을 해친다고 보는 것이 타당한 것인지, 그리고 그러한 판단에 기초하여 해당 항목을 모형에서 아예 없애도록 한 것이 타당한 것인지에 관해 추가적인 분석과 논의의 필요성이 있어 보인다.¹⁸⁸⁾

그러한 점에서 이 사례는 - 물론 이 사례 자체가 인공지능을 본격적으로 활용한 의사결정에 관한 것은 아니지만 - 인공지능과 차별에 관한 쟁점을 우리나라의 맥락에서 종합적으로 살펴볼 수 있는 매우 흥미로운 기회를 제공한다.¹⁸⁹⁾ 만약 어떤 은행이, 인공지능 알고리즘을 활용하여 소비자들의 신용도를 산정하였는데, 그 알고리즘에 투입된 데이터에 학력이라는 요소가 있었다면, 그리고 그것이 차별금지사유에 가까운 것이라면,¹⁹⁰⁾ 이것은 소

184) 김희준, “바젤 은행규제의 최근동향 및 국내도입의 시사점”, 은행법연구 제11권 제1호(2018), 159-161면.

185) 이하 본고에서 인용하는 은행법은 2017. 4. 18. 법률 제14826호로 개정된 것, 은행업감독규정은 2018. 7. 12. 금융위원회고시 제2018-17호로 개정된 것, 은행업감독업무시행세칙은 2018. 6. 30. 금융감독원세칙으로 개정된 것을 따른다.

186) 은행법 제34조 제2항, 제3항, 은행업감독규정 제26조 제2항, 은행업감독업무시행세칙 제17조 제1항.

187) 은행업감독규정 제26조 제3항, 제33조.

188) 감사원이 근거로 든 바젤협약 이외에, 은행업감독규정 제78조 제1항 제5호에서는 은행이 여신의 건전성을 확보할 수 있도록 여신이 편중되지 않을 것을 요구하고 있는 바, 특정한 학력을 가진 집단에 여신이 편중되지 않도록 하여야만 한다는 맥락에서 지도를 하는 것도 가능했을 것으로 보인다.

189) 국내의 금융기관에서는 이미 신용평가에 머신러닝 인공지능을 활용하고 있다. 금융보안원, “국내·외 금융권 머신러닝 도입 현황”(2017), 7-8면.

비자 신용평가의 과정에서 인공지능을 활용한 차별에 관하여 논란이 발생할 수 있다. 이 문제를 어떻게 다루어야 하는가?

2. 관련 법리

우리나라에서는 1997년 IMF 외환위기를 계기로 가계신용이 대폭 확대되었고, 이후 신용카드 사태를 겪으면서 개인신용평가 제도가 본격적으로 도입되었다.¹⁹¹⁾ 개인신용평가에 대한 현행법은 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률(이하 '신용정보법' 또는 '법')」¹⁹²⁾을 기본으로 하는 하위규정이 구성하고 있다. 이러한 현행 법제의 특징은 크게 세 가지로 정리될 수 있다.

신용정보법은 가공된 신용정보로서의 신용평점과, 그 가공의 기초가 되는 신용요소인 신용정보를 모두 '신용정보'라는 포괄적인 개념으로 아우르고 있다.¹⁹³⁾ 본고에서는 논의의 편의를 위하여, 신용도 또는 신용거래능력을 평가하기 위해 가공된 신용정보인 '신용평가정보(주로 신용평점과 신용등급)'¹⁹⁴⁾과 그 기초가 되는 신용정보인 '신용요소정보(예를 들어, 식별정보, 신용거래정보 등)'¹⁹⁵⁾를 - 실정법상 구분은 아니지만 - 개념상 구분하여 사용하도록 한다.¹⁹⁶⁾

현행 신용정보법은 기초적 신용요소정보가 공공영역으로 집중될 수 있도록 '신용정보집중기관(Public Credit Register, PCR)'¹⁹⁷⁾을 두면서, 동시에 이를 바탕으로 신용정보를 가공하는 '신용조회회사(Credit Bureau, CB)'¹⁹⁸⁾를 민간영역에 두는 구조를 취하고

190) 다만, 장래에 차별금지법이 제정되더라도, 학력이 차별금지사유가 될 수 있는지에 대하여는 논란이 있을 수 있다. 해외에서도 학력을 차별금지사유로 정한 입법례는 찾아보기 어렵다. 전국은행연합회, 2012. 10. 31.자 '은행권, 「불합리한 차별행위 방지 모범규준」 제정 시행' 보도자료, 3면.

191) 이진범, "고객 신용도와 금융회사의 가계신용 공급", 경제발전연구 제20권 제2호(2014), 45-46면; 김성숙, "이주민의 신용거래 평등성 - 미국 신용기회평등법(ECOA) 고찰을 중심으로", 다문화사회연구 제8권 제2호(2015), 201-202면.

192) 이하 본고에서 인용하는 신용정보법은 2018. 8. 14. 법률 제15748호로 개정된 것, 시행령은 2018. 5. 28. 대통령령 제28918호로 개정된 것을 의미한다. 한편, 본고에서 신용정보법 제25조 제2항 제1호에 따른 종합신용정보기관인 한국신용정보원의 신용정보관리규약을 인용할 때는 2018. 6. 7. 개정된 것을 따르며, 신용정보법의 운용에 대한 금융위원회 고시인 신용정보업감독규정은 2016. 10. 20. 금융위원회 고시 제2016-40호로 개정된 것을 따른다.

193) 신용정보법 제2조 제1호.

194) 신용정보업감독규정 제2조의2 제3항, 제4항.

195) 신용정보관리규약 제4조, 제5조, 제7조, 제11조, 제12조.

196) 물론 이미 1차적으로 가공된 신용평가정보를 2차적으로 가공하여 다른 신용평가정보를 만드는 경우를 상정할 수 있으며, 현행 신용정보법제는 이러한 2차적 가공 등을 전부 포괄하여 규제할 수 있도록 신용평가정보와 신용요소정보를 포괄하여 신용정보로 규정하고 이를 규제대상으로 삼는 것이라 할 수 있다.

197) 신용정보법 제2조 제1호 제6호.

198) 신용정보법 제2조 제1호 제5호.

있다. CB는 납세내역 등의 신용요소를 공공기관으로부터 직접 취득할 수 없고 반드시 PCR을 통해서만 얻어야 한다.¹⁹⁹⁾ 또한 우리나라의 CB는 신용평가모형을 개발하고 판매하는 것 이외에 별도의 영리목적 사업을 하는 데에 제한을 두고 있다.²⁰⁰⁾

신용정보집중기관(PCR)은 종합신용정보집중기관과 개별신용정보집중기관으로 나뉘는데,²⁰¹⁾ 금융 영역에서는 현재 한국신용정보원(종래 전국은행연합회 및 여러 금융관련 협회에서 수행하던 신용정보집중 기능을 포괄하여 2016년 1월에 설립)이 신용정보를 종합적으로 취급하는 신용정보집중기관으로 역할을 하고 있다. 국내의 신용평가회사(신용조회회사)²⁰²⁾ 중 개인신용을 다루는 업체로는 현재 나이스(NICE)신용평가와 코리아크레딧뷰로(KCB) 등이 있고,²⁰³⁾ 이에 더하여 은행 등 개별 여신업체에서 내부적으로 활용하는 신용평점체계가 존재한다.²⁰⁴⁾ 이와 같은 신용정보에 대하여 신용정보의 주체인 개인(신용정보주체²⁰⁵⁾)은 자신의 신용정보가 ‘사실과 다른 경우’²⁰⁶⁾에는 그 정정을 신용정보회사 등 기관에 청구할 수 있고, 해당 기관은 청구에 대하여 7일 이내에 답변을 하지 않을 경우 5천만 원 이하의 과태료를 부과받는다.²⁰⁷⁾ 기관의 답변에 대하여 이의가 있는 신용정보주체는 금융위원회에 시정을 요청할 수 있다.²⁰⁸⁾

그런데 신용정보법상의 정정청구 제도는 정보주체가 문제 삼는 신용정보가 ‘사실과 다른 경우’에만 답변 및 시정이 될 수 있도록 규정하고 있으므로, 신용요소들을 가공하여 제시된 신용평점에 대해서는 산출 과정에서 아예 잘못된 정보를 입력한 경우가 아니라면 정정청구의 대상이 되기 어려운 것으로 보인다. 이에 따라 금융위원회는 2013년 행정지도를 통해 개인신용조회회사 중 나이스신용평가와 코리아크레딧뷰로 등의 신용조회회사에 대하여 신용등급 산정에 대한 이의제기 절차를 별도로 마련하도록 하고 있다.²⁰⁹⁾

그런데 현행 신용평가법제는 신용요소로부터 신용평점을 도출하는 평가모델이 어떠한 절차를 거쳐서 작성되어야 하는지, 그 과정에서 개인정보로서의 신용정보가 어떻게 보호되

199) 신용정보법 제23조 제2항 및 제3항의 개정내역 및 연혁 참조. (2015. 3. 11. 법률 제13216호로 개정되기 전의 것)

200) 신용정보법 제4조 제1항 제1호, 제11조 제2항.

201) 신용정보법 제25조 제2항.

202) 신용정보법 제5장 제1절로 규정.

203) 금융위원회, 2018. 1. 30.자 ‘개인신용평가체계 종합 개선방안’ 보도자료, 1면.

204) 국제 은행감독위원회 ‘바젤(Basel) 위원회’에서 제시한 ‘Basel II’ 기준을 토대로, 통계적 유의성을 뜻하는 ‘변별력’, 표본의 모집단에 대한 설명력을 뜻하는 ‘안정성’, ‘계량화 가능성’에 유리한 변수를 선택하여 자체적 ‘신용평가모형(credit scoring system)’을 구축해 금융당국의 승인 후 사용한다(이순호, “학력과 개인신용평가 간 상관관계, 금융동향(2012), 127면).

205) 신용정보법 제2조 제3호.

206) 신용정보법 제38조 제1항.

207) 신용정보법 제38조 제4항, 제52조 제1항 제9호.

208) 신용정보법 제38조 제4항, 시행령 제33조 제3항, 신용정보업감독규정 제42조.

209) 금융위원회, 2013. 7. 31.자 ‘개인신용평가 이의제기 경로마련방안’ 보도자료, 2면.

어야 하는지에 관한 절차적 규제만이 존재할 뿐, 모형 자체의 적정성에 관한 별도의 규제를 두지 않고 있다.²¹⁰⁾ 때문에 업체별로 제각기의 변수와 가중치를 활용해 신용평가를 하고 있다.²¹¹⁾ 다만 신용정보법 시행령 제27조 제2항 제7호는 신용조회회사에 해당하는 CB들이 신용평가모형을 구성하는 평가요소들을 공개하도록 하고 있는데, 공개자료에 따르면, 나이스신용평가는 상환이력정보를 40.3%, 현재부채수준을 23%, 신용거래기간을 10.9%, 신용형태정보를 25.8% 반영하고 있으며, 코리아크레딧뷰로는 일반평가대상과 장기연체경험대상을 나누어, 상환이력정보를 각각 24%, 55%, 현재부채수준을 28%, 15%, 신용거래기간을 15%, 4%, 신용거래형태를 33%, 26%만큼 반영하고 있다.²¹²⁾ 즉, 다양한 평가요소들을 몇 가지 카테고리로 유형화 한 뒤, 각 카테고리별로 점수를 부여하고, 이렇게 부여된 점수에 대해 가중평균을 구하여, 개개인에 대한 개인신용평점 및 개인신용등급을 부여하는 방식이 이용되고 있다.

개별 CB의 평가모형 개발역량이 중요하다면, 각각의 평가요소 및 그 비중을 공개하도록 강제하는 것은 일종의 영업비밀을 공개하는 것과 같은 문제를 불러일으킬 수도 있다. 하지만 현재의 공개수준은 그러한 문제를 일으킬 수준이라 보기 어렵다. 오히려, 예를 들어, '상환이력정보' 카테고리에 정확히 어떤 평가요소들이 개별 항목으로 포함되어 반영되는지, 각각의 항목에 주어지는 가중치는 어떠한지, 그래서 개별 항목이 전체 신용평점의 산정에 어떤 영향을 미치게 되는지에 대해서 일반 금융소비자가 정보를 습득하고 판단하기는 쉽지 않은 구조라 할 수 있다. 다른 한편, 은행 또는 신용카드회사 등 CB가 아닌 신용공여기관이 내부에서 자체적으로 산정하는 신용평가등급에 관해서는 개인이 알 수 있는 방법이 없다.²¹³⁾ 2012년도에 보고된 사례에 의하면, 연령, 성별, 직업 및 보유차종, 주거형태 등이 은행의 내부 신용평가에 활용되고 있는 것으로 추측된다.²¹⁴⁾

210) 기업신용평가에 관해서는 2017. 10. 31. 법률 제15021호로 개정된 현행 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제335조의11 제1항 및 2018. 6. 29. 금융위원회고시 제2018-16호로 개정된 현행 금융투자업규정 제8-19조의9에 관련 조항을 두고 있다. 그러나 구체적으로 어떠한 신용평가모형을 만드는 것이 적정한지에 관한 지침은 없다. 따라서 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」은 제335조의11 제1항 위반에 대한 아무런 형사처벌 또는 행정제재 규정을 두지 않고 있다.

211) 이순호, “신용조회회사(CB)의 개인신용정보 관리체계 개선방안”, 주간 금융브리프 제19권 제47호(2010), 13면. 물론 실무적으로는 행정지도를 포함한 여러 형태로 관여 또는 협의가 이루어지는 것으로 보인다. 예를 들어, 다음의 보도자료 내용 참조. 금융위원회, 2018. 1. 30.자 '개인신용평가체계 종합 개선방안' 보도자료, 금융감독원, 2014. 7. 2.자 '은행의 저신용자 신용평가모형 도입 효과 및 향후 지도방향' 보도자료.

212) 2019. 2. 25. 기준 나이스신용평가 공시
 <http://www.niceinfo.co.kr/creditrating/cb_score_1_4_1.nice>
 2019. 2. 25. 기준 코리아크레딧뷰로 공시
 <https://www.allcredit.co.kr/ADFCCommonSv1?SCRN_ID=s04043729847> 등 참조.

213) 신용정보법 시행령 제27조 제2항 제7호는 신용조회회사(CB)의 신용평가모델만 공개하도록 하고 있다.

214) 류석일, 개인 신용평가 제도 현황 및 개선방안, 한국소비자원 시장조사 12-15, 2012, 30-31면.

3. 사례의 검토

은행이 학력에 따라 신용을 차등적으로 산정했다는 것은 법적 차별의 맥락에서 구체적으로 어떤 쟁점들을 야기하는가?

첫째로 은행의 개인신용평가 담당자에게 차별의도가 있었는지가 문제될 수 있다. 담당자가 자신은 단순히 데이터를 알고리즘에 입력한 것일 뿐, 차별적인 효과를 의도하지 않았다고 주장하면 어떠한가? 학력이 법령상 차별금지사유가 아니라면 간접차별이 문제될 수도 있는데, 간접차별에 대한 판단에 있어서는 차별의도를 고려하지 않는다.

다른 한편, 학력으로 인한 신용차별 피해자들이 은행에 손해배상 소송을 제기했는데, 은행이 인공지능 알고리즘을 제대로 공개하지 않거나, 또는 일부러 소스코드를 난독화하여 재판부가 이해하기 어렵도록 만들면 어떠한가? 불법행위에 기한 손해배상 책임이 인정되려면 원고는 '피고가 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 원고에게 손해를 가했다'는 민법 제750조의 요건을 증명해야 한다. 그런데 은행이 알고리즘 및 데이터를 제대로 공개하지 않을 경우, 피고 은행의 차등대우 행위가 위법했음을 인정하기 어려워질 수 있다. 피고 은행에 의해 신용평가가 다르게 산정(대우)된 사정을 증명할 수 있더라도, 그것이 구체적으로 학력에 의한 차등대우인지를 증명하기 어려울 것이기 때문이다. 다만, 만일 현행 「장애인차별금지법」 제47조처럼 증명책임을 피고에게 전환할 수 있다면, 차등대우의 원인이 학력이 아님을 피고가 증명하도록 할 수 있다.²¹⁵⁾ 그 경우에 피고는 결국 알고리즘을 적어도 해당 사안에 대한 소명에 필요한 수준에서 공개하거나, 또는 공개하지 않는 대신에 증명책임을 다하지 못한 불이익으로 손해배상 책임의 요건들이 인정되어 배상책임을 부담해야 할 것이다.

그렇다면 은행이 학력을 기준으로 개인신용을 차별하더라도, 이것을 사후적으로 판단하는 데 아무런 문제가 없으므로 데이터와 알고리즘에 대한 사전적 규제는 필요가 없다고 할 수 있을까? 여기서 주의할 것은 감사원과 금융감독원은 이미 2012년에 건전성 감독을 근

215) 그 구체적 방법론은 크게 (i) 앞서 살펴본 현대형 소송에서 인정된 일반적 증명책임 전환 법리를 확장하여 인공지능이 유발하는 차별 문제, 나아가 인공지능이 유발하는 불법행위 일반의 문제에 유추적용 하는 방안과, (ii) 증명책임 전환 법조항을 규정하는 일반적 차별금지법을 제정하는 두 가지 방안을 생각해볼 수 있을 것이다. 첫 번째 방법은, 불명확한 인과관계가 핵심 쟁점이 되는 공해, 의료과오와 같은 이른바 '현대형 소송'과 인공지능의 작동 메커니즘의 소위 블랙박스(black-box)적 특징이 지닌 유사성에 근거하여, 제조물책임법 시행 이전 일반 불법행위에서 인정되던 일반적 증명책임 전환 법리를 인공지능의 차별 문제, 나아가 인공지능이 유발하는 불법행위 일반의 문제에 유추적용 할 수 있다는 것이 핵심적 논지이다. 두 번째 방법인 일반적 차별금지법의 경우, 최초의 입법 시도는 정부에 대한 국가인권위원회의 2006년도 권고에서 비롯되었고 현재까지 총 6개의 법률안이 발의되었다. 아직 입법이 되지 않았으나, 지금까지 제출된 법률안의 내용에 비추어보면 장래 일반적 차별금지법이 통과될 경우, 증명책임에 관한 규정이 포함될 가능성이 높을 것으로 예상된다.

거로, 신한은행의 신용평가모델을 살펴보고 있었다는 점이다. 이는 우리나라가 CB의 신용평가 요소에 대한 공개를 강제하고, 반드시 PCR을 거쳐야만 신용요소를 획득할 수 있도록 하는 등 신용평가의 공적인 측면을 강조하고 있기 때문에 가능한 것이었다. 그렇다면 은행이 내부 신용평가 과정에서 인공지능 알고리즘을 사용하는 경우에, 감사원과 금융감독원은 건전성 감독을 위해 필요하다는 근거 하에 그 알고리즘의 작동 내역과 방식을 파악할 수 있어야 할 것인지에 관해서는 별도의 논의가 필요하다.

이러한 맥락에서 인공지능과 차별의 사전적 행정규제에 관한 쟁점을 다시 돌아보면, 중요한 것은 인공지능이 얼마나 불투명하여 파악하기 어려운지의 문제가 아니라, 인공지능을 강제로 조사할 수 있을 정도로 압도적인 공익이 있는지의 문제라고 할 수 있다. 압도적인 공익이 있는 경우에는, 감사원과 금융감독원 등의 행정기관이 데이터와 알고리즘의 내역을 조사하는 것에 좀 더 정당성이 부여될 수 있을 것이다. 물론 차별을 금지하여 인간의 존엄성을 보호하는 일은 분명 중요한 공적 이익이다. 그러나 소비자대출에 대한 개인신용을 학력 등 특정한 기준에 따라 다르게 평가받지 않도록 방지하는 것이 신용정보나 신용평가 알고리즘을 강제로 공개하게 만들 정도로 중요하게 다루어져야 한다는 사회적 합의가 존재하는지는 불확실하다.

특히 최근 들어 종종 언급되는 알고리즘 또는 인공지능에 대해 '설명을 요구할 권리' 등은, 정부로부터의 부당한 공권력 행사에 맞서 개인의 이익을 보호한다는 행정절차적 측면에서는 설득력 있게 법적 바탕을 마련할 수 있지만, 차별금지의 측면에서는 추가적인 논의가 필요하다. 행정절차적 측면에서 불이익 처분에 대한 설명을 요구할 권리(처분의 이유제시에 관한 「행정절차법」 제23조)의 근거는, 적어도 현행법상으로는, 정부의 자의적인 권력행사로부터 개인의 권리를 보호하기 위함이다.²¹⁶⁾ 그러나 민간은행의 신용평점 산출이라는 사인(私人)들 간의 관계가 정부의 개인에 대한 자의적인 권력행사에 준하는 비대칭성을 갖고 있는 것으로 보아야 하는 것인가? 우리는 여기서 이 글의 기나긴 논의가 다시금 차별의 법적 규율에 관한 근원적 논의로 돌아왔음을 알 수 있다. 사적 영역에서의 차별금지 사적 자치의 원칙과 필연적 긴장에 놓여있다. 인공지능이라는 특이한 요소가 이 긴장 관계에 들어온 이 시대에, 사회가 어떻게 긴장관계를 처리할 것인지, 그 과정에서 차별받지 않을 권리와 행정절차적인 권리, 개인정보 자기결정권 등의 여러 권리들이 어떻게 같이 조화될 수 있는지에 관하여는 지속적인 논의가 필요하다.

216) 정부가 근본적으로 이해할 수 없는(inscrutable) 인공지능 알고리즘을 이용하여 곧바로 최종적 행정처분을 내릴 경우, 정부가 처분의 이유를 제시할 수 없게 되므로 처분의 상대방인 국민의 행정절차법적 권리를 침해할 수 있다. 따라서 적어도 정부의 행정처분에 인공지능 알고리즘이 활용될 경우, 이 알고리즘은 개인의 행정절차법적 권리를 보호하기 위해 가급적 널리 공개될 필요가 (또는 가급적 투명성이 높은 유형의 알고리즘을 선별하여 사용해야 할 필요가) 있을 것이다.

다른 한편, 신용평점 부여와 관련된 통계적 인공지능 메커니즘의 구축에 있어 학력을 포함한 여러 다양한 잠재적 평가요소들이 어떻게 취급되어야 하는지에 대해서도 추가적인 논의가 필요하다. 은행이 별도의 차별적 의도를 가지고 있던 것이 아니라면, 학력 변수는 잠재적 대출고객의 연체가능성 등 신용도를 평가하는 데에 있어 대체변수(proxy)의 일환으로 포함되었을 가능성이 높다. 그렇다면, 만일 학력에 따라서 통계적으로 연체가능성에 미세한 차이가 나타나고, 은행은 그러한 미세한 차이를 반영하여 이에 상응하는 미세한 차등을 대출조건에 두었다고 하면, 그러한 차등을 부당한 차별이라 할 것인가? 이를 둘러싼 하나의 정책적 방향은, 학력이라는 개념이 암시하는 국내에서의 민감성을 반영하여 학력 변수를 신용평점 산출에 있어서 아예 고려하지 않도록 제도화하는 것이다.²¹⁷⁾ 그렇게 할 경우, 학력을 둘러싼 사회적 논란이 부분적으로라도 줄어드는 효과가 기대된다. 다만, 동시에 학력 데이터가 정확한 신용도 평가에 활용될 수 있는 가능성을 아예 차단하는 부작용 또한 예상된다.

그 반대의 정책적 방향은, 가급적 세밀한 데이터의 활용가능성을 열어두는 것이다. 예를 들어, 단순한 학력에 관한 정보 이외에도, 대출자의 경우 대학이나 전공에 관한 정보 등 추가정보를 활용할 가능성, 더 나아가 학교 졸업 후 첫 직장에 관한 정보 등 학력 정보와 연계하여 판단할 수 있는 다른 데이터를 함께 포함하여 더 세밀하게 분석할 수 있는 가능성을 열어두는 것이다. 그런 식으로 세밀한 분석을 하고 나면 학력별로 계층구조가 나타나는 대신, 예를 들어, 학력은 높지 않지만 신용도는 상대적으로 높게 평가되는 경우, 그 반대로 학력이 높지만 신용도는 높지 않게 평가되는 경우 등 좀 더 세분화된 분석과 분류가 나타날 수도 있다. 그런 경우라면, 학력은 조잡한 대체변수일 뿐임이 밝혀지고, 더 풍부하고 상세한 분석을 통해 학력을 둘러싼 논란이 자연스럽게 해소될 가능성도 있다.²¹⁸⁾ 이러한 가능성을 고려하면, '학력'을 실정법상의 차별금지사유의 일종으로 편입한 때에도, 학력 변수만의 영향을 충분히 희석시킬 만한 정도로 세밀한(granular) 데이터에 기반한 상세한 분석을 거친 경우라면 그만큼 객관적 정당화 사유를 인정할 여지가 커지는 셈이고, 더 나아가 학력이 차별금지사유라고 보는 근거의 정당성 자체에 대해 다시 고려할 필요성이 나타

217) 예컨대, '국가인권위원회법'은 2005년 개정(2005. 7. 29. 법률 제7651호로 일부개정된 것) 때부터 차별사유 중 하나로 '학력'을 명시하고, 차별영역 중 하나로 '재화·용역의 공급이나 이용'을 들고 있다(동법 제2조 제3호). 정부가 20대 국회에서 제출한 '금융소비자 보호에 관한 법률안' 제14조 역시 대출을 포괄한 '금융상품'에 관한 계약을 체결하는 경우 정당한 사유 없이 '학력' 등을 이유로 계약조건에 관하여 금융소비자를 부당하게 차별하는 행위를 금지하고 있다. 다만, 이들의 경우에 객관적 정당화 사유를 통한 항변을 긍정하고 있다.

218) 물론 그 반대의 가능성도 있다. 여러 가지 유형의 데이터 중에서 학력 데이터가 연체가능성 등 신용도를 측정하는 데에 있어 통계적으로 매우 유의미한 결과를 보여주는 경우이다. 그 경우에는, 학력 데이터의 통계적 유용성을 고려하여 이용을 허용할지, 아니면 학력 데이터의 민감성이나 다른 사회적 부작용의 가능성을 고려하여 그 이용을 금지할 것인지를 둘러싸고 정책적 판단이 필요할 수 있다.

날 수도 있다. 즉, 얼마나 세밀한 데이터에 기초하여 인공지능 모형을 구축하는지에 따라, 어떤 상황이 차별적 상황인지 여부에 대한 판단 자체가 크게 달라질 가능성도 있는 것이다.

결국, 신용평가를 위한 인공지능 모형을 구축하는 입장에서는, 차별을 하고자 하는 의도가 존재하는 경우가 아니라면, 통계적으로 최대한 정확한 신용도 평가모형을 구축하고자 할 것이고, 그렇게 하기 위해서 가급적 다양하고 상세한 데이터를 활용이 가능한 상황을 선호할 것이다. 물론 그 과정에서 차별을 둘러싼 논란이 발생할 가능성은 언제나 존재한다. 인공지능 모형의 구축과정에서 어떤 데이터를 이용할 수 있을 것인지, 그 반대로 어떤 유형의 데이터에 대해서는 이용을 금지하거나 제한할 것인지는 결국 사회적 논의를 거쳐 정해져야 할 것이다.

VI. 남은 문제들 : 결론을 대신하여

이 글은 인공지능과 차별에 관해 지금까지 산발적으로 주장되던 논의를 체계화하여, 차별의도, 불투명성, 경로의존성 등의 다양한 개념과 주장들을 (i) 차별의 사후적 사법판단에 관한 실체법적 문제, (ii) 차별의 사후적 사법판단에 관한 절차법적 문제, (iii) 차별의 사전적 행정규제에 관한 문제라는 3단계로 나누어 정리해 보았다. 이 논리구조에 따라 인공지능과 차별의 문제를 살펴보면, 차별금지에 관한 사후적 사법판단이라는 기존의 구제수단이 원만하게 작동할 가능성도 있는 한편, 몇몇 측면에서는 한계가 있을 수밖에 없음을 파악할 수 있었다. 다른 한편, 사전적 행정규제는 개인정보보호 등 서로 다른 맥락에서 발전해온 제도와 법익들 사이에 나타나는 긴장관계를 어떻게 해소할 것인지에 관한 새로운 과제가 제시되고 있는 측면이 있다. 그에 더하여, 어떤 법제도를 생각하건, 추상적인 법정책적 결론을 어떻게 구체화할 것인지에 관해서는 또 다른 어려움이 나타날 수 있다. 법제도상의 결론은, 예를 들어, 개별 알고리즘에 어떻게 구체적이고 실무적으로 반영할 것인지, 그래서 어떻게 법제도가 요구하는 결론을 충족시킬 수 있을 것인지에 관한 현실적으로 매우 어려운 과제를 제시하기 때문이다. 이하에서는 인공지능의 도입과 활성화가 차별에 관한 논의에 주는 주요 과제에 대해 간략히 정리하며 결론을 대신하고자 한다. 이 중 일부는 본문에서 이미 부분적으로 제시되기도 하였는데, 이러한 과제에 대해 우리 사회에서 일반적으로 받아들여질 수 있는 기준과 합의점을 만들어 내는 것이 향후 인공지능 기술의 일상화에 있어 매우 중요한 관건이 될 것이다.

첫째 과제는, 인공지능의 훈련을 위해 이용되는 훈련 데이터가 보일 수 있는 통계적 편

향(statistical bias) 또는 사회적 편견에 관한 문제이다. 우선 인공지능 모형 구축에 이용될 훈련 데이터는 모집단(population) 데이터가 보이는 통계적 특징을 왜곡 없이 반영하도록 구축하는 것이 원칙이다. 그런데 훈련 데이터를 추출해 내는 과정에서 모집단의 통계적 특징과 다른 특징을 보이는 데이터가 생성된다면, 이는 통계적 편향을 가져오게 된다. 인공지능은 모집단에 기초하여 훈련이 이루어지는 것이 아니라, 훈련 데이터에 기초하여 훈련이 이루어지므로 훈련 데이터에 편향이 있다면 그 결과로 생성되는 인공지능 모델은 그러한 편향을 고스란히 반영하게 될 것이다. 또한, 인공지능 훈련에 이용되는 데이터는 많은 경우에 과거의 의사결정을 반영한 역사적 데이터(historic data)이다. 특히, 인간에 대한 의사결정과 관련된 인공지능은 역사적 데이터를 훈련 데이터로 이용하게 되는 것이 더욱 일반적일 것이다. 과거에 일상적으로 받아들여지던 의사결정이 현재에 와서는 편견인 것으로 여겨질 경우, 역사적 데이터를 이용하여 훈련된 인공지능은 그러한 인식이나 사회규범의 변화를 반영하지 못하고 과거의 편견을 그대로 반영하여 의사결정을 하게 될 것이다.²¹⁹⁾

이와 같은 통계적 편향이나 사회적 편견의 가능성은 인공지능 모형 개발자가 차별의도를 가지고 있는지 여부와 무관하게 발생할 수 있는 것이다. 문제는, 그러한 편향이나 편견의 존재가능성을 파악하더라도, 이를 보정할 수 있는 방법이나 기준이 애매할 수 있다는 것이다. 예를 들어, 과거에 여성이 일반적으로 취업 및 승진에 있어 부당하게 불이익을 받은 경우가 많고, 훈련 데이터가 그러한 과거의 관행을 반영하고 있다고 할 때, 새로운 인공지능 모형 개발을 위한 훈련 데이터는 어떤 데이터를 이용해야 하는지 문제될 수 있다. 역사적 데이터로부터 추출된 1차적 훈련 데이터에 일정한 변형을 하여 2차적 훈련 데이터를 만들어 낼 것인지, 그 경우 어떤 기준으로 어떻게 1차적 훈련 데이터를 변형할 것인지에 관해 많은 논란이 있을 수 있다. 훈련 데이터에 통계적 편향이나 사회적 편견이 반영되어 있을 가능성을 고려하여 훈련 데이터를 보정하려는 시도는, 자칫하면 그 취지와 무관하게 차별 또는 역차별 논란에 빠질 가능성도 있다.

둘째, 인공지능 모형의 개발 과정에서 얼마나 세밀한(granular) 데이터가 이용될 수 있을 것인가의 문제가 있다. 인공지능 모형 개발자의 입장에서는, 누군가를 프로파일링

219) 최근 미국 아마존은 인공지능을 이용한 고용 프로그램을 준비하다가 공정성 논란의 우려 때문에 해당 팀을 해체하였다. 이는 훈련 데이터가 역사적 데이터이기 때문에 발생하는 문제의 한 단면을 정확히 반영하는 사례라 할 수 있다. 즉, 아마존은 지난 10년간 회사에서 접수한 입사 지원서류를 기초로 훈련 데이터를 구축하여 패턴인식 프로그램을 개발하고자 했는데, 기존의 지원자 대부분이 남성이었던 것을 반영하여, 개발된 인공지능이 추천하는 지원자 대다수가 남성이었다고 한다. 아마존은 이를 둘러싸고 차별 논란이 발생할 것을 우려하여 아예 인공지능 고용 프로그램을 대폭 축소하게 되었다고 한다. Jeffrey Dastin, "Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women", *Reuters* (2018. 10. 10).

(profiling) 하여 통계적으로 가장 정확한 평가를 하고 싶을 것인데, 그러기 위해서는 유용한 데이터를 최대한 확보할 필요가 있다. 예를 들어, 개인에 관한 신용평가를 하여 신용평점을 부여하는 맥락에서, 해당 개인의 경제 및 사회활동에 관한 매우 상세한 데이터가 있다면, 개발자 입장에서는 그러한 데이터를 세밀하게 분석할 수 있는 인공지능을 개발하여 정확한 신용도를 파악하고 신용평점을 부여하고자 할 것이다. 그런데 많은 경우에는 유용한 데이터를 제한적으로만 확보할 수 있는 것이 보통이고, 그 이외에 원하는 유형의 데이터에 대한 대체변수(proxy) 역할을 할 정보를 함께 포함하여 분석을 하기도 한다. 이 때 어떤 대체변수를 어떤 목적으로 이용했느냐에 따라 논란이 생길 가능성이 있다.

이 맥락에서 어떤 논란의 가능성이 있는지 파악하기 위해, 은행 대출계약의 맥락에서 개인신용평가를 하는 상황을 상정하여 생각해 보자. 신용도 분석을 위해 이용할 (대체)변수로 거주지 정보가 포함될 수도 있다. 통계분석 결과, 특정지역의 특정 아파트단지 거주자들의 연체율이 현저히 낮다고 하면, 그러한 분석의 결과를 반영하여 해당 거주자들에게 대출계약에 있어 우대를 하는 의사결정을 할 수도 있다. 그런데 만일 유사한 방식의 통계 분석을 통해, 또 다른 특정 아파트단지 거주자들에게는 대부분 대출계약 신청에 대해 거절하는 인공지능 의사결정이 내려진다면, 이를 차별이라고 할 것인가? 더 복잡한 문제는, 그보다 상세한 데이터에 기초한 분석이 가능할 경우에, 인공지능 의사결정 또한 그에 상응하여 상세해질 가능성과 관련이 있다. 즉, 동일한 아파트단지 거주자일지라도, 예를 들어, 거주기간, 이전 거주지, 이사빈도 등 더 상세한 요소를 고려함에 따라 상환가능성이나 연체율이 차별화되어 파악된다고 하면, 그에 따른 인공지능 의사결정에 있어서도 불이익이 나타날 거주자와 상대적으로 편익을 보게 되는 거주자가 세밀하게 나뉠 수도 있다. 즉, 당초 동일한 아파트단지 거주자에 대해 전체적으로 불리한 의사결정이 내려질 수도 있는 상황에서, 더 상세한 데이터에 기초한 분석이 가능해지면 그중 일부는 불이익이 없어질 수도, 또 다른 일부는 불이익이 더 심화될 수도 있는 등의 복잡한 상황이 나타날 수 있는 것이다.²²⁰⁾

220) 하버드대학교의 학생선발 기준을 둘러싸고 현재 미국에서 진행되는 소송은 그러한 측면을 반영하여 보여 준다. 이 소송은 하버드대학교의 학생선발 과정에서 아시아계의 학생들을 포함하여 일부 학생들이 인종적 차별을 받았다고 주장하는 것이다. 그런데, 하버드대학교 내부 보고서의 분석에 따르면, (1) 아시아계 미국인인 것이 통계적으로 입학전형 과정에서 불이익을 입은 것이 사실인데, 그와 동시에 (2) 아시아계 미국인 중에서도, 캘리포니아 출신과 여학생 지원자는 불이익이 적었다고 한다. (“A 2013 internal report by Harvard found that being Asian-American was negatively correlated with admission, as did an expert analysis for the plaintiffs. But using a different statistical approach, Harvard’s expert found a modest bump for two subgroups of Asian-Americans - women and applicants from California - belying, Harvard said, the overall claim of discrimination”) 이는, 아시아계로 넓게 분류할 것인지, 아니면 아시아계 중에서도 성별 또는 출신 지역별로 좀 더 세분화해서 분류할 것인지에 따라서 차별 내지 불이익의 정도나 양태가 달리 나타날 수 있다는 것을 의미한다. Anemona Hartocollis, Amy Harmon and Mitch Smith, “Lopping,’ ‘Tips’

신용도 평가와 관련된 또 다른 상황을 생각해 보자. 대출계약을 위한 신용도 평가를 위해 개인의 과거 신용거래 내용을 적극적으로 반영하는 모형을 개발하는 것을 어렵지 않게 상정해 볼 수 있는데, 그 중에서도, 예를 들어, 과거 대출계약에 관한 데이터를 반영하는 데에 있어 고려할 수 있는 것으로, (1) 이자율 등 대출조건은 어떠했는지 그리고 (2) 은행, 저축은행, 대부업체 등 어떤 금융기관에서 대출을 받았는지에 관한 데이터가 존재한다고 하자. 정확한 신용도 평가를 위해서는 두 가지 유형의 데이터가 모두 도움이 될 것이다. 어떤 대출조건 하에 대출을 받게 되었는지 뿐만 아니라 어떤 금융기관에서 대출을 받았는지 하는 것은 해당 개인의 연체가능성을 평가하는 데에 있어 상당히 유용한 지표가 될 수 있기 때문이다. 이 때, 정책적인 판단에 따라, 두 가지 데이터를 모두 이용가능하게 할 것인지, 또는 그 중 어느 특정한 한 가지 데이터만 이용가능하도록 할 것인지에 따라서 개개인에 대한 신용도 평가모형은 상당히 다른 결과를 보일 가능성이 있다.²²¹⁾

이러한 상황에서 법정책적인 고민이 필요한 부분은, 어떤 데이터, 특히 얼마나 세밀한 데이터를 이용하여 인공지능 훈련을 하도록 허용할 것인지에 관한 것이다. 얼마나 세밀한 분석을 하느냐에 따라서는, 당초 차별로 비쳐지던 상황이 정반대로 부당한 혜택으로 판단될 가능성도 있다.

셋째, 투명성에 관한 문제이다. 본문에서도 언급이 된 것처럼, 인공지능 알고리즘을 이용한 의사결정은 투명성이 부족한 경우가 많다. 예를 들어, 개인에 관한 신용도 평가를 반영한 신용평점을 보고도, 왜 특정한 신용평점이 부여되었는지 파악하거나 이해하기는 쉽지 않은 것이 보통이다. 국내의 신용평점 부여체계는 데이터를 유형화한 뒤, 유형별 점수에 대해 가중치를 부여하여 가중평균을 구하는 것이다. 그런데, 특정 신용평점을 둘러싸고 이와 같은 평점 부여방식에 대한 설명을 듣는다고 해서, 해당 평점의 산정방식에 대해 충분히 이해하고 수궁하는 것이 가능할 것인가? 또는, 신용평점이 낮아서 대출계약이 거절되었다고 할 때, 정확히 어떻게 하면 신용평점을 높일 수 있는지 구체적으로 파악하는 것이 가능할 것인가?

신용평점이 개별 분석 유형들의 가중평균에 의해 정해진다고 해서, 개별 유형별 점수와 유형별 가중치를 정보주체에게 알려주면 불투명성이 실질적으로 해소될 수 있을지는 불투명하다. 위에서 본 것과 같이, 국내 신용조회회사 중에서 나이스신용평가는 상환이력정보, 현재부채수준, 신용거래기간, 신용형태정보 각각에 점수를 부여한 뒤 가중평균을 구하여

and the 'Z-List': Bias Lawsuit Explores Harvard's Admissions Secrets", *New York Times* (2018. 7. 29).

221) 이 문제는, 가중평균의 개념을 이용하여 신용평점을 산정하는 방식을 고려하면, 좀 더 현실적으로는 각각의 평가요소에 대한 가중치(weight)를 어떻게 정할지의 문제가 된다. 본문에서 든 예의 경우에, 대출이자, 대출 금융기관의 유형 등을 포함한 다양한 평가요소에 대해 각각 어떤 가중치를 부여하는지에 따라, 개인별 신용평점이 달라질 수 있고 그와 동시에 신용도 평가의 정확성에 대한 평가 또한 달라질 수 있다.

신용평점을 산정하고 있고, 코리아크레딧뷰로는 상환이력정보, 현재부채수준, 신용거래기간, 신용거래형태 각각에 대해 점수를 부여한 뒤 가중평균을 통해 신용평점을 산정한다. 이 때 각각의 평가요소 항목에 대한 점수 및 가중치를 개개의 정보주체에게 알려줄 경우, 투명성에 대한 불안함이 해소되기보다 오히려 궁금증이 더 늘어날 가능성이 있다. 각 항목의 점수에 영향을 미치게 되는 세부구성요소나 점수부여 방식에 대해 추가적으로 궁금할 수 있기 때문이다. 또한 설명을 듣는다고 하여, 예를 들어, '신용평점을 10점 올리기 위해서' 또는 '대출이자율을 0.1% 낮추기 위해서' 구체적으로 무엇을 할 수 있는가' 하는 질문에 대해 정확한 현실적인 해답을 찾기도 쉽지 않은 것이 보통일 것이다.

흔히 투명성이 부족하고 그로 인해 정보비대칭이 있는 경우에는 일반적으로 정보의 공개(disclosure) 수준을 높이는 것이 우선적인 해결책으로 고려된다. 그런데 인공지능 알고리즘의 맥락에서는 정보의 공개수준을 높이는 것이 간단한 문제가 아닐 수 있을뿐더러, 정보의 공개수준을 높인다고 해도 투명성 제고나 이해도 제고에 도움이 되지 않는 경우가 많다. 더구나 알고리즘을 이용한 기회주의적인 행동(gaming)의 가능성을 고려하면 알고리즘의 구체적인 내용을 공개하도록 법제화하기도 어렵다. 이로 인해, 차별에 대한 주장이 있더라도 투명성의 한계로 인해, 그에 대해 규명하는 것 자체에 한계가 나타나는 것이 불가피할 수도 있다.

뿐만 아니라, 데이터의 투명성은 프라이버시의 측면에서 양날의 검이 될 수 있다. 투명성에 대한 요구는 주로 민주주의적 참여를 담보하기 위한 행정절차적 권리나, 사적 영역에서의 차별금지 등 공적인 이익의 관점에서 다뤄지고 있다. 그러나 개인정보보호의 관점에서 볼 때 투명성이 무한정 확대될 수는 없다. 데이터 수집과 분석에 있어 대원칙을 제시하는 프라이버시, 공정성, 정확성, 투명성 등의 주요가치는 서로 충돌하는 측면이 있다. 이들 가치가 조화를 이루도록 하고 서로 균형을 달성할 수 있는 해석론을 개발하는 것은, 이미 우리 현실에 파고들고 있는 인공지능 기술에 대한 사회적 원칙을 세우는 작업에 있어 핵심적인 것이 될 것이다.

이상의 사항들은 인공지능과 관련된 차별 문제를 논의함에 있어, 논의를 더욱 복잡하게 만드는 것들이라 할 수 있다. 물론 그 이외에도 많은 고려사항들이 있을 수 있다. 인공지능의 시대가 본격적으로 도래하기 위해서는 이러한 문제들에 대하여 보다 진지하고 깊이 있는 분석 및 사회적 논의가 필요하다.

