高麗法學

제 105 호
2022. 06.

高麗大學校 法學硏究院

간 행 사

高麗法學 제105호(2022년 6월호)가 발간되었습니다. 관심을 갖고 봐 주시는 모든 분들께 먼저 인사를 올리면서, 이번 학술지에도 많은 연구자들께서 옥고를 투고해 주셨습니다만 심사절차와 게재기준에 따라 총 11편의 연구논문만을 게재하게 되었음을 보고드립니다. 소중한 연구의 결실을 나누기 위해 옥고를 투고, 게재해 주신 연구자분들께 감사의 말씀 드립니다.

이번 호는 지난 호에서 첨단기술에 따른 법적 문제를 다루었던 것의 발전 선상에서 「디지털 전환에 따른 법적 논의」라는 주제 아래에 5편의 전문적 연구 결과를 수록하였습니다. 먼저 '데이터 경제에 있어 계약관계의 규율'이라는 논문은 데이터의 공급과 데이터 플랫폼 이용의 계약관계에 관한 내용을 다루고 있는데, 국내에서 처음으로 ALI·ELI 공동의 Principles for a Data Economy에 관한 규율 내용을 소개, 분석하고 있습니다. 또한 '가상자산의 유형별 규제방식에 관한 연구'는 최근 많은 관심의 대상이 되는 가상자산에 관하여 지급형, 증권형, 유틸리티형의 전제 위에서 각 유형에 따른 법적 규율의 방향을 제시하고 있습니다. 다음으로 '과실책임에 의한 인공지능 오류사고 규율가능성'은 인공지능의 활용에서 어쩔 수 없이 발생하는 손해사고에 대한 민사책임의 판단기준을 구체화하려는 이론적 시도를 담고 있습니다. 그리고 '법조 분야의 인공지능 기술의 도입을 위한 고려 사항'과 '트랜스휴머니즘 시대 이식형 의료기기의 법적 위험에 대한 연구'는 여러 영역에서 인공지능 활용의 긍정적 측면과 아울러 그 위험성에 대처하기 위한 여러 고려사항을 제시하고 있습니다.

또한 **高麗法學** 제105호는 각 법분과에서 현재 중요 이슈가 되거나 전래의 법리적 관점에서 논란이 되는 주제에 대해서도 숙고의 연구결과를 수록하고 있습니다. '검수완박 입법(형소법 및 검찰청법 개정)의 헌법적 문제점'과 '전기통신사업법상 범죄수사를 위한 통신자료 제공요청의 헌법적 쟁점'이라는 논문은 어쩌면 그 내용에 대한 개인적 견해를 달리할 수 있겠지만 정치적, 사회적 중대 갈등에서 법(률), 법률가의 역할을 다시금 돌아보게 할

것입니다. 그리고 '강행법규 위반과 물권적 효력'은 공공건설임대주택의 분양전환에서 우선분양전환권을 갖는 임차인의 양수인에 대한 지위 주장 여부에 관한 대법원 판례(대법원 2021. 9. 30. 선고 2016다252560 판결)의 평석 방식을 통하여 강행법규의 인정 여부와 법규 위반행위의 제3자적 효력이라는 어려운 민사법적 주제를 다루고 있습니다. 또한 '소송상 상계와 그 실체법상 효과'는 민사 실체법과 절차법이 중첩되는 영역에서 발생하는 어려운 논의주제에 관하여 외국 법제와 판례의 분석을 통한 여러 시사점을 제시하고 있습니다. 끝으로 '배심원 보호에 관한 몇 가지 제언'은 국민참여재판 시대에서 중요한 역할을 하는 배심원의 안전보장 등에 대한 현행제도의 한계와 그 개선제언을 담고 있으며, '농업분야에서 외국인을 활용한 근로자파견제도 도입의 문제점'은 특히 실증적 연구결과를 바탕으로 그 문제점과 개선방향을 분석, 모색하는 입법정책적 연구를 공유해 주고 있습니다.

각고의 노력으로 풍성하고 완성도 높은 위의 연구결과들이 많은 분들의 연구와 업무에 도움이 되기를 바랍니다. 여느 때와 같이 금번 호의 발간을 위하여 심사와 편집 전 과정을 함께 해 주신 교내외의 많은 심사위원님과 편집위원님께 감사하다는 말씀을 올리며, 그리고 제반의 행정사무를 원만하게 처리해 주고 있는 심현우 간사님께도 고마운 마음을 전합니다. 2022년 9월 발간 예정인 高麗法學 제106호에도 교내외 다양한 전공영역의 연구자님들의 옥고를 기다리고 있겠습니다.

2022년 6월

高麗法學 편집위원 모두를 대표하여 김상중 올림

목 차

▣ 특 집 : “디지털 전환에 따른 법적 논의”

“데이터 경제에 있어 계약관계의 규율: ALI-ELI 데이터 경제 원칙상의 데이터 공급 계약과 데이터 마켓플레이스 계약을 중심으로”…… 정신동 / 01

“가상자산의 유형별 규제방식에 관한 연구”…… 유양욱 / 33

“과실책임에 의한 인공지능 오류사고 규율가능성”…… 김진아 / 81

“법조 분야 인공지능 기술의 도입을 위한 고려 사항 - 상표 유사도 평가의 경우를 사례로”…… 남구현 / 129

“트랜스휴머니즘 시대 이식형 의료기기의 법적 위험에 대한 연구 - 개인정보보호와 사이버정보보안을 중심으로 -”…… 김성용·정관영 / 161

▣ 연구논문

“검수완박 입법(형소법 및 검찰청법 개정)의 헌법적 문제점”…… 장영수 / 219

“전기통신사업법상 범죄수사를 위한 통신자료 제공요청의 헌법적 쟁점 - 통신비밀보호법상 통신사실확인자료 제공요청과의 비교를 중심으로 -”…… 차진아 / 255

“강행법규 위반과 물권적 효력 - 대법원 2021. 9. 30. 선고 2016다252560 판결에 대한 평석 -”…… 이병준 / 307

“소송상 상계와 그 실체법상 효과”…… 정상민 / 355

“배심원 보호에 관한 몇 가지 제언”…… 윤영석 / 395

“농업분야에서 외국인을 활용한 근로자파견제도 도입의 문제점”…… 전윤구 / 437

고려대학교 법학연구원
고려법학 제105호 2022년 6월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2022.105.1

데이터 경제에 있어 계약관계의 규율:

- ALI-ELI 데이터 경제 원칙상의 데이터 공급 계약과 데이터 마켓플레이스 계약을 중심으로 -*

정 신 동**

▶목 차◀

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. 데이터 제공형 계약관계의 규율
1. 데이터 경제 원칙7: 데이터 이전에 관한 계약
(1) 개념 정의
(2) 데이터의 제공(공급) 방식
(3) 데이터의 특성
(4) 데이터 관리(통제)권
2. 데이터 경제 원칙8: 데이터 접근에 관한 계약
(1) 개념 정의
(2) 데이터의 제공 방식
(3) 데이터의 특성
3. 국내 데이터 거래 가이드라인에서의 데이터 제공형 표준계약서
Ⅲ. 데이터 플랫폼 계약관계의 규율
1. 데이터 경제 원칙15: 데이터 마켓플레이스 계약
(1) 개념 정의
(2) 데이터 마켓플레이스 계약 내용에 관한 기본원칙
2. 국내 데이터 거래 가이드라인에서의 데이터 오픈마켓형 표준계약서
(1) 데이터 플랫폼 유형의 제한
(2) 데이터 플랫폼 운영자의 의무 규율
(3) “전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률” 관련 표준계약서 조항
Ⅳ. 과제: 데이터 거래에 대한 민사법적 규율의 필요성
Ⅴ. 나가며

* 강릉원주대학교 법학과 조교수, 법학박사.
** 이 논문은 2022년 한국데이터법정책학회 상반기 정기학술대회에서 발표한 내용을 수정·보완한 것입니다. 발표 당시 사회를 맡아주신 고려대학교 김상중 교수님과 토론을 통해 유익한 말씀을 주셨던 영남대학교 이소은 교수님과 김태호 박사님께 진심으로 감사의 말씀을 드립니다.

Ⅰ. 들어가며

최근 데이터 경제의 중요성이 점점 강조되면서 디지털 대전환의 시대에 데이터 민사법의 역할이 의미를 더 해가고 있다. 일반적으로 데이터 경제 환경에서 데이터 자산에 대한 민사법적인 규율은 크게 ⅰ) 데이터의 보호, ⅱ) 데이터의 거래, ⅲ) 데이터의 귀속관계로 세분화 할 수 있을 것인데, 이 중에서 데이터의 보호를 위한 민사법적 규율방안에 대해서는 현재 어느 정도 입법이 진척된 상황이다. 예컨대 데이터의 보호 문제와 관련해서 데이터산업법[1] 제12조, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 카목에 따라 일정한 데이터의 부정사용행위에 관하여 손해배상, 금지청구의 민사법적 구제수단이 인정되고 있고, 2022년 7월 시행 예정인 산업 디지털 전환 촉진법[2] 제9조 제4항 역시 산업데이터의 위법한 침해행위로부터의 법적 보호를 명시하고 있다. 비록 산업 디지털 전환 촉진법이 산업데이터에 한정하여 적용되고, 부정경쟁방지법의 법적 보호도 "특정인 또는 특정 다수에게 제공되는 (...) 기술상 또는 영업상의 정보"에 관하여 일정한 침해행위의 경우에 적용되지만, 이들 규정의 적용범위 제한에 따라 발생하는 데이터 보호의 공백은 현재로서는 중대하다고 판단되지 않고, 이들 규정의 적용범위를 넘어서는 데이터 자산에 대해서는 민법 제750조에 따른 손해배상책임, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 파목(성과물 무단이용 법리)에 따른 보완적 법리발전을 기대할 수 있다고 생각된다.

그런데 이와 달리 데이터의 거래[3] 및 데이터의 귀속관계[4]와 관련하여

---

1) 데이터 산업진흥 및 이용촉진에 관한 기본법 [법률 제18475호, 2021. 10. 19., 제정].
2) 산업 디지털 전환 촉진법 [법률 제18692호, 2022. 1. 4., 제정].
3) 데이터 사법(私法)에 관한 국내의 연구 중 데이터거래와 관련해서는 자율적 거래질서의 필요 또는 데이터 제공형 거래관계의 기본적 권리의무에 관하여 원론적으로 소개하는 정도에 그치고 있는 것으로 보인다. 대표적인 문헌으로 이상용, "데이터 거래의 법적 기초", 「법조 제728호」, 2018, 5면 이하; 이성엽편/김상중 집필, 「데이터와 법」, 데이터거래와 오픈마켓, 2021, 277면 이하; 송문호, "데이터의 법적 성격과 공정한 데이터거래", 「동북아법연구 제14권 제1호」, 2020, 225면 이하.
4) 일반적으로 데이터의 창출을 촉진하기 위한 방안으로 자주 언급되는 제도로 데이터 소유권(Data Ownership)이 있다. 데이터의 창출을 촉진시키기 위해서는 적절한 동인이 필요하고, 가장 효율적인 동인은 데이터 활용 이익을 사인이 독점하도록 하여, 공유지의 비극을

서는 현재 실정법상 규정이 부재한 상황이라 말할 수 있다. 다시 말해 데이터 자산의 침해에 대한 민사법적 보호 주제에 있어서와 달리 데이터의 거래와 귀속관계에 관한 법규는 아직 마련되지 않았는데,[5] 특히 데이터의 거래에 대해서는 전적으로 (약관 이용을 포함한) 당사자들의 합의 내지 산업진흥 차원에서 마련된 '데이터거래가이드라인'[6]에 의해서만 규율되고 있는 실정이다. 이에 본고에서는 계약 당사자들의 개별 합의나 '데이터거래가이드라인'과의 관계에서 기준적 성격을 가질 수 있는 데이터 거래에 관한 기본 원칙을 고찰하고자 한다. 그리고 이를 논의함에 있어서는 하나의 비교법 자료로서 (아직까지 국내에서 연구가 거의 진행되지 않은) 미국법률협회(American Law Institue, ALI)[7]와 유럽법률협회(European Law Institute, ELI)[8]의 '데이터 경제에 관한 원칙(Principles for a Data Economy; 이하 '데이터 경제 원칙'이라 한다)'상의 데이터 이전에 관한 계약, 데이터 접근 계약 및 데이터 마켓플레이스 계약 규율 상황을 고려하고자 한다. 이 데이터 경제 원칙은 양 기관의 공동 프로젝트로서, 2017년에 몇몇 사항에 한정하여 논의가 시작되었다가 2018년 공식적으로 시작된 연구결과물로서,[9] 데

피하고, 사인이 스스로 효율을 높이도록 독려하는 것이기 때문이라고 한다. 다만 물리적 속성이 없는 데이터는 소유권의 대상이 될 수 없으며, 배타성과 절대성을 갖는 소유권은 데이터의 특성과 부합하지 않기 때문에 이 개념을 받아들임에는 적지 않은 어려움이 있다. 데이터 소유권에 관한 논의에 대해서는 대표적으로 박상철, "데이터 소유권 개념을 통한 정보보호 법제의 재구성", 고학수·임용(편), 데이터오너십, 2019, 41면 이하; 이동진, "데이터 소유권(Data Ownership), 개념과 그 실익", 「정보법학 제22권 제3호」, 2018, 219면 이하; 최경진, "데이터와 사법상의 권리, 그리고 데이터 소유권(Data Ownership)", 고학수·임용(편), 데이터오너십, 2019, 99면 이하; 백대열, "데이터 물권법 시론: 암호화폐를 비롯한 유체물-동등 데이터를 중심으로", 「민사법학 제90호」, 2020. 105면 이하.

5) 데이터 거래 및 귀속과 관련하여 입법상의 개선방안을 도출하는 최근 법무부 연구보고서로 한국데이터법정책학회, 민법상 데이터 관련 입법 개선방안에 관한 연구, 2021. 12., 109면 이하 참조.

6) 과학기술정보통신부 산하의 한국데이터산업진흥원이 개발한 데이터거래가이드라인, 특히 데이터 거래 관련 표준계약서에 관하여 www.datastore.or.kr에서 내려 받을 수 있다.

7) https://www.ali.org/projects/show/data-economy

8) https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/current-projects-feasibility-stud ies-and-other-activities/current-projects/data-economy

9) 이 연구 과제는 Fritz Thyssen 재단에 의해 지원되었다.

이터 거래관계에 대한 국내 성문법규의 마련에 있어서 참조할 만한 비교법적 자료가 충분치 않은 상황에서 (비록 원칙적 방침을 제시하는 데에 그치고 있고 그 내용에 대한 유럽 및 미국에서의 학계와 거래실무의 반향을 지켜보아야 할 것이지만) 국내에 몇몇 시사점을 제시하고 있다. 이하에서는 데이터 경제 원칙의 내용을 먼저 검토한 뒤에 이에 부합하는 국내 '데이터 거래가이드라인'상의 표준계약서 조항을 비교·검토해 보고, 데이터의 이용·유통활성화 차원에서 계약법적 과제를 제시해 본다.

Ⅱ. 데이터 제공형 계약관계의 규율

데이터에 관한 거래관계는 그 거래내용에 따라 다양한 종류를 가질 수 있는데, 현실에서 주로 활용되는 거래는 ⅰ) 데이터의 제공(또는 공급)을 목적으로 하는 계약, ⅱ) 여러 사람의 데이터 보유자가 각자 보유한 데이터를 공동으로 이용할 수 있도록 하는 계약 (데이터 sharing 계약), ⅲ) 데이터의 추출, 정제, 결합 등의 서비스 제공을 목적으로 하는 데이터 처리계약, ⅳ) 그 밖에 데이터 플랫폼 계약 등 그 필요에 따라 다양한 모습으로 나타나고 있다.[10] 또한 데이터를 생성하는 데에 관여한 사람들 사이에서 데이터의 귀속관계에 대한 합의[11] 역시 데이터를 목적으로 하는 계약관계의 하나라고 말할 수도 있을 것이다. 이처럼 데이터를 둘러싼 다양한 내용의 계약관계 중에서 가장 기본이 되는 것은 데이터의 제공 내지 공급을 목적으로 하는 계약관계라 말할 수 있고, 데이터 거래의 활성화를 도모하기 위해 많은 관심을 받고 있는 계약유형으로 데이터 플랫폼 내지 데이터 마켓플레이스 계약이 있으므로 이하에서는 논의의 한계 상 이들 2가지 종류의 계약관계를

10) ALI-ELI Principles For a Data Economy-Data Transactions and Data Rights, 2021, p. 10; 이동진, "데이터거래의 법적 쟁점 및 데이터거래 가이드라인", 서울대학교 인공지능정책 이니셔티브 이슈페이퍼 2019-2, 17면 참조.

11) 예컨대 산업데이터전환촉진법 제9조 제2항은 "산업데이터를 2인 이상이 공동으로 생성한 경우 각자 해당 산업데이터를 활용하여 사용·수익할 권리를 가진다. 다만, 당사자 간의 약정이 있는 경우에는 그에 따른다."고 규정하고 있다.

순차적으로 다루어 본다.

우선 데이터의 제공을 목적으로 하는 계약은 물건의 인도를 목적으로 하는 계약이 다시 종국적 처분을 내용으로 하는 매매, 한시적 이용을 목적으로 하는 임대차로 구분되는 바와 마찬가지로 데이터 이용자에게 데이터의 이전을 목적으로 하는 계약과, 일정 기간 동안 데이터에의 접근을 허용하여 데이터의 이용을 허락하는 것을 내용으로 하는 계약으로 나눌 수 있다. 전자가 데이터 이전(transfer)에 관한 계약이라면, 후자는 데이터 접근(access)에 관한 계약이라 부를 수 있을 텐데 양 계약 유형에 관하여 ALI·ELI 데이터 경제 원칙[12]이 규정하고 있는 바를 정리하면 다음과 같다.

1. 데이터 경제 원칙7: 데이터 이전에 관한 계약

(1) 개념 정의

ALI·ELI 데이터 경제 원칙 7에서 소위 데이터 이전에 관한 계약(Contracts for the transfer of data)이 규정되어 있다. 우선 동 원칙 제1항에서 데이터 이전에 관한 계약의 개념을 정의하고 있는데, 이에 의하면 데이터 수령자가 관리할 수 있는 매체[13]로 데이터를 이전하거나, 데이터가 저장된 매체를 수령자에게 전달(현실의 인도)함으로써, 데이터 공급자가 수령자로 하여금 특정 데이터를 관리(control)할 수 있도록 의무를 부담하는 거래를 말한다.[14] 이 개념 정의에서 가장 중요한 표지는 어떠한 형태로든 데이터 수령자가 데이터를 관리 내지 통제할 수 있어야 한다는 점인데, 데이

12) ALI·ELI 데이터 경제 원칙 중 몇가지 계약 유형에 관한 약간의 소개로 한국데이터법정책학회, 민법상 데이터 관련 입법 개선방안에 관한 연구, 2021. 12., 52면 이하 참조.

13) 이처럼 수령자가 관리 또는 통제할 수 있는 일반적 매체로는 서버(server)를 생각할 수 있다.

14) Principle 7: Contracts for the transfer of data
(1) A contract for the transfer of data is a transaction under which the supplier undertakes to put the recipient in control of particular data by transferring the data to a medium within the recipient's control or by delivering to the recipient a medium on which the data is stored

터 경제 원칙상 관리 개념은 원칙 3 제1항 e호에서 정의하고 있다. 이에 의하면 본 원칙에 있어 데이터 관리란 데이터에 접근하고 데이터의 처리 목적과 수단을 결정할 수 있는 지위에 있음을 의미한다고 한다.[15] 즉 데이터 이전 계약에 있어서는 데이터의 수령자가 계약의 목적물이 되는 데이터를 관리할 수 있는 권한을 가지게 되고, 이는 해당 데이터에 접근하여 처리 목적과 수단을 독자적으로 자유롭게 결정할 수 있도록 공급자가 의무를 부담한다는 것을 말한다. 이 유형의 계약에 있어서는 계약 목적물이 원 데이터인지 파생 데이터인지와 상관없이 관련 규정이 적용될 수 있고, 나아가 지식재산권법 등의 제도에 의해 보호되는지 여부와도 관계없이 모든 종류의 데이터에 적용될 수 있다고 한다.[16]

(2) 데이터의 제공(공급) 방식

데이터 이전 계약을 체결하는 당사자들은 데이터가 수령자에게 제공되는 방식을 계약상 합의하는 것이 일반적일 것이다. 다만 이러한 명시적인 특약이 없는 경우 해석을 위한 기본원칙이 필요할 것인데 데이터 경제 원칙 7 제2항 a호가 관련 기본 규칙을 제시하고 있다. 이에 따르면 원칙적으로 데이터는 수령자에 의해 지정된 매체에 전자적으로 전송되거나, 수령자가 선택한 매체로 수령자가 데이터를 이식(porting)할 수 있는 방식으로 데이터가 제공되어야 한다.[17] 이처럼 데이터 경제 원칙은 데이터 수령자가 원하는

---

15) Principle 3: Definitions
(1) For the purposes of these Principles the following definitions shall apply:
(e) 'Control of data' means being in a position to access the data and determine the purposes and means of its processing;

16) ALI-ELI Principles For a Data Economy - Data Transactions and Data Rights, 2021, p. 59.

17) Principle 7: Contracts for the transfer of data
(2) (a) With regard to the manner in which the supplier is to perform its undertaking described in paragraph (1), the data is to be transmitted electronically to a medium indicated by the recipient, or provided in a way enabling the recipient to port the data to a medium of the recipient's choice, unless either that mode of delivery or the medium indicated is unreasonable in the light of data security concerns in which case the supplier should promptly notify the recipient of those concerns so that the recipient may indicate a substitute

방식으로 데이터가 공급되어야 함을 원칙으로 규정하면서, 데이터와 관련된 보안문제와 관련하여 공급자에게 한 가지 의무를 추가로 부과하고 있다. 즉 데이터 수령자가 원하는 전송 방식이나 데이터 수령자가 지정한 매체가 데이터 보안의 관점에서 합리적이지 않다고 판단되는 경우 데이터 수령자가 대체적 전달 방식이나 대체적 매체를 지정할 수 있도록 해당 우려 사항을 데이터 수령자에게 즉시 고지할 의무를 공급자에게 부과하고 있다.[18]

(3) 데이터의 특성

데이터의 일정한 성상 내지 특성을 보장하는 것도 데이터 이전 계약 당사자 사이에 매우 중요한 문제이므로 데이터 경제 원칙 7 제2항 b호가 일반적인 물품 매매계약에서의 담보책임 법리 등을 참고하여[19] 관련 규정을 마련하고 있다. 일반적으로 데이터의 특성(characteristics of the data)이라 할 때에는 다양한 요소들이 고려될 수 있겠지만, 데이터 거래에 있어서는 개인정보인지 비개인정보인지와 같은 데이터의 성질(nature), 데이터의 정확성(accuracy), 최신성(currentness), 무결성(integrity), 세분성(granularity), 형식(formats) 및 데이터 이용과 업데이트 등을 위해 요구되는 기타 사양 등이 데이터 활용에 있어 고려되어야 할 핵심적인 요소라 할 수 있다. 이에 데이터 경제 원칙은 이러한 데이터의 특성을 공급자가 보장해야 할 기본원칙을 설시하고 있다.

우선 데이터 경제 원칙 7 제2항 b호는 제공되는 데이터가 표시·광고된 내용, 샘플 데이터에 부합하는 성상을 갖고 있을 것을 규정하여 제공데이터의 품질 기준에 관한 사항을 언급하고 있다. 즉, 제공되는 데이터가 공급자에 의해 생성되거나 받아들여진 데이터와 관련된 모든 실질적 설명(서)이나 표현 및 제공된 샘플 내지 모델과 일치해야 함을 기본 원칙으로 규정하고 있다.[20] 이는 경우에 따라서 계약 당사자들이 계약서상에 데이터의 성질,

---

mode of delivery or medium.

18) ALI-ELI Principles For a Data Economy - Data Transactions and Data Rights, 2021, p. 60.

19) ALI-ELI Principles For a Data Economy - Data Transactions and Data Rights, 2021, p. 60.

수량 및 품질 등에 관한 사항을 명시하지 않더라도 데이터 공급자가 제공한 데이터에 관한 설명이 거래의 기초를 이루게 되는 경우 계약 내용이 되는 것으로 전제한 것이다. 공급자가 수령자에게 샘플(예컨대 샘플 데이터 세트) 또는 모델(예컨대 정보가 표시되는 구조)을 제공한 경우도 마찬가지이다.

나아가 데이터 경제 원칙 7 제2항 b호는 데이터를 획득하는 수령자의 특정한 목적, 그리고 수령자가 공급되는 데이터를 선택함에 있어 공급자의 기술이나 판단에 의존하고 있다는 점에 대해 공급자가 고지를 받은 경우, 공급되는 데이터는 수령자의 해당 특정 목적에 적합해야 한다는 원칙을 규정하고 있다.[21] 데이터 거래 관행에 있어서 이러한 경우는 상당히 예외적인 상황일 것인데, 실제로 이러한 상황이 발생하였다면 데이터를 선택하고 제공하는 행위를 데이터의 목적적합성에 대한 공급자의 묵시적 의사표시로 볼 수 있다고 한다.[22]

마지막으로 데이터 경제 원칙 7 제2항 b호는 공급자가 계약의 대상이 되는 종류의 데이터를 공급하는 사업을 하는 자이거나, 그러한 종류의 데이터와 관련하여 전문 지식을 보유하고 있다고 광고하는 경우, 제공되는 데이터가 해당 유형의 거래에 있어서 합리적으로 기대되는 품질이어야 함을 규정하고 있다.[23] 본 원칙의 공식 해설에 의하면 공급자가 소셜 네트워크나

---

20) Principle 7: Contracts for the transfer of data
(2) (b) (i) The supplied data must conform to any material descriptions or representations concerning the data made or adopted by the supplier, and to any samples or models provided.

21) Principle 7: Contracts for the transfer of data
(2) (b) (ii) If the supplier has notice of the recipient's particular purpose for obtaining the data and that the recipient is relying on the supplier's skill or judgment in selecting the supplied data, the supplied data must be fit for the recipient's particular purpose.

22) ALI-ELI Principles For a Data Economy - Data Transactions and Data Rights, 2021, p. 61.

23) Principle 7: Contracts for the transfer of data
(2) (b) (iii) If the supplier is in the business of supplying data of the sort that is the subject of the contract or otherwise holds itself out as having expertise with respect to data of that sort, the supplied data must

검색 엔진 제공업체와 같이 사업의 일부로 대량의 데이터를 수집하는 경우, 그리고 물품을 제조하거나 서비스를 제공하는 사업자가 사업의 일부로서 상당한 양의 데이터를 축적하고 해당 데이터를 판매하는 별도의 사업을 수행하는 경우가 예시되고 있다.[24]

(4) 데이터 관리(통제)권

우선 제공된 데이터가 지식재산권법 또는 이와 유사한 제도에 따라 보호 대상이 되는 경우 해당 데이터를 사용할 적절한 법적 권리가 존재하지 않는다면 데이터 수령자에게 있어서 해당 데이터는 실제 활용 가치가 없는 경우가 많을 것이다. 또한 데이터를 수령하는 자가 계약 목적물이 되는 데이터 내지 데이터 세트를 정당하게 관리 또는 통제할 수 있도록 허용하고 이를 위한 법적 권리까지 부여하거나 양도하고자 함이 일반적인 당사자들의 의사에 부합할 것이다. 이에 데이터 경제 원칙 7 제2항 c호는 제공된 데이터가 지식재산권법 또는 기타 유사한 제도에 의해 보호 대상이 되는 경우 공급자는 데이터 수령자가 계약상 전제되어 있는 데이터 관리권을 취득할 수 있도록 제3자에 대해 유효한 권리를 충분히 보유하도록 할 의무를 규정하고 있다. 그리고 개별 국가들의 지식재산권 법제가 수령자에게 이러한 지위를 마련해 주기 위해서 문서의 실행 또는 기록 등을 요구하는 경우에는 데이터 공급자가 이러한 추가 단계도 수행해야 함을 명시하고 있다.[25]

나아가 데이터 경제 원칙 7 제2항 c호는 지식재산권법상의 데이터 보호 외의 사항에 있어서도 데이터 수령자가 적절한 관리권을 취득할 수 있도록 할 의무를 데이터 공급자에게 부여하고 있다. 그렇지 않은 경우 결국 수령자가 가지는 데이터의 유용성이 심각하게 훼손될 수 있기 때문이다. 데이터 공급자는 수령인이 정당하게 관리권을 취득함에 있어 이를 방해하는 법적

---

be of a quality that would reasonably be expected in a transaction of the relevant kind.

24) ALI-ELI Principles For a Data Economy - Data Transactions and Data Rights, 2021, p. 62.

25) ALI-ELI Principles For a Data Economy - Data Transactions and Data Rights, 2021, p. 64.

장벽이 없는지 확인해야 하는데, 예컨대 데이터 프라이버시, 개인정보 보호법 또는 영업비밀 보호법과 같은 영역에서의 장벽이 존재 하지 않는지 적극적으로 검토하고 이를 제거해야 할 의무를 부담하게 된다. 이러한 장벽 제거 방법으로는 예컨대 개인정보보호보법상의 유효한 동의를 구하거나 익명화와 같은 기술적 조치를 수행하는 것을 생각할 수 있다.[26]

2. 데이터 경제 원칙8: 데이터 접근에 관한 계약

(1) 개념 정의

데이터 경제 원칙 8에서는 소위 데이터 단순 접근에 관한 계약(Contracts for simple access to data)을 규정하고 있다. 동 원칙 제1항에서도 데이터 접근에 관한 계약의 개념을 정의하고 있는데, 이에 의하면 데이터 공급자가 관리하는 매체상의 특정 데이터에 대한 접근을 수령자에게 제공하기로 약정하는 계약을 말한다고 한다.[27] 앞서 설명한 데이터 이전 계약과 비교해 보았을 때 가장 두드러지는 차이점은 데이터 수령자가 계약 목적물이 되는 데이터를 관리할 수 있는 지위를 취득하지는 못하고 단순히 제공되는 데이터에 대한 접근만 가능하다는 점에 있다. 이러한 계약 유형은 특히 데이터 프라이버시, 개인정보보호, 데이터 보안 등의 사유로 한 번 수령자에게 이전된 데이터가 계약상 합의된 조건을 위반하여 사용되는 경우 사실상 이를 회복하는 것이 상당히 어려울 것으로 예상되는 경우 이용될 수 있다고 한다.[28]

---

26) ALI-ELI Principles For a Data Economy - Data Transactions and Data Rights, 2021, p. 64.

27) Principle 8: Contracts for simple access to data
(1) A contract for simple access to data is one under which the supplier undertakes to provide to the recipient access to particular data on a medium within the supplier's control and which is not a contract for the transfer of data under Principle 7. This includes contracts where the supplier, in addition to enabling the recipient to read the data, undertakes to put the recipient in a position to process the data on the medium within the supplier's control, or port data.

28) ALI-ELI Principles For a Data Economy - Data Transactions and Data Rights,

이러한 데이터 접근에 관한 계약에는 데이터 공급자가 수령자에게 '읽기 전용 접근 권한'을 제공하는 경우 및 공급자가 관리할 수 있는 매체상의 데이터를 수령자가 처리하거나 이식할 수 있는 지위를 부여하는 계약이 포함된다. 데이터 접근 계약을 체결하는 주요 동기는 일반적으로 공급자가 데이터에 대한 완전한 관리 내지 통제 지위를 유지하기 위한 것이므로 이러한 동기는 읽기 전용으로 데이터 수령자에게 접근 권한이 부여되는 경우 가장 적절히 제공될 수 있다. 다만 읽기 전용 기반 접근권 부여가 데이터 수령자에게 충분히 유용하지 않은 경우도 있을 수 있으므로 경우에 따라서는 당사자들이 수령자가 데이터를 읽을 수 있을 뿐만 아니라 공급자의 관리 하에 있는 매체상의 데이터를 처리하는 것이 합의되는 경우도 적지 않다고 한다.[29]

(2) 데이터의 제공 방식

데이터 경제 원칙 8 제2항 a호에서는 (데이터 이전에 관한 계약 규정에 비해) 데이터 수령자의 접근 방식에 관하여 좀 더 상세한 규정을 두고 있다. 첫째, 데이터 공급자는 수령자에게 필요한 접근 권한을 제공하고 해당 유형의 거래에 있어서 제거가 합리적으로 기대되는 기술적 장벽들을 제거해야 한다고 규정하고 있다. 나아가 동 원칙은 데이터에 접근할 수 있는 형식(Format)에 대한 기본 원칙을 규정하고 있는데, 이에 의하면 공급자는 해당 유형의 거래에서 합리적으로 기대할 수 있는 종류의 구조화되고 기계가 판독 가능한(machine-readable) 형식으로 데이터의 접근가능성을 제공해야 한다. 셋째로 공급자는 데이터 보안 문제에 비추어 볼 때 비합리적이지 않다면 수령자가 데이터에 원격으로 접근할 수 있도록 해야 함을 선언하고 있다. 물론 예를 들어 데이터가 인터넷에 연결되지 않은 서버에 저장되어 있는 경우에는 데이터 수령자가 오프라인상에서만 데이터를 확인할 수 있다는 계약 당사자들의 합의가 가능할 것이다.[30] 넷째, 데이터 수령자는 자신

2021, p. 74.

29) ALI-ELI Principles For a Data Economy - Data Transactions and Data Rights, 2021, p. 74.

30) ALI-ELI Principles For a Data Economy - Data Transactions and Data Rights, 2021, p. 75.

에게 접근 권한이 부여된 데이터를 계약상 동의된 목적과 일치하는 정도로만 처리할 수 있음이 규정되어 있다. 당사자들이 데이터 경제 원칙 7에 따른 데이터 이전 계약을 체결하지 않고 데이터 경제 원칙 8에 따라 데이터 접근 계약을 체결하는 주된 이유가 데이터 보안, 개인 정보 보호 등을 이유로 데이터 공급자가 계속하여 데이터 관리권을 보유하길 원하기 때문에 마련된 원칙적 조항이라고 한다.[31]

(3) 데이터의 특성

접근이 허용되는 데이터의 특성과 관련하여서는 데이터 이전에 관한 계약에 적용되는 데이터 경제 원칙 7 제2항 b호에 나열된 기본 원칙들이 데이터 접근 계약에 대해서도 그대로 적용된다.[32] 따라서 공급자가 수령자에게 접근을 허용하는 데이터의 성질, 정확성, 최신성, 무결성, 세분성, 형식 및 데이터 이용과 업데이트 등을 위해 요구되는 기타 사양 등에 있어 데이터 이전 계약에서와 동일한 의무를 부담한다.

3. 국내 데이터 거래 가이드라인에서의 데이터 제공형 표준계약서

앞서 기술하였듯이 현재 국내에서는 데이터의 거래에 대하여 전적으로 (약관 이용을 포함한) 당사자들의 합의를 기반으로 규율됨이 일반적인데, 특히 최근에는 한국데이터산업진흥원이 공개한 '데이터 거래 가이드라인' 내에 표준계약서들이 실무상 자주 활용되고 있다. 국내 '데이터 거래 가이드라인' 내용 및 부속 내용으로서 마련되어 있는 표준계약서들은 그 명칭에서 이미 드러나 있듯이 법규적 성질을 가지거나, 강행적 성격을 가지는 규범은

---

31) ALI-ELI Principles For a Data Economy - Data Transactions and Data Rights, 2021, p. 76.

32) Principle 8: Contracts for simple access to data
(2) (b) With regard to the characteristics of the data to which access is provided, the terms listed in Principle 7(2)(b) for contracts for transfer of data also apply in a contract for simple access to data.

아니다. 표준적인 모형이 확립되지 않은 데이터 거래 계약에 관해 몇 가지 유형을 정하고 유형별 쟁점 및 그 해결방안을 제시함을 목적으로 하는데, 일반인들이 이해하기 쉬운 표준계약서를 안내하고 개별적 사안에서 계약 조항을 마련할 때 고려해야할 요소를 제시함에 그친다고 밝히고 있다.[33] 다만 데이터 거래에 관한 법규가 거의 존재하지 않는 현 상황에서 이 표준계약서들이 실무상 가지는 의의는 적지 않으므로 이하에서는 ALI · ELI 데이터 경제 원칙의 내용과 비교해 보았을 때 두드러지는 차이점에 대해서 논의하고자 한다.

국내 '데이터 거래 가이드라인'은 총 3가지 거래 유형에 대해 표준계약서를 마련하고 있다. 데이터 제공형, 데이터 창출형, 데이터 오픈마켓형이 이에 해당하는데 데이터 오픈마켓형은 다시 오픈마켓 운영자와 (데이터)제공자간의 관계를 규율하는 표준계약서, 오픈마켓 운영자와 이용자간의 관계를 규율하는 표준계약서로 구분되어 있다. 이 중에서 앞서 살펴보았던 ALI · ELI 데이터 경제 원칙상의 '데이터 이전에 관한 계약' 및 '데이터 접근에 관한 계약'에 부합하는 내용은 '데이터 제공형 표준계약서'에 담겨져 있다. 국내 데이터 제공형 표준계약서에서 주로 전제하고 있는 계약은 데이터를 보유하고 있는 데이터 제공자가 데이터 이용자에게 독점적 또는 비독점적으로 이용허락을 하는 일종의 라이센스 계약인데,[34] 이는 ALI · ELI 데이터 경제 원칙상의 '데이터 접근에 관한 계약'에 좀 더 가까워 보인다. 그런데 그 구체적인 내용을 살펴보면 ALI · ELI 데이터 경제 원칙과 정반대의 내용을 담고 있는 것들이 있어 그 타당성에 관해 비판의 여지가 있어 보인다. 예컨대 국내 데이터 제공형 표준계약서 제3조는 제공데이터의 제공방법을 규정하면서, "갑은 본 계약기간 중 을에 대하여 제공데이터를 부속문서에 정한 제공 방식으로 제공한다. 그러나 갑은 데이터 제공 ○일 전에 을에게 통지하는 것으로 데이터 제공 방식을 변경할 수 있다."고 하여 데이터 제공자의 일방적인 제공방식 변경권을 마련해 주고 있다. 이는 데이터 이전에 관한 계약에 있어 데이터 수령자가 원하는 방식으로 데이터가 공급되어야 함을

33) 한국데이터산업진흥원, 데이터 거래 가이드라인, 2019.12, 1면.
34) 한국데이터산업진흥원, 데이터 거래 가이드라인, 2019.12, 15면.

규정하고 있는 데이터 경제 원칙 7 제2항 a호와, 데이터 접근 계약에 있어 수령자가 해당 유형의 거래에서 합리적으로 기대할 수 있는 형식으로 데이터의 접근가능성을 제공하고, 데이터 보안이 위협되지 않는 이상 수령자가 데이터에 원격으로 접근할 수 있도록 해야 함을 명시하고 있는 데이터 경제 원칙 8 제2항 a호와 대비된다. 국내 표준계약서의 경우 데이터 제공자의 편의를 좀 더 보장하고, 이를 통해 데이터 거래를 활성화 하고자 하는 목표를 가지고 있다는 점에서 어느 정도 이해될 여지가 없지 않지만 그 정당성 확보 차원에서 재고의 필요성이 있어 보인다.

나아가 국내 데이터 제공형 표준계약서 제7조는 "제공데이터 등에 대한 보증 등"이라는 표제 하에 ALI · ELI 데이터 경제 원칙상의 데이터 특성의 보장에 부합하는 내용을 규정하고 있다. 예컨대 제공데이터가 적법하고 적절한 방법에 의해 취득되었음을 데이터 제공자가 표명하고 보증한다는 조항(제7조 제1항), 개인정보를 포함한 데이터를 제공하는 경우, 해당 데이터의 생성, 수집, 제공 등에 대해 개인정보보호 관계 법률에서 정한 요건과 절차를 준수하였음을 보증한다는 조항(제7조 제2항)이 적절히 마련되어 있다. 그런데 여기서도 그 적절성에 의구심이 드는 특별 조항이 규정되어 있는데, 동 표준계약서 제7조 제3항이 "갑은 제공데이터의 정확성, 완전성(데이터에 하자 내지 결함이 없음), 안전성(데이터에 바이러스 등 악성코드가 없음), 유효성(본 계약 목적에의 적합성)을 보증하지 않는다."고 명시하고 있는 것과, "갑은 제공데이터가 타인의 지식재산권 및 기타 권리를 침해하지 않는다는 것을 보증하지 아니한다."고 규정하고 있는 것이 이에 해당한다. 이 또한 앞서 검토한 ALI · ELI 데이터 경제 원칙상의 내용과 배치되는 것으로서 데이터 거래에 있어 성상 및 계약조건에 관한 내용이 지나치게 데이터 제공자의 편의 내지 면책에 중점을 두고 있는 것으로 보인다. 일반 민법상의 원칙을 고려해 보더라도 이러한 국내 표준계약서 내용은 향후 개선될 필요성이 있어 보인다.

Ⅲ. 데이터 플랫폼 계약관계의 규율

데이터 거래의 활성화를 도모하기 위해 많은 관심을 받고 있는 계약유형으로 데이터 플랫폼 내지 데이터 마켓플레이스 계약이 있다. 이하에서는 ALI·ELI 데이터 경제 원칙상의 데이터 마켓플레이스 계약을 살펴본 뒤에 데이터 거래 가이드라인 데이터 오픈 마켓 표준계약서 내용을 순차적으로 비교·검토해 보고자 한다.

1. 데이터 경제 원칙15: 데이터 마켓플레이스 계약

(1) 개념 정의

데이터 경제 원칙 15에서 소위 데이터 마켓플레이스 계약(Data marketplace contract)을 규정하고 있다. 동 원칙 제1항에서 이 계약 유형의 개념정의를 시도 하고 있는데, 이에 의하면 데이터 마켓플레이스 계약이란 데이터 거래를 시작하려는 당사자('고객')와 데이터 마켓플레이스 제공자 간의 계약을 말하는 것으로서, 이 계약에 따라 데이터 마켓플레이스 제공자는 고객과 데이터 거래를 위한 다른 잠재적 당사자 간의 매칭을 가능하게 하거나, 용이하게 할 의무를 부담하고, 나아가 경우에 따라서는 거래 자체도 용이하게 하는 서비스를 제공한다고 규정되어 있다.[35] 국내에서는 데이터 오픈마켓이라고도 불리는 데이터 플랫폼 또는 마켓플레이스는 데이터 경제에 있어, 특히 데이터 거래의 활성화라는 측면에서 상당히 중요한 역할을 담당하게 된다. 데이터 거래 중개자의 조력 없이는 일반적으로 서로를 찾을 수도 없

35) Principle 15: Data marketplace contracts
(1) A data marketplace contract is a contract between a party seeking to enter into a data transaction (the 'client') and a data marketplace provider, under which the data marketplace provider undertakes to enable or facilitate 'matchmaking' between the client and other potential parties to data transactions and, in some cases, provide further services facilitating the transaction.

고, 과도한 부담이나 비용 없이 데이터 거래를 시작할 수도 없었을 공급자와 수령자가 연결될 수 있기 때문이다.[36] 이러한 데이터 마켓플레이스 내지 데이터 거래 중개자가 촉진하는 가장 일반적인 거래는 데이터 경제 원칙 7에서의 데이터 이전에 관한 계약이고, 그 다음으로 데이터 경제 원칙 8에서의 데이터 접근 계약이 활용될 것이라고 한다.[37]

위에서 기술하였듯이 데이터 경제 원칙 15에서의 데이터 마켓플레이스 계약에는 고객과 데이터 거래를 위한 다른 잠재적 당사자 간의 매칭을 가능하게 하거나, 용이하게 하는 정도의 유형만 고려되지 않는다. 일반적으로 데이터 마켓플레이스는 데이터와 거래 대금 지급을 위한 인프라 제공, 거래와 관련된 다양한 법적 요구 사항을 당사자들이 준수할 수 있도록 지원하는 서비스 제공, 이용자들의 불만 처리와 관련된 서비스 및 평판 순위 내지 이용 후기 서비스 등의 다양한 추가 서비스를 마켓플레이스 이용자에게 제공한다. 따라서 데이터 이전 계약 또는 데이터 접근 계약의 체결을 용이하게 하는 서비스를 제공하는 것도 데이터 마켓플레이스 계약 내용에 포함되도록 규정하고 있다. 그 밖에 데이터 경제 원칙 15는 데이터 마켓플레이스가 실제로 제공된 데이터를 관리·통제하고 있는지, 아니면 데이터를 관리함 없이 데이터 공급자와 수령자의 매칭 서비스만 제공하는지와 상관없이 적용된다고 하고,[38] 소위 데이터 플랫폼 내의 3면 계약관계 중에서 데이터 공급자와 수령자 사이의 계약관계를 제외한 나머지 2개의 계약관계(마켓플레이스와 데이터 공급자 간의 관계 및 마켓플레이스와 데이터 수령자 간의 관계) 모두를 포괄하고 있다고 한다.[39]

---

36) 데이터 거래 플랫폼 내의 3면 관계와 플랫폼 운영자의 이용약관 편입 및 내용통제 문제 등에 관해서 이성엽편/김상중 집필, 「데이터와 법」, 데이터거래와 오픈마켓, 2021, 277면 이하 참조.

37) ALI-ELI Principles For a Data Economy - Data Transactions and Data Rights, 2021, p. 121.

38) ALI-ELI Principles For a Data Economy - Data Transactions and Data Rights, 2021, p. 121.

39) ALI-ELI Principles For a Data Economy - Data Transactions and Data Rights, 2021, p. 121.

(2) 데이터 마켓플레이스 계약 내용에 관한 기본원칙

데이터 경제 원칙 15 제2항은 데이터 마켓플레이스 계약 내용으로 고려되어야 하는 기본원칙, 그 중에서도 마켓플레이스 제공자가 부담해야 할 의무를 위주로 규정을 마련하고 있다.[40] 우선 데이터 마켓플레이스 제공자가 데이터 거래와 관련된 특정 단계를 용이하게 하거나 가능하게 하는 경우 해당 단계에 적용되는 모든 법적 의무를 준수하는 데 있어 고객에게 합리적인 지원을 제공하도록 규정하고 있고, 데이터 마켓플레이스 제공자는 예상되는 거래의 대상인 고객으로부터 받은 데이터를 자기 자신의 목적으로 사용해서는 아니 됨을 명시하고 있다. 그리고 계약이 완전히 이행되거나 종료되면 데이터 마켓플레이스 제공자는 예상되는 거래의 대상이 되고, 고객으로 부터 받은 관리 하의 데이터와 이러한 데이터에서 파생된 모든 데이터를 삭제하도록 의무를 부과하고 있다.

2. 국내 데이터 거래 가이드라인에서의 데이터 오픈마켓형 표준계약서

앞서 기술하였듯이 국내 '데이터 거래 가이드라인'은 데이터 오픈마켓형 표준계약서를 2가지 유형으로 구분하여 제공하고 있다. 즉 데이터 오픈마켓형은 다시 오픈마켓 운영자와 (데이터)제공자간의 관계를 규율하는 표준계약서, 오픈마켓 운영자와 이용자간의 관계를 규율하는 표준계약서로 나

---

40) Principle 15: Data marketplace contracts
(1) (a) Insofar as the data marketplace provider undertakes to facilitate or enable a particular step with regard to a transaction, it must provide reasonable support to the client in complying with any legal duties applicable to that step;
(b) The data marketplace provider must refrain from any use for its own purposes of data, received from its client, that is the subject of the anticipated transaction; and (c) Upon full performance or termination of the contract, the data marketplace provider must erase any data in its control that is the subject of the anticipated transaction and that it has received from its client, and any data derived from such data.

누어서 별도의 계약 내용 표준을 제시하고 있다. 본고의 논의와 관련하여서는 양자를 구분하는 것이 큰 의미가 없기 때문에 이하에서는 논의의 편의상 "오픈마켓형 표준계약서(운영자와 제공자)"를 위주로 살펴본다.

(1) 데이터 플랫폼 유형의 제한

"오픈마켓형 표준계약서(운영자와 제공자)" 제6조 제1항에 의하면 "오픈마켓운영자가 제공하는 서비스는 통신판매중개서비스로서 데이터제공자가 재화 등을 거래할 수 있도록 사이버몰의 이용을 허락하거나 통신판매를 알선, 중개하는 것을 목적으로 하며, 오픈마켓운영자는 상품 또는 용역의 거래와 관련하여 데이터제공자 또는 데이터이용자를 대리하지 아니한다."고 규정되어 있다. 다시 말해 '통신판매를 알선, 중개하는 것을' 목적으로 하는 서비스를 데이터 오픈마켓 운영자가 제공하는 주된 급부로 기술되어 있고, 이는 데이터 이전에 관한 계약이든, 단순 접근에 관한 계약이든 해당 법률행위가 온라인상에서 행해지는 것, 즉 계약의 체결이 온라인상에서 행해지는 것을 전제하고 있는 것이다. 통신판매라는 개념 자체가 전자적 수단에 의한 법률행위를 전제로 하기 때문이다.[41] 이는 "오픈마켓형 표준계약서(운영자와 제공자)" 제10조를 통해서도 확인할 수 있다. 동조 제1항에 의하면 "서비스이용료는 오픈마켓운영자가 제공하는 서비스를 데이터제공자가 이용하는 것에 따른 대가로서 데이터제공자가 오픈마켓운영자에게 지급하는 금액을 의미하며, 오픈마켓운영자는 판매대금 정산 시 서비스 이용료를 공제하여 데이터제공자에게 지급한다."고 규정되어 있는데, 바로 이 이용료 공제에 관한 사항이 데이터 플랫폼 내에서 계약이 체결되고 그 이행으로서 대금의 지급도 플랫폼 내에서 행해짐을 전제하고 있기 때문이다. 이에 반해 ALI·ELI 데이터 경제 원칙 15에서는 데이터 마켓플레이스 계약을 온라인상에서 데이터 거래가 완결되는 상황으로 한정하고 있지 않고, 단순히

41) 이를 전제로 카카오대리 플랫폼상에서의 알선이 통신판매의 중개가 아니라고 판단한 지방법원 판례로 광주지방법원 2019. 9. 5. 선고 2018나65100 판결. 이 판결에 관한 문헌으로 이병준, "온라인 플랫폼을 통한 개인간 거래와 소비자보호 - 당근마켓과 연관된 전자상거래법 전부개정안 제29조를 중심으로 -", 「소비자법연구 제7권 특별호」, 2021, 99면 이하 참조.

매칭 서비스만 제공하는 경우도 함께 규율하고 있다는 점이 특색이라 할 수 있다.

일반적으로 플랫폼 내지 온라인 마켓이라는 표현은 상당히 다양한 의미로 사용되고 있는 친숙한 용어이다. 이 개념은 개별 법률에 있어서 적용범위 제한 내지 규제 영역 한정을 위해 다시 정의[42]되어야 하는 것인데,[43] 데이터 거래 중개와 관련해서는 온라인 플랫폼은 2가지 형태로 구분이 가능해 보인다.[44] 우선 플랫폼 이용자들이 온라인 플랫폼 운영자에 의해 통제되는 디지털 환경 하에서 계약을 체결할 수 있도록 하는 온라인 플랫폼을 생각할 수 있다.[45] 이 유형은 플랫폼 내에서 플랫폼 운영자가 제공하는 계약 체결 시스템을 통해 계약이 체결되는 경우를 전제한 것으로서 앞서 설명한 "오픈마켓형 표준계약서(운영자와 제공자)"가 이에 해당하게 된다. 두 번째

---

42) 칼 엥기쉬 지음/안법영·윤재왕 역, 「법학방법론」, 세창출판사, 2011, 17면 이하 참조: "법적 친족개념은 법률가들이 흔히 말하는 구성요건으로 기능하며, 법규범을 통해 이 구성요건에 일정한 법률효과가 연결된다... 결국 법에서 말하는 친족은 법률에서 이러이러하게 서술된 친족관계라는 사실(요건)에 기초하여 이러이러한 법률효과가 발생하거나 발생하지 않는다는 것을 뜻할 뿐이다. 인간생활에서 친족이라는 개념이 불러일으키는 여타의 다른 모든 요소들, 예컨대 결속감이나 운명공동체라는 감정, 같은 조상의 기억, 같은 고향...등은 법에서는 간접적으로만 고려의 대상이 될 뿐 법률효과로 인정되는 권리와 의무를 중시하는 법에서는 직접적인 의미가 없다."

43) 예컨대 2021년 공정거래위원회가 입법예고한 전자상거래법 전부개정안에서는 '온라인 플랫폼 운영사업자'를 거래방식 및 관여도 등에 따라 '정보매개', '연결수단 제공', '거래 중개'등으로 구분하여 규정한 바 있다. 정보교환매개 서비스는 예를 들어 블로그나 카페 등과 같이 자발적으로 재화 등의 거래가 이루어지는 경우를, 연결수단 제공 서비스는 가격비교사이트 등과 같이 재화 등의 거래를 목적으로 하지만 입점업체로의 링크를 통해 거래개시를 알선하는 경우를, 거래 중개 서비스는 플랫폼에서 직접 청약을 접수하고 대가지급이 이루어지는 형태의 오픈마켓이나 앱마켓 등을 의미한다고 하였다. 이를 비판하는 문헌으로 김세준, "전자상거래법 전부개정안의 몇 가지 쟁점에 대한 검토- 온라인 플랫폼 운영사업자를 중심으로 -", 「소비자법연구」 제7권 특별호, 2021, 13면 이하; 서종희, "입법원칙을 기초로 바라본 전자상거래법 전부개정 안의 의미와 한계", 「소비자법연구」 제7권 특별호, 2021, 39면 이하 참조.

44) 거래를 중개하는 온라인 플랫폼의 다양한 유형에 대해서는 정신동, "법적 규제대상으로서 온라인 플랫폼의 유형에 관한 연구 -EU법과 2021년 전자상거래법 전부개정안의 분석을 중심으로-", 「유통법연구」 제8권 제1호, 2021, 81면 이하 참조.

45) 이러한 플랫폼 유형을 구체화 하고 있는 비교법적 사례로 2019년 EU 개정 소비자권리지침 Art. 4(1)(e)(17)와 유럽법연구소(ELI)의 온라인 플랫폼 모델법 제1조 제2항 제a호가 있다.

유형으로는 온라인 플랫폼 운영자에 의하여 통제되는 디지털 환경 하에서 공급자가 광고를 할 수 있고, 수요자가 공급자를 검색·접촉하여 플랫폼 밖에서 거래할 수 있도록 기능을 제공하는 온라인 플랫폼 서비스가 존재한다. 여기서도 거래를 알선한다는 맥락에서 첫 번째 유형과 유사하지만, 온라인 플랫폼에 의해 통제되는 환경에서 당사자들 간의 계약이 체결될 필요는 없고, 당사자 간의 접촉 가능성(예컨대 메시지 전달 기능 또는 채팅 기능을 생각할 수 있다)을 제공하고 온라인 플랫폼 밖에서의 최종 거래를 위해 공급자들의 상품 검색이 가능 하게끔 서비스를 제공하면 된다. 이 두 번째 플랫폼 유형은 일종의 매칭 서비스를 제공하는 온라인 플랫폼이라 말할 수 있을 것이다.[46] 바로 이 유형이 국내 "오픈마켓형 표준계약서(운영자와 제공자)"에서는 배제되고 있는 상황이고, ALI · ELI 데이터 경제 원칙 15에서는 오히려 기본 플랫폼 유형으로 고려되고 있는데, 국내 표준계약서를 좀 더 확장하거나 보완할 필요가 있어 보인다. 데이터 거래에 있어서도 플랫폼 비즈니스 모델은 다양할 수 있고, 두 가지 데이터 플랫폼 유형 모두에 공통된 규율 사항이 분명히 존재하기 때문이다.

(2) 데이터 플랫폼 운영자의 의무 규율

국내 "오픈마켓형 표준계약서(운영자와 제공자)"의 경우 제11조 제4항이 "전송의 방식으로 데이터를 판매하는 경우 오픈마켓 운영자는 전송시 데이터의 무결성, 동일성 등을 보장하여야 한다"고 규정하고 있듯이 몇몇 오픈마켓 운영자의 의무를 규정하고 있지만, 표준계약서상의 대부분이 오픈마켓 운영자의 면책에 관련된 사항이라는 점에 그 특색이 있다(예컨대 동 표준계약서 제18조). 이 역시도 ALI · ELI 데이터 경제 원칙 15와 상이한 점으로서, 데이터 플랫폼 계약을 체결하고 플랫폼 서비스를 이용하는 고객들에게 이행해야 할 플랫폼 운영자의 의무를 표준계약서 상에 보완할 필요가 있

46) 거래 매칭 플랫폼 개념에 대해서는 이병준, "온라인 플랫폼을 통한 개인간 거래와 소비자보호 - 당근마켓과 연관된 전자상거래법 전부개정안 제29조를 중심으로 -", 「소비자법연구」 제7권 특별호, 2021, 101면; 정신동, "법적 규제대상으로서 온라인 플랫폼의 유형에 관한 연구 -EU법과 2021년 전자상거래법 전부개정안의 분석을 중심으로-", 「유통법연구」 제8권 제1호, 2021, 93면 이하 참조.

어 보인다. 예를 들어 데이터 오픈마켓 운영자가 결제 서비스, 이용후기 서비스 등을 제공하는 경우 이것이 정상적이고 합리적으로 운영될 수 있도록 주의를 다해야 할 의무, 자신의 관리 하에 놓인 데이터를 플랫폼 자신을 위한 목적으로 사용하지 말아야 할 의무, 기타 거래관계 종료 후 데이터를 삭제할 의무 등이 보완될 필요가 있어 보인다.

(3) "전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률" 관련 표준계약서 조항

국내 "오픈마켓형 표준계약서(운영자와 제공자)" 내 적지 않은 계약 조항들이 "전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률"[47] 규정 내용을 반복하고 있다는 점도 지적될 필요가 있어 보인다. 이 법률은 약칭으로서 '전자상거래법'이라 불리는 것이 일반적이지만 정식 명칭에서 이미 드러나 있듯이 일반 '소비자' 보호를 목적으로 하는 법률이다. 다시 말해 사업자와 소비자(B to C)간 거래를 예정하고 소비자가 계약의 구속력으로부터 쉽게 해방될 수 있도록 청약철회권을 도입하는 등 제도적 장치를 마련하고 있는 법률이라 말할 수 있다. "오픈마켓형 표준계약서(운영자와 제공자)"는 이 법률 내용을 참고하여 예컨대 제12조 제1항이 "데이터제공자는 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률 제17조 제2항에 근거하여 데이터 제공이 개시된 경우 데이터이용자의 청약철회, 계약해제(이하 '청약철회 등'이라고 한다)의 요구를 거절할 수 있다. 다만, 제공되는 데이터가 가분적인 경우 데이터이용자에게 제공이 개시되지 않은 부분에 대하여는 그러하지 아니하다." 라고 규정하고 있는데, 이러한 규율 태도가 적절한지에 대해서는 2가지 면에서 상당한 의문이 제기될 수 있다.

우선 데이터 거래는 주로 사업자간 거래(B to B)의 문제이고, 바로 이 유형이 데이터 플랫폼을 통해 성사될 것인데, 비영업적 또는 비직업적 목적으로 개인의 소비생활을 위해 데이터를 구하고자 하는 소비자는 극히 예외

47) 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률 [시행 2021. 12. 30.] [법률 제17799호, 2020. 12. 29., 타법개정].

적인 경우라고 생각된다. 이러한 맥락에서 데이터 거래에 관한 표준계약서에 이러한 소비자보호 규정을 상당히 자세하게 담고 있는 것이 과연 효율적인가에 대해 비판적 시각이 제시될 수 있을 것이다. 둘째, 앞선 소비자보호 규정이 표준계약서 내에 도입될 수 있다 할지라도 "전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률"상에서 사용되고 있는 개념 내지 법률상 표현은 '디지털 콘텐츠'이지 '데이터'는 아니라는 점에서 문제가 없지 않다. 동법상 디지털 콘텐츠는 "문화산업진흥 기본법"[48] 제2조 제5호의 정의를 그대로 따르고 있는데, 이에 의하면 "부호·문자·도형·색채·음성·음향·이미지 및 영상 등의 자료 또는 정보로서 그 보존 및 이용의 효용을 높일 수 있도록 디지털 형태로 제작하거나 처리한 것을 디지털 콘텐츠로 정의된다. 일견 데이터가 여기서 포함되는 것으로 문리적 해석이 가능할 수 있어 보이나, 문화산업진흥기본법은 일종의 문화상품으로서의 디지털 콘텐츠를 예정한 것이지 데이터 산업에서 말하는 데이터 내지 데이터 세트를 전제한 것은 아닐 것이다. 따라서 "전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률"상에서 표현되고 있는 '디지털 콘텐츠'와 '데이터' 개념을 완전히 동일시하는 것은 (특히 법률의 보호목적을 고려해 보았을 때) 매우 신중하게 접근해야 할 문제로 생각된다.

Ⅳ. 과제: 데이터 거래에 대한 민사법적 규율의 필요성

사회경제 활동에서 데이터의 활용이 중요해짐에 따라 기업 등이 보유한 데이터에 대한 거래가 활성화되고 있음을 의문의 여지가 없다. 데이터를 생성·보유한 기업 간의 거래와 이러한 거래를 중개하는 데이터 플랫폼 내 데이터거래가 활성화되고 있으며, 여기에는 데이터의 자원적 활용도를 높이고자 하는 국가의 산업정책도 영향을 미치고 있다할 것이다. 특히 2021년 10월 데이터산업법이 제정되어서 2022년 4월 20일 시행되었는데, 이 법률은

48) 문화산업진흥 기본법 [시행 2022. 1. 18.] [법률 제18767호, 2022. 1. 18., 일부개정].

데이터의 생성과 이용을 위한 법제도화의 과정에서 데이터거래의 활성화를 위해 데이터거래에 대한 표준계약서의 작성을 계획하고 있다. 따라서 데이터 거래에 관한 법적 규율은 현 단계에서는 이 정도로 충분하다고 생각할 수도 있을 것이다.

원칙적으로 사인 간의 거래관계는 사적자치의 영역으로서 당사자의 합의와 그 내용에 따라 규율되면 충분할 것이다. 또한 앞서 소개한 한국데이터산업진흥원의 데이터거래가이드라인 등이 데이터 거래관계에 대한 규율내용을 표준적으로 제시하고 있는 것도 사실이다. 그런데 당사자간의 개별적 합의 또는 '데이터거래가이드라인' 등에 따른 규율이 분명하지 않을 때에는 그 내용을 보다 명확하게 해 줄 수 있는 기준의 제시, 그리고 '가이드라인' 등에서 제시된 계약조항이 데이터 거래에서 필요로 하는 규율내용을 합리적으로 제공, 보장하고 있는지를 검토·판단할 수 있는 규준이 마련될 필요성은 적지 않아 보인다. 더 나아가 가이드라인 등에 따른 데이터거래의 합리적 관행이 축적·확인되는 경우에 전형계약의 기준적(基準的) 기능[49]에 비추어 민법전 또는 민사특별법에서 전형계약의 하나로서 규율하는 방안도 검토될 수 있을 것이다. 현재 데이터거래에 대한 현행 민법전의 전형계약 규정에 의한 해결은 충분하지 않기 때문이다. 예컨대 물건을 (주된) 목적으로 하는 현행 민법전상의 매매, 임대차계약 규정내용은 데이터의 제공을 목적으로 하는 거래관계를 규율하기에 적합하지 않거나 충분하지 않다.[50] ⅰ) 데이터의 비경합성에 의해 이용자(구매자)에 대한 데이터의 제공(판매)에도 불구하고 데이터 제공자는 - 물건과는 달리 - 제공된 데이터를 계속 보유,

---

49) 성문법률에서 규정한 계약규정은 임의규정에 해당하는 경우에도 계약당사자의 이익관계 등을 합리적으로 규율하고 있다는 점에서 당사자의 개별약정 또는 약관 등을 해석함에 있어서 중요한 기준의 하나로서 기능할 수 있게 된다. 예컨대 한국데이터산업진흥원의 데이터거래가이드라인에서 제시된 데이터 제공형 표준계약서 제7조 제3항 등에 따르면 데이터 제공자는 자신이 이용자에게 제공한 데이터의 완전성·안전성 등을 보장하지 않는다는 표준약정을 두고 있는 바, 이 같은 면책약정은 매매 등과 같은 유상계약상의 하자담보책임과 부합하지 않으며 이들 전형계약 규정의 기준적 기능에 비추어 본다면 데이터의 특성 등을 참작한 그 적절성 여부에 대한 민사법적 검토를 거쳐야 한다고 할 것이다.

50) ALI-ELI Principles For a Data Economy - Data Transactions and Data Rights, 2021, p. 6.

이용할 수 있다는 특성에 따른 규율 문제, ii) 데이터거래는 물건 중심의 거래에서 중요시 되는 이행의 장소(지참채무, 추심채무 등)가 문제되지 않는 대신에 데이터의 제공방법(계약의 이행방법)에 대한 규율을 필요로 한다는 점(가령 데이터 이용자가 데이터를 유형적 저장매체에 의하여 제공받지 않고 자신이 원할 때에 온라인의 방법으로 데이터 제공자의 서버에 접속하여 데이터를 이용하는 방식 등에 따른 데이터제공계약의 이행), iii) 일회적 데이터제공만이 아니라 지속적 데이터제공에 따른 법률관계(가령 회원제와 같이 지속적 데이터제공을 목적으로 계약관계에서 제공 데이터의 변경 또는 업데이트 등의 문제)에 대한 규율이 필요하다는 점에서 현행 민법의 규율상황은 불충분하다고 말할 수 있다. 결국 중장기적으로 바라보았을 때 민법전 내지 민사특별법상에 데이터 거래에 관한 임의규정적 성격을 갖는 규정의 마련은 필요하다고 생각된다. 특히 민법전 내에 디지털 콘텐츠, 디지털 상품 등에 관한 규정도 마련되어 있지 않은 현재 법 상황을 고려해 보았을 때 데이터 거래에 관한 민사특별법을 제정하는 것이 가장 현실적인 입법 방안으로 고려될 수 있을 것이다. 이러한 맥락에서 최근 2019년 11월 김세연 의원 대표발의로 민법 일부개정법률안(의안번호 23867)이 제출된 바 있었는데, 관리 가능한 데이터를 포함할 수 있도록 민법 제98조의 물건 개념을 개정하는 내용과 함께 민법 제9절의3 제674조의10~제674조의15에서 데이터 제공을 목적으로 하는 계약에 관한 주요 규정의 신설을 제안한 것은 의미가 적지 않다고 생각된다. 다만 이 개정안은 지금까지 거의 주목을 받지 못하였을 뿐만 아니라 개념정의, 담보책임과 반환 중심의 단 6개 조문임에도 불구하고 표현의 정확성, 규정내용의 충분함 등에서 개선할 여지가 아주 크다고 지적되고 있음이 매우 아쉽다고 판단된다.[51]

이처럼 민사특별법 등의 제정을 통해 데이터 거래에 관한 임의규정을 마련함에 있어서는 앞서 살펴본 ALI-ELI 데이터 경제 원칙 내용 및 현재 관행적으로 사용되고 있는 '데이터 거래 가이드라인'내 표준계약서 조항을 면밀히 검토해야 할 것이다. 데이터 제공형 계약관계에 있어서는 데이터 이

51) 법제사법위원회. 민법 일부개정법률안 검토보고, 2020, 27 이하(박장호 전문위원 보고).

전계약과 접근계약을 구분하여야 할 것이고, 데이터 이전계약에서 거래당사자가 포함해야 할 데이터 관한 사항을 규율할 필요가 있다. ⅰ) 이용자(구매자)가 지정한 매체에 데이터를 전자적으로 전송하는 방법(데이터의 제공방법), ⅱ) 데이터의 특성, 수량, 정확성, 최신성, 무결성, 업데이트, 데이터이용에 필요한 내용 등에 관한 사항 (제공데이터의 성상과 이용조건), 그리고 ⅲ) 제공 데이터가 개인정보, 지적재산권 등의 보호조치를 받고 있는 경우에 이용자가 데이터 활용의 권한을 가질 수 있도록 해 주어야 하는 사항 등이 구체화 되어야 할 것이다. 나아가 데이터 이전계약은 데이터구매자가 데이터제공에 따른 대가를 지급하는지 여부에 따라 유·무상계약 모두 가능할 것인데, 대가 지급을 내용으로 하는 유상의 이전계약을 보다 일반적인 모습으로 전제할 수 있을 것이다. 이때 이용자의 개인정보 제공이 제공데이터에 대한 대가성 요건의 충족 여부, 제공자의 계약위반 책임에서 갖는 의미는 보다 논의되어야 할 것으로 생각된다.[52] 한편 데이터의 비경합성에 따라 이미 제공된 데이터에 대한 (제공자와 이용자 모두에 의한) 再 제공의 가능성이 있기 때문에 ⅰ) 데이터 이용자의 독점적 이용권한 여부, ⅱ) 데이터 이용자에 의한 재 제공의 허용 여부, ⅲ) 데이터 이용자의 再 제공이 허용되는 경우에 원래의 데이터 제공계약에서 정한 이용목적 제한사항의 후속 제공계약에 대한 효력 관철의 방법 강구 등이 중요한 계약내용을 이루게 될 것이다.

데이터 접근에 관한 계약에서 데이터제공자는 데이터 이전계약에서 언급한 제공데이터의 성상보장, 완전한 권리상태로의 제공 등에 관한 의무를 부담하는 외에도 데이터이용자로 하여금 그 이용을 가능하도록 하기 위하여 데이터에의 원활한 접근을 보장할 의무를 부담하게 될 것이다. 따라서 데이터 제공자는 이용자와의 계약에 따라 ⅰ) 데이터에의 접근에 필요한 권한을 제공하고 접근을 방해하는 기술적 요소를 제거해야 할 의무, ⅱ) 데이

52) 참고로 유럽연합의 디지털콘텐츠 지침(Richtlinie EU 2019/770)에서는 이용자가 개인정보를 제공함으로써 콘텐츠를 제공받는 경우에는 그 유상성을 인정하여 이용자(소비자)의 보호를 목적으로 하는 법률규정의 적용을 가능하도록 규정하고 있다. 이에 관해서는 김진우, "데이터 채권법의 등장- 독일 개정 민법과 우리 입법에의 시사점", 「소비자법연구 제7권 제4호」, 2021,125면 이하 참조.

터에의 접근을 가능하도록 하기 위하여 당해 거래에서 기대할 수 있는 정도의 구조화와 기계적 판단이 가능한 포맷을 유지할 의무, iii) 계약에서 정한 바에 따라 이용자가 접근한 데이터를 처리할 수 있도록 하는 기술적 조치를 갖추어야 할 의무 등을 포함하도록 민사특별법 규정을 마련할 필요가 있어 보인다.[53]

본고에서 집중적으로 다루지는 않았지만 데이터제공의 의무위반과 계약종료의 법률관계에 관한 규율도 매우 중요할 것이다. 데이터제공을 목적으로 하는 계약관계에서 제공자의 데이터 제공의무와 함께 데이터 제공자가 데이터 제공의무를 위반하는 경우 그에 따른 데이터이용자의 구제수단이 큰 의미를 가질 것이기 때문이다. 우선 데이터제공자의 의무위반은 데이터제공자가 데이터의 제공의무를 지연하거나, 제공된 데이터가 판독할 수 없는 상태이거나, 또는 샘플이나 계약상 합의 또는 기대한 바와 달리 하자 있는 데이터를 제공하여 이용자가 이를 이용할 수 없는 경우 등으로 나타날 것인데, 이러한 의무 위반의 경우 i) 데이터의 추완이행, ii) 대금감액, 손해배상의 금전적 구제수단, iii) 계약의 해제·해지(계약 종료)를 기본적 구제수단으로 행사할 수 있도록 규정을 마련할 필요가 있다. 이러한 구제수단의 인정 여부와 내용을 정함에 있어서 데이터의 특성, 즉 데이터의 결합 또는 규모('빅데이터')의 중요함 등을 고려하여 가령 다수 데이터의 집합인 데이터셋 중에서 사소한 일부 데이터의 이상을 어떻게 평가하고 이에 대하여 어떠한 구제수단을 인정할 것인지에 대해서는 논의가 필요할 것이다.[54] 합의기간의 만료, 계약의 해제·해지에 따라 데이터제공계약이 종료되는 경우에 데이터의 반환과 부수적 법률관계 역시 중요 규율사항의 하나라고 할 것인데, 특히 i) 원상회복을 위한 데이터의 삭제조치(반환)에 관한 내용, ii) 이용자가 종료 시까지 데이터를 사용함으로써 얻은 이익과 부수적 성과의 반환 여부 등에 관한 규율이 요구될 것이다.[55]

---

53) ALI-ELI Principles For a Data Economy - Data Transactions and Data Rights, 2021, p. 72.

54) ALI-ELI Principles For a Data Economy - Data Transactions and Data Rights, 2021, p. 53, 240.

55) 이성엽편/김상중 집필, 「데이터와 법」, 데이터거래와 오픈마켓, 2021, 299-301면.

Ⅴ. 나가며

지금까지 데이터자원의 산업적 유통과 활용을 위하여 데이터거래에 관한 계약관계 규율 문제를 논의해 보았다. ALI · ELI 데이터 경제 원칙 규정들을 검토한 비교법적 결과와 국내의 논의현황 등을 고려해 보았을 때 데이터 거래 관련 입법을 단기적으로 진행할 수는 없겠지만, 새로운 법률문제가 등장한 만큼 새로운 입법 방안이 규율의 불확실성 제거에 기여할 수 있다고 생각된다. 다만 데이터거래가 활성화되기 시작하려는 현재의 단계에서는 데이터 거래에 관한 민사법적 과제에 대해 좀 더 집중적인 연구와 논의가 선행되는 것이 필요해 보인다. 예컨대 데이터제공자의 하자담보책임 등에 관하여 거래경험의 충분한 축적과 그에 대한 규범적 확인을 거치지 않은 채 성급하게 데이터거래에 대한 성문의 규정을 도입할 경우에는 데이터제공자의 위축을 초래함으로써 오히려 데이터거래의 활성화라는 과제에 역행하는 결과를 가져올 수도 있기 때문이다. 데이터기본법 등의 제정에 따라 데이터 산업시장이 본격적으로 형성될 것으로 전망되는 지금의 국면에서는 외국의 입법·연구내용에 대한 분석과 함께 데이터 거래실무를 관찰하면서 바람직한 성문의 규정내용을 도출, 합의하는 시간적 과정이 필요해 보인다.

데이터 경제에 있어 계약관계의 규율 - 정 신 동	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2022.05.31.	2022.06.05.	2022.06.26.

[참고문헌]

김세준, “전자상거래법 전부개정안의 몇 가지 쟁점에 대한 검토- 온라인 플랫폼 운영사업자를 중심으로 -”, 「소비자법연구」 제7권 특별호, 2021.

김진우, “데이터 채권법의 등장- 독일 개정 민법과 우리 입법에의 시사점”, 「소비자법연구 제7권 제4호」, 2021.

박상철, “데이터 소유권 개념을 통한 정보보호 법제의 재구성”, 고학수·임용(편), 데이터오너십, 2019.

법제사법위원회. 민법 일부개정법률안 검토보고, 2020(박장호 전문위원 보고).

백대열, “데이터 물권법 시론: 암호화폐를 비롯한 유체물-동등 데이터를 중심으로”, 「민사법학 제90호」, 2020.

서종희, “입법원칙을 기초로 바라본 전자상거래법 전부개정 안의 의미와 한계”, 「소비자법연구」 제7권 특별호, 2021.

송문호, “데이터의 법적 성격과 공정한 데이터거래”, 「동북아법연구 제14권 제1호」, 2020.

이동진, “데이터 소유권(Data Ownership), 개념과 그 실익”, 「정보법학 제22권 제3호」, 2018.

이동진, “데이터거래의 법적 쟁점 및 데이터거래 가이드라인”, 서울대학교 인공지능정책이니셔티브 이슈페이퍼 2019.

이병준, “온라인 플랫폼을 통한 개인간 거래와 소비자보호 - 당근마켓과 연관된 전자상거래법 전부개정안 제29조를 중심으로 -”, 「소비자법연구」 제7권 특별호, 2021.

이상용, “데이터 거래의 법적 기초”, 「법조 제728호」, 2018

이성엽편/김상중 집필, 「데이터와 법」, 데이터거래와 오픈마켓, 2021.

정신동, “법적 규제대상으로서 온라인 플랫폼의 유형에 관한 연구 -EU법과 2021년 전자상거래법 전부개정안의 분석을 중심으로-”, 「유통법연구」 제8권 제1호, 2021.

칼 엥기쉬 지음/안법영·윤재왕 역, 「법학방법론」, 세창출판사, 2011.

최경진, “데이터와 사법상의 권리, 그리고 데이터 소유권(Data Ownership)”, 고학수·임용(편), 데이터오너십, 2019

한국데이터법정책학회, 민법상 데이터 관련 입법 개선방안에 관한 연구, 법무부 정책연구용역, 2021. 12.

한국데이터산업진흥원, 데이터 거래 가이드라인, 2019.12.

ALI-ELI Principles For a Data Economy - Data Transactions and Data Rights, American Law Institute and the European Law Institute, 2021.

【국문초록】

최근 데이터 경제의 중요성이 점점 증가하면서 디지털 대전환의 시대에 데이터 민사법의 역할이 의미를 더 해가고 있다. 그런데 데이터 관련 여러 과제 중에서 데이터의 거래와 관련하여서는 현재 실정법상 규정도 부재하고, 관련된 연구도 충분하지 않은 상황이다. 데이터의 거래에 대해서는 전적으로 (약관 이용을 포함한) 당사자들의 합의 내지 산업진흥 차원에서 마련된 데이터산업진흥원의 '데이터 거래 가이드라인'에 의해서만 규율되고 있는 실정이다. 이에 본고에서는 계약 당사자들의 개별 합의나 '데이터거래 가이드라인'과의 관계에서 기준적 성격을 가질 수 있는 데이터 거래에 관한 기본원칙을 고찰해 보았다. 그리고 이를 논의함에 있어서는 하나의 비교법 자료로서 미국법률협회(American Law Institue, ALI)와 유럽법률협회(European Law Institute, ELI)가 마련한 '데이터 경제에 관한 원칙(Principles for a Data Economy)'상의 데이터 이전에 관한 계약, 데이터 접근 계약 및 데이터 마켓플레이스 계약 규율을 고려해 보았다.

이 데이터 경제에 관한 원칙과 국내에서 사용되고 있는 '데이터 거래 가이드라인'상의 표준계약서를 비교한 결과 국내의 경우 데이터 공급자의 편의를 위한 면책 조항 및 의무 면제 조항이 많다는 점을 알 수 있었고, 특히 데이터 오픈마켓 표준계약성의 경우 불필요하게 "전자상거래등에서의 소비자보호에 관한 법률"을 고려하고 있다는 점, 디지털 콘텐츠 개념과 데이터 개념을 별다른 고민 없이 혼용하고 있다는 점을 지적하였다. 그리고 마지막으로 새로운 법률문제가 등장한 만큼 데이터 거래에 관한 민사특별법 제정이 규율의 불확실성 제거에 기여할 수 있다고 지적하였다. 비록 이를 단기적으로 진행할 수는 없겠지만, 외국의 입법·연구내용에 대한 분석과 함께 데이터 거래실무를 관찰하면서 바람직한 성문의 규정내용을 도출, 합의하는 과정이 필요해 보인다.

【Abstract】

Regulation on the contractual relationships in the data economy: Focusing on contracts for supply of data and data marketplace contract in the ALI-ELI principles for a data economy

Jung, Shindong
(Assistant Professor, Gangneung-Wonju National University)

Recently, as the importance of the data economy increases, the role of data civil law in the digital age is becoming more important. However, there are currently no regulations under the positive law regarding data transaction, and related research is not sufficient. Data transactions are regulated solely by the agreement of the parties and the 'Data Transaction Guidelines'. Therefore, in this paper, the basic principles of data transaction that can be standard for individual agreements of contracting parties have been reviewed. And in discussing this, contracts for supply of data and data marketplace contract in the ALI-ELI principles for a data economy have been reviewed as a comparative law material. Comparing the principles for a data economy with the 'Data Transaction Guidelines' used in Korea, it was found that there are many provisions for the convenience of data providers in Korea. Furthermore, it was criticized for unnecessary consideration of the "Consumer Protection Act in Electronic Commerce, etc." in the data open market standard contract, and for mixing the concept of digital content with the concept of data. As new legal issues are being discussed, the legislation of a special law on data transactions can contribute to eliminating uncertainty

in practice. Although this cannot be completed in the short term, it seems necessary to derive and agree on appropriate regulations.

주제어(Keywords) : 데이터 경제(Data economy), 데이터 이전에 관한 계약(Contract for the transfer of data), 데이터 접근에 관한 계약(Contract for simple access to data), 데이터 플랫폼(Data platform), 데이터 마켓플레이스 계약(Data marketplace contracts)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제105호 2022년 6월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2022.105.33

가상자산의 유형별 규제방식에 관한 연구

유 양 욱*

목 차

Ⅰ. 검토의 배경
Ⅱ. 가상자산의 규제에 관한 해외 입법례
1. 미국
2. 유럽 연합
3. 스위스
4. 일본
Ⅲ. 가상자산의 유형에 따른 개별적 법리 적용
1. 국내법상 가상자산의 정의와 규제
2. 가상자산의 유형
3. 지급형 가상자산의 규제
4. 증권형 가상자산의 규제
5. 유틸리티형 가상자산의 규제
6. 소결
Ⅳ. 새로운 유형의 가상자산에 대한 규제 가능성
1. NFT
2. 스테이블코인
Ⅴ. 결론

Ⅰ. 검토의 배경

가상자산에 관한 높은 관심에도 불구하고 국내의 가상자산의 법률적 제도 정비는 크게 진전되지 못하고 있다.[1] 자금세탁방지 국제기구인

* 육군 법무관, 고려대학교 일반대학원 법학과 박사과정(상법 전공).

1) 가상자산 이외에도 암호화폐(crypto currency), 가상화폐(virtual currency), 토큰(token) 등 다양한 명칭이 혼용되고 있다. 우리나라는 「특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률」에서 "가상자산"이라는 용어를 사용하고 있고, 동법상 가상자산의 포괄적 정의를 고려하면 위 암호화폐 등이 모두 포함된다고 볼 수 있다. 각 명칭마다 그 정의에 일부 차이가 있는 경우도 있으나, 본고에서는 가상자산 전반을 유형화하여 다룰 것이므로 고유한 의미를 가지는 경우를 제외하고는 모두 "가상자산"으로 표기

FATF(Financial Action Task Force)가 다른 사람을 위하여 가상자산업을 영위하는 자에 대하여 금융기관과 동일한 수준의 자금세탁방지 의무를 부과하도록 각 국에 권고한 이후 가상자산을 이용한 자금세탁행위를 규제하기 위하여 「특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률(이하 "특금법")」이 2020년 3월 24일 공포되고 2021년 3월 25일 시행되었지만, 가상자산에 대한 포괄적 정의 및 자금 세탁 방지를 위한 가상자산사업자의 신고, 실명계좌확보, 의심거래 보고 및 고객확인 등의 의무가 부과되었을 뿐이고 가상자산의 유형을 정의하는 등 가상자산에 대한 체계적인 법제화는 아직 이루어지지 아니하였다. 이에 가상자산 업권법 제정이 필요하다는 일부 학계의 의견도 있고,[2] 실제로 국회에 계류중인 가상자산 기본법도 다수 존재한다.[3]

가상자산은 용도와 법적 화폐와 연동되어 있는지 등에 따라 여러 종류로 분류될 수 있다. 가상자산의 대표적 형태인 암호화폐의 경우 전자 지급수단으로 사용되기 위한 목적으로 제작되어 「전자금융거래법」상 전자화폐와 유사한 기능을 목표로 개발되는 경우도 있고, 암호화폐의 발행 과정에서 금융투자상품의 성질을 가진다면 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률(이하 "자본시장법")」의 적용이 필요한지 등에 대하여 논란이 발생한다. 또한 블록체인 기술의 발전에 따라 NFT(non- fungible tokens)와 같이 한 종류의 가상자산에서 발행되었지만 각 가상자산이 고유한 가치를 지니는 가

한다.

2) 박세준, "개정된 특정금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률의 한계와 가상자산사업 업권법 제정에 관한 논의", 건국대학교 법학연구소 「일감법학」 제50호 (2021. 12.) 154면부터 157면.

3) 2022년 5월 1일 국회에서 계류중인 가상자산 전반을 다루는 법안은 가상자산업법안(이용우의원 등 20인, 의안번호 2109935), 가상자산업 발전 및 이용자 보호에 관한 법률안(김병욱의원 등 11인, 의안번호 2110190), 가상자산 거래에 관한 법률안(양경숙의원 등 10인, 의안번호 2110312), 가상자산 거래 및 이용자 보호 등에 관한 법률안(권은희의원 등 10인, 의안번호 2111459), 가상자산산업기본법안(윤창현의원 등 11인, 의안번호 2113016), 가상자산산업 발전 및 이용자보호에 대한 기본법안(김은혜의원 등 13인, 의안번호 2113168)로 7개에 이른다. 위 법안들 및 가상자산 업권법 제정에 관한 논의로는 상게논문 154면부터 157면, 맹수석, "가상자산에 대한 규제 방안의 검토 - 비트코인 등 블록체인기술 기반의 가상자산을 중심으로 -", 한국법학회 「법학연구」 제82호 (2021) 168면부터 174면 및 박웅신, "가상자산 규제의 방향성에 대한 검토", 한국지급결제학회 「지급결제학회지」 제13권 제1호 (2021. 6.) 320면부터 332면.

상자산이 발행되기도 한다. 특금법상 가상자산의 정의만으로는 가상자산의 유형에 따른 규제나 다른 법률의 적용 여부에 관한 기준점이 되지 못하고 있다.

이러한 가상자산의 지불수단, 증권 또는 경제적 가치가 없는 단순 기술로서의 다면적 성질은 하나의 개념으로 가상자산을 규제하는 것이 완전할 수 없다는 점을 시사한다. 그렇다고 규제당국이 모든 가상자산에 대하여 개별적으로 어떤 규제가 적용되어야 할지 판단하는 것은 행정력의 낭비일 뿐만 아니라 급변하고 있는 가상자산 업계의 특성상 현실적으로 불가능하다. 따라서 본고에서는 주요국의 가상자산에 대한 입법례 및 국내에서의 가상자산에 대한 정의 및 규제현황에 대하여 먼저 살펴보고, 공통적으로 나타나는 가상자산의 특성에 따른 유형을 나누어 가상자산 전반에 대한 업권법이 완성되기 전 국내에서 적용 가능한 개별 법률을 검토한다.

Ⅱ. 가상자산의 규제에 관한 해외 입법례

1. 미국

미국은 규제기관마다 가상자산의 정의와 법적 성질에 대하여 독립적인 입장을 견지하고 있다. 미국의 증권거래위원회(Securities and Exchange Commission: SEC)는 가상자산이 증권이라는 견해를[4], 상품선물거래위원회(Commodity Futures Trading Commission: CFTC)는 상품이라는 입장을 표명하고 있으며[5], 미국 국세청(Internal Revenue Service: IRS)은 가상자산도 자산(property)이며, 투자자산으로서의 가상자산은 자본자산(capital asset)으로 매매 등을 통한 수익에는 자본이득세(capital gain tax)를 부과할

4) SEC, “Spotlight on Initial Coin Offerings (ICOs)” (2021. 7. 14.) (https://www.sec.gov/ICO 최종방문 2022. 4. 11.).

5) CFTC, “An Introduction to Virtual Currency” (https://www.cftc.gov/sites/default/files/idc/groups/public/%40customerprotection/documents/file/oceo_aivc0218.pdf 최종방문 2022. 4. 11.).

수 있다는 입장이다.[6]

(1) SEC의 입장

미국 연방 증권법의 해석 및 집행을 담당하는 SEC는 대부분의 가상자산이 관련 연방증권법상 증권(securities)에 해당되는 투자계약(investment contract)에 해당한다고 보아 등록신고서 제출 등 증권법상의 규제를 준수할 것을 요구한다.[7] 증권성을 가지는 투자계약에 해당하는지 여부에 관하여는 미국 연방대법원의 Howey 판결을 기준으로 판단한다.[8] Howey 판결에 따르면 투자계약은 ① 금전의 투자가 있고 ② 공동사업에 투자하는 것이며, ③ 타인의 노력에 의하여, ④ 투자수익을 합리적으로 기대할 수 있다는 네 가지 요건(이하 "Howey 테스트")을 충족해야 한다. 대표적인 가상자산 중 하나인 비트코인(Bitcoin)의 경우에는 탈중앙화(decentralized)되어 있어 타인의 노력에 의존한(③ 요건) 투자수익의 합리적 기대(④ 요건)가 없다고 보는 것이 일반적이다. 하지만 SEC는 이러한 탈중앙화의 예외를 엄격히 보아, 리플(Ripple)이라는 암호화폐의 경우 이를 관리하는 리플 랩스(Ripple Labs)가 발행되는 리플을 주도적으로 관리하여 탈중앙화의 정도가 높지 않고 리플의 구매자들은 투자수익을 기대하고 이를 구매했다고 보아 리플의 Howey 테스트에 따른 증권성을 주장하고, 이에 따른 소송이 진행되고 있다.[9]

SEC는 적극적인 권한 행사를 통하여 가상자산을 실질적으로 규제하고 있다. 2016년에 The DAO(decentralized autonomous organization)에 대하여 이더리움(Ethereum)이라는 암호화폐 1개당 100 DAO 토큰을 판매하는 코인 상장(initial coin offering: ICO)[10]이 진행된 상황에서, The DAO는 사

---

6) IRS, "IRS Virtual Currency Guidance, Notice 2014 - 21" (2014. 4. 14.) (https://www.irs.gov/irb/2014-16_IRB#NOT-2014-21 최종방문 2022. 4. 11.).

7) SEC, 전게자료(주 4).

8) United States Securities and Exchange Commission v. Howey Co., 328 U.S. 293, 301 (1946).

9) SEC, "SEC Charges Ripple and Two Executives with Conducting $1.3 Billion Unregistered Securities Offering" (2020. 12. 22.) (https://www.sec.gov/news/press-release/2020-338 최종방문 2022. 4. 15.).

10) ICO란 가상자산의 목적에 맞는 발행 및 유통을 위해 사용 개시 전 자금을 모으고

람의 개입 없이 미리 프로그램된 규칙에 의해 의사결정이 이루어지는, 법적 실체가 없는 탈중앙화된 가상자율조직임에도 불구하고 SEC는 위 ICO를 통해 발급된 가상자산이 증권에 해당한다는 취지의 조사 보고서를 발간했다.[11] 해당 사안에 대한 Howey 테스트에서 SEC는 영리단체인 The DAO가 증권법상 발행인에 해당하고, 탈중앙화된 가상자율조직이라고 하더라도 조직의 공동설립자 및 큐레이터의 노력이 자금을 모으는 데 핵심적으로 작용했다고 하여 해당 ICO가 투자계약이라고 판단하였다. 이외에도 U.S. v. Zaslavskiy 사건,[12] SEC v. Blockvest, LLC 사건[13]에서도 ICO를 Howey 테스트를 통해 투자계약으로 보아 탈중앙화가 상당히 진행되어 더 이상 제3자의 경영 노력 없이도 블록체인이 동작할 경우가 아니라면 증권법의 규제를 준수해야 한다는 입장을 유지하고 있다.

(2) CFTC의 입장

CFTC는 선물, 선도, 옵션, 스왑 등과 같은 파생상품시장을 감독하는 미국의 독립규제기관이다. CFTC는 가상자산을 "교환을 매개로 작동하거나 회계 단위로 사용되거나 가치를 저장하는 기능을 하는 가치의 디지털 표상"으로 정의한다.[14] CFTC는 상품(commodity)에 대한 관할을 가지고 있고 위 CFTC의 가상자산에 대한 정의에 따르면 가상자산도 상품에 해당하므로

그 대가로 해당 가상자산을 제공하는 것을 의미한다. 불특정 다수로부터 자금을 모으고 ICO 주체가 명확하여 공모와 유사한 면이 있어 각국 규제기관이 증권성을 인정하여 적극적으로 규제하였다. 신동우·고동원, "암호자산공개(ICO)의 규제 방향", 성균관대학교 법학연구원 「성균관법학」 제33권 제2호 (2021. 6.) 734면부터 738면.

11) SEC, "Report of Investigation Pursuant to Section 21(a) of the Securities Exchange Act of 1934: The DAO" (2017. 7. 25.). 다만 위 보고서에서 SEC가 특정 규정 위반 여부를 판단하거나 과징금 부과 여부를 명시한 것은 아니고, ICO도 증권에 해당하여 SEC에 등록하여야 한다는 점을 명확히 하였다. SEC, "SEC Issues Investigative Report Concluding DAO Tokens, a Digital Asset, Were Securities" (2017. 7. 25.) (https://www.sec.gov/news/press-release/2017-131 최종방문 2022. 6. 26.).

12) United States v. Zaslavskiy, No. 17-cr-0647 (E.D.N.Y. Sept. 11, 2018).

13) United States Securities and Exchange Commission v. Blockvest LLC, et al., No. 3:18-cv-2287 (S.D. Cal. Nov. 27, 2018).

14) CFTC, 전게자료(주 5).

CFTC는 가상자산을 규제할 권한이 있다고 주장한다.[15] 그에 따라 테더(Tether)라는 가상자산이 상품에 해당하며 테더의 발행 관련자들에게는 오해의 소지가 있거나 잘못된 정보를 구매자들에게 제공했다는 이유로, 관련 가상자산거래소에는 디지털자산의 불법 장외거래 관여 등을 이유로 각 상품거래법(Commodity Exchange Act) 위반에 따른 벌금을 부과하는 등 규제 권한을 적극적으로 행사하고 있다.[16]

앞서 본 바와 같이 SEC는 가상자산의 증권성에 주목하여 가상자산 자체를 증권으로 보아 가상자산에 대한 규제 권한을 행사하고 있으나, CFTC 역시 가상자산이 상품인 디지털 자산에 해당하므로 가상자산의 규제 권한을 행사하고 있다. 규제기관 간의 관할 문제가 발생한다는 점은 가상자산이 다면적인 법적 성질을 가지고 있다는 것을 방증한다. 두 기관의 입장도 차이가 있는데, SEC가 2021년까지 수 차례 각 증권에 해당하는, 가상자산의 일종인 비트코인에 대한 현물 상장지수펀드(exchanged traded fund: ETF) 승인에 대한 결정을 연기하고 다만 비트코인 선물 ETF의 상장만을 승인한 반면,[17][18] CFTC는 2017년 12월부터 파생상품인 비트코인 선물 거래를 승인하였고 동월부터 시카고 옵션 거래소에서 비트코인 선물이 거래되고 있다.[19]

---

15) 상게자료.

16) CFTC, “CFTC Orders Tether and Bitfinex to Pay Fines Totaling $42.5 Million” (2021. 10. 15.) (https://www.cftc.gov/PressRoom/PressReleases/8450-21 최종방문 2022. 4. 18.).

17) SEC, “Notice of Designation of a Longer Period for Commission Action on Proceedings to Determine Whether to Approve or Disapprove a Proposed Rule Change to List and Trade Shares of the One River Carbon Neutral Bitcoin Trust under NYSE Arca Rule 8.201-E” (2022. 3. 18.) (https://www.sec.gov/rules/sro/nysearca/2022/34-94475.pdf 최종방문 2022. 5. 2.) 및 SEC, “Self-Regulatory Organizations; Cboe BZX Exchange, Inc.; Notice of Designation of a Longer Period for Commission Action on a Proposed Rule Change to List and Trade Shares of the WisdomTree Bitcoin Trust under BZX Rule 14.11(e)(4), Commodity-Based Trust Shares“ (2022. 3. 18.) (https://www.sec.gov/rules/sro/cboebzx/2022/34-94476.pdf 최종방문 2022. 5. 2.).

18) Fortune, “The first Bitcoin-linked ETF is about to start trading. Here’s what to know” (2021. 10. 18.) (https://fortune.com/2021/10/18/proshares-bitcoin-etf-ticker-details-nyse/ 최종방문 2022. 4 8.).

19) CFTC, “CFTC Statement on Self-Certification of Bitcoin Products by CME, CFE

(3) FinCEN의 입장

미국 재무부 산하 금융범죄단속국(Financial Crimes Enforcement Network: FinCEN)은 자금세탁 방지 및 범죄 수사활동의 보조를 담당한다. FinCEN은 가상자산 자체가 아닌 자금세탁방지를 위한 가상자산의 이동과 법정화폐와의 교환을 중점적으로 규제하게 되어 그 관할이 제한적이나, 2013년부터 가상자산을 "법정화폐의 요소를 모두 갖추지 못했지만 화폐처럼 기능하는 교환매체"로 정의하여 가상자산을 적극적으로 규제하고 있다.[20] 구체적으로, 가상자산의 거래 간 환전자(exchanger)를 "가상자산을 다른 가상자산, 펀드, 법정화폐 등으로 교환·환전하는 자"로, 관리자(administrator)를 "가상자산을 발행하거나 해당 가상자산을 상환할 권한이 있는 자"로 정의하고 환전자와 교환자를 은행비밀법(Bank Secrecy Act of 1970)상 자금서비스업자(money transmitter)에 해당한다고 보아 자금서비스업(money services business) 등록 및 자금세탁방지 의무 부과 등 관련 규제를 준수할 것을 요구한다.[21] 2019년에는 지침을 구체화하여, 법정화폐와 동등하거나 법정화폐의 대체재가 될 수 있는 가상자산을 전환가능 가상자산(convertible virtual currencies)이라고 정의하고 이러한 전환가능 가상자산도 모두 은행비밀법의 적용을 받으며, 전환가능 가상자산을 이용한 어떠한 형태의 송금도 FinCEN의 관할임을 재차 밝혔다.[22]

(4) IRS의 입장

IRS는 2014년에 전술한 것과 같이 가상자산이 실질적인 가치가 있거나 실물 자산으로 교환할 수 있는 것임이 판명되면 과세 대상이 되는 자산에 해당한다고 밝혀 가상자산에 대한 과세가 가능하다는 입장을 밝혔다. 특히 IRS는 가상자산이 교환매체, 회계의 단위 또는 가치의 저장기능을 하는 디

---

and Cantor Exchange" (2017. 12. 1.).

20) FinCEN, "Application of FinCEN's Regulations to Persons Administering, Exchanging, or Using Virtual Currencies(FIN-2013-G001)" (2013. 3. 18.) 1면.

21) 상게자료 2면.

22) FinCEN, "Application of FinCEN's Regulations to Certain Business Models Involving Convertible Virtual Currencies(FIN-2019-G001)" (2019. 5. 9.) 7면.

지털 표시로 보아 가상자산이 자산이 아닌 지급수단으로 쓰인다면 통화의 대체품으로 외환과 같은 규제를 받아야 한다고 본다.[23] 이에 더하여 가상자산을 최초로 생성하는 ICO, 채굴부터 하드 포크(hard fork), 에어드랍(airdrop)과 같은 기술적 분배, 대여, 양도, 교환 등 세부적인 과세지침을 마련하고 있다.[24] 하지만 불성실한 신고 및 현실적인 과세의 어려움으로 가상자산에 대한 신고 및 과세가 정상적으로 이루어지지 않고 있다가, 2020년 과세년도부터는 개인 소득세 신고 양식을 개정하여 개인의 가상자산 거래에 대한 신고를 받는 등 가상자산의 거래, 채굴 등에 관한 실질적 과세를 위한 작업을 진행하고 있다.[25]

(5) 주 차원의 규제

연방 기관들의 가상자산에 대한 규제와 더불어 미국의 각 주에서는 별도로 가상자산에 관한 규제 및 입법이 이루어지고 있다. 뉴욕 주 금융감독국(New York state Department of Financial Services)은 2015년 6월 가상통화업자에 대하여 인허가를 받도록 하여 미국 내에서 최초로 가상통화업자에 대한 체계적인 규제체계를 마련했다.[26] 이는 최저자본금요건, 고객자산분별관리, 사이버보안, 자금세탁 및 테러방지프로그램 운영 등의 준수를 포함하지만, 유통시장의 불공정거래에 대한 규제에 대한 규정은 없다. 이외에도 워싱턴 주는 기존의 통일자금서비스법(Uniform Money Services Act)상 자금송금의 정의에 가상자산을 추가하여 가상통화업자를 자금송금업자와 동일하게 규제하고, 이러한 규제 방법은 다양한 주에 적용되었다.[27]

미국 통일법 개정위원회(Uniform Law Commission)는 2017년 7월 통일

---

23) IRS, 전게자료(주 6).

24) 최정희, "미국의 가상화폐에 대한 과세제도와 그 시사점", 이화여자대학교 법학연구소 「법학논집」 제25권 제2호 (2020) 77면부터 87면.

25) IRS, "Frequently Asked Questions on Virtual Currency Transactions" (https://www.irs.gov/individuals/international-taxpayers/frequently-asked-questions-on-virtual-currency-transactions 최종방문 2022. 5. 6.).

26) 「New York Codes, Rules and Regulations」 Title 23 Chapter I Part 200 Virtual Currencies.

27) 「Washington State Legislature Senate Bill 5031」.

가상통화업 규제법(Uniform Regulation Of Virtual Currency Businesses Act)을 각 주에 권고하였다.[28] 동 법에는 가상자산 전반에 관한 통일적인 규제 체계를 제시함과 더불어 연간 거래 규모에 따라 규제가 면제되거나, 규제 샌드박스를 통하여 혜택을 받거나, 허가(license)를 받도록 하여 단계적으로 가상자산업 활성화 방안을 모색하고 있다. 연방 규제 기관들이 선제적으로 규제 공백에 대응함과 동시에 주 차원에서도 가상자산에 관한 입법 및 규제가 진행되고 있는 것이다.

2. 유럽 연합

유럽 연합(European Union: EU)은 가상자산에 관하여 이전에는 각 회원국의 개별적인 규제에 의존하고 있었으나, 2020년부터는 EU 차원의 가상자산 규제를 입법화하기 위한 절차를 진행하고 있다. 그 중 특히 자금세탁방지에 관하여는 이미 관련법에 가상자산을 포섭하여 실질적인 규제가 이루어지고 있고, 나아가 가상자산 전반에 관한 EU 차원의 통일적 규제를 위한 법안이 발의되었다.

(1) 자금세탁방지에 관한 정책

EU 차원의 현재 시행되고 있는 가상자산 관련 규제 정책은 유럽집행위원회(European Commission)가 도입한 제5차 자금세탁방지지침(「fifth Anti-Money Laundering Directive」: 5AMLD)이 있다.[29] 2020년 1월 10일부터 각국에서 개별적으로 시행되는 해당 지침은 가상자산 거래소(virtual currency exchanges)와 수탁형 지갑서비스 제공자(custodian wallet providers)에 가상자산의 실소유주의 신원 확인 의무와 자금세탁방지 의무

---

28) Uniform Law Commission, 「UNIFORM REGULATION OF VIRTUAL-CURRENCY BUSINESSES ACT」(2017. 10. 9.).

29) 「Directive (EU) 2018/843 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, and amending Directives 2009/138/EC and 2013/36/EU」.

를 부과한다.[30] 또한 2020년 12월 3일부터 시행되는 별도 지침을 통해 회사들이 자금세탁을 방지하고 전제범죄(predicate offences)를 탐지하기 위한 컴플라이언스(compliance) 정책을 도입하고 자연인 뿐만 아니라 모든 법인격에게 형사책임을 부과하며 자금세탁범죄의 형량이 상향되었다.[31]

(2) 가상자산에 관한 법률안

유럽 집행위원회에서 가상자산 시장법안(Proposal for a 「REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on Markets in Crypto-assets」: MiCA)이 제출되었다.[32] 해당 법안은 EU 차원의 가상자산(crypto-asset)에 대한 체계적인 규제를 제시하고 있으며, 특히 스테이블코인과 그 발행주체에 대한 상세한 규제를 규정하고 있다. 동 법안에 따르면 가상자산은 "분산 원장 기술(distributed ledger technology) 이나 유사 기술을 이용하여 전자적으로 전송 또는 저장될 수 있는 가치나 권리의 디지털 표현"이다.

MiCA안은 금융상품시장지침(「Markets in Financial Instruments Directive」: MiFID)상 양도가능증권(transferable securities)을 포함하는 금융상품(financial instruments), 기존 전자화폐 등에 해당하는 가상자산을 동 법안의 적용 대상에서 배제하고 있다.[33] MiFID상 금융상품은 양도가능증권과 탄소배출권, 열거된 파생상품 등이 있으나 가상자산의 경우 특히 양도가능증권에 해당하는지 문제된다.[34] 회원국의 입장은 갈리고 있는데, 독일과

---

30) 가상자산을 저장하는 디지털 매체나 정보를 지갑(wallet)이라고 하고, 수탁형 지갑서비스 제공자는 이러한 지갑들을 수탁받아 관리하는 자를 의미한다. 5AMLD §3 (19) 참조.

31) 「Directive (EU) 2018/1673 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2018 on combating money laundering by criminal law」.

32) 동 법안은 2025년 시행을 목표로 하고 있으며, 2022년 3월 유럽 의회의 경제 통화 위원회(Committee on Economic and Monetary Affairs)에서는 이더리움과 비트코인 등 채굴 및 운영에 많은 에너지가 드는 PoW(proof of work) 기술을 금지하는 조항을 삭제하는 것 외에는 큰 개정 없이 위 법안을 채택하였다. European Parliament, "Cryptocurrencies in the EU: new rules to boost benefits and curb threats" (2022. 3. 14.) (https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20220309IPR25162 최종방문 2022. 5. 9.).

33) MiCA §2 2. 및 MiFID §4 1. (15), Annex I Section C.

34) 박영윤, "EU의 가상자산 규제 체계 및 시사점", 한국금융법학회 「금융법연구」 제19

네덜란드와 같이 가상자산이 양도가능증권에 해당할 수 있다는 입장도 있고 체코와 같이 부정하는 입장도 존재한다.[35] 이에 더하여 가상자산에 관한 불공정거래에 관하여는 가입국의 별도 입법 없이 EU 전체에 효력이 있는 규제(regulation)인 시장질서교란행위규제(「Market Abuse Regulation」)[36]의 적용을 받는다.[37]

MiCA안의 적용을 받는 가상자산에 대하여는 i) 발행인규제로서 발행주체를 법인으로 한정하고,[38] 신의성실의무를 지며,[39] ii) 공시의무로서 백서의 의무공시사항 및 법적 책임,[40] 발행인 및 가상자산사업자의 이해상충 관련 공시,[41] 내부정보 공시[42] 등이 있으며, iii) 불공정거래규제로서 시세조종행위 등의 금지[43], 내부자거래 금지[44] 등이 적용되고, iv) 업자규제로서 가상자산업자에 대한 진입 및 행위규제, 승인요건, 고객자산 보호의무 및 건전성요건이 요구된다. 다만 무료로 배포되거나, 150명 미만을 대상으로 한 공모나 총 공모가가 연간 100만 유로 이하인 기업인 경우 등에는 위 규제를 적용하지 아니한다.[45]

MiCA안은 앞서 본 것과 같이 동 법안의 적용대상이 아닌 양도가능증권 및 기존 전자화폐를 제외한 나머지 가상자산을 자산연동형(asset-referenced tokens), 전자화폐형(electronic money tokens), 유틸리티형(utility tokens)

권 제1호 (2022. 4.) 126면부터 129면.

35) EU 집행위원회는 MiFID를 개정하여 명시적으로 양도가능증권 개념에 가상자산을 포함할 예정이다. 상게논문 129면부터 130면.

36) 「Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on market abuse (market abuse regulation)」.

37) 김갑래, "미국과 EU의 가상자산거래자 보호제도의 시사점", 자본시장연구원 「이슈보고서」 21-13 (2021. 6. 22.) 18면.

38) MiCA §4 1. (a).

39) MiCA §13 1. (a).

40) MiCA §5.

41) MiCA §28, §65.

42) MiCA §77.

43) MiCA §80.

44) MiCA §78.

45) MiCA §4 2.

을 포함한 그 밖의 유형으로 분류한다.[46] 자산연동형은 “둘 이상의 법정화폐, 하나 이상의 상품, 암호자산 및 이들의 조합의 가치에 연동되어 안정적인 가치 유지를 목적으로 하는 가상자산”이고, 전자화폐형은 “단일 법정화폐 가치에 연동되어 안정적인 가치 유지를 통해 지급수단으로 사용되는 것을 주 목적으로 하는 가상자산”이며, 유틸리티형은 “분산 원장 기술에 기반하여 발행자에게만 사용할 수 있는, 상품이나 서비스에 대한 디지털 접근권 제공을 목적으로 하는 가상자산”이다. MiCA안은 각 가상자산을 분류하여 유형별로 규제를 세분화하고 있다.[47]

이러한 MiCA안은 대부분의 가상자산에 대한 공시의무와 더불어 가상자산의 법적 성질에 따라 양도가능증권의 성질을 가진다면 증권에 관한 각 가입국의 규제를, 지급 관련 기능을 가진다면 발행인 자격을 제한하고 감독하는 등 가상자산사업 전반에 대하여 유형별로 체계적인 규정을 두어 현존하는 가장 완성적인 가상자산 업권법안으로 평가할 수 있다.[48]

3. 스위스

스위스는 가상자산에 대하여 초기에 명확한 규제 가이드라인 제시를 통한 허용 정책을 펼쳐 가상자산 사업이 활성화되어 있다. 스위스의 금융규제기관(Swiss Financial Market Supervisory Authority: FINMA)은 2017년 9월 29일 ICO에 대한 규제지침을 처음 발표하였고,[49] 2018년 2월 16일 ICO 관련 해석 원칙을 발표하여 위 규제지침을 보다 명확하게 규정하였으며,[50] 2019년 9월에 스테이블코인에 관한 추가 규제도 발빠르게 마련하였다.[51] 스

46) MiCA §3 1. (3), (4), (5), title II.

47) MiCA안의 가상자산 규제에 관한 구체적 내용에 관하여는 박영윤, 전게논문 137면부터 155면.

48) 박세준, 전게논문 143면.

49) FINMA, “FINMA Guidance 04/2017 Regulatory treatment of initial coin offerings” (2017. 9. 29.).

50) FINMA, “Guidelines for enquiries regarding the regulatory framework for initial coin offerings (ICOs)” (2018. 2. 16.).

51) FINMA, “Supplement to the guidelines for enquiries regarding the regulatory

위스에서 가상자산을 다루는 별도의 법률은 없으나, FINMA는 가상자산의 구조, 성격 기능에 따라 각 자금세탁방지법, 은행법, 증권거래법, 집합투자법 등의 적용을 받을 수 있다는 입장을 표명하였다. 해당 지침에 따르면 가상자산은 지급형(payment tokens), 유틸리티형(utility tokens), 자산형(asset tokens)으로 분류되며, 이와 별개로 모든 형태의 가상자산 ICO에서의 자금 모집과 발행 전 판매는 증권으로 취급되어 관련법을 준수해야 한다.

먼저 가상자산의 일종인 비트코인과 같은, 물건이나 서비스를 구매하거나 돈이나 가치를 전송하는 수단이 되거나 될 수 있는 가상자산인 지급형의 경우에는 증권으로 취급되지 않고 자금세탁방지법상 자금세탁 방지 규제가 적용되며, 가상자산을 취급하는 자가 은행과 유사한 역할을 하게 된다면 은행법상 인·허가를 받아야 한다.

유틸리티형은 블록체인에 기반하여 디지털 어플리케이션이나 디지털 서비스에 접근하기 위해 제작된 것을 의미한다. 유틸리티형은 증권의 성질을 가지지 않는 한 증권으로 취급되지 아니한다.

자산형은 부채나 자본 등의 자산을 나타내는 것으로 미래의 회사 수익 등에 따른 지분 등을 약속하는 증표가 된다. 이는 주식, 채권, 파생상품 등과 동일하고, 현물과 교환 가능하더라도 자산형으로 취급된다. 자산형은 그 특성상 증권법 관련 규제를 준수해야 한다. 각 유형의 혼성형도 가능하다. 즉, 자산형인 가상자산이 증권과 유사한 특성을 가진다면 금융규제와 증권규제가 모두 적용된다.

4. 일본

일본에서는 스위스와 같이 빠르게 가상자산 관련 규제가 시작되었고, 특히 시행 중인 법률의 개정을 통하여 가상자산을 규제하고 있다. 일본은 2016년 및 2019년에 「자금결제에 관한 법률(資金決濟に關する法律)」을 개정하여 가상자산을 "구입 및 매각이 가능한 재산적 가치"로 정의하고, 이

framework for initial coin offerings (ICOs)" (2019. 9. 11.).

러한 가상자산의 매매나 교환, 중개 등을 업으로 하는 가상자산교환업자는 천만 엔 이상의 자본금을 가지는 등 일정 요건을 충족하여 등록해야 영업할 수 있도록 하는 내용을 골자로 한 소비자 보호 규제를 도입하였다.[52] 또한 2019년에 「금융상품거래법(金融商品取引法)」을 개정하여 "수익분배를 받을 권리 등 중 전자정보 처리조직을 이용하여 이전할 수 있는 재산적 가치"를 우리나라의 투자계약증권과 유사한 전자기록이전권리로 정의하고, 위 정의에 해당되는 가상자산은 「자금결제에 관한 법률」상 가상자산에서 제외하는 대신 발행시에는 「금융상품거래법」상의 증권신고서 제출의무가 있고 불공정거래행위를 금지하는 등 금융상품에 준하는 규제를 적용한다.[53] 즉, 증권성을 가지는 가상자산에는 「금융상품거래법」이, 증권성을 가지지 않는 가상자산에는 「자금결제에 관한 법률」이 적용된다.[54] 다만 이용자의 보호 장치가 여러 법률에 분산되어 있고, 미공개정보를 이용한 가상자산 거래 제한은 법제화되지 않았으며, 모든 가상자산에 자금결제 또는 금융상품에 준하는 규제가 적용되는 문제점이 있다.[55]

Ⅲ. 가상자산의 유형에 따른 개별적 법리 적용

1. 국내법상의 가상자산의 정의와 규제

(1) 특금법상의 가상자산의 정의

가상자산의 일종인, 법정화폐를 대체하는 탈중앙화된 지급수단을 목적

52) 조영은, "일본의 가상자산(Virtual Assets) 이용자 보호 규율 강화 - 2019년 자금결제법 및 금융상품거래법 개정 내용을 중심으로", 국회입법조사처 「외국입법 동향과 분석」 제38호 (2020. 4. 29.) 5면, 6면.

53) 김대홍, "'가상통화(仮想通貨)'에서 '암호자산(暗号資産)'으로 : 일본 자금결제법 등 개정 법률안에 대해서", 한국법제연구원 「최신외국법제정보」 2019년 제6호 (2019. 9. 1.) 46면부터 48면.

54) 일본의 가상자산 규제에 관한 내용으로, 박웅신, 전게논문 318면부터 320면.

55) 김갑래, 전게자료 20면.

으로 하는 암호화폐 중 최초로 개발된 비트코인은 2008월 10월에 9면의 논문으로 그 개념이 공개되었고, 2009. 1. 3. 처음 발행되었다.[56] 비트코인은 탈중앙화를 위한 인증 알고리즘인 블록체인(block chain)에 기반하고 있고, 비트코인 블록체인은 이러한 알고리즘을 구현한 실험이었으며, 이로부터 오랜 기간 암호화폐는 곧 비트코인을 의미했다. 이후 거래소의 활성화에 따른 법정화폐와의 교환의 간편성 및 거래량의 비약적 상승과 더불어 기존의 금융 규제를 무력화하는 기능을 하게 되자 암호화폐를 포함한 가상자산 전반에 관한 규제가 요구되었다.

규제 요구에도 불구하고 우리나라에서 가상자산에 관한 정의 규정을 두고 있는 법률은 2022년 6월 현재 특금법이 유일하다. 특금법 제2조 제3호는 가상자산을 "경제적 가치를 지닌 것으로서 전자적으로 거래 또는 이전될 수 있는 전자적 증표 및 그에 관한 일체의 권리"를 의미한다고 정의한다. 다만 동호 단서 각호에서 교환가치 없는 전자적 증표와 그 증표에 관한 정보로서 발행인이 사용처와 그 용도를 제한한 것, 게임 재화, 「전자금융거래법」상 선불전자지급수단 및 전자화폐, 「주식·사채 등의 전자등록에 관한 법률」에 따른 전자등록주식 등, 전자어음 및 전자선하증권 등은 가상자산에서 제외한다고 규정하여 가상자산의 정의를 포괄적으로 정의하되, 개별 법률에서 규제하고 있는 가상자산은 제외하고 있다.

이때 특금법 제2조 제3호 단서 가목은 화폐·재화·용역 등으로 교환될 수 없는 전자적 증표 또는 그 증표에 관한 정보로서 발행인이 사용처와 그 용도를 제한한 것을 가상자산의 정의에서 제외하고 있는데, 이는 가상자산의 일종인 암호화폐의 근간이 되는 블록체인 기술을 사용하는 분산원장 기반 신원확인의 경우에는 가상자산의 범위에서 제외하기 위함이다.[57] 하지만 특금법상의 위 예외규정 이외에는 가상자산 자체에 대한 지급기능이나 증권성을 판별할 기준이 제시되어 있지 아니하다.

---

56) Satoshi Nakamoto, "Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System" (2008).

57) 금융위원회, "가상자산 관련 「특정금융정보법 시행령」 개정안 입법예고(11.3.~12.14.)" (2020. 11. 2.) (https://www.korea.kr/news/pressReleaseView.do?newsId=156418724 최종방문 2022. 4. 14.).

(2) 국내법상 가상자산에 대한 규제

국내법상 가상자산이 법령에 의해 규제되고 있는 경우는 자금세탁방지, 가상자산 구매를 위한 해외 송금, 소득세 부과이다.

자금세탁방지에 관하여는 특금법이 규율한다. 특금법은 제1조에 의하여 자금세탁행위 방지를 통한 범죄 예방 및 투명한 금융거래 질서를 확립하는 목적을 가진다. 국가간 거래가 자유로운 가상자산이 특금법의 적용을 받아야 하는 것은 법의 목적에도 부합하고, 조문상으로도 특금법이 2020. 3. 24. 법률 제17113호로 개정되어 가상자산을 일부 제외되는 항목을 제외한 모든 "경제적 가치를 지닌 것으로서 전자적으로 거래 또는 이전될 수 있는 전자적 증표 및 그에 관한 일체의 권리"로 정의하므로 일부 경제적 가치를 지니지 못하는 가상자산을 제외한 모든 가상자산은 특금법의 적용 대상이 된다. 이러한 특금법의 대상이 되는 가상자산과 관련하여 제2조 제1호 하목에 해당하는 가상자산사업자는 제7조의 가상자산사업자 신고 및 제9조 이하의 거래자료 및 정보 제공 의무를 진다. 이때 가상자산사업자의 신고는 특금법 제7조 제3항에서 금융정보분석원장이 수리를 거부할 수 있는 점으로 보아 수리를 요하는 신고로 보아야 한다.[58]

가상자산 구매를 위한 해외 송금의 경우, 가상자산을 해외 통화로 구매하기 위해 송금하는 행위가 「외국환거래법」상 신고의무가 있는지가 문제된다. 「외국환거래법」 제18조 제1항에 의하면 자본거래를 하려는 자는 사전에 신고기관에 신고하여야 하고, 다만 동항 단서 및 「외국환거래규정」 제7-2조 각호에 따라 건당 지급액이 5,000불 이내인 경우 등인 경우에는 신고를 요하지 아니한다. 자본거래의 정의에 관한 동법 제3조 제19호 가목에 따라 대외지급수단인 외국통화로 가상자산의 매매계약을 체결하는 것은 자본거래에 해당하므로 가상자산의 구매를 목적으로 하는 외국통화의 송금은 일부 예외를 제외하고 신고를 요하며, 신고하지 않을 경우 외국환거래법 제29조 제1항 제3호에 따른 형사처벌 및 동법 제32조 제1항 제4호에 따른 과

58) 홍준호, "가상자산사업자 신고에 관한 법제도 분석 및 규제 개선 방안 연구 - 특정금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률 및 시행령을 중심으로 -", 한국법이론실무학회 「법이론실무연구」 제10권 제1호 (2022) 59면, 60면.

태료처분의 대상이 된다.

마지막으로 소득세와 관련하여, 「소득세법」 제21조 제1항 제27호에서 특금법상 가상자산의 양도소득은 기타소득으로 명시되어 있으므로, 2023년 1월 1일부터 과세가 가능하다.[59] 다만 미국과 달리 양도 외 채굴, 보수로 지급받는 경우나 기술적 분배의 경우 등에 대하여 세부적 과세 방안은 아직 마련되어 있지 아니하다.

2. 가상자산의 유형

경제협력개발기구(Organisation for Economic Co-operation and Development: OECD), 국제증권감독기구(International Organization of Securities Commissions: IOSCO)와 싱가포르, 상술한 스위스의 FINMA 등 주요 기관은 가상자산을 그 특성에 따라 지급형 가상자산, 증권형 가상자산, 유틸리티형 가상자산으로 분류한다.[60][61]

지급형 가상자산은 가치를 저장하거나 물건이나 서비스에 대한 교환 수단을 목적으로 하는 가상자산으로 대체가능한 교환단위이며, 전자 지급수

---

59) 「소득세법(2021. 12. 8. 법률 제18578호로 개정된 것)」 부칙(2020. 12. 29.) 제1조 제2호. 양도소득으로 과세하는 것이 더 적절하다는 견해로는 최정희, 전게논문 92면.

60) OECD, "Taxing Virtual Currencies: An Overview of Tax Treatments and Emerging Tax Policy Issues" (2020. 10. 12.) 11면, 12면 및 IOSCO, "FR12/2020 Investor Education on Crypto-Assets" (2020. 12. 22.) 9면, 10면, 그리고 Monetary Authority of Singapore, "Consultation Paper on Proposed Regulatory Approach for Derivatives Contracts on Payment Tokens" (2019. 11. 20.) 4면.

61) 앞서 본 MiCA 안과 영국의 금융행위감독청(Financial Conduct Authority: FCA)은 지급형 가상자산 대신 전자화폐형 가상자산(e-money token)이라는 표현을 사용하고 그 정의도 지급형 가상자산보다 좁은, 전자화폐에 준하는 가상자산으로 한정하고 있다. 이러한 분류를 적용하면 해당 유형의 가상자산에 기존 전자화폐에 준하는 규제를 적용할 수 있다는 장점이 있으나, 현금화가 자유롭지만 사용처가 제한된, 「전자금융거래법」상 전자지급수단에 포함될 수 있지만 전자화폐에는 이르지 아니하는 가상자산에 대한 규제에 공백이 발생한다. 그러므로 본고에서는 국제기구들과 스위스, 싱가포르 등이 채택하고 있으며 국내 학계에서의 일반적으로 분류하는 것과 같이 지급형 가상자산을 전자화폐에 준하는 가상자산에 한정하지 아니한다. 영국의 가상자산 분류에 관하여는 FCA, "PS19/22 - Guidance on Cryptoassets Feedback and Final Guidance to CP 19/3" (2019. 7.) 4면 참조.

단을 목표로 하는 기존의 암호화폐가 이에 해당한다.[62] 교환가치 외 권리를 부여하지 않다는 점에서 다른 유형과 구별된다. 일반적으로 법정화폐의 경우 국가은행이, 유가증권의 경우는 각 발행주체가, 전자적 거래의 경우 중앙원장 시스템이 존재하는 것에 반하여 지급형 가상자산의 거래는 탈중앙화된 분산원장 네트워크에서 이루어지며 국가간 거래에서의 제약이 없어 지급, 거래, 자금세탁방지를 위한 강한 규제를 받을 필요가 있다. 대표적 가상자산 중 하나인 비트코인은 발행 목적이 법정화폐를 대체하는 새로운 지급수단을 표방하고 있으므로 지급형 가상자산으로 분류될 수 있다.[63]

증권형 가상자산은 회사 또는 수익 흐름에 대한 참여 또는 배당금 또는 이자 지급자격과 같은 경제적 권리를 제공하는 가상자산이다. 경제적 가치가 있는 권리를 제공한다는 점에서 유틸리티형 가상자산과 구별된다. 부동산이나 주식, 금융상품 등을 가상자산화하여 분할한 다음 ICO와 유사한 STO(security token offering)를 통해 자금을 모으고 권리를 분배하는 것이 대표적인 증권형 가상자산의 형태로 볼 수 있다. 실질적으로 증권과 매우 유사하기에 자본시장 규제체계의 적용 대상이 될 수 있다. 투자성이 중요한 개념적 징표이므로 투자자 보호의 필요성이 강조되고, 불공정행위에 대한 제재가 필요하다. 증권형 가상자산임이 명확하면 자본시장법이나 증권법 등

62) 목적에 따른 분류체계에 대하여는 「전자금융거래법」 상 거래의 목적에 따라 거래 및 사업분류에 대하여 원인관계에 지나지 않는 목적으로 법률행위를 정의하는 것이 행위자의 의사에 따라 법적 성격이 변화되어 법적 불안정성을 초래된다는 비판이 있다[정경영, "전자금융거래법의 체제와 최근 개정 논의에 대한 비판적 검토", 한국상사법학회 「상사법 연구」 제39권 제3호 (2020. 11.) 297면, 298면]. 실제로도 대부분의 지급형을 표방하는 가상자산들을 이용하는 이용자들은 해당 가상자산을 지급수단 등 발행 목적에 맞게 사용하려는 것이 아닌, 자산이나 투자의 대상으로 보고 있다. 하지만 가상자산의 발행의 목적은 단순히 발행자나 이용자의 의사에 따른 것이 아니라 가상자산의 발행 시 사용자들에게 공개되는 일련의 문서(백서)에 명시되어 있고, 이러한 문서들은 상술한 MiCA안 등 가상자산을 다루는 법률에서 공시의무가 부과될 문서로서 그 작성과 변경이 내심의 의사로만 변경되는 것이 아니므로 「전자금융거래법」에서와 같은 행위자의 의사에 따른 법적 불안정성의 발생 여지가 적으며, 지급형 가상자산을 표방하지만 발행과정에서 실질적으로는 공모 등으로 증권의 성질을 가지게 된다면 증권 발행 관련 규제가 중첩되어 적용될 것이고 지급형 가상자산에 대한 규제 역시 별도로 적용될 필요성이 있으므로 지급형 가상자산을 목적에 따라 분류할 실익이 있다.

63) Satoshi Nakamoto, 전게자료 1면.

기존 규제체계에 편입시키면 되나, 가상자산의 증권성을 판단하기가 어렵다는 문제가 있다.

유틸리티형 가상자산은 재화나 용역에 접근할 수 있는 권한을 부여하는 가상자산이다. 순수한 유틸리티형 가상자산은 교환가치 또는 의결권, 이익배당청구권과 같은 영리적 권리를 가지지 않으며, 따라서 지급수단이나 증권에 준하는 규제의 적용을 받지 않는다. 우리나라의 경우도 위 특금법상의 정의에서 본 것처럼 특금법상 가상자산에는 순수한 유틸리티형 가상자산을 제외하고 있다.

3. 지급형 가상자산의 규제

(1) 지급형 가상자산의 법적 성질

지급형 가상자산은 가치를 저장하거나 다른 재화, 서비스로 교환을 목적으로 하기 때문에 그 법적 성질이 법정화폐인지, 「민법」상 물건인지, 아니면 그 외의 성질을 가지는 것인지가 문제된다. 학계에서는 일반적으로 가상자산이 법정화폐의 성질을 가지지 아니한다는 견해가 다수이다.[64] 금융위원회도 가상자산이 법정화폐가 아니라는 입장을 여러 차례 피력하였고,[65] 「한국은행법」 제47조에 따라 법정화폐의 발행은 한국은행만이 가지는 것을 고려하면 한국은행이 직접 발행하는 가상자산이 아닌 모든 가상자산은 법정화폐로 볼 수 없다.[66] 다만 전자화폐가 될 수 있는지에 관하여는 별도의 검토가 필요하므로 다음 항에서 후술한다.

다음으로 가상자산의 재산권이 인정될 수 있을지에 관하여, 먼저 「민법」 제98조의 물건의 정의인 "유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력"에 포섭될 수 있는지가 문제된다. 일부 이를 긍정하는 견해도 있으나,[67]

---

64) 권오훈·김병연, "가상자산의 법적 성질 - 미국과 한국의 증권규제를 중심으로 -", 한국상사판례학회 「상사판례연구」 제34권 제3호 (2021. 9.) 388면.

65) 금융위원회, "[보도자료] 코인 투자설명회를 통한 코로나19 확산 주의 및 유사수신행위, 투자사기에 유의해 주시기 바랍니다." (2021. 4. 15.) (https://fsc.go.kr/no010101/75760 최종방문 2022. 5. 8.).

66) 한국은행, "암호자산과 중앙은행" (2018. 7.) 20면.

「민법」 제98조의 해석상 디지털정보나 디지털콘텐츠는 물건에 해당하지 않는다고 보는 것이 일반적인 견해이므로,[68] 가상자산을 「민법」상 물건으로 볼 수는 없다.[69] 하지만 가상자산 거래소 등을 통하여 손쉽게 법정화폐와 교환할 수 있는, 경제적 가치가 있는 대부분의 지급형 가상자산을 법정화폐도, 「민법」상 물건도 아니기 때문에 재산권이 인정되지 아니한다고 보기는 어렵다. 따라서 지급형 가상자산은 재산권의 특수한 유형으로 재산적 가치가 인정된다고 보아야 한다.[70] 대법원은 지급형 가상자산의 일종인 비트코인에 대하여 「민법」상 물건인지 여부에 관하여는 언급하지 아니하였지만 적어도 "재산적 가치가 있는 무형의 재산"으로 인정한 판례가 있다.[71]

지급형 가상자산의 재산적 가치가 인정 여부와 별개로, "전자적 증표"인 가상자산의 특성상 가상자산의 결제나 지급은 대부분 전자거래의 형태로 이루어지므로 「전자금융거래법」에 따른 규제 필요성이 문제된다. 또한 엘살바도르와 같이 가상자산의 일종인 비트코인을 법정화폐로 채택한 국가가 있어 해외국의 법정화폐인 가상자산이 존재하는 경우에는 상술한 가상자산 구매를 위한 해외송금과 별개로 「외국환거래법」도 적용될 가능성이 있으므로 이에 관하여 항을 나누어 살펴본다.

(2) 「전자금융거래법」의 적용 가능성

대표적인 지급형 가상자산 중 하나인 비트코인은 새로운 탈중앙적 결제수단을 표방하며 공개되었다. 따라서 가상자산 소유자들의 주요 목적 중

---

67) 전우정, "암호화폐의 법적 성격과 규제개선 방안 - 민법상 물건, 금전, 자본시장법상 증권인지 여부 검토", 한국금융법학회 「금융법연구」 제16권 제1호 (2019. 4.) 162면부터 164면.

68) 한국사법행정학회, 「주석 민법(제5판)」 (2019) 261면, 262면.

69) 천창민, "가상자산 거래의 물권법적 측면에 관한 연구 - UNIDROIT의 디지털자산 프로젝트 논의를 중심으로 -", 서울대학교 법학연구소 「서울대학교 법학」 제63권 제1호 (2022) 55면, 56면 및 이주현·권한용, "가상자산의 법적 지위와 피해구제에 관한 법적 연구", 전북대학교 동북아법연구소 「동북아법연구」 제15권 제3호 (2022. 1.) 425면.

70) 같은 견해로 천창민, 전게논문 57면. 권오훈·김병연, 전게논문 391면과 같이 가상자산이 「민법」상 물건이 아니므로 가상자산에 대하여는 「민법」상 소유권, 점유권 등 기존 권리에 관한 규정이 아예 적용될 수 없다고 보는 견해도 있다.

71) 대법원 2018. 5. 30. 선고 2018도3619 판결.

하나는 이러한 지급형 가상자산을 법정화폐를 대체하는 지급수단으로 이용하는 것이었다.[72] 이러한 특성에 주목하여 일본은 「자금결제에 관한 법률」에서, 싱가포르는 「지급서비스법(Payment Service Act: PSA)」에서 각 가상자산을 전자지급수단의 일종으로 분류하여 전자지급수단 관련 규제에 가상자산을 포섭하고 있다. 특금법에서의 가상자산의 정의에는 명시적으로 「전자금융거래법」상의 선불전자지급수단 및 전자화폐를 배제하여 「전자금융거래법」의 규제와 특금법상의 규제가 중복되지 않도록 하였다.[73] 하지만 위 조항으로 가상자산의 「전자금융거래법」상 규제의 적용 가능성을 완전히 배제한다고 볼 수는 없다.

「전자금융거래법」상 전자지급수단이란 "전자자금이체, 직불전자지급수단, 선불전자지급수단, 전자화폐, 신용카드, 전자채권 그 밖에 전자적 방법에 따른 지급수단"을 의미한다.[74] 이때 「전자금융거래법」 제2조 제15호 각목에 따르면 전자화폐는 일정 지역 이상의 지역 및 가맹점에서 사용되고 발행인이 존재하며 현금과 동일한 가치로 교환되어 발행되며 발행자에 의하여 현금이나 예금으로 교환이 보장되어야 하는 등의 요건을 충족하여야 하나, 2022년 5월까지 현금이나 예금으로 교환이 보장되는 가상자산은 존재하지 아니한다.[75][76] 따라서 전자화폐에 해당하는 지급형 가상자산은 현재까지

---

72) 일부 가상자산은 이미 지급수단으로 사용할 수 있다고 주장하는 것으로 보인다. 예를 들어, ㈜다날이 운영하고 있는 페이코인 결제서비스는 페이코인이라는 가상자산으로 재화나 용역 등을 구매할 수 있는 것처럼 동작한다. 하지만 페이코인의 경우 재화의 구매대가로 구매자 보유 페이코인을 회사가 매입하고 대금을 대신 정산하는 구조로, 페이코인 자체가 가맹점에 지급수단으로 사용되는 것은 아니다. 페이코인은 가상자산이기에 페이코인의 발행주체인 PayProtocol AG는 가상자산사업자이고, ㈜다날은 전자지급결제대행업자이다. 김동환, "가상자산사업자인가? 사례 및 이슈점검, 법무법인 디라이트 2021년 블록체인 국내·외 규제동향 및 특금법 시행 온라인 릴레이 세미나" (2021. 3. 17.) (https://dlightlaw.com/wp-content/uploads/2021/03/1강_김동환-변호사님.pdf 최종방문 2022. 4. 6.) 15면, 16면.

73) 특금법 제2조 제3호 단서 다목.

74) 「전자금융거래법」 제2조 제11호.

75) 스테이블코인 중 일부는 달러 등 법정화폐 예치액만큼의 가상자산이 발행되었다고 주장하는 경우가 있으나, 이러한 스테이블코인도 가상자산 자체를 법정화폐로 교환해 줄 것을 담보한다고 볼 수는 없다. 이에 관하여는 스테이블코인을 다룰 때 후술한다.

76) 가상자산을 전자화폐로 볼 수 없다는 같은 견해로, 김범준·이채율, "금융투자자 보호

존재하지 아니하고, 그 외 선불전자지급수단에 해당하는지가 문제된다.

「전자금융거래법」 제2조 제14호 각목에 따르면 선불전자지급수단은 ① 이전 가능한 금전적 가치가 전자적 방법으로 저장되어 발행된 증표 또는 그 증표에 관한 정보로써 ② 발행인 외 제3자로부터 재화 또는 용역을 구입하고 그 대가를 지급하는데 사용되고, 구입할 수 있는 재화 또는 용역의 범위가 2개 업종 이상이여야 한다. 이때 대법원은 매체 자체에 금전적 가치가 전자적 방법으로 저장되어 있지 않은 경우에는 선불전자지급수단에 해당하지 아니하므로 캐시카드와 같이 금전적 가치가 저장되어 있지 않고 가상계좌번호 및 비밀번호 정보만 제공하는 경우에는 그 매체를 이용하여 재화의 구입 또는 용역의 이용 대가 정산 등이 가능하더라도 「전자금융거래법」상 선불전자지급수단에 해당하지 않는다고 본다.[77] 이에 가상자산은 확정된 금전적 가치가 저장되었다고 볼 수 없고 발행된 증표나 그 증표에 관한 정보라고 볼 수도 없어 선불전자지급수단이 될 수 없다는 견해도 있다.[78]

하지만 특금법상 가상자산의 정의에서 볼 수 있듯 가상자산은 정의상으로도 “경제적 가치”를 지니고, 심지어 일부 가상자산은 가상자산거래소 등을 통해 법정화폐와 직접 교환이 가능하다. 그러므로 지급형 가상자산은 정보만 제공하는 캐시카드와 달리 “금전적 가치”를 가지는 “전자적 증표”로 볼 수 있어 ① 요건을 만족한다고 볼 여지가 있다. 따라서 2개 업종 이상에서 재화나 용역을 구매하는 데 사용할 수 있는 지급형 가상자산은 선불전자지급수단에 해당할 수 있다.[79] 특히 가상자산 중 비트코인의 경우 2021년 3

를 위한 가상자산(Virtual Assets)의 법제화 방안”, 한국법학회 「법학연구」 제81호 (2021. 3.) 51면.

77) 대법원 2018. 7. 12. 선고 2016도2649 판결.

78) 맹수석, 전게논문 158면.

79) 예를 들어 밀크파트너스 주식회사에서 운영하는 “MiL.k”는 현금처럼 사용할 수 있는 타 기업의 포인트와 교환할 수 있는 가상자산으로 지급형 가상자산에 해당한다. “MiL.k”는 현금처럼 사용할 수 있는 다른 포인트와 교환될 수 있고 2022년 5월 가상자산거래소에서 현금으로 매매할 수도 있어 금전적 가치를 지니며, 영화관, 면세점, 서점 등 2개 업종 이상의 재화인 포인트의 교환 대가로 사용되어 「전자금융거래법」상 선불전자지급수단의 요건을 충족한다. 다만 「전자금융거래법」 제28조 제3항 제1호 가목 및 동법 시행령 제15조 제4항 제2호에 의해 가맹점이 10개 미만으로 유지된다면 전자금융업 등록 없이 선불전자지급수단의 발행 및 관리를 할 수 있다.

월 음식점, 쇼핑몰 등 2개 업종 이상에서 일부 비트코인으로 결제할 수 있는 곳이 존재하는 등 ② 요건도 만족한다고 볼 수 있다.[80] 하지만 비트코인과 같이 탈중앙화가 상당히 진행된 경우에는 발행인이 별도로 존재하지 아니하는데, 선불전자지급수단은 전자금융업자로 등록된 발행인을 전제하고 있어 현실적으로 「전자금융거래법」을 준수하기가 불가능하다.

한편 후술할 스테이블코인의 경우 미국 등 특정 국가에서는 가상자산 거래 등 특정 영역에서는 사실상 법정통화와 유사한 수준으로 사용되고 있고,[81] 법정화폐와의 교환을 담보하지는 않지만 발행시에 발행금액에 대응하는 법정화폐를 예치했다고 주장하여 전자화폐와 유사한 기능을 목표로 하고 있으므로 우리나라에서도 법정통화인 원화에 준하는 스테이블코인이 등장한다면 해석상으로 「전자금융거래법」상 전자화폐에 준하여 규제할 필요가 있다.[82] 다만 현행법상 전자지급수단에 해당하면 발행 한도,[83] 양도나 담보제공 시 중앙 전산 시스템을 경유해야 하는 등 규제를 준수해야 하는데,[84] 분산원장기술을 활용하는 가상자산의 경우 중앙 전산 시스템이 없어 해석상으로 전자지급수단에 포함된다고 하더라도 규제 준수가 기술적으로 불가능하다는 난점이 존재한다. 지급형 가상자산을 「전자금융거래법」상 선불전자지급수단 또는 이에 준하여 실현 가능한 규제를 가하는 개정을 하거나, MiCA안과 같이 가상자산에 관한 법률을 제정하여 지급형 가상자산에 대한 별도 규제를 도입하는 등 입법적 해결이 필요하다.

(3) 외국환거래법의 적용 가능성

엘살바도르(El Salvador)는 2021년 6월 9일 비트코인을 법정화폐로 채

80) 한국경제, “"비트코인으로 결제, 언제적 얘기냐"…수년간 거래 0건…테슬라는 어떻게?”(2021. 3. 1.) (https://www.hankyung.com/economy/article/2021030127421 최종방문 2022. 4. 18.).

81) President’s Working Group on Financial Markets, the Federal Deposit Insurance Corporation and the Office of the Comptroller of the Currency, “Report on Stablecoins” (2021. 11.) 7면, 8면.

82) 권오훈·김병연, 전게논문 401면

83) 「전자금융거래법」 제23조

84) 「전자금융거래법」 제18조

택하였다.[85] 이러한 경우 엘살바도르의 법정화폐인 비트코인을 취급하는 업자의 경우 「외국환거래법」에 따른 환전영업자 신고의무가 있는지 문제된다.

비트코인이라는 가상자산 자체가 엘살바도르의 법정화폐로서 외국통화이므로 비트코인을 취급하는 업자는 환전영업자로 등록하여야 하고 관련 규제를 준수하여야 한다. 즉, 「외국환거래법」 제8조 제3항 제1호에 따라 금융회사 등이 아닌 자의 외국환업무를 하기 위하여 기획재정부장관에게 등록을 하여야 하고, 동법 및 「외국환거래규정」에 따른 환전장부사본의 반기별 지정거래외국환은행에 제출, 동일인의 미화 1만달러 초과 외국환 매입 사실 통보 등의 의무를 준수해야 한다. 다만 국내 금융당국은 해당 문제에 관하여 아직 입장을 표명하지 않고 있어 실질적인 규제는 이루어지지 않고 있다.[86]

4. 증권형 가상자산의 규제

증권형 가상자산은 수익을 추구하기 위한 대상이 되므로, 다른 유형의 가상자산보다 투자자의 보호 및 불공정거래에 대한 제재 등 증권에 준하는 규제가 적용될 수 있다는 점에 대하여는 의문이 없다. 따라서 증권에 관한 자본시장법의 규제가 가상자산에 적용될 수 있는지가 문제된다. 자본시장법의 적용대상은 금융투자상품이므로, 증권형 가상자산이 금융투자상품에 해당하는지를 먼저 보고, 해당한다면 금융투자상품 중 증권에 준하는 규제가 가능한지 차례로 살펴본다.

---

85) Legislative Assembly of El Salvador, “El Salvador, primer país del mundo en reconocer al Bitcoin como moneda de curso legal” (2021. 6. 9.).

86) 국제통화기금(International Monetary Fund: IMF)도 엘살바도르의 비트코인을 법정화폐로 채택한 것에 대한 우려를 표명하고 있어, 엘살바도르가 비트코인을 법정화폐로 지속적으로 활용할 수 있을지에 대하여 의문이 제기되고 있다. IMF, “IMF Executive Board Concludes 2021 Article IV Consultation with El Salvador” (2022. 1. 25.) (https://www.imf.org/en/News/Articles/2022/01/25/pr2213-el-salvador-imf-executive-board-concludes-2021-article-iv-consultation 최종방문 2022. 4. 27.).

(1) 금융투자상품 해당 여부

자본시장법 제3조 제1항은 금융투자상품을 "① 이익을 얻거나 손실을 회피할 목적으로 ② 현재 또는 장래의 특정 시점에 금전, 그 밖의 재산적 가치가 있는 것을 지급하기로 약정함으로써 ③ 취득하는 권리로서, ④ 그 권리를 취득하기 위하여 지급하였거나 지급하여야 할 금전 등의 총액이 그 권리로부터 회수하였거나 회수할 수 있는 금전 등의 총액을 초과하게 될 위험이 있는 것"이라고 정의한다. ① 요건은 일반적인 소비 목적의 구매와 투자 목적의 거래를 구별하기 위한 것이고, ② 요건은 권리 취득을 위하여 재산적 가치가 있는 것을 지급한다는 약정이 있으면 족하며, ③ 요건은 금융투자상품을 취득하는 경우 특정 급부를 요구할 계약상의 권리가 투자자에게 부여되어야 한다. ④ 요건은 장래에 투자자가 지급한 금액 이하의 가치를 가지게 될 가능성이 있다면 인정된다.

이때 ③ 요건에 관하여, 비트코인, 이더리움 같은 탈중앙화가 상당히 진행된 가상자산은 그 가상자산 보유자가 재산적 가치가 있는 것을 지급하기로 약정할 주체가 없어 금융투자상품에 해당한다고 볼 수 없다.[87] 한편 유틸리티형 가상자산이라도 경제적 가치가 있고 투자의 목적으로 거래되며 탈중앙화가 상당히 진행되지 아니하여 투자자가 계약상 권리를 주장할 상대방이 명확하다면 금융투자상품에 해당할 수 있다. 결국 증권형 가상자산 외 다른 유형의 가상자산이 자본시장법상 금융투자상품에 해당하여 자본시장법상의 규제를 적용받는지는 각 가상자산마다 개별적으로 판단되어야 할 것이다.

그러나 증권형 가상자산은 ① 증권형 가상자산을 포함한 가상자산 거래소에서 거래되는 대부분의 가상자산이 투자 이익을 목적으로 거래된다는 점과 ② 증권형 가상자산의 발행인으로부터 증권형 가상자산을 취득하는 경우 법정화폐나 경제적 가치가 있는 다른 가상자산 등 경제적 가치가 있는

87) 이러한 비트코인이나 이더리움과 같은 탈중앙화가 상당히 진행된 가상자산은 발행 주체가 없이 분산원장을 유지하는 자 등에게 특정한 알고리즘 하에서 기계적으로 발행되므로 발행에 관한 규제를 하더라도 변경이 어려워 규제 준수가 사실상 불가능하다. 발행 주체가 없는 가상자산의 경우에는 결국 유통 과정에서의 불공정 거래를 규제하는 것으로 이용자를 보호할 수 있을 것이다.

것을 지급하는 점, ③ 증권형 가상자산은 그 특성상 해당 가상자산을 소유할 시 배당 등 특정한 권리를 가지는 점, ④ 매수한 가상자산의 가치가 가상자산 거래소에서 가격의 등락 제한 없이 거래되는 점을 고려할 때 금융투자상품에 해당한다.[88]

(2) 증권에 해당하는지 여부

자본시장법상 금융투자상품은 원본 초과 손실 가능성에 따라 파생상품과 증권으로 구별된다. 증권형 가상자산은 경제적 가치가 없어질 수 있으나 취득한 금액을 초과하는 손해가 발생하지는 아니하므로 파생상품에 해당하지 아니하고, 증권에 해당하는지 보아야 한다. 자본시장법 제4조 제2항 각호는 증권을 채무증권, 지분증권, 수익증권, 투자계약증권, 파생결합증권, 증권예탁증권으로 분류한다.

