

KLRI · UNCITRAL Joint Research(II) : Perspectives and Trends

# 종합보고서

손현

글로벌법제전략 연구 14-20-④-1

KLRI · UNCITRAL Joint Research(III) : Perspectives and Trends  
**종합보고서**

손 현



KLRI · UNCITRAL Joint Research(III) : Perspectives and Trends

# 종합보고서

Summary Report

연구자 : 손 현(한국법제연구원 부연구위원)  
Son, Hyun

2014. 11. 30



# 요 약 문

## I. 배경 및 목적

- 세계적 사회·경제적 통합과 블록화가 확산되는 가운데, 국제 거래에 있어서 통일적인 국제 규범의 필요성과 국제 규범의 각 개별 국내법에의 영향력이 증가하고 있음.
- 유엔국제상거래법위원회(UNCITRAL)는 국제 거래에 있어서 다양한 국제 규범을 협약, 모델법, 입법 지침, 규칙 등의 형태로 성안하여 국제 거래 규범의 통일화를 위해 노력하고 있음.
- 이에 한국법제연구원 「글로벌법제전략연구사업」에서는 KLRI-UNCITRAL Joint Research Project를 진행하고 있으며, 이 프로젝트의 일환으로 ① UNCITRAL Working Group의 논의 분석과 전망, ② UNCITRAL 규범 분석을 통한 국내 법제 개선 방안 연구를 목적으로 하여 총 7개의 개별 이슈에 대한 연구를 진행함.

## II. 주요 내용

- “UNCITRAL W/G의 논의 분석과 전망”을 주제로 2014년도 UNCITRAL W/G 회의에서 논의된 내용을 분석·정리하고, 향후 논의 방향을 전망해 봄.
- UNCITRAL W/G I의 소규모기업법제, W/G II의 투명성 협약, W/G III의 온라인 분쟁해결 절차 규칙, W/G IV의 전자양도성기

록 규정, W/G VI 동산담보모델법 논의를 연구 대상으로 하여 총 5개의 연구 과제를 진행함.

- 노혁준, UNCITRAL W/G I의 소규모기업법제에 관한 논의 분석과 전망
- 이재민, UNCITRAL W/G II의 투명성 협약에 관한 논의 분석과 전망
- 오수근, UNCITRAL W/G III의 ODR 절차 규칙에 관한 논의 분석과 전망
- 최경진, UNCITRAL W/G IV의 전자양도성기록에 관한 논의 분석
- 권영준, UNCITRAL W/G VI의 담보거래 모델법에 관한 논의 분석과 전망

□ “UNCITRAL 규범 분석을 통한 국내 법제 개선 방안 연구”을 주제로 UNCITRAL W/G IV 논의와 관련하여 현재 개정작업이 진행중인 국내 주식등록제도의 개선 방안 검토

- 정경영, UNCITRAL 및 UNIDROIT 논의 내용 분석을 통한 국내 주식등록제도의 개선방안 연구

□ W/G I에서 성안된 정부 조달 모델법에 기초하여 국내 조달법령의 구체적인 개정 입법안 제시

- 손승우, UNCITRAL 정부조달 모델법 분석을 통한 국내 조달법령의 개선 방안 연구(개정(안) 마련을 중심으로)

### Ⅲ. 기대 효과

- UNCITRAL W/G에서 논의 중인 국제 규범의 내용과 논의 현황을 국내에 자세하게 소개함으로써 향후 해당 W/G 회의 대응을 위한 기초자료로써 활용
- 해당 UNCITRAL 규범의 국내 정책 및 법제에 미치는 영향을 전망하고, 시사점을 도출해볼 수 있음.

▶ 주제어 : 유엔국제상거래법위원회(UNCITRAL), UNCITRAL 실무 작업반, 소규모기업(Micro, Small and Medium Enterprises), UNCITEAL 투명성 규칙 및 투명성 협약, UNCITRAL 온라인 분쟁해결 절차 규칙(안), UNCITRAL 전자양도성 기록 규정(안), UNCITRAL 동산담보모델법(안), UNCITRAL 정부조달 모델법, 전자등록제도

---

---

# Abstract

---

---

## I . Background and objectives

- As social and economic integration is globally spreading, the need for international uniform rules and the impact of international norm to each individual national law are increasing in the field of international trade.
- UN International Trade Law Commission tries to unify a variety of international norms in the form of conventions, Model laws, and legislation guides in international trade.
- The Korea Legislation Research Institute is conducting a KLRI-UNCITRAL Joint Research Project as a part of “global legal strategy research projects”, consisted of 7 researches including ① analysing and forecasting UNCITRAL Working Group's discussions, ② a study on the improvement of national legislation based on the analysis of UNCITRAL rules.

## II . Main Contents

- Analysing discussions of UNCITRAL W/G as the theme of “UNCITRAL W/G discussion analysis and forecasting” in 2014.
- Conducting 5 researches such as UNCITRAL W/G I legislation for

MSMEs, W/G II transparency agreements, W/G III online dispute resolution procedure rules, W/G IV provision of electronic transferable records, W/G VI collateral Model Law.

- Hyeok joon RHO, Analysis on the Discussion in the UNCITRAL over MSMEs (UNCITRAL Working Group I)
- Jaemin LEE, Legal Implications of the 2013 UNCITRAL Transparency Rules and 2014 UNCITRAL Transparency Convention (UNCITRAL Working Group II)
- Soogeun OH, Analysis and Prospects on UNCITRAL Draft Procedural Rules on ODR (UNCITRAL Working Group III)
- Kyoung Jin CHOI, An analysis of Discussion on Electronic Transferable Record in UNCITRAL W/G IV (2)
- Young Joon KWON, Analysis on the Draft Model Law on Secured Transaction (UNCITRAL Working Group VI)

Reviewing improvement plans for the current domestic stock registration system with the respect to “UNCITRAL norms analysis” of UNCITRAL W/G IV

- Gyung Young JUNG, A Research on Improvement of National Stock Registry System by Analysing the Issues on UNCITRAL and UNIDROIT

Suggesting specific amendment proposals of national procurement law based on the government procurement model law of W/G I

- Seung Woo SON, A Study on the improvement of national



procurement laws based on UNCITRAL Government Procurement Model Law

### **III. Expected Effects**

- Preparing basic materials for future W/G Meetings by introducing the current discussions and the contents of international norms which are discussed in UNCITRAL W/G
- Predicting the impact of UNCITRAL norm to national policies and legislations, and finding meaningful implications.

►► **Key Words :** United Nations International Trade Law Commission (UNCITRLA), UNCITRAL Working Group, Micro, Small and Medium Enterprises, UNCITRAL Transparency Rules, UNCITRAL Transparency Convention, Online Dispute Resolution Procedural Rules, Electronic Transferable Record, UNCITRAL Model Law on Security rights in Movables, UNCITRAL Model Law on Public Procurement, Electronic Registry System

# 목 차

요 약 문 .....	3
Abstract .....	7
제 1 장 서 론 .....	15
제 1 절 연구의 배경 및 목적 .....	15
제 2 절 연구의 범위 및 방법 .....	16
1. UNCITRAL W/G의 논의 분석과 전망 .....	16
2. UNCITRAL 규범 분석을 통한 국내 법제 개선 방안 연구 .....	17
3. 연구보고서 및 연구진 구성 .....	18
제 2 장 2014년도 UNCITRAL W/G의 논의 동향 분석과 전망 .....	21
제 1 절 연구의 방향 .....	21
제 2 절 UNCITRAL W/G I의 소규모기업법제에 관한 논의 분석과 전망 .....	21
1. UNCITRAL W/G I의 논의 연혁 .....	21
2. UNCITRAL W/G I 제22차 회의 주요 내용 및 쟁점 분석 .....	23
3. 향후 논의의 전망 및 시사점 .....	28
제 3 절 UNCITRAL W/G II의 투명성 협약에 관한 논의 분석과 전망 .....	29
1. 논의의 배경 .....	29
2. 2013년 UNCITRAL 투명성 규칙 .....	30
3. 2014년 UNCITRAL 투명성 협약 .....	34

4. 향후 논의의 전망 및 시사점 .....	38
제 4 절 UNCITRAL W/G III의 ODR 절차 규칙에 관한 논의 분석과 전망 .....	40
1. UNCITRAL W/G III의 논의 개관 .....	40
2. UNCITRAL W/G III 제29차 회의 주요 내용 및 쟁점 분석 ...	42
3. 향후 논의의 전망 및 시사점 .....	46
제 5 절 UNCITRAL W/G IV의 전자양도성기록에 대한 논의 분석과 전망 .....	48
1. UNCITRAL W/G III의 논의 개관 .....	48
2. UNCITRAL W/G IV 제48차 및 제49차 회의 주요 내용 및 쟁점 분석 .....	48
3. 향후 논의의 전망 및 시사점 .....	55
제 6 절 UNCITRAL W/G VI의 동산담보모델법에 관한 논의 분석과 전망 .....	57
1. UNCITRAL W/G VI의 논의 개관 .....	57
2. UNCITRAL W/G VI 제24차 및 제25차 회의 주요 내용 및 쟁점 분석 .....	57
3. 향후 논의의 전망 및 시사점 .....	75
제 7 절 정리 및 추후 연구 방향 .....	76
제 3 장 UNCITRAL 규범 분석을 통한 국내 법제 개선 방안 연구 .....	77
제 1 절 연구의 방향 .....	77
제 2 절 UNCITRAL 및 UNIDROIT 논의 내용 분석을 통한 국내 주식등록제도의 개선방안 .....	77
1. 논의 방향 .....	77

2. UNIDROIT 간접보유증권협약 .....	80
3. UNCITRAL의 ETR에 관한 논의 .....	85
4. 주식등록제도의 입법안과 개선방안 .....	89
제 3 절 UNCITRAL 정부조달 모델법 분석을 통한 국내 조달법령의 개선 방안 .....	99
1. 논의 방향 .....	99
2. UNCITRAL 정부조달 모델법의 주요내용 .....	100
3. 국내 조달 법규에 대한 시사점 .....	101
4. 국가 계약법 체계 정비 방안 .....	103
5. 국가계약법의 주요 개정 방안 .....	105
제 4 절 정리 및 추후 연구 방향 .....	111
제 4 장 결 론 .....	113
참 고 문 헌 .....	115

## 제 1 장 서 론

### 제 1 절 연구의 배경 및 목적

세계적 사회·경제적 통합과 블록화가 확산되는 가운데, 국제 거래에 있어서 통일적인 국제 규범의 필요성과 국제 규범의 각 개별 국내 법에의 영향력이 증가하고 있다. 특히 유엔국제상거래법위원회(United Nations Commission on International Trade Law, 이하 ‘UNCITRAL’이라 함)는 국제 거래에 있어서 다양한 국제 규범을 협약, 모델법, 입법 지침, 규칙 등의 형태로 성안하여 국제 거래 규범의 통일화를 위해 노력하고 있다. 이러한 시점에서 한국법제연구원 「글로벌법제전략연구사업」에서는 UNCITRAL 아·태지역사무소<sup>1)</sup>와 함께 UNCITRAL 규범 이슈에 관한 공동 연구 프로젝트를 2013년에 이어 금년에도 진행하였다.<sup>2)</sup> 이 프로젝트의 일환으로 ① UNCITRAL Working Group(이하, “실무작업반” 혹은 “W/G”이라 함)의 논의 분석과 전망, ② UNCITRAL 규범 분석을 통한 국내 법제 개선 방안 연구를 목적으로 하여 총 7개의 개별 이슈에 대한 연구를 진행하였다.

UNCITRAL은 총 6개의 W/G를 구성하여 현재 논의를 진행해오고 있으며, 세부적인 의제는 소규모기업, 중재 및 조정, 전자상거래, 온라

---

1) UNCITRAL은 1996년 세계 각국 상거래법의 조화와 통일을 목적으로 설립된 유엔 산하기구로 2012년 1월 인천 송도에 아시아·태평양 지역사무소를 설립하고 아·태지역 내 국제거래규범 연구 및 전파, 개도국의 입법 지원 등의 업무를 진행하고 있다.

2) 2013년에 1년차 사업으로 진행된 연구에 대한 결과물은 손 현 외, “KLRI-UNCITRAL Joint Research(I) : Perspectives and Trends”, (한국법제연구원, 2013) 라는 제목으로 종합보고서외 총 7개의 개별 보고서가 발간되어 있으며, 이병준, 최경진, 손승우, 권영준, 오수근, Lisa Spagnolo, Peter Binder가 공동 연구로 참여하였다. 구체적으로는 크게 연구의 방향을 ① UNCITRAL W/G 아젠다 분석과 한국의 대응 전략 모색, ② UNCITRAL 규범의 한국 및 아·태지역의 Implementation 방안 연구, ③ UNCITRAL 미래 아젠다 개발 연구 등으로 나누어 ODR, 전자상거래, 조달, 담보, 영세중소기업, CISG, 중재 등에 UNCITRAL 현안 이슈에 대한 연구를 진행하고, 국제컨퍼런스, 전문가 회의 등을 개최하였다.

인 분쟁해결, 도산, 담보이다. 각 W/G 별로 다양한 주제에 대해 협약, 모델법 등을 성안하기 위한 논의를 진행하고 있으며, 현재 이러한 작업은 논의 과정 중에 있어 최종적인 결과물은 변동 가능성이 크다. 또한 여기서 논의되는 결과물이 협약 외의 입법 형식으로 만들어지는 경우는 국내법에의 구속력을 가지고 있지는 않다. 그러나 그동안 UNCITRAL에서 만든 모델법이 국내 법제 및 각 국가의 개별 입법에 미친 영향력은 매우 크며, 각 국가에서는 UNCITRAL의 규범을 적극적으로 자국법에 반영하고 있는 추세이다. 따라서 UNCITRAL의 최종적인 규범에 대해 국내법에의 영향 분석 및 국내법제 개선 방안을 도출하는 연구도 중요하며, 더 나아가 UNCITRAL의 논의 과정에 적극적으로 참여하고, 논의 경과를 추적하고, 우리의 의견을 적극적으로 반영하는 것이 무엇보다 중요하다. 따라서 본 연구는 2014년도에 W/G에서 논의된 내용을 정확하게 분석·소개하고 향후 논의 방향을 전망해보고자 한다. 또한 조달 등 이미 모델법이 성안된 경우에는 이를 바탕으로 국내 법제의 개선방안을 도출해보고자 한다.

## 제 2 절 연구의 범위 및 방법

### 1. UNCITRAL W/G의 논의 분석과 전망

“UNCITRAL W/G 논의 분석과 전망”을 주제로 하여, W/G I의 소규모기업법제, W/G II의 투명성 협약, W/G III의 온라인 분쟁해결 절차 규칙, W/G IV의 전자양도성기록 규정, W/G VI 동산담보모델법에 대한 2014년의 W/G 논의 내용을 분석하였다. 본 연구는 2014년도에 진행된 뉴욕회의와 비엔나 회의를 대상으로 하였지만 하반기 비엔나 회의의 경우 연구 기간에 따라 연구 내용에 반영하지 못한 부분도 있어 후속 연구에 이어 진행할 예정이다. W/G I의 경우 제22차 회의, W/G II의 경우 제60차, 61차 회의, W/G III의 경우 제29차 회의, W/G

IV의 경우 제49차 회의, W/G VI의 경우 제24차, 제25차 회의를 주요 대상으로 하였다. 해당 연구는 각 W/G에 정부대표단으로 참여한 전문가들에 의해 회의에 참석 한 후 회의에서 논의된 내용을 UNCITRAL 문건을 기초로 하여 분석·정리하였다. 한편, W/G III, IV의 경우 해당 W/G 회의 전에 국내의 관련 전문가들이 모여 회의 내용을 사전에 검토하고, 한국측의 입장을 정리해보는 전문가회의<sup>3)4)</sup>도 병행하여 진행되었다.

## 2. UNCITRAL 규범 분석을 통한 국내 법제 개선 방안 연구

UNCITRAL의 논의 과정에 적극적으로 참여하여 의견을 개진하고, 우리의 입장을 반영하는 것도 중요하지만 UNCITRAL 규범의 국내 법제에 대한 영향과 개선방안을 도출하는 연구도 비교법적으로 매우 중요한 부분이다. 이를 위해 “UNCITRAL 규범 분석을 통한 국내 법제 개선 방안 연구”를 주제로 하여 UNCITRAL W/G IV 논의와 관련하여 현재 개정작업이 진행 중인 국내 주식등록제도의 개선 방안을 모색해 보았다. 또한 W/G I에서 성안된 정부 조달 모델법에 기초하여 국내 법제의 개선방안을 작년에 이어 구체적인 입법안을 제안하는 형태의 연구가 진행되었다.

3) W/G III ODR의 경우 제1차 ODR 분과 전문가회의(3월 6일), 제2차 ODR 분과 전문가회의(9월 30일)가 개최되었으며, 오수근(이화여대), 김도년, 김재영, 이수경(한국소비자원), 김한조, 임창국(UNCITRAL), 김윤중(서울서부지방법원), 정수진(사법연수원), 신필순(정보통신산업진흥원), 오현석(대한상사중재원), 김대영(공정거래위원회), 최태은(법무부), 손현(한국법제연구원) 등이 참여하였다.

4) W/G IV 전자상거래의 경우 제1차 전자상거래 분과 전문가회의(4월 11일), 제2차 전자상거래 분과 전문가회의(9월 30일), 제3차 전자상거래분과 전문가회의(10월 15일)가 개최되었으며, 정경영(성균관대), 최경진(가천대), 김동건, 최재영, 구은영(금융결제원), 임창국(UNCITRAL), 강현구, 최은아(정보통신산업진흥원), 오현석(대한상사중재원), 홍성욱(수원지방법원), 송민수(한국소비자원), 손현(한국법제연구원) 등이 참여하였다.

### 3. 연구보고서 및 연구진 구성

본 연구는 세부 주제의 경우 해당 UNCITRAL W/G에 정부대표단으로 참여한 외부 전문가들에 의한 공동 연구 형태로 진행되었다. 연구보고서는 개별 연구진들이 작성한 개별 주제에 대한 총 7개의 연구보고서와 2014년도 KLRI·UNCITRAL 공동 연구 프로젝트 및 각 개별 연구내용을 종합 정리한 종합보고서 등 총 8개의 보고서로 구성된다. 세부적인 연구보고서 제목과 연구진 구성은 다음과 같다.

제목 : KLRI-UNCITRAL Joint Research(Ⅱ) : Perspectives and Trends		
구성	세부 연구과제명	연구진
①	종합보고서	손 현 (한국법제연구원 글로벌법제전략연구실 부연구위원)
②	UNCITRAL W/G I의 소규모기업법제에 관한 논의 분석과 전망(1)	노혁준 (서울대 법전원 교수)
③	UNCITRAL W/G II의 투명성 협약에 관한 논의 분석과 전망(1)	이재민 (서울대 법전원 교수)
④	UNCITRAL W/G III의 ODR 절차 규칙에 관한 논의 분석과 전망(1)	오수근 (이화여대 법전원 교수)
⑤	UNCITRAL W/G IV의 전자양도성기록에 관한 논의 분석(2)	최경진 (가천대 법과대학 교수)
⑥	UNCITRAL W/G VI의 담보거래 모델법에 관한 논의 분석과 전망(1)	권영준 (서울대 법전원 교수)



제 1 절 연구의 배경 및 목적

⑦	UNCITRAL 및 UNIDROIT 논의 내용을 분석을 통한 국내 주식등록제도의 개선방안 연구	정경영 (성균관대 법전원 교수)
⑧	UNCITRAL 정부조달 모델법 분석을 통한 국내 조달법령의 개선 방안 연구(2) - 개정(안) 마련을 중심으로	손승우 (단국대 법과대학 교수)

## 제 2 장 2014년도 UNCITRAL W/G의 논의 동향 분석과 전망

### 제 1 절 연구의 방향

한국은 법무부, 외교통상부 및 의제별 관련부처 등을 중심으로 UNCITRAL W/G에 정부 대표단을 파견하여 논의 과정에 지속적으로 참여하고 있다. 현재 운영되고 있는 UNCITRAL의 6개 W/G에 참여하고 있는데, 본 연구는 W/G I의 소규모기업(Micro, Small and Medium-sized Enterprises, 2014년부터 해당 의제 논의 시작), W/G II의 중재·조정(Arbitration and Conciliation, 2000년부터 해당 의제 논의 시작), W/G III의 온라인 분쟁해결(Online Dispute Resolution, 2010년부터 해당 의제 논의 시작), W/G IV의 전자상거래(Electronic Commerce, 1997년부터 해당 의제 논의 시작), W/G VI의 담보(Security Interests, 2002년부터 해당 의제 논의 시작) 분야를 중심으로 2014년에 해당 W/G에서 논의한 내용을 중점적으로 분석하고, 향후 논의 방향을 전망해보았다.

### 제 2 절 UNCITRAL W/G I의 소규모기업 법제에 관한 논의 분석과 전망<sup>5)</sup>

#### 1. UNCITRAL W/G I의 논의 연혁

2009년부터 UNCITRAL 차원에서 소규모기업 법제에 대한 논의가 최초로 시작되었다. 2009년에 개최된 제42차 전체회의에서 영세기업

---

5) 해당 연구는 본 보고서의 2편에 해당하는 “UNCITRAL W/G I의 소규모기업법제에 관한 논의 분석과 전망”이라는 주제로 해당 W/G의 한국대표단으로 참석한 서울대 노혁준 교수가 담당하였다. 이하에서는 해당 연구보고서의 내용을 간략하게 정리·소개하였으며, 자세한 내용은 제2편 보고서를 참고하기 바란다. 이하 개별 각주는 생략하기로 한다.

의 발전을 국제적으로 지원할 필요성을 인식하였고, 사무국에 영세기업 금융(micro finance)에 관한 법적, 규제적 이슈를 평가한 보고서를 제출하도록 요청하였다. 2010년 제43차 전체회의에서 해당 보고서에 대한 논의가 이루어졌으며, 영세기업의 재원 조달 문제를 검토하였다. 이러한 쟁점을 실질적으로 논의하기 위하여 2011년 1월에 제1차 콜로퀴엄이 개최되었다. 일부 국가의 성공적인 사례에도 불구하고, 국제적 차원에서의 제도적 모범실무(best practice)가 아직 정립되지 않았음을 확인할 수 있었다. 2011년 제44차 전체회의에서 (i) 과잉담보(over-collateralization)와 경제적 가치가 없는 목적물의 담보제공, (ii) e-money에 관한 이슈, (iii) 영세기업 금융에서 발생하는 분쟁을 해결하기 위하여 공정하고 신속하며, 저렴한 절차의 마련 문제, (iv) 소규모 기업에 대한 담보대출의 투명성을 보장하기 위한 방법에 관한 심도 있는 논의를 계속하기로 하고, 2012년 제45차 전체회의에서 이에 대한 검토가 이루어졌다. 2013년에 개최된 제2차 콜로퀴엄에서는 (i) 소규모기업을 위한 환경 조성의 법적 지배, (ii) 영세대출자의 설립 및 등록, (iii) 소규모기업을 위한 대체적인 분쟁해결 시스템, (iv) 모바일 지분수단에 관한 법적 환경의 조성, (v) 소규모기업의 신용거래에 관한 법적 이슈, (vi) 소규모기업의 도산절차에 관한 법적 쟁점에 관한 논의가 본격적으로 이루어졌다. 위 콜로퀴엄의 논의과정에서 영세기업 뿐 아니라 소기업, 중기업을 포함한 법적 인프라 구축이 필요하다는 것과 이를 위하여 별도의 심도 있는 논의가 필수적이라는 공감대가 형성되기에 이르렀다.

이러한 배경하에 2013년 개최된 제46차 전체회의에서 소규모 기업을 위한 우호적인 법적 환경 조성을 위하여 별도의 실무작업반(W/G)이 필요하다는 판단이 내려졌다. 국제적인 차원에서 소규모기업에 대한 우호적인 기업환경을 조성할 수 있도록 소규모 기업들의 설립 및 청산의 전 과정을 통하여 당면하게 되는 법적 어려움을 줄일 수 있는

대책을 마련하기로 하였다. 우선적으로 회사설립 및 등록의 단순화 (simplification of business incorporation and registration)”에 대한 논의를 시작으로 (i) 소규모기업간 자금대출에 관한 분쟁을 해결하는 시스템의 개선, (ii) 금융서비스에의 접근문턱을 낮추는 방식(기존의 e-commerce 활용, 모바일 결제시스템 등 포함), (iii) 신용공여에 대한 가이드라인 (대출에 있어서의 투명성 보장, 집행가능성 부여), (iv) 소규모기업을 위한 신속, 간이한 도산절차 등으로 확대할 여지도 검토하기로 하였다. 향후 W/G이 진행할 작업의 형식에 관하여, 전체회의는 가급적 탄력적인 방식 즉 입법지침이나 모델법을 각 사안에 따라 적절하게 활용할 것을 제안하였다.

## 2. UNCITRAL W/G I 제22차 회의 주요 내용 및 쟁점 분석

### (1) 개 관

W/G I 의 제22차 회의는 뉴욕 유엔본부에서 2014년 2월 10일부터 2월 14일까지 개최되었다. 이 회의는 소규모기업에 관한 UNCITRAL W/G의 사실상 첫 번째 본격적인 논의가 시작된 회의이다. 제22차 회의에서는 주로 단순화한 기업 설립, 등록에 관한 법적 기준의 설정이 일차적인 논의 안건이었다. W/G은 국제적으로 표준적인 기업등록 절차가 마련되는 경우 소규모기업의 국경간 거래가 증가할 것이며, 각 나라의 기업형태의 차이로 인해 어떤 나라의 기업조직이 다른 나라에서 배척되는 현상이 줄어들 수 있을 것이라고 보았다.