〈참고문헌〉

I. 국내문헌

1. 단행본

- 고학수 외, 데이터 이코노미, 한스미디어, 2017.
김도균·이상영, 법철학, 한국방송통신대학교, 2011.
노명선·이완규, 형사소송법, 성균관대학교출판부, 2015.
테버러 헬먼, 김대근 역, 차별이란 무엇인가, 서해문집, 2016.
도용태 외, 인공지능 개념 및 응용, 사이텍미디어, 2013.
류석일, 개인 신용평가 제도 현황 및 개선방안, 한국소비자원 시장조사 12-15, 2012.
마쓰오 유타카, 박기원 역, 인공지능과 딥러닝, 동아엠앤비, 2015.
마이클 네그네비츠키, 김용혁 역, 인공지능 개론, 한빛아카데미, 2013.
법원행정처, 법원실무제요 행정, 법원행정처, 2016.
스튜어트 러셀·피터 노빅, 류광 역, 인공지능 : 현대적 접근방식, 제이펍, 2016.
양기철, 인공지능 이론 및 실제, 홍릉과학출판사, 2014.
웬델 윌러치·콜린 알렌, 노태복 역, 왜 로봇의 도덕인가, 메디치미디어, 2014.
이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2016.
이준일, 차별 없는 세상과 법, 홍문사, 2012.
장병탁, 장교수의 딥러닝, 홍릉과학출판사, 2017.
지원림, 민법강의, 홍문사, 2017.
최승철, 차별금지법의 이해, 한울아카데미, 2011.
캐시 오닐, 김정혜 역, 대량살상 수학무기, 흐름출판, 2017.
프랭크 파스칼레, 이시은 역, 블랙박스 사회, 안티고네, 2016.

2. 논 문

- 강승식, “미국 연방대법원의 평등심사에 대한 비판적 고찰”, 원광법학 제28권 제2호(2012).
권영준, “불법행위법의 사상적 기초와 그 시사점 - 예방과 회복의 패러다임을 중심으로”, 저스티스 통권 제109호(2009).

- 김도승, “프랑스 차별금지 법제도에 관한 소고”, 법학논총 제19권 제1호(2012).
- 김명수, “소수자보호와 차별금지법”, 홍익법학 제15권 제3호(2014).
- 김성숙, “이주민의 신용거래 평등성 - 미국 신용기회평등법(ECOA) 고찰을 중심으로”, 다문
화사회연구 제8권 제2호(2015).
- 김중권, “인공지능시대에 완전자동적 행정행위에 관한 소고”, 법조 제66권 제3호(2017).
- 김진우, “민사계약에서의 차별금지 - DCFR과 그것의 우리 사법(私法) 및 차별금지기본법의
입법에의 시사점 -”, 비교사법 제22권 제1호(2015).
- _____, “지능형 로봇과 민사책임”, 저스티스 통권 제164호(2018).
- 김혜원, “‘평등권’인가 ‘평등원칙’인가?”, 헌법학연구 제19권 제1호(2013).
- 김희준, “바젤 은행규제의 최근동향 및 국내도입의 시사점”, 은행법연구 제11권 제1호
(2018).
- 박민영, “표준기록관리시스템 기능 평가- 접근관리 기능을 중심으로”, 기록학연구 제38권
(2013).
- 박신욱, “차별금지에 관한 일반법 도입을 위한 허용되는 차별대우 연구”, 비교사법 제22권 제
3호(2015).
- 박영범, “차별의 경제학적 의미”, 계간 임금연구 봄호(2007).
- 박종보·김휘홍, “인공지능기술의 발전과 법적 대응방향”, 법학논총 제34권 제2호(2017).
- 서혜진, “차별적 처우 금지 위반의 효과 및 구제의 내용”, 노동연구 제19호(2009).
- 송석운, “차별의 개념과 법의 지배”, 사회적 차별과 법의 지배, 박영사(2004).
- 신옥주, “유럽연합의 반차별지침 고찰”, 공법학연구 제9권 제2호(2008).
- 심재진, “미국의 차별적 영향 이론과 유럽연합의 간접차별 법리”, 노동법연구 제27호
(2009).
- 양종모, “인공지능 알고리즘의 편향성, 불투명성이 법적 의사결정에 미치는 영향 및 규율 방
안”, 법조 제66권 제3호(2017).
- 윤영미, “평등규범의 사인에 대한 적용”, 헌법학연구 제19권 제3호(2013).
- 이건범, “고객 신용도와 금융회사의 가계신용 공급”, 경제발전연구 제20권 제2호(2014).
- 이순호, “신용조회회사(CB)의 개인신용정보 관리체계 개선방안”, 주간 금융브리프 제19권
제47호(2010).
- _____, “학력과 개인신용평가 간 상관관계, 금융동향(2012).
- 이승길, “미국의 고용차별금지법 개관”, 한국법제연구원 최신외국법제정보(2015).
- 이재훈, “전자동화 행정행위에 관한 연구 - 독일 연방행정절차법 제35조의a를 중심으로 -”,
성균관법학 제29권 제3호(2017).

- 이재희, “사적 자치와 차별금지법”, 저스티스 통권 제165호(2018).
- 이주희, “미국의 차별시정기구”, 국제노동브리프 제3권 제1호(2005).
- _____, “간접차별의 개념과 판단기준”, 청구법학 제32권 제2호(2010).
- 이준일, “연령차별금지의 법제와 법적문제”, 미국헌법연구 제19권 제1호(2008).
- _____, “차별금지법의 제정필요성과 입법적 고려사항”, 의정연구 제20권 제1호(2014).
- 채형복, “EU법에 있어 간접차별금지법리의 형성과 전개”, 법학논고 제56집(2016).
- 최윤희, “현행 남녀고용평등법의 간접차별 규정에 대한 비교법적 고찰”, 비교사법 제13권 제1호(2006).
- _____, “장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률에 대한 소고”, 일감법학 제35호(2016).
- 한지영, “차별금지법 제정을 둘러싼 쟁점의 비판적 검토: 차별의 개념 및 구제조치를 중심으로”, 이화젠더법학 제3권 제1호(2011).
- 허유선, “인공지능에 의한 차별과 그 책임 논의를 위한 예비적 고찰 - 알고리즘의 편향성 학습과 인간 행위자를 중심으로 -”, 한국여성철학 제29권(2018).
- 홍강훈, “평등권의 심사원칙 및 강도에 관한 연구”, 공법연구 제41권 제1호(2012).
- 홍관표, “차별금지법 제정 추진상 쟁점 및 과제”, 저스티스 통권 제139호(2013).
- 황수옥, “독일 일반평등대우법상 고용에서의 간접차별과 시사점”, 산업관계연구 제26권 제4호(2016).
- _____, “독일 일반평등대우법의 제정과정과 시사점”, 노동법학 제57권(2016).
- _____, “간접차별금지 실효성 강화를 위한 구제방법과 절차 - 독일 판례분석을 중심으로”, 산업관계연구 제27권 제2호(2017).

3. 기 타

- 감사원, “금융권역별 감독실태Ⅱ 공개문” (2012).
- 국가인권위원회 상임위원회, 2005. 5. 18.자 ‘인천광역시 일부 자치법규에 대한 국가인권위원회의 의견’.
- 금융감독원, 2014. 7. 2.자 ‘은행의 저신용자 신용평가모형 도입 효과 및 향후 지도방향’ 보도자료.
- 금융보안원, “국내·외 금융권 머신러닝 도입 현황”(2017).
- 금융위원회, 2013. 7. 31.자 ‘개인신용평가 이의제기 경로마련방안’ 보도자료.
- _____, 2018. 1. 30.자 ‘개인신용평가체계 종합 개선방안’ 보도자료.

- 자본시장연구원, “신용평가 제도개선 방안”, 금융위원회 미간행 연구보고서(2014).
- 전국은행연합회, 2012. 10. 31.자 ‘은행권, 『불합리한 차별행위 방지 모범규준』 제정·시행’ 보도자료.
- 헌법재판소 헌법재판연구원, 간접차별법리에 관한 비교법적 연구-유럽인권재판소와 EU사법재판소의 판례를 중심으로, 비교헌법연구 2017-B-1, 2017.

II. 국외문헌

1. 단행본

- Aharon Barak, *Proportionality - Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, 2012.
- Daniel Graupe, *Deep Learning Neural Networks*, World Scientific, 2016.
- Gabriel Hallevy, *Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems*, Springer, 2013.
- Ian Goodfellow · Yoshua Bengio · Aaron Courville, *Deep Learning*, MIT Press, 2016.
- Peter Flach, *Machine Learning: The Art and Science of Algorithms that Make Sense of Data*, Cambridge University Press, 2016.
- Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2004.

2. 논 문

- A. M. Turing, “Computing Machinery and Intelligence”, *Mind* Vol. 49(1950).
- Andrew D. Selbst · Solon Barocas, “The Intuitive Appeal of Explainable Machines”, *Fordham Law Review* Vol. 87(2018).
- Berk Ustun, Alexander Spangher, Yang Liu, “Actionable Recourse in Linear Classification”, *arXiv: 1809.06514*(2018).
- Betsy Anne Williams · Catherine F. Brooks · Totam Shmargad, “How Algorithms Discriminate Based on Data They Lack”, *Journal of*

- Information Policy* Vol. 8(2018).
- Brent Mittelstadt, “Automation, Algorithms, and Politics | Auditing for Transparency in Content Personalization Systems.” *International Journal of Communication* Vol. 10(2016).
- Bryce W. Goodman, “A step towards accountable algorithms?: Algorithmic Discrimination and the European Union General Data Protection”, *29th Conference on Neural Information Processing Systems(NIPS 2016)*(2016).
- Catherine Tucker, “Privacy, Algorithms and Artificial Intelligence”, *The Economics of Artificial Intelligence: An Agenda*(2017).
- Chris Reed et al., “Responsibility, Autonomy and Accountability: legal liability for machine learning”, *Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper* No. 243/2016(2016).
- Christopher Townley et al., “Big Data and Personalised Price Discrimination in EU Competition Law”, *King’s College London Law School Research Paper* No. 2017-38(2017).
- Danielle Keats Citron, “Technological Due Process”, *Washington University Law Review* Vol. 85(2008).
- Danielle Keats Citron · Frank Pasquale, “The Scored Society: Due Process for Automated Predictions”, *Washington Law Review* Vol. 89:1(2014).
- David H. Wolpert · William G. Macready, “No Free Lunch Theorems for Optimization”, *IEEE Transactions on Evolutionary Computation* Vol. 1 (1997).
- Deven R. Desai · Joshua A. Kroll, “Trust But Verify: A Guide to Algorithms and the Law”, *Harvard Journal of Law and Technology* Vol. 31, Issue 1 (2018).
- Gary Marcus, “Deep Learning: A Critical Appraisal”, *arXiv: 1801.00631*(2018).
- Indrė Žliobaitė, “A survey on measuring indirect discrimination in machine learning”, *arXiv: 1511.00148v1*(2015).
- Indrė Žliobaitė · Bart Custers, “Using sensitive personal data may be necessary for avoiding discrimination in data-driven decision models”, *Artificial Intelligence and Law* Vol. 24(2016).

- Jatinder Singh et al., "Responsibility & Machine Learning: Part of a Process", *SSRN*(2016).
- Jenna Burrell, "How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms", *Big Data & Society*(2016).
- John R. Searle, "Minds, brains, and programs", *Behavioral and Brain Sciences* Vol. 3, No. 3(1980).
- Kate Crawford, "The Hidden Biases in Big Data", *Harvard Business Review* (2013. 4. 1).
- Kate Crawford · Jason Shultz, "Big Data and Due Process: Toward a Framework to Redress Predictive Privacy Harms", *Boston Law Review* Vol. 55(2014).
- Lilian Edwards · Michael Veale, "Slave to the Algorithm? Why a 'Right to an Explanation' Is Probably Not the Remedy You Are Looking For" *Duke Law & Technology Review* Vol. 16(2017).
- Lu Zhang · Yongkai Wu · Xintao Wu, "A causal framework for discovering and removing direct and indirect discrimination" *arXiv:1611.07509*(2016).
- Moritz Hardt, "How big data is unfair", *Medium*(2014. 9. 26).
- Neil M. Richards · Jonathan H. King, "Three Paradoxes of Big Data", *Stanford Law Review Online* Vol. 66:41(2013).
- Paul Pierson, "Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of Politics", *The American Political Science Review* Vol. 94, No. 2(2000).
- Solon Barocas, "Data Mining and the Discourse on Discrimination", *Data Ethics Workshop, Conference on Knowledge Discovery and Data Mining* (2014).
- Solon Barocas · Andrew D. Selbst, "Big Data's Disparate Impact", *California Law Review* Vol. 104(2016).

3. 기 타

- Andrew Altman, "Discrimination", *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2015). (<https://plato.stanford.edu/entries/discrimination/>)

- Anemona Hartocollis, Amy Harmon and Mitch Smith, “Lopping,’ ‘Tips’ and the ‘Z-List’: Bias Lawsuit Explores Harvard’s Admissions Secrets”, *New York Times*(2018. 7. 29).
- David Gunning, “Explainable artificial intelligence (XAI)”, Defense Advanced Research Projects Agency (DARPA)(2017).
(<https://www.darpa.mil/attachments/XAIProgramUpdate.pdf>)
- Jeffrey Dastin, “Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women”, *Reuters*(2018. 10. 10).
- The Economist, “Frankenstein’s paperclips”(2016. 6. 25).
- U.S. Executive Office of the President of the US, “Preparing for the Future of Artificial Intelligence”(2016).
- U.S. Food and Drug Administration, “Data Integrity and Compliance With CGMP Guidance for Industry”(2016).

Artificial Intelligence and Discrimination

Haksoo Ko*
Hae Bin Jeong**
Dohyun Park***

<Abstract>

How should the discrimination that arises when humans use the artificial intelligence be treated legally? The widely used ‘deep learning’ artificial intelligence is not a generalizable problem solver, but it is a sophisticated analytical tool that statistically reorganizes historical data. At present, it is difficult to say that the current artificial intelligence technology is a substitute for human judgment as a whole. The legal discipline for the discrimination related to the artificial intelligence needs to focus on specifics on what data are used in the training of the artificial intelligence and how the algorithms are built. This leads to various legal and regulatory issues.

First, even though human beings have no intention to discriminate, training data used for the artificial intelligence training may reflect past discriminatory factors, so that when decisions are made using artificial intelligence, such decisions may also reflect or even amplify the discrimination. Second, the relevant algorithm may well constitute trade secrets. Third, even if the algorithm is disclosed, it could be inscrutable, and, further, reproduction of the previous algorithmic decisions may not be possible since the algorithms and/or data may be frequently updated or modified. These factors give rise to difficulties in substantive law as well as in procedural law. Fourth, ‘deep learning’ may exacerbate discrimination because it tends to reflect or even exaggerate biases contained in the training data in a path-dependent way.

Keywords : Artificial intelligence, Algorithmic discrimination, Opacity, Technological due process.

* Professor of Law and Economics, Seoul National University School of Law.

** Public-Service Advocate and PhD student, Seoul National University School of Law.

*** Attorney and PhD student, Seoul National University School of Law.

계약의 해소와 부당이득반환의 문제 : 선분양계약에서의 신탁관계를 중심으로* - 대법원 2017. 7. 11. 선고 2013다55447 판결 -

한국의국어대학교 법학전문대학원 교수 장 보 은

논문요지

통상 건축물 분양에는 시행사, 시공사, 금융기관, 신탁회사, 광고대행사, 분양대행사 등 다수의 당사자들이 개입된다. 특히 건축물이 지어지기 전에 이루어지는 소위 선분양의 경우 투자자들을 보호하기 위하여 관련 법 등에 따라 담보신탁이 널리 활용되고 있는데, 이에 따라 분양계약에서는 수분양자가 분양대금을 분양사업자가 아닌 신탁회사에 직접 지급하도록 하는 것이 일반적이다. 이러한 분양계약이 취소되거나 해제되는 등 계약관계가 해소되면 이미 지급한 분양대금 등의 급부를 반환하여야 하는 문제가 발생하는데, 이 때 급부반환의 주체가 누가 되어야 하는지는 다수 당사자 간의 부당이득반환을 어떻게 해결할 것인지의 논의로 이어진다.

즉, 분양계약의 특유한 신탁관계로 인하여 계약의 당사자와 급부를 수령한 당사자가 달라지므로, 계약이 해소되면 삼각관계에서의 부당이득 반환의 문제가 대두되는 것이다. 대상판결 역시 수분양자와 시행사 및 수탁자의 관계를 계약의 일방당사자가 계약상대방의 지시 등으로 급부과정을 단축하여 계약상대방과 또 다른 계약관계를 맺고 있는 제3자에게 직접 급부한 경우로 이해하였고, 이러한 삼각관계에서는 계약이 해소되면 수분양자는 계약상대방인 시행사에 대하여 부당이득을 청구할 수 있고 직접 급부를 수령한 신탁회사를 상대로 하여서는 부당이득반환청구를 할 수는 없다고 판단하였다. 이는 대상판결의 이전에 있었던 유사한 사실관계에 대한 판례들과 같은 결론이고, 이후에도 건축물 선분양 사안에서도 되풀이되고 있다.

대상판결의 결론은 삼각관계에서의 부당이득반환의 일반법리에만 비추어 본다면 일응 타당한 것처럼 보이나, 계약에서의 자기책임의 원리 등 판결이 언급하는 근거를 선분양계약에서의 신탁관계에 그대로 적용하기는 곤란하다. 타당한 결론에 이르기 위해서는 신탁이라는 장치를 이용하여 수분양자를 보호하고자 한 건축물분양법의 제도적 취지를 염두에 두고, 보다 근본적으로 제3자에게 급부하기로 약정한 계약 당사자들의 의사와 그로 인한 경제적 이익관계를 충분히 고려하여야만 할 것이다.

검색용 주제어: 삼각관계 부당이득, 다수 당사자 간의 부당이득, 건축물분양법, 선분양계약, 신탁계약, 분양계약의 취소

* 논문접수: 2019. 1. 8. 심사완료: 2019. 2. 12. 게재확정: 2019. 3. 8.

* 이 연구는 한국의국어대학교 교내학술연구비 지원에 의한 것으로, 2018. 11. 3. 민사법학회 판례연구회에서 발표한 것을 수정·보완하였습니다.

[사실관계 및 판결의 요지]

1. 사실관계

(1) 피고들 간의 대리사무계약 및 분양관리 신탁계약

피고 갑은 용인시 수지구 소재 상가(이하 '이 사건 상가')를 건축하여 분양한 시행사이고, 피고 병은 갑으로부터 이 사건 상가 부지를 수탁받은 신탁회사이다. 갑과 병은 이 사건 상가에 관하여 다음과 같은 대리사무계약 및 분양관리 신탁계약을 각각 체결하였다.

[대리사무계약]

대리사무계약에 따른 당사자들의 주요 역할과 업무는 다음과 같다. 먼저 갑은 사업의 시행자로서 (i) 사업자금 및 분양수입금 등의 수납, 관리, 집행을 병에게 위임하고 관련 업무를 지원하며, (ii) 사업부지 전체에 대하여 병에게 분양관리신탁하고, (iii) 건축물의 완공 시 소유권보존 등기 후 병에게 분양관리신탁하며, (iv) 준공이후 소유권 보존에 관한 등기 사무 및 피분양자¹⁾에 대한 이전등기를 병에게 위임하고 등기관련 제반 서류를 제출하고, (v) 사업과 관련된 일체의 분양대금 채권을 병에게 양도할 의무가 있다. 다음으로 병은 대리사무신탁자로서 (i) 사업부지 전체에 대하여 분양관리 신탁계약을 체결하고, (ii) 건축물의 신축 후 보존등기된 건물에 대한 분양관리를 수탁하며, (iii) 선관의무에 따라 분양수입금 관리계좌 개설 및 분양대금의 수납·관리하고, (iv) 선관의무에 따른 본 사업 관련 대출금, 분양수입금 등 사업자금을 관리·집행하며, (v) 건축공사의 공정에 따른 공사비 등 제반 비용을 자금관리계좌에서 지급할 의무를 부담한다.²⁾

또한 이 계약이 분양관리 신탁계약과 상호보완적 효력을 가지고, 건축물의 분양에 관한 법률(이하 '건축물분양법') 등 관련 법령에 위배될 수 없다는 점이 명시되어 있었다.³⁾

[분양관리 신탁계약]

분양관리 신탁계약에서는 우선 그 목적이 건축물분양법에 따라 갑이 건물을 신축하여 분

1) 이 사건 상가와 관련된 대리사무계약 및 분양관리 신탁계약에서는 원고들을 지칭하는 용어로 '피분양자'를, 분양계약에서는 '매수인'을 사용하였다. 이는 건축물의 분양에 관한 법률 제2조 제4호에서 정의하는 "분양받은 자"를 의미하며, 본 논문에서는 '수분양자'라는 용어를 주로 사용하되 문맥에 따라 '피분양자', '매수인', '분양받은 자'라는 용어를 혼용한다.

2) 대리사무계약 제3조.

3) 대리사무계약 제4조.

양하는 사업에서 병이 신탁부동산의 소유권을 보전·관리하여 피분양자를 보호하고, 갑이 부담하는 채무불이행시 신탁부동산을 환가·처분하여 정산하기 위한 것임을 명시하고 있었다.⁴⁾

이 계약의 대상이 되는 신탁재산에는 신탁의 원본, 신탁의 수익 및 본건 분양사업과 관련하여 갑으로부터 양수받은 분양대금채권과 분양수입금이 포함되고,⁵⁾ 특히 신탁부동산 상에 건축되는 건축물에 대하여 갑과 분양계약을 체결하는 피분양자⁶⁾를 보호하기 위하여 갑의 부도, 파산 등으로 사업추진이 불가하거나 기타 사유로 중도에 신탁계약을 해지하여 정산하는 경우에는 신탁부동산의 처분대금 등 신탁재산에서 우선수익자 등 다른 권리자에 우선하여 피분양자의 분양대금반환에 우선 지급한다는 점을 규정하였다.⁷⁾

(2) 분양계약

갑은 용인시에 이 사건 상가의 착공신고를 한 후 분양을 시작하였는바, 을 등 원고들은 이 사건 상가의 점포에 관한 분양계약을 체결한 수분양자들로, 분양계약상 당사자는 매도인 갑, 책임준공사, 자금관리신탁사 병으로 되어 있었다(이하 '이 사건 분양계약'). 그 무렵 갑과 원고들 사이에는 수분양자가 분양받는 각 점포 면적에 비례하여 이 사건 주차장 중 각 일부를 함께 분양받되 위 주차장에 관한 공유지분을 이전받기로 하는 내용의 계약도 체결되었다.⁸⁾

원고들의 각 분양계약은 분양계약 내역표와 분양계약 체결일, 공급면적, 분양대금, 주차장 공급면적 정도만 다르고 주요 내용은 동일하게 작성된 것이었다. 분양금액의 지급 방법은 갑이 지정하는 병 명의의 계좌에 입금하여야 한다고 하였는데,⁹⁾ 병의 역할에 관하여는 건축물분양법에 의하여 사업부지 신탁등기 및 분양수입금 등의 자금관리를 담당하는 것이며 그 외 매도인으로서의 책임을 지지 않는다고 분명히 하였고, 갑의 피분양자에 대한 분양대금채권을 병에게 양도하고 피분양자가 이를 승낙한다는 점도 명시되어 있었다.¹⁰⁾

4) 분양관리 신탁계약 제1조.

5) 분양관리 신탁계약 제2조 제5항.

6) 분양관리 신탁계약 제2조 제4항.

7) 분양관리 신탁계약 제12조 제2항.

8) 주차장 분양계약에는 다음과 같은 점이 기재되었다. "1. 위 상가를 분양받는 조건으로 위 상가 매수인에 한하여 3~4층 주차장을 준공필 후 상가 소유권 이전과 동시에 []원에 매매하여 소유권 이전하기로 확약합니다(단, 공유지분 등기임). ... 3. 지상 3, 4층은 계약자 전용주차장으로 사용한다."

9) 분양계약 제1조.

10) 분양계약 제13조.

(3) 그 후의 경과 및 원고들의 주장

원고들은 각 이 사건 분양계약에서 정한 바와 같이 분양대금을 병 명의의 계좌로 납입하였고, 각 분양받은 점포에 관하여 소유권이전등기를 마쳤다. 그러나 원고들은 다음과 같은 이유에서 이 사건 분양계약의 해제 또는 취소를 구하였다.¹¹⁾

1) 주위적 청구 : 분양계약의 해제로 인한 원상회복

피고들은 피분양자들에게 이 사건 분양대상이 1층 상가 및 3, 4층 주차장 건물이라고 하여 주차장까지 포함하여 분양대금 평균액을 산출하고 상가분양계약서와 함께 주차장공급확약서를 체결하였다. 그러나 3, 4층 주차장 부분은 관련 법령 위반으로 당초부터 분양대상이 될 수 없고 분양되더라도 원고들이 이 부분에 관한 소유권이전을 받을 수 없는 상태이므로, 이 사건 각 분양계약의 핵심요소 중 하나인 주차장 부분에 관한 피고들의 소유권이전등기의무는 이행불능 상태에 있다.¹²⁾

2) 예비적 청구 : 사기를 원인으로 한 분양계약의 취소로 인한 부당이득반환

피고들은 이 사건 상가가 정부가 민간에 허가한 최초의 수산물 관련 인정사업이라거나, 이 상가 인근에 GTX(도심철도) 죽전역 및 경부고속도로 죽전 IC의 개통이 확정되었다거나, 상가가 100% 분양 및 임대가 완료되었다는 등으로 광고하였으나, 이는 모두 사실이 아니었다. 또한 피고들은 주차장 면적이 분양대상이 되는 것처럼 광고함으로써 계약의 본질적인 내용인 분양가격을 기망하였다.

11) 그 외에도 원고들은 제2 예비적 청구로서 이 사건 각 분양계약이 해제 또는 취소됨에도 불구하고 갑 또는 병의 분양대금반환의무의 전부 또는 일부가 부인되는 경우에는 피고들이 사기의 불법행위에 관한 공동불법행위자로서 원고들에 대한 손해배상책임을 부담한다고 주장하였다. 이에 대하여 원심은 갑에 대하여는 분양대금반환의무 전부 인용되었으므로 제2 예비적 청구를 검토하지 않았고, 병은 갑의 사기행위를 잘 알고서 가담하였다고 볼 수 없으므로 공동불법행위자가 될 수 없다고 판단하였다.

12) 또한 원고들은 피고들이 이 사건 상가를 수산물유통센터로 용도를 특정하여 분양하였으므로 그에 합당한 기본시설을 갖추어 공급하여야 계약상 의무가 있음에도 불구하고, 그러한 기본 시설이 갖추어져 있지 아니하고 치유될 수 없는 구조적·기능적 결함이 존재하여 원고들이 분양계약상 본래의 목적인 수산물 유통, 판매의 목적을 달성하지 못하고 있다는 점도 함께 주장하였다. 이 점에 관하여는 원심과 대상판결이 모두 증거가 부족하다고 하여 인정하지 않았다.

2. 원심¹³⁾의 판단

(1) 주위적 청구에 관한 판단

원심은 원고들의 주위적 청구와 관련하여 이 사건 각 분양계약은 원고들이 각 분양받은 점포 취득을 주된 취지로 하는 것으로, 주차장 부분에 관한 원고들과 피고 갑 사이의 약정은 각 분양계약의 부수적 채무에 불과할 뿐이고 주된 채무에 해당한다고 할 수 없다고 하였다. 따라서 원고들은 피고 갑의 주차장 부분 의무이행이 불가능하다 하더라도 이를 원인으로 분양계약을 해제할 수 없다고 판단하였다.

(2) 예비적 청구에 관한 판단

1) 사기를 원인으로 한 분양계약의 취소

원고들의 예비적 청구와 관련하여서는 거래에 있어서 중요한 사항에 관하여 구체적 사실을 거래상의 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지한 경우에는 과장, 허위광고의 한계를 넘어 기망행위에 해당한다는 점을 밝힌 다음, 갑의 광고는 사실과 다르거나 사실을 지나치게 부풀려 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 광고로 기망행위에 해당한다고 전제하였다. 따라서 이 사건 각 분양계약은 갑의 기망행위에 의하여 체결된 것으로, 원고들의 취소의 의사표시가 포함된 이 사건 소장부분 송달로써 적법하게 취소되었다고 판단하였다.

2) 계약취소로 인한 부당이득반환

계약취소로 인한 부당이득반환의무에 관하여는 각 분양대금채권이 양도됨으로써 채무자인 원고들과 양수인인 병 사이에 직접적인 채권·채무관계가 설정되었다고 하면서, 그 기초가 된 이 사건 각 분양계약이 취소되어 소급적으로 무효로 된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 위 채권·채무관계에 의하여 원고들이 병에게 이행한 급부는 법률상 원인이 없게 되었다고 할 것이므로, 급부를 이행받은 병은 원고들에게 이를 반환할 의무가 있다고 하였다.¹⁴⁾

한편 갑은 분양대금채권을 전부 병에게 양도함에 따라 원고들로부터 어떠한 급부도 이행

13) 서울고판 2013. 5. 30, 2011나82454.

14) 이와 관련하여 원심은 대판 2003. 1. 24, 2000다22850을 인용하였다.

받은 사실이 없기는 하지만, ① 병은 분양관리 신탁계약의 수탁자로서 건축물분양법이 정한 바에 따라 분양수입금을 적정하게 관리·집행함으로써 피분양자들을 보호하기 위하여 이 사건 분양대금채권을 양수하여 수납·관리할 권리와 의무를 가지게 된 것이고, 이 사건 분양대금채권의 실질적, 중국적 귀속 주체는 시행사인 갑인 점, ② 병은 신탁재산의 한도 내에서만 분양계약의 취소로 인한 반환의무를 질뿐이므로, 그 중국적인 반환의무는 시행사이자 분양자인 갑에게 있다고 봄이 합당한 점 등을 고려하여 보면, 갑도 또한 원고들에 대하여 이 사건 각 분양계약의 취소로 인한 부당이득반환의무를 부담하고, 이 때 갑과 병의 각 부당이득반환채무는 각 채무가 중첩되는 범위 내에서는 서로 부진정연대채무의 관계에 있다고 하였다.

3) 피고 병의 주장에 관한 판단

병은 설령 이 사건 각 분양계약이 적법하게 취소되었다 하더라도 자신은 제3자를 위한 계약의 수익자 또는 지시에 의한 단축급부의 상대방에 불과하므로, 분양계약의 취소로 인한 부당이득반환청구의 상대방이 될 수 없다고 주장하였다. 이에 대하여 원심은 병이 원고들로부터 분양대금을 지급받은 것은 분양계약 체결 당시 분양대금 채권의 양도에 따른 것이고, 병은 분양관리 신탁계약의 수탁자로서 건축물분양법이 정한 바에 따라 분양수입금을 적정하게 관리·집행함으로써 피분양자들을 보호하기 위하여 분양대금채권을 양수하여 수납·관리한 것일 뿐 분양대금채권의 행사가 병 고유의 이익을 위한 것이 아니므로, 병이 제3자를 위한 계약의 수익자에 불과하다거나 지시에 의한 단축급부의 단순한 상대방에 불과하다고 할 수 없다고 판단하였다.¹⁵⁾

3. 대법원 판결

대법원은 원고의 상고를 기각하였는데, 다만 피고 병에 대한 예비적 청구에 대하여는 원심과 다른 결론에 이르렀다. 먼저 대법원은 다음과 같이 지시에 의한 단축급부의 일반법리를 서술한 다음, 이 사안이 이른바 ‘단축급부’에 해당한다고 하였다.

15) 그 외에도 피고 병은 원고들이 분양대금채권의 양도에 관하여 이익을 보류하지 아니하고 승낙을 하였으므로 민법 제451조 제1항에 따라 분양계약의 취소로 채권 양수인에게 대항할 수 없다거나, 피고 병이 민법 제110조 제3항에서 말하는 분양계약의 취소로 대항할 수 없는 선의의 제3자에 해당한다고 주장하였으나, 원심은 이러한 주장을 받아들이지 않았다. 다만 피고 병의 주장 가운데 원고들의 소유권이전등기 말소 의무와 분양대금 반환의무가 동시이행관계에 있다는 것은 인정하였다. 이러한 점은 대법원 판결의 결론과 직접 관련이 없으므로, 본 논문에서는 자세히 다루지 않는다.

“계약의 일방당사자가 계약상대방의 지시 등으로 급부과정을 단축하여 계약상대방과 또 다른 계약관계를 맺고 있는 제3자에게 직접 급부한 경우(이른바 삼각관계에서의 급부가 이루어진 경우), 그 급부으로써 급부를 한 계약당사자의 상대방에 대한 급부가 이루어질 뿐 아니라 그 상대방의 제3자에 대한 급부도 이루어지는 것이므로 계약의 일방당사자는 제3자를 상대로 하여 법률상 원인 없이 급부를 수령하였다는 이유로 부당이득반환청구를 할 수 없다. 이러한 경우에 계약의 일방당사자가 계약상대방에 대하여 급부를 한 원인관계인 법률관계에 무효 등의 흠이 있거나 그 계약이 해제되었다는 이유로 제3자를 상대로 하여 직접 부당이득반환청구를 할 수 있다고 보면 자기 책임 아래 체결된 계약에 따른 위험부담을 제3자에게 전가하는 것이 되어 계약법의 원리에 반하는 결과를 초래할 뿐만 아니라 수익자인 제3자가 계약상대방에 대하여 가지는 항변권 등을 침해하게 되어 부당하다.”

대법원은 이와 같이 병은 갑과의 분양관리 신탁계약 및 대리사무계약에 따른 변제로서 정당하게 분양대금을 수령한 것이므로, 원고들이 병을 상대로 법률상 원인 없이 급부를 수령하였다는 이유로 원상회복청구나 부당이득반환청구를 할 수 없다고 판단하였다.¹⁶⁾

[연 구]

I. 문제의 제기

최근 상가나 오피스텔과 같은 수익형 부동산에 관한 일반인들의 관심이 높아지면서 이와 관련된 소액 투자자들의 피해 사례도 증가하고 있다. 특히 건축물이 지어지기 전에 분양광고를 통하여 향후 지어질 건축물에 관한 분양을 하고 분양대금의 상당액을 준공 전에 조달하여 건설자금 및 금융비용 등에 충당하는 소위 선분양 방식¹⁷⁾의 경우에는 수분양자들이 피해를 입을 가능성이 더욱 커진다. 수분양자는 완제품을 보지 않고 분양계약을 체결하여야 하는데, 어떻게든 수분양자의 투자를 끌어들이기 위하여 과장된 광고를 하는 경우도 어렵지 않게 볼 수 있고,¹⁸⁾ 일단 분양계약을 체결하고 대금을 받게 된 다음에는 시행사 등이

16) 원심이 인용한 대판 2003. 1. 24. 2000다22850 판결은 이 사건과 사안을 달리하므로 이 사건에 원용할 수 있는 것이 아니라고 하였다. 또한 원심이 원고들의 예비적 청구를 일부 인용한 것은 잘못이지만, 원고들만이 상고한 이 사건에서 불이익변경금지의 원칙상 원고들에게 더 불리한 청구기각의 판결을 선고할 수는 없으므로, 결론적으로는 이 부분에 관한 원심판결을 그대로 유지할 수밖에 없다고 하였다.

17) 오세문, “수분양자의 법적 권리에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 석사학위논문(2008), 4면.

그 금액을 다른 곳에 전용하여 완공이 지연되거나 아예 완공을 못하게 되는 경우도 있다. 또한 시행사 측에서는 이미 수요를 확보한 다음에 품질경쟁을 할 유인이 없어지므로 건물을 부실시공하거나 처음에 계획한 것과는 다른 완성물을 내놓기도 한다.¹⁸⁾

이러한 건축물 분양에는 통상 시행사, 시공사, 금융기관, 신탁회사, 광고대행사, 분양대행사 등 다수의 전문성을 가진 당사자들이 개입되는데, 이에 비하여 투자자들은 전문성을 갖추지 못한 일반인인 경우가 많다. 이들은 과장광고에 현혹되어 개인으로서는 큰 자금을 투자하지만, 처음부터 계약 내용을 정확히 이해하지 못하는 경우도 많고, 뒤늦게 계약이 잘못되었다는 것을 깨닫고 이를 해소하고자 하더라도 그 법리를 구성하는 것이 어려울 뿐만 아니라 다수의 계약 당사자 중 누구에게 어떠한 청구를 해야 하는지를 정리하는 것도 여간 까다로운 일이 아니다. 건축물 분양에서 수분양자들을 보호하기 위한 법적인 방안으로서 2005. 4.부터 건축물분양법이 시행되었으나, 일반 투자자들이 적절한 대응을 하지 못하고 있는 사이에 분양자 등이 투자 수익을 편취하여 다수의 투자자들이 투자 실패로 경제적 파탄에 빠지는 일은 여전히 현재진행형이다.

대상판결에서는 이 사건 상가 분양을 위한 광고가 시행사의 기망행위에 해당한다고 하여 수분양자들의 계약취소를 인정하였는바,²⁰⁾ 특히 그로 인한 부당이득의 반환의 법리를 어떻게 구성할 것인지가 주된 쟁점이 되었다. 대상판결은 수분양자인 원고들과 각각 시행사와 수탁자인 피고들 사이의 관계를 계약의 일방당사자가 계약상대방의 지시 등으로 급부과정을 단축하여 계약상대방과 또 다른 계약관계를 맺고 있는 제3자에게 직접 급부한 경우, 이른바 삼각관계에서의 급부가 이루어진 것으로 파악하였다. 그 결과 원고들이 계약을 취소하는 경우에 부당이득반환은 계약상대방인 시행사에 대하여 청구할 수 있는 것이고, 직접 급부를 수령한 신탁회사를 상대로 하여서는 부당이득반환청구를 할 수는 없다고 판단하였다.

대상판결이 원용하고 있는 일반법리는 이른바 삼각관계에서의 부당이득반환의 문제를 ‘급부’²¹⁾ 개념을 기초로 해결하고자 하는 기존의 논의에 터잡은 것이다. 이를 전제로 한 결

18) 기존의 판례들 가운데에 선분양과 관련된 분양광고 사안으로는 대판 2015. 5. 28, 2014다24327; 대판 2014. 6. 12, 2013다75892; 대판 2007. 6. 1, 2005다5812, 5829, 5836; 대판 2004. 10. 15, 2003다69195 등 참조. 공정거래위원회는 수익형 부동산 분야의 거짓, 과장 또는 기만적인 광고를 하는 업체들을 계속하여 적발하고 있으며, 특히 2018. 7.부터는 수익형 부동산 광고에서 수익률을 홍보할 때 그 산출 근거와 수익보장의 방법과 기간 등을 명시하도록 ‘중요한 표시·광고사항 고시’를 개정한 바 있다.

19) 김상중, “상가분양계약의 법률관계 - 수분양자의 보호를 위한 판례의 경향을 중심으로”, 재산법연구 제24권 제3호, 2008, 127면; 오세문, 앞의 논문(주 17), 4-8면 참조.

20) 분양광고에 대한 민법적 접근에 관하여는 김재형, “분양광고와 계약 - 청약·청약의 유인·손해배상을 중심으로 -”, 민사판례연구 제31권(2009), 395면 이하; 김수정, “아파트 분양광고에 포함된 주변 개발사업이 무산된 경우의 법률관계”, 법학 제58권 제2호(2017), 127면 이하 등 참조. 특히 선분양에서의 허위·과장광고 문제는 심도 있는 검토가 필요한 지점이나, 이번 논의는 사기가 성립함을 전제로 그 부당이득반환의 문제를 중점적으로 검토하기로 한다.

론은 건축물분양법이 적용되는 선분양 사안의 법률관계에서도 여전히 유효하다고 볼 수 있는가? 이를 검토하기 위해서는 수분양자를 보호하고자 하는 건축물분양법의 취지와 당사자들이 의도한 계약관계를 이해할 필요가 있다. 이하에서는 건축물 선분양과 관련된 법률 관계에 대한 이해를 기초로 하여, 대상판결이 실시한 일반법리와 기존의 판례들을 살펴보고, 구체적 사안에 대한 판단이 타당하였는지를 다시 생각해 보고자 한다.

II. 건축물 선분양의 법률관계

1. 건축물 선분양과 건축물분양법

(1) 건축물 선분양

건축물²²⁾의 분양이란 분양자가 건축하는 건축물의 전부 또는 일부를 2인 이상에게 판매하는 것을 의미한다.²³⁾ 건축물 중 주택의 분양에 관하여는 일찍부터 주택법과 주택공급에 관한 규칙 등에서 그 조건, 방법 및 절차 등을 자세히 규정하고 있었으나, 주택이 아닌 상가나 오피스텔, 분양형 호텔 등은 그 적용 대상에 포함되지 않는다.²⁴⁾ 그 외에도 여러 기준에 따라 건축물 분양의 유형을 나누어 볼 수 있는데, 분양시기에 따라 공사계획만 수립되어 있거나 공사가 진행 중인 상태에서 분양을 하는 선분양과 소유권보전등기와 이전등기가 가능한 시점에서 분양을 하는 후분양으로 구분할 수 있고, 사업시행 주체에 따라 국가나 지방자치단체 등이 시행하는 공공분양과 기업이나 개인이 시행하는 민간분양으로 구분할 수 있으며, 법령의 제한 여부에 따라 분양조건이나 절차에 대한 법적 제한이 있는 공적분양과 그러한 제한이 없는 사적분양, 분양 주체에 따라 분양자가 직접 분양을 하는 직접분양과 분양을 위임받은 분양대행자가 분양을 하는 대행분양 등으로 구분할 수 있다.²⁵⁾

이 가운데 실무적으로 가장 많은 법적인 문제를 야기하는 것은 선분양의 경우이다. 건축

21) 윤진수, “부당이득법의 경제적 분석”, 서울대 법학 제55권 제3호(2014), 108-109면에서는 우리 민법에서는 “급부”라는 용어 대신 “급여”라는 용어를 사용하고 있다는 점을 지적한다. 다만, 관련 주제에 대한 다수의 글에서는 “급부”라는 용어를 사용하고 있으므로, 논의의 편의를 위하여 이하에서는 “급부”라는 표현을 사용하기로 한다.

22) 건축법 제2조 제1항 제2호 참조.

23) 건축물분양법 제2조 제2호.

24) 주택법 제2조 참조.

25) 오세문, 앞의 논문(주 17), 3-4면 참조.

물을 분양하고자 하는 시행사가 건축물이 완공되기도 전에 선분양을 하는 이유는 사업시행을 위한 자금이 충분하지 않아서 이를 상당부분 분양대금으로 충당하고자 하는 경우가 많다. 선분양시에는 그 대상인 건축물이 완공되지 않았으므로 법률행위의 특정 여부²⁶⁾가 문제될 수 있다. 원칙적으로 이는 당사자들의 의사 해석의 문제라고 할 것이나, 법률행위의 내용이 반드시 그 계약체결 당시에 구체적으로 특정되어 있을 필요는 없고 사후에라도 이를 구체적으로 특정할 수 있는 방법과 기준이 정하여져 있으면 충분하다고 하는 판례의 태도²⁷⁾에 따르면 완공 전의 건축물을 분양한다는 사실만으로는 법률행위의 효력이 문제되지는 않을 것이다.

선분양은 건축물 분양에 관한 수요를 사전에 확보하고 건축물 완공까지 단계적으로 자금을 조달함으로써 사업의 안정성을 높여주게 되어, 대형업체뿐만 아니라 중소기업도 건축물 분양시장에 참여할 수 있게 하였다. 수분양자 입장에서도 건축물의 건축허가 후에 분양하는 후분양에 비하여 저렴한 가격으로 건축물을 분양받을 수 있고, 분양대금을 일시에 지급하기보다는 순차적으로 분할 납부함으로써 자금 조달에 유리한 장점이 있다.²⁸⁾ 그러나 수분양자 입장에서는 목적물이 완성되기 전에, 경우에 따라서는 시행사의 공사 계획만을 믿고 장기간 선행 투자를 해야 하므로, 계약이 체결된 이후에는 불리한 입장에 처하는 경우가 많다. 예를 들어 건축규모나 공사 일정이 확정되지 않은 상태에서 계약이 체결된 후 수분양자가 기대한 방향과 달리 공사가 진행되는 경우, 시행사의 도덕적 해이나 재정능력 부족으로 공사가 지연되는 경우, 사업에 참여하는 여러 당사자들의 이해관계 등에 따라 공사가 중단되는 경우 등에는 수분양자를 보호해야 할 필요가 있다.²⁹⁾ 기존에는 주택과는 달리 상가 등 대형건축물의 분양과 관련하여서는 수분양자를 위하여 법적인 보호장치를 두지 않았으나, 상가 수분양자들의 대규모 피해 사태가 사회적 문제로 대두된 것을 계기로³⁰⁾ 건축물분양법이 제정되어 2005. 4.부터 시행되고 있다.

