

成均館法學

第34卷 第4號

研究論文

- 헌법재판과 대의민주주의
- 헌법재판을 포용한 대의민주주의의 정당성과 효용성 -

이황희 1
- 통신사실확인자료에 관한 비교법적 고찰
- 일본과의 비교를 중심으로 -

김연진 43
김일환
- 가상자산의 법적 성격과 민사집행에 대한 고찰
- 비트코인에 관한 논의를 중심으로 -

성덕근 79
- 기업승계를 위한 주식신탁의 법적 쟁점에 관한 소고
- 회사법과 자본시장법 측면에서의 검토를 중심으로 -

남궁주현 129
김상훈
- 상표권 침해에 대한 손해배상액 산정에서의 기여도 산정:
'25%+8요소법'의 제안

정여단 155
정차호
- 실시권자에게 무효심판 심결의 항소 당사자 적격이 인정될 수 있는지 여부
- 미국의 Apple v. Qualcomm 판결에 대한 평석 -

노지준 215
- 법과 사회 연구의 발전
- 국제적인 관점에서 본 한국의 법률전문가 집단 -

패트리샤 253
게디

成均館法學

第 34 卷 第 4 號



成均館大學校 法學研究院

2022. 12.

발 간 사

「성균관법학」에 관심을 가져 주시는 학자 여러분들의 연구와 저술 활동에 많은 결실이 있기를 바라며, 「성균관법학」 제34권 제4호의 발간 소식을 알려 드립니다.

이번 호의 발간을 위한 원고 모집에도 많은 연구자분들이 많은 관심과 성원을 보내 주셨고, 엄정한 심사를 거쳐 총 7편의 옥고를 게재하게 되었습니다. 이번 호에는 헌법재판과 대의민주주의에 대한 논문을 비롯하여, 헌법, 민법, 상사법, 지적재산권법, 법사회학 분야의 귀중한 논문들이 게재되었습니다. 정성 어린 옥고임에도 불구하고 일부 논문은 게재하지 못한 점을 아쉽게 생각하며 「성균관법학」을 향한 변함없는 관심과 애정을 보내주시길 부탁드립니다.

무엇보다도 바쁘신 와중에도 훌륭한 옥고를 작성하여 보내주신 연구자분들의 노고에 감사드리며, 귀중한 시간을 내어 정성어린 의견을 주신 심사위원분들께도 감사드립니다. 그리고 발간을 위해 힘써주신 편집위원님들과 법학연구원 구성원들에게도 감사드립니다.

앞으로도 「성균관법학」이 다양한 분야의 연구와 논의를 통한 한국법학의 발전에 기여할 수 있도록 노력할 것을 다짐하며, 여러분들의 지속적인 관심과 성원을 부탁드립니다.

감사합니다.

2022.12.31.

성균관대학교 법학연구원 원장 이해완

目 次

[研究論文]

- 헌법재판과 대의민주주의
- 헌법재판을 포용한 대의민주주의의 정당성과 효용성 - 이황희 1
- 통신사실확인자료에 관한 비교법적 고찰
- 일본과의 비교를 중심으로 - 김연진 43
김일환
- 가상자산의 법적 성격과 민사집행에 대한 고찰
-비트코인에 관한 논의를 중심으로- 성덕근 79
- 기업승계를 위한 주식신탁의 법적 쟁점에 관한 소고
- 회사법과 자본시장법 측면에서의 검토를 중심으로 - 남궁주현 129
김상훈
- 상표권 침해에 대한 손해배상액 산정에서의 기여도 산정 :
'25%+8요소법'의 제안 정여단 155
정차호
- 실시권자에게 무효심판 심결의 항소 당사자 적격이
인정될 수 있는지 여부 노지준 215
- 미국의 Apple v. Qualcomm 판결에 대한 평석 -
- 법과 사회 연구의 발전 패트리샤 253
계디
-국제적인 관점에서 본 한국의 법률전문가 집단-

CONTENTS

Articles

- Constitutional Adjudication and Representative Democracy Hwanghee Lee 1
- Comparative Study on Communication Fact Confirmation Data
– Focusing on Comparison with Japan – Younjin Kim 43
Ilhwan Kim
- A study on the legal nature and civil execution of virtual assets SUNG Duk Keun 79
- A Study on the Legal Issues of Stock Trust for Family Business Succession Namgung Juhyun 129
Kim Sang hoon
- Calculating Apportionment Ratio in Calculating Damages Against Trademark Infringement: Suggestion of “25%+8 Factors Method” Rudan ZHENG 155
Chaho JUNG
- A study on whether a licensee is entitled to standing to appeal from a decision of patent invalid trial Jijoon ROH 215
- Advancing Korean Law and Society Studies: – International Perspectives on the Korean Legal Profession – Patricia Goedde 253

헌법재판과 대의민주주의

- 헌법재판을 포용한 대의민주주의의 정당성과 효용성 -

이황희*

【목 차】

I. 서론

II. ‘헌법재판을 포용한 대의민주주의’의 성립가능성

1. 민주주의의 해석적 다양성
2. 국민의 자기지배 방식으로서의 정당성
3. 비선출직을 통한 선출직 견제의 정당성
4. 중간결론

III. ‘헌법재판을 포용한 대의민주주의’의 민주적 효용

1. 대의민주주의의 형식 개선
2. 대의민주주의의 결함 보완
3. 대의민주주의의 민주적 지향성 강화

IV. 결론

【국 문 요 약】

입법을 무효로 만들 수 있는 헌법재판은 그것이 선출되지 않은 재판관에 의해 이루어진다는 측면에서 민주적이지 않다는 비판과 직면해 왔다. 그러나 오늘날 헌법재판은 민주헌정을 추구하는 대다수의 국가들에서 수용되고 있다. 헌법재판이 민주적 손실을 가져옴에도 불구하고 기본권보호와 같은 더 큰 이익을 성취할 수 있다는 것이 일반적인 설명이나, 본고는 그 이유로 헌법재판이 민주적 이익을 달성할 수 있는, 즉 대의민주주의를 더 나은 민주주의로 만드는 역할을 수행한다는 측면에 주목하고자 한다.

이를 위해 먼저 헌법재판이 대의민주주의와 모순되지 않음을 살펴본다. 민주주의는 다양한 해석에 개방되어 있고, 입헌의 차원에서 헌법재판

* 성균관대학교 법학전문대학원 부교수

역시 주권자의 민주적 의사결정으로 볼 수 있다. 근대 민주주의가 비선출직이 수행하는 입법적 역할의 정당성을 인정해 온 상황 또한 고려될 수 있다. 헌법재판은 따라서 민주주의의 규범적 이상에 어긋나지 않는다.

그러나 헌법재판이 대의민주주의의 자명한 귀결이라는 입장도 아니다. 헌법재판의 포용 여부는 성과와 효용의 문제일 뿐이다. 헌법재판은 이러한 성과와 효용이 인정되는 한에서 지지될 수 있는데, 본고에서는 대의민주주의의 개선과 민주적 증진에 있어서 상당한 성과를 산출할 수 있다는 측면을 집중적으로 검토해 보았다. 이러한 성과는 대의민주주의의 형식 개선, 결함 보완, 민주적 지향성 강화 측면에서 확인할 수 있다.

I. 서론

민주주의(democracy)는 민(民)이 주(主)가 되는 상태 혹은 그렇게 되어야 한다는 정치적 원리를 뜻한다.¹⁾ 국민의 자기지배(Herrschaft des Volkes über sich)를²⁾ 표현하는 이 관념은 근대에 이르러 입헌주의(constitutionalism)와³⁾ 결합함으로써 입헌민주주의의 형식으로 실현되어 왔다. 오늘날 이것의 거의 유일한 실천방식인 대의민주주의(representative democracy)는, 정치적 의사결정을 선출된 대표들에게 위임하는 대의형식을 요체로 한다.⁴⁾ 대의민주주의에서 선출된 대표들의 역할이 중심이

1) 민주주의에 담긴 기술적(descriptive) 측면과 규범적(prescriptive) 측면에 관해서는, Giovanni Sartori, *The Theory of Democracy Revisited: Part One*, Chatham House Publishers, 1987, pp. 7-8(국역본은 이행 옮김, 민주주의 이론의 재조명 I, 인간사랑, 1989, 28-30면).

2) Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, Elfte Auflage, Duncker & Humblot, 2017, S. 235

3) 입헌주의란 국가권력의 행사에 대한 일련의 기대와 요구를 의미하는 것이고, 이를 표현한 문서가 바로 헌법이다. András Sajó and Renáta Uitz, *The Constitution of Freedom: An Introduction to Legal Constitutionalism*, Oxford University Press, 2017, p. 13.

4) 정종섭, 헌법학원론(제13판), 박영사, 2022, 136면, 996면. 선거에 기초한 대의민주주의가 엘리트주의로 경도된 측면을 비판하면서 대표선정방식으로 추첨을 주장하는 논의들도 있다. 예컨대, Ernest Callenbach and Michael Philips, 손우정·이지문 옮김, 추첨 민주주의, 이매진, 2011. 다만, 추첨제가 직접민주주의에 해당하는지, 간접민주주의 즉 대의민주주의에

되는 것은 당연한 일이다. 그러나 헌법재판, 특히 그중에서도 법률에 대한 위헌심사는⁵⁾ 선출된 대표들의 의사결정을 제약하고 반복할 수 있어 대의민주주의와 충돌하는 것처럼 보이기도 한다. 이는 일찍이 헌법재판의 반대수결적인 문제(counter-majoritarian difficulty)을 정식화한 비켈(A. M. Bickel)에 의해 지적된 것이다.⁶⁾

반면, 오늘날 대다수의 국가들은 민주적으로 제정된 헌법을 통해 헌법재판을 수용하고 있다. 헌법의 개입에 따라 헌법재판과 민주주의 간의 충돌 문제가 수면 아래로 가라앉은 듯하다. 그러나 헌법이 헌법재판을 규정하고 있다는 사실이, 헌법재판이 본질적으로 정당하다거나 혹은 앞으로도 현 상태로 유지되어야 한다는 당위를 의미하는 것은 아니다. 헌법은 부단한 개헌과정에 개방되어 있으므로, 이 과정에서 헌법재판의 운명이 어떠할지는 아무도 모르는 일이다. 비록 오늘날 헌법재판이 널리 수용되고 있지만, 그 현상의 이면에는 여전히 헌법재판에 대한 평가의 불일치들이 경합하고 있다.⁷⁾ 현재에도 “헌법재판(judicial review)에 관한 논쟁은 끝나지 않았다.”⁸⁾ 진단이 존재하는 것은 그 때문이며, 이것

해당하는지는 다소 모호하다. 추첨을 대표선정의 수단으로 이해할 수도 있고, 시민의 직접 참여를 실현하는 장치로 파악할 수도 있기 때문이다. 그 때문인지 저자들은 “직접 대표제”(direct representation)라는 표현을 사용하기도 한다. 같은 책, 15면, 38면.

- 5) 헌법재판은 헌법의 규범력을 실현하기 위한 제도로서 일반적으로 법률의 위헌심사와 같은 규범통제심판, 국가기관 간의 권한분쟁이나 국민의 기본권침해에 관한 심판, 탄핵심판 등 여러 내용을 갖는다. 그러나 현 시대 헌법재판의 가장 중요한 역할은 법률에 대한 위헌심사이므로, 별다른 언급이 없다면 본고에서 말하는 헌법재판을 이 의미로 이해해도 잘못됨이 없을 것이다. 헌법재판의 유형에는 일반법원이 담당하는 분산형 모델과 헌법재판소처럼 독립적이고 전문적인 기관이 담당하는 집중형 모델이 있다. 본고는 헌법재판소를 헌법재판기관의 전형적 예시로 전제해 논의하지만, 이 논의는 기본적으로 분산형 모델에서의 일반법원에 대해서도 유효할 것이다. 두 모델의 특징과 차이에 관해서는 Mauro Cappelletti, 구병삭·강재근·김승환 옮김, *현대헌법재판론*, 법문사, 1989, 66면 이하.
- 6) Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press, 1986, pp. 16-17(“연방대법원이 입법의 산물 혹은 선출된 행정부의 행위를 위헌이라고 선언할 때, ... 이것은 지배적 다수를 위해서가 아니라 그들의 의사를 거슬러 통제권을 행사하는 것이다. ... 사법심사에 대해서 비민주적이라는 비판이 가해질 수 있는 것은 이 때문이다.”).
- 7) 헌법재판에 대한 비판적 논의는 특히 미국 학계에서 두드러진다. 이에 관해서는 김비환, *민주주의와 법의 지배*, 박영사, 2016, 293면 이하; 김중서, “민주주의적 관점에서 본 헌법재판제도 - 미국의 논의를 중심으로 -”, *민주법학* 제54호, 민주주의법학연구회, 2014, 333면 이하.

은 미국이나 이스라엘처럼⁹⁾ 헌법의 명문규정 없이 헌법재판을 수행하고 있는 국가들에게만 해당되는 이야기가 아니다.

이에 헌법재판과 대의민주주의의 관계를 면밀히 검토해 보고자 하는 것이 본고의 목적이다. 이들은 어떤 관계에 있는가? 본고의 첫 번째 물음은 이것이다. 비관적인 입장으로는, 대의민주주의가 헌법재판과 함께 할 수 없다는 주장이 있다. 법률의 위헌심사는 재판기관보다 더 민주적인 기관에게 맡겨야 한다는 월드론(J. Waldron), 재판기관에 의한 법률의 위헌심사를 원칙적으로 금지하는 헌법개정안을 제안한 터쉬넷(M. Tushnet) 등이 여기에 속한다.¹⁰⁾ 그 대척점에는 헌법재판이 민주주의에 필수불가결한 요소라는 입장이 있다. 이들은 민주주의의 입헌적 판본인 입헌민주주의 하에서 헌법재판은 불가피한 선택이라고 규정한다. 헌법의 명문조항이 없이 입헌주의 이념으로부터 위헌심사권한을 도출한 미국과 이스라엘의 대법원, 헌법재판은 성문헌법체제에서의 불문법(unwritten law)이라는 루벤펠드(J. Rubinfeld)의 입장이 대표적이다.¹¹⁾

오늘날 민주국가 중에서도 네덜란드, 영국, 캐나다, 뉴질랜드처럼 법률에 대한 위헌심사제도가 없거나, 혹은 얼마 전까지 없었거나, 그 효력이 약한¹²⁾ 곳들이 존재한다. 그곳의 민주주의 역시 결코 미흡하거나 열등하

8) Mattias Kumm, "Institutionalizing Socratic Contestation: The Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review", *European Journal of Legal Studies*, Vol. 1, No. 2, 2007, p. 153.

9) 미국 연방대법원은 1803년 *Marbury v. Madison* 사건에서 헌법해석을 통해 사법심사권한을 도출했다(5 U.S. 137, 177). 이스라엘 대법원은 이와 유사한 판결을 1995년 선고했는데 (*Mizrahi Bank v. Migdal Cooperative Village*, CA 6821/93, IsrSC 49(4) 221. [1995]), 이 판결은 이스라엘의 *Marbury v. Madison*으로 불린다. Stephen Goldstein, "The Protection of Human Rights by Judges: The Israeli Experience", in: M. Gibney and S. Frankowski(eds), *Judicial Protection of Human Rights: Myth or Reality?*, Praeger, 1999, p. 56.

10) Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, 1999, pp. 293, 297f; Jeremy Waldron, "Judicial Review and the Conditions of Democracy", *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 6, No. 4, 1998, pp. 346, 354f; Mark Tushnet, "Democracy versus Judicial Review: Is It Time to Amend the Constitution?", *Dissent*, Vol. 52, No. 2, 2005, p. 59(다만, 의회의 특별한 수권이 있을 때에는 예외임).

11) Jed Rubinfeld, *Freedom and Time: A Theory of Constitutional Self-Government*, Yale University Press, 2001, p. 174.

12) 최근에는 규범통제를 강한 형태(strong form)와 약한 형태(weak form)로 구분하는 논의들

지 않다. 이는 헌법재판이 없는 혹은 그 영향력이 약한 대의민주주의도 충분히 성공적으로 작동할 수 있음을 보여준다. 반면에 그와 동시에, 그보다 훨씬 더 많은 국가들이 헌법재판제도를 채택하고 있는 것도 사실이다. 이는 헌법재판과 대의민주주의 간의 긴장관계가 긍정적인 방향으로 해소될 수 있는 가능성을 시사한다. 그러나 그럼에도 헌법재판이 선출되지 않은 재판관에 의해 이루어지는 이상 그것은 민주주의와 충돌한다는 인상에서 본질적으로 자유롭지 않은 숙명을 안는다.

본고의 기본입장은, 민주주의의 해석적 다양성과 근대 민주주의의 역사적 작동방식에 비추어 볼 때 헌법재판이 원리적으로 대의민주주의에서 배제되어야 할 이유가 없다는 것이다. 그러나 그렇다고 해서 헌법재판이 입헌적 대의민주주의의 필연적 귀결이라는 입장도 아니다.¹³⁾ 헌법재판의 정당성은 그 기능적 성과의 수준에 달려 있을 뿐이다. 이는 헌법재판이 원리적으로 대의민주주의에서 반드시 배제되어야 한다거나, 원리적으로 반드시 채택되어야 한다는 당위론적 관점과 거리를 둔 것이다. 본고와 같이 볼 경우, 헌법재판은 그 기능적 성과를 인정받는 한에서만 조건적으로 유지될 수 있는 제도이다. 현재 헌법재판을 수반한 대의민주주의와 그렇지 않은 대의민주주의는 기능적 성과 측면에서 역사적인 경쟁관계에 있으며, 양자는 공히 대의민주주의의 계통 내에서 선택 가능한 범주에 속한다.

이 활발하다. 전자에서 위헌으로 선고된 법률은 일반적으로 혹은 대세적으로 효력을 상실하거나 위헌심사의 계기를 제공한 사건에서 적용이 배제된다. 이는 오늘날 규범통제제도의 대체적인 모습이다. 이와 달리, 후자에서는 규범통제의 강도나 효력이 그보다 완화되는 편이다. 법원에 합헌적 법률해석의 의무를 부여할 뿐인 뉴질랜드, 법원의 인권협약위반 결정에 권고적 효력만 인정하는 영국, 법원이 기본권을 침해한다고 판단한 법률에 대해서도 의회가 일정 기간 효력을 인정할 수 있도록 하는 캐나다의 제도가 여기에 속한다. 약한 형태의 규범통제에 관해서는, Stephen Gardbaum, "The New Commonwealth Model of Constitutionalism", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 49, 2001, pp. 719ff; Mark Tushnet, "The Rise of Weak-Form Judicial Review", Tom Ginsburg and Rosalind Dixon(eds.), *Comparative Constitutional Law*, Edward Elgar, 2011, pp. 323-326; Mark Tushnet, "Alternative Forms of Judicial Review", *Michigan Law Review*, Vol. 101, 2003, pp. 2784ff; Jeremy Waldron, "The Core of the Case against Judicial Review", *The Yale Law Journal*, Vol. 115, No. 6, 2006, pp. 1355ff.

13) 유사한 입장으로, Dieter Grimm, "Constitutional Adjudication and Democracy", *Israel Law Review*, Vol. 33, 1999, pp. 196ff.

그렇다면, 헌법재판이 대의민주주의에 접목될 경우 어떤 기능적 성과를 산출할 수 있는가? 본고의 두 번째 물음은 이것이다. 헌법재판은 그로 인한 민주적 손실에도¹⁴⁾ 불구하고, 그것을 능가할 다른 이익(예: 개인의 권리보호)을 산출할 수 있다는 입장도 있으나, 본고는 오히려 그 기능적 성과가 대의민주주의의 민주적 증진 측면에서도 상당하다고 주장할 것이다. 헌법재판은 대의민주주의의 내적 문제들을 해소하는 데 유의미한 역할을 수행함으로써 더 나은 민주주의가 될 수 있도록 기여한다는 것이다. 이는 향후 헌법재판 방식의 이점을 능가할 수 있는 다른 대안이 등장하지 않는 한, 이 제도가 대의민주주의에서 지속될 것이라는 예측을 뒷받침한다. 이 지속이 ‘논리필연적인 것’은 아닐지라도, ‘상당히 개연적인 것’이라고는 충분히 말할 수 있다.

사실 헌법재판이 대의제의 운영에 기여한다는 관념은 일찍이 일리(J. H. Ely)에 의해 제시되었고, 하버마스(J. Habermas) 등 여러 절차주의자들로부터 공감을 얻어 왔다. 본고 역시 기본적으로 이러한 입장을 공유한다. 다만, 기존 대의제강화론의 내용이 충분하지 않으며, 좀더 포괄적인 내용으로 발전시킬 필요가 있다고 본다. 특히, 대의제의 보수성과 약점, 한계를 극복하는 데 헌법재판이 유의미하게 기여함을 규명하고자 한다.

이로써 본고의 구상이 전반적으로 설명되었다. 전반부의 핵심은, 헌법재판이 원리적으로 대의민주주의에서 수용되지 못할 이유가 없음을 보여주는 데 있다(II). 민주주의는 다양한 해석에 개방되어 있는 이념이므로, 헌법재판을 수용한 대의민주주의 방식 또한 민주주의 이념과 배치되지 않을 수 있음을 설명한다. 후반부는, 대의민주주의에서 헌법재판의 수용 여부는 효용의 문제이고, 헌법재판은 대의민주주의의 민주적 증진을 위해 유의미한 성과를 산출할 수 있다는 데 초점을 맞춘다(III). 그러한 헌법재판의 역할을, 대의민주주의의 형식 개선, 결함 보완, 민주적 지향성 강화라는 측면에서 각각 살펴볼 것이다.

14) 헌법재판에 의한 민주적 손실에 관해서는, Victor Ferreres Comella, *Constitutional Courts and Democratic Values: a European Perspective*, Yale University Press, 2009, pp. 86-87.

II. ‘헌법재판을 포용한 대의민주주의’의 성립가능성

1. 민주주의의 해석적 다양성

민주주의는 원리적으로 국민의 자기지배를 가리키지만, 이것이 정확히 무엇을 의미하고 어떤 모습이어야 하는지에 관해서는 다양한 해석에 개방되어 있다.¹⁵⁾ 그리고 민주주의의 해석적 다양성은 민주주의의 전체 역사 속에서 더욱 분명하게 확인된다. 예를 들어, 고대 그리스인들은 공식 선출방식으로서 추첨제를 민주적인 것으로 받아들이고 선거제를 민주적이지 않은 것이라고 생각했지만,¹⁶⁾ 오늘날 사람들은 선거제를 민주주의의 본령으로 여기고 있다.

권력분립원리도 마찬가지이다. 고대 민주주의는 권력분립원리에 관하여 잘 알지 못했다.¹⁷⁾ 근대 초기에도 권력분립원리는 민주주의의 필수요소로 인식되지 않았고, 오히려 민주주의는 입법부가 행정부와 사법부를 통제해야 한다는 의미로 사고되었다.¹⁸⁾ 그렇기 때문에 권력분립원리는

15) 지금까지 존재한 민주주의의 여러 유력한 모델들에 관한 해설은 David Held, 박찬표 옮김, *민주주의의 모델들*, 후마니타스, 2010. 아르네 네스(Arne Naess) 등은 헤로도토스가 민주주의(dēmokratia)라는 용어를 사용한 이래 1950년대까지 이 용어에 관하여 311개의 정의가 존재했음을 확인한 바 있다. James L. Hyland, *Democratic Theory: The Philosophical Foundations*, Manchester University Press, 1995, p. 266.

16) Aristotelēs, 천병희 옮김, *정치학*, 숲, 2009, 225면; Jean-Jacques Rousseau, 이환 옮김, *사회계약론*, 서울대학교 출판부, 1999, 142면; C. S. Montesquieu, 권미영 옮김, *법의 정신 I*, 일신서적, 1990, 22면.

17) 근대적 의미의 권력분립이 고대 그리스인들에게 낯선 개념이었다는 것이 일반적인 설명이다. 그러나 아리스토텔레스(Aristotelēs, 앞의 책, 240면 이하)로부터 권력분립에 관한 초기 관념을 엿볼 수 있다는 평가도 있고 또한 반론들도 존재한다. 이 문제에 관하여는 이황희, “근대 입헌주의의 고전적 기원들”, *헌법학연구* 제21권 제3호, 한국헌법학회, 2015, 454-455면의 주 17 및 그곳에 기재된 문헌 참조.

18) Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Vol. 1, Transaction Publishers, 2009, p. 282. 켈젠은, 만약 헌법이 법적용 기관에 의해 법제정 기관이 통제되도록, 혹은 사법부에 의해 입법부와 행정부가 통제되도록 규정한다면, 이는 그것이 민주적 요소이기 때문이 아니라 단지 역사적 이유에서 설명될 수 있을 뿐이라고 했다(같은 면).

전통적 귀족이나 신흥 엘리트 계층의 이익을 보호하기 위해 민주주의를 제약하려는 정치적 기획에 가까웠다.¹⁹⁾ 그러나 이제는 정반대로, 권력분립원리가 민주주의의 중요한 요소로 설명되기도 한다.²⁰⁾ 우리 판례에서도 민주적 기본질서에 권력분립이 포함되어 있다고 본다.²¹⁾

절차의 민주적 가치에 대한 해석도 유사한 변화를 겪었다. 고대 그리스에서는 다수 지배체제를 실천하는 것이라면 설사 그 집권이나 통치의 과정에 폭력적인 방식이 개입된다 해도 여전히 민주적 지배로 이해되었지만,²²⁾ 오늘날 사람들은 폭력을 사용한 통치를 더 이상 민주적 지배로 여기지 않는다. 이제 민주주의는 민주적 절차 없이는 존립할 수 없다고 인식된다.

이처럼 역사적으로 민주주의는 고정된 실체를 가져본 적이 없다. 그것은 국민의 자기지배라는 규범적 이상을 표현할 뿐, 그것을 어떻게 실현할 것인가에 관해서는 시대와 사회를 초월한 보편적 합의가 존재하지 않았다. 결국 민주주의는 그 같은 규범적 이상을 그 시대와 사회의 사람들이 그 시대와 사회의 조건 속에서 합당하다고 생각하는 모습으로 구체화

19) Alain Touraine, translated by David Macey, *What Is Democracy?*, Routledge, 2018, p. 31. 권력분립을 통해 민주주의의 부분적 수용을 도모한 몽테스키외의 구상에 관해서는, C. S. Montesquieu, 앞의 책, 187면 이하, 192면 이하. 이는 몽테스키외의 권력분립이론이 고전적인 혼합정체이론에 기초한 것이기 때문이다. 권력분립이론과 혼합정체이론 간의 관계는, Richard Bellamy, “The Political Form of the Constitution: the Separation of Powers, Rights and Representative Democracy”, *Political Studies*, Vol. 44, No. 3, 1996, pp. 440ff. 권력분립원리와 민주정치 간의 일정한 긴장관계에 대해서는 양건, 헌법강의(제10판), 법문사, 2021, 1076-1977면.

20) Aharon Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, 2008, pp. 35ff. 바락은 “권력분립은 민주주의의 근간(backbone)”이라고 표현한다. 같은 책, p. 36. 켈젠 역시 그와 유사한 설명을 남긴 바 있다. Hans Kelsen, 앞의 책, p. 269. 그 외에도 Hofmann, “Art. 20”, in: Schmidt-Bleibtreu-Hofmann-Hopfauf(Hrsg.), *GG Kommentar*, 11. Aufl., Carl Heymanns Verlag, 2008, S. 664. 우리 헌법학에서는 대체로 권력분립원리를 자유주의 이념에 기초한 법치주의의 내용으로 설명하는 편이나, 이를 자유주의의 세례를 받은 근대 민주정치의 요청으로 이해하는 입장도 있다. 예컨대, 김철수, 헌법학개론(제19전정신판), 박영사, 2007, 203면, 1205면.

21) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1.

22) 김세균, “자유민주주의의 역사, 본질, 한계”, 한국정치연구회 사상분과 편저, 현대민주주의론 I, 창작과비평사, 2001, 326면.

해 실천하는 정치적 원리라고 말할 수 있다. 역사를 되짚어 보면, 민주주의인 것과 민주주의가 아닌 것 간의 명확한 경계를 긋기가 불가능할 만큼 민주주의가 포용할 수 있는 내용의 범위는 광범위했다. 2500년 전에는 민주주의의 대립물이었던 대의제 방식이 오늘날에는 민주주의의 전형으로 받아들여지고 있는 이 같은 극적인 변화에 비추어 볼 때, 헌법재판 제도를 동반하는 대의민주주의라는 방식이 민주정치의 범주에서 배제되어야 할 절대적 이유는 존재하지 않는다.²³⁾ 오히려 후술할 내용 등을 고려할 때, ‘헌법재판을 포용한 대의민주주의’가 향후 민주주의의 정당한 계통 속에 자리 잡게 될 가능성도 충분하다.²⁴⁾

2. 국민의 자가지배 방식으로서의 정당성

민주주의를 입법의 차원과 동일시하는 것은 부분적으로만 타당하다. 오늘날 입헌민주주의에서 민주주의는 입헌과 입법이라는 두 차원에서 작동한다.²⁵⁾ 근대 입헌주의의 규범서열 관념 속에서 입헌은 입법보다 더욱 근본적 차원의 민주적 정당성을 표상한다.²⁶⁾ 입헌민주주의

23) 같은 취지로, Mattias Kumm, 앞의 논문, p. 173.

24) 이는 오늘날 민주주의를 절차적인 관점에서 이해할 것인가, 아니면 그것의 실제적인 성격을 강조할 것인가에 관한 문제와도 관련이 있다. 전자는 다수가 참여하는 의사결정을 민주주의로 이해함에 반해, 후자는 민주주의가 추구하는 원리나 가치, 예컨대 시민적 동등성, 혹은 동등한 배려와 관심 등을 실현하는 것을 민주주의의 핵심으로 파악한다. 전자의 관점에서 보면 헌법재판은 다수의 참여를 통한 의사결정을 훼손하는 것이지만, 후자의 입장에서 헌법재판은 그와 같은 원리나 가치의 실현에 복무함으로써 민주주의를 실현하는데 기여할 수 있다. 전자와 같은 절차중심적인(procedure-driven) 입장은 월드론으로부터, 후자와 같은 결과중심적인(result-driven) 입장은 드워킨으로부터 확인된다. Jeremy Waldron, 앞의 책(주 10), 1999, pp. 294f; Ronald Dworkin, 장영민 옮김, 법의 제국, 아카넷, 2008, 499면; Ronald Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, 1996, p. 34.

25) 애커먼은 이를 이중민주주의(dualist democracy)로 표현한다. Bruce Ackerman, *We The People 1: Foundations*, Belknap Press of Harvard University Press, 1991, pp. 3ff, 295ff; Bruce Ackerman, *We The People 2: Transformations*, Belknap Press of Harvard University Press, 1998, pp. 3ff.

26) 헌법과 법률은 모두 국민 자신이 만든 규범이라는 점에서 동일하나, 헌법은 입법을 규율하기 위한 사전서약(precommitment)의 의미를 갖는다. 사전서약의 관점에서 헌법을 이해

(constitutional democracy)는 동시에 민주주의로서의 입헌주의 (constitutionalism as democracy)이기도 하다.²⁷⁾

어떤 의미에서 근대 민주주의는 겸허한 원리이다. 자신의 능력과 한계를 스스로 인정하기 때문이다. 근대 민주주의는 민주주의 원리가 적용되어야 할 영역과 그렇지 않은 영역을 구분해 민주주의 원리의 과도한 활용을 경계해 왔다. 가령, 고대 아테네는 추첨을 통해 선정한 법관에게 재판권을 맡기는 민중재판방식을 취했지만,²⁸⁾ 근대 민주주의에서는 이러한 재판방식을 따르는 곳을 찾아보기 어렵다. 직업법관의 전문성과 필요성을 부인하지 않기 때문이다. 또한, 민주주의 원리가 가장 강하게 적용되는 입법 영역에서도 헌법(혹은 국제인권조약)이라는 고차적인 규범적 한계를 받아들이고 있다.²⁹⁾ 다시 말해, 근대 민주주의 체제는 국민의 자기 지배를 추구하는 민주주의 원리에 기초하지만, 민주주의 원리만이 국민의 자기 지배를 실현하기 위해 필요한 모든 것이라고 단언하지 않는다. 주권자로서 국민은 민주주의 원리를 어디까지, 어떤 방식으로 적용할 것인지를 결정할 수 있고, 이 결정도 궁극적으로 국민이 자기 지배를 실현하기 위한 과정의 일환이다.

입법에 대한 위헌심사권한을 헌법재판기관에 부여하는 것 역시 이러한 결정에 속한다. 미국이나 이스라엘처럼 명문규정 없이 헌법해석으로 이

하는 대표적 문헌으로는 Stephen Holmes, “Precommitment and the Paradox of Democracy”, in: Jon Elster & Rune Slagstad(eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, 1988, pp. 195ff. 이에 대한 비판으로는 Jeremy Waldron, 앞의 책(주 10), 1999, pp. 257ff.

27) 민주주의로서의 입헌주의에 관해서는 Jed Rubenfeld, 앞의 책, pp. 163ff.

28) 아테네 민주정의 사법제도와 재판방식에 관해서는 Aristoteles, 최자영·최혜영 옮김, “아테네 정치제도사”, 고대 그리스정치사 사료, 신서원, 2002, 109면 이하; M. H. Hansen, translated by J. A. Crook, *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes: Structure, Principles, and Ideology*, University of Oklahoma Press, 1999, pp. 178ff; D. M. MacDowell, *The law in Classical Athens*, Cornell University Press, 1986, pp. 203ff, 235ff; A. R. W. Harrison, *The Law of Athens II*, Hackett Pub. Co., 1998 참조.

29) 의회 입법의 위헌심사를 인정하지 않는 대표적 국가인 영국과 네덜란드(헌법 제94조)도 자국의 입법이 유럽인권협약 등 국제인권조약에 위반되지 않도록 심사하는 제도를 두고 있다. 이에 관해서는 이황희, “입법에 대한 사법심사 제한조항의 해석”, 헌법논총 제30집, 헌법재판소, 2019, 73-74면, 94면 이하.

권한을 인정하거나, 네덜란드처럼 헌법의 명문규정을 통해 입법에 대한 위헌심사를 금지한(헌법 제120조) 드문 사례를 논외로 한다면, 국민이 헌법을 제정해 의회의 위헌적 입법을 견제하기 위한 권한을 헌법재판기관에 부여하고 있는 것이 오늘날 입헌주의의 보편적인 모습이다. 입헌의 관점에서 보면, 입법기관이든 헌법재판기관이든 국민으로부터 위임받은 권한을 행사한다는 점에서 본질적으로 동일하다. 다만 주권자는, 입법기관에 대해서는 국민의 정치적 선호에 민감하게 반응하기를 기대하고, 헌법재판소에 대해서는 그렇게 하지 않기를 원하는 까닭에, 양자의 구성방식을 달리 설정하고자 할 뿐이다.

만약 ‘헌법재판을 수용한 대의민주주의’라는 주권자의 기획이 의회를 통한 민주적 지배의 실현에 심각한 해악을 초래한다고 평가한다면, 주권자는 언제든지 개헌을 거쳐 헌법재판을 폐지하고 의회에 더 큰 재량을 부여할 수 있다. 그러나 헌법재판의 비민주성에 대한 비판에도 불구하고, 이 제도 자체를 폐지한 사례는 아직 찾아보기 어렵다.³⁰⁾ 오늘날 보편화된 헌법재판의 존재는, 주권자가 의회에 주권적 지위를 인정하는 방식이 아니라, 헌법재판에 의해 의회가 부분적으로 견제되는 방식을 더욱 긍정적으로 평가하고 있음을 의미한다. 이러한 평가가 지속되는 한, 헌법재판을 동반한 대의민주주의라는 주권자의 선택도 유지될 것이다.

3. 비선출직을 통한 선출직 견제의 정당성

가. 입법폐

이처럼 국민의 자가지배 이념을 추구하는 것과 선거를 통한 민주적 정당성을 추구하는 것이 반드시 일치하는 관계는 아니다. 전자를 지향하면

30) 키르기스 공화국의 국민들은 2010년 개헌 과정에서 과거 헌법재판소가 권위주의 정권의 통치에 협력했다는 이유로 헌법재판소를 폐지했다. 그러나 헌법재판의 관할은 대법원으로 이관하여 그 기능을 유지하도록 했으므로, 이는 헌법재판소의 폐지일 뿐 헌법재판의 폐지는 아니다. 이 폐지의 배경에 관해서는 이황희, “헌법재판소에 대한 견제”, 법학연구 제22권 제3호, 인하대학교 법학연구소, 2019, 447-449면. 그러나 최근 2021년 개헌에서는 헌법재판소를 다시 도입, 종전보다 더 강화된 권한을 부여했다.

서도 후자 이외의 방식을 선택하는 것 또한 충분히 가능한 일이다. 이는 실제로 근대 민주주의에서 종종 확인되며, 헌법재판의 수용이라는 근대 대의민주주의의 기획 역시 그러한 배경에서 더욱 정확히 이해할 수 있다.

근대 민주주의에서 입법 등 주요 의사결정은 선출된 대표들이 주도한다. 그러나 그렇다고 해서 근대 민주주의가 선거로 선출된 자들에 대해서만 입법에 관여할 자격을 부여해 온 것은 아니다. 물론, 우리처럼 하나의 의회만을 두고 거기에 입법권을 전속시킨 국가들, 혹은 일본이나 이탈리아, 스페인처럼 양원에 입법권을 부여하면서 국민이 양원을 직접 선출하도록 한 국가들에서는 입법권이 선거로 선출된 대표들에게 인정된다.

그러나 그와 달리, 입법부 중 일부를 선출되지 않은 대표들로 구성하는 국가들도 있다. 대표적으로, 양원제 국가들 중 상원을 국민이 직접 선출하지 않는 자들로 구성하는 곳들이다. 영국, 독일, 프랑스, 네덜란드, 아일랜드, 인도 등이 여기에 속한다. 영국 상원은 특권층들로 구성되고(House of Lords), 그 구성원은 통상 수상의 추천으로 국왕이 임명한다. 독일 상원은 각 주에서 과격한 주정부의 대표들로 구성되고(기본법 제51조), 지방자치단체를 대표하는 프랑스 상원은 지방의원 등으로 구성된 선거인단으로부터 간접적으로 선출되며(헌법 제24조), 네덜란드 상원은 주의회에서 선출된다(헌법 제55조). 아일랜드 상원은 직능대표로서의 성격이 짙은데, 전체 60인 중 11인은 수상이 지명하고, 나머지 49인은 대학 등에서 선출한다(헌법 제18조). 인도 상원은 12인은 대통령이 지명하는 자로, 그 외는 하원에서 선출하는 자로 구성된다(헌법 제80조). 1913년 이전까지의 미국 상원도 유사했다. 건국 이후 1913년 수정헌법 제17조가 비준되기 이전까지 주 의회가 연방 상원의원을 선출했기 때문이다.

또한, 비선출직 국왕이나 간선 대통령을 입법기관의 일부로 인정하는 국가들도 있다. 전통적인 혼합정체(mixed constitution) 혹은 제한정부(limited government) 이념에 따른 정치체도를 구상했던 영국이 대표적이다. 이는 ‘법적 시각에서 의회(parliament)란 국왕과 귀족원, 그리고 평민원을 의미하며, 이 세 기관이 의회를 구성한다.’³¹⁾ 다이시(A. V. Dicey)의 유명한 설명에서 잘 드러난다. 이 관념은 “의회 내의 국왕

(King in Parliament)”이라는 표현을 통해 명예혁명 이후 더욱 공고화되었다. ‘국왕과 상·하원으로 구성된 의회’라는 관념은 다른 국가들에게도 영향을 끼쳤다. 캐나다(헌법 제17조), 호주(헌법 제1조), 뉴질랜드(헌법 제14조), 아일랜드(헌법 제15조), 인도(헌법 제79조), 벨기에(헌법 제36조) 등도 여기에 해당한다.³²⁾ 아일랜드와 인도에서는 국왕의 역할이 대통령의 그것으로 대체되어 있다. 다만, 오늘날 이들 국가에서 국왕은 명목상 역할에 그칠 뿐, 실질적인 권한을 행사하지 않는다. 영국의 경우에는 1707년 이후 입법에서 국왕의 역할이 유명무실해졌다.³³⁾ 그러나 예외도 있는데, 벨기에에서는 불과 30여 년 전에도 국왕의 입법권한이 약한 형태이나마 현실정치에서 효력을 발휘한 바 있다.³⁴⁾

비선출직 기관을 입법부의 일원으로 인정한 국가라 해도, 선출직의 권한과 역할이 비선출직의 그것에 비해 우월한 편이다. 그러나 비선출직도 헌법상 입법부의 분명한 일원이며, 선출직을 견제하는 등 필요한 역할을 수행한다. 특히 이들의 존재는, 민주국가의 입법이 반드시 선거로 선출된

31) A. V. Dicey, 안경환·김종철 옮김, 헌법학입문, 경세원, 1993, 2면. 비슷한 취지로, William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England Books I*, J. B. Lippincott Co., 1893, pp. 50f, 153. 양원이 왕권을 침해하는 입법을 할 가능성에 대비해 국왕 역시 입법에 관여할 자격이 인정되었다. 같은 책, p. 154. 이와 유사한 몽테스키외의 설명은 C. S. Montesquieu, 앞의 책, 194면, 196면.

32) 캐나다 헌법 제17조는 “캐나다의 연방의회는 여왕(Queen), 상원 및 하원으로 구성된다.”, 호주 헌법 제1조는 “연방의 입법권은 여왕(Queen), 상원 및 하원으로 구성되는 연방의회에 속한다.”, 뉴질랜드 헌법(Constitution Act) 제14조는 “의회는 국왕(Sovereign)과 국민대표회의(House of Representatives)로 구성된다.”, 아일랜드 헌법 제15조는 “의회는 대통령과 상·하원의 양원제로 구성된다.”, 인도 헌법 제79조는 “연방의회는 대통령과 상원과 하원의 양원으로 구성된다.”, 벨기에 헌법 제36조는 “연방입법권은 국왕과 상원 및 하원이 공동으로 이를 행사한다.”로 되어 있다.

33) Leslie Wolf-Phillips, “A Long Look at the British Constitution”, *Parliamentary Affairs*, Vol. 37, No. 1, 1984, p. 277. 왕의 재가를 받지 못한 마지막 법안은 1707년 스코틀랜드 민병대 법안(Scottish Militia Bill)이었다.

34) 1990년, 당시 국왕인 보두앵(Baudouin)은 독실한 가톨릭 신자이었기에, 의회가 낙태를 허용하는 법률을 가결했음에도 이 법률이 자신의 신념에 반한다는 이유로 재가를 거부했다. 결국 보두앵은 일시적으로 국왕직에서 물러났고, 그를 대신해 내각이 해당 법률을 공포한 후 그가 다시 국왕에 복귀함으로써 이 문제는 일단락되었다. Patricia Popelier and Koen Lemmens, *The Constitution of Belgium: A Contextual Analysis*, Hart Publishing, 2015, p. 145.

자에 의해서만 수행되는 것이 아님을 보여준다. 물론 이들은 이미 선출된 기관(하원, 선거인단, 주 정부 등)에 의해 다시 선출된 것이므로, 큰 틀에서 보면 이 역시 국민에 의해 선출된 것일 수 있다.³⁵⁾ 그런데 통상 헌법재판소 재판관 역시 국민이 직접 선출한 기관에 의해 전부 혹은 대부분이 선출되므로,³⁶⁾ 위와 같이 본다면 헌법재판소도 국민에 의해 선출된 기관에 해당하게 된다.³⁷⁾ 그러나 국민으로부터 직접 정당성을 인정받는 것과 그렇게 인정된 기관으로부터 재차 인정받는 것 간에는 차이가 있으므로, 양자는 민주적 정당성의 크기 혹은 수준에 있어서 구분될 필요가 있다.

나. 필요성

오늘날 대의민주주의에서 비선출직 입법기관이 존재하는 이유는, 선거로 선출된 대표로 구성된 입법기관만으로는 불충분하다는 판단이 존재하기 때문이다. 선거의 결과는 존중되어야 하지만, 선거가 항상 그 사회에

35) 국민에 의해 선출된 정치적 기관이 고유한 정치적 판단에 따라 선출하거나 임명한 것이라면, 그 재판관도 정당화의 사슬을 통해 민주적 정당성을 갖출 수 있다는 입장도 존재한다. 민주적 정당화의 사슬에 관해서는 Ernst-Wolfgang Böckenförde, 김효진·정태호 옮김, *헌법과 민주주의*, 법문사, 2003, 220면 이하. 이를 법관의 “민주적 계통”(democratic pedigree)이라고 표현하면서 그것의 민주정치적인 연관성에 주목하는 입장으로, Christopher L. Eisgruber, *Constitutional Self-Government*, Harvard University Press, 2001, pp. 64ff.

36) 국민이 직접 선출한 기관에 의해 재판관이 선출되도록 한 국가로는, 독일, 헝가리, 벨기에, 마케도니아, 폴란드처럼 의회에서 헌법재판소 재판관을 선출하는 국가나, 프랑스, 불가리아, 루마니아, 체코, 러시아, 세르비아, 슬로베니아처럼 의회와 국민에 의해 직선된 대통령이 함께 재판관 선출을 하도록 한 국가가 있다. 반면, 우리나라를 포함해 이탈리아, 우크라이나, 인도네시아 등 최고법원이나 법관회의 혹은 사법평의회 등 사법부와 관련된 기구에서 재판관을 일부 임명하도록 한 국가나 오스트리아, 스페인처럼 행정부도 재판관 선출에 관여할 수 있도록 한 국가라면, 국민이 직접 선출하지 않은 기관에 의해 일부 재판관이 선출될 것이다.

37) 이러한 시각은 헌법재판소를 헌법문제에 특화된 입법기관으로 이해하는 시도를 더욱 뒷받침할 수 있다. 이에 관한 대표적 문헌으로, Alec Stone Sweet, *Governing with Judges*, Oxford university press, 2000, pp. 61ff. 특히 추상적 규범통제를 수행할 때 헌법재판소는 사실상 제3원(third legislative chamber)으로 기능한다고 평가될 수 있다. 같은 책, p. 151, n 17; Victor Ferreres Comella, 앞의 책, p. 50.

서 가장 바람직한 결과를 산출하는 것은 아니다. 주, 지역, 직능 등 여러 사회적 조건의 차이에서 연유하는 이해관계를 조정하고, 보다 다양한 민의를 의회에 반영하고자 하는 국가라면, 그러한 이해관계 조정과 민의반영을 위해 선출직 입법기관 외에 의회구성의 다양성을 증진하는 다른 장치를 필요로 할 수 있다. 가령, 양원을 두면서 상원을 그러한 목적에 맞게 구성하는 방식이다. 앞서 본 대로, 상원을 특권층(영국), 주 정부(독일, 네덜란드), 지방자치단체(프랑스), 직능(아일랜드)의 대표기관으로 설정하는 것이다.³⁸⁾

그렇다면 같은 문제의식의 연장에서 생각할 때, 그 문제에 대한 또 다른 해결책으로, 예컨대 선출직 대표를 견제하는 비선출직 기관을 이번에는 입법부 외부에 설치하는 방식을 고려하지 못할 이유는 없다. 양자는 비선출직들로 하여금 선출된 대표를 견제하도록 한다는 점에서 본질적으로 동일하며, 다만 입법부 내에서 그들을 견제하도록 하느냐, 아니면 입법부 외에서 그렇게 하도록 하느냐에 있어서 차이를 가진다. 비선출직들로 하여금 선출된 대표의 입법권을 견제하도록 하는 방식이 민주적 제도의 일환으로서 정당한 것이라면, 그 같은 견제를 수행할 비선출직들을 입법부 안에 두느냐, 밖에 두느냐는 그들이 수행할 견제역할의 정당성을 판단하는 데 본질적 기준이 되지 않는다.

4. 중간결론

지금까지, ‘헌법재판을 포용한 대의민주주의’라는 방식이 근대 민주주의의 규범적 이상에 어긋나지 않는 정당한 정치적 기획이 될 수 있는 가능성에 관하여 살펴보았다. 특히, 민주주의는 다양한 해석에 개방되어 있는 점, 입헌의 차원에서 조망할 때 헌법재판과 결합된 대의민주주의 역시 주권자의 민주적 의사결정으로 볼 수 있는 점, 헌법재판권한이든 입법권한이든 모두 주권자인 국민으로부터 위임받은 것이므로 양자의 관계

38) 대의민주주의에 대한 비판적 논의 중에는 상원은 선거를 통해, 하원은 추첨을 통해 구성하자는 주장도 있다. 이에 따르면 상원은 정치엘리트 계층의 이해를 대변하고, 하원은 일반국민들의 민의를 반영하는 기관이 될 것이다. 이에 관해서는, Ernest Callenbach and Michael Philips, 앞의 책, 38면 이하.

를 어떻게 설정할 것인가를 정하는 것은 국민의 자가지배를 실현하는 과정인 점, 근대 민주주의가 비선출직이 수행하는 입법적 역할의 정당성을 인정해 온 상황에서 헌법재판관이 단지 국민에 의해 선출되지 않는다는 사실만으로 헌법재판이 대의민주주의에 부합하지 않는다고 단언하기는 어려운 점을 중심으로 생각해 보았다.

그러나 ‘헌법재판을 포용한 대의민주주의’가 국민의 자가지배 이념에 부합할 수 있다는 사실이 국민의 자가지배 이념을 위해서는 반드시 ‘헌법재판을 포용한 대의민주주의’가 되어야 한다는 것을 의미하지는 않는다. 결국 다양한 민주주의의 형식 중에서 헌법재판을 포용한 방식이 선택받기 위해서는 이 방식이 다른 방식에 비해 더 큰 장점을 가져야 한다. 그렇다면 남은 문제는 이 방식이 그러한 이념의 실현에 효과적인가, 그래서 이 방식을 계속 유지할 필요가 있는가이다. 이 방식이 효과적이지 않다면, 비록 이것이 대의민주주의 이념에 어긋나지 않는다 해도 우리가 굳이 이 방식을 고수해야 할 필연적 이유는 존재하지 않는다.

Ⅲ. ‘헌법재판을 포용한 대의민주주의’의 민주적 효용

서두에서 밝힌 대로, 필자는 대의민주주의에 헌법재판제도를 접목할 수 있는가의 문제는 선형적 문제 혹은 당위의 문제라기보다는 경험적 문제 혹은 효용의 문제라고 이해한다. 아울러 대의민주주의가 헌법재판을 수용함으로써 더욱 포용적이고, 성찰적이고, 안정적인 모습으로 실현될 수 있다고 평가한다. 헌법재판은, 물론 그것이 적절히 수행되는 것을 전제로, 대의민주주의를 더욱 좋은 민주주의로 만드는 데에 기여한다는 것이다. 우리는 이를 대의민주주의의 형식 개선, 결함 보완, 민주적 지향성 강화 측면으로 나누어 살펴보고자 한다.

1. 대의민주주의의 형식 개선

가. 제도와 절차의 형성

헌법재판은 대의민주주의의 형식을 개선하는 데 기여한다.³⁹⁾ 민주주의의 실현을 위해서는 다양한 제도적 장치가 필요하다. 무엇보다도 민주주의는 그것을 영위하기 위한 여러 권리를 필요로 한다.⁴⁰⁾

대의민주주의가 대표의 선출과 권한의 위임을 통한 민주주의임을 상기한다면 국민이 대표를 선출하고 정치적으로 평가하는 데 필요한 선거권이 가장 기본적인 것이다. 헌법은 대표선출이 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의해야 함을 선언한다(제41조 제1항). 또한, 오늘날 대의민주주의는 정당제도에 기초하므로, 정당의 설립, 활동에 관한 권리를 포함해 정당에 관한 제도 전반을 제대로 갖추는 것 역시 대의민주주의의 성공을 위해 필수적이다.

대의민주주의는 대표를 통한 의사결정이라는 제도화된 정치를 주축으로 삼지만, 다른 한편 일반시민에 의한 비정형적 여론형성을 또 하나의 축으로 두는 이중의 구조로 축조되어 있다.⁴¹⁾ 일반시민은 선거권 외에도 이러한 비공식적인 정치적 실천 속에서 대표의 의사결정을 지도할 수 있으므로,⁴²⁾ 표현의 자유나 집회·시위의 자유 역시 대의민주주의의 바람직한 실현을 위해 불가결한 요소이다.

39) 헌법재판이 민주적 제도와 절차 보호에 긍정적인 역할을 할 수 있다는 주장은, John Hart Ely, 전원열 옮김, *민주주의와 법원의 위헌심사*, 나남출판, 2006, 244면 이하; Jürgen Habermas, 한상진·박영도 옮김, *사실성과 타당성*, 나남출판, 2000, 341-342면; Carlos Santiago Nino, *The Constitution of deliberative democracy*, Yale University Press, 1996, pp. 199ff.

40) Jürgen Habermas, 앞의 책(주 39), 162면 이하.

41) 의회와 정치적 공론영역 간의 협력에 기초한 근대 민주정치의 이중궤도(zweigleisig; two-track) 이론에 관해서는, Jürgen Habermas, 앞의 책(주 39), 363면 이하, 370면 이하.

42) 여론이 공적 권력의 행사를 특정한 방향으로 인도한다는 하버마스의 표현은 Jürgen Habermas, 앞의 책(주 39), 365면. 여론의 정치적 영향력에 관해서는, Jürgen Habermas, 한승완 옮김, *공론장의 구조변동*, 나남출판, 2007, 135면 이하.

이러한 제도와 절차는 지속적인 입법적 형성과 조정을 필요로 하는데, 헌법재판은 이러한 형성과 조정이 헌법의 이념과 원리에 부합하는 것인지를 심사함으로써 대의민주주의의 제도와 절차를 더욱 합리화하는 데 기여한다. 예컨대, 재외국민의 선거권, 수형자의 선거권을 확대하는 결정,⁴³⁾ 집회·시위의 자유를 포함한 각종 정치적 자유를 확장하는 결정은⁴⁴⁾ 우리 대의민주주의의 질적 개선과 민주적 증진에 유의미한 역할을 했다.

나. 제도와 절차의 관철

대의민주주의의 제도와 절차는 국민에게 민주주의를 향유할 기반을 제공하는 동시에, 대표들의 의사결정을 가능하게 하는 조건이기도 하다. 근대 민주주의는 단순한 국민의 자기지배가 아니라, 사전에 정해진 제도와 절차를 준수하는 것을 조건으로 한 국민의 자기지배를 의미한다.⁴⁵⁾ 근대 민주주의는 기실 무수한 규칙들을 통해 존립하고 있기 때문이다.⁴⁶⁾ 이 규칙들이 준수되지 않는다면 민주적 의사결정은 성립하기 어렵다. 국민은 헌법재판을 통해 절차위반 문제를 제기함으로써 대표들로 하여금 제도와 절차를 준수하도록 만들 수 있다.⁴⁷⁾ 특히, 입법절차상 하자를 이유로 대표의 심의·표결권 침해를 인정할 수 있다고 보는 권한쟁의심판은 입법의 절차적 준수를 감시해 온 대표적인 심판절차였다.⁴⁸⁾

이와 더불어, 절차위반에 대한 법적 통제장치로서 헌법재판의 존재는 그 자체로 대표로 하여금 절차위반 행위를 사전에 자제하도록 강제하는 역할을 할 수 있다. 정치적 득실계산에 익숙한 대표라면, 재판소의 결정

43) 헌재 2007. 6. 28. 2004헌마644등; 2014. 7. 24. 2009헌마256등; 2014. 1. 28. 2012헌마409등.