## (2) 주요 내용 및 쟁점

### ① 입법 작업의 형식

소규모기업 관련 법제 관한 논의에 있어서, 선결문제로서 어떤 형태로 입법 작업을 진행에 관한 논의가 있었다. 모델법, 입법가이드를 선호하는 견해와 병행안을 주장하는 입장 등이 다양하게 제기되었는데, 초반부에 위 문제를 확정하는데 많은 노력을 기울이기는 것보다는 개별 쟁점의 문제를 파악한 다음 입법 형태를 판단하여도 늦지 않을 것이라는 의견이 모아져서 결론을 유보하게 되었다. 나아가 특히 소규모기업들을 위하여 모범정관을 준비할 필요가 있다는 주장도 유력하게 제기되었다. 각국 입법자를 대상으로 하는 모델법과 달리 모범정관은 직접 기업 활동을 하는 소규모기업을 그 대상으로 한다.

형식차원에서 또 하나 논의가 된 것은, 1인 기업, 조합(partnership), 유한책임조합(limited liability partnership) 등 복수 조직형태를 전제로 할 것인지, 광범한 탄력성을 가진 단수의 조직형태를 도입할 것이냐가 검토되었다. 일단은 후자에 의하되 각종 변형형태도 충분히 고려하는 것을 전제로 작업을 진행하기로 하였다.

### ② 논의 범위

UNCITRAL 차원의 입법시에 소규모기업에 대해 구체적으로 매출액, 종업원수, 자산 등 구분 기준을 어떻게 설정할 것인지에 대한 정교한 논의가 이루어져야 한다. 초기 단계에서 문제된 쟁점은, 영세기업(micro business)을 소기업(small-sized business) 또는 중기업(middle-sized business)과 구분되는 별도의 카테고리 설정할 필요가 있느냐는 것이었다. 이를 구분하여야 한다는 입장에 따르면, 영세기업에 대하여는 더 단순하고 특별히 그 수요에 맞춘 입법이 필요하다는 것이다. 대부분의 영세기업은 1인 기업인데 복잡한 절차 하에서 이를 공식적인 기업조직으로 변환할 필요성을 느끼지 못할 것이기 때문이다. 반면 영

세기업과 소기업을 포괄하여 규율하자는 입장은 영세기업과 소기업을 엄별하는 것이 오히려 소규모기업의 전반적인 발전을 위한 법적 환경 제공에 장애가 된다고 본다. 영세기업이라 하더라도 최소한의 형식성, 정형성을 필요로 한다는 점을 고려하면, 영세기업과 소기업을 따로 규율하는 것이 부적절한 측면도 있다. 이에 대해 먼저 소규모기업 전반에 공통되는 주제를 다루고, 나중에 영세기업에 특유한 쟁점을 다루는 것이 현명한 접근법이라고 할 수 있을 것이다.

### ③ 사업 등록

사업등록(business registration) 절차를 신속, 간이화 하는 것은 창업을 용이하게 한다는 의미 이외에 이미 창업되어 있기는 하지만 정부의 공식통계에 잡히는 않는 소규모기업들을 공식화(formalize)한다는 의미도 담고 있다. 사업등록 간이화 방식 중 가장 중요한 것은 전자등록 내지 온라인 등록이다. 실제로 온라인 등록은 기업의 부담 절감에 큰 효과가 있는 것으로 분석된다. 또한 이른바 “one-stop service”를 통하여 한 곳에서 설립 및 등록업무를 마칠 수 있도록 감독당국의 권한을 재조정할 필요가 있다. 마지막으로 공증제도 역시 합리적인 시간 및 비용의 범위 내에서 재검토할 필요가 있을 것이다.

사업등록 제도 개선의 중요성을 고려할 때, 향후 UNCITRAL에서의 논의 시에 각국의 상황이 담긴 모범실무를 참조할 필요가 있다는 판단에 따라 사무국에 등록관 관련한 각 쟁점<sup>6)</sup>에 관한 추가자료를 준비

---

6) 각 쟁점은 다음과 같다.

- (a) 사업등록시 요구되는 최소한의 정보
- (b) 사업식별을 위한 고유번호의 부여
- (c) 정보보호와 비밀유지
- (d) 해당 사업에 고유한 상호를 검색할 능력
- (e) 쉽게 업데이트되는 정보
- (f) 등록된 정보에 관한 접근권을 갖는 자(신용공여기관, 일반 대중 등 포함)
- (g) 관련 당국간 사업등록된 정보의 공유
- (h) 등록비용의 저가 또는 무비용 여부

할 것을 요청하고 이를 차기 회의에서 검토하기로 하였다.

#### ④ 최저 자본 요건

다액의 법정 자본금을 요구하면 소규모기업 활성화에 역행한다는 점, 만약 각 국가가 서로 다른 최저자본요건을 부과한다면 자본금 요구수준이 낮거나 이러한 규제가 아예 없는 나라가 기업설립지로 선호되는 문제가 발생할 수 있으므로, 국제적인 균형을 기할 필요가 있다는 점 등이 제기되었다. 최저 자본 요건과 관련하여 영세기업, 소기업, 중기업에 대하여 최저자본금을 설정할지 여부는 일률적으로 결론을 내리기가 어렵다고 우선 판단하였다.

#### ⑤ 유한책임과 법인격

유한책임원칙을 모든 소규모기업에 확장하여 경제활동을 활성화시킬 것인지에 관하여 논의가 있었다. 유한책임원칙의 적용범위에 관한 다수의 견해는 일정 요건을 갖춘 기업에 한하여 적용하는 것이 타당하다는 입장이었다. W/G에서는 선형적인 결론, 즉 법인격이 있는 경우에만 유한책임이 인정된다거나, 법인격이 없으면 곧 무한책임을 뜻한다거나 하는 등의 결론을 상정하지 않고, 먼저 개별적인 조직형태에 필요한 특성을 논한 다음 이러한 개별 조직형태에 가장 적절한 책임형태 및 법인격을 부여하자는 방향으로 전개되었다.

또 한가지 쟁점은 법인격 부인론이었다. 유한책임제도의 남용을 방지하기 위해 법인격 부인론을 인정해야 한다는 점에는 모든 나라들이

- 
- (i) 신속하게 등록되는지 여부
  - (j) 최소한의 단순한 절차에 의하는지 여부
  - (k) 해당 사업의 변천에 관한 기록이 유지되는지 여부
  - (l) 이용자에게 모델정관이 전자적으로 제공되는지 여부와 이러한 모델정관이 실질적으로 활용될 수 있는지 여부
  - (m) 사업자에게 사업을 영위하기에 충분한 수단을 제공하는지 여부(과세고유번호의 부여 등)
  - (n) 사업자등록 증명원의 부여



공감하였다. 다만 과연 UNCITRAL 차원에서 부인요건을 명시적으로 규정할 필요가 있는가, 만약 명시적으로 규정한다면 어떠한 요건을 요구할 것인가에 대하여는 차후에 논의하기로 하였다.

#### ⑥ 분쟁해결

기업은 경영활동 중에는 (i) 내부적 분쟁, 즉 구성원들간의 분쟁 또는 구성원들과 경영진의 분쟁, (ii) 외부적 분쟁, 즉 기업의 영업활동과 직, 간접적으로 관련된 소비자, 금융기관, 근로자 등 제3자와의 분쟁, (iii) 도산절차에서의 분쟁 등 다양한 분쟁이 발생할 수 있는데, 이 과정에서 소규모 기업의 경우 어떠한 고려를 받아야 하는지에 대한 검토가 있었다.

#### ⑦ 소규모기업 법제 남용의 방지와 관련 정보 공유

소규모기업 조직설립을 간이화하고 단순화하는 것이 테러, 범죄 등에 악용되는 부작용을 낳을 수 있다는 반론도 제기되었다. 국가들과 국제기구들은 이러한 현상에 대하여 크게 (i) 규제기관에 의한 정보 접근의 강화, (ii) 국제공조의 강화, (iii) 정보의 진실성 보장 및 범위 반 행위에 대한 처벌, (iv) 정보의 진실성을 검증하기 위하여 모든 신설 기업조직들로 하여금 은행계좌를 보유하도록 요구할 것을 권고 하는 등의 방법으로 대응하고 있다. 특히 불법적 거래 및 지하경제의 규모가 큰 국가에서 별다른 안전장치 없이 간이화된 기업조직을 확대 하는 경우, 예상치 못했던 부작용이 발생할 가능성도 있다.

UNCITRAL 단계에서 많이 논의된 것은 소규모기업의 배후의 소유자 내지 실질 소유자를 밝히는 메커니즘이 필요하다는 것이었다. 기업의 실제 소유자를 파악하는 것이 필요하다고 하면 기업조직의 설립, 등록 단계에서 이를 요건으로 포함할 수 있을 것이다. 물론 이 요건의 부과가 소규모기업의 설립, 등록을 촉진하고 공개시장으로 끌어



내려는 노력에 다소 역행하는 측면은 있지만, 남용방지 또한 새로운 입법이 갖추어야 할 미덕이라고 할 것이다.

### ⑧ 내부 지배구조와 신인의무

UNCITRAL의 입법에 소규모기업의 내부 지배구조 및 경영진의 신인의무를 어떻게 구성할 것인지도 논의되었다. 폐쇄적이고 내부자의 숫자가 제한되어 있는 소규모기업의 특성에 비추어 볼 때, 전반적으로 당사자들 사이의 자치와 계약관계가 중시되어야 할 것이다. 다만 경영진이 이익충돌의 상황에서 그 위반책임을 면하기 위해 밝아야 할 절차 등 일부 사항에 대하여는 각국가간 통일적 규율을 위해 강행규정을 둘 필요도 있을 것이다. 이 부분에 관해서는 아직 구체적인 내용을 토론하는 단계에 까지 이르지 못한 것이다.

## 3. 향후 논의의 전망 및 시사점

소규모기업 법제에 관한 논의가 UNCITRAL W/G 차원에서 본격적으로 논의된 것은 올해가 처음이고 많은 부분이 유동적인 상태에 있다. 이후 사무국에서는 위 쟁점 사안을 토대로 모델법 초안을 제출하기로 하였다. 여기에는 유한책임, 법인격, 사업등록, 설립절차, 자본요건, 회계처리 및 투명성, 경영자의 책임 등의 다양한 조문이 포함될 것이다. 소규모기업 법제의 필요성에 대하여는 대부분의 국가가 필요성을 인식하고 있지만, 구체적인 법제 마련에 있어서는 - 오히려 국제적 성격이 강한 대기업보다도 - 소규모기업의 경우 각국 특유의 현상 및 상황이 반영될 여지가 많으므로, 향후 논의에 따라 상당한 조정 작업이 필요할 것으로 예상된다.

구체적으로 많은 부분이 향후 논의에 따라 크게 변동될 것으로 보인다. 예컨대 ‘소규모기업(MSME)’이 무엇이고 ‘영세기업(micro business)’을 그 중 별도의 카테고리로 따로 규율할 것인지에 대하여도 아직 의

견을 모으지 못하고 있다. 따라서 UNCITRAL에서의 논의가 국내에 주는 시사점은 일차적으로 그 이슈들 자체라고 할 수 있다. 각국이 소규모기업 법제에 관하여 이러한 이슈들을 고민하고 있는바, 이러한 관점에서 볼 때 우리나라의 소규모기업 법제는 적정한 것인지를 살펴 볼 필요가 있는 것이다. 다만 구체적인 쟁점, 예컨대 소규모기업의 범위를 매출액, 피고용자 등 어떻게 설정할 것인지, 최저자본요건을 어떠한 방식으로 정해야 하는지, 소규모기업에 관한 분쟁해결의 특례를 도입하는 것이 바람직한지 등에 관한 차후 논의 결과에 따라 구체적으로 검토되어야 할 것이다.

### 제 3 절 UNCITRAL W/G II의 투명성 협약에 관한 논의 분석과 전망<sup>7)</sup>

#### 1. 논의의 배경

현재 투자협정이 국제적 관심을 끌고 있는 상황이며 다양한 형태의 투자분쟁이 제기되어 국가간 이견이 노정되고 또 논란이 증폭되고 있는 상황이다. 투자협정에 투명성 원칙을 대폭 수용하여 투자분쟁해결 절차를 진행함에 있어 이러한 투명성 원칙에 따른 분쟁해결을 도모하는 국제적 움직임이다. 원래 몇몇 FTA 및 BIT를 통하여 양자적인 차원에서 간헐적으로 논의되고 포함되었던 투명성 원칙이 이제 다자간 차원에서 폭넓게 논의되고 여러 투자협정에서도 광범위하게 수용되는 모습을 점차 보이고 있는 바, 이러한 상황 변화는 특히 UNCITRAL이 이 문제에 관하여 주도권을 가지고 지난 몇 년간 이 문

---

7) 해당 연구는 본 보고서의 3편에 해당하는 “UNCITRAL W/G II의 투명성 협약에 관한 논의 분석과 전망”이라는 주제로 해당 W/G의 한국대표단으로 참석한 서울대 이재민 교수가 담당하였다. 이하에서는 해당 연구보고서의 내용을 간략하게 정리·소개하였으며, 자세한 내용은 제3편 보고서를 참고하기 바란다. 이하 개별 각주는 생략하기로 한다.

제에 천착하여 온 바에 상당 부분 기인하고 있다. 특히 2013년에 투명성 규칙(UNCITRAL Rules on Transparency)을, 그리고 2014년에는 투명성 협약(UNCITRAL Convention on Transparency)을 각각 채택함으로써 UNCITRAL은 투명성 이슈에 관한 새로운 가이드라인과 법적 규범을 제시하고 있다.

## 2. 2013년 UNCITRAL 투명성 규칙

### (1) 개 관

2013년 2월 4일부터 8일에 걸쳐 뉴욕에서 개최된 제58차 UNCITRAL W/G II 회의에서 UNCITRAL 투명성 규칙이 합의되었다. 2013년 제 46차 UNCITRAL 전체회의(총회)에서는 작년 2월 뉴욕에서 개최된 W/G 논의에서 합의된 UNCITRAL 투명성 규칙의 문안정리 작업과 함께 최종 채택되었다. 이 투명성 규칙은 일단 2014년 4월 1일자로 발효되어 이때부터 체결되는 BIT 등에 당사국이 별도로 합의하지 않는 한 적용되는 것으로 예정되었다. 4일간의 조문 검토 작업을 거쳐 투명성 규칙은 모든 참여국의 컨센서스 하에서 최종 채택되었으며 2014년 UNCITRAL 중재규칙 (Arbitration Rules)의 일부를 구성하게 되었다.

### (2) 주요 내용 및 쟁점

#### ① 구 성

#### UNCITRAL 투명성 규칙

제 1 조 적용범위

제 2 조 중재절차 개시에 관한 정보의 공개

제 3 조 문서의 공개

제 4 조 제 3자의 서면 입장 제출
제 5 조 투자협정에 따른 비분쟁당사자의 서면 입장서 제출
제 6 조 심 리
제 7 조 투명성 예외 사유
제 8 조: 문서의 수집과 게시를 담당할 사무국
UNCITRAL 중재규칙 제1조 수정

② 투명성 제고 조치와 연관되는 여타 고려사항

투명성 규칙 도입에 따른 투자분쟁해결절차에서의 투명성 제고 조치들은 환영할 만한 진전임에는 분명하나 아울러 새로운 형태의 고려사항과 문제점도 아울러 제기하고 있다. 첫 번째 문제는 투자 유치국 정부 정보의 비대칭적 공개문제이다. 투명성 원칙 적용의 구체적 결과가 사실은 외국인 투자자의 정보를 공개하거나 또는 외국인 투자자의 국적국 정부의 정보를 공개하자는 것이 아니라 결국 투자 유치국(즉, 피제소국) 정부의 정보를 공개하자는 것으로 귀결됨에 유념하여야 한다. 따라서 “중립적”인 용어로 투명성 제고라고 언급을 하여 오고 있으나 사실 정확하게는 “투자 유치국 정부 조치 관련 문서 및 자료의 대외 공개”라고 이해하는 것이다. 특히 이와 관련하여 피제소국 정부의 경우 민감한 정책 내용에 대한 대외 공개는 특정 분쟁해결절차에서 효과적인 방어를 진행하는 데 있어 제한사항으로 작용할 가능성도 없지 않다.

두 번째 문제는 중재판정부의 부담 증가 부분이다. 투명성 규칙의 도입은 중재판정부의 절차 진행을 보다 복잡하게 이끌어갈 가능성도 없지 아니하다. 투명성 규칙 자체에서도 이미 민감한 몇몇 사안에 대하여 종국적으로는 중재판정부가 최종 판단을 내릴 것을 규정하고 있으며 그러한 결정을 내리기 전에 당사국의 의견을 구하고 심리를 진행하는 등 필요한 요건을 규정하고 있다. 이러한 절차는 이미 존재하

는 분쟁해결절차에 더하여 추가적으로 진행되는 것이므로 투자분쟁해결절차는 더욱 시간이 연장되고 내용도 복잡하게 될 가능성이 있을 것으로 판단된다. 특히 대외 공개과정에서 비밀정보가 연관되는 경우에는 각 서면의 공개본과 비공개본을 각각 별도로 준비하여야 할 가능성도 있어 이를 담당하는 중재판정부의 부담이 가중될 가능성도 있다. 심리절차의 공개도 비밀정보가 논의되는 경우 공개 회기(public session)와 비공개 회기(confidential session)를 별도로 진행하여야 할 필요가 역시 제기될 수도 있을 것이다. 이는 중재판정부 입장에서는 더욱 부담을 느낄 수밖에 없는 구조이다.

세 번째 문제는 된서리 효과(Chilling Effect) 문제이다. ISDS 절차에 참여하는 피제소국 정부 담당관의 경우 자신의 발언이나 주장사항이 대외에 공개된다는 측면을 인지할 수밖에 없고, 그렇다면 주장사항의 선택이나 제기 방법에 상당한 제한을 느낄 수 있다. 특히 이러한 사항은 WTO 분쟁해결절차 등에서 각국 정부가 민감하게 느끼는 부분 중 하나로 투자분쟁해결절차에서 이러한 부분이 어떻게 적용될 것인지에 대하여 면밀한 검토가 필요하다. WTO 분쟁해결절차에서 패널 보고서에 어떠한 내용이 기재되어 대외에 공개되는지 여부에 따라 특정한 주장을 포함시키기도 하고 배제하기도 하기 때문이다. 그 공개가 상당히 제한적인 WTO 분쟁해결절차에서도 이러한 측면이 감지된다면, 전면적으로 투명성 원칙을 채택하고자 하는 투명성 규칙 체제 하에서는 그러한 심적 제한 효과가 더욱 증폭될 것이다. 따라서 해당 분쟁에서의 최선의 방어를 위한 논리와 사실관계의 제시가 그 공개로 초래될 국내정치적 부담으로 인하여 일종의 자기검열 과정을 통하여 위축될 가능성도 있다. 이러한 상황은 결국은 투자 유치국 정부에 불리하며 제소자인 외국인 투자자에게는 유리한 소송 환경이 아닐 수 없다. 이러한 부분에 대한 우려는 투명성 규칙 논의 과정에서도 일부 제시되었으나 충분한 검토가 이루어진 것은 아닌 것으로 볼 수 있다.

이 역시 실제 분쟁해결절차에서 투명성이 적용되어 본 경험이 없으므로 그 실제적 파급효과에 대한 검토는 상대적으로 미흡하였던 것으로 보인다.

### ③ UNCITRAL 투명성 규칙과 기존의 BIT/FTA 투자챕터와의 관계

UNCITRAL 투명성 규칙이 채택된 이후 기존의 BIT 혹은 FTA 투자챕터에 이러한 규칙이 적용될 것인지가 문제될 수 있다. 이와 관련하여 기존의 투자협정의 당사국은 별도의 합의를 통하여 투명성 규칙을 적용할 것인지 여부를 결정하게 된다. 즉, 기존의 협정을 투명성 규칙이 자동적으로 개정하는 것은 아니며, 계약 당사국들이 투명성 규칙을 채택할 것인지 여부를 결정할 수 있는 선택지가 제시된다.

그러나 투명성 규칙이 채택된 후 새로이 교섭되는 투자협정에 대해서는 별도의 명시적인 언급이 없는 한 새로 채택된 투명성 규칙이 적용된다는 사실을 유념하여야 한다. 그리고 이 투명성 규칙은 기본적으로 UNCITRAL 규칙에 따라 중재절차가 진행되는 경우에만 적용된다. 물론 다른 중재절차로 진행되는 경우에도 당사국들의 합의에 의하여 투명성 규칙이 적용될 가능성은 여전히 남아 있다.

### (3) 향후 투명성 규칙 운영 방향

이러한 점을 감안하면 향후 투명성 제고를 향하여 나아가는 일반적 방향은 일단 정하여져 있는 것으로 볼 수 있으나 구체적으로 투명성 제고와 관련하여서는 다양한 문제점도 아울러 존재하고 있으므로 이를 종합적으로 고려하여 투명성 규칙을 적용하는 노력을 경주하여야 할 것이다. 그러므로 우리 입장에서는 투명성 규칙을 그 자체로서 전체적으로 수용하기 보다는 그 취지와 내용을 숙지하고 협정 상대방과의 구체적인 논의를 통하여 어떠한 조항을 어떠한 방식으로 수용할 것인지를 정하고 그 내용을 구체적으로 투자협정에 포함시키는 방식

으로 진행하는 것이 적절할 것으로 본다. 원래 투명성 규칙의 취지는 해당 규칙이 전체로서 수용되는 것을 전체로 도입되었으나 위에서 언급한 바와 같이 이 내용을 그대로 수용하여 적용하는 것은 아직은 시기상조인 것으로 보인다. 그러므로 해당 조항을 적절히 변경하여 개별 투자협정에 포함시켜 운용하는 것이 합리적인 대안일 것으로 생각한다. 그리고 물론 이러한 개별 협정별 조정 과정에서 추후 투명성 규칙을 실제 적용하는 과정에서의 경험과 시행착오를 적극 반영하는 노력이 필요할 것이다. 그리고 아직은 애매한 상태로 남아 있는 투명성 규칙에 포함된 다양한 용어들의 구체적인 의미와 해석도 이러한 조정 작업을 거치며 보다 구체화, 정치화될 것으로 판단된다.

### 3. 2014년 UNCITRAL 투명성 협약

#### (1) 협상 개요

투명성 규칙이 채택된 이후, 향후 투명성 관련 협약을 채택하기 위하여 UNCITRAL 내에서는 W/G이 지속적인 논의를 전개하였다. 투명성 협약 채택과 관련하여 추진하는 입장과 신중한 입장을 보인 양 그룹간의 이견을 반영하여 일단 향후 W/G이 투명성 관련 협약에 관한 검토는 개시하되, 그 논의 과정에서 그러한 협약이 초래하는 제반 문제점과 일부 국가의 우려 사항도 충분히 반영하여 동 협약의 필요성, 그리고 필요하다고 결정될 경우 협약의 구체적 내용 등에 관한 검토를 진행하도록 하는 수준에서 양측의 타협안이 도출되었다. 이러한 논의 과정을 거쳐 2013년 9월 시작된 투명성 협약 논의는 2014년 2월 제60차 작업반(Working Group) 회의에서 투명성 협약과 관련한 주요 쟁점에 대한 기본적 합의가 이루어졌다. 특히 투명성 협약 관련 논의의 핵심 쟁점 중 하나인 동 협약의 적용 범위 (제3조: Application of the UNCITRAL Rules)와 유보의 범위 및 효과 (제5조: Reservation)에



대하여 작업반 회의 참가국간 심도 있는 논의가 이루어졌으며 기본 골격과 포함 내용에 대하여 전체적으로 공감대가 형성된 것으로 평가된다. 또한 이 과정에서 기존 투자협정 (2014년 3월 31일 이전 체결), 미래의 투자협정 (2014년 4월 1일 이후 체결) 및 투명성 협약간 3자간의 관계를 어떻게 규율할 것인지가 주요한 쟁점으로 논의되었다. 이후 2014년 7월에 개최된 UNCITRAL 비엔나 회의에서 이루어진 제3회 독에서 이러한 잔존 문제들에 대한 전반적인 검토가 이루어진 후 최종적인 문안에 대한 확정 작업이 이루어졌다.

## (2) 투명성 규칙과 협약의 상관 관계

투명성 규칙과 투명성 협약은 상호 보완 관계에 있다. 기본적으로 투명성 규칙은 2014년 4월 1일 이후 체결되는 투자협정에 대하여 당사국의 선택에 의하여 적용되게 되어 있다. 즉, 투명성을 강화하고자 하는 국가들은 투자협정을 체결함에 있어 투명성 규칙을 명시적으로 채택하면 이에 따라 자신들의 분쟁을 해결할 수 있다. 그리고 이를 희망하지 않는 국가들은 그러한 규칙을 채택하지 않음으로써 기존의 방식대로 분쟁을 해결할 것이다. 투명성 규칙의 제1조는 이러한 골격을 조문화하고 있다. 그런데 이러한 체제에서 미완의 숙제로 남은 문제는 투명성 규칙을 적용하기를 희망하는 국가들이 자신이 이미 체결한 과거의 투자협정에 대해서는 이를 적용하는 방안이 마땅치 않다는 것이다. 개별적으로 양자협정을 모두 개정하여 투명성 규칙을 포함하든가 아니면 별도의 합의로 (가령 일종의 부속서신 side letter를 교환하여) 투명성 규칙을 도입하는 것으로 합의할 수 있을 것이나 이는 실무적으로 매우 어려운 현실이다. 따라서 이러한 점을 감안하여 투명성 규칙만을 개정하는 별도의 절차를 모색하기에 이르렀고 그 결과 탄생한 것이 바로 투명성 협약이다. 즉, 투명성 협약을 체결함으로써



협약 가입 당사국 사이에서는 과거 체결한 모든 투자협정에 대해서도 투명성 규칙을 적용하는 것으로 일거에 처리할 수 있는 것이다.