26) 박윤직·김재형, 민법총칙(제9판), 박영사, 2013, 271-272면 참조.

27) 대판 1986. 2. 11. 84다카2454.

28) 주택에 대한 선분양은 주택이 절대적으로 부족하고 주택금융이 미비한 상황에서 정부가 주택공급을 확대하는 제도적 장치로 활용되었다. 즉, 공금자 입장에서는 주택 수요를 사전에 확보하고 주택사업의 안정성을 높여주어 신용만으로는 자금 조달이 불가능한 중소기업도 주택시장에 참여할 수 있는 기회를 가지게 되었고, 수요자 입장에서는 시세차익을 기대고 선분양에 참여하는 경우도 있었으므로, 정부로서는 특별히 금융 지원을 하지 않고서도 주택공급을 확대할 수 있었다. 박수영, “후분양제도의 파급효과와 정책적 지원방안에 관한 연구”, 목원대학교 산업정보대학원 석사학위논문(2005), 6-10면 참조.

29) 오세문, 앞의 논문(주 17), 5-6면 참조.

30) 동대문 굿모닝시티 상가 사안은 2001년 분양을 시작하여 2003년 부도를 맞으며 약 3,400여명의 수분양자에게 3,700억 원의 피해를 입히면서 상가 선분양제도에 대한 사회적 관심을 일으켰고, 건축물분양법이 제정되는 계기가 되었다.

(2) 건축물분양법의 주요 내용

건축물분양법은 기존에 개별 법령에서 규제하지 않고 있던 일정 규모 이상의 건축물에 대하여 그 분양에 대한 규제절차를 마련함으로써 분양사업자³¹⁾가 사업이 불투명한 상태에서 분양하거나 허위·과장광고를 통하여 분양하거나 분양대금을 유용하는 등으로 인하여 발생하는 피해로부터 수분양자를 보호하기 위하여 제정되었다.³²⁾

우선 이 법은 건축허가를 받아 건축하여야 하는 분양면적 3천제곱미터 이상인 건축물과 업무시설 등 대통령령이 정하는 용도 및 규모의 건축물³³⁾을 건축법에 의한 사용승인전에 분양하는 경우에 적용되는데, 다만 주택법 등 개별법에서 분양방법을 별도로 정하고 있는 건축물에 대하여는 적용이 배제된다.³⁴⁾ 따라서 일정한 규모 이상의 대형 상가건물 등의 건축물을 선분양하는 경우에는 이 법이 적용된다.

이 법이 적용되는 건축물을 사용승인 이전에 분양하고자 하는 경우에는 분양 시기나 절차에 대한 규제를 따라야 한다. 분양사업자가 대통령령에서 정한 바에 따라 신탁회사와 신탁계약·대리사무계약을 체결하거나 금융기관으로부터 분양보증을 받는 경우에는 건축법에 의한 착공신고 후에 분양할 수 있고, 당해 건축물의 사용승인에 대하여 대통령령으로 정하는 다른 건설업자 2 이상의 연대보증을 받아 이를 공증받은 경우에는 골조공사의 3분의 2 이상을 완료한 후에 분양할 수 있다.³⁵⁾

분양사업자는 건축할 대지의 소유권을 확보하여 건축허가권자에게 분양신고를 한 후 건축물을 분양하여야 하는데, 건축허가권자는 분양신고의 내용이 적법한 경우에 한하여 분양신고를 수리한다.³⁶⁾ 분양대금은 계약금·중도금 및 잔금으로 구분하고, 그 비율과 이를 받을 수 있는 시기는 대통령령으로 정하여 분양사업자가 일방적으로 분양대금을 정하는 것에 대하여 제한을 두었다.³⁷⁾

또한 건축물분양법은 허위·과장광고를 엄격하게 규제하는데, 분양광고의 내용이 분양신고의 내용과 다르거나 위치·용도·규모 등 분양광고에 포함하여야 하는 사항을 포함하

31) 건축물분양법에서 '분양사업자'란 건축주로서 건축물을 분양하는 자를 말한다. 제2조 제3호 참조. 이 논문에서는 문맥에 따라 '분양사업자'와 '시행사'라는 용어를 병용하는데, 의미상 큰 차이가 없는 것을 전제로 한다.

32) 건축물분양법 제정이유 참조.

33) 건축물분양법 시행령 제2조에 따르면 "대통령령으로 정하는 용도 및 규모"란 오피스텔로서 30실 이상인 것, 주택 외의 시설과 주택을 동일 건축물로 짓는 건축물 중 주택 외의 용도로 쓰이는 바닥면적의 합계가 3천제곱미터 이상인 것, 바닥면적의 합계가 3천제곱미터 이상으로서 임대 후 분양전환을 조건으로 임대하는 것을 말한다.

34) 건축물분양법 제3조.

35) 건축물분양법 제4조 제1항.

36) 건축물분양법 제4조 제6항, 제5조.

37) 건축물분양법 제8조.

지 아니하였다고 인정되는 경우에는 건축허가권자가 분양사업자에게 그 시정을 명하도록 하고 분양사업자가 이를 따르지 않는 경우 등에는 과태료 처분을 하도록 하였다.³⁸⁾ 또한 분양신고를 하지 아니하거나 거짓 그 밖의 부정한 방법으로 분양신고를 하고 건축물을 분양하거나 공개분양 등 법에서 정해진 분양방식을 따르지 않는 경우 등에는 형사처벌의 대상이 되는 것으로 정하였다.³⁹⁾

2. 건축물 선분양의 거래구조

시행사가 대형 상가 등 건축물을 신축하고자 하여 이를 선분양하는 경우, 먼저 사업계획을 수립하고 그에 다른 대지 소유권을 확보한 다음 분양신고를 하여야 한다. 시행사는 사업시행을 위한 계획수립부터 건물 신축공사 및 각종 인허가 업무 등을 전반적으로 담당한다. 이 과정에서 건축물의 공사를 위한 시공사와의 도급계약, 자금조달을 위한 금융회사와의 대출계약이 체결되고,⁴⁰⁾ 분양대행사와의 대행계약을 통하여 분양사무소의 설치, 분양 광고, 수분양자의 모집 등의 업무를 분양대행사에 위임하는 경우도 있다. 그 외에도 부동산신탁회사, 설계, 감리자 등이 분양사업에 참여하기도 한다.⁴¹⁾

(1) 신탁계약의 구조와 내용

실제로 건축물분양법이 적용되는 경우에는 선분양을 하기 위하여 신탁회사와 신탁계약·대리사무계약을 체결한 다음 착공신고 후에 분양에 들어가는 경우가 대부분이다.⁴²⁾ 이 신탁계약에는 수분양자가 소유권등기를 하기 전까지의 소유권 관리에 관한 사항, 신탁받은 소유권의 처분에 관한 사항 및 신탁을 정산할 때에 분양받은 자가 납부한 분양대금을 다른 채권 및 수익자의 권리보다 우선하여 정산하여야 한다는 사항이 포함되어야 한다.⁴³⁾

38) 건축물분양법 제9조, 제12조 제1항 제2호.

39) 건축물분양법 제10조 제1항, 제2항 제1호, 제2호 등.

40) 최근에는 대형 건축물 분양계약에서 프로젝트 파이낸싱이 개입되면서 금융기관이 사업에 당사자로서 참여하는 경우가 많아지고 있다. 프로젝트 파이낸싱은 프로젝트로부터 미래에 발생하는 현금흐름을 담보로 프로젝트에 필요한 자금을 조달하는 금융기법을 말하는데, 프로젝트 파이낸싱에 의하여 건축물 분양사업을 시행하는 경우에는 통상 부지 매입, 인허가, 분양 등 사업전반을 수행하는 시행사, 파이낸싱을 담당하는 금융기관, 책임준공 및 금융기관에 대한 연대보증을 하는 시공사 등이 주요 당사자가 된다. 프로젝트 파이낸싱에 의한 건물분양에 관하여는 오세문, 앞의 논문(주 17), 8면 이하 참조.

41) 이 논문에서는 대상관결의 직접적인 쟁점이 되지 않은 개별 계약에 대하여는 자세히 검토하지 않는다. 시행사와 시공사 간의 계약관계, 시행사와 금융기관 간의 계약관계에 대하여는 오세문, 앞의 논문(주 17), 21-31면 참조.

42) 건축물분양법 제4조 제1항 제1호 참조.

43) 건축물분양법 시행령 제3조 제1항.

신탁계약을 통하여 건축물 분양사업을 위한 건물 부지 및 분양한 건물의 소유권을 신탁회사에 이전하는 것은 위탁자인 시행사의 채권자들이 이에 대하여 강제집행을 할 수 없도록 하여 분양사업이 안전하게 진행되도록 하기 위함이다.⁴⁴⁾ 또한 시행사가 파산을 하더라도 신탁재산은 위탁자인 시행사의 파산재단을 구성하지 않는다.⁴⁵⁾ 한편 대리사무계약에는 수분양자를 위한 분양수입금 관리계좌를 개설의 개설에 관한 사항, 분양수입금 총액의 양도에 관한 사항, 분양대금은 신탁계약 및 대리사무계약에서 정한 토지매입비, 공사비, 설계비, 감리비 또는 그 밖의 부대사업비 등 해당 분양사업과 관련된 용도로만 사용할 수 있다는 사항 등이 포함된다.⁴⁶⁾

이와 같이 시행사가 선분양을 하는 경우에 신탁회사와 신탁계약 및 대리사무계약을 체결하는 것은 수분양자들을 보호하기 위한 방안이다. 수분양자들에게서 지급받은 분양수입금은 시행사가 보관하는 것이 아니라 신탁업자에게 양도하여 별도의 독립된 계정으로 회계처리하도록 하고, 이 분양수입금은 분양을 위한 목적으로만 사용되어야 한다. 시행사가 부도나 파산에 이르거나 기타 사유로 신탁을 정산하는 경우에도 분양수입금 관리계좌의 잔여금액만큼은 수분양자에게 우선적으로 지급하도록 하는 것도 수분양자에 대한 보호책으로 마련된 것이다. 그 외에 건축물분양법이 정하는 신탁업자의 의무사항으로는 분양사업자로부터 양도받은 분양수입금을 별도의 독립된 계정으로 회계처리하고, 신탁계약 및 대리사무계약에서 정한 목적으로만 사용하여야 하는 것, 분양업무 수행시 그 관리 내용을 공정하고 투명하게 관리하고 분양사업자에게 통지하는 것 등이 있다.⁴⁷⁾

(2) 분양계약의 구조와 내용

이처럼 시행사가 사업계획에 따라 분양신고를 하고, 시공사, 금융회사 및 신탁회사 등 주요 당사자들과 필요한 계약을 체결한 다음 관련 절차를 갖추면, 수분양자들과 분양계약을 체결할 수 있다.

1) 분양계약의 법적 성질

선분양에서 수분양자와 체결하는 건축물 분양계약의 법적 성격을 어떻게 볼 것인지에 대

44) 오세문, 앞의 논문(주 17), 31-32면 참조.

45) 수탁자의 채권자도 신탁재산에 대하여 강제집행을 할 수 없고, 신탁재산은 수탁자의 파산시에도 파산재단을 구성하지 않는다. 신탁법 제22조 및 제23조 참조. 신탁재산의 독립성 및 도산격리기능에 관하여는 최수정, 신탁법, 박영사, 2016, 29-30면 및 257면 이하 참조.

46) 건축물분양법 시행령 제3조 제2항.

47) 건축물분양법 시행령 제3조 제3항 및 제4항.

하여는 견해가 나뉜다. 이러한 견해 대립은 주로 아파트와 같은 주택용 집합건물의 선분양과 관련하여 하자담보책임을 구성하는 국면에서 볼 수 있는데, 주택 외에 대형 상가 등의 건축물 분양계약과 관련하여서도 유사한 논의가 가능할 것이다. 우선 건축물 분양계약이 민법상 매매계약에 해당한다는 입장은 신축 중인 건물에 대한 분양계약의 당사자들은 건물의 건축이라는 측면보다는 구분소유권의 이전에 중점을 두고 있으며,⁴⁸⁾ 건물 완공 후에 분양을 하는 후분양의 경우에는 분양계약의 성격을 매매라고 하면서 선분양의 경우에는 도급이라고 한다면 선분양과 후분양이 명확히 구분되지 않는 경우에는 문제가 발생하고 동일한 계약이 그 성립시기에 따라 성격이 달라지는 것으로 보기는 어렵다고 한다.⁴⁹⁾ 이에 반하여 건축물이 완공되기 전에 분양계약이 이루어진 경우에는 분양자가 미리 분양대금을 지급받아서 건축자금이 충당하므로 이는 도급계약으로 보아야 한다는 견해도 있다.⁵⁰⁾ 이는 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(이하 '집합건물법')⁵¹⁾에서 민법상 도급계약에 관한 하자담보책임 규정을 준용한다는 점을 근거로 든다. 그 밖에 건축물 분양계약은 단순한 매매나 도급과 같은 전형계약이 아니라 매매와 도급의 특성을 모두 가지는 혼합계약이라는 견해도 있고,⁵²⁾ 매매와 도급 외에 상권개발 등에 관한 위임의 요소도 더해진 혼합계약이라는 견해도 있다.⁵³⁾

건축물이 완공되기 전에 분양을 실시하는 경우 분양계약에는 도급적인 요소가 포함되어 있는 것을 부정하기는 어렵다. 특히 건축물이 완공된 이후에 하자에 대하여는 시행사 측에 보수를 청구하기 위해서는 분양계약을 단순한 매매계약으로 보아서는 곤란한 경우가 있을 것이다. 그러나 건축물의 분양 단계에서 당사자들이 가장 중요하게 생각하는 것은 장래 완성될 건축물의 구분소유권을 이전하는 문제이다. 건축물분양법에서는 이러한 당사자들의 의사를 반영하여 “분양”을 분양사업자가 건축하는 건축물의 전부 또는 일부를 2인 이상에게 판매하는 것이라고 정의하고 있으며,⁵⁴⁾ 집합건물법에서는 수분양자를 매수인이라고 지칭하기도 한다.⁵⁵⁾ 이러한 점에서 분양계약은 매매계약의 일종으로 보거나 적어도 매매의 성격이 강한 비전형계약으로 이해하는 것이 타당할 것이다.

48) 이정민, “집합건물의 분양과 하자담보책임 - 집합건물법 제9조와 관련한 몇 가지 법적 쟁점에 관하여”, 사법논집 제38집(2004), 479, 487면. 장래의 특정물에 대한 매매계약이라고 하는 견해는 김대정, “아파트 분양계약의 사법상의 법률관계”, 한독법학 제13호, 한독법률학회(2002), 534면; 안정호, “아파트 분양광고보다 공유대지면적이 감소된 경우의 법률관계”, 민사판례연구(XIX)(1999), 235면 참조.

49) 오세문, 앞의 논문(주 17), 41면.

50) 박종두, “분양집합주택의 하자과 담보책임”, 법조 제44권 제12호(1995), 65면.

51) 집합건물법 제9조 참조.

52) 윤재운, “집합건물의 하자담보책임에 관한 실무상 쟁점”, 저스티스 제73호(2003), 54면.

53) 이준형, “집합건물법 제9조에 따른 구분소유자의 하자담보추급권”, 민사판례연구(X XVIII)(2006), 36-37면.

54) 건축물분양법 제2조 제2호.

55) 집합건물법 제9조 제4항, 제9조의3 제3항.

2) 분양계약의 당사자

그렇다면 분양계약의 당사자는 누가 되는가? 분양계약이 시행사와 수분양자 간의 간단한 계약으로 진행된다면 당사자 확정이 특별히 문제되지 않을 것이나, 선분양과 관련하여 여러 당사자가 개입되는 경우에는 분양계약의 당사자로서 수분양자의 직접 상대방인 분양자가 누가 될 것인지가 문제될 수 있다.

먼저 시행사가 직접 분양계약을 체결하는 것이 아니라 시행사로부터 권한을 위임받은 분양대행사가 수분양자와 분양계약을 체결하는 경우가 있는데, 이때에도 분양대행사는 대리인에 불과하고 분양계약의 당사자는 어디까지나 시행사가 될 것이다. 분양대행사는 시행사와의 분양대행계약에 따라 대행 업무에 관하여 보수를 받는 자에 불과하고 분양계약에서 분양대행사의 명의를 적시되지 않는다.⁵⁶⁾

분양계약에서 시행사 외에 시공사⁵⁷⁾와 신탁회사가 당사자로 등장하기도 한다. 시행사가 영세하거나 일반인들에게 잘 알려지지 않은 경우에 인지도가 높은 시공사나 신탁회사를 내세워서 선분양에 나서는 것을 어렵지 않게 볼 수 있다. 그러나 분양계약을 기본적으로 매매계약의 성격을 가지는 것으로 이해한다면, 매도인으로서 분양사의 지위는 시공사나 신탁회사가 아니라 시행사가 가지는 것으로 보아야 한다.⁵⁸⁾ 시공사나 신탁회사는 계약의 당사자로서 서명하더라도 매도인의 지위를 가지는 것이 아니라, 책임준공에 관한 의무를 부담하거나 건축물 분양사업과 관련한 사무를 대리하고 부동산 등의 재산을 수탁받는 당사자로서 참여하는 것이다. 이와는 달리 시공사나 신탁회사가 분양계약상 시행사의 채무를 함께 부담하는 것으로 약정하는 것도 가능하겠지만, 실제 분양계약에서는 시공사나 신탁회사가 분양계약상 매도인이 아니고 따라서 시행사의 채무를 부담하지 않는다는 점을 명시하는 경우가 많다.⁵⁹⁾ 수분양자가 시공사나 신탁회사를 보고 분양사업을 신뢰하게 되어 계약을 체결하였다고 하더라도, 이들에게는 분양계약상 분양자로서의 책임을 묻지 못하는 것이 원칙이고 오히려 이들은 시행사가 제대로 계약상 의무를 이행하지 못하게 되면 시행사에 대한 채권자로서 수분양자와 채권의 추급을 경쟁하는 관계에 놓이기도 한다.

56) 분양대행사가 대리권의 범위를 넘어서 분양계약을 체결하였거나 자신이 분양자인 것처럼 속여서 분양계약을 체결한 경우 표현대리의 책임을 질 수 있는지의 문제는 오세문, 앞의 논문(주 17), 54-57면 참조.

57) 시공사가 분양사업의 주체로서 시공 및 분양 업무를 총괄하는 경우도 있다. 이러한 경우 시공사는 시행사로서의 지위를 함께 보유하는 것으로, 분양계약에서 매도인으로서 주체가 됨은 당연하다.

58) 김재형, “분양계약의 당사자확정에 관한 문제”, 민법론 III, 박영사(2007), 107면 이하에서는 기본적으로 이는 계약 해석의 문제이므로, 계약의 문언과 달리 시공사를 분양계약의 계약당사자로 보아서는 안된다는 점을 지적한다.

59) 대상판결의 분양계약에서도 이러한 태도를 확인할 수 있다.

3) 분양대금의 지급구조 등

분양계약에서 가장 중요한 내용 중 하나는 분양대금의 지급에 관한 것이다. 건축물분양법에서는 선분양시 수분양자가 목적물이 완공되기도 전에 장기간 선행 투자를 함으로써 손해를 입을 수 있다는 점을 감안하여 분양대금을 일시에 지급하기보다는 계약금·중도금 및 잔금으로 구분하도록 하고, 공사 진행 상황에 따라 이를 지급받을 수 있도록 규정하고 있다.⁶⁰⁾ 또한 수분양자를 보호하기 위한 방안으로서 신탁이라는 제도를 이용하는데, 시행사가 신탁회사와 신탁계약과 대리사무계약을 체결하고 선분양을 실시하는 경우에는 시행사가 수분양자에게 가지는 분양금채권을 신탁회사에 양도하도록 하고, 신탁회사는 분양금채권을 별도의 계정으로 투명하게 관리하도록 하며, 추후 신탁이 해소되는 경우에 그 잔여금은 수분양자에게 우선적으로 돌아가도록 한 것은 위에서 살펴본 바와 같다.

Ⅲ. 삼각부당이득의 문제

1. 건축물 분양계약에서의 대금지급구조

대상판결은 분양계약의 취소에 따른 부당이득반환의 문제를 다루면서 분양대금을 지급한 방식이 수분양자와 시행사, 신탁회사 간에 이른바 삼각관계에서 급부가 이루어진 것이라고 파악하였다. 즉, 분양계약의 일방당사자인 수분양자가 계약상대방인 시행사에게 분양대금을 지급하는 방법으로 직접 시행사에게 분양대금을 지급하는 대신 그의 지시에 따라 급부과정을 단축하여 시행사와 또 다른 계약관계를 맺고 있는 제3자인 신탁회사에게 분양대금을 지급하였다는 것이다. 이는 선분양 구조에서의 분양대금 지급방식과 관련이 있다.

건축물분양법에 따라 시행사는 분양수입금 총액을 신탁회사에 양도하여야 하고 신탁회사는 분양수입금 관리계좌를 개설하여 분양대금을 별도로 관리하며 분양사업과 관련된 용도로만 사용하도록 하고 있는데, 시행사가 수분양자로부터 분양대금을 지급받아서 이를 신탁회사에 양도하는 대신 수분양자로 하여금 분양대금을 직접 신탁회사에 지정된 계좌로 입금하도록 하는 것이 일반적이다. 이 사건 분양계약에서는 이러한 지급구조와 관련하여 시행사가 가지는 수분양자에 대한 분양대금채권을 신탁회사에게 양도하는 내용과 수분양자가 이를 승낙하는 내용을 명시하고 있었다.

60) 건축물분양법 제8조, 건축물분양법 시행령 제11조.

대상판결은 이러한 분양대금 지급방식이 계약상대방의 지시 등으로 급부과정을 단축하여 계약상대방과 또 다른 계약관계를 맺고 있는 제3자에게 직접 급부한, 이른바 ‘단축급부’에 해당한다고 전제하였다. 위에서 살펴본 바와 같이 건축물 분양계약에서는 다수의 당사자들이 등장하여 여러 채권관계가 발생하고 이들 간의 급부가 서로 관련을 맺는 경우도 있으며, 특히 선분양계약은 수분양자들을 보호하기 위하여 신탁 등의 법적인 제도가 활용되기도 한다. 이러한 분양사업이 정상적으로 완료되지 못하고 분양계약이 취소, 해제 등으로 해소되면 기존에 이행되었던 급부를 정리하는 과정에서 다수 당사자들 간의 부당이득반환의 문제가 발생하는 것이다. 이 관계를 이른바 ‘단축급부’ 사안으로 바라본 대상판결의 입장은 최근 선분양 방식의 분양계약에서 수분양자가 시행사가 아닌 신탁회사에게 직접 분양대금을 지급한 다수의 사례에서 되풀이되고 있는바,⁶¹⁾ 이하에서는 지시 등으로 인한 단축급부 사안을 중심으로 삼각관계에서의 부당이득반환 문제를 살펴보기로 한다.

2. 삼각관계에서의 부당이득반환에 관한 비교법적 검토

당사자들 간의 계약이 효력을 잃게 되면 기존에 계약에 따라 당사자들이 이행하였던 급부를 정리하여야 하는 문제가 발생한다. 대상판결의 사안과 같이 계약이 취소되는 경우에는 민법 제741조에 따라 이미 이행된 급부를 부당이득으로 반환하는 문제가 남게 되는데,⁶²⁾ 계약에 다수의 당사자들이 개입되어 있는 경우에는 누구를 상대로 무엇을 청구하여야 하는지를 정하는 것이 간단하지만은 않다. 이러한 다수 당사자 간의 부당이득반환의 문제는 다른 법제에서도 해결이 쉽지 않은 복잡한 주제로 연구의 대상이 되어 왔으며,⁶³⁾ 우리나라에서도 2000년대 이후 판례들이 축적되면서 관련 논의가 본격화되었다. 우리 판례는 특히 독일에서의 논의에 가장 많은 영향을 받았고,⁶⁴⁾ 2009. 2.에 발표된 국제모델규정인 유럽민사법 공통참조기준안(Draft Common Frame of Reference, 이하 ‘DCFR’

61) 대판 2015. 4. 23, 2014다77956; 대판 2017. 6. 15, 2013다8960; 대판 2018. 7. 12, 2018다204992 등.

62) 계약이 해제되는 경우에는 민법 제548조의 원상회복이 문제되고, 이는 부당이득반환의 성질을 가진다는 것이 통설이다. 박윤직, 채권각론(제6판), 박영사, 2003, 104면 등.

63) 관련 학설이 정치하게 발전하여 온 독일에서는 이 문제를 ‘부당이득법의 악몽(nightmare of the law of enrichment)’ 또는 ‘해결하기 어려운 분쟁과 불확실성의 정글(almost impenetrable jungle of dispute and uncertainty)’이라고 일컬었다고 한다. Visser, “Searches for silver bullets: enrichment in three-party situations”, Johnsoton/Zimmermann (Edi.), *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*, Cambridge university press(2002), p. 526 참조.

64) 김형석, “지급지시·급여관계·부당이득”, 서울대학교 법학 제47권 제3호(2006), 291면; 이계정, “최신판례분석 : 삼각관계에서의 부당이득 법률관계와 질권자의 부당이득반환의무 유무 - 대법원 2015. 5. 29. 선고 2012다92258 판결 -”, 법조 제66권 제1호(2017), 636면 등.

이라고 함)은 관련 주제에 대한 가장 최신의 논의들을 반영하였다고 볼 수 있으므로,⁶⁵⁾ 그 내용들을 살펴보는 것은 의미가 있다.

(1) 독일법상 논의

1) 목적적 급부개념

이와 관련한 독일법의 논의는 이미 여러 문헌을 통하여 소개되었으므로,⁶⁶⁾ 여기에서는 간단히만 언급하기로 한다. 지시 관계는 C(수령자)가 B(지시자)에 대하여 일정한 급부를 청구할 권리(대가관계)를 가지고 있고, B가 A(출연자)에 대하여 같은 종류의 급부를 청구할 수 있는 권리(보상관계)를 가지고 있는 경우에 이 3자 사이의 결제를 간편하게 하기 위하여 B가 A에 대하여 C에게 일정한 출연을 지시하고, 이에 따라 A가 C에게 그 출연한 것을 말한다. 이 경우 A는 B에게, 그리고 B는 C에게 급부한 것이 될 수 있다고 한다.⁶⁷⁾

먼저 독일에서는 이득과 손실 사이에 직접적인 인과관계가 있는지 여부를 묻는 것으로는 삼각관계에서의 부당이득 문제를 해결하기 어렵다는 문제의식 하에 급부가 존재하면 급부관계 내에서 반환청구가 이루어져야 한다는 급부관계설이 나타났다. 이와 관련하여 급부를 '일정한 목적을 달성하기 위하여 의식적으로 행하여지는 타인 재산의 증가행위'로 파악하는 목적적 급부개념(*finaler Leistungsbegriff*)이 제시되었는데,⁶⁸⁾ 이에 따르면 지시(*Anweisung*)로 인한 삼각관계에서 보상관계의 흠결, 대가관계의 흠결, 이중 흠결로 부당이득이 발생하면 그 반환의 당사자는 각 원인관계의 당사자가 되어야 한다고 설명하여 여러 학자들의 지지를 얻었다.⁶⁹⁾

2) 실질적 평가기준설의 대두

그런데 낙약자가 수익자에게 이행하는 것이 동시에 요약자에 대한 채무의 이행이 되는 제3자를 위한 계약의 경우나 계약관계와 급부관계가 분리되는 등 급부목적에 관하여 당사자 사이의 이해가 서로 일치하지 않는 경우에는 목적적 급부개념만으로 문제를 해결하기

65) 이상훈, 유럽민사법 공통참조기준안(DCFR) 부당이득편 연구, 경인문화사, 2017, 137면 이하 참조.

66) 광운직 편집대표, 민법주해[XVII], 박영사, 2005, 203면 이하(양창수 집필부분); 김형배, 사무관리·부당이득, 박영사, 2003, 281면 이하; 최수정, "지명채권양도에 있어서 다수인 사이의 부당이득반환", 민사법학 제30호(2005), 316면 이하; 정태윤, "독일에서의 부당이득의 삼각관계에 대한 논의가 우리 민법에도 그대로 타당한가? - 채권이 양도되어 이행된 후 보상관계가 해제된 경우를 중심으로 -", 비교사법 제14권 제4호(2007), 205면 이하; 이계정, 앞의 논문(주 64), 633면 이하 등.

67) 김형배, 앞의 책(주 66), 290-291면.

68) *MüKoBGB/Schwab BGB* § 812 Rn. 47.

69) *MüKoBGB/Schwab BGB* § 812 Rn. 48ff.

어렵게 되었다. 이에 급부개념에 의존할 것이 아니라 당사자들이 계약에서 예정하였던 실질적인 이익상황을 고려하여 이를 유지하는 방향으로 문제를 해결하여야 한다는 실질적 평가기준설이 대두되어, 목적적 급부개념을 보완하는 역할을 수행하고 있다.⁷⁰⁾

즉, 독일연방대법원(BGH)은 삼각관계에서의 급부부당이득 문제에 관하여 기본적으로는 목적적 급부개념에 의존하면서도, 법적으로 급부목적에 따른 당사자 확정이 명백하지 않은 경우 “도식적인 해결이 허용되지 않고, ... 개별사안의 특수성에 달려있다”고 한다.⁷¹⁾ 제3자를 위한 계약과 관련하여서는 개별적인 사안의 특수성에 착안하여야 한다고 하면서 “당사자들의 표현된 의사에 의할 때 그들이 어떠한 목적을 추구하였는지가 그 기준이 된다”고 한다. 단축된 급부를 위한 제3자를 위한 계약에서는 지시관계에서와 같이 볼 수 있는 경우에는 부당이득반환의무가 하자 있는 법률관계의 당사자 사이에서만 부여되지만, 낙약자의 제3자에 대한 출연을 제3자에 관련된 목적적 급부로 평가하는 것이 유의미하고 경제적인 이익상황에 적합한 경우에는 제3자를 상대로 부당이득을 청구할 수 있다는 점을 제시하였다.⁷²⁾

채권양도 사안에서는 양도인을 반환의무자라고 하는 것이 독일의 다수설 및 실무의 태도이다. 채무자가 양수인에게 변제한 것은 그 목적이 계약상대방인 양도인을 향한다거나 당사자들의 법적상황이 지시 사안과 유사하므로 동일하게 취급하여야 한다는 점을 주된 이유로 한다.⁷³⁾ 이와 관련하여 독일연방대법원은 “부당이득법적인 급부개념은 급부 당시의 급부수령자와 출연자의 사실상의 목적이 중요하며, 이것이 일치하지 않는 경우에는 급부수령자의 관념에서 객관적인 고찰 방법에 의하여야 한다”고 하면서, 당사자들이 채무자가 양도인과 채무자의 계약에 따른 채무를 이행하는 것으로 보고 있으므로 양수인에 대한 급부가 아닌 양도인에 대한 급부가 있을 뿐이라고 판단하였다.⁷⁴⁾

3) 평가

대표적으로 실질적 평가기준설을 주장한 카나리스는 이른바 “급부개념으로부터의 결별”을 선언하고, (i) 당사자가 상대방에 대하여 가지는 대항사유(유치권, 상계, 시효 등)가 그 대로 유지되어야 하고, (ii) 당사자는 상대방이 제3자와의 관계에서 취득하는 대항사유(계약의 무효 주장 등)로부터 보호되어야 하며, (iii) 무자력위험은 정당하게 분배되어야 한다는 세 가지 기준에 의하여 삼각관계에 따른 부당이득의 문제를 해결하여야 한다고 강조하

70) *MiKoBGB/Schwab BGB* § 812 Rn. 53f.

71) BGHZ 61, 289; BGHZ 66, 362 등.

72) BGHZ 58, 184.

73) 정태윤, 앞의 논문(주 66), 213면 등 참조.

74) BGHZ 40, 272.

였다.⁷⁵⁾ 이러한 기준들은 계약관계의 청산은 계약 상대방 사이에서 이루어져야 한다는 “계약법의 기본원리”와 상통한다는 평가를 받고 있으며, DCFR의 규정 태도에도 영향을 준 것으로 이해된다.⁷⁶⁾

(2) DCFR의 규정 태도

1) 삼각관계에서의 부당이득에 관한 기본 입장

DCFR에서는 삼각관계에서의 부당이득을 유형별로 판단하거나 독일에서의 급부개념을 수용하는 대신 단일한 기준에 따라 이를 해결하고자 한다. 계약관계의 청산은 계약당사자 간에 이루어져야 한다는 계약법의 기본원칙이 바로 그 기준이다. 즉, DCFR VII.-2:102에서는 “제3자에 대한 채무의 이행”이라는 표제 하에 삼각관계에 따른 부당이득에 관한 명문의 규정을 두고 있다. 이에 따르면 손실자가 제3자에게 실제 또는 외견상의 채무를 이행함으로써 수익자가 이득을 취득한 때 그것이 손실자의 임의이행에서 비롯된 것이거나 그 이득이 부수적인 결과인 경우에는 그 이익이 정당화된다.⁷⁷⁾ 이는 채무를 부담한 자는 원칙적으로 그러한 채무를 부담하는 상대방에게서 구제수단을 찾아야 한다는 것을 의미하는데, 만약 다른 자를 상대로 원상회복을 인정하게 된다면 손실자에게 망외의 이득을 주고 자신이 선택한 계약상대방의 무자력의 위험을 우회할 수 있게 하는 것이라고 한다.⁷⁸⁾

2) 구체적인 해결 방안

이 규정에 따르면, 삼각관계에서 보상관계나 대가관계에 하자가 있는 경우,⁷⁹⁾ 출연자는 제3자를 위한 계약에서는 요약자를 상대로, 채권양도 사안에서는 양도인을 상대로, 지시 사안에서는 지시인을 상대로 반환청구를 해야 한다는 결론에 이른다.⁸⁰⁾ 예를 들어 위에서 본 지시 사안의 경우, C(수령자)가 이득한 것은 A(출연자)를 상대로 정당화되는데, 이는 A가 B(지시자)의 지시에 좇아 B를 상대로 부담하는 채무를 임의로 이행하였기 때문이다.

75) Canaris, “Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis”, in Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag(1973), S.857.

76) 이상훈, 앞의 책(주 65), 139면 참조.

77) “수익자가 이득을 얻은 것이 손실자가 제3자에게 실제 부담하는 채무 또는 부담하는 것으로 여겨진 채무를 이행한 결과인 경우, 그 이득은 다음의 경우에 정당화된다: (a) 손실자가 임의로 이행한 경우; 또는 (b) 이득이 단지 채무이행의 부수적 결과인 경우”. {이상훈, 앞의 책(주 65)의 번역에 따름}

78) 해설서, VII.-2:102, 3964f.

79) 참고로 DCFR에서는 계약해제의 소급효를 인정하지 않으므로, 계약해제의 경우에는 부당이득반환의 문제로 해결하지 않는다.

80) 해설서, VII.-2:102, 3967f.

DCFR VII.-2:102은 실제 채무를 이행한 경우뿐만 아니라 외견상의 채무를 이행하는 경우 까지도 손실자가 임의로 이행하였다면 그 이익이 정당화된다고 하므로, 보상관계가 취소되는 등 하자가 있는 경우라도 C의 이득은 정당화되고 A는 B를 상대로만 부당이득반환을 청구할 수 있다. 이 때 A가 입은 손실은 재산감소이고, B가 얻은 이익은 A가 C에게 이행한 재산증가분이 된다. 대가관계에 하자가 있는 경우에도 A와 C 사이에서 C의 이득은 정당화되고 A는 B를 상대로 계약상 청구만을 할 수 있을 뿐이다. 대가관계에 대하여 하자가 있으므로, B가 C를 상대로 부당이득반환을 구할 수 있음은 물론이다.⁸¹⁾

그런데 DCFR에 따르면 출연자의 채무이행에 임의성이 없는 경우, 즉 무능력, 사기, 강요, 협박 또는 불공정한 착취에 의하여 이행한 경우⁸²⁾에는 수령자를 상대로 직접청구를 할 수 있다고 한다. 이러한 사유들은 계약관계의 청산은 계약당사자 간에 이루어져야 한다는 원칙을 유지할 수 없을 정도로 중대한 것이기 때문인데, 그 때의 동의는 임의로 이루어진 것이 아니라 억지로 받아낸 것이라고 한다.⁸³⁾ 이는 DCFR의 특유한 규정인데, 철저히 손실자를 중심에 두고 이득의 정당성 여부를 판단하는 것으로 평가된다.⁸⁴⁾

3) 평 가

삼각관계에서 부당이득이 문제되는 경우 DCFR은 실제 재산의 이동방향이 아니라 계약의 당사자가 누구였는지를 기준으로 문제를 해결하고자 한다. 계약관계의 청산은 계약 당사자들 사이에서 이루어져야 한다는 것을 주된 이유로 한다. 계약상대방이 무자력이 될 위험은 계약 당사자가 인수하는 것이 타당하다는 것이다. 다만 이러한 계약법의 기본원리가 적용되기 위해서는 그 이행이 실제 또는 외견상 채무범위 내에서 이루어졌어야 하므로, 그 범위 이외의 경우에는 제3자에 대한 직접청구가 인정될 수 있고, 출연자가 제3자에 대하여 임의로 이행하지 않은 경우에도 직접청구의 예외가 인정된다.

계약관계를 해소하는 국면에서도 계약을 체결한 당사자들의 의사를 고려하는 것은 합리적인 해결방안으로 보인다. 특히 삼각관계에서의 부당이득의 문제를 지시사안, 제3자를 위한 계약, 채권양도 사안 등 도식적으로 유형을 나누기보다는 계약법의 기본원리를 적용함으로써 보다 간명하고 일관성 있는 결론에 이르고 있다.

81) 이상훈, 앞의 책(주 65), 140면 이하 참조.

82) DCFR VII.-2:103에서는 (1) 손실자의 동의를 무능력, 사기, 강요, 협박 또는 불공정한 착취에 영향을 받은 경우, 손실자는 임의로 동의하지 않은 것이라는 점과 (2) 이행된 채무가 무능력, 사기, 강요, 협박 또는 불공정한 착취로 인하여 무효인 경우, 손실자는 임의로 이행하지 않은 것이라는 점을 규정하고 있다(이상훈, 앞의 책(주 65)의 번역에 따름).

83) 해설서, VII.-2:102, 1966.

84) 이상훈, 앞의 책(주 65), 64-65면 참조. 다만 이 경우에도 C(수령자)가 선의이고 B(지시자)에게 대가관계에 기한 급부를 하였다면 C는 이득을 반환할 책임이 없게 될 수 있다. DCFR, VII.-6:102 참조.

3. 삼각관계에서의 부당이득반환에 관한 국내 논의

(1) 개별 유형에 대한 판례의 태도

삼각관계 부당이득과 관련된 대법원 판례의 경향을 살펴보면, 지시 등에 의한 단축급부 사례나 제3자를 위한 계약의 경우에는 원칙적으로 부당이득반환의 문제를 원인관계 내에서 이루어지도록 하는 독일의 논의를 정면으로 받아들였다.⁸⁵⁾ 즉, 법원은 지시 등에 의한 단축급부 사안에서 “계약의 일방 당사자가 계약상대방의 지시 등으로 급부과정을 단축하여 계약상대방과 또 다른 계약관계를 맺고 있는 제3자에게 직접 급부한 경우, 그 급부으로써 급부를 한 계약당사자의 상대방에 대한 급부가 이루어질 뿐 아니라 그 상대방의 제3자에 대한 급부라도 이루어지는 것이므로 계약의 일방 당사자는 제3자를 상대로 법률상 원인 없이 급부를 수령하였다는 이유로 부당이득반환청구를 할 수 없다”고 판단하고 있다.⁸⁶⁾ 만일 제3자에 대하여 직접 부당이득반환청구를 할 수 있다고 보면, “자기 책임하에 체결된 계약에 따른 위험부담을 제3자에게 전가시키는 것이 되어 계약법의 기본원리에 반하는 결과를 초래할 뿐만 아니라 수익자인 제3자가 계약 상대방에 대하여 가지는 항변권 등을 침해하게 되어 부당”하다는 점도 분명히 하였다. 이러한 법원의 태도는 대상판결을 비롯한 지시 사안에도 일관되는데, 계약관계의 청산이 계약당사자들 사이에서 이루어지는 것을 원칙으로 하는 것으로 위에서 살펴본 독일이나 DCFR의 논의와도 맥을 같이한다.

지시 사안에서의 부당이득반환에 관한 판례의 범리는 제3자를 위한 계약에서도 확인할 수 있다. 즉, 대법원은 “낙약자와 요약자 사이의 법률관계의 청산은 계약의 당사자인 낙약자와 요약자 사이에 이루어져야 하므로, 특별한 사정이 없는 한 낙약자가 이미 제3자에게 급부한 것이 있더라도 낙약자는 계약해제에 기한 원상회복 또는 부당이득을 원인으로 제3자를 상대로 그 반환을 구할 수 없다”고 판단한 바 있다.⁸⁷⁾

그런데 채권양도 사안에서는 이와 같이 계약법을 우위에 두는 입장이 관철되지 않는 것처럼 보인다. 대법원은 분양대금채권 중 미수금채권이 양도된 후 채무자가 양수인에게 미수금채권을 변제한 사안에서 분양계약이 해제된 경우 양도인이 아닌 양수인에 대한 채무자의 반환청구(원상회복)를 인정한 바 있다.⁸⁸⁾ 다만 이 사안에서는 반환상대방이 누가 되어야 하는지의 문제보다는 양수인이 민법 제548조 제1항 단서에서 보호받는 제3자에 포함되는지 여부가 주된 쟁점이 되었다. 이와 관련하여 채권양도 사안에서 기본관계가 해제 또

85) 양창수·권영준, 권리의 변동과 구제 제2판, 박영사, 2015, 554면 참조.

86) 대판 2003. 12. 26, 2001다46730 등.

87) 대판 2010. 8. 19, 2010다31860, 31877 등.

88) 대판 2003. 1. 24, 2000다22850.

는 취소된 경우 반환상대방을 누구로 할 것인지에 대하여는 논란이 있다.

(2) 학설의 입장

1) 학설의 대립 지점

지시 사안에 관한 판례에 대하여는 직접적으로 반대하는 견해를 찾기는 어렵다.⁸⁹⁾ 그런데 제3자를 위한 계약 사안에 대하여는 요약자반환설을 취하는 판례와는 달리 제3자반환설을 주장하는 견해가 있고,⁹⁰⁾ 채권양도 사안에 대하여는 양도인반환설과 양수인반환설이 첨예하게 대립하는 상황이다. 각 학설을 뒷받침하는 여러 논거들이 있으나 주된 논쟁 지점은 지시 사안과는 달리 제3자를 위한 계약 사안이나 채권양도 사안에서는 계약관계와 채권의 귀속 주체가 달라진다는 점에서 이들을 지시 사안과 동일하게 볼 수 있는지와 물권행위의 무인론을 취하는 독일과는 달리 유인론을 채택하는 우리 민법에서 물권적 청구권의 법리와 조화롭게 문제를 해결할 수 있는지 등이다.

