

규제연구시리즈 · 41

한국민법의 경제분석(II)

김정호

한국민법의 경제분석(I)

1판1쇄 인쇄/2003년 1월 15일

1판1쇄 발행/2003년 1월 18일

발행처/한국경제연구원

발행인/좌승희

편집인/좌승희

등록번호/제13-53

(150-756) 서울특별시 영등포구 여의도동 28-1 전경련회관
전화(대표)3771-0001 (직통)3771-0057 팩시밀리 785-0270~1

<http://www.keri.org/>

© 한국경제연구원, 2003

한국경제연구원에서 발간한 간행물은
전국 대형서점에서 구입하실 수 있습니다.
(구입문의) 3771-0057

발 간 사

제도는 인간 행동의 인센티브 구조를 결정함으로써 사회의 모습을 형성해 가는 데에 큰 역할을 한다. 한국경제연구원이 단순한 경제학적 연구만이 아니라 제도연구의 중요성을 강조해 왔던 것은 그 때문이다. 법과 판결은 제도의 중심을 이루며, 그 중에서도 모든 사법의 기초가 되는 민법 연구의 중요성은 아무리 강조해도 지나침이 없을 것이다. 불행히도 민법에 대한 법학적 연구의 뿌리 깊음에 비해 경제학적 연구는 일천하다. 전혀 없었던 것은 아니지만, 미국 보통법의 판결원칙을 서술 대상으로 하고 있는 경우가 많아서 내용이 추상적이고 우리 법현실과의 적용 가능성은 낮았다. 경제학적 연구가 법학자들에게 여러 가지의 도움을 줄 수 있음에도 불구하고 법학자와 경제학자간의 대화 통로가 여전히 좁은 것은 법에 대한 경제학적 연구의 이 같은 비현실성에 있을 것이다. 이 연구는 두 학문간의 좁은 통로를 넓히기 위한 본격적 시도로서의 가치를 가진다.

이 연구에서 김정호 박사는 우리 민법의 중요한 몇 가지 주제들을 경제학의 도구로 분석하고 있다. 제1장은 물권법의 기본원칙인 물권법정주의를 다룬다. 물권법정주의가 무엇이고, 왜 필요하며, 현재 우리 법원은 이 원칙을 어떻게 적용하고 있는지에 대해서 살피고 있다. 또 영미법의 경우 물권 창설에 대해 어떤 제한이 가해져 왔는지도 소개한다. 물권법정주의란 새로운 물권의 창설이 법률과 관습법에 의해서만 가능하다는 원칙이다. 아무리 계약 당사자 쌍방이 원하더라도 계약에 의한 새로운 물권의 창설은 허용되지 않는다. 필자는 이 원칙의 필요성을 정보경제학적 관점에서

찾고 있다. 임의적 물권 창설은 제3자에게 정보획득비용의 증가라는 피해를 주기 때문에 그것을 막기 위해 물권의 임의 창설에 대한 제한이 필요하다는 것이다. 이밖에도 입법과 관습법에 의해서만 물권을 창설할 수 있게 하는 이유를 제시하고 있고 또 우리나라의 관련된 판례들이 경제학적 원칙과 부합되는지도 살펴보고 있다.

제2장에서는 물권과 관련된 또 하나의 중요한 원칙인 공시 및 공신의 원칙을 경제학적 관점에서 분석하고 있다. 공시제도가 왜 필요한지, 동산은 점유로 공시하고 부동산은 등기로 공시하는 이유가 무엇인지 등을 정보경제학의 관점에서 설명한 후, 부동산등기의 공신력을 인정하지 않는 현행 제도가 정당화될 수 있는지를 분석했다. 등기의 공신력을 인정하는 것이 최소비용회피자의 원리에 부합된다는 결론이다.

제3장에서는 민법총칙의 중요한 부분인 강박에 의한 의사표시의 취소조항을 분석하고 있다. 위협행위 중에서 허용되어야 할 것과 허용되어서는 안될 것을 구분한 후 강박행동이나 공박한 상황을 악용하는 행위가 허용되어서는 안됨을 경제학적 관점에서 설명한다. 이런 행위에 기초한 계약은 자발적 계약과는 달리 이미 만들어져 있는 가치가 파괴하기 때문이라는 것이 필자의 주장이다. 이런 설명에 이어, 관련된 우리 법원의 판결에 대한 분석이 뒤따른다. 마지막으로 강박에 의한 의사표시의 구제수단은 취소보다는 무효가 더 합리적이며, 또 강박행동의 중요한 주체인 정부에 의한 강박의 경우 개별 소송에 의한 구제는 현실성이 없기 때문에 헌법적 구제가 더 강화돼야 함을 주장한다.

마지막의 제4장은 손해배상제도와 관련된 세 가지의 쟁점을 다루고 있다. 첫번째의 쟁점은 손해배상제도의 목적이다. 기존의 법학자들은 손해배상제도의 목적이 피해자의 손해를 전보해주는 데에 있을 뿐 위법행동을 억제하는 데에 있지 않다고 주장한다. 억

제효과를 담당하는 것은 형사처벌이라는 것이다. 그러나 필자는 과실책임주의, 예견가능성에 의한 배상범위의 제한, 과실상계 등의 특성을 고려했을 때, 기존 손해배상제도의 목적이 위법행동의 억제효과 쪽에 더 가깝다고 주장한다. 두 번째의 쟁점은 예견가능성에 의한 배상범위의 제한문제다. 우리 민법은 예견가능성을 손해배상액 산정을 위한 유일한 기준으로 규정하고 있다. 필자는 여러 가지의 사례나 판례를 분석함으로써 이 기준만으로 모든 손해배상 사건을 다루는 것은 부적절하며 실제로도 법원은 다른 기준들을 적용하고 있음을 보이고 있다. 마지막으로 손해배상액 산정의 기준시기 문제가 다루어진다. 배상액산정의 시기를 채무불이행시점으로 할 것인가 판결시점으로 한 것인가의 선택에 관한 문제다. 계약 목적물의 가격이 심하게 변화하는 상황에서는 어느 쪽을 택하는지에 따라 배상액수에 큰 차이가 날 수 있기 때문에 간과할 수 없는 쟁점임이 분명하다. 계약 목적물의 대체가능성이 커서 계약이 이행되지 않더라도 쉽게 유사한 다른 것을 취득할 수 있는 경우라면 채무불이행시점을 기준으로 하는 것이 좋지만, 대체가능성이 낮아진다면 판결시점을 기준으로 해야 할 필요성이 높아진다고 필자는 주장한다. 그러나 대체가능성이 낮은 경우이더라도 채권자와 채무자 중 어느 쪽이 가격변동위험을 더 효율적으로 부담할 수 있는지는 사전에 알 수 없기 때문에 어느 쪽 기준이 더 효율적인지도 확실히 알 수 없다고 부연한다. 그 대신 손해배상액 예정의 자유를 더 확장해서 가격변동 위험에 대한 부담자를 당사자들 스스로 결정할 수 있게 해야 한다고 마무리한다.

경제학의 도구로 분석되어야 할 민법 상의 쟁점은 수없이 많은 것이다. 이 연구는 그런 작업을 위해 첫발을 내딛은 것에 불과하다. 이 연구를 계기로 해서 더 많은 민법학자들이 경제학의 도구를 사용할 수 있게 되고, 또 더 많은 경제학자들이 민법의 쟁점들을 분석하게 되길 바란다.

이 연구는 자유기업원의 김정호 박사가 수행했다. 그의 부단한 호기심과 성실성에 감사 드린다. 아울러 워크샵에 참석해서 여러 가지의 논평을 해 주신 서울대학교 법학과의 윤진수 교수, 숙명여대 경제학과의 신도철 교수, 익명의 심사위원 두 분과, 이 연구를 기획하고 조정한 본 연구원의 이주선 박사, 이인권 박사께도 감사 드린다. 끝으로 이 보고서의 모든 내용은 필자 개인의 의견이며, 본원의 공식적 견해와 다를 수 있음을 밝혀둔다.

2003년 1월
한국경제연구원
원장 좌승희

차 례

제1장 물권법정주의에 대한 경제학적 해석 / 11

1. 서 론 / 13
 2. 재산권, 물권, 채권 / 14
 - (1) 재산권 / 15
 - (2) 물권과 채권 / 16
 3. 권리 묶음으로서의 물권과 법정물권주의의 의미 / 19
 4. 물권법정주의는 필요한가 : 경제학적 해석 / 22
 5. 법률, 관습법, 사법부 / 27
 - (1) 입법부와 사법부 / 27
 - (2) 어떤 관습을 관습법으로 볼 것인가 / 27
 6. 물권법정주의의 구체적 적용례 : 우리나라 / 31
 7. 보통법 국가에서의 적용사례 / 36
 8. 결 론 / 39
- 참고문헌 / 41

제2장 공시 및 공신의 원칙에 대한 경제학적 분석 / 43

1. 서 론 / 45
2. 현행 민법에서의 공시의 원칙과 공신의 원칙 / 47
 - (1) 공시의 원칙 / 47
 - (2) 공신의 원칙 / 50
3. 동산, 부동산, 그리고 공시방법의 선택 / 53

- (1) 공시의 필요성 / 54
- (2) 물건의 종류와 공시방법의 선택
: 점유공시 vs. 문서공시 / 57
 - 1) 동 산 / 57
 - 2) 부동산 / 60
- 4. 부동산등기의 공신력 / 65
- 참고문헌 / 73

제3장 강박에 의한 의사표시의 경제학 / 75

- 1. 서 론 / 77
- 2. 위협에 의한 의사결정의 법경제학 / 78
- 3. 한국민법의 관련조항들 / 89
 - (1) 강박 : 민법 제110조 / 90
 - (2) 궁박 : 민법 제104조 / 93
 - (3) 다른 법률과의 관계 / 97
 - 1) 형법 및 불법행위와의 관계 / 97
 - 2) 민법의 유사한 다른 조항과의 관계 / 97
- 4. 미국법과의 비교 / 103
- 5. 강박의 구체적 모습과 판결들 / 106
- 6. 두 가지의 논점 / 118
 - (1) 취소 또는 무효? / 118
 - (2) 정부의 강박과 취소의 어려움 / 123
- 참고문헌 / 131

제4장 손해배상제도에 대한 몇 가지 경제학적 쟁점/ 133

1. 서 론 / 135
2. 손해배상제도의 목적 : 손해전보 또는 위법행위 억제 / 136
3. 예견가능성에 의한 배상범위의 제한 / 140
 - (1) 통상손해와 특별손해 / 140
 - (2) 알려줄 의무로서의 예견가능성 요건 / 141
 - 1) 계약책임의 경우 / 142
 - 2) 불법행위 책임의 경우 / 145
 - (3) 예견가능성 기준이 불합리한 경우들 / 148
4. 손해배상액 산정의 기준시점 / 157
 - (1) 기존 학설의 태도 / 159
 - (2) 판례의 태도 / 162
 - (3) 효율적 계약파기 이론 / 163
 - (4) 효율적 기준시기에 대한 법경제학적 분석 / 165
 - 1) 할인율과 실질배상액 / 165
 - 2) 목적물의 가격과 전반적 물가수준 / 167
 - 3) 손해배상액 예정의 자유 / 171

참고문헌 / 174

영문초록 / 176

제1장 물권법정주의에 대한 경제학적 해석¹⁾

-
- 1) 이 논문은 김정호, 물권법정주의와 관습법, 하이에크 소사이어티(편), 『이제는 자유를 말할 때』, 울곡출판사, 2001을 보완 수정한 것이다. 논문의 초기 단계에서 도움을 주신 송실대 법대 윤철홍 교수님, 한국경제연구원 워크샵에서 지명토론회 주신 서울대 법대 윤진수 교수님과, 한국경제연구원 이인권 박사님, 이주선 박사님께 감사드린다. 익명의 심사자 두 분께도 감사드린다. 그러나 아직도 오류가 남아 있다면 모두 필자의 책임이다.

1. 서론

우리 민법 제185조는 [물권은 법률²⁾ 또는 관습법³⁾에 의하는 외에는 임의로 창설하지 못한다]라고 함으로써 물권법정주의를 선언하고 있다.⁴⁾ 여기서 창설하지 못한다는 말은 구체적으로 두 가지의 뜻을 지니는데, 그 하나는 법률 또는 관습법이 인정하지 않는 새로운 종류의 물권은 만들지 못한다는 것이고(종류강제) 둘째는 법률 또는 관습법이 인정하는 물권에 있어서도 그 물권에 대해 법에서 규정한 내용과는 다른 내용을 부여하지 못한다는 것(내용강제)이다.⁵⁾

물권법정주의는 계약의 자유에 대한 제한이다.⁶⁾ 계약이 완전히 자유롭다면 매우 다양한 형태의 권리⁷⁾ 묶음이 거래될 것이다. 물

-
- 2) 어느 수준에서의 법률을 의미하는지에 대해 관운직과 윤철홍간에 의견이 다르다. 관운직의 경우 이 조항에서처럼 관습법과 대응되는 의미에서의 법률이라는 용어의 의미는 형식적 의미에서의 법률뿐 아니라 명령, 대법원규칙, 조약, 자치법규 등 모든 성문법을 의미하는 것을 새기는 것이 합리적이라고 주장한다(관운직(1999, pp.11-12)). 그러나 김황식(2001, p.120), 윤철홍(1998, p.15)은 물권과 같이 일반 제3자의 이해관계에 크게 영향을 미치는 것을 단순한 행정기관의 명령 등에 의하여 창설하게 하는 것은 부당하다는 논지를 펴다.
 - 3) 관습법이 성립하려면 관행의 존재 그리고 법적 확신의 취득이라는 두 가지 조건이 갖추어져야 한다. 따라서 비록 관행이 존재하더라도 법원이 판결에서 관습의 존재를 인정해야만 당해 관행이 관습법으로서의 효력을 갖는다. 관운직(1999), p.16.
 - 4) 관습법에 의한 물권 창설을 성문법으로 인정하기 시작한 것은 1957년 ‘제정(制定) 민법’이 통과되면서부터이다. 그 이전 사용하던 ‘의용(依用) 민법(제175조)’에서는 물권은 법률에 의하여서만 창설할 수 있다고 규정하고 있다. 그럼에도 불구하고 공유하천의 유수사용권이나 분묘기지권 등 관습법에 의한 물권의 창설은 인정되었었다. 이런 사정은 일본도 같았다. 일본 민법도 관습법에 의한 물권의 창설을 명문으로 인정하고 있지는 않다. 그럼에도 불구하고 판례에 의해 온천권과 같은 관습상의 물권은 인정하고 있다. 우리의 제정 민법이 관습법에 의한 물권의 창설을 명문으로 인정한 것은 현석호 수정안을 받아들였기 때문이다. 1957년 당시 민법 제정과정과 물권법정주의 관련 토론내용에 대해서는 양창수(1992, pp.143-156) 참조.
 - 5) 윤철홍(1998, pp.15-16).
 - 6) Merrill and Smith(2000, p.3).

권법정주의는 거래 가능한 권리의 묶음을 제한하는 역할을 한다. 계약 자유를 인정하는 이유가 거래 쌍방 모두에게 이익이 되는 거래를 촉진함으로써 사회구성원 전체의 이익을 증진하려는 데에 목적이 있음을 감안할 때, 계약 자유를 제한하려면 마땅한 이유가 있어야 할 것이다. 이 논문은 물권법정주의가 어떤 이유로 필요한지, 그것의 한계는 무엇인지, 그리고 현행 우리나라의 판례들은 물권법정주의의 본래 취지에 적합하게 만들어져 있는지를 살피는 데에 목적이 있다.

2. 재산권, 물권, 채권

물권법정주의를 위배한 계약은 채권적 효력만 가질 뿐 물권적 효력은 없다고 한다. 이 말을 이해하려면 물권 및 채권의 개념을 이해해야 한다. 그러나 경제학자들에게 이런 권리들은 생소한 개념이다. 경제학자들은 재산권Property Right이라는 용어를 즐겨 쓴다. 여기서는 재산권과 물권, 채권간의 관계에 대해서 살펴보기로 한다.

(1) 재산권

경제학자들에게 재산권은 인간이 희소성 있는 ‘것’들에 대해서 가지는 권리를 일컫는 말이다. 경제학자들은 물체뿐 아니라 아이디어, 성sex, 인격 등 인간이 필요로 하고 또 희소성을 가진 것들

7) 법학에서는 권리와 권한, 권능(權能)을 서로 별개의 개념으로 나누어 사용한다. 권리란 법에 의해 의사에 부여된 힘 또는 지배력(의사설), 법적으로 보호된 이익(이익설), 권리자와 의무자 사이의 범규범(규범설) 등으로 이해된다. 권한이란 타인을 위하여 법률행위 또는 기타 법적 행위를 할 수 있는 자격을 부여받은 상태를 말한다. 한편 권능이란 권리의 내용을 이루는 개개의 법적 힘을 뜻한다. 예를 들어 소유권은 물건에 대한 사용, 수익, 처분의 권능이 포함된 것으로 이해된다. 이운영(2001, pp.101-106) 참조. 이 논문에서 쓰는 권리는 법학자들이 사용하는 권리와 권능 양자를 모두 포함하는 개념으로 쓴다.

에 대한 권리는 모두 재산권이라는 이름으로 부르는 경향이 있다.⁸⁾ 재산권이라는 단어의 이러한 용법은 법학에서와는 상당히 다르다. 재산권이라는 개념을 사용하는 대표적인 곳은 헌법이다. 헌법 제23조는 ‘모든 국민의 재산권은 보장된다(제1항)’라고 규정함으로써 재산권 개념을 채용하고 있다. 허영 교수의 해석에 의하면 헌법상의 재산권은 사적 유용성과 임의적 처분권능이 인정되는 모든 재산가치 있는 권리를 뜻한다고 한다.⁹⁾ 이러한 해석에 의하면 재산권의 개념에 대해서 헌법과 경제학간에 큰 차이는 없어 보인다. 그러나 실제의 적용에서는 차이가 있다.

헌법상의 재산권으로 인정되는 권리는 동산 및 부동산에 대한 모든 종류의 물권과 사법상의 모든 채권¹⁰⁾은 물론이고, 특별법상의 권리,¹¹⁾ 공무원의 급료 및 연금 청구권 등 재산가치 있는 공법상의 권리 등도 자신의 희생을 통해서 얻어진 보상적 성질이 강한 것인 경우에는 헌법이 말하고 있는 재산권에 속한다고 한다.¹²⁾ 보상적 성질의 유무와는 무관하게 재산권을 인식하는 경제학에서와는 차이점을 보인다. 저작권 특허권 등 지적재산권도 헌법상 재산권에 속하는 것은 사실이지만, 여기에 대해서는 위 조항이 아니라 제22조 학문과 예술의 자유를 통해서 보호하고 있다.

헌법이 말하는 재산권과 경제학적 재산권간의 결정적 차이는 단순한 기대이익이나 반사적 이익, 경제적 기회, 우연히 생긴 법적 지위 등을 대하는 태도에서 발견된다. 경제학적 재산권의 개념에는 이것들이 모두 포함된다. 반면 헌법상의 재산권은 이런 것들을 포함하지 않는 것으로 해석된다. 예를 들어 약사의 한약조제권

8) 박세일(2000, p.119). 이런 의미에서라면 재산권이란 재산에 대한 권리가 아니라 그냥 ‘권리’인 셈이다.

9) 허영(1999, p.449).

10) 급료청구권, 이익배당청구권, 회원권, 주주권, 임차권 등.

11) 광업권, 어업권, 수렵권 등.

12) 허영(1999, p.449).

은 재산권의 범주에 속하지 않는다고 해석되며(헌재 97헌바10), 관재담당공무원으로 하여금 국유재산을 취득할 수 없게 제한한 국유재산법 제7조는 단순한 기회의 제한에 불과하므로 재산권의 침해가 아니라는 식으로 해석하고 있다(96헌바55).¹³⁾ 헌법에서 사용하는 재산권의 개념은 경제학에서의 그것보다 상당히 좁다는 것을 알 수 있다.

즉 법학에서 사용하는 재산권 개념은 경제학의 그것에 비해 범위가 좁다. 그리고 물권과 채권은 헌법상 재산권 개념의 한 부분을 차지한다.

(2) 물권과 채권

물권과 채권¹⁴⁾ 개념은 민법의 중요한 축을 이루고 있음에도 불구하고 민법이 직접적으로 물권과 채권의 개념을 정의하고 있지는 않다. 따라서 해석에 따를 수밖에 없다. 물권은 물건에 대한 배타적 지배권,¹⁵⁾ 특정의 물건을 직접 지배해서 이익을 얻는 배타적 권리¹⁶⁾ 등으로 정의되고 있다. 여기서 물건이란 ‘유체물 및 기타 관리할 수 있는 자연력’을 말한다(민법 제98조). 반면 채권은 타인으로부터 무엇인가를 받거나 청구할 수 있는 권리로 이해된다.¹⁷⁾ 그런데 실제의 물권들과 채권은 이런 식의 정의를 정확히 만족시킨다고 보기는 어렵다.

13) 허영(1999, p.450)의 각주 1.

14) 물권과 채권 개념의 구분은 우리 민법이 택하고 있는 판데텐 법학의 중요한 특징이라고 한다. 이은영(2001, p.19).

15) 이은영(2001, p3).

16) 광윤직(2000, p.11), 김중환·김학동(1998, p.6).

17) 이인영은 채권을 다음과 같이 정의하고 있다. ‘채권이란 채권자가 채무자에 대하여 채무의 이행을 청구하고 채무자가 이행한 것을 수령하여 보유할 재산권 권리를 말한다. (중략) 채권은 채무자로부터 이행을 받을 때까지 한시적으로 존재의의를 갖는 권리이다.’ 이은영(2001, p.29).

우리나라의 법률과 판례가 인정하고 있는 민법상의 물권의 종류는 다음과 같다.¹⁸⁾

민법이 당초부터 인정해온 물권의 종류 : 소유권, 지상권, 지역권, 전세권, 유치권, 질권, 저당권, 점유권

판례에 의해 인정해 온 관습법상의 물권 : 분묘기지권, 관습법상 법정지상권

판례를 민법전에 받아들인 경우 : 공유하천에 대한 유수사용권 (231-234조)¹⁹⁾

관습을 특별법으로 받아들인 경우 : 입목에 관한 법률. 가등기 담보 등에 관한 법률²⁰⁾

민법이 인정하는 물권 중에서 소유권과 점유권은 ‘물건에 대한 배타적 지배권’이라는 물권의 개념에 잘 부합한다. 어떤 물건에 대한 소유권자는 자기 이외의 이 세상 모든 사람의 간섭을 배제할 수 있다. 점유권도 그렇다. 판결을 통해서만 점유를 빼앗을 수 있을 뿐, 그것이 없는 상황에서는 누구도 점유자로부터 점유를 빼앗을 수 없다. 그런 점에서 소유권과 점유권은 세상에 대해서 배타적이다.

그러나 지상권, 지역권, 전세권, 유치권, 저당권 등 제한물권이라고 분류되는 권리들은 배타적 권리라고 부르기에는 어딘가 부족하다. 전세권을 예로 들어 보자. 전세는 임대의 한 방식이다. 일반적으로 임차인은 임대인에 대해서 채권을 가진다. 즉 임대차계

18) 이런 것들 이외에 특별법에 의해서 규정되는 물권들도 많다. 예를 들어 상법에 의해 인정되는 상사유치권, 상사질권, 선박저당권 등, 광업법에 의한 광업권 등도 물권이다. 특별법에 의해서 규정되는 물권들에 대해서는 이은영(2001, p.14) 참조.

19) 윤철홍(1998), p.18.

20) 윤철홍(1998), p.18.

약과 더불어 임차인은 임대인 소유의 부동산을 점유해서 이용할 수 있는 권리를 가지게 되며 그것의 성질은 채권이다. 그런 사정은 월세뿐만 아니라 보증금을 맡기는 전세의 경우도 마찬가지다. 주택임대차보호법이 도입되기 전까지는 전세도 다른 임대차와 마찬가지로 채권이였다. 그러나 등기를 하면 채권인 임차권은 물권인 전세권으로 바뀐다. 양자 사이의 중요한 차이는 임대인의 지불불능이 발생했을 경우 보증금을 돌려 받을 수 있는 순위가 달라진다는 것, 그리고 당해 부동산에 대한 소유권을 취득하는 새로운 소유자도 기존의 임차인이 가지고 있던 권리를 인정해야 한다는 사실뿐이다. 즉 전세권과 같은 물권은 그 내용 면에서 채권과 실질적으로 크게 다를 바가 없다. 물론 다른 채권자들이나 새로운 소유권자에 대해서 대항력을 가지게 된다는 차이가 있기는 하나 그것을 소유권이나 점유권과 같은 의미에서의 배타적 지배라고 부르는 적절치 않아 보인다.

다른 제한물권들도 그런 성격을 가지고 있다. 저당권이란 채무를 이행하지 않을 경우 경매를 통해 저당된 물건을 처분해서 채권을 실현할 수 있는 권리이다. 그런 식의 권리는 당사자들 사이의 계약만으로도 창출될 수 있을 것이고, 그런 계약이 체결될 경우 계약의 한쪽이 가지는 권리는 채권이다. 그러나 그것을 등기하면 제3자에 대한 대항력을 갖게 된다. 즉 당사자들 사이의 계약을 통해서 무엇인가 받을 권리가 창설될 경우 그것의 기본적 내용은 채권이지만 공시를 하게 되면 물권이 되는 것이다. 따라서 제한물권들은 배타적 지배권이라는 물권의 정의에 부합되지 않는다.

이렇게 본다면 채권/물권의 구분이란 권리의 내용을 당사자들만이 알고 있는가, 아니면 불특정 다수를 상대로 그 내용을 알리게 하는 대신 그 정보의 내용에 공신력을 부여하는가의 여부에 있다고 보아야 한다. 오히려 대항력 있는 채권 정도로 부르는 것이 일상 언어의 용법에 더 적합해 보인다. 지금도 대항력 있는 채권이

라는 것이 있지만, 등기된 임차권 및 주민등록된 주택임차권만 그 이름으로 부르는 것 같다.²¹⁾ 어쨌든 채권과 비교해 보았을 때 물권의 가장 큰 특징은 권리의 존재를 제3자에게 알리고, 임의로 침해하지 못하게 하는 데에 있다고 볼 수 있다(대세적對世的 효력).

3. 권리 묶음으로서의 물권과 법정물권주의의 의미

특정 물건에 대한 인간의 권리는 수많은 차원에 걸쳐 있다. 토지에 대한 권리를 예로 들어보자. 토지 위에 건물을 지을 수 있는 권리, 지하수를 펴 올릴 수 있는 권리, 나무를 심고 벨 수 있는 권리, 남에게 빌려줄 권능 등 수많은 권리가 나올 수 있다. 또 각각의 권리들은 끝도 없이 작은 조각으로 잘라낼 수 있다. 예를 들어 토지를 타인에게 빌려주는 권리라 했을 때 1년 단위로 할 수도 있고 2년 단위로 할 수 있고 또 1초 단위로 할 수도 있을 것이다. 토지 위에서 서 있는 건물에 대해서도 다양한 권리의 분할과 조합이 가능하다. 단독주택은 한 사람의 소유자에게만 토지와 건물의 소유를 인정한다. 반면 아파트의 경우 토지의 소유와 건물의 소유가 단독주택과 같지 않다.

계약의 자유에 제한이 가해지지 않는다면 매우 다양한 권리의 묶음Bundle of Rights들이 등장할 수 있다. 민법이 인정하는 물권은 조합 가능한 권리의 묶음 가운데 일부이다.²²⁾ 따라서 물권법정주의는 권리를 묶는 방법에 대한 제한이다. 지하수를 펴 올리기 위해 뚫어놓은 굴착공의 소유권은 토지의 소유권으로부터 분리하여 양도할 수 없다는 결정²³⁾은 토지의 소유권과 굴착공의 소유권이 분

21) 이은영(2001, pp75-76).

22) 재산권을 권리의 묶음으로 보는 것이 옳은가에 대해서는 Penner(1996)를 참조.

23) 제주지법 1998.8.8 98구215.

리될 경우 대세적對世的 효력을 인정할 수 없음을 천명한 것이다.

물권법정주의는 레고 장난감의 블록에 비유해 볼 수 있을 것이다. 레고 블록으로 만들 수 있는 모형의 종류는 거의 무한하지만, 개별 블록의 종류는 한정되어 있다. 물권법정주의란 개별 블록의 종류를 제한하는 것과 같은 맥락에 서 있다.

민법 제185조의 물권법정주의를 위반해서 임의로 새로운 종류의 물권을 창설하는 법률행위의 효력을 어떻게 볼 것인가? 우리나라 법학계의 견해는 원칙적으로 무효이나 경우에 따라서는 일부 무효의 법리가 적용될 수 있다는 것이다.

물권법정주의를 위반한 법률행위가 무효인 것은 민법 제185조가 강행법규이기 때문이다. 특히 종류강제를 위반한 물권행위의 종류는 전부무효가 된다. 그러나 내용강제를 위반한 물권행위는 일부무효의 법리에 따라 규율되어야 한다고 한다.

일부 무효의 법리에 대해서 이은영²⁴⁾은 다음과 같이 설명하고 있다. 임의로 창설된 물권이 다른 유사한 기존의 합법적 물권을 의미하는 것으로 해석될 때에는 그 다른 물권이 설정된다(민법 제138조 : 무효행위의 전환). 법률이나 관습법에서 정한 내용과 다른 내용의 물권을 설정하는 법률행위는 당사자의 약정과는 달리 법률이나 관습법에서 정하는 내용으로 결정되거나 그 법률행위에서 정한 내용을 갖는 다른 물권으로 인정된다. 만약 당사자가 그러한 내용의 물권이라면 설정하지 않았을 것이라고 여겨지는 경우에는 법률행위 전체가 무효로 된다.

지금까지의 무효론은 물권행위에 관한 것이었다. 하지만 새로운 종류의 물권 창설이 채권행위와 동반하여 일어났을 때, 물권행위가 무효로 된다고 해서 채권행위까지 무효화되는가에 대한 의문은 여전히 남는다. 여기서 채권적 효력을 갖는다는 것은 당사자

24) 이은영(1999, p419).

사이에서만 채권적 청구권이 성립한다는 것을 말한다. 이에 관해서 국내 학계에서는 두 가지의 견해가 대립되어 있다. 물권행위가 무효로 되면, 채권행위까지 무효라는 견해(윤철홍, 이영준, 김형배)와 당사자 사이에서만 채권적 효력을 갖는다는 견해(곽윤직, 김용한, 김상용)이다. 판례는 후자의 설을 택하고 있으며 필자의 견해도 그렇다.

물권적 효력은 없지만 채권적 효력은 가진다는 말을 영국에서의 유명한 판례(**Keppell v. Bailey**)를 예로 들어 설명하기로 한다.²⁵⁾ 이 사건은 제철소의 매각조건에 관련된 것인데, 매도자 A는 당해 제철소를 매각하는 대신 앞으로 이 제련소를 매수하게 될 모든 사람들에게 제련에 사용할 석회석을 특정 석회석 광산으로부터 구입해야 하고 그것을 수송함에 있어서도 특정의 철도노선만을 이용해야 한다고 조건을 붙여 놓았다. 즉 A로부터 B가 이런 조건으로 이 제철소를 매수했을 경우 B로부터 이 제철소를 매수하게 될 C, 또 C로부터 매수할 D 등 앞으로 이 제철소를 소유하게 될 모든 사람들이 이 조건을 준수해야 한다는 것이다. 이러한 계약이 채권적 효력만 가진다는 것은 당해 계약조건 중 일부인 특정 광산으로부터만 석회석을 구입하고 특정 철도노선만을 이용해야 한다는 의무는 이 계약의 최초 당사자인 A와 B 사이에서만 유효하다는 것이다. 따라서 그 이후 B로부터 당해 제철소를 매수한 C, 또 그로부터 제철소를 취득한 D는 비록 A와 B 사이에 상기의 권리에 대한 합의가 있었다라도 그런 의무로부터 자유롭다는 것이다.²⁶⁾ 제3자인 C 등은 자신들이 원하지 않는다면 복잡한 구조를 띤 의무를 승계할 필요가 없다. 그러나 이미 물권으로 인정되어 있는 담보권 같은 것이라면 승계의 대상이 될 것이다.

앞서 간단히 소개한 지하수 굴착공 사례도 같은 원리가 적용된

25) Merrill and Smith(2000, p.25). 이 판결의 시점은 1834년이다.

26) 실제 판결내용도 그랬다.

다. A가 B에게 굴착공에 대한 권리만을 매각했다. 그 이후 A는 C에게 굴착공에 대한 권리를 제외한 나머지 토지소유권을 매각했다. 물권법정주의를 위반한 계약이 채권적 효력만 가진다는 것은 B가 새로운 토지소유자 C에 대해서 굴착공에 대한 권리를 주장할 수 없다는 것, 그 대신 B는 A에 대해서 손해배상이나 부당이득금 반환을 청구할 수 있게 된다는 것을 말한다.

4. 물권법정주의는 필요한가 : 경제학적 해석

프랑스 혁명 당시에 복잡하게 분할된 재산권 체계를 봉건제와 동일시하는 풍조가 유행했다. 그 결과 나폴레옹 법전은 물권법정주의(Numerus Clausus)에 의해 재산권 분할을 엄격히 규제하게 되었다.²⁷⁾ 우리나라의 학자들 중에도 봉건제 부활 방지를 물권법정주의 채택의 이유로 드는 사람들이 있다.²⁸⁾ 그러나 분할된 재산권 체계를 봉건제와 동일시해야 할 이유가 없을 뿐만 아니라, 분할된 재산권이 봉건제의 특성이 아니던 우리나라에서 그런 논리를 적용해야 할 이유는 더욱 없었다.²⁹⁾ 오히려 헌법 제121조가 금지하고 있는 소작금지 또는 경자유전의 원칙이 더 그런 목적에 적합하다고 보아야 한다.³⁰⁾ 더구나 Numerus Clausus 원리가 봉건제 이전의 로마법대전까지 거슬러 올라간다는 사실을 고려해본다면³¹⁾ 봉건제 부활에 대한 우려를 물권법정주의 채택의 근거로 보

27) Mattei(2000, p.14).

28) 예를 들어 이은영(1999, p.418).

29) 윤철홍(1998, p.15) 및 김황식(2001, p.118)도 이것을 낡은 이유라 하고 있다.

30) 대한민국 헌법 제121조 ①국가는 농지에 관하여 경자유전(耕者有田)의 원칙이 달성될 수 있도록 노력하여야 하며, 농지의 소작제도는 금지된다. 그렇다고 해서 필지가 경자유전의 원칙이 오늘날 필요하다고 보는 것은 아니다. 이 문제에 대해서는 김정호(2002, p.7) 참조.

는 것은 설득력이 없어 보인다. 봉건제의 부활에 대한 우려가 물권법정주의의 근대적 채택의 계기가 되기는 했지만, 이 원칙이 봉건제 훨씬 이전부터 있었고 시민혁명이 끝난지 수백 년이 지난 후까지 존속하고 있음에 대한 설명은 되지 못한다.

물권법정주의를 통해 물권의 임의 창설을 제한하는 또 다른 이유는 자유로운 권리의 분할이 분할의 대상이 되는 재산의 가치를 줄일 수 있다는 문제의식이다.³²⁾ 앞의 굴착공 사례를 가지고 설명해 보자. 굴착공에 대한 권리를 분할해서 매각하는 사람은 그렇게 하는 것이 자신의 이익이 되기 때문에 그렇게 할 것이다. 다시 말해서 그렇게 함으로써 재산의 가치를 높일 수 있다고 생각하기 때문에 그렇게 한다는 것이다. 그런데 굴착공에 대한 권리를 제외한 나머지의 토지가 다른 사람에게 매각되었을 경우는 상황이 달라질 수 있다. 최초의 토지소유자와 굴착공 매수자 사이에는 의견 조율이 쉬울 수 있지만, 토지의 주인, 또는 굴착공의 주인이 달라질 경우 새로운 소유자들간에는 의견 조율이 쉽지 않을 가능성이 커진다. 그렇게 되면 토지의 이용도, 굴착공의 이용도 원활해지지 않을 수 있다. 그 결과 토지와 굴착공 모두의 가치가 낮아진다. 이것은 사회적으로 바람직하지 않다. 따라서 권리의 지나친 분할에 대해서는 규제가 필요하다.

그러나 이 같은 추론에는 함정이 있다.³³⁾ 그런 상황이 발생하리라는 것을 누구나 예상할 수 있는 한, 굴착공의 소유권이 분리되어 있는 토지의 <토지+굴착공>의 가치는 예견되는 갈등의 가치만큼 낮아질 것이다.³⁴⁾ 따라서 굴착공 분리로 인한 이득이 갈등 때

31) 김형식(2001, p.119), 남윤삼(2001, p.53).

32) Heller(1999).

33) Epstein(1982).

34) 이런 일이 발생하는 것은 토지소유자와 굴착공 소유자간에 쌍방독점이 형성되기 때문이다. 서로 상대방의 동의가 없이는 어떤 행동을 할 수 없는 상황을 쌍방독점이라 한다. 쌍방독점하에서는 불필요한 전략적 행동, 결정의 지연, 싸움이 발생

문에 발생할 손해보다 크지 않는 한 굴착공에 대한 권리의 분리 매각은 이루어지지 않을 것이다. 돌려 말하자면, 현실에서 굴착공을 분리하여 매각하려는 토지의 소유자는 분리로 인한 이익의 현재가치가 같등으로 인한 손해의 현재가치보다 크기 때문에 그렇게 한다는 것이다.³⁵⁾ 따라서 이런 문제라면 법이 관여해야 할 이유가 없다.³⁶⁾

물권법정주의의 진정한 필요성은 제3자에 대한 피해의 방지 필요성에서 찾아보아야 할 것이다. 값이 올라 거래를 함에 있어 통상적 이해의 범주를 넘어가는 형태의 물권을 창설할 경우, 값, 을 이외의 다른 제3자들, 예를 들어 병, 정 등이 피해를 보게 된다는 것이다.

물건의 거래를 위해서는 당해 물건이 어떤 권리관계하에 놓여져 있는지를 확인해야 한다. 건물 같으면 저당이 잡혀 있는지, 전세권이 설정되어 있는지, 토지와 건물의 주인은 같은지 등의 사항이 될 것이다. 당사자 사이의 계약에 의해 새로운 물권이 창설될 경우 당해 물건의 거래를 원하는 모든 사람들이 어떤 물건에 어떤 권리가 형성되어 있는지를 확인해야 할 것이다. 예를 들어 전세권이라는 물권이 없다가 어느 시점부터 전세계약을 하는 사람들이 나타나기 시작한다면 전세권이 없던 상황에 적응해 있던 모든 부동산의 거래자들은 자신이 원하는 물건에 전세권이 설정되어 있는지를 확인해야 할 것이다. 그에 따른 경제적 심리적 비용

한다.

35) 경제학적 용어로 표현하자면 외부효과의 내부화(internalization of externality)가 일어난다고 할 수 있다.

36) 이런 사정은 지상권의 경우도 마찬가지다. 토지의 주인이 타인에게 지상권을 매각할 경우 토지나 건물의 이용에 대해서 토지소유자와 지상권자간에 마찰이 생길 수 있다. 현실적으로 토지사용권은 대부분 임대차의 형식을 택하지 지상권을 택하지 않는 것(곽윤직 2000, p.308)은 그 같은 갈등이 토지의 가치를 낮추기 때문일 것이다.

은 자유계약을 통해 전세권이라는 새로운 물권을 만들어낸 사람들이 나머지 사람들에게 안긴 셈이다. 즉 자유로운 계약에 의한 새로운 물권의 창설은 타인에게 추가적 정보획득비용(Information Cost)이라는 손해를 끼치는 것이다.³⁷⁾ 이처럼 제3자에게 미치는 피해를 막기 위한 장치가 자유로운 물권의 창설을 제한하는 물권법 정주의라고 할 수 있다.³⁸⁾

이 설명은 물권법정주의가 공시의 원칙을 확립하기 위함이라는 설명³⁹⁾과는 약간의 차이가 있다. 공시와 물권의 숫자와는 관계가 없다. 모든 물권에 공시의 원칙을 적용하는 상황에서도 새로운 물권의 창설에 제한을 두지 않을 수 있다.⁴⁰⁾ 물권의 창설은 사인간의 자유로운 계약에 맡겨두되, 기존의 물권이든 새로 창설된 물권이든 모두 공시의 대상으로 삼을 수 있기 때문이다. 실제로 시카고 법대의 엡스타인(Epstein⁴¹⁾) 같은 법학자는 당해 물건에 설정된 모든 권리의 공시를 원칙으로 하되 물권의 자유로운 창설을 인정해야 한다는 주장을 편다. 다시 말해서 물권은 공시를 전제하지만, 물권법정주의가 없다고 해서 공시의 원칙이 무너지는 것은 아니다. 물권법정주의가 필요한 것은 제3자에게 추가적 정보비용이

37) 김황식(2001, pp.118-119)의 다음과 같은 문장은 정보비용이라는 경제학적 용어를 쓰지 않고 이런 현상을 표현한 것이라고 생각된다. “여러 형태의 물권을 공시하는 것은 불가능하지는 않더라도 너무 복잡하면 혼란을 가져오고 공시의 목적을 달성하지 못할 염려가 있다.” “물권의 종류와 내용이 정형화되지 아니하면 당사자는 계약시마다 계약내용을 상세히 검토하여야 하므로 물권법정주의는 물권거래의 안정과 간이화를 도모하는 뜻을 갖는다.”

38) 물론 단순히 제3자에게 피해가 돌아간다는 사실만으로 그 피해를 만들어내는 행위에 대한 규제가 정당화되는 것은 아니다. 규제로 인한 이익이 기존의 피해를 방지하는 것보다 더 클 때에 비로소 규제는 정당화될 수 있다.

39) 윤철홍(1998, p.14), 이은영(1999, p.418), 박윤직(1999, p.145), 김황식(2001, p.118).

40) 박윤직(1999, p.145)은 당사자가 임의로 창설한 모든 물권을 공시한다는 것은 거의 불가능하거나 또는 기술적으로 대단히 곤란하다고 주장하지만, 설득력이 없어 보인다.

41) Epstein(1982).

발생하기 때문이다. 즉 새로 창설된 물권에 대해 공시의무를 부과한다고 하더라도 계약 당사자의 행위에 의해 같은 종류의 물건을 거래하려는 제3자들에게 추가정보비용을 부담시킨다는 사실에는 변함이 없다. 아무리 공시가 이루어지더라도 더 많은 것을 알아보아야 한다는 사실은 달라지지 않기 때문이다.

등기제도 같은 간편한 공시제도가 없다면 물권법정주의의 필요성은 오히려 더욱 커진다. 그런 제도가 없어진다면 거래를 원하는 물건에 대한 정보획득비용은 높아지며, 새로운 종류의 물권이 임의로 창설된다면 어떤 종류의 물권이 이 세상에 존재하는지조차 알 수 없기 때문에 그 비용은 기하급수적으로 늘 것이다. 등기제도가 없던 보통법 형성 초창기의 영국에서 제3자의 관찰이 용이하지 않은 지역권의 임의적 창설을 제한했던 이유도 거기에 있었다고 한다.⁴²⁾ 이렇게 본다면 공시의 원칙을 확립하기 위해 물권법정주의가 필요하다는 주장에는 무리가 있다. 공시제도가 없더라도 물권법정주의의 필요성은 여전히 존재한다.

그러나 자유계약에 의한 물권의 창설을 제한할 필요성이 있다고 해서 현재 우리의 민법과 법원에 의해서 규제되는 물권의 범위와 종류가 자동적으로 정당화될 수 있는 것은 아니다. 자유계약에 비용이 있듯이 규제에도 비용이 따른다. 가장 대표적인 비용은 많은 사람들에게 이익이 될 수 있는 계약의 기회가 사라질 수 있다는 것이다. 사람들이 쉽게 인식할 수 있는 물권이라면 민법이 규정하지 않았다고 해서 금지되어야 할 이유가 없다. 물권법정주의가 필요한 것은 제3자에 대한 추가적 정보비용 때문인데 특정 업계의 사람이라면 누구나 다 알아볼 수 있는 권리라면 창설되더라도 정보비용으로 인한 외부불경제가 발생하지 않는다. 물권법정주의의 엄격한 집행은 그런 기회를 박탈할 수 있다. 우리 민법이

42) Stake(1999, p.43). 여기에 대해서는 p.36 이후에서 다시 논의될 것이다.