44) 헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25; 2014. 3. 27. 2010헌가2등; 2014. 4. 24. 2011헌가29; 2018. 5. 31. 2013헌바322등; 2018. 6. 28. 2015헌가28등; 2018. 7. 26. 2018헌바137.

45) Stephen Holmes, 앞의 논문, p. 231.

46) Carlos Santiago Nino, 앞의 책, p. 199.

47) 헌법상 적법절차원칙은 입법작용에 대해서도 적용된다는 판례로 헌재 2001. 2. 22. 99헌마613; 2018. 1. 25. 2016헌바315 등. 위헌법률심판이나 헌법소원심판에서 입법에 관한 절차위반 문제를 제기할 수 있다는 판례로 헌재 1998. 8. 27. 97헌마8등.

48) 헌재 1997. 7. 16. 96헌라2; 2003. 10. 30. 2002헌라1; 2006. 2. 23. 2005헌라6 등.

으로 머지않아 정치적 수세에 몰리게 될 행위를 굳이 감행하려 들지 않을 것이기 때문이다. 이는 헌법재판이 원래 사후적 교정수단이지만, 그것이 잘 작동한다면 사전적 억제수단으로도 기능할 수 있음을 보여준다.⁴⁹⁾

이처럼 헌법재판은 대의민주주의의 제도적, 절차적 조건들을 보호하고 그 조건들의 준수를 관철함으로써 대의민주주의가 더욱 민주적으로 형성, 운영되는 데 기여한다.

2. 대의민주주의의 결함 보완

두 번째로 살펴볼 것은, 대의민주주의의 운영상 결함을 보완하는 역할이다. 선출된 대표에 의한 대의를 표방하는 대의민주주의는 여러 측면에서 불완전함을 노정하는데, 이하에서는 그중에서도 헌법재판이 보완적 역할을 유의미하게 해 낼 수 있다고 보이는 세 지점을 살펴보고자 한다.

가. 대의의 결함 보완

1) 우선, 헌법재판은 대의민주주의의 실천적 토대인 ‘대의’ 방식의 불완전함을 보완하는 역할을 수행한다. 대의민주주의에서 대표는 전체 국민의 이익을 추구하는 자이다. 자신의 지역구에서 선출되더라도 그는 지역구의 대표가 아니라 전체 국민의 대표이다.⁵⁰⁾ 따라서 어떤 대표에 의

49) 이황희, “헌법재판소와 법치적 민주주의”, 박종민(편), 한국의 민주주의와 법의 지배, 박영사, 2022, 45면.

50) 대표의 역할과 대의의 성격에 관해서는 대리인(proxy, delegate) 모델과 수탁자(trustee) 모델의 대립, 대표에 대한 위임의 성격에 관한 명령적 위임 이론과 자유위임 이론의 대립, 혹은 대의의 본질이 명령적인 것인가(mandate), 독립적인 것인가(independence)에 관한 논쟁, 대표가 선거구민의 대표인가 전체국민의 대표인가에 관한 논쟁 등이 있다. Dimitrios Kyritsis, “Representation and Waldron’s Objection to Judicial Review”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 4, 2006, pp. 741ff; Jean-Jacques Rousseau, 앞의 책, 122-125면; 서병훈, “대의민주주의의 꿈과 포부, 그리고 과제”, 왜 대의민주주의인가, 이학사, 2011, 19-20면; 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2015, 700면 이하; 정종섭, 헌법연구(1)(제3판), 박영사, 2004, 260면 이하, 263면 이하; 정재황, 헌법학(제2판), 박영사, 2022, 1346면 이하; Hanna Fenichel Pitkin, *The Concept of Representation*, University of California Press, 1972, pp. 144ff.

해서든 간에, 모든 국민은 동등하게 대의될 자격을 가진다. 이는 모든 국민이 ‘의회에서 동등하게 대의될 권리’(right to equal representation in parliament)를⁵¹⁾ 가진다고 말할 수 있는 기초가 된다.

그러나 현실정치에는 이러한 동등한 대의라는 규범적 이상을 제약하는 여러 요소가 존재한다. 먼저 언급할 것은, 민주주의의 이상과 현실 간의 갈등, 즉 공동체의 전체 구성원을 동등하게 취급해야 한다는 정치적 이상과 전체 구성원 중 다수의 의사가 우선시되는 정치적 현실 간의 충돌 문제이다.

차회 선거에서 재선을 원하는 대표는 현실적으로 정치적 다수의 의사에 영향을 받기 쉬우며, 정치적 다수에 속하지 못하는 소수의 의사는 대표에 의해 진지하게 고려되지 못하는 경향이 있다.⁵²⁾ 즉, 다수의 의사를 중시하는 민주주의의 속성상 소수의 의사는 동등하게 대의되지 않을 항상적 위험에 처하는 것이다. 또한, 대표들이 아무리 동등한 대의를 위해 노력한다 해도 사회에 존재하는 복잡적이고 중층적인 이해관계를 누락 없이 면밀히 반영하기에는 한계가 있으므로, 의회가 사회에 존재하는 모든 정치적 의사를 동등하게 대의하기란 현실적으로도 매우 어려운 일이다.

또한, 선거방식 자체에 내재한 문제도 동등한 대의라는 규범적 이상이 불완전하게 실현되도록 하는 요소가 된다. 선거는 전체 국민이 참여하는 보통선거를 원칙으로 하지만, 유권자는 결코 전체 국민이 될 수 없다.⁵³⁾ 민주국가라 하더라도 반드시 모든 국민이 선거권을 가지는 것은 아니다. 보통선거 원칙에도 제한이 있다. 가령, 특정 나이 이하의 국민은 선거권이 없다. 국가마다 선거권이 인정되는 연령에는 차이가 있지만 대략적으로 10대 후반에 이르는 자에게 선거권을 부여하고 있는데, 우리는 18세 이상이 되어야만 선거권이 주어진다(공직선거법 제15조). 또한 우리나라

51) ‘의회에서의 동등한 대의’(gleichmäßige Repräsentation)가 헌법재판의 대상이 될 수 있다는 하버마스의 지적에 관해서는, Jürgen Habermas, 앞의 책(주 39), 324면(원문은 *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, 1992, S. 322).

52) 같은 취지로, Ronald Dworkin, 앞의 책(주 24), 2008, 524면.

53) Christopher L. Eisgruber, 앞의 책, p. 50. 오늘날 민주주의에서도 국민의 범주에 “모든 사람”이 포함된다고 보기 어렵다는 지적으로, Giovanni Sartori, 앞의 책(주 1), pp. 22f(47면).

에서 외국인이나 수형자 등도 선거권이 없다(공직선거법 제15조, 제18조).⁵⁴⁾

선거에 참여하는 것은 국민이 행할 수 있는 가장 대표적인 민주적 실천이며, 이 실천을 통해 국민은 대표에 대하여 자신의 정치적 우위를 관찰하고 자신의 이익이 대표에 의해 진지하게 고려되도록 만들 수 있다. 선거권의 존재는 그들의 이익이 대표에 의해 진지하게 고려되도록 만드는 효과적인 동력인 것이다. 그러나 이는 반대로 말하자면, 선거권이 없는 자는 대표로 하여금 그렇게 행동하도록 만들 힘이 부족하다는 뜻이 되기도 한다. 대표의 입장에서 본다면, 선거권이 없는 자의 정치적 의사는 자신의 재선 여부에 큰 영향을 끼치기 힘들다.

심의적 역할을 위한 제도적 실천이라는 측면에서 대의제도를 이해하고자 하는 어비나티(N. Urbinati)의 주장을 빌리면, 대의민주주의의 요체는 “신체적 현존”이 아니라 “목소리와 생각을 통한 현존”에 있다.⁵⁵⁾ 이러한 ‘목소리와 생각의 현존’은 반드시 ‘동등한 현존’이어야 할 것이나, 정치적 다수의 우월한 영향력 등 여러 현실적 문제로 인해 그와 같은 목적을 달성하지 못하는 경우가 오히려 더 일반적이다. 외국인처럼 선거권이 없는 자들, 여성이나 청년처럼 선거권은 있으나 정치적으로 과소 대표되는 자들, 미래 세대처럼⁵⁶⁾ 현존하지 않고 관념상 존재할 뿐인 자들은 현재 선거권이 있는 자들, 정치적으로 과잉 대표되는 자들, 이미 현존하는 자들과 동등하게 대의되지 못할 구조적으로 불리한 조건 속에 처해 있다. 이는 결국 근대의 선거제도가 민주주의의 전형으로 상찬됨에도 불구하고,

54) 다만 지방선거의 선거권은 일정한 요건을 갖춘 외국인에게도 인정된다(공직선거법 제15조).

55) Nadia Urbinati, *Representative Democracy: Principles and Genealogy*, University of Chicago Press, 2006, p. 225. 헌법재판을 ‘대의’(representation)라는 관점에서 해명하고자 하는 알렉시는 입법부를 결정을 위한 대의기관으로, 헌법재판소는 논증을 위한 대의기관으로 구분한다. Robert Alexy, “Balancing, constitutional review, and representation”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, No. 4, 2005, pp. 578ff.

56) 민주적 의사결정과정에서 미래 세대의 이해관계가 소홀히 다루어질 가능성에 대해서는, 전광석, “지속가능성과 세대간 정의”, 헌법학연구 제17권 제2호, 한국헌법학회, 2011, 316면 이하. 미래 세대에 대한 고려의 정당성에 관해서는, 홍종현, “세대간 정의와 국가재정의 지속가능성”, 유럽헌법연구 제34호, 유럽헌법학회, 2020, 250면 이하. “자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것”을 다짐하는 우리 헌법 전문에 의해서도 미래 세대의 이해관계를 고려할 의무가 뒷받침될 수 있다.

거기에는 일정한 제도적 결함들이 내재하고 있음을 시사한다.

한편, 선거는 전체 국민의 의사를 확인하기 위한 것이지만, 그 결과는 실제로 투표를 행한 자들의 의사로만 산정하므로 그것이 전체 국민의 실제 의사와 일치하는지는 누구도 알 수 없다. 대의민주주의는 실제 투표자의 의사를 전체 유권자의 의사로 의제하고, 전체 유권자의 의사를 전체 국민의 의사로 의제하는 이중의 의제 기법을 통해, 실제 투표라는 부분적 의사를 전체 국민의 의사로 규정한다. 따라서 대표 선출의 정당성은 선거결과를 전체 국민의 의사에 일치시키는 절차적 조건에 기초한 것이지, 선거결과가 전체 국민의 의사에 정확히 일치하기 때문인 것은 아니다. 선거결과는 존중되어야 하지만, 이는 이와 같은 제도적 한계와 함께 받아들여져야 한다.

2) 헌법재판은 동등한 대의라는 규범적 이상이 현실정치에서 불충분하게 실현되는 상황을 보완하는 장치가 될 수 있다. 이를 위한 헌법재판의 특성으로, 먼저 중립성(neutrality)을 들 수 있다. 통상 재판의 중립성은 재판기관이 분쟁의 어느 한쪽에 기울지 않는 것을 말하지만,⁵⁷⁾ 여기서 말하는 헌법재판의 중립성이란 헌법재판소가 그 사회의 다양한 정치적 선호로부터 거리를 두고 있고, 특히 정치적 다수세력의 편에 기울지 않는 속성을 가리킨다.⁵⁸⁾ 물론 현실의 누구도 절대적으로 중립적일 수는 없다. 이는 결국 정도의 문제일 것인데, 이와 관련하여 우리는 재판관의 지위를 선거로 확인되는 정치적 다수의사에 의지하지 않도록 해 둔 제도적 측면에 주목하게 된다.

57) 사법기관의 본질적 요소로서 중립성, 제3자성에 관해서는, 가령 독일 연방헌법재판소 판례는 BVerfGE 3, 377, 381; 18, 241, 255 등. 법관의 중립성을 언급하는 우리 판례는 헌재 2013. 3. 21. 2011헌바219; 2012. 2. 23. 2009헌바34 등. 사법기관의 중립성과 제3자성에 관한 그 외 문헌으로는, Kment, "Art. 92", in: Jarass-Pieroth, *GG Kommentar*, 16. Aufl., C. H. Beck, 2020, S. 1044; Helmut Schulze-Fielitz, "Art. 97", in: Horst Dreier(Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Bd. 3, 3. Aufl., Mohr Siebeck, 2018, S. 627f; 정중섭, 앞의 책(주 4), 1505면; 한수용, 헌법학(제11판), 법문사, 2021, 1360면; 김하열, 헌법강의(제4판), 2022, 904면.

58) 이러한 특성을 불편부당성(impartiality)으로 설명하면서 헌법재판의 정당성의 근거로 사유하는 입장으로 Christopher L. Eisgruber, 앞의 책, pp. 19f, 52ff, 71f. 유사한 입장으로 Jesse H. Choper, *Judicial Review in the National Political Process*, The University of Chicago Press, 1980, pp. 68ff.

앞서도 말한 대로, 정치적 다수세력에 의하여 선출된 입법자는 다수세력의 편에 설 가능성이 크다. 재선가능성을 의식할 수밖에 없는 입법자는 정책적 필요성의 관점에서 수(number)의 원리에 기초한 정당성을 추구하는 데 익숙하다. 이것이 입법자가 오직 정치적 다수의 지지만을 추구한다거나, 언제나 정책적 관점에 매몰되어 정의, 이성, 도덕의 가치를 외면한다는 의미는 아니다. 그러나 민주국가의 여러 법적, 현실적 조건들이 입법자로 하여금 유권자 다수의 정치적 선호에 더욱 민감하게 반응하도록 하는 것도 분명한 사실이다.

반면, 헌법재판소는 재판기관의 속성상 정의(justice)의 관점에서 이성과 논리(reason)의 원리를 통해 정당성을 추구하도록 요구받는다.⁵⁹⁾ 물론 헌법재판소 역시 해당 사회에 속해 있으므로, 그 사회의 여론이나 다수의 정치적 선호로부터 완전히 절연되어 있을 수 없다. 그러나 분명한 것은, 제도적으로 재판행위가 입법행위와 달리 정치적 다수성과 무관하게 작동하도록 설계되어 있다는 것이다. 헌법재판소가 “원리의 포럼”으로서 작동할 수 있다는 드워킨(R. Dworkin)의 주장은 이러한 맥락에서 이해할 수 있다.⁶⁰⁾ 이로 인해 재판소는, 대립적이고 복수적인 정치적 선호들 가운데 어느 한쪽에 기울지 않고 중립적인 지위에서 공평하게 판단하는 일과 관련하여, 다른 기관 특히 입법기관보다 ‘상대적으로’ 더 적합한 조건에 있다.

헌법재판소의 이러한 특성은, 재판관의 지위가 정치적 다수의사에 의지하지 않는다는 측면 외에도, 재판관이 다른 공직자에 비해 상대적으로 강한 객관성(objectivity)을 가지고 있다는 측면에서도 뒷받침된다. 재판관도 인간인 이상 개인적이고 주관적인 선호를 가지겠지만, 재판업무는 재판관의 주관적 선호에서 벗어나 원칙에 따른 객관적 관점에서 사고할 것을 요구한다. 재판관은 따라서 자신의 주관적 선호를 최대한 배제하고

59) Conrado Hübner Mendes, *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, Oxford University Press, 2013, p. 88. 반면, 입법기관과 재판기관의 차이에 대한 통상적인 설명은 과장되어 있으며, 이는 경험적으로나 규범적으로나 타당하지 않다는 반론으로, Amy Gutmann and Dennis F. Thompson, *Democracy and Disagreement*, Belknap Press of Harvard University Press, 1996, pp. 45ff.

60) Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1985, p. 71.

보다 보편적으로 수용될 수 있는 객관적 관점을 체득하기 위해 오랜 시간에 걸쳐 상당한 노력을 경주해 온 자이다. 이러한 경험 속에서 다른 사람에 비해 ‘상대적으로’ 더 객관적인 시각으로 사태를 바라보는 데 능숙해진 직업적 특성은, 위헌심사 업무를 담당하는 데에도 적합한 자질이 된다. 서론에서도 잠시 언급한 대로 성문헌법이 없는 국가인 이스라엘은 대법원이 헌법해석을 통해 법률의 위헌심사권한을 스스로에게 인정했는데, 그 이유로서 제시한 주요한 논거가 바로 법관의 ‘사법적 객관성’이었다.⁶¹⁾

아울러, 헌법재판에 대한 접근권이 선거권보다 더욱 폭넓게 인정된다는 측면에서도 헌법재판의 민주적 보완기능이 배가된다. 앞서 보았듯이 보통선거원칙에도 불구하고 청소년, 외국인, 일부 수형자처럼 선거권이 없는 많은 사람들이 있다. 그러나 선거권이 없는 자라도 기본권의 주체가 되는 이상 원칙적으로 헌법재판을 청구할 수 있다. 선거권이 없는 자는 선거권자보다 대의과정에서는 불리한 지위에 있지만, 헌법재판에서는 그렇지 않다. 헌법재판은 따라서 선거권이 없음으로 인해 초래된 불이익을 회복하는 수단으로서, 의회에서 동등한 대의가 불완전하게 이루어질 때 그것을 보완적으로 실현하는 역할을 할 수 있다.

많은 사람들은 대의민주주의에서 ‘대의’의 반대를 ‘참여’로 이해하지만, ‘대의’의 가장 근본적인 대립물은 ‘대의되지 못하는 것’ 혹은 ‘동등하게 대의되지 않는 것’이다.⁶²⁾ 헌법재판은 이처럼 입법에서 과소하게 대의되었거나 대의에서 배제된 자들의 권리를 고려함으로써, 공동체의 정치적 의사결정에서 동등하게 대의될 수 있는 기회를 제공한다. 동등하게 대의되지 못한 것으로 판명난다면, 즉 그들의 권리가 공익달성 혹은 다수의 이익을 위해 일방적으로 희생된 것이라고 밝혀진다면, 재판소는 그 같은 입법이 무효임을 선언함으로써 입법자로 하여금 그들을 동등하게 대의하도록 명할 수 있다.

61) United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village, Supreme Court(Israel), CA 6821/93, 49(4) PD 221(1995), para. 81.

62) 대의의 반대는 참여가 아니라 대의에서 배제되는 것이라는 지적은, Nadia Urbinati, 앞의 책, p. 4. 유사한 취지로, David Plotke, “Representation is Democracy”, *Constellations*, Vol. 4, 1997, p. 19.

이러한 접근은 일찍이 사법심사가 대의제를 강화하는 데 기여할 수 있음을 보여주고자 했던 일리의 주장과 일맥상통한다.⁶³⁾ 일리의 주장은 미국식 다수대표제를 대상으로 한 것이므로, 유럽식 비례대표제를 채택한 곳과는 상황이 다를 수 있다.⁶⁴⁾ 비례대표제에서는 정치적 소수의 의회진출이 상대적으로 용이하기 때문이다. 그러나 비례대표제에서도 의원 수의 한계나 봉쇄조항의 존재 등으로 사회에 존재하는 모든 정치적 소수가 의회에 진출할 수 있는 것은 아니므로, 일리의 통찰은 동등한 대의라는 측면에서 여전히 유효성을 가진다.

나. 참여의 결함 보완

1) 다음으로, 대의민주주의가 맞닥뜨린 오랜 비판, 즉 참여의 불충분함으로 인한 문제이다. 대의민주주의에서 국민은 선거를 통해 대표를 선출하고 그에게 권한을 위임하지만, 그 이후에는 선출된 대표에 의해 통치된다. 루소가 국민이 자유로운 것은 오직 선거시기이며, 선거가 끝나면 그들은 노예가 된다고 갈파한 것은 그 때문이다.⁶⁵⁾ 이러한 구도에서 국민은 대표 선출에 관여함으로써 간접적으로 입법에 참여할 수 있을 뿐이며, 자신이 부당하다고 여기는 개별 법률조항의 폐지를 정하는 데 직접적으로 참여하기는 어렵다.

물론, 선거가 정치적 참여의 유일한 방식인 것은 아니다. 국민은 청원, 시위, 서명운동, 후보자 혹은 운동단체에 기부하기 등 다양한 방식으로 정치에 참여할 수 있다.⁶⁶⁾ 그러나 이러한 방식들은 모두 대의제도를 전제로 한 것으로서 선출된 대표로 하여금 자신의 주장을 보다 더 진지하

63) John Hart Ely, 전원열 옮김, 민주주의와 법원의 위헌심사, 나남출판, 2006, 244면 이하.

64) Christoph Möllers, *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford University Press, 2013, p. 130; Alison L. Young, *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act*, Hart Publishing, 2009, pp. 133-134. 선거제도의 정치적 중요성과 영향력에 관해서는, Giovanni Sartori, *Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives, and Outcomes*, Macmillan Press, 1994, pp. 27ff.

65) Jean-Jacques Rousseau, 앞의 책, 123면.

66) James S. Fishkin, *When the People Speak: Deliberative Democracy and Public Consultation*, Oxford University Press, 2009, p. 45.

고 사려 깊게 경청해 줄 것을 요구하는 행위에 불과하다. 국민은 이러한 방식으로 대표를 설득 혹은 압박해 자신의 주장을 관철할 수 있기를 기대하지만, 대표가 그의 주장을 경청하고 수용할지 여부는 본질적으로 불확실하다.⁶⁷⁾ 이는 오로지 대표의 정치적 판단에 달려있을 뿐이며, 그가 그러한 주장을 전적으로 외면한다 해도 법적인 책임을 지지 않는다. 국민이 대표들을 상대로 자신이 원하는 의사결정을 관철하기 위해서는 상당한 규모의 조직과 운동이 필요한데, 이는 개인이 쉽게 감당할 수 없는 시간적, 금전적 부담을 요구한다. 개인으로서는 시도하는 것조차 어렵고, 시도한다 해도 성공하기는 더욱 어렵다.

반면, 헌법재판은 헌법에 위반되는 법률의 효력을 상실하게 만들 수 있는 기회를 개인에게 제공한다. 헌법소원 방식이 가장 대표적이겠으나, 구체적 규범통제 방식도 당해 소송의 당사자에 해당하는 개인에게 그러한 기회를 보장할 수 있다. 이를 통해 주권자인 국민은 입법의 내용적, 절차적 정당성에 대하여 중단 없이 이의를 제기할 수 있고, 자신의 주도로 부당한 법률을 무효화하거나(위헌결정) 필요한 법률을 제·개정하도록(입법부작위위헌결정, 헌법불합치결정) 만들 수 있다. 뒤에서 보듯이, 재판기관은 입법자와 달리 제기된 주장에 응답해야 하고, 자신의 결론을 뒷받침할 논리적 이유를 제시해야 할 의무가 있는데, 이 의무는 입법에 대한 의문임에도 그에 대한 답변을 입법부로부터 들을 수 없었던 국민이 헌법재판을 통해 자신의 의문을 해결할 수 있도록 한다. 이에 따라 헌법재판은 대의제도 하에서 대표에게 입법권을 위임하여 입법에 대한 유의미한 영향력을 상실한 국민이 자신의 주도와 문제제기로 입법을 개폐할 수 있는 효과적인 수단으로 기능할 수 있다.⁶⁸⁾

67) Cristina Lafont, “Philosophical Foundations of Judicial Review”, David Dyzenhaus & Malcolm Thorburn(eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford University Press, 2019, pp. 273-274; 이황희, “헌법재판과 공적 참여”, 저스티스 통권 제159호, 한국법학원, 2017, 13면.

68) 헌법재판이 대의제도에서 발생한 참여제약의 문제를 해결하는 수단이 될 수 있다는 입장으로, John Ferejohn and Pasquale Pasquino, “Constitutional Adjudication: Lessons from Europe”, *Texas Law Review*, Vol. 82, 2004, p. 1687; Lawrence G. Sager, *Justice in Plainclothes*, Yale University Press, 2004, pp. 202ff; Cristina Lafont, 앞의 논문, pp. 265ff; Aileen Kavanagh, “Participation and Judicial Review: A Reply to Jeremy Waldron”, *Law and*

2) 헌법재판에 반대하는 대표적 논자인 월드론은, 재판관이 법률의 위헌 여부를 결정하는 것은 권리 중의 권리(right of rights)라고 할 국민의 민주적 참여에 관한 권리(right to democratic participation), 즉 중요한 원칙의 문제에 관한 사회적 결정에 동등하게 참여할 권리를 훼손한다고 본다.⁶⁹⁾ 헌법재판은 정치에서보다 재판에서 자신의 의견이 관철될 더 큰 기회를 가지고자 하는 것인데, 이는 입법부와 선거제도가 민주적으로 갖추어져 있는 곳에서는 존중받기 힘든 태도라는 것이다.⁷⁰⁾ 그러나 무릇 민주사회의 입법은 다양한 비판과 공격으로부터 지속적으로 스스로의 정당성을 입증할 수 있어야 한다. 따라서 누구라도 해당 법률로 피해를 입었다고 생각한다면, 그 법률의 문제를 다룰 수 있도록 하는 것이 입법의 정당성을 유지하는 데 기여하는 것이다.⁷¹⁾ 전술한 바와 같이 입법에 있어서 선출직의 역할을 중심에 두면서도 비선출직의 역할 또한 적절히 활용할 줄 알았던 근대 민주정치의 방식을 상기해 본다면, 어떤 법률의 문제가 오직 선거를 통한 선출적인 정당성을 갖는 자들로 구성된 절차에서만 심사되어야 한다고 단정할 이유도 없다.

특히, 이는 현실의 정치절차에서 주변으로 내몰리기 쉬운 자들에게 더욱 큰 의미가 있다. 정치적 다수의 입장이 강조되는 현실정치에서 자신의 권리와 이익이 충분히 대의되기 힘든 소수자의 경우가 대표적이다. 이들은 구조적으로 현실정치에서 정치적 성공을 거두기 어려운 조건에 처해 있기 때문에, 정치적 다수와 소수의 구분법으로부터 원칙적으로 자유로운 법적 판단절차에서 더 큰 성공가능성을 발견할 수 있다.⁷²⁾

다. 응답성의 결함 보완

세 번째로 언급할 대의민주주의의 결함은 대표의 응답성의 불충분함이

Philosophy, Vol. 22, No. 5, 2003, pp. 483ff; 이황희, 앞의 논문(주 67), 5면 이하.

69) Jeremy Waldron, 앞의 책(주 10), 1999, pp. 212, 232.

70) Jeremy Waldron, 앞의 논문(주 12), p. 1395.

71) Cristina Lafont, 앞의 논문, pp. 273-274.

72) 헌법재판에 비판적인 월드론 또한 다른 정치적 변화의 통로들이 막혀 있을 때에는 헌법 재판 방식이 존중될 수 있다고 평가했다. Jeremy Waldron, 앞의 논문(주 12), p. 1395. 월드론은 이 부분에서 일리의 주장을 인용한다.

다. 국가권력의 궁극적인 소재지는 주권자인 국민이며, 국가기관은 국민으로부터 권력을 위임받아 행사할 뿐이다. 주권자는 국가기관이 자신이 위임한 권력을 위임취지에 맞게 제대로 사용하는지를 감시할 수 있다. 입법에 대해서도 그것에 충분한 근거가 있는 것인지, 필요성과 정당성을 가지는 것인지 등에 관하여 입법자와 다른 의견을 가진 사람들은 그러한 이의를 제기할 수 있다.

문제는, 입법자는 그러한 이의제기에 대하여 응답할 의무가 없다는 것이다. 오늘날 입헌민주주의에서는, 민주적 정당성이 더 클수록, 혹은 국민에 의한 직접 선출과정과 더 밀접할수록 이유제시를 통한 논리적 정당화의 부담에서 더욱 자유로운 지위를 인정해 왔다.⁷³⁾ 예컨대, 주권행사와 가장 가까운 국민의 투표행위는 이유제시의무로부터 전적으로 자유로우며, 합리적이지 않은 논리나 사익에 기초한 논리(예: 후보자와의 사적 인연을 이유로 한 투표)를 표방한다 해도 비난받지 않는다. 그로부터 조금 떨어져 있는 입법부의 행위는 원칙적으로 이유제시의무에 구속되지 않지만, 정치적으로 필요한 경우에는 그것이 정당한 것임을 설명해야 할 수도 있는데, 이때에도 문서로 할 의무는 없으며 합목적성이나 정책적 필요성 등을 제시하는 것만으로도 대체로 충족된다. 반면, 가장 떨어져 있는 재판은 강한 이유제시의무에 구속되는데, 형식적으로는 판결문과 같은 문서로서 수행되어야 하고,⁷⁴⁾ 내용적으로는 그것이 논리상의 내적 정합성을 갖추어야 할 뿐만 아니라 과거에 제시한 자신의 판단과도 모순이 없음을 보여야 한다. 그만큼 재판에서는 논증의 부담과 요구수준이 높고, 그에 따라 판단주체의 자의가 들어설 여지는 적다.

국민은 법률, 특히 자신의 권리를 침해한다고 보이는 법률이 정당한지에 대한 해명을 원하지만, 대표는 이러한 해명요구에 응답할 법적 의무가 없으므로 그로부터 그것을 듣기는 어렵다. 반면, 헌법재판소는 국민의

73) 이에 관해서는 John Ferejohn and Pasquale Pasquino, "Constitutional Courts as Deliberative Institutions: Towards an Institutional Theory of Constitutional Justice", Wojciech Sadurski(ed.), *Constitutional Justice, East and West*, Kluwer Law International, 2002, pp. 25ff.

74) 판단에 대한 이유제시의무는 민사소송법 제208조 제1항, 형사소송법 제39조, 헌법재판소법 제36조 제2항에서 규정한다.

그 같은 요구에 응답해야 할 의무를 진다. 더 중요한 것은, 이 의무가 단순히 형식적인 수준에 머물지 않는다는 것이다. 논리적인 근거로 뒷받침되어야 하고, 무엇보다도 종래 판단의 논리와 일관성이 있어야 한다. 이러한 판단의 일관성 요청은 입법부와 대비되는 헌법재판소의 중요한 특성에 해당한다. 일반적으로 미래를 향한 전망적(prospective) 관점에서 정책적, 합목적적 판단을 추구하는 입법부와 달리, 재판기관은 과거를 향한 회고적(retrospective) 관점에서 과거에 발생한 문제가 법규범에 위반되는지 여부를 심사한다.⁷⁵⁾ 재판 역시 구체적 타당성을 추구하는 것이지만, 이는 원칙적으로 판단의 일관성이라는 토대 위에서 인정된다. 필요한 판례변경은 당연히 가능한 일이지만, 구체적 타당성을 위해 판단의 일관성을 추구하는 노력을 포기하고 임의로 판례를 변경하는 것은 재판기관으로서 허용되지 않는다.

이처럼 헌법재판은 주권자인 국민이 그들의 대표가 만든 입법에 관하여 헌법적인 의문을 품었을 때, 선출된 대표들을 대신해 그러한 의문에 대하여 해명하는 역할을 수행한다. 이를 통해 국민과 국가는 입법의 정당성에 관하여 지속적인 대화를 주고받을 수 있고,⁷⁶⁾ 국민은 주권자로서 몇 년마다 한 번씩 돌아오는 선거에 참여하는 수준을 넘어, 상시적으로 국가권력을 감시하고 견제할 수 있게 된다.

3. 대의민주주의의 민주적 지향성 강화

가. 두 원리 간의 긴장관계

세 번째로 살펴볼 것은, 대의민주주의에 내재한 두 가지 길항적인 원리의 긴장을 민주주의 증진이라는 방향으로 해소하는 데 기여하는 헌법재판의 역할이다.

선출된 대표에게 공동체의 정치적 의사결정권한을 위임하는 대의민주

75) 입법의 미래 전망적 관점과 재판의 과거 회고적 관점 간의 대조에 관해서는, Christoph Möllers, 앞의 책, pp. 76, 79; Jürgen Habermas, 앞의 책(주 39), 302면.

76) John Ferejohn and Pasquale Pasquino, 앞의 논문(주 68), p. 1687.

주의는 ‘선출되는 자의 통치(統治)’와 ‘선출하는 자의 피치(被治)’로 구조화된 정치적 원리이다. 이는 다음과 같은 두 가지의 개념적 구분에 기초한다. 하나는, 선출하는 자와 선출되는 자 간의 구분이다. 이는 선출하는 자의 선출되는 자에 대한 정치적 우위를 의미하며, 대의민주주의에 민주적(democratic) 지배로서의 속성을 부여한다. 다른 하나는, 통치자(the ruler)와 피치자(the ruled) 간의 구분이다. 선출되는 자는 국가의 통치권을 위임받은 통치권의 주체가 되고, 선출하는 자는 그러한 통치권의 대상이 된다. 여기서는 통치자(소수)의 피치자(다수)에 대한 권력적 우위가 성립한다. 이는 대의민주주의에 내재한 과두적(oligarchic) 지배로서의 속성을 반영한다.

이렇듯 대의민주주의는 민주정치와 과두정치 간의 긴장 속에 놓여 있다. 국민에게 선거권을 부여해 통치자를 임명하거나 해임하도록 하는 민주정치의 특성과 타인보다 우월한 소수의 사람만 통치자가 될 수 있도록 하는 과두정치의 특성이 공존한다. 재선을 노리는 대표가 유권자의 환심을 사기 위해 그들의 의사를 존중할 수밖에 없도록 만든 것은 전자에 해당하나, 대표에 대한 기속위임을 부정함으로써 대표를 독립적인 결정권자로 만든 것은 후자의 성격을 띤다. 대의민주주의가 “근대의 혼합정체”(mixed constitution of modern times)로 불리기도 하는 것은 이 때문이다.⁷⁷⁾ 대의민주주의의 두 지배원리 중 어느 한 면만 말하는 것은 제도의 전체를 조망하지 못하는 것이다. 대의민주주의를 혼합과 타협의 형식으로 이해하면서, 그것을 단순히 민주주의의 아종(Unterart)으로 취급하는 것은 정확하지 않다는 슈미트(C. Schmitt)의 지적도⁷⁸⁾ 같은 맥락에 있다.

77) Bernard Manin, *The Principles of Representative Government*, Cambridge University Press, 1997, p. 238(국역본은 곽준혁 옮김, 선거는 민주적인가, 후마니타스, 2004, 289면). 선거제도에 내재한 혼합정체적인 성격의 사상적 기초에 관해서는 이황희, “선거의 정치적 의미에 관한 사상사적 고찰”, 헌법학연구 제23권 제1호, 한국헌법학회, 2017, 171면 이하. 혼합정체이론에 관해서는 같은 논문, 165면 이하 및 166면의 주 15에 기재된 문헌들 참조.

78) Carl Schmitt, 앞의 책, S. 218.

나. 민주적 지배로서의 속성 강화

그러나 보통선거가 확대되고, 대중정당이 성장해 가면서 근대 대의민주주의는 민주적 지배로서의 특성을 강화해 왔다. 이제 오늘날 사람들은 대의민주주의가 계통적으로 민주적 지배양식에 속한다는 것을 의심하지 않는다. 심지어 민주주의의 규범적 이상을 실현할 수 있는 유일한 현실적 방식이라는 인식도 드물지 않다. 민주주의의 확장과 심화라는 시대정신은 전술한 두 원리 간의 긴장상태가 결국 민주적 지배로서의 속성을 확대하고 강화하는 방향으로 해소되어야 한다는 당위를 강화해 왔다. 이는 동시에 대의민주주의가 과두제적 지배로 변질될 위험을 통제해 온 과정이기도 했다.

이러한 당위의 실천은 우선적으로 입법주체인 대표들의 몫이다. 그들은 대의민주주의가 보다 민주적인 지배양식으로 기능할 수 있도록 정치제도 등을 개선해 나가야 할 책무를 진다. 그러나 문제는, 이 의무가 대표의 이해관계와 충돌하는 측면이 있다는 것이다. 앞서 본 바와 같이, 대의민주주의에 내재한 민주적 지배로서의 성격은 국민이 대표를 선출하고 심판하면서 대표에 대한 정치적 영향력을 확대하려는 데 있다. 그러나 이러한 방향으로 제도를 개선하는 것은 대표들을 불편하게 만든다. 오히려 대표들은 자신에 대한 민주적 통제와 심판의 가능성을 약화시키고, 아직 의회에 진입하지 못한 정치세력과의 경쟁조건을 자신에게 유리한 방향으로 형성하고자 하는 유인 속에 항상 노출되어 있다. 그리고 이 문제가 더욱 까다로운 이유는, 모든 대표들이 이 유인을 공유하고 있어서 여야 등 정치적 입장을 막론하고 쉽게 단합하도록 만들기 때문이다. 대표들 내부로부터 이견이 제기되기 어렵게 만드는 조건인 것이다.

대표들이 공익정신을 발휘해 자신에게 불리한 개혁을 스스로 주도할 가능성도 있다. 그러나 그들이 그러한 개혁에 주저하거나 자신의 이익을 위해 제도를 개악 혹은 악용할 위험으로부터 자유롭지 않은 것도 사실이다. 대의민주주의의 민주적 증진이라는 과제를 선출된 대표들에게만 오롯이 맡겨두기 어려운 이유가 여기에 있으며, 이 또한 헌법재판이 대의민주주의의 민주적 증진에 기여할 수 있는 가능성의 기초가 된다.

우선, 헌법재판소는 국민의 민주적 감시와 심판으로부터 벗어나기 위

한 입법적 일탈을 통제할 수 있다. 여기서 대표들의 기득권 유지에 봉사할 가능성이 있는 입법에 대해서는 보다 엄격한 심사를 통해 국민의 민주적 감시와 심판의 가능성을 높은 수준으로 유지하도록 만드는 것이 재판소의 마땅한 역할이어야 한다. 뿐만 아니라, 헌법재판소는 대의민주주의가 대표들에 대한 국민의 민주적 감시와 심판의 가능성을 더욱 확장할 수 있는 헌법해석을 통해 장래의 입법을 지도할 수 있다.

이와 관련하여 독일 연방헌법재판소는, 의회 다수파가 정치적 경쟁의 조건에 관한 규정을 자신에게 유리하게 제정하고, 특히 선거법을 입법할 때 공익에 관한 고려가 아니라 자신들의 권력유지라는 목적에 따라 행동할 위험이 있다고 하면서 이에 대한 통제의 중요성을 강조했다.⁷⁹⁾ 독일의 재판소가 선거권에 관한 입법에서 엄격한 통제가 필요하다고 역설한 것은 그 때문이다. 우리의 경우 이 역할에 부합하는 사례로, 종래 1인 1표제 비례대표선거제도에 대한 위헌결정을 떠올릴 수 있다. 종래에는 비례대표선거에서 비례대표후보자명부에 대한 별도의 투표 없이 지역구후보자에 대한 투표를 정당에 대한 투표로 의제해 비례대표의석을 배분하는 제도를 두고 있었다. 이렇게 되면, 무소속 후보에게 투표한 유권자가 정당투표에서 차별받는 것은 물론, 모든 지역구에 후보를 등록할 수 있는 거대정당과 달리 일부 지역구에서만 후보를 낼 수 있는 소수파 정당이 매우 불리해진다. 이 제도는 의회를 장악한 여야의 거대정당들에 유리한 조건을 제공해 그들의 지배를 강화하는 데 복무했다.⁸⁰⁾ 헌법재판소는 2001년 이 제도를 위헌으로 결정했고,⁸¹⁾ 이에 힘입어 현재와 같은 국회의원선거의 1인 2표제가 도입될 수 있었다.

79) BVerfGE 129, 300, 322f.

80) 실제로 비례대표선거에서 1인 1표제가 채택된 시기에는 제1당과 제1당에게 유리한 결과가 나타났고, 1인 2표제가 실시된 이후 제3당 이하의 정당들도 이득을 거두었다. 정태일·김일수, “한국의 비례대표 선거제도에 대한 비판적 고찰”, 한국동북아논총 제64권, 한국동북아학회, 2012, 217면 이하.

81) 헌재 2001. 7. 19. 2000헌마91등.

IV. 결론

헌법재판은 선출되지 않은 재판관에 의해 이루어지므로 대의민주주의와 충돌한다는 인상으로부터 근본적으로 자유로울 수 없지만, 지금까지 살펴본 헌법재판과 대의민주주의의 관계에 따르면 헌법재판은 대의민주주의와 충분히 조화될 수 있는 가능성을 가진다. 그렇다고 해서 헌법재판이 대의민주주의와 필연관계에 있다고 말하고자 하는 것은 아니다. 양자는 배척관계도 아니고 필연관계도 아니다. 헌법재판은 성과와 효용의 관점에서 대의민주주의에 의해 조건적으로 채택될 뿐이다.

이 성과와 효용은 통상 헌법재판에 따른 민주적 손실을 능가하는 다른 이익의 존재로 설명되어 왔다. 그러나 본고에서는 오히려 역으로 이 성과와 효용을 민주적 증진이라는 관점에서 재조명해 보고자 했다. 대의민주주의는 헌법재판을 수용함으로써 더욱 좋은 민주주의로 영위될 수 있다는 것이다. 그리고 이러한 민주적 증진은 대의민주주의의 형식 개선, 결함 보완, 민주적 지향성 강화 측면에서 이루어질 수 있다. 이는 헌법재판과 민주주의 간의 관계를 보다 조화적인 방향으로 해석할 수 있는 근거들을 제공해 줄 수 있을 것이다.

(논문투고일: 2022.11.14., 심사개시일: 2022.12.8., 게재확정일: 2022.12.22.)



▶ 이항희

헌법재판, 대의민주주의, 민주적 증진, 형식 개선, 결함 보완, 민주적 지향성 강화

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 김비환, 민주주의와 법의 지배, 박영사, 2016.
- 김철수, 헌법학개론(제19전정신판), 박영사, 2007.
- 김하열, 헌법강의(제4판), 2022.
- 양 건, 헌법강의(제10판), 법문사, 2021.
- 정재황, 헌법학(제2판), 박영사, 2022.
- 정종섭, 헌법연구(1)(제3판), 박영사, 2004.
- 정종섭, 헌법학원론(제13판), 박영사, 2022.
- 한수웅, 헌법학(제11판), 법문사, 2021.
- 허 영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2015.
- Ackerman, Bruce, We The People 1: Foundations, Belknap Press of Harvard University Press, 1991.
- Ackerman, Bruce, We The People 2: Transformations, Belknap Press of Harvard University Press, 1998.
- Aristotelēs, 천병희 옮김, 정치학, 숲, 2009.
- Barak, Aharon, The Judge in a Democracy, Princeton University Press, 2008.
- Bickel, Alexander M., The Least Dangerous Branch, Yale University Press, 1986.
- Blackstone, William, Commentaries on the Laws of England Books I, J. B. Lippincott Co., 1893.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, 김효진·정태호 옮김, 헌법과 민주주의, 법문사, 2003.
- Callenbach, Ernest and Michael Philips, 손우정·이지문 옮김, 추첨 민주주의, 이매진, 2011.
- Cappelletti, Mauro, 구병삭·강경근·김승환 옮김, 현대헌법재판론, 법문사, 1989.

- Choper, Jesse H., *Judicial Review in the National Political Process*, The University of Chicago Press, 1980.
- Dicey, A. V., 안경환·김종철 옮김, *헌법학입문*, 경세원, 1993.
- Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1985.
- Dworkin, Ronald, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, 1996.
- Dworkin, Ronald, 장영민 옮김, *법의 제국*, 아카넷, 2008.
- Eisgruber, Christopher L., *Constitutional Self-Government*, Harvard University Press, 2001.
- Ely, John Hart, 전원열 옮김, *민주주의와 법원의 위헌심사*, 나남출판, 2006.
- Ferrerres Comella, Víctor, *Constitutional Courts and Democratic Values: a European Perspective*, Yale University Press, 2009.
- Fishkin, James S., *When the People Speak: Deliberative Democracy and Public Consultation*, Oxford University Press, 2009.
- Gutmann, Amy, and Dennis F. Thompson, *Democracy and Disagreement*, Belknap Press of Harvard University Press, 1996.
- Habermas, Jürgen, 한상진·박영도 옮김, *사실성과 타당성*, 나남출판, 2000.
- Habermas, Jürgen, 한승환 옮김, *공론장의 구조변동*, 나남출판, 2007.
- Hansen, M. H., translated by J. A. Crook, *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes: Structure, Principles, and Ideology*, University of Oklahoma Press, 1999.
- Harrison, A. R. W., *The Law of Athens II*, Hackett Pub. Co., 1998.
- Hyland, James L., *Democratic Theory: The Philosophical*

- Foundations, Manchester University Press, 1995.
- Kelsen, Hans, General Theory of Law and State, Vol. 1, Transaction Publishers, 2009.
- MacDowell, D. M., The law in Classical Athens, Cornell University Press, 1986.
- Manin, Bernard, The Principles of Representative Government, Cambridge University Press, 1997. (국역, 곽준혁 옮김, 선거는 민주적인가, 후마니타스, 2004.)
- Mendes, Conrado Hübner, Constitutional Courts and Deliberative Democracy, Oxford University Press, 2013.
- Mill, J. S., 서병훈 옮김, 대의정치론, 아카넷, 2012.
- Möllers, Christoph, The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers, Oxford University Press, 2013.
- Montesquieu, C. S., 권미영 옮김, 법의 정신 I, 일신서적, 1990.
- Nino, Carlos Santiago, The Constitution of deliberative democracy, Yale University Press, 1996.
- Pitkin, Hanna Fenichel, The Concept of Representation, University of California Press, 1972.
- Popelier, Patricia and Koen Lemmens, The Constitution of Belgium: A Contextual Analysis, Hart Publishing, 2015.
- Rousseau, Jean-Jacques, 이환 옮김, 사회계약론, 서울대학교 출판부, 1999.
- Rubinfeld, Jed, Freedom and Time: A Theory of Constitutional Self-Government, Yale University Press, 2001.
- Sager, Lawrence G., Justice in Plainclothes, Yale University Press, 2004.
- Sajó, András and Renáta Uitz, The Constitution of Freedom: An Introduction to Legal Constitutionalism, Oxford University Press, 2017.
- Sartori, Giovanni, The Theory of Democracy Revisited: Part One, Chatham House Publishers, 1987. (국역, 이행 옮김, 민주주의

이론의 재조명 I, 인간사랑, 1989.)

Sartori, Giovanni, Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives, and Outcomes, Macmillan Press, 1994

Schmitt, Carl., Verfassungslehre, Elfte Auflage, Duncker & Humblot, 2017.

Sweet, Alec Stone, Governing with Judges, Oxford university press, 2000.

Touraine, Alain, translated by David Macey, What Is Democracy?, Routledge, 2018.

Urbinati, Nadia, Representative Democracy: Principles and Genealogy, University of Chicago Press, 2006.

Waldron, Jeremy, Law and Disagreement, Oxford University Press, 1999.

Young, Alison L., Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act, Hart Publishing, 2009.

II. 논문

김세균, “자유민주주의의 역사, 본질, 한계”, 한국정치연구회 사상분과 편저, 현대민주주의론 I, 창작과비평사, 2001.

김중서, “민주주의적 관점에서 본 헌법재판제도 - 미국의 논의를 중심으로 -”, 민주법학 제54호, 민주주의법학연구회, 2014.

서병훈, “대의민주주의의 꿈과 포부, 그리고 과제”, 왜 대의민주주의인가, 이학사, 2011.

이황희, “근대 입헌주의의 고전적 기원들”, 헌법학연구 제21권 제3호, 한국헌법학회, 2015.

이황희, “헌법재판과 공적 참여”, 저스티스 통권 제159호, 한국법학원, 2017.

이황희, “선거의 정치적 의미에 관한 사상사적 고찰”, 헌법학연구 제23권 제1호, 한국헌법학회, 2017.

- 이황희, “입법에 대한 사법심사 제한조항의 해석”, 헌법논총 제30집, 헌법재판소, 2019.
- 이황희, “헌법재판소에 대한 견제”, 법학연구 제22권 제3호, 인하대학교 법학연구소, 2019.
- 이황희, “헌법재판소와 법치적 민주주의”, 박종민(편), 한국의 민주주의와 법의 지배, 박영사, 2022.
- 전광석, “지속가능성과 세대간 정의”, 헌법학연구 제17권 제2호, 한국헌법학회, 2011.
- 정태일·김일수, “한국의 비례대표 선거제도에 대한 비판적 고찰”, 한국동북아논총 제64권, 한국동북아학회, 2012.
- 홍종현, “세대간 정의와 국가재정의 지속가능성”, 유럽헌법연구 제34호, 유럽헌법학회, 2020.
- Aristoteles, 최자영·최혜영 옮김, “아테네 정치제도사”, 고대 그리스정치사 사료, 신서원, 2002.
- Alexy, Robert, “Balancing, constitutional review, and representation”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, No. 4, 2005.
- Bellamy, Richard, “The Political Form of the Constitution: the Separation of Powers, Rights and Representative Democracy”, *Political Studies*, Vol. 44, No. 3, 1996.
- Ferejohn, John and Pasquale Pasquino, “Constitutional Courts as Deliberative Institutions: Towards an Institutional Theory of Constitutional Justice”, Wojciech Sadurski(ed.), *Constitutional Justice, East and West*, Kluwer Law International, 2002.
- Ferejohn, John and Pasquale Pasquino, “Constitutional Adjudication: Lessons from Europe”, *Texas Law Review*, Vol. 82, 2004.
- Gardbaum, Stephen, “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 49, 2001.
- Goldstein, Stephen, “The Protection of Human Rights by Judges: The Israeli Experience”, in: M. Gibney and S.

- Frankowski(eds), *Judicial Protection of Human Rights: Myth or Reality?*, Praeger, 1999.
- Grimm, Dieter, “Constitutional Adjudication and Democracy”, *Israel Law Review*, Vol. 33, 1999.
- Hofmann, “Art. 20”, in: Schmidt-Bleibtreu-Hofmann-Hopfauf(Hrsg.), *GG Kommentar*, 11. Aufl., Carl Heymanns Verlag, 2008.
- Holmes, Stephen, “Precommitment and the Paradox of Democracy”, in: Jon Elster & Rune Slagstad(eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, 1988.
- Kavanagh, Aileen, “Participation and Judicial Review: A Reply to Jeremy Waldron”, *Law and Philosophy*, Vol. 22, No. 5, 2003.
- Kment, “Art. 92”, in: Jarass·Pieroth, *GG Kommentar*, 16. Aufl., C. H. Beck, 2020.
- Kumm, Mattias, “Institutionalizing Socratic Contestation: The Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review”, *European Journal of Legal Studies*, Vol. 1, No. 2, 2007.
- Kyritsis, Dimitrios, “Representation and Waldron's Objection to Judicial Review”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 4, 2006.
- Lafont, Cristina, “Philosophical Foundations of Judicial Review”, David Dyzenhaus & Malcolm Thorburn(eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford University Press, 2019.
- Plotke, David, “Representation is Democracy”, *Constellations*, Vol. 4, 1997.
- Schulze-Fielitz, Helmut, “Art. 97”, in: Horst Dreier(Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Bd. 3, 3. Aufl., Mohr Siebeck, 2018.

Tushnet, Mark, “Alternative Forms of Judicial Review”, *Michigan Law Review*, Vol. 101, 2003.

Tushnet, Mark, “Democracy versus Judicial Review: Is It Time to Amend the Constitution?”, *Dissent*, Vol. 52, No. 2, 2005.

Tushnet, Mark, “The Rise of Weak-Form Judicial Review”, Tom Ginsburg and Rosalind Dixon(eds.), *Comparative Constitutional Law*, Edward Elgar, 2011.

Waldron, Jeremy, “Judicial Review and the Conditions of Democracy”, *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 6, No. 4, 1998.

Waldron, Jeremy, “The Core of the Case against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, Vol. 115, No. 6, 2006.

Wolf-Phillips, Leslie, “A Long Look at the British Constitution”, *Parliamentary Affairs*, Vol. 37, No. 1, 1984.

Abstract

Constitutional Adjudication and Representative Democracy

Hwanghee Lee

Constitutional adjudication, which can invalidate legislation, has been criticized for being undemocratic because non-elected judges conduct it. However, constitutional adjudication is accepted today in most countries that pursue democratic constitutions. It is a general explanation that constitutional adjudication can achieve more excellent benefits, such as protecting fundamental rights despite the democratic loss. In contrast, this paper focuses on the aspect that constitutional adjudication can play a role in achieving democratic benefit, making representative democracy a better democracy.

To this end, we first examine that constitutional adjudication does not contradict representative democracy. Democracy is open to various interpretations, and the inclusion of constitutional adjudication into the constitution can also be viewed as democratic decision-making by the sovereign. It also can be considered how modern democracy has recognized the legislative role played by the non-elected. Constitutional adjudication is, therefore, not contrary to the normative ideal of democracy.

However, it doesn't mean that constitutional adjudication is a self-evident consequence of representative democracy. Whether or not constitutional adjudication is embraced is only a matter of achievements and utilities, and constitutional adjudication can be supported as long as these achievements and utilities are well recognized. In this paper, we focused on

the aspect that constitutional adjudication can produce significant achievements in improving representative democracy and promoting democracy. These achievements can be confirmed in terms of improving the form of representative democracy, redressing its deficiencies, and strengthening its democratic orientation.



▶ **Hwanghee Lee**

constitutional adjudication, representative democracy, promotion of democracy, improvement of forms, redress of deficiencies, strengthening of democratic orientation

통신사실확인자료에 관한 비교법적 고찰 - 일본과의 비교를 중심으로 -*

김연진**

김일환***

【목 차】

I. 서론

II. 일본의 통신사실확인자료 법제

검토

1. 개관
2. 일본 통신방수법의 법제
3. 통신자료 및 통신사실확인자료 제공
4. 소결

III. 우리나라 통신사실확인자료 법제

검토

1. 개관

2. 우리나라의 통신비밀보호법 법제
3. 통신사실확인자료의 제공

IV. 우리나라 통신사실확인자료 관련 법제 정비방안

1. 감청 관련 법제
2. 통신사실확인자료 관련 법제

V. 결론

【국 문 요 약】

ICT의 발전으로 실시간 감청은 물론 실시간 위치정보 제공이 가능해지면서 통신의 비밀과 사생활 침해 우려가 제기되고 있다. 이에 따라 통신사실확인자료에 대한 검토가 요구된다.

특히 일본 통신방수법과의 비교가 요구되는데, 일본이 우리나라와 법제 전반이 유사함에도 일본 통신방수법상 감청의 요건이 우리나라보다

* 이 논문은 2022년도 정부(과학기술정보통신부)의 재원으로 정보통신기획평가원의 지원을 받아 수행된 연구임(No.2022-0-00688, 개인정보보호 관련 정책 변화를 유연하게 반영하여 준수하는 AI 플랫폼 연구 및 개발).

** 주저자, 미국헌법학회 회원, 법학박사(S.J.D)

*** 교신저자, 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

더 엄격하게 규정되어 있기 때문이다. 이외에도 통신방수법에 감청집행 시 입회인의 참여가 규정되어 있는 점, 통신사실확인자료가 일본 형사소송법상 압수·수색영장을 통해 제공되고 있는 점은 우리나라의 통신비밀보호법을 개선함에 있어 시사하는 바가 크다.

향후 통신비밀보호법은 이와 같은 점을 반영하여 감청의 요건을 엄격하게 함과 동시에 감청의 대상범죄를 축소할 필요가 있다. 또한, 감청집행시 책임자의 참여를 규정하고, 통신사실확인자료 제공을 형사소송법상 압수·수색절차에 의하도록 함으로써 절차적 투명성을 제고할 필요가 있다. 일본 통신방수법의 비교검토를 통해 우리나라 통신사실확인자료에 대한 법제정비개선방안을 도모할 수 있을 것이다.

I. 서론

ICT(Information and Communications Technologies)는 인공지능(AI), 사물인터넷(IoT) 등 지능정보기술의 발달을 선도하고 있으며, 통신감청기술도 이에 부응하여 발전을 거듭하고 있다. 그러나 교묘한 기술의 발달은 좁게는 통신의 자유, 넓게는 사생활의 자유의 침해를 야기하고 있어 헌법적 문제를 발생시킨다.