### (3) 주요 내용 및 쟁점

#### ① 구 성

UNCITRAL 투명성 협약은 전문 및 총 11개의 조항으로 이루어져 있다. 투명성 협약은 중재 절차에 관련된 공공 이익을 고려하여 ISDS 절차에 투명성에 관한 규정이 필요함을 인정하고, 기 체결된 투자조약 하에서의 중재에 UNCITRAL 투명성 규칙의 적용을 촉진하는 것의 실제적 중요성에 주목하여 이루어진 협약이다

#### UNCITRAL 투명성 협약

전문

제 1 조 적용범위

제 2 조 UNCITRAL 투명성 규칙의 적용

제 3 조 유 보

제 4 조 유보의 형성

제 5 조 투자자-국가 중재에의 적용

제 6 조 기탁처

제 7 조 서명, 비준, 수락, 승인, 가입

제 8 조 지역경제통합기구의 참여

제 9 조 발 효

제10조 개 정

제11조 이 협약의 탈퇴

② 주요 쟁점

국가 간 서로 다른 견해를 표명하였던 주된 이유는 투명성 원칙에 대하여 기본적인 시각차가 있었기 때문이라기보다는 투명성 규칙이 초래하는 다양한 실제적 함의에 대하여 서로 다른 입장을 견지하였기 때문으로 볼 수 있다. 이러한 문제의 출발은 결국 투명성 규칙이 실제 적용된 사례가 한 번도 없다는 점, 그리고 이러한 방식으로 기존에 체결된 수많은 양자 간 협정을 다자간 협약을 통하여 일거에 개정하고자 하는 시도가 이전에는 없었다는 점에 기인하고 있는 것으로 보인다. 투명성 원칙과 관련하여 목도되는 이견은 이러한 부분을 서로 어떻게 이해하는지에 대한 차이라고 볼 수 있다. 한편으로 이러한 문제는 사소한 실무적인 문제이므로 투명성 원칙을 적용하여 가면서 자기수정의 과정을 거치며 해소될 수 있는 것으로 볼 수도 있는 반면, 다른 한편으로 이러한 문제는 이미 국제사회의 논란의 중심에 서 있는 투자분쟁해결절차의 민감성을 더욱 증폭시키는 촉매제가 될 수도 있기 때문이다. 결국 한 번도 거쳐 가지 않은 길에 대한 예측을 어떻게 할 것인지에 대하여 국가별로 입장이 상이한 것으로 요약할 수 있겠다.

나아가 재판절차와 문서에 대한 공개를 기본원칙으로 삼고 있는 서구식 법률문화를 갖고 있는 국가와 그렇지 않은 국가 사이에서도 이 문제에 대하여 온도차가 발견되기도 한다. 전자의 경우 재판절차는 당연히 공개되는 것이 원칙이며 공개되지 않는 것이 비정상적인 상황이라고 이해하는 반면, 후자의 경우 국가가 참여하는 국제분쟁에서는 심리나 자료는 공개되지 않는 것이 타당하다는 입장을 견지하고 있다. 이러한 견해의 차이는 비단 투자분쟁해결절차에서만 대두되는 것이 아니라 국제분쟁해결절차 전반에서 나타나는 문제이다. 일단 투명성 규칙이 도입되어 적용되는 단계로 들어서고 있으므로 이제 이러한

시각차가 보다 본격적으로 대두될 수 있는 환경이 마련될 것이다. 그리고 이러한 상황에 직면하면 국가들 간 이견과 대립은 구체적으로 제시될 것으로 예측된다.

한편으로 중재절차를 어떻게 파악하는지에 대한 시각 차이에서도 기인하고 있다. 기본적으로 중재절차는 당사자 간 자발적인 해결을 도모하고자 법원 외 절차로 진행되는 것으로 외부에 공개되지 않는 것이 원칙이었다. UNCITRAL은 이러한 중재의 기본원칙이 왜 투자중재에 대해서는 적용되지 말아야 하는지 충분한 설명이 아직 제시되어 있지 않다. 투자중재가 중재의 골격을 그대로 유지하고 있는 한, 이를 중재의 본래의 영역으로부터 끌어내어 별도의 절차로 독자적인 발전을 도모하는 것이 반드시 현명한 것인지는 곰곰이 생각하여 보아야 할 문제이다.

대체로 이러한 복합적인 요인이 중첩적으로 작용하여 투명성 원칙에 대한 다양한 입장 차이를 초래한 것으로 보인다. 앞으로 이러한 문제에 대한 각국의 인식이 어떻게 변화하고 또 경험이 어떻게 축적되는지 여부에 따라 이 원칙에 대한 각국의 입장 역시 지속적으로 변화할 것이다.

#### 4. 향후 논의의 전망 및 시사점

##### ① 투명성 규칙 및 투명성 협약을 반영한 투자협정상 투명성 관련 조항의 검토

투명성 조항 도입과 관련하여 우리 투자협정 및 모델 텍스트에도 일단 국제적 흐름을 적극 반영하는 것이 필요하다. 다만 실제 적용과정상의 우리 정부의 비대칭적인 부담을 차단하기 위한 안전장치를 도입하는 것이 필요할 것이다. 특히 투명성 적용의 예외사항에 해당하는 비밀정보에 해당하는지 여부에 대한 판단에 있어 해당 정부의 재

량권을 최대한 확보하는 조항을 도입하는 것이 필요할 것이다. 가령, 국내 관련법령상 그러한 정보의 제공이 금지되거나 제한되는 경우 이를 투명성 관련 조항에서 제외되는 것으로 규정하거나 또는 법령상 근거가 없더라도 국내형사사법절차 진행상 필요한 경우에는 역시 투명성 조항에서 제외되는 것으로 규정하는 방안을 검토할 수 있을 것이다. 또한 ISDS 절차의 공개방송이나 공개심리를 참관한 국내외 이해관계자들이 이를 근거로 우리 국내법원에 민형사상 소송을 제기하거나 또는 새로운 투자분쟁해결절차를 개시하는 가능성을 어떻게 제한할 것인지 여부를 구체적으로 검토할 필요가 있다.

## ② BIT/FTA 교섭 및 체결 시 유의점

일부 국가들은 조약 해석과 관련한 국내외 재판과 관련하여 자신들의 입장을 적극 개선하는 방침을 정하고 있다. 따라서 이러한 의견 개선이 ISDS 절차에 미치는 영향을 감안하여 분쟁해결절차 조항을 도입하여야 한다. 그리고 그러한 참여가 대외에 공개되어 외교분쟁화 되는 경우 발생하는 다양한 파급효과에 대해서도 파악하여 협상 시 조문에 반영하여야 한다. 또한 다른 조약과 마찬가지로 투자협정은 일단 한번 체결되면 이를 그 이후에 수정 내지 개정하는 것은 사실상 쉽지 않다. 따라서 최초 체결 시 가장 보수적으로 협정문을 채택하는 것이 중요하다.

한편, 투자협정에 명확하게 표시되지 않은 부분, 보다 구체적으로 투명성 원칙을 수용함에 있어 분명하게 표시되지 않은 부분은 해당 분쟁을 담당하게 되는 중재판정부가 결국 이를 독자적으로 결정하게 된다는 점에 유념할 필요가 있다. 우리가 구체적인 조항을 협정문에 포함시키지 않는 것은 이를 추후에 검토하겠다는 의미로 이해할 것이 아니라 결국 투자분쟁을 담당하는 중재판정부의 결정에 맡기는 것으로 파악하는 것이 보다 정확하다. 그런데 중재판정부는 주로 서구 중

심의 전문가로 구성되어 투명성 원칙에 대하여 우리가 일반적으로 생각하는 수준보다 높은 수준으로 투명성 원칙을 이해하고 적용할 가능성이 상대적으로 높다. 이러한 점 역시 유념하여야 할 부분이다.

### ③ 우리나라의 ISDS 절차 참여 관련 시사점

법리적, 현실적 측면에서 ISDS 절차는 국가 대 국가간 분쟁해결절차와는 본질적으로 상이한 역학관계에 따라 전개될 가능성이 크다. 따라서 ISDS 절차에서 투명성 원칙의 대거 유입을 모토로 하는 최근의 흐름으로부터 향후 투자분쟁해결절차를 구체적으로 준비하는 상황을 염두에 두고 시사점을 도출해볼 수 있을 것이다. 특히, ISDS 절차에서 외국인 변호사를 선임할 경우 이에 대한 부정적 국내 여론 대처 문제, 번역 및 통역 문제, 우리 정부 대리인과 변호인간 의견 조율 및 협조 문제에 대한 준비가 필요하다. 또한 국내 전문가와의 유기적 협조 체제 구축, 투자분쟁해결절차의 현실적 측면 고려, 우리 기업의 활용 가능성, 투명성 원칙 적용을 통한 긍정적 측면을 고려하여 투명성 원칙을 적극적으로 활용하는 방안을 모색해볼 필요가 있을 것이다.

## 제 4 절 UNCITRAL W/G III의 ODR 절차 규칙에 관한 논의 분석과 전망<sup>8)</sup>

### 1. UNCITRAL W/G III의 논의 개관

2010년부터 UNCITRAL W/G III에서는 국경을 넘어서 이루어지는 전자상거래에서 발생하는 소액의 대량 분쟁을 다룰 수 있는 온라인

---

8) 해당 연구는 본 보고서의 4편에 해당하는 “UNCITRAL W/G III의 ODR 절차 규칙에 관한 논의 분석과 전망”이라는 주제로 해당 W/G의 의장 및 한국대표단으로 참석한 이화여대 오수근 교수가 담당하였다. 이하에서는 해당 연구보고서의 내용을 간략하게 정리·소개하였으며, 자세한 내용은 제4편 보고서를 참고하기 바란다. 이하 개별 각주는 생략하기로 한다.

분쟁해결(Online Dispute Resolution, ‘ODR’)을 위한 법적 절차를 만들기 위한 기본적 논의가 진행되고 있다. 현재 사전중재합의의 유효성을 인정하는 입법례와 부정하는 입법례를 망라하기 위하여 중재절차가 있는 Track I과 중재절차가 없는 Track II로 나누어 절차규칙을 성안하고 있다.

2010년 10월 UNCITRAL W/G III 에서 처음 온라인 분쟁해결(ODR)에 대한 논의를 시작할 때 전 세계적으로 ODR에 대한 확립된 모델이 존재하지 않았기 때문에 ODR의 체계나 절차진행에 대해 참가자들간에 공통적인 이해가 적었다. 초기에는 ‘협상’ → ‘촉진된 합의’ → ‘제3자의 권고’ 라는 세 단계의 과정으로 온라인 분쟁해결이 진행된다고 전제하고 이에 필요한 절차규칙을 마련하기 위한 논의를 시작하였다. 그런데 세 번째 단계에서 제3자의 권고가 어떤 법적 효력을 갖는지에 대해 논란이 생겼다.

전 세계적으로 보면 소비자 분쟁에서 분쟁발생 이전에 당사자가 중재에 의해 분쟁을 해결하기로 합의한 것을 무효로 보는 국가가 적지 않다(유럽, 캐나다, 일본 등). 그래서 유럽연합과 유럽 각국 그리고 캐나다는 ODR에서 중재와 동일한 단계를 두는 것을 허용할 수 없다는 점을 분명히 했고 그러한 상황에서는 ODR 절차에 전통적인 의미의 중재를 둘 수 없었다.

그래서 타협책으로 ODR 절차를 중재가 있는 절차(Track I)와 없는 절차(Track II)의 두 가지로 나누어 각기 절차규칙을 마련하기로 하였다. 제29차 회의에서는 먼저 Track II의 절차규칙을 성안하기로 하고 대부분의 내용에 대해 제29차 회의에서 합의하였다.

## 2. UNCITRAL W/G III 제29차 회의 주요 내용 및 쟁점 분석

### (1) 구 성

UNCITRAL W/G III 제29차 회의에서는 이른바 Two Track System  
중에서 강제적인 중재절차가 없는 Track II의 절차규칙을 마무리하였  
다<sup>9)</sup>. ODR 절차 규칙(안)의 주요 조문 구성은 다음과 같다.

#### ODR 절차 규칙(안)

전 문

제 1 조 (적용 범위)

제 2 조 (정의)

제 3 조 (통신)

제4A조 (통지)

제4B조 (응답)

제4C조 (반대신청)

제 5 조 (협상 및 합의)

제 6 조 (촉진된 합의)

제 7 조 (중립자의 권고)

제 8 조 (분쟁해결)

제 9 조 (중립자의 지명)

제10조 (중립자의 사임 내지 교체)

제11조 (중립자의 권한)

제12조 (ODR 제공자)

제13조 (절차상 언어)

9) 현재 ODR 절차규칙은 논의 과정에 있으며, 제30차 회의에서는 Track I, Track II  
의 Two Track 모델에서 다시 Single Track 통합하는 방향으로 논의가 전개되고 있  
다. 제30차 회의 등 이후의 회의에서 논의되는 사항은 다음 연구과제로 남겨두고,  
본 연구는 제29차 회의의 내용만을 정리한다.



제14조 (대리)

제15조 (비용)

## (2) 주요 내용 및 쟁점

### ① ODR 제공자, ODR 플랫폼 및 ODR 관리자

W/G은 현재의 온라인 분쟁해결의 특징과, ODR 제공자와 ODR 플랫폼 간의 규칙 초안에서의 차이가 ODR 실무가 미래에 어떻게 바뀔지를 반영했는지 검토하였다. 세 가지 제안이 있었는데 첫째 제안은 “ODR 관리자”라는 용어로 그 개념을 집중시키는 것이 ODR 체계의 발전과 관련하여 유연성을 부여하는 것과 더불어 현재의 실무를 가장 잘 담아낸다는 설명이었다. 둘째 제안은 관리자와 플랫폼 모두를 정의하여 사용하자는 것이었고, 이는 모든 규칙에서의 모든 통신이 플랫폼을 통해 이루어졌다는 것을 보장하기 위함이었다. 셋째 제안은 서로 다른 기관의 기초적인 책임 및 행위가 이 규칙의 이용자들에게 투명하여야 한다는 것에 근거하여 “ODR 플랫폼”과 “ODR 제공자”에 대한 서로 다른 정의를 두어야 한다고 하였다. 이에 대하여 그러한 방법으로 용어들을 분산시키는 것은 기술적인 발전을 수용할 수 있는 단일하고 유연한 용어보다 기술적으로 덜 중립적이라고 여겨졌다. 또한 궁극적으로 서비스를 제공할 책임이 있는 “ODR 관리자”를 정의한다고 하지만 후속 기능에서와 같이 그 관리자가 하는 것을 모두 정의할 필요가 없다는 의견도 있었다.

규칙이 기술적으로 중립적인 접근법을 보유했다는 것을 보장하도록 하는 제안을 위해 규칙이 기술적인 방법론을 정의할 때 지나치게 규범적이지 않아야 한다. 그뿐만 아니라, 실무에서는 “ODR 플랫폼” 및 “ODR 제공자”라는 용어가 온라인 분쟁해결 분야에서 사용되지 않고



그 용어들에 대한 명확하고 분명한 정의를 제공하는 것이 어렵다. 실무작업반은 기본적으로 ‘ODR 관리자’라는 개념을 사용하기로 하고 이 개념을 중심으로 하여 규칙 초안을 성안하기로 하였다.

### ② 실행력 확보

Track II의 가장 큰 약점은 제3자의 권고에 어떻게 실행력을 부여할 것인가 하는 점이다. Track II의 마지막 단계에서 제3자의 권고는 기판력도 없고 집행력도 없다. 그 권고를 사법적으로 이행하게 할 수 없기 때문에 두 가지 문제가 남는다. 하나는 사건이 완전히 끝난 것이 아니기 때문에 사법절차로 이행할 가능성이 있어서 ODR에서 종국적인 해결을 기대하는 판매자에게는 충분한 보호수단이 되지 않는 점이다. 다른 하나는 권고 또는 결정에 집행력이 없기 때문에 소비자 보호가 충분히 되지 않고 그래서 소비자들의 이용이 적을 것이라는 우려이다. 이 문제를 해결하기 위해서 Track II의 지지자들은 사법적 집행력이 아닌 시장에서의 압력을 통한 사실상의 집행력을 기대하고 그 점을 절차규칙에 두려고 한다. 실행력의 확보가 Track II의 성패를 결정할 요소인데 판매자들이 얼마나 적극적으로 권고에 따르게 하는가가 관건이다.

### ③ Track의 선택

Track II의 절차규칙을 논의하는 과정에서 간간히 두 개의 Track 중 어느 단계에서 어떤 방법으로 선택하게 하는가가 논의되었다. Two Track System이 처음 제안되었을 때에는 사전중재합의의 유효성을 조사하여 Track I이 적용될 수 있는 나라의 목록을 만들어 그 나라와 관련해서만 Track I을 이용할 수 있도록 하는 안이 논의되었었는데 현실적으로 가능한 방법인지에 대한 의문이 있다.

사실상 준거법을 결정하는 것이 어려운 전자상거래에서 관할권에 따라 적용되는 규칙이 달라진다는 것은 치명적인 약점이 된다. 앞으로 이 문제를 어떻게 해결하지가 주목된다.

#### ④ 기타 논의 사항

회의 둘째날 ODR 업계에서 활동중인 실무가들로부터 ODR의 운영 현황 및 각 ODR 운영자들의 의견을 듣는 기회가 있었다. 그 내용을 요약하면 아래와 같다.

각국의 ODR 운영현황을 보면 ODR 주체는 영리성 여부를 기준으로 영리와 비영리로 구분할 수 있다. 영리의 성질을 가지는 ODR은 비즈니스 모델로 접근하는데 미국에서 활동하는 ODR 제공자는 주로 영리성을 갖고 있다. 비영리의 성질을 가진 ODR의 운영주체로서 국가 또는 공공기관인데 남미에서 주로 활동하고 있다.<sup>10)</sup>

발표에 나선 ODR 운영자들은 효용 및 고객 만족에 초점을 맞춘 분쟁해결체계가 목표라는 점을 분명히 했다. 즉 대체적 분쟁해결이 배상에 초점을 맞추는 것이 아니라 시스템의 효용과 이용자의 만족에 초점을 맞추어 다양한 분쟁해결 절차를 개발하여 운영하고 있다고 한다. 거래과정에서의 분쟁은 필수적으로 발생하는 비용인데, 이는 거래의 효용을 낮추는 요소로 작용하는데 비용은 분쟁의 기간과 밀접하게 관련되어 있으므로 최대한 신속하게 해결하는 것이 관건이다. 즉 비

---

10) 현재 운영 중인 ODR 제공자로는 다음과 같은 주체가 있다.

- Equibbly(<http://www.equibbly.com>)
- Jurippax (<http://www.juripax.com>)
- Justicebox(<http://www.justicebox.net>)
- Mediation in the clouds(<http://mediationthecLOUDS.com>)
- Modria(<http://www.modria.com>)
- Pactanda (<http://www.pactanda.com>)
- People claim (<http://www.peopleclaim.com>)
- Smartsettle(<http://www.smartsettle.com>)
- Taobao.com(<http://www.taobao.com>)
- Youstice(<http://www.youstice.com>)

용 최소화에 목표를 두고 ODR 절차를 신속하게 진행하는 것에 집중해야 한다고 강조하였다.

분쟁해결을 통해 양 당사자가 만족을 얻기 위해서 일방적인 배상만을 강요할 필요는 없다. 양 당사자의 청구내용을 조율하면서 다양한 분쟁해결 프로세스를 개발 적용하는 것이 필요한데 예를 들어 양당사자의 합의를 바탕으로 제3자에 기부를 하는 것도 분쟁 해결의 한 방법이다. ODR이 지향하는 바는 신속성 외에도 투명성과 공정성이 있다. 이러한 분쟁해결의 가치를 실현하기 위한 제도적 장치를 마련하는 것인데 지나치게 규범 중심적인 사고는 오히려 ODR의 발전을 저해한다.

### 3. 향후 논의의 전망 및 시사점

#### ① 향후 전망

2014년 10월 개최되는 제30차 회의에서는 Track I에 대한 절차규칙이 성안될 것으로 전망된다. 그러면 두 개의 절차규칙을 조문별로 조율하고, 양자간의 선택방법을 규정하는 작업이 이어질 것이다. 이 과정에서 Two Track System을 유지할지 아니면 타협을 하여 단일안을 만들지를 다시 한번 논의하게 될 것이다.

문제는 중재단계를 고집하는 미국과 이를 수용할 수 없다는 유럽이 어느 선에서 타협점을 찾을 것인가 인데 현재로서는 어떻게 타협이 될지는 짐작하기 어렵다. 앞으로 절차규칙이 규범력을 가지려면 일단 Two Track System에 따라 두 개의 절차 규칙을 시장에 내 놓고 실무계의 반응을 보는 과정이 필요하다고 본다.

#### ② 우리나라의 대응 및 시사점

우리나라는 소비자 중재제도를 두고 있지 않으므로 Track II의 절차 규정이 전체적으로 우리나라의 법체계에 부담이 없다. EU는 Track II의 실행력을 보장하기 위하여 새로운 제도를 도입하려고 하는데 우

리나라 약관규제법과의 충돌이 우려된다. 예를 들어 국내 소비자가 외국 사업자와 전자상거래를 할 때 분쟁이 발생하였는데 외국 사업자의 약관에 따라 국내 소비자가 촉진된 합의에 따른다고 해석하여 실행력을 부여하면 사실상 국내 소비자의 재판청구권을 침해하게 되어 약관규제법을 위반하는 결과가 될 수 있다. 이 점과 관련하여 좀 더 다각적인 검토가 필요하다.

지금까지 우리나라에서는 전자상거래 관련 분쟁에서 사전중재합의가 유효한지 아닌지에 대해 확립된 견해는 없는 것으로 보인다. 일반적으로 소비자 관련 사전중재합의는 무효라는 해석론에 따르면 전자상거래에서도 무효라고 볼 가능성이 높다. 그러나 소액 다량의 전자상거래에서는 사실상 사법절차에 의한 구제를 생각하기 어렵기 때문에 사전조정합의가 소비자에게 불리하다는 견해는 그리 설득력이 있어 보이지는 않는다.

우리나라로서는 먼저 다량 소액의 국제 전자상거래에서 사전중재합의의 효력을 어떻게 볼 것인가에 대한 공통의 인식을 마련하는 일이 급선무라고 생각된다. 그렇지 않고 현재처럼 모호한 상태에서는 UNCITRAL에서 어떤 입장을 취할지 결정하기 어렵기 때문이다.

또 다른 고려사항은 우리나라의 독특한 분쟁해결 방식이다. 우리나라에서는 한국소비자원이나 전자상거래 분쟁조정위원회와 같은 공적 기구가 소비자 분쟁을 처리하고 있어 상업적인 ODR제공자가 나오기 어려운 형편이다. 대신 외국의 ODR 제공자가 얼마간의 틈새시장을 보고 한국 시장 진출을 도모하고 있는 형편이다.

외국 ODR 제공자가 한국 시장을 장악하는 것을 방지하기 위해서라도 소비자보호를 목적으로 하는 공적기관이 현재와 같은 전화상담 위주에서 벗어나 온라인 분쟁해결 방식을 시스템 안에 장착하는 노력이 필요하다고 본다. 그 과정에서 온라인 분쟁해결의 경험을 쌓아 외국 시장에 진출할 기회를 얻을 수 있을 것이다.

## 제 5 절 UNCITRAL W/G IV의 전자양도성 기록에 대한 논의 분석과 전망<sup>11)</sup>

### 1. UNCITRAL W/G III의 논의 개관

UNCITRAL은 전자양도성기록(Electronic Transferable Record)에 대한 법적 규율을 의제로 선정하여 2013년 5월 제47차 UNCITRAL IV 전자상거래 분과 실무작업반에서 처음으로 “전자양도성기록 규정안(Draft provisions on electronic transferable records)”이 제안되어 새롭게 논의가 시작되었다. 2013년 12월에 비엔나에서 개최된 제48차 실무작업반, 2014년 4월에 뉴욕에서 개최된 제49차 실무작업반에서도 계속 축조심의가 이루어졌으며, 2014년 11월에 비엔나에서 개최될 제50차 실무작업반에서도 계속 논의가 이루어질 예정이다. 이하에서는 제48차 실무작업반의 논의사항과 그 결과를 반영한 제3초안의 내용 및 제49차 실무작업반의 논의사항과 그 결과를 반영한 제4초안의 내용을 검토한다.

### 2. UNCITRAL W/G IV 제48차 및 제49차 회의 주요 내용 및 쟁점 분석

#### (1) 구 성

#### 전자양도성기록 규정(안)

##### A. 일반 (제1조~제6조)

##### 제 1 조 적용범위

11) 해당 연구는 본 보고서의 5편에 해당하는 “UNCITRAL W/G IV의 전자양도성기록에 관한 논의 분석과 전망(2)”이라는 주제로 해당 W/G의 한국대표단으로 참석한 가천대 최경진 교수가 담당하였다. 이하에서는 해당 연구보고서의 내용을 간략하게 정리·소개하였으며, 자세한 내용은 제5편 보고서를 참고하기 바란다. 이하 개별 각주는 생략하기로 한다.

제 2 조 적용제외

제 3 조 정의

제 4 조 해석

제 5 조 당사자 자치 [및 계약관계]

제 6 조 정보 요건

**B. 전자거래 규정 (제7조~제9조)**

제 7 조 전자양도성기록의 법적 승인

제 8 조 서면

제 9 조 서명

**C. 전자양도성기록의 이용 (제10조~제30조)**

제10조 [종이 기반 양도성 문서 또는 증서] [유효한 전자기록] [전자양도성 기록]

제11조 전자양도성기록의 완결성

제12조 일반 신뢰성 기준

제13조 전자양도성기록의 송수신 시기와 장소

제14조 전자양도성기록의 이용 동의

[제15조 복수 원본[의 발행]

제16조 전자양도성기록의 실체적 정보 요건

제17조 전자양도성기록의 부가정보

제18조 점유

제19조 [지배를 가진 자의 간주]

제20조 교부

제21조 제시

제22조 배서

제23조 전자양도성기록의 이전

제24조 전자양도성기록의 정정

제25조 재발행

제26조 교체

제27조 전자양도성기록의 분할 및 통합

제28조 전자양도성기록의 폐지

제29조 담보권을 목적으로 한 전자양도성기록의 이용

제30조 전자양도성기록 [상의 정보]의 보관

D. 제3자 서비스 제공자

제31조 제3자 서비스 제공자의 임무

제32조 신뢰성

E. 전자양도성기록의 국경간 승인

제33조 외국 전자양도성기록의 무차별

(2) 주요 내용 및 쟁점

① 규범의 이중성 지양

UNCITRAL이 전자계약협약을 채택함으로써 오프라인 국제거래에 적용되던 CISG를 전자적인 방식에 의한 국제거래에도 적용될 수 있도록 한 것과 마찬가지로 종이문서를 기반으로 했던 유가증권에서 더 나아가 전자적인 양도성 문서도 법적인 유효성을 인정할 수 있도록 법적 근거를 마련하고자 하는 것이 규정안 논의의 핵심 목표이다. 이러한 목표를 달성하기 위하여 기존의 실체법 규범과 다른 새로운 전자양도성기록 법체계를 마련할 것인지, 기존의 실체법 규범의 틀을 그대로 유지하면서 전자적인 방식을 그 틀의 연장선상에서 규율할 수 있도록 하는 가교로서의 역할만을 하도록 할 것인지, 아니면 기존 실체법 규범의 연장선상에서 전자양도성기록을 활용할 수 있도록 하면서도 새로운 전자양도성기록 법체계의 도입도 가능하도록 할 것인지가 문제되었다. 어떠한 방식을 취한다고 하더라도 오프라인 상의 유가증권에 대하여는 종래 실체법 규범이 적용되고, 온라인상의 전자양도성기록에 대하여는 새로운 규정안이 적용됨으로써 규범이 이중화되는 문제가 발생한다.