관습법에 의한 물권의 창설을 인정하는 것은 물권종류 제한의 지나친 경직성을 피해나가기 위함일 것이다.

5. 법률, 관습법, 사법부

(1) 입법부와 사법부

민법 제185조는 법률 또는 관습법이 인정해야만 합법적 물권이 될 수 있음을 천명하고 있다. 즉 입법부나 일반의 관습법만이 새로운 물권의 법원法源이 될 수 있을 뿐, 사법부에게는 새로운 물권의 창설을 인정할 재량권이 없다는 것이다. 이 부분을 어떤 시각에서 이해해야 할까?

물권법정주의가 필요한 이유가 계약의 당사자가 아닌 제3자의 정보비용 증가를 막기 위함임을 이해한다면 사법부가 아니라 입법부에게 새로운 물권의 창설권을 부여하는 것은 어느 정도 정당성을 가진다. 당사자들간의 이상한 계약으로 인해 피해를 보는 것은 불특정다수의 제3자들이기 때문에 그들이 이 문제를 해결하기 위해 소송을 제기할 수 없다. 또 법관은 불특정다수의 손해를 판결에 반영하기도 쉽지 않다. 그런 일은 여론에 민감하게 반응하는 입법부가 비교우위를 가지고 있을 가능성이 높다. 따라서 법원이 아니라 입법부에게 물권창설의 주도권을 부여하는 것은 합리적인 것 같다.

(2) 어떤 관습을 관습법으로 볼 것인가

민법은 법률뿐만 아니라 관습법도 새로운 물권의 원천으로 인정하고 있다. 여기서 관습법이 무엇인가가 문제된다. 우리 법원은 ‘관습법이란 사회의 거듭된 관행으로 생성한 사회생활규범이 사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으로 승인 강행되기에 이르른 것을 말하고 사실인 관습은 사회의 관행에 의하여 발생한

사회생활규범인 점에서는 관습법과 같으나 다만 사실事實인 관습은 사회의 법적 확신이나 인식에 의하여 법적 규범으로서 승인될 정도에 이르지 않은 것을 말하며...⁴³⁾라고 함으로써 관습법과 사실인 관습을 구분하고 있다. 사실인 관습에 의한 물권은 인정되지 않는다. 불행히도 사회의 법적 확신이라는 말은 너무 애매하기 때문에 위의 판결이 관습법과 사실인 관습을 어떻게 구분할지에 대해 실질적 기준을 제공해 주지 못한다. 아마도 널리 통용되는 관습일수록, 그리고 오랫동안 지속되어온 관습일수록 법원에 의해 관습법으로 인정될 가능성이 높을 것 같다는 정도의 추론은 해 볼 수 있다.

법경제학적 논의들은 관습이 지속되어 온 기간과 당해 관습의 좋고 나쁨은 큰 관계가 없다고 지적한다. 계속적인 거래관계에 놓인 사람들 사이에서 형성되는 권리관계만이 효율적일 수 있다고 한다.⁴⁴⁾ 거래관계는 명시적일 수도 있고 묵시적일 수도 있다. 명시적 거래관계란 서로 무엇인가를 주고받는 관계를 말하며 주로 상거래가 여기에 해당한다. 묵시적 거래관계란 서로 잘 알고 지내는 이웃간의 관계 같은 것을 말한다. 당장 무엇인가를 주고받지는 않지만 장기적으로 보면 서로에게 이익이 되는 일들을 하기 마련이라는 의미에서 거래로 파악된다. 따라서 이들간에 형성되는 권리관계는 서로에게 이익이 되는 방향으로 흐르기 마련이다. 새로운 물권의 창설도 마찬가지이다. 제3자에게 미치는 피해가 문제이지만, 이런 관계하에서의 제3자는 대개 잠재적 거래자가 되며 그들에게 미치는 피해까지도 거래관행에 반영되기 마련이다. 따라서 계속적 거래관계에 놓여 있는 사람들 사이에서 관행에 의해 형성되는 물권은 그대로 인정하는 것이 바람직하다. 물론 일단 물권으로 인정받고 나면 그 권리의 유통은 본래 그것이 형성된 집단을

43) 대판80다3231.

44) Elickson(1993).

벗어나서 광범위하게 유통될 가능성을 안고 있기 때문에 또 다시 당해 집단에 속하지 않는 제3자가 부담하는 추가적 정보비용이 문제될 수 있다.⁴⁵⁾ 그러나 비슷한 환경에 처한 사람들이 잠재적 거래자라고 전제한다면 그런 비용은 크게 문제삼을 필요가 없을 수 있다.

판단이 어렵긴 하지만 계속거래 관계하에 놓인 사람들과 관련해서는(아직 관습의 수준에는 이르지 못했지만) 관습이 될 만한 물권의 창설행위도 인정될 필요가 있다. 초창기에 법원이 인정했다라면 좋은 관습이 되었을 계약이 법원의 인정을 받지 못함으로 인해 관습으로 발전하지 못하는 것들도 있을 수 있기 때문이다.

온천에 관한 권리는 그러한 사례에 속할 것이다. 판례는 온천권을 토지소유권으로부터 분리된 별도의 물권으로 인정하지 않고 있다.⁴⁶⁾ 그에 관한 관습이 없다는 이유에서이다. 그러나 온천에 관한 관습이 없었던 중요한 이유는 조선시대부터 이어온 온천에 대한 사적 소유권의 부인, 일제 치하에서 조선인의 온천 소유 불인정, 해방 후 온천에 대한 권리의 정부 귀속 등으로 인해 온천에 대한 사적 거래 자체가 별로 없었기 때문이다.⁴⁷⁾ 이런 상태에서 관습법의 존재여부만을 가지고 물권의 창설이 좋은지를 판단한다는 것은 무리라고 볼 수 있다. 토지와 분리된 온천권에 대해 사적 소유권이 인정되었더라면 관습법이 형성되었을 수도 있었을 것이기 때문이다.

그렇다면 관습이 없는 상황에서 어떤 기준을 가지고 이 문제를 바라보아야 하는가? 아마도 가장 빈번히 문제가 되는 것은 기존 권리의 분할일 것이다. 온천권도 토지소유권으로부터 온천 사용권을 분리하는 문제이다. 최소한 법정경제학적 시각에서 본다면 권리

45) 이 점을 지적해 주신 윤진수 교수님께 감사드립니다.

46) 온천권에 대한 판결은 p.36에서 소개한다.

47) 홍광식(1999, pp.338-339).

분할의 이익이 그것으로 인한 사회적 비용보다 큰가 작은가를 따져보는 것이 가장 합당한 기준이 된다. 온천권을 예로 들어 보자. 온천이 어디에서 솟아날지는 사전에 알 수 없기 때문에 탐사를 해 보아야 한다. 온천권이 토지소유권과 병합되어 있을 경우 온천 탐사자는 온천이 있을지 없을지 모르는 수많은 토지의 소유자들로부터 토지사용 승락을 받아야 할 것이고, 그것에는 많은 비용이 들 것이다. 그 결과 온천탐사 행위는 억제될 것이다. 온천권을 분리된 물권으로 인정해서 그 발견자에게 권리를 준다면, 더 많은 온천이 발견될 가능성이 있다. 그것이 온천권의 분할로 인한 사회적 이득이다. 반면 비용이란 온천권이 토지소유권으로부터 분할되어 있다면 당해 토지를 구매하고자 하는 사람은 토지소유자와 온천권 소유자가 같은지의 여부를 확인해야 할 것이다. 그것으로 인해 권원의 불확실성이 증가할 수 있고 또 정보획득비용도 높아진다. 그것이 온천권 분할로 인한 사회적 비용이다. 전자가 후자보다 크면 물권 분할을 인정하는 것이 좋고 후자가 전자보다 크다면 인정하지 않는 것이 합리적이다. 그러나 법원이 각각의 금액을 계산한다는 것은 매우 어려운 일이다. 따라서 개략적인 판단에 의존할 수밖에 없다. 예를 들어 토지가치에 비해 온천의 가치가 높을수록,⁴⁸⁾ 또 온천발굴비용이 크고 발굴 성공가능성이 낮을수록 분할을 인정하는 것이 좋다. 반면 온천권이 토지소유권으로부터 분할되었는지를 확인하는 비용이 높을수록 온천권의 분할을 인정하지 않는 것이 합리적이다.

반면 계약관계나 계속거래 관계가 아닌 사람들 사이에 형성되는 관습이나 관행에 대해서는 엄격한 태도를 가질 필요가 있다. 예를 들어 어떤 사람에게 공터가 하나 있는데, 낯선 사람들이 와서 시위를 하기 시작했다고 해 보자. 주인은 시위자를 내보내달라

48) 실제로 온천의 경제적 가치는 온천이 없을 경우 형성되었을 토지만의 가치를 능가하고 있다고 한다. 홍광식(1999, p.336).

고 경찰에 신고했지만 경찰도 본체만체했다. 그렇게 시간이 가다 보니 그 공터는 모든 사람이 당연히 여기는 시위장소가 되었고 시위에도 그 나름대로의 질서가 잡히기 시작했다. 예를 들어 A라는 사람은 월요일날 오전, B라는 사람은 월요일 오후에 시위를 할 수 있는 등의 권리이다. 이것은 분명 관습의 지위에 오른 것이긴 하지만 관습이라는 이름만으로 법원이 A에게 월요일 오전의 시위권이라는 새로운 물권을 부여할 수는 없다.

6. 물권법정주의의 구체적 적용례 : 우리나라

물권법정주의가 우리나라에서 어떤 의미로 받아들여져 왔는가를 파악하기 위해 판결들을 살펴보기로 한다.

분묘기지권⁴⁹⁾

분묘기지권이란 분묘를 수호하고 봉사하는 목적을 달성하는 데 필요한 범위 내에서 타인의 토지를 사용할 수 있는 권리를 의미한다(대판92다54944 판결 분묘기지권). 그런데 분묘기지권은 새로운 권리의 묶음이라고 보기 어렵다. 법원은 ‘타인의 토지에 합법적으로 분묘를 설치한 자는 관습상 그 토지 위에 지상권에 유사한 일종의 물권을 취득하며…(61다1451 묘석등설치금지)’라고 판시하고 있다. 즉 분묘기지권은 기존의 민법이 규정하고 있는 지상권과 그리 다르지 않은 것이다. 따라서 분묘기지권이란 새로운 종류의 물권이라고 보기는 어렵다. 민법이 인정하고 있는 기존 물권의 범위 내에서도 묘지로 사용하기 위한 토지사용 계약을 맺을

49) 분묘기지권과 관련된 11건의 판결은 다음과 같다. 4291민상257, 61다1451, 85다카2496, 86다카2919, 92다54944, 93다210, 94다15530, 94다28970, 94다37912, 95다29086, 97다3651.

수 있기 때문이다. 물론 지상권은 등기를 필요하는 반면 분묘기지권은 그렇지 않다는 차이가 있는 것은 사실이다. 하지만 그것이 두 권리의 근본적 내용에 차이를 가져온다고 보기는 어렵다. 그렇다면 이 판결이 의도하고 있는 바는 새로운 종류의 물권의 창설에 관한 것이라기보다는 관습화된 타인토지 침해행위를 합법화시키는 것이다. 게다가 분묘기지권은 등기도 하지 않는 권리로 제3자에 대항할 수 있게 하기 때문에 잠재적 거래자들은 등기가 될 때보다 더 많은 추가적 정보비용을 부담해야 한다. 분묘기지권을 관습법에 의해 정당화한 것은 제3자의 정보비용 상승 억제라는 물권법정주의의 존재 이유를 잘 이해하지 못했기 때문에 생긴 결과라고 생각한다.

관습법상의 법정지상권⁵⁰⁾

‘대지소유자가 그 지상건물을 타인과 함께 공유하면서 그 단독소유의 대지만을 매도한 경우에는 건물공유자들은 각기 건물을 위하여 대지 전부에 대하여 관습상의 법정지상권을 취득한다(대판 76다388)’는 내용이다. 이 판결이 다루고 있는 것도 새로운 종류의 물권 창설행위가 아니다. 민법은 이미 지상권을 물권으로 인정하고 있다. 이 판결이 대상으로 삼고 있는 지상권이 민법 제279조 이하의 지상권과 다른 권리의 묶음을 가지고 있지 않는 한 이 판결로 새로운 권리의 묶음이 만들어진 것은 아니다. 다만 지상권에 관한 사전 약정이 없는 상태에서 토지와 건물의 소유권이 분리되었을 경우 건물 소유자에게 별도의 지상권을 인정한다는 내용일 뿐이다. 그런데 대법원은 관습법상의 지상권은 그것의 인정근거가 관습법이고 또 그러한 관습법에 의하여 설정계약 없이 당연히 성립한다는 점을 제외하고는 보통의 지상권과 다를 것이 없다고 판

50) 관습법상의 지상권을 다룬 8건의 판결은 다음과 같다. 94다53006, 4293민상259, 64다1211, 65다2223, 67다1759, 76다388, 79다2000, 98다59118.

시함으로써(대판 68다1029) 관습법상의 지상권이 민법상의 기존 지상권과 같은 권리의 묶음을 가지고 있음을 밝히고 있다.

자동차에 대한 질권^{質權}설정 금지⁵¹⁾

자동차에 대해서 질권을 설정할 수 없다는 내용의 판결이다.

자동차의 경우는 소유자로 하여금 사용 수익케 하기 위하여 자동차저당법에 의하여 저당권을 설정하는 이외에 임의로 질권을 설정하는 것을 금지하고 있어서, 질권설정을 한다는 취지로 위 자동차를 인도하였다 하더라도 물권법정주의 원칙상 무효이다.

이 판결은 자동차는 질권의 목적으로 하지 못한다라는 자동차저당법 제7조의 규정에 따라 자동차에 질권설정의 금지를 선언하고 있다. 물권은 법률 또는 관습법에 의하는 외에는 임의로 창설하지 못한다라는 문구에는 적합한 판결이다. 그러나 물권법정주의에 대한 올바른 해석이라고 보기는 어렵다. 반복하지만 물권법정주의의 목적은 복잡한 권리관계의 창설로 인해 제3자의 정보획득비용이 높아지는 것을 막기 위함이다. 그런데 자동차에 질권이 설정된다고 해서 제3자의 정보획득비용이 높아진다고 보기는 어렵다. 자동차에 대해 질권의 설정을 금지하는 것은 (위 판결이 설명하고 있듯이) 유용한 재산이 사용되지 못하고 사장되는 것을 막기 위함이다. 그러나 정보획득비용이라는 면에서 본다면 오히려 저장잡힌 자동차임에도 불구하고 본 소유자가 계속 이용하고 있을 경우에 제3자는 더욱 권리관계를 확인하기가 어려워진다. 저장잡힌 모든 자동차에 질권이 설정된다면 다른 서류들을 확인하지 않더라도 실제로 주인이 타고 다니는 차는 담보잡히지 않은 차라고 믿어도 될 것이다. 이렇게 본다면 위 판결은 물권법정주의의 본래 취지와는 무관한 판결이라고 할 수 있다.

51) 대전지방법원 1995.5.2. 선고 95가단3036.

굴착공의 소유권을 토지소유권에서 분리하여 양도할 수 있는 지의 여부⁵²⁾

굴착공에 대한 소유권을 토지소유권으로부터 분리하여 양도할 수 없다는 내용의 판결이다. 관련조항을 인용한다.

...지하수이용허가는 토지소유자만이 받을 수 있는 것은 아니고 그 토지를 사용·수익할 수 있는 자도 받을 수 있는 것이며(지하수법시행규칙 제6조 제1항 제1호), 토지소유권과 별도로 지하수이용권만을 거래 객체로 하여 지하수이용에 대한 계약을 체결하는 것 또한 가능한 것이다. 따라서 비록 지하수이용허가가 난 토지의 소유자라 하더라도 당사자 사이의 계약에 따라서는 지하수이용을 할 권리가 없는 경우도 생길 수 있다.

그러나 굴착공은 토지에 부합되어 있으므로 굴착공의 소유권만을 토지소유권과 분리하여 별도로 지하수이용권자에게 귀속시키기로 하는 약정은 물권법정주의에 반하여 무효이고, 지하수이용권을 토지소유자 이외의 자에게 귀속시키기로 하는 약정은 채권적 효력을 갖는 것에 불과할 뿐이어서, 그 토지의 소유권이 제3자에게 양도된 경우에는 그 약정을 가지고 새로운 토지소유자에게 대항할 수 없는 것이다.

이 사건의 경우 현재의 지하수이용허가 명의자인 위 정인옥이 지하수이용권을 양수한 것은 1996년 12월 4일이고 이 사건 토지가 위 정인숙에게 낙찰된 것은 1997년 3월 14일이며 원고가 위 정인숙으로부터 이 사건 토지를 양수한 것은 1998년 1월 24일이므로 정인옥은 자신이 지하수이용권을 취득한 후 이 사건 토지의 새 소유자가 된 위 정인숙 및 원고에게 그 지하수이용권을 가지고 대항할 수 없다.

52) 대판 98구215.

토지소유권으로부터 분리된 굴착공의 소유권은 분명 새로운 종류의 물건이다. 법원이 구체적 이유를 들지는 않았지만, 굴착공을 물건으로 인정한 법률이 없고, 관습법도 아니기 때문에 새로운 물건으로 인정할 수 없다고 판결한 듯하다. 그런데 당사자의 주장 중에는 굴착공을 비롯한 지하수이용시설 및 지하수이용권이 토지소유권과 별도로 거래되는 경우가 종종 있다는 사실이 들어 있다. 그렇다면 이러한 관행이 어느 정도 자리를 잡고 있는지에 대해서 조사해볼 필요가 있었던 것은 아닐까? 만약 상당히 자주 그런 식의 거래가 이루어져 왔었다면 관습법에 의한 물권의 인정 필요성이 높다고 볼 수 있다.

집합물의 양도담보⁵³⁾

집합물에 대해서도 양도담보의 설정을 인정할 수 있다는 내용의 판결이다.

물건이 집합하여 객관적으로 단일한 경제적 가치를 가지고 거래상 일체로서 다루어지는 경우에는 법적으로도 이를 하나의 물건으로 다룰 수 있다 할 것이므로 물권의 형식이론에 얽매이지 말고 집합물의 양도담보라는 개념을 인정하여야 할 것이다.

집합물에 대해서 양도담보를 인정하는 것은 새로운 권리 묶음의 창설이라고 볼 수 있다. 따라서 이 판결은 관습법에 의한 물권 창설행위를 인정한 것으로 보인다.

은천에 관한 권리⁵⁴⁾

은천수에 대한 권리를 토지로부터 분리된 권리로 인정할 수 없다는 내용이다.

53) 대판 83구561.

54) 대판 69다1239.

(1) 원고 주장과 같은 온천에 관한 권리(원고가 말하는 광천권, 온천권, 온천수이용권)가 관습법상의 물권의 일종이라거나 또는 그 주장과 같은 준물권이라고는 볼 수 없으며 (2) 원천을 굴착하여 지하에서 용출하는 온천수를 가리켜 민법 제235조나 제236조에 규정된 ‘공용수’ 또는 ‘생활상 필요한 용수’라고 볼 수 없다고 한 원판결의 판단들은 모두 정당하고…

굴착공 판결의 경우와 마찬가지로 온천권을 토지소유권으로부터 분리한다면 새로운 묶음의 권리가 창설되는 셈이다. 이미 앞서 설명했듯이 온천권이 인정되어서는 안되는가에 대해 의문의 여지가 없는 것은 아니지만, 어쨌든 이 판결은 물권법정주의를 채택한 취지에 적합한 판결이다.

7. 보통법 국가에서의 적용사례

전통적으로 많은 법학자들이 물권법정주의가 시민법 체계의 고유한 특성이라고 보아 왔다.⁵⁵⁾ 성문 민법을 가지지 않은 보통법 국가에는 물권의 창설에 관한 이런 규제가 없었다는 것이다. 그러나 *Merrill and Smith*의 최근 논문에서는 이 같은 인식이 잘못된 것임을 보여주고 있다. 비록 시민법 국가에서처럼 물권법정주의 *Numerus Clausus*라는 명시적 이름을 가지고 있지는 않지만 법원이 새로운 물권의 창설을 인정하지 않아 왔다는 것이다.⁵⁶⁾ 영미법에서도 기존의 판례에서 인정되지 않는 물권은 계약으로 창설되지

55) 예를 들어 *Grunning*(1982, p.100). 한국의 문헌 중에는 남윤삼(2001), 김황식(2001, p.119).

56) 그러나 캐나다의 경우 상업용 건물 임대료 다룸에 있어 전통적 물권적 처리방식에서 계약법에 의해서 처리하는 경우가 늘어나고 있음에 대해서는 *Brock and Phillips*(2001) 참조.

않는다는 원칙이 철저히 지켜지고 있었다. 실태를 간단히 소개해 본다.

미국의 보통법에서 임차와 관련된 재산권은 4가지만 허용된다.⁵⁷⁾

정기定期부동산권(terms of years⁵⁸⁾) : 기간을 명시한 임대차 계약시 임차인의 권리⁵⁹⁾

임의任意부동산권(tenancy at will) : 임대차계약에 약정기간이 없다. 어느 쪽이든 원할 때에 임대차를 종료할 수 있다.⁶⁰⁾

용인容認부동산권(tenancy at sufferance) : 합법적으로 점유권을 가졌으나 계약기간이 지난 세입자가 가지는 권리⁶¹⁾

주기週期부동산권(periodic tenancy) : 주, 월, 또는 년 단위로 임대차를 하되 각 기간 종료시 임대인의 통지가 없으면 계속되는 임대차계약⁶²⁾

위의 범주에 속하지 않는 다른 권리를 창설하는 계약이 법정에 접수될 경우 법원은 그 다른 형태의 계약의 대세적 효력을 인정하지 않고 위의 4가지 중 하나로 해석한다. 예를 들어 전쟁이 지속되는 동안만 유효한 임대차(tenancy for the duration of the war)는 위의 4가지에 해당하지 않기 때문에 인정되지 않는다. 그 대신 법원은 주기週期부동산권(periodic tenancy)이나 임의任意부동산권(tenancy at will)으로 해석한다.⁶³⁾

57) Merrill and Smith(2000, p.11).

58) 이하의 용어는 이상도(1998)의 번역을 따랐다.

59) Black's Law Dictionary(이하 BLD)(1990, p.1466).

60) BLD(1990, p.1466).

61) BLD(1990, p.1466).

62) BLD(1990, p.1139).

63) Merrill and Smith(2000, p.11).

또 보통 유산 상속시 생애生涯부동산권life estate⁶⁴)과 단순봉토권單純封土權, fee simple⁶⁵)의 형태를 취하는데, 어떤 사람이 그 중간적 형태를 택한 경우, 법원은 그것을 인정 안하고 둘 중의 하나인 것으로 해석한다.⁶⁶)

위의 미국 사례에서 한 가지 눈여겨보아야 할 것은 유효하지 않은 계약의 처리방법이다. 유효하지 않은 계약이라고 해서 계약이 없던 상태로 되돌려 놓는 것이 아니라 인정되는 다른 형태의 계약으로 해석한다는 사실은 방금 설명한 바와 같다. 어떤 원칙 하에서 계약의 형태를 바꿀 것인가가 문제되는데, 당사자의 본래 의도와 가장 가까운 것을 택하거나 또는 어떤 것을 택하는 것이 거래를 촉진하는 데에 제일 도움이 될 것인지를 기준으로 삼는다고 한다.⁶⁷)

영국 법원은 12세기부터 지역권地役權과 관련하여 권리의 자유로운 창설에 대해 제한을 두고 있었다.⁶⁸) 지역권은 소극적 지역권negative easement과 적극적 지역권positive easement으로 구분할 수 있는데, 영국 법원은 소극적 지역권의 경우 채광권採光權, easement of light, 공기空氣이용권easement of air, 건물지지권建物支持權, easement of building support, 유수이용권流水利用權, easement of flow of water의 네 가지만 인정해 왔다. 새로운 형태의 지역권 창설을 인정하지 않아온 것이다. 미국 인디애나 법대의 Stake 교수는 그 이유를 관찰의 용이성 observability 및 정보비용에서 찾고 있다.⁶⁹) 통행권과 같은 적극적

64) 권리자의 생존기간 동안만 존속하는 권리이다. 권리자가 사망하면, 잔여권(Remainder)을 가진 자에게 권리가 이전된다. Black et al.(1990), p924.

65) 권리자가 사망하더라도 상속인에게까지 권리가 유효한 제도. Black et al.(1990, p615). 우리나라의 소유권과 같다고 보면 된다.

66) Merrill and Smith(2000, p.13).

67) Merrill and Smith(2000, p.14).

68) Stake(1999, p.43).

69) Stake(1999, p.43).

지역권의 경우 인접 토지에 관찰 가능한 셋길이 생기는 등⁷⁰⁾ 표시가 나기 때문에 토지를 사려는 사람이 지역권이 있음을 관찰할 수 있다. 그러나 소극적 지역권이 창설될 경우 그 사실을 제3자가 관찰하기 어렵다. 더욱이 보통법의 초창기의 영국에는 등기제도 같은 권리 공시제도가 없었기 때문에⁷¹⁾ 표시가 나지 않는 지역권은 제3자가 있고 없음을 알 수 없는 것이다. 물론 주인에게 물어보면 되겠지만, 지역권의 임의창설이 가능하다면 무엇을 물어보아야 할지도 알 수가 없을 것이다. 이런 이유 때문에 지역권의 종류를 한정하고 새로운 종류의 지역권 창설을 금했을 것이라고 그는 추측한다.

8. 결론

물권법정주의가 무엇이고, 왜 필요하며, 현재 우리 법원은 이 원칙을 어떻게 적용하고 있는지에 대해서 살펴보았다. 또 영미법의 경우 물권 창설에 대해 어떤 제한이 가해져 왔는지에 대해서도 살펴보았다. 자유계약에 의한 임의의 물권 창설은 제3자에게 정보획득비용의 증가라는 피해를 주기 때문에 그것을 막기 위해 물권의 임의 창설에 대한 제한이 필요하다. 그러나 사회의 제반 상황이 변하면서 새로운 묶음의 권리를 창설할 필요가 대두한다. 우리 민법은 관습법에 의한 물권의 창설을 인정함으로써 물권법정주의의 폐단을 보완하려 하고 있다. 판례에 의해 인정된 물권 중 분묘기지권이나 관습상의 지상권 같은 것을 인정한 것은 새로

70) 오랜 기간동안 사람이 통행하면 그 길에는 풀이 나지 않는 등 표시가 나기 마련이다. 마치 학교의 잔디밭에 학생들이 지나다니는 자리는 풀이 나지 않는 것처럼.

71) Stake(1999, p.42).

은 권리의 묶음이 창설되는 것을 막으려는 물권법정주의의 취지에서는 벗어나 있는 것 같다.

이 논문은 새로운 의문들을 제기한다. 온천권이나 굴착공 판결은 과연 합리적인 것이었는가의 문제이다. 온천이나 굴착공이 있다는 사실은 제3자가 쉽게 관찰할 수 있다. 따라서 온천수나 굴착공에 대한 별도의 권리가 인정될 경우 권리의 취득을 원하는 사람은 그것과 관련된 권리관계를 쉽게 물어볼 수 있을 것이다. 즉 새로운 물권을 인정한다고 하더라도 정보획득비용이 그리 높지 않은 것이다. 그런 상황에서 온천권이나 굴착공에 대한 권리를 인정하지 않은 것이 타당한 것일까? 이미 앞에서 간략하게 설명하기는 했지만, 관습이 없는 상태에서 새로운 물권의 창설을 인정하기 위한 기준에 대한 상세한 논의가 필요하다.

참고문헌

- 곽윤직, 『민법개설(개정수정판)』, 박영사, 1999.
- 곽윤직, 『물권법(신정판)』, 박영사, 2000.
- 김정호, 토지문제와 헌법, 2002, 미발표원고.
- 김주수, 『민법개론-설례를 통한 민법 이해(제7판)』, 삼영사, 1999.
- 김증한·김학동, 『물권법(제9판)』, 박영사, 1998.
- 김황식, 제185조 : 물권의 종류, 곽윤직(편), 『민법주해 (IV)』, 박영사, 2001, pp.117-129.
- 남윤삼, 물권법정주의의 현대적 과제 : 현대 거래유형의 다양화와 관련하여, 『법제』, 2001. 2, pp.51-62.
- 박세일, 『법경제학(개정판)』, 박영사, 2000.
- 양창수, 민법전의 제정과정에 관한 연구-민법안에 대한 국회본회의 심의, 『서울대 법학』 제33권 2호, 1999, pp.143-179.
- 윤철홍, 『물권법 강의』, 박영사, 1998.
- 이상도, 『법률영한사전』, 청림출판사, 1998.
- 이은영, 『민법 I(민법총칙, 물권법)』, 박영사, 1999.
- 이은영, 『민법총칙(개정판)』, 박영사, 2001.
- 이은영, 『채권총론(개정판)』, 박영사, 2001.
- 허영, 『한국헌법론(신정 12판)』, 박영사, 1999.
- 홍광식, 온천에 관한 권리-대법원 1998.2.13. 선고 97누1542 판결, 『판례연구』 제10권, 1999.2, pp.297-358.

- H. Black *et al.*, *Black's Law Dictionary*(Centennial Edition), West Publishing Co., 1990.
- J. Brock and J. Phillips, The Commercial Lease : Property or Contract?, *Alberta Law Review*, vol.38, February, 2001, pp.989--.
- R. Ellickson, Property in Land, *Yale Law Journal*, vol.102, April 1993, pp.1315--.
- R. Epstein, Notice and Freedom of Contract in the Law of Servitude, *Southern California Law Review*, vol.55, 1982, pp.1353--.
- M. Heller, The Boundaries of Private Property, *Yale Law Journal*, vol.108, April 1999, pp.1163--.
- D. Grunning, Reception of the Trust in Louisiana : The Case of Reynolds v. Reynolds, *Tulane Law Review*, vol.57, November 1982, pp.89--.
- U. Mattei, *Basic Principle of Property Law : A Comparative Legal and Economic Introduction*, Greenwood Press, 2000.
- T. Merrill and H. Smith, Optimal Standardization in the Law of Property : The Numerus Clausus Principle, *Yale Law Journal*, vol.110, October 2000, pp.1--.
- _____, The Property/Contract Interface, *Columbia Law Review*, vol.101, May 2001, pp.773--.
- J. Penner, The "Bundle of Rights" Picture of Property, *UCLA Law Review*, vol.43, February 1996, pp.711--.
- J. Stake, Decomposition of Property Rights, *Encyclopedia of Law and Economics*, 1999, <http://encyclo.findlaw.com/1300book.pdf>.

제2장 공시 및 공신의 원칙에 대한 경제학적 분석¹⁾

1) 이 단문은 한국경제연구원(원장 최그림)과 한국법경제학회(회장 박길내)가(2002.11.10)에서

2)

발표된바 있다. 워크샵에서 지명 토론 해주신 서울법대 윤진수 교수님, 학술대회에서 지명 토론 해주신 서울대 법대 김재형 교수님, 워크샵에서 논평 해주신 한국경제연구원의 여러분들, 그리고 논문 초기단계에서 도움 말씀을 주신 숭실대학교 법학과 윤철홍 교수님께 감사드립니다. 익명의 심사자 두분께도 감사드립니다. 그러나 아직도 남아 있는 오류가 있다면 전적으로 필자의 책임이다.

2) 이 논문은 한국경제연구원의 워크샵과 한국법경제학회 학술대회(2002.11.16)에서 발표된 바 있다. 워크샵에서 지명 토론 해주신 서울법대 윤진수 교수님, 학술대회에서 지명 토론 해주신 서울대 법대 김재형 교수님, 워크샵에서 논평 해주신 한국경제연구원의 여러분들, 그리고 논문 초기단계에서 도움 말씀을 주신 숭실대학교 법학과 윤철홍 교수님께 감사드립니다. 익명의 심사자 두분께도 감사드립니다. 그러나 아직도 남아 있는 오류가 있다면 전적으로 필자의 책임이다.

1. 서론

자본주의 시장경제가 계획경제 체제에 비해 더 큰 물질적 풍요를 가져다주는 것은 자발적 거래가 허용되기 때문이다. 자발적이고 자유로운 거래의 허용은 희소한 자원들이 그것을 가장 가치가 높게 평가하는 사람에게 이전되게 만들고 그 결과 자원의 생산성은 높아지게 된다. 풍요는 자원의 생산적 이용에 따른 부수적 결과이다. 그런데 거래가 원활하기 위해서는 거래의 안전이 보장되어야 한다. 그렇지 못하면 거래는 억제되고, 자원의 생산적 이용도 기대하기 힘들다. 이 논문에서 다루려고 하는 공시公示의 원칙과 공신公信의 원칙은 거래의 안전을 위한 제도이다.

공시公示의 원칙이란 어떤 사물에 대한 물권을 취득한 것으로 인정받기 위해서는 국가가 정한(또는 법이 정한) 방식에 의해서 공시를 해야 한다는 원칙이다. 예를 들어 동산에 대한 물권을 취득하기 위해서는 공시방법으로 인정되는 점유를 해야 하며, 부동산의 물권을 취득하려면 법원이 운영하는 등기소에 등기를 해야 한다. 공시의 원칙이라는 말이 자주 쓰이는 것은 동산과 부동산 등 물권의 취득에 관련되어 있지만, 그것 말고도 실질적으로 공시의 원칙 또는 그와 유사한 원리가 적용되는 사례는 여러 곳에서 발견된다. 무체재산권인 특허는 특허를 국가로부터 특허를 허여받고 특허권리증을 받아야 발생한다. 채권을 양도할 때 채무자의 동의를 받아야만 대항요건을 갖추게 된다는 제도 역시 공시원칙의 연장선상에 있다고 보아야 할 것이다.

공신公信의 원칙은 공시방법을 믿고 물권을 선의취득한 자에게 물권의 취득을 인정하는 제도이다. 거래 당시 공시의 외관을 갖춘 자(예를 들어 동산의 점유자나 부동산의 등기명의자)가 진정한 권리자라면 공신의 원칙은 문제가 되지 않는다. 그러나 공시의 외관을 갖춘 자와 진정한 권리자가 다를 경우, 진정한 권리자의 권리

를 보호할 것인가 아니면 공시의 외관을 믿고 물권을 취득한 제3자의 권리를 보호할 것인가를 선택해야 하는데, 후자의 권리를 보호하겠다는 것이 공신의 원칙이다. 진정한 권리자의 이익이 침해되더라도 선의취득자를 보호함으로써 거래의 안전을 보호하겠다는 것이 이 제도의 취지이다. 우리나라의 경우 동산에 대해서는 공신의 원칙이 인정되는 폭이 크지만,³⁾ 부동산에 대해서는 공신의 원칙이 부인되는 정도가 크다.⁴⁾

많은 학자들이 부동산등기의 공신력 없음을 비판해 왔다. 그러나 세상 모든 일이 그렇듯이 공신의 원칙에도 희생은 따른다. 공신의 원칙이 인정되면 선의의 제3자가 보호되어 거래가 촉진되는 효과는 있겠지만, 반면 진정한 권리자가 보호되지 못함에 따른 비용, 또 권리자 스스로가 자신의 권리보호를 위한 행동을 함에 따라 발생하는 비용 등이 발생한다. 즉 공신의 원칙을 인정하든 안하든 비용은 발생한다. 따라서 부동산등기에 공신력을 부여하는 것이 좋은지에 대한 선택은 어느 쪽의 비용이 작은가를 따져본 후에 이루어져야 할 것이다. 기존의 법학 논문들은 이 문제를 입법정책의 문제, 즉 입법부가 재량으로 알아서 결정할 문제로 간주하거나⁵⁾ 또는 공신력의 부여를 주장하는 논문들도 각 대안의 장단점을 같이 비교하기보다는 현 제도의 문제에만 기초해서 결론을 도출해 왔다. 이 논문은 공신의 원칙 적용에 따른 비용을 따져봄으로써 그 괴리를 조금이라도 메꾸려는 하나의 노력이다.

3) 동산에 대해서 공신의 원칙이 항상 인정되는 것은 아니다. 훔친 물건에 대해서는 공개된 시장에서 산 것이 아닌한 점유자로부터 그 물건을 취득했다라도 소유권을 취득하지 못한다. 이에 대해서는 뒤에서 다시 논의한다.

4) 일반적으로 등기의 공신력이 인정되지 않는다고 하지만, 그것 역시 항상 그런 것은 아니다. 무효 또는 취소는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다거나 또는 등기에 의한 시효취득제도 같은 것은 등기의 공신력을 부분적으로 인정하는 것이기도 하다. 양창수(2001, p.259, p.261). 이에 대해서는 뒤에서 다시 논의할 것이다.

5) 예를 들어 곽윤직(1999, p.155), 이완근(1991, p.180).

2. 현행 민법에서의 공시의 원칙과 공신의 원칙

공신의 원칙이란 공시의 외관으로 나타나지 않은 진정한 권리자가 있음에도 불구하고, 공시의 외관을 믿고 물권을 선의취득한 사람에게 물권이 속한다는 원칙이다. 따라서 공신의 원칙을 이해하기 위해서는 공시제도에 대한 이해가 선행되어야 한다.

(1) 공시의 원칙

물건의 거래가 원활히 이루어지려면 누가 그 물건의 권리자인지를 잠재적 거래자들이 알아야 한다. 공시란 물건에 대한 권리자가 누구인지를 표시하기 위해 국가가 인정하는 방법이다. 우리의 민법은 동산과 부동산을 구분하여 공시방법을 달리 규정하고 있다.

민법 제188조는 ‘동산에 관한 물권의 양도는 그 동산을 인도하여야 효력이 생긴다’라고 함으로써 인도가 동산에 관한 소유권 이전의 조건임을 밝히고 있다. 인도란 물건에 관한 점유를 이전하는 것을 말하기 때문에, 위의 조항은 점유가 동산에 관한 공시 방법임을 밝힌 것이기도 하다.⁶⁾ 여기서 인도란 반드시 현실에서 물건이 건네지는 것 이외에 관념적인 인도도 포함하는 개념이다. 동산물권 변동을 위해 인정되는 인도의 방법으로는 다음의 네 가지가 있다.⁷⁾

- 1) 현실의 인도 : 물건의 장소 이동 등 사실상 지배의 현실적인 변동이 있는 경우
- 2) 간이인도 : 양수인이 이미 그 동산을 점유하고 있는 경우 당사자의 의사표시만으로 인도한 것으로 간주되는 경우(민법 제188조 2항)

6) 이은영(1998, p.103).

7) 이은영(1998, p.103).

- 3) 점유개정占有改正 : 동산의 양도시에 당사자의 계약으로 양도인이 그 동산의 점유를 계속하면서 양수인이 인도받은 것으로 간주되는 경우(민법 제189조)
- 4) 반환청구권의 양도에 의한 인도 : 제3자가 점유하고 있는 동산에 관한 물권을 양도하는 경우에 양도인이 그 제3자에 대한 채권적 반환청구권을 양수인에게 양도함으로써 동산을 인도한 것으로 간주하는 경우(민법 제190조)

위의 네 가지 경우 중 세 번째의 점유개정은 개념적으로는 인도행위의 하나이지만, 동산에 대한 공시의 방법인 점유요건을 갖추고 있지는 않다.

동산이라 하더라도 예외적으로 인도 없이 소유권 이전의 효과가 생기는 경우가 있다. 다른 동산이나 또는 부동산의 종물(從物)인 동산의 경우 주물(主物)의 소유권이 이전되면 명시적 인도절차 없이도 소유권이 이전된다(민법 제100조 2항). 또 동산이라 할지라도 특별법에 의해 등기를 필요로 하는 선박은 인도가 아니라 등기를 공시의 방법으로 한다.⁸⁾ 자동차나 항공기의 소유권 이전은 등록으로 공시된다. 또 화물상환증, 창고증권 등의 증권의 인도는 당해 증권에 의해 표상되는 상품 그 자체의 인도와 동일한 효력을 갖는다. 즉 그런 증권으로 표상되는 물건의 경우 물건의 구체적 점유가 아니라 증권의 소지가 공시방법이 된다.

부동산에 관하여 우리 민법 제186조는 ‘부동산에 관한 법률행위로 인한 물권의 득실변경은 등기하여야 그 효력이 발생한다’라고 함으로써 물권 취득자에게 등기를 촉구하고 있다.⁹⁾ 이처럼 등

8) 그러나 선박의 등기는 제3자에 대한 대항요건일 뿐 선박에 관한 권리의 이전은 당사자간의 합으로써 효력이 생긴다.
 9) 등기를 할 것인지의 여부는 당사자의 선택에 달려 있다. 등기를 하지 않으면 물권을 취득하지 못한다. 단, 부동산등기특별조치법 제2조는 부동산의 소유권 이전을

기가 있어야 물건변동의 효과를 인정하는 제도를 등기주의 또는 형식주의라고도 부른다.¹⁰⁾ 현행 민법이 제정되기 이전에는 조선민사령에 따라 일본 민법이 의용되었고 부동산의 물건변동에 대해서도 일본 민법의 대항요건주의를 따랐다. 대항요건주의란 등기를 소유권 이전의 요건으로 삼고 있지는 않으나 단지 제3자에 대한 대항요건은 되는 제도를 말한다. 현행 민법의 제정과 더불어 우리나라는 대항요건주의를 버리고 독일의 형식주의에 가까운 제도를 택했다.

공시는 권리추정력을 갖는다는 것이 우리 학계의 다수설이다.¹¹⁾ 권리추정력이 있다는 것은 자신에게 권리 있음을 입증할 책임이 공시하지 않은 사람에게 전가됨을 뜻한다.¹²⁾ 또 등기를 신뢰하고 거래한 경우는 과실이 없는 것으로 추정되고 등기를 조사하지 않은 경우에는 과실이 있는 것으로 추정되며¹³⁾ 부동산물권을 취득하려는 자는 등기내용을 알고 있는 것으로 추정된다는 부수적 효과도 있다.¹⁴⁾ 따라서 소송에서 공시방법을 갖추어 권리추정력을 인정받는 사람의 승소확률이 높아진다. 등기의 존재는 하나의 유력한 근거에 지나지 않으며, 입증책임은 여전히 등기명의자에게 있다는 내용의 소수설이 있기는 하나, 그럴 경우 등기를 의무화하는 근거가 사라지는 문제가 있다.

우리 민법(200조)은 ‘점유자가 점유물에 대하여 행사하는 권리는 적법하게 보유한 것으로 추정한다’라고 함으로써 동산물권의 공시방법인 점유의 권리추정력을 명시적으로 인정하고 있다. 자구

내용으로 하는 계약을 체결한 자에 대해 60일 이내에 소유권 이전을 의무화하고 위반하면 과태료가 부과된다. 지적해 주신 윤진수 교수님께 감사드립니다.

10) 이은영(1998, p.86).

11) 윤철홍(1998a, p.92).

12) 윤철홍(1998a, p.94), 이은영(1998, p.104).

13) 대판 1964.10.20 64다445.

14) 윤철홍(1998a, p.95).

해석만으로 본다면 200조가 말하는 점유물이 동산만은 아니지만, 이 조항은 동산에 대해서만 유효할 뿐, 부동산에 대해서는 적용되지 않는다는 것이 학계 및 판례의 태도이다.

(2) 공신의 원칙

공신의 원칙이란 무권리자로부터 공시방법을 믿고 물건을 양수 받은 자가 그 물권을 선의취득할 수 있다는 원칙을 말한다. 민법 제249조는 ‘평온, 공연하게 동산을 양수한 자가 선의이며 과실 없이 그 동산을 점유한 경우에는 양도인이 정당한 소유자가 아닌 때에도 즉시 그 동산의 소유권을 취득한다’라고 함으로써 동산의 공시방법에 대한 공신의 원칙을 선언하고 있다. 동산질권에 대해서도 이 규정이 준용된다.