2) 채권양도 유형에 대한 학설의 대립

특히 채권양도 사안을 중심으로 살펴보면, 먼저 양도인이 반환청구의 대상이 되어야 한다는 견해는 양수인을 반환의무자로 해석하면 양수인이 무자력이 되거나 이득의 소멸로 반환의무를 면하게 되는 위험을 채무자에게 돌린다는 점에서 계약법 원칙에 반하고 채권양도로 인하여 채무자의 지위가 더 불리하게 될 수 있어 채권양도법 원칙에도 반한다는 점을 지적한다.⁹¹⁾ 채무자가 양수인에게 급부를 지급할 때 채무자의 양수인에 대한 채무와 동시에 양도인의 양수인에 대한 채무도 소멸한다고 하면서 지시 사안과 다르지 않다고 하거나,⁹²⁾ 채무자와 양도인이 체결한 계약관계의 실효로 인한 청산은 계약법의 기본원리에 따라 계약당사자 간에 이루어져야 한다고 설명한다.⁹³⁾

이에 반하여 양수인이 부당이득반환의 상대방이 되어야 한다는 견해는 계약의 효력이 소

89) 판례에 대한 비판적인 입장으로는 정태윤, “다수당사자 사이의 부당이득에 관한 최근의 판례 검토”, 민사법학 제52호(2010), 512면 이하 참조.

90) 정태윤, “제3자를 위한 계약관계에서 기본계약이 해제되었을 때의 부당이득반환관계”, 민사판례연구 제29권(2007), 691면 이하; 김병선, “제3자를 위한 계약의 실효와 부당이득반환관계 - 대법원 2005. 7. 22. 선고 2005다7566, 7573 판결과 대법원 2010. 8. 19. 선고 2010다31860, 31877 판결을 중심으로 -”, 홍익법학 제13권 제2호(2012), 418면 이하 등.

91) 최수정, 앞의 논문(주 66), 319면 이하 등.

92) 제철용, “보상관계 또는 대가관계에서의 흠결이 이미 경료된 중간생략등기에 미치는 영향: 대판 1997. 12. 26. 96다44860(판례공보 1998년 390); 대판 1996. 11. 15. 94다35343(판례공보 1997, 1)의 평석”, 저스티스, 제33권 제1호(2000), 143면.

93) 이상훈, 앞의 책(주 65), 166면 이하.

급적으로 상실하면 양도의 대상인 채권이 애초부터 발생하지 않은 것이 되므로 양수인이 채무의 변제로서 수령한 급부는 법률상 원인이 없는 것이 된다고 하거나,⁹⁴⁾ 채권양도는 양도인과 채무자 간에 더 이상 이행의 문제가 남지 않으므로 양도인에게 반환의 대상이 될 이득이 존재하지 않는다고 설명한다.⁹⁵⁾ 나아가 유인설을 취하는 우리 물권법에서는 계약의 효력이 무효가 되면 양수인에 대하여 물권적 청구권이 인정되므로 이와 함께 양도인에 대한 부당이득반환청구를 인정하면 채무자에게 근거 없는 선택권을 부여하게 되어 부당하다는 점을 지적하기도 한다.⁹⁶⁾

4. 소 결

계약이 이행된 후에 그 효력을 잃게 되는 경우 당사자들 간의 관계를 청산하여야 하는 문제가 남게 되고, 이미 이루어진 급부관계의 정리는 부당이득반환의 문제가 된다. 이 때 누구에게 무엇이 반환을 청구할 것인지는 급부를 주고받은 당사자들이 원래 어떠한 계약을 의도하였는지를 중심으로 판단하는 것이 타당하다. 계약을 체결하고 이행하는 과정에서뿐만 아니라 계약을 청산하는 과정에서도 당사자들의 의사는 최대한 존중되어야 하기 때문이다. 계약해제를 주장할 수 있는 제3자의 범위에 관한 문제나 채권양도에서 양수인에게 대항할 수 있는 사유인지 여부 등은 이러한 계약법적인 원칙에 비하여 먼저 고려할 사항은 아니다.⁹⁷⁾

이러한 시각에서 본다면 삼각관계에서의 부당이득을 당사자들이 계약에서 예정하였던 실질적인 이익상황을 고려하여 문제를 해결하는 최근 독일법의 입장이나 유형을 나누지 않고 계약관계를 우선적으로 고려하여 일률적인 기준을 제시하는 DCFR의 규정 태도는 우리에게도 의미가 있다. 또한 적어도 금전의 급부를 원인으로 하는 삼각관계에서의 부당이득반환의 문제는 계약법의 원리를 우선하는 입장을 취하더라도 물권행위 유인론을 취하는 우리 민법과 충돌되는 부분은 거의 없다고 할 수 있다.⁹⁸⁾

94) 양창수, “매매대금채권 일부의 양수인이 대금을 수령한 후에 매매계약이 해제된 경우 그 금전반환의무는 매수인의 목적물인도의무와 동시이행관계에 있는가?”, 민법연구 제7권(2005), 371면.

95) 윤진수, 앞의 논문(주 21), 138면.

96) 이동진, “채권양도, 부당이득, 동시이행”, 비교사법 제22권 제1호(2015), 290면 이하.

97) 이러한 측면에서 이상훈, 앞의 책(주 65), 103면에서는 민법 제548조 제1항 단서는 물권적 효과설에 의한 해제의 소급효를 제한하는 의미를 가지는 것이지 계약해제로 인한 원상회복의 당사자를 정하는 기능을 가진 것이 아니고, 민법 제451조 제2항은 채무자가 이행하기 전의 이행거절 권능을 규정한 것이라는 점을 적절히 지적하고 있다. 이 글에서는 또한 대판 2005. 7. 22, 2005다7566, 7573에서 “제3자를 위한 계약에서의 제3자가 계약해제시 보호되는 민법 제548조 제1항 단서의 제3자에 해당하지 않음은 물론, 그렇다고 당연히 계약해제로 인한 원상회복의무를 부담해야 하는 것은 아니”라고 한 것도 소개하고 있다.

98) 이계정, 앞의 논문(주 64), 638면 참조.

제3자를 위한 계약이나 채권양도 사안에서는 지시 사안과는 달리 계약관계의 당사자와 채권관계가 분리된다. 제3자를 위한 계약에서는 제3자가 채무자에 대하여 계약의 이익을 받을 의사를 표시함으로써, 채무자에 대하여 직접 권리를 취득한다.⁹⁹⁾ 제3자는 계약의 당사자는 아니지만 제3자의 권리가 발생한 후에는 계약당사자는 이를 변경 또는 소멸시키지 못한다.¹⁰⁰⁾ 준물권행위로서 채권양도의 효력은 채권이 동일성을 잃지 않고 양도인으로부터 양수인에게 이전된다는 것이다. 따라서 양도인은 더 이상 채권자가 아니게 된다. 그런데 제3자를 위한 계약에서나 채권양도 사안에서 급부를 받을 수 있는 채권의 귀속주체가 변경되었다고 하더라도 계약관계 자체가 이전된 것이 아니라면, 양도인과 채무자 사이의 계약관계는 여전히 유지되므로 채무자가 양도인을 상대로 반환을 청구하도록 하는 것이 보다 합리적인 경우가 많을 것이다. 보다 근본적으로, 반환의무자를 정하는 문제는 모든 사안에서 도식적으로 이해하기보다는 개별적인 채권양도 사안의 특수성을 고려하여 계약법 원칙에 부합하는 결론을 이끌어 내는 것이 바람직하다. 즉, 당사자들의 의사에 의할 때 그들이 어떠한 목적을 추구하였는지를 먼저 분석하고, 구체적인 사안의 이익상황과의 관계도 함께 살펴보아야 할 것이다. 그러면 이러한 점을 전제로 하여 대상판결에서의 사실관계를 바탕으로 개별 사안의 특수성을 고려한 적절한 문제 해결 방안에 대하여 생각해 보기로 한다.

IV. 대상판결의 검토

1. 분양계약의 내용과 당사자들의 의사

이 사건 분양계약에는 수분양자들인 원고와 매도인인 피고 갑, 자금관리신탁사 피고 병 및 책임준공사가 계약당사자로 서명하였다. 원고들의 각 분양계약은 분양계약 내역표와 분양계약 체결일, 공급면적, 분양대금, 주차장 공급면적 정도만 다르고 주요 내용은 동일하게 작성된 약관¹⁰¹⁾이었다. 이 사건 분양계약에 따르면 원고들은 분양금액을 갚지 지정하는 병 명의의 계좌에 입금하여야 하였는데, 이는 건축물분양법에 따라 갑이 병과 대리사무

99) 민법 제539조. 박윤직, 앞의 책(주 62), 77면 참조.

100) 민법 제541조.

101) 약관의 규제에 관한 법률 제2조 제1호에서는 약관을 그 명칭이나 형태 또는 범위에 상관없이 계약의 한쪽 당사자가 여러 명의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식으로 미리 마련한 계약의 내용을 말한다고 정의한다.

계약 및 신탁계약을 체결하고 분양수입금 총액을 병에게 양도한 결과이다. 이를 위하여 분양계약에서는 분양대금채권의 양도에 관한 사항과 채무자인 원고들이 이러한 채권양도를 승낙하는 내용을 명시하고 있었다. 이 사건 분양계약에서 수분양자인 원고들의 직접적인 계약상대방은 매도인인 갑이고, 병은 사업부지 신탁등기 및 분양수입금 등의 자금관리를 담당하는 수탁자에 불과하여 분양계약에서도 매도인으로서의 책임을 지지 않는다는 점을 분명히 하고 있다.

이처럼 이 사건 분양계약과 이를 둘러싼 제반 사정에 비추어 볼 때 특히 분양대금의 지급과 관련하여 당사자들은 어떠한 목적과 의사를 가지고 있었다고 해석할 수 있을까? 우선 분양대금을 지급하는 출연자로서 원고들은 이 사건 분양계약을 통하여 장래에 완공될 건축물 중 일부를 매수하기 위하여 그 분양대금을 계약에서 정하는 바에 따라 매도인에게 지급하는 것으로 이해할 것이다.¹⁰²⁾ 매도인 갑의 입장에서 이 사건 분양계약을 통하여 장래에 완공될 건축물 중 일부를 수분양자들에게 매도하는 것인데, 그 분양대금은 계약에서 정하는 바에 따라 신탁회사 병을 통하여(신탁회사 병에 개설된 별도 계좌로) 지급받는 것이다.

신탁회사 병이 수분양자들로부터 분양대금을 직접 수령하는 것은 건축물분양법과 그에 따른 매도인 갑과 신탁회사 병 사이의 계약에 의한 것으로, 건축물분양법이 신탁제도를 통하여 분양대금을 신탁회사에게 양도하도록 한 것은 수분양자의 분양대금을 매도인의 다른 재산과 별도로 투명하게 운영하도록 하고 신탁이 해소되는 경우에 그 잔여금을 수분양자에게 우선적으로 반환하도록 함으로써 수분양자를 보호하기 위한 것임은 위에서 살펴본 바와 같다. 즉, 수분양자들로부터 분양대금을 지급받는 신탁회사 병은 갑의 분양사업이 안전하게 진행될 수 있도록 분양대금을 분양수입금 관리계좌에 별도로 회계처리하면서 이를 신탁계약 및 대리사무계약에서 정한 목적으로 사용하고 신탁을 정산할 때에는 분양수입금 관리계좌의 잔여금액만큼은 수분양자에게 우선적으로 지급할 법상, 계약상 의무를 부담하는 것이다.

통상 채권양도는 채무의 변제나 담보 목적 등의 양도인과 양수인 간의 원인관계에 의하여 이루어지고 이에 따라 출연자가 양수인에게 급부를 함으로써 양수인이 이득을 얻게 되는 것에 비하여, 대상판결에서의 채권양도는 양도인의 사업을 위한 신탁계약에 따른 것이

102) 일반인들인 수분양자로서는 채권양도 등의 분양대금 지급 구조가 무엇에 근거하고 어떠한 의미를 가지는지를 알기가 어려울 수 있다. 통상 분양계약은 여러 명의 수분양자를 대상으로 약관의 형태로 마련되는데, 이 사건 분양계약도 약관에서 시행사가 수분양자에게 가지는 분양금채권을 신탁회사에 양도한다는 점을 규정하고 분양대금을 바로 신탁회사에 지급하도록 규정한 것이다. 그런데 시행사측이 이를 중요한 내용으로 보아 고객인 수분양자가 이해할 수 있도록 그 의미를 설명하는 경우도 드물고, 이를 설명한다고 하더라도 수분양자로서는 시행사와 신탁회사 간의 계약 내용을 알 수가 없다. 분양계약을 통하여 신탁회사가 시행사와 신탁계약이나 대리사무계약을 체결한 당사자라는 점을 확인할 수는 있겠지만, 그 계약의 내용이 분양계약에 기재되지 않는 때문이다. 수분양자가 관련 계약의 열람을 요청하더라도 시행사나 수탁회사에게는 이를 공개할 의무가 없으므로, 현실적으로 수분양자로서는 그 계약의 내용을 알기 어렵다.

므로 채무자인 수분양자가 양수인인 신탁회사에 직접 급부를 하더라도 그 자체로 양수인이 어떠한 이득을 얻게 되는 것으로 보기는 어렵다는 차이가 있다.

2. 분양계약의 취소와 계약관계의 청산

(1) 시행사에 대한 반환청구

이 사건 분양계약은 사기를 이유로 취소되었고, 이에 따라 부당이득반환의 문제가 발생하였다. 수분양자인 원고들은 계약의 취소로 이미 지급한 분양대금 등을 되돌려 받아야 하고, 매도인으로서 부동산에 대한 수분양자들 명의의 소유권등기를 되찾아야 한다. 이때 수분양자로서는 누구를 상대로 분양대금의 반환을 구하여야 하는가?

계약법의 일반 원칙에 따라 당사자들의 표시된 의사에 의할 때 그들이 어떠한 목적을 추구하였는지를 기준으로 판단한다면, 이 사안에서 계약관계를 청산하여야 하는 당사자는 매매계약의 매도인과 매수인인 시행사와 수분양자라고 보아야 한다. 신탁회사는 이 사건 분양계약에 서명한 당사자이기는 하지만 수분양자의 직접 계약상대방으로서 매도인이 아니라 매도인의 분양사업의 수탁자로서 매도인이 아니라는 점은 이 사건 분양계약에서도 명시되어 있는 사항이다. 대법판결은 이 사건 분양계약에서의 분양대금 지급구조를 이른바 ‘단축급부’에 해당한다고 하여 시행사를 상대로 부당이득의 반환을 인정하였는바, 이는 계약법의 일반 원칙이나 최근의 비교법적인 경향에 비추어 일응 타당하다고 할 수 있다.¹⁰³⁾

103) 다만 시행사가 수분양자가 이 사건 분양계약을 체결할 당시 신탁회사가 체결한 분양관리신탁계약 및 대리 사무계약에 따라 분양대금채권을 신탁회사에 양도하였고, 수분양자가 이를 승낙하여 분양대금을 전부 신탁회사의 계좌로 납입하였으므로 채권양도 계약이 있었다고 볼 수 있는데, 대법판결이 채권양도 사안을 지시사안과 동일하게 판단한 것으로 본 것인지는 분명하지 않다. 법원은 대법판결과 같은 분양대금 지급 구조가 이른바 ‘단축급부’에 해당하는 것이라고 하는데, 위와 같이 단축급부가 일어난 이유가 채권양도라는 점을 인정하면서도 이를 기존에 채권양도 사안과 같이 볼 것인지에 대하여는 명확히 언급하지 않고 있기 때문이다. 따라서 대법판결이 기존의 판례의 입장과는 달리 채권양도의 사안에서도 계약이 해소된 경우 계약법의 원리에 따라 계약의 당사자들 간에 부당이득반환을 인정하여야 한다는 취지인지, 아니면 이전에 채권양도 사안과는 구체적인 사실관계 등의 측면에서 구별된다고 본 것인지는 알기 어려운 상황이다. 사건으로는 위에서 밝힌 바와 같이 채권양도의 경우에도 계약법의 원칙에 따라 해결하는 것을 원칙으로 하여야 한다는 생각인바, 채권양도의 경우 반환상대방을 누구로 할 것인지의 문제는 추후 판례를 통하여 명확히 정리될 필요가 있다. 같은 견해로는 이상훈, “계약법의 기본원리에 따른 3각관계 부당이득 사안 해결 - DCFR과의 비교를 중심으로 -”, 재산법연구 제34권 제1호(2017), 80면 참조. 이와는 달리 채권양도 사안에서는 채무자가 양수채권을 변제하는 시점을 기준으로 양도인과 양수인 사인에 또 다른 계약관계가 전제되어 있고 양수채권의 변제와 그 계약관계에 기초한 변제가 동시에 이루어지는 경우에는 부당이득법상 단축급부로 평가하여 양도인에 대하여 부당이득을 청구할 수 있으나, 채권의 매매나 대물 변제와 같이 채권양도로서 양도인과 양수인 사이의 채권관계가 소멸하고 급부 시점을 기준으로 양수채권 이외에 양도인과 양수인 사이에 또 다른 급부원인이 존재하지 않는 경우에는 양수인에 대하여 부당이득을 청구하여야 한다는 견해가 있다. 윤지영, “채권양도와 부당이득 - 삼각관계에서의 급부부당이득 법리

참고로 최근 대법원은 유사한 사안에서 수분양자가 분양계약에 따라 신탁회사의 계좌에 분양대금을 입금한 것은 이른바 ‘단축금부’에 해당한다고 하면서 분양계약이 해제된 것만으로는 신탁회사가 수분양자에게 분양대금을 부당이득으로 반환할 의무가 생기는 것은 아니라고 하였고, 또한 시행사와 신탁회사 간의 신탁계약이 제3자를 위한 계약이 되는 것도 아니므로 신탁계약의 당사자가 아닌 수분양자가 수탁자인 신탁회사에 대한 권리를 직접 취득하는 것도 아니라고 판단한 바 있다.¹⁰⁴⁾

그런데 실제로는 수분양자가 시행사를 상대로 부당이득의 반환을 구하더라도 시행사가 반환할 자산을 보유하지 못하는 경우가 많을 것이다. 대상판결의 경우에도 대리사무계약과 신탁계약을 통하여 분양금 총액은 물론, 건축물 분양사업을 위한 건물 부지 및 분양한 건물의 소유권 등이 모두 신탁회사에 이전되었을 것으로 예상된다. 그렇다면 수분양자들이 분양사업과 관련된 재산을 수탁받아서 보유하고 있는 신탁회사를 상대로 하여 자신들이 지급한 분양대금의 반환을 구하는 것은 과연 부당한가 하는 의문이 제기된다.¹⁰⁵⁾

(2) 신탁회사에 대한 반환청구

1) 당사자의 의사와 경제적 실질에 대한 고려

우선 수분양자들이 시행사를 상대로 부당이득의 반환을 구하는 경우, 통상 그 반환이 어떻게 이루어지는지를 생각해 볼 필요가 있다. 대상판결에서 시행사는 대리사무계약에 따라 분양대금채권 등을 신탁회사에 양도하였는바, 신탁을 정산하기 전까지 모든 분양 관련 재산 및 자금은 신탁회사에서 보유 및 관리하게 된다. 또한 시행사는 신탁회사에 사업자금 및 분양수입금 등의 수납, 관리, 집행을 위임하였고, 신탁회사는 선관의무에 따라 분양 사업에 관련된 대출금, 분양수입금 등 사업자금을 관리하고 집행하여야 한다. 따라서 수분양

를 중심으로”, 민사판례연구회 발표문(2018. 1.) 참조.

104) 대판 2018. 7. 12, 2018다204992.

105) 참고로 민법 제747조 제2항에 의하면 수익자가 그 이익을 반환할 수 없는 경우에는 수익자로부터 무상으로 그 이익의 목적물을 양수한 악의의 제3자는 전항의 규정에 의하여 반환할 책임이 있으므로, 이에 근거하여 신탁회사에 대한 부당이득의 반환청구가 가능한지를 생각해 볼 수 있다. 특히 시행사를 수익자, 신탁회사를 전득자로 본다면, 수익자인 시행사가 분양사업과 관련된 자산들을 모두 신탁함으로써 수분양자에게 그 보유 자산으로 분양대금을 반환하지 못하는 경우에는 신탁회사에게 반환을 청구할 수 있는지가 문제된다. 신탁회사는 시행사와의 대가관계에 따라 분양대금을 유상으로 취득한 것이 아니라 대리사무계약 및 분양신탁계약에 따라 수탁받아 보관·관리하는 것이므로 무상의 전득자라고도 볼 수 있다. 다만 위 조항에 따라 제3자에게 직접청구를 하기 위해서는 제3자가 악의여야 하는데, 이는 양수인이 양도받은 이익의 목적물을 양도인이 법률상 원인 없이 보유하고 있었음을 알았다는 것을 의미하고, 그 판단의 기준점은 양도 당시이다. 따라서 신탁회사가 양도 당시에 악의라고 할 수 없는 경우에는 이 조항을 근거로 신탁회사에 대하여 부당이득의 반환을 구하기는 어려울 것으로 생각된다. 이하에서는 그 외의 직접청구 가능성에 대하여 살펴본다.

자가 분양계약을 적법하게 취소하여 분양대금반환의 문제가 생기면, 시행사는 신탁회사를 상대로 사업비 집행으로서 수분양자들에게 돌려주어야 할 분양대금의 지급을 요청하여 이를 반환받은 다음, 이를 수분양자에게 돌려주게 될 것이다. 이러한 과정을 살펴보면, 신탁회사가 분양대금을 지급받아서 관리하는 것은 자신이 이득을 취하는 것이 아니라 신탁자인 시행사의 분양사업을 위한 것이라는 점을 다시 한 번 확인할 수 있다. 즉, 신탁회사가 보관하는 분양 관련 재산이나 자금은 경제적으로 신탁회사의 것이라고는 보기는 어렵고, 시행사의 분양사업을 안전하게 진행하기 위하여 신탁회사가 보관하는 시행사의 자산이라고 보는 것이 보다 현실에 부합하는 이해일 것이다. 그렇다면 이 경우, 신탁회사가 자신이 보관하고 있는 신탁재산에서 직접 수분양자에게 분양대금 상당액을 지급한다고 하더라도, 이를 신탁회사의 경제적인 출연이라고 보기는 어렵다. 형식적으로 분양대금 반환의 주체가 신탁회사가 된다고 하더라도, 경제적인 이익 귀속 관계에 비추어 보면 이는 시행사의 반환에 다를 아니다. 이러한 점에서 분양계약의 직접 당사자인 시행사뿐만 아니라 신탁회사를 직접 상대방으로 하여 부당이득의 반환을 구하는 것도 가능하다고 해석하는 것이 경제적 실질에도 부합하고 이중의 반환 절차를 간소하게 하는 실질적인 이득도 있다고 할 수 있다.

수분양자가 신탁회사를 상대로 직접 부당이득의 반환을 구할 수 없다고 하더라도, 수분양자는 시행사에 대한 분양대금반환채권을 피보전채권으로 하여 시행사가 신탁회사에 대하여 가지는 청구권, 즉 사업비 지출요청권을 대위행사할 수는 있다고 한다.¹⁰⁶⁾ 대법원은 시행사가 대리사무 약정에 따라 신탁회사에 대하여 갖는 사업비 지출 요청권은 수분양자가 보전하려는 권리인 분양대금 반환채권과 밀접하게 관련되어 있고, 수분양자가 사업비 지출 요청권을 대위하여 행사하는 것이 분양대금 반환채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위하여 필요한 경우이며, 수분양자가 시행사의 사업비 지출 요청권과 같은 대리사무 약정상 권리를 대위하여 행사하는 것이 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 된다고 보지도 않으므로, 채무자인 시행사의 무자력 여부와 상관없이 대위권 행사가 가능하다는 취지로 판단한 바 있다.¹⁰⁷⁾ 수분양자가 동일한 사실관계 하에 신탁회사를 대상으로 하여 부당이득 반환을 구하는 경우에, 그 법적인 구성을 부당이득반환의 직접 청구와 채권자대위권의 행사로 하는 경우에 결론이 달라질 수 있다는 것인데, 부당이득 반환을 위하여 이러한 법적인 기교를 요구하는 것보다는 당사자들의 의사와 경제적 실질에 맞도록 문제를 간명하게 해결하는 것이 바람직하다. 나아가 이 판례에서는 피대위채권의 존부와 관련하여 대리사무 약정에 따르면 분양 개시 후 분양수입금관리계좌에 입금된 수입금 중 공사비를 제외한 모든 사업비의 지출은 시공사와 대출금융기관의 확인을 얻은 시행

106) 오세문, 앞의 논문(주 17), 70-72면 참조.

107) 대판 2014. 12. 11, 2013다71784.

사의 서면요청에 의하여 신탁회사가 집행할 수 있을 뿐인데, 이러한 확인을 얻었다고 인정할 만한 근거가 없는 이상 시행사가 대리사무 약정에 의하여 신탁회사에게 바로 분양대금의 반환을 청구할 수 없어 이 사건 사업비 지출 요청권을 행사할 수 없다고 하여 채권자대위권의 행사를 인정할 수 없다는 결론에 이르고 있다.¹⁰⁸⁾ 이러한 판례의 입장은 수분양자가 채권자대위권을 행사하여 권리를 실현하는 것에도 현실적인 한계가 있음을 보여준다.

2) 계약법의 원칙과의 관계

대상판결은 이른바 단축급부 사안에서 제3자를 상대로 직접 부당이득반환을 할 수 있다고 보면 발생하는 문제로 다음의 두 가지를 제시한다. 하나는 자기 책임 아래 체결된 계약에 따른 위험부담을 제3자에게 전가하는 것이 되어 계약법의 원리에 반하는 결과를 초래할 수 있다는 것이고, 다른 하나는 수익자인 제3자가 계약상대방에 대하여 가지는 항변권 등을 침해하게 되어 부당하다는 것이다. 그런데 이러한 비판은 대상판결의 사안에는 맞지 않는 것이다.

먼저 애초에 시행사가 신탁회사에 분양대금채권을 양도한 것은 분양사업에서 시행사의 무자력 위험을 단절시킴으로써 수분양자를 보호하기 위한 것이었다. 따라서 제3자인 신탁회사가 신탁재산에서 직접 수분양자에게 부당이득을 반환한다고 하여 새삼스럽게 분양계약에 따른 추가적인 위험을 부담하게 된다고 볼 수는 없다. 시행사가 분양사업과 관련된 자산을 신탁회사에 신탁함으로써 형식적으로 무자력이 되는 경우, 제3자인 신탁회사에게 위험을 부담하게 하는 것이 부당하다고 한다면, 신탁이라는 장치에 의하여 실질적으로 수분양자가 아닌 시행사만이 보호를 받는 역설적인 상황에 놓이게 된다. 일반적인 지시 사안에서는 지시자의 지시에 따라 제3자에게 급부를 한 출연자가 현실적으로 급부를 받은 수령자보다 중간자인 지시자의 무자력 위험에 더 잘 대비할 수 있다고 이해된다.¹⁰⁹⁾ 그러나 약관 형태의 선분양계약을 체결하는 수분양자로서는 시행사가 지정하는 신탁회사 계좌에 분양대금을 지급하라는 계약 내용과 관련하여 다른 요구를 하거나 담보를 요구하기가 현실적으로 불가능하다.¹¹⁰⁾ 나아가 신탁회사는 분양대금을 지급받은 데에 대하여 시행사에게

108) 해당 판례는 피대위채권의 존부와 관련하여 그 밖에 담보신탁계약에 기하여 분양대금반환청구를 할 수 있다거나 담보신탁계약이 해제·해지되었다는 원고의 주장도 배척하고 있다.

109) 윤진수, 앞의 논문(주 21), 131면 이하에서는 이러한 경우 출연자가 손실을 보게 되는 것은 대개 자신의 채무를 상대방의 채무와 동시에 이행하지 않고 먼저 이행하였기 때문인데, 이러한 경우 출연자는 담보를 요구하거나 그 밖의 다른 방법으로 손실을 예방할 수 있는 조치를 할 수 있는 반면, 제3자는 출연자보다 더 용이하게 그러한 예방조치를 할 수 없다는 점을 설명한다.

110) 참고로 위에서 살펴본 바와 같이 DCFR에서는 임의로 이행하지 않은 경우 제3자에 대한 직접청구를 인정하는데, 이 경우 계약법 원칙을 넘어서는 중대한 사유가 있다고 한다. 우리 민법에는 이러한 명시적인 규정은 없으므로 이를 그대로 적용할 수는 없겠지만, DCFR의 규정을 투영해 보는 것은 계약법 원칙을 거론하는 판례의 태도에 비추어 의미가 있다. DCFR은 임의성이 없는 경우로 무능력, 사기, 강요, 협박

대가를 지급한 바 없으므로, 신탁회사에게 부당이득반환을 명하더라도 이익을 얻기 전보다 더 불리하게 되는 것은 아니다.¹¹¹⁾

다음으로 신탁회사가 시행사에 대하여 가지는 항변권 등은 기본적으로 양자 간에 체결된 신탁계약 및 대리사무계약에서 나올 것인바, 계약의 내용에 따라서는 금전을 출납할 때 금융기관이나 시공사 등의 사전 동의를 얻도록 규정하기도 하는데 이러한 동의를 받지 못하는 등 사업비 지출을 위한 형식적인 요건을 갖추지 못하여 사업비 지출이 부정되는 경우도 있다.¹¹²⁾ 그러나 신탁계약이나 대리사무계약에서 정한 반환 요건이 수분양자에게 일방적으로 불리한 경우 이를 근거로 수분양자에게 분양대금을 반환하지 않는 것이 정당하다고 할 수 있는지는 의문이다. 신탁회사가 수분양자의 계약취소를 확인할 수 있다면 시행사의 분양대금 등의 반환을 위한 사업비 지출요청에 대항하기는 어려울 것이다. 또한 이러한 신탁회사의 항변권은 신탁관계에서의 이해 조정을 위한 계약관계에 따른 것으로 제3자인 신탁회사의 이익을 위한 것으로 보기도 어렵다. 따라서 채권양도가 채무의 변제나 담보 목적 등의 원인관계에 의하여 이루어져서 양수인에게 이에 따른 항변사유가 인정되는 경우와는 달리, 양도인의 사업을 위한 신탁계약에 따라 채권양도가 이루어진 대상판결 사안에서는 제3자의 항변권 등을 침해할 것이 우려된다고 볼 수 없다. 다만 신탁회사가 보관하고 있는 시행사의 분양과 관련된 신탁재산이 충분하지 않은 경우에는 사업비 지출요청이 있더라도 부족분만큼은 지급을 거절할 수 있을 것이나, 신탁회사에 대한 반환청구시 그 범위를 이 사건 신탁계약 및 대리사무계약에 따라 관리하고 있는 신탁재산으로 한정한다면 이러한 항변 사유를 침해하는 문제도 발생하지 않을 것이다.

3. 부당이득반환의 범위

(1) 부당이득반환의 대상

이처럼 부당이득반환의 상대방을 원칙적으로 시행사로 보되, 대상판결에서는 구체적 사안의 특수성을 고려하여 그에 갈음하여 제3자인 신탁회사를 상대로도 직접 청구할 수 있다고 보면, 그 다음으로는 반환의 범위가 문제된다. 지시 사안에서는 이득을 파악하는 것이 어렵지 않으나, 일반적인 채권양도 사안에서 양도인이 얻은 이득이 무엇인지는 생각해 볼

또는 불공정한 착취를 들고 있는데, 대상판결에서는 사기로 인하여 기본계약이 취소되었다는 사정도 있으나, 그 외에도 사실관계에 비추어 약관에 의한 이행도 임의성을 부정할 수 있는 사유로 생각해 볼 수 있을 것이다.

111) 윤진수, 앞의 논문(주 21), 134면 참조.

112) 위에서 살펴본 대판 2014. 12. 11. 2013다71784.

문제이다. 이와 관련하여 독일에서는 이행을 위한 채권양도에서는 양수인에 대한 채무로부터의 해방이, 이행에 갈음하는 양도나 채권매매의 경우에는 담보책임으로부터의 해방이 양도인의 이득이라고 하는 견해와,¹¹³⁾ 양수인에 대한 채무자의 출연 자체가 양도인의 이득이라는 견해의 대립이 있다.¹¹⁴⁾ 그런데 삼각관계에서의 부당이득반환의 문제를 계약법 원리에 따라 해결하여야 한다는 기본 전제에서 본다면, 양수인이 수령한 급부는 채권양도가 없었더라면 원래 계약관계에서는 양도인이 지급받았어야 하는 것이므로, 양도인의 이득을 양수인이 실제 수령한 급부를 기준으로 판단하는 후자가 타당하다고 할 것이다.¹¹⁵⁾ 더욱이 대상판결의 사안에서는 채권양도가 양도인이 양수인에 대한 채무를 이행하기 위하여 또는 이행에 갈음하여 이루어지는 통상의 경우와는 달리 분양사업을 위하여 관련법에 따라 이루어진 것이므로, 양도인으로서 시행사의 이득을 양수인에 대한 채무 또는 담보책임으로부터의 해방이라고 하는 것은 맞지 않다.

(2) 부당이득반환의 범위

계약의 해제로 인한 원상회복 반환은 수익자의 선·악의를 불문하고 받은 이익을 반환하여야 하며, 특히 금전채권의 경우에는 받은 날로부터 이자를 더하여 반환하여야 한다. 그런데 계약의 취소로 인한 부당이득반환에서는 이와는 달리 수익자의 선·악의에 따라 반환 범위가 달라진다. 즉, 민법 제748조는 선의의 수익자는 그가 받은 이익이 현존하는 한도에서 그 반환 의무를 지고, 악의의 수익자는 그가 받은 이익에 이자를 붙여 반환하도록 하고 있다.

악의의 수익자란 법률상 원인 없음을 알면서 이득을 얻은 자를 말한다. 수익자가 법률상 무원인을 야기하는 사정과 그 법적 효과를 인식하면 악의가 된다. 다만, 법률상 원인에 대한 인식을 추단할 수 있는 중요한 사실을 알고 있으면 충분하고, 그 구체적인 법적 효과를 정확히 알고 있을 것을 요하지는 않는다고 한다.¹¹⁶⁾ 대상판결과 같이 수익자인 시행사가 사기로 상대방으로부터 이익을 얻은 경우는 어떠한가? 수익자가 계약의 취소가능성을 인식하는 것만으로 악의가 되지는 않으며, 취소가 되기 전까지는 유효인 계약에 따라 급부를 지급받은 것도 사실이다. 그러나 적어도 사기·강박으로 인한 행위로 이득을 얻은 자는 그 행위가 계약당사자로서 현저하게 신의에 반하는 것임을 인식하고 있었으므로, 법적으로 계

113) Larenz/Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II/2 Besonderer Teil, 13. Auflage, 1994, S. 238.

114) *MiKoBGB/Lieb*, §812 Rn.49.

115) 이상훈, 앞의 책(주 65), 174-175면 참조.

116) 민법주해 [XVII](2005), 591-592면(양창수 집필부분) 참조.

약의 취소가능성 여부를 알았는지 여부와는 무관하게 약의 수익자로 보아야 할 것이다.¹¹⁷⁾ 따라서 수분양자는 분양계약의 취소를 이유로 하는 부당이득반환에서 시행사를 상대로 신탁회사에 지급한 분양대금과 이자를 청구할 수 있을 것이다.¹¹⁸⁾

(3) 신탁회사에 대한 반환청구

시행사에 대한 청구에 대신하여 신탁회사에게 직접 부당이득반환을 청구할 수 있다고 한다면, 그 때에도 수익자의 선·약의는 신탁회사가 아니라 시행사를 기준으로 판단하여야 할 것이다. 신탁회사가 시행사와는 별도의 이득을 얻은 것이 아니기 때문이다. 따라서 수분양자가 사기를 원인으로 한 분양계약을 취소하는 경우 시행사를 상대로 신탁회사에 지급한 분양대금과 이자를 청구할 수 있다면, 수분양자가 시행사가 아닌 신탁회사에 대하여 직접 부당이득반환을 구하는 경우에도 마찬가지로 분양대금에 이자를 붙여서 반환할 것을 청구할 수 있다고 해석하여야 한다.¹¹⁹⁾

다만 수분양자가 신탁회사를 직접 상대방으로 하는 경우, 신탁회사의 반환책임은 신탁회사가 신탁계약 및 대리사무계약에 따라 관리하고 있는 신탁재산이 그 한도가 될 것이다. 신탁회사가 반환의무를 부담하는 것은 그 자신이 분양계약의 매도인으로서 책임을 지는 것이 아니라, 경제적·실질적으로 신탁회사가 직접 반환을 하더라도 분양계약의 매도인인 시행사가 반환을 하는 것으로 볼 수 있기 때문이다. 신탁회사가 사업부지 신탁등기 및 분양수입금 등의 자금관리를 담당하고 그 외 매도인으로서 책임을 지지 않는다는 점은 분양계약에서도 규정하는 바이고, 신탁계약에서는 수탁자가 신탁사무의 집행에 관하여 선관주의 의무를 위반하지 않는 한 신탁사무의 처리와 관련하여 발생한 제반 비용이나 채무에 관하여 책임이 없고 다만 신탁재산으로부터 지급할 수 있다는 점을 분명히 하였다. 원심판결에서는 신탁회사는 그 고유의 불법행위책임 등이 인정되는 경우가 아니라면 신탁재산의 한도 내에서만 반환책임을 부담한다고 보아야 한다고 하면서, 채권자의 수탁자에 대한 이행판결 주문에는 수탁자의 고유재산에 대한 강제집행을 할 수 없도록 집행력을 제한하기 위하여 신탁재산의 한도에서 지급을 명하는 취지를 명시하여야 한다는 점을 언급하고 있다.

117) 민법주해 [XVII](2005), 592면(양창수 집필부분) 참조.

118) 이러한 분양대금 반환의무는 수분양자의 소유권이전등기 말소의무와 동시이행관계에 있으므로, 부당이득 반환청구에 대하여 동시이행의 항변을 하는 경우 이는 받아들여질 수 있을 것이다. 원심은 이러한 전제에서 판단하고 있다. 참고로 양창수, 앞의 논문(주 94), 372-373면에서는 기존에 채권양도 사안에서 양수인에 대한 부당이득반환을 인정하면서 동시이행항변권이 유지되어야 했다는 점을 지적하고 있다.

119) 원심판결은 신탁회사를 상대로 한 반환과 관련하여 신탁회사가 약의라는 증거가 없다고 판단하였으나, 아래에서 보는 바와 같이 신탁회사 고유의 책임 사유로 인하여 반환되는 것이 아닌 이상 신탁회사는 시행사를 대신하여 반환하는 것에 불과한 경우이므로 신탁회사를 기준으로 약의 여부를 별도로 검토하는 것은 합리적이지 않다고 생각된다.

4. 소 결

이상의 검토 결과를 요약하고, 이를 토대로 대상판결의 당부를 다시 살펴본다.

먼저 이 사건 분양계약의 매도인과 매수인으로서 당사자들은 시행사와 수분양자이다. 신탁회사는 선분양에서의 수분양자 보호를 위하여 제정된 건축물분양법에 따라 시행사로부터 분양대금채권을 양수받고 수분양자들로부터 직접 분양대금을 수령한 자일 뿐이다.

다수의 당사자가 개입된 경우의 부당이득반환의 문제는 계약관계의 청산은 계약당사자 간에 이루어져야 한다는 계약법의 기본원칙에 따라 해결되어야 한다. 다만 반환의무자를 정하는 문제를 도식적으로 이해할 것은 아니고, 개별 사안에서 당사자들의 목적 내지 의사와 경제적인 이익상황 등을 따져서 합리적으로 해결하여야 한다.

이 사건 분양계약과 이를 둘러싼 제반 사정에 비추어 볼 때 분양계약의 취소로 인한 부당이득의 반환은 매도인인 시행사와 매수인인 수분양자 간에 해결하여야 하는 문제이다. 따라서 대상판결이 분양대금 입금 구조를 이른바 단축급부에 해당한다고 하면서, 시행사를 상대로 부당이득반환청구를 하여야 한다고 하여 판단한 것은 타당하다.

다만, 시행사와 신탁회사 간의 계약에 따라 분양사업과 관련된 재산은 신탁회사가 관리하고 있으므로, 신탁회사가 신탁재산에서 직접 수분양자에게 분양대금 등을 반환한다고 하더라도 이것이 계약법의 원리에 어긋나는 것은 아니다. 이것은 경제적으로 신탁회사가 이득을 얻은 것을 출연하는 것이 아니라, 시행사를 위하여 보관하고 있던 금원을 반환하는 것에 불과하기 때문이다. 신탁회사의 반환의무를 부정한 대상판결과는 달리, 원심은 원칙적으로 신탁회사에게 반환의무가 있다고 판단하고 이와 함께 시행사의 반환의무도 인정하고 있는데, 원심판결이 내세우는 구체적인 근거를 모두 동의하지는 않지만 경제적·실질적 관점에서만큼은 대상판결에 비하여 오히려 진일보한 결론에 이른 면도 있다.

이 때 반환의 대상은 제3자인 신탁회사가 지급받은 급부가 될 것인데, 수익자가 악의인지 여부는 계약의 당사자인 시행사를 기준으로 살펴보아야 한다. 시행사가 기망행위를 함으로써 수분양자가 이 사건 분양계약을 체결하고 그에 따른 급부를 지급하였으므로, 시행사는 악의의 수익자로서 분양대금 및 이자를 반환하여야 하고, 이는 시행사를 대신하여 신탁회사가 직접 반환을 하는 경우에도 마찬가지이다. 원심법원은 신탁회사가 선의의 수익자로서 현존이익만 반환하도록 하였는데, 신탁회사가 시행사와는 별도로 이득을 취한 것이 아니라는 점에서 신탁회사를 기준으로 하여 선의 여부를 판단할 것은 아니다. 한편, 원심법원의 판단 가운데 주문에 수탁자의 고유재산에 대한 강제집행을 할 수 없도록 집행력을 제한하기 위하여 신탁재산의 한도에서 지급을 명하는 취지를 명시하도록 한 것은 눈여겨볼 만하다.

V. 결 론

분양계약과 같이 수인의 당사자들이 등장하는 계약 관계를 정리하는 문제는 간단하지 않다. 이렇게 복잡한 문제는 계약의 기본 원칙에서 접근하는 것이 타당하고 용이한 결론에 이르는 길이 될 수 있다. 즉, 계약이 효력을 잃게 됨에 따라 발생하는 다수 당사자들 간의 부당이득반환의 문제는 유사한 사안들을 나누어 각각의 법리를 논리적으로 고안하는 것보다 기존의 계약관계에 가장 부합하도록 하는 방안을 모색하는 것이 필요하다. 실제 생활에서 다양한 목적과 의사로 이루어지는 당사자들의 관계를 획일적인 법리에 가두는 것은 바람직하지 않을 뿐만 아니라, 계약법 원칙에도 부합하지 않는 것이다.

건축물의 선분양은 사회경제적으로 분명 이점이 있지만 다수의 개별 수분양자들의 투자 위험을 기반으로 사업시행이 되는 면이 강하다. 이들을 보호하기 위하여 건축물분양법을 제정하고 신탁이라는 제도를 통하여 사업의 건전성을 도모하고자 하였으나, 오히려 이를 통하여 강제되는 복잡한 계약구조는 수분양자들의 권리구제에 장애물이 되기도 한다. 수분양자가 계약관계를 해소하는 경우 그에 대한 책임을 지는 당사자는 원칙적으로 분양계약에 등장하는 다수의 당사자들 중에 매도인에 해당하는 시행사가 될 것이다. 대상판결의 판단은 이러한 범위에서 타당하다고 할 것이지만, 여기에 그침으로써 실질적인 문제 해결에 미흡한 결론이 되고 말았다. 분양대금 등 분양계약과 관련된 재산은 신탁회사가 신탁계약 등에 따라 관리하고 있으므로, 시행사에 대한 반환청구가 인정된다고 하더라도 이를 집행하는 것은 용이하지 않기 때문이다. 이를 해결하기 위해서는 삼각관계에서의 부당이득반환에 관한 일반 법리에 한정될 것이 아니라, 구체적인 사실관계를 살펴보는 노력이 필요하다.

즉, 대상판결과 같이 신탁회사가 시행사로부터 분양사업과 관련된 재산을 수탁받은 경우에는 신탁회사가 직접 수분양자에게 분양대금을 돌려주더라도 그 실질은 시행사의 반환의무를 이행하는 것이 될 것이다. 그렇다면 이러한 경우에는 수분양자가 신탁회사를 상대로 반환청구하는 것을 인정하지 못할 바 없다고 보는 것이 합리적이다. 이러한 결론은 신탁계약이라는 장치를 이용하여 수분양자를 보호하고자 한 건축물분양법의 제도적 취지에 부합하는 것임은 물론이고, 보다 중요하게는 당사자들의 의사와 분양사업과 관련된 당사자들의 역할 및 경제적 이익관계를 고려할 때에도 타당하다고 할 것이다.