채무증권은 "국채증권, 지방채증권, 특수채증권, 사채권, 기업어음증권, 그 밖에 이와 유사한 것으로서 지급청구권이 표시된 것"을 의미한다.[89] 지분증권은 "주권, 신주인수권이 표시된 것, 법률에 의하여 직접 설립된 법인이 발행한 출자증권, 「상법」에 따른 합자회사·유한책임회사·유한회사·합자조합·익명조합의 출자지분, 그 밖에 이와 유사한 것으로서 출자지분 또는 출자지분을 취득할 권리가 표시된 것"을 의미하며, 수익증권은 신탁의 수익권이 표시된 것으로서 자본시장법 제110조의 신탁 수익증권, 동법 제189조의 신탁형 집합투자기구의 수익증권 등을 의미한다. 투자계약증권은 "특정 투자자가 그 투자자와 타인(다른 투자자를 포함한다) 간의 공동사업에 금전등을 투자하고 주로 타인이 수행한 공동사업의 결과에 따른 손익을 귀속받는 계약상의 권리가 표시된 것"을 의미하고, 파생결합증권이란 "기초자산의 가격·이자율·지표·단위 또는 이를 기초로 하는 지수 등의 변동

88) 가상자산의 금융투자상품성을 긍정한 견해로 이희종, "가상자산의 법적 규제에 관한 연구", 한국법정책학회「법과정책연구」제21권 제2호(통권 제62호) (2021) 155면 및 김범준·이채율, 전게논문 52면, 53면. 비트코인 등 일부 가상자산을 제외한, 증권형 가상자산이나 스테이블코인 등의 가상자산이 발행 조건 등에 따라 금융투자상품에 해당할 수 있다는 견해로는 권오훈·김병연, 전게논문 406면부터 408면.

89) 이하 자본시장법 제4조 제3항부터 제8항.

과 연계하여 미리 정하여진 방법에 따라 지급하거나 회수하는 금전등이 결정되는 권리가 표시된 것"을, 증권예탁증권은 위 5가지 증권을 예탁받은 자가 그 증권이 발행된 국가 외의 국가에서 발행한 것으로서 그 예탁받은 증권에 관련된 권리가 표시된 것을 의미한다.

증권형 가상자산이 위 증권 유형 중 하나에 해당한다면 자본시장법상의 해당 증권 관련 규제를 적용할 수 있을 것이다. 이때 투자계약증권의 경우 그 정의가 포괄적인데, 다른 5가지 증권에 해당하지 아니하는 증권형 가상자산이 모두 투자계약증권에 해당할 수 있을지가 문제된다. 자본시장법상 투자계약증권의 정의는 미국 연방대법원의 Howey 테스트 요건과 동일한 기준을 조문화한 것으로 미국의 판례들이 유용한 해석 기준이 될 수 있다. 이에 따르면 앞에서 본 것과 같이 ① 금전의 투자가 있고 ② 공동사업에 투자하는 것이며, ③ 타인의 노력에 의하여, ④ 투자수익을 합리적으로 기대할 수 있다는 네 가지 요건을 충족하면 투자계약증권에 해당하고, 특히 탈중앙화 정도에 따른 타인의 노력에 의존한(③ 요건) 투자수익의 합리적 기대(④ 요건) 요건이 쟁점이 될 것이다. SEC의 가상자산 규제에 따른 다수의 소송이 진행중인 점을 고려하면 이러한 요건의 충족 여부는 결국 일률적으로 판단할 수 없고, 각 증권형 가상자산의 탈중앙화 정도 및 권리에 대한 약정 등을 보아 개별적으로 판단되어야 할 것이다.

따라서 증권형 가상자산이 금융투자상품에 해당된다 하더라도 그 가상자산이 자본시장법상 어떤 증권에 해당하는지 여부는 개별 가상자산의 특성을 고려하여 판단하여야 하고, 모든 증권형 가상자산이 자본시장법상 투자계약증권에 해당하여 증권 규제를 받는다고 볼 수는 없다. 가상자산 주관부처인 금융위원회가 증권형 가상자산, 나아가 가상자산 전반에 대하여 미국 SEC와 같이 적극적으로 증권성을 판단하여 증권형 가상자산에 대한 자본시장법 적용 기준 마련 및 이를 통한 규제의 예측가능성을 부여하는 것이 필요하다.[90]

---

90) 같은 견해로 박선종, "증권형 가상자산의 투자자보호에 관한 연구", 숭실대학교 법학연구소 「법학논총」 제51호 (2021. 9.) 176면부터 178면 및 권오훈·김병연, 전게논문 411면.

5. 유틸리티형 가상자산의 규제

다른 유형의 가상자산과 같이 유틸리티형 가상자산은 지급형 가상자산이나 증권형 가상자산의 성질을 혼합적으로 가질 수 있다. 유틸리티형 외 다른 유형의 가상자산의 성질을 가지는 경우에는 그 가상자산 유형의 규제가 적용되어야 할 것이다. 이하에서는 다른 유형의 가상자산을 포함하지 않는 순수한 유틸리티형 가상자산, 즉 교환가치나 영리적 권리가 없는 가상자산에 대하여 살펴본다.

특금법과 관련하여, 앞서 본 것과 같이 제2조 제3호 단서 가목에서 화폐·재화·용역 등으로 교환될 수 없는 전자적 증표 또는 그 증표에 관한 정보로서 발행인이 사용처와 그 용도를 제한한 것을 가상자산의 정의에서 제외하여 자금세탁방지를 위한 가상자산의 정의에서 순수한 유틸리티형 가상자산을 명문으로 제외하고 있다. 이는 순수한 유틸리티형 가상자산은 교환가치나 이익적 권리를 가지지 않아 자금세탁 및 지급에 이용될 가능성이 없기 때문으로 볼 수 있다.

「전자금융거래법」과 관련하여, 지급형 가상자산에서 상술한 것과 같이 캐시카드 등 금전적 가치가 저장되어 있지 않고 가상계좌번호 및 비밀번호 정보만 제공하는 경우에는 「전자금융거래법」상 선불전자지급수단에 해당하지 아니하므로 교환가치나 영리적 권리 등 금전적 가치가 없는 순수한 유틸리티형 가상자산은 「전자금융거래법」상 선불전자지급수단 기타 전자지급수단에 해당하지 않는다. 다만 유틸리티형 가상자산을 표방하면서도 재화 또는 용역을 구매할 수 있는, 교환가치가 내재되어 있는 가상자산은 순수한 유틸리티형 가상자산으로 볼 수 없으므로 지급형 가상자산과 같이 「전자금융거래법」의 적용을 받을 필요가 있다. 자본시장법과 관련하여, 순수한 유틸리티형 자산은 경제적 가치가 없어 투자성이 없으므로 금융투자상품에 해당하지 않아 자본시장법이 적용될 여지가 없다. 따라서 순수한 유틸리티형 가상자산의 경우 해당 가상자산 자체에 대한 규제는 별도로 필요하지 아니하다.

6. 소결

가상자산의 폭발적 성장과 그에 따른 가상자산을 기존 금융 규제의 허점을 노리는 편법이 활개를 침에 따라 가상자산의 법적 규제의 필요성이 높아지고 있다. 이에 특금법에서는 가상자산을 "경제적 가치를 지닌 것으로서 전자적으로 거래 또는 이전될 수 있는 전자적 증표 및 그에 관한 일체의 권리"로 정의하고 대부분의 가상자산이 이에 해당하여 동법에 따른 자금세탁 행위 방지를 위한 규제가 적용된다. 한편 「외국환거래법」에 따라 해외에서 가상자산을 구매하기 위한 외화 송금이 일정 규모를 넘으면 신고를 요하고 신고를 하지 않을 경우 과태료가 부과되거나 형사처벌이 이루어질 수 있다. 또한 「소득세법」에 따라 가상자산의 매매에 따른 차익은 기타소득으로 2023년 1월 1일부터 과세대상이 된다.

가상자산은 그 특성에 따라 크게 가치를 저장하거나 물건이나 서비스에 대한 교환 수단을 목적으로 발행되는 지급형 가상자산, 증권과 같이 투자성이 있고 수익이나 권리를 표상하는 증권형 가상자산, 재화나 용역에 접근하는 권한을 부여하는 유틸리티형 가상자산으로 분류될 수 있다. 지급형 가상자산은 교환가치 외 권리를 부여하지 않는다는 점에서 다른 유형과 구별되고, 유틸리티형 가상자산은 경제적 가치가 없다는 점에서 다른 유형과 구별된다.

지급형 가상자산을 「전자금융거래법」상의 전자지급수단으로 곧바로 인정할 수는 없으나 후술할 스테이블코인과 같은, 지급형 가상자산임에도 법정화폐와 교환이 가능한 가상자산의 경우 「전자금융거래법」상 전자화폐에 해당할 가능성이 있어 이에 준하는 규제가 적용되어야 한다. 또한 엘살바도르의 법정화폐가 된 가상자산인 비트코인의 경우, 비트코인을 취급하는 업자가 환전영업자 등록을 하여야 하고 관련 규제를 준수하여야 하나 실제로 이행되고 있지는 아니하다.

증권형 가상자산의 경우 각 가상자산 특성에 대응하는 자본시장법상 증권 규제를 적용함이 타당하나, 가상자산의 증권성 여부의 판단이 쟁점이 되는 경우가 많아 향후 법적용의 예측가능성을 높이기 위해서는 가상자산의 주관부처인 금융위원회가 적극적으로 가상자산의 증권성을 판단하여 판

단기준을 구체화하는 것이 바람직하다.

유틸리티형 가상자산의 경우, 지급형이나 증권형의 성질이 혼합되지 아니한 순수한 유틸리티형 가상자산은 교환가치나 권리가 없어 별도의 규제가 필요하지 아니하나, 순수한 유틸리티형이 아닌 경우에는 성질에 따른 규제가 적용되어야 한다. 특히 가상자산은 하나의 유형에만 고정되는 것이 아니므로 발행시에는 증권성을 가지는, 공모와 같은 형태의 ICO가 진행된다면 증권형 가상자산과 같이 취급되어 증권형 가상자산 규제가 적용되고, 발행 이후에 지급수단처럼 이용된다면 지급형 가상자산으로 취급되어 관련 규제를 적용받아야 한다.

기존의 법체계에 가상자산을 모두 포섭하려고 하는 것은 개별적 가상자산에 대한 과도하거나 부족한 규제가 될 가능성이 높고, 계속되는 새로운 유형의 가상자산의 등장으로 한계에 직면할 수밖에 없다. 같은 맥락에서 모든 가상자산을 자본시장법상 투자계약증권으로 본다고 하여 가상자산에 대한 규제의 실익이 크다고 보기도 어렵다.[91] 또한 가상자산의 발전 및 가능성의 측면에서 본다면 무조건적인 규제는 가상자산 기술에 대한 국제적 경쟁력의 약화를 야기할 수 있다. 이용자 보호 및 범죄 예방을 위해 기존의 규제 체계를 적극적으로 적용하여 실질적 성질에 따라 유형별 규제를 혼합적으로 적용하되 기술 발전을 위해 소규모 가상자산 사업에 대한 규제 적용을 완화하여 규모별로 단계적인 규제를 적용할 필요가 있다.

Ⅳ. 새로운 유형의 가상자산에 대한 규제 가능성

가상자산에 관한 법제화의 어려움 중 하나는 새로운 유형의 가상자산을 어떻게 규제하는가이다. 특정 유형의 가상자산에 대한 법률을 제정한다 하더라도 새로운 유형의 가상자산을 규제하기 위하여는 관련법의 개정까지 시간이 걸리기 때문이다. 가상자산 전반에 대한 구체적이고 포괄적인 정의에

91) 같은 견해로 박선종, "가상화폐의 법적 개념과 지위", 건국대학교 법학연구소 「일감법학」 제42호(2019. 2.) 161면, 162면.

따른 범용적 규제 체계가 출범하기 전까지 가상자산을 체계적으로 규제할 수 있는 가장 현실적인 해결책은 가상자산의 성격에 따라 혼합적인 규제를 적용하는 것이다. 즉, 특정 가상자산이 지급형과 증권형의 성질을 동시에 가진다면, 두 가지 규제를 모두 적용하는 것이다. 하지만 어떤 가상자산이 어떤 유형에 해당하는지 조차도 쉽사리 판단하는 것이 어려운 실정이고 기존의 규제 체계에 부합하지 않는 가상자산이 출현하는 경우 혼합적 규제로는 해당 가상자산을 규제하기 어렵다. 이러한 특성을 가진, 위에서 분류한 지급형, 증권형, 유틸리티형 중 어느 하나의 유형에 명확하게 속하지 않는 새로운 유형의 가상자산인 NFT와 스테이블코인의 규제 가능성에 대하여 검토한다.

1. NFT

NFT란 동일한 블록체인 내 하나의 가상자산을 다른 가상자산으로 대체하는 것이 불가능한 가상자산이다. NFT는 그림이나 데이터 등 디지털 컨텐츠를 가상자산 내에 포함하여 복제가 간편한 디지털 컨텐츠를 자산화할 수 있게 된다. 즉, 임의의 데이터 콘텐츠 링크를 가지는 고유의 NFT를 발행하여 데이터 콘텐츠의 자산적 실체로 만들고, 이를 거래할 수 있도록 하여 데이터 콘텐츠의 가치 흐름을 실현할 수 있게 하는 것이다.

국제기구인 FATF는 2021년 10월 28일 개정한 가상자산 및 가상자산사업자 위험기반접근법 지침서에서 NFT가 일반적으로는 가상자산에 해당하지 아니하지만, 투자 수단으로 쓰이는 경우 가상자산의 범위에 포함될 수 있다는 입장을 밝혔다.[92] 미국의 경우 아직 명확한 입장을 표명한 규제기관은 없다. 다만 NFT의 경우 해당 가상자산은 판매될 때의 가치가 구매자가 지불한 값으로 결정되는, 특정한 디지털 자산에 대한 이미 완성된 제품이기에 Howey 테스트의 공동사업 요건을 충족하지 못하여 투자계약성이 없다고 보는 의견이 있다.[93] EU의 경우 MiCA가 현안대로 시행된다면 NFT는

92) FATF, “Updated Guidance for a Risk-Based Approach for Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers” (2021. 10. 28.).

93) Latham & Watkins LLP, “NFTs: But is it Art (or a Security)?” (2021. 3. 15.)

MiCA 상의 가상자산에 해당하지만, 별도 규정에 의해 NFT의 발행 주체는 백서 작성 의무가 면제된다.[94] 싱가포르 금융기관(Monetary Authority of Singapore)은 NFT을 법적통화로서 규정하지 아니한다. 즉, NFT는 일반적인 재화 및 용역의 지불수단이 아니며, 대체 불가능하며 특정물로만 교환되는 특징 때문에 "제한된 용도의 디지털 결제 가상자산(limited purpose digital payment tokens)"의 범위에 들어가 싱가포르의 지불서비스법의 적용을 받지 않는다는 입장이다.[95]

다만 NFT를 분할하여 소유하는 f-NFT(fractional non-fungible tokens)라는 개념이 부상하고 있다. 특정 NFT의 가격이 크게 상승하자 그 NFT의 소유권을 분할하여 거래할 수 있도록 하는 것인데, 하나의 자산에 대한 지분을 불특정 다수가 거래하는 것과 같은 형태가 되므로 결국 일반적인 NFT에서는 인정되지 아니한 Howey 테스트상의 "공동 사업" 요건을 충족하여 증권으로 인정될 가능성이 높다.[96]

우리나라의 경우 먼저 특금법이 NFT에 적용되는지를 보면, 특금법상 가상자산의 정의가 포괄적이라는 점을 고려하여 NFT 역시 특금법상의 가상자산에 해당하여 자금세탁방지규제가 적용된다.[97] 한편 NFT에 직접적으로 연관된 결정은 아니지만, 금융위원회는 2022년 4월 20일 음원 저작권료 수익을 청구할 수 있는 권리를 분할하여 판매한 ㈜뮤직카우에 대하여 위 수익 청구권을 자본시장법상 투자계약증권에 해당한다고 판단하고 다만 투자자 보호장치를 마련하는 것을 조건으로 제재를 보류하였다.[98] 이어서 금융

(https://www.jdsupra.com/legalnews/nfts-but-is-it-art-or-a-security-1053589/ 최종방문 2022. 4. 12.).

94) MiCA §4 2. (b), 1. (b)-(d).

95) 「Payment Service Act」 Sections 2 (1) and 3.

96) SEC에 이러한 NFT와 f-NFT의 증권성에 대한 판단을 요청하는 청원(petition)이 접수된 상태이나, 2022년 5월까지 SEC의 공식적인 답변이 이루어지지 아니하였다. Vincent Molinari, Sustainable Holdings, PBC, "Request the Commission provide regulatory clarity with respect to the regulation of a new form of digital assets - non-fungible tokens" (2021.4.12.) (https://www.sec.gov/rules/petitions/2021/petn4-771.pdf 최종방문 2022. 5. 12.) 참조.

97) 곽상빈, "대체불가능토큰(NFT) 거래 관련 법적 쟁점에 관한 소고", (사)한국지급결제학회 「지급결제학회지」 제13권 제2호 (2021. 12.) 185면, 186면.

위원회는 2022년 4월 28일 조각투자 등 신종증권 사업에 관한 가이드라인을 배포하였는데, 이에 따르면 2인 이상의 투자자가 실물, 그 밖에 재산적 가치가 있는 권리를 분할한 청구권에 투자나 거래하는 등의 신종 투자형태인 조각투자의 증권성 여부는 이용약관, 조각투자대상의 관리와 운용방법, 수수료와 보수 등 각종 명목의 비용 징수와 수익배분의 내용, 광고의 내용, 여타 약정 등 관련 제반 사정을 종합적으로 감안하여 사안별로 판단하되, 증권성이 인정되는 경우에는 현행 자본시장법의 규제를 모두 준수하여야 한다.[99] 다만 조각투자 증권의 혁신성이 특별히 인정되는 경우에는 예외적으로 금융규제 샌드박스 제도를 활용하여 한시적으로 사업을 영위할 수 있다.

이러한 금융위원회의 조각투자에 관한 조치 및 가이드라인은 f-NFT에 대하여 적용될 수 있다. 즉, 금융위원회의 해석에 따르면 재산적 가치가 있는 NFT에 대하여 그 법적 성격과 무관하게 2인 이상의 투자자가 이를 분할한, f-NFT에 해당하는 청구권에 투자하거나 거래하는 경우 투자계약증권에 해당할 수 있는 것이다. 위 가이드라인은 금융위원회가 조각투자 등 증권성이 인정될 수 있는 형태의 거래에 대하여 적극적으로 심사하고 샌드박스 제도를 활용하겠다는 점을 표명했다는 의미도 있다. f-NFT가 위 제도를 통해 점진적으로 제도권에 편입될 가능성도 배제할 수 없는 것이다.

생각건대 NFT는 대체 불가능하여 고유의 가치를 지니므로 특수한 형태의 재산권이나 법제화를 통한 무체재산권의 일종으로 분류될 수는 있겠지만 지급형 가상자산이라 보기엔 어려움이 있다. 또한 일반적인 NFT는 투자계약의 범위를 넓게 해석하는 미국에서도 "완성된 제품"으로 Howey 테스트상 공동사업의 요건을 만족하지 못하여 증권형 가상자산으로 보기도 어렵다. 다만 NFT 중에서도 f-NFT와 같은 유형은 투자계약증권으로 인정될 가능성이 높은 점을 고려하면 NFT의 종류에 따라서도 구체적으로 가상자산의 유형을 판단하여야 한다. 금융위원회가 저작권 조각투자에 대한 증권성을 인정

98) 금융위원회, "[보도자료] 저작권료 참여청구권의 증권성 여부 판단 및 ㈜뮤직카우에 대한 조치" (2022. 4. 20.) (https://www.fsc.go.kr/no010101/77698 최종방문 2022. 5. 9.).

99) 금융위원회, "[보도자료] 조각투자 등 신종증권 사업 관련 가이드라인" (2022. 4. 28.) (https://www.fsc.go.kr/no010101/77728 최종방문 2022. 5. 9.).

하고 규제 샌드박스 정책을 도입한 것과 같이, 가상자산 주관부처로서 NFT를 포함한 가상자산에 대한 적극적 증권성 판단을 통하여 대규모 피해를 방지하고, 공시의무나 자본금 요건, 규제 샌드박스 제도 등 투자자 보호 및 점진적 제도편입을 위한 근거법률을 제정하여 NFT 규제의 근거를 마련하여야 한다.

2. 스테이블코인

스테이블코인(stablecoin)은 가치가 법정통화 등과 일정 비율로 연동되어 있는 가상자산이다. 단일 법정화폐와의 가치 연동을 넘어 여러 법정화폐나 다른 스테이블코인과 가치가 연동되는 스테이블코인도 생겨나고 있다. 미국 등 거래소에서 현금을 코인 거래에 직접 사용하기 어려운 상황에서 현금에 대응한 지불수단을 제공하기 위해 발행되기 시작하였고, 대표적으로 미화와 연동된 테더, USD코인(USDC) 등이 존재한다.[100]

국제기구인 IOSCO에서는 2021년 10월 보고서에서 스테이블코인에 대하여 금융시장 기반시설(financial market infrastructures)로 간주하여 기존 자금이체에 준하는 규제가 필요하다는 입장을 밝혔다.[101] 미국은 2021년 11월 대통령 직속 실무회에서 스테이블코인에 관한 보고서를 발간했는데, 해당 보고서에서는 스테이블코인에 대하여 금융기관에 준하는 수준의 규제가 필요하다고 보고, SEC와 CFTC가 스테이블코인을 각 증권, 파생상품으로 간주하여 규제할 수 있다고 본다.[102]

---

100) 하지만 스테이블코인이 실제로 법정통화와 고정된 비율로 교환이 가능한지에 대하여는 의문이 제기되고 있다. 스테이블코인의 가치가 법정 화폐와 연동되는 것은 법령에 따르거나 행정기관의 감독하에 이루어지는 것이 아닌 계약상의 보장에 불과하여 법정통화와의 교환에 대한 강제 집행에 한계가 있고, CFTC의 조사 과정에서 대표적 스테이블코인인 Tether와 USDC가 법정화폐와 1:1 교환이 가능하다는 감사 기록이나 법적 증명이 없다는 점이 밝혀지기도 하였다. CFTC, 전게자료(주 16) 참조.

101) Committee on Payments and Market Infrastructures, Board of the International Organization of Securities Commissions, “Consultative report – Application of the Principles for Financial Market Infrastructures to stablecoin arrangements” (2021. 10.).

EU 차원의 스테이블코인에 대한 시행중인 규제는 존재하지 아니한다. 다만 입법이 진행중인 MiCA안은 스테이블코인을 세분화하여 규제하고 있다. “하나 이상의 상품 또는 암호자산이나 둘 이상의 법정화폐 또는 이들의 조합의 가치에 근거해 안정적 가치 유지를 목적”으로 하는 자산연동형 스테이블코인은 발행주체가 공모 및 플랫폼 거래 시 관할 당국의 승인을 받아야 하고 승인받을 수 있는 발행주체는 EU 관할 내 법인이여야 하며, 준비자산 관련 규제, 정기적 외부감사, 공시사항, 자기자본 등의 규제가 부과된다.[103] 또한 “단일 법정화폐 가치에 근거”한 전자화폐형 스테이블코인에 대하여는 발행주체를 은행 또는 전자화폐 사업자로 승인받은 자로 한정하고, 상환부여권 부여, 법정화폐와의 환금을 의무화하는 등 지급수단으로서 기능할 수 있는 법적 근거를 제시하고 있다.[104] 나아가 국경 간 거래가 자유롭게 가능한 수준으로 규모가 큰, 중요 자산연동형 가상자산(significant asset-referenced token)의 경우 발행주체에게 유동성 관리 방침과 자본규제 등 추가적인 규제가 적용된다.[105]

스테이블코인은 법정화폐와 대응하는 가치를 가지기 위해 발행되고 법정화폐를 대체하는 지급수단의 기능을 목표로 한다는 점에서 지급형 가상자산의 기능이 강하지만, 가상자산 발행규모에 비례하는 법정화폐를 예치하고 관리하는 법적 주체가 필요하며 그 주체가 특정 법정화폐나 가상자산과의 고정된 가격을 유지하기 위해 해당 가상자산 보유자에게 법정화폐와 교환할 권리나 가치보장을 약속하는 등 약정을 취득했다고 볼 수 있어 증권형 가상자산의 성격도 가진다. 우리나라의 경우 가상자산 거래소를 통해 원화로 대부분의 가상자산을 구매하는 것이 가능하여 스테이블코인에 대한 논의가 상대적으로 적지만, 지급형 가상자산의 기능이 강화되어 있는, 발행, 지불, 결제 등에 관하여 그 기능이 법정화폐에 준할 정도의 사실상의 영향력을 가지

102) President’s Working Group on Financial Markets, the Federal Deposit Insurance Corporation and the Office of the Comptroller of the Currency, 전게자료 15면.
103) MiCA title III Asset-referenced tokens.
104) MiCA title IV Electronic money tokens.
105) MiCA title III chapter 5 Significant asset-referenced tokens.

고 있는 스테이블코인이 발행될 가능성을 고려하면 「전자금융거래법」상 전자지급수단에 스테이블코인을 포함하여 전자화폐에 준한 규제를 적용해야 한다. 장기적으로는 MiCA안과 같이 가상자산에 관한 법률을 제정할 때 스테이블코인에 대한 자본금 요건 등 진입규제와 공시의무 등 금융기관에 준하는 규제 및 규모에 따른 단계적 규제로 이용자 보호 및 산업 육성을 도모하는 것이 바람직하다. 이와 별도로 특금법의 포괄적 정의에 비추어볼 때 스테이블코인은 특금법상의 가상자산에 해당하여 관련 규제를 받는다.

Ⅴ. 결 론

암호화폐를 비롯한 가상자산의 급격한 성장과 더불어 분산원장기술을 활용한 가상자산이 다양해지면서 가상자산 정의의 구체화 및 분류에 따른 규제의 필요성이 부각되었다. 교환가치를 가지지 아니하는 블록체인 기반 인증 기술에 대하여는 기술 발전을 촉진하여야 하는 반면 증권과 유사한 가상자산은 발행과 유통에 있어 강력한 이용자 보호가 필요한데, 수 천개에 달하는 가상자산에 개별적으로 관련 규제를 끌어와 적용하거나 일률적으로 하나의 규제체계를 적용하는 것은 가상자산의 위험성 관리 및 신기술 발전 촉진이라는 두 가지 목표를 모두 달성할 수는 없는 것이다.

미국은 기관별로 가상자산에 대한 입장이 상이하다. 증권을 감독하는 SEC는 대부분의 가상자산에 Howey 테스트에 따른 투자계약성이 있다고 판단하여 가상자산의 발행을 적극적으로 감독하고 있다. 반면 선물 등을 관할하는 CFTC와 같이 가상자산에 대한 선물 거래를 허용하는 기관도 있으며, FinCEN은 가상자산을 이용한 자금세탁방지를 위한 규제를 2013년부터 적용하고 있다. IRS 역시 2014년부터 가상자산을 자산으로 분류하여 매매 등에 따른 차익에 대한 과세 의지를 표명하고 있다. 뉴욕 주에서는 가상자산업자에 관한 뉴욕 주 금융 당국의 등록 절차가 입법되기도 하였고, 워싱턴 주와 같이 기존의 법에 가상자산을 포함하는 방법으로 규제를 시도하는 주도 있으며, 미국 통일법 개정위원회는 가상자산업 자체에 대한 법안을 각

주에 권고하기도 하였다.

EU에서는 가상자산의 자금세탁방지를 위한 5AMLD가 시행되고 있고, 금융상품이나 기존 전자화폐에 해당하는 가상자산은 MiFID에 따른 금융상품 규제나 기존 전자화폐 규제가 적용될 것이다. 금융상품이나 기존 전자화폐 이외의 가상자산에 대하여는 각국이 개별적으로 규제하고 있지만 향후 MiCA가 시행되면 EU 전체에서 가상자산에 대한 종합적 규제가 통일적으로 적용될 것이다. MiCA안은 가상자산을 자산연동형, 전자화폐형, 그 외의 유형으로 분류하고 유형에 따른 규제를 규정하고 있으며, 가상자산업자에 대한 발행인규제, 공시규제, 업자규제, 불공정거래규제 등 소비자보호를 위한 규제를 규정한다. 더불어 미국 통일법 개정위원회의 권고안과 유사하게 소규모 가상자산 사업의 경우에는 동 법안의 적용을 배제하고 있다.

우리나라는 특금법 개정을 통하여 가상자산을 "경제적 가치를 지닌 것으로서 전자적으로 거래 또는 이전될 수 있는 전자적 증표 및 그에 관한 일체의 권리"로 정의한다. 이에 따라 대부분의 가상자산은 특금법상의 자금세탁방지 규제의 적용을 받게 되며, 이외에도 가상자산의 구매를 위한 해외송금을 한다면 금융당국에 신고의무가 있고, 가상자산의 매매차익을 위한 「소득세법」이 개정되어 2023년 1월 1일 시행을 앞두고 있다.

OECD, IOSCO 등 국제기구 및 스위스, 싱가포르 등 주요 국가의 금융규제당국은 가상자산을 지급형, 증권형, 유틸리티형으로 분류한다. 지급형 가상자산은 가치를 저장하거나 물건이나 서비스에 대한 교환 수단을 목적으로 발행된 것으로 가상자산의 일종인 암호화폐가 주로 이 유형에 해당하며, 교환가치 외 권리가 없다는 점에서 다른 유형과 구별된다. 증권형 가상자산은 회사 또는 수익 흐름에 대한 참여 또는 배당금 또는 이자 지급자격과 같은 자산을 나타내며, 금융상품과 성격이 유사하여 자본시장법의 적용대상이 될 수 있다. 유틸리티형 가상자산은 재화나 용역에 접근할 수 있게 하는 권한을 부여한 가상자산으로 경제적 가치가 없다는 점에서 다른 유형의 가상자산과 구별된다. 특히 다른 유형에 전혀 해당하지 않는 순수한 유틸리티형 가상자산은 특금법상 가상자산의 정의에서도 제외되어 있다.

지급형 가상자산의 법적 성질을 보면, 「민법」상 물건에 해당하지는

않지만 그 재산적 가치를 부정하기는 어려우므로 재산권의 특수한 유형으로 인정될 수 있다. 이에 더하여 지급형 가상자산이 「전자금융거래법」상 전자화폐로 인정되기는 어렵지만, 2개 업종 이상에서 재화나 용역을 구매하는 데 사용할 수 있는 지급형 가상자산은 동법상 선불전자지급수단으로 인정될 가능성이 있다. 하지만 분산원장기술으로 인해 발행인 중심의 현행 「전자금융거래법」의 규제를 준수하는 것이 어려울 가능성이 높으므로, 지급형 가상자산의 거래 규모를 제한하고 발행인을 법인으로 한정하여 자본금 요건을 두는 등 대규모 이용자 피해를 방지할 「전자금융거래법」 개정 또는 가상자산에 관한 법률 제정이 시급하다.

증권형 가상자산은 그 특성상 현행 자본시장법상 금융투자상품에 해당할 것이다. 다만 채무증권, 지분증권, 수익증권, 투자계약증권, 파생결합증권, 증권예탁증권 중 어디에 해당하는지는 개별적으로 판단이 필요하다. 투자계약증권은 그 포괄적 정의로 인하여 다른 5가지 증권에 속하지 아니하는 증권형 가상자산이 이에 해당할 가능성이 높지만, 투자계약증권의 요건 중 탈중앙화가 상당히 진행되어 타인의 노력에 의존한 투자수익의 합리적 기대가 있는지에 관하여는 결국 개별적인 판단이 필요하다. 증권형 가상자산이 특정 증권에 해당한다고 판단되면 관련 자본시장법 규제를 적용하면 된다. 투자자 보호를 위한 가상자산 주관부처인 금융위원회의 증권형 가상자산에 대한 적극적 증권성 판단에 따른 기준 마련 및 규제의 예측가능성이 요구되는 것이다.

순수한 유틸리티형 가상자산과 같이 화폐나 증권과 유사하지 않은, 신기술에 해당하는 가상자산은 금융질서를 교란하지 않으므로 규제 대신 기술개발을 적극적으로 장려할 필요가 있다. 다만 유틸리티형 가상자산의 기준을 엄격히 하여 규제회피의 수단이 되지 않도록 유의해야 한다. 또한 각 유형별 규제는 가상자산의 발행 및 유통 과정에서의 실질에 따라 중첩적으로 적용하여 규제 공백을 최소화하는 것이 필요하다. 또한 가상자산 기술의 국제적 경쟁력을 갖추기 위해 미국과 EU처럼 소규모 가상자산 사업에 대한 규제 면제를 통한 단계적 제도권 편입의 길을 마련해야 한다.

이에 더하여, 스테이블코인이나 NFT와 같은 새로운 유형의 가상자산에 대한 새로운 규제를 위한 법률적, 학술적 기반을 미리 마련해 놓아야 할 필요가 있다. 스테이블코인은 그 가치가 법정통화 등과 연동하여 동작한다는 개념이나 발행주체의 파산, 강제집행의 어려움, 자금 유용에 따른 위험 등이 있어 법정화폐의 공신력을 믿은 이용자들에게 추가적인 피해를 끼칠 가능성이 있다. EU의 MiCA안도 스테이블코인에 해당하는 자산연동형 가상자산에 대하여 종류와 규모에 따른, 금융규제와 유사한 수준의 세분화된 규제를 포함하고 있다. 따라서 스테이블코인을 「전자금융거래법」상 전자지급수단에 포함시켜 전자화폐에 준하는 규제를 할 필요가 있다. 한편 일반적으로 NFT와 같은 대체불가능한 가상자산이 지급형이나 증권형 가상자산 유형에 해당한다고 보기 어렵지만, NFT 중에서도 f-NFT와 같이 증권형 가상자산처럼 자본시장법상 투자계약증권에 해당하는 유형이 존재할 수 있다. 금융위원회가 조각투자와 같은 신종 투자형태에 대하여 적극적으로 증권성을 판단하고 규제 샌드박스 정책을 실시하는 것과 같이 NFT를 포함한 가상자산 전반에도 선제적 증권성 판단을 통한 투자자 보호를 할 필요가 있고, 장기적으로는 가상자산에 관한 법률을 제정하여 NFT에 대한 적절한 감독과 규제를 하기 위한 근거를 마련하여야 한다.

가상자산의 유형별 규제방식에 관한 연구 - 유 양 욱	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2022.05.14.	2022.06.06.	2022.06.26.

[참고문헌]

[한국어 문헌]

곽상빈, “대체불가능토큰(NFT) 거래 관련 법적 쟁점에 관한 소고”, (사)한국지급결제학회 「지급결제학회지」 제13권 제2호 (2021. 12.).

권오훈·김병연, “가상자산의 법적 성질 - 미국과 한국의 증권규제를 중심으로 -”, 한국상사판례학회 「상사판례연구」 제34권 제3호 (2021. 9.).

김갑래, “미국과 EU의 가상자산거래자 보호제도의 시사점”, 자본시장연구원 「이슈보고서」 21-13 (2021. 6. 22.).

김대홍, “‘가상통화(仮想通貨)’에서 ‘암호자산(暗号資産)’으로 : 일본 자금결제법 등 개정 법률안에 대해서”, 한국법제연구원 「최신외국법제정보」 2019년 제6호 (2019. 9. 1.).

김동환, “가상자산사업자인가? 사례 및 이슈점검, 법무법인 디라이트 2021년 블록체인 국내·외 규제동향 및 특금법 시행 온라인 릴레이 세미나” (2021. 3. 17.).

김범준·이채율, “금융투자자 보호를 위한 가상자산(Virtual Assets)의 법제화 방안”, 한국법학회 「법학연구」 제81호 (2021. 3.).

금융위원회, “[보도자료] 저작권료 참여청구권의 증권성 여부 판단 및 ㈜뮤직카우에 대한 조치” (2022. 4. 20.).

금융위원회, “[보도자료] 조각투자 등 신종증권 사업 관련 가이드라인” (2022. 4. 28.).

금융위원회, “[보도자료] 코인 투자설명회를 통한 코로나19 확산 주의 및 유사수신행위, 투자사기에 유의해 주시기 바랍니다.” (2021. 4. 15.).

금융위원회, “가상자산 관련 「특정금융정보법 시행령」 개정안 입법예고(11.3.~12.14.)” (2020. 11. 2.).

대법원 2018. 5. 30. 선고 2018도3619 판결.

대법원 2018. 7. 12. 선고 2016도2649 판결.

맹수석, “가상자산에 대한 규제 방안의 검토 - 비트코인 등 블록체인기술 기반의 가상자산을 중심으로 -”, 한국법학회 「법학연구」 제82호 (2021).

박선종, “가상화폐의 법적 개념과 지위”, 건국대학교 법학연구소 「일감법학」 제42호 (2019. 2.).

박선종, “증권형 가상자산의 투자자보호에 관한 연구”, 숭실대학교 법학연구소 「법학논총」 제51호 (2021. 9.).

박세준, “개정된 특정금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률의 한계와 가상자산사업업권법 제정에 관한 논의”, 건국대학교 법학연구소 「일감법학」 제50호 (2021. 12.).

박영윤, “EU의 가상자산 규제 체계 및 시사점”, 한국금융법학회 「금융법연구」 제19권 제1호 (2022. 4.).

박웅신, “가상자산 규제의 방향성에 대한 검토”, 한국지급결제학회 「지급결제학회지」 제13권 제1호 (2021. 6.).

신동우·고동원, “암호자산공개(ICO)의 규제 방향”, 성균관대학교 법학연구원 「성균관법학」 제33권 제2호 (2021. 6.).

이주현·권한용, “가상자산의 법적 지위와 피해구제에 관한 법적 연구”, 전북대학교 동북아법연구소 「동북아법연구」 제15권 제3호 (2022. 1.).

이희종, “가상자산의 법적 규제에 관한 연구”, 한국법정책학회 「법과정책연구」 제21권 제2호(통권 제62호) (2021).
전우정, “암호화폐의 법적 성격과 규제개선 방안 – 민법상 물건, 금전, 자본시장법상 증권인지 여부 검토”, 한국금융법학회 「금융법연구」 제16권 제1호 (2019. 4.).
정경영, “전자금융거래법의 체제와 최근 개정 논의에 대한 비판적 검토”, 한국상사법학회 「상사법 연구」 제39권 제3호 (2020. 11.).
조영은, “일본의 가상자산(Virtual Assets) 이용자 보호 규율 강화 – 2019년 자금결제법 및 금융상품거래법 개정 내용을 중심으로”, 국회입법조사처 「외국입법 동향과 분석」 제38호 (2020. 4. 29.).
최정희, “미국의 가상화폐에 대한 과세제도와 그 시사점”, 이화여자대학교 법학연구소 「법학논집」 제25권 제2호 (2020).
천창민, “가상자산 거래의 물권법적 측면에 관한 연구 – UNIDROIT의 디지털자산 프로젝트 논의를 중심으로 –”, 서울대학교 법학연구소 「서울대학교 법학」 제63권 제1호 (2022).
한국경제, “"비트코인으로 결제, 언제적 얘기냐"…수년간 거래 0건…테슬라는 어떻게?” (2021. 3. 1.).
한국사법행정학회, 「주석 민법(제5판)」 (2019).
한국은행, “암호자산과 중앙은행” (2018. 7.).
홍준호, “가상자산사업자 신고에 관한 법제도 분석 및 규제 개선 방안 연구 – 특정금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률 및 시행령을 중심으로 –”, 한국법이론실무학회 「법이론실무연구」 제10권 제1호 (2022).

[영어 문헌]

CFTC, “CFTC Orders Tether and Bitfinex to Pay Fines Totaling $42.5 Million” (2021. 10. 15.).
CFTC, “An Introduction to Virtual Currency”.
CFTC, “CFTC Statement on Self-Certification of Bitcoin Products by CME, CFE and Cantor Exchange” (2017. 12. 1.).
Committee on Payments and Market Infrastructures, Board of the International Organization of Securities Commissions, “Consultative report – Application of the Principles for Financial Market Infrastructures to stablecoin arrangements” (2021. 10.).
European Parliament, “Cryptocurrencies in the EU: new rules to boost benefits and curb threats” (2022. 3. 14.).
FATF, “Updated Guidance for a Risk-Based Approach for Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers” (2021. 10. 28.).
FCA, “PS19/22 – Guidance on Cryptoassets Feedback and Final Guidance to CP 19/3” (2019. 7.).
FinCEN, “Application of FinCEN’s Regulations to Persons Administering, Exchanging, or Using Virtual Currencies(FIN-2013-G001)” (2013. 3. 18.).
FinCEN, “Application of FinCEN’s Regulations to Certain Business Models Involving Convertible Virtual Currencies(FIN-2019-G001)” (2019. 5. 9.).

FINMA, “FINMA Guidance 04/2017 Regulatory treatment of initial coin offerings” (2017. 9. 29.).
FINMA, “Guidelines for enquiries regarding the regulatory framework for initial coin offerings (ICOs)” (2018. 2. 16.).
FINMA, “Supplement to the guidelines for enquiries regarding the regulatory framework for initial coin offerings (ICOs)” (2019. 9. 11.).
Fortune, “The first Bitcoin-linked ETF is about to start trading. Here’s what to know” (2021. 10. 18.).
IMF, “IMF Executive Board Concludes 2021 Article IV Consultation with El Salvador” (2022. 1. 25.).
IOSCO, “FR12/2020 Investor Education on Crypto-Assets” (2020. 12. 22.).
IRS, “IRS Virtual Currency Guidance, Notice 2014-21” (2014. 4. 14.).
IRS, “Frequently Asked Questions on Virtual Currency Transactions”.
Latham & Watkins LLP, “NFTs: But is it Art (or a Security)?” (2021. 3. 15.).
Legislative Assembly of El Salvador, “El Salvador, primer país del mundo en reconocer al Bitcoin como moneda de curso legal” (2021. 6. 9.).
Monetary Authority of Singapore, “CONSULTATION PAPER - Proposed Regulatory Approach for Derivatives Contracts on Payment Tokens” (2019. 11. 20.).
OECD, “Taxing Virtual Currencies: An Overview of Tax Treatments and Emerging Tax Policy Issues” (2020. 10. 12.).
President’s Working Group on Financial Markets, the Federal Deposit Insurance Corporation and the Office of the Comptroller of the Currency, “Report on Stablecoins” (2021. 11.).
Satoshi Nakamoto, “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System” (2008).
SEC, “Notice of Designation of a Longer Period for Commission Action on Proceedings to Determine Whether to Approve or Disapprove a Proposed Rule Change to List and Trade Shares of the One River Carbon Neutral Bitcoin Trust under NYSE Arca Rule 8.201-E” (2022. 3. 18.).
SEC, “Self-Regulatory Organizations; Cboe BZX Exchange, Inc.; Notice of Designation of a Longer Period for Commission Action on a Proposed Rule Change to List and Trade Shares of the WisdomTree Bitcoin Trust under BZX Rule 14.11(e)(4), Commodity-Based Trust Shares“ (2022. 3. 18.).
SEC, “Report of Investigation Pursuant to Section 21(a) of the Securities Exchange Act of 1934: The DAO” (2017. 7. 25.).
SEC, “SEC Charges Ripple and Two Executives with Conducting $1.3 Billion Unregistered Securities Offering” (2020. 12. 22.).
SEC, “SEC Issues Investigative Report Concluding DAO Tokens, a Digital Asset, Were Securities” (2017. 7. 25.).
SEC, “Spotlight on Initial Coin Offerings (ICOs)” (2021. 7. 14.).
Uniform Law Commission, 「UNIFORM REGULATION OF VIRTUAL-CURRENCY BUSINESSES ACT」 (2017. 10. 9.).
United States Securities and Exchange Commission v. Blockvest LLC, et al., No. 3:18-cv-2287 (S.D. Cal. Nov. 27, 2018).

United States Securities and Exchange Commission v. Howey Co., 328 U.S. 293, 301 (1946).

United States v. Zaslavskiy, No. 17-cr-0647 (E.D.N.Y. Sept. 11, 2018).

Vincent Molinari, Sustainable Holdings, PBC, “Request the Commission provide regulatory clarity with respect to the regulation of a new form of digital assets - non-fungible tokens” (2021. 4. 12.).

【국문초록】

「특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률」이 개정되어 가상자산이 처음으로 법적 규제대상이 되었지만, 여전히 가상자산에 대한 법적 규제는 미비한 실정이다. 미국은 증권거래위원회(Securities and Exchange Commission)이 대부분의 가상자산을 증권이라고 판단하여 적극적으로 증권법을 집행하고 있는 등 각 규제기관이 적극적으로 가상자산을 규제하고 있다. 유럽 연합은 자금세탁 방지를 위하여 5차 자금세탁방지정책(fifth Anti-Money Laundering Directive: 5AMLD)을 시행하고 있고, 나아가 가상자산 전반에 대하여 가상자산 시장법(Proposal for a regulation on Markets in Crypto-assets: MiCA)안의 입법이 진행되고 있다.

우리나라에서는 「특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률」에서 가상자산을 "경제적 가치를 지닌 것으로서 전자적으로 거래 또는 이전될 수 있는 전자적 증표 및 그에 관한 일체의 권리"로 정의하여 대부분의 가상자산에 대하여 자금세탁방지 규제를 적용하고 있고, 가상자산 구매를 위한 해외 송금에도 외국환거래법에 따른 신고의무가 있으며 가상자산 거래에 따른 차익에 대한 과세를 위하여 「소득세법」이 개정되어 시행을 앞두고 있다.

OECD, IOSCO 등 국제기구들과 일부 국가의 규제당국들은 가상자산을 지급형, 증권형, 유틸리티형으로 분류한다. 결제나 지급을 위한 지급형 가상자산은 특수한 유형의 재산권으로 「전자금융거래법」상 선불전자지급수단에 해당할 수 있으나 발행인이 명확하지 않거나 분산원장기술을 이용하여 중앙전산시스템이 없어 곧바로 「전자금융거래법」 적용이 어렵다. 엘살바도르(El Salvador)의 법정화폐가 된 가상자산의 일종인 비트코인(Bitcoin)의 경우 외국환거래법에 따른 환전영업자 등록이 필요할 수 있다. 투자성이 있는 증권형 가상자산의 경우에는 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」상 금융투자상품에 해당하고, 특히 증권에 관련된 규제의 적용이 가능할 것이다. 유틸리티형 가상자산의 경우 경제적 가치가 없는 순수한 유틸리티형 가상자산은 별다른 규제가 필요하지 않으나, 지급형이나 증권형의 성질을 겸

한다면 각 유형에 따른 규제가 혼합적으로 적용할 수 있다.

위 3가지 유형 이외에 새로운 유형의 가상자산들이 생겨나고 있다. 하나의 블록체인 내 각각의 가상자산이 대체불가능한 NFT(non-fungible tokens)는 f-NFT와 같은 NFT의 조각투자 유형은 증권성이 인정될 수 있어 개별적 NFT의 특성을 고려하여 규제가 이루어져야 할 것이고, 가상자산의 가치가 법정통화에 연동되어 있는 스테이블코인(stablecoin)의 경우에는 지급형 가상자산으로 법정화폐의 공신력에 혼동을 줄 가능성이 있어 전자화폐에 준하는 규제가 가해질 필요가 있다. 또한 발행 과정에서 증권성이 인정된다면 증권형 가상자산에 준하는 규제가 추가적으로 적용될 수 있다.

가상자산은 다양한 법적 성질을 가지고 있어 유형별 규제의 필요성이 크다. 대규모 이용자 피해를 방지하기 위하여 지급형 가상자산의 경우 「전자금융거래법」상 전자지급수단에 준하는 규제를 입법하여야 하고, 증권형 가상자산의 경우 소관부처인 금융위원회의 가상자산에 대한 적극적 증권성 판단을 통한 투자자 보호가 필요하다. 다만 가상자산 기술의 발전을 위해 소규모 사업의 경우에는 규제를 면제하는 등 단계적 제도권 편입의 길을 마련해야 한다. 또한 NFT와 같은 새로운 유형의 가상자산의 경우 금융위원회의 조각투자와 같은 선제적 투자자 보호 및 규제 샌드박스 정책 적용과 더불어 새로운 유형의 가상자산 규제를 위한 입법적 근거를 미리 마련하여야 한다.

【Abstract】

Research of regulation method for virtual asset by type

Ryoo, Ryangwook
Ph.D. in law candidate at Korea University

Despite virtual asset has been regulated for the first time by national law that is the amended 「Enforcement Decree of the Act on Reporting and Use of Certain Financial Transaction Information」, regulation for virtual asset is still imperfect. In the United States, regulatory authorities take action to regulate virtual assets independently. Especially, the Securities and Exchange Commission aggressively apply and execute the 「National Security Act」 by deciding most of virtual asset is a investment contract. In the European Union, the fifth Anti-Money Laundering Directive(5AMLD) is enforced for preventing money laundering. In addition, the proposal for a regulation on 「Markets in Crypto-assets(MiCA)」 is in the ongoing legislative process for regulating all virtual assets.

In the Republic of Korea, virtual asset is defined as “electronic certificates (including all rights thereto) that have economic value and that can be traded or transferred electronically” on the 「Enforcement Decree of the Act on Reporting and Use of Certain Financial Transaction Information」, so that most of virtual asset is regulated by the act to prevent money laundering. Also, duty of registration is imposed when money is transferred oversee to buy a virtual asset by 「Foreign Exchange Transactions Act」. Income tax is imposed on a profit margin

when purchase and sale of virtual asset by amended 「Income Tax Act」.

International organizations including OECD, IOSCO and a few national regulatory authorities are categorizing virtual asset as payment tokens, security tokens and utility tokens. Payment tokens used for payment or settlement is a sepecial type of property right, and could be a electronic payment means defined on 「Electronic Financial Transactions Act」. However, the 「Electronic Financial Transactions Act」 cannot be applied directly to payment tokens which issuer is not specified or central computer system not exist because of using distributed ledger technology. Registration may be required by 「Foreign Exchange Transactions Act」 for the virtual asset called Bitcoin which is now a legal tender of El Salvador. Security tokens, which is similar to a security or a investment contract securities because of its investment characteristic, could be regulated as securities by 「Financial Investment Services And Capital Markets Act」 because security tokens are Financial Investment Instruments defined in the above law. There is no need to regulate pure utility token which has no economic value. However, the regulation of payment tokens or security tokens also need to be applied together if a utility tokens served as payment tokens or security tokens.

A new type of virtual asset which is not included above classification emerges. non-fungible tokens(NFT), which each tokens of the token's block chain is unique, should be regulated on a case by case basis by the characteristics of each NFTs because some NFT type such as f-NFT could be regulated as security. Stablecoin, which its value is linked to a legal tender, could be categorized as payment tokens and need to be regulated as electronic currency because it might cause a confusion with a legal tender. Also, regulation for security token could be

applied when the offering of stablecoin is similar to a securities offering.

Because virtual asset has various legal characteristics, segmented regulations by virtual asset's category is needed. In case of payment tokens, regulation of electronic payment means on 「Electronic Financial Transactions Act」 should be applied to prevent massive user damage. Security tokens need to be included on 「Financial Investment Services And Capital Markets Act」, and Financial Services Commission, whose in charge of virtual asset policy, should decide which virtual asset is a security to protect investors. However, the way to legalize in stages such as making an exception for small-scale businesses should be provided to support the development of virtual asset technology, In addition, providing grounds to a regulation for preemptive investor protection as well as regulatory sandbox should be prepared for new types of virtual asset such as NFT so that there is no regulatory blind spot.

주제어(Keywords) : 가상자산(virtual asset), 암호화폐(crypto currency), NFT(non-fungible tokens), 스테이블코인(stablecoin), 특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률(enforcement decree of the act on reporting and use of certain financial transaction information), 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(financial investment services and capital markets act), 전자금융거래법(electronic financial transactions act)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제105호 2022년 6월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2022.105.81

과실책임에 의한 인공지능 오류사고 규율가능성*

김 진 아**

▶목 차◀

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 실체법적 측면: 주의의무 판단
1. 예견가능성
2. 회피가능성
3. 구체적 적용
4. 소결론
Ⅲ. 실체법적 측면: 위험방지조치 구체화
1. 법령·윤리 등에서의 논의
2. 개발자와 이용자의 위험방지 조치
3. 소결론
Ⅳ. 소송법적 측면: 과실 증명
1. 증명부담 판단
2. 증명책임 완화
3. 증거수집 가부
Ⅴ. 결론

Ⅰ. 서 론

인공지능 기술의 범용화는 산업혁명보다 더 넓은 범위에 걸쳐 더 막대한 영향을 미칠 것으로 예상된다.[1] 가령 맥킨지 글로벌 연구소(McKinsey Global Institute)는 「인공지능이 세계 경제에 미칠 영향(Notes from the AI frontier: Modeling the impact of AI on the world economy)」 보고서에서

* 이 논문은 필자의 법학박사학위논문(2022. 2. 졸업, 이하 '학위논문'이라 한다)의 내용 가운데 일부를 취지 및 분량 등에 맞추어 정리한 것임.

** 법학박사, 변호사.

1) 과학기술정보통신부 등 관계부처 합동, 인공지능 국가전략, 2019. 12., 2면.

인공지능이 범용기술로 급부상됨에 따라 2030년까지 전 세계 GDP에 13조 달러를 기여할 것으로 전망하였다.[2] 이와 같이 인공지능은 강력한 경제성장의 동력으로 주목받고 있다. 그러나 인공지능은 이러한 긍정적 영향 이외에도 부정적 영향을 동반한다.[3] 마치 19세기 초 유혈과 함께 시작된 철도의 출현과 마찬가지로 인공지능의 출현은 위험의 창출을 의미할 수도 있는 것이다.[4]

이 논문에서는 그러한 위험성에 주목하고자 한다. "성공은 수많은 아버지가 있으나, 실패는 아버지가 없다"라는 말이 있듯이,[5] 현실에서 나타나고 있는 약한 인공지능(Weak AI, 이하 '인공지능'이라 한다)[6]의 오류로 발생한 손해를 어떻게 귀속시켜야 하는지에 대한 진지한 논의 없이는 기회주의적 행동이 나타나 손해배상법이 제 기능을 하지 못할 수 있다. 즉, 인공지능으로 인한 위험이 현실화되었을 때 그 손해에 대한 책임을 누구에게 귀속시켜

---

2) 이상 Jacques Bughin·Jeongmin Seong·James Manyika·Michael Chui·Raoul Joshi, "Notes from the AI frontier: Modeling the impact of AI on the world economy", Discussion Paper, McKinsey Global Institute, 2018. 9. 참조.

3) 위와 같음.

4) 19세기 초 세계 최초의 상업철도인 리버풀 앤드 맨체스터 철도(Liverpool and Manchester Railway) 개업식 날, 한 영국의 정치인이 선로를 가로지르다 마주 오는 열차에 치여 사망하였다. 이상 大屋雄裕, "技術の統制、統制の技術", 「法律時報」 91巻 6号, 2019, 58-63 참조.

5) Jack M. Balkin, "The Path of Robotics Law", 6 「Cal. L. Rev. Circuit」 45, 2015, 70.

6) '약한 인공지능'은 미리 정의된 특정한 목표만을 수행할 수 있는 인공지능을 말한다. 이상 New Scientist (김정민 번역), 「기계는 어떻게 생각하고 학습하는가」, 한빛미디어, 2018, 36-37 [Machines that Think: Machines that Think: Everything you need to know about the coming age of artificial intelligence] 참고. 한편 '강한 인공지능(Strong AI)'은 그 개발가능성에 대한 답조차 나오지 않았다(이상 위와 같음). 설령 개발할 수 있더라도, 미국 국가과학기술위원회(National Science & Technology Concil, NSTC)는 '강한 인공지능'을 개발하는 일은 아직도 먼 이야기라고 평가하고 있으며(이상 US National Science & Technology Concil, The National Artificial Intelligence Research and Development Strategic Plan: 2019 UPDATE, 2019. 6., 11 참조), 인공지능에 관한 권위 있는 전문가들을 대상으로 한 설문조사에 의하면, 2070년경이면 대부분의 작업에서 인간과 동등한 능력을 갖춘 인공지능이 존재할 확률이 90%에 이를 것이라고 한다(이상 Nick Bostrom, 「Superintelligence: Paths, Dangers, Strategies」, Oxford University Press, 2016, 19 참조). 이와 같이 '강한 인공지능'은 가까운 미래에 출현하지 않을 것으로 예상된다. 따라서 현실에 기반을 둔 유의미한 손해배상법을 논의하기 위하여 인공지능을 '약한 인공지능'으로 한정한다.

야 할지가 명확하지 않아서 결과적으로 피해자가 언제나 그 손해를 부담하게 되는 상황이 도래할 수도 있다는 것이다. 이러한 문제의식 하에서 이 논문은 인공지능 오류사고에 대한 손해배상책임을 다룬다.

특히 이 논문은 손해배상책임의 발생요건 중 '과실'을 중심으로 논하고자 한다. 과실책임주의의 원칙이라는 말에서 짐작할 수 있듯이, 과실은 손해의 귀속을 결정하는 데 핵심적 기능을 하는 주요한 요건이다. 나아가 인공지능 오류사고에서는 과실이 인정될 수 없다는 등의 이유로, 인공지능으로 발생한 손해를 무과실책임으로 규율하여야 한다는 견해가 다수 존재하는 상황이다.[7] 이에 이 논문은 인공지능 오류사고에서 과실을 판단하는 데 도움을 주는 지침을 제시하고자 다음의 세 가지 목적 하에서 논의를 진행하고자 한다.

첫 번째 목적은, 인공지능 오류사고에서 주의의무를 판단하는 방식을 제시하는 것이다. 과실은 결국 주의의무 위반이라고 할 수 있으므로, 과실 판단에 있어서 주의의무를 어떻게 판단하는가는 중요한 문제이다. 어떠한 위험방지조치가 주의의무로 인정되기 위해서는 예견가능성과 회피가능성이 요구되므로, 이 논문에서는 이 두 가지 개념을 중심으로 주의의무를 판단하는 방식을 제시하고자 한다.

두 번째 목적은, 인공지능 오류사고에서 주의의무로 인정될 가능성이 있는 위험방지조치를 구체화하는 것이다. 첫 번째 목적이 손해발생 '후'의 시점에서 피해자인 원고가 주장하는 위험방지조치가 주의의무로 인정될 수 있는가를 다루는 문제라고 한다면, 두 번째 목적은 손해발생 '전'의 시점에서 잠재적 가해자가 인공지능을 개발·이용함에 있어 주의의무로 부담할 가능성이 있는 위험방지조치를 구체화함으로써[8] 수범자에게 행위지침을 제시하여 손해배상책임을 부담할 가능성이 있는 행위를 자제하도록 하여 오류

---

7) Kenneth S. Abraham · Robert L. Rabin, "Automated Vehicles and Manufacturer Responsibility for Accidents: A New Legal Regime for a New Era", 105 「VA. L. REV.」 127, 2019, 171; Jeffrey K. Gurney, "Sue My Car Not Me: Products Liability and Accidents Involving Autonomous Vehicles", 2013 「U. Ill. J.L. Tech. & Pol'y」 247, 2013, 271-277 등. 다만 이러한 논의는 강한 인공지능을 대상으로 한 경우도 있다.

8) 위험방지조치가 반드시 주의의무로 인정되는 것은 아니지만 주의의무로 인정될 가능성이 있다고 할 수 있다.

사고 예방에 도움을 주고자 한다.

세 번째 목적은, 인공지능 오류사고 피해자의 과실에 대한 증명부담을 완화해주는 방법을 제시하는 것이다. 위 첫 번째와 두 번째 목적이 '실체법' 측면에서의 논의라고 한다면, 세 번째 목적은 '소송법' 측면에서의 논의이다. 피해자의 과실 증명이 현저히 어렵다면, 실체법적으로 과실이 인정되더라도, 소송법적으로 과실을 증명할 수 없게 되고, 결과적으로 피해자는 손해배상청구를 통하여 구제받기가 어려워진다. 따라서 인공지능 오류사고 피해자가 가해자와 비교할 때 과실에 대하여 과도한 증명부담을 지는지 판단하고, 만약 그러하다면 피해자의 과실에 대한 증명부담을 완화하는 방안을 제시하고자 한다.

이하에서 이러한 세 가지 목적을 차례대로 다룬다.

Ⅱ. 실체법적 측면: 주의의무 판단

먼저 첫 번째 목적인 주의의무 판단방식부터 고찰한다. 과실은 '사회생활상 요구되는 주의'를 게을리하여 일정한 결과가 발생하리라는 것을 인식하지 못하는 것이다.[9] 즉, 과실의 본질적 내용은 주의의무 위반이라고 할 수 있다.[10] 따라서 과실을 판단하기 위해서는 가해자가 부담하는 주의의무가 무엇인지 파악해야 한다.

가해자의 주의의무를 인정하기 위해서는, 가해자의 결과발생에 대한 예견가능성과 회피가능성이 긍정되어야 한다. 법은 불가능한 것을 요구할 수 없는바(lex non cogit ad impossibilia), 결과발생을 '예견'할 수 없었다면 그 결과를 회피할 수 있는 조치를 '의무'로 인정하기 어려우며(예견가능성), 결과발생을 예견할 수 있었더라도 그 결과를 '회피'할 수 없었다면 그 조치를 '의무'로 인정하기 어렵기 때문이다(회피가능성).

따라서 이하에서는 예견가능성과 회피가능성을 판단하는 방식을 제안하고, 그 제안한 방식을 구체적 인공지능 오류사고에 적용함으로써 논의를

9) 양창수·권영준, 「권리의 변동과 구제」, 박영사, 2021, 630-632면.

10) 권영준, "해킹(hacking) 사고에 대한 개인정보처리자의 과실판단기준", 「저스티스」 제132호, 2012. 10., 49면

구체화한다.

1. 예견가능성

(1) 문제제기

주의의무가 인정되기 위한 첫 번째 전제인 예견가능성부터 살펴본다.[11] 인공지능 오류사고에서 어떠한 자가 주의의무를 부담한다고 판단되기 위해서는, 그가 오류사고의 발생을 예견할 수 있었다는 것이 인정되어야 한다. 즉, 오류사고에 대한 예견가능성이 필요하다. 그런데 인공지능 오류사고에서 예견가능성 존부를 판단하는 것은 쉬운 일이 아니다. 인공지능이 '구체적으로' 어떠한 내용의 판단을 내릴지 예상하기가 어려울 수 있기 때문이다.[12] 따라서 인공지능 오류사고에서 예견가능성이 긍정될 수 있는지를 판단하기 위해서는, 예견가능성 대상이 추상적 위험인지 아니면 구체적 위험인지에 대하여 살펴볼 필요가 있다.

우리 학계에서는 일반적으로 예견가능성 대상이 구체적 위험에 한정되는지 아니면 추상적 위험까지 포함하는지에 대하여 명시적으로 언급하고 있지는 않으나,[13] 일부 문헌과 우리 민법에 영향을 준 일본 학계에서는 예

---

11) 예견가능성은, 수세기 동안 주의의무 위반에 대한 법원 판단의 핵심이었다. 이상 W. Jonathan Cardi, "Reconstructing Foreseeability", 46 「B.C. L. Rev.」 921, 2005, 921 참조.

12) 정진명·이상용, 인공지능 사회를 대비한 민사법적 과제 연구, 법무부 연구용역 과제 보고서, 2017, 16-17면; Karni Chagal-Feferkorn, "The Reasonable Algorithm", 2018 「U. Ill. J.L. Tech. & Pol'y」 111, 2018, 111; Das Plattform Industrie 4.0, "Künstliche Intelligenz und Recht im Kontext von Industrie 4.0", Deutschland Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, 2019, 18; Omri Rachum-Twaig, "Whose Robot Is It Anyway?: Liability for Artificial-Intelligence-Based Robots", 2020 「U. Ill. L. Rev.」 1141, 2020, 1153-1154.

13) 우리 학계에서는 일반적으로 '결과의 발생'에 대한 예견가능성 또는 '손해의 발생'에 대한 예견가능성이라고 언급하고 있다. 이상 곽윤직, 「채권각론」, 박영사, 2003, 388면; 오병철, 「법정채권법」, 법문사, 2021, 38면; 「민법주해 [XVIII]」, 박영사, 2005, 188면 (이상훈 집필부분) 등. 이동건, "불법행위책임의 목적과 성립요건에 관한 재고", 박사학위 논문, 한국외국어대학교, 2018, 105면은, "우리의 다수설은 예견의 대상을 '손해의 발생'으로 보고 있다"고 언급하고 있다.

견가능성 대상을 원칙적으로 결과발생의 구체적 위험이라고 한정 짓고 있다.[14] 이처럼 '구체적' 위험으로 그 예견가능성의 대상을 제한하는 이유는 현대사회의 거의 모든 활동에는 위험이 수반되는바, '추상적' 위험만으로 예견가능성을 인정하면 과실책임주의가 형해화되고 실질적으로 결과책임이 초래될 수 있기 때문이다.[15]

그런데 이와 같이 예견가능성 대상을 구체적 위험으로 한정하는 입장은 새로운 기술 또는 제품의 등장이 활발해지면서 위기에 직면하였다.[16] 새로운 기술이 개발되어 지금까지 전혀 알려지지 않았던 영역에 인간이 진출하려고 할 때, 거기에는 경험에 근거한 구체적 예견이 존재하기 어렵기 때문이다.[17] 과학기술의 최첨단에서 일어나는 여러 활동 중에는 해보지 않으면 무슨 일이 일어날지 모르지만, 그렇다고 완전히 안전하다고 보장할 수 없는 유형의 활동들이 있는 것이다.[18] 이러한 유형의 활동에서 예견가능성의 대상을 구체적 위험성으로 엄격히 제한한다면, 과실이 언제나 부정되는 결론으로 이어질 수 있으며, 이는 손해의 공평·타당한 분배와 거리가 멀다.[19] 따라서 이러한 문제를 해결하기 위하여, 예견가능성의 대상을 기존과는 다르게 보아야 한다는 견해가 나타나기 시작하였다.[20] 즉 '예견가능성의 추상화' 현상이 나타나고 있는 것이다.[21] 이하에서는 그러한 견해를 살펴본다.

(2) 학설 및 판례

1) 학설

14) 「주석 채권각칙(7)」, 한국사법행정학회, 2016. 6., 168면 (이연갑 집필부분).

15) 潮見佳男, 「民事過失の歸責構造」, 信山社, 1995, 99.

16) 潮見佳男, 「民事過失の歸責構造」 (주 15), 53; 甲斐克則, "過失·危險の防止と (刑事) 責任の負担 (特集 現代日本社會と理論刑法學の展望)", 「法律時報」 88卷7号, 2016. 6., 31-39.

17) 潮見佳男, 「民事過失の歸責構造」 (주 15), 53.

18) 위와 같음.

19) 森島昭夫, "藥禍と民事責任(1)", 「法律時報」 45卷5号, 1973, 192 참조.

20) 潮見佳男, 「民事過失の歸責構造」 (주 15), 53.

21) 澤井裕, "汚惡水論", 「法律時報」 45卷3号, 1973, 7; 森島昭夫, "藥禍と民事責任(1)" (주 19), 18以下; 甲斐克則 (주 16), 31-39 등.

예견가능성의 대상을 구체적 위험으로 한정함으로써 발생할 수 있는 문제를 해결하는 방안으로는, '예견가능성 자체를 요구하지 않는 방안'과 '예견가능성 대상을 추상적 위험까지 넓히는 방안'을 생각해볼 수 있다. 예견가능성 자체를 요구하지 않는 견해로는 최경과실론과 신수인한도론 등이 있으며, 예견가능성 대상을 추상적 위험까지 넓히는 견해로는 위기감설과 예견의무설 등이 있다. 이러한 견해들을 차례대로 살펴본다.

① 최경과실(Culpa Levissima)론은 결과에 대한 예견이 불가능한 경우라도, 그 손해를 야기한 행위가 자기의 결의에 의한 것이라면 과실을 인정할 수 있다고 한다.[22] 이 견해에 의하면, 과실책임주의는 예견가능성을 기준으로 과실의 유무를 정하려고 하지만, 현재와 같이 사회가 발전해 가해자의 과실을 인정할 수 없는 사고가 자주 발생하는 상황에서는 일반불법행위 책임이 손해의 공평·타당한 분배 기능을 담당하지 못하여, 가해자만을 보호하고 피해자의 이익을 무시하는 결론을 내린다고 한다.[23] 그렇다고 하여 과실책임주의를 완전히 부정할 수는 없으므로, 가해자에게 책임을 부담시키기 위해서는 어떠한 비난원인을 찾아야 하며, 그 비난원인으로서 '과실이 아니어도 과실인 것', 즉 '최경과실'을 요구하는 것이다.[24]

② '신수인한도론'은 피해자가 입은 손해의 종류와 정도, 가해행위의 양태, 손해를 회피하기 위하여 취한 조치 등 다양한 요소를 비교형량하여, 그 손해가 수인한도를 넘었다고 인정되면 예견가능성의 유무와 관계없이 과실이 인정된다는 입장이다.[25] 여기에서의 과실은, 피해자에게 수인한도를 넘는 손해를 주지 않도록 조치할 의무의 위반을 의미한다.[26] 신수인한도론은,

---

22) 石本雅男, 「無過失損害賠償責任原因論 [第4卷]: 近代法とCulpalevissimaの理論」, 法律文化社, 1993.

23) 위와 같음.

24) 위와 같음.

25) 野村好弘, "故意 · 過失および違法性", 「公害法の生成と展開」, 岩波書店, 1968, 387. 신수인한도론은 일반적으로 환경침해사건에서 주장된다. 환경침해사건에서는 가해행위 시 손해발생을 예견하기 어려운 경우가 적지 않으므로, 그 과실 요건 충족의 전제로서 예견가능성을 요구하지 않는다는 것이다. 이상 淡路剛久, 「公害賠償の理論, 有斐閣, 2008, 92-95 참조.

26) 「민법주해 [XIX]」, 박영사, 2005, 473면 (유원규 집필부분).

종래에 위법성 판단의 한 요소로 사용되던 수인한도라는 개념을 발전시켜(수인한도론),[27] 위법성과 과실을 대체하는 불법행위책임의 판단기준으로 승격시킨 것이다.[28]

③ 위기감설은 예견가능성이 구체적 위험에 대하여 존재할 필요는 없고, 추상적 위험에 대하여 존재하는 것으로 충분하다는 견해이다.[29] 이 견해는, 어떠한 결과인지 구체화할 수는 없지만 위험이 없다고 단정할 수 없는 정도의 위기감(불안감)이 있다면 과실에서의 예견가능성이 인정된다고 한다.[30] 즉, 추상적으로 어떠한 결과가 발생할 수 있다는 것을 예견할 수 있었으면, 과실에서의 예견가능성이 충족된다는 것이다.[31] 이렇게 볼 수 있는 이유는, 어떠한 손해가 예견가능하였다면, 그 위험한 행위를 한 것 자체에 비난가능성이 인정되기 때문이라고 한다.[32]

④ 예견의무설은, 어떠한 행위를 함에 있어서 추상적 위험을 예견할 수 있는 경우에는 그 위험을 구체화하기 위한 예견의무를 부담하고, 그러한 의무를 다하였다면 예견할 수 있었다고 판단되는 경우에는 예견가능성이 인정된다는 견해이다.[33] 이와 같이 보는 근거는 최첨단 과학기술 등을 안심하고 사회에 출현시키기 위해서는 그 위험 파악을 위한 정보수집·조사연구 등의 조치가 당연히 동반되어야 한다는 것이다.[34] 따라서 가해행위 시의 현실적인 지식 또는 기술수준이 아니라, 충분한 조사연구를 하였다면 결과가 예견가능하였는지 여부를 기준으로 예견가능성을 판단해야 한다고 본다.

---

27) 수인한도론이란, 사람이 사회공동생활을 영위하는 이상 다른 사람의 행위로 어떤 피해를 입었다고 하더라도 일정한 정도까지는 이를 수인해야 함을 전제로 이 수인한도를 넘는 피해가 있을 때만 가해행위가 위법성이 있다는 견해이다(이상 野村好弘 (주 25), 396 참조).

28) 「민법주해 [XIX]」 (주 26), 479면 (유원규 집필부분).

29) 澤井裕, 「公害の私法的研究」, 一粒社, 1969, 175 以下. 이러한 취지의 견해는 형사책임, 즉 과실범에 대한 논의에서 처음 등장하였다. 이상 潮見佳男, 「民事過失の歸責構造」 (주 15), 53 참조.

30) 藤木英雄, 「過失犯: 新旧過失論爭」, 學陽書房, 1975, 32-34.

31) 澤井裕, 「公害の私法的研究」 (주 29), 175 以下.

32) 위와 같음.

33) 潮見佳男, 「民事過失の歸責構造」 (주 15), 53.

34) 위의 글, 303.

2) 판례

그렇다면 우리 법원은 예견가능성의 대상을 어떻게 보고 있는가? 구체적 위험에 대한 예견가능성이 필요하다는 취지가 포함된 판결,[35] 수인한도론과 유사한 취지로 판단한 판결,[36] 예견의무설과 유사한 취지로 판단한 판결[37] 등이 공존하고 있어, 우리 법원은 아직까지 특정 학설을 채택했다기보다는 각각의 사건 성격에 따라 예견가능성의 대상을 개별적으로 정했다는 인상이 강하다.

(3) 판단기준 제안 및 적용

1) 선결문제

지금까지 예견가능성 대상에 관한 학계와 법원의 태도를 살펴보았다. 그렇다면 예견가능성의 대상을 어떻게 보아야 하는가? 이 문제를 다루기 전에 예견가능성을 주의의무의 전제요건으로서 요구할 필요가 있는지를 간단히 언급하고자 한다. 최경과실론 또는 수인한도론과 같이 예견가능성 자체를 요구하지 않는다면 예견가능성 대상에 관한 논의는 무의미하기 때문이다. 앞서 살펴보았듯이, 행위 당시에 예견할 수 없고 그에 따라 그 결과를 회피할 수 있는 조치를 하는 것이 기대될 수 없음에도 주의'의무'를 지우는 것은 타당하지 않다.[38] 따라서 주의의무의 전제로서 예견가능성을 요구하는 것이 마땅하다.[39] 그러므로 이하에서는 예견가능성이 필요하다는 판단을 기반으로, 예견가능성 대상을 어떻게 판단하여야 하는지에 대하여 고찰하고자 한다.

2) 판단기준

(가) 기본방향

35) 대법원 1995. 12. 26. 선고 95다313 판결.
36) 대법원 1991. 7. 23. 선고 89다카1275 판결; 대법원 2001. 2. 9. 선고 99다55434 판결.
37) 대법원 1998. 2. 27. 선고 97다38442 판결; 대법원 1998. 2. 13. 선고 96다7854 판결.
38) 森島昭夫, 「不法行爲法講義」, 有斐閣, 1991, 186.
39) 미국에서도 주의의무의 존부, 즉 과실 존부의 결정 그 자체가 예견가능성 개념을 내포하고 있다고 보고 있다. 이상 이우영, "영미 불법행위법상의 예견가능성 법리", 「서울대학교 법학」 제49권 제3호, 2008. 9., 286면 참조.

예견가능성 대상 판단기준의 기본방향은 불법행위법의 주요한 목적인 '손해의 회복'과 '사고의 예방'으로부터 그 실마리를 얻을 수 있다. 예견가능성은 궁극적으로 불법행위책임 성립을 판단하는 데 요구되는 것이기 때문이다.

먼저, 손해의 회복 측면에서 살펴본다. 예견가능성 대상을 구체적 위험으로 한정하는 것은 손해의 회복 측면에서 적절하지 않다. 구체적 위험으로 한정한다면, 화학물질 또는 의약품 제조 등과 같이 행위 당시에는 그 위험을 구체적으로 예견하기 어려운 행위의 경우, 그 행위로 손해를 입은 자에 대한 회복을 외면하는 결론으로 이어질 수 있기 때문이다. 그렇다고 하여 예견가능성 대상을 일률적으로 추상적 위험으로 보는 것도 손해의 회복 측면에서 바람직하지 않다. 여기에서의 회복은 무조건적 회복이 아니라 규범적으로 수긍할 수 있는 회복이 요청되는 것인데,[40] 추상적 위험에 대한 예견가능성은 거의 모든 행위에서 인정될 수 있는바, 손해발생만으로 행위자에게 모든 손해를 귀속시키는 결과가 되기 때문이다.[41]

다음으로 사고의 예방 측면에서 살펴본다. 이를 위해서는, 예견가능성 대상이 구체적 위험으로 한정되지 않는다는 판단에 머무르지 않고, 예견가능성 대상을 판단하는 기준을 구체적으로 제시하는 것이 바람직하다. 즉, 어떤 경우에 구체적 위험에 가까워지고, 어떤 경우에 추상적 위험에 가까워지는지에 관한 판단기준을 제시하는 것이 사고의 예방을 위해서 바람직하다. 그래야 수범자가 자신이 부담하는 주의의무 내용을 예상할 수 있고, 그에 따라 주의의무를 준수하여 사고를 예방할 수 있기 때문이다.

(나) 내용

예견가능성 대상에 관한 판단기준을 제안하기 전에, 구체적 위험과 추상적 위험은 이분법적 개념이 아니라 다양한 수준의 위험이 일련의 연속선

40) 권영준, "불법행위법의 사상적 기초와 그 시사점", 「저스티스」 통권 제109호, 2009. 2., 87-88면.

41) 이러한 문제점을 고려하여, 이 논문은 예견가능성 대상을 '일률적으로' 구체적 위험으로 한정하거나 추상적 위험으로 넓히지 말고, 구체적 상황에 따라 유연하게 변할 수 있는 기준을 제시한다. 이는 아래 목차 "(나) 내용"에서 자세히 살펴본다.

상에 있는 스펙트럼적 개념이라는 점을 이해할 필요가 있다. 예를 들어, 운전이라는 행위와 관련해서, '운전 중 사고가 발생할 수 있다'라는 추상적 위험에서부터, '과속운전을 하면 사고가 발생할 수 있다', '시속 80km를 초과하는 속도로 운전하면 사고가 발생할 수 있다', '비 오는 날 제한속도인 시속 80km를 초과하는 속도로 운전하면 사고가 발생할 수 있다' 등 점점 구체적인 위험으로 규정하는 일련의 연결선상에 있는 것이다.[42]

그렇다면 예견가능성 대상은 어떻게 판단할 수 있는가? 즉, 예견가능성 대상은 언제 구체적 위험에 가까워지고, 언제 추상적 위험에 가까워지는가? 이는 결국 예견가능성의 본질적 역할에서 실마리를 찾을 수 있다. 앞서 살펴보았듯이, 예견가능성을 주의의무의 전제요건으로 요구하는 이유는 어떠한 결과를 예견할 수 없었음에도 그러한 결과를 회피하도록 의무 지우는 것이 타당하지 않기 때문이다. 어떠한 '위험'을 예견할 수 있었다면, 그 '위험'을 방지할 수 있는 조치가 주의의무로 인정될 가능성이 있다는 것이기 때문에, '예견가능성 대상'인 '위험'과 그 '위험'을 방지하기 위한 '주의의무' 내용은 밀접하게 연관되어 있다. 이와 같이 예견가능성은 주의의무를 설정하는 역할을 한다. 그러므로 예견가능성 대상은 예견가능성의 본질적 역할인 주의의무 설정[43]에 부합하는 수준으로 정해져야 한다. 이와 유사한 취지로, 일본 하급심 판례는 "과실의 전제로서 예견가능성은 사고 발생을 회피하는 조치를 강구하는 것을 기대할 수 있는 정도의 내용이면 충분"하다고 설시한 바 있다.[44] 요컨대, 예견가능성의 대상은 문제된 위험방지조치를 주의의무로 인정하는 데 필요한 정도의 위험이라고 할 수 있다.

위에서 살펴본 내용을 소송실무에 적용하면 다음과 같은 흐름에 의하여 예견가능성 대상이 결정될 수 있다. 피해자가 일반불법행위책임(민법 제750조)에 근거하여 손해배상청구소송을 제기한 경우를 가정한다. 피해자(원고)는 청구권을 인정받기 위하여, 일반불법행위책임의 요건사실 중 하나인

---

42) W. Jonathan Cardi (주 11), 939.

43) 大塚裕史, "[第4講] 過失犯論(1) 過失犯の構造と過失の認定方法", 「法學セミナー」 通号732号, 2016. 1., 93-101.

44) 静岡地方裁判所平成29年1月16日判例集未登載(平成27年(わ)第126号).

가해자의 과실을 주장·증명할 것이다. 즉, 피해자는 가해자(피고)가 일정한 내용의 위험방지조치를 취했어야 했는데 그러하지 않았음을 보여, 가해자에게 과실(주의의무 위반)이 있음을 인정받고자 할 것이다. 이러한 과실이 인정되기 위해서는 먼저, 피해자가 주장하는 위험방지조치가 주의의무에 해당하여야 한다. 그러한 내용의 위험방지조치를 취할 것이 가해자의 주의의무로 인정되는지는, 가해자의 예견가능성과 회피가능성 충족 여부에 영향을 받는다. 여기에서는 이 부분의 쟁점인 예견가능성, 정확히 말하면 예견가능성 대상만을 살펴본다. 예견가능성 충족 여부를 판단하기 위해서는 가해자가 어느 정도의 구체적인 위험을 예견할 수 있었어야 예견가능성이 인정될 수 있는지에 대한 판단이 필요하다. 즉, 예견가능성 대상에 대한 판단이 필요하다. 이때 예견가능성 대상인 위험의 구체성은, 앞서 살펴보았듯이, 피해자가 주장하는 위험방지조치 내용의 구체성에 비례하여 정해진다. 이렇게 정해진 위험을 가해자가 예견할 수 있었다고 인정되면 예견가능성이 긍정되는 것이다. 만약 예견가능성에 더하여 회피가능성까지 인정된다면, 피해자가 주장하는 위험방지조치는 가해자의 '주의의무'로 인정되게 된다. 그리고 그러한 주의의무를 가해자가 위반하였다면 가해자의 과실이 인정되는 것이다.

(다) 요약

이상의 내용을 정리하면 다음과 같다. 불법행위법 목적 중 하나인 손해의 회복을 위해서는 예견가능성 대상을 일률적으로 구체적 위험으로 한정하거나 추상적 위험으로 넓혀서는 안 된다. 그리고 불법행위법의 다른 목적인 사고의 예방을 위해서는 예견가능성 대상에 관한 구체적인 판단기준을 정립하여야 한다. 이러한 기본방향을 바탕으로 제안한 판단기준의 내용은, 예견가능성 대상인 위험의 구체성은 문제된 위험방지조치 내용의 구체성과 비례하여 정해진다는 것이다. 즉, 문제된 위험방지조치의 내용이 구체적이라면 그러한 의무를 부여할 수 있을 정도의 구체적 위험이 예견가능성 대상이 되며, 문제된 위험방지조치 내용이 추상적이라면 그러한 의무를 부담시킬 수 있을 정도의 추상적 위험만 예견할 수 있었다면 충분하다는 것이다.

3) 구체적 적용

지금까지 예견가능성 대상을 정하는 기준에 대하여 살펴보았다. 여기에서는 서빙로봇(Serving Robot) 오류사고라는 구체적 예를 상정하여, 위 판단기준에 의하여 예견가능성 대상이 도출되는 모습을 포함해 예견가능성이 판단되는 모습을 살펴본다. 서빙로봇은 음식점 등 외식업체에서 음식을 전달하는 서빙(serving) 업무를 수행하는 로봇이다.[45] 우리나라에서는 2019년 11월 배달의민족 운영사인 우아한형제들이 개발한 '딜리플레이트(dilly PLATE)'가 처음으로 민간 식당에 도입되었다.[46] 그 크기는 516 × 500 × 1220mm에 이르며, 기본적으로 로봇 하단에 있는 2D 라이더 센서와 3D Depth 카메라 센서로 자율주행을 한다.[47] 이하에서는 이러한 서빙로봇의 오류사고를 가정하여, 즉 추상적 내용의 위험방지조치가 문제되는 상황(사례 1)과 구체적 내용의 위험방지조치가 문제되는 상황(사례 2)을 상정하여 각 상황에서의 예견가능성 대상을 판단하여 본다.

(가) 사례 1 : 추상적 내용의 위험방지조치

먼저, 서빙로봇 오류사고 피해자가 손해배상청구소송에서 추상적 내용의 위험방지조치를 주장하는 경우를 살펴본다. 구체적 상황을 상정하면 다음과 같다. 서빙로봇이 음식점 내의 1번 테이블과 3번 테이블의 간격이 50cm인 상황에서, 양 테이블의 위치상 차이를 구분하지 못하고, 1번 테이블로 서빙해야 하는 음식을 반복적으로 3번 테이블로 서빙하여 손님을 제대로 응대하지 못하였다. 이에 음식점주는 이러한 오류사고로 손해가 발생하였다고 주장하며, 서빙로봇 개발자를 상대로 일반불법행위에 기한 손해배상책임을

---

45) 경희대학교 대학원보, "[제247호 과학학술: 비대면 시대의 Foodtech] 비대면 시대가 가져온 Foodtech, 서빙로봇", https://khugnews.co.kr/?p=3551(2021. 3. 2.).

46) 매일경제, "배민, 전국에 서빙로봇 공급 늘린다", https://www.mk.co.kr/news/business/view/2021/05/524042/ (2021. 5. 31. 19:21). '딜리플레이트'는 2020년 10월 기준으로 전국 186개 식당에 241대가 도입되어 운영 중이다. 이상 뉴스1, "배민 서빙로봇 출시 1년 만에 186개 식당에 241대 도입", https://www.news1.kr/articles/?4100765 (2020. 10. 28. 9:25) 참조.

47) 김요섭, 배달로봇을 활용한 언택트 서비스와 데이터 활용 사례, 2020 제2회 Korea Data Biz Trend 발표자료, 2020. 9., 4-7면.

청구하였다. 그리고 그 청구에서 음식점주는 개발자가 서빙로봇의 오류발생 가능성을 경고하였어야 함에도 경고하지 않았다며 그의 과실을 주장하였다.

이 오류사고와 관련된 위험은 다음과 같이 다양한 수준으로 구상할 수 있다. 발생된 구체적 결과와 같이 '서빙로봇이 1번 테이블과 3번 테이블의 간격이 50cm인 상황에서는 양 테이블의 미세한 위치상 차이를 구분하지 못하여 1번 테이블로 서빙할 것을 지시받은 음식을 3번 테이블로 서빙하는 오류를 보일 수 있다'는 구체적 위험부터 '서빙로봇이 오류를 보일 수 있다'는 추상적 위험까지 다양한 수준으로 구상할 수 있다. 이를 도식화하면 아래 <표 1>과 같다.

〈표 1〉 예견가능성의 대상 : 사례 1

구 분	내 용
추상화 ↕ 구체화	서빙로봇은 오류를 보일 수 있다.
	서빙로봇은 객체를 인식하는 데 오류를 보일 수 있다.
	서빙로봇은 가까이 붙어 있는 객체들을 구별하지 못하는 오류를 보일 수 있다.
	서빙로봇은 가까이 붙어 있는 테이블 간의 위치상 차이를 구별하지 못할 수 있다.
	서빙로봇은 테이블 간격이 50cm 이하인 경우에는 그 테이블 간의 위치상 차이를 구별하지 못할 수 있다.
	서빙로봇이 1번 테이블과 3번 테이블의 간격이 50cm인 상황에서 양 테이블의 미세한 위치상 차이를 구분하지 못하여 1번 테이블로 서빙해야 할 음식을 3번 테이블로 서빙하는 오류를 보일 수 있다.

이 사안에 대한 예견가능성 판단 과정은 다음과 같다. 이 사건에서 피해자(음식점주)가 주장하는 위험방지조치는 '오류발생가능성 경고 조치'이다. 이러한 위험방지조치는 상기 <표 1>에서 가장 추상화된 위험인 '서빙로봇은 오류를 보일 수 있다'는 위험으로도 도출될 수 있다. 오류발생가능성을 예견할 수 있었다면, 오류발생가능성 경고 조치를 생각할 수 있는 것이다. 그러므로 이 사건에서의 예견가능성 대상은 서빙로봇이 오류를 보일 수 있다는 위험이다.[48]

이상과 같이 예견가능성 대상이 정해졌다면, 행위자(개발자)가 그러한 위험을 예견할 수 있었는지를 판단하여야 한다. 이때의 예견가능성은 당해 행위자가 아닌 사회평균인의 입장에서 그러한 위험을 예견함이 마땅하였는지를 판단한다.[49] 서빙로봇 개발자는 인공지능 기술 전문가이기 때문에, 서빙로봇이 오류를 보일 것이라는 사실을 예견할 수 있었다고 봄이 타당하다. 그에 따라 '예견가능성'이 긍정된다.

(나) 사례 2 : 구체적 내용의 위험방지조치

다음으로, 피해자가 주장하는 위험방지조치의 내용이 구체적인 경우를 상정한다. 서빙로봇이 음식점 내에서 주행 중이었다. 그런데 오후 2시가 되자, 음식점의 유리벽면을 통해서 강한 햇빛이 들어왔고, 그 햇빛이 음식점 내 거울에 반사되어 서빙로봇에 탑재된 카메라에 비추었다. 이 빛반사로 인하여 카메라가 정확한 데이터값을 입력받지 못하였고, 그 결과 전방의 사람을 인식하지 못한 채 그대로 주행하여 충돌하였다. 이에 그는 자신이 입은 손해를 배상받기 위하여, 음식점주를 상대로 일반불법행위에 기하여 손해배상청구소송을 제기하였다. 그리고 그 소송에서 음식점주가 서빙로봇이 빛반사로 인하여 객체 인식에 장애가 발생하지 않도록 빛을 조절하였어야 함에도 그러하지 않았다는 이유로 과실을 주장하였다.

이 오류사고와 관련된 위험은 다음과 같이 다양한 수준으로 구상할 수 있다. 발생된 구체적 결과와 같이 '오후 2시, 음식점의 유리벽면을 통해서 강한 햇빛이 들어와, 그 햇빛이 음식점 내 거울에 반사되어 서빙로봇에 탑재된 카메라에 비추고, 이 빛반사로 인하여 카메라가 정확한 데이터값을 제

48) 만약 피해자가 주장하는 위험방지조치가 '개발자는 이용자에게 테이블 간격을 50cm 이상으로 해야 한다고 지시하여야 한다'라는 것이라면, 서빙로봇의 오류발생가능성이라는 추상적 위험으로는 부족하고, '서빙로봇은 테이블 간격이 50cm 이하인 경우에는 그 테이블 간의 위치상 차이를 구별하지 못할 수 있다'라는 구체적 위험이 요구된다고 할 수 있다.

49) 권영준, "불법행위의 과실 판단과 사회평균인", 「비교사법」 제22권 제1호,, 2015. 2., 108-112면; W. Jonathan Cardi (주 11), 951; Clarence Morris, "Duty, Negligence, and Causation", 101 「U. Pa. L. Rev.」 189, 1952, 189-222; Stephen R. Perry, 「Risk, Harm and Responsibility, in Philosophical Foundations of Tort Law」, 1995, 100-101.

대로 입력받지 못해, 전방의 사람을 인식하지 못한 채 그대로 주행하여 충돌할 수 있다'는 구체적 위험부터 '서빙로봇은 오류를 보일 수 있다'는 추상적 위험까지 다양한 수준으로 구상할 수 있다. 이를 도식화하면 아래 <표 2>와 같다.

〈표 2〉 예견가능성의 대상 : 사례 2

구 분	내 용
추상화 ↕ 구체화	서빙로봇은 오류를 보일 수 있다.
	서빙로봇은 객체를 인식하는 데 오류를 보일 수 있다.
	서빙로봇은 빛반사에 의하여 객체를 인식하는 데 오류를 보일 수 있다.
	서빙로봇은 유리 벽면을 통하여 들어오는 햇빛의 반사에 의하여 객체 인식에 오류를 보일 수 있다.
	서빙로봇은 음식점 유리 벽면을 통하여 12시경부터 4시경까지 들어오는 햇빛의 반사에 의하여 카메라가 객체를 인식하는 데 오류를 보여 충돌사고를 야기할 수 있다.
	오후 2시, 음식점의 유리벽면을 통해서 강한 햇빛이 들어와, 그 햇빛이 음식점 내 거울에 반사되어 서빙로봇에 탑재된 카메라에 비추고, 이 빛반사로 인하여 카메라가 정확한 데이터값을 제대로 입력받지 못해, 전방의 사람을 인식하지 못한 채 그대로 주행하여 충돌할 수 있다.

이 사안에 대한 예견가능성 판단 과정은 다음과 같다. 이 사건에서 문제된 위험방지조치는 '서빙로봇이 빛반사로 인하여 객체 인식에 장애가 발생하지 않도록 빛을 조절하는 조치'이다. 이러한 위험방지조치는, 상기 <표 2>에서 가장 추상화된 위험인 '서빙로봇은 오류를 보일 수 있다'는 위험으로부터 도출될 수는 없다. 이 위험방지조치에는 빛 조절이라는 특정한 행위를 요구하고 있으므로, 적어도 빛반사가 포함된 '서빙로봇은 빛반사에 의하여 객체를 인식하는 데 오류를 보일 수 있다'는 위험이 필요하다. 즉, 이 사건에서의 예견가능성 대상은 '서빙로봇은 빛반사에 의하여 객체를 인식하는 데 오류를 보일 수 있다'는 위험일 수 있다.

이상과 같이 예견가능성 대상이 정해졌다면, 행위자(음식점주)가 그러한 위험을 예견할 수 있었는지를 판단하여야 한다. 즉, 음식점주가 '서빙로

봇은 빛반사에 의하여 객체를 인식하는 데 오류를 보일 수 있다'는 위험을 예견할 수 있었는가에 대한 판단이 필요한 것이다. 일반적으로 음식점주는 인공지능 기술 전문가가 아니므로, 서빙로봇이 빛반사에 의하여 충돌사고가 발생할 것이라는 사실을 예견할 수 없었다고 봄이 타당할 것이다. 그러나 만약 서빙로봇 개발자 등이 음식점주에게 빛반사에 의하여 오류가 발생할 수 있다는 사실을 경고하거나 햇빛 조절 조치를 지시하였다면 상황이 달라진다. 실제로 서빙로봇 '딜리플레이트' 홈페이지에는 "로봇이 공간을 인식하는 센서가 햇볕에 영향을 받을 수가 있어 햇볕이 들어오는 전창, 창문 등이 있다면 블라인드 설치 등 햇볕 조절이 필요할 수 있습니다"라고 기재되어 있다.[50] 이 경우에는 음식점주의 예견가능성이 인정될 수 있다.

2. 회피가능성

지금까지 주의의무가 인정되기 위한 전제 중 하나인 예견가능성에 대해서 고찰하였다. 그런데 어떠한 위험방지조치가 주의의무로 인정되기 위해서는 예견가능성뿐만 아니라 회피가능성도 긍정되어야 한다. 따라서 이하에서는 회피가능성을 판단하는 방식을 고찰한다. 회피가능성은 비용편익기준(Cost-benefit Test)에 의하여 판단될 수 있다.[51] '위험방지조치를 함으로써

---

50) dilly PLATE 홈페이지, https://url.kr/lev6g7 (2022. 2. 16. 최종확인).

51) 「민법주해 [XVIII]」 (주 13), 187-190면 (이상훈 집필부분)에 의하면, 회피가능성설은 예견가능성설과 달리 예견되는 위법한 결과 및 그 개연성과 그러한 결과를 회피하기 위한 조치의 비용 간의 비교형량을 요구한다. 한편 미국과 일본도 과실을 판단함에 있어서 비용편익기준을 주요한 수단으로 보고 있다. 미국의 경우, 러니드 핸드(Learned Hand) 판사는 1947년 핸드공식(Hand Formula)을 제시하였다(United States v. Carroll Towing Co., 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947)). 이에 따르면 손해가 발생할 확률을 P(probability), 그 손해를 L(Loss), 그 손해를 방지하기 위하여 취하여야 할 조치의 비용을 B(Burden)라고 하면, B가 P×L보다 적을 때 비로소 과실이 인정된다는 것이다 (이상 권영준, "해킹(hacking) 사고에 대한 개인정보처리자의 과실판단기준" (주 10), 52-53면 참조). 요컨대 핸드공식에 따르면 주의의무는 사고방지비용이 사고기대손실보다 작은 경우에 인정된다. 일본의 경우에도 미국의 핸드공식이 과실판단기준으로 자주 논해진다(이상 河上正二, "一般的不法行爲の成立要件", 「法律時報」 93卷12号, 2021. 11., 94 참조). 이와 관련하여, 히라이(平井) 교수는 ① 피침해이익의 중대성, ② 손해발생의 가능성, ③ 행위의무를 부과함으로써 희생되는 사회

희생되는 이익(비용)'과 '위험방지조치를 함으로써 증진되는 이익(편익)'을 비교형량하여,[52] 비용이 더 크다면 회피가능성은 부정되고, 편익이 더 크다면 회피가능성은 긍정된다. 이하에서는 인공지능 오류사고에서 비용과 편익의 크기를 판단하는 데 주요하게 고려할 필요가 있는 요소는 무엇인가 살펴본다.

(1) 고려요소

1) 비용

피해자가 주장하는 위험방지조치를 하였을 경우 희생되는 이익, 즉 비용의 크기를 판단함에 있어서, 고려할 필요가 있는 주요요소를 예시적으로 살펴본다. ① 먼저, 위험방지조치를 하는 데 소요되는 경제적 비용을 고려할 필요가 있다.[53] 가령 단순한 경고문구 기재는 비상정지기능 탑재보다 소요되는 경제적 비용이 적을 개연성이 높다. ② 또한 인공지능의 사회적 필요성을 고려할 필요가 있다.[54] 위험방지조치를 하도록 하는 것이 인공지능의 공급과 수요를 감소시켜, 결과적으로 그 인공지능을 필요로 하는 사회적 요구를 만족시키지 못하게 될 수 있기 때문이다. ③ 위험방지조치로 인하여 인공지능의 기능이 저하되는 정도를 고려할 필요가 있다.[55] 즉, 가령 자율

적 이익 또는 행위자의 이익을 비교형량하여 과실 유무가 판단된다고 한다(이상 平井宜雄, 「債權各論II 不法行爲」, 弘文堂, 1992, 30).

52) Restatement (Third) of Torts: Phys. & Emot. Harm § 3 cmt. e, 2010.

53) 遠藤聰太, "人工知能(AI)搭載機器の安全性確保義務と社會的便益の考慮", 「法律時報」 91卷4号, 2019. 4., 23.

54) 이와 같이 사회적 필요성을 고려하는 태도는, 우리 법원이 치료 목적의 의료행위에 요구되는 주의수준과 미용 목적의 의료행위에 요구되는 주의수준을 다르게 보고 있는 모습에서도 찾아볼 수 있다. 일반적인 의료행위는 질병을 앓고 있는 환자에 대하여 치료를 통하여 질병을 완치 또는 완화시키고 통증을 감소시키는 것을 목적으로 하고 있으나, 미용성형행위의 경우 기존에 질병이 없는 건강하고 정상적인 상태에서 개인의 주관적인 미적 요구에 의해서 일정 결과의 도출을 목적으로 행해진다는 점에서 차이가 있는데, 이러한 차이로 우리 대법원은 미용성형수술을 시행하는 의사 측의 주의의무를 강화하는 판시를 하여 왔다. 이상 백경희, "의료사고 민사책임의 성립과 범위에 관한 연구 : 새로운 쟁점을 중심으로", 박사학위 논문, 고려대학교, 2009, 147, 155면; 대법원 1994. 4. 26. 선고 93다59304 판결; 대법원 2007. 5. 31. 선고 2007도1977 판결 등.

55) 가령, 데이크아웃한 뜨거운 커피를 쏟아 화상을 입은 피해자가 손해배상청구소송에서 피고가 뜨거운 커피를 판매하지 말았어야 한다고 주장하고 그 주장이 인용되었다면,

주행자동차 웨이모(Waymo)의 운행이 집중적으로 이루어지는 애리조나주의 피닉스시에서 인간 운전자가 가장 많이 제기하는 문제는, 자율주행자동차가 우회전을 하다가 갑자기 제동하거나 신호등이 없는 삼거리에서 제대로 주행하지 못하고 오래 기다리는 등 지나치게 조심스럽게 운전한다는 점이다. 안전에 대한 지나친 강조로 자율주행이라는 기능이 저하된 것이다.[56] ④ 위험방지조치로 인하여 다른 측면의 안전성이 저하되는 효과를 고려할 필요가 있다. 가령 자율주행자동차에 고감도 센서의 자동 브레이크 시스템을 설치하면, 전방 추돌 사고는 감소시킬 수는 있어도, 급제동이 걸릴 확률이 높아져 후방 추돌 사고는 증가할 가능성이 있다.[57]

2) 편익

이하에서는 위험방지조치를 함으로써 증진되는 이익, 즉 편익의 크기를 가늠함에 있어서 고려할 필요가 있는 주요요소를 예시적으로 살펴본다. 위험방지조치를 함으로써 달성할 수 있는 주된 이익은 '위험의 감소'이다. 그리고 감소되는 위험의 크기는, '손해발생가능성의 감소 정도'와 '그 손해의 중대성' 등으로 파악될 수 있다. ① 먼저 위험방지조치를 하면 손해발생가능성이 어느 정도 감소되는지를 고려할 필요가 있다. 이 손해발생가능성의 감소 정도는 개별 위험방지조치에 따라 다를 수 있다. 가령 자율주행자동차에 비상정지기능을 탑재하는 위험방지조치의 경우, 오류 일반이 사고로 이어지는 것을 방지할 수 있다. 반면 자율주행자동차에 빛반사에 의한 충돌사고를 방지하기 위한 특수한 장치를 설치하는 위험방지조치의 경우, 빛반사에 의한 오류사고만을 방지할 수 있다. 따라서 전자가 후자보다 손

일반 소비자들이 테이크아웃해서도 따뜻하게 커피를 마실 수 있는 효용, 즉 뜨거운 커피의 본질적 효용을 빼앗을 수 있다. 이상 平野晋, "AI ネットワークと製造物責任－設計上の欠陥を中心に", 「情報通信政策研究」 第2巻第1号, 2018, 59 참조. 한편 대법원은 담배소송에서 담배는 본래 니코틴의 약리효과를 의도하여 사용되는 것이므로 니코틴을 완전히 제거하지 않은 것을 설계상 결함으로 볼 수 없다고 판시한 바 있다(대법원 2014. 4. 10. 선고 2011다22092 판결). 이상 박규용, "흡연자의 건강침해에 대한 담배제조사의 제조물책임", 「민사법학」 제40호, 2008. 3., 236면 참조.

56) CNBC, "'I hate them': Locals reportedly are frustrated with Alphabet's self-driving cars", https://www.cnbc.com/2018/08/28/locals-reportedly-frustrated-with-alphabets-waymo-self-driving-cars.html (2018. 8. 29. 12:53).

57) 遠藤聰太, "人工知能(AI)搭載機器の安全性確保義務と社會的便益の考慮" (주 53), 23.

해발생가능성의 감소 정도가 크다고 할 수 있다. 또한 ② 그 손해의 중대성을 고려할 필요가 있다. 손해의 중대성은 침해당하는 법익의 종류, 침해의 정도, 침해의 규모 등에 영향을 받는다. 가령 어떤 위험방지조치는 생명을 침해하는 사고를 감소시키는 반면, 다른 위험방지조치는 재산상 이익을 침해하는 사고를 감소시킨다면, 손해의 중대성 면에서 전자가 후자보다 더 크다고 할 수 있다.

(2) 보완요소

그런데 이러한 비용과 편익의 크기는, 정확하게 측정하는 것은 물론 상대적으로 비교하기도 어려운 일이다. 따라서 이러한 한계를 보완하기 위하여 외적으로 나타난 모습을 참고하는 것이 필요하다. 그러한 외적 요소를 제시하면 다음과 같다. ① 먼저 관행을 참조할 수 있다. 만약 위험방지조치가 당해 업계의 관행에 해당한다면, 그 위험방지조치는 편익이 비용보다 클 개연성이 있다. 그 위험방지조치로 인한 비용이 편익보다 크다면, 업계 관계자들은 그 조치를 일반적으로 취하지 않았을 것이기 때문이다. ② 또한 기술수준을 참조할 수 있다. 만약 위험방지조치가 오류사고 당시의 기술수준으로 가능하지 않았다면, 비용이 편익보다 클 개연성이 있다. 당시 기술수준으로 불가능한 위험방지조치는, 그 경제적 비용이 무한대라고 생각할 수 있기 때문이다. ③ 공법상 규제도 유의미한 기준이 될 수 있다. 만약 위험방지조치가 공법상 규제에 포함되어 있다면, 편익이 비용보다 클 개연성이 있다. 공법상 규제는 보통 이해관계자의 의견수렴 절차를 거쳐 제·개정된다. 위험방지조치가 이렇게 제·개정된 공법상 규제에 포함되어 있다면, 그 의견수렴 과정 등에서 그 편익이 비용보다 크다고 판단되었다고 볼 여지도 있기 때문이다. ④ 또한 정기점검 등에 대한 수용도를 참조할 수 있다. 만약 인공지능 이용자가 정기점검·업데이트 등을 충실하게 받는다면, 손해의 중대성이 크다고 판단될 개연성이 있다. 이용자들의 이러한 태도는 그 인공지능을 이용할 수 없다는 불편함보다는 안전성을 중요하게 여긴다는 것으로 해석될 수 있기 때문이다.

3. 구체적 적용

지금까지 인공지능 오류사고에서 주의의무가 판단되는 모습을 예견가능성과 회피가능성으로 나누어 살펴보았다. 여기에서는 이러한 주의의무 판단 방식을 IBM의 '왓슨 포 온콜로지(Watson for Oncology, 이하 '왓슨'이라고 한다)'를 이용하는 의사의 주의의무 판단에 적용하여, 그 논의를 구체화한다. 왓슨은 암 환자의 진료기록, 검사기록, 유전정보, 수술가능 여부 등을 기반으로 치료법, 즉 특정 종류의 항암제 혹은 항암제의 조합, 방사선 치료, 호르몬 치료 등을 추천해준다.[58] 왓슨은 한 가지 치료법만을 제안하는 것이 아니고, 추천하는(recommended) 치료법, 고려해볼 수 있는(for consideration) 치료법, 추천하지 않는(not recommended) 치료법 등 세 가지로 분류하여 제시한다.[59] 그리고 각 치료법을 클릭하면, 왜 이러한 치료법을 추천하는지(또는 고려해볼 수 있는지, 또는 추천하지 않는지)에 대해서 왓슨이 학습했던 관련 논문, 임상결과, 가이드라인 등 근거자료를 보여준다.[60] 이와 같은 왓슨의 기능에 비추어 볼 때, 왓슨은 환자를 진단하는 것이 아니라, 치료법을 추천하여 의사의 진료를 보조하는 역할을 한다.[61]

왓슨 오류사고에 대한 구체적 사례를 상정하기 위하여, 먼저 왓슨을 이용하는 의사가 직면할 수 있는 경우의 수를 살펴본다. 만약 어떠한 환자에게 적합한 치료법이 A 치료법으로 유일하고, A가 아닌 다른 치료법(~A)은

---

58) 최윤섭, "IBM 왓슨 포 온콜로지의 의학적 검증에 관한 고찰", 「Hanyang Medical Reviews」 제37권 제2호, 2017. 11., 51면.

59) 위와 같음; 김석기·김승열·정도희, 「IT 트렌드 스페셜 리포트 (2018)」, 한빛미디어, 2017, 50면.

60) 최윤섭 (주 58), 51면.

61) 위와 같음; 장연화·백경희, "왓슨의 진단 조력에 대한 현행법상 형사책임에 관한 소고", 「형사법의 신동향」 통권 제55호, 2017. 6., 330면; 김제완, "로봇수술로 인한 의료과오 민사책임에 있어 과실 판단의 문제", 「아주법학」 제14권 제1호, 2020. 5., 29면. 한편 Jessica S. Allain, "From Jeopardy! to Jaundice: The Medical Liability Implications of Dr. Watson and Other Artificial Intelligence Systems", 73 「La. L. Rev.」 1049, 2013, 1062는, 왓슨을 '자문의사(consulting physician)'에 비유하는가 하면, Jason Chung · Amanda Zink, "Hey Watson - Can I Sue You for Malpractice? Examining the Liability of Artificial Intelligence in Medicine", 11 「Asia-Pac. J. Health L. & Ethics」 51, 2018, 68-70은, 왓슨을 '의대생(medical student)에 비유한다.

모두 잘못된 치료법인 상황을 가정한다. 이 상황에서 왓슨은 A 치료법을 추천할 수도 있고, ~A 치료법을 추천할 수도 있다. 의사도 마찬가지로, A 치료법이 적합하다고 판단할 수도 있고 ~A 치료법이 적합하다고 판단할 수도 있다. 이상의 경우를 조합하면 네 가지 경우의 수가 나오는데, 이를 도식화하면 <표 3>과 같다.

〈표 3〉 왓슨 판단과 의사 판단의 조합

의사 판단 / 왓슨 판단		의사	
		A (정확한 판단)	**~A (잘못된 판단)**
왓슨	**A (정확한 판단)**	오류가 전제되지 않음 손해가 발생하지 않음	오류가 전제되지 않음
	~A (잘못된 판단)	오류가 전제됨 왓슨 판단 ≠ 의사 판단 사례 1	오류가 전제됨 왓슨 판단 = 의사 판단 사례 2

이 중에서 왓슨이 치료법 A를 추천하는 경우는 오류사고가 아니다. 왓슨이 잘못된 판단(오류)이 아닌 정확한 판단을 내렸기 때문이다. 나머지 경우의 수, 즉 왓슨이 잘못된 치료법(오류)인 ~A를 추천한 경우가 오류사고에 해당할 수 있다. 그러므로 이하에서는 왓슨이 잘못된 치료법(~A)을 추천한 경우를 전제로, '의사가 정확한 판단을 한 경우(사례 1)'와 '의사도 잘못된 판단을 한 경우(사례 2)'를 나누어서 살펴본다.

(1) 사례 1 : 왓슨은 잘못된 판단, 의사는 정확한 판단을 한 경우

사례 1의 상황을 다음과 같이 상정한다. 의사는 환자에게 A라는 치료법이 적합하다고 정확하게 판단하였다. 그런데 왓슨은 ~A라는 잘못된 치료법을 추천하였다. 이러한 상황에서, 의사는 자신의 판단이 아닌, 왓슨의 판단대로 환자를 치료하였다. 그 결과 환자의 건강상태가 악화되었다. 이에 환자는 의사를 상대로 자신의 건강상태 악화로 추가적으로 지출된 치료비 등을 구하는 손해배상청구소송을 제기하였다. 이 소송에서 환자는 의사의 과실, 즉 주의의무 위반의 구체적 내용으로, 의사는 왓슨의 판단이 적절하다는 확신이 들지 않는 한, 왓슨의 판단에 따라서는 안 됨에도 불구하고, 왓슨의

판단에 따라 치료를 진행하였다고 주장한다. 이러한 가정적 상황에서, 환자가 주장하는 위험방지조치인 '의사는 왓슨의 판단이 자신의 판단보다 적절하다는 확신이 들지 않는 한, 왓슨의 판단에 따라서는 안 된다'라는 조치를 의사의 주의의무로 인정할 수 있는지에 대하여 검토한다.

① 먼저 예견가능성 유무를 판단한다.

ⓐ 앞서 살펴본 바와 같이 예견가능성 대상은, 위험방지조치가 도출될 수 있을 정도의 위험이다. 여기서 문제된 위험방지조치는 '의사는 왓슨의 판단이 자신의 판단보다 적절하다는 확신이 들지 않는 한, 왓슨의 판단에 따라서는 안 된다'라는 것이다. 이러한 내용의 위험방지조치를 도출할 수 있는 위험은 여러 수준으로 상정될 수 있지만, 적어도 '왓슨이 잘못된 판단을 내릴 수 있다'라는 위험에 대한 예견가능성은 필요한 것으로 판단된다. 왓슨이 잘못된 판단을 내릴 것조차 예견할 수 없었다면, 왓슨의 판단을 그대로 따르는 것을 비난하기 어렵고, 그에 따라 '왓슨의 판단에 확신이 들지 않는 한, 그 판단을 따라서는 안 된다'라는 조치를 도출하기 어렵기 때문이다. 그러므로 이 사건에서 예견가능성 대상은 왓슨이 잘못된 판단을 내릴 수 있다는 위험이라고 대략 판단할 수 있다.[62]

ⓑ 다음으로 의사가 이러한 위험을 예견할 수 있었는지 판단한다. 만약 왓슨이 의사보다 명백하게 우월하다면 이러한 위험을 예견할 수 없었다고 판단될 여지가 있지만, 현재의 시점에서는 왓슨의 판단이 의사보다 명백하게 우월하다고 볼 수 없다. 왓슨의 정확성을 검증한 연구가 많지 않을 뿐만 아니라,[63] 그 많지 않은 연구결과에 의할 때도 왓슨이 의사와 다른 치료법을 추천하는 경우를 어렵지 않게 찾아볼 수 있기 때문이다.[64] 그러므로 이

62) 이러한 예견가능성 대상에 대한 판단은 구체적 사정에 따라 달라질 수 있다.

63) 최윤섭 (주 58), 53면.

64) 가령 2016년 12월, 인도의 마니팔병원은 왓슨의 정확성을 평가하기 위한 연구결과를 발표하였다. 의사가 제시한 치료법을 기준으로, 왓슨이 제시한 치료법 중에 추천, 고려, 비추천의 세 가지 종류의 치료법과 일치하는 비율을 분석한 결과는 다음과 같았다. 의사의 치료법이 왓슨의 '추천'과 일치하는 비율은 50%, '고려'와 일치하는 비율은 28%, '비추천'과 일치하는 비율은 17%로 분석되었다. 물론 왓슨이 의사와 다른 치료법을 제시하였더라도, 그 사실은 왓슨이 잘못된 치료법을 제시하였다는

사건에서 의사는 왓슨이 잘못된 판단을 내릴 수 있다는 위험을 예견할 수 있었다고 볼 수 있다. 요컨대 예견가능성이 긍정된다.

② 다음으로 회피가능성 유무를 판단한다. 회피가능성은, 의사가 왓슨의 판단이 자신의 판단보다 적절하다는 확신이 들지 않는 한 왓슨의 판단을 따르지 않음으로써, '희생되는 이익(비용)'과 '증진되는 이익(편익)' 사이의 비교형량을 통하여 판단된다.

ⓐ 희생되는 이익(비용)으로는 다음의 이익을 생각할 수 있다.[65] 첫 번째로, 왓슨이 의사보다 적절한 판단을 한 경우, 왓슨의 판단을 따름으로써 증진할 수 있었던 환자의 생명 또는 신체상 이익이다. 의사는 왓슨의 판단이 어느 정도 타당성이 있더라도 '확신'이 들지 않는 한, 자신의 판단을 버리고 왓슨의 판단을 채택할 수 없기 때문이다. 다만 이 이익은 이 사건 환자의 이익을 말하는 것은 아니다. 이 사건은 왓슨의 판단이 잘못된 경우이기 때문이다. 이 이익은, 소송으로는 이어지지 않았지만, 왓슨의 판단을 받는 잠재적 환자들의 이익을 말하는 것이다. 두 번째로, 의사의 왓슨에 대한 수요가 줄어들어 왓슨의 혁신이 저해될 수 있다는 점이다. 의사는 왓슨의 판단에 대하여 확신이 들지 않는 한 그 판단을 따를 수 없다면, 왓슨으로부터 받는 도움이 적다고 생각할 수 있다. 이로써 왓슨에 대한 수요 감소, 왓슨 개발자인 IBM의 기대이익 감소, 왓슨에 대한 투자 감소, 혁신 저해로 이어질 수 있다.

ⓑ 반면 증진되는 이익(편익)으로는 다음의 이익을 생각할 수 있다.[66]

것을 의미하지는 않는다. 왓슨의 치료법이 적절하고, 의사의 치료법이 부적절할 수도 있기 때문이다. 그러나 왓슨 치료법의 효능과 의사 치료법의 효능을 비교하기는 어렵다. 두 치료법을 환자에게 행하여야 하기 때문이다. 따라서 왓슨의 판단과 의사의 판단이 일치하는지를 분석하는 것이 현실적인 방안이다. 나아가 왓슨이 의사와 다른 판단을 한 경우는, 같은 판단을 한 경우보다 왓슨이 잘못된 치료법을 추천했을 개연성이 높다. 이러한 상황에서 인도 마니팔병원의 연구결과 등을 기반으로 판단했을 때, 왓슨의 판단이 의사보다 명백하게 우월하다고 볼 수 없다. 이상 이하 최윤섭 (주 58), 53면; Somashekhar S.·Kumar R.·Kumar A.·Patil P.·Rauthan A., "Validation study to assess performance of IBM cognitive computing system Watson for oncology with Manipal multidisciplinary tumour board for 1000 consecutive cases: An Indian experience", 「Annals of Oncology」 volume 27, 2016. 12., supplement 9 참조.

65) 이하에서 살펴보는 고려요소는, 모든 고려요소를 망라한 것이 아니라, 주요요소만을 제한적으로 살펴본 것이다.

첫 번째로, 의사가 최초로 판단하였던 치료법(A)과 왓슨이 제시한 치료법(~A) 사이의 치료 효과 차이이다(손해발생가능성의 감소 정도). 다른 말로 하면, 의사가 왓슨의 판단이 아닌 자신의 판단대로 치료하였다면 환자 상태의 악화 가능성이 어느 정도 감소할 수 있었을지다. 두 번째로, 왓슨이 잘못된 판단을 하였음에도 왓슨의 판단을 따름으로써 저해될 수 있었던 이익으로, 이 사례에서는 환자의 생명 또는 신체상 이익이다(그 손해의 중대성). 이는 앞서 살펴보았던 비용에서의 첫 번째 고려요소와 달리, 이 사건 환자의 이익이기도 하다. 이 사건은 왓슨의 판단이 잘못된 경우이기 때문이다.

ⓒ 이상에서 살펴본 비용과 편익의 크기는 왓슨의 정확성에 의존하는 면이 있다. 왓슨이 의사보다 적절한 판단을 내리는 경우가 많아진다면 이 위험방지조치의 비용이 커지지만, 잘못된 판단을 내리는 경우가 많아진다면 이 위험방지조치의 편익이 커지기 때문이다. 그런데 왓슨의 정확성에 대한 연구결과가 많지 않으며, 왓슨과 의사의 판단이 다른 경우도 적지 않다. 그러므로 이 위험방지조치의 비용이 편익보다 크다고 보기는 어렵다. 반대로 편익이 비용보다 크다고 보기도 어렵다. 그러나 왓슨이 의사보다 정확한 판단을 하는 경우에 발생하는 '잠재적' 환자의 이익(위험방지조치의 비용)보다는 왓슨이 잘못된 판단을 하는 경우에 발생하는 '이 사건'에서의 환자의 이익(위험방지조치의 편익)이 더욱 분명하다고 할 수 있다. 그러므로 비용보다 편익에 더 무게가 실릴 수 있다. 이러한 사정을 종합하였을 때 이 위험방지조치의 편익이 비용보다 크다고 판단될 개연성이 있다. 즉, 회피가능성이 긍정될 수 있다.

이상과 같이 사례 1에서는 예견가능성과 회피가능성이 인정된다고 볼 수 있다. 양자가 긍정된다는 전제하에, 피해자가 주장하는 '의사는 왓슨의 판단이 자신의 판단보다 적절하다는 확신이 들지 않는 한, 왓슨의 판단에 따라서는 안 된다'는 내용의 위험방지조치는, 이 사건 의사의 주의의무로 인정된다.

(2) 사례 2 : 왓슨과 의사 모두 잘못된 판단을 한 경우

66) 위와 같음.

다음으로 왓슨과 의사 모두 잘못된 판단을 한 경우를 살펴본다. 즉, 왓슨과 의사의 판단이 일치하는 경우이다.[67] 이때 의사의 주의의무 판단은 일반적인 의료과오사건에서와 특별히 다르지 않을 것으로 판단된다. 즉 주의의무 판단에서는, 왓슨을 이용하는 경우와 이용하지 않는 경우 간에 유의미한 차이가 없을 것으로 보인다. 의사가 왓슨을 이용하지 않았더라도 동일한 결정을 하였을 것이기 때문이다. 또한 왓슨이 다른 치료법을 추천한 경우와는 다르게, 의사가 추가로 검토할 치료법이 제시되지 않았기 때문이다.

다만 과실의 증명과 관련하여, 의사의 판단이 왓슨의 판단과 일치하였다는 사실이 의사가 주의의무를 다하였다는 반증이 될 수 있는지가 문제될 수 있다. 생각건대, 왓슨의 판단과 일치한다는 사실이 유의미한 반증이 되기는 어려울 것이다.[68] 왓슨의 정확성이 명백하게 검증되지 않은 상황에서, 의사의 판단이 왓슨의 판단과 일치하더라도, 그 사실만으로는 의사의 판단이 사고 당시의 일반적인 의학의 수준에 합치한다는 것을 보여준다고 하기 어렵기 때문이다.

4. 소결론

지금까지 인공지능 오류사고로 인한 손해배상청구소송에서 주의의무를 어떻게 판단할 수 있는지에 대하여 검토하였다. 그 내용을 요약하면 다음과 같다. 피해자가 주장하는 위험방지조치가 주의의무로 판단되기 위해서는 예견가능성과 회피가능성이 인정되어야 한다. 먼저, 예견가능성 판단방식을 보면, 예견가능성 대상을 확정한 후 그 대상을 예견할 수 있었는지를 검토하는 것이다. 예견가능성 대상은, 문제된 위험방지조치가 도출될 수 있는 정도의 위험이 된다. 만약 이러한 위험에 대한 예견가능성이 인정되면, 회피가능성을 판단해야 한다. 회피가능성은 그 위험방지조치를 함으로써 희생되는

67) 물론 의사와 왓슨 모두 잘못된 판단을 하는 경우라도, 양자의 판단 내용이 다를 수 있다. 가령 의사는 B라는 치료법이 적절하다고 판단하고, 왓슨은 C라는 치료법을 추천하는 경우이다. 다만, 여기에서는 의사와 왓슨의 판단이 일치하는 경우를 상정한다.

68) 설민수, “머신러닝 인공지능과 인간전문직의 협업의 의미와 법적 쟁점 : 의사의 의료과실 책임을 사례로”, 「저스티스」 제163호, 2017. 12., 273-274면.

이익(비용)과 증진되는 이익(편익) 사이의 비교형량에 의하여 판단된다. 편익이 비용보다 크다고 판단되면 회피가능성이 긍정된다. 이상과 같은 판단을 통하여, 예견가능성과 회피가능성이 모두 긍정되면, 문제된 위험방지조치는 가해자의 주의의무로 인정되고, 만약 가해자가 주의의무를 위반하였다면 과실이 긍정된다.[69]

Ⅲ. 실체법적 측면: 위험방지조치 구체화

서론에서 언급하였듯이, 인공지능 오류사고를 '예방'하기 위해서는 주의의무로 인정될 가능성이 있는 위험방지조치를 구체화하는 노력이 필요하다. 따라서 이하에서는 인공지능 관련 법률, 법안, 윤리 등(이하 이들을 총칭하여 '법령·윤리 등'이라고 한다)에서 주요하게 논해지고 있는 위험방지조치를 살펴보고, 이를 바탕으로 개발자와 이용자의 주의의무로 인정될 가능성이 있는 위험방지조치를 구체화한다.[70]

1. 법령·윤리 등에서의 논의

먼저 구체적 위험방지조치에 대한 실마리를 찾기 위하여, 국내외적으로 논의되고 있는 인공지능 관련 법령·윤리 등을 살펴본다. 그런데 이들이 다루는 이슈의 범위나 깊이는 적지 않은 차이가 있다.[71] 인공지능을 개발하고 이용하는 과정에 적용되는 일반적·기본적 원칙을 천명한 수준에 그치는 경우도 있고, 인공지능이 이용되거나 가까운 시일 이내에 이용될 것으로 예측되는 분야의 상세한 현실적 이슈까지 다룬 경우도 있다.[72] 이 중에서 위험방지조치 도출에 도움이 되는 법령·윤리 등은 후자이다.

---

69) 이는 과실을 심리상태가 아닌 행위를 기준으로 판단하는 견해를 따른 것이다.

70) 다만, 여기서 다루는 조치는 예시적일 뿐이다.

71) 고학수·박도현·이나래, "인공지능 윤리규범과 규제 거버넌스의 현황과 과제", 「경제규제와 법」 제13권 제1호, 2020. 5., 17면 참조.

72) 위의 글, 20면 참조.

그러한 법령·윤리 등으로는 ① 국토교통부의 「자율주행차 윤리 가이드라인」,[73] ② 금융위원회의 「금융분야 AI 가이드라인」,[74] ③ 유럽연합 의회의 「인공지능에 대한 민사책임규정을 제안하는 결의안」,[75] ④ 유럽연합 집행위원회의 「인공지능 규제안」,[76] ⑤ 독일의 「도로교통법」,[77] ⑥ 미국 교통부와 도로교통안전청의 「자율주행시스템 2.0: 안전을 위한 비전」,[78] ⑦ 일본 총무성의 「AI 개발 가이드라인」,[79] ⑧ 일본 총무성의 「AI 이용·활용 가이드라인」 등을 들 수 있다.[80]

위 법령·윤리 등으로부터 도출할 수 있는 주요한 위험방지조치는 아래 <표 4>와 같다.[81] 위 표의 구분 열은 이하에서 살펴볼 개발자와 이용자의 위험방지조치를 기반으로 하였다. 이로써 이하에서 위험방지조치를 구체화함에 있어서 국내외적으로 주요하게 논의되고 있는 사항이 무엇인지에 대해서 알 수 있기 때문이다.

---

73) 국토교통부, 자율주행차 윤리 가이드라인, 2020. 12.

74) 금융위원회, 금융분야 인공지능(AI) 가이드라인, 2021. 7.

75) European Parliament resolution of 20 October 2020 with recommendations to the Commission on a civil liability regime for artificial intelligence (2020/2014(INL))

76) Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules On Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts (COM/2021/206 final).

77) Straßenverkehrsgesetz.

78) NHTSA, Automated Driving System 2.0: A Vison for Safety, U.S. Department of Transportation, 2017. 9.

79) AIネットワーク社會推進會議, 國際的な議論のためのＡＩ開發ガイドライン案, 日本 總務省, 2017. 7.

80) AIネットワーク社會推進會議, AI利活用ガイドライン ～AI利活用のためのプラクティカルリファレンス～, 日本 總務省, 2019. 8. 한편 인공지능 관련 국내 법령으로는, 지능정보화 기본법, 지능형 로봇 개발 및 보급 촉진법, 자율주행자동차의 안전운행요건 및 시험운행 등에 관한 규정, 정보보호조치에 관한 지침, 산업안전보건기준에 관한 규칙, 소프트웨어 품질인증 운영에 관한 지침 등을 들 수 있다. 다만, 이들로부터 도출될 수 있는 위험방지조치는 특정 분야에 한정되는 등 제한적이다.

81) 각 윤리는 다양한 내용으로 구성되어 있으므로 이를 동일선상에서 비교하기는 어렵다. <표 4>는 실질적 내용을 기반으로(표현상 차이는 고려하지 않음) 작성되었다. 한편 <표 4>는 아래에서 살펴볼 위험방지조치를 기반으로 비교한 것으로, 그 외의 내용은 담지 않았다. 그러나 각 윤리등은 다른 내용을 포함하고 있는데, 가령 국토교통부 자율주행자동차 윤리가이드라인에는, 설계자(이 논문에서의 개발자)에게 이용자가 그 시스템을 불법으로 개조하거나 임의로 변경하여 안전을 위해하는 행위를 방지할 수 있도록 설계할 것 등이 포함되어 있다.

〈표 4〉 법령·윤리 등으로부터 도출되는 조치

구 분	①	②	③	④	⑤	⑥	⑦	⑧
개발자								
잘못된 입력값 투입 방지 조치	○			○		○	○	○
불완전한 알고리즘 방지 조치								
충분한 고품질 학습용 데이터 세트 구축								
양 : 충분한 양의 데이터 확보				○				
질 : 고품질 데이터 세트 구축		○		○		○		○
적절한 머신러닝 알고리즘 설계								
검증 : 알고리즘 성능 정확하게 평가		○		○		○	○	○
설명 인터페이스 탑재	○	○		○			○	○
외부 공격 방지 조치	○	○		○		○	○	○
오류사고 재발 방지 조치								
인공지능 작동기록 저장 및 전송	○			○	○	○	○	○
모니터링		○				○	○	○
오류에 대한 대응								
업데이트 제공		○		○			○	○
경고 또는 이용 정지 등				○	○		○	
오용 방지 조치								
지시·경고 조치	○	○		○	○	○	○	○
정확한 표시·광고								
풀프루프 설계	○			○	○		○	
불완전한 오류대처 방지 조치 : 페일세이프	○	○		○	○	○	○	○
이용자								
잘못된 입력값 방지 조치				○				
불완전한 알고리즘 방지 조치: 업데이트·정기점검	○		○					○
오용 방지 조치 : 지시·경고 사항 숙지 및 준수	○		○	○	○			○
불완전한 오류대처 방지 조치								
적절한 인공지능 선택			○					
모니터링		○	○	○	○			○
손해발생 차단				○	○			
결과에 대한 검토								

* ① 국토교통부의 「자율주행차 윤리 가이드라인」 ② 금융위원회의 「금융분야 AI 가이드라인」 ③ 유럽연합 의회의 「인공지능에 대한 민사책임규정을 제안하는 결의안」 ④ 유럽연합 집행위원회의 「인공지능 규제안」 ⑤ 독일의 「도로교통법」 ⑥ 미국 교통부와 도로교통안전청의 「자율주행시스템 2.0: 안전을 위한 비전」 ⑦ 일본 총무성의 「AI 개발 가이드라인」 ⑧ 일본 총무성의 「AI 이용·활용 가이드라인」

이상의 내용을 살펴보면, 개발자의 위험방지조치로 빈번하게 언급되고 있는 조치로는, 인공지능 성능에 대한 정확한 검증, 설명 인터페이스 구축,

사이버 보안 확보, 지시·경고 조치 등이 있으며, 이용자의 위험방지조치로는, 지시·경고 사항의 숙지 및 준수, 인공지능 작동상황에 대한 모니터링 등이 있음을 알 수 있다.

2. 개발자와 이용자의 위험방지조치

여기에서는 위에서 살펴본 법령·윤리 등에서 도출될 수 있는 조치를 포함하여 개발자 및 이용자에게 요구될 수 있는 위험방지조치를 구체화한다. 위험방지조치는 오류사고의 발생을 방지하는 조치인바, 그 구체적 내용은 문제된 오류사고가 어떠한 원인으로 발생하였는지에 의존한다. 따라서 위험방지조치를 살펴보기 전에 인공지능 오류사고의 주요 발생원인을 살펴보면 다음과 같다. ① '잘못된 입력값의 투입'에 의한 오류사고, ② '불완전한 알고리즘'에 의한 오류사고, ③ '외부 공격'에 의하여 입력값·알고리즘 등이 변경됨으로써 발생하는 오류사고, ④ '재발방지 미흡'으로 발생하는 오류사고, ⑤ 이용자의 인공지능 '오용'에 의하여 발생하는 오류사고, ⑥ 출력된 오류에 '불완전하게 대처'함으로써 발생하는 오류사고이다. 이러한 발생원인별로 유형화한 오류사고를 바탕으로, 개발자와 이용자의 위험방지조치를 구체화한다.

(1) 개발자의 위험방지조치

먼저, 개발자의 위험방지조치를 구체화한다. ① 잘못된 입력값 투입에 의한 오류사고를 방지하기 위한 조치로는, 센서·카메라 등 외부환경을 인식하는 하드웨어를 다중으로 설치하여 개별 하드웨어의 한계를 상호 보완하도록 하거나, 다른 알고리즘과 상호작용이 예상되는 인공지능의 경우에는 다른 알고리즘으로부터 투입받은 값의 유효범위를 설정하는 등의 조치가 있다. ② 불완전한 알고리즘에 의한 오류사고를 방지하기 위한 조치로는, 충분한 양의 고품질 학습용 데이터 세트를 구축하거나, 인공지능이 수행하는 업무 등에 부합하는 머신러닝 알고리즘을 설계하거나, 인공지능 성능을 정확하게 검증하거나, 설명 인터페이스를 탑재하는 등의 조치가 있다. ③ 외부 공격에 의하여 발생하는 오류사고를 방지하기 위한 조치로는, 회피공격 등

에 사용될 수 있는 노이즈 데이터를 인공지능에 학습시키거나, 인공지능 보안상 취약점을 파악하는 레드팀(Red Team)을 운영하는 등의 조치가 있다.[82] ④ 기존에 발생하였던 오류가 재발하는 경우를 방지하기 위한 조치로는, 인공지능의 작동기록을 저장하고 그 기록을 개발자에게 실시간 또는 주기적으로 전송하도록 설계하거나, 인공지능 오류 발생 상황을 모니터링하거나, 발견된 오류가 해소된 업데이트를 제공하는 등의 조치가 있다. ⑤ 이용자의 오용에 의한 오류사고를 방지하기 위한 조치로는, 인공지능을 안전하게 이용하는 방법을 지시하고 위험성을 경고하거나, 인공지능의 성능을 정확하게 표시·광고하거나, 이용자의 잘못된 이용을 막고 올바른 이용으로 유도할 수 있는 설계(풀프루프 설계(Fool-proof Design))를 하는 등의 조치가 있다. ⑥ 출력된 오류에 불완전하게 대처함으로써 발생하는 오류사고를 방지하기 위한 조치로는, 인공지능이 오류를 출력하더라도 안전한 상태가 유지되도록 설계하는(페일세이프 설계(Fail-safe Design)) 등의 조치가 있다.

(2) 이용자의 위험방지조치

다음으로, 이용자의 위험방지조치를 구체화한다. ① 잘못된 입력값 투입에 의한 오류사고를 방지하기 위한 조치로는 적절한 환경에서 인공지능 작동을 개시하는 등의 조치를, ② 불완전한 알고리즘에 의한 오류사고를 방지하기 위한 조치로는 업데이트를 설치하거나 정기점검을 받는 등의 조치를, ⑤ 오용에 의한 오류사고를 방지하기 위한 조치로는 개발자 등으로부터 제공받은 지시·경고 사항을 숙지하고 이를 준수하는 등의 조치를, ⑥ 불완전한 오류대처에 의한 오류사고를 방지하기 위한 조치로는 수행하고자 하는 업무나 자신의 능력에 적합한 인공지능을 선택하거나, 오류가 발생하면 즉시 제어권을 전환받는 등의 조치를 생각할 수 있다.

---

82) 레드팀은 미국의 모의 군사훈련 때 아군을 블루팀, 적군을 레드팀으로 이름 붙여온 데서 비롯되었는데, 이는 조직 내부의 팀이지만, 경쟁자들처럼 생각하고 시뮬레이션하여 기존에 세워진 가설을 검증하고, 취약점을 살피고, 나아가 대안을 제시하는 팀을 말한다. 실제로 구글, IBM, 마이크로소프트, 인텔(Intel) 등은 내부에 레드팀을 운영하여 기업의 정보보안 취약점을 파악하도록 하고 있다. 이상 김은정, "편향을 저격하는 '레드팀(Red Team)'", 「LG Business Insight」 제1387호, 2016, 24-25면 참조.

(3) 심화 : 페일세이프 설계

이하에서는, 위에서 살펴본 위험방지조치 가운데, 페일세이프 설계에 대하여 구체적으로 살펴본다.[83] 머신러닝 방식으로 구현되는 인공지능은 그 알고리즘이 귀납적 방식으로 구현되는 까닭에 오류 발생이 불가피한바, 오류가 발생하더라도 그 오류가 사고로 이어지지 않는 설계, 즉 페일세이프 설계가 중요한 위험방지조치로 주목받을 개연성이 높기 때문이다. 페일세이프 설계는 말 그대로 실패가 일어나도 안전해야 한다는 의미로,[84] 오류가 발생하여 시스템이 정상적으로 작동할 수 없을 때도 그 이용자 등에게 손해를 입히지 않는 상태로 남아 있도록 하는 설계를 말한다.[85] 어떠한 모습의 페일세이프 설계가 적절한지는, 인공지능이 인간의 능력을 '초월'하는 것을 목표로 하는지 아니면 인간의 능력을 '모방'하는 것을 목표로 하는지에 영향을 받는다.

먼저, 인간능력을 '초월'하는 것을 목표로 하는 인공지능에 대한 페일세이프 설계 모습을 살펴본다. 결론부터 말하면, 이때 페일세이프 설계는 인간에 의하여 타당성이 검증된 판단만이 실현될 수 있도록 설계하는 것으로 나타날 수 있다. 즉, 인간을 그 문제의 최종 의사결정자로 두어야 하는 것이다. 다만, 이러한 모습의 페일세이프 설계는 오류사고로 인한 손해가 중대한 경우에 나타날 개연성이 높다. 이러한 인공지능의 대표적 예는 왓슨이다. 왓슨은 인간 의사보다 우월한 치료법을 제안하는 것을 목표로 한다. 그렇기 때문에, 의사는 왓슨이 잘못된 치료법을 추천하더라도, 그 치료법이 잘못되었다는 것을 즉시 판단하기 어렵다. 그 치료법의 적절성을 판단하기 위해서는,

---

83) 학위논문에서는 이상에서 살펴본 각 조치에 대하여 구체적으로 다루지만, 여기에서는 지면의 관계상 위에서 언급한 조치 중 하나인 페일세이프 설계에 대하여만 구체적으로 살펴본다.

84) 양대일, 「네트워크 해킹과 보안」, 한빛아카데미, 2016, 468면.

85) 위와 같음. 이러한 설계의 예로는, 전기로 작동하는 문에 전기가 공급되지 않아 정상적으로 작동하지 않더라도 사람이 건물 안에 갇히지 않게 잠기지 않도록 설계하는 경우(이상 동일문헌 참조), 항공기가 비행 중에 하나의 엔진에 이상이 생겨도 다른 하나의 엔진으로 운행할 수 있도록 설계하는 경우(이상 신인재, 「신 산업안전보건법 해설」, 좋은땅, 2020, 28면 참조), 엘리베이터가 그 케이블이 끊어져 과속으로 내려갈 경우 브레이크가 작동하도록 설계하는 경우(이상 이영준, "오피니언 - 숨어있는 안전의 파수꾼 조속기", https://www.khan.co.kr/opinion/column/article/202010140300055 (2020. 10. 14. 03:01) 참조) 등이 있다.

왓슨이 판단근거로 활용한 임상결과, 연구논문 등을 검토하는 등의 추가적인 노력이 필요하다. 이러한 점을 고려하였을 때, 오류가 사고로 이어지지 않도록 하기 위해서는 왓슨의 판단이 실현되기 전에 의사의 판단을 거치도록 해야 할 뿐만 아니라, 의사에게 왓슨 판단의 오류 여부를 판단할 수 있는 시간적 여유를 충분히 제공해야 한다. 따라서 페일세이프 설계의 모습은 왓슨이 자체적 판단을 기반으로 치료까지 수행하도록 하는 것이 아니라, 의사를 최종적 의사결정자로 두어 의사에게 치료법을 추천하는 정도의 역할에 그치도록 하는 것이다.

다음으로 인간능력 '모방'을 목표로 하는 인공지능을 살펴본다. 이러한 인공지능의 페일세이프 설계의 모습은, 인공지능의 판단을 바로 유효하게 하되 사후에 인간의 개입이 보장되도록 설계하는 모습으로 나타날 수 있다.[86] 즉, 인간을 인공지능의 감독자로 두는 것이다. 이러한 인공지능의 대표적 예는 자율주행자동차이다. 자율주행자동차는 인간의 시각을 모방하여 장애물을 인식하는 것을 목표로 하기 때문이다. 자율주행자동차가 오류를 보일 경우, 가령 앞에 있는 사람을 인식하지 못하고 그대로 주행하는 경우, 인간 운전자는 그러한 판단이 오류임을 즉시 인지할 수 있다. 이러한 점을 고려할 때 오류가 사고로 이어지지 않기 위해서는, 운전자는 자율주행자동차의 작동을 모니터링하고, 오류 발생시 즉시 제어권을 넘겨 받도록 할 필요가 있다. 바꾸어 말하면, 자율주행자동차의 페일세이프 설계는 인간이 제어권을 즉시 넘겨 받을 수 있도록 설계하는 것을 생각할 수 있다.

3. 소결론

지금까지 인공지능 개발자와 이용자의 위험방지조치를 구체화하였다. 개발자의 위험방지조치로는, 페일세이프 설계, 외부환경을 인식하는 하드웨어의 다중설치, 충분한 양의 고품질 학습용 데이터 세트 구축 등이다. 이용자의 위험방지조치로는, 지시·경고 사항의 숙지 및 준수, 업데이트 시행, 인

86) COM/2020/65 final, 21 참조.

공지능 작동 모니터링 등이다. 이러한 위험방지조치가 바로 주의의무로 인정되는 것은 아니지만, 사안의 구체적 사정에 따라 주의의무로 인정될 가능성이 있다.

Ⅳ. 소송법적 측면: 과실 증명

지금까지 과실을 실체법적 측면(Ⅱ. 실체법적 측면: 주의의무 판단, Ⅲ. 실체법적 측면: 위험방지조치 구체화)에서 검토하였다. 여기에서는 과실을 소송법적 측면에서 검토한다. 즉, 인공지능 오류사고 피해자의 과실에 대한 증명부담을 살펴보고, 만약 피해자가 가해자보다 상대적으로 과도한 증명부담을 진다고 판단되면, 그 증명부담을 완화해주는 방법을 제안한다.

1. 증명부담 판단

먼저, 인공지능 오류사고 피해자가 가해자보다 과실 증명에 대하여 과도한 부담을 지는지에 관하여 살펴본다. 이를 위해서 피해자의 증명부담을 '보유정보의 양'과 '전문지식 수준' 이라는 두 가지 기준에서 검토한다. 이 두 기준은 우리 법원이 의료과오소송과 제조물책임소송에서 과실 또는 결함에 대한 증명책임 완화 필요성을 설시하면서 주목한 요소이기도 하다.[87] 이하에서 '보유정보의 양'과 '전문지식 수준'을 기준으로 잠재적 소송당사자들 간의 상대적 우위를 살펴본다.[88]

첫 번째 기준인 '보유정보의 양'을 살펴본다. 잠재적 소송당사자를 보유하고 있는 정보가 많은 순으로 나열하면, 개발자, 이용자, 간접이용자,[89] 제3

87) 대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결; 대법원 2000. 2. 25. 선고 98다15934 판결 등.

88) 학위논문은 인공지능 오류사고로 인한 소송에서 잠재적 피고로 개발자와 이용자를, 잠재적 원고로 이용자, 간접이용자, 제3자를 상정하였다.

89) 간접이용자는, 인공지능을 직접 이용하지는 않지만, 인공지능을 기반으로 한 서비스를 다른 주체를 거쳐 제공 받는 자를 말한다. 이상 AIネットワーク社會推進會議, 報告書 2018－AIの利活用の促進及びＡＩネットワーク化の健全な進展に向けて, 日本 總

자 순이다. 개발자는 인공지능을 개발하였으므로 개발정보를 보유하고 있을 뿐만 아니라, 인공지능 작동정보를 네트워크를 통해 서버로 전송받을 개연성이 높다. 이용자는 인공지능 개발정보를 보유하고 있지는 않지만, 인공지능에 탑재된 작동기록장치에 저장된 정보(작동정보)를 보유하고 있을 수 있다. 간접이용자는 일반적으로 개발정보와 작동정보를 보유하고 있지 않으며, 보유하고 있더라도 사업자적 이용자[90]가 선별적으로 제공한 정보만을 보유하고 있을 수 있다. 제3자는 일반적으로 어떠한 정보도 보유하고 있지 않을 개연성이 높다. 따라서 '보유정보의 양' 면에서 가장 열위에 있다고 할 수 있다.

두 번째 기준인 '전문지식 수준'을 살펴본다. 잠재적 소송당사자를 인공지능에 대한 전문지식 수준에 따라 분류하면, 개발자가 그 우위에 있고, 나머지 소송당사자인 이용자·간접이용자·제3자는 열위에 있다고 할 수 있다. 개발자는 인공지능을 직접 개발한 자로서 그에 관한 전문지식을 갖추고 있다. 반면 이용자는 전문지식을 갖추고 있을 수도 있고 아닐 수도 있다. 사업자적 이용자라면 그 법인 내부에 인공지능 전문가를 두고 있어 전문지식이 있을 개연성이 높은 반면, 소비자적 이용자라면 그에 관한 전문지식 수준이 낮을 개연성이 높다. 간접이용자 및 제3자는 인공지능을 직접 지배한 적이 없는 자로써, 일반적으로 인공지능 기술에 관한 전문지식 수준이 낮을 개연성이 높다.

이상의 내용을 종합하면 다음과 같다. 잠재적 피고인 개발자는 잠재적 원고인 이용자, 간접이용자, 제3자에 비하여 '보유정보의 양'과 '전문지식 수준'의 면에서 모두 우위에 있다. 반면 잠재적 피고인 이용자는 잠재적 원고인 간접이용자, 제3자에 비하여 '보유정보의 양'에서는 우위에 있을 수 있어

務省, 2018. 7., 48-51 참조.

90) 인공지능 이용자는 '사업자적 이용자'와 '소비자적 이용자'로 분류할 수 있다. '사업자적 이용자'는 인공지능을 사업자의 지위에서 이용하는 자로서, 인공지능을 생산활동을 위하여 이용하거나(가령, 산업용로봇을 이용하여 자사 제품을 생산하는 자) 인공지능을 이용하여 서비스를 제공하는 자(가령, 챗봇 서비스를 제공하는 자) 등이다. '소비자적 이용자'는 인공지능을 기반으로 한 서비스 또는 그 기기를 소비생활을 위하여 이용하는 자(가령, 자율주행자동차를 운전하는 자)를 말한다. '사업자적 이용자'와 '소비자적 이용자'의 구분은, 그에게 부담되는 주의의무 수준 등에서 유의미하다.

도, '전문지식 수준'에서는 우위에 있다고 단정할 수는 없다. 요컨대 '개발자'에 대한 소송에서 피해자는 과실에 대한 과도한 증명부담을 진다고 판단할 수 있다. 그러므로 이하에서는, 개발자에 대한 소송에서 피해자의 증명부담을 완화할 수 있는 방안을 강구한다.