흠친 물건의 경우는 점유자로부터 선의로 취득했다 하더라도 경매나 공개시장(점포 등)에서 취득한 것이 아닌 한 정당한 소유권을 취득하지 못한다.¹⁵⁾ 즉 도품이 동산이고 점유가 공시의 방법임에도 불구하고 그 동산의 점유자로부터 선의로 취득한 사람이 정당한 소유권을 취득하지 못한다. 즉 동산이라 해도 늘 공신의 원칙이 인정되는 것은 아니다.

한편 등기로 공시되는 부동산은 공신의 원칙이 인정되지 않는다. 어떤 토지의 진정한 소유자는 갑이다. 그런데 어떤 이유에서인지 등기부상의 소유자는 을로 되어 있다. 병은 등기부를 보고 을에게 땅을 팔라고 했고 을은 모른 척하고 돈을 받은 후 병에게 등기를 넘겨주었다. 등기의 공신력이 없다는 것은 갑이 자신이 진

15) 동산이 도품이나 유실물일 때는 선의취득요건을 모두 갖추고 있더라도 피해자 또는 유실자는 도난 또는 유실한 날로부터 2년 내에 취득자에 대하여 무상으로 그 물건의 반환을 청구할 수 있다(민법 제250조). 그러나 위의 2년 내에 그 동산이 경매되거나 공개시장이나 동 종류의 물건을 판매하는 상인의 수중에 들어가 이들로부터 매수한 경우 그자가 지급한 대가를 변제해야만 그 물건의 반환을 청구할 수 있다(제251조).

정한 주인임을 입증¹⁶⁾하는 한 병은 그 땅을 갑에게 반환해야 함을 뜻한다. 물론 병은 을을 상대로 손해배상청구를 할 수 있지만, 그곳은 별개의 문제이다.

그러나 부동산에 관한 등기의 공신력이 없다는 원칙 역시 절대적인 것이 아니다. 의사표시의 무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다는 규정(민법 제108조의 2), 등기부취득시효제도(민법 제245조 제2항) 등은 부분적으로나마 등기에 공신력을 부여하는 역할을 한다.

양창수 교수의 설명을 들어보자.¹⁷⁾

계약을 체결할 진정한 의사가 없으면서 서로 짜고 체결한 계약 등을 가장행위라 하고 그것의 기초가 된 의사표시를 허위표시 또는 통모허위표시라 한다. 허위표시에 의한 매매계약을 가장매매라 한다. 허위표시에 의한 계약은 무효이다(민법 제108조 제1항). 그러나 의사표시의 무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다(제108조 제2항).

한 가지 예를 들어보자. 갑은 부동산을 소유하고 있다. 갑은 채권자들로부터의 강제집행을 피하기 위해 친지인 을과 짜고 자신이 소유한 부동산을 을에게 매도하는 내용의 매매계약을 한 다음, 을에게 소유권이전등기를 해주었다. 이것은 허위표시에 기한 가장매매이고 이 계약은 무효이다. 갑이 을에게 대금을 지급하라고 하면 을은 그 계약이 무효임을 주장, 입증하여 청구를 물리칠 수 있다. 또 을은 당해 부동산이 자기 앞으로 등기되어 있어도 진정한 소유자가 되지 못한다.

매매계약에 기하여 매수인이 매도인으로부터 소유권을 취득하

16) 등기는 공신력은 없지만 추정력은 있기 때문에 만약 갑이 자신의 주인됨을 입증하지 못하면 최근의 소유자인 병이 진정한 권리자인 것으로 추정된다.

17) 양창수(2001, p.86, p.137, p.258) 등에서 요약.

려면 다음의 세 가지의 조건이 충족되어야 한다. 첫째, 매매계약이 유효한 것이어야 한다. 계약이 무효나 취소되거나 해제되면 매수인앞으로 소유권등기가 넘어갔더라도 소유권은 이전된 것이 되지 못한다. 즉 매도인이 등기말소청구를 할 수 있다. 둘째, 소유권이 전등기가 이루어지거나 물품의 인도가 있어야 한다. 셋째, 매도인이 그 소유권을 가지고 있어야 한다. 세번째의 조건에 대해서는 민법이 명문의 규정을 가지고 있지 않다.

위 가장매매의 경우 갑과 을의 계약은 허위의사표시에 의한 것이므로 무효이다. 따라서 을은 비록 소유권 등기를 가지고 있더라도 당해 부동산에 대한 소유권을 취득하지 못한다. 따라서 등기의 공신력 불인정제도를 그대로 적용하면 병이 비록 선의로 당해 부동산의 등기를 취득했다라도 갑은 병을 상대로 등기말소청구를 할 수 있고, 부당이득반환 등의 요구를 할 수 있어야 한다. 그러나 허위표시에 의한 무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다. 즉 병은 등기부를 믿고 진정한 소유자가 아닌 을로부터 권리를 넘겨받은 것임에도 불구하고 을이 허위표시행위에 의하여 소유권 등기를 이전받았다는 사실을 알지 못하였다면, 즉 병이 선의로 당해 부동산등기를 취득하였다면 병의 소유권은 유효하다. 즉 원칙적으로는 부동산등기의 공신력이 인정되지 않음에도 불구하고, 허위의사표시에 의해 부동산소유권을 취득한 자로부터 선의로 소유권을 이전받은 사람의 소유권은 유효한 것이다.

단기취득시효(또는 등기부취득시효)도 공신의 원칙 없음을 보완해준다.¹⁸⁾ 10년간 소유의 의사로 평온 공연하게 선의이며 과실 없이 그 부동산을 점유한 때에는 소유권을 취득한다. 그런데 이 조항이 적용되는 경우는 실질적으로 등기부상의 소유자를 진정한

18) 양창수(2001, p263).

소유자로 믿고 그로부터 부동산을 양도받은 경우 이외에는 잘 있을 수 없다. 등기된 자 이외의 자로부터 양도받은 경우는 과실이 있는 것으로 간주될 것이기 때문이다. 이처럼 비록 민법이 등기의 공신력을 명시적으로 인정하고 있지는 않지만 실질적으로는 상당 부분이 인정하고 있음을 알 수 있다.

3. 동산, 부동산, 그리고 공시방법의 선택

현행 민법은 동산의 경우 점유를 공시의 방법으로 하고, 부동산에 대해서는 등기를 공시의 방법으로 삼고 있다.¹⁹⁾ 사실 남의 사정을 속속들이 다 알 수 없는 상황에서는 어느 시대이나 권리자가 누구인지를 정하는 형식은 필요하다. 그런 일은 우리의 역사 속에서도 찾아볼 수 있다. 현대 민법이 갖추어지기 전 조선시대에도 동산은 점유자를 권리자로 보았다.²⁰⁾ 부동산에 대해서는 ‘종문권시행從文券施行’이라는 원칙이 채택되어 예전부터 내려온 계약서(명문明文 또는 문기文記라 했다)의 첩綴을 가지고 있는 자가 권리자인 것으로 인정되었다.²¹⁾ 그런데 경국대전에 의하면 매매계약이 있은 후 100일 이내에 계약서를 관사에 제출하고 매도인과 매수인 및 기타 증인들이 출두해서 계약이 사실과 같음을 확인받고 관으로부터 소위 입안立案이라는 것을 받았다. 소유권을 정부가 확인해 주었다는 점에서 조선시대의 입안은 현대적 등기와 비슷한 역할을 한 셈이다. 한편 글을 몰라서 계약서를 작성할 수 없었던

19) 오늘날과 같은 등기가 공시의 방법으로 선택된 것은 1910년 일제의 토지조사사업이 시작되면서부터이다. 현대적 측량 및 지적제도도 그때부터 출발했다. 윤철홍(1998b, p.14) 참조.
20) 박병호(1985, p.223).
21) 박병호(1985, p.223, p.236).

자들은 매매계약 성립 후 어린아이들에게 계약내용을 알려준 후 엿을 먹여 나중에 증인으로 삼는 방법으로 권리자가 누구인지를 세상에 알렸다. 아이들의 기억이 공시방법으로 쓰였던 것이다. 즉 부동산의 경우 예전부터 점유가 아닌 다른 방법(문서나 제3자의 기억)을 공시의 방법으로 사용한 것이다.

권리향유의 표상에 관계 없이 진정한 권리자를 보호하지 않고 특정한 공시방법을 갖춘 자의 권리만을 보호한 이유(또는 진정한 권리자가 아니더라도 공시의 표상만을 갖춘 자를 보호한 이유)는 무엇인가. 그럴 필요가 있었던 것일까.

(1) 공시의 필요성

공시의 필요성을 따져보기 위해서는 공시가 없는 상태의 사회가 어떠할지를 상상해보면 될 것이다. 공시제도란 국가가 인정하는 표상을 갖춘 자를 권리자로 인정하는 제도이다. 따라서 권리자는 공인된 공시방법을 갖추려고 할 것이고 권리를 취득하려는 자는 그런 방법을 갖춘 자만을 상대로 해서 거래를 하려고 할 것이다.

하지만 공시제도가 없더라도 사람들은 권리자가 누구인지를 나타내줄 표상을 필요로 한다. 그것을 이해하기 위해서 누가 권리자인지를 나타내주는 어떠한 표시도 없는 세상을 상상하는 것에서부터 논의를 출발해 보자. 어떤 물건의 진정한 소유자는 갑인데 을이 그것을 빌려갔다. 그런데 이 물건을 사고 싶어하는 병은 누구와 거래해야 할지를 잘 모른다. 현재 그것을 점유하고 있는 을에게 물어보는 방법이 있지만, 만약 을이 속일 의사를 가지고 있다면 얼마든지 그럴 수 있을 것이다. 병은 을이 거짓말을 하는지를 확인할 수도 없다. 즉 을이 그 물건의 자신의 소유라고 하면 병은 그것을 믿지 못할 것이다. 을이 자신의 것이 아니라 갑의 것이라고 하더라도 병은 마음을 놓을 수가 없다. 갑이 을과 싸고 거

짓말을 하는 것일 수도 있기 때문이다. 따라서 병은 누가 그 물건의 진정한 주인인지를 알기 위해서 갑이나 을의 말뿐 아니라 그들의 말을 확인하기 위해 여러 가지의 것들을 확인하는 수고를 들인 후에야 비로소 거래를 하려고 할 것이다. 즉 누가 권리자인지에 대해 믿을 만한 표상이 없을 경우 잠재적 거래자가 당면하는 거래의 비용은 높아지고,²²⁾ 그럴수록 거래는 장애에 부닥치게 된다.

자원의 가치는 그것을 가장 효율적으로 이용하려는 자에게 귀속될 때에 극대화될 수 있고, 세상은 늘 변하기 때문에 특정한 자원에 대해 그것을 가장 효율적으로 이용할 수 있는 자도 늘 바뀌기 마련이다. 거래의 결과 취득되는 자원에 대해 확실한 권리를 취득할 수 있다면 자원은 자유로운 거래를 통해서 가장 효율적 이용자에게로 이전되어 나갈 것이다. 그러나 목적으로 하는 자원의 기존 권리자가 누구인지를 알 수 없는 상황에서 그것을 취득할 경우 언제 다시 그 권리를 빼앗길지 알 수 없기 때문에, 거래는 방해받게 된다. 희소한 자원이 효율적 이용자에게 이전될 가능성도 줄어든다. 다행히도 사람들은 이런 질곡을 벗어나기 위한 방안을 개발해낸다. 진정한 권리자는 잠재적 거래자가 당면하는 불확실성을 줄이기 위한 수단을 개발하려는 인센티브를 가진다. 거래의 상대방이 느끼는 불확실성이 작아질수록 당해 자원에 대해서 지불하려는 의사(willingness to pay)는 커질 것이기 때문이다. 따라서 진정한 권리자는 상대방의 지불의사에서 상대방의 불확실성을 줄여주기 위해 투입되는 비용을 뺀 값이 극대화되도록 자신이 진정한 권리자라는 사실을 알리기 위한 표상을 갖추게 될 것이다. 예를 들어 자신의 집에서 멀리 떨어진 자신의 토지가 자신의 것임을 알리기 위해, 그럴 필요가 없음에도 불구하고 자신이

22) Mattei(2000, p.67).

직접 가서 농사를 짓는다든가, 남들이 볼 수 있도록 오두막을 지어 놓고 가끔씩 기거하는 등의 행동을 할 수도 있을 것이다.

이런 식의 신호를 보냄에 있어 합리적 인간이라면 진정한 권리자인 자신만이 할 수 있는 신호를 보낼 것이다. 진정한 권리자임과 무관하게 보낼 수 있는 신호라면 신호로서의 효과를 가지지 못한다. 동산(動産) 같으면 유명한 조각가에게 맡겨서 자신의 이름이나 문장을 새겨넣을 수 있을 것이다. 진정한 권리자가 아니라면 그런 식의 돈이 많이 드는 투자는 하지 않을 것이기 때문이다. 또 토지에 대해서라면 상당히 고급주택을 지을 수도 있을 것이다. 세입자나 무단점유자라면 그런 식의 행동은 하지 않을 것이기 때문이다. 물론 현실세계에는 어디나 공시제도가 있기 때문에 이런 식의 행동을 관찰하기는 쉽지 않지만, 그런 제도가 없는 가상의 세계에서는 얼마든지 일어날 수 있는 현상이다.

그런데 이런 방법으로 자기가 권리자임을 표시하는 데에는 비용이 들어간다. 쓸데없는 조각을 해넣어야 하거나 또는 지나치게 화려한 집을 지어야 하는 것 등이 그런 비용이다. 만약 정부가 저렴한 표시의 방법을 만들어 그것을 갖춘 사람의 권리를 보호해 준다면 이런 비용들은 피할 수 있을 것이다. 공시제도가 필요한 가지의 이유이다.

또 다른 이유도 있다. 기존의 권리자들이 나름대로 저마다의 표상을 마련할 경우, 제3자는 그것의 의미를 해석함에 있어 혼동할 수도 있다는 것이다. 따라서 권리자들은 다른 사람들이 이미 따르고 있는 표준화된 표상을 따르려는 경향을 보일 가능성이 높다.²³⁾ 그렇게 표준화될 만한 표상을 법제화한 것이 현재의 공시방법일 수 있다.

23) 이런 성향은 네트워크 외부성(network externality) 때문에 생긴다.

(2) 물건의 종류와 공시방법의 선택 : 점유공시 vs. 문서공시

지금까지의 논의는 각각의 자원에 대해 효율적 공시의 방법이 채택됨을 전제로 하였다. 그러나 인간이 필요로 하는 자원의 속성은 매우 다양하기 때문에 각각의 것마다 필요로 하는 효율적 공시의 방법은 얼마든지 다를 수 있다. 어떤 방법을 택하든 공시로 인해 사회가 누리는 득은 같다고 본다면 우리가 따져보아야 할 것은 어떤 방법이 가장 사회적 비용을 작게 발생시키는지의 문제이다. 부담자를 기준으로 할 때 공시방법의 선택에 따른 비용은 공시시스템의 운영자인 정부가 부담하는 비용(행정비용), 공시방법을 갖추기 위해 진정한 권리자가 부담하는 비용(권리자비용), 공시의 표상을 해석하기 위해 잠재적 거래자가 부담하는 비용(제3자비용)의 세 가지로 나누어 볼 수 있을 것이다. 공시의 방법을 점유와 문서로, 그리고 공시의 대상을 동산과 부동산으로 나누어 각각의 비용이 어떻게 발생하는지를 생각해 보자.²⁴⁾

1) 동 산

동산에 대한 권리를 문서로 공시할 경우 정부는 많은 행정비용을 투입해야 할 것이다. 동산의 종류와 숫자가 많다는 것도 문제지만, 더욱 큰 문제는 그것들을 분류하는 일이다. 권리를 문서화하려면 일단 모든 물건에 대해서 분류체계를 확립하고 새로운 물건이 나올 때마다 분류를 바꾸어야 할 텐데, 그것이 쉽지 않다. 분류의 기준을 정하는 일도 그렇고 또 새로 만들어진 물건이 무엇인지를 관찰하는 일 역시 많은 비용의 투입을 필요로 한다.

권리자의 입장에서든 큰 비용이 발생하기는 마찬가지다. 자신의 물건이 어떤 분류 속에 들어가는지를 판단해야 하는 일이 쉽지 않을 것이고, 또 거래가 이루어질 때마다 문서를 만드는 일 또한

24) 지적재산권 등 무체재산권의 공시방법 선택에 대해서는 Baird and Jackson(1984, p.310) 참조.

비용이 많이 들 것이다. 각각의 물건이 문서가 지칭하고 있는 물건이라는 표시를 하는 데에도 비용이 들 것이다. 특히 타인이 그 표시를 위조하지 못하도록 만들어야 할 것이기 때문에 표시에 투입되는 비용은 상당히 클 것이다.

한편 잠재적 거래자의 입장에서 본다면 문서가 지칭하고 있는 물건이 자기가 거래하려는 것과 같은 것인지, 위조된 것은 아닌지의 여부를 파악해야 하며, 그것 역시 돈과 시간과 노력이 드는 일이다.

점유를 동산물권에 대한 공시의 방법으로 삼으면 비용의 종류와 구조가 달라진다. 문서공시 때와는 달리 점유공시제도의 운영을 위한 행정비용은 거의 들지 않는다. 사건이 발생하면 그때 가서 점유자가 누구인지만 확인해주면 되기 때문이다.

권리자가 부담하는 비용은 권리를 누리는 모습에 따라서 작을 수도 있고 클 수도 있다. 당해 물건에 대한 권리를 누리기 위해서 점유를 해야만 하는 사람, 예를 들어 직접 사용하기 위해서 연필을 매입한 사람의 경우 그 연필에 대한 공시방법인 점유는 바로 권리를 행사하는 모습과 일치한다. 따라서 그런 사람에게는 점유라는 공시방법을 따르기 위해 특별한 비용을 지출할 필요가 없다. 그러나 동산이라고 하더라도 반드시 점유를 통해서만 권리를 향유하는 것은 아니다.

빌려주거나 담보로 잡히는 경우는 권리의 향유 모습과 점유가 불일치하게 되는 대표적 사례가 될 것이다. 물건을 남에게 빌려주었을 경우 그 기간동안의 점유자는 진정한 권리자가 아니라 빌린 사람이다. 따라서 점유를 공시의 방법으로 할 경우 진정한 권리자는 빌린 자가 그 물건의 소유권을 팔아버릴 위험을 감수해야 한다. 만약 그런 위험이 싫다면 비록 타인에게 당해 물건을 임대하는 것이 직접 사용하는 것보다 더 효율적임에도 불구하고 직접 사용하는 길을 택할 것이다.

권리자와 점유자가 달라지는 현상은 동산에 대해서 담보를 설정할 필요가 있을 때에도 나타난다.²⁵⁾ 예를 들어 갑이 을로부터 돈을 빌리면서 돈을 기한 내에 돈을 갚지 않을 경우, 갑이 소유하고 있는 특정한 동산을 처분해서 변제를 받도록 하는 것이 좋을 때가 있을 것이다. 그런데 만약 점유만이 동산물권에 대한 공시의 방법으로 인정된다면 비효율적 상태가 초래된다. 만약 담보의 대상인 동산을 계속 갑이 점유하고 사용한다면 당해 물건의 사용가치는 계속 발생하지만, 을은 불안한 상태에 빠지게 된다. 을의 허락 없이 갑이 당해 물건을 처분한다면 을은 자신의 채권을 변제받기 위한 안전판을 잃을 것이기 때문이다. 갑이 그런 식의 기회주의적 행동을 할 수 있다는 사실을 잠재적 채권자인 을도 알 것이기 때문에 을은 갑에게 증가된 위험에 상응하는 높은 이자를 요구하거나 또는 돈을 빌려주려 하지 않을 것이다. 한편 반면 을이 당해 물건을 점유하고 갑이 돈을 갚음과 동시에 반환하기로 했을 경우 을은 안전하게 자신의 권리를 지킬 수 있지만, 당해 물건이 이용되지 못해 사용가치가 사장되는 현상이 발생한다. 이처럼 이자가 높아지거나 또는 사용가치가 사장되는 것이 점유만을 동산물권에 대한 공시방법으로 인정할 경우 권리자가 부담해야 하는 비용이다.

한편 잠재적 거래자가 부담하는 비용은 물건(또는 권리)을 팔려고 내놓은 사람이 진정한 점유자(권리자가 아니라)인 것을 확인해야 하는 부담을 안게 된다. 점유자도 아닌 사람이 점유자인 양 행세할 가능성도 있기 때문이다. 그러나 그 가능성은 그리 커 보이지 않는다. 따라서 점유를 동산물권에 대한 공시의 수단으로 삼을 경우 제3자가 부담하는 비용은 작다.

종합해보면 행정비용과 제3자가 부담하는 비용은 점유공시 쪽

25) 이 점을 지적해 주신 윤진수 교수님께 감사드립니다.

이 더 낮다. 권리자가 부담하는 비용은 점유가 권리향유의 주된 모습일 경우 낮은 반면, 임대나 담보 등 점유 이외의 방법으로 권리를 향유할 필요가 있을 경우 점유공시는 상당한 비용을 발생시킬 수 있다. 동산물권에 대한 공시방법을 원칙적으로 점유로 하되, 동산일지라도 선박, 항공기 등 임대나 담보의 필요성이 높은 것들은 점유가 아니라 문서공시²⁶⁾로 하고 있는 것은 효율성의 원칙에 합치된다.²⁷⁾

2) 부동산

한편 부동산(특히 토지)의 경우 그 필지수가 많기는 하지만, 공시의 목적으로 분류하기는 쉽다. 하나의 평면 위에 있다는 점에서 모든 토지는 다 동일하다. 따라서 공시를 위해 종류를 구분할 필요가 없다. 다만 이미 존재하는 주소를 당해 토지의 확인용으로 사용하면 된다. 또 소유자나 거래를 원하는 자의 입장에서 보았을 때, 확인이 필요한 필지의 수도 많지 않고 거래빈도도 낮기 때문에 일단 만들어진 문서를 확인하거나 새로운 문서를 만드는 비용이 그리 크지 않다. 또 동산을 문서화할 경우 문서위조뿐 아니라 물건에 포함된 표시의 위조가능성을 안고 있었다. 부동산의 경우 문서위조의 가능성은 있지만 후자의 가능성은 없다. 토지의 정체성은 그것의 위치로 확인이 되고 위치는 변하지 않기 때문이다.

점유를 부동산에 대한 공시의 방법으로 택할 경우의 정부는 문서를 만들고 유지하는 비용을 부담하지 않아도 된다. 잠재적 거래자의 입장에서 점유자가 누구인지만을 확인하면 되기 때문에 그리 큰 비용을 부담하지 않아도 된다. 정작 중요한 비용은 권리

26) 등기 또는 등록제도에 의해서 동산저당제도가 운영된다. 광윤직(2000, p.437).

27) Mattei(2000, p.68)는 이런 물건들의 경우 사고의 가능성이 높고, 사고가 발생했을 경우 책임자를 분명히 하는 것이 중요하기 때문에 이들 물건에 대해 등기나 등록제를 한다고 설명하고 있으나 별로 타당성이 없어 보인다.

자가 점유라는 공시방법을 택하기 위해 부담하는 비용이다.

제일 먼저 떠오르는 비용은 이동성의 제약으로 인한 비용과 직접 점유할 수 없는 부동산을 지켜야 함으로 인해 발생하는 비용이다. 부동산을 점유한다는 것은 누군가 그곳에서 활동(건물을 지어 살거나 그곳에서 사업을 하거나 농사를 짓는 등)을 한다는 것을 뜻한다. 한 사람이 여러 곳에서 동시에 살기는 어렵다는 사실을 감안했을 때 여러 필지에 대해서 점유를 유지하려면 권리자는 상당한 비용을 지불해야 한다. 그것과 관련된 또 다른 문제는 도시의 형성과 도시생활이 어려워진다는 것이다. 현대의 풍요는 도시의 형성에 바탕을 두고 있다고 보아도 큰 무리는 없을 것이다. 많은 인구가 도시에서 살려고 한다면 나머지의 토지들(우리 국토 가운데에서 주거용 토지는 5%에도 미치지 못한다)에 대해서는 권리가 직접 점유하는 것이 불가능해진다. 그럼에도 불구하고 점유를 공시의 방법으로 택한다면 자신이 직접 거주하지 않는 토지를 소유하고 있는 권리자들은 자신이 거주하고 있지 않은 토지를 타인이 점유하지 못하도록 하기 위해, 필지마다 일일이 관리인을 두어 지키는 등 많은 비용을 지출해야만 할 것이다. 그 비용이 크다면 도시화 자체가 어려울 수도 있다.²⁸⁾

권리자는 임대나 저당 등 권리의 분할이 여의치 않아 발생하는 비용도 부담해야 한다. 동산과는 달리 부동산은 임대를 하는 것이 합리적일 경우가 많다. 그러나 점유를 공시의 방법으로 택할 경우 실제의 점유자인 임차인이 권리자인 것으로 표상되는 결과가 초래된다. 따라서 진정한 권리자인 소유자는 임차인이 그 재산을 어떻게 처리할지 몰라 불안해할 것이다. 물론 임차인이 자신의 점유 상태를 악용해서 타인에게 재산을 처분할 경우 임대인은 임차인을 상대로 손해배상청구를 할 수는 있을 것이다. 그러나 임차인이

28) Miceli, Sirmans and Kieyah(2001)는 케냐를 대상으로 한 실증연구에서 도시로 갈수록 토지에 대한 문서공시의 수요가 커짐을 보였다.

처분대금을 빼돌려서 배상을 받지 못할 수도 있고 또 설령 배상을 받는다 해도 자신이 그 재산에 대해서 부여하고 있는 가치보다 작을 가능성 또한 높다.

저당을 필요로 하는 경우 역시 비슷한 비용이 발생한다.²⁹⁾ 저당이란 당해 물건은 소유자가 계속 사용하되 채무를 갚지 않을 경우 채권자에게 저당이 설정된 물건의 가치로부터 (경매를 통해) 우선변제받을 수 있는 권리가 생기도록 하는 제도이다. 사용가치를 포기하지 않으면서 금융도 일으킬 수 있다는 측면에서 효율적 제도이다. 그런데 점유만을 공시의 방법으로 사용할 경우 저당권을 가지고 있는 사람은 불안한 입장에 놓이게 된다. 갑이 을로부터 1억원을 빌리기 위해 자기 소유의 시가 2억원짜리 주택을 저당잡힌 경우를 생각해 보자. 갑이 기한 내에 돈을 못갚을 경우 그 주택의 가치는 부분적으로 을의 소유가 된다. 을은 갑의 주택의 가치의 일부에 대해 조건부의 소유권을 갖게 된 셈이다. 그런데 점유만이 공시의 방법이라면 그 집을 취득하고자 하는 제3자는 갑만이 당해 주택의 소유자인 것으로 간주하고 거래를 할 것이다. 갑이 병에게 그 주택을 2억원에 처분하고 대금을 빼돌렸다고 해 보자. 갑에게 다른 재산은 없다. 이렇게 될 경우 기한이 되었는데도 갑이 돈을 갚지 않을 경우 을은 돈을 받을 길이 없어진다. 이렇게 된다면 권리자인 갑은 오히려 이익을 보는 것처럼 보일 수 있지만 채권자인 을의 반응을 생각해 보면 그렇지 않다. 갑이 그런 식으로 행동할 가능성이 있음을 을도 알 것이기 때문에 그 땅을 저당잡고 돈을 빌려주지 않을 것이다. 즉 점유를 공시의 방법으로 할 경우 저당제도는 성립할 수 없다.³⁰⁾ 돈을 빌리려면 주택의 점유를 을에게 넘기거나 그러기 싫다면 돈을 빌리기를 포기해야 한

29) Baird and Jackson(1984, p.303).

30) 현대적 등기제도가 만들어진 것은 중세도시에서 저당제도의 필요성 때문이라고 한다. 김상용(1984, pp.387-388).

다. 돈을 빌리는 기간동안 당해 부동산을 이용하지 못함으로 인해 부담하는 비용, 또는 돈을 빌리지 못해 부담하는 비용 이 두 가지는 점유를 부동산에 대한 공시의 방법으로 택할 경우 권리자가 부담해야 하는 비용이다.

이렇게 본다면 부동산의 경우 점유에 의한 공시제도는 문서에 의한 공시제도에 비해 권리자에게 큰 비용을 부담하게 만든다. 반면 문서 공시제도를 운영하기 위한 비용은 그리 크지 않다. 따라서 부동산의 경우 문서에 의한 공시가 더 효율적일 가능성이 높다. 대부분의 나라에서 부동산에 관한 공시를 문서로 하게 하는 것은 그런 이유에서일 것이다.

지금까지의 논의에서 문서에 의한 공시라고 포괄적으로 표현했지만 사실 문서공시도 여러 가지의 형태가 있을 수 있다. 이념형 Ideal Type으로 따져보았을 때, 권리가 이전될 때마다 관공서에 신고해서 그것의 기록을 남겨놓도록 하되, 그것의 공신력은 인정하지 않는 제도와 정부가 권리의 이전과정을 직접 기록하고 그것의 진실성을 보증하는 제도의 두 가지를 생각해 볼 수 있다. 전자를 채택하고 있는 대표적인 국가는 미국인데 그들의 제도는 기록제도recording system라고 불린다. 권리를 취득하려는 사람은 기록보관소에 가서 당해 토지에 관한 계약서철을 찾아서 자신이 사려고 하는 부동산의 권리상태가 어떤지를 확인해야 한다. 그러나 정부가 그 기록의 내용이 어디까지가 사실인지를 보장해 주지는 않는다. 따라서 기록에 나타난 권리관계에 기초해서 거래를 했더라도 서류에 나타나지 않은 권리자가 나타난다면 과거의 거래를 통해서 취득한 권리는 무효가 되어버리고 만다. 즉 문서를 공시수단으로 하는 것은 사실이지만, 문서에 나타난 자라고 해서 진정한 권리자일 보장은 없는 것이다. 이런 제도하에서는 거래에 위험이 따르기 때문에 그 위험을 담보하기 위해 권원보험Title Insurance이 등장하는 경우가 많다.

또 다른 방식은 토렌스 시스템(Torrens System)이라고 부르는 것이다. 거래가 이루어질 때마다 등기소에 관련문서를 제출하면 공무원이 심사해서 하자가 없다고 인정될 경우 새로운 권리를 인정하는 방법이다. 신청인이 등기를 신청할 때에 관련서류를 공증받아 오게 하는 경우가 많다. 이 제도하에서는 등기를 믿고 권리를 취득했을 경우 취득자의 권리를 인정해 준다. 자신의 재산을 잃게 되는 진정한 권리자가 문제로 등장하는데 대개는 등기수수료 중의 일부를 떼어서 적립해 두었다가 손해를 보게 된 진정한 권리자를 보상해 준다.

다음과 같은 이유에서 정부가 등기의 품질을 보증하는 토렌스 시스템은 단순한 등록제도에 비해서 효율적일 가능성이 높다. 토렌스 시스템은 잘만 설계하면 사기나 위조 등으로 인해 등기와 실권리자가 불일치하는 문제를 상당부분 줄일 수 있다. 등기공무원은 그런 위험을 가려낼 수 있는 위치에 있기 때문이다. 따라서 위험을 가려내지 못한 것에 대해 벌칙이 가해지거나 또는 잘 가려낸 것에 대해 보상이 주어진다면 공적보상과 결합된 등기제도는 위험을 담보하는 역할과 동시에 위험을 줄이는 기능을 할 수 있다. 물론 기록제도하에서도 권원보험이라는 것을 통해서 위험을 분산하는 것이 가능한 것은 사실이다. 그러나 권원보험은 위험을 줄여주는 역할은 하지 못한다. 일반적으로 보험은 피보험자의 위험을 담보할 뿐 아니라 위험이 클수록 보험료를 높게 부과함으로써 위험의 원천을 줄이는 역할까지 한다. 대개 문서와 관련해서 발생하는 위험은 사기나 문서위조 등 때문일 텐데, 그런 일을 할 사람은 권원보험에 들 이유가 없다. 따라서 권원보험은 위험을 대신 떠안는 역할은 하지만 위험을 줄여주는 역할은 하지 못한다. 반면 토렌스 시스템은 위험을 떠안는 역할과 위험을 통제하는 역할의 두 가지를 동시에 할 수 있다. 미국의 경우를 사례로 한 것이긴 하지만, 잔시크(Janczyk)는 미국 일리노이주 쿡카운티를 대상으

로 한 연구결과, 단순기록제도를 토렌스 시스템으로 교체할 경우 연간 7600만불의 비용절감효과가 있을 것으로 추정했다.³¹⁾

우리나라의 부동산등기제도는 정부가 기록을 만들고 유지한다는 점에서 토렌스 시스템과 같지만, 기록유지의 주체인 정부가 등기의 공신력을 보증하지 않는다는 점에서 단순기록제도와 같기도 하다. 즉 우리나라의 부동산등기제도는 단순기록제도와 토렌스 시스템의 중간적 형태인 것이다. 이제 부동산등기의 공신력을 인정하지 않는 제도가 효율적인지에 대해서 살펴보자.

4. 부동산등기의 공신력

부동산물권의 공시방법은 등기이다. 그런데 우리 민법은 등기의 공신력을 인정하지 않고 있다. 즉 등기의 외관을 믿고 토지를 양수讓受한 사람은 비록 그 양수행위가 선의일지라도 진정한 권리자가 나타난다면 당해 토지의 소유권을 잃게 되는 것이다. 그렇다면 토지등기의 공신력을 인정하는 것과 인정하지 않는 경우에는 어떤 차이가 있는 것일까? 정적靜的인 효율성Static Efficiency과 동적動的인 효율성Dynamic Efficiency 두 가지의 기준으로 따져보고자 한다.

정적인 효율성이란 일단 분쟁이 발생했다면 문제의 토지가 궁극적으로 누구에게 귀속될 것인지를 따진다. 둘 중에서 더 효율적으로 사용할 사람 또는 더 지불의사가 높은 사람에게 귀속될 때 정적 효율성은 충족된다. 그런데 문제의 토지가 궁극적으로 누구에게 귀속될 것인지는 등기의 공신력 유무와 무관하게 결정될 것이다.³²⁾ 어떤 토지의 진정한 소유자는 A임에도 불구하고 B가

31) Janczyk(1979). 그럼에도 불구하고 토렌스 시스템을 도입하지 못하는 것은 제도를 바꿀 경우 불이익을 받게 될 권원보험회사들과 변호사들의 로비 때문이라고 한다. Cooter and Ulen(1988, p.150) 참조.

등기상의 소유자로 되어 있다고 해보자. C는 등기명의자인 B가 진정한 소유자인줄 믿고 당해 토지를 양수받았다. A는 이 토지의 가치를 1억원이라 생각하고 C는 2억원이라 생각한다 해보자. 등기의 공신력이 인정되지 않을 경우 선의의 양수자讓受者인 C는 소유권을 A에게 반환해야 한다(물론 C는 B에 대해 자신이 지급한 토지대금을 청구할 권리가 있다). 거래가 여기서 그친다면 정적인 효율성은 달성되지 않는다. 이 토지의 가치를 2억원으로 평가하는 C가 있음에도 불구하고 그것의 가치를 1억원이라는 낮은 가격으로 평가하는 A에게 토지가 귀속되었기 때문이다. 그러나 거래는 거기서 그치지 않는다. C의 이 토지에 대한 평가가 2억원이고 A의 평가는 1억원이기 때문에 그 중간의 가격(예를 들어 1억3천만원)에서 A와 C간에 다시 거래가 일어날 것이다. 즉 등기의 공신력을 부인해서 이 토지의 소유권을 진정한 권리자인 A에게 귀속시키든, 공신력을 인정해서 C에게 귀속시키든 간에 거래가 자유롭게 일어나는 한 당해 토지는 궁극적으로 그것을 가장 높게 평가하는 쪽에 귀속되게 마련이다. 따라서 토지가 비효율적 이용자에게 귀속됨으로 인해 발생하는 비효율은 염려할 필요가 없다.³³⁾ 즉 등기의 공신력 유무는 정적인 효율성의 달성여부와는 무관하다.

그러나 동적인 관점에서 보면 등기의 공신력 유무는 효율성과 밀접한 관련을 갖는다. 공신의 원칙이 인정되지 않으면 토지를 구매하려는 잠재적 거래자들은 등기상의 권리자가 진정한 권리자인지의 여부를 확인해야만 할 것이다. 당연히 현재의 등기상 권리자

32) Miceli(1998, p.435).

33) 거래비용이 낮을 경우 권리를 누구에게 주더라도 결국 가장 효율적으로 사용할 사람에게 귀속된다는 내용의 가설을 코우스의 정리(Coase Theorem)라고 부른다. 경제학자이면서 시카고법대 교수인 Coase는 이 내용을 가지고 노벨경제학상을 받았다. Coase(1960).

는 믿지 못할 것이기 때문에 등기상의 전 소유자를 찾아내서 누구에게 팔았는지를 추적하는 식이 될 것이다. 이것은 만만치 않은 과정이고 그 과정에서 많은 비용이 발생할 것이다. 또 거래의 안전이 확보되지 않아 아예 거래를 하려는 마음조차 먹지 않는 경우들도 있을 것이다. 등기부의 내용이 진정한 권리관계에서 벗어나는 정도가 클수록 이런 비용은 커질 것이다. 이처럼 진정한 권리를 찾기 위해 지출해야 하는 비용과 거래의 기회가 사라짐으로 인해 감수해야 하는 토지이용 효율성의 저하가 공신의 원칙을 인정하지 않음으로 인해 발생하는 비용이다. 그러나 진정한 권리자는 자신의 권리를 지키기 위해 특별한 비용을 지출하지 않아도 된다.

반면 공신의 원칙이 지켜질 경우 선의취득자가 거래안전의 보호를 위해 지출하는 비용은 없어진다. 계약의 상대방이 등기부상의 명의인과 일치하지만 확인하면 되기 때문이다. 반면 진정한 권리자는 자기 토지의 등기부에 타인이 등기를 하지 않았는지를 늘 확인하고 문제가 생겼다면 등기부를 고치는 수고를 부담해야 한다.

위에서 정적인 효율성을 따질 때에는 A와 C가 서로 거래의 상대방이 누구인지 확실히 알고 있는 상황이었다. 그래서 거래를 통해 쌍방 모두 이익을 취할 수 있는 여지만 있다면 거래는 성사된다. 공신의 원칙유무와는 무관하게 정적인 효율성이 달성될 수 있었던 것은 그 때문이었다. 그러나 동적인 효율성을 따지는 상황은 그렇지 못하다. 동적인 효율성 유무는 진정한 권리자와 잠재적 거래자간의 관계 사이에서 나타나는 것이고 그들간에는 거래가 일어날 수 없기 때문에 어느 한쪽에 권리가 주어짐으로 인해 비록 비효율적 상태가 초래된다고 하더라도 거래를 통해서 그 비효율이 해소되지 못한다. 따라서 우리는 어느 쪽이 더 작은 비용으로 위험을 피할 수 있는지를 따져서 작은 비용의 위험을 피할 수 있

는 쪽에 권리를 주어야 한다. 즉 진정한 권리자가 부실등기를 막기 위해 치르는 비용과 잠재적 양수자가 가짜 주인을 가려내기 위해 치르는 비용을 비교해서 전자가 후자보다 작다면 공신의 원칙을 인정하고, 후자가 전자보다 작다면 등기의 공신력을 부인하고 진정한 권리를 보호하는 것이 효율적 대안이다.

진정한 소유자가 잘못된 등기를 막으려면 자기 토지의 등기부를 수시로 확인해 보아야 할 것이다. 그러다가 만약 잘못된 것이 있다면 등기소에 이의를 신청하면 된다. 이 일도 과거에는 그리 쉽지 않은 일이었다. 토지의 관할 등기소에 가서 등기부를 확인해야 했기 때문이다. 그러나 2002년 9월부터 등기의 전산화가 이루어지면서 집에서 인터넷을 통해 등기부를 확인할 수 있게 되었다.³⁴⁾ 즉 진정한 권리자가 자기 부동산의 등기가 실제의 권리와 일치하는지를 확인하는 비용이 아주 낮아진 것이다.

반면 잠재적 거래자가 등기명의인의 실권리자 여부를 확인하는 일은 쉽지 않을 것으로 보인다. 그 이전 소유자들을 추적해서 확인해야 할 것이고, 설령 추적이 가능하다고 하더라도 그 사람들이 진실을 말하고 있는지를 확신할 수도 없을 것이다. 게다가 중간생략등기가 되어 있다면 그런 식의 추적마저도 어렵게 된다. 이렇게 본다면 진정한 권리자로 하여금 자기 등기부를 지키도록 하는 것이 제3자인 잠재적 거래자로 하여금 속임을 당하지 않을 책임을 부여하는 것보다 효율적이다. 따라서 등기의 공신력을 인정하는 것이 그렇지 않는 것보다 더 효율적이다.

지금까지는 실권리자와 제3자인 잠재적 양수자 가운데서 전자가 더 효율적 위험회피자이기 때문에 등기의 공신력을 인정하는 것이 더 효율적임을 설명했다. 그런데 등기소의 역할을 넣어서 생각하면 등기의 공신력 부여는 더 설득력을 가지게 된다.³⁵⁾ 공신

34) 대법원 홈페이지(www.scourt.go.kr)에서 수수료 1,000원만 내면 등기부를 확인할 수 있다.

의 원칙을 인정할 경우 진정한 권리자가 자신의 권리를 지키기 위해 부담하는 비용이 제3자의 그것보다 작기는 하지만, 여전히 비용이 드는 것은 사실이다. 매일 매시간 등기부를 확인할 수는 없는 것이고, 그렇다면 확인이 이루어지지 않는 기간동안에 누군가 자기의 권리를 훔쳐가는 일이 충분히 있을 수 있기 때문이다. 그런데 등기의 신청은 반드시 등기소를 거쳐야 하며, 등기소의 공무원은 상당히 작은 비용으로 잘못된 등기를 막을 수 있는 위치에 있다. 따라서 등기소에 부실등기에 대한 방지책임을 부여한다면 공신의 원칙을 인정하면서 진정한 권리자들이 부담하는 부실 등기 방지비용을 줄여줄 수 있을 것이다.

현행 우리나라의 등기제도는 형식심사주의를 택하고 있어, 등기원인의 존부, 유효, 무효를 조사하거나 신청의 내용이 실체법상의 권리관계와 일치하는지의 여부를 심사할 권한이 없다.³⁶⁾ 인감증명을 위조해서 제출한다고 해도 그 서류가 형식적 요건을 갖추고 있는 한 등기공무원은 그것을 수리해야 한다. 등기소가 부실등기를 막을 권한도 책임도 없는 것이다.³⁷⁾ 이것은 등기 공무원들의 태도를 해이하게 해, 그 자체가 부실등기의 원인이 되기도 한다.³⁸⁾ 진정한 관리자가 부실등기를 막는 비용보다 등기소가 막는

35) 다음의 판결을 보면 대법원도 등기의 공신력 부여가 바람직한 것으로 보고 있는 듯하다. ‘본래 등기는 부동산물건의 득실변경에 대한 공시방법이므로 이러한 등기제도의 목적과 이상에 비추어 본다면 등기는 형식적 효력요건을 갖추어 적법하게 경료되고 물건변동의 과정을 소상하고 정확하게 반영하는 것이 가장 바람직한 것이나 현실적으로는 등기절차상 적법요건을 갖추지 못한 등기가 등기공무원의 심사단계에서 걸러지지 않은 채 경료되는 경우가 있는바…’(대법원 90.11.27 선고 87다카2961, 87다453 전원합의체판결).

36) 윤철홍(1998a, p.74).

37) 물론 등기공무원의 고의나 과실이 있는 경우 국가배상이 인정되고는 있지만(정중영, 2001, p.569), 서류의 정교한 위조를 가려내지 못했다고 해서 고의나 과실이 있는 것으로 인정될 것 같지는 않다.

