

2022년 사법학자대회

지속가능성을 위한 사적자치원리의 기능과 변화

- 일자: 2022년 10월 1일(토) 10:00~18:30
- 장소: 고려대학교 법학전문대학원 CJ법학관 지하 1층 베리타스홀
- 주최: 한국민사법학회, 한국상사법학회, 한국민사소송법학회
- 주관: 대한상사중재원, 사법정책연구원, 한국형사·법무정책연구원
- 후원: 고려대학교 법학연구원

한국민사법학회 · 한국상사법학회 · 한국민사소송법학회

일 정

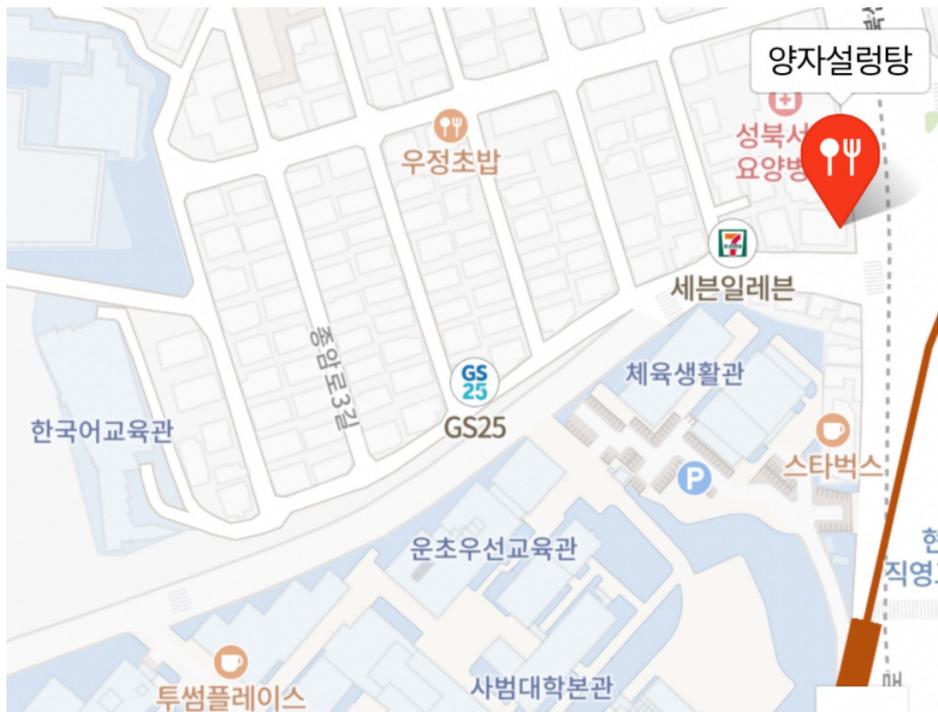
- 10:00-10:15 개회식 ▶ 사회: 서종희 교수(연세대)
- ▶ 개회사: 박동진 교수(한국민사법학회 회장, 연세대)
 - 김효신 교수(한국상사법학회 회장, 경북대)
 - 정선주 교수(한국민사소송법학회 회장, 서울대)
 - ▶ 축 사: 맹수석 원장(대한상사중재원)
 - (서 면) 하태훈 원장(한국형사법무정책연구원)
 - 홍기태 원장(사법정책연구원)
- 10:20-12:00 제1부 [좌담회] 사적자치원리의 기능과 변화 ▶ 사회: 권영준 교수(서울대)
- ▶ 좌담자: 지원림 교수(고려대)
 - 김건식 명예교수(서울대)
 - 손한기 명예교수(연세대)
- 12:00-13:30 중식
- 제2부 [주제발표] 사법에서의 지속가능성 사고
- 13:30-15:00 제2-1부 [환경보호와 기업의 책임] ▶ 사회: 김규완 교수(고려대)
- [제1발표] 환경침해에 대한 보상청구권
- ▶ 발표: 전경운 교수(경희대)
- [제2발표] 기업인수 시 환경실사의 쟁점과 계약적 반영
- ▶ 발표: 황형준 변호사(김·장 법률사무소)
- [제3발표] 환경소송에서의 증명책임에 관한 이론들과 보완책
- ▶ 발표: 박성은 교수(계명대)
 - ▶ 지정토론: 정준혁 교수(서울대),
 - 박지원 교수(서울시립대)

- 15:15-16:45 제2-2부 [사회변화와 소비자보호] ▶ 사회: 정경영 교수(성균관대)
 [제1발표] 금융혁신과 금융소비자보호
 ▶ 발표: 심영 교수, 연세대)
- [제2발표] 분쟁해결절차에서의 사적 자치의 원칙과 금융분쟁조정절차
 - 당사자 절차주체성 중시 관점과 절차주재자(기관) 성과 중시
 관점의 대립을 중심으로 -
 ▶ 발표: 함영주 교수(중앙대)
- [제3발표] 소비자계약에서 계약내용의 통제
 ▶ 발표: 황원재 교수(계명대)
 ▶ 지정토론: 김명수 부연구위원(한국형사법무정책연구원),
 김지호 지원센터장(대한상사중재원)
- 17:00-18:30 제2-3부 [단체의 활동보장과 책임] ▶ 사회: 김 연 교수(경북대)
 [제1발표] 民法上 組合에 관한 訴訟法上 諸問題
 ▶ 발표: 강구욱 교수(한국외대)
- [제2발표] 비영리·공익단체의 ‘거버넌스’에 관한 소고
 - 민법학에 학제적인 관점을 -
 ▶ 발표: 권 철 교수(성균관대)
- [제3발표] 비영리법인 지배구조의 문제점과 개선방안
 ▶ 발표: 김정연 교수(이화여대)
 ▶ 지정토론: 이동진 교수(서울대), 탁상진 판사(사법정책연구원)
- 18:30-18:40 폐회식 ▶ 사회: 서종희 교수(연세대)
 ▶ 폐회사: 박동진 교수(한국민사법학회 회장, 연세대)
- 18:50 만찬
 ▶ 만찬장소: 더씨(고려대 정경대 후문/안암역 2번 출구 인근 중식당)

[중식안내]

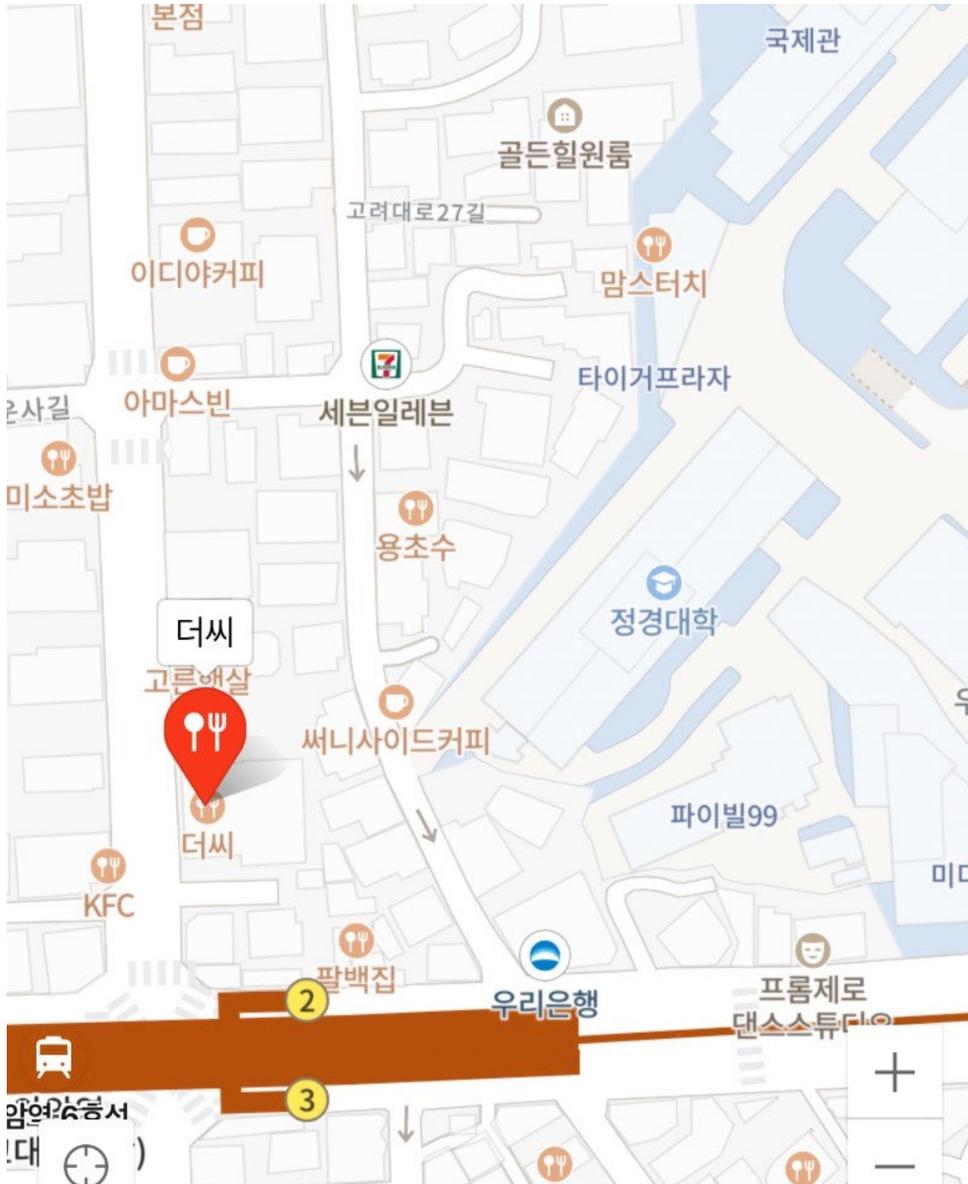
12:00경 학술대회장(베리타스홀) 입구 테이블에서 샌드위치 또는 식권 나눠드릴 예정입니다.

식권은 아래 약도에 있는 “양지설령탕” 식당에서 당일 12:00~13:30 중 이용하실 수 있습니다.



[만찬장소]

더씨(고려대 정경대 후문/안암역 2번 출구 인근 중식당)



개회사

존경하는 사법학자 선생님 안녕하십니까? 오늘 대한민국 사법분야의 대표적인 학회인 한국상사법학회, 한국민사소송법학회와 한국민사법학회가 함께 모여 학술대회를 개최하게 되었습니다. 관심을 갖고 참여해 주신 학회원 여러분께 감사의 말씀을 드립니다. 금번 사법학자대회가 개최될 수 있도록 공동으로 주관해 주신 사법정책연구원, 한국형사·법무정책연구원, 대한상사중재원의 원장님께서도 감사의 말씀을 드립니다. 아울러 오늘 학술대회 장소를 마련해 주신 고려대학교 법학연구원에도 감사드립니다.

올해 처음으로 3개 학회의 연합학술대회가 ‘사법학자대회’라는 이름으로 시작하게 되었습니다. 연초에 3개 학회의 회장님께서 상호 연락을 취하며 연합학술대회의 개최가 필요하다는 점에 의견이 모아졌습니다. 민법과 상법, 민사소송법은 사법상의 분쟁을 합리적으로 해결하기 위해서 분리될 수 없는 범영역입니다. 그럼에도 불구하고 안타깝게도 그동안 관련 학회가 함께 모여 동일한 주제에 관하여 각각의 범영역의 시각에서 종합적으로 검토하는 연합학술대회가 정기적으로 개최된 적이 없었습니다. 여러 학회의 회원들께서 함께 모여 연구성과를 공유하는 것이 특히 사법학의 영역에서는 더욱 필요해 보입니다.

인위적으로 민법과 상법, 그리고 민사소송법으로 범영역을 분류한 것은 권리구제를 위한 법체계의 구성방법으로 선택된 하나의 유형일 뿐, 그 자체가 최종 목적은 아닐 것입니다. 4차 산업혁명으로 일컬어질 만큼 격변하는 오늘날의 사회에서 출현하는 여러 법률문제를 보다 합리적으로 해결하기 위해서는 민법, 상법, 민사소송법을 통합적 시각에서 고려해야 함이 어느 때보다 강하게 요구되고 있습니다. 이제 민법학, 상법학, 민사소송법학을 넘어 사법학이 요구되는 시대라 할 수 있을 것입니다. 오늘 열리는 사법학자대회를 통하여 인적 교류와 연구성과의 교류가 활성화되기를 소망해 봅니다.

각 학회의 연구이사, 상임이사님들께서 수회의 모임에서 논의한 결과 오늘 학술대회의 주요 세션 주제를 ‘사법에서의 지속가능성 사고’로 정하였습니다. 그 아래, 「환경보호와 기업의 책임」, 「사회변화와 소비자보호」, 「단체의 활동보장과 책임」이 세부주제로 확정되었습니다. 이 세부주제에 대하여 민법과 상법, 민사소송법 학자께서 각각의 시각에서 연구·검토된 내용을 공유하는 학술대회를 개최하게 된 것입니다. 오늘의 발표주제 이외의 주제에 대해서도 옆에 계신 다른 전공의 연구자들과 함께

자유롭고 편안하게 연구성과를 공유하는 장이 되기를 바랍니다.

우연히 아프리카 어느 부족의 속담을 알게 되었습니다. 여러 선생님들과 함께 하면 좋겠다는 생각에 여기에 적어 봅니다. ‘빨리 가려면 혼자 가십시오. 그러나 멀리 가려면 꼭 다른 사람과 함께 가야 합니다.’ 오늘 학술대회를 통하여 참석해 주신 모든 선생님께서 다른 사람과 함께 멀리, 또 깊은 연구성과를 이루시기를 기원합니다.

오늘 연합학술대회로서 ‘사법학자대회’가 가능하도록 헌신해 주신 교수님들이 계십니다. 상사법학회를 대표하여 수고해 주신 김태진 교수님과 최문희 교수님, 민사소송법학회의 의견을 개진해 주신 정영수 교수님과 한애라 교수님, 그리고 민사법학회의 최우진 교수님, 서종희 교수님의 노고를 다른 회원님들께서 기억해 주십사 여기에 적어 봅니다.

연합학술대회로서 사법학자대회가 이제 첫걸음을 내디뎠습니다. 오늘의 연합학술대회가 일회성으로 끝나지 않기를 바랍니다. 지금의 시작은 비록 미미할지나 그 끝은 창대해 지기를 소망해 봅니다.

감사합니다.

2022년 10월 1일

한국민사법학회장 박 동 진

개회사

사법학자대회에 참석해 주신 교수님, 연구자, 실무가 관계자 여러분 감사합니다. 한국민사법학회와 한국민사소송법학회, 한국상사법학회와 공동으로 학술대회개최를 주관하여 주신 사법정책연구원, 한국형사·법무정책연구원, 한국상사중재원, 그리고 후원을 해 주신 고려대학교 법학연구원에 감사의 인사를 드립니다.

민법과 상법 그리고 민사소송법은 서로 밀접한 관련성을 가지고 있음에도 불구하고 공동의 주제를 논의할 기회는 비교적 많지 않았던 것 같습니다. 사법학영역의 대표 학회인 한국민사법학회와 한국민사소송법학회 그리고 한국상사법학회가 “지속가능성을 위한 사적자치원리의 기능과 변화”라는 주제로 학술대회를 개최하게 된 것은 참으로 큰 의미가 있다고 생각합니다.

21세기 사회변화는 그 이전보다 더 빠르게 진행되고 있습니다. 코로나팬데믹을 겪으며 일상의 만남이 어려운 상황에서 디지털 전환은 이전보다 빠르고 폭넓게 진행되고 있으며, 이로 인한 경제적 구조의 변화는 현재 진행형입니다. 기후 변화는 인류미래에 대한 현재의 책무를 재고하게 하고 있습니다. 사법학의 대근간인 사적자치원리를 사회변화현상에 비추어 다시 고민해 보아야 할 시기입니다. 사회경제 운용의 새로운 틀을 짜기 위한 법이론을 제시하고 불안정한 미래에 대비하는 제도를 만드는 일은 법학자들의 임무일 것입니다.

오늘 사법학자대회는 특별히 권영준 교수님, 지원림 교수님, 김건식 명예교수님, 손한기 명예교수님을 모시고 “사적자치원리의 기능과 변화”에 대한 좌담회를 마련하였습니다. 원로선배님들의 논의는 사법학의 큰 방향을 제시해 주시리라 생각하며 존경과 감사의 인사를 드립니다.

사법학자대회 준비를 위해 봉사해 주신 각 학회 상임이사님, 발표자, 사회자, 토론자 여러분께 감사의 인사를 드립니다. 그리고 3개 학회와 유관기관이 공동으로 학술대회를 개최할 수 있도록 의미 있는 공동학술대회의 개최를 제안해 주시고 학술대회 준비에 중심적 역할을 해주신 민사법학회 박동진 회장님의 노력에 각별한 감사의 인사를 드립니다.

오늘의 공동학술대회가 사법학의 미래 좌표를 제시하는 자리가 되길 희망합니다.

2022년 10월 1일

한국상사법학회 회장 김 효 신

개회사

안녕하십니까.

한국민사소송법학회 회장 정선주입니다.

오늘 이렇게 한국민사법학회, 한국상사법학회와 함께 사법학자들의 축제의 자리를 마련하게 되어 너무나 기쁩니다. 공동주관기관으로서 이 귀한 자리를 더욱 빛나게 해주신 대한상사중재원, 사법정책연구원과 한국형사·법무정책연구원께 감사드리고, 후원기관인 고려대학교 법학연구원께도 감사드립니다.

오늘은 사법 분야 연구자들이 처음으로 다 함께 모인 자리인 만큼, 세 분의 큰 선생님을 모시고 사법의 가장 중요한 원칙인 사적자치에 관하여 묵직한 학문적 향기를 느끼는 시간부터 가지려고 합니다. 저희에게 학문적 자극과 즐거움을 선사하기 위해 귀한 시간을 내어주신 세 분 선생님께 진심으로 감사드립니다.

여러분 모두 잘 알고 계시듯이, 사법은 사람과의 관계, 사람과 사물과의 관계를 규율하는 법 영역입니다. 사법이 지속적으로 발전하기 위해서는 우리 연구자들 모두가 사회의 변화, 가치의 변화를 정확하게 인지하고 이를 사법에 연결하여 연구하고 검토하는 노력이 필요합니다.

오늘 이 학술대회에서는 극심한 기후변화를 겪으면서 우리 사회뿐 아니라 전 세계적으로 큰 화두가 되고 있는 환경보호 문제를 사법적 관점에서 원만하게 해결하는 지혜를 모아보려고 합니다. 그리고 우리 사회가 미래지향적으로 발전하기 위해서는 기업과 소비자의 관계가 대립적이 아니라 동반자적이어야 합니다. 소비자보호와 단체의 활동보장 역시 이러한 관점에서 문제해결의 해안을 찾아보려고 합니다.

오늘 이 자리가 여러분의 적극적인 참여로 사법의 지속적인 발전을 위해 많은 귀한 의견들이 나누어질 수 있는 그런 소중한 자리가 되었으면 좋겠습니다.

저는 민사소송법 강의 첫 시간에 늘 법학의 꽃은 민사소송법이라고 학생들을 세뇌시키고 있습니다. 실체법에서 아무리 권리가 있다고 해도 그 권리가 실현되는 것은 결국 소송절차를 통해서라고 주장하면서 말입니다. 그런데 오늘은 제가 한걸음 뒤로 물러서야 할 것 같습니다.

실체법 전공자이신 한국민사법학회 박동진 회장님과 회원 여러분, 한국상사법학회 김효신 회장님과 회원 여러분께서 이끌어주지 않으셨다면 오늘 이 학술대회가 성사되기는 어려웠을 것이기 때문입니다. 이 자리를 빌어 깊은 감사의 인사를 드립니다.

그리고 바쁜 시간을 쪼개어 적극적으로 참여해 주신 한국민사소송법학회 회원 여러분께도 진심으로 감사드립니다.

또한 학술대회의 성공적인 개최를 위해 발표와 토론, 사회를 맡아주신 선생님들과 학술대회 준비에 많은 시간과 노력을 아끼지 않으신 각 학회 총무이사님과 연구이사님들께도 존경과 감사의 마음을 전합니다.

우리 법학과 법 제도의 발전을 위해서는 실체법과 소송법의 이산가족화 현상은 바람직하지 않습니다. 이번 사법학자대회를 계기로 실체사법과 소송법의 교류가 더욱 활성화되기를 진심으로 기원합니다. 감사합니다.

2022년 10월 1일

한국민사소송법학회장 정 선 주

축사

안녕하십니까?

대한상사중재원 원장 맹수석입니다.

먼저 오늘 ‘지속가능성을 위한 사적자치원리의 기능과 변화’를 주제로 한 2022년 사법학자대회의 개최를 진심으로 축하드립니다. 아울러 이번 행사를 기획하고 준비하는데 수고를 아끼지 않으신 박동진 한국민사법학회 회장님, 김효신 한국상사법학회 회장님, 정선주 한국민사소송법학회 회장님과 관계자 여러분들께 감사의 말씀을 드립니다.

오늘 사법 분야의 주요 기본원리인 사적자치의 원리, 그리고 우리 사회뿐만 아니라 전세계적으로도 중요한 화두가 되고 있는 지속가능성의 문제를 주제로 각 분야 전문가들이 참여하여 깊이 있는 논의의 장이 마련된 점에 대해 대단히 뜻깊게 생각합니다. 특히 최근 전세계적으로 코로나19로 인한 팬데믹과 각 지역의 첨예한 갈등 고조에 따른 전쟁의 발발로 세계 경제의 불안정성이 그 어느 때보다 심화되고 있는 상황에서, 기업·단체 그리고 소비자 관련 핵심 이슈에 대한 쟁점의 검토와 지속가능성을 위한 사적자치원리의 대응 방안 모색을 통해 우리나라 사법 이론의 발전은 물론 급변하는 환경 속에서 관련 쟁점에 대한 해법이 우리 사회에 널리 공유되기를 기대합니다.

중재, 조정 등 소송 외 분쟁해결(ADR) 제도는 분쟁해결 과정에서의 당사자 자치를 기본 이념으로 하고 있어 이번 사법학자대회의 대주제에도 부합하는 제도이기도 합니다. 특히 ADR 제도는 ‘소송’이라는 전통적·대립적 분쟁해결 방식에 비하여 우리 사회 전문가들의 집단지성을 활용하여 유연하고 신속히 분쟁을 해결함으로써 분쟁 당사자들이 본연의 경제활동에 전념할 수 있게 해주는 방식일 뿐만 아니라, 당사자 간에 우의적인 해결을 추구한다는 점에서 지속가능성을 제고, 촉진하는 측면이 있다고 할 수 있어, 이번 사법학자대회를 포함하여 향후 다양한 기회를 통해 지속적인 연구 대상이 되고, 나아가 ADR 제도가 우리 사회에 널리 이용될 수 있기를 희망합니다.

오늘 행사를 위해 애써주신 박동진 회장님, 김효신 회장님, 정선주 회장님과 행사를 준비하느라 수고해주신 관계자 여러분께 다시 한 번 축하와 감사의 말씀을 드리고, 오늘 대회가 모쪼록 알차게 진행되기를 기대합니다.

감사합니다.

2022년 10월 1일

대한상사중재원 원장 맹 수 석

축사

안녕하십니까

한국형사·법무정책연구원 원장 하태훈입니다.

2022년 사법학자대회 개최를 진심으로 축하합니다.

오늘 뜻 깊은 공동 학술행사에 참여할 수 있는 기회를 주신 한국민사법학회 박동진 회장님, 한국상사법학회 김효신 회장님, 한국민사소송법학회 정선주 회장님께 감사드립니다.

이번 사법학자대회는 우리나라 사법 분야에서 최고 권위 있는 한국민사법학회, 한국상사법학회, 한국민사소송법학회가 함께 주최하는 첫 공동 학술대회입니다. 아시다시피 사적자치원리는 사법영역에서 가장 중요한 대원칙 중의 하나로 인간의 자율성과 존엄성에 기초한 사법질서라고 할 수 있습니다. 최근 공익을 이유로 사적자치를 제한하는 정책과 입법이 늘어나면서 사법학계에서는 사적자치원리의 기능과 변화의 필요성이 중요한 논제로 부각되고 있습니다. 이와 같은 상황에서 ‘지속가능성을 위한 사적자치원리의 기능과 변화’라는 대주제 아래 각 분야 별로 구체적이고 심도 있는 논의의 장을 열게 되어 더욱 특별한 의미가 있습니다.

1989년 설립된 한국형사정책연구원은 형사정책 분야의 유일한 국책연구기관으로서 범죄 원인과 범죄예방 정책에 관하여 1,500여 편에 달하는 다양한 양질의 연구보고서를 통해 범죄예방과 사회 안전에 기여해 왔습니다. 2021년에 한국형사·법무정책연구원으로 명칭을 변경하여 법무 정책에 대한 연구 수요가 급증하는 정책 환경의 변화에 발맞추어 사법 분야의 연구기능을 강화할 수 있게 되었습니다. 올해 법무정책 분야의 조사·연구사업으로 5개 세부 과제의 연구를 시작했습니다. 이 분야에 관한 한 아직 초보자이고 개척자이기 때문에 지난 해 한국민사법학회, 한국상사법학회, 한국민사소송법학회 등 유관 학회와 학술교류 협력을 위한 협약을 체결하여 든든한 지원군을 얻었습니다. 여러분께서 지속하여 관심과 응원을 보내주신다면 한국형사·법무정책연구원이 형사·법무정책의 통합적 싱크탱크로 도약할 수 있을 것입니다.

오늘 사법 분야의 공동 학술대회가 향후 우리나라 학계와 실무에 모두 이바지할 수 있는 마중물이 되었으면 하는 바램입니다. 또한 오늘을 계기로 사법학자대회가 우리 사회에 등장하는 사법적 이슈에 대하여 각 분야 학계와 실무의 전문가들이 긴

밀하게 소통을 하고 시의 적절한 해결방안을 모색하는 장이 되기를 기대합니다. 해
가 거듭되면서 좋은 학술적 성과를 거둘 것으로 확신합니다.

오늘 공동으로 사법학자대회를 주관해 주신 맹수석 대한상사중재위원장님, 홍기태
사법정책연구원장님과 관계자분들께 감사드립니다. 행사장소를 마련해 주신 김하열
고려대학교 법학연구원장님, 참석하신 학회 회원님, 바쁘신 중에도 사회, 발표, 토론
을 맡아주신 각계의 전문가 여러분께 감사의 인사를 올립니다.

감사합니다.

2022년 10월 1일

한국형사·법무정책연구원 원장 **하 태 훈**

축사

박동진 한국민사법학회장님, 김효신 한국상사법학회장님, 정선주 한국민사소송법학회장님을 비롯하여 존경하는 여러 교수님들, 그리고 바쁘신 가운데서도 자리를 빛내 주신 내외 귀빈 여러분들께 축하와 감사의 인사를 드립니다. 아울러 사법정책연구원과 함께 오늘 행사를 공동 주관하는 대한상사중재원, 한국형사·법무정책연구원, 그리고 오늘 행사를 후원하여 주신 고려대학교 법학연구원의 관계자 여러분들께도 감사의 말씀을 드립니다.

민·상사 실체법과 절차법을 아우르는 사법(私法)은 재산권 질서를 규율하는 법체계로서 대한민국의 법질서의 근간을 이룹니다. 법학 연구는 물론 법률실무에서도 사법학(私法學)의 중요성을 아무리 강조하여도 지나침이 없을 것입니다. 사법정책연구원은 개원 첫 해부터 한국민사법학회 및 한국민사소송법학회와 업무협약을 체결하고 현재까지 지속적으로 교류·협력을 이어 오고 있습니다.

사적 자치에 입각한 근대적 사법(私法)의 기본 질서는 개인의 경제적 자유와 창의성을 보장하며 대한민국의 눈부신 발전의 밑바탕이 되었습니다. 그러나 4차 산업혁명의 도래와 전세계적인 기후위기는 사적 자치의 원리에 대하여서도 거대한 도전으로 다가오고 있습니다. 오늘 대회의 주제가 「지속가능성을 위한 사적자치원리의 기능과 변화」임은 이러한 시대상과 무관하지 않다고 할 것입니다.

오늘 대회의 세부주제인 「환경보호와 기업의 책임」, 「사회변화와 소비자보호」, 「단체의 활동보장과 책임」은 현대의 사법학이 직면한 과제들을 요약하여 보여주고 있습니다. 기업의 영리활동이 환경적으로 지속 가능하도록 하는 것, 경제력의 집중과 경제주체 간의 불균등이 심화되는 상황에서 적절한 소비자 보호를 도모하는 것, 사회적 영향력이 현저한 사적 단체들의 자율적인 운영과 공적인 책임을 조화시키는 것, 이들은 모두 우리 사회의 건강한 유지·존속을 위하여 반드시 해결되어야 하지만, 한편으로 어느 하나도 쉽게 풀어낼 수 없는 난제입니다. 이 모든 문제의 근저에는 공통적으로 사적자치의 원리와 현대사회의 새로운 요청들 간의 충돌이 내포되어 있습니다.

이러한 문제를 해결하기 위하여서는 단단한 이론적 근거를 갖추는 한편 종합적이고 구체적인 해법을 찾기 위한 논의가 필요합니다. 전통적인 사법의 논리에만 매몰되지 않고 사회의 변화를 포착하고 광범위한 파급효과를 고려하는 접근도 필요합니

다. 오늘 사법학자대회는 민법, 민사소송법, 상법학계의 전문가들과 각계의 실무가들이 함께 모여 현대사법의 제문제에 대하여 상호 의견을 나누고 폭넓은 관점을 교환함으로써, 내실있는 결론을 도출할 수 있는 의미 있는 자리가 될 것으로 기대합니다.

이러한 자리에 사법정책연구원이 일익을 맡게 되어 영광스럽게 생각합니다. 앞으로도 사법정책연구원은 오늘과 같은 논의의 성과가 사법정책에 반영될 수 있도록, 학계와 실무계의 가교 역할에 최선을 다하겠습니다.

끝으로 오늘 참석해 주신 내외 귀빈 여러분과 바쁘신 일정 중에도 흔쾌히 사회, 발표 및 토론을 맡아주신 각계의 전문가 여러분, 그리고 이번 사법학자대회를 기획하고 준비해주신 모든 관계자 여러분께 다시 한 번 깊은 감사의 말씀을 드립니다. 고맙습니다.

2022년 10월 1일
사법정책연구원장 **홍기태**

목 차

제1부

[좌담회] 사적자치원리의 기능과 변화	1
----------------------------	---

제2부

제2-1부

[제1발표] 환경침해에 대한 보상청구권	전 경 운 3
[제2발표] 기업인수 시 환경실사의 쟁점과 계약적 반영	황 형 준 51
[제3발표] 환경소송에서의 증명책임에 관한 이론들과 보완책	박 성 은 75
▶ 토론	정 준 혁 117
▶ 토론	박 지 원 123

제2-2부

[제1발표] 금융혁신과 금융소비자보호	심 영 127
[제2발표] 분쟁해결절차에서의 사적 자치의 원칙과 금융분쟁조정절차 — 당사자 절차주체성 중시 관점과 절차주재자(기관) 성과 중시 관점의 대립을 중심으로 —	함 영 주 159
[제3발표] 소비자계약에서 계약내용의 통제	황 원 재 217
▶ 토론	김 명 수 247
▶ 토론	김 지 호 251

제2-3부

[제1발표] 民法上 組合에 관한 訴訟法上 諸問題	강 구 욱 253
[제2발표] 비영리·공익단체의 ‘거버넌스’에 관한 소고 — 민법학에 학제적인 관점을 —	권 철 259
[제3발표] 비영리법인 지배구조의 문제점과 개선방안	김 정 연 273
▶ 토론	이 동 진 291
▶ 토론	탁 상 진 297

【제1부 좌담회】

사적자치원리의 기능과 변화

진행	한국민사법학회	한국상사법학회	한국민사소송법학회
			
권영준 교수 (서울대학교 법학전문대학원)	지원림 교수 (고려대학교 법학전문대학원)	김건식 명예교수 (서울대학교 법학전문대학원)	손한기 명예교수 (연세대학교 법학전문대학원)
<p>[좌담의 소주제]</p> <ul style="list-style-type: none">○ 현대사회에서의 사적자치 원리에 대한 진단과 평가<ul style="list-style-type: none">- 사법(私法)체계 내에서의 사적자치 원리의 의미와 기능- 국가기관의 사적자치 원리에 대한 제약 시도의 의미와 한계 (특히, 입법부의 강행적 법률 제정 시도와 사법부의 계약내용 통제를 중심으로)- 이른바 지속가능성 사고와 사적자치 원리의 조화 가능성○ 사적자치 원리의 변화 및 발전 가능성에 관한 전망○ 사법학자 대회의 의미와 향후 발전방향			

사적자치 원리는 사법체계를 관통하는 핵심적 원리로 이해되어왔습니다. 공공복리 등을 이유로 수정되거나 제약이 가해지기도 하였지만, 인간의 존엄과 가치에 대한 존중, 자유민주주의적 기본질서와 같은 헌법이념에 기초를 둔 사적자치 원리는, 사법의 분야별로 그 적용 국면과 정도에 차이가 있겠으나, 여전히 사법(私法)의 최고 원리 지위를 유지한다고 말할 수 있겠습니다.

그러나 최근, 사회적 이익집단 사이의 극단적 대립이나, 다양한 보호가치의 침해한 충돌 속에 법률문제 해결의 난맥상을 드물지 않게 목도할 수 있습니다. 증가하는 집단분쟁, 장기간 이어진 팬데믹에 기인한 법률문제, 환경오염이나 사회적 불균등 심화 등과 같이 사회의 지속가능성을 저해할 수 있는 다양한 이슈 등에 대해 입법·행정·사법(司法) 등의 공적 권력에 의한 계약 내용 및 효력에 대한 개입과 통제가 이루어지기도 하고, 과실책임주의와 자기책임원리에 대한 수정이 시도되기도 합니다. 이러한 법현실에 대해, 더 이상 사적자치만 앞세우기 곤란한 상황이 아닌지, 과연 사적자치 원리가 지속적으로 사법의 최고원리로 자리매김할 수 있을지에 대한 의문이 자연스럽게 떠오릅니다.

이러한 배경에서, 우리는 2022년 사법학자대회를 준비하면서, 사적자치 원리가 현재의 사법(私法) 체계에서 가지고 있는 위상과 의미에 대한 재정립이 필요한지, 나아가 작금의 법현실에서 사적자치 원리에 버금가거나 그 수정을 요청하는 가치와 원리는 무엇인지, 그러한 가치·원리와 사적자치 원리는 어떤 관계에 놓여있는지, 조화가 가능한 것인지, 입법부가 강행적 취지로 공포한 법률이나 사법부가 명확한 법률적 근거 없이 사적자치 영역에 개입하여 법률관계를 수정하는 판례를 형성하는 것을 사법학자들은 어떠한 관점에서 평가하고 어느 방향으로 연구를 하여야 하는지 등에 관한 현답(賢答)을 얻기 위하여, 각 학회회원인신 세 분의 석학을 모시고 좌담회를 개최하기로 하였습니다.

더불어 2022년 사법학자들의 대표 학술단체인 한국민사법학회·한국상사법학회·한국민사소송법학회가 의기투합하여 처음으로 개최하는 사법학자대회인 만큼, 사법학자대회의 의미와 향후 발전방향에 관한 좌담자 선생님들의 고견도 듣고자 합니다. 이번 좌담회가 오늘 사법학자대회 일정뿐 아니라, 앞으로의 사법학자대회와 사법학자들의 연구에 든든한 주춧돌이 되리라 기대합니다.

2022년 10월 1일
사법학자대회 준비모임 일동

환경침해에 대한 보상청구권

전 경 운*

- I. 들어가며
- II. 독일법상 환경침해로 인한 보상청구권
- III. 우리 법상 환경침해로 인한 보상청구권
- IV. 마치며

I. 들어가며

매연·증기·가스·소음·진동 기타 이와 유사한 불가량물질에 의한 환경침해¹⁾에 대하여, 피해자는 침해의 제거와 예방을 청구할 수 있는 유지청구권²⁾과 발생한 손해

* 경희대학교 법학전문대학원 교수

1) 환경정책기본법 제3조 제4호는 “환경오염이란 사업활동 및 그 밖의 사람의 활동에 의하여 발생하는 대기오염, 수질오염, 토양오염, 해양오염, 방사능오염, 소음·진동, 악취, 일조방해, 인공조명에 의한 빛공해 등으로서 사람의 건강이나 환경에 피해를 주는 상태”라고 개념정의하고 있다. 그리고 최근 대법원은 ‘태양반사광으로 인한 생활방해 사건’(대법원 2021. 6. 3. 선고 2016다33202, 33219 판결)에서, 즉 “갑 주식회사가 외벽 전체를 통유리로 한 건물을 신축하여 사용하고 있는데, 인근 아파트에 거주하는 을 등이 갑 회사를 상대로 위 건물 외벽유리를 매개물로 하여 생성된 태양반사광이 주거지에 유입되어 이로 인한 생활방해가 참을 한도를 초과하였다고 주장하며 손해배상청구 및 방지청구를 한 사안에서, 태양반사광으로 인한 생활방해는 태양광이 ‘인위적으로 축조된’ 건물 외벽에 의한 반사 효과와 결합하여 발생시키는 것이고, 태양반사광 침해는 반사되는 강한 태양빛이 직접 눈에 들어와 시각장애를 일으키는 점에서 침해행위의 태양이 일조방해의 경우보다 더 적극적인 침습의 형태이므로, 태양반사광으로 인한 생활방해의 참을 한도를 판단하는 때에는 일조방해의 판단 기준과는 다른 기준을 적용할 필요가 있는바, 태양반사광이 아파트 거실이나 안방과 같은 주된 생활공간에 어느 정도의 밝기로 얼마 동안 유입되어 눈부심 등 시각장애가 발생하는지와 태양반사광으로 인하여 아파트의 주거로서의 기능이 훼손되어 참을 한도를 넘는 생활방해에 이르렀는지 등을 직접적으로 심리하여야 하는데도, 이를 제대로 심리하지 아니한 채 태양반사광으로 인한 생활방해가 참을 한도를 넘지 않았다고 본 원심판단에 법리오해 등의 잘못이 있다”고 하였다.

에 대해서 손해배상청구권을 행사할 수 있다.

손해배상청구권의 법적 근거로는 민법 제750조가 가장 기본적인 규정으로서 적용이 되며 다수원인자의 환경침해에 대해서는 민법 제760조가 적용된다.³⁾ 그리고 피해의 구제는 과실책임(제750조)에서 무과실책임으로 점차 전환되고 있으며, 이와 관련하여 환경정책기본법 제44조는 “환경오염 또는 환경훼손으로 피해가 발생한 경우에는 해당 환경오염 또는 환경훼손의 원인자가 그 피해를 배상하여야 한다”고 하여서 ‘원인자의 무과실책임’을 규정한다.⁴⁾ 최근에는 “환경오염피해 배상책임 및 구제에 관한 법률”이 제정되어(2016. 1. 1. 시행) 일정한 시설에 의한 환경오염피해에 대해서 사업자의 무과실책임을 인정하고 있다(동법 제6조 제1항).⁵⁾ 또한 판

-
- 2) 현재 침해의 제거나 장래 침해의 예방을 구하는 유지청구와 관련하여, 우리나라에서는 그 용어로서 금지청구, 정지청구 등의 용어를 사용하기도 하고, 독일민법에서는 독일민법 제1004조에 의한 소유권에 기한 방해제거청구권(Beseitigungsanspruch)과 방해예방청구권(Unterlassungsanspruch)의 상위개념으로서 방어청구권(Abwehranspruch)이라는 용어를 사용한다(Staudingers Komm./Roth, 13. Aufl., 1996, §1004 Rn. 1; Erman Handkomm/Wolfgang Hefermehl, 10. Aufl., 2000, §1004 Rn. 4). 독일 판례에서도 독일민법 제1004조와 제906조에 의하여 인정되는 청구권을 방어청구권이라고 한다(BGHZ 113, 384). 환경침해와 관련하여 우리나라에서는 통상 유지청구라는 용어를 많이 사용하므로(대법원 2007. 6. 15. 선고 2004다37904,37911 판결), 이하에서는 유지청구라는 용어를 사용하기로 한다. 그러나 최근 판례에서는 ‘소유권이나 점유권에 기한 물권적 청구권의 행사로서 방지청구’(대법원 2015. 10. 15. 선고 2013다89433,89440,89457 판결 등)라고 하여 ‘방지청구’라는 용어를 사용하기도 한다.
- 3) 대법원 1991. 7. 26. 선고 90다카26607 판결(공단 소재 10개의 공장에서 배출된 공해물질(각종 유해가스 및 분진)로 인하여 초래된 공단 주변 주민들의 생활환경 침해 및 장차 발병가능한 만성적인 신체건강상의 장해로 인한 정신적 고통에 대하여 공장주들에게 공동불법행위자로서 위자료 지급의무를 인정한 사례); 대전지법 1995. 2. 8. 선고 93가합3237 판결.
- 4) 환경정책기본법 제44조의 효력과 관련하여 정책선언적 규정으로 보아야 한다는 견해가 있으나, 판례는 실제법적 효력을 인정하고 있다(대법원 2001. 2. 9. 선고 99다55434 판결; 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다50338 판결; 대법원 2011. 11. 10. 선고 2010다98863,98870 판결; 대법원 2017. 2. 15. 선고 2015다23321 판결; 대법원 2018. 9. 13. 선고 2016다35802 판결(환경오염 또는 환경훼손으로 인한 책임이 인정되는 경우는 사업장에서 발생하는 것에 한정되지 않고, 원인자는 사업자인지와 관계없이 그로 인한 피해에 대하여 환경정책기본법 제44조 제1항에 따라 귀책사유를 묻지 않고 배상할 의무가 있다); 대법원 2020. 6. 25. 선고 2019다292026, 292033, 292040 판결(경마공원 인근에서 화훼농원을 운영하는 갑 등이 한국마사회가 경마공원을 운영하면서 경주로 모래의 결빙을 방지하기 위하여 살포한 소금이 지하수를 통해 농원으로 유입되어 갑 등이 재배하던 분재와 화훼 등이 고사하였다고 주장하며 한국마사회를 상대로 손해배상을 구한 사안에서, 환경정책기본법 제44조 제1항에 따라 한국마사회의 손해배상책임이 인정된다고 하였다).
- 5) 그 외에도 광업법은 광물의 채굴과정에서 타인에게 손해를 준 때에 광업권자에게 무과실배상책임을 인정하고(동법 제75조), 토양환경보전법에서는 토양오염에 의한 손해에 대해서 오염원인자에게 무과실책임과 정화책임을 규정하고 있다(동법 제10조의 3). 원자력손해배상법은

례는 김포공항 사건⁶⁾ 이래로 공작물이나 영조물이 이용됨에 있어 그 이용상태 및 정도가 사회통념상 수인한도를 초과하여 제3자에 피해를 입히는 경우에 공작물이나 영조물의 하자가 있다고 하는 기능적 하자론에 입각하여 공작물책임(민법 제 758조)⁷⁾과 영조물책임(국가배상법 제5조)⁸⁾을 인정하고 있다. 이에 따라 최근 판례

원자로의 운전 등으로 인하여 손해가 생긴 때에 원자력사업자에게 무과실책임을 인정한다 (동법 제3조).

- 6) 대법원 2005. 1. 27. 선고 2003다49566 판결(김포공항 주변의 항공기 소음침해가 적어도 85 WECPNL 이상인 경우에는 인근 주민들의 피해는 사회생활상 통상의 수인한도를 넘는 것으로서, 김포공항의 설치·관리에 하자가 있다. 대법원은 “국가배상법 제5조 제1항에 정하여진 ‘영조물의 설치 또는 관리의 하자라 함은 공공의 목적에 공여된 영조물이 그 용도에 따라 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있음을 말하고, 안전성을 갖추지 못한 상태, 즉 타인에게 위해를 끼칠 위험성이 있는 상태라 함은 당해 영조물을 구성하는 물적 시설 그 자체에 있는 물리적·외형적 흠결이나 불비로 인하여 그 이용자에게 위해를 끼칠 위험성이 있는 경우뿐만 아니라, 그 영조물이 공공의 목적에 이용됨에 있어 그 이용상태 및 정도가 일정한 한도를 초과하여 제3자에게 사회통념상 수인할 것이 기대되는 한도를 넘는 피해를 입히는 경우까지 포함된다고 보아야 한다”고 하였다). 물론 김포공항 사건 이전에 매향리 사격장 사건에서도 같은 설시를 하면서, 영조물책임(국가배상법 제5조)에 의하여 손해배상책임을 인정하였다(대법원 2004. 3. 12. 선고 2002다14242 판결).
- 7) 대법원 2007. 6. 15. 선고 2004다37904,37911 판결(고속도로 소음); 대법원 2015. 9. 24. 선고 2011다91784 판결(고속도로 소음); 대법원 2017. 2. 15. 선고 2015다23321 판결(철도소음); 대법원 2019. 11. 28. 선고 2016다233538, 233545 판결(고속도로에 인접한 과수원의 운영자인 갑이 과수원에 식재된 과수나무 중 고속도로에 접한 1열과 2열에 식재된 과수나무의 성장과 결실이 다른 곳에 식재된 과수나무에 비해 현격하게 부진하자 과수원의 과수가 고사하는 등의 피해는 고속도로에서 발생하는 매연과 한국도로공사의 제설제 사용 등으로 인한 것이라고 주장하며 한국도로공사를 상대로 손해배상을 구한 사안에서, 한국도로공사가 설치·관리하는 고속도로에서 발생한 매연과 한국도로공사가 살포한 제설제의 염화물 성분 등이 갑이 운영하는 과수원에 도달함으로써, 과수가 고사하거나 성장과 결실이 부족하고 상품판매율이 떨어지는 피해가 발생하였을 뿐만 아니라, 이는 통상의 참을 한도를 넘는 것이어서 위법성이 인정된다고 보아 한국도로공사의 손해배상책임을 인정하였다).
- 8) 대법원 2010. 11. 25. 선고 2007다20112 판결(공군 비행장 인근 주민들의 거주지역이 농촌지역인 점 등을 감안하여 그 주민들 거주지역 소음 피해가 소음도 80WECPNL 이상인 경우 사회생활상 통상의 수인한도를 넘어 위법하다고 본 원심의 판단이 정당하다고 하였다); 대법원 2010. 11. 11. 선고 2008다57975 판결(공군 사격장); 대법원 2010. 11. 25. 선고 2007다74560 판결(대구비행장 주변 지역의 소음 피해가 소음도 85WECPNL 이상인 경우 사회생활상 통상의 수인한도를 넘어 위법하다고 본 원심의 판단이 정당하다고 한 사례); 서울고등법원 2012. 1. 12. 선고 2011나75982 판결(대구비행장 인근에 거주하는 주민들이 국가를 상대로 항공기소음으로 인한 손해배상을 구한 사안에서, 소음도 85웨클 이상인 구역에 거주하는 주민들에 대한 국가의 위자료지급책임을 인정하면서, 대구비행장 주변이 지속적인 항공기소음 노출 지역이라는 것이 널리 알려졌다고 보이는 1989. 1. 1. 이후 전입한 주민들의 손해액을 30% 감액하고, 나아가 이전에 제기된 대구비행장 인근 항공기소음으로 인한 손해배상청구 사건에서 국가배상책임을 인정한 대법원판결의 내용이 널리 알려졌다고 보이는 2011. 1. 1. 이후 전입한 주민들의 손해액을 50% 감액한 사례); 대법원 2012. 6. 14. 선고 2012다13569 판결; 대법원 2015. 10. 15. 선고 2013다

중에는 손해배상인정의 근거로 원인자의 무과실책임, 공작물책임 등을 모두 근거로 하여 손해배상책임을 인정하기도 한다.⁹⁾

환경침해에 대한 유지청구권 인정의 법적 근거에 대해서는 다양한 학설(물권적 청구권설, 인격권설, 환경권설 등)이 있지만, 우리의 판례¹⁰⁾는 소유권(제214조) 내지 점유권(제205조, 제206조) 등에 근거를 두는 물권적 청구권설에 근거하여 환경침해에 대한 방해제거와 예방청구를 할 수 있는 유지청구권이 인정된다고 한다.

그런데 환경침해시 피해자의 인용의무가 인정되어서 침해의 위법성이 없어서 유지청구나 손해배상청구가 인정되지 않는 경우에, 피해자에게 발생한 손해에 대한 보상청구를 인정하는 환경침해로 인한 보상청구권에 대해서는 우리나라에서 거의 논해지지 않고 있고, 판례에서도 이를 인정할 예가 없다. 그러나 독일민법과 그 외 관련 특별법을 보면 환경침해로 인한 보상청구권이 다양하게 인정되고 있다. 이에 따라 환경침해로 인한 보상청구권에 대해서, 먼저 독일 민법과 관련 법의 내용을 살펴본 후, 우리민법상 환경침해로 인한 보상청구권이 인정될 수 있는 경우를 검토해 보고자 한다. 물론 우리 민법상 환경침해로 인한 보상청구권의 인정은 민법개정을 통하여 분명히 입법되어야 할 필요성이 있지만, 그 이전에도 해석론과 판례를 통하여 인정될 여지가 있다고 할 것이다.

23914 판결; 대법원 2016. 11. 10. 선고 2013다71098 판결(헬기장 사건) 등.

9) 대법원 2017. 2. 15. 선고 2015다23321 판결(한국철도시설공단이 건설하고 한국철도공사가 운영하는 철로에서 열차의 운행으로 발생한 소음·진동에 의하여, 철로 인근의 한우를 사육하는 농장에서 사육 중인 한우들에 유·사산, 성장지연, 수태율 저하 등의 피해가 발생한 사건에서, 대법원은 환경정책기본법 제31조에 의한 사업자의 무과실책임과 공작물책임(민법 제758조)에 의하여 손해배상책임을 인정된다고 하였다).

10) 대법원 2007. 6. 15. 선고 2004다37904,37911 판결; 대법원 2015. 9. 24. 선고 2011다91784 판결; 대법원 2015. 10. 15. 선고 2013다89433,89440,89457 판결; 대법원 2016. 11. 10. 선고 2013다71098 판결 등.

II. 독일법상 환경침해로 인한 보상청구권

1. 독일민법 제906조에 의한 보상청구권

1) 독일민법 제906조의 의의의 등

독일민법상 환경침해에 대한 유지청구권은 독일민법 제1004조[방해제거 및 방해예방 청구권]¹¹⁾에 의하여 인정되고, 환경침해로 인한 피해자 등의 인용의무(Duldungspflicht)는 독일민법 제906조에 의하여 도출된다.¹²⁾ 현행 독일민법 제906조¹³⁾는 1959년과 1996년에 걸쳐 2번 개정되었다. 1959년 개정전 독일민법 제906조¹⁴⁾는 불가량물질에 의한 환경침해가 비본질적 침해(경미한 침해)이거나 본질적 침해(중대한 침해)이더라

11) 독일민법 제1004조는 우리민법 제214조[소유물방해제거, 방해예방청구권]에 상응하는 조문으로서, 구민법에는 없던 조문을 독일민법 제1004조와 중화민국민법 제767조를 외국의 입법례로 하여 우리 민법 제214조가 입법되었다(민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회, 民法案審議錄(上卷), 1957, 1957, 135면). 독일민법 제1004조는 다음과 같다. 독일민법 제1004조(제거청구권과 예방청구권) (1) 소유권이 점유의 침탈이나 유치 이외의 방법에 의하여 침해가 된 경우에 소유자는 방해자에 대하여 침해의 제거를 청구할 수 있다. 계속적인 침해가 우려되는 때에는 소유자는 유지의 소를 제기할 수 있다. (2) 청구권은 소유자가 인용할 의무를 진 경우에는 배제가 된다.

12) Staudingers Komm/Roth, a. a. O., §906 Rn. 3; Basler Komm/Rey, Zivilgesetzbuch II, 3. Aufl., 2007, Art. 684, Rn. 1; Wolf/Wellenhofer, Sachenrecht, 32. Aufl., 2017, S. 407.

13) 독일민법 제906조(불가량 물질의 유입) (1) 토지의 소유자는 가스, 증기, 냄새, 연기, 매연, 열, 소음, 진동의 침입 및 다른 토지로부터 오는 유사한 작용이 자기의 토지의 이용을 침해하지 아니하거나 단지 비본질적으로만 침해하는 경우에는 이를 금할 수 없다. 법률이나 법규명령에 규정된 한계치나 기준치가 규정에 따라서 조사되거나 평가된 침해에 의해서 초과되지 않으면 일반적으로 비본질적인 침해이다. 연방임대차법 제48조에 의해서 만들어지거나 기술의 수준을 반영하는 일반적인 행정규칙상에서의 수치도 또한 같다.

(2) 본질적 침해가 다른 토지의 장소통상적인 이용으로 야기되고 이러한 종류의 이용자에게 경제상 기대할 수 있는 조치에 의해서 침해를 저지할 수 없는 경우에도 또한 같다. 소유자가 이에 따라서 침해를 인용하여야 하는 경우에 그 침해가 자기 토지의 장소통상적인 이용이나 토지의 수익을 기대할 수 있는 정도를 넘어서 침해하는 때에 소유자는 다른 토지의 이용자에게 금전에 의한 상당한 보상을 청구할 수 있다.

(3) 특별한 유도에 의한 침입은 허용되지 않는다.

14) 1900년 1월 1일 시행되고 1959년 12월 22일 개정전의 독일민법 제906조의 조문을 보면 “토지의 소유자는 가스·증기·냄새·연기·매연·소음·진동의 침입 및 다른 토지로부터 오는 이와 유사한 침입이 그 토지를 침해하지 않거나 비본질적으로만 침해하는 경우 또는 가해지의 이용방법이 장소적 상태에 비추어 같은 상황에 있는 다른 토지들에 있어서도 통상적인 것으로 인정되는 경우에는 이들 침입을 금지시킬 수 없다. 특별한 유도에 의한 침입은 허용되지 않는다”고 규정되어 있었다.

도 토지의 장소통상적 이용(ortsübliche Benutzung)으로 인한 침해인 경우 피해자는 이를 인용해야 한다는 내용이었다. 그런데 독일민법 제906조는 1959년 개정을 통하여 상린관계적 공동체관계이론에 따른 독일판례¹⁵⁾의 법리를 수용하여, 본질적 침해(중대한 침해)라도 가해지의 장소통상적 이용으로 인한 침해의 경우 인용하여야 하나, 피해자는 경제적으로 기대가능한 방지조치를 청구할 수 있으며 이를 통하여서도 피해토지의 장소통상적 이용이나 토지의 수익을 기대할 수 없는 때에는 금전에 의한 조정적 보상청구를 할 수 있다(독일민법 제906조 제2항 제2문)는 내용이 입법되었다. 그리고 독일민법 제906조 제1항 제2문과 제3문은 1994년 개정으로 추가되었는데, 1994년에 개정된 독일민법 제906조 제1항 제2문과 제3문은 공법과 사법의 조화를 위해서 일반적으로 공법상의 한계기준이나 권고기준, 즉 환경기준을 준수하면 비본질적 침해가 된다고 규정하였다.¹⁶⁾

독일민법 제906조 제1항 제1문에 의하면 임밋시온이 단지 비본질적으로만 침해하는 경우에는 인용하여야 하고, 토지소유자는 임밋시온이 그의 토지의 이용을 본질적(wesentlich)으로 침해할 때에만 독일민법 제1004조 제1항에 의하여 유지청구를 할 수 있고, 불법행위를 이유로 손해배상청구를 할 수 있다. 비본질적 침해란 타인의 토지의 이용을 침해하지 않거나 본질적이 아니게 침해하는 것을 말한다. 침해가 본

15) RGZ 154, 161(상린관계적 공동체관계이론은 1930년대부터 논의되기 시작하였는데, 산업화의 진행에 따라서 임밋시온의 문제에 있어 소유권의 개념은 공동체적으로 변화되어서 주민과 기업운영자가 공동체적인 기능을 수행해야 한다는 이론인 데(Klausing, Immissionsrecht und Industrialisierung, JW 1937, S. 68 ff.), 독일 제국법원은 1937년 3월 가해토지의 장소통상적 이용으로 인한 침해에 대해서 인용의무를 인정하면서, 상린관계적 공동체관계이론에 따라 피해자들의 보상청구를 최초로 인정하였다); RGZ 159, 129; BGHZ 16, 366; BGHZ 48, 98(고속도로 건설공사시에 발생한 먼지로 인한 손해에 대해서 보상청구를 인정).

16) 그러나 이러한 개정에 대해서는 독일 내부에서 많은 비판에 제기되고(Marburger, Zur Reform des §906 BGB, Festschrift für Wolfgang Ritter, 1997, S. 904ff.), 독일의 판례도 그렇게 보지 않고 있다. 즉 독일 판례는 환경기준상의 배출허용기준을 초과하면 침해가 본질적 침해이고, 미달하면 침해가 비본질 침해라는 것을 위한 간접증거(Indiz)가 될 수 있을 뿐이라고 하면서, 개별사건에서 적당한 임밋시온의 한계는 사실심법관의 합리적인 판단에 기초하여 모든 일련의 상황에 좌우된다고 하고 있다(BGH NJW 2001, 3119, 3120). 그러므로 배출허용기준에 미달한다고 해서 반드시 비본질적 침해라고 볼 수는 없다. 즉 환경침해가 환경기준에 규정된 수치에 미달하더라도 개개의 경우에는 경미하지 않은 본질적 침해가 될 수 있다고 보는데, 이는 독일민법 제906조 제1항 제2문에 의하면 배출허용기준 등은 일반적으로(in der Regel) 기준적이 된다고 설명되기 때문이다(이와 관련하여 자세한 것은, 전경운, “환경책임법상 공법 및 환경기준의 법적 의미-독일에서의 논의를 중심으로.”, 환경법연구 제29권 3호, 2007. 12, 27-58면 참조).

질적이나 비본질적이냐는 구체적이고 객관적인 척도에 따라서 정해져야 하는데, 관계된 토지의 합리적이고 평균적인 이용자의 느낌(Empfinden)¹⁷⁾과 침해된 토지의 사용목적(공장지역이나 주택지역이나)과 구체적인 이용 등에 의하여 판단해야 한다.¹⁸⁾ 독일 연방대법원의 합의된 판례법에 따르면 침해가 본질적인지의 여부는 합리적인 평균인의 인식과 기타 공공 및 사적 이익을 고려하여 더 이상 합리적으로 기대할 수 없는 침해인지 여부에 달려 있다.¹⁹⁾ 그러나 독일민법 제906조 제3항은 “특별한 유도에 의한 침입은 허용되지 않는다”고 하여, 비본질적 침해이지만 인접한 토지에 의한 특별한 유도로 인하여 침해가 이루어지면, 항상 허용되지 않는 침해이고 피해 토지의 소유자는 인용의무가 없다. 즉 폐가스가 이웃토지에 유입되도록 배기통을 설치한 경우와 같이 특별한 유도를 통한 침입은 비본질적 침해(경미한 침해)라도 허용되지 않는다.

토지소유자는 본질적인 침해(중대한 침해)라도 임의시온에 의한 침해가 방해하는 토지의 장소통상적 이용(ortübliche Benutzung)에서 초래되고, 경제적으로 기대가능한 조치를 통하여 침해를 저지할 수 없는 경우에는 본질적인 침해라도 인용하여야 한다(독일민법 제906조 제2항 제1문).²⁰⁾ 독일민법 제906조 제2항상 ‘토지의 장소통상적 이용’에 대해서 살펴보면, 토지의 장소통상적 이용인지의 여부는 가해 토지가 판단의 기준이 되며, 주위에 있는 토지의 다수가 유사한 종류와 정도로 침해를 발생시키는 것으로 이용될 경우 장소통상적 이용으로 볼 수 있다.²¹⁾ 토지의 장소통상적 이용의 판단에 결정적인 요인은 관련 토지와 그 주변에 있는 대다수의 토지가 일정하고 일관된 침해를 일으키는데 사용되는지 여부이다. 이에 따라 문제된 지역에서 지배적인 실제 이용관계가 문제되며,²²⁾ 구체적인 경우에는 하나의 커다란 산업시설

17) BGH, NJW 1993, 1656; BGH NJW 2003, 3699; Wolf/Wellenhofer, a. a. O., 408.

18) Staudingers Komm/Roth, a. a. O., §906 Rn. 159.

19) BGHZ 120, 239, 255, BGHZ 121, 248, 255; BGHZ 148, 261, 264; BGHZ 161, 323.

20) 독일 환경책임법(UmweltHG) 제5조에 의하면 “시설이 적법하게(bestimmungsgemäss) 가동되고 있는 경우 물건에 대한 침해가 비본질적이거나 장소적 관계에 비추어 인용가능한 정도이면 물적 손해배상의무는 배제된다”.

21) Münchener Komm/Säcker, 6. Aufl., 2013, §906 Rn. 117; Staudingers Komm/Roth, a. a. O., §906 Rn. 180; BGHZ 69, 105; BGHZ 97, 105; BGH, NJW 1983, 751; BGH, NJW 1993, 925.

22) 도시계획법 등의 지역 또는 지구의 지정과 같은 공법적 규제는 토지의 장소통상적 이용의 판단에 확정적 기준이 되지는 않는데, 장소 통상적 이용은 실제 사실상의 이용관계로 판단해야 하기 때문이다(Münchener Komm/Franz Jürgen Säcker, a. a. O., §906 Rn. 118; Staudingers

도 주위의 특징을 결정할 수 있어서, 독일 판례는 특히 초지역적인 교통시설에서 발생하는 소음침해는 토지의 장소통상적 이용에 해당한다고 보아, 고속도로에서 차량운행(Autobahnverkehr),²³⁾ 철도운영(Eisenbahnbetrieb),²⁴⁾ 지역간 버스노선(Omnibuslinien),²⁵⁾ 건설소음,²⁶⁾ 비행장(Flughäfen)²⁷⁾으로 인한 항공기 소음은 장소 통상적 이용으로 인한 침해에 해당한다고 하고 있다.²⁸⁾ 즉 독일 판례는 고속도로, 철도, 비행장 등으로

Komm/Roth, a. a. O., §906 Rn. 188).

23) RGZ 159, 129(이 사건의 원고는 1934년 독일 쾰른-뒤셀도르프간 제국고속도로가 건설되면서 고속도로 인접 주택의 소유자로서, 고속도로의 차량운행으로 인한 소음·진동·먼지 등의 피해에 대하여 손해배상을 청구하였다. 이 사건에서 독일 제국법원(RG)은 고속도로의 신설 그리고 유지·관리는 점증하는 차량교통을 고려한 불가피한 도로망의 확충으로서, 국민 전체에게 큰 이익을 가져오는 것이 개인들에게 불이익이 될 수 있다고 하면서도, 도로의 공공성을 우선하여 독일민법 제906조상의 장소통상적 이용으로 인한 소음 등으로, 원고의 인용의무가 있다고 하여서 손해배상청구를 부인하였다); BGHZ 54, 384.

24) RGZ 70, 150.

25) RGZ 134, 152.

26) BGH NJW 1962,1342,1343(상점의 임차인인 원고는 피아노와 그랜드피아노를 거래하는 데, 백화점을 짓고 있는 피고의 건설소음으로 인한 영업활동의 장애를 이유로 피고에 손해배상을 청구하였다. 피고는 백화점을 신축하기 위하여 인접한 다른 건물을 철거해야 했으므로, 피고가 의뢰한 건설회사가 착암기와 굴착기를 이용하여 철거공사를 진행하였다. 이에 대하여 연방대법원은 대도시에서 집이 허물어지고 새 집으로 교체되는 것은 삶의 일부이고, 도시에서 가장 변화한 상업지구인 거리는 최첨단 건설 장비가 사용되지 않는 한 경제적으로 철거작업이 실행 가능하지 않을 것이며, 최첨단 건설장비의 사용을 통하여 건설 및 재정적 이유뿐만 아니라 합리적인 시간 내에 건설이 완료될 것을 보증할 수 있다. 그러므로 대도시에서 시끄러운 건설 활동은 제한된 기간 동안 그리고 필요한 범위 내에서 시행되는 동안, 이웃을 배려해야 하는 요구사항이 준수되는 경우 장소 통상적 이용으로 여겨져서 원고는 인용의무를 지며, 불법행위로 인한 손해배상책임은 부인된다고 하였다). 그러나 법상 요구되는 건설소음방지 조치를 제대로 이행하지 않은 경우에는 불법행위책임을 인정하고 있다.

27) BGHZ 30, 273, 277; BGH NJW 1973, 326(원고는 군용비행장 활주로에서 2Km 떨어진 자신의 토지상에 1963년 주거용건물과 농장용 건물을 지었는데, 비행장소음으로 안뜰(Hofstelle)에서 계속 생활하는 것이 불가능하다고 생각하여, 수용 보상의 관점에서 다른 지역에 새로운 주거용 건물을 짓는 데 필요한 비용의 보상을 청구하였다. 이에 대해서 연방대법원은 군용비행장이 추후에 항공교통의 확장을 포함하여 비행장으로 사용하는 것은 장소 통상적 이용에 해당한다. 그리고 독일민법 제906조 제2항 제2문의 수용적 침해로 인한 보상의 적용에는 자신의 토지를 장소 통상적 이용을 하는 데 있어 기대할 수 있는 범위 이상으로 손실을 입은 소유자가 이러한 상태에 기여한 경우에도 적용될 수 있다. 즉 수용적 침해로 인한 보상청구권은 당사자가 손해를 피하기 위해 최선을 다하여 침해로 인한 불이익을 피할 수 있었던 경우 배제될 수 있지만, 이러한 관점에서 원고의 보상청구를 기각하는 것은 타당하지 않다고 하였다); Münchener Komm/Säcker, a. a. O., §906 Rn. 128(비행장 활주로의 개보수와 확장으로 인한 소음 및 6시부터 22시까지의 비행장 운영과 관련된 항공기소음은 장소 통상적 이용으로 인한 소음이다).

28) 그 외 어린이 놀이터, 교회종소리, 교통소음, 스포츠시설 소음 등이 장소통상적 이용에 해당하는지 여부에 대해서는 Münchener Komm/Säcker, a. a. O., §906 Rn. 127-141 참조 요.

인한 소음은 예상할 수 없는 특별한 경우가 아닌 한, 가해토지의 장소통상적 이용으로 인하여 발생한 것으로 피해자들의 인용의무가 인정된다고 하여 침해행위의 위법성을 부인하여 유지청구와 손해배상청구를 인정하지 않고 있다.

물론 독일민법 제906조 제2항에 의하여 본질적인 침해가 장소통상적인 침해라 할지라도 경제적으로 기대가능한 조치(wirtschaftliche zumutbare Maßnahmen)로서 저지할 수 있을 때에는 토지소유자는 인용할 필요가 없다. 경제적으로 기대가능한 방지조치로서, 엠미시온(Emmission)을 제거하는 기술적인 설비가 고려될 수 있으나, 침해를 어쨌든 본질적인 침해 이하로 줄일 수 있는 특별한 예방수단(예를 들어, 방음벽의 설치)도 방지조치로 볼 수 있다.²⁹⁾ 방지조치의 경제적인 기대가능성의 유무는 객관적인 척도로서 결정되어야 하는데, 구체적인 방해자의 급부능력에 의해서가 아니라 요구되는 방지조치가 관계된 종류의 이용자에게, 즉 관계된 분야의 평균적인 운영에서 기대가능한가 여부에 의하여 결정해야 한다.³⁰⁾ 그러나 장기간 동안 관계된 분야의 평균적인 운영에서 더 이상 적당한 수익을 기대할 수 없을 정도로 기대가능한 방지조치가 높은 비용을 요구하는 경우 방지조치는 기대될 수 없는 것으로 보아야만 한다.³¹⁾

2) 독일민법 제906조 제2항 제2문에 의한 조정적 보상청구권

i) 상린관계적 조정적 보상청구권: 독일민법 제906조 제2항 제1문에 의하여 인용해야 하는 환경침해가 침해되는 토지의 장소통상적 이용(ortübliche Benutzung)이나 토지의 수익을 기대할 수 있는 정도를 넘어서 침해하는 경우에, 독일민법 제906조 제2항 제2문은 침해자의 귀책사유와 관계없이 피해를 입은 토지소유자에게 보상청구를 인정하고 있다.³²⁾ 이러한 조정적 보상청구권(Ausgleichsanspruch)은 1959년 12월 22일의 독일민법개정을 통하여 명문으로 규정되었다.

독일민법 제906조 2항 2문에 따라서 조정적 보상청구권이 주어지기 위해서는 독일민법 제906조 제2항 제1문에 의해서 침해를 인용할 의무가 있는 경우에, 그 침해

²⁹⁾ Münchener Komm/Säcker, a. a. O., §906 Rn. 149; Staudingers Komm/Roth, a. a. O., §906 Rn. 209.

³⁰⁾ Staudingers Komm/Roth, a. a. O., §906 Rn. 207; Wolf/Wellenhofer, a. a. O., 411.

³¹⁾ Marburger, "Zur zivilrechtlichen Haftung für Waldschaden," a. a. O., S. 125; Staudingers Komm/Roth, a. a. O., §906 Rn. 207.

³²⁾ Staudingers Komm/Roth, a. a. O., §906 Rn. 216.

가 자기 토지의 장소통상적 이용이나 자기 토지의 수익을 기대할 수 있는 정도를 넘어서 침해하는 때에만 다른 토지의 이용자에 대해서 상당한 보상(angemessenen Ausgleich)을 금전으로 청구할 수 있다(§906 Abs. 2 S. 2 BGB). 즉 조정적 보상청구권은 본질적인 침해를 인용할 의무가 있는 자가 그 침해를 통하여 그의 토지의 장소통상적 이용 또는 그의 토지의 수익을 기대할 수 있는 정도를 넘어서 침해받는 경우에, 그의 유지청구권 상실의 댓가로 금전으로 상당한 보상을 청구할 수 있도록 하는 것이다.³³⁾

ii) 보상청구권의 요건: 독일민법 제906조 제2항 2문에 의한 청구권이 인정되기 위해서는 인용해야 하는 침해가 관계된 토지의 장소통상적 이용이나 그 토지의 수익을 기대할 수 있는 정도를 넘어서 침해하는 것이 요구된다. 독일민법 제906조 제2항 제2문에서의 장소통상적 이용의 개념은 제906조 제2항 제1문에서 장소통상적 이용처럼 판단되어야 한다. 그러나 제906조 제2항 제2문에서는 침해받는 토지가 기준이 되어서 장소 통상적 이용을 결정하여야 한다.³⁴⁾ 그리고 침해자의 귀책사유는 요구되지 않는다.³⁵⁾ 즉 기대할 수 있는 정도의 문제는 침해의 본질성의 판단에서와 같이 침해되는 토지소유자의 개별적인 관계에서가 아니라 토지의 장소적인 관례상의 성질, 형식, 목적에 따라서 침해되는 토지의 정상적이고 평균적인 이용자의 느낌에 의해서 판단되어야 한다.³⁶⁾ 그러나 구체적인 이용자의 특수한 상황은 고려되지 않는다. 그러므로 개별적인 사건의 모든 사정은 고려되어야 하는데,³⁷⁾ 첫째로 침해의 기간·종류·강도와 사실상의 효과, 둘째로 기대가능한 방지조치를 통하여 이용자가 인용해야할 의무 등이 고려되어야 한다.³⁸⁾ 기대할 수 있는 정도를 넘어서는 침해는 삶의 토대의 파괴나 구체적인 위험처럼 특별히 중대한 침해일 필요는 없고 또한 경제적인 수익의 심각한 방해를 요구하는 것은 아니다.³⁹⁾

이러한 조정적 보상청구권의 소멸시효는 일반소멸시효기간(독일민법 제195조)에

³³⁾ Münchener Komm/Säcker, a. a. O., §906 Rdnr. 165.

³⁴⁾ Staudingers Komm/Roth, a. a. O., §906 Rn.217.

³⁵⁾ Soergel Kommentar, a. a. O., §906 Rn. 99; Staudingers Komm/Roth, a. a. O., §906 Rn. 216.

³⁶⁾ Staudingers Komm/Roth, a. a. O., §906 Rn. 218.

³⁷⁾ BGHZ 49, 148; BGH MDR 1980, 655.

³⁸⁾ Marburger, "Zur zivilrechtlichen Haftung für Waldschäden," a. a. O., S. 127.

³⁹⁾ Staudingers Komm/Roth, a. a. O., §906 Rn. 219.

따라서 3년이다.⁴⁰⁾

iii) 보상청구권의 범위: 독일민법 제906조 제2항 제2문은 상당한 보상을 금전으로 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 독일판례는 이러한 조문에 따라서 독일민법 제249조 이하에 의한 완전한 손해배상이 아니라, 피해자가 기대할 수 있는 범위를 초과하여 입은 재산상 손해의 보상을 공법상의 수용(수용적 침해)⁴¹⁾에 의거하여 보상의 범위를 정하고 있다.⁴²⁾ 즉 보상청구의 범위는 수용(Enteignung)보상 평가에 적용되는 원칙에 따라 결정된다. 보상은 침해가 발생하지 않았더라면 존재했을 상태의 회복이 아니라, 오히려 침해를 통하여 발생된 재산적 손실을 제거하는 것으로 보상이 제한된다는 점에서 손해배상과 차이가 있다. 이로써 조정적 보상청구권은 상실된 재산상 손해의 거래가격의 보상으로 이행되게 된다.⁴³⁾ 그리고 독일민법 제906조 제2항 제2문에 의한

⁴⁰⁾ Münchener Komm/Säcker, a. a. O., §906 Rn. 170.

⁴¹⁾ 독일 기본법상 공용수용(재산권의 박탈)인 경우에만 정당한 보상을 요구할 수 있고(독일 기본법 제14조 제3항), 수용적 침해(적법한 행정작용으로 인한 의도되지 않은 부수적 침해로 감내할 수 없는 손실이 발생한 경우)의 경우에는 공용수용에 의한 보상이 아니므로 조정적 보상이 인정된다. 우리나라에서도 헌법 제23조의 구조에서 제3항은 공용침해(공용수용) 경우에 한해 보상을 인정한 것이고, 그 이외의 일정한 재산권의 제한이 있는 경우 헌법 제23조 제1항에 근거하여 조정적 보상이 인정된다고 한다(정종섭, 헌법학원론(제8판), 박영사, 2013, 707-708면; 성낙인, 헌법학(제13판), 법문사, 2013, 716-719면). 즉 헌법 제23조 제1항 2문은 재산권의 “내용과 한계는 법률로 정한다”고 규정하고 있으므로, 재산권의 보호영역은 다른 기본권처럼 헌법해석에 의해서가 아니라 입법자에 의해서 결정된다는 것을 명시하고 있다. 입법자가 재산권의 내용규정을 결정할 때에 기본권 일반이론에 의해서 과잉금지의 원칙, 신뢰보호의 원칙 및 평등의 원칙 등을 준수하여야 한다. 특히 입법자가 재산권의 내용규정을 정하면서 보상을 하여야만 합헌적인 내용규정이 되는 경우에, 이를 ‘보상의무가 있는 내용규정’이라고 한다(강태수, 분리이론에 의한 재산권체계 및 그 비판에 관한 고찰, 헌법학연구 제10집 제2호, 2004. 6, 141-145면 참조). 보상의무가 있는 내용규정은 재산권의 내용을 규정하는 법률 자체는 존속시키면서 개인의 지나친 부담을 덜어주는 보상을 통해서 당해 법률의 위헌성을 해소시키는 규정이다(BVerfGE 58, 137, 150f.). 우리나라 헌법재판소는 개별제한구역의 지정으로 인하여 예외적으로 토지를 종래의 목적으로도 사용할 수 없거나 또는 법률상으로 허용된 토지이용의 방법이 없기 때문에 실질적으로 토지의 사용·수익권이 폐지된 경우에는 입법자가 그 부담을 완화하는 보상규정을 두어야만 비로소 헌법상으로 허용될 수 있다고 판시하였다(헌재결 1998. 12. 24, 89헌마214).

⁴²⁾ BGHZ 92, 143; BGHZ 85, 375; BGHZ 147, 45, 53; Staudingers Komm/Roth, a. a. O., § 906 Rn. 226; Beck-Online Komm/Fritzsche, 62 Aufl., 2022, §906 Rn. 88.

⁴³⁾ 독일민법 제906조 제2항 제2문의 청구권은 일반적으로 상실된 손해의 거래가격의 보상이므로, 부동산의 영업적 사용에 대한 일시적 방해시에는 수익감소가 기초로 되고(BGHZ 91, 20, 31), 소유자가 거주하는 주거용 부동산의 일시적 방해를 받은 경우 가상의 임대료 인하 금액을 기준으로 한다(BGHZ 91, 20, 31).

조정적 보상청구권에서는 위자료청구가 인정되지 않는다.⁴⁴⁾ 한편 이러한 독일판례에 반하여 독일민법 제906조 제2항 제2문의 조정적 보상청구권과 손해배상청구권 사이에는 본질적인 차이가 있을 수 없으므로 독일민법 제249조 이하에 따라 완전한 손해의 보상이 주어질 수 있다는 견해가 있다.⁴⁵⁾ 왜냐하면 인용의무를 통하여 발생한 전체손해의 배상만이 상당한 보상이 될 수 있다는 것이다. 그러나 독일민법 제906조 제2항 제2문의 목적과 본문의 내용 등을 보면 형평보상(Billigkeitsentschädigung)이 주어지는 것이 타당하다고 한다.⁴⁶⁾

iv) 인적 적용범위 등: 조정적 보상청구권의 청구권자는 침해받는 토지에 법적인 또는 사실적인 관계를 가진, 즉 유지청구권을 행사할 수 있는 자만이 청구권자로서 고려되어진다. 그러므로 우선 토지소유권자가 청구권을 가지며 유지청구권에서와 같이 점유자, 세습지상권자·계속적인 거주권자,⁴⁷⁾ 제한물권의 보유자가 청구권을 행사할 수 있다.⁴⁸⁾ 이에 반하여 독일 판례는 근로자나 학교의 교사나 학생은 등 단순한 이용자는 독일민법 제906조 제2항 제2문의 청구권자가 될 수 없다고 하고 있다.⁴⁹⁾ 그 외 독일민법 제906조 제2항 제2문의 조정적 보상청구권은 인용해야 하는 임깃시온의 결과로 침해된 토지의 이용이나 수익의 보상 이외에, 토지이용의 침해는 성립되지 않을지라도 동산과 생명, 신체나 건강에 대한 손해에도 적용이 될 수 있다.⁵⁰⁾

44) BGH NJW 2010, 3160; Prütting, Sachenrecht, 36. Aufl., 2017, S. 136.

45) Münchener Komm/Säcker, a. a. O., §906 Rn. 166; Landsberg/Lülling, Umwelthaftungsrecht, 1991, § 906 Rn. 12.

46) Staudingers Komm/Roth, a. a. O., §906 Rn. 226.

47) BGH, 29. 04. 2020-VIII ZR 31/18(임대차계약 후 발생하는 소음 및 임깃시온(먼지 등) 증가가 제3자의 인근 토지(공터에 신축건물을 짓는 경우)에서 운영되는 공사현장에서 발생하더라도 건설자가 법에 따른 소음방지조치의무를 다하여 임대인이 제906조에 따라 방어나 또는 보상없이 배출량을 수용해야 하는 경우, 원칙적으로 독일민법 제536조 제1항(하자가 있는 경우의 차임감액)에 따라 임대료 인하를 받을 수 있는 하자로 볼 수 없다); BGH, 29. 04. 2015-VIII ZR 197/14(인근 학교 축구장 소음의 경우에도 연방대법원은 이곳에서 발생한 소음공해에 대하여 임대인도 제906조에 따라 방어나 보상수단 없이 임깃시온을 인용해야 한다면 임대물건의 하자로 볼 수 없다고 하였다).

48) Soergel Kommentar, a. a. O., §906 Rn. 101; Marburger/Herrman, "Zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast bei der Haftung für Umweltschäden -BGHZ 92, 143," JuS 1986, S. 354.

49) BGHZ 92, 143(제906조 제2항 제2문과 연방임깃시온방지법 제14조에 의한 보상은 임깃시온으로 인하여 감소된 부동산 가치에 대한 보상이므로 동산의 침해를 당한 근로자에게는 적용할 수 없다).

그리고 독일 행정절차법(VwVfG)에 의하면 계획확정결정(Planfeststellungsbeschluss)에서는 공익을 위해 필요한 시설의 건설 및 유지관리에 대한 예방조치를 취하거나 타인의 권리에 대한 유해한 영향을 방지하는 대책이나 조치를 취해야 하고, 만일 예방대책이나 조치 등을 실현할 수 없거나 계획과 양립할 수 없는 경우 관련자에게 상당한 금전적 보상을 결정해야 한다(행정절차법 제74조).⁵¹⁾ 공익과 사익을 모두 고려한 계획확정결정이 취소될 수 없는 경우 설치된 시설에 대한 사법상의 유지청구권은 배제된다(독일 행정절차법 제75조 제2항 제1문). 이러한 배제효는 계획확정절차에서 예견한 효과에만 인정되므로 계획확정 당시에 예측할 수 없었던 효과가 발생한 경우 관련자는 부작용을 배제하는 대책이나 시설의 설치 등을 청구할 수 있다(독일 행정절차법 제75조 제2항 제2문). 그러나 이러한 대책이나 시설을 행할 수 없거나 계획과 양립 불가능한 경우, 관련된 자는 상당한 보상을 청구할 수 있다(독일 행정절차법 제 75조 제2항 제4문). 이에 따라 독일 행정절차법에 의하여 계획확정결정이 이루어지면 독일민법 제906조 제2항 제2문에 의한 민법상 보상청구권은 원칙적으로 배제되고, 행정절차법 제75조 제2항 제4문에 의한 보상청구권만을 행사할 수 있다.⁵²⁾ 즉 2004년 연방대법원의 판결에 의하면 독일민법 제906조 제2항 제2문

50) BGH NJW, 2008, 992(주방기기 결합으로 화재가 발생하여 연기, 그을음 및 소화수로 인하여 인접한 가족제품매장 상인의 재고품에 피해가 발생한 사건에서, 재고품에 대한 손해와 재고품 교체기간으로 인하여 발생한 사업중단 손해에 대하여 독일민법 제906조 제2항 제2문에 의한 보상청구권이 인정된다고 하였다).

51) 독일 행정절차법상 계획확정결정의 허가효·집중효에 대해서는, 김남철, 행정법강론(제2판), 박영사, 2015, 299-301면 참조.

52) BGHZ 161, 323; NJW 2005, 660(원고의 주택은 독일 항공기소음방지법 상의 소음방지구역 외부에 위치(일반주거지역)하고 있다. 원고는 특히 야간에 항공기 소음이 불합리한 수준의 소음침해를 야기한다고 주장하였다. 이에 2000년 원고는 1층의 창문을 교체하고, 또한 평평한 지붕 위에 단열재를 설치했다. 원고는 소음보호조치에 대한 비용상환으로 그 보상(€10,849.14 및 €4,366.14)을 청구하고, 또한 소음침해로 인한 재산가치 감소분(€54,467.16(재산 가치의 25%))에 대한 보상을 요구하였다. 피고는 1959년에 처음 승인된 Köln/Bonn 공항을 운영하고 있다. 항소법원은 독일민법 제906조 제2항 제2문에 의한 청구권이 정당하다고 하면서, 또한 항소법원은 문제된 공항이 항공교통법(LuftVG) 제71조(1990년 10월 2일까지 설치된 구 동독지역의 공항(제1항)과 1958년 12월 31일까지 설치된 구 서독지역에 설치된 공항(제2항)은 항공교통법 제6조에서 제10조까지의 의미에서 계획확정절차를 거쳐 인가된 것으로 본다는 규정(1999년 3월 발효)에 따라 인가된 것으로 간주된다는 것으로부터 행정절차법 제75조 제2항 또는 항공교통법 제11조에 따른 연방임시소음방지법 제14조에 의하여 민사적 청구권이 배제될 수 있다는 주장을 배척하였다. 이러한 항소법원의 판결에 대하여 연방대법원은, i) 항공교통법(LuftVG) 제8조, 제9조, 제10조에 의한 계획확정절차가 행해지면 소음침해로 인한 독일민법 제906조 제2항 제2문에 의한 민법상 보상청구권은 원칙적으로 고려되지 않는다. ii) 항공교통법 제71조 제

에 의한 보상청구권은 독일 행정절차법에 의한 계획확정결정이 없는 경우에만 인정될 수 있다.

v) 독일민법 제906조 제2항 제2문의 유추적용: 독일의 학설과 판례는 독일민법 제906조 제2항 제2문에 의한 조정적 보상청구권의 유추적용을 인정한다.⁵³⁾ 침해를 받은 토지소유자가 제906조 제1항(비본질적인 침해에 대한 인용의무)이나 제2항 제1문(장소 통상적 침해에 대한 인용의무)에 따라서 사실상 침해를 인용할 의무가 없으나, 독일민법 제1004조 제1항에 의한 유지청구권의 행사가 법적·사실적 이유로서 방해받을 경우에도 제906조 제2항 제2문의 유추로서 조정적 보상청구권을 행사할 수 있다는 것이다.⁵⁴⁾ 예를 들어, 피해자가 적기에 유지청구권을 행사하기에는 너

2항에 의하여 계획확정이 간주되면 동일하게 적용된다. 이러한 경우에 소음입맛시온에 의해 관련된 자는 연방행정절차법 제75조 제2항 제4문에 의한 보호를 받는다고 하였다. 이러한 결정에 따라 소극적 소음방지조치를 위한 비용상환청구권 뿐만 아니라 토지의 잔여재산가치의 감소에 대한 보상청구는 행정절차법 제75조 제2항 제4문에 의하여 청구될 수 있게 된다).

⁵³⁾ Münchener Komm/Säcker, a. a. O., §906 Rn. 169; Wellenhofer, a. a. O., S. 418.

⁵⁴⁾ BGH NJW 2003, 2377(피고 시에서 운영하는 수도관이 터져 인접한 섬유 가공회사가 침수되어 건물 및 기계가 심하게 손상된 사건에서, 피고 시에서 책임법(Haftpflicht) 제2조 제1항 제1문에 의한 시설책임(Anlagenhaftung)으로 최대배상금액(책임법 제10조)의 범위내에서 배상하였다)도 토지소유자 및 이용자가 입은 그 이상의 손해에 대해서 독일민법 제906조 제2항 제2문에 의한 상린관계적 조정적 보상청구권이 배제되지 않는다고 하였다); OLG München NuR 1991, 502(공법상의 규정으로 인해서 유지청구권이 배제되는 경우에도 제906조 제2항 제2문을 유추 적용한다); BGHZ 157, 33(이웃집 정원의 소나무 사건: 피고의 토지상에는 경계선 부근에 높이가 약 14m 정도의 소나무 두 그루가 있었다. 나무 중 하나에서 약 9m 높이의 가지에서 약 2.3m 나뭇가지가 돌출되고, 약 5m 높이의 다른 나무 가지에서 원고의 토지로 약 0.4m 나뭇가지가 돌출되었다. 원고는 떨어지는 솔잎과 솔방울 때문에 일년에 여러 번 정원과 집의 지붕, 흙통 및 처마를 청소해야 하였고, 또한 솔잎이 많이 떨어지기 때문에 정원 연못을 폐쇄해야 했다. 이에 원고는 소나무를 특정 높이로 가지치기 하고 돌출된 나뭇가지의 제거청구를 함과 아울러 청소비에 대한 보상청구를 하였다. 이에 대해 연방대법원은 토지소유자는 니더작센주 상린관계법에 따라 경계거리를 준수하지 않은 나무에 대하여 제거를 청구할 수 있는 권리는 5년의 기간의 경과로 더 이상 인정되지 않는다(니더작센주 상린관계법(NNachbG) 제54조)고 하면서, 제거기간 경과후 상충되는 이해관계의 조절을 위하여 상린관계적 공동체관계의 관점에서 나무를 베어내어야 할 토지소유자의 의무를 법적 규제를 넘어서 인정할 필요성이 있는지는 의문이라고 하였다. 그러면서 원고는 자신의 토지사용을 방해하는 경계선으로부터 돌출된 나뭇가지의 제거를 청구할 수 있다. 나뭇잎, 솔잎, 꽃 그리고 솔방울이 떨어지는 것은 독일민법 제906조 제1항 제1문상의 '유사한 효과'에 해당한다. 그러나 솔잎과 솔방울이 이웃 토지에 떨어지는 것에 대하여 나무의 소유자(피고)가 나무의 경계거리에 대한 해당 주법의 규정을 침해할 때에만(적절한 관리범위내에서 사용되지 않는 경우에만), 독일민법 제1004조 제1항상의 방해자에 해당한다. 그러나 이러한 경우 이웃 토지소유자(원고)의 토지사용이 침해되므로 자신의 토지에 미치는 결과를 용인할 필요는 없다. 이에 따라 법적·사실적 이유로 독일민법 제1004조 제1항에 의한 유

무 늦게 허용되지 않는 임의시온에 대하여 인식을 한 경우이며, 이러한 유추적용은 또한 침해자의 귀책사유를 입증하지 못함으로써 불법행위적 손해배상청구권의 행사가 실패된 경우에도 특별한 의미를 가질 수 있게 된다.⁵⁵⁾ 그러나 이러한 유추적용은 위법한 임의시온의 경우에 유지청구권이 원칙적으로 우선적으로 적용이 되어야 하는 까닭에 단지 예외적으로만 그 의미를 가질 수 있다.

2. 상린관계적 공동체관계로부터의 조정적 보상청구권

독일민법 제906조에 의한 환경침해로 인한 인용의무 이외에도 토지소유자는 완전히 임의로 행동할 수 없고 제3자의 권리에 구애되지 않을 수 없다. 즉 특별히 예외적인 경우에는 법적으로 규정된 것을 넘어서 상린관계법의 범위내에서 상린관계적 공동체관계(nachbarrechtliche Gemeinschaftsverhältnis)⁵⁶⁾로 부터 인용의무가 발생할

지청구권이 인정되지 않는 경우에 해당되고, 다만 보상없이 수용할 수 있는 합리적 손해의 정도를 초과하는 불이익을 받은 원고로서는 독일민법 제906조 제2항 2문의 유추적용으로 금전적 보상청구를 할 수 있다. 이러한 보상청구의 범위는 수용보상 평가에 적용되는 원칙에 따라 결정된다. 보상은 침해가 발생하지 않았더라면 존재했을 상태의 회복이 아니라, 오히려 침해를 통하여 발생한 재산적 손실을 제거하는 것으로 보상이 제한된다는 점에서 손해배상과 차이가 있다. 그러므로 이 사건에서 추가청소비가 보상되어야 한다).

- 55) BGH NJW 1990, 1910(토지소유자가 인접한 사격장으로부터 날아온 산탄납으로 인하여 토지가 오염된 사건에서, 사격장의 과실이 없다는 이유로 불법행위로 인한 손해배상청구권을 부인하면서, 토지소유자가 사격장으로부터 떨어지는 산탄납으로 인해 발생한 토지오염과 토지오염의 결과로, 토지의 농업적 이용에 있어 납오염이 인용할 수 있는 정도를 초과한다는 것을 알지 못하였고 또한 알 수 없었으므로, 토지소유자가 이웃한 사격장으로부터 산탄납의 떨어짐을 방어할 수 없었다면, 제906조 제2항 제2문의 유추적용으로 조정적 보상청구권이 인정된다고 하였다).
- 56) 상린관계적 공동체관계이론은 Klausing에 의하여 주장된 이론으로서 산업화의 진행에 따라서 임의시온의 문제에 있어, 소유권의 개념은 공동체적으로 변화되어 주민과 기업운영자가 공동체적인 기능을 수행해야 한다고 한다(Klausing, Immissionsrecht und Industrialisierung, JW 1937, S. 68ff.). 이러한 상린관계적 공동체관계이론을 1937년 3월 10일 독일 제국재판소(RG)가 이를 받아들여서(RGZ 154, 161), 농부가 임의시온으로 인한 농작물의 수확감소에 대하여 산업시설 운영자에게 제기한 손해배상청구사건에서, 양자의 토지이용이 다 같이 장소 통상적인 것이라도 산업시설은 가능한 한 기술적인 예방조치를 강구하여야 하고 농부는 임의시온의 침해가 적은 작물을 선택하여 재배하여야 한다고 하여 손해배상청구를 부인하였다(Deneke, Das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis, 1987, S. 10-11). 이러한 상린관계적 공동체관계이론을 독일 연방대법원도 받아들였다(BGH, LM Nr. 1 zu §903 BGB; BGH, LM Nr. 2 zu §903 BGB; BGHZ 16, 366). 그리하여 1959년 12월 22일에 독일민법 제906조가 개정되어서 토지의 장소통상적 이용으로 인한 임의시온의 경우에 피해자는 경제상 기대할 수 있는 방지조치를 청구할 수 있게 규정하고, 아울러 그 침해가 피해자 토지의 장소통상적 이용이나 토지의 수익을 과도하게 침해하는 때에는 조정적 보상청구를 할 수 있도록 규정하게 되었다.

수 있다.⁵⁷⁾ 상린관계적 공동체관계는 상린관계자 사이에는 그들의 밀접한 관계를 근거로 하여 공동적인 생활공간이 존재한다는 사실상의 특별관계에 근거한다.⁵⁸⁾ 상린관계자는 이러한 특별관계로부터 신의성실의 원칙(독일민법 제242조)의 범위내에서 서로 서로를 배려할 의무가 있다는 것이다. 이러한 배려명령은 신의칙의 일반조항으로부터 권리와 의무에 대한 구체적인 내용이 생겨나는 것이 아니고, 상린관계법을 통하여 특히 독일민법 제906조의 유추적용으로서 그의 구체적인 내용을 알 수 있다고 한다. 상린관계적 공동체관계의 관점에서 상호 배려의 일반적인 의무는 법적 규정을 넘어서는 상충되는 이해의 공정한 균형이 시급하게 필요한 경우에만 적용된다.⁵⁹⁾ 이에 따라 특별히 예외적인 경우, 토지소유자는 이웃 토지상의 시설에서 발생하는 침해를 인용해야 하는 경우가 있을 수 있다. 이러한 경우 토지소유자는 침해로 인한 손실의 보상을 청구할 수 있다. 즉 부득이한 이유의 존재시에 유지청구권의 행사가 허용되지 않고 보상청구권이 주어지게 된다.

구체적으로 상린관계적 공동체관계는 독일민법 제906조에 포함되지 않는 중량의 임밋시온(Grobimmission)시에 인용의무를 설정할 수 있는데, 방해에 대한 유지청구가 방해자에게 상당하지 않은 중대한 불이익(예를 들어, 경제적인 생존위험)을 가져올 수 있을 경우에 피해자는 인용할 의무가 인정될 수 있다는 것이다.⁶⁰⁾ 물론 이러한 경우에 인용의무자는 금전에 의한 보상청구권을 가지게 된다. 중량의 임밋시온과 관련하여, 이웃 토지상에서 불꽃놀이 로켓의 발사로 발생한 손해에 대해서도 상린관계적 조정적 보상청구권이 인정된다고 하였다.⁶¹⁾⁶²⁾

57) Staudingers Komm/Roth, a. a. O., §906 Rn. 210; BGHZ 28, 110; BGHZ 101, 290; BGH JZ 1992, 310; BGHZ 111, 63(주민축제(Volksfest)의 상린자는 상린관계적인 공동체관계로부터 독일민법 제906조 제1항을 넘어서는 인용의무를 부담하지 않는다).

58) Wolf/Wellenhofer, a. a. O., SS. 405-406.

59) BGHZ 157, 33, 45.

60) BGHZ 28, 225(채석장에서 인정한 토지위로 날아드는 돌파편은 독일민법 제906조상의 ‘유사한 침해’에 해당하지 않는다. 하지만 특별히 예외적인 경우에 독일민법 제906조상의 인용의무를 넘어서는 침해(돌파편의 낙하)에 대해서 인용의무가 인정될 수 있고, 이러한 경우 침해자의 과실여부에 관계없이 보상청구권이 인정되어야 한다); BGHZ 58, 149; Staudingers Komm/Roth, a. a. O., §906 Rn. 109.

61) BGH NJW 2009, 3787(2006년 1월 1일 저녁, 피고는 자신이 살고 있는 집(토지)에서 폭죽로켓을 발사했는데, 처음에는 약 5m 정도 직진하다가 옆으로 휘어 약 12m 떨어진 이웃집 헛간의 틈을 뚫고 들어가 폭발이 일어나 헛간뿐만 아니라 전체 건물단지(헛간, 곡물 창고, 돼지우리, 주거용 건물, 차고)에 불이 붙었다. 이 사건에서 연방대법원은, 설날 저녁에 폭죽 로켓을 발사하는 것은 해당 부동산의 주거용 용도와 사실상 관련이 없었지만 광범위한 사회적 관습에 따라

그리고 1991년 독일 연방대법원은 토지상에 설치된 시설이 이웃한 토지를 직접적이고 적극적으로 침해하지는 않고, 단지 소극적으로 침해를 한 경우에도 상린관계적 공동체관계로부터 조정적 보상청구권이 인정된다고 하였다.⁶³⁾ 판례를 보면 터널공사로 파낸 토사 집하장(높이 4.5m, 폭 25m, 길이 200m)의 설치를 통하여 이웃한 토지(포도밭) 하부에 찬 공기호수(Kaltluftsee)가 형성되어 손해(포도나무의 凍死)를 발생시킨 사건에서, 찬 공기호수를 피할 수 있도록 집하장 건설이 경제적으로 기대 가능하였고 이웃한 토지소유자가 집하장의 건설시에 저지할 수 있는 위험을 적기에 알지 못하였고 또한 알 수 없었을 경우, 침해된 토지소유자는 집하장의 이용자에게 독일민법 제906조 제2항 제2문의 유추적용으로 상린관계적 조정적 보상청구권을 가진다고 하였다.

3. 독일 연방임및시온방지법 제14조에 의한 보상청구권

1) 독일 연방임및시온방지법 제14조

독일에서는 환경침해와 관련하여 독일민법 제906조에 의한 인용의무 이외에도, 독일 연방임및시온방지법(BImSchG) 제14조(사법상 유지청구권의 배제) 등에 의해서도 인용의무가 설정되어 유지청구가 인정되지 않는다. 독일 연방임및시온방지법 제14조 제1문에서는 “인접한 토지에 대한 유해한 환경침해의 방지를 구하는 청구가 특별한 권원에 기하지 않고 사법상 권리에 기하고 있는 경우, 시설에 대한 인가를 다룰 수

토지에서 폭죽 로켓을 발사했기 때문에, 토지소유자는 일반적으로 이웃이 자신의 재산을 손상시킬 가능성이 있더라도 불꽃놀이를 삼가도록 요구할 수 없다고 하였다. 그리고 유지청구는 구체적인 위험 요인(여기서는 로켓이 헛간으로 침투)이 형성된 시점에 발생한다고 하면서, 이와 같이 사실적 이유로 적시에 유지청구가 실행될 수 없는 경우 부동산 소유자(원고)는 독일민법 제906조 제2항 제2문의 유추적용으로 금전적 보상청구를 받을 수 있다고 하였다.

⁶²⁾ AG Frankfurt/Main, 10.11.2017 - 32 C 365/17(72) (원고가 자신의 차를 주차한 인접 토지상에 호두나무 가지가 1.5m 돌출되어 있었고, 피고는 이 호두나무의 가지를 정기적으로 가지치기를 하였다. 그런데 강한 바람으로 인해 호두나무에서 호두가 원고의 차량으로 떨어져 차량의 후드 및 지붕 여러 곳이 움푹 들어가는 손해가 발생하였다. AG Frankfurt는 원칙적으로 도시에 견과나무가 있는 것은 일반 대중의 이익을 위해 바람직하며, 가을에 도로 사용자는 호두나무에서 호두가 떨어지는 것을 예상해야 하고, 호두나무 아래에 주차하면 ‘자연이 주는 생명에 대한 일반적 위험’(자연재해)을 감수해야 한다고 하였다. 즉 호두나무에서 호두가 떨어지는 것은 자연스러운 현상이라고 하였다).

⁶³⁾ BGHZ 113, 384

없는 경우에는 시설의 가동중지를 요구할 수 없다. 피해자는 단지 유해한 환경침해를 배제하는 예방조치만을 요구할 수 있다”고 규정하고, 동법 제14조 제2문에서는 “그러한 예방조치가 기술수준에 의해서 실행할 수 없거나 경제적으로 기대할 수 없는 때에는 오로지 손해배상만을 청구할 수 있다”고 규정하고 있다. 독일 연방임밋시온방지법 제14조는 시설의 위험성으로 인하여 동법 제4조 이하⁶⁴⁾에 따라서 인가를 필요로 하는 시설에만 적용이 되고, 기타의 이유로서 인가를 필요로 하는 시설에는 적용이 되지 않는다. 그러므로 인가를 받은 시설은 독일민법 제1004조 등의 사법상 권리에 의한 인가된 시설의 가동중지는 더 이상 요구될 수 없고, 예방조치만을 요구할 수 있는데 예방조치도 기술 수준에 의하여 실현될 수 없거나 경제적으로 기대할 수 없는 경우에는 예방조치의 청구도 허용되지 않고 손해배상(금전적 보상)만 청구할 수 있도록 하고 있다.⁶⁵⁾

이러한 규정은 폐지된 독일 영업법(Gewerbeordnung) 제26조⁶⁶⁾를 확대 규정한 것이며, 독일민법 제906조를 넘어서는 인용의무가 연방임밋시온방지법 제14조에 의해서 설정된다.⁶⁷⁾ 독일 연방임밋시온방지법 제14조⁶⁸⁾와 독일민법 제906조 제2항의 구체적인 차이점은 연방임밋시온방지법에 따라서 인가를 받은 시설은 침해가 본질적이고 장소 통상적 이용이 아닌 침해에 대해서도 피해자에게 인용의무가 인정된다는 것이다.⁶⁹⁾

64) 독일 연방임밋시온방지법 제4조에서는 위험하거나 환경침해적인 시설은 인가가 필요하다고 규정하는데, 구체적으로 유해한 환경침해를 야기하거나 기타의 방법으로 공공이나 상린관계자를 위협하게 하거나, 현저하게 손해를 끼치거나 현저하게 부담이 되는, 즉 시설의 성질이나 운영을 통하여 특별한 정도에서 열거한 것을 야기하기에 적당한 시설의 설치나 가동은 인가를 필요로 한다.

65) Rittner/Dreher/Kulka, a. a. O., S. 141.

66) 구영업법 제26조 “현행법이 토지로부터 이웃토지에 미치는 유해한 작용의 방지를 위하여 이웃토지의 소유자 또는 점유자에게 私的 訴(Privatklage)를 허용하는 경우에 당국의 인가를 받아 설립된 영업설비에 대하여서는 영업정지를 소구할 수 없으며 단지 유해작용을 배제하는 설비의 설치를 청구하거나 또는 이러한 설비를 설치할 수 없거나 영업의 적당한 경영과 양립할 수 없을 때에는 손해배상만을 청구할 수 있다”.

67) Anwaltkomm/Ring, a. a. O., §906 Rn. 282ff.; Staudingers Komm/Roth, a. a. O., §906 Rn. 237.

68) 물론 이러한 규정은 침해된 상린자를 위해서는 불리한데, 동법상 관계된 상린관계자의 보호는 동법 제10조에 따라서 인가절차에 사전적 참가를 통하여 이루어지도록 규정하고 있으며, 인가 관청은 인가의 수여후에도 공공이나 상린자 보호를 위하여(동법 제17조), 일정한 요건하에서 가동의 중지를 요구하거나(동법 제20조), 인가를 철회할 수 있다(동법 제21조).

69) Staudingers Komm/Roth, a. a. O., §906 Rn. 237.

이에 따라 인가받은 시설에 대하여 유해한 환경침해의 방어를 목적으로 하는 ‘사법상 권리’에 기한 시설의 가동중지 및 가동의 유지청구권은 배제된다. 배제되는 ‘사법상 권리’에는 시설의 운영중지를 목표로 하는 독일민법에 의한 모든 유지청구권이 포함된다. 즉 ‘사법상 권리’에는 독일민법 제1004조와 제907조(위험한 시설에 대한 예방적 유지청구권)에 의한 유지청구권, 독일민법 제858조·제862조·제869조에 근거한 점유보호청구권과 불법행위(독일민법 제823조)에 의한 유사(준) 유지청구권⁷⁰⁾ 및 사법적인 연방주의 상린관계법(Landesnachbarrecht)의 규정에 근거한 청구권이 포함된다.⁷¹⁾ 그러나 ‘특별한 권원’에 의한 가동중지청구권은 인정되는데, 특별한 권원은 상린자와 시설운영자간의 계약상의 청구권, 시설부지에 대한 소유권·용익권·지역권에 기한 청구권이다.

이렇게 인가된 시설이 상린관계법적 유지청구권으로부터 영향을 받지 않는 이유에 대해서는 다음과 같이 설명이 된다.⁷²⁾ 표면적으로는 국가의 권력적 행위가 민사법정의 판결에 의해서 다시 판단되어져서는 안된다는 것이고, 보다 깊은 이유는 임밋시온의 문제는 미리 검토되어져서 인가의 수여나 거절을 이끌어야 한다는 것이다. 이러한 임밋시온 문제의 사전판단은 공공과 상린자의 보호뿐만 아니라 한번 창출된 경제적 가치가 사후에 민사법정의 판결을 통하여 파기되어지는 것을 방지하는 효과를 가진다는 것이다.

2) 예방조치청구권

독일 연방임밋시온방지법 제14조 제1문에 의하면, 위와 같이 사법상의 유지청구권이 배제되면 피해자는 단지 유해한 환경침해를 배제하는 예방조치(Vorkehrungen)만을 요구할 수 있다. 그러나 동법 제14조 제2문에서는 예방조치도 기술수준에 의해서 실행할 수 없거나 경제적으로 기대할 수 없는 경우에는 인정되지 않는다고 규정하고 있다.

예방조치청구권의 요건을 보면 먼저 사법상의 청구권이 사실상 존재하는데도 불

70) 독일의 판례는 독일민법 제1004조의 유추적용으로 절대권에 한정하지 않고 불법행위적으로 보호되는 법익이나 법적으로 보호되는 이익에 대해서도 법창조적으로 유지청구권을 인정하고 있다(Erman Handkomm/Hefermehl, 10. Aufl., 2000, §1004 Rn. 5).

71) Beck-Online Komm/Giesberts, Umweltrecht, 63 Aufl., 2022, BImSchG §14 Rn. 13.

72) Baur/Stürner, Lehrbuch des Sachenrechts, 16. Aufl., 1992, S. 256.

구하고 연방입맛시온방지법 제14조에 의해서 가동중지청구권이 배제되어야 한다.⁷³⁾ 그리고 예방조치는 기술수준(Stand der Technik)에 의해서 실행될 수 있어야 하며 또한 예방조치는 경제적으로 기대 가능해야 한다. 시설운영자가 진지하게 시설의 중지를 생각할 정도로 수입상태가 예방조치를 통하여 악화되면 경제적으로 기대 가능하지 않은 것이 된다.⁷⁴⁾ 이는 객관적인 척도로 평가되어야 하므로 구체적인 시설보유자의 경제적인 상태가 아니라 관계된 종류의 시설에서의 상황, 즉 건전한 평균적인 운영에서의 경제적 상태가 고려되어야 한다.