이를 위해 실무작업반의 논의과정에서는 실체법이 규율하는 사항에 대하여는 다루지 말아야 한다는 점을 명확히 하였다. 이에 따라 제1 초안에서부터 제4초안에 이르기까지 규범의 이중성을 지양하고 실체법적 색채를 제거하기 위한 노력이 이루어졌다. 이러한 기본적인 방향에 비추어 향후의 WG IV의 논의 과정 혹은 최종적인 규정에서는 종래의 실체법과 충돌할 가능성이 있는 규정은 배제될 가능성이 매우 높고, 실체법적 요소가 존재하더라도 종래 실체법이 해결하지 못하는 전자양도성기록에 특유한 사항만을 다룰 것으로 예상된다.

## ② 적용범위 - 다른 협약과의 관계

규정안의 논의는 부득이 기존에 UNCITRAL에서 채택한 다양한 국제규범의 논의의 틀 위에서 이루어질 수밖에 없으며, 그러한 기존 규범들과 어떻게 조화시킬 것인가도 매우 중요한 문제가 된다.

규정안의 논의 과정에서 상충 논의가 많이 이루어졌던 기존의 UNCITRAL 규범은 “환어음 및 약속어음에 관하여 통일법을 제정하는 유엔 협약(United Nations Convention Providing a Uniform Law for Bills of Exchange and Promissory Notes (Geneva, 1930))”과 “수표에 관하여 통일법을 제정하는 유엔 협약(United Nations Convention Providing a Uniform Law for Cheques (Geneva, 1931))”(이하에서 두 협약을 “제네바 협약들”이라 함)이다. 제네바협약들의 규정은 종이 기반 환경을 위하여 제정된 것이라는 점은 명확하다. 문제는 제네바협약들의 당사국들이 전자적인 형태의 환어음, 약속어음, 수표를 제네바협약들 체계 하에서 도입할 수 있을 것인가 하는 점이다. 제네바협약들을 들여다 보면 종이 기반의 환어음, 약속어음 및 수표의 이용을 암시하는 규정을 포함하고 있기는 하지만, 종이 형식의 이용을 명시적으로 규정하고 있지는 않다. 따라서 제네바협약들이 전자적 매체의 이용을 명시적으로 배제하지는 않는다고 유연하게 해석할 수도 있으며, 이러한



입장을 취하게 되면 제네바협약들을 위반하지 않으면서도 제네바협약들을 보충할 수 있는 입법이 가능하게 된다.

UNCITRAL의 주요 목적의 하나는 국제거래에서 법적 안정성을 증진하는 것이고, 변화하는 거래 환경에 맞게 법을 발전시켜가는 것도 중요한 목표이다. 즉, 종이기반 문서의 이용을 요구하는 현행 규정으로부터 야기되는 전자적 수단의 이용에 대한 장애를 극복하기 위한 기능적 등가성을 수립하는 것은 WG IV의 지속적인 목표이다. 결국 종이에 기반한 제네바협약들의 규정에 대한 수정 없이 기존의 양도성 증서를 전자적 환경에 맞게 유통할 수 있도록 기능적인 등가성을 확보하기 위한 부가적인 규정을 두는 데에 논의가 집중될 수밖에 없다. 한편, 위와 같이 제네바협약들과의 잠재적인 상충 가능성이 존재할 수 있다는 일부의 우려로 인하여 불확정적이긴 하지만 제4초안 제2조 제3항에서는 제네바협약들과의 충돌을 방지하기 위하여 환어음, 약속어음 및 수표에는 적용되지 않는 것으로 규정하였다. 이는 규정안의 적용범위에서 종이 기반의 양도성 문서나 증서를 배제함으로써 규정안의 최종 법형식이 협약으로 결정되는 경우에 제네바협약들을 비롯한 다른 협약과의 충돌을 방지하기 위함이다.

### ③ 전자양도성기록의 점유와 지배

전자양도성기록과 관련하여 WG IV에서 논의되는 사항 중에서 가장 논란이 많으면서도 중요한 것이 전자양도성기록에 대한 점유 (possession)를 어떻게 규율할 것인가 하는 점이다. 오프라인 상에서 종이 기반의 양도성 문서나 증서에 대하여는 전통적인 점유 관념에 따라 규율이 이루어지면 되지만, 유형적인 실체가 없는 전자양도성기록에 대하여 전통적인 점유에 대응하는 기능을 어떻게 부여할 수 있을 것인가가 문제된다. 전자양도성기록의 제시, 교부, 양도 등 법적으로 중요한 효과를 발생시키는 행위들은 점유와 불가분의 관계에 있다.

전통적인 점유와 기능적 등가물을 고안하여 대등한 기능을 인정하게 되면 전자양도성기록에 대하여도 종래 종이 기반의 양도성 문서나 증서와 대등하게 규율할 수 있게 된다. 이러한 취지에 따라 WG IV는 전자양도성기록에 대한 점유를 실현하기 위하여 지배(control)라는 개념을 활용하고 있다.

#### 가. 점유와 지배

규정안은 법이 종이 기반 양도성 문서나 증서의 점유를 요구하거나 점유가 없는 경우의 결과를 규정하는 때에는 ‘신뢰할만한 방법’ 또는 ‘지배를 사실상 증명하는 방법’을 이용하여 전자양도성기록에 대한 지배를 설정함으로써 점유를 인정할 수 있다. WG IV는 기능적 등가성 확립, 기술 중립성 확보 및 실체법에 대한 개입 지양이라는 입장을 유지하려 노력하여, 가능한 점유에 대한 실체법적 요소는 배제하면서 전자양도성기록에 대한 점유를 실현하려는 방안으로 지배라는 관념을 사용하였고, 전자양도성기록에 대한 지배를 인정할 수 있는 기준을 설정하려고 시도하고 있다.

#### 나. 지 배

제18조의 규정과 관련하여, 제3조 정의 규정 중 “지배”의 정의에 대하여 검토가 이루어졌다. 즉, 지배(control)라는 개념은 종래 종이 기반의 양도성 문서나 증서에 대한 점유를 전자적 환경에서도 동일하게 실현하기 위하여 새롭게 도입한 개념이다. 이는 제3초안 제3조의 정의 규정에 없던 것을 제4초안에서 규정한 것이다. 기존의 실체법 체계에 대응하여 제4초안 제18조에 ‘점유’ 규정을 두면서 그와 연계한 기초 개념으로서 신설한 것이다.

이에 의하면, 지배란 “[그 전자양도성기록을 처리하거나 처분할 사실상의 권한][그 전자양도성기록을 사실상 처리하거나 처분할 권한]

[그 전자양도성기록의 사실상 지배]”를 의미한다. 그러나 대부분의 내용이 [ ] 안에 포함되어 있고 논란이 많은 부분이어서 향후 논의에 따라 수정 또는 삭제될 여지도 있다.

제4초안 제18조에 의하면, 전자양도성기록의 점유를 인정하기 위하여 핵심 개념으로서 “지배(control)”를 새롭게 도입하였다. 규정안에 따르면, 지배(control)란 “[그 전자양도성기록을 처리하거나 처분할 사실상의 권한][그 전자양도성기록을 사실상 처리하거나 처분할 권한][그 전자양도성기록의 사실상 지배]”를 의미한다.

#### 다. 지배의 간주

UETA는 양도성기록에 대한 지배를 가지는 것으로 간주할 수 있는 세이프하버 기준(Safe Harbor Standards)을 설정하고 있다. UETA에 따른 전자기록에 대한 지배는 종이에 대한 점유의 대체물로서의 역할을 한다. 이러한 UETA의 규율방식과 유사한 방식으로 규정안도 지배를 간주하는 규정을 두고 있다. 즉, 제4초안 제19조는 전자양도성기록에 대하여 다음과 같은 요건을 충족하는 경우에 그 전자양도성기록에 대한 지배를 가지는 것으로 본다. 즉, “(a) 그 전자양도성기록이 그를 [지배하는][지배를 주장하는][직간접적으로 그 전자기록 상의 지배를 가지는] 자로서 확인한 경우; 그리고 (b) 그 전자양도성기록이 그에 의하여 [유지되는] 경우”에는 전자양도성기록에 대한 지배를 인정하게 된다. 이는 UETA의 세이프하버 기준과 매우 유사하다. 결국 UETA나 규정안은 모두 점유를 인정하기 위한 핵심적 요소로서 지배라는 개념을 활용하면서도 지급받을 권리를 가진 자를 신뢰성 있게 확정할 수 있도록 법적 근거를 마련하는데 중점을 두고 있다.

#### 라. 검토

규정안은 점유에 대하여 직접적·실체법적으로 규정하고 있지는 않고, 점유의 의미나 판단에 대하여는 실체법에 맡기고 있다. 다만, 전

자양도성기록에 대하여도 종이 기반의 양도성 문서나 증서에서의 점유와 같은 기능을 부여하기 위하여, 예컨대 지배를 설정하기 위한 신뢰성 있는 방법을 이용하는 경우에는 점유를 인정한다. 앞에서 살펴본 바와 같이 실체법 상의 지배를 전자양도성기록에서 실현하기 위하여 ‘지배’라는 관념을 도입한 것이다. 그리고 ‘지배’에 대하여도 사실적 관념으로 이해를 하면서도, 기능적 등가성의 확보와 법적 안정성의 실현을 위하여 미국의 UETA가 취한 방식과 마찬가지로 지배의 간주에 관한을 제4초안 제19조에 규정하였다.

이상을 바탕으로 하여 우리 법상의 소지 혹은 점유 개념과 규정안 상의 점유를 검토하면, 규정안 상의 점유의 매개 개념인 지배도 ‘사실 상의 지배’로서 이해되어 우리 민법 상의 점유의 관념과 다르지 않다. 더욱이 규정안 상의 점유 개념은 실체법적 요소를 포함하지 않기 때문에 우리 법상의 소지 혹은 점유 개념을 그대로 따르게 된다.

결론적으로 규정안 상의 점유나 지배의 기본적인 관념은 현행 민법 상의 소지나 점유 관념과 상충되지는 않지만, 향후 규정안이 최종적으로 채택되어 국내 규범을 조화시킬 필요가 생겨나는 때에는 점유의 전자적 등가물 혹은 사실상 지배를 인정하기 위한 기준 등의 입법이 필요할 수 있다. 다만, 우리 법상으로도 점유는 불확정 개념이고 사실적 개념이기 때문에 사실관계에 따라 변화될 수 있다는 점을 고려할 때 규정안의 지배 간주 규정(제19조)을 한정적으로 규정하는 것은 지양하여야 하며, 국내에 도입하는 경우에도 사실관계에 따른 판단의 여지를 두기 위하여 예시적인 열거 규정의 형식을 취하는 것이 바람직하다.

### 3. 향후 논의의 전망 및 시사점

전자양도성기록은 전자기록 그 자체의 이전을 통하여 권리를 이전할 수 있는 전자적인 기록을 통칭하는 것으로 이해할 수 있는데, 전

자양도성기록 규정안이 법규범으로 채택되면 기존의 유가증권을 비롯한 각종 증권적 채권의 전자화 혹은 전자적인 발행·유통을 포괄하여 일원적으로 규율할 수 있게 되어 증권적 채권의 유통에 대한 국제적인 규율에 많은 영향을 미칠 것으로 예상된다. 특히 규정안이 최종적으로 채택되면, 국제거래가 경제의 상당한 부분을 차지하고 있는 우리나라의 경우에는 이미 시행되고 있는 「전자어음의 발행 및 유통에 관한 법률」이나 「전자금융거래법」 등 전자적인 양도성 문서와 관련된 법률에 직간접적으로 영향을 미칠 가능성이 있다. 따라서 UNCITRAL 논의가 진행되는 단계에서 국내법과 조화를 이루면서 국익에 해가 되지 않도록 적절히 대응하고, 나아가 국내 관련 법률의 개선점을 도출하기 위해서 규정안과 국내법을 비교 검토할 필요가 있다.

구체적으로 전자양도성기록과 관련하여 비교 검토를 상정할 수 있는 국내 법률로는 전자양도성기록의 기본 수단인 전자문서와 관련된 법률이나 증권적 채권과 관련된 법률을 들 수 있다. 전자문서에 관한 「전자문서 및 전자거래 기본법」, 전자서명에 관한 「전자서명법」, 증권적 채권에 관한 일반법적 규율을 하고 있는 「민법」, 전자약속어음에 관한 「전자어음의 발행 및 유통에 관한 법률」, 선불전자지급수단이나 전자채권등록 등을 규정한 「전자금융거래법」, 등기·등록을 이용하여 동산·채권·지적재산권의 담보를 가능하게 하는 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」 등이 있다.

검토해보면, 현재 실무작업반에서 논의되고 있는 규정안은 국내법에 악영향을 미치거나 상충될 가능성이 낮은 것으로 보인다. 다만, 향후 실무작업반의 논의 경과에 따라 비교 분석 결과는 달라질 수 있다. 국내법에 악영향을 미치지 않도록 미연에 방지하고 규정안이 우리 국내법과 조화롭게 제정될 수 있도록 지속적인 비교법적 검토와 국내에 대한 영향력 분석이 필요하다. 이를 통하여 실무작업반 회의에 적극적으로 대응하고 국내 관련법의 개선에도 기여할 수 있을 것이다.

## 제 6 절 UNCITRAL W/G VI의 동산담보모델법에 관한 논의 분석과 전망<sup>12)</sup>

### 1. UNCITRAL W/G VI의 논의 개관

UNCITRAL은 2002년부터 각국의 담보법 입법에 도움을 주기 위해 입법지침(Legislative Guide)을 만드는 작업을 진행하여 2007년에 이를 채택하였다. 그 이후 UNCITRAL 지식재산권 담보에 관한 입법지침 부속서, UNCITRAL 담보등기지침 등에 대한 작업이 계속 이루어져 각각의 성과물들을 채택하였다. 이러한 토대 위에서 UNCITRAL은 2013년 12월부터 UNCITRAL은 모델법의 형태로 담보법 분야의 법 통일 내지 조화 작업을 지속하기로 하고, 2013년 12월부터 실무작업반으로 하여금 그 작업을 개시하게 하였다.

### 2. UNCITRAL W/G VI 제24차 및 제25차 회의 주요 내용 및 쟁점 분석

#### (1) 구 성

담보모델법 작업은 시작한 지 1년이 채 되지 않았으므로 현재는 어렵קות 초기의 모델법안이 나와 있을 뿐 확정적인 내용을 담고 있지 않다. 또한 초기의 논의 역시 모델법안의 방향성과 체계, 상세함의 정도에 집중되어 이루어졌던 관계로 내용 자체에 대한 논의도 아직은 초보적인 단계에 머물러 있다. 향후 최소한 2-3년 간 모델법의 상세한 내용에 대해 많은 토론이 진행될 것이고 그 논의를 통해 형성되는 공

---

12) 해당 연구는 본 보고서의 6편에 해당하는 “UNCITRAL W/G VI의 동산담보모델법에 관한 논의분석과 전망”이라는 주제로 해당 W/G의 한국대표단으로 참석한 서울대 권영준 교수가 담당하였다. 이하에서는 해당 연구보고서의 내용을 간략하게 정리·소개하였으며, 자세한 내용은 제6편 보고서를 참고하기 바란다. 이하 개별 각주는 생략하기로 한다.

감대에 따라 최종 모델법이 작성될 것이다. 2014년 10월 현재의 UNCITRAL 담보모델법안의 구성은 다음과 같다.

UNCITRAL 담보모델법(안)

**제 1 절 적용범위 및 일반 조항**

- 제 1 조(적용범위)
- 제 2 조(정의)
- 제 3 조(당사자의 자치)
- 제 4 조(행위의 일반기준)

**제 2 절 담보권의 성립**

- 제 5 조(담보설정계약)
- 제 6 조(피담보채무)
- 제 7 조(담보자산)
- 제 8 조(대금)
- 제 9 조(혼화물 또는 산물에 혼화된 자산)
- 제10조(양도금지특약)
- 제11조(채권, 유가증권 또는 그 밖의 무형자산의 지급 또는 이행에 관한 재산권)
- 제12조(은행계좌로 연결된 자금의 지급에 관한 권리)
- 제13조(유가증권과 유형자산)
- 제14조(지식재산권이 사용되는 유형자산)

**제3절 제3자에 대한 담보권의 효력**

- 제15조(제3자에 대한 효력을 취득하는 방법)
- 제16조(대금)
- 제17조(제3자에 대한 효력취득방식의 변경)
- 제18조(제3자 효력의 상실)
- 제19조(담보자산 이전이 제3자 효력에 미치는 영향)
- 제20조(적용법이 이 법으로 바뀌는 경우)
- 제21조(소비재에 대한 취득담보권)



제22조(채권, 유가증권 또는 그 밖의 무형자산의 지급 또는 이행에 관한 재산권)

제23조(은행계좌에 연결된 자금의 지급에 관한 권리)

제24조(유가증권과 유형자산)

제25조(무중개 증권)

#### 제 4 절 등기제도

제26조(담보등기소의 설립)

제27조(등기소의 서비스에 대한 공중의 접근)

제28조(등기를 위한 담보설정자의 승인)

제29조(둘 이상의 담보권에 관한 통지)

제30조(선등기)

제31조(등기된 통지의 효력발생시점)

제32조(통지된 등기의 유효기간)

제33조(등기된 통지의 정보의 정리)

제34조(최초 통지에 요구되는 정보)

제35조(등기 후 담보설정자의 색인자 변경의 영향)

제36조(담보자산의 충분한 기술)

제37조(요구되는 정보의 착오의 영향)

제38조(등기 이후 담보자산 이전의 영향)

제39조(담보권자의 승인)

제40조(수정 또는 취소통지의 강제등기)

#### 제 5 절 담보권의 우선순위

제42조(경합하는 담보권)

제43조(담보자산의 취득자, 임차인 또는 라이선시)

제44조(특수 등기의 경우 경합하는 담보권 또는 취득자, 임차인 또는 라이선시의 권리)

제45조(도산관재인)

제46조(우선변제청구권)

제47조(우선평권)

제48조(판결채권자의 권리)

제49조(비취득담보권과 취득담보권의 경합)



- 제50조(경합하는 취득담보권)
- 제51조(판결채권자의 권리와 경합하는 취득담보권)
- 제52조(대금)
- 제53조(후순위화)
- 제54조(우선권의 범위)
- 제55조(담보권의 존재에 대한 인식의 무관련성)
- 제56조(유가증권)
- 제57조(은행계좌에 연결된 자금의 지급채권)
- 제58조(금전)
- 제59조(유가증권과 유형자산의 규율)
- 제60조(지식재산권의 특정한 라이선스 유형)
- 제61조(지식재산권에 대한 취득담보권)
- 제62조(무중개 증권)

#### **제 6 절 당사자 및 제3채무자의 권리와 의무**

- 제63조(당사자의 권리 의무의 근거)
- 제64조(담보자산의 보존 의무)
- 제65조(담보자산의 반환 또는 취소통지의 등기에 관한 담보권자의 의무)
- 제66조(담보자산에 관한 담보권자의 권리)
- 제67조(담보설정자의 진술)
- 제68조(담보설정자 또는 담보권자가 채권의 채무자에게 통지할 권리)
- 제69조(지급에 관한 담보권자의 권리)
- 제70조(담보대상이 된 지식재산권을 보존할 담보권자의 권리)

#### **Section II. 당사자와 제3채무자의 권리와 의무**

##### **A. 채권(Receivables)**

- 제71조(채권의 채무자의 보호)
- 제72조(채권에 대한 담보권의 통지)
- 제73조(지급에 따른 채권의 채무자의 면책)
- 제74조(채권의 채무자의 항변과 상계권)
- 제75조(항변하거나 상계하지 않겠다는 합의)
- 제76조(원 계약의 수정)
- 제77조(채권의 채무자의 지급에 따른 반환)

B. 유가증권(Negotiable Instruments)

제78조(채무자의 권리와 의무)

C. 은행계좌에 연결된 자금의 지급에 관한 권리(Rights to payment of funds credited to a bank account)

제79조(예금은행의 권리와 의무)

D. 유가증권에 의하여 커버되는 유가증권과 유형자산(Negotiable documents and tangible assets covered by a negotiable document)

제80조(유가증권 발행자의 권리와 의무)

제 7 절 담보권의 실행

I. 주요 내용

A. 일반 규칙(General rules)

제81조(채무불이행에 따른 권리)

제82조(채무불이행 후 권리의 포기)

제83조(채무불이행 후 권리행사의 사법적 또는 비사법적 방법)

제84조(의무위반에 관한 사법적 또는 공식적 구제)

제85조(담보설정자의 반환청구권)

제86조(선순위 담보권자가 실행절차를 승계할 권리)

제87조(점유 또는 추심에 대한 담보권자의 권리)

제88조(법원 외에서 점유를 취득하거나 추심할 담보권자의 권리)

제89조(비사법적 처분)

제90조(비사법적 처분에 관한 선행 통지)

제91조(처분대금의 배분)

제92조(피담보채무의 만족을 위한 취득)

제93조(사법적 처분에 따라 취득된 권리)

제94조(비사법적 처분에 따라 취득된 권리)

B. 자산에 특유한 규칙(Asset-specific rules)

제95조(채권의 진정양도)

제96조(처분대금의 배분)

제97조(은행계좌에 연결된 자금의 지급채권)

제98조(유가증권과 유형자산에 대한 규율)

제99조(무중개 증권)

### 제 8 절 법의 저촉

#### A. 일반 규칙(General rules)

제100조(채무불이행에 따른 권리)

제101조(유형자산에 대한 담보권에 적용되는 법)

제102조(무형자산에 대한 담보권에 적용되는 법)

제103조(부동산 매매, 임대 또는 담보설정계약으로 인하여 발생하는 채권에 적용되는 법)

제104조(담보권의 실행에 적용되는 법)

제105조(대금에 관한 담보권에 적용되는 법)

제106조(담보설정자의 “소재지”의 의미)

제107조(소재지를 정하는 시점)

제108조(반정의 배제)

제109조(강행규정 및 공서양속)

제110조(도산절차의 개시가 담보권의 준거법에 미치는 영향)

#### B. 자신에 특유한 규칙(Asset-specific rules)

제111조(제3채무자와 담보권자의 관계에 적용되는 법)

제112조(은행계좌에 연결된 자금의 지급에 관한 채권에 설정된 담보권에 적용되는 법)

제113조(등기에 따른 특수한 담보권 유형의 제3자에 대한 효력에 적용되는 법)

제114조(지식재산권에 관한 담보권에 적용되는 법)

제115조(무중개 증권에 관한 담보권에 적용되는 법)

제116조(여러 구역으로 이루어진 국가의 경우 적용되는 법)

### 제 9 절 경과규정

제117조(일반)

제118조(이 법이 시행되기 전에 시작된 조치)

제119조(담보권의 성립)

제120조(담보권의 제3자에 대한 효력)

제121조(담보권의 우선권)

## (2) 주요 내용 및 쟁점

### ① 규범의 형태

UNCITRAL 담보모델법은 구속력이 없는 규범이다. 좀 더 강력한 담보법의 통일 내지 조화를 위해서는 모델법보다는 국제조약 형태를 취하는 것이 바람직하다. 그러나 국제조약은 구속력이 강할만큼 각국이 수용하기에 부담스럽다. 우리나라의 담보법제와 비교하여 보더라도 UNCITRAL 담보모델법안은 상당히 이질적인 내용을 담고 있다. 아마 이러한 내용의 국제조약이 완성되더라도 우리나라가 이를 국내법 체계에 수용할 가능성은 당분간 크지 않을 것으로 예상된다. 그러므로 모델법과 국제조약 중 어떤 형태를 취할 것인가는 고도의 전략적 선택의 문제이다.

이 문제에 관하여 UNCITRAL은 안전한 선택을 하였다. 즉 현재 각국의 담보법제 차이를 인식하고 그 현실에 기초하여 일단 모델법의 형태로 담보법의 점진적 조화를 꾀하는 방향을 선택한 것이다. 이러한 선택이 향후 국제조약의 성안 가능성을 완전히 배제한 것은 아니다. 일단 모델법이 국제적으로 큰 공감대를 얻고 담보법의 조화에 대한 현실적인 수요가 커지면 국제조약을 만드는 최종적인 단계로 이행할 수 있다.

물론 이처럼 구속력이 없는 모델법을 만든다는 것이 어떤 의미를 가지는가 하는 의문이 생길 수는 있다. 그러나 모델법은 각국의 입법 과정에 간접적이거나 영향을 미침으로써 점진적인 담보법의 조화에 기여한다. 실제로 UNCITRAL 입법지침은 우리나라의 동산채권담보법 제정에 적지 않은 영향을 끼쳤다.

특히 이러한 영향은 개발도상국에서는 극대화될 수 있다. 현대적인 담보법제를 만드는 과정에 있는 국가들로서는 이미 완성된 법의 형태

를 갖추고 있는 모델법은 매우 요긴한 도구이다. 향후 UNCITRAL 담보모델법이 완성되면 주로 영미법적 영향 아래에 있는 개발도상국을 위주로 의미 있게 활용될 것으로 예상된다.