38) 이완근(1991, p.178).

비용이 명백히 작다는 사실을 고려했을 때, 이것은 잘못된 제도이다. 등기소에 실질심사권을 부여하되,³⁹⁾ 등기의 내용에 대해서도 책임을 지게 한다면 진정한 권리자가 스스로 비용을 들여 자신의 권리를 지킬 필요는 줄어들 것이다. 그러기 위해서는 신청서류의 공증을 의무화할 필요가 있다.⁴⁰⁾ 부실등기의 중요한 한 축이 지적 불부합地籍不附合에 있음을 고려했을 때, 실질심사나 공증의무화를 통해 모든 부실등기를 막을 수는 없겠지만,⁴¹⁾ 사기나 문서위조 등의 행위는 상당부분 차단할 수 있을 것이다.

등기공무원이 실질심사권을 가진다고 해서 권리자가 스스로의 권리를 지켜야 할 필요가 완전히 없어지지 않는 것이다. 등기공무원이 실수를 할 가능성을 배제할 수 없기 때문이다. 이럴 경우에 대비해서 보상제도의 필요성이 대두한다. 즉 공신의 원칙에 따라 선의취득자를 보호하되, 억울하게 권리를 빼앗긴 종전의 진정한 권리자에 대해 정당한 보상을 하게 하는 것이다. 이것을 통해서 두 가지의 이득을 얻을 수 있다. 진정한 권리자가 스스로 권리를 지키기 위해 수시로 등기부를 점검하는 수고를 덜 수 있다는 것이고, 또 다른 하나는 등기공무원을 규율하는 역할을 할 수 있다는 것이다. 전자의 이득에 대해서는 이미 설명한 것과 같다. 후자의 효과가 생기는 것은 보상금액으로 지출되는 비용은 등기소의 근무성적을 대신할 수 있을 것이고, 그것을 줄이기 위해 등기소의 공무원들은 등기와 실제권리관계의 확인에 더욱 충실하려고 할 것이기 때문이다. 이처럼 등기소에 등기의 확인책임을 부여하고 부당하게 손해본 진정한 권리자에게 보상을 하는 제도를 운영한다면 공신의 원칙 시행에 따른 비용은 상당부분 줄일 수 있다.

39) 이 문제를 다룬 많은 문헌들이 실질심사권의 필요성을 주장하고 있다. 이완근(1991), 김종현(1992), 이은영(1998, p.114), 박윤직(2000, p.46) 등 참조.

40) 김상용(1984, p.70).

41) 김천경(1982, pp.129-130).

결론적으로 등기의 실질심사주의와 등기소에 의한 보상제도를 도입하는 동시에 등기의 공신력을 인정할 필요가 있다. 설령 실질심사와 보상이라는 전제가 충족되지 않는다고 하더라도 등기의 공신력을 인정하는 것이 최소비용회피자의 원리에 부합된다.

마지막으로 현실적 의문이 한 가지 든다. 등기의 공신력이 인정되지 않았다는 것은 그동안 우리나라에서 부동산을 취득하는 사람들은(최소한 개념적으로는) 상당한 위험에 노출되어 왔었음을 뜻한다. 그리고 위험이 크면 대개 보험이 등장하기 마련이다.⁴²⁾ 그런데 현실적으로 토지거래의 위험을 다루는 사보험(예를 들어 권원보험>Title Insurance)이 등장한 것은 2001년 6월 이후였다. 외환위기 이후 외국인에 대한 부동산시장 개방이 권원보험 도입의 계기가 되었다.⁴³⁾ 흥미로운 것은 권원보험이 들어왔다는 사실이 아니라 왜 그전까지는 권원보험이 없었는가 하는 것이다. 일반적으로 시장에 보험이 등장하지 않는다는 것은 위험이 없거나 또는 작다는 것, 그리고 보험가입자의 도덕적 해이(Moral Hazard) 가능성이 크다는 것을 의미할 것이다. 그런데 권원보험 가입자의 도덕적 해이현상은 그리 클 것 같아 보이지 않는다. 사기나 문서위조를 할 사람이라면 권원보험에 들 리가 없을 것이기 때문이다.⁴⁴⁾ 그렇다면 등기의 공신력이 인정되지 않았음에도 불구하고 거래의 위험이 그리 크지 않았다는 말이 된다.⁴⁵⁾ 즉 비록 완전하지는 않지만,

42) Biuckaert and Depoeter(2000, p.30).

43) 신문식·권순일(2001, p.1).

44) 또 가입자가 이미 알고 있었던 권리의 하자를 고지하지 않을 경우 보험금이 지급되지 않는다. 김선정(2001, p.109) 참조.

45) 지적불부합 때문에 부실등기의 위험이 너무 높아서 권원보험이 등장하지 못했다고 주장하는 견해도 있기는 하다. 실제로 창원시를 대상으로 한 한 조사에서 지적불부합이 전체의 75%인 것으로 나타났다. 윤철홍(1998b, p.18의 각주 13). 그러나 권원보험에서는 측량에 의해 나타난 하자는 보상하지 않기 때문에(김광빈, 1997, p.53) 담보되는 위험에서 제외된다.

그래도 기존의 등기부가 상당히 실체적 권리관계에 부합하거나 또는 그렇지 못한 등기부를 가려낼 수 있는 능력이 있었다는 말이 된다. 실제로 김선정 교수⁴⁶⁾가 보험업계 관계자와 면담한 결과에 의하면 그동안 주택담보대출을 해온 금융기관들이 등기사고를 겪은 경우가 그리 많지 않다고 한다. 즉 공신력이 인정되지 않지만 등기가 허위로 작성될 가능성이 그리 높지 않다는 것이다. 등기공무원들이 실질심사를 하지 않음에도 불구하고 허위등기가 드문 이유가 무엇인지는 추후의 연구과제로 남겨두겠다.

46) 김선정(2001, p98의 각주 9).

참고문헌

- 곽윤직, 『물권법』, 박영사, 2000.
- 곽윤직, 『민법개설』, 박영사, 1999.
- 김광빈, 부동산거래사고와 권원보험의 유용성, 『손해보험』 342, 1997. 4, pp.46-54.
- 김상용, 부동산거래 안전제도, 『충북대학교 논문집』 제28집, 1984. 12, pp.387-401.
- 김선정, 국내판매를 계기로 본 권원보험, 『상사법연구』 제20권 제3호 통권 31호, 2001.11, pp.97-127.
- 김종현, 우리 민법상 부동산등기의 공신력 도입여부에 관하여, 『청주대법학논고』 19, 1992, pp.153-168.
- 김천경, 등기원인증서의 공증에 관한 내용 및 사건, 『단국대학교 대학원 학술논총』 제6집, 1982, pp.123-144.
- 박병호, 『한국의 전통사회와 법』, 서울대학교 출판부, 1985.
- 신문식·권순일, 부동산권리보험 : 도입현황과 시사점, CEO Report 2001-01, 보험개발원 보험연구소, 2001.8.
- 양창수, 『민법 입문』, 박영사, 2001.
- 윤철홍, 『물권법 강의』, 박영사, 1998a.
- 윤철홍, 2000년대를 향한 지적공시제도의 발전방향, 『지적』 275, 1998b, pp.13-18.
- 이완근, 부동산등기의 공신의 원칙, 『목포대 사회과학연구』 6, 1991, pp.173-192.
- 이은영, 『물권법』, 박영사, 1998.

전계원, 토지등기와 등록의 관련성, 법률신문 제1255호, 1978.6.12,
<http://www.lawtimes.co.kr/information/register/contents.asp?Seq=1243&Cpage=1>. 2002.7.8 방문.

정중영, 미국의 권원보험과 국내 도입방안, 『동의대학교 동의논총』 제34집(인문사회과학편), 2001.2, pp.561-571.

- D. Baird and T. Jackson, Information, Uncertainty, and The Transfer of Property, *Journal of Legal Studies*, vol.XIII, June 1984, pp.299-320.
- B. Bouckaert and B. Depooter, Adverse Possession-Title Systems, in *Encyclopedia of Law and Economics*, vol.II, pp.18-31.
- R. Coase, The Problem of Social Cost, *Journal of Law and Economics*, vol.1, 1960.
- R. Cooter and T. Ulen, *Law and Economics*, Harper Collins Publishers, 1988.
- J. Janczyk, An Economic Analysis of The Land Title Systems for Transferring Real Property, *Journal of Legal Studies*, vol.VI, 1977, pp.213-233.
- J. Janczyk, Land Title Systems, Scale of Operations and Operating and Conversion Costs, *Journal of Legal Studies*, vol.VIII, 1979, pp.569--.
- U. Mattei, *Basic Principle of Property Law : A Comparative Legal and Economic Introduction*, Greenwood Press, 2000.
- T. Miceli, Land Title Systems, in *The New Palgrave Dictionary of Economics and The Law*, Stockton Press, 1998.
- T. Miceli, C. Sirmans, J. Kieyah, The Demand for Land Title Registration : Theory with Evidence from Kenya, *American Law and Economics Review*, vol.3, no.2, 2001, pp.275-287.

제3장 강박에 의한 의사표시의 경제학⁴¹⁾

47) 이 논문에 대해서 논평해주신 숭실대학교 법학과 윤철홍 교수님, 서울대학교 법학과 윤진수 교수님, 전남대 경제학과 김영용 교수님, 그리고 한국경제연구원 워크샵에서 비평해주신 좌승희 원장님, 이인권 박사님, 이주선 박사님 등 여러분께 감사드립니다. 익명의 심사자 두 분께도 감사드립니다. 그러나 아직도 오류가 남아 있다면 전적으로 필자의 책임이다.

1) 이 논문에 대해서 논평 해주신 숭실대학교 법학과 윤철홍 교수님, 서울대학교 법학과 윤진수 교수님, 전남대 경제학과 김영용 교수님, 그리고 한국경제연구원 워크샵에서 비평해주신 좌승희 원장님, 이인권 박사님, 이주선 박사님 등 여러분께 감사드립니다. 익명의 심사자 두 분께도 감사드립니다. 그러나 아직도 오류가 남아 있다면 전적으로 필자의 책임이다.

1. 서론

시장경제가 제대로 작동하기 위해서는 재산권이 확실히 정립되어 있어야 하고, 또 자발적 거래의 자유가 인정되어야 한다. 그러면 재화나 용역은 그것을 가장 효율적으로 사용할 사람에게로 이동해 간다. 그것이 사회를 풍요롭게 한다. 그래서 자발적 거래와 비자발적 거래를 구분하고, 비자발적 거래를 억제할 필요가 있다. 거기까지는 누구나 쉽게 이해할 수 있다.

많은 경우 비자발적 거래가 무엇인지는 직관적으로 알 수 있다. 목숨을 빼앗겠다는 위협에 못이겨 수표를 써주었다면 분명 자발적 거래가 아니다. 그러나 어음을 돌려서 부도를 내겠다는 위협 때문에 회사의 채무에 대해 개인적 보증을 했을 경우 그것을 자발적인 것으로 보아야 할지 강요된 것으로 보아야 할지를 직관적으로 판단하기는 쉽지 않다. 물론 판결에서도 법학문헌에서도 그런 사안들에 대해서 판단을 하고 있기는 하지만, 일관된 논리에 입각하고 있지는 않으며 때로 모순된 판단을 내리는 경우도 있다. 이런 문제에 대해서 경제학은 해법을 제공할 수 있다.

이 글은 모두 6절로 구성된다. 제2절에서는 상대방의 위협하에서 이루어진 의사표시를 법경제학적 시각에서 어떻게 보아야 하는지를 다루었다. 새로운 가치의 창조에 동참하지 않겠다는 위협은 정당하고 효율적이지만, 기존의 가치를 파괴하겠다는 위협은 부당하고 비효율적임을 보였다. 후자의 위협은 과도한 대가를 요구하는 사람이 자신이 절박한 상황에 대한 통제권을 가진 경우와 그렇지 않은 경우로 나누어지고, 각각에 대한 구제책이 달라야 함도 설명되었다. 제3절에서는 한국민법 중 관련조항들(강박 및 궁박)의 의미를 살피고 다른 법률 및 민법의 다른 조항과의 관계도 판례를 통해서 분석해 보았다. 제4절에서는 미국의 강박관련 법리를 소개했다. 제5절은 우리나라의 강박 및 궁박관련 판례를 훑어

보고 간단한 평가도 덧붙였다. 제6절에서는 이전의 논의에 기초해서 강박에 대한 구제책이 취소여야 하는지의 문제와 명백하게 강박에 의한 의사표시임에도 불구하고 정부에 의한 것일 때에는 실질적으로 취소권의 행사가 어려워 법이 있으나마나 하다는 사실을 보였다.

2. 위협에 의한 의사결정의 법경제학

대부분의 법학자들은 민법 제110조의 목적을 자유로운 의사결정을 보호하기 위함이라고 하고 있다.²⁾ 그러나 자유로운 의사결정이라는 것만으로는 현재의 조항이나 해석이 정당화될 수는 없다. 무엇을 자유로운 것이라 볼 것인가? 직관적으로 이해되는 경우도 많지만, 그렇지 않은 경우도 많다. 속마음으로는 그러고 싶지 않은데, 남들에게 따돌림당할 것이 두려워서 유행을 따르는 경우를 생각해보자. 또 진정 바라는 것은 음약을 하는 것인데 부모의 ‘강요’에 못이겨서 법학과에 가는 자식은 자유로운 의사결정을 했다고 볼 수 없는가.³⁾ 자식은 분명 부모가 실망하거나 부모와 대립할 것에 대해 공포심을 느껴서 부모의 의사에 따랐을 것

2) 자유로와야 할 의사가 타인의 위법한 간섭으로 말마암아 방해를 받은 것(곽윤직 1998, p.402). 강박에 의한 의사표시의 경우 동기의 착오가 없음에도 불구하고 취소할 수 있게 하는 것은 오로지 의사결정의 자유를 보호하기 위함이다(이영준, 1995, p.400). 사적자치의 원칙상 의사표시는 표의자의 자유로운 의사결정에 기한 것이어야 한다. 따라서 만약 표의자가 타인의 부당한 간섭에 의하여 의사표시를 하였다면 표의자를 그 의사에 매이도록 할 수는 없다. 이런 이유에서 민법은 표의자에게 하자 있는 의사표시를 취소할 수 있도록 하는 것이다. 이는 표의자의 의사결정의 자유를 보호하려는 것이다(김중환·김학동, 1995, p.361). 이 규정은 사적자치의 원칙이 전제로 하고 있는 의사결정의 자유를 보호하려는 데에 그 취지가 있으며...(송덕수, 1999, p.532).

3) Hill(1999, p.300).

이다. 또 외항선을 타고 나간 선장이 항해 중에 월급을 올려주지 않으면 회항하겠다고 해서 할 수 없이 새로운 계약을 승낙했다면 선주의 그러한 약속은 자유롭지 못한 의사결정이라고 보아야 하는가. 그렇다면 꼭 필요한 선장이 있는데, 보통보다 2배나 더 많은 급여를 요구해서 출항 전에 ‘할 수 없이’ 승낙했다면 그 계약은 자유로운 의사결정의 산물인가. 또 자유롭지 못한 의사결정에 기초한 계약은 왜 무효가 아니고 취소의 대상이어야 하는가. 자유로운 의사결정이라는 말만으로는 이런 의문들에 대해 답을 구할 수가 없다.

경제학이 자발적 거래에 높은 가치를 부여하는 이유는 그것을 통해서 거래 쌍방 모두에게 이익이 돌아가기 때문이다. 그 과정에서 가치가 창조되기 때문이다. 재화나 용역이 어떤 사회 내에 존재한다는 사실만으로 그것이 가치를 가지지는 않는다. 같은 물건이라도 가치를 높게 평가하는 사람에게 갈 때에 그것의 가치는 극대화된다. 예를 들어 사과가 과수원에만 있을 때에 비해 그것을 필요로 하는 사람에게 이전될 때에 사과의 가치는 높아진다. 구소련 붕괴 이후 시골에서는 농산물이 썩어가고 있었지만 도시민들은 그것을 먹지 못해 굶주렸다. 거래가 이루어지지 않았기에 생기는 문제였다. 거래가 강요되지 않고 자발적으로만 이루어진다면 자원은 가장 가치 높게 평가하는 사람에게로 이전한다. 자유로운 의사결정은 그래서 필요하다.

거래가 강압적으로 일어난다고 해보자. 자발적 거래가 쌍방 모두에게 이익인 반면, 강압적 거래는 대개 강압을 하는 쪽에만 이익이고 당하는 쪽에는 손해이다. 이런 식의 행동이 허용되면 두 가지 해로운 결과가 초래된다. 첫째, 강압으로 인해 이전되는 재화나 용역의 가치가 떨어진다. 강압자는 당해 재화나 용역에 대해 원래의 소유자인 피강압자(또는 피강압자로부터 그 재화나 용역을

쌌을 다른 사람)보다 더 낮은 가치를 부여하고 있을 것이다. 따라서 당해 재화나 용역의 가치가 떨어진다. 그것을 강압의 사후적 효과라고 부를 수 있을 것이다. 그러나 강압이 허용됨에 따른 효과가 거기에만 그치지 않는다는 사실은 사람들은 강압을 당할 만한 상황을 피하기 위해, 또 강압을 가할 수 있는 능력을 기르기 위해 시간과 노력과 돈을 투자할 것이다. 국가가 강압적 재산의 이전을 적절히 막아줄 수 있다면 사람들의 노력을 생산적인 용도로 유도할 수 있다.

그런데 사용한 강압이라는 단어는 일반적 용어다. 이 말을 또 다른 일반적 용어인 위협과 어떻게 구분할 것인지를 문제가 등장한다. 거래는 협상을 거쳐서 이루어지고, 협상에는 대개 위협이 따르기 마련이다. 중요한 것은 위협의 성격이다. 강압을 정의하기 위한 목적의 관점에서 보았을 때, 협상에서의 위협은 두 가지로 구분해 볼 수 있다. 하나는 거래를 통해서 창출하려고 하는 가치의 창출과정에 참여하지 않겠다는 위협이다. 값이 을에게 높은 대가를 주지 않으면 을의 경쟁자를 위해서 협력하겠다고 하는 상황은 좋은 예가 될 것이다. 이런 위협은 요구에 응하지 않을 경우 새로운 가치의 창조에 동참하지 않겠다고 위협하는 것이다. 반면 자신의 요구에 응하지 않으면 이미 만들어져 있는 가치를 파괴하겠다는 식의 위협이 있을 수 있다. 조직폭력배가 상인에게 가게를 헐값에 넘기지 않으면 가족들에게 폭행을 하겠다는 식의 행동이다. 이때 조직폭력배는 상인이 이미 누려온 가족의 안전이라는 가치를 파괴하겠다고 위협하고 있는 것이다. 강압은 후자의 범주에 속하는 위협을 지칭한다.⁴⁾

요구사항이 관철되지 않을 경우 새로운 가치의 창출에 동참하지 않겠다는 위협은 ‘의사결정의 자유’의 불가피한 일부분이다.⁵⁾

4) Cooter and Ulen(1988, pp.249-256) 및 Friedman(2000, p.152) 참조.

5) Cooter and Ulen(1988, p.251).

그래서 협상의 성공을 위한 정당한 수단이다. A와 B의 거래를 통해서 10만원의 가치가 창출될 수 있다고 해보자. 둘은 새로 만들어지는 10만원을 놓고 서로 더 많이 차지하기 위해 협상을 할 것이다. 그때 각자는 자신의 의사가 관철되지 않을 경우 이 거래에 참여하지 않겠다고 위협할 수 있다. 그것은 모든 거래의 기초를 이룬다. 이런 과정을 통해서 경쟁과정은 작동하며, 거래는 쌍방 어느 누구에게도 손해가 되지 않는 방향으로 이루어질 수 있다.

이미 존재하고 있는 가치를 파괴하겠다는 위협이 도덕적으로 정당하지 않다는 것은 긴 설명이 필요 없다. 가치있는 것의 파괴가 효율적이지 못하다는 것 역시 긴 설명이 필요 없다. 그래서 그런 상황을 모면하기 위해 이루어진 거래의 정당성은 인정될 수 없다.

한 가지의 예를 가지고 설명해 보자. A가 B 소유의 회사 주식을 갖고 싶어한다고 해보자. B는 그 주식에 대해 50만원의 가치를 부여하고 있다. 그런데 A는 B에게 그보다 낮은 값으로 주식매각을 요구하면서, 만약 요구가 관철되지 않는다면 죽어버리겠다고 위협한다. 이런 행위가 허용된다면 어떤 결과가 초래될까?

이 주식이 가장 효율적으로 사용되기 위해서는 그것을 가장 효율적으로 사용할 사람에게 소유권이 귀속되어야 한다. A가 B보다 더 효율적 이용자일 경우 A가 당해 주식에 대해서 부여하는 주관적 가치는 B의 주관적 가치에 비해서 높을 것이다. 따라서 그 주식은 B로부터 A에게로 팔리게 될 것이다. 이제 강박에 의한 계약의 무효화 여부에 따라 어떤 결과가 올지를 따져보기 위해 몇 가지의 숫자를 도입하겠다. 이 주식의 가치를 B는 50만원으로 평가하고 있으며, 자기 목숨에 대해서는 100억원의 주관적 가치를 부여하고 있다. 자발적 거래만이 인정된다면 A가 B에게 50만원보다 높은 가격을 제시하지 않는 한 B는 그 주식을 A에게 팔지 않을 것이다. 자발적 거래체제 아래에서는 당해 재산에 대한 A의

주관적 평가가 B의 주관적 가치보다 높을 때에야 비로소 거래가 성립된다.

이제 강압에 의한 거래가 인정된다고 해보자. 즉 A는 자신이 제시하는 가격, 예를 들어 30만원으로 주식을 넘기지 않으면 죽이겠다는 식의 위협을 가했다. A의 위협이 실현된다면 B는 자기 목숨의 가치인 100억원을 잃게 된다. 반면 자신이 가진 주식을 A가 요구하는 가격인 30만원에 넘길 경우 자신이 그 주식에 대해 부여하는 가치인 50만원과의 차액 20만원을 잃게 된다. 20만원의 손실은 목숨을 잃을 경우의 손실인 100억원보다 작기 때문에 B는 30만원이라는 낮은 가격으로라도 주식을 B에게 넘길 것이다. 민법이 원칙적으로 계약자유 원칙을 인정하는 이유는 그것이 거래 쌍방의 이익을 증진시켜주기 때문이다. 그런데 이 경우 A는 이익을, B는 손해를 보게 되었다. 더욱 중요한 것은 A가 얻는 이익이 B가 보는 손해보다 작을 가능성이 크다는 것이다. 부당한 위협을 할 수 있는 위치에 있는 A의 입장에서는 자신이 욕심내는 물건이 자신에게 조금의 가치라도 있다면, 그것이 상대방에게 얼마나 큰 손해인지와는 무관하게 위협을 가할 것이다. 극단적으로는 단지 1원의 가치를 얻기 위해 B에게 99억원의 가치가 있는 재산을 내놓으라고 할 수도 있다.

상대방에게 자신의 의사를 강요하기 위한 수단이 반드시 폭력일 필요는 없다. 다음의 사례는 폭력을 사용하지 않고도 이미 만들어진 가치의 파괴가 가능하고 그것이 위협수단으로 사용될 수 있음을 보여준다. 을은 갑과 기계납품 계약을 맺고 생산을 위해 조립라인을 설치했다. 또 을은 병으로 하여금 일정기간 동안 부품공급을 해달라고 계약을 맺었다. 병은 부품인도를 시작했다. 계약 진행 중 갑은 을에게 더 많은 기계를 주문했고 을은 병에게 더 많은 부품을 공급하는 계약을 체결하자고 요구했다. 병은 을에게 원래 1차 계약의 납품단가를 높여주지 않으면 2차 계약을 체결하

지 않을 뿐 아니라 1차 계약도 지키지 않겠다고 위협하고, 실제로 납품을 중단했다. 그 결과 을은 갑에게 납품을 하지 못해 계약을 위반하는 곤란한 지경에 처하게 되었다. 을은 다른 공급자를 물색해 보았으나 적당한 거래처가 없었다. 그래서 을은 병이 요구하는 대로 1차 계약을 변경해서 납품단가를 높여주고, 2차 계약도 그 가격으로 체결했다. 그 후 납품은 재개되었다.⁶⁾

위 사건에서 계약 도중에 공급을 중단하게 되면 병과의 계약을 신뢰해서 이루어진 갑의 투지는 물거품이 되고 말 것이다. 또 갑과의 계약을 지키지 못해 손해배상을 해야 하며 신용도 떨어지고 만다. 1차 계약의 이행을 신뢰하고 있었던 을의 입장에서 중간에 납품을 중단하겠다는 병의 위협은 이미 만들어져 있는 가치를 파괴하겠다는 것이다. 따라서 비록 폭력이 사용되지는 않았지만, 이런 행동은 기존 가치의 파괴라는 측면에서 앞서 설명한 폭력과 다를 바가 없다.

강압에 의한 거래가 인정된다면 일차적으로 재산이 비효율적 사용자에게로 이전되는 결과가 초래된다. 자발적 거래를 통해서 이루려고 하는 사회적 목표가 당해 재산을 가장 가치 높게 평가하는 사람에게로 이전되게 만드는 것임을 생각해 보았을 때, 강압에 의한 거래는 그런 원리를 위배하고 있는 것이다. 그리고 그 배후에는 이미 만들어져 있는 가치를 파괴하겠다는 위협이 놓여 있다. ‘강박자가 요구하는 의사표시를 하는 것이 덜 나쁠 것이라고 생각하도록 강제하는’이라는 권오승 교수의 언급 중 ‘덜 나쁠’이라는 표현은 강박의 본질을 정확히 짚어낸 것이다.⁷⁾

6) 미국에서 실제 있었던 사건을 각색한 것이다. *Austin Instrument, Inc. v. Loral Corp.*, 272 N.E2d 533(N.Y. 1971). Cooter and Ulen(1988, p.253)에서 재인용.

7) 권오승(1996). 전체 문장을 인용하자면 다음과 같다. “강박행위(Drohung)라 함은 어떠한 해악을 고지하여 공포심을 일으키게 하는 행위를 말한다. 강박은 피강박자에게 강박자가 요구하는 의사표시를 하든지 아니면 강박자가 고지하는 해악을 감수하든지 양자택일할 수밖에 없다는 심리적인 강제상태에 빠뜨린 뒤에, 강박자가

이 같은 현상은 단순히 강박에 의해 거래된 재산의 사후적 이용에만 영향을 주는 것이 아니라 사전적으로 사람들의 행태에 영향을 주게 된다. 강압을 당할 가능성이 있는 사람들은 그것을 피하기 위해 노력을 기울일 것이다. 또 강압을 하기 위한 기술이나 능력을 기르는 데에 노력을 투입할 것이다. 폭력에 의한 강압을 당할 가능성이 있는 사람이라면 보디가드를 고용할 것이다. 또 누가 폭력을 사용할 사람일지 사전에 잘 알 수 없기 때문에 사람을 만나는 것을 꺼릴 것이고, 또는 지나치게 조심을 해서 실제로는 폭력적이지 않은 사람조차 미리 피해버리는 일도 생길 것이다. 또 더 많은 사람들이 폭력을 기르는 데에 시간과 노력을 투자할 것이다. 국가가 그리 큰 비용이 들이지 않고도 폭력을 막아줄 수 있다면 그렇게 하는 것이 이런 데에 투입될 자원을 생산적 용도로 물꼬를 돌려줄 수 있을 것이다.

폭력이 동반되지 않는 상황에서도 이런 문제는 발생한다. 위에서 설명한 대로 계약 무시행위가 그대로 허용된다면 을과 같은 처지의 사람은 다른 사람에게 부품공급을 의뢰하기보다는 자급자족을 택하게 될 것이다. 타인에게 부품공급을 의뢰한 이유가 그러는 쪽이 자급자족보다 낮기 때문일 것임을 생각해 보았을 때, 자급자족의 결과 제품의 가격은 높아지고 질은 낮아질 것이다. 즉 분업체계가 파괴되어 생산성이 낮아지는 것이다. 설령 타인과의 계약을 통해서 부품공급을 받더라도 상대방을 고르는 데에 매우 신중해질 것이다. 즉 누가 중간에 계약을 파기하겠다고 위협할 자인지에 관한 정보를 수집하는 데에 비용을 투입할 것이다. 법이 이런 문제를 막아줄 수 있다면 그런 비용은 투입하지 않아도 된다.

지금까지 설명한 위협은 위협을 하는 자가 적극적으로 어떤 행

요구하는 의사표시를 하는 것이 덜 나쁠 것이라고 생각하도록 강제하는 효과를 갖는다.”

동을 해서 상대방이 누리고 있는 가치를 파괴하겠다는 내용을 담고 있었다. 그러나 기존의 가치를 파괴하겠다는 위협은 다른 형태를 취하기도 한다.

예부터 한 가지 들어보자. 응급환자가 병원에 실려왔다. 당장 치료를 받지 않으면 목숨이 위태로운 상황이었다. 일상적인 경우라면 10만원 정도의 치료비를 받을 테지만, 의사는 1000만원을 내지 않으면 치료를 해줄 수 없다고 했다. 그래서 환자의 가족은 울며 겨자먹기로 1000만원에 합의하고 치료를 받았다.

위의 상황에서 1000만원을 주지 않으면 치료를 해주지 않겠다는 것은 이미 존재하는 가치, 즉 환자의 목숨을 파괴하겠다는 위협이다. 이런 면에서 앞서 설명한 폭력이나 계약파기의 위협과 다르지 않다. 다른 것이 있다면 앞의 경우에는 위협을 하는 자가 적극적으로 상대방을 곤궁에 빠지게 하는 반면, 후자의 경우는 상대방의 요구를 들어주지 않음으로써 곤궁에 빠뜨린다는 것이다.

이것이 경제학적으로 어떤 의미를 지닐까. 의사가 파괴되는 것(환자의 목숨)의 가치 이상을 요구하지는 않을 것이기 때문에 어차피 상대방이 요구하는 것은 이루어질 것이다. 즉 1000만원이 무서워서 응급환자가 치료받기를 포기하지는 않을 것이다. 또 의사도 환자가 도저히 감당할 수 없는 대가를 요구하지도 않을 것이다. 따라서 사후적으로는 단순한 재산의 이전만이 이루어지는 셈이다. 그러나 사전적으로 보면 실질적인 자원의 이동이 나타난다. 누구나 그런 상황에서는 그런 인센티브를 가지리라는 것을 사전에 다 알고 있을 것이기 때문에, 급한 상황이 생겨도 가급적이면 의사를 보지 않으려고 할 것이다. 또 응급상황에 처하지 않기 위해 사전에 지나친 조심을 할 것이다. 그것은 낭비이다.

어느 쪽이든 좋지 않다. 어떻게 막을 것인가? 거래비용이 낮을 경우 강압적인 거래를 허용해야 할 이유가 없다. 강압자와 피강압자간에는 거래비용이 높을 특별한 이유가 없다. 즉 강압자가 피강

압자의 재산을 원한다면 자발적 거래를 통해서 얼마든지 자신이 원하는 것을 취득할 수 있다. 따라서 이런 식의 행위를 하게 되면 오히려 자신에게 손해가 돌아가게 법을 만들어야 한다.

따라서 강압자로 하여금 강압을 통해서 취득한 가치만을 반환하게 하는 것은 두 가지의 이유에서 충분한 해결책이 아니다. 첫째, 강박을 행한 자가 모두 잡히지는 않을 것이다(또는 모든 강박 행위에 대해 소송이 제기되지는 않을 것이다). 또 소송이 제기되더라도 법원의 실수로 실제로는 강압이지만 강압이 아닌 것으로 판결날 수도 있다. 즉 적발확률이 1보다 작다. 그런 상황에서 적발되었을 때의 강압을 행한 자가 부담하는 비용(강압을 당한 자에게 돌려주는 돈)을 강압을 통해서 취한 재산의 가치와 같게 만든다면 강압적 행위에 따른 기대비용은 강압을 통해서 취하는 재물의 기대가치보다 작다. 따라서 기대값으로 따져보았을 때, 강압은 이익이 남는 활동이 된다.

강압을 행한 자에게 강압을 통해서 취한 재산의 가치보다 더 큰 부담을 지우는 방법으로는 두 가지를 생각해 볼 수 있다. 첫째는 민사소송에서의 배상액수를 실제 취한 재산의 가치보다 크게 선고하는 것이다. 예를 들어 취한 재물의 가액÷적발확률 같은 방식이 될 것이다. 일종의 징벌적 배상이라고 불릴 수 있을 것이다. 그러나 이 방법이 현실적으로 작동할 수 있을지는 의문이다.⁸⁾ 둘째는 강압적 행위를 민사와 더불어 형사처벌의 대상으로도 삼는 것이다. 실제로도 협박이나 공갈은 형사처벌의 대상이다. 실질적 적발확률까지 고려한 형사처벌 수준이 충분히 높다면 민사에서 강압을 통해 취한 것만큼만 배상하게 하더라도 형사처벌까지 합

8) 우리나라의 민법은 징벌적 손해배상을 인정하지 않는다. 징벌적 배상 성격의 미국 판결을 한국 법원이 승인하는 과정에서도 배상액 전액을 승인하지 않고 우리나라의 공서양속에 반하지 않는 범위 내에서만 인정했다. 서울지법 동부지원 1995.2.10. 93가합19069.

친 기대비용은 강압으로부터의 기대이익보다 높을 수 있다.

이와 관련해서 형사처벌만 하면 어떤가라는 의문이 들 수 있다. 강압적 행위를 형사처벌만으로 다루는 것은 다음의 세 가지의 문제를 발생시킨다. 첫째, 형사처벌이 이루어지려면 누가 어떤 강압적 행위를 했는지에 대해 검찰이 정보를 가지고 있어야 한다. 강압을 당한 사람이 신고를 하지 않는 한 그런 정보를 얻어내기는 어렵다. 복수를 하겠다는 마음 외에 강압을 당한 피해자가 자신이 당했다는 사실을 검찰에 알릴 인센티브가 별로 없기 때문이다. 즉 당사자의 협조가 없는 한 검찰은 정보를 가지기 어렵고, 때문에 적발 및 처벌의 실효성도 떨어진다. 민사소송과의 병행은 이런 문제를 쉽사리 해결된다. 검찰에 알려져 사실관계를 확인해 두면 민사소송에서 승소를 하기도 쉬울 것이다. 따라서 피해자에게는 검찰에 고소하려는 인센티브가 생긴다. 민사소송과의 병행은 형사처벌의 실효성을 높이는 효과를 갖기도 하는 것이다. 둘째, 민사소송은 잠재적 피강압자들로 하여금 지나친 조심을 할 필요가 없게 해준다. 강압이 허용되면 잠재적 피강압자들이 어떤 식의 회피행동을 할지에 대해서는 앞서 설명한 바 있다. 강압행위로 잃은 재산이 복구되지 않는다면, 그리고 강압행동이 형사처벌로 완벽하게 억제되지 못한다면 강압으로 인해 자신의 재산을 잃게 될 잠재적 피해자들은 그런 식의 회피행동을 하게 될 것이고, 그것은 바람직하지 않다. 셋째, 모든 강압행동이 검찰에 의해서 적발되어 처벌된다고 하더라도 과연 형사처벌의 수준이 강압을 통해 이전되는 재산의 가치와 비례할 수 있는가에 대해서는 의문이 있다. 실증분석을 통해서 밝혀져야 할 부분이긴 하지만, 그렇지 않다는 느낌이 든다. 특히 재산범죄를 상대적으로 가볍게 다루는 사법부의 성향을 고려한다면 더욱 그렇다.

처벌과 배상제도에 대한 이 같은 범경제학적 시각은 전통적 법학자들의 시각과는 큰 차이가 있다. 법학자들은 민법상의 이 조항

이 벌주기와는 무관하게 피해자의 구제를 목적으로 한다고 말하고 있다. 의도가 그럴지는 모르지만, 현실적으로 벌주기의 성격을 가질 수밖에 없다. 즉 이 조항을 두는 입법자의 의도가 피해자를 구제하는 데에만 있을지는 모르지만 결과적으로는 가해자 또는 잠재적 가해자에 대해 억제효과(抑制效果, Deterrence Effect)를 가진다는 것이다. 사후적으로 보면 손해배상이든 부당이득반환이든 피해자에게 재산을 지급해야 하는 가해자는 그것을 비용으로 느끼며 따라서 억제효과를 가지게 된다. 둘째, 사전적 효과면에서는 더욱 그렇다. 강박행위를 하면 취소에 따른 부담을 져야 한다는 사실을 잠재적 가해자가 알고 있는 한, 그것은 분명 강박행동에 따른 비용을 높이는 것이다. 그래서 억제효과를 갖는다. 강압행동의 적발 확률을 높이는 효과도 있다. 강압행동 중 많은 것이 범죄의 요건을 구성한다. 그런데 누가 범죄를 했는지를 검찰이 알지 못한다면 처벌은 불가능하다. 피강박자에게 취소에 따른 이익을 귀속시킴으로써 검찰에 고발하려는 인센티브가 생긴다. 그 결과 이 조항은 강박행동에 대한 억제효과를 높이게 된다.

지금까지 논의한 것은 어느 일방의 적극적 강압행동을 어떻게 제어할 것인가의 문제였다. 가치를 파괴하겠다는 위협에는 것처럼 적극적인 것도 있지만, 곤궁한 처지에 있는 상대방의 요구를 들어주지 않겠다는 위협도 있다. 그런 행동에 대해서는 행동의 성격이 다른 만큼 대응책의 구조도 다를 수밖에 없다.

응급환자와 의사의 예로 돌아가 보자. 문제가 되는 것은 의사의 폭리행위이지, 치료를 해주는 행위 그 자체는 아니다. 따라서 치료행위는 인정하되 폭리부분을 제거하는 것이 이런 행위에 대한 구제책이 된다. 예를 들어 ‘적절한’ 치료비가 10만원이라면 의사의 무리한 요구에 못이겨 1000만원에 합의했다라도 사후적으로 10만원이 넘는 부분은 돌려주게 하거나 아직 지급하지 않았다면 10만원만 돌려주게 하는 것이 한 가지 방법일 수 있다.

여기서 우리가 해결해야 할 부분은 적절한 치료비를 결정하는 일이다. 답은 행위의 성격에 따라 달라진다. 만약 그런 상황이 자주 발생하지 않고 발생해도 그 피해가 크지 않다면 구조자에게 작은 보상만 해도 된다. 그런 상황이 발생할 가능성과 피해규모가 커질수록 의도적 구조의 필요성이 커지며, 그러기 위해서는 더 많은 보상이 주어지도록 제도가 조정되어야 한다.⁹⁾

예를 들자면 응급환자에 대한 치료는 발생가능성도 크고 일단 발생했을 경우 피해도 크다. 따라서 병원이 응급환자들을 위한 별도의 장치를 만들 필요가 있다. 따라서 통상의 환자에 대해서보다는 더 큰 보상이 필요하다. 부친이 위독한 아들로부터 땅을 헐값에 후려쳐서 사는 경우는 사례가 그리 많을 것 같지 않고 그런 상황만을 전문으로 해서 땅을 사는 사람이 나오기를 기대하기도 힘들다. 따라서 통상의 땅값 정도를 초과하는 부분은 돌려주게 하는 것이 합리적이다.

3. 한국민법의 관련조항들

자신의 적극적 행동을 통해 상대방이 이미 누리고 있는 가치를 파괴하겠다는 위협과 상대방의 요구를 거절함으로써 가치를 파괴하겠다는 소극적 위협의 두 가지가 있음을 설명했다. 우리 민법도 이들 각각의 행위에 대한 규정을 가지고 있다. 민법 제110조가 규정하고 있는 강박에 의한 의사표시는 주로 전자의 경우를 다루고 있는 듯하고(반드시 그런 것 같지는 않지만) 민법 제104조의 공박한 상황을 이용한 불공정한 거래는 후자의 경우를 다루고 있는 듯하다.

9) Cooter and Ulen(1997, p.239).

(1) 강박 : 민법 제110조

우리 민법 제110조 제1항은 <사기나 강박에 의한 의사표시는 취소할 수 있다>라고 규정하고 있다. 취소할 수 있다는 것은 취소하지 않을 경우 강박에 의한 의사표시라 할지라도 유효하다는 것이다. 취소권이 행사되면 문제가 되는 의사표시는 처음부터 무효인 것으로 된다. 따라서 계약상의 채권채무, 물권변동 등의 법률효과가 처음부터 무효가 된다. 이미 채무가 이행된 때에는 부당이득반환청구권이 생기고, 소유권이 이전된 때에는 등기말소청구 등을 통해 소유권을 되찾을 수 있다. 취소는 강박상태에서 벗어난 날로부터 3년 내에, 법률행위를 한 날로부터 10년 이내에 행사해야 한다(민법 제146조).

그런데 이 조항은 약한 의미의 강박, 즉 표의자의 의사결정을 완전히 박탈할 정도에 이르지 않는 강박을 대상으로 한다. 표의자에게 어느 정도는 선택의 여지가 남겨져 있는 강제이다. 표의자의 의사결정을 완전히 박탈한 강압일 경우, 예를 들어 피강박자의 손을 강제로 사용하여 서명을 하는 등의 경우에 어떻게 할 것인가는 민법이 명문의 규정을 두고 있지 않다. 그러나 의사표시의 일반원칙에 따라 효과의사의 부존재, 즉 의사표시의 무효가 되는 것으로 해석되고 있다. 의사표시가 무효일 경우 취소의 행위가 없이도 법률행위 자체가 없는 것으로 된다.

취소는 제3자에게 대항하지 못한다. 단, 그 제3자가 강박에 의한 의사표시임을 알았거나 또는 알 수 있었을 경우는 그렇지 않다. 예를 들어 갑이 을을 협박하여 을 소유의 부동산을 헐값에 넘겨받은 후, 제3자인 병에게 팔고 소유권 이전등기도 마쳤다고 해보자. 이때 병이 선의의 제3자라면, 즉 을이 갑으로부터 협박을 받아서 소유권을 넘겼다는 사실을 몰랐다면(또는 알 수 있는 위치에 있지 않았다면) 을이 취소권을 행사하더라도 병의 소유권은 그

대로 유지된다. 따라서 을은 갑을 상대로 손해배상을 청구할 수 있을 뿐 자신의 소유였던 부동산을 되찾을 수는 없다. 그러나 부동산소유권을 넘긴 행위가 갑의 협박 때문이었음을 병이 알았거나 알 수 있는 위치에 있었다면, 을은 취소권을 행사함으로써 병 소유의 부동산을 되찾을 수 있다. 병이 손해를 구제받으려면 갑을 상대로 손해배상을 청구해야 한다.

한편 민법은 어떤 행위를 강박으로 보아야 할지에 대해 구체적인 기준을 제시하고 있지는 않다. 따라서 구체적인 기준이 무엇인지를 알기 위해서 먼저 우리나라 법학계의 기존 견해를 살펴보도록 한다.¹⁰⁾

강박에 의한 의사표시로 인정되어 취소권이 발생하려면 다음의 다섯 가지 요건이 충족되어야 한다. 1. 법률행위를 구성하는 의사표시가 있을 것, 2. 강박자의 고의, 3. 강박행위가 있을 것, 4. 강박행위의 위법성, 5. 강박행위와 의사표시 사이에 인과관계가 있을 것.¹¹⁾ 이들 요건 중에서 의사표시의 존재나 고의, 의사표시 등은 현실적으로는 그리 문제가 되지 않을 것이다. 따지기 어려운 것은 무엇이 위법한 강박행위인가의 문제이다. 기존 학설에서는 해악을 가하겠다고 위협하여 공포심을 일으키게 하는 위법행위를 강박행위라고 정의하고 있다.¹²⁾ 타인의 공포심을 일으키는 행위는 수도 없이 많을 것이므로, 결국은 위법성이 문제된다. 기존 문헌은 위법성이 무엇인지에 대해 한마디로 정의를 내리지 않고 있다. 예를 들어 ‘강박행위는 위법한 것이어야 한다. 사회적으로 허용되는 정도의 위협은 강박이 되지 않으며...’¹³⁾라는 이은영 교수의

10) 우리 민법 제1조는 “민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리에 의한다”고 규정하고 있다. 학설을 따르는 것은 조리에 따르는 것이라 할 수 있을 것이다.