이렇게 예방조치청구권의 요건이 충족이 되면 예방조치청구권이 인정되는데, 유해한 침해를 배제할 수 있는 예방조치는 소음장치나 여과장치 같은 기술적인 설비뿐만 아니라 유해한 침해를 배제하거나 감소시킬 수 있는 모든 조치가 포함된다.⁷⁵⁾ 더 좋은 기계의 설치, 운영방법의 변경, 다른 연료의 사용 등이 생각될 수 있다. 이에 반해서 절대적인 생산량의 감소는 청구되어질 수 없다. 이것은 부분적으로 가동의 중지가 되기 때문이다. 하지만 정해진 시간에 가동을 줄이고 다른 시간에 늘이는 조치의 청구는 가능하다. 만약 예방조치를 통하여 목적을 완전히 달성할 수 없으면, 즉 부분적으로만 유해한 물질의 제거를 이루었으면 나머지에 대해서는 청구권자가 손해배상청구(동법 제14조 제2문)를 주장할 수 있다.⁷⁶⁾ 그리고 청구권자는 단지 일반적인 예방조치만을 청구할 수 있고 어떤 구체적인 조치를 선택할지는 일반적으로 시설보유자에게 달려있다.

예방조치청구권은 행정법원이 아니라 민사법원에서 청구해야 하고,⁷⁷⁾ 시설이 인가를 받고 있는 사실이나 예방조치가 기술수준에 비추어 불가능하거나 경제적으로 기대 가능하지 않은 사실은 시설보유자가 증명하여야 한다.⁷⁸⁾ 예방조치청구권의 소멸시효는 일반적인 청구권에서와 같이 3년이다(독일민법 제195조).

3) 손해배상청구권

독일 연방입맛시온방지법 제14조 제2문은 위와 같은 예방조치가 기술수준에 의해

⁷³⁾ BGHZ 92, 143.

⁷⁴⁾ Jarass, Bundesimmissionsschutzgesetz, 13. Aufl., 2020, §14 Rn. 15.

⁷⁵⁾ A. a. O., §14 Rn. 17.

⁷⁶⁾ A. a. O., §14 Rn. 20.

⁷⁷⁾ Staudingers Komm/Roth, a. a. O., § 906 Rdnr. 24.

⁷⁸⁾ Jarass, a. a. O., §4 Rn. 20.

서 실행할 수 없거나 경제적으로 기대할 수 없는 경우에 오로지 손해배상만을 청구할 수 있다고 하여, 인가받은 시설을 통하여 임깃시온이 발생한 때에 침해를 입은 상린관계자에게 시설보유자의 과실과 관계없는 손해배상청구권⁷⁹⁾을 인정하고 있다. 이러한 손해배상청구권은 독일 환경책임법(UmweltHG)에 의한 손해배상청구권에는 아무런 영향을 미치지 않는다.

청구권의 요건은 독일민법상의 규정(독일민법 제1004조 등)에 의하여 가동중지를 목표로 하는 유지청구권이 유효한 인가를 통하여 배제되어지고 또한 예방조치가 기술수준에 비추어 불가능하거나 경제적으로 기대할 수 없는 때이다.⁸⁰⁾ 이러한 경우 피해자가 손해배상청구권을 행사함에는 시설보유자의 귀책사유(Verschulden)와 침해의 위법성이 요구되지 않는다.⁸¹⁾ 그러므로 피해자의 청구권은 희생에 대한 보상청구권으로 이해된다.⁸²⁾

손해배상청구권의 내용은 독일민법 제249조 이하에 따라서 완전한 손해배상이 주어진다.⁸³⁾ 이때 상린자의 기타의 법익(beliebige Rechtsgüter)에 대한 손해도 포함되므로 건강훼손에 대한 배상도 청구할 수 있다.⁸⁴⁾ 청구권의 내용에는 장래의 손해뿐만 아니라 과거에 발생한 손해도 포함된다. 피해자는 독일민법 제249조에 따라서 원상회복이나 원상회복에 갈음하여 필요한 금액을 청구할 수 있다.⁸⁵⁾

피해자는 민사법원에 청구권을 주장하여야 하고, 손해배상청구권의 소멸시효에 관해서는 일반적인 청구권의 소멸시효인 3년이다(독일민법 제195조). 손해배상청구권의 이행으로서 상린관계자의 권리는 소멸하는데, 기간 제한 없이 보상을 받은 경우

79) 독일민법 제906조 제2항 제2문에 따른 조정적 보상청구권과 연방임깃시온방지법 제14조 2문에 따른 손해배상청구권은 같은 희생책임을 근거로 하면서도 손해배상의 범위에 있어서는 차이가 있는 것으로 받아들여진다. 전자는 조정적 기능을 가지고 있으므로 보상액에 있어서 법원의 재량이 인정되는 것으로 여겨지고, 후자는 손해의 전보의 의미를 띤 것으로서 전액배상을 원칙으로 하는 점에서 차이가 있다.

80) Landesberg/Lülling, a. a. O., §14 Rn. 7.

81) A. a. O., §14 Rn. 7.

82) Hoppe/Beckmann, a. a. O., §15 Rn. 17; Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 97. Aufl., 2021, BImSchG §14 Rn. 70(독일민법 제906조 제2항 제2문상의 무과실의 책임을 확장하여 실질적으로 희생책임을 가장한 제한된 위험책임을 도입하였다); Peine, Privatrechtsgestaltung durch Anlagenehmigung, NJW 1990, 2447(독일 기본법 제14조는 개인이 제3자의 법적 지위에 개입할 수 있는 개입권한을 인정하는 대신에 보상으로 균형을 이룰 것을 요구하고 있다).

83) Staudingers Komm/Roth, a. a. O., §906 Rn. 237.

84) Peine, a. a. O., S. 2447.

85) Jarass, a. a. O., §14 Rn. 27; Landmann/Rohmer, a. a. O., BImSchG §14 Rn 76.

새로운 토지소유자는 손해배상청구권을 행사할 수 없다.⁸⁶⁾

4) 기타의 규정

독일 연방임깃시온방지법 제14조와 유사한 규정은 항공교통법(LuftverkehrsG) 제11조,⁸⁷⁾ 독일 원자력법(AtomG) 제7조 제6항, 행정절차법(VwVfG) 제75조 제2항,⁸⁸⁾ 이산화탄소 저장법(KSpG) 제14조 등에도 규정되어 있다. 또한 다른 공법상의 규정(예를 들어, 연방자연보호법(BNatSchG),⁸⁹⁾ 통신법(TKG) 제76조, 물관리법(WasserhaushaltsG) 제11조 등)에 의해서도 독일민법 제1004조에 의한 유지청구권은 배제될 수 있다.

독일 이산화탄소 저장법(KSpG)상 인용의무를 보면, 토지소유권자와 기타 이용권자는 이산화탄소의 지하 영구 저장과 결합된 침해가 토지의 지표 하의 지괴에 관련되는 한 독일 행정절차법 제75조 제2항 제1문에 따라서 인용해야 한다(독일 이산화탄소저장법 제14조 제1문). 토지소유권자는 그 독점에 아무런 이익도 없는 깊이에서 일어나는 이산화탄소 누출로 인한 침해에 대해서는 토지의 이용이익이 없으므로 침해를 배제시킬 수 없다(독일민법 제905조 제2문).⁹⁰⁾ 그러나 토지소유권이 미치는 토지의 지표하의 침해인 경우에는 침해를 배제시킬 이익이 있으므로(독일민법 제905조 제2문), 이러한 경우를 대비하여 이산화탄소 저장법 제14조 제1문을 규정하고 있다. 이 규정에 따라 토지소유자 등은 토지표면 아래 이용이익이 미치는 범위내의 토지에 관련된 영구 저장으로 인한 침해에 대해서 인용의무(Duldungspflicht)를 진다.⁹¹⁾ 이러한 경우 토지소유자 등은 지하 저장장소로부터 침해에 대해서 행정절차법

⁸⁶⁾ Staudingers Komm/Roth, a. a. O., §14 Rn. 28.

⁸⁷⁾ 독일 항공교통법 제11조 “연방임깃시온방지법 제14조는 비행장에 적용된다”.

⁸⁸⁾ 독일 행정절차법 제75조 제2항 “계획확정결정이 취소될 수 없는 경우, 계획의 유지(중지)에 대한 청구권, 시설의 제거나 변경에 대한 청구권 또는 시설의 이용의 유지(중지)에 대한 청구권은 배제된다. 계획이나 결정된 계획에 상응하는 시설에서 계획의 취소불가능성 후에 다른 사람의 권리에 예측 불가능한 효과가 발생한 경우, 관련자는 부작용을 배제하는 대책이나 시설의 설치 또는 유지를 청구할 수 있다. 이들은 계획확정 관청의 결정을 통하여 계획 수행자에게 부과될 수 있다. 그러한 대책이나 시설을 행할 수 없거나 계획과 양립 불가능한 경우, 관련된 자는 적당한(상당한) 보상금을 받을 권리가 있다”.

⁸⁹⁾ 독일 연방자연보호법은 제10조에서 “각 연방주는 자연보호를 위하여 토지의 이용을 기대할 수 없을 정도로 침해하지 않는 범위내에서 인용의무를 설정할 수 있다”고 규정한다.

⁹⁰⁾ 독일민법 제902조 “토지소유권자의 권리는 지표상의 공간 및 지표하의 토지(지괴)에 미친다. 그러나 소유권자는 그 독점에 아무런 이익도 없는 높이의 지상이나 그러한 깊이의 지하에서 행해지는 침해를 금지할 수 없다”.

⁹¹⁾ Peine/Knopp/Radcke, Rechtsfragen der Abscheidung und Speicherung von CO₂(CCS), 2011, S.

제75조 제2항에 따라 보상청구권을 행사할 수 있게 된다.

4. 생활에 중요한 운영과 공적 운영으로 인한 인용의무

독일 연방입맞시온방지법 제14조의 근본사상을 공적인 운영이나 공공의 이익을 위한 운영에 확장하여, 독일의 판례와 통설은 방해가 공공의 이익에 직접 봉사하는 생활에 중요한 운영(Lebenswichtig Betrieb)과 공공에 중요한 운영(gemeinwichtig Betrieb)으로부터 생성될 경우 독일민법 제1004조 등에 의한 유지청구권이 배제된다고 하였다.⁹²⁾ 그렇지 않으면 공공에 중요한 시설이나 설치의 대체할 수 없는 중지를 가져오기 때문이다. 이러한 방법으로 특히 보호되는 운영이나 시설은 에너지공급기업, 공적인 교통기관과 기타 생존배려시설 등이 이에 속한다. 하지만 개개의 운영시설에 대한 예방조치에 대한 청구는 만약 이를 통하여 기대할 수 없는 비용과 운영의 본질적 변경이나 제한을 가져오지 않는다면 할 수 있다.⁹³⁾ 그 외의 경우에는 단지 독일민법 제906조 제2항 제2문의 유추적용으로 금전적 보상청구만을 할 수 있다.

5. 독일 항공기소음방지법에 의한 보상청구권

1971에 제정되고 2007년에 광범위하게 개정된 독일 항공기소음방지법(FluglärmSchutz-

129.

⁹²⁾ BGHZ 48, 98; BGHZ 60, 119; BGHZ 91, 20(원고는 피고시에 일반주거지역의 토지소유자이며 토지상에 주택을 소유하고 있다. 1972년 주민들의 반대에도 불구하고 기존 하수처리장(피고시의 하수처리장은 연방입맞시온방지법에 의하여 인가를 요하는 시설이 아니다) 증설이 승인되었고 1974년 하수처리장이 증설되고 1975년에는 슬러지처리장 증설되었다. 주민들의 악취로 인한 민원이 끊이지 않자, 1978년 피고시는 약 40만 마르크를 들여 탈취 시스템을 설치 가동하였다. 원고는 1975년에서 1979년 사이에 발생한 악취에 대하여 보상을 청구하였다. 이에 대하여 연방대법원은, 통설적 견해에 따라 연방입맞시온방지법 제14조에 비추어, 원고는 유지청구에 의하여 하수처리장 운영을 완전히 중단하도록 청구할 수 없으며, 인근 토지에 대하여 지방자치단체가 운영하는 하수 처리장에서 발생하는 과도한 악취에 대한 보상에는 판례에 의해 확립된 원칙에 따라 재산에 대한 수용적 침해에 의거하여 보상이 지급되어야 한다. 원고는 영구적 손실을 주장하지 않았으므로 주택이 임대될 경우 월 임대료의 가상 감소액에 기초하여 보상되어야 한다고 하였다); Münchener Komm/Säcker, a. a. O., §906 Rn. 154-163; Ketteler/Kippels, Umweltrecht, 1988, S. 70; Baur/Stürner, a. a. O., S. 256.

⁹³⁾ Ketteler/Kippels, a. a. O., S. 70; Münchener Komm/Säcker, a. a. O., §906 Rn. 157.

gesetz: FluglärmSchG)에 따라서 일정한 요건 아래서 항공기 소음피해자는 비행장운 영자에게 건축금지에 대한 보상(§8 FluglärmSchG)과 소음방지조치 비용청구와 옥외 생활공간 손상에 대한 보상(§9 FluglärmSchG)을 청구할 수 있다.⁹⁴⁾

1960년대 초부터 증가된 민간항공의 운항은 70년대에 들어와서 항공기운행횟수의 급격한 증가와 비행소음이 큰 제트엔진의 도입 및 공항주변의 증가하는 주민들로 인하여 비행소음이 많은 문제가 되기 시작하였다.⁹⁵⁾ 이에 원인에 있어서 소음발생을 줄이려는 적극적인 조치와 소음관련자들을 보호하려는 소극적인 조치들이 고려되어서 소음관련자들을 보호하기 위한 조치로서 1971년에 항공기소음방지법이 제정되었다.⁹⁶⁾ 이러한 항공기소음방지법은 항공기소음으로 인한 위험, 현저한 불이익과 현저한 부담으로부터 일반 대중과 상린자를 보호할 목적으로 정기항공교통로에 연결되는 민간공항과 제트엔진 항공기를 운영하는 군용공항 등의 지역에 소음방지구역(Lärmschutzbereich)을 설정한다(§1 FluglärmSchG).⁹⁷⁾

항공기소음방지법은 소음원인에 대한 허용된 한계치의 확정을 통한 규정방식을 택하는 대신에 소음피해지역에 대한 소음방지구역의 설정을 통하여 항공기소음방지를 실현하였다. 이에 따르면 소음방지구역내의 6개월 평균 소음도에 따라 방지구역이 설정되는데, 독일 항공기소음방지법 제2조에 의하면 소음방지구역은 주간 방지구역 2개와 야간 방지구역 1개로 구분되고, 공항은 민영공항과 군용공항으로 나누어서

94) Kimminich/von Lersner/Strom, Handwörterbuch des Umweltrechts, 2. Aufl., 1994, SS. 706-707.

95) 항공기 소음은 공항 운영 및 확장에 있어 다양한 환경적 요인과 관련하여 지역사회에 가장 심각한 영향을 미치는 요인으로 전세계적으로 문제가 되고 있는 데, 2001년 국제민간항공기구(ICAO)는 비행장 소음대책으로 “항공기 소음관리에 대한 균형 잡힌 접근”(Balanced Approach to Aircraft Noise Management)을 발표하였다. 이에 의하면, 항공기소음 대책은 i) 근원에서 항공기 소음의 감소, ii)토지이용계획과 관리, iii) 소음저감을 위한 항공기 운항조치, iv) 항공기 운항제한과 같은 4가지 방향에서 실현되어야 한다고 하였다. 독일 비행소음방지법은 소음방지구역의 설정을 통한 ‘토지이용계획과 관리’에 해당한다고 할 수 있다.

96) 그러나 적극적 소음 방지조치에는 항공기소음방지법이 적용되지 않으며, 동법은 소극적 소음방지(passiv Schallschutz)의 전제조건 및 법적 결과를 규정하는 것으로 제한된다. 따라서 적극적 소음저감은 항공교통법(Luftverkehrsrecht)에 의한 규제영역으로 남아있다(Ekardt, FluglärmSchutzgesetz, 2012, Einleitung Rn. 7). 그리고 동법은 일반적으로 계획법과 보상법으로 분류되지만, 순수한 보상법(Entschädigungsgesetz)으로 분류되기도 한다(Ekardt, a. a. O., Einleitung Rn. 8).

97) 소음방지구역의 결정은 연방주 정부의 시행령(Rechtsverordnung)으로 한다. 시행령의 일부인 지도와 계획은 모든 사람이 볼 수 있도록 공식 사무실의 안전한 장소에 보관되어야 한다(§4 Abs. 2 FluglärmSchG). 독일에서는 현재 26개의 민영비행장과 10개의 군용공항에 비행소음방지구역이 설정되어 있다.

방지구역을 설정한다. 또한 기존 공항과 신설 및 본질적 구조적으로 확장되는 공항으로 나누어, 신설 및 확장공항의 경우에는 평균소음도를 기존공항보다 낮게 정하여 방지구역을 설정하고 있다. 기존 공항의 주간 보호구역에 대해서만 살펴보면, 기존의 민영공항의 경우 공항지역 외곽의 항공기로 인한 평균소음의 정도가 60dB(A) 이상의 지역에 설정되고, 소음의 정도에 따라 2가지 방지구역으로 나누어서 방지구역 1은 평균소음 정도가 65dB 이상의 지역에, 방지구역 2는 60dB 이상의 지역에 설정된다(§2 FluglärmSchG).⁹⁸⁾ 6개월 평균소음정도의 조사는 예상되는 항공기 운영의 종류와 범위를 고려하여 동법의 부록에 따라 실시한다(§3 FluglärmSchG).

이러한 소음방지구역내에서는 병원, 양로원, 요양원 및 이와 유사한 수준의 보호가 필요한 시설은 건설할 수 없다(§5 Abs. 1 FluglärmSchG). 주간 방지구역에는 학교, 유치원 및 이와 유사한 시설을 건설할 수 없다. 주간 방지구역1 및 야간 방지구역에는 주택을 건설할 수 없다(§5 Abs. 2 FluglärmSchG). 주간 방지구역2의 경우에는 일반적으로 주택의 건축금지가 적용되지 않지만, 동법 제7조에 명시된 소음방지요건을 충족하는 경우에만 건축할 수 있다.⁹⁹⁾ 건축제한으로 인한 피해자의 손실을 보상하기 위하여 항공기소음방지법 제8조(건축금지에 대한 보상)는 손실보상에 관하여 규정을 하고 있다. 항공기소음방지법 제8조를 자세히 보면, 동법 제5조에 의해서 지금까지 허용되었던 건축이 금지되고, 이로 인하여 토지에 대한 단지 비본질적이라고 볼 수 없는 가치감소가 발생한 경우에 토지소유자는 상당한 보상을 현금으로 하여줄 것을 청구할 수 있다. 그리고 토지소유자는 건축금지로 인하여 지금까지 허용된 건축상황을 신뢰하여 토지상에 건물의 건축적 이용을 위한 준비 비용의 상실의 경우에 상당한 보상을 현금으로 하여줄 것을 청구할 수 있다(§8 FluglärmSchG). 이러한 보상청구권은 희생보상청구권이며,¹⁰⁰⁾ 건축금지로 인한 보상의 범위는 건축금지로 인한 토지 가치의 상실금액이 기준이 된다. 즉 토지가치의 상실금액은 건축금지의 부담이 없는 토지의 가치와 건축금지의 부담이 있는 토지가치의 차이가 된다.¹⁰¹⁾ 보상청구권의 소멸시효는 보상청구권이 발생한 해의 종료와 함께 시작되며 4

⁹⁸⁾ 기존 군용공항의 경우 항공기로 인한 평균소음의 정도가 63dB(A)을 초과하는 지역에 설정이 되고, 주간 방지구역 1은 평균소음 정도가 68dB 이상의 지역에, 야간 방지구역 2는 63dB 이상의 지역에 설정된다.

⁹⁹⁾ Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 2021, FluglärmG §5 Rn. 36.

¹⁰⁰⁾ Kimminich/von Lersner/Strom, a. a. O., S. 703

¹⁰¹⁾ Landmann/Rohmer, a. a. O., FluglärmG §8 Rn. 28.

년이 지나면 소멸한다.¹⁰²⁾

동법 제9조는 주택 등의 소음방지조치 비용청구와 옥외 생활공간 손상에 대한 보상청구를 규정하고 있다. 간단히 살펴보면, 소음방지구역의 설정시에 이미 병원·양로원 등의 건축물이 건축되어 있거나, 주택이 건축되어 있는 경우, 또는 소음방지구역설정 이전에 건축허가가 난 건축물에 대하여 토지소유자는 소음방지조치 비용을 비행장운영자에게 청구할 수 있다(§9 FluglärmSchG). 건축물 혹은 건축물의 일부가 공동주택(아파트 등) 소유권자의 소유인 경우에는 토지소유권자가 아니라 이들이 비용방지조치 비용을 청구할 수 있다. 소음방지조치 비용은 기존 민영비행장의 경우 주간 평균소음이 70dB 이상인 경우 방지구역 설정 후 즉시 비용을 청구할 수 있고, 그렇지 않으면 방지구역이 설정된 후 6년이 시작되는 시점에 청구할 수 있다(§9 Abs. 2 FluglärmSchG). 환기시스템을 포함한 소음방지조치 비용은 실제로 지출된 비용에 한해서 보상을 받을 수 있다. 소음방지조치 비용은 항공기소음방지법 제7조에 의한 시행령의 범위에서만 보상을 받을 수 있는데, 처음 입법시에는 주택의 경우 1제곱 미터당 100마르크를 초과하는 비용에 대해서는 보상을 받을 수 없다고 하였으나, 2009년 개정 ‘항공기소음방지조치에 관한 시행령’(Flugplatz-SchallschutzmaßnahmenVO)에 의해서 최대 150유로로 인상되었다. 또한 신설 또는 크게 확장된 비행장에 대한 소음 방지구역을 설정할 때, 주간 방지구역 1에 위치한 토지 소유자(단독주택)나, 공동주택(Wohnung)의 소유자 및 그러한 건축물의 건축이 허가된 주택의 경우 시행령에서 정한 옥외 생활공간¹⁰³⁾의 손상(레크리에이션, 통신방해 등)에 대해 상당한 금전적 보상을 청구할 수 있다(§9 Abs. 5 FluglärmSchG).¹⁰⁴⁾ 연방정부는 옥외 생활공간, 특히 보호할 가치가 있는 옥외 생활공간의 범위와 가치감소 평가

¹⁰²⁾ Ekardt, a. a. O., FluglärmG §8 Rn. 7.

¹⁰³⁾ 옥외 생활공간은 건물사용 외에도 야외생활에 적합하고 의도된 경우 주거용 건물 외부의 구역을 의미한다. 정원, 테라스, 발코니 및 유사한 방식으로 사용할 수 있는 기타 야외시설이 옥외 생활공간이다(Landmann/Rohmer, a. a. O., FluglärmG §9 Rn. 68). 그리고 야간 방지구역에 위치한 부동산에 대해서는 보상청구가 인정되지 않는데, 야간 방지구역의 속성상, 즉 야외 생활공간은 일반적으로 야간에 사용되지 않으므로 특별히 보호할 가치가 없다는 점을 고려한 것이다(Landmann/Rohmer, a. a. O., FluglärmG §9 Rn. 63).

¹⁰⁴⁾ 옥외 생활공간에 대한 보상청구권의 입법시에 그 범위를 두고 논란이 많았으며, 베를린-쉴펠트(Berlin-Schönefeld) 공항 확장 계획확정절차에서 연방행정법원은 옥외 생활공간(레크리에이션 기능, 통신중단 등)에 대한 보호와 관련하여 62dB(A) 이상의 소음노출시 보상청구가 적절하다고 판단하였고(BVerwGE 127, 95; BVerwGE 125, 116), 이를 근거로 야외생활공간에 대한 보상청구 인정의 입법이 이루어졌다(Landmann/Rohmer, a. a. O., FluglärmG §9 Rn. 62).

와 관련한 보상에 대해서 연방하원의 동의를 받아 시행령을 제정할 수 있다(§9 Abs. 5 FluglärmSchG).¹⁰⁵⁾

항공기소음으로 인한 이러한 보상의 절차는 연방주법에 따라 해당 관청이 당사자(보상수령자와 보상의무자)의 의견을 청취한 후에 어느 정도로 보상받을 수 있는 것 인지를 문서로서 결정한다(§10 FluglärmSchG). 이 문서에는 법적 구제방법을 제시 하여야 한다. 그 외에 비행장 운영자와 항공교통 관제책임자는 평균소음정도의 조사를 위하여 필요한 데이터, 문서 및 계획을 연방주법에 따라 책임이 있는 기관에 제공할 의무가 있다(§11 Abs. 1 FluglärmSchG). 정보제공의무자는 정보제공이 자기 자신이나 독일 민사소송법(ZPO) 제383조 제1항 제1호에 제3호까지 언급된 친족이 형사법원의 소추 또는 질서위반에 관한 법률의 소추를 받을 위험이 있는 질문에 대하여는 정보제공을 거부할 수 있다(§11 Abs. 2 FluglärmSchG). 보상의무자는 민영 공항의 경우에는 그 당시의 공항운영자(Flugplatzhalter)이고, 군용공항의 경우에는 군용공항 운영자인 연방국방부 장관¹⁰⁶⁾이다(§12 FluglärmSchG).

III. 우리 법상 환경침해로 인한 보상청구권

1. 민법 제217조에 의한 보상청구권

1) 민법 제217조의 유래와 그 의미 등

i) 민법 제217조의 연혁: 민법 제217조는 구민법에는 없는 조문이며, 현행민법이 제정되면서 우리민법에 도입되었다. 민의원 법제사법위원회의 民法案審議錄을 보면 제217조는 구민법에는 없는 조문으로서 독일민법 제906조¹⁰⁷⁾와 스위스민법 제684조

¹⁰⁵⁾ 동법 시행령(Fluglärm-Außenwohnbereichentschädigungs-VO) 제5조 제1항에 의하면 옥외생활 공간을 가진 단독주택은 정액보상으로 5,000유로까지 보상을 받을 수 있다.

¹⁰⁶⁾ 국제 조약에 근거하여 독일연방공화국에 주둔하는 군대가 연방영토의 비행장을 사용하고 파견국이 비행장 운영자로서 비용을 지불할 책임이 있는 경우, 연방공화국은 지불의무를 이행할 책임이 있다. 보상의 지급 및 소음방지조치 비용의 보상에 관한 법적 분쟁은 보상요구를 받은 파견국을 대신하여 독일연방공화국이 자신의 이름으로 이를 수행한다(§12 Abs. 2 FluglärmSchG).

¹⁰⁷⁾ 민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회, 民法案審議錄(上卷), 1957, 137면에서 입법례로 독일민법 제906조를 소개하고 있다. 독일민법 제906조 “토지소유자는 가스, 증기, 악취, 열, 소음, 진동의 침입 및 타인의 토지로부터 오는 유사한 간섭이 토지이용을 방해하지 않거나 방해

제2항¹⁰⁸⁾을 외국의 입법례로 소개하고 있다.¹⁰⁹⁾ 우리 민법 제217조는 1959년 독일 민법 개정전의 조문을 계수한 조문이다. 우리 민법 제217조는 조문의 표현에서는 변형에 있어서, 제1항은 환경침해에 대해서 적당한 방지조치를 청구할 수 있다고 하면서, 아마 비본질적 침해(경미한 침해)는 당연히 인용의무가 인정된다는 것을 전제로 하면서 제2항에서 이웃 거주자(피해자)는 환경침해가 “이웃 토지의 통상의 용도에 적당한 것인 때에는 이를 인용할 의무가 있다”고 하여, 가해토지의 통상적 이용으로 인한 침해에 대해서 피해자의 인용의무를 명시적으로 규정하고 있다. 즉 독일 민법 제906조상의 ‘토지의 장소통상적 이용’으로 인한 인용의무가 우리 민법 제217조 제2항에서 ‘토지의 통상의 용도’로 인한 인용의무로 표현이 수정되어 입법되었다고 볼 수 있다.¹¹⁰⁾

ii) 인용의무에 대한 판례의 입장: 환경침해로 인한 인용의무와 관련하여, 우리 판례를 보면, “인근 고속도로에서 유입되는 소음으로 인하여 입은 환경 등 생활이익의 침해를 이유로 일정 한도를 초과하는 소음이 유입되지 않도록 하라는 내용의 유지 청구 소송에서 그 침해가 사회통념상 일반적으로 수인할 정도를 넘어서는지의 여부는 피해의 성질 및 정도, 피해이익의 공공성, 가해행위의 태양, 가해행위의 공공성, 가해자의 방지조치 또는 손해회피의 가능성, 인·허가 관계 등 공법상 기준에의 적합 여부, 지역성, 토지이용의 선후관계 등 모든 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다”고 하고 있다.¹¹¹⁾ 그리고 불법행위로 인한 손해배상청구에서도 수인한도를 위와 같이 판단하고 있다¹¹²⁾. 이를 보면 우리 판례는 제217조와 무관하게 수인한도

가 경미한 때 또는 토지의 장소적 관계상 타인 토지의 통상의 사용에 기인하여 발생한 것인 때에는 이를 금지할 수 없다. 다만 이러한 침입이 특별한 유도로 인한 것인 경우에는 그러하지 않다”.

¹⁰⁸⁾ 민법안심의록, 전게서, 137면에서는 스위스민법 제684조 제2항을 입법례로 소개하고 있다. 2009년 일부 개정전의 스위스 민법 제684조 제2항을 보면, “특히 토지의 위치와 상태 혹은 장소의 용도(Ortsgebrauch)에 비추어 정당하지 않은 연기, 그을음, 불쾌한 증기, 소음, 진동처럼 해를 끼치는 침해를 금지한다”고 규정하고 있다. 이를 보면, 토지의 위치와 상태 혹은 장소의 용도에 비추어 적당한 침해에 대한 인용의무를 규정하여 직접적인 소유권제한을 규정하고 있다 (Basler Komm./Heinz Rey, Zivilgesetzbuch II, 3. Aufl., 2007, Art. 684, Rn. 1).

¹⁰⁹⁾ 민법안심의록, 전게서, 137면.

¹¹⁰⁾ 우리 민법 입법자들은 독일민법 제906조상의 ‘토지의 장소 통상적 이용’을 ‘토지의 장소적 관계상 타인 토지의 통상의 사용’으로 이해한 것으로 생각되고, 어찌 보면 독일민법의 ‘토지의 장소 통상적 이용’이라는 표현을 우리 민법에 그대로 사용하였다고 볼 여지도 있다.

¹¹¹⁾ 대판 2007. 6. 15, 2004다37904,37911.

를 판단하고 있다.¹¹³⁾

그리고 우리 판례가 말하는 수인한도론은 일본의 학설과 판례의 내용¹¹⁴⁾과 거의 유사한 것으로, 일본의 수인한도론은 프랑스의 학설과 판례에 의하여 인정된 수인한도론과 거의 유사하다고 할 수 있다. 프랑스민법은 근린폐해에 대한 명문규정이 없으며, 수인한도의 판단시에는 근린폐해가 이루어진 지역성, 가해자와 피해자간의 토지이용의 선후관계, 폐해의 계속성 및 그 강도, 제반법령의 준수여부, 손해의 회피가능성 또는 손해배제조치의 유무 등을 종합적으로 고려하고 있다.¹¹⁵⁾ 프랑스민법이나 일본민법에는 우리 민법 제214조와 제217조 같은 규정이 없으므로 위와 같이 수인한도를 판단하는 것이 타당할지도 모른다. 하지만 우리민법은 독일민법 제1004조·스위스민법 제679조와 같이 소유권에 기한 물권적 청구권의 명문규정을 두고, 제217조에서는 제214조에 의한 유지청구권의 행사시에 피해자의 인용의무에 대한 명문의 규정을 두고 있다. 즉 제214조에 의한 유지청구권 행사시에 환경침해에 대한 인용의무를 명문으로 규정하고 있는 우리 민법은 프랑스민법이나 일본민법과는 그 입법을 달리 하고 있다.

그리고 우리 판례는 2015년 고속도로소음에 대한 유지청구소송¹¹⁶⁾에서 최초로 수인한도론과 관련하여 위법성 단계설을 취하였다. 환경침해의 위법성판단에서 수인한도론과 관련하여 일본에서 주장된 것이 위법성단계설(위법성 2원론)인데, 환경침해에 대한 유지청구권이 인정되기 위해서는 손해배상청구권 인정의 경우보다 높은 위법성을 요건으로 한다는 것이다. 환경침해로 인한 유지청구 소송에서 위법성의 정도

112) 대판 1974. 6. 11, 73다1691; 대판 1978. 12. 26, 77다2228; 대판 1982. 9. 14, 80다2859; 대판 1989. 5. 9, 88다카4697; 대판 1991. 7. 23, 89다카1275; 대판 2005. 1. 27, 2003다49666; 대판 2010. 7. 15, 2006다84126 등

113) 이러한 판례에 입장에 따라 최근 항공기소음 소송이 급증하고 있다. 서울중앙지방법원에는 2011년 1-2월에 53건의 소송이 제기되었고, 변호사 1명이 피해주민 6만여명을 모아 하루에 소송 10여건을 한꺼번에 낸 경우도 있다고 한다. 이러한 소송이 급증한 이유는 법원이 2005년 김포공항 소송 이래 11번의 재판에서 모두 주민승소판결을 내리고 있기 때문이라고 한다. 또한 일부 변호사는 기획소송으로서 아르바이트생 20-30명을 고용해 집집이 안내문을 돌리고 현수막을 걸고서 원고를 모집하고 있다고 한다. 전국에 48개 비행장을 운영하는 국방부는 2010년에 배상금으로 1435억원을 지급하였고, 2011년에는 3700억원이 넘을 전망이라고 한다(조선일보 2011. 3. 21자, A14면 참조).

114) 加藤一郎 編, 公害法の生成と展開, 岩波書店, 1968, 406-412면 참조.

115) 박수곤, 프랑스법에서의 근린폐해이론의 전개, 환경법연구, 제24권 2호, 2002. 12, 275-279면 참조.

116) 대법원 2015.9.24. 선고 2011다91784 판결.

는 손해배상청구와 유지청구에서 같은 것이 아니라 유지청구의 수인한도가 손해배상청구보다 높게 판단되어야 한다는 것이다.¹¹⁷⁾ 이러한 위법성단계설이 주장되는 이유는, 유지청구는 손해배상에 비해 기업에 치명적인 타격을 주며, 소송의 태양도 위법성판단에 요인이 될 수 있으므로 양자의 위법성에 차이가 인정될 수 있다고 한다. 이에 따라 특히 공공성이 높은 교통기관의 소음의 경우, 손해배상은 인정할지라도 유지청구가 인정되기는 어렵다고 한다. 이러한 위법성단계설에 의하면 동일한 환경 침해에 대하여 손해배상청구와 유지청구를 함께 청구하는 경우에 손해배상청구는 인용되더라도 유지청구는 기각될 수 있다는 것이다. 1995년 일본의 판례에서도 위법성단계설은 인정되고 있는데, 일본 국도43호·한신고속도로(国道43号·阪神高速道路) 주변 피해자들의 ‘국도43호·한신고속도로 소음 배기가스 규제청구 사건’¹¹⁸⁾에서 이 사건 도로의 공공성 등을 고려하여 유지청구를 인용해야 할 위법성 없다고 한 원심판단은 정당하다고 하면서, 그 이유로 “도로 등의 시설의 유지청구를 인용해야 할 위법성이 있는지 여부의 판단에서 고려해야 할 요소는 손해배상청구의 경우에 고려해야 할 요소와 거의 공통되는 것이지만, 시설의 공용금지와 금전에 의한 배상이라고 하는 청구내용의 차이에 대응하여 각 요소의 중요성을 어느 정도로 고려할지는 차이가 있기 때문에, 양쪽 경우의 위법성유무의 판단에 차이가 생기게 되어도 불합리하다고 할 수 없다”고 하였다. 이와 같이 일본의 판례는 위법성단계설을 받아들여 수인한도론에서 여러 판단요소 중 시설의 공공성, 즉 도로의 공공성을 주된 이유로 유지청구를 인용해야 할 위법성이 없는 것으로 판단하였다. 이러한 일본 최고재판소의 판단은 그 후 일본의 하급심 판례에서도 인정되어, 유지청구와 관련해서는 수인한도 내라고 기각하고, 손해배상청구와 관련해서는 수인한도를 초과한다고 보아 일부 인용한 사례들이 있다.¹¹⁹⁾

우리나라에서는 위법성단계설에 대하여 위법성단계설을 긍정하는 입장¹²⁰⁾과 위법

117) 加藤一郎 編, 公害法の生成と展開, 岩波書店, 1968, 13면; 内田 貴, 債權各論(第3版), 東京大學出版會, 2011, 478-479면; 原田尚彦(千柄泰 譯), 環境法, 법문사, 1983, 48-49면.

118) 最判 1995. 7. 7, 民集 49-7-2599; 最判 1995. 7. 7, 判例時報 1544号 39면.

119) 東京地方裁判所 2010. 8. 31, 判例時報 2088号 10면(원고가 이 사건 철도를 주행하는 열차에서 발생하는 소음·진동 등에 따른 손해를 주장하고, 철도사업을 경영하는 피고에 대하여 손해배상 및 일정기준 이상의 소음을 발생시키지 않도록 청구한 사안에서, 재래식 철도주변 주민의 철도사업자에 대한 소음금지청구는 기각되고, 소음으로 인하여 발생한 손해배상청구는 일부 인용된 사례); 広島高等裁判所 · 2014. 1. 29, 判例時報 2222号 9면; 東京高等裁判所 2015. 7. 30, 判例時報 2277号 13면).

성단계설을 부정하는 입장¹²¹⁾ 등이 있었는데, 그리고 일본의 위법성단계설을 소개하면서 유지청구의 위법성 판단과 관련하여 우리 민법 제217조와 관련하여 판단하면 족하고 위법성단계설을 취할 필요가 없다는 견해가 있다.¹²²⁾

이와 관련한 우리나라의 판례를 보면, 경인고속도로 주변 빌라 거주자 등이 제기한 유지청구 사건에서 2007년 대법원은 수인한도를 넘는 침해가 있으면 위법성이 인정된다고 하여, 도로의 공공성 등을 이유로 한 위법성단계설을 적용하지는 않았고, 일정 한도를 초과하여 소음이 유입되지 않도록 하라는 취지의 유지청구가 적법하다고 하였다.¹²³⁾ 그러나 2015년 대법원판결에서는 고속도로에서 발생하는 소음이 수인한도를 넘었는지 여부는 통상의 판례와 같이 여러 가지 사정을 종합적으로 판단하여야 한다고 하면서, 유지청구와 관련하여 위법성단계설을 적용하여 원심을 파기환송하였다.¹²⁴⁾ 대법원은 그 이유로 “수인한도는 도로가 현대생활에서 필수불가결한 시설로서 지역 간 교통과 균형개발 및 국가의 산업경제활동에 큰 편익을 제공하는 것이고, 도시개발사업도 주변의 정비된 도로망 건설을 필수적인 요소로 하여 이루어지고 있는 점, 자동차 교통이 교통의 많은 부분을 차지하고 있고, 도시화·산업화에 따른 주거의 과밀화가 진행되고 있는 현실에서 일정한 정도의 도로소음의 발생과 증가는 사회발전에 따른 피치 못할 변화에 속하는 점 등도 충분히 고려되어야

120) 구연창, 환경법론(개정판), 법문사, 1993, 577면; 김상용, “환경침해불법행위”, 후암곽윤직선생 고회기념 논문집, 박영사, 1995, 543면; 이용우, “수인한도론 소고”, 법조 제27권 10호, 1978. 10, 11면; 곽윤직/박철, 민법주해[XVIII], 박영사, 2005, 258면(적극 찬성하면서, 불법행위를 구성하는 위법한 침해행위라도 금지청구를 인정할 수 있는지 여부는 침해되는 권리의 종류와 내용, 침해의 태양 및 정도에 따라 위법성이 결정되어야 한다고 한다).

121) 곽윤직/유원규, 민법주해[V], 박영사, 1992, 311면(손해배상청구에서 위법한 행위가 유지청구에서 적법한 행위가 된다는 것은 기이한 결론이 될 것이라고 하면서 동일한 행위의 위법성이 구제방법에 따라서 달리 평가되는 것은 타당하지 않다).

122) 오석락, 환경소송의 제문제, 삼영사, 1996, 18-20면.

123) 대법원 2007. 6. 15. 선고 2004다37904,37911 판결(이 사건에서 피해자들의 손해배상청구와 유지청구가 모두 인정되었는데, 유지청구와 관련하여 “이 사건 빌라의 각 주택의 소음과 관련하여 환경정책기본법상 소음환경기준인 65dB 이상의 소음이 발생하는 경우에는 사회생활상 통상의 수인한도를 넘는 것으로서 위법하다고 할 것이고, 이러한 사실관계하에서는 피고 주민들이 이 사건 고속도로의 확장공사 이후 입주하였다는 사정만으로 피고 주민들의 원고에 대한 유지청구가 신의칙에 반하여 허용될 수 없는 경우라고 볼 수도 없다”고 하였다). 그 외 이 판례와 관련한 자세한 내용은, 전경운, “소음침해에 대한 방해제거 및 방해예방청구권의 법적 근거와 인용의무 등”-대법원 2007. 6. 15. 선고 2004다37904,37911판결-, 민사법학 제42호, 2008. 9, 405-451면 참조.

124) 대법원 2015.9.24. 선고 2011다91784 판결.

한다”. “특히 고속국도는 자동차 전용의 고속교통에 공용되는 도로로서 도로소음의 정도가 일반 도로보다 높은 반면, 자동차 교통망의 중요한 축을 이루고 있고, 지역 경제뿐 아니라 국민경제 전반의 기반을 공고히 하며 전체 국민 생활의 질을 향상시키는 데 중요한 역할을 담당하고 있는 점 등을 더하여 보면, 이미 운영 중인 또는 운영이 예정된 고속국도에 근접하여 주거를 시작한 경우의 ‘참을 한도’ 초과 여부는 보다 엄격히 판단하여야 한다”고 하였다. 즉 이 사건에서 대법원은 단순히 수인한도론을 적용하는데 그치지 않고, 수인한도의 초과여부는 고속도로의 공공성 등을 이유로 더욱 엄격하게 판단해야 한다고 하여서 위법성단계설을 적용하였다.¹²⁵⁾ 그러므로 대상판결에서 최초로 대법원은 위법성단계설을 적용하였다고 할 수 있다.

위법성단계설은 적용한 대상판결 이후 유사한 고속도로 소음 사건,¹²⁶⁾ 헬기장 사건¹²⁷⁾과 네이버사건¹²⁸⁾에서 위법성단계설을 취하였다. 그러면 대법원 판시와 같이 위법성단계설을 적용한 것이 우리 민법의 입장에서 타당한 것인가? 우리 민법 제

¹²⁵⁾ 이에 따라 이 사건에서 피해자들의 유지청구는 인정되지 않게 되었다(대구고등법원 2016. 6. 15. 선고 2015나2998 판결로 최종 확정), 손해배상과 관련하여서는 환경분쟁조정위원회의 손해배상을 인정한 재정결정이 처음부터 당사자의 다툼의 대상이 되지 않고 인정되었다. 그러므로 결과적으로 동일한 환경침해 사건에서 손해배상청구는 인정되고 유지청구는 부인되었다.

¹²⁶⁾ 대법원 2015. 10. 15. 선고 2013다89433,89440,89457 판결

¹²⁷⁾ 대법원 2016. 11. 10. 선고 2013다71098 판결.

¹²⁸⁾ 대법원 2021. 6. 3. 선고 2016다33202, 33219 판결(이 사건에서 유지청구는 위법성단계설을 취하여 기각해야 한다는 취지로 판결하였는데, 과연 이 사건에서 위법성 단계설을 취하는 것이 타당한지는 의문이다. 그리고 독일 하급심판결을 보면 햇빛 반사로 인한 눈부심 효과와 관련하여, OLG Düsseldorf, MDR 2017, 1297(피고의 주택의 가파른 지붕에 설치된 태양광 발전 시스템의 집열판에서 반사되는 햇빛으로 원고 토지의 사용(거실의 사용)을 현저하게 손상시키는 경우, 원고 토지에 대한 본질적 침해로서 원고는 인용의무가 없고, 유지청구가 인정된다); OLG Naumburg, BeckRS 2018, 36700(이웃집 지붕에 설치된 스테인리스 스틸 굴뚝의 눈부심으로 인해 상린관계적 공동체관계가 침해될 수 있다. 특정 상황에서 다른 디자인이 눈부심 효과를 피할 수 있다면 미적 감각은 뒷전으로 밀려나야 한다. 스테인리스 스틸을 사용하기로 한 피고의 미학적 견해는 피고에게 특권을 부여하지 않고, 눈부심 효과를 고려할 때 원고에게 인용할 의무를 초래하지 않는다); OLG Stuttgart, WuM 2009, 299(건축법에 따라 설치된 이웃 건물의 채광창에서 강력한 햇빛반사에 의한 눈부심 효과로 인하여 인접한 주택(아파트)의 이용자가 테라스와 거실 및 주방식당의 이용이 제한된 경우(햇빛이 반사되는 동안 소유자가 테라스를 사용하는 것은 거의 불가능하고, 거실과 식당의 사용이 엄격히 제한된다), 이를 인용할 필요가 없으며(강력한 눈부심 효과가 20~30분 동안 지속 되지만 본질적인 침해로 보아야 하고), 햇빛 반사가 합리적인 수단으로 배제되거나 합리적인 수준으로 감소될 수 있는 조치를 취하여야 한다) 등에서 햇빛반사와 관련하여 유지청구를 인용하였다. 물론 경미한 경우에는 인정되지 않는다고 하였다(OLG Karlsruhe, MDR 2018, 790(교회 탑에 설치된 야간조명과 관련하여, 조명설비가 토지사용을 경미한 정도로만 손상시키는 경우 이웃 건물의 야간조명에 대해 방어할 법적 권리는 없다)).

217조 제2항에 의하면 가해토지의 통상적 용도로 인한 환경침해의 경우, 피해자는 인용할 의무가 있다고 규정하고 있다. 즉 고속도로 소음이나 헬기장 사건의 경우에는 위법성단계설이 아니라 민법 제217조 제2항의 적용으로 해결될 수 있는 사항이라고 할 것이다.¹²⁹⁾

그리고 우리 민법 제217조 제2항의 ‘토지의 통상적 용도’의 의미에 대해서 보면, 이에 대해서 특별히 자세히 논하지 않거나,¹³⁰⁾ 해당 토지를 이용하는 데 보통 발생하는 해로운 침해가 있더라도 이웃거주자는 이를 참고 받아들여야 하며 적당한 정도인지의 여부는 주위 토지의 상황과 평균인을 기준으로 사회통념에 따라 결정하여야 한다고 한다.¹³¹⁾ 판례를 보면 토지 통상적 용도에 대해서 판단한 과거의 판례¹³²⁾는 있지만, 최근 우리 사회에서 많이 문제되는 고속도로·철도 소음이나 비행장 소음 등과 관련하여 제217조 제2항의 토지 통상적 용도와 관련해서 판단한 명시적인 판결은 없다. 그러나 우리 민법 제217조는 독일민법 제906조를 계수한 조문이므로, 토지의 장소통상적 이용에 관한 독일의 학설과 판례는 우리 민법 제217조의 해석과 적용에 있어서 중요한 참고자료가 될 것으로 생각된다. 이와 관련하여 우리 판례는 항공기 소음, 고속도로 소음, 철도 소음 등의 사건에서 일본 판례의 입장과 같이 김포공항 사건 이후 기능적 하자론에 입각하여 인용의무를 넘는 침해가 있다고 하면서 공작물책임 또는 영조물책임을 인정하여 왔다. 그런데 위의 사건들은 전형적으로 제217조 제2항의 가해토지의 토지 통상적 이용으로 인한 침해에 해당되는 문제이므로, 만일 제217조 제2항의 적용 여부에 대하여 대법원이 심도있게 판단하였다면 공작물책임이나 영조물책임을 인정되지 않았을 것이 아닌가 한다.

129) 오석락 변호사는 오래 전에 민법 제217조에 의하여 해결할 것을 주장하였다(오석락, 전게서, 19-20면).

130) 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009, 341면; 김증한/김학동, 물권법(제9판), 박영사, 1998; 고상룡, 물권법, 법문사, 2001, 264면.

131) 곽윤직/김재형, 물권법(제8판), 2015, 245면; 곽윤직/유원규, 전게서, 308면; 이영준, 물권법(전정신판), 박영사, 2009, 453-454면.

132) 대법원 1974. 6. 11. 선고 73다1691 판결(토지소유자가 경계선에서 한치의 거리도 두지 아니하고 건축한 교사의 2층에서 6층까지의 각 난간 끝부분이 이웃 토지를 약간 침범하여 동 난간에서 떨어지는 빗물과 학교에서 버리는 각종 오물이 이웃 지붕과 마당에 떨어져 기와와 장독대가 깨어지기도 하고 학생들이 지붕위에 올라가며 주택을 내려다 보고 부녀자를 희롱하는 일이 허다하고 심지어는 불이 붙은 담배꽂이를 집어던지는 등 계속적인 소유물방해와 소음 및 불안상태를 조성한다면 이는 이웃 토지의 통상의 용도에 적당한 것이라 할 수 없으므로 이웃 거주자는 이를 인용할 의무가 없다).

iii) 제217조에 대한 해석론: 제217조 제2항에 의하면 일반적인 불가량물의 침입이 토지의 통상적 이용에 의한 것인 때에는 이를 인용할 의무가 있다고 규정하고 있다. 그러나 불가량물의 유입이 있다하더라도 침해가 전혀 없거나, 침해가 있다하더라도 경미한 침해¹³³⁾에 불과한 경우에는 제217조 제2항의 토지의 통상적 이용에 적합한 것이 아니라 하더라도 이를 인용할 의무가 당연히 있다고 할 것이다.¹³⁴⁾ 이것은 침해가 토지의 통상적 이용에 의한 것인가의 판단 이전에 침해의 속성으로부터 정하여지는 제1차적인 가치판단으로서, 경미한 환경침해에 대해서 인용의무를 지는 것은 당연하다고 할 것이다.¹³⁵⁾ 이에 따라 경미한 침해가 아닌 중대한 침해에 대해서는 제214조에 기한 유지청구를 할 수 있다. 그러나 경미한 침해가 아닌, 중대한 침해라 할지라도 토지의 통상의 용도에 적합한 것일 때에는 이웃 토지소유자나 거주자는 제217조 제2항에 의해서 이를 인용할 의무가 있다. 그 결과 제214조에 의한 유지청구권(손해배상청구권도)은 이러한 경우에는 배제된다. 토지의 통상적 이용의 문제에서는 침해받는 토지가 아니라 가해하는 토지가 판단의 기준이 되어야 하나, 침해의 중대성의 문제에서는 침해받는 토지가 기준이 되어야 한다.

그러나 제217조 제2항의 규정처럼 토지의 통상적 이용에서 발생하는 침해라고 해서 피해자가 모두 인용해야 한다는 것은 피해자에게 너무나 큰 고통, 즉 과도한 소유권의 제한¹³⁶⁾이 될 것이다. 그러므로 제217조 제1항에서 적당한 방지조치를 청구할 수 있도록 규정하고 있는 것으로 보아서 원칙적으로 경미한 침해가 아닌 침해에 대해서, 즉 토지 통상적 이용으로 인한 중대한 침해에 대해서 피해자는 적당한 방지조치를 청구할 수 있다고 할 것이다. 이때 ‘적당한 조치’란 가해자에게 이러한 조치를 취하는 것이 경제적으로 기대가능한 조치, 즉 사회통념상 기대가능한 조치로 해석을 하여서, 경제적으로 기대가능한 조치를 통하여 막을 수 없는 침해에 대해서만

133) 독일민법 제906조에서는 침해를 본질적 침해와 비본질적 침해로 나누어 규정하는데, 우리 민법은 제217조에서 이러한 구별을 하지 않고서 다만 토지의 통상적 이용으로 인한 침해는 인용할 의무가 있다고 규정만 하고 있는데, 이러한 전제에는 비본질적인 침해는 인용할 것을 전제로 하고 본질적인 침해인 경우에 일정한 경우, 즉 토지의 통상적 이용의 경우에 인용하여야 한다는 것으로 볼 수 있다. 그러므로 독일민법에서처럼 본질적인 침해와 비본질적인 침해의 구별은 당연히 필요하나, 그 용어의 사용에서 본 글에서는 경미한 침해와 중대한 침해로 사용하고 자 한다.

134) 이영준, 물권법(전정신판), 박영사, 2009, 452면.

135) 우리 판례도 수인한도를 넘는 환경침해에 대해서만 유지청구를 하거나 손해배상청구할 수 있다는 입장에 있으므로, 경미한 침해에 대해서는 인용의무가 있다는 것을 전제로 하고 있다.

136) 헌법적 문제의 야기와 관련하여서는 각주) 41. 참조 요.

토지의 통상적인 이용으로서 피해자가 인용하여야 하는 것으로 보아야 할 것이다. 독일민법 제906조 제2항과 같이 우리 민법에서도 제217조 제1항과 제2항의 관계로 보아서 토지의 통상적인 용도에서 빚어지는 침해에 대해서 무조건 인용해야하는 것이 아니라, 제217조 제1항의 적당한 조치청구로 경제적으로 기대가능한 방지조치를 청구하고 이를 통하여 저지할 수 없는 침해는 경미한 침해가 아닐지라도 인용해야 하는 것으로 보아야 할 것이다.

조정적 보상청구권은 환경침해로 인한 피해자의 구제조치중의 하나로서 우리 민법은 명문의 규정을 가지고 있지 않다. 하지만 우리 민법상에서도 조정적 보상청구권을 인정하기 위한 해석론적 시도가 전혀 불가능한 것은 아니고, 민법 제217조 제1항의 ‘적당한 조치’청구의 한 내용으로서 보상청구권을 인정할 수 있으며, 환경침해로 인한 피해자 보호의 법적 틈을 메우기 위해서라도 우리 민법상에서도 보상청구권이 인정될 여지가 있다. 즉 토지 통상적 이용으로 인한 환경침해를 방지하는 것이 경제적으로 기대불가능하나, 토지의 통상적 이용으로 인한 침해로서 인용할 수밖에 없는 경우에는 피해자는 일정한 경우 보상청구를 할 수 있다고 보아야 할 것이다.¹³⁷⁾

앞에서 살펴본 바와 같이, 독일민법 제906조 제2항 제2문은 명문의 규정으로서 독일민법 제906조 제2항 제1문에 의해서 침해의 인용의무가 있는 경우에, 그 침해가 자기의 토지의 장소통상적인 이용이나 자기의 토지의 수익을 기대할 수 있는 정도를 넘어서 침해하는 때에는 다른 토지의 이용자에 대해서 상당한 보상을 금전으로 청구할 수 있다고 하고 있다. 우리나라에서도 이러한 보상청구권을 인정하기 위하여 1984년 4월 민법개정작업시에 제217조를 독일민법 제906조와 같이 개정하여서 보상청구권을 명문화하자는 시도가 있었으나 성사를 이루지 못하였다.¹³⁸⁾

위와 같이 토지통상적 이용으로 인한 침해에 대해서 경제적으로 기대 가능한 방지조치를 청구할 수 있다는 것과 보상청구를 할 수 있다는 것은, 1959년 독일민법 제906조의 개정전 독일 판례처럼 우리 판례도 이를 인정할 여지가 있지만, 궁극적으로 제217조의 개정을 통하여 분명히 입법적으로 해결하는 것이 바람직하다고 할 것이다. 그간 이러한 입법적 시도는 다음에서 보는 바와 같이 다양한 제217조의 개정안이 있었다.

137) 이영준, 전게서, 458면.

138) 김상용, 전게서, 388면.

2) 민법 제217조에 대한 그간의 개정안

i) 1984년 민법개정안

1984년 전세권부분의 민법개정이 이루어 질 때, 제217조의 개정논의가 있었다. 1984년 개정안은 독일민법 제906조의 1994년 개정전의 조문과 유사하게 그 내용을 개정하고자 하였으나 입법되지 못하였다.¹³⁹⁾

제217조(생활방해의 금지와 조정적 보상청구권) ① 토지의 소유자는 이웃 토지의 사용으로 발생하는 가스, 증기, 냄새, 매연, 검댕, 열, 소음, 진동의 유입 및 유사한 영향이 자기의 토지이용을 방해하지 아니하거나 침해의 정도가 중대하지 아니한 경우에는 이를 금할 수 없다.

② 이로 인한 토지이용의 침해가 중대할지라도 그 영향이 이웃 토지의 장소적 관행상의 이용으로 인하여 발생하고 또한 이러한 종류의 토지이용자가 경제적으로 기대 가능한 적당한 조치를 하여도 이를 방지할 수 없는 경우도 전항과 같다. 이와 같이 토지소유자가 영향을 인용하지 않으면 아니될 경우에 있어서 그 영향이 자기 토지의 장소적 관행상의 이용 또는 수익을 기대할 수 없을 정도로 침해하는 때에는 이웃 토지의 이용자에게 금전으로 적당한 조정적 보상을 청구할 수 있다.

③ 특별한 유도에 의한 유입은 허용되지 않는다.

ii) 2004년 민법개정안

제217조(매연등에 의한 인지에 대한 방해금지) ① 토지소유자는 열기체, 먼지, 매연, 악취, 폐수, 소음, 진동 그 밖의 이와 유사한 것으로 이웃 토지의 사용을 방해하거나 이웃 거주자의 생활에 고통을 주지 아니하도록 적당한 조치를 할 의무가 있다.

② 이웃 거주자는 제1항의 사태가 그 토지의 통상의 용도에 적당하고 사회통념상 상당한 것인 때에는 이를 인용할 의무가 있다.

③ 이웃 거주자는 생활의 방해를 받을 염려가 있는 때에는 그 예방을 위하여 특정한 행위를 하지 아니할 것을 청구할 수 있다.

¹³⁹⁾ 김상용, 물권법(개정판), 법문사, 1995, 388면.

iii) 2014년 법무부 개정안

<2011년 제2분과위원회의 개정시안>

제217조(매연 등에 대한 인지의 인용의무와 보상청구) ① 토지소유자는 이웃 토지의 사용으로 발생하는 매연, 증기, 먼지, 냄새, 소음, 진동 및 그 밖의 침해가 자기 토지의 이용을 경미하게 방해하는 경우에는 이를 인용하여야 한다. 다만, 특별한 유도에 의한 유입은 허용되지 않는다.

② 제1항의 침해가 중대하더라도 그 침해가 이웃 토지의 통상적 이용으로 야기되고 경제상 기대할 수 있는 방지조치에 의해서 방해를 막을 수 없는 경우에도 인용하여야 한다.

③ 제2항의 경우 그 침해로 자기 토지의 통상적 이용이 방해받는 때에는 상당한 보상을 청구할 수 있다.

<2014년 개정안>

제217조(매연 등에 의한 이웃 토지에 대한 방해금지) ① 토지소유자는 매연, 증기, 액체, 먼지, 냄새, 소음, 진동, 빛 그 밖에 이와 유사한 것으로 이웃 토지의 사용을 방해하거나 이웃 거주자의 생활에 고통을 주지 아니하도록 적당한 조치를 할 의무가 있다.

② 제1항의 방해 또는 고통이 토지의 통상 용도에 따른 사용에 의하여 발생하고, 그 방지에 과도한 비용을 요하는 경우에는 이웃 토지소유자나 거주자는 이를 인용하여야 한다.

③ 제2항의 경우에 손해를 입은 이웃 토지소유자나 거주자는 상당한 보상을 청구할 수 있다.

2. 환경오염피해구제법상의 보상청구권

2012년 9월 구미시 휴브글로벌사에서 불화수소 누출¹⁴⁰로 인한 대규모 환경오염 피해가 발생한 것을 계기로 하여, “환경오염피해 배상책임 및 구제에 관한 법률”(약

¹⁴⁰ 2012년 9월 구미시 소재 휴브글로벌사(화학공장)에서 탱크로리에 있던 불산을 저장탱크로 옮기는 중 작업자 부주의로 밸브를 건드려, 불화수소 누출로 약 554억 정도의 피해가 발생하여 정부가 세금으로 피해보상 등을 행하였다.

청: ‘환경오염피해구제법’)이 2014. 12. 31. 제정되어 2016. 1. 1.부터 시행되었다. 환경오염피해구제법은 전체 제6장 49개 조문과 동법의 시행령 35개조와 동법 시행규칙 24개조로 구성되어 단행 책임법으로는 방대한 내용으로 제정되었다. 동법은 제1장 총칙, 제2장 환경오염피해 배상, 제3장 피해배상을 위한 책임보험 가입, 제4장 환경오염피해 구제, 제5장 보칙, 제6장 벌칙으로 구성되어 있으며, 이에 더하여 동법의 시행령 35개조와 동법 시행규칙 24개조로 구성되어 있어서 매우 방대한 책임법으로 입법되었다.¹⁴¹⁾ 이러한 동법상의 주요내용을 보면 사업자의 무과실책임(동법 제6조), 인과관계의 추정과 정보청구권(동법 제9조, 제15조), 배상책임의 보장을 위한 책임보험의 도입(동법 제17조 이하), 정부에 의한 환경오염피해 보상제도(동법 제23조 이하) 등 우리나라의 무과실책임법에서 볼 수 없던 많은 내용이 입법되었다.

환경오염피해구제법 제4장 제23조 내지 제37조에서는 ‘환경오염피해 구제’에 대해서 규정하고 있다. 동법 제23조 제1항에서는 ‘환경오염피해의 원인을 제공한 자를 알 수 없거나 그 존재 여부가 분명하지 아니하거나 무자력인 경우’, ‘제7조에 따른 배상책임한도를 초과한 경우’¹⁴²⁾ 환경부장관은 피해자 또는 그 유족에게 환경오염피해의 구제급여를 지급할 수 있다고 하여, 원인자 불명·원인자 부존재·원인자의 배상 무능력·배상책임한도액 초과 피해¹⁴³⁾에 대하여 국가가 환경오염피해구제제정(동법 제35조)을 통하여 보상한다고 규정하고 있다. 또한 환경부장관은 피해자의 보험금 선지급 신청이 있는 후에 ‘보험자가 보험금 일부를 선지급(동법 제20조 제2항)하지

141) 환경오염피해구제법의 특징 및 주요제도는 크게 3가지로 구분하여 볼 수도 있다. ‘원인자 배상 책임’과 관련하여서는 사업자의 무과실책임(동법 제6조), 사업자의 책무(동법 제4조 제3항), 사업자의 신고의무(동법 제8조) 등을 규정하였고, ‘신속한 피해구제’와 관련하여서는 인과관계의 추정(동법 제9조), 정보청구권의 도입(동법 제15조), 구제급여 지급(동법 제23조 등), 취약계층 소송지원(동법 제42조) 등을 입법하였다. 그리고 ‘기업의 지속가능한 경영보장’을 위하여서는 배상책임한도액 설정(동법 제7조), 환경책임보험의 의무가입(동법 제17조), 소기업 보험료 지원(동법 제41조) 등을 규정하고 있다.

142) 동법 제7조(배상책임한도) “사업자의 환경오염피해에 대한 배상책임한도는 2천억원의 범위에서 시설의 규모 및 발생될 피해의 결과 등을 고려하여 대통령령으로 정한다”고 하면서 환경오염피해가 사업자의 고의 또는 중대한 과실로 발생한 경우 등은 그러하지 아니하고 있다.

143) 동법 제34조(손해배상 및 다른 구제와의 관계) 제2항은 “구제급여를 지급받을 수 있는 사람이 동일한 사유로 「민법」이나 그 밖의 법령에 따라 구제급여에 해당하는 배상이나 구제 등을 받은 경우 그 금액의 한도에서 구제급여를 지급하지 아니한다”고 하여, 동법상 최대 2000억원의 배상책임 초과액은 환경오염피해구제법 제44조(원인자의 무과실책임)과 공작물책임(민법 제758조) 등에 의하여 배상받을 수 있으므로, 실제 배상책임한도액 초과 피해가 인정될 수 있는 경우가 어떠한 경우인지 궁금하다.

아니할 경우’ 등의 경우에도 환경오염피해구제계정에서 선지급한 후 보험회사에 구상할 수 있도록 하였다(동법 제23조 제2항, 제4항).

구제급여의 종류로는 동법 시행령 제13조에 의하면 의료비, 요양생활수당, 장의비, 유족보상비(구제급여 지급 결정의 통지를 받은 피해자가 그 인정된 사유를 주된 원인으로 하여 사망하고, 사망 당시 그와 생계를 같이 하고 있던 유족이 있는 경우에 그 유족에게 유족보상비를 지급(동법 시행령 제17조)), 재산피해보상비(가구당 최대 5천만원(동법 시행령 제18조))가 인정되며, 구제급여를 지급받을 수 있는 피해자 이외의 유족은 ‘배우자, 자녀, 부모, 손자녀, 조부모 및 형제자매로서 피해자의 사망 당시 그와 생계를 같이 하고 있던 사람’(동법 제27조 제1항)이라고 하고 있다. 그리고 환경오염피해구제계정의 재원은 정부출연금, 재보험료, 구상권을 행사하여 받은 구상금, 차입금, 기부금 등으로 구성된다(동법 제32조 제2항).¹⁴⁴⁾ 그 외 환경오염피해구제를 위하여 ‘환경오염피해구제심의회’를 두고 있으며(동법 제24조), 구제급여의 신청 및 지급(동법 제25조) 등의 규정이 있다.

환경침해로 인한 손해 중에는 상당한 다수의 손해가 원인자불명이나 원인자 부존재 등으로 배상받을 수 없는 손해가 있는데, 이러한 손해의 배상을 위하여 일정한 지역에서 일정한 배출물을 방출하는 시설이 공동기금을 만들어서 집단적 보상체계를 만들자는 논의가 행해진다. 이러한 집단적 보상체계는 구체적인 유형으로서는 ‘국가예산의 재원으로 손해보상을 하는 유형’과 잠재적인 손해의 원인자들이 그들의 위험기여의 무게에 따라 출연하는 ‘기금에 의한 해결유형’이 있다.¹⁴⁵⁾ 국가 재원에 의한 보상 유형은 환경매개체인 공기·물·토지의 오염은 우선적으로 국가가 행정적 허가 등을 통해서 허용한 오염물질배출에 의한 것이므로, 이는 현재와 과거의 국가의 산업정책의 결과에 그 원인을 찾을 수 있다고 하여 국가 책임을 인정하자는 것이다. 이 유형은 그 체계가 단순하여서 세중에 의해서 재원을 조달함으로써 별도의 기금을 만들 필요가 없고, 기존의 국가조직의 활용을 통하여 새로운 손해의 조사 및 배상할 조직을 창설할 필요성이 없다는 점에서 장점이 있으나 환경법의 원칙의 하나인 원인자부담원칙에 반한다는 것이 문제이다.¹⁴⁶⁾

144) 2020년 5월 기준 환경오염피해구제계정에는 정부출연금(2016년부터 2020년까지 매년 50억원 출연)을 포함해서 총 486억원의 계정 재원이 적립되어 있다(환경부, 환경백서, 2020, 640면).

145) Lemke/Ganten, Haftungsprobleme im Umweltrecht, UPR 1989, SS. 9-12.

146) A. a. O., S. 10.

이에 반하여 기금해결유형은 일반적 오염을 통하여 발생된 손해를 특별재산인 기금에 의해서 배상하자는 것이다. 기금의 출자는 기금으로 배상해야할 손해를 야기하기에 적합한 유해물질을 배출하는 자에 의해서 행해지게 된다.¹⁴⁷⁾ 기금해결유형의 장점은 특정한 손해유형의 잠재적인 원인행위자에 의해서 기금출연이 행하여지므로, 개개의 기금출연자의 구체적인 손해발생에 대한 인과관계가 증명됨이 없이도 원인자부담 원칙이 실현될 수 있다는 점에 있다. 그리고 이 유형에 있어서 기금에 대한 보상청구권의 행사는 구체적인 손해와 개별적인 유해물질배출 사이의 인과관계는 불필요하지만 배출물질종류와 손해유형과의 사이에 자연과학적으로 추상적이고 일반적인 관련성이 존재하는 것은 필요하다고 본다.¹⁴⁸⁾

환경오염피해구제법 제23조 이하의 보상은 기금에 의한 해결유형을 규정한 것 같지만, 환경오염피해구제법상의 재원을 보면 국가재원에 의한 해결유형에 가깝다. 그리고 원인자의 배상무능력·배상책임한도액 초과에 대해서도 보상을 지급하는 것을 보면, 기존에 논의되던 집단적 보상체계를 넘어서 광범위하게 환경침해 피해자를 보호하기 위한 입법으로 볼 수 있다. 이러한 환경오염피해구제법은 복지국가를 지향하여 환경침해 피해자를 보호하기 위한 매우 포괄적이고 선진적인 입법이며 또한 그 유례를 찾아볼 수 없는 입법이라고 할 수 있다. 하지만 이와 관련하여 고려해 볼 점이 있다고 할 것이다. 첫째로 현대 산업사회에서 다종 다양한 불법행위로 인하여 손해(의료과오, 약화책임(백신부작용 등), 제조물책임 등)가 발생하지만, 인과관계의 증명 등 책임법상의 구성요건의 증명의 실패로 배상받지 못하는 손해가 다수 있는데, 환경침해로 인한 손해에 대해서만 국가의 기금에 의한 보상을 인정하고 그 외의 손해에 대해서는 이를 인정하지 않는다고 할 때, 그 심각한 불균형은 어떻게 해소할 것인가가 의문이다. 둘째로 원인자 불명·원인자 부존재·원인자의 배상무능력·배상책임한도액 초과 피해에 대하여 국가가 기금에 의하여 보상한다고 함으로써, 환경오염 피해자가 인과관계의 증명 등을 소송상 실패할 경우에도 원인자불명으로 최후적으로 국가의 기금에 의한 보상이 인정되므로 소송상 도덕적 해이를 유발할 수도 있다.

¹⁴⁷⁾ 이러한 기금해결유형으로는 독일에서의 자동차사고로 인한 손해의 보상기금(§§12-14 Pflichtversicherungsgesetz), 1978년의 유류오염손해로 인한 국제적인 보상기금, 1972년의 네덜란드의 대기오염기금, 1973년의 일본의 환경침해로 인한 건강손해의 배상을 위한 기금, 우리나라의 자동차손해배상보장법상 책임보험료의 일부 적립을 통하여 뺏소니 차량으로 인한 교통사고 피해자에 대한 ‘정부의 보상사업’(동법 제30조) 등이 있다.

¹⁴⁸⁾ Lemke/Ganten, a. a. O., S. 11.

셋째로 원인자 불명·원인자 부존재·원인자의 배상무능력·배상책임한도액 초과 피해에 대하여 국가가 기금에 의하여 보상한다는 것은 세계적으로 그 입법의 전례가 없는 경우가 아닌가 한다.

3. 항공기소음에 대한 보상청구권

1) 공항소음방지법상의 보상청구권

2010년에 제정된 “공항소음 방지 및 소음대책지역 지원에 관한 법률”(약칭: 공항소음방지법)은 공항소음 피해 주민들에 대한 체계적이고 효율적인 대책사업 및 지원사업을 지원하여 항공기 소음으로 인한 피해를 최소화하고, 재원을 확보하여 선진국 수준의 소음대책 사업을 지원하는 등 피해 주민들에게 보다 쾌적한 생활환경을 제공하고 복지를 증진하려는 목적으로 제정되었다. 공항소음방지법은 민간공항의 소음에 대하여 적용된다.¹⁴⁹⁾

공항소음방지법은 먼저 소음대책지역의 지정·고시를 규정하여(동법 제5조 제1항), 소음대책지역은 제1종 구역(소음영향도(WECPNL) 95 이상), 제2종 구역(소음영향도(WECPNL) 90 이상 95 미만), 제3종 구역(소음영향도(WECPNL) 75 이상 90 미만), 제3종 구역은 다시 가지구(소음영향도(WECPNL) 85 이상 90 미만), 나지구(소음영향도(WECPNL) 80 이상 85 미만), 다지구(소음영향도(WECPNL) 75 이상 80 미만)로 나누어진다고 나누어 설정된다(동법 시행령 제2조 제1항).¹⁵⁰⁾ 공법항소음방지법에 의하면 소음대책지역에서의 항공기 저소음운항의무(동법 제9조), 소음대책지역에서의 시설물의 설치제한(동법 제6조), 공항소음대책사업의 계획수립(동법 제8조), 손실보상(동법 제11조), 토지매수청구(동법 제12조), 주민지원사업(동법 제18조), 세제지원(동법 제26조), 지역기업의 우대(동법 제26조의 2) 등을 규정하고 있다.

149) 홍정현·하용훈, “군용비행장·군사격장 소음방지 및 피해보상에 관한 법률의 개선방향”, 한국소음진동공학회 논문집 제31권 제6호, 2021, 654면.

150) 2023년 1월 1일 시행 예정인 동법 시행령 제2조 제1항에 의하면 소음대책지역은 제1종 구역(가중등가소음도[LdenB(A)] 79이상), 제2종 구역(가중등가소음도 75이상 79미만), 제3종 구역(가중등가소음도 61이상 75미만), 제3종 구역은 다시 가지구, 나지구, 다지구로 나누어진다고 나누어 설정된다. 즉 국민의 이해도가 낮고 다른 소음기준과 비교가 곤란한 최고소음도 방식의 항공기소음 특정 단위인 웨클(WECPLNL)을 국제적으로 통용되는 등가소음도 방식인 가중등가소음도(LdenB(A))로 변경하여 2023년부터 시행하기로 하였다.

이에 대해서 살펴보면, i) 항공기 저소음운항의무(동법 제9조): 소음대책지역의 공항에서 이륙하거나 착륙하는 항공기는 항공기 소음을 줄이기 위하여 국토교통부장관이 정하여 고시하는 운항절차(저소음운항절차)에 따라 운항하여야 한다(동법 제9조 제1항). ii) 소음대책지역에서의 시설물의 설치제한(동법 제6조): 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 항공기의 안전 확보와 소음에 민감한 주거시설 등이 소음대책지역에 지속적으로 설치되어 소음피해가 확산되는 것을 방지하기 위하여 소음영향도에 따라 시설물의 설치 및 용도를 제한하여야 한다(동법 제6조 제1항). 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제1항에 따른 조건을 이행하지 아니한 자에게 시설물의 용도변경, 소음피해 방지시설의 보완을 명할 수 있다(동법 제6조 제2항). 제1항에 따른 설치 및 용도 제한 대상시설물의 종류와 제한조건 등에 관하여 필요한 사항은 국토교통부령으로 정한다(동법 제6조 제1항). 이에 따른 동법 시행규칙 제4조 별표1에 의하면, 제1구역에는 주거용건물, 교육 및 의료시설, 공공시설의 신축 및 증축·개축이 금지되고, 제2종 및 3종 가지구에는 주거용건물, 교육 및 의료시설, 공공시설의 신축이 금지되지만 방음시설 시공조건으로 증축과 개축은 허용된다고 규정하고 있다.¹⁵¹⁾ 시설물 용도제한은 별표2에서 규정하고 있다. 그런데 동법 제6조에 의한 소음대책지역에서의 시설물의 설치제한으로 인한 피해보상에 대한 규정은 보이지 않는데, 이는 헌법상 문제를 야기할 수 있다고 생각된다.

iii) 공항소음대책사업의 계획수립(동법 제8조): 공항시설관리자 또는 공항개발사업시행자는 중기계획에 따라 방음시설 및 냉방시설 설치사업, 공영방송 수신료 지원사업, 학교·노유자시설의 냉방시설의 전기료 일부 지원사업 등의 연차별 공항소음대책사업계획을 수립 시행하여야 한다. vi) 손실보상(동법 제11조): 소음대책지역의 지정·고시 당시 제1종 구역, 제2종 구역 또는 제3종 구역(가지구)에 있던 건축물이나 토지소유자가 해당 건축물이나 토지의 정착물을 철거하는 경우에 철거에 따른 손실보상을 공항시설관리자 또는 공항개발사업시행자에게 청구할 수 있다(동법 제11조 제1항). 건축물이나 토지의 정착물을 제3종 구역 밖의 지역으로 이전하는 경우에도 이전에 따른 손실보상을 공항시설관리자 또는 공항개발사업시행자에게 청구할 수 있다(동법 제11조 제2항). 동법 시행령 제5조에 의하면 보상은 건축물 등의 감정평가에 의하여 보상하도록 하고 있다.

151) 그 외의 제한에 대해서 자세한 것은 동법 시행규칙 제4조 별표1 참조 요.

v) 토지매수청구(동법 제12조): 제1종 구역, 제2종 구역 또는 제3종 구역(가지구)에 있는 토지의 소유자는 공항시설관리자 또는 공항개발사업시행자에게 해당 토지의 매수를 청구할 수 있다(동법 제12조 제1항). 매수대상토지가 「농지법」에 따른 농지인 경우 그 소유자는 국토교통부장관에게 해당 토지의 매수를 청구할 수 있다(동법 제12조 제2항).¹⁵²⁾ vi) 주민지원사업(동법 제18조): 공항시설관리자 또는 공항개발사업시행자는 중기계획의 범위에서 연차별 주민지원사업계획을 수립하여야 하며(동법 제18조 제1항), 그 종류로는 주민복지사업, 소득증대사업, 그 밖의 사업이 있다(동법 제19조).¹⁵³⁾ vii) 세제지원(동법 제26조): 지방자치단체의 장은 소음대책지역의 주민에 대하여 「지방세법」이나 그 밖의 관계 법률에서 정하는 바에 따라 재산세·취득세 및 등록세를 감면할 수 있다. viii) 지역기업의 우대(동법 제26조의 2): 공항시설관리자 또는 공항개발사업시행자는 일정한 공사·물품·용역 등의 계약을 체결하는 경우 해당 소음대책지역 또는 소음대책 인근지역을 관할하는 지방자치단체에 주된 영업소를 두고 있는 자를 우대할 수 있다.

2) 군소음보상법상의 보상청구권

대법원이 거듭하여 군용비행장과 군사격장으로 인한 인근 주민들의 소음피해로 인한 손해배상청구에서 영조물책임(국가배상법 제5조)에 근거하여 손해배상을 인정하였다. 이에 “군용비행장·군사격장 소음 방지 및 피해 보상에 관한 법률”(2019. 11. 26., 제정, 2020. 11. 27. 시행, 약칭하여 “군소음보상법”)이 제정되었다. 즉 군용비행장 및 군사격장의 운용으로 발생하는 소음으로 인하여 그 주변지역 주민들이 정신적, 신체적, 재산적 피해를 입고 있음에도 불구하고 해당 지역 주민의 피해를 완화하거나 지원하기 위한 법적 근거가 없었다. 이에 군용비행장 및 군사격장의 운용으로 발생하는 소음의 방지 및 그 피해에 대한 보상 등을 효율적으로 추진할 수 있도록 법적 근거를 마련함으로써 주민의 쾌적한 생활환경을 보장하고, 군사 활동의 안정된 기반을 조성하는데 기여하려는 목적을 두고 제정되었다. 이에 따라 변호사를

152) 매수절차 등에 대해서는 동법 제13조, 제14조(비용부담), 제15조(기부채납된 토지의 관리), 제15조의 2(구분소유권의 매수청구에 관한 특례)의 규정이 있다.

153) 원인자 부담원칙에 따라 공항소음대책사업과 주민지원사업 등에 필요한 재원을 확보하기 위하여 소음대책지역의 공항에 착륙하는 항공기 소유자 등에게 착륙료의 100분의 30을 넘지 아니하는 범위에서 소음부담금을 부과·징수할 수 있다(동법 제17조).

선입하여 손해배상청구를 하는 주민들의 번거로움이 제거되어, 군용비행장과 군사격장에서 발생하는 소음피해에 대하여 인근 주민들은 1년단위의 정기적으로 보상금을 지급받게 되었다.

동법에 중요내용은 소음대책지역의 지정·고시(동법 제5조), 시설물의 설치 및 용도제한(동법 제6조), 소음대책지역 소음 방지 및 소음피해 보상 등에 관한 기본계획의 수립(동법 제7조), 군용항공기 이륙·착륙 절차의 개선, 야간비행의 제한, 야간사격의 제한(동법 제11조 및 제12조), 보상금의 차등지급(동법 제13조 및 제14조) 등을 규정하고 있다.

i) 소음대책지역의 지정·고시(동법 제5조): 국방부장관은 중앙소음대책심의위원회의 심의를 거쳐 소음영향도를 기준으로 시행령으로 정하는 바에 따라 제1종 구역, 제2종 구역 및 제3종 구역으로 소음대책지역을 지정·고시하여야 한다. 소음대책지역은 동법 시행령 제2조 제1항 별표에 의하면 ‘군용비행장’¹⁵⁴⁾과 ‘군사격장’¹⁵⁵⁾으로 나누어 제1종 구역, 제2종 구역, 제3종 구역으로 설정된다. 이에 따라 현재 대구비행장 등 군용비행장 41개소와 5군단사격장 등 군 사격장 49개소가 소음대책지역으로 지정·고시되었다(동법 시행령 제2조 제1항 별표). ii) 시설물의 설치 및 용도제한(동법 제6조): 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 소음피해 확산을 방지하기 위하여 소음대책지역 지정·고시 이후 소음대책지역 내의 토지를 취득하게 된 자 등에게

154) 별표 제1호 군용비행장, 제1종 구역: 소음영향도(WECPNL) 95 이상, 제2종 구역: 소음영향도(WECPNL) 90 이상 95 미만, 제3종 구역(1) 대구광역시, 광주광역시, 수원시에 소재한 군용비행장: 소음영향도(WECPNL) 85 이상 90 미만, 2) 세종특별자치시, 강릉시, 군산시, 서산시, 오산시, 원주시, 청주시, 충주시, 평택시, 예천군에 소재한 군용비행장: 소음영향도(WECPNL) 80 이상 90 미만, 3) 1)과 2) 외의 군용비행장 중 대구광역시, 광주광역시, 수원시에 소재한 군용비행장 각각의 평균 배경소음도의 최솟값보다 평균 배경소음도가 큰 군용비행장: 소음영향도(WECPNL) 85 이상 90 미만, 4) 1)과 2) 외의 군용비행장 중 세종특별자치시, 강릉시, 군산시, 서산시, 오산시, 원주시, 청주시, 충주시, 평택시, 예천군에 소재한 군용비행장 각각의 평균 배경소음도의 최댓값보다 평균 배경소음도가 작은 군용비행장: 소음영향도(WECPNL) 80 이상 90 미만,) 3)과 4)에도 불구하고 3)과 4) 모두에 해당하는 군용비행장과 3)과 4) 모두에 해당하지 않는 군용비행장: 소음영향도(WECPNL) 80 이상 90 미만).

155) 별표 제2호 소형화기 군사격장은 제1종 구역: 소음영향도[dB(A)] 82 이상, 제2종 구역: 소음영향도[dB(A)] 77 이상 82 미만, 제3종 구역: 소음영향도[dB(A)] 69 이상 77 미만, 별표 제3호 대형화기 군사격장은 제1종 구역: 소음영향도[dB(C)] 94 이상, 제2종 구역: 소음영향도[dB(C)] 90 이상 94 미만, 제3종 구역: 소음영향도[dB(C)] 84 이상 90 미만. 별표 제4호 제1호 및 제3호에도 불구하고 대형화기 군사격장 중 군용항공기를 이용하여 사격하는 군사격장의 소음대책지역의 구역별 소음영향도 기준은 WECPNL과 dB(C)를 조합한 방안 에 따르며, 구체적인 조합 방법은 국방부령으로 정한다.

소음대책지역에서의 시설물의 설치 및 용도를 제한하여야 한다(동법 제6조 제1항). 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제1항에 따른 조건을 이행하지 아니한 자에게 시설물의 용도변경, 소음피해 방지시설의 보완을 명할 수 있다(동법 제6조 제2항). 제1항에 따른 설치 및 용도 제한 대상 시설물의 종류와 제한조건 등에 필요한 사항은 시행규칙으로 정한다(동법 제6조 제3항)고 하여, 설치가 제한되는 시설물의 종류 및 제한조건은 시행규칙 제5조 별표 2에서 정하고 있다. 별표2에 의하면 주거용건물, 교육 및 의료시설, 공공시설은 제1종 구역에서 ‘방음시설¹⁵⁶⁾ 설치조건으로 신축 허가’가 된다. 제2종과 제3종 구역에서는 아무런 제한이 없다.

iii) 소음대책지역 소음 방지 및 소음피해 보상에 관한 기본계획의 수립(동법 제7조): 국방부장관은 소음대책지역에 대하여 5년마다 소음 방지 및 소음피해 보상 등에 관한 기본계획을 수립하여야 한다(동법 제7조 제1항). 기본계획에는 ‘군용비행장 및 군사격장의 운용에 따라 발생하는 소음 대책의 기본방향’, ‘군용비행장 및 군사격장의 운용에 따라 발생하는 소음 저감 방안’, ‘소음피해 보상 방안’, ‘재원조달 방안’, ‘그 밖에 국방부장관이 필요하다고 인정하는 사항’이 포함되어야 한다(동법 제7조 제2항).

iv) 보상금의 지급과 차등지급(동법 제14조): 보상금은 소음영향도, 실제 거주기간 등에 따라 차등지급하되, 전입시기 등에 따라 보상금에서 필요한 금액을 공제하거나 감액하여 지급할 수 있다(동법 제14조 제1항). 소음대책지역의 구역별로 지급하는 보상금의 기준 금액은 제1종 구역: 월 6만원, 제2종 구역: 월 4만 5천원, 제3종 구역: 월 3만원이다(동법 시행령 제11조 제2항).¹⁵⁷⁾ 이러한 보상금액은 지금까지 우리나라 군소음과 관련한 법원의 손해배상판결을 기준으로 하여 정해졌다.¹⁵⁸⁾ 소음피해 보상금을 지급받을 수 있는 주민¹⁵⁹⁾은 보상금을 지급하려는 해의 전년도 1월 1일부

156) 별표 제4호 위 표에서 방음시설은 창외의 경우 복층창 16mm+복층창 16mm, 출입문의 경우 강철제 문 60mm와 같은 수준 이상의 소리 차단 성능을 갖춘 것을 의미하며, 창은 외부 공기에 직접 접하는 경우에 한정한다.

157) 군사격장의 운용에 따른 소음대책지역의 경우에는 월별 실제 사격 일수를 고려하여 다음 각 호의 구분에 따라 해당 월의 보상금의 기준 금액을 산정한다(동법 시행령 제11조 제3항). 1. 사격이 없는 경우: 보상금 미지급, 2. 사격 일수가 1일 이상 8일 미만인 경우: 제2항에 따른 보상금의 3분의 1 지급, 3. 사격 일수가 8일 이상 15일 미만인 경우: 제2항에 따른 보상금의 3분의 2 지급, 4. 사격 일수가 15일 이상인 경우: 제2항에 따른 보상금 전액 지급.

158) 홍정현·하용훈, 전계논문, 655면.

159) 국방부 보도자료(2021. 12. 16.일자)에 의하면 소음대책지역의 주민수는 471,653명이라고 한다.

터 12월 31일까지의 기간 중 소음대책지역에 주민등록지를 두고 실제 거주한 사실이 있는 사람으로 한다(동법 시행령 제11조 제1항). 보상금을 받을 수 있는 주민을 결정할 때에는 해당 주민이 주민등록지를 두고 있는 건축물을 기준으로 판단하며, 해당 건축물이 소음대책지역의 구역간 경계에 걸쳐 있는 경우에는 보상금 기준이 더 큰 구역에 속하는 것으로 본다(동법 시행령 제6항). 그리고 동법은 보상금의 차등지급을 규정(동법 제14조 제1항)하여, 동법 시행령 제11조 제4항에서 보상금의 기준금액은 ‘소음대책지역으로 전입한 시기’¹⁶⁰⁾와 ‘보상금을 지급받을 수 있는 주민의 근무지나 사업장의 위치’¹⁶¹⁾에 따라 공제하거나 감액한다. 즉 전입시기, 우리 판례가 취하고 있는 위험에의 접근이론 등을 적용하여 이주시기에 따라 그리고 근무지에 따라 30~100% 감액될 수 있다. 위와 같이 산정한 보상금은 주민이 실제 거주한 날 수에 비례하여 지급한다(동법 시행령 제11조 제5항).¹⁶²⁾ 그 외 보상금 지급의 절차와 이의신청 등에 대해서 동법 시행령 제12조(보상금 지급 대상지역 등의 통보), 제13조(보상금 신청 안내 등), 제14조(보상금의 지급 신청), 제15조(보상금의 지급 결정 공고 또는 통보), 제16조(이의신청 및 보상금 결정 동의 등), 제17조(보상금 지급 예산의 요구 및 배정) 등에 대해서 규정하고 있다. 이에 의하면 보상금 지급시기는 과거 1년간의 피해에 대하여 연간 보상금액을 1년 단위로 지급하며, 국방부에서 예

160) 동법 시행령 제1조 제4항 제1호 ‘소음대책지역으로 전입한 시기’에 따른 감액을 보면, 가. 1989년 1월 1일부터 2010년 12월 31일까지의 기간 중에 전입한 경우(1989년 1월 1일 전에 소음대책지역에 거주하다가 소음대책지역 외의 지역으로 전출한 뒤 1년 이내에 종전 거주지에 다시 전입한 경우는 제외한다): 30퍼센트 감액, 나. 2011년 1월 1일 이후에 전입한 경우(2010년 1월 1일부터 2010년 12월 31일까지의 기간 중에 소음대책지역에 거주하다가 소음대책지역 외의 지역으로 전출한 뒤 1년 이내에 종전 거주지에 다시 전입한 경우는 가목에 해당하는 것으로 본다): 50퍼센트 감액, 다. 가목 및 나목에도 불구하고 군용비행장이나 군사격장을 설치하기 전에 소음대책지역으로 전입하였거나, 소음대책지역에 전입한 당시 미성년자(전입일이 2013년 7월 1일 전인 경우에는 20세 미만을 말한다)였던 경우 또는 혼인으로 배우자의 기존 거주지인 소음대책지역에 전입한 경우는 감액하지 않는다.

161) 동법 시행령 제1조 제4항 제2호, ‘보상금을 지급받을 수 있는 주민의 근무지나 사업장(사업자 등록을 한 경우로 한정한다. 이하 같다)의 위치’에 의한 감액을 보면, 가. 근무지나 사업장이 해당 소음대책지역 밖에 위치하고 군용비행장 또는 군사격장 정문으로부터의 최단거리가 100킬로미터 이내인 경우: 30퍼센트 감액, 나. 근무지나 사업장이 해당 소음대책지역 밖에 위치하고 군용비행장 또는 군사격장 정문으로부터의 최단거리가 100킬로미터를 초과하는 경우: 100퍼센트 감액.

162) 이 경우 현역병(의무경찰대원, 의무소방원 및 대체복무요원을 포함한다)으로 복무한 기간, 이민 등 국외체류 기간, 교도소 등에 수용된 기간, 그 밖의 사유로 소음대책지역 내에 실제 거주하지 않은 기간은 실제 거주한 날수에서 제외한다(동법 시행령 제11조 제5항 단서).

산을 획득하여 각 지방자치단체에 할당하여 지방자치단체에서 해당 주민들로부터 보상금청구 접수를 받아 지역대책심의위원회의 심의를 거쳐 지급하도록 하고 있다. 보상금의 성격은 군소음 피해자에게 위자료¹⁶³⁾로 지급된다고 할 것이다.¹⁶⁴⁾ 그러므로 군소음으로 재산상 피해를 입은 주민은 별도로 민사소송을 통하여 그 피해를 받을 수 있으므로, 군소음피해보상법의 제정·시행으로 군용비행장과 군사격장 소음 피해의 모든 법적 문제가 종료되었다고 할 수 없다.

군소음보상법의 시행으로 받을 수 있는 보상금은 동법 시행일 이후인 2020. 11. 27. 이후 발생한 피해에 한하여 보상 받을 수 있다.¹⁶⁵⁾ 따라서 2020. 11. 27. 이전에 발생한 피해는 지급되지 않으며, 개인이 소송을 통해 손해배상을 받아야 한다. 보상금 신청기간을 놓쳤을 경우에는 공고기간이 끝난 날로부터 5년 이내 소급하여 신청이 가능하고, 이 경우 자연이자는 지급되지 않는다. 그리고 5년이 지난 경우 보상금 지급 권리는 소멸된다.

현재 우리나라 군소음보상법과 같이 소음피해에 대해 일률적 기준에 의하여 법령을 통하여 위자료로 보상금을 지급하는 입법례는 없다. 군소음보상법은 민간공항에 적용되는 공항소음방지법과 상당한 차이가 있으며(시설물의 설치 및 용도제한, 손실 보상, 토지매수청구 등), 소음대책지역의 설정, 보상금 감액기준, 보상방법으로서 위자료지급 등 그 문제점은 상당하다고 생각된다.¹⁶⁶⁾ 그리고 김포공항과 김해공항과 같은 민간공항에는 동법이 적용되지 않으므로, 이러한 공항의 소음피해자들의 구제문제도(구제법리의 문제는 제외하고도) 입법의 형평성 차원에서 문제라고 할 것이다. 공항소음방지법과 군소음보상법은 외국의 유사한 법제를 참고하여 장기적으로 하나의 법으로 정교하고 통합·정리되어야 할 것이다.

163) 판례는 재산적 손해가 있음이 분명한데, 그 손해액의 확정이 불가능한 경우에는 그것을 위자료의 증액사유로 삼을 수 있다고 한다(대판 1984. 11. 13, 84다카722; 대판 2004. 11. 12, 2002다53865; 대판 2007. 6. 1, 2005다5812,5829,5836). 즉 재산적 손해의 발생이 인정되는데도 증명 곤란 등의 이유로 그 손해액의 확정이 불가능하여 그 배상을 받을 수 없는 경우에 이러한 사정을 위자료의 증액사유로 참작할 수는 있다고 하고 있는데, 군소음보상법상 보상금에는 이러한 성격이 가미되어 있다고 볼 것이다.

164) 권영창·김선아, “군용비행장과 군사격장 소음피해 보상제도의 개관”, 항공우주정책·법학회지 제35권 제4호, 2020. 12, 40면.

165) 동법 시행령 부칙 제2조에 의하면, 최초 보상대상 기간은 2020년 11월 27일부터 2021년 12월 31일까지로 하고, 해당 기간에 대한 보상금은 2022년에 지급한다.

166) 이와 관련하여서, 권영창·김선아, 전제논문, 41면; 홍정현·하용훈, 657-659면 참조 요.

IV. 마치며

지속가능성을 위한 사적 자치원리의 기능과 변화: 지속가능한 환경책임법제의 구현

- * 처음 의도한 논문의 집필방향에 따라 내용을 정리해 보았으나, 정리를 하고나서 느낌은 너무나 광범위한 주제를 정하여, 논의의 집중도가 떨어지고 상세히 소개하지 못한 부분이 있으며 또한 부분적으로는 법조문의 정리에 불과한 점이 있다. 이에 대해서는 참석하신 모든 분들의 양해를 구한다.

【제2-1부 2발표】

사법학자 대회 발제문

KIM & CHANG

기업인수 시 환경실사의 쟁점과 계약적 반영

2022. 10. 1.

황형준 변호사

KIM & CHANG

목 차

- I. 기업인수와 환경책임 문제
- II. 기업인수 과정의 환경실사
- III. 환경실사의 계약적 반영
- IV. 결어

I. 기업인수와 환경책임 문제

기업인수와 환경 리스크의 고려

KIM & CHANG

▪ 기업인수(M&A)의 개념

- 기업의 지배권 취득을 목적으로 하는 일체의 거래활동("기업인수" or "인수합병" or "M&A")
- 통상 실질적인 지배권 변경을 초래하지 않는 계열회사 간 주식거래, 자산거래, 합병 등도 포함
- 본 발제에서는, 매도인과 매수인 간 계약에 따라 **대상회사(target)의 주식 또는 자산을 취득하는 우호적 인수(friendly M&A)**를 전제

▪ 기업인수와 환경 리스크의 고려 필요성

- 1980년대 이래로 기업 인수합병 시 환경 리스크는 **잠재적인 "딜 브레이커(deal breaker)"**로 인식
- 최근 기업인수 건에서는, 다음과 같은 사유로 대체로 **환경 리스크를 중요하게 고려**
 - 환경 문제로 인한 공법적, 민사적 책임의 확대와 강화 경향
 - 환경 문제에 관한 대중의 관심 증가(기후변화, ESG 대응 강화 추세 등)
 - 인수 이후의 기업가치 상승을 통한 재매각을 고려하는 경우(PEF 등)
 - 인수 이후 환경정보 공개가 예정되어 있거나, 인수 회사의 평판 저하를 우려하는 경우(다국적 기업 등)

환경법 쟁점의 특수성

KIM & CHANG

■ 환경법 쟁점이 다른 쟁점들과 다른 점

■ 정확한 평가의 어려움

- 가령, Phase I 평가를 한 경우라 하더라도, 그 결과에 대한 관련 전문가의 의견, 평가 등이 서로 다를 수 있음
- 제한된 시간에 오염 정도와 정화 비용 등을 추산하는 경우, 정확성이 떨어질 수 있음

■ 환경법령의 잦은 변화와 규제의 지속적 강화

- 환경법령(가령, 배출기준)은 세부 규정들이 많고 자주 변경되는 편이어서, 매도인의 위반 여부에 대한 인식이 실사 시점에 파악된 사실과 다를 수 있음
- 규제가 지속적으로 변화하고 강화됨에 따라, 과거에 적법한 행위라고 인식했던 사업활동이 사후적으로 불법 행위로 평가되는 경우가 발생 가능.

■ 잠재적 책임 범위의 중대성과 모호함

- 일반적으로 환경 법령 위반의 책임은 중대한 경제적 영향을 발생시키고, 형사 책임으로 이어지는 경우도 많음
- 종결된 오염행위라 하더라도, 장래의 책임 범위 예측이 쉽지 않음

*이제원, "PER의 M&A 관련 계약 주요 유형에 대한 검토, 금융법연구 제17권 제1호(2020), 136면

5

기업인수와 환경책임의 승계 문제 - 인수 유형별 검토

KIM & CHANG

■ 주식취득의 경우

- 특별한 승계 문제가 발생하지 않음. 다만 인허가 변경신고 등 업데이트가 필요할 수 있음

■ 영업양도의 경우 - 일반론

■ 규제 위반의 형사책임

- 형사책임은 행위자에게 부과되는 것이므로, 영업양도 이후 양수인이 한 행위에 대해서는 양수인이 책임을 부담하지만, 영업양도 이전 양도인의 행위에 대해서는 양수인이 책임을 부담하지 않음.

■ 규제 위반의 행정책임

- 법령에 행정상 책임을 승계한다는 명문의 규정이 있는 경우, 해당 규정에 따라 양수인에게 책임이 승계됨
- 대물적 인·허가의 경우 이와 관련한 제재처분 또는 제재처분 사유의 승계를 인정.

■ 규제 위반의 민사책임

- 양도인의 오염물질 배출로 인한 경우, 원칙적으로 양도인만 책임을 부담. 다만, 토양환경보전법 등에 따라 양도인이 토양오염을 발생시켰음에도 양수인에게 정화비용 상당의 손해가 발생한 경우, 양수인은 그에 따른 손해배상 청구가 가능.

6

기업인수와 환경책임의 승계 문제 - 인수 유형별 검토

KIM & CHANG

■ 영업양도의 경우 - 환경책임 관련

- 환경책임의 경우, (i) 시설 기준 위반 등 대물적 사항에 관한 양도인의 위반 행위에 관하여는 공법상 책임을 양수인이 승계할 가능성이 높지만, (ii) 불법 폐기물 매립 등과 같이 시설과 직접 관련이 없는 위반 행위의 책임은 양수인에게 승계되지 않음
- 즉, 환경 법령 위반 책임의 승계 여부는 관련 법령의 규정을 기초로, 당해 허가의 성질(대물적 허가, 대인적 허가, 혼합적 허가) 및 위반 행위의 양상을 살펴보아야 정확히 판단할 수 있음
- 참고로, 판례는, 양도가 가능한 강화상 대물적 허가의 경우에는 그 허가에 따른 권리의무가 양수인에게 이전될 수 있고, 이 경우 허가관청이 기존 허가에 관하여 존재하던 사유를 이유로 양수인에게 허가취소 등의 공법상 제재처분을 할 수 있다고 판시하고 있음(대법원 1986. 7. 22. 선고 86누203 판결 등)

대법원 2003. 10. 23. 선고 2003두8005 판결

석유판매업 등록은 원칙적으로 대물적 허가의 성격을 갖고, 또 석유판매업자가 같은 법 제26조의 유사석유제품 판매금지를 위반함으로써 같은 법 제13조 제3항 제6호, 제1항 제11호에 따라 받게 되는 사업정지 등의 제재처분은 사업자 개인의 자격에 대한 제재가 아니라 사업의 전부나 일부에 대한 것으로서 대물적 처분의 성격을 갖고 있으므로, 위와 같은 지위승계에는 종전 석유판매업자가 유사석유제품을 판매함으로써 받게 되는 사업정지 등 제재처분의 승계가 포함되어 그 지위를 승계한 자에 대하여 사업정지 등의 제재처분을 취할 수 있다

- 다만, 양벌규정에 따른 형사상 벌금의 경우에는 양수인에게 양도인의 위반행위로 인한 벌금이 부과되지 않을 수 있음. 대법원 또한 분할합병 사례에서, “양벌규정에 따라 부담하던 형사책임은 그 성질상 이전을 허용하지 않는 것”이라고 판시(대법원 2007. 8. 23. 선고 2005도4471).

7

기업인수와 환경책임의 승계 문제 - 인수 유형별 검토

KIM & CHANG

■ 영업양도의 경우 - 지위승계 규정과 환경책임의 승계

- 위험물안전관리법 제10조와 같이 지위승계 규정이 있는 경우에는, 당해 지위승계 규정으로 인하여 양도인의 행위로 인한 책임 역시 승계된다고 해석될 가능성이 더욱 높아 보임

위험물안전관리법

제10조(제조소등 설치자의 지위승계) ① 제조소등의 설치자(제6조제1항의 규정에 따라 허가를 받아 제조소등을 설치한 자를 말한다. 이하 같다)가 사망하거나 그 제조소등을 양도·인도한 때 또는 법인인 제조소등의 설치자의 합병이 있는 때에는 그 상속인, 제조소등을 양수·인수한 자 또는 합병후 존속하는 법인이나 합병에 의하여 설립되는 법인은 그 설치자의 지위를 승계한다.

- 다만, 화학물질관리법상 유해화학물질 영업에 관하여는 특별 규정이 있으므로, 이를 고려할 필요가 있음

화학물질관리법

제37조(권리·의무의 승계) ① 유해화학물질 영업자가 사망하거나 그 영업을 양도한 때 또는 법인이 합병한 때에는 그 상속인·양수인 또는 합병 후 존속하는 법인이나 합병에 따라 설립되는 법인은 허가에 따른 유해화학물질 영업자의 권리·의무를 승계한다. (중략)

③ 유해화학물질 영업자가 그 영업을 양도하거나 사망한 때 또는 법인을 합병한 때에는 종전의 유해화학물질 영업자에 대하여 제35조 및 제36조에 따른 행정처분의 효과는 그 처분기간이 끝난 날부터 1년간 양수인·상속인 또는 합병 후 신설되거나 존속하는 법인에 승계되며, 행정처분의 절차가 진행 중인 때에는 양수인·상속인 또는 합병 후 신설되거나 존속하는 법인에 행정처분의 절차를 계속 진행할 수 있다. 다만, 양수인 또는 합병 후 신설되거나 존속하는 법인이 그 처분이나 위반의 사실을 양수 또는 합병한 때에 알지 못하였음을 증명하는 경우에는 그러하지 아니하다.

8

III. 기업인수 과정의 환경실사

III. 기업인수 과정의 환경실사

1 환경실사의 개념과 중요성

2 환경실사의 주요 쟁점들

환경 실사(Environmental Due Diligence)

KIM & CHANG

■ 환경실사의 개념

- 환경실사(environmental due diligence)의 정의*
 - (잠재적) 매수인이, 해당 거래로 인한 환경책임 리스크를 최소화하려는 목적으로, 거래대상인 부동산, 자산 또는 기업의 환경법적 상태를 파악하기 위하여 자료를 수집하고 사업장을 방문하여 확인하는 일련의 절차
- 환경실사의 시행 단계
 - 실무상 Phase 0 (이슈 스크리닝), Phase I (서류 검토 및 사업장 방문), Phase II (샘플링 및 직접 검사) 등으로 구별하기도 하나, 명확히 대응하는 법령상 규정이 있거나 구별이 결정적 의미를 갖는 것으로 보기는 어려움

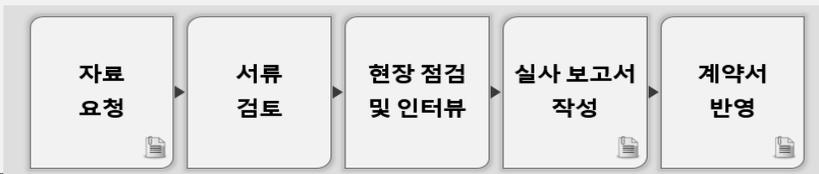
* John M. DeMeester, Practical Guidance for Due Diligence Environmental Auditing, 18 Env'tl. L. Rep. News & Analysis 10210 (1988)

환경실사의 진행 과정

KIM & CHANG

■ 통상적인 매수인의 환경실사 진행 절차

- **실사 진행 준비:** 실사팀의 구성, 실사 요청자료 목록 준비
- **자료 요청 및 검토:** RFI를 매도인에 송부하여, 제공되는 자료를 검토
- **현장실사:** 매도인과 매수인이 합의한 경우, 현장에서 직접 환경 이슈를 파악
- **관계자 인터뷰:** 거래대상 경영진의 설명 세션, 담당자들과의 질의응답 인터뷰 등 실시
- **이슈 파악 및 추가 질의 답변:** 자료 및 현장실사를 통해 파악된 이슈를 정리하고, 이슈의 중대성 등을 파악하기 위한 추가 질의 및 답변 등을 실시(필요한 경우, 실사기간의 연장을 요청하여 진행)
- **이슈 정리 및 실사보고서 작성:** 확인된 환경 이슈의 주요 내용을 정리하고, 그로 인한 리스크와 해결 방안을 제시
- **확인된 이슈의 계약적 반영 방안 검토**



환경실사의 목적과 중요성

KIM & CHANG

🔍 환경실사의 주요 목적

- 당해 M&A 거래를 완료할 수 없는 사유가 있는지 확인
- 해당 M&A 목적물에 대한 가치평가 및 가격조정사유 발견
- M&A가 완료된 이후 정상적인 경영활동을 영위할 수 있는지 여부 확인

📄 환경실사 결과에 따라,

1) 거래중단 결정 또는 2) 거래진행 시 실사결과를 다음과 같이 계약에 반영

- ① 매매가격의 협상, 조정
- ② 진술 및 보증사항(representations and warranties)의 확정
- ③ 면책조항(Indemnity)의 내용 확정
- ④ 매매대금 중 일부 금액의 유보 (escrow)
- ⑤ 거래종결 전까지 매도인이 치유 또는 시정할 사항 (covenants)
- ⑥ 기타 거래종결 조건 (conditions precedent)

13

III. 기업인수 과정의 환경실사

1 환경실사의 개념과 중요성

2 환경실사의 주요 쟁점들

가. 인허가 등 운영조건 미비

KIM & CHANG

▪ 논의 배경과 주요 이슈

- 기업의 적법하고 안정적인 운영을 위하여는, 해당 기업의 영업을 위해 법령상 요구되는 허가, 인가, 신고 등의 인허가 요건이 엄밀히 갖추어져 있을 필요가 있음. 특히, 주요 인허가의 경우에는 취득 시점에 적법한 것으로 충분한 것이 아니고, 이후의 관련 변경사항이 있는 경우 변경허가 및/또는 변경신고를 통하여 당해 인허가를 업데이트하고 유지할 필요가 있음
- 환경 인허가의 경우, 특정 사업장에 적용되는 환경 관련 법령이 수십여 개로 다양하고 복잡할 가능성이 있고, 그로 인하여 대상회사가 필요한 환경 인허가를 일부 누락하거나, 이를 갱신/변경하지 않은 채로 유지하고 있을 가능성이 있음. 따라서, 환경실사 과정에서는 이러한 환경 인허가 등 운영조건의 미비 여부를 중점적으로 살펴보게 됨.