2. 증명책임 완화

그렇다면 피해자의 증명부담을 완화할 수 있는 방안은 무엇인가? 입법론이 아닌 해석론의 범위에서는, 사실상 추정 법리를 통하여 증명책임을 완화하는 방안을 생각할 수 있다. 즉, 개발자의 과실로 인한 결과발생을 추정할 수 있을 정도의 개연성이 인정되는 사실을 통해 증명책임을 완화하는 방법이다. 구체적으로 말하면, 인공지능 오류사고를 이유로 개발자를 상대로 민법상 일반불법행위책임으로 손해배상을 청구하는 경우에, 피해자는 '그 오류사고가 개발자의 과실 없이는 통상 발생하지 아니한다는 사정'을 증명함으로써 개발자의 과실을 추정받을 수 있도록 할 필요가 있다.[91]

'그 오류사고가 개발자의 과실 없이는 통상 발생하지 아니한다는 사정'의 예로는, '그 오류사고가 인공지능이 직면할 것으로 예상되는 전형적 상황에서 발생하였다는 사정'을 들 수 있다. 인공지능은 학습 시와 이용 시의 데이터 확률 분포가 유사할 것을 전제로 한다.[92] 따라서 개발자는 인공지능이

---

91) 이와 유사한 태도는 제조물책임소송에서도 찾아볼 수 있다. 우리 법원은 제조물책임소송에서는 "그 사고가 어떤 자의 과실 없이는 통상 발생하지 않는다는 사정" (대법원 2000. 2. 25. 선고 98다15934 판결) 또는 "제품이 통상적으로 지녀야 할 품질이나 요구되는 성능 또는 효능을 갖추지 못하였다는 등 일응 제품에 하자가 있었던 것으로 추단될 수 있는 사실" (대법원 2013. 9. 26. 선고 2011다88870 판결)을 통하여 제조물의 결함 내지 제품의 하자를 추정할 수 있다는 법리를 제시하고 있다. 또한 제조물 책임법 제3조의2는 "위 손해가 해당 제조물의 결함 없이는 통상적으로 발생하지 아니한다는 사실"을 증명하는 경우에는 결함을 추정할 수 있다는 취지로 규정하고 있다. 이러한 제조물 책임법과 유사한 내용은 미국의 제3차 리스테이트먼트에서도 찾아볼 수 있다. 동 리스테이트먼트 제3조는 "사고가 통상적인 제조물 결함의 결과로 발생할 수 있는 종류일 것"이라는 사실의 증명을 통하여 제조물의 결함을 추정할 수 있다는 취지로 규정하고 있다.

92) 日本 経済産業省, AI・データの利用に關する契約ガイドライン - AI 編, 2018. 6., 20.

직면할 것으로 예상되는 전형적 상황을 학습시키고, 그러한 상황에서 인공지능이 정확한 판단을 하는지를 검증할 것이 일반적으로 기대된다고 할 수 있다. 바꾸어 말하면, 전형적 상황을 인공지능에 학습시키거나, 전형적 상황에서 인공지능의 판단이 정확한지를 검증하는 것은, 개발자의 주의의무로 인정될 개연성이 높다는 것이다. 그러므로 인공지능 오류사고가 전형적 상황에서 발생하였다면, '그 오류사고가 개발자의 과실 없이는 발생하지 아니한다는 사정'에 해당하여 과실이 추정될 수 있다.[93]

3. 증거수집 가부

위와 같은 증명책임 완화 법리 제안이 피해자의 증명부담 완화로 이어지기 위해서는, 피해자가 '그 오류사고가 개발자의 과실 없이는 통상 발생하지 아니한다는 사정'을 증명하기 위한 증거자료를 확보할 수 있어야 한다.

그렇다면 이러한 사정을 증명하는 데 필요한 정보는 무엇인가? 결론부터 말하면 인공지능 오류사고의 정황을 담은 정보(인공지능 작동기록 등)가 주요한 증거자료로 활용될 개연성이 높다. 증명책임 완화 법리는 가해자의 행위가 아니라, 가해자의 과실이 있었을 개연성이 높은 사고정황을 통하여 과실을 증명할 수 있도록 하기 때문이다. 그리고 이러한 사고정황에 관한 정보는 인공지능 작동기록장치, 자율주행자동차를 예로 들면 '자율주행 데이터 저장 시스템(Data Storage System for Automated Driving, DSSAD)' 등에 담겨 있을 수 있다.

그렇다면 피해자인 이용자, 간접이용자, 제3자는 인공지능 작동기록 등 오류사고 정황에 관한 정보를 확보할 수 있는가? 피해자가 이용자라면, 인

다만, '그 오류사고가 인공지능이 직면할 것으로 예상되는 전형적 상황에서 발생하였다는 사정'이 '그 오류사고가 개발자의 과실 없이는 통상 발생하지 아니한다는 사정'에 해당하기 위해서는, 인공지능 알고리즘이 개발자가 아닌 다른 자에 의하여 변경되지 않았음을 함께 증명할 필요가 있다. 인공지능 알고리즘이 변경되었다면, 개발자가 인공지능에 전형적 상황을 학습시키고 그 상황에서 인공지능을 검증하였더라도, 인공지능이 전형적 상황에서 오류사고를 야기할 수 있기 때문이다.

93) 다만, 이러한 해석은 인공지능 알고리즘이 개발자 외의 자에 의하여 변경되지 않았어야 가능하다.

공지능 자체에 작동기록을 저장하는 장치가 탑재되어 있고, 그 인공지능을 지배하고 있는 경우에는, 그러한 정보를 보유하고 있을 가능성이 있다. 반면 피해자가 간접이용자 또는 제3자인 경우에는 작동기록 등을 보유하고 있지 않을 개연성이 높다. 인공지능이 자신의 지배 아래에 있지 않기 때문이다. 이러한 경우에는, 증거수집제도 등을 통해 타인이 보유하고 있는 정보를 확보할 수 있는지가 문제된다. 그런데 현행 민사소송법상 증거수집제도인 문서제출명령, 검증목적물제출명령, 조사·송부의 촉탁 등은 그 실효성이 낮은 바, 이러한 제도를 통해서는 인공지능 작동기록 등을 확보하기는 어렵다. 따라서 증거수집제도에 대한 입법적 보완에 관한 연구가 추가로 필요하다.

Ⅴ. 결 론

이 논문은, 인공지능 오류사고에서의 과실 판단 문제에 대해서 크게 세 가지 내용을 다루었다. ① 첫째, '주의의무 판단'이었다. 어떠한 위험방지조치가 주의의무로 인정되기 위해서는 '예견가능성'과 '회피가능성'이 필요하다. 예견가능성을 판단함에 있어서의 핵심문제는 예견가능성 '대상'을 판단하는 문제라고 할 수 있다. 이 논문은 예견가능성 대상은 피해자가 주장하는 위험방지조치가 도출될 수 있는 정도의 위험임을 보였다. 한편 회피가능성을 판단하는 데 있어서 고려할 필요가 있는 주요요소를 제시하였다. 이상과 같은 판단과정을 통해 예견가능성과 회피가능성이 모두 긍정된다면, 피해자가 주장하는 위험방지조치가 주의의무로 인정될 수 있다. ② 둘째, '위험방지조치의 구체화'였다. 이 논문은 실제 발생한 오류사고 등을 기반으로 오류사고를 여섯 가지 유형으로 구분하고, 각 유형별로 개발자 또는 이용자의 위험방지조치를 구체화하였다. ③ 셋째, '과실의 증명'이었다. 인공지능 오류사고 피해자는 개발자에 비하여 과실 증명에 상당한 어려움을 겪을 수 있다. 따라서 이 논문은 '그 오류사고가 개발자의 과실 없이는 통상 발생하지 아니한다는 사정'에 대한 증명을 통하여 과실을 사실상 추정하도록 하여, 피해자의 증명책임을 완화할 필요가 있다고 주장하였다.

이와 같이 이 논문은 서론에서 제시한 세 가지 내용에 대한 논의를 담고 있다. 다만, 이 논문은 인공지능 일반을 다루고, 그 책임주체를 개발자와 이용자로 한정하였으며, 현재의 기술을 기반으로 논의를 진행한 까닭에 여러 한계를 가지고 있다. 즉, 개별 인공지능의 특수성을 반영하지 못하였으며, 인공지능 오류사고에서 나타날 수 있는 다양한 책임주체를 고려하지 못하였다. 아울러, 현재 시점에서의 인공지능 기술을 기반으로 하였기 때문에 앞으로 나타날 인공지능 기술에서는 그 의미가 퇴색될 수도 있다.

그러나 이러한 한계에도 불구하고, 이 논문은 현재 또는 가까운 장래에 나타나는 인공지능의 오류사고를 규율하는 데에 공통으로 적용될 수 있는 내용을 다루고 있는바, 향후 인공지능 오류사고에서 예견가능성과 회피가능성을 중심으로 주의의무를 판단하고, 인공지능 개발자·이용자에게 유의미한 지침을 제공하여 사고를 예방할 수 있도록 유도하며, 과실에 대한 증명책임을 완화하는 데 이 논문이 일조할 수 있기를 기대한다.

과실책임에 의한 인공지능 오류사고 규율가능성 - 김 진 아	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2022.05.30.	2022.06.07.	2022.06.26.

[참고문헌]

국내문헌

단행본

곽윤직, 「채권각론」, 박영사, 2003.
곽윤직 편집대표, 「민법주해 [XVIII]」, 박영사, 2005.
곽윤직 편집대표, 「민법주해 [XIX]」, 박영사, 2005.
김석기·김승열·정도희, 「IT 트렌드 스페셜 리포트(2018)」, 한빛미디어, 2017.
신인재, 「신 산업안전보건법 해설」, 좋은땅, 2020.
양대일, 「네트워크 해킹과 보안」, 한빛아카데미, 2016.
양창수·권영준, 「권리의 변동과 구제」, 박영사, 2021.
오병철, 「법정채권법」, 법문사, 2021.
한국사법행정학회, 「주석 채권각칙(7)」, 2016.
New Scientist (김정민 번역), 「기계는 어떻게 생각하고 학습하는가」, 한빛미디어, 2018 [Machines that Think: Machines that Think: Everything you need to know about the coming age of artificial intelligence].

논문

고학수·박도현·이나래, "인공지능 윤리규범과 규제 거버넌스의 현황과 과제", 「경제규제와 법」 제13권 제1호, 2020. 5.
권영준, "불법행위법의 사상적 기초와 그 시사점", 「저스티스」 통권 제109호, 2009. 2.
권영준, "불법행위의 과실 판단과 사회평균인", 「비교사법」 제22권 제1호, 2015. 2.
권영준, "해킹(hacking) 사고에 대한 개인정보처리자의 과실판단기준", 「저스티스」 제132호, 2012. 10.
김은정, "편향을 저격하는 '레드팀(Red Team)'", 「LG Business Insight」 제1387호, 2016.
김제완, "로봇수술로 인한 의료과오 민사책임에 있어 과실 판단의 문제", 「아주법학」 제14권 제1호, 2020. 5.
박규용, "흡연자의 건강침해에 대한 담배제조사의 제조물책임", 「민사법학」 제40호, 2008. 3.
백경희, "의료사고 민사책임의 성립과 범위에 관한 연구 : 새로운 쟁점을 중심으로", 박사학위 논문, 고려대학교, 2009.
설민수, "머신러닝 인공지능과 인간전문직의 협업의 의미와 법적 쟁점 : 의사의 의료과실 책임을 사례로", 「저스티스」 제163호, 2017. 12.
이동건, "불법행위책임의 목적과 성립요건에 관한 재고", 박사학위 논문, 한국외국어대학교, 2018.
이우영, "영미 불법행위법상의 예견가능성 법리", 「서울대학교 법학」 제49권 제3호, 2008. 9.
장연화·백경희, "왓슨의 진단 조력에 대한 현행법상 형사책임에 관한 소고", 「형사법의 신동향」 통권 제55호, 2017. 6.

정진명·이상용, 인공지능 사회를 대비한 민사법적 과제 연구, 법무부 연구용역 과제 보고서, 2017.
최윤섭, “IBM 왓슨 포 온콜로지의 의학적 검증에 관한 고찰”, 「Hanyang Medical Reviews」 제37권 제2호, 2017. 11.

기타

과학기술정보통신부 등 관계부처 합동, 인공지능 국가전략, 2019. 12.
국토교통부, 자율주행차 윤리 가이드라인, 2020. 12.
금융위원회, 금융분야 인공지능(AI) 가이드라인, 2021. 7.
김요섭, 배달로봇을 활용한 언택트 서비스와 데이터 활용 사례, 2020 제2회 Korea Data Biz Trend 발표자료, 2020. 9.

해외문헌

영어문헌

Abraham, Kenneth S.·Rabin, Robert L., “Automated Vehicles and Manufacturer Responsibility for Accidents: A New Legal Regime for a New Era”, 105 「VA. L. REV.」 127, 2019.
Allain, Jessica S., “From Jeopardy! to Jaundice: The Medical Liability Implications of Dr. Watson and Other Artificial Intelligence Systems”, 73 「La. L. Rev.」 1049, 2013.
Bughin, Jacques·Seong, Jeongmin · Manyika, James·Chui, Michael·Joshi, Raoul, “Notes from the AI frontier: Modeling the impact of AI on the world economy”, Discussion Paper, McKinsey Global Institute, 2018. 9.
Balkin, Jack M., “The Path of Robotics Law”, 6 「Cal. L. Rev. Circuit」 45, 2015.
Bostrom, Nick, 「Superintelligence: Paths, Dangers, Strategies」, Oxford University Press, 2016.
Cardi, W. Jonathan Cardi, “Reconstructing Foreseeability”, 46「B.C. L. Rev.」 921, 2005.
Chagal-Feferkorn, Karni, “The Reasonable Algorithm”, 2018「U. Ill. J.L. Tech. & Pol′y」 111, 2018.
Chung, Jason · Zink, Amanda, “Hey Watson - Can I Sue You for Malpractice? Examining the Liability of Artificial Intelligence in Medicine”, 11 「Asia-Pac. J. Health L. & Ethics」 51, 2018.
Gurney, Jeffrey K., “Sue My Car Not Me: Products Liability and Accidents Involving Autonomous Vehicles”, 2013 「U. Ill. J.L. Tech. & Pol′y」 247, 2013.
Morris, Clarence, “Duty, Negligence, and Causation”, 101 「U. Pa. L. Rev.」 189, 1952.
NHTSA, Automated Driving System 2.0: A Vison for Safety, U.S. Department of Transportation, 2017. 9.
Perry, Stephen R., 「Risk, Harm and Responsibility, in Philosophical Foundations of Tort Law」, 1995.

Rachum-Twaig, Omri, “Whose Robot Is It Anyway?: Liability for Artificial-Intelligence-Based Robots”, 2020 「U. Ill. L. Rev.」 1141, 2020.
Restatement (Third) of Torts, 2010.
Somashekhar, S. P.·Kumar, R.·Kumar, A.·Patil, P.·Rauthan, A., “Validation study to assess performance of IBM cognitive computing system Watson for oncology with Manipal multidisciplinary tumour board for 1000 consecutive cases: An Indian experience”, 「Annals of Oncology」 volume 27, 2016. 12.
US National Science & Technology Concil, The National Artificial Intelligence Research and Development Strategic Plan: 2019 UPDATE, 2019. 6.

일어문헌

野村好弘, “故意ㆍ過失および違法性”, 「公害法の生成と展開」, 岩波書店, 1968.
澤井裕, 「公害の私法的研究」, 一粒社, 1969.
森島昭夫, “藥禍と民事責任(1)”, 「法律時報」 45卷5号, 1973.
澤井裕, “汚惡水論”, 「法律時報」 45卷3号, 1973.
藤木英雄, 「過失犯: 新旧過失論爭」, 學陽書房, 1975.
森島昭夫, 「不法行爲法講義」, 有斐閣, 1991.
平井宜雄, 「債權各論II 不法行爲」, 弘文堂, 1992.
石本雅男, 「無過失損害賠償責任原因論 [第4卷]: 近代法とCulpalevissimaの理論」, 法律文化社, 1993.
潮見佳男, 「民事過失の歸責構造」, 信山社, 1995.
淡路剛久, 「公害賠償の理論, 有斐閣, 2008.
大塚裕史, “[第4講] 過失犯論(1) 過失犯の構造と過失の認定方法”, 「法學セミナー」 通号732号, 2016. 1.
甲斐克則, “過失ㆍ危險の防止と (刑事) 責任の負担 (特集 現代日本社會と理論刑法學の展望)”, 「法律時報」 88卷7号, 2016. 6.
AIネットワーク社會推進會議, 國際的な議論のためのＡＩ開發ガイドライン案, 日本 總務省, 2017. 7.
平野晋, “AI ネットワークと製造物責任 －設計上の欠陷を中心に”, 「情報通信政策研究」 第2卷第1号, 2018.
日本 経濟産業省, AIㆍデータの利用に關する契約ガイドライン － AI 編, 2018. 6.
AIネットワーク社會推進會議, 報告書 2018－AIの利活用の促進及びＡＩネットワーク化の健全な進展に向けて, 日本 總務省, 2018. 7.
大屋雄裕, “技術の統制、統制の技術”, 「法律時報」 91卷 6号, 2019.
AIネットワーク社會推進會議, AI利活用ガイドライン ～AI利活用のためのプラクティカルリファレンス～, 日本 總務省, 2019. 8.
遠藤聰太, “人工知能(AI)搭載機器の安全性確保義務と社會的便益の考慮”, 「法律時報」 91卷4号, 2019. 4.
河上正二, “一般的不法行爲の成立要件”, 「法律時報」 93卷12号, 2021. 11.

독어문헌

Das Plattform Industrie 4.0, “Künstliche Intelligenz und Recht im Kontext von Industrie 4.0”, Deutschland Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, 2019.

【국문초록】

인공지능 오류사고는 인공지능을 이용하는 한 피할 수 없는 문제이다. 인공지능을 작동시키는 알고리즘이 귀납적 방식으로 개발되기 때문이다. 이러한 인공지능 오류사고를 어떠한 귀책원리로 규율해야 하는지에 관한 연구가 활발하다. 그중 적지 않은 연구가 인공지능 오류사고에서는 과실 인정이 어렵다는 등의 이유로, 그에 대한 무과실책임을 주장한다. 이 논문은 이에 대한 비판적 태도에서, 현재 나타나고 있고 가까운 장래에 나타날 것으로 예상되는 인공지능(약한 인공지능)에 집중하여, 인공지능 오류사고를 과실책임으로 규율할 수 있음을 논증하였다. 구체적으로 말하면, 이 논문은 인공지능 오류사고 손해배상책임에 대해 과실 판단을 중심으로 크게 세 가지 쟁점을 다루었다.

첫 번째 쟁점은 '주의의무 판단'이다. 어떠한 위험방지조치가 주의의무로 인정되기 위해서는 ① '예견가능성'과 ② '회피가능성'이 필요하다. 법은 불가능한 것을 요구할 수 없기 때문이다. ① 예견가능성 판단의 핵심적인 문제는 무엇에 대한 예견가능성인지, 즉 예견가능성 '대상'을 판단하는 문제이다. 이 논문은 예견가능성 '대상'은 피해자가 주장하는 위험방지조치 내용의 구체성에 비례하여 정해진다는 판단기준을 제시하였다. 이를 위해 예견가능성 대상에 관한 학계의 논의와 판례의 태도 등을 살펴 기초논의를 진행하고, 불법행위법의 목적에 부합하고 예견가능성의 본질적 역할에 맞는 방향으로 예견가능성 대상에 관한 판단기준을 정립하였다. 나아가 판단기준을 구체화하기 위해, 서빙로봇의 구체적 오류사고를 가정하여 그 상황에서 예견가능성 대상이 어떻게 판단되는지를 논하였다. 만약 ② 예견가능성이 긍정되면 회피가능성에 대한 판단이 필요한데, 이는 비용편익기준, 즉 위험방지조치를 함으로써 희생되는 이익(비용)과 증진되는 이익(편익) 간의 비교형량을 통하여 판단될 수 있다. 이런 차원에서 이 논문은 인공지능 오류사고에서의 비용과 편익의 크기를 가늠하는 데 있어서 고려할 필요가 있는 주요요소를 제시하였다. 그리고 이러한 비용과 편익의 크기를 비교하는 것은 상당한 난도가 있는바, 외적으로 드러난 고려요소인 관행, 기술수준, 공법상 규제 등을 통하여 비용편익기준을 보완할 필요가 있음을 지적하였다.

두 번째 쟁점은 '위험방지조치의 구체화'이다. 이를 위해 이 논문은 실제 발생한 오류사고 등을 기반으로 인공지능 오류사고를 6가지 유형으로 구분하고, 국내외 법률, 법안, 윤리 등을 고찰하여 각 유형별로 개발자 또는 이용자가 할 수 있는 위험방지조치가 구체적으로 무엇인지에 대해 분석하였다. 즉, 개발자 또는 이용자의 주의의무로 인정될 개연성이 높은 위험방지조치를 '잘못된 입력값 투입'에 의한 오류사고, '불완전한 알고리즘'에 의한 오류사고, '외부 공격'에 의한 오류사고, '재발방지 미흡'에 의한 오류사고, '오용'에 의한 오류사고, '불완전한 오류대처'에 의한 오류사고 등 6가지 유형의 인공지능 오류사고별로 제시하였다.

세 번째 쟁점은 '과실의 증명'이다. 인공지능 오류사고 피해자는 개발자에 비하여 낮은 수준의 전문지식과 적은 양의 정보를 보유하고 있어 과실 증명에 상당한 어려움을 겪을 수 있다. 이에, 이 논문은 피해자에게 개발자의 과실을 직접적으로 증명하도록 요구하는 대신에, '그 오류사고가 개발자의 과실 없이는 통상 발생하지 아니한다는 사정', 달리 말하면 '개발자의 과실이 있었을 개연성이 높은 사고상황'에 대한 증명을 통하여 과실을 사실상 추정하도록 하여(간접사실의 증명), 피해자의 증명책임을 완화할 필요가 있다고 주장하였다. '개발자의 과실이 있을 개연성이 높은 사고상황'의 예로는, 오류사고가 인공지능이 직면할 것으로 전형적으로 예상되는 상황에서 발생한 경우를 들 수 있다. 개발자는 인공지능이 처할 것으로 예상되는 전형적 상황을 학습시키고, 그러한 상황에서 정확한 판단을 내리는지 검증할 것이 일반적으로 기대되기 때문이다. 따라서 이러한 전형적 상황에서 오류사고가 발생하였다는 것은, 개발자의 주의의무로 인정될 개연성이 높은 위험방지조치(인공지능이 직면할 것으로 전형적으로 예상되는 상황을 학습시키는 것 등)를 충분히 하지 않았다는 것으로 해석될 수 있다.

이상과 같은 연구결과는 인공지능 일반을 다루고 있어 개별 인공지능의 특수성을 고려하지 못하였다는 등의 한계가 있지만, 현재 나타나고 있고 가까운 장래에 나타날 수 있는 약한 인공지능에 공통으로 적용될 수 있다. 따라서 인공지능 오류사고로 발생한 손해를 귀속시키는 법리를 발전시키는 데 조금이나마 도움이 되기를 기대하여 본다.

【Abstract】

The Possibility of Discipline for Accidents Involving Errors in Artificial Intelligence by Liability for Negligence

Kim, Jinah
(Juris Doctor, Lawyear)

Accidents arising from errors in weak artificial intelligence (hereinafter "AI") are considered unavoidable as long as AI is in use. The further the areas in which AI is applied extend, the more important the issue of attributing liability for damages from AI errors becomes. At the core of this issue is the determination of 'negligence'. This thesis aims to deal with liability for damages from AI errors, with a particular focus on the determination of negligence.

This thesis mainly deals with three issues regarding the determination of negligence.

The first issue is the 'determination of the duty of care'. For a risk prevention measure to be recognized as fulfilling the duty of care, ① 'foreseeability' and ② 'avoidability' are necessary. ① The key to determining foreseeability is to identify the 'subject' of foreseeability. This thesis presents a criterion for determining the subject of foreseeability - that the subject of foreseeability is determined according to the specificity of the risk prevention measure called for by the aggrieved. As a basic study for presenting such a criterion, this thesis reviews the related debates within academia and the tendencies of court

decisions regarding the subject of foreseeability. Then, in order to examine the specific applicability of the criterion, this thesis hypothesizes an incident involving an error in a serving robot to examine how the subject of foreseeability could be determined in such a situation. ② Once foreseeability is established, avoidability needs to be determined. Avoidability can be determined using cost-benefit criteria. In other words, it can be determined through a balancing test between the interests that are sacrificed (costs) and the interests that are promoted (benefits) by a risk prevention measure. Thus, this thesis presents key factors that need to be considered in measuring the scale of the costs and the benefits related to an incident involving an AI error. However, it is difficult both to measure the absolute scale of costs and benefits and to compare their relative scales. Therefore, it is necessary to supplement the cost-benefit criteria with external factors to be considered, such as customary practices, technology level, and regulation by public law, etc.

The second issue is the 'development of specific risk prevention measures', which must be discussed preemptively in order to improve the accident prevention effect and to minimize unnecessary lawsuits. Against this backdrop, this thesis classifies accidents involving an AI error into six categories based on actual accidents and attempts to develop specific risk prevention measures that developers or users can take. To begin with, this thesis reviews the laws, legislative bills, and ethical standards at home and abroad in order to identify the proper direction and then analyzes several leading risk prevention measures. Then, it proposes risk prevention measures for developers and users to prevent the six respective types of AI error accidents.

The third issue is the 'proof of negligence'. People aggrieved by AI error accidents may encounter significant difficulties in proving negligence due to the relatively low level of related professional

knowledge and insufficient data compared to those of developers. This thesis argues that it is necessary to alleviate the victim's burden of proof by allowing for deemed negligence by way of proving a 'situation in which the developer is likely to have committed negligence (proof of indirect facts). In proving indirect facts, the operation record of AI is likely to be used as key evidence. However, if the victim does not possess the operation record, some legal means are required so as to secure this record. Nevertheless, the evidence collection rules under the current laws have their limitations in that they are not effective. This thesis emphasizes the necessity to supplement these through legislative efforts.

After touching upon the determination of negligence in AI error accidents centering on these three issues, this thesis deals with the legal grounds for liabilities for compensation. In particular, it examines the application of general tort, product liability, and structure liability as well as the possibility of analogical applications of supervisor liability, vicarious liability, and animal possessor's liability. It then draws the conclusion that a person aggrieved by an AI error accident may seek compensation based on general tort, product liability (in the case where AI is installed on hardware), and structure liability (in the case where AI is installed on a structure).

주제어(Keywords) : 인공지능(artificial intelligence), 손해배상책임(liability for compensation), 오류(error), 과실(negligence), 주의의무(duty of care), 예견가능성(foreseeability), 회피가능성(avoidability), 과실증명(proof of negligence)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제105호 2022년 6월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2022.105.129

법조 분야 인공지능 기술의 도입을 위한 고려 사항

- 상표 유사도 평가의 경우를 사례로

남 구 현*

목 차

Ⅰ. 머리말
Ⅱ. 법조 분야 인공지능 기술 도입의 고려 사항
1. 기술적 요소
2. 법리적 요소
3. 신뢰성과 인공지능 연산 결과의 객관성
Ⅲ. 사례 예시 : 상표권 분쟁에서 상표 유사도 평가의 인공지능화
1. 관련 인공지능 기술의 현황
2. 기존 기술과 비교한 인공지능 기술의 효율성
3. 상표의 유사도 평가를 위한 인공지능 기술 활용의 현실과 한계
Ⅳ. 법실무에서 인공지능 기술 도입 및 활용
1. 필요성
2. 고려 사항
3. 상표권 침해 분쟁의 유사도 평가 사례
4. 법조 분야에서 도입 검토 중인 기술에 대한 논의
Ⅴ. 결론

Ⅰ. 머리말

법조 분야의 인공지능 기술 도입 시도가 현실화되고 있다. 인공지능이 시대의 화두로 떠오르면서 우리 사회의 많은 영역은 접목을 도모하고 있고 실제로 전산이나 산업 분야뿐 아니라 예술이나 사회과학 분야에서도 좋은 성과를 생산하고 있어, 법조 분야나 사법 제도의 효율성 및 신속성 제고를 위해 인공지능 기술을 활용해야 한다는 의견이 있다.[1] 물론 아직 국내에서

* 국민대학교 기계공학부 조교수, 고려대학교 법학과 박사과정.

는 대중의 막연한 관심 수준이나 일부 전문가들이 그 가능성을 검토하는 단계에 그치고 있지만, 미국을 위시한 인공지능을 선도하는 세계 각국에서는 변호사와 같은 법적 조언자 역할[2]을 하거나 심지어 에스토니아와 중국, 말레이시아 등의 국가에서는 재판에서 법관[3]이나 범죄 사건에서 검사[4]의 역할을 대체하는 인공지능 시스템을 개발하고 운용하는 수준에 이르렀다.

그러나 인공지능이 모든 종류의 문제를 해결해 줄 수 있는 만능키가 될 수는 없다. 이미지를 통해 사물을 인식하는 기술이든 화가와 같이 창의적으로 작화하는 인공지능 기법이든 특정 문제를 해결하는 방법을 고안하여야 하고 나아가 합리적 수준의 효율성을 획득하기 위한 연구와 개발이 필요하다. 즉, 어떤 인공지능 기술이 특정 분야에 고도로 발전된 성능을 확보하였다고 해서 언제나 다른 분야나 용처에서도 적합하거나 합리적 용도로 쓰일 수 있는 것은 아니며, 심지어 그릇된 기술의 활용은 부정적 결과를 도출할 위험을 지니기도 한다.[5]

따라서 인공지능 기술이 실효성을 가지기 위해서는 기술이 적용되는 분야의 특성을 먼저 면밀히 고려하여야 한다. 법조 분야는 법조 분야의 특성, 즉 어떤 기술을 도입하고 사용하는 과정의 명확성과 적정성, 그리고 이 기술을 통해 얻어지는 결과의 신뢰성이 높은 가치를 가지는 환경과 조건을 기술 개발과 도입, 활용에 고려하여야 한다. 물론 인공지능 기술이 보편적으로 높은 효용을 평가받는 효율성의 요구는 당연히 반영되어야 할 것이다.

---

1) Weslei Gomes de Sousa, et al, “Artificial intelligence and speedy trial in the judiciary: Myth, reality or need? A case study in the Brazilian Supreme Court (STF)", *Government Information Quarterly*, 2021, pp. 1-2, 11.; 이명민, "인공지능, 법 그리고 민사소송", 「안암법학」, 제57권, 2018, 46, 53-54면.

2) Graham Greenleaf, Andrew Mowbray, and Philip Chung, "Building sustainable free legal advisory systems: Experiences from the history of AI & law“, *Computer Law & Security Review*, Vol. 34. No. 2, 2018, pp. 314-326.

3) Wang Nyu and Tian Michael Yuan, ‘Intelligent Justice’: AI Implementations in China’s Legal Systems, Artificial Intelligence and Its Discontents. Palgrave Macmillan, 2022, pp. 197-222.

4) 곽노필, 중국서 기소까지 하는 인공지능 검사 등장, 「한겨레신문」, 2022. 1. 5.

5) 손영수, 이우진, “빅데이터 분석을 통한 인공지능 오용 사례에 대한 연구", 「한국 IT 정책경영학회 논문지」, 제12권 6호, 2020, 2112, 2116면.

본 논문에서는 법조 분야에 인공지능 기술 도입을 검토할 때 고려해야 할 요소들에 대해 살펴본다. 이를 통해 인공지능 기술이 어떤 요소를 갖춰야 하고 합리적으로 활용되기 위해 고려해야 할 점들은 무엇인지에 대해서도 생각해 볼 기회가 될 것이라 본다. 나아가 아직까지 인공지능 기술이 우리 사법 제도에 구체적으로 적용된 실례가 없으므로 상표권 침해 분쟁에서 유사도 판정을 사례로 인공지능 기술 도입 가능성을 타진해 보고 문제점이나 실제 활용 단계에 필요한 보완점 등을 살펴본다.

이러한 논의는 가까운 미래 법조 분야에 대두될 인공지능 기술 도입을 위한 사회적 준비로써 하나의 건설적인 출발점이 될 것이라 기대한다.

Ⅱ. 법조 분야 인공지능 기술 도입의 고려 사항

법조 분야에 어떤 특정 인공지능 기술을 도입하기 위해서는 다른 여느 분야에서 그렇듯이 인공지능 시스템 또는 서비스의 효율성과 안정성, 그리고 기대하는 결과의 신뢰성이 상황과 환경에 적합한 수준에 도달할 수 있어야 한다. 법무 분야의 경우, 이러한 조건들뿐 아니라 인공지능 기술 도입의 목적과 동작 원리 및 과정의 명확성과 정당성, 적정성 등이 확보되어야 할 것이다. 위에서 언급한 인공지능 도입을 위해 검토하여야 할 조건 중 전자를 기술적 요소라고 한다면, 후자는 법리적 요소라고 분류할 수 있을 것이다.

인공지능 기술을 도입하는데 필요한 요소들 또는 고려하여야 할 사항들에 대해서 살펴보도록 한다.

1. 기술적 요소

인공지능 기술이 활용되는 분야는 셀 수 없을 정도로 다양하고 그 각각의 분야에서 인공지능 기술에 대해 기대하는 기능과 수준, 성질 등은 매우 상이하다. 예를 들어, 인체의 엑스레이 사진을 분석하여 질병을 발견하고 이에 대한 치료법을 고안하는 인공지능 기술에 기대하는 고도의 정확성은 소

설이나 미술 작품을 인간의 도움 없이 창작하는 인공지능 서비스에서는 기대되는 성질이라고 할 수 없다. 반면 감시카메라에 스쳐 가는 행인들 사이에서 행동 패턴을 분석하여 실시간으로 범죄자를 발견하는 기술이 고속의 처리 속도를 필요로 하는 데 반해 상기한 의료 분야에서 사용되는 인공지능 기술은 일반적으로 처리 속도에 높은 우선순위를 기대하지는 않는다. 그렇다면 다양한 법조 분야에서 사용되는 인공지능 기술이 어떤 요소들을 지녀야 하는지는 새로이 기술을 도입하는 데 있어 반드시 검토하고 고려하여야 할 중요한 사항이라 할 것이다.

법조 분야에 인공지능 기술을 사용함에 있어 그 기술은 마땅히 그 분야에서 중요하게 여기는 고유한 가치나 근본, 철학에 충돌 없이 순응하여야 하는데, 이는 주로 기술의 구현보다는 적용과 운용 단계에서 결정되는 성질이라 할 수 있으므로 순수한 기술적 요소와는 분리되어 논의되어야 한다. 따라서 인공지능 기술의 적용을 위해 고려하여야 할 기술적 요인을 먼저 살펴보고 법실무 또는 법리적 요소에 대해서는 아래에 따로 논의해 보도록 한다.

인공지능 기술은 시대의 화두로 현재 그 어떠한 최첨단 기술보다 그 이름이 널리 알려져 있다. 그럼에도 불구하고, 기술적 복잡성과 실체의 모호성으로 인해 대중의 이해도는 그리 높지 않다. 더욱이 로봇이나 강한 인공지능 등 소설과 영화 등에서 기인한 상상력에 의해 왜곡된 이미지로 인해 대중에게 필요 이상으로 잘못된 인식이 퍼져있는 것 또한 사실이다.[6] 이러한 이유로 인공지능 기술이 인간의 사회적 활동의 깊숙한 내면에 직접적으로 영향을 끼칠 수 있는 법률 분야의 활용은 그것이 널리 사용된 바 없는 현시점에서는 심리적 저항감이 큰 것이 현실이다.[7] 따라서 인공지능 기술이 사용되기 위한 당위성이 요구될 수밖에 없는데, 인공지능 기술에 있어서도 여타 다른 기술들과 같이 이러한 당위성을 도출할 수 있는 일차적 근거는 바로 기술적 효율성(efficiency)이다. 특히 앞서 언급한 바와 같이 인공지능은

6) 남구현, “인공지능에 대한 오해의 불식을 통한 형사법과의 관계 고찰”, 「법학논총」 제34권 1호, 2021, 189-190.

7) 도은영, 이국희, 정지은, "사건 관여도와 심각성이 인공지능 판결에 대한 수용도에 미치는 효과", 「인지과학」 제32권 4호, 2021, 171-172면.

아직 그 도입에 있어 대중의 심리적 저항감이 현저할 수밖에 없으므로 고도의 효율성이 요구될 것이다. 더욱이 법조 분야의 인공지능 기술이 새로이 도입되는 다소 미성숙한 단계에서는 절대적 다수의 신뢰를 이끌어낼 수 있는 기술적 완성도를 확보하기는 어렵기 때문에, 이러한 고도의 효율성은 더욱더 강조될 수밖에 없다.

법무 분야에 인공지능 기술의 도입을 위해 중요하게 고려되어야 할 또 다른 요소는 안정성(stability)과 신뢰성(reliability)이다. 여기서 안정성은 특정 상황이나 외부 환경에 의해 목적으로 하는 동작을 수행하지 못하거나 현저한 오류를 발생시키지 않는 정도를 의미하며, 신뢰성이란 결과가 주어진 기준 또는 규칙에서 합리적이고 정확하게 도출되는 수준을 뜻한다. 이 중 안정성이 하드웨어 및 소프트웨어적 기술 개발과 유지, 보수 등으로 실현할 수 있는 다분히 기술적 측면이 강하다면, 신뢰성은 컴퓨터 및 전산, 논리, 통계학적 기술 이외에 집단적 가치관, 사회 문화 및 시대적 관념, 여론, 사상 등을 바탕으로 대중에 의해 그 결과가 합리적이라 평가받을 수 있도록 하는 설득적 측면이 요구된다.

일반적으로 수학 공식이 도출한 수치나 물리 현상의 해석과 같이 고도의 객관적 판단 결과는 신뢰성을 확보하기 위한 설득이 불필요하며, 이러한 이유로 논리 및 통계 연산을 근간으로 하는 인공지능 기술은 신뢰성이 기본적으로 확보되어 있다고 생각할 수 있으나 이는 옳지 않다. 우선 인공지능 기술이 어떤 결과를 도출하기 위해 사용하는 데이터가 주관성을 띤다면 도출된 결과는 일반적으로 객관성이 훼손된다. 심지어 객관적 데이터를 바탕으로 도출된 결과도 높은 수준의 주관성을 띨 수도 있다. 따라서 인공지능 기술이 도출하는 결과의 객관성은 넓은 범위에서 다양한 양상이며 이러한 이유로 기술의 종류에 따라 신뢰성의 수준 검토를 위해 반드시 고려하여야 하는 요소이다. 물론 인공지능 기술에 의해 도출된 결과의 객관성만이 신뢰성을 결정짓는 것은 아니지만, 다소 불명확하고 유동적인 요소들과 분리하여 신뢰성을 평가하는 것이 현실적이다.

이미 지적한 바와 같이, 인공지능 기술의 사용상 안정성은 다분히 기술적이고, 구체적으로는 시스템의 하드웨어와 소프트웨어의 완성도와 운용 숙

련도에 달려 있다. 따라서 이는 단순한 기계적 지표로 평가가 가능하므로 도입 분야나 환경에 따른 별도의 논의가 필요한 검토 요소라고 할 수는 없다. 반면 기술의 신뢰성은 판단 결과의 객관성에 대한 대중의 인식과 관련된 문제이므로 조건에 따른 입체적이고 다각도의 검토가 필요하다. 이에 대해서는 아래에서 자세히 논의하겠다.

2. 법리적 요소

본 논문에서 논의하고 있는 법조 분야의 인공지능 기술 활용은 현존하는 사법 체계와 독립적으로 동작하는 기능이나 절차를 그 대상으로 하는 것이 아니라 현재 법무에서 도구적 또는 부가적으로 활용되는 경우로 국한하고 있다. 따라서 도입의 검토 대상이 되는 인공지능 기술은 궁극적인 법적 목적을 이루기 위해 전제되어야 하는 철학이나 규정, 규칙을 인정해야 하며 기존의 법질서나 가치를 저해하여서는 안 된다. 즉, 인공지능 기술의 도입을 검토하는 어떠한 환경과 상황에서도 기존 사법 체제의 법리적 근본과 원칙은 일종의 전제 조건으로서 고려되어야 함은 물론이다. 이러한 기존 법적 전제 조건 이외에 인공지능 기술의 도입을 위해 추가적으로 고려해야 할 법리적 요소로 명확성과 적정성을 논해볼 필요가 있다.

우리 사법 체계의 대표적 법리 중 하나인 "명확성의 원칙"에서 강조하는 법률 및 그 집행의 명확성이 인공지능 기술의 도입을 통해 저해되어서는 안 되고 나아가 이를 증진할 수 있도록 노력하여야 한다. 이를 위해, 인공지능 기술이 어떤 특정 법실무나 행정에 도입되어 활용되기 위해서는 기술적 세부 내용으로서 동작 원리와 사용 또는 학습 데이터, 그리고 연산 환경이나 과정 등의 총체적 운용 정보가 모든 이에게 명확하게 제공되어야 한다. 이를 통해서 기술의 사용으로 인한 특정인의 불이익이 발생할 수 있는 상황을 방지하거나 피해를 구제할 수 있고 나아가 혹자가 가질 수 있는 형평성에 대한 의문으로부터 자유로울 수 있다. 예를 들어, 동일한 인공지능 시스템이라 할지라도 대상에 따라 상이한 설정이나 환경을 적용하여 운용하는 불합리함을 상기한 바와 같은 정보의 제시를 통해 견제할 수 있다.[8] 비록

기술 및 운용의 세부 내용의 공개가 이를 이용한, 예컨대 기술적 또는 절차적 맹점을 회피하여 특정인이 이익을 얻을 수 있다는 약점이 존재하더라도, 이러한 명확성의 확보를 포기하거나 거부해서는 안 된다. 인공지능 기술 사용의 명확성은 비단 피해의 구제와 형평성뿐 아니라. 효과적인 법집행을 위해서도 필요한 요소다.[9] 불명확한 기술의 사용은 법적 판단에 오히려 불명확성을 가중시키며, 불명확성에 의해 신뢰도와 설득력이 감소된 판단 결과는 소송 당사자들의 의사 소통을 방해하여 소송을 연장시키고 더욱 많은 업무 비용과 노력을 요구하게 된다.

인공지능 기술의 도입 및 사용에 있어 "적정성"도 고려되어야 하는 사항이다. 적정성 또한 형법상 원리로서 또는 민사 분쟁이나 기타 법무 행정에서 원칙으로서의 의미와 취지를 인공지능 기술에 의해 훼손되지 않고 되도록 증진할 수 있도록 고려되어야 한다. 즉, 인공지능 기술을 도입하거나 사용하는 것은 합리적으로 필요한 곳에 적절한 수준과 정도로 제한되어야 한다는 것이다. 이는 형사뿐 아니라 민사 분쟁에서도 인공지능 기술의 사용 정도나 범위에 따라 일방의 유불리 차이가 유동적일 수 있기 때문이다. 예컨대 정신 감정 등과 같은 전문가 증언을 대체하는 인공지능 기술이 형사재판에 활용되는 경우, 분석 범위와 사용 데이터가 다양해질수록 대체로 피고인에게 불리하게 작용할 여지가 있다. 또한, 예를 들어 상표권 분쟁에서 상표의 유사성 분석이나 대물 손상에 대한 손해배상 청구 사안에 필요한 피해 분석 등에서, 분석 대상인 데이터의 해상도나 색감의 정밀도가 높을수록 피고에게 불리할 수밖에 없다. 따라서 법적 안정성과 형평성을 위해 인공지

8) 예컨대 알파고와 대적하여 1승을 거둔 이세돌을 단 1승도 기록하지 못한 중국 바둑 기사 커제와 단순 비교할 수 없다는 사례를 생각해볼 수 있다. 이세돌과 맞붙은 알파고와 비교하여 커제와 대국한 알파고는 기술적 원리에서는 동일하지만, 신경망의 깊이를 증가시키고 학습 방법에 효율성을 높인 변형이라 알려져 있다. 넓은 범위에서 동일한 인공지능 시스템이라 하더라도 당시 최신 알파고와 대국한 커제는 구형 알파고와 경기를 했던 이세돌과 비교하여 억울할 수밖에 없다. 이러한 일들이 법조 분야에서 사용되는 인공지능 시스템과 결부되어 발생한다면 이는 명백히 명확성 문제의 범주라 할 수 있을 것이다.

9) Benjamin Alarie, Anthony Niblett, and Albert H. Yoon, "How artificial intelligence will affect the practice of law", *University of Toronto Law Journal,* Vol. 68, supplement 1, 2018, pp. 120-121.

능 기술의 사용은 그 적정성이 분명히 확립되어야 한다.

앞서 논의한 기술적 요소의 안정성과는 달리 법리적 요소는 기계적 지표로 단순히 도입 여부를 평가할 수 있는 성질을 가지지는 않는다. 다만, 법리적 요소는 어느 인공지능 기술이 개발되고 도입되는 단계가 아닌 운용 단계에서 주로 결정된다. 따라서 인공지능 기술의 도입에 있어 법리적 요소에 대한 고려는 그 기술의 도입 여부 판단이 아닌, 기술을 어떻게 사용해야 하는지에 관련한 문제[10]이므로, 본 논문에서 이상의 논의를 더 나아가지는 않겠다.

3. 신뢰성과 인공지능 연산 결과의 객관성

앞서 언급했던 바와 같이 법조 분야에 인공지능 기술의 도입을 위해 고려되어야 할 여러 가지 요소들은 대체로 직관적인 평가가 가능하다. 예컨대 특정 인공지능 기술의 안정성이 부족하다고 평가되면 채택하지 않는 것이 합리적이고, 다른 요소들이 모두 필요로 하는 일정 수준을 만족하지만 법리적 근거만이 부족하다고 할지라도 운용상 보완이 가능하다면 도입을 할 수 있다는 식이다. 그러나 이미 논의한 바와 같이 기술의 신뢰성은 다소 상대적 개념이며 시대와 상황에 따라 가변적 성질을 띠기 때문에 이를 평가하기 위해서는 세밀한 검토가 필요하다. 이러한 신뢰성은 결국 특정 인공지능 기술이 도출한 연산 결과에 의해 결정되고 연산 결과로써 신뢰성을 평가하는 유일한 척도가 바로 객관성이므로 결국 우리는 도입을 검토하는 대상 인공지능 기술이 도출하는 결과의 객관성을 평가 지표로 삼을 수밖에 없다.

앞서 인공지능 연산 결과의 객관성은 입력 또는 학습 데이터의 주관성뿐 아니라 연산 과정에서 첨가되는 주관성에 의해서 결정된다고 부연한 바 있다. 따라서 어떤 대상의 객관성을 평가하기 위해, 객관적 연산 결과의 도출을 목표로 수행되는 연산에 있어 주관성이 부여되는 이 두 가지 경우를 각각 살펴보고, 궁극적으로 도출되는 판단 결과의 객관성에 대해 논의해 본다.

---

10) 물론 사후 운용 과정에서의 한계나 문제점 등이 명백하게 예측된다면, 이를 근거로 도입 여부를 평가할 수는 있을 것이다.

(1) 입력 또는 학습 데이터에 따른 분류

데이터는 객관적 데이터와 주관적 데이터로 분류[11]할 수 있으며 이 둘은 상호 배타적이다. 또한, 객관적이지 않은 데이터는 모두 주관적 데이터라고 할 수 있다. 객관성과 주관성은 철학과 통계학에서 논의되어 온 오래된 주제로, 이들 분야에서 인간의 감각 기관을 거쳐야 수집되거나 해석되는 데이터는 주관적 데이터라고 정의한다. 선호도, 호감도 등등 지극히 주관적이라 생각되는 데이터부터 맛이나 감촉 등도 주관적 데이터의 범주에 포함된다. 반면 수치나 수량, 빈도 등 인간의 감각 기관을 거치는 것과 무관히 절대적인 정도를 나타내는 데이터는 객관적 데이터라 한다. 주의해야 할 점은, 평균이나 분산 등 표본 데이터 집단의 통계적 수치의 경우, 통계를 위한 데이터 수집 행위의 주관성에 의해 주관적 데이터로 분류된다는 점이다. 이에 관한 내용은 아래에 다시 논의하도록 한다.

당연한 이야기지만 주관적 데이터를 사용해서 도출된 결과는 객관적일 수 없다. 또한, 객관적 데이터를 사용한 경우에도 연산의 성격이나 종류, 과정에 따라 결과의 주관성이 유입될 수 있다. 예컨대 세계 각 지방의 온도와 극지방 빙하 분포 데이터를 통해 지구 온난화 추이를 분석하는 시스템의 경우, 주어진 데이터와 그것을 이용하여 도출하는 결과와의 관계를 고려해 보면, 그 연산의 객관성은 대체로 신뢰할 수준이라 유추될 것이다. 반면 세계 각 지방의 온도와 관광객 수의 변화 데이터를 통해 세계 관광업의 유행 추이 분석 시스템이 있다면 그 시스템이 연산에 사용하는 입력값이 객관적 데이터의 조합임에도 불구하고 데이터의 연관성 및 도출 과정에 고려되기 힘든 수많은 변수의 존재로 인해 결과의 객관성은 상대적으로 낮을 것이라 예상할 수 있다.

따라서 특정 인공지능 기술을 도입하고 사용할 때, 신뢰성 제고를 위해 연산 결과의 객관성을 확보하여야 하는데, 이를 위해서 최우선적으로 사용 데이터의 객관성 확보가 중요한 의미를 지닌다고 할 수 있다. 나아가 연산

11) 참고로 데이터의 분류 중 수치형(numerical), 범주형(categorial), 순위형(ordinal), 명목형(nominal) 자료 등의 방식과 객관성 및 주관성과는 직접적인 관련은 없다. 예컨대 범주형 자료도 남자와 여자 같이 객관적 데이터일 수 있고 좋다와 싫다와 같은 주관적 데이터일 수 있기 때문이다.

과정에서 발생하는 주관성을 줄이고 가능하다면 객관성을 부여하는 것이 필요하다. 즉, 어떤 데이터를 사용했는지, 그리고 그 데이터를 통해 어떤 결과로 이어졌는지가 매우 중요한 고려 사항이 된다. 이를 위해서 사용 데이터는 되도록이면 객관적 데이터이어야 할 것이며, 사용 데이터의 주관성이 높다면 결과로 이어지는 연산 과정에 더욱 면밀한 관리가 필요하다.

(2) 알고리즘, 연산에 따른 분류

사용 데이터뿐 아니라 그 데이터로부터 결과로 이어지는 연산 과정도 판단 결과의 객관성을 결정지으므로 특정 인공지능 기술이 도출하는 결과의 신뢰성 평가에 중요한 고려 대상이 되어야 한다.

철학 또는 통계학에서는 사고의 객관성 및 주관성을 형이상학적(metaphysical) 객관성 및 주관성과 인식론적(epistemological) 객관성 및 주관성으로 분류한다.[12] 형이상학적 객관성은 절대적[13]으로 객관적인 경우를 의미하며, 이 상태를 획득하거나 유지하기 위해서는 반드시 연산이나 판단에 사용되는 데이터는 객관적 성질이어야 한다. 수치와 같은 절대적 값이나 빈도와 같은 데이터가 사용되는 연산이나 통계, 자연과학 중에서 양자역학 등의 분야가 이에 해당한다. 반면 형이상학적 주관성은 인식론적 객관성과 인식론적 주관성으로 나누어지며, 복수의 인간이 특별한 형식의 학습이나 인지가 불필요한 조건에서 동일한 결과의 인식에 이를 수 있느냐를 기준으로 객관성과 주관성을 구분한다. 따라서 앞서 언급한 객관적 데이터의 통계적 연산 결과로서의 데이터는 주관적(구체적으로는 형이상학적 주관성) 데이터지만 인식론적 객관성을 띤다고 할 수 있다.

일반적으로 통계학 또는 통계적 지식과 기술에 기반을 둔 대부분의 인공지능 기술이 도출하는 연산 결과에서 형이상학적 객관성을 띠기는 쉽지 않다. 따라서 이러한 상황에서는 객관성을 증진하기 위해서 인식론적 객관성의 극대화를 도모하여야 한다.

---

12) Arnold Baise, "The objective - subjective dichotomy and its use in describing probability", *Interdisciplinary Science Reviews*, Vol. 45, No. 2, 2020, pp. 176-183.

13) 여기서 절대적이란 표현의 의미는 인간의 감각이나 인식의 여부와는 무관한 상태를 뜻한다.

(3) 판단 결과의 객관성

기술의 신뢰성을 대중에게 인정받기 위해서는 그 시대의 규범, 문화, 여론, 보편적 가치관이나 감성 등 변화무쌍한 사회적 요인들이 반영된 요소가 고려되어야 한다. 이러한 가변적 요소를 반영하지 않고도 신뢰성을 보장할 수 있는 유일한 초월적 조건은 절대적 객관성, 즉 형이상학적 객관성이 확보된 결과를 도출하는 시스템의 고안이지만 상기한 바와 같이 이것은 불가능에 가깝다. 따라서 대중의 보편적 수준의 객관성을 획득하기 위해서, 인식론적 객관성을 극대화하는 방법이 유일하다고 할 수 있다. 이를 위해서는 될 수 있으면 객관적 데이터를 사용하고, 이것이 힘들다면 데이터의 객관성을 극대화할 수 있도록 노력하여야 한다. 다시 말해, 수치나 수량 등으로 의미를 가지는 객관적 데이터를 사용하도록 노력하고, 선호도나 합리성 등의 주관성이 높은 데이터도 적절한 통계적 기법을 통해 수치화하거나 "비교"나 "차이"와 같이 객관적 데이터에 준하도록 가공하여 객관성을 증진하도록 애써야 할 것이다.[14] 나아가 데이터 수집 및 처리 방법과 과정에서도 객관성을 높이고 주관성을 감소시키는 방향으로 기술을 정비하여야 한다. 예를 들어, A와 B라는 제품의 단순 선호 조사를 통해 선호도 결과를 도출하는 것보다는, A, B, C, D, E 각 제품의 선호 비교 조사를 통해 A와 B 제품의 선호 강도를 파악하여 이를 선호도 비교에 반영하면 더욱 객관성 높은 결과[15]가 도출될 수 있다.

종합하자면, 어떤 인공지능 기술을 법조 분야의 실무에 도입할 때, 사용 데이터 및 연산의 종류와 과정 등에서 결과의 객관성을 추정하고 그것이 대중이 그 기술의 사용에 대해 신뢰할 수 있는 정도에 미치지 못한다면 데이터 또는 연산의 객관성을 재고할 방법 여부 등의 추가적 판단이 도입 여부를 결정하는데 필요할 것이다.

---

14) Laura Erhan, et al., "Analyzing objective and subjective data in social sciences: Implications for smart cities", *IEEE Access*, Vol. 7, 2019, pp. 19890-19906.

15) Louis L. Thurstone, "A law of comparative judgment", *Psychological Review*, Vol. 34, No. 4, 1927, pp. 273-286.

Ⅲ. 사례 예시 : 상표권 분쟁에서 상표 유사도 평가의 인공지능화

지금까지 인공지능 기술을 법조 분야에 도입하여 사용하기 위해 고려되어야 할 요소들을 논의하였다. 물론 아직 우리나라에서 특정 인공지능 기술이 법실무에 도입된 바는 없기에 이러한 논의를 구체적으로 적용하여 검토할 수 있는 대상이 되는 사례 또한 존재하지 않는다. 그렇다면 인공지능 기술의 도입이 시급하게 검토되어야 할 분야를 찾고 이를 미리 논의해 보는 것이 의미를 가진다고 할 것이다.

물리적 형체를 가지는 존재들과 비교하여 지식재산권은 권리 침해 분쟁 조정에서 그 고유의 무형적 성질에 기인하는 여러 가지 난해점을 가지고 있다. 그중에서 상표법 제108조제1항 제1호, 동법 제119조제1항 제1호, 동법 제225조에서 침해로 규정하고 있는 “유사한 상표”에 대한 판단은 그 주체가 누가 되든 지극히 주관적 사고의 결과일 수밖에 없으므로 명쾌하고 정확하다고 평가되는 판단 결과를 얻기가 어렵다.[16] 더구나 “유사성”은 대중의 “오인”과 “혼동”의 원인이 되는 성질이어야 하므로 법관이나 전문가의 개인적 판단만으로 그 의미가 부여될 수도 없다. “유사하다”는 표현과 같은 집단적 인식이나 감정 등을 가늠하기 위해 사회과학 분야에서 주로 사용되는 것이 설문조사며, 실제로 우리 법원도 소송당사자들이 제출한 설문조사 자료를 판결의 근거로 사용한 바 있다.[17]

그러나 설문조사는 하나의 사안에 대해서도 조사 항목이나 방법, 방식 등에 따라 결과가 가변적일 수 있어 재판에서 원고와 피고가 상반된 조사 결과를 제시하면 혼란이 야기될 수 있다. 또한, 설문조사의 결과를 해석하고 판결에 적용하는 데 있어서도 절대적이거나 보편적 기준이 없어 결국 신뢰 높은 결과를 도출하기 힘들다.[18]

---

16) 류시원, "상표 유사성 판단의 비대칭성", 「산업재산권」 제60권, 2019, 188-189면.

17) 대법원 2014. 6. 26. 선고, 2012다12849 판결; 특허법원 2017. 8. 18. 선고 2016허9202 판결 등

18) 정태호, “상표권 침해 및 부정경쟁행위에 관한 상표의 유사 판단의 비판적 검토-대법원 2014. 6. 26. 선고 2012 다 12849 판결을 중심으로”, 「법학논집」 제20권 1호, 2015, 390-391.

그럼에도 불구하고, 상표권 침해의 전반적 판단에 있어 상표의 유사성은 여러 요소 중 중요도가 높은 요건 사실 중 하나라고 알려져 있기[19] 때문에 판정 결과의 신뢰성과 명확성을 공고히 하기 위해서 상표 유사성 평가의 객관성과 정밀도를 향상시킬 수 있는 방법을 고안할 필요성이 있다. 따라서 상표의 유사성 판단에 현재 각광 받는 인공지능 기술의 도입을 고려해 보는 데 매우 높은 당위성은 있다.

따라서 인공지능 기술의 도입을 검토해 볼 현실적 필요성이 높을 것으로 보이는 상표권 분쟁에서의 상표 유사도 평가를 하나의 구체적 사례로 하여 인공지능 기술의 도입 여부를 판정하기 위한 여러 고려 요소들을 검토해 보도록 한다.

1. 관련 인공지능 기술의 현황

이미지의 유사도 또는 유사성 분석은 인공지능과는 별개로 오랫동안 많은 연구가 이루어진 분야다. 더욱이 최근 인공지능 기술은 주로 이미지 분석 분야에 많은 발전을 이루어 왔기 때문에 유사도 분석은 인공지능 연구자들의 관심을 받는 분야이기도 하다. 실제로 상표권 침해 분쟁과 관련한 상표 이미지나 제품 디자인의 유사도 분석에 인공지능 기술을 활용하려는 시도는 셀 수 없이 많은 연구를 통해 이루어지고 있다.[20] 이와 관련한 대부분의 연구는 이미 등록된 상표 이미지 등의 데이터 학습을 통해 통계적인 유사도를 측정하는 방식이 주를 이룬다. 즉, 다수의 기존 상표 이미지 데이터를 학습하여 비교가 필요한 어떤 두 상표 이미지와의 통계적 관계를 연산

19) 지역에 따라 차이가 있지만 미국연방법원의 관점에서 상표의 유사성은 대부분의 지역에서 단연 중요도가 가장 높은 요소이며 후순위인 등록상표의 인지도 또는 식별력보다 실질적으로 월등한 빈도 차이를 보이며 판단 기준으로 사용되어왔다.; Barton Beebe, “An empirical study of the multifactor tests for trademark infringement.”, *California Law Review*, Vol. 94, 2006, pp. 1590-1591.

20) 윤재웅 외 5인, "합성곱 신경망 (Convolutional Neural Network) 을 활용한 지능형 유사상표 검색 모형 개발", 「경영과 정보연구」 제38권 3호 ,2019, 55-80면.; Hayfa Alshowaish, Yousef Al-Ohali, and Abeer Al-Nafjan, "Trademark Image Similarity Detection Using Convolutional Neural Network", *Applied Sciences*, Vol 12, No.3, 2022, pp. 1-14, 등.

하여 유사도라는 형태의 결론을 도출하는 방식이다. 다시 말해, 다수의 학습 데이터(기등록된 이미지 또는 디자인)를 통해 통계적 관계를 도출하고, 이러한 관계를 내재한 수학적 모델에 비교 대상 이미지들을 적용하여 유사성을 수치(주로 0과 1 사이의 값, 즉 확률로 제시됨)로 도출한다. 이를 통해, 비교 대상과 전혀 유사하지 않음(0)에서 완전히 일치(1)하는 정도 사이의 특정 유사도를 얻을 수 있다.

한편 특허청은 보도자료[21]를 통해 2021년 2월 15일부터 인공지능 기술을 이용하여 심사·심판업무에 상표·디자인 검색 시스템을 개발하여 활용한다고 밝힌 바 있다. 이번에 사용이 공개된 인공지능 시스템의 세부적 사양은 알려지지 않았지만, 특허청이 공개한 자료에 따르면 해당 기관이 보유한 200만 건 이상의 상표·디자인 이미지를 인공지능 학습에 사용한다고 설명하고 있으니 이 시스템은 앞서 살펴본 일반적인 인공지능의 이미지 분석을 통한 유사도 평가의 전형적인 방식을 구현한 시스템으로 보인다.

2. 기존 기술과 비교한 인공지능 기술의 효율성

다시 한번 지적하자면, 인공지능 기술을 도입하기 위해서 최우선으로 고려해야 하는 요소는 바로 고도의 효율성이다. 단순히 말해서, 흔히 "수동"이라고 불리는 "인간이 직접 수행하는 업무"를 대체하는 방법, 즉 자동화 기능의 측면에서 인공지능 기술은 그 자체가 이미 효율성이 추구된 방법이라 할 수 있다. 그러나 인간의 수동적 업무 행위를 대체할 수 있는 또 다른 기술이 이미 존재한다면, 꼭 인공지능 기술이 도입되어야 하는지에 대한 의문에 답이 필요할 것이다. 이를 판단하기 위해서는 인공지능 기술을 도입하지 않고 충분히 어떤 목적을 달성할 수 있는 다른 방법을 먼저 찾아보아야 하고, 그럼에도 불구하고 마땅한 대안이 없을 경우에는 여지없이 인공지능 기술에 고도의 효율성을 평가할 수 있을 것이다. 물론 이것은 인공지능 기술이 또 다른 자동화 기술과 비교하여 기술적 우위에 있는 경우임은 당연한

21) 특허청 보도자료, "인공지능 기반의 상표디자인 이미지 검색시스템 개통", 2021년 2월 15일.

데, 그렇지 아니하면 도입을 검토할 근거를 상실하기 때문이다.

예컨대 상표권 분쟁의 여러 가지 양상 중 "등록상표와 유사한 상표[22]" 사례의 경우, 비교 대상 이미지들의 유사도를 평가하는데 사용할 수 있는 자동화 기법에는 인공지능 기술뿐 아니라 여러 가지 방법이 존재한다. 앞서 이미 언급한 바와 같이, 이미지 유사도 분석은 인공지능과 무관히 오랜 기간 연구된 분야이며, 셀 수 없이 다양한 방법과 연구 결과들이 존재한다. 가장 보편적인 이미지 유사도 측정방식은 특정 이미지의 고유한 특징을 도출하여 비교 대상 이미지들 자체의 유사도를 계산하는 것이다.[23] 이를 위해 여러 가지 수학적 기법을 통해 수치화된 이미지를 연산하여 통계적인 방법으로 유사도를 얻는다. 특히 유사한 이미지의 연속된 집합인 영상 분야에서 여러 가지 연구 결과가 고도화되었다. 이러한 형태의 방식, 즉 이미지 자체의 특징을 이용하여 수학적으로 유사도를 연산하는 기법은 실제로 사진이나 제품 디자인 등의 유사도 판단에 활용되고 있다. 이러한 유사도 평가는 과거부터 이미지 검색을 위해 많이 연구되었고, 결국 이미지 검색이 현재 상표권 분야의 자동화 도구로 활용되기에 이르렀다.[24]

다수의 이미지로 구성된 이미지 데이터베이스에서 특정 이미지를 찾기 위해서 일반적으로는 텍스트 등을 이용하여 검색하는 데 반해, 이미지의 입력을 통해 다른 이미지를 검색하는 기법을 "내용기반 이미지 검색(CBIR, content-based image retrieval)"이라 한다.[25] 상표권이나 디자인 등의 등록 업무에 기존에는 인간이 하던 검색이나 조회 업무를 자동화하기 위해서 이러한 기능, 즉 신청 상표 이미지를 입력하면 "가장 유사도가 높은 이미지"를 검색하는 CBIR을 활용하게 되었다. CBIR을 유사 상표나 디자인 검색에 도입하기 시작하던 시기에는 인공지능 연구가 현재와 같은 저변을 가지지 못

22) 상표법 제108조 제1항 제1호, 동법 제119조 제1항 제1호, 동법 제225조.

23) 이재준 외 3인, "SOM을 이용한 등록상표에 대한 내용기반 이미지 검색", 「한국정보처리학회 학술대회논문집」 제14권 1호, 2007, 489-492면.

24) 기저 기술 개념이나 알고리즘에서는 전통적인 서비스와 차이가 있지만, 앞서 살펴본 특허청의 검색 시스템도 이런 행태의 서비스에 속한다.

25) Gudivada Venkat N. and Vijay V. Raghavan, "Content based image retrieval systems." *Computer*, Vol. 28, No. 9, 1995, pp. 18-22.

하였기 때문에 GF 벡터 방식, 모서리 방향 히스토그램 방식, 국부 곡률 및 위상 히스토그램 방식, 푸리에 디스크립터 방식 등 이미지를 색과 도형의 수학적 대상으로 연산하고 이를 통해 유사도를 도출하는 접근법을 취하였다.[26] 이러한 방식으로 구축되어 상표를 비롯한 지식재산권 관련 업무의 분석 도구로 사용된 가장 대표적인 시스템은 영국 노섬브리아 대학에서 개발하여 영국 특허청에서 사용한 ARTISAN[27]이다.

비록 이미지 유사도 측정 기술은 이미 존재하고 이를 상표 유사도 평가 사례에 활용할 수 있는 것이 사실이지만, 인공지능 기술의 상대적 효율성은 여전히 유효할 여지는 있다. 기존 기술은 소수의 이미지, 심지어 단 두 장의 비교 대상 이미지만을 통해 유사도를 측정할 수 있다는 장점이 있지만, 아이러니하게 두 이미지가 어느 정도 유사성이 확보되어야만 합리적 수준의 유사도가 측정된다는 결정적 한계점을 지니기도 한다. 이를테면, 모두 바닥에 엎드리고 있는 호랑이와 표범의 유사도는 측정이 가능하지만 사람 품에 안겨있는 고양이와 동물원에 누워있는 호랑이 사이의 유사도는 측정 신뢰도가 매우 떨어지는 결과를 도출한다는 식이다. 따라서 데이터 사용 측면에서 다소 효율성은 떨어질 수 있으나 다량의 데이터를 통해 비교적 넓은 대상 범위에서 유사성을 판단할 수 있는 인공지능 기술만이 법실무에서 사용될 수 있는 수준의 합리성을 지닐 수도 있다.[28] 따라서 상표의 유사도 평가에서 인공지능 기술이 실효적으로 사용될 수 있는 유일한 방법이라면 비로소 그 기술이 고도의 효율성을 지닌다고 평가할 수 있을 것이다.[29]

---

26) Erwin M. Bakker et al., Image and Video Retrieval, Second International Conference, CIVR 2003 Proceedings, Vol. 2728. Springer, 2003. pp. 29-30.

27) John P. Eakins, J. M. Boardman, and K. Shields. "Retrieval of trade mark images by shape feature-the ARTISAN project.", *IEEE Colloquium on Intelligent Image Databases*, 1996, pp. 1-9.

28) 복수의 기술을 사안에 따라 선택적으로 사용할 수도 있을 것이다. 예컨대 상표법 제108조제1항 제1호에서의 경우와 비교해서 동법 제119조제1항 제1호에 해당 사안은 대체로 등록상표와 대상상표가 매우 유사한 경우이므로 학습 데이터를 통해 평가 결과를 도출하는 인공지능 기술보다는 전통적 이미지 유사도 측정 방식을 사용하는 것이 더욱 합리적이기 때문이다.

29) EUIPO는 인공지능 기술을 기반으로 하는 검색 시스템을 개발하여 eSearch plus 라는 이름으로 대중에게 서비스를 제공하고 있다. ARTISAN을 위시한 기존 시스템을 대

3. 상표의 유사도 평가를 위한 인공지능 기술 활용의 현실과 한계

어떤 인공지능 기술이 상표 이미지의 유사도 평가에서 인간을 대체할 수 있는 고도의 효율성을 가진다면 실제로 실무의 도입 및 활용을 위해서는 앞서 살펴본 기타 요소들에 대해서도 고려를 해 보아야 할 것이다. 위에서 언급한 여러 가지 고려 요소 중에서, 시스템의 안정성은 하드웨어 및 소프트웨어의 완성도에 의해 비교적 직관적으로 달성될 수 있고 법리적 요소들은 실무의 주체(예컨대 법원이나 법관)에 의해 관리된다고 생각되므로, 현시점에서 논의해 볼 수 있는 요소는 인공지능 기술이 도출한 판단 결과에 대한 신뢰성이 유일하다. 특정 인공지능 기술의 신뢰성은 주로 도출된 결과의 객관성에 의해 결정된다고 살펴보았으므로, 이에 대해 논해보도록 한다.

두 상표의 유사도가 쟁점이 되는 사례에서 사용되는 인공지능 기술은 미리 수집된 학습 데이터에 의해 결과를 통계적으로 도출하는 형태로 동작한다. 따라서 데이터의 통계적 성질에 의해 결과는 형이상학적 객관성을 가지지 못하는 것은 명확하다. 또한, 인공지능 기술도 결국 전산의 이산적, 즉 디지털 데이터 조작의 범주에 있으므로, 상표의 본디 상태와 무관하게 그 이미지는 디지털화[30]되기 때문에 입력 데이터는 객관성이 훼손된 상태일 수밖에 없다.[31]

따라서 그 기술이 결과에 도달하는 과정에서 아무리 객관성 제고를 위해 노력하더라도 연산에 사용되는 데이터 자체의 강한 주관성에 의해 최종적으로 도출된 결과의 객관성은 높지 않을 것[32]이다. 구체적으로 말해서,

---

체하였다는 사실은 인공지능 기반 기술이 비교우위에 있다는 점을 시사하는 것으로 보인다.; European Union Intellectual Property Office, https://euipo.europa.eu (최종 방문 2022. 5. 10.) 참조.

30) 쉽게 말해서 해상도에 따라 이미지의 세부 형태가 변할 수 있는 상태.

31) 참고로 언론 등의 분야에서 언급하는 객관성은 본문에서 논의하는 데이터 또는 사고의 객관성과는 구분되어야 한다. 언론의 객관성은 객관주의적 사고를 의미하며 인식론적 관념에서의 객관성과는 일치하는 개념이라 할 수는 없다.; 홍원식, "언론 객관성의 실천적 이해를 위한 사례 연구:'팩트체크'를 중심으로", 「커뮤니케이션 이론」 제14권 4호, 2018, 182-187면.

32) 유한할 수밖에 없는 학습 데이터를 선택하여 수집 및 사용하는 행위도 다분히 주관적이다. 그러나 우리가 생각하는 상표의 유사도는 사회인지론적인 인식이므로 이미지

학습 데이터로 사용된 이미지(예를 들어 등록상표 이미지)의 해상도에 따라 결과값인 유사도 수치가 변화한다거나 사용되는 학습 데이터를 변경하면 결과가 바뀌는 식으로 유동적이므로 객관성이 공고할 수가 없다. 이런 상황에서 분쟁 사안의 피고(상표권자의 권리를 침해한 자)는 도출된 유사도 수치가 매우 높을 경우에는 권리 침해 판정을 인정할 수밖에 없지만, 그 수치가 크지 않은 경우[33]에는 상표권 침해 판정에 높은 저항감을 가질 것이다.

만약 도입을 검토하는 특정 인공지능 기술이 도출하는 결과의 객관성이 부족하다고 평가되면 법적 안정성과 형평성을 저해하는 결과로 이어질 수 있으므로 도입을 하지 않는 것이 옳은 판단일 것이다. 따라서 많은 연구가 이루어지고 있음에도 불구하고, 현재 이 사례와 관련한 연구 경향을 검토해 보면 상표권 침해 판정을 위한 유사도 측정 도구로써 도입이 현시점에는 적합하지 않으리라고 평가된다. 물론 이는 아직까지 유보적 판단에 불과하며 이 분야와 목적에 적합할 수 있도록 현존하는 기술의 문제와 한계를 극복할 수 있는 기술 개발이 이루어진다면 인공지능 기술 도입을 부정할 이유는 상실될 것이다.

Ⅳ. 법실무에서 인공지능 기술 도입 및 활용

1. 필요성

사회가 복잡해지고 문명이 고도화되면서 법조 분야에서도 이러한 변화에 적응하는데 인류는 여러 가지 어려움을 경험하게 될 것이다. 인공지능 기술은 미래에 여러 가지 사회 문제를 야기할 수 있는 존재임과 동시에 문제에 대응하고 해결하는 하나의 도구가 될 것이라 예상하는 의견이 많다.

자체의 수학적 유사성이 어느 정도 영향이 있지만, 반드시 동치 관계라 할 수는 없다. 따라서, 학습 데이터를 선택하는 것 자체가 주관적이기 때문에 그 결과가 무의미하다거나 불합리한 것이라고만 할 수는 없다.

33) 예컨대 침해 판정 유사도 기준이 70인데 유사도 측정 결과가 71 정도로 큰 차이가 없는 경우.

대응이 필요한 문제는, 신속한 재판을 받을 권리가 점차 강조되어갈 미래에 법관의 수를 산술적으로 증가[34]시킬 수만은 없기 때문에 발생할 수 있는 소송의 비효율성에 일차적으로 기인할 것이다. 뿐만 아니라, 정보화 사회의 심화에 따라 발생하는 복잡하고 다양한 문제들을 전통적 사법 기능을 통해 해소하는 데는 한계가 있으므로 인공지능을 비롯한 새로운 기술을 검토하고 활용해야 할 것이다.

즉, 인공지능 기술은 미래 사법 제도가 경험하게 될 사회적 및 행정적 어려움뿐 아니라 장래 발생할 수 있는 소송 사안 자체의 기술적 난해함에 대응하기 위해서 사용될 수 있는 하나의 기술적 도구로 심도 있는 검토와 논의가 필요하다.

2. 고려 사항

인공지능 기술을 법실무에 도입하기 위해서 앞서 살펴본 일반적인 요소들과 특정 업무의 특성에 맞는 사항들을 신중히 검토하여야 한다. 특히 인공지능 기술의 도입 단계에서 발생할 수 있는 기술적 불안정성과 실무적 불확실성을 압도할 수 있는 고도의 효율성을 갖춘 기술만이 기존 방식의 업무 형태를 대체할 수 있을 것이다.[35] 즉, 단순히 인간이 할 수 있는 일을 기계가 대신한다는 차원이 아닌, 업무에서 어떠한 조건과 상황에서도 전통적인 기존 방식을 뛰어넘는 실익을 보장할 수 있는 수준의 기술적 효율성을 제시할 수 있는지에 대한 검토가 우선적으로 필요하다. 여기서 평가의 기준이 되는 이익이라는 것은 인력의 대체를 통해 얻을 수 있는 경제적 이익이 될 수도, 법무 절차에 소요되는 시간의 감소를 통해 얻을 수 있는 사회 비용적 이익이 될 수도 있을 것이다.

어떤 기술이 고도의 효율성을 입증하면, 법리적 관점에서 도입 가능성을 타진하여야 한다. 즉, 그 기술이 어떤 법적 업무에서 명확하고 적정하게

34) 홍보람, "법관 업무부담 및 그 영향요인에 관한 연구", 사법정책연구원, 2021, 20-21면.
35) 인공지능 기술에 대한 대중의 심리적 저항감도 현시점에서 무시하지 못할 감성적 요인으로 작용할 것으로 보인다.

사용될 수 있고, 특히 그 적정성이 다수의 대중에게 인정받을 수 있는 수준이어야 한다. 예컨대, 어떤 인공지능 기술이 아무리 효율성이 높다 하더라도 그 구조와 원리, 사용 방법, 결과의 도출 과정이 대중에게 명확하게 설명될 수 없거나, 상황과 환경에 따라 형평성 있게 그 적정성이 적용될 수 없다면 법적 업무를 조력하는 적합한 도구가 아니라는 평가가 옳을 것이다.

또한, 인공지능 기술이 도출한 결과에 대해 대중적 신뢰성이 확보되어야 한다. 이는 가장 가변적이고 불명확한 성질이므로, 기술의 도입을 위한 검토 단계에서 가장 깊이 있는 고민이 필요한 지점일 것이다. 신뢰성을 확보하기 위해서는 결과의 객관성이 확보된 기법을 사용하거나 객관성을 향상 시키기 위해 노력을 하여야 한다. 나아가 데이터의 객관성이 결국 결과의 객관성과 직결되기 때문에 기술의 원리나 설계 관리와 함께 사용 과정상 객관성 유지 여부에 대해서도 면밀한 사전 검토가 필요하다.

이 모든 것은 결국 사법 제도의 수요자인 대중의 동의를 확보하고 인간이 아닌 생소한 기술의 사용에 대한 심리적 저항을 줄이는 데 그 목적이 있다. 이를 위해 대중의 이해를 구하고 설득할 수 있는 기술을 꾸준히 개발하고 신중하게 도입하여 사용하여야 한다.

3. 상표권 침해 분쟁의 유사도 평가 사례

인공지능 기술 도입 검토에 고려가 필요한 상기한 모든 요소에서 긍정적 결과를 얻게 되더라도 업무 자체의 성격 및 특성상 기술이 도출하는 결과가 필요 수준을 웃도는 객관성을 획득하기 힘들다면 신뢰성 확보는 어렵다. 더욱이 인간 사회의 실질적 의미에서의 유사도는 일반적 또는 특정 환경이나 집단으로서의 대중이 보편적으로 인식하는 사회인지론적 유사성을 의미하므로[36], 수학적 유사도나 무작위로 선택된 학습 데이터 이미지에 의해 얻어진 결과 모두와도 일치한다고 할 수는 없다. 예컨대 한국인들만이 유사하다고 생각하는 두 상표가 미국인들은 전혀 유사하게 느끼지 않을 수

36) Heidorn P. Bryan, "Image retrieval as linguistic and nonlinguistic visual model matching", *Library Trends*, Vol. 48, No. 2, 1999, pp. 305-308.

있는데, 순수한 수학적 유사도 연산이나 임의의 이미지 학습을 통해 이러한 성향을 정확하게 도출하기는 쉽지 않다.[37]

일정 수준의 신뢰성이 보장되지 않은 기술은 당연히 도입하여서는 안 된다. 그러나 설계나 구조, 원리를 보완하거나 기술의 현명하고 효율적 사용을 통해 객관성을 보충하거나 담보할 수 있다면 굳이 기술의 활용을 통해 얻을 수 있는 효율성을 포기할 필요는 없을 것이다. 앞서 인공지능 기술 도입 시 검토하여야 할 요소들을 적용해 볼 가상의 사례로 논의한 상표 유사도 평가 업무에 실제 도입 가능한 최적의 인공지능 기술을 살펴보도록 한다.

이미 앞서 확인한 사실이지만, 현재 보편적 방식, 즉 특정 방식으로 선택된 데이터를 학습 기반으로 사용한 인공지능 기술은 법무에서 필요한 높은 수준의 신뢰성을 위한 객관적 연산 결과를 도출할 수 없다. 따라서 인공지능 기술의 도입을 위해서는 실무에 채택할 수 없는 이런 일반적 방식과는 다른 기법이나 운용을 통해 이를 보완하여야 한다.

예를 들어, 원고와 피고, 또는 검사와 피고인이 각자의 주장과 의견으로 첨예하게 대립하는 상표권 분쟁의 성질상 기존 일반적 인공지능 기술의 맹점을 보완하기 위한 방법으로 삼중항 네트워크(triplet network) 방식[38]을 검토해 볼 수 있다. 지금까지 상표 검색 또는 유사도 평가에 사용된 일반적인 인공지능 학습이라는 것은 학습에 사용되는 모든 데이터가 어떤 결론에 대해 동일한 성향을 가지고 있다고 가정하고 이를 통해 궁극적으로 결과를 도출하는 방식이다. 반면 삼중항 네트워크 방식은 그 성향에 부합하는 데이터뿐 아니라 그 규칙에 반하는 데이터를 함께 학습에 사용한다. 유사도의 경우, 유사한 이미지와 유사하지 않은 이미지를 각각 분류해서 모두 학습시

37) 이것을 인간이라는 모집단 중에서 한국인들만의 성질, 즉 통계량이기 때문에 주관성이 부여되었다고 할 수도 있으나, 이를 포함한 모든 조건을 아우르는 넓은 범위의 통계적 결과가 궁극적인 목표이며 이를 객관성의 기준 범주에 두어야 한다. 따라서 이 예시는 목적의 설정 오류라기보다는 인공지능을 포함한 기술, 특히 도입 단계의 인공지능 기술의 불완전성의 경우로 보아야 하고, 이러한 도출 결과를 대중이 받아들이기는 쉽지 않다는 견해다.

38) Schroff Florian, Dmitry Kalenichenko, and James Philbin, "Facenet: A unified embedding for face recognition and clustering", Proceedings of the IEEE conference on computer vision and pattern recognition. 2015, pp. 1-10.

키는 방식이다. 앞서 논의한 데로, 이미지 데이터는 저장(샘플링)과 수집 과정에서 주관성이 증가한다. 이러한 주관성을 담은 데이터를 직접 사용하는 것과 대비해서, 어떤 두 값이나 데이터를 비교하는 과정은 객관성을 증진시킨다. 예컨대 어떤 사람의 얼굴을 기계적으로 인식하기 위해 그 사람의 다양한 얼굴 사진만으로 인상을 분석하는 것보다 그 사람뿐 아니라 그 사람을 닮지 않은 인물 사진 이미지 모두를 반영하여 인상을 가늠하는 것이 더욱 정밀한 인식률을 얻을 수 있다.[39] 따라서 유사하다고 생각되는 이미지와 명백하게 유사하지 않다고 선별된 이미지를 동시에 분리 사용한 인공지능 기술의 결과는 상대적으로 높은 수준의 객관성을 가질 수 있다.

이와 함께, 학습 데이터의 선별 과정에서 단일 성향의 데이터를 사용하는 일반적 인공지능 기술의 경우, 원고와 피고가 데이터 선별 과정에 참여한다면 데이터 하나하나의 선별 과정이 각각의 유사도 판단 행위로 전락할 수 있기 때문에 매우 비효율적이다. 반면 삼중항 네트워크 방식은 분쟁 대상 상표 이미지와 유사한 이미지, 명백하게 유사하지 않은 이미지를 선별하여 사용할 수 있기 때문에 데이터 선택에 있어 비교적 양측의 합의를 구하기 쉽다.

상기한 보완책은 일반적인 인공지능 기술을 법무에 활용하기 위한 절대적 해결책이라기 보다는 특정 분야, 특히 유사 상표를 통한 권리 침해 분쟁이라는 사안에 필요한 대응책이다. 따라서 다른 환경이나 특성을 보이는 법무 분야는 그에 적합한 수준으로 기술을 보완할 수 있는 방편을 찾아야 할 것이다. 이러한 여러 가지 기술적 보완과 효율적 운용을 통해 대중의 동의를 구할 수 있는 수준으로 신뢰성을 향상 시킨다면 비로소 실제 업무에 도입하여 사용할 수 있는 정당성을 획득하게 될 것이다.

4. 법조 분야에서 도입 검토 중인 기술에 대한 논의

대법원은 인공지능 기술이 포함된 스마트법원 구축 사업[40] 등을 검토

39) 고범연 외 3인, “시맨틱 얼굴 이미지 분할과 Triplet Loss 를 활용한 얼굴 인식 기법”, 「한국정보과학회 학술발표논문집」, 2020, 455-457면.

중이라고는 하지만, 아직까지 국내 사법기관에서 실무를 위해 인공지능 기술이 도입된 사례는 없다. 그러나 법무 분야 인공지능 기술의 필요성에 대해서 공감하는 의견은 많고, 이에 발맞춘 여러 가지 시도와 노력들은 증가하는 추세다. 실례로, 2019년 8월 29일에 개최된 알파로(Alpha Law) 경진대회[41]는 인공지능 기술이 실제 법무에 적용될 수 있는지 그 가능성을 점쳤다. 이 대회에서는 계약서와 같은 문서를 분석하여 법적 결론을 도출하는 형태의 과제를 수행하도록 기획되었다. 시간 제약 등의 조건에서 비교우위에 있는 인공지능과 인간 연합팀의 압승으로 대회가 종료되었다고 알려져 있다. 대회의 결과만을 놓고 본다면, 인공지능 기술이 긍정적 평가를 받았고 따라서 법실무에 당장 도입되는 것이 문제가 없다는 결론에 이르렀다고 생각할 수 있다. 그러나 본 대회의 과제는 "단순히 '법에 위반되는 사항'을 찾는 식의 문제"[42]로 알려져 있다. 이는 수치화된 인간의 언어를 연산하여 어떤 기능을 수행하는 자연어처리라는 기술이 최고의 효율을 얻을 수 있는 업무에 국한된 과제 자체의 성격상 이미 예견된 결과였다. 사실 중요한 것은 이러한 결과를 기반으로 법적 판단의 생산이라는 궁극적 목표로 나아가는 인간 팀원의 역할이다. 따라서 인간의 역할을 제외한다면 고도의 객관성이 확보된 상기한 인공지능 기술은 상당한 가능성으로 실제 법적 업무에 활용은 가능하지만, 인간의 행위가 분리된 성능만으로는 단순히 기능적 업무를 조력하는 행위에 불과하므로 우리가 본 논문에서 논의하고 있는 특정 법무를 대체하기 위한 도구의 수준에 이르렀다고 할 수는 없을 것이다.[43]

앞서 소개했던 상표 디자인 검색 시스템, 즉 특허청이 도입하는 인공지능 시스템은 법조 영역에 직접적으로 작용하는 업무를 목적으로 두는 것은 아니지만, 도입 기술의 기대 효용이 사용 분야와 환경에 적합한 수준에 이를 수 있도록 업무 효율성 증진이라는 목적에만 그칠 것이 아니라 여러 가

40) 이승윤, "'차세대 전자소송시스템' 구축 내년부터 본격화", 「법률신문」, 2019. 9. 23.
41) 김동진, "AI, 첫 법률 자문 대결에서 사람 변호사에 완승", 「IT조선」, 2019. 8. 29.
42) 이건한, "[스케치] 법률 AI vs 변호사, '알파로 경진대회'가 남긴 것", 「테크월드뉴스」, 2019. 8. 31.
43) 자동화 기계가 상기한 기능을 하는 방식을 특별히 "전문가 시스템(expert system)"이라고 부른다.

지 다양한 요소들에 대한 신중한 고려가 필요하다. 이러한 고민이 미흡하다면 여러 가지 부작용이 발생할 수 있다. 예컨대 특허청의 인공지능 시스템은 상표 및 디자인 등록 업무를 조력하는 검색 시스템으로, 이러한 형태를 가지는 시스템의 존재 목적상 인간의 다양하고 탄력적인 업무 개입이 차단되고 기계의 효율적이지만 일률적 처리 결과에 의존하게 된다. 이는 시스템의 동작이 편향성을 띠게 되거나 시스템 운영 정보의 비대칭성이 발생하게 된다면 형평성 문제 발생의 원인이 될 수 있다. 시스템의 동작 정보를 바탕으로 운용의 맹점이나 편향성 등을 감지하여 이를 악용, 특허청의 업무를 조작하여 자신의 목적을 달성하는 상기한 정보 비대칭의 문제뿐 아니라, 경제적 또는 사회적 영향력을 이용해 검색 또는 학습 데이터 자체를 교란하여 형평성 있고 합리적인 특허청의 업무를 왜곡할 수 있는 문제도 특별한 사전 대책이 준비되지 않는다면 발생하지 않는다고 단언할 수 없다. 또한, 특허 및 지식재산권 분야의 이러한 업무 환경 변화는 여러 가지 법적 쟁점으로 이어질 가능성을 잉태하고 있다는 점도 도입 과정에 다양하고 깊이 있는 고려가 필요한 이유다.

한편, 중국[44]과 말레이시아[45]에서는 형사소송에 양형을 결정하는 인공지능 기술이 도입되어 사용되고 있다고 알려져 있다. 이는 앞서 살펴본 전문가 시스템 수준을 초월한 인공지능 기술이 직접적으로 사법 제도에 활용되는 수준이라 할 수 있다. 그러나 아직까지 법관을 대체하는 역할이라기보다는 보조적 기능(sentence assist system)을 수행하며 극소수의 소송에 사용되는 실정으로 알려져 있다.[46] 비록 보조적 기능에 불과하다 할지라도 인공지능 시스템의 원리나 동작 방식, 학습 데이터나 결론 도출의 메커니즘

44) Jiahui Shi, “Artificial Intelligence, Algorithms and Sentencing in Chinese Criminal Justice: Problems and Solutions”, *Criminal Law Forum*. https://doi.org/10.1007/s10609-022-09437-5, 2022.

45) Mahyuddin Daud, “ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN THE MALAYSIAN LEGAL SYSTEM: ISSUES, CHALLENGES AND WAY FORWARD”, *INSAF-The Journal of the Malaysian Bar*. Vol.39. No. 1, 2022 pp. 9-10.

46) Yao Jie-jing and Peng Hui, "Research on the Application of Artificial Intelligence in Judicial Trial: Experience from China", *Journal of Physics: Conference Series*. Vol. 1487. No. 1, 2020, pp. 2-3.

등이 공개되지 않은 현상황에서 과연 도입 과정에서 기술 운용의 명확성과 적정성에 대해 면밀한 검토가 있었는지 그리고 대중에게 설득력 있는 신뢰를 줄 수 있는지에 대해서 의문이 있다.

Ⅴ. 결 론

어느 분야나 어떤 목적에서건 인공지능 기술을 반드시 사용해야 하는 것은 아니다. 그러나 어떤 기술의 사용이 큰 이익이나 긍정적 효과를 가져온다면 그것을 사용하는 것이 옳다고 평가하는 것은 마땅하다. 특히 인간을 대상으로 매우 간절한 조언을 하거나 엄중한 판단을 수행하여야 하는 법무에 있어 효율성과 신속성 등의 이익을 실현할 수 있다면, 인공지능 기술의 도입은 단순한 선택이 아닌 시대적 요구라고 하여야만 할 것이다. 인공지능 기술의 발전 경향을 목도하자면, 법조 분야의 인공지능 기술의 도입은 피할 수 없고 단지 시간 문제로 보인다. 다만 어떤 기술을 도입하고 어떻게 운용하는지가 인공지능 기술 활용의 가치를 결정할 것이다. 따라서 적합하지 않거나 예상치 못한 문제를 야기하는 대상을 거르고 최적으로 기능하는 인공지능 기술을 찾아 사용하기 위해서는 우선 특정 기술의 도입에 철저한 고려가 필요하다.

개발되어 사용되는 대부분의 인공지능 기술에게 효율성을 가지고 안정적으로 동작하는 것은 어쩌면 너무나 당연한 존재 요건이다. 그러나 효율성과 안정성은 때때로 단지 상대적인 척도일 수 있으며, 특히 전혀 새로운 분야에 인공지능 기술을 적용할 때 그 기준은 신중하게 다시 조율할 필요가 있다. 법조 분야에서 기술의 효율성은 단순히 처리 속도나 연산 용량의 개선뿐 아니라, 그 기술을 통해 사법 제도의 목적인 사회 정의의 증진을 기준으로 개량되어야 한다. 이는 안정성과 명확성, 적정성의 경우도 마찬가지다.

인공지능 기술의 신뢰성을 결정하는 연산 결과의 객관성은, 사실 인공지능을 어떤 판단의 도출을 목적으로 사용하는 모든 용처에서 그 성능

을 평가하는 중요한 지표임에는 다름이 없다. 그러나 어떤 판단 도출 과정과 방법의 정당성을 인정받기 위해서 대중을 설득하여 동의를 구할 필요가 있는 법조 분야에서, 연산 결과의 객관성 제고는 그 중요성이 더욱 더 크다.

신뢰성 자체가 절대적 성질을 띠는 것은 아니지만, 데이터나 연산의 주관성 조절을 통해 변화할 수 있는 신뢰성의 범위가 기술 도입을 위해 고려될 수도 있을 것이다. 예컨대 본문에서 살펴본 상표 유사도 평가 사례에서 일반적인 인공지능 기법이 도출하는 결과가 대중에게 인정받을 수 있는 수준의 객관성을 보여주지 못한다고 판단된다면 도입하지 않는 것이 옳다. 다만 알려진 다른 기술이나 기법 등을 검토하여 신뢰성의 범위가 대중의 요구 기준을 상회할 수 있다면 그 가능성을 함께 고려하여야 한다는 것이다.

비록, 객관적 데이터의 사용, 주관성의 개입이 차단된 연산 및 결과 도출과 분석을 통해 인공지능 기술 사용의 신뢰성을 확보할 수 있다고 앞서 여러 차례 강조했지만, 아직까지 그 실질적 방안에 대한 고민과 연구는 부족하며 이러한 사실이 법조 분야에 인공지능 기술의 무시하지 못할 심리적 저항을 낳는데 하나의 이유로 작용하는 것으로 보인다. 따라서 인공지능 기술이 사용하는 학습 데이터의 객관성 확보 또는 증진, 알고리즘이나 연산의 주관성 제한 등에서 법조 분야의 기준에 부응할 수 있는 합리적이고 실효성 있는 실질적 방법에 관해 계속된 연구와 논의가 필요할 것이다.

물론 상황이나 환경, 목적에 따라 인공지능 기술 도입에 고려할 요소들이 가감될 수는 있다. 그러나 이러한 논의의 핵심은 가장 적합한 인공지능 기술을 도입하자는 데에 있다. 그 궁극적 목적을 실현하기 위해서는 이러한 논의들을 끊임없이 지속해 기술의 가치를 감지하고 문제점을 간파할 수 있는 역량을 길러야 한다.

법조 분야 인공지능 기술의 도입을 위한 고려 사항 - 상표 유사도 평가의 경우를 사례로 - 남 구 현	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2022.05.10.	2022.06.07.	2022.06.26.

[참고문헌]

고범연 외 3인, “시맨틱 얼굴 이미지 분할과 Triplet Loss 를 활용한 얼굴 인식 기법”, 「한국정보과학회 학술발표논문집」, 2020.

곽노필, 중국서 기소까지 하는 인공지능 검사 등장, 「한겨레신문」, 2022. 1. 5.

김동진, “AI, 첫 법률 자문 대결에서 사람 변호사에 완승”, 「IT조선」, 2019. 8. 29.

남구현, “인공지능에 대한 오해의 불식을 통한 형사법과의 관계 고찰”, 「법학논총」 제34권 1호, 20210.

도은영, 이국희, 정지은, "사건 관여도와 심각성이 인공지능 판결에 대한 수용도에 미치는 효과", 「인지과학」 제32권 4호, 2021.

류시원, "상표 유사성 판단의 비대칭성", 「산업재산권」 제60권, 2019.

손영수, 이우진, “빅데이터 분석을 통한 인공지능 오용 사례에 대한 연구", 「한국 IT 정책경영학회 논문지」, 제12권 6호.

윤재웅 외 5인, "합성곱 신경망 (Convolutional Neural Network) 을 활용한 지능형 유사상표 검색 모형 개발", 「경영과 정보연구」 제38권 3호 ,2019.

이건한, “[스케치] 법률 AI vs 변호사, ‘알파로 경진대회’가 남긴 것”, 「테크월드뉴스」, 2019. 8. 31.

이명민, "인공지능, 법 그리고 민사소송", 「안암법학」, 제57권, 2018.

이승윤, “‘차세대 전자소송시스템’ 구축 내년부터 본격화”, 「법률신문」, 2019. 9. 23.

이재준 외 3인, "SOM을 이용한 등록상표에 대한 내용기반 이미지 검색", 「한국정보처리학회 학술대회논문집」 제14권 1호, 2007.

정태호, “상표권 침해 및 부정경쟁행위에 관한 상표의 유사 판단의 비판적 검토-대법원 2014. 6. 26. 선고 2012 다 12849 판결을 중심으로”, 「법학논집」 제20권 1호.

특허청, “인공지능 기반의 상표디자인 이미지 검색시스템 개통”, 특허청 보도자료, 2021년 2월 15일.

홍보람, "법관 업무부담 및 그 영향요인에 관한 연구“, 사법정책연구원, 2021.

홍원식, "언론 객관성의 실천적 이해를 위한 사례 연구:‘팩트체크’를 중심으로", 「커뮤니케이션 이론」 제14권 4호, 2018.

Arnold Baise, "The objective‐subjective dichotomy and its use in describing probability", *Interdisciplinary Science Reviews,* Vol. 45, No. 2, 2020.

Barton Beebe, “An empirical study of the multifactor tests for trademark infringement.”, California Law Review, Vol. 94, 2006.

Benjamin Alarie, Anthony Niblett, and Albert H. Yoon, "How artificial intelligence will affect the practice of law", *University of Toronto Law Journal,* Vol. 68, supplement 1, 2018.

Erwin M. Bakker et al., Image and Video Retrieval, Second International Conference, *CIVR 2003 Proceedings,* Vol. 2728. Springer, 2003.

European Union Intellectual Property Office, https://euipo.europa.eu (최종방문 2022. 5. 10.).

Graham Greenleaf, Andrew Mowbray, and Philip Chung, "Building sustainable free legal advisory systems: Experiences from the history of AI & law", *Computer Law & Security Review,* Vol. 34. No. 2, 2018.

Gudivada Venkat N. and Vijay V. Raghavan, "Content based image retrieval systems." *Computer,* Vol. 28, No. 9, 1995.

Hayfa Alshowaish, Yousef Al-Ohali, and Abeer Al-Nafjan, "Trademark Image Similarity Detection Using Convolutional Neural Network", *Applied Sciences,* Vol 12, No.3, 2022.

Heidorn P. Bryan, "Image retrieval as linguistic and nonlinguistic visual model matching", *Library Trends,* Vol. 48, No. 2, 1999.

Jiahui Shi, "Artificial Intelligence, Algorithms and Sentencing in Chinese Criminal Justice: Problems and Solutions", *Criminal Law Forum.* https://doi.org/10.1007/s10609-022-09437-5, 2022.

John P. Eakins, J. M. Boardman, and K. Shields. "Retrieval of trade mark images by shape feature-the ARTISAN project.", *IEEE Colloquium on Intelligent Image Databases,* 1996.

Laura Erhan, et al., "Analyzing objective and subjective data in social sciences: Implications for smart cities", *IEEE Access,* Vol. 7, 2019.

Louis L. Thurstone, "A law of comparative judgment", *Psychological Review,* Vol. 34, No. 4, 1927.

Mahyuddin Daud, "ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN THE MALAYSIAN LEGAL SYSTEM: ISSUES, CHALLENGES AND WAY FORWARD", *INSAF-The Journal of the Malaysian Bar.* Vol.39. No. 1, 2022.

Schroff Florian, Dmitry Kalenichenko, and James Philbin, "Facenet: A unified embedding for face recognition and clustering", Proceedings of the IEEE conference on computer vision and pattern recognition. 2015.

Wang Nyu and Tian Michael Yuan, 'Intelligent Justice': AI Implementations in China's Legal Systems, Artificial Intelligence and Its Discontents. Palgrave Macmillan, 2022.

Weslei Gomes de Sousa, et al, "Artificial intelligence and speedy trial in the judiciary: Myth, reality or need? A case study in the Brazilian Supreme Court (STF)", *Government Information Quarterly,* 2021.

Yao Jie-jing and Peng Hui, "Research on the Application of Artificial Intelligence in Judicial Trial: Experience from China", *Journal of Physics: Conference Series.* Vol. 1487. No. 1, 2020.

【국문초록】

사회의 여러 분야에 인공지능 기술이 도입되어 긍정적인 성과를 도출하고 있고, 법조 분야도 예외가 되어서는 안 된다는 의견이 늘어나고 있다. 인공지능 기술이 최선으로 기능하기 위해서는 사용 환경과 목적, 조건에 적합하도록 설계하고 개발, 사용되어야 한다. 따라서 법조 분야에 특정 인공지능 기술의 도입을 위해서는 그 기술이 법조 분야 및 사법 제도의 여러 가지 특성에 부합하는지 면밀한 검토가 필요하다. 인공지능 기술은 응당 효율성이 존재 이유며, 특히 아직까지 대중의 심리적 저항감이 큰 법조 분야에서는 더욱 높은 수준의 효율성 확보가 기술 도입을 위한 하나의 중요한 검토 요소가 되어야 한다. 이와 함께, 법조 분야의 특성을 고려하여 운용의 안정성과 도출 결과의 신뢰성이라는 기술적 요소, 그리고 명확성 및 적정성의 법리적 요소도 검토 대상이 되어야 한다. 이 중에서 비교적 직관적으로 평가될 수 있는 요소들과 차별되는 성질인 신뢰성의 경우, 인공지능 기술이 결국 연산 결과를 기반하고 있으므로 그 과정과 결과의 객관성이 평가 기준으로 고려되어야 한다. 상표권 침해 판단의 유사도 평가 사례에서는 일반적 인공지능 기술이 도출하는 결과의 객관성 결여로 인해 신뢰성이 부족하다 분석되지만 이를 제고할 수 있는 기술적 보완의 가능성을 보기도 하였다. 이러한 논의를 통해 미래 법조 분야에 최적의 인공지능 기술을 도입할 수 있는 사회적 역량을 기를 수 있을 것이라 기대한다.

【Zusammenfassung】

Factors to be Considered for the Introduction of Artificial Intelligence Technology into Field of Legal Practice - with the Case of Similarity Assessment of Trademarks

Koo Hyun Nam
(Assistant professor,
Kookmin University, School of Mechanical Engineering)

In a variety of fields of our society, artificial intelligence has been introduced and drawn positive outcomes, and the opinion that the field of legal practice should not be an exception has been emerging. For the artificial intelligence to perform at its best, it is required that design, development, and operation of the system must reflect the environment, purpose, and condition of the application. Thus, in-depth consideration to determine whether a certain artificial intelligence technology coincides with the characteristics of the field of legal practice and judicial system is necessary to introduce such artificial intelligence technology into the field of legal practice. It is certain for artificial intelligence technology that high efficiency is its reason for being, and especially in the field of legal practice in which psychological resistance is yet high against it, demonstration of higher efficiency should be one of the factors to be considered for the introduction of the technology. In addition, keeping in mind the characteristics of the legal field, technical factors including stability of operation and reliability of decision making and legal factors

such as definiteness (non-vagueness) and propriety are required to be considered. Among the factors, the reliability factor is unlikely verified intuitively due to its discriminating characters compared to the others; objectivity of the results and the process to achieve the outcomes is to be considered as a valuation basis because the fundamental of artificial intelligence rooted on the result of calculations. In the case of similarity evaluation of trademark infringement, the objectivity of the outcomes produced by general, commonly known artificial intelligence technology was considered not to reach to the level of public standard; thus, it was analyzed that it lacks reliability. However, at the same time, the chance for technical supplementation were also observed. It is expected that this kind of discussion will cultivate social competences required to select and introduce the best performing artificial intelligence in the field of future legal practice.

주제어(Keywords) : 인공지능(Artificial Intelligence), 인공지능 검토 요소(consideration factors for AI), 데이터 객관성(data objectivity), 상표 유사도(trademark similarity), 유사도 평가(similarity assessment), 삼중항 네트워크(triplet network)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제105호 2022년 6월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2022.105.161

트랜스휴머니즘 시대 이식형 의료기기의 법적 위험에 대한 연구

- 개인정보보호와 사이버정보보안을 중심으로 -

김 성 용* · 정 관 영**

목 차

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 트랜스휴머니즘의 이상과 현실
1. 이상적(理想的) 트랜스휴머니즘에 대한 사고(思考)
2. 트랜스휴머니즘 시대를 향한 첨단(의료)과학기술의 현재
3. 트랜스휴머니즘 실현을 위한 몇 가지 방법
Ⅲ. 트랜스휴머니즘을 실현하는 수단, 이식형 의료기기의 법적 문제점
1. 문제제기
2. 이식형기기에 대한 개인정보보호 논의
3. 이식형기기에 대한 사이버정보보안 논의
Ⅳ. 이식형 의료기기의 법적 위험에 대비하기 위한 통합적 개선방안
1. 개인정보 및 사이버정보보호법 개정 및 단일법 제정 이유
2. 이식형기기의 개인정보 및 사이버정보보안 개선방안
3. 이식형기기의 제한과 활성화의 균형점
Ⅴ. 결 론

Ⅰ. 서 론

과거 수세기 동안 인간은 수명연장을 위해 다양한 노력을 하였고, 그

* 제1저자, (주)로데이터 전문위원, 고려대학교 일반대학원 법학과 지적재산권법 전공 박사(수료연구), 국제인증심사원.
** 제2저자, 법률사무소 데이터로(DataLaw) 대표변호사.

결과 현재의 자연수명은 과거보다 더 늘어나게 되었다.[1] 이는 순수의학 외, 생물학과 기술을 융합하여 비약적 수명연장(radical life extension)에 몰두한 IT기업들이 과학기술에 투자하고 노력한 결과이다.[2] 그러나 아직까지 인간은 선천적(또는 후천적)으로 신체의 일부(또는 전부)가 그 기능을 하지 못하여 평생 장애를 안고 유한(有限)한 삶을 살아가는 존재이기도 하다. 그런 이유로 신체기능 향상과 생명연장을 내용으로 하는 공상과학 영화는 늘 우리의 관심을 끌기에 충분했다. 대부분의 공상과학 영화가 그렇지만, 한쪽 팔이 없는 주인공이 장애를 극복하고자 자신이 개발한 약물을 스스로 주입하여 신체 재생능력과 함께 엄청난 힘을 얻는 장면[3]은 필자로 하여금 본고를 작성하는데 영감이 되지 않았나 생각된다. 이처럼 신체에 인위적으로 물질을 삽입하거나 기존 신체기관과 물질을 결합하는 등의 방식으로 신체 치료를 넘어 능력을 개선(improvement)하고 증강(augment)시키는 것을 우리는 개인 신체 개조(Private Body Modification ; PBM)라고 한다. 믿기 힘들겠지만 지금까지 우리가 발전시켜온 과학의 역사가 희박한 가능성을 실현시킨 연대기중 하나이듯, PBM은 이미 실현된 분야도 있으며 앞으로 상용가능성이 기대되는 분야이다. 그중 뇌의 뉴런과 직접 접촉하는 컴퓨터 장치인 사이버네틱 임플란트(Cybernetic Implant; 인공두뇌 이식술)는 지난 세기 동안 대중문화와 공상과학 영화에서 자주 등장했던 주제로 우리는 이것을 유한한 생물학적 조건에서 벗어나고자 하는 해방운동 즉, 트랜스휴머니즘이라고 말한다. 오늘날 첨단과학기술은 인공지능을 만들어 전 세계를 열광시키고 있지만, 이것으로부터 촉발된 인공지능 알고리즘 차별,[4] 인공지능

1) 바이오해킹(biohacking)의 가장 야심찬 유형 중 하나는 수명(생명)연장이다. DIY(Do-It-Yourself) 생물학으로도 알려진 바이오해킹은 전통적인 의학 영역 밖에서 뇌와 몸을 조작하는 시도 또는 효모나 다른 유기체에 대한 과학 실험 수행에서부터 노화와 싸우기 위해 젊은 사람의 혈액을 혈관에 주입함으로써 자연 생물학을 바꾸는 다양한 활동을 포괄한다. Sigal Samuel, “How biohackers are trying to upgrade their brains, their bodies and human nature”, Vox, <https://www.vox.com/future-perfect/2019/6/25/18682583/biohacking-transhumanism-human-augmentation-genetic-engineering-crispr>, (last visited May. 9, 2022).

2) 페이팔 공동창립자이자 페이스북 투자자 피터 틸은 여러 수명연장 사업을 후원하고 있으며, 구글은 노화 문제의 해결을 목표로 하는 생물공학 자회사 칼리코를 설립했다.

3) 영화 어메이징 스파이더맨(The Amazing Spider-Man)에서의 장면.

성 로봇,[5] 인공지능 법관[6] 등 수 많은 이슈는 우리에게 다양한 법적·윤리적 문제를 고민하게 했다. 인공지능과 같은 듯 다른 느낌인 트랜스휴먼 역시 불멸과 영생 그리고 인체의 향상과 증강 등과 관련한 많은 법적·윤리적 문제를 만들어 인류를 부담스럽게 하고 있다. 그럼에도 불구하고 선천적으로 종아리뼈가 없이 태어나서 생후 11개월에 두 다리를 절단하는 대수술 후 보철 의족을 착용하고 올림픽 메달을 휩쓴 남아프리카공화국의 육상 스포츠스타 오스카 피스토리우스,[7] 러시아의 우크라이나 침공으로 인한 수많은 사상자들... 특히 두 다리와 손가락이 절단된 우크라이나 간호사 옥사나 발란디아의 눈물의 결혼식 장면[8]은 -인간과 흡사한 트랜스휴먼- 트랜스휴머니즘을 실현해야하는 확실한 동기를 부여하고 있다.

트랜스휴머니즘 시대, 우리는 이상적인 트랜스휴머니즘이란 무엇인지 고민하고 어떻게 실현해 나아가야하는지 그리고 그 과정에서 발생할 수 있는 법적위험에 대해 고민해 보아야 한다. 트랜스휴머니즘 실현 과정에서 인간이 추구해야 할 궁극적인 목표라고 할 수 있는 '삶과 생명'이라는 큰 틀에서 가장 인간친화적인 수단으로 작용할 이식형 의료기기에 대한 고민이 바로 그것이다. 트랜스휴먼은 인체와 결합된 생물학적 개체라는 점에서 제한적 범위 내에서 사고가 가능한 것으로 알려진 비생물학적 개체인 인공지능과는 다르다. 그런데 안타까운 것은 아직까지 우리나라 개인정보보호법을 비롯하여 EU 일반데이터보호규정(General Data Protection Regulation,

---

4) 김성용, 정관영, "인공지능의 개인정보 자동화 처리가 야기하는 차별 문제에 관한 연구", 『서울대학교 법학』(서울대학교 법학연구소) 제60권 제2호(2019).

5) 김성용, 정관영, "성적자기결정권의 보완 수단으로서 인공지능에 대한 소고 -성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률 제21조 제1항에 대한 비판적 검토를 중심으로-", 『법학논총』(숭실대학교 법학연구소) 제47집(2020).

6) 김성용, 정관영, "법조(法曹)영역으로의 인공지능 도입에 대한 제언: 영업비밀 침해사건을 중심으로", 『Law & technology』(서울대학교 기술과법센터), 제15권 제2호(2019).

7) Sieg Lindstrom, Oscar Pistorius South African athlete, Britannica, <https://www.britannica.com/biography/Oscar-Pistorius>.(last visited May. 5, 2022).

8) Margaryta Chornokondratenko, "Ukrainian nurse who lost both legs dances with new husband, vows to keep living", Reuters, <https://news.yahoo.com/ukrainian-nurse-lost-both-legs-170332292.html>.(last visited May. 5, 2022).

GDPR), 미국의 개인정보보호법 등에서 트랜스휴먼 과정에서 반드시 뒤돌아봐야 할 이식형 의료기기의 정보주체 등에 대한 개인정보보호와 사이버 정보보안 등에 대해 명확하게 규정하고 있지 않다. 장차 다가올 트랜스휴머니즘 시대를 맞이하기에 앞서 첨단과학기술과 법제도적 충돌을 피하기 위한 대비가 필요한 이유이다. 이는 트랜스휴머니즘 실현이라는 미명하에 인간의 삶을 데이터로 환원함으로써 인간을 이윤으로만 바라보아서는 안되며 이런 해악에 대비할 필요가 있음을 깨닫기 위함이다. 이것이 바로 본고를 통해 이상적인 트랜스휴머니즘 실현이라는 거대담론에서 그 수단인 이식형 의료기기가 주는 법적 위험에 대해 논의하고자 하는 이유이다.

따라서 본고는 Ⅱ.에서 트랜스휴머니즘 시대, 이상적인 트랜스휴머니즘이 무엇인지 고민하는 과정을 통해 인간과 트랜스휴먼 등 용어와 개념을 정리해보고, 과연 트랜스휴머니즘의 실현 가능성은 어느 정도인지 현재의 (의료)과학기술 수준을 살펴 구체적인 실현가능 방법들을 살펴본다. 이어 Ⅲ.에서는 트랜스휴머니즘을 실현하는 구체적 수단 중 하나인 이식형 의료기기가 갖는 개인정보 및 사이버정보보안과 관련한 법적 문제점에 대해 지적하고, Ⅳ에서는 Ⅲ.에서 지적한 문제에 대비해야 하는 이유와 해결점 모색을 위한 통합적 개선방안을 제시하며 Ⅳ.에서 최종 마무리하는 순서로 글을 전개해 가도록 하겠다.

Ⅱ. 트랜스휴머니즘의 이상과 현실

1. 이상적(理想的) 트랜스휴머니즘에 대한 사고(思考)

(1) 개념

1) 인간

동물의 일원이지만 다른 동물에서 볼 수 없는 고도의 지능을 소유하고 독특한 삶을 영위하는 고등동물, 바로 사전적 개념의 인간(Human being)을

말하는 것으로 인간은 크게 ① 생명체로서의 인간, ② 이성적 동물로서의 인간 그리고 ③ 자율적 주체로서의 인간으로 각각 구분할 수 있다. 첫째, 생명체로서의 인간이란 "구체적 형태(골격과 근육으로 구성된 신체)를 가지고 있으면서 숨을 쉬고 활동할 수 있게 하는 힘을 가진 존재", 둘째, 이성적 동물로서의 인간이란 "진위(眞僞)와 선악(善惡)을 식별하여 바르게 판단하는 능력을 가진 의식(意識)과 자의식(自意識)이 있는 존재로서 동물과 본질적으로 구별되는 이성을 갖고 인격(人格)을 형성하는 이성적 생명체를 가진 존재" 마지막으로 자율적 주체로서의 인간이란 "때로는 동물적인 경향으로 행동하면서도 진위(眞僞)와 선악(善惡)에 반하는 것으로 판단하면 스스로의 의지로 자신의 행동을 멈출 수 있는 존재"로 각각 정의 할 수 있다.[9] 인간을 표현하는 위 3가지 개념요소 중 구체적 형태는 -인간과 동물 또는 기계를 구분하기 위한- 외형적 판단을 위한 필수적 요소라고 할 수 있으며, 나머지 이성과 자율적 사고는 내면(자아)을 판단하기 위한 개념 요소라고 할 수 있을 것이다.

2) 트랜스휴먼, 트랜스휴머니즘

인간과 비교되거나 우월한 지능을 가진 생명체라고 일컫는 트랜스휴먼(transhuman)의 어원을 분석해보면 라틴어 "~의 저편 또는 ~을 넘어서서"를 뜻하는 접두어 '트랜스(trans~)'와 인간을 뜻하는 '휴먼(human)'이 결합된 용어로 그 뜻은 포스트휴먼(posthuman)에 이르기 위한 과도기적인 단계를 말한다. 즉 트랜스휴먼은 인간과 포스트휴먼 사이의 존재로 생물학적 한계를 완전히 넘어서지 않는 인간과 닮은 존재로 기술을 통해 지적·육체적 능력이 진화된 사이보그(cyborg)[10]를 포괄하는 개념으로 사람의 신체 일부를 기계, 즉 유기체적 특성과 비유기체적 특성을 결합시킨 인간형 로봇을 말한다.[11] 그리고 탈신체화를 통해 지금보다 더 향상된 인간 - 인간향상

9) 송승현, "트랜스휴먼 및 포스트휴먼 그리고 안드로이드(로봇)에 대한 형법상 범죄주체의 인정여부", 『홍익법학』 제17권 제3호(2016), 492-503면.

10) 사이보그란, 생리적 기능이 기계적 또는 전자적 장치에 의해 도움을 받거나 의존하는 사람으로 정의할 수 있다. M. Mitchell Waldrop, The Dream Machine, J.C.R. Licklider and the Revolution that Made Computing Personal (2001).

(human enhancement)- 이기를 바라는 우생학적(eugenic) 바램으로 부터 비롯된 지적·문화적 운동이 바로 트랜스휴머니즘(transhumanism)이다. 이처럼 트랜스휴머니즘은 과학과 기술을 이용해 비약적 수명연장, 마음 업로드[12], 의약품과 기술을 이용한 정신 능력 향상, 의수족(義手足)과 유전자 변형을 통한 인체 개량 등으로 생물학적 조건에서 비롯된 편견과 오류를 극복하려는 지적·문화적 운동이다.[13]

3) 이식형 의료기기

전기적 자극을 전달하거나 의약품을 주입하는 인체 이식형 의료기기(Implantable Medical Devices, 이하 '이식형기기')는 마이크로프로세서, 메모리, 생체신호 증폭기/처리기, 인체 외부와의 무선통신을 위한 무선통신회로, 전원 등으로 구성되는 다양한 기술이 접목된 기기로써 (비자발적)트랜스휴머니즘 실현을 위한 중요한 수단(방법)으로 활용될 수 있다.[14] ① 이식형 심장 제세동기(implantable cardioverter defibrillators ; ICDs), ② (체내) 이식형 달팽이관(Cochlear Implants), ③ 컴퓨터 의족(의수)(Foot Drop Implants)과 같은 것들이 여기에 해당한다. 아울러 이들 이식형기기는 외부와 무선통신이 가능하기 때문에 무선 재생성 이식형 의료기기(Wirelessly

---

11) 송승현, *supra* note 9. 507면. 한편 트랜스휴먼이라는 용어에 대한 최초의 언급은 프랑스 철학자이자 진화론자였던 샤르댕(Pierre Teilhard de Chardin)이 1949년에 쓴 저서 인류의 미래(The Future of Mankind)에서 찾아볼 수 있다. Liberty: that is to say, the chance offered to every man (by removing obstacles and placing the appropriate means at his disposal) of 'transhumanizing' himself by developing his potentialities to the fullest extent. ; 박소영, "인공지능 시대 인간의 신체와 문학적 형상화 - 사이보그, 트랜스휴먼, 포스트휴먼 그리고 『뉴로맨서』", 『문화와 융합』, 제41권 제4호(2019), 1170면.

12) 착용형 기술을 극한까지 추구해 인체를 인간형 장치, 다시 말해 향상된 성능과 현대적 스타일을 가진 더 강력하고 오래가고 유연한 몸으로 완전히 대체한 후 여기에 디지털로 복제된 자아를 이식하는 것을 말한다. Mark O'Connell, To Be a Machine: Adventures Among Cyborgs, Utopians, Hacker, and the Futurists Solving the Modest Problem of Death Granta Publications(2017).

13) *Ibid.*.

14) 이식형기기의 도움을 필요로 하는 인간은 선천적(또는 후천적인) 문제로 인해 신체장애를 겪고 있는 자로 신체 원상회복을 위해 의도치 않게 신체와 기계가 흡수·통합된다고 할 것이다. 이런 점에서 이들은 비자발적 트랜스휴먼이라고 하는 것이 타당할 것이다.

Reprogrammable Implantable Medical Devices ; WRIMD)라고도 한다.

(2) 트랜스휴머니즘 실현을 위한 고민

1) 기존 인간 개념에 더한 새로운 개념, "3 + 1"

우리는 인간의 세 가지 개념 요소 중 구체적 형태만을 갖고 나머지 두 가지 요소를 모두 결여한 사람(ex, 진위(眞僞)와 선악(善惡)을 식별하지 못하고 순간 감정을 조절하지 못함으로 살인 등 극악무도한 범죄를 저지른 자) 또는 나머지 두 가지 요소 중 한 가지 요소만 결여하거나 두 가지 요소 모두를 갖춘 사람 등 다양한 모습을 한 인간이 존재한다는 사실을 알고 있을 것이다. 그중 우리 모두가 바라는 가장 이상적인 인간이란 인간의 세 가지 개념요소 모두를 갖춘, 즉 생명체로서 이성을 갖고 자율적인 사고를 하는 인간이라고 할 것이다. 그러나 우리 모두가 꿈꾸는 이상적인 인간이 된다고 하더라도 자연수명이 다하면 생을 마감하고, 그 중 일부는 생존하는 동안 장애를 얻거나 자연수명 기간까지도 생존하지 못하고 삶을 마감하는 유한한 생물학적 존재라는 사실에는 변함이 없다.

그런데 비록 우리 모두가 유한한 인간이기는 하지만 첨단과학기술이 가져다 줄 미래를 생각하면 앞서 언급한 인간의 세 가지 개념요소만으로는 인간을 표현하기에는 부족해 보인다. 인간을 정의하는 전혀 다른 새로운 개념이 필요해 보이는 이유이다. 여기서 필자는 윤리적으로 옳고 그름을 떠나 인체의 기능을 향상 또는 증강시켜 장애로 인한 고통과 불편 그리고 자연수명에 훨씬 미치지 못한 채 비참한 생물학적 삶을 살다 죽음에 이르지 않도록 하는 것에 대한 여러 가지 물음을 던져볼까 한다. 아마도 이러한 의문으로부터 시작된 문제의 해결은 '이상적인 인간이란' 무엇일까 라는 의문과 대비되는 질문, 즉 '이상적인 트랜스휴머니즘'이란 무엇일까 라는 고민으로 부터 그 실마리를 찾을 수 있을 것이다. 유전자 변형을 통한 강력한 신체 개량은 우리의 게놈(genome ; 세포나 생명체의 유전자 총체)에 대한 통찰력의 증가, 가장 지능적인 배아를 선택할 수 있게 하는 체외수정(IVF ; In Vitro Fertilization) 기술의 발전, 그리고 언젠가 우리에게 모든 유전 가능한 질병

을 제거할 수 있는 능력을 줄 수 있는 강력한 크리스피 유전자 편집 기술(CRISPR gene-editing technology)과 같은 생물학적 개량으로부터 올 것이라는 예상도 가능할 것이다. 때문에 앞으로 인간의 개념에 트랜스휴먼이 추가되어 논의되는 날이 오지 않을까 조심스럽게 예상해 본다. 다만 이 개념은 공상과학 소설, 테크노퓨처 논란, 철학적 사고실험 등 사변적(思辨的) 수준에 머물러 있다는 지적이 우세하지만, 중요한 것은 오늘날 획기적인 첨단 과학기술의 발전으로 사지마비환자가 걸음을 걸을 수 있게 되는 등 일부영역을 중심으로 이러한 예상이 점차 현실화되어 가고 있다.[15]

2) 기기(기계)와 인간 신체와의 관계

인간과 트랜스휴먼 사이에서 어떻게 하면 인간친화적인(이상적인) 트랜스휴머니즘을 실현시킬 수 있을지에 대한 고민은 어떤 기기(기계)가 신체에 이식되었을 경우 신체일부에 해당하는지에 대한 문제로 연결될 수 있다.[16]

인공주입술, 이식, 임베디드 장치, 나노기술, 웨어러블과 생명공학 등을 포함하는 오늘날의 보조기기는 더 이상 무생물의 분리체가 아닌 (인간과) 상호 작용이 가능한 양방향 인공기관이라는 주장,[17] 이를 근거로 향후 기계는 인체와의 관계에서 조화로운 융합을 위해 인체에 흡수·통합되어야 한다는 주장에 좀 더 힘이 실릴 것으로 예상된다. 이와 관련하여 이하에서 기기와 인간 신체와의 관계에 대한 국내외 사례를 살펴보도록 하겠다.

콜린스(Mr. Collins)는 베트남 전쟁 참전으로 부상을 입고 오른쪽 팔만 제한적으로 사용할 수 있을 뿐, 사실상의 사지마비환자이다. 이 때문에 수동휠체어로는 생활이 불가하여 그를 위해 특별히 제작된 전력공급 이동 보조장치(Mobility Assistance Device, "MAD")에 의지하며 생활할 수밖에 없었는데 그러던 중, 2009년 항공사의 부주의로 MAD가 파손되었다.[18] 항공사

---

15) Ian Sample, "Paralysed man walks again thanks to electrodes in his spine", The Guardian, <https://www.theguardian.com/science/2022/feb/07/paralysed-man-walks-again-thanks-to-electrodes-in-his-spine>,(last visited Feb. 11, 2022).

16) 기기와의 관계에서 신체일부 해당 여부에 대한 기준은 주)22 참고.

17) Linda MacDonald Glenn, "Case study: Ethical and Legal Issues in Human Machine Mergers(Or the Cyborgs Cometh)", Annals of Health Law, Vol 21(2012).

18) *Ibid.,* 176면.

는 자사의 부주의를 인정하면서도 이 사고를 수화물 사고 정도로 인식, 마치 사람이 타고 있지 않은 자동차 사고에 비유하며 보상금으로 - 사고로 11개월 동안 집밖을 나가지 못하여 일상생활을 하지 못한 콜린스에게 한 달 생활비로도 턱없이 부족한 - 1,500달러를 제시했다.[19] 그러나 콜린스에게 MAD는 이동을 보조하는 수단을 넘어 신체의 연장선상에서 이동을 책임지는 의족과 같은 것으로 하지와 몸통의 기능을 대신한다는 점이 인정되어 2만 달러에 조정이 되었다.[20] 이 사건은 MAD가 콜린스에게 있어 신체 일부에 해당할 만큼 중요한 것이라는 사실에 주목하여 (항공사로부터) 충분한 보상이 이루어 졌다는 점에서 의료기기가 장애를 극복할 수 있는 보조수단이라는 인식을 넘어 신체와 구별되거나 쉽게 분리될 수 없는 신체 일부에 해당할 수 있음을 확인한 사례라고 할 수 있다. 한편 국내에서도 의료기기를 신체 일부로 판단한 위와 유사한 판결이 있었다.

대법원은 1995년 교통사고로 한쪽 다리를 절단하게 되어 의족을 착용한 아파트 경비원이 근무 중 넘어져 의족이 파손되는 재해를 입었으나, 근로복지공단이 요양불승인처분한 사건에 대해 "장애인이 착용하는 의족의 경우 단순히 신체를 보조하는 기구가 아니라, 신체의 일부인 다리를 기능적 · 물리적 · 실질적으로 대체하는 장치라고 판단"한 바 있다.[21] 즉 대법원 판례 취지상 의족은 물건이기는 하나 신체에 부착되면 신체의 일부로서 신체의 필수기능을 수행하는 중요한 기관으로 장애인에게 없어서는 안되는, 즉 생명유지에 반드시 필요한 신체 일부라고 판단한 것이다.

위 각 사례는 장애인이 사용하는 기기인, 휠체어와 의족이 신체일부에 해당하는지에 대한 것으로 트랜스휴머니즘 시대 이식형기기와 인간과의 관계를 추론해볼 수 있는 자료이다. 이에 같은 논리로 이식형기기 특히 심장질환을 갖고 있는 환자의 경우 ICDs가 심장을 기능적 · 물리적 · 실질적으로 대체하여 생명을 유지하기 위해 없어서는 안되는 필수 장비라는 점을 주지한다면 이식형기기의 경우도 위 사례와 다르지 않은 결과를 도출시킬 수 있

19) *Ibid.*, 177면.
20) *Ibid.*, 179면.
21) 대법원 2014. 7. 10. 선고 2012두20991 판결.

을 것이다. 결국 이식형기기가 인체에 이식되면 관리 가능한 물건으로서 ⅰ) 신체로부터 분리가 쉽지 않은 점, ⅱ) 생명유지에 직접적으로 관여한다는 점, ⅲ) 이 기기가 보완적 요소가 아닌 심장의 기능을 대체한다는 점 등으로 미뤄보았을 때 이식형기기가 인체에 이식되어 흡수·통합되었을 경우 신체일부가 될 수 있을까? 라는 의문에 어느 정도 답을 줄 수 있다고 할 것이다. 비록 이식형기기가 인간의 신체와 생리학적 구조를 달리하는 물건이라고 하더라도 전술한 내용을 종합해보면 이식형기기는 생리학적 신체를 구성하는 뼈와 피부 그리고 여러 장기, 그 중에서 심장의 기능을 대체하는 필수 요소(신체의 일부)가 될 수 있다는 결과 도출이 가능할 것이다.[22]

※ 이식형기기(ex, ICDs, 컴퓨터 의수족) ≒ 물건, if 중요기능 = 신체일부

이식형기기가 신체에 이식되면 신체일부에 해당하느냐에 대한 문제는 후술할(Ⅲ. 2. (2) 1)) 이식형기기와 신체와의 흡수·통합으로 실현될 트랜스휴머니즘 시대, 트랜스휴머니즘 과정에서 사용될 이식형기기가 생성하는 데이터의 정보주체와 관련하여 중요한 문제이다. 즉 개인정보보호법 제2조 3호에서 '정보주체를 사람으로 정하고 있는바, 어떤 기기가 신체와의 관계에서 신체일부가 아니라면 -다시 말해 신체로부터 쉽게 분리가 가능하거나 보완적 요소에 불과하다면- 분리가 가능한 기기를 사용하는 인간을 동법에서 말하는 '사람', 즉 자연적·생물학적 존재가 아니라고 부정할 이유는 없기 때문이다.

3) 신체일부인 이식형기기를 이식받은 인간과 트랜스휴먼과의 관계

과거 전통적인 휠체어와 의족을 만들던 때와 달리 현재는 사물인터넷,

22) 현재 우리 법원의 판단은 의족, 가슴 보형물과 같은 이식형 장치는 신체 일부로 인정하고 있지만, 의치의 경우는 그렇지 않다. 이에 대해 이식형 장치를 신체 일부로 규정할 수 있는 기준에 대해 다음과 같이 정리하기도 한다. ① 생명에 직결될 경우(심장 판막기), ② 신체의 일부를 보완이 아닌 대체할 경우(의족, 의수, 의안), ③ 신체와 고착되어 상해를 입을 시 신체에 상해가 갈 경우(가슴보형물, 렌즈), ④ 정체성과의 연관성(육상선수의 다리, 피아니스트의 손가락), ⑤ 인공자궁과 같은 특수한 경우; 심지원, "의족을 훔치는 행위는 상해죄인가 절도죄인가: 보형물을 신체의 일부로 규정할 수 있는 기준", 『과학철학』 18권 3호(2015), 184면.

빅데이터, 유비쿼터스 컴퓨팅과 같은 정보통신기술이 컴퓨터 사용 영역을 광범위하게 확장시키고 있다. 이에 컴퓨터는 금융, 상거래, 교육, 엔터테인먼트, 오락, 커뮤니케이션에 국한하지 않고 일상생활의 매우 다양한 업무와 활동을 용이하게 하고 있다. 이렇듯 과학기슬은 사회적, 경제적 영역에 국한되지 않고, 인간의 심리적, 생물학적 차원에 내재된 것으로 여겨지는 여러 활동들을 지원하는 등 컴퓨팅에 의해 우리의 삶에 관여하고 있다. 지리 위치 및 공간 탐색에 위성항법장치(Global Positioning System, GPS)를 사용하는 것, 칼로리 섭취, 심박수, 체중 감소와 같은 신체 과정을 모니터링 하는데 웨어러블기기를 사용하는 것, 산술계산, 쓰기, 기억과 같은 인지 작업을 수행하는 데 개인용 컴퓨터를 사용하는 것 등이 그 예이다. 그렇다면 과거 전통적 방식의 기술과는 차원이 다른 이식형기기를 포함한 다양한 첨단기기가 신체일부로서 인체와 흡수·통합되면, 다시 말해 신체와 분리가 쉽지 않으면 앞서 언급한 (트랜스휴먼의)개념에 따라 이를 사용하는 인간은 트랜스휴먼이 되는 것인지 궁금하다. 후술하겠지만 아직은 '아니라고' 답하는 것이 조금 더 타당할 듯하다.

2. 트랜스휴머니즘 시대를 향한 첨단(의료)과학기술의 현재

본고의 핵심 주제이기도 한 이식형기기는 디지털, 소형화, 원격화 기술 등이 적용되어 제품으로 개발되고 있고, 미국을 비롯하여 독일, 프랑스, 영국 등은 정부지원 프로그램을 통해 정부와 민간이 공동으로 인공심장 개발 프로젝트를 진행하여 상용화 단계에 도달하는 등 인공장기 개발에 속도를 내고 있다.[23] 2018년 기준 국내외 이식형기기의 허가건수는 이식형심장박동기(국내 16건, 해외 500건 이상), 이식형의약품주입펌프(국내 12건, 해외 426건), 이식형 와우시스템(국내 1건, 해외 508건)으로 각각 조사되었다.[24] 아울러 이 부분 세계시장 규모는 2016년 26조 2천억 원에서 매년 8.8% 증가

23) 식품의약품안전처 식품의약품안전평가원, "2018년 신개발 의료기기 전망 분석 보고서"(2018), 36-39면.

24) 식품의약품안전처 보도자료, "새로운 형태의 의료기기 개발 전망 분석 제시"(2018).

하여 2020년에는 30조원을 기록하였으며, 2026년에는 44조 2,877억 원에 달할 것으로 예상하고 있다.[25] 미국에서는 1990년부터 2002년까지 225만 개의 심박조율기와 41만 5,780개의 ICDs가 이식되었는데, 1990년과 2002년 1년간의 시술건수를 단순 비교해도 심박조율기의 경우 3배 및 ICDs의 경우 10배 이상 증가한 수치이다.[26] 바야흐로 트랜스휴머니즘 시대를 알리는 신호라고 할 수 있다.

아울러 이식형기기에 전력공급을 하기 위한 무선전력공급 기술, 인체삽입 태양전지 등의 연구는 이미 진행 중에 있고, 실시간 혈당 분석기, 질병진단 센서, 혈액 분석 센서 등과 같은 헬스케어기기의 경우 인체 삽입 의료기기로 확대되어 개발될 것으로 전망된다.[27] 이외에도 글로벌 제약・의료기기 및 IT 기업들은 치료뿐만 아니라 질병의 조기진단이 가능한 무선충전 인체 삽입형 진단기기, 뇌전증 등 난치성질환 진단과 치료를 위해 뇌속 소형 인공칩 삽입술, 당뇨병 치료 생체전자의약품, 인체 삽입 센서 등 새로운 개념의 이식형기기 기술들을 개발하고 있다.[28] 이러한 인체 이식 기술의 원천은 무선 통신용 초고주파(ex, Radio Frequency IDentification, RFID) 기술로부터 나온다고 할 수 있는데, 이 기술은 동물시험을 통해 안전성을 입증받아 미국 국가동물감지시스템(National Animal Identification System, 호주에서는 이 시스템이 의무화됨)에 거의 모든 농가와 목장 가축을 등록하는데 사용되고 있으며 영국의 과학자 케빈 워릭(Kevin Warwick)은 1998년 인체에 RFID 마이크로칩을 이식한 최초의 인간이 되었다.[29]

---

25) 능동 이식형 의료기기(Active Implantable Medical Devices) 시장 보고서, “Active Implantable Medical Devices-Market Insights, Competitive Landscape and Market Forecast”(2026).

26) W. H. Maisel, *et al.,* "Pacemaker and ICD generator malfunctions: Analysis of Food and Drug Administration annual reports". Journal of the American Medical Association, 295(16)(2006), 1902-1903면.

27) 능동 이식형 의료기기(Active Implantable Medical Devices) 시장 보고서, *supra* note 25. 58면.

28) *Ibid.*.

29) Haley Weiss, Why You're Probably Getting a Microchip Implant Someday, The Atlantic, <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2018/09/how-i-learned-to-stop-worrying-and-love-the-microchip/570946/.>,(last visited Mar. 21, 2022).

3. 트랜스휴머니즘 실현을 위한 몇 가지 방법

(1) 신체 원상회복 및 생명유지를 목적으로

1) 심박(심장박동)조율기

선(후)천성 심부전뿐만 아니라 특정한 종류의 부정맥 등 심장박동에 문제가 있는 경우 환자 몸에 심박(심장박동)조율기(pacemakers)를 이식하여 치료하기도 하는데,[30] 이식형 심장 제세동기를 포함하여 인공 심박조율기(artificial cardiac pacemakers), 신경자극기(neurostimulators)[31], 이식형 약물펌프(implantable drug pumps)와 같은 심장 분야 의료기기들이 여기에 해당한다. 이 기기들은 내장형 컴퓨터와 무선장치를 사용하여 심실세동(V-Fib)과 같은 만성 심장질환을 모니터링 하여 환자가 자는 동안 가정에서 (의료진에게) 데이터를 전송한다[32].

2) 이식형 달팽이관(이식형와우시스템)

컴퓨터 기능이 있는 무선 이식형 달팽이관은 청각장애인이거나 장애가 심한 사람의 손상된 귀 부분을 우회하여 청각신경을 직접 자극, 다시 말해 체내 이식에 의해 생성된 신호가 청각신경을 통해 뇌로 보내져 뇌신경이 그 신호를 소리로 인식하는 전자장치이다.[33] 따라서 이 이식술은 소리를 증폭시켜 소리를 듣게 하는 보청기와 다르다. 청각장애가 심한 어린아이의 경우 어릴 때 달팽이관 임플란트를 하면 최적의 시기에 적절한 소리 노출로 말하

---

30) National Heart, Lung, and Blood Institute(NIH), Pacemakers What Are Pacemakers?, <https://www.nhlbi.nih.gov/health-topics/pacemakers>, (last visited May. 6, 2022).

31) 교통사고, 의료사고 또는 원인모를 통증 등 신체에 발생하는 신경장애를 관리하기 위해 척추에 전기신경 자극기를 이식하여 통증을 관리하는 기기.

32) Daniel Halperin *et al.,* "Pacemakers and Implantable Cardiac Defibrillators: Software Radio Attacks and Zero-Power Defenses" University of Massachusetts Amherst ScholarWorks@UMass Amherst, Computer Science Department Faculty Publication Series. 68(2008), 1면.

33) National Institute on Deafness and Other Communication Disorders(NIDCD), Cochlear Implants, <https://www.nidcd.nih.gov/health/cochlear-implants>,(last visited Feb. 24, 2022).

기와 언어구사 능력을 키울 수 있는 장점을 갖는다.

3) 컴퓨터 의족(의수)

과거 의족(의수)은 기능적 목적이 아니라 외부로부터의 불편한 시선을 피하기 위한 미용 목적으로만 사용되었다. 물론 기능적 목적으로 고안된 인공관절과 같은 비컴퓨터 삽입형기기가 존재하기는 하지만 계산능력을 갖추지는 못했다. 그러나 첨단과학의 도움으로 신경을 이식하고 컴퓨터 기능을 무선으로 연결하여 부족한 신체기능을 돕는 역할이 가능해지면서 미용에서 단순기능, 단순기능에서 첨단컴퓨터 기능으로 사용목적이 바뀌고 있다. 이러한 기술을 뇌-기계 인터페이스(인간의 신경 활동으로 로봇 의수족을 제어하는 기술)라고 하는데, 이 때문에 컴퓨터 의수족이라는 개념이 생겨나 의수족이 신경적으로 통제될 수 있는 영역이 되었다. 특히 군사용 첨단 기술 개발을 지원하는 미국방부 산하 기관, 방위고등연구계획국(Defense Advanced Research Projects Agency, DARPA)에서 개발한 DEKA라는 팔은 사용자의 뇌파로 작동하는 최초의 의수로 작은 컴퓨터가 내장되어 있어 근육 수축으로부터 오는 전기적 신호를 통해 뇌로부터 전달되는 명령에 제어된다. 물론 본격적으로 상용화된 것은 아니지만 기술력은 확보하고 있으니 곧 사지 마비환자가 뇌파와 생각만으로 인공 의수족을 움직이는 날을 기대할 수 있을 것이다.

(2) 편리성 추구를 목적으로

문을 열고, 컴퓨터와 프린터를 작동시키고, 스마트폰의 잠금을 해제하고 보관함을 여닫는 행위 심지어는 손을 흔드는 행위(제스처 인식장치)만으로 커피가 나오는 것이 가능하도록 쌀알만 한 크기의 마이크로 칩을 신체에 이식하는 일이 현실에서 일어나고 있다.[34] 바디 해커(Body Hacker) 또는 바이오 해커(Bio Hacker)라고 일컫는 이들이 디지털 기기를 자신의 신체에

34) Jena McGregor, Some Swedish workers are getting microchips implanted in their hands, The Washington Post, <https://www.washingtonpost.com/news/on-leadership/wp/2017/04/04/some-swedish-workers-are-getting-microchips-implanted-in-their-hands/>, (last visited Feb. 24, 2022).

이식함으로써 이뤄지는데, 이 기술은 기존에 지문이나 손금을 이용하여 스캔하는 기술과 같은 원리로 이해할 수 있다. 이 외에도 서로 소통하는 방식을 극적으로 변화시킬 착용 가능한 뇌-기계 인터페이스(Brain-Machine Interfaces, BMIs)와 이식 가능한 뇌-기계 인터페이스(BMIs)는 컴퓨터와 접속할 때 생각과 실행의 시간차로 타이핑할 수 있는 속도에 제한을 받던 것을 향상시켜 생각의 속도로 의사소통을 가능하게 할 수 있다. 이러한 기술은 일론 머스크의 뉴럴링크(Elon Musk's Neuralink), 페이스북, DARPA를 포함한 단체에서 개발 중이거나 부분적으로 개발된 것도 있다. 그런데 이는 ICDs 등과 달리 반드시 필요한 의료적 치료행위가 아닌 기존의 신체 기능을 증강시키거나 단순히 편리성 추구만을 위한 것으로 신체 원상회복 및 생명유지와는 거리가 먼 (자발적) 트랜스휴머니즘에 해당한다. 때문에 일각에서는 반드시 필요한 행위라 볼 수 없으므로 보안과 프라이버시 위험을 감수하면서까지 신체 이식이 필요한 것인지에 대한 비판이 있다. 그러나 개발자에 따르면 RFID 마이크로 칩은 암호화된 정보를 저장할 수 있으며 자체 전력공급 장치나 위치 신호도 보내지 않으므로 오히려 휴대전화나 인터넷이 더 큰 위협일 수 있다며 RFID에 대한 불신을 일축했다.[35]

(3) 예방의학적 목적으로

일반적으로 디지털 기기로 언제 어디서든 질병의 진단, 치료, 사후관리를 받을 수 있는 의료서비스를 유헬스(u-health)라고 한다. 초창기에는 심전도, 혈압, 혈당 등 환자의 생체정보를 측정할 수 있는 기기를 보건소 등 의료기관에 비치하여 환자의 상태를 컴퓨터와 화상카메라 등으로 진료를 수행하는 것을 목적으로 하였으나, 신체 건강상태를 진단하고 몸을 변형시키려는 바이오해커의 등장으로 일반인도 자신의 생체정보를 정량화(quantified self)하려는 시도가 활발하게 이루어지고 있다.[36] 최근에는 정량화(또는 수치화)된 자아를 넘어 스트레스나 뇌파 등을 측정하여 행복감이나 만족감 등 인간의 감정적 요소를 측정하여 정신적 측면에서 삶의 질을 개선

35) *Ibid.*

36) 김훈기, 『바이오해커가 온다』, (주)글항아리(2015), 94-95면.

하는 정성적 자아(qualified self)를 추구하는 흐름도 보이고 있다.[37] 현재는 이 모든 것이 신체부착 센서 기반의 웨어러블 의료기기(wearable medical device 이하, '웨어러블기기')를 통해 이루어지고 있다.[38]

(4) 소결

트랜스휴먼의 대표주자인 스웨덴 철학자 보스트롬(Nick Bostrom)[39]은 자신의 논문에서 탈신체화를 위해 "인간의 뇌 깊숙한 곳에 자리한 고통의 뿌리를 제거하고 영양가 있는 웰빙 작물로 대체하기 위해 신경 토양을 재배하기 위한 고급 기술과 도구(advanced skills and instruments)가 필요할 것이다"[40]라고 언급한바 있다. 그렇다면 보스트롬이 말한 신경 토양을 재배하기 위한 '고급 기술과 도구'는 무엇을 말하는 것일까? 아마도 트랜스휴머니즘 실현을 위한 구체적인 수단 내지는 방법으로 이해하는 것이 타당할 듯싶다. 이에 보스트롬의 트랜스휴머니즘적 사고를 본고에 투영시켜 필자가 위에서 제시한 트랜스휴머니즘 실현을 위한 몇 가지 방법(Ⅱ. 3.)에 대입해 보

---

37) *Ibid.*., 96-97면.

38) 그렇다면 웨어러블기기로 트랜스휴머니즘이 실현될 수 있느냐는 강한 의문을 품을 수 있을 것이다. 그런데 비록 완벽하지는 않을 수 있지만, 트랜스휴먼이 사이보그를 포괄하는 개념이고(트랜스휴먼 ≧ 사이보그), 사이보그가 "인공두뇌학을 뜻하는 'cybernetic'와 유기체(생명체)를 뜻하는 'organism'이란 용어의 축약어로 '기계장치와 생물체'의 결합으로 만들어진 인조인간을 뜻하는 단어의 어원으로 볼 때 극단적 비유이기는 하나 안경을 착용한 인간도 이에 해당한다는 초기 사이보그 학자들의 주장, 이에 따르면 웨어러블기기도 수단이 될 수 있다는 표현이 틀린 말은 아닐 것이다. Chris Hables Gray *et al.,* "The Cyborg Handbook", Cyborgology: Constructing the Knowledge of Cybernetic Organisms, Routledge(1995), 6면.

39) 보스트롬은 1998년 트랜스휴먼을 지지하는 학자들의 모임인 "세계트랜스휴먼협회(The World Transhumanism Association, WTA)를 만들었는데, 육체(body)를 망가지지 않아도 곧 녹슬어 버릴 운명(unless it jams first or crashes, is sure to rust anon)인 죽음의 덫(Your body is a deathtrap)으로 표현하며 "70년 또는 80년이라는 수명만으로는 영혼을 성숙하기에는 충분하지 않다"라는 주장을 한 서구의 대표 학자이다.

40) The roots of suffering are planted deep in your brain. Weeding them out and replacing them with nutritious crops of well-being will require advanced skills and instruments for the cultivation of your neuronal soil. ; Bostrom, Nick(2008). "Letter from Utopia", Studies in Ethics, Law, and Technology 2(1). 5면.