11) 송덕수(1999, pp.568-582), 이은영(2001, pp.539-550). 두 글간에 약간의 차이가 있기는 하나, 분류법의 차이일 뿐 내용은 위 본문에 제시한 것과 같다.

12) 송덕수(1999, p.568).

언급, ‘정당한 권리의 행사는 비록 표의자에게 공포심을 생기게 하더라도 강박이 되지 않는다’는 콕운직 교수의 언급 등은 동어반복적이다.¹⁴⁾ 대부분의 법학자들은 위법성의 요건을 열거함으로써 정의를 대신하고 있다.

수단의 위법성 : 범죄에 해당하는 행위, 기타 법률규정이나 선량한 풍속에 반하는 경우, 계약수단이 법질서에 의해 예견되어 있는 경우

목적이 위법한 경우 : 탈세협력하지 않으면 채무의 즉시 이행 청구 소송을 제기하겠다는 등의 행위

목적과 수단이 적법하더라도 양자의 결합이 부적당한 경우 : 무엇이 부적당한 것인지는 당시의 거래관념을 기초로 하여 신의성실의 원칙에 따라 판단

위의 요건에서도 현재의 실정법에 위반되는 행위로 공포심을 느끼게 해서 의사표시를 강요하면 강박이 된다는 것 이외에 실질적 판단의 기준을 제공하는 요건은 없는 것 같다. 결국 법관이 강박이라고 판단하면 강박이 된다는 정도의 의미인 것 같다.

흥미로운 것은 절박한 상황에 처한 상대방의 요구를 거절하겠다는 것을 무기로 자신의 요구를 관철시키는 행위를 강박으로 볼 수 있다는 견해이다. 기존 문헌은 이것을 ‘이미 발생한 강박상태

13) 이은영(2001, p.547).

14) Cooter and Ulen(1988, p225)은 법조인들의 이런 동어반복적 정의를 꼬집어 험티덤티 법학(Humpty-Dumpty Jurisprudence)이라고 불렀다. 험티덤티는 루이스 캐롤이 쓴 *Through the Looking-Glass*라는 동화 속의 인물로서 ‘내가 쓰는 단어의 의미는 내가 의미하고 싶어하는 것일 뿐이다’라는 말을 한다. Cooter와 Ulen은 미국 법조계에서 *Consideration*(약인)이라는 단어가 그렇게 되어버렸다고 한다. 약인이란 약속의 대가로 받는 무엇을 뜻했다. 전통적으로 미국 법원은 약인이 있는 계약만을 보호했었다. 그러다가 약인이 없는 계약도 보호하게 되었는데, 그 과정에서 약인이라는 말의 정의가 “계약을 보호할 만하게 만드는 것”으로 바뀐다. 이것은 동어반복이며 두 사람은 험티덤티 법학이라고 불렀다.

(또는 공포심)를 이용하는 행위'라고 부른다.¹⁵⁾ 예를 들어 물에 빠진 자를 보고 거액의 돈을 내야 구해주겠다고 할 때, 이를 승낙했다고 해도 강박에 의한 의사표시이기 때문에 취소할 수 있다고 한다.¹⁶⁾ 상대방의 요구를 들어주지 않는 방법으로 해약의 발생을 방치하겠다는 것은 자신이 적극적으로 해약을 가하겠다는 것과 행동의 구조와 이해관계의 구조, 그리고 구제책의 구조면에서 서로 다르다는 것은 이미 앞장에서 설명한 바와 같다. 기존 법학계의 이런 학설은 다른 것을 같은 것으로 취급하고 있는 셈이다. 이미 발생한 공포심을 이용하는 행위는 강박이 아니라 민법 제104조의 공박으로 처리하는 것이 더 낫다고 생각한다.¹⁷⁾

(2) 공박 : 민법 제104조

민법 제104조는 <불공정한 법률행위 : 당사자의 공박, 경솔 또는 무경험으로 인하여 현저하게 공정을 잃은 법률행위는 무효로 한다>고 규정하고 있다. 불공정한 법률행위는 폭리행위라고도 부르는데,¹⁸⁾ 강박으로 인한 의사표시가 취소의 대상인 데 반해 불공정한 법률행위는 취소하지 않아도 무효이다.

공박은 긴박한 곤궁, 즉 벗어날 길이 없는 어려운 상태를 말한다고 문헌은 정의하고 있다.¹⁹⁾ 그것의 구체적 의미가 무엇인지에

15) 송덕수(1999, p.572), 이영준(1995, p.409).

16) 이영준(1111, p.409). 다만 이영준은 같은 글에서 '104조 소정의 공박은 경제적 공박에 한정되지 않고 생명 신체 정치 종교적 공박도 포함하는 것이므로 위의 예에서 거액의 돈을 주기로 승낙한 의사표시는 제104조에 의해 무효가 될 수도 있다'고 한다. 필자는 어떤 기준이 사용되었는지를 확실히 알 수 없다. 이런 견해를 담고 있는 다른 논문들은 송덕수(1999, p.572)의 각주 204, 205를 참조할 것.

17) 송덕수 교수(1999, p.572)도 이런 경우를 공박으로 처리해야 하는 것이 낫겠다는 견해를 편다. 그러나 이유가 무엇인지는 명확히 설명되어 있지 않다.

18) 민일영(1999, p.242).

19) 민일영(1999, p.245). 이은영(2001, p.413)은 '몹시 가난하거나 기타의 사정으로 곤

대해 더 이상의 자세한 설명을 하는 대신 실제로 법원이 궁박으로 판단한 사례들을 열거하고 있다. 이하에서는 민일영의 논문에 열거된 궁박의 사례들을 그대로 옮기기로 한다.

판례·학설상 인정되는 궁박의 예로는, 처의 치료비 및 장녀의 학교공납금이 필요한 경우,²⁰⁾ 국회의원선거에 출마한 자가 선거운동비 부족으로 부동산을 처분하여야만 하게 된 경우,²¹⁾ 무학무식한 부녀자로 남편을 여의고 아무런 생업도 없이 어린 3남매를 부양할 길조차 없어 방황하다가 아이들을 고아원에 맡기고 유리걸식하고 있는 경우,²²⁾ 아버지의 병이 위독하기 때문에 그 치료비를 마련하기 위하여 할 수 없이 부동산을 처분하게 된 경우,²³⁾ 건물 철거소송의 패소확정판결에 의하여 건물을 철거당함으로써 생업을 중단하게 된 경우,²⁴⁾ 남편의 징역을 면하기 위하여 부정수표를 회수하려면 채권을 포기하여야 한다고 강압적인 요구를 받고 있는 경우,²⁵⁾ 농촌에서 농사만을 짓던 가족이 사고로 가장을 잃어 경제적으로나 정신적으로나 경황이 없는 경우,²⁶⁾ 증권회사의 직원에게 주식매매를 위탁하고 맡긴 돈에 대하여 증권회사로부터 그 돈은 적법한 위탁증거금이 아니기 때문에 맡긴 돈의 2/3를 포기하지 아니하면 한푼도 안주겠다고 요구받는 경우,²⁷⁾ 위급을 요하는 환자가 의사로부터 부당한 보수를 요구받는 경우²⁸⁾ 등을 들 수

궁이 절박한 상태'라고 궁박을 정의하고 있다.

20) 대판 54.12.23.

21) 대판 54.12.28, 4287민상141(총 1-2(A), 186-7).

22) 대판 64.12.29, 64다1188(요집 민 I-1, 137).

23) 대판 68.7.30, 68다88(집 16-2, 320).

24) 대판 73.5.22, 73다231(집 21-2, 17).

25) 대판 75.5.13, 75다92(공 518, 8537); 단, 대판 74.2.26, 73다673(집 22-1, 76) 참조.

26) 대판 79.4.10, 78다2457(집 27-1, 252).

27) 대판 81.12.22, 81다967(요집 민 I, 144-5).

28) 주석총칙(하), p.148; 고상용, p.396; 광윤직, p.382; 김기선, p.234; 김용환, p.263; 장경학, p.456.

있다.

이에 반해 단순히 생활난에 처해 있는 경우,²⁹⁾ 매도인이 대지주로서 토지가 거주지와 떨어져 있어 관리가 곤란한데다 아무런 수익이 없어 팔려고 하였으나 원매자가 없어 팔지 못하던 중 매수인에게 간청하여 매매가 이루어진 경우,³⁰⁾ 일제시대 만석꾼이었던 집안이 해방 후 불과 1년만에 몰락한 경우,³¹⁾ 전기요금을 체납한 채 도산한 공장을 인수하여 막대한 시설투자를 하고 공장의 재가동할 준비를 갖춘 자에 대하여 전력공급을 독점하고 있는 한국전력공사가 종전의 공장주가 체납한 전기요금을 납부하지 아니하면 전력을 공급하지 않겠다고 하는 경우³²⁾ 등은 공박이라고 할 수 없으며, 상고심과 파기환송 후의 각 심급에서 착수금으로 각 100만원을 지급하고 승소확정의 경우에 최종보수로 소송목적물인 부동산 중 1,000평을 양도한다는 변호사보수금계약은 당사자의 공박과 무지를 악용한 폭리행위에 해당하지 않는다.³³⁾

공박으로 인정된 경우들을 보면 단순히 생활이 어려운 상황에서 맺어진 계약을 대상으로 하는 것 같지는 않다. 그것보다는 오히려 경제학자들이 상황적 독점(Situational Monopoly)³⁴⁾이라고 부르는 상황에서 맺어진 계약, 즉 평소에 겪지 못하던 곤란을 갑작스럽게

29) 대판 55.7.7, 4288민상66(집 2-5, 18).

30) 대판 67.9.29, 67다1135(요집 민 I-1, 139).

31) 대판 70.11.24, 70다2065(집 18-3, 304).

32) 대판 89.10.24, 88다카16454(공 862, 1749); 대판 90.3.9, 89다카19436(공 871, 871); 대판 90.5.11, 89다카9224(공 875, 1250); 대판 90.5.25, 89다카9231(공 876, 1358); 대판 90.6.8, 89다카30129(공 877, 1445); 대판 90.6.22, 89다카31122(공 878, 1540); 대판 90.7.24, 89다카27895(공 880, 1786); 대판 90.10.23, 90다카21794(공 886, 2392); 대판 90.11.13, 89다카25547(공 887, 61); 대판 91.1.11, 90다8992(공 891, 723). 다만, 종전의 대판 87.2.10, 86다카2094(공 797, 427) 및 대판 88.4.12, 88다2(공 824, 843)는 반대였다.

33) 대판 71.7.6, 71다960(요집 민 I-1, 140-1).

34) Trebilcock(1993, p.101).

겪게 되어 일시적으로 공급자가 독점적 위치에 놓이게 되는 경우에 공박의 법리를 적용한다고 생각된다. 그러나 뒤의 공박으로 인정되지 않은 경우 중 전기공급계약 거절 같은 사건은 강박에 속할 듯한데도 공박이 아니라고 판단하고 있어서 명확한 기준이 무엇인지를 단정하기 어렵다. 그러나 대체적으로 보면 상대방의 요구를 거절함으로써 가치를 파괴하겠다는 소극적 위협은 공박으로 간주되고 있는 듯하다.

다음으로 문제되는 것은 일단 공박에 의한 계약임이 인정될 경우 공박한 상황에 처했던 사람(甲)이 그 상황을 이용했던 사람(乙)에게 어느 정도의 보상을 해주어야 하는지의 문제이다. 민법 제 104조를 자구대로 해석한다면 그런 계약은 무효이기 때문에 갑은 을에게 아무 대가도 지급하지 않아도 되는 상황이 발생한다. 또 이미 을이 갑에게 무엇인가를 지급했다면 부당이득이 되어 반환을 청구할 수도 있을 것이다. 그러나 비록 명문규정은 그렇지만, 계약의 전부가 아니라 일부만을 무효라고 봐서 적절한 대가를 지급하게 할 수도 있다고 한다.³⁵⁾ 직접 관련된 판례는 아니지만 대법원은 변호사 보수와 관련된 판결에서 소송이 특별히 복잡 중대하여 장기간 소요되었다거나 변호사가 유난히 많은 정성을 들였다고 볼 만한 사정이 없는 경우에는 금 30,000,000원의 약정성공 보수금은 부당히 과다하고 그 보수액은 금 11,000,000원이 상당하다고 할 것이므로, 그 금액을 초과하는 보수금의 약정은 신의성실의 원칙에 반하여 무효라고 하고 있다. 즉 계약금액 전체가 아니라 부당하다고 판단되는 일부에 대해서만 무효를 선언한 것이다. 공박에 의한 계약에 대해서도 이 같은 일부무효의 법리가 적용될 가능성이 있다.

35) 윤진수(2001, p.498).

(3) 다른 법률과의 관계

1) 형법 및 불법행위와의 관계

강박은 형법상 공갈죄(350조),³⁶⁾ 협박죄(283조)³⁷⁾가 될 수도 있고, 강박이 불법행위(민법 제750조)가 되어 손해배상청구권을 발생시킬 수도 있다. 공갈이란 재산상의 이득을 목적으로 타인에게 폭행 또는 협박을 가하여 상대방으로 하여금 외포심을 일으키게 하는 행동이다.³⁸⁾ 공갈은 재산을 보호하는 형벌법규에 속한다. 협박은 해악을 고지하여 피해자에게 공포심을 느끼게 하는 행동이다.³⁹⁾

2) 민법의 유사한 다른 조항과의 관계

강박에 관련한 판례들을 보면 단순한 강박조항만을 다루지 않고 법률행위의 무효의 원인이 되는 반사회질서 조항, 불공정법률 행위 조항, 비진의의사표시 조항 등이 같이 다루어지고 있는 것을 볼 수 있다. 따라서 강박의 의미를 제대로 이해하기 위해서는 이런 유사조항들과의 관계를 같이 살펴볼 필요가 있다.

강박조항은 계약의 유효한 성립을 둘러싼 법률문제를 다루고 있다. 우리 민법은 계약이 유효하지 않게 되는 요인으로 8가지의 상황을 열거하고 있다.

36) 형법 제350조(공갈) : ① 사람을 공갈하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취한 자는 10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다. ② 전항의 방법으로 제3자로 하여금 재물의 교부를 받게 하거나 재산상의 이익을 취득하게 한 때에도 전항의 형과 같다.

37) 형법 제283조 : ① 사람을 협박한 자는 3년 이하의 징역, 500만원 이하의 벌금 또는 과료에 처한다. ② 자기 또는 배우자의 직계존속에 대하여 제1항의 죄를 범한 자는 5년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다. ③ 제1항 및 제2항의 죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

38) 김일수(1999, p.387).

39) 김일수(1999, p.106).

<표 3-1> 우리 민법상 계약성립 과정에서의 고장

의사표시 과정상의 고장	의사무능력/행위무능력	
	의사의 흠결	허위표시
		비진의의사표시
		행위착오
		* 동기착오
하자있는 의사표시(사기강박)		
계약내용으로 인한 고장	강행규정 위반	
	반사회질서(폭리)	
	원시적 불능	
	내용의 불확정	

자료 : 양창수(2001, p.122).

위의 여러 가지 고장원인 가운데에서 강박과 직접적 관련을 갖는 것은 비진의의사표시, 반사회질서라고 볼 수 있다. 이들 문제가 동시에 제기된 소송이 있어 이것에 대한 판결(서울고등법원 1992.8.13, 91나35313, 35320(병합))을 가지고 설명하기로 한다.⁴⁰⁾

이 사건은 1979년 당시 대통령 비서실장이던 김계원의 아들이 국가를 상대로 소유권 이전등기말소를 청구한 소송이다. 대통령 시해사건이 있던 후, 김계원은 군법회의에 회부되어 사형선고를 받았다가 나중에 무기징역형으로 감형되었다. 이 사건의 발단은 당시 계엄사령부 소속 합동수사본부가 김계원의 아들 명의로 되어 있는 부동산을 강압적으로 넘겨받아서 생겼다. 합동수사본부는 김계원의 가족들을 합동수사본부 서빙고실에 연행, 구금하고 조사를 하면서 이들 명의의 재산이 부정축재의 결과물임을 시인하고 국가에 헌납한다는 각서를 쓸 것을 요구하였으며 실제로 그렇게

40) 이 판결에 대해서 위 사건의 원고 김병덕은 대법원에 상고했으나 기각되었다. 대법원 1993.7.16 92다41528, 92다41535. 대법원의 판결보다 위의 원심판결인 고등법원의 판결문이 더 상세하기 때문에 고등법원의 원심판결문을 사용하기로 한다.

했다. 김계원의 가족들은 생명과 신체의 위해를 느낀 나머지 한 행위이기 때문에 당시의 행위에 기초한 소유권 이전등기는 말소 되어야 한다고 청구했다.

이들은 청구의 근거로서 몇 가지의 문제를 제기하고 있다. 첫째는 당시의 행동은 의사결정의 자유가 완전히 박탈된 상태에서 한 것이기 때문에 무효라는 주장이다. 앞서 설명했듯이 의사결정의 자유가 완전히 박탈된 상태에서의 법률행위의 효과에 대해 민법이 명문의 규정을 두고 있지는 않지만, 의사표시의 내재적 원리에 의해서 당연무효라고 한다. 이런 주장에 대해서 고등법원은 청구인들의 주장을 다음과 같이 부인하고 있다.

강박에 의한 법률행위가 (중략) 무효로 되기 위하여는 강박의 정도가 극심하여 의사표시자의 의사결정의 자유가 완전히 박탈되는 정도에 이른 것임을 요한다 할 것인데, (중략) 합동수사본부 수사관들로부터 수차례에 걸쳐 연행되어 감금되거나 협박 또는 회유 등을 당한 끝에 위 각 부동산을 피고에게 증여한다는 의사 표시를 하고, 그 등기이전에 필요한 소요서류들을 교부한 사실이 인정되기는 하나, (중략) 원고는 위 수사관들의 계속적인 재산헌납강요에도 (중략) 변호사들과 상의한 끝에 그 요구를 일차 거절하기로 하였다가 궁극에는 위 김계원의 재판결과에 악영향을 끼칠까 두려워한 나머지 이를 받아들여 위 각 부동산을 헌납하기에 이른 사실이 인정되므로, 당시 원고가 위 수사관들의 강박으로 완전히 의사결정의 자유를 박탈당한 상태에 놓여 있었다고 보기는 어렵다 할 것이고, 달리 이를 인정할 아무런 증거가 없으므로 위 주장은 이유 없다.

즉 법원은 당시 합동수사본부의 요구가 강요의 성격을 가지기는 했지만, 그렇다고 해서 당시 원고에게 의사결정의 자유가 완전

히 박탈된 것은 아니라고 판결하고 있다.

위의 법률행위가 무효라는 또 다른 주장은 위의 증여행위가 선량한 풍속 기타 사회적 질서에 반하는 것이기 때문에 민법 제103조에 의해 무효라는 것이다. 본래 이 조항은 계약의 내용이 반사회적일 경우에 주로 적용된다. 예를 들어 첩계약, 일생동안 혼인을 하지 않기로 하는 계약, 지나치게 사행적인 계약 등이 여기에 해당한다.⁴¹⁾ 원고도 이것은 인식하고 있어서 ‘비록 증여행위 자체는 선량한 풍속 기타 사회적 질서에 반하는 것은 아니지만 증여를 받기 위해 동원한 수단과 방법이라든가 원고가 증여를 하게 된 동기 등이 모두 반사회적 반윤리적이므로 이와 결부되어 일체를 이룬 증여행위 전체가 무효’라고 주장하고 있다. 이에 대해서 법원은 부정적 판단을 내린다.

민법 제103조의 규정에 의하여 무효로 되는 반사회질서 행위는 법률행위의 목적인 권리의무내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 경우뿐만 아니라 그 내용 자체는 반사회질서적인 것이 아니라고 하여도 법률적으로 이를 강제하거나 그 법률행위에 반사회적인 조건 또는 금전적 대가가 결부됨으로써 반사회질서적인 성질을 띠게 되는 경우 및 표시되거나 상대방에게 알려진 법률행위의 동기가 반사회질서적인 경우를 포함한다고 할 것이나, (중략) 위 증여행위는 그 성립의 과정에서 강박이라는 불법적 방법이 사용되었다는 것뿐이고, 그 목적하는 권리의무의 내용이 사회질서에 위반되는 사항이 아니며, 또한 그 행위에 반사회질서적인 조건이나 금전적 대가가 결부되었거나 그 행위의 동기가 반드시 반사회질서적인 것이라고 단정할 수도 없으니, 이는 단지 의사표시 형성과정의 하자문제로서 그 효력이 논의될 성질의 것이지 민법 제

41) 양창수(2001, pp.180-181).

103조의 규정에 의하여 무효로 되는 반사회질서 행위라고 볼 수는 없으므로 위 주장 또한 이유 없다.

법원의 판결을 요약하면 다음과 같다. 1. 문제가 되는 계약은 소유권을 넘기는 계약이기 때문에 그 내용이 반사회적이지 않다. 2. 그 거래에 반사회적 조건이 붙어 있지도 않다. 3. 그 계약의 이행에 금전적 대가가 오가지도 않았다.⁴²⁾ 따라서 이 법률행위는 반사회적이지 않으며, 따라서 무효가 아니다.

원고가 세 번째로 제기한 주장은 당해 부동산 증여거래가 현저히 공정을 잃은 법률행위여서 무효라는 것이다. ‘당사자의 궁박 경솔 또는 무경험으로 인하여 현저하게 공정을 잃은 법률행위는 무효로 한다’는 민법 제104조가 이 거래에도 적용되어야 한다는 내용이다. 법원은 이 주장에 대해서도 부정적 입장을 취했다.

소위 불공정한 법률행위에 해당하기 위하여는 주관적 요건으로서 당사자의 궁박, 경솔 또는 무경험 외에 객관적 요건으로서 급부와 반대급부 사이에 현저히 균형을 잃었을 것이 요구되는 바, 이 사건과 같이 원고의 증여의사표시에 대하여 피고가 아무런 반대급부를 약정한 바가 없는 경우에는 급부와 반대급부 사이의 불균형의 문제는 발생하지 않는다고 할 것이므로 위 주장 역시 이유 없다.

애초부터 증여계약이기 때문에 부동산소유권을 넘기는 대가로 아무것도 받은 것이 없다고 해서 불공정한 계약이라고 볼 수는 없다는 법원의 견해이다.

다음으로 원고는 당시의 부동산 증여의 의사가 비진의非眞意의

42) 예를 들어 통상적으로 용인될 수 있는 수준을 넘어선 대가를 주기로 하고 증인을 받아내는 행위는 반사회적 행위로서 무효이다. 대판 1994.3.11. 93다40522

사표시라고 주장한다. 비진의의사표시란 표의자가 진의 아님을 알고 진의와 다른 의사표시를 하는 경우를 말한다.⁴³⁾ 민법은 비진의의사표시를 원칙적으로 유효로 하되, 다만 상대방이 표의자의 진의 아님을 알았거나 알 수 있었을 경우에 예외적으로 무효로 하고 있다.⁴⁴⁾ 이 사건에서 원고는 상대방이 진의 아님을 알고 있었기 때문에 무효라고 주장하고 있다. 법원은 역시 부정적 견해를 피력하고 있다.

원고의 위 증여의사표시가 피고의 강박에 의하여 야기된 사실은 위에서 인정한 바와 같으나 그렇다고 하여 곧 그 의사표시에 대응하는 내심의 효과의사까지 결여된 것이라고 단정할 수는 없고, 달리 위에서 믿지 아니한 증거 외에 원고의 위 증여의사표시가 그에 대응하는 내심의 효과의사 없이 이루어진 것이라고 인정할 만한 아무런 자료도 없으므로 원고의 위 주장 역시 이유 없다.

위의 판결들을 통해서 통상적인 강박과 의사결정의 자유가 완전히 박탈된 상태, 반사회적 법률행위, 불공정 계약, 비진의의사표시 등의 관계가 비교적 잘 드러났다. 법원은 당시 합동수사본부의 행동이 강박인 것은 사실이지만, 나머지의 주장은 법리에 맞지 않는다고 판결했다. 강박에 의한 법률행위의 취소는 강박상태가 종료된 후 3년 내에 취소해야 한다. 법원은 그 날짜를 원고의 집에 배치된 무장군인들이 철수한 1980년 5월 20일경으로 보고 있다. 따라서 그로부터 3년 이내인 1983년까지는 취소권을 행사해야 했

43) 이은영(2001, p465).

44) 민법 제107조(진의 아닌 의사표시) : ① 의사표시는 표의자가 진의 아님을 알고 한 것이라도 그 효력이 있다. 그러나 상대방이 표의자의 진의 아님을 알았거나 이를 알 수 있었을 경우에 무효로 한다. ② 전항의 의사표시의 무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.

는데, 원고가 소장을 통해서 취소권을 행사한 것은 1989년 11월 6일이었다. 제6공화국이 출범하고 김계원이 사면복권된 1998년 2월 27일경까지 강박상태가 지속되었다는 원고의 주장은 받아들여지지 않았다. 결국 원고는 자신의 재산을 찾는 데에 실패했다.

4. 미국법과의 비교⁴⁵⁾

다른 사회와의 비교를 통해서 많은 것을 생각할 수 있다. 다른 사회와의 차이점은 왜 그런 차이가 생기는지, 그리고 우리의 현재 상태가 좋은 것인지에 대한 생각의 단초를 제공해준다. 우리가 속해 있는 시민법 계통의 나라는 위에서 논의한 강박과 궁박에 관해서 비슷한 법을 가지고 있다. 그들 법과의 비교를 통해서 그들의 법을 정확히 계수했는가는 알 수 있겠지만,⁴⁶⁾ 어떻게 달라질 수 있는가에 대해서는 아이디어를 얻기 어렵다. 그래서 전혀 법의 성립 배경이 다른 미국법과 비교해 보기로 한다. 아쉽게도 필자가 현재 가진 자료의 부족으로 강박에 관해서만 비교한다.

미국법원에서는 피고가 불공정한 강압Unfairly coerced 때문에 계약을 체결했거나 또는 수정했을 경우 강박에 의한 항변이 인정된다. 과거에는 잘 인정되지 않았으나 현대에 들어 자주 인정되고 있다. 어느 일방의 자유의지를 제압overcome하는 어떠한 위법행위 wrongful act나 위협도 강박으로 인정하는 경향이 있다.

강박여부의 판단에는 주관적 기준⁴⁷⁾이 사용된다. 통상인이라면

45) Emanuel, Law Outlines : Contract, Emanuel Publishing Corp., 1999, pp.475-476.

46) 송덕수(1999, pp.533-546)는 강박조항의 연혁과 국가별 비교에 많은 지면을 할애하고 있다. 그가 살피고 있는 비교대상은 로마법, 독일 보통법, 독일 민법, 일본 민법, 프랑스 민법, 오스트리아 민법, 스위스 민법, 이탈리아 민법이다.

47) 주관적 기준과 객관적 기준의 차이 설명. 그것의 역사에 대해서는 Parisi 참조.

그런 위협에 대해서 외포심을 가질 것인가의 여부(객관적 기준)와는 관계 없이, 당사자가 현실적으로 외포심을 느꼈는가만이 문제된다.⁴⁸⁾

일반적으로 강박으로 인정되는 행위는 다음의 4가지이다. 1. 폭력을 행사했거나 또는 행사하겠다는 위협, 2. 감금 또는 감금하겠다는 위협, 3. 타인의 재산에 대한 wrongful⁴⁹⁾ taking이나 점유 또는 그러하겠다는 위협, 4. 계약파기 또는 이와 유사한 wrongful act를 하겠다는 위협(예를 들어, legal rights를 oppressive하게 사용하겠다는 위협 등).

어떤 행위가 abusive 또는 oppressive한 성격을 가지는 한, 그 행위자가 그러한 행동에 대해 법적 권리legal right를 가지는지의 여부는 무관하게 강박은 성립한다. 예를 들어 사용자가 종업원을 정당한 사유 없이 해고할 수 있다 하더라도, 해고를 수단으로 종업원에게 주식의 저가매각을 요구할 경우, 미국 법원은 이를 강박으로 인정할 가능성이 높다.

미국에서 계약과 관련해서 가장 많이 제기되는 소송은 중간에 일방에 유리하게 계약을 수정하지 않을 경우 계약을 파기하겠다고 위협하는 경우이다. 미국 법원은 다음의 두 가지 조건이 충족될 경우 이런 위협을 강박으로 인정하는 경향이 있다. 1. 문제가 되는 계약의 파기로 인해 회복 불능의 손해irreparable injury가 초래된다. 2. 그러한 위협이 신의성실의 원칙duty of good faith and fair dealing에 위배된다.

예 : 갑(원청자)은 을(하청자)과 일정기간 동안 부품공급계약을

48) 그러나 통상인이라면 그렇게 느꼈을 것이라는 주장은 증거로서의 가치를 가진다.
49) 영미법에서 wrong이란 rights, 즉 권리에 대응하는 말이다. 타인의 정당한 권리를 침해하는 것이 wrong이다. wrongful은 wrong의 형용사. Black's Law Dictionary, p.1612.

맏고 부품인도를 시작했다. 계약진행 중 갑이 다른 계약을 수주해서 을에게 더 많은 부품공급 계약을 체결하자고 했다. 하청자인 을은 갑에게 원래 계약의 납품단가를 높여주지 않으면 두 번째의 계약을 체결하지 않을 뿐 아니라 첫번째 계약도 파기하겠다고 위협하고, 실제로 납품을 중단했다. 갑은 다른 공급자를 물색해 보았으나 적당한 거래처가 없었다. 그래서 갑은 을이 요구하는 대로 납품단가를 높여주는 계약을 했다. 납품이 끝난 후, 갑이 잔금을 지불하지 않자 을이 소송을 제기했다. 법정에서 갑은 새로운 계약이 강박에 의한 것이라고 항변했다.

이 사건은 실제로 있었던 사건이다. *Austin Instrument, Inc. v. Loral Corp.*, 272 N.E.2d 533(N.Y. 1971). 이럴 경우 미국 법원은 첫번째 계약의 수정과 두 번째 계약을 강박에 의한 것으로 인정하며, 손해배상을 하게 한다. 다만, 그러기 위해 갑은 을 이외의 마땅한 다른 공급자가 없었음을 증명해야 한다. 위 사건에서는 그 조건이 충족되었다.

손해배상은 원상회복적 *restitutionary* 성격을 가진다. 즉 강박을 행한 자가 얻은 부당이득을 반환하게 한다. 위의 경우 첫번째 계약의 수정으로 인해 부당하게 인상된 납품대금과 두 번째 계약의 경우 공정하고 합리적 가격을 초과하는 금액을 반환하게 한다.

이런 방식은 강박에 의한 의사표시를 무효로 하거나 취소하게 하는 우리나라의 민법과는 차이가 있다. 그러나 미국도 의사무능력자와의 계약에 대해서는 취소할 수 있게 *voidable*, *not void* 하고 있다. 따라서 의사표시자의 의사능력이 회복되거나 또는 *guardian*이 생길 경우 추인 *ratify* 할 수 있다. 그러나 상대방은 *avoid* 할 능력이 없다.

5. 강박의 구체적 모습과 판결들

강박행위의 대표적 경우는 폭행이나 폭언이 귀찮거나 두려워 재산을 내준 사건들이다. 다음 사건은 그런 유형을 잘 보여준다.

대법원 84.12.11 선고 84다카1402 판결

원심판결 이유에 의하면 (중략) 소외 정우신이 피고로부터 사기 혐의로 고소를 당하여 구속되자 위 정우신의 처인 소외 이명진이 원고를 찾아와 원고가 소외 정우신과 간통하였다고 하면서 원고의 머리채를 움켜잡고 (중략) 너도 간통으로 고소하여 징역을 살리겠다고 하는 등으로 폭행을 하기 시작하여 그후 수시로 (중략) 폭행, 협박을 하고 (중략) 원고를 밖에 나가지 못하게 하는 등으로 약 5일간에 걸쳐 원고와 기거를 같이 하며 위와 같은 행패를 계속하므로, (중략) 피해 변상조로 이 사건 부동산에 관하여 피고 앞으로 환매특약부의 소유권 이전등기를 마치게 한 사실과 그 후 이명진은 위와 같은 가해행위에 대하여 공갈죄로 기소되어 징역8월의 실형을 선고받기까지 한 사실 (중략) 원고와 아무런 법률적인 이해관계도 없던 피고 앞으로 소유권이전등기가 이루어진 것이라면 (중략) 원고의 등기원인 행위는 소외 이명진의 원고에 대한 장기간의 폭행, 협박, 감금 등의 행위에 기인한 것으로 원고의 자유로운 의사에 의한 것이라고 보기 어려워 그 의사표시에 하자가 있을 뿐 아니라 그 자체가 반사회질서 내지 공서양속에 위배된 것으로서 무효임을 면할 수 없다고 판단. (중략) 그러나 (중략) 행패를 당하면서도 원고 집에 세들어 사는 소외 임영수, 조명자가 개입하여 이를 말리려 하자 소문날 것을 두려워하며 사생활에 개입하지 말라고 거부한 사실이 인정되므로, 당시 원고가 위 이명진의 강박으로 완전히 의사결정의 자유를 박탈당한 상태에 놓여 있었다고 보기는 어려운 것으로서 결국 위 이명진의 강박에 의한

의사표시의 하지는 취소사유에 불과할 뿐 무효사유라고는 볼 수 없다.

위 사건에서 원고는 피고의 폭행 협박을 못이겨 이전해준 부동산의 소유권을 다시 넘겨달라고 주장하고 있다. 원고는 당시 자신에게 의사결정의 자유가 완전히 박탈되었기 때문에 무효임을 인정해 달라고 하고 있다. 법원은 문제가 되고 있는 부동산소유권이전행위가 강박인 것은 사실이지만, 당시의 상황으로 봐서는 의사결정의 자유가 완전히 박탈되었다고 볼 수 없기 때문에 무효는 아니고 취소만 가능할 뿐이라고 판결하고 있다.

취소는 강박이 해소된 날로부터 3년 이내에 해야 한다. 그래서 강박이 해소된 시점을 언제로 보아야 하는지가 피강박자의 구제에 결정적 역할을 한다. 다음의 두 가지 판례는 강박해소 시점에 대한 법원의 태도를 보여준다.

대법원 90.11.13 선고 90다카17153 판결

피고들이 1984년 3월경부터 1984년 5월 30일까지의 사이에 (중략) 땅 판 돈을 주지 아니하면 잘 아는 검사와 안기부직원을 통하여 횡령과 탈세로 구속시키겠다는 취지의 협박을 계속하였는데, (중략) 원고는 피고들의 강박행위에 외포되어 이 사건 금원을 갈취당한 것(중략) 취소권은 취소의 원인이 종료된 때로부터 민법 제146조 소정의 3년의 제척기간의 경과로 인하여 소멸하고, 위 손해배상청구권은 같은 법 제766조 제1항에 의하여 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년간 이를 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다고 할 것이다. 그런데 (중략) 피고 장세균 등이 (중략) 매매대금 중 나머지를 갈취하기 위하여 1986년 10월초경 소외 염부용을 통하여 협박을 하고, 같은 해 11월 19일 원고를 상대로 위 매매잔금 횡령혐의로 검찰에 고소를 제기하였다 할지라도 이 사건

피고들의 강박행위(중략)와 (중략) 협박행위 또는 피고들의 고소제기와의 사이에는 2년 이상의 시간적 간격이 있는 데다가 그동안에는 별다른 협박행위가 없었음은 원고도 자인하고 있고(중략) 원고와 그 아들인 소외 유창원이 1984년 6월경 피고들의 태도가 좋으면 그냥 두고 나쁘면 공갈죄로 고소할 의도로 피고 장세균 등을 만난 사실이 있고(중략) 1984년 7월 18일 다른 (중략) 토지에 관하여 경료된 가등기의 말소청구소송을 제기한 점 등에 비추어 (중략) 원고는 적어도 위 소송을 제기한 1984년 7월 18일경에는 강박상태에서 벗어나 있었다고 봄이 상당하므로 그로부터 3년의 제척기간이 경과함으로써 원고의 취소권은 소멸하였다 할 것이고, 또한 원고가 강박상태에서 벗어난 무렵에는 피고들의 위와 같은 강박행위가 위법한 것임을 알고 이를 이유로 손해배상청구소송을 제기할 수 있었다 할 것이어서 원고의 이 사건 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구권 역시 위 제소일로부터 3년의 소멸시효기간이 경과함으로 인하여 소멸하였다 할 것이다(원심은 불법행위로 인한 손해배상청구권은 불법행위일로부터 3년의 소멸시효기간이 진행한다고 판시하였으나 원고가 강박상태에서 벗어난 날을 시효기간의 기간 일로 봄이 상당하다).

행간의 의미로 보면 이 사건에서 원고는 1984년부터 1986년까지 강박상태가 지속되었다고 주장하고 있는 듯하다. 따라서 위 소송이 제기된 시점에서 취소권은 유효하다는 것이다. 그러나 법원은 원고가 1984년 7월에 이미 피고를 상대로 가등기 말소청구소송을 낸 것으로 보아 그 당시에 이미 강박상태가 해소되었다고 판단하고 있다. 강박상태의 지속을 길게 보지 않으려는 법원의 이런 태도는 다음의 판례에서 더욱 분명히 드러난다.

서울고등법원 1992.8.13, 91나35313, 35320(병합) 제8민사부 판결

10.26.사건을 수사하던 피고(대한민국 : 필자 주) 산하 계엄사령부 소속 합동수사본부는 위 김계원과 (중략) 장남인 원고 (중략) 명의로 되어 있던 재산에 대하여 권력형 부정축재 여부 등의 조사를 하게 되었는데, (중략) 원고도 1979년 11월 10일경부터 (중략) 소환되어 (중략) 조사받고 원고명의로 (중략) 부동산이 모두 김계원이 부정축재한 것이라는 점을 시인하고 (중략) 1979년 11월 19일경 수사관들이 요구하는 대로 각서를 작성하였다. 1980년 1월경 (중략) 군수관들은 인쇄된 기부서 용지와 기부동의서 용지 및 등기축탁승락서 용지를 갖고 원고를 찾아와 (중략) 서명날인을 요구 (중략) 김계원에게 사형이 선고될 것을 염려한 나머지 결국 위 각 서류에 서명무인을 하여 주었고, 같은 달 31일에는 그들의 요구대로 원고명의로 인감증명서까지 발급받아 그들에게 교부하였다. (중략) 위 증여행위는 그 성립과정에서 강박이라는 불법적 방법이 사용되었다. (중략) 강박에 의한 의사표시의 취소권은 추인할 수 있는 날로부터 3년 내에 (중략) 행사하여야 하고, 위 추인할 수 있는 날이란 (중략) 강박의 상태에서 벗어난 날을 말한다. (중략) 원고는 적어도 위 김계원의 (중략) 무기징역형이 확정되고 (중략) 원고의 집에 배치되어 있던 무장군인들이 철수한 1980년 5월 20일경 위 강박의 상태에서 벗어났다. (중략) 위 합동수사본부의 총책임자가 (중략) 제6공화국이 출범하기 전까지 막강한 권력을 행사하였다 하여 (중략) 강박으로 인하여 생긴 외포상태가 원고가 주장하는 바와 같이 제6공화국이 출범한 이후 위 김계원에 대하여 사면, 복권이 이루어진 1988년 2월 27일경까지 그대로 지속되었다고 단정하기는 어려우며, 달리 (중략) 원고의 외포상태가 위 일시경까지 지속되었다고 볼 만한 자료도 없다 할 것이니, 원고가 이 사건소장 송달(1989.11.6.)로써 한 위 취소권의 행사는 위 추인할 수 있는 날로부터 3년이 훨씬 경과한 후에 이루어졌음이 역수상 명백하여 원고의 취소권은 이미 제척기간의

경과로 소멸되었다 할 것이다.

위 사건에서 원고는 합동수사본부의 강압적 요구에 못이겨 국가에 헌납한 재산을 반환하라고 청구하고 있다. 그리고 6공화국이 출범하고서 비로소 본인에 대한 강박상태가 해소되었기 때문에 1989년 6월 현재 취소권은 유효하다고 주장한다. 그러나 법원은 원고의 집을 감시하던 군인들이 철수한 1980년 5월을 강박에서 벗어난 시점으로 보고 있다. 만약 그 당시에 원고가 국가를 상대로 등기말소청구 소송을 제기했다면 당시의 정권이 어떤 식으로 반응했을까. 원고가 진작 소송을 제기하지 않은 것은 보복이 두려워서였을 것이다. 주식서는 강박으로 인한 공포심의 판단에 주관적 기준을 적용한다고 하고 있다. 즉 남들이 어떻게 느끼든 피강박자가 두려웠으면 강박이 인정된다는 것이다. 그런데 이 경우는 누가 봐도 두려웠을 만하다는 것을 인정할 수 있다. 그러나 법원은 강박의 지속여부를 심리상태가 아니라 감시병의 철수라는 외형적 표상에 의해 판단함으로써 피강박자에 대한 보호를 포기하고 있다.

위의 사건들은 강박행위가 형벌법규에 위반하는 것들이다. 그러나 위협행위 그 자체로는 위법하지 않지만 경제학적 기준에서 보았을 때 이미 만들어진 가치를 파괴하겠다는 식의 위협인 경우들이 있다. 이 문제에 대해서 법원이 어떤 식의 판결을 했는지 살펴보자.

대법원 2000.3.23. 선고 99다64049 판결

강박에 의한 의사표시라고 하려면 상대방이 불법으로 어떤 해약을 고지함으로 말미암아 공포를 느끼고 의사표시를 한 것이어야 하는 바, 여기서 어떤 해약을 고지하는 강박행위가 위법하다고 하기 위하여는, 강박행위 당시의 거래관념과 제반 사정에 비추어 해약의 고지으로써 추구하는 이익이 정당하지 아니하거나 강박의

수단으로 상대방에게 고지하는 해약의 내용이 법질서에 위배된 경우 또는 어떤 해약의 고지가 거래관념상 그 해약의 고지로서 추구하는 이익의 달성을 위한 수단으로 부적당한 경우 등에 해당하여야 한다. (중략) 갑이 자신이 최대주주이던 A금융회사로 하여금 실질상 자신 소유인 B회사에 부실대출을 하도록 개입하였다고 판단한 A금융회사의 새로운 경영진이 갑에게 위 대출금채무를 연대보증하지 않으면 갑 소유의 C회사에 대한 어음대출금을 회수하여 부도를 내겠다고 위협하여 갑이 법적 책임 없는 위 대출금채무를 연대보증한 경우, 강박에 의한 의사표시에 해당하지 않는다….

사건의 개요를 알기 쉽게 정리하면 다음과 같다. 갑은 A라는 금융회사의 최대주주이자, B라는 회사를 실질적으로 소유하고 있었다. B회사는 실질적으로 자신의 개인회사와 다름없었다. 갑은 자신이 A금융사의 경영권을 가지고 있을 당시 A회사로 하여금 자기 개인소유의 B회사에 대해서 부실대출을 결정했다. 나중에 A회사의 새로운 경영자가 부임한 후, A가 자기 개인회사에 부실대출을 한 것을 알았다. 갑은 이 사건과 관련 없는 C라는 회사를 소유하고 있었으며, C사는 A금융회사와 정당한 금융거래를 하고 있었다.⁵⁰⁾ 새로운 경영진은 갑으로 하여금 B사에 대한 대출금에 대해 연대보증하라고 요구했으며, 그렇지 않으면 직접적 관련은 없는 C사에 대한 어음대출금을 회수해서 부도를 내겠다고 위협했다. 이상이 사건의 개요라고 생각된다.

여기에 대해서 앞서 제시한 법경제학적 기준을 적용해 보자. 정당한 위협과 부당한 강박간의 차이는 새로운 가치의 창조에 동참하지 않겠다는 것인지 아니면 이미 만들어져 있는 가치를 파괴하

50) 판결문에는 이 어음거래가 정당한 것인지의 여부에 대한 언급은 없다. 그래서 필자가 정당한 것이라고 가정했다.