〈참고문헌〉

I. 국내문헌

1. 단행본

- 곽윤직, 채권각론(제6판), 박영사, 2003.
곽윤직 편집대표, 민법주해〔XVII〕, 박영사, 2005.
곽윤직·김재형, 민법총칙(제9판), 박영사, 2013.
김형배, 사무관리·부당이득, 박영사, 2003.
양창수·권영준, 권리의 변동과 구제 제2판, 박영사, 2015.
이상훈, 유럽민사법 공통참조기준안(DCFR) 부당이득편 연구, 경인문화사, 2017.
최수정, 신탁법, 박영사, 2016.

2. 논 문

- 김대정, “아파트 분양계약의 사법상의 법률관계”, 한독법학 제13호, 한독법률학회(2002).
김병선, “제3자를 위한 계약의 실효와 부당이득반환관계 - 대법원 2005. 7. 22. 선고 2005다7566, 7573 판결과 대법원 2010. 8. 19. 선고 2010다31860, 31877 판결을 중심으로 -”, 홍익법학 제13권 제2호(2012).
김상중, “상가분양계약의 법률관계 - 수분양자의 보호를 위한 판례의 경향을 중심으로”, 재산법연구 제24권 제3호(2008).
김수정, “아파트 분양광고에 포함된 주변 개발사업이 무산된 경우의 법률관계”, 법학 제58권 제2호(2017).
김재형, “분양계약의 당사자확정에 관한 문제”, 민법론 III, 박영사(2007).
_____, “분양광고와 계약 - 청약·청약의 유인·손해배상을 중심으로 -”, 민사판례연구 제31권(2009).
김형석, “지급지시·급여관계·부당이득”, 서울대학교 법학 제47권 제3호(2006).
박수영, “후분양제도의 파급효과와 정책적 지원방안에 관한 연구”, 목원대학교 산업정보대학원 석사학위논문(2005).

- 박종두, “분양집합주택의 하자과 담보책임”, 법조 제44권 제12호(1995).
- 안정호, “아파트 분양광고보다 공유대지면적이 감소된 경우의 법률관계”, 민사판례연구[XIX](1999).
- 양창수, “매매대금채권 일부의 양수인이 대금을 수령한 후에 매매계약이 해제된 경우 그 금전 반환의무는 매수인의 목적물인도의무와 동시이행관계에 있는가?”, 민법연구 제7권(2005).
- 오세문, “수분양자의 법적 권리에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 석사학위논문(2008).
- 윤재윤, “집합건물의 하자담보책임에 관한 실무상 쟁점”, 저스티스 제73호(2003).
- 윤지영, “채권양도와 부당이득 - 삼각관계에서의 급부부당이득 법리를 중심으로”, 민사판례연구회 발표문(2018. 1).
- 윤진수, “부당이득법의 경제적 분석”, 서울대 법학 제55권 제3호(2014).
- 이계정, “최신판례분석 : 삼각관계에서의 부당이득 법률관계와 질권자의 부당이득반환의무 유무 - 대법원 2015. 5. 29. 선고 2012다92258 판결 -”, 법조 제66권 제1호(2017).
- 이동진, “채권양도, 부당이득, 동시이행”, 비교사법 제22권 제1호(2015).
- 이상훈, “계약법의 기본원리에 따른 3각관계 부당이득 사안 해결 - DCFR과의 비교를 중심으로 -”, 재산법연구 제34권 제1호(2017).
- 이정민, “집합건물의 분양과 하자담보책임 - 집합건물법 제9조와 관련한 몇 가지 법적 쟁점에 관하여”, 사법논집 제38집(2004).
- 이준형, “집합건물법 제9조에 따른 구분소유자의 하자담보추급권”, 민사판례연구[XXVIII](2006).
- 정태윤, “독일에서의 부당이득의 삼각관계에 대한 논의가 우리 민법에도 그대로 타당한가? - 채권이 양도되어 이행된 후 보상관계가 해제된 경우를 중심으로 -”, 비교사법 제14권 제4호(2007).
- _____, “제3자를 위한 계약관계에서 기본계약이 해제되었을 때의 부당이득반환관계”, 민사판례연구 제29권(2007).
- _____, “다수당사자 사이의 부당이득에 관한 최근의 판례 검토”, 민사법학 제52호(2010).
- 제철웅, “보상관계 또는 대가관계에서의 흠결이 이미 경료된 중간생략등기에 미치는 영향: 대판 1997. 12. 26. 96다44860(판례공보 1998년 390); 대판 1996. 11. 15. 94다35343(판례공보 1997. 1)의 평석”, 저스티스, 제33권 제1호(2000).
- 최수정, “지명채권양도에 있어서 다수인 사이의 부당이득반환”, 민사법학 제30호(2005).

II. 국외문헌

1. 단행본

Larenz · Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II/2 Besonderer Teil, 13. Auflage, 1994.

MüKoBGB · Schwab, Band 6 Schuldrecht · Besonderer Teil IV, 7. Aufl., 2017.

MüKoBGB · Lieb, Band 5 Schuldrecht · Besonderer Teil III, 4. Aufl., 2001.

2. 논문

Canaris, “Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis”, in Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag(1973).

Visser, “Searches for silver bullets: enrichment in three-party situations”, Johnsoton/Zimmermann (Edi.), *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*, Cambridge university press(2002).

Termination of a Sales Agreement and Enrichment in Three-Party Situations

Chang, Boeun*

<Abstract>

When a seller of a building intends to sell its units to many buyers before the construction is not completed, the need to protect buyers gets greater. For this purpose, a trust arrangement is widely used and sometimes forced by the relevant law between the seller and a trust company, under which all assets related to the building sales are trusted to the trust company so that they can be operated independently. Therefore, it is not uncommon that the sales agreement requires that the buyer make the payment directly to the trust company. If the agreement is cancelled or terminated, it will become a problem who should return the payment.

The Korean Supreme Court has regarded this relationship as a matter of unjustified enrichment among the triangular parties in several cases. From this standpoint, the Supreme Court decision 2013da55447 (issued on July 11, 2017) suggests that the buyer could not claim the return of the payment directly to the trust company, but only to the seller, the counter party of the sales agreement.

The conclusion appears to be reasonable in the light of the general legal principle of unjustified enrichment in a triangular relationship. However, it would not be applicable to the building sales cases involving a trust arrangement under the relevant law. To solve this matter reasonably, it should be necessary to take into account the intent of the contract parties and economic interests associated with the contract, as well as the purpose of the relevant law.

Keywords : Indirect or three-party enrichment, Third-party enrichment, the Act on Sales of Building Units, Sales of a building in unit before completion of construction, Trust agreement for sales of a building in unit, Cancellation of building sales in unit

* Professor, Law School, Hankook University of Foreign Studies

소유권유보부매매의 민법 및 도산법상 취급*

- 대법원 2014. 4. 10. 2013다61190 판결 -

전북대학교 법학전문대학원 교수 태 기 정

논문요지

대법원 2014. 4. 10. 선고 2013다61190판결의 사안은 소유권유보부매매로 건설기계가 매도되었고, 매수인이 그 매매대금을 모두 지급하지 못한 상태에서 매수인에 대하여 채무자회생 및 파산에 관한 법률에 기하여 회생절차가 개시된 경우 매도인이 환취권을 행사할 수 있는지 여부에 대한 판례이다. 위 판결에서 대법원은 '매도인이 유보한 소유권은 담보권의 실질을 가지고 있으므로 담보 목적의 양도와 마찬가지로 매수인에 대한 회생절차에서 회생담보권으로 취급함이 타당하고, 매도인은 매매목적물인 동산에 대하여 환취권을 행사할 수 없다'고 판시하였다. 그런데 현행 민법과 도산관련법령에서는 소유권유보부매매의 성격에 대하여 규정한 바가 없고, 학설상으로는 유보된 소유권에 관하여 어떻게 판단하여야 할지 견해대립이 있으며, 판례는 도산절차가 개시되기 전과 개시된 후의 취급에 대하여 달리 판단하고 있는데, 대법판결사안의 경우 도산절차가 개시된 경우 담보권으로 취급하였다.

본 연구에서는 소유권유보부매매의 성격을 어떻게 보는 것이 타당한지 도산절차를 중심으로 검토하였고, 관련하여 민법에서의 취급에 대하여도 논하였다.

결론적으로 필자의 주장요지는 '소유권유보약정이라는 법률행위의 의사표시해석은 규범적 내지 보충적 해석방법에 따라 담보권설정의 의사표시로 해석함이 타당하다. 이렇게 해석하지 않을 경우 도산관리인의 선택권을 침해하게 되거나 매도인이 계약을 해제하지 않으면서 목적물을 반환받음으로써 과잉배상에 이르게 되는 논리모순이 발생하게 된다'는 것이다.

검색용 주제어 : 소유권유보부매매, 동산, 양도담보, 회생절차, 회생관리인

* 논문접수 : 2018. 12. 27.

심사완료 : 2019. 1. 17.

게재확정 : 2019. 3. 8.

* 이 논문은 2018년도 전북대학교 연구기반조성비 지원에 의해 연구되었다. 심사과정에서 소중한 심사의견을 제시해 주신 심사위원들께 깊이 감사드린다. 그리고 다른 기회로 이 글에 관하여 많은 조언을 해주신 서울대학교 최준규 교수님께도 감사드린다.

I. 대상판결의 개요

1. 기초사실관계

(1) 甲과 乙사이의 소유권유보부 매매계약

甲은 2010. 11.경 乙과 乙이 운영하는 사업장에 물품(이하 '이 사건 물품'이라 한다)을 설치·납품하고, 솔루션공사 등을 하기로 하는 내용의 납품 및 시공계약(이하 '이 사건 계약'이라 한다)을 체결하였는데, 그 주요내용은 다음과 같다.

① 제1조(물품 및 금액) 이 사건 물품 1억 3천 만 원(부가세 포함), ② 제6조(물품의 소유권) 乙이 이 사건 물품의 대금을 甲에게 완불하였을 때에 이 사건 물품에 대한 소유권을 취득한다. ③ 제7조(물품의 반환) 乙이 약정기일에 甲에게 지급해야 할 물품대금을 정당한 사유 없이 연체하였을 경우, 甲은 乙에게 동 물품 전량의 반환을 청구할 수 있으며, 이때 乙은 甲의 청구에 응해야 한다.

(2) 이 사건 계약의 이행과 乙의 회생절차개시

甲은 이 사건 계약에 따라 2010. 11. 1. 이 사건 물품을 乙에게 납품하고 각종 시설의 설치공사를 완료하였고, 乙은 같은 날 甲에게 이 사건 물품대금으로 5천 만 원만 지급하고 나머지 80,000,000원은 아직 미지급된 상태였다.¹⁾ 그러던 중 乙은 2011. 6. 2. 대구지방법원 2011회합24,24호로 회생절차개시신청을 하여 2011. 6. 23. 위 법원으로부터 회생절차개시결정을 받았고, 2012. 3. 12. 회생계획안이 인가되었다.

(3) 환취권에 기한 유체동산인도등 청구의 소

甲은 2012. 9. 12. 乙을 피고로 하여 채무자회생 및 파산에 관한 법률(이하 법명은 생략하거나 '채무자회생법'이라고만 함) 제70조에 기하여 유체동산인도 등 청구의 소를 제기하였다.

위 소송에서 원고는 '이 사건 계약은 소유권유보부 매매에 해당하므로 원고가 여전히 이

1) 실제 날짜와 액수는 다소 다르지만 논의진행의 편의를 위하여 금액과 날짜를 단순화하였다.

사건 물품의 소유권자이다'라고 주장하였고, 이에 대하여 피고는 '법원의 회생개시결정이 있었으므로 원고는 위 절차에서 회생담보권자로서의 지위를 가질 뿐이며 소유권자로서 이 사건 동산의 인도를 구할 수 없고, 원고의 이 사건 소는 회생절차개시 이후에 제기된 소로서 소의 이익이 없어 부적법하다'고 다투었다.

2. 소송의 경과와 대법원의 판단

(1) 제1심 및 원심의 판단

채무자회생법에 의하면 채무자에 대하여 회생절차개시 전의 원인으로 생긴 재산상의 청구권은 회생채권에 해당하고(제118조), 회생절차에 참가하고자 하는 회생채권자 등은 법원이 정한 신고기간 내에 법원에 그 회생채권을 신고하여야 하며(제148조), 관리인이 법원에 제출한 회생채권자 목록에 기재된 회생채권은 법의 규정에 의하여 신고된 것으로 보고(제151조), 회생채권자의 책임질 수 없는 사유로 인하여 신고기간 안에 회생채권의 신고를 하지 못한 때에는 그 사유가 끝난 후 1월 이내에 그 신고를 보완할 수 있으며(제152조, 다만 회생계획안심리를 위한 관계인집회가 끝난 후에는 신고를 보완하지 못한다), 회생계획인가의 결정이 있는 때에는 회생계획이나 채무자회생법의 규정에 의하여 인정된 권리를 제외하고는 채무자는 모든 회생채권과 회생담보권에 관하여 그 책임을 면하게 되지만(제251조), 회생채권의 경우에는 회생절차에 의하여서만 변제가 가능하므로 채권자가 회생절차에 의하지 아니하고 회생채권의 이행을 구하는 소를 별도의 민사소송으로 제기하는 것은 권리보호의 이익이 없어 부적법하다. 이 사건의 경우 원고가 피고에게 이 사건 물품을, 소유권을 원고에게 유보한 상태에서 매도하고, 피고가 원고에게 그 매매대금 중 일부를 지급하지 않은 사실은 위에서 본 바와 같으나, 소유권유보부 매매는 실질적으로는 잔대금채권을 확보하기 위한 것으로, 매도인이 유보한 소유권은 담보권의 실질을 가지고 있으므로 회생절차에서는 회생담보권으로 취급함이 상당하다. 그러므로 매수인에 대한 회생절차에서 소유권유보부 매매의 매도인은 회생담보권자로서 그 권리를 신고하고 조사확정의 재판이나 그에 대한 이의의 소 등을 통해서만 자신의 권리를 행사할 수 있고 매매목적물에 관한 환취권은 행사할 수 없다고 봄이 상당한데, 피고의 신청으로 법원의 회생개시결정 및 회생계획안 인가결정이 있었음은 위에서 본 바와 같고, 이를 위 법리에 비추어 보면 원고가 소유권유보부 매매의 매도인으로서 이 사건 물품에 대하여 환취권을 행사할 수는 없다는 것이다. 따라서 원고는 회생담보권자로서 회생절차에서 변제를 받을 수 있을 뿐임에도 회생개시결정 및 회생계획안 인가결정 이후인 2012. 9. 12. 이 사건 소를 제기한 사실은

기록상 명백하므로, 원고가 회생담보권자로서 회생절차에 의하지 아니하고 이 사건 물품의 인도를 구하는 이 사건 소를 별도로 제기하는 것은 권리보호의 이익이 없어 부적법하다 할 것이다.

제1심의 판시내용은 위와 같은데,²⁾ 원심에서는 민사소송법 제420조 본문에 의하여 제1심 판결이유를 그대로 원용하였고, 원고의 항소를 기각하였는데,³⁾ 이에 대하여 원고가 상고하였다.

(2) 대법원의 판단

대법원은 ‘동산의 소유권유보부매매는 동산을 매매하여 인도하면서 대금 완납 시까지 동산의 소유권을 매도인에게 유보하기로 특약한 것을 말하며, 이러한 내용의 계약은 동산의 매도인이 매매대금을 다 수령할 때까지 그 대금채권에 대한 담보의 효과를 취득·유지하려는 의도에서 비롯된 것이다(대법원 2010. 2. 25. 선고 2009도5064 판결 참조). 따라서 동산의 소유권유보부매매의 경우에, 매도인이 유보한 소유권은 담보권의 실질을 가지고 있으므로 담보 목적의 양도와 마찬가지로 매수인에 대한 회생절차에서 회생담보권으로 취급함이 타당하고, 매도인은 매매목적물인 동산에 대하여 환취권을 행사할 수 없다’고 판시하며 원고의 상고를 기각하였다(이하 ‘대상판결’이라 한다).

II. 평 석

1. 문제의 제기 및 쟁점의 정리

소유권유보부매매의 개념은 ‘특수한 종류의 매매로서, 매수인이 매매대금의 완제 전에 매매목적물의 점유는 매도인으로부터 매수인에게로 이전하나, 매도인의 매수인에 대한 매매대금채권의 담보를 위해 매매목적물에 대한 소유권은 매도인에게 유보하고, 매수인이 매매대금을 완제하면 그 때에 소유권이 매도인에게서 매수인에게로 이전하는 매매’라고 설명하는 것이 일반적이다.⁴⁾ 동산의 물권변동의 요건은 원인행위와 공시로서의 점유의 이전이

2) 대구지판 2012. 11. 27. 2012가단48272.

3) 대구지판 2013. 7. 10. 2012나24864.

4) 김상용, “소유권유보부매매에 관한 한·독비교”, 법학연구 제19권 제2호, 연세대학교 법학연구원(2009. 6).

다(민법 제188조 제1항). 이 사건 계약의 경우 피고에게 이 사건 물품의 점유를 이전함으로써 공시요건을 구비하였으나, 그 소유권을 유보한다는 계약내용이 있다는 점에 특수성이 있다.

소유권유보매매에 관한 법리정립과 그 활용은 독일에서 가장 발전되어 있다.⁵⁾ 소유권유보매매의 필요성과 관련하여 독일법원은 소유권유보약관을 체결하지 않았다면 독일에서는 재화의 공급이 경제적으로 불가능하였을 것이라며 독일 내에서도 매우 긍정적으로 평가되고 있다고 한다.⁶⁾ 우리의 경우도 소유권유보부매매는 할부매매, 신용카드에 의한 매매와 결합하여 상품의 대량판매를 가능케 하여 경제의 활성화에 이바지하고 있어 그 필요성은 인정되고 있다. 그런데 물권변동요건을 법정하는 이유는 거래안전을 위한 것으로 조건부 물권변동과 같은 유동적인 물권변동은 물권관계의 확실성과는 거리가 멀다. 그러나 다수견해와 판례는 대상판결사안과 같은 소유권유보부매매의 유효성을 긍정하고 있으나, 그 법적 성격에 대하여는 다툼이 있다.⁷⁾ 대상판결에서는 그 법적 성격에 대하여 담보권설을 명시적으로 취하였는데, 대상판결 사안의 경우 소유권유보부매매 목적물의 매수인에 관하여 회생절차가 개시되었던 특수한 사정이 있었고, 전원합의체판결이 아니었으며, 소유권유보부매매에 관하여 정지조건부 소유권이전설을 취하고 있는 종전의 판례들을⁸⁾ 변경하지는 않았으나, 대상판결의 태도가 도산절차 이외의 개별집행 등의 경우까지 일반화 되는 것인지 다소 의문이 있다.

이하에서는 소유권유보부매매에 관한 해외의 입법례와 해석론을 먼저 검토하고, 민법이나 특별법에 소유권유보매매에 관하여 전혀 규정이 없는 우리의 해석론을 검토하자 한다.

2. 비교법적 고찰

(1) 소유권유보부매매에 관한 법적 규율의 역사

소유권유보부매매는 로마법에서는 이를 알지 못하였다. 그러나 매도인의 매수인에 대한 매매대금채권 변제의 확보를 위하여, 매매계약과 병존적으로 그 매매목적물에 대한 대차계약(Leihvertrag)을 체결하여, 매도인의 매수인에 대한 매매목적물의 점유의 이전은 대차

1-2면.

5) 김상용, 앞의 논문(주 4), 31면.

6) 박수근, "소유권을 매개로 한 담보제도-대륙법제에 대한 일견", 저스티스 통권 제142호, 한국법학원(2014. 6), 219면.

7) 대판 1996. 6. 28, 96다14807.

8) 대판 1996. 6. 28, 96다14807; 대판 1999. 9. 7, 99다30534; 대판 2010. 2. 11, 2009다93671 등.

계약에 의하여 이루어지고, 따라서 매도인은 그 매매목적물에 대한 소유권을 매매대금채권의 담보로 계속 보유하고, 매수인은 이미 지급한 매매대금채무의 담보로서 그 매매목적물에 대한 점유를 하는 것으로 규율하였다.

1500년경의 보통법(gemeines Recht)에서는 현재의 소유권유보부매매의 전신에 해당하는 “소유권유보계약”(pactum reservati dominii: Eigentumsvorbehalt)의 법리가 정립되어, 소유권유보부매매계약은 매수인이 매매대금을 지급하지 아니할 것을 해제조건으로 하는 매매계약으로 파악하여, 매수인이 매매대금을 지급하지 아니하면 매수인에게 이전되었던 매매목적물에 대한 소유권은 해제조건 성취로 매도인에게 복귀하고, 따라서 매도인은 매수인에 대해서 당해 매매목적물의 반환을 청구할 수 있는 것으로 이론구성하였다. 따라서 보통법에서는 소유권유보부매매를 오늘날과는 달리 매수인의 매매대금의 불지급을 해제조건으로 하는 매매계약으로 파악하였다. 그러나 판택텐법학에서는, 보통법시대의 매매대금불지급을 해제조건으로 하는 매매계약으로 파악하였던 소유권유보매매의 법리구성을 매수인의 매매대금 완급을 정지조건으로 하는 매매계약으로 그 법리구성을 전환하였다.⁹⁾

(2) 독일의 소유권유보부매매

1) 관련 규정

독일에서는 전형동산담보물권인 동산질권은 거의 이용되지 아니하고 변칙 동산담보권인 양도담보와 소유권유보부매매에 의한 유보소유권이 일반적으로 널리 이용되고 있다. 그러나 변칙담보방법은 동산양도담보에 관하여 민법에서는 아무런 규정이 없고, 倒産法(Insolvenzordnung)에서 양도담보권자에게 환취권을 인정하지 아니하고 별채권을 인정하는 규정을 두고 있을 뿐이다(§ 51 Nr 1, InsO(Insolvenzordnung)).¹⁰⁾

독일의 소유권유보부매매와 관련한 독일민법조항으로는 “제216조[담보 있는 권리에 있어서의 시효완성의 효력] ② 청구권의 담보를 위하여 권리가 부여된 경우에는 청구권의 시효완성을 이유로 그 권리의 재양도가 청구될 수 없다. 소유권이 유보된 경우에는 담보된 청구권에 대하여 소멸시효가 완성된 때에도 계약을 해제할 수 있다”는 규정, “제449조[소유권유보] ① 동산의 매도인이 대금이 지급될 때까지 소유권을 유보한 경우에는, 의심스러운 때에는, 소유권은 대금의 완납을 정지조건으로 하여 이전한다. ② 매도인은 계약이 해제된

9) 김상용, 비교동산담보법, 법원사, 2011, 249-253; 김상용, 앞의 논문(주 4), 5-7면.

10) 김상용, “동산담보물권의 실행에 관한 비교고찰 - 우리 민사집행법, 독일민법전 및 미국통일상법전의 실행 규정을 중심으로 -”, 법학연구 제20권 제4호, 연세대학교 법학연구원(2010. 12), 6면.

때에 한하여 소유권유보에 기하여 물건의 반환을 청구할 수 있다. ③ 소유권의 이전을, 매수인이 제3자의 채권, 특히 매도인과 결합된 사업자가 가지는 채권을 이행하는 것에 걸리게 하는 소유권유보의 약정은 무효이다”는 규정, “제925조[부동산소유권양도합의] ② 조건부로 또는 기한부로 행하여진 부동산소유권양도합의는 효력이 없다”라는 규정, “제929조[물권적합의와 인도] 동산소유권의 양도에는 소유자가 물건을 인도하고 또 쌍방이 소유권의 이전에 합의하는 것을 요한다”라는 규정을 들 수 있다.¹¹⁾

2) 유형별 효력

독일에서는 그 유형으로 ① 단순한 소유권유보부매매, ② 연장된 소유권유보부매매, ③ 계속적 소유권유보부매매, ④ 확대된 소유권유보부매매로서 상호계산 소유권유보부매매와 콘체른 소유권유보부매매를 들 수 있다.

단순한 소유권유보부매매의 경우 매매대금의 완급을 정지조건으로 하는 물권적합의(Einigung)가 이루어진 매매이다. 따라서 매수인이 매매대금을 완급하면 별도로 물권적합의를 할 필요없이 조건의 성취에 의하여 매매목적물의 소유권이 매도인에게서 매수인에게로 당연히 이전된다. 이러한 가장 기본적인 소유권유보부매매가 단순한 소유권유보부매매이다. 독일에서는 물권행위의 독자성의 원칙(Trennungsprinzip)과 무인성의 원칙(Abstraktionsprinzip)에 의하여, 물권행위의 원인행위인 채권행위는 별개·독립의 법률행위이고, 채권행위의 무효는 물권행위의 무효를 초래하지 아니함으로, 소유권유보부매매는 물권적 합의만이 매수인의 매매대금의 완급을 정지조건을 하면 족하고, 그 원인행위인 채권계약에 소유권유보의 합의가 포함되어 있든 그렇지 않든 상관이 없다.¹²⁾

연장된 소유권유보부 매매는 매수인이 매매목적물을 加工하거나 다시 제3자에게 양도한 경우에 매도인이 가공된 물건에 대해서도 여전히 소유권유보부매매관계를 유지하고, 매수인의 양도에 의하여 매수인의 제3자에 대한 매매대금채권을 매도인에게 양도하기로 매도인과 매수인간에 합의가 이루어진 소유권유보부매매이다. 매수인의 가공의 경우에는 매도인이 가공된 물건에 대해서 소유권을 취득하는 것으로 합의(Verarbeitungsklausel)를 하며, 매도인은 가공의 법리(§ 950 Abs 1 BGB)에 따라서 가공된 물건에 대해 가공전의 물건에 대한 소유권유보부매매가 그대로 계속된다. 매도인의 매수인에 대한 매매대금채권액에 비해서 가공된 물건 또는 매수인의 제3자에 대한 양도대금채권액이 과대하게 되는 문제가 발생한다. 이러한 사후적인 과잉담보의 문제는, 양도담보에서의 그것과 마찬가지로, 가공물건의 가액이나, 매수인의 제3자에 대한 양도대금채권액이 매도인의매수인에 대한

11) 양창수, 독일민법전, 박영사, 2015, 97면, 267면 및 663면.

12) 김상용, 앞의 논문(주 4), 11-13면.

미지급 매매대금채권액의 150%를 초과할 때에는 그 초과분에 대해서는 자동적으로 매수인의 책임이 면책된다는 것이 독일연방대법원의 판례의 입장이다.¹³⁾

계속적인 소유권유보부매매는 매수인이 제3자에게 자기가 점유하고 있는 물권은 소유권유보부매매에 의한 것임을 밝히고, 그 제3자와 다시 소유권유보부매매계약을 체결하고 그 물건을 제3자에게 점유 이전하는 경우이다. 이와 같은 계속적인 소유권유보부 매매는 매수인이 물권적기대권만을 양도하거나, 매도인의 승낙을 받아 정지조건부로 매매목적물을 처분하는 경우에 일어날 수 있다. 이 때 제3자는 그의 매도인인 매수인에게 양수대금을 완급하고, 그리고 매수인이 매도인에 대하여 매매대금을 완급하여야 당해 매매목적물의 소유권을 취득하게 된다.

매도인과 매수인간에 소유권유보부매매계약을 체결하면서, 당해 매매목적물의 소유권을 매수인의 당해 목적물의 매매대금의 완급뿐만 아니라, 매도인이 매수인에 대하여 갖고 있는 당해 매매대금채권이외의 채권의 완급이나, 매도인이외의 매도인과 일정한 관계를 맺고 있는 다른 제3자의 매수인에 대한 채권까지 모두 변제할 것을 정지조건으로 하여 매수인에게 이전하는 것으로 약정하는 경우가 있다. 이러한 소유권유보부매매를 확대된 소유권유보부매매라 하며, 前者의 매도인의 매수인에 대한 당해 매매목적물에 대한 매매대금채권이외에 매도인이 매수인에 대하여 갖고 있는 다른 채권의 完濟를 정지조건으로 하는 소유권유보부매매를 상호계산 소유권유보부매매라 하고, 매도인의 매수인에 대한 채권뿐만 아니라 제3자의 매수인에 대한 채권까지 완제할 것을 정지조건으로 한 소유권유보부매매를 큰체른 소유권유보부매매라 한다. 상호계산 소유권유보부매매는 독일판례에서 상인간의 거래에서는 그 유효성을 긍정하고 있으나, 큰체른 소유권유보부매매의 경우 독일민법 제449조 제3항에서 무효로 규정하고 있다.

3) 법리구성

독일에서의 소유권유보부매매의 법리구성은, 매도인에게는 소유권을, 매수인에게는 물권적기대권을 인정하며, 소유권유보부매매계약을 독일민법 제868조에 의한 매도인과 매수인의 점유매개관계(Besitzvermittlungsverhältnis)로 파악한다. 그리하여 매도인은 점유개정에 의하여 간접·자주점유자로, 매수인은 직접·타주점유자로 인정한다. 그리고 매수인은 그의 매매대금채무의 完濟를 정지조건으로 하는 물권적 합의를 하였기 때문에, 매수인이 매매대금을 완급하면 당해 매매목적물의 소유권은 다른 별도의 조치 없이 完濟時에 당연히 매도인에게서 매수인에게로 이전된다.

13) 김상용, 앞의 논문(주 4), 13-14면.

소유권유보부매매에 있어서 매수인이 매매대금의 일부를 지급하였을 경우에, 그 지급한 매매대금에 상응하여 당해 매매목적물에 대한 소유권이 비례적으로 매도인에게서 매수인에게로 이전되느냐에 관하여는, 비례적으로 이전하지 아니하고, 매수인이 매도인에게 매매대금을 완급하였을 때에, 다시 말하면 매수인의 매매대금을 마지막으로 모두 지급하였을 때에 비로소 매도인에게 귀속하고 있던 소유권이 전부 매수인에게 이전되는 것으로 법리정립이 이루어져 있다. 매도인이 보유하는 유보소유권은 소유권이지만 그 실질적인 목적은 매수인에 대한 매매대금채권을 담보하는 기능을 갖고 있다. 그러나 담보의 기능이 있는 유보소유권은 그 피담보채권인 매도인의 매수인에 대한 매매대금채권에 부종하는 것은 아니다. 그러므로 소유권유보부매매는 부종성이 인정되지 아니하는 담보방법(nicht-akzesorisches Sicherungsmittel)이다.

매수인의 물권적기대권은 물권으로서 소유권유보부매매계약에 대해서 無因的이다. 따라서 소유권유보부매매계약으로부터 독립된 권리로서 독자적으로 양도, 담보, 압류가 가능하다.

매도인은 매수인에 대해서는 그의 소유권에 기한 물권적 청구권을 행사할 수 없으며, 오로지 점유매개관계인 소유권유보부매매계약에 기한 권리만을 행사할 수 있을 뿐이다. 그러므로 매도인은 매수인이 매매대금지급을 지체하는 경우 자기의 소유권에 기한 물권적 반환청구권을 행사하여 그 물건을 회수할 수 없다. 독일민법은 매도인이 매매목적물의 반환을 청구할 수 있기 위해서는 당해 소유권유보부매매계약을 해제하였을 때만 가능하도록 매도인의 매매목적물의 회수를 제한하고 있다.¹⁴⁾ 매도인이 소유자인 관계로, 매수인의 채권자들의 압류가 있을 경우 제3자이의의 소가 가능하고, 매수인이 도산하게 되면 도산관리의 선택에 따라 미지급 매매대금의 완급을 거절하면, 매도인은 소유권에 기하여 환취권(Aussonderungsrecht)을 행사할 수 있다. 그러나 단순한 소유권유보부매매가 아닌 연장된 소유권유보부매매나 유효성이 인정되는 확대된 소유권유보부매매에 있어서 매수인이 도산을 한 때에, 매수인이 그 매매목적물을 점유하고 있는 경우에는 매도인에게 환취권이 인정되지만, 가공 또는 제3자에게의 양도 등으로 매수인이 그 매매목적물을 점유하고 있지 아니하는 경우에는 매도인은 환취권을 갖는 것이 아니라 별제권(Absonderungsrecht)을 갖는 것으로 파악되고 있다.¹⁵⁾

(3) 프랑스의 소유권유보부매매

2003년 3월 23일의 정부개정안인 오르도낭스는 그동안 판례상 담보권으로 인정되어

14) 김상용, 앞의 논문(주 4), 17-19면.

15) 김상용, 앞의 논문(주 4), 29-31면.

온 소유권유보(reserve de propriete)를 본질적으로는 동일한 성질결정과 함께 동산(프랑스민법 제2329조)뿐만 아니라 부동산(프랑스민법 제2373조 제2항)은 물론 도급계약, 매수인에게 자금을 용자하여 공급자에게 대금을 지급한 은행은 매도인의 유보소유권을 대위취득할 수도 있다고 명시적으로 인정하게 되었다.¹⁶⁾ 구체적으로는 a) 소유권유보의 종된 성격을 명시적으로 인정하였다(프랑스민법 제2367조 제2항). b) 그리고 담보권의 실행은 채권자로 하여금 채무자가 부담하는 의무를 이행함으로써 얻을 수 있었던 이익을 초과하는 부당이득을 초래하게 해서는 안 된다는 원칙을 적용하였다. 이는 채권자가 계약을 해제하지 않고 자신의 재산을 돌려받으면서 처분권을 취득할 경우, 그 재산의 가액은 채무변제의 명목으로 피담보채무의 청산에 충당되어야 한다는 것을 전제로 한다(프랑스민법 제2371조 제2항). 그리고 만약 이 가액이 여전히 이행청구가 가능한 피담보채무를 초과하는 경우, 채권자는 채무자에게 그 차액을 지급하여야 한다는 것이다(프랑스민법 제2371조 제3항). c) 그리고 물상대위의 범위가 넓어졌다고 할 수 있는데, 종래에는 도산절차가 개시된 경우에만 물상대위가 가능한 것으로 하였으나, 오르도낭에서는 명시적으로 채무자가 선의라 하더라도 재산의 재매매가액채권에 대한 소유권유보의 전사(轉寫)가 가능한 것으로 하고 있다(프랑스민법 제2372조).¹⁷⁾ 도산절차가 개시된 경우 소유권유보조항이 서면으로 작성된 경우 환취권의 행사가 가능한데,¹⁸⁾ 프랑스의 경우 물권변동에서 의사주의를 취하고 있고 물권변동의 시기를 별도로 약정한 때에는 그 약정에 따르기 때문일 것이다.¹⁹⁾

(4) 미 국

미국통일상법지침(UCC)에서는 유보소유권은 등록하지 않아도 등록된 담보권보다 우선하도록 규정하고 있다(Article 9-324 UCC).²⁰⁾ 미국의 통일상법지침에서는 담보목적물이 소비재(consumer goods)이고 매수인이 매매대금의 60%이상을 지급하였거나 차용한 원금의 60%이상을 채권자에게 지급한 때에는 매도인은 매매목적물의 반환을 청구하여 자기의 소유로 할 수 없으며, 채권자는 그의 담보목적동산의 반환을 청구하여 자기의 소유로 하는 流質할 수 없도록 제한하고 있다(§ 9-620(e) UCC). 이러한 때에 채권자는 반드시 담보목적물을 처분(mandatory disposition)하여야 한다.²¹⁾

16) 김현진, 동산·채권담보권연구, 경인문화사, 2013, 131면.

17) 박수곤, 앞의 논문(주 6), 235-236면.

18) 김현진, 앞의 책(주 16), 131면.

19) 편집대표 박윤직, 민법주해[IV]물권(1), 박영사, 2011, 188면(이인재 집필부분).

20) 김상용, 앞의 논문(주 4), 31-32면.

21) 김상용, 앞의 논문(주 10), 13면.

(5) 소 결

이상 본 바와 같이, 소유권유보부매매를 가장 발전시킨 것으로 보이는 독일은 물론이고 나머지 모든 국가들의 경우 입법을 통하여, 또는 해석론으로 조건부 물권변동의 개념인 소유권유보부매매의 법리를 인정하는 방향으로 발전되어 오고 있다. 그러나 이에 대하여 민법에 명문규정이 없는 우리의 경우 해석론 상 다툼이 있다.²²⁾

3. 우리의 해석론

(1) 판 례

1) 도산절차 이외의 경우

판례는 '동산의 매매계약을 체결하면서, 매도인이 대금을 모두 지급받기 전에 목적물을 매수인에게 인도하지만 대금이 모두 지급될 때까지는 목적물의 소유권은 매도인에게 유보되며 대금이 모두 지급된 때에 그 소유권이 매수인에게 이전된다는 내용의 소위 소유권유보의 특약을 한 경우, 목적물의 소유권을 이전한다는 당사자 사이의 물권적 합의는 매매계약을 체결하고 목적물을 인도한 때 이미 성립하지만 대금이 모두 지급되는 것을 정지조건으로 하므로, 목적물이 매수인에게 인도되었다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 매도인은 대금이 모두 지급될 때까지 매수인 뿐만 아니라 제3자에 대하여도 유보된 목적물의 소유권을 주장할 수 있고, 다만 대금이 모두 지급되었을 때에는 그 정지조건이 완성되어 별도의 의사표시 없이 목적물의 소유권이 매수인에게 이전된다'고 판시하며,²³⁾ 원칙적으로 정지조건부 소유권이전설의 입장을 취하고 있다.

22) 일본의 경우도 민법에 소유권유보부매매 규정이 없는데, 일본의 할부판매법 제7조에서는 '지정상품에 있어서는 매도인의 대금채권을 담보하기 위해서 대금완제시까지의 상품의 소유권은 판매업자에게 유보되는 것으로 추정하고 있다'고 한다. 천성진, "소유권유보부매매에 관한 연구-매도인의 권리를 중심으로-", 연세대학교 법무대학원 석사학위논문(2004. 8), 21면.

23) 대판 1996. 6. 28. 96다14807(소유권유보부매매의 목적물인 스크류 콤파레사 1세트를 매수인으로부터 다시 매수한 자의 점유이전금지가처분집행에 매도인이 제3자이의의 소를 제기한 사안); 대판 1999. 9. 7. 99다30534(소유권유보부매매목적물인 철강제품을 매수한 자로부터 다시 매수한 자의 목적물에 관한 유체동산처분금지가처분결정에 원 매도인이 가처분결정취소신청한 사안); 대판 2010. 2. 11. 2009다93671(소유권유보부매매목적물인 양말세팅기 1대를 매수인으로부터 대물변제 받아 선취취득하여 소유권을 취득하였다고 주장하며 그 소유권을 침해한 제3자를 상대로 손해배상을 청구한 사안) 등

2) 매수인에게 도산절차가 개시된 경우

그런데 매수인의 도산절차가 개시된 대상판결에서는 예외적으로 매매대금채권의 담보라는 실질을 중시하여, 소유권유보부매매에서의 매도인의 지위에 대하여 회생담보권자로 판시하였다. 대상판결은 종전까지의 법원실무입장을 확인한 것으로 평가되고 있는데,²⁴⁾ 대상판결 이전에도 파산법원의 실무에서는 소유권유보부매매계약에 대하여 미이행 쌍무계약에 관한 채무자회생법 제119조 또는 제335조를 적용하지 않고, 매도인은 계약을 해제할 수 없으며 담보권자로서만 권리를 행사할 수 있다고 해석하는 전제 하에 실무를 운용해왔으며, 소유권유보부매매계약상의 매도인은 회생절차에서는 회생담보권자로, 파산절차에서는 별채권자로 취급되어 왔는데,²⁵⁾ 대상판결에서도 이러한 실무입장을 확인한 것이다.

(2) 학 설

정지조건부 소유권이전설(당사자의 특약에 의하여 매매목적물에 대한 소유권은 매도인에게 유보되고, 소유권이전은 매매대금의 완불을 정지조건으로 하여 매매대금이 완불되기 전에는 소유권이전의 법률효과가 발생하지 않고, 매매대금의 완불이라는 조건이 성취되면 별도의 합의 없이 소유권은 완전히 매수인에게 이전된다는 견해로, 매도인이 소유권자라는 입장이다)²⁶⁾ 담보물권설(소유권유보의 목적이 채권담보에 있으므로 그 형식보다는 실질적인 측면을 중시하여 목적물의 인도로 매도인은 그 목적물에 대하여 담보권을 취득하고 매수인에게 소유권이 귀속된다는 입장으로 매도인의 권리를 담보목적으로 한정하는 동시에 매수인에 대하여는 단순한 이용권·기대권에 그치지 않고 대금잔액의 감소에 따라서 증

24) 김영주, “미이행 쌍무계약에 대한 민법과 채무자회생법의 규율 - 해석론 및 입법론에 대한 비판적 검토를 중심으로”, 민사법학 제70호, 한국민사법학회(2015. 3), 500-501면.

25) 변재승의 5, “서울민사지방법원의 회사정리사건처리실무”, 사법논집 제25집, 법원행정처(1994), 306면; 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 법인파산실무(제3판), 박영사, 2011, 132면.

26) 양창수·김형석, 권리의 보전과 담보 민법Ⅲ(제2판), 박영사, 2015, 524면 및 529면(매수인의 정지조건부 소유권이라는 물권적 지위를 긍정하여 처분, 상속, 보존을 긍정하면서도 아직은 장래의 소유권으로서 현재 소유권에 기한 권리를 행사할 수 없다는 점, 소유권유보는 쌍무계약에 내재하는 동시이행의 가능성을 관찰함으로써 매수인의 무자력 위험을 인수하지 않는 담보라는 점을 논거로 함); 지원필, 민법강의(제14판), 홍문사, 2016, 1398면(담보물권설은 물권법정주의에 반하고 그 담보권이 적절한 공시방법을 갖추지 않으며, 매수인의 지위가 명확하지 않다는 점을 논거로 함); 편집대표 박준서, 주식민법 채권각칙(2)(제3판), 한국사법행정학회, 1999, 316-317면(엄영진 집필부분)(매도인에게 유보된 소유권은 담보적 기능만 갖는 것이고 동시이행변권과는 다르며, 영미법의 조건부매매의 규제에서 자주 양도담보에 관한 법이 유추되고 있다는 점을 소개하면서도 소유권이전의 효력발생 그 자체를 정지하는 것이라는 입장임); 김영주, 앞의 논문(주 24), 502면(목적물은 인도하였지만 소유권이전을 위해 매수인의 매매대금지급의무와 동시 이행관계를 유지하고 있는 재산권이전의무는 전부 이행되지 않은 상태라는 점을 논거로 함); 양형우, “회생절차에서 소유권유보와 매도인의 지위 - 대상판결: 대법원 2014. 4. 10. 선고 2013다61190판결-”, 인권과 정의 통권 제447호, 대한변호사협회(2015. 2), 150-151면(유보된 소유권은 매도인의 것이므로 매수인이 담보를 설정할 수 없다는 점을 논거로 함)

대되는 매수인의 경제적 지위를 보장하기 위하여 그 목적물에 대한 지배권을 인정해야 할 필요가 있다는 점, 소유권유보에 의하여 목적물의 소유권은 매수인에게 이전하고 매도인은 일종의 담보권을 취득한다는 점을 논거로 한다)이²⁷⁾ 크게 대립하는데, 정지조건부 소유권 이전설이 현재 다수설로 보인다.

학설 중에는 독일에서와 같이 매수인은 대금의 완불이라는 조건의 성취로 소유권을 취득하게 되는 기대를 가지게 되며, 이러한 기대는 법률상 보호를 받는 물권적 기대권으로서, 매수인은 자기의 기대권을 현재의 재산권으로 처분할 수 있다는 매도인의 소유권과 매수인의 물권적 기대권을 동시에 인정하는 물권적 기대권설도 있다.²⁸⁾

한편 대상판결사안과 같은 도산절차에서의 처리문제에 대하여 물권적 기대권설에 의할 경우 어떻게 처리하여야 할지 명확치 않은데, 매도인의 소유권의 측면을 보면 환취권이 긍정될 것도 같지만, 매수인이 가진 물권적 기대권은 어떻게 처리하여야 할지 의문이다. 담보권설에 의할 경우 매도인의 재산권이전의무는 완료되었고 담보권을 설정 받은 것이므로 회생담보권자가 되므로 그 처리가 간명하다. 절충적 입장으로 ‘도산절차 개시 이전에 정지조건부 소유권이전설에 따라 소유권유보부 매매의 법적 성질을 파악한다고 하더라도 도산절차 개시 이후에는 도산법상 공평한 분배, 유사한 지위에 있는 채권자들 사이의 공평한 취급이라는 정책적 목표를 고려하여 양도담보권과의 균형상 소유권유보부 매매의 매도인을 회생담보권자로 취급하는 것이 타당하다’는 이원적 태도를 취하는 견해²⁹⁾도 있다.