#### 가. 입법지침과의 관계

모델법은 입법지침에 충실해야 한다는 기본적인 방향성에 대해서는 모두가 공감하였다. 다만, 모델법이 단순한 입법지침의 단순화 또는 요약에 불과하다면 모델법의 가치는 현저히 떨어질 것이다. 오히려 모델법은 입법지침을 출발점으로 삼되 이를 발전시켜 경우에 따라서는 모델법이 입법지침의 내용을 보장하거나 수정할 수도 있어야 한다. 이와 관련하여 모델법을 만들어가는 과정에서 대륙법계의 법제도 염두에 두어야 한다. 모델법이 실효성을 가지기 위해서는 모델법이 한 나라의 다른 법제도와 유기성 및 정합성을 가질 수 있어야 한다.

향후 논의 과정에서 모델법과 입법지침의 상호관계, 특히 입법지침에서 내렸던 결정을 언제 어떤 요건 하에서 반복할 수 있는가에 관한 의견 교환이 이루어질 것으로 생각된다.

#### 나. 모델법의 상세성

모델법의 상세성 정도에 대해서는 의견의 대립이 있었다. 어떤 국가들은 모델법을 가급적 상세하게 작성하는 것이 모델법의 적용가능성을 높이는 데에 도움이 될 것이라고 주장하였다. 모델법을 간결하게 작성한다면 입법지침과 차별화하기 어렵고 선언적인 내용에 그칠 가능성이 높다는 것이었다. 반면 어떤 국가들은 모델법은 가급적 간결하게 작성하는 것이 바람직하다고 주장하였다. 세부적인 내용은 지식재산권 부속서나 등기지침과 같은 세부적인 텍스트를 통해서 제공할 수 있고, 모델법은 좀 더 상위 차원의 원리를 담는 것이 적절하다는 주장이었다.

논의 결과 모델법은 포괄적이고 간결하게 작성하는 방향으로 만들어야 한다는 쪽으로 의견이 모아졌다. 특히 특정 국가에 치우치지 않고 체계중립적인 내용을 가져야 한다는 점에 대해 공감대를 형성하였다. 이러한 방향성은 여전히 각국별로 담보법 체계나 담보법에 관련된 환경이 다르다는 점을 염두에 둔 것이다.

#### 다. 서문(preamble)과 부록(annex)

모델법에 서문(preamble)을 둘 것인지 여부에 대해 논의가 있었다. 본래 담보모델법 첫 회의인 제24차 회의에서는 초안에 서문(preamble)이 포함되어 있었다. 결론적으로 서문은 삭제하기로 하고, 그 내용은 이행 지침(Guidance to Enactment)에 반영하는 방향으로 검토하기로 하였다.

부록(Annex)의 역할과 비중에 대해서도 다양한 논의가 있었다. 모델법에는 기본적인 원리만 담고 여기에 해당하지 않는 기술적이고 상세한 사항들은 부록을 적극적으로 활용해야 한다는 의견이 개진되었다. 반면 현재에는 무엇이 기본적인 원리이고 무엇이 기술적이고 상세한 사항들인지 판단하기 어렵다는 의견, 부록에 너무 많은 내용을 넣으려고 하면 부록의 역할이 과도해진다는 의견, 부록이라는 이름이 붙으면 그 안에 포함되어 있는 내용이 본문의 내용보다 덜 중요한 것 같은 잘못된 인상을 줄 우려가 있다는 의견, 부록의 내용이 너무 길거나 복잡하면 각국에서 이를 참조할 때 오히려 부록을 무시할 가능성이 있다는 의견도 있었다. 논의 결과 부록은 두도록 하되 내용이 지나치게 복잡해지지 않도록 유의하기로 하였다.

#### ② 적용범위와 일반 조항

담보모델법안에서는 적용범위와 일반조항에 대해 비교적 상세한 내용을 담고 있다. 제1조는 적용범위, 제2조는 각 용어에 대한 정의, 제3조는 당사자의 자율성, 제4조는 신의성실의 원칙에 대한 조항들이다.

제2조의 정의조항은 향후 논의과정에서 많은 의견이 제시될 것이다. 어떠한 개념들까지 이 조항에서 정의해야 하는가는 논란의 여지가 많은 문제이다.

제3조는 당사자의 자율성에 관하여 다룬다. 제3조 제1항은 담보설정 계약의 당사자들이 권리의무관계를 자율적으로 정할 수 있다는 원칙을 선언한다. 이러한 원칙의 선언은 필요하다. 하지만 제3조 제2항에서 계약이 당사자 이외의 자에게 효력을 미치지 않는다는 점은 계약의 본질이나 일반적인 계약법리상 자명하다. 이 점에 대해서 의견 대립이 계속되자 이 조항을 준치할 것인가는 향후의 토론과제로 유보하기로 하였다.

제4조는 신의성실의 원칙에 관하여 다룬다. 아울러 이러한 신의칙상 의무는 합의로 배제할 수 없다고 규정한다. 이러한 일반조항은 필요하다. 다만 제1항에서 의무이행의 방법을 “상업적으로 합리적인 방법 (commercially reasonable manner)”으로 제한할 필요가 있는지는 의문이다.

### ③ 담보권의 성립

담보모델법안에 따르면 담보권은 담보설정계약의 체결에 의하여 성립하고(제5조 제1항), 담보설정자와 담보권자 사이에 효력을 발생한다(제5조 제5항). 반면 우리나라의 동산채권담보법 제7조 제1항은 “약정에 따른 동산담보권의 득실변경은 담보등기부에 등기를 하여야 그 효력이 생긴다.”라고 규정함으로써 담보설정계약 이외에도 담보등기를 요구한다. 이는 담보모델법안에 따른 담보권에 대해서는 형식주의가 아니라 의사주의가 적용됨을 보여주는 것이다. 이러한 의사주의는 상당수의 국가들에서는 채용하고 있지 않은 것이어서 향후 논의과정에서도 의견 교환이 있을 것이다. 다만 이미 입법지침에서 이러한 의미의 의사주의를 채택하였으므로 그러한 결단을 지금 와서 번복하기는 쉽지 않으리라 예상된다.



한편 비점유 담보설정계약은 서면에 의하여야 한다(제5조 제3항). 이는 계약자유 원칙 중 계약방식의 자유에 대한 제한에 해당한다. 이 점 때문에 담보설정계약의 방식은 각국에 맡겨야 할 문제이고 담보모델법안에서 그 방식을 서면으로 제한해서는 안 된다는 주장도 있었다. 그러나 대체로 담보계약의 확실성을 위해 서면으로 담보계약을 체결하게 하거나 최소한 서면으로 담보계약을 증명할 수 있도록 해야 한다는 견해가 많았다.

여기에서의 서면에 전자문서가 포함되는지 문제된다. 전자문서에 따른 담보설정계약도 허용되어야 한다. 그리고 이 점을 담보모델법안에 나타낼 필요가 있다.

#### ④ 제3자에 대한 담보권의 효력

담보모델법안은 제3자에 대한 효력을 취득하는 원칙적인 방법으로 등기 또는 점유이전을 들고 있다(제15조). 담보모델법안은 이러한 토대 위에서 제3자에 대한 효력의 취득(제15조), 변경(제17조), 상실(제18조)에 대해서 순차적으로 규정한다. 또한 관련 문제로 담보권의 대금(proceeds)문제도 다룬다. 이에 따르면 담보자산에 대한 제3자의 효력을 취득하면 그 효력은 별도의 공시방법을 갖추지 않더라도 담보자산의 대금(proceeds)에 미친다(제16조 제1항). 다만 대금 그 자체에는 공시방법이 갖추어지지 않았으므로 거래의 안전을 해칠 수 있다. 그러므로 담보모델법안은 이러한 자동적인 제3자효 기간을 제한한다(제17조 제2항).

한편 담보모델법안은 자산별로 특수한 공시방법에 대해서도 규정한다. 소비재에 대한 취득담보권은 소비재의 취득으로 제3자에 대한 효력이 발생한다(제21조). 은행계좌와 관련된 담보권은 등기 또는 지배계약(control agreement) 체결시 제3자에 대한 효력을 가진다. 유가증권에 대한 담보권은 등기 또는 유가증권 점유에 의하여 제3자에 대한



효력을 가진다(제24조). 증서화된 무중개 증권은 등기, 증서인도 또는 배서행위에 의하여, 증서화되지 않은 중개 증권은 등기, 공증, 장부 등록 또는 지배계약 체결행위에 의하여 제3자에 대한 효력을 가진다(제25조).

제3자에 대한 담보권의 효력에 관한 규정들에 대한 그 동안의 논의는 기술적인 것이었다. 즉 공시방법에 대한 기본적인 내용은 이미 입법지침에서 확고하게 규정되어 있을 뿐만 아니라 각국 간의 법제 차이가 크지 않아 실제적인 논란은 크지 않았다. 다만 이러한 내용을 구체적으로 어느 조항에서 어떤 체계로 표현할 것인지에 대한 논의가 대종을 이루었다.

#### ⑤ 등기제도

등기제도는 담보법에서 중요한 의미를 가진다. 등기가 담보권의 가장 중요한 공시방법이기 때문이다. 따라서 담보법의 현대화는 곧 등기제도의 현대화를 의미한다.

담보모델법안에서도 등기제도에 관하여 다양한 성격의 조항들을 두고 있다. 등기소의 설립(제26조), 등기소의 서비스에 대한 공중의 접근(제27조)에 관한 조항들은 행정조직이나 운영과 관련된 조항들이다. 특히 공중이 편리하게 접근하여 등기에 관한 정보를 수집할 수 있도록 하는 것은 중요하다. 등기정보의 입력, 색인 등에 관한 조항들(제35조, 제36조)은 이러한 목적과 관련이 있다. 등기를 위한 담보설정자의 승인(제28조)이나 선등기(제30조), 등기 이후 담보자산 이전(제38조, 제41조)에 관한 조항들은 담보권의 효력에 관한 실체법적 조항이다. 한편 담보모델법안은 통지등기제도를 채택한다. 그러므로 통지 또는 통지등기에 관한 조항들이 중요한 비중을 차지한다(제29조, 제32조 내지 제34조, 제39조, 제40조).

입법지침과 등기지침은 이미 등기제도에 관하여 많은 규정을 두고 있다. 그러므로 담보모델법안에서는 그 중 어떤 규정을 어느 범위만

컴 들 것인가가 문제된다. 각국 대표단이 다양한 입장을 표명하였다. 사무국은 이와 관련하여 ① 등기제도에 관한 대부분의 내용을 규칙에서 규정하는 방안, ② 일단 내용을 검토하되 나중에 법과 규칙 중 어디에 포함시킬 것인가를 실무작업반에서 결정하는 방안, ③ 법에 포함시키되 이를 이행 단계에서 법과 규정 중 어디에서 규율할 것인가는 각국에서 결정하는 방안을 제시하였다. 논의 결과 대체로 당해 조항이 담고 있는 내용의 성격과 중요성에 따라 조항들을 분류하되 입법지침에 당해 내용이 어떻게 규정되어 있는가의 여부도 고려하기로 하였다.

논의 과정에서 특히 문제가 되었던 것은 등기관이 귀책사유로 국민이 손해를 입은 경우에 등기관이 부담하는 책임 문제에 대한 조항이다. 이에 대해서는 모델법에 두어야 한다는 견해, 모델규칙으로 옮기자는 견해, 모델법과 모델규칙 어디에도 둘 필요가 없다는 견해가 제시되었다. 등기관의 책임 조항을 모델법과 모델규칙 어디에도 두지 말자는 의견이 상대적으로 강하게 제시되었다. 모델법에 어떤 조항을 둘 것인가 하는 문제는 관점에 따라 결론이 달라지므로 향후 계속하여 의견 교환이 필요할 것이다.

#### ⑥ 담보권의 우선순위

담보제도에서는 여러 이해관계인들이 등장한다. 담보설정자가 도산한 경우에는 도산관재인과 도산자에 대한 채권자들까지 등장하게 되어 법률관계가 더욱 복잡해진다(제45조 참조). 반면 담보자산과 이로 부터 창출되는 담보가치는 한정되어 있다. 따라서 이해관계인들 사이의 관계를 정립할 필요가 있다. 담보권의 우선순위에 대한 조항들은 이 관계를 다룬다.

이러한 우선순위는 담보권의 제3자적 효력과 관련 있다. 즉 누가 먼저 제3자에 대한 효력 요건을 갖추는가가 기본적인 우선순위 결정방

법이다(제42조 참조). 일단 우선권을 갖추면 그 효력은 통상적인 영업 과정에 있어서의 재고처분이나 금전처분과 같은 예외적인 경우를 제외하면 담보자산의 승계인에게도 미친다(제43조, 제58조). 물론 이러한 우선순위의 규칙에 대해서는 특별법 또는 특수한 제도에 따른 예외가 인정된다(제44조, 제46조).

우선권을 갖춘 자는 일반 채권자(확정판결을 받은 채권자 포함)보다 우선한다(제48조). 그러나 우선권자가 스스로 자신의 순위를 뒤로 돌리는 것은 가능하다(제53조). 우선한다는 것은 담보권 실행의 결과로부터 우선하여 변제받을 수 있다는 것을 의미한다. 만약 근담보라면 채권최고액의 범위 내에서만 우선권을 가진다(제54조).

취득담보권은 외형상 담보자산을 취득하므로 좀 더 세밀한 규율이 필요하다. 따라서 담보모델법안은 취득담보권에 대해서는 별도의 조항들을 두고 있다(제49조 내지 제52조). 또한 유가증권(제56조), 은행 계좌에 연결된 자금의 지급채권(제57조), 지식재산권(제61조), 무중개 증권(제62조)에 대해서도 특칙을 둔다.

위에서 설명한 담보권의 우선순위에 대한 조항들의 실체적 내용에 대해서는 별다른 논란이 없었다. 우선 담보권의 우선순위에 대해서는 입법지침에서 비교적 명확하게 규정하고 있다. 담보모델법안은 이를 충실하게 반영하고 있으므로 논란의 여지가 크지 않았다. 그러나 과연 담보권의 우선순위에 대한 담보모델법안의 조항들이 얼마나 참조 가치가 큰가는 각국의 상황에 따라 달라질 것이다. 어떤 권리에 어떤 순위를 부여할 것인가는 다분히 입법정책적 문제이다. 가령 일반적인 담보권의 우선순위는 등기순위에 따른다는 점에 대해서는 별다른 이론의 여지가 없다. 그러나 이러한 원칙에 얼마나 광범위한 예외를 인정할 것인가에 대해서는 다양한 선택지가 존재한다. 이러한 예외는 곧 사회정책적 수요의 반영이기 때문이다.

담보모델법안 제46조에서 담보권보다 우선변제권을 가지는 채권의 유형을 열거하지 않은 채 모두 괄호로 처리한 것도 바로 이러한 각국의 차이를 감안하였기 때문이다. 향후 이러한 조항을 담보모델법안에 존치시킬지, 아니면 아예 각국의 특별법의 규율대상으로 맡길지는 논의되어야 할 것이다. 또한 담보권의 우선순위에 대한 다양한 선택지와 그 장단점에 대해서는 담보모델법안에 대한 주해서에서 상세하게 다루어져야 할 것이다.

⑦ 당사자 및 제3채무자의 권리와 의무

담보모델법안에서는 담보설정자와 담보권자의 권리의무관계에 대하여 규정한다. 담보설정자와 담보권자는 담보설정계약의 당사자이다. 그러므로 1차적으로 담보설정계약에 의하여 당사자들의 권리의무관계가 결정된다(제63조). 그런데 담보모델법안은 담보목적 달성을 위해 인정되어야 하는 권리 내지 의무에 대해서도 규정한다. 이는 담보설정계약에 포함되었다면 그 계약의 효력에 따라 인정되지만, 담보설정계약에 포함되지 않더라도 법률상 인정된다. 이에 따라 담보설정계약 당사자는 담보자산을 보존할 의무를 부담한다(제64조). 담보권자는 비용상환청구권과 우선변제권을 가지고 합리적 범위 내에서 담보자산을 이용할 권리를 가진다(제66조). 또한 담보자산을 합리적 범위 내에서 검사할 권리를 가진다(제66조). 담보권자는 담보의 목적이 달성되면 담보자산을 반환하거나 취소통지를登記하는 등 원상회복을 위하여 필요한 조치를 취할 의무를 부담한다(제65조).

그 이외에 담보모델법안에서는 이에 관하여 채권, 유가증권, 지식재산권 등 자산별 특칙도 두고 있다. 특히 채권담보에 대해서 상세한 규정들을 두고 있다(제67조 이하). 특히 제3채무자가 불리하게 취급되지 않도록 하는 원칙을 구현하기 위한 상세 규정을 담고 있다.

담보자산의 보존의무와 관련하여서는 담보설정자가 담보자산을 제3

자에게 처분한 경우에 누가 담보자산의 보존의무를 부담하는가 하는 문제가 있다. 담보설정자는 더 이상 담보자산을 점유하지 않으므로 담보자산의 보존의무를 이행하기 어렵다. 제3자는 담보설정계약의 당사자가 아니므로 법문상 담보자산의 보존의무자가 아니다. 제3자도 담보자산의 담보가치를 해하지 말아야 할 신의칙상 의무를 부담한다고 보아야 한다. 이 점을 담보모델법안에 추가하는 것을 검토할 필요가 있다. 또한 담보자산이 유형자산이 아니라 무형자산인 경우에 담보자산의 보존의무를 어떻게 이행하는가 하는 문제가 있다. 그런데 담보자산의 보존의무는 담보자산가치를 유지하기 위해 인정된다. 이러한 취지는 무형자산에도 적용된다. 따라서 무형자산에 관한 보존의무 이행은 무형자산의 특색에 따라 그 무형자산의 가치를 유지하는 조치를 취할 의무 이행을 의미한다. 이 점을 주해에 명확히 설명하는 것이 바람직하다.

담보자산의 반환의무와 관련하여서는 담보자산이 특정물이 아니라 대체물인 경우에 그 대체물을 반환하면 충분한 것인지를 분명히 할 필요가 있다. 예를 들어 담보자산이 부동산이라면 그 부동산을 반환해야 하지만, 담보자산이 유가증권이라면 꼭 담보로 제공된 특정한 유가증권이 아니라도 동종·동량의 유가증권을 반환하면 된다. 이 점은 담보모델법안에 포함시키는 것이 바람직하다.

#### ⑧ 담보권의 실행

담보모델법안은 담보권의 실행에 관하여 상세한 조항들을 두고 있다. 우선 담보권의 실행은 채무불이행 후에 문제된다(제81조). 채무불이행이 있더라도 담보설정자는 피담보채무를 변제하고 담보권을 소멸시킨 뒤 담보자산의 반환을 청구할 수 있다(제81조 제1항, 제85조). 반면 담보권자는 채무불이행을 이유로 담보권을 실행할 수 있다(제81조 제2항). 담보권의 실행은 담보자산의 취득, 처분, 임대, 라이선스, 추심

등 다양한 방법으로 이루어진다. 이는 담보자산의 유형에 따라 조금씩 다르다(제95조 내지 제99조).

담보권 실행은 사법적(司法的) 방법뿐만 아니라 비사법적(非司法的) 방법으로도 이루어진다. 다만 비사법적 방법에 의한 담보권의 실행에 대해서는 이해관계인들의 이익 조정을 위해 더 많은 규제가 따른다(제89조 내지 제91조). 또한 담보자산을 취득하는 방법에 따른 담보권의 실행 역시 담보권자의 폭리 위험성이 있으므로 여러 가지 절차적, 실체적 제한이 수반된다(제92조). 가령 이러한 방법으로 담보권을 실행하려면 이해관계인 전원에게 통지하여 이의 제기의 기회를 부여해야 한다(제92조 제3항).

담보모델법안은 담보권의 실행으로 인하여 담보자산을 취득하는 자의 지위에 대해서도 규정한다(제93조, 제94조). 담보자산을 취득하는 자가 가지는 권리와 선행 담보권 또는 다른 우선권과의 관계를 조정하는 작업이 필요하다. 담보모델법안은 이 문제에 대해서 정책선택을 하지 않은 채 각국의 입법적 결단으로 미루고 있다(제93조).

담보권의 실행과 관련된 논의과정에서 담보권 실행절차가 신속하게 이루어져야 한다는 선언조항이 필요한가에 대해서 찬반 양론이 있었다. 전반적으로 이러한 선언조항은 필요하지 않다는 견해가 우세하였지만, 절차의 신속성은 현실적으로 매우 중요하므로 담보모델법안에서 선언적으로나마 이를 강조할 필요성이 있다는 견해도 유력하게 개진되었다. 일단 이 조항은 두지 말자는 입장이 강하여 2014년 10월 현재의 담보모델법안에는 이 조항이 빠져 있는 상태이지만 향후 논의 과정에서 종국적인 결정이 내려질 전망이다.

#### ⑨ 법의 저촉

법의 저촉은 담보권에 관하여 여러 국가 법률의 적용 가능성이 있을 때에 어느 법률을 준거법으로 삼을 것인가의 문제이다. 담보거래



가 국경을 넘어서 이루어지는 경우도 적지 않으므로 이러한 법의 저촉도 중요한 의미를 가진다. 한편 국경을 넘지 않더라도 한 나라 안에서 여러 개의 법이 존재하는 경우도 법의 저촉 문제가 발생한다. 담보모델법안은 이 두 가지 경우를 모두 염두에 두고 관련 조항들을 두고 있다.

담보모델법안에서는 준거법에 대하여 여러 개의 기준들을 제시한다. 담보설정자와 담보권자 사이의 권리의무관계를 규율하는 법은 담보설정계약에서 정한 법이거나 담보설정계약을 규율하는 법이다(제100조). 유형자산의 경우에는 유형자산 소재지, 유형자산이 복수 국가에서 사용되는 경우에는 담보설정자 소재지, 등기 또는 공증 대상이라면 등기 또는 공증의 주재지, 유가증권의 경우에는 담보권자의 증권 점유 당시 증권의 소재지, 이동 중인 담보자산은 담보권 성립 당시 담보자산의 소재지 또는 짧은 기간 내 도착할 것을 조건으로 하여 최종 목적지의 법이 각각 준거법으로 적용된다(제101조). 반면 무형자산의 경우에는 담보설정자 소재지 법이 준거법이다(제102조). 부동산 매매, 임대 또는 담보설정계약으로 인하여 발생하는 채권에 대해서는 담보설정자 소재지(단 우선권에 대해서는 등기 주재지) 법이 준거법이다(제103조). 유형자산의 담보권 실행의 경우에는 그 실행지, 무형자산의 담보권 실행의 경우에는 우선권이 적용되는 곳의 법이 각각 준거법이다(제104조). 그 이외에 대금에 관한 담보권에 대한 준거법, 소재지의 의미, 소재지 결정 시점 등에 대해 규정들을 두는 한편(제105조 내지 제107조), 채권, 유가증권, 물품증권, 지식재산권 등 특정한 자산유형의 준거법에 대한 규정들도 두고 있다(제11조 내지 제115조). 반정(A법에 의하여 준거법이 된 B법이 다시 A법을 준거법으로 지정하는 경우)을 배제하고(제108조), 각국의 강행규정과 공서양속의 우선적 적용도 승인한다(제109조).

논의 과정에서 법의 저촉에 관한 규정들을 본문과 부록 중 어디에 위치시킬 것인가에 대한 의견 교환이 있었다. 또한 본문에 두더라도 별도의 장을 둘 것인지 여부에 대해서도 논의가 있었다. 대체로 본문에 별도의 장을 두자는 의견이 많았다.

⑩ 경과규정

경과규정은 새로운 법의 시행에 따라 구법과 신법 중 어느 법을 적용할 것인가를 규율하는 규정이다. 담보모델법안은 구법에 따라 효력이 발생하거나 개시된 사항은 신법 하에서도 존중한다는 대원칙 아래 상세한 규정들을 두고 있다. 구법 시행 중 시작된 재판, 중재, 실행절차는 구법의 적용을 받는다(제118조). 구법의 요건을 갖추어 효력이 발생한 담보권은 신법 하에서도 유효하다(제119조). 이는 제3자에 대한 효력이나 우선권의 경우에도 마찬가지이다(제120조, 제121조).

현재의 담보모델법안에는 포함되어 있지 않지만 등기제도의 변경이 있을 경우에 이에 수반되는 여러 가지 문제들을 규율할 조항도 필요하다. 예를 들어 종이 기반의 등기제도를 전자 기반의 등기제도로 바꾸거나 권리등기제도(title-based registration system)를 통지등기제도(notice-based registration system)으로 바꾸는 경우가 그러하다.

3. 향후 논의의 전망 및 시사점

담보모델법안은 이미 완성된 입법지침이나 등기지침에 기초하여 만들어지므로 입법지침을 만들 때보다 훨씬 빠른 속도로 작업이 진행될 것이다. 그러므로 향후 2-3년 내에 가시적인 성과물이 제출되리라 예상된다. 담보모델법안이 과연 세계 각국의 담보법제에 얼마나 큰 영향을 미칠지는 미지수이다. 특히 이미 확립된 담보법제를 가지고 있는 선진국들의 경우에는 당장 담보모델법안의 내용을 수용하기는 어려울 것이다. 이러한 수용의 어려움은 담보모델법안과 유사한 법제를



가지고 있는 영미법계 국가들보다는 이와 다른 법제를 가지고 있는 대륙법계 국가들에 있어서 더욱 극명하게 드러날 것이다.

담보모델법안이 우리나라에 미칠 영향도 아직 예상하기는 어렵다. 그러나 우리나라의 동산채권담보법에 입법지침이 어느 정도의 영향을 주었던 것을 고려하면 담보모델법안이 가지는 잠재적 영향력을 과소평가할 수는 없다. 그러한 점에서 담보모델법안의 성안 과정에 관심을 가지고 계속 그 논의 내용을 업데이트 해 나갈 필요성이 있다. 향후 논의 과정과 전망에 대해서는 다음 연구를 기약하기로 한다.