▪ 영업에 필요한 인허가가 누락되거나 변경되지 않은 경우

- 환경실사에서 영업을 위하여 필요한 인허가를 '누락'하고 영업을 해 왔다는 점이 발견되면, 거래종결 전에 해당 영업허가를 취득 가능한지, 일정상 취득이 어려운 경우에는 어떠한 확약을 요구하거나 어떻게 대응할 것인지, 거래종결 이후에는 영업허가 취득시점까지 공장 가동 등을 중단할 것인지 등을 논의하여 결정할 필요가 있음.
- 영업을 위한 인허가가 갖추어져 있지만, 해당 인허가에 관한 변경허가 또는 변경신고가 누락된 경우가 있을 수 있음. 이 경우, 매수인으로서 해당 인허가의 변경허가, 변경신고에 필요한 요건과 기간을 확인한 후에, (i) 만일 거래종결 시점 전까지 완료가 가능하다면 이를 확약으로 요구할 것인지, (ii) 만일 거래종결 시점까지 완료가 어렵다면 변경허가 등을 위한 사전 조치의 이행을 확약으로 요구할 것인지 등을 논의하여 결정할 필요가 있음

15

가. 인허가 등 운영조건 미비 - 사례

KIM & CHANG

▪ 유해화학물질 영업허가가 누락된 경우

- 유해화학물질 영업을 하려는 자는 영업허가를 받아야 하며(화학물질관리법 제28조), 이를 위반하여 영업허가를 받지 아니하고 유해화학물질을 영업 또는 취급한 자는 5년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처함(동법 제58조).
- 대상회사의 폐수처리 설비가 유해화학물질을 사용하고 있어, 유해화학물질 사용업 허가를 받아야 함에도, 이를 누락하여 영업을 해 왔다는 점이 발견된 경우

▪ 폐기물 중간처분업 허가의 변경허가가 누락된 경우

- 폐기물 중간처분업자는 처분대상 폐기물을 변경하는 경우 변경허가를 받아야 함(폐기물관리법 제25조 제11항, 폐기물관리법 시행규칙 제 1항 2호 가목).
- 대상회사의 지정폐기물 처리량이 증가함에 따라, 변경허가 대상이 되었음에도 변경허가를 받지 않고 영업을 해 왔다는 점이 발견된 경우

▪ 입지 위반의 인허가 이슈가 있는 경우

- 국토의 계획 및 이용에 관한 법률은, 계획관리지역 등 일정한 지역 내에서는 대기환경보전법상 특정대기오염물질을 배출하는 건축물의 건축을 할 수 없도록 하고 있음(국토계획법 제76조, 시행령 제71조 제19호 [별표 20]).
- 대상회사의 공장 소재지가 계획관리지역으로 지정되어 있었는데, 일정 시점 이후에 특정대기오염물질에 해당하는 염화수소, 벤조피렌 등의 물질이 기준 이상으로 배출되고 있다는 사실을 파악한 경우
- 이 경우, 특정대기오염물질 배출이 없도록 공장 가동방식을 변경하거나, 해당 소재지의 입지를 계획관리지역에서 산업/유통형 지구단위계획구역으로 변경하는 등으로 입지위반 문제를 해소할 필요

16

가. 인허가 등 운영조건 미비 - 사례

KIM & CHANG

▪ 환경영향평가가 누락된 경우

- 소규모 환경영향평가 대상사업에 해당함에도 이러한 절차를 거치지 아니한 채 해당 사업에 대한 인·허가 처분이 이루어진 경우, 그러한 인·허가 처분은 중대한 절차상 하자자가 있는 것이어서 당연무효사유에 해당할 수 있음(대법원 2006. 6. 30. 선고 2005두14363 판결 등).
- 대상회사의 소규모 사업장이 많은 경우, 다른 사업장은 소규모 환경영향평가 절차를 완료하였으나, 어느 사업장이 신규 사업장 부지 추가 과정에서 소규모 환경영향평가가 필요했음에도 관련 절차를 거친 사실이 확인되지 않는 경우

▪ 화학물질 등록이 누락된 경우

- 화학물질의 등록 및 평가 등에 관한 법률(“**화학물질등록평가법**”)에 의하면, 2019. 1. 1.부터 연간 1톤 이상 기준화학 물질을 제조하려는 자는 제조 전에 환경부 장관에게 등록하여야 함. 2030. 12. 31. 이내의 범위에서 등록하지 않고 제조할 수 있도록 하는 등록유예기간을 두고 있지만, 등록유예기간의 혜택을 받기 위하여는, 제조 전에 환경부에 일정한 사항을 신고해야 함. 등록을 하지 않은 경우, 환경부장관은 해당 화학물질의 제조를 중지하도록 명할 수 있으며, 이 경우 중지 명령을 받은 자는 해당 화학물질을 등록하여야 다시 제조를 할 수 있음.
- 대상회사는 폐배터리 등을 재활용하여 기준화학물질인 원료 물질을 제조하고 있는데, 화학물질 등록 또는 등록유 예신고를 하지 않은 것으로 확인된 경우
- 실무상 환경부는 등록유예신고 기간을 도과한 경우라 하더라도 신속히 신고를 하고 등록유예 기간 내 등록을 완료 하도록 안내하고 있으므로, 최대한 신속히 등록유예의 신고를 하도록 요구할 필요가 있음

17

나. 환경 법령의 미준수

KIM & CHANG

▪ 논의 배경과 주요 이슈

- 환경법은 명령통제방식의 규제 방식 중 대표적인 규제 수단으로 “환경기준”의 설정 방식을 채택. 환경기준을 달성 하도록 하는 규제 수단은 세 가지가 있는데, (i) 특정기술을 채택하도록 하는 방법, (ii) 배출허용기준을 설정하고 달 성하도록 하는 방법, (iii) 일정 구역의 사업장에서 배출되는 오염물질을 총량 규제하는 방법 등임*
- 그에 따라, 환경법의 규제 대상인 기업은, (i) ‘환경오염시설의 통합관리에 관한 법률’에 의한 최적가용기법을 도입 해야 하거나, (ii) 대기환경보전법, 물환경보전법 등이 정하는 대기오염물질 배출기준, 수질오염물질 배출기준 등 을 준수해야 하거나, (iii) ‘대기관리권역의 대기환경개선에 관한 특별법’ 등에 의한 대기오염물질 배출 총량기준을 준수해야 할 수 있음.
- 그 밖에, 화학물질관리법, 폐기물관리법 등에서는 관련 인허가를 받은 기업이 폐기물, 화학물질 등의 취급에 관하 여 일정한 취급 기준, 시설 기준을 준수하도록 강제하고 있어서, 이러한 기준의 미준수 여부도 검토가 필요함.
- 나아가, ‘온실가스 배출권의 할당 및 거래에 관한 법률’(“**배출권거래법**”)에 따른 배출권거래제 대상기업의 경우, 할 당된 탄소 배출량보다 많이 배출하는 경우에는 그 부족량을 배출권거래시장 등에서 구매하여야 하는 경제적 부담 이 발생할 수 있으므로, 이러한 경제적 부담을 고려할 필요가 있음

* 조흥식, 환경법원론(제3판), 박영사(2022), 140 면

18

나. 환경 법령의 미준수 - 사례

KIM & CHANG

▪ 오염배출기준의 미준수

- 대기환경보전법상 TMS(Telemetry System; 굴뚝자동측정기) 배출허용기준 위반의 경우, 최근 2년간 누적 위반횟수를 고려하여 행정처분이 이루어짐(1~3차 위반: 개선명령, 4차 위반: 조업정지명령).
- 대상회사의 환경 법령 위반 내역 확인 결과, 각 TMS 측정 결과 배출허용기준 초과(4차 위반)로 대기오염물질 배출 시설(소각시설)에 대하여 조업정지명령(기개선완료로 처분과 동시에 종결)을 받은 적이 있고, 향후에도 다시 위반할 가능성이 있는 상황
- 현재 법적 기준을 충족하고 관련 설비를 완전히 보수·개선하였다는 점에 대한 진술 및 보장 필요

19

나. 환경 법령의 미준수 - 사례

KIM & CHANG

▪ 오염배출 허용총량의 초과

- ‘대기관리권역의 대기환경개선에 관한 특별법’에 따른 총량관리대상 사업장의 경우, 그에 따라 할당받은 대기오염물질별 배출허용총량 이내로 배출해야 하는 의무가 있고, 이를 초과할 경우 총량초과과징금을 부과 받을 수 있음. 다만, 동일권역내 다른 총량관리대상 사업자로부터 배출허용총량을 매매등의 방법으로 배출허용총량을 증가시킬 수 있음. (대기관리권역법 제20조 및 제22조).
- 2018년부터 2022년까지 질소산화물(NOx) 및 먼지에 대해 배출허용총량을 할당 받았으며 2021년까지는 배출허용총량을 초과하여 오염물질을 배출하지 않을 것으로 예상하고 있음. 그러나 2022년 이후에는 오염물질 배출허용총량을 상당히 초과하여 배출할 가능성이 있어 보임.
- 다만, 질소산화물 및 먼지 배출량 감소를 위하여 수십억원 규모의 대기방지시설인 “연소조절에 의한 시설”을 추가 설치하는 경우에는 배출허용총량이 많이 초과되지 않을 것으로 보임.
- 이 경우, 초과배출량에 상당량을 계속 시장에서 구매하는 비용과 대기방지시설 설치 및 관리 비용을 비교하여, 유리한 방안을 전제로 계약적 반영이 필요

20

나. 환경 법령의 미준수 - 사례

▪ 과거의 위반행위 v. 진행 중인 위반행위

- 대상회사는 최근 5년간 약 30여건의 환경 법령 위반 사실이 있음. (i) 대기환경보전법 위반 10건은 대부분 대기방지 시설 부적정 가동 또는 성능 부족으로 인한 것이어서 재발 가능성이 있으나, (ii) 물환경보전법 위반 1건은 담당자의 관리상 착오에 의한 것으로 교육을 통하여 시정하였고, (iii) 자원재활용법 위반 10건은 저품질 SRF를 공급받아 소각 하면서 발생한 것이나 현재는 공급업체 변경하여 해결함.
- 나아가, 대상회사는 현재 폐기물처리시설을 관련 법령상 이격거리 기준 등을 준수하지 못한 채 설치해 두고, 폐기물 보관기준에 어긋나게 보관해 오고 있음
- 전자의 과거의 위반행위의 경우, 1회성으로 발생하여 시정이 완료된 물환경보전법 위반, 과거에 지속 발생하였으나 공급업체 변경으로 해결된 자원재활용법 위반 등은 진술보장으로 계약에 반영 가능함. 다만, 향후에도 재발 가능성이 있는 대기환경보전법 위반의 경우, 설비의 개선을 확약으로 하거나 거래종결 선행조건으로 하는 방안을 고려할 수 있음
- 후자의 진행 중인 위반행위의 경우, 거래종결시까지 개선이 가능한 경우에는 개선 완료를 거래종결 선행조건으로 하고, 만일 거래종결시까지 개선이 어려운 경우에는 설비 개선 대응 비용을 거래금액 등에 반영하는 방안 등을 검토할 필요가 있음

나. 환경법령의 미준수 - 사례

▪ 탄소배출권 부족 이슈

- 대상회사는 ‘온실가스 배출권의 할당 및 거래에 관한 법률(“배출권거래법”)'에 따라 2021년 할당대상업체로 지정되어, 2022년 10만톤의 배출권을 할당받음. 환경실사 과정에서 확인된 바에 따르면, 대상회사의 과거 탄소 배출량 추이는 2018년 7만톤, 2019년 9만톤, 2020년 11만톤인바, 현재 추이상 2022년 이후 배출권이 부족할 가능성이 있어 보임.
- 배출권거래법에 따르면, 할당대상업체가 할당된 온실가스 배출권 이상으로 온실가스를 배출할 경우 타 업체로부터 배출권을 구매해야 하거나, 그렇지 않으면 초과 배출량에 비례하여 과징금을 납부하여야 함(배출권거래법 제 33조). 따라서, 향후 부족한 배출권을 배출권거래시장에서 구매함에 따라 발생하는 예상 구매 비용을 본건 거래 금액에 적절히 반영하는 방안을 고려할 수 있음.

다. 오염행위의 존재

KIM & CHANG

▪ 논의 배경과 주요 이슈

- 일반적으로, 토양/지하수 오염 가능성, 불법 폐기물 처리책임 가능성이 발견된 경우, 해당 이슈는 거래에 상당한 영향을 미칠 수 있음. 이는, (i) 거래 단계의 실사만으로는 정확한 정화책임 또는 처리책임 범위를 예상하기 어렵고, (ii) 관련 법령상 정밀조사책임, 정화책임 및 처리책임이 상당히 엄격하게 규정되어 있으며, (iii) 그러한 행정상 책임을 이행하기 위한 비용도 상당히 많이 발생하는 것이 일반적이기 때문임
- 토양오염의 경우, 토양환경보전법 제 10조의4 제1항에서, 토양오염물질의 누출·유출 등으로 토양오염을 발생시킨 자뿐만 아니라, 토양오염이 발생한 토지를 소유하고 있었거나 현재 소유 또는 점유하고 있는 자에 대해서도 정화책임을 부담시킬 수 있도록 하고 있음.
- 따라서, 가령 영업양도 대상인 부지에서 토양오염이 발견된 경우에는 양수인과 양도인이 모두 정화책임을 부담하게 될 가능성이 있고, 양수인만 정화책임을 부담할 가능성도 있으므로, 그러한 책임 가능성을 적절히 고려하여 계약에 반영해 둘 필요가 있음.
- 특히, 토양오염이 발생한 토지의 양수인이 양수 당시 토양환경영향평가를 실시하는 등의 조치를 하여 그 부지 또는 토지의 오염 정도가 우려기준 이하인 것을 확인한 경우에는 토양오염 사실에 대하여 선의이며 과실이 없는 것으로 추정되어 정화책임을 면할 수도 있으므로, 이러한 토양환경평가 실시 여부도 충분히 고려 필요함.

23

다. 오염행위의 존재 - 사례

KIM & CHANG

▪ 토양오염 이슈

- 매도인이 기존에 공장으로 사용하던 부지를 매수인에게 매도하는 매매계약을 체결. 매도인은 매도인의 비용으로 기존 공장 설비를 모두 철거하여 인도하기로 하고, 위 매매계약 전문에 “매수인은 매매목적물 상에 상업용 건물을 신축하고자 한다”고 기재. 나아가, 매도인이 위 부지에 대해 토양오염검사를 진행하고, 정화가 필요한 경우 매도인의 비용으로 정화를 진행하도록 규정함. 위 매매계약에서는 또한, 매수인은 “매매목적물의 소유권이전일 현재의 현상에 따라 거래하는 것”이고, “매매목적물과 관련된 모든 위험은 소유권이전일에 매수인에게 이전된다”고 약정함
- 이후 실시된 토양오염검사 결과 토양환경보전법상 공장용지(3지역)에 대한 허용치를 초과하는 TPH 농도가 확인되어, 관할 행정청 신고 후 정밀조사 진행. 이후, 매도인이 정화책임을 이행함에 있어, 기존의 공장용지(3지역)를 기준으로 정화를 하면 되는지, 아니면 장래의 용도인 상업용 대지(2지역) 기준으로 정화를 하면 되는지 문제됨
- 위 매매계약서의 관련 조항 취지로 비추어볼 때 당사자들은 소유권이전일의 지목에 상응하는 3지역으로 구분된 토지를 매매한 것이며, 매수 이후의 토지의 지목 변경에 따라 토양환경보전법상 지역 구분이 변경되어 발생한 사정에 대해서는 매수인이 위험을 부담한다고 해석하는 것이 합리적인 것으로 판단됨. 따라서, 매도인이 매수인에게 부담하는 토양오염의 정화 책임은 3지역을 기준으로 한다고 해석하는 것이 합리적인

24

라. 쟁송 또는 분쟁 리스크

▪ 논의 배경과 주요 이슈

- 대상회사 또는 그 임직원을 당사자로 하여 회사의 재무 상태나 영업에 중요한 영향을 미칠 수 있는 민사소송, 행정소송 또는 형사절차가 진행되고 있거나 예상되고 있는지도 실사 과정에서 확인하여야 할 주요 이슈가 됨.
- 특히, 환경 쟁송의 경우에는 환경침해의 잠복성, 계속성, 광역성, 간접성 등의 특성으로 인하여 쟁송이 장기화되거나 쟁송 상대방이 급증하는 경우가 많이 있고, 해당 소송에서 환경책임을 부담하여야 한다고 주장된 회사의 입장에서는 인과관계의 완화, 과실책임의 완화 등의 법리로 인하여 방어가 더욱 어려울 수 있음. 최근에는, 환경오염피해 배상책임 및 구제에 관한 법률이 제정되어 시행됨에 따라, 환경오염피해를 발생시킨 기업의 책임이 더욱 용이하게 추궁될 수 있게 되었음
- 이러한 상황에서, 환경실사 과정에서 대상회사의 쟁송 또는 분쟁 리스크를 정확히 파악하는 것이 중요하게 되었고, 아직 쟁송 단계로 발전하지 않은 경우라 하더라도 인근 주민의 민원이 지속되어 쟁송으로 발전할 가능성이 상당하다면 당해 리스크도 계약적 반영이 필요한 쟁점으로 논의되고 있음

라. 쟁송 또는 분쟁 리스크 - 사례

▪ 민사소송 존재 또는 가능성

- 대상회사 공장 인근 주민들이 악취에 대한 민원을 지속적으로 제기하고 있고, 해당 공장이 위치한 산업단지가 조만간 악취관리지역으로 지정될 가능성이 있는 상황
- 대상회사 설명으로는, 회사의 대기 배출구에는 악취의 원인인 오염물질을 소각처리하여 배출하는 시설이 설치되어 있고, 회사는 법정 악취 배출허용기준을 준수하고 있음에도 주민들이 지속적으로 악취 민원을 하는 상황
- 악취로 인한 민사소송 등이 진행되는 상황은 아니지만, 주민들의 민원이 지속될 경우에는 민사소송으로 이루어질 가능성을 배제할 수 없고, 관할 행정청에 대한 민원으로 공장의 대기배출시설, 악취배출시설 등에 대하여 수시로 점검이 이루어질 리스크가 있음. 따라서 악취 민원 해결을 위한 비용과 리스크 고려 필요.

라. 쟁송 또는 분쟁 리스크 - 사례

▪ 형사 리스크 존재 또는 가능성

- 대상회사 임직원이 영업활동 과정에서 뇌물을 제공하였다는 이유의 진정이 제기되어 검찰 수사 중인 상황이 확인됨. 대상 회사는 해당 금원은 정상적인 회계상 처리에 따른 지역경제 지원 차원의 금원이라고 설명하고 있음
- 다만, 실사 과정에서 명백한 형사처벌 사실관계는 밝혀지지 않고, 검찰 수사도 소극적인 상황으로 확인됨.
- 금품 지급의 실제 사용처에 대한 우려 및 향후 리스크는 잔존하는 점 등 고려하여, 본건 검찰수사 관련 사안을 포함하여, 반부패 관련 진술 및 보장 및 부정한 목적의 청탁, 금전지급 등에 따른 손해에 대한 특별면책을 요구하는 것을 고려할 필요

▪ 행정소송 존재 또는 가능성

- 대상회사는, 주민 거주지에서 멀지 않은 지역에 위치한 폐기물 매립장을 증설하려고 하고 있음. 환경영향평가가 완료되었고 일부 인근 주민과도 합의서가 체결되었으나, 아직 관할 행정청의 인허가 이전임
- 환경실사 결과, 일부 인근 주민들이 위 행정청에 인허가 반대 민원 제기 중이고, 인허가 시에는 취소를 구하는 행정소송을 제기할 예정이라고 함
- 이러한 쟁송 리스크의 계약적 반영은 매우 어려운바, 추후 인허가 취득이 불가능하게 되는 경우에 대한 특별면책을 요구하는 것을 고려할 필요

IV. 환경실사의 계약적 반영

IV. 환경실사의 계약적 반영

1 법률실사 결과의 계약적 반영 방안

2 환경실사의 쟁점과 계약 반영 사례

법률실사 결과의 계약적 반영 방안

KIM & CHANG

▪ **기업인수 계약의 유형과 주요 규정**

- 통상 우호적 기업인수 계약은 주식매매계약, 영업양수도계약 등의 형식으로 이루어짐
- 주식매매계약의 주요 규정으로는, (i) 거래대상 주식의 수량 및 가격 관련 조항, (ii) 매도인의 진술 및 보장 (representations & warranties), (iii) 거래종결(지급시기, 장소 등) 관련 조항, (iv) 거래종결의 선행조건(conditions precedent), (v) 거래종결 전/후의 확약(covenant), (vi) 손해배상 및 손해배상의 한도, (vii) 에스크로 계좌(Escrow) 관련 규정, (viii) 매도인의 경업금지 등 의무사항, (ix) 계약의 해제 또는 해지 조항 등이 있음

▪ **환경책임 리스크와 계약적 반영**

- 환경책임 리스크의 경우에도 계약적 반영 방식이 특별하지는 않으며, 일반적인 주식매매계약의 규정 방식을 활용 하는 것이 일반적임
- 다만, 환경책임 리스크를 반영함에 있어서는, (i) 환경법령, 오염물질, 환경분쟁의 정의가 중요할 수 있고, (ii) 통상 발견되는 환경법령의 미준수, 인허가의 미비를 어떻게 계약적으로 반영하는 것이 적절한지 등이 주요 쟁점이 될 수 있음

법률실사 결과의 계약적 반영 방안

반영 유형	주요 내용
진술보장 (Representations & Warranties)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 대상기업의 일정한 사항을 매도인이 진술하여 확인하고 이를 보장 <ul style="list-style-type: none"> • 진술(representation): 과거 또는 현재의 사실관계에 대한 진술 • 보장(warranty): 현재 또는 미래의 사실이 진실할 것이라는 약속
확약 (Covenant)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 장래 어떤 행위를 하거나(affirmative covenant) 하지 않겠다는(negative covenant) 약속 <ul style="list-style-type: none"> • 특정 시점에서의 진술인 진술보장과 구별 필요 • Pre-closing covenant v. Post-closing covenant
거래종결 선행조건 (Condition Precedent)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 종결 시점에 진술보장 조항 또는 확약 사항 위반이 발생하는 경우, 매수인이 거래를 종결하지 아니할 수 있도록 하는 조항
해제 (Termination)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 진술보장 조항 또는 확약 사항 위반이 거래종결 전에 발생하고, 이를 일정 기간 내에 치유하는 것이 불가능한 경우
면책 (Indemnification)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 진술보장 조항 또는 확약 사항에 위반하는 경우 그로 인한 손실을 금전적으로 보상받는 방안 <ul style="list-style-type: none"> • 통상 매도인과의 협상에 따라 시간, 금액의 제한이 존재
계약 미반영 (Price Adjustment)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 진술보장 또는 확약 등으로 계약에 반영하지 않고, 해당 리스크를 금전적으로 평가하여 매수 가격에 반영

진술보장 조항 - 개념 및 역할

▪ 진술보장에 관한 이해관계와 구체적 형태

- 통상 매수인은 가격의 전제가 되는 대상회사의 재무, 영업, 자산 등 전반적인 상황에 대해 최대한 넓은 범위로 진술 보장을 요구하는 것이 유리하고, 매도인으로서의 책임의 범위를 줄이기 위하여 진술보장 내용을 줄이기를 희망*
- 진술보장의 구체적 정도 (Long Form v. Short Form)

▪ 진술보장 조항의 역할**

- 정보의 제공 역할
 - 대상회사에 대한 정보는 원칙적으로 실사(due diligence)를 통하여 확보하게 되지만, 실사를 통하여 모든 필요한 정보를 확인하고 파악하는 것에는 현실적인 어려움이 존재함
 - 진술보장 조항을 계약에 편입하게 되면, 매도인 입장에서는 법적 책임을 부담하지 않기 위하여 정확한 진술보장 등을 통하여 필요한 정보를 매수인에게 제공할 유인이 발생함 → “정보공개목록”의 작성과 갱신
- 거래의 대가 조정 역할
- 거래로부터 이탈할 권리 부여 역할(자원의 합리적인 배분)

* 허영만, “M&A계약과 진술보장 조항” BFL 제20호(2006), 18면

** 천경훈, “진술 및 보증조항”, 우호적 M&A의 이론과 실무(제2권), 소화(2017), 31면

진술보장 조항 – 협상 과정 및 정보공개목록

KIM & CHANG

▪ 진술보장 조항 협상 과정과 진술보장 정도

- 진술보장 조항 협상은, 각 구체적인 거래에서의 협상력의 차이에 따라 다양하게 이루어짐
- 가령, 대상회사가 경영상 어려움을 겪고 있는 매수인 우위의 시장에서는 다소 넓은 범위의 진술보장이 이용될 수 있고, 매수를 원하는 기업이 많은 매도인 우위의 시장에서는 진술보장 범위가 좁은 것이 선호될 수 있음*
- 다만, 이를 고려하더라도 최근 주요 기업인수 계약의 진술보장 조항은 상당히 상세한 편인데(“Long Form”), 이는 (i) 추후 분쟁 가능성을 최소화하고, (ii) 계약 내용을 보완해 주며, (iii) 매수자의 불안감을 해소하여 거래를 용이하게 하는 등의 장점이 있기 때문으로 이해됨

▪ 정보공개목록(Disclosure Schedule)의 개념과 의미

- 진술보장의 예외를 명시하는 차원에서, 편의상 이를 별도의 공개목록으로 별도 작성하는 경우가 많음
 .예) “(별첨시 이외에는 회사는 관련 법령을 준수하고 있고, 소송 진행 중인 것이 없다.”
- 공개목록은 그 자체로 진술보장의 일부를 구성하고, 여기에 명시한 사항에 대하여는 진술보장의 위반에 해당하지 않음. 다만, 공개목록에 명시되었더라도 추후 그 손실이 현실화되는 경우에는 별도 보상을 받고자 한다면, 이를 계약에 명시하여야 함
 . “특별면책(Special Indemnification)” 또는 “사후 가격조정(post-closing adjustment)”

* 허영만, “M&A계약과 진술보장 조항” BFL 제20호(2006), 19면

진술보장 조항 – 중대성 / 인식

KIM & CHANG

▪ 진술보장 조항의 중대성(materiality) 요건

- 현실적으로 모든 경미한 문제까지 진술보장하는 것은 사실상 불가능하고 효율적이지도 않음. 실무상 중대성(materiality)을 기준으로 중대한 사항의 위반의 경우에만 진술보장의 위반으로 규정하는 것이 일반적
 .예) “회사의 경영 및 재무 상태에 중대한 영향을 미치는 경우”
- 계약에 따라서는 중대성에 관한 분쟁을 최소화하기 위하여 금액 기타 기준을 정하는 경우가 있음

▪ 매도인 및 대상회사의 인식(knowledge)의 문제

- “Sandbagging”: 매도인의 진술보장 위반사실을 매수인이 알면서 그대로 계약을 체결하고 계약을 종결한 후 매도인을 상대로 진술 및 보장 위반을 이유로 손해배상을 청구하는 것*
 - 매수인이 악의인 경우 진술보장 위반을 사유로 손해배상을 청구할 수 있는지? **
- 1) **청구 부정설:** 입찰 방식으로 매각되는 경우 등에 있어서, 매수인이 매도인의 진술에 허자가 있다는 것을 알면서도 높은 가격에 매매계약을 체결하고 나중에 진술보장 조항을 활용하는 것은 타당하지 않다는 점
 - 2) **감액사유설:** 채무불이행에 의한 손해배상책임이므로, 매수인의 주관적 사정은 과실상계에 의한 감액이나 손해의 부존재에 대한 고려요소는 될 수 있더라도, 매도인 책임 성립에는 영향 없음
 - 3) **청구 가능설:** 위험분배 및 가격조정 역할을 하도록 만들어진 진술보장 조항의 취지상 매수인의 주관적 사정과 관계 없이 진술보장 조항 위반한 당사자는 계약상 책임을 부담하는 것이 원칙. 다만, 예외적으로 신의칙 적용 가능.

*이재원, “PEF의 M&A 관련 계약 주요 유형에 대한 검토, 금융법연구 제17권 제1호 (2020), 136면

** 김희중, “진술 및 보증 위반에 대한 매수인의 악의와 매도인의 책임”, 우호적 M&A의 이론과 실무 (제2권), 소화(2017), 146-148면

확약

KIM & CHANG

▪ 확약 (Covenant) 조항

- 장래 어떤 행위를 하거나(affirmative covenant) 하지 않겠다는(negative covenant) 약속
 - ✓ 적용 기간에 따라 pre-closing covenant와 post closing covenant로 구별
 - ✓ 특정 시점에서의 사실의 진술인 진술보장과 구별
 - ✓ 계약상 주된 급부의무(매수인의 대금지급의무와 매도인의 목적물 교부의무)는 확약이라고 부르지 않음
- 환경책임 리스크 관련, 비교적 경미한 위반 사항의 경우에는 거래종결시까지 시정이 가능할 수 있으므로, 확약 조항을 적극적으로 활용하는 것이 원만한 협상을 위하여 바람직할 수 있음

35

거래종결 선행조건 / 해제

KIM & CHANG

▪ 거래종결 선행조건(Condition Precedent) 조항

- 해당 조건이 성취되지 않을 경우 일방 당사자가 거래의 종결을 거부할 수 있는 사유를 정한 조항
 - 예) “당사자가 확약을 모두 이행하였을 것”, “당사자가 진술 및 보증한 사항이 거래종결일 당시에도 진실하고 정확할 것”
- 계약 체결 시점과 거래 종결 시점 사이에 발생할 수 있는 위험을 당사자 간에 배분하는 기능
- 실무상, 중대한 부정적인 변경 조항, 정부 승인 조항, 진술 및 보증의 정확성 조항, 소송 부재 조항 등이 포함됨

▪ 해제(Termination) 조항

- 기업인수 계약에도 민법상 해제 조항 등이 적용될 수 있지만, 민법상 규정이 실제 기업인수에서 어떻게 적용되는지는 다소 불명확한 경우가 많으므로, 법률상 해제권을 보충하거나 축소하여 거래관계를 명확히 하는 기능
- 실무상, 진술보장, 확약 등에 중대하게 위반하는 것을 해제 사유로 명시하는 경우가 있음
 - 예) 당사자가 본 계약상 진술보장, 확약, 기타 의무를 중요한 면에서 위반하고, 그 하자가 시정 불가능하거나 상대방 당사자가 서면으로 그 시정을 요구한 날로부터 []일 이내에 시정하지 아니하는 경우

36

면책(Indemnification)

KIM & CHANG

■ 면책 규정의 일반적 구조

- 일방이 진술보장 조항, 확약 조항 등을 위반하는 경우, 그로 인한 손실을 보상하도록 하여 상대방이 면책(indemnification)을 받도록 하는 역할을 하는 조항
 - 실질적으로 상대방에게 발생한 손해 또는 손실을 배상 또는 보상하므로, '손해전보조항'으로 부르기도 함*
- 매매 목적물인 대상회사에 관한 하자가 사후에 발견되더라도 그 손해를 보상받을 수 있게 되므로, 그러한 하자에 따른 경제적 위험을 매도인과 매수인 중 누가 부담할 것인지를 정하게 되고(risk allocation), 그 과정에서 실질적으로 매매가격이 조정(price adjustment)되는 효과를 가져오게 됨.**.

■ 면책의 대상과 한계

- 면책 조항은, 진술보장 조항 또는 확약 조항의 위반으로 발생한 매수인의 손해를 보전하는 것이 일반적인 구조인데, 주식 인수의 경우 해당 손해액은, (i) 대상회사에 발생한 손해액에 (ii) 대상주식의 수가 대상회사의 발행주식총수에서 차지하는 비율을 곱하여 산정하게 됨
- 통상적으로 이러한 면책은 무제한으로 이루어지지 않으며 매도인과의 협상에 따라 시간, 금액에 따른 제한이 있을 수 있음

* 이진국, 최수연, "M&A계약상 손해전보조항의 법적 쟁점", 우호적 M&A의 이론과 실무 (제2권), 소화(2017), 158면

** 허영만, "M&A계약과 진술보장 조항" BFL 제20호(2006), 18면

37

가격 조정

KIM & CHANG

■ 가격 조정(Price Adjustment)*

- 실사 과정 등에서 발견된 사항, 이후의 사정 변경 등을 근거로, 당사자의 이해관계를 조정하는 기능
 - 1) 좁은 의미의 가격조정: 계약상 양수도대금이 확정된 것을 전제로 하여 해당 양수도대금을 산정함에 있어서 그 기준이 된 기준일과 실제 거래가 종결된날 사이에 대상회사 가치의 변동 내지 차이에 따라 양수도대금을 조정
 - 2) 넓은 의미의 가격조정: 동일한 시점을 기준으로 양도인과 양수인의 기업가치에 대한 평가 차이를 조정하기 위한 것으로 거래종결 전에 이루어지는 것
 - 예) 양해각서에서 잠정적으로 정한 양수도대금을 정식 양수도계약을 체결함에 있어서 확정짓는 의미에서 가격조정을 하는 경우
- 모든 M&A 거래에서 가격을 조정할 수 있는 것은 아니고, 주식의 포괄적 교환 내지 이전, 신주발행을 통한 M&A 등과 같이 가격조정이 어려운 형태의 거래도 있음

* 이병기, "가격조정조항", 우호적 M&A의 이론과 실무 (제2권), 소화(2017), 303-306면

38

IV. 환경실사의 계약적 반영

1 법률실사 결과의 계약적 반영 방안

2 환경실사의 쟁점과 계약 반영 사례

가. 인허가 등 운영조건 미비 - 가상 사례

KIM & CHANG

가상 사례

- 폐기물처리업체(“대상회사”)의 주식 100%를 인수하는 거래
- 대상회사는 기존 사업 지역의 인근에 신규 폐기물 소각시설 및 매립시설을 설치하기로 계획하고, 해당 신설에 관하여 환경영향평가 협의를 완료하고 도시계획시설 결정을 추진 중
- 신설 부지 인근 주민들이, 폐기물 소각시설의 오염물질 배출 등이 이유로 반대 활동 진행 중
- 도시계획시설 결정권자인 관할 지자체장 및 시의회 등도 설치에 반대하여, 위 신설 시설의 설치 및 운영을 위한 인허가 조건 구비 가능성이 불명확한 상황임

쟁점 및 분석

- 신설 시설이 계획대로 설치된다면, 인수 이후 상당 기간 동안 안정적인 영업활동 및 수익 확보가 가능한 상황
- 대상회사는 관할 환경청으로부터 이미 “폐기물처리 사업계획서 적정통보”를 받았고, 환경영향평가도 완료하여, 인허가 가능성이 있는 편
- 인근 주민 반대는 대응이 가능할 수 있으나, 관할 지자체장이 도시계획시설 결정을 불허하는 경우에는 행정소송 등을 통한 장기간 분쟁으로 이어질 가능성.
- 거래종결 전에 도시계획시설 결정 및 인허가 절차를 완료하는 것은 현실적으로 불가능한 상황

고려 사항

- 거래종결 시점까지 인허가 취득의 완료를 거래종결 선행조건으로 요청하기 어려운 상황임.
- 1) 거래종결 전에 대상회사가 도시관리계획 입안 제안을 하고, 그에 따라 지자체장이 도시관리계획 입안을 하는 절차까지 완료할 것을 요구하는 방안
- 2) 매매대금의 일부를 유보(escrow)하였다가, 입안제안이 완료되는 것을 조건으로 ESG청원에 해당하는 일부 매매대금을 지급하는 방안
- 3) 인허가 취득이 불가능하게 될 리스크를 고려하여, 평가 및 가격에 반영하는 방안

가. 인허가 등 운영조건 미비 - 계약 반영

KIM & CHANG



진술보장(인허가 보유 상태)/확약(종결시까지 취득)/가격 조정



- 매도인은, 종결시까지 대상회사가 인허가 취득을 위한 최선의 노력을 하기로 하고, 종결시에 인허가 추진 중인 상태에서 양도하기를 희망
- 매수인은, 종결시까지 인허가 취득을 완료하거나, 최소한 인허가 취득 완료의 전제인 중간허가 단계까지는 매도인이 완료할 것을 확약하고, 이를 달성하지 못할 경우 면책 등에 의한 보상 내지 가격 조정을 희망

관련 계약조항 예시

- “[To the knowledge of Seller,] [the Company] [or] [Seller] has obtained all [material] [P]ermits that are required to be obtained under all applicable [Environmental [and Health and Safety] Laws], all such [P]ermits are in full force and effect [and free of breach or violation], and[, to the knowledge of Seller,] the Company [has complied and] is in compliance [in all material respects] with all terms and conditions of such required Permits, in each case, in connection with [[the ownership, occupation, use and the operation] of] the [B]usiness of the Company.”

41

나. 환경법령 미준수 - 가상 사례

KIM & CHANG

가상 사례

- 대상회사 사업장에서 발생하는 일부 폐수가 바닥의 트렌치 또는 우수관로를 통해 공공수역(하천, 호소 등)으로 방류되는 것으로 확인됨
- 대상회사 직원은, 발생 폐수를 트렌치를 통하여 침출수 집수조로 모아서 냉각수 등으로 재이용하므로 폐수의 불법 방류가 없다고 설명하면서도, 일부 사업장의 바닥 폐수 관리가 미흡한 점이 있다는 점을 인정

쟁점 및 분석

- 사업장 내 폐수가 외부로 방류된 사실이 있다면, 환경부장관은 배출시설의 조업정지, 폐쇄 또는 허가취소를 명할 수 있음(물환경보전법 제42조 제1항)
- 나아가, 폐수의 공공수역 방류 행위를 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처할 수 있음(물환경보전법 제76조 제3호)
- 폐수의 불법 방류가 없다는 대상회사 직원의 설명이 있으나, 이를 신빙하기 어려운 상황

고려 사항

- 그대로 거래를 종결하여 영업을 지속할 경우, 매수 이후에 행정 제재 및 형사 처벌 리스크가 현실화될 수도 있는 상황임.
- 바닥 보강 등 시설개선을 거래종결 전 확약 내지 본건 거래종결의 선행조건으로 요구하는 방안을 고려할 필요가 있음
- 이를 위하여, 폐수 관리가 미흡하여 리스크가 있다는 점을 현장실사 자료 등을 통하여 제시하면서, 매도인으로 하여금 거래 종결 전에 시설 개선 조치를 하도록 요구할 필요

42

나. 환경법령 미준수 - 계약 반영



진술보장(환경법령 준수) / 확약(종결시까지 위반 리스크 해결) / 선행조건



- 매도인은 법령위반 의심 사항을 공개목록에 자발적으로 기재함으로써 진술보장 위반을 피하려 하고, 나아가 '중대성(materiality)' 제한 문구를 넣어 진술보장 범위를 줄이려고 함*
- 매수인은 공개목록 기재를 최소화하여 진술보장으로 보호를 피하려 하고, 확인된 위반에 관하여는 거래종결 시점까지 위반상태 해소를 희망

관련 계약조항 예시

- “[The Company] [or] [Seller] [has complied and] is in compliance [in all material respects] with all [Environmental[, Safety and Health] Laws] in connection with [[the ownership, occupation, use and the operation] of] the [B]usiness of the Company.”
- For purposes of this Section _____, “Environmental[, Safety and Health] Laws” shall mean [all [L]aws] [in effect on or before the date of this Agreement] relating to pollution or protection of the environment [or worker safety and health, public health and safety,] including, but not limited to, all those relating to the [presence, use, production generation, handling, transportation, treatment, storage, disposal, distribution, labeling, testing, processing, discharge, release, threatened release, control or cleanup] of any [[H]azardous [M]aterials], as well as any liability for or obligation to [remediate, investigate or respond] to any contamination or alleged contamination[, or, to the extent relating to the release of or human exposure to [Hazardous Materials], to human health or safety or relating to occupational, safety or health laws for workers].”

* 천경호, “진술 및 보증조항”, 후회적 M&A의 이론과 실무 (제2권), 소화(2017), 31면

다. 오염행위의 존재 - 가상 사례



- 대상회사는 토양환경보전법상 특정토양오염관리대상시설에 해당하는 옥외탱크들(위험물인 석유류 저장시설)에 대한 설치신고를 하고 이를 운영·관리하고 있음.
- 토양환경보전법 제13조에 따라 주기적으로 실시하는 토양오염 검사 결과, 일부 옥외탱크의 저장시설부위와 배관부위에서 법정 토양오염 우려기준에 근접하는 TPH가 검출됨.
- 환경실사 과정에서, 대상회사는 TPH 토양오염을 유발할 수 있는 오염물질 누출 등이 없었다고 답변함

쟁점 및 분석

- 현재의 부지 현황 및 이력에 비추어 보면, 토양오염 가능성이 의심되는 상황
- 인수 이후 토양오염 사실이 확인될 경우, 토지의 소유자 또는 점유자인 회사는 그 소유 또는 점유 중인 토지가 오염된 사실을 지체 없이 관할 행정청에 신고하여야 함(토양환경보전법 제11조 제1항 제3호)
- 거래종결 이후에 토양오염이 문제되어 상당한 정화비용을 부담할 리스크가 있고, 만일 인수 이후에 해당 부지에 건물 등을 신축하려는 경우라면 해당 신축 일정이 상당히 지연될 수 있음.

고려 사항

- 매수인 입장에서는 토양환경평가를 실시하여 토양오염 여부를 확인 후 토지를 양수하는 것이 바람직한 상황
- 1) 계약체결 이후 거래종결 전까지 토양환경평가 등 토양오염의 존재를 확인할 수 있는 절차를 마치고, 그에 따른 예상 정화비용을 매매대금에서 감액하기로 정하는 방안
- 2) 대상회사의 사업장에 토양오염이 없다는 점에 관한 진술보장을 요구하고 위반시 정화비용 등을 충당할 수 있는 특별면책(Special Indemnity)을 규정하는 방안

다. 오염행위의 존재 - 계약 반영

KIM & CHANG



진술보장(토양오염 부존재) / 확약(종결시까지 정화) / 특별면책 / 가격 조정



- 매도인 입장에서는 계약 시점 또는 거래종결 시점까지 발견된 오염 등에 대하여만 책임을 부담하기를 희망
- 매수인 입장에서는 거래종결 이후에 발견된 오염이라 하더라도, 그것이 매수인과 무관하게 발생한 것으로 밝혀지는 경우에는 매도인이 계속 책임을 부담하기를 희망

계약조항 예시

“[Neither [None of] Seller or the Company] [or, [to the knowledge of Seller,] their predecessors [with respect to the properties]] has released Hazardous Materials into the environment in violation of Environmental[, Safety and Health] Laws or in a manner that would reasonably be expected to result in any [material] liability, commitments or obligations [(including obligation to clean up)] under Environmental[, Safety and Health] Laws in connection with [(the ownership, occupation, use and the operation) of] the [B]usiness of the Company.

For purposes of this Section _____, “Hazardous Materials” shall mean all [wastes, substances or materials] defined as [“hazardous substances” or “hazardous wastes,” or any other term of similar origin or import under, or otherwise regulated pursuant to, any [Environmental Law]], including without limitation [substance X], [substance Y], ... and [substance Z].”

“Hazardous Materials” means any hazardous or toxic substances, materials, wastes, pollutants, or contaminants, including, without limitation, those defined or regulated as such under any Environmental Law, and any other substance the presence of which may give rise to liability under Environmental Law;

v. 결어

결어

KIM & CHANG

▪ 기업인수와 환경책임의 분배

- 기업인수 과정에서의 환경책임 관련 이슈는, 대체로 다른 잠재적인 책임 이슈와 유사한 면이 있음. 일반적으로 매도인은 종결시점 이전으로 환경책임을 제한하고 싶어하고, 매수인은 종결시점 이후까지 매도인의 환경책임을 확장하고 싶어함.
- 통상 환경책임 이슈의 경우에도 다른 이슈들과 유사하게 진술보장, 확약, 거래종결의 선행조건, 면책 등의 형식으로 계약적으로 해결되어 왔으나, 경우에 따라서는 치유 또는 해결이 불가능한 환경법적 쟁점이 실사 과정에서 발견되어 거래를 어렵게 하는 요소로 작용하기도 함.
- “deal-breaker”에 이르지 않는 수준의 환경책임 이슈의 경우, 거래 당사자 간의 협상에 따른 이해 조정의 측면에서 접근하는 것이 거래를 효율적으로 성사시키는 것에 도움이 됨.

▪ 환경책임 리스크의 발견 및 치유 노력의 중요성

- 기업인수 과정에서 환경실사를 통해 환경책임 리스크를 정확히 파악하고, 이를 최대한 거래종결 전에 치유하는 것은, 기업 가치의 유지와 지속적인 영업 활동을 위하여 필수적임.
- 다만, 현실적으로 기업인수 과정에서 충분한 환경실사가 이루어지지 못할 가능성이 있으므로, 이 경우에는 인수 이후의 점검(“Post-merger Audit”) 등을 통하여 환경 법령 미비 사항을 보완할 필요가 있음.

47

감사합니다

KIM & CHANG

서울특별시 중로구 사직로 8길 39
(우) 03170

T 02 3703 1114
F 02 737 9091/9092

www.kimchang.com
lawkim@kimchang.com

환경소송에서의 증명책임에 관한 이론들과 보완책

박 성 은*

- I. 서론
- II. 환경소송에서 증명책임의 완화
- III. 환경오염피해의 효과적 구제를 위한 보완책

I. 서론

환경침해로 인한 책임을 묻는 민사소송에서 피해자는 여러 단계에서 어려움을 겪는다. 우선은 자신이 환경침해로 인한 손해를 입었다는 사실 자체를 인식하지 못할 수도 있다. 환경침해는 장기간에 걸쳐 천천히 진행되고 원인물질이 원거리로부터 대기, 하천, 지하수, 해양, 토양 등을 거쳐 피해자에게 도달하는 경우가 많기 때문에 피해자에게 발생한 손해가 환경침해로 인한 것인지 아니면 다른 원인으로 인한 것인지 알기 어렵다. 피해자가 환경침해로 인한 손해를 인식했다고 하더라도 의심이 되는 구체적인 원인을 찾는 데에 실패할 확률도 높다. 피해자가 다행히 이 두 단계에 성공하더라도 이제 가해자로 의심이 되는 자를 상대로 손해배상청구 등을 요구할 때 상대방이 막대한 사회적, 경제적 부담을 지면서 이를 수궁하고 자발적으로 배상 의무 등을 이행할 것은 기대하기 어렵고 결국 소송을 통해 이행을 강제해야 한다. 이때 증명책임의 분배에 관한 규범설 또는 법률요건분류설에 따르면 피해자는 자신이 주장하는 손해배상청구권의 법적 요건들에 대해 주장하고 증명해야 하는데, 그중에서 가장 까다로운 부분이 가해자의 고의 또는 과실을 증명하는 것과 가해자의 행

* 계명대학교 법학과 조교수

위와 손해의 발생 사이의 인과관계를 증명하는 것이다.

환경소송에서 가해자의 고의 또는 과실을 증명해야 하는 어려움은, 1990년에 제정된 환경정책기본법 제31조(현재는 제44조) 및 여러 개별 법령에서 환경오염 또는 환경훼손으로 인한 피해에 대해 원칙적으로 그 원인자가 무과실책임을 지도록 규정하여 민법 제750조에 따른 불법행위책임에서 적용되는 과실책임주의를 벗어나게 됨으로써 대부분 해소되었다. 이렇게 무과실책임주의가 도입된 후에는 환경 분야 손해 배상책임 사건에서 피해자의 권리구제를 방해하는 가장 큰 난관은 가해행위와 손해 발생 사이의 인과관계를 증명하는 것이 되었다.¹⁾ 그러나 환경소송에서 이런 인과관계 증명의 어려움 때문에 피해자들이 소송을 아예 시도하지 않거나 소송 중에도 상대방의 불충분한 화해 제안에 쉽게 응하게 되어 실질적인 피해구제가 저해되고 기업들이 경제적 이익을 위해 환경침해를 하는 것에 경각심을 갖게 하는 데에 실패하는 등 부당한 결과가 발생한다는 문제의식은 오래 전부터 널리 공감대를 형성하였다.²⁾ 이에 학설과 판례를 통해 환경소송에서 증명책임의 완화를 위한 다양한 시도들이 이루어졌고, 피해자가 인과관계 증명에 필요한 조사와 증거수집을 용이하게 할 수 있도록 하는 방안에 대한 고민도 계속되었다. 이런 노력의 결과로 2014년 12월 31일에 「환경오염피해 배상책임 및 구제에 관한 법률」(이하에서는 약칭인 “환경오염피해구제법”으로 표시한다)이 제정되었고,³⁾ 이 법률은 독일의 환경책임법(Umwelthaftungsgesetz = UmweltHG)의 내용을 참고하여 제6조에서 사업자의 무과실책임, 제9조에

-
- 1) 이근영·임학상, 환경오염피해구제법상 환경오염피해에 대한 사업자의 손해배상책임에서 인과관계의 추정과 무과실책임에 관한 소고, 민사법의 이론과 실무 제21권 제3호(2018), 269; 한지형, 환경오염피해소송에서의 인과관계 판단 - 관련 판례의 분석 및 환경오염피해구제법 시행에 따른 전망을 중심으로, 환경법연구 제38권 제2호(2016), 한국환경법학회, 136; 홍보람·홍슬기, 환경 분야 손해배상사건의 인과관계 판단 방식 검토, 사회과학연구 제35집 1호(2019.02.), 경성대학교 사회과학연구소, 124.
 - 2) 환경소송에서 인과관계 증명의 어려움과 증명책임 완화의 필요성에 대해서는 대부분 인정하고 있다. 이근영·임학상, 앞의 논문(주 1), 269; 이현욱, 가슴기살균제 사건에 있어서 환경소송에서 발전한 인과관계 증명책임 완화 법리의 적용 - 대법원의 증명책임 완화 적용요건 검토를 중심으로, 환경법연구 제38권 제1호(2016), 한국환경법학회, 91, 112; 전경운, 환경소송에서 인과관계의 입증에 관한 소고, 환경법연구 제32권 제2호(2010), 한국환경법학회, 67-68; 정훈, 환경오염피해에 대한 책임귀속 법리의 전망과 과제, 공법학연구 제18권 제4호(2017), 한국비교공법학회, 284; 한지형, 앞의 논문(주 1), 136; 홍보람·홍슬기, 앞의 논문(주 1), 124.
 - 3) 환경오염피해구제법의 제정 과정에 대한 상세한 소개로 배병호, 환경오염피해구제법 도입에 따른 배상책임성립과 배상범위에 대한 고찰, 환경법연구 제38권 제1호(2016), 한국환경법학회, 59-60.

서 인과관계의 추정, 제15조에서 정보청구권 등을 규정하고 있다.⁴⁾ 이로써 피해자의 인과관계 증명의 어려움도 예전에 비해 많이 줄어들었다.

그러나 인과관계 추정이 적용되지 않는 영역 또는 추정이 배제되는 경우에는 여전히 종래의 증명책임의 분배에 관한 규정과 법리가 적용되어야 한다. 또한 환경오염피해구제법 제9조에 따른 인과관계 추정의 법적 성격, 추정의 요건사실들에 관한 증명의 정도 등에 대해서는 아직 추가적인 해명이 필요하기 때문에, 종래의 증명책임 완화에 관한 이론들과 판례를 다시 한 번 살펴보고(II. 1.) 더불어 환경오염피해구제법 제9조의 내용을 우리법의 모델이 된 독일 환경책임법상의 인과관계 추정 규정과 비교해 보는 것(II. 2.)은 유의미한 작업이 될 것이다. 그리고 인과관계 추정 규정만으로는 완전히 해결할 수 없는 권리구제의 어려움들, 예를 들어 당사자들 사이의 정보 및 경제력의 격차, 피해자들의 합리적 무관심 문제 등을 해결하기 위한 보완책들(III.)에 대해서도 간단히 살펴보겠다.

II. 환경소송에서 증명책임의 완화

1. 증명책임의 완화에 관한 이론들과 판례

1) 개연성설

개연성설은 피해자인 원고가 불법행위책임의 성립요건에 대한 증명책임을 부담한다는 일반적인 증명책임 분배의 원칙을 유지하면서, 인과관계의 증명도에 대해 완전한 확신이나 고도의 개연성까지 요구하지 않고 표현증명(일응의 추정) 등의 방법을 통하여 상당한 정도의 개연성으로 완화하는 이론이다.⁵⁾ 그러므로 개연성설은 증명책임을 완화하는 것에 불과하고 전환하는 것은 아니다.⁶⁾ 개연성설에 따르면 환경소송에서 피해자는 침해행위와 손해발생 사이의 인과관계에 대해 과학적으로 엄밀하게

4) 환경오염피해구제법은 환경정책기본법을 구체화하는 법으로서 여기서 언급한 내용 이외에도 전체 제6장 49개 조문에서 많은 내용을 포함하고 있다. 이 글에서는 인과관계의 증명책임 문제를 주로 다루므로 상세한 소개는 생략한다.

5) 이근영·임학상, 앞의 논문(주 1), 280; 한지형, 앞의 논문(주 1), 139면.

6) 정훈, 앞의 논문(주 2), 293-294.

증명해야 하는 것이 아니고 그 침해행위가 없었더라면 손해가 발생하지 않았을 가능성이 상당한 정도 있다는 것만 증명하면 충분하고, 가해자가 이에 대해 반증을 해야 인과관계의 존재를 부인할 수 있다.⁷⁾ 결과적으로 피해자에게 요구되는 증명정도는 경감하고 가해자에게 요구되는 반증의 범위는 확대된다.⁸⁾ 한편, 개연성이란 민사소송법상 증명과 소명의 중간 정도의 심증형성을 말한다고 설명하는 문헌도 있다.⁹⁾

개연성설은 다시 그 이론적 근거와 법적 구성 등에 있어서 ‘사실상 추정설’과 ‘증거우월설’로 분류할 수 있다고 한다. 사실상의 추정설은 인과관계의 개연성이 입증되면 인과관계가 사실상 추정되므로 가해자의 반증을 통해서 그 추정을 번복하도록 하는 견해이고, 증거우월설은 영미법상의 증거우월(preponderance of evidence)의 법리를 참고하여 각 당사자가 제출하는 증거를 비교하여 증명책임을 부담하는 당사자가 제출한 증거가 우세한 개연성을 보이면 인과관계가 증명된 것으로 보는 견해이다.¹⁰⁾ 이런 배경에 기초하여 개연성설을 조금 더 정확하게 ‘우월한 개연성설’이나 ‘상당한 개연성설’로 지칭하자는 주장도 있다.¹¹⁾

개연성설에 대해서는 (1) 개연성의 개념이 불명확하여 어느 정도의 증명을 요구하는 것인지 알 수 없고, 따라서 고도의 개연성과 상당한 개연성의 차이가 구체적으로 어느 정도인지 알 수 없다는 점, (2) 그런 불명확한 개념을 사용하기 때문에 법관의 자유심증에 지나치게 의존하여 인과관계 판단의 일관성이 침해될 수 있다는 점, (3) 피해자에 의한 증명의 정도를 낮추면 가해자의 반증에서도 요구되는 정도가 낮아질 수 있어서 결국 증명책임을 완화하는 목적을 달성할 수 없다는 점, (4) 환경소송 등 특정한 소송에서만 특별히 증명책임을 완화할 근거가 부족하다는 점, (5) 증명도와 증명책임을의 문제가 구별되지 않는다는 점 등의 비판이 제기된다.¹²⁾

이에 대해서는 증명도와 증거평가는 구별되고 개별적인 사안에서의 증거평가와 달리 증명도는 사전에 일괄적으로 법률에 정해지는 것이므로¹³⁾ (1), (2)의 비판은

7) 전경운, 앞의 논문(주 2), 64, 71; 조은래, 환경소송상의 입증문제에 대한 소고, 환경법연구 제 28권 제3호(2006), 한국환경법학회, 340.

8) 이근영·임학상, 앞의 논문(주 1), 280.

9) 박태현, 환경오염으로 인한 건강피해소송에서 역학연구를 통한 인과관계의 입증 - 판례법리를 중심으로, 법학논총 제38권 제3호(2014), 단국대학교 법학연구소, 174.

10) 박태현, 앞의 논문(주 9), 174; 전경운, 앞의 논문(주 2), 72.

11) 전경운, 앞의 논문(주 2), 70-71.

12) 이런 비판들을 간단히 소개하는 것으로 정훈, 앞의 논문(주 2), 294; 조은래, 앞의 논문(주 6), 341-342; 한지형, 앞의 논문(주 1), 139면.

근거가 없고, 일정하게 정해진 증명도에 따라 증거평가들이 완료되었는데도 사실의 진위가 불명확한 경우에 객관적 증명책임의 문제가 등장하는 것이므로¹⁴⁾ (5)의 비판도 부당하다는 반박이 가능하다.¹⁵⁾ 그리고 반증을 위한 증명의 정도와 관련하여 실제로 판례는 개연성이 아니라 일반적인 손해배상소송에서의 증명과 같은 정도를 요구하고 있으므로,¹⁶⁾ (3)의 비판은 현실화되지 않은 것으로 보인다. 또한 증명도가 모든 소송유형에 있어서 획일적이지 않고 사안의 특성에 따라서 각각 다르게 정해질 수 있다는 점을 고려하면, 환경침해로 인한 사건에서 인과관계 증명의 어려움이나 당사자 사이의 정보격차 등의 특수성을 반영하여 환경소송에 적용되는 별도의 증명도를 설정할 수 있으므로 (4)의 비판도 타당하지 않다는 견해가 있다.¹⁷⁾ 이와 같은 취지로, 개연성설 자체는 아직 확고하게 정립되지 않았지만 법에서의 인과관계는 법관의 자유심증에 의한 확신의 대상이므로 그 취지를 수궁할 수 있고, 환경소송에서 인과관계 증명의 어려움은 현재 학문 발전 수준에서 피할 수 없는 것이기 때문에 개연성설을 적용할 수 있다는 견해도 있다.¹⁸⁾

2) 신개연성설(간접반증이론)

신개연성설은 개연성설에서 개연성의 내용이 불명확하고 일반적인 증명과의 증명도 차이가 불분명하다는 비판을 극복하기 위한 이론으로서, 피해자가 인과관계가 존재한다는 개연성을 인정받기 위해서 증명해야 할 간접사실들을 유형화하여 구체적으로 제시하면서도 그 중에서 피해자가 입증할 범위를 축소 또는 경감해주고, 가해

13) 반홍식, 독일민사소송법에서의 증거평가와 증명도, 민사소송 제19권 제1호(2015), 14의 설명에 따르면, 증거평가는 사실주장에 대한 진위 여부를 평가하는 사실문제이고, 증명도는 증거평가에서 사실관계를 진실로 인정하기 위해서 어느 정도의 확신이 요구되는가에 관한 법률문제이며, 증명책임은 증거평가가 완료되었음에도 사실관계의 진위 여부가 여전히 불명확할 때 그 불이익을 누구에게 부담시킬 것인가의 문제라고 이해할 수 있다.

14) 증명도와 증거평가의 구분, 증명도와 증명책임의 구분에 대한 독일의 논의를 상세하게 소개한 것으로 반홍식, 증거평가와 증명책임의 관계 - 독일민사소송법 286조를 중심으로, 민사소송 제20권 제1호(2016), 283.

15) 유사한 취지로 조은래, 앞의 논문(주 6), 342.

16) 전경운, 앞의 논문(주 2), 78-79은 대법원 2004. 11. 26. 선고 2003다2123 판결에서 “피고 공장들이 배출한 폐수가 아닌 다른 원인이 전적으로 작용하여 발생한 것임을 입증하지 못하는 이상 피고들은 그 책임을 면할 수 없다”고 판시한 것을 그 근거로 인용하고 있다.

17) 조은래, 앞의 논문(주 6), 343.

18) 전경운, 앞의 논문(주 2), 72-72.

자가 직접반증 외에도 간접반증을 통해서 개연성을 부정할 수 있게 한다.¹⁹⁾ 이로써 피해자의 증명책임 완화를 체계화하고 조금 더 구체적인 기준을 설정한다.²⁰⁾ 신개연성설에 따르면, 피해자는 인과관계의 사실상 추정을 위해서 (1) 피해발생의 원인물질과 그 메커니즘, (2) 원인물질의 피해자에의 도달경로, (3) 가해자의 영역에서 원인물질의 생성 및 배출행위라는 세 가지 간접사실 중에서 두 가지를 직접증거 또는 간접증거에 의하여 증명해야 하고, 만약 피고가 반증을 통해 원고가 증명하고자 한 간접사실에 대한 법관을 확신을 동요시키거나(직접반증) 별개의 양립가능한 간접사실을 증명(간접반증)하지 못하면, 인과관계가 증명된 것으로 본다.²¹⁾

이렇게 신개연성설(간접반증이론)은 개연성설의 추상성이라는 약점을 극복하였지만, 다른 한편으로는 인과관계의 요소를 분해하고 유형화한 결과에 대해 의문이 있고, 각 요소 사이의 상관관계가 제대로 반영되지 않았으며, 사안을 지나치게 유형화, 고정화함으로써 사실인정이 경직화될 위험이 있고, 실제 사안에서는 직접반증과 간접반증을 구별하기 어려울 때도 있다는 등의 비판을 받는다.²²⁾

3) 역학적 인과관계설

역학(疫學; Epidemiologie)은 병원균이나 유해물질 자체를 발견하는 것을 목적으로 하지 않고 집단현상으로서 질병의 발생, 분포, 소멸 등과 이에 미치는 영향을 분석하여 여러 자연적·사회적 요인과의 상관관계를 통계적 방법으로 규명하고 그에 의하여 질병의 발생을 방지·감소시키는 방법을 발견하는 학문이다.²³⁾ 역학적 인과관계설은 원래 질병의 원인을 탐구하는 역학의 접근방법을 인과관계의 판단에 도입한 것으로서 역학조사 결과에 따라 일정한 오염물질에 노출된 지역의 특정 질병 발병률이 증가하는 등 역학적으로 유의미한 상관관계가 밝혀지면 추가적인 증명 없이도 개별 피해자의 손해발생에 대한 인과관계도 인정하는 이론이다.²⁴⁾ 즉, 역학적 인과

19) 이현욱, 앞의 논문(주 2), 95; 한지형, 앞의 논문(주 1), 139.

20) 전경운, 앞의 논문(주 2), 75-76.

21) 이근영·임학상, 앞의 논문(주 1), 280-281; 전경운, 앞의 논문(주 2), 75-76; 정훈, 앞의 논문(주 2), 294.

22) 신개연성설에 대한 비판점들을 언급한 것으로 전경운, 앞의 논문(주 2), 75-76; 한지형, 앞의 논문(주 1), 140면.

23) 서울고법 2006.1.26. 선고 2002나32662 판결; 정훈, 앞의 논문(주 2), 292-293. 역학의 개념과 연구방법 등에 대한 상세한 소개로 이선구, 유해물질소송에서 역학적 증거에 의한 인과관계의 증명 - 대법원 판례를 중심으로, 저스티스 통권 제146-1호(2015.02.), 264-269.

관계가 인정되면 가해자가 다른 원인이 존재한다는 반증을 하지 못하는 한 법적 인과관계를 인정한다.²⁵⁾ 일반적으로 “① 특정의 인자가 발병의 일정기간 전에 작용 또는 존재한 것일 것(시간적 선후관계), ② 그 인자가 작용하는 정도가 현저할수록 질병의 발생률이 높을 것(용량반응관계), ③ 그 인자가 제거된 경우 그 질병의 발생률이 저하하거나 또는 그 인자를 가지지 않는 집단에서 그 질병의 발생률이 극히 낮을 것(가역성), ④ 그 인자가 원인으로서 작용하는 과정이 생물학적으로 모순 없이 설명될 것(생물학적 개연성) 등의 네 가지 요건이 충족되면” 특정 인자와 질병 발생 사이에 상당한 개연성이 존재한다고 본다.²⁶⁾

역학적 인과관계설에 대해서는 집단적 경향성만으로 개별 사건에서 특정한 피해자의 피해발생에 대한 인과관계를 인정하는 것은 논리적이지 않다는 비판이 제기된다.²⁷⁾ 역학조사에 의해 어떤 특정한 원인물질과 문제가 된 질병 사이에 역학적인 상관관계가 인정되더라도 거기에서 곧바로 그 집단에 속한 개인의 질병도 같은 원인에 의해 발생했다는 점이 판명되었다고 볼 수는 없다는 것이다. 역학은 집단현상으로서의 질병에 관한 원인을 조사하여 규명하는 것이고 그 집단에 소속된 개인이 걸린 질병의 원인을 판명하는 것이 아니기 때문이다. 베트남전 참전군인의 고엽제 피해에 관한 손해배상 사건에서 대법원도 동일한 견해를 표명했다.²⁸⁾ 이외에도 역학적 인과관계설은 비특이성 질환과 같이 원인과 결과가 일대일로 대응하지 않는 복잡한 경우에는 적용하기 어렵다는 비판이나 역학적 연구방법 자체의 한계, 즉 충분한 표본 확보의 어려움, 연구자의 능력과 윤리 문제, 과도한 비용 등을 문제삼는 견해도 있다.²⁹⁾

한편, 역학적 인과관계설의 이러한 한계들을 수궁하면서도 구체적인 사안마다 역학적인 양적 조사, 질적 조사, 기타의 증거를 종합해서 법적 판단을 하는 것이 타당

24) 박태현, 앞의 논문(주 9), 176-177; 전경운, 앞의 논문(주 2), 84; 한지형, 앞의 논문(주 1), 140.

25) 박태현, 앞의 논문(주 9), 177.

26) 서울고법 2006. 1. 26. 선고 2002나32662 판결; 박태현, 177.

27) 전경운, 앞의 논문(주 2), 84. 독일 문헌 중에서 이런 비판을 제기하는 것으로 Hager, Das neue Umwelthaftungsgesetz, NJW 1991 134 (137).

28) 대법원 2013. 7. 12. 선고 2006다17539 판결: “어느 위험인자에 노출된 집단의 질병 발생률이 그 위험인자에 노출되지 않은 다른 일반 집단의 질병 발생률보다 높은 경우 그 높은 비율의 정도에 따라 그 집단에 속한 개인이 걸린 질병이 그 위험인자로 인하여 발생하였을 가능성이 얼마나 되는지를 추론할 수 있을 뿐”.

29) 역학적 인과관계론에 대한 비판들을 간단히 소개한 것으로 박태현, 앞의 논문(주 9), 178.

하다는 견해도 있다. 이에 따르면 구체적 역학적 조사결과가 인과관계의 존재를 뒷받침하는 정도가 상당한 개연성을 넘어 고도의 개연성 이상을 보여줄 정도에까지 이르는 사안에서는 가해자가 당해 피해자의 질병에는 다른 원인이 작용했다는 것을 증명해야만 인과관계를 부정하고, 이와 달리 그 정도까지는 아니지만 상당한 정도의 개연성에는 이르는 사안에서는 개별적 인과관계를 사실상 추정한다. 그리고 이때 피고는 다른 인자의 존재를 증명하여 추정을 번복할 수 있는데, 이때 단순히 다른 인자의 존재만으로는 불충분하고 그 다른 인자의 비중이 인과관계가 추정되는 인자보다 커야 한다.³⁰⁾

참고로, 일본에서는 과거에 학설과 이따이이따이병 사건, 니이가타 수은병 사건, 요카이치 천식 사건 및 구마모토 수은병 사건 등의 공해소송에 관한 하급심법원의 실무가 역학적 인과관계설을 수용하였었지만,³¹⁾ 80년대 이후 일본 최고재판소가 소송상 인과관계의 입증은 평균인의 관점에서 경험칙에 따라 모든 증거를 종합적으로 고려하여 얻어지는 고도의 개연성의 증명이 필요하다는 입장을 확인하면서 최근에는 역학적 인과관계론에 대한 비판이 강해졌다고 한다.³²⁾

4) 위험영역설

위험영역설(Gefahrenkreistheorie)은 피해자의 증명곤란을 완화할 목적으로 어떤 사실관계에 대한 피해자와 가해자의 주장 및 증명의 난이도를 비교하여 각자의 위험영역을 구분하고 이에 따라 입증책임을 분배하려는 시도로서, 1980년대 초부터 독일의 제조물책임소송에서 발전한 이론이다.³³⁾ 이에 따르면, 피해자가 증명의 곤란을 겪는 사실관계에 대해서 가해자가 적어도 자기의 책임이 문제되는 한도에서 그 사실관계를 해명하는 것이 비교적 쉬운 경우에는 원래 피해자가 증명책임을 부담해야 할 요건사실과 관련하여 가해자가 그 반대사실에 대한 증명책임을 부담한다.³⁴⁾

위험영역설에서 증명책임 분배의 원칙에 대한 예외를 인정하기 위한 실질적 근거로서 피해자의 증명곤란, 당사자들 사이의 정보격차나 증거와의 거리를 든 것은 남

30) 이승우, 환경침해소송의 인과관계, 환경법연구 제25권 제1호(2003), 한국환경법학회, 330-333.

31) 박태현, 앞의 논문(주 9), 178.

32) 한지형, 앞의 논문(주 1), 140-141.

33) 독일의 위험영역설의 발전사에 대한 소개로 이동진, 위험영역설과 증거법적 보증책임: 증명책임 전환의 기초와 한계, 저스티스 통권 제138호(2013.10), 183.

34) 전경운, 앞의 논문(주 2), 83; 정훈, 앞의 논문(주 2), 293.

득할 수 있고 개연성설을 취하는 판례에서도 이와 유사한 고려를 하고 있지만,³⁵⁾ 개연성설과 달리 위험영역설은 간접사실들의 증명에 의한 주요사실의 사실상 추정을 인정하는 것에 그치지 않고 주요사실에 대한 증명책임을 전환시킨다. 그러므로 환경소송에서 위험영역설을 수용하기 위해서는 단순히 법관의 자유심증주의나 법해석에 기대는 것만으로 불충분하고 별도의 법적 근거가 필요하다. 그리고 위험영역설 자체에 대해서 많은 비판이 있으므로 이런 부분들에 대해 먼저 신중하게 검토해야 한다.³⁶⁾

한편, 우리 판례가 일부 사건유형에서 위험영역설에 의해 영향을 받고 있기는 하지만, 판례가 증명책임의 전환을 인정한 사례들에서 증거법적 관점에서 위험영역설의 관념이 반영된 것이라기보다는 실제법상의 증거법적 보증책임(beweisrechtliche Garantie) 관념이 근거가 된 것으로 이해하는 것이 타당하다고 하면서 의료인의 위험영역에 있는 의료과오책임에서 증명책임 전환이 인정되지 않는 것을 예시로 드는 견해가 있다.³⁷⁾ 이 견해에 따르면 위험영역설은 (1) 증명책임 분배를 위한 다양한 고려요소를 당사자들의 증명곤란과 증거와의 거리로 축소시킴으로써 법적 흠결이 없음에도 특별한 정당화 없이 실제법의 책임요건을 사실상 무시한다는 점, (2) 증명책임의 전환이 인정되는 근거와 범위를 설명할 수 없기 때문에 해석론의 한계를 벗어나고 법원이 사안마다 일관되지 않은 판단을 할 위험이 있다는 점,³⁸⁾ (3) 다른 요소들을 배제하고 일방의 증명곤란과 상대방의 증명가능성이라는 증거법적 관점만 기준으로 삼는 이유를 제대로 설명하지 못 한다는 점, (4) 공간적·대상적 지배영역과 기능적 지배영역의 획정이 매우 불분명하고 양 당사자의 위험영역이 중첩되는 경우가 많아서 증명책임의 전환 여부에 대하여 유효한 기준을 제공하지 못한다는 점 등³⁹⁾의 문제점을 가지고 있다. 이와 비슷한 취지에서, 위험영역설은 독일에서 법

35) 예를 들어, 대법원 1984. 6. 12. 선고 81다558 판결에서 “가해기업은 기술적 경제적으로 피해자보다 원인조사가 훨씬 용이할 뿐 아니라 그 원인을 은폐할 염려가 있어, 가해기업이 배출한 어떤 유해한 원인물질이 피해물건에 도달하여 손해가 발생하였다면 가해자측에서 그 무해함을 입증하지 못하는 한 책임을 면할 수 없다고 봄이 사회형평의 관념에 적합하다.”고 한 부분은 마치 위험영역설의 논리와 비슷하게 보인다.

36) 전경운, 앞의 논문(주 2), 83.

37) 이동진, 위험영역설과 증거법적 보증책임: 증명책임 전환의 기초와 한계, 저스티스 통권 제138호(2013.10.), 167, 188-190.

38) 이동진, 앞의 논문(주 37), 184-185.

39) 이동진, 앞의 논문(주 37), 167, 184-185, 188-190.

규범의 흠결이 있는 경우를 전제로 제기된 이론인데 그런 법적 흠결이 없는 영역 또는 흠결은 존재하지만 사실상 추정이나 간접반증이론에 의해 해결할 수 있는 영역에서는 위험영역설의 이론을 도입하여 증명책임 자체를 전환시키는 무리한 방법을 채택할 필요가 없고, ‘증거와의 거리’라는 사실관계로부터 증명책임의 전환이라는 규범적 효과를 도출할 수 있는 근거도 부족하다고 비판하는 견해도 있다.⁴⁰⁾ 이 견해들은 위험영역설을 환경소송에 도입하는 문제에 관하여 제시된 것은 아니지만, 위험영역설 자체의 이론적 한계를 보여주는 것들로서 경청할 만하다.

5) 판례의 태도

가. 개연성설과 신개연성설의 수용

우리나라의 판례는 환경소송에서 개연성설 또는 신개연성설을 수용하고 있는 것으로 이해되고 있다. 70년대 초기까지는 개연성설을 인정하지 않았으나,⁴¹⁾ 1974년에 한국전력사건⁴²⁾에서 개연성설을 받아들인 후부터는 계속 같은 태도를 취하고 있다.⁴³⁾⁴⁴⁾ 개연성설에 따르면, 환경침해로 인한 재산상 손해배상소송에서⁴⁵⁾ 피해자는 (1) 가해자가 유해한 원인물질을 배출했다는 사실(배출요건), (2) 그 원인물질이 피해자의 물건에 도달하였다는 사실(도달요건), (3) 그 피해자의 물건에 손해가 발생하였다는 사실(손해발생요건)을 모순 없이 증명함으로써 인과관계가 존재한다는 상당한 개연성(또는 우월한 개연성)을 보여주면 인과관계가 사실상 추정되고, 이제 가해자 측에서 ㉠ 피고가 배출한 것에 원인물질이 포함되어 있지 않다는 사실 또는 ㉡

40) 백경일, 증명책임의 분배와 위험영역설에 관한 비판적 고찰 - 독일에서의 논의를 참고하여, 법학논총 제19집 제3호(2012), 조선대학교 법학연구원, 257.

41) 대법원 1973. 11. 27. 선고 73다919 판결은 공장의 비산 분진으로 인삼이 고사하여 피해를 입은 농장주가 공장을 상대로 손해배상을 청구한 사건에서 개연성설에 의한 증명책임 완화를 부정하였다.

42) 대법원 1974. 12. 10. 선고 72다1774 판결. 그 전에 서울고법 1972.9.6. 선고, 71나1620 판결도 “공해로 인한 불법행위에 있어서의 인과관계에 관하여는 당해 행위가 없었다면 결과가 발생하지 않았으리라는 정도의 개연성이 있다는 정도의 입증으로 족하고 가해자는 이에 대한 반증을 할 경우에만 인과관계를 부정할 수 있다”고 하여 개연성설을 취하고 있다.

43) 이현욱, 앞의 논문(주 2), 95; 전경운, 앞의 논문(주 2), 64; 조은래, 앞의 논문(주 6), 340.

44) 1970년대를 과도기로 표현하면서 1984년의 김양식장(또는 진해화학사건) 판결(대법원 1984. 6. 12. 선고 81다558 판결)을 개연성설이 판례에 정착된 시점으로 소개하는 문헌으로 홍보람·홍슬기, 앞의 논문(주 1), 128.

45) 건강피해로 인한 손해배상소송에 대해서는 뒤에서 역학적 인과관계설의 수용에 대한 내용과 함께 설명하겠다.

그 원인물질의 혼합률이 안정농도 범위 내라는 사실을 반증해야만 그 추정을 깨뜨릴 수 있다.⁴⁶⁾

이렇게 개연성설에 따른 인과관계 증명의 구체화된 구조는 1984년의 김양식장 판결(또는 진해화학사건)의 내용을 일반화한 것이다.⁴⁷⁾ 그런데 앞에서 살펴보았듯이 신개연성설이 개연성설의 불명확성을 극복하기 위해서 피해자가 인과관계에 관해 증명해야 할 간접사실들을 유형화하여 구체적으로 제시하고 가해자가 직접반증 외에도 간접반증을 통해서 개연성을 부정할 수 있게 한 이론이라는 점에서, 이 김양식장 판결이 신개연성설을 반영한 것이라고 평가하는 것이 보통이다.⁴⁸⁾ 그러나 신개연성설에 따를 때 피해자는 (1) 피해발생의 원인물질과 그 메커니즘, (2) 원인물질의 피해자에의 도달경로, (3) 가해자의 영역에서 원인물질의 생성 및 배출행위라는 세 가지 간접사실 중에서 두 가지를 증명해야 하는데,⁴⁹⁾ 이 판결에서는 (2)와 (3)에 해당하는 사실 이외에 “원인물질의 도달 후에 손해가 발생했다는 사실”까지 증명할 것을 요구하고 있으므로 신개연성설이 아니라 개연성설을 구체화한 것에 불과하고, 이 판결의 표현을 잘 살펴보면 사실상 피고가 가해사실이 없었다는 점을 증명해야 한다는 것이므로 간접반증과도 관련이 없다고 평가하는 견해도 있다.⁵⁰⁾ 설득력이 있는 분석이다. 다만, 김양식장 판결과 신개연성설에 따라 피해자가 각각 증명해야 할 간접사실들은 다소 추상적이고 포괄적이어서 일정한 단위로 나누어 서로 개수를 비교하기 어렵다는 점,⁵¹⁾ 구체적인 사안에 따라 증명해야 할 간접사실의 목록이 약간

46) 대법원 2009. 10. 29. 선고 2009다42666 판결; 박태현, 앞의 논문(주 9), 175; 이현욱, 앞의 논문(주 2), 102.

47) 대법원 1984. 6. 12. 선고 81다558 판결: “(1) 피고공장에서 김의 생육에 악영향을 줄 수 있는 폐수가 배출되고 (2) 그 폐수중 일부가 해류를 통하여 이 사건 김양식장에 도달하였으며 (3) 그 후 김에 피해가 있었다는 사실이 각 모순없이 증명된 이상 피고공장의 폐수배출과 양식 김에 병해가 발생함으로 말미암은 손해간의 인과관계가 일응 증명되었다고 할 것이므로, 피고가 (1) 피고 공장폐수 중에는 김의 생육에 악영향을 끼칠 수 있는 원인물질이 들어 있지 않으며 (2) 원인물질이 들어 있다 하더라도 그 해수혼합물이 안전농도 범위내에 속한다는 사실을 반증을 들어 인과관계를 부정하지 못하는 한 그 불이익은 피고에게 돌려야 마땅할 것이다.”

48) 전경운, 앞의 논문(주 2), 75-76 참조.

49) 이근영·임희상, 앞의 논문(주 1), 280-281; 전경운, 앞의 논문(주 2), 75-76; 정훈, 앞의 논문(주 2), 294.

50) 정훈, 앞의 논문(주 2), 294; 전경운, 앞의 논문(주 2), 77.

51) 예를 들어, 김양식장 판결에서 “(1) 피고공장에서 김의 생육에 악영향을 줄 수 있는 폐수가 배출”이라는 표현 안에는 배출이 이루어진 장소와 시점, 폐수의 유독성 등 서로 구별되는 사실들이 포함되어 있다.

씩 변경되거나 추가될 수 있다는 점, 개연성설이 처음 제시될 때에는 구체적인 논의가 부족하여 그 한계로 지적된 것과 같은 맥락에서 개연성설이 신개연성설에서 제시한 간접반증의 방법을 긍정하거나 부정한다고 단정하기 어렵다는 점 등을 고려하면, 개연성설과 신개연성설의 핵심적인 차이를 그 구체성에서 찾는 입장에서 김양식장 판결과 그 이후의 판례가 신개연성설을 취하고 있다고 평가하는 것도 완전히 잘못되었다고 보기 어렵다고 생각한다.

나. 건강피해로 인한 손해배상소송에서 역학적 연구결과의 활용

판례는 환경침해로 인한 재산상 손해배상소송에서 수용한 개연성설 또는 신개연성설의 법리, 즉 피해자가 배출요건, 도달요건, 손해발생요건을 증명하면 환경침해와 손해발생 사이의 인과관계를 추정하는 법리를 환경침해 인한 건강피해 손해배상소송에서도 원칙적으로 유지한다. 그런데 환경침해와 건강피해 사이의 인과관계는 환경침해와 재산손해 사이의 인과관계보다 증명하기 어려운 특징을 가지고 있다. 인간의 신체에 영향을 줄 수 있는 원인물질이 다양하고, 원인물질을 특정할 수 있더라도 그 원인물질이 인체에 작용하는 방식과 정도가 밝혀져 있지 않은 경우가 많으며, 재산손해와 달리 사후에 비교적 안전하게 통제된 실험으로 인과관계를 확인하기도 어렵다. 이런 이유에서 환경침해로 인한 건강피해 손해배상소송에서는 원인물질과 피해자에게 발생한 질병 사이의 통계적 연관성에 관한 역학적 조사결과가 인과관계 판단에 중요한 자료로 활용된다.⁵²⁾

그러나 우리 판례가 인과관계 판단에서 역학적 조사결과를 참고한다고 하여 역학적 인과관계설을 전면적으로 수용했다고 보기는 어렵다. 왜냐하면 역학적 인과관계설에서는 단계를 구분하지 않고 역학적 인과관계의 증명만으로 완전하게 개별적 인과관계까지 증명된 것으로 보는 반면에, 판례는 ‘특이성 질환’과 ‘비특이성 질환’을 구분하여 인과관계의 증명에서 다르게 취급하면서 후자의 경우에 개연성설 또는 신개연성설의 법리에 따라 역학적 조사결과를 활용하여 추정되는 것은 원인물질과 질환 사이의 이른바 ‘역학적 인과관계’⁵³⁾에 불과하고 구체적인 사건에서 원인물질과

⁵²⁾ 박태현, 앞의 논문(주 9), 175.

⁵³⁾ 대법원은 역학적 조사결과는 통계적 자료로서 특정한 원인물질에 노출되면 특정 질병에 걸릴 위험이 있거나 증가한다는 점만 보여주기 때문에 역학적 인과관계라는 표현 대신에 “역학적 상관관계”라는 표현을 사용하고 있는데, 이는 역학적 조사결과를 통해서 개별적 인과관계를 추정할 수 없다는 법원의 견해를 단적으로 보여준다고 한다: 박태현, 앞의 논문(주 9), 191. 법원과

피해자의 질환 사이의 ‘개별적 인과관계’는 별도의 단계로서 추가로 증명되어야 한다고 보기 때문이다.⁵⁴⁾

여기서 특이성 질환은 특정 병인에 의하여 발생하고 원인과 결과가 명확히 대응하는 질환으로서 진폐증, 일본 이타이이타이 사건과 미나마타 사건 등의 중금속 중독증이 그 대표적인 예이고, 비특이성 질환은 “발생 원인 및 기전이 복잡다기하고, 유전·체질 등의 선천적 요인, 음주, 흡연, 연령, 식생활습관, 직업적·환경적 요인 등 후천적 요인이 복합적으로 작용하여 발생하는 질환”이다.⁵⁵⁾ 이런 판례의 개념 구분의 논리적 결과로서, 특이성 질환의 경우에는 해당 원인물질에 노출된 집단에서 해당 비특이성 질환에 걸린 비율이 그 원인물질에 노출되지 않은 다른 일반집단에서 그 비특이성 질환에 걸린 비율을 상당히 초과한다는 역학적 조사결과에 근거하여 최종적인 인과관계를 추정할 수 있는 반면에, 비특이성 질환의 경우에는 피해자가 상당한 개연성을 증명하기 위해서 이외에 추가적인 사실, 즉 피해자 개인이 그 원인물질에 노출된 시기와 정도, 발병시기, 그 원인물질에 노출되기 전의 건강상태, 생활습관, 질병상태의 변화, 가족력 등을 주장하여 다른 원인에 의한 것이 아니라는 점까지 증명해야 한다.⁵⁶⁾ 이 추가적인 사실은 원래 개연성설과 신개연성설에 따른 증명에서는 가해자가 인과관계의 사실상 추정을 번복하기 위해서 반증해야 했던 대상이었는데, 판례는 비특이성 질환의 경우에 이를 원고가 증명해야 하는 사실로 다시 되돌린 것이다.⁵⁷⁾

이런 대법원의 판례에 대해서는 많은 반론이 존재한다. 먼저 특이성 질환과 비특

같은 취지로 홍보람·홍슬기, 앞의 논문(주 1), 134.

54) 예를 들어, 베트남전 참전군인들이 고엽제에 함유된 TCDD로 인한 염소성여드름 등 질병을 이유로 손해배상을 청구한 사건에서 대법원은 동일한 취지의 설시를 하였다(대법원 2013. 7. 12. 선고 2006다17539 판결): “비특이성 질환의 경우에는 특정 위험인자와 비특이성 질환 사이에 역학적 상관관계가 인정된다 하더라도, 어느 개인이 위험인자에 노출되었다는 사실과 비특이성 질환에 걸렸다는 사실을 증명하는 것만으로 양자 사이의 인과관계를 인정할 만한 개연성이 증명되었다고 볼 수 없다. 이러한 경우에는 위험인자에 노출된 집단과 노출되지 않은 다른 일반 집단을 대조하여 역학조사를 한 결과 위험인자에 노출된 집단에서 비특이성 질환에 걸린 비율이 위험인자에 노출되지 않은 집단에서 비특이성 질환에 걸린 비율을 상당히 초과한다는 점을 증명하고, 그 집단에 속한 개인이 위험인자에 노출된 시기와 노출 정도, 발병시기, 위험인자에 노출되기 전의 건강상태, 생활습관, 질병 상태의 변화, 가족력 등을 추가로 증명하는 등으로 위험인자에 의하여 비특이성 질환이 유발되었을 개연성이 있다는 점을 증명하여야 한다.”

55) 홍보람·홍슬기, 앞의 논문(주 1), 132.

56) 홍보람·홍슬기, 앞의 논문(주 1), 130-131.

57) 이현욱, 앞의 논문(주 2), 105.

이성 질환이라는 개념이 작위적이라는 비판이 있다. 이런 구분은 역학 분야에서는 낯선 것이고, 질병은 다수의 요인이 복합적으로 상호작용하여 발생한다는 의학과 보건학계의 통설에 따를 때 단일한 위험인자와 특이성 질환 사이에 필요충분조건이 성립하는 특이성 질환은 실제로 존재하지 않는다는 것이다.⁵⁸⁾ 또한 환경소송에서 확립된 증명책임 완화의 법리에 따르면 피해자는 인과관계의 상당한 개연성을 증명하면 되고 인과관계를 직접 증명할 필요가 없는데, 비특이성 질환에 대해서만 특별한 이유 없이 이런 법리를 무시하고 피해자가 개별적 인과관계를 증명하도록 하는 것은 부당하고, 역학적 조사결과의 과학적 가치도 폄하하는 결과가 된다는 비판도 있다.⁵⁹⁾ 이외에 판례의 법리가 형식적인 논리적으로는 타당하게 보일 수 있어도, 비특이성 질환에서 1단계의 증명조차 관련 역학조사가 없는 경우가 많아 매우 어려운데 2단계의 증명을 성공하는 것은 거의 불가능한 것이 현실이기 때문에 정책적인 측면에서도 재고할 필요가 있다는 지적도 있다.⁶⁰⁾ 비슷한 맥락에서, 역학적 연구가 관련 학문 분야의 일반적인 기준에 부합하게 수행되었다면 그 조사결과를 비특이성 질환의 인과관계 판단에서도 존중해야 하고, 정책적인 이익형량에 따르더라도 다른 원인으로 질환이 발생했음에도 손해배상을 할 위험보다 증명의 어려움 때문에 진정한 피해자가 구제받지 못할 위험을 피하는 것이 더 바람직하므로, 비특이성 질환의 경우에도 특정한 원인물질이 해당 질환의 주요 발생요인이거나 상당한 인과관계를 인정할 수 있을 정도로 비중 있는 요인이라고 인정될 수 있다면 개별적 인과관계를 추정해야 한다는 견해도 있다.⁶¹⁾

한편, 개연성설과 역학적 인과관계의 관계에 관하여 오해의 여지가 있다. 전자는 재산상 손해배상소송에 적용되고 후자는 건강피해 손해배상소송에 적용되는 것으로 마치 서로 다른 구조를 가지는 배타적인 법리로 보이기 때문이다. 그러나 재산상 손해배상소송에서는 증명을 요구하지 않는 원인물질의 유해성에 대해 건강피해 손해배상소송에서는 일반적으로 별도의 증명이 요구되고 이 부분에서 역학적 인과관계에 관한 논의가 등장하는 것이므로 역학적 인과관계가 개연성설을 구체화 또는 보

58) 이선구, 앞의 논문(주 23), 276; 이현욱, 앞의 논문(주 2), 106. 오히려 이 점에서 비특이성 질환에 대해 2단계 인과관계론을 취하는 것은 의학과 보건학계의 통설에 부합하는 법리적 틀이라는 평가도 있다. 박태현, 앞의 논문(주 9), 191.

59) 박태현, 앞의 논문(주 9), 192; 이현욱, 앞의 논문(주 2), 105, 107.

60) 홍보람·홍슬기, 앞의 논문(주 1), 124.

61) 박태현, 193-194.

완하는 관계에 있다.⁶²⁾

2. 환경오염피해구제법 제9조에 따른 인과관계의 추정

1) 환경오염피해구제법의 개관

우리나라에서도 공법인 환경정책기본법만으로는 사인간의 환경침해와 관련한 권리 구제에 불충분하다는 문제의식 하에 독일의 환경책임법과 같이 증명책임의 완화와 정보청구권 등에 관한 상세한 규정을 포함하는 법률을 제정할 필요가 있다는 주장이 꾸준히 제기되어 왔고, 결국 2014년 말에 환경오염피해구제법이 제정되어 2016년부터 시행되고 있다.⁶³⁾ 환경오염피해구제법은 무과실책임 원칙만을 규정하고 있는 환경정책기본법, 토양환경보전법, 광업법, 수산업법, 해양오염방지법, 유류오염손해배상보장법, 원자력손해배상법 등의 다른 법들에서 볼 수 없던 많은 내용을 포함하고 있는데, 대표적인 것으로 사업자의 무과실책임(제6조), 인과관계의 추정(제9조)과 정보청구권(제15조), 배상책임의 보장을 위한 책임보험의 도입(제17조 이하), 정부에 의한 환경오염 피해 보상제도(제23조 이하) 등을 들 수 있다.⁶⁴⁾

2) 환경오염피해구제법 제9조의 해석

환경오염피해구제법 제9조는 “인과관계의 추정”이라는 표제 하에서 제1항에서 상당한 개연성이 있으면 해당 시설의 가동과 환경오염피해 발생 사이의 인과관계를 추정한다고 규정하고, 제2항에서 상당한 개연성을 인정하기 위해 고려할 다양한 사정들의 예시를 나열하고 있으며, 제3항에서는 환경오염피해가 다른 원인으로 인하여 발생한 사실 또는 동법 제4조 제3항에 따른 사업자의 책무를 다하였다는 사실을 증명하면 인과관계의 추정을 배제한다는 내용을 담고 있다. 이를 통해 무과실책임을

62) 이승우, 앞의 논문(주 29), 310; 이현욱, 앞의 논문(주 2), 103. 이와 같은 취지에서, 개연성설에 관한 대법원 1984. 6. 12. 선고 81다558 판결과 역학적 인과관계에 관한 대법원 2014. 9. 4. 선고 2011다7437 판결의 구체적인 내용을 비교, 분석하면서 전자와 후자의 법리는 “다소 다른 평면의 것으로 보아야 하고 상호 배치 또는 대체될 성질의 것은 아니라 할 것”이라고 설명하는 것으로 한지형, 앞의 논문(주 1), 149.

63) 입법과정에 대한 상세한 소개로 배병호, 환경오염피해구제법 도입에 따른 배상책임성립과 배상범위에 대한 고찰, 환경법연구 제38권 제1호(2016), 한국환경법학회, 59-66.

64) 이근영·임학상, 앞의 논문(주 1), 260-261.

명문화한 후 가장 어려운 문제로 남아있던 인과관계 증명의 어려움⁶⁵⁾도 어느 정도 해소되게 되었다.⁶⁶⁾ 물론, 이 법률에서 정한 일정한 시설의 사업자에 해당하지 않는 등 적용범위에 포함되지 않는 경우나 동법 제9조 제3항에 따라 인과관계의 추정이 배제된 경우에는 여전히 환경정책기본법 제44조의 무과실책임 원칙 하에서⁶⁷⁾ 민법 제750조 또는 제758조의 규정과 앞에서 살펴보았던 증명책임 완화에 관한 판례의 법리에 따라 해결해야 할 것이다.⁶⁸⁾

환경오염피해구제법 제9조 제1항은 인과관계의 법률상 추정에 해당한다.⁶⁹⁾ 개연성설과 신개연성설에 따른 추정은 사실상 추정에 해당하기 때문에 가해자, 즉 시설 사업자가 반증을 통해 번복할 수 있지만, 동법 제9조 제1항에 따른 추정은 법률상 추정이므로 반대사실의 본증을 통해서만 추정을 번복할 수 있다.⁷⁰⁾

여기서 제1항의 “상당한 개연성”이 구체적으로 무엇을 의미하는지, 즉 피해자가 인과관계의 상당한 개연성을 인정받기 위해 증명해야 하는 사실들이 무엇인지는 동조 제2항의 규정을 통해서 가늠할 수 있다. 그러나 여전히 추상적인 면이 있기 때문에 상당한 개연성을 판단하는 기준에 대해서 견해가 대립한다.

먼저 이 규정은 “상당한 개연성”이라는 표현을 사용하고 있기는 하지만 이미 판례가 수용하고 있어서 성문화의 실익이 크지 않은 개연성설 또는 신개연성설을 입법으로 명문화한 것이 아니다. 그러므로 판례에서 제시하는 개연성의 내용을 참고할 수는 없고, 이 규정의 모델이 된 독일 환경책임법의 규정을 참고하여 이해해야 한다는 견해가 있다. 이 견해에 따르면, 이 규정의 상당한 개연성은 개연성설에서 요구되는 것보다 완화된 것으로서 “피해자는 문제의 시설이 오염물질 배출과 관련이 있

65) 전경운, 앞의 논문(주 2), 66.

66) 민사법 영역은 아니지만, 「환경범죄 등의 단속 및 가중처벌에 관한 법률」 제11조에도 인과관계 추정에 관한 규정이 있다.

67) 환경정책기본법은 공법이어서 민사영역의 사건에도 동법 제44조의 무과실책임을 적용할 수 있는지에 대한 의문이 있다는 견해로 정훈, 앞의 논문(주 2), 292.

68) 정훈, 앞의 논문(주 2), 284; 한지형, 앞의 논문(주 1), 158.

69) 이근영·임학상, 앞의 논문(주 1), 276-277.

70) 이와 관련하여 이근영·임학상, 앞의 논문(주 1), 274-275은 “만일 개연성설·신개연성설에 따라 사실상 인과관계를 추정하는 것보다 더 피해자의 입증책임을 경감시키고자 했다면, 해석을 통하여 입증책임을 가해자에게 전환시킬 수 있도록 제9조를 법률상 추정으로 규정하거나, 아니면 가해자에게 입증책임을 전환되는 것으로 법정했어야 할 것”이라는 견해(안경희, 환경오염피해구제법상 손해배상책임의 발생과 제한, 환경법연구 제38권 제2호(2016), 한국환경법학회, 65)가 이 규정을 법률상 추정이 아닌 사실상 추정으로 잘못 전제하고 있다고 지적한다.

다는 점, 배출된 오염물질과 피해 사이에 시간적·장소적 관련성이 있다는 점, 배출된 오염물질이 문제된 피해를 발생시키기에 적합하다는 점 등을 입증”하면 인정된다고 한다.⁷¹⁾ 환경오염피해구제법 제9조 제2항에 열거된 사정들을 모두 입증해야 한다고 엄격히 해석할 것이 아니라, 독일의 입법례와 판례를 참고하여 환경오염피해의 여러 정황이 입증되면 인과관계를 추정하는 것으로 유연하게 해석해야 한다는 견해⁷²⁾도 이와 유사하다고 볼 수 있다.

또 다른 견해는 위의 견해와 같이 환경오염피해구제법 제9조 제1항이 판례의 법리를 명문화한 것이 아니라라는 점에는 동의하면서도, 상당한 개연성의 의미에 있어서는 차이를 보인다. 이 견해는 판례의 법리는 세 가지 간접사실을 개별적으로 증명할 것을 요구하지만, 이 규정에서는 동조 제2항에 나열된 다양한 사정들을 종합적으로 고려하여 상당한 개연성을 판단하도록 하고 있으므로 그 구조가 다르다는 점을 지적한다. 또한 동조 제3항에서 추정의 배제를 규정하면서 그 요건으로 다른 발생원인의 증명 이외에 사업자의 책무를 다하였다는 사실의 증명을 두고 있는데 후자는 판례의 법리에서는 없던 것이므로, 만약 동조 제1항을 판례의 법리가 명문화된 것으로 보면 오히려 피해자에게 불리하게 되어 입법취지에 맞지 않는다고 한다.⁷³⁾ 다만, 환경오염피해구제법 제9조가 독일 환경책임법 제6조를 모델로 하여 그 내용이 서로 유사하기는 하지만, 추정의 요건으로 전자는 “시설이 환경오염피해 발생의 원인을 제공한 것으로 볼 만한 상당한 개연성이 있는 때”라고 규정하고 후자는 “개별 사건의 여건들에 따라 어떤 시설이 발생한 손해를 야기하기에 적합하다면”이라고 규정하여 그 문언이 다르므로 위의 견해와 같이 이해하는 것은 타당하지 않다고 한다.⁷⁴⁾ 오히려 이 규정이 “상당한 개연성”을 명문으로 규정한 것에 의의가 있다고 하면서, 개연성설을 취하는 판례의 법리에 따르더라도 간접사실의 증명에는 고도의 개연성이 요구되는 것⁷⁵⁾과 달리 이 규정에 따라서는 자유심증주의가 더 넓게 인정되어 법

71) 김홍균, 환경오염피해 배상책임 및 구제에 관한 법률의 평가와 향후 과제, 환경법연구 제37권 제2호(2015), 한국환경법학회, 152.

72) 정남철, 새로운 환경책임법제의 도입과 피해구제절차의 문제점 - 특히 「환경오염피해 배상책임 및 구제에 관한 법률」의 내용과 문제점을 중심으로 -, 환경법연구 제37권 제3호(2015), 한국환경법학회, 265.

73) 한지형, 앞의 논문(주 1), 157.

74) 한지형, 앞의 논문(주 1), 157.

75) 판례의 법리에 따르더라도 개연성 인정을 위한 세 가지 요건사실은 고도의 개연성으로 증명되어야 한다는 견해로 한지형, 앞의 논문(주 1), 150-151.

원이 조금 더 완화된 개연성만으로 심증을 형성하여 인과관계를 추정할 수 있을 것이라고 한다.⁷⁶⁾

환경오염피해구제법 제9조 제1항과 제2항의 내용이 추상적이고 포괄적으로 되어 있기 때문에 그 문언만으로는 어떤 해석이 타당한지 결론을 내리기 어렵다. 위 견해들 모두 이 규정의 입법취지를 고려하여 상당한 개연성을 인정하는 데에 종래의 개연성설 또는 신개연성설에 따르는 판례의 법리보다 완화된 기준을 적용해야 한다고 보는 점에서 설득력이 있으나, 법원이 실무에서 이 규정을 적용할 때에는 그러한 대략적인 방향성만 전제한 상태에서 결국 개별 사건에서의 구체적인 타당성을 찾기 위해 세부적인 기준들을 정립해 나가리라 예상된다.

한편, 환경오염피해구제법 제9조 제3항에서는 제1항에 따른 추정을 배제하는 두 가지 사유를 규정하고 있는데, 그 중의 하나인 ‘사업자의 책무를 다하였다는 사실’의 증명은 개연성설 또는 신개연성설에 따른 판례의 법리에서는 추정 배제 사유로 인정되지 않는 것이다. 이것은 독일 환경책임법 제6조 제2항 제1문에서 “규정에 부합하는 운영” 또는 “정상운영”(bestimmungsgemäßiger Betrieb)에 의해 추정이 배제된다고 규정하고 있는 것을 참고하여 도입한 것으로서,⁷⁷⁾ 시설 사업자가 인과관계 추정에서 벗어날 수 있는 방법을 추가로 인정함으로써 시설 사업자의 무과실책임 및 인과관계 추정과 어느 정도 균형을 맞추고 기업의 사기를 진작하기 위한 것으로 보인다.⁷⁸⁾

이렇게 추정 배제 사유를 추가로 규정함으로써 너무 쉽게 인과관계 추정 규정이 유명무실하게 되지 않을까하는 우려가 있었지만, 피해가 발생하였고 시설이 그 원인을 제공하였다고 볼 상당한 개연성이 인정되는 상황에서 시설 사업자가 “환경오염 피해를 예방하기 위하여 노력”했다고 보기 위해서는 쉽게 인정될 수 없는 상당한 정도의 노력이 요구된다는 견해⁷⁹⁾에 따른다면, 이런 우려는 불식될 수 있을 것이다. 국회의 입법과정을 고려할 때에 제9조 제3항에 따라 인과관계 추정을 배제하기 위한 사업자의 증명이 쉽게 인정되기 어려울 것이라는 견해⁸⁰⁾와 독일 환경책임법이 제정된 후 추정 배제를 인정한 사례가 거의 없다는 점 등을 고려하면 비슷한 취지

76) 한지형, 앞의 논문(주 1), 159.

77) 안경희, 앞의 논문(주 70), 67.

78) 배병호, 앞의 논문(주 63), 74-75; 이근영·임학상, 앞의 논문(주 1), 277.

79) 한지형, 앞의 논문(주 1), 160-161.

80) 배병호, 앞의 논문(주 63), 74-75.

의 우리 환경오염피해구제법을 적용할 때에도 인과관계 추정의 배제는 엄격하게 제한되어야 한다는 견해⁸¹⁾도 같은 맥락으로 보인다. 또한 동조 제1항에 의한 인과관계 추정은 사실상 추정이 아니라 법률상 추정이므로 시설 사업자는 추정 배제 사유를 본증으로 증명해야 한다⁸²⁾는 점도 고려되어야 한다.

환경오염피해구제법 제9조 제3항의 또 다른 의의는 비특이성 질환의 경우에 피해자에게 2단계의 개별적 인과관계 증명을 요구하는 종래의 판례의 법리와 다른 기준을 적용할 수 있게 되었다는 것이다. 입법자가 이 규정에서 손해가 다른 원인으로 발생하였다는 점을 사업자에게 증명하도록 명문화하였으므로, 적어도 법이 적용되는 사안에서는 비특이성 질환의 경우에도 가해자, 즉 시설 사업자가 비특이성 질환 발생의 개별적 인과관계를 부정하는 사실을 증명해야 한다고 이해된다.⁸³⁾ 이는 많은 비판을 받던 판례의 법리를 수정하게 될 강력한 계기가 되리라 기대된다.

3) 독일 환경책임법 제6조 이하와의 비교

한국의 환경오염피해구제법과 독일의 환경책임법⁸⁴⁾은 공통적으로 환경오염피해에 대한 시설보유자 또는 사업자의 무과실책임, 인과관계의 추정과 배제, 피해자 등의 정보청구권, 손해배상의 범위와 배상책임의 상한, 배상책임을 담보하기 위한 보험가입 의무 등을 규정하고 있으며, 각각의 내용도 대동소이하다.⁸⁵⁾ 한국의 환경오염피해구제법이 독일의 환경책임법을 모델로 하여 제정되었기 때문이다. 특히 환경오염피해구제법 제9조의 인과관계 추정 규정은 독일 환경책임법 제6조⁸⁶⁾와 제7조⁸⁷⁾의

81) 김홍균, 앞의 논문(주 71), 153; 배병호, 앞의 논문(주 63), 75.

82) 같은 취지로 이근영·임학상, 앞의 논문(주 1), 277.

83) 한지형, 160.

84) 독일 환경책임법은, 1970년대 후반부터 1980년대 중반까지 대형 환경사고들이 발생하면서 위험책임원리에 기초한 무과실책임의 도입을 요구하는 목소리가 커지기 시작하던 중에 1986년의 체르노빌원자로 사고, 스위스 산도스 화학공장창고 화재사고와 그로 인해 라인강에 유독소방액이 유입되어 발생한 어류폐사 사건 등이 직접적인 계기가 되어 1990년 12월 10일에 제정되어 1991년 1월 1일부터 시행되고 있다. 독일 환경책임법의 제정경과에 대한 간단한 소개로 배병호, 앞의 논문(주 63), 62; 이근영·임학상, 앞의 논문(주 1), 260; 전경운, 앞의 논문(주 2), 85.

85) 장병주, 앞의 논문(주 87), 37; 정훈, 앞의 논문(주 2), 295.

86) 독일 환경책임법(UmweltHG) 제6조 [원인추정]

(1) 개별 사건의 여건들에 따라 어떤 시설이 발생한 손해를 야기하기에 적합하다면, 그 손해는 이 시설에 의해 야기된 것으로 추정한다. 개별 사건에서의 적합성(Eignung)은 운영경과, 사용된 설비, 투입되고 방출된 물질의 종류와 농도, 기상학적 상황, 손해발생의 시간과 장소, 손해의 양상 및 개별 사건에서 손해의 야기를 긍정하거나 부정하는 모든 여타의 여건들에

내용을 많이 참고했기 때문에, 두 규정을 비교하면 제9조의 의의를 더 정확히 이해하는 데에 도움이 될 것이다.

먼저 양국의 규정을 비교하여 눈에 띄는 공통점과 차이점을 정리해보겠다.