그런데 정지조건부 소유권이전설에 의할 경우 소유권이전이 완료되지 않았으므로 미이행쌍무계약으로서 제119조의 관리인의 선택권규정의 적용을 받게 되는지, 매도인의 의무이행이 완료되었으므로 회생채권자로만 보아야 하는지 추가로 문제된다. 미이행쌍무계약이 아니라고 한다면 매도인의 매매잔대금채권은 일반채권자로서 회생채권자의 지위만 인

27) 박윤직·김재형, 물권법[민법강의Ⅱ]제8판(전면개정)보정, 박영사, 2015, 528면(‘소유권유보부 매매도 비전형담보의 일종으로 볼 수 있다’고 한다); 김형배외 2, 민법학강의-이론·판례·사례-(제11판), 신조사, 2012, 853면(그 실질은 잔존대금을 피담보채권으로 하는 담보권이라는 점을 감안하여 그 소유권의 내용과 형식을 가능한 한 이러한 담보목적에 적합하게 해석하여야 한다는 입장임); 이은영, 물권법(제4판), 박영사, 2006, 573면; 이은영, 채권각론(제4판), 박영사, 2004, 357면(관습법의 동산양도담보의 일종으로 동산양도담보와는 다른 독자적인 유형의 담보권으로서 소유권유보는 담보설정의 합의를 통한 효력만을 갖는다는 입장임); 김상용, 앞의 논문(주 4), 2면(유보소유권은 매매대금채권을 담보하기 위한 특수한 변칙담보의 한 종류라고 함).

28) 김학동, “소유권유보부매매의 법률관계”, 민사법학 제27호, 한국민사법학회(2005. 3), 491-493면(소유권유보매수인의 물권적 기대권은 채권양도방법이 아닌 물권양도에 의하여야 한다고 함); 편집대표 김용담, 주석민법[물권(1)](제4판), 한국사법행정학회, 2011, 469면(윤철홍 집필부분; 우리 민법은 소유권을 전면적인 지배권으로 파악하고 있으므로 분할소유권으로 이해하는 것 보다는 물권적 기대권으로 이해하여 물권에 준하는 권리를 갖는다고 하는 것이 타당하다고 함)

29) 정소민, “도산법상 소유권유보부 매매의 매도인의 지위”, 민사판례연구 제37권, 박영사(2015), 248-249면.

정반게 되어 불리하지만, 미이행쌍무계약에 해당한다고 하면 관리인의 선택에 따라 해제의 경우 매도인은 목적물에 대하여는 환취권자(채무자의 재산 중에 현존하지 않을 경우 제 121조 제2항에 따라 공익채권자) 및 손해배상채권에 대하여는 회생채권자로 취급되고, 관리인이 이행을 선택하면 매매잔대금채권은 제179조 제1항 제7호의 공익채권자로 각 보호된다.

(3) 미이행쌍무계약과 관련한 논의

정지조건부 소유권이전설을 취하면서도 매도인의 매매잔대금채권을 일반채권인 회생채권자로 취급하는 견해는 보이지 않고, 미이행쌍무계약으로 보는 입장만 발견된다. 위 견해들의 구체적 접근논거로는 ‘조건이 성취되기 전까지는 매도인의 매수인에 대한 소유권이전 의무가 아직 이행되지 않았고, 다른 쌍방미이행의 쌍무계약과 구별할 필요가 없으므로 관리인의 선택권을 인정하고 관리인이 해제권을 행사한 경우는 환취권을, 이행을 선택한 경우는 공익채권으로 취급하여야 한다. 이 사건 계약의 제7조는 도산해제조항에 해당하고, 도산해제조항의 유효성을 원칙적으로 긍정하는 판례³⁰⁾의 태도를 고려하면 이에 의하여도 매도인은 환취권을 행사할 수 있다’는 견해,³¹⁾ ‘목적물은 인도하였지만 소유권 이전을 위해 매수인의 매매대금지급의무와 동시이행관계를 유지하고 있는 매도인은 아직 소유권유보부매매계약상의 재산권이전의무를 전부 이행하지 않은 상태이므로 미이행쌍무계약에 해당하고, 관리인은 계약의 이행 또는 해제를 선택할 수 있으며, 관리인의 선택에 따라 환취권과 공익채권을 인정하여야 한다’고 한다. ³²⁾

4. 검토

(1) 이 사건 계약서 제7조의 반환청구특약에 대하여

이 사건 계약의 특약사항으로는 “제7조(물품의 반환) 乙이 약정기일에 甲에게 지급해야 할 물품대금을 정당한 사유 없이 연체하였을 경우, 甲은 乙에게 동 물품 전량의 반환을 청구할 수 있으며, 이때 乙은 甲의 청구에 응해야 한다.”는 부분이 있고, 이를 도산해제조항으로 보고 그 유효성을 원칙적으로 긍정하는 판례를 근거로 매도인의 해제를 긍정하는 견

30) 대판 2007. 9. 6, 2005다38263.

31) 양형우, 앞의 논문(주 26), 154-155면.

32) 김영주, 앞의 논문(주 24), 501-503면.

해도 있다.³³⁾

근본적으로는 의사표시해석의 문제일 것이지만, 사건으로는 채무불이행에 대한 효과를 정한 것이지 도산사유가 발생한 경우에 대한 약정해제권유보계약이라고 해석하기는 어렵다고 생각한다.³⁴⁾ 문리해석 상 도산의 경우 약정해제권을 행사할 수 있다고 유보하는 내용이 없기 때문이다. 다만, 해제를 전제로 최고 및 해제의 의사표시를 생략하겠다는 것인지, 해제하지 않고 미지급매매대금채무를 피담보채무로 하여 담보권실행을 하겠다는 것인지, 소유권이 매도인에게 있다는 것을 확인하는 것인지는 명확치 않다.

가사, 도산에 대비한 해제권을 유보한 것으로 해석된다고 하더라도, 도산절차에서의 청산가치보장 우선의 원칙에 반하거나, 제119조의 관리인의 선택권을 침해하는 것으로 효력이 없다고 할 것이다. 현재 파산법원의 실무는 쌍방미이행의 쌍무계약에 관하여 도산해제(해지)조항의 효력을 인정한다면 상대방에게 회생절차개시 이전에 항상 해제(해지)권이 발생하여 도산법이 관리인에게 계약에 관하여 이행 또는 해제(해지)의 선택권을 부여한 의미가 몰각되므로 이러한 경우에는 도산해제(해지)조항의 효력을 원칙적으로 부정함이 타당하나, 쌍방미이행 쌍무계약이 아닌 경우 도산해제(해지)조항의 효력이 부정되어야 하는지 여부는 회생절차상 부인권을 인정할 취지를 몰각시킨다거나 공서양속에 위반되는 등의 사정이 있는지를 개별적으로 검토하여 결정하여야 한다는 입장이다.³⁵⁾

(2) 정지조건부 소유권이전설의 난점

1) 매매의 본질적 요소

정지조건부 소유권이전설에 의할 경우 매매대금이 모두 완납되지 않은 경우 매수인이 소유권을 취득하지 못한 것이고, 그 동안은 일종의 임대차에 가깝다고 할 수 있는데, 매매의 경우 재산권이전을 본질로 하고 있고, 임대차의 경우 임대차보증금, 차임, 임대차기간을 요건으로 하여 재산권사용과 반환을 본질로 하고 있는데, 소유권유보부매매의 경우 매도인은 목적물을 매도하고 그 매매대금을 확보하는 것이 목적이므로 대차형계약이라고 볼 수는 없고, 매도인의 의무는 모두 완료되었고, 매수인의 매매잔대금만이 남아 있을 뿐이며, 그 잔대금채권을 담보하기 위한 것이 주목적이다.

33) 양형우, 앞의 논문(주 26), 155면.

34) 당사자들이 도산해제약정을 한 것으로 본 대판 2007. 9. 6. 2005다38263의 사안에서는 “다음의 각 호의 경우에는, 일반 당사자가 상대방에게 서면통지를 함으로써 본 계약을 해지할 수 있다....해산, 청산, 회사정리, 파산 또는 화의를 신청하는 경우”라고 되어 있었다.

35) 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 회생사건실무(상)(제4판), 박영사, 2014, 382-383면.

2) 미이행쌍무계약인지 여부

동산매매의 경우 매도인은 재산권이전의무가 있고, 매수인은 매매대금지급의무가 있는데, 동산의 경우 인도의무를 이행하면 물권변동을 위한 모든 조치를 매도인은 완료한 것이므로 매도인으로서 이행할 의무는 더 이상 없다. 따라서 미이행쌍무계약으로 보기는 어렵다.³⁶⁾ 매도인의 인도는 완료되었다더라도 소유권이전의무는 아직 남아 있어 동시이행관계가 계속 유지된다는 견해의 경우 매도인에게 유보된 소유권이 존재하고 매매잔대금채권에 관하여 공익채권자로서의 지위를 인정하기 위하여 그러한 접근을 하는 것을 보이는데, 매수인의 매매잔대금지급완료라는 정지조건의 성취는 매수인의 행위에 의존하는 것이므로 매도인이 해야 할 의무는 더 이상 없다. 또한 소유권이전이 완료되지 않아 동시이행관계가 계속 유지된다고 한다면, 이행의 제공이 계속되고 있다고 해석하지 않는 한, 매수인의 이행지체를 이유로 한 손해배상청구가 불가하다는 난점도 있다(소위 동시이행항변권의 존재 효과설)³⁷⁾.

3) 도산절차에서의 매도인의 지위

정지조건부 소유권이전설은 매도인의 소유권을 전제로 환취권의 행사를 긍정하고 있다. 그런데 여기에는 도산절차개시의 효과와 관련한 다음에서 보는 바와 같은 문제점이 있다.

첫째, 매도인이 매수인의 채무불이행을 이유로 매수인과의 매매계약을 해제하고 목적물 반환청구를 하는 것이라고 한다면, 이는 제119조의 관리인의 계약해제 또는 계약이행의 선택권을 침해하는 것으로 허용되지 않는다고 해석될 가능성이 높다.³⁸⁾

둘째, 매수인과의 매매계약을 해제하지 않고 매도인은 반환청구만 하는 것이라고 해석하면 이는 매매잔대금채권을 만족받기 위한 것이다. 그렇게 되면 이는 담보권실행에 해당하고, 회생채무자인 매수인의 반환행위를 의미하므로 제100조 제1항 제2호의 특정채권자에 대한 변제행위로서 부인의 대상이 되거나(편파행위), 제104조의 집행행위의 부인의 대상이 된다. 판례는 상법상 허용되는 채무자와의 유질계약에 따라 질권자가 담보물을 처분하여 질권자의 피담보채무에 충당한 행위를 제104조의 집행행위로 보고 부인의 대상이 된다고 하였다.³⁹⁾

36) 김현진, 앞의 책(주 16), 439면 각주15에서는 '소유권유보부매매가 쌍무계약에 해당함은 분명하나, 미이행여부를 판단하는 기준이 분명한 것은 아니므로, 소유권유보부매매에 관하여 명문의 규정이 없는 상태에서 매도인이 소유권을 유보하고 있는 이상 소유권을 이전한 것은 아니라는 이유로 무조건 미이행 쌍무계약으로 볼 수는 없다고 생각한다'는 입장이다.

37) 대판 1995. 3. 14. 94다26646.

38) 그런데 김현진, 앞의 책(주 16), 442면에서는 해제를 긍정하고 있어 필자와는 다른 입장이다.

39) 대판 2003. 2. 28. 2000다50275.

그리고 계약을 해제하지 않으면서 목적물의 반환청구를 긍정하게 되면, 매수인과의 매매 계약은 유효하므로 기 지급받은 매매대금 8천 만 원에 대한 급부보유력을 유지하게 된다. 그런데 계약이 존속하고 있는 상태에서 목적물을 다시 반환받아 매매잔대금까지 만족 받게 되면 매도인은 매매대금을 모두 변제받음에 반하여 매수인은 매매목적물을 취득하지 못하게 되는 결과가 발생하는데, 매매의 등가성침해와 과잉배상의 문제가 발생한다. 이와 관련하여 해제하지 않은 상태에서 매수인에 대한 목적물 반환청구를 부정하는 독일민법의 태도는 시사점이 크다. 또한 프랑스민법 상 이행이익배상을 초과하는 부당이득의 취득금지원칙과 미국통일상법전 상 소비재의 경우 60%이상 매매대금이 지급된 경우 매도인의 소유권 취득을 금지하고 처분청산으로 나머지 청산금을 매수인에게 지급할 것을 규정한 부분도 이러한 문제를 대비하기 위한 것으로 보인다.

또한 매도인의 소유물로 매도인의 채권을 만족 받는다는 것은 자기소유물에 대한 담보권행사로 법리상도 문제이고, 자기소유물을 통해 자기채권을 만족 받게 되는 특이한 결과가 된다. 독일에서 '담보의 기능이 있는 유보소유권은 그 피담보채권인 매도인의 매수인에 대한 매매대금채권에 부종하는 것은 아니다'는 법리전개는 해제 이전의 이러한 특수한 상태를 염두에 둔 것으로 보인다.

셋째, 정지조건부 소유권이전설을 취하면서 미이행쌍무계약이라고 해석하게 되면 매수인의 회생절차에서 매도인은 관리인의 선택에 따라 공익채권자 또는 환취권자로 취급된다. 관리인이 해제권을 행사한 경우 매도인이 목적물에 대하여 환취권을 행사하더라도 매도인은 기 지급받은 매매대금에 받은 날부터의 법정이자를 가산하여 지급해야 하며(민법 제548조 제2항), 목적물인도청구권과 동시이행관계에 있어(민법 제549조) 이 경우 매도인의 지위가 그렇게 유리한 것도 아니다. 관리인의 선택권에 따라 매도인의 지위가 오히려 불리해진다. 그리고 매도인의 매수인에 대한 해제의사표시 도달 시까지 발생한 손해배상채권에 대하여는 회생채권자로서 일반채권자의 지위에 있게 되고(제118조 제3호, 제121조 제1항), 이 또한 복잡하게 된다. 또한 관리인의 해제의사표시 도달 이후부터는 계약관계는 실효되므로 목적물 사용이익을 반환하여야 하는데,⁴⁰⁾ 이러한 원상회복의무로서 부당이득 성질을 가진 목적물 사용이익반환채권이 제179조 제1항 제6호 소정의 부당이득으로 인하여 회생절차개시 이후 채무자에 대하여 생긴 청구권으로서 이 부분은 회생채권인 손해배상과는 다른 공익채권으로 보아야 하는지도 해석상 어렵다고 생각한다.

40) 대판 2000. 2. 25. 97다30066.

4) 유치권자와의 균형

채무자의 재산증가에 기여하는 재화의 증가로는 용역의 제공과 재화의 공급을 들 수 있다. 그런데 용역제공과정에서 유치권을 취득한 공사업자 등의 경우 유치권자로서 보호되고, 이는 법정담보물권의 일종이며, 회생절차가 개시된 경우 회생담보권자로 취급된다(제141조 제1항). 용역을 제공하여 채무자의 재산형성에 기여한 자와 재화를 공급하여 채무자의 재산형성에 기여한 자는 크게 다르다고 생각지 않는다. 따라서 재화를 매매라는 형식으로 공급한 매도인의 경우도 유치권자와 동일하게 담보권자로 취급하는 것이 타당하다고 본다.

5) 정지조건부 물권적 합의의 문제

소유권유보부매매의 법리구성에는 물권행위의 독자성을 인정할 것인지 여부에 따라서도 그 차이가 있다.⁴¹⁾ 일반적 견해는 부동산의 경우는 부동산등기법상 권리의 소멸에 관한 약정에 대하여만 부기등기가 가능하므로(부동산등기법 제52조 제7호, 제54조) 물권행위의 부관이 해제조건이나 종기인 것은 등기할 수 있으나 정지조건부 소유권매매는 불가능하고, 동산의 경우는 대체로 정지조건부 물권적 합의가 가능함을 긍정하고 있다.⁴²⁾ 정지조건부 소유권이전설의 핵심논거는 채권계약과의 별도의 물권행위가 존재하고, 물권행위에는 조건과 기한을 붙일 수 있으며, 소유권유보부매매의 경우 채권행위인 매매계약에 어떤 조건이 부착된 것이 아니라 물권적 합의에 정지조건이 부착된 것이라는 것이다.⁴³⁾

독일민법 제929조〔물권적 합의와 인도(Einigung und Übergabe)〕 제1문에서는 ‘동산소유권의 양도에는 소유자가 양수인에게 물건을 인도(übergibt)하고 또 쌍방이 소유권의 이전에 합의(einig)하는 것을 요한다’고 규정되어 있어 원인행위인 매매계약(Kaufvertrag)과는 별도의 개념인 물권행위를 인정할 수 있으며, 이에 대한 정지조건 부착여부는 법이 허용하는 한 가능할 수 있다. 그러나 이에 해당하는 우리 민법 제188조 제1항에서는 ‘동산에 관한 물권의 양도는 그 동산을 인도하여야 효력이 생긴다’고 규정되어 있어 인도 이외의 요건으로 별도의 물권적 합의는 규정되어 있지 않다. 정지조건부 소유권이전이라는 조건부 물권변동을 긍정하기 위해서는 물권행위의 독자적 존재를 인정하여야 하고, 또한 법률상 또는 해석상 정지조건부 부착이 허용된다는 입장을 취해야 할 것이다. 민법 제188조 제1항의 “양도” 또는 “인도”의 개념에는 물권적 합의를 당연히 전제로 한 것이

41) 편집대표 박준서, 앞의 책(주 26), 315면(임영진 집필부분).

42) 편집대표 박윤직, 앞의 책(주 19), 137면(김황식 집필부분); 편집대표 김용담, 앞의 책(주 28), 211면(홍성재 집필부분).

43) 이은영, 앞의 물권법(제4판)(주 27), 129면(그 실례를 좀체로 발견하기 어렵다고 하면서도 대금을 완급한 때에 물권행위가 행해진다는 입장이다); 편집대표 박윤직, 앞의 책(주 19), 207면(이인재 집필부분).

고, 관습법상 정지조건의 부착이 허용된다는 해석론을 취해야 가능할 것으로 보인다. 만약 정지조건부 소유권이전설을 취하면서 대상판결 사안에서 동시이행관계가 유지되고 있다고 하기 위해서는 소유권이전사무가 아직 이행되지 않았고, 동시이행관계에 있는 그 소유권이전사무는 물권적 의사표시의 의무를 의미한다고 해석하는 것이 타당할 것이다.

그러나 현행 민법은 물권변동에서 동산의 경우도 공시주의를 관철하고 있다. 공시되지 않는 조건부 물권행위의 존재는 확실성 및 강행규정성을 전제로 하는 물권법리에도 맞지 않으며, 동산물권변동에 관한 민법 제188조 내지 제190조의 형식주의를 무색하게 한다고 생각된다. 또한 현재 판례는⁴⁴⁾ 물권행위의 독자성과 무인성을 인정하지 않고 있는 입장이다. 이로 원인행위와는 별도의 물권행위의 존재와 이에 대한 부관의 부착을 인정하기는 쉽지 않다.

6) 소유권유보약정이라는 의사표시의 해석

정지조건부 소유권이전설의 또 다른 핵심 논거는 당사자사이의 소유권유보약정의 존재일 것이다. 그러나 매매당사자사이의 객관적 의사는 매도인의 경우는 매매계약을 해제하지 않고 미지급매매대금채권을 담보하고자 하는 것일 것이다. 왜냐하면 매도인이 매매계약을 해제하려면 기 지급받은 매매대금과 이에 대한 법정이자를 원상회복하여야 하는데, 대상판결 사안에서도 매도인은 이를 원치 않았으며 이러한 것이 일반적인 경우이기 때문이다. 그리고 매수인의 의사 또한 매매목적물을 담보물로 하여 매매잔대금채권에 충당하고 그 잔액을 청산받기를 원할 것이므로 매도인과 매수인의 의사는 모두 담보권설정과 그 실행에 일치하여 있다. 가사 매도인은 매매를 해제하지 않고 매매잔대금에 관하여 목적물로부터 우선변제를 받기를 원하나, 매수인은 해제를 통하여 기 지급한 매매대금을 지급받지 않는 한 담보실행을 허용할 수 없다거나 담보실행을 허용하더라도 청산금은 지급받고자 하는 사후적 의사가 인정되는 경우와 같이 매도인과 매수인의 상호간의 의사표시가 불일치한다고 하더라도 대상판결 사안은 회생절차가 개시되어 채권자집단 전체가 개입되게 된 상황이고, 청산가치보장이라는 도산절차의 이념이 우선시 되어야 하므로 소유권유보약정은 의사표시 해석방법 중 규범적 또는 보충적 해석방법에 따라 담보약정으로 평가됨이 타당하다고 생각된다.

44) 대판 1977. 5. 24, 75다1394. 그런데 동산의 선의취득과 관련하여 대판 1991. 3. 22, 91다70에서는 '물권행위가 완성되는 때.. 물권적 합의..'라는 표현을 사용하기도 하고, 대판 2001. 10. 9, 2000다51216에서는 물권변동까지를 포함하는 개념으로 물권행위라는 표현을 사용하기도 한다.

Ⅲ. 결 어

비점유담보제도의 활성화가 현재 선진국 물권법의 추세이고, 거래와 매매를 촉진하고 경제활성화를 위해 소유권유보부매매의 필요성은 인정된다고 할 것이다. 동산 매도인의 매매 대금채권회수를 보장하는 해석론과 입법론은 동산거래를 촉진시킬 것이고, 이를 통한 여러 가지 가치창출의 경제효과를 거둘 수 있을 것이다. 특히 동시이행항변권을 포기하고 매수인을 배려하여 먼저 선이행한 매도인이 동시이행항변권을 유지하며 매수인을 배려하지 않는 매도인보다 불리하게 취급되는 것은 이상하다는 점도 이해가 된다. 그러나 매수인으로 부터 이를 다시 매수한 자와의 거래와 매매의 촉진문제도 있으므로 원래의 매도인만을 보호하는 것이 경제활성화에 이바지하는 것이라고 단언하기 어렵다. 현재 우리 민법은 물권 변동에서 형식주의를 취하는 점과 배치되는 점이 있으므로 이익형량 등의 법정책을 고려하여 민법과 채무자회생법에 특칙으로 규정하여 입법적으로 해결하는 것이 가장 간명하다.

현행법의 경우 물권법정주의, 물권법규정들의 획일성 및 강행규정성을 고려하면 당사자 사이의 계약으로 물권변동의 요건을 좌우하는 것은 효력이 없다고도 할 수 있다. 그러나 동산거래에서 이를 인정할 필요성 및 다른 나라의 입법례, 우리의 경우 명문의 규정이 없음에도 지금까지 그 유효성이 인정되어온 관행을 고려하면 그 특수성을 무시할 수도 없다. 소유권유보부매매에 관하여 그 규정이 없는 현행법에서는 정지조건부 소유권이전설을 취하건, 담보권설을 취하건 모두 명문의 규정이 없는 관습법상의 조건부 물권변동 또는 비전형담보라고 할 것이다. 생각건대, 정지조건부 소유권이전설의 경우 이상에서 본 바와 같은 문제점들이 있으므로 조건부 물권변동이라는 규정에도 없는 특수한 법리를 허용하기 보다는 양도담보권의 일종 또는 이와 유사한 다른 유형의 동산담보권으로 봄이 타당하다고 생각한다.

매도인이 매수인에게 동산의 소유권을 이전하고 미지급매매대금을 피담보채무로 하여 점유개정방법을 통하여 양도담보를 설정 받는 것과 소유권유보를 계약내용으로 한 매매를 통하여 매수인에게 동산을 이전하는 것과 외관에서는 물론이고 그 실질에서 차이가 없다. 양자 모두 매도인의 미지급매매대금채권의 확보를 목적으로 하고 동산을 매수인이 점유하는 점은 동일하다. 다만, 판례는 동산양도담보에 대하여 신탁적 소유권이전설의 입장을 취하고 있다는 점이 다르다.⁴⁵⁾ 현재의 판례의 태도에 의하면 소유권유보부매매에서는 유보 소유권자로서 매도인에게 대내외적인 소유권이 있고, 양도담보에서는 수탁자로서 채권자

인 매도인에게 대외적인 소유권이 있어 양자 모두 대외적인 소유권자는 매도인으로서 동일하다. 그리고 정지조건부 소유권이전설을 취한다고 하더라도 매수인이 점유하고 있는 목적물에 대하여 매도인의 자력구제가 불가능하고 어차피 목적물인도청구의 소를 제기하여야 하므로 매수인이 임의반환을 하지 않는 이상 소송을 하여야 한다는 점도 동일하다.

소유권유보부매매를 담보권의 일종으로 해석하게 되면, 도산절차가 개시되기 전의 경우 매도인이 사적 담보권실행을 하고 매수인과 청산절차를 거치면 되므로 매매목적물을 회수하는 것에 문제가 없고, 기 지급된 매매대금의 청산도 함께 이루어지므로 매도인이 과잉배상을 받을 문제가 없으며, 목적물에 다른 채권자의 강제집행이 개시되더라도 매도인은 제3자를 상대로 제3자이의의 소로서 구제받을 수 있다.

매수인에게 도산절차가 개시되게 되면 매도인은 제141조 제1항에 따라 회생담보권자로 취급되고, 관리인의 선택권행사는 불가능하고 매도인은 담보권자로서 회생계획에 따라 우선변제권을 행사할 수 있고, 파산의 경우 별제권으로 역시 보호되어 매도인의 지위에 불합리한 점이 없다. 도산절차 개시 후에도 신탁적 양도설을 취하여 대내적 소유권은 채무자인 매수인에게 있으므로 매수인 내지 회생관리인에 대한 관계에서 매도인은 담보권자로 취급된다고 할 수도 있다.

결과적으로 도산 전에는 신탁적 양도설에 따라 대외적으로 매도인은 소유권자로, 도산절차개시 후에는 제141조 제1항에 따라 매도인은 담보권자로 처리되게 된다는 것이다. 독일에서 확장된 소유권유보부매매에서 매도인에게 별제권을 인정하고 있는 점, 프랑스민법은 해제를 하지 않고 청산의무를 부과하고 있는 점, 미국통일상법지침에서 목적물에 대한 처분청산을 규정하고 있는 점은 매도인의 지위를 담보권자로 전제하고 있다고 할 것이므로, 우리의 해석론에 참고가 될 수 있다.

45) 대판 1986. 8. 19, 86다카315; 대판 1994. 8. 26, 93다44739; 대판 1999. 9. 7, 98다47283.

〈참고문헌〉

I. 국내문헌

1. 단행본

- 곽윤직·김재형, 물권법[민법강의Ⅱ]제8판(전면개정)보정, 박영사, 2015.
김상용, 비교동산담보법, 법원사, 2011.
김현진, 동산·채권담보권연구, 경인문화사, 2013.
김형배외 2, 민법학강의 - 이론·판례·사례 -(제11판), 신조사, 2012.
서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 법인파산실무(제3판), 박영사, 2011.
서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 회생사건실무(상)(제4판), 박영사, 2014.
양창수, 독일민법전, 박영사, 2015.
양창수·김형석, 권리의 보전과 담보 민법Ⅲ(제2판), 박영사, 2015.
이은영, 물권법(제4판), 박영사, 2006.
_____, 채권각론(제4판), 박영사, 2004.
지원림, 민법강의(제14판), 홍문사, 2016.
편집대표 곽윤직, 민법주해[Ⅳ]물권(1), 박영사, 2011.
편집대표 김용담, 주석민법[물권(1)](제4판), 한국사법행정학회, 2011.
편집대표 박준서, 주석민법 채권각칙(2)(제3판), 한국사법행정학회, 1999.

2. 논 문

- 김상용, “동산담보물권의 실행에 관한 비교고찰 - 우리 민사집행법, 독일민법전 및 미국통일상법전의 실행규정을 중심으로 -”, 법학연구 제20권 제4호, 연세대학교 법학연구원(2010. 12).
_____, “소유권유보부매매에 관한 한·독비교”, 법학연구 제19권 제2호, 연세대학교 법학연구원(2009. 6).
김영주, “미이행 쌍무계약에 대한 민법과 채무자회생법의 규율 - 해석론 및 입법론에 대한 비판적 검토를 중심으로”, 민사법학 제70호, 한국민사법학회(2015. 3).

- 김학동, “소유권유보부매매의 법률관계”, 민사법학 제27호, 한국민사법학회(2005. 3).
- 박수곤, “소유권을 매개로 한 담보제도 - 대륙법제에 대한 일견”, 저스티스 통권 제142호, 한국법학원(2014. 6).
- 변재승외 5, “서울민사지방법원의 회사정리사건처리실무”, 사법논집 제25집, 법원행정처(1994).
- 양형우, “회생절차에서 소유권유보와 매도인의 지위 - 대상판결: 대법원 2014. 4. 10. 선고 2013다61190판결 -”, 인권과 정의 통권 제447호, 대한변호사협회(2015. 2).
- 정소민, “도산법상 소유권유보부 매매의 매도인의 지위”, 민사판례연구 제37권, 박영사(2015).
- 천성진, “소유권유보부매매에 관한 연구 - 매도인의 권리를 중심으로 -”, 연세대학교 법무대학원 석사학위논문(2004. 8).

The Characteristics of the Ownership Retained Sale in the Point of Civil Law and the Bankruptcy Law

Tae, ki-jung*

<Abstract>

The issue of the Supreme Court 2014. 4. 10. Sentencing 2013Da61190 judgment is that the construction machinery was sold by the Retention of Ownership and the buyer was unable to pay all of the proceeds of the sale. This is a precedent for whether the seller can exercise the right of refund when the buyer's insolvency procedure begins. In the above judgment, the Supreme Court concluded that; 'As the ownership held by the seller has the substance of the lien, it is reasonable to treat it as a security interest in the insolvency proceedings for the buyer as well as the transfer for security purpose. So the seller can not exercise his or her mortgage privately after the insolvency procedure begins.'

However, the current Civil Law and the Insolvency Laws do not specify the nature of the sale of ownership retained. In theory, there is a conflict of opinion on how to judge a retained ownership sale. The court ruled differently before and after the commencement of the insolvency proceedings. In the case of the ruling, the ownership retained sale was treated as a lien if the insolvency proceedings were initiated.

In this study, we examined the process of insolvency to see what is the most valid theory about the nature of the ownership retained sale, and additionally discussed it in the aspect of the Civil Law.

In conclusion, my argument is that the interpretation of the lawful act of holding the title of ownership should be construed as a willingness to set up a lien in accordance with normative or supplementary interpretation methods. In the absence of such interpretation, a logical contradiction arises that would infringe the option of the insolvency administrator, or that the seller would return the object without releasing the contract, leading to an overcompensation.

Keywords : Ownership retained sale, Movables, Mortgages, Insolvency procedures, Insolvency administrator

* Law School of Chonbuk National University. Professor.

임차인에 대한 회생절차가 개시된 후 임대인이 자신의 골프장입회금반환채권과 임차인의 임차보증금반환채권의 상계를 주장할 수 있는지 여부 - 대법원 2017. 3. 15. 선고 2015다252501 판결 -

육군 제31보병사단 법무관 · 서울대학교 법과대학 박사과정 김 치 송

논문요지

임차인에 대한 회생절차가 개시된 후 임대인이 자신의 입회금반환채권과 임차인의 임차보증금반환채권의 상계를 주장한 사안에서, 대법원은 ① 임대인으로서도 임대차보증금 없이도 부동산 임대차계약을 유지할 수 있으므로, 임대차계약이 존속 중이라도 임대차보증금반환채무에 관한 기한의 이익을 포기하고 임차인의 임대차보증금반환채권을 수동채권으로 하여 상계할 수 있고, ② 골프장 입회계약이 임대인의 입회금반환채권의 직접적인 원인에 해당하며 임대인의 상계에 대한 신뢰에 보호가치 있는 정당성이 인정되므로 임대인의 입회금반환채권이 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제145조 제4호 단서, 제2호 단서 나목에 정한 상계금지의 예외사유인 '회생절차개시의 신청이 있는 것을 알기 전에 생긴 원인'에 의하여 취득한 회생채권에 해당하여 상계가 허용된다고 보았다.

대상판결과 관련하여 ① 수동채권의 측면에서는 회생절차에서 조건부 채권의 상계가능성, 임대차보증금반환채권의 법적 성질이라는 쟁점이, ② 자동채권의 측면에서는 '회생절차개시의 신청이 있는 것을 알기 전에 생긴 원인'에 의하여 취득한 채권의 판단 기준이라는 쟁점이 문제될 수 있다.

본고는 대상판결의 타당성을 검토하기 위하여 상계 제도와 관련한 파산절차와 회생절차의 규율을 우선적으로 비교하였다. 그러한 차이점에 기초하여 회생절차에서 조건부 채권을 수동채권으로 한 상계가 허용되는지를 살펴보고, 나아가 위의 경우에 임대차보증금반환채권에 관하여는 상계가 허용되는지를 검토하였다. 그리고 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제145조 제4호 단서, 제2호 단서 나목의 '회생절차개시의 신청이 있는 것을 알기 전에 생긴 원인'에 관한 종래 판례를 종합하여 그 구체적인 판단 기준을 도출한 후, 이 사안의 입회금반환채권이 위와 같이 도출된 판단 기준에 부합하는지 살펴보았다.

위와 같이 살펴본 결과, 회생절차에서 해제조건부 채권을 수동채권으로 한 상계는 허용되지만, 정지조건부 채권을 수동채권으로 한 상계는 허용된다고 보기 어려웠다. 이때 임대차보증금반환채권은 그 법적 성질이 해제조건부 채권이므로, 이 사건에서 임대인의 임대차보증금반환채무를 수동채권으로 한 상계가 허용된다고 본 대상판결의 타당성을 인정할 수 있었다. 한편 종래 판례를 귀납적으로 분석하여 보았을 때 '회생절차개시의 신청이 있는 것을 알기 전에 생긴 원인'에 관한 구체적인 판단 기준으로는 ① 그와 같은 상계가 이루어지는 것을 규범적으로 기대하기 어려운지 여부, ② 상호 담보의 특약이 존재하는지 여부, ③ 상계권자가 채권 취득 시기를 임의로 정할 수 있는지 여부를 도출하여 볼 수 있었다. 위와 같은 판단기준을 대상판결의 사안에 적용하여 보았을 때, 임대인의 입회금반환채권이 위와 같이 상계가 예외적으로 허용되는 경우에 해당한다고 본 대상판결의 타당성을 수긍하기는 어려웠

다. 본고는 대상판결에서 문제된 사안의 구체적인 사정을 종합하였을 때 임대인의 상계에 대한 기대가 보호가치 있는 정당한 것이라고 볼 수 없다는 점에서 대상판결의 결론에 반대하고, 향후 판례가 위와 같은 예외 사유를 판단하는 기준을 명확히 제시함으로써 수법자의 예견가능성을 높여 고도화된 채권 거래의 안정성을 제고하기를 기대하는 바이다.

검색용 주제어: 회생절차, 조건부 채권, 임대차보증금반환채권, 상계, 회생절차개시의 신청이 있을 것을 알기 전에 생긴 원인

* 논문접수: 2019. 1. 24. 심사완료: 2019. 2. 9. 게재확정: 2019. 3. 8.

[사안의 개요]

1. 원고와 피고 사이의 각 회원제 골프장 입회계약

원고는 피고와 1999. 8. 10.부터 2003. 12. 1.까지, 피고가 운영하는 회원제 골프장인 A 컨트리클럽 회원권 32구좌(입회금 합계 13,080,000,000원)와 B 컨트리클럽 회원권 9구좌(입회금 합계 700,000,000원)에 관한 입회계약(이하, 위 두 골프장을 통틀어 '이 사건 각 골프장', 각 입회계약을 통틀어 '이 사건 각 입회계약'이라고 한다)을 체결하였다. 이 사건 각 골프장의 회칙은 회원자격 보증금인 입회금을 일정기간(A 컨트리클럽은 입회 후 5년, B 컨트리클럽은 입회 후 2년) 거치하고, 그 이후 회원의 탈퇴요구가 있을 때 반환한다고 규정하고 있다.¹⁾

2. 원고와 피고 사이의 이 사건 각 골프장의 부지 및 건물에 관한 각 임대차계약

원고는 이 사건 각 골프장의 부지 및 건물의 소유자로서 피고에게, ① 2004. 3. 5. 별지 제1목록 기재 부동산을 보증금 9,300,000,000원, 월 차임 936,000,000원, 임대기간 2004. 3. 5.부터 2024. 3. 4.까지로, ② 2005. 5. 30. 별지 제3목록 기재 부동산을 보증금 1,000,000,000원, 월 차임 344,166,660원, 임대기간 2005. 5. 30.부터 2025. 5. 29.까지로 각 정하여 임대하였다(이하, 위 각 임대차계약을 '이 사건 각 임대차계약'이

1) 한편, A 컨트리클럽 회칙 제15조와 B 컨트리클럽 회칙 제16조는 '퇴회를 희망할 시 소정 신청서와 회원증을 제출하여 회사의 승인을 받아야 한다'는 내용의 규정을 두고 있었다. 항소심은, 이를 피고가 회원의 탈퇴가부를 일방적으로 정할 수 있는 것으로 본다면 위 각 회칙 조항은 약관의 규제에 관한 법률 제6조, 제10조 제2호에 반하여 무효이므로, 회원은 언제든지 탈퇴할 수 있고 피고는 이를 승인할 의무가 있는 것으로 해석하였다.

라고 한다).

3. 피고에 대한 회생절차개시결정 등

피고는 2013. 10. 17. 서울중앙지방법원 2013회합187호로 회생절차개시결정을 받았고, 2014. 7. 11. 회생계획인가결정을 받았으며, 소외인 갑이 법률상 관리인이 되었다. 한편, 피고에 대한 회생절차는 2015. 5. 21. 종결되었고, 피고가 그 무렵 이 사건 소송을 수계하였다(이하, 피고와 법률상 관리인을 구별하지 않고 모두 '피고'라 한다).

4. 원고의 피고에 대한 탈회신청 및 상계의 의사표시

원고는 피고에 대하여 회생절차개시결정이 내려진 2013. 10. 17. 피고에게 위 회원권 41구좌에 관한 탈회를 신청하면서(이하, 이 사건 탈회신청이라고 한다), 원고의 입회금반환채권(이하, '이 사건 입회금반환채권'이라고 한다) 중 10,300,000,000원을 자동채권으로 하여 이 사건 각 임대차계약에 따른 피고의 임대차보증금반환채권(이하, '이 사건 임대차보증금반환채권'이라고 한다) 10,300,000,000원과 상계한다(이하, '이 사건 상계'라고 한다)는 공문을 보냈고, 이는 회생채권 등의 신고기간이 만료하기 전인 2013. 10. 22.경 피고에게 도달하였다.

[소송의 경과]

1. 제1심의 판단(서울중앙지판 2015. 7. 24. 2014가합587267)

원고는, 피고에 대한 이 사건 입회금반환채권을 자동채권으로 하여 피고의 원고에 대한 임대차보증금반환채권과 대등액에서 상계하였으므로 원고의 피고에 대한 임대차보증금반환채무는 존재하지 않는다고 주장하였다. 제1심 법원은 원고의 청구를 인용하였다.

2. 항소심의 판단(서울고판 2015. 11. 18. 2015나2046810)

이에 피고는 ① 피고가 이 사건 탈회신청에 대하여 승인을 하지 아니하였으므로 자동채

권인 이 사건 입회금반환채권이 발생하지 않았고, ② 이 사건 상계의사표시가 도달한 당시 이 사건 각 임대차계약이 종료하지 아니하여 수동채권인 이 사건 임대차보증금반환채권이 발생하지 않았으며, ③ 가사, 위 각 채권이 모두 발생하였다고 하더라도, 원고는 피고의 회생절차개시신청 사실을 알면서 이 사건 탈회신청을 하여 이 사건 입회금반환채권을 취득하였으므로, 채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하, '채무자회생법'이라고 한다) 제145조 제4호 본문에 의하여 이 사건 상계가 금지되고, 달리 상계가 허용되는 예외규정이 적용되지도 않으므로 원고의 이 사건 청구는 이유 없다고 주장하며 항소하였다. 한편, 원고는 채무자회생법 제145조 제4호 단서, 제2호 나목에 의하여 이 사건 상계가 예외적으로 허용된다고 주장하였다.

이에 대하여 항소심은 ① 앞서 본 바와 같이 각 컨트리클럽 회칙상 '회사의 승인을 받아야 한다'고 규정한 부분은 피고가 일방적으로 회원의 탈회 가부를 정할 수 있음을 정한 것이 아니라, 회원은 언제든지 탈퇴할 수 있고 피고는 이를 승인할 의무가 있음을 정한 것이므로, 원고는 이 사건 탈회신청이 피고에게 도달함으로써 이 사건 입회금반환채권을 취득하였다고 보았다.

한편, ② 이 사건 각 임대차계약이 종료하지 않았음에도 수동채권인 이 사건 임대차보증금반환채권이 발생하였다는 것을 암묵적 전제로 하여 ③ '채무자회생법 제145조 제2호 나목은 '회생채권자 또는 회생담보권자가 지급의 정지, 회생절차개시의 신청이 있는 것을 알기 전에 생긴 원인에 의하여 부담한 채무'에 대하여 예외적으로 상계를 허용하고 있는바, 여기서의 '원인'이란 채권자에게 구체적인 상계 기대를 발생시킬 정도로 직접적인 것으로서 구체적인 사정을 종합하여 상계의 담보적 작용에 대한 회생채권자의 신뢰가 보호할 가치가 있는 정당한 것으로 인정되는 경우를 의미한다(대법원 2014. 9. 24. 선고 2013다200513 판결 등 참조)는 일반론을 실시한 다음, ㉠ 이 사건 입회금반환채권은 이 사건 각 입회계약의 체결로 인하여 발생하는 것이 아니라 원고가 피고에게 탈회의 의사표시를 함으로써 비로소 발생하였으므로 이 사건 각 입회계약이 이 사건 입회금반환채권이 발생하게 된 '직접적인 원인'이라고 볼 수 없고, ㉡ 이 사건 임대차보증금반환채권은 원고와 피고가 이 사건 각 임대차계약을 체결하면서 피고가 원고에 대하여 가지게 된 채권인데 반하여 이 사건 입회금반환채권은 원고가 피고에 대하여 탈회 신청을 함으로써 취득하게 된 것으로 그 발생에 있어서 법률관계가 연관되어 있지 않으며, 심지어 이 사건 각 입회계약이 체결된 시기는 1999. 8. 10.부터 2003. 12. 1.까지로서 이 사건 각 임대차계약이 체결되기도 전이었으므로, 원고가 이 사건 각 입회계약을 체결할 당시에는 이 사건 입회금반환채권과 이 사건 임대차보증금반환채권이 서로 담보적 의미에서 결부되었다고 볼 수 없고, 원고에게 상계의 담보적 작용에 대한 정당한 기대 내지 보호가치 있는 신뢰가 있었다

고 보기 어렵다²⁾고 판시하며 피고의 항소를 인용하였다.

부가적으로, 항소심은 채무자회생법 제145조 제4호 본문에서 위기시기에 있음을 알면서도 취득한 채권을 자동채권으로 한 상계를 원칙적으로 금지하되, 동조 제4호 단서, 제2호 나목에서 정당한 상계기대를 보호하려는 취지에서 상계를 예외적으로 허용함으로써 회생절차에서 상계제도를 신중히 허용하고 있는 채무자회생법의 취지를 고려하면, '회생절차개시의 신청이 있는 것을 알기 전에 생긴 원인'을 엄격하게 제한적으로 해석해야 한다고 설시하였다.