## 제 7 절 정리 및 추후 연구 방향

이상으로 “2014년도 UNCITRAL W/G의 논의 동향 분석과 전망”이라는 주제로 해당 W/G에서 2014년도에 논의된 내용을 중심으로 주요 내용 및 쟁점, 향후 논의 방향을 전망해보았다. 구체적으로는 W/G I의 소규모기업법제, W/G II의 투명성 규칙 및 투명성 협약, W/G III ODR 절차규칙, W/G IV의 전자양도성기록 규정, W/G VI 담보모델법 성안 작업과 관련하여 회의에서 논의된 사항을 각 국가들의 입장, 한국측의 대응 내용 등을 포함하여 각 개별 보고서에서 연구된 내용을 제2장에서 정리하였다.

현재 이러한 내용들은 논의 과정 중에 있어 최종적인 결과물에는 많은 내용의 변화가능성을 내포하고 있다. 그러나 연구의 최종적인 결과물을 분석하기 전에 논의 과정에서의 나왔던 많은 쟁점 사항들을 사전에 정확하게 이해하고, 파악하는 것이 향후 최종적인 결과물에 대한 비교법적 연구에서 보다 유용하게 활용될 수 있을 것이다. 그리고 논의 과정에서 적극적으로 우리의 입장을 대변하고, 우리 법제와의 비교·분석을 함께 진행하는 것이 무엇보다 중요하다고 생각한다. 추후 후속 회의에 대해서도 꾸준한 분석과 연구가 진행되어야 할 것이다.

## 제 3 장 UNCITRAL 규범 분석을 통한 국내 법제 개선 방안 연구

### 제 1 절 연구의 방향

UNCITRAL 규범에 대한 연구를 진행하는 이유 중의 하나가 UNCITRAL 에서 성안된 모델법 등을 기초로 국내법제에의 영향 분석과 국내법제의 개선 방안을 모색해보기 위한 것이다. 이를 위해 UNCITRAL W/G IV 논의와 관련하여 현재 개정 작업이 진행 중인 국내 주식등록제도의 개선 방안을 모색해보고자 한다. 또한 W/G I 에서 성안된 정부 조달 모델법에 기초하여 국내 조달법제의 개선 방안 연구를 작년 이어 진행하였다. 작년에는 국내 법제의 개선 방안에 대한 전반적인 검토가 이루어졌다면, 이번에는 이를 기초로 하여 구체적인 입법안을 제안해보고자 한다.

### 제 2 절 UNCITRAL 및 UNIDROIT 논의 내용 분석을 통한 국내 주식등록 제도의 개선방안<sup>13)</sup>

#### 1. 논의 방향

상법은 2011년 상당기간 논의되어 오던 주식과 사채에 관한 전자등록제도를 도입하였다. 전자등록제도라 함은 회사가 회사법상 유가증권화 되어 있는 주권, 사채, 신주인수권증서 등을 포함한 유가증권을

---

13) 해당 연구는 본 보고서의 6편에 해당하는 “UNCITRAL UNCITRAL 및 UNIDROIT 논의 내용 분석을 통한 국내 주식등록제도의 개선방안 연구”라는 주제로 W/G IV의 정부대표로 참여하고 있는 성균관대 정경영 교수가 담당하였다. 이하에서는 해당 연구보고서의 내용을 간략하게 정리·소개하였으며, 자세한 내용은 제 6편 보고서를 참고하기 바란다. 이하 개별 각주는 생략하기로 한다.

발행하지 않고 이에 대신하여 전자등록기관의 전자등록부에 주식을 등록함으로써 주식의 발행·유통을 가능하게 하는 제도이다(상법 제 65조 2항, 제356조의2, 제420조의4, 제478조 3항). 개정 상법은 제65조에서 포괄적으로 모든 유가증권이 전자등록에 의해 전자화될 수 있음을 규정할 뿐이고 주식의 전자등록에 관한 규정을 준용하도록 하고 있다. 따라서 주식의 전자등록제도가 사채, 신주인수권을 포함한 유가증권 전자등록제도의 중심이 되는 규정 체계를 가지고 있다. 그런데 주식의 전자등록제도를 규정하면서도 효력에 관한 규정만 두었을 뿐 자세한 사항은 입법하지 않고 시행령에 위임하였다. 사채와 신주인수권의 전자등록에 관한 규정도 자세한 규정 없이 주식의 전자등록에 관한 규정을 준용하고 있다(상법 제478조 3항).

상법 특히 주식회사법상 전자등록제도는 회사가 정관에 이에 관한 규정을 둔 경우에 이용할 수 있는 제도이다. 개정상법에 따르더라도 주권제도가 폐지된 것이 아닐 뿐만 아니라 강제적인 전자등록제도로 대체된 것 역시 아니다. 즉 주식회사가 자율적으로 전자등록에 관한 규정을 정관에 두어 이용할 수 있는 제도이다. 그런데 상법이 전자등록제도에 관한 자세한 규정을 시행령에 위임하였음에도 불구하고 현재 상법시행령에는 전자등록제도에 관한 규정은 포함되어 있지 않고, 전자등록에 관한 규정이 아닌 ‘전자증권 발행 및 유통에 관한 법률(안)’이 논의 중에 있다.

전자등록제도는 주식에만 특유한 개념이 아니고 유가증권을 전자화하는 가장 대표적인 방식이다. 즉 유가증권을 유통함에 있어 실물에 따른 불편과 위험을 제거하기 위해 신뢰할 수 있는 제3의 등록기관(Trusted Third Party: TTP)을 두고 이에 유가증권을 등록함으로써 발행하고, 유가증권의 이전 또는 담보 설정시에도 등록기관에의 등록을 통해 그 목적을 달성하려는 제도이다. 전자통신기술의 발달에 힘입어 전자등록제도가 가능하게 되었고, 이는 인터넷, 장치는 모바일 등 무

선통신수단을 이용하여 어디에서든 당사자가 본인확인절차를 거쳐 유가증권의 거래를 손쉽게 하고 거래내용을 확인할 수 있게 한다. 권리의 증권화와 관련하여 최근 UNCITRAL W/G IV에서 전자양도성기록(Electronic Transferable Records: ETR)에 관한 규정을 마련 중이다. 동 회의에서는 기술적 중립성(technical neutrality)을 이유로 등록방식의 전자화만을 고집하고 있지는 않다. 하지만 대체로 동 회의에서는 등록방식을 주된 전자양도성기록의 제도화방식으로 가정하고 논의를 전개하고 있어 향후 각국의 전자등록제도의 발전에 상당한 영향을 미칠 것으로 기대된다.

주식의 전자화에 관해 개별 국가별로 각각의 특유한 방식으로 논의가 진행되고 있으나 국제적 수준의 논의가 전개되고 있지는 않다. 이와 관련하여 사법통일을 위한 국제회의(UNIDROIT)는 2000년대 초부터 유가증권의 간접보유와 관련한 각국 실체법의 조화를 추구하기 시작하였다. 간접보유제도가 등록제도와 유사한 기반에서 진행된다는 점에서 UNIDROIT의 논의는 주식의 전자화에 관한 논의에도 영향을 미칠 것으로 예상된다. 그리고 앞서 본 바와 같이 UNCITRAL도 유가증권의 전자화에 관한 논의를 진행시키고 있어 이 역시 주식의 전자등록제도의 발전에 영향을 미칠 것으로 기대된다. 다만 후자의 논의는 주식 등 투자증권을 적용범위에서 배제할 것이 거의 확실시 되어<sup>14)</sup> 동 규정이 주식의 전자등록제도에 직접 적용되기는 어렵겠지만, 기술적 중립성에 입각한 유가증권의 전자화에 관한 최초의 국제규범이 되어 주식의 전자등록제도에 영향을 미칠 가능성이 높다고 본다. UNCITRAL에서의 ETR(전자양도성기록)에 관해 진행 중인 전자등록제도를 포함한 유가증권의 전자화에 관한 개념논의를 참고하고 UNIDROIT에서의 간접보유증권에 관한 그 간의 논의 중 관련 부분을 함께 살펴본다.

---

14) UNCITRAL 초안 제2조 2항(A/CN.9/WG.IV/WP.130 p.3)

전자등록제도에 관한 논의와 국제규범에서 논의가 진행된 부분을 참고로 하고 이미 입법예고 된 주식의 전자등록제도에 관해 법률안의 구체적인 내용을 검토하여 적절한 입법의 방향을 모색한다. 주식의 전자등록제도는 유가증권의 전자화라는 큰 흐름에서 볼 필요가 있으므로, 이미 유가증권의 전자화가 진행된 전자어음이라든가 전자선하증권에 관한 규정도 필요한 범위 안에서 고찰하여 논의를 보다 심도 있게 진행한다.

## 2. UNIDROIT 간접보유증권협약

### (1) 개요

2002년에 UNIDROIT에 의해 연구회가 소집되어 동년 9월에 첫 모임을 가졌다. 2004년 1차 예비초안이 제출되었으며 이는 2005년부터 개시된 국제간 협의절차를 위한 기초가 되었다. 이후 협회가 계속되었으며 총 39개 UNIDROIT 회원국, 2개 비회원국과 17개의 기구가 협의절차에 참여하였다(c.11, 12). 정부전문가 위원회는 4차 회의에서 초안위원회의 자료가 외교위원회에 제출될 정도가 되었다고 판단하여 UNIDROIT 집행위원회는 이를 외교위원회에 부의하였다. 이로써 더 이상 예비초안의 성격을 가지지 않고 정식초안의 성격을 가진다고 볼 수 있으며, 초안에 관한 외교회의는 스위스 제네바에서 2008년 9월 1일부터 13일까지 개최되어 이를 확정했다.

### (2) 주요 내용 및 쟁점

#### ① 목표 및 체제

본 협약의 중요한 정책적 목표로는 첫째, 시스템의 내부적 건전성, 둘째, 시스템의 호환성, 셋째, 국내·국제간의 거래를 모두 포함할 것,

넷째, 최근의 간접 보유·이전시스템에서 계좌(book entry account)중심의 구성, 다섯째, 중립적·기능적 접근, 여섯째, 최소주의 접근, 일곱째, 다른 적절한 수단과의 호환성 등을 들 수 있다(c.14-21) 이러한 협약의 목표 달성을 위해 거론될 수 있는 중요 쟁점으로는 1) 간접보유증권의 이전을 위한 상이한 방법, 2) 증권계좌에의 증권 증가기재에 따른 권리, 3) 기재에 의한 이전의 종료성, 4) 지시의 철회불가, 5) 네트워크를 통한 이전의 결제 가능성, 6) 증권의 선의취득, 7) 증권에 관한 대립하는 이익간의 우선순위, 8) 손실분배, 9) 파산시 계좌보유자와 간접보유기관의 권리와 의무, 10) 담보제공자와 담보권자간의 법적 관계 등이다(c.24).

UNIDROIT 간접보유증권협약(이하 협약이라 함)은 전체 7장으로 구성되어 있다. 제1장은 용어의 정의, 적용범위, 해석원칙 등을 정하고 있으며, 제2장은 간접보유증권상의 권리의 발행·변동·소멸과 중개기관이 기본적 의무 등 간접보유증권의 계좌보유자의 권리에 관해 규정하고 있다. 제3장은 간접보유증권의 양도와 간접보유증권상의 권리의 발생, 이들 권리변동의 무효 및 취소, 간접보유증권의 선의취득, 경합하는 간접보유증권상의 권리간의 우선순위 등에 관해 규정한다. 제4장은 간접보유제도와 다른 제도와의 관계를 통해 간접보유증권제도의 완전성을 보장하고 있는데, 여기에는 파산절차에서 간접보유증권상의 권리의 유효성, 상위 중개기관에 대한 압류의 금지, 중개기관의 유가증권 확보, 유가증권의 할당, 중개기관 파산시 손실의 공동부담 등을 규정한다. 제5장은 간접보유증권시스템과 유가증권 발행자와의 관계에 관해 규정하고 있다. 제6장은 담보거래에 관한 특별조항으로서 담보거래의 기본적 개념정의, 양도담보계약, 담보권의 집행, 증권담보계약이 체결될 경우 담보유가증권의 사용권, 담보의 추가 및 대체 등에 관해 정하고 있다. 다만 제6장은 체약국의 국내법에 따라 제6장 전체를 적용되지 않는 것으로 선언할 수 있다는 점에서 선택적



인 규정이라 할 수 있다. 마지막으로 제7장은 체약국의 국내법과의 관계에 관해 규정하고 있다.

증권의 간접보유제도는 우리 증권예탁결제제도와 직접 관련되고 주식의 전자등록제도와 직접적인 관련을 가지지는 않는다. 하지만 협약은 전자적 방식에 의한 계좌기재를 배제하지 않고 간접보유증권에 관한 최초의 국제적인 실체법 규정이라는 점에서 우리 전자등록제도를 고찰함에 있어 고려할 필요가 있다.

## ② 증권 개념

협약 제1조는 협약 전편에 적용되는 일련의 개념들을 정의하고 있다. 일정 개념은 그 취지에 따라 제1조가 아닌 개별 조문에서 정의하고 있기도 한데, 선의취득자에 의한 간접보유증권의 취득(제14조), 상위기관압류(upper-tier attachment : 제19조 2항), 담보계약(제6장) 등이 그 예이다. 일반적으로 협약상의 개념은 헤이그회의에서의 것과 일치한다(c.30). 주식, 사채, 기타 금융증권이나 금융자산은 첫째, 증권계좌에 증가기재 될 수 있어야 하고, 둘째, 협약에 따라 취득·처분될 수 있어야 한다는 2가지 요건을 충족할 경우 협약상의 증권으로 인정된다. 협약상의 증권 개념은 현금이나 은행에 예치된 현금자산을 포함하지 않는다. 증권이 증권계좌에 증가기재되는 순간 간접보유증권이 되고 증권상의 권리가 발생한다. 그러나 이 개념은 물리적으로 보유하고 있는 증서나 발행자에 직접 등록되는 권리 또는 간접보유시스템으로부터 인출된 증권에는 적용되지 않는다(c.31).

협약상의 증권 개념은 매우 광범위하다. 증가기재 되어 권리관계가 발생할 경우 증권에 해당하게 되므로, 상법상 전자등록제도에 따라 전자등록부상 증가기재되는 주식이나 사채, 신주인수권 등도 여기에 해당하게 된다. 다만 동법은 증가기재의 방식은 정하고 있지 않으나 간접보유증권을 대상으로 하므로 직접등록방식에 따라 등록된 주식

등은 배제되고, 간접등록방식에 따라 등록된 경우에만 이에 해당한다고 할 수 있다.

### ③ 간접보유제도

증권계좌라 함은 증권이 증가기재 되거나 감소기재 되도록 중개기관에 의해 관리되는 계좌를 의미한다. 예를 들어 중개기관에 가지고 있는 투자자의 계좌뿐만 아니라 상위중개기관(higher-tier intermediary)에 보유하고 있는 하위중개기관(lower-tier intermediary)의 계좌도 포함한다. 그러나 발행증권에 관한 정보를 담고 있고 통상적으로 발행자를 위하여 중앙예탁기관이나 명의개서대리인, 등록기관에 의해 관리되는 소위 발행자 계좌나 등록부는 이에 포함되지 않는다(c.32).

간접보유시스템에서 당사자는 중개기관, 계좌보유자와 관련 중개기관이다. 중개기관은 통상적인 업무절차에서 또는 다른 정상적인 활동에서 타인을 위하여 또는 타인과 자신의 계좌를 위하여 증권계좌를 관리하는 자를 의미한다. 중앙예탁기관도 중개기관이 될 수 있지만 제2조와 제4조과 관련하여 보아야 한다. 계좌보유자는 간접보유체계에서 말단의 계좌보유자(말단 투자자)뿐만 아니라 상위중개기관에 증권을 보유하고 있는 하위의 중개기관도 포함한다. 각 계좌마다 관련 중개기관이 결정되는데, 즉 보유체계에서 그 계좌보유자를 위하여 계좌를 보유한 가장 근접한 중개기관을 의미한다(c.33).

계좌약정은 계좌보유자와 관련 그 계좌를 관리하는 중개기관간의 계약이며 여기에서 각자의 권리와 의무가 정해진다. 협약에서는 계좌약정이 유효하기 위한 요건을 정하고 있지는 않으며, 이 개념 역시 헤이그회의의 1조 (e)호에 대응한다(c.34). 계좌약정은 특히 중개기관의 권리, 의무를 결정하므로 중개기관의 의무를 정하고 있는 협약 제 8조, 25조와 관련된다.

간접등록방식의 전자등록제도에서 전자등록부나 중개기관이 보유하는 고객(투자자)등록부도 협약상의 증권계좌에 해당하게 된다. 계좌약



정은 고객(투자자)이 증권사 등 관리기관과 체결된 계좌개설계약이 이에 해당하며 전자등록기관과 관리기관이 체결된 계좌개설계약도 계좌약정에 해당하게 된다.

#### ④ 권리설정계약

관리계약이나 지정기재 둘 다 협약 제10조에서 간접보유증권상의 권리가 부여되는 방법으로 규정되어 있다. 관리계약의 당사자나 지정기재에 관련되는 당사자는 계좌보유자, 관련 중개기관 그리고 계좌보유자가 권리를 부여하려고 하는 상대방이다. 관리계약이 계좌에의 기재를 요구하지 않는 반면, 지정기재는 간접보유증권이 이미 증가기재되어 있는 동일한 계좌에의 기재가 요구된다. 관리계약이나 지정기재는 둘 다 타인 즉 통상적으로 담보권자에 의한 소극적 권리 또는 적극적 권리를 부여한다. 소극적 관리의 경우 계좌보유자가 관련 중개기관에 지시할 수 있지만 타인이 동의하는 경우에만 가능하고, 적극적 관리의 경우 타인이 계좌보유자의 동의 없이 직접 관련 중개기관에 지시할 수 있다(c.37).

전자등록제도에서도 담보권 설정이 중요한 문제가 된다. 제3자가 등록된 권리에 담보권을 가지기 위해서 또는 담보권을 양도하기 위해서는 전자등록부에 등록하여야 한다. 등록된 담보권에 관해 발행기관, 등록된 권리의 주체가 어떠한 의무를 부담하는가 하는 점은 담보권의 효력에 따르게 된다. 다만 담보권의 등록이 담보권의 성립 및 양도에 어떠한 의미를 가지는가 하는 점은 전자등록제도에 관한 규정이 정하여야 한다.

### 3. UNCITRAL의 ETR에 관한 논의

#### (1) 개요

UNCITRAL은 제27차 회의에서 전자적 환경에서 상품에 관한 권리의 유통성과 양도성에 관한 준비작업이 이루어져야 한다는 W/G IV의 권고안을 받아들인 바 있다. 그 후 여러 단계의 논의를 거쳐 2009년 제42차 회의에서 위원회는 사무국으로 하여금 동 회의에서 받아들여진 제안에 따라 전자양도성기록에 관한 연구를 준비하도록 하였고, 제44차 회의에서 위원회는 실무단 IV에 전자양도성기록의 영역에 관해 작업할 것을 위임하였다. 이에 따라 2011년부터 실무단 회의가 개최되었으며, 실무단은 향후 작업을 위해 관련 용어를 포함하여 전자양도성기록의 사용과 관련되는 다양한 법적 쟁점에 관해 작업을 개시하면서, 동 주제에 관한 다른 국제기구의 작업을 함께 고려하였다. 이후 2012년 비엔나에서 제46차 실무단 회의를 거쳐 2014년 11월의 비엔나 제50차 회의까지 총 6차례의 실무단회의가 개최되었다. 실무단 회의를 거치면서 초반에는 전자양도성기록의 개념 정립이 특히 문제되었고, 이 과정에서 전자어음의 발행과 유통에 관한 법률, 전자선하증권에 관한 규정 등 한국법체가 빈번히 소개되었으며, 일본의 전자기록채권법도 간간히 소개되었다. 이후 회의에서도 아직 모호한 점이 없지 않은 전자양도성기록의 개념이 문제되고 있지만, 전자양도성기록에 대한 권리를 어떻게 규정할 것인가 하는 점으로 논의의 중심이 이동되고 있다.

전자양도성기록에 관해 UNCITRAL에서 논의가 시작되었음에도 불구하고 이미 동 개념을 사용하고 있던 미국의 몇 개의 법률을 제외하고 기타 국가들에서는 거의 논의가 진행되지 않고 있다. 우리나라에서는 전자양도성기록이라는 개념보다 전자유가증권이라는 개념을 중

심으로 논의가 일부 전개된 바 있다. 유엔 국제상거래법위원회는 논의에서 중심은 전자양도성기록(ETR)이라는 개념을 중심으로 서면유가증권에 대응하는 법률체계를 마련하고자 하는 데 목적을 두고 있다. 이를 위해 실무단 회의는 동일한 기능을 수행하는 전자적 수단의 구현이라는 기능적 동가성(functional equivalence)과 기술적 중립성(technological neutrality)이라는 원칙에 따라 전자양도성기록의 유일성(uniqueness)을 확보하고 증권의 점유를 대체할 전자양도성기록의 ‘지배’(control)라는 개념을 사용하고 있다.

## (2) 주요 내용 및 쟁점<sup>15)</sup>

### ① 전자양도성 기록

UNCITRAL 실무작업반은 유가증권의 개념을 대체하게 될 전자양도성기록에 관해 기술적 중립성과 기능적 동가성이라는 원칙에 따른다는 점은 처음부터 일관성 있게 유지되고 있다. 따라서 어느 특정기술을 고집하지 않고 그 기능을 대체할 수 있는 개념 즉 전자기록의 유일성과 전자기록에 대한 지배라는 개념을 중심으로 논의를 진행하고 있다. 따라서 향후 예상되는 전자양도성기록의 도입방식은 대체로 증표방식(Token system)과 등록방식(Registry system) 두 가지 방식 중 하나로 이해된다. 증표방식은 전자양도성기록 자체가 이동할 수 있도록 고안하고 이동되는 데이터에 또는 다른 시스템을 이용하여 전자양도성기록에 대한 지배 즉 누가 증표에 관해 권리를 가지는가 하는 점을 확인할 수 있도록 하는 방식이다. 그리고 등록방식은 전자양도성기록을 물적, 인적 시설을 갖추고 신뢰성이 담보된 등록기관에 등록하도록 하고 등록에 의해 권리가 발생, 이전, 행사될 수 있도록 하는 방식

---

15) UNCITRAL W/G IV의 논의 내용 분석 및 전망에 관한 검토는 본 연구보고서의 제5편 및 종합보고서 제2장 제5절에서도 최경진 교수의 연구에 의하여 내용이 다루어졌다. 여기서는 전자등록제도와 관련된 쟁점 위주로 검토하기로 한다.

이다. 등록방식은 이미 전자선하증권 등 우리 법에도 도입되어 있어 이해하는 데 어려움이 없으나 증표방식이 기술적으로 가능한가 하는 점은 앞으로 과제라 할 수 있다.

전자양도성기록에 대한 지배가 성립하기 위해서는 일정한 전자기록 요건(유일성, 무결성, 권리자 식별가능성)이 충족되고, 기록의 유지(maintain)요건이 충족되어야 한다. 전자기록요건에 관해 보면, 유일성에 관해서는 앞서 이미 고찰하였고 무결성 역시 동법안 제12조에서 규정하고 있으므로 이해에 어려움이 없다. 그리고 권리자 즉 전자양도성기록을 발행받거나 이전받은 자가 누구인지 전자양도성기록이 나타낼 수만 있다면 전자기록과 관련된 요건을 모두 충족하게 된다. 그러나 전자양도성기록에 대한 지배가 성립하기 위한 또 하나의 요건이라 할 수 있는 기록의 유지요건은 매우 모호하다. ‘전자양도성기록을 주장하는 자에 의해 유지’라는 요건에 관해 기록과 지배 간에 어떠한 관계가 형성되어야 ‘유지’로 해석될 수 있는지 의문이다. 등록시스템에서 자신의 명의 또는 수임인의 명의로 등록이 되어 있어야 하고, 토큰시스템일 경우 토큰을 직접 또는 간접 점유하고 있는 상태에 있어야 하고, 기타 시스템이 이용될 경우 지배를 주장하는 자와 위임관계가 있는 자가 이를 관리하는 상태가 동조에서 말하는 ‘유지’의 예로 해석될 것으로 판단된다.

‘유지’ 요건이 앞서 명시한 ‘권리자 식별가능성’에서 명시하는 바와 같이 지배를 주장하는 자가 기록을 발행 또는 양도받은 자이어야 한다는 요건과 상충하는 요건은 아닌지 하는 점도 의문이다. 왜냐하면 양 요건 모두 권리자(지배를 하는 자)를 공시하게 되는데, 만일 발행 또는 양도받은 자라는 것이 증명이 될 경우 타인에 의해 유지되더라도 전자양도성기록에 대한 일종의 권리(‘지배’)를 인정하는 것이 타당하기 때문이다. 기록을 발행 또는 양도받은 자임에도 불구하고 별도의 유지요건 여부로 지배 여부를 판단할 경우, 이는 결국 서면증권의

점유를 대체하기 위해 지배라는 개념을 도입하였는데, 그 지배라는 개념을 정의하면서 다시 점유와 유사한 개념인 유지라는 개념을 사용하고 있어 일종의 순환논법적 모순이 생긴다고도 할 수 있다. 향후 유지라는 개념이 구체적으로 무엇을 의미하고 과연 필요한 개념인지 여부에 관해서는 보다 더 논의가 요구된다고 본다.