면, 인간의 신체 원상회복 및 생명유지를 목적으로 사용되는 “이식형기기”가 바로 여기에 해당되지 않을까 생각된다. 즉 이식형기기는 신체가 불편한 유한한 인간을 영양가 있는 웰빙 작물(신체 원상회복으로 좀 더 건강한 인간)로 탈신체화 하는데 직접적으로 영향을 미칠 수 있다. 비록 아직까지는 이식형기기를 포함한 다양한 첨단기기가 신체일부로서 인체와 흡수·통합되더라도 완벽한 의미의 트랜스휴먼이라고 말하는 것이 시기상조일 듯하지만, 착용과 탈의 과정에서 다소 불편한 Wearable이 상대적으로 더 편리한 Implantable로 흡수·통합되고 그로 인하여 인체 이식술에 대한 수요가 증가하게 되면 이식형기기를 수단으로 한 트랜스휴먼과 인간의 경계가 희미해질 것이다. 이렇게 인간과 트랜스휴먼의 경계가 사라지게 되면 기존 자연적·생물학적 존재인 인간(사람)을 적용 대상으로 하여 만들어진 법체계에 불가피한 변화가 감지될 것이다. 결국 이식형기기는 인간과 트랜스휴먼과의 경계 훼손을 최소화하는 인간친화적인 트랜스휴머니즘을 실현하는 이상적인 수단이 될 수 있을 것이다. 따라서 아래에서는 탈신체화를 통한 트랜스휴머니즘 실현을 위한 “고급 기술과 도구”라고 할 수 있는 ‘이식형기기’를 중심으로 실정법(實定法)상 발생할 수 있는 문제에 대한 논의를 이어가도록 하겠다.

Ⅲ. 트랜스휴머니즘을 실현하는 수단, 이식형 의료기기의 법적 문제점

1. 문제제기

이식형기기는 디지털 (전자)장치이므로 디지털 활동을 통해 데이터를 생성하고, 저장・전송한다. 따라서 이식형기기는 항상 모순이 없는 데이터를 유지해야 하고 데이터베이스에 장애가 발생하더라도 빠른 시간 내에 원래의 상태로 복구할 수 있어야 하며 이를 위해 데이터베이스 관리 시스템에서 트랜잭션(transaction)을 관리함으로써 데이터의 회복과 병행 제어를 가

능하게 하여야 하는 특성을 유지해야 한다. 이식형기기의 많은 이점에도 불구하고 이와 같은 기기의 특성은 데이터 간섭, 수정 및 가로채기 등 해킹 문제를 야기 시킬 수 있다.[41] ICDs 등과 달리 생명에 직접 영향을 미치지 않는 이식형 달팽이관 역시 예외는 아니다.[42] 실제로 전문 해커와 보안연구소의 다양한 보안테스트 결과 이식형기기가 갖는 디지털 장치의 특성으로부터 문제가 발생될 수 있음이 밝혀졌고, 영상촬영 시스템, 염색주사기 등 다양한 의료장비를 손상시킬 수 있는 악성코드 바이러스인 '워너크라이' 랜섬웨어의 확산에 따른 해킹으로 의료기기 손상 가능성은 현실화됐다.[43] 즉 이식형기기는 환자의 치료 설정 등 개인정보를 포함하여 데이터의 무결성에 대한 악의적인 변경이 일어날 수 있고, 데이터 기록 및 전송과정에서 환자정보와 프라이버시를 침해하는 악의적인 공격에 취약하기도 하다.[44] 물론 기기 개발자는 -누구든 해킹에 완벽하게 대처할 수 없는 상황에서- 우리가 사용하는 휴대전화가 더 위험할 수 있다는 취지의 의견을 내기도 했다.

---

41) Bob Curley, Hackers Can Access Pacemakers, but Don't Panic Just Yet, Healthline, <https://www.healthline.com/health-news/are-pacemakers-defibrillators-vulnerable-to-hackers>; Alex Hern, Hacking risk leads to recall of 500,000 pacemakers due to patient death fears, The Guardian, <https://www.theguardian.com/technology/2017/aug/31/hacking-risk-recall-pacemakers-patient-death-fears-fda-firmware-update>; Richard Yonck, The next generation of hackers may target your medical implants, Salon, <https://www.salon.com/2020/03/14/the-next-generation-of-hackers-may-target-your-medical-implants/>, (last visited Feb. 24, 2022).

42) Nickolaus Hines, Neural Implants Could Let Hackers Hijack Your Brain, Inverse , <https://www.inverse.com/article/19148-neural-implants-could-let-hackers-hijack-your-brain>; Mary Beth Nierengarten, Protecting Medical Devices against Cyberthreats, ENTtoday, <https://www.enttoday.org/article/protecting-medical-devices-cyberthreats>, (last visited May. 6, 2022).

43) Lily Hay Newman, Medical Devices Are the Next Security Nightmare, Wired, <https://www.wired.com/2017/03/medical-devices-next-security-nightmare/>, (last visited Feb. 24, 2022).

44) Daniel Halperin *et al., supra* note 32.

2. 이식형기기에 대한 개인정보보호 논의

(1) 도입

인간은 살아 숨 쉬는 동안 흔적을 남긴다. 이를테면 이동하면서 생긴 발자국, 지문, DNA와 같은 생체적 흔적부터 e-mail 송수신 기록, 휴대전화 사용기록, 컴퓨터 접속기록 등 디지털 활동으로부터 트랜잭션 기록을 생성한다. 여기서 흔적은 증거라고 말하기도 하는데, 디지털 기기사용으로 인한 데이터를 말한다. 그런데 이러한 데이터에도 권리가 존재한다. 권리에 의하여 보호되는 이익을 충족하기 위한 수단인 일정한 대상(권리의 객체)은 권리의 내용이 되는 이익에 따라 다른데, 물권의 객체는 물건이며 채권의 객체는 채권자의 행위인 것이 바로 그것이다. 민법은 물건이라 함은 "유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력"이라고 정의하고 있는데,[45] 이는 환자가 이식형기기를 특별한 제약 없이 이식받고 건강한 삶을 유지하는데 매우 중요한 개념이다. 그렇다면 이식형기기가 생성하는 데이터는 관리 가능한 자연력, 즉 물건이라고 할 수 있을까? ICDs는 환자의 심장박동만을 조절하는 것이 아니며 환자의 혈액, 체온, 호흡을 비롯하여 심장에 공급되는 전기신호 등 환자의 전체적인 건강상태를 모니터링 하는 일을 담당한다. 데이터 생성부터 보관 등 처리에 관여하는 이식형기기는 물권의 객체가 되는지, 다시 말해 그로부터 생성되는 데이터가 관리 가능한 것이라면 정보주체는 누가 되는지 의문이 생긴다. 이식형기기와 신체기관과의 관계와 관련하여 거의 모든 사람이 하루 24기간 자신의 신체와 밀착하여 계속적으로 일상을 같이 하는 휴대전화와 신체 관련성에 대해 생각해 보면 어떨까.[46] 우선 "어떤

45) 민법 제98조.

46) 2014년 6월, 미국 대법원은 Riley v. California 판결에서 경찰공무원은 체포 중 영장 없이 휴대폰을 압수하여 휴대폰 내에 데이터를 수색할 수 없다고 만장일치로 판결했다. 해당 판결에서 대법원장 존 로버트(John Roberts)는 "휴대전화는 이제 일상생활에서 널리 사용되어 일반화된 것이기 때문에 화성(Mars)에서 온 외계인은 그것이 인간에게 해부학적으로 매우 중요한 것으로 여길 수 있을 것"이라고 선언했다. 미국 대법원이 판결문에서 은유적 표현으로 기기와 인체와의 결합(사이보그)에 대한 언급을 한 것은 역사상 최초이다.

것이 신체 일부에 해당하느냐"라는 말은 "우리 몸의 간, 심장 등 신체를 구성함에 있어 없어서는 안되는 우리 몸의 기관과 같이 중요한 존재의 것이냐"라는 말과 일맥상통한다. 여기서 "정보주체와 신체일부"라는 단어로부터 이식형기기가 생성하는 개인데이터에 대해 정보주체가 누려야 할 권리, 이른바 개인정보자기결정권(Information self-determination) 또는 자기통제권이라는 개념을 도출시킬 수 있다. 이는 이식형기기, 특히 ICDs는 외과적 수술로 환자에게 이식된 후 의료진에게 무선으로 환자의 건강정보를 전송하여 건강상태를 확인할 수 있도록 데이터 교환 기능을 갖고 있기 때문이다. 데이터의 교환이 이루어진다는 측면에서 정보주체는 기기가 생성하는 자신과 관련된 정보의 수집・생성에서부터 기록・저장, 전송・전달, 가공・편집, 수정・보완・삭제, 검색・출력, 이용・제공・공유・공개, 보존・파기・파쇄 등의 처리를 통제할 수 있어야 한다.[47]

(2) 이식형기기가 생성하는 데이터의 정보주체와 개인정보처리자

1) 정보주체로서 개인정보보호법 제2조 제3호 "사람(인간)"의 해석 범위

※ 이식형기기(ex, ICDs, 컴퓨터 의수족) = 신체 일부

앞서 이식형기기와 신체와의 관계에서 비록 이식형기기는 물건이지만, 신체 조직과 흡수·통합되어 신체와의 관계에서 중요한 기능을 담당한다면 신체일부로 볼 수 있다고 하였다.[48] 그렇다면 이식형기기를 이식받아 신체일부로서 기능을 하는 기계장치를 하고 있는 사람은 인간에 가까운 트랜스휴먼인가? 아니면 트랜스휴먼에 가까운 인간인가?

극단적으로 신체 대부분이 기계만으로 이루어진 인간형 로봇이 아닌 이상 이러한 의문이 생길 수 있을 것이다. 그런데 어디에서도 인간 또는 트

47) 이창범, 『개인정보보호법』, 법문사(2012), 26면.

48) 만일 이식형기기가 신체일부가 아니라면 신체 기관과 유기적인 융합이 되지 않은 것을 의미하고, 그렇다면 언제든 손쉽게 탈부착이 가능한 웨어러블기기와 다를 바 없을 것이므로 이를 착용한 사람은 개인정보보호법 제2조 제3호에서 말하는 사람에 해당함은 논란의 여지가 없을 것이다.

랜스휴먼을 정의함에 있어 그 기준이 될 수 있는 신체와 기계장치에 관한 비율을 정하고 있지는 않다. 정확히 이야기하면 정할 수 없기 때문일 수도 있다. 현행 개인정보보호법 제2조 제3호에 따르면, "정보주체란 처리되는 정보에 의하여 알아볼 수 있는 사람으로서 그 정보의 주체가 되는 사람을 말한다"라고 하여 정보주체가 될 수 있는 대상을 살아있는 '사람'으로 규정하고 있다. 분명 이 법 제정 당시 이 법으로부터 보호되는 권리 대상, 즉 '사람'은 자연적 · 생물학적 존재 외에는 다른 고려대상이 없었을 것이다. 그러나 본격적으로 트랜스휴머니즘 시대에 접어들면 자연적·생물학적 존재인 사람을 대상으로 하는 이 법 제2조 제3호에 대해 깊이 생각해 보아야 한다. 강조하지만 이식형기기가 신체와의 관계에서 중요한 것으로써 신체일부에 해당하면 비록 적은/작은 부분이라고 할지라도 기계를 포함한 인간이지만, 현행법이 말하는 사람(신체)은 기계장치가 없는 자연적·생물학적 존재를 지칭하기 때문이다. 따라서 이식형기기를 이식받은 자를 - 트랜스휴먼이다/트랜스휴먼이 아니다/트랜스휴먼과 인간의 어느 경계쯤에 있는 사람이다/라고 단정 지을 수 없는 상황- 동법에서 말하는 사람(구체적 형태를 가지고 있으면서 숨을 쉬고 활동할 수 있게 하는 힘을 가진 존재)과 동일한 존재로 볼 수 있는지 의문이 드는 것이고, 앞서 필자가 "첨단기술이 야기할 법적 문제에 대해 인간을 세 가지 개념요소만으로 표현하기에는 다소 부족해 보인다"고 언급한 이유이다. 만일 인간의 개념(①생명체로서의 인간, ②이성적 동물로서의 인간 그리고 ③자율적 주체로서의 인간)에 더하여, ④유기체적 특성과 비유기체적 특성이 결합된 인간이라는 개념이 추가되었다면, 아마도 이러한 논쟁은 시작되지 않았을지도 모른다. 결국 법의 해석과 개정 중 하나의 문제로 해결해야 할 것으로 생각된다.

※ 신체일부, 이를 내재하고 있는 인간을 트랜스휴먼이라 하기는 시기상조

앞서 잠시 언급한 바 있지만, 아직까지는 신체일부가 기계(기기)라고 하더라도 이를 트랜스휴먼이라고 하는데 부정적인 견해가 다수일 것이라는 생각된다. 그러나 이런 견해는 지금까지 우리가 인간과 기계를 구분할 이유

도 없었으며, 특별히 그럴 필요도 없었기 때문이다. 왜냐하면 우리가 알고 있는 인간(사람)은 자연적・생물학적 존재 외에는 없었기 때문이다. 즉 그저 보이는 모습 그대로 인간은 인간이고, 기계는 기계일 뿐 인간과 기계를 서로 구분하기 위한 특별한 노력이 필요하지 않았다.

따라서 트랜스휴먼이 개인정보보호법상 보호대상인 정보주체에 해당하는지 파악하기 위해서는 이식형기기를 이식받은 자가 동법에서 말하는 '사람'에 해당하는지 여부를 판단해야하는 새로운 과제가 생길 것이고, 그런 이유로 이식형기기를 이식받은 자가 개인정보보호법에서 말하는 사람(또는 자연인)인지는 개인정보보호와 관련하여 트랜스휴머니즘 실현 시작 단계부터 트랜스휴먼이 이 법의 보호대상인지에 대한 논쟁으로 작용하게 될 수 있는 것이다. 이식형기기를 수단으로 한 트랜스휴머니즘 실현 과정에서 발생할 수 있는 이식형기기의 법적 위험 중 개인정보는 특정 개인의 민감한 정보에 한하지 않고 일반적인 내용의 정보도 포함한다. 사적인 정보나 가족의 정보와 같이 가정의 울타리에 한정하는 것이 아니라 직업 정보, 근로관계에 대한 정보, 경제적・사회적 행동 정보도 포함하고 있다. 이 모든 내용은 동법에서 말하는 살아있는 '사람', 즉 자연적・생물학적 존재에 해당하는 자를 지칭하는 것이다. 그러나 아직 이식형기기의 기술적 특징과 이식 목적 및 범위 등이 모호하고 아울러 이를 이식받은 자에 대한 명확한 정의 등 세부적인 기준조차 마련되어 있지 않은 상황, 이식형기기 수혜자가 정보관련 법에서 보호되어야 하는 또는 규제 대상에 포함되어야 하는지 명시한 규정이 없는 것은 당연한 것인지도 모른다. 이식형기기를 이식받은 자가 이 법 제4조(정보주체의 권리)에 의해 보호를 받을 수 있는 자에 해당하는지 명확히 하기 위해 현행 개인정보보호법의 개정 또는 이식형기기만을 위한 단일법률 제정이 필요한 이유이다.

2) 이식형기기로부터 생성된 데이터의 정보주체

'정보주체(data subject)'란 처리되는 정보에 의하여 알아볼 수 있는 (살아있는)사람, 즉 그 정보의 주체가 되는 사람을 말하며 법에 의한 권리의 행사주체라고도 할 수 있다.[49] 이미 살핀 바와 같이 ICDs등 이식형기기가 생

명을 유지하기 위해 생리학적 신체 구조와 그 기능을 같이하여야 하는 불가분의 관계라는 점은 이식형기기를 신체일부로 바라볼 수 있다는 것이다. 따라서 신체일부로부터 생성되는 정보는 개인이 생성하는 정보임에 누구도 부정할 수 없을 것이다. 따라서 이식형기기가 생성하는 데이터는 환자의 신체로부터 생성된, 즉 이식형기기를 이식받은 환자와 관련된 개인데이터이기 때문에 정보주체에 의해 수집 등 정보처리가 통제될 수 있어야 한다.

3) 이식형기기의 개인정보처리자, "병원 또는 기기(서비스) 제조자"

'개인정보처리자'란 업무를 목적으로 개인정보파일을 운용하기 위하여 스스로 또는 다른 사람을 통하여 개인정보를 처리하는 공공기관, 법인, 단체, 사업자 및 개인 등,[50] 자신의 이익을 위하여 개인정보의 처리여부, 처리목적, 처리방법 등을 자신의 책임 아래 스스로 결정할 수 있는 자를 말한다.[51] 따라서 개인정보처리자는 정보처리 목적을 명확히 하여 적법원칙에 따른 정보를 수집하되, 필요 최소한의 정보로 한정되어야 한다. 이는 혹시 발생할지 모르는 사생활 침해를 예방하기 위한 것으로 이를 위해 개인정보처리자는 정보주체의 권리(열람청구권, 정정·삭제요구권 처리정지요구권 등) 보호에 책임과 의무를 부담한다고 할 것이다. 주지하다시피 ICDs등 이식형기기는 병원(의료진)이 환자 모니터링(또는 제한적인 범위 내에서의 치료)를 위해 사용하는 것으로 환자의 이름, 진단명, 치료법 등 개인을 식별할 수 있는 다양한 개인정보를 생성하여 저장하고 있다. 따라서 병원은 환자의 건강 모니터링이라는 업무를 목적으로 이식형기기가 생성하는 데이터를 운용하기 위하여 스스로 또는 다른 사람을 통하여 환자의 정보를 처리해야 할 책임과 의무를 부담하는 자라고 할 것이다.

그렇다면 이식형기기를 제조·생산하는 의료기기 제조자의 경우는 어떠할까? 전술한 "Ⅱ. 3. 트랜스휴머니즘 실현을 위한 몇 가지 방법"에서 3가지 각 항목 중 "(3). 예방의학적 목적으로의 신체기관 보조(유헬스)"의 경우, 제

49) 개인정보보호법 제2조 제3호.
50) 개인정보보호법 제2조 제5호.
51) 이창범, 『개인정보보호법』, 법문사(2012), 30-34면.

조자(또는 서비스업체)도 개인정보처리자가 될 수 있을 것이다. 이는 기기 제조자가 만든 제품(ex, 구글 글라스나 삼성 갤럭시 기어)을 착용할 경우 사용자의 걸음걸이, 움직임에 따른 위치정보는 제조자(또는 서비스업체)에게로 전송되기 때문이다. 이때 제조자(또는 서비스업체)가 업무를 목적으로 거리 속도, 착용자의 심박수와 혈당 및 칼로리를 계산하여 건강상태를 확인해 주는 것이라면 더더욱 개인정보처리자로서의 구성요건에 부합한다고 할 것이다. 이와 관련하여 운동화 제조업체인 Nike 역시 지능형 운동화를 통하여 수집된 신체활동에 관한 데이터를 정보주체의 스마트폰 등 기기와 연동되도록 하여 정보주체의 기기뿐만 아니라 신발 제조업체와의 커뮤니케이션을 가능하게 연동시키는 방법으로 데이터를 처리한 사실이 있는데, 논외의 경우이기는 하나 Nike의 이러한 행위로 건강데이터 처리가 개인의 추정 건강상태 또는 실제 건강상태에 근거한 차별의 위험을 수반할 수 있다는 문제점이 지적된 바 있다.[52]

(3) 이식형기기의 개인정보보호 규제 법률

앞서 이식형기기가 신체 일부에 해당하는지에 대해 논하면서 잠시 휴대전화가 신체일부에 해당할 수 있는지를 예로 들어 설명한 바 있다. 이미 알고 있는 바와 같이 이식형기기가 생성하는 데이터는 휴대전화가 생성하는 데이터보다 더 민감하면서도 은밀한 건강정보를 포함한 개인데이터를 생성한다. 따라서 이식형기기에 대한 개인정보보호 규제는 그 어떤 기기에서 생성되는 것보다 더욱 엄격하게 관리되어야 한다. 따라서 이식형기기 사용자는 기기로부터 생성되는 개인데이터에 대한 접근권, 정정 및 삭제권, 처리제한권 등 정보주체가 누려야 할 권리가 보장되어야 한다. 한편 우리나라 「개인정보보호법」 제4조 제1호 내지 5호에서 정보주체의 접근권 등 정보주체가 자신의 개인정보 처리와 관련하여 보호받을 각 권리를, GDPR Article 15 내지 18에서 정보주체의 각 권리를 규정하고 있지만 이식형기기 사용자의 개인정보자기결정권에 대한 정보 관련법은 없다. 향후 이식형기기

52) Robert van den Hoven Genderen, “Privacy and Data Protection in the Age of Pervasive Technologies in AI and Robotics”, EDPL 3(2017). 10면.

가 활성화되어 본격적으로 상용화된다는 것을 예상해 본다면, 이식형기기에 대한 정보주체의 권리를 규정하는 단일 개인정보보호 규제 법률이 필요해 보인다. 현대 복지국가에서 인간의 존엄과 사생활의 보호가 국가 및 지방자치단체의 기본적 책무가 되고 있다는 점에서 향후 기술발전이 야기할 개인의 건강정보보호 문제점은 우려스럽다 할 것이다. 과거 우리는 포털사, 카드사, 보험사 등이 개인정보를 유출한 사건을 비롯하여 최근에는 제약회사 영업사원들을 중심으로 대형병원 전공의 및 간호사들까지 개인정보유출에 가담한 사건을 경험하였다.[53] 이미 정보유출을 방지할 관련법(개인정보보호법, 정보통신망법 등)이 있었지만 이를 막지 못했다는 점에서 앞으로 이식형기기의 보급이 확대될 경우 과거에 반복되었던 피해가 재현될 가능성이 크다.

(4) 검토 및 의견

이 모든 것들이 개인정보보호법 제2조 제3호 “사람”의 해석 범위의 모호성으로 촉발되는 이식형기기의 개인정보보호 문제이다. 이식형기기의 정보주체에 대한 권리보장과 이를 안전하게 관리하여야 할 개인정보처리자에 대한 물리적·기술적 환경이 정착될 수 있도록 관련 입법 등 국가차원에서의 기본적 책무가 이행되어야 한다. 따라서 국가는 이식형기기가 갖는 법적 위험과 관련하여 개인정보의 이용 및 보호 실태를 조사하여 인간의 존엄과 사생활 보호를 위한 대책을 강구해야 할 것이다.

3. 이식형기기에 대한 사이버정보보안 논의

(1) 도입

컴퓨터가 다양한 업무를 지원하는 것과는 반대로 컴퓨터와 정보기술의 풍요로움은 사기, 신분 도용과 같은 범죄를 야기하며 정보보안 위협을 크게

53) 함민정, “20만명 의료정보 털린 대형병원…“통지가 끝?“ 피해자들 분노”, The Joong Ang, <https://www.joongang.co.kr/article/25051054>,(last visited May. 6, 2022).

증가시켰다. 그러나 당국의 규제는 기술보다 훨씬 느린 속도로 이루어지는 탓에 현재의 사이버정보보안 규제는 가속화된 기술변화에 효과적으로 대처할 수 없는 것이 현실이다. 이렇게 급변하는 상황에서 -컴퓨터(사이버) 보안에서 가장 중요하게 고려되어야 할 사항은 정보의 기밀성(confidentiality), 무결성(integrity) 및 가용성(availability)인데- 기밀성, 무결성, 가용성의 보호는 더욱 달성하기가 어려워지고 있다.[54] 이런 가운데 의료분야에서도 컴퓨터 등 정보통신기술은 빼놓을 수 없는바, 바로 이식형기기가 최대 5m 범위까지 무선으로 신호를 주고받는 것을 두고 하는 말이다.[55] 이는 실험상 5m로 했다는 말이지 이식형기기의 무선통신 범위가 5m까지만 가능하다는 말은 아닌 것으로 원거리에서 환자상태를 확인하고 관리 가능하게 하는 무선통신 기술은 환자 및 의료진 모두에게 충분히 매력적인 일일 것이다.[56]

그런데 이 기술이 본격적으로 상용화될 경우 보안위험에 대한 논쟁의 중심이 될 수밖에 없다.[57] 이 때문에 식품의약품안전처에서는 개인의료정보를 송수신하거나 원격으로 기기를 제어하는 경우만 사이버보안을 적용하던 기존 기준을 국제기준에 적합한 새로운 허가심사 기준으로 상향 조정하여 통신이 가능한 모든 의료기기에 대해 사이버보안을 적용하는 개정안을 마련하였다.[58] ICDs와 프로그래머 사이의 RFID 신호를 가로채고 추출하기 위해 역 엔지니어링(reverse-engineering) 및 도청 기술(eavesdropping techniques)을 결합하여 이식형 심장 제세동기에 대한 환자 데이터 해킹을 시도하여 성공한 연구결과,[59] 이식형기기의 무선통신기능으로 배터리를 빠

54) Denning, T., Matsuoka, Y., & Kohno, T. (2009). Neurosecurity: Security and privacy for neural devices. Neurosurgical Focus,27(1), E7.

55) T. Denning *et al.,* "Neurosecurity and privacy for neural devices", Neurosurg Focus Vol 27, (1):E7(2009), 2면.

56) 영국의 경우 1988년 의료기록 접근에 관한 법률과 1990년 건강기록 접근에 관한 법률의 제정으로 원격의료가 활성화되어 있지만, 우리나라는 환자가 병원이 아닌 곳에서 의료진으로부터 진료 및 치료행위 그리고 이를 포함한 원격모니터링(건강관리)을 받는 행위는 의료행위에 저촉되는 부분이 있다.

57) T. Denning et al., *supra* note 54.

58) 식품의약품안전처 보도참고자료, "식약처, 의료기기 사이버보안 강화 - '의료기기 사이버보안 허가·심사 기준' 개정●●● 국제조화된 기준 적용 -"(2022).

59) Daniel Halperin *et al., supra* note 32.

르게 고갈시키거나 심장 박동 조절 기능을 무단으로 변경하는 등의 취약점 발견, 아울러 미국 식품의약품 안전국(FDA)이 보안상 문제를 보완하기 위해 50만 명에게 이식된 심박(심장박동)조율기에 대한 리콜을 명령한 사실은 이식형기기의 사이버정보보안 논쟁을 뒷받침한다고 할 것이다.[60] 즉 이식형기기는 의료진이 외부 프로그래머를 사용하여 무선으로 환자의 상태를 진단하고 개인 데이터를 처리하는 과정을 설정할 수 있는 만큼 언제든 해커의 공격(ex, 의족/의수 무선신호 가로채기, 의도적인 배터리 방전, 개인 데이터 탈취) 가능성이 열려있다고 할 것이다. 따라서 해커에 의한 접근 또는 인위적 조작이 환자에 대한 물리적(생명을 위협하는 행위), 심리적 또는 사회적 해를 끼칠 수 있다는 점을 예상하여 보안주체 등 사이버정보보안 체계를 명확히 하는 것이 중요하다.

(2) 사물인터넷 기술을 활용한 이식형기기의 사이버정보보안 규제 법률

1) 사물인터넷의 의의와 특징

지능형 사물과 사물사이의 신호 처리 과정은 기기로부터 입력된 신호가 통신망으로 전달되어 플랫폼(ex, 병원 내 모니터 또는 스마트폰)으로 전송되는데, 이때 통신망(또는 인터넷)에 통합된 지능형 사물을 사물인터넷(Internet of Things, 'IoT')이라고 한다. 즉 사물인터넷이란 GPS와 같은 스마트 기기가 외부시스템과의 원활한 데이터 소통을 위해 어플리케이션을 다운로드하고 실행하여 명령을 수신할 수 있도록 하는 기능을 갖고 있는 것을 말한다.[61] 따라서 사물인터넷은 정보를 수집하는 기기, 인터넷과 연결되는 장치 및 통신장비로 구성되어 있으며 통신망(패킷을 통한 정보 전송)을 통하여 정보의 이동이 이뤄진다. 이에 원활한 사물인터넷 서비스를 위해서는 무선네트워크의 핵심자원인 무선 네트워크 구축과 사물인터넷으로 활용

60) Alex Hern, *supra* note 41.

61) Antigone Peyton, "A Litigators Guide to the Internet of Things", 22 RICH. J. L. & TECH. Vol 22, 3(2016), 11면.

가능한 사물인터넷 전용 주파수 대역이 필요하다.

2) 이식형기기와 사물인터넷의 기술적 관계

ICDs와 같은 이식형기기는 단거리 통신을 위해 175kHz 대역을 사용하여 외부와 무선으로 통신하며, 장거리 통신의 경우에는 175kHz 주파수와 402 - 405MHz MICS(Medical Implant Communications) 대역에서 초당 32 패킷(packet)의 속도로 데이터를 전송하여 통신할 수 있다.[62] 우리나라 과학기술정보통신부는 사물인터넷 사업자를 상대로 신규 사물인터넷 주파수 공급 계획 수립을 위한 사물인터넷용 주파수 수요조사(300MHz 대역 및 900MHz 대역 등 총 17.7MHz 폭 중 선호하는 주파수 대역)를 한 바 있는데,[63] 위 주파수 대역을 서로 비교해 보면 이식형기기의 통신 범위가 기존 사물인터넷용 통신 범위보다 결코 짧지 않음을 예측할 수 있다. 이처럼 이식형기기가 통신을 위한 주파수 대역이 필요한 것은 병원 내 또는 외부(병원 이외의 장소)에서 원격 통신을 가능하게 하기 위함이다.[64]

이런 모든 점을 미뤄볼 때 이식형기기는 유선통신(유선케이블 : USB, RS-232, LAN, HDMI 등)·무선통신(무선통신모듈 : Wi-Fi, 블루투스, NFC, RF 등)을 사용하거나 통신 경로가 존재하는 기기로 사물인터넷과 기술적으로 동일(또는 유사)한 관계에 있다고 할 것이다. 물론 이식형기기가 사물인터넷이 갖고 있는 모든 특징을 완벽하게 재현하고 있다고 단언할 수 없으나, 적어도 유·무선으로 정보를 송수신하여 정보를 처리(Processing) 할 수 있다는 기능적 측면에서는 이식형기기와 사물인터넷은 가장 유사한 비교대상이라고 할 것이다.

---

62) H. Savci, A. Sula, Z. Wang, N. S. Dogan, and E. Arvas. MICS transceivers: regulatory standards and applications [medical implantcommunications service]. In Proceedings of IEEE SoutheastCon(2005), 179 - 182면. ; Daniel Halperin *et al.*, *supra* note 32. 9면.

63) 과학기술정보통신부 보도자료, "과기정통부, 신규 사물인터넷(IoT) 주파수 수요조사 실시"(2018).

64) Daniel Halperin *et al., supra* note 32, 3-4면.

3) 이식형기기의 사이버정보보안 규제 법률

사물인터넷의 경우 통신망을 운영할 망 사업자가 존재하며 이를 규제할 관련법령도 존재한다. 그러나 이식형기기의 경우 정보보안을 규제하는 법률은 존재하지 않는다. 정보보안과 관련된 현행 법률로는 「개인정보보호법」, 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하, 정보통신망법)」, 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률(이하, 위치정보법)」, 「정보통신기반 보호법」, 「형법」 등이 있다. 그런데 위 법률들이 정보이용의 활성화와 정보보호라는 보호 법익 측면에서는 목적의 동일성이 있다고 할 것이지만, 개별법상 수범 주체를 달리할 것이라는 점에서 이식형기기를 규제하는 사이버정보보안 법률 입법의 필요성을 재고(再考)할 필요가 있다. 아직까지는 이식형기기의 사용범위(ex, 병원 내 또는 병원 밖 사용)가 정해진바 없으므로 이식형기기에 대해 사물인터넷 기술의 적용이 필요한지 여부를 논하는 것이 성급하다고 할 수 있다. 그러나 실제 상용화까지 풀어야 할 많은 과제가 있다는 점을 감안할 때, 이식형기기에 대한 사이버정보보안 규제 법률 논의가 성급하거나 불필요하다고 단정 할 수 없을 것이다. 기술발전은 법제도 정착을 기다려주지 않는다는 점은 이 부분 논의를 재촉하기에 부족하지 않을 것이다.

(3) 이식형기기의 보안주체

이미 국제적인 해킹 장비는 MRI와 같은 의료용 기기에 악성코드를 설치하여 의료기관 등 관련 기관을 상대로 민감한 개인데이터를 훔치고 있다는 분석이 나왔다.[65] 향후 사물인터넷 시장이 2025년에 750억 개에 이를 것이라는 예상,[66] 아울러 점진적으로 원거리 통신이 가능한 이식형기기 확대의 필요성이 대두된다는 측면에서 이식형기기로부터 생성되는 환자 (민감)

65) Henry Kenyon *et al.,* "Hacker target medical equipment in health care industry", CQ Roll Call Washington Data Privacy Briefing(2018).

66) Steve Morgan, The World Will Store 200 Zettabytes Of Data By 2025, cybercrime magazine, <https://cybersecurityventures.com/the-world-will-store-200-zettabytes-of-data-by-2025/>,(last visited May. 9, 2022).

건강정보에 대한 보안문제는 대비해야 할 시급한 문제임에 틀림없다.

사물인터넷은 서로 다른 외부 시스템과의 데이터 통신을 위해 외부로부터의 명령을 수신하기 때문에 바이러스의 전파가 용이하다는 특징을 갖고 있어 정보보안의 경우 사물인터넷 환경에서 더욱 위협적이다.[67] 한마디로 사물인터넷이 갖는 기술적·기능적 특징과 유사한 이식형기기로부터 생성되는 건강정보는 엄격한 보안이 필요하다. 그런데 사물인터넷은 -통신망으로부터 전송받은 정보를 처리하는 정보처리자(데이터베이스 관리자)인- 사물인터넷 서비스제공자(IoT Service Provider)가 보안책임 의무를 부담하지만,[68] 이식형기기는 이 부분에 대한 명확한 정의도 기준도 없다. 다만 2020년 국제의료기기규제당국자포럼(International Medical Device Regulator Forum, IMDRF)에서 작성된 '의료기기 사이버보안 원칙 및 기준'(Principle and Practices for Medical Device Cybersecurity)에 따르면, Secure Communications(보안통신), Data Protection(정보보호), Device Integrity(기기 무결성), User Authentication(사용자 인증), Software Maintenance(소프트웨어 유지관리), Physical Access(물리적 액세스), Reliability and Availability(안정성 및 가용성) 항목의 이행주체를 제조자(The manufacturer)로 하여 이들(제조자)에게 "~고려해야 한다, ~결정해야 한다"라고 명시하고 있다.[69] 즉 IMDRF는 제조자를 보안주체로 명시하고 그에 따른 보안의무사항을 이행하도록 규제하고 있는 것이다. 이에 우리나라 식품의약품안전처도 의료기기 사이버보안 허가·심사 가이드라인을 정하여 의료기기 허가·심사를 위하여 기기 '제조자'로 하여금 보안통신, 기기 무결성, 소프트웨어 유지보수, 신뢰성 및 가용성 등 사이버보안 안전을 확인할 수 있는 검증자료를 제출하도록 요구하고 있다.[70] 이를 종합하면 이

67) Betsy Atkins & Rahul Kashyap, The hack back bill legitimizes a messy game of revenge for businesses, QUARTZ, <https://qz.com/1785036/why-the-hack-back-bill-is-bad-for-business/>, (last visited May. 9, 2022).

68) 손승우 외, "사물인터넷 사업자를 위한 정보보안 법률의 개선 방안 연구", 『법학연구』 제57권 제1호(2016), 191면.

69) International Medical Device Regulator Forum, "Principle and Practices for Medical Device Cybersecurity"(2020).

식형기기 제조자로 하여금 제품 설계 때부터 고려해야 하는 (보안)원칙과 향후 기기가 시장에 출시되었을 때 이행해야 할 보안사항 등 사이버정보보안의 보안주체에 대한 대략적인 틀이 마련되고 있음을 짐작할 수 있다.

(4) 보안주체의 법적지위

IMDRF가 이식형기기의 제조자를 보안주체로 하고 있음은 이미 살핀 바와 같으나, 사물인터넷과 이식형기기의 기술적·기능적 유사점을 기초로 생각해 볼 때 제조자만 보안주체에 해당하는 것일까? 즉 이식형기기 상용화를 위해 정보통신서비스 제공자의 필요성과 보안을 생각하지 않을 수 없다. 사물인터넷의 경우 정보를 송수신 할 수 있도록 통신을 매개하거나 전기통신설비를 타인의 통신용으로 제공하는 전기통신역무를 기반으로 하는데, 이때 원활한 정보통신서비스 제공을 위해 사물인터넷 서비스제공자인 "사물인터넷 사업자(정보통신서비스 제공자)"가 필요하다. 동일선상에서 이식형기기가 본격적으로 상용화된다면 원거리 등 원활한 정보통신서비스 제공을 위해 이식형기기 사업자(정보통신서비스 제공자)가 필요할 수 있다. 이는 이식형기기의 보안주체와 관련하여 제조자 외에도 보안주체의 다양성에 대해 고려되어야 한다는 말로 이해할 수 있다. 사물인터넷 서비스의 경우 단일의 사업자가 하나의 서비스를 모두 제공하는 것이 아니라, 여러 기술·서비스 사업자가 공동으로 하여 하나의 서비스 결과를 도출시킨다. 이는 단일 사업자만으로는 충분한 사물인터넷 서비스 지원이 어렵다는 말로서 이식형기기의 상용화에 따른 보안주체의 다양화와 관련하여 이식형기기에 상당부분 영향을 미칠 것으로 예상되는 부분이다.

한편 정보통신망법 제2조 제3호에 따르면, 정보통신서비스 제공자란 "전기통신사업법 제2조 제8호에 따른 전기통신사업자와 영리를 목적으로 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 자"라고 정의하고 있다. 아울러 전기통신사업자는 기간통신사업자(전기통신사업법 제2조 제1호)·별정통신사업자(동법 제5조 제3항)·

70) 식품의약품안전처, "의료기기의 사이버보안 허가심사 가이드라인"(2022). 14-16면.

부가통신사업자(동법 제2조 제12호)로 구분된다. 만일 보안주체를 제조자(또는 이식형기기 사업자)가 아닌 병원으로 하였을 경우 병원은 전기통신사업법 제2조 제8호에 따른 전기통신사업자에 해당하지 않으며 영리를 목적으로 하는 기관에도 해당될 수 없다는 점에서 병원은 보안주체가 될 수 없다.[71] 결과적으로 병원은 보안주체가 될 수 없어 보안의무를 부과할 수 없다는 결론에 이른다. 따라서 이식형기기에 대해 펌웨어 업데이트 서비스를 제공하는 자인 이식형기기 제조자(경우에 따라서는 정보통신서비스 제공자)에 대한 법적지위를 살펴야 할 것이다. 그런데 강조하지만 이식형기기가 필요한 이유는 위치에 상관없이 환자의 상태를 실시간 모니터링하고 적절한 치료를 하기 위함이라는 점에 대해 생각할 필요가 있다. 병원 내 뿐만 아니라 병원 밖의 원거리에서도 원활하게 정보를 송수신 할 수 있도록 통신을 매개할 서비스 제공자가 필요할 수 있다는 점에서는 향후 본격적인 상용화 시기가 도래할 경우 이식형기기 자체에서 발생할 수 있는 보안을 책임지는 제조자는 물론 유무선 통신과정에서 발생할 수 있는 위험에 대해 책임을 져야하는 이식형기기의 정보통신서비스 제공자에 대한 보안 의무도 고려되어야 한다. 향후 제조자와 정보통신서비스 제공자(이식형기기 사업자) 사이(또는 모두)에서 보안주체를 고민해야 하는 시간이 필요할 수 있다. 그런데 이런 고민에도 불구하고 원거리 통신을 위한 이식형기기의 본격적인 상용화로 정보통신서비스 제공자가 필요할 경우 보안주체의 법적지위는 다소 불안해 질 수 있다. 그 이유는 현재 정보통신 관련법에서 사물인터넷 서비스업을 위한 별도 규정 등 사업자 요건을 특별히 구분하지 않고 있기 때문이다. 따라서 이식형기기에 대한 정보통신서비스 제공자 제도가 도입될 경우 현행법체계 대로라면 이식형기기 사업자의 서비스영역을 제한하는 데는

71) 우리나라 『의료법』 제2조에 따르면 의료인은 보건복지부장관의 면허를 받은 의사·치과의사·한의사·조산사 및 간호사를 말하며, 『의료법』 제33조 제2항에 따라 의료인·국가나 지방자치단체·의료업을 목적으로 설립된 법인·비영리법인만 의료기관을 개설할 수 있도록 하고 있다. 즉 의료법에서 의료기관의 개설주체를 의사 또는 비영리법인으로 한정해 놓고 있기 때문에 영리법인인 국내 주식회사들은 의료기관을 개설할 수 없다. 다만, 제주도의 녹지병원은 『제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법』 제307조에 근거해 외국인이 설립한 영리법인에 한해 개설될 수 있었다.

한계가 있을 것이다. 바꿔 말하면 이식형기기 사업자에 대한 규제가 느슨하여 통신서비스 영역에서의 이용자 권리침해 발생 시 법적으로 제제할 마땅한 근거를 찾기 어려워 질 수 있다는 말로 해석할 수 있다.

이식형기기는 의료진과의 지속적인 데이터 송수신을 통하여 이상적인 트랜스휴머니즘 실현을 이룩하기 위함이라고 할 것이다. 그런데 이식형기기의 보안주체와 이들의 법적지위가 불명확하여 법적 불안정성이 지속된다면 통신 과정에서 발생할 수 있는 신호교란, 정보유출, 정보의 위·변조 및 정보의 가용성 침해에 대한 해킹이 환자에게 치명적인 결과를 발생할 수 있다는 점에서 큰 문제라고 할 수 있다. 따라서 기술발전에 따른 새로운 치료 및 관리 방식으로의 서비스 정착과 확대를 위해 이식형기기의 보안주체와 법적 지위에 대한 명확성을 기하기 위한 법률제정이 필요하다.

(5) 검토 및 의견

주지하다시피 이식형기기로부터 송·수신되는 정보는 환자의 이름, 주민번호, 의료 ID, 과거병력, 진단명, 치료법, 이식형기기가 삽입된 날짜와 모델번호 등 환자와 관련된 다양한 정보뿐만 아니라 치료를 담당하는 의사의 개인정보에 이르기까지 환자와 의료진 모두를 구분하지 않는다. 이에 우려스러운 점은 오늘날 첨단(의료)과학기술의 발전은 인공 심박(심장박동)조율기와 같은 의료 컴퓨터 기술과 심장박동기가 생성하는 생물학적 정보를 탈취하려는 해킹 기술이 충돌하며 환자의 개인정보보호 문제 및 사이버정보보안 문제의 중심이 됐다는 것이다.[72] 이식형기기의 개인정보보호와 사이버정보 보안주체 및 법적 지위를 명확히 해야 할 필요성이 제기되는 이유이다.

현재로서는 이식형기기가 사물인터넷의 특징과 유사하다는 점에서 이식형기기에 대해 펌웨어 업데이트 서비스를 제공하는 자를 보안주체로 하는 것이 타당하다고 판단된다. 따라서 병원보다는 통상적으로 기기를 제조

---

72) Halperin, D., Heydt-Benjamin, T. S., Ransford, B., Clark, S. S.,Defend, B., Morgan, W., *et al.* (2008). Pacemakers and implantable cardiac defibrillators: Software radio attacks and zero-power defenses. In IEEE symposium on security andprivacy, 2008, SP 2008.

한 제조자가 펌웨어 업데이트 서비스를 제공한다는 점에서 이식형기기 제조자가 보안주체가 될 가능성이 크다고 할 것이다. 그런데 현재 IMDRF의 지침에도 불구하고 이식형기기의 사용이 본격화 된다면 보다 광범위한 범위에서의 원활한 서비스를 위해 사물인터넷 서비스 모델이 차용된 정보통신서비스 제공자인 이식형기기 사업자가 필요할 것이고, 당연히 이에 대한 보안기준도 마련되어야 할 것으로 생각된다. 이렇게 되면 보안주체는 제조자와 이식형기기 사업자가 동일한 정보보안 의무를 부담하는 이해관계자에 해당된다고 할 것이다. 물론 이식형기기가 공용 네트워크망(인터넷)을 사용하지 않아 제3자의 접근이 어려운 경우(ex, 보안이 갖춰진 병원 폐쇄망 내에서의 사용)에는 제조자가 보안주체가 되는 것이 타당할 것으로 판단된다.

결국 이식형기기의 사용범위, 즉 이식형기기가 병원 내에서만 사용될지(또는 병원 밖에서도 사용될 것인지) 여부와 통신선의 종류, 즉 병원 내 전용 통신선(또는 공용 네트워크망(인터넷))을 사용할지 등에 따라 보안주체는 유동적일 수 있을 것이다. 이 때문에 전술한 관련 문제가 해결되기 전까지 보안주체의 법적 지위는 불명확해질 수 있다.

Ⅳ. 이식형 의료기기의 법적 위험에 대비하기 위한 통합적 개선방안

1. 개인정보 및 사이버정보보호법 개정 및 단일법 제정 이유

(1) 개인정보보호법상 정보주체의 통제권 등 권리범위

이식형기기가 생성하는 데이터가 식별된(또는 식별 가능한) 자연인과 관련된 정보라고 하더라도 사람의 신체 일부를 기계적 특성과 결합시킨 트랜스휴먼을 직접적으로 보호하는 법이 없다면 개인정보보호법 제4조에 따른 권리행사는 사실상 불가능하다(이식형기기가 생성하는 데이터에 대한

정보주체의 개인정보자기통제권은 보호될 수 없다). 그럼에도 불구하고 우리나라 개인정보보호법과 더불어 EU의 개인정보 규제 프레임워크 제도로 자리 잡은 GDPR에서는 정보주체의 접근권,[73] 정정 및 삭제권,[74] 처리제한권을 명시해 놓았지만,[75] 현행법은 이식형기기가 생성하는 개인데이터에 대해 별도로 규제하는 부분이 없다. 우리 법뿐만 아니라 GDPR에서 정보주체의 접근권, 정정 및 삭제권, 처리제한권을 명시해 놓은 이유는 데이터 컨트롤러(우리 법에서는 개인정보처리자)로 하여금 개인데이터 생성 등 처리로부터 정보주체에게 미칠 위험에 대비하여 정보주체의 개인정보자기통제권이 실현될 수 있도록 하기 위함이다.

그런데 지금처럼 이식형기기가 생성하는 개인데이터에 대한 정보주체 권리의 모호성이 지속된다면 이식형기기가 생성하는 모든 개인데이터는 라이센스 계약에 따라 제조자 등에 귀속되어 정보주체의 통제를 벗어나 아무런 제약 없이 상업적 거래의 대상이 될 수도 있다. 어쩌면 첨단기술개발을 주도하는 글로벌 제약・의료기기 및 IT 기업들은 이상적인 트랜스휴머니즘 실현이라는 미명하에 통제 없는 무차별적 데이터 수집을 통해 인간의 삶을 데이터로 환원함으로써 인간을 이윤으로만 바라보는 탐욕의 절정을 누릴 수도 있을 것이다. 이상적인 트랜스휴머니즘 실현을 위해 이식형기기 사용목적과 범위 등 일정부분을 제한하더라도 활성화가 필요한 영역(치료 및 생명유지 목적)에서는 이식형기기로부터 생성되는 개인데이터에 대하여 정보주체의 개인정보자기통제권은 철저히 보장되어야 한다. 이를 위해 이식형기기의 정보주체 보호를 위한 개인정보보호법 개정 또는 단일 법률제정이 이루어져야 한다.

(2) 개인정보보호법상 수범의무 사각지대

개인정보보호법상 개인정보처리자는 개인정보의 수집·보관·삭제에 이르는 일련의 과정인 개인정보의 안전한 처리를 이행해야할 의무자, 대표적

---

73) GDPR Article 15(Right of access by the data subject).

74) GDPR Article 16(Right to rectification), 17(Right to erasure('right to be forgotten')).

75) GDPR Article 18(Right to restriction of processing).

으로 이식형기기 환자의 정보를 안전하게 처리해야 할 책임과 의무를 부담하는 자로 대표적으로 병원이 여기에 해당한다고 할 것이다. 그러나 앞서 언급한 바와 같이 이식형기기를 이식받은 자가 동법에서 말하는 '사람'에 해당하는지 여부가 명확하지 않은 상태에서 개인정보처리자는 -병원 또는 제조자 그 외 누가 되든지 상관없이- 동법 제15조 제1항 제1호(정보주체의 동의를 받은 경우)에도 불구하고 동의 없이 개인정보의 수집·이용 등 처리가 가능해질 수 있다. 나아가 이식형기기의 개인정보처리자는 동법 제21조(개인정보 파기)에도 불구하고 처리 목적 달성 이후에도 이식형기기를 이식받은 자의 개인정보를 파기하지 않아도 될 수 있다. 어쩌면 개인정보처리자가 개인정보보호법 제2조 제3호 "사람(인간)"의 해석 범위를 문제 삼는다면 설령 개인정보의 위법한 수집과 이용 등 처리가 있었더라도 규제당국의 감독 및 처벌이 불가능해질 수도 있다. 한마디로 이식형기기에 대한 개인정보보호 의무를 준수해야할 수범자의 수범의무 사각지대가 발생할 수 있다.

(3) 개인정보보호법 제28조의2에 따른 보안위험

앞서 이식형기기의 사용범위가 유동적일 수 있는 관계로 이식형기기로부터 생성되는 데이터의 보안주체는 제조자 외에도 정보통신서비스 제공자도 포함될 수 있음을 밝힌바 있다. 이에 더하여 이식형기기의 사용이 신체 원상회복 및 생명유지 등 건강 목적의 사용(이상적인 트랜스휴머니즘)으로 제한된다면 이들 외에도 보안책임에서 자유로울 수 없는 기업 등이 추가될 수 있다. 이는 기업이 상업적 목적으로 데이터를 수집·이용함에도 과학적 연구라는 목적으로 데이터 접근성을 높일 수 있기 때문이다. 이식형기기는 사적재이기도 하지만, 신체 원상회복 및 생명유지라는 목표를 위한 공공재로서 국가 나아가 인류전체, 즉 공공이 지향해야 할 목표라는 점에 주목해야 한다. 분명 건강과 생명이라는 이름으로의 과학적 연구는 공공이 지향하고 달성해야할 목표이므로 이 연구에는 기업들의 참여를 배제시킬 수 없을 것이다. 따라서 이식형기기가 공공의 이익에 부합한다는 가정이 있다면 누구든 공중보건 (과학적)연구의 극대화를 위해서는 정보주체 동의 없이도 가명화 된 개인정보의 수집·이용을 위한 접근성을 높일 수 있다.[76] 여기서 정

보의 수집·이용을 위한 접근성을 높일 수 있다는 말은 좀 더 많은 정보를 쉽게 접할 수 있다는 말로 이해할 수 있으며, 이는 악의적 행위자를 포함한 어느 누구든지 쉽게 정보에 접근하여 정보보안 약화로 인한 침해로 이어질 수 있음을 의미한다.[77] 바로 이식형기기에 대한 사이버정보보안 법률 개정 및 제정이 필요한 이유이다.

※ if 정보접근성 ⬆(증가), → 정보접근, 수집·이용 수월 → 정보보안 ⬇(악화)

따라서 개인의 권리를 제약함으로 인해 정보접근이 쉬워져 누군가 이익을 얻는 관점에서 사이버정보보안을 바라볼 때 데이터에 대한 접근성 보장으로 가장 많은 이익을 얻는 자, 이를테면 정부 또는 연구기관(상업적 목적의 제약회사와 의료기기회사, 통신회사 등 민간 기업도 포함)도 사이버정보보안에 대한 이해관계자로서 법적 책임으로부터 자유로워질 수 없다. 개인의 정보가 공공의 이익에 부합한다는 가정으로 개인의 권리가 제약된다면 제약에 정당성이 있어야 하고, 상대적으로 제약의 성격이 약한 다른 수단이 존재하지 않는다는 것을 규제당국이 입증해야 한다.[78] 바로 개인정보보호법 제28조의2에 대한 사항인데 동법에서 과학적 연구의 범위가 어디서부터 어디까지인지 명확하게 특정되지 않아 법 해석상 규제당국은 얼마든지 상황에 따른 해석과 재해석을 번복(飜覆)할 수 있다. 이식형기기가 공공의 이익에 부합한다는 가정으로 정보주체의 동의 없이 가명정보를 활용하면서 개인정보의 접근성을 낮춰갈 가능성을 배제할 수 없는 상황이므로 사이버정보보안 법률 개정 및 제정을 통한 보완작업을 이행해야 한다.

---

76) 개정 개인정보보호법 제28조의2(가명정보의 처리 등) 제1항에 따르면, "개인정보처리자는 통계작성, 과학적 연구, 공익적 기록보존 등을 위하여 정보주체의 동의 없이 가명정보를 처리할 수 있고, 제2항에서는 개인정보처리자는 제1항에 따라 가명정보를 제3자에게 제공하는 경우에는 특정 개인을 알아보기 위하여 사용될 수 있는 정보를 포함해서는 아니 된다"라고 명시하고 있다.

77) Lily Hay Newman, A Zoom Flaw Gives Hackers Easy Access to Your Webcam, Wired, <https://www.wired.com/story/zoom-bug-webcam-hackers>, (last visited Apr. 11, 2022).

78) 이상윤, "개인정보보호법 개정과 건강정보 특별법 제정의 필요성", 의료와 사회(10)(2020), 55면.

2. 이식형기기의 개인정보 및 사이버정보보안 개선방안

(1) 개인정보보호법 제2조 제3호, 이식형기기에 대한 정보주체 개념

이식형기기 수혜자가 자신의 개인정보에 대해 정보주체로서 권리주장을 하고 보호받을 수 있는지 등에 대해 궁금증이 생기는 이유는 기기의 기술적 특징에도 불구하고 현행 개인정보보호법에서 이식형기기로부터 생성되는 개인정보보호에 대한 명확한 처리규정이 없기 때문이다.

한편 누군가는 "터미네이터, 아이언맨 등 영화 속 주인공처럼 보통 사람의 외형과는 다른 극단적인 모습을 한 기계인간이 아닌 이상 이식형기기 수혜자를 그렇지 않은 사람과 달리 볼 이유는 없지 않는가"라는 의견을 개진할 수 있을 것이다. 적어도 아직까지는 어떤 사람의 신체일부가 기계(기기)로 이루어 졌다고 하여 그를 트랜스휴먼이라고 하지 않는다. 그러나 그러한 판단을 하게 된 기준은 무엇인지 묻는다면 무엇이라고 답할 수 있을까? 아마도 "그 정도 수준을 트랜스휴먼이라고 보기에 무리한 면이 있는 건 아닌지...또는 정확히는 모르지만 대략적으로 트랜스휴먼은 아닌 것 같다..." 등 왜 인간을 트랜스휴먼으로 또는 트랜스휴먼을 인간으로 편입시키려하는지 의아해하며 트랜스휴먼에 대한 부정적 시각을 드러내면서도 명확한 이유는 제시하지 못할 듯하다. 왜 이런 문제가 생기게 된 것일까? 그 이유는 우리가 지금까지 신체의 일부가 이식형기기로 이루어진 자에 대한 이벤트를 접하지 못했고, 따라서 그에 대해 판단할 이유도 법적장치도 필요 없었기 때문이다. 누구나 다 알고 있는 이야기지만, 법(法)은 물 수(水)변에 갈 거(去)로 이루어져 있다. 물 흐르는 대로 가는 게 법이란 뜻이다. 그런데 물의 흐름이 자연스러운 이유는 물이 위치한 곳의 높낮이, 중력, 바람 같은 자연력을 거스르지 않기 때문이다. 법도 마찬가지다. 이상적으로 뛰어나거나, 절대적으로 옳은 법이란 없다. 법은 어느 영토 범위와 문화권 안에서 비슷한 언어나 습속(習俗)을 사용하며 함께 살아가는 사람들이 만든 일종의 규칙이다. 법의 모양은 사람들이 거주하는 지형과 환경, 기후대, 가축화와 작물화 가능성에 따라 달라지고, 어떤 시대 어떤 문화권이냐에 따라서도 달라진다. 즉 영구적인 법이란 건 없으며, 물이 장소에 따라 모양을 달리 하듯

법의 모양도 천차만별로 우리의 상황에 맞게 바뀔 수 있다는 것이다. 이런 취지에서 샤를 몽테스큐(Charles-Louis de Secondat, baron de la Brede et de Montesquieu)는 그의 저서 <法의 精神>에서 法을 最廣義에 있어서 事物의 性質에서 생기는 必然的인 關係로 정의하며 인간을 포함한 모든 存在가 그의 法을 가진다고 서문에서 밝히며, 법이라는 것은 절대적인 것이 아니며 한 나라의 자연, 풍토, 가치관 등 국가마다 그에 적합한 형태로 각각 존재한다는 취지로 주장한 바 있다.[79] 다만 다양한 형태의 법도 일정한 점에서는 공통점을 발견할 수 있는데, 이를 만드는 주체(사람)들 사이에 개성이 제각각 천차만별임에도 불구하고 보편적인 감성이 존재한다는 것이다. 그러면 'Common sense'라고도 부를 수 있는 보편적인 감성을 우리 인간들이 가지고 있는 이유는 무엇일까? 바로 우리 호모 사피엔스 종족의 뇌에는 거울 뉴런(mirror neuron)이 있어 타인의 희로애락(喜怒哀樂)의 표정이나 감정, 타인이 처한 상황에 대한 '공감(empathy)'이 가능하기 때문이다. 인간이 상대의 표정과 기분에 동화되어 웃기도 하고 울기도 하는 것이 바로 이러한 이유 때문이다. 아마 우리는 신체의 일부가 이식형기기로 이루어진 자에 대한 이벤트가 생기면 그때에서야 비로소 서로의 표정을 살피며 기기에 대한 문제가 있고 없음을 논하며 해결책을 마련하기 위해 분주해하는 모습으로 보편적인 감성을 드러낼 것이다.

기술발전은 우리가 생각하는 것보다 몇 배는 더 빠르다. 덧붙여 빠르게 발전하는 기술이 다학제간(多學際間) 융합기술이라면 그것이 어떤 한계에 도달했을 때에는 예측이 불가능한 기하급수적인 변화를 수반한다. 이식형기기를 이식받은 자에 대한 이벤트가 발생한 이후에 준비하는 것은 늦다. 향후 이식형기기를 수단으로 이상적인 트랜스휴머니즘을 실현하기 위해서는 개인정보보호법 제2조 제3호 '사람(인간)'에 대한 해석 범위 또는 인간과 트랜스휴먼에 대한 경계설정이 선행되어야 한다. 이는 이식형기기 수혜자의 정보주체 및 개인정보처리의 권리에 중요한 영향을 끼칠 수 있는 때문이다. 융합기술이 만들어내는 한계에 도달하기 전 우리사회의 변화와 그로 인한

79) 몽테스큐, 『法의 精神』, 신상초 譯. 乙酉文化社(1964).

법적 보편성에 일정부분 수정이 불가피하다. 오늘날 강 인공지능, 약 인공지능 그리고 인공지능이 무엇이며 과연 어디까지를 인공지능이라고 할 것인지에 대한 다소 불필요한 논쟁으로 갑론을박(甲論乙駁)하는 작금(昨今)의 상황을 보면, 인간과 트랜스휴먼의 경계에 대해 갑론을박하며 이 문제를 온정주의적 사고로 접근하여서는 현재에도 여전히 진행 중인 인공지능 관련 논란을 답습하여 자칫 -기술발전으로 이식형기기를 이식받은- (인간)존재를 보호하지 못하는 결과를 초래하여 문제만 가중시킬 것이다.

앞서 정의한 바와 같이 이식형기기는 비유기체인 기계이다. 또한 유기체적 특성과 비유기체적 특성이 결합된 존재는 사이보그를 포함하는 개념인 트랜스휴먼이다. 그런데 개인정보보호법 제2조 제3호에서 말하는 사람은 자연적·생물학적 생명체를 일컫는다고 할 것이므로 점차 증가할 것으로 예상되는 이식형기기 수혜자를 보호하기 위한 '인간의 경계', 즉 관련법이 제시하고 있는 정보주체의 명확한 개념 설정이 필요하다. 그렇지 않다면 이식형기기 수혜자는 법의 허점을 노려 이식형기기가 생산하는 정보를 거래의 대상으로 보고 이윤만을 쫓는 일부 기업들의 먹잇감이 되어 법의 사각지대에 놓일 수도 있다. 아직까지는 이식형기기가 본격적으로 상용화되지도 않았고 그에 따른 개인 데이터 관리에 문제가 없어서 명확한 개념이 불필요하다고 생각할 수도 있겠지만, 점차 증가할 것으로 예상되는 이식형기기 수혜자의 개인데이터를 안전하게 관리하고 정보주체로서 그들의 권리 보장을 위해서는 이식형기기의 정보주체에 대한 명확한 개념 설정이 필요하다. 이를테면 아래와 같은 정의 기준을 마련하는 방안을 제시한다.

> 개인정보보호법 제2조(정의) 이법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
> 1. 제2조 3호에서 말하는 '사람(인간)'이란 자연적 생물학적 존재 외 신체 원상회복 및 생명유지 목적으로 신체에 기계장치 등 이식형 의료기기를 삽입한 자를 포함한다.

지금까지 그래왔듯이 첨단과학기술은 우리가 전혀 생각하지도 못했던 개념 -이를테면 인공지능, 가상화폐- 을 만들어 인류를 기대와 혼동 속으

로 이끌었다. 이를테면 기술발전으로 인공지능 성 로봇의 출현은 성적 소외자의 성적자기결정권에 대한 기대와 함께 현행법상 불법인 성매매를 우회할 수 있는 혼란이 병존하고 있다. 그런데 이는 단순한 혼란으로만 끝나지 않는다. 성매매 행위자인 인(人)만을 처벌 대상으로 하고 있는 현행법(성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률)에서는 인공지능을 수단으로 한 성매매 행위를 처벌하지 못하는 것이 그것이다.[80] 마찬가지로 이식형기기의 경우에도 개인정보보호법에서 보호하는 정보주체 대상을 규정하는 '사람(인간)'의 개념을 명확히 하지 않으면 이식형기기 수혜자들의 정보주체 권리가 보호되지 못할 수 있어 - 인간을 재정적으로 착취하려는 기업을 제재하지 못하여- 규제당국을 당혹스럽게 만들 것이다. 앞으로 다가올 미래사회, 이른바 트랜스휴머니즘 시대 이식형기기의 법적위험은 인간의 개념으로부터 비롯될 수 있다. 법은 절대적인 것이 아니며 국가마다 그에 적합한 형태가 각각 존재한다. 따라서 이 법에서 말하는 사람에 기존 인간의 개념에 극단적 형태를 띄지 않는 인간친화적인 트랜스휴머니즘 실현을 위해 새로운 개념의 인간을 추가하는 방안이 논의 되어야 한다.

(2) 이식형기기의 사이버정보보안 개선을 위한 위험관리 프로세스 도입

현재 미국 FDA는 이식형기기의 (데이터) 하이재킹 방지와 보안상의 허점을 보완하기 위해 중요한 펌웨어 업데이트를 감독하고, 문제가 있는 제품의 리콜을 명령하는 등 엄격한 관리를 하고 있다. 우리나라 역시 식품의약품안전처에서 이식형기기를 「의료기기 품목 및 품목별 등급에 관한 규정」(식품의약품안전처 고시 제2017-6호)에 따라 내장 기능 대용기(A09000 ; 이식형인공심장박동기와 인공달팽이관장치), 이학 진료용 기구(A16000), 심

80) 김성용, 정관영, *supra* note 5. 620-622면. ; 우리나라 「성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률」 제2조에서는 성매매에 대한 정의를 내리면서 이 법의 처벌 대상을 행위자인 사람으로 하고 있다. 따라서 인간이 성 로봇과 성을 매개로 관계를 했을 경우 이 법 위반으로 처벌될 수 있을까라는 의문이 드는 것과 마찬가지로 이식형기기를 내재한 인간이 「개인정보보호법」 제2조 3호에서 말하는 '사람'에 해당하는지에 대한 의문은 첨단과학기술이 우리 인류에게 던진 거대 담론일 것이다.

혈관용 기계 기구(A1700), 의약품주입기(A79000)로 분류하여 대부분의 이식형기기를 추적관리대상 의료기기로 지정하여 관리하고 있다. 그런데 이러한 관리는 기기를 생산하는 제조자에게 부과하는, 즉 기기 자체에 대한 보안 규정으로 원거리 통신과정에서 발생할 수 있는 보안문제에 대한 근본적인 조치는 아니다.

사이버정보보안 측면에서 이식형기기의 유·무선통신 기능은 관리자로 하여금 송·수신되는 데이터가 허가되지 않은 사람에게 데이터가 공개되거나 허가되지 않은 용도로 사용되지 않아야 하고(기밀성), 송수신 과정에서 데이터가 허가되지 않은 방법으로 변환 또는 파괴되지 않도록 하여야 하며(무결성), 생성된 데이터는 승인된 사용자로 하여금 필요한 때 사용가능 하도록 필요한 형태로 존재되어야 한다(가용성). 향후 이식형기기가 병원 밖 원거리에서 사용이 가능하도록 하기 위해서는 이식형기기 정보통신서비스 제공자 도입이 고려되어야 하는 바, 이식형기기 제조자뿐만 아니라 유·무선 통신과정에서 기밀성, 무결성, 가용성 유지를 위한 시스템도입이 필요하다. 이를 위한 구제척인 실행방안으로 IMDRF에서 작성된 '의료기기 사이버보안 원칙 및 기준을 참고하여 아래와 같이 이식형기기의 사이버정보보안 위험관리 프로세스 도입을 제안한다.[81]

1) 이해관계자 공동의 책임 인식

이식형기기는 혁신을 장려함과 동시에 환자의 생명과 안전이 유지될 수 있도록 정착되어야 한다. 그러기 위해서는 글로벌 의료 사이버 보안 노력의 융합이 필요하다. 따라서 이식형기기의 사이버보안은 어느 한 사람만의 책임이 아닌 이식형기기 제조자, 정보통신서비스 제공자(이식형기기 사업자), 의료서비스 제공자(병원 등), 규제당국, 사용자를 포함한 모든 이해관계자의 공동책임이라는 인식의 개선이 필요하다. 현재는 이식형기기 정보통신서비스 사업자가 존재하지 않지만, 이를 포함한 모든 이해관계자가 자신의 책임을 이해하고 다른 이해관계자와 긴밀히 협력하여 이식형기기의 수명주기(End of Life, EOL) 동안 잠재적인 사이버보안 위험(위협)에 지속적

81) International Medical Device Regulator Forum, *supra* note 69.

인 감시와 평가로 공동 대응해야 비로소 이식형기기 수혜자의 안전을 보호할 수 있다.

2) 위험분석(예방단계)

이식형기기가 유발하는 보안 사고는 진단 또는 치료 상의 오류를 유발하거나, 기기의 안전한 성능을 손상시키거나, 임상 운영에 영향을 미침으로써 중요한 치료를 필요로 하는 환자의 접근을 거부하여 환자의 생명을 위협할 수 있는 잠재적 위험성을 가지고 있다. 이식형기기의 정보보안 취약성이 다른 영역에서의 사이버정보보안보다 특히 더 중요한 이유이다. 따라서 위험분석은 환자가 감당할 위해의 위험을 평가하는데 초점이 맞춰져야 하며, 위험징후가 포착되면 가용성·기밀성·무결성이 파괴되어 환자에게 미칠 위해요인이 무엇인지를 우선적으로 식별함으로써 사전에 위험요인을 분석하는 시스템이 필요하다.

3) 위험평가(예방단계)

이 단계는 전 단계에서 식별된 위해요인이 현실화 될 경우 예상되는 위험 수치를 정량화하여 각 단계별 위험정도 수준을 결정하는 과정이다. 식별된 위해요인은 제조자가 만든 이식형기기에서 발생할 수도 있고, 원거리 유·무선 통신과정에서 발생할 수도 있으므로 제품수명 주기 동안 사이버 보안 위험(위협)평가는 보안주체가 이행해야 할 중요한 고려사항이다. 따라서 식별된 위험의 위해요인은 사전에 작성된 위험관리 계획서에 정의된 위험수용기준을 바탕으로 산정된 위험이 어느 정도의 위험요인을 포함하고 있는지, 즉 위험을 감소시키지 않아도 될 만큼 낮은지 여부 등을 결정하는 위험평가 단계를 거쳐야 한다.

4) 위험통제 및 잔여위험 허용 평가(대비단계)

위험평가 단계에서 분석하여 평가된 위험 정도를 바탕으로 이식형기기 수혜자가 입을 수 있는 실질적 위험에 대비하여 적절한 사이버정보보안 위험통제 방안을 선택하고(ex, 이식형기기 사용의 즉각 중단 또는 선별적 단계적 중단 등), 선택한 방안의 구현에 필요한 결정이 실행되도록 한다. 아울러 평가되지 않은(또는 기술상 평가 하지 못한) 잔여위험들에 대한 허용 평

가를 하고 위험관리 보고서에 기록한다.

5) 소결

이처럼 보안주체는 위험의 추정 및 평가, 허용 가능한 수준으로의 위험통제, 위험통제의 효과에 대한 평가 및 모니터링 등 과정을 이행하기 위해 사이버보안 위험관리 프로세스를 적시에 적용하여야 한다. 아울러 보안주체는 그 시대 표준 또는 전체적으로 통용되는 사이버보안정책과의 일관성에 배치되지 않으면서, 실현가능한 수준에 맞는 사이버보안 목표를 수립하여 주요 이해관계자와 정보를 교환해야 한다(ex, 이해관계자들과의 지속적인 소통으로 이식형기기의 위험요인 뿐만 아니라 사용자로부터 사용 의견을 수집·분석하여 이식형기기 사이버정보보안 위험관리에 반영). 덧붙여 사이버 위협으로부터 취약한 컴퓨터 시스템을 보호하기 위해 정당방위를 행사함에 있어 합당한(합리적) 힘을 사용하는 이른바 '디지털 자구행위(Digital self-help)'를 생각해 볼 수 있지만,[82] 컴퓨터 시스템 상에서의 해커의 공격에 대한 공격적인 방어 사이버 행위(aggressive defensive cyber actions)인 해킹백은 현행법상 허용되지 않아 사이버정보보안 개선방안으로 제시할 수 없는 점은 아쉬운 부분이다.

3. 이식형기기의 제한과 활성화의 균형점

포스트휴먼으로 가기 위한 과도기적 단계에서 뇌의 뉴런과 직접 접촉하는 작은 컴퓨터 장치인 이식형 신경장치(neural implants)를 포함한 이식형기기는 인간친화적인 트랜스휴머니즘 실현을 위해 반드시 필요한 기술로서 장애를 치료하고 감각을 향상시켜 우리의 삶을 바꿀 수 있는 기회로 작용할 수 있다.[83] 따라서 치료를 넘어 신체의 기능을 증진시킬 수 있다면 나를 대신(대체)하여 인공지능에게 무언가를 하도록 지시하는 것보다 자신이

82) 김성용, "사이버 공간에서 디지털 자구행위(Digital self-help) 법제도화를 위한 해킹백(Hacking Back)에 관한 소고", 『법학논총』(국민대학교 법학연구소) 제34권 제1호(2021), 272면, 281-284면.

83) Nickolaus Hines, *supra* note 42.

직접 자율성이 보장된 사이보그로서의 삶을 사는 것이 오히려 나을 수도 있다는 생각이 든다. 다만 이런 희망에는 그것이 정말 필요한 곳과 그렇지 않은 곳을 구분하여 제한과 활성화라는 균형점이 필요할 것이다.

트랜스휴머니스트들이 탈신체화를 이룰 수 있다고 생각하는 이유는 과학과 기술의 발전이다. 이런 의미에서 과학기술은 인간의 조건을 가치 있는 것으로 만들어줄 수 있는 최고의 수단이고, 바로 이런 점에서 신체원상회복과 생명유지를 위한 이식형기기가 가장 부합하는 조건을 충족한다고 할 수 있다. 따라서 이상적인 트랜스휴머니즘은 영생불멸이라는 극단적인 형태가 아닌 자연수명까지 건강한 삶을 영위하는 형태로 표출되어야 한다. 따라서 로봇기술과 유전자 조작을 통해 육체적 능력의 확대와 영생불멸을 꿈꾸며 시도되는 수명연장 그리고 인간의 뇌 속에 컴퓨터와 연결되는 마이크로 칩을 이식하여 인간의 뇌를 컴퓨터 가상공간으로 확대시키려는 뇌 과학 등 트랜스휴머니스트들이 목표로 삼고 있는 기술들이 불러올 인간의 정체성 혼란, 즉 윤리적 문제를 예방하기 위해서는 이식형기기의 제한적 활성화가 필요하다. 적절한 제한이라는 통제 하에서 이루어지는 활성화는 이식형기기가 갖고 있는 법적 위험을 최소화 할 수 있을 것이다. 그렇지 아니하고 사진이나 영상을 촬영할 수 있는 콘택트렌즈, 손짓만으로 컴퓨터 암호를 해제하고 출입문을 여는 마인드컨트롤 보철물과 피하 RFID 마이크로 칩에 이르기까지 다양한 종류의 무분별한 이식형기기의 사용은 유한한 인간의 신체 회복을 넘어 예상할 수 없는 신체 증강으로 이어질 수 있다. 아울러 이러한 신체 증강은 인간의 잠재력을 확장할 수 있는 좋은 기회를 제공해 줄 수 있지만, 증강된 신체의 해킹 그리고 증강된 능력이 있는 사람과 없는 사람인지에 따라 높은 연봉과 낮은 연봉 등으로 직업이 구별되어 직업적 차별을 불러올 수 있는 위험성을 내포하고 있다. 아울러 증강할 여유가 있는 사람과 그렇지 못한 사람을 기반으로 한 계층화된 위화감 및 공정한 경쟁과 불평등이라는 문제로 인류의 위험이 초래될 가능성도 있을 것이다.

따라서 육신으로부터 완전한 자유를 얻어 증강된 신체와 불멸영생을 얻고자 하는 다소 허황된 꿈(언젠가 이 꿈이 실현될 것으로 생각되지만, 현재는 불멸과 영생은 허황된 꿈으로 보는 것이 더 타당할 듯 보인다)이 아닌,

보다 현실적이면서 이상적인 트랜스휴머니즘의 방향과 범위를 설정하는 것이 중요하다. 결국 신체 기능을 증강시키기 위한 무분별한 인체개량 및 개조를 지양하고, 꼭 필요한 신체의 원상회복 및 생명유지 목적으로 이식형기기의 사용이 제한되어야 할 필요가 있다. 이러한 과정에서 이식형기기는 생명이라는 큰 틀에서 가장 필요한 곳에 필요최소한으로 사용될 것이고, 결과적으로 이러한 조치로 이식형기기의 법적 위험 또한 최소화 될 것이다.

Ⅴ. 결 론

트랜스휴머니즘 시대, 트랜스휴머니즘적 사고는 질병으로 고통 받는 자들의 치료와 생명연장 그리고 초소형 칩을 인체에 삽입하여 손동작만으로 컴퓨터에 접속하고 출입문을 여는 등 기존에 존재하지 않았던 획기적 패러다임을 제시했다. 향후 가까운 미래에 이식형기기가 보편화되면 착용이 번거롭고 불편한 웨어러블기기의 수요는 점차 감소할 것이고, 신체의 중요한 기능을 담당하는 기기를 중심으로 점차 인체 이식형으로 전환될 것이다. 그렇게 되면 Wearable과 Implantable의 경계가 사라져 최종적으로 트랜스휴머니즘은 인체에 이식형기기를 이식하는 방법으로 이루어 질 것으로 예상해 볼 수 있다. 지금보다 더 향상된 인간이기를 바라는 우생학적 바램으로부터 비롯된 트랜스휴머니즘은 나약하고 유한한 인간을 좀 더 건강하게 살아 갈 수 있도록 디딤돌로서의 역할을 했다. 아울러 그것을 실현하는 과정에서 이식형기기는 신체 원상회복 및 생명유지라는 절제되고 제한된 필요최소한의 범위 내에서의 사용을 의미하는 이상적인 트랜스휴머니즘을 고민할 수 있도록 하는 역할을 하였고, 앞으로도 트랜스휴머니즘의 중심이 될 것으로 기대된다.

법과 인간에 대한 이해에 기초해서 트랜스휴먼에 대해 생각해 보면, 분명 가까운 미래에 인간과 사이보그 내지 인간과 안드로이드의 경계에 대해 묻는 상황이 도래할 것이다. 우리는 아직 사이보그가 아니지만, 컴퓨터 능력과 기술발전의 기하급수적인 성장을 감안할 때 곧 그렇게 될 것이다.[84] 먼

미래에는 인간과 트랜스휴먼을 구분하는 기준이 점차 희미해질 것이지만, 어느 경계를 넘었을 때 인간이 아니라고 볼 것인가? 당장 이식형기기의 수요가 증가하고 있는 상황에서 기계와 신체와의 비율이 1/3이하이면 인간인 것인지, 아니면 절반 또는 2/3...?...그 기준이 명확하지 않다. 그럼에도 불구하고 인간과 트랜스휴먼의 경계에 대한 개념 정의를 내리기에는 아직 시기상조인 것이 분명한 이유는 앞서 언급한 바와 같은 공동체 구성원들 간에 인간의 경계에 대한 'common sense'가 만들어지기 위한 공감대 형성 및 이벤트가 발생하지 않았기 때문이다. 아직까지 그런 고민은 공상과학 영화에서나 언급되고 있을 뿐이다.

그러나 언젠가 이상적인 트랜스휴머니즘을 꿈꾸며 이식형기기를 인체에 내재화하고 나아가 뇌의 대부분마저 이식하여 인간의 경계에 대한 고민을 해야 할 시점에 당면해서 고민하기에는 트랜스휴먼이 가진 의미의 법적 중대성과 위험성, 윤리적 중요성이 매우 크다. 특히 실정법상 트랜스휴머니즘으로 가기위해 반드시 거쳐야 할 이식형기기가 갖고 있는 법적 위험을 설명하기 위한 우리사회의 'common sense'에 대한 공감대가 형성되지 않은 관계로 이식형기기 수혜자들의 위치는 불안할 수밖에 없다. 우리나라도 2000년을 기점으로 빠르게 고령화 사회에 진입한데 이어, 2026년에는 초고령 사회에 진입할 것으로 예상되고 있다.[85] 그런데 초령사회의 진입과 건강한 삶(건강수명)은 비례하는 것이 아니므로 이를 마냥 기쁘게 받아들일 수는 없다. 다만 조금 다행스러운 점은 첨단과학기술로부터 비롯된 트랜스휴머니즘은 인간의 한계를 새로운 시각으로 바라보게 하였고, 이상적인 트랜스휴머니즘이 무엇인지 고민하게 하여 이식형기기 활성화와 그에 따른 법적위험에 대한 논의를 하도록 했다는 것이다. 트랜스휴머니즘 시대로의 진

84) 미래 학자이자, 구글(Google)의 엔지니어링 책임자인 'Ray Kurzweil'은 우리는 "knee of the curve"에 있다며 인간과 기계의 구별이 사라질 것이라는 연구를 진행하고 있다. "knee of the curve"라는 용어는 수학에서 곡선이 높은 경사도에서 낮은 경사면으로, 또는 다른 방향으로 시각적으로 구부러지는 점(꼭지점)을 말하는 것으로 어떤 상황에서 최적화를 표현할 때 사용된다. Benjamin Wittes & Jane Chong, "Our Cyborg Future: Law and Policy Implications", Brookings(2014), 8면.

85) 최봉문·조병호, "고령자를 위한 헬스케어를 지원하는 법제도의 국내외 실태분석 및 시사점", 2012 한국주거환경학회 춘계 정기학술대회(2012), 67-78면.

입은 기존에 우리가 당연하게 생각했던 인간의 개념을 바꾸거나 확장시켜야 하는 숙제를 내주었다. 따라서 우리는 아직 형체를 갖추지 못한 기술의 장기적 효과를 관리하기 위해 규제시스템을 작동해야 한다. 이를 위해 우리는 개인정보를 수집한 후 개인을 재정적으로 착취하는 등 단기간에 이윤을 극대화 하려는 기업의 무분별한 상업화에 대비하기 위해 철저한 법률정비를 마쳐야 한다. 인간성을 훼손하지 않는 범위 내에서 합리적인 기술생태계가 조성되도록 이식형기기가 내포하는 위험, 개인정보보호와 사이버정보보안 관련 법률 개선 작업이 선두에 설 수 있도록 속도를 내야하는 것이 바로 우리가 해야 할 일이다. 아울러 우리는 향후 공동체 구성원들이 트랜스휴먼(트랜스휴머니즘)에 대한 합리적이고 적절한 'common sense'를 형성할 수 있도록 철저한 준비를 해야 할 것이다.

트랜스휴머니즘 시대 이식형 의료기기의 법적 위험에 대한 연구 – 김 성 용 · 정 관 영	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2022.05.14.	2022.06.08.	2022.06.26.

[참고문헌]

[국내문헌]

1. 단행본

김훈기, 『바이오해커가 온다』, (주)글항아리(2015)
박노형 외 8인, 『EU 개인정보보호법 - GDPR을 중심으로-』, 박영사(2017)
이창범, 『개인정보보호법』, 법문사(2012)
몽테스큐, 『法의 精神』, 신상초 譯. 乙酉文化社(1964)
과학기술정보통신부 보도자료, "과기정통부, 신규 사물인터넷(IoT) 주파수 수요조사 실시"(2018)
능동 이식형 의료기기(Active Implantable Medical Devices) 시장 보고서, "Active Implantable Medical Devices- Market Insights, Competitive Landscape and Market Forecast"(2026)
식품의약품안전처, "2018년 신개발 의료기기 전망 분석 보고서"(2018)
_____, "2019년 신개발 의료기기 전망 분석 보고서"(2019)
_____, "의료기기의 사이버보안 허가심사 가이드라인"(2022)

식품의약품안전처 식품의약품안전평가원 보도자료, "새로운 형태의 의료기기 개발 전망 분석 제시"(2018)

식품의약품안전처 보도참고자료, "식약처, 의료기기 사이버보안 강화 - '의료기기 사이버보안 허가·심사 기준' 개정●●● 국제조화된 기준 적용 -"(2022)

2. 논문

김성용, "사이버 공간에서 디지털 자구행위(Digital self-help) 법제도화를 위한 해킹백(Hacking Back)에 관한 소고", 『법학논총』(국민대학교 법학연구소) 제34권 제1호(2021)
김성용·정관영, "인공지능의 개인정보 자동화 처리가 야기하는 차별 문제에 관한 연구", 『서울대학교 법학』(서울대학교 법학연구소) 제60권 제2호(2019)
_____, "성적자기결정권의 보완 수단으로서 인공지능에 대한 소고 -성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률 제21조 제1항에 대한 비판적 검토를 중심으로-", 『법학논총』(숭실대학교 법학연구소) 제47집(2020)
_____, "법조(法曹)영역으로의 인공지능 도입에 대한 제언: 영업비밀 침해사건을 중심으로", 『Law & technology』(서울대학교 기술과법센터), 제15권 제2호(2019)
박소영, "인공지능 시대 인간의 신체와 문학적 형상화 - 사이보그, 트랜스휴먼, 포스트휴먼 그리고 『뉴로맨서』", 『문화와 융합』, 제41권 제4호(2019)
송승현, "트랜스휴먼 및 포스트휴먼 그리고 안드로이드(로봇)에 대한 형법상 범죄주체의 인정여부", 『홍익법학』 제17권 제3호(2016)

손승우 외, “사물인터넷 사업자를 위한 정보보안 법률의 개선 방안 연구”, 『법학연구』 제57권 제1호(2016)
심지원, “의족을 훔치는 행위는 상해죄인가 절도죄인가: 보형물을 신체의 일부로 규정할 수 있는 기준”, 『과학철학』 18권 3호(2015)
이상윤, “개인정보보호법 개정과 건강정보 특별법 제정의 필요성”, 『의료와 사회』(10)(2020)
최봉문·조병호, “고령자를 위한 헬스케어를 지원하는 법제도의 국내외 실태분석 및 시사점”, 2012 한국주거환경학회 춘계 정기학술대회(2012)

[외국문헌]

1. 단행본

Chris Hables Gray et al., “The Cyborg Handbook”, Cyborgology: Constructing the Knowledge of Cybernetic Organisms, Routledge(1995)
International Medical Device Regulator Forum, “Principle and Practices for Medical Device Cybersecurity”(2020)
M. Mitchell Waldrop, The Dream Machine, J.C.R. Licklider and the Revolution that Made Computing Personal(2001)
Mark O′Connell, To Be a Machine: Adventures Among Cyborgs, Utopians, Hacker, and the Futurists Solving the Modest Problem of Death Granta Publications(2017)

2. 논문

Antigone Peyton, “A Litigators Guide to the Internet of Things”, 22 RICH. J. L. & TECH. Vol 22, 3(2016)
Benjamin Wittes & Jane Chong, “Our Cyborg Future: Law and Policy Implications”, Brookings(2014)
Bostrom, Nick, “Letter from Utopia”, Studies in Ethics, Law, and Technology 2(1)(2008)
Daniel Halperin et al., “Pacemakers and Implantable Cardiac Defibrillators: Software Radio Attacks and Zero-Power Defenses” University of Massachusetts Amherst ScholarWorks@UMass Amherst, Computer Science Department Faculty Publication Series. 68(2008)
Denning, T., Matsuoka, Y., & Kohno, T. (2009). Neurosecurity: Security and privacy for neural devices. Neurosurgical Focus, 27(1), E7.
Halperin, D., Heydt-Benjamin, T. S., Ransford, B., Clark, S. S.,Defend, B., Morgan, W., et al. (2008). Pacemakers and implantable cardiac defibrillators: Software radio attacks and zero-power defenses. In IEEE symposium on security andprivacy, 2008, SP 2008
Henry Kenyon et al., “Hacker target medical equipment in health care industry”, CQ Roll Call Washington Data Privacy Briefing(2018)

H. Savci, A. Sula, Z. Wang, N. S. Dogan, and E. Arvas. MICS transceivers: regulatory standards and applications [medical implantcommunications service]. In Proceedings of IEEE SoutheastCon(2005)

Linda MacDonald Glenn, "Case study: Ethical and Legal Issues in Human Machine Mergers(Or the Cyborgs Cometh)", Annals of Health Law, Vol 21(2012)

Robert van den Hoven Genderen, "Privacy and Data Protection in the Age of Pervasive Technologies in AI and Robotics", EDPL 3(2017)

T. Denning et al., "Neurosecurity and privacy for neural devices", Neurosurg Focus Vol 27, (1):E7(2009)

W. H. Maisel, et al., "Pacemaker and ICD generator malfunctions: Analysis of Food and Drug Administration annual reports". Journal of the American Medical Association, 295(16)(2006)

Zachary Paul Birnbaum, "Regulating the Cyberpunk Reality: Private Body Modification and the Dangers of 'Body Hacking', J. Bus. & Tech. L. 119(2021)

[인터넷자료]

함민정, "20만명 의료정보 털린 대형병원…" 통지가 끝? "피해자들 분노", The JoongAng, <https://www.joongang.co.kr/article/25051054>

Alex Hern, Hacking risk leads to recall of 500,000 pacemakers due to patient death fears, The Guardian, <https://www.theguardian.com/technology/2017/aug/31/hacking-risk-recall-pacemakers-patient-death-fears-fda-firmware-update>

Betsy Atkins & Rahul Kashyap, The hack back bill legitimizes a messy game of revenge for businesses, QUARTZ, <https://qz.com/1785036/why-the-hack-back-bill-is-bad-for-business>

Bob Curley, Hackers Can Access Pacemakers, but Don't Panic Just Yet, Healthline, <https://www.healthline.com/health-news/are-pacemakers-defibrillators-vulnerable-to-hackers>

Haley Weiss, Why You're Probably Getting a Microchip Implant Someday, The Atlantic, <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2018/09/how-i-learned-to-stop-worrying-and-love-the-microchip/570946/.>

Ian Sample, "Paralysed man walks again thanks to electrodes in his spine", The Guardian, <https://www.theguardian.com/science/2022/feb/07/paralysed-man-walks-again-thanks-to-electrodes-in-his-spine>

Jena McGregor, Some Swedish workers are getting microchips implanted in their hands, The Washington Post, <https://www.washingtonpost.com/news/on-leadership/wp/2017/04/04/some-swedish-workers-are-getting-microchips-implanted-in-their-hands>

Lily Hay Newman, A Zoom Flaw Gives Hackers Easy Access to Your Webcam, Wired, <https://www.wired.com/story/zoom-bug-webcam-hackers>

Lily Hay Newman, Medical Devices Are the Next Security Nightmare, Wired, <https://www.wired.com/2017/03/medical-devices-next-security-nightmare>

Margaryta Chornokondratenko, “Ukrainian nurse who lost both legs dances with new husband, vows to keep living”, Reuters, <https://news.yahoo.com/ukrainian- nurse-lost-both-legs-170332292.html>

Mary Beth Nierengarten, Protecting Medical Devices against Cyberthreats, ENTtoday, <https://www.enttoday.org/article/protecting-medical-devices-cyberthreats>

National Institute on Deafness and Other Communication Disorders(NIDCD), Cochlear Implants, <https://www.nidcd.nih.gov/health/cochlear-implants>

National Heart, Lung, and Blood Institute(NIH), Pacemakers What Are Pacemakers?, <https://www.nhlbi.nih.gov/health-topics/pacemakers>

Nickolaus Hines, Neural Implants Could Let Hackers Hijack Your Brain, Inverse, <https://www.inverse.com/article/19148-neural-implants-could-let-hackers-hijack-your-brain>

Reuters, “Ukrainian nurse who lost both legs dances with new husband, vows to keep living”, <https://news.yahoo.com/ukrainian-nurse-lost-both-legs-170332292.html>

Richard Yonck, The next generation of hackers may target your medical implants, Salon, <https://www.salon.com/2020/03/14/the-next-generation-of-hackers-may-target-your-medical-implants>

Sieg Lindstrom, Oscar Pistorius South African athlete, Britannica, <https://www.britannica.com/biography/Oscar-Pistorius>

Sigal Samuel, “How biohackers are trying to upgrade their brains, their bodies and human nature”, Vox, <https://www.vox.com/future-perfect/2019/6/25/18682583/biohacking-transhumanism-human-augmentation-genetic-engineering-crispr>

Steve Morgan, The World Will Store 200 Zettabytes Of Data By 2025, cybercrime magazine, <https://cybersecurityventures.com/the-world-will-store-200-zettabytes-of-data-by-2025>

【국문초록】

이 글은 예상하기 어려울 정도로 빠르게 발전하는 과학기술로부터 비롯된 이른바 트랜스휴머니즘 시대에 접어들게 되면서, 이를 실현할 수단인 이식형 의료기기가 내포하고 있는 개인정보 및 정보보안의 법적 위험에 초점을 맞추었다. 따라서 아직은 현실에서 일어나지 않았거나, 어쩌면 일어날 것 같지 않아서 다소 생소한 느낌이 드는 글로 비춰 질 수 있다.

그럼에도 불구하고 이런 생소한 느낌은 점차 현실화 되어 가고 있다. 다름 아닌 공상과학 영화에서 인간의 신체는 현실과 상상의 경계에서 다양한 가능성으로 비춰지고 있듯, 이제는 현실에서도 실현불가능하게 보였던 일들을 보고, 느끼고 경험하는 시대가 펼쳐지고 있다. 아직은 희박한 가능성이라고 하지만 첨단과학기술은 인간의 유한한 생물학적 조건을 기계와의 흡수·통합으로 탈신체화를 추구하고자 하는 트랜스휴머니즘 사고(思考)에 기여하였다. 그리고 이러한 트랜스휴머니즘적 사고가 현실화될 수 있도록 기여한 이식형 심장 제세동기(implantable cardioverter defibrillators ; ICDs), (체내)이식형 달팽이관(Cochlear Implants), 컴퓨터 의족(의수)(Foot Drop Implants)과 같은 인체 이식형 의료기기는 이상적인 트랜스휴머니즘의 중심에 서게 됐다. 결과적으로 이식형 의료기기는 신체장애로 고통 받는 이들에게 한줄기 희망을 선사하며 인간친화적인 트랜스휴머니즘이 의미하는 것이 무엇인지에 대한 방향을 제시해 주었다. 그렇다면 인간과 기계와의 흡수·통합으로 이상적인 트랜스휴머니즘의 실현 수단으로써 중요한 위치에 있는 이식형 의료기기 수혜자, 즉 이를 이식받은 인간을 어떻게 정의해야 할까? 트랜스휴먼은 자연적·생물학적 존재인 인간과 포스트휴먼으로 알려진 인공지능 사이의 경계쯤으로 정의되고 있는바, 이식형 의료기기를 삽입한 인간이 인간에 가까운 트랜스휴먼인 것인지 아니면 트랜스휴먼에 가까운 인간인 것인지 궁금하다. 아울러 이런 의문으로부터 이식형 의료기기를 이식받은 자는 개인정보보호법상 정보주체로서 보호받을 수 있는 것인지 역시 궁금하다. 앞으로 이식형 의료기기를 이식받게 되는 경우가 점차 증가할 것으로 예상되는 가운데, 지금처럼 한 두 개의 기기를 이식한 경우

외에도, 신체의 1/3, 1/2 또는 신체 대부분을 이식형 의료기기를 내재하고 있는 경우에는 자연적·생물학적 존재가 아닌 새로운 인간 존재로 바라보게 될 가능성은 없는 것인지 의문이다. 바로 모두가 당연하게 생각하는 인간의 개념과 다가올 미래사회의 전혀 새로운 인간의 개념을 논하는 것은 이상적인 트랜스휴머니즘 실현의 수단인 이식형 의료기기가 내포하고 있는 법적 위험을 해결하기 위한 출발점이라고 할 것이다.

현행 개인정보보호법 제2조 제3호에서 밝히고 있는 '사람(인간)'에 대한 개념이 정립되지 않는다면 현행법만으로는 이식형 의료기기를 이식받은 자에 대한 정보주체의 법적 권리를 보장할 수 없게 되어 이들의 법적 불안은 계속될 수밖에 없다. 이식형 의료기기는 유무선통신기능이 가능한 디지털 전자기기로 데이터를 생성하고 외부와 송수신이 가능하다. 따라서 환자의 치료 설정 등 많은 개인정보를 포함하고 있는 이식형 의료기기는 데이터의 무결성에 대한 악의적인 변경이 일어날 수 있고, 데이터 기록 및 전송과정에서 환자 정보와 프라이버시를 침해하는 악의적인 공격에 취약하다는 문제를 갖고 있다. 인간의 숙원인 트랜스휴머니즘과 그 수단인 이식형 의료기기는 따로 떨어뜨릴 수 없는 관계로 개인정보보호 및 사이버정보보안이라는 법적 위험이 병존할 수밖에 없다. 개인정보보호법 제2조 제3호 "사람(인간)"의 해석 범위, 동법 제28조의2에 따른 보안위험은 트랜스휴머니즘 실현과정에서 이식형 의료기기가 갖는 법적 위험이라고 할 수 있다.

【Abstract】

A Study on the Legal Risks of Implantable Medical Devices in the age of Transhumanism

- Focusing on personal data protection and cyber data security -

Kim, Sungyong
(A Senior Researcher, LawData Corp.)
Jeong, Gwanyoung
(Attorney at Law, LawData Corp.)

As we enter the so-called transhumanism era which stems from unpredictably fast-developing science and technology, this article focuses on the legal risks of personal data and data security of implantable medical devices by means of realizing it. Therefore, it may be seen unrealistic or felt somewhat unfamiliar.

As we have seen in science fiction movies, the human body is seen as various possibilities in the boundary between reality and imagination. Although it is still a rare possibility, high-tech technology has contributed to the transhumanistic thinking of pursuing de-bodyization by absorbing and integrating human finite biological conditions with machines. And implantable medical devices such as implantable cardioverter defibrillators(ICDs), cochlear implants and computer prosthetics that helped make this transhuman thinking a reality have become at the center of ideal transhumanism. As a result, the implantable device gave a ray of hope to those suffering from physical disabilities and provided a direction for what ideal

transhumanism is. If so, how we define the recipients of implantable medical devices who hold an important position as means of realizing transhumanism through absorption and integration of humans and machines? Transhuman is defined as the boundary between humans, which are natural and biological beings, and posthuman, known as artificial intelligence, so I wonder if the human who inserted the implantable medical device is a transhuman close to a human or a transhuman close to a transhuman. In addition, it is curious whether a person who has received a transplant type medical device can be protected as an data subject under the Personal Data Protection Act. With implantable medical devices expected to increase in the future, it is questionable whether those who 1/3 or 1/2 of the body, or most of the body consist of implantable medical devices will be viewed as a new human being rather than a natural or biological one. Discussing the human concept that everyone takes for granted and the completely new human concept in the future society is a starting point for solving the legal risks of implantable medical devices, which are an ideal means of realizing transhumanism.

If a new concept of humans is not established within the scope of interpretation of Article 2, No. 3 "People(Human being)" of the current Personal Data Protection Act, legal anxiety over beneficiaries embedded with implantable medical devices under the current law will continue. Implantable Medical Devices are digital electronic devices that can perform wired and wireless communication functions and can generate data and transmit and receive data from the outside. Thus, implantable medical devices, which contain a lot of personal data, such as setting up patient care, are vulnerable to malicious attacks that violate patient data and privacy during data recording and transmission. As transhumanism and implantable devices which are

human aspirations cannot be separated, legal risks such as personal data protection and cyber data security are bound to coexist in the process of realizing ideal transhumanism. The scope of interpretation of Article 2 No. 3 "People(Human being)" of the personal data protection and the security risk under Article 28-2 of the same Act can be said to be the legal risk of implantable medical devices in the process of realizing transhumanism.

주제어(Keywords) : 인공지능(Artificial Intelligence), 트랜스휴먼(Transhuman), 트랜스휴머니즘(Transhumanism), 개인정보보호(Personal Data Protection), 사이버정보보호(Cyber Data Protection), 이식형 의료기기(Implantable Medical Devices), 사물인터넷(Internet of Things), 개인 신체 개조(Private Body Modification)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제105호 2022년 6월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2022.105.219

검수완박 입법(형소법 및 검찰청법 개정)의 헌법적 문제점

장 영 수*

▶목 차◀

Ⅰ. 서: 검수완박 논란의 배경
Ⅱ. 2019년 사법개혁특위와 검경수사권조정
  1. 검경수사권조정에 관한 논의와 검수완박 주장
  2. 왜 6대범죄는 제외했나?
  3. 검경수사권조정의 시행 1년과 그에 대한 평가
Ⅲ. 검수완박의 논거 및 진행방식의 문제점
  1. 검수완박이 선진국형 수사-기소의 분리인가?
  2. 졸속 추진과 전문가 평가, 국민의사 수렴의 배제
  3. 중수청 설립안의 문제점
Ⅳ. 검찰청 폐지의 위헌성, 영장청구권 침해에 대한 위헌성 논란
  1. 검찰청 폐지의 위헌성
  2. 영장청구권 침해로 인한 위헌성 긍정론
  3. 영장청구권 침해로 인한 위헌성 부정론
Ⅴ. 위장탈당에 의한 국회선진화법의 무력화: 변종 날치기 통과의 위헌성
  1. 양향자 의원의 법사위 사보임의 위헌성 논란
  2. 안건조정위원회의 입법 취지: 다수당 입법독주의 배제
  3. 민형배 의원의 위장 탈당에 의한 안건조정위원회 무력화의 위헌성
Ⅵ. 검수완박과 국민의 기본권 침해의 위헌성
  1. 검수완박과 국민의 기본권 침해의 유형
  2. 6대범죄의 수사 공백과 국민의 피해
  3. 국민의 기본권 침해를 다투는 헌법소송: 헌법소원심판과 위헌법률심판
Ⅶ. 맺음: 검수완박 입법의 파급효를 해결하려면…

* 고려대학교 법학전문대학원 교수.

Ⅰ. 서: 검수완박 논란의 배경

2022년 5월 3일 결국 민주당이 검수완박을 위해 추진해온 형사소송법 및 검찰청법 개정안이 국회와 국무회의를 통과하였고, 5월 9일 공포되었으며, 2022년 9월 10일부터 시행될 예정이다. 그러나 검수완박 논란은 계속되고 있으며, 향후 대한민국의 형사사법체계에 적지 않은 혼란이 야기될 것으로 보인다.

민주당이 문재인 정부의 임기가 채 1개월도 남지 않은 상황에서 검수완박(=검찰 수사권 완전 박탈)을 당론으로 채택하면서 국회 다수의석을 앞세워 검수완박 입법을 서둘러 강행한 것에는 세 가지 이유가 있는 것으로 보인다.

첫째, 민주당은 대의명분으로 검찰개혁의 완성을 내세우고 있다.[1] 그러나 이러한 주장의 설득력은 매우 약하다. 한편으로는 공수처의 실패를 외면하면서 검수완박에만 몰두하는 것도 그렇고, 다른 한편으로는 전문가들이 반대[2]할 뿐만 아니라 국민 여론이 지지하지 않는 것[3]을 강행하려는 것도 이러한 명분과는 부합하지 않기 때문이다.[4]

둘째, 검찰공화국에 대한 우려가 있다. 특히 검찰총장 재직 당시 문재인 정부와 대립각을 세웠던 윤석열 전 검찰총장이 제20대 대통령으로 당선되었고, 차기 정부에서는 그동안 소외되었던 소위 윤석열 사단이 검찰 내의 주도세력이 되면 차기 정부에서 검찰을 앞세워 민주당을 공격할 것이라는

---

1) 이에 관하여는 중앙일보 2022. 03. 21. 기사 「"아직 50일 남아" 민주당, 尹이 거부한 '검수완박' 다시 꺼냈다」(https://www.joongang.co.kr/article/25057018#home 최종방문 2022. 05. 12.); 법률신문 2022. 04. 12. 기사 「민주당 "검찰 개혁 완수" vs 법조계 "무책임한 실험"」(https:// www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=177869 최종방문 2022. 05. 12.) 참조.

2) 이에 관하여는 이데일리 2022. 04. 12. 기사 「법조계마저 등 돌린 '검수완박'…민주당의 4가지 모순」(https://www.edaily.co.kr/news/read?newsId=03775286632295464&mediaCodeNo=257&OutLnkChk=Y 최종방문 2022. 05. 12.) 참조.

3) 그때 당시의 여론조사에 관하여는 연합뉴스 2022. 04. 14. 기사 「"검수완박에…반대 52.1%, 찬성 38.2%"」(https://www.yna.co.kr/view/AKR20220414153800001?did=1195m 최종방문 2022. 05. 12.) 참조.

4) 이에 관하여는 아래의 「Ⅲ. 검수완박 논거 및 진행방식의 문제점」 참조.

우려가 있는 것이다.[5]

셋째, 민주당이 그동안 법무부장관의 수사지휘권 발동 및 인사권 행사(담당 검사들의 인사이동)를 통해 억제했던 울산시장선거 및 원전문제 등에 대한 수사가 본격화되는 것에 대한 불안감이 있을 수 있다.[6]

문제는 민주당이 검수완박 입법을 충분한 토의와 검증 없이 다수당의 의석수로 밀어붙여 졸속으로 통과시켰다는 점이다. 이를 위해 지난 4월 12일 의원총회에서 검수완박을 당론으로 채택했으며, 국회선진화법에 따른 안건조정위원회의 조정절차를 편법적으로 통과시키기 위해 양형자 의원을 법사위에 사보임했을 뿐만 아니라, 양의원이 검수완박에 대한 반대 입장을 표명하자 민형배 의원을 탈당시켜서 안건조정위원회를 탈법적으로 통과시킨 것도 문제되고 있다.

결국 민주당이 검수완박을 강행 통과시킴으로써 매우 심각한 후폭풍이 불가피한 상황이다. 검수완박을 위해 가장 먼저 고려되어야 할 사항은 검수완박 이전과 이후에 국민의 -범죄로부터의- 인권보장이 강화되는지, 아니면 약화되는지에 대한 평가일 것이다. 그런데 검수완박의 졸속 처리는 검찰이 수사를 담당하고 있는 6대범죄에 대하여 심각한 수사 공백을 야기할 것이다. 이로 인하여 국민의 인권을 범죄로부터 보호하는 데 매우 중대한 문제가 발생할 수 있다는 점으로 인하여 후폭풍을 피하기 어려운 것이다.

이하에서는 「2019년 사법개혁특위와 검경수사권조정」(Ⅱ)에 대한 검토를 통해 검경수사권조정 과정에서 대두되었던 검수완박이 왜 6대범죄에 대한 검찰의 수사권을 존치시키는 것으로 매듭지어졌는지를 확인하고, 「검수완박의 논거 및 진행방식의 문제점」(Ⅲ)을 통해 검수완박이 과연 선진국형 검찰제도인지, 이에 대한 대안으로 제시되고 있는 것들이 실효성을 기대할

---

5) 그러나 검찰공화국에 대한 우려 때문에 검찰권을 무력화시켜야 한다는 것도 설득력이 약하다. 오히려 검찰이 대통령의 영향력에서 독립하여 중립적이고 공정하게 수사할 수 있도록 제도화하는 것이 올바른 방향일 것이기 때문이다.

6) 이는 박범계 장관의 "문대통령 수사를 하는 게 마땅하다는 것이냐"는 발언에서도 나타난다. 이에 관하여는 조선일보 2022. 04. 14. 기사 「박범계, 검수완박 비판에 "文대통령 수사 마땅하다는거냐"」(https://www.chosun.com/politics/assembly/2022/04/14/4SGTKH6H5JGGTGQP3SAZN3ZXYY/?utm_source=naver&utm_medium=referral&utm_campaign=naver-news 최종방문 2022. 05. 12.) 참조.

수 있는 것인지를 확인하고자 한다. 그리고 이를 바탕으로 「검찰청 폐지의 위헌성, 영장청구권 침해에 대한 위헌성 논란」(Ⅳ), 「위장탈당에 의한 국회 선진화법의 무력화: 변종 날치기 통과의 위헌성」(Ⅴ), 「검수완박과 국민의 기본권 침해의 위헌성」(Ⅵ)을 차례로 검토함으로써 검수완박 입법(형소법 및 검찰청법 개정)의 헌법적 문제점을 전체적으로 개관하고자 하는 것이 이 글의 목적이다.

Ⅱ. 2019년 사법개혁특위와 검경수사권조정

1. 검경수사권조정에 관한 논의와 검수완박 주장

문재인 정부는 출범 초기부터 검찰개혁을 강조했다. 그러나 정작 검찰을 개혁하기보다는 검찰을 이른바 적폐청산을 위한 도구로 이용했고, 이런 상황이 장기화되면서 검찰개혁 방기에 대한 비판들이 나왔다. 이러한 비판에 따라 민주당은 2018년 사법개혁특위를 구성하여 검찰개혁을 위한 입법을 추진하였다.

당시 제1당이었으나 과반 의석에는 미치지 못했던 민주당은 제1야당이었던 자유한국당[7]의 반대 속에 정의당, 바른미래당 등 소수 야당의 도움을 얻어 검찰개혁법안들(형사소송법 및 검찰청법 개정, 공수처법 제정)을 국회에서 통과시켰다.[8] 검찰청법 및 형사소송법 개정안은 2020년 2월 4일 개정되어 2021년 1월 1일부터 시행되었다. 공수처법(=고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률)은 2020년 1월 14일 제정되어 2020년 7월 15일부터

7) 자유한국당은 2020년 2월 17일 '미래통합당'으로 당명을 변경하였으며, 2020년 9월 2일 '국민의힘'으로 다시금 당명을 변경하였다.

8) 당시 군소정당들이 민주당 주도의 사법개혁특위의 입법에 동조한 것은 연동형 비례대표제를 도입하는 공직선거법 개정에 대한 반대급부로 알려졌다. 이에 관하여는 뉴스핌 2019. 07. 02. 기사 「"선거제 개혁 무산되면 공수처 설치 없다"…야3당, 민주당 압박」(https://www.newspim. com/news/view/20190702000471 최종방문 2022. 05. 12.) 참조.

시행되었다.[9]

사법개혁특위에서 검경수사권조정을 검토할 당시에 검찰과 경찰의 찬성 및 반대 주장들이 매우 날카롭게 대립하였으며,[10] 그런 가운데 검찰수사권의 대부분을 경찰로 이관하는 것으로 결론을 내린 것에는 검찰의 권력이 과도하므로 수사권과 기소권을 분리해야 한다는 주장이 강력하게 작용하였다.

각국의 검찰제도는 그 나라의 사정에 따라 매우 큰 차이를 보이고 있으나, 선진국들의 검찰제도는 크게 영미형과 대륙형으로 나뉠 수 있다. 영미형에서는 수사와 기소를 분리한다는 원칙 하에 수사는 경찰이, 기소는 검찰이 담당하는 것을 원칙으로 하고 있다. 반면에 프랑스, 독일 등의 대륙형에서는 검찰이 경찰에 대한 수사지휘를 할 수 있도록 한다는 점에서 수사와 기소의 엄격한 분리가 원칙은 아니다.

결국 수사권과 기소권의 분리 주장은 영미형 검찰제도의 도입을 주장하는 것으로 볼 수 있다. 그동안 대한민국의 검찰제도는 대륙형, 그 중에서도 독일의 제도에 가깝게 구성되고 운영된 것으로 볼 수 있는데, 검찰권의 오남용 및 그로 인한 개혁 논의가 뜨거워지면서 이러한 주장이 힘을 얻게 된 것이다.

당시 수사권과 기소권의 분리를 주장하는 가운데 검수완박 주장도 대두되었다. 수사와 기소를 완전히 분리하기 위해서는 검찰의 수사권을 완전히 박탈하고 오로지 기소권만을 남겨두어야 한다는 것이다. 그러나 이러한 주장은 수용되지 못했으며, 결국 6대범죄에 대해서는 검찰 수사권을 인정하는 선에서 검경수사권조정이 마무리되었다. 당시 검수완박 주장이 관철되지 못했던 것은 크게 세 가지 이유 때문으로 볼 수 있다.

첫째, 검찰의 구조 개혁에 대한 완충이 필요했다. 당장 검찰의 모든 수사권을 박탈하고 오로지 기소권만 남겨 놓는다는 것은 한편으로는 검찰의 결사적인 반발에 부딪히게 될 것이고,[11] 다른 한편으로는 그에 따른 검찰

9) 공수처법은 이후 2020년 12월 15일 개정을 통해 야당의 비토권 삭제, 공수처검사의 자격요건 완화 등 일부 내용이 변경되었다.

10) 이에 관하여는 연합뉴스 2019. 07. 09. 기사 「수사권 조정 토론회서 검경 실무자 '격론'」 (https://www.yna.co.kr/view/MYH20190709019200038 최종방문 2022. 05. 12.) 참조.

11) 최근 민주당의 검수완박 추진에 대해 김오수 검찰총장이 사직서를 제출하는 등 검찰

인력의 대폭 축소 등 후속조치에서도 어려움이 많았다.[12]

둘째, 검수완박의 경우에 모든 수사권을 경찰에 이전하는 것에 대한 부담이 컸다. 당시 검경수사권조정에 대한 강력한 반대 논거의 하나가 검찰권의 비대화 이상으로 경찰권의 비대화가 우려된다는 것이었고, 이에 대한 대안으로 제시된 자치경찰제가 뿌리내리기 전에 모든 수사권을 경찰이 독점하도록 하는 것에 대해서도 부담이 컸다.

셋째, 검수완박에 대한 검찰의 반발뿐만 아니라 국민 여론도 좋지 않았다.[13] 검찰개혁에 대해서는 국민들의 지지가 분명했지만, 그렇다고 경찰에 대한 국민들의 신뢰가 높았던 것도 아니었기 때문에 검찰수사권의 축소가 아닌 완전 박탈에 대해서는 국민들도, 법률전문가들도 적극적으로 찬성하지 않았던 것이다.[14]

2. 왜 6대범죄는 제외했나?

사법개혁특위를 거쳐 개정된 검찰청법, 형사소송법에 따라 대부분의 검찰 수사권은 경찰로 이관되었지만, 6대범죄에 대해서는 검찰의 수사권을 존치시키는 것으로 결정되었다. 검찰청법 제4조 제1항 제1호는 검사가 수사를 개시할 수 있는 6대범죄의 범위를 다음과 같이 규정하고 있었다.

(개정 전) 검찰청법 제4조 제1항 제1호:
1. 범죄수사, 공소의 제기 및 그 유지에 필요한 사항. 다만, 검사가 수사를 개

구성원들 대다수가 강력하게 반발하는 것은 이미 2020년 당시에도 예견되었다.

12) 현재 검사들의 대다수가 송무보다는 수사 업무를 담당하고 있는데, 검찰의 수사 업무를 완전히 박탈한다는 것은 결국 검사의 숫자를 크게 줄여야 할 뿐만 아니라, 검찰수사관의 대부분을 해고 또는 다른 기관으로 전보해야 함을 의미하는 것이다.

13) 이에 관하여는 jtbc뉴스의 2021. 03. 03. 기사 「윤석열 "'검수완박'은 '부패완판'"…민주당, 절제 속 '부글'」(https://news.jtbc.joins.com/article/article.aspx?news_id=NB11994816 최종방문 2022. 05. 12.) 참조.

14) 특히 민주당에서 검찰청을 폐지하고 공소청을 두는 법안이 제출되었을 때에도 강력한 비판이 있었다. 이에 관하여는 머니투데이 2021. 03. 02. 기사 「"검찰은 수사권 없이 재판만? 유력인사 무죄 속출할 것"」(https://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2021030214525113036 최종방문 2022. 05. 12.) 참조.

> 시할 수 있는 범죄의 범위는 다음 각 목과 같다.
> 가. 부패범죄, 경제범죄, 공직자범죄, 선거범죄, 방위사업범죄, 대형참사 등 대통령령으로 정하는 중요 범죄
> 나. 경찰공무원이 범한 범죄
> 다. 가목·나목의 범죄 및 사법경찰관이 송치한 범죄와 관련하여 인지한 각 해당 범죄와 직접 관련성이 있는 범죄

당시 6대범죄에 대하여 검찰의 수사권을 존치시킨 이유는 다양하게 분석된다. 한편으로는 검수완박에 대한 부담 때문이지만, 다른 한편으로는 이들 범죄에 대해서는 경찰이 수사하는 것이 적절치 않은 것으로 평가되었다는 점도 고려된 것이다.

예컨대 부패범죄, 공직자범죄, 선거범죄 등은 고위공직자의 개입이 문제될 수 있고, 수사에 대한 외압 가능성이 매우 높은 범죄들이다. 검경수사권조정 당시에 한참 논란이 되었던 버닝썬 사건[15]의 경우에 경찰 고위간부가 관련되어 있었던 점도 이런 유형의 범죄에 대해서는 경찰보다 검찰이 수사하는 것이 바람직하다고 생각하게 만든 요인이었다.

그밖에 경제범죄, 방위사업범죄, 대형참사는 기업 관련 범죄일 뿐만 아니라 그 수사에 상당한 법률전문성이 요구되는 것들이라고 할 수 있다. 이러한 범죄들에 대한 수사를 검찰에게 맡긴 것은 이 분야에서 오랜 기간 축적된 검찰의 노하우를 평가한 것이라고 할 수 있다.[16]

물론 6대범죄를 당시 검경수사권조정의 대상에 배제하였던 것이 검수완박의 완전한 포기를 의미하는 것은 아닐 수 있다. 그러나 적어도 당시의 상황에서는 이러한 범죄유형에 대한 검찰수사권을 완전히 박탈하는 것은 득보다 실이 크다는 점을 인정했던 것으로 볼 수 있다.[17]

---

15) 버닝썬 사건에 관하여는 머니투데이 2019. 03. 14. 기사 「'버닝썬 사건'→'승리 게이트' 되기까지 총정리」(https://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2019031309405487288 최종방문 2022. 05. 12.) 참조.

16) 이러한 범죄의 수사에서는 기업들이 선임한 변호사와의 날카로운 법리 공방이 큰 비중을 차지한다는 점에서 검사들이 담당하는 것이 필요하다는 점이 고려되었다.

그런데 검경수사권조정 이후 불과 1년여 지난 상태에서, 그것도 검경수사권조정의 성과에 대한 객관적이고 종합적인 평가도 내리지 않은 상태에서 민주당이 급작스럽게 -그것도 제20대 대통령선거에 패배한 이후에 비로소- 검수완박을 추진·관철한 것은 여러 가지 측면에서 적절치 않은 것으로 평가된다.

검찰청법 개정안 제4조 제1항 제1호, 제1호의2 (민주당 원안)	**개정된 검찰청법 제4조 제1항 제1호:**
1. 공소의 제기 및 그 유지에 필요한 사항. 다만, 수사는 제외한다. 1의2. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 범죄에 대한 수사. 가. 경찰공무원이 직무에 관한 범죄 나. 고위공직자범죄수사처 소속 공무원의 직무에 관한 범죄	1. 범죄수사, 공소의 제기 및 그 유지에 필요한 사항. 다만, 검사가 수사를 개시할 수 있는 범죄의 범위는 다음 각 목과 같다. 가. 부패범죄, 경제범죄 등 대통령령으로 정하는 중요 범죄 나. 경찰공무원(다른 법률에 따라 사법경찰관리의 직무를 행하는 자를 포함한다) 및 고위공직자범죄수사처 소속 공무원(「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」에 따른 파견공무원을 포함한다)이 범한 범죄 다. 가목·나목의 범죄 및 사법경찰관이 송치한 범죄와 관련하여 인지한 각 해당 범죄와 직접 관련성이 있는 범죄

17) 결국 6대범죄에 대하여 검찰의 수사권을 존치시킨 것은 정치적 외압에 대한 저항력, 법률전문성 등에서 검찰이 경찰보다 앞선다는 점을 평가한 것이라고 볼 수 있다.

민주당이 처음 제출했던 개정안에 비하여 최종적으로 국회를 통과한 개정안은 -적어도 당분간- 검수완박이 아니며, 부패범지와 경제범죄에 대한 검찰 수사권이 인정되고 있다. 그러나 이 또한 중수청(=중대범죄수사청)을 설치하여 이관하겠다는 주장이 민주당 내에서 강하게 대두되고 있으며, 검수완박을 위한 입법은 아직도 진행 중이라고 볼 수 있다.

3. 검경수사권조정의 시행 1년과 그에 대한 평가

검경수사권조정을 통해 개정된 검찰청법 및 형사소송법이 2021년 1월 1일부터 시행된지 만 1년 3개월이 지났다. 그동안 검-경의 관계를 비롯하여 범죄 수사의 현장에서 많은 변화가 있었다. 그중에서 가장 눈에 띄는 것은 검찰의 수사지휘권 폐지와 경찰의 독자적인 수사권 행사를 통해 경찰의 수사에 적지 않은 변화가 있었다는 점이다.

검경수사권조정 1년의 성과에 대한 평가가 긍정적인 것만은 아니다. 한편으로는 비대해진 경찰 권력에 대한 우려가 있으며,[18] 다른 한편으로는 경찰의 권한 확대에 뒤따르는 책임의 무게를 제대로 감당하지 못하고 있다는 비판도 나오고 있다.[19] 분명한 것은 검경수사권조정으로 인하여 권한이 대폭 확대되면서 경찰의 업무량이 크게 늘었다는 점이며, 이를 안착시키기에 지난 1년은 충분한 시간이 아니었다는 점이다.

특히 경찰의 업무량 증가로 인한 수사 지연 등의 문제는 지속적으로 제기되고 있다. 이는 세 가지 요인에서 비롯된다.

첫째, 경찰이 담당하는 사건 수의 양적인 증가가 뚜렷하다. 검찰의 직접 수사권이 축소된 만큼, 경찰이 담당해야 하는 사건들이 늘어나는 것은 불가

18) 이러한 우려에 관하여는 전웅빈, 위상과 권한 커진 경찰… 취재・감시 제대로 하려면, 관훈 저널 2020년 봄호(2020.03), 45-51쪽 참조.

19) 이에 관하여는 중앙일보 2021. 01. 16. 기사 「"검찰과 권한 다툼에만 치중, 경찰 책임수사 역량 의문"」(https://www.joongang.co.kr/article/23971648#home 최종방문 2022. 05. 12.); 정승환, 수사권조정과 검찰개혁, 그리고 경찰개혁, 법률신문 2020. 01. 23. (https://m.lawtimes. co.kr/Content/Opinion?serial=158922 최종방문 2022. 05. 12.) 참조.

피하기 때문이다.[20]

둘째, 검찰의 수사지휘 및 관여가 사라지면서 경찰이 직접 담당해야 하는 법률적 검토의 부담도 만만치 않다. 최근 경찰 내에도 변호사 자격자의 숫자가 늘고 있지만, 오랜 기간을 실무경험을 통해 닦아온 검사들의 전문성을 단시간에 따라잡기는 어렵기 때문이다.

셋째, 업무 부담의 증가에 상응하는 인력 충원의 어려움이 있다. 이는 무엇보다 경찰 권력의 비대화에 대한 우려 때문에 그렇다. 검찰 수사권의 대부분이 경찰로 이관된 상태에서 계속 경찰의 조직과 인력이 확충될 경우에는 공룡화된 경찰권의 오남용에 대한 우려가 더욱 커질 것이기 때문이다.

이러한 요인들로 인하여 검경수사권조정의 결과에 대해 비판적인 지적들이 많아 나오고 있다.[21] 이런 상황에서 검찰에서 박탈한 6대범죄에 대한 수사권을 경찰로 이관한다는 것도 매우 무책임한 태도라고 할 수 있다.[22]

---

20) 현재 경찰의 수사인력은 전체 경찰 15만명 중 20% 정도인 3만명 수준인데, 수사업무량은 수사권조정 전보다 30%가량 증가하였으며, 검수완박 입법의 통과에 따라 업무량이 더욱 늘어날 것이라는 우려가 적지 않다. 이에 관하여는 이데일리 2022. 05. 09. 기사 「공룡경찰 임박?…"인력없인 수사권 속빈강정" 내부 골머리」(https://www.edaily.co.kr/news/read?newsId=03867126632325312&mediaCodeNo=257&OutLnkChk=Y 최종방문 2022. 05. 10.) 참조.

21) 이에 관하여는 경향신문 2022. 01. 07. 기사 「검경 수사권 조정 1년 '웃픈 풍경'…'사건은 너의 것'」(https://www.khan.co.kr/national/court-law/article/202201070600035 최종방문 2022. 05. 12.); 서울경제 2022. 01. 23 기사 「검경 수사권 조정 1년…변호사 72%가 "수사 환경 퇴보」(https://www.sedaily.com/NewsView/260Z7N733B 최종방문 2022. 05. 12.); SBS 2022. 04. 13. 기사 「"검경 수사권 조정 안착이 먼저"…지난 1년 어땠길래」(https://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news_id=N1006711554&plink=ORI&cooper=NAVER 최종방문 2022. 05. 12.) 참조.

22) 이와 관련하여 민주당 최강욱 의원은 "검찰이 진행하는 6대 범죄 수사 건수가 지난해 기준 4000~5000건에 불과하다"며 "이를 경찰에 이관하는 데 3개월이면 충분하다는 의미에서 그만큼 유예 기간을 뒀다"고 말했다(https://news.koreadaily.com/2022/04/15/society/generalsocie ty/20220415023752767.html 최종방문 2022. 05. 12.). 그러나 6대범죄 수사가 요구하는 법률전문성을 고려할 때, 더욱이 경찰이 검경수사권조정이 1년 이상 경과한 현시점에도 여전히 확대된 권한과 업무량에 시달리고 있음을 생각하면 3개월(혹은 이후에 개정된 4개월)이 충분한 시간이라는 주장은 납득하기 어렵다.

Ⅲ. 검수완박의 논거 및 진행방식의 문제점

1. 검수완박이 선진국형 수사-기소의 분리인가?

민주당은 검수완박이 검찰개혁의 완성이며, 선진국에서는 수사와 기소를 분리하는 것이 보편적이라고 주장한다. 정말 그런가?

선진국의 검찰제도는 영미형과 대륙형으로 나뉜다. 영미형은 수사-기소의 분리를 원칙으로 하지만, 대륙형은 검찰이 기소권을 가질 뿐만 아니라 경찰에 대한 수사지휘권을 가지고 수사를 주재한다. 이러한 영미형과 대륙형은 각기 장단점이 있는데, 영미형만 선진국형이고, 올바른 것이라고 보기 어렵다. 또한, 수사와 기소를 분리하는 것이 보편적이라고 말하는 것도 옳지 않다.

더욱이 검찰이 전혀 수사하지 못하도록 하는, 이른바 검수완박은 영미형 검찰제도에서도 예외에 속한다. 검찰에게 수사권이 전혀 인정되지 않는 나라는 영국을 비롯한 영연방 국가들(캐나다, 호주, 뉴질랜드 등) 이외에는 거의 없다. 이는 영국 경찰제도의 특성에 기인한다. 영국은 전 세계에서 경찰제도를 가장 먼저 만든 나라이지만, 영국 경찰제도의 독특성으로 인하여 다른 나라의 경찰제도는 영국의 모델을 그대로 받아들이지 못하고 있다. 이러한 영국 경찰의 특징 중의 하나가 형사소송도 사적 소추와 유사하게 취급하여 수사했던 경찰이 기소까지 하도록 했던 점이다.[23]

이러한 영국의 경찰제도는 1986년 국가공소청(Crown Prosecution Service)이 설치되면서 수사와 기소가 분리되는 것으로 바뀌었으며, 공소청 소속의 검사는 수사권을 갖지 못한다. 이러한 영국식 경찰제도의 특성으로 인하여 영국에서는 검사의 수사권이 완전히 배제되고 있지만, 이를 일반화시키기는 어렵다.

오히려 영미형 검찰제도에 속하는 미국의 경우에는 수사와 기소를 원칙적으로 분리하되, 예외적인 경우에는 검찰이 직접 수사할 수 있다. 이른바 통상적인 사건에 대해서는 경찰이 수사하지만, 중대범죄 사건에 대해서는 검찰

23) 최대현, 수사와 기소 기능분리의 원칙과 한계: 영국 검찰제도의 발전과정과 시사점, 경찰학연구 제12권 제4호(2012.12), 52-80(54이하)쪽 참조.

이 FBI 등과 함께 수사하는 경우도 있고, 독자적으로 수사하는 경우도 있다.[24]

또한, OECD 35개국 중에서 검찰의 수사권을 전혀 인정하지 않는 국가는 8개국에 불과하다는 점에서도 검수완박을 선진국형 수사-기소의 분리로 주장하는 것은 옳지 않다.

2. 졸속 추진과 전문가 평가, 국민의사 수렴의 배제

검수완박 자체에 대한 찬반을 떠나서 대다수 법률전문가들이 민주당의 검수완박 입법에 대해 심각한 문제로 지적하는 가장 중요한 요소가 졸속 추진의 문제이다.

검수완박은 민주당이 주도한 검경수사권조정의 후속작업이며, 이는 곧 검경수사권조정에 문제가 있었기 때문에 재개정이 불가피하다는 점을 인정하는 것이다. 그런데 검수완박이 불가피하다는 근거는 무엇인가? 지난 1년간의 검경수사권조정에 대한 전문가들의 공식적 평가도 없고, 이에 대한 국민의사를 수렴하는 절차도 없었다. 오로지 국회 다수의석을 차지한 민주당이 그렇게 생각한다는 것뿐이다.

검수완박의 의미와 비중, 국민적 관심을 생각한다면, 사전에 검경수사권조정의 장점과 단점에 대한 엄밀한 평가가 선행되었어야 한다. 즉, 검경수사권조정에 대해 다양한 분야의 전문가들이 공론화 방식으로 평가를 하고, 이를 국민들이 지켜볼 수 있게 했어야 했다. 이를 통해 국민들이 검경수사권조정에 어떤 점에 문제가 있고, 어떤 점을 어떻게 개선해야 하는지를 객관적으로 확인했어야 했다.[25]

1년여의 기간 동안 시행된 검경수사권조정의 결과 어떤 장점과 단점이

---

24) 이에 관하여는 신태훈, 이른바 '수사와 기소 분리론'에 대한 비교법적 분석과 비판, 형사법의 신동향 제57호(2017.12), 33-128(87이하)쪽 참조. 이러한 내용은 언론보도를 통해서도 널리 알려졌다. 이에 관하여는 MBC 2022. 04. 15. 기사 「'검수완박' 해외는? 미국・독일・영국・일본까지 총정리」(https://imnews.imbc.com/news/2022/society/article/6359634_35673.html 최종방문 2022. 05. 12.)

25) 검경수사권조정에 대한 평가 및 이를 통한 개선방안이 다양하게 제시될 때, 국민들의 의견을 수렴하여 여러 개선방안 중의 어떤 것을 우선할 것인지를 결정할 수 있었을 것이다. 특히 정치권의 갈등이 첨예할 경우에는 이러한 해결이 가장 합리적일 수 있다.

드러나고 있는지를 제대로 확인하지도 않고, 또 이에 대한 전문가의 평가 및 국민의 의견을 수렴하지도 않고 일방적으로 검수완박을 밀어붙인 것은 결코 민주적 절차라고 볼 수 없다. 대다수 전문가들이 반대하고, 국민들 사이에서도 반대의견이 더 많은 사항을 야당의 반대, 시민단체들의 반대[26]까지 무릅쓰고 졸속으로 관철해야 했던 이유는 무엇인가? 과연 민주당이 제20대 대통령선거에서 승리했을 경우에도 이런 식으로 검수완박을 추진했을까?

만일 그렇다면 대선 전부터 이를 단계적으로 추진함으로써 적어도 졸속이라는 비판은 피했어야 할 것이다. 그게 아니라 대선 패배로 인해 검수완박이 시급해진 것이라면 결국 민주당의 정략적 이익을 위해 필요하다는 것 아닌가?

졸속이라는 비판을 감수하면서 서둘러 통과시킨 이유의 일부는 대통령의 법률안거부권 때문으로 보인다. 헌법 제53조 제2항에 따라 대통령은 국회에서 의결된 법률안에 대해 이의서를 붙여 국회로 환부하여 재의를 요구할 수 있으며, 이런 경우에는 헌법 제53조 제4항에 따라 국회 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 찬성으로 재의결함으로써 법률안이 법률로서 확정된다.

현재 민주당의 172 의석으로는 단독으로 법률안을 의결할 수 있으나, 대통령의 법률안거부권이 행사된 경우에 재의결은 불가능하다. 결국, 민주당은 윤석열 당선인이 대통령으로 취임한 이후에는 검수완박을 관철하기 어려울 것이라는 점을 고려하여 졸속 입법을 강행했다. 그리고 이러한 민주당의 태도를 국민들은 납득하지 못하고 있다.

3. 중수청 설립안의 문제점

또 하나의 졸속으로 꼽히는 것이 중수청(=중대범죄수사청) 설립안이다.[27]

---

26) 이에 관하여는 한겨레 2022. 04. 12. 기사 「참여연대·민변 등 "수사-기소 분리, 졸속추진 말고 신중한 논의해야"」(https://www.hani.co.kr/arti/society/society_ general/1038654.html 최종방문 2022. 05. 12.) 참조.

27) 검수완박 입법에서는 일단 중수청 설립이 빠져 있지만, 검찰에 수사권이 남아 있는 경제범죄 및 부패범죄의 이관과 관련하여 중수청 설립에 대한 논의는 계속되고 있다.

종래 민주당은 중수청을 설립하여 검찰이 담당하는 6대범죄에 대한 수사권을 이관시키겠다는 주장을 했다. 그러나 아직 설치되지도 않은 기관에게 이관하기 위해 당장 검찰의 6대범죄 수사권을 박탈한다는 것은 납득할 수 없는 일이며, 수사 공백으로 인한 범죄의 기승 및 인권보호의 사각지대라는 심각한 문제를 야기하는 것이다.[28]

또한, 중수청을 한국형 FBI라고 내세우는 것도 적절치 않다. 미국이 연방국가이고, FBI의 주된 업무가 여러 주에 걸쳐 있는 범죄이기 때문에 주(州) 경찰이 처리하기 어려운 범죄에 대한 수사라는 점을 생각할 때, 연방국가가 아닌 대한민국에서 FBI를 모델로 한다는 것이 부적절할 뿐만 아니라, 오히려 중대범죄에 대한 수사라는 점을 생각한다면 영국의 중대비리수사청(SFO)이 중수청의 모델이라고 보는 것이 타당할 것이다.

이렇게 볼 때, 같은 중대비리수사청(SFO)을 모델로 한 공수처[29]와의 관계도 문제된다. 양자를 병립시키는 것이 꼭 필요한지, 아니면 공수처의 구조개혁을 통해 문제를 해결할 것인지에 대해서도 신중하게 검토해야 할 것이다.

검찰개혁을 위해 사법개혁특위에서 추진했던 두 가지는 검경수사권조정과 공수처 설립이었다. 그런데 지난 1년간의 평가를 보면, -검경수사권조정에 대해서도 부정적인 평가가 적지 않지만- 공수처에 대한 평가가 더욱 나쁘다.

물론 공수처는 신설 기관이기 때문에 겪을 수밖에 없는 어려움이 적지 않다. 그러나 이를 고려해도 공수처에 대한 부정적 평가는 매우 심각한 수준이다.[30] 공수처의 정치적 편향성에 대한 우려, 수사능력에 대한 비판, 그

---

28) 6대범죄는 일반 국민들이 체감하는 부분이 민생범죄보다 적을 수 있지만, 실제로 국민에게 미치는 영향력은 매우 큰 것들이다. 예컨대 대장동 사건에 대한 수사 공백이 발생한다면, 그것은 대장동 사건의 직접 관계자들에게만 영향을 미치는 것이 아니라 제2, 제3의 대장동 사건 발생을 조장함으로써 부동산개발정책의 오남용에 의한 국민피해를 크게 확산시킬 것이다.

29) 공수처가 영국과 뉴질랜드의 중대비리수사청(SFO), 홍콩의 염정공서(廉政公署, ICAC), 대만 염정서(廉政署, AAC) 등을 모델로 했다는 사실은 널리 알려져 있다. 이에 관하여는 장영수, 검찰개혁과 독립수사기관(고위공직자비리수사처)의 설치에 관한 검토, 형사정책연구 제28권 제1호(2017.03), 115-144(126)쪽 참조.

30) 이에 관하여는 경향신문 2022. 01. 16. 기사 「공수처 1년, 구속·기소 '0건'…실력으로 존재가치 입증해야」(https://www.khan.co.kr/national/court-law/article/20220 1061608001 최

리고 언론인 및 민간인에 대한 통신사찰의 문제 등은 공수처의 존재 의미 자체를 되묻게 하고 있으며, 심지어 존폐 논란까지도 불거져 나오고 있는 상황이다.

더욱 심각한 것은 이러한 공수처의 문제들이 상당 부분 예견된 것이었다는 점이다. 공수처의 정치적 편향성 문제는 민주당이 제21대 국회에 들어와서 과반 의석을 앞세워 공수처법을 일방적으로 개정하면서 공수처장 추천에 관한 야당의 비토권을 삭제[31]할 때부터 우려되던 것이었다. 또한, 공수처의 관할범위에 비하여 수사 인력이 검사 25인 이내, 수사관 40인 이내라는 것[32]은 정상적인 기능수행을 기대하기 어렵다는 지적도 있었다.[33] 그런데 공수처법 개정을 통해 오히려 공수처 검사의 자격요건을 완화함으로써 검사들의 수사에 관한 전문성을 약화시켰던 것[34]이 오늘날 공수처의 문제를 낳은 원인인 셈이다.

이처럼 공수처의 문제가 훨씬 더 심각한 상태일 뿐만 아니라 그 원인이

종방문 2022. 05. 12.); 한겨레 2022. 01. 17. 기사 「공수처 1년 초라한 성적표…"김진욱 포함 인적쇄신 불가피"」(https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/1027563.html 최종방문 2022. 05. 12.) 참조.

31) 공수처장 추천에 관한 공수처법 조항:

개정 전: 공수처법 제6조 제5항	개정 후: 공수처법 제6조 제7항
추천위원회는 국회의장의 요청 또는 위원 3분의 1 이상의 요청이 있거나 위원장이 필요하다고 인정할 때 위원장이 소집하고, 위원 6인 이상의 찬성으로 의결한다.	추천위원회는 국회의장의 요청 또는 위원 3분의 1 이상의 요청이 있거나 위원장이 필요하다고 인정할 때 위원장이 소집하고, 재적위원 3분의 2 이상의 찬성으로 의결한다.

이러한 법개정에서는 7인의 추천위원 중에서 야당추천위원 2명이 반대할 경우에 공수처장 추천이 불가능하였던 것을 가능한 것으로 바꾸었다는 점이 핵심이다.

32) 공수처법 제8조 제2항: "수사처검사는 특정직공무원으로 보하고, 처장과 차장을 포함하여 25명 이내로 한다."
공수처법 제10조 제2항: "수사처수사관은 일반직공무원으로 보하고, 40명 이내로 한다. 다만, 검찰청으로부터 검찰수사관을 파견받은 경우에는 이를 수사처수사관의 정원에 포함한다."

33) 장영수, 검찰개혁, 올바른 방향으로 가고 있는가? 고려법학 제96호(2020.03), 49-80(57이하)쪽 참조.

34) 공수처 검사의 자격요건에 관한 공수처법 조항

민주당의 공수처법 제정 및 개정에 의한 공수처의 구조적 문제에 있음에도 불구하고, 민주당이 이를 외면하고 검수완박 입법을 강행하고, 중수청 설립을 또 다시 추진하고 있는 것이 과연 책임 있는 정당의 자세인지 매우 의심스럽다.

Ⅳ. 검찰청 폐지의 위헌성, 영장청구권 침해에 대한 위헌성 논란

1. 검찰청 폐지의 위헌성

검수완박과 관련하여 민주당이 추진하고 있는 입법 중에는 검찰청을 폐지하고 공소청을 설치하려는 것이 있다.[35] 결국, 수사와 기소를 함께 다루는 검찰청이 아니라 기소만을 담당하는 공소청으로 이름을 바꾸겠다는 것이다. 이는 영국의 국가공소청(Crown Prosecution Service)을 모델로 한 것으로 보인다.

그러나 이러한 법안들은 위헌이라고 보아야 한다. 헌법 제89조 제16호는 국무회의 심의를 거쳐서 임명해야 할 고위공직자의 하나로 검찰총장을 명시하고 있다.[36] 이러한 헌법의 명문규정에 반하여 검찰청을 공소청으로,

개정 전: 공수처법 제8조 제1항	개정 후: 공수처법 제8조 제1항
수사처검사는 변호사 자격을 10년 이상 보유한 자로서 재판, 수사 또는 수사처규칙으로 정하는 조사업무의 실무를 5년 이상 수행한 경력이 있는 사람 중에서 제9조에 따른 인사위원회의 추천을 거쳐 대통령이 임명한다. 이 경우 검사의 직에 있었던 사람은 제2항에 따른 수사처검사 정원의 2분의 1을 넘을 수 없다.	수사처검사는 7년 이상 변호사의 자격이 있는 사람 중에서 제9조에 따른 인사위원회의 추천을 거쳐 대통령이 임명한다. 이 경우 검사의 직에 있었던 사람은 제2항에 따른 수사처검사 정원의 2분의 1을 넘을 수 없다.

35) 2020. 12. 29. 김용민 의원이 대표발의한 「검찰청법폐지법률안」, 「공소청법안」이 이에 해당한다.

36) 헌법 제89조: 다음 사항은 國務會議의 審議를 거쳐야 한다.
1~15. 생략
16. **檢察總長**·合同參謀議長·各軍參謀總長· 國立大學校總長·大使 기타 法律이 정한

검찰총장을 공소청장으로 바꾸는 것은 위헌이 되기 때문이다.

이에 대하여 단순한 명칭의 변경이기 때문에 헌법에 위반되지 않는다는 주장도 있으나 이는 옳지 않다. 단지 정부조직법상의 명칭 변경에도 법률의 개정이 필요한데, 헌법상의 명칭을 헌법개정 없이 법률로 바꾼다는 것은 법체계의 혼란을 야기할 뿐만 아니라, 매우 심각한 문제를 야기할 수도 있기 때문이다.

이와 관련하여 공소청장이 곧 검찰총장이라는 규정을 둠으로써 해결할 수 있다는 주장도 있다. 하지만 이러한 주장도 타당하지 않다. 예컨대 헌법에서 대통령이라고 명시한 것을 법률에서는 총통으로 부를 수 있다고 한다면 어떻게 되겠는가?

2. 영장청구권 침해로 인한 위헌성 긍정론

검수완박이 헌법 제12조 제3항과 제16조에서 규정하고 있는 검사의 영장청구권을 무력화하는 것이기 때문에 위헌이라는 주장도 있다.

이러한 헌법조항들이 오로지 검사에게만 영장청구권을 독점적으로 인정한 것이라는 점에 대해서는 이견이 없다. 과연 이러한 주장이 설득력을 가질 수 있는지의 여부는 영장청구권이 수사권을 필수적으로 전제하는 것으로서 양자의 관계가 불가분인지에 대한 판단에 따라 달라질 것이다.

이에 대해서는 헌법학자들 사이에서도 이견이 있다. 한편으로는 검사의 영장청구권은 수사에 대한 관여를 전제한다는 점에서 검수완박은 검사에게 영장청구권을 독점시킨 헌법의 취지에 반한다는 견해가 있고, 다른 한편으로는 수사권과 영장청구권은 성질상 분리될 수 있는 것이기 때문에 검수완박이 검사의 영장청구권 침해로 인해 위헌이라고 보기는 어렵다는 견해도 있다.[37]

公務員과 國營企業體管理者의 任命

17. 생략

37) 이에 관하여는 서울신문 2022. 04. 13. 기사 「'검수완박' 위헌일까… 영장청구권 해석이 관건」(https://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20220414008033 최종방문 2022. 05. 10.); 머니투데이 2022. 04. 15. 기사 「'검수완박' 위헌일까…법학자들도 해석

검수완박이 영장청구권에 위배되기 때문에 위헌이라는 주장을 강력하게 제기하고 있는 검찰은 검찰 수사권의 완전 박탈은 검사에게 독점된 영장청구권의 침해이기 때문에 위헌이며, 이를 근거로 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구하겠다는 입장이다.

1962년 헌법에서 검사에게 영장청구권을 독점시킨 취지가 1960년 4·19혁명 당시 시위대에 대해 발포를 했던 경찰에 대한 불신에서 비롯된 것이며, 경찰을 검찰이 통제하도록 한 것인데, 수사권을 배제하고 영장청구권만 인정할 경우에는 이러한 통제기능이 사실상 무력화되므로 헌법개정자의 의도에 반하는 것이 되므로 위헌으로 보아야 한다는 것이다.[38]

3. 영장청구권 침해로 인한 위헌성 부정론

그러나 검수완박이 영장청구권 침해로 인해 위헌이 되는 것은 아니라고 보는 견해도 있다. 이러한 견해는 영장청구권과 수사권이 불가분의 관계는 아니라고 보는 것이다.

1962년 헌법에서 검사의 독점적 영장청구권을 인정한 취지를 경찰권의 오남용으로부터 국민의 인권을 보장하기 위한 것이라는 검찰의 주장에도 일리가 있지만, 이미 60년이 경과하였고, 여러 차례의 헌법개정이 반복된 상태에서 당시의 헌법개정자의 의도에 따라서 해석해야 한다는 주장은 설득력이 약하다. 오히려 헌법해석의 변천 가능성에 더 큰 비중을 둘 수 있다고 볼 수 있다.

이를 전제로 영장청구권과 수사권의 불가분성을 검토할 때, 1년 전의 검경수사권조정에 의해 검찰의 수사권이 6대범죄로 축소된 것은 위헌이 아

분분」(https:// news.mt.co.kr/mtview.php?no=2022041415460524707 최종방문 2022. 05. 10.); 뉴스1 2022. 04. 21. 기사 「불붙은 '검수완박 위헌' 논란…4대 쟁점, 법률가 판단은?」(https://www.news1. kr/articles/?4655101 최종방문 2022. 05. 10.) 참조.

38) 이에 관하여는 YTN 2022. 04. 13. 기사 「김오수 "검사에게 수사권 빼앗아 경찰에 독점시키는 것은 위헌"」(https://www.ytn.co.kr/_ln/0103_202204131502133973 최종방문 2022. 05. 10.) 참조.

니지만, 검수완박을 통해 검찰의 수사권을 완전히 박탈하는 것은 위헌이라는 주장도 설득력이 약하다.

이미 검경수사권조정 이전에도 검찰이 직접 수사하거나 경찰의 수사를 지휘하지 않은 사건, 즉 경찰이 독자적으로 수사한 사건에 대해서 경찰의 신청에 따라 검사가 -간단히 확인 절차를 거쳐서- 법원에 영장을 청구한 경우도 있었다. 이런 경우에는 수사와 영장청구가 분리된 것이라 할 수 있으며, 영장청구권과 수사권의 분리 가능성을 보여주는 것이다.

이런 점들을 고려할 때, -비록 수사권과 영장청구권이 유기적으로 연결되는 것이 바람직할 것이지만- 수사권과 영장청구권이 본질적으로 불가분이라고 보기는 어렵다. 즉, 영장청구권은 당연히 수사권을 전제하는 것이며, 이를 배제하는 것은 위헌이라고 단언하기 어려운 것이다.

헌법재판소의 위헌법률심판에서는 '법률의 합헌성 추정' 원칙이 널리 인정되고 있다. 헌법재판소가 국민의 대표기관인 국회에 의해 제정된 법률의 위헌성을 인정하기 위해서는 위헌으로 해석될 수 있는 정도가 아니라 명백한 위헌성이 인정되어야 한다는 것이다.[39]

이런 맥락에서 볼 때, 법률의 명백한 위헌성 인정은 두 가지 요소 중의 하나를 갖춰야 한다. 즉, 헌법의 명문규정에 반하거나 제도의 본질에 명백히 반하는 것으로 인정되어야 한다. 하지만 앞의 사례에 비추어 볼 때, 수사권의 박탈이 영장청구권에 본질적으로 반하는 것이라고 보기 어려운 상황에서는 이를 명백한 위헌으로 보기는 어렵다. 따라서 검사의 영장청구권을 근거로 검수완박의 위헌성을 주장하는 것은 적절치 않은 것으로 보인다.[40]

---

39) 이에 따라 헌법재판소는 합헌적 법률해석을 원칙으로 하고 있으며, 그 결과 한정합헌, 한정위헌 등의 변형결정이 나오고 있다. 이에 관하여는 장영수, 『헌법학』, 2021, 110쪽 이하 참조.

40) 또한, 모든 수사권을 박탈하기 때문에 위헌이라는 주장은 -민주당의 검찰청법 개정안 원안의 경우라면 모르되- 개정된 검찰청법에서 부패범죄 및 경제범죄에 대한 검찰 수사권이 존치되고 있다는 점에서도 설득력을 잃는다.

Ⅴ. 위장탈당에 의한 국회선진화법의 무력화: 변종 날치기 통과의 위헌성

1. 양향자 의원의 법사위 사보임의 위헌성 논란

현대 민주국가는 대의제를 기반으로 하고 있다. 군주국가에서 주권자인 군주 개인이 국가권력을 직접 행사할 수 있는 것과는 달리 민주국가에서는 주권자인 모든 국민이 직접 국가권력을 행사하고, 국가사무를 처리하는 것은 불가능하기 때문이다. 그로 인하여 주권자인 국민은 국민을 대신하여 국가사무를 처리할 대표자를 선출하고, 이들에 의해 국가권력이 행사되는 것이다.