3. 대법원의 판단(대판 2017. 3. 15. 2015다252501)

위 항소심 판결에 대하여 원고가 상고하였는데, 대법원은 다음과 같은 이유로 원심판결을 파기환송하였다.

(1) 채무자회생법 제144조 제1항은 “회생채권자 또는 회생담보권자가 회생절차개시 당시 채무자에 대하여 채무를 부담하는 경우 채권과 채무의 쌍방이 신고기간 만료 전에 상계할 수 있게 된 때에는 회생채권자 또는 회생담보권자는 그 기간 안에 한하여 회생절차에 의하지 아니하고 상계할 수 있다. 채무가 기한부인 때에도 같다.”라고 규정하여, 회생절차개시 이후라도 회생절차에 의하지 아니한 상계를 하는 것을 일정한 범위에서 허용하고 있다. 이는 회생채권자와 회생채무자 상호 간에 상대방에 대한 채권·채무를 가지고 있는 경우에는 상계함으로써 상쇄할 수 있다는 당사자의 기대를 보호하고자 하는 것이다. 또한 채무가 기한부인 때에도 상계가 가능하도록 한 것은, 기한부 채무는 장래에 실현되거나 도래할 것이 확실한 사실에 채무의 발생이나 이행의 시기가 종속되어 있을 뿐 채무를 부담하는 것 자체는 확정되어 있으므로 상계를 인정할 필요성은 일반채권의 경우와 다르지 않기 때문이다. 그리고 회생절차개시 이후에도 상계할 수 있으려면 채권과 채무의 쌍방이 신고기간 만료 전에 상계할 수 있어야 하므로, 신고기간 만료 전에 기한부 채무의 기한이 도래한 경우는 물론 회생채권자가 기한의 이익을 포기하고 상계하는 것도 허용된다.

2) 한편, 원고는 '원고가 2013. 9. 9. 피고에게 공문을 보내 이 사건 각 임대차계약을 지속가능하게 할 채무구조개선계획이 무엇인지를 묻고, 차임 선납 또는 임대차보증금과 임회금에 대한 명시적인 상계가능조항을 두자고 제안을 했음에도, 피고가 아무런 답변을 하지 않은 채 위 공문을 받은 직후 회생절차개시신청을 하였는바, 원고로서는 회생절차개시 이전에 이 사건 입회금반환채권과 이 사건 임대차보증금반환채권의 상계에 대한 기대를 가졌다'는 주장도 하였으나, 항소심은 이러한 사정만으로 원고에게 상계의 담보적 작용에 대한 정당한 기대 내지는 신뢰가 있었다고 보기 어렵다고 보았다.

(2) (채무자회생법 제145조 제4호에 의하여 준용되는 제2호 (나)목에 관한 일반론은 항소심에서 실시한 것과 동일하다.)

(3) 부동산 임대차에서 수수된 임대차보증금은 차임채무, 목적물의 멸실·훼손 등으로 인한 손해배상채무 등 임대차에 따른 임차인의 모든 채무를 담보하는 것이고, 특별한 사정이 없는 한, 임대인의 임대차보증금반환채무는 장래에 실현되거나 도래할 것이 확실한 임대차계약의 종료시점에 이행기에 도달한다. 그리고 임대인으로는 임대차보증금 없이도 부동산 임대차계약을 유지할 수 있으므로, 임대차계약이 존속 중이라도 임대차보증금 반환채무에 관한 기한의 이익을 포기하고 임차인의 임대차보증금반환채권을 수동채권으로 하여 상계할 수 있고, 임대차 존속 중에 그와 같은 상계의 의사표시를 한 경우에는 임대차보증금반환채무에 관한 기한의 이익을 포기한 것으로 볼 수 있다.

(4) 이른바 예탁금제 골프회원권은 회원의 골프장 시설업자에 대한 회원가입계약상의 지위 내지 회원가입계약에 의한 채권적 법률관계를 총체적으로 가리키는 것이고, 이러한 예탁금제의 골프회원권자는 회칙이 정하는 바에 따라 골프장 시설을 우선적으로 이용할 수 있는 권리인 시설이용권과 회원자격을 보증하기 위하여 예탁한 입회금을 탈회시에 반환받을 수 있는 권리인 입회금반환청구권과 같은 개별적인 권리를 가지므로(대판 2015. 1. 29. 2013다100750 등 참조), 이 사건 각 입회계약은 원고가 이 사건 입회금반환채권을 취득한 직접적인 원인이라고 할 수 있다.

(5) 또한 피고의 회생절차개시 신청 전에 이미 회칙에서 정한 입회금의 거치기간이 모두 경과함에 따라 원고는 언제든지 탈회를 신청하여 입회금을 반환받을 수 있는 상태에 있었고, 이 사건 각 임대차계약은 바로 이 사건 각 골프장의 부지와 건물 등이 임대목적물이므로, 이 사건 각 입회계약의 종료 상황이 되면 원고의 피고에 대한 입회금반환채권과 피고의 원고에 대한 임대보증금반환채권을 상호 연계하여 상계 등의 방법으로 채권채무관계를 정리할 수 있을 것으로 기대하는 것은 충분히 합리성이 있다. 그러므로 그러한 기대에 상응한 원고의 신뢰는 보호가치가 있는 정당성이 인정된다고 보아야 한다.

(6) 따라서 이 사건 입회금반환채권은 채무자회생법 제145조 제4호 단서, 제2호 단서 나목에 정한 상계금지의 예외사유인 '회생절차개시의 신청이 있는 것을 알기 전에 생긴 원인'에 의하여 취득한 회생채권에 해당한다고 봄이 상당하다. (밑줄-필자)

[연 구]

I. 문제의 제기

대상판결은 회생절차에서의 상계와 관련하여 수동채권, 자동채권 모두의 측면에서 흥미로운 설시를 하고 있다. 우선, 임대차가 아직 종료하지 않았음에도 원고가 임대차보증금반환채권을 수동채권으로 하여 상계할 수 있는지가 문제된다. 피고는 항소심에서 임대차보증금반환채권이 상계 당시 발생하지 않았다고 주장하였으나, 대상판결은 임대차보증금반환채권이 임대차가 존속 중인 때에도 존재하며 임대인이 기한의 이익을 포기함으로써 상계도 가능하다고 보았다. 이와 관련하여 임대차가 존속 중인 경우에도 임대차보증금채권이 발생하였다고 볼 수 있는지, 또한 회생절차에서 조건부채권을 수동채권으로 한 상계가 가능한지에 대한 의문이 제기된다.

또한, 원고가 피고의 회생절차개시신청을 알고 나서 탈회 신청을 함으로써 취득한 이 사건 입회금반환채권을 자동채권으로 하여 상계할 수 있는지도 문제된다. 위기시기에 있음을 알면서도 취득한 채권으로 상계를 하기 위하여는 채무자회생법 제145조 제4호 단서, 제2호 (나)목의 '회생채권자 또는 회생담보권자가 지급의 정지, 회생절차개시의 신청이 있는 것을 알기 전에 생긴 원인에 의하여 부담한 채무'에 해당하여야 하는바, 항소심은 이러한 예외사유에 해당하지 않는다고 보았으나 대상판결은 이와 달리 위 예외사유에 해당한다고 보았다. 항소심과 대상판결 모두 동일한 사실관계, 동일한 일반론을 바탕으로 판단하였음에도 그 결론이 정반대인 것이다. 그렇다면 종래의 판결군(群)을 비교·분석함으로써 일반론에 가려진 구체적 판단기준을 도출하여 보고, 이와 같이 도출된 판단기준을 바탕으로 어떠한 결론이 타당한지 살펴볼 필요가 있다.

본고는 대상판결에서 파생된 위와 같은 문제의식으로부터 출발하였다. 이는 '회생절차'에서의 상계의 허용 여부에 관한 문제이지만, 그에 앞서 회생절차가 상계를 규율함에 있어서 '파산절차'와는 어떠한 차이를 보이는지 살펴봄으로써 위와 같은 문제의식이 보다 선명히 드러날 수 있다.

따라서 이하에서는 (1) 논의의 전제로서 파산절차와 회생절차에서의 상계에 관한 규정을 비교하고 (2) 이 사건 임대차보증금반환채권을 수동채권으로 한 상계가 가능한지와 (3) 이 사건 입회금반환채권을 자동채권으로 한 상계가 가능한지 각각 살펴봄으로써 대상판결이 타당한지를 판단해보고자 한다.

II. 파산절차와 회생절차에서의 상계에 관한 규정 비교³⁾

1. 파산절차의 경우

파산절차의 경우 그 절차의 목적이 파산선고 당시의 채무자의 재산을 현재가치로 환산하여 모든 채권자의 만족을 도모하는 데에 있다. 이러한 목적을 반영하여, 채무자회생법은 민법보다 상계의 요건을 완화함으로써 파산절차에서의 상계권을 확장한다. 파산채권자는 파산선고 당시에 채무자에 대하여 채무를 부담하는 때에는 파산절차에 의하지 아니하고 상계할 수 있는데(채무자회생법 제416조), 상계의 의사표시를 함에 있어서 시기적 제한이 없다. 이때 자동채권인 파산채권이 기한미도래의 채권이라면 파산선고시에 기한이 도래한 것으로 간주되고(동법 제425조), 기한부 또는 해제조건부채권인 경우에도 상계할 수 있으며, 수동채권이 기한부나 조건부, 또는 장래의 채권이어도 상계할 수 있다(동법 제417조).

그러나 이처럼 상계권이 확장된 파산절차에서도 파산채권자가 파산선고 후에 채무를 부담하거나(동법 제422조 제1호)⁴⁾, 위기시기임을 알면서도 채무를 부담하거나(동조 제2호), 파산선고 후 타인의 파산채권을 취득하거나(동조 제3호), 위기시기임을 알면서도 파산채권을 취득한 때(동조 제4호)에는 상계가 금지된다. 파산채권자에게 상계권을 부여한 것은 상계에 의한 채권회수의 합리적 기대를 보호하기 위함인데, 위의 각 경우에는 그러한 합리적 기대가 인정되지 않기 때문이다.

단, 동조 제2호 및 제4호의 단서는 채무부담(또는 채권취득)이, ① 법정외 원인에 기한 때, ② 파산채권자가 위기시기임을 알기 전에 생긴 원인에 기한 때, ③ 파산선고가 있는 날로부터 1년 전에 생긴 원인에 기한 때에는 상계권의 남용이 문제되지 않거나 당사자의 상계에 대한 정당한 기대가 인정되므로 상계를 예외적으로 허용한다.

2. 회생절차의 경우

회생절차는 파산절차와 같은 청산형 절차가 아니라 재건형 절차이다. 이러한 이유로 파

3) 본 부분은 전병서, 도산법, 문우사, 2016, 315-336면 및 477-478면을 참조하여 작성하였다.

4) 이와 관련하여, 파산채권자가 정지조건부 채무를 부담하고 있었는데 파산선고 이후에 그 정지조건이 성취된 경우에 채무자회생법 제422조 제1호에 따라 상계가 금지되는지가 문제된다. 판례는, 위와 같은 채무는 '파산선고 이후에 부담한 채무'이지만, 동법 제417조에 따라 정지조건부 수동채권에 대하여도 상계할 수 있었던 이상 파산선고 후에 그 조건이 성취된 경우에도 마찬가지로 상계가 허용된다고 본다(대판 2002. 11. 26. 2001다833).

산절차와는 달리 상계권의 행사가 상당히 제약된다. 우선, 회생채권자가 회생절차 개시 당시에 채무자에 대하여 채무를 부담하는 때에는 회생절차에 의하지 아니하고 상계할 수 있고 이는 기한부 채무에 대하여도 마찬가지인데, 상계의 의사표시는 회생채권 등 신고기간 만료 전에 하여야 한다(동법 제144조 제1항). 채권·채무의 내용을 조기에 확정하고 이를 토대로 회생계획안의 작성 등 후속절차를 진행할 필요가 있기 때문이다.

또한, 파산절차와 같이 기한 도래를 간주하는 규정이나 조건부 또는 장래채권인 수동채권과의 상계를 허용하는 규정을 두지 않았다. 그러므로 민법상 상계적상의 법리에 따라 동종의 채권이 대립하고, 자동채권의 변제기가 회생채권 등 신고기간 만료 전에 도래하여야 한다.

한편, 파산절차와 같은 취지에서 회생채권자가 회생절차개시 후에 채무를 부담한 때(동법 제145조 제1호), 위기시기에 있음을 알고 채무를 부담한 때(동조 제2호), 회생절차가 개시된 이후 타인의 회생채권을 취득한 때(동조 제3호), 위기시기에 있음을 알고 회생채권을 취득한 때(동조 제4호)에는 상계하지 못한다.

이러한 제한에 대한 예외 역시 파산절차에서와 동일하다. 즉, 동조 제2호 및 제4호의 단서는 채무부담(또는 채권취득)이, ① 법정외의 원인에 기한 때, ② 회생채권자가 위기시기에 있음을 알기 전에 생긴 원인에 기한 때, ③ 회생절차개시시점 및 파산선고시점 중 가장 이른 시점보다 1년 이상 전에 생긴 원인에 기한 때에는 상계를 허용한다.

3. 소 결

파산절차와 회생절차는 각각 청산과 재건을 목적으로 한다는 점에서 상계권 행사를 허용하는 정도를 달리한다. 특히, 파산절차는 조건부 채권을 수동채권으로 한 상계까지 허용하는 데 반하여, 회생절차는 그에 관하여 아무런 규정을 두지 않고 있다. 즉, 회생절차에서 그러한 상계의 허용 여부는 해석에 맡겨진바, 이하에서 이 사건 임대차반환채권을 수동채권으로 한 상계의 허용 여부와 관련하여 이를 검토한다.

한편, 파산절차와 회생절차는 모두 상계에 대한 합리적 기대가 인정되지 않는 경우에 상계권 행사를 제한하는데, ‘파산채권자 또는 회생채권자가 위기시기임을 알기 전에 생긴 원인으로 채권을 취득한 때’에는 다시 상계를 허용한다. 이때 당해 채권자의 상계에 대한 기대가 합리적인지 판단하는 작업이 중요하다. 이하에서는 이 사건 입회금반환채권을 자동채권으로 한 상계의 허용 여부와 관련하여 그 판단 기준을 구체화하여 보기로 한다.

Ⅲ. 이 사건 임대차보증금반환채권을 수동채권으로 한 상계의 가부

1. 문제점

앞서 살펴본 바와 같이, 회생절차는 파산절차와는 다르게 수동채권이 조건부 채권인 경우에 상계를 허용하는 명문의 규정이 없다. 그렇다면 이 사건 임대차보증금반환채권을 수동채권으로 한 상계의 유효성을 판단하기 위해서는 회생절차에서 조건부 채권을 수동채권으로 한 상계가 허용되는지와 임대차보증금반환청구권의 법적 성질이 회생절차에서 상계가 허용되는 수동채권에 해당하는지를 각각 살펴보아야 한다.

2. 회생절차에서 정지조건부 채권을 상계의 수동채권으로 할 수 있는지 여부

(1) 학설의 대립

이에 대하여 부정설⁵⁾은 회생절차에서 상계권의 행사는 상계적상이 반드시 채권신고기간 전에 존재할 것을 요구하는 등 파산절차에 비하여 엄격한 점, 파산절차와 같이 수동채권이 조건부인 경우에 상계를 허용하는 조항이 없는 점, 일본의 2004년 회사更生법 개정 시에도 파산법과 같은 특칙이 신설되지는 아니한 점 등을 종합하여 정지조건부 채권을 수동채권으로 한 상계를 부정한다.

반면 긍정설⁶⁾은 회생절차에서 반대채무가 정지조건부 채무일 때에도 회생채권자 등이 조건불성취의 이익을 포기하고 상계할 수 있다고 본다. 즉, 당사자가 스스로 불이익을 감수하는 이상, 명문의 규정이 없는 회생절차에서도 이를 막을 이유가 없다는 것이다.

한편, 채무자회생법 제144조 제1항의 해석론으로 회생절차개시 후 신고기간 만료 전에 반대채무의 정지조건이 성취되어 상계적상에 이르렀다면 이를 수동채권으로 한 상계가 허용된다는 견해⁷⁾도 있다.

5) 임치용, “도산절차에서 조건부채권에 관한 상계”, 변호사 제49집(2016), 349면; 김동규, “회사정리절차 및 회생절차에 있어서의 상계의 제한”, 재판자료 제86집(2000), 591면.

6) 오수근·한민·김성용·정영진, 도산법, 한국사법행정학회, 2012, 269면.

7) 山本和彦 外, 倒産法概説 第2版, 弘文堂, 2010, 264면.

(2) 조건불성취의 이익 포기가 상계허용의 근거가 될 수 있는지 여부

긍정설은 회생채권자가 정지조건 불성취의 이익을 포기하고 상계하는 것이 허용된다고 본다. 이에 대하여 스스로에게 불리하게 채무를 부담하기로 결정하는 것은 당연히 허용되나, ‘그 채권을 수동채권으로 한 상계까지 당연히 허용되는 것’으로 보기는 어렵다는 견해⁸⁾가 주장된다.

본고는 가상의 모델을 상정하여 봄으로써 긍정설의 위와 같은 논거가 타당한지 검증해 보고자 한다. 긍정설의 위와 같은 주장이 타당하려면 ① 회생채권자가 조건불성취의 이익을 포기하여도 본인에게 아무런 이익이 없다는 것뿐만 아니라, ② 그 포기로 발생한 채권을 수동채권으로 한 상계가 본인에게 이익을 가져다주지 않는다는 것까지 증명되어야 한다. 회생절차와 같이 회생채권자들 사이의 공평한 이익이 최우선의 가치로 등장하는 국면에서 명문의 규정도 없이 상계를 허용하기 위해서는, ‘그것이 본인에게 어떠한 이익도 되지 않는 것’일 때에만 이를 막을 이유가 없기 때문이다. 그리고 회생절차에서 회생채권자들이 제한된 책임재산으로 각자의 채권을 만족받는 관계(Zero-sum 관계)에 있음을 고려할 때, ‘본인에게 어떠한 이익도 되지 않는 것’이란 ‘다른 회생채권자들의 이익을 해할 우려가 없는 것’과 동일한 의미로 새길 수 있다.

이러한 전제 하에 본고는 아래와 같은 상황을 상정하여 보았다.

[표 1] 회생절차가 개시된 가정적 상황

회생채권자의 수 : $n+1$ 명(일반 회생채권자 n 명, 정지조건부 채무자 A 1명)
책임재산 : 현존 책임재산액 L , A의 정지조건부 채무액 l_a
회생채권액 : 회생채권자 1~ n 이 보유한 회생채권액의 합계 $C(=c_1+c_2+c_3+\dots+c_n)$, A의 회생채권액 c_a
정지조건이 성취될 확률 : α (조건은 장래 발생 여부가 확실하지 않은 사실이므로 $0 < \alpha < 1$) (단, 채무초과상태에 있으므로 $C+c_a > L+l_a$)

현실에서 회생채권자들은 회생계획에 따라 회생채권을 변제받고, 그러한 회생계획의 내용이 파산절차와 같이 일률적으로 법정된 것은 아니지만, 본고는 ‘회생채권자들이 책임재산을 각자의 회생채권액 비율에 따라 안분하여 변제받는 내용의 회생계획’을 상정하고자

8) 최준규, “장래채권을 둘러싼 도산법상 쟁점에 관한 고찰-상계와 부인권 행사를 중심으로”, 사법 제40호(2017), 220면.

한다. 회생계획의 내용이 법정되어 있지 않다고 하여 이를 자의적으로 정할 수는 없고, 그 과정에서 회생계획의 조건이 같은 성질의 권리를 가진 사람 사이에는 원칙적으로 평등하여야 한다는 평등의 원칙(동법 제218조 제1항 본문)이 준수되어야 한다. 그렇다면 가상 모델에서 일부 회생채권자만을 달리 취급할 합리적인 이유가 없는 이상 위와 같은 내용의 회생계획은 그러한 원칙에 부합한다는 점에서 그 정당성을 찾을 수 있다.

그렇다면 ① A의 상계를 허용하지 않았을 때와 ② A의 상계를 허용했을 때, 임의의 회생채권자와 A가 각각 변제받을 수 있는 금액은 다음 표와 같다.

[표 2] 상계 허부에 따른 회생채권 변제액 비교

		책임재산	회생채권자 변제 금액	A의 변제 금액
상계 불허		$(L + \alpha \times l_a)^9$	$\textcircled{1} (L + \alpha \times l_a) \times \frac{c_n}{C + c_a}$	$(L + \alpha \times l_a) \times \frac{c_a}{C + c_a}$
상계 허용	① $l_a < c_a$	L	$\textcircled{2} L \times \frac{c_n}{C + c_a - l_a}$	$L \times \frac{c_a - l_a}{C + c_a - l_a} + l_a$
	② $l_a = c_a$	L	$\textcircled{3} L \times \frac{c_n}{C}$	c_a
	③ $l_a > c_a$	$(L + l_a - c_a)$	$\textcircled{4} (L + l_a - c_a) \times \frac{c_n}{C}$	c_a

이때, 각 상황별로 임의의 회생채권자 1인이 변제받을 수 있는 금액인 ①~④을 비교하였을 때, '상계가 허용된 경우에 회생채권자가 변제받을 수 있는 금액(②~④)'이 '상계를 허용하지 않았을 때 회생채권자가 변제받을 수 있는 금액(①)'보다 적다면 '상계를 허용함으로써 다른 회생채권자의 이익을 해한다'고 볼 수 있다. 그리고 이를 만족시키는 α 값이 존재한다면 '상계를 허용함으로써 다른 회생채권자의 이익을 해할 우려가 있는 것'이고, 그러한 α 값이 존재하지 않는다면 '상계를 허용함으로써 다른 회생채권자의 이익을 해할 우려가 없는 것'이다.

각 경우마다 부등식을 정리하면, ① (② < ①)의 경우, $\alpha > \frac{L}{C + (c_a - l_a)}$ 가 도출된다. 이때 채무초과상태에 있어서 $C + c_a > L + l_a$ 이므로 $\frac{L}{C + (c_a - l_a)}$ 는 1보다 작은 양수이다. 따

9) 조건이 성취되었을 때(a)의 책임재산($L + l_a$)과 조건이 성취되지 않았을 때(1-a)의 책임재산(L)의 기댓값 $[aX(L + l_a) + (1-a)XL]$ 이다.

라서, 이를 만족하는 α 가 존재한다.

② (㉔ < ㉕)의 경우, $\alpha > \frac{L}{C}$ 가 도출되는데, $C + c_a > L + l_a$ 이고 $l_a = c_a$ 이어서 $C > L$ 이므로, 마찬가지로 $\frac{L}{C}$ 는 1보다 작은 양수이고 이를 만족하는 α 가 존재한다.

③ (㉖ < ㉕)의 경우, $\alpha > 1 - \frac{c_a}{C \times l_a}(C + c_a - L - l_a)$ 가 도출된다. 채무초과상태여서 $C + c_a > L + l_a$ 이고 $l_a > c_a$ 이므로 $1 - \frac{c_a}{C \times l_a}(C + c_a - L - l_a)$ 도 1보다 작은 수이고 이를 만족하는 α 가 존재한다.

결국, 어느 경우든지 정지조건부 채무자 A가 자신의 조건불성취의 이익을 포기하고 상계하면 다른 회생채권자의 이익을 해할 우려가 있음을 확인할 수 있다. 긍정설은 '조건불성취의 이익을 스스로 포기하는 것'과 '이로써 발생한 채권을 수동채권으로 하여 상계하는 것'을 구별하지 않고, 전단계의 불이익이 상계에 이를 때까지 그대로 유지된다고 보았기 때문에 잘못된 결론에 이른 것이다.

(3) 검토 및 소결

그렇다면 조건불성취의 이익 포기의 허용 여부와 이로써 발생한 채권을 수동채권으로 한 상계의 허용 여부는 별개의 문제라는 점, 심지어 정지조건부 채권을 수동채권으로 한 상계를 허용할 시 다른 회생채권자들의 이익을 해할 우려가 있다는 점에서 긍정설은 타당하지 않다.

또한, 회생절차개시 후 신고기간 만료 전에 정지조건이 성취되면 상계를 허용할 수 있다는 견해는 회생절차가 개시된 이후에 부담한 채무로써 상계할 수 없다고 규정한 채무자회생법 제145조 제1호에 저촉된다는 점에서 역시 타당하지 않다.

결국, 파산절차와는 달리 회생절차에서 조건부 채권에 관한 명시적 규정을 두지 않은 데에서 회생절차의 취지를 특별히 고려한 입법자의 의사를 읽어낼 수 있다는 점, 앞서 본 바와 같이 그러한 입법자의 의사를 뒤집을만한 사정이 보이지 않는 점에서 정지조건부 채권을 수동채권으로 한 상계는 허용되지 않는다는 부정설이 타당하다.

3. 회생절차에서 해제조건부 채권을 상계의 수동채권으로 할 수 있는지 여부

해제조건부 채권의 경우 해제조건이 성취되면 비로소 무효로 될 뿐이고 그 전까지는 유효하게 존재한다. 따라서 해제조건부 채권은 장래채권이 아니라 현존하는 채권이므로, 회생절차에서 이를 수동채권으로 한 상계가 가능하다는 점에 대하여는 이문이 없다.¹⁰⁾

이때 채권자는 해제조건 성취의 기회를 포기하고 상계권을 행사할 수 있는데, 그 후 해제조건이 성취되었다고 하여도 스스로 그 기회를 포기하고 상계로 나아간 이상 회생채권이 부활하는 것은 아니다. 또한, 회생절차가 개시된 후에 해제조건 불성취가 확정되면 회생채권자는 확정적으로 채무를 부담하게 되는데, 그러한 채무는 회생절차가 개시되기 전부터 존재하던 것이므로 '회생절차개시 후에 채무를 부담한 때'로 볼 수 없다. 그러므로 채무자 회생법 제145조 제1호에 따라 상계가 금지되는 경우에 해당하지 않고, 회생채권자는 상계로써 대항할 수 있다.¹¹⁾

4. 임대차보증금반환채권의 법적 성질

(1) 학설의 대립¹²⁾

이에 관하여는 질권설, 무명계약설, 상계예약설 등이 대립하지만, 국내에서는 정지조건부 권리설과 해제조건부 권리설이 주로 논의되고 있다.

1) 정지조건부 권리설¹³⁾은 보증금계약을 '정지조건부 반환의무를 수반하는 금전소유권의 신탁적 양도'로 보는 견해로서 국내에서 통설의 지위를 차지하는 견해이다. '임대차 종료 시 또는 임대목적물 명도 시에 차임연체 등 기타 임차인에게 채무불이행이 없을 것'을 정지조건으로 하며, 만약 불이행이 존재한다면 이를 당연히 공제한 나머지에 한하여 임대차보증금반환채권이 발생한다고 본다. 이에 따르면 임대차보증금반환채권은 차입 시부터 발생하는 것이 아니라 '정지조건이 성취된 때'로부터 발생하게 된다. 이때 정지조건은 권리

10) 임치용, 앞의 논문(주 5), 349면; 양창수, "파산절차상의 상계", 인권과 정의 제319호(2003), 110-111면.

11) 양창수, 앞의 논문(주 10), 111면, 임치용, 앞의 논문(주 5), 350면.

12) 각 학설의 내용은 민일영 집필부분, 곽윤직 편집대표 민법주해 [XV], 박영사, 2005, 180-182면; 박해식 집필부분, 김용담 편집대표, 주식 민법 [채권각칙(3)] (제4판), 한국사법행정학회, 2013, 768-770면; 신창수, "임대차보증금관계의 법률적 구성", 사법논집 제19집(1988), 116면; 조경임, "임대차에서의 공제에 관하여", 법조 제63권 제11호(2014), 57-61면을 참조하였다.

13) 민일영 집필부분, 곽윤직 편집대표, 앞의 책(주 12), 180면; 곽윤직, 채권각론, 박영사, 1979, 325면; 양창수·김형석, 권리의 보전과 담보(초판), 박영사, 2012, 596면.

발생사실이므로 임대차보증금의 반환을 청구하는 임차인이 그러한 정지조건의 성취(연체차임 등 반대채무의 부존재)를 주장, 증명하여야 한다.

2) 해제조건부 권리설¹⁴⁾은 보증금계약을 ‘해제조건부 반환의무를 수반하는 금전소유권의 신탁적 양도’로 보는 견해이다. 이에 따르면 임대차보증금반환채권은 그 이행기가 임대차 종료 시 또는 임대목적물 명도 시에 도래하되, 임차인이 불이행한 채무액만큼 소멸하는 해제조건부 채권이다. 이러한 해제조건은 권리소멸사실이므로 임대차보증금반환의 청구를 받은 임대인이 그 해제조건의 성취(연체차임 등 반대채권의 존재)를 주장, 증명하여야 한다.

(2) 판례의 태도

주류적 판례가 정지조건부 권리설을 취한다는 견해¹⁵⁾가 있으나, 임대차보증금반환채권에 대한 전부명령 송달 이후에 발생한 연체차임의 공제 가부가 문제된 사안에서 대법원이 “따라서 건물임대차보증금의 반환채권에 대한 전부명령의 효력이 그 송달에 의하여 발생한다고 하여도 위 보증금반환채권은 임대인의 채권이 발생하는 것을 해제조건으로 하는 것이며 임대인의 채권을 공제한 잔액에 관하여서만 전부명령이 유효하다고 할 것이다”라고 명시적으로 설시한 것에 비추어 보면 주류적 판례가 해제조건부 권리설을 취한다고 봄¹⁶⁾이 타당하다.

대사판결도 이 사건 상계 당시 이 사건 각 임대차계약이 종료하지 않았음에도 이 사건 임대차보증금반환채권이 현존하며, 단지 그 이행기가 ‘장래에 실현 또는 도래할 것이 확실한 임대차계약의 종료시점에’ 도래하는 기한부 채권으로 보고 있다. 만약 정지조건부 권리설을 취하였다면 임대차계약이 종료하지 않은 상계 당시에는 정지조건의 성취 여부가 확정되지 않아 이 사건 임대차보증금반환채권이 발생하였다고 볼 수 없으므로, 대사판결 역시 정지조건부 권리설을 따르지 않은 것으로 평가할 수 있다.

14) 이은영, 채권각론(제5판), 박영사, 2005, 464면; 김형배·김규완·김명숙 민법학강의(이론·판례·사례)(제12판), 신조사, 2013, 1446면. 해제조건의 내용에 관하여 ‘임대차 종료 시 또는 임대목적물 명도 시에’ 이행기가 도래하는 것이 아니라 ‘보증금반환채권이 발생하는 것’이라고 설명하는 견해도 있으나, 어느 것에 의하든 기한부 채무라는 점은 동일하고 회생절차에서 기한부 채무에 대하여는 특례규정을 두고 있으므로 양자 간에 유의미한 차이가 없다고 생각하여 이와 같이 소개하였다.

15) 신창수, 앞의 논문(주 12), 116면; 민일영 집필부분, 박윤직 편집대표, 앞의 책(주 12), 180면. 이러한 견해는 “임대차종료 후에 임차건물을 임대인에게 명도할 때에 체불임료 등 모든 피담보채무를 공제한 잔액이 있을 것을 조건으로 하여 그 잔액에 관한 임차인의 보증금반환청구권이 발생(한다)”는 설시(대판 1976. 8. 24, 76다1032 등)를 근거로 한다.

16) 임치용, 앞의 논문(주 5), 345면.

(3) 검토

1) 정지조건부 권리설을 취하는 견해 중 임대차보증금반환채권과 전세금반환채권의 유사성을 근거로 드는 견해¹⁷⁾가 있는데, 양 채권이 아래와 같은 차이점을 보인다는 점에서 임대차보증금반환채권을 정지조건부 권리로 보아야 할 필연적 이유는 없다. 판례¹⁸⁾ 및 다수설¹⁹⁾은 전세금이 전세권의 요소이므로 전세권이 존속하는 동안 전세금반환채권을 분리양도할 수 없고, 전세권자는 단지 전세기간이 만료하는 것을 조건으로 발생하는 장래의 조건부 채권을 양도할 수 있을 뿐이라고 본다. 이처럼 전세권은 그 존속에 있어서 전세금을 필요로 하기 때문에 전세권 존속 중에 전세금반환채권이 유효하게 발생하는 것을 상정하기 어려운 반면, 대상판결에서 지적하는 바와 같이 임차권은 임대차보증금 없이도 유지할 수 있으므로 임대차보증금반환채권에 관하여도 전세금반환채권과 마찬가지로 장래의 조건부 채권이라는 법률구성을 취할 필요는 없다.

2) 또한, 임대차보증금은 임차인의 재산의 상당부분을 차지하는 경우가 많아서 그 유통을 활성화 할 필요성이 크다. 그렇다면 임대차보증금반환채권을 장래에 조건부로 발생하는 채권으로 새기는 것보다는, 목적물 명도 전에도 현존하되 단지 해제조건이 걸려있는 채권으로 파악한다면 채권을 보다 쉽게 유통하는 데에 이바지할 수 있을 것이다.

3) 한편, 해제조건부 권리설에 의할 때 ‘임대차 기간 중의 공제’를 더욱 용이하게 설명할 수 있다. 정지조건부 권리설이나 해제조건부 권리설이나 모두 임대차 목적물 명도 당시까지 발생한 연체차임 등이 당연공제된다는 점을 설명하는 데에는 무리가 없다. 이러한 연체차임 등은 임대차 기간 중에도 임대인의 의사에 따라 보증금에서 공제될 수 있다는 것이 판례의 확고한 태도²⁰⁾인데, 정지조건부 권리설의 경우 ‘목적물 명도 시 연체차임 등을 공제하고 잔액이 남은 경우 그 잔액에 한하여’ 권리가 발생한다. 그렇다면 임대차기간 중에는 그러한 조건 성취여부를 판단할 수 없어 아직 권리가 발생하지도 않은 상태인바, 이보다는 임대차 기간 중에 권리가 실재하고 임대인의 의사에 의하여 해제조건이 성취됨으로써 연체차임 등의 액수만큼 그 권리가 소멸한다는 구성을 취함이 보다 자연스럽다.

17) 양창수·김형석, 앞의 책(주 13), 596면.

18) 대판 2002. 8. 23. 2001다69122.

19) 김재형, 민법판례분석(초판), 박영사, 2016, 209면; 송덕수·김병선, “전세금반환채권의 분리양도”, 민법핵심판례 200선(2016), 141면.

20) 대판 2013. 2. 28. 2011다49608,49615 등.

4) 마지막으로, 임대차보증금반환채권을 해제조건부 권리로 보는 것이 증명책임의 일반 법리와도 조화된다. 민법상 채무불이행책임(민법 제390조)의 경우, 채권자가 채무자의 채무불이행 사실을 증명하여야 한다는 것이 확립된 견해²¹⁾이다. 이러한 일반 법리가 임대차를 둘러싼 법률관계에도 그대로 관철된다면, 임대인은 임차인에게 채무불이행책임을 묻기 위해서 그 채무불이행 사실을 증명하여야 할 것이다. 그런데 정지조건부 권리설을 취하게 되면, 임차인은 보증금의 반환을 청구하기 위하여 그 정지조건인 '자신의 채무불이행의 부존재'를 증명하여야만 하는데, 이는 위와 같은 증명책임의 일반 법리와 정면으로 배치되는 것이다. 오히려 해제조건부 권리설을 취함으로써 임대인이 '임차인의 채무불이행'을 항변으로 주장, 증명케하는 것이 증명책임 분배에 있어서 더욱 타당하다.

따라서, 이상과 같은 이유로 판례와 같이 임대차보증금반환채권의 법적 성질을 해제조건부 권리로 파악함이 타당하다.

(4) 논의의 실익

위와 같은 견해대립과 관련하여 ① 임대차계약의 종료는 발생이 확실한 사실이므로 임대차보증금반환채권을 불확정기한부채권으로 파악하면 될 일이지 이를 조건부채권으로 볼 이유가 있는지, ② 임대차보증금반환채권을 어떠한 성질의 채권으로 보든 이를 둘러싼 법률관계를 설명함에 있어서 아무런 차이가 없는, 단지 '이름 붙이기(naming)'의 문제가 아닌지와 같은 의문이 발생할 수도 있다.

우선, 위 ①과 같은 지적은 임대차보증금반환채권의 내용을 파악함에 있어서 당연공제를 간과하였다는 점에서 타당하지 않다. '임대차계약의 종료' 자체는 장래 발생이 확실한 사실이므로 기한사실이다. 하지만 임대차보증금반환채권의 내용은 '명도 시까지 연체차임 등을 공제한 잔액이 있을 것' 내지는 '임차인의 채무불이행이 있을 것'이라는 사실에도 걸려있는 바, 이는 장래 발생 여부가 확실하지 않은 조건사실이다.²²⁾ 그렇다면 임대차보증금반환채권의 내용을 당연공제와 연관 지어 생각해 보았을 때, 동 채권을 단순히 불확정기한부채권으로 볼 수는 없다.²³⁾

21) 김상중 집필부분, 김용담 편집대표, 주석 민법 [채권총칙(1)] (제4판), 한국사법행정학회, 2013, 753-754면.

22) 기한사실과 조건사실의 구별에 관하여는 최성준 집필부분, 김용담 편집대표, 주석 민법 [민법총칙] (제4판), 한국사법행정학회, 2013, 437면 참조. "장래에 실현 또는 도래하는 것이 확실한 사실"을 기한사실이라고 부른다. 사람의 사망은 기한사실이다. 그러나 만약 '어느 시기까지 자신이 사망하면'이라든지 '어느 시기까지 자신이 사망하지 아니하면'이라는 것은 장래의 성부가 불확실한 사실이기 때문에 기한사실이 아니고 조건사실이다.

임대 목적물 명도 시의 당연공제와 관련하여 앞서 살펴 본 양 견해들이 모두 적절한 설명을 제공하여 준다는 점에서, 위 ②와 같은 지적은 타당한 측면이 있다. 그런데 앞서 살펴 본 바와 같이 '임대차 기간 중의 공제'를 설명함에 있어서 해제조건부 권리설이 보다 용이하였던 점, 임대차계약의 종료 전 또는 명도 전에도 임대차보증금반환채권이 유효하게 발생하였다고 볼 것인지에 따라 상계, 권리의 유통성 등과 관련하여 차이가 발생할 수 있다는 점에서 위와 같은 견해대립을 단지 '이름 붙이기'만으로 보기는 어렵다고 생각된다.

5. 소 결

이상과 같은 검토를 바탕으로 대상판결을 살펴보면 다음과 같은 결론에 이를 수 있다. 우선, 이 사건 임대차보증금반환채권은 임대차 종료 시에 이행기가 도래하는 기한부 채권이자, 임대인의 연체차입채권 등의 발생을 해제조건으로 하는 해제조건부 채권이다. 그리고 회생절차에서 해제조건부 채권을 수동채권으로 한 상계가 가능하고, 기한부 채권을 수동채권으로 한 상계도 명문으로 허용하고 있으므로(채무자회생법 제144조 제1항), 임대인인 원고는 이 사건 임대차보증금반환채권의 기한의 이익을 포기함으로써 상계에 나아갈 수 있다. 따라서 대상판결의 실시 중 이 사건 임대차보증금반환채권을 수동채권으로 하여 상계할 수 있다고 한 부분은 타당하다. 그리고 대상판결은 해제조건부 채권의 상계를 허용한 선례로서 의미를 가진다고 할 수 있다.

IV. 이 사건 입회금반환채권을 자동채권으로 한 상계의 가부

1. 문제점

대상판결은 원고가 위기시기임을 안 이후에 취득한 이 사건 입회금반환채권이 채무자회생법 제145조 제4호 단서, 제2호 (나)목의 '회생채무자의 채무자가 회생채무자의 지급의 정지, 회생절차개시의 신청 등이 있는 것을 알기 전에 생긴 원인(이하, '전의 원인'이라고 한다)에 의한 때'에 해당한다고 보아 이 사건 상계가 예외적으로 허용된다고 판시하였다.

23) 임대차보증금반환채권을 떠나서, 일반적으로 정지조건부 채권과 불확정기한부 채권과의 구별 가능성 및 그 실익을 문제삼을 수 있으나, 이에 관하여는 판례와 같이 제반 사정을 참작하여 당사자의 합리적 의사를 도출하여야 한다는 원론적 입장만을 밝히고 세부적인 연구는 추후로 미루기로 한다.

그 논거로는 ①원고가 언제든 탈회를 신청할 수 있었다는 점, ②이 사건 각 임대차계약의 목적이 이 사건 각 입회계약의 골프장 부지 및 그 건물이었다는 점을 들었다.

본고는 대법원이 ‘전의 원인’에 관하여 실시한 일반론을 살펴보고, 이를 적용한 일련의 사례들을 분석함으로써 그 일반론의 구체적인 판단 기준을 추출해 볼 것이다. 그리고 과연 위와 같은 논거가 추출된 판단 기준에 부합하는지 살펴봄으로써 대상판결의 타당성을 판단해 보고자 한다.

2. ‘전의 원인’에 관한 일반론

대법원은 ‘전의 원인’에 관하여 “① 채권자에게 구체적인 상계의 기대를 발생시킬 정도로 직접적인 것으로서 구체적인 사정을 종합하여 ② **상계의 담보적 작용에 대한 희생채권자의 신뢰가 보호할 가치가 있는 정당한 것**으로 인정되는 경우를 의미한다”고 판시해 왔다.

이에 관하여 채권발생의 개연성 등의 기준을 충족시킨다면 그 결과 상계권자의 상계기대가 합리적이라는 것이 도출되므로, ‘합리적 상계기대’라는 판단기준은 독자적 존재실익을 갖지 못한다는 견해²⁴⁾가 있다. 본고도 대법원의 위 일반론 중 ‘상계의 담보적 작용에 대한 희생채권자의 정당한 기대’ 자체가 독자적 의미를 가지지는 못한다고 보아, 개별 사안에서 대법원이 제시한 구체적 판단 근거를 음미해 보고자 한다.

3. 개별 사안 분석을 통한 구체적 판단 기준의 도출

(1) 대판 2005. 9. 28. 2003다61931

사안에서 원고 회사²⁵⁾는 피고 은행에게 어음의 추심을 위임하였는데, 원고 회사에 대한 회사정리절차가 개시된 후에 피고 은행이 동 어음을 추심하였고, 피고 은행은 이로써 발생한 원고 회사에 대한 추심금반환채무를 수동채권으로 하여 자신의 정리채권과 상계하고자 하였다.

대법원은 다음과 같은 이유로 위 추심금반환채무가 ‘전의 원인’에 기한 것이 아니라고 보았다.

24) 최준규, 앞의 논문(주 8), 239-240면.

25) 회사정리절차가 개시되어 당해 회사의 관리인이 원고의 지위에 있었으나, 편의상 당해 회사와 관리인을 구별하지 않기로 한다. 이하에서도 회생절차가 개시된 회사와 그 관리인을 따로 구별하지 않는다.

“어음의 추심위임에서 배서인과 피배서인의 관계는 위임계약관계의 성질을 갖고 있고, 그 위임 사무의 처리로 인하여 취득한 금전은 수임인이 부담하는 **선량한 관리자로서의 주의의무**의 일환으로서 이를 위임인에게 인도할 의무가 있는 것인바(민법 제684조), ① **수임인이 이러한 취득물 인도·이전채무를 수동채권으로 하여 자신의 위임자에 대한 채권과 상계하는 상황은 예외적인 것**으로 보아야 할 것이고, 추심위임을 받은 자가 위임의 본지에 따라 지급제시나 서류의 송부 등 위임사무를 처리하였다거나, 그 결과 추심위임계약을 해지하더라도 어음을 반환받기가 사실상 곤란하게 되었다는 사정이 있다 하여 달리 볼 것은 아니라 할 것이므로, ② **처음부터 추심위임에 의한 채권회수를 전제로 금원을 대여하였다거나, 채무를 변제하기 위한 수단으로 추심위임이 이용된 경우에 채무자가 추심위임을 철회하거나 직접 추심하거나 혹은 제3자에게 중복하여 추심위임을 하지 아니한다는 특약을 하였다**는 등의 특별한 사정이 없는 한, 구체적인 어음의 추심위임행위 자체나 위임사무의 처리 경과만으로는, 수임인에게 구체적인 상계기대를 발생시킬 정도의 직접적인 원인에 해당한다고 볼 수 없다.”