고전적으로 감청은 미행·잠입이나 탐문(聞込み) 등을 통하여 이루어져 왔으며¹⁾ 과학기술이 점차 발달하면서 한동안 유선감청이 행해지기도 하였다. 그러나 인터넷 등 통신기술의 발달과 AI, IoT 등 지능정보기술의 발달로 실시간 이루어지는 통신의 내용을 지득하는 것뿐만 아니라 실시간 휴대전화 위치정보 추적도 가능해지면서 사생활의 자유가 손쉽게 침해되는 상황이 전개되고 있다.

이와 같은 상황에서 헌법적 관점에서 통신비밀보호법제의 고찰이 요구된다. 즉, 통신비밀보호법제를 구체적으로 살펴봄으로써 통신비밀의 자유 및 사생활의 자유와 기술의 조화를 도모할 수 있다. 일본과 우리나라는 대륙법계를 계수함으로써 헌법뿐만 아니라 형사소송법 등 법제 전반에 있어서 유사한 부분이 존재하며, 통신비밀보호법제와 관련하여서도 상당

1) 笹倉宏紀, “捜査法の体系と情報プライバシー”, 刑法雑誌 55卷 3号 (2016), 424.

부분 비슷한 부분이 발견된다.

본 논문에서는 이러한 부분에 주목하여 일본과 우리나라의 통신비밀보호법제의 비교법적 검토를 통하여 우리나라 통신비밀보호법제를 살펴보기로 한다. 특히, 일본에서는 정보자기결정권과 사생활의 자유로 이루어진 프라이버시권리와 관련된 법제를 ‘정보 프라이버시 보호법제’라고 하고 있는바²⁾ 이하에서는 이러한 점을 참조하여 통신내용 감청 및 통신사실확인자료를 검토하기로 한다.

II. 일본의 통신사실확인자료 법제 검토

1. 개관

일본 헌법(憲法) 제21조 제2항에서는 통신의 비밀을 침해하여서는 안 된다고 규정함으로써 통신비밀의 자유를 보호하고 있다.³⁾ 일본 형사소송법(刑事訴訟法) 제222조의2에서는 통신의 당사자 어느 쪽의 동의도 얻지 않고 전기통신을 감청하는 강제처분은 별도의 법률이 정하는 바에 의한다고 하면서⁴⁾, 국가기관에 의한 감청은 법적 근거가 필요하다는 점을 제시하고 있다.

즉, 통신비밀의 자유는 원칙적으로 보호되며, 법률에 근거가 있어야만 감청이 용인된다는 입장을 취하고 있다. 이에 따라 범죄수사를 위한 통신방수에 관한 법률(犯罪捜査のための通信傍受に関する法律)이 제정되게 되었다.

범죄수사를 위한 통신방수에 관한 법률(이하 ‘통신방수법’)은 전기통신

2) 일본의 프라이버시권리는 일본 헌법 제13조의 ‘개인의 존중’으로부터 파생된다. 鈴木 正朝, “「プライバシーの権利と個人情報保護法」”, マイナンバーシンポジウム資料 (2012), 10.

3) 日本国憲法 第二十一条 集会、結社及び言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する。○2 検閲は、これをしてはならない。通信の秘密は、これを侵してはならない。(일본국헌법 제21조 ① 집회, 결사 및 언론, 출판, 그 밖에 모든 표현의 자유는 보장된다. ② 검열을 하여서는 아니 된다. 통신의 비밀을 침해하여서는 아니 된다.)

4) 日本 刑事訴訟法 第二百二十二条之二 通信の当事者のいずれの同意も得ないで電気通信の傍受を行う強制の処分については、別に法律で定めるところによる。(형사소송법 제222조의2 통신의 당사자 중 어느 쪽의 동의도 얻지 않고 전기통신을 감청하는 강제처분에 대해서는 별도의 법률이 정하는 바에 의한다.)

의 감청을 하기 위한 요건들을 구체적으로 규정하고 있으며, 통신사실화 인자료를 형사소송법상 압수·수색영장을 발부받음으로써 확보받을 수 있다. 이에 따라 이하에서는 일본 통신방수법과 형사소송법을 중심으로 살펴보면서 부수적으로 일본 개인정보보호에 관한 법률(個人情報の保護に関する法律, 이하 ‘개인정보보호법’)을 살펴보기로 한다.

2. 일본 통신방수법의 법제

가. 일본 통신방수법상 방수(傍受)의 의미

일본 통신방수법은 중대범죄에서 범인 간의 상호연락 등에 이용되는 전화 및 그 밖의 전기통신 감청을 실시하지 않으면 사안의 진상을 규명하기가 현저히 곤란한 경우가 증가함에 따라, 이에 적절히 대처하기 위하여 형사소송법상 전기통신 감청을 실시하는 강제처분에 관하여 요건, 절차 및 그 밖에 필요한 사항을 정하기 위한 목적에서 제정되었다(제1조).⁵⁾⁶⁾

일본 통신방수법상 ‘방수(傍受)’란 우리 통신비밀보호법상 ‘감청’을 의미하는 것으로 볼 수 있다.⁷⁾ 통신방수법 제2조 제2항에서는 현재 행해

- 5) 平成十一年法律第三百七十七号 犯罪捜査のための通信傍受に関する法律(目的)第一条 この法律は、組織的な犯罪が平穩かつ健全な社会生活を著しく害していることにかんがみ、数人の共謀によって実行される組織的な殺人、薬物及び銃器の不正取引に係る犯罪等の重大犯罪において、犯人間の相互連絡等に用いられる電話その他の電気通信の傍受を行わなければ事案の真相を解明することが著しく困難な場合が増加する状況にあることを踏まえ、これに適切に対処するため必要な刑事訴訟法(昭和二十三年法律第三百三十一号)に規定する電気通信の傍受を行う強制の処分に関し、通信の秘密を不当に侵害することなく事案の真相の的確な解明に資するよう、その要件、手続その他必要な事項を定めることを目的とする。
- 6) 조직적인 범죄가 평온하고 건전한 사회생활을 현저하게 해치고 있다는 점에 비추어, 일본 통신방수법 제1조의 중대범죄는 여러 사람의 공모에 의해 실행되는 조직적인 살인, 약물 및 총기 부정거래와 관련된 범죄 등을 의미하며, 동법 제1조에서 동법이 통신의 비밀을 부당하게 침해하지 않고 정확한 진상 규명에 이바지하도록 하기 위하여 그 요건, 절차 및 그 밖에 필요한 사항을 정하는 것을 목적으로 하고 있음을 규정하고 있다.
- 7) 傍受(ぼうじゅ)란 “무전(無電)을 제3자가 수신”한다는 의미를 갖고 있다(ぼうじゅ [傍受], 네이버 일본어사전, <https://ja.dict.naver.com/#/entry/jako/7c170c3261564d7f961198afefed1e86>). “傍受”를 분설하면 “옆에서 받다”라고 해석할 수 있는데, “傍(そば)”은 “곁, 옆”을 뜻하고(傍, 네이버 일본어사전, <https://ja.dict.naver.com/#/entry/jako/b6c8ef17b3ac4d3bbf8ba0d51e53dbe8>), “受(じゅ)”는 “받다”를 뜻하기 때문이며(受, 네이버 일본어사전, <https://ja.dict.nave>

지고 있는 다른 사람과의 통신에 대하여 그 내용을 알기 위하여 해당 통신의 당사자 어느 쪽의 동의도 없이 이를 받는 것을 ‘방수’라고 규정하고 있다.⁸⁾ 즉, 동법은 통신 당사자의 동의를 받지 않고 ‘실시간’에 이루어지는 통신의 내용을 지득하는 것을 규제하고 있다. 따라서 실시간이 아니라 과거에 이루어졌던 통신의 내용을 지득·채록하는 것은 ‘방수’라고 할 수 없다.

나. 방수(傍受)의 대상범죄

종래 일본 통신방수법상 ‘방수’의 대상범죄는 ① 총기범죄(무기 등 제조법), ② 조직범죄(조직적 범죄의 처벌 및 범죄 수익 규제 등에 관한 법률), ③ 집단밀항(출입국 관리 및 난민인정법), ④ 마약범죄(대마 단속법, 마약 및 향정신성 의약품단속법, 아편법, 국제적인 협력 하에 규제 약물에 관한 부정행위를 조장하는 행위 등 방지를 위한 마약 및 향정신성 의약품 단속법 등 특례에 관한 법률, 각성제 단속법) 4가지에 국한하여 규정되었다.⁹⁾ 그러나 2016년 개정에 따라 ① 폭발물의 사용(爆発物の使用), ② 현주건조물등 방화(現住建造物等放火), ③ 살인(殺人), ④ 상해·상해치사(傷害·傷害致死), ⑤ 체포 및 감금(逮捕及び監禁) 또는 체포등치사상(逮捕等致死傷), ⑥ 미성년자약취·유괴(未成年者略取及び誘拐) 등, ⑦ 절도(窃盜), ⑧ 강도(強盜)·강도치사상(強盜致死傷), ⑨ 사기·전자계산기 사용사기(詐欺·電子計算機使用詐欺), ⑩ 공갈(恐喝), ⑪ 아동포르노등(児童ポルノ等)의 범죄가 추가되었다.¹⁰⁾

r.com/#/entry/jako/3e8b7baf05784ef7ab0e808e873b67cd), 이를 사전적 의미와 연결하면, 방수(傍受)란 우연히 혹은 고의로 근방에서 들리는 소리를 지득(知得) 혹은 채록(採録)하는 행위를 포괄적으로 뜻한다고 볼 수 있다.

- 8) 平成十一年法律第三百三十七号 犯罪捜査のための通信傍受に関する法律 (定義) 第二条 2 この法律において「傍受」とは、現に行われている他人間の通信について、その内容を知るため、当該通信の当事者のいずれの同意も得ないで、これを受けることをいう。
- 9) 平成十一年法律第三百三十七号 犯罪捜査のための通信傍受に関する法律 別表第一 (第三条、第十五条関係)
- 10) 平成十一年法律第三百三十七号 犯罪捜査のための通信傍受に関する法律 別表第二 (第三条、第十五条関係)

다. 방수의 요건

검사 또는 사법경찰원은 범죄의 실행과 관련된 사항을 내용으로 하는 통신이 이루어질 것으로 의심할 만한 상황이 있고, 다른 방법으로는 범인을 특정하거나 범행의 상황이나 내용을 분명히 하는 것이 현저히 곤란할 때에(보충성) 재판관이 발부하는 영장에 의하여 감청할 수 있다(통신방수법 제3조)¹¹⁾.

이는 일본 최고재판소의 판시와도 상통한다. 일본 최고재판소는 1999년 판결에서 “중대한 범죄와 관련된 피의사건에 대하여 피의자가 죄를 범했다고 의심할 만한 충분한 이유가 있고, 또한 해당 전화에 의해 피의 사실과 관련된 통화가 이루어지는 개연성이 있는 동시에 전화 감청 이외의 방법에 따라서는 그 죄에 관한 중요하고도 필요한 증거를 얻는 것이 현저하게 곤란하다는 등의 사정이 존재하는 경우에 있어서 전화방수중에 의해 침해되는 이익의 내용, 정도를 신중하게 고려한 후에, 또한 전화방수를 실시하는 것이 범죄의 수사상 정말로 부득이한 것으로 인정되는 때에는 법률이 정하는 절차에 따라 이를 행하는 것도 헌법상 허용된다고 해석하는 것이 상당하다”고 하면서 방수(傍受), 즉 감청이 제한적인 요건에 따라 이루어져야 한다고 한 바 있다.¹²⁾

11) 平成十一年法律第三百三十七号 犯罪捜査のための通信傍受に関する法律 (傍受令状) 第三条 “検察官又は司法警察員は、次の各号のいずれかに該当する場合において、当該各号に規定する犯罪(第二号及び第三号にあっては、その一連の犯罪をいう。)の實行、準備又は証拠隠滅等の事後措置に関する謀議、指示その他の相互連絡その他当該犯罪の實行に関連する事項を内容とする通信(以下この項において「犯罪関連通信」という。)が行われると疑うに足りる状況があり、かつ、他の方法によっては、犯人を特定し、又は犯行の状況若しくは内容を明らかにすることが著しく困難であるときは、裁判官の発する傍受令状により、電話番号その他発信元又は発信先を識別するための番号又は符号(以下「電話番号等」という。)によって特定された通信の手段(以下「通信手段」という。)であって、被疑者が通信事業者等との間の契約に基づいて使用しているもの(犯人による犯罪関連通信に用いられる疑いがないと認められるものを除く。)又は犯人による犯罪関連通信に用いられると疑うに足りるものについて、これを用いて行われた犯罪関連通信の傍受をすることができる。

12) 最決平成11年12月16日 “重大な犯罪に係る被疑事件について、被疑者が罪を犯したと疑うに足りる十分な理由があり、かつ、当該電話により被疑事実に関連する通話の行われる蓋然性があるとともに、電話傍受以外の方法によってはその罪に関する重要かつ必要な証拠を得ることが著しく困難であるなどの事情が存する場合において、電話傍受により侵害される利益の内容、程度を慎重に考慮した上で、なお電話傍受を行うことが犯罪の捜査上真にやむを得

한편, 통신방수(傍受)의 연장에 대해서는 통신방수법 제7조에서 규정하고 있다. 동법 제7조 제1항에 의하면, 지방재판소의 재판관은 필요하다고 인정하는 때에 검사 또는 사법경찰원의 청구에 의하여 10일 이내의 기간을 정하여 감청을 할 수 있는 기간을 연장할 수 있으며, 다만 감청을 할 수 있는 기간은 합하여 30일을 초과할 수 없다.¹³⁾

라. 방수의 절차

방수(傍受)를 실시함에 있어서는 동법 제13조에 의하면 통신관리자 등을 입회시켜야 하고, 통신관리자 등을 입회시킬 수 없는 때에는 지방공공단체의 직원을 입회시켜야 하며, 입회인(立会人)은 검찰관 또는 사법경찰원에 대하여 해당 감청의 실시에 관하여 의견을 진술할 수 있다.¹⁴⁾

즉, 일본 통신방수법에서는 통신관리자 등이 방수(傍受) 집행 시 입회할 수 있다는 점을 명시함으로써 방수 집행 절차의 투명성을 담보하고 있다고 볼 수 있다. 그러나 입회인의 실시간 감청 집행 참여는 통신사업자뿐만 아니라 수사기관 양측에 모두 부담이 되었는데¹⁵⁾ 이에 따라 입회인이 들어가지 않은 대신 일시적 보존을 명하는 통신방수(一時的保存を命じて行う通信傍受)와 특정전자계산기를 사용하는 통신방수(特定電子

ないと認められるときには、法律の定める手続に従ってこれを行うことも憲法上許されると解するのが相当である。”

- 13) 平成十一年法律第三百三十七号 犯罪捜査のための通信傍受に関する法律 (傍受ができる期間の延長) 第七条 地方裁判所の裁判官は、必要があると認めるときは、検察官又は司法警察員の請求により、十日以内の期間を定めて、傍受ができる期間を延長することができる。ただし、傍受ができる期間は、通じて三十日を超えることができない。
- 14) 平成十一年法律第三百三十七号 犯罪捜査のための通信傍受に関する法律 (立会い) 第十三条 “傍受の実施をするときは、通信管理者等を立ち合わせなければならない。通信管理者等を立ち合わせることができないときは、地方公共団体の職員を立ち合わせなければならない。
2 立会人は、検察官又は司法警察員に対し、当該傍受の実施に関し意見を述べることができる。”
- 15) 통신사업자 측은 일정기간 감청을 집행하기 위한 설비와 장소를 확보함과 동시에 적합한 직원을 입회인으로 선정하여야 하는데, 입회인으로 선정된 직원은 본래의 업무를 할 수 없게 된다는 문제가 발생한다. 수사기관 측도 복수의 수사관이 통신사업자의 시설에 가서 언제 걸려올지 모르는 전화를 오로지 기다려야 한다. 이러한 부담이 크다는 것만으로도, 통신방수 실시에 대한 사실상 장애가 된다. 川出敏裕, “通信傍受法の改正について”, 東京大学法科大学院ローレビュー, 10卷 (2015), 106.

計算機を用いる通信傍受)가 새롭게 규정되어 동법이 개정되었다.

일시적 보존¹⁶⁾을 명하는 통신방수란, 검찰관 또는 사법경찰원이 재판관의 허가를 받아 통신관리자 등에게 명하여 감청영장이 기재하는 바에 따라 감청의 실시를 할 수 있는 기간 내에서 검찰관 또는 사법경찰원이 지정하는 기간에 행해지는 모든 통신에 대해 변환부호를 이용한 원신호의 암호화를 시키고 해당 암호화에 의해 작성되는 암호화 신호에 대해 일시적 보존을 시키는 방법으로 감청을 하는 것을 말한다(제20조 제1항).¹⁷⁾

특정전자계산기를 사용하는 통신방수란, 검찰관 또는 사법경찰원은 재판관의 허가를 받아 통신관리자 등에게 명하여 감청을 실시하는 동안 이루어지는 모든 통신에 대하여 변환부호를 이용한 원신호의 암호화를 시키고, 해당 암호화로 작성되는 암호화신호를 감청실시 장소에 설치된 특정컴퓨터에 전송하게 한 다음, ① 암호화 신호를 수신함과 동시에 대응 변환 부호를 이용하여 복호를 하고 복원된 통신에 대해 감청을 하는 방법 또는 ② 암호화 신호를 수신함과 동시에 일시적 저장을 하는 방법에 의해 해당 암호화 신호와 관련된 원신호에 의해 그 내용을 전달받는 통신을 감청하는 방법으로 이루어지는 감청을 말한다(제23조 제1항).¹⁸⁾

-
- 16) 平成十一年法律第三百三十七号 犯罪捜査のための通信傍受に関する法律 (定義) 第二条 5
この法律において「一時的保存」とは、暗号化信号について、その復号がなされるまでの間に限り、一時的に記録媒体に記録して保存することをいう。(통신방수법 제2조 제5항이 법률에서 '일시적 보존'이란 암호화 신호에 대하여 그 복호가 이루어질 때까지의 기간에 한하여 일시적으로 기록매체에 기록하여 보존하는 것을 말한다.)
- 17) 平成十一年法律第三百三十七号 犯罪捜査のための通信傍受に関する法律 (一時的保存を命じて行う通信傍受の実施の手続) 第二十条 検察官又は司法警察員は、裁判官の許可を受けて、通信管理者等に命じて、傍受令状の記載するところに従い傍受の実施をすることができる期間(前条の規定により傍受の実施を終了した後の期間を除く。)内において検察官又は司法警察員が指定する期間(当該期間の終期において第十八条の規定により傍受の実施を継続することができるときは、その継続することができる期間を含む。以下「指定期間」という。)に行われる全ての通信について、第九条第一号の規定により提供された変換符号を用いた原信号(通信の内容を伝達するものに限る。)の暗号化をさせ、及び当該暗号化により作成される暗号化信号について一時的保存をさせる方法により、傍受をすることができる。この場合における傍受の実施については、第十三条の規定は、適用しない。
- 18) 平成十一年法律第三百三十七号 犯罪捜査のための通信傍受に関する法律 (特定電子計算機を用いる通信傍受の実施の手続) 第二十三条 検察官又は司法警察員は、裁判官の許可を受

한편, 통신사업자는 정당한 이유 없이 검사 또는 사법경찰원의 감청 실시에 관한 협력요구를 거부해서는 안 된다(제12조).¹⁹⁾

3. 통신자료 및 통신사실확인자료 제공

가. 제3자에 대한 통신이력 및 통신자료 제공

일본 개인정보보호법 제27조 제1항에서는 사전에 본인의 동의를 받지 않고 개인정보를 제3자에게 제공하지 않아야 한다고 규정하면서, 다만 법령에 근거가 있는 경우, 타인의 생명·신체 또는 재산의 보호, 공중보건의 향상 등 본인의 동의를 얻기 곤란한 경우, 학술목적에 위한 경우에는 개인정보의 제3자에 대한 제공이 가능하다고 하고 있다.²⁰⁾²¹⁾

けて、通信管理者等に命じて、傍受の実施をしている間に行われる全ての通信について、第九条第二号イの規定により提供された変換符号を用いた原信号（通信の内容を伝達するものに限る。）の暗号化をさせ、及び当該暗号化により作成される暗号化信号を傍受の実施の場所に設置された特定電子計算機に伝送させた上で、次のいずれかの傍受をすることができる。この場合における傍受の実施については、第十三条の規定は適用せず、第二号の規定による傍受については、第二十条第三項及び第四項の規定を準用する。

一 暗号化信号を受信すると同時に、第九条第二号ロの規定により提供された対応変換符号を用いて復号をし、復元された通信について、第三条及び第十四条から第十六条までに定めるところにより、傍受をすること。

二 暗号化信号を受信すると同時に一時的保存をする方法により、当該暗号化信号に係る原信号によりその内容を伝達される通信の傍受をすること。

19) 平成十一年法律第百三十七号 犯罪捜査のための通信傍受に関する法律（通信事業者等の協力義務 第十二条 検察官又は司法警察員は、通信事業者等に対して、傍受の実施に関し、傍受のための機器の接続その他の必要な協力を求めることができる。この場合においては、通信事業者等は、正当な理由がないのに、これを拒んではならない。

20) 平成十五年法律第五十七号 個人情報の保護に関する法律（第三者提供の制限）第二十七条

21) 일본 「개인정보의 보호에 관한 법률」 제27조에서는 다음과 같은 경우에 한하여 개인정보의 제3자에 대한 제공이 가능하다고 규정한다. ① 법령에 근거가 있는 경우, ② 타인의 생명, 신체 또는 재산의 보호를 위하여 필요한 경우로서 본인의 동의를 얻기가 곤란한 경우, ③ 공중보건의 향상 또는 아동의 건전한 육성 추진을 위하여 특히 필요한 경우로서 본인의 동의를 얻기 곤란한 경우, ④ 국가의 기관이나 지방공공단체 또는 그 위탁을 받은 자가 법령이 정하는 사무를 수행하는 것에 대하여 협력할 필요가 있는 경우로서, 본인의 동의를 얻음으로써 해당 사무의 수행에 지장을 미칠 우려가 있는 경우, ⑤ 해당 개인정보 취급사업자가 학술연구기관 등인 경우로서, 해당 개인정보 제공이 학술연구 성과의 공표 또는 교수로 인해 어쩔 수 없는 경우, ⑥ 해당 개인정보 취급사업자가 학술연구기관 등인

즉, 법령에 근거가 있다면 제3자에게 개인정보를 제공할 수 있는 것이다. 일본 형사소송법 제197조 제2항은 “수사에 관해서는 공무소 또는 공공·민간단체에 조회하여 필요한 사항의 보고를 요구할 수 있다”고 하면서 사실조회에 대해 규정하고 있는데, 이 규정에 따라 전기통신사업자가 수사기관의 사실조회에 응하여야 하는 것인지가 문제된다.

전기통신사업에서의 개인정보 보호에 관한 가이드라인 해설(電気通信事業における個人情報保護に関するガイドラインの解説)에 의하면, 원칙적으로 사실조회에 응해야 하지만, 전기통신사업자의 통신비밀보호의무에 따라 통신의 비밀에 속하는 사항(통신 내용에 머무르지 않고 통신 당사자의 주소·성명, 발신 장소, 통신 연월일 등 통신의 구성요소 및 통신 횟수 등 통신의 존재 사실 유무를 포함)을 제공하는 것은 타당하지 않다.²²⁾

이에 따라 통신비밀과 관련이 없는 단순한 통신자료에 대해서는 형사소송법 제197조 제2항의 사실조회절차에 따른 정보조회가 가능하다고 할 수 있으며²³⁾ 수사기관은 통신비밀과 관련된 자료의 수집을 위하여 법원으로부터 압수·수색영장을 발부받아야 할 것이다. 그러나 사실조회는 임의수사이므로 이를 거부하는 경우 법원의 영장을 발부받음으로써 집행할 수 있으므로 전기통신사업자는 사실상 수사기관에 협조할 수밖에 없는 위치에 있다.²⁴⁾

일본에서 통신자료뿐만 아니라 통신사실확인자료의 제공 또한 형사소송법의 규정에 따라 이루어지고 있다. 이는 일본 통신방수법이 감청에 대해서만 규율할 뿐 통신자료 내지 통신사실확인자료에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않은 데에 기인하고 있다.²⁵⁾

경우로서 해당 개인정보를 학술연구 목적으로 제공할 필요가 있는 경우 예외적으로 개인정보의 제3자에 대한 제공이 가능하다.

22) 電気通信事業における個人情報保護に関するガイドライン (令和4年個人情報保護委員会・総務省告示第4号) の解説, 93-94.

23) 이성기, “「통신사업자의 통신사실 확인자료 및 통신자료 제공의 요건과 절차」에 관한 비교법적 연구”, 법과 정책연구 제14집 제1호, 한국법정책학회(2014), 17.

24) 이성대·이경열·김일환, “통신비밀자료의 제공과 관련한 주요국의 법제비교와 시사”, 경원법학 제10권 제3호, 가천대학교 법학연구소(2017), 244.

따라서 통신사실확인자료의 제공은 일본 형사소송법상 압수·수색 영장을 통해 가능하다. 한편, 형사소송법 제114조에 따라 압수·수색 영장의 집행에 있어 간수자(看守者) 등의 입회가 요구되므로²⁶⁾ 통신사실확인자료의 제공에 있어서도 간수자 등의 입회가 이루어진다고 볼 수 있다.

나. 위치정보의 제공

위치정보는 개인이 방문하는 위치에 관한 정보를 제공할 수 있으며, 개인이 방문하는 정치단체, 병원 진료과 등 개인의 사상 및 건강정보에 관한 정보까지 포함하여 민감정보에 해당할 여지가 크다.

2023년 7월 시행을 앞두고 있는 미국 캘리포니아 주 프라이버시권에 관한 법률(CPRA: California Privacy Rights Act)은 소비자의 정밀한 지리적 위치(a consumer's precise geolocation)에 관한 정보를 민감정보(Sensitive Personal Information)로 규정하기도 하였다. 이는 위치정보가 프라이버시와 관계된다는 점을 제시한다. 일본 학계에서는 위치정보는 통신의 비밀을 침해하는 것이 아니라고 보고 있다.²⁷⁾

이에 따라 위치정보의 수집에 있어서는 영장이 요구된다. 미국 연방대법원 Katz v. United States (1967) 판결²⁸⁾에서는 압수·수

25) 이혼재, “일본의 휴대전화에 대한 통신감청 및 위치정보추적수사”, 법학연구 통권 제60집, 전북대학교 법학연구소(2019), 245.

26) 日本 刑事訴訟法 第百十四條 公務所内で差押状、記録命令付差押状又は搜索状の執行をするときは、その長又はこれに代わるべき者に通知してその処分に立ち会わせなければならない。
2 前項の規定による場合を除いて、人の住居又は人の看守する邸宅、建造物若しくは船舶内で差押状、記録命令付差押状又は搜索状の執行をするときは、住居主若しくは看守者又はこれらの者に代わるべき者をこれに立ち会わせなければならない。これらの者を立ち会わせることができないときは、隣人又は地方公共団体の職員を立ち会わせなければならない。(일본 형사소송법 제114조 ① 공무소 내에서 압수장 또는 수색장의 집행을 할 때에는 그 장(장) 또는 그를 갈음할 자에게 통지하여 그 처분에 입회하도록 하여야 한다. ② 전항의 규정에 의한 경우를 제외하고, 사람의 주거 또는 사람이 간수하는 저택, 건조물 또는 선박 내에서 압수장 또는 수색장을 집행할 때에는 住居主(주거주)나 간수자 또는 이들을 갈음할 사람을 이에 입회하도록 하여야 한다. 이들을 입회하도록 할 수 없을 때에는 이웃사람 또는 지방공공단체의 직원을 입회하도록 하여야 한다.)

27) 이혼재, 위의 논문, 246에서 재인용.

색의 적법성 판단기준으로서 “프라이버시의 합리적 기대 (reasonable expectation of privacy)”가 제시되었다.²⁹⁾ United States v. Miller (1976) 판결에서는 “프라이버시의 합리적 기대”가 인정되지 않아 증거물인 “수표”를 영장 없이 압수·수색하기도 하였으나³⁰⁾ Carpenter v. United States (2018) 판결을 통해 “휴대전화의 위치를 추적할 때 마치 휴대전화 사용자의 발목에 감시장치를 장착하도록 한없이 완전하게 가까운 감시가 이루어진다”면서 영장의 발부를 받아야 한다는 점을 분명히 하였다.³¹⁾

일본에서도 위치정보는 통신사실확인자료로서 수사기관은 법원의 영장을 발부받음으로써 전기통신사업자로부터 이를 수집할 수 있다. 최근 문제되고 있는 휴대전화의 위치정보는 기지국을 특정함으로써 얻을 수도 있고(기지국 정보), 휴대전화에 내장된 GPS(Global Positioning System)에 연결하여 수집될 수 있는데(GPS 정보), 양자는 모두 영장을 발부받음으로써 취득될 수 있다.³²⁾

기지국 정보는 수백미터 때때로 몇킬로미터의 오차가 있는데 반해, GPS 정보는 최대 수미터의 오차가 있어 GPS 정보가 더 정확하다고 하는바³³⁾ 기지국 수사는 GPS 수사보다 정확도가 떨어진다고 할 수

28) Olmstead v. United States, 277 U.S. 438 (1928) 판결에서는 법원의 승인 없이 FBI에 의해 획득된 증거로서 공공지역에서 감청된 사적인 전화대화의 증거가 인정되었으나 Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967) 판결에서 영장없이 취득한 공중전화의 감청은 불법이라고 판시하였다.

29) Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967). It is unconstitutional under the Fourth Amendment to conduct a search and seizure without a warrant anywhere that a person has a reasonable expectation of privacy, unless certain exceptions apply.

30) United States v. Miller, 425 U.S. 442 (1976). 이 판결에서 미국 연방대법원은 “수표가 기밀통신이 아니라 상거래에서 사용될 수 있는 협상가능한 수단(The checks are not confidential communications, but negotiable instruments to be used in commercial transactions)”이라고 보았기 때문에 Miller에 대해 프라이버시의 합리적 기대가 미치지 않는다고 판시하였다.

31) 伊藤徳子, “犯罪捜査のための基地局情報の取得”, 大学院研究年報 48号 (2019), 238.

32) 高村 紳, “携帯電話位置情報の取得による監視型捜査の適法性についての検討”, 法学研究論集 50号 (2019), 47.

33) GPS 정보는 단말기를 사용하는 자의 주변 5m의 거리까지 추적이 가능한 반면, 기지국의 통신범위가 최소 수백m에서 최대 수km에 이르는 등 그 폭이 다소 넓다. 박찬걸, “통신사

있다.³⁴⁾ 그러나 사용자가 임의로 제공하는 것으로 볼 수 없는 점, 평상시 휴대하는 것으로 상세하고 장시간 감시가 가능한 점, 이용자의 동향 파악까지 가능하다는 점에서 프라이버시의 합리적 기대가 미친다고 볼 수 있으며, 이러한 점에서 기지국 수사가 GPS 수사보다 프라이버시 침해가 더 크다고 할 수 있다.³⁵⁾

일본 수사기관은 통신사실확인자료와 마찬가지로 과거의 휴대전화 위치정보자료는 법원으로부터 압수·수색영장을 통해 취득하고 있으며(일본 형사소송법 제222조 제1항, 제100조 제2항), 실시간 또는 장래의 위치정보는 검증영장(일본 형사소송법 제218조)을 발부받음으로써 수집하고 있다.³⁶⁾ 그러나 수사기관이 통신사업자로부터 문서의 형식으로 취득하는 행위는 ‘제출’에 가깝기 때문에, 기지국 정보는 검증영장이 아니라 압수·수색영장에 의하여야 한다는 견해도 있다.³⁷⁾

일본은 통신감청에 비하여 위치정보자료수집은 헌법상 보장된 통신의 비밀을 침해하지 않는 강제처분이므로 감청에 비하여 낮은 정도의 보호로 족하다는 입장에 있으나³⁸⁾ 실시간 위치정보의 경우 사생활의 자유가 침해될 우려가 있어 보충성의 요건 등이 규정되어야 할 것으로 보인다.

실확인자료 제공제도의 현황 및 개선방안”, 형사법의 신동향 제44호, 대검찰청(2014), 209-210.

34) 高村 紳, “携帯電話位置情報の取得による監視型捜査の適法性についての検討”, 47.

35) 高村 紳, “携帯電話位置情報の取得による監視型捜査の適法性についての検討”, 58.

36) 일본 형사소송법 제222조 제1항에 의하면, 제100조의 규정은 검찰관·검찰사무관 또는 사법경찰직원이 제218조, 제220조 및 제221조에 의하여 하는 압수 또는 수색에 대하여 이를 준용한다. 동법 제100조 제2항에서는 진신에 관한 서류로서 법령의 규정에 의해 통신사무를 취급하는 자가 보관하거나 소지하고 있는 것은, 피고사건과 관계가 있다고 인정하기에 충분한 상황이 있는 것에 한하여 이를 압수하거나 또는 제출하도록 할 수 있다고 규정하고 있다. 이혼재(주 25), 247, 249.

37) 이 견해에 의하면 수사기관이 기지국 정보 기록을 통신 사업자 내의 컴퓨터에 표시시켜 직접 확인하는 방법을 취하는 것이 아니기 때문에 검증영장은 적합하지 않다. 즉, 검증은 오관의 작용을 통해 장소·물건·사람의 존재, 위치, 성질 등을 파악하는 처분이므로, 기지국 정보 기록을 문서 등 형식으로 통신사업자로부터 물리적으로 취득하는 데에는 검증영장이 아닌 압수·수색영장을 발부받아야 한다고 한다. 伊藤徳子, “犯罪捜査のための基地局情報の取得”, 大学院研究年報 48号 (2019), 243.

38) 이혼재(주 25), 258.

4. 소결

일본은 통신방수법을 통해 전기통신의 감청에 대한 규정을 마련하고 있으며, 통신사실확인자료는 형사소송법상 압수·수색영장에 의해 취득하도록 규정하고 있다.

이를 구체적으로 살펴보면 통신방수법상 감청 대상범죄를 한정함으로써 엄격한 요건 하에 감청을 인정하고 있음을 알 수 있으며, 입회인의 실시간 감청 집행 참여를 규정함으로써 감청 집행의 투명성을 제고하고 있다. 물론 최근 일정한 경우 입회인의 참여 대신 일시적 보존 또는 특정전자계산기를 사용하는 통신방수의 예외적 허용 규정이 추가되었으나, 이는 암호화를 통한 일시적 보존 또는 일시적 저장으로서 입회인의 참여 배제를 납득시킬 수 있는 장치를 마련하고 있어 감청 집행의 투명성을 크게 저해시킨다고 볼 수는 없다.

한편, 통신사실확인자료 및 과거의 휴대전화 위치정보는 형사소송법상 압수·수색영장을 통하여, 실시간 또는 장래의 위치정보는 형사소송법상 검증영장에 의하여 취득하도록 하고 있다. 이와 같이 통신사실확인자료의 취득이 형사소송법을 통해 이루어지도록 하고 있는 것은 수사의 필요성 및 범죄의 관련성 요건, 간수자 등의 참여를 충족시키기 위함이라고 볼 수 있다. 이는 궁극적으로 통신사실확인자료의 제공 절차의 투명성을 담보하는 것으로 볼 수 있다.

이를 종합하자면, 일본에서는 통신방수법과 형사소송법을 통해 각각 감청과 통신사실확인자료 제공에 대한 규정을 구체화함으로써 통신의 자유 및 사생활의 자유에 대한 보호 강화를 도모하고 있다. 이는 통신비밀보호법에 감청과 통신사실확인자료 제공에 대한 규정을 마련하고 있는 우리나라의 법제와는 상이한 부분으로, 우리나라 통신 관련 법제를 정비함에 있어서 참조할 부분이다. 또한, 일본 통신 관련 법제는 입회인 제도를 통한 집행 절차의 투명성에 초점을 두고 있으며, 통신사실확인자료의 취득을 압수·수색영장에 의하도록 함으로써 범죄의 관련성 요건을 충족하도록 하고 있어 우리나라 법제에 시사하는 바가 상당하다. 이하에서는 이러한 점에 주목하여 우리나라 통신사실확인자료 법제를 검토하기로 한다.

III. 우리나라 통신사실확인자료 법제 검토

1. 개관

우리나라의 감청 법제는 1993년 제정된 통신비밀보호법을 중심으로 마련되어 있으며³⁹⁾ 통신자료에 대한 수사기관에의 제공은 전기통신사업법에 규정되고 있다. 이는 일본의 법제와 다르다고 할 수 있는데, 일본에서는 우리나라의 통신비밀보호법에 상응하는 통신방수법에서 전기통신 감청에 대해 규율하면서, 통신자료 및 통신사실확인자료는 일본 형사소송법 규정에 따라 제공받고 있다.

우리나라의 통신비밀보호법은 제3조 제1항 본문을 통해 원칙적으로 감청을 금지하고 있다.⁴⁰⁾ 그러나 예외적으로 법률에 규정된 요건을 충족한 경우에 범죄수사를 위한 감청(제5조) 또는 국가안전보장을 위한 감청(제7조)을 인정하고 있다. 전기통신사업자에 대한 ‘통신자료’ 제공 요청은 전기통신사업법 제83조 제3항에 따라 가능하며, 범죄수사를 위한 ‘통신사실 확인자료’는 통신비밀보호법 제13조에 따라 법원의 허가를 얻어 열람 또는 제출이 가능하다.

또한 일본 통신방수법상 입회인이 실시간 감청 집행 참여를 할 수 있는 반면, 우리나라 통신비밀보호법에서는 감청 집행 과정에 입회인의 참여를 규정하고 있지 않는 점도 큰 차이점이라고 할 수 있다. 이하에서는 이러한 부분을 구체적으로 살펴보기로 한다.

2. 우리나라의 통신비밀보호법 법제

가. 감청의 의미

통신비밀보호법 제2조 제7호에 의하면 “감청”이란 전기통신에 대하여

39) 1998년 이후 경찰이나 국가정보원에 의한 도청시비, 개인에 의한 도청 등이 심각한 사회 문제로 대두되었다. 이에 따라 이러한 통신비밀의 침해를 막기 위하여 통신비밀보호법을 개정하자는 주장이 끊임없이 제기되었다. 김일환, “통신비밀의 헌법상 보호와 관련 법제도에 관한 고찰”, 형사정책 제16권 제1호, 한국형사정책학회(2004), 38.

40) 통신비밀보호법 제3조(통신 및 대화비밀의 보호) ① 누구든지 이 법과 형사소송법 또는 군사법원법의 규정에 의하지 아니하고는 우편물의 검열·전기통신의 감청 또는 통신사실확인자료의 제공을 하거나 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못한다.

당사자의 동의없이 전자장치 등을 사용하여 통신의 내용을 지득 또는 채록하거나 전기통신의 송·수신을 방해하는 것을 말한다.⁴¹⁾ 이는 일본 통신방수법의 “방수”에 대응되는 개념이며, “방수”가 ‘현재 행해지고 있는 타인과의 통신’을 개념요소로 하고 있는 것과 마찬가지로 “감청”도 실시간 이루어지는 통신에 대해서만 가능하다.

대법원은 통신비밀보호법 제2조 제7호의 문언과 관련하여, “해당 규정의 문언이 송신하거나 수신하는 전기통신 행위를 감청의 대상으로 규정하고 있을 뿐 송·수신이 완료되어 보관 중인 전기통신 내용은 대상으로 규정하지 않은 점, 일반적으로 감청은 다른 사람의 대화나 통신 내용을 몰래 엿듣는 행위를 의미하는 점 등을 고려하여 보면, 통신비밀보호법상 ‘감청’이란 대상이 되는 전기통신의 송·수신과 동시에 이루어지는 경우만을 의미하고, 이미 수신이 완료된 전기통신의 내용을 지득하는 등의 행위는 포함되지 않는다”고 판시하였다.⁴²⁾

이와 더불어 통신비밀보호법 제9조의3은 송·수신이 완료된 전기통신은 압수·수색·검증의 대상이 된다는 점을 전제로 하고 있는바, 이에 따라 송·수신이 완료된 전기통신은 ‘감청’의 대상에서 제외된다고 할 수 있다.

나. 감청의 대상범죄

범죄수사를 위한 감청의 대상범죄는 통신비밀보호법 제5조 제1항 각호에 규정되어 있다. 제5조 제1항에 의하면 형법상 범죄 상당수를 비롯하여, 군형법, 국가보안법, 군사기밀보안법, 군사기지 및 군사시설 보호법, 마약류관리에 관한 법률, 폭력행위등 처벌에 관한 법률, 총포·도검·화약류등의 안전관리에 관한 법률, 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률, 국제상거래에 있어서 외국공무원에 대한 뇌물방지법 위반 등의 죄가 범죄수사를 위한 감청의 대상범죄가 된다.

그러나 이에 대해서는 대상범죄가 광범위하다는 지적이 제기된다. 물

41) 통신비밀보호법 제2조 (정의) 7. “감청”이라 함은 전기통신에 대하여 당사자의 동의없이 전자장치·기계장치등을 사용하여 통신의 음향·문언·부호·영상을 청취·공독하여 그 내용을 지득 또는 채록하거나 전기통신의 송·수신을 방해하는 것을 말한다.

42) 대법원 2012. 10. 25. 선고 2012도4644 판결.

론, 현행법상 대상범죄는 1993년 통신비밀보호법 제정당시 총 391개의 감청대상 범죄가 규정된 것에 비하면 축소 또는 조정된 것이나, 이는 일본의 법제와 비교해보면 너무 광범위한 것이다.⁴³⁾ 범죄를 규율하고 있는 법률도 다양할 뿐만 아니라 대상범죄로 규정된 형법상 범죄의 종류도 다양하여 개인의 통신의 비밀과 사생활의 자유가 과도하게 침해될 위험이 있다.⁴⁴⁾

다. 감청의 요건

감청은 통신비밀보호법 제5조 제1항의 대상범죄를 계획 또는 실행하고 있거나 실행하였다고 의심할만한 충분한 이유가 있고, 다른 방법으로 그 범죄의 실행을 저지하거나 범인의 체포 또는 증거의 수집이 어려운 경우에 한하여 허가될 수 있다(보충성).⁴⁵⁾

한편, ‘국가안보를 위한 감청’은 통신비밀보호법 제7조에 따라 이루어지고 있으며, 통신의 일방 또는 쌍방당사자가 내국인인 때에는 고등법원 수석판사의 허가를 받아야 한다.⁴⁶⁾ 그러나 국가안보를 위한 감청은 범죄수사를 위한 감청과는 달리 대상범죄를 규정하고 있지 않다는 점에서⁴⁷⁾ 감청으로 인한 국민의 기본권침해가 우려된다.

43) 나채준, “미국과 우리나라의 통신감청법률에 관한 비교법적 고찰”, 토지공법연구 제52집, 한국토지공법학회(2011), 346.

44) 구체적으로 「형법」에는 내란의 죄, 외환이 죄, 국교에 관한 죄, 공안을 해하는 죄, 폭발물에 관한 죄, 공무원의 직무에 관한 죄, 도주와 범죄은닉의 죄, 방화와 실화의 죄, 아편에 관한 죄, 통화에 관한 죄, 유가증권·우표와 인지에 관한 죄 살인의 죄, 체포와 감금의 죄, 협박의 죄, 약취·유인 및 인신매매의 죄, 강간과 추행의 죄, 신용·업무와 경매에 관한 죄, 권리행사를 방해하는 죄, 절도와 강도의 죄, 사기·공갈의 죄, 장물에 관한 죄 중 일부가 포함된다.

45) 통신비밀보호법 제5조(범죄수사를 위한 통신제한조치의 허가요건).

46) 통신비밀보호법 제7조 제1항 제1호에 따라 통신의 일방 또는 쌍방당사자가 내국인인 때에는 고등법원 수석판사의 허가를 받아야 하며, 대한민국에 적대하는 국가, 반국가활동의 혐의가 있는 외국의 기관·단체와 외국인, 대한민국의 통치권이 사실상 미치지 아니하는 한반도 내의 집단이나 외국에 소재하는 그 산하단체의 구성원의 통신인 때와 군용전기통신인 경우에는 통신비밀보호법 제7조 제1항 제2호에 정한 바에 따라 서면으로 대통령의 승인을 받아야 한다.

47) 조 국, “개정 통신비밀보호법의 의의, 한계 및 쟁점: 도청의 합법화인가 도청의 통제인가?”, 형사정책연구 제15권 제4호, 한국형사법무정책연구원(2004), 111.

‘감청’의 기간은 2개월을 초과되지 못하고, 그 기간 중 감청의 목적이 달성되었을 경우에는 즉시 종료하여야 하는데, 동법 제5조 제1항의 허가요건이 존속하는 경우에는 소명자료를 첨부하여 2개월의 범위에서 감청의 연장을 청구할 수 있고, 이 경우 감청의 총연장기간은 1년을 초과할 수 없다.⁴⁸⁾

헌법재판소는 2010년 통신제한조치기간 연장 무제한 허가제도 사건에서 “통신제한조치기간의 연장을 허가함에 있어 총연장기간 또는 총연장횟수의 제한이 없을 경우 수사와 전혀 관계없는 개인의 내밀한 사생활의 비밀이 침해당할 우려도 심히 크기 때문에” 총연장기간 또는 총연장횟수의 제한을 두지 않은 제6조 제7항 단서가 통신의 비밀을 침해하여 헌법에 위반된다고 판시하였다.⁴⁹⁾ 이에 총연장기간에 제한을 두도록 2019년에 법률이 개정된 것이다.

라. 감청의 절차

통신비밀보호법은 감청의 방법에 관하여 규정하고 있지는 않다. 지능정보사회⁵⁰⁾에 진입한 오늘날, 통신기술의 발달에 따라 통신매체별로 상이하게 감청이 이루어질 수밖에 없으므로 통신비밀보호법에 감청의 방법에 대해 구체적으로 규정하는 데에는 한계가 있을 수밖에 없다고 보인다.

다만 통신비밀보호법에서는 범죄수사 및 국가안보를 위한 감청과 긴급

48) 한편, 통신비밀보호법 제6조 제8항 단서는 각호에 따라 통신제한조치의 총연장기간을 3년으로 규정하고 있다. 즉, 형법 제2편 중 제1장 내란의 죄, 제2장 외환의 죄 중 제92조부터 제101조까지의 죄, 제4장 국교에 관한 죄 중 제107조, 제108조, 제111조부터 제113조까지의 죄, 제5장 공안을 해하는 죄 중 제114조, 제115조의 죄 및 제6장 폭발물에 관한 죄(제1호), 군형법 제2편 중 제1장 반란의 죄, 제2장 이적의 죄, 제11장 군용물에 관한 죄 및 제12장 위령의 죄 중 제78조·제80조·제81조의 죄(제2호), 국가보안법에 규정된 죄(제3호), 군사기밀보호법에 규정된 죄(제4호), 군사기지 및 군사시설보호법에 규정된 죄(제5호)에 대해서는 감청의 총연장기간이 3년을 초과할 수 없다.

49) 헌법재판소 2010. 12. 28. 선고 2009헌가30 결정.

50) 지능정보사회란 지능정보기술 및 지능정보기술과 다른 기술이나 서비스 등의 융합을 바탕으로 정치·경제·사회·문화를 포함한 모든 분야에서 새로운 가치를 창출하고 발전을 이끌어가는 사회를 말한다. 김일환, “지능정보사회에서 헌법의 역할과 기능”, 성균관법학 제32권 제3호, 성균관대학교 법학연구원(2020), 41.

감청의 허가절차 등에 대하여 구체적으로 규정을 두고 있다. 최근에는 2018년 헌법재판소의 패킷감청에 관한 헌법불합치결정⁵¹⁾ 이후 제12조의2가 개정되면서 패킷감청 이후 사후관리규정이 2020년 도입되었다.

이에 덧붙여, 감청의 집행(제9조) 및 감청 집행에 관한 통지(제9조의2)에 대한 규정이 존재한다. 통신비밀보호법 제9조에 의하면 감청은 이를 청구한 검사·사법경찰관 또는 정보수사기관의 장이 집행하며, 감청의 집행을 위탁하거나 집행에 관한 협조를 요청하는 자는 통신기관등에 통신제한조치허가서 또는 긴급감청서등의 표지의 사본을 교부하여야 한다.⁵²⁾ 수사기관이 가진 감청기술이 급속도로 발전하는 통신기술에 상응하지 못하는 경우에는 전기통신사업자에게 불가피하게 협조를 요청할 수밖에 없는 것이다. 이에 따라 전기통신사업자는 통신비밀보호법 제15조의2에 따른 협조의무를 부담한다.⁵³⁾

51) 헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2016헌마263 결정. 이 사건에서 헌법재판소는 패킷감청이 불특정 대상자에 대한 관련 없는 정보까지 수집하는 이상, “그 집행 단계나 집행 이후에 수사기관의 권한 남용을 통제하고 관련 기본권의 침해를 최소화하기 위한 제도적 조치가 제대로 마련되어 있지 않은 상태에서, 범죄수사 목적을 이유로 인터넷회선 감청을 통신제한조치 허가 대상 중 하나로 정하고 있으므로 침해의 최소성 요건을 충족한다고 할 수 없다”고 판시하면서, 패킷감청을 감청대상 중 하나로 정하고 있는 통신비밀보호법 제5조 제1항이 헌법에 위반된다고 하였다.

52) 통신비밀보호법 제9조(통신제한조치의 집행) ① 제6조 내지 제8조의 통신제한조치는 이를 청구 또는 신청한 검사·사법경찰관 또는 정보수사기관의 장이 집행한다. 이 경우 체신관서 기타 관련기관등(이하 “통신기관등”이라 한다)에 그 집행을 위탁하거나 집행에 관한 협조를 요청할 수 있다.

② 통신제한조치의 집행을 위탁하거나 집행에 관한 협조를 요청하는 자는 통신기관등에 통신제한조치허가서(제7조제1항제2호의 경우에는 대통령령의 승인서를 말한다. 이하 이 조, 제16조제2항제1호 및 제17조제1항제1호·제3호에서 같다) 또는 긴급감청서등의 표지의 사본을 교부하여야 하며, 이를 위탁받거나 이에 관한 협조요청을 받은 자는 통신제한조치허가서 또는 긴급감청서등의 표지 사본을 대통령령이 정하는 기간동안 보존하여야 한다.

③ 통신제한조치를 집행하는 자와 이를 위탁받거나 이에 관한 협조요청을 받은 자는 당해 통신제한조치를 청구한 목적과 그 집행 또는 협조일시 및 대상을 기재한 대장을 대통령령이 정하는 기간동안 비치하여야 한다.

④ 통신기관등은 통신제한조치허가서 또는 긴급감청서등에 기재된 통신제한조치 대상자의 전화번호 등이 사실과 일치하지 않을 경우에는 그 집행을 거부할 수 있으며, 어떠한 경우에도 전기통신에 사용되는 비밀번호를 누설할 수 없다.

53) 통신비밀보호법 제15조의2(전기통신사업자의 협조의무) ① 전기통신사업자는 검사·사법경찰관 또는 정보수사기관의 장이 이 법에 따라 집행하는 통신제한조치 및 통신사실 확

한편, 검사는 감청을 집행한 사건에 관하여 공소를 제기하거나, 공소의 제기 또는 입건을 하지 아니하는 처분(기소중지결정, 참고인중지결정 제외)을 한 때에는 그 처분을 한 날부터 30일 이내에 감청대상이 된 전기통신의 가입자에게 감청을 집행한 사실과 집행기관 및 그 기간 등을 서면으로 통지하여야 한다.⁵⁴⁾ 또한 송·수신이 완료된 전기통신에 대하여 압수·수색·검증을 집행한 경우에도 그 사건에 관하여 공소를 제기하거나, 공소의 제기 또는 입건을 하지 아니하는 처분(기소중지결정, 참고인중지결정 제외)을 한 때에는 그 처분을 한 날부터 30일 이내에 수사대상이 된 가입자에게 압수·수색·검증을 집행한 사실을 서면으로 통지하여야 한다.⁵⁵⁾

3. 통신사실확인자료의 제공

가. 통신자료의 제공

전기통신사업법 제83조 제3항에 의하면 ‘통신자료’는 이용자의 성명(제1호), 주민등록번호(제2호), 주소(제3호), 전화번호(제4호), 아이디(제5호), 가입일 또는 해지일(제6호)을 의미한다.⁵⁶⁾ 이는 단순한 ‘통신자료’로서 ‘통신내용’과 관계가 있다고 보기 어려우며, 오히려 전기통신 이용자의 개인정보에 가까운 내용이라고 볼 수 있을 것이다.⁵⁷⁾

인자료제공의 요청에 협조하여야 한다.

② 제1항의 규정에 따라 통신제한조치의 집행을 위하여 전기통신사업자가 협조할 사항, 통신사실확인자료의 보관기간 그 밖에 전기통신사업자의 협조에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

54) 통신비밀보호법 제9조의2(통신제한조치의 집행에 관한 통지) 제1항.

55) 통신비밀보호법 제9조의3(압수·수색·검증의 집행에 관한 통지) 제1항.

56) ‘통신자료제공’을 규정하고 있는 전기통신사업법 제83조 제3항에 의하면 전기통신사업자는 법원, 검사 또는 수사관서의 장, 정보수사기관의 장이 재판, 수사, 형의 집행 또는 국가안전보장에 대한 위해를 방지하기 위한 정보수집을 위하여 ‘통신자료’의 열람이나 제출을 요청하면 그 요청에 따를 수 있다.

57) 개인정보 보호법 제6조는 다른 법률과의 관계에 대해 규정하고 있다. 제6조에 의하면, 개인정보 보호에 관하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 개인정보 보호법에서 정하는 바에 따라야 한다. 이에 따라 전기통신사업법 제83조 제3항이 ‘통신자료’에 대해 규정하고 있으므로 ‘통신자료’에 대해서는 개인정보 보호법이 아니라 전기통신사업법에서 정하는 바에 따라야 한다.

헌법재판소는 전기통신사업법상 통신자료 제공을 규정한 법률조항이 “전기통신사업자에게 이용자에 관한 통신자료를 수사관서의 장의 요청에 응하여 합법적으로 제공할 수 있는 권한을 부여하고 있을 뿐이지 어떠한 의무도 부과하고 있지 않으므로, 전기통신사업자는 수사관서의 장의 요청이 있더라도 이에 응하지 아니할 수 있고, 이 경우 아무런 제재도 받지 아니한다”고 하면서, 전기통신사업법상 통신자료 취득행위는 강제력이 개입되지 아니한 “임의수사”에 해당한다고 판시하였다.⁵⁸⁾

즉, 전기통신사업법상 통신자료는 임의적 협조요청사항으로 규정되었는데(제83조 제3항), 통신사업자는 수사기관의 협조요청을 사실상 거절하기 힘들다고 볼 수 있다.⁵⁹⁾

나. 통신사실확인자료와 위치정보의 제공

종래 통신사실확인자료는 「통신비밀보호법」의 규제를 받지 않고 있었으며, 그로 인하여 수사기관의 요청에 따라 전기통신사업자가 통화내역자료를 제공함으로써 사실상 통신비밀을 확인하는 편법이 이루어지고 있었다.⁶⁰⁾ 이를 방지하기 위하여 2001년 12월 개정을 통해 통신비밀보호법에 통신사실확인자료 제공제도가 도입되었다.