대의제 민주주의 하에서는 자유위임의 원칙이 널리 인정되고 있다. 한편으로는 수많은 국민들의 의사를 직접 확인하여 국가의사를 결정하기 어렵다는 기술적 이유 때문에, 다른 한편으로는 현대적 국가사무의 전문성으로 인하여 국민들이 이를 직접 결정하는 것이 국민들을 위해 바람직하지 않다는 이유 때문에 국민에 의해 선출된 대표자들은 국가사무의 처리에서 국민의 의사에 기속되지 않는 것이다.

이러한 자유위임의 원칙은 오늘날 대표자들이 그들을 공천한 정당의 의사에 법적으로 구속되지 않는다는 것으로도 이해된다. 비록 정당의 사실적 기속력은 부인할 수 없지만, 정당의 의사에 대해 법적 기속력을 부인함으로써 정당의 과두화에 제동을 걸고 있는 것이다.[41]

국회의원의 사보임 문제는 자유위임의 원칙과 관련하여 매우 민감한 문제를 낳고 있다. 2018년 사법개혁특위에서 오신환 의원의 강제사보임이 크게 문제된 바 있었고,[42] 최근 검수완박 입법과 관련하여 무소속 양향자

41) 이에 관하여는 강태수, 국회의원의 정당기속성과 자유위임관계에 대한 고찰, 경희법학 제47권 제4호(2012.12), 339-369쪽 참조.

42) 이 문제에 관한 다툼으로 결국 헌법재판소에 권한쟁의심판이 제기되었으나, 헌법재판소는 이에 대하여 헌재 2020. 5. 27. 2019헌라1 결정에서 “위원의 의사에 반하는 개선을 허용하더라도, 직접 국회의원이 자유위임원칙에 따라 정당이나 교섭단체의 의사와

의원을 법사위로 사보임한 것도 논란의 대상이었다.

2022년 4월 7일 박병석 국회의장은 무소속인 기재위 양향자 의원을 법사위로 사보임했다. 이는 현재의 법사위 구성상 민주당 3명, 국민의힘 3명으로 구성되어야 할 안건조정위원회가 민주당 3명, 국민의힘 2명, 무소속 1명으로 구성되도록 한 것이며, 결국 민주당 출신의 양향자 의원이 민주당과 보조를 맞춰 3분의 2의 다수로 검수완박 법안을 처리할 수 있게 되었다.[43] 양향자 의원이 검수완박에 대한 반대 입장을 밝히면서 이러한 꼼수 논란은 사라지게 되었지만, 의원들의 사보임을 통해 법안 통과를 시도하는 것은 결코 정상적인 입법절차라고 보기 어려울 것이다.

2. 안건조정위원회의 입법 취지: 다수당 입법독주의 배제

검수완박의 탈법적 법사위 통과와 관련하여 논란의 중심에 서 있는 규정이 안건조정위원회에 관한 국회법 제57조의2이다. 이 조항은 2012년 국회선진화법에 의해 도입된 것으로서 국회의 안건을 다수당이 일방적으로 결정함으로써 이른바 동물국회의 파행을 보이지 않도록 하기 위한 것이었다.

달리 표결하거나 독자적으로 의안을 발의하거나 발언하는 것까지 금지하게 되는 것은 아니다. 다만 정당 또는 교섭단체가 정당의 정책을 의안심의에서 최대한으로 반영하기 위하여 차기선거의 공천, 당직의 배분 등의 수단을 사용하는 것과 마찬가지로, 국회의원의 권한 행사에 간접적인 영향력을 행사하는 것에 불과하다"고 판시하면서 기각 결정을 내린 바 있다. 그러나 이 결정에 대해서는 헌법학계의 비판이 적지 않았다. 이에 관하여는 조원용, 국회 상임위원 사·보임에 대한 헌법학적 일고찰 -비지배(non-domination) 자유와 배제(exclusion)를 기준으로-, 공법연구 제48집 제4호(2020.06), 203-230쪽; 허진성, 정당국가적 현실과 자유위임의 원칙에 관한 연구 -국회 위원회 위원의 사·보임행위에 관한 헌법재판소 결정을 중심으로-, 부산대 법학연구 제61권 제3호(2020.08), 1-31쪽 참조.

43) 과거 (이제는 민주당과 합당한) 열린우리당 소속이나 민주당 출신 무소속 의원들이 야당 몫의 안건조정위원으로 활동하면서 민주당과 보조를 맞춘 선례들이 있다. 2020년 12월 공수처법 개정 당시에도 법사위 안건조정위원회가 민주당 의원 3명, 국민의힘 의원 2명과 최강욱 열린민주당 의원으로 구성됨으로써 4:2로 개정안이 통과되었다. 이를 둘러싼 여야 갈등에 관하여는 한겨레 2022. 04. 08 기사 「법사위 '양향자 사보임'에…국민의힘 "검수완박 꼼수" 반발」(https://www. hani.co.kr/arti/politics/politics_general/1038168.html 최종방문 2022. 05. 12.) 참조.

국회법 제57조의2 제1항에 따르면 안건조정위원회는 상임위원회 또는 특별위원회의 재적위원 3분의 1 이상의 요구로 구성된다.[44] 즉, 해당 위원회 내에서 과반수를 차지한 정당이라도 일방적으로 안건을 결정할 수 없도록 쟁점법안에 대한 소수당의 안건조정위원회 구성 요구권을 인정한 것이다.

같은 조 제4항에서는 안건조정위원회의 구성을 소속 의원 수가 가장 많은 교섭단체의 조정위원이 절반, 그밖의 조정위원이 절반이 되도록 하고 있다.[45] 이는 다수당과 소수당의 협의 내지 합의를 통해 안건을 처리하도록 한 것이며, 다수당의 독주에 의한 일방적인 안건 처리를 막기 위한 것이다. 이는 같은 조 제6항에서 안건조정위원회의 결정을 위해서는 재적 조정위원 3분의 2 이상의 찬성으로 결정하도록 한 것에서 확인된다.[46]

이러한 합의에 의한 결정이 내려지지 않은 경우에는 같은 조 제2항에 따라 최장 90일의 조정기간을 갖게 된다.[47] 신속처리대상(이른바 패스트 트랙)인 안건이 조정기간 내에 결론이 내려지지 않은 경우에는 국회법 제85조의2 제4항[48]과 제5항[49]에 따라 법사위 또는 본회의에 자동 부의된다.

---

44) 국회법 제57조의2 제1항: "위원회는 이견을 조정할 필요가 있는 안건(예산안, 기금운용계획안, 임대형 민자사업 한도액안 및 체계·자구 심사를 위하여 법제사법위원회에 회부된 법률안은 제외한다. 이하 이 조에서 같다)을 심사하기 위하여 재적위원 3분의 1 이상의 요구로 안건조정위원회(이하 이 조에서 "조정위원회"라 한다)를 구성하고 해당 안건을 제58조 제1항에 따른 대체토론(大體討論)이 끝난 후 조정위원회에 회부한다. 다만, 조정위원회를 거친 안건에 대해서는 그 심사를 위한 조정위원회를 구성할 수 없다."

45) 국회법 제57조의2 제4항: "제3항에 따라 조정위원회를 구성하는 경우에는 소속 의원 수가 가장 많은 교섭단체(이하 이 조에서 "제1교섭단체"라 한다)에 속하는 조정위원의 수와 제1교섭단체에 속하지 아니하는 조정위원의 수를 같게 한다. 다만, 제1교섭단체가 둘 이상인 경우에는 각 교섭단체에 속하는 조정위원 및 어느 교섭단체에도 속하지 아니하는 조정위원의 수를 위원장이 간사와 합의하여 정한다."

46) 국회법 제57조의2 제6항: "조정위원회는 제1항에 따라 회부된 안건에 대한 조정안을 재적 조정위원 3분의 2 이상의 찬성으로 의결한다. 이 경우 조정위원장은 의결된 조정안을 지체 없이 위원회에 보고한다."

47) "조정위원회의 활동기한은 그 구성일부터 90일로 한다. 다만, 위원장은 조정위원회를 구성할 때 간사와 합의하여 90일을 넘지 아니하는 범위에서 활동기한을 따로 정할 수 있다."

48) 국회법 제85조의2 제4항: "위원회(법제사법위원회는 제외한다)가 신속처리대상안건에 대하여 제3항 본문에 따른 기간 내에 심사를 마치지 아니하였을 때에는 그 기간이

국회선진화법에 대한 평가는 엇갈리고 있다.[50] 그러나 적어도 안건조정위원회에 대해서는 동물국회라 지칭되던 극단적인 대립을 막기 위해 필요한 규정으로 인정되고 있었으며, 민주당도 그 취지가 날치기 통과 입법을 막기 위한 것이라고 인정한 바 있었다.[51]

3. 민형배 의원의 위장 탈당에 의한 안건조정위원회 무력화의 위헌성

2022년 4월 20일 민주당의 민형배 의원이 탈당했다. 이는 과거 민주당이 여러 차례시도했던 안건조정위원회 무력화를 위한 시도의 연장일 뿐만 아니라, 위성정당 소속 의원의 동원이나 친여 성향 무소속 의원의 동원과는 또 다른 의미를 갖기 때문에 이에 대한 비판이 더욱 날카롭다.

민주당에서는 이에 대하여 민형배 의원 개인의 비상한 결단이었다고 말했지만,[52] 이는 탈당의 의미와 성격을 바꿀 수 있는 것은 아니다.

끝난 다음 날에 소관 위원회에서 심사를 마치고 체계·자구 심사를 위하여 법제사법위원회로 회부된 것으로 본다. 다만, 법률안 및 국회규칙안이 아닌 안건은 바로 본회의에 부의된 것으로 본다."

49) 국회법 제85조의2 제5항: "법제사법위원회가 신속처리대상안건(체계·자구 심사를 위하여 법제사법위원회에 회부되었거나 제4항 본문에 따라 회부된 것으로 보는 신속처리대상안건을 포함한다)에 대하여 제3항 단서에 따른 기간 내에 심사를 마치지 아니하였을 때에는 그 기간이 끝난 다음 날에 법제사법위원회에서 심사를 마치고 바로 본회의에 부의된 것으로 본다."

50) 이에 관하여는 장영수, 이른바 국회선진화법의 문제점 -5분의 3 이상의 다수결과 국회의장의 직권상정 요건을 중심으로-, 입법학연구 제13집 제1호(2016.06), 1-30쪽; 정진웅, 국회선진화법이 입법 과정에 미친 영향 분석: 18~19대 국회 쟁점법안을 중심으로, 단국대 분쟁해결연구 제15권 제1호(2017.04), 179-208쪽; 홍완식, '국회선진화법'에 관한 補論, 입법학연구 제13집 제1호(2016.06), 31-48쪽 참조.

51) 동아일보 2022. 04. 22. 기사 「민주, 야당땐 "안건조정위, 巨與 날치기 방지용"이라더니…」(https://www.donga.com/news/article/all/20220422/113018889/1 최종방문 2022. 05. 10.); 파이낸셜 뉴스 2022. 04. 22. 기사 「'날치기' 막자며 도입한 안건조정위.. 민주당이 '꼼수'로 스스로 무너뜨렸다」(https://www.fnnews.com/news/202204220826542025 최종방문 2022. 05. 10.) 참조.

52) 이에 관하여는 매일경제 2022. 04. 20. 기사 「민주 "민형배 탈당, 개인적인 비상한 결단…숙고 끝 수용"」(https://www.mk.co.kr/news/politics/view/2022/04/352938/ 최종방문 2022. 05. 10.); 연합뉴스 2022. 04. 20. 기사 「민주 "민형배 탈당, 개인적인

첫째, 탈당의 의도가 뚜렷하며, 이에 민주당 지도부가 이를 수용했음을 밝혔다. 즉, 민형배와 민주당은 안건조정위원회를 무력화시키기 위해 탈당했다는 것을 인정한 것이다.

둘째, 이렇게 탈당하여 무소속이 된 민형배 의원을 안건조정위원회 위원으로 임명하였다. 양향자 의원의 경우처럼 단지 의도만 드러낸 것이 아니라, 실제로 실행에 옮김으로써 안건조정위원회 구성을 왜곡시킨 것이다.

셋째, 탈당을 통해 제1당이 안건조정위원의 2분의 1을 차지하도록 한 국회법 제57조의2 제4항을 무력화하는 것은 사실상 합법적인 국회 운영을 포기하는 것이고, 결국 동물국회로 돌아가자는 것밖에 되지 않는다.

이러한 일련의 과정은 명백한 불법이다. 이는 단순히 국회법 제57조의2에 대한 위반일 뿐만 아니라, 합헌적인 의사결정의 왜곡이며, 정상적인 의사결정이 아니라는 점에서 다수결원칙의 위배라고 볼 수 있다. 따라서 민형배 의원의 위장 탈당에 의한 안건조정위 통과는 변종 날치기 입법이라 할 수 있으며, 위헌으로 보아야 한다.[53]

Ⅵ. 검수완박과 국민의 기본권 침해의 위헌성

1. 검수완박과 국민의 기본권 침해의 유형

검수완박의 가장 핵심적인 문제점은 국민의 기본권 내지 인권을 고려

비상한 결단…숙고 끝 수용”」(https://www.yna.co.kr/view/AKR202204 20131700001 최종방문 2022. 05. 10.) 참조.

53) 헌법재판소는 헌재 1994. 6. 30. 92헌가18 결정에서 날치기 통과된 국가보위에관한특별조치법(1971.12.27. 법률 제2312호) 제5조 제4항의 위헌성을 인정한 것을 비롯하여 헌재 2009. 10. 29. 2009헌라8등 결정에서는 신문법 및 방송법의 절차상 하자로 인한 위헌성을 인정하였고, 헌재 2011. 8. 30. 2009헌라7 결정에서는 방위사업법 날치기가 국회의원의 법률안 심의・표결권을 침해하였음을 인정하였다. 다만, 권한쟁의심판에서의 위헌성 확인이 해당 법률의 위헌성으로 연결되지 못한 점에 대해서는 제도적 개선이 필요할 것이다. 이에 관하여는 장영수, 신문법 등에 대한 권한쟁의심판(헌재 2009.10.29. 2009헌라8등 결정)의 의미와 한계 -권한행사의 위헌성 확인과 그 결과물인 법률의 합헌성이 보여주는 괴리를 중심으로-, 고시계 2010.03, 37-47(44이하)쪽 참조.

하지 않았다는 점이다. 검수완박을 주장하는 과정에서 민주당은 국민의 뜻을 내세운 적도 있었지만,[54] 실제 검수완박에 대한 국민의 여론은 계속 나빠졌으며,[55] 국민의 의사에 반하여 추진한다는 비판을 면하기 어려웠다.

더욱이 검수완박으로 인하여 국민의 기본권보장에 사각지대가 생긴다는 비판에 대해서는 지금까지 아무런 설득력 있는 해명이 없다. 민주당의 검찰청법 개정안 원안에서 3개월로 정했던 검수완박의 시행시기를 4개월로 늦춘 것 이외에는 국민의 기본권보장을 위한 특별한 조치가 추가된 것도 없다. 결국 검수완박으로 인한 국민의 기본권 침해는 그대로 방치되고 있는 것이다.

검수완박으로 인한 기본권 침해는 크게 세 가지 측면에서 살펴볼 수 있다.

첫째, 검수완박으로 인하여 국민의 세금 부담이 크게 증가할 것이다. 검수완박에 따라 검찰제도, 경찰제도, 혹은 중수청 설치 등에 따른 비용이 발생하는 것은 불가피하기 때문이다. 설령 이를 위한 증세 등 국민에게 별도의 부담을 주는 것은 아니라 하더라도, 그 재원에 국민의 세금이 사용되는 것은 분명하며, 결국 국민을 위해 다른 용도로 사용되어야 할 세금이 이러한 제도 변경 및 기관 설치 등에 사용되는 것이다.

이러한 세금 부담의 문제는 제도 변경의 경우에 일반적으로 발생하는 것이지만, 검수완박의 경우에는 대규모의 수사권 이관으로 인한 업무의 조정 및 조직의 변경에 소요되는 예산이 만만치 않을 것이다.[56] 검찰 조직의

---

54) 이는 실제로 민주당의 강성 지지층을 중심으로 형성된 분위기로 보인다. 이에 관하여는 경향신문 2022. 04. 05. 기사 「'강성 개혁론'에 둘러싸인 민주당, 검찰개혁법 4월 처리 두고 딜레마」(https://www.khan.co.kr/politics/assembly/article/202204051810001 최종방문 2022. 05. 12) 참조.

55) 검수완박에 대한 최근의 여론조사는 반대 52%, 찬성 33%로 반대가 훨씬 높았다. 이에 관하여는 연합뉴스 2022. 05. 05. 기사 「검수완박 입법에…잘못된 일 52%·잘된 일 33%」(https:// www.yna.co.kr/view/AKR20220505039100001?input=1195m 최종방문 2022. 05. 12.) 참조. 이는 앞의 각주 3에서 본 2022. 04. 14.의 여론조사과 비교할 때, 반대는 비슷하나 찬성은 5%정도 줄어든 것이다.

56) 이에 관하여는 조선일보 2022. 04.16. 기사 「월성·대장동 정권 수사도 경찰이 가져간다… 검수완박 5대 쟁점」(https://www.chosun.com/national/court_law/2022/04/16/CZEBDRT6QJAM PCEON74G7M26OY/?utm_source=naver&utm_medium=referral&utm_campaign=naver-news 최종방문 2022. 05. 12.) 참조.

축소로 인한 예산의 변경뿐만 아니라, 검찰의 수사권을 이양받는 중수청의 설립을 위한 예산, 또는 경찰 쪽의 추가적인 업무 부담에 뒤따르는 예산이 적지 않을 것이기 때문이다. 이를 정확하게 추산하고 국민들의 부담이 어떻게 변경될 것인지를 국민들 앞에 밝히는 것이 필요할 것이다.[57]

둘째, 단기간의 수사권 이관에 따른 수사공백이 불가피하다. 2021년 시행된 검경수사권조정의 결과에 대한 평가에서 나타나듯이, 그리고 국정원의 대공수사권을 경찰에 이관하는 장기적인 과제[58]에서도 계속 지적되고 있는 것처럼,[59] 수사권의 이관은 관련 노하우의 전수에 큰 어려움을 겪을 수밖에 없으며, 상당한 기간에 걸쳐 조직의 정비, 수사 인력의 확보 및 새로운 노하우의 축적 등과 관련한 상당한 어려움을 겪을 수밖에 없다.[60]

그러므로 충분한 사전 준비가 없는 수사권 이관은 결국 수사공백으로 인하여 범죄로부터 국민을 제대로 보호하지 못하게 될 것이며, 이는 국민의 기본권을 범죄로부터 보호하는데 심각한 약점을 노출시키며, 결국 기본권 침해로 이어질 수밖에 없다. 정말로 국민의 기본권보장에 신경 쓴 제도개혁이라면 이런 점들에 대한 충분한 사전 검토와 준비가 선행되었어야 할 것이다.[61]

셋째, 6대범죄에 대한 중·장기적 수사역량의 저하가 우려되고 있다. 앞서 검토한 바와 같이 6대범죄 중 경제범죄·방위산업범죄·대형참사범죄

57) 이러한 비용부담은 당장은 크게 느껴져도, 중장기적인 제도 발전에 비하면 감수할 수 있는 것이라고 볼 수 있다. 그러나 그 전제는 제도 변화에 대한 국민 동의 및 새로운 제도의 성공적인 안착이다. 이러한 전제조건이 갖춰지지 않은 경우에는 민주적 정당성을 갖는 것으로 볼 수 없다.

58) 2020. 12. 15.의 국가정보원법 개정에 따라 국정원의 대공수사권은 2024. 1. 1.부터 폐지된다.

59) 국정원 대공수사권을 경찰로 이관하는 것에 대한 비판으로는 유동열, 『국정원 대공수사권 폐지의 문제점과 대응』, 한반도선진화재단, 2020 참조.

60) 검수완박이 확정된 이후에 과연 검찰이 제대로 6대범죄 수사를 할 수 있을 것인지도 의문스럽고, 검찰과 경찰의 노하우 전수 등의 협조가 제대로 이루어질 것을 기대하기도 어렵다. 더욱이 경찰의 입장에서는 이미 업무량 증가로 인해 힘든 상황에서 6대범죄를 수사하기 위한 준비를 하는 것도, 전문적인 수사를 위한 인력을 확보하고 노하우를 축적하는 것도 3~4개월이라는 짧은 기간 내에 할 수 있을 것으로 보기 어려운 것이다.

61) 특히 수사권 이관의 경우, 릴레이 경주처럼 검찰이 4개월 후까지 흔들림 없이 수사를 진행하고, 그 시점에서 경찰과 정확하게 바톤 터치를 하여 경찰이 곧바로 이관받은 범죄에 대한 수사를 정상적으로 진행하는 것은 사실상 기대하기 어려운 것이다.

는 법률전문성이 많이 요구되는 것이며, 부패범죄・선거범죄・공무원범죄는 정치적 외압이 큰 것이다. 이러한 범죄에 대응하기에 가장 적합한 수사기관이 검찰이라 할 수 있다.

검찰과 비교할 때, 경찰은 정치적 외압에 대한 저항력 측면이나 법률전문성 측면에서 상대적으로 약한 편이라고 평가될 수 있다. 또한, 중수청의 설립이 논의되고 있으나, 공수처의 예에 비추어 보더라도 중수청이 검찰 이상의 수사 효율성을 보일 수 있을 것으로는 기대하기 어렵다.

2. 6대범죄의 수사 공백과 국민의 피해

검수완박과 관련하여 국민의 입장에서 가장 심각한 문제는 수사공백으로 인한 인권 침해라고 할 수 있다.

이와 관련하여 검수완박을 추진하였던 민주당 내에서도 검수완박의 결과 검찰의 6대범죄 수사권은 증발할 것이라는 이야기들이 적지 않았다.[62] 민주당 내에서도 심지어 이러한 수사권이 필요하지 않고, 급하지 않다면서 증발시키자는 주장까지 나온 바 있다. 유사한 맥락에서 대검에서도 같은 취지로 6대범죄 수사의 증발을 우려하는 목소리가 있었다.[63]

이와 관련하여 특히 주목할 점은 6대범죄 수사가 증발할 것이라는 경찰 출신인 황운하 의원의 발언[64]이다. 6대범죄의 특성 및 수사의 실무를 잘 알고 있는 황운하 의원이 보기에도 문재인 대통령의 임기 중에 졸속으로 검수완박을 처리하면서 이를 다른 수사기관에 이관하여 제대로 처리할 수 있도록 하는 것은 사실상 불가능하다는 점을 확인했던 것이다.

---

62) 노컷뉴스 2022. 04. 08 기사 「"檢 6대 범죄 수사권? 그냥 증발할 뿐" 민주당이 설명한 '검수완박'論」(https://www.nocutnews.co.kr/news/5737142 최종방문 2022. 05. 12.) 참조.

63) 한경 2022. 04. 15. 기사 「대검 "검수완박 현실화하면 6대 중요범죄 수사 증발"」(https://www. hankyung.com/society/article/202204146747i 최종방문 2022. 05. 12.) 참조.

64) 조선비즈 2022. 04. 09. 기사 「'검수완박' 주장 황운하 "검찰의 6대범죄 수사, 그냥 증발" 부패・선거 등」(https://biz.chosun.com/policy/politics/2022/04/09/LOUMFYTGOFHKJP7GMZL QF3XPO4/ 최종방문 2022. 05. 12.) 참조.

검찰은 “6대 범죄 수사는 내용이 방대하고 쟁점이 복잡해 고도의 전문성과 축적된 노하우가 필요하다”며 “수사·재판 과정에서 전문 영역에 특화된 변호사들과의 치열한 법리 공방이 이루어지는 등 특수성이 있다”라고 지적했다. ‘대장동 비리, 산업부 블랙리스트, 삼성웰스토리 부당지원’ 등 현재 수사 중인 사건을 비롯하여 “수사권이 전면 폐지되면 수사는 증발되고 범죄는 남는다”고 말했던 것[65]도 같은 맥락이라고 할 수 있다.

이러한 수사 공백은 결국 국민의 범죄 피해를 방치하는 것이다. 검수완박의 핵심은 6대범죄의 수사권을 누가 갖느냐가 아니라, 국민을 위해 제대로 범죄수사를 할 수 있도록 하는 방안이 무엇이냐에 있다. 그러므로 6대범죄의 수사권을 검찰이 갖느냐, 경찰이 갖느냐, 아니면 중수청이 갖느냐가 그 자체로서 중요한 것이 아니라, 6대범죄로 인한 국민의 침해를 최소화할 수 있는 수사기관이 무엇인지가 가장 중요한 것이다.

더욱이 검수완박으로 인해 6대범죄의 수사 공백, 이른바 수사의 증발이 발생하는 것은 국민의 인권보장을 위해 매우 심각한 문제라는 점은 분명하다. 부패범죄, 경제범죄, 공직자범죄, 선거범죄, 방위사업범죄, 대형참사범죄의 6대범죄가 중요하지 않다는 것도 납득하기 어렵지만, 이들 범죄로 인한 국민의 피해를 방치한다는 것은 도저히 이해할 수 없는 것이다.[66]

3. 국민의 기본권 침해를 다투는 헌법소송: 헌법소원심판과 위헌법률심판

국민의 기본권 침해를 다툴 수 있는 헌법소송으로는 헌법소원심판과 위헌법률심판이 있다. 반면에 국가기관 및 지방자치단체의 권한을 다투는

---

65) 동아일보 2022. 04. 14. 기사 「대검 간부들 "6대수사, 고도의 노하우 필요"…'검수유지' 호소」(https://www.donga.com/news/Society/article/all/20220414/112883317/1 최종방문 2022. 05. 12.) 참조.

66) 이러한 문제점은 민주당 내부에서도 지적되고 있다. 이에 관하여는 한국일보 2022. 04. 12. 기사 「"검수완박 원조"라는 조응천이 '강행'에 반대하는 이유는」(https://www.hankookilbo.com/ News/Read/A2022041211110003650 최종방문 2022. 05. 12.) 참조.

헌법소송으로는 권한쟁의심판이 대표적이다.

현재 검수완박 입법(형사소송법 및 검찰청법 개정)의 입법절차상의 위헌성에 대해서는 국민의힘이 권한쟁의심판을 한 상태이며, 검찰에서도 검수완박이 영장청구권에 위배되어 위헌이라는 이유로 권한쟁의심판을 검토중인 것으로 알려졌다.

이러한 권한쟁의심판에서 국회의원의 심의·의결권이나 검찰의 수사권은 국가기관의 권한일 뿐, 국민의 기본권은 아니기 때문에 헌법소원심판을 통해 다툴 수 있는 것이 아니기 때문에 권한쟁의심판의 형식을 취하는 것이 옳다.

반면에 국민의 기본권 침해에 대한 헌법소원심판의 청구를 위해서는 공권력의 행사 또는 불행사에 의한 기본권의 침해라는 요건에 더하여 기본권 침해의 직접성, 현재성, 자기관련성 등이 요구된다. 그런데 검수완박 입법은 국회를 통과하여 이미 공포된 법률이지만, 그 시행시기는 아직 도래하지 않았으므로 기본권 침해의 현재성이 결여되었다. 따라서 당장 헌법소원심판을 청구하는 것은 불가능하다.

그러나 4개월 후 검수완박 입법이 시행된 이후에는 그로 인하여 기본권을 침해당한 국민, 즉 6대 범죄의 피해자로서 수사 공백으로 인해 제대로 수사되지 않음으로 인한 피해의 당사자인 국민들은 헌법소원심판을 청구할 수 있게 된다.

헌법소원심판과 달리 위헌법률심판은 국민이 직접 청구의 주체가 될 수 있는 것이 아니라 법원이 헌법재판소에 제청해야 한다.

즉, 개정된 형사소송법 및 검찰청법이 적용되는 사건에 관한 소송이 법원에서 진행 중인 상태에서 그 법률의 합헌성 여부에 따라 법원의 재판 결과가 달라질 수 있을 때 -즉, 재판의 전제성이 인정될 때- 법원은 소송당사자의 신청에 따라 또는 직권으로 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청할 수 있다.[67] 그리고 법원에서 위헌법률심판제청의 신청을 기각한 경우에는 헌

67) 그러므로 6대범죄 관련 사건에 관하여 법원에서 재판이 진행되고 있는 상황에서 법원이 직권으로, 또는 당사자의 신청을 받아들여서 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청할 수 있다.

법재판소법 제68조 제2항에 따른 위헌소원의 청구가 가능할 것이다.[68]

현행법상 위헌법률심판은 구체적 규범통제만 허용되고 있기 때문에 재판의 전제성이 반드시 요구된다. 그러므로 검수완박 입법의 시행 이후에만 이를 다투는 위헌법률심판의 제청이 가능하다. 만일, 독일의 경우처럼 추상적 규범통제가 인정될 경우에는 검수완박 입법의 시행 이전에도 추상적 규범통제의 방식으로 위헌법률심판의 제청이 가능할 것이다.[69]

Ⅶ. 맺음: 검수완박 입법의 파급효를 해결하려면…

검수완박 입법(형사소송법 및 검찰청법 개정)이 강행됨에 따라 그 부정적 파급효를 어떻게 해소 내지 최소화할 것인지에 대해 논란이 이어지고 있다.

현재 가장 많은 관심이 집중되고 있는 것은 국민투표에 의한 해결이다. 주권자인 국민의 의사를 확인함으로써 검수완박의 부당성을 밝히고 이를 무효화하려는 것이지만, 이러한 방법에는 세 가지 중대한 문제가 있다.

첫째, 2014년 헌법재판소의 재외국민의 투표권과 관련한 헌법불합치결정 이후에 국민투표법이 개정되지 않아서 투표인명부작성에 관한 규정이 무효화된 상태이다. 그러므로 국민투표법의 개정 없이는 국민투표의 실시가 불가능하다.

일각에서는 대통령령에 근거하여, 혹은 공직선거법의 규정을 준용하여 국민투표를 실시하자는 견해도 제시되고 있으나, 이는 위법・위헌으로 인정되어 더욱 심각한 문제를 야기할 수 있다.

둘째, 검수완박에 대한 국민투표가 헌법 제72조의 요건을 갖추고 있는지가 문제된다. 한편으로는 검수완박이 국가안위에 관한 것인지도 논란의 소지가 있지만, 더욱 심각한 것은 검수완박에 대한 국민투표가 정책투표가

68) 위헌소원에 관하여는 박경철, 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원제도에 관한 헌법적 검토, 강원법학 제45권(2015.06), 269-305쪽 참조.

69) 추상적 규범통제에 관하여는 차진아, 추상적 규범통제제도 도입의 의미와 방향, 고려법학 제55권(2009.12), 73-100쪽; 최희수・전학선・차진아, 『추상적 규범통제에 관한 연구』, 헌법재판연구 제22권, 2011 참조.

아닌 신임투표의 성격을 갖는다는 점에 있다.

법안의 통과 이전에 국민투표를 실시하면서 국민의 의사에 따라 법안의 통과 여부를 결정하는 것은 정책투표일 수 있다. 그러나 이미 통과된 법률에 대한 찬반을 묻는 것은 사실상 정부-여당과 야당 중에서 어느 쪽의 손을 들어주느냐를 묻는 것이며, 신임투표의 성격을 갖게 되기 때문이다.[70]

셋째, 위헌인 사항에 대해서는 국민투표를 하는 것이 부적절하다. 자칫 위헌을 국민투표에 의해 정당화할 수 있는 위험성이 크기 때문이다. 그런데 국민의힘에서 검수완박에 대해 위헌성을 지적하면서 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구한 상태에서 동시에 국민투표를 추진하는 것은 모순이라 할 수 있다.

이런 문제점들을 고려할 때, 검수완박을 국민투표로 해결하는 것은 오히려 위헌이 될 수 있으며, 심지어 탄핵사유로 주장될 수 있다는 점에서 매우 부적절하다.

그러므로 현재로서 검수완박 입법의 문제를 해결하기 위해 사용될 수 있는 법적 수단은 크게 두 가지로 정리될 수 있다. 하나는 국회 내에서의 정치적 타협을 통해 검수완박 관련 법률조항들을 재개정하는 것이며, 다른 하나는 헌법재판소의 위헌결정을 통해 검수완박 관련 법률조항들을 무효화하는 것이다. 전자는 민주당의 중대한 태도 변화 없이는 기대되기 어려우며, 후자는 시간이 상당히 많이 소요될 것이다.

그런 가운데 국민을 범죄로부터 보호하는 국가의 가장 기본적인 책무가 제대로 수행되지 못할 경우에는 누가 어떻게 이 심각한 문제에 대해 책임질 수 있을까?

검수완박 입법(형소법 및 검찰청법 개정)의 헌법적 문제점 - 장 영 수	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2022.05.14.	2022.06.07.	2022.06.26.

70) 과거 노무현 대통령도 신임투표를 실시하려다가 위헌 논란이 제기되면서 이를 포기한 바 있었다. 이에 대하여 신임투표의 위헌성을 주장하면서 헌법재판소에 헌법소원심판이 청구된 바 있었으나, 실제 시행에 들어가지 않고 신임투표를 실시하겠다고 밝힌 것만으로는 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사가 아니라고 보아 각하된 바 있다(헌재 2003. 11. 27. 2003헌마694등 결정).

[참고문헌]

강태수, 국회의원의 정당기속성과 자유위임관계에 대한 고찰, 경희법학 제47권 제4호(2012.12), 339-369쪽.

김대근, 수사권 조정 이후 수사종결권의 쟁점과 대안, in: 민변 사법센터・서영교 의원실・한국형사・법무정책연구원 공동주최, 『검・경수사권조정 이후 경찰 수사의 문제점과 개선 방향 토론회 자료집』(2021. 10. 25.), 48-74쪽.

박경철, 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원제도에 관한 헌법적 검토, 강원법학 제45권(2015.06), 269-305쪽.

———, 소위 '국회선진화법'의 의의와 평가, 강원법학 제48권(2016.06), 307-349쪽.

박병욱, 경찰개혁위원회의 성과와 과제, 민주법학 제68호(2018.11), 293-346쪽.

신태훈, 이른바 '수사와 기소 분리론'에 대한 비교법적 분석과 비판, 형사법의 신동향 제57호(2017.12), 33-128쪽.

유동열, 『국정원 대공수사권 폐지의 문제점과 대응』, 한반도선진화재단, 2020.

이선우, 대통령제와 협치가능성: 한국의 문제점과 미국 및 칠레의 대안적 정당체계들, 의정연구 제64권(2021.12), 70-106쪽.

장영수, 신문법 등에 대한 권한쟁의심판(헌재 2009.10.29. 2009헌라8등 결정)의 의미와 한계 -권한행사의 위헌성 확인과 그 결과물인 법률의 합헌성이 보여주는 괴리를 중심으로-, 고시계 2010.03, 37-47쪽.

———, 이른바 국회선진화법의 문제점 -5분의 3 이상의 다수결과 국회의장의 직권상정 요건을 중심으로-, 입법학연구 제13집 제1호(2016.06), 1-30쪽.

———, 검찰개혁과 독립수사기관(고위공직자비리수사처)의 설치에 관한 검토, 형사정책연구 제28권 제1호(2017.03), 115-144쪽.

———, 검찰개혁, 올바른 방향으로 가고 있는가? 고려법학 제96호(2020.03), 49-80쪽.

———, 『헌법학』, 2021.

전웅빈, 위상과 권한 커진 경찰… 취재・감시 제대로 하려면, 관훈 저널 2020년 봄호(2020.03), 45-51쪽.

정진웅, 국회선진화법이 입법 과정에 미친 영향 분석: 18~19대 국회 쟁점법안을 중심으로, 단국대 분쟁해결연구 제15권 제1호(2017.04), 179-208쪽.

조원용, 국회 상임위원 사·보임에 대한 헌법학적 일고찰 -비지배(non-domination) 자유와 배제(exclusion)를 기준으로-, 공법연구 제48집 제4호(2020.06), 203-230쪽.

차진아, 추상적 규범통제제도 도입의 의미와 방향, 고려법학 제55권(2009.12), 73-100쪽.

최대현, 수사와 기소 기능분리의 원칙과 한계: 영국 검찰제도의 발전과정과 시사점, 경찰학연구 제12권 제4호(2012.12), 52-80쪽.

최희수・전학선・차진아, 『추상적 규범통제에 관한 연구』, 헌법재판연구 제22권, 2011.

한수웅, 국회의원의 자유위임과 교섭단체의 강제, 중앙법학 제21집 제3호(2019.09), 7-56쪽.

허진성, 정당국가적 현실과 자유위임의 원칙에 관한 연구 -국회 위원회 위원의 사・보임 행위에 관한 헌법재판소 결정을 중심으로-, 부산대 법학연구 제61권 제3호(2020.08), 1-31쪽.

현재호, 민주화 이후 정당간 연합에 관한 연구: DJP연합을 중심으로, 고려대 아세아연구 제47권 제1호(2004.03), 147-178쪽.

홍성삼, 자치경찰 법제도의 문제점 및 시사점 연구, 가천법학 제14권 제3호(2021.09), 3-38쪽.

홍완식, ‘국회선진화법’에 관한 고찰, 헌법학연구 제18권 제4호(2012.12), 315-342쪽.
———, ‘국회선진화법’에 관한 補論, 입법학연구 제13집 제1호(2016.06), 31-48쪽.

【국문초록】

검수완박을 위한 입법(형사소송법 및 검찰청법 개정)이 국회와 국무회의를 통과하여 공포되었다. 제20대 대통령선거에서 패배한 민주당의 검수완박 입법의 강행은 많은 파장을 일으키고 있다. 한편으로는 향후 정국의 경색, 협치의 실종에 대한 우려도 크고, 다른 한편으로는 6대범죄에 의한 국민의 인권침해에 대한 우려도 크다.

검수완박 주장은 이미 검경수사권조정 당시부터 나왔지만, 검경수사권조정이 불과 1년여 지난 시점에서 이에 대한 정확한 평가도 없이 민주당이 172석을 앞세워 일방적으로 검수완박 입법을 강행한 것에 대해서는 법조계뿐만 아니라 국민 여론에 의한 비판도 매우 거세다. 그럼에도 불구하고 민주당이 이를 강행했을 뿐만 아니라 민형배 의원의 위장탈당을 통해 안건조정위원회를 무력화시킨 탈법으로 인해 권한쟁의심판이 제기되었다.

검수완박의 가장 핵심적인 문제는 6대범죄의 수사권은 어떤 기관이 담당하느냐가 아니라, 국민의 인권을 범죄로부터 최대한 보장할 수 있는 방법이 무엇이냐에 있다. 진정한 민주국가라면 국민의 인권에 우선하는 가치가 있을 수 없기 때문이다. 그런데 검수완박은 이런 문제에 대한 진지한 고려 없이 강행되었고, 그로 인한 6대범죄 수사공백 및 인권침해의 우려가 매우 심각하다.

국민을 위해 검수완박은 재검토 되어야 할 것이지만, 이를 국민투표를 통해 해결하는 것은 여러 가지 문제가 있다. 결국 여야의 정치적 타협을 통해 검수완박 입법을 재개정하던지, 아니면 헌법재판소의 관련 법률조항에 대한 위헌결정에 의해 문제가 해결될 수밖에 없을 것이다.

【Zusammenfassung】

Verfassungsrechtliche Probleme der vollständigen Entziehung der Ermittlungsrechte der Staatsanwaltschaft durch Änderungen des Strafprozessgesetzes und des Staatsanwaltschaftsgesetzes

Young-Soo Chang
(Professor, Korea University Law School)

Gesetzesänderungen für der vollständigen Entziehung der Ermittlungsrechte der Staatsanwaltschaft (Änderungen des Strafprozes-sgesetzes und des Staatsanwaltschaftsgesetzes) sind verabschiedet und verkündet. Mit diesen Gesetzesänderungen schlägt die Demokratische Partei, die bei den 20. Präsidentschaftswahlen abgelehnt wurde, viele Wellen. Auf der einen Seite gibt es Unruhe über die zukünftige politische Krise und das Verschwinden der Zusammenarbeit zwischen Regirungs- und Oppositionspartei, und auf der anderen Seite gibt es auch große Sorgen über die Menschenrechtsverletzungen durch die sechs großen Verbrechen.

Das Argument für die vollständigen Entziehung der Ermittlung-srechte der Staatsanwaltschaft wurde bereits seit der Einstellung von Staatsanwaltschaft und Polizei vorgebracht. Aber die Demokratische Partei setzte die Gesetzesänderungen mit 172 Sitzen ohne genaue Bewertung einseitig fort, und zwar nach einem Jahr von der Einstellung. Das wurde nicht nur in juristischen Kreisen, sondern auch in der öffentlichen Meinung kritisiert. Trotzdem hat die Demokratische Partei

dies durchgesetzt, indem mit dem verschleierten Austritt des Abgeordneten Min Hyung-bae aus der Partei und Agendakoordinierungsausschuss handlungsunfähig machte. Dagegen wurde Organstreit eingereicht.

Das wichtigste Problem bei diesen Themen ist nicht, welche Behörde für die Untersuchung der sechs großen Verbrechen zuständig ist, sondern wie die Menschenrechte vor Verbrechen so weit wie möglich gewährleistet werden können. Denn in einem wirklich demokratischen Land kann es keinen Wert geben, der Vorrang vor den Menschenrechten des Volkes hat. Die Gesetzesänderungen wurde jedoch ohne ernsthafte Prüfung dieser Probleme durchgeführt, und es bestehen ernsthafte Bedenken hinsichtlich der Untersuchung der sechs schwerwiegenden Verbrechen und Menschenrechtsverletzungen.

Zum Wohle des Volkes sollte diese Gesetzesänderungen nochmals überprüft werden, aber es gibt mehrere Probleme, sie durch ein Referendum zu lösen. Am Ende wird das Problem zwangsläufig entweder durch eine Überarbeitung der Gesetze durch einen politischen Kompromiss zwischen den Regierungs- und Oppositionsparteien oder durch die Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofs über die Verfassungswidrigkeit der damit verbundenen Rechtsvorschriften gelöst.

주제어(Stichwörter) : 검수완박(vollständige Entziehung der Ermittlungsrechte der Staatsanwaltschaft), 안건조정위원회(Agendakoordinierungsausschuss), 입법절차상 하자(Mängel im Gesetzgebungsverfahren), 권한쟁의심판(Organstreit), 국민투표(Referendum)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제105호 2022년 6월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2022.105.255

전기통신사업법상 범죄수사를 위한 통신자료 제공요청의 헌법적 쟁점*, **

- 통신비밀보호법상 통신사실확인자료 제공요청과의 비교를 중심으로 -

차 진 아***

▶목 차◀

Ⅰ. 문제의 소재
Ⅱ. 헌법상 통신자료의 보호와 수사기관에 대한 제공 필요성의 긴장관계
1. 통신자료의 개념과 성격
2. 수사기관의 통신자료 제공요청에 의해 제한되는 기본권
3. 공익적 목적을 위한 기본권 제한의 정당성 요건
Ⅲ. 전기통신사업법에 따른 통신자료 제공요청의 구조와 특성
1. 범죄수사를 위한 통신비밀 제한의 엄격성 요청
2. 통신자료 제공요청의 요건과 절차
3. 통신자료 제공요청과 통신사실확인자료 제공요청의 비교
Ⅳ. 통신자료 제공요청에 대한 영장주의 도입의 필요성
1. 통신비밀 제한에 대한 영장주의 적용 논란
2. 통신비밀보호법에 의한 영장주의의 도입과 확대
3. 전기통신사업법에 따른 영장주의 배제의 문제점과 도입 필요성
Ⅴ. 통신자료 제공 이후 사후통제 미비의 문제점과 개선방안
1. 통신자료 제공요청에 의한 기본권 제한의 특성
2. 정보주체에 대한 사후통지 및 취득정보에 대한 사후관리의 문제
3. 국회에 의한 통제의 필요성
Ⅵ. 결론

* 이 논문은 2022년도 고려대학교 법학전문대학원 인성기금(인성특별연구비)의 지원을 받아 작성되었음.
** 이 논문은 2022. 3. 헌법재판소 헌법실무연구회가 주최하는 월례발표회에서 발표한 발제문을 수정·보완한 것임.
*** 고려대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사, 변호사.

Ⅰ. 문제의 소재

현대 정보화 사회에서 통신의 비밀은 매우 민감하고도 중요한 문제이다. 오늘날 정보유통의 대부분은 통신매체를 이용하여 이루어질 뿐만 아니라 '정보는 힘'이라는 생각이 널리 확산함에 따라 개인이나 기업, 심지어 국가조차도 온갖 수단으로 최대한의 정보를 확보하기 위해 노력하고 있기 때문이다. 즉, 현대 정보화 사회는 정보 유토피아를 지향하고 있지만, 정보보호를 소홀히 할 경우에는 오히려 정보 디스토피아가 될 우려도 적지 않다. 이러한 정보보호와 관련하여 가장 많이, 그리고 가장 심각하게 문제 되는 영역의 하나가 통신의 비밀이라 할 수 있다.[1)]

불법적인 통신비밀의 침해에 대해서는 이를 어떻게 규제 내지 근절하느냐의 문제, 즉, 사실적 문제만이 있을 뿐이다. 그러나 오히려 합법적인 통신비밀의 제한이 오·남용될 때는 훨씬 민감한 문제들이 발생한다. 통신비밀 제한의 정당성 여부가 규범적으로 문제 될 뿐만 아니라, 그와 관련한 제한조치들이 통신비밀 제한의 오·남용은 아닌지에 대한 평가의 문제도 결코 간단하지 않다.

최근 고위공직자범죄수사처(이하 '공수처'라 함)의 이른바 '언론사찰'을 둘러싸고 많은 논란이 있다. 과거 군사독재 시절의 사찰에 비할 것은 아니라 할지라도, 공수처의 언론사찰이 문제 되는 것은 권한 범위를 넘어선 과도한 정보수집으로 인하여 관련 당사자들의 개인정보자기결정권이나 통신의 비밀을 불법적으로 침해했다는 의혹이 제기되고 있는 것 때문이다. 이에 대해 공수처는 전기통신사업법 제83조에 근거하여 합법적으로 수집된 자료임을 강조하고 있으나, 이를 둘러싼 논란은 일파만파 커지고 있다. 관련 쟁점은 크게 세 가지로 볼 수 있을 것이다.

첫째, 고위공직자의 범죄를 수사대상으로 하는 공수처가 고위공직자가 아닌 언론인 기타 일반시민들에 대해 광범위하게 통신자료를 조회한 것은 권한의 오·남용 아닌가?

---

1) 이에 관하여는 오동석, 통신자료 취득행위의 헌법적 검토, 경찰법연구 제18권 제1호 (2020.2), 120면 이하 참조.

둘째, 전기통신사업법 제83조에 제3항에서 정보주체(통신의 당사자)가 아닌 전기통신사업자가 수사상 필요한 경우 수사기관에게 통신자료를 임의로 제공할 수 있도록 한 것이 정보주체의 헌법상 통신의 비밀 등 기본권을 위헌적으로 침해하는 것은 아닌가?

셋째, 공수처가 통신자료 제공요청을 통해 수사대상자와 관련된 언론인들의 취재원을 밝히려고 한 것이라면 그 자체로 취재원비닉권 등 언론의 자유에 대한 위헌적인 침해는 아닌가?

이 논문에서는 특히 위의 두 번째 쟁점에 주목하고자 한다. 현행법상 전기통신사업법 제83조 제3항은 수사기관이 전기통신사업자의 협조를 얻어 통신자료를 제공받을 수 있도록 하고 있다. 반면에 통신비밀보호법 제13조 제1항과 제15조의2 제1항은 수사기관은 통신사실확인자료 제공요청을 할 수 있고 전기통신사업자는 이 요청에 협조할 의무가 있다고 규정하고 있다. 이러한 규정의 차이에 근거하여 헌법재판소는 통신자료 제공요청을 임의수사로,[2] 통신사실확인자료 제공요청을 강제수사로 이해하고 있다.[3] 또한 통신비밀보호법은 후자의 경우에는 전자와 달리, 법원의 허가를 받도록 하고 있으며(제13조 제3항), 정보주체(통신의 당사자)에 대한 사후통지(제13조의3) 등 사후통제를 강화하고 있다.

그러나 전기통신사업법 제83조 제3항의 경우 정보주체(통신의 당사자인 이용자)의 동의 없이 전기통신사업자의 협조를 얻어서 통신자료를 제공받도록 하는 것은 정보주체의 통신비밀에 대한 제한이라는 관점에서 임의수사가 아닌 강제수사로 보아야 하는 것은 아닌가? 제3자인 전기통신사업자에게 임의로 통신정보 내지 통신의 비밀에 대한 처분권을 부여하는 것이 위헌은 아닌가? 나아가 통신비밀보호법에 따른 통신사실확인자료 제공요청과는 달리 전기통신사업법에 따른 통신자료 제공요청에 대해서는 통신자료를 제공받은 수사기관의 사후 통지의무가 없다는 점에 대해 신중한 평가가 필요하다.

---

2) 헌재 2012. 8. 23. 2010헌마439 결정, 판례집 24-2상, 641, 646.

3) 헌재 2018. 6. 28. 2012헌마191 등, 판례집 30-1하, 564, 582; 헌재 2018. 6. 28. 2012헌마538, 판례집 30-1하, 596, 609.

이하에서는 먼저 통신자료에 대한 기본권적 보호와 수사기관의 공익적 목적에 의한 통신자료의 활용 사이의 긴장관계에 대한 검토(Ⅱ)를 전제로, 한편으로는 범죄수사를 위한 통신자료 제공요청의 요건과 절차(Ⅲ)를 확인하고, 다른 한편으로는 통신자료의 무분별한 제공에 의한 정보주체의 기본권 침해를 최소화하기 위한 영장주의 도입 필요성(Ⅳ) 및 통신자료 제공 이후 사후 통제 미비의 문제점과 개선방안(Ⅴ)을 고찰하고자 한다.

Ⅱ. 헌법상 통신자료의 보호와 수사기관에 대한 제공 필요성의 긴장관계

1. 통신자료의 개념과 성격

통신자료란 전기통신사업자가 제공하는 전기통신역무의 이용자[4]에 관한 기본정보로서 전기통신사업법 제83조 제3항 각 호에 규정된 정보, 즉 "1. 이용자의 성명, 2. 이용자의 주민등록번호, 3. 이용자의 주소, 4. 이용자의 전화번호, 5. 이용자의 아이디(컴퓨터시스템이나 통신망의 정당한 이용자임을 알아보기 위한 이용자 식별부호를 말한다), 6. 이용자의 가입일 또는 해지일"을 말한다.

이러한 통신자료를 수사기관이 전기통신사업자로부터 취득하기 위한 통신자료 제공요청은 수사의 초기 단계에서 피의자나 피해자 등 수사대상자의 특정 등을 위해 매우 중요한 역할을 하고 있으며,[5] 감청이나 통신사실

4) "이용자"란 전기통신역무를 제공받기 위하여 전기통신사업자와 전기통신역무의 이용에 관한 계약을 체결한 자를 말한다(전기통신사업법 제2조 제9호).

5) 헌재 2018. 6. 28. 2012헌마538, 판례집 30-1하, 596, 609: "통신사실확인자료는 주로 범죄의 수사를 시작하는 초동 수사단계에서 활용되고, 특히 특정 시간 및 장소에서 범죄가 발생하였지만 수사기관이 아무런 단서도 찾지 못하고 있는 경우에 그 특정 시간대 특정 기지국에서 발신된 모든 전화번호를 수사의 단서로 삼으면 용의자를 좁혀 검거나 관련 증거를 수집하는 데 유용하게 활용될 수 있다는 점에서, 수사실무상 범죄예방과 사건의 조기해결을 위하여 기지국 수사를 허용할 현실적인 필요성이 있음을 부정하기 어렵다."

확인자료 제공요청과 연계하여 또는 이들 수사와는 별도로 범죄수사에 폭넓게 활용되고 있다.

통신자료인 이용자의 성명, 주민등록번호, 주소, 전화번호와 아이디와 가입일 또는 해지일은 그 자체 또는 다른 정보와 결합하여 이용자의 동일성을 식별할 수 있는 정보이므로 개인정보자기결정권[6]에 의해 보호되는 개인정보에 해당한다. 하지만, 문제의 핵심은 통신자료에 속하는 정보가 개인정보일 뿐만 아니라, 경우에 따라 통신당사자의 특정에 관한 정보로서 통신의 비밀에 의해 특별하게 보호되는 통신정보에도 해당한다는 점이다.[7]

통신의 비밀에 의해 보호되는 통신이란 일정한 매개체를 이용하여 이루어지는 인간과 (특정한 또는 특정한 범위의) 인간 사이의 의사소통을 말하며,[8] 통신의 비밀은 이러한 통신의 전체 과정의 비밀을 보장한다.[9] 그러

대법원 2016. 3. 10. 선고 2012다105482 판결: "전기통신사업법 제54조 제3항에서 수사기관의 요청에 의하여 전기통신사업자가 제공할 수 있는 이용자의 통신자료는 그 이용자의 인적 사항에 관한 정보로서, 이는 주로 수사의 초기단계에서 범죄의 피의자와 피해자를 특정하기 위하여 가장 기초적이고 신속하게 확인하여야 할 정보에 해당하는데, (저자에 의해 이하 생략)".

6) 헌재 2018. 6. 28. 2012헌마191 등, 판례집 30-1하, 564, 575: "개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리로서, 헌법 제10조 제1문에서 도출되는 일반적 인격권 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 의하여 보장된다. 이와 같은 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보라고 할 수 있다. 이러한 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다".

7) 박주희, 수사목적의 개인정보 제공·이용에 대한 규범적 통제, 홍익법학 제21권 제2호(2020.6), 428면; 오동석, 앞의 논문, 123면; 황성기, 현행 통신비밀 보호법제의 헌법적 문제점, 언론과 법 제14권 제1호(2015.4), 11-13면. 오스트리아 형사소송법상 가입자의 기본정보(Stammdaten)(우리나라 전기통신사업법상 통신자료와 유사함)로서 수집된 전화번호는 구체적인 통신과정과는 별개로 수집된 정보이지만 개인정보임과 동시에 송·수신정보(Verkehrsdaten)의 이중적 기능을 갖는다는 견해로 Satenig M. Chadoian, Das Fernmeldegeheimnis im Zeitalter der Internet- und Mobilfunküberwachung -Eine rechtsvergleichende Untersuchung des schweizerischen und österreichischen Grundrechtsverständnisses im Hinblick auf neuartige technische Überwachungsmaßnahmen-, Facultas, Nomos, 2019, S. 173 f.

8) 헌재 2001. 3. 21. 2000헌바25, 판례집 13-1, 652, 661-662; 차진아, 통신비밀보호법 제13조 제1항 및 제2항 등의 합헌성 여부에 대한 검토 -헌재 2012헌마191등 헌법소원심판

므로 통신의 내용뿐만 아니라 통신의 당사자(주체와 상대방), 통신의 일시 및 장소, 횟수 등 통신의 외형을 구성하는 정보도 통신의 비밀에 의해 보호되는 통신정보에 해당한다.[10] 그런데 개인정보자기결정권과 통신의 비밀의 관계는 일반-특별의 관계에 있는 것으로 볼 수 있다. 개인정보자기결정권은 개인정보에 대한 일반적이고 포괄적인 보호인 반면에, 통신의 비밀은 개인정보 중에서도 통신을 이용한 개인정보에 대한 특별한 보호를 포함하기 때문이다.[11]

예컨대, 최근 공수처가 이른바 이성윤 고검장 황제조사의 보도를 수사하면서 했던 통신사실확인자료 제공요청이 문제될 수 있다. 공수처는 해당 CCTV 영상의 유출자가 누구인지를 알아내기 위해, 「통신사실확인자료 제공요청」을 통해 해당 CCTV를 입수해 보도한 기자들의 이동전화의 통화내역, 문자메시지 착발신 내역, 카카오톡 단체 대화방 참여자의 전화번호 등의 정보를 취득한 다음, 그 기자와 통화하거나 문자를 송·수신한 상대방의 전화번호, 카카오톡 단체 대화방 참여자의 전화번호 등을 가지고 전기통신사업자에게 해당 전화번호를 이용하는 이용자의 성명, 주민등록번호, 주소 등에 대해 「통신자료 제공요청」을 한 것으로 보인다.[12]

청구 사건에 대한 검토를 중심으로-, 법조 제66권 제4호(2017.8) 265면; 황성기, 앞의 논문, 8면 이하

9) 헌재 2018. 6. 28. 2012헌마191 등, 판례집 30-1하, 564, 576; 강태수, 통신의 비밀보장에 관한 연구, 경희법학 제45권 제4호(2010.12), 292-293면; 차진아, 앞의 논문(주-8), 267면; 황성기, 앞의 논문, 11-12면.

10) 헌재 2018. 6. 28. 2012헌마191 등, 판례집 30-1하, 564, 576; 강태수, 앞의 논문, 292-293면; 차진아, 앞의 논문(주-8), 267면; 황성기, 앞의 논문, 11-12면.

11) 차진아, 앞의 논문(주-8), 268-269면; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 22. August 2006 -2 BvR 1345/03-, Rn. 66 ff., http://www.bverfg.de/e/rk20060822_2bvr134503.html; BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 2. März 2010 -1 BvR 256/08-, Rn. 190 f., http://www. bverfg.de/e/rs20100302_1bvr025608.html.).

12) 조선일보, 2022. 2. 18, 공수처, 기자 4명에 통신영장 7번 청구, '황제조사' 보도 TV조선 기자 등 전화·카톡·문자 내역 들여다봐… 수사 대상 아닌데도 '보복 조사' (https://www.chosun.com/national/court_law/2022/02/18/P23SH3SOQ5CYROTRQZBZO46G2A/?utm_source=naver&utm_medium=referral&utm_campaign=naver-news) (2022. 3. 15. 접속).
그 밖에도 공수처는 김학의 전 차관 불법 출국금지 사건의 피고인인 이성윤 고검장에

이때 이용자의 성명 등 통신자료는 전기통신사업자가 수집할 당시에는 상대방의 동일성을 식별하기 위한 개인정보에 불과하였으나, 공수처가 취득하려는 시점에서는 개인정보를 넘어서서 통신의 비밀에 의해 보호되는 통신정보에 해당하는 것으로 볼 수 있다. 이때 해당 통신자료는 이동전화통화의 상대방이 누구인지를 특정하는 정보에 해당하기 때문이다. 따라서 이러한 통신자료 제공요청을 통해 해당 전화번호 이용자의 통신의 비밀이 제한된 것으로 볼 수 있다.

이와 같이 통신사실확인자료뿐만 아니라 통신자료도, 통신의 당사자 특정에 필요한 정보로서 기능할 수 있으므로, 통신의 비밀에 의해 특별하게 보호되는 통신정보라 할 수 있다. 그러므로 통신자료도 일반적인 개인정보와는 달리 통신의 비밀에 따른 엄격한 요건과 절차에 따라서만 수사기관이 취득할 수 있도록 해야 한다.

2. 수사기관의 통신자료 제공요청에 의해 제한되는 기본권

전술한 바와 같이 통신자료 제공요청은 수사에서 피의자 특정, 위치 파악 등을 위해 매우 중요한 역할을 담당하며, 감청이나 통신사실확인자료 제공요청과 연계하여서도 매우 광범위하게 활용되고 있다.

하나의 예로서 온라인게시글의 명예훼손적인 표현이 문제 되어 해당 게시글의 게시자가 누구인지를 확인하고자 할 때, 수사기관이 전기통신사업자에게 해당 게시글의 아이디를 사용하는 이용자의 성명, 가입일이나 해지일 등에 대한 정보를 통신자료 제공요청에 의해 취득하는 경우가 있다. 이

대한 공소장 유출사건을 수사하기 위해 통신사실확인자료 제공요청을 통해 해당 공소장 내용을 보도한 기자의 통화내역을 취득한 후에, 해당 통화의 상대방이 누구인지를 확인하기 위해 통신자료 제공요청을 통해 해당 전화번호 이용자들의 성명, 주민등록번호, 주소 등을 전기통신사업자로부터 취득한 것으로 보인다. 이에 대하여는 TV조선, 2021.12.27., 공수처, '이성윤 공소장 보도' 기자 가족도 통신조회 (http://news.tvchosun.com/site/data/html_dir/2021/12/27/2021122790151.html) (2022. 3. 15. 접속); 뉴시스, 공수처, 2021.12.27, '이성윤 사건' 취재기자 통신영장 받아 母까지 조회 (https://newsis.com/view/?id=NISX20211227_0001702682&cID=10201&pID=10200) (2022. 3. 15. 접속).

경우 해당 통신자료는 해당 아이디 사용자가 누구인지 그 동일성을 식별하기 위한 개인정보이므로, 이러한 통신자료 제공에 의해 해당 정보주체의 개인정보자기결정권과 익명표현의 자유가 제한된다.

또 다른 예로서, 도주 중인 강도살인죄의 피의자 A의 소재를 파악하기 위해 수사기관이 A의 성명, 주민등록번호 등을 이용하여 통신자료 제공요청을 통해 전기통신사업자로부터 A의 이동전화의 번호를 취득한 뒤, 이 전화번호를 이용하여 해당 이동전화의 위치를 파악하는 광의의 기지국수사[13](통신비밀보호법 제2조 제11호 바목)를 하는 경우가 있다.

이 경우 A의 전화번호는 다른 정보와 결합하여 A의 동일성을 식별할 수 있는 개인정보에 해당하므로 통신자료 제공요청을 통해서는 A의 개인정보자기결정권이 제한된다. 통신사실확인자료 제공의 요청을 통해서 A의 위치를 파악하는 것은 A의 위치 경로를 파악하는 것이므로 사생활의 비밀과 자유(헌법 제17조)에 대한 제한이 된다. 나아가 발신기지국과 이동전화기간 전파의 송·수신을 어떻게 평가하느냐에 따라 개인정보자기결정권에 대한 제한인지, 아니면 통신의 비밀에 대한 제한인지[14]가 달라질 수 있다.

---

13) 기지국수사는 범죄혐의자를 특정하기 위한 협의의 기지국수사와 피의자가 특정된 상태에서 위치정보를 확인하기 위한 광의의 기지국수사로 구분된다. 이에 대하여는 차진아, 앞의 논문(주-8), 267면 참조.
협의의 "기지국 수사란 특정 시간대 특정 기지국에서 발신된 모든 전화번호 등을 통신사실확인자료로 제공받는 수사방식이며, 주로 수사기관이 용의자를 특정할 수 없는 연쇄범죄가 발생하거나 동일 사건 단서가 여러 지역에서 시차를 두고 발견된 경우, 사건발생지역 기지국에서 발신된 전화번호들을 추적하여 용의자를 좁혀나가는 수사기법으로 활용된다. 이러한 기지국 수사는 범죄수사를 위한 통신사실확인자료 제공요청을 규정하고 있는 통신비밀보호법 제13조에 그 법적 근거가 있다. 실무상 기지국 수사는 살인, 유괴·납치, 아동 및 여성에 대한 성폭력범죄 등 강력범죄 등에서 피의자를 특정할 수 없는 연쇄범죄가 발생하였거나 피의자를 특정할 수 없는 동일 사건의 단서가 여러 지역에서 시차를 두고 발견된 경우에 사용하고 있다. 이처럼 특정 시간대 특정 기지국에서 착·발신된 모든 전화번호를 대상으로 착·발신 시간, 통화시간, 착·발신 번호, 통화 횟수 등 통신비밀보호법 제2조 제11호 가목 내지 라목에 해당하는 통신사실확인자료를 수집하는 특성상 1개의 허가서 당 수천여 개의 전화번호 수가 집계되며, 기지국 단위로 제공받은 전화번호 중 수사에 의미 있는 1-2개 전화번호만을 추출하여 활용하고 있다"(헌재 2018. 6. 28. 2012헌마538, 판례집 30-1하, 596, 603).

14) 사생활의 비밀과 자유(헌법 제17조)와 통신의 비밀(헌법 제18조)는 일반-특별의 관계에 있다.

위 경우에 헌법재판소는 개인정보자기결정권에 대한 제한임과 동시에 통신의 비밀에 대한 제한으로도 보고 있다.[15] 그런데 헌법재판소는 발신기지국과 이동전화기 간 전파의 송·수신이 어떤 이유로 통신의 비밀의 보호영역에 해당하는지에 대해 논거를 제시하지 않고 있으며, 개인정보자기결정권과 통신의 비밀에 대한 제한을 동시에 인정[16]하고 있는 점도 문제라 할 수 있다.

이러한 광의의 발신기지국 수사에 의한 위치추적은 수사기관이 이미 통신자료 제공요청을 통해 A의 전화번호를 취득한 상태에서 해당 이동전화기와 발신기지국 간의 전파 송·수신을 추적하는 것이다. 그렇기 때문에, 이는 통신의 내용에 대한 지득도 아니고, 통신의 당사자나 시간, 장소, 횟수 등 통신의 외형에 대한 정보취득도 아니다. 더욱이 헌법재판소는 "당사자의 특정성"과 더불어 ""비공개를 전제로 하는 쌍방향적인 의사소통"[17]을 통신의 비밀에 의해 보호되는 통신의 개념 표지로 본 바가 있다. 그렇다면 인간과 인간 간의 의사소통[18]이 아닌, 발신기지국과 이동전화기 간의 전파 송·수신이 통신의 비밀에 의해 보호되는 통신에 해당하는 것으로 보지 않는 것이 논리일관적일 것이다. 이렇게 볼 때, A에 대한 기지국 위치추적수사는 A의 통신비밀에 대한 제한으로 보기 어렵다.[19]

헌재 2018. 6. 28. 2012헌마191 등, 판례집 30-1하, 564, 576: "청구인들은 수사기관의 위치정보 추적자료 제공요청은 통신의 자유를 제한함과 동시에 사생활의 비밀과 자유도 제한한다는 취지로 주장한다. 사생활의 비밀과 자유에 포섭될 수 있는 사적 영역에 속하는 통신의 자유를 헌법이 제18조에서 별도의 기본권으로 보장하고 있는 취지에 비추어 볼 때, 이 사건 요청조항이 청구인들의 통신의 자유를 침해하는지를 판단하는 이상 사생활의 비밀과 자유 침해 여부에 관하여는 별도로 판단하지 아니한다".

15) 헌재 2018. 6. 28. 2012헌마191 등, 판례집 30-1하, 564, 576.

16) 헌재 2018. 6. 28. 2012헌마191 등, 판례집 30-1하, 564, 604-605.

17) 헌재 2001. 3. 21. 2000헌바25, 판례집 13-1, 652, 661-662: "헌법 제18조에서 그 비밀을 보호하는 '통신'의 일반적인 속성으로는 '당사자간의 동의', '비공개성', '당사자의 특정성' 등을 들 수 있는바, 이를 염두에 둘 때 위 헌법조항이 규정하고 있는 '통신'의 의미는 '비공개를 전제로 하는 쌍방향적인 의사소통'이라고 할 수 있다".

18) 전술한 바와 같이 '인간과 인간 간의 의사소통'은 통신의 비밀의 보호대상인 통신의 개념표지에 속한다고 할 수 있다. 이에 대하여는 차진아, 앞의 논문(주-8), 265면; 황성기, 앞의 논문, 8-9면 참조.

19) 차진아, 앞의 논문(주-8), 267-268면; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 22. August 2006 -2 BvR 1345/03-, Rn. 55 ff., http://www.bverfg.de/e/rk20060822_2bvr134503.html.

그리고 헌법재판소는 (광의의 기지국수사로 불리는) 기지국 위치추적 수사는 발신기지국과 이동전화기 간 전파의 송·수신이라는 점에서, 특정 시간대, 특정 기지국에서 송·수신되는 통화나 문자메시지 등의 전화번호를 수집하는 협의의 기지국수사와는 구별된다는 점을 간과하고 있다. 오히려 기지국 위치추적 수사는 실질적으로 전자발찌(위치추적 전자장치)의 부착에 의한 위치추적에 가까운 것으로 볼 수 있는데, 헌법재판소는 전자발찌부착에 의한 위치추적으로 인해 제한되는 기본권으로 사생활의 비밀과 자유와 개인정보자기결정권을 인정한 바 있다.[20]

새로운 예로서, 유괴사건의 피의자 B의 전화통화 내용을 감청하여 유괴된 사람을 구출하고 B를 체포하려고 할 때, 수사기관이 B의 성명과 주민등록번호 등을 이용하여 전기통신사업자로부터 B가 개설한 이동전화의 번호를 통신자료 제공요청을 통해 취득하는 경우에, B의 성명과 주민등록번호 등은 B의 동일성 식별에 관한 정보이므로 수사기관의 통신자료 제공요청에 의해 B의 개인정보자기결정권이 제한된다.

그런데 위 B의 사례에서 수사기관이 통신자료 제공요청을 통해 취득한 해당 전화번호의 통화내용을 감청(통신비밀보호법 제5조 제1항 제1호, 형법 제336조)하던 중 B와 공범 C 사이의 통화내용을 듣게 되었다면, 수사기관은 C가 누구인지를 확인하기 위해서 통신사실확인자료 제공요청을 통해 해당 전화번호의 통화내역(통신비밀보호법 제2조 가목~다목)을 취득한 뒤, 해당 C의 전화번호를 이용하여 통신자료 제공요청을 통해 전기통신사업자로부터 C의 성명, 주민등록번호, 주소 등의 정보를 취득할 수 있다.

이 경우 감청을 통해 수사기관이 B와 C의 동의 없이 그 통화내용을 지득한 것이므로 B와 C의 통신의 비밀이 제한되고, 수사기관이 B의 통화내역에 대한 통신사실확인자료 제공요청을 통해서 통화의 일시와 장소 및 통화상대방의 전화번호에 대한 정보를 취득하였으므로 B와 C의 통신의 비밀이

20) 헌재 2012. 12. 27. 2010헌가82등 결정, 판례집 24-2하, 281, 299: "이 사건 부칙조항은 피부착자의 위치와 이동경로를 실시간으로 파악하여 피부착자를 24시간 감시할 수 있도록 하고 있으므로 피부착자의 사생활의 비밀과 자유를 제한하며, 피부착자의 위치와 이동경로 등 '위치 정보'를 수집·보관·이용한다는 측면에서 개인정보자기결정권도 제한한다."

제한된다. 그리고 수사기관이 통신자료 제공요청을 통해 취득한 C의 성명, 주민등록번호, 주소 등의 정보는 C의 동일성을 식별하기 위한 개인정보일 뿐만 아니라, 통화 상대방이 누구인지를 특정하기 위한 정보이므로 통신의 비밀에 의해 보호되는 통신정보에도 해당한다. 따라서 이 통신자료 제공요청을 통해 C의 개인정보자기결정권뿐만 아니라 통신의 비밀도 제한되나, 양자는 일반-특별의 관계에 있으므로, 결과적으로 통신의 비밀만 제한되는 것으로 볼 수 있다.

헌법재판소도 통신비밀의 보호범위와 관련하여 "사생활의 비밀과 자유에 포섭될 수 있는 사적 영역에 속하는 통신의 자유를 헌법이 별개의 조항을 통해 기본권으로 보장하는 이유는 우편이나 전기통신의 운영이 전통적으로 국가독점에서 출발하였기 때문에 개인 간의 의사소통을 전제로 하는 통신은 국가에 의한 침해가능성이 여타의 사적 영역보다 크기 때문이다(헌재 2001. 3. 21. 2000헌바25 참조). 자유로운 의사소통은 통신내용의 비밀을 보장하는 것만으로는 충분하지 아니하고 구체적인 통신관계의 발생으로 야기된 모든 사실관계, 특히 통신관여자의 인적 동일성·통신장소·통신횟수·통신시간 등 통신의 외형을 구성하는 통신이용의 전반적 상황의 비밀까지도 보장한다."라고 판시하고 있다.[21]

현행법은 전기통신법에서 통신자료를, 통신비밀보호법에서는 통신사실확인자료를 구별하고 수사기관 등이 이를 취득하기 위한 요건과 절차를 달리 규율하고 있다. 그러나 어떤 정보가 개인정보에 그치는 것인지, 아니면 통신의 비밀의 보호대상에 해당하는 통신정보에 해당하는 것인지에 대한 평가도 상대적이며 침해의 위험성 및 보호 필요성의 정도 등에 따라 달라지고 있다는 점도 고려되어야 한다.

통신사실확인자료도 1993년 통신비밀보호법 제정 당시에는 그에 관한 규율이 없었고, 2001년의 법 개정[22]으로 그 제공요청을 관할 지방검찰청 검

---

21) 헌재 2018. 6. 28. 2012헌마538, 판례집 30-1하, 596, 605. 같은 취지의 결정으로 헌재 2018. 6. 28. 2012헌마191 등, 판례집 30-1하, 564, 576 참조.

22) 통신비밀보호법(2001. 12. 29., 법률 제6546호). 통신자료 제공요청제도는 전기통신법(1977. 12. 31. 법률 제3091호) 제5조 제2항이 "전신관서(제8조의 규정에 의하여 전보에 관한 업무를 위탁취급하는 자를 포함한다. 이하 같다) 또는 전화관서(제8조의 규정

사장의 승인을 얻어 할 수 있도록 하였던 것을, 그 오·남용이 심각하게 문제 되자 2005년의 법 개정[23]으로 법원의 허가를 얻도록 함으로써 영장주의를 적용하게 된 것이다.

이와 같이 전기통신사업법 제83조 제3항에서 규정하고 있는 통신자료는 기본적으로 개인정보의 성격을 갖지만 경우에 따라 통신의 비밀의 보호 대상이 되는 통신정보에도 해당하므로 다른 개인정보보다 더 엄격한 요건과 절차에 따라서만 제한할 수 있는 것으로 보아야 한다.

3. 공익적 목적을 위한 기본권 제한의 정당성 요건

헌법의 중심적 가치인 기본권은 기본권이 갖는 헌법적 의미와 비중을 고려하여 매우 엄격한 요건과 절차에 따라서만 제한할 수 있도록 해야 한다. 기본권이 공익적 목적에 의해 제한될 수 있다는 점에는 이견이 없으나, 개별 기본권에 따라, 그리고 공익의 중대성에 따라 기본권 제한의 정당성 판단은 달라질 수 있다.

이와 관련하여 헌법 제37조 제2항은 기본권 제한의 목적을 국가안전보장, 질서유지, 공공복리로 한정하고 있을 뿐만 아니라, 제한의 형식은 법률

에 의하여 전화에 관한 업무를 위탁취급하는 자를 포함한다. 이하 같다)는 수사상 필요에 의하여 관계기관으로부터 공중통신업무에 관한 서류의 열람 제출의 서면요구가 있을 때에는 이에 응할 수 있다." 라고 규정한 것에서 시작되었다(임규철, 전기통신사업자의 수사기관으로의 통신자료 제공에 대한 비판적 연구 -고등법원(2011나19012)과 대법원(2012다105482) 판례를 중심으로-, 법학연구 제57권 제4호[부산대학교 법학연구소, 2016.11], 200-201면). 이후 구 전기통신사업법(1991. 8. 10, 법률 제4394호) 제54조 제3항은 "전기통신사업자 또는 제12조의 규정에 의하여 전기통신사업의 일부를 수탁하여 취급하는 자는 수사상 필요에 의하여 관계기관으로부터 전기통신업무에 관한 서류의 열람이나 제출을 서면으로 요구받은 때에는 이에 응할 수 있다." 라고 규정하고 있었으나, 2001. 1. 28. 법률 제6230호로 개정된 전기통신사업법 제54조 제3항은 "전기통신사업자는 검사 또는 수사관서의 장(군 수사기관을 포함한다. 이하 같다), 정보수사기관의 장으로부터 수사 또는 형의 집행, 국가안전보장에 대한 위해를 방지하기 위한 정보수집의 필요에 의하여 이용자의 성명, 주민등록번호, 주소, 가입 또는 해지일자에 관한 자료의 열람이나 제출(이하 "통신자료제공"이라 한다)을 요청받은 때에는 이에 응할 수 있다." 라고 규정하였다.

23) 통신비밀보호법(2005. 5. 26, 법률 제7503호).

에 근거하도록 명시하고 있으며, 제한의 기준은 기본권의 제한이 꼭 필요한 경우에 한정되도록 함으로써 비례성 원칙을 인정하고 있다.[24] 그리고 제한의 한계로서 기본권의 본질적 내용의 침해 금지를 규정하고 있다.[25]

이러한 기본권 제한의 일반적 정당성 요건에서는 모든 기본권이 같다. 그러나 개별 기본권의 특성에 따라 제한에서 차별화되는 부분들이 생길 수밖에 없다. 신체의 자유나 주거의 자유의 제한에 대해 영장주의가 적용되는 것도 그렇고, 경제적·사회적 기본권의 제한에 대해서는 정신적 자유 등에 비하여 비교적 완화된 기준이 적용되는 것도 그러하다.

통신의 비밀은 21세기 급속도로 변화·발전되고 있는 정보통신기술의 영향 하에, 그리고 빅데이터 등의 영향력이 계속 커지고 있는 현대 정보화 사회의 특성에 따라, 가장 민감한 기본권 중의 하나가 되었다. 한편으로는 통신의 비밀에 대한 보호의 필요성이 더욱 강하게 제기되지만, 다른 한편으로는 통신의 비밀을 제한함으로써 공익을 달성하거나 심지어 사익을 취하려는 경우도 계속 늘고 있다. 불법적인 통신정보 유출 등의 문제는 논외로 하더라도 공익을 위한 통신비밀의 제한에서 매우 미묘하고 복잡한 문제가 발생하고 있다.

다른 기본권을 제한하는 경우와 마찬가지로 통신의 비밀을 제한할 때에도 제한되는 통신의 비밀과 공익 사이의 비교형량은 엄밀하게 이루어져야 한다. 그런데 문제는 통신의 비밀이 갖는 의미와 비중을 어느 정도로 평가하는지는 평가자에 따라 달라지는 경우가 적지 않다는 점이다. 기본권의 가치를 정확하게 수치화하여 계량한다는 것은 불가능에 가까우며 이에 대응하는 공익도 대부분 그러하다. 특히 통신정보의 가치에 대한 인식이 사람들마다 (심지어 법전문가들 사이에서도) 상당한 차이를 보이고 있으며, 이러한 차이가 통신의 비밀과 공익의 비교형량에 직접 영향을 미치기 때문이다.

기본권 제한에서 나타나는 공익과의 비교형량은 모든 기본권에 공통된

---

24) 이에 관하여 상세한 것은 김대환, 헌법재판의 심사기준의 다양화 가능성과 과잉금지 원칙의 헌법적 근거, 세계헌법연구 제12권 제2호(2006.12), 38 면 이하 참조.

25) 본질적 내용의 침해 금지에 관하여는 표명환, 과잉금지의 원칙과 본질적 내용침해 금지 -헌법재판소의 적용 검토를 중심으로-, 유럽헌법연구 제17호(2015.04), 501-532 면 참조.

것이라 할 수 있지만, 통신의 비밀에서 나타나는 기본권의 의미와 비중에 대한 (평가자의 주관적 인식에 따른) 평가의 차이는 다른 기본권 제한의 경우에 비해 더욱 크게 나타난다. 한편으로는 통신의 비밀이 정보통신기술의 발달에 따라 급격한 변화를 겪는 중이기 때문이며, 다른 한편으로는 통신비밀의 제한과 관련하여 공익적 가치를 더 중시하느냐, 통신정보의 보호를 더 중시하느냐에 대한 개인적 견해의 차이가 상당히 뚜렷하게 나타나기 때문이다.

이러한 문제가 합리적으로 조율·조정되지 않으면 통신의 비밀 제한에 관한 법적 판단은 그 판단의 주체가 누구냐에 따라 상당한 편차를 보일 수밖에 없고 이러한 편차는 법적 판단에 대한 불신으로 이어질 우려가 크다. 어떤 법관이 재판하느냐에 따라 유·무죄가 달라지고 어떤 재판관들이 재판하느냐에 따라 합헌·위헌 여부에 대한 결론이 달라질 뿐만 아니라 이를 납득시킬 수 있는 합리적이고 일관성 있는 논거가 제시되지 못한다면 법적 판단에 대한 불신이 계속 축적되는 것을 막을 수 없게 된다.

Ⅲ. 전기통신사업법에 따른 통신자료 제공요청의 구조와 특성

1. 범죄수사를 위한 통신비밀 제한의 엄격성 요청

통신의 비밀에 대한 침해는 사인 내지 사적 단체에 의해서도 자주 발생한다. 그러나 우리 사회에서 가장 심각한 침해로 인식되고 있는 것은 국가기관에 의한 침해이다. 특히 범죄수사를 목적으로 무분별하게 통신비밀을 침해할 수 있다는 우려는 과거 독재 시절의 언론사찰, 민간인사찰 등의 경험과 결부되어 국민 대다수가 매우 민감하게 느끼는 부분이기도 하다.[26]

종래 통신비밀의 제한에 대해서 영장주의를 적용해야 하는지에 대한

26) 기본권을 제한하는 경우 중에서도 특히 수사나 형의 집행 등을 위해 인신의 자유를 제한하는 경우 전통적으로 특별한 제한요건 내지 절차가 요구되고 있다. 미란다원칙이나 영장제도 등 인신구속의 엄격성을 위해 특별히 요구되고 있는 법원칙들이 있을 뿐만 아니라, 그 제한의 정당성에 대한 비례성 판단에서도 경제적 기본권 등 다른 기본권에 비하여 엄격성이 요구되는 것이다.

날카로운 견해 대립이 발생했던 것도, 1993년 통신비밀보호법의 제정을 통해 감청에 대해 영장주의를 도입했던 것도, 그리고 2001년도 법 개정을 통해 통신사실확인자료의 제공요청에 대해 관할지방검찰청 검사장의 승인을 얻도록 했던 것을, 2005년 법 개정을 통해 법원의 허가로 변경한 것도 수사기관의 권한 오·남용에 의한 통신비밀 침해의 우려를 불식시키기 위한 것이었다.

신체의 자유, 주거의 자유, 통신의 비밀의 제한에서 특별취급이 요구되는 것은 이들 기본권이 다른 기본권에 비해 훨씬 더 중요한 것이기 때문은 아니다. 생명권이 더 중요하다고 볼 수 있으며, 종교인들에게는 종교의 자유가, 학자나 예술가에게는 학문의 자유나 예술의 자유가 더 중요한 기본권일 수 있다. 그럼에도 불구하고 신체의 자유 등에 대해서만 영장주의 등 특별한 요건과 절차가 요구되고 있는 것은 다음과 같은 이유 때문이다.

첫째, 체포·구속 등 신체의 자유 등의 제한은 해당 기본권의 제한에서 끝나는 것이 아니라 다른 기본권에 미치는 파급효과가 매우 크다. 신체의 자유가 제한될 경우에 대부분의 다른 기본권의 행사가 어려워지는 것은 물론이고 주거의 자유나 통신의 비밀이 침해될 경우에도 해당 기본권뿐만 아니라 다른 기본권에 미치는 영향이 매우 크다.

통신의 비밀이 침해될 경우에는 예컨대, 통신의 내용에 따라 영업비밀이 침해되거나 사생활의 비밀이나 개인정보자기결정권이 함께 침해될 수 있으며, 통신의 내용이 아니라 통신의 상대방이 누구인지를 확인하는 것만으로도 중요한 사적·공적 정보가 유출됨으로 인한 막대한 피해가 발생할 수 있다.

둘째, 신체의 자유나 통신의 비밀 등은 침해된 이후 사후적 구제보다는 침해되기 전의 사전적 예방이 훨씬 중요하다. 앞서 언급한 바와 같이 다른 기본권에 미치는 파급효과가 클 뿐만 아니라, 해당 기본권 자체도 사후적 구체의 효과가 매우 제한적이거나 불가능한 경우가 적지 않기 때문이다.

셋째, 범죄수사를 위한 통신비밀의 제한은 수사의 밀행성에 의해 큰 영향을 받는다. 범죄수사의 특성상 누가 피의자이며, 현재 어떤 수사가 진행되고 있는지를 밝히기 어려운 경우가 대부분이며, 수사목적에 따라 통신의 비

밀을 제한할 때도 통신의 주체에게 이를 사전에 통지하기 어려운 것이다. 이런 점에서 같은 영장주의가 채택된 주거에 대한 압수·수색의 경우에 당사자에 대한 사전 통지 및 집행시 당사자의 참여권을 인정하는 것과는 대조적이다.

범인의 검거를 통한 국민의 생명과 안전의 보호라는 공익적 요청을 생각할 때, 통신의 비밀에 대한 제한이 불가피한 경우가 인정되며, 수사의 밀행성 또한 존중될 필요가 있다. 그러나 이를 단지 범죄수사를 위해 불가피한 경우로 단정 짓는 것은 옳지 않다. 오히려 수사의 밀행성 때문에 기본권(통신의 비밀)에 대한 과도한 제한이 발생하지 않도록 하는데 더 많이 신경써야 할 것이다.

그러므로 수사기관에 의한 통신비밀의 제한에 대해서는 - 수사의 밀행성으로 인하여 통신비밀에 대한 제한이 행해지고 있음을 알지 못하는 당사자 대신에- 법원의 허가를 통해 이를 사전적으로 통제하는 방안, 수사가 종결된 이후에 당사자에게 통지함으로써 과도한 제한에 대한 사후적인 통제의 가능성을 열어 놓는 방안, 나아가 국회가 통제하도록 하는 방안 등이 다양하게 요청되는 것이다.

그런데 전기통신사업법에 의한 통신자료의 제공요청에 대해 - 역시 수사의 밀행성 등에 의해 당사자에 대한 사전통지 및 자료제공시 당사자의 참여권 보장은 가능하지 않다는 점은 다르지 않은데- 법원의 허가 대신에 전기통신사업자가 통신정보주체의 동의에 갈음하여 임의로 통신자료를 제공할 수 있도록 한 것이 과연 정당한가에 대해 많은 문제가 제기된다. 그리고 전기통신사업자가 제공요청에 응하여 해당 통신자료를 제공한 이후 정보주체인 이용자에 대한 사후통지 등이 미비한 것도 심각한 문제라 지적될 수 있다.

2. 통신자료 제공요청의 요건과 절차

전기통신사업법에 근거한 수사기관의 범죄수사[27]를 위한 통신자료 제공요청은 - 통신비밀보호법에 근거한 통신사실확인자료의 제공요청과 비교

할 때- 유사점과 차이점이 미묘하게 교차되고 있다.

기본적인 유사점은 전기통신과 관련된 정보를 전기통신사업자에게 요청한다는 점이고, 이를 통해 개인정보자기결정권, 사생활의 비밀과 자유, 통신의 비밀 등의 기본권이 제한될 수 있다는 점이다. 그런데 양자의 비교에서 중요한 것은 오히려 그 차이점에 대한 평가라 할 수 있다. 유사점이 더욱 중요했다면, 양자를 나눌 실익이 없을 것이고 차이점이 본질적이지 않다면 이를 나누어 달리 취급하는 것이 적절치 않은 것으로 평가될 것이다.[28]

양자의 구체적인 비교를 위한 전제로서 전기통신사업법에 따른 통신자료 제공요청의 요건과 절차가 어떤 특성을 가지고 있는지를 정확하게 분석해 볼 필요가 있다.

먼저, 법률적 근거는 전기통신사업법 제83조 제3항이다. 이에 따르면 전기통신사업자는 검사 또는 수사관서의 장(군 수사기관의 장, 국세청장 및 지방국세청장 포함), 정보수사기관의 장이 수사(「조세범 처벌법」 제10조 제1항・제3항・제4항의 범죄 중 전화, 인터넷 등을 이용한 범칙사건의 조사를 포함)를 위하여 통신자료의 열람이나 제출을 요청하면 그 요청에 따를 수 있다.

이 조항에서 통신자료로서 열거하고 있는 것은 이용자의 ① 성명, ② 주민등록번호, ③ 주소, ④ 전화번호, ⑤ 이용자의 아이디, ⑥ 이용자의 가입일 또는 해지일이다. 이러한 통신자료는 전기통신사업자와 이용자 간 전기통신역무의 이용에 관한 계약의 체결 및 해지와 관련된 정보들이다.

---

27) 전기통신사업법상 통신자료 제공의 요청권자는 수사기관(검사 또는 수사관서의 장[군 수사기관의 장, 국세청장 및 지방국세청장을 포함], 정보수사기관의 장)뿐만 아니라 법원도 포함되고, 요청목적은 수사(「조세범 처벌법」 제10조 제1항・제3항・제4항의 범죄 중 전화, 인터넷 등을 이용한 범칙사건의 조사를 포함)뿐만 아니라 형의 집행 또는 국가안전보장에 대한 위해 방지를 위한 정보수집도 포함되지만, 이 논문에서는 영장주의 적용 등 쟁점을 보다 선명하게 하기 위해 범죄수사를 위한 통신자료 제공요청에 대해서만 검토한다.

28) 본질적으로 같은 것을 다르게 취급하는 것도 문제이지만, 본질적으로 다른 것을 같게 취급하는 것도 평등원칙에 위반되는 것이다. 과연 통신사실확인자료 제공요청과 통신자료 제공요청이 본질적으로 같은 것으로서 같게 취급되어야 하는 것인지, 본질적으로 다른 것이어서 다르게 취급되어야 하는 것인지에 대한 평가가 중요할 수밖에 없다.

수사기관이 전기통신사업자에게 통신자료의 제공을 요청하기 위해서는 원칙적으로 요청사유, 해당 이용자와의 연관성, 필요한 자료의 범위를 자료제공요청서라는 명칭의 서면으로 하여야 한다. 예외적으로 긴급한 사유가 있을 때는 서면이 아닌 다른 방법으로 요청할 수 있으나 그 긴급한 사유가 없어지면 지체 없이 전기통신사업자에게 자료제공요청서를 제출하여야 한다(전기통신사업법 제83조 제4항).

전기통신사업법은 이러한 수사기관의 요청에 대해 전기통신사업자가 그 요청에 따를 수 있는 것으로 규정하고 있고(제83조 제3항), 전기통신사업자의 협조의무를 명시하고 있지 않다. 이 점에서 전기통신사업자의 협조의무를 명시하고 있는 통신비밀보호법에 따른 통신사실확인자료의 제공과는 다르다(제13조 제1항, 제2항, 제15조의2 제1항).[29] 이를 근거로 헌법재판소는 전기통신사업법상 통신자료 제공요청은 임의수사에 해당하는 것으로,[30] 통신비밀보호법상 통신사실확인자료 제공의 요청은 강제수사 내지 강제처분에 해당하는 것[31]으로 양자를 구별하고 있는데, 이러한 구별에 대해서는 논란이 있다.[32] 이러한 임의수사로서의 성격에 근거하여 전기통신사업법은 통신자료 제공요청에 대해서는 법원의 허가를 요구하지 않고 있다.

전기통신사업자가 통신자료 제공요청에 응하여 통신자료를 수사기관에 제공한 경우, 해당 통신자료의 제공사실 등을 기재한 대장과 자료제공요청서 등 관련 자료를 갖추어 두어야 한다(전기통신사업법 제83조 제5항). 그러나 통신비밀보호법상의 통신사실확인자료 제공의 경우와는 달리 통신자료를 제공받은 수사기관의 당사자(해당 정보의 주체)에 대한 통지의무가 인정되지 않는다.[33]

---

29) 그러나 통신비밀보호법은 전기통신사업자가 같은 법 제15조의2 제1항을 위반하였을 경우에 대한 어떠한 제재규정도 두고 있지 않다.

30) 헌재 2012. 8. 23. 2010헌마439 결정, 판례집 24-2상, 641, 646.

31) 헌재 2018. 6. 28. 2012헌마191 등, 판례집 30-1하, 564, 579, 582; 헌재 2018. 6. 28. 2012헌마538, 판례집 30-1하, 596, 609.

32) 이에 대하여는 아래의 「**Ⅳ.**3. 전기통신사업법에 따른 영장주의 배제의 문제점과 도입 필요성」 참조.

33) 개인정보보호법 제39조의8 제1항, 같은 법 시행령 제48조의6 제2항 제2호 단서.

이러한 통신자료 제공요청의 경우, 통신정보의 주체가 아닌 전기통신사업자의 동의를 근거로 임의수사로 보는 것이 적절한 것인지가 문제 된다. 또한 법원의 허가에 의한 사전적 통제가 없을 뿐만 아니라 통신정보주체에 대해 사후적 통지도 하지 않고 그밖에 다른 사후적 통제, 예컨대 국회에 의한 통제도 인정되지 않고 있다는 점도 문제라 할 수 있다. 이와 같이 통신자료 제공요청은 통신사실확인자료 제공요청과는 달리 사실상 통제의 사각지대에 놓여 있으며, 이는 양자의 이용 빈도의 차이에서도 확인할 수 있다(아래의 <표 2> 및 <표 3> 참조).

3. 통신자료 제공요청과 통신사실확인자료 제공요청의 비교

이러한 통신자료 제공요청은 통신사실확인자료 제공요청과 많은 점에서 유사하나 부분적으로 다른 점들이 있다. 과연 유사점과 차이점 중에서 어느 것이 더 본질적인 것인지에 대해서는 논란의 소지가 있다. 이를 보다 정확하게 비교하기 위해서는 아래의 표와 같이 개별적인 요소들을 하나하나 비교할 필요가 있다.

〈표 1〉 범죄수사를 위한 통신자료 제공요청과 통신사실확인자료 제공요청의 비교

	통신자료 제공요청	통신사실확인자료 제공요청
근거 법률	전기통신사업법 제83조 제3항	통신비밀보호법 제13조 제1항~제3항, 제15조의2 등
제한되는 기본권	개인정보자기결정권/ 사생활의 비밀과 자유/ 통신의 비밀 등	개인정보자기결정권/ 사생활의 비밀과 자유/ 통신의 비밀 등
요청의 주체	수사기관	수사기관
요청의 상대방	전기통신사업자	전기통신사업자
제공요청 정보	이용자의 성명, 주민등록번호, 주소, 전화번호, 아이디, 가입일 또는 해지일	가입자의 전기통신 일시, 전기통신 개시·종료시간, 발·착신 통신번호 등 상대방의 가입자번호, 사용도수, 컴퓨터통신 또는 인터넷의 로그기록자료, 발신기지국의 위치추적자료, 접속지의 추적자료

요청의 요건	수사대상범죄	제한없음	제한 없음
	수사의 보충성	요구되지 않음	원칙적으로 요구되지 않음. 예외적으로 '실시간 추적자료'나 '특정한 기지국에 대한 통신사실확인자료'에 대해 수사의 보충성 요구. 다만, 이 경우에도 통신제한조치의 대상범죄 또는 전기통신을 수단으로 하는 범죄에 대해서는 수사의 보충성이 요구되지 않음.
요청의 방식		원칙적으로 서면(자료제공요청서)	서면(통신사실확인자료제공요청서)
법원의 허가 요부		요구되지 않음	요구됨
정보주체에 대한 사전통지 및 참여권		인정되지 않음	인정되지 않음
정보주체에 대한 사후통지		사후통지 의무 없음	원칙적으로 공소제기 등 처분이 있은 날로부터 30일 이내에 서면으로 통지하여야 함
취득정보의 관리		-	법원의 허가를 받지 못한 경우 지체없이 폐기하여야 함
		개인정보보호법에 따른 이용·제공 제한, 개인정보의 파기 등	비밀준수의무,[34] 자료사용제한
전기통신사업자의 자료 등 보관 및 보고 의무		통신자료제공대장 1년간 보존, 통신자료제공요청서 등 구비하여야 함	통신사실확인자료의 보관기간: 원칙적으로 12개월 통신사실확인자료대장과 통신사실확인자료제공요청서 등 관련자료를 7년간 비치해야 함
		자료제공 현황 등을 연 2회 과학기술정보통신부장관에게 보고 과학기술정보통신부장관은 보고사실 여부, 통신자료제공대장 및 통신자료제공요청서의 관리상태를 점검	자료제공현황 등을 연 2회 과학기술정보통신부장관에게 보고
국회의 통제		통신자료 제공에 특별한 통제 없음	국회의 상임위원회 및 국정감사와 국정조사를 위한 위원회의 특정한 통신제한조치 등에 관한 보고 요구

34) 대법원 2015. 2. 12. 선고 2011다76617 판결: "통신비밀보호법은 통신사실확인자료 제공의 대상을 한정하고 통신사실확인자료의 사용용도를 일정한 경우로 제한하는 한편, 수사기관의 범죄수사를 위한 통신사실확인자료 제공 등에 대한 통지의무 및 통신사실확인자료 제공에 관여한 통신기관의 직원 등의 통신사실확인자료 제공 사항에 대한 비밀준수의무를 규정하는 방법으로 전기통신 이용자의 통신비밀과 자유를 보호하고 있을 뿐, 한 걸음 더 나아가 전기통신 이용자에게 전기통신사업자를 상대로 통신사실확인자료를 제3자에게 제공한 현황 등에 대한 열람 등을 청구할 권리를 인정

Ⅳ. 통신자료 제공요청에 대한 영장주의 도입의 필요성

1. 통신비밀 제한에 대한 영장주의 적용 논란

현행 헌법상 영장주의의 적용이 명시되고 있는 것은 제12조 제3항의 신체의 자유에 대한 제한(체포・구속・압수・수색) 및 제16조의 주거의 자유에 대한 제한(주거에 대한 압수・수색)뿐이다. 이를 한정적 열거로 볼 것인지, 아니면 예시로 볼 것인지에 대해서는 논란의 여지가 있으나, 현행 헌법상 영장주의의 적용에 관한 신체에 대한 체포・구속・압수・수색과 주거에 대한 압수・수색은 제한적 열거라기보다는 일종의 예시로 보아야 할 것이다.[35]

통신의 비밀을 제한하는 경우에도 영장주의가 적용되어야 한다는 주장은 오래전부터 헌법학계에서 뜨거운 논쟁의 대상이었다. 일부 학자들은 현행 헌법하에서도 통신의 비밀을 제한할 경우에는 영장주의를 적용해야 한다는 주장을 했으며, 다른 학자들은 현행 헌법의 해석상 영장주의를 그대로 적용하기는 어렵다고 보았지만, 영장주의 적용이 바람직하다는 의견은 다수의 지지를 얻고 있었다. 이처럼 다른 기본권과는 달리 통신비밀에 대해서만 -헌법상 명문규정이 없는 상태에서도- 영장주의의 적용이 논란되었던 것은 다음과 같은 이유 때문이다.

첫째, 통신비밀의 제한, 특히 그중에서도 대표적인 제한 유형인 감청이

하지 않는 점, 통신비밀보호법 제13조의3에서 규정한 통신사실확인자료 제공의 집행사실에 관하여 수사기관이 통지를 할 무렵에는 통신비밀보호법 제13조의5에 의하여 준용되는 제11조 제2항에서 규정한 통신사실확인자료 제공에 관여한 통신기관 직원 등의 통신사실확인자료 제공 사항에 대한 비밀준수의무가 해제된다고 볼 아무런 근거도 없는 점 등을 종합하면, 전기통신사업자는 수사종료 여부와 관계없이 통신비밀보호법 제13조의5, 제11조 제2항에 따라 전기통신 이용자를 포함한 외부에 대하여 통신사실확인자료 제공 사항을 공개·누설하지 말아야 할 의무를 계속하여 부담하므로, 이용자의 공개 요구에도 응할 의무가 없다."

35) 현행 형사소송법 제215조에서는 체포・구속・압수・수색 이외에 검증영장을 명문으로 규정하고 있으며, 「디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률」 제8조에서도 디엔에이감식시료채취영장을 규정하고 있다. 나아가 대법원은 법원의 「감정처분허가장」의 본질을 법원의 영장과 같은 것으로 보고 있다(대법원 2011. 4. 28. 선고 2009도2109 판결: 대법원 2016. 12. 27. 선고 2014두46850 판결).

나 서신검열 등은 수사의 밀행성이 확보되지 않으면 수사목적의 달성이 어렵기 때문에 수사과정에서 당사자에 대한 사전통지 없이 행해지는 것이 일반적이다. 그로 인하여 기본권주체가 기본권 침해에 대해 스스로 방어할 기회조차 제대로 갖지 못할 수 있다. 이로 인하여 발생하는 문제를 최소화하기 위해서는 법원이 그 제한의 정당성 여부를 사전적으로 통제하는 것이 필요하다는 것이다.

둘째, 설령 제한의 목적이나 수단이 적절한 경우라 하더라도 이를 사전통제 없이 수사기관의 임의에 맡길 경우에는 제한의 범위가 확대될 우려가 매우 크다. 최근 공수처의 무차별적인 통신자료 제공요청에서 나타나듯이 직접 수사대상과는 아무런 관련이 없는 사람의 정보까지도 대상 범위에 포함시킬 가능성이 적지 않은 것이다.

이런 이유로 인하여 통신비밀의 제한에 대해서는 영장주의 적용이 필요하다는 견해들이 지배적이었고, 그 결과 통신비밀보호법을 제정하면서 영장이라는 표현은 사용하지 않았으나 통신제한조치에 대해 법원의 허가를 받도록 함으로써 통신비밀에 대한 제한에 대하여 실질적으로 영장주의를 도입한 것으로 이해된다.

2. 통신비밀보호법에 의한 영장주의의 도입과 확대

1993년 통신비밀보호법이 제정[36]될 당시에는 이 법의 도입에 대해 찬반 논란이 날카로웠다. 한편으로는 수사기관에 의해 음성적으로 행해지던 도청 등의 불법적인 수사 관행을 양성화해야 한다는 점에서 찬성하는 견해가 설득력이 있지만, 다른 한편으로는 통신비밀보호법이 아니라 통신비밀제한법이라고 비판하면서 이러한 제한이 무분별하게 확산할 것을 우려하는 목소리도 만만치 않았다.

이러한 우려를 완전히 불식시키지는 못했지만, 어느 정도 완화시키는데 큰 역할을 했던 것이 법원의 허가, 즉 영장주의의 도입을 통해[37] 수사기관

---

36) 통신비밀보호법은 1993. 12. 27. 법률 제4650호로 제정되었다.

37) 헌재 2018. 6. 28. 2012헌마191 등, 판례집 30-1하, 564, 574-575: “2001. 12. 29. 법률

의 통신비밀 제한이 오·남용되지 못하도록 법원이 사전에 통제하도록 한 것이었다. 통신비밀보호법 제정 당시에는 통신제한조치에 대해서만 법원의 허가가 요구되었지만, 이후 2005년 통신비밀보호법의 개정을 통해 법원의 허가 대상이 통신사실확인자료 재공요청으로까지 확대되었으며, 전술한 바와 같이 이러한 법원의 허가는 실질적으로 법원의 영장과 같은 것으로 이해되고 있다.[38]

과연 법원의 통제가 어느 정도의 실효성을 가질 수 있는지에 대해 의문을 표하는 사람도 없지 않았지만, 법원의 통제 이상의 효과적인 대안은 현실적으로 어렵고 법원조차 통제하지 못하는 상황을 다른 국가기관이 통제한다는 것은 기대하기 힘든 것이었다.

실제 통신비밀 제한의 오·남용이 문제될 경우에는, 당사자가 이를 확인한 이후 법원에서 그 정당성을 다툴 수 있어야 할 것이다.[39] 그런데 만일

제6546호로 개정된 통신비밀보호법은 제13조에 통신사실확인자료 제공요청의 법적 근거와 절차를 마련하여, 범죄수사를 위한 통신사실확인자료는 검사 또는 사법경찰관이 관할 지방검찰청 검사장의 사전승인을 얻어 전기통신사업자에게 요청할 수 있는 것으로 규정하였다. 이와 같이 통신비밀보호법이 개정된 다음에 범죄수사를 위한 수사기관의 통신사실확인자료 제공요청이 급증하자 이와 관련된 수사기관의 권한남용의 우려가 커지게 되었다. 이에 2005. 5. 26. 법률 제7503호로 개정된 통신비밀보호법은 검사 또는 사법경찰관이 범죄수사를 위한 통신사실확인자료의 제공을 요청할 경우 관할 지방법원 또는 지원의 허가를 받도록 하는 한편(이 사건 요청조항 및 이 사건 허가조항), 통신사실확인자료를 제공받은 사건에 관하여 공소제기 등의 처분을 한 경우 정보주체인 전기통신가입자에게 이를 통지하도록 규정하였다(이 사건 통지조항)."

38) 헌법재판소도 통신비밀보호법상 법원의 허가를 영장주의의 적용으로 보고 있다(헌재 2018. 6. 28. 2012헌마191 등, 판례집 30-1하, 564, 565; 헌재 2018. 6. 28. 2012헌마538, 판례집 30-1하, 596, 596, 597).
「영장심의위원회 규칙」(2021. 1. 1. 제정, 법무부령 제996호) 제2조에서도 영장심의위원회의 심의대상인 영장청구를 "1. 체포·구속영장, 2. 압수·수색·검증영장, 3. 「통신비밀보호법」 제6조·제8조에 따른 통신제한조치허가서 및 같은 법 제13조에 따른 통신사실확인자료 제공요청 허가서, 4. 그 밖에 사법경찰관이 관련 법률에 따라 신청하고 검사가 법원에 청구하는 강제처분"으로 규정하고 있다.

39) 검사 또는 사법경찰관의 구금, 압수 또는 압수물의 환부에 관한 처분에 대해서는 준항고(형사소송법 제417조) 및 재항고(형사소송법 제415조)를 할 수 있지만, 현행 통신비밀보호법상 검사 또는 사법경찰관의 통신제한조치 및 통신사실확인자료 제공요청에 대해서는 이를 다툴 수 있는 불복수단이 없다(김기범, 범죄수사에서 제3자 정보 요청에 관한 입법체계, 위기관리 이론과 실천 제13권 제8호(2017.8), 92-93면;

법원에 대한 불신으로 법원에 의한 사전적 통제의 실효성 및 정당성을 부인한다면, 사후에 사법적 구제절차를 통해 다투는 것 또한 실효성이 없다고 보아야 할 것이다. 이런 상황이라면 사법체계가 사실상 기능 정지에 가까운 상태이고 이는 인권보장을 위한 국가기능 자체가 제대로 작동하지 못하는 극단적인 상태라고 보아야 할 것이다.

그런 의미에서 통신비밀의 제한을 사전적으로 통제하는 장치로서 통신비밀보호법 제6조, 13조 등에 의한 영장주의의 적용은 매우 의미 있는 것으로 평가된다. 다만, 몇 가지 점에서 영장주의의 적용범위 및 방식과 관련하여 논란의 소지가 있다.

첫째, 통신비밀보호법에 따르면 통신비밀의 제한에 대한 사전통제는 세 가지 유형으로 구분된다. 범죄수사 목적의 경우에는 법원의 허가를 요하고(제6조 제1항, 제2항, 제13조 제3항), 국가안보 목적의 경우에는 고등법원 수석부장판사의 허가를 요한다(제7조 제1항 제1호, 제13조의4 제2항). 반면에 국가안보 관련 사건의 수사를 위한 경우에 통신의 당사자 쌍방이 모두 외국인이라면 대통령의 승인을 받도록 하고 있다(제7조 제1항 제2호, 제13조의4 제2항).

왜 이와 같이 통신비밀의 제한에 대한 사전 통제 유형이 세 가지로 나누어져야 하는지, 특히 왜 국가안보 목적의 경우 통신의 당사자가 모두 외국인[40]인 때에는 법원 내지 고등법원 수석부장판사가 아닌 대통령의 승인을 얻도록 한 것인지는 헌법이론적으로 납득하기 어려운 점이 있다. 더욱이 통신의 비밀은 국민의 권리가 아닌 인간의 권리로 이해되며, 대통령의 승인은 법원의 허가와는 달리 영장주의가 적용된 것으로 보기 어렵기 때문에, 영장주의에 위배되는 문제가 있다.

차진아, 범죄수사를 위한 통신사실확인자료 제공요청의 문제점과 개선방안, 법조 제67권 제2집(2018.5), 410면)는 점도 문제이다. 그러므로 통신비밀보호법상 법원의 허가를 요하는 강제처분에 대한 불복수단을 마련할 필요가 있다. 이에 대하여 자세한 것은 차진아, 앞의 논문(주-39), 411면 이하 참조.

40) 통신비밀보호법상 내국인은 "대한민국의 통치권이 사실상 행사되고 있는 지역에 주소 또는 거소를 두고 있는 대한민국 국민"이므로(제2조 제5호), 통신비밀보호법상 외국인에는 북한이나 외국에 주소 또는 거소를 두고 있는 북한주민도 포함된다.

둘째, 법원에 대한 허가청구권자와 관련하여 통신비밀보호법은 범죄수사를 위한 통신제한조치의 경우에는 제6조 제1항에서 “검사”로 규정하고 있는 반면에 통신사실확인자료 제공요청의 경우에는 제13조 제1항과 제2항에서 “검사 또는 사법경찰관”으로 규정하고 있어서, 통신사실확인자료 제공요청의 허가청구권을 사법경찰관에게도 인정한 것은 영장을 “검사의 신청에 의하여 법관이 발부”하도록 한 헌법규정(제12조 제3항, 제16조)의 취지[41]에 반하는지[42] 여부가 문제 된다.

그런데 통신비밀보호법 제13조는 제1항과 제2항에서 통신사실확인자료 제공요청의 주체로 “검사 또는 사법경찰관”으로 규정하고, 제3항에서 이 경우 법원의 허가를 받을 것을 규정하고는 있으나, 검사 또는 사법경찰관이 법원의 허가를 받는 절차에 대해서는 규정하고 있지 않다. 이와 같이 법원의 허가를 위한 절차와 관련하여 통신비밀보호법 제13조에 규정이 없기 때문에 같은 조 제9항에 따라 같은 법 제6조 제1항 및 제2항이 준용된다.

그러므로 사법경찰관의 통신사실확인자료 제공요청을 위한 법원의 허가절차에 대해서는 통신비밀보호법 제6조 제2항이 준용되어 사법경찰관이 검사에 대해 허가를 신청하고 검사가 법원에 대해 허가를 청구할 것이 요구된다. 따라서 범죄수사를 위한 통신제한조치와 마찬가지로 범죄수사를 위한 통신사실확인자료 제공요청의 경우에도 법원에 대한 허가청구권자는 검사에 한정되고 있으며,[43] 이는 법원에 대한 영장의 청구권자가 검사에 한정되고 있는 것(헌법 제12조 제3항, 제16조)과 다르지 않다.

---

41) 이러한 맥락에서 「디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률」도 디엔에이감식시료채취영장의 청구권은 검사에게만 인정하고(제8조 제1항), 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 디엔에이감식시료채취영장을 받도록 하고 있다(제8조 제2항).

42) 이렇게 보는 견해로는 오길영, 현행 통신비밀보호법의 문제점과 개선방향, 언론과 법 제14권 제1호(2015.4), 44-45면; 황성기, 앞의 논문, 6면 참조.

43) 실무상으로도 사법경찰관 등은 통신사실확인자료 제공요청의 허가신청서를 검사에게 신청하여 검사가 법원에 통신사실확인자료 제공요청 허가청구서를 제출하고 있으며, 이는 「통신비밀보호법 통지·통보 업무 처리지침」(대검찰청예규 제1181호, 2021. 1. 1, 일부개정) 제4조(검찰 직접 청구사건 통지 업무 처리절차)와 제5조(사법경찰관 등 신청사건 통보 업무 처리절차)에서도 확인되고 있다.

3. 전기통신사업법에 따른 영장주의 배제의 문제점과 도입 필요성

통신비밀보호법이 제정 당시부터 통신제한조치에 대한 영장주의 적용의 문제를 심각하게 고민하는 가운데 결국 법원의 허가를 요건으로 하는 것으로 결정하고 이후 이러한 영장주의의 적용을 통신사실확인자료 제공요청으로까지 확대했던 것과는 달리, 전기통신사업법은 국민적 관심이나 전문가들의 충분한 논의를 거치지 않은 상태에서 수사기관의 통신자료 제공요청에 대해 법원의 허가를 요구하지도 않고, 통신사업자가 그 요청에 응할지 여부를 결정할 수 있도록 하였다. 이러한 전기통신사업법 제83조 제3항 이하의 규정은 통신사실확인자료 제공요청에 관한 통신비밀보호법 제13조의 규정과 일부는 유사하고 일부는 상이한 가운데 적지 않은 혼란을 야기하고 있다.

입법자는 통신비밀보호법상의 통신사실확인자료 제공요청과 전기통신사업법상의 통신자료 제공요청의 성질을 해당 정보의 성질상 차이와 정보주체의 동의 여부가 아니라, 제3자인 전기통신사업자가 제공요청에 응할 의무가 있는지 여부에 따라 강제수사인지 아니면 임의수사인지 여부를 달리 보고 있으며, 이에 따라 각기 다른 요건과 절차를 요구하고 있다. 특히 법원의 허가를 요하는지 여부도, 체포·구속 등 강제수사의 경우 영장을 요구하고 임의동행과 같은 임의수사의 경우 영장을 요하지 않는 것처럼, 전기통신사업자가 해당 정보의 제공요청에 응할 의무가 있느냐 여부에 따라 결정되는 것으로 본 것이다.

같은 맥락에서 헌법재판소는 전기통신사업법상 수사기관의 통신자료 취득행위의 법적 성질과 관련하여 다음과 같이 임의수사로 보아 공권력 행사성을 인정하지 않은 바 있다:

“이 사건 통신자료 취득행위는 피청구인이 이 사건 전기통신사업자에게 청구인에 관한 통신자료 취득에 대한 협조를 요청한 데 대하여 이 사건 전기통신사업자가 임의로 이 사건 통신자료를 제공함으로써 이루어진 것이다. 그런데 피청구인과 이 사건 전기통신사업자 사이에는 어떠한 상하관계도 없고, 이 사건 전기통신사업자가 피청구인의 통신자료 제공요청을 거절

한다고 하여 어떠한 형태의 사실상 불이익을 받을 것인지도 불분명하며, 수사기관이 압수수색영장을 발부받아 이 사건 통신자료를 취득한다고 하여 이 사건 전기통신사업자의 사업수행에 지장을 초래할 것으로 보이지도 않는다. 또한 이 사건 통신자료 취득행위의 근거가 된 이 사건 법률조항은 "전기통신사업자는 … 요청받은 때에 이에 응할 수 있다."라고 규정하고 있어 전기통신사업자에게 이용자에 관한 통신자료를 수사관서의 장의 요청에 응하여 합법적으로 제공할 수 있는 권한을 부여하고 있을 뿐이지 어떠한 의무도 부과하고 있지 않다. 따라서 전기통신사업자는 수사관서의 장의 요청이 있더라도 이에 응하지 아니할 수 있고, 이 경우 아무런 제재도 받지 아니한다. 그러므로 이 사건 통신자료 취득행위는 강제력이 개입되지 아니한 임의수사에 해당하는 것이어서 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당하지 아니한다고 할 것이므로 이에 대한 심판청구는 부적법하다."[44]

그리고 헌법재판소는 전기통신사업자가 수사기관의 통신자료 제공요청에 응할 수 있도록 한 구 전기통신사업법 제54조 제3항[45]에 대해 다음과 같이 기본권침해의 직접성을 인정하지 않은 바 있다: "이 사건 법률조항은 수사관서의 장이 통신자료의 제공을 요청하면 전기통신사업자는 이에 응할 수 있다는 내용으로, 수사관서의 장이 이용자에 관한 통신자료제공을 요청하더라도 이에 응할 것인지 여부는 전기통신사업자의 재량에 맡겨져 있다. 따라서 수사관서의 장의 통신자료제공 요청과 이에 따른 전기통신사업자의 통신자료 제공행위가 있어야 비로소 통신자료와 관련된 이용자의 기본권제한 문제가 발생할 수 있는 것이지, 이 사건 법률조항만으로 이용자의 기본권이 직접 침해된다고 할 수 없다. 그러므로 이 사건 법률조항에 대한 심판청구는 기본권침해의 직접성이 인정되지 아니하여 부적법하다."[46]

그런데 이러한 헌법재판소 판시내용들에는 몇 가지 문제가 있다.

---

44) 헌재 2012. 8. 23. 2010헌마439 결정, 판례집 24-2상, 641, 646.

45) 구 전기통신사업법(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되고, 2010. 3. 22. 법률 제10166호로 개정되기 전의 것) 제54조 제3항.

46) 헌재 2012. 8. 23. 2010헌마439, 판례집 24-2상, 641, 641-642.

첫째, 가장 중요한 문제점은 전기통신사업법 제83조 제3항(구 전기통신사업법 제54조 제3항)이 제공되는 정보(통신정보)의 주체인 통신당사자의 동의 없이[47] 제3자인 전기통신사업자가 정보의 제공 여부를 임의로 결정할 지위를 인정하고 있다는 점이다.[48] 이는 기본권주체의 동의가 아니라는 점에서 그 정당성이 문제될 수밖에 없다. 왜냐하면 영장주의가 적용되는 통신비밀의 제한에 있어서, 통신당사자의 의사와 상관없이 - 제3자인 전기통신사업자의 의사에 의해- 통신비밀에 해당하는 통신정보를 수사기관에게 제공하는 것은 결코 임의수사로 보기 어렵기 때문이다.[49] 통신비밀을 제한하는 수사에서 임의수사냐 강제수사냐의 구별기준은 제3자가 아니라 통신비밀의 주체 내지 통신의 당사자의 동의 여부에 있는 것으로 보아야 할 것이다.[50] 이러한 맥락에서 통신정보주체의 관점에서는 전기통신사업법 제83조 제3항에서 수사기관이 자신의 의사와 상관없이 사인인 전기통신사업자를 매개로 하여 해당 정보를 취득할 수 있는 가능성을 열어 둔 것 자체로 통신정보주체의 통신의 비밀을 제한하는 강제수사의 성격을 갖는 것으로 보아야 할 것이다.[51]

둘째, 법령에 대한 헌법소원에서 "기본권침해의 직접성이란 집행행위에 의하지 아니하고 법령 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 법적 지위의 박탈이 발생하는 경우"[52]를 말하는데, "법령에 근거한 구체적인 집행

47) 전기통신사업자가 서비스 이용약관에 수사기관의 통신자료 제공요청에 응하여 이용자의 통신자료를 제공할 수 있다는 조항을 규정하고 있다 하더라도, 이용자로서는 약관 중 해당 조항에 대해서만 거부할 권리가 인정되지 않고 이러한 조항을 포함한 약관 전체에 동의하지 않으면 해당 서비스 이용을 위한 계약의 체결 자체가 되지 않는 상황이라면, 약관에 대한 포괄적인 동의를 구체적·개별적 사건에서 전기통신사업자가 수사기관의 통신자료 제공요청에 응하는 것에 대해 이용자가 동의한 것으로 보기는 어렵다. 반대 견해로는 박주희, 앞의 논문, 435면 참조.

48) 오동석, 앞의 논문, 130면. 이른바 미국 연방대법원의 제3자원칙에 대한 비판에 대하여는 오동석, 앞의 논문, 132면 참조.

49) 임규철, 앞의 논문, 207-208면.

50) 차진아 앞의 논문(주-39), 390면, 각주 51; 황성기, 앞의 논문, 19-20면.

51) 헌법재판소 2014헌마368 사건의 법정의견과 같이 수사기관의 통신자료 제공요청을 임의수사로 보는 견해로는 박민우, 통신자료 제공요청의 법적 성격과 합리적인 제도 개선 방향 -영장주의 및 사후통지의 도입 여부와 관련하여-, 법조 제65권 제7호(2016.8), 134-135 참조.

행위가 재량행위인 경우에" 기본권 침해의 직접성이 없는 이유는 "이때의 기본권의 침해는 집행기관의 의사에 따른 집행행위, 즉 재량권의 행사에 의하여 비로소 이루어지고 현실화"되기 때문이다.[53] 이때 집행행위는 공권력 주체가 해당 법령을 구체화하는 공권력의 행사를 말한다. 그런데 (구 전기통신사업법 제54조 제3항에 해당하는) 전기통신사업법 제83조 제3항은 공권력의 주체가 아니라 사인인 전기통신사업자에게 해당 정보의 수사기관에 대한 제공 여부의 결정을 맡긴 것이다. 그러므로 전기통신사업자가 수사기관의 통신자료 제공요청에 따를지 여부에 대해 갖는다고 하는 재량권의 행사는 기본권 침해의 직접성에서 말하는 집행행위라 볼 수 없다. 그러므로 전기통신사업법 제83조 제3항은, 매개되는 집행행위 없이, 정보주체가 아니라 제3자인 사인에게 정보주체의 동의 없이 해당 정보에 대한 처분권을 부여하고 있다는 그 자체로 통신의 비밀을 제한하는 것 아닌가?

셋째, 헌법재판소가 통신자료 제공요청의 근거조항에 대해 판시한 내용은 사실조회의 근거조항[54]에 대해서 기본권침해의 가능성이 없는 것으로 판시[55]하고 있는 것과 비교할 때 논리일관성에서도 문제가 있다. 사실조회의 근거조항과 통신자료 제공요청의 근거조항은 수사기관이 해당 정보의

---

52) 헌재 2018. 8. 30. 2014헌마368, 판례집 30-2, 363, 372.

53) 헌재 1998. 4. 30. 97헌마141, 판례집 10-1, 496, 496.

54) 형사소송법(1954. 9. 23. 법률 제341호로 제정된 것) 제199조(수사와 필요한 조사) ② 수사에 관하여는 공무소 기타 공사단체에 조회하여 필요한 사항의 보고를 요구할 수 있다.

구 경찰관 직무집행법(1981. 4. 13. 법률 제3427호로 전부개정되고, 2014. 5. 20. 법률 제12600호로 개정되기 전의 것) 제8조(사실의 확인등) ① 경찰관서의 장은 직무수행에 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 국가기관 또는 공사단체등에 대하여 직무수행에 관련된 사실을 조회할 수 있다. 다만, 긴급을 요할 때에는 소속경찰관으로 하여금 현장에 출장하여 당해기관 또는 단체의 장의 협조를 얻어 그 사실을 확인하게 할 수 있다.

55) 헌재 2018. 8. 30. 2014헌마368, 판례집 30-2, 363, 372: "이 사건 사실조회조항은 수사기관에 공사단체 등에 대한 사실조회의 권한을 부여하고 있을 뿐이고, 공사단체 등이 수사기관의 사실조회에 응하거나 협조하여야 할 의무를 부담하지 않으므로, 이 사건 사실조회조항만으로는 청구인들의 법적 지위에 어떠한 영향을 미친다고 보기 어렵다. 그러므로 이 사건 사실조회조항은 기본권침해의 가능성이 인정되지 않는다." 헌법재판소가 사실조회 근거조항의 기본권침해 가능성 유무를 정보주체가 아니라, 제3자인 정보처리자의 협조의무 유무를 기준으로 판단한다는 점에서 문제가 있다.

관리자에게 정보의 제공을 요청할 수 있고, 해당 정보관리자의 협조의무를 규정하지 않은 점에서 다르지 않다. 그럼에도 불구하고 헌법재판소가 통신자료 제공요청의 근거조항에 대해서는 사실조회의 근거조항과는 달리 기본권침해의 직접성이 없다고 판시한 것은 통신자료 제공요청의 근거조항은 적어도 기본권침해의 가능성은 있다는 판단을 전제하기 때문이다.

넷째, 전술한 바와 같이 전기통신사업법 제83조 제3항은 통신정보주체의 관점에서 볼 때에는 그 의사와 상관없이 전기통신사업자로 하여금 임의로 수사기관의 통신자료 제공요청에 응할 수 있도록 해당 통신정보에 대한 처분권을 부여했다는 점에서 해당 정보주체의 통신의 비밀을 다른 집행행위 없이 제한한 것이고, 이 조항에 근거한 수사기관의 통신자료 제공요청은 이러한 (위헌적) 법률규정의 집행으로서 통신정보주체에 대한 공권력의 행사라 볼 수 있다.[56]

다섯째, 수사기관의 통신자료 제공요청에 의한 기본권 제한 여부를 정보주체를 기준으로 판단하건, 제3자인 전기통신사업자를 기준으로 판단하건, 비록 통신자료 제공요청에 대한 협조의무가 명시되어 있지 않고 법문상 그러한 요청에 임의로 응할 수 있는 것으로 규정되어 있다 하더라도 전기통신사업자는 - 예컨대, 네이버나 카카오와 같은 대형 포털사업자의 예외를 제외하고는[57]- 사실상 수사기관의 통신자료 제공요청의 실질적 정당성을

---

56) 헌법재판소는 수사기관의 패킷감청 집행행위와 그 근거조항에 대해, 그리고 통신사실확인자료 제공요청 행위와 그 근거조항에 대해 헌재법 제68조 제1항에 의한 헌법소원이 청구된 경우, 위 근거조항들에 대해 (위 집행행위는) 기본권침해의 직접성 등 적법요건의 충족을 인정하여 본안판단을 하고, 위 집행행위에 대해 권리보호의 이익이 없음을 이유로 각하한 바 있다(헌재 2018. 8. 30. 2016헌마263, 판례집 30-2, 481; 헌재 2018. 6. 28. 2012헌마538, 판례집 30-1하, 596, 596-597). 위 근거조항들은 집행행위를 예정하고 있는 경우 또는 집행행위가 있는 경우에 해당하기는 하나, "집행행위 이전에 이미 국민의 권리관계를 직접 변동시키거나 국민의 법적 지위를 결정적으로 정하는 것이어서 국민의 권리관계가 집행행위의 유무나 내용에 의하여 좌우될 수 없을 정도로 확정된" 경우라고 할 수 있다(헌재 1997. 7. 16. 97헌마38, 판례집 9-2, 94, 104).

57) 전기통신사업자에게 수사기관의 통신자료 제공요청에 대한 실질적 심사의무와 그 위반시 불법행위로 인한 손해배상책임을 인정한 서울고법 2012. 10. 18. 선고 2011나19012 판결 이후, 이 고등법원 판결은 대법원 2016. 3. 10. 선고 2012다105482 판결에 의해 파기환송되었으나, 네이버나 카카오 같은 대형 포털사업자들은 이용자들의 탈퇴를 막기 위해서 수사기관의 통신자료 제공요청에 응하고 있지 않다고 한다. 이에

개별적으로 심사하여 거부하기 어렵다는 점에서[58] 권력적 사실행위로 보는 것이 더 합리적이다.[59]

대해서는 박민우, 앞의 논문, 149면; 박설아, 수사기관의 통신자료 요청에 따른 전기통신사업자의 민사책임, 법학논총 제25권 제1호(2018.3), 294면; 심우민, 수사를 위한 통신자료 제공 여부 누가 판단하나 - '회피 연아 사건' 판결로 본 개인정보 수집 관련 법적 쟁점-, 언론중재 제139호(2016.6), 15면; 유주성, 수사기관의 통신자료 제공요청과 영장주의 적용, 형사정책연구 제95호(2013.9), 1011면 참조.

58) 대법원 2016. 3. 10. 선고 2012다105482 판결: "전기통신사업자가 수사기관의 통신자료 제공 요청에 응하여 통신자료를 제공한 것이 위법하다고 하기 위해서는, 수사기관의 통신자료 제공 요청이 있을 때 전기통신사업자가 개별 사안의 구체적 내용을 살펴 그 제공 여부 등을 실질적으로 심사할 의무"가 인정되어야 할 것이나 "전기통신사업자에게 그러한 의무가 있다고 볼 수는 없다"고 하면서 "수사기관이 통신자료 제공을 요청하는 경우에도 전기통신사업자에게 실질적 심사의무를 인정하여 일반적으로 그 제공으로 인한 책임을 지게 하는 것은 국가나 해당 수사기관이 부담하여야 할 책임을 사인(사인)에게 전가시키는 것과 다름없다. 따라서 수사기관의 권한 남용에 의해 통신자료가 제공되어 해당 이용자의 개인정보에 관한 기본권 등이 침해되었다면 그 책임은 이를 제공한 전기통신사업자가 아니라, 이를 요청하여 제공받은 국가나 해당 수사기관에 직접 추궁하는 것이 타당하다"(밑줄은 저자에 의한 것임).
이러한 대법원 판례에 비추어 보더라도 전기통신사업자는 수사기관의 통신자료 제공요청이 있으면 일률적으로 그에 응하여 통신자료를 제공할 수밖에 없다는 점이 인정된다.

59) 헌재 2012. 8. 23. 2010헌마439 결정에서 재판관 김종대, 재판관 송두환, 재판관 이정미의 반대의견(헌재 2012. 8. 23. 2010헌마439, 판례집 24-2상, 641, 648-649: "이 사건 통신자료 취득행위는 이 사건 전기통신사업자를 직접 상대방으로 한 것이고 청구인 개인을 직접적인 상대방으로 한 행위는 아니지만, 피청구인의 행위는 청구인의 통신자료를 대상으로 한 것이라는 점에서 대물적으로는 청구인에 대한 행위라고 할 것이므로 피청구인의 행위에 의하여 청구인의 기본권이 제한되는 경우에 해당한다(헌재 1993. 7. 29. 89헌마31, 판례집 5-2, 87, 106 참조). 그렇다면 이 사건 통신자료 취득행위가 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원의 대상이 되는 공권력 행사인지 여부를 판단함에 있어 '고권적 작용의 행사 또는 불행사로 국민의 권리와 의무에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시켜 청구인의 법률관계 내지 법적 지위를 불리하게 변화시키는 것인지 여부'는 이 사건 전기통신사업자를 기준으로 할 것이 아니라 청구인을 기준으로 판단하여야 한다. 다수의견은 이 사건 통신자료 취득행위의 근거가 된 이 사건 법률조항이 "전기통신사업자는 … 요청받은 때에 이에 응할 수 있다."고 규정하고 있어 전기통신사업자에게 어떠한 의무나 부담을 지우고 있지 않다는 점도 이 사건 통신자료 취득행위의 공권력 행사성을 부정하는 근거로 들고 있다. 그런데 이 사건 법률조항의 규정형식만 보면 "전기통신사업자는 … 요청받은 때에 이에 응할 수 있다."고 되어 있어 통신자료의 제공 여부가 전기통신사업자에 의해 결정되는 것처럼 보이지만, 이 사건 전기통신사업자의 약관 중 관련 부분을 보면 통신자료를 포함하는 개인정보를 회원(이용자)의 동의없이 제3자에게 제공하지 않음을 원칙으로 하면서 이에 대한 예외로 '법률의 규정에 의해 국가기관이 개인정보 제공을 요구하는 경우'를

변화된 정보환경 속에서 통신자료의 중요성과 민감성은 높아지고 있는 반면에, 통신자료 제공요청에 대한 입법부와 사법부의 인식은 통신비밀보호법 제정 당시에 비해 큰 진전이 없는 것으로 보인다. 그 결과 통신자료 제공요청에 대해서는 이를 실효적으로 통제할 수 있는 수단이 사실상 없는 것으로 보이며, 이로 인한 오·남용의 우려가 최근 공수처의 언론사찰 사태에서 보는 바와 같이 현실화되고 있다. 이러한 맥락에서 통신자료 제공요청에 대해 법원의 허가를 얻도록 함으로써 법원이 통신사실확인자료 제공요청의 오·남용을 통제할 수 있도록 할 필요가 있다.[60]

명시하고 있다. 그렇다면 이 사건 통신자료 취득행위처럼 수사관서의 장이 이 사건 법률조항에 근거하여 전기통신사업자에게 통신자료의 제공을 요청하는 경우 전기통신사업자가 굳이 자신의 부담하에 이를 거절할 이유가 없으므로 전기통신사업자는 원칙적으로 통신자료를 제공함을 예정하고 있다고 할 것인바, 통신자료의 제출 여부는 전기통신사업자의 의사에 의해 통신자료의 제공요청시마다 개별적으로 결정되는 것이 아니라, 사실상 이 사건 법률조항에 의한 통신자료 제출 요구가 있으면 전기통신사업자는 이에 응하는 구조로 되어 있다고 보아야 할 것이다. 이러한 구조 하에서 이 사건 통신자료 취득행위의 직접 상대방이 전기통신사업자라는 형식에만 착안하여 전기통신사업자를 기준으로 보면 강제성이 없다는 이유로 공권력 행사성을 부정하는 것은 이 사건 통신자료 취득행위에 의한 기본권 제한의 본질적인 국면을 외면하는 것이다. 즉, 이 사건 통신자료 취득행위는 통신자료의 주체인 청구인에 대한 기본권 제한이 그 본질인바, 청구인을 기준으로 공권력 행사성 여부를 판단해야 한다. 이렇게 볼 때, 피청구인은 공권력인 수사권의 행사주체이고 이 사건 통신자료 취득행위는 청구인의 의사에 상관없이 진행되며 청구인의 통신자료를 보관하고 있는 전기통신사업자가 피청구인의 요청을 거절할 가능성은 사실상 희박하고 청구인이 통신자료의 제공을 저지하기 위해 그 과정에 개입할 수도 없는바, 이 사건 통신자료 취득행위는 피청구인이 우월적 지위에서 일방적으로 청구인의 통신자료에 대하여 대물적으로 행하는 수사행위로서 권력적 사실행위에 해당한다."(밑줄은 저자에 의한 것임).

수사기관의 통신자료 제공요청을 권력적 사실행위로 보는 견해로는 국가인권위원회, 2014. 2. 10.자 결정, 「전기통신사업법」 통신자료제공제도와 「통신비밀보호법」 통신사실확인자료제공제도 개선 권고, 국가인권위원회 결정례집, 제7집, 2014, 10면; 오동석, 앞의 논문, 128-129면; 임규철, 앞의 논문, 207-209면; 황성기, 앞의 논문, 19면 이하.

60) 통신자료 제공요청에도 영장주의를 도입하여야 한다는 견해로는 권양섭, 범죄수사에 있어서 통신자료제공제도의 문제점과 개선방안, 법학연구 제59집(한국법학회, 2015.9), 408-409면; 오동석, 앞의 논문, 130면, 132면 이하; 이성기, 「통신사업자의 통신사실확인자료 및 통신자료 제공의 요건과 절차」에 관한 비교법적 연구 -미국, 영국, 독일, 프랑스, 일본의 제도 비교를 중심으로-, 법과 정책연구 제14권 제1호(2014.3), 62-63면; 황성기, 앞의 논문, 18-20면. 영장주의라는 개념 자체가 없는 프랑스에서는 사법기관인 수사판사가 통신사업자에게 우리나라 법제상 통신사실확인자료자료와 통신자료에 해당하는 정보의 제공을 직접 지시할 수 있다고 한다. 이에 대해서는 김규식,

수사실무상으로도 통신자료 제공요청이 법원의 허가를 요하는 통신사실확인자료 제공요청을 우회하여 폭넓게 활용되는 경향을 확인할 수 있다(아래의 <표 2> 및 <표 3> 참조). 또한 통신사실확인자료 제공요청의 경우, 관할지방검찰청 검사장의 사전승인을 요구하던 것에서 2005. 8. 27.부터 법원의 허가를 요구하는 것으로 변경되면서 통신사실확인자료 제공요청의 활용도가 같은 기간 통신자료 제공요청의 활용도와 비교할 때 뚜렷하게 낮아졌음을 확인할 수 있다(아래의 <표 4> 및 <표 5> 참조).

통신자료와 통신사실확인자료의 입수 및 통지제도에 관한 비교법적 연구, 한국테러학회보 제9권 제3호(2016.9), 31-34면; 이성기, 앞의 논문, 54-55면, 60면 참조.

통신자료 제공요청에 대해서도 법원의 허가를 받도록 할 경우, 수사의 신속성과 효율성을 저해하여 사건의 조기해결과 피해자의 보호에 심각한 타격을 줄 수 있다는 이유로 통신자료 제공요청에 대한 영장주의 도입을 반대하는 견해도 있다(박민우, 앞의 논문, 151면 이하; 유주성, 앞의 논문, 101-102면; 이원상, 수사절차에서 통신자료 활용에 따른 쟁점 고찰, 형사소송 이론과 실무 제7권 제1호(2015.6), 88-89면).

그러나 이는 수사의 신속성 및 효율성과 통신의 비밀에 대한 보호 필요성 중에서 전자에게만 무게를 둔 것이라 할 수 있다. 현행 통신비밀보호법에서도 “긴급한 사유가 있는 때”에는 사전영장주의의 예외로 인정하여 사후에 “지체없이” 법원의 허가를 받도록 하고 있다는 점(통신비밀보호법 제8조 제1항~제2항, 제13조 제3항 단서 참조)을 고려할 때, 통신자료 제공요청에 대해서도 원칙적으로 법원의 사전허가를 받도록 하고 긴급한 사유가 있는 때에 지체없이 사후 법원의 허가를 받도록 하는 방향으로 영장주의를 도입할 때 오히려 수사의 효율성이나 신속성과 국민의 기본권 보장 간의 균형을 확보할 수 있을 것이다(김민이/ 이경렬, '통신자료 등' 취급 문제의 해결을 위한 법해석론적인 제언, 성균관법학 제28권 제1호[2016.3], 85-86면).

그밖에 통신자료 제공요청에 대한 영장주의 도입 반대의 이유로 법원의 업무과중 등으로 인한 법원의 형식적 심사의 우려 등을 드는 견해도 있으나(박민우, 앞의 논문, 153면 이하; 유주성, 앞의 논문, 102-103면; 이기수, 수사목적 통신자료 이용의 영장주의 적용 검토, 형사법연구 제29권 제1호[2017.3.30.], 106-107면), 예컨대 살인 등 강력범죄가 많이 발생한다고 해서 이를 방관하는 것이 정당하지 않듯이, 통신자료 제공요청에 대한 법원의 심사가 형식적으로 그치지 않도록 법원의 인력을 보강해서라도 제대로 심사하도록 하는 것이 국민의 기본권보장을 위한 국가기관의 기본 책무라 할 수 있다. 이를 외면하는 국가기관이라면 국민도 이들을 외면할 것이고, 결국 그 존립 자체가 위태로워질 것이다. 민주국가에서 국가기관은 국민의 기본권을 보장하기 위한 수단에 불과하기 때문이다.

범죄의 종류와 신속한 수사의 필요 여부에 따라 통신자료 제공요청에 영장주의 도입 여부를 달리하여야 한다는 주장에 대해서는 이순옥, 수사목적을 위한 개인정보 활용의 한계 -통신자료 제공을 중심으로-, 형사소송 이론과 실무, 제12권 제1호(2020.6), 130-132면 참조.

〈표 2〉 통신자료 제공 현황

(단위 : 건)

구 분		'16년	'17년	'18년	'19년	'20년	'21년 상반기
검 찰	전화번호수	2,208,469	1,934,319	2,110,476	1,975,869	1,841,049	597,454
	문서수	195,763	192,039	194,818	193,744	176,054	67,720
	문서1건당 전화번호수	22.5	20.1	21.6	20.4	20.8	8.8
경 찰	전화번호수	5,833,312	4,176,093	3,826,000	3,866,137	3,465,790	1,877,582
	문서수	856,756	739,029	721,726	753,018	761,036	391,775
	문서1건당 전화번호수	13.6	11.2	10.6	10.2	9.0	4.8
국정원	전화번호수	47,433	23,867	29,522	43,325	39,582	14,617
	문서수	3,009	2,672	2,698	2,993	3,193	1,622
	문서1건당 전화번호수	31.4	17.8	21.8	28.9	24.8	9.0
공수처	전화번호수	-	-	-	-	-	135
	문서수	-	-	-	-	-	29
	문서1건당 전화번호수	-	-	-	-	-	4.7
기타 기관*	전화번호수	183,290	170,706	175,109	142,937	138,496	69,651
	문서수	54,086	56,011	55,239	53,644	52499	29,980
	문서1건당 전화번호수	6.7	6.1	6.4	5.3	5.3	2.3
합 계	전화번호수	8,272,504	6,304,985	6,141,107	6,028,268	5,484,917	2,559,439
	문서수	1,109,614	989,751	974,481	1,003,399	992,782	491,126
	문서1건당 전화번호수	14.9	12.7	12.6	12.0	11.0	5.2

* 기타기관 : 군 수사기관, 사법경찰권이 부여된 행정부처(관세청, 법무부, 고용노동부, 식약처 등)
※ 자료출처: 과학기술정보통신부, 통신자료 및 통신사실확인자료 제공 등 현황

〈표 3〉 통신사실확인자료 제공 현황

(단위 : 건)

구 분		'16년	'17년	'18년	'19년	'20년	'21년 상반기
검 찰	전화번호수	163,795	157,340	155,900	139,162	128,372	38,524
	문서수	59,527	62,616	61,595	55107	50,181	16,214
	문서1건당 전화번호수	5.5	5.0	5.1	5.1	5.1	2.4
경 찰	전화번호수	1,415,145	885,238	391,859	364,477	323,033	197,098
	문서수	241,039	234,922	220,612	219,999	195,973	97,145
	문서1건당 전화번호수	11.8	7.3	3.5	3.3	3.3	2.0

국정원	전화번호수	1,210	3,398	1,830	1,820	1,180	768
	문서수	424	701	715	497	157	115
	문서1건당 전화번호수	5.6	9.5	5.2	7.3	15.9	6.7
공수처	전화번호수	-	-	-	-	-	21
	문서수	-	-	-	-	-	12
	문서1건당 전화번호수	-	-	-	-	-	1.8
기타 기관*	전화번호수	5,504	6,921	5,502	6,353	6,136	4,572
	문서수	2,331	3,018	2,692	3,379	2,953	1,496
	문서1건당 전화번호수	4.7	4.6	4.1	3.8	4.1	3.0
합 계	전화번호수	1,585,654	1,052,897	555,091	511,812	458,721	240,983
	문서수	303,321	301,257	285,614	278,982	249,264	114,982
	문서1건당 전화번호수	10.4	6.9	3.8	3.6	3.7	2.1

* 기타기관: 군 수사기관, 사법경찰권이 부여된 행정부처(관세청, 법무부, 고용노동부, 식약처 등)
※ 자료출처: 과학기술정보통신부, 통신자료 및 통신사실확인자료 제공 등 현황

〈표 4〉 통신사실확인자료) 수사기관별 제공현황

(단위 : 문서건수)

구 분	'01년	'02년	'03년	'04년	'05년	'06년	'07년	'08년 상반기
검 찰	17,684	15,792	28,365	26,343	29,631	25,004	28,301	21,026
경 찰	119,362	89,725	115,449	131,806	149,802	116,052	143,316	74,737
국정원	7,689	5,183	7,281	6,758	4,982	832	922	724
군수사기관등	12,427	11,841	15,946	11,923	10,954	8,855	11,120	5,997
합 계	157,162	122,541	167,041	176,830	195,369	15,0743	183,659	102,484

※ 자료출처: 2008년도 방송통신위원회, 국정감사 요구자료

〈표 5〉(통신자료) 수사기관별 제공현황

(단위 : 문서건수)

구 분	'01년	'02년	'03년	'04년	'05년	'06년	'07년	'08년 상반기
검 찰	21,378	26,342	41,478	49,574	63,692	63,408	72,764	47,540
경 찰	71,393	81,166	119,699	198,363	244,132	221,311	305,281	158,576
국정원	71,186	4,519	6,336	7,811	6,399	6,313	7,623	4,568
군수사기관등	13,465	15,760	21,679	24,181	28,548	32,534	40,740	20,550
합 계	177,422	127,787	189,192	279,929	342,771	323,566	426,408	231,234

※ 자료출처: 2008년도 방송통신위원회, 국정감사 요구자료

Ⅴ. 통신자료 제공 이후의 사후 통제 미비의 문제점과 개선방안

1. 통신자료 제공요청에 의한 기본권 제한의 특성

오늘날 정보통신기술의 비약적 발전에 따라 통신 중에서 전기통신이 차지하는 비중은 절대적이며, 전기통신에 의해 이루어지는 의사소통의 비밀에 대한 기술적 침해 가능성과 보호의 필요성이 더욱 강조되고 있다. 이를 구체화하고 있는 대표적인 예로 통신비밀보호법에 따른 통신제한조치 및 통신사실확인자료 제공요청의 요건 및 절차를 들 수 있다.

이와 관련하여 주목할 점은, 통신비밀이 -특히 수사기관이 통신에 관한 각종 정보를 취득할 경우에는- 정보주체가 알지 못하는 사이에 제한될 수 있다는 점이다. 한편으로는 수사의 밀행성으로 인하여 정보주체에 대한 사전 통지 없이 비밀리에 통신비밀이 제한될 수 있으며, 다른 한편으로는 이러한 통신관련 정보가 정보주체가 아닌 전기통신사업에 의해 수사기관에 전달될 수 있다는 점으로 인하여 그러하다.

통신비밀보호법 제정 이전에도 이른바 도청 등에 의한 통신비밀의 침해는 많은 논란의 대상이었으나, 국가정보기관에 의한 도청 등이 행해진다는 것은 공공연한 비밀이었다. 민주화 이후 설령 공익 목적을 위한 도청이라도 법률에 근거하여야 하며, 법률상의 요건과 절차를 따르도록 하였던 것은 한편으로는 범죄수사 등 공익적 목적에 의한 통신비밀 제한의 필요성은 인정되지만, 다른 한편으로는 과거와 같은 본인도 모르는 상태에서 기본권을 침해당하는 일이 반복되어서는 안 된다는 국민적 요구의 결과이기도 하였다.

이렇게 볼 때, 통신비밀의 제한이 범죄수사 등 공익적 요청에 의해 가능하다는 것은 다른 기본권들과 다를 바 없으나, 그 기본권 침해의 태양이 특별하다는 점, 즉 한편으로는 수사의 밀행성으로 인하여 불가피하게, 다른 한편으로는 제3자인 정보관리자(전기통신사업자 등)의 협조에 의해, 본인이 알지 못하는 사이 침해될 수 있다는 점은 통신비밀 제한의 정당성과 관련하여 특별한 고려를 요청한다. 본인이 알지 못하고 그렇기 때문에 본인이 방

어할 수 없는 상태에서 기본권이 침해된다는 것은 본인의 방어를 대신할 수 있는 절차를 요청할 뿐만 아니라 그 절차는 본인의 방어에 준할 정도의 실효성을 가져야 한다.

또한 사전통지의 생략을 불가피하게 하는 특별한 사정이 종료된 이후에는 본인에게 즉시 사후통지를 해야 한다. 만일 사후 통지조차 생략된다면 본인은 자신의 통신의 비밀이 제한된 것도 영원히 모르는 상태로 지나갈 수 있다. 이러한 상황은 다음과 같은 점에서 기본권 보호의 실효성을 심각하게 훼손한다.

첫째, 기본권의 주체가 알지 못하는 상태에서 기본권이 제한된다는 것은, 즉 본인의 기본권에 대한 방어가 불가능한 상태에서 기본권이 제한된다는 것은 -설령 법원의 허가 등 다른 국가기관에 의한 사전통제가 있다 하더라도- 기본권 주체의 입장에서는 결코 정당한 것으로 받아들이기 어렵다. 진정한 기본권 주체라면 자신의 기본권이 현재 어떤 상태인지 충분히 알아야 할 것이다. 자신도 모르는 상태에서 기본권이 제한되는 것은 주권자인 국민도 모르는 상태에서 밀실행정으로 주권이 침해되는 것과 다를 바 없다.