	독일 환경책임법	한국 환경오염피해구제법
추정의 요건, 판단기준	제6조 [원인추정] ① 개별 사건의 여건들에 따라 어떤 시설이 발생한 <u>손해를 야기하기에 적합하다면</u> , 그 손해는 이 시설에 의해 야기된 것으로 추정한다. 개별 사건에서의 적합성(Eignung) 은 <u>운영경과, 사용된 설비, 투입되고 방출된 물질의 종류와 농도, 기상학적 상황, 손해발생의 시간과 장소, 손해의 양상 및 개별 사건에서 손해의 야기를 긍정하거나 부정하는 모든 여타의 여건들에 따라</u> 판단된다.	제9조 [인과관계의 추정] ① 시설이 환경오염피해 발생의 원인을 제공한 것으로 볼 만한 상당한 개연성 이 있는 때에는 그 시설로 인하여 환경오염피해가 발생한 것으로 추정한다. ② 제1항에 따른 상당한 개연성 이 있는지의 여부는 시설의 <u>가동과정, 사용된 설비, 투입되거나 배출된 물질의 종류와 농도, 기상조건, 피해발생의 시간과 장소, 피해의 상태와 그 밖에 피해발생에 영향을 준 사정 등</u> 을 고려하여 판단한다.

따라 판단된다.

- (2) 그 시설이 규정에 부합하게 운영되었다면, 제1항은 적용되지 않는다. 규정에 부합하는 운영이란, 특별한 운영의무들이 준수되었고 운영에 어떤 장애도 존재하지 않는 경우를 의미한다.
- (3) 특별한 운영의무들(besondere Betriebspflichten)은, 행정법상의 허가과 부담, 집행할 수 있는 명령 및 법규정에서 도출되는 의무들로서, 그 손해의 야기 사실을 긍정하는 것으로 고려될 수 있는 환경영향을 저지하는 것을 목적으로 하는 것을 의미한다.
- (4) 허가, 부담, 집행할 수 있는 명령 또는 법규정에 특별한 운영의무의 감독을 위해서 검사조치들이 규정되어 있으면, 다음과 같은 경우에 이 운영의무가 준수된 것으로 추정된다:
 - 1. 문제가 된 환경영향이 그 시설에서 유래되었을 수 있는 기간에 검사조치가 실시되었고, 이 검사조치에서 운영의무가 위반되었다는 근거가 도출되지 않은 경우, 또는
 - 2. 손해배상청구권을 주장하는 시점을 기준으로 그 문제가 된 환경영향이 10년 이상 전에 발생한 경우.

87) 독일 환경책임법(UmweltHG) 제7조 [추정의 배제]

- (1) 다수의 시설이 해당 손해를 야기하기에 적합하다면, 개별 사건의 여건들에 비추어 다른 사정이 그 손해를 야기하기에 적합한 경우에는 추정이 적용되지 않는다. 개별 사건에서의 적합성은 손해배상의 시간과 장소, 손해의 양상 및 개별 사건에서 손해의 야기를 긍정하거나 부정하는 모든 여타의 여건들에 따라 판단된다.
- (2) 오직 하나의 시설만이 해당 손해를 야기하기에 적합하다면, 개별 사건의 여건들에 비추어 다른 사정이 그 손해를 야기하기에 적합한 경우에는 추정이 적용되지 않는다.

	독일 환경책임법	한국 환경오염피해구제법
의무(책무)의 이행에 따른 추정의 배제, 의무의 내용	<p>② 그 시설이 <u>규정에 부합하게 운영되었다면</u>, 제1항은 적용되지 않는다. 규정에 부합하는 운영이란, 특별한 운영의무들이 준수되었고 운영에 어떤 장애도 존재하지 않는 경우를 의미한다.</p> <p>③ 특별한 운영의무들은, 행정법상의 허가와 부담, 집행할 수 있는 명령 및 법규정에서 도출되는 의무들로서, 그 손해의 야기 사실을 긍정하는 것으로 고려될 수 있는 환경영향을 저지하는 것을 목적으로 하는 것을 의미한다.</p>	<p>③ [...], 사업자가 대통령령으로 정하는 환경오염피해 발생의 원인과 관련된 환경·안전 관계 법령 및 인허가조건을 모두 준수하고 환경오염피해를 예방하기 위하여 노력하는 등 제4조 제3항에 따른 <u>사업자의 책무를 다하였다는 사실을 증명하는 경우</u>에는 제1항에 따른 추정은 배제된다.</p>
의무 이행의 추정	<p>④ 허가, 부담, 집행할 수 있는 명령 또는 법규정에 특별한 운영의무의 감독을 위해서 검사조치들이 규정되어 있으면, 다음과 같은 경우에 이 <u>운영의무가 준수된 것으로 추정</u>된다:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 문제가 된 환경영향이 그 시설에서 유래되었을 수 있는 기간에 검사조치가 실시되었고, 이 검사조치에서 운영의무가 위반되었다는 근거가 도출되지 않은 경우, 또는 2. 손해배상청구권을 주장하는 시점을 기준으로 그 문제가 된 환경영향이 10년 이상 전에 발생한 경우. 	
다른 원인의 존재에 의한 추정의 배제	<p>제7조 [추정의 배제]</p> <p>① <u>다수의 시설이 해당 손해를 야기하기에 적합하다면</u>, 개별 사건의 여건들에 비추어 <u>다른 사정이 그 손해를 야기하기에 적합한 경우에</u></p>	<p>③ 환경오염피해가 <u>다른 원인으로 인하여</u> 발생하였거나, [...]</p>

	독일 환경책임법	한국 환경오염피해구제법
	<p>는 추정이 적용되지 않는다. 개별 사건에서의 적합성은 손해배상의 시간과 장소, 손해의 양상 및 개별 사건에서 손해의 야기를 긍정하거나 부정하는 모든 여타의 여건들에 따라 판단된다.</p> <p>② 오직 하나의 시설만이 해당 손해를 야기하기에 적합하다면, 개별 사건의 여건들에 비추어 다른 사정이 그 손해를 야기하기에 적합한 경우에는 추정이 적용되지 않는다.</p>	
	<p>* 제6조 제1항, 제7조 제1항의 해(석88)에 따라 다수의 시설 중 어느 시설이 손해를 야기했는지 확인할 수 없는 경우에는 모든 시설에 대해 추정이 적용됨. 이 경우에 독일 환경책임법에 별도의 규정은 없으나, 독일 민법(BGB) 제830조 제1항 제2문에 따라 연대책임이 인정됨89)</p>	<p>제10조 [연대책임] 환경오염피해를 발생시킨 사업자가 둘 이상인 경우에 어느 사업자에 의하여 그 피해가 발생한 것인지를 알 수 없을 때에는 해당 사업자들이 연대하여 배상하여야 한다.</p>

첫째, 인과관계의 추정과 관련하여 독일 환경책임법 제6조 제1항 제1문은 “적합성 (Eignung)”을 들고 있고 한국의 환경오염피해구제법 제9조 제1항은 추정의 요건으로 “상당한 개연성”을 들고 있다. 두 표현의 차이에도 불구하고 환경오염피해구제법 제9조 제2항에서 상당한 개연성의 판단기준으로 들고 있는 구체적 요소들은 독일 환경책임법 제6조 제1항 제2문에 규정된 적합성의 판단요소들과 거의 동일하다. 따라서 한국법과 독일법의 인과관계 추정을 위한 요건으로서 ‘상당한 개연성’과 ‘적합성’은 거의 동일한 의미를 갖는다고 이해하는 것이 자연스러워 보일 수 있다.90) 이

88) 독일 환경책임법 제7조 제1항의 “다른 사정”에는 “다수의 시설들 중의 한 시설이 손해를 야기하기에 적합하다”는 사정은 포함되지 않는다. 시설들이 서로를 핑계 삼아 추정에서 벗어나는 것은 허용되지 않기 때문이다: Landmann/Rohmer UmweltR/Hager/Rehbinder, 97. EL Dezember 2021, UmweltHG § 7 Rn. 4.

89) BeckOGK/Nitsch, 1.7.2022, UmweltHG § 6 Rn. 17.

90) 이근영·임학상, 앞의 논문(주 1), 271-272; 정훈, 앞의 논문(주 2), 302.

런 이해에 따르면, 환경오염피해구제법 제9조는 그 표현의 유사성에도 불구하고 개연성설이나 신개연성설, 또는 종래의 판례 법리를 명문화한 것으로 볼 수 없고, 오히려 독자적인 의미를 가진 새로운 법개념으로 이해해야 할 것이다. 그러나 이 양국의 규정들을 각각에 대응하는 추정 배제 규정과 함께 묶어 균형있게 해석하려고 보면 이와 다른 이해도 설득력을 가질 수 있다. 먼저 양국의 추정 배제 규정을 살펴본 후에 이에 대해 계속 논의하겠다.

둘째, 양국의 법은 모두 위와 같이 인과관계의 추정을 인정하면서 동시에 일정한 요건 하에서 이를 배제 또는 번복할 수 있도록 하는 규정을 두고 있다.⁹¹⁾ 먼저 독일 환경책임법은 제6조 제2항 제1문에서 ‘시설이 규정에 부합하게 운영된 경우’(정상운영, 정상조업)에는 제1항의 추정이 적용되지 않는다고 하여 추정이 배제되는 첫 번째 사유를 규정한다. 이어서 독일 환경책임법 제7조는 인과관계 추정이 배제되는 두 번째 사유를 규정하면서 적합성을 갖춘 시설의 수에 따라 2개의 사례그룹을 구분하고 있다. 동조 제1항에서는 다수의 시설이 손해를 야기하기에 적합한 경우에 대해서, 동조 제2항에서는 단지 하나의 시설이 손해 야기를 위하여 적합한 경우에 대해서 규정하면서 두 그룹에 공통적으로 ‘다른 사정이 그 손해를 야기하기에 적합한 경우’에는 추정이 적용되지 않는다고 한다.⁹²⁾ 한편, 한국의 환경오염피해구제법 제9조 제3항은 인과관계 추정이 배제되는 두 가지 사유인 ‘환경오염피해가 다른 원인으로 인하여 발생한 경우’와 ‘사업자가 [...] 제4조제3항에 따른 사업자의 책무를 다하였다는 사실을 증명하는 경우’를 하나의 조문에서 규정한다. 한국의 법규정은 시설 또는 사업자의 수에 따라 사례그룹을 나누지는 않았지만, 인과관계 추정을 배제하는 두 개의 사유는 독일의 추정 배제 사유와 거의 유사하고 그 순서만 다를 뿐이다.

다만, 독일 환경책임법 제7조에서는 다른 사정이 그 손해를 야기하기에 “적합한 경우”에 추정이 배제된다고 하여 시설보유자가 다른 원인의 적합성만을 증명하면

91) 독일 환경책임법 제7조의 표제와 한국 환경오염피해구제법 제9조 제3항은 모두 배제(Ausschluss)라는 표현을 사용하고 있으나 그 법적 성격은 추정의 번복(Widerlegung)에 해당한다: 전경운, 앞의 논문(주 2), 88.

92) 독일 환경책임법 제7조 제1항 제2문의 내용이 제2항에는 포함되어 있지 않은데, 단순히 반복을 피하기 위함이고 제2항의 경우에도 다른 사정 및 적합성을 제1항 제2문의 내용과 같이 판단한다: Landmann/Rohmer UmweltR/Hager/Reh binder, 97. EL Dezember 2021, UmweltHG § 7 Rn. 33.

인과관계 추정을 배제하기에 충분하지만, 환경오염피해구제법 제9조 제3항은 “~는 사실을 증명하는 경우”라고 규정하고 있어서 단순히 적합성이나 가능성만을 증명하는 것으로는 추정을 배제할 수 없다는 점에서 차이가 있다. 독일 환경책임법 제7조가 의미하는 적합성은 동법 제6조 제1항 제2문의 적합성과 마찬가지로 구체적인 적합성을 의미하고 내용도 시설과 관련된 요소만 제외하면 동일하다. 독일의 입법자는 후자의 적합성이 증명되면 인과관계가 추정되고 전자의 적합성이 증명되면 인과관계 추정이 배제되는 식으로 동일한 기준을 적용하여 균형을 맞춘 것이다.⁹³⁾ 이런 독일의 규정을 참고하면, 한국의 환경오염피해구제법 제9조 제3항에서 요구하는 사실의 증명도 동조 제1항에서 요구하는 상당한 개연성의 증명과 유사한 것으로 이해할 여지도 있어 보이지만, 법문언의 명백한 차이 때문에 그렇게 보기는 어렵다. 결국 한국 규정에서는 독일에서보다 시설 사업자가 인과관계 추정을 배제하기가 더 까다롭다.

나머지 추정 배제 사유는 특별한 운영의무(독일) 또는 사업자의 책무(한국)를 이행했다는 사실의 증명이다. 한국의 환경오염피해구제법 제9조 제3항에서는 사업자의 책무를 구체화하면서 독일의 규정에는 보이지 않는 ‘환경오염피해를 예방하기 위한 노력’ 등을 포함하고 있고, 독일 환경책임법 제6조 제2항은 한국의 규정과 달리 ‘운영에 어떤 장애도 존재하지 않는 경우’를 추가적인 요건으로 포함하고 있어서 약간 차이가 있다. 그러나 양국의 규정 모두가 다소 추상적이고 포괄적이어서 이것만으로 실질적인 차이가 있다고 보기는 어렵다.⁹⁴⁾ 다만, 독일 환경책임법 제6조 제4항이 운영의무 준수 사실의 추정 규정을 두고 있는 것과 달리, 한국의 규정에서는 사실의 증명을 요구하고 별도의 추정 규정은 존재하지 않는 점은 주목할 만하다. 왜냐하면 독일의 규정에서 인정하는 두 가지 추정 사유는 시설보유자로 하여금 비교적 쉽게 인과관계 추정을 배제할 수 있는 가능성을 열어주기 때문이다. 반면에 한국 규정에서는 사업자 책무의 이행 사실을 증명하는 것만 추정 사유에 해당하기 때문에 시설 사업자가 인과관계 추정을 배제하기가 더 어렵다.

⁹³⁾ Landmann/Rohmer UmweltR/Hager/Rehbinder, 97. EL Dezember 2021, UmweltHG § 7 Rn. 8-9.

⁹⁴⁾ 이와 달리, 환경오염피해구제법 제9조 제3항은 시행령에 위임한 환경·안전 관계 법령 및 인허가조건 등을 모두 준수하는 경우에 비로소 인과관계의 추정을 배제한다는 점에서 독일의 추정 배제 규정보다 더 엄격하다는 평가로 이근영·임학상, 앞의 논문(주 1), 273-274; 정남철, 앞의 논문(주 72), 264.

이상의 내용을 종합하면, 인과관계 추정을 배제하는 두 개의 사유 모두에 대해 독일의 규정은 한국의 규정에 비해 시설보유자 또는 시설 사업자에게 덜 엄격하다는 점을 알 수 있다. 그렇다면 앞에서 제기했던 문제로 돌아가서, 독일 환경책임법 제6조 제1항 제1문의 “적합성(Eignung)” 개념과 한국의 환경오염피해구제법 제9조 제1항의 “상당한 개연성” 개념을 각각 그에 대응하는 추정 배제 규정들과 함께 고려할 때 어떻게 해석하는 것이 바람직한가? 만약 인과관계 추정과 추정의 배제가 균형을 이루도록 해석하려면, 한국의 추정 배제 규정이 독일의 그것보다 더 엄격하므로 한국법상의 “상당한 개연성”은 독일법상의 “적합성”보다 더 엄격한 요건 하에서만 긍정될 것이다. 만약 이와 달리 입법자가 추정 배제의 가능성을 어느 정도로 설정하려고 하였는지에 중점을 두고 해석하려면, 환경오염피해구제법의 제정 과정에서 규정에 부합하는 시설운영 등을 이유로 인과관계 추정을 배제하는 규정을 둘 것인지를 두고 논란이 컸었으나 산업계의 부담을 완화한다는 차원에서 독일과 같이 추정을 배제하는 규정을 두면서도 ‘환경·안전 관계법령 및 인허가 조건의 준수’와 ‘제4조 제3항에 따른 사업자의 책무 준수’를 요구함으로써 인과관계 추정 배제 규정이 책임 면제를 위한 수단으로 전락하지 않도록 의도했다⁹⁵⁾는 점을 고려하여, 한국의 추정 배제 규정이 더 엄격함에도 불구하고 “상당한 개연성”을 독일법상의 “적합성”과 유사하게 이해하는 것이 타당할 것이다. 두 개념의 판단기준을 구체화한 규정이 서로 유사한 내용을 가지고 있다는 점, 환경침해 피해자의 인과관계 증명을 용이하게 하는 것이 시설 사업자를 인과관계 추정으로부터 강하게 보호하는 것보다 아직은 입법정책적으로 더 필요해 보인다는 점 등을 고려할 때, 환경오염피해구제법 제9조 제1항의 “상당한 개연성”은 독일법상의 “적합성”과 유사한 개념으로 보고, 개연성설이나 신개연성설에서 요구하는 개연성의 인정 기준보다 더 완화된 것으로 이해하는 것에 동의한다.

4) 상당한 개연성 개념의 의미

환경오염피해구제법의 제정 과정에서 독일과 같이 인과관계의 추정을 규정하는 것이 바람직하다는 견해⁹⁶⁾와 우리 판례에서 채택한 개연성설을 입법하는 것이 타당

⁹⁵⁾ 이근영·임학상, 앞의 논문(주 1), 272-273.

⁹⁶⁾ 김홍균, 앞의 논문(주 71), 152.

하다는 견해⁹⁷⁾가 대립했었다. 전자의 견해는, 실무상 이미 인정되고 있는 개연성설을 명문화하는 것은 입법적 효과가 크지 않고, 개연성설의 내용을 법조문으로 구성하는 것이 어려우며, 개연성설에서 피해자가 배출물질의 도달을 증명하는 것이 어렵고 법원도 비용이 큰 감정의 결과에 의존하는 경향이 있으므로 인과관계를 더 쉽게 인정할 수 있도록 다른 규정을 두어야 한다는 점 등을 근거로 삼았다. 후자의 견해에서는, 독일의 판례는 개연성설을 인정하지 않아서 인과관계의 추정 규정을 도입하면서 그 판단기준을 명문화하여 제시할 필요성이 있었지만, 판례가 환경소송에서 이미 개연성설을 수용하고 있었던 우리나라에서 이런 추정 규정을 도입할 필요가 있는가 하는 의문도 함께 제기되었다.⁹⁸⁾

환경부 조문별 제정이유서에 따르면, 환경오염피해구제법 제9조의 입법취지는 피해자의 증명책임을 완화함으로써 소송결과의 불확실성을 제거하고 피해자의 구제에 실질적으로 기여하기 위해 판례를 입법으로 명문화한 것이라고 한다.⁹⁹⁾ 이것을 보면 위의 두 견해 중에서 후자가 입법과정에서 채택된 것으로 보인다.¹⁰⁰⁾ 향후 법 해석 및 적용 여하에 따라 평가가 달라질 수 있다고 유보하면서도, 이 규정이 종래 판례를 통해 인정되고 있는 개연성설을 명문화한 것 또는 피해자의 입증부담을 보다 완화시키기 위해 개연성설을 조금 더 발전시킨 것으로 평가될 수 있다는 견해¹⁰¹⁾도 이런 이해를 뒷받침하는 듯하다.

그러나 앞에서 환경오염피해구제법 제9조의 내용을 소개하면서 보았듯이, 이 규정은 개연성설이나 신개연성설과 달리 사실상 추정이 아니라 법률상 추정에 해당하고, 인과관계의 개연성을 판단하기 위한 기준도 더 다양하고 포괄적이며, 추정 배제 사유에 개연성설이나 신개연성설에서는 인정되지 않는 사업자의 책무를 다한 사실이 추가되어 있어서 인과관계 판단에 있어서도 차이가 있을 수 밖에 없다.¹⁰²⁾ 그러므로

97) 전경운, 앞의 논문(주 2), 64.

98) 전경운, '환경오염피해 구제에 관한 법률안'에 대한 소고, 환경법연구 제35권 제2호(2013), 한국환경법학회, 376.

99) 한지형, 앞의 논문(주 1), 155에서 재인용.

100) 이렇게 이해하는 견해로 안경희, 앞의 논문(주 70), 63-64; 장병주, 환경오염피해 배상책임에 관한 비교법적 검토 - 독일의 환경책임법과 환경오염피해 배상책임법의 비교를 중심으로, 민사법의 이론과 실무 제19권 제1호(2015.12.), 21.

101) 박종원, 환경오염피해 배상 및 구제 제도 개선을 위한 입법방안 연구, 법과 정책연구 제15집 제4호(2015.12.), 1322.

102) 비슷한 견해로 이근영·임확상, 앞의 논문(주 1), 281-282; 정남철, 앞의 논문(주 72), 260, 265.

제정과정에서의 의도와는 달리, 이 규정은 개연성설 또는 신개연성설을 명문화한 것으로 보아 종래의 판례 법리에 기대어 해석되어서는 안 되고, 완전히 새로운 바탕 위에서 동조 제1항부터 제3항이 서로 균형을 이루도록 해석해야 한다. 이때 이 규정의 모델이 된 독일 환경책임법 제6조 이하에 대한 해석론과 판례를 부분적으로나마 참고할 수 있을 것이다. 앞에서 독일 환경책임법 제6조 이하와의 비교도 이런 해석을 뒷받침한다.

Ⅲ. 환경오염피해의 효과적 구제를 위한 보완책

1. 역학조사의 활성화를 위한 기반 마련

독일 환경책임법 제8조부터 제10조에는 각각 피해자의 시설보유자에 대한 정보청구권, 피해자의 관청에 대한 정보청구권, 시설보유자의 정보청구권이 규정되어 있는데,¹⁰³⁾ 환경오염피해구제법은 이를 참고하여 제15조에서 피해자와 시설 사업자의 정보청구권을 규정하였다. 이로써 환경소송에서 피해자와 가해자 사이의 정보격차를 해소할 수 있는 법률상 근거가 마련되었다. 정보청구권을 도입하기 전에는 독일 민사소송법상 당사자의 해명의무를 참고하여 자료제출의무를 강화하거나 환경소송과 같은 특수한 소송유형에서는 모색적 증명을 예외적으로 넓게 허용하자는 견해,¹⁰⁴⁾ 증명책임을 지지 않는 당사자의 증거제출의무를 신의칙에 근거하여 인정하는 일본 판례를 소개하며 이를 발전시켜 해결책을 찾으려는 시도¹⁰⁵⁾ 등이 있었다.

한편, 정보격차 문제를 해결하기 위한 소송법상 방법으로는 증거개시절차(discovery)의 도입을 고려해 볼 수 있다. 미국의 디스커버리 제도는 프랑스의 1975년 개정 민사소송법 제11조에 따른 당사자의 사실해명의무, 1990년에 독일의 민사소송법에 도입된 독립적 증거절차(selbständiges Beweisverfahren), 일본에서 1996년에 도입된 당

103) 독일 환경책임법상의 정보청구권에 대한 자세한 소개로 전경운, 앞의 논문(주 2), 88-90.

104) 오석락, 입증책임론, 박영사, 1996, 166 각주 31.

105) 조은래, 앞의 논문(주 6), 351-352는 이런 일본 판례를 소개하면서, 증명책임을 지고 있는 당사자가 어떤 사실을 증명하는 것이 상대방보다 곤란하다고 하여 그것만으로 그 상대방에게 증거제출의무를 지게 하는 것은 부적절하다고 비판하고, 양당사자 사이에 선행행위에 의한 증명곤란 야기 등의 특별한 연결점이 있다면 가능할 것이라고 보았다.

사자조회제도, 확대된 문서제출명령, 2003년에 도입된 계획심리제도, 소제기 전의 증거수집 제도 등에 영향을 주었다.¹⁰⁶⁾ 우리나라에서도 상당히 오래 전부터 이를 본받아 증거개시절차를 도입하자는 주장이 제기되었고, 최근에는 집단소송법 법안의 내용으로 포함되기도 하였다.

정보청구권이나 증거개시절차는 환경소송에서 상대방 당사자에게 필요한 자료가 있는 경우에는 정보격차를 해소하는 데에 큰 도움이 될 수 있을 것이다. 그러나 개연성설 또는 신개연성설에 따른 인과관계 추정이나 환경오염피해구제법 제9조에 따른 인과관계 추정을 위해서 피해자가 증명할 필요가 있는 사실들 중에는 시설 사업자도 그에 관한 증거를 수집하기 어려운 것들도 포함되어 있다. 특히 원인물질의 피해자에의 도달경로, 원인물질과 특정한 질환 사이의 관계, 기상조건이나 그 밖에 피해발생에 영향을 준 사정 등에 대해서는 당사자 쌍방 모두 아무런 자료를 가지고 있지 않을 가능성이 높다. 결국 피해자는 큰 비용과 시간을 들여서 이런 사정들에 대해 새로 조사하거나 이와 관련한 역학적 조사결과가 운 좋게 이미 공개되어 있을 것을 기대해야 한다.

이와 같은 이유로 환경소송에서 역학적 조사결과는 매우 중요하고 결정적인 역할을 하며, 이런 인식은 보편적이다.¹⁰⁷⁾ 고도의 전문지식이 적용되는 소송에서 전문감정인 등이 전문지식에 근거하여 제시하는 사실관계 확정에 대한 의견을 법관이 규범적으로 재검토하는 것은 자유심증주의에도 불구하고 현실적으로 어렵기 때문에 환경소송에서 역학적 조사결과는 큰 영향력을 가질 수 밖에 없다.¹⁰⁸⁾ 환경오염피해구제법 제9조의 인과관계 추정 규정이 도입되어 피해자가 다소 유리해졌지만, 상당한 정도의 역학적 상관관계를 인정할 자료가 없으면 여전히 인과관계가 추정되기는 어려울 것이다.¹⁰⁹⁾ 물론 이 규정이 도입되기 전에도 역학적 증거의 체계적 정리와 활용은 똑같이 강조되었다.¹¹⁰⁾ 고엽제 사건에서도 고엽제에 함유된 TCDD와 베트남

106) 이시훈, 미국의 pretrial discovery - 그 영향과 대책을 중심으로, 민사소송 제14권 제2호(2010), 한국민사소송법학회, 834-838; 박명민·이주연, 민사소송절차에서 비밀 보호에 관한 연구 - in camera 심리절차를 중심으로, 사법정책연구원 연구총서 2022-02, 103.

107) 이연갑, 역학연구결과에 의한 인과관계의 증명, 법조 제61권 제7호(2012), 142-145; 전경운, 앞의 논문(주 2), 84; 한지형, 앞의 논문(주 1), 162-163; 홍보람·홍슬기, 앞의 논문(주 1), 135.

108) 홍보람·홍슬기, 앞의 논문(주 1), 137. 역학적 연구결과가 적절한 증거력을 인정받기 위한 요건에 대해서는 이연갑, 앞의 논문(주 122), 139-142; 이현욱, 앞의 논문(주 2), 109.

109) 한지형, 앞의 논문(주 1), 164.

110) 황승식, 환경소송에서 역학적 증거의 법률적 활용 실제, 한국독성학회 심포지움 및 학술발표회

전 참전군인들에게 발생한 염소성여드름 사이의 역학적 인과관계를 인정하는 미국 국립과학원의 보고서가 존재했기 때문에 법원이 인과관계를 인정할 수 있었다고 한다.¹¹¹⁾

문제는 환경소송이나 제조물책임소송 등에서 피해자가 자신의 사건과 관련된 역학적 자료를 찾기가 쉽지 않다는 것이다. 역학조사는 전문지식을 갖춘 인력과 많은 비용과 긴 시간을 필요로 하기 때문에 개인이 실시할 수 없다. 이런 점에서 국가, 지방단체 또는 국책연구기관 등의 권위있는 기관이 현재 환경침해가 발생할 가능성이 주요한 분야들을 예상하여 이에 관한 역학적 연구를 체계적이고 상시적으로 실시하도록 제도를 정비하는 것이 환경침해 피해자들의 실질적인 권리구제를 보장할 수 있는 핵심적인 기반이 될 것이다.¹¹²⁾ 가슴기살균제사건이 이런 주장을 뒷받침할 수 있는 한 예가 될 수 있다. 이 사건에서는 국가기관의 주도하에 역학조사를 실시하여서 그 역학적 조사결과의 신빙성을 크게 높였으며, 가슴기살균제 피해 조사·판정 위원회에 의해 피해자 개개인에 대해 이루어진 가슴기살균제의 피해에 대한 심사결과도 개별적 인과관계의 증명에서 높은 신뢰를 얻었다고 평가된다.¹¹³⁾

이미 이런 문제의식이 반영되어 환경보건법 제14조에는 ‘국민환경보건 기초조사’, 제15조에는 ‘환경 관련 건강피해의 건강영향조사’ 등이 규정되어 있고 정기적, 지속적으로 실시되고 있기는 하다. 그러나 이는 개괄적인 조사에 그치기 때문에 개별 사건에서 필요한 상세한 자료를 얻기에는 적당하지 않을 것이다.¹¹⁴⁾ 환경보건법 제17조에 따른 건강피해조사의 청원을 통해서 이를 보완할 수 있는 가능성이 있어 보이지만,¹¹⁵⁾ 구체적인 손해가 발생한 후에 비로소 청원을 하는 경우가 많을 것이기 때문에 조사결과가 나올 때까지 장기간 기다려야 하는 어려움이 예상된다. 이 제도들을 더 보완하고 적극적으로 대국민 홍보를 실시할 필요가 있다. 이외에 대학 및 연구기관과의 상시적인 연계 및 협력사업, 누구나 쉽게 접근할 수 있는 역학적 연구결과 데이터베이스 구축, 전문인력 양성을 위한 국가적 투자 등이 이루어지길 기대한다.

제26권 제6호(2016), 22.

111) 박태현, 앞의 논문(주 9), 195; 이현욱, 앞의 논문(주 2), 98.

112) 박태현, 앞의 논문(주 9), 195.

113) 이현욱, 110.

114) 홍보람·홍슬기, 앞의 논문(주 1), 136.

115) 박태현, 앞의 논문(주 9), 195.

2. 집단적 권리구제절차의 강화

1) 집단적 권리구제절차의 필요성과 환경소송에 적합한 형태

역학조사의 활성화를 통해서 환경침해 피해자들이 자신의 손해 및 그 원인에 대한 신뢰할 만한 정보를 신속하게 획득하고 인과관계 증명을 위한 결정적인 근거자료를 얻도록 도울 수 있다면, 집단적 권리구제절차를 강화함으로써 피해자와 가해자 사이의 경제력 및 정보력 차이 문제, 피해자들의 합리적 무관심 문제 등에 어느 정도 대응할 수 있다. 한편, 환경행정법 영역에서는 집단적 권리구제절차가 개인의 권리구제만으로 해결될 수 없는 환경침해의 원상회복과 탈개인적인 환경보호에 기여할 수 있다. 독일에서는 사법에의 접근에 관한 아후스조약(Aarhus Convention)¹¹⁶⁾ 제9조 및 유럽연합의 공중참가 및 사법에의 접근에 관한 지침(RL 2003/35/EG)¹¹⁷⁾ 제15조의a를 국내법으로 전환하기 위해 2006년 12월 7일에 제정된 환경권리구제법(UmweltRechtsbehelfsgesetz; UmwRG)¹¹⁸⁾을 통해서 일반적인 단체소송 및 이타적 단체소송(altruistische Verbandsklage)을 도입하였다.¹¹⁹⁾ 이것은 전통적인 주관적 권리구제체계에 기반한 보호규범이론에서 벗어나 환경단체들에게 환경이익의 보호를 위해 사법에 접근할 수 있는 자격을 부여한 것으로서, 독일과 비슷한 법체계를 갖춘 우리나라에서도 참고할 만하다.¹²⁰⁾

¹¹⁶⁾ CONVENTION ON ACCESS TO INFORMATION, PUBLIC PARTICIPATION IN DECISION-MAKING AND ACCESS TO JUSTICE IN ENVIRONMENTAL MATTERS, done at Aarhus, Denmark, on 25 June 1998.

¹¹⁷⁾ Richtlinie 2003/35/EG über die Beteiligung der Öffentlichkeit bei der Ausarbeitung bestimmter umweltbezogener Pläne und Programme und zur Änderung der Richtlinien 85/337/EWG und 96/61/EG in Bezug auf die Öffentlichkeitsbeteiligung und den Zugang zu Gerichten.

¹¹⁸⁾ Gesetz über ergänzende Vorschriften zu Rechtsbehelfen in Umweltangelegenheiten nach der EG-RL 2003/35/EG (Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz) v. 7.12.2006, BGBl. I 2006, 2816.

¹¹⁹⁾ 독일 환경권리구제법의 내용과 개정 역사에 대한 간단한 소개로 한귀현, 독일 개정환경권리구제법의 주요내용에 관한 소고, 공법학연구 제19권 제4호(2018), 한국비교공법학회, 517-519.

¹²⁰⁾ 한귀현, 앞의 논문(주 134), 538. 비슷한 맥락에서, 환경오염으로 인한 생태계 침해는 피해자가 원상회복을 청구하는 경우에 간접적으로 복원될 수 있지만, 피해자가 원상회복 대신 금전배상을 선택한 경우 또는 개인적 범익을 침해하지 않는 환경오염의 경우 등에는 환경을 복원할 구체 수단이 없어진다는 점을 지적하면서, 자연환경 피해의 구제는 공법적인 영역에서 원상회복의 형태로 이루어져야 하고 환경단체의 원고적격 인정, 단체소송 도입 등을 고려할 필요가 있다는 견해로 장병주, 앞의 논문(주 87), 40.

집단적 권리구제절차에는 각 법계와 국가, 범영역에 따라 다른 특징을 가진 다양한 형태가 존재하는데, 집단적 권리구제절차를 강화하기 위해서 환경소송에 적합한 형태를 찾을 필요가 있다. 환경소송은 집단적 피해로 인해서 하나의 사건에 관련된 당사자들의 수가 많아서 전통적인 형태의 절차로는 분쟁을 해결하기에 비용과 시간이 많이 들고, 피해자 개인과 가해 시설 또는 기업 사이에 상당한 경제력, 정보력, 전문성의 격차가 존재하는 경우가 대부분이며, 종종 각 개인의 피해가 소규모이면서 분산되어 있어서 피해자들이 소송비용 부담 등을 이유로 권리구제를 포기할 가능성이 높다는 특징을 가진다. 최근에 우리나라에서 이런 유형의 집단분쟁을 해결하기에 적절한 집단적 권리구제절차로 가장 자주 언급되는 것은 미국의 대표당사자소송(class action)을 모델로 하는 집단소송¹²¹⁾과 2018년에 독일에서 새롭게 도입된 표본확인소송(Musterfeststellungsprozess)이다. 두 제도 중에서 우리나라의 환경소송에 더 적합한 것이 무엇인지 하나씩 살펴보겠다.

2) 미국식 대표당사자소송(법무부의 집단소송법 제정안)

법무부는 2020년 9월 28일의 입법예고를 통해서 증권 관련 분야에만 국한되었던 집단소송제도를 모든 분야로 확대하고 상법 개정을 통해 징벌적 손해배상제도도 강화할 계획임을 밝혔다. 법무부는 ‘가습기살균제 사건’과 ‘디젤차 배출가스 조작 사건’ 등을 예로 들면서 새로운 집단소송법이 과거의 다수 피해 사건에 대해서도 소급 적용될 것이라고 설명했다. 미국식 대표당사자소송은 이 제정안의 내용을 기준으로 하여 살펴보겠다.

법무부의 집단소송법 제정안은 현행 증권관련집단소송법의 단점으로 지적되었던 부분들을 상당히 많이 보완하였다. 대체로 피해자들이 집단소송을 더 쉽고 효율적으로 이용할 수 있도록 절차와 요건을 단순화하고 변론에서도 원고의 부담은 덜고 피고의 부담은 늘리는 방향이다. 먼저 집단소송에 대한 법원의 허가 절차를 단축시켰다. 증권관련집단소송이 법원의 허가에 대한 즉시항고 때문에 사실상 6심으로 진행되고 본안심리에 들어가기까지 너무 긴 시간이 걸린다는 비판을 고려하여 법원의 허가에 대한 불복을 제한하기로 하였다. 대표당사자와 원고측 소송대리인의 자격에

¹²¹⁾ 매우 좁은 범위에서만 집단소송을 허용하는 증권관련집단소송법은 이미 2005년 1월 1일부터 시행되고 있는데, 그 적용사례는 많지 않고 부정적인 평가가 주를 이룬다.

대한 요건도 많이 완화하였고, 원고의 주장·입증 책임을 경감할 수 있는 특례도 마련되었다. 소송허가 절차에서도 증거보전 및 증거조사가 가능하도록 하는 증거개시 제도가 도입될 예정이며, 피고가 정당한 이유 없이 자료제출 명령에 따르지 않으면 3,000만원 이하의 과태료를 부과할 수 있게 된다. 가장 독특한 점은 1심에서 국민참여재판을 할 수 있도록 한 것이다. 이것은 사실관계의 확정에서 법전문가의 관점만 기준으로 하지 않고 일반 국민들의 판단을 참고하겠다는 취지인데, 집단소송이 허용되는 다수 피해 사건들에서는 피해자인 원고에게 유리하게 작용할 확률이 높다.

징벌적 손해배상에 관한 상법 개정안은 집단소송제도와 합쳐지면 상당한 파급력을 가지게 될 것으로 예상된다. 현재는 징벌적 손해배상 규정이 '하도급 거래 공정화에 관한 법률' 등에 산재되어 있고 그 상한이 3배로 정해져 있는데, 개정안은 상법에 일반규정을 두고 상인이 영업행위 과정에서 고의 또는 중과실로 위법행위를 한 경우에 모두 적용할 수 있게 하면서 그 상한도 5배로 올린다.

법무부의 집단소송법 제정안과 상법 개정안이 국회에서 통과되면, 피해자들이 집단소송을 신청하는 것만으로도 증거개시절차, 국민참여재판, 징벌적 손해배상의 가능성 등 때문에 피고는 상당한 압박을 느끼게 될 것이며, 이 때문에 소송상 화해나 소송외의 합의 등을 통해 소송을 종료시키고자 하는 유인이 현재보다 훨씬 커질 것이다. 이런 법개정 때문에 기업들의 활동이 위축되고 합의금을 노린 소송이 남용될 것이라는 우려는 일면 타당하지만, 이것은 피해자들의 열악한 지위를 개선하기 위해 당연히 감수해야 하는 대가이기도 하다. 결국 입법자가 양측의 이익을 형량하여 건전한 재량에 따라 균형점을 찾는 수밖에 없다.

한편, 집단소송법을 개정하기 전에 발생한 다수의 사건에도 소급 적용하는 것에 대해 헌법상 불소급 원칙에 위배된다는 비판이 있다. 그러나 이런 비판은 형벌적 성격도 가지고 있는 상법 개정안의 징벌적 손해배상 규정에 대해서는 적합하지만, 단순히 절차에 관한 규정에 불과한 집단소송법에 대해서는 인정되기 어려울 것이다. 집단소송법이 피해자의 권리구제를 용이하게 하는 측면이 있지만, 그 자체로 당사자들의 실제법상 권리에 영향을 주는 것은 아니기 때문이다. 따라서 소급효 규정도 법리상으로는 큰 문제 없이 통과될 수 있을 것으로 예상된다.

다만, 법무부의 법률안은 미국식 대표당사자소송 형태와 징벌적 손해배상을 모델로 하였는데, 이전부터 집단소송제도와 관련한 논의에서 미국식 모델이 우리나라의 법체계와 맞지 않는다고 지적되었음에도 이런 선택이 이루어진 것은 안타까운 일이

다.¹²²⁾ 특히 원고측 피해자 개개인의 손해액 확정 방법과 후유증 등 추가적인 손해에 관한 판결의 기판력 등에 대해서는 해결하기 어려운 법리상 문제들이 발생할 것이고, 원고측 대표당사자의 자격에 관한 피해자 집단 내부에서의 분쟁과 승소 후 손해배상금의 구체적인 관리 및 분배방법에 관한 다툼 등 때문에 분쟁해결비용이 증가하고 실질적인 권리구제가 오히려 더디게 될 수 있다. 증거개시제도의 도입에 관해서도 최근에 활발하게 논의되고 있기는 하지만 아직 우리의 법체계에 부합하면서 실효성이 있는 형태를 찾지 못한 상태인데, 법무부가 이를 법률안에 포함시킨 것은 성급해 보인다. 법무부는 일단 시행하면서 문제점들을 개선하겠다는 입장이지만, 다수의 당사자가 관련되고 일단 시작되면 상당한 기간이 걸리는 집단소송에서 문제가 발생한 후에 이를 개선하기는 쉽지 않을 것이고 그 사이에 많은 사람들이 제도의 불합리로 인해 손해를 입게 될 것이다.

여러 측면에서 법무부의 법률안은 개선해야 할 부분이 많아 보인다. 그럼에도 불구하고 새로운 집단소송 절차가 도입된다면, 다수의 법리적인 문제와는 무관하게 환경침해 피해자들의 협상테이블에서의 지위는 강화될 것으로 예상된다. 피고측은 집단소송에 응하여 증거개시절차에 의한 영업비밀 공개의 우려, 국민참여재판으로 인해 불리할 수 있는 사실확정, 패소시 징벌적 손해배상책임을 지게 될 위험 등을 감수하기보다는 이전보다 더 적극적으로 화해나 합의에 임하게 될 것이기 때문이다. 피해자들은 소송비용 측면에서도 집단소송에서 부담을 덜게 될 수 있다. 큰 비율의 성공보수를 조건으로 소송비용을 스스로 부담하여 사건을 수임하려는 변호사나 소송펀드 등이 개입할 확률이 높아지기 때문이다. 그러나 앞에서 언급한 미국식 대표당사자소송 모델의 문제점이 나타날 것이므로, 이에 관한 법률 외에서의 대응책을 미리 고민하고 마련할 필요가 있다.

3) 독일의 표본확인소송

가. 도입배경

독일에서는 소비자권리의 효율적인 실현을 위해서 민사소송법(ZPO)과 법원조직법(GVG)을 개정하여 2018년 11월 1일부터 표본확인소송(Musterfeststellungsprozess)

¹²²⁾ 미국식 대표당사자소송의 도입에 대해서는 우리와 유사한 법체계를 가진 독일에서도 반대하는 의견이 대다수이다. 전통적인 소송법체계 및 도그마틱과 충돌한다고 보는 견해가 많고, 도입시 실효성에 대해서도 긍정적인 예상을 하기 어렵다고 한다.

제도를 시행하고 있다. 이 제도는 정부의 주된 프로젝트로서 많은 원론적이고 세부적인 비판에도 불구하고 드물게 빠른 속도로 진행되었다.¹²³⁾ 입법이유서에 따르면 이 제도의 목적은, 손해가 분산된 경우에 소송비용이 소송을 통해 얻을 수 있는 손해 배상금액보다 커서 개별적인 권리실현에 소극적으로 임하게 되는 소비자들의 합리적 무관심(rationale Desinteresse)에 대응하는 것이다.¹²⁴⁾ 이런 합리적 무관심 때문에 위법한 행위를 한 사업자가 적법하게 행위한 사업자에 비해 경쟁에서 유리하게 되는 것을 막아야 하기 때문이다.¹²⁵⁾ 그러나 실제 입법절차에서는 폭스바겐 배기가스 조작사건에 의한 소비자들의 손해배상청구권이 그 해에 소멸시효로 소멸되기 때문에 발의된 것이라고 밝혔다. 이 사건은 사실 합리적 무관심과는 상관이 없는데, 이미 수많은 소가 제기되었고 각각의 손해도 상당히 큰 편이기 때문이다.¹²⁶⁾ 물론 분산손해(Streuschäden)와 대규모손해(Massenschäden)는 모두 집단손해(Kollektivschäden)의 일종으로 이 둘을 취급하는 적절한 방식은 동일하다는 견해도 있고,¹²⁷⁾ 새로운 법규정도 이를 구별하고 있지 않다.

나. 표본확인소송의 절차와 법적 효과

독일 민사소송법 제606조 제3항에 따르면 표본확인 소는 10인 이상의 피해 소비자의 청구권 또는 법률관계가 동일한 확인대상(Feststellungsziel)에 의해 결정될 때에 동조 제1항에 규정된 일정한 자격요건을 구비한 소비자단체가 원고적격을 가지고 제기할 수 있다. 표본확인 소가 제기되면 제소등록부에 기재하여 공고하고(§ 607 I ZPO), 공고 후 2개월 동안 적어도 50인의 소비자가 신고를 해야 적법한 소로 인정된다(§ 606 III 3 ZPO).

독일 민사소송법 제256조 제1항에 따른 일반적인 확인의 소와 달리 표본확인 소에서는 법률관계의 존부나 증서의 진정성만 확인대상이 되는 것이 아니라 청구권 또는 법률관계의 존부에 관한 법적 요건과 사실구성요건도 확인대상이 된다. 따라서 표본확인소송이 종료된 후에 개별 소비자들이 제기하는 소의 수소법원은 법적 문제에 대해서만이 아니라 사실문제에 대해서도 표본확인소송의 결과에 구속된다. 그러

¹²³⁾ Waclawik, NJW 2018, 2921.

¹²⁴⁾ Gesetz v. 12.7.2018, BGBl. I 2018, 1151.

¹²⁵⁾ RegE MusterKIG v. 4.6.2018, BT-Drs. 19/2439, 1 (unter A).

¹²⁶⁾ Waclawik, NJW 2018, 2921.

¹²⁷⁾ 이에 대해서는 Balke/Liebscher/Steinbrück, ZIP 2018, 1321, 1322 ff. 참조.

나 이에 대해서는 표본확인소송에서 확인된 사실관계와 개별사건의 사실관계가 반드시 일치하는 것은 아니므로 너무 멀리 나간 규정이라는 비판이 있다.¹²⁸⁾

이 소에 관한 관할은 독일 자본시장법(KapMuG)상의 표본절차와 유사하게 신속한 권리구제를 위해 제1심을 주고등법원의 전속관할로 규정되어 있으며, 각 주는 더 나아가 하나의 주고등법원 또는 주최고법원에만 관할을 집중시킬 수도 있다(§ 119 III GVG).¹²⁹⁾ 청구의 내용은 소비자와 기업 사이의 청구권이나 법률관계의 성립이나 불성립을 위한 사실상 및 법률상 요건의 존재나 부존재(확인대상)의 확인을 구하는 것이다(§ 606 I ZPO). 이것은 집단적 분쟁에서 공통된 선결문제를 별도의 확인의 소로써 확정하여 다수자의 소송에서 통일적이고 효율적인 해결을 가능하게 만든다.

피해 소비자들은 제소등록부에 등록하기 위하여 확인대상에 관련된 청구권이나 법률관계를 신고한다(§ 608 I ZPO). 이 확인의 소에 소송계속이 생기면 소송물이 동일한 피고와 동일한 확인대상, 동일한 생활사실관계에 관한 다른 표본확인 소제기는 허용되지 않는다(§ 610 I ZPO). 그리고 신고한 소비자도 소송계속 중에는 피고를 상대로 소송물이 동일한 확인대상과 생활사실관계에 기한 소를 제기할 수 없다(§ 610 III ZPO). 실체법상 중요한 것은, 피해 소비자들이 제소등록부에 유효하게 신고하고 표본확인 소가 제기되면 자신이 직접 소를 제기하지 않더라도 민법(BGB) 제204조 제1항 제1a호에 따라 손해배상청구권의 소멸시효가 중지된다는 점이다. 이런 규정은 한편으로는 피해 소비자들이 자신의 청구권을 유지하는 데에 도움이 되지만, 다른 한편으로는 상대방 사업자 측에서 그 요건충족에 대해 공격할 수 있는 빌미가 되기도 하며, 적법하게 적절한 표본확인 소를 제기하는 것이 개별 소비자의 통제 하에 있지 않기 때문에 예상외의 결과가 나올 수도 있다.¹³⁰⁾

신고한 소비자에게 유리하거나 불리하게 재판상 화해를 할 수 있는데, 이 화해는 법원의 허가를 얻어야 함. 허가를 얻은 화해는 화해에서 탈퇴를 신고한 소비자가 30% 미만이면 효력이 생긴다(§ 611 ZPO).

표본확인판결은 선고한 뒤에 제소등록부에 공고하여야 한다(§ 612 I ZPO). 확정된 표본확인판결은 신고한 소비자와 피고 사이에 생긴 소송의 재판이 표본확인소송의 확인대상과 생활사실관계에 해당하는 경우에는 그 소송을 담당할 법원을 기속한다

¹²⁸⁾ Waclawik, NJW 2018, 2921, 2922.

¹²⁹⁾ Musielak/Voit/Wittschier, 16. Aufl. 2019, GVG § 119 Rn. 16a.

¹³⁰⁾ Waclawik, NJW 2018, 2921, 2925.

(§ 613 I ZPO). 즉 그 판결에서 확정된 사실관계와 법률관계를 전제로 재판을 해야 함. 표본확인소송의 공고 전에 같은 확인대상과 생활사실관계에 해당하는 소를 제기한 소비자가 제소등록부에 신고하였으면 법원은 표본확인소송의 종료나 재판의 확정시까지 그 절차를 중지시킨다(§ 613 II ZPO).

고등법원의 표본확인판결에 대하여 상고를 할 수 있는데, 이 사건은 항상 상고허가사유에 관한 ZPO 제543조 제2항 제1호에서 말하는 근본적 의미가 있는 것에 해당한다(§ 614 ZPO).

다. 현황과 평가

폭스바겐 배기가스 조작사건에는 약 43만 명에 달하는 피해자가 있고, 그 중에서 약 40만 명은 ADAC와 소비자센터들을 통해 2019년 9월말에 표본확인소송을 시작했다. 대부분의 피해자의 경우 2016년에 리콜에 관한 공식적인 통지를 받아서 하자에 대해 알게 되었기 때문에 2017년 1월 1일부터 손해배상청구권의 소멸시효가 시작되어 2019년 12월 31일에 완료되기 때문이다. 첫 구술변론기일은 2019년 9월 30일에서 브라운슈바이크 주고등법원(OLG Braunschweig)에서 열렸다.

피해자들 중에서는 더 나은 결과 또는 더 신속한 권리구제를 위해 개인적으로 주지방법원에 소를 제기하는 소비자들도 있으며 그 결과는 사건마다 다르다고 한다. 소송비용보험사들은 표본확인소송에 참여하는 것보다는 개별적으로 소를 제기하는 것이 더 낫다고 제안하고 있다. 독일의 소송비용보험사인 lubel.de은 개별적인 소제기가 표본확인소송에 참여하는 것보다 더 높은 승소확률을 보장한다고 분석했다.

예를 들어 3만 유로의 가격으로 디젤 승용차를 구입하여 35,000킬로미터를 운행한 경우에 그 승용차를 반환하면 개별적으로 소를 제기한 피해자는 평균적으로 26,500유로를 받는 반면에 표본확인소송의 참여자는 17,750유로만 받고, 소송기간도 전자는 6개월에서 12개월이 걸리는 반면에 후자는 4년에서 5년까지 걸린다고 평가한다.

표본확인소송에 참여하는 것이 불리한 점은 또 하나 있다. 표본확인소송에 승소하더라도 그 참여자들은 다시 한번 개별적으로 손해배상액을 확정하기 위한 소를 제기해야 한다. 법원은 당해 피해자가 지금까지 그 승용차를 사용하여 얻은 이익을 계산하여 원래의 승용차 가격에서 감산하여 개별적인 손해배상액을 산정하게 된다. 이렇게 피해자는 두 번의 소송비용을 부담하기 때문에 한 번의 소제기로 해결하는 것

보다 더 큰 부담을 가질 수 있다.

디젤가스 사건에서 수천 명의 피해자를 대리하고 있는 쾰른의 로거트 앤 울브리히 법률사무소(Kanzlei Rogert & Ulbrich)의 마르코 로거트(Marco Rogert) 교수는 일반적으로 소송들은 대략 1년 정도 걸리는데, 보험사들은 자신들의 비용부담이 커지는 것을 피하기 위해서 개별적인 소송이 그보다 더 짧게 걸린다고 평가하는 것이라고 비판한다. 그러나 전문가들도 소송비용보험사들의 평가가 전체적으로는 타당하다고 본다. 손해배상액 산정과 관련해서는 손해배상액의 이자 및 법정이자를 포함할 것인지 여부와 사용이익의 감산 여부에 대해서 논의가 계속되고 있다.¹³¹⁾

한편, 표본확인소송 제도가 피해자인 소비자들이 아니라 가해자인 폭스바겐에게만 유리하다는 의견도 있다. 피해자들은 오랜 기간 동안의 표본확인소송이 끝나더라도 별도로 다시 손해배상청구를 위해 개별적으로 소를 제기해야 하는 반면에, 폭스바겐은 원래 수많은 피해자들과 개별적으로 화해를 위한 협상을 하거나 소송에 응해야 하는 부담을 줄이고 표본확인소송에 집중할 수 있으며 법원실무에서 기업의 부담을 줄이려는 경향이 반영되어 여러 혜택을 받을 여지도 있기 때문이다.¹³²⁾

4) 소결

집단적 권리구제절차의 도입 및 정비는 시대적 요구이고 환경에 대한 권리의식이 함양될수록 그 요구는 더욱 커질 것이다. 그러나 분야별 사안의 특징을 고려하여 거기에 적합한 제도를 고안해야 하고, 외국의 제도를 추상적인 수준에서 이해하고 현실적 필요성을 근거로 도입을 주장하는 것은 법체계의 통일성을 해쳐 많은 문제를 야기할 뿐만 아니라 실질적인 권리구제에도 별로 도움이 되지 않는다.

만약 집단적 권리구제절차를 도입해야 한다면, 그나마 소송법체계와의 이질성이 작은 독일의 표본확인소송이 우선적으로 고려되어야 한다. 이것이 법체계에 큰 변화를 주지 않고 추가적인 분쟁을 야기하지 않는 선에서 최대한 효율적인 방법이기 때문이다. 물론, 독일의 표본확인소송은 피해자의 권리구제보다는 사법부의 부담을 줄

¹³¹⁾ 이상의 내용은 독일 잡지 FOCUS-Online의 2019년 6월 27일자 기사 참조: https://www.focus.de/auto/experten/rogert/einzelklagen-oder-musterfeststellungsprozess-hersteller-verklagen-so-werden-sie-ihren-alten-diesel-am-besten-los_id_10869116.html.

¹³²⁾ 독일 경제잡지 WirtschaftsWoche에 실린 Joachim Cäsar-Preller의 2019년 9월 22일자 기고문 참조: <https://www.wiwo.de/finanzen/steuern-recht/diesel-skandal-musterprozess-hilft-nicht-geprellt-en-autofahrern-sondern-vw/25042520.html>.

이는 데에 중점이 있어서 그 실효성에 의문이 제기될 수 있다. 대규모 분쟁에서 사법부의 부담을 줄이는 것도 중요한 목표 중의 하나이지만, 독일에서 제기된 우려와 같이 우리나라에서도 실제로 법원이 표본소송에서 기업의 입장을 더 많이 고려할 가능성이 있어 피해자의 권리구제가 오히려 제한되는 측면이 있다면, 이를 감수하고 당해 제도를 도입하는 것이 과연 바람직한지 신중하게 판단해야 할 것이다.

절차의 기본적인 모습은 2단계로 구성된다. 먼저 피해자들에게 공통된 사실관계(특히 원인물질과 질병의 일반적 인과관계)에 대해서는 표본확인소송의 틀에서 신뢰할 수 있는 대표자가 먼저 소송을 수행하여 그 결과를 판결내용의 증거력이나 특별한 법률규정 도입 등으로 대세효를 갖도록 하고, 이후에 피해자들의 개별적 사실관계(특히 원인물질과 원고 개인의 손해 발생 사이의 인과관계)에 대해서는 각자 별도로 소송을 수행하도록 하는 것이다. 즉, 공통사실에 대한 표본확인소송이 1단계, 그 결과에 따른 개별소송이 2단계를 이룬다. 환경소송의 경우 피해의 양상이 다양하고 통일되기 어려우므로 참가신청형을 기본으로 하고 손해의 크기가 작은 전형적 유형군에 대해서 제외신청형을 따로 규정함이 타당하다.

다만, 시행착오를 줄이기 위해서 관련 법제에는 독일의 표본확인소송에 관한 규정들을 참고하여 여러 특별규정들을 두어야 한다. 예를 들어 법원은 대규모 사건에 대해 한시적으로 특별재판부를 구성하여 관련 사건들을 일괄적으로 처리할 수 있는 법적 근거를 마련하고, 사건의 이송, 절차의 병합 등을 효율적으로 처리할 수 있도록 관할에 대한 특별규정을 도입할 필요가 있다.¹³³⁾ 또한 표본확인소송이 진행되는 동안 다른 피해자들에 대해 소멸시효 중단의 효과가 미치도록 하는 규정의 도입도 고려되어야 한다. 이외에 인지대 등 소송비용과 관련한 특별규정이나 지원책을 두어 표본확인소송의 진입장벽을 낮추는 것이 바람직하다.

이렇게 집단적 권리구제절차를 도입하더라도 여전히 기존의 보전처분과 가집행 등으로 해결할 수 없는 문제들에 대한 관심을 놓아서는 안 된다. 특히 소송이 종료될 때까지 원고의 치료 및 생활 보장, 피고회사에게 손해배상을 위한 자산이 부족한 경우의 국가의 피해자지원 등에 대해서는 별도로 계속 논의되어야 할 것이다. 환경소송에서는 오히려 피해자들이 최종적인 권리구제를 받기까지의 기간 동안 의료 및 생활지원을 받을 수 있는 제도 및 자원을 확보하고, 전문적인 지식을 갖추지 못한

¹³³⁾ 이에 대해서는 미국의 광역소송절차(multidistrict litigation: MDL)도 참고할 수 있을 것이다.

피해자들이 손해배상소송에서 원인물질과 질병발생 사이의 인과관계를 증명하기 어려운 점을 고려하여 소송에서 원용할 수 있는 이론적 근거와 역학조사 등의 자료를 제공할 수 있는 연구소 등을 설립 및 운영하는 것이 더 시급할 수 있다.

한편, 한국의 증권관련집단소송법 사례에서 보듯이 대표당사자소송에서는 대표자를 선정하고 소송허가여부를 판단하는 데에만 긴 시간이 요구되며 원고 승소시에도 손해배상기금을 분배하고 관리하는 데에 큰 비용이 든다. 특히 피해자집단 내부에 다양한 이해관계가 충돌하는 경우에는 소송진행도 원활하지 않을 가능성이 크다. 따라서 미국식 대표당사자소송을 도입할 때에는 증권관련집단소송법의 경우와 같이 요건을 너무 제한적으로 규정하여 실질적으로 활용되지 못하는 상황을 피할 수 있도록 소제기요건을 적절하게 정하고 권리구제방법에 있어서도 금전손해배상 이외에 구체적인 상황에 맞는 다양한 권리구제방법을 명할 수 있는 법적 근거를 마련할 필요가 있다.

참고문헌

- 김동률, 환경범죄에 있어 인과관계 확정의 문제점 - 독일 피혁스프레이 사건에 나타난 문제점을 중심으로, 환경법연구 제36권 제1호(2014), 한국환경법학회, 241면.
- 김홍균, 환경오염피해 배상책임 및 구제에 관한 법률의 평가와 향후 과제, 환경법연구 제37권 제2호(2015), 한국환경법학회, 141면.
- 반홍식, 독일민사소송법에서의 증거평가와 증명도, 민사소송 제19권 제1호(2015), 9면.
- 반홍식, 증거평가와 증명책임의 관계 - 독일민사소송법 286조를 중심으로, 민사소송 제20권 제1호(2016), 283면.
- 박명민·이주연, 민사소송절차에서 비밀 보호에 관한 연구 - in camera 심리절차를 중심으로, 사법정책연구원 연구총서 2022-02.
- 박종원, 환경오염피해 배상 및 구제 제도 개선을 위한 입법방안 연구, 법과 정책연구 제15집 제4호(2015.12.), 1319면.
- 박태현, 환경오염으로 인한 건강피해소송에서 역학연구를 통한 인과관계의 입증 - 판례법리를 중심으로, 법학논총 제38권 제3호(2014), 단국대학교 법학연구소, 173면.
- 배병호, 환경오염피해구제법 도입에 따른 배상책임성립과 배상범위에 대한 고찰, 환경법연구 제38권 제1호(2016), 한국환경법학회, 57면.
- 백경일, 증명책임의 분배와 위험영역설에 관한 비판적 고찰 - 독일에서의 논의를 참고하여, 법학논총 제19집 제3호(2012), 조선대학교 법학연구원, 257면.
- 안경희, 환경오염피해구제법상 손해배상책임의 발생과 제한, 환경법연구 제38권 제2호(2016), 한국환경법학회, 49면.
- 오석락, 입증책임론, 박영사, 1996.
- 이근영·임학상, 환경오염피해구제법상 환경오염피해에 대한 사업자의 손해배상책임에서 인과관계의 추정과 무과실책임에 관한 소고, 민사법의 이론과 실무 제21권 제3호(2018), 259면.
- 이동진, 위험영역설과 증거법적 보증책임: 증명책임 전환의 기초와 한계, 저스티스 통권 제138호(2013.10), 167면.
- 이선구, 유해물질소송에서 역학적 증거에 의한 인과관계의 증명 - 대법원 판례를 중심으로, 저스티스 통권 제146-1호(2015.02.), 256면.
- 이승우, 환경침해소송의 인과관계, 환경법연구 제25권 제1호(2003), 한국환경법학회, 295면.
- 이시윤, 미국의 pretrial discovery - 그 영향과 대책을 중심으로, 민사소송 제14권 제2호(2010), 한국민사소송법학회, 821면.

- 이연갑, 역학연구결과에 의한 인과관계의 증명, 법조 제61권 제7호(2012), 110면.
- 이현욱, 가습기살균제 사건에 있어서 환경소송에서 발전한 인과관계 증명책임 완화 법리의 적용 - 대법원의 증명책임 완화 적용요건 검토를 중심으로, 환경법연구 제38권 제1호(2016), 한국환경법학회, 89면.
- 장병주, 환경오염피해 배상책임에 관한 비교법적 검토 - 독일의 환경책임법과 환경오염피해 배상책임법의 비교를 중심으로, 민사법의 이론과 실무 제19권 제1호(2015.12.), 1면.
- 전경운, 환경소송에서 인과관계의 입증에 관한 소고, 환경법연구 제32권 제2호(2010), 한국환경법학회, 63면.
- 전경운, '환경오염피해 구제에 관한 법률안'에 대한 소고, 환경법연구 제35권 제2호(2013), 한국환경법학회, 357면.
- 정남철, 새로운 환경책임법제의 도입과 피해구제절차의 문제점 - 특히 「환경오염피해 배상책임 및 구제에 관한 법률」의 내용과 문제점을 중심으로 -, 환경법연구 제37권 제3호(2015), 한국환경법학회, 249면.
- 정훈, 환경오염피해에 대한 책임귀속 법리의 전망과 과제, 공법학연구 제18권 제4호(2017), 한국비교공법학회, 283면.
- 조은래, 환경소송상의 입증문제에 대한 소고, 환경법연구 제28권 제3호(2006), 한국환경법학회, 329면.
- 최승필, 환경영향평가와 사법심사, 경제규제와 법 제11권 제1호(2018.05.), 서울대학교 공익산업법센터, 157면.
- 한귀현, 독일 개정환경권리구제법의 주요내용에 관한 소고, 공법학연구 제19권 제4호(2018), 한국비교공법학회, 517면.
- 한지형, 환경오염피해소송에서의 인과관계 판단 - 관련 판례의 분석 및 환경오염피해구제법 시행에 따른 전망을 중심으로, 환경법연구 제38권 제2호(2016), 한국환경법학회, 135면.
- 홍보람·홍슬기, 환경 분야 손해배상사건의 인과관계 판단 방식 검토, 사회과학연구 제35집 1호(2019.02.), 경성대학교 사회과학연구소, 121면.
- 황승식, 환경소송에서 역학적 증거의 법률적 활용 실제, 한국독성학회 심포지움 및 학술발표회 제26권 제6호(2016), 22면.
- Alexander Balensiefen, Umwelthaftungsgesetz, 1. Online-Auflage 2021, C.H.BECK (München).
- beck-online.GROSSKOMMENTAR: UmweltHG, Andreas Spickhoff (Hrsg), Stand: 01.07.2022, C.H.BECK (München).
- Erich Waclawik, Die Musterfeststellungsklage, NJW 2018, 2921.

Kurt Haag (Hrsg), Geigel: Der Haftpflichtprozess, 28. Auflage 2020, C.H.BECK (München).

Günter Hager, Das neue Umwelthaftungsgesetz, NJW 1991 134.

Landmann/Rohmer, Umweltrecht Werkband: 97. EL Dezember 2021, C.H.BECK (München).

Michaela Balke/Thomas Liebscher/Ben Steinbrück, Der Gesetzentwurf zur Einführung einer Musterfeststellungsklage, ZIP 2018, 1321.

【지정토론】

기업지배구조 측면에서 본 환경보호를 위한 기업의 역할

정 준 혁*

오늘날 대규모 환경 침해의 대부분 기업에 의하여 이뤄지는 것이 현실입니다. 오늘 세션의 주제가 “환경보호와 기업의 책임”으로 정해진 것도 이러한 현실을 고려한 것으로 이해됩니다. 존경하는 전경운 교수님, 황형준 변호사님, 박성은 교수님께서 환경침해에 대한 보상청구권을 어떠한 법령상 근거를 바탕으로 인정할 것인지, 기업인수의 당사자들의 환경 관련 위험을 계약을 통해 어떻게 나눌 것인지, 증명책임을 어떻게 완화하고 보완할 것인지에 대해 너무도 훌륭한 발표를 해주신 만큼, 저는 상법학자로서 (1) 이렇게 인정된 환경책임을 기업에게 어떻게 부담시킬 것인지를 주주유한책임의 내용과 한계라는 측면에서 말씀 드리고, (2) 기업이 사업과정에서 환경오염 등을 발생시키는 것을 ESG 경영이라는 측면에서 어떻게 사전에 방지할 수 있을지를 말씀 드리고자 합니다.

실제 대규모 사업을 수행하는 기업의 대부분이 주식회사 형태로 구성되어 있다는 점을 고려할 때, 주식회사를 전제로 논의를 함을 미리 밝혀둡니다.

1. 기업의 환경 관련 책임과 주주유한책임

상법 제331조에 따라 주주는 그가 가진 주식의 인수가액을 한도로 책임을 부담합니다. 즉 회사가 책임재산의 부족 상태가 되더라도 주주가 추가적인 출자의무를 부담하거나 회사채무에 대해 책임을 부담하지는 않습니다. 주주유한책임이 인정되면, 주주로서는 일단 회사에 자금을 출자하고 나면 출자금액 이상으로 책임을 부담하지 않기 때문에 회사의 경영에 일일이 신경을 쓰지 않아도 됩니다. 또한 회사의 책임을

* 서울대학교 법학전문대학원 교수

다른 주주들과 분담하여 부담하지 않기 때문에, 주식 투자를 함에 있어 다른 주주들의 자력이 어떠한지를 조사하지 않아도 됩니다. 이는 우리가 상장회사 주식에 소액 주주로서 투자할 때 위와 같은 점을 신경 쓰지 않는다는 점을 생각하면 쉽게 이해할 수 있습니다. 이처럼 주주유한책임은 불특정 다수로부터 대규모 자금모집을 가능하게 하고, 이러한 자금을 바탕으로 통해 회사가 대규모 사업을 할 수 있게 하는 원동력이 됩니다.

그런데 주주유한책임은 회사 채권자 보호 문제를 필연적으로 발생시킵니다. 회사의 사업이 실패하거나 회사가 대규모의 책임을 부담하더라도 주주의 책임은 출자금으로 한정되기 때문에, 주주로서는 회사의 책임재산을 최소화하는 방식으로 사업으로 인한 리스크를 채권자에게 전가하려는 유인을 갖습니다.¹⁾ 외국의 연구 결과를 보더라도 담배나 위험물질 관련 사업을 별도의 자회사로 하여금 수행하게 하거나, 화학이나 원유 운송 산업에서 회사의 자산을 최소화하는 등의 행태는 상당히 오래 전부터 존재하였습니다.²⁾

주주의 이러한 기회주의적 행동(*opportunistic behavior*)은 계약과 법령에 의해 방지할 수 있습니다. 먼저 계약의 경우, 채권자는 회사에 자금을 대여하거나 회사와 일정한 거래를 함에 있어 회사 지배주주가 회사 책임에 대해 연대책임을 부담할 것을 요구할 수 있습니다. 특정 M&A나 사업을 전제로 하는 인수금융이나 프로젝트금융에서는 각종 재무 약정(*financial covenants*)을 계약서에 포함하는 것이 일반적입니다. 회사가 추가적인 부채를 부담하거나 사업 내용을 중대하게 변경할 경우 채권자의 사전 승인을 받게 하는 등의 내용입니다. 회사가 만일 이러한 요구에 응하지 않을 경우 채권자로서는 거래를 진행하지 않거나, 이자율 등 거래 조건을 높이는 등의 방법을 사용할 수 있습니다.

그러나 계약 채권자, 이른바 자발적 채권자(*voluntary creditor*)와 달리, 불법행위 채권자, 이른바 비자발적 채권자(*involuntary creditor*)의 경우, 사전에 회사와 계약을 통해 협상하는 것이 원천적으로 불가능합니다. 회사의 환경오염으로 인한 피해자가 대표적인 예입니다. 따라서 이러한 채권자에 대해서는 법령에 의한 보호가 필요합니

1) 주주의 채권자에 대한 각종 기회주의적 행동의 유형, 회사법의 대응 방식과 특히 합병 및 분할 과정에서의 채권자 보호 문제에 대해서는, 정준혁. “합병 및 분할 관련 채권자보호제도 개정 제안” 저스티스 174 (2019).

2) Ringleb, Al H., and Steven N. Wiggins. “Liability and Large-Scale, Long-Term Hazards.” *Journal of Political Economy* (1990).

다. 여기에 대해서는 다음과 같은 몇 가지 방법이 있습니다.

(1) 먼저 법인격 부인에 의한 방법입니다. 우리 판례는 회사가 법인격의 배후에 있는 주주의 개인기업에 불과하거나 배후자에 대한 법률적용을 회피하기 위한 수단으로 쓰여지는 경우에는 이를 신의성실의 원칙에 위반되는 법인격의 남용으로 보아 주주에 대하여도 회사의 책임을 물을 수 있도록 하고 있습니다(대법원 2001.1.19. 선고 97다21604외 다수). 다만 법인격 부인의 경우 신의칙을 그 근거로 하기 때문에 주주가 회사를 완벽하게 지배해야 하고 회사와 개인의 재산과 업무가 혼재되어야 한다는 상당히 엄격한 요건을 요구한다는 점에서 한계를 갖습니다.

(2) 다음으로는 위험한 사업을 수행하기 위해서는 높은 수준의 자본금을 갖추거나 순자산이 일정 금액 이상 될 것을 요구하는 방법을 생각해 볼 수 있습니다. 다만 이에 해당하는 회사의 자금이 별도로 분리되어 예치되는 것이 아니기 때문에, 이러한 방법 역시 환경침해로 인한 피해자 보호라는 측면에는 한계가 있습니다. 이외에도 (3) 이러한 사업을 수행하기 위해 보증보험의 가입을 강제하거나, 일정한 기금을 출자할 것을 요구하는 방법이 활용되고 있습니다. 예를 들어 광산의 채굴권자나 조광권자 같은 광해방지의무자는 광물의 생산 실적, 광해의 요인, 발생정도 및 범위 등의 기준에 따라 광해방지사업금을 납부할 의무를 부담합니다(광산피해의 방지 및 복구에 관한 법률 제24조). 그러나 이러한 방식은 법률이 예정하고 있지 않은 환경침해가 발생하거나, 그 배상액수가 기금 등을 초과하는 경우에는 한계를 갖게 됩니다.

따라서 이러한 한계를 극복하기 위해, 외국 논의 중에서는 비자발적 채권자 보호를 위해 불법행위에 대해서는 주주에게 무한책임을 부담시켜야 한다는 주장이 오래 전부터 있었습니다.³⁾ 계약 위반으로 인한 책임과 불법행위로 인한 책임이 혼재하는 경우가 많아서 무한책임을 지나치게 넓어질 우려가 있고, 주주유한책임이라는 주식회사의 성공 모델에 근본적인 변화를 가져온다는 점에서 조심스러운 접근이 필요하지만 특정 형태의 환경침해나 특정 사업을 영위하는 회사에 대해서는 한정적으로 도입하는 것을 생각해 볼 수 있습니다. 주주가 아니라 회사의 최고 임원들에게 책임을 부담시켜야 한다는 주장도 있습니다.⁴⁾ 경영진에게 개인적인 책임을 부담시켜야

3) Hansmann, Henry, and Reinier Kraakman. "Toward unlimited shareholder liability for corporate torts." Yale LJ 100 (1990).

4) Glynn, Timothy P. "Beyond Unlimiting Shareholder Liability: Vicarious Tort Liability for Corporate Officers." Vand. L. Rev. 57 (2004).

회사가 지나치게 위험한 사업을 수행하지 않는다는 것이 그 근거입니다.

이와 관련하여 주목할만한 조항은 상법 제401조입니다. 이에 따르면 이사가 고의 또는 중대한 과실로 그 임무를 게을리한 경우 이사는 이로 인하여 제3자에게 발생한 손해를 배상할 책임을 부담합니다. 이사가 회사의 임무를 게을리한 경우 회사가 아닌 제3자에게 책임을 부담하게 하는, 입법례적으로 상당히 독특한 규정입니다. 회사의 환경오염이 법령 위반에 해당하는 경우에는 구체적 사안에 따라 이사가 그 임무를 게을리한 것으로 볼 수 있기 때문에, 상법 제401조에 따라 피해자가 직접 이사에게 책임을 추궁할 수 있는 근거가 우리 상법에 마련되어 있습니다. 이를 근거로 한 책임추궁이 활성화될 경우 이사가 보다 신중하게 환경 오염 요소를 고려함은 물론, 관련 임원책임배상보험(D&O insurance)을 가입할 유인을 제공할 것으로 보입니다. 이러한 방법들이 회사의 환경오염 발생을 억제하고 피해자들의 배상에 일정한 역할을 할 수 있을 것으로 기대해 볼 수 있습니다.

2. ESG와 기업의 친환경 경영

잘 아시는 바와 같이, 최근 몇 년간 전세계적으로 ESG 경영과 투자 열풍이 불고 있습니다. ESG란 기업이 경영 관련 의사결정을 함에 있어 재무적 사항뿐만 아니라 환경, 사회, 지배구조 요소와 같은 비재무적 사항도 함께 고려하여야 한다는 주장을 의미합니다.⁵⁾ ESG 논의에서는 인류가 직면하고 있는 기후변화, 환경오염, 불평등, 근로현장에서의 안전과 인권문제, 빈곤해소 등의 문제들을 해결하기 위해서는 기업의 참여가 필수적이고, 기업이 사업을 수행하는 과정에서 야기하는 각종 외부효과(externalities)를 자신의 비용으로 내부화(internalize)해야 한다고 봅니다.

그런데 주주중심주의에 기반을 둔 전통적인 입장에서는 환경, 사회 문제 등은 기업이 납부하는 세금을 바탕으로 정부나 법률이 해결해야 하는 문제들이기 때문에, 기업에게 이러한 비재무적 요소의 고려를 요구할 수 없다고 보기도 합니다. 노벨경제학상 수상자인 밀튼 프리드먼 교수가 일찍이 주장한 것처럼,⁶⁾ 기업의 유일한 사회적 책임은 법률을 준수하는 범위 내에서 자원을 활용하고 이익을 증가시키는 데

5) 정준혁. “ESG와 회사법의 과제” 상사법연구 40, no.2 (2021) 13쪽.

6) Milton Friedman, ‘A Friedman Doctrine: The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits’, New York Times, 13 September 1970.

에 있다고 봅니다.

위 주장에서처럼 환경, 사회문제의 해결은 기본적으로 정부와 법률의 역할임은 분명합니다. 그러나 사안에 따라서는 정부보다 기업이 환경, 사회 문제를 해결하는 것이 훨씬 효과적일 수 있습니다. 예를 들어 기업이 사업 과정에서 환경오염을 유발하고 기업이 낸 세금이나 벌금으로 정부가 이를 정화하는 것보다 기업 스스로 환경오염을 줄이거나 사업 구조를 바꾸도록 유도하는 것이 훨씬 효율적입니다. 정치적 의견 차이로 인하여 관련 법률이 적시에 입법되지 못하는 경우도 종종 있고, 법률이 제정되더라도 기업의 사업내용이 점점 복잡해짐에 따라 외부에서 이러한 위법행위를 조기에 발견하여 방지하는 것은 갈수록 어렵습니다. 이처럼 환경오염 방지를 정부와 법률에만 의존하는 방식에는 한계가 있습니다.

최근에는 거의 모든 산업의 수많은 기업에 투자하는 이른바 유니버설 투자자(universal investor)가 등장하고 있습니다. 외국의 3대 자산운용사(Big Three)인 블랙록, 뱅가드, 스테이트 스트리트나 우리나라의 국민연금이 대표적인 예입니다. 예를 들어 Big Three의 경우 미국 S&P 500에 속한 회사 주식의 20% 이상을 보유하고 있고,⁷⁾ 국민연금이 지분을 5% 이상 투자한 국내 상장기업도 300개가 넘어갑니다.⁸⁾ 이들 유니버설 투자자 입장에서는 개별 기업의 실적보다는 전체 포트폴리오의 실적, 나아가 경제 전반의 안정적인 발전이 중요할 수 밖에 없습니다. 따라서 이들 투자자는 환경오염을 많이 유발하는 기업들에게 영향력을 행사하여 이를 방지할 것을 요구하게 됩니다. 이러한 조치는 해당 회사의 주식가치만 놓고 보면 투자자 입장에서 손해가 될 수 있지만 전체 포트폴리오에는 오히려 이익이 될 수 있습니다. 국내의 대형 연기금, 자산운용사들이 ESG 투자를 강조하고 특히 그 중에서도 온실가스를 비롯한 환경 문제의 해결을 중시하는 것도 이러한 측면에서 이해할 수 있습니다.

이러한 회사법적 논의를 바탕으로, 기업이 환경 관련 위험을 관리하고 이로 인한 책임 역시 적절하게 부담할 수 있는 법률이나 법리, 경영 및 투자 실무가 형성될 수 있기를 기대합니다.

7) Lucian A. Bebchuk & Scott Hirst. 'The specter of the giant three ', No. w25914. National Bureau of Economic Research, 2019.

8) 정준혁. "ESG와 회사법의 과제" 상사법연구 40, no.2 (2021) 23쪽.

【지정토론】

토론문

박 지 원*

오늘 환경책임에 관한 사법 각 분야의 다양한 시각을 발표해주신 전경운 교수님, 박성은 교수님, 황형준 변호사님께 깊이 감사드립니다.

아래에서는 제가 발표문을 읽으면서 궁금하였던 점을 발표 순서에 따라 간략히 말씀드리는 것으로 제 토론을 마무리하고자 합니다.

(1) “환경침해에 대한 보상청구권” - 전경운 교수님 발제에 관하여

환경침해에 대하여 민사상으로는 수인한도를 넘는 경우에만 위법성이 인정되어 위자료 등 불법행위에 기한 손해배상청구권이 인정되나, 수인한도를 넘지 않는 경우에는 달리 민사상 구제수단이 인정되어 있지 않고, 특별법(이를테면 「공항소음방지법」, 「군공항소음방지법」)과 같이 개별 법률에서 행정법상 손실보상을 규정하고 있는 경우에 한하여만 보상이 가능합니다.

전경운 교수님의 논문은 특별법에서 손실보상에 관한 규정이 제정되어 있지 않더라도, 일반론으로서 민사상 보상이 가능할 것인지에 관한 새로운 연구로서 저도 많은 가르침을 받았습니다. 민법학자가 아닌 저로서는 질문을 드리기가 조심스러우나, 현답을 기대하는 우문으로 이해해 주시길 기대하면서 다음의 질문을 드립니다.

첫 번째로, 독일 민법 제906조 제2항을 민법상 보상청구권의 근거로 삼고 있는데, 이 조항이 모든 종류의 환경분쟁에 대한 보상청구권의 이론적 근거가 될 수 있을까요? 보상청구권의 근거 및 이론 구성은 상린관계를 전제로 하고 있는 것 같습니다. 대부분의 환경침해의 경우(이를테면, 소음소충 등 인근 시설로 인한 환경침해)에는 상린관계에 따른 보상금 관련 독일 민법의 법리 적용을 논의할 수 있을 것이나, 상린관계와 관계없는 환경침해의 경우에도 마찬가지로의 법리를 적용할 수 있을까요?

* 서울시립대학교 법학전문대학원 교수

민법상 보상청구권을 논의하는 것이 특별법이 없어서 보상받지 못하는 경우에 대한 보상방안을 고려하는 취지가 있다면, 모든 경우를 포괄하는 이론적 구성이 필요할 것 같아서 질문드렸습니다.

두 번째로 행정상의 손실보상과 중복되는 경우의 이해조정을 어떻게 하면 좋을 것으로 생각하시는지 교수님의 고견을 듣고 싶습니다.

세 번째로 본질적 침해이나 장소통상적 이용에 해당하는 경우에는 보상청구권을 인정하는 것이 합리적일 것이라고 생각되나, 경미한 침해인 비본질적 침해에 대하여도 보상청구권을 인정하는 것이 타당한 것인지에 관하여 질문드리고 싶습니다. 만약 그러한 경우에도 보상청구권이 인정된다면 과도하게 많은 분쟁의 발생이 우려되어 질문드립니다.

(2) 환경소송에서의 증명책임에 관한 이론들과 보완책 - 박성은 교수님 발제에 관하여

민사소송으로 환경오염에 대한 피해구제를 구하는 경우는 대표적인 현대형 소송으로 불리며 소위 증거의 구조적 편재가 심한 경우입니다. 우리 민사소송은 심리에 있어서 변론주의를 취함으로써 피해자인 원고는 청구원인사실에 대하여 주요사실의 주장과 이를 뒷받침하기 위한 증거방법의 수집과 제출책임을 부담하게 됩니다. 문제는 민사소송에서도 고도의 개연성이라는 높은 수준의 증명도를 요구함으로써, 원고의 증명활동이 이에 이르지 못할 경우 증명책임의 분배에 따라 원고가 패소위험에 직면하게 된다는 점입니다. 이러한 구조는 원고에게 대단히 불리한 것이며, 특히 대형 환경사고의 경우처럼 가해자와 피해자의 정보격차가 큰 경우에는 더욱 그러하다고 할 수 있습니다. 이러한 불공평을 시정하기 위하여 증명책임의 완화 또는 전환, 증명도의 완화, 또는 보다 직접적으로 증거수집절차의 확충이 논의되고 있습니다.

먼저 박교수님의 발표문으로부터 환경소송에서 증명책임의 완화와 전환에 관한 판례 및 학설에 대하여 많이 배울 수 있었으며, 특히 새로 제정된 「환경오염피해구제법」의 해석론에 대하여는 저도 공감하는 바가 많았습니다. 이러한 형태의 법률은 입법과정에서는 피해자 또는 사업자의 어느 한쪽에 약간이라도 기울기 마련입니다. 따라서 적용시에 해석을 통하여 균형을 맞추어 필요가 있고, 이점에서 박교수님이 독일과 한국의 규정 차이를 비교하고 “상당한 개연성”해석에 대한 엄격한 해석을 주장하신 것에 대하여는 저도 공감하고 있습니다.

또한 박교수님의 발표에서 특히 독일의 표본확인소송에 관하여 많은 가르침을 받았습니다. 저에게는 생소한 제도이어서 이에 관하여 몇 가지 질문을 드리고자 합니다. 첫 번째 질문은 다수의 분산손해에 대한 소비자 보호를 위하여 입법된 것인데, 환경소송은 가습기살균제 사건과 같이 소비자가 피해자인 경우도 있으나 그렇지 않은 경우도 있는데, 독일의 표본확인소송이 그러한 경우에까지 사용가능한 것인지 궁금합니다.

두 번째로 표본확인소송을 국내에 도입한다는 전제하에 국내 실정에 맞도록 변경하는 방안에 관하여 질문이 있습니다. 발표문에 의하면 표본확인소송의 방식은 미국의 대표당사자소송(class action)과 달리 옵트인(opt-in) 방식을 취하고 있으며, 표본확인소송에서는 요건사실의 존부확정도 소송물이 되어 손해배상책임의 존부와 요건사실의 존부에 기판력이 발생하는 것으로 이해됩니다. 더불어 옵트인한 피해자들은 (발표문에서는 “참여자”) 손해배상액의 확정을 위하여 다시 소를 제기하여야 하는 것이 단점으로 지적되어 있습니다. 이에 대하여 제 아이디어는 다음과 같습니다. 불법행위인 환경침해에 의해 수인의 피해자가 발생한 경우 그 피해자 사이의 공동소송관계는 통상공동소송으로서 합일확정이 요구되지 않습니다만, 표본확인소송의 도입에 의해 [비록 옵트인한 피해자에 한한 것이지만] 배상책임에 대하여는 합일확정이 가능하고 심리도 간결해 질 것 같습니다. 표본확인소송과 피해자의 개별 청구를 병합하고 표본확인소송에 대하여는 중간판결로 판단하고, 개별 피해자의 손해배상액에 대하여는 2016년에 신설된 민사소송법 제202조의2에 의하여 손해액의 판단을 하도록 하여 피해자의 손해액 산정의 부담을 다소 덜어줄 수 있지 않을까요?

세 번째로 논문의 주된 주제가 증명책임에 관한 것이고, 그러한 논의만으로 충분한 피해자 구제가 곤란하여 역확조사 활성화와 집단적 권리구제절차를 보완책으로 제시하신 것은 설득력이 있습니다. 다만 특히 집단적 권리구제절차에 있어서 혹시 증명책임 완화나 전환 등과 관련된 내용이 포함되어 있으면 좀 더 도움이 될 것 같습니다. 참고로 「증권관련 집단소송법」에도 증명책임에 관한 직접적 규정이 있지만 해석상 원고가 아니라 피고인 기업이 증명책임을 부담하는 지에 관하여는 논의가 되고 있는 것 같습니다.

금융혁신과 금융소비자보호

심 영*

- I. 들어가는 말
- II. 금융혁신에 따른 편익과 위험
- III. 금융소비자보호의 국제적 동향
- IV. 금융소비자 보호 법제의 보완방향

I. 들어가는 말

현재는 제4차 산업혁명의 시대라고 말한다. 제4차 산업혁명은 인공지능(artificial intelligence, AI), 빅데이터, 머신러닝(machine learning, ML), 클라우드, 데이터 처리 용량의 획기적 발전 등 디지털 기술로 촉발되는 초연결 기반의 지능화 혁명으로 정의될 수 있다.¹⁾ 우리는 디지털 전환(digital transformation, DX)의 기술혁신(technological innovation) 시대를 경험하고 있다. 디지털화는 인터넷, 모바일, 스마트 장치 사용의 증가로 인해 더욱 더 가속화되고 있다. 2022년 4월 기준 전 세계 인구의 63%인 50억 명이 인터넷을 사용하고 있다.²⁾ 우리나라 인터넷 이용률은 2020년 기준 96.5%이며 이동전화 보급률은 2020년 기준 100명당 137.7회선으로 빠르게 증가하고 있다.³⁾ 초연결 사회를 가져오는 제4차 산업혁명은 또한 빅블러(big blur)라는 기존의 명확했던 경계가 무너지는 현상을 가져오고 있다.

금융산업에서도 디지털화는 빠르게 확장되는 모바일 기술, 향상된 데이터 처리 및

* 연세대학교 법학전문대학원 교수

1) 4차산업혁명위원회 보도자료, “4차산업혁명위원회 출범 및 제1차 회의 개최” (2017. 10. 11.), 1면 참조.

2) <https://www.statista.com/statistics/262966/number-of-internet-users-in-selected-countries/>

3) 국가통계포털(KOSIS).

분석 기능, 스마트 장치와 금융 서비스 플랫폼 및 애플리케이션 간의 연결성 증가를 통해 은행, 증권, 보험산업을 포함하여 모든 분야에서 금융혁신을 이끌고 있다.⁴⁾ 금융혁신은 금융상품과 금융서비스의 제조부터 판매(제공)까지 모든 영역에 영향을 미치고 있다. 즉 금융상품과 서비스의 설계, 가격결정, 광고 및 마케팅, 판매 분야와 같은 영역뿐만 아니라 금융소비자 관리나 민원처리 등에도 영향을 미친다. 또한 디지털화는 금융산업의 중심을 공급중심에서 소비자 중심으로 변화시켜 소비자가 원하는 주문형(on-demand) 금융상품 및 금융서비스가 등장하고 있다.

금융산업은 특히 빅블러가 급속히 진행되는 산업이다. 금융(finance)과 기술(technology)이 결합한 핀테크(fin-tech)와 기술 기반의 IT회사가 금융산업에 진출한 테크핀(tech-fin)의 출현으로 인해 오픈뱅킹, 로보 어드바이저, 챗봇, 마이데이터, 플랫폼 비즈니스 모델과 같은 서비스가 금융산업의 구조 변화를 선도하고 있다. 온라인 플랫폼 제공 사업을 핵심으로 하는 빅테크(big-tech)도 금융시장에 진출하기 시작하였다. 핀테크·빅테크 업체의 금융산업 진출로 인해 금융 서비스의 시장 구조가 플랫폼 기반 비즈니스 모델로 전환되어 가고 있다. 이에 대응하여 다수의 기존 금융회사도 디지털 결제, 신용보험 및 자산관리와 같은 제3자 서비스를 제공하기 위해 빅데이터 및 자동화를 더 많이 활용하여 플랫폼 모델로 전환하고 있어 공급자 중심에서 유통자 중심으로의 산업변화가 일어나고 있다.⁵⁾

금융혁신은 금융회사에게는 효율성과 수익성 향상에 도움을 주고 금융소비자에게는 보다 편리한 이용환경을 제공할 수 있다. 그러나 금융혁신으로 인한 금융산업의 변화에 아날로그 시대에 만들어진 기존 규제가 제대로 기능하지 못할 수 있다. 특히 금융혁신은 금융규제완화를 동반할 가능성이 크다. 금융혁신과 금융규제완화로 인해 발생하는 금융규제상의 이슈는 건전성 및 금융소비자 보호 등 금융규제와 관련된 모든 분야뿐만 아니라 경쟁법적 이슈와 데이터 및 개인정보 보호 등 다양한 분야가 포함된다. 이 논문에서는 금융혁신에 따른 여러 가지 금융법적 문제 중에서 영업행위규제를 통한 금융소비자보호 문제를 다루고자 한다. 제II장에서는 금융혁신에 따른 금융소비자의 편익과 위험을 분석하여 어떠한 금융소비자보호 문제가 발생할 것

4) OECD, Financial Consumer Protection Policy Approaches in the Digital Age: Protecting consumers' assets, data and privacy, 2020, p. 10.

5) Karen Croxson, Jon Frost, Leonardo Gambacorta and Tommaso Valletti, "Platform-based business models and financial inclusion", BIS Working Papers No 986, Jan. 2022, p. 18.

인지를 알아본다. 제III장에서는 금융규제관련 국제기구의 금융혁신과 관련한 논의내용 및 권고사항을 중심으로 알아본다. 제IV장에서는 우리나라 금융소비자보호 법제의 보완방향을 제시하고자 한다.

II. 금융혁신에 따른 편익과 위험

1. 금융혁신에 따른 편익

1.1. 금융소비자 후생의 증가 및 비용절감

핀테크의 강점은 다양한 금융회사의 다양한 금융상품을 비교·공시해 주는 것이다. 대표적인 것은 온라인 대출 비교 플랫폼이다. 금융위원회는 금융회사의 플랫폼 업무 활성화 및 온라인 플랫폼 금융상품 중개업 시범운용을 결정함으로써 디지털 금융혁신이 가속화될 수 있는 발판이 마련하였다.⁶⁾ 다양한 금융상품의 비교가 큰 비용을 들이지 않고 가능하다는 것은 금융소비자가 보다 저렴한 금융상품을 선택할 수 있는 기회가 제공된다는 것이다.⁷⁾

금융혁신은 고객의 구매비용을 절감할 수 있다. 예를 들어 주문형 또는 일회성 보험은 고객이 필요할 때 짧은 기간 동안만 보험을 구매하는 금융상품이다. 2019년 4월 금융위원회는 규제 샌드박스를 통해 필요할 때 적절한 보험을 필요한 만큼만 가입이 가능하도록 하는 해외여행자보험 간편가입 프로세스인 ‘스위치 보험’을 혁신금융서비스로 지정하였다.

온라인 환경은 금융상품과 서비스에 대한 소비자의 접근성을 높인다. 로보 어드바이저의 경우 소비자의 투자 목표와 위험 프로파일을 기반으로 일관되고 동일한 품질의 자문서비스를 제공 제공함으로써 투자자의 폭을 넓힐 수 있고 비용도 절감하는 효과를 가져오고 있다. 본인 신용정보 관리업(마이데이터 서비스)은 본인 정보를 일괄하여 수집·조회하는 서비스를 기초로 하여 본인 신용정보를 체계적으로 관리할 수 있도록 지원함과 동시에 금융상품 자문이나 자산관리 서비스 등 다양한 부수적

6) 금융위원회, “소비자의 편리한 디지털 금융생활을 위한 플랫폼 금융서비스 활성화 방안”(2022.8.)과 금융위원회, “온라인 예금상품 중개업 시범운영 방안”(2022.8.) 참조.

7) IOSCO, “IOSCO Research Report on Financial Technologies (Fintech)”, Feb. 2017, p. 7.

인 서비스를 제공하여 소비자 접근성을 높이고 있다.

1.2. 금융포용(financial inclusion)

금융혁신은 금융소비자가 금융상품과 금융서비스에 접근할 수 있는 기회를 보다 더 많이 제공함으로써 취약계층의 금융접근성을 높이는 금융포용이 가능하도록 한다. 금융회사는 비용과 위험으로 인해 금융서비스 제공의 한계를 가진다. 금융회사는 금융상품 및 서비스를 제공하기 위하여 고정비용(예: 지점 네트워크, IT 시스템 구축)이 발생하므로 규모의 경제를 이룰 수 없는 농촌과 같은 소규모 시장에는 금융서비스를 제공하기 어렵다. 대출의 경우 신용위험은 금융회사의 비용과 손실을 증가시켜 금융회사의 효율성을 제약하고 위험한 고객에 대한 금융서비스 제공을 제약하게 된다. 금융혁신은 고정비용을 줄이고 보다 효과적인 위험관리를 할 수 있도록 함으로써 금융포용을 확대하는데 도움을 주고 있다.⁸⁾ 예를 들어 온라인 플랫폼 기반 서비스 모델은 지점 네트워크 고정비용을 줄이면서 원격으로 금융서비스를 제공하여 지급결제, 대출, 저축, 보험과 같은 금융서비스를 제공하는데 도움을 준다. 금융혁신을 통한 신용도 측정의 발전은 기존에 신용 접근성이 낮았던 신생 기업 등에게 신용 접근성을 확대하는 역할을 담당한다.

1.3. 금융경쟁의 제고

금융상품과 금융서비스를 제공자(제조)와 판매자(유통)로 구분할 수 있다. 금융혁신으로 인해 새로운 금융상품의 출현으로 인해 금융상품 제공자의 범위가 넓어지고 있다. 특히 새로운 애플리케이션의 출현과 같은 디지털 환경의 변화는 핀테크 또는 빅테크 기업이 기존 금융회사와 파트너십을 통해 또는 기존 금융회사와 경쟁하면서 혁신상품 및 서비스를 제공하고 있다. 예를 들어 핀테크 업체가 간편송금서비스를 제공하였고 이에 대응하여 은행은 모바일뱅킹 앱을 보다 사용하기 편리하게 개편하였다. 그리고 핀테크를 통해 금융상품의 내용과 비용 등이 비교됨으로써 금융상품 제공자 간의 경쟁이 활발해졌다.

⁸⁾ Thorsten Beck, “Fintech and financial inclusion: Opportunities and pitfalls”, ADBI Working Paper Series, No. 1165, July 2020, pp. 2-5.

1.4. 금융회사 비용절감

금융회사가 소셜 미디어와 같은 온라인 채널을 사용하는 경우 마케팅 비용을 줄일 수 있다. 잠재 고객의 사전 온라인 활동 및 관심사를 기반으로 하여 대상 고객을 세분화·개인화하여 해당 잠재 고객에게 개별적으로 금융상품 또는 서비스 광고를 하는 온라인 타겟팅이나 알고리즘을 기반으로 회사의 타겟 고객과 관련된 웹사이트 또는 소셜 미디어 플랫폼에 자동으로 광고를 게시하는 프로그래매틱 광고 등은 금융회사의 마케팅 비용을 절감할 수 있는 방법 중의 하나이다.⁹⁾ 보험회사의 경우 빅데이터와 블록체인을 이용한 사기탐지 기술이 발전하고 있으며 스마트 기기를 통한 청구의 접수, 자동평가, 최적화된 보험금지급, 인건비 절감 등 보험회사의 비용절감이 이루어지고 있다.¹⁰⁾

2. 금융혁신에 따른 위험

2.1. 규제사각지대의 발생

첫째의 예는 자본시장에서 자기주도거래(self-directed trading)에서 발생하는 규제 사각지대의 문제점이다. 전자상거래의 폭넓은 수용과 실시간 송금과 같은 온라인 지불 기술의 발전은 스마트폰을 통해 제공되는 플랫폼을 포함하여 온라인 거래 플랫폼에 더 쉽게 액세스할 수 있게 되어 자기주도거래가 증가하게 되었다. 이러한 추세로 인해 경험이 없는 투자자가 더 많이 거래하고 허용 범위를 벗어나 재정 능력을 초과하는 위험을 감수하게 될 수 있다.¹¹⁾ 특히 경험이 없는 투자자가 경험이 풍부한 트레이더를 모방하여 투자자가 이해할 수 없는 제품이나 시장에 투자를 하도록 하는 카피 트레이딩(copy trading)은 관련 규제가 없기 때문에 투자자 보호 관점에서 규제 사각지대가 된다.

둘째의 예는 국경간 거래에서 찾아 볼 수 있다. 금융 기술혁신은 금융소비자가 금

⁹⁾ IOSCO, “Report on Retail Distribution and Digitalisation”, Consultant Report, CR02/2022, Jan. 2022, pp. 6-7.

¹⁰⁾ IAIS, “Issues Paper on Increasing Digitalisation in Insurance and its Potential Impact on Consumer Outcomes”, Nov. 2018, p. 7.

¹¹⁾ IOSCO, Retail Market Conduct Task Force : Consultation Report, CR03/22, Mar. 2022, pp. 16-17.

음시장에 참여하는 방식뿐만 아니라 금융시장 구조를 근본적으로 변화시키고 있다. 금융소비자의 디지털 거래 플랫폼 이용은 점차 크게 증가하고 있다. 디지털 거래 플랫폼은 국경 간 거래 참여도 쉽게 하는 장점이 있는 반면에 해당 금융서비스가 국경을 초월한 특성으로 인해 일부 관할권에서 서비스가 적절하게 규제감독 되지 않을 가능성이 높게 된다.¹²⁾

2.2. 소비자 권리 침해 가능성 증가

금융의 디지털화는 금융회사가 저렴하고 효율적인 마케팅을 할 수 있고 소비자의 검색비용 감소와 금융상품 및 서비스에 대한 접근성이 증가하는 반면에 금융회사가 소비자가 원하지 아니하는 온라인 제안이나 부적합한 상품을 추천하는 온라인 마케팅 가능성이 높아진다.¹³⁾

금융 플랫폼 중심의 금융상품 판매와 금융서비스 제공은 거래중심의 연계 서비스 형태로 외부 비금융기관이 금융상품 판매와 금융서비스를 제공하는데 참여하는 형태가 되어 금융소비자에게 손해가 생기는 경우 책임분담의 불확실성이 증대하게 된다.¹⁴⁾ 예를 들어 마켓플레이스인 금융 플랫폼을 통한 대출상품의 판매는 대출을 하는 금융회사가 직접 전체 판매과정에 관여하지 않기 때문에 대출상품 판매에 따른 소비자에 대한 책임은 플랫폼 운영기관(예: 빅테크)과 대출기관 간의 계약에 따라 이루어지게 되어 금융소비자 보호 문제를 초래하게 된다.¹⁵⁾

새로운 유형의 금융사기가 발생하고 금융사기 사건이 증가하고 있다. 금융혁신으로 인한 금융거래는 온라인 또는 모바일을 통해 많이 이루어지고 있다. 온라인 환경은 소비자의 접근성을 확대하는 이점이 있는 반면에 비대면 거래에서 점점 크게 문제되는 것은 피싱과 같은 사기가 빈번해지고 있으며 새로운 형태의 금융소비자를 기망하는 방법이 출현하는 것이다. 소셜 미디어는 금융지식을 포함하여 정보에 대한 접근 및 보급 개선과 같은 특정 이점을 투자자에게 제공할 수 있지만 시장 조작 및 부적절한 투자와 관련된 잠재적 위험도 내포하고 있기 때문에 가장 취약한 사회 구

¹²⁾ Ibid., p. 10.

¹³⁾ IOSCO, “Report on Retail Distribution and Digitalisation”, p. 6.

¹⁴⁾ 구본성, BigTech의 금융서비스 확대에 따른 주요이슈와 정책적 논의, KIF 금융분석리포트 2021-02(2021.2.), 1-2면.

¹⁵⁾ 위 보고서, 12면.

성원을 표적으로 하여 사기를 조장하는데 더욱 더 정교한 방법으로 소셜 미디어나 온라인 플랫폼이 이용되고 있다. 특히 젊은 투자자는 소셜 미디어 활동을 면밀히 모니터링하고 투자 팁을 공유하며 소셜 미디어를 비롯한 다양한 출처에서 정보를 찾고 있어서 그들의 투자 결정은 시장에 대한 전통적인 지식과 전문 지식보다는 소셜 미디어와 친구와 가족이 투자하는 것에 더 쉽게 영향을 받는다고 보고되었다.¹⁶⁾ 허술한 본인 확인 시스템을 악용한 금융사기도 발생하고 있다. 금융회사의 비대면 실명 인증 시스템의 허점을 이용하여 신분증 사본을 가지고 대포폰·대포통장을 개설한 뒤 대출사기를 하는 경우가 해당된다.¹⁷⁾

금융소비자에게 익숙하지 않은 새로운 상품의 경우 소비자 피해가 발생하기도 한다. 예를 들면 고객이 필요할 때 모바일 등을 통하여 짧은 기간만 보험을 구매하는 주문형 보험은 고객이 필요에 따라 보험가입을 활성화하거나 비활성화(보험해지)하도록 알릴 필요가 있다. 고객이 보험가입을 활성화하지 않으면 보호를 받지 못하는 결과를 가져오게 되고, 보험이 가입된 상태에서 비활성화하지 않았다면 필요하지 아니한 보험상품을 구매한 결과가 된다. 또한 고객이 보험사고가 발생한 후에 보험가입을 활성화하는 사기 가능성이 있게 된다.¹⁸⁾

2.3. 기술기반 위험의 확대

금융혁신에는 모델 리스크가 존재한다. 금융혁신은 알고리즘 사용의 증가로 이어지고 있는데 잘못 설계된 알고리즘 또는 잘못된 데이터 입력이나 처리의 오류, 알고리즘에 대한 조작이나 해킹이 발생하는 경우 등으로 인해 AI 시스템이 다양한 문제점을 발생시킬 수 있다. 예를 들면 예상하지 못한 결과값을 이용하여 금융소비자에 대한 차별 등 공정하지 못한 결과를 가져올 수 있다.¹⁹⁾

금융회사 정보유출 사고와 해킹과 같은 전자적 침해사고를 통해 금융서비스의 안전성을 침해하는 경우가 점차 늘어나고 있다.²⁰⁾ 2021년 한국은행의 조사에 따르면

16) IOSCO, Retail Market Conduct Task Force : Consultation Report, pp. 19-21.

17) 연합뉴스, “나도 모르는 새 수천만원 대출” 허술한 비대면 금융거래 (2022. 8. 4.), <https://www.yna.co.kr/view/AKR20220804107600505?section=theme-list/ok-jebo&site=okjebo>.

18) IAIS, “Issues Paper on the Use of Big Data Analytics in Insurance”, Feb. 2020, p. 16.

19) See, Artificial Intelligence Public-Private Forum, “Final Report”, Feb. 2022.

20) 최근 개인(신용)정보 유출사고는 증권회사의 슈퍼앱을 통한 개인정보 유출과 카드회사 앱에 접속하여 개인정보를 유출한 사건이 있다.

최근 1년 이내에 지급수단의 분실, 도난 및 위변조, 보이스피싱등의 사고, 개인정보 유출 및 부당이용 시도를 경험했다는 응답은 10.0%로 2019년(7.3%)에 비해 2.7%p 상승하였다.²¹⁾

2.4. 금융소외(financial exclusion) 가능성

금융혁신을 통한 비대면 금융서비스 제공이 점점 늘어나고 있다. 금융권은 이에 따라 점포를 축소하고 있다. 금융점포 축소는 금융권 일자리가 줄어든다는 문제점과 함께 컴퓨터와 모바일 환경에 익숙하지 아니한 사람에 대한 금융서비스 제공의 차별이 발생한다는 문제점이 발생한다. 모바일뱅킹을 포함한 온라인뱅킹 등 비대면거래 확대에 의해 은행 점포의 감소 추세가 지속되고 있다. 예를 들면 2021년 말 현재 국내은행의 점포수는 총 6,094개로 전년말(6,405개) 대비 311개 감소하였다.²²⁾ 2022년 6월 기준 전국 226개 기초자치단체 중 4대 시중은행(KB국민, 신한, 하나, 우리은행) 점포가 한 곳도 없는 기초자치단체는 47곳이다.²³⁾ 보험회사 점포의 경우, 상품개발과 판매조직을 분리하는 흐름 속에서 보험회사가 판매조직을 자회사화 하였고 보험대리점(GA)이 이를 대신한 영향이 컸다. 손해보험의 경우는 보험설계사와 영업점을 통하지 않는 비대면 직접가입 보험(다이렉트 보험)이 증가하면서 점포가 줄어들었다.²⁴⁾ 이러한 추세에 비하여 한국은행의 2021년 금융서비스 이용행태 조사에 따르면 70대 이상의 경우 모바일 서비스 이용 경험비율이 15.4% 뿐이었다.²⁵⁾

금융혁신의 이점으로 금융포용이 가능하나 반대로 데이터 프로파일링(data profiling)을 통해 고객성향을 분석하여 일정한 고객에게 금융서비스를 제공하지 아니하는 금융배제(고객의 차별화)가 가능하게 되었다. 보험의 경우 디지털화는 보험 계약자에 대한 데이터 수집이 광범위하고 자세히 이루어질 수 있고 위험분류를 보다 세분화 할 수 있으나 특정 보험상품의 경제성과 관련된 문제로 이어지고 나아가 배제로 이어질 수 있는 문제가 발생할 수 있다.²⁶⁾

21) 송상현 외 (한국은행 금융결제국 결제연구팀·전자금융조사팀), 2021년 지급수단 및 모바일금융 서비스 이용행태 조사결과 (2022. 5.).