통신사실확인자료 제공의 요청은 2001년 개정 통신비밀보호법에 의하

58) 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌마439 결정. 반면, 소수의견(재판관 김종대, 재판관 송두환, 재판관 이정미의 반대의견)은 이와 관련하여, “다수의견은 이 사건 통신자료 취득행위의 근거가 된 이 사건 법률조항이 전기통신사업자에게 어떠한 의무나 부담을 지우고 있지 않다는 점을 이 사건 통신자료 취득행위의 공권력 행사성을 부정하는 근거로 들고 있으나, 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. 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 없는데, 이 사건 통신자료 취득행위는 피청구인이 우월적 지위에서 일방적으로 청구인의 통신자료에 대하여 대물적으로 행하는 수사행위로서 권력적 사실행위에 해당한다”는 입장을 밝혔다.

59) 김민이·이경열, “통신자료 등” 취급 문제의 해결을 위한 법해석론적인 제언”, 성균관법학 제28권 제1호, 성균관대학교 법학연구원(2016), 86.

60) 조 국(주 47), 115.

면 관할지방검찰청의 사전승인을 얻도록 되어 있었으나⁶¹⁾ 2005년 개정을 통해 법원의 허가를 얻도록 개정되었다.⁶²⁾

“통신사실확인자료”란 가입자의 전기통신일시, 전기통신개시·종료시간, 발·착신 통신번호 등 상대방의 가입자번호, 사용도수, 컴퓨터통신 또는 인터넷의 사용자가 전기통신역무를 이용한 사실에 관한 컴퓨터통신 또는 인터넷의 로그기록자료, 정보통신망에 접속된 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 발신기지국의 위치추적자료, 컴퓨터통신 또는 인터넷의 사용자가 정보통신망에 접속하기 위하여 사용하는 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 접속지의 추적자료를 의미한다.⁶³⁾

IoT, ICT 등 정보통신기술의 발달로 인해 위치정보를 포함한 통신사실확인자료의 제공이 단순한 통신사실 내역을 확인한다는 의미를 넘어, 가입자의 대략적인 위치를 실시간으로 추적할 수 있게 되었다.⁶⁴⁾

이러한 통신사실확인자료 중 사생활의 자유의 침해가 가장 큰 것은 위치정보라고 할 수 있다. 즉, 위치정보가 수사기관에 의해 알려짐으로써 정보주체의 사생활이 침해된다. 헌법재판소는 “수사기관은 위치정보 추

61) 통신비밀보호법 제13조 (통신사실 확인자료제공의 절차) ③ 검사 또는 사법경찰관이 제1항의 규정에 의한 통신사실 확인자료제공을 요청하는 경우에는 미리 서면 또는 이에 상당하는 방법으로 관할지방검찰청 검사장(검찰관 또는 군사법경찰관이 통신사실확인자료 제공을 요청하는 경우에는 관할 보통검찰부장을 말한다)의 승인을 얻어야 한다. 다만, 관할 지방검찰청 검사장의 승인을 얻을 수 없는 긴급한 사유가 있는 때에는 통신사실 확인자료제공을 요청한 후 지체없이 그 승인을 얻어야 한다.

62) 통신비밀보호법 제13조 (범죄수사를 위한 통신사실 확인자료제공의 절차) ② 제1항의 규정에 의한 통신사실 확인자료제공을 요청하는 경우에는 요청사유, 해당 가입자와의 연관성 및 필요한 자료의 범위를 기록한 서면으로 관할 지방법원(보통군사법원을 포함한다. 이하 같다) 또는 지원의 허가를 받아야 한다. 다만, 관할 지방법원 또는 지원의 허가를 받을 수 없는 긴급한 사유가 있는 때에는 통신사실 확인자료제공을 요청한 후 지체 없이 그 허가를 받아 전기통신사업자에게 송부하여야 한다.

63) 통신비밀보호법 제2조 제11호. 이를 구체화하면, 통신사실확인자료란 전기통신 가입자가 통화한 일시(가목) 및 통화 시작 및 종료시간(나목), 전기통신 가입자와 통화한 상대방(다목), 통화횟수(라목), 인터넷 접속 및 이용기록(마목), 기지국정보라고 할 수 있는 휴대폰으로 통화한 위치정보(바목), IP주소라고 할 수 있는 인터넷에 접속한 컴퓨터의 위치(사목)를 의미한다고 할 수 있다.

64) 김민지, “수사·정보기관의 통신정보 수집에 관한 비판적 연구”, 법학연구 제59권 제2호 통권 96호, 부산대학교 법학연구소(2018), 16.

적자료를 통해 특정 시간대 정보주체의 위치 및 이동상황에 대한 정보를 취득할 수 있으므로 위치정보 추적자료는 충분한 보호가 필요한 민감한 정보에 해당”된다고 판시하기도 하였다.⁶⁵⁾

이와 관련하여 통신비밀보호법 제2조 제11호 바목의 “정보통신망에 접속된 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 발신기지국의 위치추적자료”, 즉 이른바 기지국 정보가 문제된다.

특히 통신비밀보호법 제2조 제11호 바목은 ‘시점’을 명시하지 않아 실시간 기지국 정보가 통신사실확인자료로 제공될 근거로 작용하고 있다. 이에 따라 대다수 정보는 ‘실시간’ 접속중인 기지국 정보를 제공하는 것이 일반화되었고, 대상자의 현 위치를 파악해내는 일종의 ‘위치정보’로 기능하게 됨으로써 실시간 기지국 정보의 기본권침해성이 감청의 침해 정도와 유사한 수준으로까지 높아져 버렸다.⁶⁶⁾

한편, 헌법재판소는 종래 통신비밀보호법에서 위치정보 추적자료 제공 요청 요건으로 수사의 필요성만을 규정하고 있었던 점을 지적하면서 종래 통신비밀보호법 제13조 제1항이 개인정보자기결정권과 통신의 자유를 침해한다고 판시한 바 있다.⁶⁷⁾ 이에 따라 통신비밀보호법 제13조 제2항에 제2조 제11호 바목·사목 중 실시간 추적자료 및 특정한 기지국에 대한 통신사실확인자료에 대해서는 보충성 요건이 추가되었다.⁶⁸⁾ 이러한 입법은 실시간 추적자료 및 기지국 정보의 기본권 침해가능성을 인정한 헌법재판소의 결정을 반영한 것이라고 할 수 있다.

65) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2012헌마191 등 결정.

66) 오길영, “현행 통신비밀보호법의 문제점과 개선방향”, 언론과 법 제14권 제1호, (사)한국언론법학회(2015), 47.

67) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2012헌마191 등 결정.

68) 통신비밀보호법 제13조(범죄수사를 위한 통신사실 확인자료제공의 절차) ② 검사 또는 사법경찰관은 제1항에도 불구하고 수사를 위하여 통신사실확인자료 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자료가 필요한 경우에는 다른 방법으로는 범죄의 실행을 저지하기 어렵거나 범인의 발견·확보 또는 증거의 수집·보전이 어려운 경우에만 전기통신사업자에게 해당 자료의 열람이나 제출을 요청할 수 있다. 다만, 제5조 제항 각 호의 어느 하나에 해당하는 범죄 또는 전기통신을 수단으로 하는 범죄에 대한 통신사실확인자료가 필요한 경우에는 제1항에 따라 열람이나 제출을 요청할 수 있다.

1. 제2조 제11호 바목·사목 중 실시간 추적자료
2. 특정한 기지국에 대한 통신사실확인자료

IV. 우리나라 통신사실확인자료 관련 법제정비방안

1. 감청 관련 법제

가. 감청의 요건 강화

일본 통신방수법 제3조에 의하면 ① 범죄의 실행과 관련된 사항을 내용으로 하는 통신이 이루어질 것으로 의심할 만한 상황이 있고, ② 범인을 특정하거나 범행의 상황이나 내용을 분명히 하는 것이 현저히 곤란할 때에 재판관이 발부하는 영장에 의하여 감청할 수 있다.

우리나라의 통신비밀보호법 제5조에 의하면 ① 감청의 대상범죄를 계획 또는 실행하고 있거나 실행하였다고 의심할만한 충분한 이유가 있고, ② 다른 방법으로는 그 범죄의 실행을 저지하거나 범인의 체포 또는 증거의 수집이 어려운 경우에 한하여 감청이 허가된다.

이를 비교해보면 위 ①의 요건은 “범죄혐의의 상당성”으로, ②의 요건은 “보충성”으로 양국 법제가 비슷하다고 할 수 있다. 다만 일본의 법제는 범죄의 실행에 관한 “통신”이 이루어질 것을 명시하였다는 점에서 “범죄혐의의 상당성”이 좁게 해석될 여지가 있다.

또한 일본 통신방수법은 별표에서 대상범죄를 한정하고 있는 반면, 우리나라의 통신비밀보호법은 대상범죄가 광범위하게 규정되어 있어 개선을 요한다.

나. 입회인 제도 규정의 필요성

일본 통신방수법 제13조에 의하면 통신사업자 측에서 선정한 입회인이 실시간 감청 집행에 참여할 수 있는데, 이는 감청 집행 과정의 투명성을 확보할 수 있는 장치로 기능한다. 즉, 입회인에 의한 상시입회, 방수의 원기록물예의 서명 및 봉인절차는 데이터의 개찬(改竄)·복사 등을 방지할 수 있는 것이다.⁶⁹⁾

다만, 일본 통신방수법에서는 입회인의 실시간 감청 집행 참여가 통신사업자와 수사기관에 부담이 된다는 점에서, 입회인 참여가 없는 ‘일시적 보존을 명하는 통신방수’와 ‘특정전자계산기를 사용하는 통신방수’가 도

69) 内藤大海, “通信傍受法の拡大”, 刑法雑誌 55卷 1号 (2015), 114.

입되었다. 그러나 이에 대해서는 암호화 기능 또는 특정 장치로 인한 부정방지의 기술적 가능성은 일반적으로 장치의 보안에 대한 신뢰성 문제이기 때문에 절대로 문제가 발생하지 않는다고 단언할 수 없으며, 기계의 경우 수사기관에 대한 긴장·견제 기능이 감소한다는 점에서 ‘제3자’의 입회가 필요하다는 지적이 제기된다.⁷⁰⁾

이러한 지적은 일견 타당하다. 기계는 오류의 위험성을 내포하고 있기 때문이다. 또한, 제3자의 입회는 입회하는 통신사업자 측 직원의 업무를 방해하지 않으며, 수사기관은 통신사업자에 입회를 요구하지 않아도 된다는 점에서 양측의 부담을 경감시킨다.

우리나라의 통신비밀보호법은 감청 집행 과정에서의 입회인의 참여를 규정하고 있지 않다. 이는 압수·수색영장의 집행에 간수자 등의 참여를 규정하고 있는 형사소송법 제123조와 대조적인 것으로 볼 수 있다.⁷¹⁾

즉, 송·수신이 완료된 이메일에 대한 압수·수색영장 집행시 간수자(看守者)가 일부 참여할 수 있는 반면, 현행법상 감청은 압수·수색절차에 의하지 않기 때문에 형사소송법 제123조가 적용되지 않는다.⁷²⁾

70) 内藤大海(주 69), 위의 논문, 115.

71) 형사소송법 제123조(영장의 집행과 책임자의 참여) ① 공무소, 군사용 항공기 또는 선박·차량 안에서 압수·수색영장을 집행하려면 그 책임자에게 참여할 것을 통지하여야 한다.
 ② 제1항에 규정한 장소 외에 타인의 주거, 간수자 있는 가옥, 건조물(建造物), 항공기 또는 선박·차량 안에서 압수·수색영장을 집행할 때에는 주거주(住居主), 간수자 또는 이에 준하는 사람을 참여하게 하여야 한다.
 ③ 제2항의 사람을 참여하게 하지 못할 때에는 이웃 사람 또는 지방공공단체의 직원을 참여하게 하여야 한다.

72) 이메일 압수·수색의 과정은 다음과 같다. 먼저, 압수와 관련하여 살펴보면, 메일서버 관리자가 메일서버의 이메일들을 관리자의 컴퓨터로 다운로드한 후 CD 등 저장매체에 담아 주며, 관리자는 반드시 당해 이메일의 해쉬값을 산출함으로써 원본과 사본의 무결성을 담보하여야 하며, 그 결과를 별도 파일에 기록하여야 한다(CD에의 동봉 또는 CD표면이나 서류 등예의 기재). 다음으로 수사관의 수색이 이루어지는데, 수사관은 사무실에서 범죄와 관련 있는 이메일만 선별하여 메일서버 관리자를 찾아가 선별된 파일만을 담은 CD의 재제작을 요청하게 되며, 이 때에도 해쉬값을 산출해야 한다. 법정에서 CD는 해쉬값 검증을 먼저 받게 되는데, 증거로 제출된 CD의 완전성과 무결성이 입증된다. 메일서버 관리자는 압수절차에의 참여는 가능할 수 있으나, 현실적으로 수사기관 사무실에서 진행되는 수색절차 전반에 참여할 수 없어 형사소송법 제123조의 간수자 참여 규정이 적용되지 않는다는 문제가 발생한다. 오길영, “국가정보원의 패킷감청론에 대한 비판”, 민주법학 제48호, 민주주의법학연구회(2012), 361-362.

감청은 실시간 통신내용을 지득하기 때문에 집행과정에서 개작(改作)이나 변동이 이루어지지 않도록 이를 감독할 입회인 제도의 필요성이 대두된다. 이러한 점은 송·수신이 완료된 상태에서 이루어지는 전기통신에 대한 압수·수색의 경우보다 감청의 경우 집행과정의 투명성이 담보되어야 한다는 점을 보여준다. 또한 입회인은 통신사업자측이 아닌 제3자이어도 무방한바, 통신사업자 소속 직원이 입회인이 되는 경우 객관성을 결여할 수 있고 업무의 지장을 초래할 수 있기 때문이다. 향후 통신비밀보호법에서는 감청집행시 참여하는 입회인 제도를 규정하여 절차적·결과적 투명성을 제고하여야 할 것이다.

2. 통신사실확인자료 관련 법제

가. 통신사실확인자료와 영장주의

일본 법제하에서는 통신사실확인자료의 제공은 형사소송법상 압수·수색영장을 통해 이루어지고 있다. 반면, 우리나라는 통신비밀보호법 제13조에 따라 법원의 허가를 받은 경우에 전기통신사업자로부터 통신사실확인자료를 제공받고 있다. 양국의 법제는 통신사실확인자료 제공에 있어 법원의 영장을 요구한다는 점에서 다르지 않다고 할 수 있다. 헌법재판소는 위치정보 추적자료 제공요청은 통신비밀보호법이 정한 강제처분에 해당되므로 헌법상 영장주의가 적용된다고 판시하였는바⁷³⁾ 이러한 판시에 의하면 법원의 허가를 통한 통신사실확인자료의 제공 또한 영장주의가 적용된다고 볼 수 있다. 영장주의(令狀主義)란 법원 또는 법관이 발부한 적법한 영장에 의하지 않으면 형사절차상의 강제처분을 할 수 없다는 원칙을 말한다.⁷⁴⁾ 헌법상 영장주의는 신체의 안전과 자유를 포함한 국민의 기본적 인권의 보장을 확실하기 위한 것으로서 이와 같은 헌법의 규범력은 확고하게 유지되어야 하는 것이다.⁷⁵⁾

영장주의의 본질은 강제처분을 함에 있어 중립적인 법관이 구체적 판단을 거쳐야 한다는 점에 있는바, 통신비밀보호법 제13조는 수사기관이

73) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2012헌마191 등 결정.

74) 이재상, 형사소송법(제9판), 박영사(2012), 223.

75) 성낙인, 헌법학(제20판), 법문사(2020), 1178.

전기통신사업자에게 통신사실확인자료 제공을 요청함에 있어 관할 지방 법원 또는 지원의 허가를 받도록 규정하고 있으므로 헌법상 영장주의에 위배되지 아니한다.⁷⁶⁾ 실무에서는 영장청구사건을 담당하는 판사가 통신사실확인자료제공요청의 허가업무를 담당하고 있어 통신비밀보호법 제 13조는 영장주의에 의한 것이라고 볼 수 있다.⁷⁷⁾⁷⁸⁾

나. 통신사실확인자료 제공의 법적 근거

우리나라의 경우 통신사실확인자료 제공이 형사소송법에 따라 이루어지게 되면 통신의 비밀 및 사생활의 자유의 보호가 더욱 강화된다고 할 수 있다. 형사소송법상 영장의 집행에 있어 당사자뿐만 아니라(제121조) 책임자가 참여할 수 있으며(제123조) 참여권자에 통지(제122조)가 이루어지고 있기 때문이다. 일본 통신방수법상 감청 집행 시 참여하는 입회인도 이러한 취지에서 비롯되었다고 볼 수 있다. 일본 형사소송법 제114조에 의하면 통신사실확인자료의 제공에 있어서도 간수자 등 입회가 이루어지고 있는데⁷⁹⁾, 이러한 점은 통신사실확인자료 제공의 법적 근거를 형사소송법에 의하여야 한다는 사실을 뒷받침하고 있다.

또한 형사소송법상 압수·수색에 있어 관련성을 요구하고 있기 때문에⁸⁰⁾⁸¹⁾ 형사소송법에 의하게 되면 통신사실확인자료를 압수·수색함에

76) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2012헌마191 등 결정.

77) 통신제한조치 등 허가규칙(대법원규칙 제2949호, 2021. 1. 29.) 제3조(허가 등 업무 담당판사) 범죄수사를 위한 통신제한조치 및 통신사실 확인자료제공요청의 허가업무, 전기통신보관등의 승인업무는 지방법원 및 지원의 영장청구사건을 담당하는 판사가 담당한다.

78) 수사기관의 통신사실확인자료는 ‘법원의 허가’에 의해, 통화내용은 일반적인 압수수색영장에 의해, 통신자료는 권한있는 자의 요청에 의해 획득이 가능하다. 임규철, “전기통신사업자 보유의 통신사실확인자료에 대한 정보주체의 열람권 및 등사권의 인정 유무-대법원 2012.12.27. 선고 2010다79206 판결을 중심으로-”, 외법논집 제37권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소(2013), 85.

79) 주 26 참조.

80) 형사소송법 제215조(압수, 수색, 검증) ① 검사는 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.

② 사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 검사에게 신청하여 검

있어 관련성 있는 정보만 수사기관에 제공될 것으로 보인다. 이에 따라 통신사실확인자료의 경우 형사소송법상 압수·수색절차에 따라야 할 것으로 보인다.⁸²⁾

우리나라의 경우 2019년 개정을 통해 위치정보 제공에 있어 통신비밀보호법에서 보충성과 증거보전의 필요성을 요건으로 추가하는 규정이 신설되었는데, 이는 프라이버시를 보호하는 규정이라 할 수 있다. 이에 따라 형사소송법상 압수·수색영장이 집행되어 위치정보를 제공하게 되더라도 보충성과 증거보전의 필요성 요건이 여전히 적용되어야 한다고 보인다.

다. 개인정보와의 관련성

통신사실확인자료는 식별성이 인정되는 개인정보성이 있기 때문에 개인정보자기결정권의 보호법익에 포함된다.⁸³⁾ 이에 일본 개인정보보호법

사의 청구로 지방법원판사가 발부한 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.

- 81) 형사소송법 제219조에 의하면 제106조가 준용되므로 관련성 있는 정보만 압수·수색될 수 있으며, 정보의 범위를 정하여 출력·복제되는 것이 원칙이다.

형사소송법 제219조(준용규정) 제106조, 제107조, 제109조 내지 제112조, 제114조, 제115조 제1항 본문, 제2항, 제118조부터 제132조까지, 제134조, 제135조, 제140조, 제141조, 제333조 제2항, 제486조의 규정은 검사 또는 사법경찰관의 본장의 규정에 의한 압수, 수색 또는 검증에 준용한다. 단, 사법경찰관이 제130조, 제132조 및 제134조에 따른 처분을 함에는 검사의 지휘를 받아야 한다.

형사소송법 제106조(압수) ① 법원은 필요한 때에는 피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 증거물 또는 몰수할 것으로 사료하는 물건을 압수할 수 있다. 단, 법률에 다른 규정이 있는 때에는 예외로 한다.

② 법원은 압수할 물건을 지정하여 소유자, 소지자 또는 보관자에게 제출을 명할 수 있다.

③ 법원은 압수의 목적물이 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체(이하 이항에서 "정보저장매체등"이라 한다)인 경우에는 기억된 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하여 제출받아야 한다. 다만, 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에는 정보저장매체등을 압수할 수 있다.

④ 법원은 제3항에 따라 정보를 제공받은 경우 「개인정보 보호법」 제2조 제3호에 따른 정보주체에게 해당 사실을 지체 없이 알려야 한다.

- 82) 우리나라의 현행 통신비밀보호법 제13조 제1항에 의하면 '수사 또는 형의 집행을 위하여 필요한 경우'에 통신사실확인자료의 제공이 이루어지고 있다. 즉, 피의사실과의 관련성 요건이 통신비밀보호법 제13조에 규정되어 있지 않다.

제27조 제1항에서는 법령에 근거가 있는 경우 개인정보의 제3자에 대한 제공이 가능하다고 규정하고 있으므로, 개인정보가 포함된 통신이력의 제공과 관련하여 개인정보보호법과 형사소송법과의 관계가 문제된다.

앞에서 살펴본 바와 같이 단순한 통신자료는 일본 형사소송법 제197조 제2항의 사실조회에 의하여 제공될 수 있으나, 통신사실확인자료는 형사소송법상 압수·수색절차에 따라 제공된다. 이는 통신사실확인자료가 개인정보에 해당되더라도 형사소송법상 요건이 충족된 경우 법원의 압수·수색영장에 따라 제공될 수밖에 없다는 점을 나타낸다.

우리나라에서도 전기통신 가입자가 통화한 상대방, 상대방과 통화한 시간과 사용빈도 등을 포함한 통신사실확인자료는 가입자의 개인정보에 해당하지만, 통신비밀보호법 제13조에 따라 법원의 허가를 받은 경우 이를 제공받을 수 있도록 함으로써 일본의 법제와 유사한 태도를 취하고 있다고 볼 수 있다. 그러나 통신사실확인자료의 법적 근거가 형사소송법이 아닌 통신비밀보호법이라는 점은 일본 법제와 상이한 부분이라고 할 수 있다.

V. 결론

감청 기술은 ICT의 급속한 발전에 상응하여 진화해왔다. 이에 따라 오늘날에는 전통적인 유선전화 감청이 아닌 SNS감청, 이메일감청 등이 등장하였으며, 수사기관이 전기통신사업자의 협조를 얻어야만 감청이 이루어지는 상황에 있다.

그러나 통신기술의 발달은 사생활의 침해를 야기하고 있다. 스마트폰의 상시 휴대는 기지국 정보를 통해 위치정보의 제공을 야기하고 있다. 위치정보는 이용자의 자발적인 동의 없이도 제공된다는 점에서 문제가 되며, 이를 통해 이용자의 동향과약까지 가능하다는 점에서 사생활을 중

83) 현행 개인정보 보호법상 개인을 알아볼 수 있는 정보에 해당하는 한 모든 종류 및 모든 형태의 정보가 개인정보가 될 수 있으며, 특정한 개인을 '식별할 수 있는' 정보가 개인정보가 된다. 즉, 개인정보가 되기 위한 기준은 "식별가능성"과 "결합용이성"이 된다. 김일환, "성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제42조 제1항 위헌확인 - 현재 2016. 3. 31. 2015헌마688 결정에 대한 평석 -", 헌법재판연구 제3권 제2호, 헌법재판연구원(2016), 90-91.

대하게 침해한다고 할 수 있다. 이에 따라 통신사실확인자료에 대한 법제의 개관이 불가피하게 요구된다.

우리나라뿐만 아니라 일본의 경우에도 통신사실확인자료에 대한 법제 검토의 필요성은 동일하게 제기된다. 대륙법계를 따르고 있는 일본과 우리나라는 헌법, 형법, 형사소송법, 민법 등 법체계가 전반적으로 유사하며, 통신비밀보호 법제도 대동소이하다.

일본과 우리나라는 엄격한 요건 하에 감청을 허용하고 있다. 즉, 범죄를 실행하였다고 의심할만한 충분한 이유가 있고, 다른 방법으로는 범행의 수사가 현저히 곤란한 경우여야 감청을 허용하고 있다.

그러나 구체적으로 일본은 우리나라보다 감청의 허가를 더 어렵게 하고 있다고 볼 수 있다. 먼저, 감청을 함에 있어 통신방수법에 범죄혐의의 상당성 요건에 범죄실행과 관련된 “통신”이 이루어질 것을 명시함으로써 감청의 요건을 더 엄격하게 하고 있다. 다음으로, 우리나라 통신비밀보호법에 규정된 감청의 대상범죄가 광범위한 데에 비하여, 일본의 통신방수법은 감청 대상범죄를 한정하여 규정하고 있다. 또한 일시적 보존을 명하는 통신방수와 특정전자계산기를 사용하는 통신방수를 제외하고 감청 집행에 있어서 입회인의 참여를 허가함으로써 감청 집행 절차의 투명성을 확보하고 있다. 이에 덧붙여 일본에서는 감청을 통신방수법에 의하여 규정하고 있는 반면, 단순한 통신자료 및 통신사실확인자료는 형사소송법상 절차에 따라 제공받도록 함으로써 절차의 합법성을 더욱 강조하는 태도를 보이고 있다.

이러한 점은 향후 통신비밀보호법의 개선방향에 대한 시사점을 제공한다. 즉, 통신비밀보호법에 감청의 대상범죄를 축소하여야 한다는 점, 감청 집행시 입회인의 참여가 이루어져야 한다는 점이 반영되어야 한다. 이와 더불어 감청과 통신사실확인자료의 제공을 통신비밀보호법에 의하여, 통신자료에 대해서는 전기통신사업법에 따라 제공을 하고 있는 우리나라의 법제 또한 개선되어야 한다. 즉, 일본과 같이 통신사실확인자료의 제공을 형사소송법상 압수·수색영장을 발부받도록 함으로써 사생활의 자유 보호 강화를 도모하여야 할 것이다.

(논문투고일: 2022.11.30., 심사개시일: 2022.12.8., 게재확정일: 2022.12.22.)



▶ 김연진 · 김일환

통신방수법, 통신비밀보호법, 형사소송법, 감청, 통신사실
확인자료

【참 고 문 헌】

I. 국내문헌

- 김민이·이경열, ““통신자료 등” 취급 문제의 해결을 위한 법해석론적인 제언”, 성균관법학 제28권 제1호, 성균관대학교 법학연구원(2016)
- 김민지, “수사·정보기관의 통신정보 수집에 관한 비판적 연구 - 전기통신사업법 및 통신비밀보호법의 문제점 및 개선방안을 중심으로 -”, 법학연구 제59권 제2호 통권 96호, 부산대학교 법학연구소(2018)
- 김일환, “성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제42조 제1항 위헌확인 - 헌재 2016. 3. 31. 2015헌마688 결정에 대한 평석 -”, 헌법재판연구 제3권 제2호, 헌법재판연구원(2016)
- 김일환, “지능정보사회에서 헌법의 역할과 기능”, 성균관법학 제32권 제3호, 성균관대학교 법학연구원(2020)
- 김일환, “통신비밀의 헌법상 보호와 관련 법제도에 관한 고찰”, 형사정책 제16권 제1호, 한국형사정책학회(2004)
- 나채준, “미국과 우리나라의 통신감청법률에 관한 비교법적 고찰”, 토지공법연구 제52집, 한국토지공법학회(2011)
- 박찬걸, “통신사실확인자료 제공제도의 현황 및 개선방안”, 형사법의 신동향 제44호, 대검찰청(2014)
- 성낙인, 헌법학(제20판), 법문사(2020)
- 오길영, “국가정보원의 패킷감청론에 대한 비판”, 민주법학 제48호, 민주주의법학연구회(2012)
- 오길영, “현행 통신비밀보호법의 문제점과 개선방향”, 언론과 법 제14권 제1호, (사)한국언론법학회(2015)
- 이성기, “「통신사업자의 통신사실 확인자료 및 통신자료 제공의 요건과 절차」에 관한 비교법적 연구”, 법과 정책연구 제14집 제1호, 한국법정책학회(2014)
- 이성대·이경열·김일환, “통신비밀자료의 제공과 관련한 주요국의 법제

비교와 시사”, 경원법학 제10권 제3호, 가천대학교 법학연구소 (2017)

이재상, 형사소송법(제9판), 박영사(2012)

이훈재, “일본의 휴대전화에 대한 통신감청 및 위치정보추적수사”, 법학 연구 통권 제60집, 전북대학교 법학연구소(2019)

임규철, “전기통신사업자 보유의 통신사실확인자료에 대한 정보주체의 열람권 및 등사권의 인정 유무-대법원 2012.12.27. 선고 2010다 79206 판결을 중심으로 -”, 외법논집 제37권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소(2013)

조 국, “개정 통신비밀보호법의 의의, 한계 및 쟁점: 도청의 합법화인가 도청의 통제인가?”, 형사정책연구 제15권 제4호, 한국형사법무정책연구원(2004)

II. 해외문헌

高村 紳, “携帯電話位置情報の取得による監視型捜査の適法性についての検討”, 法学研究論集 50号 (2019)

内藤大海, 通信傍受法の拡大, 刑法雑誌 55卷 1号 (2015)

鈴木 正朝, “「プライバシーの権利と個人情報保護法」”, マイナンバーシンポジウム資料, (2012)

笹倉宏紀, “捜査法の体系と情報プライバシー”, 刑法雑誌 55卷 3号 (2016)

伊藤徳子, “犯罪捜査のための基地局情報の取得”, 大学院研究年報 48号 (2019)

電気通信事業における個人情報保護に関するガイドライン (令和4年個人情報保護委員会・総務省告示第4号) の解説, (2022)

川出敏裕, “通信傍受法の改正について”, 東京大学法科大学院ローレビュー, 10卷 (2015)

Abstract

Comparative Study on Communication Fact Confirmation Data

– Focusing on Comparison with Japan –

Younjin Kim

Ilhwan Kim

Concerns over infringe on privacy and confidentiality of communication are raised as it is possible to provide real time location information as well as real time monitoring with the development of ICT. The study of communication fact confirmation data is required, therefore.

The comparison with Japan's Communication Interception Act is required because the requirements for interception under Japan's Communication Interception Act are stricter than those of Korea, even though Japan's overall legislations are similar to Korea. In addition, the facts that the Communication Interception Act stipulates participation of the person in charge when executing interception and that communication fact confirmation data is provided through seizure and search warrants under Japan's Criminal Procedure Act have great implications in improving Korea's Communications Privacy Protection Act.

The Communications Privacy Protection Act should reflect these points and strict requirements for interception are needed in the future. Reducing the crime subject for interception is also required. It is necessary to stipulate the participation of the person in charge when executing interception and enhance procedural transparency by requiring the provision of communication

fact confirmation data to be subject to seizure and search procedures under the Criminal Procedure Act. Comparing Japan's Communication Interception Act would be possible to promote measures to improve legislation of communication fact confirmation data in Korea.



Younjin Kim · Ilhwan Kim

Communication Interception Act, Communication Privacy Act, Criminal Procedure Act, Interception, Communication Fact Confirmation Data

가상자산의 법적 성격과 민사집행에 대한 고찰

-비트코인에 관한 논의를 중심으로-

성 덕 근*

【목 차】

I. 서론	II. 가상자산에 대한 민사집행
II. 가상자산의 법적 성격	1. 개관
1. 개관	2. 채무자의 가상자산에 대한 탐지방안
2. 가상자산과 블록체인	3. 채무자의 가상자산에 대한 보전처분
3. 가상자산의 법적 성격에 관한 논의	4. 채무자의 가상자산에 대한 강제집행
4. 소결	5. 소결
	IV. 결론

【국 문 요 약】

가상자산은 ‘경제적 가치를 지닌 것으로서 전자적으로 거래 또는 이전될 수 있는 전자적 증표’이다. 가상자산의 법적 성격은 민법상 물건이라고 볼 수 없지만, 최소한 재산 또는 재산적 가치를 가지는 것으로서 채권의 대상이 될 수 있다. 그리고 이를 보유하고 있는 자가 가지는 권리는 기본적으로 ‘재산권’의 성격을 가진다.

가상자산에 대한 민사집행에 있어서, 먼저 채무자의 가상자산을 탐지

* 한국법학원 연구위원, 법학박사.

** 이 논문은 2022년 6월 30일 한국법학원에서 발행된 ‘가상자산에 대한 보전 및 집행절차에 관한 연구’ 보고서의 주요내용을 수정·보완 및 심화시킨 것임.

하는 방법으로 재산명시절차와 재산조회가 활용될 수 있지만, 보다 효율적인 운용을 위해 민사집행규칙 제36조 제1항 별표에 ‘가상자산사업자’가 추가되어야 한다. 그리고 가상자산사업자가 집행법원 내지 집행관에게 관련정보를 제공할 수 있도록 특정금융정보법 제10조 등을 개정할 필요가 있다. 가상자산에 대해 압류결정을 하기 위해서는 가상자산을 민사집행법상 ‘그 밖의 재산권’으로 파악하여 ‘채권에 대한 강제집행’에 관한 절차가 준용되어야 한다. 구체적인 강제집행절차는 가상자산의 보관 장소에 따라 달라지는데, 비트코인이 채무자의 전자지갑에 보관되어 있다면 개인키 확보를 위해 채무자의 협조가 필수적이다. 그러므로 압류명령 이후 처분금지의 실효성을 높이기 위해 채무자의 협력의무를 입법을 통해 명시하는 조치가 필요하다. 다음으로 비트코인이 거래소에 보관되어 있다면, 채무자는 거래소를 상대로 가상자산반환청구권이 있으므로 민사집행법상 ‘채권에 의한 강제집행절차’를 따라야 한다. 그리고 법원의 압류명령 이후 채무자의 임의처분을 무력화시키는 법적 근거가 마련될 필요가 있다. 현금화절차에 있어서는 ‘전자등록주식에 대한 강제집행절차’와 마찬가지로 매각명령과 양도명령이 활용될 수 있을 것이다.

I. 서론

최근 금융위원회의 가상자산사업자 실태조사 결과에 따르면, 2022년 상반기 국내 가상자산 시장규모는 약 23조원으로 집계되었다. 이는 55.2조원이었던 2021년 말에 비해 32.2조원이 감소된 것인데, 우크라이나 사태, 금리상승, 유동성 감소 등에 따른 실물경제 위축과 루나-테라 사태로 인한 가상자산에 대한 신뢰 하락 등에 기인한 것으로 분석되고 있다. 그리고 국내 유통되는 가상자산은 (중복 제외시) 638개로 조사되었으며, 가상자산 거래가 가능한 이용자는 약 690만 명이라고 한다.¹⁾ 이처럼 비트코인(Bitcoin), 이더리움(Ethereum), NFT(Non-Fungible Token) 등으로

1) 금융위원회, “22년 상반기 가상자산사업자 실태조사 결과”, 금융위원회 금융정보분석원 가상자산검사과, 2022년 9월 26일 자 보도자료.

대표되는 가상자산은 비록 그 시장규모가 실물경제처럼 위축되었다고 할 수 있지만, 여전히 새로운 지급결제수단과 금융투자상품으로서 주목받고 있다는 점은 부인할 수 없다.

이와 관련하여 최근 대법원은 범죄수익과 관련된 비트코인에 대해 “비트코인은 재산적 가치가 있는 무형의 재산이라고 보아야 한다”고 판시²⁾하였고, 국세청도 가상자산으로 재산을 은닉한 체납자에 대하여 정부부처 최초로 고액체납자 2천여 명에 대해 강제징수로 약 366억원을 현금징수 및 채권확보를 한 바 있다.³⁾ 이처럼 가상자산은 자산거래 및 축적을 넘어 재산은닉의 수단으로까지 이용되고 있고, 민사집행실무에 있어서도 채무자가 가상자산거래소를 상대로 한 비트코인 출급청구권을 가압류의 대상으로 삼았던 사례⁴⁾를 시작으로, 이후 몇 차례 가압류가 이루어진 바 있다. 하지만 입법을 담당하고 있는 국회에서는 가상자산에 대한 민사집행에 관해서 가상자산을 어떻게 취급할 것인지에 대한 기준이나 방향을 아직까지 제시하지 못하고 있다.⁵⁾ 비록 2020년 3월 24일 「특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률」에 ‘가상자산’과 ‘가상

2) 대법원 2018.5.30. 선고, 2018도3619판결. 참고로 이 판결에서 대법원은 비트코인이 민법상 ‘물건’에 해당하는지에 대해서는 구체적 언급이 없었고, ‘재산적 가치가 있는 무형의 재산’에 해당하는지에 대해서만 판단하였는데, 그 이유는 「범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률」에 따르면 몰수의 대상은 ‘재산’으로 규정하고 있고, 동법 제2조 제2호 가목에서는 ‘중대범죄에 해당하는 범죄행위에 의하여 생긴 재산 또는 그 범죄행위의 보수로 얻은 재산’을 ‘범죄수익’ 중 하나로 정의하고 있으며, 동법 시행령 제2조 제2항에서는 ‘은닉재산’을 ‘몰수·추정의 판결이 확정된 자가 은닉한 현금, 예금, 주식, 그 밖에 재산적 가치가 있는 유형·무형의 재산’이라고 규정하고 있기 때문이라고 볼 수 있다. 한편 해당 판결에 의해 비트코인은 재산적 가치가 있는 무형의 재산으로서 몰수되었지만, 관계법령의 미비로 인해 그동안 아무런 조치 없이 3년 이상 전자지갑에 그대로 보관되었었다. 하지만 비트코인 등을 가상자산으로 보는 「특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률」 개정안이 2021년 3월 25일 시행됨으로 인해 수원지방검찰청은 몰수했던 비트코인을 매각하여 총 122억 9천여 만원을 귀속시킨 바 있다(<https://www.yna.co.kr/view/AKR20210401091100061>, 연합뉴스, ‘검찰, 2억 7천만원에 압수한 비트코인 122억원에 팔아 국고귀속’, 2021년 4월 1일 자 기사).

3) 국세청, ‘비트코인 등 가상자산을 이용하여 재산을 은닉한 고액체납자 2,416명, 366억 원 현금징수·채권확보’, 2021년 3월 15일 자 보도자료.

4) 울산지방법원 2018.1.5.자, 2017카합10471결정.

5) 그동안 암호화폐 또는 가상화폐를 다루는 단일 법률을 제정하기 위한 입법안들이 수차례 제출되었지만 아직 실제 입법에는 이르지 못하였다.

자산사업자'에 대한 정의 및 신고의무가 제2조와 제7조의 개정으로 도입된 바 있지만, 이 법은 입법목적에 비추어 볼 때 가상자산의 법적 성질이나 권리변동 및 민사집행과 관련된 내용과는 직접적인 관련이 있다고 보기 어렵다.⁶⁾

결과적으로 가상자산은 현행법상 실체법인 민법과 절차법인 민사집행법에서 법적 성질과 민사집행절차 등에 관한 구체적인 규정이 존재하지 않기 때문에, 가상자산에 대한 권리변동이나 민사집행 등에 대해서는 기존의 법들에 의존할 수밖에 없다.⁷⁾ 결국 가상자산에 대해서 규율하는 새로운 법이 제정되거나 기존 법률이 관련 내용들을 규율할 수 있도록 개정되기 전까지는 기존의 법체계 하에서 가상자산에 관계된 내용들이 규율되어야 한다. 그러므로 이 글에서는 먼저 가상자산의 법적 성격에 대해서 살펴보고, 이를 토대로 가상자산에 대한 강제집행 가능성을 검토한 후, 입법론적으로 보다 적절하고 효율적인 집행방법에 대해서도 고민해 보고자 한다.

II. 가상자산의 법적 성격

1. 개관

가상자산에 대한 강제집행 가능성을 검토하기에 앞서 가상자산에 대한 이해가 선행되어야 할 것이다. 하지만 가상자산은 우리가 기존에 인식하고 있는 부동산과 동산, 그리고 채권과 그 밖의 재산권 등과는 다르게 그 실체를 파악하기가 쉽지 않다. 가상자산이 가지는 특징을 이해하기 위해서는 가상자산과 관련되었다고 알려진 블록체인(Blockchain) 기술에 대한 정확한 이해가 선행되어야 할 것인데, 이하에서는 블록체인과 가상자산과 관련된

6) 「특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률(이하 '특정금융정보법')」 제1조(목적) 이 법은 금융거래 등을 이용한 자금세탁행위와 공중협박자금조달행위를 규제하는 데 필요한 특정금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 사항을 규정함으로써 범죄행위를 예방하고 나아가 건전하고 투명한 금융거래 질서를 확립하는 데 이바지함을 목적으로 한다.

7) 이현중, “가상재산(假想財産)에 대한 강제집행(強制執行)”, 민사집행법 제정 20주년 기념 공동학술대회 자료집, 한국민사집행법학회, 2022.6., 318~319면.

내용을 살펴보고 이를 토대로 가상자산의 법적 성격을 검토해보고자 한다.

2. 가상자산과 블록체인

가. 가상자산의 개념 및 용어 정리

가상자산에 대한 법적 성격을 살펴보기 위해서는 먼저 가상자산의 개념을 살펴볼 필요가 있다. 현재 국내에서는 가상자산과 관련하여 시장(市場) 및 정부에서조차 정확한 개념정의가 이루어지지 않은 채 여러 용어들이 혼재되어 사용되고 있다.⁸⁾ 이러한 상황은 학계 및 실무에서도 마찬가지인데, 예를 들어 가장 대표적인 가상자산인 비트코인에 대해서도 ‘가상화폐’⁹⁾ 내지 ‘암호화폐’¹⁰⁾라는 용어가 자주 이용되고 있다. 그밖에 ‘가상자산’¹¹⁾, ‘디지털화폐’¹²⁾, ‘암호자산’¹³⁾, ‘전자화폐’¹⁴⁾ 등이 사용되고 있지만,

8) <https://www.yna.co.kr/view/AKR20180109084400002> (연합뉴스, ‘가상화폐? 암호화폐? 가상통화?... 명칭도 혼선’, 2018년 1월 9일 자 기사); 이현중, 전계논문, 322-323면.

9) 윤배경, “가상화폐의 법적 성격과 민·형사상 강제집행”, 인권과 정의, 제744호, 2018.6., 7-21면; 전우정, “암호화폐의 법적 성격과 규제개선 방안-민법상 물건, 금전, 자본시장법상 증권인지 여부 검토-”, 금융법연구, 제16권 제1호, 2019.4., 147~199면; 최단비, “가상화폐의 법적 성격 및 거래소 이용자의 권리 구제방안”, 법학연구, 제20권 제2호, 2020, 597~618면 등. 참고로 대법원 2018.5.30.선고, 2018도3619판결에서도 “비트코인은 경제적인 가치를 디지털로 표상하여 전자적으로 이전, 저장 및 거래가 가능하도록 한, 이른바 ‘가상화폐’의 일종이다”라고 판시한 바 있다.

10) 고희석, “암호화폐 거래와 암호화폐 거래소의 책임에 관한 연구”, 외법논집, 제45권 제3호, 2021, 251-281면; 박정현, “암호화폐의 법적 성격-민사적 일반 이론의 관점에서-”, Law & Technology, 제18권 제1호, 서울대학교 기술과 법 센터, 2022, 12-23면; 송문호, “암호화폐의 법적 성격과 탈중앙화”, 동북아법연구, 제13권 제2호, 전북대학교 동북아법연구소, 2019.9, 273-293면; 정진명, “암호화폐의 민사법적 문제”, 민사법학, 제98권, 2022, 3-36면 등.

11) 권지혜, “가상자산 거래의 법제화와 착오이체의 법적 판단에 관한 시론-대법원 2021.12.16.선고, 2020도9789 판결을 대상으로-”, 법학연구, 제68권, 전북대학교 법학연구소, 2022, 87-107면; 신지혜, “가상자산의 특성과 법적 규율”, 소비자법연구, 제8권 제3호, 한국소비자법학회, 2022.8., 89-118면; 천창민, “가상자산 거래의 물권법적 측면에 관한 연구-UNID ROIT의 디지털자산 프로젝트 논의를 중심으로-”, 서울대학교 법학, 제63권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2022.3., 43-90면 등.

12) 박선중·김용재, “중앙은행의 디지털화폐 발행 시 법률적 쟁점” 비교사법, 제25권 제1호, 2018.2., 349-392면; 정경영, “중앙은행 발행 디지털화폐(CBDC)의 성격과 그 법적 포섭”,

각 용어마다 개념 및 개념에 포섭되는 내용들이 서로 일치하고 있지는 않다. 그 결과 가상자산 전반에 대해 통일적으로 규율하고자 하는 특별법이 없는 현재로서는, 여러 용어의 혼용으로 인해 가상자산에 대한 정확한 개념 정의와 이해가 쉽지 않다. 이러한 상황은 해외에서도 마찬가지라고 할 수 있는데, 실제로 국제기구 차원에서는 ‘암호자산(crypto asset)’¹⁵⁾ 또는 ‘암호화폐(crypto currency)’¹⁶⁾ 등이 사용되고 있고, 그밖에 ‘가상자산(virtual asset)’, ‘가상화폐(virtual currency)’, ‘디지털자산(digital asset)’과 ‘디지털화폐(digital currency)’ 등의 용어가 사용되고 있다.¹⁷⁾

한편 앞서 소개한 특정금융정보법은 2018년 10월 국제자금세탁방지기구(Financial Action Task Force on Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism, FATF)가 주요 20개국 정상회의(G20)의 요청에 따라 제시했던 국제기준을 기초로 하여 개정되었고,¹⁸⁾ 이에 따라 동법 제2조 제3호에서 ‘가상자산’이라는 용어를 정식으로 채택하고, 가상자산을 “경제적 가치를 지닌 것으로서 전자적으로 거래 또는 이전될 수 있는 전자적 증표(그에 관한 일체의 권리를 포함한다)를 말한다”고 정의하였다. 그리고

금융법연구, 제17권 제3호, 2020.12., 33~78면 등.

- 13) 홍은표, “암호자산에 대한 소유권 보호를 위한 시론”, 정보법학, 제23권 제3호, 2109.12., 115-142면; 황석진, “암호자산을 이용한 자금조달(ICO)에 관한 법적 연구”, 성균관대학교 박사학위논문, 2019 등.
- 14) 김재두, “전자화폐의 법적 문제”, 경영법률, 제18권 제3호, 2008.4., 147~179면; 박성민, “전자화폐의 위·변조와 부정사용에 대한 형법적 고찰”, 동아법학, 제53호, 2011.11., 141~166면 등.
- 15) Financial Stability Board, FSB Reports on Work Underway to Address Crypto-Asset Risks, 2019.5.31.(김지웅, “가상자산에 관한 개정 특정금융거래정보법에 대한 검토”, BFL, 제102호, 2020.7., 24면에서 재인용).
- 16) Communiqué, G20 Finance Ministers and Central Bank Governors Meeting, Buenos Aires, 2018. March 19-20, pp.2-3(김지웅, 전제논문, 24면에서 재인용).
- 17) ‘virtual currency(가상화폐)’는 미국, 스위스, 중국, 일본, EU 등에서 사용되고 있고, ‘digital asset(디지털 자산)’은 프랑스와 태국에서 사용되고 있으며, ‘digital currency(디지털 화폐)’는 호주에서 사용되고 있다고 한다(Cambridge Center for Alternative Finance, Global Cryptoasset Regulatory Landscape Study, 2019, p.36).
- 18) 김지웅, 전제논문, 24면.

이른바 ‘네거티브(negative) 방식’에 따라 규제의 필요성이 낮거나 다른 법령에서 이미 규율하고 있는 가목 내지 사목에 대해서는 가상자산에 해당하지 않는다고 규정하였다. 그러므로 특정금융정보법상 가상자산의 요소는 ① 경제적 가치, ② 전자적인 거래 또는 이전의 가능성, ③ 전자적 증표 및 관련 권리라고 정리될 수 있다. 생각하건대 비록 위 법의 입법목적 이 별도로 존재하지만 비슷한 용어를 사용하는 법령들 간에 개념상 혼란을 예방하고 정확한 이해를 돕기 위해서는 가급적 통일적인 용어가 사용되는 것이 바람직하다고 할 것이다. 그리고 이러한 관점에서 볼 때 ‘가상자산’이라는 용어는 기존의 가상화폐나 암호화폐 등의 개념들을 포괄적으로 포섭할 수 있다는 점에서 적절하다고 하겠다.¹⁹⁾

나. 가상자산과 블록체인의 관계

일반적으로 가상자산이라고 하면 블록체인(Blockchain)을 기반으로 하는 가상화폐를 의미하는 경우가 대부분이다.²⁰⁾ 블록체인은 ‘블록(block)’과 ‘체인(chain)’이라는 두 단어를 합성한 용어로, ‘블록을 체인(사슬)의 형태로 엮은 것’을 의미한다. 이를 공학적인 관점에서 재정의하면, 전송하고자 하는 데이터를 ‘암호화 기술(cryptography)’을 사용하여 ‘블록’이라는 용기(container of data structure)에 담고, 이 블록을 P2P(peer to peer)²¹⁾

19) 이에 대해 민사집행법이 강제집행의 대상에 대하여 ‘재산’이라는 용어를 사용하고 있으므로, 강제집행의 대상으로서 전자적 형태로 존재하고 거래되는 경제적 가치가 있는 것을 ‘가상재산’이라고 표현하는 것이 바람직하다는 견해가 있다(이현중, 전제논문, 325면). 이러한 입장은 민사집행과 관련하여 설득력이 있고 향후 입법화과정에서 참고될 수 있을 것으로 보이지만, 본고에서는 앞서 설명한 바와 같이 ‘가상자산’이라는 용어를 사용하되, 필요한 경우, 가상자산으로서 결제(지급) 수단으로 기능하고 있는 것에 대해서는 ‘가상화폐’라는 용어를 사용하고자 한다.

20) 하지만 블록체인과 관련이 없는 가상자산도 존재하는데, 특정금융정보법 제2조 제3호 가목 내지 사목에 규정되어 있는 것들이 이에 해당한다. 종래의 가상자산과 블록체인에 기반한 가상자산을 비교한 연구로는, 이원삼, ‘가상화폐의 의미와 법적 지위-비트코인을 중심으로-’, 상사판례연구, 제31집 제2권, 한국상사판례연구회, 2018.6., 288~292면 참조.

21) 인터넷과 같은 네트워크에서 개인과 개인이 직접 연결되어 파일 등의 데이터를 전송 내지 공유하는 것을 의미한다.

방식으로 상대방에게 직접 전송하거나 수신하는 통신기술을 말한다.²²⁾ 보다 구체적으로는 10분이라는 일정기간 동안 발생한 거래를 정리한 것(블록)을 체인 형태로 연결하여 불가역적으로 기록하고, 모든 거래 기록을 포함한 거래장부를 네트워크에 존재하는 모든 참가자가 공유하고 이용할 수 있게 하는 기술을 의미하는데²³⁾, 현재 블록체인을 기반으로 하는 최초의 가상화폐라고 할 수 있는 비트코인을 비롯한 대다수의 가상자산들은 블록체인 기술이 활용되어 작업증명(Proof of Work, PoW)²⁴⁾이라는 방식으로 생성되고 있으므로 가상자산과 블록체인은 분리될 수 없는 관계라고 할 수 있다.

다. 가상자산과 비트코인

가상자산에 대한 보편적인 논의는 비트코인을 중심으로 이루어져야 한다. 그 이유는 오늘날 비트코인이 전체 가상자산 시장을 지배하고 있고, 지금까지 등장한 여러 가상자산들 가운데 가장 대표성을 가지기 때문이다.²⁵⁾ 실제 법원뿐만 아니라 학계에서도 가상자산은 비트코인을 중심으로 논의되고 있는데, 이후 논의될 가상자산의 법적 성격과 강제집행 가능성을 검토하기 위해서는 비트코인과 관련된 내용들, 예를 들어 거래소,

22) 황정훈·서용모·정승욱·양영식·홍진욱·송인방, 「미래사회 with 블록체인」, 박영사, 2020, 15면.

23) 정영수, “가상자산의 강제집행에 관한 소고”, 서울법학, 제29권 제2호, 2021.8., 165~166면.

24) 작업증명(PoW, Proof of Work)은 목표값 이하의 해시를 찾는 과정을 무수히 반복함으로써 해당 작업에 참여했음을 증명하는 방식의 합의 알고리즘을 말한다. 채굴(mining)을 통해 작업증명이 이루어지며, ‘포우’ 또는 ‘피오더블유’ 라고 읽는다. 비트코인(Bitcoin), 이더리움(Ethereum), 라이트코인(litecoin), 비트코인캐시(BitcoinCash) 등의 대표적인 가상화폐들은 작업증명 방식을 사용하고 있다(<http://wiki.hash.kr/index.php/%EC%9E%91%EC%97%85%EC%A6%9D%EB%AA%85>).

25) 2022년 7월 기준 세계 최대 가상자산거래소인 바이낸스(Binance)가 운영하는 바이낸스 리서치(Binance-Research)가 2021년 1월 28일 발간한 ‘2021 글로벌 크립소 사용자 지수(2021 Global Crypto User Index-Crypto user profiles, attitudes, and motivations)’에 의하면, 설문조사에 응한 61,000명 이상의 전체 사용자들 중 65%가 비트코인을 보유하고 있고, 이들 중 30%의 사용자는 자신의 가상자산 포트폴리오에 1~20%, 11%의 사용자는 21~40%, 14%에 해당하는 사용자는 41~60%를 비트코인에 할당하고 있는 것으로 나타났다(Binance-Research, 2021 Global Crypto User Index-Crypto user profiles, attitudes, and motivations, pp.20-21).

전자지갑, 공개키와 개인키 등의 개념과 기능 등에 대해 정확하게 이해할 필요가 있다.

1) 비트코인의 개념 및 특징

비트코인(Bitcoin)은 2008년 10월 31일 미지의 인물 ‘사토시 나카모토(Satoshi Nakamoto)’의 ‘Bitcoin : A Peer-to-Peer Electronic Cash System’이라는 9페이지의 논문을 통해 처음 소개되었고, 2009년 1월 3일 위 논문에 따라 구현된 최초의 블록인 ‘제네시스 블록(genesis block)’이 탄생하였다. 비트코인은 넓은 의미로 ‘인터넷 프로토콜(통신규약)’이자 ‘중개기관의 개입이 없는 형태의 전자적 P2P 지급네트워크’를, 좁은 의미로는 ‘비트코인(BTC) 단위로 거래되는 디지털 가상화폐’를 의미하며²⁶⁾, 블록체인을 기반으로 탄생한 최초의 가상화폐라는 점에서 의미를 가진다. 그러므로 전자화폐²⁷⁾와는 달리 중앙에서 관리하는 특정발행자가 존재하지 않는데, 이러한 특징을 ‘탈중앙화(decentralization)’라고 한다.

2) 비트코인의 작동원리

가) 비트코인의 저장

가상자산인 비트코인을 취득하고 거래하기 위해서는 먼저 비트코인이 보관되어 있는 가상공간으로서 비트코인 소유자의 자금관리를 돕는 소프트웨어라고 할 수 있는 전자지갑(wallet)과 함께 공개키(public key), 개인키(private key)를 생성해야 한다. 전자지갑은 은행의 계좌번호와 같이 비트코인을 저장할 수 있는 특정 주소를 의미하기도 하는데, ‘1A1zP1eP5QGefi2DMPTfTL5SLmv7DivfNa’²⁸⁾와 같이 알파벳과 숫자가 결합된 33~34자리의 문자열로 구성되는 점이 특징이다. 전자지갑의 생성 및 보유에 있어서 개인정보 입력 등의 제한이 없고, 어떠한 통제나 관리감독이 이루어지지 않기 때문에 비트코인은 마치 현금과 같이 불법적이거나 비

26) 김흥기, “최근 디지털 가상화폐 거래의 법적 쟁점과 운용방안-비트코인 거래를 위주로-”, 증권법연구, 제15권 제3호, 2014, 380면.