둘째, 기본권의 주체가 전혀 관여하지 못하는 방식의 기본권 제한이 반복될 경우에는 기본권제한의 오·남용이 점차 늘게 될 위험이 커진다. 현대 법치국가의 근간은 정당한 권리를 침해당한 자가 이를 쟁송수단을 통해 다툴 수 있도록 하는 것이며, 사법절차의 기본구조 또한 이를 전제한 것이다. 그런데 기본권주체가 기본권 제한 사실조차 알지 못하여 이를 다툴 수 없도록 하는 것은 법치국가의 근간을 흔들 뿐만 아니라, 권리구제의 실효성도 현저하게 약화시킬 수밖에 없다.

셋째, 당사자가 기본권 제한을 알지 못한다는 것은 일반국민들, 특히 언론도 이를 알게 될 가능성이 매우 낮음을 의미한다. 이런 상황에서 법원의 사전허가나 국회의 사후통제만으로 통신비밀제한의 오·남용을 막는 데에는 그 한계가 뚜렷하다. 한편으로는 침해 당사자만큼 예민하게 느끼지 못할 수 있고, 다른 한편으로는 다양한 침해유형에 대해 충분히 효율적으로 대응하지 못할 가능성이 크기 때문이다.[61]

2. 정보주체에 대한 사후통지 및 취득정보에 대한 사후관리의 문제

특히 통신비밀보호법상 통신사실확인자료 제공요청은 2001. 12. 29. 법개정에 의한 도입 당시에는 관할 지방검찰청 검사장의 승인을 얻어 할 수 있도록 하였던 것을 2005. 5. 26. 법개정을 통해 법원의 허가를 얻도록 함으로써 감청 등 통신제한조치와 마찬가지로 영장주의가 적용되고 있다는 점에 주목할 필요가 있다. 이는 수사의 밀행성으로 인하여 정보주체에 대한 사전통지 없이 통신의 비밀이 제한되는 상황에서 법원이 사전적으로 그 오·남용 위험성을 통제하도록 한 것이다.

그런데 법원에 의한 사전적 통제에는 근본적인 한계가 있다. 물론 오·남용을 크게 줄일 수는 있으나 통신비밀보호법상 허가 여부에 대해 법원이 판단할 때 인신구속 등에 대한 영장실질심사와는 달리 당사자에게 소명의 기회를 줄 수 없기 때문에 수사기관의 일방적 소명에 따른 설득력 있는 허가사유의 존부만으로 결정하기 때문이다. 이러한 근본적인 한계 때문에 사후 통제의 필요성이 매우 강하게 대두된다.

이러한 사후 통제를 위해서는 정보주체에 대한 사후통지가 필수적이다. 이는 수사가 종결 등으로 더이상 수사의 밀행성을 유지할 필요가 없게 된 경우에 당사자에게 통지하여 본인이 자신의 통신의 비밀 등 기본권에 대한 제한이 위헌·위법인지 여부를 확인하고 이를 법적 쟁송수단을 통해 다툴 수 있도록 하는 것이다. 통신의 비밀은 자신의 통신정보에 대한 결정권을 포함하는데, 이에 따라 자신의 의사에 반하는 통신정보의 이용을 통제할 수 있는 권리도 인정된다.

그러므로 수사의 밀행성으로 인하여 제한 당시 정보주체에게 그 제한 사실을 통지할 수는 없다 하더라도, 사후에 이를 통지받을 수 있는 권리가 반드시 인정되어야 한다.[62] 만일 이러한 기회조차 주어지지 않는다면 기본

61) 현대 사법제도가 당사자의 주장을 중심으로 법적 쟁송을 진행하는 것도 이런 점을 고려한 것이다.

62) 이순옥, 앞의 논문, 134-136면; 황성기, 앞의 논문, 21-22면.

권 보호는 매우 무력해질 수 있고, 통신정보를 비롯한 개인정보에 대한 보호는 -그 비밀에 대한 침해 내지 유출이 본인이 알지 못하는 가운데 얼마든지 발생할 수 있다는 점에서- 자기도 모르는 사이에 상당 부분 무력화될 수 있다.[63]

이러한 이유로 통신비밀보호법 제13조의3은 제1항에서 검사 또는 사법경찰관으로 하여금 범죄수사를 위한 통신사실확인자료를 제공받은 사실과 제공요청기관 및 그 기간 등을 정보주체에게 서면으로 통지하도록 하고 있으며, 제2항 ~ 제4항에서 통지유예에 대하여 규정하고, 제5항 ~ 제6항에서 통신사실확인자료를 제공받은 사실 등을 통지받은 당사자의 신청으로 통신사실확인자료 제공요청의 사유를 통지하도록 규정하고 있다.[64]

---

63) 헌재 2018. 6. 28. 2012헌마191 등, 판례집 30-1하, 564, 584-585: "위치정보 추적자료 제공요청과 관련하여, 사전에 정보주체인 피의자 등에게 이를 통지하는 것은 수사의 밀행성 확보를 위하여 허용될 수 없다 하더라도, 수사기관이 전기통신사업자로부터 위치정보 추적자료를 제공받은 다음에는 수사에 지장이 되지 아니하는 한 그 제공사실 등을 정보주체인 피의자 등에게 통지해야 한다. 이와 같이 수사기관이 피의자 등에게 위치정보 추적자료 제공사실을 통지함으로써, 피의자 등은 위치정보 추적자료의 제공이 적법한 절차에 따라 이루어졌는지, 위치정보 추적자료가 제공 목적에 부합하게 사용되었는지 또는 제공된 위치정보 추적자료가 개인정보 보호법 등에 규정된 적법한 절차에 따라 폐기되었는지 등을 확인할 수 있게 된다. 정보주체인 피의자 등은 이를 통하여 수사기관의 불법 또는 부당한 행위가 확인되는 경우에 수사기관이나 법원에 그 시정을 요구하는 등으로 실효성 있게 권리구제를 받을 수 있게 된다. 그럼에도 이 사건 통지조항은 수사기관이 전기통신사업자로부터 위치정보 추적자료를 제공받은 사실에 대해, 그 제공과 관련된 사건에 대하여 수사가 계속 진행되거나 기소중지결정이 있는 경우에는 정보주체에게 통지할 의무를 규정하지 않고 있다. 이에 따라, 통신사실확인자료를 제공받은 사건에 관하여 기소중지결정이 있거나 수사·내사가 장기간 계속되는 경우에는, 정보주체는 그 기간이 아무리 길다 하여도 자신의 위치정보가 범죄수사에 활용되었거나 활용되고 있다는 사실을 알 수 있는 방법이 없다. 또한 이 사건 통지조항은 수사기관이 정보주체에게 위치정보 추적자료의 제공을 통지하는 경우에도 그 사유에 대해서는 통지하지 아니할 수 있도록 함으로써 정보주체는 수사기관으로부터 통신사실확인자료 제공사실 등에 대해 사후통지를 받더라도 자신의 위치정보 추적자료가 어떠한 사유로 수사기관에게 제공되었는지 전혀 짐작할 수도 없다. 그 결과, 정보주체는 위치정보 추적자료와 관련된 수사기관의 권한남용에 대해 적절한 대응을 할 수 없게 된다. 따라서, 이 사건 통지조항은 정보주체의 절차적 권리와 개인정보자기결정권을 충분히 보장하기에 미흡하다고 할 수 있다."

64) 대법원은 다음과 같이 전기통신사업자는 수사종료 여부와 관계없이 이용자의 통신사실확인자료 제공현황의 공개요구에 응할 의무가 없는 것으로 보고 있다.
대법원 2015. 2. 12. 선고 2011다76617 판결: "통신비밀보호법은 통신사실확인자료

반면에 전기통신사업법에는 제83조 제3항에 따라 수사기관이 통신자료를 제공받은 경우 정보주체에게 통지할 의무에 관한 규정을 두고 있지 않아 수사기관의 통지의무가 인정되지 않고 있는 것[65]은 입법의 미비라 생각된다.[66]

나아가 통신자료 제공요청으로 취득한 정보가 목적 외로 이용되거나 유출되지 않도록 하여야 한다. 통신비밀보호법은 이와 관련하여 제13조의5에서 감청 등의 통신제한조치에 관한 규정을 준용함으로써 통신사실확인자료 제공요청에 관여한 전·현직 공무원과 통신기관의 전·현직 직원 등의 비밀준수의무(제11조) 및 취득한 통신사실확인자료의 사용제한(제12조)을 명시하고 있으나, 전기통신사업법이나 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」에서는 이와 관련한 구체적인 규정을 두지 않고 개인정보보호법에 따라 규율되도록 하고 있다.[67]

제공의 대상을 한정하고 통신사실 확인자료의 사용용도를 일정한 경우로 제한하는 한편, 수사기관의 범죄수사를 위한 통신사실 확인자료 제공 등에 대한 통지의무 및 통신사실 확인자료 제공에 관여한 통신기관의 직원 등의 통신사실 확인자료 제공 사항에 대한 비밀준수의무를 규정하는 방법으로 전기통신 이용자의 통신비밀과 자유를 보호하고 있을 뿐, 한 걸음 더 나아가 전기통신 이용자에게 전기통신사업자를 상대로 통신사실 확인자료를 제3자에게 제공한 현황 등에 대한 열람 등을 청구할 권리를 인정하지 않는 점, 통신비밀보호법 제13조의3에서 규정한 통신사실 확인자료 제공의 집행사실에 관하여 수사기관이 통지를 할 무렵에는 통신비밀보호법 제13조의5에 의하여 준용되는 제11조 제2항에서 규정한 통신사실 확인자료 제공에 관여한 통신기관 직원 등의 통신사실 확인자료 제공 사항에 대한 비밀준수의무가 해제된다고 볼 아무런 근거도 없는 점 등을 종합하면, 전기통신사업자는 수사종료 여부와 관계없이 통신비밀보호법 제13조의5, 제11조 제2항에 따라 전기통신 이용자를 포함한 외부에 대하여 통신사실 확인자료 제공 사항을 공개·누설하지 말아야 할 의무를 계속하여 부담하므로, 이용자의 공개 요구에도 응할 의무가 없다."

65) 또한 전기통신사업자도 전기통신사업법상 통신자료 제공요청에 응하여 제공한 정보에 대해서는 이용자에게 통지할 의무가 없다. 개인정보보호법 제39조의8 제1항, 같은 법 시행령 제48조의6 제2항 제2호 본문에서는 정보통신서비스 제공자 등이 "개인정보를 제공받은 자와 그 제공 목적 및 제공한 개인정보의 항목"을 이용자에게 주기적으로 통지할 의무가 있는 것으로 규정하고 있으나, 같은 법 시행령 제48조의6 제2항 제2호 단서에서는 "「통신비밀보호법」 제13조, 제13조의2, 제13조의4 및 「전기통신사업법」 제83조 제3항에 따라 제공한 정보"는 통지대상 정보에서 제외하도록 규정하고 있기 때문이다.

66) 이원상, 앞의 논문, 62면; 임규철, 앞의 논문, 209면.

67) 개인정보보호법 제19조(개인정보를 제공받은 자의 이용·제공 제한), 제21조(개인정

최근 통신자료 제공요청의 오·남용 문제의 심각성과 이에 대한 통제의 미비라는 문제에 대한 공감대가 널리 형성되고 있다. 전술한 바와 같이 통신자료도 경우에 따라 통신비밀의 보호대상이 되는 통신정보로서 기능한다고 볼 때, 영장주의 적용 여부 뿐만 아니라, 통신자료 제공 이후 사후 통지에 대해 통신사실확인자료 제공의 경우와 달리 취급하는 것은 정당성을 갖기 어렵다.

입법론적으로는 전기통신사업법 제83조 제3항의 "그 요청에 따를 수 있다." 를 "그 요청에 따라야 한다."로 개정하여 전기통신사업자의 협조의무를 명시하고, 통신비밀보호법에 통신자료 제공요청에 관한 규정을 신설하여, 법원의 허가 요구, 정보주체에 대한 사후통지 및 제공받은 통신자료의 사후관리 등에 대하여 통신사실확인자료 제공요청에 준하여 규율하는 것이 바람직할 것으로 보인다.

3. 국회에 의한 통제의 필요성

통신비밀보호법상 수사기관의 통신비밀 제한에 대한 통제는 법원에 의한 통제가 외부적 통제의 가장 중요한 비중을 차지하지만, 국회에 의한 통제도 중요한 기능을 한다. 통신비밀보호법 제15조에서는 국회의 상임위원회 및 국정감사와 국정조사를 위한 위원회는 특정한 통신제한조치 등과 감청설비에 대한 인가 또는 신고내역에 관하여 보고를 요구하거나(제1항), 수사관서의 감청장비보유현황, 감청집행기관 또는 감청협조기관의 교환실 등 필요한 장소에 대하여 현장검증이나 조사를 실시할 수 있으며(제2항), 통신제한조치보고서의 국회 제출(다만, 정보수사기관의 장은 국회정보위원회에 제출)을 요구할 수 있도록 규정(제4항)하고 있다.

이와 같이 통신비밀의 제한에 대해 법원의 통제 이외에 국회의 통제를 인정하는 것은 다음과 같은 의미가 있다. 첫째, 법원의 통제는 합법성 통제에 한정되지만, 국회는 정책적인 측면까지 포함하여 광범위한 통제를 할 수 있다.[68] 둘째, 이러한 국회의 통제는 향후 관련 입법의 개선이나 정비를 위

보의 파기) 등.

한 기초자료들의 확인 내지 확보라는 측면에서도 중요한 기능을 한다.[69]

현재 통신자료 제공요청의 오·남용과 관련한 국민들의 불안과 우려를 고려할 때, 통신자료 제공요청도 통신비밀보호법 제15조에 따른 국회의 통제 대상으로 명문화할 필요가 있다.

Ⅵ. 결 론

수사기관의 전기통신사업자에 대한, 전기통신사업법에 따른 통신자료 제공요청과 통신비밀보호법에 따른 통신사실확인자료 제공요청은 많은 국민들이 그 차이를 제대로 알기 어려울 정도로 유사하다. 비록 법률전문가들은 그 차이를 인식할 수 있지만 과연 이러한 차이가 본질적인 것인지에 대해서는 논란이 있다.

전기통신사업자에게 자료제공요청에 협조할 법적 의무를 인정하는지 여부가 결정적인 차이라는 일부 학설과 헌법재판소 판례가 있으나, 앞서 검토한 바와 같이 정보주체가 아닌 전기통신사업자의 재량에 따라 제공여부를 결정할 수 있도록 한 것은 전기통신사업법자에게 타인의 정보에 대한 처분권한을 부여한 것이라는 점에서 문제가 있다. 더욱이 제한되는 기본권의 성격과 전기통신사업자가 수사기관의 제공요청을 사실상 거부하기 어렵다는 점을 고려하면, 2010헌마439 사건의 반대의견과 국가인권위원회에서 주장하는 바와 같이, 통신자료 제공요청은 실질적으로 권력적 사실행위라고 보는 것이 기본권 제한의 실질에 부합하는 것이다.[70]

전술한 바와 같이 통신비밀보호법 제정 당시에는 검열과 감청(통신제한조치)에 대해서만 영장주의를 도입하였으나, 통신사실확인자료 제공요청의 오·남용으로 인한 인권침해 문제가 심각해지자 통신사실확인자료도 통

68) 이에 대하여는 차진아, 통신비밀보호법 개정방안에 대한 연구 - 범죄수사를 위한 통신사실확인자료제공의 요청을 중심으로-, 법무부, 2017, 153면 참조.

69) 이에 대하여는 차진아, 앞의 책, 153면 참조.

70) 오동석, 앞의 논문, 128-129면.

신의 비밀에 의해 보호되는 통신정보라는 인식에 근거하여 통신사실확인자료 제공요청에 대해서도 법원의 허가를 요하는 것으로 통신비밀보호법이 개정되었다. 같은 맥락에서 볼 때, 전기통신사업법에 따른 통신자료의 성격도 통신의 비밀에 관련된 것이 있을 뿐만 아니라 앞에서의 통계(《표 2》 및 《표 3》)에서도 확인되듯이 법원의 허가를 우회하여 통신사실확인자료의 제공요청보다는 통신자료 제공요청이 광범위하기 활용되고 있는 것은 기본권 보호의 실효성을 매우 약화시키는 것으로 볼 수 있다.

더욱이 오늘날 빅데이터 분석 등 개인에 대한 사적 정보를 국가나 다른 사적 단체 등이 광범위하게 수집하고 이용하는 것은 의도하지 않은 심각한 문제로 연결될 수 있다. 이런 점에서 통신자료 제공에 대해 충분한 법적 통제가 갖추어지지 않고 있다는 점은 심각한 문제이며, 빠른 시일 안에 개선되어야 할 것이다.

이러한 위험성은 최근 공수처의 저인망식 통신자료 제공요청 및 이를 이용한 언론사찰을 통해 가시화되었다. 만일 법원의 허가를 받아야 하는 것이었다면 공수처가 그렇게 할 수 있었겠는가? 결국 법적 통제의 미비가 이러한 공수처의 통신자료 제공요청의 오·남용을 조장했다고 보아도 틀리지 않을 것이다.

입법자가 모든 가능한 경우를 빠짐없이 예측한다는 것은 기대하기 어렵다. 그러나 적어도 현실로 발생한 문제에 대해서는 신속하고 적절한 대응을 해야 한다. 수사기관에 의한 통신자료 제공요청의 또 다른 오·남용, 제2, 제3의 공수처 언론사찰, 민간인사찰이 발생하기 전에 이러한 법적 미비점이 입법적으로 보완되어야 할 것이며, 그 이전이라도 헌법재판소가 통신자료 제공요청과 그 근거조항인 전기통신사업법 제84조 제3항의 법적 성격에 대한 보다 정밀한 분석 및 이를 기반으로 한 통제의 강화에 앞장서기를 기대한다.

[참고문헌]

1. 한국어 문헌

[단행본]

국가인권위원회 결정례집, 제7집, 2014.
차진아, 통신비밀보호법 개정방안에 대한 연구 - 범죄수사를 위한 통신사실확인자료제공의 요청을 중심으로-, 법무부, 2017.

[논문]

강태수, 통신의 비밀보장에 관한 연구, 경희법학 제45권 제4호(2010.12), 287-318면.
권양섭, 범죄수사에 있어서 통신자료제공제도의 문제점과 개선방안, 법학연구 제59집(한국법학회, 2015.9), 397-415면.
김기범, 범죄수사에서 제3자 정보 요청에 관한 입법체계, 위기관리 이론과 실천 제13권 제8호9(2017.8), 85-100면.
김대환, 헌법재판의 심사기준의 다양화 가능성과 과잉금지원칙의 헌법적 근거, 세계헌법연구 제12권 제2호(2006.12), 25-46면.
김규식, 통신자료와 통신사실확인자료의 입수 및 통지제도에 관한 비교법적 연구, 한국테러학회보 제9권 제3호(2016.9), 27-51면.
김민이/ 이경렬, '통신자료 등' 취급 문제의 해결을 위한 법해석론적인 제언, 성균관법학 제28권 제1호(2016.3), 71-95면.
박민우, 통신자료 제공요청의 법적 성격과 합리적인 제도 개선 방향 -영장주의 및 사후통지의 도입 여부와 관련하여-, 법조 제65권 제7호(2016.8), 117-170면.
박설아, 수사기관의 통신자료 요청에 따른 전기통신사업자의 민사책임, 법학논총 제25권 제1호(2018.3), 263-301면.
박주희, 수사목적의 개인정보 제공·이용에 대한 규범적 통제, 홍익법학 제21권 제2호(2020.6), 421-446면.
심우민, 수사를 위한 통신자료 제공 여부 누가 판단하나 -'회피 연아 사건' 판결로 본 개인정보 수집 관련 법적 쟁점-, 언론중재 제139호(2016.6), 6-17면.
오길영, 현행 통신비밀보호법의 문제점과 개선방향, 언론과 법 제14권 제1호(2015.4), 33-69면.
오동석, 통신자료 취득행위의 헌법적 검토, 경찰법연구 제18권 제1호(2020.2), 119-142면.
오상지, 통신수사의 기본권 침해에 관한 연구, 경찰학연구 제20권 제2호(2020.6), 1-30면.
유주성, 수사기관의 통신자료 제공요청과 영장주의 적용, 형사정책연구 제95호(2013.9), 85-109면.
이기수, 수사목적 통신자료 이용의 영장주의 적용 검토, 형사법연구 제29권 제1호 (2017.3.30.), 89-116면,
이성기, 「통신사업자의 통신사실확인자료 및 통신자료 제공의 요건과 절차」에 관한 비교법적 연구 -미국, 영국, 독일, 프랑스, 일본의 제도 비교를 중심으로-, 법과 정책연구 제14권 제1호(2014.3), 43-67면.

이성대/ 이경렬/ 김일환, 통신비밀자료의 제공과 관련한 주요국의 법제비교와 시사, 가천법학 제10권 3호(2017.9), 225-260면.
이순옥, 수사목적을 위한 개인정보 활용의 한계 -통신자료 제공을 중심으로-, 형사소송이론과 실무, 제12권 제1호(2020.6), 103-142면.
이원상, 수사절차에서 통신자료 활용에 따른 쟁점 고찰, 형사소송 이론과 실무 제7권 제1호(2015.6), 70-98면.
임규철, 전기통신사업자의 수사기관으로의 통신자료 제공에 대한 비판적 연구 -고등법원(2011나19012)과 대법원(2012다105482) 판례를 중심으로-, 법학연구 제57권 제4호(부산대학교 법학연구소, 2016.11), 197-225면.
차진아, 통신비밀보호법 제13조 제1항 및 제2항 등의 합헌성 여부에 대한 검토 -헌재 2012헌마191등 헌법소원심판청구 사건에 대한 검토를 중심으로-, 법조 제66권 제4호(2017.8), 237-293면.
차진아, 범죄수사를 위한 통신사실확인자료 제공요청의 문제점과 개선방안, 법조 제67권 제2집(2018.5), 366-420면
표명환, 과잉금지의 원칙과 본질적 내용침해 금지 -헌법재판소의 적용 검토를 중심으로-, 유럽헌법연구 제17호(2015.04), 501-532면.
황성기, 현행 통신비밀 보호법제의 헌법적 문제점, 언론과 법 제14권 제1호(2015.4), 1-32면.

2. 외국어 문헌

[단행본]

Satenig M. Chadoian, Das Fernmeldegeheimnis im Zeitalter der Internet- und Mobilfunküberwachung -Eine rechtsvergleichende Untersuchung des schweizerischen und österreichischen Grundrechtsverständnisses im Hinblick auf neuartige technische Überwachungsmaßnahmen-, Facultas, Nomos, 2019.
.

【국문초록】

현대 정보화 사회에서 통신의 비밀은 매우 민감하고도 중요한 문제이다. 오늘날 정보유통의 대부분은 통신매체를 이용하여 이루어질 뿐만 아니라 '정보는 힘'이라는 생각이 널리 확산함에 따라 개인이나 기업, 심지어 국가조차도 온갖 수단으로 최대한의 정보를 확보하기 위해 노력하고 있기 때문이다. 즉, 현대 정보화 사회는 정보 유토피아를 지향하고 있지만, 정보보호를 소홀히 할 경우에는 오히려 정보 디스토피아가 될 우려도 적지 않다. 이러한 정보보호와 관련하여 가장 많이, 그리고 가장 심각하게 문제 되는 영역의 하나가 통신의 비밀이라 할 수 있다.

불법적인 통신비밀의 침해에 대해서는 이를 어떻게 규제 내지 근절하느냐의 문제, 즉, 사실적 문제만이 있을 뿐이다. 그러나 오히려 합법적인 통신비밀의 제한이 오·남용될 때에는 훨씬 민감한 문제들이 발생한다. 통신비밀 제한의 정당성 여부가 규범적으로 문제될 뿐만 아니라, 그와 관련한 제한조치들이 통신비밀 제한의 오·남용은 아닌지에 대한 평가의 문제도 결코 간단하지 않다.

최근 고위공직자범죄수사처(이하 '공수처'라 함)의 이른바 '언론사찰'을 둘러싸고 많은 논란이 있다. 과거 군사독재 시절의 사찰에 비할 것은 아니라 할지라도, 공수처의 언론사찰이 문제 되는 것은 권한 범위를 넘어선 과도한 정보수집으로 인하여 관련 당사자들의 개인정보자기결정권이나 통신의 비밀을 불법적으로 침해했다는 의혹이 제기되고 있는 것 때문이다. 이에 대해 공수처는 전기통신사업법 제83조에 근거하여 합법적으로 수집된 자료임을 강조하고 있으나, 이를 둘러싼 논란은 일파만파 커지고 있다. 관련 쟁점은 크게 세 가지로 볼 수 있을 것이다.

첫째, 고위공직자의 범죄를 수사대상으로 하는 공수처가 고위공직자가 아닌 언론인 기타 일반시민들에 대해 광범위하게 통신자료를 조회한 것은 권한의 오·남용 아닌가?

둘째, 전기통신사업법 제83조에 제3항에서 정보주체(통신의 당사자)가 아닌 전기통신사업자가 수사상 필요한 경우 수사기관에게 통신자료를 임

의로 제공할 수 있도록 한 것이 정보주체의 헌법상 통신의 비밀 등 기본권을 위헌적으로 침해하는 것은 아닌가?

셋째, 공수처가 통신자료 제공요청을 통해 수사대상자와 관련된 언론인들의 취재원을 밝히려고 한 것이라면 그 자체로 취재원비닉권 등 언론의 자유에 대한 위헌적인 침해는 아닌가?

이 논문에서는 특히 위의 두 번째 쟁점에 주목하고자 한다. 현행법상 전기통신사업법 제83조 제3항은 수사기관이 전기통신사업자의 협조를 얻어 통신자료를 제공받을 수 있도록 하고 있다. 반면에 통신비밀보호법 제13조 제1항과 제15조의2 제1항은 수사기관은 통신사실확인자료 제공요청을 할 수 있고 전기통신사업자는 이 요청에 협조할 의무가 있다고 규정하고 있다. 이러한 규정의 차이에 근거하여 헌법재판소는 통신자료 제공요청을 임의수사로, 통신사실확인자료 제공요청을 강제수사로 이해하고 있다. 또한 통신비밀보호법은 후자의 경우에는 전자와 달리, 법원의 허가를 받도록 하고 있으며(제13조 제3항), 정보주체(통신의 당사자)에 대한 사후통지(제13조의3) 등 사후통제를 강화하고 있다.

그러나 전기통신사업법 제83조 제3항의 경우 정보주체(통신의 당사자인 이용자)의 동의 없이 전기통신사업자의 협조를 얻어서 통신자료를 제공받도록 하는 것은 정보주체의 통신비밀에 대한 제한이라는 관점에서 임의수사가 아닌 강제수사로 보아야 하는 것은 아닌가? 제3자인 전기통신사업자에게 임의로 통신정보 내지 통신의 비밀에 대한 처분권을 부여하는 것이 위헌은 아닌가? 나아가 통신비밀보호법에 따른 통신사실확인자료 제공요청과는 달리 전기통신사업법에 따른 통신자료 제공요청에 대해서는 통신자료를 제공받은 수사기관의 사후 통지의무가 없다는 점에 대해 신중한 평가가 필요하다.

이러한 맥락에서 이 논문은 통신자료에 대한 기본권적 보호와 수사기관의 공익적 목적에 의한 통신자료의 활용 사이의 긴장관계에 대한 검토(Ⅱ)를 전제로, 한편으로는 범죄수사를 위한 통신자료 제공요청의 요건과 절차(Ⅲ)를 확인하고, 다른 한편으로는 통신자료의 무분별한 제공에 의한 정보주체의 기본권 침해를 최소화하기 위한 영장주의 도입 필요성(Ⅳ) 및 통신자료 제공 이후 사후 통제 미비의 문제점과 개선방안(Ⅴ)에 대해 검토하였다.

【Zusammenfassung】

Das Auskunftsverlangen der Bestandsdaten als Ermittlungensmaßname nach dem Telekommunikationsbetriebsgesetz

- im Vergleich mit der Erhebung von Verkehrs-und Nutzungsdaten nach dem Fernmeldegeheimnisschutzgesetz-

Jina Cha
(Professor, Korea University School of Law, D. jur., Lawyer)

In der modernen Informationsgesellschaft ist das Fernmeldegeheimnis ein sehr empfindliches und wichtiges Thema. Dies liegt nicht nur daran, dass der größte Teil der Informationsverbreitung heute über Telekommunikationsmedien erfolgt, und sondern auch dass Einzelpersonen, Unternehmen und sogar Länder, nach der Verbreitung der Vorstellung, dass „Informationen Macht sind“, mit allen Mitteln die maximale Menge an Informationen zu sichern versuchen.

Mit anderen Worten, obwohl die moderne Informationsgesellschaft auf die Utopie der Information ausgerichtet ist, gibt es viele Befürchtungen, dass wenn der Informationsschutz vernachlässigt wird, dies eher in ein Informationsdystopie verkehrt, wenn der Informationsschutz vernachlässigt wird. Einer der größten und schwerwiegendsten Problembereiche in Bezug auf den Informationsschutz ist das Fernmeldegeheimnis.

Was die rechtswidrige Verletzung vom Fernmeldgeheimnis angeht, geht es nur darum, wie sie reguliert oder beseitigt werden kann, das heißt, es geht nur um Tatsachen. Im Gegenteil, viel heiklere Probleme ergeben sich, wenn die rechsmäßige Beschränkung des Fernmeldege-

heimnisses missbraucht werden. Die Legitimität von Beschränkung des des Fernmeldegeheimnisses nicht nur eine normativ problematisch,, sondern auch die Bewertung, ob die damit verbundenen Beschränkungen Missbrauch von Beschränkung des Fernmeldegeheimnisses sind, ist keineswegs einfach.

In jüngster Zeit gab es viele Kontroversen um die sogenannte „Medieninspektion“ des Korruptionsermittlungensamtes für hochrangige Beamte(im folgenden “Korruptionsermittlungensamtes„). Obwohl nicht vergleichbar mit den Inspektionen während der Militärdiktatur in der Vergangenheit, problematisch ist die Medieninspektion des Korruptionsermittlungensamtes deshalb, weil der Verdacht erhoben wird, dass das Amt das Recht auf informationelle Selbstbestimmung bzw. das Fernmeldegeheimnis der Betroffenen rechtswidrig verletzt hat, indem es über seine Befugnisse hinaus übermäßige Informationen gesammelt hat. Obwohl das Korruptionsermittlungensamt dagegen betont, dass die Daten auf der Grundlage von § 83 des Telekommunikationsbetriebsgesetzes rechtsmäßig erhoben würden, hat sich die Kontroverse darüber deutlich verschärft. Die damit verbundenen Probleme lassen sich grob in drei Kategorien einteilen.

Erstens ist es nicht Amtsmissbräuchlich, dass das Korruption-sermittlungensamt, dessen Ermittlungsgegestände Verbrechen hochrangiger Beamter sind, umfassend die Bestandsdaten von Journalisten und anderen normalen Bürgern eingeholt hat, die keine hochrangigen Beamten waren?

Zweitens, verstößt § 83 Abs. 3 des Telekommunikation-sbetriebsgesetz nicht gegen die Grundrechte wie etwa das Fernmeld-geheimnis usw., der keinem Informationssubjekt(keiner Telekommni-kationspartei), sondern der Telekommunikationsdiensteanbieter gestattet, die Bestandsdaten nach Belieben an eine Ermittlungsbehörde weiterzugeben, wenn dies für eine Untersuchung erforderlich ist?

Drittens, ist es nicht an sich ein verfassungswidriger Verletzung der Pressefreiheit, wie z. B. die Vertraulichkeit des Verhältnisses zu Informationsgebern über den Schutz des Redaktionsgeheimisses, wenn das Korruptionsermittlungensamt versuchen würde, die vertrauliche Quellen von Journalisten, die mit dem Gegenstand der Untersuchung in Verbindung stehen, durch die Auskunftsverlangen der Bestandsdaten zu enthüllen?

Diese Arbeit wollte dem zweiten oben genannten Punkt besondere Aufmerksamkeit schenken. § 83 Abs. 3 des geltenden Telekommunikationsbetriebsgesetzes erlaubt Ermittlungsbehörden, Bestandsdaten in Zusammenarbeit mit Telekommunikationsdiensteanbietern zu erhalten. Im Gegesatz dazu sehen § 13 Abs. 1 und § 15-2 Abs.2 des Fernmeldegeheimnisschutzgesetzes vor, dass eine Ermittlungsbehörde Auskunft von Verkehrs- und Nutzungsdaten verlangen darf und Kommunikationsbestätigungsdaten verlangen darf und Telekommunikationsdiensteanbieter verpflichtet sind, bei diese Anfrage zu kooperieren. Aufgrund dieser unterschiedlichen Regelungen versteht das Verfassungsgericht das Auskungsverlangen von Bestandsdatent als freiwillige Ermittlung und das Auskungsverlangen von Verkehrs- und Nutzungsdaten als Zwangsermittlung.

Darüber hinaus erfordert das Fernmeldegeheimnisschutzgesetz im letzteren Fall im Gegensatz zum ersteren eine gerichtliche Anordnung (§ 13 Abs.3) und eine nachträgliche Kontrolle, wie z. B. die Benachrichtigung über die Beauskunftung an der betroffenen Person (§ 13 Abs.3) stärken.

Sollte das Weitergegen von Bestandsdaten unter Mitwirkung des Telekommunikationsdiensteanbieters ohne Zustimmung der Informationssubjekte (der Benutzer, dier an der Telekommunikation beteiligt sind) im Fall von § 83 Abs. 3 des geltenden Telekommunikationsbetriebsgesetzes

jedoch nicht als freiwillige Ermiitlung, sondern als Zwangsermittlung unter dem Gesichtspunkt der Einschränkung vom Fernmeldegeheimnist des Informationssubjekts angesehen werden? Ist es nicht verfassungswidrig, einem Dritter, Telekommunikationsdiensteanbieter willkürlich Verfügungsrechte über Bestandesdaten bzw. Fernmeldegeheimnis einzuräumen?

Darüber hinaus ist sorgfältig abzuwägen, dass beim Auskunftsverlangen der Bestandsdaten nach dem Telekommunikationsbetriebsgesetz anders als beim Auskunftsverlangen der Verkehrs- und Nutzungsdaten nach dem Fernmeldegeheimnisschutzgesetz die beauskunfte Ermittlungsbehörde nicht zur nachträglichen Benachrichtigung verpflichtet ist.

In diesem Zusammenhang geht diese Arbeit von einer Aufarbeitung des Spannungsfeldes zwischen dem grundrechtlichen Schutz der Bestandsdaten und deren Nutzung von Ermittlungsbehörden für öffentliche Interesse aus (II), stellt sie einerseits Voraussetzungen und Verfahren der Beauskunfung der Bestandsdaten für strafrechtliche Ermittlungen fest (Ⅲ), beleuchtet sie anderseits die Notwendigkeit der Einführung vom Reichervorbehalt zur Minimierung der Verletzung der Grundrechte von Informationssubjekten durch leichtfertige Weitergegen der Bestandsdaten (IV), und überprüft sie die Problematik der unzureichende Nachkontrolle nach Beauskunftung der Bestandsdaten und Verbesserungsvorschläge (V).

주제어(Stichwörter): 통신자료(Bestandsdaten), 통신사실확인자료(Verkehrs-und Nutzungsdaten), 통신비밀보호법(Fernmeldegeheimnisschutzgesetz), 통신의 비밀(Fernmeldegeheimnis), 개인정보자기결정권(das Recht auf informationelle Selbstbestimmung)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제105호 2022년 6월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2022.105.307

강행규정 위반과 물권적 효력*

- 대법원 2021. 9. 30. 선고 2016다252560 판결에 대한 평석 -

이 병 준**

목 차

Ⅰ. 대상 판결
1. 사안의 개요
2. 원고들의 주장
3. 1심, 원심 및 대법원 판결의 주요내용
Ⅱ. 판결에 대한 평석
1. 들어가며
2. 매매계약의 유효를 전제로 임대사업자 지위의 승계를 인정한 1심과 원심 판결의 문제점
3. 매매계약의 효력을 강행규정 위반을 이유로 부정한 대법원 판결의 문제점
4. 비교법적 검토: 독일민법상 채권적 선매권과 물권적 선매권
5. 강행규정성의 판단기준
Ⅲ. 나가며

* 이 논문은 2022년도 한국외국어대학교 교내학술연구비의 지원에 의하여 이루어진 것임. 이 논문은 한미법학회 10주년 기념 학술대회에서 발표한 글을 바탕으로 이 때 좋은 지적을 하여주신 황원재 교수와 정신동 교수의 토론을 수용하는 한편, 익명의 심사자들의 예리한 지적을 반영하여 대폭적인 수정·보완을 거쳤다는 점을 밝힌다. 논문의 질적 향상을 가져온 좋은 토론과 지적에 진심으로 감사드린다.

** 한국외국어대학교 법학전문대학원 교수.

Ⅰ. 대상 판결

1. 사안의 개요

임대사업자인 피고 주식회사 반석주택(이하 '피고 반석주택'이라 한다)은 2002년경 임대의무기간 5년의 공공건설임대주택인 이 사건 임대사업아파트를 건설하여, 그 무렵 아파트를 원고들에게 각각 임대하였다. 피고 반석주택은 임대의무기간이 지난 2010년 또는 2011년에 이 사건 임대사업아파트에 관하여 피고 안성시로부터 분양전환승인을 받은 다음, 2011. 12.경 원고들 임차 세대에 관하여 임대사업자가 아닌 피고 매수인들에게 분양전환하는 계약을 체결한 뒤 피고 매수인들 앞으로 소유권이전등기를 해주었다.

원고들은 자신들이 임차한 세대를 우선분양전환받을 권리가 있고 피고 반석주택으로부터 원고들 임차 세대를 매수한 피고 매수인들이 원고들에 대한 우선분양전환의무를 승계하였다고 주장하면서 이 사건 소를 제기하였다.

2. 원고들의 주장[1)]

(1) 원고들이 우선분양전환대상자임을 전제로 하는 주위적 주장

피고 반석주택은 이 사건 조정절차에 따라 분양전환 절차를 개시할 의무가 있었으므로, 이 사건 조정결정이 확정된 2009. 8. 10.경 또는 1차 및 2차 분양전환승인일 무렵 이 사건 각 아파트의 우선분양전환대상자들인 원고들과 피고 반석주택 사이에 이 사건 각 아파트의 분양전환에 관한 합의가 이루어졌는데, 피고들은 위와 같이 피고 반석주택으로부터 이 사건 각 아파트를 매수함으로써 임대주택법 제16조에 따라 임대사업자로서의 지위 및 우선분양에 관한 의무를 승계하였다. 따라서 피고들은 각 원고에게 각 아파

1) 본 소송에서 다양한 청구취지가 원고들에 의하여 주장되었다. 여기서는 본 논문에서 필요한 한도로 그 내용을 간추려 소개하였다.

트에 관하여 2009. 8. 10.자(또는 2010년경) 분양전환에 관한 합의를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 각 이행할 의무가 있다.

(2) 예비적 주장

가사 원고들과 피고 반석주택 사이에 이 사건 조정결정에 따른 이 사건 각 아파트의 분양전환에 관한 합의의 성립이 인정되지 않는다고 하더라도, 원고들은 여전히 이 사건 각 아파트를 우선분양전환받을 권리가 있고, 피고들은 피고 반석주택으로부터 이 사건 각 아파트를 매수함으로써 임대주택법 제16조에 따라 임대사업자로서의 지위 및 우선분양에 관한 의무를 승계하였으며, 원고들은 이 사건 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부본의 송달로써 피고들에게 '분양전환가격'으로 정한 금원을 분양대금으로 정하여 매수청약의 의사표시를 하는 바이다. 따라서 피고들은 각 원고에게 각 아파트에 관하여 '분양전환가격'란 기재 각 금원을 분양대금으로 정한 각 원고의 매수청약의 의사표시에 대하여 각 승낙의 의사표시를 하고, 같은 표의 '부동산'란 기재 각 아파트에 관하여 이 판결 확정일자 매매를 원인으로 소유권이전등기절차를 각 이행할 의무가 있다.

3. 1심, 원심 및 대법원 판결의 주요내용

(1) 1심[2]과 원심[3]

1심인 수원지방법원 평택지원에서는 임대주택사업자의 지위 승계여부와 관련하여 "「임대주택법」은 임대주택 건설을 촉진하고 국민의 주거생활을 안정시키는 것을 그 목적으로 하고 있는 점, 임대주택을 매각하는 매매계약서에는 임대주택을 매입하는 자가 임대주택을 매각하는 자의 임대사업자로서의 지위를 승계한다는 뜻을 분명히 밝히도록 하고 있는 점(제16조 제2항), 임대사업자는 임대의무기간이 지나면 원칙적으로 무주택 임차인에게,

2) 수원지방법원 평택지원 2015. 6. 3. 선고 2012가합3779 판결.
3) 서울고등법원 2016. 8. 23. 선고 2015나2034572 판결.

임대사업자의 부도 등의 경우에는 분양전환 당시 해당 임대주택에 거주하는 임차인에게 우선적으로 분양전환을 하도록 규정하고 있는 점(제21조 제1항, 제2항), 임대주택의 건설·공급 및 관리에 관하여 임대주택법에서 정하지 아니한 사항에는 주택임대차보호법을 적용하도록 하고 있는데(제3조 제1항), 「주택임대차보호법」 제3조 제4항은 임차주택의 양수인은 임대인의 지위를 승계한 것으로 보는 점 등을 종합적으로 고려하면 ... 피고 반석주택의 임대사업자로서의 지위를 승계하였다고 할 것"이라고 판단하여 원고의 주장을 인용하였다.

원심인 서울고등법원에서 임대주택사업자의 지위 승계 여부에 관하여는 1심의 판단을 그대로 받아들여 분양전환받은 피고들은 피고 반석주택의 임대사업자 지위를 승계하였으므로 원고들에게 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있다고 판단하였다.

(2) 대법원[4)]

> 구 임대주택법 제21조 제1항, 제2항은 임대사업자에게 임대주택을 임차인에게 우선분양전환할 의무를 부과하면서도, 임대사업자가 이를 위반하여 임대주택을 임차인 아닌 제3자에게 분양전환한 경우에 그 법률행위의 효력에 관하여 명확하게 정하지 않고 있다. 구 임대주택법의 입법 취지와 보호법익, 위반행위의 중대성과 비난가능성, 거래안전에 미치는 영향 등을 종합적으로 고려하면, 공공건설임대주택의 임대사업자의 우선 분양전환의무에 관한 구 임대주택법 제21조 제1항, 제2항은 강행규정에 해당하고, 이를 위반하여 임대사업자가 우선분양전환권이 있는 임차인이 있음에도 임대주택을 제3자에게 분양전환한 경우 그 분양전환계약은 사법적(私法的)으로 무효라고 보아야 한다.

구체적인 이유는 다음과 같다.

(가) 구 임대주택법은 임대주택의 건설을 촉진하고 국민의 주거생활을 안정시키는 것을 목적으로 하고 있다(제1조). 이러한 입법목적을 달성하기

4) 대법원 2021. 9. 30. 선고 2016다252560 판결.

위하여 구 임대주택법은 임대사업자에게 국민주택기금의 장기저리 융자(제5조), 공공택지 우선 공급(제10조), 미분양 주택 우선 공급(제12조) 등 각종 지원을 하고, 그 밖에도 다른 법률에 따라 임대주택의 용적률 완화, 세금 감면 등 혜택을 부여한다. 이에 상응하여 임대사업자에게 각종 의무가 부과되는데, 임대사업자는 임대의무기간 동안 임대주택을 매각할 수 없고(제16조), 일정한 임대주택에 대해서는 분양전환 전까지 제한물권 설정이 금지되며(제18조), 임대조건에 관하여 시장 등의 감독 대상이 되고(제26조), 임대차계약의 해제·해지·갱신 거절은 법에서 정한 사유가 있는 경우에만 가능하다(제27조). 나아가 국민주택기금·공공택지 등 공공의 재원을 지원받아 건설된 공공건설임대주택의 임대사업자는 임대보증금에 관한 보증 가입의무(제17조), 임차인의 자격과 선정 방법, 임대보증금, 임대료 등 임대조건의 제한(제20조), 임대의무기간 경과 후 분양전환 대상자·절차·가격 제한(제21조) 등 공공의 재원이 투입되지 않은 민간건설임대주택 등에 비하여 더 많은 규제가 부과된다. 구 임대주택법은 이러한 규정들을 통하여 주거 문제를 스스로 해결하기 어려운 경제적 취약 계층에 장기간 거주 가능한 주거를 안정적으로 제공하고 주거 마련의 기회를 제공한다.

(나) 공공건설임대주택의 임차인이 임대주택을 시세보다 저렴한 가격에 우선적으로 분양전환받을 수 있는 권리는 임차권 못지않게 중요한 권리로 인식되어 왔고, 구 임대주택법은 이러한 임차인의 우선분양전환권을 실질적으로 보장하는 방향으로 수차례 개정되었다.

구 임대주택건설촉진법(1993. 12. 27. 법률 제4629호로 임대주택법으로 전부개정되기 전의 것)에는 우선분양전환에 관한 규정이 없었고, 시행규칙에만 관련 규정이 있었으며[구 임대주택건설촉진법 시행규칙(1994. 11. 2. 건설부령 제568호로 구 임대주택법 시행규칙으로 전부개정되기 전의 것) 제10조], 이를 위반할 경우 제재 규정도 없었다.

1993년 구 임대주택법 전부 개정 시 임대의무기간 경과 후 건설임대주택을 매각할 때 무주택세대주에게 우선 매각하여야 한다는 규정을 법률에 두었고(제15조), 2002. 12. 26. 법률 개정 시에는 제15조를 위반한 경우 형사처벌하는 규정을 신설하였다(제22조 제5호). 2008. 3. 21. 구 임대주택법을

전부 개정하면서 임차인의 우선분양전환권을 실질적으로 보장하기 위한 규정을 대폭 신설하였다. 시장 등의 분양전환승인제도를 도입하여(제21조 제3항) 분양전환 관련 규정 준수 여부에 대한 통제를 강화하였다. 종전에는 임대인이 분양전환을 지연하여도 임차인에게 별다른 대응책이 없었는데, 임차인들도 직접 분양전환승인을 신청할 수 있고(제21조 제5항), 분양전환승인 후 임대인이 분양전환에 응하지 않으면 임차인이 매도청구권을 행사할 수 있게 되었다(제21조 제8항). 또한 임대사업자는 임차인들이 분양전환승인 후 6개월 이상 분양전환에 응하지 않은 경우에만 임대주택을 제3자에게 매각할 수 있게 되었다(제21조 제7항).

(다) 이와 같이 구 임대주택법은 경제적 취약 계층의 주거생활 안정을 목적으로 하고, 그중에서도 특히 구 임대주택법 제21조는 공공의 재원이 투입된 임대주택을 임차인이 우선적으로 분양받아 주거를 마련할 기회를 보장한다는 면에서 보호법익의 공익적 성격이 강하다. 임대사업자가 각종 지원과 혜택을 받고도 그에 상응하는 의무를 위반하여 임차인의 우선분양전환권을 침해하는 것은 위반행위가 중대하고 비난가능성이 크며, 임차인이 임대사업자를 상대로 손해배상을 구하더라도 임대사업자가 무자력인 경우에는 임차인이 손해를 전보받지 못하게 된다.[5]

이와 같이 임대사업자가 임대주택을 제3자에게 분양전환한 경우 그 계약이 유효하다고 하면 임차인의 우선분양전환권을 침해하고 구 임대주택법의 입법 취지를 근본적으로 훼손할 우려가 있다. 따라서 임대사업자에게 형사적 제재를 하는 것만으로는 부족하고, 이러한 입법 취지를 사법적 법률관계에서도 관철시켜 계약을 무효로 볼 필요가 있다.

대법원은 임차인을 보호하기 위한 구 임대주택법 규정을 강행규정으로 보아 위반행위가 사법적으로 무효라고 본 예가 많다. 임대사업자가 임대의 무기간 경과 전에 임대주택을 매각하는 것은 구 임대주택법의 입법 취지를 근본적으로 훼손하여 사법상으로 무효라고 하였고(대법원 2005. 6. 9. 선고 2005다11046 판결 참조), 공공건설임대주택의 임대보증금과 임대료의 상한

5) 밑줄은 필자가 논의에 있어서 중요한 쟁점이 되는 부분을 강조하기 위하여 친 것이다. 이하도 같다.

을 정한 규정은 법령의 목적과 입법 취지 등에 비추어 그에 반하는 약정의 사법적 효력을 제한하는 효력규정으로 보아야 한다고 하였다(대법원 2016. 11. 18. 선고 2013다42236 전원합의체 판결 등 참조). 특히 공공건설임대주택의 분양전환가격 산정기준에 관한 구 임대주택법 등 관련 법령의 규정들은 강행규정이므로 산정기준에 따른 금액을 초과한 가격으로 체결된 분양전환계약은 그 초과하는 범위 내에서 무효라고 하였다(대법원 2011. 4. 21. 선고 2009다97079 전원합의체 판결, 대법원 2020. 8. 27. 선고 2016다26198 판결 등 참조). 이 사건과 같이 임대사업자가 임대주택을 임차인이 아닌 제3자에게 매각하는 것은 임대주택을 임차인에게 분양전환하면서 적정 가격을 준수하지 않은 것보다 그 위반의 정도나 비난가능성이 훨씬 크다고 할 수 있다.

(라) 임대주택을 매수하려는 제3자는 계약의 상대방인 임대사업자나 임대주택에 거주하는 임차인 또는 분양전환승인권자인 관할 시장 등을 통하여 해당 주택이 공공건설임대주택인지 여부, 분양전환승인이 있었는지 여부, 거주 임차인이 무주택자인지 여부[임대사업자는 구 임대주택법 시행규칙(2015. 12. 29. 국토교통부령 제270호로 전부개정되기 전의 것, 이하 같다) 제12조 제2항 제4호, 구 「주택공급에 관한 규칙」(2015. 12. 29. 국토교통부령 제268호로 전부개정되기 전의 것) 제21조의2에 따라 분양전환을 하는 경우 임차인의 주택 소유 여부에 관한 전산검색을 국토교통부장관에게 의뢰할 수 있다], 임대사업자에게 부도나 파산과 같은 사실이 발생하여 주택을 소유한 임차인에게도 우선분양전환권이 있는지 여부(임대사업자의 부도 등이 발생하면 국민주택기금 수탁자는 지체 없이 관할 시장 등에게 그 사실을 신고하여야 하고, 시장 등은 임차인에게 부도등 발생사실과 대책을 알리고, 임대차관계, 관리 현황 등 실태를 조사하여야 하며, 임차인대표회의가 구성될 수 있도록 적극 지원하여야 한다. 구 임대주택법 제23조, 제24조, 제30조 참조) 등을 사전에 알아볼 수 있다. 또한 임대사업자가 우선분양전환권 있는 임차인이 6개월 이상 분양전환에 응하지 않았다는 이유로 구 임대주택법 제21조 제7항에 따라 일반 분양을 실시하는 경우에는 임차인에게 분양전환을 희망하는지 물어보고, 임차인이 이를 희망하는 등 임대사업자와 사이에 분

양전환에 관한 다툼이 있는 경우에는 임차인, 임대사업자와 시장 등을 통하여 분양전환승인일, 임대사업자가 임차인에게 분양전환신청을 할 것을 안내·통보하였는지 여부 등을 조사하여 임차인의 우선분양전환권이 소멸하였는지 여부를 사전 조사할 수 있다. 따라서 구 임대주택법 제21조 제1항, 제2항에 반하는 분양전환계약이 무효라고 하더라도 매수인이 예측 불가능한 손해를 입거나 거래안전이 심각하게 침해된다고 볼 수 없다.

(마) 종래 대법원 1997. 6. 13. 선고 97다3606 판결은 임대주택법령을 위반하여 우선매각 대상자가 아닌 제3자에게 임대주택을 매각하였다는 사정만으로는 그 매매의 사법상 효력이 무효로 되지는 않는다고 판단하였다. 그런데 위 판결은 우선분양전환의무 위반에 관한 형사처벌 규정이 신설되기 이전의 구 임대주택법(1993. 12. 27. 법률 제4629호로 구 임대주택건설촉진법이 전문 개정된 것)이 적용되었던 사안에 관한 것이다. 그 후 법률이 개정되어 형사처벌 규정뿐만 아니라 분양전환승인제도 등 임차인의 우선분양전환권을 실질적으로 보장하기 위한 여러 규정이 신설되었고 이 사건에는 위와 같이 개정된 법률이 적용되므로, 위 대법원 97다3606 판결은 이 사건에 적용하기에 적절하지 않다.

피고 반석주택이 피고들과 분양계약을 체결한 세대에는 우선분양전환권이 있는 임차인들이 있으므로, 피고 반석주택이 위 피고들과 체결한 각 분양전환계약은 강행규정인 구 임대주택법 제21조 제1항, 제2항에 반하여 무효이다. 피고들은 임대주택의 소유권을 취득하지 못하였으므로 위 임대주택에 관한 피고 반석주택의 우선분양전환에 관한 의무를 승계할 여지도 없다.

Ⅱ. 판결에 대한 평석

1. 들어가며

(1) 우선분양전환제도와 본 판결의 주요 쟁점

분양전환제도는 공공임대주택에서 설정된 임대의무기간이 지나면 임대

주택을 임차인 또는 제3자에게 매각할 수 있도록 하는 제도이다. 그런데 분양전환제도 자체는 임대사업자에게는 소유권보장이라는 측면에서 중요한 의미를 갖지만, 임차인의 시각에서는 주거의 박탈을 가져오게 된다. 이에 따라 임차인이 우선적으로 임대주택을 분양받아 주거를 마련할 가치를 보장하기 위하여 임대주택법 개정으로 신설된 제도가 임차인의 우선분양전환제도이다.[6] 즉 임대사업자가 건설임대주택을 매각하려는 경우에 일정한 자격요건을 갖춘 무주택세대주(이하 '자격임차인'이라고 함)에게 우선하여 매각하도록 하여 임대사업자가 임대주택을 분양전환을 통하여 매각하려고 하는 경우 제3자에 우선하여 임차인이 매수할 수 있는 지위가 보장된다. 현재 우선분양전환권은 공공임대주택에서는 남아 있으나, 민간부분에 의한 민간임대주택에서의 우선분양전환제도는 규제완화 차원에서 폐지되었다. 하지만 제도 폐지 이전에 사업승인을 받아 건축된 민간건설 임대주택에 대하여는 아직도 우선분양전환제도가 남아 있다. 본 판결도 이러한 사정 하에 우선분양전환제도가 적용되고 있는 임대주택에 대한 것이다.[7]

본 판결의 주된 쟁점은 공공건설임대주택에 관하여 우선분양전환권 있는 자격임차인이 있는데도 불구하고 임대사업자가 이를 제3자에게 분양전환한 경우, 그러한 분양전환을 통하여 체결한 매매계약의 효력이 유효한지 여부와 유효하게 주택의 소유권을 취득한 것으로 보는 경우 제3자가 임대사업자의 분양전환의무를 승계하는지 여부이다. 1심인 수원지방법원 평택지원과 원심인 서울고등법원은 우선분양전환권자가 있는데도 그 임대주택을 제3자에게 분양전환한 경우 매매계약의 효력이 유효하다는 전제에서 제3자인 매수인들이 임대사업자의 우선분양전환의무를 승계한다고 판단하였다. 그러나 대법원은 구 임대주택법의 입법 취지와 보호법익 등을 기초로 공공건설임대주택 임대사업자의 우선 분양전환의무에 관한 구 임대주택법 제21조

---

6) 우선분양제도에 관한 소개로 이제우, "10년 공공임대주택의 분양전환가격 산정에 관한 고찰", 「집합건물법학」 제35호, 한국집합건물법학회(2020), 284면 이하 참조. 이와 관련하여 흥미로운 비교법적 연구로 조승연/김종림, "해외 공공임대주택의 소유권 이전 사례에 관한 고찰", 「국토연구」 제91호, 국토연구원(2016).

7) 이에 관하여 자세한 것은 이병준, "공공임대주택에서 우선분양전환권과 임차인의 의미", 「재산법연구」 제35권 제4호, 한국재산법학회(2019), 84면 이하 참조.

제1항, 제2항은 강행규정에 해당하고, 이를 위반하여 임대사업자가 우선분양전환권이 있는 임차인이 있음에도 임대주택을 제3자에게 분양전환한 경우 그 분양전환계약은 사법적으로 무효라고 보아야 한다고 판단하고 그 결과 제3자는 분양전환의무를 승계하지 않는다고 보았다.[8] 대법원의 입장에서도 소유권을 회복한 원래의 임대사업자가 우선분양전환의무를 이행할 수 있기 때문에 자격임차인들은 결국 우선분양전환권을 행사할 수 있다.

그러면 매매계약의 효력을 판단함에 있어서 이를 유효로 보고 구 임대주택법 제16조 제2항 등을 근거로 승계를 인정할 수 있는지 여부, 매매계약의 무효를 인정하기 위해서 구 임대주택법 제21조 제1항, 제2항을 강행규정으로 볼 수 있는지 여부를 살펴볼 필요가 있다.

(2) 논의순서와 범위

대상 판결에서 구 임대주택법과 우선분양전환권에 관한 대법원의 판시내용은 기본적으로 타당하고 구 임대주택법과 우선분양전환권의 법적 성질과 내용에 관하여는 선행연구가 많지는 않지만 존재하므로[9] 본 논문에서는 앞에서 언급한 쟁점을 중심으로 논의하려고 한다.

우선 매매계약의 유효를 전제로 임대사업자의 지위를 인정한 1심과 원심 판결의 문제점을 살펴보려고 한다(2). 법적 근거로 제시된 구 임대주택법 제16조 제2항과 주택임대차보호법 제3조 제4항의 적용가능성이 중점적인 검토대상이 된다. 그 다음으로 강행규정 위반을 이유로 매매계약의 무효를

---

8) 그러면서 임대주택법령을 위반하여 우선매각 대상자가 아닌 제3자에게 임대주택을 매각하였다는 사정만으로는 그 매매의 사법상 효력이 무효로 되지는 않는다고 판시한 대법원 1997. 6. 13. 선고 97다3606 판결에 대해서는 우선분양전환의무 위반에 관한 형사처벌 규정이 신설되기 이전의 구 임대주택법(1993. 12, 27 법률 제4629호로 구 임대주택건설촉진법이 전문 개정된 것)이 적용되었던 사안에 관한 것이기 때문에, 그 후 법률이 개정되어 형사처벌 규정뿐만 아니라 분양전환승인제도 등 임차인의 우선분양전환권을 실질적으로 보장하기 위한 여러 규정이 신설되었으므로 해당 판결을 본 사안에 적용하기에 적절하지 않다고 판단하였다.

9) 이병준, “공공임대주택에서 임차인의 우선매도청구권의 법적 성질과 그 권리행사기간”, 「법조」 제68권 1호, 법조협회(2019). 더 근본적으로 헌법적 정당성을 고민하는 문헌으로 장영수, “공공주택특별법상의 ‘우선 분양전환’ 제도에 대한 헌법적 고찰”, 「고려법학」 제102권, 고려대학교 법학연구원(2021) 참조.

인정하여 결과적으로 유인성에 따라 물권적 효력까지 부정한 대법원 판결의 문제점을 지적하려고 한다(3). 그 다음으로 입법적으로 우선분양전환권과 유사한 기능을 하고 있는 독일 민법상 선매 제도를 소개함으로써 어떠한 방식으로 제3자인 매수인 보호가 입법을 통하여 완비될 수 있는 상태가 마련될 수 있는지에 관하여 비교법적으로 고찰하려고 한다(4). 마지막으로 강행규정으로 판단한 대법원의 판단기준을 비판적으로 논의하면서 금지규정이 편면적으로 임대사업자에게 의무만을 부과하고 형사처벌을 과하고 있는 경우 이러한 의무를 위반하여 매매계약을 통하여 임대주택을 처분한 제3자와의 관계에서 이러한 금지규정을 강행규정으로 해석하여 이를 무효로 만드는 것이 타당한지에 관하여 살펴보려고 한다(5). 특히 여기서 강행규정 위반 이유로 한 매매계약의 무효는 유인성을 인정하고 있는 우리 법제에서 자동적으로 물권행위의 무효를 가져오게 되는데, 그러면 이 때 침해를 당하는 제3자인 매수인의 이익과 거래안전 보호를 대법원에서 충분히 고려했는지도 고찰의 대상이 될 것이다.

2. 매매계약의 유효를 전제로 임대사업자 지위의 승계를 인정한 1심과 원심 판결의 문제점

1심인 수원지방법원 평택지원에서는 우선분양전환권자가 있는데도 그 임대주택을 제3자에게 분양전환한 경우 우선분양전환의무를 부담하고 있는 임대사업자와 제3자인 매수인 사이의 매매계약과 소유권이전의 효력은 유효하다는 전제 하에서 임대주택의 소유권을 취득한 수분양자들이 임대사업자의 우선분양전환의무를 승계한다고 판단하였고, 원심인 서울고등법원에서도 이러한 입장에서 수분양자들이 제3자인 임대주택의 매수인들에게 행사한 소유권이전등기청구를 인용하였다. 그리고 임대사업자 지위의 승계를 인정하는 주된 논거로 구 임대주택법 제16조 제2항과 주택임대차보호법 제3조 제4항을 그 법적 근거로 제시하고 있다.

(1) 구 임대주택법 제16조 제2항의 적용가능성

1) 구 임대주택법 제16조 제2항의 규정 내용과 그 의미

구 임대주택법 제16조 제2항은 "임대주택을 매각하는 매매계약서에는 임대주택을 매입하는 자가 임대주택을 매각하는 자의 임대사업자로서의 지위를 승계한다는 뜻을 분명하게 밝혀야 한다"고 규정하고 있을 뿐이다.[10] 따라서 본 규정의 내용상으로 보았을 때 계약서상 승계 여부를 밝히도록 하고만 있다는 점에서 임대사업자의 지위 승계가 법률규정에 의하여 일어나는지, 아니면 계약에 의하여 일어나는지는 명확하지 않다.[11]

본 규정에서 '임대주택을 매입하는 자'가 임대사업자인지의 여부에 관하여 명시적으로 규정하고 있지 않으나, 구 임대주택법 제16조 제3항에서 "제1항에도 불구하고 임대의무기간 이내에 임대사업자 간의 매매 등 매각이 가능한 경우와 매각 요건 및 매각 절차 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다"라고 규정하고 있는 것을 감안하면, 구 임대주택법 제16조 제2항에서 말하는 임대주택의 승계는 임대사업자 사이의 매매를 전제로 한 규정이다. 즉 임대주택 의무임대기간 내의 매각은 예외적으로 임대사업자에게만 가능한 것으로 규정하고 있다. 그렇지만 임대사업자가 매수인의 지위에 있더라도 전 임대사업자가 부담하는 의무를 당연히 승계하는 지위에 있는 것은 아니다.

하지만 구 임대사업법은 매수인이 임대사업자의 지위를 승계하는 것을 조건으로 매매계약이 이루어질 것을 요구하고 있는 것으로 보인다. 즉 임대의무기간 중에 인대주택의 매매를 예외적으로 허용하는 것은, 매수인이 임대사업자의 지위를 승계하여 임차인들이 계속하여 보호를 받을 수 있다는

---

10) 이에 따라 하급심에서는 임대사업자의 지위 승계 여부에 관하여 판례상 혼란이 있었다[자세한 내용은 손홍수, "임대주택법에 기한 임차인의 우선매수청구권에 관한 실무상의 제문제", 「민사집행법연구」 제3권, 2007, 169면 이하 참조].

11) 즉 임대주택의 매매계약이 이루어지면 법률상 당연히 임대주택사업자의 지위가 승계되는 것인지, 아니면 당사자가 이를 계약을 통하여 합의한 경우에만 해당 임대사업자의 지위를 승계하는 법률효과가 일어나는 것인지 명확하지 않다. 그런데 대상 판결 사안에서 계약서상 임대사업자로서의 지위를 승계한다는 것이 밝혀져 있는지가 명확히 나타나 있지 않다. 계약상 승계규정이 없다고 한다면 법률규정에 의한 승계를 인정하지 않는 한 임대사업자의 지위 승계는 일어날 수 없는 것이다.

전제 하에서 허용하고 있는 것이다. 입법자가 법정승계 규정을 마련하였다면 좋았겠지만, 법률상 명확한 승계 규정이 없는 이상 매매계약의 당사자인 임대사업자들 사이에 계약상 임대사업자의 지위를 승계하기로 하는 합의가 요구된다고 볼 수 있다.[12] 즉 계약을 통하여 임대사업자들 사이에 그 지위를 승계하기로 합의한 경우에만 매매계약을 통하여 임대주택의 소유권이전을 인정하고 있는 것으로 보아야 한다. 그렇다면 제16조 제2항에서 승계여부를 계약상 명시하도록 한 것은 그 자체가 승계의 법률효과를 발생하는 것이 아니라 승계 사실을 임차인에게 알리는 기능만 하고 있는 것으로 해석된다.

2) 구 임대주택법 제16조 제2항의 적용범위

구 임대주택법 제16조 제2항은 기본적으로 (1) 임대의무 기간 중 (2) 임대주택사업자의 지위를 가진 자들 사이의 매매를 전제로 한 규정이다. 따라서 본 규정은 임대의무기간이 지난 후에 임대사업자가 아닌 자에 대한 분양전환에 의하여 매매가 일어나는 경우에는 적용될 수 없다.[13]

---

12) 최근의 대법원 판례에서는 명확하지는 않지만, 계약상 승계를 전제로 판시를 하고 있는 것으로 해석된다. 대법원 2021. 9. 9. 선고 2017다48218 판결: 구 임대주택법(2015. 8. 28. 법률 제13499호 민간임대주택에 관한 특별법으로 전부 개정되기 전의 것)이 임대의무기간 중 임대주택의 매각을 원칙적으로 금지하고 임대사업자 간 매매를 예외적으로 허용하는 취지, 매각 신고 시 관할 행정청으로 하여금 매수인이 등록된 임대사업자인지 확인하도록 하는 점, 구 임대주택법상 임대사업자의 등록 기준을 갖추지 못하면 임대사업자로 등록할 수 없고 등록하지 않은 사람은 임대사업자가 아니며, 임대사업자 등록을 하지 않은 사람이 임대주택을 취득할 수 있다면 임대사업자 간 매매를 예외적으로 허용하는 임대주택법령의 취지에 반하고 임차인의 이익을 해할 우려가 있는 점 등을 종합해 보면, 임대주택의 임대의무기간 중 매도인의 임대사업자 지위를 승계하여 임대사업을 하기 위하여 임대주택을 매수한 경우 그 매매계약은 강행법규인 구 임대주택법 제16조에 반하지 않아 유효하지만, 매수인이 임대주택의 소유권을 적법하게 취득하기 위해서는 그 임대주택에 관하여 구 임대주택법 제6조에 따른 임대사업자 등록을 마친 '임대사업자'일 것이 요구된다고 보아야 한다. 그 경우 임대주택을 매수한 사람이 소유권이전등기를 마쳤다고 하더라도 그 임대주택에 관하여 구 임대주택법 제6조에 따른 임대사업자 등록을 하지 않았다면 임대주택의 소유권을 취득할 수 없고, 소유권이전등기 후 임대사업자 등록을 마쳤다면 그때 비로소 임대주택의 소유권을 취득한다고 봄이 타당하다.

13) 한편 임대의무기간이 지난 후에 임대사업자 사이의 매매가 가능한지 여부에 관하여 명확한 규정이 없으나, 판례는 이를 긍정하고 있다. 즉 앞에서 언급한 판결에서 다음

이러한 측면을 고려하였을 때 대상판결 사안은 임대의무기간이 지난 후 임대사업자가 아닌 자에 대한 매매계약이 이루어진 경우이므로 본 규정의 적용대상이 되지 않는다. 따라서 임대사업자의 지위 승계에 관한 규정의 적용가능성 여부에 대한 논거로 구 임대주택법 제16조 제2항은 사용될 수 없다.

(2) 주택임대차보호법 제3조 제4항

그 다음 법적 근거로 주택임대차보호법상의 법정승계 조항이 제시되었다. 즉 구 임대주택법 제3조 제1항 본문에서는 임대주택의 건설·공급 및 관리에 대해 임대주택법에서 정하지 아니한 사항에 관하여는 주택법과 주택임대차보호법을 적용한다고 규정하므로, 주택임대차보호법 제3조 제4항의 규정도 적용된다고 본 것이다.

주택임대차보호법 제3조 제4항에서는 "임차주택의 양수인(그 밖에 임대할 권리를 승계한 자를 포함한다)은 임대인의 지위를 승계한 것으로 본다"고 규정하여 임차인이 주택임대차보호법상의 대항력을 갖춘 경우에는 임차주택의 매도로 소유자가 바뀐 경우에도 해당 소유자는 임대인의 지위를 법률규정에 의하여 승계하는 법정승계를 인정하고 있다.[14] 그런데 주택

과 같이 판시하고 있다: 임대의무기간이 지난 공공건설임대주택에 관하여는 분양전환에 관한 구 임대주택법(2015. 8. 28. 법률 제13499호 민간임대주택에 관한 특별법으로 전부 개정되기 전의 것) 제21조 외에 임대사업자 간 매매에 관한 규정은 없다. 그러나 임대주택을 다른 임대사업자에게 매각하는 것은 위 제21조에서 규율하는 '분양전환'에 해당하지 않고, 구 임대주택법 제16조 제3항에 따른 임대사업자 간 매매는 임차인의 이익을 해할 염려가 없어 임대주택의 매각이 엄격히 제한되는 임대의무기간 중에도 허용되는 점, 매수인이 매도인의 임대사업자 지위를 승계하여 임대의무기간 경과 후 분양전환 등과 관련된 임차인의 이익을 해할 우려가 없는 점을 고려하면, 임대의무기간이 지난 공공건설임대주택의 경우에도 구 임대주택법 제16조 제3항에 따른 임대사업자 간 매매는 허용된다고 보아야 한다. 이 경우에도 매수인이 공공건설임대주택의 소유권을 취득하기 위하여는 구 임대주택법 제6조에 따른 임대사업자 등록을 마쳐야 한다(대법원 2021. 9. 9. 선고 2017다48218 판결).

14) 이에 관하여 자세한 내용은 이창현, "임대차보증금반환채권의 가압류와 주택의 양도 - 대법원 2013. 1. 17. 선고 2011다49523 전원합의체 판결 -", 「법학논집」 제21권 제2호, 2016, 478면 이하 참조. 더 나아가 법정승계에 해당하므로 법률행위에 의한 계약인수와 구별된다[이에 관한 자세한 논의로 이호행, "채권의 (가)압류와 계약인수 - 계약인수와 주임법 제3조 4항과의 비교를 중심으로 -", 「동북아법연구」 제10권 제2호,

임대차보호법은 그 목적 조항인 제1조에서 "주거용 건물의 임대차에 관하여 「민법」에 대한 특례를 규정함으로써 국민 주거생활의 안정을 보장함을 목적으로 한다"고 규정하여 민법상 임대차 계약규정에 관한 특례규정을 정하는 것을 목적으로 한다. 따라서 주택임대차보호법 제3조 제4항은 임대차 계약상 임대인의 지위를 법정승계한다는 규정으로 이해하는 것이 타당하고[15] 이 규정을 근거로 구 임대주택법상 임대사업자의 지위까지 법정승계하는 것으로 이해하는 것은 과도한 해석이다. 만약 구 임대주택법 제3조 제1항 본문과 주택임대차보호법 제3조 제4항을 근거로 주택임대사업자의 지위가 법정승계되는 것으로 입법자가 이해하였다면 앞에서 언급한 승계에 관한 구 임대주택법 제16조 제2항과 같은 규정을 별도로 둘 필요는 없을 것이다. 이러한 측면에서 이 규정을 논거로 사용하는 것은 타당하지 않다.

(3) 소결: 승계부정에 따른 법률효과

결국 임대주택의 매도가 임대의무기간이 도과된 이후에 임대사업자가 아닌 자에게 이루어진 경우에는 1심인 수원지방법원 평택지원과 원심인 서울고등법원에서 본 바와 달리 임대주택사업자의 지위 승계는 인정될 수 없다고 생각된다. 임대의무기간이 도과된 이후에 임대사업자가 아닌 자에게 매도가 이루어진 것이므로 구 임대주택법상 임대인의 지위 승계에 관한 제16조 제2항은 적용될 수 없기 때문이다. 또한 주택임대차보호법상 임대인 지위의 법정 승계를 인정한 제3조 제4항도 임대차 계약상의 임대인 지위 승계에 관한 규정이므로 임대주택법상 임대사업자의 지위승계를 인정하는 근거가 될 수 없다.

임대사업자의 지위 승계가 인정되지 않으므로, 만약 매매계약이 유효인 것으로 판단된다면 임대주택의 매도로 소유권이 제3자에게 이전되었으므로

전북대학교 동북아법연구소(2016), 327면 이하 참조].

15) 정구태, "주택임대차보호법상 임차주택의 양도와 임대인의 제3채무자로서의 지위의 승계 - 대법원 전원합의체 2013. 1. 17. 선고 2011다49523 판결에 대한 비판적 검토 -", 「고려법학」 제74권, 고려대학교 법학연구원(2014), 164면; 이혜민, "주택임대차보호법상 임대인 지위 승계의 성질 및 범위", 「민사판례연구」 제36권, 민사판례연구회(2014), 679면.

자격임차인들이 갖는 우선분양전환권을 행사하더라도 그 실현이 불가능해졌다. 따라서 우선분양전환권의 행사에 따른 소유권의 이전청구 그 자체는 이행불능이 되었다. 다만 이행불능에 대하여 귀책사유가 임대사업자에게 인정되는 이상 이행불능으로 인한 손해배상청구는 행사할 수 있는 결과에 이르게 된다(민법 제390조).

3. 매매계약의 효력을 강행규정 위반을 이유로 부정한 대법원 판결의 문제점

(1) 채권행위 강행규정성과 물권행위의 유인성에 따른 무효

그런데 대법원에서는 매도인인 임대사업자와 매수인인 제3자 사이의 매매계약은 수분양자들의 우선분양권을 침해하는 강행규정 위반에 해당하여 무효라고 판단하였다. 대법원의 입장처럼 우선분양전환권을 침해하고 분양전환을 통하여 임대주택을 제3자에게 매각한 매매계약의 효력이 강행규정 위반으로 무효가 됨을 인정하게 되면 이는 원칙적으로 채권법적인 무효의 효력을 갖는다. 그런데 매매계약과 함께 그 이행을 위하여 소유권이전을 목적으로 한 물권행위와 등기가 이루어졌다면 강행규정 위반을 이유로 한 매매계약의 무효는 물권행위와 등기의 효력에도 영향을 미치게 된다. 왜냐하면 대법원에서는 오래전부터 물권행위의 유인성을 인정하는 것이 확립되어 있기 때문이다. 그에 따라 원인행위인 채권행위의 무효가 처분행위인 물권행위에 영향을 미쳐 소유권이전의 효과가 발생하지 않게 된다.[16]

그 결과 대법원에서는 채권행위와 물권행위의 유인성에 따라 원인행위인 매매계약의 무효로 인하여 처분행위인 소유권이전도 당연히 무효가 되므로 제3자에게 매매계약의 이행으로 소유권이전등기가 이루어지더라도 소유권이 이전되지 않은 결과가 된다. 따라서 자격임차인들은 임대주택의 소

16) 물권행위의 유인성과 무인성과 관련된 의미 있는 논의로 명순구 외, 아듀, 물권행위, 고려대학교 출판부, 2006; 서을오, “물권행위의 유인, 무인 논쟁과 관련된 학설사적 고찰－특히 로마법의 사용취득과 관련하여－”, 「법사학연구」 제38호, 한국법학사학회(2008), 135면 이하 및 여기에서 인용하고 있는 문헌 참조.

유권을 보유하고 있는 임대사업자에 대하여 계속하여 우선분양전환권을 행사할 수 있게 된다. 이와 같은 법논리적 결과가 명확히 판결문에 적시되어 있지는 않지만, 유인성론에 따른 당연한 논리적 추론의 결과이다.[17]

그런데 강행규정으로 본 구 임대주택법 제21조 제1항, 제2항은 임대사업자에게 임대주택을 임차인에게 우선분양전환할 의무를 부과하면서도, 임대사업자가 이를 위반하여 임대주택을 임차인 아닌 제3자에게 분양전환한 경우에 그 법률행위의 사법적 효력에 관하여 명확하게 정하고 있지 않다. 대법원에서는 구 임대주택법의 입법 취지와 보호법익, 위반행위의 중대성과 비난가능성, 거래안전에 미치는 영향 등을 종합적으로 고려하여, 구 임대주택법 제21조 제1항, 제2항은 강행규정에 해당하고, 이를 위반하여 임대사업자가 우선분양전환권이 있는 임차인이 있음에도 임대주택을 제3자에게 분양전환한 경우 그 분양전환계약은 사법적으로 무효라고 보았다.

(2) 강행규정 위반에 따른 물권법적 효력의 부정?

그런데 구 임대주택법상의 우선분양전환권을 침해하였다는 이유로 강행규정 위반을 인정하여 매매계약의 효력뿐만 아니라, 이에 따른 소유권취득까지 무효로 할 수 있는지는 의문이다. 물론 대상 대법원 판결이유에서 적시하고 있는 바처럼 임대주택 관련 법률을 위반하여 법률행위를 한 경우에 명시적 규정이 없음에도 불구하고 해당 규정을 강행규정으로 판단하여 적극적으로 법률의 해석을 통하여 판례가 사법적 무효를 인정한 경우가 적지 않다. 그리고 이와 같은 판례경향은 임대주택법이 갖는 법률의 성격과 임차인을 보호해야 한다는 입법목적상 타당한 측면이 있음은 부인할 수 없다.

그런데 임대주택법과 관련하여 강행규정성을 인정한 판례를 보면 대부분의 경우에 무효라는 법률효과는 결국 해당 법률행위 중 채권행위의 무효

17) 또한 판결문에서 매매계약을 유효한 것으로 구성하게 되면 불능을 원인으로 한 채무불이행의 손해배상만이 인정되지만, 이는 임대사업자가 무자력인 경우에는 임차인이 손해를 전보를 받지 못하게 되므로 이러한 결론은 부당하다는 비판에서 이와 같은 시각이 간접적으로 드러난다.

를 통하여 이미 행하여진 급부의 법적 원인을 상실시켜서 금전적 부당이득 반환청구가 인정된 경우이다. 즉 공공건설임대주택의 임대료보증금과 임대료의 상한을 정한 규정[18]과 분양전환가격 산정기준에 관한 규정들[19]에서는 강행규정 위반으로 일부무효의 효과만 인정되고 상한을 정한 산정 기준을 초과하여 지급한 금액의 부당이득반환청구만이 인정되었다. 그에 반하여 본 판결에서처럼 강행규정 위반으로 채권행위는 물론 물권행위의 무효를 인정하여 물권적 효력까지 부인될 수 있는 경우는 대상 판결 이전에는 없었다.

임대사업자가 임대의무기간 경과 전에 임대주택을 매각하는 하는 경우에 강행규정 위반을 인정한 판례[20]에서는 채권행위인 매매계약과 물권행위까지 무효를 인정할 여지가 있었다. 그런데 해당 판결사례에서는 임대주택에 대한 임대사업자의 원시취득을 인정하면서도 나중에 그 소유권을 포기하였으므로, 원고가 이 사건 주택의 소유자임을 전제로 하여 그 주택을 분

---

18) 대법원 2016. 11. 18. 선고 2013다42236 전원합의체 판결. 이에 관한 평석으로 안병하, “일부무효와 무효행위의 전환 - 대법원 2016. 11. 18. 선고 2013다42236 전원합의체 판결 -”, 「법조」(2017/4), 법조협회(2017); 이동진, “무효인보증금·차임 전환약정과 증액된 차임의 연체를 이유로 한 임대차계약 해지”,「인권과 정의」 제467호, 대한변호사협회(2017); 강동원, “강행법규를 위반한 계약의 법률관계 처리 : 대법원 2016. 11. 18. 선고 2013다42236 전원합의체 판결”, 「재판과 판례」 제26집, 대구판례연구회(2017); 강윤희, “법률행위의 일부가 강행법규에 위반한 경우의 법률관계”,「저스티스」 통권 제160호, 한국법학원(2017); 이병준, “법원에 의한 가격수정과 사적자치의 원칙”, 「법조」 통권 제729호, 법조협회(2018).

19) 대법원 2011. 4. 21. 선고 2009다97079 전원합의체 판결; 대법원 2020. 8. 27. 선고 2016다26198 판결. 이 판결들에 대한 평석으로 오영준, “임대주택법상 분양전환가격 규정의 강행규정성”, 「사법」 제17호, 사법발전재단(2011); 김종보, “임대아파트의 분양가와 강행법규이론”, 박영사; 이명웅, “임대주택 분양전환가격 산정기준 실제 건축비의 적용 한계”, 「법률신문사」, 2016.11.; 이병준, “공법에 의한 가격산정과 사법상의 부당이득 : - 구 임대주택법상의 분양전환가격 산정을 중심으로 -”, 「법조」 통권 제742호, 법조협회(2020); 이금진, “임대주택법상 분양전환가격을 다투는 분양전환승인 취소를 다툴 수 있는 법률상 이익”, 「대법원판례해설」 제126호, 법원도서관(2021); 박철홍, “공공건설임대주택의 분양전환에 관한 문제 : -특히 분양전환가격의 산정에 관하여”, 「사법」 55호, 사법발전재단(2020) 참조.

20) 대법원 2005. 6. 9. 선고 2005다11046 판결. 이에 대한 간단한 평석에서는 부동산소유권의 포기와 관련하여서는 과연 등기가 요구되는지 검토되었어야 하고 소유권의 포기가 유효하다면 그것으로 민법 제252조 제2항에 따라 국유가 되지 않는지에 관한 의문점을 제시하고 있다[양창수, “2005년 민사판례 관견”, 「서울대학교 법학」 제47권 제1호, 서울대학교 법학연구소(2006), 336면].

양받거나 수분양자로부터 임차하여 점유하는 피고들을 상대로 명도를 구하는 청구는 받아들일 수 없다고 판단하였다. 따라서 해당 판결에서는 강행규정 위반에 따른 무효는 가정적·부가적 판단에 해당할 뿐 사건의 결말에는 영향을 미치지 않은 것으로 보았기 때문에 구 임대주택법과 관련하여 강행규정 위반에 따른 물권적 효력을 부정할 것인지에 관하여 진지한 고민 없이 강행규정성을 인정하였다. 따라서 구 임대사업법과 관련하여 기존 판례에서 채권행위인 매매계약뿐만 아니라, 물권행위까지 무효로 보는 판결은 존재하지 않았다.

시야를 넓혀서 다른 법률에서 금지규정 위반으로 물권행위까지 무효로 본 판결을 살펴보면 많지 않다. 판례는 사찰 소유의 일정한 재산을 대여, 양도 또는 담보에 제공하는 때에는 관할청의 허가를 받아야 한다는 구 불교재산관리법[21] 제11조 제1항 제2호 및 전통사찰보존법 제6조의 규정은 강행규정에 해당하고 이에 위반한 양도계약은 무효라고 보았다.[22] 그에 반하여 소재지 관서의 증명 없는 농지매매의 효력과 관련하여 판례는 농지매매에 있어 소재지 관서의 증명이 없는 경우에는 매매에 의한 물권변동의 효과, 즉 소유권이전의 효과는 발생할 수 없으나 농지매매 당사자 사이에 채권계약으로서의 매매계약은 유효하게 성립될 수 있는 것으로 판결한 적도 있다.[23]

사찰 소유재산에 대한 관할관청의 허가 없는 양도를 금지하는 규정은

---

21) 1962. 5. 31. 법률 제1087호, 전통사찰보존법 부칙 제2조에 의하여 폐지. 그 이후에는 법을 개정하여 명시적으로 무효로 하는 규정을 두었다[이에 관하여 김세진, 토지거래규제 위반행위의 사법적 효력에 관한 판례의 변천 연구, 「토지법학」 제26-1호, 한국토지법학회(2010), 32면].

22) 대법원 1998. 7. 28. 선고 96다50025 판결. 주무관청의 허가와 사찰재산의 처분에 관하여 자세한 내용은 박경재, "사찰의 법률관계에 관한 몇 가지 논점", 「법학연구」 제48권 제1호, 부산대학교 법학연구소(2007), 803면 이하 참조.

23) 대법원 1964. 10. 1. 선고 64다563 전원합의체 판결. 이에 관하여 자세한 내용은 김세진, 「토지법학」 제26-1호, 35면 이하 참조. 그 밖에 내무부장관의 허가를 받지 아니한 외국인의 토지매매계약의 효력과 관련하여 같은 취지의 판결이 있다(대법원 1973. 8. 21. 선고 73다737 판결). 그러나 이 두 판결 모두 유동적 무효이론으로 해결해야 한다는 입장으로 박해성, 민법주해(XIV)(곽윤직 편집대표), 박영사(1997), 82면 및 102-103면).

바로 양도행위를 금지하는 내용을 담고 있으므로 이 때에는 양도의 효과를 부정하는 것이 타당하다. 즉 양도의 효과를 부정하기 위해서는 채권행위는 물론 물권행위 모두 그 효력을 무효로 하는 것이 필요하다. 따라서 우리 판례도 지금까지 양도행위를 금지하여 물권적 효과를 방지하려는 의도가 입법자에게 있다고 인정되는 경우에 한하여 강행규정으로 인정하여 물권행위의 효력을 부정한 것으로 보인다.

그에 반하여 대상 판결에서는 우선분양전환의무를 규정하고 있고 이 규정을 위반한 경우에 형사처벌하는 금지규정만이 존재하고 있는 것이다. 따라서 직접적으로 임차인의 우선분양전환권을 침해하는 매매계약의 효력을 부정하거나, 더 나아가서 우선분양전환권의 대상이 되는 임대주택의 제3자에 대한 양도를 금지하고 있지 않다. 그럼에도 불구하고 대상판결에서 대법원은 임차인의 우선분양전환권을 침해하는 매매계약의 효력을 부정하는 한편, 더 나아가서 제3자인 매수인의 소유권 취득을 부정하였다.

(3) 소결

물권행위의 유인성을 인정하는 경우 거래안전을 해하는 결과는 당연히 내포되어 있다고 볼 수도 있다. 따라서 강행규정성을 인정하여 채권행위는 물론 물권행위의 무효로 이어져 우선분양전환권을 침해한 매매계약의 효력은 물론 제3자의 소유권취득을 인정하지 않는 것은 당연한 결과로 볼 수도 있다. 그런데 무인성론과 유인성론의 오래된 학술적 논쟁에서 무인성론이 주장된 이유는 거래안전 보호에 있었고, 반면에 유인성론을 주장하는 측에서는 우리 법제가 다양한 입법을 통하여 거래안전을 위한 충분한 보호를 예정하고 있으므로 무인성을 인정할 필요가 없다는 것이었다.[24] 따라서 본 논의에서도 유인성론에 따른 당연한 결과로 인정하기 보다는, 소유권취득이 부정되어 거래안전을 해하는 결과가 타당한 지에 관하여 자세한 검토를 해보아야 한다. 특히 법률규정의 해석을 통하여 해당 규정의 강행규정성을 인정함에 있어서는 거래안전 보호라는 요소는 충분히 고려해야 한다고 생각

24) 이러한 대표적인 문헌으로 곽윤직/김재형, 물권법(제8판), 2014, 64면 이하 참조.

된다.

본 논문에서는 이와 같은 시각에서 2가지 방식으로 이와 관련된 논의를 이하에서 진행해 해보려고 한다. 첫째, 우선분양전환권을 침해하는 경우에 제3자에 대한 매매계약과 소유권취득의 관계를 입법적으로 규정하는 경우에 어떠한 내용으로 규정이 만들어져야 하는지에 관한 고찰이다. 구 임대주택법에서는 분양전환 절차에 대하여는 상세한 규정을 두었으나, 우선분양전환권의 성질에 따른 사법적 법률관계에 관하여는 명시적 규정을 두고 있지 않다. 그런데 독일 민법상 선매권은 우선분양전환권과 유사한 취지의 내용을 갖는 권리인데, 이와 관련하여 상세한 규정을 두고 있다. 따라서 독일 민법상 선매권에 관하여 비교법적 측면에서 그 내용을 살펴보는 것이 필요하다고 생각된다.

둘째, 독일 민법상 선매권과 같은 법률상 거래안전 보호를 위한 장치가 마련되어 있지 않아서 거래안전이 침해되는 경우에 해당 규정은 강행규정으로 인정할 수 있는지에 관하여 살펴보려고 한다. 즉 강행규정성을 인정하여 우선분양전환권을 갖는 자격임차인 보호에는 충실한 결과를 가져오지만, 우선분양제도와 관련이 없는 제3자인 매수인 내지 거래안전을 침해하는 것이 정당화될 수 있는지에 관하여 논증해 보려고 한다. 이는 결국 강행규정의 판단기준과 관련된 논의이다. 이에 관하여 우리 학설과 판례는 일응의 기준과 다양한 사례를 제시하고 있지만, 독일에서와 같은 치밀한 검토를 하지 못하고 있는 것으로 보인다. 따라서 독일 판례와 학설의 논의를 참조하여 거래안전 보호라는 이익을 어느 정도 반영할 것인지와 형사처벌 규정만 존재하는 경우에 강행규정을 어떠한 요건 하에서 인정할 수 있는지에 관하여 살펴보려고 한다.

4. 비교법적 검토: 독일민법상 채권적 선매권과 물권적 선매권

(1) 우선분양전환권과 독일 민법상 선매권의 유사성

비교법적으로 보았을 때 구 임대주택법상 우선분양전환권과 유사한 권

리가 독일 민법상 선매권이다. 선매(Vorkauf)는 당사자 사이의 선매권을 인정하는 매매를 말한다. 선매가 이루어지면 선매의무자가 제3자와 선매목적물에 관하여 매매계약을 체결한 경우 선매권자가 선매권을 행사하여 선매권자와 선매의무자 사이에 그와 동일한 내용의 매매계약이 성립하게 된다.[25]

우선분양전환권의 경우 제3자와의 매매계약이 체결될 필요는 없지만, 임대사업자가 임대주택을 분양전환을 통하여 임대주택의 매매를 원하는 경우에 먼저 임대주택의 소유권을 매매계약의 체결을 통하여 취득할 수 있다는 측면에서 그 내용과 기능이 동일하다. 또한 구 임대주택법상의 우선분양전환제도는 임차인에게 임대주택을 매수하여 자신이 거주하고 있는 임대주택에서 계속하여 주거할 수 있도록 하여 주거보장과 안정이라는 공공임대주택이 가지고 있는 목적을 가지고 있는데, 독일 민법상 임차인이 갖는 선매권 제도도 임대주택에 주택소유권이 창설되어 그 주택이 별도로 매각 가능해진 경우 주택의 임차인이 거주주택으로부터 퇴출당하는 것을 방지하는데 그 목적이 있다[26]는 점에서 동일하다. 이러한 측면에서 양 제도를 비교분석하는 것은 비교법적으로 의미가 있다고 생각되어 독일법상의 선매권 제도에 관하여 이하에서 그 효과를 중심으로 살펴보려고 한다.

(2) 채권적 선매권과 물권적 선매권

독일 민법은 선매권을 그 법적 효력에 따라 채권적 선매권(독일 민법 제504조-제514조)과 물권적 선매권(독일 민법 제1094조-1104조)으로 나누고 있다.[27] 선매권의 공통적인 법률효과는 선매권을 행사하게 되면 선매권자와 선매의무자 사이에 선매의무자와 제3자 사이에 약정한 것과 동일한 내용의 매매계약이 성립한다는 점에 있다. 이러한 법률효과는 선매의무자와 제3자 사이에 체결한 매매계약의 효력에 영향을 미치지 않으므로 동일한 목

25) 김상용, 채권각론 초판, 화산미디어(2009), 230면; 김증한・김학동, 채권각론 제7판, 209면; 심재돈, 민법주해(XIV)(곽윤직 편집대표), 박영사(1997), 134면.

26) Staudinger/Rolfs, BGB § 577 Rn. 5. ff. 참조.

27) 이를 개괄적으로 소개하고 있는 우리 문헌으로 최병욱, "서독의 선매권제도에 관한 고찰", 「법학연구」 제3권, 연세대학교 법학연구원(1983).

적물에 대하여 2개의 유효한 매매계약이 성립하게 된다는 점에서도 같다. 선매권행사로 인하여 2개의 매매계약이 존재하는 경우에 선매의무자는 자신의 선택에 좇아 임의로 제3자 또는 선매권자에게 이행할 수 있다. 채권적 선매의 경우에는 선매권을 제3자에게 주장하지 못하므로 선매권자는 선매의무자에게 채무불이행으로 인한 손해배상책임만을 물을 수 있다.

그에 반하여 물권적 선매권[28]은 일정한 토지를 선매할 수 있는 부동산물권으로서 선매권의 대상이 된 토지를 그 소유자가 제3자에게 매도한 경우에, 일방적 의사표시로서 토지소유자로 하여금 그 토지를 자기에게 이전하게 할 의무를 물권적으로 부담시킬 수 있는 권리를 말하므로(독일 민법 제1094조),[29] 채권적 선매권과의 근본적인 차이점은 선매권자가 선매권을 행사한 후에 토지소유자가 그 토지를 제3자에게 양도한 경우에는 이 선매권을 양수인에게도 주장할 수 있다는 점에 있다.[30] 이러한 물권적 선매권의 물권적 효력은 당사자의 일치되는 합의와 등기를 통하여 창설된다.[31]

물권적 선매권자의 제3자에 대한 법적 지위는 선매권행사로 인하여 발생하는 소유권이전등기 청구권을 보존하기 위한 가등기를 하고 있는 자의 지위와 동일하다(독일 민법 제1098조 2항).[32] 물권적 선매권이 등기된 경우에는 가등기가 된 것으로 의제되므로[33] 이와 같은 가등기의 효력이 제3자

---

28) 이에 관한 기본적인 문헌으로 Omlor/Diebel, Das dingliche Vorkaufsrecht, JuS 2017, 1160 ff.

29) **독일민법 제1094조(물권적 선매권의 내용)** ① 토지는 권리자가 소유자에 대하여 선매의 권리를 가지는 부담의 목적이 될 수 있다. ② 선매권은 다른 토지의 현재의 소유자를 위하여도 설정될 수 있다.

30) 이러한 측면에서 선매의무자와 제3자 사이의 매매계약은 가등기의 효력을 갖는 물권적 선매권이 존재하기 때문에 권리의 하자가 존재하는 것으로 본다(MüKoBGB/Westermann, BGB § 435 Rn. 7; Omlor/Diebel, Das dingliche Vorkaufsrecht, JuS 2017, 1166).

31) Soergel/Stürner, BGB § 1094 Rn. 6; MüKoBGB/Westermann, BGB § 1094 Rn. 7.

32) **독일민법 제1098조(선매권의 효력)** ① 선매권자와 의무자 사이의 법률관계는 제463조 내지 제473조에 따라 정해진다. 선매권은 도산관재인이 토지를 자유매각하는 경우에도 행사할 수 있다. ② 선매권은 제3자에 대하여는 그 권리의 행사로 성립하는 소유권이전청구권의 보전을 위한 가등기의 효력을 가진다. ③ 법인이 제1094조 제1항에 의하여 성립한 선매권을 가지는 경우에 그 권리를 양도할 수 있다는 약정이 없는 때에는 그 권리의 양도에 대하여 제1059조의a 내지 제1059조의d가 준용된다.

33) BGH NJW 1973, 1278.

에 대하여 발생한다는 특징이 있다.[34]

물권적 선매권이 갖는 가등기의 효력으로 인하여 상대적 처분제한이 이루어진다.[35] 이에 따라 가등기가 설정되어 있다고 하여 등기를 할 수 없는 법적 장애사유가 되지는 않지만, 선매권이 존재하여 가등기의 효력이 발생하는 한 사실상 대상 토지에 대한 계약이 이행되는 것을 방지한다. 이에 따라 선매권이 성립한 이후에 이와 배치되는 처분행위와 등기가 이루어지더라도 선매의무자는 선매권자가 행사하는 등기이전청구권을 이행할 수 있는 지위에 있게 된다. 따라서 선매의무자가 매매계약을 체결하여 제3자에게 소유권을 이전한 경우에도 선매권자는 소유권의 이전을 받을 수 있는 지위에 있게 된다.

물권적 선매권의 경우에는 채권적 선매권에서와 같이 선매권자는 선매의무자에 대하여 소유권과 점유의 이전을 청구할 수 있는 권리가 있다. 따라서 제3자가 선매의무자와의 매매계약의 이행으로 이미 소유자가 된 경우에도 선매권자는 선매의무자에 대하여 등기이전청구권을 행사할 수 있다(독일 민법 제883조 제2항). 이 때 선매권자는 제3자에 대하여 등기부상의 등기에 대하여 승낙하여 줄 것을 청구할 수 있는 권리가 있다(제888조 제1항).[36]

(3) 소결

지금까지 살펴본 독일의 선매제도에 의하면 제3자에게 선매대상 토지가 양도된 경우에 채권적 선매권의 경우에는 선매권자는 단순히 채무불이행책임만을 물을 수 있다. 그에 반하여 물권적 선매권의 경우에는 선매권자

---

34) MüKoBGB/Westermann, BGB § 1098 Rn. 5.

35) MüKoBGB/Westermann, BGB § 1098 Rn. 12.

36) HK-BGB/Ansgar Staudinger, BGB § 1098 Rn. 4. 원칙적으로 선매권자가 선매의무자에게 소유권이전을 청구해야 하지만, 선매의무자가 등기부상 소유자인 제3자에게 등기이전을 선매권자에게 하여 주는 승낙을 직접 요구하는 것도 가능하다(RG JW 1922, 570; Soergel/Stürner, BGB § 1098 Rn. 4; MüKoBGB/Westermann, BGB § 1098 Rn. 9.). 더 나아가 이들 사이의 모든 법률관계의 단순화를 위하여 소유자로 등기되어 있는 제3자가 직접 선매권자에게 등기이전을 하여 선매의무자의 선매권자에 대한 의무를 이행하는 것도 독일 판례에서 인정하고 있다(KGJ 51(1919), 192(196); MüKoBGB/Westermann, BGB § 1098 Rn. 9).

는 해당 부동산의 소유권을 취득할 수 있다.

그런데 채권적 선매권이 인정되는 경우가 바로 1심과 원심과 달리 임대사업자의 법적 지위가 승계되지 않는다고 본다면 제3자에 대한 매도로 이행불능을 인정하는 때와 동일한 법률상태가 인정되는 것이다. 그에 반하여 물권적 선매권이 인정되는 경우는, 그 법적 근거와 이론구성은 완전히 다르지만 그 법률상태로 본다면, 강행규정 위반으로 인하여 소유권이전을 인정하지 않은 대법원의 이론구성과 유사하게 된다. 제3자에 대한 양도에도 불구하고 선매권자 내지 우선분양전환권을 갖는 자격임차인은 - 그 법적 형식은 다르지만 - 종국적으로 소유권을 취득할 수 있는 지위에 있기 때문이다.

결국 비교법적으로 보았을 때에는 우선분양전환권이 자격임차인이 임대사업자에게만 주장할 수 있는 하나의 채권적 권리인지, 아니면 제3자에게도 주장할 수 있는 물권적 권리인지를 생각해 보아야 한다. 그런데 구 임대주택법상으로는 우선분양전환권을 등기하여 공시할 수 있는 방법이 마련되어 있지 않고, 명시적으로 제3자에 대한 효력을 인정하는 규정이 없으며 제3자에게 양도된 후 반환청구 내지 제3자 보호에 관한 규정 등이 없는 한 우선분양전환권은 하나의 채권적 성질을 갖는 권리로 보는 쪽이 더 합당한 해석이라고 본다. 그런데 강행규정 위반을 인정하여 우선분양전환권자의 지위에 사실상 물권적 효력을 입법 없이 판례의 법형성적 기능을 통하여 인정하는 것이 타당한지는 강한 의문이 들 수밖에 없다. 왜냐하면 물권적 효력을 부여하면 제3자의 이익 내지 거래안전을 해치는 결과를 낳기 때문이다.

5. 강행규정성의 판단기준

(1) 판단기준에 관한 학설과 판례의 입장

대법원에서는 구 임대주택법 제21조 제1항과 제2항의 강행규정성을 인정함에 있어서 구 임대주택법의 입법 취지와 보호법익, 위반행위의 중대성과 비난가능성, 거래안전에 미치는 영향을 기초로 판단하고 있다. 기존의 판례는 강행규정성을 판단함에 있어서 입법 목적을 기초로 판단하면서도 이

러한 입법목적을 달성하기 위해서 행정적 제재나 형사적 처벌을 가하는 것만으로는 부족하고 경제적 이익의 귀속을 방지하여야 할 필요가 있는지 여부도 함께 판단하고 있다.[37]

우리 학설도 판례의 입장에 대체로 찬성하면서 강행규정의 판단기준을 크게 다르지 않게 제시하고 있다.[38] 그런데 더 나아가 금지규정에서 규정한 계약을 이행하였지 여부,[39] 법규정을 위반하려는 의도가 있었는지 여부,[40] 내용적 금지 또는 외부적 상황에 대한 금지인지 여부[41] 등을 추가로 검토하려는 견해가 제시되고 있다. 그런데 전체적으로 보았을 때 판례에서 "형식적으로는 규정의 취지 또는 성질을 탐구하여 효력규정인가 단속규정인가를 구분하는 듯이 표현하지만 실질적으로는 무효에 의하여 달성될 공익적 질서와 그것에 의하여 야기된 사익의 불균형을 비교형량하여 무효로 할 것인가 아닌가를 정책적으로 결정해 왔다"는 평가[42]가 있음을 주목할 필요가 있다.

이하에서는 판례와 학설이 제시하는 판단기준에 대하여 구체적으로 대상판례 사안과 연관하여 고찰해 보려고 한다.

---

37) 대법원 2007. 12. 20. 선고 2005다32159 전원합의체판결: 입법목적을 달성하기 위해서는 고액의 수수료를 수령한 부동산 중개업자에게 행정적 제재나 형사적 처벌을 가하는 것만으로는 부족하고 구 부동산중개업법 등 관련 법령에 정한 한도를 초과한 중개수수료 약정에 의한 경제적 이익이 귀속되는 것을 방지하여야 할 필요가 있으므로, 부동산 중개수수료에 관한 위와 같은 규정들은 중개수수료 약정 중 소정의 한도를 초과하는 부분에 대한 사법상의 효력을 제한하는 이른바 강행법규에 해당하고, 따라서 구 부동산중개업법 등 관련 법령에서 정한 한도를 초과하는 부동산 중개수수료 약정은 그 한도를 초과하는 범위 내에서 무효이다.

38) 이영준, 민법총칙 개정증보판, 박영사(2007), 209면 이하.

39) 금지규정에 위반한 경우에는 원칙적으로 무효로 보고 거래가 실행된 경우에는 예외적으로 유효로 보고자 하는 견해이다. 금지규정은 그 이행을 방지하기 위한 것인데 이미 이행된 경우에는 더 이상 사법적으로 무효로 만들 필요는 없고 형벌이나 행정벌 등 다른 제재만을 받으면 충분하다는 입장이다. 이에 관하여 자세한 것은 이은영, 민법총칙(제5판), 박영사(2009), 396면 이하 참조.

40) 김재형, "법률에 위반한 법률행위 - 이른바 강행법규의 판단기준을 중심으로 -", 「민사판례연구」 제26권, 민사판례연구회(2004), 15면.

41) 김수정, "효력규정과 단속규정의 구별기준에 관한 체계화 모색", 「민사법학」 제85호, 한국민사법학회(2018), 32면 이하.

42) 이은영, 민법총칙, 395면.

(2) 구체적 판단기준에 관한 고찰

1) 규범의 보호목적과 보호법익

규범의 보호목적이 강행규정 판단에서 가장 중요한 기준임에는 부인할 수 없다. 대상 판결에서 대법원도 "구 임대주택법은 경제적 취약 계층의 주거생활 안정을 목적으로 하고, 그 중에서도 특히 구 임대주택법 제21조는 공공의 재원이 투입된 임대주택을 임차인이 우선적으로 분양받아 주거를 마련할 기회를 보장한다는 면에서 보호법익의 공익적 성격이 강하다"는 점을 내세우면서 "임대사업자가 임대주택을 제3자에게 분양전환한 경우 그 계약이 유효하다고 하면 임차인의 우선분양전환권을 침해하고 그 임대주택법의 입법취지를 근본적으로 해할 우려가 있다"는 점을 강조하고 있다.

대상 판결에서 대법원이 지적하고 있는 바는 충분히 수긍이 가고 타당한 지적이다. 그런데 규범의 보호목적이 강행규정성을 판단함에서 있어서 가장 중요한 기준이고 결정적인 요인으로 작용하지만, 유일한 판단기준은 아니다. 결국 종합적인 판단이 필요하므로 다른 판단기준에 대하여 살펴 보려고 한다.

2) 금지규정이 행정적 제재를 가하고 있는지 아니면 형사적 제재를 가하고 있는지 여부

(가) 형벌규정이 존재하는 경우의 강행규정성 인정 여부

종래 대법원에서는 임대주택법령을 위반하여 우선매각 대상자가 아닌 제3자에게 임대주택을 매각하였다는 사정만으로는 강행규정로 인정하기에는 부족하다는 판결이 있었으나, 대상 판결에서 대법원이 적시하고 있듯이 우선분양전환의무 위반에 관한 형사처벌규정이 신설되기 이전에 적용되었던 사안이었다. 따라서 본 판결에서 결정적인 논거로 작용하는 것이 바로 "법률이 개정되어 형사처벌 규정뿐만 아니라 분양전환승인제도 등 임차인의 우선분양전환권을 실질적으로 보장하기 위한 여러 규정이 신설"되었다는 점이라고 생각된다.

우리 학설도 대체적으로 행정법상의 금지규정이 있는 경우에는 단속법규로 보고 사법상 무효라는 법률효과를 인정하지 않지만,[43] 형사처벌까지

하는 경우에는 강행규정으로 보려고 한다. 이러한 해석경향과 달리 사법상 거래를 규제하는 법령에 위반한 법률행위는 원칙적으로 무효라고 보아야 한다는 견해도 있다.[44] 법해석에서 공법규정을 최대한 존중해야 하며, 공법과 사법의 유기적인 협력을 통한 바람직한 법 환경 구축이 요구되고 법률에서 일정한 행위를 금지하면서 이를 위반한 계약을 유효라고 하는 것은 법질서의 자기모순이라는 것을 그 논거로 한다. 물론 이 견해가 지적하는 바와 같이 현재보다 더 많은 법령에서 사법적 효과를 고민하고 금지규정과 연관된 법률행위를 무효로 보는 범위를 넓힐 필요성이 있다는 점에는 공감한다. 그러나 금지규정에서 명시적으로 그 위반의 효과로 사법적인 무효를 선언하지 않은 것은 법률의 흠결(lex imperfecta)이 존재하고 있는 것으로 보아야 한다. 그런데 이러한 흠결보충을 위하여 법률의 해석을 통하여 사법적 무효라는 법률효과를 부여할 것인지는 법률의 문헌을 넘는(preater legem) 해석에 의한 법형성에 해당함을 주의해야 한다.[45] 즉 입법자는 생각하지 못하였지만, 금지규정의 의미와 목적 등을 기초로 법률행위의 무효 여부를 판단하는 것이다. 이러한 측면을 고려하면 원칙적으로 유효로 보고 의심이 가는 경우에도 유효로 보는 경향이 타당하다고 생각된다.

이러한 측면에서 형사처벌 규정이 있다고 하여 당연히 강행규정으로 보아서 사법적 무효로 인정하는 것은 과한 해석이다.[46] 왜냐하면 형사처벌 규정이 있다는 이유만으로 강행규정성을 인정한다고 한다면, 형사처벌과 사법적 효력을 구분하는 것이 무의미해 질 수 있기 때문이다. 따라서 형사처벌 규정이 있는 경우에도 형사처벌만으로는 입법목적 등을 달성하는 것에 부족하고 더 나아가 사법적 무효를 가져올 필요성이 존재하는지를 추가로 검토하여 강행규정성을 판단하는 것이 필요하다고 생각된다.

---

43) 이러한 입장에 대하여 이은영, 민법총칙, 390면 이하 참조.

44) 김재형, 민사판례연구 제26권, 10면.

45) MüKoBGB/Armbrüster, BGB § 134 Rn. 2; Deinert, Zwingendes Recht, 2002, Rn. 41 ff.

46) 그러나 형벌규정의 경우에 강행규정 위반이 아니라 제103조 위반이라는 이유로 언제나 무효를 가져온다는 견해로 장병주, "법률행위 목적의 적법성 - 단속규정의 사법상 의미를 중심으로", 「법학논고」 제34권, 경북대학교 법학연구원(2010), 379면 이하.

(나) 강행규정성을 인정할 때 형벌규정의 요건 충족 필요성에 대한 검토

우리 학설과 판례에서는 이와 같은 견해가 아직 주장되고 있지 않은 것으로 보이지만, 독일에서는 강행규정성을 인정함에 있어서 형법상의 객관적 요건 및 주관적 요건이 모두 충족되어야 하는지에 대한 논의가 학설과 판례에 의해 이루어지고 있다. 독일의 경우 금지규정 위반에 의한 사법상의 무효는 일반적으로 객관적 요건만 충족하면, 즉 고의 또는 과실의 주관적 요건이 없더라도 인정될 수 있지만,[47] 형사처벌 규정의 경우에는 당사자의 고의 또는 과실 등 주관적 구성요건이 필요함이 원칙이라고 보고 있다.[48] 예컨대 독일 불법 취업 방지법(Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung) 위반을 이유로 관련 계약의 무효까지 인정되려면 도급인이 이를 고의로 위반하고 수급인이 도급인의 위반사실을 알면서 의도적으로 자신의 이익을 위해 이를 악용하는 경우이어야 한다.[49] 다만 이러한 원칙에도 다시 예외가 인정되고 있어서 형벌규정의 적용을 받는 법률행위의 경우임에도 주관적 요건 충족 없이 무효가 인정될 수 있는 예외가 예컨대 의료인의 비밀유지의무와 관련하여 인정되고 있다. 이 경우 해당 형벌규정의 보호목적이 주관적 요건의 충족 없이도 객관적 요건 충족만으로 법률행위 무효를 정당화 하는지가 문제되었는데, 의료인의 환자에 대한 의료인의 비밀유지의무의 실효성을 확보하기 위해서는 문제되는 계약이 의료인의 주관적 요건과 상관없이 무효가 될 필요가 있다고 판시한 바 있다.[50]

이러한 독일에서의 논의를 기초로 해서 보았을 때, 대상판결에서는 구 임대주택법 제21조를 위반하여 임대주택을 분양 전환할 때 형사처벌 대상이 되는데 이 때 요구되는 주관적 요건이 계약의 무효를 판단함에 있어서도 고려되어야 하는지, 고려되지 않는 예외가 인정된다면 그 이유가 무엇인지 명확히 드러나지 않는다. 본 사안에서 원고들 중 일부가 우선분양전환권을

47) BGHZ 37, 366; 116, 276.
48) BGHZ 132, 318.
49) BGHZ 206, 69 = NJW 2015, 2406; BGH NJW 16, 1808.
50) BGHZ 115, 123 (130) = NJW 1991, 2955 (2956 f.).

보유하고 있는지에 대해 당사자들 사이에 다툼이 있었고, 이를 기초해서 보면 피고 반석주택에 대한 형벌규정 적용 시 주관적 요건이 별다른 검토 없이 곧바로 충족될 수 있는지 분명하지 않기 때문이다. 만약 구 임대주택법 제21조를 위반하여 임대주택을 분양 전환하여 형사처벌의 대상이 되기 위한 주관적 요건을 계약의 유·무효를 판단함에 있어서는 고려하지 않겠다는 대법원의 의도가 있었다면, 이를 밝히고 그 근거가 되는 법률의 보호목적 등이 기술되었어야 한다고 생각된다. 형사처벌 대상이 되지 않는 행위에 대해 사법상의 무효라는 결과가 야기될 수 있기 때문이다.

3) 금지규정의 수범자의 수와 대상

또한 우선분양전환을 받을 수 있는 지위를 보장해야 할 의무를 부담하고 있는 주체가 임대사업자라는 점에 주목할 필요가 있다. 특히 강행규정성을 판단하게 된 결정적 계기가 된 형사처벌규정에서 "제16조를 위반하여 공공건설임대주택을 매각한 자"로 규정하고 있다는 점을 고려해야 한다(구 임대주택법 제41조 제4항 제4호).

독일에서는 금지규정을 계약당사자 쌍방이 위반하는 경우에는 원칙적으로 강행규정성을 인정하여 계약의 무효를 인정하는 반면, 금지규정이 계약당사자 일방만 대상으로 한다면 계약을 일반적으로 유효하다고 보고 있다. 우리 학설 중에서도 독일의 이러한 경향에 따라 일방의 행위만을 대상으로 처벌하는 경우에는 선의의 상대방 보호 차원에서 개별적으로 그 효력을 판단하여야 한다고 주장되고 있다.[51]

이와 같은 입장은 독일 민법초안의 입법이유서[52]와 독일 연방법원 판례[53]의 견해이다. 그런데 독일 연방법원에서도 금지규정이 계약의 일방당사자만을 대상으로 한 경우라도 계약의 유효를 인정하는 것이 해당 규정의 입법목적과 취지에 반하는 경우에는 계약의 무효를 인정하고 있어서, 이러한 기준이 절대적이 아니라는 것을 보여주고 있다.[54] 이에 따라 독일의 다

51) 이영준, 민법총칙, 206면; 백태승, 주석민법 총칙(2)(김용담 대표집필), 한국사법행정학회(2010), 482면.

52) Motive I, S. 210.

53) BGH NJW 1984, 1175(1176).

수설은 이러한 구분기준에 관하여 비판적인 입장을 취하고 있다.[55]

물론 독일 다수설이 이러한 구분기준이 절대적 기준이 될 수 없다고 한 점에는 일리가 있으나, 그렇다고 하더라도 이 구분기준이 강행규정성을 판단함에 있어서 전혀 의미가 없는 것은 아니다.[56] 구 임대주택법에서 분양전환 규정을 위반하여 공공건설임대주택을 매각한 임대사업자만을 처벌하고 있으므로 형사처벌 규정이 존재한다는 이유만으로 강행규정성을 인정할 수 없다는 전제에서 출발할 필요는 있다. 따라서 강행규정성을 판단함에 있어서 추가적으로 금지규정을 통하여 보호하려고 하는 이익과 이러한 이익을 보장해야 할 의무주체가 누구인지를 살펴보고 강행규정성 인정하려고 할 때 무효로 인하여 이익의 침해받는 자를 고려하는 것이 필요하다고 생각된다.

4) 채권행위와 물권행위에 대한 고려

강행규정성을 판단함에 있어서 해당 금지규정에 따른 무효가 채권행위인 매매계약뿐만 아니라, 물권행위의 무효로 이어지는 경우에는 주의를 해야 한다. 왜냐하면 우리 법제에서 채권행위와 물권행위의 유인성을 인정하는 것으로 판례의 입장이 확립되어 있는 이상 강행규정 위반으로 채권행위를 무효로 보게 되면 물권행위도 무효가 되기 때문이다.

(가) 독일에서의 논의

거래안전의 보호를 위하여 채권행위와 물권행위의 무인성을 인정하는 독일에서는 강행규정이 채권행위만 무효로 할 것인지, 아니면 채권행위와 물권행위 모두를 무효로 할 것인지를 구분하여 검토하고 있다.[57] 첫째, 금지규정이 의무부담행위 뿐만 아니라, 처분행위의 효력으로 인한 결과의 달성을 방지하려는 목적을 가지고 있을 때에는 의무부담행위와 처분행위 모두 무효가 된다고 본다. 둘째, 금지규정이 처분행위를 금지하고 있는 경우에

54) BGH NJW 1992, 2021.

55) MüKoBGB/Armbrüster, BGB § 134 Rn. 65; Staudinger/Sack/Seibl, BGB § 134 Rn. 35, 75; Soergel/Hefermehl, BGB § 134 Rn. 15; Pawlowski, Zum Umfang der Nichtigkeit bei Verstößen gegen „öffentlich-rechtliche" Verbotsgesetze, JZ 1966, 699; Canaris, Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, S. 22 ff.

56) 이와 같은 입장으로 김수정, 민사법학 제85호, 32면.

57) MüKoBGB/Armbrüster, BGB § 134 Rn. 15-17.

는 원칙적으로 의무부담행위까지 무효가 된다.[58] 이 경우 의무부담행위가 강행규정성을 갖기 때문에 무효로 볼 수도 있지만, 처분행위가 무효가 되기 때문에 의무부당행위가 불능인 급부를 목적으로 한다는 이유로 무효가 된다고 보고 있다.[59] 셋째, 의무부담행위의 무효가 처분행위의 무효를 가져오는 사례가 존재한다. 예컨대 독일 정보통신번호 규칙[Telekommunikations-NummerierungsVO] 제4조 제5항 제2문에서 "대가를 받을 것을 조건으로 번호의 반환을 제안하거나 이를 광고하는 행위는 금지된다"[60]고 규정하고 있는데, 독일 Düsseldorf 지방법원에서는 번호거래를 금지하고 있는 이 규정으로 인하여 번호의 양도를 목적으로 하는 계약은 독일 민법 제134조(강행규정위반)에 해당하여 무효라고 보았다.[61] 그런데 여기서 처분행위가 무효가 되는 것은 무인성을 부정하여 유인성을 인정한 것에 따른 결과가 아니라,[62] 갱행규정의 내용과 입법목적상 의무부담행위뿐만 아니라 처분행위까지 무효로 보아야 한다는 입법자의 의사가 존재하는 것으로 볼 수 있기 때문이라고 한다.[63]

결국 독일에서는 해당 규정이 의무부담행위 내지 처분행위만을 금지하는지 의무부담행위와 함께 처분행위를 금지하고 있는지 여부를 판단할 뿐만 아니라, 해당 규정의 내용과 입법목적을 살펴서 의무부담행위만을 해당 규정에서 금지하고 있더라도 처분행위까지 무효로 볼 수 있다고 해석하고 있다. 결국 의무부담행위 내지 처분행위를 금지하고 있는지를 기준으로 보아야 하지만, 전체적인 규정의 내용과 입법취지를 기초로 한 해석을 통하여

58) BGHZ 116, 268 (277) = NJW 1992, 737; BGH LM Nr. 34 = JZ 1961, 227.

59) 이와 관련하여 강행규정 위반인 경우와 불능인 급부를 목적으로 하는 경우에 무효라는 법률효과는 동일하지만, 손해배상을 청구할 수 있는지 여부와 관련하여 차이가 난다. 이에 관한 논의로 MüKoBGB/ Armbrüster, BGB § 134 Rn. 16에 인용된 문헌 참조.

60) § 4 V 2 TNV Es ist verboten, die Rückgabe von Nummern gegen eine Gegenleistung anzubieten oder dafür zu werben.

61) LG Düsseldorf, NJW-RR 2012, 1401.

62) 이와 같은 무인성의 제한이 필요하다고 보는 견해로 Eisenhardt, Die Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts und die Überwindung des Abstraktionspinzips, JZ 1991, 271 ff.

63) MüKoBGB/Armbrüster, BGB § 134 Rn. 15.

의무부담행위와 처분행위의 무효 여부를 구체적으로 판단하고 있다.

(나) 유인성을 인정하고 있는 우리나라의 경우

독일 민법과 달리 채권행위와 물권행위의 유인성을 인정하는 우리나라의 경우에는 채권행위의 무효는 당연히 물권행위의 무효를 가져오기 때문에 이와 같은 경우에는 강행규정성을 인정함에 있어서 더욱 신중한 판단을 해야 한다. 특히 거래안전에 관한 규정을 두고 있지 않은 경우에는 더욱 그러하다. 우리 민법과 각종 특별법에서는 단순히 채권법적 약정을 위반한 경우에는 이러한 채권법적 약정에 기하여 이루어진 물권변동의 효력에 관하여 이를 모르고 거래한 거래상대방 보호 또는 거래의 안전을 위하여 제3자 보호규정을 두는 경우가 많다. 예컨대 부동산실명법[64]에서는 부동산 명의신탁의 경우 명의신탁약정은 무효로 하면서도(동법 제4조 제1항) 이에 따른 등기로 이루어지는 부동산에 관한 물권변동의 효력과 관련하여 원칙적으로 무효로 하면서 선의의 계약명의신탁인 경우에는 물권변동의 효력을 유효로 하고 있다(동법 제4조 제2항). 즉 명의신탁자와 수탁자 사이의 이루어진 채권법적인 명의신탁약정의 존재를 모르고 거래를 한 제3자를 보호하기 위하여 예외적으로 부동산에 관한 물권변동의 효력을 인정하고 있다. 더 나아가 부동산 명의신탁에 따라 이루어진 등기를 기초로 새로운 이해관계를 갖는 제3자는 선·악의와 상관없이 무조건 보호를 하고 있다(동법 제4조 제3항).

대상 판결 이전에 물권행위까지 무효로 본 판결은 앞에서 살펴본 것처럼 관할관청의 허가 없이 사찰 소유의 재산을 양도하는 금지규정뿐이었다.[65] 그런데 해당 금지규정은 재산의 양도 자체를 금지하고 있으므로 채권행위는 물론 물권행위까지 무효로 보는 것이 타당하다. 그러나 대상 판결에서는 단지 임차인의 우선분양전환권을 보호하기 위한 우선분양제도상의 의무를 임대사업자가 일방적으로 위반한 경우에 관한 규정이다. 이러한 측면을 고려하면 입법자는 관련규정과 의무를 위반한 임대사업자의 형사처벌만

64) 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 타법개정 2020. 3. 24. [법률 제17091호, 시행 2020. 3. 24.].

65) 앞 Ⅱ. 3. (2) 참조.

으로도 충분한 보호가 가능하다고 판단하였을 여지가 크다고 생각된다. 따라서 충분한 거래안전이 확보되지 않은 것으로 판단된다면 해당 규정을 강행규정으로 보지 않은 것이 타당하다.

(다) 대상 판결에서 거래안전에 대한 고려

본 판결에서 대법원도 이와 같은 쟁점을 명확히 인식하고 있으며 - 거래안전을 침해하는지 여부를 판단하면서 - 우선분양전환권을 침해하는 매매계약의 효력뿐만 아니라, 그에 따른 물권변동의 효력, 즉 소유권취득을 부정하기 위하여 크게 2가지 논거를 제공하고 있다.

첫 번째 논거는 물권변동의 효력을 부정하지 않고 단순히 우선분양전환권 침해에 따른 손해배상청구권만을 자격임차인에게 인정하게 되면 "임대사업자가 무자력인 경우에는 임차인 손해를 전보받지 못하게 된다"는 것이다. 즉 다른 말로 표현하면 매매계약의 채권법적 무효만 인정하게 되면 자격임차인들은 이행불능에 따른 손해배상청구권만을 갖게 되는데, 임대사업자가 무자력인 경우에는 이와 같은 손해배상도 못 받게 된다는 것이다. 따라서 자격임차임에게 우선분양전환권을 행사할 수 있도록 이론구성하는 것이 필요하고 보는 것이다. 즉 자격임차인 보호를 위하여 거래안전 침해의 필요성을 긍정하고 있다.

두 번째 논거는 제3자인 매수인이 충분히 우선분양전환권의 존재사실 등을 알 수 있으므로 거래안전에 심각한 침해가 없다는 것이다. 즉 임대주택을 매수하려고 하는 제3자는 공공건설임대주택인지 여부, 분양전환승인이 있었는지 여부, 거주 임차인이 무주택자인지 여부, 임차인의 우선분양전환권이 소멸하였는지 여부 등 우선분양전환권의 성립, 유지 및 소멸과 관련된 사실을 알 수 있다는 것을 전제로 강행규정 위반에 따른 무효를 인정하여 물권법적 효력까지 인정하더라도 제3자인 "매수인이 예측 불가능한 손해를 입거나 거래안전이 심각하게 침해된다고 볼 수 없다"고 한다.

첫 번째 논거를 통하여 대법원에서 자격임차인의 보호를 목적으로 하는 법리 구성을 하려는 취지가 명확히 드러난다. 그런데 이와 같은 이론구성은 근본적으로 제3자인 매수인의 이익과 거래안전에 대한 침해로 이어지기 때문에 제3자인 매수인의 이익과 거래안전은 어떠한 방식으로 확보할 수

있는지가 문제된다. 구 임대주택법에서는 우선분양전환권에 관한 등기와 같은 공시방법이 입법적으로 마련되어 있지 않고 제3자 보호규정도 존재하지 않는다. 그런데 대법원에서는 우선분양전환권과 관련된 사실을 매수인이 쉽게 확인하여 알 수 있기 때문에 매수인의 이익과 거래안전의 침해가 일어나지 않는다고 단정한다. 물론 공공건설임대주택이라는 사실과 분양전환승인이 존재하는지 여부에 관한 사실은 매수인이 어느 정도 쉽게 인식할 수 있다. 그러나 거주하고 있는 임차인이 무주택인지 여부와 우선분양전환권이 소멸하였는지 여부에 관한 사실은 그렇게 확인하기 쉽지 않다고 보여 진다. 이를 항을 바꾸어서 자세히 살펴보기로 한다.

(라) 임차인들이 우선분양전환권을 갖는지에 관한 판단

대상 판결에서 대법원에서 검토하고 있는 첫 번째 법적 쟁점은 원고인 임차인들이 우선분양전환권을 갖는지 여부였다. 우선분양전환권을 갖는 자격임차인이라는 요건은 원고로서 권리를 갖는지에 관한 판단이므로 우선분양전환권과 관련하여 가장 기본적인 쟁점에 해당한다. 구 임대주택법상 우선분양전환권을 갖는 임차인에 관한 규정 내용이 그렇게 쉽게 규정되어 있지 않고, 규정 내용도 복잡하게 얽혀 있어서 다양한 판례가 이 쟁점과 관련하여 집적되어 있다.

(1) 유주택자인 임차인들에게도 우선분양전환권이 인정될 수 있는지 여부: 임대주택제도는 무주택자들의 보호를 위하여 만들어진 제도이므로 무주택자들이 우선분양전환권을 갖는 것이 원칙이다. 이에 따라 구 임대주택법 제21조 제1항은 국가기관 또는 임차인(제5호)을 제외한 나머지 임차인의 경우 모두 분양전환 당시 '무주택자'일 것을 요구하고 있으나, 제2항은 "제1항에도 불구하고 임대사업자의 부도, 파산 그 밖에 대통령령으로 정하는 경우에는 분양전환 당시 해당 임대주택에 거주하는 임차인에게 우선 분양전환할 수 있다."고 규정하여 제1항과 달리 우선분양전환 대상 임차인의 주택소유 관계를 문제 삼고 있지 않다. 이에 따라 기존의 대법원 판례에서도 임대사업자의 부도, 파산 등의 경우에는 분양전환 당시 해당 임대주택에 거주하는 임차인은 유주택자라 하더라도 이를 우선 분양전환 받을 권리가 있다고 보았다.[66]

대상 판결에서도 대법원은 이러한 판례경향에 따라 “구 임대주택법(2014. 5. 28. 법률 제12704호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제21조 제2항, 구 임대주택법 시행령(2014. 7. 16. 대통령령 제25483호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제3조 제1항에 따르면, 임대사업자가 1년 6개월을 초과하여 국민주택기금 융자금에 대한 이자를 내지 않은 경우 분양전환 당시 해당 임대주택에 거주하는 임차인은 유주택자라도 우선분양전환권이 있다. 임대사업자인 피고 반석주택은 이 사건 임대사업아파트를 분양전환할 당시 1년 6개월을 초과하여 국민주택기금 융자금에 대한 이자를 납부하지 않은 상태에 있었다. 따라서 유주택자인 임차인들에게도 우선분양전환권이 있다”고 판시하였다.

(2) 형식적 임대차계약의 당사자로서의 임차인 내지 동거인이 아닌 자에게 우선분양전환권이 인정될 수 있는지 여부: 임대차계약을 체결한 임차인 또는 그 동거가족이 아닌 직계가족이 실제로 임차인으로 거주한 경우에 우선분양전환권이 인정될 수 있는지가 문제된다. 이 쟁점은 ‘아름다운 판결’로 널리 알려진 사건에서 다루어졌고 형식적으로 임대차계약을 체결한 임차인 또는 그 동거가족이 거주해야 하는 것으로 정리되었다.[67]

대상 판결 사안에서는 임대차계약을 체결한 형식적 임차인은 분양전환 당시에 다른 곳에 살면서 장인이 거주하는 경우에 우선분양전환권이 인정될 수 있는지가 문제되었다. 구 임대주택법 제21조 제2항에서 정한 ‘분양전환 당시 해당 임대주택에 거주하는 임차인’이란 분양전환 당시까지 임차인

66) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011다85335 판결. 이에 찬성하는 입장으로 손흥수, 「민사집행법연구」 제3권, 177면; 이병준, 「재산법연구」 제35권 제4호, 104면. 이러한 판례의 입장에 대하여 임대주택이 무주택자의 주거안정을 위하여 건설된 것이라는 점을 고려하여, 비록 임대사업자가 부도나 파산 등을 이유로 임대사업을 계속할 수 없는 경우에 다른 임대사업자에게 임대주택을 양도하거나 무주택자인 임차인에 한하여 임대주택을 분양받을 수 있도록 해야 한다는 비판적 견해도 있다[전경근, “임대주택의 분양과 가격결정”, 「집합건물법학」 통권 제11호, 2013, 53면].

67) 대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결. 이에 대한 평석으로 문광섭, “임대주택법상 임차인에 관한 법률의 해석 및 법률행위의 해석”, 「대법원판례해설」 제79호, 법원도서관(2009): 이재경, “임대차계약상 형식적 임차인과 실질적 임차인 - 대법원 2009. 4. 23 선고 2006다81035 판결에 대한 검토-”, 「일감법학」 제19권, 건국대학교 법학연구소(2011).

본인이 직접 거주하거나 당초 임차인과 동거하던 세대 구성원 일부가 그 기간 동안 계속 거주하는 경우에 그 임차인을 뜻한다. 따라서 대상 판결에서 대법원은 이러한 임차인 내지 동거 세대 구성원이 아니라, 장인이 거주하는 것은 이와 같은 임차인에게 해당하지 않은 것으로 판단하였다. 결국은 본 사안에서 임차인은 장인에게 전대를 한 것으로 평가되어 대법원에서는 구 임대주택법 제19조[68]에서 금지하는 전대에 해당하므로 우선분양전환권을 인정하지 않았다.[69]

(3) 임대사업자의 분양전환에 응하지 않은 임차인인지 여부: 구 임대주택법 제21조 제7항은 임대사업자가 분양전환승인을 받은 다음에도 임차인이 6개월 이상 분양전환에 응하지 않은 경우에는 임대사업자가 해당 임대주택을 분양전환가격으로 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 제3자에게 매각할 수 있다고 정하고 있다. 이 규정을 기초로 대법원에서는 분양전환승인일 이후로서 임차인이 임대사업자로부터 분양전환승인에 따라 분양전환신청을 할 것을 적법하게 안내받거나 통보받은 날부터 6개월이 지나도록 분양전환에 응하지 않은 경우에는 임차인의 우선분양전환권이 소멸하여 임대사업자가 해당 임대주택을 제3자에게 매각할 수 있다고 보고 있다.[70] 그러나 이러한 요건을 갖추지 않은 경우에는 임차인의 우선분양전환권이 소멸하지 않는다.

대상 판결의 경우 원심에서는 임차인들이 분양전환신청에 관한 안내를 받은 후 각 임대사업자와 다시 임대차계약을 체결하였다는 이유로 임차인들이 분양전환을 희망하지 않아 우선분영전환권이 소멸한다고 판단하였다. 그런데 대법원에서는 분양전환승인의 날짜를 다르게 판단한 후 분양전

---

68) **제19조(임대주택의 전대제한)** 임대주택의 임차인은 임차권을 다른 사람에게 양도(매매, 증여, 그 밖에 권리변동이 따르는 모든 행위를 포함하되, 상속의 경우는 제외한다)하거나 임대주택을 다른 사람에게 전대(轉貸)할 수 없다. 다만, 대통령령으로 정하는 경우로서 임대사업자의 동의를 받은 경우에는 양도하거나 전대할 수 있다.

69) 그런데 구 구임대주택법 제19조에서는 동의를 받은 전대의 경우에는 적법한 것으로 규정하고 있으므로 여기서 말하는 제19조에서 금지하는 전대는 동의 없는 전대로 보아야 할 것이다(이에 관하여 자세한 것은 이병준, 「재산법연구」 제35권 제4호, 96면 이하 참조).

70) 대법원 2014. 6. 26. 선고 2014다4880, 4897, 4903 판결.

환신청이 있기 전에 임차인들이 임대차계약을 체결한 것이므로 분양전환승인이 있은 후 6개월이 지나기 전에 제3자에게 분양전환계약을 체결하고 소유권이전등기를 하였다면 아직 6개월 이상 분양전환신청에 응하지 않았다고 볼 수 없다는 이유로 임차인들의 우선분양전환권이 소멸하지 않았다고 판결하였다.

(마) 불충분한 거래안전 보호

임차인들이 자격임차인으로서 우선분양전환권을 갖는지 여부와 해당 우선분양전환권이 존속하고 있는지 여부는 위의 논의를 통하여 드러난 바와 같이 구체적인 사실관계를 기초로 판단해야 할 법적 분쟁이 되고 있는 쟁점과 관련된다. 따라서 대법원에서 본 것처럼 매수인이 임대사업자 내지 행정관청에 문의해서 쉽게 알 수 있는 사실이 아니다. 이러한 사실관계는 임대사업자 내지 행정관청도 판단하기 어려운 문제에 해당한다. 왜냐하면 이는 무주택자인지 여부라는 면밀한 사실관계 확인을 거쳐야 할뿐만 아니라, 앞서 논의한 바와 같이 어려운 법리와 연관된 문제와 연관되어 법적 판단을 해야 하는 쟁점이기 때문이다. 따라서 매수인들이 이러한 사실을 쉽게 인식할 수 있다고 단정하는 것은 무리가 있다고 생각된다.

독일 민법에서처럼 가등기와 같은 공시방법을 갖추지 않은 상태에서 물권적 효력을 우선분양전환권에 사실상 인정하는 것은 타당하지 않다고 생각된다. 매수인에게 쉽게 확인할 수 있는 공시방법을 갖추지 않은 상태에서 매수인들에게 어려운 사실관계 확인과 법적 판단을 부과하는 것은 부동산 거래안전에 심한 위협이 되는 요소이다. 따라서 매수인의 이익과 거래안전 보호에 무리가 있다고 판단되면 되도록 강행규정성을 인정하지 않아야 한다.

본 판결에서와 같이 명시적으로 강행규정으로 규정되어 있지 않은 법률규정을 위반하였다는 이유로 해당 매매계약의 채권법적 효력을 무효로 만드는 것을 넘어서 물권변동의 효력을 부정하는 것, 즉 제3자인 매수인의 선·악의와 상관없이 물권변동의 효력을 무효로 만드는 것은 원칙적으로 타당하지 않다. 구 임대주택법상 우선분양전환권을 부과하고 있는 의무주체는 임대사업자이고 이러한 의무와 그 준수에 필요한 절차는 임대사업자에

게 일방적으로만 부과되고 있는 것이다. 또한 임대의무기간을 준수한 후 임대주택을 분양전환하는 경우에 물론 자격임차인에게 분양전환을 받을 것인지를 먼저 물어보아야지만, 그 이후에는 제3자에게 임대주택을 자유롭게 매각할 수 있다. 본 사안에서처럼 임대의무기간 만료 전후로 하여 임대주택이 매각되는 경우에 대법원에서는 임대사업자가 아닌 매수인들이 우선분양전환권과 관련된 각종 사실을 알 수 있다고 보고 있으나, 임대사업자가 아닌 제3자인 매수인에게 매매계약에서 등기부 이외에 위와 같은 사실까지 자세히 조사하고 어려운 법적 판단을 하라고 요구하는 것은 무리라고 생각된다. 오히려 본 사안의 경우에는 임대사업자 아닌 제3자인 매수인은 우선분양전환권이 임차인들에게 인정되는 것인지를 모르고 있는 선의라고 보여 진다. 본 판결에서 대법원은 지나치게 구 임대주택법상 우선분양전환제도의 취지를 확대하여 임차인보호라는 명목 하에 거래안전을 해치는 판단을 하고 있는 것으로 보인다.

(3) 소결

임대주택법의 취지를 기초로 해서 살펴보면 우선분양전환권을 침해한 제3자에 대한 매매는 자격임차인의 보호를 위하여 강행규정 위반으로 보는 것이 타당하다. 그러나 우리 입법자는 임대의무기간이 지난 후 임대주택이 제3자에게 양도된 경우에 관한 명시적 규정을 두지 않았고 우선분양전환권이 침해되는 경우를 대비하여 민사법적 안전장치를 마련하여 제3자와 거래안전보호를 위한 규정을 두는 노력을 하지 않고 단지 형사처벌 규정만을 신설하였다.

대법원은 우선분양전환권에 관한 자세한 절차마련과 형사처벌 규정을 신설한 것을 결정적인 강행규정 위반의 인정 근거로 삼고 있다. 그러나 여기서 살펴본 바와 같이 형사처벌 규정이 있다고 하여 바로 강행규정성을 인정함에 있어서 신중을 기해야 한다. 본 대상판결에서 문제된 형사처벌 규정의 경우 우선분양전환권의 의무를 일방적으로 임대사업자에게만 부과하고 이를 위반한 경우에 임대사업자만을 처벌하고 있다는 점, 매매계약의 상대방인 매수인의 가담여부와 상관없이 형사처벌이 인정되고 있다는 점, 우선

분양전환권을 직접 침해하는 매매계약의 강행규정 위반을 인정하게 되면 물권행위의 유인성으로 인하여 소유권취득까지 부정되어 우선분양전환권 보장과 무관한 매수인의 이익과 거래안전을 해할 수 있다는 점, 우선분양전환권을 공시할 수 있는 방법을 마련하지 않은 상태에서 우선분양전환권을 준수해야하는 자격임차인이라는 사실에 대한 인식과 법적 판단을 매수인들에게 무리하게 부과하고 있다는 점, 입법자가 우선분양전환권을 침해하는 매매계약의 효력뿐만 아니라, 이를 기초로 한 소유권취득을 부정하려고 하였다면 이에 관한 자세한 규정을 두었어야 하는 점 등을 기초로 해서 보면 대상판결에서 강행규정을 인정하지 않는 것이 타당하다고 생각된다.

Ⅲ. 나가며

구 임대주택법상 임대의무기간 내의 임대주택의 매도는 예외적으로 임대사업자에게만 허용되고 이 경우 임대사업자에게 이러한 의무가 승계되는 것을 전제로 임대주택의 매도가 일어날 것을 규정함으로써 임차인들은 충분한 보호를 받을 수 있다. 만약 이와 같은 요건이 충족된다면 임대주택의 매도로 자격임차인들은 우선분양전환권을 상실하지 않고 임대사업자의 지위를 승계한 매수인에게 우선분양전환을 행사할 수 있다. 그런데 임대의무기간이 지난 후에는 우선분양전환 과정을 거쳐야 하고 이 경우 자격임차인들이 우선분양전환권을 행사한다. 그리고 임차인들이 임대주택에 대한 소유권을 취득하지 않은 때에는 제3자에게 임대주택을 매도할 수 있고 임대사업자의 지위 승계문제는 발생할 여지가 없다.

문제는 본 대상판결 사안에서처럼 우선분양전환권을 침해하고 매도가 일어난 경우에 매매계약의 효력과 임대사업자의 지위 승계가 어떻게 되는지 여부이다. 1심인 수원지방법원 평택지원과 원심인 서울고등법원에서는 매매계약의 효력이 유효하다는 전제 하에서 매수인이 임대사업자의 지위를 승계한다고 보았다. 그러나 그 근거로 들고 있는 구 임대주택법 제16조 제2항은 예외적으로 임대사업자에게 임대주택을 매도하는 경우에 관한 규정으

로서 계약상 승계사실을 밝히도록 하는 규정일 뿐만 아니라, 임대의무기간 내의 양도에 대하여만 적용된다는 측면에서 그리고 주택임대차보호법 제3조 제4항의 법정승계 규정은 임대차 계약상 임대인의 지위 승계에 관한 규정이므로 구 임대사업자의 우선분양전환의무를 승계하는 근거가 되지 못한다는 점에서 모두 적용하기에 어렵다.

대법원에서 우선분양전환권을 규정하고 있는 구 임대주택법 제21조 제1항, 제2항을 위반하는 임대주택에 대한 매매계약은 강행규정 위반으로 무효라고 보았다. 이에 따라 강행규정 위반으로 인한 무효가 채권행위인 매매계약의 효력뿐만 아니라, 유인성론에 따라 물권행위의 효력까지 부정하게 되어 우선분양전환권을 준수해야 할 의무자가 아닌 제3자의 소유권 취득까지 부정하게 되는 결론에 이르게 된다.[71] 이러한 이론구성은 매도인인 우선분양의무자에게 임대주택의 소유권을 인정하여 자격임차인에게 우선분양전환권의 행사를 보장할 수 있다는 측면에서는 긍정적인 측면이 있으나, 제3자인 매수인 내지 매수인으로부터 해당 임대주택을 다시 매수한 양수인의 이익, 즉 거래안전을 침해할 수 있다는 측면에서 문제가 있다. 즉 지나치게 거래안전을 훼손할 수 있는 것이다.

본 논문에서는 구 임대주택법상의 우선분양전환권이 실질에 있어서 독일법상의 선매권과 유사하다는 차원에서 비교법적인 고찰을 통하여 독일법상 채권적 선매권과 물권적 선매권이 존재하고 제3자인 매수인에게 우선분양전환권을 긍정하기 위해서는 물권적 선매권으로 규정하는 입법방식이 필요하다고 지적하였다. 또한 우리 판례상 강행규정으로 인정하여 물권적 효력까지 부정한 예가 많지 않고, 형사처벌규정이 임대사업자만을 처벌하고 있을 뿐만 아니라, 법률상 거래안전을 보호할 만한 안전장치 없이 물권적 효력까지 부인하는 경우에는 강행규정성의 인정은 아주 예외적으로 이루어져야 한다는 차원에서 강행규정으로 본 대법원의 입장을 비판하였다.

우리 대법원에서 구 임대주택법의 입법목적과 취지를 고려하여 약자인 주택임차인을 강하게 보호하려는 선한 의지는 충분히 공감이 간다.[72] 그러

71) 따라서 자연스럽게 임대사업자의 지위 승계 여부는 문제되지 않는다.

72) 분양전환가격 산정기준에 대한 법원에 판단에 대하여 동일한 시각으로 박철홍, 「사

나 과도한 보호를 목적으로 한 사법 적극주의는 입법권의 범주를 넘어서는 것으로 문제가 될 수 있다. 본 판례에서처럼 강행규정 위반을 긍정하여 채권법적 무효뿐만 아니라, 물권법적 무효를 인정하는 경우에는 거래안전 보호 등을 충분히 입법적으로 고려해야 하는 것이 원칙이다. 이러한 보호장치가 마련되지 않은 이상 해당 규정을 명문의 규정이 없음에도 불구하고 강행규정으로 해석하여 해당 규정을 위반하는 법률행위의 효력을 무효로 선언함에 있어서 신중태도를 취할 필요가 있다고 생각된다.[73]

강행규정 위반과 물권적 효력 - 대법원 2021. 9. 30. 선고 2016다252560 판결에 대한 평석 - 이 병 준	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2022.05.30.	2022.06.08.	2022.06.26.

법」 55호, 184면.

73) 구 임대주택법 제정 시에 이미 사법적 규정을 통한 임차인 보호 필요성을 지적하는 문헌으로 이상욱, “임대주택법의 문제점 및 개정방향”, 「영남법학」 제6권 제1호, 영남대학교 법학연구소(2000), 104면 및 116면.

[참고문헌]

단행본

곽윤직 편집대표, 민법주해, 박영사, 1997.
곽윤직/김재형, 물권법(제8판), 박영사, 2014.
김상용, 채권각론(초판), 화산미디어, 2009.
김용담 대표집필, 주석민법, 한국사법행정학회, 2010.
김증한 · 김학동, 채권각론(제7판), 박영사, 2006.
김종보, 임대아파트의 분양가와 강행법규이론, 박영사, 2017.
명순구 외, 아듀, 물권행위, 고려대학교 출판부, 2006
이영준, 민법총칙(개정증보판), 박영사, 2007.
이은영, 민법총칙(제5판), 박영사, 2009.

국내문헌

강동원, “강행법규를 위반한 계약의 법률관계 처리 : 대법원 2016. 11. 18. 선고 2013다42236 전원합의체 판결”, 「재판과 판례」 제26집, 대구판례연구회, 2017.
강윤희, “법률행위의 일부가 강행법규에 위반한 경우의 법률관계”, 「저스티스」 통권 제160호, 한국법학원, 2017.
김수정, “효력규정과 단속규정의 구별기준에 관한 체계화 모색”, 「민사법학」 제85호, 한국민사법학회, 2018.
김세진, “토지거래규제 위반행위의 사법적 효력에 관한 판례의 변천 연구”, 「토지법학」 제26-1호, 한국토지법학회, 2010.
김재형, “법률에 위반한 법률행위 - 이른바 강행법규의 판단기준을 중심으로 -”, 「민사판례연구」 제26권, 민사판례연구회, 2004.
문광섭, “임대주택법상 임차인에 관한 법률의 해석 및 법률행위의 해석”, 「대법원판례해설」 제79호, 법원도서관, 2009.
박경재, “사찰의 법률관계에 관한 몇 가지 논점”, 「법학연구」 제48권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2007.
박철홍, “공공건설임대주택의 분양전환에 관한 문제 : -특히 분양전환가격의 산정에 관하여”, 「사법」 55호, 사법발전재단, 2020.
서을오, “물권행위의 유인, 무인 논쟁과 관련된 학설사적 고찰－특히 로마법의 사용취득과 관련하여－”, 「법사학연구」 제38호, 한국법학사학회, 2008
손홍수, “임대주택법에 기한 임차인의 우선매수청구권에 관한 실무상의 제 문제”, 「민사집행법연구」 제3권, 2007.
안병하, “일부무효와 무효행위의 전환 - 대법원 2016. 11. 18. 선고 2013다42236 전원합의체 판결 -”, 「법조」(2017/4), 법조협회, 2017.
양창수, “2005년 민사판례 관견”, 「서울대학교 법학」 제47권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2006.
오영준, “임대주택법상 분양전환가격 규정의 강행규정성”, 「사법」 17호, 사법발전재단, 2011.