22) 금융감독원 보도자료, “21년 국내은행 점포 운영현황” (2022. 3. 31.).

23) 경향신문, “4대 은행 지점 없는 ‘금융오지’ 전국 47곳” (2022. 9. 20.), 18면.

24) 내일신문, “금융회사 점포 1년간 1037곳 사라져” (2022. 9. 20.), 1면.

25) 송상현 외, 위의 보고서.

26) IAIS, “Issues Paper on Increasing Digitalisation in Insurance and its Potential Impact on

Ⅲ. 금융소비자보호의 국제적 동향

1. OECD 금융소비자 보호 기본원칙

OECD는 2011년 10월 G20 금융소비자 보호 기본원칙(High-Level Principles on Financial Consumer Protection, FCP Principles)을 발표하였다. 금융소비자 보호 기본원칙은 다음 10개 원칙으로 이루어졌다.

1. 법령, 규제, 감독 체계 마련
2. 감독기관의 역할
3. 금융소비자에 대한 공평하고 공정한 대우
4. 공시와 투명성
5. 금융교육과 인식 제고
6. 금융서비스 제공자와 인가 대리·중개업자의 책임 있는 영업행위
7. 사기 및 악용으로부터의 소비자 자산 보호
8. 소비자 데이터 및 개인정보 보호
9. 소비자 불만 처리 및 구제 절차 접근성
10. 경쟁 환경 조성

OECD 금융소비자 보호 기본원칙은 G20 국가 및 기타 관심 국가가 금융소비자 보호를 강화하도록 지원하기 위해 고안되었다. 무엇보다 기본원칙은 복잡한 구조의 금융상품의 증가와 매우 빠른 기술발전에 따른 위험에 대한 금융소비자 보호를 목적으로 한다. 기본원칙은 기존의 국제 원칙과 지침을 보완하는 것으로 이들을 대체하지는 않는다. 특히 BCBS, IAIS 및 IOSCO와 같은 표준 설정 기관에서 다루는 부문별 문제를 다루지 않는다. 그리고 원칙은 비구속적(non-binding) 성격을 가진다.²⁷⁾

금융소비자 보호 기본 원칙 중 금융혁신과 관련이 깊은 내용으로 ① 금융규제는 새로운 금융상품, 금융상품 구조설계, 기술, 모바일·전자적·비대면 금융상품 판매에서의 판매구조에 적합하여야 한다(원칙 1). ② 모든 금융소비자는 금융서비스 제공

Consumer Outcomes”, Nov. 2018, p. 8.

²⁷⁾ OECD, G20 High-Level Principles on Financial Consumer Protection, 2011. 10, p. 3.

자와의 관계에서 모든 단계에서 공평하고 정직하며 공정하게 대우받아야 하며, 취약 계층의 필요에 특별한 주의를 기울이도록 한다(원칙 3). ③ 관련 정보, 통제 및 보호 메커니즘은 사기, 남용 또는 기타 오용을 포함하여 소비자의 예금 및 기타 유사한 금융 자산을 적절하고 확실하게 보호해야 한다(원칙 7). ④ 금융소비자의 금융정보 및 개인정보는 적절한 통제와 보호 메커니즘을 통해 보호되어야 한다. 이러한 메커니즘은 데이터가 수집, 처리, 보유, 사용 및 (특히 제3자에게) 공개될 수 있는 목적을 정의해야 한다. 이 메커니즘은 데이터 공유에 대한 정보를 얻고, 데이터에 액세스하고, 부정확하거나 불법적으로 수집 또는 처리된 데이터의 즉각적인 수정이나 삭제를 할 수 있는 권리를 인정해야 한다(원칙 8).

OECD는 2020년 디지털 환경에서 금융소비자 보호 기본원칙의 이행을 지원하기 위한 정책지침(Policy Guidance Note)을 발표하였다. 이 정책지침은 특히 원칙 7과 원칙 8과 관련하여 금융소비자의 자산, 데이터, 개인정보 보호를 위한 정책 입안자와 감독기관에게 제시하는 지침으로 구속력은 없다.

정책 입안자와 감독기관의 원칙 7(사기 및 악용으로부터의 소비자 자산 보호) 이행을 위한 주요 접근방법으로는 ① 기술적 능력과 자원 및 감독 도구를 보유하고 있는지 확인할 것, ② 업계와 다른 규제감독 당국과 협력할 것, ③ 시장의 발전과 주요 디지털 보안 위협에 대한 인식을 보장하기 위해 지속적인 모니터링을 수행할 것, ④ 금융소비자를 대상으로 하는 사기행위를 감지하고 퇴치하기 위한 기술혁신의 역할을 모색할 것, ⑤ 사기 또는 승인되지 않은 거래에 대한 금융소비자의 책임 제한 제도가 모바일이나 온라인과 같은 새로운 유형의 거래에도 적용되도록 조치할 것 등이 제시되었다.

정책 입안자와 감독기관의 원칙 8(소비자 데이터 및 개인 정보 보호) 이행을 위한 주요 접근방법으로는 ① 정보의 수집 및 사용 관행을 투명하게 만들고 소비자가 자신의 데이터에 대한 결정을 적시에 내릴 수 있도록 할 것, ② 정보보호 당국과 협력하고 정보공유를 할 것, ③ 개인정보 보호 및 데이터 보안 문제는 금융혁신의 장벽이 되어서 안 되며, 금융소비자가 핀테크 회사를 포함한 승인된 제3자와 금융거래정보를 공유할 수 있도록 금융서비스 제공 업체와 협의할 것, ④ 개인화된 금융상품 및 금융서비스 제공을 개발하기 위해 금융서비스 제공자의 데이터 사용을 모니터링 할 것, 그러나 금융상품 및 금융서비스 제공의 개인화가 불법적인 차별이나 금융배제의 위험을 일으키지 않도록 모니터링 할 것, ⑤ 금융서비스 제공자가 디지털 기능

(예: AI, 알고리즘, 머신러닝) 사용과 관련된 강력하고 투명한 거버넌스, 책임성, 위험 관리 및 제어 시스템을 갖추도록 할 것, ⑥ 신용평가와 같은 자동화된 의사결정 모델을 사용하는 금융서비스 제공자가 자동 거부와 같은 무책임하거나 부적절한 결과를 완화하는 조치를 취하도록 할 것, ⑦ 금융서비스 제공자가 금융상품 또는 시스템 설계에 개인정보 보호 기능을 포함하도록 하고(privacy by design) 최소한의 개인정보만을 최소기간만 수집·저장하도록 할 것 등이 제시되었다.

2. 국제보험감독자협회의 보험핵심원칙

2.1. 영업행위 관련 보험핵심원칙의 개관과 특징

국제보험감독자협회(International Association of Insurance Supervisors, IAIS)²⁸⁾는 보험감독에 관한 통일된 국제기준인 보험핵심원칙(Insurance Core Principles, ICP)을 2019년 전면 개정하였다.²⁹⁾ 기술혁신과 관련하여 IAIS는 감독당국이 감독체계가 보험계약자를 보호하면서 기술과 혁신으로부터 소비자 편익을 촉진할 수 있도록 소비자 결과(consumer outcome)를 주의 깊게 모니터링 할 것을 권고하였다.³⁰⁾ 이러한 권고는 2019년 보험핵심원칙 개정 내용에 반영되었다.

2019년 영업행위 관련 보험핵심원칙의 특징은 다음과 같다. 첫째, 영업행위 원칙(ICP 19)의 적용대상자가 보험회사뿐만 아니라 모집중사자(intermediaries)를 포함함을 명확히 했다. 둘째, 영업행위에 대한 요건의 역할로 보험계약자³¹⁾의 보호뿐만 아니라 ‘공정한 소비자 결과의 촉진’(promotion of fair consumer outcomes)을 추가하였다.³²⁾ 셋째, 공정한 고객 대우의 의미를 명확히 하였다.³³⁾ 넷째, 기존의 ‘인터넷

28) IAIS는 보험감독자 협력증진, 보험감독 및 규정의 국제적 기준 제정, 회원의 연수제공 등을 목표로 1994년 설립된 기구이다. 우리나라는 금융위원회와 금융감독원이 1994년 정회원으로 가입하였다.

29) 보험핵심원칙은 ① 보험계약자 보호 및 보험시장이 공정성·안전성·안정성 유지 촉진, 금융안정성 기여를 위해 존재해야 하는 필수적 요소인 원칙(principle), ② 원칙을 이행하기 위해 필수적으로 준수해야 하는 주요 사항인 기준(standard), ③ 원칙 및 기준에 부연된 내용을 기술하여 원칙과 기준에 대한 이해 및 적용을 용이하게 하는 지침(guidance) 3단 체계로 구성되어 있다. IAIS, ICP 서문 및 평가방법론.

30) IAIS, “Issues Paper on Increasing Digitalisation in Insurance and its Potential Impact on Consumer Outcomes”, p. 8.

31) 보험핵심원칙에서는 보험계약자는 보험증권을 보유한 자를 의미하는 것이 원칙이나 경우에 따라 해당 보험계약에 적합한 이해관계가 있는 여타 수익자나 청구인을 포함한다.

판매 관련 설명'의 내용을 '인터넷 등 온라인 판매 관련 설명'으로 개정하면서 비대면 판매에 대한 소비자 보호 내용을 보완하였다.³⁴⁾ 보험핵심원칙은 규정중심(rule-based approach)의 방식을 취하지 아니하고 있기 때문에 금융혁신에 관한 구체적이고 특정된 내용을 많이 포함하고 있지는 않다.

2.2. 영업행위 관련 보험핵심원칙의 주요 내용

보험핵심원칙은 보험계약자 등을 보호하기 위해 다음과 같은 원칙을 두고 있다.

ICP 19 (영업행위)

감독당국은 보험계약의 체결 이전부터 계약상 모든 의무의 이행이 완료될 때까지 보험사 및 모집종사자가 영업행위를 함에 있어 고객을 공정하게 대우하도록 의무화해야 한다.

이러한 기본원칙을 구현하기 위하여 ① 총칙에 해당하는 부분, ② 공정한 고객 대우, ③ 상품개발 및 계약체결 이전 단계, ④ 보험계약 이행, ⑤ 공정한 고객 대우를 위한 정보로 구분하여 핵심원칙을 정하고 있다.

2.2.1. 공정한 고객 대우의 의미

공정한 고객 대우란 다음과 같은 결과를 달성하는 것을 의미한다.³⁵⁾

- 고객의 이익과 수요를 적절하게 고려하는 방식으로 상품을 개발·마케팅·판매
- 판매시점 전후 및 판매시점에 정확하고 분명하며 오해를 야기하지 않는 정보를 고객에게 제공
- 고객의 이익과 니즈에 적절하지 않은 판매의 리스크를 최소화
- 고객에게 항상 양질의 자문을 제공

³²⁾ IAIS, ICP 19.0.1.

³³⁾ IAIS, ICP 19.0.2.

³⁴⁾ IAIS, ICP 19.7.19~19.7.23.

³⁵⁾ IAIS, ICP 19.0.2.

- 고객의 보험금 청구 및 민원·분쟁에 적시에 공정하게 대응
- 고객의 개인정보를 보호

공정한 소비자 결과는 BDA(빅데이터 분석) 사용을 포함하여 보험회사가 어떠한 신기술 또는 그 밖의 혁신을 채택하였는지와 상관없이 달성되어야 한다.³⁶⁾

2.2.2. 공정한 고객 대우를 위한 기준

공정한 고객 대우를 위한 기준은 다음과 같다.

- 감독당국은 보험사 및 모집종사자가 고객을 대할 때 적절한 업무능력을 갖추고 적절한 주의(due care and diligence)를 기울이도록 의무화해야 한다.
- 감독당국은 보험사 및 모집종사자가 기업문화의 핵심 요소로 공정한 고객 대우에 관한 정책·절차를 마련하고 이행하도록 의무화해야 한다.
- 감독당국은 보험사 및 모집종사자가 모든 잠재적 이행상충을 방지하거나 적정하게 관리하도록 의무화해야 한다.
- 감독당국은 보험사 및 모집종사자가 상호간의 업무관계에 있어서 공정한 고객 대우를 위한 제도를 마련하도록 의무화해야 한다.

2.2.3. 상품 개발 및 계약체결 이전 단계

감독당국은 상품 개발 및 계약체결 이전의 단계에서 다음 사항을 의무화해야 한다.

- 감독당국은 보험사가 보험상품을 개발·모집할 때 소비자 유형에 따라 각기 상이한 소비자의 이익을 고려하도록 의무화해야 한다.
- 감독당국은 보험사 및 모집종사자가 분명하고 공정하며 오해를 야기하지 않는 방식으로 보험상품·서비스를 광고하도록 의무화해야 한다.
- 감독당국은 보험사 및 모집종사자가 분명하고 적정한 계약전 정보 및 계약상 정보를 소비자에게 적시에 제공하도록 의무화해야 한다.

³⁶⁾ IAIS, “Issues Paper on the Use of Big Data Analytics in Insurance”, Feb. 2020, p. 31.

- 고객이 보험계약 체결 전에 자문을 제공받는 경우, 감독당국은 보험사 및 모집종사자가 해당 고객의 상황을 고려하여 자문을 제공하도록 의무화해야 한다.

보험핵심원칙은 정보의 제공과 관련하여 ‘인터넷 등 온라인 판매 관련 설명’을 명시적으로 규정하고 있다.³⁷⁾ 그 내용은 아래와 같다.

- 보험사 및 모집종사자가 인터넷, 핸드폰 등 온라인 채널을 통해 모집하고 판매하는 사례가 증가하고 있다.
- 소비자가 보험사 및 모집종사자의 소재지, 실체, 인허가 승인기관, 인허가 국가 등을 파악하기 어려워질 가능성이 있다. 특히 다수의 보험사나 모집종사자가 모집과정에 개입하는 경우 더욱 그러하다.
- 온라인 채널을 통해 보험업을 영위할 때, 보험사 및 모집종사자는 온라인 채널의 특성을 감안해야 하며, 또한 고객이 적시에 분명하고 적절한 정보를 제공받아 보험계약의 조건을 이해할 수 있도록 적절한 수단을 활용해야 한다.
- 감독당국은 온라인 채널을 통해 보험상품을 모집하는 보험사 및 모집종사자가 관련 정보 및 연락처 등을 공시(예 : 홈페이지에 게시)하도록 의무화해야 하며, 해당 사항은 아래와 같다.
 - 보험사 본사의 주소 및 소관 감독당국의 연락처
 - 보험사나 지점, 모집종사자의 연락처 및 해당 보험업에 대한 감독당국(위와 상이할 경우)의 연락처
 - 보험사 및 모집종사자가 보험업을 영위할 수 있도록 법적으로 허용된 국가
 - 보험금 청구 및 보상절차
 - 분쟁조정 그리고/또는 소비자 민원 관련 당국 및 기관의 연락처
- 감독당국은 非온라인 채널을 통한 보험모집의 경우와 동등한 수준으로 온라인 채널을 통한 보험모집에서도 고객을 보호할 수 있도록 투명성 및 설명의무 관련 요건을 적용해야 한다.

³⁷⁾ IAIS, ICP 19.7.19~19.7.23.

2.2.4. 보험계약의 이행

보험계약 이행과 관련하여 감독당국이 다음 사항을 의무화 하도록 한다.

- 감독당국은 보험사를 대상으로 아래와 같은 사항을 의무화한다.
 - 보험계약상 모든 의무의 이행이 완료될 때까지 보험계약을 적절하게 이행
 - 계약기간중 모든 계약상 변경사항에 대해 보험계약자에게 고지
 - 보험상품의 종류에 따라 여타 추가적인 관련 정보를 보험계약자에게 고지
- 감독당국은 보험사가 보험금 청구를 적시에 공정하고 투명한 방식으로 처리하도록 의무화해야 한다.
- 감독당국은 보험사 및 모집중사자가 소비자 민원을 적시에 공정하게 처리하도록 의무화해야 한다.
- 감독당국은 보험사 및 모집중사자가 고객정보 보호·이용에 대한 정책·절차를 마련하도록 의무화해야 한다.

2.2.5. 공정한 고객 대우를 위한 정보

- 감독당국은 공정한 고객 대우를 증진하는 정보를 공표해야 한다.

3. 국제증권감독기구

3.1. 인공지능 및 머신러닝 관련 권고

국제증권감독기구(International Organization of Securities Commissions, IOSCO)³⁸⁾는 2019년 “복잡한 금융상품 판매에 관한 적합성 요건에 대한 최종 검토 보고서”를 발간하였다.³⁹⁾⁴⁰⁾ 이 보고서는 2013년 IOSCO의 복잡한 금융상품의 판매에 관한 적

38) IOSCO는 효율적 시장규제방안, 국제증권거래에 관한 감독 및 기준설정 등 공통 관심사에 대한 논의 등을 통한 각국 증권감독자 협력증진을 목적으로 1983년 설립되었다. 우리나라는 금융위원회와 금융감독원이 1984년 정회원으로 가입하였다.

39) IOSCO, “Thematic Review on Suitability Requirements with respect to the Distribution of Complex Financial Products : Final Report, FR12/2019, Sep. 2019.

40) “복잡한 금융상품”(complex financial products)이란 보다 전통적이거나 전형적인 투자 상품과는 달리 복잡한 구조로 인해 일반 금융소비자가 그 특성과 위험을 이해하기 어렵고 특히 유통시장이 매우 제한적이거나 전혀 없을 때에 특정 기술과 시스템이 필요하여 평가가 매우 어려운 상품을 말한다. Ibid., p. 3.

합성 요건 보고서(Suitability Requirements with Respect to the Distribution of Complex Financial Products)에 명시된 9가지 원칙의 IOSCO 회원의 이행 여부에 대한 검토이다.⁴¹⁾ 핀테크의 경우 2013년 보고서와 그에 따른 원칙에 명시적으로 포함되지는 않았으나 이 후 핀테크의 발전, 특히 로보 어드바이저와 같은 디지털 자문과 온라인 플랫폼의 발전에 따라 적합성 원칙과 관련한 새로운 이슈가 출현하게 되었다.

IOSCO는 증권업과 관련하여 기술발전에 따른 이슈를 파악하여 지속적으로 권고안을 마련하였다. 2011년에는 기술발전에 따른 시장의 무결성 및 효율성 보고서를 작성하였으며 여기에서는 고빈도 거래에 대한 규제원칙 및 권고사항을 정리하였다. 2013년 보고서는 효과적인 시장감시를 위한 기술적 문제점을 다루었다. 이에 이어 IOSCO는 2021년 AI(인공지능) 및 ML(머신러닝) 관련 권고를 한다. AI 및 ML은 데이터 가용성과 컴퓨팅 성능의 결합으로 인해 자본시장 관련 금융서비스에서 점점 더 많이 사용되고 있다. 그에 따라 시장중개자와 자산관리자가 AI 및 ML을 사용하여 자문 및 지원 서비스, 위험 관리, 고객 식별 및 모니터링, 거래 알고리즘 선택 및 포트폴리오 관리를 지원할 수 있으며 이는 위험 프로필도 변경함으로써 기업의 비즈니스 모델이 변경되고 있다.⁴²⁾ 이에 따라 IOSCO는 시장 중개자와 자산관리자가 AI와 ML의 사용으로 인해 잠재적으로 금융 시장의 효율성에 영향을 미치고 소비자에게 피해를 줄 수 있는 특정 위험을 생성하거나 증폭할 수 있다고 판단하고 이들을 감독하는데 필요한 다음과 같은 6개 부분의 잠재적 위험에 대한 지침을 권고하였다.⁴³⁾

3.1.1. 거버넌스 및 감독

규제기관은 AI 및 ML의 개발, 테스트, 배치, 모니터링 및 통제를 감독할 책임이 있는 고위 경영진을 기업이 지정하도록 요구하는 것을 고려해야 한다. 여기에는 명확한 책임 범위와 함께 문서화 된 내부 거버넌스 프레임워크가 포함된다. 고위 경영진은 초기 배치 및 기술의 실질적인 업데이트를 승인할 관련 기술 및 지식을 갖춘

41) 우리나라는 9개 원칙 중에서 완전 일관성 1개(원칙 1), 대체로 일관성 6개(원칙 1, 2, 3, 5, 7, 8), 부분적 일관성 2개(원칙 6, 9)로 평가받았다.

42) IOSCO, The use of artificial intelligence and machine learning by market intermediaries and asset managers : Final Report, FR06/2021, Sep. 2021, p. 1.

43) Ibid.

적절한 고위직 개인(또는 개인 그룹)을 지정해야 한다.

3.1.2. 알고리즘 개발, 테스트 및 지속적인 모니터링

규제기관은 기업이 지속적으로 AI 및 ML 기술의 결과를 검증하기 위해 알고리즘을 적절하게 테스트하고 모니터링 하도록 요구해야 한다. AI 및 ML이 ① 스트레스를 받거나 받지 않은 시장 상황에서 예상대로 행동하는지와 ② 규제 의무를 준수하는 방식으로 운영되는지를 확인하기 위해 배포 전에 실제 환경과 분리된 환경에서 테스트를 수행해야 한다.

3.1.3. 데이터 품질 및 편향

규제기관은 기업이 사용하는 AI 및 ML에 대한 통제를 개발, 테스트, 배치, 모니터링 및 감독할 수 있는 충분한 기량, 전문성 및 경험을 갖출 것을 기업에 요구해야 한다. 규정 준수 및 위험 관리 기능은 생성된 알고리즘을 이해하고 문제점을 지적할 수 있어야 하며 현재의 지식, 전문성 및 경험 수준을 포함하여 제3자 제공자에 대한 실사를 수행할 수 있어야 한다.

3.1.4. 투명성 및 설명 가능성

규제기관은 기업이 성과 모니터링 및 상시감시 활동을 포함하여 제3자 공급자와의 관계를 관리하고 의존도를 이해하도록 요구해야 한다. 적절한 책임을 보장하기 위해 기업은 아웃소싱 기능의 범위와 서비스 제공자의 책임을 명시하는 명확한 서비스 수준 계약을 체결해야 한다. 이 계약은 명확한 성과 지표를 포함해야 하며 또한 저조한 성과에 대한 권리와 구제책을 명확히 정해야 한다.

3.1.5. 아웃소싱

규제기관은 다음을 포함하여 AI 및 ML 이용에 관해 기업이 공개하여야 하는 수준을 고려해야 한다. 여기에 ① 규제기관은 고객 결과에 영향을 미치는 AI 및 ML 사용과 관련하여 기업이 고객에게 의미 있는 정보를 공개하도록 요구하는 것을 고려해야 하며, ② 규제기관은 기업을 적절히 감독하기 위하여 AI 및 ML을 사용하는 기업에게 어떤 유형의 정보를 요구할 것인가를 고려하여야 한다.

3.1.6. 윤리적 문제.

규제기관은 AI 및 ML이 의존하는 데이터가 편향을 방지할 수 있을 충분한 품질을 가지고 데이터가 AI 및 ML가 근거 있는 결정을 하도록 충분히 광범위한지 확인하기 위한 적절한 통제를 기업에 요구하는 것을 고려해야 한다.

3.2. 소매 판매와 디지털화

IOSCO는 2022년 1월 소셜 미디어를 포함한 온라인 마케팅 및 국경을 넘는(cross-border) 마케팅과 유통 그리고 디지털을 이용한 제공에 따른 개인(일반) 투자자(retail investor) 피해의 위험을 완화하기 위한 정책, 조치 및 지침을 제안하는 ‘소매 판매와 디지털화에 대한 자문보고서’를 발표하였다.⁴⁴⁾ 자문보고서는 관련 정책으로 7가지 방안을 제안하였으며 규제당국의 집행조치를 위한 5가지 방안을 제시하였다.

3.2.1. 정책관련 원칙

3.2.1.1. 온라인 마케팅 및 판매에 대한 회사 수준의 규칙

IOSCO 회원은 금융회사가 온라인 마케팅 및 판매를 위한 적절한 내부 규칙, 정책, 프로세스 및 도구를 갖추도록 요구하는 것을 고려하고 해당 사항을 정기적으로 검토해야 한다. 여기에는 금융소비자를 공정하게 대우하고 잠재적인 금융소비자 피해를 피하는 것을 목표로 하는 방식으로 기업이 표적화, 행동 기술 및 게임화 요소를 사용하는 것이 포함되어야 한다.

3.2.1.2. 온라인 온보딩(onboarding)⁴⁵⁾에 대한 확고한 수준의 규칙

IOSCO 회원은 금융회사가 회사, 금융소비자, 제품 또는 서비스가 마케팅되고 판매되는 곳의 각 관할 법률 및 규정에 따라 금융소비자 온보딩을 위한 적절한 필터링 메커니즘, 정책 및 절차를 적용하도록 요구하는 것을 고려해야 한다. 온보딩 과정에서 제공되는 정보는 명확하고 공정하며 오인 가능성이 없어야 한다.

⁴⁴⁾ IOSCO, “Report on Retail Distribution and Digitalisation”, Consultant Report, CR02/2022, Jan. 2022. 이 자문보고서에 대한 의견제출 기한은 2022년 3월 17일이었으며 이 논문을 작성하는 현재까지 최종보고서는 발표되지 않았다.

⁴⁵⁾ “소비자 온보딩”(consumer onboarding)이란 금융소비자를 찾아 회사의 영업으로 이끌어오는 과정을 말한다. IOSCO, “Report on Retail Distribution and Digitalisation”, Consultant Report, p. 11.

3.2.1.3. 온라인 마케팅에 대한 책임

IOSCO 회원은 관할 지역의 법률 및 규정에 따라 경영진이 인플루언서를 포함한 다양한 소셜 미디어 채널을 통해 제공되는 정보를 포함하여 회사를 대신하여 잠재적 투자자에게 제공되는 정보의 정확성과 잠재적인 금융소비자 피해를 피하기 위해 잠재적 위험 및 이해상충에 관한 필수 정보를 적시에 공개할 것에 대한 책임을 지도록 요구해야 한다.

3.2.1.4. 온라인 마케팅 및 판매에 대한 감시 및 감독 능력

IOSCO 회원은 증가하는 온라인 마케팅 및 판매 활동을 감독하는 데 필요한 권한과 적절한 감독 능력이 있는지 고려해야 한다. IOSCO 회원은 또한 소셜 미디어를 포함한 온라인 마케팅 및 판매 활동의 감시를 위한 적절한 모니터링 프로그램을 개발하는 방법을 고려해야 한다.

국내 법적 체계의 맥락에서 감시 및 감독 역량을 강화하기 위한 고려 사항은 다음과 같다.

- 불법적이거나 오인 가능성을 탐지하기 위한 콘텐츠에 대한 접근을 요청할 수 있는 권한
- 오인 가능성이 있고 불법적인 관측에 대한 소비자의 민원을 보고할 수단을 마련할 것
- 온라인 정보의 빠른 속도와 변화하는 특성에 대처하기 위해 적절한 증거 추적 프로세스

IOSCO 회원은 온라인 마케팅 및 판매의 감독 및 감시에 관한 경험과 모범 사례를 서로 공유하도록 권장된다.

3.2.1.5. 온라인 마케팅을 위한 임직원 자격과 면허 요건

IOSCO 회원은 기업이 디지털 마케팅 임직원에게 필요한 자격을 평가하도록 요구하는 것을 고려해야 한다. 위와 같은 규제 요건이 없거나 온라인 마케팅 임직원에게 적용되지 않는 경우에는, IOSCO 회원은 또한 판매 임직원에 대한 면허 요건과 유사하게 온라인 마케팅 임직원에 대한 특정 자격과 면허 요건을 회사가 구비할 것을

요구하는 것을 고려할 수 있다.

3.2.1.6. 제3국 규정 준수 보장

회사가 설립인허가를 받은 지역 외의 다른 관할 지역 고객의 경우, 회사의 국내 규제기관은 국내 회사에 이러한 고객 온보딩에 대한 적절한 정책과 절차를 요구하는 것을 고려해야 한다. 예를 들어, IOSCO 회원은 기업이 잠재 고객의 본국에서 인허가를 받아야 하는지 여부와 기타 규제 의무가 적용되는지 여부를 실시하고 그러한 실시 기록을 유지하도록 기업에 요구할 수 있어야 한다.

3.2.1.7. 인터넷 도메인을 사용하는 자에 대한 명확성

IOSCO 회원은 회사가 여러 인터넷 도메인을 통해 실제로 상품을 제공하는 자, 인허가 내용, 어느 관할권에서 인허가를 받았는지에 대한 명확하고 공정하며 오인 가능성이 없도록 공개하여야 하는 정책 및 절차를 채택하도록 요구하는 것을 고려해야 한다. 해당 공개는 서비스의 범위와 제한도 포함해야 합니다. IOSCO 회원은 또한 기업이 관할권의 규제 요건을 피하기 위해 고객을 제3국 웹사이트로 리디렉션하는 것을 금지하는 것을 고려해야 한다. 또한 IOSCO 회원은 웹사이트가 관할권 및 법률에 따라 서비스를 제공하도록 승인된 회사에 속하는지 여부를 확인할 수 있도록 공개 등록부를 유지하는 것을 고려할 수 있다.

3.2.2. 집행조치 방안

3.2.2.1. 선제적 기술 기반 탐지 및 조사 기법

IOSCO 회원은 잠재적인 불법 디지털 행위의 탐지 및 조사를 지원하기 위해 적절한 경우 사전 기술 기반 모니터링 도구 및 접근 방식을 사용할지 여부를 고려할 수 있다.

3.2.2.2. 웹사이트가 불법적 증권 및 파생 상품 활동을 수행하는 데 사용되는 경우 즉시 조치를 취할 수 있는 권한 및 기타 온라인 위법 행위를 억제하는 데 효과적인 그 밖의 권한

IOSCO 회원은 불법 웹사이트에 대한 액세스를 차단하는 권한이나 적절한 경우 차단을 청구할 수 있는 권한을 포함하여 불법 온라인 행위를 신속하게 억제하기 위

해 보다 효과적인 추가 권한을 고려할 수 있다.

3.2.2.3. 효율적인 국제 협력을 강화하고 형사 당국 및 기타 국내외 파트너와의 협력
IOSCO 회원은 조사 및 집행조치에서 효율적인 국경 간 협력을 강화하고 형사 당국 및 기타 관련 현지 또는 해외 파트너와의 연락을 강화하는 방법을 고려할 수 있어야 한다.

3.2.2.4. 디지털 불법 활동과 관련하여 전자 중개 서비스 제공자에 의한 이해 및 협력 증진

IOSCO 회원은 디지털 불법 활동 및 익명 웹사이트 등록을 억제하는 데 있어 전자 중개 서비스 제공업체와의 보다 의미 있는 이해와 협력을 촉진하기 위해 IOSCO를 통해 개별적 또는 집단적 이니셔티브를 고려할 수 있다.

3.2.2.5. 규제 및 감독 차익 거래 문제를 해결하기 위한 추가 노력

IOSCO 회원은 국제 집행 협력을 촉진하고 전 세계적으로 투자자 보호를 강화하기 위해 규제 및 감독 차익 거래를 처리하기 위한 추가 노력을 고려할 수 있다.

4. 바젤은행감독위원회

바젤은행감독위원회(Basel Committee on Banking Supervision, BCBS)⁴⁶⁾는 은행의 건전성에 주요 관심을 가지기 때문에 기술혁신과 관련한 업무행위 규제 기준을 제시하지는 않는다. 금융혁신과 관련한 건전성 규제기준과 관련하여 다음과 같은 ‘업무 탄력성 원칙’⁴⁷⁾의 내용을 참조할 필요가 있다.

원칙 7은 은행이 주요 업무를 수행하는 것을 완전히 지원하고 촉진하기 위해 정기적으로 테스트 되는 보호, 탐지, 대응 및 복구 프로그램의 대상이 되는 사이버 보안을 포함한 ICT의 탄력성을 보장하고, 적절한 상황 인식을 통합하고, 위협 관리 및 의사 결정 프로세스를 위해 관련 정보를 적시에 전달해야 한다는 원칙을 제시하였

46) BCBS는 은행감독당국간 상호협력을 위하여 1974년 국제결제은행(BIS) 후원 하에 설립되었다. 우리나라는 2009년에 가입하였다.

47) Basel Committee on Banking Supervision, “Principles for Operational Resilience”, Mar. 2021.

다.⁴⁸⁾ 원칙 7은 데이터 보호 및 기밀 유지와 관련된 모든 관련 법적 및 규제 요구 사항을 준수하여야 한다고 설명하고 있다. 또한 은행은 주요 업무를 지원하는 데이터의 변경 불가능한 미디어에 대한 안전한 저장 및 오프라인 백업과 같은 사이버 이벤트의 경우 중요한 정보의 무결성을 유지하기 위한 계획을 개발하고 통제를 구현해야 한다. 은행은 중요 정보 자산에 대한 위협을 정기적으로 평가하고 취약성을 테스트하며 ICT 관련 위협에 대한 탄력성을 보장해야 한다.

5. 영국

5.1. Financial Conduct Authority(FCA)

2022년 7월 영국의 금융업 영업행위 규제기관인 FCA는 완전히 새로운 금융서비스 관련 행위규제 원칙과 규정을 발표하였다.⁴⁹⁾ 신규제 방향은 ‘결과 중심 규제(outcome based regulation)’을 표방하면서 새로운 소비자 보호의무(new consumer duty)를 부과한다. FCA는 기존 규제 하에서도 금융회사는 소비자의 행동 편향을 악용하여 정보를 제공하고 소비자의 목적에 부합하지 아니하는 금융상품이나 금융서비스를 판매하였으며 충실한 고객지원을 하지 않은 등의 소비자에 대한 피해를 발생시켰다고 진단하였다.⁵⁰⁾ 이러한 진단에 대한 처방으로 금융회사에게 금융소비자가 적절한 결과(good outcome)를 얻을 수 있도록 금융회사가 행위 할 것을 의무화 하였다.⁵¹⁾ 이것은 기존의 금융회사로 하여금 금융소비자를 공정하게(fairly) 취급하여야 한다는 원칙에 추가하여 새로운 원칙을 도입한 것이다.⁵²⁾ FCA에 따르면 신규제는 금융회사에게 기술환경의 변화와 시장발전에 보다 쉽게 적용할 수 있도록 하는 것이며 금융소비자에게는 새로운 위협으로부터 보다 잘 보호받을 수 있는 접근방법이라고 한다.⁵³⁾

⁴⁸⁾ Ibid., pp. 7-8.

⁴⁹⁾ Financial Conduct Authority, A new Consumer Duty : Feedback to CP21/36 and final rules, Policy Statement, PS22/9, July 2022. 소비자 보호의무는 2023년 7월 31일(판매종료 상품 및 서비스는 2024년 7월 31일) 시행된다.

⁵⁰⁾ Financial Conduct Authority Press Release, FCA to introduce new Consumer Duty to drive a fundamental shift in industry mindset, 7 Dec. 2021.

⁵¹⁾ Principles 12 Consumer Duty : A *firm* must act to deliver good outcomes for *retail customers*.

⁵²⁾ Principles 6 Customers' interests : A *firm* must pay due regard to the interests of its *customers* and treat them fairly.

FCA의 소비자 보호의무는 금융회사에게 ① 성실의무(act in good faith),⁵⁴⁾ ② 예측 가능한 피해 방지의무(avoid causing foreseeable harm), ③ 소매고객(retail customer)이 재정적 목표를 추구할 수 있도록 지원할 의무를 규정한다.⁵⁵⁾ FCA는 소비자 보호의무를 통해 ① 금융상품 및 금융서비스, ② 가격과 가치, ③ 소비자 이해, ④ 소비자 지원 분야의 금융소비자에 대한 적절한 결과를 이끌어내기 위함이다.⁵⁶⁾ 소비자 보호의무가 목표로 하는 성과는 ① 공정가치(fair value : 소비자가 공정한 가격과 품질을 받을 것), ② 적합성과 적절한 소비자 대우(suitability and treatment : 소비자가 적합한 상품과 서비스를 제공받고 적절한 대우를 받을 것), ③ 신뢰성(confidence : 소비자가 시장에 대한 강력한 신뢰와 참여수준을 가질 것), ④ 접근성(access : 다양한 소비자의 필요가 충족될 것)이다.⁵⁷⁾

5.2. Digital Regulation Cooperation Forum

Digital Regulation Cooperation Forum(DRCF)는 온라인 플랫폼 규제의 협력을 위해 영국의 4개 규제기관⁵⁸⁾으로 구성된 협의체이다. DRCF는 알고리즘 검증(auditing algorithms)에 관한 제안보고서(discussion paper)를 2022년 4월 발표하였다.⁵⁹⁾

이 제안보고서에서는 규제기관은 알고리즘 처리 시스템의 적용이 신뢰할 수 있고 법규를 준수하도록 보장하기 위해 향후 검증 환경에서 중요한 역할을 할 것으로 판단하였으나 규제기관이 여러 부문에 걸쳐 다양한 정도의 피해를 처리하는 데 필요

53) Financial Conduct Authority, A new Consumer Duty : Feedback to CP21/36 and final rules, Policy Statement, PS22/9, July 2022, p. 3, para. 1.7.

54) Consumer Duty Instrument 2022 and FCA Handbook 2A.2.2 R Acting in good faith is a standard of conduct characterised by honesty, fair and open dealing and acting consistently with the reasonable expectations of retail customers.

55) Consumer Duty Instrument 2022 and FCA Handbook 2A.2 Cross-cutting obligations.

56) Financial Conduct Authority, A new Consumer Duty : Feedback to CP21/36 and final rules, p. 3, para. 1.15.

57) Financial Conduct Authority, A new Consumer Duty : Feedback to CP21/36 and final rules, Policy Statement, p. 3, para. 1.19.

58) The Competition and Markets Authority (CMA), the Information Commissioner's Office (ICO), the Office of Communications (Ofcom), the Financial Conduct Authority (FCA) 등 4개 기관을 말한다.

59) DRCF, Auditing algorithms: the existing landscape, role of regulators and future outlook, 28 April 2022.

한 규모로 알고리즘 자체를 평가하거나 검증할 능력이 없음을 인정하였다.⁶⁰⁾ 이에 따라 제안보고서는 다음과 같은 규제기관의 역할을 제안한다.

- 검증을 하여야 하는 시기를 규정
- 검증을 위한 표준 및 모범규준(best practice) 수립
- 보다 나은 검증을 위한 조력자로서 역할 담당
- 검증에서 식별된 피해를 해결하기 위한 조치
- 분쟁해결 역할 담당

IV. 금융소비자 보호 법제의 보완방향

1. 금융소비자보호법 적용범위의 확대

「금융소비자보호법」은 동일기능-동일위험-동일규제의 개념에 따라 제정된 법률이다. 따라서 행위자가 누구이든 동일기능-동일위험의 금융상품 및 금융서비스를 제공하는 경우에는 금융소비자 보호에 동일한 규제를 적용하고자 한다. 그러나 금융소비자보호법은 금융혁신에 따른 다양한 금융상품과 금융서비스에 대한 금융소비자보호에 한계가 있다.

무엇보다 금융소비자보호법은 ‘금융회사’의 ‘금융상품’ ‘판매’에 관한 금융소비자보호법으로 금융회사의 금융상품 판매⁶¹⁾ 이외의 금융서비스 제공에 대하여는 적용되지 않는다. 본인신용정보관리업(마이데이터)은 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」이 적용되고, P2P금융(대출)의 경우는 「온라인투자연계금융업 및 이용자 보호에 관한 법률」이 적용되며, 전자지급거래와 같은 전자금융거래는 금융소비자보호법이 아닌 「전자금융거래법」이 적용된다.

현재 진행되는 금융혁신은 금융업의 재편 가능성을 가져오고 있다. 금융업무의 요소별 분해와 기능별 재결합 현상인 금융상품 제조와 금융상품의 유통(판매/대리/중개)이 분리되어 재배치되는 현상이 나타나고 있다. 전통적인 금융회사의 금융업 영

⁶⁰⁾ Ibid., p. 33, para. 5.1.

⁶¹⁾ 금융상품판매를 금융상품직접판매업, 금융상품대리·중개업, 금융상품자문업으로 구분한다.

위형태와 영업범위도 변화될 것으로 보인다.⁶²⁾ 특히 금융회사의 부수업무 범위를 확장시켜주는 경우 금융회사는 금융서비스업 중심의 복합기업으로 변화할 가능성이 있는 것이다.⁶³⁾ 빅테크나 핀테크 기업은 금융업이 포함된 비금융서비스업 중심의 복합기업으로 변화하고자 하고 있어 이에 따른 설립규제, 영업범위 규제, 건전성규제, 영업행위규제 등 금융규제 전반에 대한 재구조(restructuring)가 필요하게 될 것이다. 또한 디지털 기술의 발전은 플랫폼을 활용한 비즈니스 모델을 채용하여 금융서비스를 제공하는 것을 플랫폼 기반 금융(platform-based finance)이 활성화 될 것이다.⁶⁴⁾ 플랫폼 기반 금융에서는 플랫폼 기반 금융의 특성에 맞는 새로운 규제가 필요하다.

금융상품판매와 관련해서도 금융소비자보호법은 금융상품을 예금성 상품, 대출성 상품, 투자성 상품, 보장성 상품으로 구분하고(법 제3조) 금융상품 유형별 영업행위 준수사항⁶⁵⁾을 정하고 있다. 현행 금융소비자보호법의 적용을 받는 금융상품의 범위는 제한적이다. 금융소비자보호법 제2조 제1호와 동법 시행령 제2조 제1항의 규정 방식은 여전히 열거적 방식이다. 투자성 상품과 보장성 상품의 경우는 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」과 「보험업법」에서 금융투자상품과 보험상품을 포괄적으로 규정하여 큰 문제가 없으나 예금성 상품과 대출성 상품은 열거적 방식으로 인해 적용범위가 제한된다. 제4차 산업혁명에서는 기존의 명확했던 경계가 무너지는 현상을

62) 이는 현재 진행되고 있는 ‘금융규제 샌드박스’ 제도를 이용하여 새로이 시도되는 금융혁신에서 알 수 있다. 금융혁신을 제도권 내로 들여오는 제도가 「금융혁신지원 특별법」이다. 이 법은 기존 금융서비스의 제공 내용·방식·형태 등과 차별성이 인정되는 금융업 또는 이와 관련된 업무를 수행하는 과정에서 제공되는 서비스를 ‘혁신금융서비스’로 정의하면서 금융규제 샌드박스를 통해 새로운 금융서비스가 가능하도록 한다. 금융혁신지원 특별법은 금융소비자 보호의 중요성을 인정하여 혁신금융사업자가 금융소비자 보호 및 위험 관리 등을 위한 방안을 마련하고 이를 준수하도록 의무를 정하고 있다(법 제19조 제1항). 금융혁신지원 특별법은 규제개선 요청제도를 도입하였다(법 제10조의2). 혁신금융사업자는 지정기간 만료일 3개월 전까지 규제 개선의 필요성 및 혁신금융서비스 운영 결과를 서면으로 첨부하여 특례가 인정되는 규제의 개선을 금융위원회와 관련 행정기관의 장에게 요청할 수 있고, 금융위원회 또는 관련 행정기관의 장은 이러한 혁신금융사업자의 요청이 있는 경우에는 지정기간의 만료일 이전에 혁신금융심사위원회의 심사를 거쳐 규제 개선의 필요성을 검토한 후, 금융시장 및 금융질서의 안정성이나 금융소비자 보호에 미치는 영향 등이 입증되어 금융관련법령 정비에 필요하다고 판단한 경우에는 즉시 금융관련법령 정비에 착수하여야 한다(법 제102조의2 제1항·제2항).

63) 금융위원회, “디지털화, 빅블러 시대에 대응한 금융규제혁신 추진방향”(2022. 7.) 참조.

64) 금융위원회는 플랫폼 금융 활성화를 위한 규제개혁안을 제시하였다. 금융위원회, “소비자의 편리한 디지털 금융생활을 위한 플랫폼 금융서비스 활성화 방안”(2022.8.).

65) 적합성원칙, 적정성원칙, 설명의무, 불공정영업행위 금지, 부당권유행위 금지, 금융상품등에 관한 광고 준수사항, 계약서류 제공의무를 말한다.

가져오고 있어 금융혁신을 통해 기존의 금융상품과는 성격이 전혀 다른 상품이 출현하는 경우 현행 금융소비자보호법으로 금융소비자를 보호하는데 한계가 있다.

금융혁신은 새로운 금융상품과 금융서비스의 출현 그리고 금융상품 및 금융서비스 제공자의 범위 확대를 가져오며, 새로운 애플리케이션과 플랫폼의 출현과 같은 디지털 환경의 변화를 통해 지금까지 경험하지 못했던 상품판매 및 서비스 제공방법이 탄생할 것이다. 금융 마켓플레이스인 플랫폼에서 플랫폼 운영자가 금융상품 판매이나 금융서비스 제공에 직접 참여하지 않아 금융상품중개업에 해당하지 아니하는 경우도 생각할 수 있다.⁶⁶⁾ 금융소비자보호를 위해서는 동일기능-동일위험-동일규제 원칙을 적용할 필요가 있다. 그렇다면 어떠한 금융상품이나 금융서비스를 어떠한 주체가 판매 또는 제공하는 경우라 하더라도 동일한 규제를 적용하기 위해서는 새로운 형태의 금융상품과 금융서비스를 모두 포함할 수 있도록 금융상품과 금융상품의 범위를 포괄적 방식으로 규정하여 금융소비자보호법의 적용범위를 확대하여야 할 것이다. 또한 단순히 금융상품판매·대리·중개 및 금융서비스 제공자의 개념에서 벗어나 금융상품판매와 금융서비스 제공에 관여하는 모든 자의 행위로부터 금융소비자를 보호할 수 있는 적용범위의 확대가 필요하다. 플랫폼 기반 비즈니스 모델은 기존의 금융 서비스 제공 방식 및 이를 관리하는 규칙과는 다르기 때문에 규제 차익 거래의 가능성이 있기 때문이다.⁶⁷⁾

따라서 금융상품과 금융서비스의 제조자(제공자)와 판매에 직접 관련이 있는 자(판매·대리·중개) 뿐만 아니라 그 과정에 관계하는 자(예: 플랫폼 운영자)를 포괄하여 금융소비자를 보호하는 법규 체계가 필요하다.

2. 금융소비자 보호의무 구체화

2.1. 기본원칙

금융혁신은 금융상품 간의 경계를 무너뜨려 어느 금융상품에 해당하는지가 불분명해 질 수가 있으며 금융상품과 비금융상품 간의 경계를 무너뜨려 해당 상품이 금융상품에 해당하는지 즉 금융규제의 적용대상인지가 불분명한 경우가 생길 가능성

66) 예를 들면, 오픈 마켓이나 소셜커머스의 유사한 형태를 예상해 볼 수 있다.

67) Karen Croxson, Jon Frost, Leonardo Gambacorta and Tommaso Valletti, “Platform-based business models and financial inclusion”, p. 2 참조.

이 높다. 따라서 금융소비자 보호를 위한 금융서비스의 범위를 포괄적으로 정한 후에 포괄적이며 기본적인 소비자 보호의무를 해당 금융서비스와 금융서비스 제공자에게 부과하는 방식(예: 영국의 FCA의 소비자 보호의무)을 도입할 필요가 있다.

이를 위해서는 첫째, 금융소비자 보호를 목적으로 하는 현행의 금융소비자보호법 제10조의 ‘금융상품판매업자등의 책무’를 금융서비스 제공자 모두에게 적용하는 것으로 하여 ① 공정한 금융소비생활 환경을 조성하기 위해 노력하고, ② 금융소비자의 합리적인 선택이나 이익을 침해할 우려가 있는 거래조건이나 거래방법을 사용하지 말아야 하며, ③ 금융소비자에게 필요한 정보를 성실하고 정확하게 제공하여야 하고, ④ 금융소비자의 개인정보를 성실하게 취급하도록 의무를 부과하여야 할 것이다.

둘째, 현행 금융소비자보호법은 금융상품판매업자들에게 계약의 체결, 권리의 행사 및 의무의 이행을 신의성실의 원칙에 따라 하도록 하고, 업무를 영위할 때 업무의 내용과 절차를 공정히 하여야 하며 정당한 사유 없이 금융소비자의 이익을 해치면서 자기가 이익을 얻거나 제3자가 이익을 얻지 않도록 해야 한다(법 제14조). 자본시장법은 집합투자업자·투자자문업자·투자일임업자·신탁업자에게 선관의무 및 충실의무(법 제79조, 제96조, 제102조)를 부과한다. 이러한 의무를 통해 금융소비자의 피해를 최소화 할 수 있으므로 금융서비스 행위의 종류나 내용에 차별 없이 모든 금융서비스 제공자에 대하여 적용할 수 있는 기본 의무의 내용을 정할 필요가 있다. 이 기본적 내용에는 IAIS의 ‘공정한 고객 대우’와 영국 FCA가 규정한 ‘예측 가능한 피해 방지의무’를 포함하여 기본 의무의 목표 중 하나로 삼을 수 있을 것이다.

2.2. 이해상충 방지의무

금융소비자와의 이해상충 방지의무를 모든 금융서비스와 금융서비스 제공자에게 적용할 필요가 있다. 가격비교 상품추천 플랫폼에서 그 필요성을 확인할 수 있다. 가격비교 상품추천 플랫폼은 금융상품 및 가격 정보를 통합하여 제공하여 소비자가 필요한 상품을 신속하게 비교·평가하고 선택할 수 있도록 한다. 가격비교 상품추천 플랫폼은 소비자에게 상품선택의 권한을 부여하고 시장경쟁을 촉진하는 역할을 한다. 그러나 가격비교 상품추천 플랫폼의 위험도 존재한다. 첫째, 가격비교 상품추천 플랫폼 운영자의 이해충돌 가능성이다. 플랫폼 운영자가 공급자인 특정 금융회사의

관계회사이거나 보상계약을 맺은 경우라면 자신의 이익을 위한 제품을 소비자에게 안내할 가능성이 발생한다. 둘째, 불완전판매 가능성이 존재한다. 상품추천 플랫폼이 금융상품 판매의 촉진을 위해 저렴한 가격을 중점적으로 강조하여 추천하는 경우라면 소비자가 가격을 최우선으로 고려하여 금융상품을 선택한 경우 소비자의 필요에 맞지 않는 상품을 구매할 위험이 있다.⁶⁸⁾ 따라서 금융혁신에 대응하는 금융회사를 포함하는 금융서비스 제공자(특히 플랫폼 운영자)와 금융소비자 간의 이해충돌을 어떻게 방지하고 금융회사가 이해충돌을 적절히 관리할 수 있는지 구체적 기준이 필요하다. IOSCO의 경우를 보면 AI와 ML사용의 경우 정보제공자가 누구인지와 관계 없이 잠재적 금융소비자의 피해를 피하기 위해 잠재적 위험 및 이해상충에 관한 필수 정보를 적시에 공개할 것에 대한 책임을 금융회사 경영진에게 부과하도록 권고하고 있다.⁶⁹⁾

2.3. 내부통제기준의 마련

현행 금융혁신에 대응하는 규제의 방법은 기존 대면방식의 전통적인 금융규제 내용을 비대면방식의 새로운 금융상품 판매 등에 대한 보완방법을 찾는 것이 많다(예: 설명의무 이행의 방식). 그러나 금융혁신으로 인해 금융상품의 제조방식이 변경될 것이며,⁷⁰⁾ 금융상품의 판매, 대리, 중개 방식도 금융소비자의 편의성이 향상되는 판매방법이 계속적으로 고안될 것이다. 디지털 기술의 빠른 발전에 전통적인 공격규제를 통한 규제는 한계가 있다. 그러므로 금융회사를 포함한 금융상품 및 금융서비스의 제공자에 대한 실효성 있는 내부통제제도를 마련할 것을 요구할 필요가 있다. 현행 「금융회사의 지배구조에 관한 법률」 제24조와 금융소비자보호법 제16조에서 규정한 내부통제기준 마련의무와 같은 내부통제제도를 일반적으로 적용할 필요가 있다.

⁶⁸⁾ IAIS, “Issues Paper on Increasing Digitalisation in Insurance and its Potential Impact on Consumer Outcomes”, p. 20.

⁶⁹⁾ IOSCO, The use of artificial intelligence and machine learning by market intermediaries and asset managers : Final Report.

⁷⁰⁾ 기존의 표준화된 상품 중심에서 개별 고객에 대한 맞춤형 상품 중심으로의 변경가능성이 높기 때문이다. 예를 들어 금융 플랫폼 중심의 금융상품 유통에서는 개별 고객의 수요를 충족하는 개별 금융소비자 맞춤형 상품을 제시하여야 할 가능성이 높아 금융상품을 제조하는 기존의 금융회사는 이에 대한 대처가 필요하기 때문이다.

3. 디지털 기술의 투명성·공정성 확보와 검증제도 마련

디지털 기술과 관련해서는 무엇보다 투명성이 가장 중요한 이슈이다. 디지털 기술은 알고리즘을 통해 구현된다. 잘못 프로그래밍 된 알고리즘은 광범위한 결과를 가져올 수 있다. 특히 AI 기반의 알고리즘은 더 많은 데이터를 수집하고 분석하면서 사람의 개입 없이 스스로 프로그램을 수정할 수 있기 때문에 의사 결정 과정의 책임성과 투명성 그리고 결과에 대한 설명가능성과 관련한 문제가 발생할 수 있다.⁷¹⁾

첫째, AI 모델은 매우 복잡하며 특정 유형의 ML(머신러닝) 알고리즘에 대한 설명이 어려울 수 있다. 물론 감독당국은 AI 모델을 이해하고 문제점, 특히 소비자에 대한 차별이 있는지의 문제점을 파악할 수 있도록 역량을 길러야 한다. 그러나 AI 모델의 투명성확보의 책임은 이를 이용하는 금융서비스 제공자인 금융회사나 플랫폼 운영자 등에게 부과하여야 한다. 이들은 AI나 ML 모델을 이해할 수 있는 방식으로 설명하기 위해 더 많은 노력을 기울여야 한다. 따라서 금융서비스 제공자는 알고리즘의 개발, 테스트 및 지속적인 모니터링 의무를 부담하여야 하는 것이다.⁷²⁾ 실용적인 테스트 중 하나는 기술 지식을 가지고 있지 아니한 이사회 구성원이 모델의 일반적인 개념을 이해하고 있는지 평가하는 것이다.⁷³⁾

둘째, AI 모델은 의도적 또는 부정확한 결정으로 인한 차별적 결과가 발생하는 것을 방지하여야 한다.⁷⁴⁾ 잘못된 알고리즘 설계나 데이터 입력과 처리의 오류 등에서 발생하는 특정 금융소비자나 금융소비자 그룹에 대한 의도하지 않은 편향이나 차별과 같은 위험을 방지하고 금융서비스 제공자가 데이터 프로파일링과 같은 데이터 기술을 이용하여 금융소비자를 부당하게 차별하는 것을 방지할 필요가 있다.⁷⁵⁾ 현행 금융소비자 보호 규제는 적합성원칙·적정성원칙·설명 의무와 같은 적극적 행위

71) IAIS, “Issues Paper on the Use of Big Data Analytics in Insurance”, p. 11.

72) IOSCO, The use of artificial intelligence and machine learning by market intermediaries and asset managers : Final Report.

73) Jermy Prenio and Jeffery Yong, “Humans keeping AI in check – emerging regulatory expectations in the financial sector”, FSI Insights on policy implementation No 35, Aug. 2021, p. 14.

74) Erik Feyen, Jon Frost, Leonardo Gambacorta, Harish Natarajan and Matthew Saal, “Fintech and the digital transformation of financial services: implications for market structure and public policy”, BIS Papers No 117, July 2021, p. 45 참조.

75) Jermy Prenio and Jeffery Yong, “Humans keeping AI in check – emerging regulatory expectations in the financial sector”, p. 3 참조.

에 대한 규제형태를 중심으로 금융소비자와 계약을 체결하는 경우 정당한 사유 없이 성별·학력·장애·사회적 신분 등을 이유로 계약조건에 관하여 금융소비자를 부당하게 차별하지 못하도록 하는 일부 차별금지를 규정하고 있다(금융소비자보호법 제 15조). 금융혁신으로 인한 금융소외의 문제는 금융서비스 제공자의 소극적 행위에 대한 규제로 위 차별금지 의무를 확장하여 모든 금융서비스 제공과 관련하여 금융 소비자를 부당하게 차별하는 것을 방지할 필요가 있다. 이를 위해 AI 모델 등이 부당한 차별을 하지 않고 고객을 공정하게 대하도록 설계·테스트·유지관리 할 의무를 금융서비스 제공자에게 부과하여야 한다.

셋째, AI 모델의 알고리즘의 개발·테스트·유지관리가 적정한지를 판단하는 검증제도가 필요하다. 이는 알고리즘 방법론이 명확하고 투명하며 설명 가능하고 불법적이고 배타적인 편견이 없는지 확인하는 역할을 담당하는 것이다.⁷⁶⁾ 검증은 반드시 감독기관이 수행할 필요는 없으며 신뢰성이 확보된 제3기관이 담당하여도 될 것이다.⁷⁷⁾

4. 금융 플랫폼 특성을 반영한 금융소비자 보호기준 마련

기존의 금융소비자 보호체계는 플랫폼 기반의 금융서비스 제공을 염두에 두고 있지 않았기 때문에 현행 금융소비자 보호 접근 방식은 플랫폼을 이용하는 금융소비자 보호에 적합하지 않을 수 있다. 플랫폼은 시장 지배력 및 데이터 개인 정보 보호와 관련된 새로운 위험을 초래할 수도 있다. 특히, 성공적인 플랫폼 개발에 대한 높은 고정 비용은 보다 집중된 시장 구조로 이어질 수 있다.⁷⁸⁾ 금융규제 및 경쟁법은 급변하는 플랫폼 시장에서 경제력 집중을 방지할 만큼 항상 빠르거나 민첩하지 않을 수 있다. 더욱이 플랫폼의 영업이 기존 규제체계에 맞지 않거나 적합하지 않은 경우 문제가 발생할 수 있다. 플랫폼이 금융서비스를 직접 제공하지 않거나 인접 시

⁷⁶⁾ OECD, Financial Consumer Protection Policy Approaches in the Digital Age: Protecting consumers' assets, data and privacy, p. 24 참조.

⁷⁷⁾ 금융위원회는 비교·추천 관련 알고리즘 공정성 검증기관으로 코스콤 등 신뢰할 수 있는 기관(보험개발원 등 전문성 있는 기관도 협업) 활용할 예정이다. 금융위원회, “소비자의 편리한 디지털 금융생활을 위한 플랫폼 금융서비스 활성화 방안”(2022.8.).

⁷⁸⁾ Karen Crosson, Jon Frost, Leonardo Gambacorta and Tommaso Valletti, “Platform-based business models and financial inclusion”, p. 7.

장에서 시장 지배력을 활용하는 경우에도 마찬가지이다.⁷⁹⁾ 따라서 금융 플랫폼 특성을 반영한 새로운 규제기준 마련이 필요하다. 마켓플레이스로서의 금융 플랫폼은 판매 대리인 역할보다는 브로커(broker) 역할을 담당할 가능성이 높다. 금융 플랫폼은 금융상품의 소개, 비교, 마케팅 등 간접적 역할을 담당하면서 판매수수료를 수취하는 기능을 담당하게 될 것으로 예상하고 있다.⁸⁰⁾ 금융소비자보호법은 이러한 브로커 기능에 대한 금융소비자 보호 규제를 명확히 하고 있지 않다. 금융 플랫폼의 등장으로 새로운 금융서비스 제공행위가 출현하게 된다면 새로운 기능에 대해서는 새로운 규제를 도입할 필요성이 있다.

우리나라의 경우도 금융위원회는 금융의 디지털 혁신을 위해 금융회사의 플랫폼 금융 활성화와 온라인 플랫폼 금융상품 중개업 시범운영 및 규제 샌드박스 내실화를 통한 핀테크 회사의 지원을 추진하고 있다. 금융위원회는 플랫폼의 특성을 고려하여, 소비자와의 이해상충 방지, 온라인 상 판매규제 및 정보 보호, 우월적 지위 남용 방지 등을 위한 새로운 규제 적용을 제시하였다.⁸¹⁾

금융 플랫폼이 활성화 되면 금융 플랫폼 운영자와 금융소비자 간의 책임관계가 명확히 정해져야 한다. 특히 소비자의 금융 플랫폼 운영자에 대한 권리를 명확히 해야 한다. 금융 플랫폼에서 금융소비자에게 손해가 생기는 경우 책임분담의 불확실성이 증대하게 되기 때문이다.⁸²⁾

79) Ibid., p. 20.

80) 구분성, 위 보고서, 29면.

81) 금융위원회, “소비자의 편리한 디지털 금융생활을 위한 플랫폼 금융서비스 활성화 방안”(2022.8.).

82) 구분성, 위 보고서, 1-2면.

분쟁해결절차에서의 사적 자치의 원칙과 금융분쟁조정절차

— 당사자 절차주체성 중시 관점과 절차주재자(기관)
성과 중시 관점의 대립을 중심으로 —

함 영 주*

- I. 분쟁해결절차에 대한 범(凡) 사법(私法) 차원의 논의 필요성
- II. 당사자 절차주체성 중시관점의 싱가포르 조정협약
- III. 싱가포르 조정협약을 기준으로 본 우리나라 법원조정 및
금융소비자보호법 상 조정절차의 체계 정합성
- IV. 절차주재자(기관) 성과 중시 관점의 영국 음부즈만 서비스
- V. 당사자 절차주체성 중시 관점과 절차주재자 실적 중시 관
점의 싱가포르 조정협약과의 관계 및 우리 민사소송·민사
조정제도와의 정합성에 대한 검토
- VI. 결어

I. 분쟁해결절차에 대한 범(凡) 사법(私法) 차원의 논의 필요성

1. ADR 및 조정에 대한 개념과 ADR 분류 방법의 변화 필요성

종래 대체적 분쟁해결 절차(Alternative Dispute Resolution)로 일컬어지던 ADR은 이제 개별 분쟁에 대한 적합한 해결을 찾는 적절한 분쟁해결 절차(appropriate dispute resolution)를 넘어 분쟁해결절차(Dispute Resolution)라는 용어로 일반적으로 사용되

* 중앙대학교 교수

고 있다.

이러한 분쟁해결절차는 각국마다 약간의 차이는 있지만 대체로 협상, 조정, 중재로 대별된다.¹⁾ 그런데 특이하게도 우리나라에서는 소송대체분쟁해결방법(ADR)에 협상 대신 화해를 넣어 화해, 조정, 중재로 ADR제도를 분류하고 있다.²⁾ 이 때문에 민사소송법상의 재판상화해(소송상 화해는 물론이고 제소전 화해도 포함)도 ADR의 하나로 다루어지고 있다.³⁾

우리나라 ADR 제도 중 조정은 더욱 복잡하게 분화하는 현상이 나타나고 있다. 왜냐하면 조정 중에서 특수한 형태로 분류되어야 할 민사조정법에 의하는 법원조정이 모든 조정제도의 표준으로 되어 조정에 법관이 직간접으로 간여하는 것이 바람직하다거나 변호사 자격을 가진 사람만이 조정인이 되어야 하는 것으로 생각하는 경우도 있기 때문이다. 이에 더하여 재판절차와 구별되는 절차가 조정이라고 하면서도 행정위원회 조정에서조차 재판절차를 거쳐야 부여할 수 있는 확정판결과 동일한 효력 또는 재판상화해와 동일한 효력을 부여하는가 하면 당사자가 명시적인 합의를 하지 않음에도 조정절차에서 합의를 한 것과 같은 효과를 거둘 수 있는 조정을 갈음하는 결정을 둔 경우도 적지 않다.

이러한 우리 소송법 내 분쟁해결방법 분류 방법의 특이성은 단순히 분류의 차이에 그치지 않고 ADR제도의 발전방향에 혼선을 초래하고 있다는 점에서 적지 않은 문제가 있다. 그 중에서도 각종 행정위원회의 조정은 법원이 아닌 기관에서 행하는 조정으로 외국에서의 조정(mediation)과 다른 것은 물론이고 법원조정과도 다른 부분이 적지 않아 ADR의 하나로 일컬어지는 조정과 절차의 본질적인 부분에서 배치(背馳)되는 경향이 있다.

이에 본고에서는 조정절차에 관하여 세계적인 표준을 만들어 가고 있는 싱가포르 조정협약에 나타난 조정의 절차적 특징을 살펴보고, 그 협약에 서명은 하였지만 비준은 하기 전인만큼 비준 전에 우리나라의 조정제도의 어떠한 부분을 개선하여야 할 것인지에 대하여 금융소비자보호법을 절차법적 시각에서 검토하는 방식으로 검토하고자 한다.

1) Leonard L. Riskin/James E. Westerbrook/Chris Guthrie/Richard Reuben/Jennifer K. Robennolt/Nancy A. Welsh, Dispute Resolution and Lawyers, American casebook series, west, 2009, pp.

2) 함영주, 민사소송법상의 ADR 분류체계의 재검토, 민사소송 제17권 제2호, 2013, 515~554면.

3) 이시윤, 신민사소송법(15판), 박영사, 2021, 18~25면.; 정동윤/유병현/김경욱, 법문사, 민사소송법[9판], 2022, 20~25면.

2. 실체법과 절차법의 역할 및 기능

실체법에서의 정의(justice)가 분쟁당사자 간의 결과적 평등(substantive fairness of the outcomes), 실질적 평등과 같은 분배적 정의(distributive justice)를 중시하는데 비해, 절차법에서의 정의는 분쟁당사자에 대한 절차에서의 공정한 대우(procedural fair manner), 절차참여 기회의 부여(participation in a procedure)와 같이 어떠한 절차를 거쳐 그러한 결론에 이르게 되었느냐와 같은 절차적 정의(procedural justice)를 중시한다.⁴⁾

후자인 절차적 정의의 충족 여부는 분쟁의 당사자들이 그 절차로 도출된 결과를 따르거나 거부할 때 중요한 판단 기준이 된다. 이 때문에 절차가 매우 공정하게 진행되었다고 느끼는 분쟁의 당사자들은 설령 그 결과(실체적 결과)가 자신들에게 불리하더라도 결과에 승복하는 경향을 보인다.⁵⁾

이러한 절차적 정의는 ① 절차주재자(제3자)에게 자신의 입장을 말로 설명할 기회를 부여받았다는 것(opportunity for voice), ② 자신이 제시한 관점·관심사·증거를 절차주재자가 인식하고 있다는 것을 아는 것, ③ 절차주재자가 절차 진행 과정에서 자신들을 존중하는 자세로 임하였다는 것, ④ 절차주재자가 양당사자를 대할 때 불편부당함(impartiality)을 유지하였다는 것을 양당사자들이 인정하는 경우에 달성될 수 있다.⁶⁾

3. 분쟁해결 절차에 대한 범(凡) 사법(私法) 차원의 논의 필요

좀 더 넓게 보면 협상, 조정, 중재는 물론이고 재판도 포함될 수 있는 분쟁해결절차(Dispute Resolution)에 대한 시스템을 구축하는 경우, 소비자 또는 금융소비자가 약

4) Leonard L. Riskin/James E. Westbrook/Chris Guthrie/Richard Reuben/Jennifer K. Robennolt/Nancy A. Welsh, Dispute Resolution and Lawyers, American casebook series, west, 2009, pp. 868~869.

5) 국내 소송에서 많은 당사자들이 자신이 소송에서 이기고 것 못지 않게 자기의 주장이나 항변을 인내심을 가지고 끝까지 들어주는 법관의 판결에 승복하거나 결과를 수용하는 경향이 있다는 말도 이와 연결된다.

6) Leonard L. Riskin/James E. Westbrook/Chris Guthrie/Richard Reuben/Jennifer K. Robennolt/Nancy A. Welsh, Dispute Resolution and Lawyers, American casebook series, west, 2009, pp. 869~870.

자이므로 보호하여야 한다는 보호 입법의 필요성이나 실체법적 논의 못지 않게 중요한 것이 절차상의 권리를 침해하지 않도록 하는 것이다. 왜냐하면 실체법이 상정하는 보호 입법의 대상자 또는 경제적 약자라는 것도 추상적으로 쉽게 확정될 수 있는 것이 아니라 구체적인 절차에서 검토가 필요한 것이기 때문이다. 따라서 소비자 또는 금융소비를 보호하여야 한다는 이유만으로 상대방의 변론 기회나 동의와 같은 기본적인 절차권을 봉쇄하거나 절차주재자가 불편부당함(impartiality)을 상실하거나 일방 당사자를 존중하지 않는 제도구성은 바람직하지 않다. 이는 독일의 당사자의 법적 심문청구권(Anspruch auf rechtliches Gehör)이나 미국의 적법절차(due process of law)에 상응하는 것으로 헌법이 보장하는 절차적 기본권에 속한다고 할 수 있다.⁷⁾

이처럼 소송에서도 중요하게 다루어지고 있는 절차기본권이 분쟁해결절차(Dispute Resolution)의 중심이 되고 있는 조정에서 배제될 수 있다는 인식은 적절하지 않다. 왜냐하면 조정제도(특히 mediation으로 번역되는 조정제도)는 소송의 기본원칙인 처분권주의와 변론주의와 같은 당사자의 절차주도권을 보장하는 당사자주의에 기반을 둔 제도이며 소송절차보다 당사자주의가 더 강화된 절차라고 할 수 있기 때문이다.

이 점에서 민사조정법에서는 물론이고 소비자 또는 금융소비자 보호에 관한 법에서 당사자의 절차권을 배제하거나 제한하는 규정은 분쟁당사자들의 자율성과 절차주도권 보장 및 절차중재자의 중립성을 중시하는 ADR 또는 분쟁해결절차(Dispute Resolution)의 출발점과도 배치(背馳)된다고 할 수 있다.

따라서 소비자 또는 금융소비자 보호에 관한 법과 같이 실체법과 절차법인 분쟁해결절차가 필연적으로 결합되어 있는 법에 대한 논의는 민사실체법의 입장만이 아니라 절차법적 논의를 포함한 범(凡) 사법(私法) 차원에서 논의할 필요가 있다.

이러한 관점은 비단 외국의 학자들에게서만 논의되고 있는 것은 아니다. 국내 실무자 중에서도 민사실체법을 개별 법규의 관점에서만 볼 것이 아니라 사법질서(私法秩序) 내지 공법을 포함한 법질서 전체와 조화가 되어야 하고, 논리적 체계와 일관성이 있어야 한다면서, 융합법의 관점이 필요하다는 의견⁸⁾이 등장하고 있기 때문이다.

7) 정동윤/유병현/김경욱, 민사소송법, 법문사, 2020, 184~185면.

8) 양경승, 민사법과 민사소송의 구조 실체법의 시각에서 완전히 새롭게 쓴 민사소송법, 법문사, 2020, 15~16면.

II. 당사자 절차주체성 중시관점의 싱가포르 조정협약

1. 싱가포르 조정협약에 대한 논의의 필요성

가. 협약의 형성 과정

국가의 재판권(사법권)은 기본적으로 자국 영토 내에서만 미치므로 국가의 범위를 넘어가는 국제 상사 분야 분쟁 해결에는 많은 한계가 있다. 이 때문에 국제 상사 분야에서는 당사자의 자치(중재합의)를 기초로 하여 중립적 제3자인 중재인(중재판정부)이 절차를 진행하는 중재(arbitration)가 중심이 되어 왔다. 그러나 중재절차가 점점 소송절차와 유사해지고 정형화된 절차로 변하고 중재 비용 역시 증가하고 있으며 분쟁 해결 시간도 길어지고 있는 것으로 지적되고 있다.⁹⁾

이에 비해 조정절차는 중재처럼 계약서에 중재조항이 반드시 들어 있어야 진행되는 소송에 버금가는 엄격한 절차가 아니라 당사자가 합의만 하면 언제든지 절차를 이용하거나 절차에서 이탈할 수 있는 절차여서 절차 진행이 유연성이 매우 크다는 장점이 있다.

이 점에 착안하여 유엔 국제 상거래법 위원회(또는 유엔 무역법 위원회; UNCITRAL)¹⁰⁾는 국제상사분쟁 해결을 위한 통일된 규범을 마련하는 1980년 ‘UNCITRAL 조정규칙 (UNCITRAL Conciliation Rules)’¹¹⁾을 제정¹²⁾하고, 2002년에

9) 유병욱, “국제상사분쟁해결을 위한 조정제도 활용에 관한 고찰 - 조정과 중재제도의 비교를 중심으로 -, 서울, 무역상무연구 제80권, 2018, 266~268면.

10) 1966. 12. 17. 설립된 유엔 국제 상거래법 위원회(UNCITRAL; United Nations Commission on International Trade Law)는 국제 무역을 규제하는 각국의 법령 차이가 원활한 국제무역에 장애가 되고 있다는 인식을 완화하기 위하여 유엔 내에 설치된 위원회이다. 이 위원회에는 유엔 총회에서 선출한 60개 회원국이 참가하고 있고 우리나라도 회원국이다. 2012년 인천에 유엔 국제 무역법 위원회 아시아·태평양 지역 사무소(UNCITRAL-RCAP)가 설치되었다.

11) 유엔 국제 상거래법 위원회(UNCITRAL)는 2002년 모델법에서는 조정이라는 용어로 conciliation을 사용하고 있다. 이 때 conciliation이라는 용어는 그 당시에도 mediation과 혼용하여 사용하던 용어로 2002년 모델법 제1조 제3항에 conciliation이라고 부르던 mediation이라고 부르던 또는 기타 용어로 부르더라도 당사자들이 그들의 분쟁을 우호적으로 해결하기 위하여 제3자인 조정인에게 도움을 요청하는 절차이며 조정인이 분쟁해결방법을 강제할 수 없는 절차라고 설명하고 있었다. 2018년 모델법에서는 mediation을 조정의 공식 명칭으로 변경하였다. 그 이유는 mediation이라는 용어가 모델법의 홍보와 이해에 더욱 도움을 줄 것으로 기대하였다고 한다 (2018년 UNCITRAL 조정모델법 가이드 초안 28. 제1조 주석 2번).

12) 이 규칙은 국제 상설 분쟁해결기구의 조정 규칙의 제정이나 개정에 영향을 미쳤다.; 정선주, 상

는 국가별로 조정에 관한 법규가 다르거나 법규가 없는 불안정한 상황을 해소하고 조정을 활성화한다는 목적으로 ‘UNCITRAL 국제 상사조정에 관한 모델법(UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation)’을 제정하였다.¹³⁾ 이어 유엔 국제 상거래법 위원회(UNCITRAL) 제2 실무 작업반(Working Group II)은 조정절차를 통하여 성립된 국제 당사자 간의 합의¹⁴⁾¹⁵⁾에 대한 집행 가능성을 강화하는 초안을 마련한 후, 이를 기초로 2018년 유엔 본회의에서 “국제 조정절차를 통하여 성립된 당사자 간의 합의에 관한 유엔 협약(United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation; 본고

가포르협약의 국내 이행 방안(법무부 연구용역보고서), 법무부, 2019, 2면.

- 13) 이 모델법은 개별 국가가 자국의 법에 그 내용을 반영하는 형식으로 적용될 수 있다. 따라서 모델법의 구속력은 없고 각국은 모델법을 입법에 참조하는 자료로 활용할 수 있다.
- 14) 싱가포르 협약에서 말하는 settlement agreement는 분쟁이 당사자의 합의에 의하여 절차를 진행했고 중립적인 제3자인 조정인의 관여 하에 조정절차(調停節次)를 통하여 성립되었다는 의미를 갖는다. 이 때문에 우리 민법 제371조처럼 당사자들이 상호 양보하여 분쟁을 끝낼 것을 약정하는 민법상의 화해계약과는 구별된다는 지적은 적절하다. 이 때문에 문자 그대로 화해합의, 분쟁 해결합의로 번역하는 것은 적절하지 않고 ‘조정을 통해 성립한 당사자 간의 합의’나 ‘조정서(조정합의서)’로 번역하는 것에 기본적으로 찬성한다(정선주, 싱가포르협약의 국내 이행 방안(법무부 연구용역보고서), 법무부, 2019, 4~7면). 다만, 본고에서는 싱가포르 협약 제2조 제3항이나 모델법 제1조 제3항이 조정이 절차(process)라는 점을 분명히 하고 있고 이러한 특성은 협약이나 모델법의 전체에 걸쳐 있으므로 ‘조정절차를 통하여 성립한 당사자 간의 합의’로 번역한다.
- 15) ‘settlement agreement’를 ‘조정 합의’로 번역하는 경우 많은 분쟁해결제도 중에 조정절차를 선택한 당사자의 합의(조정절차에 의하기로 하는 합의, agreement to mediate)를 의미할 수 있어 오해의 여지가 있다는 지적은 적절하다(정선주, 위 법무부 연구용역보고서, 6면). 더욱이 중재에서 당사자들이 중재를 분쟁해결방법으로 선택한 것을 ‘중재합의’라고 하는 것과 혼동할 수 있으므로 조정합의라는 번역은 적절하지 않다. 따라서 조정합의는 ‘조정절차합의’라는 용어로, 조정절차를 통하여 당사자들이 합의에 도달한 경우 그 합의의 내용을 말하는 경우는 ‘조정절차를 통하여 성립한 당사자 간의 합의(조정상 합의)’로 구분하여 사용하는 것이 바람직하다. 중재의 경우 역시 중재절차합의와 중재절차 내에서 이루어진 당사자 간의 합의(중재상 합의)로 구분하는 것이 바람직하다. 중재절차에서 당사자가 합의한 경우도 법원에서 소송 중에 당사자들이 합의한 것을 소송상 화해라고 하듯이 중재상 화해라고 부를 필요도 있다. 중재에서 절차를 선택하는 합의와 그 절차 내에서의 당사자 간의 합의를 구분하지 않는 이유는 중재절차를 선택하는 합의가 매우 중요하다고 생각하여 그것을 대표적인 합의로 생각한 때문이 아닌가 한다. 그러나 조정, 중재, 재판이 모두 절차라는 인식을 분명히 한다면 절차 선택의 합의와 내용에 대한 합의는 절차법과 실체법의 구분처럼 분명히 할 필요가 있다. 중재와 반대로 조정에서는 조정절차를 선택하는 합의보다 조정절차를 통하여 성립한 당사자 간의 합의에 더 중점을 두고 있다. 따라서 사전에 조정절차에 의하기로 하는 합의가 없어도 조정절차는 언제나 당사자가 합의를 하면 진행될 수 있다. 절차 진입의 엄격성 면에서 조정은 소의 제기나 중재절차합의와 같이 절차 선택의 합의를 사전에 반드시 하여야 하는 소송이나 중재와 차이가 난다. 따라서 절차인 ‘조정’을 실체법상의 ‘합의’와 동일한 것으로 이해하거나, ‘조정절차를 통하여 성립한 당사자 간의 합의(조정상 합의)’를 ‘조정절차합의’로 이해될 수 있는 조정합의라고 말하는 것은 적절하지 않다.

에서는 싱가포르 협약이라 함)”을 채택하도록 하였다.

또한 유엔 국제 상거래법 위원회(UNCITRAL)는 2002년 모델법을 개정하는 방식으로, 싱가포르 협약과 동일한 내용의 “2018년 유엔 국제 상거래법 위원회(UNCITRAL)의 국제상사 조정 및 조정절차를 통해 성립된 당사자 간의 합의에 관한 모델법(UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation ; 본고에서는 조정 모델법이라 함)”¹⁶⁾을 개정하였다. 조정모델법은 싱가포르 협약과 내용이 동일한 내용으로 유엔 국제 상거래법 위원회(UNCITRAL)는 제51차 본 회의에서 이 둘을 동시에 확정하였다.¹⁷⁾ 이처럼 동일한 내용을 모델법(Model law)과 협약(Convention)이라는 두 가지 방식(two-track)으로 마련하고 각국이 이 둘 중에서 선택하도록 한 것은 협약체결에 적극적인 국가들은 먼저 협약 방식으로 참여하도록 하고 협약체결에 신중한 국가들은 모델법을 통해 국내 법제 개선을 모색한 후 협약에 가입하도록 유도하자는 것이었다.¹⁸⁾

우리나라는 논의 초기에 모델법을 도입하고 국내법이나 국내 조정제도의 정비를 먼저 모색하자는 의견도 있었으나, 새로 도입되는 제도를 적극적이고 선도적으로 수용하는 것이 해외 무역 의존도가 높은 우리나라에 중국적으로는 득이 될 것이라는 의견이 우세하여 협약에 가입한 것으로 알려지고 있다. 우리나라는 현재 비준절차만을 남겨놓고 있다.

나. 싱가포르 조정협약의 적용 범위

싱가포르 조정협약은 제1조에서 (1) 상사(commercial) 분야의, (2) 조정절차에 의한(mediated), (3) 국제적(international) 사건인 (4) 서면으로 체결된 조정절차를 통하여 성립한 당사자 간의 합의 (settlement agreement in writing)에 적용된다고 명시하

16) 모델법의 공식 명칭은 “2018년에 채택된 개정사항을 포함한 2002년 국제상사조정 UNCITRAL 모델법 (UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation (2002) with Amendments as Adopted in 2018)”이다. 각 국가가 조정 모델법을 자국의 사정에 따라 자유롭게 적용할 수 있도록 하여 협약 가입에 거부감이 있는 국가들로 하여금 이원적 접근법에 동의하도록 하였다. 모델법은 기존 2002년 모델법을 개정하는 방식으로 이루어졌다.

17) [https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/73/17%20\(2021. 11. 7. 방문 기준\); 51차 회의 \(2018. 6. 25. ~ 2018. 7. 13.\) Annex II](https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/73/17%20(2021.11.7.방문기준);51차회의(2018.6.25.~2018.7.13.)AnnexII) .

18) 이재민, “국제 조정을 통한 합의서 집행협약의 도입과 법적 쟁점,” 서울, 비교사법 제25권 제4호, 한국비교사법학회, 2018, 1263~1264면.

고 있다. 이 내용은 조정 모델법 제3조에 동일하게 규정되어 있고, 모델법의 내용은 입법안내서(모델법 가이드)에서 해설(解説)이나 주(註)를 다는 형식으로 보충하고 있다.

위 적용 범위 중 (1) 상사(commercial) 분야 및 (3) 국제적(international) 사건에 적용된다는 부분은 지나치게 확대 해석을 할 것은 아니다. 그 이유는 기본적으로 유엔 국제 상거래법 위원회(UNCITRAL)의 업무가 ‘국제’와 ‘상사’로 정해져 있기 때문에 위 표현이 들어간 것이고, 싱가포르조정협약상의 조정은 상사 분야가 아닌 분야의 조정도 모두 포섭하고 있다. 따라서 조정제도와 관련하여 각국이 서로 조화를 이루기 어려운 정책적 문제가 적지 않다고 생각하여,¹⁹⁾ 상사(commercial)라는 용어에 대한 정의나 예시를 제시하지 않았다.²⁰⁾ 싱가포르 협약에서는 싱가포르 협약은 건설이나 천연자원 개발과 같은 투자자 국가 분쟁(investor-state dispute)도 상사의 개념에 포함시키고 있다.²¹⁾ 이 때문에 싱가포르 협약에는 건설이나 천연자원 개발과 같은 투자자 국가 분쟁(investor-state dispute)도 포함되는 것으로 이해되고 있다.²²⁾

조정절차를 통해 성립된 당사자 간의 합의가 국제적(international) 성격을 갖느냐는 조정의 성격이 국제적이냐가 아니라 합의사항의 내용이 국제적이냐에 달려 있다.²³⁾ 국제성 판단의 기준시점에 대해서는 조정절차를 시작하는 시점으로 할지 조정절차를 통해 성립된 당사자 간의 합의 시(settlement agreement)로 할지 논란이 있었으나 후자(settlement agreement)로 하기로 하였다.²⁴⁾

동시에 유엔 국제 상거래법 위원회(UNCITRAL)는 특정 국가가 싱가포르 조정협약을 참조하여 상사(commercial) 및 국제(international) 분쟁이 아닌 국내 일반 민사 분쟁에 관한 조정절차에 관한 국내법의 제정을 원한다면 조정 모델법을 유용한 기준으로 삼을 수 있도록 하고 있다. 조정 모델법이 상사조정에 국한되어 있음에도 불

19) 모델법 입법안내서(가이드) 해설 31.

20) 모델법 입법안내서(가이드) 해설 120.

21) Timothy Schnabel, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements (September 18, 2018)”, U.S.A., 19 Pepperdine Dispute Resolution Law Journal 1, 2019. p.22.

22) Timothy Schnabel, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements (September 18, 2018)”, U.S.A., 19 Pepperdine Dispute Resolution Law Journal 1, 2019. p.22.

23) CN.9/934, 문단번호(paras) 121~127.; 모델법 입법안내서(가이드) 해설 115.

24) 모델법 입법안내서(가이드) 해설 116.

구하고 특정 국가가 상사 영역 밖으로 모델법을 조정을 규율하기 위한 법으로 확장하는 것을 제한하지 않는다. 특히 연방 국가에서는 국내무역과 국제무역을 구별하는 것이 상당히 어려울 수 있어서 특히 그러하다.²⁵⁾

이 때문에 싱가포르 조정협약은 외관상으로는 ‘국제’ 및 ‘상사’ 분쟁에 대한 조정절차에 한정된 협약으로 해석할 여지가 있어 보이지만, 유엔 국제 상거래법 위원회(UNCITRAL)는 조정 모델법 제3조의 각주 (3)에 국제조정은 물론 국내 조정에도 이 법을 참조하여 입법을 하려는 국가는 제1조와 제3조의 ‘국제’라는 단어를 삭제하고 제3조의 제2, 3, 4항의 국제의 의미와 관련된 규정을 삭제하여 국내법에 도입할 수 있다고 안내하고 있다. 따라서 모델법이 국제 상사 분쟁을 대상으로 하고 있다고 하여 관련 법을 제정하는 국가가 상사 분쟁에 한하여 법을 만들 것을 예상하고 있는 것은 아니다.

따라서 법의 명칭도 “국제상사조정 및 조정절차를 통해 성립된 당사자 간의 합의에 관한 유엔 국제 상거래법 위원회(UNCITRAL) 모델법”으로 하였다. 모델법이 국제 상사 분쟁을 대상으로 하고 있다고 하여 관련 법을 제정하는 국가가 상사 분쟁에 한하여 법을 만들 것을 예상하고 있지 않다. 이 때문에 싱가포르 협약이나 모델법이 국제 상사 조정절차에 관한 것이므로 국내에서는 국제 상사조정 절차에 관한 법만 만들면 된다는 의견은 재고할 필요가 있다. 오히려 국내 조정절차가 싱가포르 협약과 조정 모델법에서 말하는 조정과 다르게 전개되고 있는만큼 국내 조정을 국제 조정절차의 기본 원칙과 조화를 이루도록 제도의 정합성을 마련하는 것이 필요하다.

이 관점에서는 싱가포르 협약 가입 전에 ‘상사’에 한정된 ‘상사조정법’을 제정하거나 ‘국제상사조정센터’를 설립하자는 의견²⁶⁾에 동의하기 어렵다. 왜냐하면 그 방안은 싱가포르 조정협약의 조정과 국내의 조정이 동일한 제도인지가 의구심이 들 정도로 달라 제도정합성에 심각한 문제가 있다는 점을 외면하고 ‘국제’와 ‘상사’에 한정된 조정법을 만드는 임시방편에 불과할 수 있기 때문이다. 이러한 법은 결국 싱가포르 조정협약의 조정이 적용되는 범위에 국내의 조정 모두를 배제하는 것이며 싱가포르 조정협약 제8조에서 정한 유보조항의 범위를 넘는 것으로 협약 가입의 의

25) 모델법 입법안내서(가이드) 해설 31.; A/CN.9/506, 문단번호(para), 16.

26) 오현석/김성룡, 조정에 의한 국제화해합의에 관한 UN협약의 주요내용과 특징에 관한 연구, 통상정보연구 제22권 제2호, 2020, 215~216면.

의가 사실상 없어지는 것과 같게 된다. 또한 별도의 국내법으로 국제상사조정법을 만든다고 하여 국제(international)와 상사(commercial)의 개념을 의도적으로 불명확하게 규정하고 중재지(seat of arbitration)에 대응하는 조정지의 개념을 일부러 두지 않은²⁷⁾ 조정협약의 범위를 명확히 할 수 있는 것도 아니다. 기본적으로 싱가포르 협약의 조정(mediation)은 당사자의 절차주도 및 절차선택권 보장과 조정인의 중립성, 독립성, 공정성에 기초하는 제도로 기존의 중재(arbitration)나 우리나라의 조정(특히 행정위원회의 각종 조정)과 본질적으로 다른 제도이기 때문이다. 그러므로 이른바 상사조정법을 아무리 정치하게 규정한다고 하여도 다른 국내 조정기관의 조정이 ‘국제(international)’적이며 ‘상사(commercial)’인한 그 조정을 협약의 대상에서 배제하기는 어렵다.

2. 싱가포르 조정 모델법의 목적과 해석의 표준 자료

가. 싱가포르 조정 모델법의 목적

2002년 조정모델법은 조정의 절차적 측면에 대한 근거²⁸⁾와 기준을 제시하였다는 점에서 의의가 있다. 이 경우 조정절차는 절차가 엄격하게 정해진 중재나 재판과 달리 당사자의 합의로 절차를 형성하여 갈 수 있는 자율적인 절차로 되어 있다.²⁹⁾

동시에 싱가포르 협약과 조정모델법은 조정절차와 조정절차를 통해 성립된 당사자 간의 합의의 집행력 부여에 대하여 논의를 집중하고 있다.³⁰⁾ 특히 2018년 조정

27) 싱가포르 조정협약의 조정절차는 중재절차와 달리 여러 국가에서 조정절차가 진행될 수 있고 집행지가 여러 나라로 나뉘는 경우도 예상하고 있어 조정지의 개념을 정하는 것 자체가 가능할 지도 의문이다. 조정절차는 조정절차의 핵심 요소만 구비하고 있다면 구체적인 절차를 당사자들의 합의로 얼마든지 만들어갈 수 있는 것으로 중재절차나 재판절차와 같이 엄격하게 구조화된 절차에 따라야 하는 것이 아니다. 이를 도외시하고 기존의 중재나 조정절차에 대비하여 절차를 구성하려고 하는 것은 조정절차의 본질을 무시하는 것이라고 할 수 있다.

28) 모델법 입법안내서(가이드) 해설 2.

29) 유연성이 있는 절차라는 점이 조정절차의 장점으로 부각되는 이면에서 각각의 국가나 지역별 또는 부문별로 조정절차가 통일이 되지 않았다는 한계도 동시에 내포하고 있다. 이 때문에 유엔 국제 상거래법 위원회(UNCITRAL)에서조차 초기에는 조정이라는 용어로 mediation과 conciliation을 혼용할 정도로 조정절차의 표준을 설정하기는 어려웠다.

30) 조정절차를 통하여 성립한 당사자 간의 합의(조정상 합의)에 집행력을 부여하자는 의견은 미국 대표의 입장이 반영된 것으로 재판(심판)이 아니라는 조정의 본질과 어긋난다는 비판이 적지 않다. 독일 대표와 독일 연방 공중인협회(Bundesnortarkammer)는 비판적인 입장을 표명하였고 독일 연방 변호사 협회(BRAK)는 2015년까지 다소 비판적이었으나 2019년 입장문에서는 협약

모델법은 조정절차와 조정절차를 통해 성립된 당사자 간의 합의에 대하여 예측가능성과 확실성을 높이고 조정을 장려한다는 목적을 분명히 하고 있다.³¹⁾ 이로써 조정 모델법은 국제 무역과 상업이 빠르게 성장하고 있고 중소기업을 포함하여 점점 더 많은 기업들이 국가의 범위를 넘어서는 거래를 하고 있는 현실과 전자상거래의 발달로 거래의 현실이 매우 다양하고 복잡해진 현실에 대처하기 위하여 재판과 중재를 넘어서는 새로운 분쟁해결절차(분쟁해결시스템)의 구축을 목표로 하고 있다.

유엔 국제 상거래법 위원회(UNCITRAL)은 이러한 절차를 설계함에 있어 아직은 너무나 다양하여 분쟁해결절차로서의 일관성이나 통일성이 떨어지는 조정절차의 모델을 제시하고 그 목적을 국제상거래의 당사자(국가 포함)에게 교육함으로써 심판의 방식에 의하지 않는 분쟁해결방식(Non-adjudicative dispute settlement methods)을 장려하고자 하였다.³²⁾

모델법은 ① 분쟁해결의 비용 및 시간 단축, ② 거래 당사자 간 협력적 분위기 조성 및 유지, ③ 갈등에 대한 유연한 맞춤형 해결책, ④ 추가 분쟁 방지 ⑤ 국제무역에 대한 확실성 부여를 목적으로 하고 있다.

나. 싱가포르 조정 모델법 해석의 표준 자료

모델법의 해석은 국제물품매매계약에 관한 유엔 협약(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Vienna, 11 April 1980) 제7조, 유엔 국제 상거래법 위원회(UNCITRAL) 전자상거래 모델법(UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce 1996) 제3조, 국제도산에 관한 모델법(Model Law on Cross-Border Insolvency 1997) 제8조, 전자서명 모델법(UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures 2001) 제4조에서 유래한다.³³⁾ 모델법의 해석에 이러한 기준을 제시하는 이유는 모델법에 따라 국내법을 만든 국가에서 국내법의 개념만으로 모델법을 해석하는 것을 제한하려는 것이다. 모델법을 국내법으로 도입했을 때 그 규정은 국내법이기도 하지만 국제법적 기원을 고려하여야만 다른 여러 국가에서 통일적

에 우호적인 입장을 표명한 것으로 알려지고 있다.; 함영주/조수혜/김호/박성은, 조정제도 활성화 위한 국가전략 수립 : 싱가포르 협약 대응을 중심으로, 국회입법조사처 용역보고서, 국회입법조사처, 2021, 160~164면.

31) 모델법 입법안내서(가이드) 해설 3.

32) 모델법 입법안내서(가이드) 해설 3.

33) 모델법 입법안내서(가이드) 해설 36.; A/CN.9/506, 문단번호(para). 49.

으로 해석될 수 있다. 모델법의 균일한 해석을 위해 각국의 연구자와 이해관계자들은 유엔 국제 상거래법 위원회(UNCITRAL) CLOUT 데이터 베이스³⁴⁾에 있는 판례를 참조할 것을 권장한다.

3. 조정절차의 표준으로서의 싱가포르 조정협약과 모델법

가. 싱가포르 조정 모델법에 추가된 조정의 본질적 요소

(1) 조정의 절차성 ; 조정절차

협약에서 조정(mediation)은 당사자들에게 해결책을 강제할 권한을 갖지 않는 제3자(조정인)의 도움으로 우호적 분쟁 해결에 이르는 ‘절차(process)’를 말한다.³⁵⁾ 조정절차에 의하기로 하는 합의(agreement to mediate)는 중재합의(중재절차 합의)처럼 사전에 있어야 하는 것이 아니다. 처음에는 조정절차에 의할 계획이 없었더라도 제3자인 조정인이 개입하고 당사자들이 조정절차에 의하기로 동의하여 당사자 간의 합의가 이루어졌다면 조정절차를 통해 성립한 당사자 간의 합의는 이루어진 것이다.

이처럼 조정절차는 당사자들에게 해결책이나 결론을 강제할 수 있는 절차인 중재나 판결절차와 근본적으로 구별이 되는 절차이다. 이 때문에 조정절차는 처분권주의, 변론주의와 같이 소송물에 대한 처분자유나 소송자료에 대한 수집책임³⁶⁾과 같이 제한적인 범위에서만 당사자주의를 채택하는 것이 아니라 조정인에게 강제할 권한이나 심판권도 부여하지 않는 보다 적극적이고 전면적인 당사자주의를 채택한다고 할 수 있다.

따라서 조정절차를 직권주의의 적용을 받는 비송절차의 성격을 갖는 제도³⁷⁾로 인식하는 우리나라 법원조정(민사조정법의 조정)은 싱가포르 조정협약의 조정에 포함되기 어렵다. 각국 법원에서 운용되는 조정제도의 다양한 현실을 고려하고 법원이 개입한 경우에는 당사자들 간의 합의에 집행력이 부여되는 경우가 많다고 보아 싱가포르 조정협약 제1조 3.(a) 및 3.(b)는 법원이 허용(approved)³⁸⁾하였거나 재판절차

34) <https://www.uncitral.org/clout/> (2021. 11. 12. 방문 기준).

35) 싱가포르 협약 제2조 제3항.

36) 이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2021, 317면.

37) 조정절차에서의 사실조사, 사법정책연구원 현안보고서, 사법정책연구원, 2020, 9면.

38) 승인이라고 번역하는 문헌도 있으나 우리나라 민사소송법에서의 승인은 외국판결의 승인(recognition)과 집행을 말하는 용어로 한정하여 사용하므로 보다 넓은 뜻을 포섭할 수 있는 ‘허

를 통하여 일어난 화해 합의,³⁹⁾ 해당국에서 집행 가능한 판결, 등록(recorded)⁴⁰⁾되고 집행 가능한 중재판정(arbitral awards)은 협약의 적용이 배제된다.

조정절차를 통하여 당사자 간의 합의가 성립(이를 합의의 체결(conclusion)이라고 표현하기도 함)되면 조정절차는 종료된다.⁴¹⁾ 합의의 체결은 전자 통신의 교환이나 구술로도 가능하며 서명(signing)이 꼭 필요한 것이 아니므로 체결(conclusion)이라는 용어를 별도로 사용한다.⁴²⁾

(2) 당사자의 절차 선택권 및 절차형성권

싱가포르 조정협약의 조정에서는 조정절차에 들어간다는 사전 합의가 없어도 당사자들이 합의하면 언제든지 조정절차를 개시할 수 있다. 이 때문에 사전 중재합의가 필요한 중재와 달리 조정절차 선택에 대한 당사자의 사전 합의를 필요로 하지 않는다. 이를 달리 조정은 당사자가 조정의 절차와 결과를 완전히 통제⁴³⁾하는 절차라고 설명한다.

따라서 조정은 제3자가 독립적·중립적 방식으로 분쟁해결에 조력한다는 점에서 협상과 다르며, 당사자가 재판 외적으로 절차와 결과를 완전히 통제하는 중재⁴⁴⁾와도 다르다.⁴⁵⁾ 거기에 보태어 조정은 절차 선택에 대하여 중재처럼 사전에 합의를 하여야 하는 제약마저 없으므로 당사자의 절차선택권 및 절차형성권은 더욱 강화된 경우라고 할 수 있다.

다만 여기서 주의할 것은 조정절차에 의하기로 하는 합의가 반드시 사전에 합의

용'으로 번역하였다.

39) 우리나라의 제도에서 제소전 화해와 재판상 화해를 포함한 재판상의 화해가 여기에 해당할 수 있다.

40) 등록(record)은 법원의 재판절차를 거치지 않고도 당사자들이 합의하여 그들 간의 합의를 법원을 통하여(활용하여) 법원의 명령으로 그 효력을 높이는 절차를 말한다.; Nadja M Alexander, The emergence of mediation law in Asia: A tale of two cities, Singapore Management University, TDM (Transnational Dispute Management) Vol. 18, issue 3, 2021, p.26. ; https://ink.library.smu.edu.sg/cgi/viewcontent.cgi?article=5237&context=sol_research (2021.11.14. 방문 기준).

41) 조정모델법 제12조 (a)

42) 모델법 입법안내서(가이드) 해설 10.

43) 모델법 입법안내서(가이드) 해설 10.

44) 당사자가 중재기관과 중재인을 선택 또는 선정한다는 점에 착안하여 재판절차와 달리 재판외적으로 절차와 결과를 통제한다고 표현한 것으로 이해된다.

45) 모델법 입법안내서(가이드) 해설 10.

가 있어야 하는 것이 아니라는 점과, 미국의 조정절차에서 중요시하는 조정절차이용 여부와 조정절차를 거친 결과 성립된 합의 내용에 대하여 당사자가 충분히 이해하고 진정한 의사로 동의였다는 사전동의(informed consent)가 보장되어야 한다는 것과 동일한 것은 아니다. 미국 조정인 모범행위 준칙은 조정과정과 합의결과 모두에서 당사자가 그 절차에 의하였고 그 절차를 통하여 합의를 작성한다는 것에 대한 동의가 반드시 있어야 한다는 것을 중요한 전제로 하고 있다. 이 때문에 미국 조정인 모범행위 준칙 제1조는 조정인에게 당사자자기결정권에 기반하여 조정을 할 것을 규정하고 조정인은 당사자들이 자유롭게, 정확한 내용과약을 전제로 결정할 수 있도록 보장할 것을 요구하고 있다. 즉, 이는 당사자들이 조정절차가 무엇인지 그리고 그 절차에 자신들의 동의가 꼭 필요한지도 모르는 상태에서 조정절차가 진행되어서는 안 된다는 의미이다.

(3) 당사자의 독립성·자주성

조정 모델법 제5조는 발생한 분쟁에 관한 조정절차는 분쟁의 당사자들이 조정절차 관여(engage in)에 합의한 날 개시된다고 규정한다. 이 조항은 많은 경우 조정이 법원, 중재판정부, 관계당국과 같은 분쟁해결기구의 명령, 요청, 건의로 이루어진다는 점을 감안하여 그러한 경우에조차 조정절차는 당사자가 조정절차에 참여하기로 합의한 날까지 절차가 개시되지 않도록 하기 위한 것이다.⁴⁶⁾

조정절차 ‘관여(engage in)’에 합의한 날이라는 표현은 모델법이 조정절차를 통해 성립된 당사자 간의 합의의 시점에 대한 판단을 모델법 이외의 법률에 맡긴다는 의미를 내포하고 있다. 당사자들이 언제 합의에 도달했는지는 결국 증거(evidence)의 문제가 된다. 이 부분에 대한 새로운 분쟁발생의 가능성을 차단하기 위하여 합의서에 구체적인 내용을 명시하자는 의견이 제시되기도 한다.

조정모델법 제5조 제2항은 타방 당사자에게 조정을 요청한 일방 당사자가 요청을 발생한 날부터 30일 이내에 또는 그 요청에 명시된 기한 내에 요청의 수락을 받지 못하면 조정절차의 거부로 간주한다고 규정한다. 당사자의 의사가 불분명한 상황을 분명하게 해 주는 역할을 한다. 30일은 유엔 국제 상거래법 위원회(UNCITRAL) 조정규칙에 맞추었다. 이 기간은 당사자들이 합의로 바꿀 수 있다.⁴⁷⁾

46) 모델법 입법안내서(가이드) 해설 50.

47) 모델법 입법안내서(가이드) 해설 53.

조정제안의 철회 요건은 조정 요청이 상대방의 수락 전에 언제든지 자유로이 철회될 수 있다는 점을 감안하여 두지 않았다. 철회와 관련된 조항을 두는 것은 당사자들의 계약 성립에 법이 부당하게 간섭하는 것이 될 수 있다.

조정 모델법은 제6조 제1항에 당사자들이 둘 이상의 조정인들을 합의하여 정하지 않은 이상 조정인은 한 명이라고 규정하고 있다. 이는 중재인 3인을 기본으로 하는 중재와 구별된다. 여러 명의 조정인을 두는 것을 굳이 금지하지는 않지만 조정인을 1인을 두도록 한 것은 조정의 성질과 관련이 있다. 심판을 기본으로 하는 중재는 합의에 의한 심판을 위하여 기본적으로 중재인이 3인이지만 당사자 간의 합의를 촉진하는 조정에서 조정인이 다수라는 것은 합의를 촉진하는데 방해가 되는 경우도 있기 때문이다. 간혹 조정인이 다수인 경우 조정절차의 진행이나 조정절차를 통한 당사자 간의 합의의 방향이 조정인 사이에서 의견일치가 되지 않는 경우가 발생한다. 이 경우 조정인은 조정을 촉진하는 자가 아니라 당사자들 앞에서 일관된 방향을 보이지 못하는 조정절차를 통한 합의에 방해가 되기도 한다.

조정 모델법은 양당사자에게 모두 조정절차를 분쟁해결절차로 선택할 수 있는 선택권을 부여하고 있다. 조정절차 진행에 양당사자의 합의는 필수적이다. 조정 모델법의 이러한 규정에 비추어 볼 때 우리나라 법원의 외부조정기관에로의 조정회부는 민사조정으로 불리는 법원조정이 조정이 아니라는 것을 반증한다. 조정회부는 조정의 자율성을 부정하는 언어 모순에 해당하기 때문이다. 강제조정이나 조정같은 결정도 마찬가지 이다.

당사자의 의사를 가장 중시하여야 하는 조정에서 당사자의 합의가 없음에도 합의를 한 것으로 간주하는 제도는 조정과 양립할 수 있는 제도라고 할 수가 없다. 요컨대 당사자의 절차 주도(통제), 당사자가 조정절차의 시작과 종료 결정, 당사자의 의사에 따른 조정절차 자체의 조율과 수정, 당사자의 자율성과 자기 결정권 존중이 제대로 보장이 되지 않는 제도는 적어도 모델 조정법이나 싱가포르 협약에서 상정하는 조정이라고 할 수 없다.

(4) 조정인의 중립성·독립성

조정인의 중립성(Neutrality)은 기본적으로 당사자의 의사를 존중하는데서 출발한다. 따라서 조정 모델법 제7조 제1항이 당사자들이 일련의 규칙을 참조하거나 조정수행의 방식에 자유롭게 합의할 수 있다고 규정하면서, 바로 이어 제2항에서 조정인

에 대하여 규정하고 있다.

당사자들이 조정수행의 방식에 대하여 합의를 하는데 실패하면 조정인은 사건의 사정, 당사자들의 기대(바람), 분쟁의 신속한 해결필요성 등을 고려하여 자신이 적절하다고 생각하는 방식으로 조정절차를 수행할 수 있다(제7조 제2항). 조정절차의 수행과정에서 조정인은 어떠한 경우에도 당사자들을 공정하게 대하여야 하고 그렇게 함에 있어서 사건의 사정을 고려하여야 한다(제7조 제3항).

제2항은 조정인이 당사자의 의사를 존중하면서 당사자들의 사정을 고려하여 절차(節次)를 형성(形成)해 나가는 역할을 할 수 있음을 말한다. 이는 1980년 유엔 국제상거래법 위원회 조정규칙(UNCITRAL Conciliation Rules, 1980) 제7조 제3항에서 유래한 것이다.⁴⁸⁾

제3항은 조정인의 행위준칙으로 조정인이 사건의 구체적인 상황을 고려하여 당사자에게 공정한 대우(fair treatment)를 하여야 한다는 규정이다. 이는 조정인의 기본의무이고 반드시 준수해야 하는 최소한의 기준이다.⁴⁹⁾ 공정한 대우(fair treatment)라는 문구는 조정절차를 진행하는 과정에 지켜져야 하는 것이고 조정인 스스로 판단하는 것이 아니라 양당사자들이 공정하다고 느끼고 그렇게 평가해주는 것이 중요하다. 양당사자를 공정하게 대한다고 하는 것이 개별회의(cacus; separate meetings/sessions)⁵⁰⁾⁵¹⁾나 공동회의(joint meetings/sessions)⁵²⁾에서 동일한 발언시간을 주는 것만을 의미하는 것은 아니다. 물리적인 시간이 반드시 같아야 하는 것은 아니라는 점에서 시간이 동일하지 않을 수도 있다. 오히려 조정인은 조정절차에 들어가기 전에 모든 쟁점, 이해관계, 합의 가능성을 모색하느라 양 당사자에게 할애하는 시간이 완전히 같지는 않을 수도 있다는 것에 대하여 사전에 양해를 구하는 시간을 가질 필요도 있다.