겠다는 것인지의 여부에 있었다. 위 사건에서 새로운 경영진이 연대보증을 요구하기 위해 위협수단으로 삼은 것은 당해 대출과 관련 없는 C사를 부도내겠다는 것이다. 만약 필자가 가정한 대로 C사와의 어음거래가 정당한 것이었고, 또 은행이 마음먹고 대출을 회수한다면 부도나지 않을 기업을 찾기 어렵다는 업계의 현실을 고려한다면, 그 거래를 단절하겠다는 위협은 이미 만들어져 있는 가치를 파괴하는 행위에 해당한다. 그렇다면 새로운 경영진의 위협은 강박에 해당한다고 보아야 한다.

그렇다는 사실은 자금이용의 효율성이라는 관점에서조차 찾아질 수 있다. 연대보증을 하는 행위는 보증자의 잠재적 부도 가능성을 높이는 행위이다. 그렇다면 효율성의 관점에서 보았을 때, 가장 바람직한 행동은 그 정도의 액수의 보증을 해줌으로써 가장 많은 것을 얻어낼 수 있는 것이어야 한다. 그러나 새로운 경영진은 무상으로 보증을 요구하고 있다. 만약 처음부터 보증을 요구받았다면 갚이 보증을 해주었을지, 아니면 이자를 높여주었을지, 또는 다른 대출처를 찾아갔을지 알 수 없는 일이다. 이런 식의 위협행위가 인정된다면 갚이 보증능력이 가장 가치있는 용도로 이용되리라는 보장이 없어진다.

물론 갚이 A사의 최대주주로서 자신의 개인소유 기업에 부실대출을 해준 것은 분명 잘못된 행위이다. 그것은 배임일 수도 있고, 또 회사법상의 여러 가지 손해배상책임을 불러오는 행위일 수도 있다. 아마도 이 판결의 배후에는 그런 사실에 대한 고려가 놓여 있을 수 있다. 그러나 위법행동에 대한 처리는 그 자체로서 하는 것이 옳다. 잘못된 행동을 벌하기 위해 강박이라는 또 다른 위법행동을 허용한다면 그것은 사적구제를 금하고 있는 우리 법의 대원칙에도 위배되는 것이다.

그러나 정황이 유사함에도 불구하고 다음 사건에서 법원은 상반되는 판결을 내리고 있다.

대법원 1994.12.13. 선고 93다49482 판결

...행정지도라 함은 행정주체가 일정한 행정목적을 실현하기 위하여 권고 등과 같은 비강제적인 수단을 사용하여 상대방의 자발적 협력 내지 동의를 얻어내어 행정상 바람직한 결과를 이끌어내는 행정활동으로 이해되고... 적법한 행정지도로 인정되기 위하여는 우선 그 목적이 적법한 것으로 인정될 수 있어야 할 것이므로, 주식매각의 종용이 정당한 법률적 근거 없이 자의적으로 주주에게 제재를 가하는 것이라면 이 점에서 벌써 행정지도의 영역을 벗어난 것이라고 보아야 할 것이고 만일 이러한 행위도 행정지도에 해당된다고 한다면 이는 행정지도라는 미명하에 법치주의의 원칙을 파괴하는 것이라고 하지 않을 수 없으며, 더구나 그 주주가 주식매각의 종용을 거부한다는 의사를 명백하게 표시하였음에도 불구하고, 집요하게 위협적인 언동을 함으로써 그 매각을 강요하였다면 이는 위법한 강박행위에 해당한다고 하지 않을 수 없다...

이 사건은 1985년 국제그룹의 회장이던 양정모의 사위 김덕영과 그 아버지 김종호가 지배주주로 있던 신한금융주식회사의 주식을 정부의 강요에 못이겨 제일은행에 매각한 것과 관련된 사건이다. 사건의 개요를 요약하면 다음과 같다.⁵¹⁾ 위 두 사람은 신한금융주식회사를 실질적으로 소유하고 있었다. 당시 정부는 국제그룹을 정리하고 있었다. 당시 정부는 이 회사가 국제그룹의 실질적인 계열사라고 보고 정리대상에 포함시켜 제일은행에 주식을 매각하라고 종용했다. 위협수단으로서, 요구에 응하지 않을 경우 은행감독원의 특별감사와 국세청의 세무사찰을 실시하여 원고들이

51) 이 사건 관련된 사실관계 및 경위 등은 권오승(1996)에 나온 것을 요약한 것임.

어떤 사업도 하지 못하게 할 뿐 아니라 원고 김덕영에 대한 출국 금지조치도 풀리기 어려울 것이라고 했다. 원고들은 정부당국의 요구에 따르지 않을 경우 공권력에 의한 사회적 경제적 활동의 제재와 그 이상의 위협이 닥칠 것을 우려한 나머지 정부의 요구를 받아들였다.

이 사건에서 주식의 매각을 종용하는 정부측의 위협수단은 세무조사 등을 통해 사업을 하지 못하게 하겠다는 것이다. 이것은 새로운 가치의 창조에 동참하지 않겠다는 위협이 아니라 이미 만들어져 있는 기업을 파괴하겠다는 위협인 셈이다. 대부분의 지배주주들이 회사의 채무에 대해 자신의 개인재산으로 연대보증을 해왔다는 사실을 고려할 때, 만약 세무조사 등을 받아서 당해 기업이 부도가 날 경우 개인재산마저 모두 잃게 되는 지경에 이를 것이다. 게다가 당시의 정치상황으로 판단해 보았을 때, 개인적인 신변의 위협마저 느껴야 했을 것이다. 이런 위협들은 모두 이미 만들어져 있는 가치를 파괴하겠다는 내용을 담고 있다. 따라서 정부의 그런 행동은 강박이라고 볼 수 있다.

판결도 이 사건에서 정부행동의 강박성을 인정하고 있다. 그러나 강박을 인정한 근거는 정부행동의 위법성에 그 뿌리를 두고 있는 듯하다. 즉 정부의 행동은 법령에 기초해야 하는데 당시의 정부행동은 그렇지 못했으며, 또 행정지도라면 지도대상의 자발적인 협조를 목적으로 해야 하는데 강압적이었으므로 적법한 행정지도의 범위에서 벗어나 있다는 것이 판결의 주요이유인 듯이 보인다.

이처럼 위협행동 그 자체의 위법성을 기준으로 강박을 판단하기 때문에 첫번째의 판결(대법원 2000.3.23. 선고 99다64049 판결)이 가능했던 것인지도 모른다. 그 판결에서 새로운 경영진이 C사와의 어음거래를 중단하겠다는 위협은 그 자체로서는 위법일 수 없다. 금융기관의 입장에서 대출금을 회수하는 행동 그 자체는 위

법한 것일 수 없기 때문이다. 만약 위협행동 그 자체의 위법성 여부를 기준으로 한다면 그것은 강박일 수 없을 것이다. 그러나 이미 만들어져 있는 가치를 파괴하겠다는 위협인가의 관점에서 본다면 1994년 판결에서와 마찬가지로 2000년 판결에서도 강박행위로 결정했어야 옳다.

유사한 상황이지만 공박으로 다루어진 경우도 있다.

대법원 89.10.24 선고 88다카16454 판결

이 사건 부동산은 원래 소외 주식회사 신성(이하 소외회사라 한다)의 소유였는데 (중략) 경매절차에서 원고가 1986년 9월 4일 금 1,100,000,000원에 경락받아 금 110,000,000원을 경매보증금으로 보관시키고 같은 해 10월 18일 대금을 완납한 뒤 같은 해 11월 15일 (중략) 소유권이전등기를 경료(중략) 한편 소외회사는 피고로부터 전기공급을 받아오다가 1986년 7월경 부도가 나자 소외회사의 근로자들이 운영위원회를 구성하여 1986년 7월 23일경 피고에 대하여 채권최고액 50,000,000원의 근저당권을 위 부동산 등에 설정한 후 계속 전기공급을 받아 공장을 경영하여 왔으나 1986년 7월분부터 같은 해 10월분까지 도합 금 21,627,020원의 전기요금을 체납하게 되어 1986년 9월 22일 전기공급이 중단된 상태에 있었던 사실, (중략) 원고는 (중략) 같은 해 10월초 공장과 근로자들을 모두 인수하는 한편 공장을 정상적으로 가동시키기 위하여 피고에게 전기공급요청을 하였으나 (중략) 원고가 위 주식회사 신성의 체납전기요금을 납부하지 않으면 전기를 공급할 수 없다고 거절한 사실, 그런데 원고는 경락 당시 위와 같이 상당한 금액을 경매보증금으로 보관시켜두었고 또한 즉시 가동을 위하여 많은 인력과 자본을 동원해 놓고 있던 상태여서 (중략) 전기공급을 받지 못하여 (중략) 인건비, 제품생산보전비 등 (중략) 손해를 더 이상 감당하기 어려웠고, 게다가 근저당권자인 피고가 경락대금에서 소외

회사의 채납전기요금을 전액 변제받을 수 있으리라고 생각한 나머지 소외회사의 채납전기요금 중 금 21,000,000원을 현금으로 피고에게 예치하되 피고가 위 공장의 경락대금에서 배당을 받지 못할 경우 위 예치금을 위 채납전기요금으로 대체하여도 하등의 이의가 없다는 취지의 각서를 작성해 주고 위 금원을 예치하여 그 다음 날부터 전기공급을 재개받았는데 그 뒤 피고가 경락대금에서 전혀 배당을 받지 못하였다는 이유로 1986년 11월 7일자로 예치금을 소외회사의 채납전기요금으로 영수처리한 후 다시 원고에게 잔여금 889,790원의 추가납부를 요구하여 원고가 이를 납부한 다음 같은 해 11월 21일 소외회사의 전기시설물사용자 명의를 원고명으로 변경하는 취지의 전기시설물 명의변경신청을 하고 같은 달 25일 피고와 사이에 새로운 전력수급계약을 체결한 사실 (중략) 원고측의 요청이 없는 한 피고가 (중략) 단전조치를 취하지 않았을 것임이 경험칙상 쉽게 추측할 수 있어 (중략) 원고가 소외회사의 채납전기요금채무 중 21,000,000원을 인수하고 나머지 889,790원을 지급한 행위(원심은 889,790원도 원고가 인수한 것으로 인정하고 있으나 앞서본 사실관계에 의하면 이는 원고가 제3자로서 변제한 것으로 보아야 할 것이다)가 원고의 공박상태를 이용한 현저하게 공정을 잃은 법률행위로 볼 수는 없다.

이 사건에서 피고인 한국전력측은 경매를 통해서 공장을 넘겨 받은 사람에게 이전 채무자의 채납전기요금을 청산하지 않으면 전기공급을 하지 않겠다고 위협하고 있다. 원고는 공장가동을 하지 않을 경우 피해가 크기 때문에 할 수 없이 채납전기요금을 냈지만, 그 행위가 공박에 의한 무효라고 주장하고 있는 것으로 보인다. 이 사건에는 단순히 그 사실 말고도 경락대금으로 해결되지 않은 전기요금채권을 경락자에게 다시 내라고 요구할 수 있는지의 문제가 걸려 있다. 경매는 채권을 청산하기 위한 절차다. 따라

서 경락받은 자는 원칙적으로 당해 물건에 걸려 있던 모든 채무가 청산된 상태에서 물건을 인수한다. 그런데 한국전력은 내부의 규정으로 이전 사용자의 전기요금을 청산하지 않으면 전기공급을 할 수 없다고 주장하고 있다. 어떻게 보면 이 규정은 경매제도의 취지와 정면으로 배치된다. 그렇더라도 만약 경락인이 미리 그래야 한다는 사실을 알았다면 체납요금만큼 경락가격을 낮게 써넣었을 것이기 때문에, 경락자는 당연히 체납요금을 물어야 한다는 결론이 나올 수 있다. 그러나 여기에도 여전히 다른 채권자와의 관계가 남는다. 체납요금 부담 때문에 입찰가격이 낮아진다면 경락대금으로 채권을 보전해야 하는 다른 채권자들은 그만큼 손해를 볼 수밖에 없다. 결국 한전의 체납요금 채권은 다른 모든 채권에 대해 우선권을 가지게 된다. 이 판례에서 이런 문제를 다루지는 않았지만, 이런 사안을 판단함에 있어 핵심적인 논점임에는 분명하다.

이 문제를 떠난다면, 위의 사건은 공박이 아니라 강박사건으로 다루어지는 것이 옳았다. 상대방의 절박한 상황을 만들어낸 주체가 돈을 달라고 요구하고 있기 때문이다. 공박이려면 상대방의 절박한 상황, 즉 가동을 못하는 상황이 돈을 달라고 하는 측의 통제권 밖에 있어야 한다. 경제적 강박의 논리를 보여줄 수 있는 좋은 사건에 공박논리를 적용함으로써 법학도들의 판단에 혼돈을 가져온 것은 아닐까.

6. 두 가지의 논점

(1) 취소 또는 무효?

민법을 비판하기는 매우 조심스럽다. 수천 년의 역사를 버텨온 규칙은 우리가 논리적 분석을 통해서 밝힐 수 없는 지혜들을 담고 있을 가능성이 높기 때문이다. 그러나 오래된 규칙이라고 해서 비판과 분석의 대상이 되어서는 안된다는 보장 역시 없다. 잘못된

것임에도 불구하고 그저 역사의 우연으로 현 상태를 유지해오고 있을 수도 있기 때문이다. 비판과 논의를 통해서 그런 것들을 수정해 나간다면 더욱 좋은 규칙으로 살아남을 수도 있을 것이다. 강박조항에서 취소권의 문제는 그런 것 가운데 하나라는 생각이 든다.

다른 하자 있는 의사표시들의 경우 무효로 하는 반면 사기나 강박에 대해서는 왜 취소로 하는지에 대한 이유가 분명치 않다. 그러나 다음과 같은 송덕수의 논의는 취소권이 피강박자에게 선택의 여지를 주기 위함이라는 분위기를 풍긴다.

의사가 사기 또는 강박의 영향을 받아 형성된 경우에는 자유로운 의사결정은 존재하지 않는다. 따라서 사기 또는 강박에 의한 의사표시의 유효성은 부인되어야 할 것이다. 그 방법으로는 그와 같은 의사표시가 처음부터 무효라고 할 수도 있겠으나 민법은 취소가능성을 택하여 의사표시의 효력여부를 사기 또는 강박을 당한 자로 하여금 결정할 수 있도록 하였다.⁵²⁾

어떤 면에서는 무효가 아니라 취소권을 주는 것이 피강박자에게 유리할 수도 있다. 가능성이 높은 것은 아니겠지만, 최소한 이론적으로는 강박에 의한 계약이 시간이 흐르면서 결과적으로 피강박자에게 유리한 것이 될 수도 있다. 강박이 이루어질 때에 비해 경제상황이 완전히 역전되는 등의 상황은 그것을 가능하게 할 수 있다. 만약 그렇다면 비록 강박에 의한 계약일지라도 피강박자가 그대로 유지하기를 원할 것이다. 그때 만약 무효로 처리한다면 강박자 자신이 계약의 무효를 주장할 수 있기 때문에 피강박자는 자신에게 유리해진 계약을 잃어야 한다. 반면 취소권이 주어지는

52) 송덕수(1999, p532).

상황에서는 취소의 권한이 피강박자에게만 있기 때문에 결과적으로 유리해진 계약에 대해 취소권을 행사하지 않고 유지할 수 있다. 따라서 이 같은 단순논리에 입각해 보면 취소권의 부여는 무효로 처리하는 것보다 피강박자에게 더 유리한 것일 수 있다. 취소권이 주어지면 무효와 무효가 아닌 것 사이에서 피강박자가 선택할 수 있기 때문이다.

사기에 의한 계약은 이 논리가 비교적 잘 적용된다. 자기가 맺은 계약이 사기인 것을 알게 되었을 때, 그 계약이 자신에게 불리하다면 취소를 택하고, 유리하다면 취소권을 포기하면 될 것이다. 사기자에게 취소의 의사를 통보하는 것이 어려운 일도 아닐 테니, 사기에 의한 의사표시를 취소할 수 있게 하는 것은 무효로 하는 것보다 사기를 당한 자에게 유리한 측면이 분명 있다.

그러나 강박의 경우 이런 논리는 지나친 단순화이다. 문제는 취소권에 대한 제척기간(除斥期間⁵³⁾에서 비롯된다. 취소권을 인정하면 거래는 매우 불안정한 상황에 빠진다. 상대방으로서는 취소권을 행사할지 안할지, 또 행사한다면 언제 행사할지 알 수 없기 때문이다. 따라서 일반적으로 그런 일을 막기 위해 상대방에게 최고권催告權을 부여하며, 또 취소권에 제척기간도 두고 있다. 즉 일정기간 내에 취소권을 행사하지 않으면 취소권은 소멸하고, 강박에

53) 제척기간이란 법률이 정하는 권리의 존속기간으로서 그 기간이 만료되면 권리가 당연히 소멸하고(소멸시효와는 달리) 그 기간 경과에 중단이나 정지가 없는 것을 말한다. 민법은 제척기간에 대해 명문의 규정을 두고 있지 않은데, 제척기간이라는 개념은 학설과 판례에 의해서 형성되었다. 이은영(2001, p.783) 참조. 취소권과 관련해서도 민법 제146조는 “취소권은 주인할 수 있는 날로부터 3년 내에, 법률행위를 한 날로부터 10년 내에 행사하여야 한다”고 규정함으로써 취소권 소멸까지의 기간이 시효인지 제척기간인지를 분명히 하지 않고 있다. 그러나 판례는 “취소권의 행사기간은 제척기간이고 제척기간의 도과는 당사자의 주장이 없더라도 법원이 당연히 직권으로 조사하여야 한다(대법원 1996.9.20. 선고 96다25371)”고 함으로써 취소권의 존속기간이 제척기간임을 분명히 하고 있다. 소멸시효와 제척기간간의 여러 가지 차이에 대해서는 이은영(같은 책, 같은 쪽) 참조.

의한 계약은 유효한 것으로 확정되도록 하는 것이다. 강박에 의한 의사표시에 대한 취소권의 제척기간은 강박이 해제된 날로부터 3년, 법률행위가 있었던 날로부터 10년이다.

문제는 이 제척기간과 강박이 해제된 날을 결정하는 기준에서 생긴다. 강박으로 인한 의사표시를 취소하려면 피강박자는 강박자에게 취소의 의사를 통보해야 한다. 그런데 강박상태가 유지된다면 피강박자는 보복이 두려워 취소를 통보할 수 없을 것이다. 게다가 강박상태가 언제 종료되었는지를 판단하는 것은 쉬운 일이 아니다. 조직폭력배의 강박으로 인해 계약을 체결했다고 할 때, 그 강박상태가 언제 종료된 것으로 보아야 하는가. 아마도 그들이 살아 있는 한 두려움은 계속될 것이다. 또 공권력의 강압에 견디다 못해 재산을 넘겼을 때, 그들의 강압상태가 언제까지 지속되는 것으로 보아야 하는가. 아마도 반대당이 정권을 잡지 않는 한 두려움은 계속될 것이다. 그렇다고 해서 법원이 피강박자의 실질적 두려움이라는 주관적이고 막연한 심리상태를 기준으로 해서 강박의 존속여부를 판단할 수도 없을 것이다.⁵⁴⁾ 실제로도 판례를 보면 피강박자가 강박자에 대해 언제까지 실질적인 두려움을 느꼈는지를 따지지 않고 지키던 군인들이 철수했다든가, 또는 그 이전에 다른 소송을 제기한 날짜를 따지고 있다. 그런 사건 후에도 얼마든지 두려움은 계속될 수 있을 텐데도 그렇다.

이렇게 된다면 결과적으로 마땅히 효력이 없어야 하는 계약이 기술적인 문제 때문에 유효한 것이 되는 경우가 발생하게 된다. 강박에 의한 의사표시를 취소할 수 있게 하는 것이 피강박자의 의사에 반해서 계약을 유효하게 만드는 데에 있지 않다면 취소에 대한 규정은 재고해 보아야 할 필요성이 있다. 만약 법을 고치지

54) 물론 공포심의 존재에 대한 판단은 주관적 기준에 의한다고 하지만, 법원이 판단하기 위해서는 결국 객관적 증거로 판단할 수 있는 기준을 쓸 수밖에 없을 것이다.

못한다면 강박상태를 벗어나는 시점의 결정을 넓게 잡아주어야 하는 것 아닐까. 실질적으로 피강박자가 강박자에 대한 두려움을 가지고 있는 한, 그리고 강박자가 피강박자의 취소권 행사에 대해 보복을 할 수 있는 한은 강박상태가 종료되었다고 보아서는 안될 것이다.

이 문제에 대해 송덕수 교수는 3년 또는 10년의 제척기간이 너무 길다고 주장하고 있는데,⁵⁵⁾ 이유를 제시하지 않고 있다. 강박에 관한 소송에서 제기되는 주장의 상당부분이 무효인지의 여부를 따지고 있음을 감안할 때, 단순히 길다는 주장은 설득력이 없어 보인다.

게다가 비진의의사표시와의 관계하에서 보면 강박을 취소권으로 다루는 것은 더욱 큰 문제가 있어 보인다.

대법원 1991.7.12. 선고 90다11554 판결⁵⁶⁾

원고들이 다른 직원 20여명과 함께 피고금고被告金庫에 사직서를 일괄하여 작성, 제출한 것은 피고금고의 이사장, 이사, 사무국장 등의 지휘계통에 의한 지시에 좇아 어쩔 수 없이 한 것이다. 그리고 피고금고의 이사장 등 경영진은 원고들의 사직의사표시가 진의에 의한 것이 아님을 알면서도 원고의 사직서만을 선별 수리하여 의원면직 처리한 것이다.

원고들은 의원면직의 형식을 빌었을 뿐 실제로는 피고금고의 경영진의 지시 또는 종용에 따라 진의 아닌 사직의 의사표시를 하고, 피고금고는 이러한 사정을 알면서 위 사직의 의사표시를 수리하였다. 따라서 위 사직의 의사표시는 민법 제107조에 해당하여 무효이다.

55) 송덕수(1999, p.592).

56) 이부분은 이재홍(1993)이 정리한 것을 옮긴 것이다.

위 사건에서 원고측은 사표를 제출한 것이 자신의 진의와는 무관한데다가 상대방도 그렇다는 사실을 알았기 때문에 민법 제107조57)의 단서규정에 무효라고 주장하고 있고, 법원도 원고측의 주장을 인정하고 있다. 그런데 이 사건에서 원고가 자신의 진의와 다른 의사표시를 한 이유는 상사의 강요에 있었다. 직접적으로 폭력이나 협박이라는 수단을 쓴 것은 아니지만, 은근히 눈치를 주는 방식으로 강요를 했을 것이다. 그렇다면 사표제출이라는 상대방의 의사표시를 받아내는 수단은 정도가 아주 약하긴 하지만 강박과 같은 성격의 것임에 틀림없다. 만약 피고의 행위가 강박이라고 인정되어서 취소권을 인정받았다면 결과적으로 원고는 아무 것도 얻어낼 것이 없다. 취소기간이 지났기 때문이다. 그러나 실제의 판결에서는 이것이 비진의의사표시로 인정되어 무효를 선고받았다.⁵⁸⁾ 결과적으로 약한 위협을 한 사람은 비진의의사표시 조항에 의해 큰 부담(원고에게 손해배상을 하든 부당이득반환을 하든)을 지게 되고, 강한 위협을 한 사람은 강박조항에 의해서 일정기간이 지나면 어떠한 부담도 지지 않아도 되는 결과가 초래된다.

벌의 크기를 위법성의 정도에 비례시키는 이유 가운데 하나는 그렇게 함으로써 작은 불법행위가 큰 불법행위로 비화되지 못하게 하자는 것이다. 만약 좀도둑이든 살인강도든 간에 모든 도둑을 사형으로 다스린다면 좀도둑질로 끝낼 사람조차도 살인강도로 쉽게 돌변할 수 있다. 위법성의 정도와 벌의 크기가 비례하게 함으로써 작은 불법행위가 큰 불법행위로 옮겨가지 못하도록 할 수 있다. 우리 법의 무효와 취소의 선택은 이런 원칙에 위배된다. 강

57) 민법 제107조(진의 아닌 의사표시). ① 의사표시는 표의자가 진의 아님을 알고 한 것이라도 그 효력이 있다. 그러나 상대방이 표의자의 진의 아님을 알았거나 이를 알 수 있었을 경우에는 무효로 한다. ② 전항의 의사표시의 무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.

58) 이재홍도 이 판결은 문제라고 지적하고 있다. 이재홍(1993).

박으로 판단될 만한 행위는 위에서와 같이 비진의의사표시 조항이 적용될 만한 위협에 비해서 위법성의 정도가 크다. 그런데 오히려 위협자가 부담하게 될 비용은 그 반대이다. 취소와 무효에 대한 선택은 재고되어야 할 필요가 있다.

(2) 정부의 강박과 취소의 어려움

판례를 보면 많은 것들이 정부의 강박을 문제삼고 있다. 외환위기 이전에 가장 대표적인 것들은 개인재산을 국가에 이전하는 식의 강박이었다. 아직 피강박자가 소송을 제기하거나 취소권을 행사한 적은 없지만 외환위기와 더불어 시작된 국민의 정부에서도 강박 성격의 행위는 여러 차례 있었다. 삼성자동차 부도와 관련하여 채권단이 삼성그룹의 이건희 회장에게 요구한 사재출연과 소위 빅딜, 재무구조개선약정 같은 것들을 보면 대부분 자발적이라는 수식어가 붙어 있기는 하지만, 실질적으로는 정부의 강요하에 이루어진 것이라고 보아야 할 것이다. 이것이 강박의 법리가 적용된다는 사실을 사재출연⁵⁹⁾을 예로 들어 살펴보자.

일반적 워크아웃 기업들의 경우, 사재출연은 자발적인 성격을 상당히 띠고 있다. 워크아웃이란 회사의 채무를 조정해서 부도를 방지해 주고 경영권도 상당부분 유지시켜 주는 제도이다. 그런 과정에서 사재출연요구를 취소 가능한 강박행위로 볼 필요는 없다. 회사가 이미 실질적으로 부도상태에 들어갔을 때, 법정관리나 청산으로 몰고갈 것인지 아니면 대출을 연장해 줄 것인지는 채권단의 손에 달려 있다. 대출을 연장해 주지 않고 법정관리나 청산 과정으로 들어간다고 해도 그것은 강압적인 행위가 아니라 채권단에 속한 재산을 스스로 처리하는 행위일 뿐이다. 워크아웃을 회생 가능한 기업에 대한 대출연장조치라고 보았을 때, 워크아웃을

59) 이 부분은 김정호(2002)의 pp.30-35를 수정한 것이다.

한다는 것은 새로운 가치를 창출하기 위한 행동이다. 대주주에게 사재라도 출연하지 않으면 법정관리나 청산과정으로 들어가겠다고 위협하는 것은 새로운 가치의 창출과정에 참여하지 않겠다는 것이기 때문에 (최소한 범경제학적 기준으로 판단한다면) 강박이라고 볼 수 없다. 그 과정에서 이루어지는 사재출연도 강박에 의한 법률행위라고 볼 수 없다.

그런데 삼성자동차의 부채와 관련한 사재출연 문제는 독특한 측면이 있다. 2001년 6월 26일자 매일경제신문은 삼성차 부채문제의 전말을 일목요연하게 요약해 놓고 있다. 그 중의 일부를 인용하기로 한다.

삼성차 부채문제의 출발점인 99년 6월 30일로 돌아가 보자. 삼성은 4조3000억원의 부채를 안고 (중략) 삼성차 법정관리를 신청한다. 당시 이대원 삼성차 부회장은 “삼성차의 부채 4조3000억원을 삼성이 모두 해결하는 방안을 마련해 법정관리를 신청했다”고 밝혔다. (중략) 법정관리를 신청하면서 삼성은 (중략) 이견희 회장이 보유하고 있는 삼성생명의 비상장주식 400만주(50만주는 삼성차 협력업체 몫)를 출연하기로 했다. (중략) 그러나 채권단은 삼성이 내놓은 부채 해결방법을 받아들이지 않았다. 오히려 채권단은 “삼성차가 일방적으로 대우자동차와의 ‘빅딜’협상을 중단하고 법정관리를 신청해 재무구조개선약정을 어겼다”며 금융제재 방안을 들고 나왔다. 채권단의 삼성에 대한 신규여신 중단·만기여신 연장거부 등 금융제재 의지가 확고해지자 다급해진 쪽은 삼성이었다. 이에 삼성은 8월 24일 채권단에 “삼성은 2000년 12월 31일까지 채권단에 2조4500억원의 지급을 보장한다”는 내용의 합의서를 제출했다. 합의서에는 또 “350만주를 처분한 가격이 2조4500억원에 부족할 경우 추가로 50만주를 출연한다”는 조항과 “추가출연 후 부족분은 삼성전자 등 31개 계열사가 후순위채 매입, 자본출자

를 통해 손실을 보전한다”는 내용이 삽입됐다. 약속을 지키지 못하면 “연 19%의 이자를 채권단에 지불한다”는 조건도 추가됐다. 이렇게 기업주의 사재출연을 통해 손실을 보전하려던 계획안은 지난 해(2000년) 12월 금융감독위원회가 생명보험사의 상장유보 결정(당초 2000년 12월말까지 상장 예정)이 내려지면서 어긋나기 시작했다. 이 회장이 채권단에 증여한 삼성생명 주식을 현금화할 수 있는 방법이 사라졌기 때문이다. 이렇게 되자 삼성은 지난해 12월 “삼성생명 상장지연에 대한 책임이 삼성에 있지 않기 때문에 연체이자를 물 수 없다”며 “합의서 이행이 불가능하다”고 밝혔다. 또 “합의서 작성이 여신중단 위협 등 비정상적 상황에서 작성돼 원칙적으로 무효”라는 주장을 내놓았다.

여기에 ‘참여연대’라는 제3의 변수도 돌출했다. 참여연대는 삼성전자를 상대로 합의서에서 명시한 ‘계열사들의 추가지원’ 조항이 주주들의 이익에 위배된다고 하며 ‘위법행위유지 가처분 신청’을 법원에 접수했다. 삼성으로서는 ‘쾌재’를 외칠 만한 뉴스였다. 소송의 핵심이 ‘합의문이 강제로 작성됐기 때문에 삼성전자가 합의문을 준수하는 것은 주주들의 이익에 위반된다’는 내용이었기 때문이다.

다시 2년 후인 2001년 6월로 돌아와 보자. 현재 이 회장이 채무변제용으로 채권단에 증여한 삼성생명 주식 400만주 가운데 현금화돼 채무가 변제된 주식은 삼성차 협력업체분 50만주와 서울보증보험이 ABS발행을 통해 현금화한 116만주가 전부다. 나머지 234만주는 아직 주식형태로 채권단이 보유하고 있다. 삼성이 채권단에 약속한 2조4500억원 지급시기는 2000년 12월 31일로 이미 6개월이 지났다. 삼성은 ‘합의문’대로라면 연 19%의 연체이자를 지급해야 할 실정이다.

채권단과 삼성의 의견이 결정적으로 대립되는 부분은 ‘합의문’과 ‘합의문 작성경위’다. 삼성측 관계자는 “합의문 자체가 무효

다”라고 주장하고 있다. 당시 채권단이 신규여신 중지 등 금융제재를 가한다고 발표하면서 당장 부도가 나는 판국에서 어쩔 수 없이 합의문이 작성됐다는 주장이다. 이 관계자는 “합의문이 작성된 시점에서 채권단의 강경한 태도는 당시 신문을 조금만 들춰봐도 명확히 알 수 있다”며 “부도를 피하기 위한 어쩔 수 없는 선택이었다”고 설명했다. 또 “채권단이 부실대출에 대한 책임까지 모두 삼성측에 전가하고 있어 추가출연을 요구하는 것에 대해서는 응하지 않겠다”고 덧붙였다.

채권단측 입장은 다르다. 합의문이 삼성측에서 제시한 대로 이뤄졌기 때문에 합의문이 ‘강제작’으로 작성됐다는 주장은 말도 안 된다는 설명이다. 여기에 최근 참여연대가 삼성전자를 상대로 소송을 제기했던 ‘위법행위 유지 가처분신청’ 취하도 채권단의 주장에 힘을 싣고 있다. 소송을 취하하는 근본이유가 삼성측에서 주장하는 ‘합의문 작성의 외압설’을 정면으로 반박하고 있기 때문이다. 김기식 참여연대 정책실장은 “합의서 작성과정에서 구조본이 이회장의 책임을 면해주고 삼성계열사가 손실을 분담하는 형태로 합의서 체결을 요구한 것으로 드러났다”고 소송취하 배경을 설명했다.

삼성측이 주장하고 있는 ‘채권단 책임론’에 대해 채권단은 “IMF 이전 재벌은 상호지급보증으로 얽혀 있었기 때문에 삼성자동차에 대출·보증한 것이 아니라 삼성그룹을 보증했다”고 반박한다.⁶⁰⁾

논란의 핵심은 1999년 당시 삼성측이 채권단에 제시한 합의문이 과연 자발적으로 작성된 것으로 보아야 하는지의 문제이다. 우리 논문과 관련해서 본다면 과연 당시 채권단이 삼성측에 요구한 내용이 강박에 해당하는지, 그리고 삼성측의 합의문이 강박에 의

60) 매일경제신문, 2001년 6월 26일.

한 의사표시인지의 여부이다. 만약 강박이라고 판단된다면 당시의 합의문은 삼성측이 취소할 수 있는 법률행위가 되기 때문이다.

협상과정에 참여하지 않은 필자로서는 당시 합의문을 작성하는 과정에서 구체적으로 어떤 위협이 행해졌는지 구체적으로 알 길이 없다. 그래서 위의 매일경제신문의 기사가 사실이라고 받아들이기로 한다. 위 기사에 의하면, 채권단측의 주장대로 합의문이 삼성측의 의사에 따라 작성되었다 하더라도 그 배경에는 채권단측이 삼성에 대해 신규여신 중단, 만기여신 연장 거부라는 위협이 있었다.⁶¹⁾ 중요한 것은 그 위협이 삼성자동차가 아니라 삼성의 다른 계열사들에 대해서 가해졌다는 사실이다. 우리나라 기업들의 부채비율이 상당히 높았던 당시의 상황에서 기업들은 현금흐름 수요의 상당부분을 금융권으로부터의 대출에 의존하고 있었다. 그리고 당해 기업의 수익력에 큰 문제가 발생하지 않는 한, 만기여신은 연장해 주는 것이 관행이었고, 기업들은 금융기관들이 그렇게 행동하리라는 것을 기대하고 사업을 해왔었다. 이런 상태에서 만기여신을 연장해주지 않거나 또는 새로운 사업에 대해 신규여신을 해주지 않겠다는 것은 당장 부도를 내겠다는 것과 그리 다를 바가 없는 위협이었다.

강박의 논리로 다시 돌아가 보자. 어떤 위협이 정당한 위협인가 아니면 강박인가의 여부를 판단하는 기준은 새로운 가치를 만드는 과정에 불참하겠다는 위협인가, 아니면 이미 만들어져 있는 가치를 파괴하겠다는 위협인가의 여부다. 따라서 금융제재 위협이 정당한 것이기 위해서는 사재출연을 하지 않을 경우(삼성그룹의 다른 계열사가 아니라) 채무의 당사자인 삼성자동차에 대해서 더 이상의 여신공급이 없을 것(예를 들어 청산이나 법정관리 절차를 신청하겠다는 것)이라는 내용이었어야 한다. 법정관리에 넘기지

61) 한국경제신문 1999년 8월 11일자에서도 채권단이 삼성 그룹 계열사 전체에 대한 금융제재를 결정했음을 보도하고 있다. “삼성차 책임, 이회장뿐인가” 참조.

않는 조건으로 요구된 여타의 사재출연들이 정당하다고 한 것은 그런 이유에서이다. 그러나 삼성자동차의 경우 실제의 위협은 삼성자동차가 아니라 다른 계열사들에 대한 금융제재 가능성을 수단으로 하고 있다. 그것은 새로운 가치창출에의 참가 거부가 아니라 이미 만들어져 있는 가치를 파괴하겠다는 위협이다. 따라서 최소한 법경제학적 시각에서 본다면 강박에 해당하는 행동이고, 그런 위협하에서 작성된 합의문은 비록 삼성측에 의해서 작성된 것이라 하더라도 강박에 의한 의사표시의 결과물이어서 취소권의 행사가 가능하다고 보아야 한다.

이런 사정은 빅딜이나 재무개선약정도 크게 다를 것이 없다. 자발적이라는 수식어가 붙어 있기는 했지만, 정부의 그런 요구에 응하지 않으면 더 큰 불이익이 닥칠 것임을 당사자들은 잘 알고 있었기 때문에 그렇게 한 것이라고 보아야 한다. 그렇다면 강박에 의한 의사표시이어서 취소를 통해 이전된 재산을 되찾아 오는 것이 가능하다.

그럼에도 불구하고 불이익을 당한 기업들이 실질적으로 취소권을 행사하지 않는 이유는 무엇인가. 취소가 이루어지려면 취소를 통한 이익(사업의 반환이나 손해배상액수)이 비용보다 커야 한다. 취소의 직접적 비용은 크지 않다. 그저 내용증명의 통지서만 한통 보내는 것으로 충분할 수 있다. 그럼에도 불구하고 취소권이 행사되지 않는 이유는 다른 비용들이 크기 때문일 것이다. 가장 큰 두 가지를 들라면 정치적 비난과 보복의 두려움일 것이다. 현재 강박의 주체인 국민의 정부가 집권을 하고 있는 한 취소권의 행사는 그들의 보복을 불러올 가능성이 높다. 기업에 대한 정부의 영향력이 큰 상황에서 어떤 제재가 취해질지 모른다. 그렇더라도 잃을 것이 없는 사람이라면 취소를 통해서 잃은 재산의 회복을 시도할 수 있다. 그러나 그것 말고도 다른 기업을 운영해야 하는 사람의 입장에서는 재산을 찾아오는 것보다 지금 가지고 있는 기업에 대

한 불이익이 더 클 수 있다. 정권이 바뀌더라도 마찬가지다. 만약 과거에 강박으로 이전된 재산을 돌려받겠다고 취소권을 행사한다면 당장 여론과 비난이 들끓을 것이다. 그 때문에 정치적으로 어떤 제재가 가해질지 알 수 없다. 다른 사업들을 꾸려가야 하는 기업인들로서는 취소를 통해서 얻는 것보다 잃는 것이 더 많을 수 있다. 여론이 비난을 받고 있는 상태에서는 법도 소용이 없어지는 것이다.

정부 강박의 특징은 민간에 의한 강박에 비해 강박상황이 쉽사리 끝나지 않는다는 것이다. 예를 들어 새로운 계약을 미끼로 기존 계약의 단가를 올리는 행위를 생각해 보자. 이것이 강박적 상황인 것은 분명하지만, 새로운 계약이 완료되고 나면 강박상황은 종료된다. 또는 새로운 경쟁자가 등장해도 강박의 상황은 끝난다. 그러나 정부의 강박은 그렇지 못하다. 집권정치인이 배후에 있는 강박일 경우 최소한 그 정치인이 정권에 들어 있는 한 취소에 대해서 보복을 가할 수 있다. 설령 그 사람이 속한 정당이 야당이 된다고 해도 강박을 가능하게 했던 정치적 영향력은 지속될 수 있다. 또 그 과정에 공무원이 개입되었다면 그 사람으로부터도 보복을 당할 수 있다. 따라서 정부에 의한 강박상태는 쉽사리 끝나지 않는다. 그래서 취소도 이루어지지 못한다. 실증분석이 필요한 부분이긴 하지만, 실제로도 정부를 상대로 계약의 무효를 다투는 소송이 제기되는 것은 더 이상 잃을 것이 없는 경우에 국한된 것이 아닌가 하는 느낌이 든다.

헌법 제23조(3항)는 공공필요에 의한 재산권의 수용, 사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되 정당한 보상을 지급하여야 한다고 정하고 있다. 그런데 사재출연 요구나 빅딜의 경우 재산권을 강압적으로 이전하면서 법률로써 하지도 않고, 정당한 보상을 지급했다고 보기도 어렵다. 민법에 의해서 취소권이 있음에도 행사할 수 없고, 헌법이 무시되는데도 헌법소원을 제기할 수

없다면 최소한 그들에게는 대한민국이 법치국가로 보이지 않을 것이다.

참고문헌

- 곽윤직, 『민법총칙 : 민법강의 I』(재전정판), 박영사, 1988.
- 권오승, 강박에 의한 의사표시와 행정지도, 『민사판례연구』 제18집(96.05), <http://law.snu.ac.kr/lawold/KOR/E/lawinfo/kwonos/kwonos039.htm>.
- 김일수, 『형법각론』, 박영사, 1999.
- 김정호, 『사재출연, 강박, 유한책임』, 자유기업원, 2002.
- 김증한·김학동, 『민법총칙』(제9판), 박영사, 1995.
- 민일영, 제104조(불공정한 법률행위), 곽윤직(편), 『민법주해II(총칙 II)』, 박영사, 1999, pp.241-254.
- 송덕수, 제110조(사기, 강박에 의한 의사표시), 곽윤직(편), 『민법주해II(총칙 II)』, 박영사, 1999, pp.531-603.
- 양창수, 『민법입문』, 2001.
- 윤진수, 『주석민법 총칙(2)』, 한국사법행정학회, 2001.
- 이영준, 『민법총칙 : 민법강의 I』(전정판), 박영사, 1995.
- 이재홍, 상급자의 지시에 의한 사직서 제출과 진의 아닌 의사표시, 민사판례연구회(편), 『민사판례연구』 XV, 박영사, 1993.
- J. L. Hill, A Utilian Theory of Duress, *Iowa Law Review*, vol.84, Jan. 1999, pp.275--.
- R. Cooter and T. Ulen, *Law and Economics*(1st edition), HarperCollinsPublishers, 1988.
- R. Cooter and T. Ulen, *Law and Economics*(2nd edition), Addison-

Wesley, 1997.

Emanuel, *Law Outlines : Contract*, Emanuel Publishing Corp., 1999.

D. Friedman, *Law's Order*, Princeton University Press, 2000.

M. Trebilcock, *The Limits of Freedom of Contract*, Harvard University Press, 1993.

제4장 손해배상제도에 대한 몇 가지 경제학적 쟁점¹⁾

- 1) 한국경제연구원 워크샵에서 지정토론회 주신 숙명여대 신도

철 교수님과 윤진수 교수님, 이주선, 이인권 박사님, 그리고 논문 초기 단계에서 도움을 주신 숭실대 법대 윤철홍 교수님께 감사드립니다. 익명의 심사자 두 분께도 감사드립니다. 그러나 아직도 오류가 남아 있다면 전적으로 필자의 책임이다.

- 2) 한국경제연구원 워크샵에서 지정토론회 주신 숙명여대 신도철 교수님과 윤진수 교수님, 이주선, 이인권 박사님, 그리고 논문 초기단계에서 도움을 주신 숭실대 법대 윤철홍 교수님께 감사드립니다. 익명의 심사자 두 분께도 감사드립니다. 그러나 아직도 오류가 남아 있다면 전적으로 필자의 책임이다.

1. 서론

어떤 권리가 누구에게 속한다고 선언하는 것만으로는 재산권이 보장되지 않는다. 재산권이 실질적으로 보장되려면 재산권이 침해되었을 경우 가해자와 피해자에게 어떤 결과가 초래된다는 것이 분명해져야 한다. 그런 의미에서 손해배상제도는 재산권 보장의 실효성을 확보하고 또 그것의 구체적 내용을 규정하는 결정적 요소이다.