이금진, “임대주택법상 분양전환가격을 다투는 분양전환승인 취소를 다툴 수 있는 법률상 이익”, 「대법원판례해설」 제126호, 법원도서관, 2021.
이동진, “무효인보증금·차임 전환약정과 증액된 차임의 연체를 이유로 한 임대차계약 해지”, 「인권과 정의」 제467호, 대한변호사협회, 2017.
이명웅, “임대주택 분양전환가격 산정기준 실제 건축비의 적용 한계”, 「법률신문사」, 2016.11.
이병준, “공공임대주택에서 우선분양전환권과 임차인의 의미”, 「재산법연구」 제35권 제4호, 한국재산법학회, 2019.
이병준, “공공임대주택에서 임차인의 우선매도청구권의 법적 성질과 그 권리행사기간”, 「법조」 제68권 제1호, 법조협회, 2019.
이병준, “공법에 의한 가격산정과 사법상의 부당이득 : - 구 임대주택법상의 분양전환가격 산정을 중심으로 -”, 「법조」 통권 제742호, 법조협회, 2020
이병준, “법원에 의한 가격수정과 사적자치의 원칙”, 「법조」통권 729호, 법조협회, 2018.
이상욱, “임대주택법의 문제점 및 개정방향”, 「영남법학」 제6권 제1호, 영남대학교 법학연구소, 2000.
이재경, “임대차계약상 형식적 임차인과 실질적 임차인 - 대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결에 대한 검토-”, 「일감법학」제19권, 건국대학교 법학연구소, 2011.
이제우, “10년 공공임대주택의 분양전환가격 산정에 관한 고찰”, 「집합건물법학」 제35호, 한국집합건물법학회, 2020
이창현, “임대차보증금반환채권의 가압류와 주택의 양도 - 대법원 2013. 1. 17. 선고 2011다49523 전원합의체 판결 -”, 「법학논집」 제21권 제2호, 2016.
이호행, “채권의 (가)압류와 계약인수 - 계약인수와 주임법 제3조 4항과의 비교를 중심으로 -”, 「동북아법연구」 제10권 제2호, 전북대학교 동북아법연구소, 2016.
이혜민, “주택임대차보호법상 임대인 지위 승계의 성질 및 범위”, 「민사판례연구」제36권, 민사판례연구회, 2014.
장영수, “공공주택특별법상의 ‘우선 분양전환’ 제도에 대한 헌법적 고찰”, 「고려법학」제102권, 고려대학교 법학연구원, 2021.
장병주, “법률행위 목적의 적법성 - 단속규정의 사법상 의미를 중심으로”, 「법학논고」제34권, 경북대학교 법학연구원, 2010.
전경근, “임대주택의 분양과 가격결정”, 「집합건물법학」 통권 제11호, 2013
정구태, “주택임대차보호법상 임차주택의 양도와 임대인의 제3채무자로서의 지위의 승계 - 대법원 전원합의체 2013. 1. 17. 선고 2011다49523 판결에 대한 비판적 검토 -”, 「고려법학」 제74권, 고려대학교 법학연구원, 2014.
조승연/김종림, “해외 공공임대주택의 소유권 이전 사례에 관한 고찰”, 「국토연구」, 제91호, 국토연구원, 2016.
최병욱, “서독의 선매권제도에 관한 고찰”, 「법학연구」 제3권, 연세대학교 법학연구원, 1983.

해외문헌

Canaris, Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, Kraus Reprint, 1981.
Deinert, Zwingendes Recht: Grenzen rechtsgeschäftlicher Gestaltungsmacht und Verbotsgesetz; Umgehungsproblematik und teilweise Aufrechterhaltung unzulässiger Rechtsgeschäfte, Heymann, 2002.

Eisenhardt, Die Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts und die Überwindung des Abstraktionspinzips, JZ 1991.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich , Band I , 1888.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von K. Remann, F. J. Säcker, R. Rixecker, 4. Aufl., München ab 2001[MüKoBGB/Bearbeiter로 인용]

Omlor/Diebel, Das dingliche Vorkaufsrecht, JuS 2017.

Pawlowski, Zum Umfang der Nichtigkeit bei Verstößen gegen „öffentlich-rechtliche" Verbotsgesetze, JZ 1966.

Schulze u.a., Handkommentar zum BGB, 11. Aufl.. 2022 [HK-BGB/Bearbeiter로 인용]

Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 13. Aufl., 2022 [Soergel/Bearbeiter로 인용]

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 13. Aufl., ab 1993 [Staudinger/Bearbeiter로 인용]

【국문초록】

대법원에서 우선분양전환권을 규정하고 있는 구 임대주택법 제21조 제1항, 제2항을 위반하는 임대주택에 대한 매매계약은 강행규정 위반으로 무효라고 보았다. 이러한 대법원의 판단은 매도인인 우선분양의무자에게 임대주택의 소유권을 인정하여 자격임차인에게 우선분양전환권의 행사를 보장할 수 있다는 측면에서는 긍정적인 측면이 있으나, 제3자인 매수인 내지 매수인으로부터 해당 임대주택을 다시 매수한 양수인의 이익, 즉 거래안전을 침해할 수 있다는 측면에서 문제가 있다. 즉 지나치게 거래안전을 훼손할 수 있는 것이다.

본 논문에서는 구 임대주택법상의 우선분양전환권이 실질에 있어서 독일법상의 선매권과 유사하다는 차원에서 비교법적인 고찰을 통하여 독일법상 채권적 선매권과 물권적 선매권이 존재하고 제3자인 매수인에게 우선분양전환권을 긍정하기 위해서는 물권적 선매권으로 규정하는 입법방식이 필요하다고 지적하였다. 또한 우리 판례상 강행규정으로 인정하여 물권적 효력까지 부정한 예가 많지 않고, 형사처벌규정이 임대사업자만을 처벌하고 있을 뿐만 아니라, 법률상 거래안전을 보호할 만한 안전장치 없이 물권적 효력까지 부인하는 경우에는 강행규정성 인정을 아주 예외적으로 인정해야 한다는 차원에서 강행규정으로 본 대법원의 입장을 비판하였다.

우리 대법원에서 구 임대주택법의 입법목적과 취지를 고려하여 약자인 주택임차인을 강하게 보호하려는 선한 의지는 충분히 공감이 간다. 그러나 과도한 보호를 목적으로 한 사법 적극주의는 입법권의 범주를 넘어서는 것으로 문제가 될 수 있다. 본 판례에서처럼 강행규정 위반을 긍정하여 채권법적 무효뿐만 아니라, 물권법적 무효를 인정하는 경우에는 거래안전 보호 등을 충분히 입법적으로 고려해야 하는 것이 원칙이다. 이러한 보호장치가 마련되지 않은 이상 해당 규정을 명문의 규정이 없음에도 불구하고 강행규정으로 해석하여 해당 규정을 위반하는 법률행위의 효력을 무효로 선언함에 있어서 신중한 태도를 취할 필요가 있다고 생각된다.

【Abstract】

Violation of Mandatory Provisions and the Validity of Real Right's

- Commentary on Supreme Court of September 30, 2021, 2016(DA)252560 -

Byung Jun Lee
(Professor, Law School, Hankuk University of Foreign Studies)

The Supreme Court of the Republic of Korea sentenced that contract for the sale of rental housing that violates Article 21 (1) and (2) of the former Rental Housing Act, which stipulates the right to convert preferential sale is invalid as a violation of compulsory laws. This sentence of the Supreme Court of the Republic of Korea has a positive aspect in that it can guarantee the exercise of the right to convert to a preferred sale to a qualified lessee by recognizing the ownership of the rental housing to the seller, the person responsible for the preferential sale. However, it has problems in that it may infringe on the interests and transaction safety of the transferee who purchased the rental housing again from a third party or buyer. In other words, it may excessively damage transaction safety.

In this commentary, it is pointed out that the pre-sale conversion right under the former Rental Housing Act is similar to the pre-sale right under German civil law. A legislative method is needed to affirm the pre-sale conversion right to a third-party buyer through comparative legal consideration. In addition, there

are a few cases in which the effect of real rights is denied by recognizing it as a compulsory law, and criminal punishment regulations not only punish rental businesses but also deny the effect of real rights without a safety device to protect transaction safety.

Considering the legislative purpose and intention of the former Rental Housing Act, the goodwill of the Supreme Court of the Republic of Korea to firmly protect the vulnerable housing tenants is fully agreed upon. However, judicial activism for excessive protection can be problematic as it goes beyond the scope of legislative power. As in this case, it is a principle that sufficient legislative consideration should be considered not only the invalidity of the bond law but also the protection of transaction safety in the case of acknowledging the invalidity of the real rights law in affirmation of the violation of the compulsory law. Unless such a protective device is implemented, it is necessary to take a prudent attitude in interpreting the provisions as a compulsory law and declaring the effect of legal acts violating the provisions invalid when there are no stipulated provisions.

주제어(Keywords) : 강행규정(Mandatory Provisions), 법률규정의 해석(Interpretation of legal regulations), 주택임대차(house rental), 우선분양전환권(Priority purchase right), 물권적 효력(Validity of Real Right's)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제105호 2022년 6월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2022.105.355

소송상 상계와 그 실체법상 효과*

정 상 민**

목 차

Ⅰ. 머리말
Ⅱ. 소송상 상계의 법적성질
1. 논의의 실익
2. 형성권의 소송상 행사
3. 소송상 상계에 관한 논의
4. 다른 법리에 의한 대안의 모색
5. 검토
Ⅲ. 판례
1. 판례의 태도
2. 생각해 볼 문제
Ⅳ. 검토
1. 조건부 상계의 문제
2. 소구채권 존재의 확정
3. 정지조건인지 해제조건인지 여부
4. 적용범위 및 대상
5. 소송 전·외 상계의 경우
Ⅴ. 맺음말

Ⅰ. 머리말

상계는 민법상 채권의 소멸사유인 동시에 상계의 항변은 소송상 주요한 공격방어방법으로 절차상 여러 특성을 갖는다. 즉, 상계는 실체법과 절차법의 경계에 있다.[1)]

다만 우리 민법은 상계에 관하여 제492조부터 제499조까지 총 9개 조문을 두고 그 요건과 효과를 상세히 규정한 반면, 민사소송법은 상계에 관한 판단에 기판력이 발생함을 규정하는 것에 그친다(동법 제216조 제2항).[2)] 따

* 이 논문은 2022년도 제주대학교 교원성과지원사업에 의하여 연구되었음.
** 제주대학교 법학전문대학원 조교수, 변호사.

1) Wolf, “Die Prozessaufrechnung - Teil 1”, JA 2008, 673.

2) 박동규, 訴訟上 相計의 再抗辯 可否 및 共同住宅 瑕疵關係責任들 相互間의 관계”, 「民

라서 재판상으로만 행사하도록 제한하지 않은 이상 상계는 기본적으로 실체법상 제도이고 상계의 의사표시는 민법상의 법률행위(bürgerlichrechtliches Rechtsgeschäft)로 보는 것이 실정법에 충실한 해석이다. 그러나 상계권자가 청구에 대한 방어를 위하여 소송에서 상계를 주장한 경우라면, 이러한 소송상 주장(Geltendmachung)을 순수한 사법행위(私法行爲)로만 보기는 어렵다.[3] 나아가 소송상 상계(Prozeßaufrechnung)가 가진 특성도 충분히 고려되어야 한다.[4]

특히 법제사적으로 로마법, 프랑스민법, 영국보통법 상의 상계는 반소나 소송상 항변으로만 행사할 수 있었고 판결에 의하여 그 효력이 발생하여 절차상 수단(procedural device)으로서의 성격이 강하였다.[5] 비록 독일민법전(BGB)이 이러한 재판상 상계(Kompensation)가 아닌 단독행위에 의한 상계(Aufrechnung)를 원칙으로 하고, 일본과 우리나라가 이를 계수하였으나, 상계라는 제도에 내재된 절차법적 성질이 완전히 사라지는 것은 아니다.

이와 관련하여서는 종래 실기한 공격방어방법 등 소송법상의 이유로 각하된 경우 사법상 효과가 발생하는지 여부가 이론적으로만 논의되었다. 그런데 최근 대법원은 소송상 상계에 관한 법리를 정립하고 그 법적성질을 전제로 주요 쟁점을 판단하고 있어, 본고의 주제는 보다 실천적인 것이 되었다. 이에 소송상 상계의 법적성질에 관한 여러 이론적 논의를 상세히 살펴보고 이를 기초로 대법원 판결을 고찰해보려는 것이 본고의 목적이다.

이하에서는 소송상 상계의 법적성질에 관한 논의(Ⅱ) 및 판례의 태도를 정리한 다음(Ⅲ), 소송상 상계를 둘러싼 여러 쟁점을 살펴봄으로써(Ⅳ), 그에 관한 합리적인 결론을 도출해 보고자 한다(Ⅴ).

事判例硏究」 38집, 2016. 2., 832면.

3) 독일민법은 상계의 소송상 주장(Geltendmachung)과 민법상 의사표시(Aufrechnungserklärung)를 구별한다(Musielak/Voit, ZPO 18. Aufl.(2021), § 145 Rn. 12).

4) Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht, 30. Aufl.(2021), §45 Rn. 1.

5) 상계의 원형인 로마법상 상계(*compensatio*) 및 영국 보통법상 상계(legal Set-off), 프랑스민법상 재판상 상계(*compensation judiciare*)는 재판상 상계이다. 그 상세는, Michael E. Tigar, “Automatic Extinction of Cross-Demands: Compensation from Rome to California”, 53 Calif. L. Rev. 224(1965); William H. Loyd, “The Development of Set-off”, 64 U. Pa. L. Rev. 541(1916).

Ⅱ. 소송상 상계의 법적성질

1. 논의의 실익

소송상 상계를 사법행위로 볼 것인지(사법행위설) 소송행위로 볼 것인지(소송행위설)에 따라 다음과 같은 차이가 있다.[6] 먼저 이론적으로는, ① 소가 각하·취하되거나 또는 상계항변이 철회되거나 시기에 늦은 방어방법으로 각하되는 경우, 전자에 따르면 사법행위로서 효력이 남지만, 후자에 따르면 사법상 효력은 발생하지 않는다. ② 사법행위로 보면 소송상 상계로 반대채권이 이미 소멸한 이상 이에 대하여 원고는 다시 상계의 재항변을 할 수 없으나, 소송행위로 보면 상계항변에 대하여 법원이 아직 판단에 이르지 아니한 점을 감안하여 이를 고려할 여지가 생긴다. ③ 근본적으로 이를 사법행위로 보면 상계에 관한 민법규정이 직접 적용되거나 적어도 그와 조화로운 해석이 강조되나, 소송행위로 보면 소송법 법리에 의해 실체법과는 다른 결과를 폭넓게 허용할 수 있다.

그 밖에 실무상으로는, ④ 이를 소송행위로 보면 상대방에 대한 의사표시가 아니라 법원에 대한 진술로 행사하고[7] 이를 주장한 서면이 송달된 경우라면 상대방이 불출석하더라도 진술할 수 있다.[8] 나아가 ⑤ 소송상 주장은 예비적·가정적으로도 할 수 있으나, 사법행위로 보면, '상계의 의사표시에는 조건을 붙이지 못한다'고 한 민법 제493조 제1항 후단에 저촉될 소지가 있고, ⑥ 사법행위는 의사표시의 흠을 이유로 취소할 수 있으나 철회하려면 상대방의 동의가 있어야 하는 반면, 소송행위는 임의로 취소할 수는 없으나 자유롭게 철회할 수 있는 것이 원칙이다.[9] ⑦ 한편, 소송대리인이

---

6) 정동윤/유병현/김경욱, 민사소송법(제8판), 법문사, 2020, 494면; 이재성, "裁判上相計의 主張에 對한 小考(一)", 「法曹」 제11권 제5호, 1962. 5., 12~14면.

7) '재판상 상계는 법원에 대하여 할 것'이라고 한 일본의 판결로는, 日大審院1934년5월22일판결.

8) 이재성, 앞의 논문, 52면(사법행위로 보면 그 방법에 제한이 없고, 준비서면 기재나 수명법관, 수탁판사 면전의 진술로도 할 수 있는데, 소송행위로 보면 수소법원의 변론에서의 진술로만 할 수 있다).

사법행위를 하려면 특별수권이 필요할 수도 있으나,[10] 소송행위로 본다면, 소송대리인은 물론 소송수행권을 갖는 자나 보조참가인도 할 수 있다는 등의 차이가 있다.[11]

이상의 논의는 소송행위의 본질을 탐구함에 있어 큰 기여를 하였으나,[12] 소송상 상계에 관하여 위 이론적 귀결을 그대로 따르지는 않는다.[13] 또한 일반 형성권과 달리[14] 재판에서 소송상 상계가 참작되지 않는 경우 그 사법상 효력을 배제하여야 한다는 결론 및 당위성에는 이견이 없기 때문에 논의의 실익은 크지 않다. 관건은 이러한 결론을 어떠한 논리로 뒷받침하는가이다.

2. 형성권의 소송상 행사

(1) 소송행위설

소송행위설(Prozessuale Theorie)은 소송상 형성권의 행사는 공격·방어방법으로 하나의 행위로서 순수한 소송행위일 뿐, 사법행위가 아니라는 견해이다. 그 요건과 효과는 오로지 절차법에 의하여 결정되어야 하는데,[15][16]

---

9) 대법원 2011. 7. 4. 선고 2011다23323 판결(소송상 방어방법으로서의 상계 항변은 그 수동채권의 존재가 확정되는 것을 전제로 하여 행하여지는 일종의 예비적 항변으로서 상대방의 동의 없이 이를 철회할 수 있고, 그 경우 법원은 처분권주의의 원칙상 이에 대하여 심판할 수 없다).

10) 독일은 § 81 ZPO가 소송대리권의 범위를 소송에 관계되는 '소송행위'로 한정한 관계로, 소송상 상계가 수권범위에 속하는지 여부를 두고 그 법적성질에 관한 논의가 전개된 반면, 우리 민사소송법 제90조(소송대리권의 범위)는 '소송행위'와 함께 '변제의 영수' 등 사법행위도 포함하여 특별수권이 없어도 소송대리인이 상계권을 행사할 수 있다는 것이 통설이므로 큰 실익은 없다(권혁재, "訴訟上 相計抗辯의 법적 성질", 「法曹」 제63권 제1호, 2014. 1., 13면).

11) 이재성, 앞의 논문, 52면; 권혁재, 앞의 논문, 31면.

12) 정동윤, "소송행위의 의의와 종류", 「고시계」 제33권 제1호, 1987. 12., 116면(소송행위론은 제2차 대전 이후 독일을 비롯한 일본, 우리나라의 민사소송법학계에서 가장 많이 논의된 주제이다).

13) 신병존설은 사법행위설과 대체로 같은 입장이나, ① 소가 취하·각하되거나 상계항변이 실기한 공격방어방법으로 각하된 경우 그 시법상 효력은 발생하지 않고, ② 조건부 상계항변도 가능하며, ③ 소송대리인도 상계를 할 수 있는 것으로 본다. 中野貞一郎, "相殺の抗辯(上)", 判タ 891号, 1986, 7頁.

14) 대법원 1982. 4. 11. 선고 80다916 판결(소제기로서 해제권을 행사한 후 그 뒤 그 소송을 취하하였다 하여도 해제권은 형성권이므로 그 행사의 효력에는 영향을 미치지 아니한다).

소송상으로는 실체법상 채권(Forderung)에 대한 반대채권이 아니고, 소송상 주장(Rechtsbehauptung)에 대한 항변만이 존재하는 것이기 때문이다.[17]

이 견해에 따르면, 소송상 상계의 주장은 그 자체만으로는 사법상 효력은 없고 다만 상계항변이 인용된 경우 판결의 효력에 따라 그 실체법적 효력이 발생하며,[18] 순수한 소송행위이므로 소가 취하·각하되면 소송상 효과만 소멸한다.[19] 그러나 이는 상계를 상계권자의 의사표시에 의한 것으로 한 민법과 상충된다는 비판을 받는다.

(2) 사법행위설(병존설)

병존설(Doppeltatbestandstheorie)은 소송상 상계는 외관상으로 하나의 행위로 보이지만, 상대방에 대한 상계의 의사표시(사법행위)와 이를 법원에 진술하는 소송상 주장(소송행위)이라는 2개의 행위 내지 요건사실(Doppeltatbestand)이 병존한다고 보는 견해이다. 사법행위의 존재를 인정하므로 사법행위설(Zivilistische Theorie)이라고도 한다.[20] 이 견해에 따르면, 사법행위와 소송

---

15) Nikisch, “Die Aufrechnung im Prozess”, FS H.Lehmann, Bd. Ⅱ(1956), 771(소송상 상계는 소송절차 및 법원의 판단에 영향을 미치는 소송행위이므로, 오로지 절차법의 적용을 받아야 한다).

16) 사법행위설이 당사자의 의도를 무시하였다고 비판하며, 당사자는 유리한 재판결과를 얻기 위해 소송상 상계를 한 것이지, 그 사법상 효과의 독립적 발생은 의도한 바가 아니므로, ‘상계한다’는 진술은 사법행위가 아님은 물론 사법행위와 소송행위의 결합(양성설)도 아니며, 사법상 효과를 수반하는 소송행위(병존설)도 아닌 순연한 소송행위로, 그 요건과 효과는 오로지 소송법에 좇아 판단할 것이라고 한다(三ヶ月章, 民事訴訟法, 有斐閣, 1959, 280頁). 이를 따르지는 않으나, 당사자의 진의를 탐구한 점을 평가하는 것은, 新堂幸司, 新民事訴訟法[第六版], 弘文堂, 2019, 465頁.

17) Nikisch, a.a.O., 771.

18) 조무제, “訴訟上 相計의 抗辯”, 「사법논집」 제12집, 1981. 12., 100면; 소송행위설에 따르면, 소송상 상계는 취효적 소송행위여서 판결로 인용되지 않는 한 상계의 효력이 남지 않는다(권혁재, 앞의 논문, 30면).

19) 소송행위설에 따르면, 법원이 상계항변을 받아들여 원고의 청구를 전부든 일부든 배척하는 경우에만 그 사법상 효과가 발생하므로 이를 인용하는 판결은 형성판결의 성격을 갖는데(松本博之, 訴訟における相殺, 商事法務, 2008, 40), 이는 형성판결의 일반원칙에 반한다. 형성판결은 권리관계의 변동을 권리자의 일방적 의사표시에 맡길 수 없어 판결에 의하도록 법률이 규정하고 있는 경우에 한하여 인정되는 것이기 때문이다(유병현, “形成權의 訴訟上 行使”, 「고시계」 1998년 11월호, 1998. 10., 133면).

20) Wolf, a.a.O., 675; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl.(2011),

행위의 요건, 방식 및 효과는 각각 실체법과 절차법에 의하여 결정되고, 그 사이에 상호 의존관계가 없다.

과거 독일과 일본의 통설이었으나, 현재 순수한 사법행위설은 찾아보기 어렵다.[21] 이를 그대로 관철하면 소가 취하·각하되거나 상계가 실기한 방어방법으로 각하되는 경우에도 그 사법상 효과가 그대로 존속하여, 원고의 소구채권은 인정되는 반면 피고의 자동채권은 상계로 소멸하고 이를 별도로 청구할 수 없게 되는 불합리한 결과가 발생하기 때문이다.

(3) 양성설

양성설(兩性說; Doppelnaturtheorie)은, 소송상 형성권의 행사는 하나의 행위이나 사법행위와 소송행위의 양 성질을 겸유(兼有)하므로, 소송상 고려되지 않은 경우에는 사법상 효과가 발생하지 않는 것으로 본다.[22] 두 성질을 함께 가지고 있지만 하나의 행위이므로 소가 각하·취하되면 사법상 효과가 남지 않고, 사법상 효과와 소송상 효과가 서로 의존관계에 있으므로 어느 한 쪽의 무효는 다른 쪽의 무효를 가져온다고 본다. 절충설 또는 양행위경합설이라고도 한다.[23]

---

§103 Rn. 13(소송상 상계는 민법상의 법률행위이고, 그것이 소송상 주장되었더라도 상계의 법적성질은 변하지 않는다. 소송상 상계가 이중적 성질(Doppelnatur)을 갖고 있는 한, 소송상 당사자는 상계에 의해 소송행위의 하나인 방어방법의 주장과 함께 실체법상 법률행위를 실행하는 것이다).

21) 과거 사법행위설을 주장한 견해로는, 이영섭, 新民事訴訟法(上) 제7개정판, 1972, 154면; 방순원, 民事訴訟法(上) 전정개판, 1989, 416면.

22) 한때 독일의 유력설이었으나, 현재는 K. Schreiber, "Die Aufrechnung im Prozeß", 50 Jahre Bundesgerichtshof FS Wissenschaft, Bd Ⅲ(2000), 227 외에는 찾아보기 어렵다.

23) 양성설은 다시 독립효과설과 비독립효과설로 나뉘는데, ① 독립효과설은, 소송상 상계는 원칙적으로 사법행위이나 소송상황에 비추어 소송법을 넓게 원용할 것이라고 하고, ② 소송상 효력을 사법상 효력의 전제요건으로 보는 비독립효과설은, 소송상 상계는 사법행위이자 소송행위이나 후자가 전자를 흡수하므로, 그 효력은 소송법에 따라 판단된다고 본다(Oertmann, Die Aufrechnung im deutschen Zivilprozessrecht, 1969; 조무제, 앞의 논문, 101면에서 재인용); 독립효과설은 사실상 사법행위설에 가까우므로, 비독립효과설만이 진정한 의미의 양성설이라는 지적으로는, 石川明, "訴訟上の相殺の法的性質(上)", 判タ 214号, 1968, 18頁.

양성설은 당사자의 의사를 고려하고,[24] 구체적 타당성을 추구하는 견해이나, 그 구성이 불완전하다. 소송행위와 사법행위는 효과도 법리도 전혀 달라 불가분의 일체를 이룰 수 없고, 소가 취하·각하된 경우에는 상계항변이라는 소송행위 자체에 하자가 있는 것은 아니고 단지 항변이 판단되지 않은 것에 불과하다는 비판이 제기된다.[25]

일본대심원(大審院)은 '재판상 상계의 항변이 소송행위인 동시에 사법행위의 성질을 가진 1개의 행위'라고 하여 양성설에 입각한 것으로 보이는 판시를 하였으나,[26] 현재 일본최고재판소는 '소송상 상계는, 상계의 의사표시가 이루어진 것으로 확정적으로 그 효과를 발생하는 것이 아니라, 당해 소송에서 재판소에 의하여 상계의 판단이 이루어질 것을 조건으로 실체법상 효과가 생기는 것'이라고 하여,[27] 어느 견해를 택하였는지 분명하지 않다.[28]

(4) 신병존설

기본적으로는 병존설(사법행위설)의 입장을 취하면서도, 소송상 상계의 경우에는 당사자의 의사, 행위가 이루어진 상황 및 절차의 안정 등 실체법과 절차법적 이익을 모두 중시하여 소송행위로서 의미를 상실한 때에는 그 사법상 효과도 발생하지 않는 것으로 보는 견해이다. 병존설은 소송법과 실체법을 무리하게 결합시키다보니 당사자의 의사를 도외시하였는데, 당사자의 진의는 방어방법으로 상계를 항변하고 그것이 자신에게 유리한 소송자료로 고려되는 것이지, 그와 별개로 사법상 효과를 발생시키는 것은 아니라

---

24) 新堂幸司, 前揭書, 465頁; 한편, 상계의 경우에는 양성설이 당사자의 의사에 부합하는 측면이 있지만, 취소권·해제권과 같은 일반 형성권의 경우, 소송의 존속과 관계없이 그 효과의 존속을 바라는 것이 일반적이어서 당사자의 의사에 부합하지 않는다는 반론으로는, 유병현, 앞의 논문, 133면.

25) 松本博之, 前揭書, 54頁.

26) 日大審院1934(昭和9)년7월11일판결(法學4卷2号227). 다만 동 판결은 '재판상 상계는 전술한 바와 같이 한 개의 행위이나, 소취하 등으로 종결된 경우, 위 소송상 상계는 소송행위로서 그 효력을 생기지 않는 동시에 사법상 행위로서도 그 효력을 잃는 것으로 해석함이 상당하다'고 하여, 법원이 실제 판단할 것을 조건으로 하는 조건설로도 해석할 수 있다.

27) 最[1小]判1998(平成10)년4월30일판결(民集52卷3号930).

28) 松本博之, 前揭書, 54~55頁.

고 본다. 현재 우리나라의 통설이다.[29][30]

다만, 신병존설 내에서도, 왜 상계만 특수한 규율이 되는지, 어떠한 이론으로 이를 뒷받침 할 것인지에 관하여 다음과 같이 다양한 견해가 제시된다.

3. 소송상 상계에 관한 논의

(1) 법형성설(失機설)

반대채권의 존재가 명확하지 않은 경우에도 반대채권이 소멸한다고 보는 한 법률에 흠결이 있고 이를 법형성적 해석을 통해 보완해야 한다는 견해이다. 피고가 소구채권에 대한 이행판결을 받고 동시에 반대채권까지 잃는 것을 방지하기 위하여 과거 법률상 인정되었던 반대채권의 명확성(Liquidität der Gegenforderung), 즉 반대채권의 존재에 다툼이 없거나 이를 즉시 증명할 수 있어야 한다는 요건이 삭제되었다면, '더 이상 적법하게 고려될 수 없는 시점에 이루어진 상계항변은 실기하여 효력이 없다'라는 소송법 법리로써 이를 보충해야 한다는 것이다.[31]

비교법적으로는 위 논의나 출발점에 수긍할 만한 점이 없지 않다. 상계가 로마법상 *compensatio* 등 재판상 상계로부터 각 민법의 실체법상 제도로 변천되는 과정을 고찰해보면, ① 종래 프로이센일반란트법[32]이나 오스

---

29) 이시윤, 신민사소송법(제14판), 박영사, 2020, 393면; 정영환, 신민사소송법(개정신판), 법문사, 2019, 593면.

30) 일본에서도 최근 사법행위설과 소송행위설의 엄격한 구분이 완화되고, 신병존설이 통설로 되었다는 설명으로는, 中野貞一郎, 前揭論文, 142頁; 독일의 통설은 상계를 예외로 하는 사법행위설이므로, 실질은 신병존설이다(Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., 565).

31) Henckel, "Materiellrechtliche Folgen der unzulässigen Prozessaufrechnung", ZZP, 74 (1961), 165. 법률에 일정한 흠결이 있다고 보고 법형성적 해석을 한다는 점에서 '법형성설'이라고도 하고(松本博之, 前揭書, 56頁), 형성권이 소송상 허용되지 않은 시점에서 행사되면 무효로 보는 점에서 '실기설'이라고도 한다(정동윤/유병현/김경욱, 앞의 책, 494면).

32) 프로이센일반란트법 제359조 제1항은 '재판상 자백 또는 증명에 의하여 그 존재가 인정되는 소구채권과 다툼이 있는 반대채권 사이의 상계는 다툼이 있는 반대채권이 소송상 즉시 증명된 경우에만 허용된다'고 하여, 이를 상계의 요건으로 하고, 19세기

트리아민법은 단독행위에 의한 상계의 요건으로 반대채권의 명확성을 규정하고 있었는데, 1896년 독일민법전 제정 시 이는 소송법에 해당한다는 이유로 민법에서 삭제하였고, ② 프랑스의 법정상계(compensation légale)는 반대채권을 쉽게 증명할 수 있는 것을 그 요건으로 하였다가 현재는 반대채권의 존재의 확실성(certitude)과 금액의 특정성(liquidité)[33]을 요구하고 있으며(프랑스민법 제1347조, 제1347조의1),[34][35] ③ 일본구민법도 이를 좇아 '명확한 것(明確ナルモノ)'[36]을 상계의 요건으로 명시하였었다(동법 제520조). ④ 한편, 영국 보통법상 상계(legal set-off)도 양 채권이 금액이 특정되어 있거나(liquidated sum) 어렵지 않게 확정될 것을 요한다.[37][38]

독일보통법 판례도 같은 입장이었나, 1896년 독일민법전(BGB) 제정 시 동 요건을 소송법규로 보아 삭제하였다. 이후 일본과 우리나라에 차례로 계수되었다(권혁재, 앞의 논문, 15면).

33) 일본의 구민법 제520조는 이를 명확성이라 하였고, 확실성으로 한 경우는 최병조 "로마법상의 상계", 「법학」 제43권 제1호, 2002. 3., 243면이 있다. 생각건대, 확실성, 확정성, 명확성 등은 기존 개념과 혼동될 우려가 있고, 프랑스 개정법에서 존재의 확실성(*certitudes*)이라는 개념을 추가한 것을 감안하여, 금액의 특정성(이동진, "상계의 담보적 기능", 「민사법학」 제70호, 2015. 3., 470면)을 따른다.

34) 존재의 확실성은 채권이 현재 유효하게 성립하고 있다는 것으로, 판례상 인정되던 것을 2016년 개정으로 입법한 것이다. 한편 금액의 특정성은, 그 금액이 정하여져 있거나 그에 관하여 다툼이 없고 적어도 금액을 평가할 수 있거나 평가에 필요한 요소가 모두 갖추어진 것을 말한다. Cass. 3e civ., 28 avril 2009, no 08-11.749는, 보증금반환청구에 대하여 연체차임으로 상계를 주장한 사안에서, 누수와 감전우려로 건물이 사용이 부적합하다는 감정결과로는, 존재의 확실성(*certaine*), 금액의 특정성(*liquide*) 및 청구가능성(*exigible*)이 없어 상계할 수 없다고 하였다.

35) 프랑스 민사집행법 제111-6조는 "채무의 금액이 특정된 경우는 그것이 금전으로 정하여 졌거나 그 권한이 금액을 정하기 위한 모든 요소를 포함하고 있는 때이다(*La créance est liquide lorsqu'elle est évaluée en argent ou lorsque le titre contient tous les éléments permettant son évaluation*)"라고 규정한다.

36) 일본 구민법은 '명확성'으로 번역하였지만, 일본민법의 입법자인 우메 겐지로(梅謙次郎)는 '이는 적절한 번역이 아니고, 당시 프랑스에서도 동 요건에 대하여 ① 채권의 존재 및 액수에 대하여 엄격한 증명을 요하는 견해와 ② 법관이 심증을 가질 수 있는 정도면 족하다는 견해가 대립하고 있어, 정확한 번역이 곤란하다'고 보았다(梅謙次郎, 民法債權(第一章)完(復刻版), 信山社, 1996, 516頁).

37) 용선계약에서 일일 체선료(demurrage)를 정한 경우는 지연일수에 따라 곧바로 전체 금액을 산정할 수 있으므로 이는 확정된 금액 내지 어렵지 않게 확정할 수 있는 금액인 반면(President of India v. LIPS Maritime Corp., 1988 A.C. 395), 손해사정인이 건물의 하자로 인한 손해액을 사정한 것만으로는 금액이 확정된 것으로 볼 수 없다(B

그러나 민법에 법형성설이 주장하는 '법의 흠결'이 존재한다고 볼 수 있는지 의문이다.[39] 오히려 독일과 일본민법이 이를 의도적으로 삭제하였고 우리 민법도 이를 계수한 점을 존중하여야 한다. 한편 '법의 흠결'이 있다고 하려면 매우 부당한 결과가 있고 이를 보완할 방법이 전혀 존재하지 않아야 하는데, 소송상 상계가 각하된 경우 조건설 등에 의한 보완이 가능하므로, 법의 흠결을 인정하기도 곤란하다.[40] 이 견해는 법해석으로는 가급적 피하여야 할 최후의 수단, 즉, 법의 흠결을 상정하고 이를 유추해석이 아니라 아예 법형성·창조적 해석으로 해결하는 점에 그 한계가 있다.[41]

(2) 기능설

이 견해는 상계에는 청구에 대한 방어와 자기채권의 실행·자력집행(Durchsetzung)이라는 2가지 기능이 불가분으로 결합되어 있다고 본다.[42] 소송에서는 주로 방어기능만 고려될 수도 있으나 이 경우에도 상계의 실행기능을 경시하여서는 안 되고, 상계항변을 각하했다면 다른 방법으로 반대채권을 행사할 수 있도록 보장해주어야 하고 이는 상계라는 실체법상 권리가 소송상 행사됨에 있어 필연적인 것이라고 주장한다.[43]

그러나 이 견해는, 상계가 방어기능과 권리실행기능을 갖는지는 차치하더라도, 별다른 근거 없이 상계의 제도적 기능을 그 효력요건으로 하는 문

Hargreaves Ltd v Action 2000 Ltd. (1993) 62 BLR 72).

38) 영국 보통법상 상계는 소송상 항변으로만 행사할 수 있고 법원의 결정(order)이 있어야만 효력이 발생한다는 점에서 절차법적 성격이 강하다(석광현, "영국법이 준거법인 채권 간의 소송상 상계에 관한 국제사법의 제문제", 「서울대학교法學」 제57권 제1호, 2016. 3., 204~208면).

39) 반대채권의 명확성은 소송절차의 지연방지 등을 위하여 입법론으로는 활용이 모색될 필요가 있으나, 위 입법경위에 비추어 '법의 흠결'로 보기에는 어렵다. 그 상세는, 정상민, "상계의 항변과 중복된 소제기의 금지", 「법조」 제750호, 2021. 12., 64면.

40) Schwab, "Bemerkungen zur Prozessaufrechnung", FS Nipperdey I(1965), 951; Grunsky, "Die unzulässige Prozeßaufrechnung", JZ(1965), 393; Musielak, "Die Aufrechnung des Beklagten im Zivilprozess", JuS(1994), 820.

41) 권혁재, 앞의 논문, 16면.

42) Häsemeyer, "Die sogenannte "Prozeßaufrechnung"-eine dogmatische Fehlaktentuierung", FS Weber(1975), 218.

43) Häsemeyer, a.a.O., 223.

제가 있다. 민법은 상계의 기능이 실제 달성되는지 여부를 그 효력요건으로 보지 않기 때문이다.[44]

(3) 철회설

상계항변이 판결에 참작되지 않은 경우, 상계권자는 이를 철회할 수 있다고 본다. 즉, ① 상계는 '방어기능'과 함께 반대채권을 대등액에서 실행하는 '관철기능'을 갖는데, 소송상 이유로 항변이 각하되었음에도 반대채권이 실체법상 소멸된다고 하면, 그 관철기능이 전면 부정되는바, ② 반대채권을 즉시 증명할 수 없는 경우에는 별개의 소송절차에 의하도록 했던 과거 독일법 등을 참고하면, 실기한 항변으로서 각하되더라도 반대채권에 대한 별도의 소송절차가 보장되어야 하고, 이를 위해서 피고에게 철회권을 부여하여야 한다.[45] ③ 한편, 형성권이 행사되면 이를 임의로 철회할 수 없도록 한 것은 제3자 또는 상대방을 보호하기 위한 것인데, 상계의 경우 제3자의 이익을 해치지 않고 상대방은 상계의 당부를 다투는 이상 보호이익이 없다고 본다.[46]

또한 가정(假定)항변으로서 상계의 의사표시는 소구채권이 있다고 판단되면 이를 고려해 달라는 취지이므로, 소나 상계항변이 각하된 경우와 같이 방어방법으로서 의미를 잃은 경우라면 이를 '백지(白紙)로 되돌린다'는 효과의사를 가진 것으로 볼 수 있다고 한다. 나아가 이러한 효과의사를 승인하는 것은 상계의 법리와 모순되지 않고 절차의 안정을 해친다거나 상대방에게 불공평할 염려도 없으며 오히려 상계제도의 취지에 부합한다고 본다.[47] 현재 일본의 유력설이다.[48]

---

44) Buß, "Prozeßaufrechnung und materielles Recht", JuS(1994), 149; Musielak, a.a.O., 821.

45) 河野正憲, "相殺の抗辯とその實體法上の效果", 「法政硏究」 39卷1号, 1972, 117頁.

46) 河野正憲, 當事者行爲の法的構造, 弘文堂, 1972, 69頁.

47) 新堂幸司, 前揭書, 466頁(이는 성질론으로부터 도출한 것이라기보다는, 당사자의 의사, 절차의 안정성, 공평, 상계제도의 취지라는 다양한 측면을 고려하여 타당한 규율을 모색한 것으로, 실체법과 절차법적 관점을 함께 고려한 해석론이라고 한다).

48) 伊藤眞, 民事訴訟法[第6版], 有斐閣, 2018, 339頁(소송행위가 효력을 잃으면 사법행위가 철회된다).

(4) 일부무효설

소송상 상계에 대해 독일민법 제139조 소정의 일부무효의 법리를 유추하여 소송행위로서의 효력과 사법행위의 효력을 연계한다.[49] 즉, 소송상 상계에는 상계의 의사표시라는 사법행위와 상계항변이라는 소송행위가 병존하나, 상계항변이 절차상 이유로 허용되지 않으면, 사법상 효력도 부여하지 않으려는 것이 당사자의 진정한 의사이고,[50] 일부무효에 있어서 법률행위의 일체성(一體性)은 엄격한 것이 아니고, '합성적인 일체성(ein zusammengesetzt einheitliches)'으로, 합성적인 법률행위에 있어서 일체성을 인정하기 위한 요건은 외적인 결합은 물론 내용, 목적, 경제적 일체성이라고 한다. 또한 법률행위가 외적으로는 단절되었더라도 내적 관련이 존재하면 일부무효의 법리를 유추적용할 수 있으므로 상계와 상계항변 사이에 일체성이 긍정된다.[51] 현재 독일의 유력설이다.[52]

(5) 조건설

실기한 방어방법의 각하 등의 경우에도 상계채권이 소멸하는 부당한 결과를 피하기 위하여, 법원이 상계항변을 고려하지 않은 경우에는 상계의 실체법상 효과가 발생하지 않는 조건이 붙어 있다고 본다. 현재 우리나라의 통설이다.[53]

조건설은 다시 ① 법원이 상계항변에 대하여 실질적으로 판단하는 것을 조건으로 그 실체법상 효과가 발생한다고 보는 정지조건설[54], ② 소송상 이유로 상계에 대해 판단하지 않으면, 일단 발생하였던 사법상 효력이 해제

---

49) Lüke/Huppert, "Die Aufrechnung", JuS(1971), 165; Schwab, a.a.O., 952.

50) Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., 570.

51) Schwab, a.a.O., 952.

52) 사법상 효력이 발생하지 않는 근거를 우선 실체법에서 찾는 것이 타당하다는 이유로, 이를 지지하는 견해로는, 石川明, "訴訟上の相殺の法的性質(下)", 判タ 215号, 1968, 20頁.

53) 이시윤, 앞의 책, 493면; 정동윤/유병현/김경욱, 앞의 책, 495면.

54) Musielak, a.a.O., 821; 기본적으로 일부무효설을 취하면서도, 그것이 무리한 경우 정지조건부 상계를 인정할 수 있다는 견해로는, 石川明, 前揭論文, 20頁.

조건의 성취로 소멸한다고 보는 해제조건설[55], ③ 법원이 소구채권의 존재를 인정하는 것을 정지조건, 상계항변을 각하하는 등 소송상 이유로 이를 심리하지 않은 것을 해제조건으로 하는 양 조건이 병존한다고 보는 정지조건・해제조건(병존)설[56]로 나뉜다.

4. 다른 법리에 의한 대안의 모색

(1) 부당이득을 통한 구제

사법행위설을 견지하되, 상계채권을 잃는 결과는 부당이득으로 구제하자는 견해이다.[57] 소송상 상계의 목적은 채무소멸뿐 아니라 소송에서 판단을 받는 것에도 있으므로, 제대로 판단되지 않은 경우 피고는 '급부에 의하여 법률행위의 내용상 목적이 된 효과가 발생하지 아니하였다면' 그 반환을 구할 수 있도록 한 독일민법 제812조 제1항 후문에 의해 ① 부당이득반환을 구하거나 ② 위 부당이득반환청구권을 갖고 바로 상계할 수 있으며, 나아가 ③ 청구이의의 소도 가능하다고 한다.

그러나 위 견해는 확정판결에 의한 급부를 법률상 원인 없는 것으로 하고, 문제에 대한 근본적 해결이 아닌 미봉책에 불과하다는 비판을 받는다.[58] 무엇보다도 우리 민법에는 위 독일민법과 같은 규정이 없어 이를 그대로 받아들이기 어렵다.

(2) 행위기초론에 근거한 접근

형성권의 행사가 소송상 참작되는 것이 그 행위기초인 바, 행위기초가 처음부터 흠결되어 있거나(예: 표준시 후의 형성권행사), 사후적으로 소멸한 경우(예: 소송상 이유로 각하)에는 사정변경에 따른 이해조정을 할 수 있다

---

55) 宇野聰, "訴訟上の相殺の再抗辯", 法と政治 51卷 2号, 2000, 856頁.

56) Schlosser, Zivilprozeßrecht I, München(1983), Rn. 325; 中野貞一郎, 前揭論文, 10頁.

57) Rosenberg, Anmerkung zu RG ZZP 59(1935), 229; Habscheid, "Über die Rechtsfolgen der fehlgeschlagenen Prozessaufrechnung", ZZP 76(1963), 335.

58) 河野正憲, 前揭論文, 118頁.

고 보는 견해도 있다.[59] 특히 상계와 같은 단독행위의 경우 행위기초가 소멸되었다면 당연무효를 인정하여야 한다고 주장한다.[60]

한편 소송상 상계에 대해서는 조건설을 취하되, 소송 外·前 상계는 신의칙을 적용하는 견해는, 소송 外 상계에 제공된 채권의 이행을 구하는 후소에서 피고(전소원고)가 위 소구채권은 상계로 이미 소멸하였다고 주장하는 것은 신의칙에 반한다고 본다.[61]

(3) 기판력에 의한 해결

기판력으로 문제를 해결하려는 시도로는, 법원이 상계항변을 각하한 경우, ① '소구채권이 상계에 의하여 소멸하지는 않은 것'이 확정되므로, 상계채권을 청구하는 소송에서 상대방은 상계에 의한 채권소멸을 주장할 수 없다고 하거나[62], ② '소구채권이 상계에 의하여 소멸되지 않았다는 점'과 함께 '반대채권이 상계에 제공되어 소멸되지 않았던 점'이 확정되며[63], ③ 상계의 기능이 실현되지 않은 경우 별도로 상계채권의 행사를 보장해 주어야 한다는 기능설의 관점에서, '이미 상계채권이 상계로 소멸하였다'고 주장하는 것은 전소판결의 기판력에 저촉된다고 보는 견해[64] 등이 있다.

---

59) Weinzierl, Die Präklusion von Gestaltungsrechten durch § 767 Abs. 2 ZPO unter besonder Berücksichtigung der materiellen Rechtskraft(1997), 51.

60) Weinzierl, a.a.O., 59.

61) Lüke/Huppert, a.a.O., 169; 한편 Stein/Jonas/*Leipold*, 23. Aufl.(2021), § 145 Rn. 68은, 전소원고가 반대채권의 소멸을 주장하는 것은 신의칙에 반하는 것으로 볼 수 있지만, 전소판결과 모순되는 이상 기판력으로 해결하는 것이 보다 바람직하다고 한다.

62) A. Blomeyer, "Außerprozessuale Aufrechnung und Prozeßaufrechnung", ZZP 88(1975), 440.

63) Stein/Jonas/*Leipold*, a.a.O., § 145 Rn. 67.

64) Häsemeyer, a.a.O., 227.

5. 검토

(1) 먼저, 형성권의 소송상 행사에 관하여 보면, 이를 순수한 소송행위로 보는 것은 상계를 실체법의 규율 하에 두는 현행법과 맞지 않고,[65] 사법행위로서의 측면을 경시한다.[66] 반면 사법행위설에 따르면 상계가 소송에서 판단되지 않은 경우에도 상계채권이 소멸하여 상계권자에게 지나치게 가혹하고 불공평하다. 한편 양성설은 우리 법제가 실체법과 소송법을 체계적으로 분리하고 있는 점을 감안하면 수용하기 어렵다.[67] 따라서 소송상 이유로 실제 판단되지 않았다면 그 사법상 효력도 소멸한다고 보는 신병존설이 타당하고, 그것이 소송상 방어방법으로 상계를 항변하는 상계권자의 의사에 부합한다고 생각된다.

(2) 다만 상계를 일반 형성권과 달리 보는 것을 어떻게 뒷받침할 수 있을지에 관하여, 법형성설은 우리 법제와 맞지 않는 무리한 해석을 시도하는 점, 기능설은 상계의 기능을 그 효력요건으로 치환한 점에서 받아들이기 어렵다. 한편 일본의 유력설인 철회설이 소송상 부적법한 때에는 '백지로 되돌린다'고 본다면, 차라리 해제조건부 상계로 보는 것이 간명하다.[68]

한편 일부무효설의 이론적 난점은 사법상 상계의 의사표시와 이를 소송상 주장하는 소송행위가 일체성이 있다고 보는 점이다.[69] 사법행위와 소송행위라는 전혀 다른 규제원리를 적용받고 성질을 달리하는 행위가 일체성을 갖는다는 것은 무리한 구성이다.[70]

(3) 대안을 모색하는 견해 중 ① 부당이득설은 재판상 인정된 채권(Judikatsforderung)을 원인소멸에 의한 반환청구권(condictio ob causam finitam)을 가지고 상계하는 것이 되어,[71] 우리 법제에는 근거가 없을 뿐 아

65) 박동규, 앞의 논문, 835~836면.

66) 아무리 소송절차 중에 한 행위이더라도 곧바로 사법행위가 소송행위로 전화(轉化)할 수는 없고, 그에 대한 판결을 받아야만 비로소 실체법상 효력이 발생한다면, 로마법의 재판에 의한 상계로 퇴화하는 것이라는 비판으로는, 이재성, 앞의 논문, 29면.

67) 정동윤/유병현/김경욱, 앞의 책, 495면.

68) 松本博之, 前揭論文, 59頁.

69) Grunsky, a.a.O., 399; 中野貞一郎, 前揭論文, 12頁.

70) Musielak, a.a.O., 821; Häsemeyer, a.a.O., 219; Weinzierl, a.a.O., 44.

니라, 무엇보다도 전소의 확정판결을 법률상 원인 없는 것으로 본다는 점에서 쉽게 받아들일 수 없다. ② 행위기초론에 의한 해결도 다른 적절한 해결방법이 존재하지 않는 경우 비로소 고려할 수 있는 것으로(신의칙의 최소·최후성의 원칙)[72] 신중을 요한다. 또한 ③ 기판력의 적용은 상계항변에 대하여는 실제 판단이 된 경우에만 예외적으로 기판력을 발생하는 것(민사소송법 제216조 제2항)과 상충된다.[73] 후소로 상계채권을 소구할 수 있는지 여부는 상계항변이 무시되면 그 효과가 소멸하는 것으로 하면 충분하고 반드시 기판력을 원용하여야 하는 것은 아니라는 지적이 타당하다.[74]

(4) 결국 조건설이 가장 타당하다. 다만, 조건부 상계를 금지한 민법 제492조 1항 단서와 조화로운 해석이 가능한지, 조건설 중 정지조건설, 해제조건설 중 어느 것이 보다 타당한지 등이 문제되나, 이에 대하여는 먼저 판례를 살펴본 다음 Ⅳ.항에서 상세히 고찰하기로 한다.

Ⅲ. 판례

1. 판례의 태도

대법원은 해제권에 관하여, '소제기로서 계약해제권을 행사한 후 그 뒤 그 소송을 취하하였다 하여도 해제권은 형성권이므로 그 행사의 효력에는 아무런 영향도 미치지 아니한다'고 하였으나,[75] 상계, 즉 소송상 상계항변과 그 실체법상 효과에 대하여는 직접적으로 판단한 경우가 없었다.

---

71) 石川明, 前揭論文, 15頁.

72) 신의칙이 민사소송의 근본규범이기는 하나 다른 규정 또는 개념으로 해결할 수 있는 경우에는 불필요하게 신의칙의 개념으로 해결하여서는 안 된다(정영환, 앞의 책, 118면)

73) 河野正憲, 前揭論文, 53頁은, Blomeyer나 Leipold가 '상계채권이 상계에 의하여 소멸되지 않았다는 점에 기판력이 발생한다'고 할 뿐 법원이 상계에 대해서 판단하지 않았음에도 불구하고 기판력이 발생하는 이유나 근거를 밝히지 않는 점을 비판한다.

74) MünchKommZPO/*Peters*, 2. Aufl.(2000), 1033('반대채권이 상계로 소멸되지 않는 것'이 판결로 확정되었다는 논리구성은 불필요하고 과도하다).

75) 대법원 1982. 4. 11. 선고 80다916 판결.

그러다가, 대법원은 2013년경 최초로, 소송상 방어방법으로서의 상계항변은 수동채권의 존재가 확정되는 것을 전제로 하여 행하여지는 일종의 예비적 항변이라고 한 다음, 소송절차 진행 중 당사자 사이에 조정이 성립됨으로써 '수동채권의 존재'에 관한 법원의 '실질적인 판단'이 이루어지지 아니한 경우에는 그 소송절차에서 행하여진 소송상 상계항변의 '사법상 효과'도 발생하지 않는다고 봄이 타당하다고 판시하였다(이하 '대법원 2011다3329 판결').[76]

이어, 대법원은 상계항변에 대하여 원고가 상계의 재항변을 할 수 있는지와 관련하여, 표현을 일부 바꾸어, '소송상 방어방법으로서의 상계항변은 …(중략)… 소송상 상계의 의사표시에 의해 확정적으로 효과가 발생하는 것이 아니라 당해 소송에서 수동채권의 존재 등 상계에 관한 법원의 실질적 판단이 이루어지는 경우에 비로소 실체법상 상계의 효과가 발생한다'고 하였고(이하 '대법원 2013다95964 판결'),[77] 이후의 판결은 대법원 2013다95964 판결의 판시사항을 인용하고 있다.[78]

2. 생각해 볼 문제

이러한 대법원의 태도는 신병존설 중에서도 조건설의 입장으로 이해된다.[79] 다만 여기서 주목하여야 할 점은, ① 소송상 상계항변이 수동채권의 존재의 확정을 전제로 한 예비적 항변이므로 소송상 상계의 의사표시만으

---

76) 대법원 2013. 3. 28. 선고 2011다3329 판결.

77) 대법원 2014. 6. 12. 선고 2013다95964 판결.

78) 대법원 2015. 3. 20. 선고 2012다107662 판결(상계항변에 대한 원고의 상계재항변을 불허한 사례); 대법원 2018. 8. 30. 선고 2016다46338, 46345 판결('소구채권 자체를 부정한 청구기각판결'과 '소구채권을 인정하나 상계항변을 받아들인 청구기각판결'은 민사소송법 제216조에 따라 기판력의 범위를 서로 달리하여, 피고에게 상소의 이익이 있다고 본 사례).

79) 정동윤/유병현/김경욱, 앞의 책, 496면; 김홍엽, 민사소송법(제10판), 박영사, 2021, 520면; 대법원이 소송행위인 상계항변과 병존하는 상계의 의사표시라는 사법행위의 효력발생에 조건이 붙어있다고 판단한 근거와 그러한 조건이 적법하다고 본 이유에 대하여 명시적으로 설시하였어야 했다는 지적으로는, 김희동, "조정의 성립으로 종결된 소송절차 내에서 행하여진 상계항변의 실체법적 효과: 대법원 2013. 3. 28. 선고 2011다3329 판결과 관련하여", 「가천법학」 제6권 제2호, 2013. 6., 170면.

로는 확정적으로 효과가 발생하지 않는다고 전제한 점, ② 대법원 2011다3329 판결이 '수동채권의 존재에 관한 법원의 실질적인 판단이 이루어지지 아니한 경우 소송상 상계항변의 사법상 효과도 발생하지 않는다'라고 하였다가, 대법원 2013다95964 판결이 '상계에 관한 법원의 실질적 판단이 이루어지는 경우에 비로소 실체법상 상계의 효과가 발생한다'고 한 미묘하게 변화한 점, 즉 전자가 '~p→ ~q'라는 논리구조였다면, 후자는 'p→q'라고 한 것인데,[80] 어느 쪽이 보다 타당한지, 바꾸어 말하면 정지조건과 해제조건의 차이와 이론적 타당성[81], ③ 이후 소송상 상계와 그 사법상 효과에 관한 법리는 원고의 상계의 재항변이 허용되는지 여부 등을 판단함에 있어 그 기본 법리로 활용된 점 및 ④ 조정절차로 종결된 경우 법원의 실질적인 판단이 없었다고 보아야 하는지 여부(대법원 2011다3329 판결) 등이다.

〈표 1〉 대법원 판시사항 비교표

대법원 2011다3329 판결	대법원 2013다95964 판결 이후
소송상 방어방법으로서의 상계항변은 그 수동채권의 존재가 확정되는 것을 전제로 하여 행하여지는 일종의 예비적 항변으로서 당사자가 소송상 상계항변으로 달성하려는 목적, 상호양해에 의한 자주적 분쟁해결수단인 조정의 성격 등에 비추어 볼 때, 당해 소송절차 진행 중 당사자 사이에 조정이 성립됨으로써 **수동채권의 존재**에 관한 **법원의 실질적인 판단이 이루어지지 아니한 경우**에는 그 소송절차에서 행하여진 소송상 상계항변의 **사법상 효과도 발생하지 않는다.**	소송상 방어방법으로서의 상계항변은 통상 그 수동채권의 존재가 확정되는 것을 전제로 하여 행하여지는 일종의 예비적 항변으로서 소송상 상계의 의사표시에 의해 확정적으로 그 효과가 발생하는 것이 아니라 당해 소송에서 **수동채권의 존재 등 상계**에 관한 **법원의 실질적 판단이 이루어지는 경우**에 비로소 **실체법상 상계의 효과가 발생한다.**

80) 송영복, "소송상 상계 재항변 불허 판결로 살펴본 상계충당, 소송외 상계의 해석론", 「사법」 제36호, 2016. 6., 289면.

81) 정지조건이라고 보는 견해는, 김지희, "소송상 상계에 대한 상계의 재항변의 가부 - 원고의 소송상 상계의 재항변을 예외적으로 허용할 수 있는 경우와 관련하여", 「法曹」 제68권 제2호, 2019. 4., 489면; 반면, 이는 소송상 상계의 실체법상 효과가 발생하기 위한 법정조건으로 '법원의 판단'이 있어야 한다는 취지일 뿐, 그 효과발생시기에 관하여 '정지조건설'을 취하였다고 단정하기는 어렵다는 견해는, 박동규, 앞의 논문, 840면.

Ⅳ. 검 토

1. 조건부 상계의 문제

민법은 상계의 의사표시에 조건을 붙일 수 없다고 하여(민법 제493조 제1항 후단), 예비적 상계 내지 실질적 판단을 조건으로 하는 실체법상 효과의 발생이라는 법리구성이 적법한지 문제된다.[82]

생각건대, 우리 민법이 상계의 의사표시에 조건을 붙이지 못하도록 한 이유는 그 효력발생 여부가 장래의 불확실한 사건에 따라 결정되어 상대방의 법적지위가 불안정해지는 것을 막기 위한 것이다. 그런데 소송상 상계의 당부는 소송이 끝날 때는 확정되는 이상 법적지위의 불안정은 일시적이고 소송종료 시에는 해소된다. 나아가 이러한 불안은 원고가 예견하거나 감수할 수 있는 것인 반면, 피고의 이익을 고려하면 소송에서 상계가 참작되지 않을 때는 반대채권을 상실하지 않아야 한다.[83] 따라서 이를 소송내적 조건(innerprozessuale Bindingung)으로 허용하더라도, 조건부 상계를 금지한 민법의 취지에는 반하지 않는다.[84]

다만, 아무리 소송내적 조건이더라도 가정(假定)에 가정이 쌓이면 법률관계를 불안정하게 하고, 불필요하게 심리가 복잡해지는 점에 대하여는 주의할 필요가 있다.

2. 소구채권 존재의 확정

(1) 예비적 상계

---

82) 독일 법원비용법(Gerichtskostengesetz; GKG) 제45조 제3항은, '피고가 다툼이 있는 반대채권과의 상계를 예비적(hilfsweise)으로 주장한 경우, 그에 관한 기판력 있는 판단이 내려지는 한, 소가는 반대채권의 가치만큼 증가한다'고 하여, 예비적 상계가 적법함을 전제로 규정하고 있다.

83) Stein/Jonas/*Leipold*, a.a.O., § 145 Rn. 60; 中野貞一郎, 前揭論文, 9頁.

84) 정동윤/유병현/김경욱, 앞의 책, 485-486면; 이시윤, 앞의 책, 399면.

소구채권을 인정하면서 상계를 주장하는 주위적 상계(Hauptaufrechnung)도 가능하지만,[85] 소구채권의 존재를 다투지만, 법원이 그 존재를 인정하는 경우에 대비하여 상계를 주장하는 예비적 상계(Eventualaufrechnung)가 보다 일반적이다.[86] 이에 대법원도 '소송상 방어방법으로서의 상계항변은 통상 수동채권의 존재가 확정되는 것을 전제로 하여 행하여지는 일종의 예비적 항변'이라 한다.[87] 이와 관련하여, '법원이 소구채권의 존재를 인정하는 것'을 '조건'으로 보아야 하는지 문제된다.

(2) 견해의 대립

먼저, 예비적 상계를 조건부 상계로 보는 견해가 있다.[88] 피고는 소구채권을 부인하나 법원이 소구채권이 존재한다고 인정하는 경우 패소판결을 피하기 위해 예비적으로 상계를 주장하는 것인데, 소구채권이 존재한다는 법원의 판단은 민법상 상계의 요건은 아니므로, 이는 피고가 설정한 조건 내지 법정조건(Rechtsbedingung)으로 보아야 한다는 것이다.[89]

반면, 소구채권의 존재는 본래 상계의 요건이자 기판력의 범위를 정하

---

85) 상계항변은 취지를 명시적으로 진술하지 않은 경우에도, 자동채권의 소멸이라는 희생을 수반하는 점을 고려하여 원칙적으로 예비적 항변으로서 제출된 것으로 간주한다(사법연수원, 민사실무II, 2008, 230면). 또한 상계항변은 출혈적 항변이기 때문에 법원은 이를 변제, 소멸시효 등 다른 항변보다 후순위로 판단하여야 한다(대법원 2013. 2. 28. 선고 2011다211556 판결).

86) Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., §103 Rn. 15; 반면, 예비적으로 상계가 주장되는 것은 사실상 개연성에 불과하다고 보는 것으로는, 伊藤真, 前掲書, 239頁.

87) 대법원 2013. 3. 28. 선고 2011다3329 판결; 대법원 2014. 6. 12. 선고 2013다95964 판결.

88) Lüke, Zivilprozessrechtr I, 11. Aufl.(2020) §20 Rn. 12; Musielak, a.a.O., 819(상계가 효력을 발생하기 위하여 실체법상 어떤 요건을 충족해야 하는가의 문제를 소구채권이 실제로 발생하였는지, 법원이 소구채권을 인정하는지의 문제와 동일시해서는 안 된다); Pawlowski, Die Gegenaufrechnung des Klägers im Prozess, ZZP 104(1991), 261.

89) 中野貞一郎, 前掲論文, 9頁(소구채권이 존재한다는 법원의 판단은 실체법상 상계의 요건이 아님에도 그 판단에 상계의 실체법상 효력이 달려있다면, 이는 법률의 규정이 아닌 '당사자의 의사'에 따른 효력요건이라고 한다); 권혁재, 앞의 논문, 25면(소구채권의 존재에 관한 법원의 인정이라는 사실은 우연적인 요소가 있는 미래의 불확실한 사실로써 조건이 되는 데에 지장이 없다고 본다).

려면(민사소송법 제216조 제2항) 당연히 확정이 필요한 것으로, 피고가 이를 조건으로 할 것도 없어 예비적 상계는 조건부 상계가 아니고 따라서 조건금지의 문제는 처음부터 생기지 않는다고 보는 견해도 있다.[90] 나아가 소구채권의 존재는 장래의 불확실한 사건이 아니라 단지 그에 대한 법원의 판단이 나중에 내려지는 것에 불과하므로 '기성조건(Gegenwartsbedingung)'이지 진정한 의미의 조건은 아니라고도 한다.[91][92]

(3) 검토

예비적 상계는 소구채권을 인정하는 것(주위적 상계)이 아니고, 다른 방어방법이 모두 이유 없을 때 비로소 그 판단을 구하는 것이므로, 소구채권의 존재나 다른 항변의 부주효(不奏效)를 '조건'으로 한다고 볼 수도 있다. 그러나 예비적 상계는 조건부 의사표시를 한 것이라기보다는 소송 내에서 그 심리·판단순서를 지정한다는 의미가 크다.[93]

소송법상으로 예비적 상계는 소구채권의 존재의 확정을 '전제'로 심리·판단하는 것으로, 그에 관하여 당사자 사이에 다툼이 있다면 이는 원고가 주장·입증할 것이지 피고가 항변하면서 이를 주장·증명하여야 하는 것은 아니다. 즉, 소송상 상계의 요건사실이 아니다. 또한 소구채권의 존재는 그 판단이 장래에 이루어질 뿐 조건이 아니고 무조건의 주장이라고도 볼 수 있다.[94] 굳이 조건으로 보지 않아도 법원은 소구채권이 존재한다고 판단하고 다른 항변이 모두 이유 없을 때에만 상계할 수 있으므로,[95] 이를 조건

---

90) Stein/Jonas/*Leipold*, a.a.O., § 145 Rn. 58; Musielak/Voit, a.a.O., § 145 Rn. 16.

91) MünchKommZPO/*Peters*, a.a.O., §145 Rn. 23; Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., 566(논리적 의존성에 불과하고 미래의 불확정한 사건이 아니라고 한다); Schwab, a.a.O., 945.

92) 법원이 소구채권의 존부를 어떻게 판단할지 상계주장시점에 불확실한 이상 기성조건이 아니고 진정한 조건이라는 반박으로는, Musielak, a.a.O., 818; Nikisch, a.a.O., 775.

93) 김희동, 앞의 논문, 174면(일반적으로 소송에서 당사자가 예비적·가정적으로 주장을 하더라도 법원은 당사자가 지정한 순서에 구애받지 않고 심리, 판단을 할 수 있는 것이나, 예비적 상계의 경우 법원은 소구채권이 존재한다고 판단하는 경우에만 그에 대하여 판단할 수 있다).

94) 김희동, 앞의 논문, 175면.

95) 20세기 초 독일에서 상계항변의 성립이 명백하다면 소구채권을 심리하지 않고 곧바로

부로 보아야 할 필요나 실익도 없다.[96][97]

그렇다면, 예비적 상계는 상계에 대하여 실질적인 판단을 하지 않은 경우 그 실체법상 효과가 발생하지 않는 국면에서의 조건과는 구별하여야 하고, 이를 '조건'으로 파악할 필요는 없다.[98] 판례가 적절히 판시한대로, 이는 조건이라기보다는 상계를 판단하기 위한 '전제'로서, 절차상으로는 예비적, 가정적 항변으로 그 성질을 이해하면 충분하고 그것이 당사자의 의사에도 부합한다.

애초에 소송상 상계를 수동채권 존재의 확정을 전제로 하는 예비적 항변으로 보는 것은 출혈적 항변인 점을 고려하여 피고의 이익을 위하여 이를 마지막에 판단하기 위함이다.[99] 따라서 상계의 실체법상 효과발생에 관한 '조건'에는, 법원이 소구채권의 존재를 확정하는 것은 포함하지 않고, '법원이 상계에 대하여 실질적 판단을 하지 아니하는 것'에 한정하여 그 내용과 성질을 고찰하면 족하다. 그렇다면 이는 정지조건인가 해제조건인가 아니면 양자가 결합된 것인가?

청구를 기각할 수 있다는 청구기각설(Klageabweisungstheorie)이 주장되었으나(Stölzl, JherJb 60 (1912), 467 AcP 95(Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., §103 Rn. 21에서 재인용)), 법원은 먼저 소구채권의 존부를 심리한 다음 예비적 상계에 관하여 판단하여야 하며, 소구채권이 존재하더라도 상계로 소멸한다는 '가정판단'으로 청구를 기각할 수 없다는 증거조사설(Beweiserhebungstheorie)이 현재 통설이다(정동윤/유병현/김경욱, 앞의 책, 813면). 청구기각설에 따르면 소구채권이 존재하지 않음에도 피고만 자동채권을 상실하는 부당한 결과가 발생할 수 있기 때문이다.

96) Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., 566(조건의 가정은 무의미하고, 소송절차 내에서 조건부 상계의 개념을 고수하는 것은 청구기각설의 잔재에 불과하다); 松本博之, 前揭書, 67頁(예비적 상계가 조건부 상계인지는 대체로 이론적인 문제이고, 어느 입장인지에 따라 그 결론에 차이가 발생하지 않으므로, 예비적 상계를 굳이 조건부 상계의 의사표시로 해석할 필요성이 부족하다).

97) 中野貞一郎, 前揭論文, 8~9頁은, 소구채권이 상계항변 시에는 존재했지만 소송종료시까지 상계와 무관하게 소멸하는 등 법률상태가 변동할 가능성이 있는바, 예비적 상계를 조건부로 볼 수밖에 없다고 주장하나, 이러한 논리라면, 취효적 소송행위(Erwirkungshandlung) 중 본안판단에 관계된 것은 모두 법원의 판단시점인 사실심 변론종결시 유효할 것을 조건으로 하는 소송행위로 보아야 하는 것이 되므로, 이에 찬동하기 어렵다.

98) 宇野聰, 前揭論文, 857頁.

99) 송영복, 앞의 논문, 291면.

3. 정지조건인지 해제조건인지 여부

앞서 Ⅱ. 3. (5)항에서 살펴보았듯이, 이에 관하여는, 정지조건설, 해제조건설 및 정지조건·해제조건설이 주장되고 있다. 또한 판례는 이를 명확히 밝히지 않았으나, 최근의 것은 정지조건으로 해석된다는 점은 Ⅲ. 2.항에서 살펴본 바와 같다.[100]

(1) 논의의 실익

상계에 관하여 법원이 실질적 판단을 하는 것을 정지조건으로 볼 것인지 아니면 해제조건으로 볼 것인지는 상계의 사법상 효과가 확정되는 시기의 문제와 직결된다. 정지조건으로 보면 법원의 판단시점, 즉 사실심 변론종결시에 비로소 그 실체법상 효과가 확정되는 반면, 해제조건으로 보면 상계의 항변이 제출되어 그 의사표시가 상대방에게 도달한 시점에 실체법상 효과가 발생하였다가 이후 법원이 실질적으로 심리를 하지 않으면 그 효력이 소멸하는 것으로 보기 때문이다.[101]

그에 따라 ① 해제조건으로 보는 입장에서는 소송상 상계에 의하여 곧바로 그 사법상 효과가 발생하므로 이에 대한 상계의 재항변은 허용될 수 없는 반면, 정지조건으로 보면 소송상 상계의 재항변이 허용될 여지가 있다.[102] 또한 ② 정지조건설에 따르면 상계의 효과는 법원의 판결 시에 비로소 발생하므로, 피고의 상계항변과 원고의 상계의 재항변 등 여러 상계가 주장된 경우 어느 상계가 우선하는지, 이른바 '상계의 경합' 문제가 발생할

---

100) 일본최고재판소는 '소송상 상계의 의사표시는 법원이 상계에 대하여 판단할 것을 조건으로 실체법상 상계의 효과가 생긴다'고 하거나 '상계의 의사표시로 확정적으로 그 효과를 발생시키는 것은 아니'라고 판시하였고(最[1小]判1998(平成10)년4월30일 판결(民集52卷3号930), 이를 정지조건으로 해석하는 것이 일반적이다(酒井一, "反訴請求債權を自働債權とし本訴請求債權を受働債權とする相殺の抗辯の許否", 民商法雜誌138卷3号(2008), 87頁); 반면, 일본최고재판소가 기존 대심원 판결(주 26)과 마찬가지로 양성설을 유지한 것이라는 견해로는, 田中誠人, "訴訟における相殺の抗弁の取り扱い: 法的性質論からのアプローチ", 甲南法學53卷3号(2013), 102頁.

101) 다만 어느 견해에 의하더라도 민법 제493조에 의해 상계적상 시로 소급하여 효력이 발생한다.

102) 다만 정지조건설도 상계의 재항변을 허용하지 않는 점은 같다.

수 있다.[103] ③ 나아가 지연손해금의 발생 시기도 문제된다. 상계항변이 받아들여지면 동시이행 관계가 소멸하는 경우, 이를 해제조건으로 보면 소송상 상계의 의사표시가 있은 다음 날부터 지연손해금이 발생하는 반면, 정지조건부로 하면 법원이 판단을 내려야만 비로소 지연손해가 발생하는 것이 된다.[104] ④ 한편 정지조건설에 따르면, 소송상 상계의 효력이 아직 발생하지 아니한 이상, 상계에 제공된 채권을 가지고 반소나 별소를 제기하더라도 중복된 소제기에는 해당하지 않는다는 이론구성이 보다 용이하다.[105][106]

(2) 견해의 대립

정지조건설은 법원이 상계에 관하여 판단을 한 경우에 비로소 상계의 실체법상 효력이 발생한다고 본다.[107] 그에 따라 소송상 상계항변에 대한 원고가 상계재항변을 한 경우 재항변-항변의 순서로 그 효력이 발생한다는 주장도 제기된다.[108]

반면 해제조건설은 상계에 대하여 법원이 실질적 판단을 내리지 않는 것을 해제조건으로 하되, 상계항변이 제출된 시점에 그 효과가 발생한다고 본다.[109] 그에 따르면, 피고의 반대채권은 일단 상계에 의하여 소멸하므로 원고가 상계의 재항변을 하더라도 이는 소송상 고려될 수 없다.[110]

---

103) 김지희, 앞의 논문, 496면; 박동규, 앞의 논문, 837면.

104) 도급인이 하자보수에 갈음한 손해배상채권을 자동채권으로, 수급인의 공사대금채권을 수동채권으로 상계한 사안에서 상계의 의사표시를 한 다음날 비로소 지체에 빠진다고 본 것으로는, 대법원 1996. 7. 12. 선고 96다7250, 7267 판결.

105) 별소에 의한 소구가능성 확보로부터 정지조건설의 실익을 찾는 것으로는, Musielak, a.a.O., 825.

106) 그러나 해제조건설도 상계채권을 가지고 별소나 반소를 제기하는 것을 금지하는 것은 아니다.

107) 권혁재, 앞의 논문, 24면; 김세진, "소송상 상계의 항변에 대한 소송상 상계의 재항변의 허부 - 대법원 2014. 6. 12. 선고 2013다95964 판결-", 「法曹」 제65권 제7호, 2016. 8., 342면; 김지희, 앞의 논문, 489면.

108) 권혁재, 앞의 논문, 52면.

109) 박동규, 앞의 논문, 841면; 김희동, 앞의 논문, 188면; 송영복, 앞의 논문, 294~295면.

110) 다만, 해제조건설을 취하면서도 상계항변과 상계의 재항변 사이에서는 그 의사표시의 선후관계를 따져 효력이 결정되어야 하고, 따라서 원고에 의한 상계의 재항변(반대상계)이 적법하게 되는 경우가 있다고 보는 견해로는, 宇野聰, 前揭論文, 856頁.

한편, 정지조건·해제조건설은, 소구채권의 존재는 예비적 상계의 정지조건이 되고, 소송상 이유로 상계가 고려되지 않는 것은 상계 전체의 해제조건이라는 견해이다. 상계의 실체적 효과의 발생과 그 효력의 해소는 전혀 다른 국면으로 본다.[111]

(3) 검토

1) 정지조건·해제조건설의 이론적 난점

먼저 정지조건·해제조건설을 보면, 절차의 진행에 따라 상계항변에 성질이 다른 2가지 조건이 붙어 있다는 법률구성은 너무 기교적이고, 당사자의 의사와도 동떨어져있다. 앞서 살펴보았듯이 소구채권의 존재를 '조건'으로 파악하여 논의할 실익이나 필요가 없다고 보는 이상 굳이 이러한 구성을 취할 필요도 없다.

이하에서는 정지조건설과 해제조건설을 중심으로 고찰하기로 한다.

2) 현행법 및 신병존설과의 정합성

정지조건설은 신병존설 중 조건설을 이론적 기초로 하지만, 그 내용이나 실질은 소송행위설 내지 재판상 상계에 가깝다. 소송상 상계가 주장되더라도 그에 대한 법원의 판단이 있어야 비로소 실체법상 효력이 발생하는 것으로 보기 때문이다. 결국 이에 대하여는 로마법상 재판에 의한 상계로 퇴행한 것이라는 비판[112]이 그대로 적용될 수 있고, 나아가 상계를 실체법상의 제도로 한 우리 민법의 태도에도 저촉된다. 즉, 정지조건설은 그 실질에 있어서 소송행위설에 가까운 반면 해제조건설이 기존 사법행위설에 부합하는 측면이 많다.[113] 비록 소송상 상계에 대하여 사법행위설을 그대로 관철할 수 없어 그 예외를 인정하는 것이더라도(신병존설), 가급적 사법행위설을 최대한 견지하면서 법리를 구성하는 것이 바람직하다.

결국, 정지조건설보다는 해제조건설이 상계를 실체법상 제도로 구성한

111) 中野貞一郎, "反對相殺の再抗辯", 民事訴訟法の論点II, 2001, 202頁.
112) 이재성, 앞의 논문, 29면.
113) 권혁재, 앞의 논문, 50면(정지조건설의 입장이나 이러한 측면을 인정한다).

우리의 법체계에 부합하고, 신병존설과도 정합적이다.

3) 실체법과 절차법의 조화

나아가 해제조건설은 상계항변이 소송상 주장된 시점에 일단 이를 유효한 것으로 보는데, 이러한 이론구성이 단독행위에 의한 상계를 원칙으로 하여 상계권자 일방의 의사표시로 그 효력이 발생하도록 하는 우리 민법에도 부합한다. 따라서 해제조건설은 실체법 법리를 소송의 장에서도 그대로 반영할 수 있다는 장점을 가진다.[114] 즉, 법원의 판단이 있어야만 상계의 효력이 발생한다고 보는 작위적인 정지조건설과 달리, 해제조건설은 소송상 상계에 의하여 일단 그 실체법상 효과가 발생한다는 점에서 실체법과도 조화를 이루는 자연스러운 이론 구성으로 평가된다.[115]

4) 조건설정의 합리성

어떤 사건을 법률행위의 효력에 대한 해제조건으로 하는 경우, 이는 사건이 발생할 가능성이 있지만 그러한 상황을 회피하고 싶다는 것을 의미한다. 반면 법률행위에 정지조건을 붙이는 경우, 사건이 발생하지 않는 상황을 상정한 것으로 볼 수 있다.[116] 그러한 사건이 발생할 가능성이 높지 않고 그로 인한 법적불안 내지 현존하는 위험이 크지 않다면 이를 해제조건으로 하여 예외적으로 사건의 불발생에 대비하면 충분한 반면, 이를 정지조건으로 하면 과도하거나 부적당한 것이 될 수 있다.

그런데, 상계항변의 경우, 소송상 이유로 판단되지 아니하는 경우는 그 개연성이 높지 않다. 더욱이 통설은 상계항변을 실기한 공격방어방법으로 각하함에 있어서 신중하여야 한다는 입장이다.[117] 물론 판례 중에는 상계항변이 실기한 방어방법으로 각하될 수 있다고 한 것도 있으나,[118] 그 취지는 상계항변도 각하될 수 있다는 것이지 폭넓게 각하할 수 있다는 것은 아닐 것이다.

---

114) 김희동, 앞의 논문, 187~188면; 宇野聰, 前揭論文, 858頁.
115) 田中誠人, 前揭論文, 105頁.
116) Weinzierl, a.a.O., 48.
117) 이시윤, 앞의 책, 354면.
118) 대법원 2005. 10. 7. 선고 2003다44387 판결.

따라서 상계에 대하여 법원이 판단을 내리지 않는 것을 해제조건으로 구성하는 것이 합리적이고, 반대로 이를 정지조건으로 구성하는 것은 실무에 부합하지 않는 측면이 있다.

5) 상계의 재항변과의 관계

법체계적·이론적 정합성이나 합리성 이외에 중요한 쟁점은 바로 피고의 상계항변에 대하여 원고가 다시 상계의 재항변을 할 수 있는지 여부이다. 그런데, 해제조건설에 따르면 피고가 상계항변에 제공한 자동채권이 이미 실체법상 소멸한 이상 이를 수동채권으로 하는 원고의 재항변은 성립할 여지가 없어 이러한 재항변의 부적법을 간명하게 설명할 수 있다.[119]

원고가 상계의 재항변을 할 수 있는지에 관한 여러 나라의 판례를 살펴보면 이는 보다 명확해진다. 우리 대법원과 일본최고재판소는 상계항변과 그 사법상 효과에 관하여 정지조건설에 가까운 입장을 취하고 있다. 그 결과 원고의 상계의 재항변 시점에는 실체법적으로 아직 피고에 의한 상계의 효력이 발생하지 않아 피고의 자동채권(원고의 상계 재항변에 있어서 수동채권)이 아직 대등액에서 소멸하지 않은 이상, 상계 재항변을 불허하기 위하여는 소송정책적 이유를 내세워야 한다.[120][121][122]

---

119) 松本博之, 前揭書, 64頁; 김희동, 앞의 논문, 188면.

120) 일본최고재판소는, 앞서 살펴보았듯이, '소송상 상계는 그 의사표시만으로 확정적으로 효과가 발생하는 것이 아니고, 당해 소송에서 법원이 판단을 하는 것을 조건으로 실체법상의 효과가 발생한다'고 하여 정지조건설에 가까운 입장을 취하고 있기 때문에, 실체법상 피고의 채권이 이미 소멸하였음을 이유로 들지 못하고, ㉠ 상계재항변을 허용하면 가정에 가정이 쌓여 법률관계를 불안정하게 하고 불필요하게 심리가 복잡해지는 점, ㉡ 소의 추가적 변경이나 별소 제기, 소송 外 상계 등이 가능하므로 이를 허용하지 않더라도 원고에게 그다지 불리하지 않은 점, ㉢ 판결 이유 중 판단에 기판력을 인정한 유일한 예외인 일본 민사소송법 제114조 제2항(우리 민사소송법 제216조 제2항에 해당)의 적용을 무제한 확대하여서는 아니 되는 점 등 소송정책적인 이유를 들어 이를 불허하고 있다(最[1小]判1998(平成10)년4월30일판결(民集52卷3号930)). 동 판결의 상세에 관하여는, 長澤幸男, "訴訟上の相殺の抗辯に對し訴訟上の相殺を再抗辯として主張すること許否", 法曹時報52卷6号, 2000. 6.

121) 대법원은 피고의 소송상 상계항변에 대하여 원고가 다시 피고의 자동채권을 소멸시키기 위하여 소송상 상계의 재항변을 하는 경우, ㉠ 법원이 그와 무관한 사유로 피고의 소송상 상계항변을 배척하는 경우에는 소송상 상계의 재항변을 판단할 필요가 없고, 피고의 소송상 상계항변이 이유 있다고 판단하는 때에는 상계할 대상인

반면 독일의 경우, 통설 및 판례는 ㉠ 피고가 예비적으로 상계항변을 하더라도 그 실체법적 효과가 발생하였기 때문에 상계의 재항변(Gegenaufrechnung)은 성립할 수 없다는 실체법상 이유를 주된 논거로 하고, ㉡ 원고는 청구의 변경이나 청구취지의 확장을 할 수도 있다는 절차법상 논거로 이를 뒷받침하기 때문에 논리적으로 명쾌하다.[123]

물론 어느 견해에 의하더라도 원고의 상계의 재항변을 허용하지 않아야 한다는 결론에는 동일하나 해제조건설이 이론적으로 보다 간명하다.

6) 법적안정성의 문제

정지조건설에서는, 일단 유효한 상계가 사후에 복멸될 수 있는 것이 되면 법적안정성을 해치는 점을 들어 해제조건설을 비판한다.[124] 이에 대하여 해제조건설에서는 소송상 상계가 주장된 것을 알고 있는 당사자 사이에 손해가 생기는 일은 없고, 제3자와의 관계에서도 불리하게 작용하는 경우는 실제상 드물 것으로 보이며, 오히려 법원이 당사자가 예측할 수 없는 시점에 판단을 내림에 따라 상계의 효력이 확정되는 것으로 하는 정지조건설이 훨씬 더 불안정하다고 반박한다.[125]

소송상 상계가 실질적으로 판단되지 않아 그 효력이 복멸될 가능성이 높지 않은 점, 이미 당사자는 이를 예견할 수 있는 점 등을 고려하면 법적안

피고의 자동채권이 존재하지 아니하여 이때에도 역시 상계재항변에 대하여 판단할 필요가 없는 점, ㉡ 원고는 소의 추가적 변경이나 별소로서 상계채권을 행사할 수 있는 점을 들어 이를 불허하고 있다(대법원 2015. 3. 20. 선고 2012다107662 판결). 일본최고재판소에 비하면 실체법적 논거에 치중한 편이나, 정지조건설을 취하고 있다 보니, 경우를 나누어 가정적으로 판단할 수밖에 없다.

122) 상계의 재항변이 허용되지 않는 이유를 소송정책적 근거에 찾으면 충분하므로 정지조건설과 해제조건설의 논의는 별다른 의미를 갖지 않는다는 견해로는, 酒井一, "訴訟上の相殺の抗辯に對し訴訟上の相殺を再抗辯として主張すること許否", 判例時報 1655号, 1999, 233頁.

123) Zöller, ZPO, 29. Aufl.(2012), § 145 Rn. 12; Stein/Jonas/*Leipold*, a.a.O., § 145 Rn. 29; 한편 독일의 소수설로서 심리에서 동등하게 취급되어야 할 것이라는 소송상 이유를 들어 상계재항변을 허용하는 견해로는, Braun, "Die Aufrechnung des Klägers im Prozess", ZZP 89(1976), 93.

124) 김세진, 앞의 논문, 342면; 김지희, 앞의 논문, 489면.

125) 宇野聰, 前揭論文, 859頁.

정성을 해할 우려는 높지 않고 오히려 정지조건설이 예측가능성 면에서 더 문제가 있다는 반박이 타당하다고 생각된다.

7) 당사자의 의사 및 이익의 고려

한편 정지조건설에서는, '소송상 상계의 항변은 소구채권의 존재가 인정되고 다른 방어방법이 모두 주효하지 않은 경우에 대비한 것인데, 바로 그 사법상 효과가 발생하는 것으로 하면 당사자의 의사에 부합하지 않고 소송상 상계의 취지에도 맞지 않는다'며 해제조건설을 비판하기도 한다.[126]

그러나 당사자의 의사는 법원이 상계에 관하여 실질적으로 판단하지 않는 경우 그 실체법상 효과도 발생하지 않는 것으로 보면 충분하고, 자신에게 불리한 경우에도 법원의 판단이 있을 때까지는 그 효력이 전혀 발생하지 않도록 한 것으로 단정하여서는 안 된다.[127] 상계가 경합하는 경우 그 우열을 상계적상이 아닌 의사표시의 선후에 따르는 것으로 하는 통설의 입장을 고려하면, 당사자는 '자신의 이익을 위하여' 상계의 효력발생을 의욕하였다고 보는 것이 타당하다. 따라서 피고의 소송상 상계에 대하여 원고가 다른 채권을 가지고 상계의 재항변을 하는 경우나 원고가 소송 외에서 상계의 의사표시를 한 경우라면, 피고는 상계의 효과가 발생하는 것을 희망하였다고 그 의사를 추정하여야 한다. 앞서 보았듯이 소송상 상계를 예비적 항변으로 하는 이유는 피고의 이익을 위한 것인데, 이것이 효력발생시기와 관련하여서는 피고의 불이익으로 이어져서는 안 되기 때문이다.[128] 피고의 이익을 위해서는 판단의 '순서'만 늦추어 이를 예비적 상계로 보면 충분하고, 그 효력발생 '시기'까지 최후로 미뤄야 할 필요는 없다.[129]

---

126) 김세진, 앞의 논문, 342면; 김지희, 앞의 논문, 489면; 해제조건설을 취하면서도 피고의 의사에 잘 들어맞지 않는 단점이 있다는 의견으로는, 송영복, 앞의 논문, 293~294면; 일반론으로서, 해제조건의 경우 그 조건의 성부가 미정인 동안에는 법률행위의 효력이 있는데 당사자가 법률행위 당시 그 효과 발생을 의도하였다고 인정하기 어려운 때에는 아직 효력이 발생하지 않았다고 하는 것이 당사자의 의사에 부합함을 근거로, 법률행위의 해석으로도 정지조건인지 해제조건인지를 판단하기 어려울 경우에는 정지조건으로 봄이 타당하다는 견해로는, 於保不二雄/奥田昌道 編, 新版注釋民法(4) 總則(4), 有斐閣, 2015, 568[金山正信·直樹].

127) 박동규, 앞의 논문, 841면.

128) 송영복, 앞의 논문, 291면.

반면, 정지조건설에 의하면 ① 원고와 피고가 다른 소송절차에서 동일한 채권을 수동채권으로 하거나 이를 자동채권으로 하는 상계를 주장하는 경우 어느 법원이 먼저 판단하는가 하는 우연한 사정에 의하여 상계의 효력 및 우열이 결정되고, ② 1심 법원이 상계항변을 심리하였는데 항소심에서 상계에 대하여 실질적으로 판단하지 않는 경우라면, 그 사법상 효과가 처음부터 발생하지 않는 것인지를 설명하기 어렵다.[130]

오히려 해제조건설이 당사자의 의사에 부합하고, 당사자의 이익에 비추어 적어도 그러한 의사가 추정되거나 묵시적 의사가 있었다고 보아야 한다.

8) 소결

따라서 상계의 실체법상 효과가 발생하려면 법원이 상계를 실질적으로 판단하여야 한다는 조건은 정지조건이 아닌 해제조건으로 보는 것이 타당하다.

4. 적용범위 내지 대상

'법원이 실질적인 판단을 하지 않는 경우'를 해제조건으로 본다면, 이를 상계가 실기한 공격방어방법으로 각하된 경우에 한정할 것인지 아니면 상계에 관하여 본안판단이 내려지지 않은 경우까지 아우르는 것인지 문제된다.

(1) 소의 취하와 각하

상계의 사법상 효과가 발생하지 않는 경우는 실기한 방어방법으로 각하되는 경우와 같이 소송법 고유의 법리를 실현하기 위한 경우에 한정하여야 하고, 소의 취하나 소송판결에 의한 소송종료 등의 경우에는 원칙적으로 실체법상 효과가 존속된다고 보는 견해가 있다.[131]

---

129) 송영복, 앞의 논문, 294면.

130) 박동규, 앞의 논문, 841면.

131) Schwab, a.a.O., 950; 兼子一 ほか, 條解民事訴訟法[第2版], 弘文堂, 2011, 914[竹下守夫](이러한 경우에는 항변이 부적법하여 배척된 것이 아니므로, 일단 유효한 의사표시가 되었다면 실체법상의 효과는 존속하는 것이 원칙이고, 당사자도 그 효과의

그러나 종래 실기한 방어방법으로 각하되는 경우를 위주로 논의하여 온 것일 뿐, 이 경우와 나머지 소송상 이유로 법원이 상계에 관하여 판단하지 않은 경우를 구별하여야 할 이유는 없다. 상계에 관한 법원의 실질적인 판단이 없었음에도 불구하고 그 효력이 있는 것으로 본다면 상계권자만 채권을 잃는 부당한 결과가 발생하는 것은 마찬가지이다.[132]

(2) 실질적인 판단이 없는 경우

한편 소송상 상계 후 조정이 성립하여 절차가 종료된 경우, 상계의 사법상 효과가 발생하는지 여부가 문제된 사안에서, 대법원은 '조정이 성립됨으로써 수동채권의 존재에 관한 법원의 실질적인 판단이 이루어지지 않은 경우에는 소송상 상계항변의 사법상 효과는 발생하지 않는다'고 판시하였다.[133] 그런데 위 판결의 판시사항만으로는 조정 내지 소송상 화해에 국한하는 것인지 아니면 사유를 불문하고 소송이 종료가 된 경우 일체를 포함하는 것인지는 불명확하다.[134]

이 문제는 조정조서나 화해권고결정 등에 상계항변에 관한 사항을 명확히 기재하여 조정의 효력범위를 둘러싼 분쟁을 사전에 예방하는 실무운영이 근본적인 해결책이나,[135] 상계에 관한 실질적 판단이 없었다면 그 사법상 효력이 발생하지 않아야 한다는 결론 자체는 타당하다고 생각된다. 상계권자가 부당하게 반대채권을 잃는 결과는 최소화하여야 하기 때문이다.

존속을 희망하는 것으로 생각된다고 한다).

132) 松本博之, 前揭書, 45頁.

133) 대법원 2013. 3. 28. 선고 2011다3329 판결.

134) 김홍엽, "소송상 상계항변 후 조정이 성립한 경우 상계의 사법상 효과의 발생 여부", 법조신문 460호(2013. 8. 26.). 청구의 포기나 화해권고결정 또는 조정에 갈음하는 결정의 경우에도 마찬가지인지, 상계항변에 대하여 조정조서에 구체적인 기재가 없는 경우 항상 위와 같은 법리를 적용할 수 있는 것인지도 명확하지 않다는 점을 지적한다; 나아가 법원의 관여로 이루어지는 수소법원의 조정에서 법원의 실질적인 판단이 없었다고 보는 것은 문제라고 한다(김홍엽, 앞의 책, 521면).

135) 정준영, "소송절차 진행 중에 조정이 성립한 경우 원래의 소송물 이외의 권리관계에 조정조서의 효력이 미치기 위한 요건", 대법원판례해설 제68호, 70면; 홍지영, "소송절차 진행 중 조정이 성립된 경우 당해 소송절차에서 제출된 상계항변의 효력", 「대법원판례해설」 제95호, 2013, 141면.

5. 소송 前·外 상계의 경우

우리나라에서는 아직 활발히 논의되고 있지 않으나,[136] 일본과 독일에서는 소송 외 상계나 소송 전 상계가 소송상 참작되지 않은 경우에도 그 사법상 효과가 없는 것으로 보아야 한다는 논의가 전개되고 있다.

(1) 논의의 전개

먼저 소송 전·외 상계와 소송상 상계의 통일적인 취급[137]을 모색하는 견해가 있다. 이 견해는 소송상 상계가 판단되지 않은 경우 피고는 자기의 채권을 잃지 않는 반면, 피고가 소송 전, 소송 외에서 한 상계를 뒤늦게 소송에 원용한 경우 반대채권을 잃는 것은 '모순된 취급'으로, 소송 전·외 상계의 경우에도 소송에서 판단되지 않은 경우라면 반대채권이 소멸되지 않아야 한다고 본다.[138]

이에 대한 반론은, 소송 외 상계는 재판 외에서 수동채권을 소멸시키는 것이기 때문에 소송상 상계보다는 오히려 변제와 같다고 본다.[139] 변제항변이 받아들여지지 아니하여 전소에서 패소한 피고는 기판력에 의해 확정된 채권에 대하여 이미 변제되었음을 주장하거나 급부의 반환을 청구할 수 없는 것과 마찬가지로 상계권자는 이미 발생한 상계의 효력을 임의로 부인할 수 없다. 이러한 실체법과 절차법 사이의 괴리는 기판력, 차단효 등 소송법 법리에 따른 당연한 결과일 뿐이다.[140]

한편, 일본의 유력설인 철회설에서도, 상계의 의사표시가 소송계속 중 또는 소송이 임박한 때에 이루어지는 등 '소송상 주장을 당연히 예정한 것'이라면 소송상 상계와 마찬가지로 철회를 허용해야 한다고 본다.[141]

---

136) 직관적으로 부당하다는 지적으로는, 송영복, 앞의 논문, 291면.

137) 소송행위설은 소송상 상계는 소송 전·외 상계와 법적성질고 상황이 전혀 다르다고 보므로(Kobler, Die Aufrechnung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, ZZP 24(1968), 18), 양자를 공평하게 취급하여야 한다는 논의가 성립하기 어렵다.

138) Häsemeyer, a.a.O., 218.

139) Pawlowski, a.a.O., 261.

140) Musielak, a.a.O., 822.

141) 新堂幸司, 前揭書, 466頁; 伊藤眞, 前揭書, 340頁; 정지조건설이나 소송 外 상계에

또한 해제조건설을 취하면서도, 소송계속 중 소송 외에서 상계를 한 경우 및 소송 전이라도 소송이 임박한 상황에서 상계를 하였다면, 소송에서 판단되지 않으면 효력을 갖지 않는다는 '묵시적 조건부'로 상계를 한 것이라고 해석하는 견해도 있다.[142] 반면, 피고가 소송 전·외에서도 법원이 실제로 판단하는 것을 조건으로 상계할 수 있다고 보나, 피고가 이를 명시적으로 밝히지 않았다면 막연히 이를 추단할 수 없다고 보는 견해도 있다.[143]

(2) 검토

생각건대, 소구채권이 재판상 주장된 후 또는 소제기에 임박한 상황에서 피고가 상계를 한 경우라면, 이는 소송에서 항변으로 원용하기 위한 것이라거나 법원이 상계를 판단하는 경우에만 그 효력이 발생하도록 하는 것이 당사자의 의사일 수도 있다.

그러나 소송 외 상계는 상계권자의 의도가 어떠하든 행사는 소송과 관련 없이 이루어지고, 상대방에 대한 의사표시 도달에 의해 사법상 효과도 확정적으로 발생한다. 이후 당사자가 이를 소송에서 주장하지 아니하여 소송경과에 따라 실체법적 권리관계와 어긋나거나 그러한 불이익에 대한 처리가 소송상 상계와 다르다 하더라도 반드시 불합리한 것은 아니다. 오히려 소송 외에서의 다른 형성권의 행사나 임의변제와의 균형을 고려해야 한다.

한편, 상계권 행사가 소송과 밀접한 관련이 있더라도 소송상 고려를 당연한 전제로 한다거나 소송상 실제로 판단되지 않는다면 그러한 의사표시를 하지 않았을 것이라는 점을 객관적으로 추단하거나 이를 묵시적 조건으로 하였다고 보기는 어렵다.[144] 소송 전·외 상계에도 해제조건부 상계를 인정하는 것은 입법자가 배제하려고 한 불안정·불명확이 발생하게 되므로 전혀 허용되지 않는다고 보아야 한다.[145]

대하여 같은 입장으로는, 권혁재, 앞의 논문, 33면.

142) 松本博之, 前揭書, 66頁.

143) Weinzierl, a.a.O., 48.

144) Weinzierl, a.a.O., 48.

145) 河野正憲, 前揭論文, 45頁.

Ⅵ. 맺음말

상계항변이 소송상의 이유로 각하되고 법원으로부터 실질적인 판단을 받지 못하더라도 피고에게 패소 이상의 법적 불이익을 주어서는 안 된다. 이를 위해서는 법원에 의한 실질적 판단을 조건으로 소송상 상계의 실체법상 효과가 확정적으로 발생하는 것으로 봄이 타당하다. 이러한 소송내적 조건에 따른 법적불안정은 조건의 성취 여부가 소송종료와 함께 명확한 이상 원고에게 기대할 수 있는 것(zumutbar)으로, 민법이 금지하는 조건부 상계의 취지에도 저촉되지 않는다.

한편, 예비적 상계는 그 판단순서를 마지막으로 한다는 점에서 의미가 있고 피고의 이익을 위한 것이므로, 수동채권의 존재의 확정까지도 사법상 효과의 발생을 위한 '조건'으로 할 필요는 없고 '전제'로만 보면 충분하다.

나아가, 상계의 실체법상 효과가 발생함에 있어 법원이 소송상 상계에 관하여 실질적으로 판단하여야 한다는 조건은 정지조건이 아닌 해제조건으로 보는 것이 타당하다. 그것이 상계를 실체법상 제도로 한 현행법 및 상계의 법적성질에 관한 법리(신병존설)와 정합적이고, 당사자의 이익 및 의사에도 부합한다. 나아가 소송상 이유로 상계항변을 실질적으로 판단하지 않는 일은 실무상 거의 발생하지 않는 점 등을 고려하면 이를 해제조건으로 보는 것이 보다 합리적이다. 이는 상계의 재항변을 규율함에 있어 보다 간명한 이론적 근거를 제시한다는 장점도 있다.

따라서 정지조건설의 논리구조를 취하고 있는 대법원 2013다95964 판결 등의 판시사항은 다음과 같이 변경하는 것이 보다 바람직하다고 생각된다: '소송상 방어방법으로서의 상계항변은 그 수동채권의 존재가 확정되는 것을 전제로 하여 행하여지는 일종의 예비적 항변으로서, 상계에 관한 법원의 실질적 판단이 이루어지지 아니한 경우에는 그 소송절차에서 행하여진 소송상 상계항변의 사법상 효과도 발생하지 않는다.'

소송상 상계와 그 실체법상 효과 – 정 상 민	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2022.05.28.	2022.06.08.	2022.06.26.

[참고문헌]

김홍엽, 민사소송법(제10판), 박영사, 2021.
방순원, 民事訴訟法(上) 전정개판, 1989.
이영섭, 新民事訴訟法(上) 제7개정판, 1972.
이시윤, 신민사소송법(제14판), 박영사, 2020.
정동윤・유병현・김경욱, 민사소송법(제8판), 법문사, 2020.
정영환, 신민사소송법(개정신판), 법문사 2019.

권혁재, "訴訟上 相計抗辯의 법적 성질", 「法曹」 제63권 제1호, 2014. 1.
김세진, "소송상 상계의 항변에 대한 소송상 상계의 재항변의 허부 - 대법원 2014. 6. 12. 선고 2013다95964 판결-", 「法曹」 제65권 제7호, 2016. 8.
김지희, "소송상 상계에 대한 상계의 재항변의 가부 - 원고의 소송상 상계의 재항변을 예외적으로 허용할 수 있는 경우와 관련하여", 「法曹」 제68권 제2호, 2019. 4.
김홍엽, "소송상 상계항변 후 조정이 성립한 경우 상계의 사법상 효과의 발생 여부", 법조신문 460호, 2013. 8. 26.
김희동, "조정의 성립으로 종결된 소송절차 내에서 행하여진 상계항변의 실체법적 효과: 대법원 2013. 3. 28. 선고 2011다3329 판결과 관련하여", 「가천법학」 제6권 제2호, 2013. 6.
박동규, "訴訟上 相計의 再抗辯 可否 및 共同住宅 瑕疵關係責任들 相互間의 관계", 「民事判例硏究」 38집, 2016. 2.
석광현, "영국법이 준거법인 채권 간의 소송상 상계에 관한 국제사법의 제문제", 「서울대학교法學」 제57권 제1호, 2016. 3.
송영복, "소송상 상계 재항변 불허 판결로 살펴본 상계충당, 소송외 상계의 해석론", 「사법」 제36호, 2016. 6.
유병현, "形成權의 訴訟上 行使", 「고시계」 1998년 11월호, 1998. 10.
이동진, "상계의 담보적 기능", 「민사법학」 제70호, 2015. 3.
이재성, "裁判上相計의 主張에 對한 小考(一)~(三)", 「法曹」 제11권 제5호~제7호, 1962. 5.~7.
정동윤, "소송행위의 의의와 종류", 「고시계」 제33권 제1호, 1987. 12.
정상민, "상계의 항변과 중복된 소제기의 금지", 「법조」 제70권 제6호, 2021. 12.
정준영, "소송절차 진행 중에 조정이 성립한 경우 원래의 소송물 이외의 권리관계에 조정조서의 효력이 미치기 위한 요건", 「대법원판례해설」 제68호, 2007.
조무제, "訴訟上 相計의 抗辯", 「사법논집」 제12집, 1981. 12.
최병조 "로마법상의 상계", 「법학」 제43권 제1호, 2002. 3.
홍지영, "소송절차 진행 중 조정이 성립된 경우 당해 소송절차에서 제출된 상계항변의 효력", 「대법원판례해설」 제95호, 2013.

Grunsky/Jacoby, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., Vahlen, 2020.
Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht, 30. Aufl., C.H.Beck, 2011.
Lüke, Zivilprozessrechtr I, 11. Aufl., C.H.Beck, 2020.
Musielak/Voit, ZPO 18. Aufl., Vahlen, 2021.

Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO 2. Aufl., C.H.Beck, 2000.
Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., C.H.Beck, 2010.
Schlosser, Zivilprozeßrecht I, Vahlen, 1983.
Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Aufl., C.H.Beck, 2013.
Weinzierl, Die Präklusion von Gestaltungsrechten durch § 767 Abs. 2 ZPO unter besonder Berücksichtigung der materiellen Rechtskraft, Heidelberg, 1997.
Zöller, ZPO, 29. Aufl., Otto Schmidt, 2012.

A. Blomeyer, “Außerprozessuale Aufrechnung und Prozeßaufrechnung”, ZZP 88(1975).
Braun, “Die Aufrechnung des Klägers im Prozess”, ZZP 89(1976).
Buß, Prozeßaufrechnung und materielles Recht, JuS (1994).
Grunsky, Die unzulässige Prozeßaufrechnung, JZ (1965).
Habscheid, Über die Rechtsfolgen der fehlgeschlagenen Prozessaufrechnung, ZZP 76(1963).
Häsemeyer, “Die sogenannte “Prozeßaufrechnung” -eine dogmatische Fehlaktentuierung“, FS F.Weber zum 70. Geburtstag(1975).
Henckel, “Materiellrechtlichen Folgen der unzulässigen Prozeßaufrechnung”, ZZP 74(1961).
Kobler, “Die Aufrechnung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche”, ZZP 24(1968).
Lüke/Huppert, “Die Aufrechnung”, JuS 165(1971).
Musielak, “Die Aufrechnung des Beklagten im Zivilprozess”, JuS 817(1994).
Nikisch, Die Aufrechnung im Prozess, FS H.Lehmann, Bd. II(1956).
Pawlowski, Die Gegenaufrechnung des Klägers im Prozeß, ZZP 104 , 249(1991).
Rosenberg, “Anmerkung zu RG”, ZZP 59, 229(1935).
K. Schreiber, “Die Aufrechnung im Prozeß”, 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd III(2000).
Schwab, “Bemerkungen zur Prozessaufrechnung”, FS Nipperdey, Bd. I(1965).
Wolf, “Die Prozessaufrechnung”, JA 673 u. 753(2008).

兼子一 ほか, 條解民事訴訟法[第2版], 弘文堂, 2011.
梅謙次郎, 民法債權(第一章)完(復刻版), 信山社, 1996.
三ヶ月章, 民事訴訟法, 有斐閣, 1959.
松本博之, 訴訟における相殺, 商事法務, 2008.
新堂幸司, 新民事訴訟法[第六版], 弘文堂, 2019.
於保不二雄/奥田昌道 編, 新版注釋民法(4)總則(4), 有斐閣, 2015.
伊藤 眞, 民事訴訟法[第6版], 有斐閣, 2018.
河野正憲, 當事者行爲の法的構造, 弘文堂, 1972.

石川 明, “訴訟上の相殺の法的性質(上),(下)”, 判例タイムズ 214-215号, 1968.
宇野 聰, “訴訟上の相殺の再抗辯に關する一考察”, 法と政治 51卷2号, 2000. 6.
長澤幸男, “訴訟上の相殺の抗辯に對し訴訟上の相殺を再抗辯として主張すること許否”, 法曹時報 52卷6号, 2000. 6.
田中誠人, “訴訟における相殺の抗弁の取り扱い: 法的性質論からのアプローチ”, 甲南法

學 53卷3号, 2013. 1.
酒井 一, “訴訟上の相殺の抗弁に對し訴訟上の相殺を再抗弁として主張することの許否”, 判例時報 1655号, 1999.
_____, “反訴請求債權を自働債權とし本訴請求債權を受働債權とする相殺の抗辯の許否”, 民商法雜誌 138卷3号, 2008.
中野貞一郎, “反對相殺の再抗辯”, 民事訴訟法の論点II, 2001.
_____, “相殺の抗辯(上)”, 判例タイムズ 891号, 1996.
河野正憲, “相殺の抗辯とその實體法上の效果”, 法政硏究 39卷1号, 1972. 11.

William H. Loyd, “The Development of Set-off”, 64 U. Pa. L. Rev. 541(1916).
Michael E. Tigar, “Automatic Extinction of Cross-Demands: Compensation from Rome to California”, 53 Calif. L. Rev. 224(1965).

【국문초록】

상계항변이 소송상 이유로 각하되더라도 피고에게 패소 이상의 법적 불이익을 주어서는 안 된다. 이를 위해서는 법원에 의한 실질적 판단을 조건으로 소송상 상계의 사법상 효과가 발생하는 것으로 봄이 타당하다. 이에 따라 원고에게 발생하는 법적불안정은 조건성취 여부가 소송종료 시에는 명확한 이상 원고가 수인할 수 있고, 민법이 금지하는 조건부 상계의 취지에 저촉되지 않는다.

한편, 예비적 상계는 그 심리·판단의 순서의 지정으로서 의미가 있고 피고의 이익을 위한 것으로, 수동채권 존재의 확정을 그 효과의 발생을 위한 '조건'으로 할 필요는 없고 '전제'로 보면 충분하다.

나아가 상계의 실체법상 효과가 발생함에 있어 법원이 소송상 상계에 관하여 실질적 판단하여야 한다는 조건은 정지조건이 아닌 해제조건으로 보아야 한다. 그것이 상계를 실체법상 제도로 한 현행법, 상계의 법적성질에 관한 법리와 정합적이고, 당사자의 이익 및 의사에도 부합한다. 또한 소송상 이유로 상계항변을 실질적으로 판단하지 않는 일은 실무상 거의 발생하지 않는 점 등을 고려하면 이를 해제조건으로 보는 것이 보다 합리적이다. 이는 상계의 재항변을 규율함에 있어 보다 간명한 이론적 근거를 제시한다는 장점도 있다.

따라서 정지조건설의 논리구조를 취하고 있는 대법원 2013다95964 판결 등의 판시사항은 다음과 같이 변경하는 것이 보다 바람직하다고 생각된다: '소송상 방어방법으로서의 상계항변은 그 수동채권의 존재가 확정되는 것을 전제로 하여 행하여지는 일종의 예비적 항변으로서, 상계에 관한 법원의 실질적 판단이 이루어지지 아니한 경우에는 그 소송절차에서 행하여진 소송상 상계항변의 사법상 효과도 발생하지 않는다.'

【Abstract】

The defense of set-off and its substantial effect

Jung Sang Min
(Jeju Law School Assistant Professor, Attorney at law)

Even if the defense of set-off is dismissed for procedural reasons, it shall not give the defendant any legal disadvantage beyond defeat. For this purpose, it is reasonable that the substantial effect of set-off in litigation would definitely be valid, subject to the substantive judgment by the court. The legal instability caused to the plaintiff according to the conditions within this litigation can be expected from the plaintiff as long as the fulfillment of the conditions becomes clear upon the completion of the litigation.

Furthermore, the condition that the court must make a substantive judgment on set-off in litigation should be regarded as a condition subsequent rather than a condition precedent. It is consistent with the current law, which has set-off as a substantive law and the jurisprudence regarding the legal nature of set-off, and it is also consistent with the interests and intentions of the parties. In addition, it is more reasonable to regard this as a condition subsequent, considering that it is rare in practice to not actually determine an offsetting defense for litigation reasons. This also has a advantage of presenting a more concise theoretical basis for regulating the reply of set-off by plaintiff.

Therefore, it is more desirable to change the judgments of the Korean Supreme Court 2013da95964 which adopts the logical structure of

the suspension condition, as follows: 'An defense of set-off as a procedural method in litigation is premised on the fact that the claim is confirmed. As a kind of preliminary defense made under the circumstances of the litigation, if the court's substantive judgment on set-off is not made, the substantial effect of the set-off would not be valid.'

주제어(Keywords): 상계(set-off), 상계항변(defense of set-off), 민사소송(civil procedure), 조건(condition), 해제조건(condition subsequent)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제105호 2022년 6월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2022.105.395

배심원 보호에 관한 몇 가지 제언

윤 영 석*

목 차

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. 배심원에 대한 압박·위협의 여러 형태
1. 신체적 압박·위협
2. 정신적 압박·위협과 프라이버시 문제
3. 법관에 의한 압박
Ⅲ. 배심원 보호의 현황
1. 신체적 압박에 대한 대응
2. 정신적 압박에 대한 대응
3. 프라이버시 보호조치
4. 법관에 의한 압박 보호
5. 배심원의 청렴성 보호
6. 소송지휘권과 법정경찰권
7. 감치 및 과태료
Ⅳ. 추가적인 개선책
1. 해석론 – 다른 법률의 유추적용 가능성
2. 입법론
3. 사실적 상태의 개선
4. 휴식과 식사, 숙박
5. 보건과 건강
Ⅴ. 결 어
◎ 부 록

Ⅰ. 들어가며

국민의 형사재판 참여에 관한 법률[1]에 근거를 둔 국민참여재판 제도는 초기의 비관론을 이겨 내며 서서히 우리 사법절차 내에 의미 있는 족적을 남기고 있다. 다만 아직 제도가 온전히 정착되지 않았기 때문에 피고인의 철회나 재판부의 배제결정으로 인해 국민참여재판이 중간에 취소되는 사례도 많이 나타나고 있으며 2020년 무렵부터 기승을 부린 코로나19 바이러스

* 충북대학교 강사, 변호사.

1) 이하 “국민참여재판법”으로 약칭한다.

팬더믹도 국민참여재판에 타격을 주었다.

현재 팬더믹 사태는 조금씩 진정되는 국면에 있다. 이제 사법절차도 종전의 정상상태로 돌아가야 할 때가 되었다. 전염병을 이유로 하여 국민참여재판 진행에 소극적인 태도는 이제 정당성을 갖기 어렵다. 처음부터 다시 시작하는 마음으로 국민참여재판을 양적·질적으로 발전시키는 과제가 우리 앞에 놓여 있다.

국민참여재판과 통상재판의 가장 큰 차이점은 배심원의 존재이다. 비록 배심원 평결이 재판부의 판결을 기속하지는 아니하나, 재판부는 배심원 평결과 다른 판결을 선고할 때 그 이유를 기재하여야 한다. 그러므로 각 법원에서는 가급적 배심원의 평결과 일치하는 판결을 선고하고자 노력하게 된다. 배심원의 평결은 이처럼 판결에 못지않은 강한 효과를 지닌다.

이렇게 본다면, 배심원 등의 활동에는 상당한 수준의 신변 보호와 관리가 이루어져야 할 것이다. 그런데 법정에 출석한 배심원·예비배심원·배심원후보자[2]들은 일반인들이기 때문에 이들에 대하여 상시적인 보호 체계를 만드는 것은 상당히 어렵다.

필자는 수십 건의 국민참여재판에 변호인으로 참여한 경험이 있다. 다행스럽게도, 지금껏 우리나라에서 진행되어 온 국민참여재판에서는 배심원에 대한 부적절한 접촉이 크게 문제가 된 적은 없었다. 다만 배심원의 중립성에 영향을 미칠 수도 있었던 사건은 여러 차례 있었다. 몇 가지 예를 들면, ① 배심원이 질문사항을 쪽지로 적어 판사에게 그 사항을 피고인에게 묻도록 청하였는데[3] 갑자기 피고인이 배심원과 판사 사이에 오간 쪽지를 자신에게 보여 달라고 오랜 시간 동안 항의한 경우 ② 위와 마찬가지로 배심원이 판사에게 쪽지를 전달하고 그 쪽지의 내용대로 피고인에게 질문하자, 피고인이 답변을 거부하고 자리에서 일어나 쪽지를 작성한 배심원에게 손가락질하며 고성을 지른 경우 ③ 1일이 넘는 공판이 이루어지는 사건에서, 집에 돌아가는 배심원과 피해자 측 지인들이 법원 주차장에서 마주친 경우 ④ 점심 식사 시

2) 이하 "배심원 등"으로 약칭한다.

3) 국민참여재판에서 배심원은 피고인이나 증인에게 직접 질문을 할 수 없고, 재판장에게 질문을 요청하여야 한다(국민참여재판법 제41조 제1항 제1호).

간에 배심원들이 법원 식당에서 일반인들과 완전히 격리되지 않은 채 식사를 하였던 경우 등이 있다. 국민참여재판이 더욱 활성화된다면 배심원과 일반인의 격리가 느슨해질 우려가 있다. 격리가 약해진 틈을 타, 특정한 임무(배심원 협박이나 매수 등)를 맡아 배심원에게 접근하려는 시도도 생길 것이다.

배심원의 신체나 정신에 재판 외적 압력이 가해진다면 배심원 업무를 충실히 수행할 수 없다는 점은 매우 당연하다. 우리 국민참여재판법도 배심원 보호에 관한 여러 조항을 두고 있어, 법률상 공백이 아주 크지는 않은 것으로 보인다. 다만 배심원에 대해 더 좋은 보호를 제공하기 위하여 조금 더 발전의 여지는 보인다. 이 논문은 배심원을 강하게 보호하여 배심원이 오로지 자신의 내적 양심과 스스로의 판단에 따를 수 있는 환경을 조성함에 목적이 있다.

Ⅱ. 배심원에 대한 압박·위협의 여러 형태

국민참여재판에서 배심원 등에 대한 부당한 압박은 여러 형태로 나타날 수 있다. 가장 쉽게 상상할 수 있는 것은 국민참여재판의 당사자이며 재판의 결과에 따라 직접 불이익을 받을 수 있는 피고인이 배심원 등에게 압력을 가하는 것이다. 특히 불구속피고인은 외부활동이 자유로우므로 공판기일이나 그 이전에 배심원 등에게 접촉할 가능성이 늘 존재한다. 구속피고인이라 하더라도 외부에 있는 지인이나 변호인 등을 통해 배심원에게 압력을 가하는 것이 가능하다. 이 압력의 형태는 배심원 등에게 직접 물리적 해를 가하는 것으로 나타날 수도 있고 정신적 압박을 주는 형태로 나타날 수도 있다. 또한, 배심원 등이 아닌 그 지인들에 대해 부적절한 행위를 하여 간접적으로 압력을 행사할 수도 있다.[4]

그런데 배심원에 대한 압박은 반드시 피고인 측에 의해서만 발생할 수 있는 것은 아니다. 이론상으로는 피고인의 반대당사자인 검사나, 나아가 법관에 의해서도 배심원에 대하여 여러 형태의 압박이 가해질 수 있다. 물론 현실

4) 도중진, 형사재판절차에 있어서 배심 및 참심제도의 도입방안, 한국형사정책연구원, 2003, 171면.

에서 검사나 법관이 부적절한 의도를 가지고 고의로 배심원에게 접근하여 물리적·정신적 압박을 가하는 것은 일어날 수 없다. 그러나 검사나 법관이 의도하지 않았더라도 그들이 지니는 공적 권위로 말미암아 배심원들이 스스로의 양심이 아니라 외부의 압력에 의하여 평의할 가능성은 있다. 이하에서는 배심원들에게 가해질 수 있는 여러 형태의 위협·접촉행위를 살펴보기로 한다.

1. 신체적 압박·위협

배심원의 신체를 직접 공격하는 것은 가장 원초적이면서도 강력한 파괴력을 지닌다. 최악의 경우 공격을 받은 배심원이 사망하거나 큰 상처를 입어 배심원 업무수행이 물리적으로 불가능해질 수 있다. 배심원재판이 활발하고 역사도 긴 미국에서도 일반인들이 배심원에 대한 물리적 폭력을 가하려 하는 사례가 적지 않다. 예컨대 플로리다에서 두 딸을 살해한 혐의를 받았던 케이시 앤소니(Casey Anthony)가 배심원단에 의해 무죄로 평결 나자, 군중들은 크게 분노하며 배심원들에게 비난과 욕설을 퍼부었다.[5] 일부 배심원은 이를 견디지 못해 일을 그만두고 주(state)를 떠났다.[6]

배심원은 법관, 법정 경위와 다른 방청객들과 함께 법정에 있을 때는 신체에 큰 위협을 느끼기 어렵다. 그러나 법정 혹은 법원 건물을 나가는 순간 불특정 다수로부터 복잡한 시선을 받을 수 있다. 배심원이 신체를 안전하게 지키기 위해 가장 주의해야 할 시기는 한 곳에서 다른 곳으로 이동하는 때이다. 이는 다음과 같이 여러 가지 상황으로 나누어 볼 수 있다. ① 배심원후보자가 주거지에서 법정으로 이동하는 경우 ② 배심원 또는 예비배심원으로 선정되지 아니한 사람이 법정에서 주거지로 돌아가는 경우 ③ 국민참여재판 공판이 진행되는 중 휴정이 있는 경우 ④ 평의 및 판결이 끝나고 배심원 등이 귀가하는 경우 등이다. 이중 ②에서 배심원후보자는 공판에 참여한 사람이 아니므

5) Scott Ritter, "Beyond the Verdict: Why Courts Must Protect Jurors from the Public Before, During, and After High-Profile Cases" Indiana law journal Vol. 89(2), Maure r School of Law, 2014, p. 911.

6) Scott Ritter, ibid, p. 912,

로 습격의 동기가 발생하기 어렵다. ①은 습격자가 배심원이 될 수 있는 잠재적 당사자를 위협하는 경우인데 습격을 당한 배심원후보자가 배심원으로 선정된다는 보장이 없으므로 역시 습격의 동기가 약하다. ③은 공판 진행 중 배심원 등을 습격하여 공판에 영향을 미치려는 동기가 있다. 마지막으로 ④는 이미 판결이 마무리된 이후이므로 이후의 공판절차에 영향을 미치려는 동기가 발생할 수는 없고, 기존 배심원 평결에 불만을 가진 사람이 배심원들에게 보복하기 위하여 습격을 시도할 수 있다.

위 4개의 상황 중 배심원 경호의 필요성이 큰 것은 ③과 ④의 경우이다. 법원은 위 상황 중 ③의 상황에서는 배심원 등을 자체적으로 보호할 수 있다. 배심원 등의 이동경로를 폐쇄적으로 만들거나 공중에 드러내지 않을 수 있기 때문이다. 그러나 국민참여재판 공판기일이 하루에 마무리되지 않고 여러 날에 걸쳐 지정될 때는 배심원 등이 귀가 후 다시 법정에 출석하는 과정에서 공중에 노출될 가능성은 있다(이를 ③-2 상황이라고 부르기로 한다). 같은 관점에서 ④번의 상황도 문제가 된다. 재판이 끝나 돌아가는 배심원 등을 법원이 보호할 수 있도록 하는 규정이 존재하지 않고, 실제 이 보호조치가 제공되고 있지도 않기 때문이다. 대체로 보면 ③-2 상황이 ④상황보다 더욱 위험하다고 할 수 있다. ③-2 상황이 발생하면 배심원이 귀가하면서 신체적 위협을 받는 것으로 그치지 않고, 다음 공판기일에 다시 배심원으로 출석하여 위협받은 취지에 따라 평의를 바꿀 가능성도 있으므로 2중의 부조리가 발생하게 된다.

2. 정신적 압박·위협과 프라이버시 문제

배심원은 신체적·물리적 압박뿐 아니라 정신적인 압박도 받게 된다. 2008년부터 2016년까지 법원행정처에서 배심원들에 대해 벌인 설문 조사에 의하면 약 9.3%의 배심원이 보복 등 안전에 관한 우려를 하는 것으로 나타났다.[7] 정신적 압박은 크게 세 가지 면에서 이루어진다. 첫째, 사회의 여론이나 언론

7) 사법정책연구원, 배심원 설명서에 관한 연구, 2017, 35면(법원행정처 사법지원실 통계자료에서 재인용).

이 재판에 대해 광범위하게 의견을 진술함으로써 배심원후보자를 압박하는 것이다. 누가 배심원후보자인지는 알 수 없으므로 특정인을 대상으로 압박을 가할 수는 없으나, 배심원후보자들 역시 사회의 구성원으로 사회생활을 하므로 공판기일 전후에 배심원후보자에 대한 여러 의견을 접하지 않을 수 없다. 이는 특정 배심원후보자에게 심리적 압박을 가하려는 목적보다는 재판의 전체적 분위기를 일정 방향으로 끌어가려는 의도에서 비롯된 것이다. 이 방식으로 여론·언론을 형성하는 것은 자유민주주의 국가에서 막연히 금지할 수 없을 뿐 아니라 금지해서도 아니 된다. 따라서 이로 인한 배심원의 정신적 압박은 개개의 배심원이 사회 구성원이자 공무의 수행자로서 감내할 필요가 있다.

둘째, 소송관계인이 배심원후보자 명부에 실린 사람과 대면하여 회유, 협박, 매수를 시도하는 경우이다. 이를 위해서는 먼저 배심원후보자 명단을 입수하여야 한다. 원칙적으로 배심원후보자의 이름이나 연령·직업이 적힌 배심원명부는 법관·검사·변호인 이외에는 공개되지 아니한다(국민참여재판법 제26조 제1항). 각 법원의 실무가 조금씩 다르기는 하나, 대체로 법원은 배심원후보자 명단을 공판기일이 임박한 날에 제공하는 경우가 많다. 심지어 공판기일 당일에 제공하기도 한다. 이러한 경우에는 배심원후보자의 인적사항이 유출될 가능성이 크지 않다. 그런데 공판기일 예정일보다 한참 전에 배심원후보자명부가 사건관련자에게 송부되는 경우에는 배심원후보자 명부가 소송관계인에게 노출될 가능성이 있다.[8] 사선변호인이 맡은 사건은 조금 더 신중히 접근할 필요가 있다. 사선변호인이 국민참여재판을 수행할 때는 그 의뢰인인 피고인 등이 요구하는 경우 배심원후보자 명부를 완벽하게 비밀에 부치기가 쉽지 아니하다. 사선변호인은 금전적 대가를 받고 변호업무를 수행하며, 의뢰인의 이익을 대변하고 의뢰인에게 정보를 투명하게 제공할 의무가 있기 때문이다. 검찰이나 법원으로부터 명단이 유출되는 것도 이론상으로 가능하기는 하나, 검사나 법관이 명단을 유출할 이유는 거의 없다. 유출해서 뭔가를 얻어낼 동기가 없을 뿐만 아니라, 검사·법관은 공무

8) 성경숙, "배심원의 직무수행에 따른 정신건강 보호 및 회복을 위한 개선방안", 「성균관법학」 제29권 제2호, 성균관대학교 법학연구원, 2017, 243-244면.

원이기 때문에 형법 제127조에 따라 공무상 비밀누설죄로 처벌받을 위험도 있기 때문이다. 배심원후보자 명부가 소송관계인에게 유출된다면 이들이 배심원후보자에게 그릇된 제안을 할 가능성이 있다. 배심원후보자 소환 범위가 작은 지역이라면 당해 배심원후보자를 피해자 측 또는 피고인 측에서 찾아내어 만날 가능성은 커진다.

셋째, 배심원후보자를 배심원·예비배심원으로 선정하기 위해 추첨과 질문절차를 거치면서 배심원후보자의 스트레스가 가중되거나 개인정보가 노출될 수 있다. 배심원 선정과정에서 법원·검사·피고인 또는 변호인은 배심원후보자에게 필요한 질문을 할 수 있다(국민참여재판법 제28조 제1항). 이 질문이 적절한 범위 안에서 행해지면 문제가 없을 것이나, 질문자가 배심원의 개인적 사정을 지나치게 추궁하거나 밝히고 싶지 않은 사실을 파고들 때 배심원이 그 질문을 막연하게 회피하기란 어렵다. 법률상 배심원후보자는 이 질문에 대하여 정당한 사유 없이 진술을 거부하거나 거짓 진술을 하여서는 아니 된다(국민참여재판법 제28조 제2항)고 규정하기 때문이다.

따라서 배심원후보자에 대한 질문이 그의 프라이버시를 노출하는 결과가 초래될 수도 있다. 이 문제는 배심재판의 최대 취약점 중 하나라 할 것이다. 배심재판이 활발한 미국에서도 배심원 혹은 배심원후보자의 프라이버시 침해에 대해서는 깊은 고민이 이루어지지 않아 왔다.[9] 하지만 배심원의 프라이버시 침해는 배심원후보자에게 상당한 정신적 스트레스를 일으키게 된다.[10] 따라서 개인정보 보호가 중요한 가치로 부상하고 있는 현실에서 재판의 공정성만을 이유로 개인의 프라이버시 보호를 완전히 도외시할 수는 없다.

3. 법관에 의한 압박

이번에는 앞서 살펴본 사항들과는 관점을 바꾸어 압박·위협의 방식이나 객체가 아닌 주체에 대해 논해 보고자 한다.

---

9) 한상훈, “미국배심제에서 배심원선정절차”, 「저스티스」 제94호, 한국법학원, 2006, 158면.

10) 성경숙, 앞의 글, 244면.

배심원 평결은 피고인이나 변호인은 물론이고 법관으로부터도 독립하여 이루어져야 한다. 법관이 자신의 의견을 배심원에게 강요한다면 국민참여재판은 근본적 위기를 맞이하게 되며, 장식적인 절차로 전락한다. 물론 현실에서 법관이 배심원에게 특정한 평결을 하도록 직접적인 신체적·정신적 압박·위협을 가하는 일은 상상할 수 없다. 그러나 재판의 진행과 평의 과정에서 법관의 의사가 배심원들에게 전해지고 이로 인해 배심원들이 심리적 압박을 느낄 가능성은 충분히 있다.

국민참여재판에서 재판장은 배심원들에게 피고인(변호인) 및 검사의 의견 진술이 확정된 사실이 아니라 그들의 의견에 불과하다는 점을 기억하라고 설명한다. 그러나 법관 자신의 의견도 확정된 사실이나 확립된 법리가 아니고 법원의 의견에 불과하다는 점은 설명되지 아니한다. 그러므로 피고인(변호인)이나 검사의 의견을 객관적으로 바라보고자 하는 배심원이라 할지라도 법관의 의견은 별다른 저항 없이 받아들일 위험이 있다.

국민참여재판법 제1조는 국민참여재판이 “사법의 민주적 정당성과 신뢰를 높이기 위하여 국민이 형사재판에 참여하는 제도를 시행하면서 참여에 따른 권한과 책임을 명확히 하고, 재판절차의 특례와 그 밖의 사항에 관하여 규정함을 목적으로 한다”라고 규정하고 있다. 이에 의하면 국민참여재판은 ① 사법의 민주적 정당성 제고 ② 사법부 신뢰 제고를 목적으로 하고 있다. 적어도 동법 제1조는 국민참여재판 절차가 기존 형사사법 절차의 주요한 가치였던 ① 실체진실 발견 ② 적법절차 보장 ③ 신속한 재판 ④ 무죄추정의 원리 등과는 직접적 관계가 없음을 시사하고 있다. 국민참여재판법을 형사소송법의 특별규정이라고 해석하면 모르되, 위 법이 각각 독립된 영역을 담당하고 있는 것이라면 국민참여재판법과 형사소송법의 지향 이념이 완전히 같다고는 볼 수 없다.

법원행정처가 2020년 발간한 국민과 함께하는 사법발전위원회 백서 자료집 상권에 의하면 “사법의 정의는 민주적 정당성에 그 본질이 있는 것이 아니라 유죄인 자를 필벌하고 무죄인 자를 방면하는 실체진실의 정확한 발견에 있음”이라고 한다.[11] 이 문장은 국민참여재판에서 배심원 평결의 신뢰성 제고를 위해 충분한 심리시간을 확보해야 한다는 견지에서 쓰인 것이므

로 단지 저 문장만으로 사법부가 국민참여재판에 부정적 견해라고 단언할 수는 없을 것이다. 다만 법원이 장시간의 국민참여재판 절차에 대한 인적(투입되는 법관의 수와 이들의 피로도)·물적(공간의 제공, 배심원에 대한 식사 제공 등) 제공에 부담을 느끼고 있다는 점은 추론할 수 있다.

배심원에 대한 법원의 압력은 실제로는 자연인인 법관에 의하여 행하여질 것이다. 법원공무원이나 기타 법원 종사자들은 국민참여재판 대상인 사건 내용을 잘 알지 못하고 증거기록을 검토하지 못하였기 때문이다. 이와 달리 법관들은 많은 양의 서증이나 디지털증거 등을 다량 입수하므로 사실관계에 대해 배심원보다 더 다양한 지식을 갖게 된다. 반면 배심원들은 비록 공판정에 출석하여 검사-변호인의 의견을 듣고 다수 증인의 의견을 듣기는 하였으나 서면을 꼼꼼히 살펴보거나 증인이 실제로 무슨 말을 무슨 뉘앙스로 하였는지 기억하기는 어렵다. 그러므로 정보가 부족한 배심원들이 법관을 호출할 때 법관은 자신만이 알고 있는 정보들을 내세우며 배심원들을 일정한 평결 쪽으로 유도할 능력이 있다. 다소 표본이 적긴 하지만, 배심원의 유·무죄 평의 결과가 만장일치가 아니어서 판사의 의견 제시가 있었을 때 배심원 52.7%가 판사의 의견에 영향을 받았다고 답변한 조사 결과도 있다.[12] 그림자배심원의 평의를 대상으로 한 연구에서도 해당 사건 피고인의 상습성을 부인하던 배심원들이 판사의 참여 이후 판사의 의견대로 상습성을 인정하는 쪽으로 의견을 선회하였다고 한다.[13]

이와 관련된 자료를 보면, 2008년부터 2020년까지의 국민참여재판 평결과 판결 일치율이 거의 매년 90%를 상회[14]하여 불일치율이 매우 낮다는 점을 확인할 수 있다. 이 자료는 여러 가지로 해석할 수 있다. 긍정적인 쪽으

11) 법원행정처, 국민과 함께하는 사법발전위원회 백서 자료집(상권), 2020, 367면.

12) 탁희성/최수형, 형사정책과 사법제도에 관한 연구(Ⅴ) - 국민참여재판제도의 평가와 정책화 방안 -, 한국형사정책연구원, 2011, 304면.

13) 서대승, "국민참여재판 배심평의에서의 언어사용 : 한 그림자 배심 사례를 중심으로", 「법과 사회」, 법과사회이론학회, 2019, 272면.

14) 2008년의 일치율 87.5%와 2020년의 일치율 87.5%를 제외하면 2009년부터 2019년까지 매년 일치율이 90%를 넘고 있다(최선, "국민참여재판 도입과정 및 운영 분석", 「의정논총」, 한국의정연구회, 2021, 146면).

로 본다면 배심원의 사실판단능력이 법관에 버금가는 수준에 이르고 있으며, 배심원의 판단능력을 신뢰하기 어려우므로 국민참여재판은 가급적 자제되어야 한다는 주장은 타당하지 않음이 드러났다고 주장할 수 있다. 그러나 이에 반대하는 견해에서는, 배심원의 판단이 법관의 판단과 그다지 차이가 없다면 국민참여재판이라는 독자적 절차를 일반 형사재판절차와 병립시킬 필요가 없다는 논지를 펼 수 있고, 또한 위와 같이 법관과 배심원 의견의 높은 일치율은 법관이 배심원의 사실판단에서 전적으로 배제되지 아니하는 현행법의 한계를 그대로 드러낸 것이라 주장할 수 있다. 어느 쪽이 좀 더 타당한지는 후속 연구를 기다려 보아야 할 것이다. 다만 배심원의 판단과 법관의 판단 일치율이 높으면 높을수록 좋다는 명제는 섣불리 참이라고 말할 수 없다는 점만을 여기서 지적하고자 한다. 때로는 배심원과 법관이 사실판단 영역에서 치열한 논쟁과 대립을 함으로써 실체적 진실이 더 잘 드러날 수도 있기 때문이다.

Ⅲ. 배심원 보호의 현황

국민참여재판에서 배심원 등에 대한 부당한 압박은 여러 형태로 나타날 수 있다. 가장 쉽게 상상할 수 있는 것은 국민참여재판의 당사자이며 재판의 결과에 따라 직접 불이익을 받을 수 있는 피고인이 배심원 등에게 압력을 가하는 것이다. 특히 불구속피고인은 외부활동이 자유로우므로 공판기일이나 그 이전에 배심원 등에게 접촉할 가능성이 늘 존재한다. 구속피고인이라 하더라도 외부에 있는 지인이나 변호인 등을 통해 배심원에게 압력을 가하는 것이 이론상 가능하다. 이 압력은 배심원 등에게 물리적 해를 가하는 것으로 나타날 수도 있고 정신적 압박을 주는 형태로 나타날 수도 있다. 또한, 배심원 등이 아닌 그 지인들에 대해 부적절한 행위를 하여 간접적으로 압력을 행사할 수도 있다.[15] 배심원을 금품으로 매수하려 시도할 수도 있다.

15) 도중진, 앞의 글, 171면.

그런데 배심원에 대한 압박은 반드시 피고인 측에 의해서만 발생할 수 있는 것은 아니다. 피고인의 반대당사자인 검사나, 나아가 법관에 의해서도 배심원에 대하여 여러 형태의 압박이 가해질 수 있다. 물론 현실에서 검사나 법관이 부적절한 의도를 가지고 고의로 배심원에게 접근하여 물리적·정신적 압박을 가하는 것은 일어날 수 없다. 그러나 검사나 법관이 의도하지 않았더라도 그들이 지니는 공적 권위로 말미암아 배심원들이 스스로의 양심이 아니라 외부의 압력에 의하여 평의할 가능성은 있다.

1. 신체적 압박에 대한 대응

배심원을 공격하는 사람은 해당 배심원이나, 아니면 배심원단 전체에 대해 강한 미움을 갖고 있으리라 볼 수 있다. 또는 국민참여재판 진행을 인위적으로 늦추어 시간을 벌려는 의도가 있을 수도 있다. 어느 경우이든 배심원이 더는 배심원 직무를 수행하기 어려운 사유가 발생할 수 있다.

국민참여재판법은 이러한 경우를 고려하여 예비배심원제도를 운용하고 있으므로 기존 배심원의 업무수행이 어려운 경우 예비배심원을 대신 투입하는 것을 고려할 수는 있다. 그런데 국민참여재판법 제34조 제1항에 의하면 같은 법 “제32조” 및 “제33조”에 따라 배심원이 부족하게 된 경우에만 예비배심원이 미리 정한 순서에 따라 배심원이 된다고 규정한다. 위 제32조는 배심원 또는 예비배심원이 선서하지 아니할 때, 배심원이 공정성을 의심받는 행동을 했을 때, 출석 의무에 위반한 때 등 배심원에게 귀책 사유가 있는 상태에서 법원이 배심원을 해임할 수 있도록 한 규정이다. 제33조는 배심원과 예비배심원이 직무를 계속 수행하기 어려운 사정이 있을 때 법원의 결정을 거쳐 사임할 수 있도록 하고 있다. 즉 국민참여재판법 제32조는 배심원이 신체적 공격이나 정신적 위협을 받았을 때 적용될 수 있는 조항이 아니다. 또 제32조 제1항 각호에는 해임 사유에 관한 일반규정이 없으므로 제32조 제1항 각호는 제한적 열거규정으로 보아야 한다. 한편 동법 제33조는 배심원이 스스로 사임을 신청할 수 있도록 하였다는 점에서는 제32조보다 배심원 보호에 충실하지만, 제32조와 같이 법원의 결정이 있어야만 절차에서 빠져나갈 수

있다는 한계가 있다.

배심원에 대해 직접적인 신체적 해를 가하려면 범인이 배심원과 직접 대면하여야 하는 어려움이 있다. 피고인 측과 배심원이 접촉하는 것은 원칙적으로 금지되어 있기 때문이다. 그러나 배심원이 법정에서 나오는 경우, 식사를 위해 이동하고 복귀하는 경우, 휴정시간, 2일 이상의 기간 동안 국민참여재판을 하는 사건에서 그날의 공판기일을 마치고 귀가하는 경우 등 배심원 등과 범인이 마주칠 기회가 전혀 없는 것은 아니다. 실제로 이웃 나라 일본에서는 피고인의 지인(조직폭력배로 추정됨)이 재판원 재판(국민참여재판)의 종료 후에 재판원(배심원)과 이야기를 하였고, 이야기 이후에 재판원 6인 중 4인이 사임 의사를 밝힌 사건이 있었다.[16]

이처럼 배심원이 제3자(주로 피고인측)와 만나는 것을 피하게 하고, 궁극적으로 배심원에 대한 공격을 막으려면 법원과 경찰의 공조 아래 귀가할 때까지의 경호를 제공하는 것이 바람직하다. 법원조직법 제60조 제1항은 "재판장은 법정에서의 질서유지를 위하여 필요하다고 인정할 때에는 개정 전후에 상관없이 관할 경찰서장에게 경찰공무원의 파견을 요구할 수 있다"라고 하고, 같은 조 제2항은 "제1항의 요구에 따라 파견된 경찰공무원은 법정 내외의 질서유지에 관하여 재판장의 지휘를 받는다"라고 규정하고 있어 재판장이 경찰공무원의 파견을 요청할 수 있다. 위 조항은 재판장이 법정 내외의 질서유지를 위하여 경찰의 협조를 받을 수 있음을 규정할 뿐, 그 범주와 한계는 명시하지 않고 있다. 그렇지만 이 조항을 적극 해석한다면 재판부의 지휘에 따라 배심원들과 동행하여 주는 것도 넓은 의미에서 "법정 내외의 질서유지"에 해당한다고 볼 수 있을 것이다.

2. 정신적 압박에 대한 대응

다음으로 배심원에게 가해지는 정신적 압박에 대한 대응책을 살펴보기로 한다. 사실 정신적 압박과 신체적 압박은 완전히 분리되는 것은 아니어서,

16) 경향신문, "조폭의 협박?...일본 야쿠자 재판 국민배심원 4명 사퇴"(2016. 6. 9.) <https://www.khan.co.kr/world/japan/article/201606091102001> (2022. 6. 26. 방문)

신체적으로 아픔이 있으면 정신이 우울해지게 되고, 정신이 건강하지 못하면 신체도 병을 얻게 된다. 즉 정신적 압박은 눈에 선명히 보이지는 않지만, 신체적인 압박 못지않게 배심원에게 고통을 준다.

이제 정신적 압박으로부터 배심원후보자를 어떻게 보호할 것인지의 문제가 남는다. 국민참여재판법에 따르면 간접적 보호책은 있다. 국민참여재판법 제56조 제2항은 배심원후보자에게 직무에 관한 청탁을 한 자를, 동법 제57조 제2항은 피고사건에 관하여 당해 피고사건의 배심원후보자 또는 그 친족에 대하여 전화 등을 사용해 위협을 한 자를 각각 형사처벌하도록 한다. 또한, 배심원후보자에게 직무와 관련한 뇌물이나 재산상 이익을 약속·공여 또는 공여의 의사를 표시한 자도 형사처벌 대상이 된다.

배심원이 받는 정신적 스트레스는 위와 같이 사건관계인으로부터 청탁을 받는 것뿐만 아니라, 국민참여재판에 참여하는 것 자체로도 쌓일 수 있다. 국민참여재판에서는 타인의 운명이 자신의 손에 달려 있다는 것이 명백하므로 혹시나 판단을 잘못하지 않았는가 하는 의심을 떼어 낼 수가 없다. 연구에 의하면 배심원의 주요한 정신적 스트레스 원인으로 배심원 익명성 보장 여부, 배심 선정과정에서의 어려움, 즉일 재판에 따른 문제점, 법관의 의견제시에 따른 문제점, 권고적 효력과 배심원 평결의 최종성 여부 등이 있었다.[17]

배심원이 업무수행으로 인해 큰 고통을 받는다면 상담 치료나 정신과 진료 등을 고려하여야 할 것이다. 그런데 국민참여재판 배심원의 신상정보는 비닉성을 지니므로, 외부 병원에서 치료를 받을 때 신상이 공개되지 않도록 주의해야 할 것이다.

한편, 배심원에 대한 직접적인 위협이 아니라 배심원의 가족이나 친족 등 특수관계인에게 신체적·정신적 위협이 가해지고 그로 인해 배심원이 간접적으로 위협을 받는 상황도 상정할 수 있다. 배심원 본인이나 그 가족 및 친족 이외의 제3자에 대한 위협을 할 때도 배심원과 제3자가 밀접한 관계에 있어 배심원에게 겁을 먹게 할 정도라면 배심원에 대한 위협이 있다고 평가할 수 있다.[18] 이에 국민참여재판법 제57조 제1항은 피고사건에 관하여 "피고사건

17) 성경숙, 앞의 글, 243-246면.

18) 형법상 협박죄에 대하여 같은 취지로 신동운, 형법각론(제2판), 법문사, 2018, 672면;

에 관하여 당해 피고사건의 배심원·예비배심원 또는 그러한 직에 있었던 자나 그 친족에 대하여 전화·편지·면회, 그 밖의 다른 방법으로 겁을 주거나 불안감을 조성하는 등의 위협행위"를 금지하고, "피고사건에 관하여 당해 피고사건의 배심원후보자 또는 그 친족에 대하여 제1항의 방법으로 위협행위를 한 자"도 같게 처벌하는 규정을 두고 있다(동조 제2항).

참여재판규칙 제39조 제2항 및 제4항은 배심원의 평의와 평결 및 토의에 대해 비공개를 원칙으로 하고, 그 사실상 집행력을 담보하기 위해 재판장이 법원 경위 등에게 평의실 출입을 통제하도록 하며(동조 제3항), 법원사무관 등은 배심원이 당해 재판과 관련하여 작성한 서류를 즉각 폐기하도록 하고 있다(동조 제5항). 이러한 비공개원칙은 배심원들이 의사 개진을 주저하거나 개진한 내용에 의하여 불이익을 받을 우려를 불식시키기 위함이다.

3. 프라이버시 보호조치

배심원의 익명성은 국민참여재판의 핵심요소이며, 배심원이 사건에 몰두하게 해 주는 근본적 전제이다.[19] 국민참여재판법 제52조는 법령으로 정하는 경우를 제외하고는 누구든지 배심원 등의 개인정보를 공개하지 못하도록 하고, 배심원 등의 직무를 수행하였던 사람들의 개인정보에 대하여는 본인이 동의하는 때에만 공개할 수 있다고 한다. 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제10조에 따라 배심원 등의 개인정보에 대한 공개청구가 있는 경우 법원은 그 사실을 배심원 등에게 통지하여야 한다(국민의 형사재판 참여에 관한 규칙[20] 제44조 제2항).

한편 법원이 변론종결일 아닌 다른 날짜에 선고기일을 지정한 경우(국민참여재판법 제48조 제1항 단서) 배심원의 출석 없이 개정할 수 있다(참여재판규칙 제43조). 판결선고절차는 피고인이 출석한 상태에서 이루어지고,

---

임웅, 형법각론(제5정판), 법문사, 2013, 140면; 대법원 2010. 7. 15. 선고 2010도1017 판결.

19) 성경숙, 앞의 글, 243면.

20) 이하 "참여재판규칙"으로 약칭한다.