우선, 당초 어떠한 채무를 수동채권으로 상계하는 상황을 규범적으로 기대하기 어렵다면, 평시에도 그 채무자가 상계에 의한 채권회수를 기대하였을 것으로 평가하기 어렵다. 그렇다면 회생절차가 개시된 후에 구태여 그러한 기대를 더 두텁게 보호할 이유가 없으므로 그와 같은 상계를 부정하는 것이 보다 자연스럽다. 이러한 점과 채무자회생법 제145조 제4호 단서의 취지에 비추어 볼 때, ‘그와 같은 상계가 이루어지는 것을 규범적으로 기대하기 어려운지 여부’는 적절한 판단기준이 될 것으로 보인다.

그리고 위와 같이 일반적으로는 당해 상계가 기대되지 않는 경우라 하더라도, 그 수동채권과 자동채권을 상호 담보조로 연결 지은 특약이 있다면 그로 인하여 상호간에 발생한 기대가 회생절차 개시라는 사후적 사정에 의하여 좌우되어서는 안 될 것이므로, ‘상호 담보의 특약이 존재하는지 여부’도 중요한 판단기준이 될 수 있다.

(2) 대판 2014. 9. 24. 2013다200513

소외 회사와 피고 은행은 ‘소외 회사가 원고 회사에게 지급할 물품대금’이 ‘원고 회사의 피고 은행에 대한 대출금’을 변제하는 데에 충당될 수 있도록, 위 물품대금을 피고 은행에게 개설된 지정계좌로만 지급하기로 하는 ‘네트워크론’ 협약을 체결하였고, 원고 회사는 동 협약에 기초하여 피고 은행과의 사이에 대출 한도 7억 원의 대출 약정을 체결하였다. 이후 원고 회사에 대한 회생절차가 개시되었음에도, 소외 회사가 피고 은행 지정 계좌에 물품대금을 지급하였고, 피고 은행은 이로써 부담한 예금반환채무를 수동채권으로 하여 자신의 회생채권(대출금채권)과 상계하고자 하였다.

대법원은 이 사안에서 피고 은행의 예금반환채무가 '전의 원인'에 기한 것으로서 상계가 허용된다는 원심의 판단을 유지하였는데, 원심이 고려한 사항은 다음과 같다.

- ① 위 대출 약정과 관련하여, 개별 대출은 소외 회사가 피고에게 통보한 발주서에 기하여 그 금액이 산정되었고, 그 만기일도 발주서상 납품기한으로부터 6개월로 정해졌다.
- ② 원고는 위 지정계좌에 소외 회사의 물품대금이 입금되면 피고가 별도의 통지 없이 그 물품대금을 대출금에 자동 충당하는 데에 동의하였다. 또한, 소외 회사는 피고의 동의 없이 위와 같은 물품대금 지급방식을 변경할 수 없었고, 원고도 피고에 대하여 대출금이 전액 상환될 때까지 소외 회사와의 결제 방법 및 결제은행을 변경하지 않기로 약정하였다.
- ③ 그렇다면 피고는 회생절차개시신청 이전에 이미 소외 회사가 지급하는 물품대금에 대한 예금반환채무를 부담할 것이 거의 확정적이었기 때문에 이로써 대출금채권과 상계할 수 있을 것이라는 정당한 신뢰를 가졌다고 봄이 상당하다.

사안에서 피고 은행은 소외 회사가 지급할 물품대금에 의한 채권회수를 전제로 원고 회사에게 금원을 대여해 주었는데, 이는 앞서 (1)에서 대법원이 특별한 사정으로 제시한 “처음부터 추심위임에 의한 채권회수를 전제로 금원을 대여하였거나”에 대응한다. 실제로 대출이 소외 회사의 발주와 연계되어 이루어진 점(①)과 피고 은행이 자동으로 대출금 채권 변제에 충당할 수 있는 지위가 보장된 점(②)을 통해 회생절차가 개시되기 전에 이미 피고 은행이 확고하게 상계에 대한 기대를 가졌음을 짐작해 볼 수 있다. 이러한 점에서 당해 사안은 상계 허용 여부를 판단함에 있어 ‘상호 담보의 특약이 존재하는지 여부’가 핵심적인 작용을 한 선례라고 할 수 있다.

한편, 당해 사안과 관련하여 ‘상계권자가 채권 취득 시기를 임의로 정할 수 있는지 여부’²⁶⁾도 생각해 볼 수 있다. 당해 사안에서 피고 은행은 장래 자신이 부담할 예금반환채무의 발생 시기를 임의로 정할 수는 없었다. 그렇다면 피고 은행은 장래에 발생할 채무를 미리 담보로 확보하였더라도 그 채무가 자신의 의사와 상관없이 위기시기 이후에 발생해 버리면 ‘위기시기임을 알면서도 상계한다는 선택지’를 회피할 수 없게 된다. 수동채권의 발생 여부 및 그 시기를 임의로 정할 수 있는 회생채권자가 회생채무자의 위기시기 돌입으로 인하여 그 채권자들이 충분한 만족을 받을 수 없다는 것을 알면서도 일방적으로 수동채권을 발생시켜 상계적상을 작출하는 경우와 비교해 보면, 전자의 경우에 보다 정당한 기대를 보유한 것으로 평가할 수 있다.

채무자가 은행에게 투자신탁계약상 수익권의 관리를 위탁하였는데, 이후 채무자가 지급

26) 최준규, 앞의 논문(주 8), 235면은 상계권자가 수동채권 발생 여부를 전적으로 결정할 수 있는 상황에서 상계권자의 보호 필요성이 낮다고 본다.

정지 상태에 놓이자 은행이 채무자를 대위해 투자신탁계약을 해지하여 수탁자로부터 계약금을 수령한 후, 채무자에 대한 계약금반환의무를 수동채권으로 한 상계를 주장한 사안에서 일본 최고재판소 2014. 6. 5. 판결(民集 68.5.462)이 '채무자가 위기시기에 있는 사정을 알면서 은행이 투자신탁계약을 대신 해지하여 계약금반환채권이 발생한 경우, 이 수동채권에 대한 은행의 상계기대는 합리적이라 보기 어렵다'고 판시하여 그 상계의 효력을 부정한 것도 이러한 판단 기준의 관점에서 음미해 볼 수 있다.

(3) 대판 2016. 4. 12. 2015다1802

원고 회사가 그 거래처와 거래를 하면, 해외 송금은행을 통하여 피고 은행에 지급지시서가 접수되고, 그에 따라 피고는 원고 회사에게 예금반환채무를 부담하게 되는 거래 구조하에서, 피고 은행이 회생절차개시신청을 안 이후에 부담한 위 예금반환채무를 수동채권으로 하여 자신의 대출금채권과 상계할 수 있는지 여부가 문제되었다.

대법원은 피고 은행의 예금반환채무가 '전의 원인'에 기한 것이 아니라고 보아 상계를 부정한 원심의 판단을 유지하였는데, 원심이 고려한 사항은 다음과 같다.

“① 피고의 업무처리 절차에 의하면, 피고의 통합점이 해외 송금은행으로부터 지급지시서를 접수하면, 위 송금내용이 정확한지 확인하고 수취인 거래 영업점으로 전금 처리를 한 다음, 지급지시서를 전달받은 영업점이 피고의 예금거래기본약관에 따라 예금원장에 입금의 기록을 하는 절차를 거쳐야만, 수취인인 채무자 회사가 위 송금액에 대한 예금채권을 취득할 수 있는 점, ② 위 지급지시서가 접수된 이후에도 송금의뢰인의 송금 취소가 발생하는 경우 등과 같이 **피고가 지급지시서에 따른 채무를 부담하지 않는 경우도 있을 수 있는 점**, ③ 한편 만약 피고가 채무자 회사의 회생절차개시신청 이전에 이미 접수된 지급지시서에 따라 채무자 회사의 예금원장에 위 송금액의 입금을 기록하였다면, 채무자 회사가 그 무렵 바로 예금인출을 할 수 있었던 반면에, 피고가 채무자 회사의 위기상태를 안 이후에 그 전에 접수된 지급지시서에 따라 예금원장에 송금액의 입금을 기록한 경우 피고의 채무자 회사에 대한 대출금채권으로 위 예금채권을 수동채권으로 한 상계를 허용한다면, **피고가 예금원장에 송금액의 입금의 기록을 한 시점을 달리 하여 자신의 선택에 따라 채무자 회사의 예금인출 권리를 소멸시킬 수 있어 불합리한 결론에 이르는 점** 등을 종합하면...(중략)... 상계의 담보적 작용에 대한 회생채권자인 피고의 신뢰가 보호할 가치가 있는 정당한 것으로 인정되는 경우라고 보기도 어렵다”

이때 ①, ②는 '장래의 수동채권이 발생할 개연성이 높지 않다는 것'을 뒷받침하는 사정이다. 장래에 발생할지 여부가 확실하지도 않은 채권으로 상계하려 한 당사자의 기대는 합

리적이라고 평가되기 어려우므로²⁷⁾, 이 역시 중요한 기준이 될 것이다. 다만 대상판결의 경우 입회금반환채권은 원고의 탈회 신청만 있으면 곧장 발생하게 되어 있으므로, 이러한 기준은 그다지 문제되지 않을 것으로 보인다.

③은 '수동채권이 책임재산으로 사용될 수 있는 가능성'에 관한 것인데, 이를 앞서 살펴본 '상계권자가 채권 취득 시기를 임의로 정할 수 있는지 여부'와도 연결 지어 볼 수 있다. 자동채권 또는 수동채권의 발생 시점이 상계권자의 의사에 좌우되는 상황에서 상계를 허용한다면, 상계권자가 다른 회생채권자의 이익을 해하고 자신의 이익을 최대화하는 방향으로 상계권을 행사함으로써 위기시기임을 안 이후 발생한 채권의 상계를 원칙적으로 금지한 취지가 몰각될 수 있으므로, 그 허용 여부는 신중히 판단되어야 하는 것이다.

(4) 소 결

이상에서 종래 판례의 비교·분석을 통하여 ① 그와 같은 상계가 이루어지는 것을 규범적으로 기대하기 어려운지 여부, ② 상호 담보의 특약이 존재하는지 여부, ③ 상계권자가 채권 취득 시기를 임의로 정할 수 있는지 여부와 같은 판단 기준을 도출하여 볼 수 있었다. 그렇다면 대상판결의 결론이 위 각 지점에 비추어 타당한지 여부를 살펴보기로 한다.

4. 대상판결의 타당성

(1) 입회금반환채권과 임대차보증금반환채권을 상계하는 것을 규범적으로 기대하기 어려운지 여부

임대인은 임대목적물을 명도받을 때까지 보증금을 연체차임 등에 대한 담보로써 확보할 수 있는바, 위와 같은 상계로 나아가기 위해서는 기한의 이익뿐만 아니라 그러한 담보의 이익도 포기하여야 한다. 나아가 임대차가 종료하면 임대목적물을 명도받기 전까지는 임대보증금반환을 거절할 수 있는데, 위와 같이 상계를 할 시 장래의 동시이행항변권을 포기하고 선이행위험을 부담하여야만 한다.

하지만 이러한 불이익을 감내하고 상계로 나아간다는 것을 '규범적으로' 기대하기 어렵다고는 볼 수 없다. 위 3. (1)의 경우, 수임인이 위임인을 위하여 사무를 처리한다는 위임관계의 본질에 비추어 보았을 때, 수임인이 자신이 사무처리를 한 결과물을 인도하여 줄 의무를 자유로이 처분할 수 있도록 하는 것은 그러한 위임관계의 본질에 비추어 다소 부적당

27) 최준규, 앞의 논문(주 8), 238면.

하다고 판단될 수 있다. 그런데 임대인이 부담하는 의무의 본질은 위임관계처럼 임차인의 이익을 배려하여 주는 데에 있지 않으므로, 위와 같은 불이익을 감내하는 것을 임대인의 자유로운 처분에 맡겨도 규범적으로 어떠한 문제가 없다. 그러므로 위와 같은 관점에서 원고의 상계 기대를 불리하게 평가하기는 어렵다.

(2) 상호 담보의 특약이 존재하는지 여부

한편, 상호 간에 각자의 채권을 담보조로 제공하기로 한 특약을 하였다는 특별한 사정이 있어야 원고의 상계에 대한 합리적 기대를 뒷받침할 것이다(위 3.(1)②). 그런데 앞서 본 바와 같이 대상판결의 사안에서 원고와 피고 사이에 그러한 내용의 특약이 있었던 것으로 보이진 않는다.

특히, 원고가 2013. 9. 9. 피고에게 공문을 보내 이 사건 각 임대차계약을 지속가능하게 할 재무구조개선계획이 무엇인지를 묻고, 차임 선납 또는 임대차보증금과 입회금에 대한 명시적인 상계가능조항을 두자고 제안을 했음에도, 피고가 아무런 답변을 하지 않은 채 위 공문을 받은 직후 회생절차개시신청으로 나아갔다는 사실이 주목할 만하다. 당초부터 위와 같은 내용의 조항을 두었다면 원고와 피고 서로 간에 담보적 기대가 인정되어, 원고의 이 사건 상계를 인정하는 근거가 되었을 것이다. 그런데 이러한 조항이 처음부터 계약 내용에 포함되어 있었던 것도 아니고, 심지어 원고가 이를 추가하자는 제안을 하였음에도 합의에 이르지 못한 것에 비추어 보면, 이는 오히려 계약 당시부터 회생절차에 이르기까지 원고와 피고가 이 사건 수동채권과 자동채권을 담보적 의미로 결부하지 않았음을 반증한다. 물론 원고가 위와 같은 제안을 하였다는 점에서 원고 자신은 이 사건 임대차보증금채권을 담보로 파악했을 수 있지만, 피고와 합의된 바 없는 원고의 일방적 기대가 회생절차에서 보호받을 정도로 타당한 것인지 의문이다.

한편, 대상판결은 '이 사건 각 임대차계약의 목적물이 이 사건 각 입회계약의 골프장 부지 및 그 건물이라는 점'을 상계에 대한 당사자들의 합리적 기대를 인정하는 근거로 삼았는데, 오히려 당사자들이 위와 같은 합의에 이르지 못한 것으로 볼 사정이 있었던 점에 비추어 타당하지 않다. 판례는 '구체적인 사정'을 종합하여 상계에 대한 합리적 기대를 판단한다는 일반론을 실시하여 왔는데, 대상판결이 이러한 일반적 사정만으로 쉽게 합리적 기대를 인정한 것은 다소 의문이다.

(3) 상계권자가 채권 취득 시기를 임의로 정할 수 있는지 여부

대상판결은 원고가 언제든 탈회의 의사표시를 함으로써 자동채권을 발생시킬 수 있었다는 점에서 원고의 상계에 대한 합리적 기대를 도출하였는데, 앞서 본 바와 같이 상계권자가 채권 취득 시기를 임의로 결정할 수 있을 때 그러한 상계권자의 기대가 합리적인지는 구체적 사정에 따라 신중히 판단되어야 한다.

원고는 자신이 골프장 회원으로서의 이익을 누릴지, 탈회하여 입회금을 반환받을지를 자유롭게 선택 가능한 지위에 있었다. 그런데 원고는 피고가 위기시기에 돌입한 사정을 전부 알면서도 일방적으로 이 사건 입회금반환채권을 발생시켜 상계에 나아갔다. **특히 원고는 피고가 회생절차개시신청을 하기 전인 2013. 9. 9. 피고의 열악한 재무상태를 이미 파악하고 있었음에도 상계를 하지 않고 있던 점**, 원고와 피고 사이에 상호 담보의 특약이 없었던 점까지 고려하면, 이러한 원고의 상계까지 허용하는 것은 회생절차의 목적 달성과 회생채권자의 합리적 기대를 조화하려는 채무자회생법의 취지에 부합하지 않는다고 판단된다.

(4) 소 결

그렇다면 원고의 이 사건 입회금반환채권이 '전의 원인'에 기한 것이라고 본 대상판결의 결론에는 찬성할 수 없다. 오히려, 채무자회생법의 취지 및 제반 사정을 고려하여 이 사건 상계가 허용될 수 없다고 본 항소심의 결론이 타당하다고 할 것이다.

V. 결 어

이상으로 대상판결과 관련하여 회생절차에서 임대차보증금반환채권을 수동채권으로 한 상계의 가부, '전의 원인'의 구체적 판단 기준을 검토해 보았다.

본고는 우선 회생절차에서 정지조건부 채권을 수동채권으로 한 상계는 허용될 수 없으며, 해제조건부 채권을 수동채권으로 한 상계는 명문의 규정 없이도 허용된다고 보았다. 대상판결에서 문제된 임대차보증금반환채권의 법적 성질은 이행기가 임대차 종료 시에 도래하는 해제조건부 채권으로 봄이 상당하고, 그렇다면 원고가 이 사건 임대차보증금반환채권을 상계의 수동채권으로 삼을 수 있다고 본 대상판결은 타당하다. 대상판결은 회생절차

에서 해제조건부 채권을 수동채권으로 한 상계를 인정한 선례라는 점에서 의미가 있다.

한편, 대상판결은 원고가 위기시기임을 안 이후에 취득한 이 사건 입회금반환채권을 자동채권으로 한 상계를 긍정하여 항소심과 결론을 달리하였는데, 이는 수긍하기 어렵다. 기존 대법원 판례에서 도출한 구체적 판단 기준에 비추어 볼 때, 원고의 상계에 대한 합리적 기대는 인정되기 어려우며, 달리 이를 인정할 만한 특별한 사정도 찾을 수 없다. 따라서 원고의 이 사건 입회금반환채권은 '전의 원인'에 기한 것이 아니므로, 이 사건 상계는 허용되어선 안 된다.

본고는 대상판결의 결론의 타당성을 검토하기 위하여 '전의 원인'에 관한 일련의 대법원 판례를 분석함으로써 귀납적으로 판단 기준을 도출하여 보았으나, 그러한 방법으로 '종래 판례에서 내세운 판단 기준의 타당성'을 심사하기는 어렵다. 본고의 이러한 부족한 측면은 채무자회생법이 회생절차에서 상계를 제한한 취지 등을 분석하여 '전의 원인'에 관한 판단 기준을 연역적으로 도출하여 보는 시도를 통하여 보완될 수 있을 것이다. 그리고 이러한 판단 기준을 명확히 정립한다면, 현대 사회에서 채권 거래가 고도화됨에 따라 회생절차에서 발생 가능한 문제점을 해결하는 기준을 제시해줄 수 있을 것이다.

〈참고문헌〉

I. 국내문헌

1. 단행본

곽윤직, 채권각론, 박영사, 1979.

곽윤직 편집대표 민법주해 [XV], 박영사, 2005(민일영 집필부분).

김용담 편집대표, 주석 민법 [민법총칙] (제4판), 한국사법행정학회, 2013(최성준 집필부분).

_____, 주석 민법 [채권총칙(1)] (제4판), 한국사법행정학회, 2013(김상중 집필부분).

_____, 주석 민법 [채권각칙(3)] (제4판), 한국사법행정학회, 2013(박해식 집필부분).

김재형, 민법판례분석(초판), 박영사, 2016.

김형배·김규완·김명숙 민법학강의[이론·판례·사례](제12판), 신조사, 2013.

양창수·김형석, 권리의 보전과 담보(초판), 박영사, 2012.

오수근·한민·김성용·정영진, 도산법, 한국사법행정학회, 2012.

이은영, 채권각론(제5판), 박영사, 2005.

전병서, 도산법(제3판), 문우사, 2016.

2. 논 문

김동규, “회사정리절차 및 화의절차에 있어서의 상계의 제한”, 재판자료 제86집(2000).

송덕수·김병선, “전세금반환채권의 분리양도”, 민법핵심판례 200선(2016).

신창수, “임대차보증금관계의 법률적 구성”, 사법논집 제19집(1988).

양창수, “파산절차상의 상계”, 인권과 정의 제319호(2003).

임치용, “도산절차에서 조건부채권에 관한 상계”, 변호사 제49집(2016).

조경임, “임대차에서의 공제에 관하여”, 법조 제63권 제11호(2014).

최준규, “장래채권을 둘러싼 도산법상 쟁점에 관한 고찰 - 상계와 부인권 행사를 중심으로”, 사법 제40호(2017).

II. 국외문헌

山本和彦 外, 倒産法概説 第2版, 弘文堂, 2010.

The Availability of the Offset between a Lessor's Claim to Request the Return of Membership Fee and a Lessee's Lease Deposit Claim after the Commencement of Debtor Rehabilitation Procedure to the Lessee

Kim, Chi-song*

<Abstract>

In the case that a lessor offset his claim to request the return of membership fee(hereinafter, 'the lessor's claim') against a lessee's lease deposit claim after the commencement of debtor rehabilitation procedure to the lessee, the Supreme court ruled as follows: ① the lease contract remains in effect without the lease deposit, so the lessor can offset his claim against the lease deposit claim by giving up his benefit of time, ② it is legitimate in the light of the proviso to an article 145 (4) and (2) 2 of Debtor Rehabilitation and Bankruptcy Act to use the lessor's claim to setoff, as a golf membership contract is the direct cause of the lessor's claim and the lessor's trust on his setoff is justifiable.

Some issues are on the rise in connection with the ruling: ① the setoff on conditional claims and the legal nature of the lease deposit claim in relation to the passive claim, ② the criterion of the proviso to an article 145 (4) and (2) 2 of Debtor Rehabilitation and Bankruptcy Act in relation to the automatic claim.

For checking the validity of the ruling, this study compares differences between the bankruptcy procedure and the debtor rehabilitation procedure of the setoff system. On the basis of the difference above, I examine if it is available to offset conditional claims(especially, the lease deposit claim) in the debtor rehabilitation procedure. Finally, I derive the criteria of the proviso to an article 145 (4) and (2) 2 of Debtor Rehabilitation and Bankruptcy Act by considering the rulings of the Supreme court before and check whether the lessor's claim in the case meets those criteria or not.

First, a setoff against the claim subject to condition subsequent is allowed in the debtor rehabilitation procedure, but a setoff against the condition precedent claim is not. As the legal nature of the lease deposit claim is the condition subsequent claim, it is reasonable that the ruling allows the lessor's setoff against the lessee's lease deposit claim.

Secondly, some criteria to check if the setoff is possible after the commencement of the debtor rehabilitation procedure are drawn from the rulings of the Supreme court before: ① the normative predictability for the setoff, ② the existence of the guarantee arrangement, ③ the power of the party on setoff to decide when he acquires his automatic claim. In this case, the lessor's setoff does not meet the criteria above, so I don't approve the ruling that allows the setoff.

Keywords : Setoff, Conditional claim, Lease deposit claim, Debtor rehabilitation, Bankruptcy.

* The 31st Infantry division ROKA, Military advocate, Lawyer

〈부록〉

사단법인 한국법학원지 ‘저스티스’ 논문작성 및 투고에 관한 규정

2008. 6. 23. 규정 제9호

2010. 1. 18. 개정

2018. 1. 12. 개정

제1조 (목적) 이 규정은 사단법인 한국법학원(이하 “본원”이라 한다.)이 간행하는 저스티스에 게재하고자 하는 논문, 판례평석 및 자료 기타 원고 등(이하 “원고 등”이라 한다.)의 작성요령 및 투고에 관한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조 (투고자격) 저스티스의 투고 자격은 다음 각 호와 같고, 공동저술도 가능하다.

1. 본원의 학술행사를 위하여 원고 등의 기고를 청탁받은 자
2. 국내의 전·현직 법학교수
3. 판사, 검사, 변호사 등의 법조분야 종사자
4. 법학박사학위 소지자
5. 공인된 법률분야 종사자(2010. 1. 18. 개정)
6. 기타 편집위원회의 승인을 얻은 자

제3조 (투고 방법) ① 투고자는 본원의 홈페이지의 온라인논문투고시스템을 이용하여 원고를 투고하고 사무국에게 통지하여야 한다.(2012. 1. 12. 개정)

② 본원의 사무국은 접수된 원고 등에 대하여 투고자에게 접수일자를 확인해 주어야 한다.(2012. 1. 12. 개정)

제4조 (중복투고의 명시) 본지에 투고 한 원고 등을 다른 학술지 등에도 동시에 또는 순차로 투고하는 경우에는, 그 사실을 반드시 원고 등의 표지에 주기(적색으로 표시)함과 아울러 게재 신청시에 구두로 통지하여야 한다.

제5조 (논문의 수정) 투고자는 논문의 심사 과정에서 제시된 심사위원들의 의견을 가능한 한 수용하여 논문에 반영되도록 노력하여야 하고, 심사위원의 의견에 동의하지 않을 경우에는 그 사유를 편집위원회에 서면으로 통지하여야 한다.

제6조 (논문 및 판례평석의 작성요령) ① 논문 및 판례평석은 다음과 같이 작성하여 제출하여야 한다.

1. 용어는 원칙적으로 국문으로 하고, 한문 또는 외국어를 사용할 수 있다.
2. 표는 상단에 표제를 쓰고 설명이 필요한 경우에는 아래 부분에 기재한다. 그림은 표제 및 설명을 아래 부분에 기재한다. 표와 그림은 별도의 일련번호로 표기한다.
3. 본문의 첫 쪽은 서론부터 시작하여 모든 내용을 연속으로 기재하되, 다음 각 목과 같이 기재한다.
 - 가. 한글제목(타 기관의 지원을 받아 작성 시에는 각주로 표기)
 - 나. 한글저자명(저자의 소속기관 및 직위를 저자명 앞에 표기)
 - 다. 국문 논문요지(글자수 1,000자 이내)
 - 라. 검색용 국문 주제어(5개 이내)
 - 마. 본문(반드시 정확한 각주 표기)
 - 바. 참고문헌(본문의 맨 마지막 부분에 별도의 면으로 작성)
 - 사. 영문 논문요지((500단어 이내, 영문 논문제목, 영문저자명, 각주로 소속기관 및 직위를 표시)
 - 아. 검색용 영문 주제어(5개 이내)

② 투고할 논문 및 판례평석의 분량 및 편집규격은 다음과 같다.

1. 원고의 분량은 A4 30매 이내를 원칙으로 하고, 동일논문의 분할게재는 편집위원회의 결정이 있는 경우에 한하여 할 수 있다.
2. 원고는 워드프로세서('한글')로 작성한다.
3. 편집용지는 A4용지 기준, 다음의 규격에 따라야 한다: 상하 여백 18.5, 좌우 여백 24, 머리말 10, 아래쪽 18.5, 꼬리말 10.

③ 논문 및 판례평석의 목차순서 및 글자크기는 다음과 같다.

1. 목차번호
 - I. 로마숫자
 - 1. 아라비아숫자
 - (1) 괄호숫자
 - 1) 반괄호숫자
 - ① 원숫자

2. 글자크기

	글자모양(글자크기)
I.	신명 태명조(15p)
1.	신명 태명조(13p)
(1)	신명 태명조(10.7p)
1)	신명 신명조(11p)
㉠	신명 신명조(10.7p)
본문	신명 신명조(10.5p)
각주	신명 신명조(8.5p)

④ 논문 및 판례평석의 작성시 문헌인용 및 각주의 처리방법 등은 ‘사단법인 한국법학교수회’에서 작성한 “논문작성 및 문헌인용에 관한 표준”에 따른다.

제7조 (인용문헌의 표기) 인용은 다음과 같이 하되, 그 밖의 경우에는 이에 준하여 인용하거나 전조의 4항에 따른다. <2010. 1. 18. 개정>

① 처음 인용하는 경우

1. 단행본 : 저자, 서명(영문서명 : 이탤릭체), 출판사, 발행연도, 면.

홍길동, 채권각론, 박영사, 2007, 15면(인용부분이 여러 면에 걸친 경우 : 15-17면 또는 15면 이하).
George J. Kovtun, *The Spirit of Thomas*, Martin's Press, 1990, p. 5.

2. 논문 : 저자, 논문제목(따옴표로 묶음), 게재학술지명(영문제목 : 이탤릭체) 권 호수, 연도, 면 (필요한 경우에는 발행처를 기재할 수 있다).

홍길동, “인간으로서의 존엄과 가치”, 저스티스 제107호(2007. 4), 20면.
William W. Boyer, “Major United States Policy Difference with Europe”, *Internal Area Rev.* Vol. 6 No. 2(2008. 3), pp. 12-15.

3. 판결 : 선고법원과 재판의 종류 약칭, 선고일, 사건번호

헌재 1993. 7. 29, 92헌바20.
대판 1998. 1. 7, 1994다1111.
대결 2005. 2. 5, 2005마123.
서울고판 2007. 4. 9, 2006나1234.
서울중앙지판 2006. 9. 8, 2005가합359.

② 반복 인용하는 경우

1. 단행본 : 저자, 앞의 책(또는 처음 인용한 각주 번호를 기재할 수 있음. 기재례 : 홍길동(주 5), 7면.
2. 논문 : 저자, 앞의 논문(또는 처음 인용한 각주 번호를 기재할 수 있음), 면.
- 외국문헌의 경우 Ibid., op. cit. 등을 사용(또는 처음 인용한 각주 번호를 기재할 수 있음).
3. 여러 문헌이나 판례를 인용하는 경우에는 세미콜론(:)으로 구분한다.

제8조 (참고문헌의 정리) <2010. 1. 18. 개정>

- ① 국내문헌, 외국문헌의 순으로 정리하되, 동양의 문헌은 가나다순, 서양의 문헌은 알파벳순으로 한다.
- ② 참고문헌의 배열순서는 단행본, 논문, 기타 자료의 순으로 정리하는 것을 원칙으로 한다.
- ③ 문헌의 인용방법은 위 7조의 인용방법에 따르되, 면을 기재하지 않는다.

홍길동 · 한민국, 헌법원론, 박영사, 2005.
 홍일동, 민사집행법, 법문사, 2006.
 _____, 보전처분의 실무, 법문사, 2005.
 황길동, “인간으로서의 존엄과 가치,” 저스티스 제107호(2007. 4).
 Boyer, William W., “Major United States Policy Difference with Europe,”
Internal Area Rev. Vol. 6 No. 2(2003).
 Kovtun, George J., *The Spirit of Thomas*, Martin’s Press, 1990.

- 제9조 (원고의 저작권 활용)** 투고 논문이 심사후 「저스티스」에 게재될 경우 투고자는 본원에서 요구하는 논문전송·배포이용동의서/ 연구윤리 협약서를 작성하여 본원에 제출하여야 한다.<2018. 1. 12. 신설>

부 칙

이 규정은 2008년 6월 23일부터 시행한다.

부 칙

이 규정은 2010년 1월 18일부터 시행한다.

부 칙

이 규정은 2018년 1월 12일부터 시행한다.

사단법인 한국법학원지 '저스티스' 연구윤리에 관한 규정

2010. 1. 18. 전문 개정

제1조 (목적) 이 규정은 사단법인 한국법학원(이하 "본원"이라 한다.)이 간행하는 저스티스의 논문, 판례평석 및 자료 기타 원고 등(이하 "원고 등"이라 한다.) 저작물 게재와 관련한 투고윤리에 관한 내용을 정함을 목적으로 한다.

제2조 (투고지침) ① 저스티스에 논문을 투고하고자 하는 집필자(이하 "집필자"라 한다.)는 다음의 기준을 충족하는 원고 등을 제출하여야 한다.

1. 집필자는 원고 등을 작성함에 있어서 학술적 저작물의 인용에 관한 일반원칙을 준수하여야 한다.
 2. 원고는 독창성을 갖추어야 하며, 타 학술지·단행본 등에 이미 발표된 원고이어서는 아니된다.
 3. 자신이 이미 발표한 저작물을 부분적으로 활용하며 새로운 학술적 논점을 추가시켜 분석하고 있는 저작물은 저스티스에 수록될 수 있다. 다만, 그러한 작성경과를 적시하여야 한다.
 4. 다른 학술지·단행본 등에 출간되지 않은 자신의 석·박사 학위논문의 일부를 활용하여 작성된 저작물에 대하여도 제3호와 같은 기준이 적용된다.
 5. 연구자료나 연구결과를 위조 또는 변조한 저작물이어서는 아니 된다.
 6. 타인의 외국어 간행물의 번역을 투고하는 경우 저작권자의 서면동의서가 첨부되어야 한다.
 7. 저자가 2인 이상인 경우 각 저자의 역할을 표시하여야 한다. 연구와 논문 작성하는 데 가장 많은 기여를 한 저자를 "주저자"로, 논문의 투고·심사·출간 과정에서 저스티스 편집위원회, 사무국과 연락을 담당할 저자를 "교신저자"로 표시한다.
 8. 연구내용 또는 결과에 대하여 공저자로 보아야 할 정도로 상당한 공헌 또는 기여를 한 사람에게 정당한 이유 없이 논문저자 자격을 부여하지 않거나, 위와 같은 공헌 또는 기여를 하지 않은 자에게 감사의 표시 또는 예우 등을 이유로 논문저자 자격을 부여하여서는 아니 된다.
- ② 부득이한 사정으로 중복투고(다른 학술지와 투고시점의 선후를 묻지 아니한다)가 행해진 경우, 본원 '사단법인 한국법학원지('저스티스') 논문작성 및 투고에 관한 규정' 제4조에 따라 그 사실을 명시하여야 한다. 이를 위반한 경우, 그에 따른 불이익은 전적으로 투고자가 부담한다.

제3조 (표절 금지) ① 집필자는 타인의 저작물의 내용을 표절하여서는 아니된다.

② 타인의 연구결과를 출처를 명시하여 여러 차례 참조하였다도 그 일부분을 자신의 연구결과나 주장인 것처럼 제시하는 행위는 표절로 간주한다.

제4조 (인용·재인용 및 참고표시) ① 공개된 학술자료를 인용할 경우, 집필자는 정확하게 기술하여야 하고, 상식에 속하는 자료가 아닌 한, 반드시 그 출처를 밝혀야 한다. 개인적 접촉을 통하여 얻은 자료는 그 정보를 제공한 연구자의 동의를 받은 후에만 인용할 수 있다.

② 타인의 저작물을 인용하는 경우, 집필자는 반드시 각주(후주)를 통하여 인용 여부 및 참고 여부를 밝혀야 하며, 이러한 표기를 함으로써 어떤 부분이 선행 연구의 결과이고 어떤 부분이 자신의 독창적인 생각·주장·해석인지 여부를 독자가 알 수 있도록 해야 한다.

③ 타인의 저작물을 재인용하는 경우, 집필자는 반드시 재인용 사실을 밝혀야 한다.

제5조 (편집위원회의 게재여부 결정) ① 편집위원회는 투고된 논문의 게재여부를 결정하는 모든 책임을 지며, 집필자의 인격과 학자로서의 독립성을 존중하여야 한다.

② 편집위원은 투고된 저작물을 저자의 성별, 나이, 소속기관은 물론이고 어떤 선입견이나 사적인 친분과도 무관하게 오로지 저작물의 질적 수준과 투고규정 및 심사규정에 근거하여 공정하게 취급하여야 한다.

③ 편집위원은 투고된 저작물의 심사를 해당 분야의 전문적 지식과 공정한 판단능력을 지닌 심사자에게 의뢰하여야 한다.

④ 편집위원은 투고된 저작물의 게재가 결정될 때까지는 저자에 대한 사항이나 저작물의 내용을 공개해서는 아니 된다.

제6조 (심사위원의 임무) ① 심사위원은 집필자의 전문지식인으로서의 인격과 독립성을 존중하여야 하며, 투고원고를 오로지 그 질적 수준과 투고규정 및 심사규정에 근거하여 공정무사하게 심사하여야 한다.

② 심사위원은 논문평가서에 논문에 대한 자신의 판단을 밝히고, 수정·보완이 필요하다고 판단되는 부분에 대해서 그 근거를 명시하여야 한다.

제7조 (윤리위원회의 설치·구성) ① 본 규정의 목적을 달성하기 위하여 저스티스 윤리위원회(이하 "위원회"라 함)를 설치한다.

② 위원회는 한국법학원장, 총무이사, 기획이사, 사업이사, 연구이사(편집위원장) 및 한국법학원

장이 위촉하는 위원 4인으로 구성되며, 한국법학원장이 위원장(이하 "위원장"이라 한다)을 맡는다.

- ③ 위원장은 위원회의 회의를 소집하고 그 의장이 된다.
- ④ 회의는 특별한 규정이 없는 한 재적위원 과반수 출석과 출석위원 과반수 찬성으로 의결한다.
- ⑤ 회의는 비공개를 원칙으로 하고 위원회에서 필요하다고 인정될 때에는 관계자를 출석하게 하여 의견을 청취할 수 있다.

제8조 (윤리위원회의 권한과 의무) ① 위원회는 조사과정에서 제보자·피조사자·증인에 대하여 출석과 자료 제출을 요구할 수 있다.

- ② 위원회는 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.

제9조 (위반행위의 조사) ① 위원회는 구체적인 제보가 있거나 상당한 의혹이 있을 경우에는 본 규정 위반행위(이하 '위반행위'라고 한다)의 존재 여부를 조사하여야 한다.

- ② 위원회는 제보자·피조사자·증인 및 참고인에 대하여 출석을 요구할 수 있으며, 이 경우 피조사자는 이에 반드시 응해야 한다.
- ③ 위원회는 피조사자에게 자료의 제출을 요구할 수 있다.

제10조 (제보자와 피조사자의 권리 보호 및 비밀엄수) ① 어떠한 경우에도 제보자의 신원을 직·간접적으로 노출시켜서는 아니 되며, 제보자의 신원은 반드시 필요한 경우가 아니면 조사결과 보고서에 포함하지 아니 한다.

- ② 위반행위 여부에 대한 검증이 완료될 때까지 피조사자의 명예나 권리가 침해되지 않도록 비밀을 준수하여야 한다.
- ③ 제보·조사·심의·의결 등 조사와 관련된 모든 사항은 비밀로 하며, 조사에 직·간접적으로 참여한 자는 조사와 직무수행 과정에서 취득한 모든 정보를 부당하게 누설하여서는 아니 된다. 다만 공개의 필요성이 있는 경우 위원회의 의결을 거쳐 공개할 수 있다.

제11조 (제척·기피·회피) ① 당해 조사와 직접적인 이해관계가 있는 위원은 조사 및 안건의 심의·의결에서 제척된다.

- ② 제보자 또는 피조사자는 위원에게 공정성을 기대하기 어려운 사정이 있는 때에는 그 이유를 밝

혀 기피를 신청할 수 있다. 위원회의 의결로 기피신청이 인용된 경우에는 당해 안전의 조사 및 심의·의결에 관여할 수 없다.

③ 위원은 제1항 또는 제2항의 사유가 있는 경우에는 위원장의 허가를 얻어 회피할 수 있다.

제12조 (소명기회 보장 및 협조의무) ① 위원회는 제보자와 피조사자에게 의견진술, 이의제기 및 반론의 기회를 동등하게 보장하여야 하며 관련 절차를 사전에 알려주어야 한다.

② 이 규정의 위반으로 위원회에 보고된 집필자에게는 충분한 소명기회를 주어야 하며, 필요한 경우 당해 집필자는 본원의 사실조사에 협조하여야 한다.

제13조 (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 위반행위임을 확인하는 판정을 한다.

제14조 (위반시의 제재) 집필자가 이 규정을 위반하여 기고하여 원고 등이 게재된 경우에는, 편집 위원회는 위원회의 결정에 따라 집필자에게 다음과 같은 제재를 가할 수 있다.

1. 이미 지급된 원고료의 환수
2. 위반의 정도에 따라 6개월 이상 3년 이하의 기간 동안 저스티스에 기고 금지
3. 본 규정에 위반된 저작물이 저스티스에 게재된 경우에는 해당 저작물의 게재의 소급적 무효화 및 논문목록에서 삭제
4. 본 규정의 위반 사실을 저스티스 및 한국법학원 홈페이지에 공지
5. 본 규정의 위반 사실을 한국연구재단에 통보
6. 기타 윤리의 준수를 위해서 필요한 사안으로서 윤리위원회가 정하는 제재사항

제15조 (결과의 통지) 위원장은 조사결과에 대한 위원회의 결정을 서면으로 작성하여 지체 없이 제보자 및 피조사자 등 관련자에게 이를 통지한다.

제16조 (재심의) 피조사자 또는 제보자는 위원회의 결정에 불복할 경우 제15조의 통지를 받은 날 부터 20일 이내에 이유를 기재한 서면으로 위원회에 재심의를 요청할 수 있다.

제17조 (명예회복 등 후속조치) 조사결과 위반행위가 없었던 것으로 확정될 경우, 위원회는 피조사자 혹은 혐의자의 명예회복을 위하여 적절한 후속조치를 취할 수 있다.

제18조 (기록의 보관 및 공개) ① 조사와 관련된 기록은 조사 종료 시점을 기준으로 5년간 보관하여야 한다.

② 판정이 끝난 이후 결과는 한국법학원 편집위원회에 보고되어야 한다. 다만, 제보자·조사위원·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

이 규정은 2010년 1월 18일부터 시행한다.

編輯委員

편집위원장	한국법학원	이 연 갑	연세대 법대 교수/ 연구이사
편집위원	법 원	권 성 수	사법연수원 기획총괄교수 · 부장판사
		김 선 일	춘천지방법원 원주지원장
		이 정 원	대법원 재판연구관 · 부장판사
	검 찰	박 하 영	법무부 법무과장 · 부장검사
		김 태 훈	대검찰청 정책기획과장 · 부장검사
대한변협		김 유 진	변호사
		문 용 호	변호사
법학교수회		강 병 근	고려대 법대 교수
		박 균 성	경희대 법대 교수
		배 병 일	영남대 법대 교수
		송 종 준	충북대 법대 교수
		신 양 균	전북대 법대 교수

(기관별 가나다 순)

투 고 안 내

- 한국법학원은 1956. 7. 31. 법무부공고 제38호로 설립된 사단법인으로 전국의 판사, 검사, 변호사, 헌법재판관 및 헌법연구관, 법학교수, 법제관, 법서관 등 모든 법률가를 회원으로 두고 있는 한국의 유일한 포괄적 법률 단체로서 반세기 이상 법조실무계와 법학계의 교류확대를 통한 한국법률문화의 창달을 목적으로 활동해 왔습니다.
- 저스티스는 한국법학원에서 간행하는 법률학술지로서 한국법학원의 회원과 도서관, 대서관 등 350여 부를 **격월간**으로 발행 · 배포합니다.
- 저스티스에 투고를 원하시는 회원께서는 본원 홈페이지의 논문투고시스템에 접속하여 원고를 올려 주시면 심사위원 2인 이상의 심사를 거쳐 편집위원회에서 게재가부를 심의한 후에 게재합니다.
 - 게재순서: 논문, 판례평석, 자료의 순서로 구분하고, 각 구분에서 헌법, 민법, 민사소송법, 상법, 지적재산권법, 형법, 형사소송법, 행정법, 경제법, 환경법, 노동법(사회법), 세법, 국제법, 기초법, 기타법의 순서로 게재합니다.
 - 원고작성차례: 워드프로세서(오피스)로 작성하고, 순서는 제목, 집필자 성명, 국문초록, 주제어, 본문, 참고문헌, 국제학술어 제목, 국제학술어 성명, 국제학술어 초록(Abstract), Key word의 순서로 합니다. 단, 국제학술어 성명은 Hong, Kil-Dong과 같은 방법으로 기재함을 원칙으로 하나 투고자가 표기를 달리하고자 할 경우 투고자의 의사를 존중하여 표기합니다.
- 저스티스에 투고하는 논문에 대한 심사비나 게재비는 받지 않습니다.

저스티스

통권 제171호

2019년 3월 31일 인쇄 2019년 4월 1일 발행

발행인 권 오 곤

발행처 한국법학원

편집인 이 연 갑

서울특별시 서초구 서초대로42길 54 건설기계회관 3층

전화 : 752-7481 / 753-6002, Fax : 773-0823

e-mail : ksl@lawsociety.or.kr(또는 kiclk@daum.net)

홈페이지 : www.lawsociety.or.kr

인쇄인 한국컴퓨터인쇄정보

ISSN 1598-8015