48) UNCITRAL Conciliation Rules (1980)<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/conc-rules-e.pdf> (2021.11. 13. 방문 기준).

49) 모델법 입법안내서(가이드) 해설 63.

50) 조정절차에서 양당사자 중 일방만을 만나 숨겨진 이해관계나 관심, 상대방에게 비밀로 하고 싶은 내용에 대하여 당사자 일방과 조정인이 대화를 하는 절차를 말한다.

51) 개별회의(cacus; separate meetings/sessions)와 공동회의(joint meetings/sessions) 절차는 조정에서 매우 중요하게 다루어지므로 조정 모델법 제8조에 별도의 조문을 두고 있다. 조정인은 당사자들을 함께 또는 일방당사자와 만나거나 의사소통을 할 수 있다.

52) 조정인이 양당사자를 동시에 대면하면서 사안에 대하여 질문하고 경청하는 절차를 말한다. 필요한 경우 공동회의와 개별회의는 반복하여 진행할 수 있다.

제4항은 조정인은 조정절차의 어느 단계에서든 분쟁에서의 합의를 이끌어내기 위한 제안을 할 수 있다고 규정한다. 조정인이 제안을 언제, 어느 정도 할 수 있는지는 당사자의 의사, 조정절차의 분위기, 적절한 시기(timing), 조정인이 생각하는 당사자 합의에 적절하다고 생각하는 방식 등 다양한 요소에 달려 있다.

이처럼 조정인의 역할은 중립성을 유지하면서도 의사소통을 원활히 하여 당사자들의 이해관계를 잘 파악하고 당사자들이 스스로 가장 적절하다고 생각하는 해결방법을 찾아가도록 하는 것에서 발현된다. 그 과정에서 조정인은 중립성을 유지하여야 하며 당사자들의 사정을 고려하여 절차를 형성해 나가기도 하는 독립성과 객관성을 지니고 있어야 한다.

조정 모델법 제13조는 당사자들이 달리 합의하지 않는 한, 조정절차의 대상이었거나 대상인 분쟁에서, 또는 동일한 계약이나 법률관계 또는 모든 관련된 계약이나 법률관계에서 발생한 다른 분쟁에 관하여 조정인은 중재인이 되어서는 안 된다. 이 조항은 조정인으로 활동한 사람이 동일한 사건에 중재인으로 선임이 되면 당사자들이 조정절차에서 조정인에게 자신의 약점을 노출하는 솔직하게 대화를 할 수 없게 된다는 것이다. 이어지는 후속절차에서 앞의 조정인이 중재인이 되어서 심판을 하는 것이 되기 때문이다.

물론 어떤 국가에서는 조정을 한 조정인이 사건의 내용을 잘 알기 때문에 기존의 지식으로 중재를 효율적으로 해결할 수 있다고 생각하기도 한다. 그러나 싱가포르 협약과 모델 조정법은 조정인을 중재인과 준별되는 사건 해결의 촉진자이면서 당사자의 비밀사항도 개별회의(caucus; private session)에서 정보를 얻을 수 있기 때문에 한 사람이 조정인과 중재인의 역할을 할 수는 없다.

다만, 싱가포르 협약이나 조정 모델법은 양당사자가 합의를 하여 기존의 조정인을 중재인으로 선정하여 절차를 진행하거나 조정인이 심판관의 역할을 하는 것⁵³⁾을 금지하지는 않는다. 그것은 해당 국가의 국내 법정책의 문제라고 생각하기 때문이다. 협약이나 모델법 규정을 두어 이러한 관행을 통일하려는 시도는 부적절한 것으로 판단되었다.⁵⁴⁾

조정 모델법을 검토하는 초기에 조정인이 당사자의 대리인이나 변호사 역할을 하

53) 일부 국가에서 Med-Arb-Med나 Med-Arb순으로 절차를 결합하면서 동일 사건에서 조정인이 중재인의 역할도 겸하게 하는 경우가 여기에 해당한다.

54) 모델법 입법안내서(가이드) 해설 90.

는 것을 제한하는 내용이 논의되었다. 일부 국가에서의 의견으로 당사자들이 이것을 동의하더라도 조정인이 행위준칙을 위반하고 분쟁해결방법으로서의 조정의 특질을 훼손한다는 것이었다. 이에 대하여 조정인이 대리인이나 변호사의 역할을 금지하는 것은 당사자 자치의 원칙에 위배된다는 지적과 조정인의 대리인 역할을 금지하는 국가의 경우에는 그 내용을 협약이나 모델법에 두지 않아도 조정인이 그러한 역할을 자유로이 거부할 수 있을 것이라고 하여 규정을 두지 않기로 하였다.⁵⁵⁾ 조정인을 중립성과 독립성을 실천하는 사람으로 상정한 것이다.

나. 조정절차에서 얻은 정보에 대한 비밀의 보호

(1) 조정절차에서 제시된 정보의 비밀유지

조정 모델법은 제9조는 조정인이 일방 당사자로부터 분쟁과 관련된 정보를 제공 받았을 때 조정인은 그 정보의 내용(substance of information)을 상대방 당사자에게 제공할 수 있다. 그러나 일방 당사자가 비밀을 유지하여야 한다는 조건으로 정보를 제공한 경우에는 그 정보는 그 어느 타방 당사자에게도 제공되어서는 안된다고 규정한다.

조정이 성공하기 위하여 당사자와 조정인은 당사자 사이의 쟁점, 분쟁이 발생한 배경, 당사자들이 합의로 분쟁을 해결할 수 없었던 사정, 교착상태를 극복하는 방안, 오해를 해소하는 방안 등을 모색하여야 한다. 조정절차에서는 법적 쟁점만을 다루는 것이 아니기 때문에 당사자 사이의 관계회복이나 거래관계의 유지, 상호 양보를 모색할 수도 있다.

이러한 논의를 위하여 조정인은 필요하다면 소송이나 중재에서는 다루어지지 않을 민감정보나 비밀사항, 당사자가 말을 잘 안 하려고 하는 정보까지 확인을 할 수 있다. 그 경우 그 정보가 제3자나 상대방에게 공개되거나, 조정절차에서 합의로 분쟁을 종료하지 못한 경우 상대방이 중재나 소송절차에서 그 정보를 증거나 공격의 자료로 사용하게 해서는 안 된다. 그러한 가능성이 있을 경우 당사자들이 조정절차에서 자신이 진정으로 원하는 것을 말하지 않고 민감한 정보는 끝까지 말하지 않을 수 있다.

이 때문에 조정절차에서는 당사자들이 공개를 원치 않은 정보의 공개를 막는 법

⁵⁵⁾ 모델법 입법안내서(가이드) 해설 91.

적 안전장치가 필요하다. 자율성과 유연함이 중시되는 조정절차이기기는 하지만 이러한 안전장치는 조정제도의 핵심 내용으로 다루어져야 한다.⁵⁶⁾ 조정에 관한 모델법의 규정과 조정절차에 관한 기본법이 필요한 이유라고 할 수 있다.

모델법의 규정의 제정에서는 일방 당사자가 조정인에게 제공하는 정보를 타방에게 공개할 수 있다는 것을 원칙으로 하고 정보를 제공하는 일방 당사자가 비밀로 유지해 줄 것을 요청하는 경우 비밀로 하는 규정방식과 거꾸로 일방 당사자의 정보를 그 당사자가 동의를 한 경우에만 제공할 수 있도록 하자는 의견의 대립이 있었다.⁵⁷⁾ 기본적으로 당사자의 동의를 받아 상대방에게 정보를 제공하자는 후자의 방식(정보 제공 당사자의 동의를 얻는 것을 기본으로 하는 방식)이 효과도 좋고 많은 나라들에서 이미 조정절차에 채용하고 있는 것임에도 불구하고 채택이 되지 않았다. 이 때문에 조정인은 별도의 언급이 없는 한 일방 당사자가 제공한 정보가 상대방 당사자에게 전달될 수 있음을 당사자들에게 미리 고지할 필요가 있다.

이어 조정 모델법은 제10조에서 당사자들이 달리 합의하지 않는 한, 법이나 조정절차를 통해 성립된 당사자 간의 합의의 이행 또는 집행을 목적으로 공개가 되는 경우를 제외하고, 조정절차에 관한 모든 정보는 비밀로 유지되어야 한다고 규정한다. 조정관련 정보가 법적 의무로 규정되어 비밀로 유지된다는 점에 대하여 당사자들이 확신을 갖는 경우에 조정은 더욱 매력적인 분쟁해결방법이 되므로 비밀유지 조항은 매우 중요하다.⁵⁸⁾⁵⁹⁾

56) 조정절차에서 당사자 일방이 제공한 민감한 정보가 비밀로 유지된다는 점은 각 당사자와 조정인 사이의 개방적이고 솔직한 의사소통을 촉진한다. 동시에 이러한 비밀정보의 공유는 당사자와 조정인 간의 신뢰를 높이고 문제해결을 위하여 함께 노력하는 자세를 이끌어내는 데도 도움이 된다. 이러한 절차적 보호장치가 없다면 조정절차에서도 당사자들은 소송이나 중재에서와 마찬가지로 분쟁을 지속하고 있는 자신의 진짜(숨은) 이유나 서류로 되어 있지 않은 사실에 대한 정보를 제공하지 않게 된다. 특히 우리나라와 같이 재판을 거짓말 경연장이라거나 진실을 호도하여 승리만을 얻으려고 사실관계 파악도 힘들게 하는 변호사들 간의 게임이라는 인식이 있는 경우는 더욱 그러하다. 조정인이 비밀을 유지하면서 자신의 어려움을 해소해 주려고 진심으로 노력할 때 조정의 당사자들은 기존의 다른 분쟁해결절차에서와 다른 태도로 자신들의 애로 사항을 이야기 하기 시작하는 경우가 많다.

57) 모델법 입법안내서(가이드) 해설 67.

58) 모델법 입법안내서(가이드) 해설 69.; A/CN.9/506, 문단번호(para). 86.

59) 형사 범죄와 관련된 증거나 조정절차를 통해 성립된 당사자 간의 합의를 집행하는 경우에 법률에 의하여 공개가 요구되는 경우는 이 규칙의 예외가 될 수 있다.; 모델법 입법안내서(가이드) 해설 71.

(2) 조정절차에서 얻은 정보의 다른 절차에서의 제공·제시·원용의 금지

조정 모델법 제11조 제1항은 조정절차의 관리에 관여한 자를 포함하여 조정절차의 일방 당사자, 조정인 및 모든 제3자는 재판, 중재 기타의 유사한 절차에서 당사자가 조정절차에 참여하려고 했던 사실, 조정에서 표현한 의견이나 제안, 일방 당사자의 진술이나 시인, 조정인의 제안, 조정인의 제안을 수락하려는 의향을 나타낸 사실, 조정절차에만 사용하기 위하여 만든 문서 등을 원용하거나 제시하거나 제공해서는 안된다고 규정한다.

그 이유는 조정절차를 거친 후 이러한 정보가 유출될 가능성이 있다면 당사자들은 자신의 의향이나 정보를 제공하지 않을 것이며 조정의 유용성이 심각한 손상을 입을 수 있기 때문이다. 모든 제3자에게는 조정인과 당사자 외에 증인이나 전문가도 포함이 된다.⁶⁰⁾ 유사한 절차에는 행정절차는 물론이고 증거개시(discovery), 선서진술서(증언녹취서; deposition)와 같은 절차도 포함이 되므로 사법절차에 한정하지 않는다. 이 부분은 1980년 유엔 국제 상거래법 위원회 조정규칙(UNCITRAL Conciliation Rules, 1980) 제20조와 유사한 내용으로 구성되어 있다.⁶¹⁾

이 조항은 일부 국가의 법제에서 조정절차에서 얻은 정보를 다른 절차에서 제공·제시·원용하지 않겠다는 당사자의 합의를 인정하지 않는 경우도 있어 중요한 의미가 있다. 우리나라 일부 법원의 민사조정에서 조정인에게 조정절차에서 합의가 이루어지지 못한 경우 상세한 이유를 작성하여 재판부에 보내줄 것을 요청하는 경우⁶²⁾에 있는데 그 경우는 절차 자체가 조정에 적합하지 않게 운영되는 것은 물론이고 모델 조정법의 제11조를 정면으로 위배하는 경우라고 할 수 있다.

60) 모델법 입법안내서(가이드) 해설 72.

61) UNCITRAL Conciliation Rules (1980)<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/conc-rules-e.pdf> (2021.11. 13. 방문 기준).

62) 명문 규정을 두고 있지는 않으나 재판실무상의 편의를 위하여 협조요청을 하거나 그러한 방법을 관행으로 행하는 경우도 있다.

Ⅲ. 싱가포르 조정협약을 기준으로 본 우리나라 법원조정 및 금융소비자보호법 상 조정절차의 체계 정합성

1. 조정제도의 개념에 대한 검토

가. 싱가포르 조정협약 상의 조정 개념

싱가포르 협약에서 조정(mediation)은 당사자들에게 해결책을 강제할 권한을 갖지 않는 제3자(조정인)의 도움으로 우호적 분쟁 해결에 이르는 ‘절차(process)’를 말한다.⁶³⁾ 조정절차에 의하기로 하는 합의(agreement to mediate)도 중재합의(중재절차 합의)처럼 사전에 있어야 하는 것이 아니다. 이 때문에 싱가포르 협약 상의 조정절차는 우리 민사소송법처럼 처분권주의, 변론주의와 같이 소송물에 대한 처분자유나 소송자료에 대한 수집책임⁶⁴⁾과 같이 제한적인 범위에서만 당사자주의를 채택하는 것이 아니라, 조정인이 당사자들에게 어떠한 사항을 강제하거나 심판을 하는 것을 허용하지 않는 매우 적극적이고 전면적인 당사자주의를 채택하고 있다.

따라서 조정절차를 직권주의의 적용을 받는 비송절차의 성격을 갖는 제도⁶⁵⁾로 인식하여 조정절차 내에서 당사자들이 서로 양보하여 합의하지 않음에도 조정인 또는 조정기관이 조정사건에 대하여 판단하는 내용의 결정문을 보내고 송달 후 2주 내에 이의를 하지 않으면 합의한 것으로 간주하여 민법상 화해의 효력이나 재판상 화해와 같은 효력(확정판결과 동일한 효력)을 부여하는 우리 법원조정(민사조정법의 조정)은 싱가포르 조정협약의 조정 개념에 포섭되기 어렵다.

싱가포르 조정협약은 이처럼 각국의 법원에서 운용되는 조정제도의 다양한 현실을 고려하고, 법원이 개입한 경우에는 당사자들 간의 합의에 집행력이 부여되는 경우가 많다고 보아, 싱가포르 조정협약 제1조 3.(a) 및 3.(b)는 법원이 허용(approved)⁶⁶⁾하였거나 재판절차를 통하여 일어난 화해 합의,⁶⁷⁾ 해당국에서 집행 가능한 판결, 등록

63) 싱가포르 협약 제2조 제3항.

64) 이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2021, 317면.

65) 조정절차에서의 사실조사, 사법정책연구원 현안보고서, 사법정책연구원, 2020, 9면.

66) 승인이라고 번역하는 문헌도 있으나 우리나라 민사소송법에서의 승인은 외국판결의 승인(recognition)과 집행을 말하는 용어로 한정하여 사용하므로 보다 넓은 뜻을 포섭할 수 있는 ‘허용’으로 번역하였다.

67) 우리나라의 제도에서 제소전 화해와 재판상 화해를 포함한 재판상의 화해가 여기에 해당할 수

(recorded)⁶⁸⁾되고 집행 가능한 중재판정(arbitral awards)은 협약의 적용이 배제되는 것으로 하였다.

싱가포르 협약에서는 조정절차를 통하여 당사자 간의 합의가 성립(이를 합의의 체결(conclusion)이라고 표현하기도 함)되면 조정절차는 종료된다.⁶⁹⁾ 합의의 체결은 전자 통신의 교환이나 구술로도 가능하며 서명(signing)이 꼭 필요한 것이 아니므로 체결(conclusion)이라는 용어를 별도로 사용한다.⁷⁰⁾

결국 싱가포르 조정협약에서 조정(mediation)은 당사자들의 합의로 조정절차를 선택하고 조정인의 도움을 받아 조정절차를 통하여 양당사자들이 명시적으로 합의를 한 경우에만 효력을 인정하는 절차라고 할 수 있다. 따라서 조정인이 당사자를 심판하는 입장에서 무언가를 결정 또는 심판하거나, 합의를 하지 않았음에도 합의를 한 것으로 간주하거나, 자기에게 심판권이 있음을 당사자들에게 주지시키며 협박(coercion)하는 것은 싱가포르 조정협약의 조정개념에 포섭될 수 없다.

나. 우리 민사조정법 상의 조정 개념

민사조정법에는 조정(調停)을 절차(節次)라고 하고 있을 뿐 조정에 대한 직접적인 정의를 하지 않고 있다⁷¹⁾. 현행 민사조정법 제1조는 조정을 ‘절차(節次)’로 이해하면서 그 절차는 당사자의 ‘자주적·자율적’ 분쟁해결방법이어야 한다고 규정한다. 추가적인 표현으로 적정·공정·신속·효율이라는 표현도 있으나 이는 민사소송의 이상이며 분쟁해결절차 일반의 이상이기도 하므로 조정에만 해당하는 요소라고 보기는 어렵다.

달리 2020년 민사조정법의 개정으로 “당사자 사이의 상호 양해를 통하여 조리(條
 있었다.

68) 등록(record)은 법원의 재판절차를 거치지 않고도 당사자들이 합의하여 그들 간의 합의를 법원을 통하여(활용하여) 법원의 명령으로 그 효력을 높이는 절차를 말한다.; Nadja M Alexander, The emergence of mediation law in Asia: A tale of two cities, Singapore Management University, TDM (Transnational Dispute Management) Vol. 18, issue 3, 2021, p.26. ; https://ink.library.smu.edu.sg/cgi/viewcontent.cgi?article=5237&context=sol_research (2021.11. 14. 방문 기준).

69) 조정모델법 제12조 (a)

70) 모델법 입법안내서(가이드) 해설 10.

71) 민사조정법 제1조(목적) 이 법은 민사(民事)에 관한 분쟁을 조정(調停) 절차에 따라 당사자의 자주적·자율적 분쟁 해결 노력을 존중하면서 적정·공정·신속하고 효율적으로 해결함을 목적으로 한다(개정 2020. 2. 4.)

理)를 바탕으로 실정(實情)에 맞게 해결”하는 절차가 조정이라는 규정이 삭제되어 조정을 정의하는 부분이 축소되었다고 할 수도 있다.⁷²⁾

반면에 민사조정법 제27조, 제28조에서는 조정의 불성립, 조정의 성립이라는 표제를 사용하며 “당사자 합의 = 조정”이라는 용어로 사용하고 있다. 따라서 당사자 간에 합의가 이루어지면 조정이 성립하였다고 한다.⁷³⁾

위의 내용을 종합하면 민사조정법은 조정을 『당사자의 자주(自主)적·자율(自律)적 분쟁해결노력에 대하여 수소법원(수명법관과 수탁판사 포함)·조정담당판사·상임조정위원(상근조정위원 및 조정전담변호사 포함)이 민사소송절차에 준하는 적정(適正)·공정(公正)·신속(迅速)·효율(效率)⁷⁴⁾을 중시하는 방법으로 당사자의 합의를 이끌어내는 절차』라고 할 수 있다.

이러한 제도의 성격을 포섭하여 조정을 “직권주의의 적용을 받는 비송절차의 성격을 갖는 제도”라고 설명하는 경우⁷⁵⁾도 있다.

민사조정법 제1조에서 조정절차가 당사자의 “자주적·자율적 분쟁해결”이라고 하여 민사소송과 구별되는 특징인 것으로 하고 있으나 민사조정법 전체 조문 내에서 민사소송과 구별될 정도의 당사자의 자주성이나 자율성이 나타난 경우는 찾을 수 없다. 오히려 민사소송절차에 비해 조정을 하지 아니하는 결정(제26조), 조정을 갈음하는 결정(제30조), 피신청의 불출석 시 조정을 갈음하는 결정(제32조), 조정절차 비공개 여부 결정권과 방청에 대한 허가(제20조)와 같이 당사자의 자주성이나 자율성을 폭넓게 제한할 수 있도록 하고 있다.⁷⁶⁾

제2조의 조정신청도 민소법의 소제기와 다를 것이 없고 제3조(관할법원), 제4조

72) 물론 기존의 “상호양해”, “조리”, “실정에 맞게 해결”한다는 규정도 조정의 본질적 요소에 대한 개념 규정이라고 보기는 어렵다. 조정만이 아니라 거의 모든 분쟁해결절차에서 절차주체자는 상호 양해를 권하고, 조리와 실정에 맞게 분쟁을 해결하려고 노력한다고 할 수 있기 때문이다.

73) 조정은 절차이므로 적절하지 않은 용어 사용이다. 또한 조정 성립이라는 용어는 조정절차에 의하여 분쟁을 해결하기로 하는 절차합의(우리 민사조정법에 의하면 조정신청에 대하여 신청 상대방이 조정절차에 참가하는 것을 동의하거나 이의 없이 절차에 참가하는 형태)와 조정절차 내에서 당사자가 합의하는 실제 합의를 구별하지 못하고 있어 문제가 있다.

74) 민사소송의 이상이 적정, 공평, 신속, 경제로 설명되는데 조정에서는 경제를 신속으로 교체하고 있다. 그만큼 조정이 신속(迅速)한 분쟁해결을 도모하는 절차라는 측면을 강조한 것이라고 할 수 있다.

75) 조정절차에서의 사실조사, 사법정책연구원 현안보고서, 사법정책연구원, 2020, 9면.

76) 민사소송절차에서는 요건이 흠결된 경우 각하는 할 수 있으나 포괄적으로 소송을 하지 아니하는 결정이나 판결을 갈음하는 결정을 할 수는 없다.

(이송), 제14조~제17조의 사건의 분리·병합, 기일, 참가, 경정도 민사소송법과 다를 것이 없다. 제22조에 민사소송의 증거조사를 사실조사로 용어를 바꾸었다고 하나 이 역시 실질이 얼마나 다른지는 의문이다.⁷⁷⁾ 결국 민사조정법의 조정은 민사소송절차를 기본으로 한 분쟁의 신속한 처리를 위한 일종의 약식 또는 신속민사소송절차이면서 수소법원(수명법관·수탁판사 포함)이 직접 조정을 할 수도 있고 조정담당판사·상임조정위원(상근조정위원 및 조정전담변호사) 등에게 사건의 처리를 맡길 수도 있는 절차라고 할 수 있다.

조정 of 성립(실질은 조정절차에서 양당사자 간의 합의의 성립)에 재판상의 화해와 동일한 효력(결국 확정판결과 동일한 효력)을 부여한 것이 당사자의 자율성을 제한한 것이라는 주장에 대하여, 조정에 법관 또는 그에 준하는 법률적 경험을 갖춘⁷⁸⁾ 상임조정위원이 관여하므로 정당성이 뒷받침되고 그것이 법원조정의 특징이라고 설명한다.⁷⁹⁾ 이는 법원조정이 판결과 다를 것이 없다는 인식을 드러낸 것으로 법관이 기본적으로 심판을 하는 기관이라는 본질을 이탈한 것이라고 할 수 있다.⁸⁰⁾

77) 현재까지 구체적인 차이점이 뚜렷하다고 할 수는 없지만 민사소송에서의 증거조사를 넘어 현장에 가서 직접 자료수집을 하는 단계로 확대되는 듯한 모습이 나타나고 있다. 그러한 흐름으로 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률 제28조(의료사고의 조사)를 들 수 있다. 의료분쟁조정법 제28조는 “감정위원 또는 조사관은 의료사고가 발생한 보건의료기관에 출입하여 관련 문서 또는 물건을 조사·열람 또는 복사할 수 있다. 이 경우 감정위원 또는 조사관은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다(제3항). 제3항에 따른 조사·열람 또는 복사를 하기 위해서는 7일 전까지 그 사유 및 일시 등을 해당 보건의료기관에 서면으로 통보하여야 한다. 다만, 긴급한 경우나 사전 통지 시 증거 인멸 등으로 그 목적을 달성할 수 없다고 인정하는 경우에는 그러하지 아니하다(제4항). 조정중재원으로부터 제1항부터 제3항까지에 따른 의료사고 조사 관련 요구를 받은 보건의료기관, 보건의료기관의 의료인, 보건의료기관 개설자 및 조정당사자 등은 정당한 이유가 없으면 이에 응하여야 한다(제5항)”라고 규정하여 의료사고의 감정을 담당하는 감정부에서 매우 적극적인 자료수집을 할 수 있도록 하고 있다. 이러한 부분은 중립적인 분쟁해결 기관의 역할보다 의료사고 피해자의 보호나 구제를 우선으로 하는 피해자 보호기관으로서의 측면이 강화된 모습이라고 평가할 수 있다.

78) 여기서 법률적 경험은 기본적으로 판사로서의 경험을 말한다고 할 수 있다. 실제 상임조정위원은 대부분 전직 판사 경력이 있는 사람을 선발하고 있고, 변호사 경력자를 선발하는 경우에도 판결문에 해당할 정도의 조정 관련 문서를 작성할 수 있는지를 기준으로 삼고 있는 것으로 평가된다. 상임조정위원의 자격을 변호사자격이 있는 사람으로서 대법원규칙이 정하는 일정한 경력을 가진 사람으로 제한(제10조)한 것도 이에 대한 고려로 이해된다.

79) 사법정책연구원, 조정제도의 합리적 운영을 위한 조정구조 개선방안에 관한 연구, 2022, 73면.

80) 재판절차의 일환으로 이루어지는 소송상의 화해 이외의 법원조정에 재판상화해와 같은 효력을 부여하는 것이 문제가 있다고 하면서도, 상임조정위원이 조정담당판사 및 이에 준하는 자격을 갖추고 있으므로 기관력과 유사한 특수한 효력을 인정할 여지가 있다는 견해도 결국 조정은 판결과 다를 것이 없으며 판결문을 작성할 역량이 있으면 된다는 견해라고 할 수 있다. 그러나

기본적으로 우리 민사조정법 상의 수소법원(수명법관·수탁판사 포함)과 조정담당판사는 민사소송, 형사소송, 행정소송 등을 순환하여 담당하는 판사이다. 조정담당판사라고 하여 지속적으로 조정만을 전담하는 것이 아니고 별도의 조정담당판사 선발 절차를 두고 있는 것도 아니다. 단지 소송을 담당하는 판사 중에 순환보직의 하나로 조정담당판사를 맡을 뿐이고 그 보직이 끝나면 다시 재판을 하는 판사로 돌아간다.

이에 비해 미국에서는 연방판사(Article III judge)와 부판사(magistrate) 또는 법원 내 조정기구 전담자를 철저히 분리하는 방식으로 운영한다. 독일의 경우도 수소법원 판사와 재판할 권한이 없는 판사(화해담당판사; Güterrichter)를 분리하여 후자에게만 화해나 조정을 담당하도록 하고 있다. 왜냐하면 미국이나 독일 등의 선진국에서는 심판과 조정·화해는 하나의 절차담당자가 두 역할을 동시에 할 수 없는 것으로 인식하기 때문이다. 아무리 법관이 양당사자들이 원만하게 합의를 할 수 있도록 친절하게 양당사자의 입장을 조율한다고 해도 양당사자가 합의를 하지 않을 때 심판을 할 예정인 법관의 합의권유(권고)는 쌍방 또는 일방당사자에게 협박(coersion)으로 작용할 수밖에 없는 속성이 있다고 보기 때문이다.

또한 아무리 해도 민사조정법의 직권주의적 요소(조정회부, 조정을 갈음하는 결정, 조정을 하지 아니하는 결정 등)와 절차에서 당사자의 자주성·자율성은 양립할 수 있는 것이라고 할 수 없다. 절차에서 당사자의 자율성은 절차선택의 자율성, 절차형성의 자율성, 절차주재자 선택의 자율성을 말하는 것이지 법관이 조정절차의 공개여부, 조정절차의 진행여부, 당사자가 명시적으로 합의를 하지 않음에도 합의한 것으로 결정할 수 있는 권한을 행사하는 것이 아니다.

조정이나 화해절차를 공개된 절차로 진행하는 것이 판사의 조정강요(합의강요를 의미)나 부적절한 언행의 감시나 통제장치가 될 수 있어 당사자 자율성이 보장될 수 있다는 주장⁸¹⁾은 재판공개와 당사자의 자율성을 혼동한 것이라고 할 수 있다. 위와 같은 경우의 당사자 자율성의 보장은 법관이 강제된 공개절차에서 이탈할 수 있도록 하는 것이다.

판결의 효력은 절차주재자의 판결문 작성 능력의 문제가 아니라 현직 판사가 직무수행상 행한 것으로 선고라는 절차를 통하여 발표한 것에 부여하는 것이다. 따라서 전직 판사인 상임조정위원이 행한 조정은 판결이 될 수 없으며(판결의 부존재 또는 비판결) 판결의 내용상의 효력인 기판력, 집행력, 형성력은 물론 기속력과 형식적 확정력도 발생할 수 없다.; 이시윤, 신민사소송법(제15판), 2021, 675면; 정동윤/유병현/김경욱, 민사소송법[제9판], 법문사, 2022, 868면.

81) 사법정책연구원, 조정제도의 합리적 운영을 위한 조정구조 개선방안에 관한 연구, 2022, 71면.

다. 금융소비자보호법⁸²⁾ 및 소비자기본법 상의 조정 개념

금융소비자법 역시 민사조정법과 마찬가지로 조정에 대한 개념 정의를 하고 있지 않다. 다만, 금융소비자법 제36조에 분쟁조정위원회로 하여금 금융감독원장으로부터 조정회부를 받고 60일 내에 그 사안을 심의(審議)하여 조정안(調停案)을 작성하도록 하고 있어 싱가포르 조정협약의 조정절차처럼 당사자들을 불러 당사자들에 대한 공동회합(joint session; 공동면담, 공동회의)⁸³⁾이나 개별회합(private session; caucus; 개별면담, 개별회의)⁸⁴⁾은 전혀 상정하지 않고 있는 것으로 보인다. 왜냐하면 금융소비자법 제37조에 따라 조정위원회 회의는 6명 이상 10명 이하의 조정위원회 위원으로 구성하도록 되어 있기 때문이다. 따라서 금융분쟁조정위원회는, 다른 행정위원회의 조정진행과 마찬가지로, 해당 사건의 당사자 중 일방이나 참고인들이 회의에 참석하겠다는 의사를 표명하여 특별히 참여를 허용한 경우가 아닌한 당사자 없이 자료만으로 진행되는 심의기관으로 구성된 과반수의 출석과 과반수의 찬성으로 의결하는 방식으로 조정절차를 진행한다.

동시에 금융소비자법 제40조 제3항 2호는 분쟁조정이 이루어지지 않은 경우라고 하여 조정을 합의와 동의어로 이해하는(조정=합의) 민사조정법의 조정의 개념을 그대로 수용하고 있다.

따라서 금융소비자법의 조정은 금융분쟁조정위원회가 심의하여 의결한 조정안을 당사자가 수락(受諾)하는 경우에 재판상화해와 같은 효력을 인정하는 행정심판과 유사한 형식의 일종의 재정(裁定)절차라고 할 수 있다.⁸⁵⁾

라. 검토

(1) 민사조정법의 조정 개념에 대한 검토

82) 정식 명칭은 금융소비자 보호에 관한 법률이다. 이하 금융소비자보호법으로 통일한다.

83) 조정당사자 모두를 상대로 법원의 심문처럼 질문하고 답하는 것을 말한다.

84) 조정당사자의 일방만을 법원의 심문처럼 질문을 하고 답하는 것을 말한다. 조정인의 비밀유지 의무가 더욱 강조된다.

85) 이는 소비자기본법 제67조에서 소비자분쟁조정위원회가 당사자에게 분쟁조정 내용을 통지하고 15일 이내에 의사표시를 하지 않은 때에는 수락한 것으로 간주(위원회의 통지 내용에 합의 의사표시의 간주)하는 것에 비하면 당사자의 자주성·자율성이 좀 더 보장되는 형태라고 할 수 있다.

분쟁해결방법(DR; Dispute Resolution)의 분류									
분쟁해결방법·절차(DR)	사법적(司法的) 분쟁해결 절차	소송(訴訟) 절차	민사소송 절차	통상소송 절차	판결절차	당사자의 행위로 소송종료	소취하	※ 조정회부 사건의 조정성립 (민조규 4조3항)	
							소의취하	소취하 간주	
							포기·인낙		
							화해(화해=조정?)	재판상 화해	소송상 화해 / ※(미국) 법관 종류의 분화/분리
								화해간주(看做) 제도의 전제조건 검토	제소전 화해
							민사조정 조서		
							가사조정 조서		
							※민사조정법의 조정인식?	조정같은 결정	
							민주화은 동자보상 금지급결정(동의시)		
							중국판결로 종료		
민사집행 절차									
부수절차	증거보전								
	보전처분	가압류							
		가처분							
위헌법률심판과 헌법소원절차									

			간이소송 절차					
		특별소송 절차	가사소송 절차	민사소송법 준용	가정법원			
			행정소송 절차	민사소송법 준용	행정법원			
			도산절차	파산절차				
				개인회생 절차				
			회생절차					
			국제도산 절차					
	특별민사 소송절차 △	가사소송 절차	민사소송법 준용	가정법원				
		행정소송 절차	민사소송법 준용	행정법원				
	형사소송 절차							
비송 (非訟) 절차	민사비송							
	상사비송	비송사건 절차법						
	과태료 사건							
	가사비송	가사소송 법 2조 1항 2호를 근거	비송사건절 차법 준용					
	가사조정	가사소송 법 49조를 근거	민사조정법 준용	18조(대표 당사자), 23조(조정 절차 의견진술 운용제한) 는 제외				
	민사조정	민사 조정법 39조를 근거	※ 소송의 비송화?	※ 소송대체?	※판결문 대체?	※직권 주의 기반 비송 절차= 조정?	※민사조 정=법원 조정?	

사법외적 (司法外的) 분쟁해결 절차/비사 법적(非司 法外的) 분쟁해결 절차	협상 (국내)		※법률분야에서의 중요성에 대한 인식 낮음	※협상=굴 복?	※재판승소 =변호사실 력의 척도?			
	조정 (국내)		※민간조 정인/조 정기구 미발달	※제도에 대한 오해 상존	※조정=합 의?타협? 깎아달라고 조르기?	※법조인 이 조정인으 로 적합?	※별도 조정교 육 불필요 ?	※변호사 업무/이익 방해용 ?
	중재 (국내)		※외국 기업간 중재 사건 부족/미 발달	※세계적 지명도 있는 중재인의 부족?				
	(개인의) 재판 외(外) 화해	민법 731조 이하 화해계약	※화해= 조정?					
	국내행 정부 산하 행정위 원회 조정 (개별법)	조정 당사자간 의 합의의 효력	재판상화 해의 효력	※효과 강조, 민원처리 차원	※기관의 입법 교섭력 척도	※행정부 에 접수된 민사사건	※행정 위원회의 법원화	
			민법상 화해계약					
			집행력 부여 규정 없음					
	검사에 의한 형사 조정	민법상 화해계약						
심판 (재판)자 /심판 기관과 조정인/ 조정	※중립인 (Neutral) 또는 절차진행 자의 의미	※조정교 육과 조정인선 발제도 정비 강조	※민간조정 중심	미국	민간인 조정전담 직원/공 무원이 조정기구 와	법원 내 시설만 이용	판사의 업무와 분리	

						조정인선 발(법원 별 특색)		
		기관의 분리				변호사 화해제도	※화해 =조정?	
			독일	화해담당 판사(Güt errichter)	재판을 할 권한이 없는 판사	소송과 구별됨, 집행력만 부여		
				조정인	교육, 연수 인증조 정인	독립성, 중립성		
				영국	수소법원 판사 아닌 판사의 화해	※화해 =조정? (우리식 의 인식?)	법원연계	
				법원직원	법원 연계			
				독립 조정인	법원 연계			
				외부의A DR절차 참여 권유	판사의 권유			

민사조정법에서는 조정은 법원 내의 절차이기는 하나 ADR의 한 종류(화해, 조정, 중재)라고 분류하는 것을 따르고 있다. 이 때문에 민사소송절차 중의 핵심 절차의 하나인 재판상화해도 ADR로 분류한다. 그러면서 동시에 조정에 관하여 민사소송절차와 비송사건절차법을 준용한다고 규정(제38조와 제39조)함으로써 조정은 소송이 아닌 비송사건의 하나⁸⁶⁾라고 한다. 그러나 이는 비송 역시 법원이 행하는 사법적 분쟁해결절차의 하나이고 소송과 비송의 구별은 비송의 성질 자체에 대하여 학설이 대립되고 있는만큼⁸⁷⁾ 정확하게 구별기준을 제시할 수 있는 제도라고 하기 어렵다.

⁸⁶⁾ 사법정책연구원, 조정절차에서의 사실조사, 2020, 66면, 9면; 사법정책연구원, 조정제도의 합리적 운영을 위한 조정구조 개선방안에 관한 연구, 2022, 282면의 2002년 민사소송법 전면 개정 시 수소법원 조정제도 폐지에 대한 반대 의견의 논거.

그 중에서도 조정절차를 소송절차보다 더 직권주의적인 색채가 강한 비송사건이라는 견해⁸⁸⁾는 조정이 기존의 엄격한 소송절차에 구애받지 않으려는 당사자의 자주적이고 자율적인 절차라는 민사조정법 제1조의 목적과도 충돌한다. 또한 비송절차는 기본적으로 법원이 행하는 심판절차인 소송절차가 아니므로 기판력이 없는데 민사조정법의 조정은 기판력까지 부여하고 있어 본질적으로 민사조정을 비송사건에 포함시킬 수 있는지도 의문이다. 권리의무의 존재 여부의 확정은 순수한 소송사건이고 공개·대심의 구조를 취하여야 할 사건은 비송사건이라 할 수 없기 때문이다.⁸⁹⁾

동시에 민사조정법은 “조정=합의”라고 이해하고 있다. 민사조정법 제27조는 조정의 불성립이라는 제목하에 당사자 사이에 합의가 성립되지 않은 것을 조정의 불성립이라고 규정하고 있기 때문이다. 따라서 민사조정법은 조정→합의→당사자간의 합의→화해라는 식의 논리를 전개하고 있다. 이 때문에 법원이 관여하는 조정(수소법원 조정 포함)도 당사자들의 합의를 이끌어낸다는 점에서 자율적 분쟁해결절차⁹⁰⁾이며 자율적 분쟁해결절차이므로 ADR에 포함된다는 것이다. 그러나 ADR 제도에 포

87) 소송과 비송의 구별기준에 대해서는 적지 않은 논란이 있다. 개별법에서 비송사건으로 규정하고 있는 것이 비송사건이라는 학설이 있을 정도로 비송사건에 대한 일관되고 공통된 구별기준을 찾기는 어렵다; 정동운/유병현/김경욱, 민사소송법[제9판], 법문사, 2022, 13~18면.

88) 사법정책연구원, 조정절차에서의 사실조사, 2020, 66면, 9면.

89) 정동운/유병현/김경욱, 민사소송법[제9판], 법문사, 2022, 17면.

90) 사법정책연구원, 조정제도의 합리적 운영을 위한 조정구조 개선방안에 관한 연구, 2022, 70면은 자율적 분쟁해결절차이면 조정절차라는 논리를 제시하고 있다. 이 때문에 소송상화해 및 수소법원 조정외의 조정도 화해적분쟁해결절차(화해권고결정과 조정같은결정도 포함)로 직권적 요소가 가미되어 있어도 자율성에 결정적인 영향을 미치지 않는다고 한다. 수소법원에 의한 화해적 분쟁해결절차가 오히려 공개된 절차로 진행됨으로써 당사자의 자율성이 보장될 수 있다고도 한다. 그러나 이는 자율적 분쟁해결절차인지에 대한 판단을 절차주재자가 아니라 당사자의 관점에서 보아야 한다는 점을 간과한 문제가 있다. 당사자가 비밀이 유지되는 절차를 원하거나 절차주재자에게 심판을 하기보다 양당사자 사이에서 중립성과 공정성을 유지하는 중립인으로서 역할을 해 주기를 바라는 경우 위 주장은 절차진행자 관점에서 효율성만을 앞세운 주관적인 당사자의 자율성일 수 있기 때문이다. 조정담당판사와 상임조정위원회에 의한 조정에서 소송절차와 주재자가 분리되어 있다는 주장도 평소 소송(심판)업무를 해 오던 판사가 단순히 인사이드의 차원에서 조정전담판사로 배치될 수 있는 것과 상임조정위원의 대다수가 전직 판사 출신이어서 별도의 서구식 조정교육을 받지 않는 한 기존에 소송을 진행하던 방식에서 크게 벗어나기 쉽지 않다는 점에서 분리의 문제를 바라볼 필요가 있다. 무엇보다 해당 문헌이 제시하는 조정절차의 구성요소로서 당사자의 자율성은 매우 중요한 요소이기는 하지만 조정절차의 특징중 하나에 불과하다. 따라서 절차의 자율성이라는 기준만으로 조정절차인지 아닌지를 판단하는 방법은 적절하지 않다. 한편 위 보고서는 후반부에서 소송상화해와 법원조정, 화해권고결정과 조정을 같은 결정이 실질적으로 큰 차이가 없는 제도라는 의견을 개진하고 있어 전반부의 이러한 논의를 부정하는 듯한 결론에 이르고 있다.

합시킬 수 있다는 점만으로 그 절차를 조정절차라고 할 수는 없다.

결국 이러한 ADR 개념에 대한 혼란은 ADR 내에 화해를 포함시키면서 발생한 문제라고 할 수 있다. 분쟁의 양당사자가 화해로 분쟁을 해결하는 것은 분쟁해결의 결과이지 분쟁해결절차의 한 방법이 아니기 때문이다. 이 점에서 필자는 ADR에 화해를 하나의 유형으로 넣는 것에 동의하지 않고 협상, 조정, 중재로 재분류하는 견해를 취한다.⁹¹⁾ 그렇게 함으로써만 조정을 비송사건이라고 하여 소송과 대비되는 것으로 설명하면서도 동시에 조정절차에서의 당사자 사이의 합의에 재판상화해와 동일한 효력(확정판결과 동일한 효력)을 인정하여 결국 “조정=화해”가 되고 조정절차는 비송사건으로 소송이 아니지만 결국 소송절차인 화해이며 소송과 다를 것이 없다는 논리 모순에서 벗어날 수 있기 때문이다.

이에 조정을 소송과 비교하여 개념구분이 뚜렷하지 않은 비송절차에 포함시켜 소송대체적 분쟁해결수단으로 구성할 것이 아니라 법원 내에서 행해지나 법관이 간여하지 않도록 하여 심판자와 조정자(협상기반)를 분리하거나 비사법적 분쟁해결절차 또는 사법외적분쟁해결절차로 구성하여 선진 외국의 조정제도의 본질적 특징을 수용할 필요가 있다. 왜냐하면 법원 내의 조정은 싱가포르 협약의 적용범위에서 배제될 수 있도록 하여 당장은 문제가 없지만, 법원이 아님에도 민사조정법의 시스템을 그대로 따르고 있는 나머지 수많은 조정은 협약의 적용을 받게 되어 집행력, 기판력(해외 조정합의의 국내 적용과 국내 조정합의의 해외에서의 적용에서 기판력 인정여부로 인한 문제 등) 등에서 적지 않은 문제가 발생할 수 있고, 조정절차의 정합성에도 심각한 문제가 발생하기 때문이다.

(2) 금융소비자보호법의 조정개념에 대한 절차적 관점에서의 검토

금융소비자보호법의 금융분쟁조정제도에 대해서는 “금융에 관한 분쟁을 금융분쟁조정기구에서 당사자의 주장과 사실관계확인, 해결·조정 의견 등을 제시하여 당사자 간의 합의를 유도하는 제도”⁹²⁾라고 정의한다. 그런데 위의 정의 속에는 당사자의 주장과 사실관계확인과 같이 당사자가 절차를 주도하는 당사자주의적인 부분과 조정 의견을 제시하는 직권주의적인 부분이 혼재되어 있다. 이 부분은 우리 민사조정법이 조정절차를 당사자의 자주적·자율적 분쟁해결절차(제1조)라고 하면서 직권으로 조정

91) 함영주, 민사소송법상의 ADR 분류체계의 재검토, 민사소송 제17권 제2호, 2013, 515~554면.

92) 전상수/연광석/박준모/황성필, 금융소비자보호법 해석과 입법론, 홍문사, 2022, 317면.

을 갈음하는 결정(제30조)이라는 제도의 기본골격을 이어받은 것으로 금융분쟁조정 제도만의 문제라고 할 것은 아니다.

그러나 후술하듯이 법원이 직간접적으로 절차를 지휘하는 법원조정법인 민사조정법의 조정과 달리 법원 밖의 행정부 산하의 조정위원회가 당사자들에게 제시한 조정안에 대하여 재판상화해와 동일한 효력(금융소비자보호법 제39조)을 부여한 것은 “재판상화해의 효력=확정판결과 동일한 효력”으로 규정하는 우리의 민사소송법제에 비추어 볼 때 그 자체가 모순이라고 할 수 있다. 이는 금융분쟁조정위원회가 곧 법원이라는 의미가 되기 때문이다.⁹³⁾ 이는 사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다는 헌법 제101조 제1항에 위반될 여지가 있다. 왜냐하면 확정판결은 법원의 권한 중에 가장 핵심적인 심판에 관한 권한에 속하는 것이기 때문이다.

사정이 이러함에도 불구하고 금융분쟁조정제도를 설명하는 많은 문헌에서는 ‘조정’이라는 절차에 대한 개념 정의나 조정절차의 본질적 요소에 대한 논의가 생략되어 있는 경우가 많다.⁹⁴⁾ 금융분쟁조정제도를 다루는 문헌들은 조정절차의 다른 절차와의 차이에 대한 논의는 생략하고 조정을 신청하는 주체, 조정위원회의 구성, 분쟁 조정의 절차, 소송절차의 중지와의 관계에 대하여 주로 언급하고 있다.⁹⁵⁾

그러나 금융분쟁조정을 단순히 금융기관을 규제하고 제재하는 절차가 아니라 분쟁을 해결하기 위한 절차의 하나라고 하려면 금융분쟁조정절차에서의 조정이 어떠한 특색을 가진 절차이고 다른 분쟁해결절차와 어떻게 구별되는 절차인지에 대한 논의는 생략될 수 없다. 왜냐하면 기존이 중재나 소송절차와 구별되는 분쟁해결절차라면 당연히 그 절차들과 구별되는 절차적 특색이 있어야 하기 때문이다. 기존의 소송절차와 전혀 다를 것이 없게 절차를 운영하면서 절차의 이름을 조정이라고 붙였

93) 이러한 부분은 비단 금융분쟁조정위원회만이 아니라 조정에 확정판결과 동일한 효력을 인정하는 모든 행정위원회의 조정에 공통으로 해당하는 것이라고 할 수 있다. 우리나라에서도 ‘조정(調停)’이라고 부르는 제도에 국한되어 나타나는 특이한 입법 현상이라고 할 수 있지 않나 한다. 이 때의 조정(調停)은 서구에서 말하는 mediation(조정으로 번역함)과는 거의 정반대의 성질을 가지고 있고 우리나라 민사소송절차의 재판보다 직권주의적 요소나 재량적인 요소가 더욱 강화된 것으로 이해된다.

94) 장범후, 우리나라 금융분쟁조정제도의 효율성 제고 방안, 영국 금융옵부즈만서비스와의 비교를 중심으로, 금융연구 제17권 제2호, 2020, 79~80면; 맹수석, 금융소비자보호법상 분쟁조정제도의 문제점과 개선방안 - 편면적 구속력과 집단분쟁조정제도를 중심으로-, 은행법연구 제13권 제2호, 2020, 223면.; 박선아, 금융소비자보호법상 금융분쟁조정의 개선방안에 관한 연구, 경희법학 56권 4호, 2021, 403~404면.

95) 전상수/연광석/박준모/황성필, 금융소비자보호법 해석과 입법론, 홍문사, 2022, 325~330면.

다고 하여 소송절차와 구별되는 절차가 될 수 없다.

반대로 금융분쟁조정위원회의 조정이 법원의 민사조정(법원조정)과 본질적으로 구별되는 특징(예를 들어 조정절차를 금융기관에 대한 압박(제재)과 금융소비자의 피해구제를 중시하는 절차로 운용하는 경우)이 있는데도 불구하고 민사조정법의 조정(調停)이라는 용어를 그대로 사용하면, 절차를 운용하는 현장의 조정인은 물론이고 절차를 이용하는 당사자들에게 큰 혼란이 야기될 수 있다.

그 경우 조정절차에서 소비자단체나 금융관계기관의 임원 출신의 조정인은 금융기관에 대한 압박(제재)과 금융소비자의 보호에 중점을 두고 절차를 진행할 가능성이 있고, 평생을 심판자의 중립성을 중시해 온 판사 출신의 조정위원은 부지불식간에 절차의 중립유지의 관점에서 어느 일방의 편에 서는 것에 신중한 입장을 취할 수 있다. 이처럼 조정절차 자체에 대한 중요한 절차적 요소에 대한 견해가 다른 경우에는 조정절차를 진행하는데 적지 않은 문제가 발생한다.

그럼에도 금융분쟁 조정을 ADR의 하나라고 하면서 “조정자(제3자)가 조정안을 마련하여 권고”하고 “당사자가 분쟁해결방안을 보유”하는 것을 조정이라고 하여⁹⁶⁾ 전자와 같은 심판적 요소(당사자의 절차권 제한)와 후자와 같은 당사자의 절차에 대한 처분권을 보장하는 것이 하나의 절차 내에 동시에 존재해도 별 문제가 없는 것으로 설명하고 있다. 특히 “조정안을 마련”한다는 표현은 양당사자가 합의를 하지 않아도 기관 또는 조정인이 심판의 형식인 재정(裁定)을 할 수 있다는 것으로 싱가포르 조정협약의 조정(mediation)에 대한 정의와는 상충된다.

동시에 금융소비자법은 민사조정법의 경우와 마찬가지로 조정을 합의와 동의어로 이해하고 있다. 다만 민사조정법과 달리 의결한 조정안을 당사자가 수락(受諾)하는 경우에 한하여 재판상화해와 같은 효력을 인정하여 합의간주 제도는 두지 않는다. 이 부분은 민사조정법에 비하여 조정절차에서 당사자들의 의사 또는 자율성을 좀더 존중하는 입법 태도라고 할 수 있다.

더욱 문제는 많은 상법 학자들이 합의간주제도를 두지 않은 현행 금융소비자법을 비판하며 민사조정법과 마찬가지로 규정을 하여야 한다는 주장을 데에서 한 걸음 더 나아가고 있다는 점이다. 당사자 일방이 조정안에 대하여 합의(수락)를 하지 않으면 재판상화해의 효력을 얻지 못하는 문제를 원천적으로 없앤다는 목적을 앞세워

⁹⁶⁾ 한창희, 금융소비자보호법, [주] 고시아카데미, 2020, 313면.

금융분쟁조정위원회의 조정안에 대하여 금융소비자가 수락을 하면 금융회사는 이를 받아들여도록(합의간주효를 부여하는 것을 이렇게 표현하는 것으로 이해된다) 편면적 구속력⁹⁷⁾까지 두자는 입장이다.⁹⁸⁾ 제도 도입의 근거로 영국의 옴부즈맨 제도를 든다.⁹⁹⁾

그런데 영국의 옴부즈맨 제도가 왜 우리나라에서 조정으로 번역이 되는지에 대해서는 설명을 찾을 수가 없다. 후술하듯이 영국의 옴부즈맨 제도를 설명하는 문헌에서는 옴부즈만이 ADR의 한 유형일 수 있다는 논의는 있으나 그것이 mediation의 번역으로 주로 쓰이는 조정과는 구별되는 제도로 설명되고 있다.¹⁰⁰⁾

이처럼 금융소비자분쟁의 조정을 재정(裁定)과 유사한 재판의 한 종류로 보고 거기에다가 재판에서도 인정하지 않는 편면적 구속력을 인정하는 경우에는 당사자 간의 합의로 절차 자체가 구성되는 싱가포르 협약의 조정(mediation)과는 더욱 멀어지게 된다.

97) 맹수석/이형욱, 사후적 피해구제제도 개선을 통한 금융소비자보호법 실효성 제공 방안, 금융소비자 연구 제10권 제1호, 2020, 82면 주 47.; 이 논문에서는 편면적 구속력을 인정하기 위한 전제로, 조정위원회의 분쟁해결 기능이 소비자와 금융업자 쌍방에 있어 공정성과 중립성 내지는 객관성 요건을 확보할 필요가 있다고 한다. 그러나 조정위원회의 중립성, 공정성, 객관성의 유지는 편면적 구속력을 인정하기 위한 전제 조건이 아니라 분쟁해결절차인 조정제도로서의 금융분쟁조정위원회가 갖추어야 할 기본 요건이라고 할 수 있다. 편면적 구속력은 조정안에 일방만이 동의를 하는 것을 전제로 하고 있으므로 조정위원회의 조정이나 조정안이 중립성을 유지한다는 것과는 결합할 수 없다. 조정안이 금융소비자를 편든 것으로 중립성의 면에서 문제가 있기는 하지만 소비자만 동의하면 조정안대로 사건을 종결할 수 있도록 하자는 것으로 중립성을 포기하는 대신 양당사자의 실질적 평등이나 정의의 관념에 적합한 결론에 도달할 수 있다는 것이 제도의 취지로 보이기 때문이다.

98) 거기에 보태어 금융집단분쟁에도 조정제도를 전면적으로 도입하자는 견해를 취한다. 이 경우 집단분쟁의 개념은 민사소송법상의 공동소송(통상공동소송, 필수적 공동소송), 선정당사자제도, 집단소송제도 중 어느 범위를 포섭하자는 것인지 분명하지 않다. 조정위원회의 집단분쟁조정개시결정이 증권관련집단소송의 소송허가에 준하는 과정으로 볼 수 있다는 의견(맹수석, 금융소비자보호법상 분쟁조정제도의 문제점과 개선방안 - 편면적 구속력과 집단분쟁조정제도를 중심으로-, 은행법연구 제13권 제2호, 2020, 246~247면)으로 보아 집단소송을 대체하는 제도로 생각하는 듯하나, 이른바 집단소송(미국식 대표당사자소송 또는 독일식의 단체소송이나 표본소송 절차)에 조정절차가 쉽게 결합될 수 있다는 의견은 집단소송을 소규모의 다수당사자소송과 동일시하는 데서 온 결론이 아닌가 한다.

99) 맹수석, 금융소비자보호법상 분쟁조정제도의 문제점과 개선방안 - 편면적 구속력과 집단분쟁조정제도를 중심으로-, 은행법연구 제13권 제2호, 2020, 228~229면.

100) Christopher Hodges/Stefaan Voet, Delivering collective redress: New technologies, Hart publishing, 2018, pp. 247~248.; 이 책에서는 옴부즈맨 제도(ombudsman model)를 조정-중재(mediation-arbitration model)와 대비되는 제도로 설명하고 있다.

학자들의 개선안대로 제도를 바꾸게 되면 금융분쟁조정 조정은 법원의 재판보다 더욱 초(超) 직권주의적인 제도가 되고 우리 법원의 재판에서도 할 수 없는 사건 현장의 모든 자료에 대한 현장 조사나 압수조차도 가능한 것으로 오해하는 일이 발생할 수 있다.¹⁰¹⁾¹⁰²⁾

그 경우 금융소비자 분쟁의 조정은 금융소비자가 조정신청을 하면 금융소비자편에 서서 소비자의 손을 들어주는 만병통치 제도로 인식되어 일부 소비자의 반복적인 조정신청에 시달리거나¹⁰³⁾ 때를 쓰면 들어주는 성가신 민원인을 달래는 방법으로 인식될 수 있다. 이처럼 민사조정법을 준용하면서도 민사조정법의 조정을 넘어 그때그때 편의에 따라 운영될 수 있는 것을 조정이라고 생각하는 관점에서 조정은 금융소비자의 청을 들어주기 위하여 무슨 방법이든 동원해도 되는 도깨비방망이와 같은 제도로 오해될 수 있다.¹⁰⁴⁾

101) 변론주의의 배제나 제한으로 설명되는 민사소송법상의 직권탐지주의도 당사자가 주장하지 않은 사실도 법원이 자기의 책임과 직권으로 수집하여 판결의 기초로 삼아야 한다는 것이지, 법원의 사실 자료의 수집의무가 무제한적인 것이 아니라 기록에 나타난 사실에 한정되는 것이며, 당사자가 주장하지도 않은 독립한 공격방어방법에 대한 사실까지 법원이 조사하여야 하는 것은 아니라고(이시윤, 신민사소송법(제15판), 334~335면) 하여 제한적인 측면이 있다고 한다.

102) 민사조정법에 의한 조정절차에서 조정인(또는 조정판사)은 민사소송절차에서의 법관과 달리 금융거래정보 제출명령, 조사의 촉탁도 법적 근거가 없어(민사소송법 제294, 347, 352조와 민사소송규칙 제76조의 2와 같은 규정은 민사조정법에는 적용되지 않음) 사실조사도 보기 어렵다고 한다. 심지어는 조정절차에서 당사자의 특정을 위한 사실조사도 증거조사에 관한 규정을 삭제한 민사조정법의 개정취지에 반하며, 개인정보 수집 목적으로 악용될 수 있고, 분쟁의 자율적 해결이라는 민사조정법의 목적에 부합하지 않아 허용할 수 없다고 한다.; 사법정책연구원, 조정절차에서의 사실조사, 2020, 66면, 67~68면.

103) 이러한 부작용을 설명하기 위하여 도덕적 해이, 묻지마식 민원, 조정신청을 부추길 위험 등의 표현을 사용하는 경우도 있다.; 전상수/연광석/박준모/황성필, 금융소비자보호법 해석과 입법론, 홍문사, 2022, 334면.

104) 실체법상의 제도와 달리 절차법에 속하는 분쟁해결절차는 양당사자 사이의 균형을 유지하는 절차주재자의 존재를 본질적 요소로 한다. 권리의무의 내용을 규정하는 것이 아니라 분쟁해결에 필요한 절차를 정하는 것이므로 당사자 일방에게 유리하게 절차를 진행할 수 밖에 없는 절차주재자는 분쟁해결자가 아니라 양당사자의 일방의 편을 드는 분쟁유발자에 불과할 수 있다. 이 때문에 절차법에서 일방의 방어권을 박탈하거나 일방의 합의 권한을 박탈하는 것은 허용되지 않고 기껏해야 증명책임을 부담하는 규정을 두는데 그친다. 일방의 주장만을 듣거나 일방의 의사만으로 합의한 것으로 간주하는 절차에서 그 상대방은 형식적으로 당사자가 되어 있을 뿐 실제 자신을 방어할 수 있는 당사자가 아니라 해당 행정부의 정책을 관철하기 위하여 동원된 대상에 불과할 수 있기 때문이다. 이 때문에 금융감독원이 지향하는 목표와 금융분쟁조정위원회의 목표는 달라야 한다. 이는 마치 행정부의 목표와 사법부의 존재의의가 다른 것과 같다. 금융감독원 산하의 기관이라고 해도 금융분쟁조정위원회는 중립적 입장에서 분쟁을 해결하는 기관이어야 하지 금융감독을 하는 입장에서 당사자의 일방인 금융기관에 제재가 압력을 행사하기

2. 싱가포르 조정협약을 기준으로 본 우리나라 법원조정 및 금융소비자보호법상 조정절차의 체계 정합성 검토

가. 조정의 절차성

2020년 개정 민사조정법 제1조는 민사에 관한 분쟁을 조정(調停) ‘절차’에 따라 해결한다고 하여 조정이 절차임을 분명히 하고 있다. 이는 개정 전 제1조가 민사에 관한 분쟁을 ‘간이한 절차’에 따라 해결하는 것이라고 한 조항에 비하여 조정절차만의 독자성이 상대적으로 강화된 것이라고 할 수 있다. 왜냐하면 개정 전의 조항이 조정절차를 간이한 절차라고 하여 민사소송에 비하면 간단한 절차라는 의미로 이해되어 민사소송절차의 간이절차이면서 소송절차의 하나라고 할 수 있었는데 그 부분이 삭제되었기 때문이다.

그럼에도 조정절차를 직권주의의 적용을 받는 비송절차의 성격을 갖는 제도¹⁰⁵⁾로 인식하는 우리나라 법원조정(민사조정법의 조정)은 후술하는 당사자의 자주성·독립성, 조정인의 독립성·자주성의 면에서 싱가포르 조정협약의 조정과는 다른 성질의 조정절차라고 할 수 있다.

금융소비자법 제36조 제2항 제2호에 합의권고절차 또는 조정절차라는 규정을 두어 조정절차가 합의를 이끌어내는 권고절차이며 금융분쟁조정위원회가 조정안을 작성하여 당사자들에게 제시하여 수락을 권고하는 절차로 인식하고 있다.

그럼에도 불구하고 민사조정법과 금융소비자법이 싱가포르 조정협약에서 말하는 조정절차와 체계정합성을 갖추고 있는지는 의문이다. 왜냐하면 싱가포르 조정협약의 절차는 후술하듯이 당사자들이 절차를 선택하고 절차를 형성한다는 의미에서의 당사자의 자율권이 매우 보장된 형태의 절차를 말하기 때문이다.

나. 당사자의 절차 선택권 및 절차형성권과 독립성·자주성

민사조정법 제11조 제2항은 조정기관은 조정절차에서 당사자를 동등하게 대우하고, 사건에 대하여 충분히 진술할 수 있는 기회를 주어야 한다고 규정한다. 민사조

위한 기관이어서는 안된다. 이는 소비자분쟁조정위원회, 개인정보분쟁조정위원회와 같은 행정부 산하의 모든 분쟁조정위원회에 공통된 사항이라고 할 수 있다.

105) 조정절차에서의 사실조사, 사법정책연구원 현안보고서, 사법정책연구원, 2020, 9면.

정규칙 제6조에서는 조정절차의 당사자는 기일에 본인이 출석하여야 하나 특별한 사정이 있는 경우에는 대리인을 출석시키거나 보조인을 동반할 수 있고 조정담당판사의 허가를 받아 소액사건심판법 제8조에 의하여 배우자, 생활관계에 비추어 상당하다고 인정되는 4촌 안의 친족, 고용 또는 그에 준하는 계약관계를 맺고 통상사무를 보조하는 사람 중 담당 사무와 사건의 내용이 상당하다고 인정하는 사람을 대리인 또는 보조인이 되어 출석할 수 있다.

금융소비자법 시행령 제34조는 조정위원회는 특별한 사유가 없는 한 당사자가 회의에 참석하여 진술을 할 수 있도록 해야 한다고 규정하고 있다.

위와 같이 민사조정법과 금융소비자법의 당사자는 처분권주의와 변론주의가 적용되는 민사소송법 상의 당사자와 절차상의 지위가 큰 틀에서는 별 차이가 없다. 그러나 민사조정법 제6조가 수소법원이 소송계속 중인 사건을 결정으로 조정에 회부(回附)할 수 있다고 하여 당사자의 신청이 없어도 사건을 조정절차로 넘길 수 있다는 점에서 당사자의 절차 선택권과 자주성을 제한하고 있다.

이 때문에 법원의 민사조정에서는 조정절차에서 중요시하는 조정절차이용 여부와 조정절차를 거친 결과 성립된 합의 내용에 대하여 당사자가 충분히 이해하고 진정한 의사로 동의였다는 사전동의(informed consent)에 대한 논의를 할 여지를 주지 않고 있다. 조정회부를 직권으로 하였더라도 조정절차를 진행하는 조정인이 당사자들에게 조정절차 개시와 진행에 대한 동의를 반드시 받도록 절차를 구성하여 조정절차에 대한 당사자들의 자주성을 보장하는 방안을 마련할 필요가 있다.

금융소비자법 제36조는 조정대상기관, 금융소비자, 그 밖의 이해관계인이 금융과 관련된 분쟁의 조정을 금융감독원장에게 신청하도록 하여 신청주의를 채택하고 있으나 금융감독원장이 분쟁조정신청의 내용을 통지하고 합의를 권고하거나 합의를 권고하지 않거나 조정위원회에 회부하지 아니할 수 있도록 하여 금융감독원장에게 절차개시에 대한 결정권을 부여하고 있다. 당사자들의 조정절차에 대한 자주성·독립성 보다는 금융감독원의 절차 개시 결정권을 중요시하고 있는 것으로 평가할 수 있다.

또한 민사조정법 제30조는 조정담당판사가 당사자들의 합의의 내용이 적당하지 않다고 인정하는 경우에 직권으로 당사자의 이익이나 그 밖의 모든 사정을 고려하여 신청인의 신청취지에 반하지 않는 한도에서 조정을 갈음하는 결정¹⁰⁶⁾을 하고 조서에 기재하고 그 정본을 당사자들에게 송달한 후 당사자들이 2주일 내에 이의를

하지 아니하면 재판상화해와 동일한 효력을 인정하는 일종의 합의간주제도를 두고 있다. 이러한 합의간주제도는 당사자의 합의과 달리 또는 합의가 없어도 판사가 직권으로 그 내용을 결정하고 합의를 한 것으로 간주한다는 점에서 당사자들의 독립성·자주성을 정면으로 침해한다고 할 수 있다. 당사자들의 독립성·자주성을 존중하는 절차라면 그 절차 내에서 당사자들을 끝까지 설득하여 그러한 내용으로 당사자들이 동의를 하도록 하여야지 손쉬운 방법의 일방적인 결정문 제시와 송달 후 2주일의 경과로 분쟁을 종결(終結)하는데 치중해서는 안 된다.

금융소비자법은 민사조정법의 경우와 마찬가지로 조정을 합의와 동의어로 이해한다. 다만, 의결한 조정안을 당사자가 수락(受諾)하는 경우에 한하여 재판상화해와 같은 효력을 인정하여 민사조정법과 같은 합의간주 제도는 두지 않고 있다. 이 점에 한하여 비록 상대적이기는 하지만 금융소비자법이 민사조정법에 비하여 당사자의 독립성·자주성을 존중하고 있다고 할 수 있다.

그럼에도 불구하고 우리 민사조정법과 금융소비자법은 당사자의 절차선택권과 절차형성권을 보장하는 내용은 찾아보기 어렵다. 조정을 조정기관이 주도하는 절차로 파악하고 있기 때문이 아닌가 한다.

다. 조정인의 중립성·독립성

민사조정법 제9조~제10조는 조정담당판사, 상임 조정위원,¹⁰⁷⁾ 수소법원의 재판장, 수명법관 또는 수탁판사, 시·군법원의 판사가 조정장이 되도록 하고 고등법원장, 지방법원장, 지방법원지원장이 학식과 덕망이 있는 사람 중에서 미리 위촉한 사람을 조정위원이 되도록 하고 있다. 조정위원의 임기는 2년으로 하며 특별한 사정이 있는 때에는 임기를 2년 이내로 하여 위촉할 수 있다.

이 중에서 임기를 2년으로 정한 것을 조정인의 독립성을 보장한 것이라는 의견이 있을 수 있으나, 거꾸로 임기 2년이 지난 후 재위촉에 대한 구체적인 기준이나 연임 제한 규정이 마련되어 있지 않다는 점에서 조정인의 중립성과 독립성을 검증하는데 장애가 될 수 있다. 민사조정규칙 제7조는 조정장은 사건처리상 특히 필요하다고 인

106) 조정을 하지 아니하는 결정을 하거나(제26조) 당사자가 합의를 하지 않거나, 조정(당사자간의 합의)이 성립하지 않

107) 상임조정위원은 변호사 자격이 있는 사람으로서 대법원 규칙이 정하는 일정한 경력을 가진 사람 중에서 법원행정처장이 위촉

정하는 때에는 조정위원회를 구성하는 조정위원의 지정을 취소할 수 있다고 규정하고 있다고 규정하고 있다.

이는 금융소비자보호법 제34조에서 금융감독원장이 조정위원을 1. 판사·검사 또는 변호사 자격이 있는 사람, 2. 「소비자기본법」에 따른 한국소비자원 및 같은 법에 따라 등록된 소비자단체의 임원, 임원으로 재직하였던 사람 또는 15년 이상 근무한 경력이 있는 사람, 3. 조정대상기관 또는 금융 관계 기관·단체에서 15년 이상 근무한 경력이 있는 사람, 4. 금융 또는 소비자 분야에 관한 학식과 경험이 있는 사람, 5. 전문의(專門醫) 자격이 있는 의사, 6. 그 밖에 분쟁조정과 관련하여 금융감독원장이 필요하다고 인정하는 사람 중에서 임기 2년 이내로 위촉할 수 있다는 규정에도 동일하게 적용된다. 민사조정법과 달리 금융소비자법 제35조는 금융조정위원회 위원의 지명철회나 위촉해제 사유를 규정하고 있으나 그 사유가 주로 조정위원으로 직을 수행하기 어려운 것에 치중되어 있어 조정인의 중립성·독립성 확보와는 크게 관련이 없는 것으로 평가된다.

실제로도 각종 행정위원회 조정위원의 재위촉은 조정인이 사건에서 중립성·독립성을 얼마나 유지하였는가보다 해당 행정부 규제 강화나 정책 목표에 얼마나 협조하였느냐에 따라 결정되는 경향이 없지 않다. 이 때문에 선진 외국에서는 조정인의 재위촉이나 조정인의 선정을 조정당사자들의 평가에 의존하는 것을 선호한다. 조정절차를 조정당사자들을 위한 것으로 보기 때문이다.

따라서 민사조정법과 금융소비자 보호법에서는 싱가포르 조정협약에서 말하는 조정인의 중립성·독립성은 거의 보장이 되지 못하고 있다.

라. 조정절차에서 얻은 정보에 대한 비밀의 보호

민사조정법 제23조는 조정절차에서의 의견과 진술은 민사소송에서 원용하지 못한다고 규정하여 민사소송절차와 조정절차를 준별하고 있다고 설명한다.¹⁰⁸⁾ 금융소비자보호법에서는 구체적인 비밀보호조항을 두지 않고 있다.

그러나 싱가포르 조정협약의 조정절차에서의 비밀보호는 우리 민사조정법의 원용 금지와 같은 최소한의 내용이 아니라 조정절차 중 개별면담(개별회의; Cacus; private session)에서 얻은 일방 당사자의 비밀을 상대방에게는 물론이고 법원의 소

¹⁰⁸⁾ 사법정책연구원, 조정제도의 합리적 운영을 위한 조정구조 개선방안에 관한 연구, 2022, 279면.

송 등 어떠한 추후의 절차에서도 비밀로 유지한다는 적극적인 내용이다. 그러므로 법원이 관여하는 절차로 이루어지는 재판과 유사한 우리 민사조정절차에는 그 내용이 담길 여지가 없다.

오히려 우리나라 일부 법원연계형 외부 기관에 회부하는 민사조정에서 조정인에게 조정절차에서 합의가 이루어지지 못한 경우 상세한 이유까지 기재한 조정결과보고서를 작성하여 재판부에 보내줄 것을 요청하는 경우¹⁰⁹⁾가 있는데 그 경우는 모델 조정법의 제11조를 정면으로 위배하는 경우라고 할 수 있고 민사조정법 제23조의 취지에도 위배되는 것이라고 할 수 있다.

마. 당사자 간의 조정합의에 집행력을 부여하는 문제

국내에서는 민간형 조정에 집행력을 부여하거나 비변호사 조정인의 활동¹¹⁰⁾에 형요하는 문제는 시장 원리에 따라 이루어져야지 법적 규율을 할 것은 아니라는 주장이 제기된다.¹¹⁰⁾ 여기에서는 독일이 법무부의 인증을 받은 법원 외부의 조정기관의 조정을 일정한 요건 아래 집행권원으로 인정하고 미국 캘리포니아 주가 일정한 요건을 갖춘 민간조정에 대해서 간이한 방법으로 집행권원 부여를 허용하는 것을 예로 든다.

그러나 독일이나 미국의 조정은 기본적으로 조정인을 변호사로 한정하고 있지 않고 있으며 조정절차에서 당사자의 합의가 강제집행 절차로 이행되는 것을 원칙으로 하고 있지 않다는 점에 유의하여야 한다. 우리나라의 민사조정처럼 법관 또는 법관에 준하는 사람들이 법원의 재판과 유사하게 절차를 진행하고 조정서를 작성하는 것은 매우 예외적인 현상에 불과하기 때문이다. 이들 국가에서 양당사자의 합의에 의한 조정합의는 강제집행이 아니라 합의한 당사자의 임의이행을 전제로 하기 때문이다. 이러한 차이를 간과하고 우리나라의 조정절차와 독일과 미국의 조정절차를 동일한 것으로 상정하고 법률전문가인 변호사만이 조정인으로 참여하도록 하여야 한다는 주장은 싱가포르 조정협약의 기본체계와도 맞지 않는다.

이에 대하여 싱가포르 조정협약 제3조와 조정모델법 제16조에서 규정하는 집행력 부여를 근거로 이의를 제기할 수 있다. 그러나 집행력은 조정절차의 성질에서 당연

109) 명문 규정을 두고 있지는 않으나 재판실무상의 편의를 위하여 협조요청을 하거나 그러한 방법을 관행으로 행하는 경우가 있다.

110) 사법정책연구원, 조정제도의 합리적 운영을 위한 조정구조 개선방안에 관한 연구, 2022, 272면.

히 나오는 것이 아니라 1958년에 채택된 뉴욕협약(외국중재판정의 승인과 집행에 관한 뉴욕협약)과 같이 조정절차를 국제적으로 활성화시키기 위하여 전략적으로 선택한 것이며 독일과 같은 유럽의 국가들이 집행력 부여가 조정절차의 본래의 특성과 맞지 않는다는 의견이 있어 구체적인 집행절차의 실현은 각국의 새로운 입법에 의하자는 선에서 타협을 한 것이라는 점을 유념할 필요가 있다. 이 때문에 싱가포르 협약과 모델법은 승인(recognition)이라는 용어를 의도적으로 사용하지 않고 원용(involve; invocation)이라는 용어를 사용하고 있다.¹¹¹⁾

따라서 집행이 불가능한 조정합의가 횡행하게 되면 조정서비스에 대한 당사자들의 불신으로 이어진다는 주장은 우리나라와 같이 심판 또는 소송 중심의 조정제도를 운영하는 국가에서 당사자들의 진정한 합의가 아닌 조정을 갈음하는 결정을 주로 하는 경우에 한정된 우려라고 할 수 있다. 이 때문에 조정재판설을 실제로 주장하는 견해를 찾기 어렵다는 주장이나 조정의 성질에 관한 가상의 견해대립이라는 견해¹¹²⁾에는 찬성하기 어렵다.

조정을 당사자의 자주적·자율적 분쟁해결이라고 하면서도 조정회부제도, 당사자들의 합의가 없음에도 일방적으로 제시하는 조정안(조정갈음결정), 합의간주제도, 일방 당사자의 보호나 구제를 위한 조정절차의 운영 등은 조정을 재판의 한 종류로 보는 것이라고 할 수밖에 없다. 심지어 재판에서 할 수 없는 역할까지 조정에서 할 수 있다고 하는 초(超) 직권주의적인 조정제도를 허용하는 일부 행정조정위원회의 조정은 조정재판설을 넘어 조정을 활용한 일종의 신속 분쟁종결설이라고도 할 수 있지 않나 한다.

111) 함영주/조수혜/김호/박성은, 국회입법조사처 보고서, 조정제도 활성화를 위한 국가전략수립: 싱가포르 협약 대응을 중심으로, 2021, 25~32면.

112) 사법정책연구원, 조정제도의 합리적 운영을 위한 조정구조 개선방안에 관한 연구, 2022, 69면.

IV. 절차주재자(기관) 성과 중시 관점의 영국 ombudsman 서비스

1. 영국 법원의 ADR 활용 권장 의무

영국은 민사소송규칙(Civil Procedure Rules; CPR) 및 그에 부속하는 실무지침(Practice Directions)과 소송 전 규약(pre-action protocols)으로 민사소송절차에 관한 실질적인 내용을 규율하고 있다. 그 중에 ADR은 민사소송규칙과 실무지침에 규정되고 있다.¹¹³⁾ 민사소송규칙(CPR) 제1장 제1조 제1항(Rule 1.4)에서 법원은 대체적 분쟁해결절차(ADR)가 적절하다고 판단하는 경우에는 ADR을 활용할 것을 권장하고 그 절차의 사용을 촉진할 의무가 있다고 규정한다(법원의 적극적 사건관리 의무).

이어 소송 전 행위와 규약에 관한 실무지침(Practice Direction on Pre-action Conduct and Protocols; PDPACP) 제8항~제11항(para 8~11)에 화해와 ADR이라는 제목 아래 소송은 최후의 수단이며 당사자들은 소제기 전에 협상이나 다양한 형태의 대체적 분쟁해결방안을 활용하할 수 있어야 한다고 규정한다. 이에 당사자는 화해를 위하여 협상하고(negotiate to settle a dispute), 조정(mediation), 중재(arbitration), 조기중립평가(early neutral evaluation), ombudsman제도(Ombudsmen schemes) 등을 활용할 수 있다. 소송절차를 진행하는 법원은 당사자들에게 대체적 분쟁해결(ADR)의 활용을 권고하고 그 방법을 활용하였다는 것에 대한 증빙을 제출할 것을 요구할 수 있다. 대체적 분쟁해결방안활용 권고에 대하여 거부하거나 응하지 않은 당사자에게 법원은 그 거부행위가 불합리하다고 판단할 경우 소송비용의 부담을 명할 수 있다.¹¹⁴⁾

2. 영국의 소비자ombudsman 서비스

영국의 소비자 ombudsman서비스(제도; Consumer Ombudsmen)는 조정(mediation)과

¹¹³⁾ <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part01>; 사법정책연구원, 조정제도의 합리적 운영을 위한 조정구조 개선방안에 관한 연구, 2022, 168면.

¹¹⁴⁾ 조정절차를 활용할 것을 권고(강제하는 것이 아니라)하는 것에 응하지 않은 당사자가 승소한 경우에도 소송비용을 일정 정도 부담하도록 명할 수 있는 기준을 제시한 판결로 Halsey 판결이 있다(Halsey v Milton Keynes General NHS Trust [2004] EWCA Civ 576 (11 May 2004) ; https://docentes.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/JPF_MA_29940.pdf

중재(arbitration)와 같은 ADR 유형¹¹⁵⁾과 구별(대비)되는 것으로 효율성이 매우 좋은 제도로 소개된다.¹¹⁶⁾ 옴부즈만서비스는 금융, 에너지, 법률서비스, 환경문제, 소비자 분쟁 등의 분야로 적용범위가 확대되고 있다. 그 중에서도 소비자옴부즈맨 분야는 시장규제를 담당하는 부문과 협력하여 조정이나 중재 ADR 모델보다 그 역할을 더욱 잘 수행하고 있다. 최고의 전문가들이 투입된 금융분야는 금융 서비스 옴부즈만과 금융규제당국 간의 관계가 매우 효과적이고 효율적이며 신속한 것으로 알려져 있다.

소비자 옴부즈만 서비스가 분쟁해결에 효율성이 높은 이유는 다음과 같다.¹¹⁷⁾

먼저, 금융, 연금, 법률서비스 분야에서는 소비자 옴부즈만의 결정을 당사자의 일방인 소비자만 수락해도 양 당사자 모두에게 결정 전체의 구속력을 부여하는 “당사자 일방의 동의에 기초한 구속력” 또는 “편면적 동의에 기초한 구속력” 또는 “편면(片面) 동의(同意) 제도”¹¹⁸⁾를 인정하고 있다. 물론 모든 사건에 인정하는 것은 아니고 수입이나 자산이 일정 규모 이하인 자선단체나 수탁자, 중소기업과 중소기업 보증인과 관련된 사건에 한정된다.

다음으로 영국 금융행위감독청(FCA; Financial Conduct Authority)의 인가를 받은 회사나 지급서비스 제공자들이 옴부즈만 서비스의 비용의 대부분을 부담하므로 소비자들은 무료로 서비스를 이용할 수 있다.

셋째, 옴부즈만은 개별 사건만을 판단하지만 유사한 사건들을 모아 정리하고 분류하여 일관되고 효율적으로 유사한 사건을 관리하는 정보기술(IT)를 활용한 사건관리

115) 영국에서 조정과 중재제도는 1960년대에 시작된 것으로 여행, 자동차, 치과 의사와 관련된 사건의 행위규범으로 작용하였고 공정거래당국(Competition and Market Authority; CMA)와 같은 공공규제기관과 밀접하게 연결이 되어 있었다.; Christopher Hodges/Stefaan Voet, Delivering collective redress: New technologies, Hart publishing, 2018, p.247.

116) Christopher Hodges/Stefaan Voet, Delivering collective redress: New technologies, Hart publishing, 2018, pp.247~248.

117) Christopher Hodges/Stefaan Voet, Delivering collective redress: New technologies, Hart publishing, 2018, p.248.

118) 이를 국내 금융소비자보호법 관련 논문의 거의 모두 편면적 구속력이라는 용어를 쓰고 있으나, 편면적 구속력은 당사자 중 일방에게만 구속력을 인정한다는 의미가 되어 일방 당사자의 수락으로 양 당사자 모두에게 구속력을 인정한다는 뜻과 정반대의 의미를 가진 용어가 된다. 구속력의 관점에서 보면 쌍방구속력 또는 쌍방 모두에게 미치는 구속력이다. 편면적인 것은 동의일 뿐이다. 이는 우리 민사소송법에서 독립당사자참가에서 참가인이 양 당사자 모두에게 참가하는 쌍면참가(雙面參加)와 구별하여 양 당사자 중 한쪽에만 참가하는 것을 편면참가(片面參加)라고 하는 것과 비교해 보아도 자명한 것이라고 할 수 있다.

(case management)¹¹⁹⁾를 할 수 있다. 이 때문에 유사한 사건의 일관된 처리를 보다 용이하게 할 수 있다.

넷째, 옴부즈만은 해당 부문의 사업자, 규제당국, 소비자들에게 정보를 제공하는 역량이 뛰어나 해당 부문의 시장질서의 형성에도 기여하고 있다.

따라서 소비자 옴부즈만은 다수 당사자 사건(mass cases)을 다룰 능력이 없는 중재 방식의 ADR과 다르며 소비자에게 비용부담을 거의 시키지 않는다는 장점이 있다.

3. 영국의 금융소비자옴부즈만 서비스

영국의 금융소비자옴부즈만(FOS; Financial Ombudsmen)은 2001년의 입법¹²⁰⁾으로 만들어졌으며 20여년 전 보험과 은행 ADR 기구에서 유래한 것으로 알려져 있다. 금융소비자옴부즈만(FOS)은 영국 내 금융서비스를 제공하는 회사와 고객간의 분쟁 해결 돕기 위한 목적으로 설립되었으며 법적 지위는 주식자본을 보유하지 않은 법인(company limited)로 되어 있으며 정부기관이 아니며, 소속된 직원 역시 공무원 신분도 아니다.¹²¹⁾

영국 금융행위감독청(FCA)은 금융소비자옴부즈만(FOS)의 의장과 이사회를 임명하고 구성하지만 금융행위감독청(FCA)로부터 독립적으로 운영되는 것으로 평가된다.¹²²⁾ 특이한 점은 법원이 아님에도 불구하고 옴부즈만의 자료제출 요구에 분쟁당사자가 응하지 않으면 법정모욕죄로 처벌될 수 있다는 점이며 옴부즈만이 내린 금융분쟁에 관한 결정은 금융소비자만이 수락해도 상대방인 금융기관의 수락여부와 상관없이 구속력이 발생하며 옴부즈만이 금융분쟁에 관한 결정과 함께 보상금 지급 명령을 내렸으나 금융기관이 이를 이행하지 않으면 강제집행이 가능하다는 것이다.¹²³⁾

119) 이와 관련된 국내에서의 연구로 허유경, 디지털 금융감독과 금융소비자보호 -국내외 감독기관의 선택적 활용 현황 및 과제-, 금융법 연구 제19권 제1호, 2022, 192~202면이 있다.

120) The Financial Services and Markets Act 2000을 말한다.

121) 장범후, 우리나라 금융분쟁조정제도의 효율성 제고 방안; 영국 금융옴부즈만서비스와의 비교를 중심으로, 금융연구 제17권 제2호, 2020, 84면.

122) 물론 그 독립은 예산이나 규칙제정과 같은 부분은 포함하지 않고 각자 맡은 고유한 역할을 수행한다는 점에서의 독립성일 수 있다고 설명한다; 장범후, 우리나라 금융분쟁조정제도의 효율성 제고 방안; 영국 금융옴부즈만서비스와의 비교를 중심으로, 금융연구 제17권 제2호, 2020, 85면.

금융소비자옴부즈만(FOS)의 민원처리절차는 ① 고객연관부서에서 최초 문의를 접수하고 조인을 제공하는 단계, ② 심판인(adjudicator)¹²⁴)이나 조사관(investigator)이 조정이나 화해권고를 하는 방법¹²⁵)으로 분쟁을 해결할 수 있고 거의 90% 정도의 분쟁이 조정이나 화해이 방법으로 이 두 번째의 단계에서 해결된다. 합의가 되지 않을 경우 심판인은 잠정적인 심판서(잠정 심판안)를 작성하여 양당사자에게 전달한다. ③ 양 당사자가 심판안을 거부하는 경우 금융소비자옴부즈만(FOS)이 최종심판안(최종안)을 제시한다. 옴부즈만이 내린 최종 결정(최종 심판안)을 당사자 일방이 수락하면 분쟁의 당사자 모두에게 구속력이 발생한다. 옴부즈만의 위 결정은 원칙적으로 불복이 불가능하지만 옴부즈만이 결정을 내린 과정에 부적절함, 비합리성, 위법성이 있는 경우에는 법원에 사법심사(Judicial review)를 요청¹²⁶)할 수 있다.

4. 영국 분쟁 해결 절차의 분류와 옴부즈만 서비스의 위치

영국에서 상정할 수 있는 분쟁해결절차의 스펙트럼을 상세하게 나타내면 다음과 같다.¹²⁷)

123) 장범후, 같은 논문, 87면에서는 adjudicator를 조정인으로 번역하였으나 후술하는 영국의 분쟁 해결방법의 분류에서 보듯이 adjudication은 심판 또는 판정을 의미하는 용어이므로 조정으로 번역하는 것은 적절하지 않다.

124) 장범후, 우리나라 금융분쟁조정제도의 효율성 제고 방안; 영국 금융옴부즈만서비스와의 비교를 중심으로, 금융연구 제17권 제2호, 2020, 85~86면.

125) 심판인이 조정이나 화해 권고를 한다는 것은 금융소비자옴부즈만(FOS)이 조정인이 아니라는 반증일 수 있다. 이는 조정을 문제해결을 위한 기법의 하나로 보고 있는 것이지 옴부즈만이 곧 조정인이라는 것이 아니기 때문이다. 이는 소비자 옴부즈만서비스(제도; Consumer Ombudsmen)를 조정(mediation)과 중재(arbitration)와 같은 ADR 유형과 구별되는 것으로 설명하는 최초의 제도 구분과도 일맥상통한다.

126) 이 점을 보면 영국 금융소비자옴부즈만(FOS)이 내린 결정은 법원의 확정판결과 같은 효력은 부여되지 않고 있음을 알 수 있다. 우리 나라 법원의 민사조정이나 행정위원회 조정 중에 확정판결과 동일한 효력을 부여한 것과 구별되는 부분이라고 할 수 있다.

127) 사법정책연구원, 조정제도의 합리적 운영을 위한 조정구조 개선방안에 관한 연구, 2022, 42면 재인용(Henry Brown/Shirley Shipman/Ben Waters/William Wood, Brown & Marriott's ADR Principles and Practice, 4th edition, Sweet & Maxwell (2019), 19~20(2-016) 참조).

성격	종류
심판적(제3자의 책임과 권한이 강함)	
↑	소송
	사적 재판(Private judging)
	행정심판 (Administrative or statutory tribunals)
	중재(Arbitration)
	전문가 결정(expert determination)
	심판(Adjudication)
	분쟁위원회(Dispute Board)
	법원부속형 중재(Court-annexed arbitration)
	옴부즈만(Ombudsman)
	중재-조정(arb-med); 조정-중재(med-arb)
	조기 중립 평가 (Evaluation, early neutral evaluation)
	중립적 사실인정(Neutral fact-finding expert)
	간이심리(mini-trial)
	대리인을 통한 협상 (Negotiation-through representatives)
	협업(Collaborative practice)
평가형 조정 (Mediation involving evaluative element)	
순수 촉진형 조정 (Mediation purely facilitative)	
당사자 직접 협상 (Negotiation by parties personally)	
↓	
합의적(당사자의 책임과 권한이 강함)	

위의 표에서 보는 것처럼 영국의 금융 옴부즈만 서비스(FOS; Financial Ombudsmen Service)는 ADR의 한 유형인 것은 분명하나 국내에서 소개되는 것처럼 민사조정법의 조정이나 싱가포르 협약의 조정(mediaton)과 유사한 제도로 포섭하기는 어렵다. 영국의 금융 옴부즈맨 서비스는 일정 규모 이하의 자선단체, 수탁자, 중소기업, 중소기업 보증인을 대상으로 하는 보상금의 한도를 35.5만 파운드로 한정하는 제도로 영국의 금융행위감독청(FCA; Financial Conduct Authority)가 계획수립에 관한 비용과 전속관할(강제적 관할; Compulsory jurisdiction)의 운영에 필요한 자금의 부담에 관한 규칙을 제정¹²⁸⁾하여 사건 수수료와 연간 일반 부과금으로 운영하는¹²⁹⁾ 매우 특별한 형태의 ADR제도의 하나이기 때문이다. 이 때문에 영국의 금융 옴부즈만 서

비스는 기존의 조정절차가 아니라 영국 특유의 ADR제도로 조정절차와 구별되는 옴부즈만 서비스(제도)로 별도로 분류할 필요가 있다.

5. 영국 금융 옴부즈만 서비스에 대한 평가

영국 금융 옴부즈만 서비스(FOS)는 ① 1단계인 소비자 민원 접수 절차, ② 2단계인 심판인(adjudicator)이나 조사관(investigator)에 의한 잠정적 심판서(잠정 심판안) 작성 절차, ③ 3단계인 금융소비자옴부즈만(FOS)이 최종심판안(최종안) 제시 절차로 이루어져 있다.

금융 옴부즈만 서비스(FOS)는 당사자의 절차선택권이나 절차형성권을 중시하는 조정절차(mediation)와 구별되는 것으로 민원상담, 잠정심판, 최종심판으로 이루어지는 분쟁해결을 위한 종합 서비스라는 점에서 조정을 절차로 파악하는 관점과 구별된다. 이 때문에 금융 옴부즈만 서비스(FOS)는 절차의 세세한 부분보다 금융분쟁을 얼마나 신속하고 효율적으로 해결하는가를 매우 중시하는 태도를 취한다. 단순한 분쟁해결절차의 분류가 아니라 조정, 중재, 심판, 상담, 협상 등의 모든 요소가 포함된 하나의 종합 서비스로 이루어져 있기 때문이다.

영국 금융옴부즈만 서비스(FOS)는 기관의 성과나 금융옴부즈만의 활약을 전면에 내세운다. 이 때문에 영국의 옴부즈만 서비스를 운영함에 있어 절차의 정합성이나 절차의 본질이 무엇이나 보다 서비스로 이루어낼 수 있는 성과나 옴부즈만 활동을 하는 개인의 영향력에 집중하고 있다고 평가할 수 있지 않나 한다.

따라서 이를 기존의 절차 중심 또는 당사자의 절차 중시관점의 싱가포르 조정협약이나 당사자의 자율성을 중시하는 조정(mediation)과 구별되는 새로운 흐름으로 보아 절차주재자(기관) 성과 중시 관점의 분쟁해결제도라고 분류할 수 있지 않을까 한다.

128) 이 규칙을 통하여 금융행위감독청(FCA)은 인가받은 회사, 전자화폐발행인, 지급서비스 제공자에게 자금의 부담을 요구할 수 있다. 매 회계연도의 26번째 분쟁부터 해당 금융기관은 금융옴부즈만서비스(FOS)

129) 장범후, 우리나라 금융분쟁조정제도의 효율성 제고 방안; 영국 금융옴부즈만서비스와의 비교를 중심으로, 금융연구 제17권 제2호, 2020, 91~94면.

V. 당사자 절차주체성 중시 관점과 절차주재자 실적 중시 관점의 싱가포르 조정협약과의 관계 및 우리 민사소송·민사조정제도와와의 정합성에 대한 검토

1. 우리 법원의 조정활성화에 대한 노력의 성과와 한계

적지 않은 한계와 문제점도 노출되었지만 조정절차에 대한 우리 법원의 노력은 실로 대단했다고 평가할 수 있다. 왜냐하면 좀처럼 줄어들지 않는 재판업무의 폭주에도 법원은 다양한 분쟁해결방안 또는 적절한 분쟁해결제도의 마련에 오랫동안 어떠한 기관보다 많은 노력과 자원을 투자해 왔기 때문이다.

그러나 앞으로도 계속하여 법원 내의 재판에 투입될 인력을 동원하여 소송 또는 재판(소송) 대체적 성격의 조정절차를 지원해 나가야 하는지 또 그러한 업무를 법원이 계속 감당할 수 있는지에 대해서는 적지 않은 의문이 있다. 우리나라만이 아니라 거의 모든 나라의 법원은 재판 업무만으로도 벅찬 것이 현실이기 때문이다. 이 때문에 ADR분야에 기울인 법원의 노력이 설령 법원의 사건부담을 완화하기 위한 것이라고 비판적으로 보더라도 그 부담을 법원이 오롯이 져야 하는 것이라고 할 수는 없다.

동시에 법원은 기본적으로 심판기관이므로 아무리 당사자들을 위한다고 해도 심판과 유사한 방식으로 사건을 해결하는 것에 익숙하다. 당사자를 상대로 심판이라는 칼을 든 채로 화해를 시키거나 조정절차에서 합의를 이끌어낸다는 것은 모순되는 것이기 때문이다.

이 때문에 앞에서 본 것처럼 선진 외국에서는 법원의 조정이라고 해도 법원은 장소만 빌려주고 조정인이나 조정절차의 운영은 판사가 아닌 사람이 담당하는 경우가 대부분이다. 간혹 판사(judge)라는 이름을 가진 사람이 조정을 하기도 하나 그 경우의 판사는 우리나라에서 생각하는 심판기관으로서의 판사와는 분리되어 있거나 완전히 다른 업무를 하는 사람인 것이 보통이다. 따라서 심판자와 조정인은 철저히 분리된다는 원칙을 유지하고 있다.

이에 비해 우리 법원은 조정절차에 심판적인 요소가 들어가도 그것이 화해를 위한 것이라면 ADR이라고 하면서, 법원조정은 비송절차이고 소송절차와 다르다고 한다. 동시에 재판상화해(제소전 화해와 소송상 화해 포함)도 화해를 위한 것이므로 자율

적 분쟁해결의 요소가 있으므로 ADR이라고 한다. 따라서 법원조정=비송=ADR이고 재판상화해=ADR이라고 하여 법원조정=비송=ADR=재판상 화해=소송이 되는 논리 모순이 발생하게 된다. 이 때문에 소송상화해와 법원조정, 조정을 갈음하는 결정과 화해권고 결정은 사실상 동일한 것일 수밖에 없게 되고 조정이 곧 합의(조정=화해)이고, 조정조서와 화해조서에 기판력까지 인정(조정=화해→확정판결과 동일한 효력)하는 것에도 문제가 없다는 입장을 유지한다. 그러면서도 우리 판례¹³⁰⁾는 법원이 직권으로 한 조정을 갈음하는 결정이 조서에 기재되면 확정판결과 동일한 효력이 있다고 하면서 동시에, 조정을 갈음하는 결정은 수소법원이 당해 사건의 사실인정과 판단 외에도 여러 사정들을 모두 참작하여 하는 것으로서(즉, 판결과 다르므로) 조정에 갈음하는 결정조서에 이유가 기재되어 있지 않은 경우 그 결정조서에 대한 준재심사유가 있는지 여부는 판결에 대한 재심에 비하여 엄격하게 판단하여야 한다고 하여 준재심마저 막고 있다.

자율적 분쟁해결이면 모두 ADR이라고 하면서, 공개된 변론절차를 진행하는 판사는 조정강요나 부적절한 언행을 하기가 더 어려우므로 오히려 당사자의 자율성이 보장하므로 ADR이라고 하거나 법관이 변론진행이나 증거조사를 통해 분쟁에 대해 더 많이 알게 된 이후에 진정한 자율적 분쟁해결이 가능하다는 주장까지도 제시된다.¹³¹⁾

그러나 이는 ADR의 A가 alternative(대체수단)이고 그 대체가 법원의 재판을 대체하기 위한 것이라는 ADR제도의 출발점과도 배치된다. 특히 법원의 재판상화해는 아무리 선해하더라도 재판이 아니거나 소송(또는 소송절차)이 아닐 수가 없다. 민사조정(법원조정) 역시 판사가 직간접적으로 최종결정을 하거나 확인을 하는 절차라면 법원의 재판절차를 대체하는 것이라고 할 수가 없다.

법원에서의 이러한 논의는 결국 현재 법원 내 ADR제도의 하나로 조정센터가 설치되어 조정이 행해지고 있고 그 조정센터에 법관이 조정전담판사라는 이름으로 파견이 되고 있는 것을 설명하려는 지난한 노력이라고 할 수 있다.

결국 우리 법원의 민사조정(법원조정)의 근본적인 문제해결의 시작은 민사소송법 제220조의 화해조서에 확정판결과 동일한 효력(특히 기판력)을 인정하지 않도록 ‘화해’를 삭제하고 민사소송법 제461조의 ‘제220조의 조서’를 삭제하는 법개정을 하는

¹³⁰⁾ 2005. 6. 24. 선고 2003다55936 판결

¹³¹⁾ 사법정책연구원, 조정제도의 합리적 운영을 위한 조정구조 개선방안에 관한 연구, 2022, 72면.

데서 가능할 수 있다. 동일한 맥락에서 민사조정법 제29조 역시 삭제하는 법개정도 필요하다. 재판과 조정을 확실하게 분리하여 각자의 장점을 살리는 방향으로 발전하는 계기가 될 것이기 때문이다.

2. 법원 외 각종 행정위원회 조정의 효력과 국가적 차원의 통합 조정기관설립의 필요성

법원 외의 조정기관이 법원과 같은 혹은 법원과 유사한 방식으로, 실제로는 조정을 소송처럼 운영함으로써, 법원의 사건부담을 완화하겠다거나 기관 나름의 특색있는 조정을 한다는 주장은 더욱 이상하다고 할 수 있다. 왜냐하면 법원 또는 법관의 사건을 부담을 완화하는 방법으로 외부의 행정위원회나 민간 조정기관의 결정에 법원의 확정판결과 동일한 효력을 부여하고 법원의 소송과 유사한 조정절차를 운영하는 것이라고 생각한다면 그 부분은 법관의 수를 늘이는 방법이 훨씬 더 간명한 해결책이기 때문이다.

동시에 각종 행정위원회에 전직 판사를 조정위원으로 초빙하여 법원보다 더 저렴한 비용으로 이른바 재정(裁定)을 하는 것은 판결의 효력은 판결작성 능력을 기준으로 하는 것이 아니라 법관이 직무상 수행한 것인가를 기준으로 하므로 비판결(판결의 부존재)이며 판결의 효력을 부여할 수 없다. 이 때문에 각종 행정위원회의 조정에 확정판결과 동일한 효력을 부여하는 개별 입법은 법관이 아닌 사람들이 법원이 아닌 곳에서 한 결정을 법원의 확정판결과 동일한 효력을 인정한 것으로 헌법 제101조 제1항에 위반되는 입법이 아닌가 한다.

오히려 법원 외부의 대체적 분쟁해결기관인 각종 조정위원회나 민간 조정기관은 법원과 동일 또는 유사한 방식으로 경쟁을 할 것이 아니라 법원에서 하기 어렵거나 불가능한 서비스를 제공하는 진정한 의미의 대체적 분쟁해결방안(ADR)을 개발하고 그 분야의 전문가를 체계적으로 육성하는 방법을 모색하는 것이 바람직하다. 분쟁의 당사자들이 원하는 분쟁해결방법은 법원의 재판에 한정된 것도 아니기 때문이다.

법원 외부 분쟁해결기관들은 당사자들을 직접 만나 의견을 듣고 당사자들에게 가장 적합한 분쟁해결방안을 찾아내는 싱가포르 조정협약에서 제시된 조정의 본질에 좀 더 충실한 제도운영으로 방향을 전환할 필요가 있다. 왜냐하면 조정제도는 기관이나 조정인의 편의를 위하여 만들어진 제도가 아니라 조정당사자의 의견을 수렴하

고 의사를 수용하기 위해 만들어진 제도이기 때문이고, 조정절차는 중재와 재판에 비해 당사자주의가 강조된 절차로서의 특색이 뚜렷이 구분되는 제도이기 때문이다.

조정기관을 국가 차원에서 통일적으로 구축하여 국가 어느 기관에도 종속되지 않는 형태로 운영할 필요도 있다. 왜냐하면 영국의 옴부즈만 서비스에서 본 것처럼 조정절차는 국가 기관의 일부 기능을 수행하는 것에 국한될 것이 아니기 때문이다.

더욱 바람직한 것은 영국의 옴부즈만 서비스처럼 국가 기관은 지원하되 간섭하지 않도록 하거나, 절차의 운용 비용을 국가나 준국가 기관에 전적으로 의존하지 않고 민간의 지원을 받거나 스스로 조달하도록 하는 것이 바람직하다. 기초적인 기관운영 비용을 넘어 국가가 기관의 운영비용을 전적으로 지원할 경우 마치 한계 기업이 국가의 보조금으로 연명하는 것처럼 분쟁해결기관으로서 기능하지 않고 국가보조금을 받기 위한 기관으로 전락할 수 있기 때문이다.

이를 해결하기 위해서는 국가의 어느 부문에 종속되지 않은 국가적 차원의 통합 조정기관을 마련하고 조정절차의 본질에 맞는 제도로 시스템을 구축할 필요가 있다. 그 경우 싱가포르 조정협약은 물론이고 미국의 민간 조정기관이나 영국의 옴부즈만 서비스를 적극 참조하여야 할 것이다.

3. 당사자 절차주체성 중시 관점과 절차주재자 실적 중시 관점의 장단점과 우리 법제와의 정합성

조정절차를 운용할 때 당사자의 자율성, 독립성과 같은 절차적 측면에서의 사적 자치의 원칙을 중시할 것이냐, 조정절차를 통한 사건 해결의 수와 성과를 중시할 것이냐는 각 국가 또는 개인의 가치관과 철학에 달린 문제라고 할 수 있다. 전자의 경우에는 당사자의 절차 만족도나 당사자들 간의 진정한 합의나 화해와 같은 분쟁의 근본적인 해결 방안의 마련에 집중할 것이고, 후자의 경우에는 조정기관 또는 조정인에게 들어가는 비용 대비 효과에 관심을 집중할 것이다. 전자를 대표하는 것이 싱가포르 조정협약이나 미국의 협상을 기반으로 하는 조정(mediation) 시스템이라면, 후자를 대표하는 것이 영국의 옴부즈만과 같은 시스템이라고 할 수 있다.

각국 조정제도의 현실은 이 둘이 어느 정도 혼합된 형태를 띠는 것이 현실이다. 따라서 당사자들의 자율성과 독립성을 기본으로 하면서 절차의 효율성을 증대시키는 시스템을 구축하거나, 기관이나 조정인의 실적을 중시하면서도 당사자들의 자율

성을 확대시키려고 부단히 노력을 하는 경우가 많다. 왜냐하면 전적으로 전자의 입장만을 고수하면 사건 하나하나의 해결에 매우 많은 시간과 비용을 지불해야 하고, 후자의 입장을 지나치게 강조하다보면 분쟁당사자라는 실제 주인공은 사라지고 기관이나 절차주재자가 전권을 쥐고 사건의 신속한 해결을 위한다는 명분으로 절차에 대한 지식이나 경제력이 약한 당사자를 일방적으로 편들거나(약한 당사자의 상대방에 대한 협박) 또는 약한 당사자를 억압(협박)하여 분쟁을 최대한 빨리 종결(終結)하는 것을 최고의 목표로 삼는 부작용이 발생하게 된다.

각국 조정시스템의 현실은 그 나라의 기본 소송시스템이 적정과 공평을 중시하고 당사자권을 중심으로 운용되는 당사자주의인가 아니면 신속과 경제를 중시하는 직권주의적 요소가 강하게 나타나는 시스템인가와도 관련이 있다. 동시에 이 민사소송 절차에서 당사자들의 절차형성권과 절차참여권이 얼마나 실질적으로 보장하고 있는 나와도 연결된 문제라고 할 수 있다.

이 때문에 몇몇 예외가 있을 수 있지만 민사소송절차에서 당사자주의를 적극 실천하는 국가에서는 조정절차가 당사자들의 절차형성권이나 절차주도권을 중시하는 입장을 취한다. 반면에 민사소송절차의 실제 모습에서 법원의 절차주도권이나 직권적 요소가 강화되어 있는 국가에서는 조정인은 반드시 법률지식이 있는 법조인이어야 하며 상임조정위원은 전직 법관 아니면 적어도 변호사만이 조정인이 될 수 있다는 입장을 취한다. 조정제도가 본질적으로 소송제도와 다를 것이 없다고 보기 때문이다.

그러나 아쉽게도 후자의 관점은 그 국가 조정제도의 특수성을 설명하는 요소로 사용할 수 있을지는 몰라도 소송제도와 구별되는 조정제도의 존재 이유와 정면으로 충돌한다. 싱가포르 조정협약의 조정에 대한 기준과 위배되는 것은 말할 것도 없다.

그렇다고 하여 필자가 사건 해결의 수와 성과를 중시하는 분쟁해결방법이 필요 없다고 생각하는 것은 아니다. 성과중심의 분쟁해결방안이 활성화된 이유도 충분히 이해되기 때문이다.

따라서 필자는 이러한 성과중심의 분쟁해결방안을 당사자 중심의 조정절차 (mediation process)에서 분리하여 별개의 또 다른 분쟁해결체도로 구축하는 것이 어떤가 한다. 그 경우 그 분쟁해결절차는 대체적 분쟁해결절차의 또 하나의 형태로 나름의 독자적 절차적 특징을 자신의 역할을 수행할 수 있을 것이기 때문이다. 이를 위해서는 지금처럼 법원, 각종 바뀔 수 있는 방식으로 운영이 되어서는 안된다.

조정절차를 운영하는 기관이나 조정인들에 대한 평가 역시 그 기관에 운영비를 지원하는 기관이나 조정인을 위촉하는 사람에게 맡길 것이 아니라 조정절차를 이용하는 사람들의 평가를 적극 반영할 필요가 있다.