제도는 제도 그 자체에 목적이 있지 않다. 그것을 통해서 이 사회에 바람직한 결과가 초래될 때에 제도는 정당화될 수 있다. 그러려면 제도로 인해 사회구성원들의 행동에 어떤 변화가 초래될지를 예측하고 그 결과를 사전에 정해진 기준에 의해 평가해야 한다. 그것은 경제학의 영역이다. 손해배상제도 역시 그런 이상에서 예외일 수 없을 것이다. 손해배상제도에 대한 논의는 법학의 고유영역으로 간주되어 왔다. 법학은 그 나름의 강점을 가지고 있지만, 제도의 변화에 따른 인센티브의 변화와 그것에 따른 인간의 행동의 변화, 사회적 상태의 변화를 예측하는 데에는 그리 적합하지 못하다. 그런 점에서 경제학은 손해배상제도에 관한 법적 논의의 발전에 상당한 기여를 할 수 있다. 인센티브의 변화에 따라 초래되는 인간행동의 변화는 경제학이 가장 관심을 두고 있는 영역이기 때문이다. 이 논문은 손해배상제도에 관한 여러 측면 중 그것의 목적, 예견가능성 기준, 손해배상액 산정의 기준시점 세 가지에 대해 경제학적 분석을 시도하는 데에 목적이 있다.

이 글은 서론을 포함하여 모두 4절로 구성된다. 제2절에서는 손해배상제도의 목적이 무엇인지를 논한다. 법학계에서는 손해전보가 목적이라고 하지만 경제학적 관점에서 본다면 그것뿐 아니라 위법행동에 대한 억제효과 역시 중요하다는 사실을 보인다. 제3절에서는 민법 제393조가 규정하고 있는 예견가능성 기준과 경제학

적 개념인 최소비용회피자원칙간의 관계에 대해서 분석한다. 잠재적 피해자가 잠재적 가해자에게 특별한 사정을 알려줄 수 있을 경우는 양자의 결과가 일치하지만, 알려주는 것이 현실적으로 어려울 경우는 그렇지 않음을 보였다. 마지막으로 제4절은 손해배상의 기준시점 문제를 다루었다. 채권의 목적물이 대체가능한 것일 경우 책임발생시를 기준으로 하는 것이 합리적이지만, 대체가 어려운 목적물에 대해서는 사전적으로 타당한 답을 찾을 수 없기 때문에 손해배상의 예정으로 해결하도록 예정액에 대한 법원의 개입이 없어야 한다는 내용이다.

2. 손해배상제도의 목적 : 손해전보 또는 위법행위 억제

손해배상제도란 가해자로 하여금 피해자가 입은 손해를 전보하게 하는 제도이다. 이 제도의 목적에 대해서 기존 우리나라 법학계와 법경제학간에 상당한 차이가 있다. 법학계에서는 손해의 전보填補, 즉 피해자를 손해가 발생하기 이전의 상태로 되돌리는 데 Compensation Effect에 목적이 있다고 보는 반면 법경제학에서는 그것뿐 아니라 위법한 행동을 억제하는 것Deterrence Effect도 이 제도의 중요한 목적이라고 한다.

어떤 자가 자신의 행위로 인해 타인에게 손해를 가한 경우 그것이 그의 책임 있는 사유에 기인한 것인 한 그는 그 손해를 전보하여 피해자로 하여금 그러한 가해행위가 없었다면 생겼을 상태로 회복시켜 주어야 할 것이다. 따라서 손해배상제도의 목적은 피해자에게 가해행위로 인하여 입은 손해를 전보해주는 것, 혹은 가해행위가 없었더라면 생겼을 이익상태로 회복시켜 주는 것이다.³⁾

법학자들은 손해배상제도의 목적은 손해의 전보에 있을 뿐이라고 인식하고 있는 것이다. 그러나 실질적 효과를 생각해 본다면 이 제도의 목적은 손해의 전보뿐만 아니라 위법한 행위(채무불이행이나 부주의나 고의로 인해 타인에게 손해를 끼치는 행동)를 억제하는 효과도 있음을 쉽게 알 수 있다.

자동차 운전자는 누구나 사고로 인해 타인에게 끼치는 피해 전액을 보상하는 내용의 책임보험을 의무적으로 들어야 하는 사회가 있다고 해보자. 그리고 사고를 낸 사람이나 그렇지 않은 사람이나 보험료는 같다고 해보자. 가해자의 과실이 있건 없건 피해자는 피해액 전액을 보상받을 수 있다. 반면 가해자는 사고여부와는 무관하게 일정한 보험료만 내도 되기 때문에 억제효과는 전혀 없어진다. 이런 상태에서의 손해배상제도는 순수하게 손해전보효과만을 가진다.

이런 사회에서의 운전자들은 운전을 함에 있어 충분한 주의를 기울이지 않을 것이다. 사고를 내더라도 그 피해는 공동기금에서 지출될 뿐 자신에게 그 손해가 돌아오지 않을 것이기 때문이다. 그 결과 각각의 운전자가 타운전자의 부주의로 사고를 당할 가능성은 높아지고, 결국 운전을 하는 사람들의 숫자도 줄어들 것이다.

3) 김증한·김학동(1998, p124). 한편 관윤직은 이외에도 손해의 공평한 분담을 또 다른 목적으로 들고 있는데, 그것은 이 제도 자체의 목적이 아니라 손해배상액수를 제한하는 목적에 가깝다고 보아야 할 것이다. 필자가 확인할 수 있었던 것 중 손해배상제도의 위법행위 억제효과를 명시적으로 인정한 유일한 법학자는 양삼승(1998, p.326)이었다. 그러나 양삼승도 억제효과는 배상제도의 부수적 목적일 뿐이라고 보고 있다. “채무불이행 책임의 경우에는 그 근본적인 취지가 피해자인 채권자의 보호에 있는 것임에 반하여 불법행위 책임의 경우에는 그 취지가 1차적으로는 피해자의 보호에 있는 것임은 물론이지만 부수적으로는 불법행위자에게 손해배상책임을 부담시킴으로 인하여 간접적으로는 일반적인 보호법규의 위반을 억제하는 효과도 역시 기대하고 있음을 부인할 수 없을 것이다.”

이제 그런 보험이 없는 사회를 생각해 보자. 그리고 피해자가 입은 손해는 전액 가해자가 배상해 주어야 한다. 위의 경우와 비교해 보았을 때, 피해자가 손해를 전보받는다든 사실에는 변함이 없다. 다른 점은 그 금액을 가해자가 부담한다는 것이다. 사고를 낸 운전자는 배상액을 부담하고 그렇지 않은 운전자는 아무 것도 부담할 필요가 없다. 사고 운전자에게 배상액은 일종의 벌칙이 된다. 즉 피해자의 손해를 가해자로 하여금 전보하게 하는 제도는 단순히 손해의 전보뿐만 아니라 위법한 행동(부주의한 운전)을 억제하는 효과도 동시에 가지는 것이다. 그리고 단순히 손해전보의 기능만 하는 보상제도보다는 부주의한 행동에 대한 억제효과까지 가지는 제도가 더 효율적이라는 데에는 큰 이의가 없을 것이다.

법학자들에게 있어 위법행위의 억제효과⁴⁾를 담당하는 것은 형사처벌제도이다. 그러나 형사처벌만으로는 억제효과도 제대로 거두기 힘들다. 사고를 낸 운전자에 대해 형사처벌만 할 뿐 피해자에 대한 손해배상은 없는 사회를 생각해 보자. 이 제도는 억제기능만 할 뿐 손해전보기능은 하지 못한다. 피해자가 억울해 보이는 하지만, 만약 억제기능이 완벽하다면 피해자도 억울할 일이 없다. 억제기능이 완벽해서 사고가 나지 않는다면 손해를 볼 피해자도 없을 것이기 때문이다.

그러나 불행히도 이 제도는 그리 잘 작동할 것 같지 않다. 이 제도가 작동하려면 검찰이나 경찰이 교통사고 가해자가 누구인지 그리고 피해의 정도 및 부주의의 정도가 어느 정도인지에 관한 정보를 가지고 있어야 한다. 그런데 검찰, 경찰이 그런 정보를 획득하기는 쉽지 않다. 사고에 관한 정보를 가장 많이 가지고 있는 것은 사고의 당사자들일 텐데, 가해자는 현장으로부터 도망가거나 설령 그러지 않는다고 하더라도 자신의 부주의 정도를 줄여서 보

4) 법학자들은 이것을 예방효과라 부른다.

고하려고 할 것이다. 그렇더라도 피해자에게 정보제공의 인센티브가 있다면 정보부족의 문제는 상당부분 해소될 수 있다. 하지만 피해자에게도 사고에 관한 정보를 경찰에 알려줄 인센티브가 거의 없다. 자신에게 돌아올 대가가 아무 것도 없는 상황에서 굳이 검찰에 출두해서 사고의 내용과 누가 잘못된 것인지에 대해서 알기 어렵다. 인센티브는 크지 않다. 그래서 형사처벌만으로는 위법행위에 대한 억제도 제대로 이루어질 수 없다. 가해자로부터 손해전보를 받게 해주는 제도는 누가 어떤 잘못을 했는지에 관한 정보를 자발적으로 제공하게 함으로써 위법한 행동을 억제하는 효과를 가지는 동시에 잠재적 피해자들도 지나친 조심을 하지 않도록 만드는 효과도 가진다.

그런데 우리 민법이 과실책임주의(過失責任主義)⁵⁾ 예견가능성에 의한 배상범위의 제한, 과실상계(過失相繼)⁶⁾ 등을 손해배상제도의 원칙으로 택하고 있다는 것은 이 제도의 목적이 손해전보보다는 억제 효과에 더 가까움을 시사해 준다. 과실책임주의란 피해자에게 어떤 손해가 발생했던 가해자에게 과실이 있을 때에만 배상하는 것이다. 예견가능성에 의한 배상범위의 제한이란 통상손해는 모두 배상하게 하고 특별한 손해의 경우 가해자가 알았거나 알 수 있었던 손해에 대해서만 배상하게 하는 것이다. 과실상계란 피해자의 과실정도를 따져서 발생한 손해의 일부를 스스로 부담하게 하고 가해자가 지불해야 하는 배상액을 줄여주는 제도이다. 만약 피해자에 대한 손해전보에 이 제도의 목적이 있다면 가해자의 과실 유무나 예견가능성, 피해자의 잘못 등과는 무관하게 모든 손해를

5) 민법 제750조 : 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.
 6) 민법 제396조 : 채무불이행에 관하여 채권자에게 과실이 있는 때에는 법원은 손해 배상의 책임 및 그 금액을 정함에 있어 이를 참작하여야 한다. 이 과실상계 조항은 민법 제763조에 의해 불법행위로 인한 손해배상에도 준용된다.

배상하게 해야 할 것이다. 피해자에게 발생한 손해가 무엇이든 가해자의 행동의 위법성과 피해자의 행동의 성질에 따라 배상액을 부담하게 한다는 것은 이 제도의 목적이 손해의 전보보다는 바람직하지 못한 행동을 억제하는 데에 더 가깝다는 것을 말해준다.

3. 예견가능성에 의한 배상범위의 제한

(1) 통상손해와 특별손해

우리 민법 제393조는 손해를 통상손해와 특별손해로 구분한 후 통상손해는 모든 경우에 배상하고 특별손해는 피해자가 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 배상하게 하고 있다.⁷⁾ 이 조항은 채무불이행 책임을 대상으로 한 것이지만, 불법행위 책임에 대해서도 위 조항을 준용하게 되어 있기 때문에⁸⁾ 실질적으로 통상손해/특별손해의 구분에 의한 배상은 모든 손해배상책임을 관통하는 원칙인 셈이다. 하지만 통상손해가 무엇이고 특별손해가 무엇인지에 대한 정의는 우리 민법에 나와 있지 않다.

프랑스 민법은 이 두 가지 종류의 손해개념을 명확히 하는 데에 도움이 된다. 프랑스 민법에는 통상인이 예견했거나 예견할 수 있는 손해만을 배상하게 되어 있다. 예견가능성은 당사자를 기준으로 하는 것이 아니라 객관적 기준에서 판단한다. 즉 통상인이 예견할 수 있는 손해라면 당사자가 몰랐더라도 배상의 대상이 된다. 통상인이 예견할 수 없는 손해는 당사자가 알았거나 알 수 있었던 것에 대해서만 배상한다. 이 두 가지의 손해개념은 우리 민

7) 민법 제393조 : 1. 채무불이행으로 인한 손해배상은 통상의 손해를 그 한도로 한다. 2. 특별한 사정으로 인한 손해는 채무자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 배상의 책임이 있다.
8) 민법 제763조 : 제393조(통상손해/특별손해 : 필자주), 제394조(금전배상원칙 : 필자주), 제396조(과실상계 : 필자주), 제399조(손해배상자의 대위 : 필자주)의 규정은 불법행위로 인한 손해배상에 준용한다.

법상의 통상손해와 특별손해의 개념에 해당한다고 할 수 있다.⁹⁾ 즉 통상인의 예견범위 내에 속한 손해는 통상손해이고 그렇지 못한 손해는 특별손해라고 해석해도 큰 무리는 없을 것이다.¹⁰⁾

(2) 알려줄 의무로서의 예견가능성 요건

이런 방식의 손해배상 방식은 채권자가 통상인이 예견할 수 없는 특별한 사정을 가지고 있을 경우 이를 채무자에게 알려줄 의무를 부과하는 효과를 갖는다. 채무자에게 알려주고 나면 채무자는 알았던 것이 되고 그때부터 그것에 대한 손해는 배상을 해야 한다. 채권자의 입장에서 보았을 때, 알려주면 배상을 받을 수 있고 알려주지 않으면 배상을 받을 수 없기 때문에, 상대방이 안 것에 대해서만 배상하게 하는 것은 채권자로 하여금 채무자에게 알려줄 것을 의무화하는 효과를 갖는다. 이렇게 본다면 피해자가 가해자에게 사전에 알려주지 않더라도 알고 있었거나 또는 당연히 알아야 할 의무가 있는 손해는 통상손해이고 피해자가 알려주어야만 비로소 가해자가 알 수 있게 되는 손해는 특별손해로 해석해도 큰 무리는 없을 것이다.

특별한 사정을 가진 잠재적 피해자에게 그 사정을 알려주어야 할 의무를 부과하는 것은 경제적 관점에서도 합리적이다. 계약책임과 불법행위 책임을 구분해서 살펴보기로 한다.

1) 계약책임의 경우

거래비용이 작을 경우 계약의 불이행으로 인한 위험은 당사자

9) 양삼승(1993). 인터넷에서 뽑은 자료라서 페이지는 알 수 없음.

10) 예견가능성(Foreseeability)에 의한 배상범위의 제한은 우리나라뿐 아니라 일본, 프랑스 등 대륙법 국가도 택하고 있다. 영국과 미국도 **Hadley v. Baxendale** 판결 이후 이러한 원칙이 확립되어 있다. 반면 독일은 최소한 선언적으로는 모든 손해를 배상함을 원칙으로 하고 있으나 소위 상당인과관계라는 것을 따짐으로써 실질적으로는 이와 비슷한 원칙을 채용하고 있다고 한다.

간의 협상을 통해서 그것을 가장 작은 비용으로 부담할 수 있는 사람에게 이전되고, 상대방은 그것에 대한 가격을 치르게 된다. 그렇게 하는 것이 쌍방에게 모두 이득이 되기 때문이다. 그런데 이런 협상이 가능하려면 쌍방이 그 위험의 내용에 대해서 정보를 가지고 있어야 한다. 만약 예상치 못했던 위험에 대해서조차 채무자가 책임을 져야 한다면 채무자는 채권자의 특별한 사정에 대해서 알려고 노력할 것이고, 그러기 위해 발생하는 비용은 결국 계약가격의 인상으로 나타나게 된다. 또 알고자 하는 노력에도 불구하고 알아낼 수 없는 채권자의 특별한 사정들은 여전히 남아 있을 것이기 때문에 그것은 그것을 배상하게 될 위험을 계약가격에 포함하려 할 것이다. 그것 역시 채권자의 부담으로 돌아간다. 그런데 사전적으로 본다면 채권자의 특별한 사정을 채무자가 알아내는 비용보다 채권자 스스로 알려주는 비용이 더 낮기 때문에 스스로 알려주기를 택하는 것이 채권자 자신에게도 더 이익이 된다.

물론 일단 채무불이행이라는 사태가 발생하고 나면 채권자는 채무자가 예견하지 못했던 손해에 대해서까지 배상을 받아내고 싶어하겠지만, 계약조건과 계약가격이 동시에 결정되어야 하는 계약 이전의 시점에서 판단한다면 스스로 알려주는 것이 채권자 스스로에게도 이익이 된다. 만약 계약내용에 그런 조항이 포함되어 있지 않다면 법원이 인위적으로 그런 의무를 부과해 줌으로써 쌍방 모두에게 이익을 줄 수 있다. 예견가능성 요건을 통해서 알려주지 않은 특별한 사정으로 인한 손해는 배상받지 못하게 하는 제도는 그런 의무를 부과하는 효과를 가진다.

이런 효과는 특별한 사정을 가지지 않은 일반 소비자들과의 관계에서도 나타난다. 예를 들어 어떤 사람이 고가의 골동품 도자기를 택배로 부쳤는데, 운송 도중에 파손되었다 하자. 송하인(送荷人)은 운송업자에게 그것이 고가의 도자기임을 밝히지 않았다. 이 경

우 손해배상의 대상은 통상손해로서 통상적인 도자기의 값이 된다.¹¹⁾ 송하인이 별도로 알려주지 않는 한 통상의 운송업자라면 그것을 고가의 도자기로 보지는 않을 것이기 때문이다. 만약 송하인이 고가의 도자기라는 사실을 운송업자에게 알려주었다면 파손될 경우 고가를 배상해야 하기 때문에 운송에 특별한 주의를 기울였을 것이고, 때문에 운임도 높게 요구했을 것이다.

파손에 따른 피해의 위험을 쌍방이 서로 알고 있는 상황에서는 사고의 위험에 대해서 쌍방간에 협상이 이루어질 것이고 결국 그 위험을 가장 효율적으로 부담할 수 있는 자가 위험을 부담하고 상대방은 그 대가를 치르는 방식으로 계약이 이루어질 것이다. 그러려면 위험의 크기를 쌍방이 서로 알아야 한다는 전제가 필요하다. 특별손해는 예견가능한 것에 대해서만 배상한다는 규칙은 상대방이 알기 어려운 위험을 자발적으로 알려주려는 인센티브를 제공한다.

이제 특별손해에 대해서도 무조건 배상해야 하는 경우 어떤 일이 벌어질지를 생각해 보자. 그렇게 되면 고가품 송하인의 입장에서는 자신의 물건이 고가품이라는 사실을 운송업자에게 알려야 할 이유가 없다. 파손이 되더라도 완전배상을 받을 수 있는데, 굳이 고가품임을 밝혀서 높은 운임을 내려고 하지 않을 것이기 때문이다. 따라서 운송업자는 어떤 것이 고가품인지를 스스로의 비용으로 감정하거나 또는 어느 것이 고가품인지를 알 수 없는 상태에서 운송을 해야 한다. 어느 쪽이든 전체 운송비용은 높아진다. 고가품을 감정하기 위한 감정료이든, 아니면 모든 도자기를 운송함에 있어 주의수준을 높이든, 또는 주의수준을 높이지 않은 채 사고가 난 후 고액의 배상금을 지불하든 전체의 운송비용은 높아지게 되고, 그것은 모든 도자기에 대한 운임을 높인다. 즉 일

11) 양삼승(1993).

부의 고가품 도자기 송하인 때문에 통상의 도자기 송하인도 높은 운임을 지불해야 한다. 이렇게 되면 악화가 양화를 구축하는 문제가 생긴다. 운임이 높아지기 때문에 통상의 도자기 송하인은 운송을 맡기기를 꺼리게 되고 그 결과 운임은 더욱 높아진다. 고가품으로부터의 위험을 나누어 가질 저가품 송하인의 숫자가 줄어들기 때문이다. 그 같은 과정이 되풀이되어 결국 극단적인 경우에는 도자기 운송시장이 사라져버릴 수도 있다. 고가의 물품을 부치는 사람에게 자신의 물건이 고가라는 것을 알릴 의무를 부과함으로써 시장이 위축되거나 사라지는 것을 막아줄 수 있다. 특별손해는 예견가능한 것만 배상하게 하는 제도는 이런 불행을 예방하는 효과를 가진다.

이런 관점에서 본다면 예견가능성의 판단시점을 채무이행시점으로 한다는 우리 법원의 판례나 학설의 태도는 불합리하다. 예견가능성 요건을 적용하는 것은 특별한 사정을 가진 사람에게 알려줄 의무를 부과함으로써 그러한 위험을 당사자간의 약정을 통해서 배정하라는 것이다. 그런데 계약체결 당시에 알 수 없었던 사정을 나중에 알게 될 경우 그것까지 배상하게 한다면 채권자는 계약가격에 계상되지 않은 위험을 채무자에게 부담시키는 것이 된다. 이렇게 될 경우 채권자에게는 특별한 사정이 있음에도 불구하고 계약시에는 감추고 있다가 나중에 슬그머니 알리려는 인센티브가 생긴다. 또 채무자의 입장에서는 대가도 없이 특별한 위험을 부담하게 될 가능성이 생기기 때문에 계약체결을 기피하려는 인센티브가 생겨난다. 예견가능성의 판단시점을 계약체결시로 할 때에야 비로소 특별한 위험이 최소비용회피자에게 배정될 수 있을 것이다.

2) 불법행위 책임의 경우

통상손해는 모두 배상하고 특별손해는 가해자가 예견했거나 할

수 있었건 것에 한해서만 배상한다는 원칙은 계약뿐만 아니라 불법행위 상황에 대해서도 준용된다.

불법행위가 저질러졌을 경우 가해를 모두 사형에 처하지 않고 손해액만큼을 배상하게 하는 것은 피해자에게 부과되는 손해보다 가해자의 이익이 더 클 경우 불법행위를 허용하겠다는 말과 크게 다르지 않다. 도덕적으로는 받아들이기 힘들지만, 실질적 효과면에서는 부인할 수 없는 논리이다. 가해자가 자신의 주의정도를 결정함에 있어 상기와 같은 계산을 하기 위해서는 자신의 부주의한 행동으로 인해 발생할 손해의 내용과 범위를 예측할 수 있어야 한다. 예견가능성 요건은 통상인이 예견하기 어려운 위험을 가진 잠재적 피해자들에게 알릴 의무 또는 자신만이 가진 특별한 위험에 대해서 스스로 대비할 의무를 부과한다.

이와 관련해서 중요한 한 가지의 논점이 등장한다. 계약상황에서는 잠재적 피해자(채권자)가 잠재적 가해자(채무자)에게 특별한 사정이나 위험을 알리는 것이 가능하지만, 불법행위 상황에서는 잠재적 가해자가 누구인지를 알 수 없기 때문에 예견가능성에 의한 배상액의 제한은 무의미하다는 논점이다. 이런 견해를 펴는 대표적 논자인 양삼승¹²⁾의 견해를 인용하기로 한다.

채무불이행의 경우에는 (중략) 특별한 사정이 있어 이를 문제삼을 필요가 있을 때에는 (중략) 계약의 내용으로 포함시킬 수 있는 기회가 부여되어 있지만 불법행위의 경우에는 책임발생의 근거가 불특정다수인을 대상으로 하는 일반적 보호법규에 있는 만큼, 이러한 특별한 사정에 대하여 (중략) 어떠한 별도의 합의를 할 기회가 전혀 부여되어 있지 않다. 따라서 (중략) 불법행위 책임의 경우에는 (중략) 특별한 사정에 대한 예견 내지는 별도의 약정 가능

12) 양삼승(1988, p325).

성을 근거로 하여 이를 배상범위에 관련시키는 것은 (중략) 불법행위의 경우에는 무의미할 뿐만 아니라 이론적으로도 불가능한 것이다.

즉 양삼승은 민법 제363조의 예견가능성에 의한 특별손해의 제한규정은 불법행위에 대해서는 그대로 적용될 수 없다고 보고 있다. 그래서 그는 예견가능성 대신 ‘비난가능성’이라는 기준으로 불법행위에 대한 배상책임의 범위를 결정해야 한다고 주장한다.¹³⁾ 불법행위 상황에서 잠재적 가해자와 잠재적 피해자 사이에 특별한 사정에 관한 사전약정이 불가능하다는 것은 맞는 말이다. 그러나 그것 때문에 불법행위 책임의 범위를 결정함에 있어 예견가능성조건이 전혀 무의미하다고 주장하기는 무리이다. 잠재적 가해자가 비록 불특정 다수인이라고 하더라도 잠재적 피해자의 행동여부에 따라 부주의에 따른 위험의 정도를 예견할 수 있도록 만들 수 있기 때문이다. 한 가지 예를 들어보자.

A는 아주 심한 골다공증을 앓고 있어 조금만 충격을 받아도 골절상을 입게 된다. 하지만 걸모습만 봐서는 A가 그런 병을 가지고 있는지 누구도 알 수 없다고 해보자. A가 길을 가고 있는데, 뛰어가던 B가 A와 부딪쳐서 A가 넘어졌고(보통사람이라면 아무 일도 없었을 텐데) 골절상을 입게 되었다. A는 B를 상대로 골절상에 대한 손해배상을 청구했다.

이 상황에서 통상손해는 특 치는 행위로 인해 A가 받았으리라고 통상인이 예견할 수 있는 손해이다. 그것은 거의 0에 가까울 것이다. 반면 충격을 받는 사람이 심한 골다공증 환자라는 사실을 통상인은 예견하기 힘들 것이기 때문에 A가 입은 특별손해이고,

13) 자세한 논의는 양삼승(1988, pp.348-356) 참조.

B도 그렇다는 사실을 알지 못했다. 따라서 예견가능성을 기준으로 손해배상의 범위를 제한할 경우 A는 그의 골절상으로 인한 손해를 배상받지 못한다.

양삼승이 주장하듯이 불법행위 책임에 대해서 이런 식으로 예견가능성을 기준으로 배상범위를 제한하는 것은 무의미한 것일까? 필자의 생각으로는 그렇지 않다. 예견가능성 기준을 택한다고 해보자. 그러면 골다공증 환자들은 다른 사람들과 접촉할 기회가 있을 경우 다른 사람과 부딪히지 않도록 스스로 주의를 하거나 자신이 그런 환자임을 주위 사람들에게 알려야 할 것이다. 물론 양삼승이 주장하듯이 알릴 방법이 없다고 주장할 수도 있겠다. 그러나 그것이 불가능한 것은 아니다. 특별한 깁스를 하거나 또는 목발을 짚고 다닌다면 스스로에게 보호효과도 있을 뿐 아니라 누구든 부딪히지 않게 조심하라고 알리는 효과도 거둘 수 있다. 즉 불법행위 상황에서 잠재적 가해자가 불특정 다수인이라고 하더라도 특별한 사정을 알리는 것이 불가능한 것은 아닌 것이다. 예견가능성을 배상원칙으로 택할 경우 특별한 사정을 가진 사람은 그와 같은 부담을 갖는 반면 일반인들은 별다른 표식을 가지지 않는 사람들은 모두 골다공증 환자가 아님을 가정하고 행동을 해도 될 것이다. 즉 예견가능성을 기준으로 배상범위를 제한할 경우 위험을 피하거나 그것을 알릴 부담이 특별한 사정을 가진 사람에게 부과된다.

예견가능성과 무관하게 B가 A의 골절상에 대해 책임을 져야 한다면 주의의무는 골다공증 환자로부터 길을 걷는 모든 행인들에게로 전환된다. 즉 골다공증 환자는 아무런 부담 없이 길에 나갈 수 있는 반면 길을 걷는 사람들은 누군지 알 수 없는 골다공증 환자와 부딪치지 않기 위해 조심을 해야 할 것이다. 즉 길에 나가는 비용이 높아지는 것이다.

이런 경우에 범경제학이 제안하는 선택의 원칙은 최소비용회피

자의 원칙Least Cost Avoider Principle이다. 즉 위험을 회피하는 비용이 작은 쪽에 손해를 부담시키라는 것이다. 특별한 사정을 가진 사람의 숫자가 작을수록 그리고 각자가 사고를 피하기 위해 부담해야 하는 비용이 작을수록 특별사정을 가진 사람에게 그 부담을 지게 하는 것이 더 합리적이 된다. 이처럼 잠재적 가해자가 자신의 특별한 사정을 세상에 알릴 수 있는 상황에서는 예견가능성에 기초한 배상범위의 제한은 최소비용회피자의 원칙을 적용한 것과 같은 결과를 얻을 수 있다.

(3) 예견가능성 기준이 불합리한 경우들

그러나 특별한 사정을 세상에 알리는 것이 불가능하거나 또는 매우 높은 사회적 비용을 초래할 경우 예견가능성에 기초한 배상액의 제한은 최소비용회피자의 원칙과 다른 결과를 초래하며, 또 실제로도 법원은 예견가능성에 기초해서 판결을 하지도 않는다. 대표적인 사례는 교통사고에 대한 배상방식이다. 다음의 판례는 자동차사고로 인한 손해의 경우 우리 법원이 예견가능성 기준을 택하고 있지 않음을 여실히 보여준다.

대법원 1995.7.11 95다8850 손해배상(자)

(중략) 원심은 이 사건 사고 후에 하기휴가비, 월동비 및 증식비가 인상된 사실은 인정되나, 이는 모두 특별사정으로 인한 손해이므로 사고 당시 피고들이 이를 알았거나 알 수 있었음을 인정할 증거가 없다는 이유로 그 인상된 증액분을 일실수입액을 산정함에 있어 포함시키지 않았다. 그러나 불법행위로 인하여 노동능력을 상실한 급여소득자의 일실이익은 원칙적으로 노동능력 상실 당시의 임금수익을 기준으로 산정할 것이지만 장차 그 임금수익이 증가될 것이 상당한 정도로 확실하게 예측할 수 있는 객관적인 자료가 있을 때에는 장차 증가될 임금수익도 일실이익을 산정

함에 고려되어야 할 것이고, 이와 같이 장차 증가될 임금수익을 기준으로 산정된 일실이익 상당의 손해는 사회관념상 당해 불법행위에 의하여 생기는 통상손해에 해당하는 것이지, 피해자의 임금수익이 장차 증가될 것이라는 사정을 가해자가 알았거나 알 수 있었는지에 따라 그 배상범위가 달라지는 것은 아니라는 것이 당원의 확립된 견해이다(당원 1989.12.26. 선고 88다카6761 전원합의체판결, 1990.6.12. 선고 90다카3130 판결, 1990.7.24. 선고 89다카14639 판결 등 참조). 더욱이 기록에 의하면 위 각 항목의 급여는 원심변론 종결 전에 인상되어 있고, 위 각 급여의 항목을 일실이익 산정의 임금수익 일부로 원심도 받아들인 이상 오직 그 인상된 증액분에 대해서만 특별사정으로 인한 손해로 보아 위와 같이 판단한 것은 손해배상의 범위에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미쳤다고 할 것이므로, 이 점을 지적하는 논지는 이유 있다.

자동차사고에 대한 손해배상은 정상적 통상손해의 개념에 기초해 있지 않다. 교통사고의 가해자는 통상의 자동차값(평균값)과 평균임금과 평균잔여수명에 기초해서 일실소득을 배상하지 않고 각각의 자동차 파손액과 각자의 자연수명 및 소득을 기준으로 해서 배상한다. 이 중에서 자동차의 파손으로 인한 손해는 통상손해 또는 예견가능한 특별손해의 개념에 부합된다. 상대방 차의 가치가 어느 정도인지는 외관을 보고 알 수 있기 때문에 사고에 의한 손해액도 예견가능했다고 볼 수 있다. 그러나 차에 타고 있는 사람의 소득과 나이는 차의 외관만 보고는 알 수 없다. 즉 낡고 싼 자동차에도 소득이 매우 높은 사람이 타고 있을 수 있으며 그것을 가해자는 알 수 없다. 그런데도 사고가 나면 평균임금과 평균잔여임금을 기초로 한 일실소득의 현재가치를 배상하게 하지 않고 각자의 개별적인 임금과 심지어는 장차 증가될 임금 상승분까

지 통상손해로 보아 배상하게 하는 것이다. 이것은 분명 통상인이라면 누구나 알 수 있는 손해라는 의미에서의 통상손해의 관념에서 벗어나 있다.

이렇게 하는 이유는 무엇일까. 계약 불이행의 경우 채무자와 채권자가 확정되어 있기 때문에 예견할 수 있었던 특별손해만 배상하게 하면 채권자는 채무자에게 자신의 특별한 사정에 대해서 알려줄 인센티브가 있고 또 실제로 그렇게 할 수 있다. 또 골다공증 환자의 경우에서도 그랬다. 그러나 교통사고의 잠재적 가해자와 잠재적 피해자간에는 그런 관계가 성립하지 않는다. 교통사고의 경우에도 특별손해는 알았거나 알 수 있었던 경우에만 배상한다고 해보자. 가해자가 차 안에 타고 있는 사람이 누구인지를 알 수 없었다면 통상손해, 즉 평균임금과 평균잔여수명에 기초해서 배상하게 될 것이다. 이런 상황에서 고소득자가 자신의 손해를 배상받으려면 자신이 고소득자임을 다른 운전자들에게 알리거나 또는 스스로 보험을 들어야 할 것이다.

알리는 방법은 그리 효과적인 대안이 되지 못한다. 누가 가해자일지를 알 수 없기 때문에 고소득자는 다른 운전자들이 볼 수 있게 자신의 소득을 써붙이고 다녀야 할 것이다. 만약 잠재적 가해자인 운전자들이 그 표시를 믿는다면 높은 소득을 써붙인 차 주변에 있을수록 조심해서 운전하게 될 것이다. 그러나 그것은 그리 믿을 만한 신호가 아니다. 높은 금액을 써붙일수록 자기 차 주위에서 다른 차들이 조심운전을 한다는 것을 저소득층도 알 것이고 저소득자조차 높은 금액을 써붙이고 다니려고 할 것이다. 결국 차에 써붙이는 소득금액은 누구도 믿지 않는 금액이 될 것이고, 그것을 통해서 사고 피해자의 소득을 예견할 수도 없을 것이다. 즉 교통사고의 경우 피해자의 특별한 사정을 가해자에게 알릴 방법이 마땅치 않다는 것이다. 그런데 평균을 기준으로 배상한다면 고소득자는 차를 안타려고 할 것이고¹⁴⁾ 저소득층은 각자의 소득을

배상할 경우에 비해 더 많은 차를 가지고 나올 것이다. 저소득층에게는 사고가 나서 배상을 받는 것이 일종의 보조금을 받는 것과 마찬가지로 되기 때문이다. 그런데 저소득층 운전자 중에서도 평균보다 높은 사람은 여전히 차를 안가지고 나오려는 인센티브가 생기고 그런 과정이 반복되다 보면 결국 누구도 차를 가지고 나오지 않는 결과가 초래될 수 있다. 예견가능성 기준은 자동차 사고 피해자에 대한 배상에 대해서는 적합하지 않은 것이다.

이제 보험으로 해결하는 방법을 생각해 보자. 만약 예견가능성을 기준으로 배상액을 제한한다면 운전자들은 평균 이상의 소득자들이 입는 손해에 대해 보험을 들지 않을 것이다. 그 대신 잠재적 피해자인 고소득자들이 스스로 보험을 들게 된다. 반면 예견가능성과 무관하게 배상을 하게 하면 운전자들은 모든 손해에 대해 보험을 들게 된다. 사고의 확률과 내용이 변하지 않는다고 가정할 경우 가해자가 피해자의 소득을 배상하든 피해자 자신이 스스로 피해에 대비하든 지출되는 총액은 같다. 그러나 누구에게 배상책임을 부과하는가에 따라 배상의 총액 또는 사고의 빈도와 손해의 규모에 차이가 생기게 된다. 가해자에게 배상책임을 부과할 경우 피해자의 모든 손해(고소득자 포함)가 배상될 뿐 아니라 부주의한 운전에 대한 억제효과도 생긴다. 사고를 낸 운전자에 대해서는 보험료의 할증이 이루어지기 때문이다. 한편 피해자 스스로 보험을 들게 하는 제도하에서도 손해의 전보는 이루어진다. 하지만 부주의한 운전이 억제되는 효과는 없다. 실제의 손해총액은 평균소득을 기준으로 발생함에도 불구하고, 운전자들이 염두에 두고 있는 손해는 고소득층이 제외되어 있는 소득분포¹⁵⁾이기 때문이다. 따라서 예견가능성과는 무관하게 손해액을 배상하게 하는 현재의 판

14) 운전기사를 고용하려는 인센티브가 증가한다. 그것으로 인해 차량 이용비용이 늘어나서 승용차 이용 인센티브가 떨어진다.

15) 그 평균은 진정한 평균소득보다 작다.

결방식이 민법 제393조에 충실하게 판결하는 것보다 최소비용회피자의 원리에 더 부합된다.

다음의 판례도 예견가능성 기준만으로 배상범위를 판단하는 것이 불합리함을 잘 보여준다.

대법원 1983.4.12 선고, 82다카1072 판결¹⁶⁾

[사 실]

피고조합(被告組合) 소속의 냉동기사로서 재직중이던 원고(原告)는 이 사건 사고 이전인 1950년경 이미 좌안(左眼)이 실명(失明)된 바 있었는데, 원고는 1979년 8월 31일 피고조합에서 가축인공수정에 소요되는 정액을 보관하는 데 필요한 액체질소를 제조하는 과정에서 가성소다액(양잿물)이 들어 있는 드럼통으로부터 고무호스를 통하여 청정탑으로 위 가성소다액을 주입하는 작업을 하던 중 위 원고가 청정탑에 설치된 투시경을 통해 가성소다액의 주입상황을 살피고 있는 순간 위 고무호스의 넓은 부분이 3 내지 5센티미터 가량 파열되면서 이로부터 가성소다액이 튀어나와 위 원고의 오른쪽 눈 속으로 들어가는 바람에 위 원고가 이로 인하여 우안(右眼) 각막화상을 입고 실명상태에 이르게 되었다. 그리하여 위 원고는 본건 사고는 피고가 소유하며 점유 사용하는 위 제조장시설의 일부인 이 사건 고무호스의 하자, 즉 이것이 낡아 파열됨으로써 발생한 것임을 이유로 손해의 배상을 청구하였다.

[원심법원의 판결 및 상고이유]

위와 같은 사안(事案)에서 원심법원(原審法院)인 서울고등법원은 1982. 10.5 선고, 81나4105 손해배상사건(損害賠償事件)의 판결(判決)에서 “위

16) 이 요약문은 양삼승(1993)에서 인용했다.

원고原告는 이 사건 사고 이전인 1950년경 이미 좌안左眼이 실명되어 있었는데 이 사건 사고로 인하여 우안右眼마저 실명하게 되어 두 눈을 모두 잃게 된 사실, 일안一眼 실명자失明者의 경우는 냉동기능사로서나 일반노동자로서의 노동능력 24퍼센트를 상실하는데 반하여 양안실명자兩眼失明者의 경우는 냉동기능사로서나 일반노동자로서의 노동능력勞働能力 85퍼센트를 상실하게 되어 잔존殘存 노동력 15퍼센트로서는 냉동기능사나 일반노동자로서 부적격자가 되는 사실을 각 인정하여 피고조합 직원으로서 전혀 종사할 수 없게 되어 급료로서의 수입 전부를 상실하게 되었다고 하여 이에 50퍼센트의 과실상계를 하여 금 17,705,226 원을 그 손해로서 인정하였다. 위 판결에 대하여 피고소송대리인被告訴訟代理人은, 이미 일안을 상실한 사람이 나머지 일안을 상실한 경우, 양안을 구비한 정상적 건강인이 양안을 모두 상실한 경우와 동등하게 손해평가를 할 수 없는 것은 우리의 경험칙상 자명하다고 하는 이유로 상고를 제기하고 그 근거로서 다음의 2가지 점을 들고 있다.

첫째로는, 산업재해보상보험법 시행령 제13조 제4항이 “이미 신체장애가 있던 자가 부상 또는 질병으로 인하여 동일부위에 장애정도를 가중한 경우에 그 장애급여의 액은 그 가중된 장애에 해당하는 장해보상금에서 기존장애에 해당하는 장해보상금을 공제한 금액으로 한다”라는 규정을 그 근거로 제시하고 있고 둘째로는, 대법원판결(대법원 1977.9.13 선고, 76다1877 판결 및 대법원 1980.10.14 선고, 80다1213 판결)이 “사고를 유일한 원인으로 하여 피해자가 사망한 것이 아니고 피해자의 지병과 사고가 경합하여 피해자가 사망한 경우에 있어서는 그 사망으로 인한 전손해全損害를 사고에만 인한 것으로 단정함은 불법행위책임不法行爲責任으로서의 손해의 공평한 부담이라는 견지에서 보아 부당한 것이라고 할 것이므로 이러한 경우에는 사고가 사망이라는 결과 발생에 대하여 기여하였다고 인정되는 기여도에 따라 그에 상응한 배

상액을 가해자에게 부담시키는 것이 타당하다”고 한 것을 근거로 제시하면서 결국 본건에 있어서 원고는 이미 좌안의 실명으로 24 퍼센트의 노동능력을 상실하고 있었는데, 본건 사고로 우안마저 실명하여 노동능력의 85퍼센트가 감소되었으니 결국 그 차이인 61퍼센트의 노동능력 상실부분에 대해서만 배상책임을 부담하면 족하다는 취지의 상고이유를 개진하였다.

[대법원의 판결이유]

위 사건事件에서 대법원大法院은 “이미 좌안左眼이 실명失明되어 있던 원고原告가 이 사건 사고로 인한 부상으로 우안마저 실명됨으로써 결국 양안실명者兩眼失明者가 되어 냉동기능사나 일반노동자로서 부적격者不資格者가 되었다고 하여도, 이와 같은 노동능력 상실의 결과는 좌안이 피고被告에게 귀책할 수 없는 사유로 이미 실명되어 있었기 때문이고 만일 좌안이 실명되어 있지 않았었다면 이 사건 사고로 우안이 실명되었다고 하여도 양안실명의 경우와 같은 노동능력 상실의 결과結果가 초래되지 않았을 것임은 자명自明한 이치라고 할 것이다. 그렇다면 피고에게 귀책할 수 없는 좌안실명이 가져온 노동능력 상실정도를 참작함이 없이 오로지 피고에게 책임이 있는 우안실명으로 인한 노동능력 상실정도를 가려내어 이에 상당한 일실이익을 산정하여야 할 것임에도 불구하고, 원심이 이에 이름이 없이 위와 같이 양안실명으로 인한 노동능력 상실을 기준으로 손해액을 산정하였음은 노동능력 상실로 인한 손해의 범위에 관한 법理法理를 오해하여 판결判決結果에 영향을 미치는 위법을 저지른 것이다”라고 하여 원심판결을 파기하고 원심법원에 환송하였다.

고등법원은 사고로 인해 두 눈을 모두 잃게 된 결과 수입을 모두 상실하게 되었으니 그것을 기준으로 손해배상을 하라고 판결한 반면17) 대법원은 정상인이 한 눈을 실명했을 경우의 노동능력

상실분인 24%를 기준으로 해서 배상하게 해야 한다고 선언하고 있다.

이 경우 무엇이 통상의 손해이고 무엇이 특별손해인가. 즉 어떤 것을 통상인이라면 예견할 수 있는 손해로 보아야 하는가. 이 사건 피해자의 한쪽 눈 실명 사실은 통상인이라면 누구라도 알 수 있다. 따라서 사고가 나서 한쪽 눈을 잃을 경우 이 사건 피해자는 두 눈을 모두 잃게 된다는 것 역시 누구나 알 수 있다. 그렇다면 이 사건으로 인해 피해자가 입은 손해는 통상의 손해가 된다. 설령 특별손해라고 하더라도 그 사정을 가해자인 사용자가 이미 알고 있었기 때문에 배상의 대상의 범위에 속한다.