27) 전자화폐에 대해서는 「전자금융거래법」 제2조 제15호가 정의하고 있다.

28) 이 문자열은 비트코인을 만들었다고 알려진 사토시 나카모토가 2009년 1월 3일에 만든 비트코인 지갑의 주소이다.

밀스러운 거래에 사용되는 경우가 많으며, 이러한 점 때문에 비트코인이 익명거래를 보장한다고 평가되기도 한다.²⁹⁾ 전자지갑은 이용주체에 따라 개인지갑과 거래소지갑으로 구분되고, 인터넷 연결 여부를 기준으로 핫월렛(hot wallet)과 콜드월렛(cold wallet)으로 구분되기도 한다. 핫월렛에는 웹지갑³⁰⁾, 모바일지갑³¹⁾, 데스크탑지갑³²⁾ 등이 있고, 항상 온라인 상태이기 때문에 거래에 편리하다는 장점이 있지만 해킹의 위험성이 있다. 반면 콜드월렛은 USB 등과 같이 하드웨어 형태의 지갑으로서 별도의 저장장치에 비트코인을 보관하기 때문에 보안에는 유리하지만 거래에 있어서 불편하거나 분실의 위험이 있다는 점이 특징이다.

공개키는 은행의 계좌번호와 같이 입금을 받는데 필요한 정보로서 타인에게 공개되는 것이고, 개인키는 이용자의 지갑프로그램에 저장되며 비트코인 이체거래시 입력하는 정보이기 때문에 해당 전자지갑의 소유자만 알고 있어야 하는 일종의 비밀번호와 같은 기능을 한다.³³⁾ 공개키와 개인키는 각각 숫자와 알파벳 대·소문자가 무작위로 조합된 26~35자리와 52자리의 문자열로 구성되어 암기하기 어렵기 때문에 보통 전자지갑을 통해 관리되는데, 만약 분실한다면 P2P 네트워크의 특성상 회복할 방법이 없으므로 보관 및 보안에 유의해야 한다.

29) 박영호, “가상화폐와 강제집행”, 민사집행법 실무연구(V), 제141집, 법원도서관, 2021, 370-371면.

30) 인터넷 브라우저를 통해 접속하는 지갑으로, 브라우저(대부분 크롬)의 확장프로그램이나, 웹사이트 형태로 제공되고 있다. 항상 인터넷에 접속되어 있기 때문에, 보안에 가장 취약하지만, 코인을 즉시 전송할 수 있는 기능이 있으므로 가장 편리하고 실용적이다.

31) 스마트폰 등 모바일 기기에 설치하여 사용하는 애플리케이션의 형태를 가지고 있으며, 스마트폰 운영체제에 따라 안드로이드(Android)와 아이오에스(iOS)로 나뉜다.

32) 노트북이나 데스크탑 컴퓨터에 다운로드하고 실행되는 소프트웨어로서, Bitcoin Core, Exodus 등이 있다.

33) 전승재·권현영, “비트코인에 대한 민사상 강제집행 방안-암호화폐의 제도권 편입 필요성을 중심으로-”, 정보법학, 제22권 제1호, 2018.5.30., 78면; 박영호, 전계논문, 371면; 정영수, 전계논문, 166~167면. 개인키는 은행거래에 있어서 자신의 계좌에 접속하기 위한 비밀번호와 공인인증서를 합쳐놓은 것과 유사한 것으로 볼 수 있다.

나) 비트코인의 취득

비트코인은 ① ‘거래’의 방식으로 이미 생성된 비트코인을 전통적인 화폐를 가지고 거래소에서 구매하거나, 상품이나 용역제공의 대가로서 타인으로부터 이전받을 수 있고, ② 암호를 해독하는 것(이른바 ‘채굴’)에 대한 대가로서 취득할 수도 있다. 이들 중 전자는 승계취득, 후자는 원시취득의 구조와 유사하다.³⁴⁾

채굴(mining)은 네트워크 내의 참여자가 거래내역이 담긴 블록을 생산하고 연결하여 블록체인을 만드는 과정에서 거래내역을 검증하는 것에 대한 보상으로 블록체인 시스템으로부터 가상자산을 지급받아 취득하는 것을 말한다.³⁵⁾ 앞서 언급한 바와 같이 대다수의 가상자산들이 작업증명(PoW) 방식으로 만들어지는데, 이 방식에서는 작업증명에 필요한 암호화 해시함수³⁶⁾를 계산하면 그 수행에 대한 대가로서 가상자산을 받도록 설계되어 있다. 비유하자면, 복잡한 암호나 수학적 퍼즐을 사용자 컴퓨터의 CPU와 GPU를 사용하여 풀어낸 것에 대한 대가로서 비트코인 등의 가상자산을 취득하게 되는 것이다.³⁷⁾

다) 비트코인의 거래구조

비트코인 ‘거래(transaction)’는 공개키 암호화 기술을 통해 담보된다. 각각의 사용자는 자신과 상대방의 공개키와 개인키를 이용하여 거래를

34) 김흥기, 전계논문, 382~383면.

35) 김재진·최인석, 「가상자산 법제의 이해」, 박영사, 2022, 21면.

36) 해시함수(hash function)는 임의적인 길이의 데이터를 입력값으로 취하고 해시값(hash value)이라고 불리는 고정된 길이의 비트 배열을 출력값으로 취하는 알고리즘을 말한다(페트로 프랑코(김동은·어경훈 譯), 「제대로 배우는 비트코인과 블록체인-암호학, 컴퓨터공학, 경제학을 중심으로-」, 중앙경제평론사, 2019, 190면).

37) 채굴을 통해 지급되는 비트코인의 양은 4년마다 절반으로 줄어드는 반감기를 거치게 되어 있고, 공급량도 제한하고 있다. 이에 따라 채굴을 통해 지급되었던 비트코인은 2009년 50개에서 2020년에는 6.25개로 줄어들었고, 2040년에 총 2,100만 번째 비트코인의 생성을 끝으로 채굴이 중지될 예정인데, 2022년 4월 1일에 1,900만 번째 비트코인이 채굴되었기 때문에 현재 남은 비트코인은 200만 개 미만이라고 할 수 있다. 채굴에 필요한 비용과 암호의 난이도 상승, 최근 급락하고 있는 비트코인 시세 등을 고려할 때 개인이 직접 채굴을 통해 가상자산을 취득하는 방법은 더 이상 경제적이라고 할 수 없다.

할 수 있는데, 거래자가 수취자의 공개키와 이체할 액수를 입력하면, 수취자는 개인키를 입력하여 이를 취득하게 되는 구조이다.³⁸⁾ 만약 A로부터 B에게 비트코인이 이전되는 거래라면, 먼저 A는 본인의 전자지갑에서 B의 공개키와 송금액을 입력하고, 자신의 공개키를 추가하여 해시를 계산한 후, 자신의 개인키를 이용하여 암호화, 즉 전자서명을 하면, 해당 거래내역은 비트코인 네트워크상의 모든 이들에게 공개된다. 이후 B가 A의 공개키로 검증하고 자신의 개인키를 입력하면 A의 비트코인이 B에게 이전되는 과정이 완료된다. 해당 거래내역은 블록으로 그룹화되고, 각각의 블록은 해당 블록이 포함되어 있는 블록체인에 기록되게 된다. 거래는 각각의 거래들을 나타내는 블록에 그 거래가 포함되었을 때 확정되는데, 여기서 ‘확정(confirmation)’은 비트코인 네트워크가 해당거래를 수행하였으며, 반복되지 않을 것이라는 의미이다. 이때 해당 거래로 형성되는 블록은 약 10분마다 블록체인에 새롭게 연결되는데, 매 10분마다 추가되는 블록에 의해 이미 형성된 블록들의 유효성이 재확인되게 된다.³⁹⁾

한편 비트코인 등의 거래에 있어서 이중지급을 방지하기 위해 만약 비트코인 네트워크상에 복수의 블록체인이 존재하는 경우 더 긴 블록체인이 유효한 것으로 인정하고 있고, 이러한 알고리즘을 ‘The longest chain wins’ 전략이라고 한다.⁴⁰⁾ 이에 따르면 악의를 가진 해커가 이중지급을 성공하기 위해서는 기존의 블록체인보다 더 긴 블록체인을 만들어야 하는데, 그러한 시도는 전 세계의 선량한 참여자들을 모두 합친 것보다 더 높은 연산능력을 갖추어야 가능한 것이므로 사실상 불가능하고, 그 결과 현재 블록체인에 기반한 네트워크상의 거래원장들의 신뢰성이 보장될 수 있다고 한다.⁴¹⁾

3) 비트코인과 거래소

비트코인은 발행주체 및 관리감독을 하는 중앙통제기관이 없는 가상화

38) 박영호, 전계논문, 373면; 김재진·최인석, 전계서, 23면; 김홍기, 전계논문, 386면.

39) 박영호, 전계논문, 374면; 김재진·최인석, 전계서, 23-24면; 김홍기, 전계논문, 387면.

40) 정승재·권현영, 전계논문, 80면.

41) 박영호, 전계논문, 375면; 정승재·권현영, 전계논문, 81면.

페이코, 시세가 매5분마다 수시로 변동하여 1비트코인(BTC)에 상응하는 고정된 액면가가 존재하지 않는다. 그리고 비트코인 네트워크의 참여자가 자신이 보유하고 있는 비트코인을 법정화폐와 교환하기 위해서는 비트코인 시스템 밖에서 구입희망자를 찾고 협상을 통해 비트코인 거래에 대한 합의를 해야 했다. 또한 비트코인 거래에 소요되는 시간⁴²⁾과 수수료의 지급에 대해 번거로움과 불편함이 지적되었고, 이에 따라 비트코인의 매매 또는 교환, 해당 행위의 매개, 관리 등을 하는 업체에 의해 운영되는 비트코인 거래소가 필요하게 되어 현재 비트코인 등의 대부분의 가상자산들의 거래는 거래소를 통해 이루어지고 있다.⁴³⁾

거래소는 이용자인 매도 희망자로부터 가상자산을, 매수 희망자로부터는 현금을 각각 맡아 이들 간의 거래를 처리하고 있고, 실제로 거래가 이루어지면 그에 따라 이들의 비트코인 및 현금의 증감에 대한 내용을 고객 장부에 기록하게 된다. 하지만 이때 각 거래가 블록체인에 기록되어 매수인의 주소로 비트코인이 즉시 이전되는 것은 아니고, 거래소가 독자적으로 관리하는 주소에 보관된 채 거래소의 고객장부 상에서만 증감 처리가 이루어질 뿐이다.⁴⁴⁾ 거래소는 고객의 개인키를 관리하는데, 거래소 이용자가 거래소를 상대로 비트코인의 인출을 요구하는 경우, 거래소는 자신이 관리하는 주소에서 고객의 개인키를 이용하여 고객의 전자지갑으로 비트코인을 이전해야 한다.

한편 특정금융정보법은 가상자산거래를 영업으로 하는 자를 가상자산사업자로 정의⁴⁵⁾하면서 그 영업행위를 6가지로 한정하고 있다.⁴⁶⁾ 그리고

42) TPS는 거래처리속도를 부를 때 표현하는 단위로 초당 처리하는 트래픽의 개수를 말한다. 현재 전 세계에서 가장 많은 거래를 처리하는 카드사인 비자(VISA)는 24,000 TPS(transactions per second, 초당 트랜잭션 수)를 처리한다고 알려졌지만, 비트코인의 경우 평균 초당 7 TPS, 이더리움은 20 TPS 수준을 기록하고 있다. 이는 기존 금융서비스와 비교해 현저히 떨어지는 거래처리속도이기 때문에 현재 이 문제를 개선하기 위한 다양한 방법이 연구되고 있다(<http://wiki.hash.kr/index.php/TPS>).

43) 정영수, 전계논문, 168면; 정승재·권현영, 전계논문, 84면.

44) 정영수, 전계논문, 169면.

45) 특정금융정보법 제2조(정의) 제1호 하목.

이 법은 가상자산사업자에 대하여 신고의무를 부여하고 있는데⁴⁷⁾, 국외에서 이루어진 행위로서 그 효과가 국내에 미치는 경우에도 이 법이 적용되도록 하고 있다.⁴⁸⁾ 따라서 해외 가상자산사업자도 내국인을 대상으로 영업을 하는 경우, 금융정보분석원(FIU)에 신고해야 하며, 내국인에 대한 영업과 관련해서는 동 법에 따른 의무를 수행하여야 한다. 2022년 5월을 기준으로 가상자산사업자들 중 원화마켓(한화 KRW으로 거래되는 시장) 거래소 신고요건인 은행 실명계좌와 ISMS 인증을 모두 갖춘 거래소는 총 5개의 업체로 업비트, 빗썸, 코인원, 코빗, 고팍스가 존재하며, 2022년 9월 26일 자 금융정보분석원의 ‘22년 상반기 가상자산사업자 실태조사 결과에 따르면 국내에 신고된 26개의 거래업자들(원화마켓 5개사, 코인마켓 21개사) 중 원화마켓 사업자가 차지하는 일 평균 거래금액은 5.2조원으로서 전체의 98%를 차지하는 것으로 나타났다.⁴⁹⁾

3. 가상자산의 법적 성격에 관한 논의

가. 개요

가상자산에 대한 강제집행 가능성 및 집행방안을 살펴보기 위해 가상자산과 관련된 블록체인 등의 개념과 대표적인 가상자산인 비트코인에 대해서 살펴보았다. 이하에서는 앞서 살펴본 내용을 바탕으로 비트코인 등의 가상자산이 가지는 법적 성격이 사법(私法)상 어떻게 규정되어야 하는지 살펴보려고 한다. 참고로 현행 민사집행법은 제64조 제2항에서 ‘강제집행의 대상이 되는 재산’이라고 하여 책임의 객체는 채무자의 재산임을 밝히고 있지만, 이 재산이라는 개념에 대해서는 정의하고 있지 않기 때문에, 이에 대해서는 민법 등의 실체법에 의해 개념 및 법적 성격이

46) 이에 따라 현재 운영되고 있는 국내 가상자산거래소들은 특정금융정보법상 가상자산사업자에 해당된다.

47) 특정금융정보법 제7조(신고).

48) 특정금융정보법 제6조(적용범위 등).

49) 금융위원회, “22년 상반기 가상자산사업자 실태조사 결과”, 금융위원회 금융정보분석원 가상자산검사과, 2022년 9월 26일 자 보도자료.

정의될 필요가 있다. 특히 가상자산은 비교적 최근에 등장한 것으로 민사집행법상 어떤 집행대상에 해당하는지 판단하기가 쉽지 않으므로, 가상자산에 대한 강제집행 가능성 및 구체적인 방법에 대해 살펴보기 위해서는 그 본질과 법적 성격에 대한 분석이 당연히 선행되어야 한다.

나. 물건에 해당하는지 여부

민법 제98조는 물건을 ‘유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력’이라고 정의하고 있다. 그러므로 민법상 물권의 객체가 되기 위해서는 유체물이거나 무체물 중에서 전기 기타 관리할 수 있는 자연력이어야 한다. 가상자산의 경우, 현재 이를 민법상 유체물에 해당한다고 보는 견해는 소수인 것으로 보인다.⁵⁰⁾ 그러므로 가상자산은 무체물이지만 관리가능한 자연력으로 볼 수 있는지에 대한 검토가 필요하다.

먼저 과학기술의 발달로 인해 물건의 개념은 확대되어야 하고, 가상자산이 거래소에서 법정통화와 가상통화 간에 거래가 가능한 객체가 된 이상, 디지털 정보인 가상자산도 물건으로 인정되어야 할 필요가 있다는 견해가 있다.⁵¹⁾ 그리고 가상자산인 비트코인을 유체물은 아니지만 전기 기타 관리 가능한 자연력을 볼 수 있으므로 가상자산을 물건으로 볼 수 있다는 견해⁵²⁾와 가상자산인 비트코인에 대해서 배타적 지배가능성과 관리가능성을 인정할 수 있으므로 민법상 물건에 해당한다고 보는 견해⁵³⁾도 있다.⁵⁴⁾

50) 이에 대해 유체물의 정의를 ‘지배가능한 내재적 가치가 있는 물질’로 정의한다면, 비트코인을 유체물의 개념에 포함시킬 수 있다는 견해가 있다(김이수, “비트코인(Bitcoin)의 사법상 지위에 관한 고찰”, 법학연구, 제59권 제4호, 부산대학교 법학연구소, 2018.11., 20면).

51) 최장원, “가상통화거래소 이용자가 가지는 법적 성격과 전산장애로 인한 손해배상 책임 연구”, 한국산학기술학회 논문지, 제19권 제11호, 2018.11., 291면.

52) 육태우, “가상화폐 또는 암호화폐에 의한 금융의 변화 및 법적 시사점”, 강원법학, 제53권, 2018.2., 246면; 김흥기, 전계논문, 393면.

53) 전승재·권현영, 전계논문, 88~89면; 김이수, 전계논문, 22면; 남기연, “Bitcoin의 법적 가치에 관한 연구”, 법학논총, 제38권 제3호, 2014, 534면; 박정현, 전계논문, 19면; 전우정, 전계논문, 163면. 이 견해는 비트코인 주소에 대응하는 개인키 소지인만이 송금지시를 내릴 수 있기 때문에 당해 주소에 담긴 비트코인을 배타적으로 지배하는 것으로 볼 수 있고, 그러한 송금지시내역은 분산원장에 모두 기록되며, 한번 송금이 완료된 비트코인은 블록

하지만 물권의 객체인 물건에 대한 일반적인 해석에 의하면 가상자산인 비트코인은 관념적인 존재로서 디지털상에 존재하는 코드에 불과하므로 유체물(동산)이나 관리할 수 있는 자연력에 해당하지 않는다는 점⁵⁵⁾, 가상자산의 재산적 핵심요소는 전자적 형태로 존재하고 거래되는 경제적 가치 있는 정보인데 이러한 정보는 관리할 수 있는 유체물이나 자연력에 해당하지 않는다는 점⁵⁶⁾, 개인키 자체만으로는 동산에서 성취되는 배타적 지배가능성을 가상자산에서는 기대하기 어렵다는 점⁵⁷⁾ 등을 고려할 때 가상자산은 비록 현실적으로는 거래의 객체가 되고 있음에도 불구하고 현행 민법상 물건으로 보기 어렵고, 가상자산에 대한 권리 역시 물권이라고 보기 어렵다.

다. 민법상 금전 내지 화폐에 해당하는지 여부

가상자산을 민법상 동산으로 분류할 수 있다는 전제에서 금전으로 볼 수 있는지에 관한 논의가 있다. 가상자산 중 가상화폐로 분류되는 것들

체인 기술에 의해 이중지급될 가능성이 없기 때문에 관리가능성도 인정될 수 있다고 주장한다.

- 54) 이 견해는 전자파일(electronic file)의 물건성 인정여부에 관하여 정보 자체는 법률상 배타적으로 지배가능하지 않지만, 이들이 저장된 전자파일은 사용자가 법률상 배타적으로 지배가능한 것으로 보아야 하므로 물건으로 해석할 필요가 있다고 한다(정차호·이승현, “우리민법상 전자파일(electronic file)의 물건성 인정 여부에 관한 연구”, 성균관법학 제30권 제1호, 2018, 156~159면). 이 입장에 의한다면, 가상자산 역시 전자적 형태로 존재하기 때문에 ‘관리가능한’ 자연력인 전기에 포함시킬 수 있고, 가상자산이 저장된 위치(전자지갑 등)에 대한 물리적 관리 또는 배타적 접속 및 이용을 통해 관리될 수 있다는 점을 고려하면 가상자산 역시 관리가능한 물건이라고 파악될 여지가 있어 보인다.
- 55) 박영호, 전계논문, 397-398면; 윤배경, 전계논문, 9면; 이나래, “가상통화의 법적 성질 및 보유자권리의 성격 검토”, BFL, 제89호, 2018.5., 25면; 정영수, 전계논문, 170면.
- 56) 이현중, 전계논문, 329면; 정영수, 전계논문, 175면.
- 57) 천창민, 전계논문, 56면. 이 견해는 가상자산의 개인키는 데이터에 불과한데, 이 데이터는 분실방지 등의 목적으로 타인에게 복사하여 알려줬을 가능성 및 재전파될 가능성이 있기 때문에, 배타적으로 지배하고 있다고 평가하기 어렵다고 한다. 그러므로 “특정인의 전자지갑에서 생성된 개인키는 그 특정인이 배타적으로 지배하는 것으로 추정한다”와 같은 내용이 법률에 규정되지 않는 한, 개인키를 보유한다는 사실 자체만으로 배타적 지배가능성을 기대하기 어렵다고 보고 있다.

이 현실적으로 재화의 교환을 매개하고 가치를 측정하는 화폐의 기능을 하고 있다고 보아 일견 금전이라고 볼 수도 있겠지만, 그러한 입장은 다음과 같은 이유로 타당하지 않다.

먼저 금전은 동산이기는 하나, 보통의 동산과 달리 물질적인 이용가치가 아닌 추상적인 가치(금액)만이 의미가 있는 특수한 것인데⁵⁸⁾, 가상자산은 전술한 바와 같이 일단 민법상 물건으로 보기 어렵기 때문에 당연히 동산인 금전이라고 볼 수 없다. 다음으로 금전에는 국가에 의해 강제통용력이 인정되는 ‘화폐’가 포함되는데, 우리나라에서 강제통용력이 있는 화폐를 발행할 수 있는 기관은 한국은행이 유일하다.⁵⁹⁾ 그러므로 중앙에서 관리하는 특정발행자가 존재하지 않는다는 탈중앙화를 특징으로 하는 비트코인과 같은 가상화폐는 화폐라고 볼 수 없다.⁶⁰⁾ 또한 가상화폐에는 금이나 은과 같은 내재적 가치가 없다고 볼 수 있는데, 최근과 같이 가상화폐의 시세변동이 극심한 경우 이를 탄력적으로 조절할 수 있는 장치의 부재로 법정화폐와의 교환비율이 지나치게 불안정해질 수 있다는 점을 근거로 화폐와 같은 가치측정의 기능을 인정하기 어렵다.⁶¹⁾

라. 가상자산에 대한 권리를 준물권으로 볼 수 있는지 여부

비트코인 등 가상자산을 소유하는 사람은 가상자산(보다 정확하게는 개인키 정보)에 대해 독점적이고 배타적인 권리를 가지므로, 이를 물권과 유사한 속성을 가진 준물권(準物權)의 대상으로 볼 수 있다는 견해가 있다.⁶²⁾

살피건대 가상자산은 민법상 물건이 아니더라도 특정성과 독립성에는 아무런 문제가 없으므로⁶³⁾ 소유의 대상이 될 수 있고, 특허법·저작권법 등

58) 송덕수, 「신민법강의」, 박영사, 2022, 335면; 편집대표 김용덕, 김종기 집필부분, 「주석민법[총칙 2]」, 한국사법행정학회, 2019, 318면.

59) 한국은행법 제47조(화폐의 발행).

60) 윤배경, 전계논문, 9면; 전승재·권현영, 전계논문, 89면; 박영호, 전계논문, 388면.

61) 정다영, “암호화폐 거래에 대한 민사법적 고찰”, 민사법의 이론과 실무, 제22권 제2호, 2019.4., 55면; 전승재·권현영, 전계논문, 90면; 정진명, 전계논문, 14-15면; 박정현, 전계논문, 20면.

62) 이나래, 전계논문, 25면.

에서의 지식재산권과 같이 물권과 유사한 권리의 대상이 될 여지는 있다. 하지만 i) 가상자산 보유자가 민법상 물건이 아닌 가상자산에 대해 등기 또는 점유 등의 공시방법으로 지배권을 표상할 수 있는 방법이 적절하지 않고 비트코인 등의 가상자산에 대해서만 준물권과 같은 권리구조를 인정할 특별한 실익이 있는지 의문이고⁶⁴⁾, ii) 앞서 언급한 바와 같이 법률의 제정·개정을 통해 개인키 자체만으로 배타적 지배가능성을 인정한다는 특별한 규정이 마련되지 않는 한 개인키 보유 사실 자체만으로 배타적 지배가능성을 기대하기 어려우며⁶⁵⁾, iii) 블록체인상의 기록은 비트코인 네트워크의 모든 참가자들에게 공유되고 있는 것이므로 설령 가상자산인 비트코인의 보유자가 개인키를 가지고 있더라도 이를 근거로 비트코인을 배타적으로 지배하고 있다고 말하기는 쉽지 않다⁶⁶⁾는 지적이 가능하다. 그러므로 민법 제185조의 “물권은 법률 또는 관습법에 의하는 외에는 임의로 창설하지 못한다”는 ‘물권법정주의’의 엄격성과 위와 같은 이유로 가상자산에 대한 권리에 대해 배타적 지배가능성을 인정하기 어렵다는 점들을 고려한다면, 가상자산에 대한 권리를 ‘준물권’으로 볼 수 있다는 견해에 대해서는 회의적이다.

마. 가상자산에 대한 권리를 채권으로 볼 수 있는지 여부

가상자산에 대한 권리를 물권 내지 준물권으로 보기 어렵다면 가상자산이 무형의 관념적인 존재라는 점에 착안하여 일종의 채권으로 볼 수 있는지에 대해 살펴볼 필요가 있다. 보다 구체적으로는 비트코인 등 가상자산의 보유자가 비트코인 네트워크에 대해 출금을 요구(송금지시)하는 권리를 채권으로 볼 수 있는지에 대해 살펴보고자 한다.

본래 특정인(채권자)이 다른 특정인(채무자)을 상대로 일정한 행위를 요구할 수 있는 권리인 채권은, 내용은 재산권이고, 효력은 청구권이며, 의

63) 윤배경, 전계논문, 10-11면.

64) 윤배경, 전계논문, 11면.

65) 천창민, 전계논문, 56면.

66) 정영수, 전계논문, 171면.

무자의 범위를 고려하면 상대권이다.⁶⁷⁾ 가상자산은 그 자체만으로 누군가를 상대로 급부를 요구할 수 있는 것이 아니고 단지 경제적 가치를 전자적으로 표상하는 것에 불과하므로⁶⁸⁾, 가상자산의 보유자는 가상자산을 개발한 업체나 ICO⁶⁹⁾를 통해 신규발행한 자를 상대로 어떠한 권리도 가지고 있지 않다.⁷⁰⁾ 그리고 블록체인 네트워크의 참여자들도 단지 자신이 가지고 있는 컴퓨팅 자원을 네트워크상에서 조금씩 제공하여 거래내역을 블록으로 나누어 분산·저장하고 있을 뿐, 누군가의 출금요구에 대해 자력으로 이행해야 할 의무를 부담하고 있는 것이 아니다. 결론적으로 비트코인을 출금할 권리와 같은 가상자산에 대한 권리는 외견상 ‘채권’과 유사할 뿐, 그 목적 급부의 이행주체인 비트코인 네트워크와 이를 움직이는 알고리즘과 참여자들을 권리의무의 주체로 볼 수 없으므로 이를 채권으로 규율하기는 어렵다.⁷¹⁾

4. 소결

가상자산은 일반적으로 블록체인을 기반으로 하는 가상화폐를 의미하는데, 최초의 가상화폐인 비트코인은 현재 가상자산시장을 지배하고 있고 가장 대표성을 가지는 가상자산이라고 할 수 있다. 비트코인은 중앙에서 관리하는 특정발행자가 존재하지 않는 ‘탈중앙화’된 가상화폐로서, ‘채굴’의 대가로 취득하거나 거래자들의 공개키와 개인키를 이용한 ‘거래’를 통해서 취득될 수 있다. 하지만 이러한 개인간 거래에 소요되는 시간과 수수료지급 등의 불편함을 해소하고자 현재 가상자산거래의 대부분은 거래

67) 송덕수, 전게서, 732면.

68) 정영수, 전계논문, 171면.

69) ‘Initial Coin Offering’의 약자인 ICO는 크라우드펀딩(crowdfunding)의 일종으로, 블록체인 기술을 기반으로 새로운 암호화폐를 만들기 위해 불특정 다수의 투자자들로부터 초기개발자금을 모집하고 그 대가로 코인을 제공하는 것을 말한다(<http://wiki.hash.kr/index.php/ICO>).

70) 전우정, 전계논문, 159면; 정진명, 전계논문, 10면; 박정현, 전계논문, 17면.

71) 전승재·권현영, 전계논문, 88면; 정진명, 전계논문, 10면; 박정현, 전계논문, 17면; 이나래, 전계논문, 26면.

소를 통해 이루어지고 있다는 점을 확인할 수 있었다.

앞서 살펴본 바와 같이 가상자산의 법적 성격을 여러 관점에서 파악해야 하는 근본적인 이유는 민법상 물권의 객체를 물건에 한정하고 있기 때문이다.⁷²⁾ 민법은 객체를 처분과 관련해서는 좁게 해석하고, 처분은 물건 및 권리에 대해서만 인정한다는 점을 고려하면, 가상자산은 민법 제98조가 개정되지 않는 한 그 법적 성격을 물건이나 권리라고 볼 수 없고, 양도될 수도 없으며, 어떤 방식으로든 물적 담보가 될 수 없다.⁷³⁾ 물론 가상자산 자체가 채권이 아니고, 가상자산에 대한 권리 역시 준물권이나 채권으로 파악될 수 없다. 하지만 채권계약에서의 ‘객체’에는 사적자치의 원칙상 정보를 포함한 모든 거래가능한 것들이 포함될 수 있으므로⁷⁴⁾, 가상자산은 채권의 목적 내지 대상이 될 수 있다고 할 것이다. 특히 가상자산이 가지는 경제적 가치에 주목하여 현실적으로 거래되고 있음을 보더라도 가상자산이 재산적 가치를 가진다는 점은 부인할 수 없다. 서두에 소개한 바와 같이 최근 대법원 역시 가상자산인 비트코인에 대해 “비트코인은 재산적 가치가 있는 무형의 재산이라고 보아야 한다”고 판시⁷⁵⁾하여 이를 인정할 바 있으므로, 가상자산은 최소한 재산적 가치를 가지고 거래되는 전자적 표상으로서 이를 보유하고 있는 자가 가지는 권리는 기본적으로 ‘재산권’의 성격을 가진다고 정리할 수 있겠다.⁷⁶⁾⁷⁷⁾

72) 참고로 유체물과 무체물 중에서 어떤 것을 ‘법률상’ 물건으로 볼 것인지에 대한 입법례로는 크게 3가지 유형이 있다. ① 로마법·프랑스민법·오스트리아민법은 유체물과 무체물을 모두 물건의 개념에 포함시키고 있고, ② 독일민법과 일본민법은 유체물만을 물건으로 규정하고 있으며, ③ 스위스민법과 우리민법은 유체물과 함께 무체물 중에서 법적 지배가 가능한 자연력을 물건의 개념에 포함시키고 있다(주석 민법[총칙 2], 258면).

73) 정진명, 전계논문, 13면.

74) 민법 제373조(채권의 목적) 금전으로 가액을 산정할 수 없는 것이라도 채권의 목적으로 할 수 있다.

75) 대법원 2018.5.30.선고, 2018도3619 판결.

76) 이나래, 전계논문, 26면; 윤배경, 전계논문, 11면; 이현중, 전계논문, 330면; 이광수·최익구, “법적 성질로 본 가상화폐의 개념과 문제점”, 인권과 정의, 제474호, 대한변호사협회, 2018. 7면. 이와 관련하여 우리 사법(私法)상 재산권으로 인정되는 것으로는 물권·채권·지적재산권에 한정되므로 이에 해당하지 않는 가상자산에 대해 보유자가 가지는 권리를 ‘재산

III. 가상자산에 대한 민사집행

1. 개관

‘민사집행’이라는 개념은 좁은 의미의 민사집행과 넓은 의미의 민사집행으로 나눌 수 있는데, 전자는 중국적인 집행절차로서 강제집행과 담보권실행 등을 위한 경매, 민법·상법, 그 밖의 법률의 규정에 의한 경매를 말하고, 후자는 위 세 가지에 보전처분을 더한 것을 말한다.⁷⁸⁾ 민사집행 중 강제집행은 사법(私法)상 청구권의 강제적 실현을 위해 공권력이 동원되는 절차로서, 민사집행의 가장 핵심을 이루는 절차라고 할 수 있다.⁷⁹⁾ 그리고 보전처분은 장래에 승소하면 이루어질 강제집행에 대비하는 현상보전의 처분 또는 판결에 앞서 이루어지는 잠정조치로서 가압류와 가처분을 말한다.⁸⁰⁾

이 중 강제집행은 국가의 공권력이 동원되기 때문에 오직 법률에 근거하여 이루어져야 한다. 하지만 강제집행에 대해 민사집행법은 전형적인 재산형태인 부동산, 동산 등의 유형재산과 채권 등의 무형재산을 민사집행의 대상으로 보고 제정되었기 때문에 비교적 최근에 등장한 가상자산에 대한 민사집행에 관하여 기존 민사집행법의 조문들을 그대로 적용할 수 있는지에 대해 고민이 필요하다. 앞서 살펴본 바와 같이 가상자산은 실체법인 민법상으로 물건으로 보기 어렵고 준물권이나 채권으로 보기도 어렵다. 다만 가상자산은 최소한 재산적 가치를 가지고 거래되는 전자적 표상으로서 이를 보유하고 있는 자가 가지는 권리는 기본적으로 ‘재산권’의 성격을 가진다고 볼 수 있는 이상, 채무자의 가

권’이라고 표현할 수는 없다는 견해도 있다(정순섭, “가상통화의 법률문제”, BFL, 제89호, 2018.5., 11면).

77) 참고로 가상자산의 법적 성격을 ‘재산권’으로만 파악해도 가상자산이 그 보유자의 재산으로 귀속되어 책임재산을 구성한다는 점에서 가상자산에 대한 강제집행 가능성에 관한 이후의 논의를 진행함에 있어서는 충분하다고 할 것이다.

78) 민사집행법 제1조(목적).

79) 이시윤, 「신민사집행법」, 박영사, 2020, 5~6면; 김홍엽, 「민사집행법」, 박영사, 2021, 4면.

80) 이시윤, 전제서, 19면; 김홍엽, 전제서, 9면.

상자산에 대해서도 민사집행이 가능한지, 만약 가능하다면 실효성을 높이기 위해 어떤 방식으로 이루어져야 하는지에 대해 살펴볼 필요가 있다. 실무상으로도 채무자의 가상자산에 대한 강제집행이 실제로 이루어진 사례는 아직 없는 것으로 파악되는데, 현 시점에서 가상자산은 일반 대중들에게 분명 실질적인 재산으로 인식되고 있고 채무자가 강제집행을 회피하기 위해 금전 등의 실물자산을 비트코인 등의 가상자산으로 전환시켜 은닉하는 사례를 얼마든지 예상할 수 있으므로, 가상자산에 대한 강제집행 가능성에 대한 연구가 필요하다고 하겠다.

이하에서는 강제집행의 대상으로서 채무자의 책임재산이 될 수 있는 가상자산을 어떻게 탐지할 수 있는지에 대해 먼저 살펴보고, 강제집행의 실효성을 제고하기 위한 방안으로서 보전처분에 대해 살펴보고자 한다. 그리고 과연 현행 민사집행법상 가상자산이 강제집행의 대상이 될 수 있는지와 강제집행으로서 고려될 수 있는 방법 및 절차에 대해 살펴보고, 보다 적절하고 효율적인 강제집행을 위한 입법론적 개선방안 등에 대해서도 함께 살펴보고자 한다.

2. 채무자의 가상자산에 대한 탐지방안

가. 개요

현행 민사집행법은 부동산, 동산, 예금 등 채무자의 책임재산을 쉽게 발견할 수 없는 경우를 대비하여 재산명시절차와 재산조회를 마련해두고 있다. 가상자산도 현재 일반 대중들에게 실질적인 ‘재산’으로 인정되고 있고, 가상자산의 보유자가 가상자산에 대해 가지는 권리가 ‘재산권’의 성격이 있다고 볼 수 있으므로, 가상자산을 강제집행의 대상이 될 수 있는 채무자의 책임재산으로서 어떻게 탐지할 수 있는지에 대한 연구가 필요하다고 하겠다. 이하에서는 재산명시절차와 재산조회가 가상자산에 대한 강제집행과 관련하여 활용되는 것이 가능한지 여부와 특정금융정보법상 인정되는 가상자산사업자의 의무도 이와 관련하여 활용될 수 있는지에 대해 살펴보고자 한다.

나. 재산명시절차와 재산조회

1) 재산명시절차의 활용 가능성

재산명시절차는 강제집행을 개시할 수 있는 채권자가 금전채무를 이행하지 않은 채무자에 대하여 재산명시를 요구하여 재산목록을 제출할 것을 법원에 구하는 제도를 말한다.⁸¹⁾ 이 절차는 법원이 채무자로 하여금 강제집행의 대상이 되는 재산과 일정기간 내의 그 재산의 처분상황을 명시한 재산목록을 제출하게 하고, 그 진실성에 대해 선서하게 하는 법적 절차⁸²⁾인데, 집행목적물을 탐지하여 강제집행을 용이하게 하기 위한 강제집행의 보조절차나 부수절차, 또는 강제집행의 준비행위와 강제집행사이의 중간적 단계의 절차라고 할 수 있다.⁸³⁾

재산명시는 원칙적으로 법원의 직권이 아닌, 집행권원을 가지는 채권자의 신청이 필요하다.⁸⁴⁾ 법원은 채권자의 재산명시신청에 대해 정당한 이유가 있는 때에는 채무자에게 재산상태를 명시한 재산목록을 제출하도록 명할 수 있고⁸⁵⁾, 이 재산명시명령에 대해 채무자는 송달받은 날로부터 1주 이내에 이의신청을 할 수 있는데⁸⁶⁾, 만약 채무자의 이의신청이 없거나 이를 기각된 때에는 법원은 재산명시를 위한 기일을 정하여 채무자에게 출석하도록 요구해야 한다.⁸⁷⁾ 그리하여 채무자는 이 기일에 따라 강제집행의 대상이 되는 재산과 i) 재산명시명령이 송달되기 전 1년 이내에 채무자가 한 부동산의 유상양도, ii) 재산명시명령이 송달되기 전 1년 이내에 채무자가 배우자, 직계혈족 및 4촌 이내의 방계혈족과 그 배우자, 배우자의 직계혈족과 형제자매에게 한 부동산 외의 재산의 유상양도, iii) 재산명시명령이 송달되기 전 2년 이내에 채무자가 한 재산상 무상처분

81) 전병서, 「민사집행법」, 박영사, 186면; 이시윤, 전게서, 252면, 김홍엽, 전게서, 138면.

82) 김홍엽, 전게서, 138면; 정영수, 전계논문, 177면.

83) 대법원 2001.5.29.선고, 2000다32161판결.

84) 민사집행법 제61조(재산명시신청).

85) 민사집행법 제62조(재산명시신청에 대한 재판) 제1항.

86) 민사집행법 제63조(재산명시명령에 대한 이의신청) 제1항.

87) 민사집행법 제64조(재산명시기일의 실시) 제1항.

(다만, 의례적인 선물은 제외됨)의 사항을 명시한 재산목록을 제출해야 한다.⁸⁸⁾ 재산목록에 적을 사항과 범위는 대법원 규칙(민사집행규칙 제28조)에 의하지만⁸⁹⁾, 법원은 그 밖에 강제집행의 대상이 되는 것으로서 그 범위를 정하여 재산목록에 적을 것을 명할 수도 있다.⁹⁰⁾

살피건대, 이상의 조문에 근거하여 채권자는 채무자에 대해 재산명시 신청을 할 수 있고, 채권자의 신청을 접수한 법원은 채무자에게 비트코인 등의 가상자산이 있다면 이를 재산목록에 기재하여 제출하도록 명할 수 있을 것으로 보인다.⁹¹⁾ 그리고 만약 법원의 이러한 명령을 송달받은 채무자가 정당한 사유 없이 i) 명시기일에 불출석하거나 ii) 재산목록의 제출을 거부하거나, iii) 선서를 거부하는 경우, 법원은 결정으로 20일 이내의 감치에 처할 수 있다.⁹²⁾ 또한 채무자가 법원에 거짓의 재산목록을 제출했다면 법원은 채무자를 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처할 수 있는데⁹³⁾, 이것은 재산명시의무를 간접강제하기 위한 민사적 제재⁹⁴⁾로서 특히 이후 살펴볼 채무자의 개인키를 확보하기 위한 수단으로서 효과적이라고 할 수 있겠다.⁹⁵⁾

88) 민사집행법 제64조 제2항.

89) 민사집행법 제64조 제3항.

90) 민사집행규칙 제28조 제2항 제20호.

91) 정영수, 전계논문, 178면; 박영호, 전계논문, 400면.

92) 민사집행법 제68조(채무자의 감치 및 벌칙) 제1항.

93) 민사집행법 제68조 제9항.

94) 헌법재판소는 ‘민사집행법 제68조 위헌확인(재산명시의무 위반자 감치제도 위헌확인)’사건에서 이를 확인한 바 있다(헌법재판소 2014.9.25.자 2013헌마11결정).

95) 박영호, 전계논문, 400면; 정영수, 전계논문, 178~179면. 참고로 해당 저자는 채무자의 가상자산에 대해 현행 재산명시절차에 따르도록 하는 경우 다음과 같은 문제가 발생할 수 있다는 점을 지적하고 있다. 먼저 i) 가집행선고가 붙은 판결은 강제집행의 집행권원이 될 수 있으나, 이를 근거로 재산명시신청을 할 수 없기 때문에, 민사본안사건이 확정되는 동안 채무자의 가상자산이 그대로 책임재산으로서 유지될 가능성이 낮다는 점과, ii) 재산명시결정은 신청한 채권자 및 채무자에게 송달되어야 하고 재산명시명령의 송달은 민사소송법 제187조에 의한 등기우편이나 동법 제194조에 의한 공시송달의 방법으로는 할 수 없으므로 채무자의 주소에 대한 정보가 부정확한 경우에는 재산명시절차를 활용하는데 장애가 발생할 수 있다는 점이 있고, iii) 만약 재산명시신청이 기각되거나 각하되면 그 채

2) 재산조회의 활용 가능성

재산조회는 재산명시절차에서 명시신청을 한 채권자의 신청으로 개인의 재산·신용에 관한 전산망을 관리하는 공공기관·금융기관·단체 등에 채무자 명의의 재산을 찾기 위해 조회하고 그 결과를 채무자 제출의 재산 목록에 준하여 관리하는 제도를 말한다.⁹⁶⁾ 민사집행법 제74조 제1항은, 재산명시를 신청했던 채권자가 i) 법원의 주소보정명령에도 불구하고 채무자의 주소를 보정할 수 없거나, ii) 채무자가 제출한 재산목록의 재산만으로는 집행채권의 만족을 얻기에 부족한 경우, 그리고 iii) 채무자가 정당한 사유 없이 명시기일 불출석·재산목록 제출거부·선서 거부 또는 거짓의 재산목록을 제출한 경우에 법원은 앞서 언급한 기관 및 단체 등에 채무자명의의 재산에 관하여 조회할 수 있도록 하고 있다. 그리고 민사집행규칙 제36조 제1항에서는 ‘별표’에 재산을 조회할 수 있는 기관과 단체를 총 17곳으로 한정하고 있는데, 현재 이 목록에는 ‘가상자산사업자’가 누락되어 있기 때문에 현행 민사집행법으로는 채무자의 가상자산에 대한 재산조회는 불가능하다. 그러므로 채무자의 책임재산을 탐지하여 강제집행의 효율성을 높이기 위해 ‘별표’에 18번 항목을 추가하고, 기관·단체로서 ‘가상자산사업자’를, 조회할 재산으로는 ‘가상자산’을 추가하는 방안이 입법적으로 고려될 필요가 있다고 하겠다.

다. 가상자산사업자의 정보제공 가능성

특정금융정보법은 제2조 제1호 하목에서 가상자산사업자를 금융회사 중 하나로 정의하고, 이들에게 신고의무 외에 금융회사로서 고객확인 의무를 부여하고 있다.⁹⁷⁾ 그 결과 가상자산사업자는 고객의 신원 및 실제

산명시신청을 한 채권자는 각각·각하사유를 보완하지 아니하고는 같은 집행권원으로 다시 재산명시신청을 할 수 없게 되고(민사집행법 제69조) 또한 채무자가 민사집행법 제68조 제1항에도 불구하고 재산명시기일에 불출석하거나 재산목록의 제출 또는 선서를 거부하여 재산명시절차가 종료되었다면 채무자에게는 재산명시절차에 협력할 의사가 없다고 볼 수 있으므로 제차 재산명시절차를 반복하는 것은 채무자의 재산을 파악하는데 있어 그다지 도움이 될 수 없다고 한다(정영수, 전계논문, 179~180면).

96) 이시윤, 전게서, 260면; 김홍엽, 전게서, 141-142면; 정영수, 전계논문, 180면.

소유자에 관한 사항을 확인해야 하고⁹⁸⁾, 가상자산사업자의 고객인 자로부터 가상자산거래와 관련하여 받은 예치금을 고유재산(가상자산사업자의 자기재산)과 구분하여 관리해야 한다.⁹⁹⁾ 그리고 가상자산사업자가 다른 가상자산사업자에게 1백만 원 이상에 상당하는 가상자산을 이전하는 경우에는 가상자산을 이전하는 가상자산사업자는 이전받는 가상자산사업자에게 가상자산을 보내고 받는 고객의 성명·가상자산주소(가상자산의 전송기록 및 보관내역의 관리를 위해 전자적으로 생성시킨 고유식별번호) 등의 정보를 제공하여야 한다.¹⁰⁰⁾ 한편 이러한 정보는 필요한 경우 몇몇 관련기관의 장(長)들에게도 제공되도록 규정되어 있는데¹⁰¹⁾, 특히 이 규정은 민사집행과 유사한 집행이라고 할 수 있는 강제징수의 경우 국세청이 채납자의 가상자산에 대한 압류를 용이하게 할 수 있는 근거가 되었다.¹⁰²⁾

살피건대, 가상자산사업자는 고객의 인적사항에 대한 정보를 통해 고객의 자산현황을 쉽게 파악할 수 있지만, 현재로서는 그렇게 지득한 정보를 집행법원 내지 집행관에게 제공될 수 없으므로 채무자가 가상자산사업자인 거래소에 보유하고 있는 가상자산에 대해 탐지 및 그 이상의 조치가 불가능하다. 그러므로 가상자산사업자가 보유하고 있는 채무자의 가상자산 현황에 대한 정보를 집행법원 내지 집행관이 제공받을 수 있도록 특정금융정보법 제10조 등에 대해 개정하는 방안이 고려될 필요가 있다고 하겠다.

97) 특정금융정보법 제5조의2(금융회사등의 고객 확인의무).

98) 특정금융정보법 제5조의2 제1항 제1호 및 제2호. 이와 관련하여 현재 대부분의 국가에서는 가상화폐를 이용한 범죄를 방지하기 위해 거래소 이용자의 실명확인을 강제하고 있으며, 우리나라에서도 2018년 1월 30일부터 거래소에 실명계좌로만 등록하도록 하는 ‘가상화폐 거래실명제’를 시행하고 있다. 이에 따라 거래소를 이용하고자 하는 사람은 거래소가 거래하는 은행에 본인의 계좌를 개설해야 하므로, 타인 명의의 통장거래나 범죄목적의 가상화폐 투자를 차단할 수 있게 되었다.

99) 특정금융정보법 제5조의2 제1항 제3호 마목 1).

100) 특정금융정보법 시행령 제10조의10(가상자산이전 시 정보제공) 제1호 및 제2호.

101) 특정금융정보법 제10조(수사기관 등에 대한 정보 제공) 제1항.

102) 이와 관련하여 2021년 3월 국세청은 가상자산으로 재산을 은닉한 채납자에 대하여 정부부처 최초로 강제징수를 실시하여, 고액채납자 2,416명에 대해 약 366억원을 현금징수 및 채권확보를 한 바 있다.

3. 채무자의 가상자산에 대한 보전처분

가. 개요

채권자가 권리를 실현하기 위해서는 판결절차 또는 이를 대체하는 절차에 의해 집행권원을 얻고 이를 근거로 국가기관에 의한 강제집행을 거쳐야 한다. 그러나 이러한 과정은 보통 상당한 시간이 소요되기 때문에 그동안 소송의 목적이었던 권리 또는 법률관계에 변동이 발생함으로 인해 후에 채권자가 승소하더라도 막상 채권자가 권리를 실현하는데 어려움을 겪게 되기도 한다. 그러므로 이러한 위험을 방지하기 위해 본안판결이 나기 전에 취해지는 잠정적인 처분절차가 필요하게 되는데, 이를 보전처분이라고 하며 대표적인 보전처분으로는 가압류와 가처분이 있다. 이하에서는 채무자의 가상자산에 대한 보전처분이 어떻게 가능한지에 대해 살펴보려고 한다.

나. 보전처분의 대상으로서의 가상자산

가압류는 장래에 금전채권의 강제집행을 보전하기 위한 것이므로, 피보전권리는 금전채권이나 금전으로 환산될 수 있는 채권이어야 한다.¹⁰³⁾ 하지만 특정물인도청구권의 경우에도 금전으로 환산될 수 있다면, 주위적으로 가처분, 이행불능·집행불능일 때를 대비하여 예비적인 가압류신청이 허용될 수 있다.¹⁰⁴⁾ 이러한 내용을 바탕으로 가상자산에 대해 살펴보면, 가령 비트코인을 거래소에 보관하고 있는 이용자가 가상자산사업자인 거래소와 비트코인의 매매, 교환, 보관 또는 관리, 이전 등에 관한 계약을 맺고 거래소에 자신의 비트코인을 위탁했다면, 이용자는 거래소를 상대로 가상자산반환청구권, 좀 더 구체적으로 거래 정산에 따른 지급청구권 내지 환불청구권을 가진다고 할 수 있다.¹⁰⁵⁾ 그러므로 채무자인 이용자가 거래소를 상대로 가지는 이러한 청구권에 대한 가압류 역시 가능하다고 할 것이다. 실제로 우리 법원은 2018년 비트코인 출금청구권을

103) 민사집행법 제276조(가압류의 목적).

104) 이시윤, 전게서, 586면; 김홍엽, 전게서, 433면.

105) 박영호, 전계논문, 401면; 윤배경, 전계논문, 13면.

가압류의 대상으로 삼았던 사례¹⁰⁶⁾를 시작으로, 가상화폐 전송·매각 등 이행청구채권¹⁰⁷⁾, 가상화폐 반환청구채권¹⁰⁸⁾과 가상화폐 지급청구권¹⁰⁹⁾에 대해 가압류를 결정한 바 있다. 정리하자면 채권자는 채무자가 거래하는 가상자산거래소를 제3채무자로 하여 채무자가 가상자산거래소를 상대로 가지는 가상자산반환청구권에 대해 가압류가 가능하다고 하겠다.

4. 채무자의 가상자산에 대한 강제집행

가. 개요

금전채권에 기초한 강제집행은 채무자의 책임재산을 대상으로 한다.¹¹⁰⁾ 이에 따라 민사집행법상 강제집행의 대상이 되는 채무자의 재산은 금전채권에 기초한 강제집행절차에 따라 집행되어야 하므로, 이 법에서 정하고 있는 구체적인 강제집행절차에 적합해야 한다. 그러므로 채무자의 재산은 부동산이나 동산과 같은 유체동산 또는 채권과 그 밖의 재산권 중 어느 하나에 반드시 해당되어야 한다. 하지만 비교적 최근에 등장한 가상자산은 새로운 형태의 재산이기 때문에 민사집행법이 규율하고 있는 여러 형태의 재산 중 어느 하나에 속한다고 쉽게 판단할 수 없다. 그러

106) 울산지방법원 2018.1.5.자 2017카합10471 결정.

107) 서울중앙지방법원 2018.2.1.자, 2017카단817381결정.

108) 서울중앙지방법원 2018.3.19.자, 2018카단802743결정.

109) 서울중앙지방법원 2018.4.12.자, 2018카단802516결정.

110) 민사집행법 제64조는 ‘강제집행의 대상이 되는 재산’이라고 하여 책임의 객체는 재산이라는 점을 밝히고 있다. 그리고 금전의 지급을 목적으로 하는 집행권원에 기초하여 강제집행을 개시할 수 있는 채권자는 채무자의 보통재판적이 있는 곳의 법원에 채무자의 재산명시를 요구하는 신청을 할 수 있다(민사집행법 제61조). 이에 따라 채무자가 제출해야 하는 재산목록에 적어야 할 재산은 민사집행규칙 제28조 제2항의 각 호에 규정되어 있는데, 동조 동항 제20호에는 ‘그 밖에 강제집행의 대상이 되는 것으로서 법원이 범위를 정하여 적을 것을 명한 재산’이라고 규정하고 있다. 그러므로 민사집행규칙 제28조 제2항의 각 호에서 규정되지 않은 것들로서, 재산적 가치가 있는 물건이나 권리, 이익도 강제집행의 대상인 책임대상이 될 수 있다고 볼 수 있는데, 이에 따르면 물건이나 권리, 이익의 재산적 가치가 민사집행법상 책임재산 해당성의 핵심적인 요소인 것처럼 이해할 수 있다. 하지만 재산적 가치가 있다고 하여 모든 물건이나 권리, 이익이 민사집행법상 강제집행의 대상이 된다고 보기는 어렵다(이현중, 전제논문, 320면).

므로 이하에서는 먼저 채무자가 보유하고 있는 가상자산이 어떤 형태의 강제집행대상으로 분류되는 것이 적합한지를 살피고, 그에 따른 강제집행절차를 구체적으로 살펴보고자 한다.

나. 강제집행 대상성과 절차에 대한 검토

1) 강제집행 대상성에 대한 검토

앞서 가상자산이 가지는 법적 성격에 대해 살펴본 바와 같이, 현행법상 가상자산의 법적 성격은 무엇이라고 명확하게 정의할 수 없다. 하지만 최근 대법원이 판시한 바와 같이 ‘재산적 가치가 있는 무형의 재산’으로서, 최소한 재산적 가치가 있는 것으로 볼 수 있으므로 ‘재산권’의 성격을 가진다고 볼 수 있고, 채권의 목적도 될 수 있다는 점을 앞서 확인하였다. 이러한 점을 바탕으로 살펴보면, ‘무형’의 재산인 가상자산에 대한 강제집행은 부동산이나 동산과 같은 유체동산에 대한 강제집행에 관한 규정에 의할 수 없다.¹¹¹⁾

그러므로 현행 민사집행법상 물건이 아닌 ‘재산적 가치가 있는 무형의 재산’에 대해 강제집행을 하기 위해서는 ‘채권과 그 밖의 재산권에 대한 강제집행’절차에 의해야 하는데, 가상자산 자체는 채권이 아니므로 결국 기본적으로 ‘그 밖의 재산권’에 해당되는지 검토되어야 한다. 민사집행법상 집행대상으로서 ‘그 밖의 재산권’은 부동산, 유체동산 및 채권 이외의 재산권을 말하며, 재산권으로서 양도성 및 독립성의 요건을 갖추어야 한다.¹¹²⁾ 이에 해당하는 대표적인 예로는 상표권·저작권 등의 지식재산권, 인터넷 도메인 등이 있을 수 있는데 제4차 산업혁명을 맞이하는 현시점에서 위와 같은 재산권 외에 새로운 형태의 재산권이 앞으로 얼마든지 등장할 수 있다.¹¹³⁾ 이 점을 고려하면 비트코인과 같은 가상자산 역시

111) 이에 대해 가상자산(비트코인)을 ‘금전’이 아닌 ‘동산’으로 보아 강제집행하는 것이 가장 현실적이라고 파악하는 견해가 있다(전승재·권현영, 전제논문, 92면). 한편 현행 민사집행법상으로는 가상자산 자체에 대한 강제집행이 어려우므로 입법적인 보완이 필요하다고 보는 견해도 있다(김재진·최인석, 전제서, 40면).