## ② 전자양도성기록과 전자등록제도

UNCITRAL이 현재 진행 중인 전자양도성기록(ETR)에 관한 논의는 주식이나 사채 등 투자증권은 배제되어 있다. 기술적 중립성이라는 관점에서 전자양도성기록에 관한 논의는 특정한 방식을 지정하거나 예정하고 있지는 않지만 전자양도성기록이 발행되는 대표적인 방식이 등록방식임은 부인할 수 없다. 따라서 전자양도성기록의 유일성, 원본성, 전자증권에 대한 권리로서 지배 등의 개념은 전자등록제도에도 그대로 적용될 수 있는 법률적 쟁점이라 할 수 있다. 이미 입법된 전자어음법이나 전자단기사채의 발행 및 등록에 관한 법률도 현재 진행 중인 전자양도성기록의 많은 법적 쟁점을 포함하고 있지 않아 이들 논의는 거의 학설에 위임되어 있다고 할 수 있다. 하지만 전자양도성기록에 관한 UNCITRAL의 논의가 협약 또는 모델법으로 제정되게 되면, 각국이 전자적 방법에 의한 권리공시제도는 동 협약 또는 모델법을 따라 규정하게 될 가능성이 높다. 하지만 아직 전자양도성기록에 관한 논의가 진행 중이므로 우리의 입법에 구체적으로 고려하기는 어렵다. 따라서 이 글은 동 논의가 우리 전자등록제도 또는 전자증권제도의 입법에 고려되어야 한다는 방향성을 밝히고 UNCITRAL의 논의 중 일부 개념적 논의를 참고하고, 논의가 보다 정립되면 다음 기회에 그 구체적인 내용에 관한 연구를 진행하여 입법에 구체적인 의견을 개진하기로 한다.

## 4. 주식등록제도의 입법안과 개선방안

### ① 법률안의 개요

상법 제356조의2는 주식의 전자등록제도에 관해 정하고 있는 바, 회사는 주권을 발행하는 대신 정관으로 정하는 바에 따라 전자등록기관의 전자등록부에 주식을 등록할 수 있다고 규정한다(동조 1항). 전자등록부에 등록된 주식의 양도나 입질(입질)은 전자등록부에 등록하여야 효력이 발생하고, 전자등록부에 주식을 등록한 자는 그 등록된 주식에 대한 권리를 적법하게 보유한 것으로 추정하며, 이러한 전자등록부를 선의로, 그리고 중대한 과실 없이 신뢰하고 제2항의 등록에 따라 권리를 취득한 자는 그 권리를 적법하게 취득한다(동조 2항, 3항). 전자등록의 절차·방법 및 효과, 전자등록기관의 지정·감독 등 주식의 전자등록 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다고 되어 있다(동조 4항).

현재 국회에 입법예고 된 전자증권에 관한 법률안(세칭 이종걸의원안이라 함)의 정식명칭은 “전자증권의 발행 및 유통에 관한 법률안”(이하 법률안이라 함)이다. 이는 1) 총칙, 2) 계좌의 개설 및 등록업무 규정, 3) 전자증권의 등록 및 등록의 효력, 4) 전자증권에 대한 권리 행사, 5) 권리자 보호, 6) 검사 및 감독, 7) 보칙, 8) 벌칙을 내용으로 하고 있다. 동 법률안은 전자단기사채의 발행 및 유통에 관한 법률의 체제를 그대로 따르고 있다는 점이 특징이다. 동법의 체제를 보면, 1) 총칙, 2) 계좌의 개설 및 등록업무 규정, 3) 전자단기사채 등의 등록 및 등록의 효력, 4) 전자단기사채 등에 대한 권리 행사, 5) 권리자 보호, 6) 검사 및 감독, 7) 보칙, 8) 벌칙 등을 내용으로 하고 있어 법률안과 거의 흡사하다.



## ② 법률안의 입법 형식과 성격

상법 제356조의2에서 주식의 전자등록제도를 규정하였고 제478조 3항에서 사채의 전자등록제도를 규정하였다(2011. 4.). 상법은 주식회사 개념요소이면서 자기자본 형성을 위한 주요한 제도인 주식제도와 타인 자본 형성을 위한 제도로써 사채제도에 관해 정하면서, 주권·사채권의 발행에 대신해서 등록에 의한 이들 권리를 형성할 수 있도록 하였다.

주권과 사채권을 대신하는 전자등록제도는 상법에 법적 근거를 가지고 있다. 상법은 주식등록제도와 사채등록제도에 관해, 그 절차·방법 및 효과, 전자등록기관의 지정·감독 등 주식의 전자등록 등에 관하여 필요한 사항(이하 전자등록의 세부사항이라 함)을 특별법이 아닌 상법시행령에 정한다고 규정하고 있는 바, 동 조항과 전자증권법의 관계가 문제된다. 상법에 주식의 전자등록제도에 관한 규정이 포함된 후 상법 시행령의 개정이 있었음에도 불구하고 동 시행령에는 주식등록제도에 관한 규정을 두지 않은 것으로 볼 때, 시행령에 전자등록의 세부사항을 제정하는 대신 특별법을 제정하려는 의도를 읽을 수 있다. 그렇다면 일단 상법상 시행령 위임조항을 특별법에 위임한다는 내용으로 개정되어야 할 필요가 있으며, 상법의 위임을 받은 특별법은 이에 관한 사항을 입법에 담아야 할 필요가 있다.

## ③ 증권개념의 타당성

전자등록제도는 증권 또는 증서와 무관하게 등록에 의한 권리의 발생·유통이 문제된다는 점에서 증권의 개념을 초월하였다고 할 수 있다. 따라서 전자적 방법에 의해 주식, 사채권 등의 권리를 등록할 경우 그 법률관계를 규율하는 법률의 명칭도 전자증권법이라는 용어보다는 ‘전자등록에 관한 법률’ 또는 ‘금융상품의 전자등록에 관한 법률’ 등으로 정하는 것이 적절하다고 본다. 이렇게 정의하는 것이 증권



의 전자화에 관한 부분적 모범이라 할 수 있는 상법에서 유가증권 및 주식, 사채, 신주인수권의 전자등록제도로 정하고 있는 것과는 일치하는 명칭이고 논리적으로도 적절한 용어라 판단된다. 다만 이러한 개념정의를 함에 있어 자본시장법상 증권이라는 개념과 이들 증권 범위에 포함되는 모든 증권의 전자화를 필요성을 고려할 때 증권이라는 개념을 벗어나기 어려운 점도 없지 않다. 하지만 이는 자본시장법상 ‘증권’이라는 용어는 이미 ‘증서’에 기반하지 않더라도 증권이라 보고 있어(동법 제4조 8항), 상법상 유가증권의 개념과는 정면으로 충돌된다는 점에서 자본시장법상 ‘증권이라는 용어 사용이 부적절한데서 비롯되었다고 볼 수 있다. 앞서도 언급한 바와 같이 이미 증서와 분리, 초월할 수 있는 자본시장에서의 투자의 목적물에는 ‘금융투자상품’ 등의 용어가 더 적절하다고 본다.

상법과 전자증권에 관한 특별법의 관계를 보면, 상법은 유가증권의 전자화에 관한 모범으로서 효력규정을 두고 있고 특별법은 그 절차, 방법에 관한 규정이라 할 수 있다. 따라서 특별법에 양 법률의 관계에 관한 일반적인 규정을 두는 것도 방법이지만 그렇지 않다 하더라도 적어도 전자증권의 개념에 관해 규정을 함에 있어서 그 관계가 나타나야 한다. 즉 전자증권을 단순히 지분증권, 채무증권으로 규정할 것이 아니라, ‘상법 제356조의2에 따른 주식의 전자등록’을 포함한 지분증권, ‘상법 제478조 2항 사채의 전자등록’를 포함한 채무증권 등의 개념을 정의규정에 포함시켜야 한다. 물론 주식이 지분증권에 포함되고 사채가 채무증권에 포함되지만 상위법에서 위임규정을 두고 있는 이상 이를 명시하여야 한다. 그래야만 적어도 상법의 전자등록제도와 특별법의 전자증권이 동일한 취지의 제도이고 전자증권에 상법이 적용될 수 있어 양 법률의 관계가 명확하게 된다.

#### ④ 계좌와 등록

법률안에서의 계좌구조는 계좌-계좌부 구조를 가지고 있다. 계좌는 등록부상의 권리자의 권리를 기재·표시하는 장부인데 반해 계좌부는 권리자의 권리를 확정하는 장부로서 일종의 원장에 해당한다. 그리고 이러한 계좌·계좌부를 틀로 해서 전자등록기관과 발행인의 관계, 전자등록기관과 계좌관리기관의 관계, 계좌관리기관과 고객의 관계 등 각각의 경우에 별개의 계좌를 두고 있다. 발행인과 전자등록기관의 관계는 전자증권에 관해 제조자와 등록기관의 관계로서 이른바 발행등록의 관계이다. 반면 전자등록기관-계좌관리기관-고객의 관계는 이미 발행된 전자증권의 유통관계에 해당한다. 법률안이 정하고 있는 유통관계를 보면, 권리의 공시기관인 전자등록기관과 전자증권의 실제 권리자라고 할 수 있는 고객은 직접적인 관계를 가지지 않는다. 고객은 계좌관리기관을 통해 간접적으로 등록기관과 관련을 가진다는 점에서 특별법은 앞서 검토한 간접등록방식을 취하고 있다고 볼 수 있다.

실무상 고객(투자자)계좌부의 기재와 전자등록부의 기재는 온라인으로 연결되어 거의 동시에 기재될 수 있지만 고객(투자자)계좌부의 기재에 연동하여 전자등록부에 기재되고 고객(투자자)계좌부에 실질적인 권리자가 모두 공시된다. 따라서 직접등록방식에서와는 달리 고객(투자자)계좌부에 권리관계의 공시의 효력을 부여할 필요가 있다고 볼 수도 있다. 그러나 간접등록의 경우라도 전자등록부에 공시적 효력을 비롯한 모든 효력이 다른 계좌부에 우선하여 발생한다고 보아야 하므로 권리의 충돌이 있을 경우 전자등록부를 기준으로 효력을 결정할 필요가 있다.

간접등록방식에서 전자등록부를 권리관계의 공시장부로 볼 경우 전자등록부에 공시되지 않는 고객의 권리는 어떻게 확정되는가 하는 점

이 해결되어야 할 과제가 된다. 생각건대 계좌관리기관과 고객의 관계는 위탁매매관계이므로 대외적으로는 계좌관리자의 명의로 전자증권의 매매계약이 체결되고 계좌관리자가 권리를 취득하고 의무를 부담한다(상법 제102조). 그러나 위탁매매인이 받은 물건 또는 유가증권이나 위탁매매로 인하여 취득한 물건, 유가증권 또는 채권은 위탁자와 위탁매매인 또는 위탁매매인의 채권자간의 관계에서는 이를 위탁자의 소유 또는 채권으로 보므로(상법 제103조) 결국 간접등록방식에서 대외적인 권리관계는 전자등록부에 의해 확정되고 실질적인 내부적 권리관계는 상법의 규정에 의해 고객계좌부(투자자계좌부)에 의해 결정되게 된다.

증권예탁결제제도에서는 증권이 발행되고 이를 예탁하는 시스템이므로 주식등록제도에서의 발행인관리계좌부에 해당하는 개념은 없었다. 발행인계좌부의 성격이나 효력에 관해서는 향후 많은 논의가 전개되리라 예상되지만, 주식의 경우에는 이미 효력을 발생한 주식을 전자등록부에 등록하는 의미를 가지는 것으로 이해된다. 발행등록을 유인증권의 성질을 가지던 주권에 비추어 보면 앞서 본 바와 같이 발행등록만으로 주식발행의 효력이 발생하지는 않는다고 본다. 발행인관리계좌에 발행등록 함으로써 주식은 공시되고 이후 유통등록의 대상이 된다.

간접등록방식을 취하더라도 현행 자본시장법 규정과 같이 고객(투자자)계좌부에 효력을 부여하는 규정과 같이 고객등록부에 전자등록부의 효력을 의제할 필요 없고 여전히 전자등록부를 권리관계의 공시장부로서 보아도 무방하다. 다만 고객과 예탁자(계좌관리자)간의 관계에서 권리의 귀속은 상법 제103조 규정에 의해서 해결된다고 볼 수 있다. 그런데 법률안은 상법의 규정이나 해석과는 무관하게 전자등록기관이 관리하는 기관계좌부나 중개기관이 관리하는 고객계좌부 양자를 모두 전자등록부로 보고(법률안 제2조) 양 계좌부에 동일한 효력을

부여하여(법률안 제17조) 상법의 규정 취지와 일치하지 않는다. 물론 법률안에 계좌부의 기재에 공시의 효력만 부여하고 있어 큰 문제는 발생하지 않으리라 생각되지만, 만일 기관계좌부에 기재된 사항과 고객계좌부에 기재된 사항이 불일치 할 경우 즉 일정한 주식이 고객계좌부에는 B증권사의 甲이라는 고객의 소유로 되어 있으나 기관계좌부에는 A증권사의 소유로 되어 있을 경우 효력의 충돌이 문제된다. 생각건대 공신력이 있는 전자등록기관이 관리하는 기관계좌부와 중계기관이 관리하는 고객 계좌부는 효력이 동일할 수는 없고 양자가 충돌할 경우 전자가 우선하는 효력 등을 고려할 필요가 있다고 본다.

#### ⑤ 권리의 행사

등록부상의 권리의 양도, 담보설정계약은 당사자의 합의만으로 성립한다고 보아야 하고 사원권이나 채권의 양도와 달리 양도·담보설정의 법률행위가 효력을 발생하기 위해서는 등록부상의 기재가 요건이라 보는 편 즉 효력요건으로 파악하는 것이 적절하다고 생각된다. 상법도 전자등록부에 등록된 주식의 양도나 입질은 전자등록부에 등록하여야 효력이 발생한다고 규정하고 있으며, 법률안 제17조 2항에서도 효력요건으로 규정하고 있어 적절하다고 본다.

법률안에서 전자증권의 선의의 취득에 관해 규정을 두고 있는데 이를 선의취득규정으로 볼 수 있는지 논란이 예상된다. 주요국에 있어서도 완전무권화된 권리에 대하여 선의취득을 인정하고 있는 예는 거의 없는 듯하며, 일본의 학자들 중에 선의취득으로 해결하려는 입법안에 대해 의문을 제기하는 견해도 있다. 즉 완전 무권화되어 장부화된 세계에 있어서는 유체물의 점유에 대한 제3자의 신뢰는 문제가 되지 않는다. 따라서 전자등록부에 공시된 권리를 취득한 자를 보호하기 위해 전자등록부에 공신력에 상응하는 규정을 둘 필요가 있다. 이 경우 등록부상의 기재를 신뢰하고 취득한 자는 법률의 규정에 의해

보호되게 되어 선의취득제도를 적용하는 경우보다 훨씬 간명하게 해결될 수 있다. 물론 전자등록부에 일종의 공신력을 부여하기 위해서는 등록부의 신뢰성이 확보되어야 한다. 유통등록은 전자적으로 이루어질 것으로 예상되므로 전산시스템의 안정성·신뢰성의 확보가 문제될 것이고, 발행등록의 경우에는 등록하려는 권리관계의 진정성에 관한 실질적인 조사가 이루어질 수 있어야 하는 등 등록절차의 엄정성이 전제되어야 할 것이다.

주권 혹은 사채권 등의 권리를 등록한 경우 이른바 등록부상의 권리를 유가증권으로 파악하더라도 이들 권리에 관해 어음·수표와 같이 추상성을 규정하고 있지 않으므로 원칙적으로 요인증권으로 파악된다. 따라서 권리 발생을 위한 계약의 효력에 증권의 효력이 의존하는 관계에 있으므로 권리 발생이 없을 경우에는 증권은 무효하게 된다. 따라서 무효한 권리의 선의취득이 가능한가 하는 문제가 발생하는데, 이와 유사한 문제가 운송증권에서 중요한 쟁점으로 학설이 대립되고 있다. 주권이나 사채권의 경우에도 요인증권성을 중시하는 입장에 따를 경우 선의취득은 유효하게 성립한 권리를 전제하고 권리의 귀속에 관한 선의자 보호제도로 파악하게 되므로 권리 자체가 무효한 경우에는 선의취득도 발생할 수 없다고 보게 되어 선의로 취득한 자가 보호되지 못하는 바람직하지 못한 결과에 이르게 된다.

전자등록부에 공신력을 부여하든 선의취득제도에 따르든 선의로 취득한 자를 보호할 경우 권리 상실자에 대한 구제와 과다기재된 권리를 취득한 자의 발행회사에 대한 권리행사가 문제된다. 전자는 동산의 선의취득에서도 발생하는 문제로서 동적 안전을 위한 정적 안전의 희생으로 보아 권리는 상실하되 부당하게 이득을 취한 자에 대해 부당이득반환청구권이나 불법행위에 기한 손해배상청구권을 행사할 수 있을 것이며 이는 전자등록제도에서 특별히 발생하는 문제로 볼 수 없다. 과다기재된 경우는 전자등록제도에서의 특수한 문제로서 이는

원칙적으로 기재의 오류에 책임이 있는 자의 재원으로 과다기재된 부분을 취득하여 말소하는 것이 한 방법일 것이다. 오류에 대한 책임이 있는 자가 없을 경우에는 시스템위험으로 보아 그 시스템에 참여하고 있는 자들이 그 비용을 부담하여야 할 것이다. 법률안은 초과분 말소 의무와 이에 대해 책임자에 대한 구상권 규정만 두고 있는데, 책임자가 없거나 책임자가 자력이 없을 경우 시스템이 위험을 감수하는 방안에 관한 규정이 요구된다.

과다기재된 부분의 취득이 즉시 이루어질 수 없을 경우 취득시점까지 발행회사에 대한 권리행사가 문제될 수 있다. 법률안은 초과분에 대한 권리행사의 제한으로 말소시점까지 발행회사에 대항할 수 없도록 하는 규정만 두고 있다. 그런데 과다기재시 주권이나 사채권의 특정성이 부여되지 않으므로 특정 주주 혹은 사채권자에 귀속될 위험으로 볼 수는 없으므로 과다기재가 발생한 종류의 권리자 모두에게 평균적으로 그 위험이 분배되어야 할 필요가 있고, 일시적인 권리의 희석화 현상이 발생한다고 보아야 한다. 그리고 권리의 희석화로 인해 발생한 손해는 기재의 오류에 책임이 있는 자에게 손해배상을 청구할 수 있게 될 것이다.

#### ⑥ 개선 방안

주식의 전자등록제도가 상법에 도입된 지 벌써 3년 이상이 경과되었으나 아직 전자등록제도의 구체적 규정이 마련되지 않아 동 제도는 활용되지 못하고 있는 실정이다. 주식제도가 회사법에서 매우 중요한 제도이고 이를 전자화하는 전자등록제도 역시 주식회사제도의 골격을 이룬다고 할 수 있다. 따라서 상법이나 상법시행령이 그에 관한 규정을 담고 있어야 함에도 주식이 금융상품이라는 이유로 주식의 전자등록제도가 아닌 전자증권에 관한 법률의 입법이 논의되고 있다. 자본시장법상 다양한 유형의 증권의 전자화를 포괄하는 입법도 필요하지



만 주식이나 사채의 특수성이 반영되지 않을 우려가 없지 않다.

법률안에 따르면 전자어음법, 전자선하증권규정과 전자증권에 관한 특별법은 중앙등록기관에 등록발행한다는 구조가 동일하여 중복입법의 지적이 있을 수 있다. 이를 해소하기 위해 양법을 합치는 것도 고려할 수 있지만, 전자어음이나 전자선하증권이 발행구조는 특수성이 많고 전자어음법과 특별법의 소관부서가 달라 사실상 어려운 점도 없지 않다. 그렇다면 이미 전자어음법과 전자선하증권규정이 제정되어 있는 이상 특별법에는 전자어음법, 전자선하증권규정과 관계가 자세하게 명시될 필요가 있다.

상법과 전자증권에 관한 특별법의 관계가 상법이 유가증권의 전자화에 관한 모법으로서 효력규정을 두고 있고 특별법은 그 절차, 방법에 관한 규정이라 할 수 있다. 따라서 특별법에 양법률의 관계에 관한 일반적인 규정을 두는 것도 방법이지만 그렇지 않다 하더라도 적어도 전자증권의 개념에 관해 규정을 함에 있어서 그 관계가 나타나야 한다. 물론 주식이 지분증권에 포함되고 사채가 채무증권에 포함되지만 상위법에서 위임규정을 두고 있는 이상, 이를 명시하여야 적어도 상법의 전자등록제도와 특별법의 전자증권이 동일한 취지의 제도이고 전자증권에 상법이 적용될 수 있어 양 법률의 관계가 명확하게 된다. 이렇게 볼 때 전자증권법이라는 용어보다는 ‘전자등록에 관한 법률’ 또는 ‘금융상품의 전자등록에 관한 법률’ 등으로 정하는 것이 상법과 특별법의 관계를 명확하게 할 수 있어 적절하다고 본다.

등록에 의한 권리는 발행된 주권을 예탁하고 이를 계좌에 기재하는 기존의 증권대체결제제도가 알지 못하던 제도이다. 유통과 관련해서는 증권대체결제제도와 주식의 전자등록제도는 크게 다르지 않다. 그러나 발행등록은 전자등록제도에 특수한 절차로서 주식·사채의 효력 발생과 어떠한 관계에 있는가 하는 점이 문제된다. 이에 관해 UNIDROIT가 간접보유증권에 관해 마련한 규정과 UNCITRAL이 마련



중에 있는 규정을 고려할 때 등록에 권리의 창설적 효력을 부여하는 것은 어렵다고 본다. 이미 주식이나 사채 등 가치권이 성립하고 이를 등록부에 발행등록하는 구조가 되어야 한다.

유통등록은 이전등록이나 질권설정등록을 포함하는 개념인데 전자등록에 의한 유통은 증권에 의한 유통 이상으로 보호될 필요가 있다. 전자등록부상 권리자로 기재되어 있지만 무권리자인 자가 권리를 양도한 경우 이를 선의로 취득한 자는 보호되어야 한다. 마치 동산의 선의취득, 유가증권의 선의취득과 유사하게 보호될 수도 있으나, 동산 또는 유가증권과 같이 권리의 객체가 되는 물건 또는 증권이 존재하지 않는다는 점에서 선의취득 규정을 적용하는 것에는 한계가 있다. 그럼에도 불구하고 전자등록부상의 권리를 선의로 취득한 자를 보호하기 위해서는 등록부상의 권리에 일종의 공신력을 인정하는 것이 간명한 해결책이고 논리적으로도 적절하다고 본다.

전자등록부상의 권리의 유통에는 증권에 의한 유통에서 생각하지 못했던 현상들이 발생할 가능성이 있다. 증권에 권리의 내용보다 많은 내용이 기재된 경우 동 증권이 문언증권성을 가졌는지 아니면 요인증권성을 가졌는지에 따라 결론을 달리한다. 그러나 전자등록부상의 권리는 이미 발생한 권리를 등록하는 것에 지나지 않으므로 등록부상의 권리가 잘못 기재된 경우 그 권리는 효력을 가질 수 없다. 그러나 그러한 오기재를 신뢰한 자가 있다면 그 자를 보호할 필요가 있으며 그에 관한 규정이 요구된다. 이 때 오기재된 전자등록된 권리가 특정될 수 없을 경우 위험의 분산 원리에 따라 시스템적 전체가 오기재된 부분에 대한 책임을 분담하여야 할 것이다.

주식의 전자등록제도를 포함하여 전자증권제도는 UNCITRAL에서 논의되는 전자양도성기록에 포함될 수 있지만 투자증권이라는 이유로 적용범위에서는 배제되어 있다. 하지만 전자양도성기록에 관한 법리는 투자증권에도 그대로 적용될 수 있으므로 향후 UNCITRAL에서 논

의를 잘 검토해서 입법에 반영할 필요가 있다. 그리고 주식은 투자상품이기 이전에 주식회사의 자본을 형성하는 단위이므로 이러한 특성이 전자증권에 관한 법률에는 반영되어야 한다고 본다.

### 제 3 절 UNCITRAL 정부조달 모델법 분석을 통한 국내 조달법령의 개선 방안<sup>16)</sup>

#### 1. 논의 방향

UNCITRAL은 2011년 7월 1일 1994년 정보조달 모델법(1994 UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services) 개정안을 공식적으로 채택하였다. 이 2011년 UNCITRAL 정부조달 모델법(UNCITRAL Model Law On Public Procurement)은 새로운 조달방식들과 그 조달방식을 운용하기 위한 구체적인 기준과 절차를 제시하고 있으므로 우리 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 “국가계약법”이라고 한다.), 「조달사업법」, 「전자조달의 이용 및 촉진에 관한 법률」(이하 “전자조달법”이라고 한다.) 등 조달규범 개선에 시사점을 제공하고 있다.

개정 모델법은 전자조달방법(e-procurement), 전자역경매(electronic reverse auction)의 구체적인 사용조건 및 절차에 관한 규정, 대화에 의한 제안서 요청(Request for proposals with dialogue) 방식의 도입, 이의제기 절차 개선, 과다저가입찰의 거절, 중지기간(standstill period) 등 우리 조달법규에 아직 반영되어 있지 않거나 일부만 도입되어 있는 내용들을 포함하고 있어서 국내 관련 법규 개선에 좋은 지침을 제시하고 있다.

---

16) 해당 연구는 본 보고서의 7편에 해당하는 “UNCITRAL 정부조달 모델법 분석을 통한 국내 조달법령의 개선 방안 연구(2) - 개정(안) 마련을 중심으로”라는 주제로 과거 W/G I 조달 분과의 정부 대표단으로 참여하였던 단국대 손승우 교수가 담당하였다. 이하에서는 해당 연구보고서의 내용을 간략하게 정리·소개하였으며, 자세한 내용은 제7편 보고서를 참고하기 바란다. 이하 개별 각주는 생략하기로 한다.

한편 정부조달 실무에 있어서 가장 중요한 법률인 국가계약법의 경우 국민의 자유와 권리 및 의무 등과 관련된 실체적 사항이 법률이 아닌 시행령상에 규정되어 있어서 법령 체계의 정비가 필요하다. 기존 UNCITRAL 모델법 관련 연구들은 모델법에 관한 주요내용을 분석하거나 주요한 개선 방향 정도를 제시하는데 그치고 있다.

따라서 이 연구는 2011년 UNCITRAL 정부조달 모델법에 관한 기존 연구에 더 잡아 국내 조달법규(국가계약법을 중심으로)를 분석하고 그 체계 정비 및 법규 개선안을 구체적으로 도출함으로써 우리나라 조달 법제의 입법적 개선에 기여하는 것을 목적으로 한다.