4. 집단소송에서의 집단과 집단분쟁조정제도에서의 집단의 차이; 분쟁해결차에 대한 범(凡) 사법(私法)적 차원의 통합 논의 필요성

우리나라에서 집단소송의 ‘집단’의 의미만큼 다양하게 이해되고 있는 개념도 드물다고 할 수 있다. 가장 기본적인 이해로 당사자 일방이 2인 이상이면 집단이므로 그 경우 집단분쟁을 해결하는 절차는 공동소송, 선정당사자소송, 일본의 이른바 2단계 소송, 독일의 단체소송(Verbandsklage)이나 표본소송(Musterprozess), 미국의 대표당사자소송(class action), 복수구소송(MDL) 등을 모두 집단소송이라고 할 수 있다.

이 때문에 집단소송사안은 선정당사자소송으로 모두 해결할 수 있다는 사건이 제시되기도 하고 행정부의 조정위원회에서 조정개시결정을 하는 것이 집단소송의 허가에 준하는 과정이라고 하는 의견도 나오고 있다. 이는 집단소송의 ‘집단’과 민사조정 of ‘조정’에 대한 개념이 사람마다 다르다는 데서 기인한다고 할 수 있다.¹³²⁾

따라서 mediation을 말하는 조정이든 우리 민사조정법에서 말하는 조정(調停)이든 매우 다의적인 의미로 사용되고 있는 조정이 증권관련집단소송법에서 말하는 집단분쟁과 같은 유형과 결합될 수 있는지는 민사실체법과 민사절차법의 전문가들이 함께 모여 토론하여 논의과정의 혼란을 줄일 필요가 있다. 어떤 한 분야의 논의만으로 문제를 해결하거나 대처하기에는 한계가 있는 매우 복잡하고 다양한 문제가 있기 때문이다.

5. 행정규제위원회와 분쟁조정위원회 역할 구분과 조정위원회 및 위원의 독립성 확보 필요성

국가를 구성하는 기관으로 행정과 사법이 분리되어 있듯이 특정 분야의 행정규제

¹³²⁾ 우리나라 집단소송제의 논의에서 반복되고 있는 집단의 개념, 허가제도, 손해배상 방법 등에 대한 오해에 대해서는 전원열, 집단소송의 소송허가요건 및 금전배상에 관한 연구, 저스티스 제 184호, 2021, 147~189면에서 사례를 들어 잘 설명하고 있다.

위원회와 그 분야에 설치되어 있는 분쟁조정위원회는 역할을 분명히 구분하여야 하면 전혀 다른 원리로 운영되어야 한다. 금융분야의 경우 금융감독원의 역할과 금융분쟁조정위원회의 역할이 구분되어야 하고 금융분쟁조정위원회는 금융감독원 산하에 설치되어 있더라도 독립성이 보장되는 기관이 되어야 한다.¹³³⁾ 이는 마치 사법부를 행정부 아래에 두고 행정부가 행하는 규제를 실천하거나 지원하는 부서로 운영하는 것과 같다고 할 수 있다.

행정부 산하 분쟁조정위원회의 위원으로 실제로 참여해 보면 이와 유사한 문제점이 적지 않게 발생하는 것을 볼 수 있다. 행정부 위원회의 위원장을 행정부에서 임명하는 경우가 적지 않고 위원회의 위원장이 누가 되느냐에 따라 위원은 얼마든지 바뀔 수 있기 때문이다. 이러한 부작용을 줄이기 위하여 일정 분쟁조정위원회는 위원의 임기를 최대 4년을 넘지 않도록 제한하기도 한다. 그러나 대부분의 분쟁조정위원회는 최대 임기 제한이 없는 것을 넘어 위원의 연임 여부를 위원장이 결정하여 위원의 동질성이 심화되는 일이 적지 않게 발생한다. 그 경우 조정위원의 독립성이나 신분보장은 기대하기 어렵다.

이러한 상황을 하에서 행정위원회의 조정결정에 재판상 화해에 확정판결과 동일한 효력을 부여한 것은 세계에서 유례를 찾기 어려운 입법인 것을 넘어 유해한 제도가 될 우려가 있다. 위원회와 위원의 독립성이 제대로 보장될 수 없는 위험성을 그대로 두고 사법심사의 길만 막은 것이기 때문이다.

여기에 보태어 양당사자가 조정결정문을 송달받고 2주 내에 이의를 하지 않으면 동의를 한 것으로 간주하는 일종의 합의간주(合意看做)를 넘어 조정결정문을 당사자 중 일방만이 수락(편면 동의 또는 편면 수락)하여도 쌍방동의(수락)으로 간주하는 것은 2중의 위험이 있다.

싱가포르 조정협약의 조정의 관점에서 보면 양당사자의 명시적인 합의가 없음에도 통지 후 일정기간의 경과만으로 합의한 것으로 간주하는 것은 1중 위험이고, 당사자 중 일방만이 수락(편면 동의 또는 편면 수락)한 것을 쌍방동의(수락)로 간주하는 것은 2중 위험이며, 그렇게 성립된 합의를 법원에 의하여 사법심사를 받는 기회도 막는 기판력을 부여하는 것은 3중 위험이라고 할 수 있다.

영국의 금융옵부즈만 서비스가 매우 제한적 범위에서 편면 동의를 인정하는 것과

¹³³⁾ 장범후, 우리나라 금융분쟁조정제도의 효율성 제고 방안, 영국 금융옵부즈만서비스와의 비교를 중심으로, 금융연구 제17권 제2호, 2020, 81면.

우리의 조정제도 운영 및 효력부여 상황은 너무나 다른 것이 아닌가 한다.

6. 싱가포르 협약 비준 전 국내 조정제도의 정비

싱가포르 조정협약은 현재 가입만 하고 비준을 남겨둔 상황에 있다. 그러나 앞서 본 것처럼 우리나라의 조정제도는 싱가포르 조정협약의 조정제도와 공통점을 찾기가 어려울 정도로 변형된 또는 예외적인 형태라고 할 수 있다. 일본은 소송상화해나 조정제에 기관력까지는 인정하지 않는 법제임에도 불구하고 국내 제도의 정비 후에 싱가포르 조정협약에 가입하겠다는 입장을 밝히고 있다.

우리는 일본의 고전적인 조정제도(차지차가조정제도)를 민사조정제도의 기본형으로 도입한 후 민사소송법의 재판상화해에 부여하는 확정판결과 동일한 효력을 조정(법원의 민사조정과 상당 수 행정위원회의 조정)에도 확대하고 있다. 법원의 민사조정은 싱가포르 조정협약의 대상에서 제외되므로 당장 큰 문제가 될 것은 없지만 행정위원회 조정제도는 싱가포르 조정협약의 조정과 유사한 제도로 재편을 할 것인지는 아니면 싱가포르 조정협약이행법에 유보조항을 두어 예외로 인정받을 것인지를 결정하여야 한다. 이는 단순히 민사절차법의 문제만이 아니라 민법, 상법, 민사소송법의 전문가들이 지혜를 모아 대책을 마련해야 하는 범(凡) 사법(私法) 및 사법(司法)적 차원의 문제라고 할 수 있다.

VI. 결어

조정을 절차로 보느냐 아니면 당사자의 합의를 이끌어내는 복합적인 성격의 것으로 파악하느냐는 적지 않은 차이가 있다. 전자의 입장을 취할 경우 조정은 기존의 분쟁해결절차인 협상, 중재, 재판과 구별되는 절차적 특성이 있어야 한다. 그렇지 않을 경우 그 조정은 이름만 조정일뿐 그 내용은 소송이거나 중재이거나 협상일 뿐이기 때문이다.

소송을 절차로 바라보는 경우 협상, 중재, 재판과 구별되는 당사자의 절차 선택, 절차형성, 절차 종결권을 부여하는 당사자의 절차주체성을 중시하지 않을 수 없다. 협상과 달리 조정인의 존재도 필수적인 요소가 되고 중재와 구별되는 개별회의

(caucus)도 필수적인 특성이 된다. 이러한 유형이 싱가포르 조정협약이 상정하는 조정의 모습이라고 할 수 있다.

이 때문에 절차법적 관점에서는 조정의 분쟁해결시스템과의 정합성을 중요시하며 조정제도(mediation)를 사적 자치의 복원과 확장으로 이해한다. 이 때문에 당사자의 동의를 간주하는 일종의 당사자의 절차상의 권리 박탈하거나 기관(조직)을 위한 조정제도의 운영은 바람직하지 않은 것으로 비판적인 입장을 취한다. 조정절차에서 조정인이 후견적 관점에서 일방 당사자를 편드는 것도 조정인이나 조정기관의 실적 중시 경향 또는 효율성이라는 이름의 유혹에 빠진 것으로 보기도 한다.

그러나 소송폭증과 소송에만 의존하는 분쟁종결 중심의 문화, 분쟁의 무한 반복의 흐름을 완화하기 위하여 국가적 차원에서 갈등과 분쟁을 바라본다면 조정을 절차법의 관점에서만 바라보는 것은 분쟁의 신속한 해결을 외면하는 또하나의 걸림돌이 될 수 있다.

싱가포르 조정협약의 조정과 같은 제도의 장점도 살리면서 협상, 조정, 중재, 재판을 아우르는 실체법과 절차법을 포괄하는 분쟁해결제도 및 기구의 구축을 논의하는 보다 큰 장(場)이 필요하지 않나 한다.

소비자계약에서 계약내용의 통제

황 원 재*

- I. 서론
- II. 약관의 활용과 내용통제의 필요성
- III. 약관규제법상 내용통제
- IV. 민법과 약관규제법의 관계
- V. 약관규제법과 소비자법의 관계
- VI. 결론

I. 서론

「약관의 규제에 관한 법률」(이하 ‘약관규제법’으로 표현한다)이 제정된 후 오랫동안 약관규제법을 통해 계약의 내용을 통제하는 것에 부정적인 태도를 보이던 법원은 1990년 후반에 이르러 적극적으로 약관규제법을 적용하고 있다.¹⁾ 이제 약관규제법을 통한 계약내용의 통제는 계약법의 일반규범이 되었다고 할 수 있으며, 일부 견해의 대립이 없지는 않으나 민법에의 편입을 준비하는 단계가 되었다.²⁾ 당연하게도 약관규제법과 약관규제법을 통한 계약내용통제에 관한 많은 깊이 있는 선행연구들이 존재한다.³⁾ 그러나 아직 계약내용에 대한 통제라는 측면에서 약관규제법과 민법

* 계명대학교 법학과 교수

- 1) 자세한 것은 이은영, “약관법과 민법의 관계, 계약내용통제 및 일부무효와 관련하여”, 외법논집 제34권 제4호, 2010, 193면.
- 2) 서희석, “일본에서 약관법의 민법전 신설 논의”, 외법논집 제39권 제4호, 2015, 59면 이하; 이병준, “약관규제법의 민법편입”, 「소비자법과 민법」, 2010, 186면 이하; 김대규, “독일 약관규제법의 민법전 편입 및 개정”, 경쟁법연구 제8권, 2002, 591면 이하.
- 3) 관련 선행연구를 발행일을 기준으로 일부 열거하면 홍대식, “약관규제법상 불공정약관조항 사용금지 의무 위반에 대한 행정적 책임 주체와 관련 문제”, 비교사법 제29권 제1호, 2022, 395

의 관계, 그리고 약관규제법과 소비자법의 관계를 체계적으로 설명하려는 시도는 많지 않다. 이 글은 소비자계약에 대한 계약내용의 통제 모습을 민법의 단계, 약관규제법의 단계, 소비자법의 단계로 나누어 설명하고, 각각의 관계와 계층적 구조를 이론적으로 살펴보는 것을 목적으로 한다.

II. 약관의 활용과 내용통제의 필요성

1. 약관의 개념과 활용목적

‘약관’이란 “그 명칭이나 형태 또는 범위에 상관없이 계약의 한쪽 당사자가 여러 명의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식으로 미리 마련한 계약의 내용”을 의미한다(약관규제법 제2조 제1호). 즉, 계약의 일방 당사자(사용자)가 복수의 계약에 사용하기 위하여 사전에 마련하고, 타방 당사자(고객)와의 계약 체결시에 제시하는 계약조항을 의미한다. 보통 작은 글씨로 작성되어 계약의 내용으로 편입되는 ‘약관’은 소비자계약, 여행 및 운송계약, 보험 및 은행계약처럼 일상생활에서 계약을 체결할 때 널리 사용되고 있으며, 따라서 약관을 통하지 않은 계약을 찾는 것이 오히려 힘들어졌다. 즉, 약관은 소비자법과 관련된, 또는 소비자계약에 특수한 문제가 더 이상 아닌 셈이다. 대량의 거래에 관여하는 계약의 당사자들은 자신이 소비자인지 사업자인지를 묻지 않고 약관을 통해 법률행위를 위한 의사를 표시하고, 그 의사는 명시적으로 또는, 거래 관행을 고려하여 묵시적으로 드러난다. 이처럼 현대의 계

면 이하; 장경환, “약관조항의 투명성의 원칙(上)”, 경희법학 제56권 제4호, 2021, 419면 이하; 이병준, “약관규제법에 의한 내용통제의 대상과 그 제한”, 선진상사법률연구 제95호, 2021, 63면 이하; 권영준, “약관 설명의무의 재조명”, 사법 제53호, 2020, 185면 이하; 최병규, “부킹닷컴 ‘환불불가 상품 조항’의 불공정 약관 여부”, 경제법연구 제19권 제2호, 2020, 117면 이하; 이병준, “약관규제법에 의한 내용통제의 판단기준”, 법조 제69권 제1호, 2020, 101면 이하; 김화, “약관에 있어서 투명성 원칙에 대한 고찰”, 비교사법 제26권 제3호, 2019, 101면 이하; 김진우, “강행적 계약법”, 법조 제68권 제4호, 2019, 189면 이하; 김진혜, “약관해석에 적용되는 객관적 해석원칙과 불명확조항의 해석원칙”, 소비자법연구 제5권 제2호, 2019, 253면 이하; 정진명, “계약자유와 약관의 내용통제”, 소비자법연구 제5권 제2호, 2019, 65면 이하; 서희석, “약관규제와 계약법”, 외법논집 제41권 제3호, 2017, 41면 이하; 이은영, “약관에 대한 추상적 내용통제”, 외법논집 제41권 제1호, 2017, 187면 이하 등. 이외에도 더 많은 선행연구가 있으나 지면 관계상 다 표기하지 못하였다.

약은 약관을 통해 구체적인 내용이 밝혀지는 것이 일반적이며, 따라서 약관은 계약의 당사자 간 계약의 내용을 정하는 핵심적 역할을 맡고 있다.⁴⁾

현대의 거래에서 약관이 많이 사용되는 이유는 다음과 같다.⁵⁾ 우선, 약관은 계약의 당사자들에게 그 이용의 ‘합리성(Rationalisierung)’을 제공한다. 약관을 사용함으로써 계약 당사자는 계약을 체결할 때 계약의 세부 사항을 모두 협의할 필요가 없게 된다. 이를 통해 계약의 당사자는 반복되는 복수의 거래에서 거래비용을 획기적으로 절감할 수 있게 된다. 두 번째로, 약관은 계약의 당사자들에게 ‘전문성(Spezialisierung)’을 제공한다. 일반적으로 전형계약을 정하는 임의법규들은 해당 계약 유형의 기본적 거래조건을 규정한다. 계약의 당사자들은 약관을 통해 해당 계약 유형에 적용될 전문적이고 세분화된 내용을 계약에 담을 수 있고, 임의법규가 없는 비전형 계약의 경우라면 새로운 거래조건을 형성하고 시장에 제안하는 역할을 하게 된다. 세 번째로, 약관은 다양한 계약 내의 위험을 변화하는 상황에 맞게 재분배하는 ‘위험재분배(Risikoumverteilung)’의 역할도 한다. 약관은 민법이나 기타 법률에 규정된 위험분배의 일반원칙을 변경하고, 일부 위험을 거래의 상황에 맞게 타방 당사자(주로, 고객)에게 전가하기 위하여 활용된다. 그런데 이러한 위험재분배는 고객이 직접 합의한 것이 아닌 한 고객의 신뢰에 반하고 고객에게 불측의 손해를 야기할 수 있으므로 약관의 내용을 통제할 때 주의 깊게 살펴볼 필요가 있다.

2. 내용통제의 필요성

앞서 설명한 바와 같이, 약관은 그 장점 때문에 현대의 대량 거래에서 널리 활용되고 있다. 일반적으로 약관을 계약의 내용으로 할 것을 제안하는 ‘사업자’(약관규제법 제2조 제2호)가 약관을 계약의 내용으로 할 것을 제안받는 ‘고객’(약관규제법 제2조 제3호)보다 약관을 계약의 내용으로 편입할 때 더 적은 노력이 필요한 것은 분명하다. 사업자가 스스로 약관의 문안을 설계하기 때문이기도 하고, 고객은 법률전문가에게도 어려울 수 있는 약관의 복잡한 내용을 짧은 순간 읽고, 이해한 후에 사업자와 거래를 진행해야 하기 때문이다(시장실패, Marktversagen). 따라서 대부분의

4) ‘약관’을 법률과 같이 다루려는 견해도 존재하였으나(예컨대, Hans Großmann-Doerth) 법률을 만드는 것은 입법자에게 위임된 권한이자 역할이라는 점에서 지지를 받지 못하였다.

5) Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 11. Aufl. 2017, S. 114.

고객들은 복잡한 약관의 내용을 면밀히 검토하기를 포기하고 모든 약관조항이 공정하고 불합리하지 않을 것이라고 막연히 믿은 채(합리적 무지, rationale Unwissenheit) 사업자와 거래를 진행하게 된다. 시장이 정상적으로 작동하기 위해서는 이러한 고객의 신뢰를 보호하고, 신의에 반하여 고객의 신뢰를 이용하는 사업자의 행위를 규제할 필요가 있다. 약관규제법은 신의성실의 원칙에 반하여 공정을 잃은 약관조항을 무효로 하는 규제방식을 일반원칙으로 택하여 이러한 필요에 응하고 있다(약관규제법 제6조 제1항). 이를 통해 고객이 직접 복잡한 약관의 내용을 면밀히 검토하지 않더라도 약관조항의 공정성과 합리성을 최소한 담보할 수 있게 되고, 결과적으로 ‘합리성’과 ‘전문성’이라는 약관 이용의 장점을 달성할 수 있게 한다. 이러한 과정을 약관의 내용통제(Inhaltskontrolle)라고 부르며,⁶⁾ 약관규제법의 내용통제는 계약 당사자가 약관의 내용을 읽지 않더라도 충분히 그 내용을 신뢰할 수 있게 하는 것을 그 목적으로 한다.⁷⁾

그러나 약관은 약관규제법의 내용통제를 받는 외에도 민법, 기타 특별법에 따른 내용통제를 받으며, 약관규제법과 이들 법률 간에는 긴밀한 관계가 형성된다. 예컨대, 상법 제663조, 그리고 제732조의2 및 제739조의 규정에 따르면 사망이나 상해를 보험사고로 하는 인보험에서 보험사고가 중대한 과실로 발생하더라도 보험자는 보험금을 지급할 의무를 면하지 못한다. 따라서 피보험자가 안전띠를 미착용하는 등 법령을 위반한 경우 보험자가 면책되도록 정한 약관조항은 고의에 의한 것이 아닌 한 해당 상법 규정에 반하여 무효가 된다.⁸⁾ 또한, 복수의 사업자가 특정한 약관조항을 공동으로 사용할 것을 합의하면 거래조건의 합리화와 같은 별도의 면제사유(「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제40조 제2항, 이하 공정거래법으로 표현한다)에 해당하지 않는 한 공정거래법에서 정하는 거래조건에 대한 부당한 공동행위(공정거래법 제40조 제1항 제2호)가 될 수 있다. 이 경우, 부당한 공동행위를 할 것을 약정하는 담합계약은 무효가 되나(공정거래법 제40조 제4항), 부당한 공동행위에 기초하

6) 약관의 내용을 통제하기 전에, 약관이 계약의 내용으로 적법하게 편입되었는지를 검토하게 되는데, 이를 약관의 편입통제(Einbeziehungskontrolle)라고 부른다. 이 글은 약관의 내용통제를 중점적으로 다루기 때문에, 이하에서 별도로 편입통제에 대하여 논하지는 않는다.

7) Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 11. Aufl. 2017, S. 116.

8) 대법원 2014. 9. 4. 선고 2012다204808 판결. 이 판결과 관련하여 김춘수, “자기신체사고보험에서의 안전띠 미착용 감액약관의 효력: 대법원 2014. 9. 4. 선고 2012다204808 판결”, 민사재판의 제문제 제23권, 2015, 754면 이하.

여 제3자와 체결된 계약은 확일적으로 무효가 되지 않는다.⁹⁾ 다만, 이러한 사정을 고려하여 약관규제법의 내용통제가 이루어질 수 있으므로, 부당한 공동행위를 통해 사용된 약관조항이 고객에게 부당하게 불리한 것이라면 무효가 되는 경우도 생각해 볼 수 있다.

III. 약관규제법상 내용통제

1. 약관의 해석기준

이미 살펴본 바와 같이, ‘약관’이란 그 명칭이나 형태 또는 범위를 묻지 않고 계약의 일방 당사자가 복수의 상대방과 계약을 체결하기 위한 목적으로 사전에 마련해 놓은 계약조항을 의미한다(약관규제법 제2조 제1호). 따라서 복수의 계약에 사용할 목적으로 만들어진 약관의 조항은 객관적(objektiv), 통일적(einheitlich)으로 해석될 필요가 있다. 즉, 개별 고객의 구체적이고 특수한 정황은 약관을 해석할 때 고려되지 않으며, 오히려 해당 계약유형의 평균적 고객이 약관을 어떻게 이해하였는가를 기준으로 삼게 된다.¹⁰⁾ 따라서 약관규제법은 약관이 신의성실의 원칙에 좇아 공정하게 해석될 것과 고객에 따라 다르게 해석되지 않아야 할 것을 명시적으로 규정하고 있다(약관규제법 제5조 제1항). 물론, 약관에서 정하는 사항에 관하여 양 당사자가 별도의 합의를 하였다면 이러한 개별약정은 약관에 우선한다(약관규제법 제4조). 따라서 약관에서 정한 것과 다른 양 당사자의 합의가 있다면 그 의사를 해석의 기준으로 삼을 수 있으므로¹¹⁾ 결과적으로 약관조항의 해석은 주관적 기준이 완전히 배제된 것도 아니라 할 것이다.

한편, 약관은 계약의 내용이고 법조문이 아니라는 점에서 이러한 일반적 견해에 반대하는 의견도 존재한다.¹²⁾ 과거 약관을 법률과 유사한 것으로 이해하는 견해가

9) 이러한 주장으로 변동열, “공정거래법상 부당한 공동행위의 사법적 효력”, 민사판례연구 제31호, 2009, 825면 이하.

10) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008다81633 판결; 대법원 2010. 11. 25. 선고 2010다45777 판결; 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다94021 판결. 독일의 경우 BGH NJW 1981, 867.

11) MünchKomm/Basedow, § 305c Rn. 26.

12) 김진우, “약관의 해석에 관한 일고찰”, 재산법연구 제28권 제3호, 2011, 187면 이하.

존재하기도 하였지만, 현재의 다수설은 약관을 계약의 일부로 보고 있기 때문에, 이 견해는 약관에도 계약과 같은 해석기준이 적용되어야 한다고 주장한다. 즉, 의사표시 수령자의 입장에서 모든 개별정황을 고려하는 주관-객관적(subjektiv-objektiv) 해석기준이 적용되어야 한다고 본다.¹³⁾ 또한, 약관을 계약의 내용으로 제안하는 사업자는 약관을 통해 계약내용을 획일화하려는 목적을 갖고 있으므로 이를 달성하기 위하여 각 계약의 개별적 상황이 계약의 해석에 영향을 미치지 않도록 스스로 노력할 의무가 있고, 만약 사업자가 이러한 노력을 다하지 못한 경우 그로 인한 불이익은 사업자가 부담하는 것이 타당하므로 객관적 해석을 통해 계약내용의 획일화라는 사업자의 목적을 도와주는 것은 부당하다는 주장도 설득력 있게 제시되고 있다.¹⁴⁾ 약관의 의미가 분명하지 않으면 고객에게 유리하게 해석할 것을 규정한 약관규제법 제5조 제2항 역시 같은 사고에 기초한 것으로 이해해 볼 수 있다.¹⁵⁾ 그 외에도 앞서 설명한 바와 같이 다수의 견해 역시 주관적 해석기준을 완전히 배제하는 것은 아니라는 점에서, 이 견해는 약관을 주관-객관적 해석기준에 따라 해석해야 한다고 주장한다. 그러나 이러한 해석방식은 최소한 우리 약관규제법 제5조 제1항에는 반하는 해석방식이라 할 것이며,¹⁶⁾ 약관의 내용통제가 내용형성의 재량이 없는 법의 적용이라는 점을 도외시한 해석방식이라고 할 것이다. 고객에게 유리하게 해석할 것을 명하는 약관규제법 제5조 제2항은 개별 고객의 구체적 사정을 고려하지 않은 채 약관조항을 고객에게 유리하게 통일적으로 해석하라는 의미이므로 해당 규정이 사업자의 획일화 노력을 도와주는 것으로 보기도 어렵다는 점에서 이러한 주장은 타당해 보이지 않는다.

약관의 해석에 관한 다수의 견해를 따르더라도 개별 사건에서 당사자의 권리·의무를 정하기 위한 선결문제로 약관조항을 심사하는 경우 다음과 같은 해석의 문제가 발생한다. 공정거래위원회가 약관조항의 내용을 통제하는 경우,¹⁷⁾ 그리고 소비자 기본법상 단체소송의 경우라면 추상적 내용통제가 이루어지고 앞서 설명한 일반적

13) Staudinger/P. Schlosser, § 305c Rn. 126 ff.

14) Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 11. Aufl. 2017, S. 124 f.

15) 최소비용회피자(least coast avoider) 원리에 근거하여 설명하기도 한다. 자세한 것은 김진우, “약관의 해석에 관한 일고찰”, 재산법연구 제28권 제3호, 2011, 194면.

16) 이병준, “약관의 객관적·통일적 해석원칙과 계약체결시의 구체적 사정”, 하경호 교수 정년기념논문집 「계약과 책임」, 2017, 215면.

17) 공정거래위원회의 약관조항에 대한 추상적 내용통제 결과는 법원의 판단을 구속하지 않는다. 자세한 것은 대법원 2002. 10. 11. 선고 2002다17364 판결.

견해를 따르더라도 그 해석에 특별한 어려움이 없을 수 있다.¹⁸⁾ 그러나 구체적 사건에서 법원이 약관의 내용을 통제하고 그 효력을 다투어야 하는 경우라면 개별 사건의 구체적 타당성도 고려되어야 하므로 구체적 내용통제를 하게 되는데,¹⁹⁾ 이 경우 어떠한 해석기준을 적용하느냐에 따라서 개별 사건에서 약관의 내용통제가 결과적으로 고객에게 불리한 경우가 발생할 수 있다.²⁰⁾ 예컨대, 어떠한 재판관할의 합의조항이 그 계약유형의 평균적 고객에게 부당하게 불리한 조항으로 평가되고 무효가 되었지만, 일부 고객의 경우 해당 조항이 오히려 유리한 경우가 구체적인 사정 하에 존재할 수 있고, 반대의 상황도 발생할 수 있기 때문이다. 구체적 사건에 대한 분쟁 해결절차에서 약관조항의 무효 여부는 청구 인용 여부를 판단하기 위한 여러 이유 중 계약해석에 관한 이유가 될 뿐이므로,²¹⁾ 고객에게 유리하게 해석될 수 있는 구체적 사정을 고려한 해석기준이 적용되어야 할 것처럼 보이기도 한다.²²⁾ 실제로, ‘상대방의 관할 영업점 소재지 법원’을 전속적 관할법원으로 하는 약관조항이 문제되었던 대법원 2009마1482 결정 화해사건에서는 ‘현재의’ 관할 영업점 소재지 법원이 전속관할이 될 것인지, 아니면 ‘계약 체결시의’ 관할 영업점 소재지 법원이 전속관할이 될 것인지가 다투어졌고, 원심은 전자의 해석을 중심으로 실제 재항고인의 주소지와 ‘현재의 관할 영업점 소재지 법원’의 거리, 이동시간, 응소에 필요한 노력 등을 고려하여 부당한 불이익이 없다고 판단하였다.²³⁾ 반면에 대법원은 실제 거리, 이동시간 등을 고려하지 않고 일방적 관할법원의 변경이 가능한지를 중심으로 고객에게 부당하게 불리한지를 판단해야 한다고 보았으며,²⁴⁾ 따라서 약관조항을 고객에게 유리하게 해석하여(약관규제법 제5조 제2항) 사업자의 내부사정만으로 일방적 변경

18) 법원이 추상적 내용통제를 하는 것에 부정적인 견해도 존재한다. 자세한 것은 이병준/김도년, “약관규제법 관련 최근 동향과 입법과제”, 법조 제630호, 2009, 142면 이하.

19) ‘추상적 내용통제’와 ‘구체적 내용통제’에 대하여 자세한 것은 이은영, “약관에 대한 추상적 내용통제”, 외법논집 제41권 제1호, 2017, 187면 이하; 이병준, “약관의 추상적 내용통제와 구체적 내용통제의 관계”, 재산법연구 제29권 제2호, 2012, 157면 이하; 장경환, “약관의 내용통제의 방식과 체계”, 경희법학 제30권 제1호, 1995, 83면 이하.

20) 예컨대, BGH NJW 1999, 276; BGH NJW 2003, 1237.

21) 이은영, “약관에 대한 추상적 내용통제”, 외법논집 제41권 제1호, 2017, 208면.

22) 분명치 않으나 개별 사건에 부합하게 불공정성을 통제하는 것으로 설명하는 문헌으로 장경환, “약관의 내용통제의 방식과 체계”, 경희법학 제30권 제1호, 1995, 84면.

23) 부산지법 2009. 8. 18.자 2009라420 결정.

24) 대법원 2009. 11. 13.자 2009마1482 결정. 이에 관하여 최병규, “부당한 재판관할약관에 대한 연구”, 상사판례연구 제23집 제2권, 2010, 295면 이하.

이 불가능하도록 ‘계약 체결시의 관할 영업점 소재지 법원’으로 해석(효력유지적 축소해석)해야 한다고 보았다.²⁵⁾

생각건대, 약관은 고객에 따라 다르게 해석되어서는 안 된다는 점을 명확히 규정하는 약관규제법 제5조 제1항의 취지를 고려하고 계약해석에 관한 일반적 입장을 고려할 때, 법원은 약관조항에 대한 구체적 사건을 다루는 경우 양 해석기준을 순차적으로 모두 적용될 필요가 있다. 우선, 객관적 해석기준을 통해 약관의 내용을 확정하고 해당 약관조항의 공정성을 심사하여 공정을 잃은 약관조항을 무효화 한 후, 그 흠결은 임의규정으로 보충하고 개별약정을 함께 고려하여 만들어진 최종 계약내용을 구체적 사건에 적용할 때에는 주관-객관적 해석기준에 따라 개별 사정을 고려하여 해석해야 한다.²⁶⁾ 다만, 약관조항의 내용통제를 위한 객관적·획일적 해석의 결과는 두 번째 해석단계에서도 원칙적으로 아무런 영향을 받지 않아야 할 것이다.²⁷⁾ 약관규제법에 의한 내용통제는 원칙적으로 어떠한 피해자를 보호하기 위한 것이 아니며 계약상 거래질서를 건전하게 만들려는 공익적 성격도 갖고 있는데,²⁸⁾ 두 번째 해석단계에서 개별 고객의 구체적 사정을 고려하여 그 해석이 변경될 수 있다면 내용통제의 취지가 몰각되고 실효성이 감소할 수 있기 때문이다. 결과적으로 개별약정과 같이 약관규제법의 내용통제 대상이 되지 않는 약정만이 원칙적으로 개별 사건의 구체적 사정을 고려하여 해석된다.

2. 내용통제의 요소와 심사기준

신의성실의 원칙에 반하여 공정을 잃은 약관조항은 무효이며(약관규제법 제6조 제1항), 약관규제법은 공정을 잃었는지를 판단하기 위한 구체적인 심사 요소들을 제7조부터 제14조에서 실시하고 있다.²⁹⁾ 각 요소를 중심으로 불공정성을 판단하는 기

25) 효력유지적 축소해석이 타당한지는 이하에서 별도로 설명한다.

26) BGH NJW 1994, 1798 (1799).

27) 예외과 존재할 것인지에 대해서는 견해의 대립이 있다. 예외적으로 당사자 공통의 의사가 확인되는 경우 주관-객관적 해석이 가능하다는 견해로 김진우, “약관의 해석에 관한 일고찰”, 재산법연구 제28권 제3호, 2011, 187면. 이러한 예외적 경우는 이미 개별약정에 포함된다는 견해로 이병준, “약관의 객관적·통일적 해석원칙과 계약체결시의 구체적 사정”, 하경호 교수 정년기념논문집 「계약과 책임」, 2017, 233면.

28) 이은영, “약관에 대한 추상적 내용통제”, 외법논집 제41권 제1호, 2017, 188면.

29) 장경환, “약관의 내용통제의 방식과 체계”, 경희법학 제30권 제1호, 1995, 88면; 서희석, “약관

준으로 우리 약관규제법은 크게 3가지 기준을 제시하고 있는데, 절대적 심사기준³⁰⁾이 아닌 한 해당 약관조항에 ‘상당한 이유’가 있는지를 심사하거나,³¹⁾ ‘정당한 이유’가 있는지를 심사하거나,³²⁾ ‘부당하게’ 불리하거나 과중·경감시키거나 장기·단기로 정하는지 등³³⁾을 심사하고 있다. 이러한 심사기준들은 비교평가를 전제하게 되고, 이때 일반적으로 ‘통상적 거래관행’, ‘관계법령’, ‘상품 또는 용역의 특성’ 등이 비교기준으로 활용되고 있다(약관심사지침 참고).³⁴⁾ 평균적 고객집단의 전형적 이익을 기준으로 통상적인 거래관행과 관계법령, 재화의 특성 등을 고려한다는 말은, 임의법규가 존재한다면, 거래 객체의 특성을 전제로 통상적 거래관행을 법규화한 임의법규가 그 비교기준이 된다는 말과 같다. 만약, 임의법규가 존재하지 않는다면 유추적용이 가능한 임의법규가 있는지를 검토한 후, 이조차 없다면 거래 객체의 특성을 전제로 통상적 거래관행을 고려하여 발견되는, 그리고 실정법의 근본 가치에 부합하는 가정적 임의법규가 그 비교기준이 될 것이다.³⁵⁾

우리 약관규제법과 달리 독일민법은 이러한 비교기준을 법률에서 명확하게 규정하여 제시하고 있다. 즉, 임의법규와 상이하거나 임의법규를 대체하는 약관에만 약관의 내용을 통제하는 구체적인 규정들이 적용됨을 밝히면서(독일민법 제307조 제3항 제1문),³⁶⁾ 보다 구체적으로 어떠한 약관조항이 임의법규의 본질적인 기본사상에 부합하지 않거나(독일민법 제307조 제2항 제1호), 계약의 성질상 인정되어야 하는

규제와 계약법”, 외법논집 제41권 제3호, 2017, 68면 이하.

30) 구체적으로 약관규제법 제7조 제1호, 제9조 제1호, 제12조 제1호, 제13조가 이에 해당한다. 제12조 제1호가 절대적 심사기준이 아니라는 견해로 윤진수, “한국법상 약관규제법에 의한 소비자보호”, 민사법학 제62호, 2013, 354면.

31) 구체적으로 약관규제법 제7조 제2호·제3호·제4호, 제9조 제4호, 제10조 제1호·제2호, 제11조 제1호·제2호, 제12조 제3호, 제14조 제2호가 이에 해당한다.

32) 구체적으로 약관규제법 제11조 제4호가 이에 해당한다.

33) 구체적으로 약관규제법 제8조, 제9조 제2호·제3호·제4호·제5호·제6호, 제11조 제3호, 제12조 제2호·제4호, 제14조 제1호가 이에 해당한다.

34) 각 심사기준의 의미에 대해서는 황원재, “약관의 규제에 관한 법률상 심사기준과 그 의미”, 재산법연구 제35권 제1호, 2018, 227면 이하.

35) 장경환, “약관의 내용통제의 방식과 체계”, 경희법학 제30권 제1호, 1995, 90면 이하.

36) 임의법규와 상이하거나 임의법규를 대체하는 약관이 아니라면 약관에 대한 내용통제는 이루어지지 않고, 다만 약관이 불명확하고 이해하기 어려운 경우에만 무효의 효과가 발생한다(독일민법 제307조 제3항 제2문). 그 외에도, 약관조항이 급부의무나 반대급부의무에 관한 것이라면, 또는 법규의 내용을 선언한 약관조항이라면 내용통제의 대상이 되지 않는다. 자세한 것은 이병준, “약관규제법에 의한 내용통제의 대상과 그 제한”, 선진상사법률연구 제95호, 2021, 63면 이하.

본질적 권리·의무를 제한하여 계약의 목적달성을 위태롭게 하였는지(독일민법 제307조 제2항 제2호)를 평가하는 방법으로 약관의 부당성을 심사하고 있다. 임의법규는 해당 거래영역의 지도형상(Leitbild)이 되므로 약관을 통한 일방적 변경을 막으려는 취지라 할 수 있다.³⁷⁾ 따라서 거래영역의 지도형상이 변경되어 임의법규가 개정되면 약관조항에 담을 수 있는 구체적 내용 역시 달라질 수밖에 없다.³⁸⁾

한편, 임의법규가 약관조항의 심사기준이 된다는 점이 임의법규의 강행규정성을 의미하는 것이 아님은 자명하다.³⁹⁾ 약관을 통한 대량 거래에서 고객은 최소한 임의법규에서 정하는 합리성과 공정성이 담보될 것으로 신뢰하기 마련이므로, 이러한 신뢰를 보호하기 위하여 임의법규의 본질적인 내용과 다른 약관조항의 불공정성을 심사하는 것이며, 불공정한 약관조항은 약관규제법의 내용통제 규정에서 정하는 바에 따라 무효가 되어(약관규제법 제16조) 임의법규로 그 흠결이 보충될 뿐이다.

IV. 민법과 약관규제법의 관계

1. 민법과 약관규제법의 중첩 적용

이미 잘 알려진 바와 같이, 1986년 약관규제법이 제정되기 전 우리 법원은 예문 해석이라는 해석방식을 통해 약관조항의 내용을 통제하였으며, 이 이론은 약관규제법이 제정된 이후에도 일부 활용되었다.⁴⁰⁾ 구체적으로 예문해석은 약관처럼 “처분문서의 기재 내용이 부동산자로 인쇄되어 있다면 인쇄된 예문에 지나지 아니하여 그 기재를 합의의 내용이라고 볼 수 없는 경우도 있으므로 처분문서라 하여 곧바로 당사자의 합의의 내용이라고 단정”하지 않겠다는 전제에서 출발하여, “구체적 사안에 따라 당사자의 의사를 고려하여 그 계약 내용의 의미를 파악하고 그것이 예문에 불

37) 이은영, “약관에 대한 추상적 내용통제”, 외법논집 제41권 제1호, 2017, 188면은 임의규정이 “계약당사자 사이의 이익조정의 모델을 제시하고 당사자가 자발적으로 그 모델을 존중하도록 유도하는 사회적 기능”을 한다고 설명한다.

38) Canaris, FS P.Ulmer, 2003, 1073 ff.

39) 같은 의견으로 장경환, “약관의 내용통제의 방식과 체계”, 경희법학 제30권 제1호, 1995, 95면.

40) 대표적으로 대법원 1970. 9. 22. 선고 70다1611 판결; 대법원 1979. 11. 27. 선고 79다1141 판결; 대법원 1989. 8. 8. 선고 89다카5628 판결; 대법원 1992. 2. 11. 선고 91다21954 판결; 대법원 1997. 11. 28. 선고 97다36231 판결.

과한 것인지의 여부를 판단하여” 계약 조항의 효력 여부를 결정하는 해석방법을 말한다.⁴¹⁾ 예문해석은 법률행위의 해석에 기초한 내용통제 방법이므로 약관규제법이 시행된 이후에도 약관조항의 내용을 통제하는 수단으로 일부 활용되곤 하였다.

이처럼, 약관규제법의 내용통제 방법이 민법 일반의 내용통제 수단을 완전히 대체하지는 못한다. 물론, 법률행위 해석론을 통한 내용통제는 간접적이고 우회적인 계약내용 통제수단이라는 점에서 실효성이 낮고, 신의성실의 원칙(민법 제2조 제1항)이나 반사회질서의 법률행위(민법 제103조) 및 불공정한 법률행위(민법 제104조) 규정을 통한 계약내용 통제는 그 내용의 모호성, 전부무효로 인한 효력의 과도성, 적용사례의 제한성이라는 문제도 안고 있다.⁴²⁾ 따라서 계약의 내용을 통제하기 위한 직접적이고 구체적인, 약관에 최적화된 수단이 필요하게 되었고, 약관규제법 제6조 이하의 내용통제 규정들이 이러한 수단을 제공하고 있다. 결과적으로 민법의 일반원칙 및 규정과 약관규제법의 내용통제 규정이 중첩적으로 적용될 수 있는 상황이 약관규제법의 도입과 함께 만들어졌다.⁴³⁾ 이 경우 약관규제법의 내용통제 규정들은 민법의 일반원칙 및 일반규정에 우선하여 적용되고, 민법의 내용통제는 사후적, 보충적 기능을 담당하게 된다.⁴⁴⁾

특히, 다음과 같은 경우 민법의 일반규정을 통한 계약내용의 통제가 필요하다. 약관은 원칙적으로 계약의 일방 당사자가 제안해야 하므로 공증인과 같은 중립적 제3자가 사전에 마련하고 제안한 계약 조항은 약관이라 볼 수 없고, 따라서 약관규제법상 내용통제의 대상이 되지 않는다.⁴⁵⁾ 물론, 위임과 같은 특별한 사정하에 일방 당사자의 이익을 위해 제3자가 사전에 계약 조항을 마련한 경우라면 앞선 경우와 달리 약관이 되고 그 내용을 통제할 수 있어야 할 것이다.⁴⁶⁾ 그러나 이러한 예외적인 경우가 아니라면 중립적 제3자가 사전에 마련하고 제안한 계약 조항은 약관규제법상 내용통제의 대상이 되지 않고, 이 경우 약관규제법이 민법의 적용을 배제하지 않기에 민법의 일반규정(예컨대, 민법 제103조, 제104조)을 통한 내용통제가 고려될

41) 대법원 1997. 11. 28. 선고 97다36231 판결.

42) 소비자 문제를 연구하는 시민의 모임, 약관 규제의 입법, 1986, 36면 이하.

43) 이병준, “약관규제법에 기한 내용통제와 일반사법인 민법에 기한 내용통제”, 윤용석 교수 정년 기념논문집 「민사법의 현실과 지향」, 2019, 338면. 대법원 2006. 4. 27. 선고 2004다40320 판결 역시 같은 입장으로 이해된다.

44) MünchKomm/Wurmnest, Vor § 307 Rn. 8.

45) BGH NJW 1991, 843.

46) BGH NJW 1992, 2160; BGH NJW 2002, 138.

수 있다.⁴⁷⁾ 즉, 법원은 계약의 당사자가 해당 계약 조항에 대하여 충분한 설명을 듣고, 그 조항의 법적 효력에 대하여 충분히 검토하였는지를 살펴보게 된다. 물론, 약관도 계약의 내용이므로 법원이 민법의 일반규정을 통해 계약내용을 중첩적으로 통제하는 것은 법적 안전성을 해치고 계약자유의 원칙을 과도하게 제한하는 것이라는 비난도 가능할 수 있다.⁴⁸⁾ 그러나 법원은 신의칙에 좇아 계약내용을 최종적으로 통제하는 것이므로 계약의 당사자가 계약내용과 그 법적 효력을 충분히 설명하고 논의하였다면 계약자유의 원칙이 침해되는 일은 없을 것이라는 점에서 설득력이 없다. 따라서 법원이 민법의 일반규정을 통해 계약내용을 통제하는 것이 바로 법적 안정성 또는 계약자유의 원칙에 대한 침해로 연결되지는 않는다고 할 것이다.⁴⁹⁾

2. 민법과 약관규제법의 공통점과 차이점

중립적 제3자가 사전에 마련하고 제안한 계약 조항처럼 약관이 되지 않는 경우가 아니더라도, 약관규제법과 민법은 중첩적으로 적용될 수 있으며, 중복하여 계약내용을 통제할 수 있다. 약관규제법은 민법의 특별법으로 이해되지만, 현대의 거래에서 양자는 그 적용 대상이 중첩되고 상호 배척 관계에 있지 않으며, 본질적으로 같은 법원칙에 의해 규율되고 있기 때문이다.⁵⁰⁾ 우선, 민법과 약관규제법은 계약자유를 존중하면서 내용통제를 한다는 점에서 공통점을 갖고 있다. 또한, 민법과 약관규제법은 공정성을 확보하기 위하여 계약내용형성의 자유를 제한할 수 있다는 점에서 공통점을 갖는다. 끝으로 민법과 약관규제법은 실질적 사적 자치를 구현하기 위하여 상대적 약자를 보호하기 위한 편면적 강행규정을 두고 있다는 점⁵¹⁾에서 공통적이다.⁵²⁾

47) Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 11. Aufl. 2017, S. 117.

48) 이러한 주장으로 Medicus, Zur gerichtlichen Inhaltskontrolle notarieller Verträge, 1989; Zöllner, JuS 1988, 329; Lieb DNotZ 1989, 274. 사적자치와 약관규제의 정당성에 대해서는 서희석, “약관규제와 계약법”, 외법논집 제41권 제3호, 2017, 46면 이하.

49) 이러한 의견으로 Emmerich, JuS 1988, 311; Bunte, ZIP 1984, 1313; Walchshöfer, in: 10 Jahre AGBG, 166.

50) 이은영, “약관법과 민법의 관계, 계약내용통제 및 일부무효와 관련하여”, 외법논집 제34권 제4호, 2010, 193면 이하; 이병준, “민법에서의 소비자의 지위와 소비자특별법의 민법전예의 통합”, 민사법학 제39권 제1호, 2007, 205면.

51) 김진우, “독일 소비자계약법의 동향과 전망”, 외법논집 제30호, 2008, 19면 이하.

52) 이은영, “약관법과 민법의 관계, 계약내용통제 및 일부무효와 관련하여”, 외법논집 제34권 제4

물론, 민법과 약관규제법은 다음과 같은 차이점이 존재한다. 우선, 민법은 임의법규와 다른 의사표시를 하면 그 의사에 따르도록 규정하고 있지만(민법 제105조), 약관을 이용한 대량 거래에서는 개별약정이 아닌 한 최소한 임의법규를 준수할 것이 신의칙상 요구된다는 점에서 양자는 대비된다.⁵³⁾ 즉, 약관에 관한 한 당사자의 약정이 개별약정이 아닌 한 임의규정에 우선하지 못하게 된다.⁵⁴⁾ 그러나 민법 제105조와 약관규제법의 취지가 다른 것은 아니다. 민법 제105조는 대다수의 당사자가 계약에서 원하였을 바를 사전적으로 정한 임의규정보다 이탈하려는 계약 당사자의 명시적·묵시적 합의에 효력을 부여하여 사적 자치를 실현하려는 취지이다. 따라서 민법 제105조를 강조하면 양 당사자의 약정인 약관이 임의규정보다 우선해야 할 것처럼 보인다. 그러나 이미 설명한 바와 같이 대량 거래에 널리 활용되는 약관은 복잡한 내용을 짧은 시간에 검토한 후 합의할 것이 요구되므로 약관조항의 공정성과 합리성을 막연히 믿고 거래한 대다수의 고객을 보호하고 실질적 사적 자치를 실현하기 위하여 약관이 임의법규에 반하지 않도록 통제된다. 즉, 양자는 그 효과가 다른 것처럼 보이나, 본질적으로 사적 자치라는 같은 취지를 실현하기 위한 것이다.

또한, 민법은 법률행위의 일부분이 무효인 경우 그 법률행위 전부를 무효로 하고, 무효부분이 없더라도 법률행위를 하였을 것이 인정되는 경우에만 잔존부분의 효력을 인정하고 있다(민법 제137조). 반면에 약관을 이용한 대량 거래에서는 약관조항이 불공정하여 무효가 되는 경우 계약의 잔존부분만으로 유효하게 존속하고, 유효한 잔존부분만으로 계약의 목적달성이 불가능하거나 잔존부분이 일방 당사자에게 부당하게 불리한 경우에만 그 계약 전부를 무효로 하고 있다(약관규제법 제16조).⁵⁵⁾ 즉, 일부무효의 효과를 민법과 약관규제법은 상이하게 규정하고 있다.⁵⁶⁾ 우리 민법 제

호, 2010, 194면 이하.

53) 이은영, “약관법과 민법의 관계, 계약내용통제 및 일부무효와 관련하여”, 외법논집 제34권 제4호, 2010, 197면.

54) 그렇다고 약관규제법이 임의법규를 강행규정으로 만드는 것이 아님은 당연하며, 이에 대해서는 앞에서 설명하였다. 반면에, 임의규정의 강행규정화에 대한 설명으로는 김용덕/이동진, 주석민법(민법총칙), 2019, 574면 이하.

55) 설명의무 위반의 경우이지만 약관규제법 제16조와 관련된 대표적인 판결로 대법원 2015. 11. 17. 선고 2014다81542 판결 참고.

56) 민법 제137조가 적용되기 위해서는 법률행위의 일체성, 법률행위의 가분성, 가분성에 대한 당사자의 가정적 의사가 필요하다. 만약 법률행위의 가분성이 없다면 원칙적으로 민법 제137조의 문제가 아닌 민법 제138조의 문제가 된다. 그러나 이 경우에도 민법 제137조가 유추적용될 수 있다(이와 관련하여 자세한 것은 김상중, “계약 성립에 관한 기본 판결례의 소개와 분석”, 비교

137조는 전부무효를 원칙으로 하며, 잔부(殘部)만을 유효하게 존속시켜 계약의 내용이 변경되도록 하는 것에 소극적이다.⁵⁷⁾ 이러한 계약내용의 변경은 계약의 당사자가 처음부터 의욕한 바가 아니고, 법이 이를 강제할 수도 없기 때문이다.⁵⁸⁾ 또한, 일부무효 사건으로 야기될 수 있는 법률관계의 불명확성도 피하려는 목적이다.⁵⁹⁾ 반면에 약관규제법은 잔부(殘部)의 유효를 원칙으로 하며, 전부무효를 통해 계약의 주된 급부에 대한 고객의 기대가 좌절되는 것을 피하려 한다.⁶⁰⁾ 이를 통해 계약의 부수적 의무에 관한 약관조항의 무효가 계약의 중요부분에 영향을 미치는 것을 피하고자 하였다.⁶¹⁾ 다만, 부수적 의무에 관한 약관조항이지만 해당 약관조항이 없다면 그 계약의 목적을 달성할 수 없거나 일방에게 부당하게 불리한 경우, 이미 계약의 중요부분에 영향을 미친것이므로 그 계약 전부를 무효로 하고 있다.

이처럼, 일부무효에 관한 민법과 약관규제법의 규율방식은 합리적인 이유에 근거한다. 따라서 합리적인 이유가 있다면 일부무효에 관한 민법 제137조의 원칙도 예외가 존재할 수 있다. 이는 일부무효의 경우 잔존부분의 유효를 인정하던 법원칙(*utile per inutile non vitiatur*)이 일부착오 문제의 영향을 받아 변경되고 독일민법 제139조로 자리매김하게 된 입법과정을 살펴보아도 분명하다.⁶²⁾ 실제로 우리 민법 안에서는 이미 다수의 예외 규정이 발견된다. 예컨대, 선택채권의 경우 일부무효의 경우 잔부유효(殘部有效)의 효과를 규정하고 있고(민법 제385조 제1항), 담보책임 면

사법 제20권 제4호, 2013, 987면 이하; 이진기, “사적자치의 실현을 위한 민법의 과제”, 인권과정의 제454호, 2015, 114면 이하). 물론, 불공정성이 문제 된 일부 약관조항이 분할되어 독립적으로 성립될 수 없다면 민법 제137조는 적용되지 않으므로 민법 제137조와 약관규제법 제16조간의 효력의 차이점이 논의될 실익이 없다.

57) 황원재, “민법상 계약의 분리”, 법조 제67권 제5호, 2018, 224면.

58) 민법은 원칙적으로 단일한 법률행위가 행해지면 ‘단일하고 포괄적인 법률효과’를 의도한 것으로 본다. 따라서 일부무효의 경우 무효가 아닌 법률행위를 분리하여 유효하게 처리하지 않는다. 이는 당사자가 처음부터 의욕한 바가 아니고, 법이 이를 강제할 수도 없기 때문이다. Staudinger/Roth, BGB § 139 Rn. 1.

59) 김용담/이주홍, 주석민법(민법총칙), 2010, 274면.

60) 약관규제법 제16조를 적용할 때에는 법률행위의 가분성이 전제되지 않는다. 즉, 불공정성이 문제 된 일부 약관조항을 제거하고 잔부(殘部)가 독립적으로 성립될 수 있다면 약관규제법 제16조를 적용할 수 있다고 본다. 이은영, “약관법과 민법의 관계, 계약내용통제 및 일부무효와 관련하여”, 외법논집 제34권 제4호, 2010, 202면.

61) 유사한 설명으로 이은영, 약관규제법, 1994, 384면.

62) 자세한 것은 이병욱, “법률행위의 일부무효·일부취소”, 호원논집 제11호, 2004, 93면 이하. 약관에 있어서 일부무효 원칙의 역사적 의미는 김화, “약관에 있어서 효력유지적 축소해석”, 민사법학 제82호, 2018, 110면 이하 참고.

제특약은 매도인이 알고 고지하지 않은 경우나 제3자에게 권리를 설정하거나 양도한 경우 그 면책약정만을 무효로 하고 있으며(민법 제584조), 임대차계약에서도 일부 강행규정에 반하는 약정으로 임차인이나 전차인에게 불리한 약정만을 무효로 하고 있다(민법 제652조).⁶³⁾ 또한, 판례에서도 민법 제137조가 적용되는 경우라도 입법취지를 고려하여 잔부유효(殘部有效)가 될 수 있음을 설시하는 경우가 다수 존재한다.⁶⁴⁾ 예컨대, “구 임대주택법은 ‘임대주택의 건설·공급을 확대함으로써 국민의 주거생활의 안정을 도모하기 위하여 필요한 사항을 규정함’을 목적으로 하고(구 임대주택법 제1조), 위 규정들은 그에 의하여 산출되는 임대보증금과 임대료를 초과하여 주택건설업자들이 자의적으로 임대보증금과 임대료를 높게 책정하는 것을 방지하려는 데에도 그 입법 취지가 있으며, 위반행위에 대한 처벌만으로는 구 임대주택법의 실효를 거둘 수 없”으므로, “위와 같이 공공건설임대주택의 임대보증금과 임대료의 상한을 정한 규정은 임대주택의 임대보증금 및 임대료 약정 중 소정의 한도액을 초과하는 부분에 대한 사법상의 효력을 제한함으로써 국민의 주거생활의 안정을 증진하고자 함에 그 목적이 있는 것이므로 효력규정에 속하는 것으로서 그 한도액을 초과하는 부분”만을 무효로 본 판결이 대표적이다.⁶⁵⁾ 따라서 일부무효와 관련하여 민법과 약관규제법이 완전히 상반된 입장에 근거하고 있다고 보기는 어렵다.⁶⁶⁾

한편, 우리 법원의 입장에 따르면, “민법 제137조는 임의규정으로서 의사사치의 원칙이 지배하는 영역에서 적용되므로, 법률행위의 일부가 강행법규인 효력규정에 위반되어 무효가 되는 경우 그 부분의 무효가 나머지 부분의 유효·무효에 영향을 미치는지 판단함에 있어서는 개별 법령이 일부무효의 효력에 관한 규정을 두고 있는 경우에는 그에 따라야” 한다고 보아,⁶⁷⁾ 일부무효의 효력에 관한 규정을 별도로

63) 그 외의 예외 규정에 대하여 자세한 것은 이은영, “약관법과 민법의 관계, 계약내용통제 및 일부무효와 관련하여”, 외법논집 제34권 제4호, 2010, 198면 이하. 임대차계약에 대해서는 김용덕 / 이동진, 주석민법 (민법총칙), 2019, 534면.

64) 대표적으로 대법원 2004. 6. 11. 선고 2003다1601 판결; 대법원 2007. 6. 28. 선고 2006다38161, 38178 판결; 대법원 2008. 9. 11. 선고 2008다32501 판결; 대법원 2010. 7. 22. 선고 2010다23452 판결; 대법원 2013. 4. 26. 선고 2011다9068 판결; 대법원 2022. 5. 26. 선고 2020다253515 판결.

65) 대법원 2022. 5. 26. 선고 2020다253515 판결.

66) 그러나 일반적으로는 상반된 원칙을 취하고 있다고 설명한다. 대표적으로 이은영, “약관법과 민법의 관계, 계약내용통제 및 일부무효와 관련하여”, 외법논집 제34권 제4호, 2010, 206면.

67) 이러한 설시를 하는 판결로는 대법원 2004. 6. 11. 선고 2003다1601 판결; 대법원 2008. 9. 11. 선고 2008다32501 판결; 대법원 2022. 5. 26. 선고 2020다253515 판결.

두고 있지 않은 경우라면 입법취지를 고려하여 판단하고, 별도의 규정을 두고 있는 경우라면 그에 따라서 판단해야 한다고 보았다. 즉, 약관의 조항이 약관규제법의 불공정심사 규정에 따라 무효가 되는 경우 민법 제137조가 아닌 별도의 규정인 약관규제법 제16조가 적용됨을 분명히 하고 있다. 이때, 무효가 된 약관조항은 불공정한 약관조항을 사용한 사업자가 그 무효를 주장하는 것이 허용되며,⁶⁸⁾ 무효가 된 약관조항을 당사자가 추인한다고 개별약정으로 인정되거나 유효가 되는 것도 아니라고 보았다.⁶⁹⁾

3. 민법상 내용통제와 약관규제법상 내용통제의 관계

예외가 있어 일반화하기 어렵지만, 민법에 의한 계약내용 통제는 법관에 의한 내용형성의 재량이 부여된 통제방식에 가깝다면, 약관규제법상의 내용통제는 법관에 의한 내용형성이 인정되지 않는 법의 적용에 해당한다. 예컨대, 손해배상의 예정에 관한 약관조항의 경우 약관규제법 제8조에 의해 무효가 되면 해당 약관조항만을 무효로 하게 되나(약관규제법 제16조), 해당 약관조항이 유효임을 전제로 민법 제398조 제2항을 적용하면 적당히 감액된 손해배상액 예정 조항으로 해석하는 것이 가능해진다(효력유지적 축소해석). 이와 관련하여 현재 우리 법원과 다수의 문헌은 효력유지적 축소해석에 반대하는 입장을 취하고 있다.⁷⁰⁾ 금전배상을 원칙으로 하는 우리 민법에서(민법 제394조), 금전채무불이행시 손해배상에 관한 임의규정이 존재하므로(민법 제397조 제1항), 지도형상으로서의 임의법규가 무효가 된 약관조항의 공백을 보충하면 족한 것이고,⁷¹⁾ 효력유지적 축소해석을 통해 약관조항의 내용을 변경하면 법원의 내용통제권을 부분적으로 포기하는 셈이며,⁷²⁾ 동시에 법관에 의한 내용형성

⁶⁸⁾ 대법원 2004. 6. 11. 선고 2003다1601 판결; 대법원 2006. 10. 12. 선고 2005다75729 판결; 대법원 2007. 11. 29. 선고 2005다64552 판결; 대법원 2011. 3. 10. 선고 2007다17482 판결 등.

⁶⁹⁾ 대법원 2000. 1. 18. 선고 98다18506 판결.

⁷⁰⁾ 구체적으로 대법원 1996. 9. 10. 선고 96다19758 판결; 대법원 2009. 8. 20. 선고 2009다20475, 20482 판결; 권영준, “위약벌과 손해배상액 예정: 직권감액 규정의 유추 적용 문제를 중심으로”, 저스티스 제155호, 2016, 199면 이하; 김재형, “「손해배상액의 예정」에서 「위약금 약정」으로: 특히 위약벌의 감액을 인정할 수 있는지 여부를 중심으로”, 비교사법 제21권 제2호, 2014, 625면 이하; 김상중, “(2000년대 민사판례의 경향과 흐름)민법총칙”, 민사판례연구 제33-2권, 2011, 1면 이하.

⁷¹⁾ 같은 의견으로 이은영, “약관법과 민법의 관계, 계약내용통제 및 일부무효와 관련하여”, 외법논집 제34권 제4호, 2010, 204면.

은 인정하는 것이 되기 때문이다. 이 경우, 또한 약관규제법의 예방적 기능도 도외시 될 수 있다.⁷³⁾

생각건대, 약관규제법상의 내용통제가 약관조항에 대한 수정해석 또는 축소해석의 방식으로 이루어져서는 안 된다.⁷⁴⁾ 오히려 약관을 우선 객관적·획일적으로 해석한 뒤,⁷⁵⁾ 약관규제법상의 내용통제를 하여 불공정한 약관조항만을 무효화하고(약관규제법 제16조), 이때 발생하는 약관의 흠결을 지도형상으로서의 임의규정으로 보충한 후, 이렇게 통제되고 보충된 최종 약관을 개별약정과 함께 계약 당사자의 계약목적 을 고려하여 해석하는 것이 약관규제법의 입법자가 원하였던 내용통제 과정이라 할 것이다. 약관규제법상의 내용통제가 법의 적용에 해당하기 때문에 약관규제법에 의한 내용통제 기준은 구체적 사정을 고려하지 않은 객관적이고 보편적 기준이 되며 (약관규제법 제5조 제1항),⁷⁶⁾ 통일적 약관해석에 대한 상고가능성도 인정하는 것이다.⁷⁷⁾ 다만, 중의적 약관조항의 경우, 우리 법원은 객관적·획일적 해석을 통한 고객의 신뢰가 손상되지 않는 범위에서 구체적 타당성도 보호하기 위하여 예외적으로 고객에게 유리하고 작성자에게 불리한 해석을 하는 것으로 보인다.⁷⁸⁾ 이때는 해당 약관조항에 대한 고립된 해석이 아닌 전체 약관조항 속에서의 의미를 찾게 된다.⁷⁹⁾ 즉, 제한적으로 중의적 약관조항의 효력유지적 축소해석을 인정하고 있다.⁸⁰⁾ 무면허

72) 지원림, “위약금에 관한 약간의 고찰”, 인권과 정의 제430호, 2012, 40면.

73) 김화, “약관에 있어서 효력유지적 축소해석”, 민사법학 제82호, 2018, 115면.

74) 효력유지적 축소해석과 엄격해석을 구분하는 견해로는 윤진수, “한국법상 약관규제법에 의한 소비자보호”, 민사법학 제62호, 2013, 363면; 서희석, “약관규제와 계약법”, 외법논집 제41권 제3호, 2017, 61면 이하. 그러나 일부무효 역시 해석의 문제로부터 자유로울 수 없다. 자세한 것은 황원재, “민법상 계약의 분리”, 법조 제67권 제5호, 2018, 233면 이하.

75) 대법원 2001. 3. 23. 선고 2000다71555 판결; 대법원 2006. 9. 8. 선고 2006다24131 판결; 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다106337 판결 참고.

76) 이은영, 약관규제법, 1994, 185면. 대법원 2017. 9. 26. 선고 2015다245145 판결: “보험약관의 해석은 계약의 상대방이 아닌 평균적인 고객을 기준으로 약관을 사용하여 체결된 모든 계약에 통일적으로 해석되어야 한다.”

77) 이은영, 약관규제법, 1994, 160면.

78) 대법원 1995. 12. 12. 선고 95다11344 판결; 대법원 1996. 5. 14. 선고 94다2169 판결; 대법원 1998. 2. 13. 선고 96다55525 판결; 대법원 1998. 4. 28. 선고 97다11898 판결; 대법원 1999. 11. 26. 선고 98다42189 판결; 대법원 2000. 10. 10. 선고 99다35379 판결; 대법원 2003. 2. 11. 선고 2002다64872 판결 등.

79) 김진우, “약관의 해석에 관한 일고찰”, 재산법연구 제28권 제3호, 2011, 197면. 약관에서 분할 가능성을 중심으로 이를 설명하는 문헌으로 김화, “약관에 있어서 효력유지적 축소해석”, 민사법학 제82호, 2018, 119면 이하.

운전면책조항이 문제 되었던 대법원 90다카23899 전원합의체 판결 사건에서 우리 법원은 무면허운전이 보험계약자나 피보험자의 지배·관리가 가능한 상황에서 일어난 경우에만 해당 면책조항이 적용되는 것으로 수정해석을 하였다.⁸¹⁾ 그러나 이 경우에도 특정 고객의 구체적 사정을 고려하는 것이 아님은 분명하며, 법관의 자의적 내용형성을 막기 위하여 수용가능한 범위에서 제한적으로만 인정되어야 할 것이다.⁸²⁾

한편, 민법에 의한 계약내용 통제는 계약자유에 대한 모든 사법 질서상의 제한을 의미하므로(예컨대, 민법 제103조, 제104조, 기타 강행규정 또는 편면적 강행규정, 해석통제 또는 실행통제 등),⁸³⁾ 특별한 요건과 효과를 명시하고 있는 약관규제법상의 내용통제와는 구별된다. 특히, 민법에 의한 계약내용 통제는 다음과 같은 경우 그 의미가 있다. 우선, 개별약정은 약관규제법에 의한 내용통제가 불가능하다. 약관의 내용 중에서 특정한 조항에 관하여 사업자와 상대방인 고객이 개별적인 교섭이나 흥정을 하여 고객이 자신의 이익을 조정할 수 있는 기회가 있었다면, 즉 대등한 지위에서 해당 특정 조항을 충분히 검토한 후 해당 조항의 내용을 변경할 수 있었다면, 이 특정 조항을 개별약정이라고 하며, 개별약정은 약관에 우선하고(약관규제법 제4조), 약관규제법의 규율대상이 되지 않는다.⁸⁴⁾ 따라서 이 경우, 민법에 의한 계약내용 통제만이 가능하다. 또한, 주된 급부의무 또는 반대급부에 대한 약정은 약관규제법상의 내용통제의 대상이 되지 않기에,⁸⁵⁾ 불공정한 경우 민법의 일반규정에 의한 내용통제가 필요하다. 그 외에도, 약관규제법은 계약 당사자의 이익교정을 위한 법률로 이해되므로,⁸⁶⁾ 제3자의 이익이 침해되는 계약에는 약관규제법상 내용통제가 적

80) 이러한 해석의 대표적 예로는 대법원 1991. 12. 24. 선고 90다카23899 전원합의체 판결; 대법원 2009. 11. 13.자 2009마1482 결정; 대법원 2017. 12. 13. 선고 2015다33441 판결.

81) 이 판결에 대하여 자세한 것은 양창수, “자동차보험약관의 무면허운전면책조항에 대한 내용통제”, 민법연구 제4권, 2007, 335면 이하.

82) 김진혜, “약관해석에 적용되는 객관적 해석원칙과 불명확조항 해석원칙”, 소비자법연구 제5권 제2호, 2019, 274면 이하; 김화, “약관에 있어서 효력유지적 축소해석”, 민사법학 제82호, 2018, 134면.

83) Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, S. 5.

84) 대표적으로 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008다16950 판결; 대법원 2017. 12. 5. 선고 2017다252987, 252994 판결 참고.

85) 이은영, “약관법과 민법의 관계, 계약내용통제 및 일부무효와 관련하여”, 외법논집 제34권 제4호, 2010, 194면 이하; 최병규, “약관내용에 대한 사법적 통제의 한계”, 경제법연구 제12권 제1호, 2013, 194면; 김진우, “불공정조항의 내용통제에 관한 몇 가지 법적 문제점”, 외법논집 제36권 제1호, 2012, 158면.

용되지 않으며, 상법 제3편이나 근로기준법 분야에 관한 계약에는 약관규제법이 적용되지 않으므로(약관규제법 제30조 제1항) 약관규제법상 내용통제가 불가능하다. 중립적 제3자가 사전에 마련하고 제안한 계약 조항은 약관이 아니므로 약관규제법이 적용될 수 없음은 이미 앞에서 설명하였다. 이 모든 경우, 민법상 내용통제가 가능하다.

V. 약관규제법과 소비자법의 관계

1. 소비자법상 강행규정의 적용순서

약관규제법과 소비자법의 관계를 살펴보기 위해서는 우선 강행규정의 적용순서를 살펴볼 필요가 있다. 소비자법에는 다수의 강행규정이 포함되는데,⁸⁷⁾ 약관규제법과 관련하여 해당 강행규정은 어떠한 우선순위를 갖는지 문제 되기 때문이다. 이 문제는 구체적으로 다음과 같은 질문으로 세분할 수 있다. 우선, 앞서 설명한 바와 같이, 임의법규가 약관조항의 심사기준이 된다고 임의규정 자체가 강행규정이 되는 것은 아니다. 그렇다면 ① 약관규제법상 내용통제 규정 자체는 민법 제103조에서 말하는 강행규정에 해당하는가? 그리고 ② 만약 강행규정이라면 약관규제법에 따라 무효가 된 약관조항은 임의규정으로 보충되었기에 민법 제103조에 따라 법률행위의 내용을 통제할 때 다시 고려될 수 없는가? 더 나아가, ③ 소비자법과 같은 다른 법률에 존재하는 강행규정은 약관규제법의 강행적 내용통제 규정에 앞서 적용되어야 하는가, 아니면 앞서지 못하는가?

우선, 첫 번째 질문부터 살펴본다. 다수의 견해는 약관규제법 제6조 이하의 불공정성 심사규정을 강행규정으로 보고 있다.⁸⁸⁾ 이와 달리, 약관규제법 제6조부터 제14

86) 장경환, 「약관규제법 일반조항에 관한 연구」, 158면.

87) 대표적으로 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률 제35조에서 언급하는 제17조부터 제19조, 방문판매 등에 관한 법률 제52조에서 언급하는 제7조, 제7조의2, 제8조부터 제10조, 제16조부터 제19조, 제30조부터 제32조, 할부거래에 관한 법률 제43조에서 언급하는 제6조부터 제13조, 제15조, 제16조, 제22조의2, 제23조부터 제26조를 들 수 있다.

88) 권오승, 「소비자보호법」, 2005, 213면; 이호영, 「소비자보호법」, 2010, 127면; 양창수, 민법입문 제6판, 2017, 194면. 편면적 강행규정으로 보는 견해로 소비자 문제를 연구하는 시민의 모임, 「약관 규제의 입법」, 36면.

조까지 규정에 따라 불공한 것으로 평가된 약관조항은 해당 심사규정이 강행규정이기 때문에 무효가 되는 것이 아니라, 약관규제법 제16조에 따라 무효의 효과가 발생할 뿐이라는 견해(특수강행규정을 인정하는 견해)도 있다.⁸⁹⁾ 후자의 견해는, 약관조항의 심사와 그로 인한 효과의 문제를 강행법규 위반에 관한 판단과 그로 인한 효과의 문제로 치환하지 않고, 약관규제법의 독자적 지위와 역할을 견지하려는 목적으로 보인다. 강행규정과 임의규정의 판단기준을 ‘선량한 풍속 기타 사회질서’로 보고 법질서 전체의 관점에서 평가한다면,⁹⁰⁾ 그리고 별도의 약정으로 약관규제법상 내용통제 규정의 적용을 배제할 수 없다는 점을 고려하면,⁹¹⁾ 약관규제법상 내용통제 규정은 강행규정으로 보아야 할 것이다.⁹²⁾ 다만, ‘선량한 풍속 기타 사회질서’는 법질서 전체의 평가이자 해석의 결과일 뿐이므로,⁹³⁾ 불공정성 판단의 구체적 기준을 사전에 마련하고 평가마져 끝나 입법화된 약관규제법의 내용통제 규정이 법질서 전체의 관점에서 내려진 결과 및 그 효과에 앞서 고려되는 것이 타당해 보인다. 따라서 약관규제법 제6조 이하의 불공정성 심사규정은 강행규정이지만, 약관조항의 무효는 강행법규에 반하기 때문이라기보다 약관규제법 제6조 이하 개별 규정의 직접적 효과로 보는 것이 타당해 보인다.

이제, 두 번째 질문에 대하여 살펴본다. 이미 살펴본 바와 같이, 일반적으로 약관규제법에 따라 무효가 된 약관조항의 흠결은 임의법규에 의하여 보충되고, 이렇게 만들어진 약정을 해석하는 것이 적절한 순서이다. 그러나 민법 제103조와의 관계에서는 이러한 해석과정에 특수한 문제가 발생한다. 민법 제103조에서 정하고 있는 ‘선량한 풍속 기타 사회질서’는 법질서 전체의 평가이므로 계약 내용의 상당성 또는

89) 이병준, “약관규제법에 기한 내용통제와 일반사법인 민법에 기한 내용통제”, 윤용석 교수 정년 기념논문집 「민사법의 현실과 지향」, 2019, 347면.

90) 곽윤직, 민법총칙 제9판, 2018, 275면; 양창수, 민법입문 제6판, 2017, 194면; 김용덕/이동진, 「주석민법」 민법총칙, 2019, 536면.

91) 이은영, 약관규제법, 14면. 독일의 판결로는 BGH, 20.03.2014 - VII ZR 248/13.

92) 민법 제103조의 판단기준은 다음과 같다. 우선, ‘선량한 풍속’은 그 시민사회의 지배적 윤리관을 의미한다. ‘기타 사회질서’는 기타 국가의 법질서를 의미한다(김용덕/이동진, 「주석민법」 민법총칙, 2019, 456면). 즉, 전자는 일반적인 도덕관념을 의미하고, 후자는 국가의 공공질서를 의미한다. 양자의 관계에 대해서는 의견이 분분하나, 양자를 명확히 구분하는 것이 다원화된 현대 사회에서 용이하지 않으므로 구별의 실익이 없다고 한다(지원림, 「민법강의」 제15판, 2017, 183면; 김용덕/이동진, 「주석민법」 민법총칙, 2019, 456면 이하). 별도로 주관적 비난가능성이 필요하다거나 반사회성에 대한 인식가능성이 필요하다는 주장도 있으나(이영준, 「민법총칙」, 213면; 곽윤직/손지열, 「민법주해」, 1999, 221면), 이를 추가로 요구할 것은 아니다.

93) 김용덕/이동진, 「주석민법」 민법총칙, 2019, 463면 이하.

특수성은 물론 계약체결의 경위, 계약 당사자의 관계, 종전의 계약상태 등과 같은 주변 정황과 관련 법규정의 취지와 내용 등 제반 사정을 모두 종합적으로 고려하게 된다.⁹⁴⁾ 따라서 민법 제103조에 따라 계약내용을 통제하는 경우라면 약관규제법에 의하여 약관의 내용이 되지 못한 모든 약관조항이, 즉 내용통제는 물론 편입통제나 해석통제를 통해 무효가 된 약관조항이 모두 고려되어야 한다.⁹⁵⁾ 약관규제법상 내용 통제를 통해 전체 계약의 의미가 달라질 수 있기에 민법 제103조는 기존의 계약적 의미와 내용통제 후의 의미를, 그리고 양자 간 간극의 수인가능성 모두를 평가의 대상으로 삼게 된다. 즉, 민법 제103조의 적용과 관련해서는 유·무효 약관조항이 모두 전체적으로 종합적 검토의 대상이 된다.

끝으로, 약관조항이 약관규제법이나 민법이 아닌 다른 법률, 특히 소비자법상의 강행규정을 위반한 경우라면, 소비자법상의 강행규정이 우선 적용되어야 하는지를 살펴본다. 이 문제에 관한 명시적인 규정은 없으나, 우리 법원은 다른 법률상의 강행규정을 우선 적용하여 약관조항이 무효가 되므로 별도로 약관규제법에 의한 내용 통제가 필요 없다는 입장으로 보인다.⁹⁶⁾ 다수의견 역시 우리 법원과 같은 견해이나,⁹⁷⁾ 약관규제법상 내용통제가 우선한다는 의견도 있다.⁹⁸⁾ 생각건대, 만약 특정한 규정이 불공정성을 이유로 강행 규정화된 것이라면 별도의 비교심사를 통해 구체화를 예정하는 약관규제법상의 내용통제 규정보다 이미 구체적 평가가 반영되어 입법된 강행규정을 우선 적용해야 할 것이고, 만약 불공정성을 이유로 강행 규정화된 것이 아니라면 양자의 취지와 관점이 다르므로 중첩 적용을 허용하고 그 순서는 물을 이유가 없을 것이다.⁹⁹⁾ 따라서 이 경우 소송경제적 판단에 따르면 족해 보인다. 다만, 강행법규는 입법정책의 문제일 뿐이라고 보기도 하지만,¹⁰⁰⁾ 일반적으로 ‘선량한

94) 대표적으로 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009다23283 판결; 대법원 2013. 6. 27. 선고 2011다 5813 판결.

95) 이병준, “약관규제법에 기한 내용통제와 일반사법인 민법에 기한 내용통제”, 윤용석 교수 정년 기념논문집 「민사법의 현실과 지향」, 2019, 354면; Staudinger/Coester, § 307 Rn. 34.

96) 대법원 1996. 12. 20. 선고 96다23818 판결: “이 사건 실효약관이 위 상법의 규정에 위배되어 무효인 이상 더 나아가 약관규제법에 의하여 무효인지에 관하여 판단할 필요가 없다 할 것인데도 원심이 이 사건 실효약관이 위 상법의 규정에 의하여는 무효라고 볼 수 없다 하여 나아가 약관규제법 제9조 제2호에 의하여 무효인지에 관하여 판단하였음은 잘못이라 할 것이나, 이 사건 실효약관이 무효라고 본 결론에 있어서는 정당하다 할 것이다.”

97) 이은영, 「약관규제법」, 187면 각주 2; 장경환, 「약관규제법 일반조항에 관한 연구」, 91면.

98) 김진우, “강행적 계약법”, 법조 2019/8, 222면.

99) 유사한 입장으로 MünchKomm/Wurnmest, Vor § 307 Rn. 9.

풍속 기타 사회질서'에 관한 규정으로 이해되므로,¹⁰¹⁾ 이미 강행규정에 반하는 약관 조항은 대부분 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 용인되기 어려운 불공정한 약관조항이라는 평가를 받게 될 것으로 보인다.¹⁰²⁾ 앞서 언급한 대법원 96다23818 판결은 분납 공제료가 체납된 경우 상법 제650조 제2항의 최고절차 없이 공제계약이 실효됨을 정한 어선보통공제약관 조항에 관한 사건으로 불공정한 불이익변경(상법 제663조)이 문제 된 사건이므로 불공정성을 이유로 강행 규정화된 경우에 해당하여 상법상의 강행규정이 우선 적용된 것이라 설명할 수 있다.

2. 소비자법의 특수성과 약관의 내용통제에 대한 영향

이제 강행규정을 제외한 소비자법의 규정과 특수성이 약관의 내용통제에 어떠한 영향을 미칠 수 있는지 살펴본다. 우선, 소비자법의 규정은 민법의 임의규정에 앞서 약관규제법상 내용통제를 위한 심사기준이 된다. 예컨대, 환불위약금에 관한 약관조항이 문제 된 서울중앙지법 2018나29442 판결은 청약철회 등을 이유로 위약금을 청구하지 못하도록 하는 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률(이하 '전자상거래법'이라 한다) 제18조 제9항 및 소비자에게 불리한 계약을 금지하는 동법 제35조가 적용되었고, 따라서 편면적 강행규정이 문제 된 사건이다.¹⁰³⁾ 그러나 서울중앙지법은 항공권대금 반환의 책임자를 정할 때 전자상거래법 제18조 제11항의 연대책임 규정에 주목하였으며, 약관의 불공정성을 판단할 때에는 '시간의 경과로 재판매가 곤란할 정도로 재화등의 가치가 현저히 감소하였는지'를 살피는 전자상거래법 제17조 제2항 제3호가 중요한 판단요소로 활용되었다. 즉, 내용통제를 위한 심사기준으로 소비자법의 다양한 규정들을 우선하여 활용하고 있다.

또한, 소비자법의 특수성 때문에 약관규제법의 내용통제가 소비자계약에서 소비자를 위하여 확대될 수 있느냐는 질문을 할 수 있다. 예컨대, 독일민법 제310조 제3항은 소비자계약에 관한 특별한 규정을 두고 있다. 물론, 이러한 변화는 「소비자계약

100) 김증환/김학동, 민법총칙, 2013, 368면 이하; 김재형, “법률에 위반한 법률행위”, 민사판례연구 XXVI, 2004, 39면 이하.

101) 이러한 입장으로서는 김용덕/이동진, 「주석민법」 민법총칙, 2019, 450면 이하.

102) 이병준, “약관규제법에 기한 내용통제와 일반사법인 민법에 기한 내용통제”, 윤용석 교수 정년 기념논문집 「민사법의 현실과 지향」, 2019, 350면.

103) 서울중앙지법 2018. 10. 24. 선고 2018나29442 판결.

에서 불공정조항에 관한 입법지침」(RL 93/13/EWG, 이하 ‘불공정조항지침’이라 한다)¹⁰⁴⁾의 전환입법의 영향 때문이므로 일률적으로 우리나라의 법해석에 받아들일 것은 아니다. 해당 입법지침은 유럽연합의 역내시장의 활성화와 경쟁력 강화를 목적으로 소비자계약과 관련된 불공정 약정에 대한 유럽연합 회원국의 보호수준을 표준화하려는 취지였기 때문이다.¹⁰⁵⁾ 다만, “약관조항의 의미가 분명하지 않으면 소비자에게 유리한 해석을 적용한다”(불공정조항지침 제5조 제2문)는 이 지침의 규정과 취지는 비교법적 관점에서 우리 약관규제법의 해석에도 참고할 필요가 없지 않다.¹⁰⁶⁾ 실정법은 “보편적이고 전형적인 사안을 염두에 두고 규정되기 마련”이지만, 보편적이고 전형적인 법의 지도형상은 불변이 아니므로 사회현실의 변화 속에서 해당 법률을 적용할 때에는 “구체적 사안에 맞는 가장 타당한 해결이 될 수 있도록 해석할 것” 역시 요구되기 때문이다.¹⁰⁷⁾ 현재의 해석자는 과거입법자의 법문언을 가치중립적으로 해석할 수 없고, 또한 그러한 해석이 바람직한 것도 아니라는 점은 분명한 사실이다.

우선, 독일민법 제310조 제3항 제1호는 소비자가 직접 약관조항을 계약의 내용으로 편입한 것이 아니라면 사업자가 해당 약관을 소비자에게 제안한 것으로 간주한다. 또한 약관의 정의에 부합하지 않게 일회적 계약에 사용되기 위해 마련된 계약조항(일회성 조항, Einmalklauseln)이라도 사전에 마련된 계약조항의 내용에 소비자가 영향력을 행사할 수 없는 상황이라면 약관과 동일한 내용통제가 가능하도록 규정하였다(독일민법 제310조 제3항 제2호).¹⁰⁸⁾ 따라서 공증인이나 온라인 플랫폼 운영자와 같은 중립적 제3자가 제안한 계약조항(제3자 조항, Drittklausel)이라도¹⁰⁹⁾ 소비자

104) Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbrauchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.

105) RL 93/13/EWG Erwägungsgründe 참고.

106) 상대방 보호는 ‘작성자 불이익 원칙’의 목적이 아니라고 하면서, 이러한 관점을 부정하는 문헌으로 김진우, “약관의 해석에 관한 일고찰”, 재산법연구 제28권 제3호, 2011, 195면.

107) 우리 법원의 일반적 입장이다. 대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결; 대법원 2010. 12. 23. 선고 2010다81254 판결; 대법원 2013. 1. 17. 선고 2011다83431 전원합의체 판결 등 참고.

108) 이병준, “약관의 객관적·통일적 해석원칙과 계약체결시의 구체적 사정”, 하경효 교수 정년기념논문집 「계약과 책임」, 2017, 227면 이하는 독일민법 제310조 제3항 제2호를 ‘개별약정’의 문제로 설명하고 있다. 그러나 개별약정(Individualvereinbarung)과 일회성 조항(Einmalklausel)은 다른 문제로 보아야 한다. 개별약정은 일회성 조항보다 우선하여 계약의 내용이 되며 약관규제법의 내용통제 대상이 되지 않는다. HK-BGB/Hans Schulte-Nölke, 11. Aufl. 2012, BGB § 310 Rn. 7.

109) 온라인 플랫폼 운영자가 중립적 제3자인지는 논란의 대상이다. 홍명수, “플랫폼 중립성의 경쟁

계약에서는 사업자가 제안한 약관으로 간주하고 내용통제를 하게 된다.¹¹⁰⁾ 이와 관련하여 실무에서 많이 문제 되는 것은 제3자가 마련해 놓은 ‘계약양식(Formularverträge)’이며, 계약양식 자체의 일반적 사용목적은 고려하면 해당 계약양식을 실제로 사용하는 계약 당사자가 일회적으로 해당 양식을 사용하였는지, 또는 일회적 사용을 목적으로 하였는지를 묻지 않고 해당 계약양식은 약관의 내용통제 대상에 포함되게 된다.¹¹¹⁾

독일민법 제310조 제3항 제1호와 제2호의 규정을 통해 약관에 관한 내용통제의 요건이 최소한 소비자계약에서는 변경된 것으로 받아들여지고 있다.¹¹²⁾ 즉, 계약의 한쪽 당사자가 복수의 당사자와 계약을 체결할 목적으로 미리 마련하여 계약의 상대방에게 제안하는 계약조항이 아니더라도(즉, 독일민법 제305조 제1항 제1문에서 규정하는 ‘약관’의 정의에 포함되지 않더라도), 소비자가 계약의 내용에 영향을 미칠 수 없는 경우라면 해당 계약조항에 대한 내용통제가 가능해졌기 때문이다. 결과적으로 계약조항을 누가 ‘제안’하였는지,¹¹³⁾ ‘다수의 계약’을 목적으로 하는지는 소비자 계약의 내용통제에 관한 한 이제 중요한 요소가 아니게 되었다.¹¹⁴⁾

그 외에도 독일민법은 약관의 불공정성을 판단할 때, 즉 부당하게 불리한 조항인지를 판단할 때, 소비자계약이 문제 된다면 존재하는 구체적 정황을 고려하도록 규정하고 있다(독일민법 제310조 제3항 제3호).¹¹⁵⁾ 예컨대, 약관의 내용통제가 평균적 고객을 전제로 객관적·확실적 기준으로 내용통제를 하는 것과 달리, 소비자계약의 경우 해당 거래 분야에 대한 경험이 없는 고객이 약관을 통해 계약을 체결하였다면 해당 고객을 전제로 구체적 상황을 함께 고려하여 예상하기 어려운 불공정한 조항

법적 의의”, 동아법학 제90호, 2021, 118면 이하.

¹¹⁰⁾ BT-Drs. 13/2713, 7.

¹¹¹⁾ BGH NJW 1991, 843; NJW 2010, 1131.

¹¹²⁾ HK-BGB/Hans Schulte-Nölke, 11. Aufl. 2012, BGB § 310 Rn. 6.

¹¹³⁾ 이와 관련하여 우리나라에서 문제가 되었던 사건으로 서울고법 2020. 5. 20. 선고 2019누38108 판결이 있다. 해당 사건에 관한 논의로 이병준, “숙박플랫폼의 환불불가 조항과 약관규제법에 의한 내용통제”, 소비자법연구 제6권 제3호, 2020, 65면 이하; 황원재, “최근 소비자법 판결을 통해 본 원칙교량적 법률해석”, 민사법학 제96호, 2021, 247면 이하.

¹¹⁴⁾ 다만, 중립적 제3자가 제공한 일회성 조항(일회성 제3자 조항, Einmal-Drittbedingungen) 역시 내용통제의 대상이 될 수 있는지는 의견이 대립하고 있다고 한다. HK-BGB/Hans Schulte-Nölke, 11. Aufl. 2012, BGB § 310 Rn. 7.

¹¹⁵⁾ 소비자계약이 아니더라도 추상적 내용통제와 구체적 내용통제는 일반적으로 동일한 결과를 가져야 한다는 의견도 존재한다. 자세한 것은 Ulmer, NJW 1981, 2029; Löwe, BB 1982, 649.

인지를 판단하게 된다.¹¹⁶⁾ 즉, 계약 당사자의 협상력의 차이나, 소비자가 특별히 계약의 체결을 원하였는지 등의 사정도 고려하게 된다.¹¹⁷⁾ 그러나 이러한 규정에도 불구하고 독일민법이 소비자계약에 관해서 객관적·확일적 기준을 완전히 포기한 것으로 해석되지는 않는다. 불공정조항지침 역시 전형적으로 불공정한 조항, 즉 객관적·확일적 기준에 따라 불공정성이 인정되는 조항을 첨부문서(Anhang)에서 열거하고 있고, 동 지침 제7조는 당연히도 단체소송의 경우 개별 사건의 정황을 고려하지 않도록 규정하고 있기 때문이다.¹¹⁸⁾

결과적으로 독일에서 소비자계약에 관한 약관조항의 내용통제는 2단계로 진행되는 것으로 이해되고 있다.¹¹⁹⁾ 우선, 첫 번째 단계에서 객관적·확일적 기준으로 개별 사건의 정황을 고려하지 않고 약관의 내용을 통제한다. 이를 통해 약관의 사용자는 어떠한 약관조항이 거래에 사용될 수 있는지, 또는 사용될 수 없는지를 확인할 수 있게 된다. 그 후, 두 번째 단계로 계약을 체결할 때 존재하였던 개별 사건의 구체적 정황을 고려하여 내용통제를 다시 하게 된다(수정단계).¹²⁰⁾ 이때, 두 번째 수정단계의 심사에서도 앞서 행해진 객관적·확일적 기준의 심사 결과에 구속된다. 다만, 개별 사건의 정황을 고려하여 추가적인 불공정성 심사를 하게 된다.¹²¹⁾ 따라서 어떠

¹¹⁶⁾ Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 11. Aufl. 2017, S. 119.

¹¹⁷⁾ RL 93/13/EWG 16. Erwägungsgrund.

¹¹⁸⁾ Article 7

1. Member States shall ensure that, in the interests of consumers and of competitors, adequate and effective means exist to prevent the continued use of unfair terms in contracts concluded with consumers by sellers or suppliers.
2. The means referred to in paragraph 1 shall include provisions whereby persons or organizations, having a legitimate interest under national law in protecting consumers, may take action according to the national law concerned before the courts or before competent administrative bodies for a decision as to whether contractual terms drawn up for general use are unfair, so that they can apply appropriate and effective means to prevent the continued use of such terms.
3. With due regard for national laws, the legal remedies referred to in paragraph 2 may be directed separately or jointly against a number of sellers or suppliers from the same economic sector or their associations which use or recommend the use of the same general contractual terms or similar terms.

¹¹⁹⁾ HK-BGB/Hans Schulte-Nölke, 11. Aufl. 2012, BGB § 310 Rn. 10; BeckOK BGB/ H. Schmidt, 63. Ed. 1.8.2022, BGB § 307 Rn. 3.

¹²⁰⁾ 이러한 의견으로 BAG NZA 2014, 1076 Rn. 68; OLG Frankfurt NJW-RR 2001, 780 (781); Brandner MDR 1997, 314; Ulmer/Brandner/Hensen/Fuchs § 307 Rn. 402; Erman/Roloff/Looschelders Rn. 24; Heinrichs NJW 1996, 2193; Imping WiB 1997, 340.

한 약관조항이 1단계의 객관적·확일적 내용통제를 통과하였더라도, 일방의 계약 당사자에게 특별한 보호의 필요성이 인정된다면(예컨대, 특정한 거래 분야에 대한 경험이 없는 소비자), 2단계 주관적·구체적 내용통제 단계에서 불공정한 약관조항으로 무효가 될 수 있다. 반대로, 특정한 거래 분야에 대한 경험이 많은 소비자라면 1단계 내용통제를 통과한 약관조항의 구속을 피하기 어렵게 된다. 두 번째 단계의 심사에서 첫 번째 단계의 심사 결과에 구속되는 이유는, 달리 표현하여 개별 사건에 대한 개별적 보호가 부정되는 이유는, 계약의 확일화에 대한 요청과 평균적 소비자에 대한 보호의 필요성에 있다고 설명된다(사회·경제적 요청).¹²²⁾ 따라서 두 번째 단계의 심사는 예외적인 것으로 이해되고, 주로 일회성 조항(독일민법 제310조 제3항 제2호)의 경우에 그 의미를 갖는다고 설명된다.¹²³⁾

3. 우리 약관규제법에 대한 시사점

소비자계약의 특수성, 즉 소비자법의 규정과 특수성은 약관의 해석과 내용통제에 영향을 미친다. 약관을 해석할 때는 사업자의 이익 외에도 상대방 고객의 이익 및 기대도 함께 고려되어야 하는데,¹²⁴⁾ 소비자계약에서 고객의 이익과 기대는 관련 소비자법의 임의규정은 물론 편면적 강행규정 등을 통해 구체화하고 보호되기 때문이다. 그러나 약관규제법은 약관조항을 객관적, 확일적, 통일적으로 해석할 것을 요구하고 있으므로 개별 사건의 구체적 사정을 고려한 당사자의 이익이 약관의 해석에 고려되기는 어렵다. 또한, 개별 사건에서 “소비목적으로 (또는 사업목적 외의 목적으로) 행위하는 자연인”¹²⁵⁾을 의미하는 상대적 ‘소비자’ 개념은 약관규제법에서 고려의 대상이 되기 어렵기에 특정한 거래유형·거래방식의 평균적이고 전형적인 소비자

121) 대표적 예로 LG Bonn NJW-RR 99, 1361.

122) HK-BGB/Hans Schulte-Nölke, 11. Aufl. 2012, BGB § 310 Rn. 11.

123) HK-BGB/Hans Schulte-Nölke, 11. Aufl. 2012, BGB § 310 Rn. 11; BeckOK BGB/ H. Schmidt, 63. Ed. 1.8.2022, BGB § 307 Rn. 3.

124) 서희석, “약관규제와 계약법”, 외법논집 제41권 제3호, 2017, 57면.

125) 서희석, “소비자 개념의 재정립”, 소비자법연구 제3권 제2호, 2017, 146면. 우리 소비자기본법의 소비자 개념은 다음과 같다.

소비자기본법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “소비자”라 함은 사업자가 제공하는 물품 또는 용역(시설물을 포함한다. 이하 같다)을 소비 생활을 위하여 사용(이용을 포함한다. 이하 같다)하는 자 또는 생산활동을 위하여 사용하는 자로서 대통령령이 정하는 자를 말한다.

만이 거래집단으로서 약관조항의 해석에 고려될 뿐이다. 따라서 소비자계약에서 약관의 불공정성이 문제 될 때, 존재하는 구체적 정황을 고려하도록 규정하고 있는 독일민법 제310조 제3항 제3호는 우리 약관규제법의 해석방식으로 받아들이기 어렵다. 우리 약관규제법이 약관조항을 해석할 때 소비자법의 규정과 특수성을 고려하는 것은 맞지만, 상대적 ‘소비자’ 개념에 근거하거나 개별 사건의 정황을 고려할 수는 없다.

다만, 민법을 통해 계약내용을 통제할 때에는 이러한 구체적 사정이 충분히 고려될 수 있다. 이미 살펴본 바와 같이, 민법을 통한 계약내용 통제는 법질서 전체의 평가에 근거하므로 해당 사건의 주변 정황과 관련 규정의 취지 및 내용 등 제반 사정을 모두 종합적으로 고려하기 때문이다.¹²⁶⁾ 구체적 정황을 고려하여 계약에 대한 추가적 내용통제 단계를 밟는 이러한 해석방식은 독일민법 제310조 제3항 제3호에 대한 독일 내에서의 다수 견해와도 -물론, 적용 규정에 일부 차이가 있음에도- 부합한다.¹²⁷⁾ 민법에 의한 (약관을 포함한) 계약조항의 내용통제가 적극적으로 필요한 이유를 여기에서 발견할 수 있다.

또한, 소비자계약에 관한 한 약관규제법상의 ‘약관’의 개념에 형식적으로 포함되지 않는 계약조항에도 적절한 내용통제가 필요해 보인다. 독일민법 제310조 제3항 제1호 및 제2호 규정에서 살펴본 바와 같이, 일방적으로 사전에 마련된 계약 내용에 소비자가 어떠한 영향도 미칠 수 없는 경우라면 ‘약관’과의 상황적 유사성이 발견되고, 따라서 해당 계약조항에 대한 내용통제가 필요해지기 때문이다.¹²⁸⁾ 다만, 우리 약관규제법은 전형적인 양 당사자 계약관계를 지도형상으로 ‘약관’의 개념을 정의하고(약관규제법 제2조 제1호), ‘사업자’를 ‘약관을 계약의 내용으로 제안하는 자’로 정의하는 등(약관규제법 제2조 제2호) 매우 협소한 개념에 기초하여 계약관계에 포섭될 불공정 약관의 무효를 규정하고 있다(약관규제법 제6조부터 제16조). 이러한 내용통제 규정은 구체적 사건의 사법적 내용통제에 도움을 주고 있지만, 약관규제법은 오히려 불공정 약관의 행정적 규제수단에 초점을 두고 입안되어(약관규제법 제17조부터 제23조)¹²⁹⁾ 행정규제형의 추상적 내용통제에 방점을 두고 있다.¹³⁰⁾ 실제로

¹²⁶⁾ 대표적으로 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009다37251 판결은 ‘법률행위의 동기’까지 고려한다.

¹²⁷⁾ 독일 내에서도 다양한 학설의 대립이 존재한다. 자세한 것은 MünchKomm/Fornasier, 9. Aufl. 2022, BGB § 310 Rn. 110 참고.

¹²⁸⁾ 서희석, “약관규제와 계약법”, 외법논집 제41권 제3호, 2017, 75면.

¹²⁹⁾ “사후적 규제로서의 사법적규제는 당사자(고객)가 약관의 효력을 다투는 소송을 제기하고 판결

입법과정을 살펴보면 후자에 초점을 맞추고 있음을 어렵지 않게 확인할 수 있다.¹³¹⁾ 따라서 ‘약관’의 협소한 개념과 행정적 책임의 주체인 ‘사업자’의 개념을 엄격하게 해석하게 하고,¹³²⁾ 결과적으로 사회현실의 변화와 그로 인한 지도형상의 변화는 고려되지 못하고 있다. 온라인 중개 플랫폼 사업자는 실제 계약의 당사자가 아니므로 환불불가 약관조항을 계약의 내용으로 할 것을 제안하는 자가 될 수 없고, 따라서 사업자가 아니라는 판단을 전제로, 온라인 중개 플랫폼 사업자에 대한 공정거래위원회의 시정권고 및 시정조치는 부당하다고 본 서울고법 2019누38108 판결은¹³³⁾ 이러한 입장을 잘 대변한다.

그러나 사회현실의 변화를 고려해 약관규제법이 전제했던 전형적인 양 당사자 계약관계에서 벗어나 전자상거래법이 예정하는 3면 계약관계도 고려하면,¹³⁴⁾ 그리고 약관을 전체 3면 계약관계 속에서 일부 계약의 내용으로 할 것을 ‘실질적으로 제안하는 자’가 누구인지 찾게 된다면 더 현실에 부합한 해석 가능성이 열린다.¹³⁵⁾ ‘사업자’를 계약의 당사자를 찾는 방법으로 정하지 않고 거래 질서에 밀접하게 관여한 자, 즉 행정법상 행정책임의 주체를 정하는 법리에 따라 정하려는 견해도 같은 취지라 할 것이다.¹³⁶⁾ 우리 법원 역시 일부 이러한 견해를 따르고 있는 것으로 보이기도 한다.¹³⁷⁾ 물론, 후자의 견해의 경우, 한 법률에서 같은 개념을 다른 의미로 해석할

을 얻는 방법으로 사후적규제를 기하는 것이다. 그러나 일반소비자에게 이러한 소의 제기를 기대한다는 것은 여러가지 면에서 비현실적이다. 이리하여 가장 바람직한 방법은 분쟁을 사전에 예방하기 위한 방법적규제가 된다.” 소비자 문제를 연구하는 시민의 모임, 약관 규제의 입법, 1986, 머리말.

130) 소비자 문제를 연구하는 시민의 모임, 약관 규제의 입법, 1986, 5면.

131) 자세한 것은 이은영, “약관에 대한 추상적 내용통제”, 외법논집 제41권 제1호, 2017, 198면 이하.

132) 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007두13791,13807 판결; 대법원 2013. 12. 12. 선고 2011두3388 판결; 대법원 2017. 5. 30. 선고 2015두48884 판결; 대법원 2017. 5. 31. 선고 2015두47676 판결; 대법원 2022. 1. 27. 선고 2020두39365 판결 등: “침익적 행정처분의 근거가 되는 행정법규는 엄격하게 해석·적용하여야 하고 행정처분의 상대방에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하여서는 아니 된다.”

133) 서울고법 2020. 5. 20. 선고 2019누38108 판결.

134) 자세한 것은 이병준·황원재·박미영, “유럽연합 전자상거래 플랫폼 규제동향과 시사점”, 외법논집 제42권 제3호, 2018, 6면.

135) 이러한 입장으로 황원재, “최근 소비자법 판결을 통해 본 원칙교량적 법률해석”, 민사법학 제96호, 2021, 265면 이하.

136) 홍대식, “약관규제법상 불공정약관조항 사용금지 의무 위반에 대한 행정적 책임 주체와 관련 문제”, 비교사법 제29권 제1호, 2022, 395면 이하.

137) 대법원 2019. 9. 10. 자 2019마5464 결정.

수 없으므로 내용통제를 위한 계약 당사자로서의 ‘사업자’와 행정책임의 주체로서의 ‘사업자’는 그 의미와 범위가 같아야 한다는 반론도 가능하지만, 추상적 규범통제는 구체적 계약을 전제하지 않아 민법상의 계약 당사자 확정과 달라질 수 있다는 점,¹³⁸⁾ 공·사법을 모두 다루는 법률 내에서 동일한 단어가 체계상, 문맥상 상이한 의미로 사용되는 것이 가능하다는 점에서 설득력이 없다.¹³⁹⁾ 다만, 독일과 같은 별도의 입법을 통해 이 문제를 직접 해결하는 것이 가장 타당한 방식임은 분명하다 할 것이다.

VI. 결론

지금까지 소비자계약에 대한 내용통제의 모습을 민법의 단계, 약관규제법의 단계, 소비자법의 단계로 나누어 검토하고, 각각의 관계와 계층적 구조를 살펴보았다. 이를 통해 다음과 같은 점을 확인할 수 있었다.

약관규제법을 통한 계약내용의 통제는 이제 계약법의 일반규범이 되었다. 더불어 민법을 통한 계약내용 통제가 가능한데, 이는 사후적·보충적 기능을 담당한다. 다수의 강행규정이 포함된 소비자법의 경우, 불공정성을 규제하기 위한 강행규정이라면 약관규제법에 우선하여 적용된다. 그러나 불공정성과 무관한 강행규정이라면 그 적용순서를 문제 삼을 이유가 없다. 이때에도 당연히 민법은 사후적·보충적 기능을 담당할 뿐이다. 따라서 소비자법의 임의규정과 소비자법의 특수성은 민법에 앞서 약관의 해석과 약관규제법의 내용통제에 고려된다. 예컨대, 약관을 해석할 때에는 객관적이고 획일적으로 해석해야 하며, 개별 고객의 구체적이고 특수한 정황은 고려되지 않는다. 그러나 소비자계약에 관한 한 구체적 사정이 고려될 수 있다. 다만, 약관규제법 제5조 제1항은 이를 허용하고 있지 않기에, 개별 소비자의 구체적이고 특수한 정황은 사후적·보충적 기능을 담당하고 있는 민법의 내용통제에서 고려된다. 이러한 범위에서 민법의 내용통제는 적극적 역할을 수행할 필요가 있다.

또한, 소비자계약에 관한 한 ‘약관’의 개념에 형식적으로 포함되지 않는 계약조항

138) 홍대식, “약관규제법상 불공정약관조항 사용금지 의무 위반에 대한 행정적 책임 주체와 관련 문제”, 비교사법 제29권 제1호, 2022, 412면 이하.

139) 이 점을 명확히 지적하는 문헌으로 Möllers, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, S. 224.

에 대한 내용통제의 필요성도 커지고 있다. 우리 약관규제법이 과거의 전형적인 양 당사자 계약관계를 전제로 협소한 개념에 기초하여 만들어져 있기 때문이며, 동시에 행정적 규제체계를 따르고 있기 때문이다. 그러나 건전한 거래질서 확립, 소비자 보호, 그리고 균형 있는 국민생활의 향상이라는 약관규제법의 입법목적을 고려하면, 특히 사회현실의 변화와 이를 반영한 소비자법의 개별 규정들을 고려하면, 약관규제법의 개념을 문언의 통상적 의미 안에서 최대한 확장하여 이해할 필요가 있다. 그렇지 않다면 소비자는 내용통제에 관한 민법의 사후적·보충적 역할에 의존할 수밖에 없는데, 행정적 규제체계에 방점을 두는 약관규제법의 기능을 민법의 내용통제가 모두 대체할 수는 없기 때문이다. 이러한 범위에서 필요하다면 추가적인 입법을 통한 문제 해결이 필요해 보인다.

【지정토론】

토론문

김 명 수*

1. 금융혁신과 금융소비자보호

한국형사법무정책연구원 김명수 박사입니다. 오늘 한국민사법학회, 한국상사법학회, 한국민사소송법학회 세 학회가 공동으로 개최하는 첫 사법학자대회에 참여할 수 있는 기회를 갖게 되어 매우 기쁘게 생각합니다. 오늘 이 자리를 마련해 주신 대한상사중재원장님, 사법정책연구원장님, 한국형사법무정책연구원장님과 세 학회 회장님과 회원 여러분들께도 감사의 말씀 올립니다.

현재 우리는 제4차 산업혁명의 시대에 있습니다. ‘제4차 산업혁명’은 클라우스 슈바프(Klaus Schwab)가 의장으로 있는 2016년 세계 경제 포럼(World Economic Forum, WEF)에서 주창된 용어로 불과 5~6년 사이에 우리 일상 전반에 영향을 미치는 중요한 화두가 되었습니다. 특히 금융산업에서도 인공지능, 빅데이터, 머신러닝 등 디지털 기술 혁신으로 은행, 증권, 보험산업을 포함하여 전 분야에서 금융혁신이 일어나고 있는 상황입니다. 하지만 금융혁신에 맞춰 법제도나 금융정책이 이에 따르지 못하고 있어 금융기관뿐만 아니라 금융소비자에게도 여러 위험 요인이 발생하고 있습니다. 이런 상황에서 이번 “금융혁신과 금융소비자보호”라는 주제로 금융혁신에 따라 발생할 수 있는 여러 금융법적 문제 중에서 특히 영업행위규제를 통한 금융소비자보호 문제를 다루고 있다는 점에서 매우 시의적절하다고 보입니다.

Ⅱ.장에서 오늘날 금융혁신 금융소비자에게 미치는 장·단점을 잘 소개해주셔서 감사드립니다. 특히 금융혁신으로 비대면 금융서비스 제공이 늘어남에 따라 오히려 금융소의 계층이 발생할 수 있다는 지적에 공감하면서 여기에서 나타난 금융혁신에 따른 문제점에 대해 추후에 다채로운 해결방안을 제시해 주시길 기대하고 있습니다.