112) 이시윤, 전제서, 493면.

‘그 밖의 재산권’에 해당될 수 있다고 볼 수 있고, 그에 따른 강제집행절차가 진행되어야 할 것이다.¹¹⁴⁾

2) 강제집행절차에 대한 검토

가) ‘그 밖의 재산권’으로서의 강제집행

민사집행법상 강제집행의 대상으로서의 ‘그 밖의 재산권’은 그 대상이 부동산·동산·채권에 비해 열려있지만, 이에 대한 강제집행은 이들을 위해 마련된 집행절차를 따라야 한다. 그러므로 민사집행법 제251조와 민사집행규칙 제174조에 근거하여 ‘채권에 대한 강제집행’과 ‘부동산에 대한 일괄매각절차’에 관한 규정이 준용되게 된다. ‘그 밖의 재산권’은 원칙적으로 집행법원의 압류명령과 현금화명령에 따라 유효하게 집행될 수 있어야 한다. 다시 말해 금전집행으로서 ‘압류→현금화→배당’의 절차에 따라 집행되어야 하는데, 이 중 현금화명령은 반드시 실행되어야 하는 것은 아니며, 집행채권자는 집행대상에 대한 압류명령으로 집행대상에 대한 채무자의 처분 등을 금지함으로써 채무자를 심리적으로 압박하여 채무자의 임의변제나 그 밖의 방법으로 청구채권의 만족을 이끌어낼 수도 있다. 그러므로 현행 민사집행법 체계에서 그 밖의 재산권에 대한 강제집행절차를 통해 가상자산에 대한 효과적인 강제집행이 가능한지는 가상자산에 대한 압류명령이 효과적으로 실행될 수 있는지에 달려있다고 하겠다.¹¹⁵⁾

그 밖의 재산권에 대한 강제집행절차에 따라 가상자산에 대한 강제집행에 기본적으로 채권에 대한 압류명령과 현금화명령에 관한 규정들이 준용되게 되는데, 이때 집행대상인 ‘가상자산’이 가지는 특수성이 특별히 고려되어야 할 것이다. 그 이유는 압류명령은 제3채무자와 채무자에게 송달되어야 하지만¹¹⁶⁾, 비트코인과 같은 가상자산은 블록체인이라는 기

113) 사법연수원, 민사집행 IV(동산·채권 등 집행), 법원실무제요, 2020, 512면.

114) 이시윤, 전게서, 494면; 이현중, 전계논문, 331면; 정영수, 전계논문, 185~186면.

115) 이현중, 전계논문, 332면.

116) 민사집행법 제227조(금전채권의 압류) 제2항.

술에 기반하고 있기에 이론상으로는 법원으로부터 압류명령을 받게 되는 제3채무자가 존재할 수 없기 때문이다.¹¹⁷⁾ 하지만 현실적으로 거래의 신속성과 편리함을 위해 가상화폐 소유자의 대부분은 자신의 가상화폐를 거래소에 보관하고 있다는 점을 고려한다면, 그러한 경우에는 채무자가 이용하는 거래소를 제3채무자로 보아 압류명령을 발할 수 있고, 압류 이후의 과정으로 나아갈 수 있을 것이다.

그러므로 이하에서는 채무자의 가상자산이 채무자의 전자지갑에 보관된 경우와 거래소에 보관된 경우로 나누어 각각의 집행절차와 보다 효율적인 집행을 위해 고려될 수 있는 내용들에 대해 살펴보려고 한다.

나) 가상자산의 보관장소에 따른 강제집행절차

① 가상자산을 채무자가 직접 관리하는 경우

㉞ 압류절차와 채무자 협조의 필요성

채권자는 채무자의 가상자산에 대해 강제집행을 하기 위해 먼저 압류명령을 신청해야 한다. 채권에 대한 압류신청서에는 민사집행법 제225조에서 정한 사항 외에 민사집행규칙 제159조에서 정한 내용들도 기재되어야 하는데, 채무자의 전자지갑에 보관된 비트코인의 경우 그 구조상 제3채무자가 존재하지 않으므로 민사집행법 제251조 제2항에 따라 채권자와 채무자만 기재되면 충분하다. 다음으로 채권자는 압류목적물을 특정해야 하는데¹¹⁸⁾, 채권자는 가상자산 보유자를 집행채무자로 하여 가상자산의 종류와 수량을 특정하여 압류명령을 신청할 수 있다. 압류목적물의 특정에 있어서 채무자의 전자지갑 내의 가상자산이 복수인 경우에는 압류순위 등을 표시하여 압류명령을 신청할 수 있을 것이다.¹¹⁹⁾

117) 그 결과 이러한 경우의 압류는 채무자에게 권리처분을 금지하는 명령이 송달한 때에 효력이 생기게 된다(민사집행법 제251조 제2항).

118) 민사집행법 제225조(압류명령의 신청). 참고로 채권자가 채무자의 가상자산을 특정함에 있어서는 앞서 살펴본 재산명시절차와 재산조회가 효과적으로 이용될 수 있을 것이다.

119) 앞서 가압류 부분에서 언급했던 가상화폐 전송·매각 등 이행청구채권을 가압류의 대상으로 인정했던 사례(서울중앙지방법원 2018.2.1.자 2017카단817381 결정)에서는 약관에 따라 가지는 가상화폐 전송, 매각 등 이행청구채권을 가압류의 대상으로 삼으면서도, 별지

채권자의 압류신청에 대해 법원은 압류명령을 발하게 되고, 채무자에게 송달한 때 효력이 발생하는데, 그 주문에는 압류의 취지와 채무자의 처분금지에 관한 내용이 기재되어야 한다. 그리고 가상자산에 대한 압류 역시 채무자의 사실상·법률상 처분을 금지하기 위한 목적으로 이루어져야 하는데, 이에 따라 개별 가상자산에 관한 권리의 내용과 거래방식에 따라 일반적인 처분금지 외에 구체적인 처분금지를 명할 수도 있다고 보여진다.¹²⁰⁾

하지만 만약 비트코인과 같은 가상자산을 채무자 본인이 직접 관리하고 있는 경우에는 이러한 처분금지명령은 선언적인 효과에 그칠 수 있다. 왜냐하면 앞서 살펴본 바와 같이 비트코인의 경우 거래를 위해서는 공개키와 개인키가 필요한데, 이 중 개인키는 전자지갑의 소유자만 알고 있는 정보이므로 채무자의 자발적인 협조 없이는 처분금지명령이 실효적으로 작용되는지 확인할 수 있는 방법이 없기 때문이다. 그러므로 이러한 점을 고려하여 채무자의 협력의무를 입법을 통해 명시하고, 채무자의 처분금지명령위반을 직·간접적으로 저지할 수 있는 추가적인 조치가 마련될 필요가 있다고 하겠다.¹²¹⁾

㉔ 압류의 실효성 강화를 위한 방안

이와 같이 가상자산에 대한 압류에 있어서 채무자의 협조가 필요하지만, 만약 채무자의 협조를 기대할 수 없는 경우, 예를 들어 채무자가 자신의 개인키에 관한 정보를 망각 내지 분실하거나 집행관에 대해 정보제

에 복수의 가상화폐가 있는 경우 가압류의 순서를 다음과 같이 지정한 바 있다.

“3. 여러 종류의 암호화폐가 있을 때에는 다음 순서에 의하여 가압류한다.

가. 이더리움, 나. 비트코인, 다. 비트코인 캐쉬, 라. 그 외의 알트코인”

120) 이현중, 전계논문, 334면. 같은 취지로 민사집행법상 ‘선박국적증서 등의 제출 및 압류선박의 정박’(민사집행법 제174·176조), ‘예탁유가증권지분의 압류’(민사집행규칙 제177조), ‘전자등록주식 등의 압류’(동 규칙 제182조의3)에서 규정하고 있는 내용들이 참고될 수 있다.

121) 이현중, 전계논문, 335면. 참고로 채무자의 가상자산처분을 저지하기 위한 추가적인 조치를 마련함에 있어 최근 개정된 국세징수법 제55조 제3항이 참고될 수 있다.

공을 거부하는 경우에는 압류 자체가 불가능해지게 된다. 이는 결국 개인키에 대한 채무자의 자발적 협조가 이루어지지 않는 경우 어떻게 압류의 효력을 발생시킬 수 있는지의 문제로 귀결되는데, 이하에서는 압류의 실효성 강화를 위해 고려될 수 있는 방안들에 대해 살펴보고자 한다.

먼저 채무자의 가상자산에 대한 처분금지명령에 부수하여 가상자산을 집행관의 지압으로 이전하게 하는 명령이 고려될 수 있다. 이 이전명령은 채무자로부터 가상자산 또는 그에 관한 권리를 중국적으로 박탈하는 현금화단계의 집행처분이 아니라 채무자의 사실상 또는 법률상 처분을 방지하는 압류단계의 집행처분이라고 볼 수 있는데¹²²⁾¹²³⁾, 채무자에게 송달되는 압류명령에 주의문구를 기재하여 채무자의 임의이행을 유도하거나 압류명령의 주문에 “채무자는 자신이 보유하고 있는 가상자산을 집행관에게 이전해야 한다”의 문구를 추가할 수 있도록 민사집행규칙 제159조를 일부개정하는 방법이 입법적으로 고려될 수 있다.

다음으로는 집행관의 부수적인 행위에 의한 방법이 가능할 수 있다. 집행법원이 행하는 집행절차에 있어 집행관은 부수적인 행위를 담당하는데, 지시채권의 압류¹²⁴⁾와 채권증서의 인도¹²⁵⁾에 관한 조문을 유추하여 집행관이 채무자로부터 가상자산을 점유 내지 인도받을 수 있다는 해석이 가능할 수 있다. 한편 집행관은 채무자의 주거를 수색하고 잠긴 문을 여는 등 민사집행법 제5조에 근거한 적절한 조치를 할 수 있다고 볼 수도 있지만, 이 조문이 가상자산에 유추적용할 수 있을 정도로 정합성이 인정되는지에 대해서는 다소 회의적이며¹²⁶⁾, 만약 유추적용이 가능하다고 하더

122) 이현중, 전게논문, 336면.

123) 민사집행법령상 이와 유사한 것으로는 민사집행규칙 제111조(강제경매개시결정) 제1항에서 집행관에게 자동차를 인도할 것을 명하고 있는 것과, 민사집행법 제233조(지시채권의 압류)에서 집행관이 배서금지증권을 점유하도록 하는 것이 있다.

124) 민사집행법 제233조(지시채권의 압류).

125) 민사집행법 제234조(채권증서).

126) 피압류채권과 채권증서와의 관계를 가상자산과 개인키의 관계와 동일하게 볼 수 있는지에 대한 지적과 유체물인 채권증서와는 달리 개인키는 무체물로서 정보에 불과하다는 지적이 가능하다.

라도 강제처분 권한이 없는 집행관에 의해 이루어지는 채무자의 주거 등에 관한 장소수색으로 채무자의 개인키를 찾아내는 일은 결코 쉬운 일이라고 할 수 없다. 극히 예외적으로 집행관이 채무자의 종이지갑 또는 메모지 등에 기록된 개인키를 우연히 발견하거나, ‘웹지갑’ 패스워드가 채무자 PC의 웹브라우저에 자동저장되어 있는 경우 등과 같이 보안이 매우 허술한 경우가 아닌 이상 수색을 통해 개인키를 알아내기란 사실상 불가능하다고 보아야 할 것이다.¹²⁷⁾

세 번째로는 강제집행방법으로서 간접강제를 이용하는 방법이 고려될 수 있다. 간접강제는 채무의 성질상 직접강제나 대체집행이 불가능한 경우에 보충적으로 인정되는 집행방법으로, 주로 부대체적 작위채무와 부작위채무에 대한 집행방법으로 이용된다.¹²⁸⁾ 가산자산의 경우, 채무자가 직접 가상자산의 개인키를 관리하고 있는데, 만약 그가 개인키에 관한 정보제공에 협조하지 않는다면 가상자산을 인도받는 것이 불가능하게 되므로 개인키 제공에 대한 채무자의 협조는 부대체적 작위채무라고 볼 수 있다. 그러므로 채무자에게 개인키의 인도의무 및 상당한 인도기간을 밝히고, 채무자가 그 기간 내에 이행하지 않는 경우에는 지체되는 기간에 따라 일정한 배상을 명하거나 즉시 손해배상을 하도록 하여 채무자의 이행을 심리적으로 강제한다면 집행의 실효성을 확보하는데 효과적일 수 있다.¹²⁹⁾

마지막으로는 채무자가 비밀키에 대한 정보제공에 협조하지 않으면 국가로서는 이를 강제적으로 알아낼 기술적 수단이 없으므로, 이 경우 압류개시 시점에 전자지갑 공개키 주소와 함께 그 잔액을 기재해 두고, 그 후 채무자의 전자지갑의 잔액을 모니터링 하다가 비트코인 등 가상자산의 잔고가 감소하게 되면 채무자를 형법상 강제집행면탈죄로 처벌하는 방법이 가능할 수 있다.¹³⁰⁾ 이 방법은 기존에 채권자가 채무자와 비트코

127) 전승재·권현영, 전계논문, 93면.

128) 김홍엽, 전게서, 392면; 이시윤, 전게서, 515~518면.

129) 정영수, 전계논문, 189~190면; 박영호, 전계논문, 411면; 이현중, 전계논문, 339면; 윤배경, 전계논문, 15면.

인 등의 가상자산 거래내역이 있어 채권자가 채무자의 공개키를 사전에 알고 있다는 전제에서 실현될 수 있다. 공개키는 은행계좌번호와 유사하므로 공개키만 알면 그 전자지갑에서 이루어진 전체 입출금 내역조회를 누구나 할 수 있으므로 이를 통해 채무자의 임의처분 여부를 감시할 수 있다. 그러므로 압류개시시점의 채무자의 가상자산의 규모를 기준으로 만약 그 규모가 감소하는 경우 형법상으로 제재함으로써 채무자의 임의적 처분금지를 간접적으로 강제하는 효과가 있다고 하겠다.

㊤ 현금화절차

채무자의 전자지갑에 보관된 가상자산에 대해 법원의 압류명령이 내려지면, 채권자는 현금화를 통해 채권의 만족을 얻을 수 있어야 한다. 하지만 이 경우에는 제3채무자가 존재하지 않고, 압류된 가상자산 자체가 금전채권도 아니므로 추심명령이나 전부명령은 이용될 수 없고 전자등록주식에 대한 강제집행절차와 마찬가지로 매각명령과 양도명령이 주로 활용될 수 있을 것으로 보인다.¹³¹⁾

한편 가상자산을 매각명령의 매수인 또는 양도명령의 양수인에게 이 전해주어야 하므로 어떠한 방법에 의해서라도 압류의 대상인 가상자산을 집행관의 지갑에 미리 이전해 놓은 상태에서 법원의 매각명령이나 양도명령이 발령되는 것이 바람직하다고 할 것이다. 이와 관련하여 매각명령·양도명령 신청서의 ‘신청취지’에 압류된 가상자산이 집행관의 지갑에 이전되었다는 사실이 기재되고, 관련자료가 제출되어야만 인용

130) 이 방안은 ‘전승재·권현영, 전계논문, 94~96면’에서 소개된 의견을 수정한 것이다. 이들은 가상자산의 법적 성격을 동산으로 보고, 민사집행법상 동산집행절차에 의해야 한다고 주장한다. 그리고 채무자의 개인키를 알아내지 못한 경우는 민사집행법 제189조 제1항 단서에서 정한 ‘운반이 곤란한 때’로 보아 봉인(封印)의 방법으로 압류물임을 명확하게 하여 채무자에게 보관시키는데, 이 봉인스티커에 전자지갑의 공개키 주소와 함께 그 잔액을 봉인표에 기재하여 두고, 향후 채무자의 처분으로 인하여 잔액이 전액 대비 감소되는 경우에는 형법상 ‘공무상봉인등무효죄’로 처벌할 수 있다고 주장한다. 하지만 본고에서는 가상자산을 ‘그 밖의 재산권’으로 파악하여 강제집행절차를 살펴보고 있으므로 부득이 같은 논리구조를 바탕으로 형법상 ‘강제집행면탈죄’를 적용하는 방법으로 수정하여 소개한다.

131) 민사집행규칙 제182조의5(전자등록주식등의 현금화).

결정을 하는 실무운용방식이 고려될 수 있을 것으로 보인다.

② 가상자산이 가상자산거래소에 보관된 경우

㉠ 채무자가 거래소를 상대로 가지는 권리와 강제집행절차

앞서 가상자산이 보전처분의 대상이 될 수 있는지와 관련하여, 이용자가 가상자산사업자인 거래소와 계약을 맺고 거래소에 자신의 비트코인을 위탁했다면, 이용자는 거래소를 상대로 가상자산반환청구권을 가진다고 볼 수 있다는 점을 살펴보았다. 그리고 이때 거래소는 이용자가 자신의 가상자산에 대해 반환을 청구한다면 그에 따른 반환의무를 부담한다고 볼 수 있다.¹³²⁾

한편 이용자로부터 비트코인을 위탁받은 거래소는 이를 당해 거래소가 관리하는 전자지갑에 보관하고, 개인키 또한 인도받아 보관하게 된다. 그리고 비트코인의 소유자인 이용자는 자신이 위탁해 둔 비트코인 잔액의 범위에서 이를 ‘출금’할 수 있는 권리를 가지게 되는데, 이러한 구조는 은행에 계좌를 보유하고 있는 고객의 권리와 유사하다고 볼 수 있다.¹³³⁾ 그러므로 거래소에 보관된 비트코인을 위탁자인 채무자가 출금할 수 있는 권리는 ‘채권’으로서, 이에 대한 집행은 민사집행법상 ‘채권에 대한 강제집행절차’에 따라 이루어져야 할 것이다. 따라서 이러한 과정을 민사집행법 제242조의 ‘권리이전의 청구권에 대한 강제집행’으로 보아 동법 제227조부터 제240조까지의 규정을 준용할 수 있고, 그 결과 채무자의 거래소에 대한 가상자산반환청구권에 대한 압류가 가능하다고 할 것이다.¹³⁴⁾¹³⁵⁾

132) 정영수, 전계논문, 190면.

133) 그러므로 채권자가 채무자의 거래소에 보관된 비트코인에 대해 강제집행을 하는 절차는 채무자의 은행예금에 대한 강제집행절차와 다를 바가 없다고 한다(전승재·권현영, 전계논문, 96면).

134) 정영수, 전계논문, 191면.

135) 참고로 준점유에 관한 민법 제210조에 따라 재산권을 사실상 행사하는 경우에 점유권에 관한 조문들이 준용될 수 있으므로 가상자산거래소에 위탁된 ‘무형의 재산권’인 비트코인에 대해 채무자의 간접점유 내지 가상자산거래소의 점유보조자로서의 지위를 인정할 수 있다는 전제에서, 채무자가 거래소를 상대로 가지는 가상자산반환청구권에 대한 강제집행뿐만 아니라 가상자산 자체에 대한 강제집행도 가능하다고 볼 수 있다(무형의 데이

㉔ 압류절차

㉔ 가상자산반환청구권의 특정

채권자는 가상자산거래소가 보관하고 있는 채무자의 가상자산을 압류하기 위해 먼저 압류명령신청에 압류할 채권의 종류와 액수를 기재하여 채권을 특정해야 한다. 하지만 현행법상 채권자는 거래소를 상대로 채무자의 가상자산 보유현황을 열람·등사할 수 있는 방법이 없으므로 이를 파악하기가 쉽지 않다.¹³⁶⁾ 이와 관련해서는 채무자의 은행예금을 압류하는 경우가 참고될 수 있다. 채권자는 채무자의 은행예금을 압류하고자 하더라도 금융기관이 「금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률」¹³⁷⁾에 의해 예금자의 계좌번호 및 예금액 등의 정보에 대해 비밀을 유지해야 하므로 채무자의 금융정보를 정확하게 특정할 수 없게 된다. 하지만 예금채권의 경우에는 피압류채권 자체의 특정 기준을 크게 완화하여, 제3채무자인 은행의 본·지점을 특정하고 여러 종류·계좌의 예금이 있는 것을 상정하여 압류의 순서를 지정하면 되는 것으로 처리되고 있는데¹³⁸⁾, 이러한 처리방법은 가상자산의 경우에도 적용될 수 있을 것으로 보인다. 그러므로 채권자는 채무자가 복수의 종류 및 계정의 가상자산을 보유하고 있음을 상정하고 그에 대한 압류순서를 지정하여 채무자가 거래소를 상대로 가지는 가상자산반환청구권을 일괄적으로 압류할 수 있도록 인정해야 할 필요가 있다.

한편 가상자산반환청구권 액수를 특정함에 있어서는 가상자산이 그 성질상 시세가 실시간으로 변동되고 있으므로, 특정해야 하는 가상자산에 대해 일정한 환산시점을 기재하고, 환산기준 및 환산 후의 금액의 상한 등을 함께 기재하여 압류할 가상자산반환청구권을 특정하면 될 것으로 보인다. 특히 대한민국 원화로 환산된 금액의 상한을 기재하여 초과압류되는 것을 방

터에 대한 준점유의 가능성에 대해서는 권영준, ‘데이터 귀속·보호·거래에 관한 법리 체계와 방향’, 비교사법, 제28권 제1호, 2021.2., 23-26면 참조).

136) 채무자명의를 재산을 파악하기 위한 방법으로서 재산조회외의 이용가능성 및 민사집행규칙 제36조 제1항의 개정필요성에 대해서는 앞서 살펴본 바 있다.

137) 이하 ‘금융실명법’이라고 한다.

138) 김홍엽, 전게서, 325면; 이시윤, 전게서, 435면.

지하고, 압류명령에 따른 처분금지효 및 지급금지효가 미치는 범위를 확장할 수 있도록 할 필요가 있다.

㉠ 압류명령

법원이 채권자의 압류명령신청에 대해 적법성을 판단하고 압류명령을 내리게 되면 제3채무자와 채무자에게 송달된 때 압류의 효력이 발생한다.¹³⁹⁾ 그리고 압류명령에 의해 제3채무자는 채무자에 대한 지급이 금지되고, 채무자는 피압류채권에 대해 처분과 영수가 금지된다.¹⁴⁰⁾ 그 결과 압류명령의 송달 이후 제3채무자인 가상자산거래소가 채무자에게 변제하여도 그 채무는 소멸되지 않고, 후에 채권자로부터 추심명령에 의하여 추심을 받으면 이중으로 변제해야 한다.¹⁴¹⁾ 그리고 이 경우에 제3채무자는 채무자를 상대로 반환청구권을 가지지만, 채무자의 무자력 등에 의한 회수불능의 위험을 부담해야 할 수도 있다. 하지만 이러한 법원의 압류명령에도 불구하고 채무자가 임의로 거래소에 보관된 본인의 가상자산을 출금하는 등의 처분행위를 하게 되면, 거래소의 입장에서는 나중에 채권자의 요구에 대항할 수 없게 되므로, 이에 대한 예방적 조치로서 법원으로부터 압류명령을 받은 거래소는 채무자의 계정에 대한 접근금지라든지 채무자에게 제공하고 있는 가상자산의 주소·계좌·거래 등의 서비스를 즉시 중단 내지 정지시킬 필요가 있다고 할 것이다.¹⁴²⁾ 하지만 현행 민사집행법 제227조 제1항은 채무자에 대한 제3채무자의 지급금지만을 규정하고 있으므로, 이러한 예방적 조치를 강제하거나 일련의 조치를 취할 수 있도록 하는 법적 근거를 마련하는 방안이 입법적으로 고려될 필요가 있다.

한편 채권자가 채무자의 자산현황을 파악하고 피압류채권에 대한 정보

139) 민사집행법 제227조(금전채권의 압류) 제2항, 제3항.

140) 동법 동조 제1항.

141) 이시윤, 전게서, 445-446면; 김홍엽, 전게서, 331면; 전병서, 전게서, 371면.

142) 전승재·권현영, 전계논문, 97면; 이현중, 전계논문, 337-338면. 특히 이러한 조치를 압류명령에 따른 지급금지의무를 이행하기 위한 부수의무로서 파악하려는 견해도 있다(박영호, 전계논문, 405-406면).

로부터 자기 채권의 만족을 달성할 수 있는지 판단하기 위한 방법으로 ‘제3채무자 진술제도’가 있다. 그러므로 채권자는 채무자의 가상자산을 보관하고 있는 거래소를 제3채무자로 하여 이에 대한 정보를 법원의 제출 명령을 통해 제공받을 수 있을 것이다. 하지만 이러한 정보는 개인의 금융정보로서 민감한 내용이기 때문에 특별히 보호될 필요가 있으므로 제공과 관련된 법적 근거가 반드시 존재해야 한다. 하지만 금융거래의 비밀보장을 위해 마련된 금융실명법에는 고객의 금융거래정보를 보호해야 하는 주체를 규정하는 제2조 제1호의 ‘금융회사등’의 정의에 가상자산사업자가 누락되어 있고, 제2호의 ‘금융자산’에서도 가상자산이 누락되어 있기에 가상자산사업자는 이용자의 금융거래정보 제공과 관련한 동법상의 제한을 받지 않고 있다. 이러한 결과는 경제적 가치가 있는 채무자의 자산들에 대한 금융거래정보는 그 존재형태와 관계없이 동일하게 보호되어야 함에도 그렇지 않다는 점에서 바람직하지 않고, 금융회사의 개념에 가상자산사업자를 포함하고 있는 특정금융정보법과의 관계를 고려할 때 가상자산과 관련하여 양 법이 통일적으로 규율되어야 할 필요성이 있다. 결국 금융실명법 제2조 제1호와 제2호에 가상자산사업자와 가상자산과 관련된 내용이 추가되는 형식으로 입법적 보완이 이루어지는 것이 바람직하다.

㊤ 현금화절차

거래소에 보관된 가상자산에 대한 강제집행에 있어서도 매각명령과 양도명령이 주로 활용될 수 있을 것이다. 이 경우 가상자산이 채무자의 전자지갑에 보관되어 있는 경우와 달리 거래소가 채무자의 개인키를 보관하고 있으므로 법원이 매각명령이나 양도명령을 내림에 있어 압류와 관계된 가상자산이 집행관의 지갑으로 이전되어 있을 필요가 없다. 매각명령과 양도명령의 구체적인 절차는 제3채무자에 의한 환금성이 용이하고, 유체물이 존재하지 않는다는 공통점이 인정되므로, 앞서 살펴본 전자등록주식에 대한 강제집행절차¹⁴³⁾에 준하여 진행되면 될 것으로 보인다. 그리고

143) 민사집행규칙 제182조의 5 내지 제182조의7.

법원은 매각명령이나 양도명령을 내리기 전에 채무자를 심문해야 한다. 이에 따라 심문기일에는 심문조서를 작성해야 하지만, 실무운용으로서는 매각명령이나 양도명령을 발령하기 전에 심문절차의 방식으로서 심문서를 채무자 앞으로 송달하여 일정한 기한 내에 회답을 구하는 방법이 고려될 수 있을 것이다.

한편 가상자산반환청구권에 대하여 추심명령이나 전부명령이 이용될 수 있다는 견해가 있다. 이 견해는 가상자산의 소유자가 거래소를 상대로 가지는 ‘출금할 수 있는 권리’는 은행계좌에 있어서의 그것과 유사하고, 거래소에 보관된 채무자의 가상자산에 대한 강제집행절차는 채무자의 은행예금에 대한 강제집행절차와 유사하므로 추심명령과 전부명령을 통해 채권의 만족을 얻을 수 있다고 한다. 생각하건대 이 견해에 의하면 압류에 관계된 가상자산을 제3채무자가 스스로 현금화하여 추심권자인 채권자에게 지급할 수 있으므로 채권자의 만족에 보다 기여할 수 있다는 장점이 있다. 하지만 현행 민사집행규칙이 가상자산과 유사하다고 할 수 있는 예탁유가증권에 대한 강제집행¹⁴⁴⁾과 전자등록주식 등에 대한 강제집행¹⁴⁵⁾에 있어서는 양도명령과 매각명령에 의하도록 규정하고 있다는 점을 고려할 때 가상자산의 경우에만 특별히 추심명령에 의할 수 있도록 하는 것은 집행절차의 통일적인 운용에 반한다는 지적이 가능하다고 보여진다.

5. 소결

이상으로 가상자산이 현행 민사집행법에 비추어 강제집행의 대상이 될 수 있는지를 시작으로 가상자산에 대한 강제집행방안 및 그 절차에 대해서 살펴보았다. 그 과정에서 가상자산에 대한 강제집행의 효율성을 강화시킬 수 있는 방안들에 대해서도 고찰하였고, 이를 정리하면 다음과 같다.

먼저 채무자의 책임재산이 될 수 있는 가상자산을 탐지하는데 있어 재산명시절차와 재산조회가 이용될 수 있다는 점을 확인하였다. 이를 위해

144) 민사집행규칙 제179조 내지 제182조.

145) 동 규칙 제182조의5 내지 제182조의9.

재산조회의 경우, 현행 민사집행규칙 제36조 제1항 ‘별표’에 ‘가상자산사업자’를 개정을 통해 추가하는 것이 필요하다고 할 것이다. 그리고 특정금융정보법상 가상자산사업자에게 고객확인 의무가 있지만, 이를 통해 지득한 정보를 집행법원 내지 집행관에게 제공할 수 있는 법적 근거가 없으므로, 이들이 채무자의 가상자산 현황에 대한 정보를 제공받을 수 있도록 특정금융정보법 제10조 등에 대해 개정하는 방안이 검토될 필요가 있다.

다음으로 가상자산에 대한 보전처분에 대해서는 채무자인 이용자가 거래소를 상대로 가지는 가상자산반환청구권에 대해 가압류하는 것이 가능하며, 실제로 우리 법원이 가압류했던 사례들이 존재한다는 점을 확인하였다.

가상자산에 대한 강제집행에 대해서는, 가상자산이 ‘재산적 가치가 있는 무형의 재산’이라는 점을 고려하여 민사집행법상 ‘그 밖의 재산권’을 대상으로 하는 강제집행절차가 진행되는 것이 타당하다. 그리고 구체적인 강제집행절차는 채무자의 가상자산이 보관되어 있는 장소를 기준으로 두 가지 경우로 나누어 살펴보았다.

먼저 가상자산인 비트코인이 채무자의 전자지갑에 보관하여 직접 관리하는 경우, 가상자산에 접근할 수 있는 개인키 정보에 대해 채무자가 협조하지 않는다면 법원의 압류명령이 실효성을 거두기 어렵다. 그러므로 채무자의 협력의무를 개정을 통해 입법화시키고, 채무자의 처분금지명령 위반을 직·간접적으로 저지할 수 있는 추가적인 조치가 필요하다고 보여진다. 또한 압류의 실효성을 강화하기 위해 i) 채무자의 가상자산에 대한 처분금지명령에 부수하여 가상자산을 집행관의 지갑으로 이전하도록 하는 명령, ii) 집행관의 부수적인 행위를 통한 가상자산의 점유 내지 인도, iii) 간접강제, iv) 가상자산 감소시 형법상 강제집행면탈죄로 처벌하도록 하는 방안 등이 고려될 수 있음을 확인하였다. 그리고 현금화절차에 있어서는 전자등록주식에 대한 강제집행절차와 마찬가지로 매각명령과 양도명령이 활용되는 것이 적합할 것이다.

다음으로 가상자산인 비트코인이 가상자산거래소에 보관되어 있는 경우에 대해 살펴보면, 채무자가 그가 가상자산을 위탁한 거래소를 상대로

반환청구권을 가진다는 점은 은행의 고객이 은행을 상대로 출금할 수 있는 권리를 가지는 것과 유사하다고 할 것이다. 그러므로 이러한 권리를 ‘채권’으로, 거래소를 ‘제3채무자’로 보아, 민사집행법상 ‘채권에 대한 강제집행절차’에 따라야 할 것이다. 그리고 법원의 압류명령이 있더라도 채무자가 임의로 가상자산을 처분하는 것이 가능하다면 제3채무자인 거래소의 입장에서는 나중에 채권자의 요구에 대해 대항할 수 없게 되므로, 거래소에게 지급금지 외에 압류를 방해하려는 채무자의 시도를 무력화할 수 있는 사전적 예방조치를 하도록 강제하거나 그러한 조치를 할 수 있게 하는 법적 근거를 마련할 필요가 있다는 점을 확인하였다. 그리고 채권자가 ‘제3채무자 진술제도’를 이용함에 있어 가상자산과 관련된 채무자의 금융정보를 거래소로부터 제공받을 수 있는 법적 근거를 확실하게 하기 위해 금융실명법 제2조에 가상자산사업자와 가상자산과 관련된 내용이 추가되는 형식으로 입법적 보완이 필요하다는 점도 살펴보았다. 한편 거래소에 보관된 채무자의 가상자산을 현금화하는데 있어서도 앞의 경우와 마찬가지로 매각명령과 양도명령이 활용되는 것이 적합하다.

IV. 결론

지난 몇 년간 고속성장했던 국내 가상자산시장은 글로벌 경제위기에 대한 우려가 가속화되어 최근 크게 위축되었음에도 불구하고, 여전히 연간 수십 조원의 규모로 수많은 거래가 이루어지고 있다. 현실적으로 많은 이들이 비트코인 등의 가상자산이 가지는 경제적 가치에 주목하여 가상자산을 투자의 관점에서 접근하고 있지만, 한편으로는 현금 등의 실물자산을 은닉하고자 가상자산으로 전환하여 강제집행을 회피하려는 수단으로 악용될 위험성도 존재한다. 하지만 가상자산의 법적 성격이 어떠한지, 가상자산에 대한 민사집행방법과 절차에 대해서는 아직 명확하게 파악되지 않고 있다. 그리하여 본고에서 이에 대해 살펴보고 고찰해본 내용은 다음과 같다.

가상자산의 출현은 블록체인 기술의 개발과 발전에 기인한다. 이 기술과 관련하여 전자지갑·공개키·개인키 등의 특별한 개념들이 파생되었고, 이들이 가지는 특성에 주목하여 가상자산에 대한 법적 성격과 민사집행 등의 논의를 진행하였는데, 그 결과 가상자산은 민법 제98조가 개정되지 않는 한 그 법적 성격을 물건이라고 볼 수 없지만, 최소한 재산 또는 재산적 가치를 가지는 것으로서 채권의 대상이 될 수 있다는 결론에 이르렀다.

가상자산에 대한 민사집행에 있어서, 채무자의 책임재산이 되는 가상자산을 탐지하는 방법으로 재산명시절차와 재산조회가 활용될 수 있지만, 보다 효율적인 운용을 위해 민사집행규칙 제36조 제1항 별표에 ‘가상자산사업자’가 추가되어야 한다는 점과, 특정금융정보법상 가상자산사업자의 확인의무를 토대로 필요한 경우 관련정보를 집행법원 내지 집행관에게 제공할 수 있도록 특정금융정보법 제10조 등에 대해 개정하는 방법이 입법적으로 고려될 필요가 있음을 확인하였다.

가상자산에 대한 보전처분과 강제집행에 대해서는, 먼저 법원이 채무자가 거래소를 상대로 가지는 가상자산반환청구권에 대해 이미 몇 차례 가압류결정을 내린 사례가 있음을 살펴보았다. 그리고 가상자산에 대해 압류결정을 하기 위해서는 가상자산을 민사집행법상 ‘그 밖의 재산권’으로 파악하여 ‘채권에 대한 강제집행’에 관한 절차가 준용되어야 한다. 구체적인 강제집행절차는 가상자산의 보관장소에 따라 달라지는데, 비트코인이 채무자의 전자지갑에 보관되어 있다면 개인키라는 특수한 사정으로 인해 채무자의 협조가 필수적이다. 그러므로 압류명령 이후 처분금지의 실효성을 높이기 위해서는 채무자의 협력의무를 입법을 통해 명시하고, 처분금지명령위반을 직·간접적으로 저지할 수 있는 추가적인 조치가 필요하다. 또한 압류의 실효성을 강화하기 위해 여러 방안들이 고려될 수 있으며, 현금화절차에 있어서는 ‘전자등록주식에 대한 강제집행절차’와 마찬가지로 매각명령과 양도명령이 활용될 수 있을 것이다. 다음으로 비트코인이 거래소에 보관되어 있는 경우, 채무자는 거래소를 상대로 가상자산반환청구

권이 있으므로, '채권'으로서 민사집행법상 '채권에 대한 강제집행절차'를 따라야 한다. 그리고 법원의 압류명령 이후에 채무자의 임의처분으로 인하여 거래소가 후에 채권자에게 대항할 수 없게 되는 위험을 방지하고자 거래소에게 지급금지 외에 압류를 방해하려는 채무자의 시도를 무력화할 수 있는 사전적 예방조치를 하도록 강제하거나 그러한 조치를 할 수 있는 법적 근거를 마련하는 방안이 입법적으로 고려되어야 한다. 한편 채권자는 현재 '제3채무자 진술제도'를 통해 가상자산사업자로부터 채무자의 가상자산에 대한 정보를 제공받을 수 있지만, 보다 바람직한 운용을 위해서는 금융실명법 제2조 제1호, 제2호의 개정을 통해 '가상자산사업자'와 '가상자산'을 추가할 필요가 있다.

채무는 갚아야 한다는 원칙은 비트코인 등의 가상자산 보유자라고 해서 예외가 될 수는 없다. 가상자산을 재산으로서 보유한 자가 채무를 이행하고 있지 않다면 민사집행을 통해 채권자에게 돌려주는 것이 법질서를 유지하기 위한 국가의 책무라고 할 것이다.¹⁴⁶⁾ 가상자산은 현재 단일 법령이 아닌 여러 법에 걸쳐 각각 규율되고 있기 때문에 완전하게 규율되어 있다고 보기 어렵다. 심지어 법적 성격에 대해서도 학계와 실무자들의 판단에 맡겨진 상황이므로 이에 대한 충분한 논의와 관련법의 개정이 필요하다고 하겠다. 특히 가상자산의 경제적 가치로 인해 강제집행의 회피수단으로 악용될 가능성이 충분히 예상되는 현 시점에서 가상자산에 대한 강제집행의 효율성을 높이기 위해서는 위와 같은 입법적 보완이 서둘러 이루어져야 할 것이다.

(논문투고일: 2022.12.4., 심사개시일: 2022.12.8., 게재확정일: 2022.12.22.)



▶ 성덕근

가상자산, 가상화폐, 블록체인, 비트코인, 강제집행

146) 전승재·권현영, 전제논문, 107면.

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 김재진·최인석, 「가상자산 법제의 이해」, 박영사, 2022
- 김홍엽, 「민사집행법」, 박영사, 2021
- 송덕수, 「신민법강의」, 박영사, 2022
- 이시윤, 「신민사집행법」, 박영사, 2020
- 전병서, 「민사집행법」, 박영사, 2020
- 편집대표 김용덕, 김종기 집필부분, 「주석 민법[총칙 2]」, 한국사법행정학회, 2019
- 페트로 프랑코(김동은·어경훈 譯), 「제대로 배우는 비트코인과 블록체인-암호학, 컴퓨터공학, 경제학을 중심으로」, 중앙경제평론사, 2019
- 황정훈·서용모·정승욱·양영식·홍진욱·송인방, 「미래사회 with 블록체인」, 박영사, 2020

II. 논문

- 고형석, “암호화폐 거래와 암호화폐 거래소의 책임에 관한 연구”, 외법논집, 제45권 제3호, 2021
- 권영준, “데이터 귀속·보호·거래에 관한 법리 체계와 방향”, 비교사법, 제28권 제1호, 2021.2
- 권지혜, “가상자산 거래의 법제화와 착오이체의 법적 판단에 관한 시론-대법원 2021.12.16.선고, 2020도9789 판결을 대상으로-”, 법학연구, 제68권, 전북대학교 법학연구소, 2022
- 김이수, “비트코인(Bitcoin)의 사법상 지위에 관한 고찰”, 법학연구, 부산대학교 법학연구소, 제59권 제4호, 2018
- 김지웅, “가상자산에 관한 개정 특정금융거래정보법에 대한 검토”, BFL, 제102권, 2020.7
- 김홍기, “최근 디지털 가상화폐 거래의 법적 쟁점과 운용방안-비트코인 거래를 위주로-”, 증권법연구, 제15권 제3호, 2014
- 남기연, “Bitcoin의 법적 가치에 관한 연구”, 법학논총, 제38권 제3호, 2014

- 박선중·김용재, “중앙은행의 디지털화폐 발행 시 법률적 쟁점”, 비교사법, 제25권 제1호, 2018.2
- 박성민, “전자화폐의 위·변조와 부정사용에 대한 형법적 고찰”, 동아법학, 제53호, 2011.11
- 박영호, “가상화폐와 강제집행”, 민사집행법 실무연구(V), 제141집, 법원도서관, 2021
- 박정현, “암호화폐의 법적 성격-민사적 일반 이론의 관점에서-”, Law & Technology, 제18권 제1호, 서울대학교 기술과 법 센터, 2022
- 송문호, “암호화폐의 법적 성격과 탈중앙화”, 동북아법연구, 제13권 제2호, 전북대학교 동북아법연구소, 2019.9
- 신지혜, “가상자산의 특성과 법적 규율”, 소비자법연구, 제8권 제3호, 한국소비자법학회, 2022.8
- 윤배경, “가상화폐의 법적 성질과 민·형사상 강제집행”, 인권과 정의, 제744호, 2018.6
- 윤진수, “전부명령의 요건과 효력”, 부동산법학의 제문제 : 석하김기수교수 화갑기념논문집, 박영사, 1992.6
- 육태우, “가상화폐 또는 암호화폐에 의한 금융의 변화 및 법적 시사점”, 강원법학, 제53권, 2018.2
- 이광수·최익구, “법적 성질로 본 가상화폐의 개념과 문제점”, 인권과 정의, 제474호, 대한변호사협회, 2018
- 이나래, “가상통화의 법적 성질 및 보유자권리의 성격 검토”, BFL 제89호, 2018.5
- 이현중, “가상재산(假想財産)에 대한 강제집행(強制執行)”, 민사집행법 제정 20주년 기념 공동학술대회 자료집, 한국민사집행법학회, 2022.6
- 전승재·권현영, “비트코인에 대한 민사상 강제집행 방안-암호화폐의 제도권 편입 필요성을 중심으로-”, 정보법학, 제22권 제1호, 2018.5.30
- 전우정, “암호화폐의 법적 성격과 규제개선 방안-민법상 물건, 금전, 자본시장법상 증권인지 여부 검토-”, 금융법연구, 제16권 제1호, 2019.4
- 정경영, “중앙은행 발행 디지털화폐(CBDC)의 성질과 그 법적 포섭”, 금융법연구, 제17권 제3호, 2020.12

- 정다영, “암호화폐 거래에 대한 민사법적 고찰”, 민사법의 이론과 실무, 제22권 제2호, 2019.4
- 정순섭, “가상통화의 법률문제”, BFL, 제89호, 2018.5
- 정영수, “가상자산의 강제집행에 관한 소고”, 서울법학, 제29권 제2호, 2021.8.31
- 정진명, “암호화폐의 민사법적 문제”, 민사법학, 제98권, 2022
- 정차호·이승현, “우리민법상 전자파일(electronic file)의 물건성 인정 여부에 관한 연구”, 성균관법학 제30권 제1호, 2018
- 천창민, “가상자산 거래의 물권법적 측면에 관한 연구-UNIDROIT의 디지털 자산 프로젝트 논의를 중심으로-”, 서울대학교 법학, 제63권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2022.3
- 최경진, “데이터와 사법상의 권리, 그리고 데이터 소유권(Data Ownership)”, 정보법학, 제23권 제1호, 2019
- 최단비, “가상화폐의 법적 성격 및 거래소 이용자의 권리 구제방안”, 법학연구, 제20권 제2호, 2020
- 최장원, “가상통화거래소 이용자가 가지는 법적 성격과 전산장애로 인한 손해배상 책임 연구”, 한국산학기술학회 논문지, 제19권 제11호, 2018.11
- 황석진, “암호자산을 이용한 자금조달(ICO)에 관한 법적 연구”, 성균관대학교 박사학위논문, 2019
- 홍은표, “암호자산에 대한 소유권 보호를 위한 시론”, 정보법학, 제23권 제3호, 2109.12

III. 기타

- 국세청, ‘비트코인 등 가상자산을 이용하여 재산을 은닉한 고액체납자 2,416명, 366억 원 현금징수·채권확보, 2021년 3월 15일 자 보도자료
- 금융위원회, “22년 상반기 가상자산사업자 실태조사 결과’, 금융위원회 금융정보분석원 가상자산검사과, 2022년 9월 26일 자 보도자료
- 연합뉴스, ‘가상화폐? 암호화폐? 가상통화?... 명칭도 혼선’, 2018년 1월 9일 자 기사

연합뉴스, '검찰, 2억 7천만원에 압수한 비트코인 122억원에 팔아 국고 귀속', 2021년 4월 1일 자 기사

<http://wiki.hash.kr/index.php/TPS>

<http://wiki.hash.kr/index.php/%EC%9E%91%EC%97%85%EC%A6%9D%EB%AA%85>

IV. 기타(해외문헌)

Binance-Researh, 2021 Global Crypto User Index-Crypto user profiles, attitudes, and motivations

Cambridge Center for Alternative Finance, Global Cryptoasset Regulatory Landscape Study, 2019

Communiqué, G20 Finance Ministers and Central Bank Governors Meeting, Buenos Aires, 2018. March 19-20

Abstract

A study on the legal nature and civil execution of virtual assets

SUNG Duk Keun*

Virtual assets are electronic vouchers that have an economic value and can be electronically traded or transferred. The legal nature of virtual assets cannot be seen as things under the civil act, but it can be the subject of claim as at least property or property value. So the right possessed by those who have them basically has the characteristics of 'Property right'.

On the civil execution on virtual assets, Specification of Property and Inquiry can be used for the detection of the debtor's virtual assets. But for the more efficient operation, 'Virtual Asset Provider' should be added on 'Attached Form' of the article 36(1) of Enforcement rule of the civil execution. And article 10 of Specified Financial Information Act needs to be amended to allow the court or the execution officer to receive an information of debtor's virtual assets from virtual asset provider.

For the ruling on a seizure on virtual assets, it should be regarded as 'Other property rights' under the Civil Execution Act. And the procedures of 'Compulsory execution for a claim' should be applied to virtual assets. The procedures of 'Compulsory execution vary depending on the place of storage for virtual assets. If the Bitcoins are stored in the debtor's electronic wallet, his cooperation is required to use his 'Private Key'. Therefore, to increase effectiveness of the prohibition from debtor's disposing, his obligation to

* Senior Research Fellow of Korean Society of Law, Ph.D. in Law.

cooperate should be specified in the Act. If the Bitcoins are stored on the virtual assets exchange, the procedures of ‘Compulsory execution for a claim’ should be applied to Bitcoins, because the debtor has the right to claim the return of virtual assets against the exchange. And legal basis are needed to neutralize his disposal after Order of Seizure of the Court.

On the procedure of Encashment, it seems to be used Sale Order and Transfer Order as ‘the procedures of Compulsory execution for Electronic registered stock’.



▶ **SUNG Duk Keun**

Virtual asset, Virtual currency, Blockchain, Bitcoin,
Compulsory execution

가업승계를 위한 주식신탁의 법적 쟁점에 관한 소고 - 회사법과 자본시장법 측면에서의 검토를 중심으로 -

남궁주현*, 김상훈**

【목 차】

I. 들어가며	1. 문제의 소재
II. 주식신탁의 법률관계에 관한 구체적 검토	2. 가업승계를 위한 주식신탁이 주 식을 내용적으로 분할하는 것이 어서 금지되는지 여부
1. 신탁의 의의	3. 신탁업자의 의결권 행사를 제한한 자본시장법 규정의 개정 필요성
2. 주식신탁의 의의	IV. 결론
III. 가업승계를 위한 주식신탁의 법적 쟁점과 검토 의견	

【국 문 요 약】

중소기업의 성장과 발전은 창업자의 역량에 직접적인 영향을 받고, 창업자의 이러한 역량은 기업에 대한 지배를 전제로 발휘된다. 중소기업은 설립 이후에도 상당한 기간 창업자 1인 또는 소수의 핵심 구성원에게 지배권이 집중되는 것이 일반적이다. 회사를 설립하는 장점 중의 하나가 주주 구성의 변화와 무관하게 기업을 영속적으로 유지하면서 경영할 수 있다는 점이다. 그런데 중소기업은 소유와 경영의 분리가 제대로 이루어지지 아니한 경우가 많고, 또 창업자이자 지배주주인 대표자의 역량에 의존하는 경향이 강하므로 아무런 계획 없이 지배주주가 변경된다면, 기업의 존립 자체가 급속도로 위태로워질 수 있다. 지배주주인 창업자가

* 제1저자 성균관대학교 법학전문대학원 조교수, 변호사

** 교신저자 법무법인 트리니티 구성원 변호사, 법학박사

그 기업의 지배권을 자녀들에게 이전시키는 일련의 행위는 개인 소유였던 기업을 가족 기업으로 변화시키는 과정으로 가업승계의 개념에 포함할 수 있다. 기업의 지배권 이전을 통한 가업의 승계는 민법의 측면에서는 상속, 증여 등의 법리가 적용되나 상법의 측면에서는 구체적으로 회사법의 법리, 더 나아가 지배구조의 개편에 관한 논의가 적용된다. 기업의 지배구조 측면에서 가업승계의 핵심은 기업의 지배권을 가지고 있는 부모가 자녀 중 1인 또는 단일한 의사 형성이 가능한 소수의 자녀들에게 그 지배권을 승계시켜서 기업의 자산을 분산시키지 아니하고 유지하게 하는 것이다. 중소기업의 지배주주이자 경영자가 기업의 승계와 관련하여 가장 깊이 고민하는 부분은 어떻게 하면 여러 상속인 중 한 명 또는 소수의 후계자에게 가족 기업을 온전하게 넘겨줄 것인가이다. 주식신탁은 그러한 목적을 달성하게 도와줄 수 있는 좋은 수단이다. 그런데 자본시장법은 그 방법을 사실상 원천적으로 사용할 수 없게 해놓았다. 법률규정에 대한 입법적 보안을 통하여 문제를 해결하는 것이 시간은 조금 더 걸리더라도 가장 완벽한 해결책으로 보인다. 물론 자본시장법상 신탁된 주식에 대한 의결권 제한을 완화 또는 철폐할 때 발생할 수 있는 문제점들에 대해서도 진지한 고민이 이루어져야 한다.

I. 들어가며

유럽의 많은 명문 가문들이 오랫동안 기업을 통하여 가업을 유지할 수 있었던 이유 중의 하나로 가업의 승계에 있어 주식신탁을 자유롭게 활용할 수 있었던 점을 들 수 있다. 유럽의 장수기업 중 일부는 주식을 패밀리오피스¹⁾에 맡겨두고, 패밀리오피스를 통하여 그 의결권을 통일적으로

1) 초고액 자산가들의 자산배분, 상속·증여, 세금문제 등을 전담해서 처리해주는 업체를 뜻한다. 미국의 석유왕 록펠러가 1882년 ‘록펠러 패밀리 오피스’를 설립한 이래 미국 유럽 등지에서 꾸준히 발전해왔다. 처음에는 고액자산가로부터 직접 고용된 투자·세무·회계 전문가들이 부자들의 재산 증식과 상속·증여를 돕는 형태로 시작했지만, 다수의 고객에게 관련 서비스를 제공하는 전문 업체(이를 ‘멀티 패밀리오피스’라 한다)도 생겨났다(한경 경제용어사전 참조).

행사하는 방식으로 가족 기업의 명맥을 유지하기도 하였다. 이 경우 기업의 경영진을 구성하는 가족들 사이에 세대를 거듭하여 상속이 일어나더라도, 상속인들은 주식신탁에 따라 배당권을 취득하여 경제적 이익을 얻을 뿐 회사에 대하여 의결권을 직접 행사할 수는 없다.

우리나라의 중소기업의 수는 전체 기업 수의 99.9%를 차지하고 있고, 기업 종사자의 82.7%가 중소기업에서 근무하고 있다.²⁾ 이처럼 중소기업이 우리 경제에서 차지하는 비중은 결코 적지 아니하다. 따라서 건실한 중소기업이 오랫동안 안정적으로 활동할 수 있다면, 이는 우리 경제에도 긍정적인 요소로 작용할 것이다. 중소기업이 오랫동안 안정적으로 영업 활동을 하는 데 필요한 것은 무엇일까? 어느 한 가지를 딱 집어 말하기는 어려우나, 기업의 경영권이 안정적으로 유지되어야 하는 점은 반드시 포함될 것이다. 중소기업의 성장과 발전은 창업자의 역량에 직접적인 영향을 받고, 창업자의 이러한 역량은 기업에 대한 지배를 전제로 발휘된다. 중소기업은 설립 이후에도 상당한 기간 창업자 1인 또는 소수의 핵심 구성원에게 지배권이 집중되는 것이 일반적이다. 이러한 중소기업에 대한 지배권은 창업자가 기업의 자금을 조달하는 과정에서 자신이 보유한 주식 중의 일부를 매각하거나 기업을 공개하는 과정에서 변경될 수 있다. 그런데 중소기업은 위와 같은 자본시장에서의 지분 거래와는 별개로 그 지배구조가 변화할 수밖에 없는 상황을 필수적으로 맞닥뜨리게 되는데, 바로 기업의 지배주주인 창업자가 사망하여 그 소유 주식이 상속인들에게 상속되는 경우를 들 수 있다. 회사를 설립하는 장점 중의 하나가 주주 구성의 변화와 무관하게 기업을 영속적으로 유지하면서 경영할 수 있다는 점이다. 그런데 중소기업은 소유와 경영의 분리가 제대로 이루어지지 아니한 경우가 많고, 또 창업자이자 지배주주인 대표자의 역량에 의존하는 경향이 강하므로 아무런 계획 없이 지배주주가 변경된다면, 기업의 존립 자체가 급속도로 위태로워질 수 있다. 특히 여러 명의 상속인이 창업자의 주식을 법정 상속분대로 상속하는 때에는 기업 지분의 과반수를 차지하는 상속인이 없으므로, 이 경우 기업이 중요한 의사결정을 하는 때에 단일한 의사를 형성하기가 어려워져 기업 운영상의 혼란을 초

2) 중소벤처기업부 홈페이지, 통계자료 - 지표 - 중소기업위상 (2022. 7. 17. 최종 접속) <<https://www.mss.go.kr/site/smba/foffice/ex/statDB/MainSubStat.do>>

래할 수도 있다. 상속인들 간에 사이가 좋지 아니한 경우는 더 언급할 필요조차 없다. 지배주주인 창업자가 그 기업의 지배권을 자녀들에게 이 전시키는 일련의 행위는 개인 소유였던 기업을 가족 기업으로 변화시키는 과정으로 가업승계의 개념에 포섭할 수 있다. 가업승계는 “중소기업이 동일성을 유지하면서 상속이나 증여를 통하여 그 기업의 소유권 또는 경영권을 친족에게 이전하는 것”을 말한다.³⁾ 기업의 지배권 이전을 통한 가업의 승계는 민법의 측면에서는 상속, 증여 등의 법리가 적용되나 상법의 측면에서는 구체적으로 회사법의 법리, 더 나아가 지배구조의 개편에 관한 논의가 적용된다. 기업의 지배구조 측면에서 가업승계의 핵심은 기업의 지배권을 가지고 있는 부모가 자녀 중 1인 또는 단일한 의사 형성이 가능한 소수의 자녀들에게 그 지배권을 승계시켜서 기업의 자산을 분산시키지 아니하고 유지하게 하는 것이다.⁴⁾ 가업승계의 주요 수단으로 언급되는 주식신탁에 관한 논의는 중소기업의 창업자 또는 지배주주 가족의 원활한 가업승계 방안을 중심으로 논의가 이루어져 온 측면이 강하다.⁵⁾ 우리나라 금융투자업자(은행, 증권, 보험, 부동산전업신탁사)의 신탁 규모는 2022년 7월 기준으로 약 1,244조 2,140억 원인데, 이중 금전신탁(특정, 불특정 신탁 포함)이 합계 약 631조 4,446억 원으로 약 50%를 약간 상회하고 있고,⁶⁾ 기타 부동산신탁, 증권신탁, 금전채권신탁, 동산신탁 등의 재산신탁이 약 623조 1,343억 원으로 나머지 부분을 차지하고 있다.⁷⁾ 재산신탁 중 증권신탁은 약 1조 9,743억 원의 규모로 전체 신탁 나아가 재산신탁만 놓고 보더라도 매우 적은 비율을 차지하고 있음을 알 수 있다. 그리고 신탁을 활용한 가업승계 방안에 관하여 실무적으로 충분한 논의가 이루어지지 아니하고 있는 것으로 보인다.⁸⁾ 주식신탁을 활

3) 중소기업진흥에 관한 법률 제2조 제10호 전문.