## 2. UNCITRAL 정부조달 모델법의 주요내용

2004년 개최된 UNCITRAL 제37차 본회의에서는 1994년 정부조달 모델법에 다양한 조달실무를 업데이트하고 최근 활용되고 있는 전자조달 방법을 포섭하도록 모델법을 개정하기로 결정하였다. 위원회는 그 개정작업을 실무작업반 I에 위임하였다. 실무작업반 I은 약 7년에 걸쳐 개정 논의를 하여 최종안을 2011년 7월 1일에 개최된 제44차 본회의에 상정하였으며, 위원회는 이 안을 공식적으로 채택하였다. 2011년 정부조달 모델법은 정부조달 분야에서 활발히 이용되고 있는 전자적 수단에 의한 조달(e-procurement), 전자역경매(electronic reverse auction), 대화에 의한 제안서 요청(request for proposals with dialogue), 다수공급자물품계약/framework agreement), 구제절차(remedy) 등에 있어서 상당한 수정이 있었고, 또한 모델법 체계를 조달방법을 중심으로 새롭게 정비하였다.

모델법은 크게 일반조항과 일반경쟁입찰 및 특수한 조달방법, 그리고 전자역경매와 다수공급자물품계약, 구제 등으로 장을 나누어 규정하고 있다. 일반조항에는 적용범위, 원칙, 전자적 수단, 평가기준 및 절차, 조달가치의 산정에 대한 규칙, 과다저가입찰에 대한 거절, 낙찰

과 정지기간 등 모델법 전체에 적용될 수 있는 일반적 규정을 포함하고 있다. 또한 11가지의 조달방법을 사용하기 위한 조건과 각 조달방법의 절차 및 기준에 대해서 자세하게 규정하고 있다. 모델법은 일반 경쟁입찰을 기본으로 하고 그 외 제한경쟁입찰, 견적요청, 협상 없는 제안서 요청 절차, 2단계 입찰, 대화에 의한 제안서 요청, 순차협상에 의한 제안서 요청, 경쟁협상, 전자역경매, 다수공급자물품계약 등 다양한 조달방법을 제시하고 있다.

### 3. 국내 조달 법규에 대한 시사점

2011년 정부조달 모델법은 2004년 모델법 마련 후 새롭게 등장한 조달실무와 전자방식에 의한 조달을 충실히 반영하고 있다. 우리나라 정부조달 법령 개선에 주는 시사점은 다음과 같다.

첫째, 모델법은 입찰가격이 조달목적에 비추어 과도하게 낮아 참가자가 조달계약을 충분히 이행하지 못할 우려가 있는 경우에는 해당 입찰을 거절할 수 있도록 규정하고 있다(제20). 우리 국가계약법에서는 이러한 “과다저가입찰의 거절”에 관한 명시적 규정을 두고 있지 않다. 국가계약법 제10조 제2항에서 국고의 부담이 되는 경쟁입찰에서는 충분한 계약이행 능력이 있다고 인정되는 자로서 최저가격으로 입찰한 자 등을 낙찰자로 선정하도록 규정하고 있다. 즉 최저가격 입찰자를 낙찰자로 선정함에 있어서 충분한 계약이행 능력을 따져보도록 하고 있는데, 이는 가격 자체에 대한 평가를 기반으로 계약이행 능력을 살피는 것이 아니라 입찰자 자체에 대한 평가라고 볼 수 있다. 이러한 점에서 1원 입찰도 가능하며 법원도 이를 유효한 것으로 보고 있다.

둘째, 낙찰선언 직후 일정한 기간 동안 이의제기를 할 수 있는 정지기간(standstill period)(제22조)에 대해 우리 조달 법령은 규정하고 있지 않으므로 그 필요성, 기간, 요건, 절차에 대한 검토가 필요하다.

셋째, 개정 모델법은 전자조달방법(e-procurement)과 전자역경매(electronic reverse auction)의 사용조건 및 절차에 관한 구체적인 규정을 두고 있다. 우리나라는 2008년 12월 31일, 역경매를 도입할 수 있는 근거를 국가계약법 시행령 제10조에 마련하였고, 2천 만 원 미만의 소액계약에 대하여 전자역경매시스템을 적용하고 있다. 그러나 전자역경매의 특성을 고려한 구체적인 절차나 기준을 명시하지 않아 실질적인 집행이 어려운 실정이다. 모델법은 전자역경매의 사용조건과 경매 전후의 절차에 대하여 매우 상세한 규정을 두고 있으므로 우리 조달법 개선에 시사점을 주고 있다.

넷째, 모델법 제49조에 규정된 대화에 의한 제안서 요청(Request for proposals with dialogue)은 대규모 IT 시스템 구축, KTX 도입, 태양광 설비 등 사회기발시설을 갖추기 위해 고도의 국내외 민간 기술을 도입하는데 유용한 조달방법이다. 우리 국가계약법에서는 이에 관한 규정을 두고 있지 않다. 그러나 해외 선진적 기술을 우리 사회에 도입하기 위한 사회적 여건이 갖추고 있으므로 이에 대한 법적 근거를 마련할 필요가 있다.

다섯째, 모델법은 조달기관에 대한 이의제기와 독립기구에 의한 재심절차 등을 상세히 규정하고 있다. 우리나라의 경우 국가계약법 제 28조에서 국제입찰에 의한 정부조달계약과정에서 해당 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원의 일정한 행위로 인하여 불이익을 받은 자는 그 행위의 취소 또는 시정을 위한 이의신청을 할 수 있으며, 해당 중앙관서의 장의 조치에 이의가 있는 자는 다시 국제계약분쟁조정위원회에 조정을 위한 재심을 청구할 수 있도록 규정하고 있다. 2012년 12월 개정 국가계약법은 우리나라 정부조달의 10-30% 정도 차지하는 국제조달에 대해서는 이러한 재심절차를 규정하면서도 보다 많은 거래가 이루어지고 있는 국내조달절차에 대해서는 재심절차가 마련되어 있지 않은 문제점을 개선하였다. 즉 국내입찰의 경우에도 국제입찰과

같이 정부조달계약을 위한 입찰 및 계약의 과정에서 분쟁 발생 시 이의신청을 할 수 있도록 하는 한편 국제계약분쟁조정위원회를 확대한 국가계약분쟁조정위원회를 설치하도록 하여 소송으로 진행되기 전에 분쟁을 조정할 수 있도록 하였다.(법 제28조제1항·제4항 및 제29조제1항).

#### 4. 국가 계약법 체계 정비 방안

모델법은 크게 일반조항과 일반경쟁입찰, 그리고 특수 유형의 조달 방법 및 구제절차로 구성되어 있다. 또한 다양한 조달방법을 중심으로 해당 조달방법을 수행하기 위해 필요한 구체적 기준과 절차 등을 상세히 규정하는 방식을 취하고 있어서 조달방법을 중심으로 용이하게 법률 관계를 파악할 수 있도록 구성한 것이 특징이다.

반면, 국가계약법은 2011년 모델법의 일반조항에 포함되어 있는 일반적인 조달계약의 기본 기준과 절차와 유사한 내용을 규정하고 있다. 또한 특수 유형의 조달방법은 국가계약법 시행령에 위임해서 규정하는 방식을 취하고 있다. 특히 동 시행령 제3장에서 다양한 계약의 방법을 규정하고 있는데, 이는 법 제7조제1항에서 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원이 계약을 체결할 때 일반경쟁을 원칙으로 하고, 다만 계약의 목적, 성질, 규모 등을 고려하여 필요하다고 인정되면 대통령령으로 정하는 바에 따라 제한경쟁입찰, 지명(指名)경쟁입찰, 또는 수의계약(隨意契約)을 체결할 수 있도록 규정하고 있기 때문이다. 모델법의 구성과 달리, 국가계약법은 법률상에서 일반경쟁을 원칙으로 정하고 있을 뿐 다른 조달방법 모두를 시행령에서 규율하도록 하고 있어서 법률상에서 다양한 종류의 조달방법을 파악할 수 없도록 구성되어 있다.

한편 모델법에 규정되어 있는 전자적 수단에 의한 조달방법 등은 국내에선 2013년 3월 22일에 제정된 전자조달법에서 규율하고 있다.



이 법은 조달업무의 전사적 과정을 전자화에 의해 수행될 수 있도록 관련 기준과 절차를 규정하고 있다. 전자역경매와 관련해서, 우리나라는 2008.12.31. 국가계약법 시행령 제10조제3항에 역경매의 도입에 관한 근거를 마련하였다. 그러나 그 세부적인 기준과 절차에 대해서는 관련 법률에 규정이 미흡한 상태이다.

국가계약법 및 시행령의 체계를 다음과 같이 개선할 필요가 있다.

첫째, 정부조달계약 관련 일반조항, 조달방법의 사용조건 및 절차에 관한 규정을 장으로 구분하여 규정할 필요가 있다. 현행 국가계약법은 조달 계약에 보편적으로 적용되는 일반적 사항만을 규정하고 있는데 시행령에 규정된 조달방법에 관한 규정을 법률상에 별도의 장을 두어 정비할 필요가 있다.

둘째, 조달방법의 사용조건과 주요 절차를 해당 조달방법에 관한 법률상 조문에 함께 규정할 필요가 있다. 시행령에 규정된 각 조달방법에 관한 규정은 조달조건 및 절차에 관하여 상세한 규정을 두고 있지 못하다. 모델법에서 제시하는 조달조건을 해당 조달방법에 반영하고 또한 주요절차는 법률에 세부적인 절차와 기준은 시행령에 각각 편제하여 정비할 필요가 있다.

셋째, 조달방법은 크게 기본이 되는 경쟁입찰과 특수 유형의 조달방법으로 구분하여 별도의 장에서 각각 규정할 필요가 있다. 시행령 제3장에서는 일반경쟁입찰과 특수 조달방법을 장의 구별 없이 열거적으로 규정하고 있어서 일반경쟁입찰의 중요성이 부각되지 못하고 있다. 경쟁입찰과 특수한 조건이 만족되어야 적용할 수 있는 조달방식을 구별하여 장 또는 절로 구성할 필요가 있다.



## 5. 국가계약법의 주요 개정 방안

### ① 대화에 의한 제안서 요청(Request for proposals with dialogue) 도입

대화에 의한 제안서 요청(Request for proposals with dialogue) 방식은 이번 모델법 개정에 새롭게 도입된 조달방법으로서 국가 대규모 IT 사업, 고속기차 등 사회기반시설 등을 구축함에 있어서 민간의 고도의 기술을 차용할 수 있는데 적합한 방식이다. 현재 우리 조달법에는 이러한 형태의 조달방식이 규정되어 있지 않으나 실무적으로 이미 시행한 경험이 있으므로 관련 규정을 신설할 필요가 있다.

새로운 계약방법인 대화에 의한 제안서 요청(Request for proposals with dialogue) 방식을 국가계약법에 도입하기 위하여 다음과 같이 조문을 신설할 필요가 있다.

현 행	개정안
(신설)	제〇〇조(대화에 의한 제안서 입찰) ① 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 물품의 제조·구매 또는 용역계약(단순한 노무에 의한 용역으로서 기획재정부령이 정하는 계약은 제외한다)에 있어서 미리 적절한 규격등의 작성이 곤란하거나 기타 계약의 목적을 효과적으로 달성하기 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 대화에 의한 제안서 입찰을 실시할 수 있다. ② 제1항의 경우 대통령령으로 정하는 바에 따라 참가자의 수를 제한하기 위하여 사전선정절차를 선

현 행	개정안
	<p>택할 수 있다. 다만, 참가자는 3인 미만으로 제한할 수 없다.</p> <p>④ 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 제1항에 따른 최적의 기술, 규격 등을 도출하기 위하여 대통령령이 정하는 위원회를 구성하여 동시에 대화를 진행할 수 있다.</p> <p>⑤ 제1항에 따른 대화에 의한 제안서 입찰을 위하여 공고방법, 평가 기준 및 절차, 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.</p>

② 과다저가입찰의 거절 도입

모델법 제20조는 조달기관으로 하여금 가격이 과다하게 저가여서 참가자의 조달계약의 이행능력에 의문을 갖게 하는 입찰에 대하여 거절할 수 있도록 하고 있다. 이를 통하여 조달기관은 조달계약의 불이행, 추가비용발생, 이행지연 등의 위험을 방지할 수 있다. 현행 국가계약법은 과다저가입찰에 관한 명시적 규정을 두고 있지 않다. 따라서 계약을 성실히 이행할 수 없을 정도의 과다한 저가 입찰에 대해서는 거절할 수 있는 명시적 규정이 필요하고, 또한 입찰자의 소명기회 등의 절차와 기준이 마련될 필요가 있다.

그리고 모델법은 과다저가입찰의 경우 비가격적 요소를 포함한 가격 개념을 사용할 수 있도록 하고 있는 점도 유념할 필요가 있다. 이러한 과다저가입찰은 과다 가격 경쟁이 치열한 전자역경매 등에도 적용될 수 있을 것이다.

과다저가입찰 거절에 관한 사항을 국가계약법에 규정하기 위해서는 동법 제10조 경쟁입찰에서의 낙찰자 결정에 관한 규정을 개정하는 방안을 고려해 볼 수 있다. 즉, 국가계약법 제10조는 경쟁입찰에서의 낙찰자 결정에 관하여 규정하고 있는데, 동조 제2항에서 국고의 부담이 되는 경쟁입찰에서는 낙찰자 선정 기준을 규정하고 있다. 과다저가입찰의 경우 국고의 부담이 되는 경쟁입찰과 관련된 것이므로 동조에 관련사항을 다음과 같이 규정할 수 있을 것이다.

현 행	개정안
<p>제10조(경쟁입찰에서의 낙찰자 결정) ① 세입의 원인이 되는 경쟁입찰에서는 최고가격의 입찰자를 낙찰자로 한다. 다만, 계약의 목적, 입찰 가격과 수량 등을 고려하여 대통령령으로 기준을 정한 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>② 국고의 부담이 되는 경쟁입찰에서는 다음 각 호의 어느 하나의 기준에 해당하는 입찰자를 낙찰자로 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 충분한 계약이행 능력이 있다고 인정되는 자로서 최저가격으로 입찰한 자</li> <li>2. 입찰공고나 입찰설명서에 명기된 평가기준에 따라 국가에 가장 유리하게 입찰한 자</li> <li>3. 그 밖에 계약의 성질, 규모 등을 고려하여 대통령령으로 특별히 기준을 정한 경우에는 그 기준에 가장 적합하게 입찰한</li> </ol>	<p>제10조(경쟁입찰에서의 낙찰자 결정)</p>

현 행	개정안
	<p>③ 제2항 제1호에도 불구하고 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 입찰의 가격이 과도하게 낮아 계약이 충분히 이행될 수 없다고 판단되는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 따라 해당 입찰을 거절할 수 있다.</p> <p>④ 제3항에 따라 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원이 입찰을 거절하는 경우에는 그 사실을 입찰자에게 통보하여야 하며, 통보를 받은 입찰자는 해당 입찰가격으로 충분히 계약을 이행할 수 있음을 소명할 수 있다.</p>

### ③ 정지기간(standstill period)의 도입

모델법 제22조제2항에서 낙찰선언 직후 일정한 정지기간(standstill period)을 두어 이의제기를 할 수 있도록 규정하고 있다. 다만 긴급을 요하는 조달이나 개방형 다수공급자물품계약이 전자적 방식으로 이루어지는 경우에는 정지기간을 적용하지 않고 있다. 조달기관은 정지기간 동안은 조달계약을 체결할 수 없다.

국가계약법은 계약체결 전에 이러한 정지기간을 두고 있지 않다. 국내 많은 조달 실무가와 전문가들은 정지기간의 필요성을 인정하고 있는데, 즉 계약의 효력 발생 전에 조달 절차상에 문제가 없었는지 여부를 검토하는 것이 계약 효력 발생 후 분쟁절차로 진행하는 것보다 합리적이기 때문이다.

조달계약 체결 전에 정지기간을 두도록 국가계약법에 법적 근거를 다음과 같이 마련할 필요가 있다.

현 행	개정안
(신설)	<p>제11조의2(정지기간) ① 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 낙찰자가 결정되면 대통령령으로 정하는 바에 따라 일정한 기간을 정하여 그 사실을 다른 입찰자에게 통지하고, 입찰자가 이의가 있는 경우에는 제기할 수 있도록 하여야 한다. 다만, 계약의 성격상 긴급을 요하는 경우에는 그러하지 아니한다.</p> <p>② 제1항에 따른 정지기간은 입찰자에게 통지가 발송된 날로부터 기산하며, 정지기간에 대한 내용이 입찰공고에 포함되어 있어야 한다.</p>

#### ④ 전자역경매의 구체적 기준 및 절차

우리나라는 2008.12.31. 국가계약법 시행령 제10조제3항에 역경매의 도입 근거를 마련하고, 현재 2천만원 미만의 소액계약에 대하여 구축된 전자역경매시스템을 이용하여 운영 중에 있다. 그러나 현행 시행령은 전자역경매에 대한 법적 근거만 마련되어 있을 뿐 그 구체적인 기준과 절차에 대한 규정이 없다.

또한 역경매에 관한 시행령 제10조 제3항은 물품의 구매에 한정하여 적용하고 있는 반면, 모델법은 물품은 물론 서비스 등에도 적용할 수 있도록 하고 있다. 그러나 전자역경매는 세계적으로 일부 국가를 중심으로 물품을 한정하여 운용되고 있는 점을 고려한다면 물품 구매에 한정하여 적용하는 것이 바람직할 것이다.

따라서 조달업무를 전자적으로 처리하는 데에 필요한 사항을 규정하고 있는 전자조달법에 전자역경매에 관한 구체적인 절차와 기준을 마련하는 것이 필요하다고 본다.

전자역경매와 관련된 구체적인 기준과 절차는 조달계약과 관련된 사항이므로 국가계약법에 두는 것이 타당하나, 우리나라는 전자조달과 관련해서는 「전자조달의 이용 및 촉진에 관한 법률」에서 규율하고 있으므로 이 법에 전자역경매의 관한 사항을 규정할 필요가 있다. 동법 제2장은 조달업무를 전자화에 관한 사항을 다루고 있는 바 전자역경매에 관한 구체적인 기준과 절차를 여기서 다루는 것이 적절할 것이다. 전자역경매에 관한 규정은 다음과 같다.

현 행	개정안
(신설)	<p>제○○조(전자역경매) ① 수요기관의 장 또는 계약담당자는 물품을 구매를 위하여 대통령령으로 정하는 조건이 충족되는 경우 전자조달시스템을 이용하여 입찰을 역경매에 부칠 수 있다.</p> <p>② 수요기관의 장 또는 계약담당자가 입찰을 제1항에 따른 전자역경매로 하는 경우에는 역경매 참가등록, 역경매방법, 평가방법, 경매기간, 기준, 절차 등에 관한 사항을 공고하거나 통지하여야 한다.</p> <p>③ 제1항에 따른 전자역경매에 등록된 참가자의 수가 효율적인 경쟁을 하기에 충분하지 않은 경우 수요기관의 장 또는 계약담당자는 해당 경매를 취소할 수 있다. 이 경</p>

현 행	개정안
	<p>우 등록한 참가자에게 경매의 취소 사실을 즉시 개별적으로 통지하여야 한다.</p> <p>④ 수요기관의 장 또는 계약담당자는 제1항에 따른 경매가 진행되는 동안에 참가자에게 지속적으로 입찰을 제출할 수 있도록 동등한 기회를 보장하여야 한다. 이 경우 입찰은 전자조달시스템에 의해서 자동적으로 평가되어야 한다.</p> <p>⑤ 제4항에 따라 제출된 입찰가격 중 경매기간 종료 시에 최저가격으로 입찰한 자를 낙찰자로 한다.</p> <p>⑥ 제1항부터 제5항에 따른 전자역경매의 방법, 기준, 절차 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.</p>

### 제 4 절 정리 및 추후 연구 방향

이상으로 “UNCITRAL 규범 분석을 통한 국내 법제 개선 방안 연구” 이라는 주제로 UNCITRAL W/G IV 논의와 관련하여 현재 개정작업이 진행 중인 국내 주식등록제도의 개선 방안을 모색하고, W/G I에서 성안된 정부 조달 모델법에 기초하여 국내 조달법제의 개선 방안을 도출해보았다.

UNCITRAL의 논의 과정에 적극적으로 참여하고, 논의 내용을 분석하는 중요한 이유 중의 하나가 국내법제에의 영향을 분석하고, 국내 관련 정책 및 입법에의 대응 방안을 모색해보기 위한 것이다. UNCITRAL



의 규범의 경우 국제 거래를 대상으로 한다는 점에 초점이 맞추어져 있고, 입법 형식이 협약이 아닌 모델법, 입법 지침 등의 형태로 진행되는 경우 국내법제에 대한 실질적인 구속력은 약한 측면이 있다. 그러나 세계 경제의 글로벌화, 블록화 측면에 대응하기 위해 국내법제의 경우도 이러한 UNCITRAL 등의 국제 규범에 대응하여 개선 방안을 적극적으로 모색해볼 필요가 있을 것이다.

## 제 4 장 결 론

지금까지 한국법제연구원 「글로벌법제전략연구사업」에서 UNCITRAL 아·태지역사무소와의 공동 연구 프로젝트 형태로 진행된 2년차 과제  
의 주요 내용과 성과를 정리하였다. 이번 연구과제는 ① “UNCITRAL  
W/G의 논의 분석과 전망”이라는 주제로 5개 연구과제, ② “UNCITRAL  
규범 분석을 통한 국내 법제 개선 방안 연구”이라는 주제로 2개 연  
구 과제가 최종적으로 진행되었다. 연구 과제와 관련하여 국제 컨퍼  
런스, 전문가회의도 UNCITRAL 아태지역사무소와 함께 개최하였다.

UNCITRAL W/G에서 2014년도 현재 논의하고 있는 W/G I의 소규모  
기업관련 규범화 작업은 올해부터 본격적으로 논의가 시작되었고,  
규범(안) 조차 나오지 않은 단계로 추후 본격적으로 규범(안)을 마련  
하고 논의가 시작될 예정이다. 동산담보모델법(안)도 논의의 초기에  
있지만, 담보거래에 관한 입법지침, 지식재산권 담보 입법지침 부속  
서, 담보등기지침에 이어 최종적으로 모델법 작업이 진행되고 있어,  
빠른 논의 단계를 보이고 있다. W/G III, W/G IV도 몇 년에 걸쳐 규  
정(안)을 검토하고 있는 상황이며, W/G II의 투명성 협약은 2014년도  
에 최종 확정이 된 상황이다. 국내주식등록제도와 국내 조달법제의  
개선 방안 연구는 논의 과정 및 최종 확정된 결과물에 대한 분석을  
기초로 하고 있다.

그동안 UNCITRAL에서 성안된 협약, 모델법, 입법 지침에 대한 많  
은 연구가 국내에서 진행이 되었고, 이를 기반으로 UNCITRAL 규범  
의 국내법제에의 반영을 통해 국내법제의 글로벌 스탠더드화에 기여  
해왔다. 그러나 논의 과정에서부터 적극적으로 참여하여 한국측의 입  
장을 반영하고, 그 논의 과정상의 쟁점 사항들에 대해 지속적으로 분  
석·소개하는 작업은 미진하였다. 향후 UNCITRAL 규범과 국내법제  
와의 비교법적 연구를 통해 국내법제의 개선 방안을 도출하고 반영하

기 위해서는 논의 과정에서부터 적극적으로 참여하고 내용을 분석하는 작업이 선행되어야 한다는 측면에서 UNCITRAL 아·태지역사무소와의 공동 연구 형태로 진행되는 본 연구과제는 의미가 크다고 하겠다. 더불어 UNCITRAL W/G 회의가 진행되기 전에 국내의 관련 부처 및 여러 기관의 전문가들이 함께 모여 회의 내용을 사전에 점검하고, 의견을 조율하는 과정이 필수적으로 전제되어야, 보다 성과 있는 연구가 될 것으로 본다.

한편, 그동안 UNCITRAL의 논의는 선진국 중심으로 논의가 주도되는 경향이 있었으나, UNCITRAL 규범의 경우 선진국보다는 개발도상국의 법제화에 보다 많은 도움이 될 것으로 본다. UNCITRAL 아시아·태평양 지역사무소와 연계하여 개발도상국의 관점들을 적극적으로 반영하고 확대하기 위한 허브로서의 기능을 할 수 있는 다양한 프로젝트의 진행도 고려해볼 수 있을 것이다.

## 참 고 문 헌

- 손 현 외, “KLRI-UNCITRAL Joint Research(I) : Perspectives and Trends - 종합보고서”, 한국법제연구원, 2013.
- 노혁준, “KLRI-UNCITRAL Joint Research(II) : Perspectives and Trends - UNCITRAL W/G I의 소규모기업법제에 관한 논의 분석과 전망”, 한국법제연구원, 2014.
- 이재민, “KLRI-UNCITRAL Joint Research(II) : Perspectives and Trends - UNCITRAL W/G II의 투명성 협약에 관한 논의 분석과 전망”, 한국법제연구원, 2014.
- 오수근, “KLRI-UNCITRAL Joint Research(II) : Perspectives and Trends - UNCITRAL W/G III의 ODR 절차 규칙에 관한 논의 분석과 전망(1)”, 한국법제연구원, 2014.
- 최경진, “KLRI-UNCITRAL Joint Research(II) : Perspectives and Trends - UNCITRAL W/G IV의 전자양도성기록에 관한 논의 분석(2)”, 한국법제연구원, 2014.
- 권영준, “KLRI-UNCITRAL Joint Research(II) : Perspectives and Trends - UNCITRAL W/G VI의 담보거래 모델법에 관한 논의 분석과 전망(1), 한국법제연구원, 2014.
- 정경영, “KLRI-UNCITRAL Joint Research(II) : Perspectives and Trends - UNCITRAL 및 UNIDROIT 논의 내용 분석을 통한 국내 주식등록제도의 개선방안 연구”, 한국법제연구원, 2014.
- 손승우, “KLRI-UNCITRAL Joint Research(II) : Perspectives and Trends - UNCITRAL 정부조달 모델법 분석을 통한 국내 조달법령의

참 고 문 헌

개선 방안 연구(2) (개정(안) 마련을 중심으로) ”, 한국법제연구원, 2014.