그렇다면 금액은 어떤가. 그 업계에 종사하는 통상의 사용자라면 한 눈을 잃을 경우 평균 24%의 노동력 상실이 있고 두 눈을 잃으면 평균 85%의 노동력 상실이 있다는 것은 알고 있다고 봄이 옳을 것이다. 이 사건 피해자의 한 눈이 이미 멀어 있었다는 것은 공지의 사실이다. 만약 한 눈을 잃는 사고가 난다면 이 사람은 두 눈을 모두 잃게 된다는 것도 예견된 일이었다. 그렇다면 85%의 노동력 상실을 기준으로 한 하급심의 판결이 대법원의 판결보다 더 옳은 것이 된다. 그러나 대법원은 그렇게 판단하지 않았고 법정제적 관점에서도 예견가능성만을 기준으로 한 판단은 합리적이라고 보기 어렵다.

앞의 예에서 고가품 도자기의 송하인에게 실질적으로 알릴 의무를 부과했던 것은 그렇지 않을 경우 타인들에게 피해(높은 가격 등)를 주기 때문이었다. 위 사건에서도 그럴 가능성이 있는지의 여부는 사용자가 사고를 방지하기 위해 어떤 방지책을 택할 수 있는지에 따라 달라질 것이다.

만약 안전대책이 각자의 개별적인 위험정도에 따라 차별화될

17) 왜 과실상계비율 50%가 적용되었는지는 확인할 수 없었다.

수 있다면 이 사건 피해자의 특별한 사정은 타인들에게 피해를 주지 않는다. 즉 한쪽 눈 실명자에게는 고도의 안전대책을 마련해 주고 정상인들에게는 상대적으로 약한 안전대책을 제공할 것이다. 안전대책에 비용이 들기 때문에 한쪽 눈이 실명된 이 사건 피해자의 임금은 그만큼 낮아질 것이다.¹⁸⁾ 그에게 양안 실명을 기준으로 배상을 하게 하더라도 다른 근로자들에게 피해가 가지 않는다. 그 위험은 임금이 낮아지거나 취업가능성이 낮아지는 등의 형태로 한눈 실명자가 부담할 것이기 때문이다.

그러나 모든 직원들에게 동일한 효과가 있는 안전대책을 할 수 밖에 없는 경우라면 문제가 달라진다. 예를 들어 호스를 더욱 견고한 것으로 사용하는 등의 대책이다. 그 비용은 모든 근로자들이 낮아진 임금으로 부담하게 된다. 이럴 경우는 양안실명을 기준으로 한 배상은 불합리한 것이 된다. 최소한 다른 근로자들에 대한 영향이라는 차원에서 본다면 정상인이 한눈을 실명한 것과 같은 배상, 즉 24%의 배상을 하는 것이 합리적이다.

다음과 같은 방식으로 따져볼 수도 있다. 사고로 눈을 잃을 확률은 모든 근로자가 같다. 그러나 고등법원의 판결대로 사고가 났을 때 배상해야 하는 금액은 사고 전에 두 눈이 모두 정상인 사람은 24%, 그리고 이미 한쪽 눈을 잃은 사람은 61%라고 해보자. 여기서 한 가지 주의해야 할 것은 기존의 일안 실명자의 61%는 61%가 아니라는 사실이다. 일안 실명자는 이미 노동능력의 24%를 잃었기 때문에 임금도 그 수준에 맞추어져 있다고 보는 것이 합당할 것이다. 그렇다면 그 사람에 대한 배상은 $(1.00-0.24) \times 0.61 = 46\%$ 가 되는 셈이다. 어쨌든 사용자의 입장에서 보았을 때, 같은 사고가 나더라도 정상인의 경우는 24%, 일안 실명자의 경우는 46%를 배상해야 한다. 사용자는 일안 실명자를 뽑지 않거나

18) 임금은 낮아지지 않더라도 승진기회가 제한된다는가, 또는 해고확률이 늘어나는 등의 비용을 부담해야 한다.

또는 뽑는다면 그 같은 차이를 임금에 반영하려고 할 것이다. 그런 결과를 초래하는 판결이 과연 합당한 것인지를 따져보아야 한다.

그러나 정상인과 마찬가지로 24%만을 배상하라고 하는 대법원의 판결 역시 문제를 안고 있다. 대법원 식의 배상제도가 정착된다면 사용자의 입장에서는 일단 실명자를 차별해야 할 이유가 없을 것이다. 그러나 일단 실명자의 입장에서는 다르다. 사고로 인해 61%의 노동능력 상실을 겪어야 함에도 불구하고 배상을 받는 것은 $(1.00-0.24) \times 0.24 = 18.24\%$ 에 불과하다. 따라서 일단 실명자는 나머지 한쪽 눈을 잃게 될 위험이 있는 직장을 피하거나 또는 다니더라도 극도의 주의를 기울이게 될 것이다. 이런 것이 과연 합당한 것인지를 따져보아야 한다. 직관적 판단으로는 24%와 61%간의 중간 어디에서 정하는 것이 합당하다는 생각이 들지만, 어떤 기준에 의해서 갈등하는 이 두 가지의 요소를 조화시킬지에 대한 결론을 내리지 못했다.

어쨌든 위의 판례도 예견가능성에 기초한 배상범위의 제한이 합리적이지 못함을 보여준다. 그러나 예견가능성을 폐기한 상황에서 어떤 기준이 배상범위 결정의 원칙이 되어 있는지는 판결의 내용을 보더라도 알 수가 없다. 최소비용회피자의 원칙을 명시적으로 채택할 것을 제안해 본다.

4. 손해배상액 산정의 기준시점

계약을 불이행하면 손해배상을 해야 한다. 이 말은 손해배상을 하는 한 계약은 파기해도 된다는 말과 동의어이다. 정서적으로는 수궁하기 힘들지만, 실질적으로는 그렇다. 주택매매 거래에 있어 매수자가 일방적으로 계약을 해제하면 이미 지급한 계약금을 돌

려받지 못한다는 규칙은 계약금을 뗄 각오를 하면 임의로 계약을 해제할 수 있다는 것과 같은 이치이다. 그렇기 때문에 손해배상액을 어떻게 산정할 것인가의 문제는 중요하다. 그것은 어떤 경우에 계약이 파기되도록 허용할 것인지를 결정하는 것과 일맥상통한다. 손해배상액수를 높이 책정한다면 일단 맺어진 계약은 잘 파기되지 않을 것이고, 낮게 책정한다면 계약은 쉽사리 파기될 것이다.

배상액은 산정의 기준시점을 달리함에 의해서도 영향을 받는다. 일반적으로 문제가 되는 것은 책임원인 발생시와 구두변론종결일 사이에서의 선택이다. 후자는 전자보다 시간적으로 나중이다. 법정이자율¹⁹⁾이 분쟁 목적물의 가격상승률보다 낮은 상황에서는 후자의 기준으로 산정된 금액이 전자의 기준으로 산정한 금액보다 크다. 즉 어떤 시점을 기준으로 할 것인가에 의해 배상액수가 달라지게 되고, 그것은 결국 계약 당사자들의 계약준수 및 파기 인센티브에 영향을 주게 된다.

배상액 산정의 기준시점에 관한 기존의 법학논문들은 주로 피해자에게 충분한 배상을 해주는 것이 사회정의와 형평이념에 부합된다든가,²⁰⁾ 또는 가격상승에 따른 모든 비용을 한쪽에만 부담시키는 것은 공평의 이념에 부합되지 않는다²¹⁾는 등의 기준을 가지고 이 문제에 대한 답을 도출하는 경향이 있다. 그러나 그런 이념이나 원칙들은 분석적이기보다는 직관적으로 도출된 것이기 때문에 그것들에 기초한 결론 역시 직관적 판단의 범주에서 벗어나지 못한다. 즉 공평이 무엇이며 왜 그것이 필요한지, 사회정의나 형평은 이 문제와 어떤 관련을 가지는지, 구두변론종결시점을 배상액 산정의 기준시로 하는 것이 어떻게 그 이념들과 연결되는지에 대해서는 여전히 의문인 채로 남아 있다.

19) 민법상의 법정이자율은 연 5푼(5%)이다. 민법 제379조.

20) 장영복(1993, p.14).

21)곽윤직(1999, p224), 김형배(1999, p270).

(1) 기존 학설의 태도

손해산정의 기준시에 대한 학설의 태도는 책임원인발생시설과 중간최고가가격설, 구두변론종결시설로 대별된다.

책임원인발생시설이란 책임원인이 발생한 때인 손해배상청구권의 발생시를 기준으로 하고, 그 후의 손해는 상당인과관계의 범위 내에서 가산하여야 한다는 견해이다. 즉 손해배상청구권 발생시점에서의 손해는 통상손해로 보는 반면 그 이후의 손해는 특별손해로 보아서 전매 등에 의한 등귀이익의 취득확실성, 가격 등귀의 예견가능성을 채권자가 주장, 입증해야 한다는 견해이다.²²⁾ 이 견해를 택한 학자는 곽윤직²³⁾이다.

원칙적으로 책임원인발생시설을 취하되, 원인발생 이후의 사정을 고려하는 것이 불가피한 경우 예외적으로 변론종결시설을 택하자는 견해도 있지만(절충설),²⁴⁾ 이 견해는 기본적으로 책임원인발생시설과 가까운 것으로 보인다. 이은영 및 오호철 교수가 이 견해를 택하고 있다.

중간최고가가격설은 책임원인 발생시로부터 배상액결정의 시까지 사이에 자유롭게 손해배상액산정시점의 선택을 허용하는 견해이다.²⁵⁾ 과거 일본에서 성행하던 판례였지만, 부희환^{富喜丸} 사건부터 책임원인발생시설로 판례의 입장을 바꿨다.²⁶⁾ 이 견해를 택한 국내의 학자는 아직 찾지 못했다.

구두변론종결시설은 사실심의 구두변론 종결시의 시가를 기준으로 손해액을 산정해야 한다는 내용이다. 책임원인발생시설에서

22) 윤철홍(1999, p.161).

23) 곽윤직(1999).

24) 이은영(2001, p.338), 오호철(1998).

25) 황영주(1993).

26) 윤기택(1998, p.260).

는 손해배상채권이 발생한 후 변론종결시까지의 기간동안 발생하는 가격변동을 특별손해로 간주하는 반면 구두변론종결시설에서는 통상손해로 보고 있는 것이다. 손해배상제도의 목적을 피해자인 채권자에게 될 수 있는 한 손해를 남기지 않으려는 데에 있다고 전제하기 때문에 이 설이 지지된다.²⁷⁾ 윤철홍,²⁸⁾ 윤기택,²⁹⁾ 김증한 및 김학동,³⁰⁾ 황영주,³¹⁾ 김상용,³²⁾ 김주수³³⁾ 등 많은 학자들이 이 견해를 지지하고 있다.

한편 변론종결시에 목적물의 시가가 책임원인 발생시보다 내려간 경우는 책임원인 발생시를 기준으로, 그리고 올라간 경우는 판결시를 기준으로 해야 한다는 견해가 있는데, 채권자를 두텁게 보호하고자 한다는 면에서 구두변론시설과 취지를 같이하는 견해로 보인다. 이것은 김형배,³⁴⁾ 장영복³⁵⁾이 택하고 있다.

예를 통한 설명은 이들 견해의 차이를 좀더 분명하게 인식할 수 있게 한다. 2000년 2월 1일, 을은 갑 소유의 토지를 1억원에 매수하기로 하고 같은 해 4월 1일에 계약금을 포함 8천만원을 지급했다. 잔금은 같은 해 6월 1일에 지급하기로 했다. 그런데 갑자기 토지가격이 뛰어 당해 토지의 가격이 1억5천만원이 되자 4월 15일 갑은 제3자인 병에게 문제의 토지를 1억5천만원에 팔고 등기서류도 넘겨주었다. 병은 즉시 소유권 이전등기를 완료했다. 잔금지급 날짜인 6월 1일에 을은 갑이 당해 토지를 2중매매했다는 사실을 알았다. 그 시점에서 당해 토지의 시가는 1억7천만원이 되

27) 윤철홍(1999, p.162).

28) 윤철홍(1999).

29) 윤기택(1998).

30) 김증한 및 김학동(1998).

31) 황영주(1993).

32) 김상용(2000).

33) 김주수(1999).

34) 김형배(1999).

35) 장영복(1993).

었다. 을은 갑에게 동일한 토지를 살 수 있도록 배상을 하라고 종용했으나 듣지 않자, 8월 1일에 소송을 제기했다. 소송은 2년 정도의 시간을 끌어 2002년 5월 15일에 사실심의 구두변론이 종결되었다. 2001년 8월까지 당해 토지의 가격은 계속 상승해서 3억 원까지 갔다가 그 이후 다수 떨어져 변론종결시의 시가는 2억5천 만원이 되었다고 한다.

위의 사례에다가 책임원인발생시설을 적용해 보자. 을에게 손해배상청구권이 발생한 것은 이행시점인 2000년 6월 1일이었다. 따라서 책임원인발생시설에 따른 이행이익은 당초의 계약가격인 1억 원과 당시의 시가인 1억7천만원간의 차이인 7천만원이 된다. 물론 그것 말고도 갑은 을로부터 지급받은 계약금 및 중도금 8천만원을 돌려주어야 한다. 즉 책임원인발생시설을 취할 경우 갑은 을에게 1억5천만원을 지급해야 한다.

중간최고가가격설을 취할 경우 이행이익은 이행기 이후 변론종결 전까지의 최고가격은 3억 원과 계약가격 1억 원의 차이, 즉 2억 원에다가 8천만원을 지급해야 한다. 즉 중간최고가가격설을 택할 경우 배상액은 2억8천만원이 된다.

변론종결시설을 택하면 기준가격은 2002년 5월 15일의 가격인 2억5천만원이 된다. 따라서 이행이익은 2억5천만원과 1억 원의 차이인 1억5천만원이 되고 갑은 을에게 2억3천만원을 지급해야 한다. 이처럼 판결이 어떤 견해를 택하는가에 따라 배상액은 큰 차이를 보일 수 있다. 이제 우리나라의 법원이 어떤 견해를 택하고 있는지에 대해서 살펴보자.

(2) 판례의 태도

첫째, 이행불능으로 인한 손해를 전보배상할 경우, 의무이행이 불가능하게 된 당시(이행불능사유 발생 당시)의 시가에 의하고, 그

후의 시가상승으로 인한 손해는 특별손해로 간주하여 의무자가 예견하였거나 예견할 수 있는 경우에 한하여 구두변론 종결시의 가격으로 배상한다는 것이 대법원의 확립된 판례이다.³⁶⁾

둘째, 이행지체에 대한 전보배상의 경우 우리나라의 대법원은 사실심 변론종결 당시의 시가를 기준으로 한다는 판결을 한 경우³⁷⁾도 있고, 본래의 의무이행을 최고한 후 상당한 기간이 경과한 당시의 시가를 표준으로 한다고 판결한 경우³⁸⁾도 있다. 후자는 변론종결시점보다는 책임원인발생시점에 더 가깝다고 보여진다.

셋째, 집행불능을 대비한 대상청구의 경우 최종사실심 법원의 구두변론종결 당시의 가격을 기준으로 한다고 판시했다.³⁹⁾

넷째(교환), 계약해제로 인한 원상회복의무가 이행불능된 경우, 원상회복에 갈음할 손해배상액은 계약해제 당시의 시가에 의하여야 한다고 판시했다.⁴⁰⁾

다섯째, 경락으로 인하여 부동산소유권을 상실한 경우, 담보제공자의 약정위배로 담보권을 실행당하여 소유권을 상실한 경우에 경매절차에서 집달리가 당초에 평가한 금액으로 인정한 것이 위법이라고 할 수 없다고 판시⁴¹⁾한 반면, 원고의 손해가 피고의 약정 불이행으로 원고소유의 부동산이 제3자에게 경락됨으로써 그

36) 대법원 1967.7.4. 선고, 67다836 판결, 대법원 1967.11.28. 선고, 67다2178 판결, 대법원 1968.9.17. 선고, 68다917 판결, 대법원 1969.3.25. 선고, 66다340 판결, 대법원 1971.6.29. 선고, 71다1017 판결, 대법원 1972.11.14. 선고, 72다1668 판결, 대법원 1975.5.27. 선고, 74다1872 판결, 대법원 1978.1.10. 선고, 77다963 판결, 대법원 1987.6.23. 선고, 86다카2549 판결, 대법원 1990.12.7. 선고, 90다5672 판결 등. 황영주(1993)에서 재인용.

37) 대법원 1951.5.29. 선고, 4283민상151 판결, 대법원 1969.5.13. 선고, 68다1726 판결.

38) 대법원 1967.6.13. 선고, 66다1842 판결.

39) 대법원 1959.11.19. 선고, 4292민상530 판결.

40) 대법원 1975.1.28. 선고, 74다458 판결.

41) 대법원 1980.4.22. 선고, 80다141 판결.

소유권을 상실하게 된 손해라면 그 손해액은 경락가격이 아니라 경락 당시의 시가를 기준으로 산정하여야 한다고 판시⁴²⁾한 것도 있다.⁴³⁾

이처럼 손해산정의 기준시에 대한 우리나라 법원의 태도는 일관성을 유지하지 못하고 있다.

(3) 효율적 계약파기 이론

배상액 산정의 원리가 중요한 것은 그것으로 인해 관련 당사자들의 행동이 달라지기 때문이다. 즉 이미 맺어진 계약을 준수할 것인지에 대한 행동, 또 계약을 맺을 당시의 행동이 배상액을 어떤 식으로 산정하는가에 따라 달라질 수 있다. 일반적으로 가격이 상승하는 상황에서 구두변론 종결시점을 기준으로 한 배상액은 책임원인 발생시점을 기준으로 한 것보다 배상액이 크다. 어떤 것이 합당한가를 판단하려면 기준이 필요한데 기존의 법학문헌들에서 제시하는 직관적 기준들은 합리적 행동의 유도라는 관점에서는 설득력이 없다.

이미 언급했듯이 법경제학은 지나간 것에 대한 관심보다는 미래의 행동변화에 관심을 갖는다. 그럼에도 불구하고 이미 지나간 사건을 다루는 판결에 관심을 가지는 것은 그 판결이 미래의 행동에 대한 규칙이 되기 때문이다. 즉 법관이 내리는 판결이 앞으로 유사한 상황에 처할 사람들의 행동에 영향을 줄 것이기 때문에 판결에 관심을 갖는 것이다.

이 문제에 대한 법경제학적 논의의 중심에는 효율적 계약파기

42) 대법원 1984.7.10. 선고, 84다카440 판결.

43) 황영주에 따르면 위 두 판결은 반드시 모순되는 것은 아닐 수도 있다고 한다. 집달리가 당초에 평가한 금액을 경락 당시의 시가로 볼 수 있기 때문이다. 그렇다면 경락으로 소유권을 상실한 경우에 관한 대법원의 견해는 경락 당시의 시가라는 것으로 일원화시킬 수 있을 것이다. 황영주(1993).

이론(Theory of Efficient Breach⁴⁴)이 있다. 1997년 11월 외환위기 이전에 맺은 주택건축계약을 예로 들어보자. 토지소유자인 갑은 건축업자인 을과 건축계약을 체결하고 1999년 12월에 주택을 인도하기로 하였다. 계약가격은 3억원인데 을은 이 중에서 5천만원을 순이익으로 얻게 되어 있었다. 나대지의 시가는 1억원이지만 집을 지어 팔 경우 5억원은 받을 수 있을 거라는 것이 갑의 계산이었다. 그런데 공사 도중에 외환위기가 터졌고 주택가격도 떨어져서 완공된 주택의 가격은 2억원 정도밖에 나가지 않게 되었다. 나대지만 팔면 5천만원 정도 한다고 한다. 이럴 경우 계약을 강행하는 것은 비효율적이다. 집을 짓는 데에 2억5천만원이 투입되는데, 그 결과 창출되는 가치는 1억5천만원(2억5천만원)에 불과하다. 즉 계약을 강행할 경우 사회전체의 입장에서 볼 때 1억원(2억5천만원-1억5천만원)의 낭비가 발생하는 것이다. 이럴 경우 갑으로 하여금 계약을 해제하고 그 대신 이행이익 상당액을 배상하게 함으로써 이런 식의 낭비를 피할 수 있다. 이런 상황에서의 계약파기를 법경제학에서는 효율적 계약파기라고 부른다.

이행이익 상당액의 배상은 계약파기의 효율성을 보장하기 위해서 필요하다. 배상액이 이행이익과 같은 현재의 체제에서는 파기로 인한 이익이 이행이익보다 클 때에야 비로소 채무자는 계약파기를 선택한다. 계약파기로 인해 채무자는 이익을 보고 채권자도 손해를 보지 않는다. 관련자 중에서 누구도 손해를 보지 않고 다른 누군가는 이익을 본다는 의미에서 효율적⁴⁵ 계약파기라고 부

44) Cooter and Ulen(1988, pp.289-292).

45) 경제학에는 효율성을 판단하기 위한 기준이 여러 가지가 있다. 그 중 가장 대표적인 것이 파레토 기준(Pareto Criterion)이다. 누군가의 이익을 늘리기 위해 다른 누군가의 이익을 해쳐야 하는 경우를 파레토 효율적인 상태라고 정의한다. 만약 어느 누구의 이익을 해치지 않고도 다른 누군가의 이익을 늘릴 수 있을 경우 그 전의 상태는 비효율적 상태가 되고, 그렇게 하는 행위는 효율적인 것으로 평가된다. 계약파기 및 손해배상의 결과 채권자의 이익은 그대로이고 채무자의 이익이

를 수 있다.

만약 배상액이 이행이익보다 작다면 비효율적 계약파기가 발생할 수 있다. 위의 예에서 이행이익은 5천만원이지만 배상은 3천만원만 해도 된다고 해보자. 그러면 값은 계약의 강행을 통해서 자신에게 발생하는 손해가 3천만원만 넘는다면 계약을 파기하려고 할 것이다. 그 손해가 4천만원이라고 하자. 그것을 통해 값이 5천만원을 잃게 됨에도 불구하고 계약은 파기될 것이고 그것은 비효율적이다. 이행이익을 넘어 배상을 하게 하는 것도 비효율적 파기의 원인이 된다. 계약의 강행을 통한 손해가 채무자의 이행이익보다 클 경우 계약은 파기되는 것이 좋다. 이행이익이 5천만원인데 7천만원을 배상하게 한다면 값이 입게 되는 손해가 6500만원이어서 계약을 강행하는 것이 사회적 낭비임에도 불구하고 계약이 강행되는 결과가 초래될 것이다. 또 채권자의 입장에서 보면 채무자가 계약을 파기하는 것이 이익이므로 파기를 유도하기 위해 전략적 행동을 할 수도 있으며 그것은 노력의 낭비일 가능성이 높다. 이런 관점에서 보았을 때 계약파기가 효율적으로 이루어지기 위해서는 배상액은 이행이익과 같아야 한다.

(4) 효율적 기준시기에 대한 법경제학적 분석

1) 할인율과 실질배상액

기준시기를 어디로 할 것인지에 대한 답도 방금 설명한 효율적 계약파기 이론의 틀 안에서 구해볼 수 있다. 그러기 위해 분명히 해둘 점은 배상액이 이행이익의 크기와 같아야 한다는 조건은 채무자가 계약을 이행하지 않기로 결정하는 시점을 기준으로 한 것이라는 사실이다. 즉 불이행을 통보하는 즉시 배상하는 것을 가정한다면 그 배상액이 이행이익과 같아야 한다는 것이었다. 그러나

늘어난다면 그런 행위는 파레토 기준에 의해 효율적인 것으로 평가된다.

현실은 그렇지 않다. 배상을 받으려면 많은 경우 소송을 거쳐야 하기 때문에 실제의 배상금은 불이행이 있는 후 수개월 혹은 수년이 지난 후에야 비로소 지급된다. 그런데 같은 금액을 지급받더라도 늦게 받을수록 그것의 가치는 떨어진다. 지급하는 사람의 입장에서든 마찬가지다. 같은 만원을 지급하더라도 올해 지급하는 만원과 내년 지급하는 만원은 실질가치에 있어서 차이가 있다.

일정기간이 지난 후 정해진 액면금액을 받게 되어 있는 채권의 현재가격은 액면가격에 훨씬 미치지 못한다. 자금시장에서 할인이 이루어지기 때문이다. 할인이란 미래에 누리게 될 가치를 현재의 가치로 환산하는 과정을 말한다. 돈이 급해서 어음을 빌리는 사람은 현재가 미래에 비해서 매우 중하기 때문에 높은 할인율을 갖게 마련이며 그래서 돈을 조금 받고도 어음을 넘기곤 한다. 신용카드 빚에 쫓기고 있는 사람들이 고율의 사채를 빌려다 쓰는 것도 현재가 너무 급하고 중하기 때문이다. 그런 사람들의 할인율은 높다. 반면 자금의 여유가 있거나 또는 천성이 느긋한 사람 같으면 할인율이 낮을 것이다. 이처럼 할인율은 사람마다 다르다. 그러나 자금의 공급자들은 개개인의 사정을 다 꿰뚫어 볼 수 없기 때문에 소위 시장이자율이라는 것이 형성되고, 그것에 의해서 할인이 이루어지곤 한다. 이처럼 사람마다 차이가 있기는 하지만 누구든 미래의 가치보다는 현재의 것을 더 선호하기 때문에 할인이 이루어지기 마련이다. 이처럼 미래보다는 현재를 더 선호하는 인간의 본성이 할인이라는 현상의 원인을 이룬다.

할인이 이루어지는 또 다른 중요한 이유는 전반적인 가격상승 현상에 있다. 인플레이션의 정확한 원인이 무엇인가에 대해서는 논란의 여지가 있지만 가장 설득력을 가지는 것은 통화의 팽창이다. 지속적 통화팽창은 지속적 물가의 상승을 초래한다. 돈의 가치는 지속적으로 하락한다. 따라서 같은 액수일지라도 늦게 받을수록 실질적으로는 작게 받는 셈이 된다. 이들 두 가지 요인에 의

해서 할인이라는 현상이 생기며, 그래서 받는 시기에 따라 그것의 실질적인 가치는 달라지게 마련이다.

할인을 개념을 이해하고 나면 기준시기를 어디로 해야 할 것인지에 대한 답도 윤곽이 떠오른다. 채무불이행시의 시가를 기준으로 배상액을 5,000만원이라고 계산했는데, 실제로 그것을 지급하는 시기는 2년 후 채판이 끝난 시점이라고 생각해 보자. 시장할인율은 6%라 한다. 그렇다는 사실을 채무자가 알고 있을 경우 채무불이행을 결정할 당시 채무자가 느끼게 되는 실질적 배상액은 5,000만원을 2년 동안 시장할인율로 나눈 값, 즉 $4,450\text{만원}(5,000 \div (1.06)^2)$ 이 된다. 즉 배상액이 실제의 이행이익보다 작아지는 것이다. 이렇게 되면 비효율적 계약파기가 일어나게 된다. 실제의 배상액이 $5,618\text{만원}(5,000 \times (1.06)^2)$ 이 될 때에 비로소 채무불이행 시점에서 채무자가 느끼는 배상액이 채권자의 이행이익과 일치하게 되고 그때에 비로소 효율적 계약파기의 인센티브가 생겨난다.

2) 목적물의 가격과 전반적 물가수준

앞서의 논의에서 할인율의 복리를 적용해서 배상액을 늘려주는 것이 합리적이라고 했던 데에는 일단 금전배상이 되고 나면 그것으로 채권자 자신이 하려고 했던 일을 원래대로 할 수 있다는 가정이 깔려 있었다. 모든 재화나 서비스의 가격이 같은 비율로 변하거나 또는 채권자가 당해 계약을 통해서 얻으려고 했던 것이 돈 그 자체였다면 그 가정은 충족된다. 평균물가상승률은 시장할인율에 반영되기 마련이기 때문에 시장할인율을 적용해서 배상금을 지급받게 되면 원래 취득하려고 했던 것을 같은 상대가격으로 취득할 수 있다. 원하던 것이 돈이었더라도 마찬가지다. 계약이 약속대로 이행되었을 경우 채권자가 얻게 될 것은 이행이익이고 그 금액은 시간의 경과와 더불어 할인율의 비율로 증가해 갔을 것이기 때문이다.

그러나 채권자가 원하던 것이 돈이 아니라 현물이었고 그것의 가격이 평균물가상승률과 다른 비율로 상승했다면 문제가 달라진다. 갑 소유의 토지를 을이 취득하기로 하고 8월 30일에 매매대금 1억원의 지급을 완료했는데, 9월 1일날 1억5천만원으로 땅값이 오르자 갑이 그 값으로 병에게 땅을 팔아넘기고 등기이전을 경료한 경우이다. 채무불이행이 발생한 당시의 이행이익은 5천만원이 된다. 그런데 그것을 받아내기 위해 소송을 하는 기간 중에도 땅값은 계속 올랐고, 2년 후 구두변론이 이루어질 때쯤에는 2억5천만원이 되어버렸다. 예를 들어 평균물가상승률은 2%이고 할인율은 6%라고 해보자. 할인율로 역산해서 5,618만원을 지급한다고 할 때, 변론종결시점에서 채권자인 을이 보유한 현금의 배상금 수령액을 포함해서 1억6,854만원($1억5천만원 \times (1.06)^2$)이다. 만약 을이 그 돈으로 여러 가지의 재화나 용역을 고루 구입한다면 계약이 지켜졌을 경우와 구매력의 차이는 없다. 할인율에 평균물가상승률이 반영되기 때문이다. 그러나 그 돈으로 반드시 토지를 사야 한다면 계약이 이행되었을 때와 같은 결과를 얻을 수 없다. 가진 돈은 1억6,854만원인데 원하던 땅의 값은 2억5천만원으로 뛰었기 때문이다.

만약 구두변론 종결시의 시가 2억5천만원을 기준으로 이행이익을 계산한다면 배상금액은 1억5천만원이 된다. 그것을 채무불이행 당시의 현재가치로 할인한 값은 1억3,350만원($1억5천만원 \div (1.06)^2$)이다. 따라서 만약 갑이 2년 후 그렇게 되리라는 것을 알았다고 가정한다면 채무불이행시 느끼게 되는 실질적 배상액수는 1억3,350만원이 되는 것이다. 그러나 앞에서 설명했듯이 효율적 계약과기를 보장하는 배상액수는 당시의 이행이익인 5천만원이었다. 구두변론 종결시의 시가를 기준으로 한 결과 너무 큰 괴리가 생겨난 것이다.

이 문제를 해결하기 위해 피해자인 채권자에게도 일종의 손해

확대방지의무를 부여하는 방안을 생각해 볼 수도 있을 것이다.⁴⁶⁾ 즉 소송에서 이길 것을 예상했다면 손해배상채권이 발생한 시점에서 은행으로부터 1억5천만원을 대출받아서 동종의 토지를 사들으로써 계약이 이행되었던 것과 같은 결과를 얻을 수 있었을 것이다. 대출금 원금 및 이지는 소송이 끝나고 지급받을 금액 1억5천만원과 그것에 대한 이자로 같으면 될 것이다.

직관적으로 생각해 보았을 때 이런 식의 손해확대방지의무는 증권사건의 경우에 합당할 것으로 생각된다. 예를 들어 법원은 주가조작 사건에 대한 손해배상액을 주가조작이 없었다라면 형성되었을 가격(정상가격)과 실제지불가격(주가조작의 영향을 받은 가격)간의 차이를 손해로 판시하고 있다.⁴⁷⁾⁴⁸⁾ 그것의 기준시점은 투자자가 주식을 매수한 시점이기 때문에 결국 책임원인발생시절을 택하고 있는 셈이다.⁴⁹⁾ 이런 판결에 대해서 변론종결시를 기준으로

46) 우리 민법은 명문으로 이런 의무를 규정하고 있지는 않다. 그렇다고 해서 이 의무가 부인되는 것은 아니다. 이은영(2001), pp.329-330. 유엔통일매매법에서는 명문으로 규정하고 있는데 그 내용을 옮긴다. “계약위반을 원용하는 당사자는 얻을 수 있는 이익의 손실을 포함하여 그 위반으로부터 발생하는 손실을 경감하기 위하여 그 상황에 합리적인 조치를 취하여야 한다. 그러한 조치를 취하지 아니한 경우에는 위반을 한 당사자는 경감되었을 손해만큼 손해배상액의 감액을 청구할 수 있다.” 같은 책 같은 쪽, 각주 1.

47) 서울고등법원 2000.12.5. 2000나22456 판결. 김주영 및 김태선(2001, p.130)에서 재인용.

48) 그러나 증권거래법이 배상액 산정방법에 대해서 명문규정을 두고 있는 부실공시 책임의 경우는 종결시점이 채택되고 있다. 이것은 분명 입법의 잘못이다. 김정호 및 박양균(2000, pp.190-191).

증권거래법 제15조(손해배상액) ①제14조의 규정에 의하여 배상할 금액은 청구권자가 당해 유가증권을 취득함에 있어서 실제로 지급한 액에서 다음 각호의 1에 해당하는 액을 공제한 금액으로 한다.

1. 당해 유가증권에 관하여 소송제기되어 있는 때에는 변론종결시에 있어서의 시장가격(시장가격이 없는 경우에는 추정처분가격)
2. 제1호의 변론종결 전에 당해 유가증권을 처분한 때에는 그 처분가격

49) 물론 이것은 위에서 다루고 있던 채무불이행 책임이 아니라 불법행위 책임이다. 그러나 일단 책임원인이 생기고 난 후 그 시점을 기준으로 할 것인가 아니면 변

로 해야 한다는 비판이 없는 것은 소송 중에도 당해 주식의 매매를 통해서 손해의 확대를 막을 가능성이 있음을 암묵적으로 인정하고 있기 때문일 것이다.

그러나 토지의 경우에까지 이런 의무가 있다고 보는 학자들은 찾아보기 어렵다. 그 같은 차이는 아마도 거래가 전매차익을 목적으로 하는가 아니면 상당기간 동안의 사용가치 획득을 목적으로 하는가의 차이에서 비롯되는 것 같다. 전매차익이 목적이라면 손해확대방지의무를 인정할 수 있지만, 사용가치의 획득이 목적이고, 또 문제가 되고 있는 목적물이 다른 것으로 대체되기 어려울 경우는 그런 의무를 부여하는 것이 그리 타당해 보이지 않는다.

이렇게 본다면 이 문제에 대한 답은 목적물이 유사한 다른 것으로 쉽게 대체가능한가에 의해서 판단되어야 할 것 같다. 즉 목적물의 성격에 따라서 답이 달라질 수 있다는 것이다. 쉽게 대체가능하고 또 대체물을 쉽게 취득할 수 있는 경우는 책임원인발생시설, 그렇지 않은 경우는 변론종결시설의 타당성이 더 높아 보인다. 그러나 법원이 목적물의 성격을 그런 시각에서 평가하는 것은 그리 쉬워 보이지 않는다.

이런 어려운 상황을 돌파하려고 할 때 법경제학은 소위 가상적협상모형Hypothetical Bargaining Model이라는 도구를 사용하는 경우가 많다. 문제가 되는 상황을 놓고 당사자들끼리 계약체결 전에 협상을 벌였다면 어떻게 합의를 보았겠는가를 따져보는 것이다. 법원은 그 내용대로 판결하는 것이 효율적이라는 내용이다. 매매계약시 내가 합의를 지키지 않으면 어떻게 하겠다는 내용의 약정을 한다면 어떤 내용이 될까? 한 가지 분명한 것은 배상액이 많아지는 구조로 합의가 이루어질수록 잠재적 배상자가 잠재적 피배상자에게 요구하는 가격은 높아질 것이라는 사실이다. 즉 가격상승

론종결시점으로 할 것인가의 문제는 채무불이행과 불법행위가 다르지 않다.

이 예상되는 상황에서 변론종결시를 기준으로 배상한다는 약정하에서 결정되는 계약가격은 책임원인 발생시를 기준으로 하는 약정하에서의 계약가격보다 높아질 것이다. 결국 이 문제는 어느 쪽이 더 싸게 가격변동위험을 부담할 수 있는가의 문제로 귀착되어진다(최소비용회피자의 원칙).

화재위험 같은 물리적 위험은 목적물을 보관하고 있는 자가 더 싸게 그것을 회피할 수 있고 우리 민법도 채무자 위험부담의 원칙을 규정함으로써 최소비용회피자의 원칙과 동일한 것을 규정하고 있다. 그러나 가격변동위험에 대해서는 어느 쪽이 더 효율적 위험부담자인지를 사전적으로 판단하기는 매우 어렵다. 채무자 위험부담의 원칙에 의해 물리적 위험의 부담자를 채무자로 확정해 놓은 것과는 달리 가격변동 위험에 대해서는 학설과 판례가 혼란 속에 있는 것⁵⁰⁾은 그런 이유 때문일 가능성이 높다.

3) 손해배상액 예정豫定의 자유

현재 필자의 능력으로 이 문제에 대해서 논리적으로 일관된 답을 내놓는 것은 불가능하다. 그러나 이런 문제를 피해나갈 수 있는 방법은 있다. 배상액의 예정을 당사자들의 자유에 맡기고 법원이 그 내용대로 집행해주는 것이다. 배상액의 예정이란 채권자와 채무자가 장래의 채무불이행에 대비하여 그로 인한 손해배상액을 미리 약정하는 것을 말한다.⁵¹⁾ 계약이 이행되지 않으면 채무자는 약정된 금액을 배상하게 되는 것이다. 법원은 그런 약정이 없는 것에 대해서만 배상액을 산정하면 되는 것이다. 그렇게 되면 법원이 어떤 기준을 택하든 법원이 택한 기준이 마음에 들지 않는 당사자들은 손해배상의 예정을 통해서 가장 효율적 위험부담자에게

50) Harvey(1984).

51) 이은영(2001, p.363). 비슷한 개념으로 위약벌, 위약금 등이 있다. 이들간의 차이에 대해서는 같은 책, pp.364-366 참조

로 가격변동의 위험을 이전시킬 수 있다. 그 내용 중에는 손해산정의 시기를 어디로 한다는 내용도 포함될 수 있을 것이다. 물론 위험을 전가한 측은 위험을 부담한 측에게 그에 상응하는 대가를 지불해야만 할 것이다. 일종의 옵션계약Option Contract이 되는 셈이다.

우리 민법도 손해배상의 예정을 자유롭게 할 수 있도록 인정하고 있다(제398조 제1항). 문제는 예정액이 부당하게 과다할 경우 법원이 임의로 감액할 수 있다는 조항이다(제398조 제2항). 실제로 예정된 손해배상액이 부당하게 과다하다 해서 임의로 감액된 판례도 있다.⁵²⁾ 법원이 임의로 감액할 수 있다는 것은 손해배상액의 예정에 대해서 객관적 기준을 적용할 수도 있다는 말이다. 그러나 당사자들이 계약을 통해서 창출하려는 가치는 주관적 가치이다. 그리고 주관적 가치가 얼마인지는 법원을 포함한 제3자가 평가하기 힘들다. 따라서 당사자들이 자신들의 주관적 가치창출 과정을 보호하기 위해 구체적 약정을 했다면 제3자가 거기에 대해 간섭할 필요가 없다. 제398조 제2항은 손해배상의 예정액이 부당하게 과다할 수 있음을 문제시하지만 만약 손해배상의 약정이 진정으로 부당하게 과다했다면 그 부담을 지게 될 상대방이 계약에 서명했을 리가 없다. 또 예정된 손해배상액이 커질수록 그것의 잠재적 배상자가 받는 계약금액은 높아질 것이기 때문에 부당하게 과다할 것을 우려할 필요가 없다. 물론 독점적 상황이나 강박 같은 경우 손해배상 예정액이 부당하게 과다함에도 불구하고 계약을 체결할 가능성이 있지만 그것은 공정거래법이나 또는 강박에 관한 조항으로 다룰 일이다. 그런 것에 해당되지 않음에도 불구하고 과다함을 이유로 손해배상의 예정에 간섭한다는 것은 계약자유의 본질을 침해하는 것이라 할 수 있다. 손해배상의 예정을

52) 대판 1972.12.26. 72다190.

얼마로 하든 그것이 당사자간의 자유로운 결정에 의한 것인 한 법원은 그것을 존중해야 하는 것이 아닐까.

결론적으로 손해산정의 기준시를 어떻게 할 것인지에 대해 모든 경우에 합당한 답을 찾아내기는 어려워 보인다. 목적물의 대체 가능성이 거래마다 다를 수 있고 또 채권자와 채무자 중 어느 쪽이 가격변동의 위험을 더 잘 부담할 수 있는지도 사안에 따라 다를 것이기 때문이다. 이런 상황에서는 당사자들 스스로 최선의 기준시를 찾게 하는 것이 좋을 듯하다. 그러기 위해 법원이 해야 할 일은 책임원인 발생시이든 변론종결시이든 확실하게 하나를 정해서 일관성을 유지하는 것이다. 그렇게 되면 법원이 택한 기준시가 자신들에게 적합하지 않다고 생각하는 채권자와 채무자들은 자신들이 원하는 기준시를 택해서 손해배상의 예정을 할 수 있을 것이다.

참고문헌

- 김정호 및 박양균, 증권집단소송제도에 대한 경제학적 검토, 『증권법연구』 제1권 제1호, 2000, pp.171-196.
- 황영주, 손해배상의 산정방법, 『판례연구』 제6집, 1993, pp.231-249.
- 곽윤직, 『채권총론』, 박영사, 1999.
- 김상용, 『채권총론(개정판)』, 법문사, 2000.
- 김주수, 『채권총론(제3판)』, 삼영사, 1999.
- 김형배, 『채권총론』, 박영사, 1999.
- 김증환(김학동 증보), 『채권총론(제6판)』, 박영사, 1998.
- 양삼승, 『손해배상범위에 관한 기초적 연구』, 서울대학교 법학박사학위 논문, 서울대학교, 1988.
- 양삼승, 손해배상과 특별사정, 민사판례연구회(편), 『민사판례연구 VII』, 박영사, 1993.
- 오호철, 채무불이행에 의한 손해배상액의 산정시기에 관한 소고, 『우암논총』 20집, 청주대대학원, 1998, pp.1-79.
- 윤기택, 채무불이행에 있어서 손해배상액 산정의 기준시, 『청주대 법학 논집』, 1998.12, pp.257-270.
- 윤철홍, 『요해 채권총론』, 법원사, 1999.
- 이은영, 『채권총론(개정판)』, 박영사, 2001.
- 장영복, 손해배상액의 산정시기에 관한 소고, 『법조춘추』, 1993.9, pp.11-15.

- J. Harvey, Inflation as an Assessment Factor in Contract Damage Awards, *Louisiana Law Review*, vol.45, 1984, pp.69--.
- R. Cooter and T. Ulen, *Law and Economics*, Little Brown and Company, 1988.

ABSTRACT

An Economic Analysis of Korean Civil Code (I)

by Chung-Ho Kim

This monograph is a collection of four separate papers, each of which applies economic analysis to the legal problems that are related to some provisions of the Korean Civil Code(KCC).

The first article, An Economic Interpretation of the Doctrine of Numerus Clausus, interprets the Numerus Clausus Doctrine, which dictates that the kinds of in rem rights cannot be created freely by the contract but are restricted to those stipulated by the legislation and to those recognized by the customary law, in terms of external diseconomies in information processing activities of the third parties.

The second article is An Economic Analysis of Principles of the Public Notice(PPN) and the Public Confidence(PPC). It explains why PPN is necessitated and why occupation is efficient as a medium of public notice regarding rights to movables and the registration is good as that of public notice regarding rights to the real property. It finally proposes that it is more efficient to adopt PPC for the real properties.

The third article, Economics of Duress in Korean Civil Code,

analyses provisions in KCC related to the duress and necessity. It criticizes Korean court decisions regarding duress for not being aligned with the economic principles.

The last article, *Economic Analysis of Some Issues Regarding Damages*, analyses three issues regarding the system of damages awards based on the KCC. Firstly, it criticizes the traditional lawyer's view that the purpose of awarding damages to the victim is to compensate but not to deter the wrongful act of the wrongdoer. It proposes that important features such as negligence standard, foreseeability requirement, reduction of damages according to the degree of fault of the victim, characterizes the current system more to be deterring than to be compensating. Secondly, it criticizes KCC for letting the foreseeability be the only standard for restricting consequential damages. Lastly, it analyses what the adequate time is for the assessment of contract damages.