4) 김상훈, “유언대용신탁을 활용한 가업승계”, 기업법연구 제29권 제4호, 2015. 12., 10면.

5) 권중호, “중소기업의 원활한 사업승계를 위한 방안 -2011년 개정상법 및 개정신탁법을 중심으로-”, 『비교사법』 제18권 제4호, 2011; 김상훈, 앞의 논문, 10면; 김순석, “신탁을 활용한 중소기업의 경영권 승계 방안에 관한 연구 -유언대용신탁 및 수익자연속신탁의 활용을 중심으로-”, 법학논총, 36권 제4호, 2016 등 참조.

6) 특정금전신탁은 약 615조, 8,895억 원, 불특정금전신탁은 약 15조, 5,551억 원이다.

7) 금융투자협회 홈페이지, “업권별 신탁 규모”, <<http://freesis.kofia.or.kr/>> (2022. 10. 3. 최종 접속)

용한 가업승계 방안에 관한 이론적 논의가 꾸준히 이루어지고 있음에도 실무적으로 그 활용이 제대로 이루어지지 아니하는 이유는 무엇일까? 영미권 국가와 달리 아직 신탁과 친하지 못한 우리 사회의 인식과 문화도 영향을 주었다고 볼 수 있으나, 그보다 신탁을 자유롭게 활용할 수 있는 법적·제도적 여건이 제대로 갖추어지지 못한 부분이 더 크다는 생각도 든다. 가업승계는 우리 법상 허용되는 행위로서, 부의 대물림이라는 부정적인 시각으로 바라보는 기업의 편법승계와는 명확히 구별하여야 한다. 주식신탁은 의결권과 이익배당권의 관계를 고려하여 여러 유형으로 구분할 수 있는데, 이 글에서는 기업의 영속을 추구하는 가업승계, 즉 기업 지배권의 온전한 이전을 목적으로 한 주식신탁에 집중하여 설명하고자 한다. 이 글을 통하여 논의하고자 하는 것은 정당한 가업승계를 위한 수단으로 활용될 수 있는 주식신탁에 관한 법률관계를 법리적으로 분석해보는 것을 목적으로 하고 있다.

이하에서는 주식신탁의 법률관계를 분석하고, 이를 통하여 현행법과 제도상의 한계점, 이를 보완하기 위한 입법적 개선 방안 등을 검토하고자 한다.

II. 주식신탁의 법률관계에 관한 구체적 검토

1. 신탁의 의의

가. 신탁의 개념

신탁은 타인에 대한 신임을 기초로 재산의 관리·처분을 맡기는 것이다.⁹⁾ 신탁법 제2조는 구체적으로 신탁에 관하여 위탁자와 수탁자 간의 신임관계에 기하여 위탁자가 수탁자에게 특정의 재산을 이전하거나 담보권의 설정 또는 그

8) 오영표, 「가족신탁 이론과 실무」, 조세통람, 2020, 264면.

9) 정순섭, 「신탁법」, 지원출판사, 2021, 4면.

밖의 처분을 하고 수탁자로 하여금 수익자의 이익 또는 특정의 목적을 위하여 그 재산의 관리, 처분, 운용, 개발, 그 밖에 신탁 목적의 달성을 위하여 필요한 행위를 하게 하는 법률관계라고 정의하고 있다. 신탁의 개념은 신탁에 관한 법률관계를 이해하는 데 있어 출발점이자 가장 핵심적인 위치를 차지한다.¹⁰⁾

나. 신탁관계

위탁자의 재산은 신탁의 설정을 통하여 수탁자에게 귀속되고, 그 재산 또는 그로부터 발생하는 이익은 수익자에게 귀속된다.¹¹⁾ 이때 수탁자는 신탁재산을 처분할 수 있는 권한을 대내외적으로 보유한다. 다만, 수탁자가 신탁재산을 처분할 수 있는 권한을 보유하더라도 그 권한의 구체적인 모습은 신탁의 목적 범위 내에서 개별 신탁계약의 내용에 따라 상이하게 나타날 수 있다.¹²⁾ 신탁은 위탁자의 의사를 반영하여 다양한 형태로 설계할 수 있다. 신탁은 재산 이전의 시기와 내용을 개별적으로 정할 수 있고, 구체적인 조건이나 기한을 부가하는 것도 가능하므로 위탁자의 의사를 충실하게 반영한 법률관계 설정을 가능하게 한다.¹³⁾ 신탁 설정의 유연성은 신탁의 활용성을 더욱 확대하는 데 크게 기여하고 있다.

다. 신탁재산

신탁은 수탁자가 보유하는 ‘신탁재산’에 관한 법률관계이다.¹⁴⁾ 따라서 신탁재산은 신탁관계의 중심이 된다.¹⁵⁾ 신탁행위의 목적물인 신탁재산은 수탁자가 신탁의 목적에 따라 관리, 처분할 수 있는 재산으로서 수탁자

10) 남궁주현, “신탁원부에 기초한 신탁등기 대항력의 인정 범위에 관한 소고 -대법원 2022. 2. 17. 선고 2019다300095(본소), 2019다300101(반소) 판결에 관한 평석-”, 상사판례연구 제35권 제3호, 한국상사판례학회, 2022. 9. 30., 191면.

11) 오영걸, 「신탁법」, 홍문사, 2021, 16면.

12) 남궁주현, 앞의 논문, 191면.

13) 조용규, “신탁을 활용한 기업승계 방안”, 서울대학교 석사학위 논문, 서울대학교 대학원, 2022. 2., 64면.

14) 최수정, 「신탁법(개정판)」, 박영사, 2019, 236면.

15) 정순섭, 앞의 책, 244면; 최수정, 앞의 책, 236면.

가 위탁자로부터 자기의 이름으로 양수하거나 처분받아 신탁의 목적에 따라 관리, 처분하여야 할 대상이다.¹⁶⁾ 이때 신탁재산은 위탁자가 이전한 재산의 관리, 처분, 운용, 개발, 멸실, 훼손, 그 밖의 사유로 수탁자가 얻은 재산을 포함한다(신탁법 제27조). 신탁의 법률관계는 신탁계약의 내용에 따라 그 모습을 달리할 것이나, 기본적으로는 신탁의 대상인 재산으로부터 직·간접적인 영향을 받을 수밖에 없다. 신탁재산이 부동산의 소유권이라면 그 지배권으로서의 권능, 또 채권이라면 청구권적 권능 등에 기초하여 신탁의 법률관계를 형성하는 것이다. 신탁법은 개별 신탁재산의 종류에 관하여 특별한 제한을 두고 있지 아니하나, 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(이하 ‘자본시장법’이라 약칭한다)에서는 신탁업자가 수탁할 수 있는 신탁재산을 금전, 증권, 금전채권, 동산, 부동산, 지상권, 전세권, 부동산임차권, 부동산소유권 이전등기청구권, 그 밖의 부동산 관련 권리 및 무체재산권으로 제한하고 있다(자본시장법 제103조 제1항).¹⁷⁾ 주식 역시 당연히 신탁재산이 될 수 있다.¹⁸⁾ 다만, 우리나라에서 신탁의 대상인 재산은 금전과 부동산이 주를 이루고, 주식을 신탁재산으로 하는 신탁은 그리 활발하게 이용되지 못하고 있는 것이 현실이다.¹⁹⁾ 주식은 단순히 재산적인 가치뿐만 아니라 회사에 대한 지배권을 나타내므로 주식의 신탁을 통하여 위탁자의 의사를 제대로 반영할 수 없다면, 주식은 신탁과 친할 수 없게 되어 버린다. 이러한 한계를 극복하기 위하여 신탁행위를 통해 의결권 행사의 지시가 가능하도록 설정하는 것을 생각해볼 수 있다.

16) 법무부(김상용 감수), 「신탁법 해설」, 법조협회, 2012, 3면.

17) 최수정, 앞의 책, 236면.

18) 노혁준·김지평, “주식신탁의 활용방안 연구”(법무부 용역보고서), 서울대학교 금융법센터, 2015. 9. 30., 56면; 정순섭, 앞의 책, 254면.

19) 김태진, “주식신탁 사례연구 -상사신탁·민사신탁의 경계를 넘어 신탁법과 회사법의 교차-”, 「법학논총」 제39권 제4호, 2019. 11., 81면.

2. 주식신탁의 의의

가. 주식의 개념

주식이란 주식회사의 사원인 주주가 출자자로서 회사에 대하여 가지는 지분을 말한다.²⁰⁾ 주식은 인적회사의 지분과 달리 주주가 회사에 대하여 가진 주식 수에 상응하는 권리와 의무를 가지는 지분복수주의를 취한다.²¹⁾ 주식은 주식회사에 고유한 개념으로 주주의 지위 또는 주주권을 기초로 한다는 점에서 물권이나 채권과는 구별된다.²²⁾ 주식은 주주의 지위에서 비롯되는 이익배당청구권, 의결권 등 다양한 내용의 권리를 포함한다.²³⁾ 실무상으로는 주주권을 표창하는 유가증권 자체를 주식이라고 부르기도 하나, 상법은 이를 주권으로 구별하여 규정하며(상법 제335조 제3항, 제336조 등), 자본시장법은 주식을 지분증권으로 분류한다.²⁴⁾

나. 주식의 본질

주식의 본질에 관한 통설적 견해인 사원권설에 의하면, 주식은 주주가 회사에 대하여 가지는 권리와 의무의 기초인 사원의 지위 또는 자격(사원권·주주권)을 말한다.²⁵⁾ 사원권설에 따르면, 모든 주식의 가치는 경영

20) 이철송, 「회사법강의」 제30판, 박영사, 2022, 280면[주식을 통해 주주가 가지는 각종의 권리와 그 원천인 주식과의 관계에 대한 설명은 주식의 성질론에서 비롯되는데, 구체적으로 과거 주식회사의 본질을 조합으로 파악하였을 때에는 주식을 회사재산에 대한 권리의 단위로 보아 물권으로 파악하기도 하였고(주식물권설), 주주가 회사에 대하여 가지는 각종 청구권에 중점을 두어 채권이라고도 보았으나(주식채권설), 오늘날은 주식을 주주의 지위를 뜻하는 사원권으로 보는 것이 일반적이다(주식사원권설)]; 임재연, 「회사법 I」 제8판, 박영사, 2022, 334면.

21) 이철송, 앞의 책, 280면; 임재연, 앞의 책, 2022, 336면; 지분복수주의라는 표현에 대하여 의문을 표하는 견해도 있는데, 이 견해는 주식회사에서 주식은 복수이나 지분은 단일하다고 보는 것이 타당하다고 설명한다(정경영, 「회사법학」, 박영사, 2022, 202면).

22) 김건식·노혁준·천경훈, 「회사법」 제6판, 박영사, 2022, 143면.

23) 김건식·노혁준·천경훈, 앞의 책, 143면.

24) 임재연, 앞의 책, 334면.

25) 임재연, 앞의 책, 334-335면.

권 관련 여부를 묻지 아니하고 회사 전체의 기업가치에 관하여 해당 주식이 차지하는 지분비율에 따른 가치와 일치한다.²⁶⁾ 주주권은 이익배당 청구권, 잔여재산분배청구권 등의 자익권과 의결권, 각종 소제기권 등의 공익권으로 구성되는데, 이러한 권리들은 주식의 양도·상속 등에 의하여 포괄적으로 이전된다.²⁷⁾

다. 주식신탁의 법률관계

1) 주식신탁의 개념 및 목적

주식신탁은 주식을 신탁재산으로 하는 신탁을 말한다.²⁸⁾ 주주가 회사에 대하여 주주권을 행사하기 위해서는 해당 회사의 주주명부상의 주주이어야 한다. 주식신탁은, 수탁자가 주식에 관하여 형식적·실질적 권리자임을 기초로 한다. 주주의 관점에서 보면, 주식은 주주권을 행사하기 위하여 보유하거나 이를 처분하여 그 대가를 취득할 수 있게 하는 대상이다. 주식신탁에 관한 법률관계 역시 위의 내용과 연결하여 생각해볼 수 있다. 주식신탁은 고객으로부터 주식의 보관·관리를 목적으로 수탁하는 경우(주식관리신탁)와, 고객의 주식을 일정 시점에 매매할 것을 목적으로 수탁하는 경우(주식처분신탁)가 있다.²⁹⁾ 이 글에서 다루고자 하는 가업승계를 목적으로 주식을 신탁도 넓은 의미의 주식관리신탁으로 볼 수 있다.

2) 법률관계의 내용

주식은 이익배당청구권, 잔여재산분배청구권 등의 자익권과 의결권, 각종 소제기권 등의 공익권 등을 포함한다. 주식을 신탁하면, 이러한 권리들이 포괄하여 수탁자에게 이전한다. 주식을 신탁재산으로 하는 신탁은

26) 임재연, 앞의 책, 335면.

27) 이철송, 앞의 책, 281면.

28) 김태진, 앞의 논문, 81면.

29) 권중호, 앞의 논문, 1372면.

주식의 처분을 목적으로 신탁이 설정되는 경우도 있을 수 있으나, 대부분은 주식의 관리를 위하여 신탁이 설정되는 경우가 많을 것이다.³⁰⁾ 구체적으로 여러 유가증권을 보유한 회사가 유가증권관리업무를 일원화하기 위하여 사용하거나 가업승계의 관점에서 기업의 승계를 위하여 지배주주의 주식을 신탁하는 경우, 그 외에도 유가증권 운용을 목적으로 하는 신탁 등이 있을 수 있다.³¹⁾

신탁법상 기업의 지배권을 가지는 범위의 주식을 신탁하여 가업을 승계하는 방법으로 ① 유언대용신탁, ② 타익신탁, ③ 수익자연속신탁 등을 활용하는 것을 생각해볼 수 있다.³²⁾ 그러나 이러한 구분은 신탁관계의 측면에서 후계자의 수익권 취득시기, 그 범위 등에서 차이가 있을 뿐이고, 회사법적 관점에서 기업 지배권의 이전에 관한 법리의 구성에는 큰 차이가 없다. 즉 신탁은 기업을 승계함에 있어 법적 도구로 활용되는 것에 불과하고, 기업 지배권의 이전에 관한 법리는 결국 회사법적 근거에 의하여 적법성과 정당성이 뒷받침되어야 한다. 기업의 지배권을 이전함에 있어서 신탁을 도구로 활용하는 것이 신탁법상 문제가 없더라도 회사법, 자본시장법 등과 충돌할 가능성을 배제할 수는 없다.³³⁾

가업승계를 위한 주식신탁의 법률관계는 기업의 지배주주가 자신의 주식을 신탁하면서 생전에는 자신을 수익자로 하여 의결권 행사 지시권을 자신에게 유보해둠으로써 신탁재산의 독립성 효과를 누리면서도 자신의 경영권 행사에 지장을 받지 아니하도록 하는 것을 목적으로 한다. 그리고 위탁자 사후에는 후계자를 사후 수익자로 하면서 의결권 행사 지시권 역시 그 후계자가 행사할 수 있도록 함으로써 기업 경영상의 공백이나 경영권 분쟁의 위험 없이 안정적으로 가업을 승계하도록 한다.³⁴⁾ 그 과정에서 신탁의 재산전환기능이 핵심적인 역할을 하게 된다. 신탁의 수익권은 채권의 일종이므로, 위탁자와 수탁자는 신탁행위로 수익권의 내용

30) 김태진, 앞의 논문, 82면.

31) 김태진, 앞의 논문, 82면.

32) 권중호, 앞의 논문, 1356면.

33) 권중호, 앞의 논문, 1369면.

34) 김순석, 앞의 논문, 373면; 물론 위탁자가 생전에 바로 후계자를 수익자로 지정하여 기업에 대한 지배권을 조기에 이전할 수도 있을 것이다.

을 비교적 자유롭게 정할 수 있다.³⁵⁾ 따라서 위탁자와 수탁자는 신탁행위를 통하여 수탁자가 신탁재산인 주식을 보유하되, 주주권 중 의결권 행사에 관하여 수익자가 수탁자에게 구체적으로 어떻게 의결권을 행사할지를 지시할 수 있는 권리를 유보하는 내용으로 수익권을 구성하는 것도 가능하다.³⁶⁾

Ⅲ. 가업승계를 위한 주식신탁의 법적 쟁점과 이에 대한 의견

1. 문제의 소재

신탁재산은 신탁에 관한 법률관계의 구체적 내용을 형성하는데 기초를 제공한다. 신탁의 설정은 신탁재산의 재산적 성격에 맞춰 법률관계의 뼈대를 형성하고, 그 뼈대 위에 위탁자의 의사에 따라 다양한 모습으로 살을 붙이는 절차이다. 위탁자의 구체적 요구가 신탁재산이 함유하는 재산으로서의 본질적 범위를 넘어서는 것이라면, 이는 뼈대 없이 살을 붙이는 것에 불과하여, 결국에는 허물어질 수밖에 없다. 그러므로 신탁재산의 재산권적 성격과 그 내용은 신탁관계를 설정하는 데 있어 기초이자 한계로서 작용한다. 주식신탁이 활성화되지 못한 이유 역시 이러한 사정에 기인하는 것으로 추측할 수 있다. 가업승계를 위한 주식신탁은 위탁자가 주식신탁을 하면서 후계자를 수익자로 지정하고, 그 수익자가 수탁자에 대한 의결권 행사 지시권을 행사함으로써 기업의 지배권을 이전하는 것

35) 종래 수익권의 법적 성질에 관하여는 채권설, 물권설, 사원권설 등이 대립하고 있었다(우리나라의 학설대립에 관하여 자세한 내용은, 이연갑, 「신탁법상 수익자 보호의 법리」, 경인문화사, 2014, 54-67면; 이계정, 「신탁의 기본법리에 관한 연구-본질과 독립재산성」, 경인문화사, 2017, 116-120면 등 참조). 한편 이와 유사한 논의가 일본에서도 꾸준히 제기되었는바, 이에 관한 자세한 내용은, 新井誠 著/안성포 역, 「信託法(第3版)」, 전남대학교출판부, 2011, 44면 이하 참조. 그러나 수익자는 신탁재산의 원본 또는 수익에 대하여 수탁자에게 일정한 이익을 청구할 수 있는 채권을 가진다고 보는 것이 타당하다. 오영걸, 앞의 책, 288면.

36) 김태진, 앞의 논문, 111면.

을 목적으로 한다. 그런데 이러한 목적의 달성은 위탁자의 상속인인 후계자가 1인이면 특별히 문제가 없으나, 만약 위탁자의 상속인이 여러 명이라면 추가적인 검토가 필요하다. 위탁자에게 공동상속인이 있는데, 그 중 1인만을 후계자로 지정하여 기업의 지배권을 이전하고자 한다면, 회사의 의결권 행사는 그 1인을 중심으로 이루어지도록 하여야 한다. 그 과정에서 신탁재산인 주식은 의결권과 그 외의 권리가 분리될 가능성이 생기게 된다.³⁷⁾ 이와 관련하여 그 가능 여부에 관한 회사법적 검토가 필요하다. 회사법적 문제를 해결하더라도, 현행 자본시장법 제112조 제3항 제1호에 따라 신탁회사는 보유 주식 중 의결권 있는 발행주식 총수의 15%를 초과하는 의결권을 행사할 수 없다. 그 결과 신탁회사가 주식의 수탁자가 되는 상신탁을 활용하여 가업을 승계시키는 것이 제한될 수밖에 없다. 신탁의 법률관계에서 가장 중요한 당사자 중 하나인 신탁회사가 가업승계 관련 시장에 참여하는 것이 제한되는 만큼 당연한 결과로 신탁을 통한 가업승계의 활용이 실무적으로 활발하게 이루어지지 못하는 문제가 발생한다. 이하에서는 가업승계를 위한 주식신탁에 있어서 회사법적, 자본시장법적 쟁점을 차례로 검토하기로 한다.

2. 가업승계를 위한 주식신탁이 주식을 내용적으로 분할하는 것이어서 금지되는지 여부

주식을 내용적으로 분할하여 의결권만을 신탁재산으로 하는 것은 주식으로부터 의결권만의 분리를 금지하는 원칙에 따라 무효이므로 의결권만을 분리하여 신탁의 대상으로 삼을 수 없다.³⁸⁾ 그러나 수탁자에게 의결권을 행사하게 할 목적으로 주식 자체를 신탁하는 것은 가능하다.³⁹⁾ 신탁수익권의 내용으로 수익자에게 의결권 행사 지시권을 부여하는 것은

37) 권중호, 앞의 논문, 1370면.

38) 노혁준·김지평, 앞의 보고서, 60면; 정순섭, 앞의 책, 254면.

39) 김건식·노혁준·천경훈, 앞의 책, 143면; 정순섭, 앞의 책, 254면; 주주가 다른 주주 또는 제3자와 의결권을 일정한 방향으로 행사할 것을 정하는 계약인 의결권 계약도 선량한 풍속 기타 강행법규나 주식회사의 본질에 위배되지 아니하는 한 유효라고 봄이 상당하다(김지평, “주식에 대한 경제적 이익과 의결권”, 경인문화사, 2012. 6., 20면).

주식의 내용적 분할 즉, 주주권 중 공익권인 의결권만을 분리하는 것이 아니고, 신탁의 수익권의 일부를 구성하는 것에 불과하므로 회사법적으로 문제가 없다고 봄이 타당하다.⁴⁰⁾ 이러한 법적 구성은 일단 형식적으로도 주식의 내용적 분할에 해당하지 아니한다. 주주인 위탁자가 자신의 주주권 중 의결권만을 분리하여 직접 보유하는 것이 아니라, 주식의 소유권 자체는 완전하게 수탁자에게 이전하였고, 그 구체적인 행사 방법만을 신탁행위로 정하여 채권화하였기 때문이다. 수탁자는 주식의 귀속 측면에서도 적법하게 주식을 취득한 것이고,⁴¹⁾ 그 행사 측면에서도 명의개서 절차를 거쳐 회사에 대하여 적법하게 주주권을 행사할 수 있다.⁴²⁾ 이때 의결권 행사 지시권을 가지는 수익자와 실제로 의결권을 행사하는 수탁자 사이의 관계와 관련하여, 위탁자와 수탁자가 신탁행위로 정한 내부적 법률관계의 계약상의 구속력을 당해 의결권 행사에 어느 정도로 인정할 것인지 문제될 수 있다.⁴³⁾ 만약 수익자에 대하여 의결권 행사 지시권을 부여하는 것이 주주권 중 의결권만을 분리하여 양도하는 것과 다름이 없으므로 주식불가분의 원칙에 반한다고 한다면, 주식을 신탁하는 것을 사실상 금지하는 것이나 마찬가지이다. 주식을 신탁할 때에는 신탁을 통하여 달성하고자 하는 목적이 존재한다. 따라서 수탁자는 그 궁극적인 목적을 달성하기 위한 범위 내에서만 주식을 관리하고 운용할 의무를 부담하는 것이 필연적이다. 즉, 주식이 위탁자로부터 수탁자에게 이전되어 수탁자가 주주로서 그 의결권을 행사하더라도 그 구체적인 행사는 신탁계약 그 자체 또는 신탁계약에 의하여 수익자에게 부여된 의결권 행사 지시권 행사를 고려하여 이루어질 수밖에 없는 한계가 존재하는 것이다.

그러나 수탁자는 주식의 소유권을 대내외적으로 취득하였으므로(신탁법 제31조), 주주로서 신탁계약 또는 수익자의 지시에 반하여 의결권을 행사하더라도 회사와의 관계에서는 적법·유효한 의결권의 행사로 평가될 것이다.⁴⁴⁾ 다만, 수탁자는 위탁자 등과의 관계에서 채무불이행에 따른

40) 권중호, 앞의 논문, 1369면.

41) 대법원 2020. 6. 11. 선고 2017다278385, 278392 판결.

42) 대법원 2017. 3. 23. 선고 2015다248342 전원합의체 판결.

43) 김태진, 앞의 논문, 111면.

44) 김지평, 앞의 논문, 21면.

손해배상 등의 책임을 부담하거나⁴⁵⁾ 위탁자 또는 수익자와의 관계에서 신임의무 또는 충실의무 위반에 따른 책임을 추궁당할 수는 있을 것이다. 이처럼 수탁자가 신탁계약에 위반한 배신행위를 할 위험을 극복하고자 위탁자가 자기 자신에게 주식을 신탁하는 이른바 자기신탁의 방식을 제안하는 견해도 있다.⁴⁶⁾ 그러나 수탁자가 신탁계약의 취지에 반하여 신탁재산의 소유자로서의 권리를 행사할 위험은 비단 주식신탁에만 존재하는 것은 아니므로, 유독 주식신탁에 대해서만 그러한 위험을 강조할 필요는 없을 것이다. 신탁은 위탁자와 수탁자 사이의 신임관계(fiduciary relationship)가 핵심이다. 위탁자가 수탁자를 신뢰하지 못하면 신탁관계는 존재할 수 없다.

주식신탁에 있어서 주식의 내용적 분할에 관한 쟁점은 위탁자의 공동상속인 중 후계자로 지정된 1인에게 의결권 행사 지시권을 집중시킬 수 있는가의 문제로 귀결된다. 채권에 불과한 의결권 행사 지시권을 수익자 중 1인에게 집중시킬 수 있는지의 문제로 파악할 수 있다. 이는 의결권만 주식과 분리하여 양도할 수 없다는 논의와 궤를 달리하여 판단하여야 한다. 수탁자는 주식신탁을 통하여 주식의 대내외적인 보유자가 되고, 회사에 대하여 주주권을 행사할 수 있는 주주가 된다. 신탁재산인 주식을 보유하며 의결권을 행사하는 당사자는 수탁자이다.⁴⁷⁾ 위탁자의 공동상속인 중 1인에게 의결권 행사 지시권을 집중시키는 것은 위탁자와 수탁자 사이의 신탁계약 체결의 결과일 뿐이다. 주식에 대한 자익권과 공익권을 모두 보유하며 행사하는 주체는 어디까지나 수탁자이다. 수탁자가 자익권 행사로 얻은 배당금은 일단 수탁자가 취득하고 그 이후에 신탁계약이 정한 바에 따라 수익자들에게 배분하는 것이다. 주주로서의 의결권 행사 역시 회사와의 관계에서 주주권 행사는 수탁자가 하는 것이고, 다만 그 구체적인 행사 내용에 관해서는 신탁계약에서 정한 바에 따라 의결권 행사 지시권자의 지시 내용을 고려하는 것일 뿐이다. 의결권 행사 지시권은 주식의 내용적 분할 금지를 회피하기 위한 수단이 아니고, 신탁 목적 범위 내에서 수탁자의 권리 행사가 제한되는 신탁의 본질에 따른 결과물

45) 김지평, 앞의 논문, 21면.

46) 김상훈, 앞의 논문, 29면.

47) 井上聰, “最近の新しい信託取引の動向について”, 信託 第242号, 2010, 162-163면.

이다. 이와 같은 제한은 비단 주식뿐만 아니라 신탁의 대상이 되는 모든 재산에 관한 권리 행사에 적용된다. 최근 들어 과생상품거래를 통해서 주주가 주식에서 발생하는 현금흐름만을 계약으로 타인에게 양도하는 경우가 늘어나고 있는데, 이러한 계약이 당사자들 사이에 원칙적으로 유효하다는 점에는 다툼이 없다.⁴⁸⁾ 한편, 주식을 소유하면서 이에 대한 이해관계를 가지지 아니하는 것을 ‘의결권 과다 보유’라 하고, 이는 의결권 계약, 백지위임장의 수취와 같이 주식을 소유하지 아니하면서 의결권 행사권리만을 취득하는 의결권 분리 거래에 의하여 발생한다.⁴⁹⁾ 주식신탁 역시 의결권 과다 보유의 한 모습이라고 평가할 여지도 있으나, 일반적인 의결권 분리 거래에 의한 의결권 과다 보유와는 차이가 있다. 이에 따라 수탁자가 의결권 과다보유로 인하여 주식의 가치를 극대화하는 방향으로 의결권을 행사하지 아니하더라도 이는 신탁업자와 위탁자 사이의 대리비용 문제 측면에서 검토하는 것이 타당하고, 의결권 분리에 대한 회사법 혹은 증권법적 취급의 문제로 다루는 것은 바람직하지 아니하다는 견해도 있다.⁵⁰⁾ 신탁계약으로 공동상속인 중 1인에게만 의결권 행사지시권을 집중시키더라도 의결권의 분리, 의결권의 내용적 분할의 문제는 발생하지 아니한다고 보는 것이 타당하다.

3. 신탁업자의 의결권 행사를 제한한 자본시장법 규정의 개정 필요성

가. 자본시장법 제112조 제3항 제1호의 규정 취지

가업승계를 위한 주식신탁에서 위탁자인 경영자는 자신이 원하는 방식으로 의결권이 행사되어야만 경영권 유지가 가능하기 때문에 의결권 행사지시권을 유보해야 할 필요성이 있다. 그런데 의결권 행사지시권과 관련하여서는 신탁법상 짚고 넘어가야 할 문제가 있다. 수탁자에게는 선관주의 의무(신탁법 제32조)와 충실의무(신탁법 제33조)가 있기 때문에 원칙적

48) 김지평, 앞의 논문, 10면.

49) 김지평, 앞의 논문, 28-29면.

50) 김지평, 앞의 논문, 32-33면.

으로 수탁자는 누구의 지시도 받지 않고 자신의 독자적인 판단에 따라 수익자의 이익을 위하여 의결권을 행사해야 한다. 그렇다면 주식을 신탁하면서 위탁자나 수익자에게 의결권행사지시권을 유보하는 것은 신탁법상 허용될 수 없는 것이 아닌지 문제될 수 있다. 그러나 수익자의 지시에 따라 의결권을 행사하는 것은 그 자체로 이미 충실의무에 위반하는 것이 아니고, 충실의무에 관한 신탁법 제33조는 임의규정이라는 점 및 유언대용신탁의 위탁자는 자유로이 수익자변경권을 행사할 수 있다는 점 등에 비추어 볼 때, 위탁자의 지시에 따라 의결권을 행사하는 것도 문제가 되지 않는다고 본다.⁵¹⁾

그러나 수탁자가 신탁업자인 경우에는 사정이 다르다. 자본시장법은 신탁업자가 신탁을 활용하여 지분을 우회적으로 취득함으로써 경영권을 확보하는 것을 방지하기 위하여 신탁재산에 속하는 주식이 동일 법인이 발행한 주식 총수의 15%를 초과한 경우 신탁업자가 그 초과하는 주식에 대하여 의결권을 행사할 수 없도록 하였다(제112조 제3항 제1호).⁵²⁾ 금융이 신탁이라는 수단을 통해 산업을 지배하는 것을 막아야 한다는 소위 ‘금산분리원칙’을 유지하기 위한 수단이라고 할 수 있다.

나. 자본시장법 제112조 제3항 제1호가 가업승계를 위한 주식신탁에 미치는 영향

자본시장법 제112조 제3항 제1호에 따라 신탁업자가 신탁재산으로 취득한 주식에 관하여 의결권을 행사하는 때에는 같은 법인이 발행한 주식 총수의 15%를 초과하면 그 초과분에 관해서는 의결권을 행사할 수 없다. 이에 의하면, 주식을 신탁한 목적의 구체적 내용에 관계없이 일률적으로 그 의결권이 제한된다.⁵³⁾ 자본시장법에 따라 의결권 행사가 제한되는 것을 회사의 주주총회 실무에서 ‘무의결권주식’으로 취급한다면, 신탁

51) 김상훈, 앞의 논문, 28면(다만, 이에 관해서는 충실의무는 수탁자가 수익자에게 신탁관계에 기하여 부담하는 핵심 의무라는 점을 근거로 한 반론도 있을 수 있다).

52) 한국증권법학회, 『자본시장법주석서』(개정판), 박영사(2015), 567면; 오영표, “유언대용신탁의 활용과 실무상 쟁점”, 신탁연구 제2권 2호, 한국신탁학회, 2021, 80면.

53) 권중호, 앞의 논문, 1371면.

회사가 보유하고 있는 주식 중 의결권 행사가 가능한 15%만으로 회사를 지배하는 데는 무리가 없을 것이나, 발행주식 총수에 불산입하는 명문의 규정이 없어 일반결의요건인 ‘발행주식 총수의 1/4’과 특별결의요건인 ‘발행주식 총수의 1/3’을 충족시킬 수 없게 되는 문제가 있다.⁵⁴⁾ 이러한 제한으로 인하여 신탁업자가 가업승계신탁과 상속 관련 신탁 등을 활성화하려고 하여도 의결권 행사의 한계로 인하여 소비자가 원하는 내용을 주식신탁 관련 상품으로 설계할 수 없는 것이 현재 실무계의 어려움이다.⁵⁵⁾

다. 자본시장법 제112조 제3항 제1호와 주식신탁의 관계

1) 문제점

중소기업의 상당수는 1인 또는 소수의 주주에게 그 지분이 집중되어 있다. 따라서 중소기업이 가업승계를 위하여 신탁업자에게 주식을 신탁하면, 자본시장법상 신탁업자의 의결권 행사 제한으로 기업의 의사결정 절차가 제대로 이루어지지 못하는 문제가 발생한다. 중소기업이 가업승계를 위하여 신탁업자에게 주식을 신탁하는 것이 사실상 봉쇄되어 있는 것이다. 특히 가업승계를 목적으로 주식을 신탁하는 경우 주식의 의결권은 수탁자인 신탁업자가 단독으로 행사하는 것이 아니고 위탁자가 수익자의 지시에 따라 행사하게 된다.⁵⁶⁾ 가업승계를 위한 주식신탁은 신탁업자가 우회적으로 기업의 경영권을 취득하기 위한 목적으로 이루어지는 것이 아니므로 자본시장법의 규정 취지에 반하지 아니한다. 그렇다면, 가업승계를 위한 주식신탁과의 관계에서 자본시장법 제112조 제3항 제1호를 어떻게 해석하는 것이 좋을까? 이에 관해서는 견해가 대립하고 있다.

54) 오영표, 앞의 책, 268면.

55) 김태진, 앞의 논문, 82-83면.

56) 권중호, 앞의 논문, 1372면.

2) 견해의 대립

가업승계 목적의 주식신탁에는 신탁업자의 재량권을 제한하는 목적의 규정인 자본시장법 제112조 제3항 제1호가 적용될 여지는 없다는 견해가 있다.⁵⁷⁾ 이에 대하여 이러한 문제는 자본시장법 등 관련 법령의 개정을 통하여 해결하여야 할 성질의 것이라고 보는 견해도 있다.⁵⁸⁾

나. 검토

신탁업자가 해당 주식의 의결권을 행사함에 있어 신탁계약에 따라 위탁자 또는 수익자의 통제를 받게 되므로 신탁업자가 특정 기업을 절대적·종국적으로 지배하는 것은 불가능하다.⁵⁹⁾ 가업승계는 우리 법이 이를 허용하여 여러 절차적 혜택을 부여하고 있는바, 이를 고려하면 이 글에서 논하는 가업승계를 위한 주식신탁은 자본시장법 제112조 제3항 제1호의 취지에 반하지 아니하는 행위이다. 따라서 위 규정에 관한 해석론으로도 가업승계를 위한 주식신탁 시 신탁업자인 수탁자가 15%를 넘어 의결권을 행사할 수 있다고 볼 여지도 있다. 그러나 자본시장법 문언은 그러한 재량의 여지를 두고 있지 아니함이 명백하다. 즉, 위 규정의 문언은 신탁의 목적을 고려하지 아니하고 모든 신탁에 대하여 적용하는 것으로 되어 있으므로 가업승계를 위한 주식신탁에 있어서도 동일한 취지로 적용될 수밖에 없다.⁶⁰⁾ 자본시장법상 신탁업자의 15% 의결권 행사 금지 규정을 회피하기 위하여 보유 주식을 15%씩 여러 신탁업자에게 나누어 신탁하는 방법도 제시되고 있으나, 이렇게 할 경우 신탁 수수료 등 신탁 비용이 증가하고 신탁 관리에도 불필요하게 큰 노력이 들어갈 수밖에 없다. 더욱이 이러한 방법이 금융당국에 의하여 적법·유효한 방법으로 판단

57) 권중호, 앞의 논문, 1372면(다만, 이 견해도 해석만으로는 실무의 우려를 불식하는 데에는 한계가 있으므로 명문의 규정으로 사업승계목적의 주식신탁의 경우와 같이 수탁자에 의한 의결권 행사가 위탁자나 수익자의 지시에 따라 이루어지는 때에는 동조의 의결권제한 대상에서 제외하는 것이 바람직하다고 한다).

58) 김태진, 앞의 논문, 83면.

59) 권중호, 앞의 논문, 1372면.

60) 조용규, 앞의 논문, 107면.

될지도 미지수이다. 현재로서는 그와 같은 방식을 취할 경우 자본시장법의 규정을 회피하기 위한 편법 내지 탈법행위로 보아 의결권행사를 불허할 가능성이 높다고 본다.

능동신탁 뿐만 아니라 수동신탁도 가능하고 수탁자가 위탁자의 지시에 따라 신탁재산을 관리하는 관리형 신탁도 일반적으로 가능한데, 주식을 신탁재산으로 하는 경우에는 위와 같은 취지의 관리형 신탁을 설정하는 것이 제한되고 있다. 이는 단순히 신탁의 한계가 아니라 자본시장법에 따른 제한으로써 입법적 정합성의 충돌에서 오는 문제에 기인한다. 입법적 충돌의 문제는 결국 입법적 개선을 통하여 해결하는 것이 바람직하다. 따라서 자본시장법 제112조 제3항 제1호의 내용을 개정하는 것이 필수적일 것이다. 구체적으로는 자본시장법에서 ‘다른 법률에 정함이 있는 경우를 제외하고 적용한다’고 규정한 후 중소기업진흥법 등에 가업승계를 위한 주식신탁의 구체적 인정 요건을 규정하거나 자본시장법 자체에 ‘일정한 요건을 충족한 가업승계를 위한 주식신탁은 제외한다’는 취지의 문언을 넣는 방법을 생각해볼 수 있다. 이와 함께 중소기업진흥법상 가업승계의 정의와 관련하여 가업승계의 방법으로 “상속이나 증여” 외에 신탁을 명시적으로 규정하는 것 역시 병행되어야 보다 완결성이 있는 규정체계를 형성할 수 있을 것이다.

이 문제와 관련하여 2022. 10. 13. 금융위원회에서 “종합재산관리 및 자금조달기능 강화를 위한 신탁업 혁신 방안”을 발표하였다. 여기서 금융위원회는, 단순히 투자수단으로서의 신탁이 아닌, 다양한 재산을 종합적이고 적극적으로 관리하는 신탁 본연의 기능을 강화시키는 것을 신탁업 혁신의 기본 방향으로 설정하고 있다. 그리고 그 일환으로서 소비자의 수요에 맞는 다양한 신탁을 허용하겠다는 방침인데, 고령화시대에 필요한 신탁상품으로서 가업승계신탁 관련 제도의 정비도 이에 포함되어 있다. 즉 중소·중견기업이 신탁을 활용해서 안정적으로 가업을 승계할 수 있도록 의결권 행사 관련 제도를 정비하는 것이 혁신 방안의 중요 안건 중 하나이다. 이에 따르면, 중소·중견기업의 가업승계 목적으로 설정된 신탁에 편입된 주식은 15% 룰의 제한을 받지 않고 온전히 의결권 행사가 가능하게 된다. 여기서 가업승계 목적으로 설정된 신탁의 요건으로, ① 중소·중견기업의 사주가 위탁자이고 생전 수익자일 것 ② 사주가 자사

주를 신탁할 것 ③ 경영권 승계 목적으로 위탁자 생전에 설정된 신탁일 것 ④ 신탁업자가 가업승계신탁의 명칭으로 신고한 약관에 따라 체결된 신탁일 것 등을 언급하고 있다.⁶¹⁾ 이러한 금융위원회의 신탁업 혁신 방안은 비록 만시지탄(晩時之歎)이지만 이제라도 하루빨리 입법화되어야 한다고 생각한다.

IV. 결론

중소기업의 지배주주이자 경영자가 기업의 승계와 관련하여 가장 깊이 고민하는 부분은 어떻게 하면 여러 상속인 중 한 명 또는 소수의 후계자에게 가족 기업을 온전하게 넘겨줄 것인가이다.⁶²⁾ 이는 기업의 의사결정에 관한 기존의 1인 지배구조를 유지하면서 창업자에서 2세 후계자에게로 지배주주만을 변경하는 방안을 생각하는 것에서부터 시작해야 한다. 그러나 여기서 그치지 않고, 2세에서 3세로 그 이후의 세대에까지 가업이 정상적으로 승계될 수 있는 효과적인 방안도 생각하여야 한다. 주식 신탁은 그러한 목적을 달성하게 도와줄 수 있는 좋은 수단이다. 그런데 자본시장법은 그 방법을 사실상 원천적으로 사용할 수 없게 해놓았다. 이에 관해서 해석론을 통하여 가능한 방안을 모색할 수도 있겠으나, 실무와 연결된 논의에서 이론적인 가능성만을 제시하여 문제를 해결하도록 하는 것은 그리 좋은 해결책은 아닌 것 같다. 그렇다면, 다시 원칙으로 돌아가 법률 규정에 대한 입법적 보완을 통하여 문제를 해결하는 것이 시간은 조금 더 걸리더라도 가장 완벽한 해결책으로 보인다. 물론 자본시장법상 신탁주식에 대한 의결권 제한을 완화 또는 철폐하는 때에 발생할 수 있는 문제점들에 대해서도 진지한 고민이 이루어져야 한다. 이는 위 제한 규정을 완화 또는 철폐하는 작업을 수행하면서 함께 논의해야 하는 문제로 앞으로 진행되는 논의를 지켜본 후 검토하여도 늦지 아니할

61) 금융위원회, “종합재산관리 및 자금조달기능 강화를 위한 신탁업 혁신 방안”, 2022. 10. 13. 7면.

62) 김상훈, 앞의 논문, 10면.

것이다. 우리는 다른 국가의 장수기업들을 보면서 그것은 그들의 선진화된 기업문화에 기반한 것이라고 설명하곤 한다. 그러면서도 우리나라에서 기업을 2세, 3세 또는 그 뒤의 후속 세대에 온전히 물려주는 것에 대해서는 부의 대물림이라는 프레임을 씌워 매우 부정적인 시선으로 바라보는 경향이 없지 않다. 중소기업들의 대부분은 창업자에서 2세 후계자로 넘어가지 못하고 중도에 폐업하거나 소리소문없이 사라지는 것이 현실이다. 즉 창업자에서 후대로 지배권의 이전을 추진할 정도로 내실 있는 기업은 전체 중소기업 중에서도 소수에 불과하다. 중소기업이 가족기업으로서 그 지배권이 창업자에서 후대로 넘어가서도 그 명성이 계속 유지되기 위해서는 후대의 피나는 노력이 계속되어야 함은 냉혹한 기업 현실에서 당연히 요구되는 사항이다. 후대에서 그 뜻을 펼쳐보기도 전에 상속인들 사이의 분쟁으로 기업이 제대로 된 의사결정조차 할 수 없어 부실화된다면, 명문의 장수기업을 만드는 것은 고사하고 그 자체로 우리 경제에 악영향을 미칠 것이 자명하다. 우리 법은 가업승계라는 개념을 명식적으로 인정하고 있다. 적법한 가업승계가 효율적으로 이루어질 수 있도록 다양한 수단을 제공하는 것은 입법자와 정책 당국의 역할이다. 그와 맞물려 이제는 주식신탁에 있어서 의결권 행사에 관한 제한을 완화하거나 철폐하는 취지의 제도 개선과 입법적 결단이 있어야 할 시점이라고 생각한다.

(논문투고일: 2022.11.14., 심사개시일: 2022.12.8., 게재확정일: 2022.12.22.)



▶ 남궁주현(제1저자) · 김상훈(교신저자)

주식신탁, 가업승계, 의결권 행사 지시권,
자본시장법 제112조 제3항 제1호, 회사법

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 김진식·노혁준·천경훈, 「회사법」 제6판, 박영사, 2022
법무부(김상용 감수), 신탁법 해설, 법조협회, 2012
안성포 역/新井誠 著, 「信託法(第3版)」, 전남대학교출판부, 2011
오영걸, 「신탁법」, 홍문사, 2021
오영표, 「가족신탁 이론과 실무」, 조세통람, 2020
이계정, 「신탁의 기본법리에 관한 연구-본질과 독립재산성」, 경인문화사, 2017
이연갑, 「신탁법상 수익자 보호의 법리」, 경인문화사, 2014
이철송, 「회사법강의」 제30판, 박영사, 2022
임제연, 「회사법 I」 제8판, 박영사, 2022
정경영, 「회사법학」, 박영사, 2022
정순섭, 「신탁법」, 지원출판사, 2021
최수정, 신탁법(개정판), 박영사, 2019
한국증권법학회, 『자본시장법주석서』(개정판), 박영사(2015)

II. 논문

- 권중호, “중소기업의 원활한 사업승계를 위한 방안 -2011년 개정상법 및 개정신탁법을 중심으로-”, 「비교사법」 제18권 제4호, 2011
김상훈, “유연대용신탁을 활용한 가업승계”, 기업법연구 제29권 제4호, 2015. 12.
김순석, “신탁을 활용한 중소기업의 경영권 승계 방안에 관한 연구 -유연대용신탁 및 수익자연속신탁의 활용을 중심으로-”, 법학논총, 36권 제4호, 2016
김지평, “주식에 대한 경제적 이익과 의결권”, 경인문화사, 2012. 6.
김태진, “주식신탁 사례연구 -상사신탁·민사신탁의 경계를 넘어 신탁법과

- 회사법의 교차-”, 「법학논총」 제39권 제4호, 2019. 11,
- 남궁주현, “신탁원부에 기초한 신탁등기 대항력의 인정 범위에 관한 소고 -대법원 2022. 2. 17. 선고 2019다300095(본소), 2019다300101(반소) 판결에 관한 평석-”, 상사판례연구 제35권 제3호, 한국상사판례학회, 2022. 9. 30.
- 노혁준·김지평, “주식신탁의 활용방안 연구”(법무부 용역보고서), 서울대학교 금융법센터, 2015. 9. 30.
- 오영표, “유언대용신탁의 활용과 실무상 쟁점”, 신탁연구 제2권 2호, 한국신탁학회, 2021
- 조용규, “신탁을 활용한 기업승계 방안”, 서울대학교 석사학위 논문, 서울대학교 대학원, 2022. 2.

Ⅲ. 외국 문헌

井上聰, “最近の新しい信託取引の動向について”, 信託 第242号, 2010

Ⅳ. 기타 자료

금융위원회, “종합재산관리 및 자금조달기능 강화를 위한 신탁업 혁신 방안”, 2022. 10. 13.

Abstract

A Study on the Legal Issues of Stock Trust for Family Business Succession

Namgung Juhyun
Kim Sang hoon

The growth and development of SMEs is directly affected by the founder's competency, and this capability of the founder is exerted on the premise of dominance over the company. In SMEs, it is common for control to be concentrated on one founder or a small number of key members for a considerable period of time after establishment. One of the advantages of establishing a company is that it can be managed while maintaining the company permanently regardless of changes in the shareholder composition. However, SMEs often do not properly separate ownership and management, and tend to rely heavily on the capabilities of the CEO, who is the founder and controlling shareholder. If the controlling shareholder of a small and medium-sized company changes without any plan, the very existence of the company can be rapidly endangered. The series of acts of the founder, who is the controlling shareholder, transferring the control of the company to their children is the process of transforming a privately owned company into a family company, and can be included in the concept of family business succession. The succession of a family business through the transfer of corporate control applies the legal principles of inheritance and gift in the civil law aspect, but in the commercial law aspect, the legal principles of the company law and furthermore, the discussion on the reorganization of

the governance structure is applied. In terms of corporate governance, the key to family business succession is to pass the control over to one of the children's children. One of the most profound concerns for the controlling shareholders and managers of small and medium-sized enterprises in relation to corporate succession is how to completely hand over the family business to one of the many heirs. A stock trust is a good vehicle to help you achieve that goal. However, the Capital Market Act made the method virtually impossible to use. Resolving the problem through legislative supplementation seems to be the most complete solution, even if it takes a little longer. Of course, serious consideration should also be given to problems that may arise when the restrictions on voting rights on trust stocks are relaxed or abolished under the Capital Market Act.



▶ **Namgung Juhyun · Kim Sang hoon**

Stock trust, Family business succession, Right to direct the exercise of voting rights, Article 112 (3) 1 of the Capital Market Act, Corporate Law

상표권 침해에 대한 손해배상액 산정에서의 기여도 산정: ‘25%+8요소법’의 제안

정여단 *

정차호**

【목 차】

<p>I. 서론</p> <p>1. 연구의 필요성</p> <p>2. 연구의 범위 및 방법</p> <p>II. 상표 사건에서의 기여도 법리 개요</p> <p>1. 상표 기여도의 정의</p> <p>2. 기여도의 기본 산정공식</p> <p>3. 현황 및 문제점</p> <p>III. 한국의 판례</p> <p>1. 정관장 상표 사건(30%)</p> <p>2. MKM 상표 사건(15%)</p> <p>3. 킹콩리필 서비스표 사건(10%)</p> <p>4. 삼계탕 서비스표 사건(5%)</p> <p>5. 필라테스 서비스표 사건(20%)</p> <p>6. 하이우드 상표 사건(30%)</p> <p>7. 메타랜드 서비스표 사건(20%)</p> <p>IV. 중국의 판례</p> <p>1. 신백륜 상표 사건(2.5%)</p> <p>2. 향중여 서비스표 사건(73%)</p> <p>V. 일본의 판례</p> <p>1. VEGASVEGAS 서비스표 사건</p> <p>2. 舞豚 서비스표 사건</p> <p>3. 사용료율과 기여도의 관계</p>	<p>VI. 대만의 판례</p> <p>1. 오악국문 서비스표 사건(50%)</p> <p>2. 다른 사건에서 참고할 수 있는 점</p> <p>VII. 미국의 판례</p> <p>VIII. 상표사건에서의 기여도 법리의 제안:25%+8요소법</p> <p>1. 특허사건에서의 25% 경험칙의 상표사건에서의 활용</p> <p>2. 25% 경험칙+8요소</p> <p>3. 8요소의 도출</p> <p>4. 합리적 사용료에서의 상표의 기여도의 산정방식</p> <p>IX. 완전히 다른 방법(정성분석법)의 필요성</p> <p>1. 특허 기여도 정의와의 대비</p> <p>2. 침해요소와 비침해요소를 구분하는 방법</p> <p>3. 중국의 정성분석법</p> <p>4. 미국의 정성분석법</p> <p>5. 소결</p> <p>X. 결론</p>
---	---

* 성균관대학교 법학전문대학원 박사과정 학생(주저자).

** 성균관대학교 법학전문대학원 교수(교신저자).

【국문 요약】

상표권 침해에 대한 손해배상액의 산정에 있어서 기여도(寄與度, apportionment ratio)를 산정하는 법리에 대한 연구가 전무한 실정이며, 그래서 관련 연구가 매우 필요하다. 본 논문은 상표사건에서의 기여도의 정의(definition)를 “원고(권리자)의 일실회익 또는 피고(침해자)의 이익에 대해 해당 상표가 기여한 정도”라고 제시한다. 상표사건에서의 기여도 적용의 실무상 문제점은 ① 고려요소의 불일치, ② 기여도 수치를 산정하는 구체적인 과정의 미제시 및 (그로 인한) ③ 결과적인 기여도 수치의 예측의 어려움인 것으로 파악되었다. 본 논문은 한국, 중국, 일본 및 대만에서 다투어진 상표사건 중 기여도 고려요소 및 수치가 구체적으로 제시된 12개 판결을 분석하였다. 그 분석의 결과로 본 논문은 다음과 같은 8가지 고려요소(‘8요소’)를 제시한다: ① 기술, 디자인, 자본력 등의 요소가 해당 상품에 기여하는 정도, ② 해당 상표의 인지도(brand power), ③ 원고와 피고의 업종 및 시장구역의 근접성, ④ 피고가 침해 표장을 변경한 행위, ⑤ 해당 상표의 해당 상품에서의 사용범위 및 정도, ⑥ 침해 전·후 매출액 또는 시장점유율의 변화, ⑦ 구체적인 수치가 있는 해당 상표의 기여도에 관한 외부자료 및 ⑧ 해당 상표의 사용에 의한 해당 상품의 가격변화. 본 논문은 위 ‘8요소’를 활용하면서 기여도를 산정하는 구체적인 방법으로 ‘25%+8요소법’을 제안한다. 25%+8요소법은 해당 제품의 단위수량당 이익 중 25%가 대상 상표의 기여에 의한 것이라고 잠정 인정한 후, 위에서 제시된 8요소의 상향 필요성 및 하향 필요성을 종합적으로 고려하여 그 25%를 조정한 최종 기여도를 결정하는 방법이다. 우리나라 판결에서의 기여도 중간값이 약 25%인 점, 여러 판결에서 그러한 요소들을 고려하였다는 점 및 사용하기 편리하다는 점에서 25%+8요소법이 적극 권장된다.