* 한국형사법무정책연구원 부연구위원

Ⅲ.장에서는 OECD를 비롯한 외국의 금융소비자 보호 관련 입법동향을 광범위하게 설명해주고 있습니다. 그런데 OECD의 2011년 10월 “G20 금융소비자 보호 기본원칙”과 “2020년 디지털 환경에서 금융소비자 보호 기본원칙의 이행을 지원하기 위한 정책지침”등에 대해서 구속력이 없다(non-binding)고 설명하고 있는데, 실효성을 제대로 확보할 수 있을지 의문입니다.

Ⅳ.장에서 금융소비자보호 법제의 보완방향을 제시해주셔서 향후 입법정책적으로 고려할만한 중요한 사항이라고 판단됩니다. Ⅲ.장에서 국제적 동향을 바탕으로 금융소비자 보호의무를 구체화할 필요가 있는 부분을 지적해 주셔서 이해가 되었습니다. 다만 내부통제기준 마련의 필요성과 관련해 발제문 20면에 “현행 「금융회사의 지배구조에 관한 법률」 제24조와 금융소비자보호법 제16조에서 규정한 내부통제기준 마련의무와 같은 내부통제제도를 일반적으로 적용할 필요가 있다”라고 하셨는데, 현재 금융소비자보호법 시행령 제10조와 금융소비자 보호에 관한 감독규정(금융위원회 고시 제2022-23호)에 의해 관련 규정이 마련되어 있는 것으로 보이는데 별도로 추가적인 내부통제기준이 필요하다는 의미인지 궁금합니다. 마지막으로 금융플랫폼이 활성화되면 금융플랫폼 운영자와 금융소비자 사이에 다양한 법적 분쟁이 발생할 우려가 있기 때문에 책임소재를 명백히 해야 한다는 결론에 전적으로 동의합니다.

2. 분쟁해결절차에서의 사적 자치의 원칙과 금융분쟁조정절차

법원의 업무 부담이 나날이 증가하고 있는 추세에 비추어 조정은 분쟁당사자 사이에 절차에서의 공정한 대우와 절차 참여기회 부여를 통해 스스로 결과에 승복하는 대체적 분쟁해결 절차로서 오늘날 중요한 역할을 담당하고 있습니다. 특히 이번 사법학자대회에서는 전 세계 다수의 국가가 채택하고 있는 표준이 마련되어 있는 중재절차와 달리 세계적인 표준이 없어 만들어 가고 있는 싱가포르 조정협약에 나타난 조정절차의 특징을 살펴보고 우리 조정제도의 개선점을 제시해 주고 있다는 점에서 매우 의미가 있다고 하겠습니다.

Ⅱ.장에서 싱가포르 조정협약의 형성과 우리나라의 체결 과정을 소개해주셔서 싱가포르 조정협약에 대해 전반적으로 이해할 수 있는 계기가 되었습니다. 11면에서 조정절차는 “적극적이고 전면적인 당사자주의를 채택한다”라고 설명하셨는데, 그에 따라 당사자가 입게 되는 불이익도 클 것이라고 판단됩니다. 이에 대한 보완책은 마

런이 되어 있는지 궁금합니다. 그리고 일반적인 중재와 달리 조정은 조정인 1인이 절차에 참여하게 되는데 조정인의 중립성을 담보할 수 있는 방안은 무엇이 있는지 궁금합니다.

Ⅲ. 장에서는 싱가포르 조정협약과 우리나라 조정제도 및 금융소비자보호법상 조정절차와의 체계정합성 문제를 다루고 있는데, 19면에서 싱가포르 조정협약상의 조정절차와의 비교를 위해 불가피한 면이 있어 보이지만 11-12면의 조정절차에 대한 설명 내용이 다소 중복되어 있다고 생각합니다. 그리고 22면에서 소비자기본법상의 조정 개념에 대한 논의가 빠져 있는데 추후에 부탁드립니다. 36-37면 조정협의의 집행력 부여 문제와 관련해서 독일이나 미국의 경우에는 기본적으로 조정인을 변호사로 한정하고 있지 않고 당사자의 합의가 강제집행이 아니라 당사자의 임의이행을 전제로 하고 있어서 우리나라의 조정절차와 상이함을 잘 나타내주셨습니다. 그렇다면 우리나라가 싱가포르 조정협을 비준하였을 경우 조정인의 자격을 어떻게 하는 것이 바람직하고 이와 연계하여 집행력 부여 문제는 어떻게 접근해야 할 것인지 궁금합니다.

Ⅳ. 장에서 영국의 금융소비자옴부즈만 서비스 제도에서 법원이 아님에도 불구하고 옴부즈만의 자료제출 요구에 분쟁당사자가 응하지 않으면 법정모욕죄로 처벌될 수 있으며 옴부즈만이 내린 금융분쟁에 관한 결정에 금융소비자 일방이 수락해도 상대방인 금융기관의 수락여부와 상관없이 구속력이 발생한다는 점은 주목할만한 사항이었습니다.

Ⅴ. 장에서 심판자와 조정인의 분리원칙을 유지해야 하며, 지나치게 많은 행정위원회의 분쟁조정절차를 통합하여 국가차원의 통합 조정기관설립의 필요성에 대해서도 공감합니다. 싱가포르 조정협약의 체계정합성과 관련해서 48면에서 보면 ① 합의간주, ② 쌍방동의(수락) 간주, ③ 기관력 부여 등을 위협 요소로 보고 계신데, 우리나라 현실에 적합한 조정제도 운영 및 효력 부여는 어떤 것인지 의견을 듣고 싶습니다. 마지막으로 싱가포르 조정협약이 처음에 주목을 끌었던 것과 달리 가입국이나 비준하는 국가가 많지 않고 담보 상태에 있는 듯합니다. 그 이유에 대해 개인적인 의견을 듣고 싶습니다.

3. 소비자계약에서 계약내용의 통제

그동안 약관규제법과 약관규제법을 통한 계약내용통제에 관한 선행연구들은 많았지만 약관규제법과 민법, 그 밖의 법률과의 관계를 체계적으로 다룬 연구는 많지 않았다는 점에서 이번 발제는 학제간 공동연구를 도모하고자 하는 취지에 부합하는 적합한 주제라고 생각합니다.

민법과 약관규제법과의 관계에서 8면에 약관은 원칙적으로 계약의 일방 당사자가 제안해야 하므로 “공증인과 같은 중립적 제3자가 사전에 마련하고 제안한 계약조항은 약관이라고 볼 수 없고, 따라서 약관규제법상 내용통제의 대상이 되지 않는다”고 하였는데, 약관규제법과 소비자법과의 관계에서 17면을 보면 “공증인이나 온라인 플랫폼 운영자와 같은 중립적 제3자가 제안한 계약조항이라도 소비자계약에서는 사업자가 제안한 약관으로 간주하고 내용통제를 하게 된다”고 상반된 서술하였습니다. 상세한 설명 부탁드립니다.

18면에서 독일에서 소비자계약에 관한 약관저항의 내용통제는 2단계로 진행하는데, 첫 번째 단계는 객관적·확일적 기준으로 개별 사건의 정황을 고려하지 않고 약관의 내용을 통제하고, 두 번째 단계는 개별사건의 구체적 정황을 고려하여 내용통제를 하게 된다고 하였습니다. 우리나라의 경우에도 객관적·확일적 기준과 개별적 구체적 정황을 고려하므로 크게 차이가 없는 것은 아닌지 궁금합니다.

마지막으로 행정적 규제체계에 방점을 두는 약관규제법의 기능을 민법의 내용통제가 모두 대체할 수는 없기 때문에 소비자보호를 위해서는 추가적인 입법을 통한 문제 해결이 필요하다고 하셨는데, 구체적으로 어떤 부분인지 설명 부탁드립니다.

【지정토론】

토론

김 지 호*

구술토론

* 대한상사중재원 지원센터장

民法上 組合에 관한 訴訟法上 諸問題

姜求旭, 한국외국어대학교 법학전문대학원 교수

머리말

- ▶ 민법 제703조 내지 제724조는 2인 이상이 상호 출자하여 공동사업을 경영할 것을 약정하는 組合契約으로 인해 형성되는 법률관계에 관해 규정하고, 제271조 내지 제274조와 제278조는 법률의 규정 또는 계약에 의하여 수인(의 組合員)이 組合體로서 물건을 (공동으로) 소유하는 合有와 소유권 이외의 재산권에 대한 準合有에 관해 규정함.
- ▶ 한편 민법 제275조 내지 제278조는 법인이 아닌 社團의 사원이 集合體로서 물건을 소유하는 總有와 소유권 이외의 재산권에 대한 準總有에 관해 규정하고, 민사소송법 제52조는 법인이 아닌 사단의 소송상 당사자능력에 관해 규정하며, 부동산등기법 제26조는 법인이 아닌 사단의 부동산 등기능력(등기권리자나 등기의무자가 될 수 있는 능력)에 관해 규정함.
- ▶ 민법상 조합(체)이 민사소송법 제52조의 규정에 의해 소송상 당사자능력을 가지는지 여부의 문제를 비롯해서 민법상 조합에 관한 몇 가지 소송법상 논점에 관해 논의가 이루어지고 있음.
- ▶ 발제자는 그러한 논점들을 概略的으로 검토하고, 拙見을 제시하고자 함.

法人이 아닌 社團

- ▶ 민법 제275조(물건의 총유) 제1항 : 법인이 아닌 사단의 사원이 집합체로서 물건을 소유할 때에는 총유로 한다.
- ▶ 민사소송법 제52조(법인이 아닌 사단 등의 당사자능력) : 법인이 아닌 사단이나 재단은 대표자 또는 관리인이 있는 경우에는 그 사단이나 재단의 이름으로 당사자가 될 수 있다.
- ▶ ‘법인이 아닌 사단’이란 사단법인(민법 규정에 따라 주무관청의 허가와 설립등기를 갖추어 법인격을 취득한 사단)이 아닌 사단을 의미하므로 ‘법인격 없는 사단’은 같은 의미의 용어로 볼 수 있지만, ‘권리능력 없는 사단’은 같은 의미의 용어로 볼 수 없음.
- ▶ 민법이 물건의 총유(실질적으로는 단독 소유)와 소유권 이외의 재산권의 준총유(제278조)를 인정하고, 부동산등기법이 등기능력을 인정하며(제26조), 민사소송법이 소송상 당사자능력을 인정하는 점에 비추어 보면 우리 법제는 법인이 아닌 사단에 대해서는 권리능력을 인정하는 것으로 해석해야 할 것으로 보임.
- ▶ [참조] 독일 민법 제14조[사업자] : ① 사업자라 함은 법률행위를 함에 있어서 자신의 영업활동 또는 독립적 직업활동의 일환으로 행위하는 자연인 또는 법인 또는 권리능력 있는 인적 회사를 말한다. ② 권리능력 있는 인적 회사(rechtsfähige Personengesellschaft)라 함은 권리를 취득하고 의무를 부담하는 능력을 갖춘 인적 회사를 말한다. / 제54조[권리능력 없는 사단] : 권리능력이 없는 사단(Nicht rechtsfähige Verein)에 대하여는 조합(Gesellschaft)에 관한 규정이 적용된다. 사단의 이름으로 제3자에 대하여 행하여진 법률행위에 대하여 행위자는 개인적으로 책임진다; 다수가 행위한 때에는 이들은 연대책무자로서 책임진다.

當事者能力 · 選定當事者

- ▶ 민사소송법 제51조(당사자능력 · 소송능력 등에 대한 원칙) : 당사자능력, 소송능력, 소송무능력자의 법정대리와 소송행위에 필요한 권한의 수여는 이 법에 특별한 규정이 없으면 민법, 그 밖의 법률에 따른다.
- ▶ 민사소송법 제52조(법인이 아닌 사단 등의 당사자능력) : 법인이 아닌 사단이나 재단은 대표자 또는 관리인이 있는 경우에는 그 사단이나 재단의 이름으로 당사자가 될 수 있다.
- ▶ 민사소송법 제53조(선정당사자) 제1항 : 공동의 이해관계를 가진 여러 사람이 제52조의 규정에 해당되지 아니하는 경우에는, 이들은 그 가운데에서 모두를 위하여 당사자가 될 한 사람 또는 여러 사람을 선정하거나 이를 바꿀 수 있다.
- ▶ 민사소송법 제51조는 “당사자능력, 소송능력, 소송무능력자의 법정대리와 소송행위에 필요한 권한의 수여는 ... 민법, 그 밖의 법률에 따른다.”고 규정하고 있지만, ‘민법, 그 밖의 법률’에는 ‘당사자능력, 소송능력, 소송무능력자의 법정대리와 소송행위에 필요한 권한의 수여’를 정하는 일반적 규정이 없음. 그러나 절대다수의 견해는 권리능력, 행위능력, 제한적 행위능력자의 법정대리 등에 관한 민법 규정을 그것에 해당하는 것으로 當然視하고 있음.
- ▶ 민사소송법 제52조의 규정에 의해 당사자능력이 인정될 수 있는 법인이 아닌 사단은 대표자가 있는 社團이어야 하는데, 업무집행조합원이 있는 민법상 組合이 그것에 해당하는지 여부가 문제됨.
- ▶ 업무집행조합원이 있는 민법상 조합의 당사자능력을 긍정하는 견해가 있고, 독일과 일본의 판례도 민법상 ‘Gesellschaft’와 ‘組合’의 당사자능력을 긍정하지만, 재산의 공동소유 형태를 共有와 總有로 구분하는 우리 법제상으로는 조합과 사단을 同視할 수 없으므로 그러한 조합에 일반적 당사자능력을 인정할 수는 없음.

當事者能力・選定當事者

- ▶ 대법원 1999. 4. 23. 선고 99다4504 판결도 “민법상의 조합과 법인적은 없으나 사단성이 인정되는 비법인 사단을 구별함에 있어서는 일반적으로 그 단체성의 강약을 기준으로 판단하여야 하는바, 조합은 2인 이상이 상호간에 금전 기타 재산 또는 노무를 출자하여 공동사업을 경영할 것을 약정하는 계약관계에 의하여 성립하므로 어느 정도 단체성에서 오는 제약을 받게 되는 것이지만 구성원의 개인성이 강하게 드러나는 인적 결합체인 데 비하여 비법인사단은 구성원의 개인성과는 별개로 권리·의무의 주체가 될 수 있는 독자적 존재로서의 단체적 조직을 가지는 특성이 있다 하겠는데, 어떤 단체가 고유의 목적을 가지고 사단적 성격을 가지는 규약을 만들어 이에 근거하여 의사결정기관 및 집행기관인 대표자를 두는 등의 조직을 갖추고 있고, 기관의 의결이나 업무집행방법이 다수결의 원칙에 의하여 행하여지며, 구성원의 가입, 탈퇴 등으로 인한 변경에 관계없이 단체 그 자체가 존속되고, 그 조직에 의하여 대표의 방법, 총회나 이사회 등의 운영, 자본의 구성, 재산의 관리 기타 단체로서의 주요사항이 확정되어 있는 경우에는 비법인사단으로서의 실체를 가진다고 할 것이다.”라고 판시함으로써 소송상 당사자능력이 인정되는 법인이 아닌 사단과 그것이 인정되지 않는 민법상 조합을 구분하고, 어떤 단체를 당사자능력 있는 법인이 아닌 사단으로 인정하기 위한 요건을 제시하고 있음.
- ▶ 따라서 민법상 조합계약에 의해 성립된 단체라고 하더라도 위 판결에서 제시된 요건을 모두 충족하는 경우에는 민사소송법 제52조의 규정에 의해 당사자능력을 인정할 수 있을 것이지만, 그렇지 않은 조합은 단 순히 계약에 의한 인적 결합체(다수인의 모임)에 불과하기 때문에 당사자능력을 인정할 수 없을 것임.
- ❖ [참고] ‘동백홍농계’라는 단체에 관해서는 그것을 민법상 조합으로 본 판례(대법원 1974.9.24. 선고 74다 573 판결, 1984.2.14. 선고 83다카1815 판결)도 있고, 그것을 법인이 아닌 사단으로 보고 토지 소유권의 원시취득과 재산의 총유를 인정한 판례(대법원 1967.9.19. 선고 67누39 판결, 1970.5.26. 선고 69누 125 판결, 1981. 2. 10. 선고 79누441 판결, 1982.12.14. 선고 82누180 판결)도 있음.

當事者能力・選定當事者・訴訟擔當(訴訟信託)

- ▶ 민사소송법 제52조의 규정에 의해 당사자능력이 인정되지 않는 민법상 조합의 구성원(조합원)들은, 그들 상호간의 분쟁에 관한 소송이 아닌 한, 공동으로 원고나 피고가 되는 사람들로서 ‘공동의 이해관계를 가진 여러 사람’이고 ‘민사소송법 제52조의 규정에 해당되지 아니하는 경우’에 해당하므로 그들 가운데에서 모두를 위하여 당사자가 될 한 사람 또는 여러 사람(선정당사자)을 선정해서 소송행위를 하게 할 수 있음. 이에 의해 선정되는 당사자는 업무집행조합원이 아닌 조합원이라도 무방하지만, 상대방 당사자나 법원은 어떤 이유로도 그 조합원들을 위한 선정당사자를 선정할 수 없음.
- ▶ 선정당사자는 선정자를 위한 소송담당자(당사자적격자)로서 선정자를 위해 소송을 수행하는 소송 당사자이지만, 선정자 대신 권리의무의 주체가 되는 것은 아니고, 그가 선정자를 권리의무의 주체로 해서 받은 판결의 효력은 선정자에게 미침(민사소송법 제218조 제3항).
- ▶ 위와 같은 선정당사자의 선정은 임의적 소송신탁의 일종이고, 선정당사자는 소송담당자의 일종인데, 다수의 학설과 대법원 판례(2016. 12. 15. 선고 2014다87885, 87892 판결)는 (선정당사자 선정 외의) 임의적 소송신탁은 원칙적으로 허용되지 않지만, 변호사 대리의 원칙이나 소송신탁 금지를 잠탈할 열려가 없고, 이를 인정할 합리적 필요가 있는 등의 경우에는 예외적으로 임의적 소송신탁을 허용해도 무방할 것이라고 하고 있고, 특히 대법원 1984. 2. 14. 선고 83다카1815 판결, 대법원 1997. 11. 28. 선고 95다35302 판결 등은 “조합 업무를 집행할 권한을 수여 받은 업무집행조합원은 조합재산에 관하여 조합원으로부터 임의적 소송신탁을 받아 자기 이름으로 소송을 수행하는 것이 허용된다.”는 취지로 판시함으로써 업무집행조합원에 대한 임의적 소송신탁을 명시적으로 인정하고 있음. / 그러나 선정당사자의 선정 외에 업무집행조합원에 대한 임의적 소송신탁을 인정할 필요나 실익이 있는지는 의문임.

訴訟代理

- ▶ 민법 제709조(업무집행자의 대리권추정) : 조합의 업무를 집행하는 조합원은 그 업무집행의 대리권 있는 것으로 추정한다.
 - ▶ 민사소송법 제87조(소송대리인의 자격) : 법률에 따라 재판상 행위를 할 수 있는 대리인 외에는 변호사가 아니면 소송대리인이 될 수 없다.
 - ▶ 제92조(법률에 의한 소송대리인의 권한) : 법률에 의하여 재판상 행위를 할 수 있는 대리인의 권한에는 제90조와 제91조의 규정을 적용하지 아니한다.
- 업무집행조합원은 민법 제709조의 규정에 따라 '업무집행의 대리권'이 있는 것으로 추정되고, 그 대리권에는 '재판상 행위를 할 수 있는 대리권'도 포함되므로 업무집행조합원은 변호사가 아니더라도 민사소송법 제87조, 제92조의 규정에 의한 '법률상 대리인'으로서 소송대리인이 될 수 있다고 하는 견해가 다수 있음.
- 그러나 민법 709조는 업무집행조합원이 재판상 행위를 할 수 있다는 명문의 규정을 두고 있지 아니할 뿐만 아니라 업무집행조합원과 다른 조합원이 공동소송인이 될 경우에는 선정당사자 제도를 활용하면 되며, 긍정할 경우에는 법률상 대리인에 대해서는 민사소송법 제90조, 제91조의 규정이 적용이 배제되는 결과 업무집행조합원이 권리의무의 귀속 주체인 조합원(당사자)의 의사와 무관하게 그의 대리인으로서 제90조 제2항에 규정된 소송행위를 할 수 있게 되고, 소송대리권을 제한할 수 있게 되어 소송절차가 불안정해질 수 있으므로 부정함이 옳을 것임.

必須的 共同訴訟

- ▶ 민사소송법 제67조(필수적 공동소송에 대한 특별규정) ① 소송목적의 공동소송인 모두에게 합일적으로 확정되어야 할 공동소송의 경우에 공동소송인 가운데 한 사람의 소송행위는 모두의 이익을 위하여서만 효력을 가진다. ② 제1항의 공동소송에서 공동소송인 가운데 한 사람에 대한 상대방의 소송행위는 공동소송인 모두에게 효력이 미친다. ③ 제1항의 공동소송에서 공동소송인 가운데 한 사람에게 소송절차를 중단 또는 중지하여야 할 이유가 있는 경우 그 중단 또는 중지는 모두에게 효력이 미친다.
- 민사소송법 제67조 제1항에 의하면 '소송목적의 공동소송인 모두에게 합일적으로 확정되어야 할 공동소송'이 필수적 공동소송임. 이에 비해 독일 민사소송법 제62조 제1항은 '다툼이 있는 법률관계가 모든 공동소송인에 대하여 오직 합일적으로만 확정될 수 있는 경우(의 공동소송) 또는 그 밖의 다른 이유에서 공동소송이 필수적인 경우(의 공동소송)'를 필수적 공동소송으로 규정함.
- 절대 다수의 학설과 판례는 필수적 공동소송을 '고유'필수적 공동소송과 '유사'필수적 공동소송으로 나누고, 조합(체)의 공동소유 형태인 합유는 공동소유 중 단계적 통제가 강한 형태이고 합유 재산을 처분 또는 변경할 때에는 합유자 전원의 동의가 있어야 하며 전원의 동의 없이는 합유물에 대한 지분조차 처분하지 못하므로(민법 제272조, 제273조), 소송수행권도 전원이 공동으로 행사하지 않으면 안 되고, 따라서 합유물에 관한 소송은 원칙적으로 합유자 전원이 공동으로 당사자가 되어야 하는 고유필수적 공동소송으로 보아야 한다고 함(구체적인 사례에서 예외를 인정하는 판례와 학설도 상당수 있음).
- 위와 같은 학설·판례는 합유재산에 관한 관리처분권이 모든 조합원에게 공동으로 귀속되는 점을 근거로 하지만, 다음과 같은 점에서 再考할 필요가 있어 보임.

必須의 共同訴訟

- 독일 민법 제718조[組合財産]는 “① 조합원의 출자 및 업무집행에 의하여 조합을 위하여 취득된 재산은 조합원의 공동재산으로 한다(“조합재산”). ② 조합재산에 속하는 권리에 기하여 취득한 것 또는 조합재산에 속하는 목적물의 멸실, 훼손 또는 침탈에 대한 배상으로 취득한 것도 조합재산에 속한다.”고 규정하고, 제719조[合手的 拘束(Gesamthänderische Bindung)]는 “① 조합원은 조합재산에 대한 지분 및 조합재산에 속하는 개별 목적물에 대한 지분을 처분할 수 없다; 그는 분할을 청구할 권리가 없다.”고 규정하고 있음에 비해, / 우리 민법 제704조(조합재산의 합유)는 “조합원의 출자 기타 조합재산은 조합원의 합유로 한다.”고 규정하고, 제271조(물건의 합유)는 “① 법률의 규정 또는 계약에 의하여 수인이 조합체로서 물건을 소유하는 때에는 합유로 한다. 합유자의 권리는 합유물 전체에 미친다. ② 합유에 관하여는 전항의 규정 또는 계약에 의하는 외에 다음 3조의 규정에 의한다.”고 규정하며, 제272조(합유물의 처분, 변경과 보존)는 “합유물을 처분 또는 변경함에는 합유자 전원의 동의가 있어야 한다. 그러나 보존행위는 각자가 할 수 있다.”고 규정하며, 제273조(합유지분의 처분과 합유물의 분할금지)는 “① 합유자는 전원의 동의없이 합유물에 대한 지분을 처분하지 못한다. ② 합유자는 합유물의 분할을 청구하지 못한다.”고 규정함.
- 그런데 합유물의 처분 또는 변경과 보존행위에 관한 민법 제272조의 규정은 공유물의 처분 또는 변경과 보존행위에 관한 민법 제264조, 제265조 단서의 규정과 내용이 같고, 합유물의 관리는 조합의 업무집행에 속하는 사항으로서 조합원의 과반수 또는 업무집행자의 과반수로써 결정할 것이므로(민법 제706조 제2항) 공유물의 관리에 관한 민법 제265조 본문의 규정과 내용이 크게 다르지 않으며, 민법 제273조 제1항의 규정에 의하더라도 합유물에 대한 지분의 처분이 금지되는 것이 아니고 그 지분 처분에 관한 다른 합유자 전원의 동의는 그 처분행위의 유효요건으로 해석됨.

必須의 共同訴訟

- 그리고 우리 민법이 조합원에 대한 채권자의 개별적 권리행사(제712조)와 조합원의 지분에 대한 압류도 허용하며(제714조), 합유에 관한 민법 규정들(제272조 내지 제273조)이 임의규정에 불과한 점(민법 제271조 제2항) 등에 비추어 보면 우리 민법이 합유재산에 관해 관리처분권의 공동귀속을 규정하고 있는지 의문이고, 다수의 학설과 판례가 이해하는 바와 같이 합유재산에 관한 관리처분권이 모든 조합원에게 공동으로 귀속된다고 하더라도 소송수행권이 모든 조합원에게 공동으로 귀속되고, 그들의 공동소송 또는 그들에 대한 공동소송이 ‘소송목적의 공동소송인 모두에게合一의(소송목적에 관한 판결 결과가 동일하게) 확정되어야 할 공동소송’이고, 소위 ‘고유’필수적 공동소송에 해당하는지도 의문임.
- 합유 관계 공동소송도 공유 관계 공동소송과 마찬가지로 통상의 공동소송으로 봐야 할 것으로 思料됨.

마무리

- ▶ 발제의 요지는 다음과 같다.
- 민법상 조합은 그것이 대법원 1999. 4. 23. 선고 99다4504 판결이 제시한 ‘법인이 아닌 社團’의 요건을 충족하지 못하는 한 민사소송법 제52조의 규정에 의한 당사자능력을 인정할 수 없다.
- 조합원들이 공동 당사자인 소송에서 민사소송법 제53조의 규정에 의한 선정당사자의 선정 외에 업무집행조합원에 대한 임의적 소송신탁을 인정할 필요나 실익은 없다.
- 업무집행조합원은 민사소송법 제87조, 제92조의 규정에 의한 ‘법률상 소송대리인’이 아니므로 변호사 대리 원칙의 예외가 될 수 없다.
- 합유 관계 공동소송도 공유 관계 공동소송과 마찬가지로 통상의 공동소송으로 봐야 할 것으로 思料된다.

*** 감사합니다 ***

2022년 사법학자대회-
- 지속가능성을 위한 사적자치의 기능과 변화 -
제2-3부 -

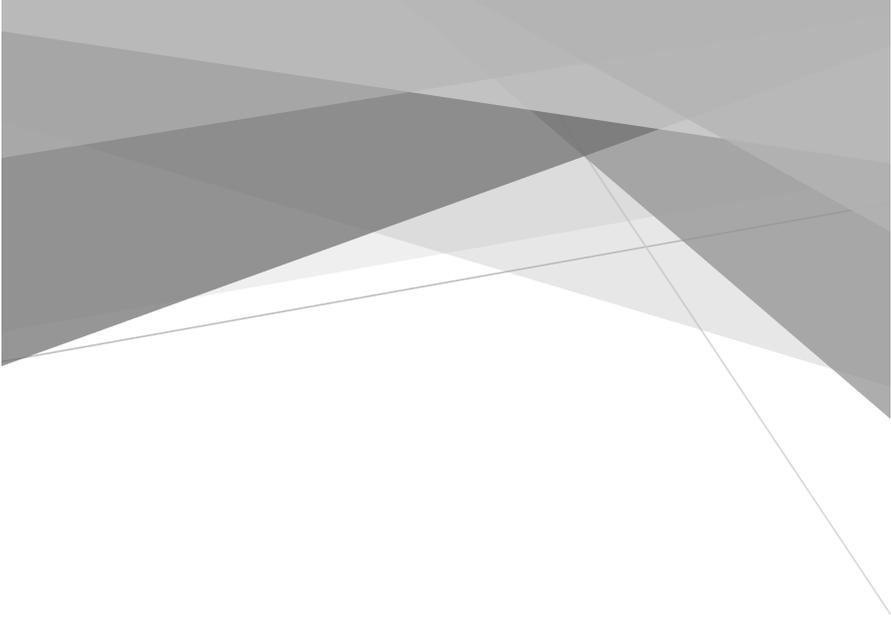
비영리·공익단체의 ‘거버넌스’에 관한 소고 : 민법학에 학제적인 관점을

권철(성균관대)

○ 발제 목차

- ▶ **I. 머리말**
: ‘비영리·공익단체’ ‘거버넌스’ ‘민법학’ ‘민법학’
- ▶ **II. 민법학의 논의**
: 이사의 주의의무, 사단/재단, 비법인사단, 법 개정
- ▶ **III. 학제적 관점**
: 행정학(지방자치)/행정법, 헌법, 조세법
- ▶ **IV. 비교법**
: 미국, 프랑스, 일본
- ▶ **V. 맺음말에 같음하여**
: 비영리·공익단체의 ‘성장’과 ‘거버넌스’

○ 인용문헌



I. 머리말 : ‘비영리·공익단체’, ‘거버넌스’, ‘민법학’, ‘민법학’

- ▶ 1. 비영리·공익단체 부문의 현황
: 현황과 그늘
- ▶ 2. 비영리·공익단체
: 논의 전제로서의 엄밀한 용어법
- ▶ 3. 거버넌스
: 용어의 의미와 그 남용? (governance fatigue)
- ▶ 4. 민법학
: 시민사회의 기본법인 민법전?



II. 민법학의 논의 : 선행연구

▶ 1. 이사의 주의의무 : 핵심 논점

김진우(2010), 김태선(2014), 이종기(2014), 이선희(2018), 김정연(2019)

▶ 2. 사단/재단 : 엄밀한 준별과 재단법인격의 남용적 상황?

김제완(2006), 고상현(2012), 권철(2020)

▶ 3. 비법인사단 : 한국의 현상황에 관한 평가는?

다수의 시민단체, 종교단체

▶ 4. 민법 개정 : 제도 개선의 정체(停滯)

윤진수(2005), 장근영(2010), 권철(2010), 송호영(2015), 권영준(2017), 임동섭(2018), 지원림(2018)

Ⅲ. 학제적 관점 : 행정학(지방자치), 공법, 조세법

▶ 1. 지방자치와 비영리·공익단체 : 행정학 · 행정법 · 로컬 거버넌스

▶ (1) 지자체 조례에 의거한 ‘마을공동체’

- ‘마을공동체’ 검색건수(RISS) 8914건: 학술논문 3227, 학위논문 2391, 단행본 2575, 연구보고서 717
- 예 : 서울시 마을공동체종합지원센터 seoulmaeul.org
- 임법시도 : ‘마을공동체 활성화 기본법안’

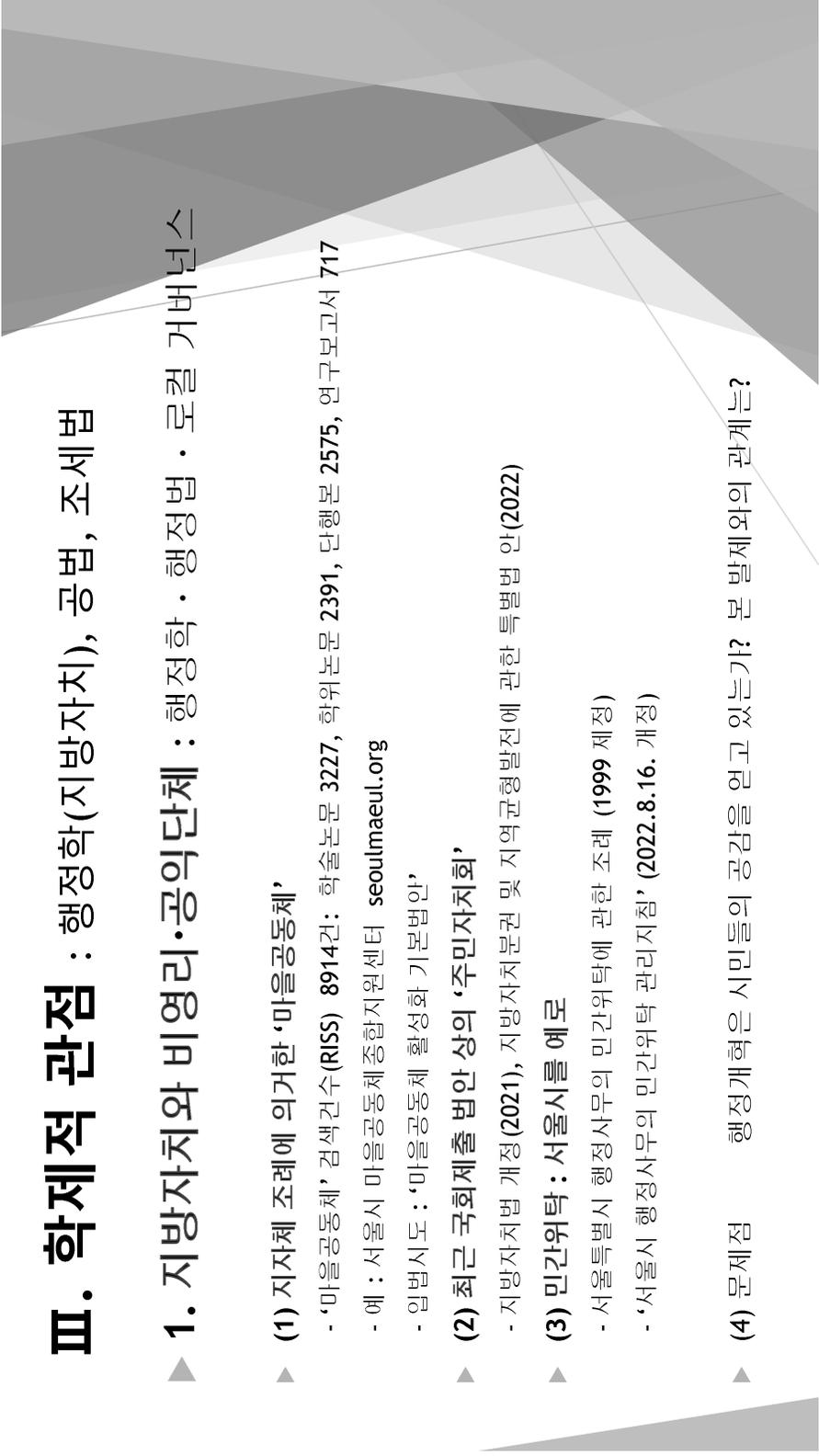
▶ (2) 최근 국회제출 법안 상의 ‘주민자치회’

- 지방자치법 개정(2021), 지방자치분권 및 지역균형발전에 관한 특별법 안(2022)

▶ (3) 민간위탁 : 서울시를 예로

- 서울특별시 행정사무의 민간위탁에 관한 조례 (1999 제정)
- ‘서울시 행정사무의 민간위탁 관리지침’ (2022.8.16. 개정)

▶ (4) 문제점 행정개혁은 시민들의 공감을 얻고 있는가? 본 발제와의 관계는?



Ⅲ. 학제적 관점 : 행정학(지방자치), 공법, 조세법

▶ 2. 사회적 경제

- ▶ (1) 협동조합 기본법 상의 ‘사회적협동조합’(상세한 규정 동법 제4장) - 기획재정부 소관법률
 제14조(다른 법률의 준용) ② 제4조제2항의 사회적협동조합·사회적협동조합연합회 및 제115조의8제2항을 적용받는 이종 협동조합연합회에 관하여 이 법에서 규정하는 사항 외에는 「민법」 제1편제3장 법인에 관한 규정을 준용한다. 이 경우 “사단법 인”은 “사회적협동조합·사회적협동조합연합회 및 제115조의8제2항을 적용받는 이종협동조합연합회”로, “사원”은 “조합 원등”으로, “허가”는 “인가”로 본다.
 제4장 사회적협동조합 제1절 설립 제85조(설립인가 등) ① 사회적협동조합을 설립하고자 하는 때에는 5인 이상의 조합원 자격을 가진 자가 발기인이 되어 정관을 작성하고 장림총회의 의결을 거친 후 기획재정부장관에게 인가를 받아야 한다. ⑥ 제1 항 및 제3항의 설립인가에 관한 신청 절차와 조합원 수, 출자금, 그 밖에 인가에 필요한 기준, 인가 방법에 관한 상세한 사항은 대통령령으로 정한다.

- ▶ (2) 한국의 활발한 동향에 관한 일본 연구자의 관심

- 예 : 韓國の地域社会における非営利・協同事業の展開とロ－カル・ガバナンスに関する研究
 文京殊 立命館大学 2018-04-01 - 2022-03-31 (科研費)

Ⅲ. 학제적 관점 : 행정학(지방자치), 공법, 조세법

- ▶ 3. 비영리민간단체지원법 : 특이점 지적과 평가
- ▶ (1) 행정안전부 소관 법률
- ▶ (2) 등록제의 법적 성질은?

- 제1조(목적) 이 법은 비영리민간단체의 자발적인 활동을 보장하고 건전한 민간단체로의 성장을 지원함으로써 비영리민간단체의 공익 활동증진과 민주사회발전에 기여함을 목적으로 한다.

- 제2조(정의) 이 법에 있어서 “비영리민간단체”라 함은 영리가 아닌 공익활동을 수행하는 것을 주된 목적으로 하는 민간단체로서 다음 각호의 요건을 갖춘 단체를 말한다. 1. 사업의 직접 수혜자가 불특정 다수일 것 2. 구성원 상호간에 이익분배를 하지 아니할 것 3. 사실상 특정정당 또는 선출직 후보를 지지·지원 또는 반대할 것을 주된 목적으로 하거나, 특정 종교의 교리전파를 주된 목적으로 설립·운영되지 아니할 것 4. 상시 구성원수가 100인 이상일 것 5. 최근 1년 이상 공익활동실적이 있을 것 6. 법인이 아닌 단체일 경우에는 대표자 또는 관리인이 있을 것

- 제4조(등록) ①이 법이 정한 지원을 받고자 하는 비영리민간단체는 그의 주된 공익활동을 주관하는 중앙행정기관의 장이나 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사 또는 특별자치도지사(이하 “시·도지사”라 한다)에게 등록을 신청하여야 하며, 등록신청을 받은 중앙행정기관의 장이나 시·도지사는 그 등록을 수리하여야 한다. ②중앙행정기관의 장이나 시·도지사는 비영리민간단체가 제1항의 규정에 의하여 등록된 경우에는 관보 또는 공보에 이를 게재함과 동시에 행정안전부장관에게 통지하여야 한다. 등록을 변경한 경우에도 또한 같다. ③제4조의2(등록의 말소) ① 중앙행정기관의 장 또는 시·도지사는 제4조에 따라 등록된 비영리민간단체가 제2조에 따른 비영리민간단체로서의 요건을 갖추지 못하게 된 때에는 그 등록을 말소할 수 있다. ②제1항에 따라 등록을 말소한 중앙행정기관의 장 또는 시·도지사는 지체 없이 관보 또는 공보에 이를 게재하고 그 사실을 행정안전부장관에게 통지하여야 한다. ③ 중앙행정기관의 장 또는 시·도지사가 제1항에 따른 등록 말소를 하려는 경우에는 「행정절차법」에 따른 청문을 하여야 한다.

- 제6조(보조금의 지원) ①행정안전부장관 또는 시·도지사는 제4조제1항의 규정에 의하여 등록된 비영리민간단체(이하 “등록 비영리 민간단체”라 한다)에 대하여 다른 법률에 의하여 보조금을 교부하는 사업외의 사업으로서 공익활동을 추진하기 위한 사업(이하 “공익사업”이라 한다)에 대하여 소요경비를 지원할 수 있다. ②제1항의 규정에 의하여 지원되는 소요경비의 범위는 사업비를 원칙으로 한다. ③제1항의 규정에 의하여 지원되는 보조금에 관하여는 이 법에서 달리 정한 경우를 제외하고는 「보조금 관리에 관한 법률」을 준용한다.

Ⅲ. 학제적 관점 : 행정학(지방자치), 공법, 조세법

▶ 3. 헌법

- ▶ (1) 새로운 관점의 ‘결사의 자유’론?
 - 결사하는 시민들이 법인격을 취득할 자유?
 - 민법상 비영리법인의 주무관청 ‘허가’제는 위헌?
 - 관련 특별법 상 ‘인가’, ‘등록’의 경우는?
 - ‘결사하지 않을 자유’, ‘탈퇴할 자유’는?
- ▶ (2) ‘비영리’법인에 대한 세제혜택에 관한 헌법적 근거는?
- ▶ (3) ‘정교분리의 원칙’과 ‘종교의 자유’ : 종교단체 법인화 문제

Ⅲ. 학제적 관점 : 행정학(지방자치), 공법, 조세법

▶ 4. 조세법

▶ (1) 상증세법 상의 ‘공익법인등’ 개념의 의의 및 문제

cf) 민법, 공익법인법, 법인세법 등

- 비법인단체가 상당부분을 차지하는 문제는?

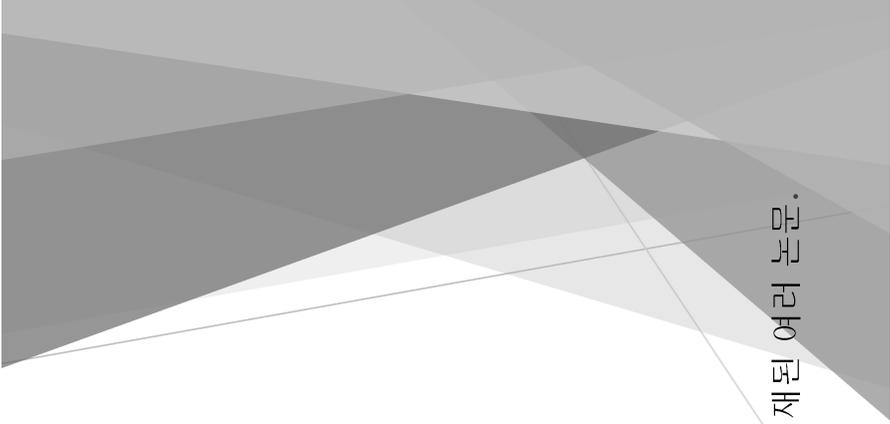
▶ (2) ‘비영리’ ‘법인’에 대한 세제혜택에 관한 헌법적 근거는?

김무열(2019)

▶ (3) 미국 비영리·공익단체 조세 법제의 논점에 주목

▶ 최신 선행연구

- 공익법인세제연구(법무법인(유한) 태평양 · 재단법인 동천, 2022)에 게재된 여러 논문.



IV. 비교법 - 미국과 프랑스

- ▶ 논의의 구도 : 미국 vs. 프랑스 = 토크빌 vs. (장 자크) 루소?
 - ☞ 알렉시 드 토크빌(Alexis de Tocqueville), 미국의 민주주의(De la démocratie en Amérique), 1835
 - 사건 : 선명한 대립 구도를 전제로 보는 것도 중요하다. 다만, 본 발제에서는 유사점 탐색이라는 관점에서 간단하게 언급함.

- ▶ 미국 : 1969년 조세법 개정 사항의 포인트
 - Internal Revenue Code Section 501(c)(3)
 - 핵심은 이 개정에서 ‘private foundation’이 어떻게 다루어 지는가? 에 관한 평가임.
 - >> 발제 당일에 언급.

- ▶ 프랑스 : 대혁명 이념인 ‘중간단체 금압’에서 ‘association’의 전면 허용으로
 - ‘fondation’에 관한 예외에 주의.

IV. 비교법 - 일본

- ▶ 1. 우리 법인·단체 법제에 큰 영향을 미친 일본 법제(2006년 민법 전면 개정 전)
유사점과 차이점
- ▶ 2. 2006년 비영리·공익법인 개혁 - 권철(2007)
 - 코이즈미 정권의 ‘행정개혁’ 일환으로 추진됨. 기존의 민법 개정과 차이 있음.
 - 비영리법인 준칙주의 전면 도입
 - 주무관청제 폐지 후 도입된 영국식 ‘공익인정위원회’
 - 본받을 만 한가 아니면 반면교사 인가
- ▶ 3. 최근 논의
- ▶ (1) 2006년 신법 개정 (2) NPO법(1998) 4차 개정 (3) 사립학교/국립대학 관련법 개정 (4) 사회복지법인, 의료법인 관련법 개정 등

V. 맺음말에 덧붙여 : 비영리·공익단체의 ‘성장’과 ‘거버넌스’

- ▶ 사법학자대회 전체 테마 ‘지속가능성을 위한 사적자치의 기능과 변화’와 본 발제의 관련성
- ▶ ‘사적자치’의 발현으로서 ‘결사의 자유’ / ‘재산관리의 자유’?
- ▶ 우리 비영리·공익단체 법제의 낙후성과 21세기 시민사회의 요구에 대응한 누더기식 거버넌스 관련 제도
- ▶ 비영리·공익단체의 성장을 위한 거버넌스 법제를 구축함에는 시민사회의 공감대 형성은 물론이고 법제도의 근본적 문제를 통찰력 있게 파악하면서 정치·사회·경제적인 큰 동력의 수반되지 않으면 실현되기 어려움.

○ 인용문헌

- Ⅲ. IV. V.는 보충 필요

Ⅱ. 민법학의 논의

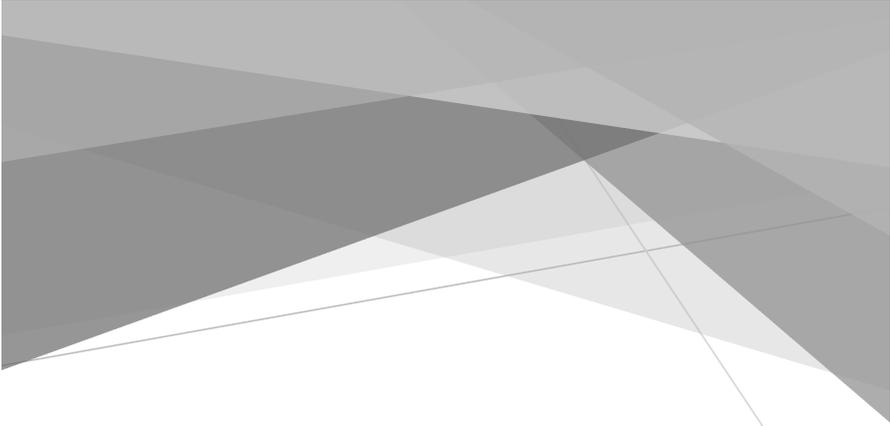
- ▶ 김진우, “재단법인 이사의 내부책임”, 민사법학 51호, 2010
- ▶ 김태선, “비영리법인 이사의 선관주의의무”, 민사법학 69호, 2014
- ▶ 이충기, “공익단체의 지배구조”, 법조 693호, 2014
- ▶ 이신희, “비영리법인에 있어서 이사의 선관주의의무”, 상규관법학 30권 1호, 2018
- ▶ 김정연, “비영리법인의 이사의 주의의무에 관한 연구”, 비교사법 26권 2호, 2019
- ▶ 김제원, “단체법리의 재조명”, 인권과 정의 제355호, 2006
- ▶ 고상현, “민법상 재단법인실령에 관한 비교법사적 연구”, 중앙대 법학논문집 36권 2호, 2012
- ▶ 권철, “‘종교재단’에 관한 소고: 종교단체 법인의 문제 서론”, 숭실대 법학논총 47권, 2020
- ▶ 윤진수, “법인에 관한 민법개장인의 고찰”, 서울대 법학 46권 1호, 2005
- ▶ 장근영, “상법의 관점에서 바라본 민법개장인의 법인제도”, 비교사법 17권 3호, 2010
- ▶ 권철, “민법의 관점에서 바라본 민법 개장인의 법인제도: 비영리단체·법인 제도의 바람직한 상에 대한 각서”, 비교사법 17권 4호, 2010
- ▶ 송호영, 법인론(제2판), 2015
- ▶ 고상현, “민법상 재단법인실령에 관한 비교법사적 연구”, 중앙대 법학논문집 36권 2호, 2012
- ▶ 권철, “‘종교재단’에 관한 소고: 종교단체 법인의 문제 서론”, 숭실대 법학논총 47권, 2020
- ▶ 권양준, 2014년 법무부 민법개정시안 해설(민법총칙, 물권법), 법무부, 2017
- ▶ 임동삼, “법인·단체법의 발전과 과제”, 시경대 법과기업연구 8권 2호, 2018
- ▶ 자원림, “민법개장: 이상과 현실-2009년 민법개정위원회와 개정시간 중 총칙편을 중심으로”, 민사법학 85호, 2018

Ⅲ. 학제적 관점 4. 조세법

- ▶ 공익법인세제연구(법무법인(유한) 태평양 · 재단법인 동진, 2022)
- ▶ 김우영, “비영리공익법인에 대한 세제개혁의 현법적 정당성에 대한 소고”, 서울시립대 조세외법 10권 1호, 2017

Ⅳ. 비교법 - 미국과 프랑스

- ▶ Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, 1835
- ▶ 권철, “영국의 새로운 비영리법인 제도에 관한 소고: 최근 10년간의 동향과 신법의 소개”, 비교사법 14권 4호, 2007



【제2-3부 3발표】

비영리법인 지배구조의 문제점과 개선방안

김정연/이화여자대학교 법학전문대학원
사법학자 대회 발표 (2022.10.1.)

EI/HA,
THE FUTURE
WE CREATE

발표의 개요

I. 연구의 목적

II. 비영리법인의 지배구조 : 실태와 문제점

IV. 비영리법인의 지배구조 : 개선방안

V. 제언

THE FUTURE
WE CREATE

연구의 목적

EI/HA,
THE FUTURE
WE CREATE

비영리법인의 실태

- 비영리법인은 몇 개인가
 - 법인세 기준 : 비영리법인 38,958 /영리법인 867,367 (총신고법인수 : 906,325)
 - 상중세법상 공익법인 : 37,556 (중교법인 등 포함여부)
 - 공익법인법상 공익법인 : 3,593 (법무부 전수조사)
 - 의료법상 의료법인 : 1,291 (2020년 보건복지부 통계, 병원급 의료기관수 : 3,300)
 - 사립학교법상 학교법인 : 사립 초·중학교 7.7%, 사립고 40.2%, 사립대 86.5%
 - 사회복지법인 : 2,938 (2018년 보건복지부 통계)
- 비영리법인에 대한 적용 법률
 - 민법상 비영리법인
 - 공익법인법상 공익법인, 상중세법상 공익법인
 - 공정거래법상 공익법인 (공시대상기업집단에 속하는 회사를 지배하는 동일인의 특수관계인에 해당하는 공익법인, 제29조)
 - 사립학교법상 학교법인, 사회복지사업법상 사회복지법인, 의료법상 의료법인
 - 비영리민간단체지원법상 비영리민간단체 (비법인단체도 포함)

EI/HA,
THE FUTURE
WE CREATE

비영리법인의 실태

- 비영리섹터의 경제 규모
 - 경제규모 전체가 일목요연하게 파악되지는 않음
 - (상중세법상) 공익법인 자산규모 100억 이상 → 연간 수입금액 50억원 이상 or 기부금 20억 이상이면 외부감사 의무 확대 부과
 - 2020년 기준 대상법인은 2,403개 (2,094개만 감사실시 후 공개)
 - 출자금액/보유자산/모집기부금/사업예산 등 기준으로 국세청 공시대상 법인 자료 수집,통계
 - 보유자산 대기업 출자 공익법인이 차지 : 삼성, 현대차, SK, LG, 롯데 등 장학/복지/의료법인 설립,운영
 - 기부금순위 기준으로는 사회복지공동모금회, 월드비전, 굿네이버스, 유니세프, 세이브더칠드런 등
 - 인력고용 기준으로는 학교법인, 사회복지법인, 공익법인이 큰 비중을 차지
 - 한국가이드스타 : 평가 및 통계분석
 - 경제적 효과로 평가할 수 없는 '가치창출'의 효과 : 열여덟어른 캠페인
- 미국 비영리섹터의 경제 규모 (Peter Molk, 2021)
 - 1조 달러 이상 : GDP의 5.6%를 차지
 - 1200만명 고용, 연간 6,700억 달러 임금 지급
 - 영리섹터가 제공할 수 없는 '이익(benefit)'을 공동체와 개인에게 가져다 준다는 평가

EW/HA,
THE FUTURE
WE CREATE

비영리법인, 무엇이 문제인가

- 이사장 등 운영진 개인의 비위행위
 - United Way 사건 (2011) : 운영자가 법인 자금으로 뉴욕과 마이애미에 자택을 구매, 해외 여비 총당 등 23건의 횡령 등 혐의로 6년형 복역
 - NRA 사건 (2020) : 운영자가 사임후 사단법인과 자문계약 체결, 사치성 비용지출 등 사기 혐의로 뉴욕 검찰에 의해 기소
 - 아산정책연구원 사건 (2021) : 원장이 법인 자금 9.5억원을 횡령하여 개인 주택 구매, 유학비 충당하여 집행유예가 선고된 사례
- 법인 운영 실패 행위
 - 비영리법인 설립목적 달성에 실패, 평판과 명성의 손상
 - USC 입시 뇌물 스캔들 (2019)
 - 비영리법인 재산상 손해의 발생
 - 포스텍과 삼성꿈장학재단 저축은행후순위채 투자로 400억 손해배상 (2018)
- 운영의 실패는 아니지만, 영리법인 잣대로는 문제되는 행위
 - 삼성서울병원(사회복지법인) 계열사간 거래 몰아주기 (2020)
 - KMI (민법상 비영리법인) 이사장 과다 보수 (2018)

EW/HA,
THE FUTURE
WE CREATE

비영리법인, 무엇이 문제인가

- 왜 재벌의 위법/부정행위보다 비영리법인의 위법/부정행위가 더 큰 분노를 촉발하나
 - 2016년 미르재단, 케이재단 사건, 2020년 정의기억연대 재단 사건
 - 금전적 손해를 입은 주주는 없고, 투입된 세금이 제한적임에도 불구하고 비영리단체 운영에 대한 비난은 보편성과 폭발성을 갖춤
 - 비영리법인의 위기가 사회적 분노를 촉발하고 국정 운영을 위태롭게 만든 경험
- 비영리섹터에 기대하는 '신뢰'의 붕괴가 사회적 위기를 초래한 것
 - 단기적으로는 상증세법상 공시 및 회계 규제 강화 처방이 내려짐
 - 중장기적으로는 '정치화된 해법'이 정권 성격에 따라 제시되고 있는 것
 - 민간단체 길들이기 v. 민간단체 죽이기
- 비영리법인의 신뢰회복을 위한 방안으로서 지배구조 개선의 필요성
 - 어디까지나 사적자치의 영역이고, 스스로 신뢰를 회복하지 않으면 위기를 극복할 수 없음
 - 공적 규제의 필요성과 한계 : 감독자원, 감독의 효용 - 비용편익의 문제

EW/HA,
THE FUTURE
WE CREATE

왜 상법학에서 비영리법인을 연구하는가?

- 상법은 '실패'에 특히 관심이 많음
 - 20세기 미국의 연구 : 엔론사태와 글로벌 금융위기
 - 국내의 상법연구 : IMF, 에버랜드 사건, 대표소송, 사모펀드사태
- 상법은 대립하는 이해관계의 조정에 관심이 많음
 - 회사법의 과제와 대리인 문제
- 상법은 거래법 + 규제법을 동시에 연구하는 특징이 있음
 - 거래법적 측면에서 사적자치의 한계에 관심
 - 거래관계에 적용되는 원칙(principal)과 규정(rule)의 문제
 - 규제적인 측면에서 동일기능 동일규제의 정신 구현에 초점
- 외국에서도 많은 상법 연구자들이 비영리부문을 함께 연구함
 - 비영리법인의 '실패'를 진단하고 지배구조 개선을 위한 방안을 모색

EW/HA,
THE FUTURE
WE CREATE

비영리 지배구조 연구/상법학 방법론의 접목

- 비영리법인 연구 과정에서 가장 자주 들은 단어
 - 비영리다움
 - 단체의 비전과 미션을 소통을 통해서 모든 구성원들에게 설득시키는 '느린'과정이 당연한 것
- 시장논리에 대한 반감과 외부적 규제 강화에 대한 반발이 만연
 - 비영리법인의 실적에 대한 평가 압박
 - 비영리법인 사무국의 최고운영책임자를 영리섹터 출신으로 선임
 - 비영리법인 이사회에 영리섹터 종사 이사들을 다수 선임
- 상법학적 관점에서의 접근 자체에 반감이 있는 것은 아님
 - 지배구조 개선의 필요성에 대해서는 공감대가 있음
 - 특히 책임성과 감시 메커니즘의 작동이라는 측면
 - "본인-대리인 문제에 따른 대리비용 통제"와 같은 조직법 연구자의 디폴트 사고 + 비영리적 상상력의 결합을 통한 해결방안의 모색

EW/HA,
THE FUTURE
WE CREATE

본 발표의 문제의식

- 전체 신고법인의 5%에 미치지 않는 비영리법인 지배구조 왜 논하나?
 - 그 가운데 사적 자치의 영역과 규제 대상의 영역을 어떻게 가를 것인가
 - 소관부처의 행정적 목적에 따라 규제하면 되는데 왜 '비영리법인'의 지배구조를 묶어서 보는가?
 - 왜 상법연구자가 비영리부문에 연구역량을 소진하나?
- 비영리법인의 지배구조의 가장 큰 문제점은 무엇인가
 - Informed decision이 이루어지지 않음
 - 주체들은 책임성을 외면하고, 제도적으로는 책임 추궁 메커니즘도 미비함
 - 난립하는 규제법규에 비해 실제 '집행'도 잘 이루어지지 않음
- 실사구시에 입각한 비영리법인지배구조 개선방안을 도출하고자 함
 - 외국에서의 논의 구도도 한국과 대동소이함 (문제점과 해결방안)
 - 비영리법인 법제 자체의 개선 문제와 지배구조 개선 문제의 구별, 후자를 위한 방안 도출

EW/HA,
THE FUTURE
WE CREATE

비영리법인 지배구조의 실태와 문제점

EWHA,
THE FUTURE
WE CREATE

비영리법인의 본인-대리인 문제

- 조직법상 지배구조 문제의 핵심은 대리비용(agency cost)의 통제
 - 비영리법인에도 본인-대리인 문제가 상존하지만 양상이 영리법인과는 다름
- 누가 대리인인가?
 - 법적 정의에 따르면 이사(민법, 공익법인법 등 각 특별법)가 대리인
- 사단법인의 이사/재단법인의 이사 차이가 있는가
 - 회원의 대표 v. 출연자 의사의 집행자?
 - 별도의 법인격을 지닌 법인에 대한 대리인이라는 점에서는 무차별
 - 영리법인/비영리법인 구별 기준으로서 이익분배의 제한(통설)을 채택하는 이상, 사단법인의 사원은 주식회사의 주주와 같은 '본인' 역할과 기능을 할 수 없음
- 대리인 스스로 의사결정의 주체가 되고 그에 따른 책임을 부담하는 인식과 실행이 모두 부재
 - 대리인으로서 법인 운영에 참여할 전문성의 부재
 - 대리인으로서 법인 운영에 참여할 인센티브의 부재
 - 대리인으로서 법인 운영 의사결정의 주체라는 인식의 부재
- 결과적으로 출연자 중심의 의사결정 또는 사무국 중심의 의사결정
 - 법인의 의사결정이 법적 책무를 지닌 '이사'가 아닌 출연자 또는 사무국에서 일어나는 셈

EWHA,
THE FUTURE
WE CREATE

비영리법인의 본인-대리인 문제

- 누가 본인인가
 - 비영리법인의 본인-대리인 문제가 주식회사의 본인-대리인 문제와 가장 크게 구별되는 지점
 - 법형식적으로는 '법인'이라는 entity이지만 실제 누구를 위하여 직무를 수행하고 거기에 따른 대리비용이 발생하며, 그 대리비용을 해결해야 하는가의 문제
 - 3i 를 기준으로 판단 하자는 견해 Incentive, Influence, Information (David Schizer, 2020)
- 사단법인은 회원이 본인인가
 - 사단법인의 회원들을 주식회사의 주주와 같이 취급해도 좋은가
- 재단법인은 출연자가 본인인가
 - 재단법인을 출연자/설립자의 의지가 자동적으로 관철되기 위한 법적인 '도관'이라고 취급해도 좋은 것인가
 - 사업비로 지출될 정기적인 기부금을 납부하는 기부자들과 기본자산 출연자들을 다르게 취급해도 될 것인가
- 재단법인의 수혜자가 본인인가
- 추상적으로 법인의 정관상 목적이라고 보자
 - 주식회사의 정관상 나열된 사업의 목적과 비영리법인의 정관상 목적은 실제로 달리 취급되어 마땅
 - 비영리법인이 달성하고자 하는 비전과 미션 그 자체가 비영리법인의 Principle임

EW/HA,
THE FUTURE
WE CREATE

이사의 선임과 임기

- 민법상 사단법인/재단법인 이사의 임명은 정관의 기재사항(제40조 제5호, 제43조)
 - 사단법인은 사단총회에서 임원을 선출하고, 재단법인에서는 출자자의 의사가 관철되는 경향이 있는 것으로 이해
- 기금모집, 배분형 재단법인에서는 이사회에서 신규이사를 선임
 - 사외이사후보추천위원회와 같은 이사후보추천위원회를 운영하되, 이사회 내 하부 위원회가 아닌 사무국 직원이 참여하는 별도 기구로 두는 경향
- 사회복지법인의 공익이사 선임 (이사 정원 1/3이상)
 - 지방자치단체에서 적격 이사후보자 pool을 관리하고 선임에 관여 (도가니법)
 - 규제 v. 전문성? 후자라는 평가가 많음
- 일정비율의 이사에 대하여 해당 분야 종사 경력 등 전문성을 요구하는 경우
 - 사립학교법상 교육경력, 사회복지사업법상 사회복지 또는 보건의료 전문성
 - 의료법인의 이사에 대하여 의료인일 것을 요구하지 않음 (비교 - 일본 의료법)
 - 재단법인 출연진 인맥 위주의 '명망가' 보다는 '전문가'를 선임하고자 하는 경향

EW/HA,
THE FUTURE
WE CREATE

이사의 선임과 임기

- 이사 선임의 다양성
 - 선임경로의 다양성, 성별 및 연령 등 구성의 다양성을 추구
 - 비영리의 가치와 미션의 구현
 - 재단 출연자의 이사에 따라 이사회를 구성하는 경우라도 구성원의 다양성, 전문성, '책임성'을 평가
 - 근로자추천이사 또는 근로자대표이사는 법인 자치사항이나 비영리섹터에서도 매우 드문 케이스 (예 - 아름다운가게)
- 비영리법인에는 사실상 사내이사가 없고, 모두가 사외이사인가?
 - 주식회사의 사내이사와 같은 의미의 '사무국 출신 이사'는 매우 rare 하나, '상임이사'가 있는 경우는 법인의 사무국과 이사회에 절대적인 역할을 하고 있음
 - 상임이사의 존재는 양가적임 : 출연자가 상임이사가 되거나 상임이사를 통해서 출연자의 의사를 관철시킬 수도 있고 (특수관계인 규제), 책임성 있는 이사회 운영을 위해 헌신성을 발휘하는 측면 있음
 - 사단법인의 회원=이사인 점, 재단법인은 출연진의 의지가 이사 선임에 전적으로 영향을 미치기 때문에 영리법인의 사외이사에게 기대되는 독립성은 없음
 - 영리법인의 사외이사 선임경로 및 직무수행 양태 및 효용에 대한 평가도 별반 다르지 않음
- 이사의 임기
 - 민법상 이사의 임기는 정관에서 정하거나 연임이 가능하며, 각 특별법상 임기를 정하고 있더라도 연임을 제한하고 있지 않기 때문에 큰 의미는 없음
- 이사 선임을 통한 운영권의 양도
 - 임원선임 관련 법률 등 수수료지 (사회복지법, 의료법,

EWHA,
THE FUTURE
WE CREATE

비영리법인 이사의 역할과 책임 : 주의의무

- 적용규정
 - 법인의 이사로서의 의무 : 민법상 비영리법인 이사의 주의의무(제61조), 수임인의 선관주의의무 (제 681조)
 - 공익법인법/사립학교법/사회복지사업법/사립학교법/의료법상 특별규정은 없음
 - 이사회 구성원으로서의 의무를 두고 있는 경우 이사회에 출석하여 학교법인의 업무에 관한 사항을 심의·결정하며, 이사회 또는 이사장으로부터 위임받은 사항을 처리(사립학교법 제23조 제2항)
- 주의의무의 내용
 - 법인의 설립목적-미션과 비전-을 위하여 직무를 수행할 의무의 구체적 내용이 실무상 확립이 안 된 상황
 - 경영판단의 원칙의 적용 여부
 - 영리법인의 대표이사, 평이사, 사외이사에게 판례상 공히 엄격하게 인정되는 감시의무가 비영리법인 이사에게도 적용될 것인가
 - 내부통제시스템의 설치 및 운용의 요구가 고도로 분업화 되고 전문화 된 대기업에게만 적용된다고 한다면 (대법원 2017.12.22. 선고 2015다247912 판결), 인적/물적 자원이 부족한 비영리법인의 이 사들이 부담하는 감시의무의 한계는 무엇인가

EWHA,
THE FUTURE
WE CREATE

비영리법인 이사의 역할과 책임 : 주의의무

- 사실상 경영판단의 원칙을 적용하는 판례
 - 한국고직원공제회법상 민법상 비영리사단법인에 관한 규정이 준용(제16조). 동 이사장이 수익성이 의심되는 투자처에 법인 자산으로 투자를 감행하도록 하였고, 그래서 해당 법인에 재산상 손해가 발생한 데 대해서 배상 책임을 인정한 대법원 판결 선고(대법원 2017. 12. 22. 선고 2015다247912 판결)
 - “회원부담금 등으로 조성된 기금을 운용하여 부동산, 주식 등에 투자하는 업무를 통할하면서 투자의 대상과 규모, 방법, 그 회수 구조 등에 비추어 필요한 정보를 합리적인 범위에서 수집하여 투자에 적합한지 검토 • 심사하는 절차를 거쳐 투자가 공제회의 이익이나 사업 목적에 부합하는지를 판단하여 투자를 결정할 선관주의의무”를 위배
- 비영리법인 이사의 주의의무에 대한 주관적 인식과 판단
 - 비영리법인 이사들 스스로 주의의무에 대한 인식과 책임성 결여
 - 관련 법조문에 구체적 내용이 포함되어 있지 않은 탓만 할 수는 없음
 - 집행사례의 부재
 - 선임단계 및 지속적 교육의 미실시 : 주식회사의 이사라고 다른가?
 - 이사회 규정을 따로 두고 있거나, 직무규범을 설치, 운영하는 경우가 드문 편

EW/HA,
THE FUTURE
WE CREATE

비영리법인 이사의 역할과 책임 : 충실의무

- 현행법상 간접적 충실의무 규제만 있음
 - 이익상반시 특별대리인 선임하여 대표하게 할 의무(민법 제64조)
 - 각종특별법상 출연자의 이해관계인의 이사 선임 비율의 제한 등
 - 상중세법상 공익법인 출연자의 이해관계인의 이사 선임 비율 제한, 보수 수취 제한 등은 규제 목적이 다를 수 있음
- 충실의무(standard) 및 구체적 이익충돌회피의무(rule) 없음
 - 이사가 법인의 이익과 자기 또는 제3자의 이익이 충돌할 때 법인의 이익을 우선시할 의무 (상법 제382조의3) 명문규정 없음
 - 자기거래 : 사립학교법인/사회복지법인/의료법인 등 거래규모를 생각하면 자기거래를 통한 법인 재산 유출의 우려가 상당히 큼
 - 겸직금지 : 재무적인 이해관계의 충돌 우려는 크지 않기 때문에 겸업금지/겸직금지 규제는 적용될 여지가 별로 없고, 실제로 많게는 15-20개의 비영리법인 이사직을 겸직하는 경우도 있음
 - 영리법인에서도 이익충돌의 우려가 없는 경우 겸업금지 의무 위반을 인정하지 않음 (광주신세계)
 - 공적인 규제 집행이 활발한 영역에서 ‘전념의무’를 보장하기 위한 차원에서의 사실상 통제가 이루어지기도 함
 - 기회유용 : 충실의무의 내용에 포섭될 수 있으나 규제 필요성이 크지는 않음

EW/HA,
THE FUTURE
WE CREATE

이사회의 운영

- 비영리법인 이사회 운영의 목표
 - 정보에 기반한 책임성 있는 결정을 통한 미션과 비전의 달성
- 민법상 이사회는 필수설치기관 아니고, 이사회가 없으면 이사 과반수의 찬성으로 직무 집행
 - 민법상 사원총회/이사회/대표/각 이사 (사단법인) or 이사회/이사장/각 이사 간의 권한 배분에 관한 규정이 명확하지 않음
 - 상법상 주식회사와 달리 민법상 사원총회는 정관으로 이사 또는 기타 임원에게 위임한 사항외에 모든 것을 결정하도록 (제68조) 되어 있음. 사원총회와 (이사회) 또는 각 이사간 권한 배분은 정관자치로 정할 사항
- 각 특별법상 이사회는 필수 설치기관
 - 이사회 개최는 연 1회이상 의무화 되어 있으며, 실제 개최 회수는 이사회 성격에 따라 크게 다름
 - 실무형 이사회 v. 감독형 이사회 (리스크 관리에 초점)
 - 이사회에서 결정해야 하는 사항도 법률에 정하고 있음

EI/HA,
THE FUTURE
WE CREATE

이사회의 운영

- 이사회 운영상 문제
 - 사무국이 이사회 준비/진행/운영/평가를 주도하는 경우, 명망가 중심의 거수기 이사회라는 비판에 머무르고 있음
 - 특별법상 이사에 대한 보수 제공이 금지되거나 (사립학교법 등), 비영리법인의 성격상 보수 제공을 자체적으로 금지 or 기부금에 갈음하는 경우 등 이사회 적극 참여에 대한 인센티브가 없음
 - 자기거래 규제가 없으므로 이사에 대한 용역 제공 등의 방식으로 금전적 리워드가 이루어지는 경우도 있음
 - 결국 책임성의 문제로 귀결되고, 의무에 대한 명확한 규정 및 집행을 통해 개선해야 할 것
- 이사회 informed decision 을 보장하기 위한 조직법적 시도
 - 이사회 전문성 보강 + 의견 수렴 기능
 - 사단법인의 운영위원회
 - 전문성과 책임성의 조화를 위한 모색
 - 재단법인의 평의회
 - 사립학교법상 학교법인의 필수설치기관 (제26조의2)
 - 일본 의료법상 의료법인에도 평의회 설치
-

EI/HA,
THE FUTURE
WE CREATE

비영리법인의 지배구조 - 개선방안

EW/HA,
THE FUTURE
WE CREATE

비영리법인 법제의 개선방안

- 2021년 제출된 공익법인법 전면개정안의 한계
 - 일본의 한계를 답습하는 방식
 - 공익 개념이 협소하고, 개별 법률상 비영리법인을 규제대상에서 제외하기 때문에 실익 별로 없음
 - 주무부처 제도가 살아있는한 공익위원회가 설치 되더라도 영국과 같이 포괄적 규제기구 기능을 하지 못함
- 민법/공익법인법/각종 특별법상 비영리법인의 설립, 운영, 폐지를 통할할 수 있는 법률의 제정
 - 정책적/정치적 판단
 - 의원입법 (공익법인의 운영 및 활성화에 관한 법률안) 중심으로 논의될 가능성
 - 주된 규제관청의 지정 : 시민공익위원회 또는 법무부, 총리실 (독립적 기구의 설치 보다는 기능이 중요)
 - 비영리법인 별로 출자규모, 자산규모, 인력규모, 사업규모, 기부금규모, 회원규모 등이 천차만별이기 때문에 일정 규모 이상의 법인에 대해서 특칙을 두어 엄격한 지배구조 등 규제가 적용될 수 있도록 하는 입법 기술적 고민
 - 예컨대 법인을 설립하여 의료행위를 수행하는 경우에도 의료법 적용되는 의료법인 외에도 사회복지법인(현재는 금지), 사립학교법인, 민법상 비영리법인, 의료협동조합 등 그 양태가 천차만별이라 기능별 규제가 적용될 필요성
 - 기부금의 모집, 회계 및 공시에 관해서도 법인 규모에 따른 특칙을 두어 정보 공개의 투명성/신뢰의 회복을 위한 제도를 해당 법률에 마련할 필요성

EW/HA,
THE FUTURE
WE CREATE

비영리법인 지배구조 개선방안

- 사적자치와 공적규제의 중첩적 역할
 - 비영리법인의 본인/대리인 구도에서 '본인'이 추상적인 존재이기 때문에 대리비용 통제에 직접 나설 수가 없음
 - 이를 보완하기 위해서는 공적규제가 들어갈 수밖에 없고, 비영리섹터가 담당하는 사회적 가치창출 (자선, 학술, 예술, 문화, 종교, 복지, 의료, 교육 등) 을 위해서 국가적 자원이 동원되는 것은 정당화 될 수 있음
 - 공적 규제의 내용은 다음 세 가지로 구별됨
 - (i) 국제정에 의한 회계 처리 및 정보 공시 규제
 - 현재 정책적으로 가장 강조되고 있고, 마치 이 방안이 '전부'인 것처럼 관철되는 경향
 - (ii) 복지부, 교육부, 지방자치단체 등 전문규제관청에 의한 운영통제
 - 이사 선임에 관여, 특히 이사의 위법/부당한 직무수행에 관한 통제가 가장 활발
 - 그러다 보니 의무위반에 대한 손해배상 메커니즘이 전혀 작동하지를 않음
 - (iii) 기부금품 모집, 횡령/배임 등에 관한 형사적 통제
 - 형사정책연구원, 공익재단을 이용한 탈법, 불법 유형 및 형사정책적 대응방안 (2018)
 - 적어도 (ii) 와 관련된 부분에 대해서는 사적자치에서 현재 보다 더 활발한 통제 메커니즘이 작동해야 할 것임
 - 공적 제재가 무섭기는 하지만 감독자원의 한계상 수만개 비영리법인의 이사 선임 및 이사회 운영 단계에서 일일이 개입하는 것이 사실상 불가능

EI/HA,
THE FUTURE
WE CREATE

개선방안 : 이사의 의무와 책임

- 비영리법인 이사의 의무와 책임의 내용을 명확히하고 집행을 엄격하게 한다
 - 비영리법인 이사의 의무와 책임을 어디다 규정할 것인가?
 - 의무와 책임의 기본적인 내용은 비영리법인의 규모 또는 법적 성격(사단 or 재단), 활동 분야에 따라서 전혀 다르지 않으므로 민법에 규정하는 것이 가장 바람직하나, 민법의 '법인편'을 수정한다는 것 자체가 지나치게 어렵다는 문제
 - 비영리/공익법인 또는 공익법인 및 기타 특별법상 법인에게 공통으로 적용될 수 있는 법제 정비의 시급성을 보여주는 방증
 - 이사의 충실의무의 법률상 근거 마련
 - 모든 특별법상 민법을 준용하고 있기 때문에 이사의 '주의의무'의 법적 근거에 대해서는 논란의 여지가 없음
 - 비영리법인 '실패'의 대부분의 사례들이 이사와 법인간의 이익충돌과 관련되어 있음
 - 직접적, 금전적 이익충돌로 인하여 본인 또는 제3자의 재산상 이익을 추구한 경우
 - 간접적, 비금전적 이익충돌로 인하여 본인 또는 제3자의 사회적 자분을 추구한 경우
 - 한국 주식회사 지배구조의 후진성이 IMF 를 계기로 상법상 주식회사 이사의 충실의무의 입법화를 초래한 역사를 참조
 - 각 특별법상 비교적 대형 법인들에 대해 이사의 자기거래 규제를 법제화 필요성
 - 의결권 행사를 단념하는 것만으로 충분하지 않음
 - 병원, 학교, 대형 기부금 모집법인 등
 - 재단 출연자와 재단간의 거래에 대해서도 규제하는 방안

EI/HA,
THE FUTURE
WE CREATE

개선방안 : 이사의 의무와 책임

- 비영리법인 이사의 책임을 묻는 사적 메커니즘이 핵심
 - 누가 절차를 주도할 것인가? 주주대표소송의 '주주'가 없음
 - 민법상 사단법인 총사원의 5분의 1 (정관으로 증감가능) 동의를 구하여 임시총회 소집 후 이사를 해임하는 방안 존재 (제70조 제2항)
 - 재단법인의 경우 출연자와 책임있는 이사의 이해관계가 같다면 외부의 '공익대변자'가 필요함
 - 공익의 대표자로서 검사를 활용하는 방안이 가장 현실적이나, 감독자원과 감독정보의 한계가 있음
 - 그렇다고 하더라도 사후적으로 문제가 적발된 경우에도 이사에 대한 손해배상 책임을 추궁하는 법인 외부의 주체를 정할 필요가 있음
 - 공익위원회 또는 각주무관청의 담당공무원도 어차피 감독한계가 있음
 - 미국에서는 각 주법으로 비영리법인의 설립과 운영을 통제하는데, 대부분의 주에서 제대로 집행이 이루어지지 않음 (Cindy Lotte, 2016)
 - 감독자원의 부재 : 절반 이상의 주 법무부가 해당 주에 설립된 비영리법인 감독인력을 3명 미만 보유, 3/4이상의 주 법무부가 비영리법인 전담 감독 검사를 1명 이하로 보유
 - 감독정보의 부재 : 감독을 위한 정보가 제대로 제공되지 않음, 8개의 주만이 주법무부에 비영리법인이 등록 후 재무정보를 제공하도록 규정하고, 다수의 주에는 등록의무조차 없음
 - 미국에 고유한 주정부 관할의 한계 문제
 - 대표소송의 기본적인 메커니즘은 상법상 주주대표소송과 유사하게 설계 (제406조)

EW/HA,
THE FUTURE
WE CREATE

개선방안 : 이사의 의무와 책임

- 비영리법인의 신뢰회복을 위한 실천들
 - 이사회 구성과 운영 측면에 집중되는 경향
 - 의무와 책임을 규정하고 집행하는 데는 문제의식이 공유되지 않음
- 비영리법인 자체적인 trust building의 노력 필요성
 - 이사의 법률상, 정관상 의무에 관한 내부 규정의 제정
 - 해당 규정의 제정을 위한 주무부처의 가이드라인 제공
 - 일본식 자율규제기구를 설립해서 비영리/공익법인 운영에 필요한 콘텐츠를 제공하고, 운영에 관한 컨설팅, 위규 사항에 관한 자체징계 등 담당하는 방안
 - 자율규제의 특성상 '단체'의 금전적, 비금전적 페널티 외에 단체의 임직원에 대한 직접적 징계는 어려움
 - 이사의 법률상, 정관상 의무와 책임, 위반시 페널티에 대한 교육 및 상시적 업데이트의 실시
 - 이사의 위법, 부당행위시 법인이 책임을 벗어날 수 있는 방안이기도 함

EW/HA,
THE FUTURE
WE CREATE

개선방안 : 사단법인과 재단법인 준별론

- 설립/운영중인 비영리법인 가운데 20퍼센트 정도가 사단법인
 - 특별법상 설립되는 대부분의 비영리법인은 재단법인을 전제로 규율
 - 사단법인은 자치성이 강하기 때문에 재단법인의 모델을 기본으로 하고 설계
- 학설상 사단법인과 재단법인의 엄격한 준별론
 - 이론상 정합성 있음
 - 독일의 사단법인/재단법인 규율 법제의 차이
- 실무상 사단법인과 재단법인의 구별이 엄격하게 이루어지지 않는 현실
 - 동질적인 회원집단의 이해관계를 대변하는 법인은 사단법인성 분명
 - 뜻있는 사람들끼리 모여서 공익성 있는 사업을 도모하는 경우 사단법인이지만 재산이 있고, 재단법인과 본질적인 차이가 불분명 (i.e. 아동복지실천회 세움 - 서울시를 주무관청으로 설립한 사단법인)
 - 반대로 재단법인의 경우에도 다수의 출연자들이 임원선임과 그를 통한 의사결정에 관여함으로써 '주주간계약'에 근거한 것 처럼 운영이 이루어지는 경우도 있음
 - 실무상 사단법인과 재단법인에 대해 적용되는 규제를 명확히 구별하지 못하거나, 알면서도 편의에 따라 설립형태를 정하는 경우도 많음

EW/HA,
THE FUTURE
WE CREATE

개선방안 : 사단법인과 재단법인 준별론

- 어떤 형태를 취하더라도 '이사회중심성' 및 '이사의 의무와 책임 강화'의 중요성
 - 기능적인 관점에서 재단법인/사단법인 이사/이사회에 대해서 기본적으로는 같은 법리를 적용할 수 있음
- 사단법인의 사원은 조직의 비금전적성과를 간접적으로 향유한다는 점에서는 핵심이해관계자이나, 법인의 비영리성 (이익분배제한성) 때문에 법인의 이해관계로부터는 한단계 단절된다는 견해
 - 그럼에도 불구하고 사원총회의 구성원으로서 임원의 선임 및 해임, 법인의 조직변경, 해산 및 청산 등 중요한 의사결정권 있음
- 같은 논리라면 재단법인의 기부자들도 사단법인의 사원과 같은 법적 참여 권한 보장하는 견해가 제기될 수 있음
 - 공익법인에 대한 일반적인 시민적 감시권
 - 한걸음 더 나아가자면 재단법인의 수혜자들에게는 재단법인의 운영에 참여할 권리를 보장할 수 없는지 : 열여덟어른 프로젝트의 수혜자들이 아름다운재단의 해당 사업에 대한 운영을 감시하는 것이 가능하고 바람직한가?

EW/HA,
THE FUTURE
WE CREATE

개선방안 : 이사의 인센티브를 어떻게 보장하나

- 이사의 보수 지급
 - 이사의 책임성있는 판단을 위해서 이사회에의 참석 시간에 대한 합리적인 비용은 보수로 책정될 수 있음
 - 보수의 범위 : 이사에 대해서 지불되는 각종 금전적 혜택을 총괄적으로 의미하나 투명화 되고 내규상 정해지는 이상 집행을 금지하는 것이 반드시 좋은 것은 아님
 - Director '시장'에서 더 좋은 판단을 하는 이사들을 선임하는 인센티브 제공
- 더 넓게는 법인의 '운영비' 문제로 귀결됨
 - 예컨대, 공익법인의 특정한 프로젝트에 회사 이름으로 상당한 금액을 기부하면서 '운영비/사업비로 집행하지 않을 것'을 전제조건으로 요구하는 경우들이 있음
 - 법인의 운영비/사업비에 계상되는 비중을 어디까지 정할지도 눈가리고 아웅일 수 있기 때문에, 어디까지나 이사회에서 결정할 사안이고, 이사의 주의의무 및 충실의무의 범위 안에서 재량을 인정할 필요가 있음
- 이사에 대한 비금전적 인센티브의 제공은 어디까지 허용되는가
 - 비영리법인 이사로 선임됨으로써 달성하는 사회적 평판과 명성
 - 해당비영리법인의 사업기회에 참여하는 것은 충실의무 위반 소지가 있으므로 이해관계를 알리고 이사회 사전 승인을 득해야 함

EI/HA,
THE FUTURE
WE CREATE

개선방안 : 누가 감시자가 될 것인가

- 이사의 감시의무
 - 정보와 전문성의 부재
- 비영리법인의 감사
 - 민법상 임의적 선임기관/특별법상 필수 선임기관이나 전문성, 책임성 측면에서 매우 부족함
 - 실질적으로 기능을 못하고 있고, 대규모 법인에 대한 외부감사 제도가 실제 유용함
- 비영리법인의 종사자 및 최고운영책임자
 - '비영리섹터' 고유의 논리와 프로세스를 통하여 이사의 직무집행을 감시, 통제하는 역할을 실제로 수행
- 비영리사단법인의 사원
 - 사원총회 참여를 통해 중요한 의사결정에 직접 참여
 - 참여율은 사단법인의 운영양태, 규모 등에 따라 천차만별
- 비영리법인 공익 활동의 수혜자/기부자
 - 이들을 사단법인의 member와 동일하게 취급하여 감시기능을 부여해야 한다는 견해

EI/HA,
THE FUTURE
WE CREATE

개선방안 : 누가 감시자가 될 것인가

- 국세청의 회계 감독
 - 자원은 많으나 비영리법인은 조세행정측면에서 미미
 - 공정거래위원회/국세청에 의한 대기업이 출자한 공익법인에 관한 감독 활성화
- 주무관청의 담당부서
 - 감독대상 단체의 개수 등에 대해서도 파악조차 안될 정도임
 - 미르재단/케이스포츠재단 사태 이후 각 주무관청의 설립허가 소극성
- 언론의 gatekeeper 기능
 - 선정성, 대중추수주의
- 비영리섹터의 자체 정화 기능
 - 업계의 명성 및 평판 리스크
- 공익의 대변자로서의 검사
 - 민사 소송에서 공익 대변자로서 원고 적격을 인정
 - 감독자원과 감독역량의 부재는 마찬가지

EW/HA,
THE FUTURE
WE CREATE

제언 및 결론

EW/HA,
THE FUTURE
WE CREATE

제언

- 비영리섹터 전체에 대한 신뢰의 위기를 극복하기 위한 가장 좋은 방법은 거버넌스가 제대로 작동하도록 하는 것임
- 비영리섹터가 추구하는 비전과 미션, '비영리다움'을 관철시키기 위해서 극단적으로 시장에서 선호되는 지배구조의 작동원리를 도입해야 할 시점임
- 이사의 선임, 이사회 운영 등은 자치의 영역이나 설립 목적 달성을 위한 원활한 기능이 보장되어야 할 것임
- 본인-대리인 관계에서 대리인에 해당하는 이사들의 의무와 책임을 명확히 규정하고, 위반시 엄격하게 민사적으로 집행하는 메커니즘을 도입할 필요가 있음
- 공적 규제의 필요성을 인정하되, 단체의 규모 및 특성에 맞는 자율적 규범을 제정하도록 유도해야 함
- 정책적으로 회계 및 세무 분야에 집중된 과잉 집행이 비영리생태계 전체에 가져다 주는 비효율을 고려할 시점임
- 감시 기능의 담지자의 범위를 일부러 국한할 필요는 없음
- 중장기적으로 비영리공익법인 법제에 대한 개편, 주된 감독관청에 대한 지정이 필요함

EI/HA,
THE FUTURE
WE CREATE

감사합니다

EI/HA,
THE FUTURE
WE CREATE

【지정토론】

토론문

이 동 진*

제2-3부 1발표 강구욱 교수님 발표

- 일반적으로 법인격(Rechtspersönlichkeit)은 권리능력(Rechtsfähigkeit)을 포함하고 그것을 핵심요소로 합니다.1) 이 점에서 법인격 없는 사단과 권리능력 없는 사단이 다른 의미라는 말은 이해하기 어렵습니다. 부분적으로라도 권리능력이 있다면 그 한도에서 법인격도 있는 셈이라고 하는 것이 솔직한 태도 아닐까요?2)
- 토론자가 오히려 흥미를 느끼는 문제는 - 발표가 다루고 있지 아니한 - 비법인 사단이 민사소송법 제52조에 의하지 아니하고 전 사원이 적극적 또는 소극적 소송당사자가 될 수 있는가, 그 경우에 전 구성원에 대한 판결과 비법인사단에 대한 판결은 형식상 당사자가 서로 다른데, 서로에 대하여 기판력, 집행력이 미치는가 하는 점입니다. 이 문제에 대하여는 약간의 논의가 있었습디만, 본격적인 논의는 보지 못하였습니다.
- 비법인사단과 조합의 구별기준에는 모호한 점이 많습니다. 양자의 구별실익은 전 구성원의 협력을 얻어야 소송을 할 수 있는지와 구성원이 단체의 채무에 대하여 개인책임을 지는지에 있고, 각각의 이해관계가 다른데, 이 두 경우 모두에서 하나

* 서울대학교 법학전문대학원 교수

- 1) 2020. 4. 20. 인적회사법 현대화를 위한 Maurach 초안에서 “권리능력 없는 사단”이라는 - 부적절한 - 표현 대신에 “등기되지 아니하고 승인받지 아니한 사단”이 제안되었다가, 2020. 12. 3. 참조 초안에서 “법인격 없는 사단(Verein ohne Rechtspersönlichkeit)”으로 대체되었다는 점도 여기에 참고할 수 있겠습니다.
- 2) 이 점은 독일민법 제54조를 고려하더라도 달라지지 아니합니다. 오늘날 독일의 판례·학설은 제54조에도 불구하고 일반적으로 등기되지 아니한 사단에 당사자능력, 등기능력, 어음·수표행위능력, 상속능력 등을 인정하고 있고, 이는 이 규정이, 이념사단(Ideanverein)에 대하여는 무의미해졌다는 의미로(cessante ratione legis cessat lex ipsa) 이해되고 있습니다. 그 결과 등기되지 아니한 사단도, “부분적 법주체성”을 가진다고 설명합니다.

의 구별기준이 일관되게 관철될 수 있는지, 또 실제로 일관되게 관철되고 있는지도 의문입니다. 이러한 점에서 조합에 권리능력을 인정하는 것이 문제를 줄이는 길은 아닐까요? 민사소송법 제52조는 독일민사소송법 제50조 제2항과 비슷한데, 독일 판례는 조합에 부분적 당사자능력을 인정하고 있습니다.

- 발표에서 가장 흥미를 끄는 부분은 조합소송이 고유필수적 공동소송이 아닌 통상 공동소송이 되어야 한다는 주장입니다. 그러나 선뜻 동의하기에는 주저됩니다. 재판에서는 대개 개개의 목적물의 지분 처분인데 - 당사자의 처분권을 매개로 판결의 효력이 미칩니다 - 공유에서는 이것이 공유자에게 분속하는 반면, 합유에서는 이것이 합유자들에게 합수적 귀속합니다(민법 제273조 제1항).³⁾ 조합원에 대한 채권자의 개별적 권리행사와 조합원의 '지분'압류는 모두 '조합원'소송이고 '조합'소송이 아니므로 (합유관계에 직접 영향을 주지 않습니다) 이와 별 관련이 없습니다. '모든 합유자의 동의'가 있으면 합유물에 대한 개별 지분의 처분도 가능하다는 것이 통설입니다만, 이를 들어 조합소송을 고유필수적 공동소송에서 제외할 수 있다면 과연 고유필수적 공동소송에 남는 것이 무엇인지, 그리고 이러한 경우를 굳이 제외하는 이익이 무엇인지도 의문입니다.

제2-3부 2발표 권 철 교수님 발표

- 먼저, 지방자치와 비영리/공익단체입니다. 이 부분 논의가 어떤 의미가 있는지는 분명하지 않습니다. 이른바 주민자치가 주민공동체를 하나의 '공동체'로 파악하는 합니다만, 이를 민법상의 단체로 보는 것은 - 국가법인설과 함께 - 공법학이 사법학의 개념을 가져다 쓴 예이고, 그로부터 사법학이 배울 부분은 잘 떠오르지 않습니다. 비법인사단은 이미 그러한 '공동체'를 포섭할 수 있습니다. 그러나 그러한 것이 모든 단체가 그러한 '공동체'로서의 면을 가져야 한다는 뜻이 되기는 어렵다고 생각합니다.
- 다른 한편 이 부분은 - 행정개혁과도 관계되는 - 국가기능의 (부분적) 민간/제3섹터) 이전에 대한 기대도 다루는 듯합니다. 그러나 행정사무의 민간위탁은 지방행정뿐 아니라 중앙/국가행정에서도 인정되고 있고, 국가 또는 지방사무를 위탁하

3) 이와 관련하여 토론자는 민법 제706조가 물권법적 처분-판결의 효력은 이와 관련됩니다-에 적용되지 아니한다고 봅니다.

는 것이므로 주민자치가 아닌 단체자치(top-down)와 더 잘 연결되며, 결과적으로 수탁자로서 단체와 위탁자인 행정청의 관계가 중심이 되므로, 단체의 ‘거버넌스’는 문제가 되기 어려워 보입니다.

- 다음, 협동조합은 ‘공동체’를 구성하여 자율적으로 수요를 충족하려는 시도(bottom-up)인데, 협동조합 자체의 ‘거버넌스’(당연히 ‘공동체’성을 띕니다)보다는, 현재로서는, 탈법수단이 아닌지가 문제되고 있습니다.⁴⁾ 토론자는 협동조합 관련 입법/사업이 현실을 고려하지 아니한 채 소박한 ‘공동체’ 지향을 무리하게 법에 넣은 것 아닌가 하는 의심을 갖고 있습니다.
- 헌법상 ‘단체’의 기본권주체성은 결국 그 배후에 있는 자연인의 기본권 행사의 편의/필요와 결사의 자유로 뒷받침되는데, 이러한 점에서 단체가 헌법상 승인되고 그 활동에 법인격을 부여하는 데 별 어려움이 없다면 법인격 취득에 대한 기본권을 부정할 이유는 없으리라고 봅니다. 문제는 ‘허가제’인데, 우리는 이를 민법에서만 규율하고 있어 비법인단체에는 적용되지 아니하고 결국 법인격 취득, 즉 등기와 관계할 뿐입니다. 독일과 달리 비영리단체에 관하여 공/행정법적 규율을 따로 하지 아니하는 것입니다.⁵⁾ 이는 우리 법의 흠인데, 법인격 유무와 관계없이 단체를 금지할 공적 권한이 규정되어 위와 같은 허가의 효과가 분명해지면 주무관청에 재량이 인정되는 형태의 ‘허가’(행정법학에서 말하는 허가와 구별됩니다)가 결사의 자유를 침해하여 위헌이라는 점에는 의문이 없으리라고 봅니다.
- 조세부담의 감면은 비영리단체라는 지위 자체보다는 그 활동에 결부되어 있습니다. 회사도 공익적 활동에 관하여는 조세부담을 감면받습니다. 공익활동에 대한 조세부담 감면은 경제적으로는 보조금으로, 정책적/정치적 성격을 띠고 입법재량에 속합니다. 문제는 어떤 공익을 어떻게 추구하는지 묻지 아니하고 일정 범주에 들어가면 조세부담을 경감시켜주는 대신 거버넌스상 일정한 요구를 하는 접근이 적절한가 하는 점입니다. 토론자는 (모금에서) 조세부담을 감면받는 대신 거버넌스를 통제받는 비영리단체는 소수로 제한되어야 하고, 나아가 거버넌스를 구체적으로 법제화하는 것은 자율을 해하여 바람직하지 아니하다고 봅니다.
- 단체의 ‘거버넌스’와 형태와 관련하여서는 종교단체 못지 아니하게 언론기관과 노

4) 이는 협동조합이 하는 일 중 다수가 이미 국가의 규제(인허가 등)하에 있다는 점과 관계됩니다.

5) 독일은 주법으로 공/행정법적 규율을 하고 있는데, 허가든 인가든 못 받으면 그 단체는 해산됩니다.

동조합이 중요하다고 봅니다. 이들에 대한 규율은 거칠게 말하면 최소한의 거버넌스에 관한 원칙(principle)은 수립하되 (가령 민주적이어야 한다는 등) 더 구체적인 것은 자율에 맡기는 것인데, 토론자는 일정한 기능을 하는, 그러나 고도로 자율이 존중되어야 하는 단체에 대하여는 이 정도의 규율이 가능한 최선 아닐까 생각합니다.

제2-3부 3발표 김정연 교수님 발표

- 법인 설립의 목적-미션과 비전-이 일응의 기준이 된다는 데는 공감할 수 있습니다. 그러나 비영리법인도 늘 정관에서 ‘목적’을 충분히 구체화하는 것은 아니고, 정관상 목적은 다분히 추상적으로 정하고 이사 임명기타 운영에 대한 관여를 확보함으로써 이를 구체화하는 일도 적지 않습니다.⁶⁾ ‘목적’이 어느 정도 이사의 의무를 지도하기는 합니다만, 그로부터 얼마나 ‘구체적 내용’을 끌어낼 수 있을지는 의문입니다.
- 비영리법인 이사의⁷⁾ 경우 과도한 책임을 부과하면 좋은 이사 후보를 구하기 어렵다는 문제가 생기고, 충실의무 내지 이익충돌회피의무를 부과하는 것도 같은 문제를 초래합니다. 이는 비영리법인의 지배구조에 관한 논의에서 중요하게 다루어지는 문제 중 하나이자, 회사법과 단순 비교할 수 없는 이유이기도 합니다. 결국 관건은 이사의 의무와 책임을 ‘어떻게’, ‘어느 정도’로 규정할 것인가 하는 세부 사항인데, 이에 관한 구체적 의견이 궁금합니다.
- 비영리법인이 설립되는 이유는 다양하고, 규모도 다양합니다. 이는 원칙적으로 단체자치의 뒷받침을 받습니다. 물론 그 결과 지배구조가 허술하기 쉬운데, 각국의 대응은 대개 세제상의 혜택을 미끼로 일정한 지배구조를 요구하거나 모금활동의 적법성을 매개로 일정한 지배구조 또는 공시를 요구하는 형태를 취합니다. 이는 세제상 혜택을 받지 아니하거나 공개적으로 모금하지 아니하면 강한 규제의 대상

6) 주지하는 바와 같이 대법원은 상지대학교 사건에서 이러한 이유에서 설립자가 지정한 ‘이사’에게 특별한 지위를 인정한 바 있습니다.

7) 사소합니다만, 민법에는 ‘이사회’가 없다는 설명에 대하여 토론자는 평소 의문을 갖고 있습니다. 민법전에 ‘이사회’라는 개념/표현이 나오지 아니하는 것은 사실입니다만, 이사가 여러 명 존재하는 경우 의사결정에 관하여 다수결을 요구하는 한(민법 제58조 제2항) 실질적으로는 ‘이사회’가 존재할 수밖에 없는 것 아닐까요?

도 되지 아니함을 뜻합니다. 단체자치와의 갈등을 피하고 크고 작은 다양한 비영리법인이 있을 수 있음을 고려한 것이라고 여겨집니다. 공익법인을 넓게 잡거나 비영리법인 관련 법령을 통폐합하여 지배구조 등을 일률적으로 정하는 경우 이와 같은 비영리법인의 다양성을 고려하기 어려워질 우려가 있지 않을까요?

- 사단법인과 재단법인은 전자의 경우 ‘사람들의 현재의 의사’가, 후자의 경우 ‘어떤 사람의 과거의 의사’가 (그의 현재의 생존 여부 및 의사와 어느 정도 독립하여) 단체를 규정한다는 차이가 있습니다. 사적 자치의 원칙상 각각에 여러 변형이 허용되어 있고, 그 결과 두 단체형식이 교환가능한 경우가 있음은 사실이나, 사원과 기부자의 지위는 다르되고, 기부자의 감시권한이 사원의 참여권과 같은 것이라고 보기는 어렵지 않나 생각합니다.

【지정토론】

한계상황에 처한 비영리법인에 대한 공적규제

— 감시자로서의 주무관청 vs 법원 —

탁 상 진*

I. 문제의식

- 인구절벽에 따른 학령인구 감소(2022년 2분기 합계출산율 0.75명_통계청¹⁾)가 계속되고 있고 이는 2010년 대비 약 절반에 해당함.
- 이런 문제의식에 따라 2022. 6. 9. 국회에서 한국사학진흥재단 주최(주제: 지역 사회 위기, 폐교대학 정책 대안 모색하다)로 포럼을 개최한 바도 있음.
- 인구절벽과 대학경영자의 비위(비영리법인의 본인/대리인 구도문제_김정연 교수님 ppt 20쪽) 등에 따른 사립대학교 통·폐합 문제는 앞으로 더욱 가속화될 주요 이슈임.
- 특히 대학 폐교는 학생의 학습권 침해, 교수·교직원의 실직/임금체불, 지역사회 유동인구 감소 및 상권붕괴, 노후화되고 방치된 대학시설의 우범지대화(slum) 등으로 복합적인 사회 문제와 직결됨

II. 한계상황에 처한 비영리법인(학교법인)의 감시자

1. 관련규정

▣ 사립학교법 제28조(재산의 관리 및 보호)

* 사법정책연구원 연구위원

1) 통계청 보도자료 참조(http://kostat.go.kr/portal/korea/kor_nw/1/2/1/index.board?bmode=read&bSeq=&aSeq=419989&pageNo=1&rowNum=10&navCount=10&currPg=&searchInfo=&sTarget=title&sTxt= 최종방문 2022. 9. 27)

① 학교법인이 그 기본재산에 대하여 매도·증여·교환·용도변경하거나 담보로 제공하려는 경우 또는 의무를 부담하거나 권리를 포기하려는 경우에는 관할청의 허가를 받아야 한다.

- 한계상황에 직면한 학교법인이 법인회생 사건을 진행할 경우, 수익용 기본재산 처분을 회생계획안에 반영하는 경우가 대부분일 것임. 이럴 경우 관할청인 교육부의 허가를 필요로 함.

2. 判例의 태도

■ 대법원

- 사립학교법 제28조 제1항에서 학교법인이 의무를 부담하고자 할 때 관할청의 허가를 받도록 규정한 것은 학교법인 재산의 원활한 관리와 유지·보호를 기함으로써 사립학교의 건전한 발달을 도모하자는 데에 그 목적이 있다. 그러므로 위 규정의 의무부담에 해당하는가 여부는 그 목적과 대조하여 구체적으로 결정되어야 하고, 학교법인이 의무를 부담하는 내용의 모든 법률행위가 일률적으로 이에 해당한다고 단정할 수 없다(대법원 2020. 2. 27. 선고 2017다270114 판결)
- 사립학교법 제28조의 의무부담행위 외에 부동산 처분 관련하여 부동산은 정관 기재사항이고 정관변경에 주무관청의 허가가 필요하므로 결국 부동산의 처분에 주무관청의 허가가 필요함(대법원 1966. 11. 29. 선고 66다1668 판결, 사립학교에 관하여는 대법원 2004. 9. 8.자 2004마408 결정).

■ 헌법재판소

- 사립학교법 제28조 제1항 헌법소원 사건에서, “위 법률조항은 사립학교를 설치·운영하는 학교법인의 물적 기반이 되는 기본재산의 매도에 있어 관할청의 허가를 받도록 함으로써 학교법인의 재정적 기초가 되는 기본재산을 유지·보전하도록 하기 위한 것으로 그 입법목적의 정당성이 인정되고, 학교법인의 기본재산 매도에 있어 관할청의 허가를 요하도록 하는 것은 학교법인의 운영자나 이해관계자의 사익추구행위나 학교법인의 자의적이고 방만한 재정운영으로

부터 학교법인의 기본재산이 산일되는 것을 방지하는 데 기여할 수 있어서 위와 같은 입법목적의 달성을 위한 적절한 수단인 하나라 할 것이므로, 수단의 적정성도 인정된다. 나아가 이 사건 법률조항이 사립학교 운영의 자유나 학교법인의 기본재산을 강제경매 혹은 매수하려는 학교법인의 채권자 내지 거래 상대방 등의 재산권을 제한하고 있다 하더라도, 그 대상이 학교법인의 기본재산에 한정되고, 관할청의 허가를 받으면 얼마든지 매도가 가능하며, 신고로 충분한 예외의 범위를 넓게 인정하고 있고, 한편 강제경매의 경우나 법인이 해산되는 경우 등에 관할청의 허가를 요하는 것에도 합리적 이유가 있으므로, 이를 과도한 제한이라고 보기는 어렵다. 그리고 공교육의 일익을 담당하는 사립학교 재정의 공고화에 대한 공익은 매우 중대하다 할 것이고 입법자가 이러한 점을 고려하여 거래의 안전이나 상대방의 재산권보다 학교재정의 건전화에 대한 공익적 요구를 중요한 가치로 선택한 것이라 할 수 있으므로, 이러한 입법자의 법익 형량이 불합리하다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙을 위반하여 사립학교 운영의 자유나 학교법인의 채권자 내지 거래상대방 등의 재산권을 침해하지 않는다(헌법재판소 2012. 2. 23. 선고 2011헌바14 전원재판부 결정)』고 판시.

3. 법정관리 사건에서 예외 인정의 필요성

가. 검토

- 회생사건에 있어서는 회생절차 진행 및 회생계획 수행에 있어서 법원과 관리위원의 관리감독 및 허가를 받도록 함.
- 채무자(학교법인)는 기본재산 처분을 통해 한계상황을 탈출하여 결과적으로 재정위기에 빠진 학교법인을 정상화하려는 목적이 있고, 법원의 관리감독을 통하여 학교법인의 운영자나 이해관계자의 사익추구 및 방만한 재정운영 등 기본재산 산일이 사전 차단될 수 있음.
- 채권자협의회/CRO(구조조정담당임원) 공동관리인 선임 등의 제도·기구가 구성되어 감시체계도 갖추어져 있음.
- 한계상황에 직면한 학교법인에 대하여는 비상상황으로서 평시에 해당하는 사립학교법 제28조에 대한 예외가 필요함.

- 주무관청이 감독대상 단체 개수 등에 대하여 파악조차 안될 정도로(김정연 교수님 발표자료 31면) 주무관청의 현실적인 감독도 기대하기 어려움.

나. 제안

- 이러한 사정을 종합하면, 적어도 회생사건에 들어와 법원의 엄격한 관리감독하 있는 학교법인의 기본재산 처분에 있어서는 그 공적규제의 주체를 주무관청이 아닌 법원에 集中하도록 함으로써 사립학교법 제28조의 적용을 제외하는 해석론 또는 입법론이 어떠한지 궁금합니다.

4. 餘論

- 한편, 대법원은 학교법인의 교육용재산을 수익용재산으로 용도변경하는 것을 사립학교법 제29조 제6항(교비회계 수입·재산의 타 회계 전출 금지)을 근거로 거부하는 것은 위법하다는 취지의 판결을 하였음(대법원 2021. 4. 15. 선고 2021두30730 판결²⁾).
- 이에 교육부는 2022. 6. 15. 유희 교육용 기본재산을 수익용 기본재산으로 용도변경 시 허가 기준을 완화(교육·연구에 활용하지 않고 있는 유희 교육용 기본재산에 대하여는 교비회계 보전 없이도 수익용 기본재산으로 용도 변경할 수 있도록 허용)하는 내용을 주된 내용으로 하는 「사립대학(법인) 기본재산 관리 안내」를 개정.³⁾

2) 다만, 이는 심리불속행기각 판결이고 실질적인 이유는 원심인 서울고등법원 2020. 12. 11. 선고 2020누35969 판결에 실시되어 있음.

3) 자세히는 교육부 홈페이지 보도자료 참조(<https://www.moe.go.kr/boardCnts/viewRenew.do?boardID=294&boardSeq=91791&lev=0&searchType=null&statusYN=W&page=13&s=moe&m=020402&opType=N>. 최종방문 2022. 9. 27.)