예외 없이 공개된다(헌법 제109조, 법원조직법 제57조 제1항). 따라서 배심원들이 법정 출석에 부담을 느낄 가능성이 큰바, 이 부담을 경감시켜 준 것이다. 그 밖에 누구든지 법정 안에서 재판장의 허가 없이 녹화, 촬영, 중계방송 등의 행위를 하지 못하게 하는 규정(법원조직법 제59조)이나 재판장이 특정인의 입정금지 또는 퇴정을 명할 수 있도록 하는 규정(동법 제58조)도 간접적으로 배심원의 프라이버시를 보호하는 규정이라 할 것이다.

4. 법관에 의한 압박 대응

법관이 어떤 의도를 가지고 배심원들을 직접 설득하는 일은 실제로 발생할 가능성이 거의 없다. 그러나 법관이라는 지위가 주는 위압감으로 인해, 법관의 말 하나하나가 매우 높은 무게를 갖게 된다. 즉 배심원 중에 있는 법관은 그 자체만으로도 상당한 권위자의 분위기를 풍기게 된다. 이런 모습이 지나치면 국민참여재판에서조차 실질적으로 판사가 결론을 내리는 형태가 될 수 있다.

국민참여재판법은 유무죄 판결을 원칙적으로 만장일치 형식으로 하게 하면서도, 만장일치가 이루어지지 아니하면 평결을 하기 전에 심리에 관여한 판사의 의견을 들어야 하고, 이 경우 유무죄 평결은 다수결의 방법으로 하도록 하였다(국민참여재판법 제46조 제2항, 제3항).

쟁점이 별로 없고 유무죄가 분명한 사건에 대해서는 만장일치 평결이 비교적 쉽게 이루어질 것이다. 반대로 쟁점이 많고 각 증거의 증명력 판단이 어려운 경우에는 배심원 의견이 여럿으로 갈릴 것이며, 이때는 심리에 관여한 판사가 배심원 평결 장소에 함께 자리하게 된다. 배심원들은 각자의 유무죄 판단을 하고 있으나, 그 판단이 맞는지 확신은 없는 상황이다. 이러한 고민의 시간에 나타난 판사는 하나의 규범이자 기준이 될 수 있다.[21] 비록 유무죄에 관한 의견을 진술하여서는 아니 된다고 하여도(참여재판규칙 제41조

21) 같은 취지로 이은모, “현행 국민참여재판제도의 내용과 문제점 - 일본의 재판원제도와의 비교를 중심으로 -”, 「법학논총」, 한양대학교 법학연구소, 2009(이하 이은모a라 약칭한다), 417면.

제5항), 당해 법관이 어떠한 관점에서 사건을 바라보는지는 일상상식을 이용해 충분히 추론할 수 있다. 이 시점에서 재판에 관여한 법관의 의견은 하나의 법규처럼 변할 수 있다. 법관이 내놓은 의견에 반대하는 배심원은, 법관 및 법관 지지자들을 모두 설득해야 하는 부담이 생긴다. 따라서 이러한 경우, 법관 의견에 동조하지 않는 사람들은 그냥 법관의 의견을 따라가는 방식으로 평결할 가능성이 있다.

양형 과정은 배심원의 독립성이 더욱 취약해지는 영역이다. 배심원들은 심리에 관여한 판사와 함께 양형을 토의하고 의견을 개진하게 되어 있다(국민참여재판법 제46조 제4항 전문). 그런데 배심원들이 양형심리를 하기 위해서는 상상적 경합, 실체적 경합, 누범, 판결 확정 시점, 후단 경합범, 법률상 감경 사유, 필수적 병과 등 일반인에게는 매우 어려운 개념들을 이해해야 한다. 국민참여재판법은 양형 단계에 이르렀을 때 재판장은 양형에 관한 토의 전에 처벌의 범위와 양형의 조건 등을 설명하여야 한다(국민참여재판법 제46조 제4항 후문). 짧은 시간에 위 개념을 모두 배심원들에게 이해시키는 매우 어려운 일이다. 그래서 결국 일단 판사가 여러 법조를 적용하여 처단형을 마련해 둔 다음 그 범위 내에서 배심원이 양형을 고르는 방식이 될 가능성이 크다. 요컨대 법관이 제시한 양형 규정을 배심원들이 존중하는 방식으로 양형이 이루어지는 것이다.[22]

배심원 평결과 재판부 판결의 일치율이 매우 높은 현실에는 이러한 법관의 후광 효과가 어느 정도 작용한 것이 아닐까 하는 생각이 든다. 평의실에서 무슨 일이 있었는지 일반인으로는 알아낼 방법이 없지만, 모든 배심원이 완벽하게 평등한 위치에서 토의하고 있으리라 예상하는 것은 다소 순진한 생각이라고 보인다.

사실 법관에 의하여 배심원이 압박을 받는 문제의 해결책은 매우 단순하다. 유무죄 평결 과정에서는 만장일치가 이루어질 때까지 평의 시간을 늘리거나, 아니면 충분한 토의가 이루어졌다고 판단될 때 표결을 하는 방법이

22) 이호중, "국민참여재판 배심원에 대한 실무적 접근 - 배심원 선정, 평결, 양형을 중심으로 -", 「법과기업연구」 제1권 제3호, 서강대학교 법학연구소, 한국법학원, 2011, 225면.

다. 여기에 법관은 등장하지 않는다. 가장 간편하면서도 효율적으로 법관의 배심원에 대한 개입을 차단할 수 있다.

단, 양형 판단은 법기술적인 부분이 많으므로 법관의 개입이 어느 정도 필요하다. 이 경우에도 법정형이 처단형으로 변해 가는 과정을 배심원들에게 설명하지 않고, 대법원 양형 기준표 등도 제공하지 않아야 한다. 양형 기준표가 제공된다면 배심원들은 사실상 그 양형 기준표의 기재를 강하게 믿고 양형기준이 제시한 요건들을 조합하여 최종 형을 선고할 위험이 있다.[23] 무엇보다 중요한 것은 개개의 법관들이 개인적 호오와 무관하게 일반인들에게는 대단한 권위를 지닌 사람이라는 것을 자각하고, 최소한 국민참여재판에서만큼은 권위적인 태도를 보이거나 자세한 충고를 지양하는 모습을 보이는 것이라 생각된다.

5. 배심원의 청렴성 보호

직업 법관에 비하여 배심원은 부당한 청탁이나 회유 등에 노출되기 쉽다.[24] 국민참여재판법은 이를 방지하기 위하여 배심원 등에게 그 직무에 관하여 청탁을 한 자는 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(법 제56조). 이는 부정청탁에 대한 광범위한 금지를 규정한 부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률[25] 제22조 제1항 각호보다 법정형이 크게 낮다. 배심원 등은 청탁금지법에서 의율하는 공직자 등(동법 제2조 제1호, 제2호)에 해당하지 아니하는 일반 시민이기 때문이다. 한편 위 법정형은 일반형법의 배임증재 법정형과 같은바(형법 제357조 제2항), 배심원은 국가의 사무를 처리하는 사인이라는 점에서 배임증재죄에서 말하는 타인의 사무를 처리하는 자와 유사한 위치에 있기 때문으로 보인다. 법 제56

23) 이러한 양형 방식에도 단점은 있다. 필자가 맡았던 사건 중에는 ① 법정형에 벌금형이 없는데 벌금형으로 평결한 사례 ② 징역 2년에 집행유예 2개월을 평결한 사례 ③ 처단형의 하한보다 훨씬 가벼운 형을 평결한 사례 등이 있었다. 국민참여재판이 이러한 형식의 양형 방식도 허용하는 것을 전제로 입법된 것인지는 아직 알 수 없다.

24) 성경숙, 앞의 글, 243면.

25) 이하 “청탁금지법”으로 약칭한다.

조와 반대로 배심원 등이 직무와 관련하여 재물 또는 재산상 이익을 수수·요구·약속한 때에는 3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 배심원 등에게 재물 또는 재산상 이익을 약속·공여 또는 공여의 의사를 표시한 자도 이와 같다(법 제59조), 이는 형법상 배임수재죄보다 법정형(5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금)이 낮은 것이다. 법정형의 균형이 맞지 않는다고 할 수 있다.

6. 소송지휘권과 법정경찰권

국민참여재판법은 국민참여재판에서의 고유한 법정경찰권과 소송지휘권을 규정하고 있지는 아니하다. 국민참여재판법은 다른 규정이 없는 경우 형사소송법을 적용하도록 하고 있으므로(국민참여재판법 제4조) 국민참여재판에서도 법원은 형사소송법상의 법정경찰권·소송지휘권을 당연히 행사할 수 있다고 할 것이다. 그러므로 법원은 배심원을 보호하기 위해 소송지휘권을 행사할 권한과 의무가 있다. 이로 인해 법원은 배심원의 실체진실 발견에 이바지하게 된다.[26]

법정질서를 유지하기 위한 법원의 소송 활동을 법정경찰이라 한다.[27] 법정경찰은 넓은 의미에서는 소송지휘의 한 내용이지만, 사건의 실체와는 직접적인 관계가 없다는 점에서 좁은 의미의 소송지휘와는 구별된다.[28]

소송지휘권의 행사에는 당해 소송절차와 관계있는 모든 사람이 복종하여야 하고, 여기에는 소송관계인뿐만 아니라 방청인도 포함되므로[29] 배심원 등에 대한 위협적 언행을 하는 사람을 법정에서 배제할 수 있다. 위 소송지휘권의 행사에 대해서 검사, 피고인 또는 변호인은 이의신청할 수 있으나(형사소송법 제304조), 방청인은 위 이의신청권자에 포함되지 않는다. 그리

---

26) 이경렬, "국제조직범죄에 대한 증인보호방안", 「형사정책연구」 제55호, 한국형사법무정책연구원, 2003, 250면은 법원이 소송지휘권을 행사하여 "증인에 대한 보호"를 함으로써 실체진실 발견에 기여하게 된다고 본다.

27) 이주원, 형사소송법(제4판), 박영사, 2022, 320면.

28) 이주원, 앞의 책, 320면.

29) 이은모, 형사소송법(제6판), 박영사, 2018(이하 이은모b라 약칭한다), 482면.

고 소송지휘권 행사는 판결 전 소송절차에 관한 결정이므로 특히 즉시항고를 할 수 있는 경우가 아닌 한 항고하지 못한다(동법 제403조 제1항).[30]

재판장은 법정질서 유지를 위해 법정경찰권을 행사할 수 있다(법원조직법 제58조). 이를 행사하여 피고인 등을 강제로 퇴정시키거나 반대로 퇴정을 제지할 수 있다(동법 제281조, 제297조). 그런데 형사소송법 제297조 제1항은 증인 또는 감정인이 피고인 또는 어떤 재정인의 면전에서 충분한 진술을 할 수 없다고 인정한 때에는 그를 퇴정하게 하고 진술하게 할 수 있다(동법 제297조 제1항 본문)고만 규정하고 있어, 배심원이 피고인 등의 면전에서 충분한 참여(질문요청 등)를 할 수 없을 경우에 관하여는 규정이 없다. 피고인이 배심원에게 적대적 감정을 드러내거나 배심원들을 위협·협박하는 경우에는 국민참여재판의 기본 취지가 심각하게 몰각될 수 있다. 따라서 형사소송법 제297조를 유추적용하여 피고인 등이 재정하는 동안 배심원의 권한 행사가 제한된다고 인정되면 재판장은 그를 퇴정하게 하는 것이 타당하다. 이는 형사소송법상의 유추해석이므로 형법의 유추해석처럼 엄격하게 금지할 필요는 없을 것이다.

7. 감치 및 과태료

법원은 질서유지에 관한 명령을 위반하거나 법원의 심리를 방해·재판의 위신을 현저히 훼손한 사람에 대하여 결정으로 20일 이내의 감치에 처하거나 100만 원 이하의 과태료를 부과할 수 있다(법원조직법 제61조 제1항). 이 재판은 위반행위를 직접 알게 된 법원이 행한다(법정등의질서유지를위한재판에관한규칙 제3조). 배심원에 대한 위협행위를 하는 것도 이에 해당할 여지가 있으므로 법원은 해당 행위자에게 감치나 과태료를 부과할 수 있다. 이 처분은 검사의 공소제기를 필요로 하지 아니하고, 형사처벌이 아니라는 점에서 법정모욕죄(형법 제138조)와 구별된다.[31] 즉 감치재판은 법원이 즉석에서 직접제재를 가하는 것으로서 사법행정상 질서벌에 해당한다.[32]

---

30) 이은모b, 앞의 책, 482면.

31) 강동욱/황문규/이성기/최병호, 형사소송법 강의(제3판), 오래, 2016, 420면.

법원은 제1항의 감치를 위하여 법원직원, 교도관 또는 경찰공무원에게 즉시 행위자를 구속하게 할 수 있으며, 구속한 때부터 24시간 이내에 감치에 처하는 재판을 하여야 하고, 이를 하지 아니하면 즉시 석방을 명하여야 한다(법원조직법 제61조 제2항).

국민참여재판에서의 과태료 부과와 관련하여 한 가지 사례가 있다. 2013년경 부산지방법원에서 국민참여재판이 열리게 되었는데, 재판 당일 출석한 배심원후보자가 매우 적었다. 이에 법원은 국민참여재판 제60조 제1항에 따라 불출석한 배심원후보자들에게 수십 내지 수백만 원 상당의 과태료를 부과하였다. 그런데 과태료를 부과받은 시민들은 과태료를 내지 못하겠다고 강하게 반발하였고, 결국 법원은 과태료 중 일부를 감액해야 했다.[33] 이 사건으로 인해, 국민참여재판 도입 때부터 이 사건 이전까지는 배심원이 불출석하여도 과태료를 부과하지 않아 국민참여재판법 제60조 제1항이 사실상 사문화되어 있었던 것으로 파악된다.

Ⅳ. 추가적인 개선책

1. 해석론 - 다른 법률의 유추적용 가능성

배심원은 해당 사건에서 공판을 방청하고 사건의 결론에 대한 의견을 지시하는 집단이다. 배심원은 검사, 피고인 및 변호인과는 독립된 제3자의 상황에 있다. 그렇다고 하여 배심원을 법관과 같게 보기도 어렵다. 배심원은 어디까지나 사인의 지위에 있고, 현행법상 배심원 평결은 법원을 구속하지도 아니하기 때문에 최종 판단자인 법관과는 명백히 구별된다.

형사재판에 참여하는 사람 중 배심원과 가장 유사한 지위를 가진 것은 증인이라 할 것이다. 증인과 배심원은 모두 법정에서 선서하게 되어 있고,

---

32) 임동규, 형사소송법(제12판), 법문사, 2016, 396면.

33) 연합뉴스, "국민참여재판 불출석 배심원 일부 불처벌 과태료 감액" (2013. 8. 31.) <https://www.yna.co.kr/view/AKR20130830167200051> (2022. 6. 27. 방문)

사건에 대해서도 제3자의 위치[34]에 있다고 의제되어 있기 때문이다. 증인은 법관, 검사 및 피고인·변호인으로서 질문받은 내용에만 대답하는 것이 원칙이며 묻지 않은 내용을 말하는 것은 그리 바람직하게 여겨지지 않는다. 또한, 증인이 역으로 법관·검사·피고인 및 변호인에게 사건에 대하여 질문을 하는 것도 지양된다. 배심원 역시 직접적인 질문 권한이 없고 법관을 통해 간접적으로만 질문할 수 있으므로 이 점에서 증인과 유사하다고 생각된다.

만일 법정에서 배심원과 증인의 입지를 유사한 것으로 본다면, 증인의 보호에 관한 다른 법 규정들을 배심원에게 유추적용하는 것도 가능할 수 있다. 우리 법 중에는 신체적·정신적·사회적으로 취약한 사건관련자들을 특별히 보호하는 규정들이 있다. 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법은 아동학대범죄사건의 증인이 해를 입을 위험이 있다면 경찰의 보호를 받을 수 있도록 하고 있다(동법 제17조의2). 아동·청소년의 성보호에 관한 법률은 수사기관과 법원이 아동·청소년대상 성범죄의 피해자를 조사하거나 심리·재판할 때 피해자가 편안한 상태에서 진술할 수 있도록 하여야 하고 조사와 공판 횟수 등은 필요최소한으로 제한하고 있다(동법 제25조). 특정범죄신고자 등 보호법은 증인 등이 보복을 당할 우려가 있는 경우 재판장이나 판사가 증인 인적사항의 비공개 등을 명할 수 있도록 하며(동법 제11조), 검사 또는 경찰서장은 범죄신고자 등이나 그 친족 등의 신변안전조치를 취할 수 있도록 하고 있다(동법 제13조, 제13조의2).

증인 혹은 범죄신고자와 배심원 등이 모두 "제3자적 위치"에 있다는 점에 주목한다면, 위 각 법률의 증인 등 보호조치 규정을 배심원 등에게 유추적용하는 것도 고려해 볼 수 있다. 이는 특정인의 권리를 침해하는 것이 아니므로 유추적용의 범위를 비교적 넓게 고려해도 크게 부당하지는 아니하다 할 것이다. 더구나 이미 국민참여재판법이라는 "법률"이 배심원 등의 신변보호조치를 규정하고 있고 참여재판규칙은 이를 상당히 구체화하는 규정까지 두고 있으므로 앞서 본 증인·피해자·범죄신고자 보호조치 규정을 참고

34) 증인의 제3자성은 증인적격의 문제와 연관되어 있다는 점에 양경규, "형사절차상 증인보호방안에 관한 고찰", 「한국치안행정논집」 제7권 제3호, 한국치안행정학회, 2010, 283면.

하여 배심원 신변안전조치를 집행한다고 하더라도 법적 근거의 부존재가 문제될 가능성은 적어 보인다.

2. 입법론

가. 기존 형량 등의 조정

국민참여재판법의 여러 법령을 위반하는 경우 국민참여재판법 제7장 벌칙 부분이 적용된다. 여기에는 배심원 등등에 대한 청탁죄, 배심원 등에 대한 위협죄, 배심원 등에 의한 비밀누설죄, 그리고 배심원 등의 금품 수수죄가 포함된다. 이 중 배심원 등에 의한 비밀누설죄와 배심원 등의 금품 수수 등 죄는 범죄의 대상이 배심원이 아니고, 범죄의 주체가 배심원이므로 배심원 보호 문제는 발생하지 않는다.

그 외에 국민참여재판법 제56조와 제57조는 배심원 등에 대한 청탁, 위협행위를 금지하고 있다. 이 조항의 법정형을 살펴보면, 국민참여재판법 제56조의 법정형은 각각 2년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금이며 동법 제57조의 법정형은 2년 이하의 징역 또한 500만 원 이하의 벌금이다. 이 각 조항의 실행행위는 청탁이나 위협이므로 형법상 협박과는 구별된다. 따라서 배심원에 대한 청탁과 위협 외에 협박행위까지 한다면 국민참여재판법위반죄 이외에 형법상 협박죄도 성립한다고 볼 것이다. 그런데 배심원 등에 대한 협박은 배심원 등의 자유의사를 해할 뿐만 아니라 국가 사법절차의 공정성에도 위험을 발생시킨다고 할 것이다. 그러므로 입법론상 배심원 등에 대한 협박죄는 그 피해자인 배심원 등이 처벌불원 의사를 밝히더라도 행위자에 대해 공소를 제기할 수 있다고 보아야 한다(형법 제283조 제3항의 적용 배제).

국민참여재판법 제56조 내지 제59조는 배심원 등에 대한 범죄 또는 배심원 등이 주체인 범죄를 규정하고 있다. 그런데 이 각 법에서 배심원 등 사이에 법정형의 차이를 두고 있지는 아니하다. 배심원과 예비배심원은 실제 배심원으로 선정되어 배심원 직무를 수행할 예정에 있거나, 수행하고 있거

나, 수행한 자이다. 배심원 또는 예비배심원에게 직무상 청탁을 하는 것은 사법을 적극적으로 교란하겠다는 의지를 표상한 것으로 볼 수 있다. 반면 배심원후보자는 직무의 수행과는 무관한 잠재적 지위에 있는 사람이다. 그러므로 배심원 및 예비배심원과 배심원후보자는 각각 범죄의 구성요건에서 본질적으로 다른 위치에 있어야 한다고 생각된다. 입법론상 배심원후보자의 범죄 혹은 배심원후보자에 대한 범죄는 법정형을 현재보다 하향 조정하는 것이 옳다.

나. 구성요건 추가

특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률[35] 제5조의9 제1항은 "보복범죄의 가중처벌 등"이라는 표제 아래 "자기 또는 타인의 형사사건의 수사 또는 재판과 관련하여 고소·고발 등 수사단서의 제공, 진술, 증언 또는 자료제출에 대한 보복의 목적으로 「형법」 제250조 제1항의 죄를 범한 사람은 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다. 고소·고발 등 수사단서의 제공, 진술, 증언 또는 자료제출을 하지 못하게 하거나 고소·고발을 취소하게 하거나 거짓으로 진술·증언·자료제출을 하게 할 목적인 경우에도 또한 같다."라고 규정하고 있다. 이어 같은 조 제2항에서는 제1항과 같은 목적으로 범한 상해, 폭행, 체포, 감금, 협박죄를 가중처벌하고, 같은 조 제3항에서는 제2항의 죄 중 상해, 폭행, 체포, 감금죄를 범하여 사람을 사망에 이르게 한 경우는 무기 또는 3년 이상의 징역에 처하도록 한다. 같은 조 제4항은 "자기 또는 타인의 형사사건의 수사 또는 재판과 관련하여 필요한 사실을 알고 있는 사람 또는 그 친족에게 정당한 사유 없이 면담을 강요하거나 위력(威力)을 행사한 사람은 3년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금에 처한다"라고 규정하고 있다.

위와 같이 기존 형사사건의 수사 또는 재판과 관련한 보복 등의 목적으로 특정 범죄를 범하면 형량이 크게 가중된다. 그런데 위 규정에 따르면 초과주관적 구성요건인 목적에는 "자기 또는 타인의 형사사건의 수사 또는 재

35) 이하 "특가법"이라 약칭한다.

판과 관련하여 고소·고발 등 수사단서의 제공, 진술, 증언 또는 자료제출에 대한 보복의 목적"과 "고소·고발 등 수사단서의 제공, 진술, 증언 또는 자료제출을 하지 못하게 하거나 고소·고발을 취소하게 하거나 거짓으로 진술·증언·자료제출을 하게 할 목적" 두 가지만 포함된다. 유추해석금지 원칙상 배심원의 평결이나 의견개진 또는 질의에 보복하거나 이를 하지 못하게 할 목적으로 배심원에 대한 살인, 상해, 폭행, 체포, 감금 및 협박행위를 하는 행위는 특가법 제5조의9 위반에 포함되지 않는다.

배심원의 평결은 법원을 기속하지는 아니하나, 법원에 대해 상당히 강력한 권고적 효력을 지닌다. 따라서 배심원의 평결에 영향을 미치려 시도하는 것은 특가법 제5조의9에서 규정한 수사단서의 제공이나 진술, 증언 또는 자료제출의 보복 또는 제지보다 불법성이 약하다고 볼 수 없다. 대는 소를 포함한다는 원칙에 의하여 배심원의 평결이나 의견개진, 질의에 보복하거나 이를 하지 못하게 할 목적으로 살인, 상해, 폭행, 체포, 감금 및 협박행위를 하는 것도 마땅히 가중처벌의 대상으로 하여야 할 것이다. 그 법정형은 최소한 특가법 제5조의9에 준하도록 설정하여야 한다. 앞서 본 바와 같이 유추해석금지 원칙상 현행 특가법으로는 배심원에 대한 보복성 범죄를 막는데 한계가 있으므로 반드시 입법이 이루어져야 한다.

다. 영상배심원제도

형사재판의 배심원 등은 피고인의 운명을 좌우하는 데 결정적 역할을 할 수 있으므로 막중한 책임을 지니며, 그 책임에 비례하는 보호를 받아야 한다. 이를 위하여 영상배심원제도[36]를 고려해 볼 수 있다.

영상이나 인터넷을 활용한 재판은 현재 시점에서 이미 시행되고 있다. 형사소송법 제165조의2는 일정 범주의 사람을 증인으로 신문하는 경우 비디오 등 중계장치에 의한 신문을 허용하고 있다. 또 법원은 피고인이 출석하지 아니하는 경우 상당하다고 인정하는 때에는 중계장치에 의한 중계시설을 통하거나 인터넷 화상장치를 이용하여 공판준비기일을 열 수 있다(동

36) "증인"이 피고인과의 대면을 회피하기 위해 우편이나 전화 등의 방법을 사용하는 것을 고려할 수 있다는 점에 이경렬, 앞의 글, 251면.

법 제266조의17). 그리고 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제40조는 일부 성폭력범죄 피해자를 증인으로 신문하는 경우 비디오 등 중계장치에 의한 중계를 통하여 신문할 수 있도록 하고 있다.

물론 배심원들이 법관, 검사, 피고인 및 변호인과 같은 공간에서 재판을 바라보는 것이 배심원들에게 더욱 생생한 경험을 줄 가능성이 크다. 그러나 사건 내용이 매우 끔찍하거나 피고인이 난폭한 경우[37], 방청석에 피고인 측을 지지하는 다수 인물이 포진하고 있어 그 존재 자체가 배심원에게 위력이 될 수 있는 경우 등에는 배심원들을 법원 내(혹은 필요한 경우에는 법원 외) 다른 방에 모아 두고 영상을 통해 국민참여재판을 진행하는 것도 고려할 만할 것이다.

라. 익명배심원 제도

법원은 국민참여재판 배심원 선정기일의 2일 전까지 검사와 변호인에게 배심원후보자의 성명·성별·출생연도가 기재된 명부를 송부하여야 하고, 선정절차에 질문표를 사용하는 때에는 선정기일 진행 전에 배심원후보자가 제출한 질문표 사본을 검사와 변호인에게 교부하여야 한다(참여재판법 제26조). 즉 검사와 변호인은 원칙적으로[38] 배심원 선정기일 이전에 배심원후보자의 명단을 입수하게 된다. 배심원 선정기일 직전에 교부되지 않으므로, 명단교부 후 선정기일 전까지의 시간 동안 명단이 제3자(피고인 또는 피해자를 포함)에게 유출될 위험이 있다. 배심원후보자 명단에는 성명 이외에 성별이나 출생연도도 기재되어 있고, 추가로 질문표 사본이 검사나 변호인에게 교부될 수도 있으므로(참여재판법 제26조 제2항 참조) 소송관계인은 이 정보들을 토대로 하여 누가 배심원후보자 명단에 있는지 특정할 가능성

37) 최근 "안인득 사건"이 국민참여재판으로 진행되었다. 이 사건은 죄질이 극도로 흉악할 뿐만 아니라, 피고인이 재판과정 내내 수사가 잘못되었다며 고성을 질렀고, 심지어 변호인과도 말다툼하는 등 이해하기 어려운 행동을 하였다. 이처럼 사건이 매우 잔인하고 피고인이 법정에서조차 물리력을 사용하려 하는 사건에서는 배심원이 공포심을 갖게 될 가능성이 크다. 이러한 경우에 영상배심원제도가 있다면 도움이 될 것이다.

38) 앞서 본 바와 같이 법원이 언제 배심원후보자명부를 발송하는지는 각 재판부마다 조금씩 차이가 있다. 또한, 배심원선정기일 당일에 비로소 명부를 제공하는 재판부도 있다.

이 있다. 만약 피고인에게 자금력이나 정보력, 인력이 충분하다면 그 가능성은 더욱 커질 것이다. 배심원후보자가 사전에 노출된다면 그에 대한 압력이 가해질 수 있고 이는 해당 배심원후보자의 자유를 침해할 뿐만 아니라 국민참여재판의 신뢰도도 하락시키게 된다.

그런데 배심재판이 활발한 미국에서는, 애초에 배심원의 신상정보가 공중에 공개될 것을 당연한 전제로 하고 있었다. 그러다가 미국 대 번즈(Leroy "Nicky" Barnes) 사건에서 배심원이 익명으로 남아 있을 수 있다는 점이 언급되었다. 최근 마약왕 구즈만(Joaquin "El Chapo" Guzman)에 대한 재판에서도 판사는 익명의 배심원을 인정하였다. 미국 수정헌법 제6조는 모든 피고인이 공정한 배심원에 의하여 신속하고 공개된 재판을 받을 권리가 있다고 규정하므로, 배심원 신상정보의 비공개는 수정헌법 제6조와의 충돌을 초래할 수 있다. 우리나라는 헌법에서 배심원 신상정보의 공개 여부에 관해 규정하고 있지 아니하고 있으며 배심원의 신상정보가 소송관계인 또는 공중에게 공개되어야 한다고 명시적으로 선언하고 있지도 아니한다. 오히려 참여재판법은 배심원 선정기일을 공중에 공개하지 아니한다(참여재판법 제24조 제2항)고 규정하고, 법령에 정해졌거나 당사자 동의가 있는 경우 등에만 배심원 등의 개인정보를 공개할 수 있도록 하고 있어(참여재판법 제52조) 배심원 등에 관한 신상정보의 비공개를 원칙으로 한다고 볼 수 있다. 그러나 이렇게 본다면 참여재판법 제26조에 규정된 배심원후보자 신상정보의 송부 규정과는 다소의 모순이 생기게 된다.

법 제26조를 제52조에 대한 특별규정으로 보면[39] 해석론만으로도 위 모순점을 해결할 수 있기는 하다. 그렇지만 현행법상으로 어떤 경우에 배심원 등의 개인정보를 공개할 수 있는지, 공개한다면 어느 범주까지 가능한지 보다 구체적 기준이 마련될 필요는 있다. 한편 현실적으로 배심원후보자의 신상정보를 알았을 때 가장 문제가 될 법한 것은 악의를 지닌 피고인(또는

39) 제52조 제1항은 "법령으로 정하는 경우를 제외하고는" 누구든지 배심원 등의 성명·주소와 그 밖의 개인정보를 공개하여서는 아니 된다고 규정하고 있다. 국민참여재판법 제26조에 의한 명단 송부는 동법 제52조 제1항의 "법령으로 정하는 경우"라고 해석할 여지가 있다.

피고인 측)이 배심원후보자들에게 부적절한 압력을 가하는 행위이리라 보이므로, 법원은 피고인 측이 위와 같은 행위를 할 우려가 있다고 인정되는 때에는 피고인과 변호인 측에 배심원후보자의 개인정보를 공개하지 아니하거나 제한적으로만 공개하도록 하는 조처를 할 수 있게 해야 할 것이다. 혹은 개인정보를 변호인에게만 공개하고 피고인에게는 공개하지 아니하도록 변호인에게 명하는 입법을 고려할 수 있다.[40]

3. 사실적 상태의 개선

국민참여재판 공판기일이 2회 이상 이루어지는 경우, 배심원과 불구속 피고인은 일단 집으로 돌아갔다가 다음 날 다시 출정하게 된다. 그런데 배심원은 법원이나 경찰의 호위를 받지 아니하고 자력으로 집에 돌아가야 한다. 필자는 불구속피고인과 배심원이 같은 버스정류장에 서 있는 것을 보았고, 피해자가 배심원 중 한 명과 법원 정문 앞에서 대화하는 모습을 보기도 하였다. 배심원과 피고인 및 피해자와의 분리가 완전하게 이루어지지 않은 것이다. 그러므로 배심원의 출정과 퇴정 과정에서 배심원과 피고인이나 피해자가 배심원에게 접촉하게 될 가능성이 없지 않다. 공판정 밖에서 배심원과 소송관계인이 부적절한 접촉을 지속적으로 한다면 국민참여재판의 진정성이 흔들리게 됨은 자명하다. 이러한 사실상태 개선을 위하여 여러 수단을 취해 볼 수 있다.

가. 출입구 및 동선 구분

현행 실무상 검사·피고인·변호인·증인·일반 방청인이 법정에 들어오는 길과 법관이 들어오는 길은 서로 분리되어 있다. 판단자인 법관이 법정에 출입하는 과정에서 소송관계자들과 접촉하는 것을 막고 독립성을 유지하기 위해서이다. 배심원 역시 이와 마찬가지로 다른 소송관계인들과 구별되는 통로를 이용하여 법정을 오가도록 하여야 한다. 물론 2일 이상의 공판기일

40) 정진수, “증인보호제도에 관한 연구”, 한국형사법무정책연구원, 1995, 103면.

이 잡힌 국민참여재판에서 귀가 후 다음 공판기일에 재출정하는 경우에도 일반인이 접근하기 어려운 폐쇄적 통로를 사용할 필요가 있다. 또 국민참여재판이 열리는 날에는 법원보안관리대가 청사에 출입하는 사람의 신원을 더욱 엄중히 확인할 필요가 있으며 배심원만이 이용할 수 있는 전용통로에 배심원 이외의 사람이 출입할 수 없도록 해야 한다(법원보안관리대 운영에 관한 예규 제9조 제1항 참조).

나. 배심원에 대한 위치추적장치 및 신고장치의 지급

배심원에 대한 공격을 막고 배심원 오염을 방지한다고 할 때, 이론적으로는 경찰 등 경호 인력을 각 배심원 등에게 24시간 배치하는 것이 효과적이라고 할 수 있다. 하지만 이는 현실적인 조치는 아니다. 우선 1건의 국민참여재판에 소환되는 배심원후보자는 적게는 40명, 많게는 80명 정도에 이르는데 이들 모두에게 개인 경호를 붙이는 것은 무리이다. 배심원과 예비배심원만을 경호대상자로 한다면 경호대상자의 숫자는 크게 줄어들겠으나, 24시간 배치를 고려한다면 최소한 수십 명 내외의 인원이 1일에서 수일간 경호업무에만 전념하는 결과가 된다. 이는 다른 방면에서의 치안 부재 상황을 야기시킨다.

경호 인력에 의한 배심원 상시경호가 어렵다고 한다면, 배심원들에게 검사·피고인·변호인을 포함하여 소송과 관련된 접촉을 시도하는 사람이 있는 경우 이를 법원에 알려 적절한 보호조치를 받도록 하는 대안이 있다. 즉각적인 신고가 가능하도록 하고, 유사시 배심원의 위치추적이 가능하도록 기술적 보완방법을 도입하는 것도 고려할 수 있다. 위치추적 시계나 위치추적 목걸이·반지·귀걸이 등을 배심원후보자에게 제공하는 것이다. 위험한 상황이 닥치면 직접 전화기 등으로 신고하지 않고 몸에 부착된 단추를 누르면 곧바로 인근 경찰이 출동하도록 체계를 구축할 수 있다. 경찰의 출동까지 다소 시간이 걸릴 수 있다는 단점은 있겠지만 우리나라 경찰의 출동속도는 상당히 빠른 편이고, 사건의 발생이 임박한 상황에서 출동이 이루어지므로 치안 공백도 최소화할 수 있을 것이다.

경찰청은 이미 신변 보호 대상자에게 신변 보호용 스마트워치를 대여

하고[41], 신변 보호 대상자가 스마트워치의 SOS 기능을 사용하여 긴급히 신고할 수 있게 하고 있다.[42] 신변보호의 필요성이 소멸하면 스마트워치는 회수하여 재사용할 수 있다.[43] 배심원에 대해서도 위와 같은 장비를 제공하는 것이 그리 어려운 일은 아닐 것이며, 위 스마트워치는 재사용이 가능하다는 점에서 막대한 예산이 소모되지도 않으리라 본다.

다. 외부정보의 통제

참여재판법 제53조는 직접 배심원 등에 대한 신변보호조치를 규정하고 있다. 이 법률 제1항은 "재판장은 배심원 또는 예비배심원이 피고인이나 그 밖의 사람으로부터 위해를 받거나 받을 염려가 있다고 인정하는 때 또는 공정한 심리나 평의에 지장을 초래하거나 초래할 염려가 있다고 인정하는 때에는 배심원 또는 예비배심원의 신변안전을 위하여 보호, 격리, 숙박, 그 밖에 필요한 조치를 취할 수 있다."라는 조항을 두고 있다. 같은 조 제2항은 "검사, 피고인, 변호인, 배심원 또는 예비배심원은 재판장에게 제1항의 조치를 취하도록 요청할 수 있다"라고 하여 검사나 변호인뿐 아니라 배심원도 신변 보호 요청을 할 수 있도록 한다. 다만 참여재판법 제53조는 배심원 등 보호에 관한 일반규정이므로, 보호의 내용이 무엇인지는 대법원규칙이나 예규를 통해 구체화하여야 한다.

이에 참여재판규칙 제45조는 참여재판법 제53조 제1항에 따라 배심원이나 예비배심원을 격리하는 경우 신문·방송 시청, 전화 인터넷 사용 금지 등의 조처를 할 수 있다고 보고 있다. 그런데 위 규칙 제45조의 표제가 "배심원 등의 신변보호조치"라고 되어 있는 것에 반하여 규칙 제1항의 내용은 배심원들의 행동과 자유를 제한하는 것들이다. 같은 규칙 제45조 제2항 및 제3항도 참여재판법 제53조 제2항의 신변 보호 요청을 함에 있어 지켜야 할 규정만을 두고 있다. 결국, 참여재판법 제53조를 구체화하여야 하는 참여재판규칙 제45조도 실질적으로 배심원을 어떻게 보호할 것인지 알려 주지는 못한다.

---

41) 경찰청, 피해자 보호·지원 메뉴얼, 2016, 56면.
42) 경찰청, 앞의 책, 60면.
43) 경찰청, 앞의 책, 85면.

생각건대, 입법자가 참여재판법 제53조 제1항 및 참여재판규칙 제45조와 같은 규정을 둔 목적은 배심원 등의 자유 제한이 아니라 배심원 등이 외부의 언론매체로부터 부정적 영향을 받지 아니하도록 함에 있다고 할 것이다. 여러 언론매체나 인터넷 이용자들은 국민참여재판에 대해 각자의 의견을 갖고 있으며, 여러 기사나 댓글을 본 배심원 등은 그 내용으로부터 영향을 받아 올바른 판단에 방해를 받을 수 있다.[44] 심지어 언론매체에 노출된 당해 배심원은 자신이 외부의 영향을 받고 있다는 사실 자체를 인식하지 못할 가능성이 있다.[45] 나아가 언론이나 여론이 재판에 참여한 배심원 등을 비판·비난하는 예도 있을 수 있고, 이는 배심원 등의 정신적 건강에 악영향을 미치게 된다. 따라서 재판이나 배심원·예비배심원에 대한 언론의 의견·비판·보도는 배심원·예비배심원의 정신적 안정을 위해 어느 정도 통제될 수밖에 없다.

그런데 반대로, 배심원 측에서 적극적으로 TV나 인터넷 등을 사용하게 해 달라는 요청을 하는 때도 있을 것이다. 외부매체에 대한 철저한 접근금지는 알 권리나 자유권 침해와도 관련이 된다. 그러므로 담당 재판부는 정보에의 접근권이 제한될 수밖에 없는 이유를 배심원·예비배심원에게 충실히 설명하고,[46] 당해 사건의 판단에 직접적 영향을 줄 우려가 적은 정보는 최대한 배심원·예비배심원에게 제공하고자 하는 노력이 필요하다.

4. 휴식과 식사, 숙박

국민참여재판은 보통 1회의 공판기일에 배심원 선정부터 판결 선고까지 이루어진다. 1972건의 국민참여재판을 대상으로 조사한 결과 89.8%인 1770건이 하루 만에 마쳐졌고 이틀 이상 걸린 경우는 10.2%(202건)에 그치고 있다.[47]

---

44) 박호현, "국민참여재판 배심원들의 퍼블리시티 문제와 해결방안", 「국제법무」 제9집 제1호, 제주대학교 법과정책연구원, 2017, 47면.

45) 박호현, 앞의 글, 49면.

46) 박호현, 앞의 글, 53면.

참여재판법에는 공판기일을 1회로 종결하도록 하는 규정이 없다. 다만 참여재판을 할 때는 공판준비절차가 필수적이라는 점(법 제36조 제1항 본문), 판사, 검사 및 변호인은 신속하고 이해하기 쉽게 심리를 진행하도록 노력할 의무가 있는 점(국민의 형사재판 참여에 관한 규칙 제28조), 재판장은 특별한 사정이 없으면 배심원 선정기일이 종료된 후 연속하여 제1회 공판기일이 진행되도록 기일을 지정하게 하는 점(동 규칙 제29조), 배심원 평의나 평결은 변론종결 후 연속하여 진행하도록 하는 점(동 규칙 제39조 제1항 본문) 등을 고려하면 국민참여재판법의 입법자가 국민참여재판을 조속한 기일에 마무리하도록 의도하였음을 유추할 수 있다.

형사재판은 가급적 신속히 마무리되는 것이 바람직한 만큼, 국민참여재판도 가능하면 조속히 종결되는 것이 반드시 나쁜 것은 아니다. 그러나 국민참여재판의 상당수가 자백 아닌 부인사건인 만큼[48] 증거조사나 증인신문, 증거설명에 상당한 시간이 필요한 경우가 많다. 종전 "진주 방화살인 사건"은 국민참여재판이 3일에 걸쳐 이루어졌으며[49] "상주 농약사이다 사건"은 5일에 걸쳐 재판이 있었다.[50] 인천 모자 살인사건[51]과 성폭행 미수 여성 사건[52]은 각각 이틀에 걸쳐 국민참여재판이 이루어졌다.

여러 날에 걸쳐 국민참여재판이 있게 되는 경우 배심원 등의 신변안전 확보가 큰 문제가 될 수 있다. 참여재판법은 배심원 또는 예비배심원의 신변안전을 위해 "보호, 격리, 숙박, 그 밖의 조치"를 취할 수 있다고 한다. 그런데 위 참여재판법을 구체화한 규칙 제45조 제1항은 앞서 보았듯이 배심원을 "보호"

---

47) 법원행정처, 367면.

48) 2267건의 국민참여재판을 분석한 결과 자백사건비율은 32.9%, 부인사건비율은 67.1%로 나타났다(법원행정처, 424면).

49) 연합뉴스, "아파트 방화살인범 안인득 참여재판 내일 시작...27일 선고"(2019. 11. 14.) <https://www.yna.co.kr/view/AKR20191121153200052> (2022. 5. 19. 방문)

50) 중앙일보, "농약사이다 할머니, 국민참여재판 배심원 만장일치로 무기징역"(2015. 12. 12.) <https://www.joongang.co.kr/article/19236525#home> (2022. 5. 19. 방문)

51) 한국경제, "'인천 모자 살인사건' 이틀간 국민참여재판"(2013. 11. 25.) <https://www.hankyung.com/society/article/2013112506368> (2022. 5. 19. 방문)

52) KBS뉴스, "'성폭행 미수 첫 기소' 여성 국민참여재판 21일 선고(2015. 8. 21.) <https://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=3133589> (2022. 5. 19. 방문)

하는 내용은 거의 들어가 있지 않다. 마찬가지로 법률은 공판기일이 장기간 계속될 때를 대비하여 배심원 및 예비배심원에게 숙박을 제공할 수 있다고 규정하나, 규칙에는 이에 관하여 아무런 규정이 없다. 배심원 격리나 숙박시설 제공은 예산이 소요되므로 근거 규정이 필요하다. 현재 이에 관한 규정이 없으므로 배심원을 격리하거나 숙박하도록 하는 것이 가능할지 의문이 든다. 실무상으로도 국민참여재판이 2일 이상에 걸쳐 이루어지는 경우 배심원 및 예비배심원은 하루의 공판이 끝나면 스스로 귀가하였다가 다음 날 공판에 임의로 출석하고 있다. 이 과정에서 배심원 및 예비배심원이 피고인·피해자·고소인 등과 마주치고 그로 인해 의사결정 과정이 오염될 가능성이 작지 않음은 앞에서 이미 본 바와 같다.[53]

배심재판이 발달한 미국에서는 배심재판이 여러 날 동안 이어질 수 있음을 전제로 한다. 따라서 애초 배심원 선정 때부터 이를 고려하게 되며, 선정된 배심원이나 예비배심원은 지정된 숙박시설에 격리·보호된다. 우리나라는 아직 배심재판 시행 초기 단계이므로 배심원이 격리될 수 있다는 점에 대한 거부감이 크고, 격리로 인한 생계업무 지장에 보상책도 딱히 마련되어 있지 아니하여 여러 날 동안 배심원을 격리하는 것이 쉬운 일이 아니다.

그런데도 국민참여재판을 내실화하기 위해서는 장기간의 재판을 피할 수 없고, 따라서 배심원 격리·보호의 장기화도 필수 불가결하다. 이를 위해서는 무엇보다 배심원의 격리·보호·숙박에 관한 대법원규칙이나 재판예규가 마련되어야 할 것이다. 대법원규칙 등을 제정할 때는 국회의 의결이 필요치 않으므로 사법부의 결단에 따라 조속한 입법도 가능할 것이다.

참여재판규칙 제9조 제1항은 배심원 등에게 출석 일수에 따른 일당과 여비, 그리고 격리된 일수에 따른 수당을 지급하도록 하고, 이 액수는 매년 대법관회의에서 정하도록 하고 있다(같은 조 제5항). 나아가 같은 조 제4항은 숙박료 항목과 그 금액은 법원공무원 여비규칙에 의하도록 하며, 배심원 등의 식비는 법원이 상당하다고 인정하는 경우에 한하여 지급하도록 한다

53) 법률신문, “재판진행 3일...배심원 ‘오염방지’에 가장 신경 – 재판장이 밝힌 진주아파트 방화살인 사건‘ 국민참여재판” (2019. 12. 5.) <https://m.lawtimes.co.kr/Content/Info?serial=157767&kind=AA05> (2022. 5. 19. 방문)

(동조 제2항). 이에 따라 법원공무원 여비규칙 제10조 내지 제13조 및 제16, [별표 2]는 구체적 지급액을 정하고 있는데, 위 액수는 오랜 시간 동안 스트레스에 시달리며 재판을 지켜보아야 하는 배심원 등에 대한 지급금액으로서는 지나치게 적은 감이 있고, 1인 자영업자나 전문직업인 등 1일의 업무결손이 크나큰 수입감소로 이어지는 사례에 대해 별다른 배려규정도 없다. 결국, 배심원은 여러 날에 걸친 재판이 진행될수록 경제적으로 불리한 처우를 받게 되고 이는 배심원 평의와 평결, 토의의 질 하락으로 이어질 수 있다.

배심원에 대한 보호는 배심원의 신체 및 정신에 대한 보호뿐 아니라 경제적 불이익에 대한 보호도 포함하여야 한다. 국민참여재판 배심원으로 선정되는 것을 꺼리는 풍조를 불식시키려면 배심원 참여가 커다란 명예라는 점을 주지시키는 것에 그치지 아니하고 적당한 금전적 전보가 이루어져야 할 것이다. 앞서 본 바와 같이 배심원에 대한 금전적 전보는 대법관회의에 의해 정해질 수 있으므로 절차적인 어려움도 크지 아니하다.

정확히 배심원 보호에 관한 자료는 아니지만, 주무관청은 2017-2021년에 걸쳐서 피해자의 신변 보호를 위한 이사비(이전비)에 대해 연 1억 5천-2억 원가량의 예산을 확보하고 있고 그 외 법정 동행서비스도 6백-1천3백여 건가량 지원하는 것으로 나타났으며, 가명조서(신원관리카드)의 이용 건수는 2020년 대비 2021년에 두 배가 넘는 245건을 기록하였다.[54] 배심원에게도 이에 준하는 지원을 하지 못할 이유가 없다. 이어서 경찰청 기록에 의하면 범죄피해자에 대한 112시스템 등록, 스마트워치 지급, CCTV 설치, 맞춤형 순찰 등은 2015년 1,105건에서 2021년 24,810건으로 급증하였으며 임시숙소 제공 건수도 2014년 3,364건에서 2021년 6,569건으로 증가하였음을 확인할 수 있다.[55] 이미 행정부 차원에서는 임시숙소나 피해자등록이 활발히 이

54) 필자는 피해자 신변보호 조치 현황을 알아 보고자 법무부(접수번호 9264272)에 정보공개청구를 하였고, 법무부는 위 정보공개청구를 대검찰청과 경찰청으로 송부하였다. 이후 대검찰청 및 경찰청으로부터 모두 정보공개통지를 받았다. 이 내용은 본문에 싣기에 부적절하여 [부록1] 부분으로 옮기기로 한다.

55) 위 각주와 같이, 경찰청에서 공개한 피해자 안전조치 관련 통계는 [부록2] 로 첨부하였다. 다만 정보공개통지 원문에는 목차 번호 순서에 약간의 오류(4번 목차 뒤에 5가 아닌 6번 목차가 나옴)가 있어서 올바른 숫자로 고쳤음을 밝힌다.

루어지고 있음을 법원이 참조할 필요가 있다.

배심재판이 많이 행해지는 미국에서는 증인 보호조치를 경제적 원조, 피해자와 증인의 권리, 특별피해자보호 등으로 세분하여 시행하고 있다.[56] 또한, 미국은 조직범죄의 증인 등에게 새로운 신원을 부여하고 주거를 제공하며, 직업이나 학교를 알선해 주기도 하고 있다는 점도 참고할 만하다.[57] 배심원 등에게도 위와 같은 보호 시스템을 전적으로 보장하기란 현실적으로 무리가 따른다고 한다면, 배심원 보호 필요성이 지대한 일부 사안에 한해서라도 시범적으로 도입하는 것은 충분히 생각해 볼 수 있다.

5. 보건과 건강

코로나바이러스 팬더믹 사태가 벌어진 2020년에 국민참여재판 시행건수는 그 전년도에 비해 크게 줄어들었다. 바이러스 감염에 대한 우려가 국민참여재판 시행건수에 어느 정도로 영향을 미쳤는지는 추후 정밀한 연구가 필요할 것이다. 다만 팬더믹 사태가 최고조에 이른 기간 동안 일반인들이 되도록 밀폐된 공간에 밀집하여 모이기를 꺼리는 추세가 있었음은 비교적 분명해 보이고, 이것이 국민참여재판의 퇴행으로 이어졌을 가능성은 쉽사리 부정하기 어렵다. 이를 좀 더 확장해 본다면, 향후 보건 의료상 문제나 질병의 전염 문제가 발생할 때마다 국민참여재판과 관련된 사법절차는 위축될 가능성이 크다 할 것이다. 이는 피고인의 국민참여재판을 받을 권리를 크게 침해할 수 있다.

보건상의 위기가 개인의 권리를 어느 정도 제한할 근거가 될 수 있음은 이론의 여지가 없다. 그러나 형사재판에서 피고인이 자신에게 유리한 절차를 선택할 권리도 쉽사리 무시되어서는 안 된다. 전염병 팬더믹 사태에서 국민참여재판이 무난하게 실행되기 위해서는 소송관계인(법관, 검사, 피고인, 변호인)을 비롯하여 배심원 등에 대한 감염 예방 절차와 감염 후 치료절

56) 장규원, “증인보호 프로그램에 관한 고찰”, 「형사정책연구」 제77호, 한국형사법무정책연구원, 2009, 1128면.

57) 이경렬, 앞의 글, 257-258면.

차가 사전에 준비되어야 할 필요가 있다. 배심원후보자들의 좌석을 상당한 거리 밖으로 떨어뜨려 놓는다거나, 배심원·예비배심원의 자리 사이에 아크릴판을 세워 두는 간단한 조치도 배심원 등의 불안을 꽤 해소할 수 있으리라 본다. 배심원이나 예비배심원에게 식사를 제공할 때도 가급적 각자 독립된 장소에서 취식을 할 수 있도록 세심한 배려가 필요하다고 하겠다.

마지막으로, 배심원 등이 직무를 수행하는 도중 몸에 이상을 느낀다면 무리하게 재판을 속행할 것이 아니라 예비배심원 제도 등을 활용하여 보건상 위험을 최소화하는 것이 바람직하다. 전염병 창궐 상황에서 국민참여재판을 진행할 때는 예비배심원을 통상의 국민참여재판보다 더 많이 선발해 두는 것도 운용의 묘라 할 것이다.

Ⅴ. 결 어

유명한 법정소설작가 존 그리샴(John Grisham)의 작품 "사라진 배심원(원제 : Runaway Jury)"은 엄숙한 배심 법정 뒤에서 벌어지는 온갖 추악한 모습을 적나라하게 그려 내고 있다. 소송의 각 당사자는 배심원을 회유, 협박, 매수함으로써 재판을 유리하게 이끌어가도록 노력한다. 소송에 참여한 배심원들도 결코 성인(聖人)은 아니며, 재판 도중 각자 자신의 이익을 극대화하기 위해 서로 다른 방향으로 움직인다. 이 소설은 전체적으로 배심재판 제도에 대한 신랄한 비판이지만, 동시에 배심재판이 공정하게 진행되려면 무엇을 경계하여야 하는지 보여준다.

지금껏 우리나라에서 진행되어 온 국민참여재판에서는 배심원에 대한 부적절한 접촉이 적어도 외부적으로 문제가 된 적은 없었다. 그러나 우리 국민참여재판 제도가 완전무결하다는 결론은 시기상조라고 생각한다. 우선 시행 건수가 너무 적고, 각 소송관계자가 아직 배심원의 중요성을 철저히 주지하지 못하였으며, 배심원 의견이 법원 판결을 기속하지 못하는 상황이기 때문이다. 배심원 평결의 기속력이 강화되거나, 배심원의 무죄 평결에 대해 검사의 항소를 금지하는 규정 등이 제정된다면 배심원 등은 일시에 소송관계

인들의 비상한 관심을 끌게 될 것이다. 국민참여재판이 더 충실하게 시행되려면 배심원의 권한과 의무, 신분에 대해 확고한 입법이 이루어지고 그 입법 내용이 일반 국민에게도 각인되어야 한다. 그 과정에서 일어날 수 있는 여러 부적절한 행위를 방지하는 데에 이 글이 조금이라도 도움이 되기를 바란다.

배심원 보호에 관한 몇 가지 제언 - 윤 영 석	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2022.05.23.	2022.06.06.	2022.06.26.

◎ 부록1 : 대검찰청에서 공개한 피해자 보호조치 통계표

[최근 5년간 신변안전조치 건수]

구분 / 연도	이전비 (금액)	위치확인 장치	가명조서 (신원관리카드)	법정 동행	보호시설
2017년	195 (195,375,200)	44	95	1,353	8
2018년	138 (133,841,990)	47	117	873	4
2019년	149 (155,807,700)	32	109	757	3
2020년	189 (207,569,700)	30	104	678	0
2021년	177 (197,667,000)	18	245	655	0

◎ 부록2 : 경찰청에서 공개한 피해자 보호조치 통계표

1. 범죄피해자 안전조치는 '15년부터 실시하였기에 '10년~'14년 자료는 부존재하고, 아래 통계에 해당하는 범죄피해자에 대한 구체적인 신변보호 조치는 "112시스템 등록, 스마트워치 지급, CCTV 설치, 맞춤형 순찰" 등이 있음

연도	'15년	'16년	'17년	'18년	'19년	'20년	'21년
범죄피해자 안전조치 건수	1,105건	4,912건	6,889건	9,442건	13,686건	14,773건	24,810건

2. '10년~'17년 자료 부존재이고, '18년부터 가명조서 통계관리 하고 있음

연도	'18년	'19년	'20년	'21년
가명조서 작성건수	8,235건	8,682건	9,796건	10,272건

4. '10년~'13년 자료 부존재, '14년부터 경찰이 운영하는 임시숙소 통계는 아래와 같음

연도	'14년	'15년	'16년	'17년	'18년	'19년	'20년	'21년
임시숙소 제공건수	3,364건	5,164건	3,714건	5,122건	4,797건	5,027건	4,668건	6,569건

5.

연도	'20년	'21년
스마트워치 지급건수	6,801건	10,989건

연도	'20년	'21년
스마트워치 신고건수 (출동여부 통계 부존재)	부존재 (1년 보관 후 삭제)	10,754건

[참고문헌]

[단행본]

강동욱/황문규/이성기/최병호, 형사소송법 강의(제3판), 오래, 2016.
경찰청, 피해자 보호·지원 메뉴얼, 2016.
도중진, 형사재판절차에 있어서 배심 및 참심제도의 도입방안, 한국형사정책연구원, 2003.
법원행정처, 국민과 함께하는 사법발전위원회 백서 자료집(상권), 2020.
사법정책연구원, 배심원 설명서에 관한 연구, 2017.
신동운, 형법각론(제2판), 법문사, 2018.
이은모, 형사소송법(제6판), 박영사, 2018.
이주원, 형사소송법(제4판), 박영사, 2022.
임동규, 형사소송법(제12판), 법문사, 2016.
임웅, 형법각론(제5정판), 법문사, 2013.
탁희성/최수형, 형사정책과 사법제도에 관한 연구(Ⅴ) - 국민참여재판제도의 평가와 정책화 방안 -, 한국형사정책연구원, 2011.

[논문]

박호현, “국민참여재판 배심원들의 퍼블리시티 문제와 해결방안”, 「국제법무」 제9집 제1호, 제주대학교 법과정책연구원, 2017.
서대승, “국민참여재판 배심평의에서의 언어사용 : 한 그림자 배심 사례를 중심으로”, 「법과 사회」, 법과사회이론학회, 2019.
성경숙, “배심원의 직무수행에 따른 정신건강 보호 및 회복을 위한 개선방안”, 「성균관법학」 제29권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 2017.
양경규, “형사절차상 증인보호방안에 관한 고찰”, 「한국치안행정논집」 제7권 제3호, 한국치안행정학회, 2010.
이경렬, “국제조직범죄에 대한 증인보호방안”, 「형사정책연구」 제55호, 한국형사법무정책연구원, 2003.
이은모, “현행 국민참여재판제도의 내용과 문제점 - 일본의 재판원제도와의 비교를 중심으로 -”, 「법학논총」, 한양대학교 법학연구소, 2009.
이호중, “국민참여재판 배심원에 대한 실무적 접근 - 배심원 선정, 평결, 양형을 중심으로 -”, 「법과기업연구」 제1권 제3호, 서강대학교 법학연구소, 한국법학원, 2011.
장규원, “증인보호 프로그램에 관한 고찰”, 「형사정책연구」 제77호, 한국형사법무정책연구원, 2009.
정진수, “증인보호제도에 관한 연구”, 한국형사법무정책연구원, 1995.
최선, “국민참여재판 도입과정 및 운영 분석”, 「의정논총」, 한국의정연구회, 2021.
한상훈, “미국배심제에서 배심원선정절차”, 「저스티스」 제94호, 한국법학원, 2006.
Scott Ritter, "Beyond the Verdict: Why Courts Must Protect Jurors from the Public Before, During, and After High-Profile Cases" Indiana law journal Vol.89(2), Maurer School of Law, 2014.

[기타]

경향신문, “조폭의 협박?...일본 야쿠자 재판 국민배심원 4명 사퇴”(2016. 6. 9.) <https://www.khan.co.kr/world/japan/article/201606091102001> (2022. 6. 26. 방문)

법무부 대상 정보공개청구에 대한 답변(접수번호 9264272) (처리자: 오경숙, 임미라)

법률신문, “재판진행 3일...배심원 ‘오염방지’에 가장 신경 - 재판장이 밝힌 진주아파트 방화살인 사건‘ 국민참여재판” (2019. 12. 5.) <https://m.lawtimes.co.kr/Content/Info?serial=157767&kind=AA05> (2022. 5. 19. 방문)

연합뉴스, “아파트 방화살인범 안인득 참여재판 내일 시작...27일 선고”(2019. 11. 14.) <https://www.yna.co.kr/view/AKR20191121153200052> (2022. 5. 19. 방문)

연합뉴스, “국민참여재판 불출석 배심원 일부 불처벌 과태료 감액” (2013. 8. 31.) <https://www.yna.co.kr/view/AKR20130830167200051> (2022. 6. 27. 방문)

중앙일보, “농약사이다 할머니, 국민참여재판 배심원 만장일치로 무기징역” (2015. 12. 12.) <https://www.joongang.co.kr/article/19236525#home> (2022. 6. 27. 방문)

한국경제, “′인천 모자 살인사건′ 이틀간 국민참여재판”(2013. 11. 25.) <https://www.hankyung.com/society/article/2013112506368> (2022. 5. 19. 방문)

KBS뉴스, “‘성폭행 미수 첫 기소’ 여성 국민참여재판 21일 선고(2015. 8. 21.) <https://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=3133589> (2022. 5. 19. 방문)

【국문초록】

국민참여재판을 일반 형사재판과 구분짓는 핵심적 요소는 배심원이다. 비록 배심원이 내놓은 결론이 법원 판결을 직접 기속하지는 아니하지만, 재판부가 배심원의 의견을 만연히 무시하기에는 법적·조직적 부담이 상당하기 때문이다. 그런데 배심원은 막강한 권한을 지니고 있으면서도, 이 배심원들이 올바른 판단을 내릴 수 있도록 지원해 주는 제도는 상당히 부실한 채로 남아 있다.

배심원은 법관이 아닌 사인이기 때문에 공적인 보호를 받지 못한다. 국민참여재판의 배심원들은 자신의 안전을 스스로 지키거나, 기껏해야 법원의 시혜적 보호에 의존할 수밖에 없다. 이에 반하여 배심원의 신체나 정신에 압박을 가함으로써 참여재판의 결과를 좌우하려는 유혹은 소송관계인들에게 항상 남아 있다고 할 것이다.

다행스럽게도 아직 국민참여재판의 소송관계인이 배심원 또는 배심원의 가족·친지에게 직접적인 해를 끼치거나 그러한 시도를 하였다는 정황은 발견되지 않고 있다. 그렇지만 현재와 같이 배심원의 얼굴과 개인정보가 소송관계인에게 전부 공개되고, 배심원들과 소송관계인의 물리적 만남에 별다른 제약이 없으며, 배심원에게 특별한 경호서비스도 제공되지 않는 상황이 계속된다면 추후 때늦은 후회를 할 일이 발생할지도 모른다.

이 글에서는 배심원에게 가해질 수 있는 여러 압박의 형태들을 먼저 살펴본 다음, 현행법이 이러한 압박들에 대해 어떤 방어조치를 취하고 있는지, 그리고 그 한계는 무엇인지 비판적으로 검토하기로 한다. 그다음에는 배심원들에게 제공되어야 마땅한 추가적인 조치들에 무엇이 있는지 제안하여 보기로 한다.

【Abstract】

Suggestions for Protecting the Jurors

Yun Young Suk
Lecturer of Chungbuk National University, Attorney

Jurors are the key element to distinguish Citizen Participation Trials from general criminal trials. Although the decisions presented by the jurors do not have direct binding force on the court judgment, if the court ignores the opinions of the jurors, it causes significant legal and systematic burdens on the court of justice. While jurors hold powerful rights, the system is insufficient to support the jurors to make the right judgment.

Jurors are private persons, not a part of the judiciary group, so they are not subject to official protection. The jurors in Citizens Participation Trials have to protect themselves or depend on the beneficial protection of the court at most. On the contrary, the party interested in litigation will always be tempted into suppressing the jurors physically or mentally to control the results of the participation trials.

Fortunately, there has not been any evidence of attempts made by the party interested in litigation causing direct harm to the Citizen Participation Trial jurors or their families or relatives. However, the face and personal information of the jurors are all displayed to the parties interested in litigation and there are no restrictions on the physical encounters of the jurors and the parties interested in the litigation. If special guard service is not provided for the jurors, there may be regrets

after it's too late.

This study will examine the forms of pressure that could be inflicted on the jurors and investigate how the current law in force takes defensive measures against the pressure and perform a critical analysis of the limitations. This will be followed by suggesting additional measures that should be provided for the jurors.

주제어(Keywords) : 국민참여재판(Citizen Participation Trial), 배심원(juror), 배심원의 평결(juror's verdict), 법정경찰권(legal police power), 경호(guard)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제105호 2022년 6월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2022.105.437

농업분야에서 외국인을 활용한 근로자파견제도 도입의 문제점*

전 윤 구**

목 차

Ⅰ. 연구의 배경
Ⅱ. 농업분야 외국인 인력활용의 문제성
1. 근로자파견을 통한 외국인력의 활용
2. 검토의 대상
Ⅲ. 조선직업소개령의 시사점과 외국인력 해외 위탁모집에 관한 규율 필요성
1. 조선직업소개령의 제정배경
2. 조선직업소개령의 주요 내용과 시사점
3. 외국인 근로자의 해외 위탁모집에 대한 규율의 필요성
Ⅳ. 외국인을 활용한 농업분야 근로자파견제의 검토
1. 고용허가제에 기초한 근로자파견의 제약성
2. 계절근로에 기반한 근로자파견의 제약성
Ⅴ. 결론

Ⅰ. 연구의 배경

현재 농업분야 외국인력 활용제도는 농업분야 고용허가제 및 근무처 추가제도, 그리고 계절적 근로를 위해 단기 혹은 장기 계절근로자 제도 등 크게 세 가지 제도가 시행되고 있다.[1] 농축수산업분야에서 제도 실시의 시

* 이 논문 또는 저서는 2019년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2019S1A5C2A03080949)

** 경기대학교 법학과 교수, 법학박사.

1) 전윤구, “농업분야 외국인력활용제의 변용과 중간착취”, 「노동법논총」 48, 한국비교

간적 연혁을 보면 고용허가제가 제일 먼저 시행되었고, 그 뒤를 이어 근무처 추가제도의 확대적용[2]과 계절근로자 제도가 실시되었다. 후자의 근무처 추가제도의 확대적용과 계절근로자 제도는 농업분야에서 고용허가제의 연중고용 원칙이 안고 있는 근본적인 취약점을 해결하는 방안으로 고안되었다. 고용허가제는 처음부터 제조업 중심의 규칙적인 노동을 전제하여 설계된 것으로서 인력부족에 시달리는 사업장이 최소한 1년 이상 외국인 노동력을 안정적으로 확보할 수 있도록 한 것이다. 그러나 농한기와 농번기가 뚜렷이 구별되는 한국의 농업실정에서 외국인근로자를 연중 상시고용하는 것은 적합하지 않고 불필요한 측면이 많아서 축산업 정도를 제외하면 작물재배업과 같은 농업에서 1년 이상의 고용(현재는 입국 후 3년 고용으로 확대)을 예정하는 고용허가제가 원활하게 시행되기란 현실적으로 쉽지 않다.[3] 요컨대 농축수산업에서 고용허가제를 철폐하지 않는 상황에서 연간 계속고용을 필요로 하지 않는 농업고용주의 요청을 반영하고자 한 것이 근무처 추가제도라고 할 수 있고, 나아가 계절근로는 고용허가제 여부와는 원칙적으로 무관하게 작물재배업 분야의 농번기 인력부족에 대응한 새로운 해결책으로 도입되었다. 이전 연구에서 필자는 농업 및 어업분야에서의 근무처 추가제도는 폐지하고 대신에 계절근로자제도의 법적 근거를 명확화하는 등 제도적으로 보완하여 시행하는 것이 낫다고 제안한 바 있다.[4]

노동법학회, 2020.4., 174쪽

2) 사실 출입국관리법상 근무처 변경·추가제도가 최초로 도입된 것은 그 보다 훨씬 전인 1992년 출입국관리법의 전부개정법률에서였다(법률 제4522호, 1992.12.8. 전부개정). 그러나 당시의 근무처 변경·추가제도는 법무부장관의 사전허가제를 활용해 적법한 체류자격이 있는 외국인 근로자라도 함부로 근무처를 변경하지 못하도록 하거나 이를 관리하려는 입법취지에 방점이 있었지만 그 후 고용허가제로 근로하는 농업근로자를 활용하려는 목적으로 근무처 추가제도가 새롭게 인식되어 활용된 것이다. 요컨대 적어도 농업과 어업분야에서는 애초의 입법취지가 달랐던 종래 출입국관리법상 근무처 추가제도의 새로운 쓰임새를 발견한 것이다. 그런 의미에서 보면 근무처 추가제도의 변용이라는 표현이 더 적절할 것이다. 이에 대해서는 전윤구, 앞의 논문의 Ⅱ. 1 설명 참고

3) 축산업이나 시설재배업과 같이 1년 내내 상시적인 일손이 필요한 일부 고용주를 제외하면 고용허가제가 그 밖의 농업 경영주에게 특별한 매력을 가지지 않는다. 전윤구, 앞의 논문, 172쪽

4) 전윤구, 앞의 논문, 197쪽 이하 참고

실제로 최근에는 농업분야에서 외국인 계절근로자를 파견근로자 혹은 근로자공급의 공급근로자로 활용할 가능성과 시도가 상당히 높아진 상태이다. 예컨대 지자체가 선정한 지역농협이 고용한 외국인 계절근로자를, 단기 고용인력이 필요한 농가에 파견하는 방식의 '공공형 계절근로' 시범사업을 무주 · 임실 · 부여 · 고령군 4개 지역에서 2022년 4월부터 320명 규모로 처음 추진할 것이라고 발표된 바도 있다.[5] 이러한 상황을 고려하면 현재 시점에서 농업분야에서의 외국인근로자공급이 가진 중간착취의 위험성 문제를 검토해 보는 것은 의미가 크다고 본다.

Ⅱ. 농업분야 외국인 인력활용의 문제성

1. 근로자파견을 통한 외국인력의 활용

앞에서 언급하였듯이 이전 연구에서 필자는 근로자공급의 금지가 노동법의 중요원칙이라는 관점에서 접근하여 농업 및 어업 분야에서 근무처추가제도가 실제 활용도도 높지 않은데다가 외국인력 활용의 무원칙한 변용일 뿐만 아니라 그 결과 경우에 따라서는 중간착취의 위험성이 높은 근로자공급에도 해당될 수 있다는 점을 비판한 바 있다.[6] 왜냐하면 근무처 추가가 아는 사람들(원고용주와 추가사업장의 고용주)끼리 소개와 부탁을 통해 혹은 브로커가 개입하여 사전에 외국인근로자의 활용에 대해 내부적 합의를 한 상태에서 단지 직업안정기관이나 그 대행기관인 농협을 통해 형식적으로만 근무처 추가의 알선 절차를 밟는다는 것은 실질적으로는 전형적인 근로자공급에 다름 아닌데 실제로 그러한 경우가 빈번하게 일어날 가능성이 높기 때문이다.

또한 계절근로제와 관련해서도 그것이 단순히 계절근로자의 알선 · 소개를 넘어 근로자파견업체를 활용하여 인력공급을 수행하는 것을 허용할

5) 농림축산식품부 보도자료(2022.2.24.), "부족한 농촌일손, 공공형 계절근로제로 지원합니다"
6) 이에 대해 자세한 것은 전윤구, 앞의 논문, 186쪽 이하 참고

것인가 하는 문제에 이르러서는 여전히 극심한 논란을 불러일으킬 수 있다(국내근로자공급사업의 허가는 노동조합을 제외하면 실무상 거의 이루어지지 않기 때문에 별도의 검토대상이 아니다). 이런 문제제기가 마냥 가능성이나 상상 속에서만 머무르는 것은 아닌 것이, 이미 외국인의 파견활용이 그 실무상 인정된 분야가 있기 때문이다. 즉, 법무부가 발간한 「외국인체류 안내매뉴얼」의 근무처변경에 관한 설명에 의하면 유흥업소 공연과 같은 예술흥행의 경우에는 원 고용주와의 고용이 유지된 채로 "*파견법상 파견근로가 가능하기 때문에*" 공연장소, 즉 근무처의 변경에 대하여 근무처 추가가 있어야 한다고 밝힌 바 있다.[7] 즉 법무부는 이미 근무처추가제도 안에서 근로자파견의 형태와 가능성을 검토하여 인정했다고 평가할 수 있는 대목이다. 이처럼 근무처추가와 관련한 법무부의 입장을 고려하면 근로자파견업체를 통해 외국인 계절근로자를 농가에 파견하는 것이 전혀 비현실적인 가정이라고만 볼 것이 아니다. 이미 정부(농림축산식품부)는 내국인에게 한정된 것이긴 하지만 농업분야 근로자파견정책을 실시한다고 발표한 바 있다. 즉, 코로나로 인한 농번기 인력 부족 대응을 위해 정부는 2021년 농업 분야 내국인 파견근로 지원사업을 실시하였다.[8] 주요 내용은 일시적·간헐적 인력 수요 해소를 위하여 적법한 파견사업주를 통해 내국인 파견근로자를 고용한 농가에 대하여 파견근로자 고용 시 농가가 부담해야 하는 4대 보험료 및 수수료[9]를 6개월 동안 지원하여 이 제도의 활용을 유도한다는 내용이었다(사업규모는 파견근로자 1,000명*6개월). 정부는 이 사업계획이 최초로 농업 분야에 파견근로 방식을 도입하는 것이고, 농업 고용시장의 통상적 방식인 중개 및 일용근로를 보완하여 농가의 상시 근로 인력 수요를 해소하고

7) 법무부 출입국·외국인정책본부, 「외국인체류 안내매뉴얼」(2017.10.) 참고. 반면에 회화지도의 경우에는 외국어학원 소속 강사가 기업과 같은 곳에 출장형태로 나가 언어회화를 가르치는 경우에 그것이 단지 처음부터 지정된 장소에 불과하고 그러한 출장회화 강의에 대해 따로 보수를 추가하여 받는 게 아니고 추가 근무시간이 원 근무처 근무시간의 1/3을 넘지 않는다면, 별도의 근무처 추가의 필요는 없다고 하였다.

8) 농림축산식품부, 2021.4.28.자 보도자료("농번기 인력 부족 대응을 위해 농업분야 파견근로 지원사업 신규 도입") 참고

9) 근로자 1인당 월 지원 금액은 월 36만원이다. 36만원은 파견업체에 지급해야 하는 일종의 수수료인 월 16만원과 4대 보험료 20만원을 합친 금액이다.

도시민(내국인)의 농업 고용시장 진입을 촉진하기 위한 것이라고 밝혔다. 물론 그 제도의 본질적인 배경이란 정부 스스로 밝히고 있듯이 코로나19로 인한 고용허가제(E-9)·계절근로자(C-4, E-8) 도입이 어렵게 됨에 따라 농가가 겪는 상시적인 인력공백을 파견근로제로 대응한다는 것인데 이는 코로나로 인한 고용허가제, 계절근로 등을 통한 외국인 도입이 원천적으로 곤란한 사정에서 나온 고육지책이라고 평가할 수 있다.[10] 그러나 이 정책이 고육지책이라고는 해도 단순히 임기응변이라고 평가하기에는 섣부르다. 왜냐하면 농림축산식품부는 그 이전부터 근로자파견업체를 활용하여 농업분야에 외국인을 활용하는 정책을 모색해 왔기 때문이다. 단지 이전의 정책적 모색에서는 금번과 같은 민간 근로자파견업체를 활용하는 것이 아니라 공공기관적 성격의 파견업체를 염두에 두고 있었다는 점이 달랐을 뿐이다.[11] 정책적 수정을 거쳐 2022년부터 처음 시작되는 '공공형 계절근로'의 시범실시가 그 일환이라고 할 것이다.

2. 검토의 대상

필자는 지금이 농업분야의 부족한 인력수급을 위해 외국인계절근로자를 적극적으로 활용하려는 정부의 정책수립 및 시행의 초기단계이고 이때에는 무엇보다 규율의 원칙과 방향을 분명히 정립하는 것이 정책적 오류를

---

10) 실제로 그 효과성 평가에 대해서는 부정적인 의견이 많다. 일례로 2021년 추경으로 편성된 '도시민 파견근로 시범사업'은 사업 목표인원 1,000명 중 2021년 10월 초까지 실제 참여인원은 202명에 불과해 실적이 매우 저조했다. 팜&마켓 2021.10.7.기사("외국인 계절근로자 파견근로 시범사업은 사실상 중단")(출처: https://www.farmnmarket.com/mobile/article.html?no=15778)

11) 예컨대 2019년초에 나온 정책연구보고서에는 향후의 정책적 과제로서 일시적·간헐적 업무에 대해 파견이 허용된다는 것을 활용하여 이를 농업부문에 적용하도록 하는 것에 대한 논의와 함께 장기적으로 유연한 외국인 근로자 제도 방안을 논의하는 것이 필요하다고 이미 명시하고 있다. 엄진영 외 3인, 「농업인력 지원을 위한 외국인 근로자 관련제도 개선방안」, 한국농촌경제연구원, 2019.1. 82-84쪽, 116쪽 참고; 그 외에 제27차 외국인력정책위원회 개최결과에 관한 국무조정실의 보도자료(배포일 2019.12.17.자)를 보면 "농축산업의 경우 연구용역 등을 통해 간헐적·일시적 인력수요를 고려한 다양한 외국인력 공급방식을 검토"한다고 명시하고 있다.

줄여 지속가능한 정책시행을 담보하는 관건이 될 것이라는 문제의식을 갖고 있다. 이를 위해 본 논문은 농업분야 외국인 인력활용이 제기하는 문제점들을 두 가지 분야, 즉 해외에서의 외국인근로자모집에 대한 규율 필요성(이하의 Ⅱ)과 농업분야 외국인 근로자파견의 규율필요성(이하의 Ⅲ)이라는 영역에 대해 검토해 보고자 한다.

먼저 전자의 외국인근로자의 해외모집과 관련해서 검토를 하고자 하는 이유는 근로자모집이 연혁적으로 볼 때 단순 직업소개가 아니라 격지자간에 '광의의' 근로자공급을 위해 고안된 것이고 모집한 근로자를 대상으로 고용알선이라는 직업소개를 할 것인지 아니면 '협의의' 근로자공급을 할 것인지는 그때그때 주어진 상황에 따라 달랐었고 - 법령상 개념구분에도 불구하고 - 양자가 혼재된 경우도 많았기 때문이다. 더구나 계절근로자 모집의 경우에 활용되는 한국 지자체와 송출국 지자체와의 MOU방식과 관련해서도 통상 근로자모집을 송출국 지자체 일선조직이 전적으로 전담하기는 어려울 것이기 때문에 실제로는 해외 민간업체(혹은 국내 민간업체)가 위탁 등의 방법으로 깊이 개입될 가능성을 배제할 수 없다. 따라서 계절근로자가 현지 민간인이나 민간단체에 의한 근로자모집으로 흐르지 않도록 선제적으로 해외위탁모집에 관한 예방적 규정을 마련해 둘 필요가 있다.

다음으로 후자의 근로자파견을 포함하는 외국인 근로자공급 문제를 다루려는 이유는 지금까지 일반산업분야의 외국인근로자고용과 관련해서는 파견문제가 간간히 분석된 바가 있지만 적어도 농업분야에서의 근로자파견제도의 법적 쟁점에 대해서는 아직까지 제대로 검토된 논문이 없기 때문이다. 농업분야에서의 외국인근로자를 활용한 근로자파견제가 임박한 지금, 이에 대한 검토는 시의적절하다고 본다.

Ⅲ. 조선직업소개령의 시사점과 외국인력 해외 위탁모집에 관한 규율 필요성

산업연수생제도 실패의 교훈에서 보듯이 계절근로자 모집 및 도입에서

도 공공성 보장이 실패한다면 그 제도는 지속가능하지 않을 것이다. 그러므로 해외근로자 모집과 도입에서도 공공성 원칙은 결코 포기해서는 안 되고 계절근로의 초기 제도설계에서부터 이 원칙이 반영되도록 할 필요가 있다. 여기에서는 이에 관한 해결 단초를 얻기 위해 일제하 조선인의 노무공급문제를 살펴본다. 그 이유로서, 가까이는 농어업 근무처추가나 근로자파견 문제부터, 그리고 멀리서는 인권침해라는 비난을 받았던 산업연수생 문제에 이르기까지 우리나라 외국노동력 정책이 가진 취약성의 근본원인은, 순혈주의적 민족관 위에서 이들을 오로지 경제적인 요소로만 대상화하고 도구화하는 태도에서 발생한다고 보기 때문이다. 그러한 태도를 바꾸는 것이 문제해결의 출발점이 되어야 하는 바 그러기 위해서는 우리의 근대사 중 하나인 일제 하 근로자모집과 근로자공급의 역사로부터의 시사점을 얻을 필요가 있다. 구체적으로는 이러한 탐구과정을 통해 이제껏 누락되고 사라진 법적 쟁점, 즉 해외 근로자모집의 쟁점을 되살릴 필요가 있다. 또한 1940년의 조선직업소개령은 해방 이후에도 공식적으로 폐기되지 않고 1961년 12월 직업안정법이 제정될 때까지 명맥이 유지되었다는 점에서 그것이 가진 의미는 작지 않은 점도 고려했다.

1. 조선직업소개령의 제정 배경[12)]

제1차 세계대전의 승전국 중 하나였던 일본은, 그 직후에 설립된 국제노동기구의 창립국이었기 때문에 일본의 노동입법에 국제노동기구의 협약의 내용으로부터 직·간접적으로 영향을 받았음은 주지의 사실이다. 그럼에도 불구하고 일본의 노사관계는 여전히 전근대적 성격이 강하였기 때문에 ILO 및 서구의 노동입법의 수준을 국내법에 도입하려는 시도과정에서 사용자측의 반발은 작지 않았다. 더구나 중일전쟁 이후 태평양전쟁까지 일본의 노동법적 발전은 정체되어 있었다.

이런 배경 하에서 일제 강점기에 제정된 조선직업소개령(조선총독부령

12) 이하는 전윤구, "중간착취 배제규정의 기원과 현재적 의의 Ⅰ", 「노동법논총」 50, 한국비교노동법학회, 2020.12.의 746-751쪽 부분을 요약한 것임을 미리 밝힌다.

제2호)[13]을 살펴 볼 필요가 있다.[14] 당시 일본영토를 식민지인 외지(조선)와 본토인 내지(일본)로 엄격하게 구분하였던 일제 강점기에서 1940년에 비로소 제정된 조선직업소개령은 외지(조선)의 노동력을 내지의 노동력 수요처(제조생산이나 건설분야 등)로 원활하게 공급하는 것이 주요 목적 중 하나였다.[15] 조선직업소개령은 기본적으로 직업소개(직업지도와 직업보도 포함), 노무공급사업, 노무자모집에 대하여 규율하면서 더 자세한 사항은 조선직업소개령 시행규칙(조선총독부령 제7호, 1940.1.20. 제정)으로 정하고 있었다. 지면의 제약상 근로자모집과 공급이라는 측면에만 집중하여 조선직업소개령의 주요내용을 살펴보면 다음과 같다.[16]

2. 조선직업소개령의 주요 내용과 시사점

(1) 직업소개

조선직업소개령 제2조에서 정부는 직업소개사업과 아울러 직업지도 및 필요에 따라 직업보도 기타 직업소개에 관한 사항을 시행한다고 하면서 이때의 직업소개 및 직업지도는 무료로 한다고 규정하고 있었다. 반면에 조선직업소개령 시행규칙에서는 직업소개사업을 부·읍·면이 중심이 된 무료직업소개사업(동 시행규칙 제1장)과 민간업자가 허가를 받아 수행하는 영리직업소개사업(동 시행규칙 제2장)으로 나누어 규율하고 있다. 후자의 영리직업소개사업의 경우에는 허가를 받고자 할 때 신청서에 '수수료액 및 수령방법'(동 시행규칙 제10조 제1항 5호)을 기재하고 신고하도록 하고, 소개업자는 허가를 받은 수수료 외에 명의 여하를 불문하고 보상으로 재물 또는 이익을 받을 수 없다고 규정하였다(동 시행규칙 제15조).[17] 나아가 유료직

13) 1940.1.11. 제정, 1940.1.20. 시행
14) 일본 내에서 적용되던 직업소개법은 일찍이 1921년에 제정되었다.
15) 태평양전쟁 패망 당시 일본으로 건너온 재일조선인은 약 200만 명 정도였다고 알려져 있다.
16) 조선직업소개령의 더 자세한 내용에 대해서는 전윤구, 앞의 논문, 746쪽 이하를 참고
17) 이는 역설적으로 그러한 사례가 빈번하였다고 추정할 수 있을 것이다.

업소개사업을 하는 자는 노무자의 모집을 할 수 없도록 하고 있었다. 인신매매의 가능성을 줄이기 위한 조치인 것이다. 일제하 노무공급은 다수의 근로자를 모아서 장소적으로 분리된 공장이나 건설토목, 광산, 어업이나 부두현장 등에 인력을 일시적으로 공급하는 것이었으므로 그 실현양태는 훨씬 다양하다. 더구나 이런 류의 사업이 무허가로 진행되었다면 더욱 변태적이고 복잡한 사업방식이 동원되었을 것이다. 그만큼 모집업자가 직업소개업자이며 동시에 노무공급사업자로서 활동한다면 이를 명확히 구별해 내기는 매우 어려웠을 것이라는 점도 쉽게 추측할 수 있다. 그럴수록 중간착취의 여지는 더욱 높아질 것이기 때문에 ILO협약보다 후진적인 조선직업소개령조차도 직업소개사업자가 노무자 모집업자를 겸할 수 없도록 한 것으로 보인다.

(2) 노무공급사업과 노무자모집

노무공급사업과 노무자모집에 대한 규율을 보면 조선직업소개령 제5조는 제1항에서 "노무공급사업을 하고자 하는 자 또는 노무자를 고용하기 위하여 노무자를 모집하고자 하는 자로서 조선총독이 정하는 자는, 조선총독이 정하는 바에 의하여 조선총독 또는 도지사의 허가를 받아야 한다"고 규정하였다. 이때의 노무공급사업이나 노무자모집은 모두 유료 또는 영리의 목적으로 행해지는 것을 말한다. 조선직업소개령 시행규칙에 의하면 허가를 받아야 하는 노무공급사업의 정의는 유료 또는 영리를 목적으로 '임시로 사용되어지는 노무자'를 상시 30인 이상 공급하는 사업으로 정하고 있기 때문이다(시행규칙 제26조). 또한 허가를 받아야 하는 노무자의 모집은 직공·광부·어부·토공부 기타 인부를 모집하는 경우로 열거하고 있는데 다만 응모자가 취업을 위하여 거주를 변경할 필요가 없는 때 혹은 이민보호법[18]에 의한 모집을 하는 때에는 허가를 받을 필요가 없다고 하였다(시행규칙 제38조). 한편 노무공급사업을 하는 자는 그와 동거하는 호주 및 가족을 포함하여 직업소개사업에서 금지한 일정한 영업 등에 종사할 수 없도록 하였지만 노무

18) 하와이, 남미 등으로 주로 농업노동자로 이민을 가는 것에 적용되었던 일본의 이민보호법은 1896년 법률 제70호로 시행되었는데 이 법은 종전 1894년 칙령 제42호로 공포되었던 「이민보호규칙」을 대체한 것이었다.

자의 모집에 종사하는 것은 허용되었다(동 시행규칙 제29조).

(3) 시사점

일본의 직업소개법이나 조선직업소개령은 당시 ILO 제34호 협약인 「유료 직업소개및근로자공급서비스업체에 관한 협약」에 비추어 볼 때 충분하고 효과적인 규제내용을 갖지 못하였다. 물론 영리의 직업소개사업 뿐만 아니라 영리의 노무공급사업자와 노무자모집 종사자에 대해 조선직업소개령 시행규칙은 금지되는 행위를 세세하게 규정하고 있었지만(동 시행규칙 제13조, 제16조, 제29조, 제31조, 제50조 등), 이는 역설적으로 현실에서 그만큼 노무자의 인권을 침해하는 불법행위들이 횡행했다는 것을 뒷받침한다. 그 결과 태평양전쟁 패망 이후 일본을 점령한 연합군총사령부(GHQ)는 제2차 세계대전 이전의 일본의 組頭制, 人夫공급제도를 전근대적인 중간착취로 간주하여 이를 해체하도록 독려하였다. 그에 따라 일본에서는 노동기준법 제6조 중간착취배제 규정[19]의 도입과 함께 직업안정법(1947년 12월 1일에 시행)이 제정되어 일부 노동조합을 제외하고는 노동자공급사업을 원칙적으로 금지하였던 것이다. 이런 상황에서 1953년 제정 근로기준법에서 중간착취의 배제 규정을 도입한 취지와 배경은 우리나라가 주요 피해당사국이었던 점을 상기하면 쉽게 이해할 수 있다. 조선직업소개령 분석을 통해 타산지석으로 삼을 부분이 이 대목이다.

3. 외국인 근로자의 해외 위탁모집에 대한 규율의 필요성

(1) 문제의 소재

조선직업소개령에서 노무자모집은 장소적으로 분리되어 있는 모집주와 노무자 사이에서 모집종사자가 노무자들을 모집하는 것이었다. 따라서 격지자간의 노무자모집은 애초 노무공급사업이나 직업소개와는 구별되는 별개

19) 일본 노동기준법 제6조(중간착취의 배제) "누구든지 법률에 따라 허용되는 경우 외에 업으로서 타인의 취업에 개입하여 이익을 얻어서는 아니 된다."

개념으로 이해할 필요가 있다. 이 경우에는 원거리로 거주를 옮긴 노무자가 나중에 근무조건이 잘못된 정보나 거짓, 과장된 정보라는 것을 알게 되더라도 자포자기 심정으로 강제근로나 열악한 근무조건을 감수하기 쉽기 때문에 미흡한 법령이었던 조선직업소개령에서도 이에 대비하여 노무자모집을 허가를 요하는 사업으로 하고 있었다. 그만큼 단순노무에 종사하는 근로자를 대상으로 원격지에서 모집을 하는 경우에는 인권침해의 가능성이 상존하기 때문에 다른 경우보다 노동보호를 위한 더 큰 정책적 배려가 요청된다.

(2) 현행 위탁모집에 관한 규율현황과 평가

전통적인 의미에서 근로자모집은 격지자간(예컨대 일본과 조선) 근로자 모집 혹은 위탁모집을 의미하였는데 현행법은 국외 취업자의 모집에 관한 조문(직업안정법 제30조)[20]만 두고 있을 뿐 반대로 해외에서 국내취업자를 모집하려거나 위탁모집하려는 자에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 직업안정법 뿐만 아니라 「외국인근로자 고용 등에 관한 법률」(이하 외국인고용법) 등 다른 법령도 마찬가지이다. 물론 1961년 직업안정법[21] 제정 당시에 위탁모집에 관한 규정 자체가 없었던 것은 아니었다. 과거에는 국내수요를 위한 (국내)위탁모집에 관한 규정은 있었다. 즉 위탁모집시 노동부장관의 허가를 받도록 했던 구법 제29조(위탁모집)가 있었다. 그렇지만 1999년에 이를 삭제하고 제28조(근로자의 모집)에서 "근로자를 고용하려는 자는 광고, 문서 또는 정보통신망 등 다양한 매체를 활용하여 자유롭게 근로자를 모집할 수 있다"고만 하였다. 이런 점들을 종합하면 현행 직업안정법에서 위탁모집에 관한 제29조가 삭제되었다고 해서 위탁을 받아 모집업무에 종사하는 것 자체를 금지한 것이라고 보기는 어렵다. 오히려 그 반대로서 직업안정법의 태도는 국내취업할 근로자를 고용하려는 자에게 근로자

20) 국외에 취업할 근로자를 모집하는 경우에는 이를 고용노동부장관에게 신고하도록 하고 있다.

21) 다만 한국의 직업안정법은 한참 뒤인 1961년에 조선직업소개령을 폐지하면서 제정되었는데 조선직업소개령이 담고 있던 내용으로부터 일정부분 영향을 받는 한편 일본 직업안정법의 내용이 반영되었다.

모집 위탁을 포함하여 다양한 매체를 사용할 수 있도록 허용하고 있다고 보는 것이 정확하다. 그만큼 국내근로자의 위탁모집은 민주주의와 경제 발달에 따라 인권침해의 가능성이 낮아져 위탁모집에 대한 별도의 규율필요성이 낮아졌고 오히려 가령 헤드헌팅업체의 허용 필요성이 높아졌기 때문이라고 평가할 수 있다.

한편 해외로의 취업자 모집에 관한 규정은 법제정 당시부터 현재까지 현실적인 관심대상이었으므로 그것이 법조문에 반영된 이유는 쉽게 이해할 수 있다. 그렇다면 1990년대 산업연수생의 도입 이후에 외국인근로자가 본격적으로 수입되는 상황에서는 해외에서의 국내취업자 모집도 현실화되었으므로 마찬가지로 외국인의 노동보호를 위해서는 이에 대한 규율이 필요했다고 본다. 그러나 주지하다시피 직업안정법이나 외국인고용 관련법령은 현재까지 이를 반영하지 않고 있다.[22] 이런 점을 종합할 때 현행 직업안정법을 포함한 외국인고용 관련 법령이 가진 근본적인 문제는 해외에서의 국내취업자 모집에 대해 적절히 규율하지 못한다는 정도가 아니라 아예 해외에서의 모집 자체가 관심대상 밖에 있다는 데에 있다. 실제로 고용허가제를 규율하는 외국인고용법도 고용노동부장관이 송출국가 부서와 협의를 통하여 외국인구직자명부를 작성하는 것에만 관심을 두고 있을 뿐, 그 이전 단계인 현지모집과 절차에 대해서는 법률 차원에서 전혀 개입하고 있지 않다.

(3) 소결

그러나 우리의 과거 노동력이주의 경험과 현재 이주노동의 확대라는 사정을 감안할 때 이러한 무관심이 적절한 것인지 의문이 든다. 고용허가제나 최근의 외국인 계절근로와 관련하여 외국인고용법이나 직업안정법이 외국인근로자의 현지모집에 대하여 아무런 규율을 가지고 있지 않은 것은 심각한 입법흠결이라고 생각한다. 더구나 외국인고용법과 시행령은 외국인근로자의 범위에서 계절근로자 자체를 명시적으로 제외하고 있다. 이처럼 우리 법령의 태도는, 여전히 외국인력을 계속 수단화 대상화하고 있을 뿐 헌

22) 현행 직업안정법에는 현지의 외국인력 모집 절차나 과정에 관한 아무런 규정이 없다.

법적으로 정당화될 수 있는, 제대로 된 법리적 검토 속에서 외국인력의 활용제도를 설계하고 있지 못함을 드러내고 있다고 보기 때문이다.

물론 한국의 직업안정법은 과거 일본의 직업소개법이나 조선직업소개령 보다 내용상 진일보하긴 했다. 그럼에도 불구하고 그 이전 법령이 내지(일본)와 외지(조선)라는 개념을 활용하여 근로자모집과 근로자공급을 통일적으로 바라보았던 관점이 동법의 제정으로 인하여 단절되어 사라진 계기가 되었다는 점은 역설적이다. 농업분야에서의 외국인 계절근로에 관한 법규를 설정함에 있어서도 이러한 역사적 배경에 대한 정확한 인식을 갖고 법령을 설계해야 할 것이다.

과거 인력수출국에서 이제는 인력수입국으로 변화된 현실에 맞게 외국인력의 모집과 공급에 대한 해외 고용서비스업체의 자격과 모집절차 등에 관한 통제와 규율까지 서둘러 정비할 필요가 있다. 따라서 외국인력의 현지모집과 출국단계까지 노동인권 보호를 위한 최소한의 책임근거를 마련해 두어야 한다.[23] 그러므로 계절근로자의 모집에 대한 아무런 규율도 마련하지 않은 채[24] 경제적 이유만으로 계절근로자를 활용하려는 것은 이 정책이 극히 무책임할 뿐만 아니라 편의적인 정책임을 또다시 드러내는 것이라고 본다. 그런 점에서 농업분야 근로자파견제의 법적 쟁점을 미리 검토하는 것은 필수적이다.

Ⅳ. 외국인을 활용한 농업분야 근로자파견제의 검토

1. 고용허가제에 기초한 근로자파견의 제약성

계절근로가 아닌 고용허가제에 따른 취업자격(E-9)을 가진 외국인을

23) 자세한 것은 전윤구, “중간착취 배제규정의 기원과 현재적 의의 Ⅱ”, 「노동법논총」 52, 한국비교노동법학회, 2021.8., 511-512쪽 참고

24) 예컨대 한국까지의 입국비용을 포함한 소요비용에 대한 대여 여부, 그 비용의 상환방식 등과 관련하여 그것이 강제근로로 흐르지 않도록 인력도입계획서에 대한 최소한의 규제가 필요한 것이다.

활용하여 근로자파견을 하는 것은 여러 모로 제약이 많다.

무엇보다 근로자파견법은 파견대상업무를 포지티브방식으로 열거하고 있는데 농업이나 어업 관련 업무는 여기에 해당하지 않기 때문이다. 다만 근로자파견법은 파견대상업무가 아니더라도 일시적·간헐적으로 인력활용을 하기 위한 목적으로 파견을 허용한다고 하고 있으므로[25] 이를 활용하면 농업분야에서 적법한 근로자파견이 불가능한 것은 아니다. 그런데 일시적 간헐적 사유는 파견사업주가 아닌 사용사업주(농장주)의 영역과 사정에서 발생하는 것이라는 점을 고려하면 이때의 파견의 모습이란 일단 파견사업주가 연간 고용방식인 외국인 고용허가제를 활용하여 외국인 근로자를 파견근로자로 고용하면서 일시적·간헐적 사유를 가진 농장주들에게 번갈아 가며 파견하는 형식이 되어야 한다.

둘째, 그럼에도 불구하고 여전한 제약이 있는데, 외국인고용법상 내국인고용 우선의 원칙이라는 제약을 받는 것이다. 따라서 농업분야에 일시적·간헐적 파견을 행하고자 하는 자는 처음부터 외국인근로자를 파견근로자로 고용할 수는 없고 먼저 내국인을 고용하기 위해 노력하여야 한다(동법 제6조). 이것은 외국인을 파견근로자로 신속하게 활용하려 할 때에 커다란 제약요소로 작용할 수 있다.

셋째, 파견사업의 서비스업으로서의 성격이, 지금 이루어지는 산업별 인력도입 쿼터제도와 조화되기 어렵다. 고용허가제에 의한 외국인력 도입실무는 현재 산업별로 구분하여 인력도입 쿼터제를 실시하고 있다. 따라서 농축산 부문의 도입인력쿼터에 근로자파견업체의 수요인원까지 포함될 수 있는지는 의문이다. 왜냐하면 근로자파견사업 자체는 농축산업이 아니라 원칙적으로 서비스업으로 분류해야 하기 때문이다. 물론 「작물재배 및 축산 관

25) 파견근로자보호등에 관한 법률 제5조(근로자파견 대상 업무 등) ① 근로자파견사업은 제조업의 직접생산공정업무를 제외하고 전문지식 · 기술 · 경험 또는 업무의 성질 등을 고려하여 적합하다고 판단되는 업무로서 대통령령으로 정하는 업무를 대상으로 한다.
② 제1항에도 불구하고 출산 · 질병 · 부상 등으로 결원이 생긴 경우 또는 일시적 · 간헐적으로 인력을 확보하여야 할 필요가 있는 경우에는 근로자파견사업을 할 수 있다.

련 서비스업」(한국표준산업분류 분류코드 014)의 설명이 수수료 또는 계약에 의하여 작물재배 및 축산활동에 관련된 서비스를 제공하는 산업활동을 말한다고 정하고 있으므로 해당 근로자파견업체가 작물재배 및 축산 관련 서비스업으로 분류될 가능성이 없지는 않다. 그렇지만 해당 파견업체가 작물재배나 축산과 관련해서만 전적으로 근로자파견을 행하는 경우를 상정하기란 그리 쉽지 않을 것이다. 그만큼 고용허가제에 의한 농어업 분야 근로자파견은 현행법상 그 적법성 판단에서 불확실한 부분이 많다. 이와 같은 사정들을 종합하면 외국국적동포에게 적용되는 특례고용(H-2)을 활용하는 것도 비슷한 상황이다. 왜냐하면 이 경우에도 파견업체 내국인구인노력은 마찬가지로 요청되고 해당 근로자파견업체가 작물재배 및 축산 관련 서비스업(분류코드 014)으로 분류될 수 있어야 하기 때문이다. 요컨대 고용허가제나 특례고용허가제 아래에서 일시적·간헐적 파견을 활용한 근로자파견은 여러 가지 제약 탓에 그 시행이 쉽지 않다.

2. 계절근로에 기반한 근로자파견의 제약성

계절근로(C-4, E-8) 자체가 농번기 일시적 인력활용의 필요성에서 요구되고 임시적 고용을 내세운 것이기 때문에 고용허가제 보다는 계절근로가, 근로자파견의 대상으로서 상대적으로 실효성이 높은 것이 사실이다. 또 계절근로의 유일한 법적 근거는 출입국관리법인데 이는 고용허가제를 규율하는 법적 근거(외국인고용법)와 다르기 때문에 내국인고용 우선의 원칙을 요구받지도 않는다. 나아가 계절근로자 도입은 고용허가제에 의한 산업별 쿼터제와는 다른 것이므로 산업별 분류를 어떻게 해서 쿼터를 배정할 것인지는 처음부터 크게 문제가 되지 않을 수 있다.

이러한 장점에도 불구하고 계절근로를 일시적·간헐적 파견을 행하는 근로자파견업체에서 진행하는 것도 여전히 장애가 있다.

첫째, 가장 큰 취약점은, 무엇보다 계절근로의 법적 근거는 오로지 출입국관리법 시행령상의 별표(C-4, E-8)에 불과하기 때문에 이를 둘러싼 법적 문제를 세부적으로 규율하는 것이 곤란하다는 점이다. 사회적·경제적 거래

는 현실에서 발생하는 분쟁을 규율할 법적 행위규범이 완비되지 않으면 원활하게 거래가 이루어지기 어렵기 때문이다. 외국인 계절근로자를 농가가 직접 고용하고 그 근로관계에 대해서는 근로기준법 및 관련 노동법령을 적용한다고 하면 출입국관리법령의 체류자격만으로도 그런대로 운영해 갈 수 있을 지도 모르겠지만(특히 특례고용이 가능한 경우에도 이를 활용할 수는 있을 것이다), 외국인 계절근로자를 파견사업주에 고용된 것으로 하고 농가(사용사업주)에 파견을 보내는 방식의 인력활용은 그와는 차원이 다르다. 무엇보다 우리 근로자파견법은 기본적으로 국내에 주거지를 둔 국내노동시장 참가자를 상대로 입법된 법률일 뿐 외국인력의 국내 파견근로를 상정한 것이 아니다. 그러다 보니 근로자파견법상 파견대상업무의 제한을 일시적, 간헐적 사유로써 피해갈 수 있다고 해도 근로자파견사업의 허가를 받을 수 있는지부터 문제될 수 있다. 즉, 현행 근로자파견법은 근로자파견을 국내근로자 파견사업과 기타 국내근로자를 해외로 파견하는 사업만을 규정한 것이 전부이기 때문에[26] 이와 달리 외국인 계절근로자를 도입하여 근로자파견을 하기 위해서는 별도의 허가를 받아야 하는지가 논란이 될 수 있다. 자칫하면 허가의 법적 근거가 없다는 이유로 파견사업의 허가 자체를 받지 못할 수도 있다. 이런 제약을 우회하기 위하여 기존의 내국인 근로자를 염두에 둔 파견사업의 허가를 받았다는 사유만으로 과연 외국 계절근로자를 고용해서 근로자파견을 행할 수 있는지는 여전히 의문이다. 2022년 '공공형 계절근로제' 시범실시에서 지역농협의 역할은 위와 같은 파견사업주의 기능을 수행하는 것이 되는데 과연 파견사업의 허가를 받을 것인지, 받아야 한다면 그 근거를 무엇으로 보는 것인지 좀 더 지켜볼 일이다.

둘째, 적법한 파견을 행한다고 해도 계절근로자의 파견을 시행하기에는 절차상 번잡한 문제가 발생하여 제도운영의 효율성이 떨어질 수 있다. 출입

26) 근로자파견법 제7조 및 동 시행규칙 제3조와 제4조에 의하면 파견사업의 허가를 받으려는 자가 제출해야 하는 근로자파견사업계획서에는 파견대상업무의 종류를 기재하도록 하고 허가사항 중 사업주변경 등 중요사항의 변경이 있는 경우 변경허가나 변경신청을 하도록 규정하고 있지만 국내거주 근로자의 국내 파견인지 혹은 해외도입 근로자의 국내파견인지 여부의 변경에 대해서는 별도로 기재할 항목이 없다. 애초부터 관심대상이 아닌 것이다.

국관리법 제21조(근무처의 변경·추가) 제1항 본문은 “대한민국에 체류하는 외국인이 그 체류자격의 범위에서 그의 근무처를 변경하거나 추가하려면 미리 법무부장관의 허가를 받아야 한다”고 규정하고 있기 때문이다. 앞에서 보았듯이 “유흥업소의 공연과 같은 예술흥행 분야의 파견근로에서도 공연장소, 즉 근무처의 변경에 대하여 근무처 추가가 있어야 한다”는 법무부 「외국인체류 안내매뉴얼」에 따르면 계절근로자 파견에 있어서도 근무처 추가를 위한 사전허가가 필요하다고 볼 수 있다. 이에 따라 일시적 사유로 복수의 농가에 번갈아 가며 단기간 파견을 하고자 하는 경우에도 사전에 법무부장관의 허가를 받아야 한다면 계절적 파견근로자의 효율적이고 신속한 배치는 불가능해진다. 계절근로에 대한 종합적인 규율이 없는 것이 오히려 계절근로자의 파견근로 활용을 제약하는 역설적인 상황이라고 할 수 있다.

셋째, 근로자파견법 제21조의 차별적 처우의 금지 규정이 가져 올 수 있는 현실적 난관이다. 동조에 따르면 파견사업주와 사용사업주는 파견근로자라는 이유로 사용사업주의 사업 내의 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자에 비하여 파견근로자에게 차별적 처우를 하여서는 아니 된다고 명시하고 있고 위반의 경우에는 노동위원회에 차별시정신청을 할 수 있도록 규정하고 있다. 하지만 계절근로자를 쓰고자 하는 사용사업주(농가)는 부족한 일손을 보충하기 위해 이들 계절근로자 외에 내국인근로자까지 사용하는 경우(사용사업주의 직접고용근로자가 된다)도 많을 것인데, 근로자파견법에 따르면 원칙적으로 이들 사이의 일급차이가 있어서는 아니 된다. 그렇다면 내국인 일용근로자들과 동일보수를 지불하면서 거기에 더해 파견사업주에 대한 이익금과 사회보험료를 지불할 수 있는 농가는 많지 않을 것이다. 2021년 농림축산식품부가 도시민을 활용한 근로자파견제를 이용하는 농가에 수수료와 사회보험료를 6개월간 지급하는 지원제도를 마련했다는 것은 농업근로자파견이 이전보다 추가적인 비용이 더 들 수 있다는 점을 잘 보여주는 사례라고 할 것이다. 새롭게 도입되는 2022년 공공형 계절근로의 시범사업의 효율성과 지속가능성에 근본적인 의구심이 제기되는 이유이다.

Ⅴ. 결 론

외국인 계절근로자를 국내 파견업체(공공형 계절근로의 경우에는 지역농협)에서 고용하여 근로자파견사업을 원활하게 진행하기 위해서는 우선 직업안정법이나 외국인근로자법상 해외에서의 근로자모집에 관한 근거규정을 마련하고, 다음으로는 농업에서의 외국인근로자파견사업에 대한 별도의 근로자파견사업 허가규정을, 필요하다면 특별법 형식을 취해서라도 마련해야 한다. 지금처럼 출입국관리법에서 체류 및 취업자격만 정해 놓고 파견근로를 묵인하는 방식으로는 제대로 된 규율과 원칙을 만들어 낼 수 없을 것이고 그 필연적인 결과로서 다양한 편법을 막아낼 수도 없다. 심지어 단기체류(C-4)나 장기체류인 계절근로(E-8) 비자로 국내입국한 외국인을 이미 허가를 받은 파견업체가 고용하여 정부의 원래 계획과 달리 농업이 아닌 기타의 업종에 일시적, 간헐적 파견을 시킨다고 하더라도 그 업체를 제재할 법적 근거는 현재로서는 근로자파견법이든 출입국관리법이든 어디에도 없다.

그러므로 계절근로의 수요가 높은 농업분야에서 파견근로를 통해 외국인근로자를 사용하기 위해서는 별도의 근로자파견사업에 대한 허가제도를 서둘러 마련해야 한다. 그리고 이때 계절근로의 파견사업 허가를 받기 위해서는 - 기존 파견업체이든 신설 파견업체이든 - 이들이 계절근로자를 인사상 관리할 수 있는 조직과 경험, 그리고 언어소통능력이 있을 것이 필수적인 자격으로 요구해야 할 것이다. 그렇게 허가받은 적법한 파견사업주만이 지방자치단체와 계약하여 계절근로자를 안정적으로 관할지역 소재 농가에 파견할 수 있도록 설계되어야 할 것이다. 또한 계절근로자 파견업을 활성화시키기 위해 이들 업체에 대해 일정한 이윤보장이나 추가적인 비용지원(예컨대 이윤의 원천인 관리비용과 사용자부담분의 사회보험료 지급)을 하고자 하는 정책을 시행하는 경우에도 인사관리능력과 의사소통 서비스능력이 검증된 업체인 경우에 한해서 재정지원이 이루어져야 법리적으로 정당성을 인정받을 수 있을 것이다.

요컨대 현행 출입국관리법상의 체류자격으로서의 계절근로 규정만으로는 외국인 계절근로자의 근로자파견을 운영하는 것은 바람직하지도 않을뿐

더러 지속가능하지도 않다고 본다. 그러한 법제도적 뒷받침이 없다면 당분간은 농업사용자에 의한 직접고용을 통한 계절근로제만이 농번기 인력활용의 현실적인 방안이 될 수 있을 뿐이라고 본다. 2022년부터 시작되는 '공공형 계절근로'의 시범실시 과정에서 이러한 점이 중점적으로 점검되길 바란다.

농업분야에서 외국인을 활용한 근로자파견제도 도입의 문제점 - 전 윤 구	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2022.05.26.	2022.06.08.	2022.06.26.

[참고문헌]

김두년, “외국인 근로인력 법제의 문제점과 개선방안 - 농어업 분야 활용방안을 중심으로”, 「법학연구」 제54집, 한국법학회, 2014.6.

송재일, “농업분야 외국인 근로인력의 활용을 위한 법제의 개선”, 「법이론실무연구」 제4권 1호, 한국법이론실무학회, 2016.4.

양순미/유일상/양예숙, “고용허가제도 이후 농축산업 분야 외국인근로자 근무지이탈과 불법체류에 관한 질적 연구 - 고용농가 대상의 사례연구를 중심으로”, 「농촌사회」 제28집 2호, 한국농촌사회학회, 2018.10.

엄진영 외 3인, 「농업인력 지원을 위한 외국인 근로자 관련제도 개선방안」, 한국농촌경제연구원, 2019.1.

전윤구, “농업분야 외국인력활용제의 변용과 중간착취”, 「노동법논총」 48, 한국비교노동법학회, 2020.4.

전윤구, “중간착취 배제규정의 기원과 현재적 의의 Ⅰ-노무도급의 적법성에 관한 논증책임의 소재 규명을 위한 법제사적 검토-”, 「노동법논총」 50, 한국비교노동법학회, 2020.12.

전윤구, “중간착취 배제규정의 기원과 현재적 의의 Ⅱ-노동력판매의 불확정성과 중간착취 금지의 재구성-”, 「노동법논총」 52, 한국비교노동법학회, 2021.8.

켄 카와시마/박선경, “상품화, 불확정성, 그리고 중간착취 - 전간기 일본의 막노동시장에서의 조선인 노동자들의 투쟁-”, 「아세아연구」 51(3), 고려대 아세아문제연구소, 2008.9.

국무조정실 보도자료, 「제27차 외국인력정책위원회 개최결과」, 2019.12.17.

농림축산식품부 보도자료, 「농번기 인력 부족 대응을 위해 농업분야 파견근로 지원사업 신규 도입」, 2021.4.28.

법무부 출입국·외국인정책본부, 「외국인체류 안내매뉴얼」, 2017.10.

「조선직업소개령」(조선총독부령 제2호, 1940.1.11. 제정)

「조선직업소개령 시행규칙」(조선총독부령 제7호, 1940.1.20. 제정)

ILO 제34호 협약 「유료 직업소개및근로자공급서비스업체에 관한 협약」 (Fee-Charging Employment Agencies Convention) 1933(No.34)

【국문초록】

본 논문은, 현 시점이 농업분야의 부족한 인력수급을 위해 외국인계절근로자를 적극적으로 활용하려는 정부의 정책수립 및 시행의 초기단계이기 때문에 무엇보다 규율의 원칙과 방향을 정립하는 것이 정책적 오류를 줄여 지속가능한 정책시행을 담보하는 관건이 될 것이라는 문제의식을 갖고서 농업분야 외국인 인력활용이 제기하는 문제점을 해외에서의 외국인근로자 모집에 대한 규율 필요성과 농업분야 외국인 근로자파견의 규율필요성, 두 가지 분야에 집중하여 검토하였다.

전자와 관련해서는 조선직업소개령의 시사점 분석에서 출발하여 과거 인력수출국에서 이제는 인력수입국으로 변화된 현실에 맞게 외국인력의 모집과 공급에 대한 해외 고용서비스업체의 자격과 모집절차 등에 관한 통제와 규율까지 서둘러 정비할 필요가 있으며 계절근로자의 모집에 대한 아무런 규율도 마련하지 않은 채 경제적 이유만으로 계절근로자를 활용하려는 것은 극히 무책임할 뿐만 아니라 편의적인 정책임을 드러내는 것이라고 지적하였다. 후자와 관련해서 외국인 근로자를 국내 파견업체(공공형 계절근로의 경우에는 지역농협)에서 고용하여 농업분야에서 근로자파견사업을 진행하려는 경우의 제약성을 분석한 다음에, 외국인 계절근로자를 파견을 통해 활용하기 위해서는 무엇보다 직업안정법이나 외국인근로자법상 해외에서의 근로자모집에 관한 근거규정을 마련하고, 다음으로는 농업에서의 외국인근로자파견사업에 대한 별도의 근로자파견사업 허가규정을 마련해야 한다는 점을 제안하였다.

결론적으로 현행 출입국관리법상의 체류자격으로서의 계절근로 규정만으로는 외국인 계절근로자의 근로자파견을 운영할 수 있도록 하는 것이 바람직하지도 않을뿐더러 지속가능하지도 않기 때문에 그러한 법제도적 뒷받침이 없다면 당분간은 농업사용자에 의한 직접고용을 통한 계절근로제만이 농번기 인력활용의 현실적인 방안이 될 수 있을 뿐이라고 지적하였다.

【Abstract】

A Study on Problems of Introducing A Worker Dispatch System Using Foreigners in the Agricultural Sector*

Chun, Yunku
(Prof., Department of Law, Kyonggi University)

In order to employ foreign seasonal workers at domestic dispatching companies to carry out worker dispatching business, first of all, it is necessary to prepare the basis for the recruitment of foreign workers in the Job Security Act or the Foreign Worker Employment Act. Next, independent permit regulations should be prepared for the dispatch project of foreign workers in the agricultural field. In the current Immigration Control Act, where only the status of residence and employment is set and the dispatched workers are tolerated, proper discipline cannot be created and various expedients cannot be prevented. Under this consciousness of the problem, this study critically reviewed the additional system of employment and seasonal work system under the Immigration Control Act as a system for utilizing foreign workers in the agricultural sector.

In conclusion, it was suggested that the additional system of employment in the crop cultivation industry where there is a high possibility of intermediary exploitation should be officially abolished, and in relation to the seasonal work system, it is urgent to prepare legal protection regulations reflecting the characteristics of seasonal work.

주제어(Keywords) : 계절근로자(seasonal workers), 외국인근로자(foreign workers), 고용허가제(employment permit system), 근로자파견(labor supply service), 조선직업소개령(Chosun Job Placement Ordinance), 출입국관리법(Immigration Control Act)

高麗法學 논문투고 및 논문작성에 관한 규칙 [규정 명칭 변경 2020.9.1.]

2009. 4. 1. 제정
2012. 8. 13. 개정
2020. 9. 1. 개정

제1조 (목적) 이 규칙은 고려대학교 법학연구원이 발간하는 『高麗法學 (영문명 : Korea Law Review)』 (이하 '『高麗法學』'이라 한다)에 게재할 논문의 작성요령 및 논문투고에 관한 사항 등을 정하는 것을 목적으로 한다. <개정 2020. 9. 1.>

제2조 (투고자격 및 자격의 제한) ① 투고자의 자격은 다음과 같다.

1. 국내·외 대학 전임교원
2. 법학 관련 연구소의 연구원
3. 법률 분야의 전문가
4. 석사학위과정 이상의 사람
5. 그 밖의 편집위원회의 추천을 받은 사람

② 『高麗法學』에 게재된 원고는 다른 학술지에 다시 게재할 수 없고, 다른 학술지에 게재되었던 원고도 『高麗法學』에 게재할 수 없다.

③ 편집위원회는 위원회의 결정으로 제2항에 위반한 투고자에 대하여 일정기간 투고자격을 제한할 수 있다.

④ 『高麗法學』에 게재된 원고는 전자출판을 할 수 있다.

<본조신설 2020. 9. 1.>

제3조 (논문작성요령) ①『高麗法學』에 게재될 논문은 특집논문, 일반논문, 판례평석, 연구논문, 학술발표문 및 특별강연문으로 구분된다.

② 원고의 표지에는 논문제목(국문 및 영문), 필자성명(국문 및 영문), 소속과 직위, 학위, 주소, 전화번호(사무실, 자택, 이동전화), 팩스번호 및 e-mail 주소를 기재하여야 한다.

③ 논문의 분량은 200자 원고지 200매(A4용지 25매) 내외를 원칙으로 하며, 300매를 초과할 수 없다.

④ 논문의 본문 및 각주의 작성방법은 본 규칙 [별첨 1]의 원고작성방법에 따라야 한다.

⑤ 제출하는 논문에는 본문 뒤에 참고문헌, 외국어 초록(외국어논문인 경우에는 국문초록), 국문 및 외국어를 병기한 5개 이상의 주제어를 첨부하여야 한다. <개정 2020. 9. 1.>

제4조 (원고제출) ① 투고자는 온라인 논문투고 및 심사시스템을 통하여 원고마감일까지 제출하여야 한다. 다만 특별한 사정이 있는 경우에는 e-mail 등의 방법으로 제출할 수 있다. <개정 2020. 9. 1.>

②『高麗法學』은 원칙적으로 매년 3월 30일, 6월 30일, 9월 30일, 12월 30일 연 4회 발간하며,『高麗法學』에 논문을 게재하고자 하는 사람은 각각 발간일 45일 전까지 원고를 제출하여야 한다. 다만 논문제출 마감일이 공휴일인 경우에는 그 다음날까지 원고를 제출할 수 있다. <개정 2020. 9. 1.>

③ 편집위원장은 원고제출 마감일까지 제출된 논문의 수가 상당히 적은 경우에는 원고제출 기일을 연장할 수 있다. 이 경우 법학연구원 홈페이지에 공지하여야 한다. <개정 2020. 9. 1.>

④ 원고마감일 이후에 투고된 원고는 투고자의 의사에 따라 다음 호에 투고한 것으로 한다. <신설 2020. 9. 1.>

⑤ 투고자는 원고를 제출할 때 투고할 논문과 '高麗法學 논문 투고자 서약서/저작물동의서(高麗法學 연구윤리지침 [별첨 1])'를 온라인 논문투고 및 심사시스템에 업로드 하여야 한다. 다만 온라인 논문투고 및

심사시스템을 통해 연구윤리서약에 동의한 경우에는 '高麗法學 논문투고자 서약서/저작물동의서(高麗法學 연구윤리지침 [별첨 1])'를 제출한 것으로 본다. <신설 2020. 9. 1.>

⑥ 게재가 확정되면 투고자에게 일정 금액의 게재료를 부과할 수 있다. 다만 편집위원회의 결정에 따라 게재료를 면제할 수 있다. <신설 2020. 9. 1.>

제5조 (논문게재안내) 매 학술지 말미에는 이 규칙에 근거하여 다음 호에 게재할 논문의 투고 및 작성요령을 안내한다. <개정 2020. 9. 1.>

제6조 (저작권) 채택된 원고의 저작권은 채택과 동시에 고려대학교 법학연구원에 귀속된다. <개정 2020. 9. 1.>

제7조 (기타) 이 규칙에서 정하지 아니한 사항은 편집위원회의 결정에 따른다. <신설 2020. 9. 1.>

부칙

이 규칙은 2009년 4월 1일 부터 시행한다.

부칙

제1조 이 규정은 2012년 8월 13일 부터 시행한다.

부칙<2020.9.1.>

제1조 (시행일) 이 규칙은 2020년 2월 4일로 소급하여 적용한다.

제2조 (명칭변경) 이 규칙의 명칭을 '高麗法學 논문투고 및 논문작성에 관한 규정'에서 '高麗法學 논문투고 및 논문작성에 관한 규칙'으로 변경한다.

〔별첨 1〕

高麗法學 원고 작성방법

1. 편집용지(A4)의 여백주기(한글에서 F7 키를 누름)

- 위쪽: 23, 아래쪽: 23, 왼쪽: 28, 오른쪽: 28, 머리말: 11, 꼬리말: 11.

2. 글자모양

- 서체: 신명조, 자간: -5, 장평: 100, 크기: 10.

3. 문단모양

- 왼쪽: 0, 오른쪽: 0, 들여쓰기: 2, 줄간격: 160, 문단 위: 0,
  문단 아래: 0, 낱말간격: 0, 정렬방식: 혼합.

4. 목차의 순서

- Ⅰ (‘큰제목’으로 설정)
- 1. (‘중간제목’으로 설정)
- (1) (‘작은제목’으로 설정)
- 1) (‘아주작은제목’으로 설정)
- (가) (‘바탕글’로 설정)
- 가) (‘바탕글’로 설정)
- ⅰ) (‘바탕글’로 설정)

5. 각주의 표기

- 저서의 인용: 저자명, 서명, 출판사, 출판년도, 인용면수.

- 정기간행물의 인용: 저자명, “논문제목”, 「잡지명」 제○권 ○호, 출판년도, 인용면수.
- 대법원 판결의 인용 : 대법원 20○○.○○.○○ 선고, ○○다○○ 판결.
  또는 대판 20○○.○○.○○, ○○다○○.
- 헌법재판소 판결의 인용 : 헌재 20○○.○○.○○. 20○○헌마○ 결정.

6. 저자의 표기

- 논문의 제목 아래에 저자를 표기하고 오른쪽에 * 표를 하여 각주란에 인적사항을 표기한다.
- 공동연구논문의 경우에는 주저자(책임연구자)와 공동저자를 구분하고, 주저자/공동저자의 순서로 표기한다.

7. 참고문헌의 표기

- 논문의 본문 뒤에 중요한 참고문헌의 서지사항을 목록으로 첨부하여야 한다.

8. 논문초록의 표기

- 논문의 본문 뒤에 외국어(영어・독어・불어 중 택1)로 작성한 논문초록을 첨부하여야 한다.
- 논문초록에는 초록작성 언어로 논문명과 필자명, 소속이 함께 표기되어야 한다.
- 논문의 내용을 적절한 표현으로 전체적으로 전달하되 분량은 20줄 내외로 한다.

9. 주제어의 표기

- 논문초록의 뒤에는 주제어(Keyword)를 국문과 외국어를 병기하여 5개 이상을 첨부하여야 한다.

高麗法學 제106호 원고모집

고려대학교 법학연구원에서는 高麗法學 제106호에 수록될 원고를 다음과 같이 모집합니다. 많은 투고를 바랍니다.

— 다 음 —

1. 제출 기한
   2022년 8월 15일 (9월 30일 발행 예정)

2. 원고 형식
   1) 원고 분량 : 원고지 200매 내외
   2) 원고 형식 : 논문 또는 판례평석(국문 및 영문초록 필첨)

   ※ 한국연구재단 등재지로서 기일 준수 및 교정이 완료된 원고만 송부 가능함.
   ※ 논문 투고자에게는 편집위원회의 결정에 따라 일정액의 논문게재료가 부과될 수 있음.
   ※ 게재확정시 저자정보(소속, 직위)를 명확하게 표기해야 함.

3. 원고 제출방법
   - 고려대학교 법학연구원 온라인논문투고시스템 : **klr.jams.or.kr**

   ※ 고려법학 제95호(2019.12)부터는 온라인논문투고시스템을 이용하여 원고를 모집하고 있으며, 기존의 온라인논문투고시스템 홈페이지가 변경되었음을 알려드립니다.
   ※ 기존 온라인논문투고시스템(klr.korea.ac.kr)을 한국연구재단 JAMS로 변경함에 따라 「고려법학」 제99호(2020.12)부터는 **klr.jams.or.kr** 에서만 논문투고가 가능하오니 투고자분들의 많은 양해를 부탁드립니다. 자세한 사항은 고려대학교 법학연구원 홈페이지 [공지사항]을 참조 바랍니다.
   ※ 홈페이지 참조 : http://kulri.korea.ac.kr/kulri/index.do

4. 심사결과 후 게재판정기준
   투고된 논문의 게재여부는 심사위원 3인의 심사결과 점수를 합산한 총점의 순위를 참고하여 편집위원회에서 최종 결정함.

※ 기타 문의사항은 법학연구원 고려법학 이메일(lab004@korea.ac.kr) 또는 편집실(02.3290.1630/2914)로 연락주시기 바랍니다.

高麗法學 제107호 원고모집

고려대학교 법학연구원에서는 高麗法學 제107호에 수록될 원고를 다음과 같이 모집합니다. 많은 투고를 바랍니다.

— 다 음 —

1. 제출 기한
   2022년 11월 15일 (12월 30일 발행 예정)

2. 원고 형식
   1) 원고 분량 : 원고지 200매 내외
   2) 원고 형식 : 논문 또는 판례평석(국문 및 영문초록 필첨)

   ※ 한국연구재단 등재지로서 기일 준수 및 교정이 완료된 원고만 송부 가능함.
   ※ 논문 투고자에게는 편집위원회의 결정에 따라 일정액의 논문게재료가 부과될 수 있음.
   ※ 게재확정시 저자정보(소속, 직위)를 명확하게 표기해야 함.

3. 원고 제출방법
   - 고려대학교 법학연구원 온라인논문투고시스템 : **klr.jams.or.kr**

   ※ 고려법학 제95호(2019.12)부터는 온라인논문투고시스템을 이용하여 원고를 모집하고 있으며, 기존의 온라인논문투고시스템 홈페이지가 변경되었음을 알려드립니다.
   ※ 기존 온라인논문투고시스템(klr.korea.ac.kr)을 한국연구재단 JAMS로 변경함에 따라 「고려법학」 제99호(2020.12)부터는 **klr.jams.or.kr** 에서만 논문투고가 가능하오니 투고자분들의 많은 양해를 부탁드립니다. 자세한 사항은 고려대학교 법학연구원 홈페이지 [공지사항]을 참조 바랍니다.
   ※ 홈페이지 참조 : http://kulri.korea.ac.kr/kulri/index.do

4. 심사결과 후 게재판정기준
   투고된 논문의 게재여부는 심사위원 3인의 심사결과 점수를 합산한 총점의 순위를 참고하여 편집위원회에서 최종 결정함.

※ 기타 문의사항은 법학연구원 고려법학 이메일(lab004@korea.ac.kr) 또는 편집실(02.3290.1630/2914)로 연락주시기 바랍니다.

高麗法學 연구윤리지침

2016. 6. 9. 개정
2020. 9. 1. 개정
2021. 8. 16. 개정

제1장 총 칙

제1조 (목적) 이 지침은 고려대학교 법학연구원과 관련된 연구의 연구윤리를 확보하고 연구부정행위를 방지하며 연구 부정행위 여부를 공정하게 검증할 수 있는 기준을 제시하는 데 그 목적이 있다.

제2조 (적용대상) 이 지침은 고려대학교 법학연구원과 관련된 연구에 종사하는 사람 및 고려대학교 법학연구원이 발행하는 학술지와 관련된 연구에 종사하는 사람에 적용한다.

제3조 (적용범위) 특정 연구 분야의 연구윤리 및 진실성에 관하여 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 지침에 의한다. 이 지침을 적용하기 어려운 분야의 특수한 사정이 있는 경우에는 이를 고려하여 적용할 수 있다.

제4조 (서약) ① 고려법학에 게재를 희망하는 투고자와 논문 심사위원은 본 지침을 준수할 것을 서약해야 한다.

② 논문 투고자와 논문 심사위원은 별첨 1, 2의 서약서를 작성하여 제출하여야 한다. <본조신설 2016. 6. 9>

제2장 연구의 진실성과 사회적 책임

제5조 (연구의 진실성) ① 연구자는 모든 연구 행위(연구의 제안, 연구의 수행, 연구결과의 보고 및 발표, 연구심사·평가행위 등)를 정직하고 진실하게 수행하여야 한다.

② 연구자는 연구 내용과 그 중요성에 관해 객관적이고 정확하게 기술

해야 하고, 연구결과를 임의로 삭제하거나 추가하지 말아야 한다.
③ 연구자는 모든 연구행위가 편견과 예단 없이 이루어지도록 하여야 한다.

제6조 (연구정보 기록, 보존, 보고 및 공개의무) 모든 연구정보는 정확히 보고되어야 하고 해석 및 확인이 가능하도록 명확하고 정확하게 기록, 처리 및 보존되어야 한다.

제7조 (연구결과의 사회적 기여) 연구자는 연구를 통해 사회적 이익을 증진시키고 공익의 기준에 부합하도록 노력해야 하며, 자신의 연구가 사회에 미칠 영향을 자각하고 전문가로서 책임을 다하여야 한다.

제8조 (연구결과 활용 시 주의사항) 연구자는 연구결과를 공표하고 활용할 때 자신의 학문적 양심에 부합하도록 해야 한다. 특히 외부의 평판 제고나 연구비 확보 등을 위해 연구결과를 왜곡하거나 과장하지 말아야 한다.

제9조 (관련 법규 준수의무) 연구자는 특허나 저작권과 같은 지적 재산권을 존중하고 연구관련 법규를 준수해야 한다.

제 3 장 연구자 상호관계의 공정성

제 1 절 저자의 책임과 의무

제10조 (공동연구) 연구자는 다른 연구자와 공동연구를 수행할 경우에 역할과 상호관계를 분명히 하고 그에 따른 책임을 다해야 한다. 연구 착수에 앞서 연구과제의 목표와 기대 결과, 협력관계에서 각자의 역할, 데이터수집・저장・공유의 방법, 저자결정과 순위기준, 연구책임자 선정, 지적 재산권 및 소유권 문제 등에 대하여 상호 합의와 이해가 이루어져야 한다.

제11조 (저자의 책임과 의무) 저자들은 법학연구원 또는 외부 기관이 자신의 기여도에 대한 증명을 요구할 경우 이에 따라야 한다.

제 2 절 저자결정 기준 및 저자표시

제12조 (저자결정 기준) ① 저자는 연구내용 또는 결과에 대한 학술적・기술적 기여도에 따라 정한다. 학술적・기술적 기여도의 예는 다음과 같다.

1. 연구의 착상 및 설계
2. 데이터 수집 및 해석
3. 초고 작성
4. 최종 원고의 승인 등

② 연구내용 또는 결과에 학술적·기술적 기여를 하지 않은 사람을 감사의 표시 또는 예우 등의 이유로 저자에 포함시켜서는 안 된다. 다만 데이터 수집 또는 입력이나 다른 언어로의 번역 등 기타 기여의 내용에 관하여는 사사를 표하는 주에 그 내용을 적시할 수 있다.

제13조 (저자표시 순서결정) 저자표시 순서는 모든 저자들 간의 협의에 따라 연구 기여도를 반영하여 공정하게 결정하여야 한다.

제14조 (저자정보의 표시) ① 저자는 논문을 투고할 때 저자의 소속, 직위를 정확하게 밝혀서 연구의 신뢰성을 제고하여야 한다.

② 저자의 소속은 집필 등 연구를 수행할 당시의 소속으로 표시한다.

③ 편집위원회는 발간된 논문의 저자정보를 확인하고 관리하여야 한다. <개정 2020. 9. 1.>

제 4 장 연구 부정행위 및 기타 비윤리적 연구행위

제 1 절 인용방법 및 원칙

제15조 (인용방법 및 원칙) ① 저자는 자신의 저작물에 소개, 참조, 논평 등의 방법으로 타인의 저작물의 일부를 원문 그대로 또는 번역하여 인용할 수 있다.

② 저자는 출처 표시와 참고문헌 목록 작성의 정확성을 기하여야 한다. 저자는 인용의 모든 요소(저자명, 학술지의 권·호수, 페이지, 출간년도 등)를 2차 출처에 의존하지 말고 원 논문에서 직접 확인해야 하며, 다만 불가피한 경우에는 재인용을 밝히고 인용할 수 있다.

③ 저자는 피인용저작물이 인용저작물과 명확히 구별될 수 있도록 신의성실의 원칙에 입각하여 합리적인 방식으로 인용하여야 한다.

④ 저자는 원칙적으로 공표된 저작물을 인용하여야 하며, 공개되지 아니한 학술 자료를 논문심사나 연구제안서 심사 또는 사적 접촉을 통하여 획

득한 경우에는 반드시 해당 연구자의 동의를 얻어 인용하여야 한다.
⑤ 저자는 타인이 이미 발표한 논문에 담긴 이론이나 아이디어를 번안해서 자신의 저작물에 소개할 때에는 그 출처를 명시해야 한다.
⑥ 저자는 하나의 출처로부터 집중적으로 차용하는 경우 어떤 아이디어가 자신의 것이고 어떤 아이디어가 참조된 출처로부터 왔는지를 독자들이 명확하게 알 수 있도록 집필해야 한다.
⑦ 저자는 연구의 방향을 결정하는 데에 중대한 영향을 주었거나 독자가 연구 내용을 이해하는 데에 도움이 될 수 있는 중요한 공개된 문헌이라면 관련 연구자가 이론적·경험적으로 알 수 있는 경우를 제외하고는 모두 참고문헌에 포함시켜야 한다.
⑧ 선행연구 리뷰에서 초록을 사용했으면서도 참고문헌 목록에는 학술지 논문을 인용하거나, 논문의 출간 버전을 인용하면서 실제로는 학술회의 발표논문집에 출간된 초기 버전 또는 예비 버전을 사용하는 것을 피해야 한다.

제16조 (일반 지식의 인용방법) ① 타인의 아이디어 또는 그가 제공한 사실에 관한 정보를 사용할 때에는 누구의 것인지 출처를 밝혀야 하지만, 그것이 일반적으로 공지된 지식이거나 독자들이 인지하고 있는 자료인 경우에는 예외로 한다.
② 어떤 개념 또는 사실이 일반 지식인지 의문이 드는 경우에는 인용하는 것이 바람직하다.

제 2 절 연구부정행위

제17조 (연구부정행위의 정의) "연구부정행위"라 함은 전 연구과정(연구의 제안, 연구의 수행 및 연구결과의 보고 및 발표, 연구심사·평가 행위 등)에서 발생하는 위조 및 변조행위, 표절행위, 부당한 논문저자 표시 행위, 중복게재 행위 등을 말한다.

1. "위조"는 존재하지 않는 데이터 또는 연구결과 등을 허위로 만들어 내는 행위를 말한다.
2. "변조"는 연구 재료·장비·과정 등을 인위적으로 조작하거나 데이터를 임의로 변형·삭제함으로써 연구 내용 또는 결과를 왜곡하는 행위를 말한다. (여기서 "삭제"라 함은 기대하는 연구결과의 도출에

방해되는 데이터를 고의로 배제하고 유리한 데이터만을 선택하여 사용하는 행위를 말한다.)

3. “표절”은 저작권법상 보호되는 타인의 저작, 연구 착상 및 아이디어나 가설, 이론 등 연구결과 등을 정당한 승인 또는 인용 없이 사용하는 행위를 말한다.
4. “부당한 논문저자 표시”는 연구내용 또는 결과에 대하여 학술적 기여를 한 사람에게 정당한 이유 없이 논문저자 자격을 부여하지 않거나, 학술적 기여가 없는 자에게 논문저자 자격을 부여하는 행위를 말한다.
5. “중복게재”는 편집인이나 독자에게 이미 출간된 본인 논문의 존재를 알리지 않고 이미 출간된 본인 논문과 완전히 동일하거나 거의 동일한 텍스트의 본인 논문을 다른 학술지에 다시 제출하여 출간하는 것을 말한다.

제18조 (아이디어 표절) ① “아이디어 표절”이라 함은 창시자의 공적을 인정하지 않고 전체나 일부분을 그대로 또는 피상적으로 수정해서 그의 아이디어(설명, 이론, 결론, 가설, 은유 등)를 도용하는 행위를 말한다.

② 저자는 통상 각주 또는 참고인용의 형태를 통해 아이디어의 출처를 밝힐 윤리적 책무가 있다.

③ 저자는 타인의 연구제안서 및 기고 원고에 대한 동료 심사 등을 통해 알게 된 타인의 아이디어를 적절한 출처와 인용 없이 도용해서는 안 된다.

제19조 (텍스트 표절) “텍스트 표절”이라 함은 저자를 밝히지 않고 타인 저술의 텍스트 일부를 복사하는 행위를 말한다.

제20조 (모자이크 표절) “모자이크 표절”이라 함은 타인 저술의 텍스트 일부를 조합하거나, 단어를 추가 또는 삽입하거나, 단어를 동의어로 대체하여 사용하면서 원저자와 출처를 밝히지 않는 행위를 말한다.

제21조 (중복게재) ① 이미 출간된 본인 논문과 주된 내용이 동일하다면 후에 출간된 본인 논문의 본문이 다소 다른 시각이나 관점을 보여주는 텍스트를 사용하거나 이미 출간된 동일한 데이터에 대한 다소 다른 분석을 포함하더라도 중복에 해당한다.

② 이미 출간된 논문을 인지할 수 없는 다른 독자군을 위하여 중복게재

를 하는 경우에는 두 학술지의 편집인이 중복게재에 대해 동의해야 하고, 저자는 학술지의 독자들에게 동일 논문이 다른 학술지에 출간되었다는 사실을 밝혀야 한다. 한 언어로 출간된 논문을 다른 언어로 번역하여 다른 학술지에 출간하는 경우도 마찬가지이다.

③ 동일논문을 서로 다른 학회지에 복수로 기고하는 것은 금지되며, 하나의 학술지에 게재거부가 결정된 후에 다른 학술지에 기고하는 것이 원칙이다.

제22조(연구부정행위의 사후조치) ① 연구부정행위 의혹이 제기되면 편집위원회가 부정행위 조사를 실시한 후 과반수 투표로 최종 결정한다.

② 연구윤리를 위반한 투고자는 향후 고려법학 투고가 금지된다. <본조신설 2016. 6. 9>

제23조 (연구부정행위와 저작권침해 유의) ① 논문이 학술지에 게재되면 통상적으로 저작권은 학술지 발행인에게 이전된다. 따라서 저자는 학술지에 게재된 논문을 다른 형태로 출간하거나 재사용할 때에는 저작권 침해의 우려가 있음을 유의하여야 한다.

② 중복게재는 저작권침해의 우려가 있으므로 유의하여야 한다.

③ 저작권이 보호된 출처로부터 광범하게 텍스트를 인용하는 경우에 인용부호를 적절하게 사용하거나, 제대로 환문하였다 하더라도 저작권이 침해될 수 있음을 유의하여야 한다.

제 3 절 비윤리적 연구행위

제24조 (심사과정의 비윤리적 연구행위) ① 심사자는 연구제안서 또는 논문심사 과정에서 알게 된 특정정보를 원저자의 동의 없이 심사자가 직간접으로 관련된 연구에 유용해서는 안 된다.

② 다음 각 호의 행위는 심사과정의 비윤리적 연구행위에 해당할 수 있으므로 삼가야 한다.

1. 자신이 의뢰받은 논문심사를 학생이나 제3자에게 부탁하는 행위
2. 심사 중인 연구제안서나 논문의 내용을 학과나 학회 동료들과 논의하는 행위
3. 심사종료 후 심사물의 사본을 반납하거나 분쇄하지 않고 이를 보유

하는 행위

제25조 (비윤리적 연구행위) 다음의 행위는 윤리적으로 부적절한 연구행위에 해당할 수 있다.

1. 공동연구의 사실을 적절한 방식으로 알리지 않고 학회나 세미나에서 발표하는 행위
2. 연구계획이 해당분야에 상당히 기여할 것이라는 확신을 주어 연구비를 지원받으려고 기대효과에 관한 진실을 왜곡하는 행위
3. 제출된 논문을 심사하는 과정에서 명예를 손상시키는 언명이나 인신공격을 하는 행위
4. 금전적 이익을 얻기 위해 연구결과를 과대평가하는 행위
5. 논문을 읽지 않고 심사·평가하는 행위
6. 연구비 유용행위
7. 연구업적 및 결과를 허위로 진술하거나 보고하는 행위

제 4 절 부적절한 집필행위

제26조 (부적절한 집필행위) 다음의 행위는 부적절한 집필행위에 해당한다.

1. 부적절한 출처인용
2. 참고문헌 왜곡
3. 출간논문을 인용하면서 초록 등에 의존하는 행위
4. 읽지 않거나 이해하지 못한 저술의 출처인용
5. 하나의 출처로부터 집중적으로 차용하면서 부분적으로만 출처를 밝히는 행위
6. 텍스트의 재활용 행위
7. 연구업적을 부풀릴 의도로 하나의 논문으로 게재되었어야 할 연구결과를 수 개의 논문으로 분할하여 게재하는 행위

제27조 (참고문헌의 왜곡금지) ① 참고문헌은 논문의 내용과 직접적으로 관련이 있는 문헌만 포함시켜야 한다. 학술지나 논문의 인용지수를 조작할 목적으로 또는 논문의 게재 가능성을 높일 목적으로 관련성에 의문이 있는 문헌을 의도적으로 참고문헌에 포함시켜서는 안 된다.

② 자신의 데이터 또는 이론에 유리한 문헌만을 편파적으로 참고문헌에

포함시켜서는 안 되며, 자신의 관점과 모순될 수 있는 문헌도 인용할 윤리적 책무가 있다.

제28조 (텍스트의 재활용) ① "텍스트의 재활용"이라 함은 저자가 자신의 다른 저술에서 이미 사용했던 텍스트의 일부를 재사용하는 것을 말한다.
② 텍스트 재활용은 윤리적 집필정신에 어긋나므로 이미 출간된 텍스트를 재활용하는 것을 피해야 하며, 불가피하게 재활용하는 경우에는 인용부호를 표시하거나 적절한 환문을 하는 등 표준적 인용관행에 따라야 하며, 저작권 침해가 발생하지 않도록 하여야 한다.

부 칙

이 규정은 2007년 3월 1일 부터 시행한다.

부 칙 <2020.9.1.>

이 지침은 2020년 2월 4일로 소급하여 적용한다.

부 칙 <2021.8.16.>

제1조 (시행일) 이 지침은 2021년 8월 16일부터 시행한다.

제2조 (다른 규칙의 개정) 高麗法學 게재 논문 심사규칙 일부를 다음과 같이 개정한다.

별첨 2의 내용 중 "'高麗法學 게재 논문 심사규정' 제4조 (심사판정과 이의제기)와 제7조 (비밀유지의무)"를 "'高麗法學 게재 논문 심사규칙' 제4조 (심사기준 및 방법)와 제7조 (이의제기) 및 제8조 (비밀유지의무)"로 한다.

[별첨 1]

高麗法學 논문 투고자 서약서/저작물 동의서

투고 논문	제 목								
	종 류	특집 논문		연구 논문		판례 평석		학술발표문 및 특별강연문	

본인은 '高麗法學' 제 호에 게재를 희망하는 자로서 고려대학교 법학연구원 '高麗法學' 연구윤리지침을 준수하고 그 위반으로 인해 발생되는 문제에 대해 전적으로 책임질 것을 서약합니다.

본인은 위 저작물이 장래 법학 발전에 기여할 수 있도록, 아래와 같이 고려대학교 법학연구원이 위 저작물을 이용하는데 동의합니다.

- 다 음 -

1. 고려대학교 법학연구원이 운영하는 DB구축과 인터넷 등 정보통신망을 통한 서비스와 보존을 위하여, 본 저작물의 내용 변경을 제외한 필요 범위 내에서 편집 및 형식상 변경을 허락하고, 필요한 범위의 복제, 기억장치에의 저장, 전송 등을 허락함.
2. 저작물을 이미지DB(PDF)로 구축하여 인터넷을 포함한 정보통신망 등에 공개하여 저작물 일부 또는 전부의 복제·배포 및 전송에 관한 일체를 제공하는데 동의함.
3. 저작물에 대한 이용기간은 5년으로 하고 이용 기간 종료 3개월 이내에 별도의 의사표시가 없을 때에는 저작물의 이용기간을 계속 연장함.
4. 저자가 저작물의 저작권을 타인에게 양도하거나 또는 출판 허락을 하였을 경우에는 1개월 이내에 편집위원장에게 이를 통보함.
5. 고려대학교 법학연구원은 저작권자의 저작물 이용 동의를 받기 이전에, 해당 저작물로 인하여 발생되었거나 발생될 타인에 의한 권리 침해에 대하여 일체의 법적 책임을 지지 않음.

20 년 월 일

논문 투고자 : (서명 또는 인)

고려대학교 법학연구원 高麗法學 편집위원장 귀하

[별첨 2]

高麗法學 논문 심사위원 서약서

투고 논문	제 목								
	종 류	특집 논문		연구 논문		판례 평석		학술발표문 및 특별강연문	

본인은 '高麗法學' 제 호에 게재 논문의 심사위원으로서 고려대학교 법학연구원 '高麗法學 게재 논문 심사규칙' 제4조 (심사기준 및 방법)와 제7조 (이의제기) 및 제8조 (비밀유지의무)를 준수하고 그 위반으로 인해 발생되는 문제에 대해 전적으로 책임질 것을 서약합니다.

20 년 월 일

심사위원 : (서명 또는 인)

고려대학교 법학연구원 高麗法學 편집위원장 귀하

편집위원장: 김상중 (고려대학교 법학전문대학원 교수)

편 집 위 원: 고세일 (충남대학교 법학전문대학원 교수)
김경욱 (고려대학교 법학전문대학원 교수)
김성은 (강원대학교 법학전문대학원 교수)
박찬호 (부산대학교 법학전문대학원 교수)
신호영 (고려대학교 법학전문대학원 교수)
심재한 (영남대학교 법학전문대학원 교수)
윤은경 (제주대학교 법학전문대학원 교수)
이희정 (고려대학교 법학전문대학원 교수)
전윤구 (경기대학교 법학과 교수)
차진아 (고려대학교 법학전문대학원 교수)

「高麗法學」은 고려대학교 법학연구원이 발간하는 법학학술지입니다.
문의나 건의사항이 있으신 분은 아래로 연락주시기 바랍니다.

서울특별시 성북구 안암로 145 고려대학교 법학연구원
lab004@korea.ac.kr
TEL : (02)3290-1630 / FAX : (02)922-4013

高麗法學 (제105호)

2022年 6月 20日 印刷
2022年 6月 30日 發行

發行人 金 河 烈
發行處 高麗大學校 法學硏究院
서울특별시 성북구 안암로 145
고려대학교 법학연구원
TEL : (02) 3290-2914
FAX : (02) 922-4013

製作處 (주)한신아트
TEL : (02) 2277-2271

값 30,000원

* 이 책의 무단전재 또는 복제행위를 금합니다.
ISSN 1598-1584 (Print)
ISSN 2672-0736 (Online)