I. 서론

1. 연구의 필요성

우리나라에서 ‘특허권’ 침해에 대한 손해배상액을 산정하는 법리가 정립되어 있지 않다는 판단 하에 여러 선행연구자가 그 법리를 정립하기 위해 노력하여 왔다.¹⁾ 최근에는 더 나아가 특허권 침해에 대한 손해배상액 산정에 있어서 ‘기여도’를 적용하는 법리에 대한 관심이 높아지고 있다.²⁾ 2019년 대법원도 (특허사건과 성격이 유사한) 기술영업비밀 사건에서 (기존의 저작권 사건에서 제시한 기여도 고려요소와는 사뭇 다른) 기여도 산정의 고려요소를 제시한 바 있다.³⁾ 특허사건과 관련하여 기여도 법리가 발전하고 있음에도 불구하고, 상표사건에서의 상응하는 연구는 전무한 것으로 파악된다.⁴⁾⁵⁾ 상표사건에서 손해배상액을 산정함에 있어

-
- 1) RISS 사이트에서 (특허+ 손해배상)으로 검색한 결과, 2000년 이후의 박사학위논문만 9개 이상이 검색된다.
 - 2) 최호진, “다중결합제품의 특허침해 사건에서 손해배상액 추정규정과 기여율의 체계적 해석에 관한 고찰”, 사법 제57호, 사법발전재단, 2021; 최형구, “특허침해 손해배상에 있어 기여도 산정기준에 관한 국내 판례분석”, The Journal of Law & IP 제11권 제2호, 충남대학교 세종지적재산연구소, 2021; 정차호·황성필, “특허권 침해에 대한 손해배상액 산정: 미국의 기여도(apportionment ratio) 법리”, 과학기술과 법 제10권 제2호, 충북대학교 법학연구소, 2019; 주현재·문려화·정차호, “특허법상 손해배상액 산정에 있어서 기여도 증명책임의 소재”, 지식재산연구 제13권 제1호, 한국지식재산연구원, 2018; 정차호·문려화, “특허권 침해에 대한 손해배상액 산정에 있어서의 기여도(apportionment ratio) 산정 법리”, 정보법학 제21권 제3호, 한국정보법학회, 2017; 정차호·장태미, “특허권침해 손해배상액 산정의 기초(base): 전체시장가치원칙, 최소판매가능부품원칙 및 기여도배분원칙의 상황별 적용” 법학연구 제22권 제2호, 경상대학교 법학연구소, 2014.
 - 3) 대법원 2019. 9. 10. 선고 2017다34981 판결(“물건의 일부가 영업비밀 침해에 관계된 경우, 침해자가 물건을 제작·판매함으로써 얻은 전체 이익에 대한 영업비밀의 기여율은 전체 물건에서 영업비밀의 침해에 관계된 부분이 필수적 구성인지 여부, 기술적·경제적 가치, 전체 구성 내지 가격에서 차지하는 비율 등을 종합적으로 고려하여 정해야 한다.”).
 - 4) RISS 사이트에서 (상표+ 기여)로 검색한 결과, 그 두 키워드를 제목으로 하는 문건은 발견되지 않았다.
 - 5) 미국 Westlaw 서비스의 Law Review DB에서 (trademark /s damages /s apportion!)으로 검색한 결과로도 관련 논문이 발견되지 않는다. 논문이라기 보다는 짧은 글에 해당하는 다음 문건 정도만이 발견된다. Scott P. Shaw, *Applying the Apportionment Theory in Copyright and Trademark Cases Involving Apparel and Retail Defendants*, Orange County Law., July 2009.

서 기여도를 적용하는 법리를 연구할 필요성이 인정된다.

2. 연구의 범위 및 방법

본 논문은 한국, 중국, 미국, 일본 및 대만에서 상표권 침해에 대해 손해배상액을 산정하면서 기여도 산정의 고려요소 및 기여도 수치를 구체적으로 제시한 판결들을 분석한다.⁶⁾ 여러 차례에 걸쳐 검색하여 12개의 판결들을 수집할 수 있었다. 본 논문은 그 12개의 판결들을 관통하는 기여도 산정의 법리를 제안한다. 다른 한편, 상표권 침해에 대해 손해배상액을 산정하면서 기여도를 적용 또는 언급하지 않은 판결 및 기여도를 100%로 인정한 판결도 다수 발견된다. (분량의 한계로 인해) 본 논문은 그러한 판결들에 대하여는 분석하지 않는다. 후속 논문에서 그 판결들을 분석하고, 본 논문이 분석한 판결들과 비교, 연결할 것이다.

II. 상표 사건에서의 기여도 법리 개요

1. 상표 기여도의 정의

상표권 침해에 대한 손해배상액을 산정하는 방법은 권리자의 일실이익, 침해자의 이익, 합리적 사용료⁷⁾ 및 법정배상의⁸⁾ 4가지가 존재한다.⁹⁾¹⁰⁾ 그러한 산정에 있어서 해당 상표가 해당 상품의 가격에 어느 정도

6) 다만, 미국에서는 여러 고려요소를 고려하여 기여도를 책정한 사례가 발견되지 않았다. 미국의 상표사건에서의 기여도 산정법리에 대하여는 별도의 논문에서 연구하고자 한다.

7) 상표법 제110조 제1항 내지 제4항.

8) 상표법 제111조(법정손해배상의 청구).

9) 박종태, 상표법 제13판, 한빛지적소유권센터, 2019, 680-685면.

10) 정차호·장태미, “특허법 제128조 제6항에 따른 법원의 재량에 의한 ‘상당한’ 손해액의 인정”, 지식재산연구 제10권 제2호, 한국지식재산연구원, 2015, 2면 초록(“특허권 침해소송에서 손해액을 산정함에 있어서 특허권자가 손해액을 증명하여야 한다. 그러나 그러한 증명이 어려움을 감안하여 특허법 제128조 제6항은 손해액을 증명하기 극히 곤란한 경우 법원이 재량으로 ‘상당한’ 손해액을 인정할 수 있다고 규정하고 있다. 그런데, 법원이 제1항 내지 제4항에 의한 산정을 완전히 포기하고 제6항만을 근거로 손해배상액을 산정하는 사례가 많은데, 이 글은

로 기여하였는지를 판단하여 그 기여도를 적용하여야 한다. 특허사건에서의 기여도 적용에 관한 논문에서 손해배상액 산정의 대상이 되는 가치(판매가)¹¹⁾ 또는 구매력으로¹²⁾ 특허권의 기여도를 정의한 사례가 발견된다. 상표와 관련하여 기여도를 “침해된 상표가 침해된 제품의 매상에 어느 정도 기여했는지를 파악하는 것”이라고 설명한 사례도 존재한다.¹³⁾ 물론 이러한 정의도 참고할 가치가 있으나, 필자는 상표의 기여를 가장 잘 설명하는 것은 해당 상표로 인해 증가된 이익이라고 생각한다. 대법원도 (저작권 사건이긴 하나) 전체 ‘이익’에 해당 지식재산권이 기여한 바를 기여도라고 실시한 바 있다.¹⁴⁾ 그래서 상표사건에서의 기여도는 상표가 전체 이익에 기여한 비율로 정의할 수 있다.¹⁵⁾

제6항이 별도의 손해배상액 산정의 근거가 되는 것이 아니라 제1항 내지 제4항의 산정을 돕는 보조적 규정임을 밝혔다.”).

- 11) 정차호·문려화, “특허권 침해에 대한 손해배상액 산정에 있어서의 기여도(apportionment ratio) 산정 법리”, 정보법학 제21권 제3호, 한국정보법학회, 2017, 88-89면(“그런 견지에서 ‘기여도는 손해배상액 산정의 대상이 되는 제품의 가치(판매가)에 해당 특허발명이 기여한 비율’이라고 정의할 수 있다.”).
- 12) 최지선, “특허침해 손해액 산정법의 개선방안에 관한 연구 : 통계학적 분석 및 온라인기술가치평가시스템의 활용사례를 중심으로”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2016, 197면(“기여도 고려할은 침해자의 제품 중 침해부분이 차지하는 비중이 일부분에 불과한 경우에는 제품 전체의 구매력에 대한 특허발명의 공헌의 정도인 기여율을 고려할 필요가 있다고 본다.”).
- 13) 최우령, “상표권 침해로 인한 손해배상청구에 관한 연구”, 고려대학교 박사학위논문, 2013, 85면(인용: 島田康男, 商標權侵害に基づく損害賠償請求について, 知的財産法の理論と実務—商標法・不正競争防止法—(第3巻), 新日本法規出版, 2007, 191頁).
- 14) 대법원 2004. 6. 11. 선고 2002다18244 판결(“물건의 일부가 저작재산권의 침해에 관계된 경우에 있어서는 침해자가 그 물건을 제작·판매함으로써 얻은 이익 전체를 침해행위에 의한 이익이라고 할 수는 없고, 침해자가 그 물건을 제작·판매함으로써 얻은 전체 이익에 대한 당해 저작재산권의 침해행위에 관계된 부분의 기여율(기여도)을 산정하여 그에 따라 침해행위에 의한 이익액을 산출하여야 할 것이고 ...”).
- 15) 정차호·문려화, 앞의 논문, 88면(“기여도는 손해배상액 산정의 장면에서 사용된다. 그러므로 손해배상액 산정과 연관되어 ‘기여도’를 정의할 필요가 있다. 손해배상액 산정은 배상금액을 산정하는 것이고, 배상금액은 침해자 제품 또는 특허권자 제품의 매출(판매가)을 기준으로 산정하게 된다. 그러므로 기여도도 그 판매가와 관련하여 정의되어야 한다. 그런 견지에서 ‘기여도는 손해배상액 산정의 대상이 되는 제품의 가치(판매가)에 해당 특허발명이 기여한 비율’이라고 정의할 수 있다. 그래서 해당 제품의 판매가(가치)에 기여도를 곱하면 해당 발명의 가격(가치)이 산출된다.”).

일실이익, 침해자 이익, 합리적 사용료로 산정함에 있어서 각 장면에 어울리게 기여도를 적용해야 할 것이다.¹⁶⁾ 구체적으로 설명하면, 원고(상표권자 및/또는 전용실시권자)의 일실이익을 산정하는 경우의 상표의 기여도의 정의는 해당 상표가 원고의 이익에 기여한 비율이다. 침해자 이익을 산정하는 경우에는 상표의 기여도의 정의는 해당 침해상표가 침해자의 이익에 기여한 비율이다. 합리적 사용료를 산정하는 경우에는 사용료기초(royalty base)를 적용하면서 기여도를 반영할 수 있다. 검색된 바에 따르면, 지금까지 상표사건에서 기여도를 적용한 경우는 대부분 침해자의 이익을 산정하는 경우이다.¹⁷⁾ 아마도, 원고(권리자)가 본인의 영업정보가 노출될 가능성을 방지하기 위하여 또, 더 중요하게 상대방(피고)의 영업정보를 획득하기 위하여, 본인의 일실이익이 아닌 침해자(피고)의 이익에 의한 산정을 선호하였을 것으로 생각된다.¹⁸⁾

2. 기여도의 기본 산정공식

상표사건에서 기여도를 산정할 때 해당 상표가 대상 상품의 이익에 기여한 정도를 고려해야 한다. 일실이익을 산정하는 기본공식은 침해자 양도수량에 권리자의 단위수량당 이익액을 곱하는 것이다.¹⁹⁾ 그러나, 그것은 추정되는 기본공식에 불과하다. 즉, 침해자 양도수량 중 인과관계가 인정되지 않는 수량은 제외되어야 하고,²⁰⁾²¹⁾ 해당 상표의 기여와 무관한

16) 미국에서는 법정손해배상액을 책정하는 경우에는 기여도가 적용되지 않는다고 한다. Nintendo of America, Inc. v. Dragon Pacific International, Et Al., Guide Computer L. P 47177 (“However, apportionment is simply not an option when statutory damages are elected.”). 필자는 법정손해배상액을 책정하는 경우에도 기여도가 고려될 수 있다고 생각한다. 그러나, 그 점에 대한 논의는 본 논문에서는 생략한다.

17) 아래 표17 참고.

18) J. Benjamin Bai *et al.*, *What Multinational Companies Need to Know About Patent Invalidation and Patent Litigation in China*, 5 Nw. J. Tech. & Intell. Prop. 449, 462 (2007) (“If the infringer's profits are to be used as a basis for assessment of damages, evidence preservation becomes an essential tool to enable the patentee to obtain the necessary sales and accounting information from the defendant.”).

19) 상표법 제110조(손해액의 추정 등) 제1항 제1호.

20) 정차호, 특허법의 손해배상론, 박영사, 2016, 9면(“추정된 금액을 한도 및/또는 단서에 의해 일부 복멸할 수 있으므로, 동향을 추정규정으로 보는 것이 타당하다고 본다.”).

이익은 단위수량당 이익에서 제외되어야 한다. 침해자 이익을 산정하는 기본공식은 침해자 양도수량에 침해자의 단위수량당 이익액을 곱하는 것이다. 그러나, 그것도 추정되는 기본공식에 불과하다.²²⁾ 즉, 침해자 양도수량 중 인과관계가 인정되지 않는 수량은 제외되어야 하고,²³⁾ 해당 상표의 기여와 무관한 이익은 단위수량당 이익에서 제외되어야 한다. 그렇게 해당 상표의 기여와 무관한 이익을 단위수량당 이익에서 제외하기 위해서, 단위수량당 이익에 기여도를 곱하는 것이다. 그 내용을 다음 표와 같이 정리할 수 있다. 아래 공식에서의 ‘기여도’를 산정하는 법리를 제공하여야 한다.

<표1: 기여도를 반영하는 일실이익 또는 침해자 이익의 산정공식>

<p>■ 권리자 일실이익 = <수량 인과관계가 인정되는> 침해자 양도수량 x (권리자 단위수량당 이익액 x 기여도)</p> <p>■ 침해자 이익 = <수량 인과관계가 인정되는> 침해자 양도수량 x (침해자 단위수량당 이익액 x 기여도)</p>

또 합리적 사용료의²⁴⁾ 기본공식은 사용료기초(royalty base)에 사용료율(royalty rate)을 곱하는 것이다.²⁵⁾ 산정공식은 아래와 같다.²⁶⁾ 여기서

21) 상표법 개정으로 복합산정(hybrid calculation) 법리가 도입됨에 따라 여기에서 제외되는 수량에 대하여는 합리적 사용료에 의해 산정될 수 있다. 상표법 제110조 제1항 제2호.

22) 대법원 2006. 10. 12. 선고 2005다36505 판결(“이 규정은 특허권자에게 손해가 발생한 경우에 그 손해액을 평가하는 방법을 정한 것에 불과하여 침해행위에도 불구하고 특허권자에게 손해가 없는 경우에는 적용될 여지가 없으며, 다만 손해의 발생에 관한 주장·입증의 정도에 있어서는 위 규정의 취지에 비추어 경업관계 등으로 인하여 손해 발생의 염려 내지 개연성이 있음을 주장·입증하는 것으로 족하다고 보아야 할 것이다.”).

23) 여기에서 제외되는 수량에 대해 합리적 사용료에 의해 산정이 될 수 있는지에 대하여는 이견이 있을 수 있다.

24) “Royalty”를 특허법에서는 ‘실시료’라고 칭하고, 상표법에서는 ‘사용료’라고 칭하고, 저작권법에서는 ‘이용료’라고 칭한다.

25) 황성필·정차호, “‘합리적’ 실시료율 책정을 위한 25% 원칙”, 법학논문집 제44집 제1호, 중앙대학교 법학연구원, 2020, 406면(“실시료(royalty)는 실시료기초에 실시료율을 곱하여 구한다.”).

26) 황성필·정차호, 위의 논문, 406면(“Uniloc 법원은 25% 원칙이 해당 사안에서의 실시료기초와

도 기여도 산정이 문제가 된다.

<표2: 기여도를 반영하는 사용료의 산정공식>

$$\blacksquare \text{ 사용료} = (\text{사용료기초} \times \text{기여도}) \times \text{사용료율(royalty rate)}$$

3. 현황 및 문제점

2022년 12월 현재까지 상표사건에서의 ‘기여도’를 연구한 학술논문은 한국에서는 발견되지 않는다.²⁷⁾ 기여도 수치를 산정한 구체적인 사건에서도 법원은 몇 가지 고려요소를 제시하고 구체적인 산정의 과정을 밝히지 않은 채 기여도 수치를 책정하는 행태를 보였다.²⁸⁾ 여러 사건에서 고려한 고려요소가 제각각이라는 문제점도 지적된다. 그래서 향후 상표의 기여도를 적용해야 하는 법원이 그 전의 판결들로부터 도움을 받지 못한다. 기존 실무의 문제점을 다음과 같이 정리할 수 있을 것이다. ① 고려요소의 불일치: 법원은 사건마다 조금씩 다른 고려요소를 제시하여 왔다. 주어진 사안에 따라 고려요소가 달라질 수 있음을 인정하더라도 그 달라지는 이유 또는 논거가 제시되지 않는다면 그 다름은 유연함이 아니라 혼란함이 된다. ② 기여도 수치를 산정하는 구체적인 과정의 미제시 및 (그로 인한) ③ 기여도의 결과 예측의 어려움: 비슷한 사건의 결과가 달라질 수도 있고, 원고와 피고가 불만을 가질 수 있고, 청구 내용을 미리 준비하기도 어렵다. 필자는 이러한 문제점의 해결방안을 찾기 위하여 주요국의 실제 판례를 분석한다.

합리적으로 연결되지 못한다고 설시하였다. 그 설시는 기여도(apportionment ratio)의 중요성을 강조한 것이다.

[▪ 기여도를 반영하지 않는 실시료(royalty) = 실시료기초(royalty base) × 실시료율(royalty rate) = 매출액 × (이익률 × 25%)

▪ 기여도를 반영하는 실시료 = (실시료기초 × 기여도) × 실시료율(royalty rate) = (매출액 × 기여도) × (이익률 × 25%)]”.

27) RISS 사이트에서 (상표+손해배상+기여)를 검색어로 검색한 결과에 의하면 상표사건에서 기여도를 적용하는 법리에 대해 논한 학술논문은 발견되지 않았다.

28) 정차호·문려화, 앞의 논문, 87면(“사건들도 동 법리를 제대로 이해하고 있는 것으로 생각되지 않는다. 많은 사건들은 몇 가지 요소들을 나열한 후 그것들을 종합적으로 검토하였다고 강변하며 그래서 기여도가 몇 %라고 결론을 내린다.”).

III. 한국의 판례

1. 정관장 상표 사건(30%)

정관장 사건은 정관장이라는 상표권을 침해한 홍삼 제품에 대한 손해배상액 산정에서 침해자의 이익을 산정한 것이다. 원고의 등록상표와 피고의 표장은 다음과 같다.

<표3: 정관장 사건에서 등록상표 및 침해표장의 비교 >

원고의 등록상표 ²⁹⁾	피고의 표장 ³⁰⁾
	

1심법원은 기여도를 고려하지 않았으며 구 상표법 제67조 제2항에³¹⁾ 의하여 침해자 이익으로 “손해배상액 = 침해제품을 제조하고 판매하여 얻은 총 매출액 - 원재료비 - 부재료비 - 기타 제조경비 - 기타 변동비”의 공식을 적용하여 얻은 이익 457,124,655원을 손해배상액으로 책정하였다.³²⁾ 항소심법원은 1심법원이 산정한 그 액수를 인정하면서도 나아가 기여도도 적용해야 한다는 점 및 그 적용에 있어서 다음의 요소가 고려되어야 한다고 실시하였다.

29) 특허법원 2020. 3. 27. 선고 2018나1855 판결(“이 사건 제3등록상표(상표)는 모서리가 둥근 사각형의 도안 중 상단 가운데는 ‘태극 문양’이 있고 ...”).

30) 특허법원 2020. 3. 27. 선고 2018나1855 판결(“그리고 이 사건 침해표장(상표)은 모서리가 둥근 사각형의 도안 중 상단 가운데는 ‘태극 문양’과 ‘6년근’이 기재되어 있고 ...”).

31) 상표법 제67조 제2항(“제66조의2에 따른 손해배상을 청구하는 경우 권리를 침해한 자가 그 침해행위에 의하여 이익을 받은 때에는 그 이익의 액을 상표권자 또는 전용사용권자가 받은 손해의 액으로 추정한다.”).

32) 서울중앙지방법원 2018. 6. 15. 선고 2017가합500971 판결.

<표4: 정관장 사건에서 고려된 해당 상표의 기여도 고려요소>

- | |
|--|
| ① 침해표장과 등록상표의 의미의 구별; ³³⁾
② 피고의 브랜드 파워; ³⁴⁾
③ 가격의 차이. ³⁵⁾ |
|--|

법원은 위 요소들을 고려한 후 침해표장이 해당 이익에서 차지하는 기여도를 30%로 결정하였다. 그에 따라서 최종 손해배상액은 137,137,396원(=457,124,655원×30%)이었다.³⁶⁾ 해당 상표의 기여도가 적당한지를 평가하기 위해 각 고려요소의 의미를 음미한다.

먼저 ① 요소에 대해 살펴본다. 법원은 한편으로는 ‘정관장’의 인지도를 인정하면서도, 다른 한편으로는 피고가 ‘고려홍삼’이라는 다른 상표를 사용한 점도 고려되어야 한다고 보았다. 법원은 그러한 사실이 피고에게

33) 특허법원 2020. 3. 27. 선고 2018나1855 판결(“① 원고가 홍삼제품에 표시하여 판매한 '정관장(正官庄)' 브랜드는 그 자체에 '정부가 관장하는 제품'이라는 의미를 가지고 있는데다가, 원래 인삼 및 홍삼 제품은 국가 전매사업의 대상으로서 제무부 산하의 전매청이 1948년 무렵부터 1989년 무렵까지 제품의 생산과 판매를 독점하면서 위 브랜드를 사용해왔고, 이어서 한국 담배인삼공사와 원고 등이 그 독점적인 사용을 계속함으로써 국내에 널리 알려지게 되었는바, 그 자체의 고객 흡인력이 상당하여 원고 제품의 매출에 상당한 영향을 미쳤을 것으로 보이는데, 피고는 '고려홍삼' 등 다른 표장을 사용하는 등으로 원고 제품과 차별화를 시도하기도 하였다.”).

34) 특허법원 2020. 3. 27. 선고 2018나1855 판결(“② 피고는 2002. 3. 26. 설립된 이래 홍삼제품을 주력으로 하는 건강식품전문 제조업체로서 2007년 6월 무렵 충청남도지사 품질추천 농특산물 인정을 받고, 2011년 12월 무렵 우수건강기능식품제조기준(GMP) 적용 업소로 지정되는 등 피고가 생산하는 홍삼제품의 품질을 인정받았고, 2015. 11. 10.자 머니투데이 인터넷판 기사에 원고와 농협홍삼에 이어 홍삼업계에서 국내 3위권의 기업으로 소개되기도 하였는바, 위와 같은 사정은 피고 제품의 매출에 영향을 미쳤을 것으로 보인다.”).

35) 특허법원 2020. 3. 27. 선고 2018나1855 판결(“③ 앞서 본 바와 같이 원고와 피고가 판매하는 홍삼제품의 판매가격대에 일부 차이가 있고, 위와 같은 사정 역시 피고 제품의 매출에 일부 영향을 미쳤을 것으로 보인다.”).

36) 특허법원 2020. 3. 27. 선고 2018나1855 판결(“(3) 정리 이상에서 살펴본 내용들을 종합하면, 피고의 이 사건 제3등록상표의 상표권 침해행위로 인하여 원고가 입은 손해액은 피고의 이 사건 침해표장의 사용으로 인한 피고의 한계이익액 457,124,655원에 피고의 한계이익액 중 이 사건 침해표장이 차지하는 기여율 30%를 적용하여 산정한 137,137,396원(= 457,124,655원 × 기여율 30%)으로 정함이 상당하다.”).

유리한지, 원고에게 유리한지에 대해 언급하지 않았으나, 필자는 피고가 사용한 ‘고려홍삼’이 원고의 상표인 ‘정관장’과 다른 점이 기여도를 낮추게 하였다고 생각한다.

② 요소에 대해 살펴본다. 피고의 고려홍삼이라는 브랜드의 인지도도 제법 존재하였으나, 원고의 정관장의 브랜드 인지도가 압도적으로 높다는 점이 인정된다. 검색사이트에서 ‘홍삼’으로 검색하면 대부분 ‘정관장’에 관한 내용이 검색된다. 또 ‘정관장’ 브랜드의 시장점유율이 65%-70% 정도로 나타났다.³⁷⁾³⁸⁾ 이에 따라서 ‘정관장’이 한국에서 남다른 브랜드 인지도를 가지고 있음을 알 수 있다. 피고가 원고의 상표와 유사한 침해 표장을 사용하게 되면 원고의 고객 중 일부에게 오인, 혼동을 줄 수 있는 것이다. ② 요소는 기여도를 높이는 측면이라고 생각된다.

③ 요소(가격)에 대해서 살펴보겠다. 원고제품과 피고제품의 판매가격에 차이가 있다. 가격차이는 피고제품의 매출에 일부 영향을 미쳤을 것이라고 판단된다. 법원은 소비자가 선택할 때 가격이 더 낮은 유사한 제품을 선택한 것이며, 가격요소가 피고의 매출액을 올린 것이며, 그럼으로 인해 원고의 상표권의 가치가 낮아졌다고 판단하였다. 그런데 이 판단은 잘못된 것이라고 생각된다. 소비자가 단순히 가격차이 때문에 피고의 제품을 선택한다면, 이 부분 소비자가 창출하는 이익은 상표권의 가치(제품의 이익)가 아니라 매출액과 가격에 대한 인과관계의 판단에 해당한다고 생각된다. 즉 제품의 증가 이익과 상표권의 가치의 인과관계를 판단하는 것을 통해서 상표권이 피고의 이익에 미치는 기여도를 결정한다고 생각된다. 구체적으로는 원고의 상표 때문에 피고의 가격이 본래의 가격보다 높은 경우에는 소비자가 원고의 브랜드를 믿고 가격이 더 높은 피고의 제품을 선택함으로써 생기는 이익은 상표의 가치이다. 이 점에 대해서는 홍삼 가격을 검색하는 것을 통해서 비교하겠다. 고려홍삼의 240g 홍삼정의 가격은 128,000원이다.³⁹⁾ 정관장의 240g 홍삼정의 가격은 211,000

37) 이재기, 「홍삼시장 정관장 “독주” 속 천지인·한뿌리 “맹추격”」, 노컷뉴스, 2012년 11월 14일. <참고링크: <https://www.nocutnews.co.kr/news/982217>>, 마지막 열람일: 2022년 9월 7일.

38) 윤병효, 「인삼공사 매출이 곧 홍삼시장규모…정관장 공략 안간힘」, EBN 산업경제, 2019년 8월 20일. <참고링크: <https://www.ebn.co.kr/news/view/997681>>, 마지막 열람일: 2022년 9월 7일.

원이다.⁴⁰⁾ 기타 브랜드의 240g 홍삼정의 가격은 약 90,000원(부자홍삼정),⁴¹⁾ 약 60,000원(대한홍삼진흥공사 홍삼농축액)⁴²⁾ 및 약 80,000원(서울약사신험 홍삼정)⁴³⁾ 대에 존재하였다. 이러한 가격의 비교를 통해서 피고의 홍삼정 가격이 다른 제품보다 비교적 높은 편임이 확인되었다. 다음의 가격비교를 통해서 상표권 가치와 가격의 인과관계를 분석하겠다. 첫째, 소비자가 싼 제품을 사고 싶다면 가격이 제법 비싼 피고의 제품이 아니라 다른 브랜드의 제품을 살 수 있다. 소비자가 피고의 제품을 선택한 이유 중 하나는 피고의 침해표장이 등록상표와 유사하기 때문에 원고의 홍삼인 줄 알고 구입한 것이고, 이 부분 이익은 상표의 기여에 의한 것으로 인정되어야 할 것이다. 둘째, 피고 제품의 비교적 높은 가격은 제품 품질이 좋기 때문이기도 하겠지만 높은 가치를 가지고 있는 원고의 상표를 사용하였기 때문이다. 이에 따라서 가격요소를 고려한다면 단순히 피고제품의 가격이 원고제품의 가격보다 더 낮게 책정되었기 때문에 원고의 상표권 가치를 떨어뜨렸다고 볼 수 없고, 원고상표의 가치로 인해서 피고제품의 가치가 상승하였다고 볼 수 있다. 이 점은 원고에게 유리한 요소이다. 위 3가지 측면을 종합하면 원고상표의 기여도를 법원이 책정한 30%보다 조금 더 높은 수치로 책정하는 것도 가능하다고 생각된다.

2. MKM 상표 사건(15%)

MKM 사건은 휠체어 제품에 대한 상표권 침해에 대한 손해배상액 산정에서의 기여도에 관한 사건이다. 피고의 휠체어에 부착되는 레이블을

39) 고려홍삼, <참고링크: http://www.korrg.co.kr/goods/goods_view.php?goodsNo=1000000140>, 마지막 열람일: 2022년 9월 6일.

40) 정관장, <참고링크: https://www.cheongkwanjang.co.kr/products/view.do?ref_id=342&id=416>, 마지막 열람일: 2022년 9월 6일.

41) 부자인삼, <참고링크: http://bujainsam.co.kr/product/detail.html?product_no=17&cate_no=51&display_group=1>, 마지막 열람일: 2022년 8월 27일.

42) <참고링크: <http://www.enuri.com/detail.jsp?modelno=10817793>>, 마지막 열람일: 2022년 12월 6일.

43) <참고링크: <http://www.enuri.com/detail.jsp?modelno=33639435>>, 마지막 열람일: 2022년 12월 6일.

이 사건 표장 사용 전, 후로 비교해 보면 아래와 같다.

<표5: MKM 사건에서의 침해표장>

이 사건 표장 사용 도안 	새로운 상표 도안 
기존 레이블 부착 휠체어 	현재 레이블 부착 휠체어 

1심법원은 구 상표법 제67조 제2항에 근거하여 상표권 침해행위로 얻은 침해자의 한계이익으로 손해배상액을 산정하였다. 그런데 법원은 그 한계이익에 대한 원고표장의 기여도를 10%로 보았다. 1심법원은 해당 상표로 인한 기여도를 “해당 표장 사용 전·후를 비교하면 상표적 기능이 큰지 여부”로 제시하였다.⁴⁴⁾ 항소심법원은 사안을 종합적으로 고려한 후에 구 상표법 제67조 제5항(법원재량)을 적용하여 손해배상액을 산정하였다.⁴⁵⁾ 그래서 항소심법원은 “손해배상액 = 한계이익 × 기여도”의 수식을 기초로 손해배상액을 산정하였다. 과주세무서의 과세정보에 의하면 침해기간 중⁴⁶⁾ 침해자 이익(한계이익)은 2,219,649,687원이었다.⁴⁷⁾ 기여도 산정을 위한 고려요소로는 다음이 제시되었다.

44) 서울중앙지방법원 2016. 5. 27. 선고 2015가합504429 판결.
 <참고링크: <https://kasaninsight.tistory.com/917>>, 마지막 열람일: 2022년 12월 6일.
 45) 특허법원 2017. 5. 19. 선고 2016나1370 판결(“... 구 상표법 제67조 제5항에 따라 법원이 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수밖에 없다.”).
 46) 피고의 침해기간은 2010년 9월 16일부터 2013년 1월 29일까지이다.
 47) 특허법원 2017. 5. 19. 선고 2016나1370 판결(“⑥ 이 사건 침해행위 기간인 2010. 9. 16. 부터 2013. 1. 29.까지 피고가 이 사건 표장을 사용하여 판매한 결과, 그 판매로 얻은 한계이익은 2,219,649,687원이다”).

<표6: MKM 사건에서 해당 상표의 기여도 고려요소>

- ① 피고 제품의 품질, 기술, 상표 이외의 신용, 판매정책 등;48)
- ② 피고가 침해표장의 사용을 중단한 뒤에 원고의 매출액에 큰 변화가 없었다는 점;49)
- ③ 피고가 침해표장의 사용을 중단한 뒤에 원고의 시장점유율이 2%~7% 높아졌다는 점;50)
- ④ 침해표장이 차지하는 비중이 피고제품 전체에서 크지 않다는 점.51)

제시된 여러 가지 요소를 종합적으로 고려한 후 법원은 해당 표장의 기여도를 15%로 결정하였다.⁵²⁾ 그에 따라 최종 손해배상액은 332,947,453원(한계이익×기여도=2,219,649,687원×15%)로 산정되었다.

48) 특허법원 2017. 5. 19. 선고 2016나1370 판결(“① 피고가 이 사건 표장 사용을 중단한 2013. 1. 29. 이후에도 피고 회사의 휠체어 제품 매출액이 증가하고 있는 점(전년도 대비 매출액 증가율 10%)에 비추어 보면, 이 사건 표장의 사용이 피고 휠체어 제품의 매출액 증가에 크게 기여하였다고 보기 어렵다. 오히려, 피고 휠체어 제품은 이 사건 표장의 사용과 무관하게 피고 휠체어 상품의 품질, 기술, 상표 이외의 신용, 판매정책 등이 기여한 부분이 크다고 할 것이다... ③ 피고가 이 사건 표장 사용을 중단한 2013. 1. 29. 전후 국내 생산량 및 생산액을 기준으로 산정한 피고의 시장점유율에도 큰 변화가 없다.”).

49) 특허법원 2017. 5. 19. 선고 2016나1370 판결(“② 피고의 이 사건 표장 사용 중단 이후 원고의 자회사인 MKM만 이 사건 표장을 단독으로 사용하였으나, MKM 역시 2013. 1. 29. 전후로 휠체어 제품 매출액이 급격히 증가한 바 없고, 매출액 성장세는 기준과 비슷하게 유지되고 있다. 이 사건 표장의 사용이 MKM 휠체어 제품의 매출액 증가에도 큰 기여를 하지 못한 것으로 보인다... ④ 한편, MKM이 휠체어 제품을 직접 생산하여 판매한 첫해인 2011년의 경우, MKM의 휠체어 매출액은 전년 대비 약 221.2% 증가한 반면, 피고의 휠체어 제품 매출액은 오히려 45.5% 감소한 사실이 인정되기는 한다. 그러나 이는 MKM이 2010. 4.경부터 휠체어 제품을 수입, 판매하기 시작한 후 2011년에 본격적으로 휠체어 시장에 진입한 결과 일시적으로 전년도 대비 폭발적인 증가율을 가지게 된 것일 뿐 MKM의 이 사건 표장 사용으로 인한 고객흡인력이 화체된 결과라고 보기 어렵다. 특히, 2010, 2011년에는 피고도 이 사건 표장을 사용하고 있었던 시기에 해당하므로 위 시기 동안 매출액의 증감 여부와 이 사건 표장의 고객흡인력 사이의 상관관계를 도출하기 어렵다.”).

50) 특허법원 2017. 5. 19. 선고 2016나1370 판결(“⑦ 이 사건 표장 사용을 중단한 2013. 1. 29. 전후 MKM의 시장점유율은 국내생산량 및 생산액 기준으로 각 7%, 8% 상승하였고, 수입량 및 수입액 기준으로 각 4%, 2% 상승하였기는 하나...”).

51) 특허법원 2017. 5. 19. 선고 2016나1370 판결(“... 이 사건 표장이 차지하는 비중이 전체 레이블에서 그리 크지 않다.”).

52) 특허법원 2017. 5. 19. 선고 2016나1370 판결(“... 앞서 본 여러 사정을 종합하여 보면, 피고의 한계이익액 중 이 사건 표장이 차지하는 기여도는 약 15% 정도로 산정함이 타당하다.”).

해당 상표의 기여도 15%가 적당하였는지 평가하기 위해 각 고려요소를 살펴보겠다.

① 요소와 관련하여, 피고가 침해표장의 사용을 중단한 뒤에 피고의 신용 및 판매정책에 의하여 매출액이 오히려 10% 증가하였으며, 피고의 시장점유율은 생산량 및 생산액을 기준으로 큰 변화가 없었다. 본 요소는 피고에게 제일 유리한 요소이다. 해당 상표가 피고제품의 매출액에 크게 기여하지 않은 것을 인정할 수 있다.

② 요소와 관련하여, 판결문에 따르면 피고가 침해표장의 사용을 중단한 뒤에도 원고의 매출액은 원고의 경영능력에 따라서만 달라졌다. 피고가 상표권을 침해하는 기간과 침해표장 사용을 중단한 뒤의 기간에 원고의 매출액에 큰 변화가 없었다. 그래서 본 요소는 피고가 침해표장을 사용한 침해행위가 고객의 흡인력에 영향을 미치지 아니하고 원고의 매출액에도 영향을 미치지 않았다는 점을 말한다. 즉 피고에게 유리한 요소라는 것이다. 그러나 이 사건의 기초는 침해자 이익으로 손해배상액을 산정하는 것이므로, 원고 상표가 원고의 매출액에 미치는 영향을 고려하는 것이 아니라, 피고의 매출액을 중점적으로 고려해야 한다. 즉 상표가 원고에게 유익하였는지 아닌지는 판단의 대상이 아닌 것이다. 상표의 고객흡인력을 판단하기 위한 것이라면 피고의 매출액의 변화에서 판단할 수 있다. 이에 따라서 본 요소를 고려하지 않아도 된다고 생각된다.

③ 요소에 대해서는 2013년 1월 29일부터 피고가 침해표장의 사용을 중단한 후에 원고 자회사의 시장점유율은 한국 생산량 및 생산액을 기준으로 각 7% 및 8% 높아졌고, 같은 해 피고가 침해표장의 사용을 중단한 후에 원고 자회사의 시장점유율은 수입량 및 수입액을 기준으로 각 4% 및 2% 높아졌다. 본 요소는 원고에게 유리한 요소이다. 시장점유율의 증가에 따라 기여도가 높아질 수 있다.

④ 요소에 대해서는 피고 휠체어 제품은 이 사건 침해표장의 사용과 무관하며, 표장이 차지하는 비중이 전체 레이블에서 그리 크지 않다. 본 요소는 피고에게 유리한 요소이다. 이러한 검토에 따라, 필자는 법원이 고려한 요소와 관련된 구체적인 증거가 있고 합리적인 이유도 있어서 판단된 기여도 15%가 적당하였다고 평가한다.

3. 킹콩리필 서비스표 사건(10%)

킹콩리필 사건은 음식점에 대한 서비스표권 침해에 대한 손해배상액 산정에서의 기여도에 관한 사건이다. 원고의 등록서비스표는 “킹콩리필”이고 피고의 침해표장은 “~~킹콩리필~~”이다. 법원은 상표법 제110조 제6항에⁵³⁾ 의하여 법원의 재량으로 손해배상액을 산정하였다. 이에 따라서 법원은 피고의 2020년 정보공개서에 의하여 피고가 2017년 5월부터 2020년 12월까지 침해표장을 사용하여 얻은 이익에서 침해제품을 생산, 판매하기 위해 추가로 들어간 비용을⁵⁴⁾ 공제한 후의⁵⁵⁾ 금액(한계이익)은 1,471,236,215원이었다.⁵⁶⁾ 구체적인 산정공식은 “손해배상액 = (침해행위로 인한 매출액 - 침해표장의 사용에 추가로 들어간 비용) × 기여도 = 1,471,236,215원 × 기여도”이다.⁵⁷⁾ 그 다음에 법원은 서비스표의 기여도를 10%로 판단하였다. 법원이 고려한 구체적인 고려요소는 아래와 같다.

53) 한국, 현행 상표법(2022년 4월 20일 시행) 제110조 제6항(“⑥법원은 상표권 또는 전용사용권의 침해행위에 관한 소송에서 손해가 발생한 것은 인정되나 그 손해액을 증명하기 위하여 필요한 사실을 밝히는 것이 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에는 제1항부터 제5항까지의 규정에도 불구하고 변론전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.”).

54) 추가로 들어간 비용: 판매비와 관리비 중 지급수수료, 통신비, 판매촉진비 등의 변동비.

55) 여기에서의 “침해표장을 사용하여 추가로 들어간 비용을 공제하는 공식”의 용어가 법원의 용어이고 이 용어가 한계이익의 산정공식에서의 증분비용이 아니라 순이익의 산정방식에서의 침해표장을 사용하여 간접비의 의미이다.

56) 피고들은 순이익을 기준으로 하여야 한다고 주장할 뿐 변동비 항목과 금액에 관하여 다투지 아니한다.

57) 서울중앙지방법원 2021. 7. 9. 선고 2019가합535858 판결(“② ... 위와 같은 사정을 고려하여 피고 회사가 2017. 5.경부터 2020. 12.경까지 서비스표권 침해행위로 인하여 얻은 수익에서 서비스표권 침해로 인하여 추가로 들어간 비용을 공제한 금액을 추산해보면, 1,471,236,215원[={(780,170,000원-297,502,490원)×8/12개월]+(616,074,000원-179,534,096원)+(644,697,000원-158,674,623원)+(400,230,000원-173,334,406원)]이다.”).

<표7: 킹콩리필 사건에서 해당 서비스표의 기여도 고려요소>

- ① 피고의 광고·판촉행위;58)
- ② 피고가 제공한 레시피·원재료의 내용과 질;59)
- ③ 원고의 등록서비스표의 인지도;60)
- ④ 원고와 피고 영업의 동종·유사성;61)
- ⑤ 피고가 서비스표의 일부 변화행위.62)

그에 따라, 최종 손해배상액은 147,123,621원(= 1,471,236,215원 × 10%)이었다. 본 사건에서 법원이 책정한 10% 기여도가 적당하였다고 생각된다. ①, ②, ③, ④ 및 ⑤ 요소 모두가 기여도를 낮추는 것들이다.

① 요소: 검색사이트에서 ‘킹콩떡볶이’로 검색하면, 킹콩떡볶이의 가게와 이미지가 많이 검색된다. 즉, 피고가 ‘킹콩떡볶이’에 대한 홍보를 많이 한 점을 인정할 수 있다. 피고가 그만큼 광고·판촉행위를 통해서 일부 고객에 인지도를 형성하였다는 것이다. 또 ‘킹콩리필’로 검색하였으나 원고 가게는 검색되지 않았다.

② 요소: 검색에서 피고의 ‘킹콩떡볶이’에 대한 좋은 평가가 발견된다.⁶³⁾ 즉, 피고 음식의 품질이 좋다고 인정할 수 있다. 그래서 피고 음식의 품질이 (적어도 일부의) 고객을 흡인한 점이 인정될 수 있다. 이에 따라서 ① 및 ②요소가 기여도를 낮추는 작용을 하였을 것이다. 다만 법원의 판단대로 기여도를 10%까지 낮출 수 있을지는 아래 요소를 통해서

58) 서울중앙지방법원 2021. 7. 9. 선고 2019가합535858 판결(“피고 회사가 가맹사업으로 인하여 얻는 이익은 광고·판촉...”).

59) 서울중앙지방법원 2021. 7. 9. 선고 2019가합535858 판결(“...가맹점에 제공하는 레시피와 원재료의 내용과 질 등에 크게 영향을 받을 것으로 보인다.”).

60) 서울중앙지방법원 2021. 7. 9. 선고 2019가합535858 판결 (“여기에 간이음식점업 및 식당 체인업에서 원고 서비스표의 인지도...”).

61) 서울중앙지방법원 2021. 7. 9. 선고 2019가합535858 판결(“...원고와 피고 회사 영업의 동종·유사성...”).

62) 서울중앙지방법원 2021. 7. 9. 선고 2019가합535858 판결(“...피고 회사가 2020. 5.경부터는 ‘M’라는 서비스표를 사용하기 시작한 점 등을 고려하여...”).

63) 하은탐탕, “머콧동 맛집: 킹콩떡볶이 A세트 굿!”, 맛집맛음식, <참고링크: <https://blog.naver.com/stosto1/221173164052>>, 마지막 열람일: 2022년 12월 6일.

종합적으로 판단해야 한다.

③ 요소는 기여도를 낮추는 요소이다. 네이버 및 Google을 통해서 원고의 ‘킹콩리필’이 검색되지 않으며, 특히 ‘킹콩리필’의 음식점도 없다. 이에 의하면 원고의 등록서비스표의 인지도가 낮다고 인정되어야 한다.

④ 요소도 기여도를 낮춘다.⁶⁴⁾ 네이버 및 Google을 통해서 원고의 원고의 ‘킹콩리필’은 검색되지 않고 ‘킹콩부대찌개 무한리필’만 발견된다. 그런데 ‘킹콩떡볶이’로 검색하면, 떡볶이 음식점이 검색된다. 그래서 원고와 피고 영업상의 동종·유사성이 낮다고 인정된다.

⑤ 요소도 기여도를 낮추는 요소이다. 그런데 M표장은 2020년 5월 이후 변경되어 전체 침해기간의⁶⁵⁾ 16.2%를 차지한다. 또한 M표장으로 변경한 후에도 피고가 침해행위를 멈추지 않았고, 피고의 오프라인 매장에는 여전히 침해표장이 사용되었다.⁶⁶⁾ 그러므로 ⑤요소는 기여도가 지나치게 낮아지는 것을 막는 역할을 한다. 이러한 5개 요소를 종합적으로 고려한 후, 필자도 서비스표의 ‘10%’ 기여도가 적당하다고 평가한다.

4. 삼계탕 서비스표 사건(5%)

삼계탕 사건은 음식점에 대한 서비스표권 침해에 대한 손해배상액 산정에서의 기여도에 관한 사건이다. 법원은 구 상표법 제67조 제2항에 의하여 침해자 이익으로 손해배상액을 산정한다고 판단하였다.⁶⁷⁾ 손해배상액의 산정방식은 “손해배상액 = (피고 음식점의 총매출액-매출원가)⁶⁸⁾69) × 기여도 = 매출 총이익 × 기여도 = 369,035,106원⁷⁰⁾ × 기여

64) 서울중앙지방법원 2021. 7. 9. 선고 2019가합535858 판결(“원고 서비스표의 지정서비스업인 간이음식점업, 식당체인업은 피고 서비스표의 지정서비스업인 간이음식점업(떡볶이와 관련된 음식제공으로 한정함), 식당체인업(떡볶이와 관련된 음식제공으로 한정함)과 동일·유사하다.”).

65) 침해기간: 2017년 5월~2020년 12월.

66) 서울중앙지방법원 2021. 7. 9. 선고 2019가합535858 판결.

67) 서울중앙지방법원 2008. 12. 4. 선고 2008가합66912 판결(“(2) 피고는 원고의 등록서비스표와 동일한 표장을 사용하여 동일한 영업을 함으로써 원고의 서비스표권을 침해하였으므로, 원고가 입은 손해는 상표법 제67조 제2항에 기초하여 피고가 원고의 등록서비스표 침해행위에 의하여 받은 이익액을 원고가 받은 손해의 액으로 산정하기로 한다.”).

68) 본 사건의 손해배상액의 산정방식의 구체적인 해석: 서울중앙지방법원 2008. 12. 4. 선고

도”이다. 법원은 손해배상액이 침해행위와 인과관계에 따라서 서비스표의 기여도를 5%로 인정하였다.⁷¹⁾ 구체적인 고려요소는 아래와 같다.⁷²⁾

<표8: 삼계탕 사건에서 해당 서비스표의 기여도 고려요소>

- ① 피고가 제공한 음식의 맛과 품질;
- ② 피고의 자체 신용;
- ③ 피고의 판매정책;
- ④ 삼계탕(지정서비스업) 이외의 음식을 판매함으로써 얻은 이익도 상당함.

2008가합66912 판결(“이 사건에서 보면, 피고의 서비스표권 침해행위가 없었더라면 원고 음식점의 매출이 증가함으로써 원고가 설비비와 인건비 등을 추가로 지출할 필요가 있었다는 사정이 엿보이지 아니한다. 그러므로 피고 음식점의 총매출액에서 매출원가를 공제한 매출총 이익이 피고가 원고의 서비스표권을 침해함으로써 얻은 한계이익으로서 원고의 손해액으로 추정된다.”).

- 69) 본 사건의 손해배상액의 산정방식의 구체적인 해석: 또 침해자의 침해행위가 없었더라면 권리자의 매출액이 당연히 증가할 수 있었다. 이런 경우에는 권리자가 경영하기 위해서 더 추가적으로 투입한 설비비 및 인건비가 있어서 해당 증분비용을 공제해야 한다. 그런데 본 사건에는 “피고의 서비스표권 침해행위가 없었더라면, 원고 음식점의 매출이 증가함으로써 원고가 설비비와 인건비 등을 추가로 지출할 필요가 있었다는 사정이 엿보이지 아니한다”라고 말한다. 이에 따라서 손해배상액은 피고의 총 매출액에서 매출원가를 공제한 ‘총이익’이다.
- 70) 서울중앙지방법원 2008. 12. 4. 선고 2008가합66912 판결(“(나) 피고가 원고의 등록서비스표와 동일한 표장을 사용하여 2005. 11. 11.부터 이 사건 소장부분이 피고에게 송달되었음이 기록상 분명한 2008. 7. 18.까지 사이에 음식점을 영업함으로써 얻은 매출총이익은 다음과 같이 합계369,035,106원이다. ① 2005. 11. 11.부터 2005. 12. 31.까지:19,386,221원 (=2005년분 매출총이익 138,744,524원×51/365); ② 2006. 1. 1.부터 2006. 12. 31.까지: 140,113,544원; ③ 2007. 1. 1.부터 2007. 12. 31.까지: 135,363,539원; ④ 2008. 1. 1.부터 2008. 7. 18.까지: 74,171,802원(=2007년분 매출총이익 135,363,539원×200/365)”).
- 71) 서울중앙지방법원 2008. 12. 4. 선고 2008가합66912 판결(“다만 권리자의 손해액으로 추정되는 침해자의 이익은 침해행위와 상당인과관계가 있는 이익이라고 할 것인데 ... 피고의 음식점 영업으로 인하여 얻은 이익 중 원고의 등록서비스표의 기여도는 약 5% 정도로 피고가 원고의 서비스표권을 침해함으로써 얻은 이익은 1,850만원 정도라고 평가함이 상당하다.”).
- 72) 서울중앙지방법원 2008. 12. 4. 선고 2008가합66912 판결(“...위 인정사실에서 본 바와 같이 피고가 음식점영업으로 얻은 이익에는 원고의 등록서비스표를 사용한 것과 무관하게 피고가 제공하는 음식의 맛과 품질, 서비스표 이외의 신용, 판매정책 등도 상당한 영향을 미쳤고, 삼계탕 이외의 음식을 판매함으로써 얻은 이익도 상당한 정도로 포함되어 있는 사정에 비추어 보면, 피고의 음식점 영업으로 인하여 얻은 이익 중 원고의 등록서비스표의 기여도는 약 5% 정도로...”).

기여도 5%를 적용한 최종 손해배상액은 1,850만원(= 369,035,106원 × 5%)이었다. 법원이 참고한 고려요소는 모두 기여도를 낮추는 것들이었다. 그러나 필자는 본 사건에서 기여도 5%는 지나치게 낮은 것이라고 평가한다. 원고와 피고의 가게는 지리적으로 가깝고 같은 음식도 있어서 고객이 겹친다고 보아야 한다.⁷³⁾ 그러나 법원은 기여도를 고려할 때 원고에게 유리한 그러한 점을 고려하지 않았다. 피고의 노력은 기여도를 낮추는 주요 이유이지만, 가까운 위치에 가게를 열면 반드시 원고의 이익에 영향을 미칠 것이다. 예를 들어서, 대만의 상표 사건에서는 거리가 너무 멀어서 고객이 겹치지 않는다는 이유로 법원이 해당 상표의 기여도를 크게 낮춘 바 있다.⁷⁴⁾ 즉 원고와 피고의 영업소의 위치가 매우 가까운 경우 고객이 겹쳐서 원고의 서비스표 기여도가 높아져야 한다는 것이다. 위에서 살펴본 킹콩리필 사건도 본 사건과 마찬가지로 음식점의 서비스표권 침해사건이며, 해당 법원은 피고의 광고·관측행위, 음식의 품질 등을 고려한 후에 10% 기여도를 산정하였다.⁷⁵⁾ 그런데 킹콩리필 사건에서는 원고와 피고의 가게의 위치가 가깝지 않고, 실제 영업하는 음식도 다르다. 본 사건에서는 원고와 피고의 영업소의 위치가 가깝고, 실제 판매하는 음식도 겹치는 것이 있으므로 킹콩리필 사건에서의 기여도보다

73) 서울중앙지방법원 2008. 12. 4. 선고 2008가합66912 판결(“앞서 본 전제사실과 증거(을6, 7의 1·2)에 의하면, 원고의 음식점과 피고의 음식점은 같은 서울 중구 내에 위치하고 있어 지리적으로 가깝고, 피고의 음식점에는 주변의 회사원이나 거주민들이 주로 방문하고 원고의 음식점도 다른 음식점에 비하여 외국 단체관광객들이 많이 방문하기는 하지만 시청역과 남대문, 서울역 등 원고 음식점 주변의 회사원들이 많이 방문하므로 피고의 음식점과 수요자의 범위가 중첩된다. 또한 피고의 음식점이 삼계탕 이외에 다른 종류의 음식을 함께 판매하고 있고 원고의 음식점도 삼계탕 이외에 오골계탕, 전복죽, 통닭, 족발 등의 음식을 함께 판매하고 있다.”).

74) 智慧財產法院109年度民商訴字第38號(“惟原告設址臺北, 被告則位在桃園, 係經營區域型補習班業務, 所招募者為附近區域之高中學生, 消費者即學生所考量者尚有地點...本院審酌上開因素認系爭商標對被告此段期間利潤之貢獻度為50%”).

75) 서울중앙지방법원 2021. 7. 9. 선고 2019가합535858 판결(“피고 회사가 가맹사업으로 인하여 얻는 이익은 광고·관측, 가맹점에 제공하는 레시피와 원재료의 내용과 질 등에 크게 영향을 받을 것으로 보인다. 여기에 간이음식점업 및 식당체인업에서 원고 서비스표의 인지도, 원고와 피고 회사 영업의 동종·유사성, 피고 회사가 2020. 5.경부터는 ‘M’라는 서비스표를 사용하기 시작한 점 등을 고려하여, 피고 회사의 영업이익 중 표장이 기여한 비율을 10%로 인정한다.”).

더 낮기는 어렵다. 이에 따라서 이 사건 기여도로는 15%가 적당하였다고 평가한다.

5. 필라테스 서비스표 사건(20%)

필라테스 사건은 학원에 대한 서비스표권 침해에 대한 손해배상액 산정에서의 기여도에 관한 사건이다. 법원은 상표법 제110조 제6항에 의하여 법원재량으로 손해배상액을 산정하였다. 법원은 인천세무서에 신고된 피고의 2017년 하반기부터 2019년 말까지의 매출액에 의하여 2017년 6월부터 2020년 2월 24일까지의 피고의 영업이익은 137,749,433원으로 보았다.⁷⁶⁾ 그 다음에 법원은 서비스표의 기여도를 **20%**로 판단하였다. 그에 따라 손해배상액은 27,549,886원(= 영업이익 137,749,433원 × 20%)으로 산정되었다.⁷⁷⁾ 구체적인 고려요소는 아래와 같다.

<표9: 필라테스 사건에서 해당 서비스표의 기여도 고려요소>

- ① 피고의 표장의 변화행위;⁷⁸⁾
- ② 해당 업체의 성격.⁷⁹⁾

본 사건의 고려요소는 모두 피고에게 유리한 요소이다. 법원이 책정한 기여도 20%가 적당한지 평가하기 위해 각 고려요소를 살펴보겠다.

76) 서울중앙지방법원 2021. 5. 21. 선고 2019가합548731 판결(“③ 위 2017년 하반기부터 2019년까지 반기별 매출액에 영업이익률을 곱한 금액은 합계 125,226,758원...2017. 6., 2020. 1. 및 2. 영업이익의 합계액은 12,522,675원(= 4,174,225원 × 3개월)으로 추인할 수 있다. 이를 기초로 계산하면 2017. 7.부터 2020. 2.까지 피고의 영업이익은 137,749,433원이 된다.”).

77) 서울중앙지방법원 2021. 5. 21. 선고 2019가합548731 판결(“따라서 상표법 제110조 제6항에 따라 재량으로 피고가 배상할 손해액을 산정하기로 하되...이 사건 서비스표권 침해행위로 인하여 피고가 배상할 손해액을 27,549,886원(= 영업이익137,749,433원 × 20%)으로 정한다.”).

78) 서울중앙지방법원 2021. 5. 21. 선고 2019가합548731 판결(“⑤ 피고는 2017. 7.경부터 K, L 등의 상호를 사용하면서, 필라테스 강습소에 ‘K’ 상호를 표시하였고, 피고의 페이스북, 인스타그램 계정에도 ‘K’ 또는 ‘L’ 표시를 병기하였다...”).

79) 서울중앙지방법원 2021. 5. 21. 선고 2019가합548731 판결(“... 필라테스 교습의 매출액이나 영업이익은 통상 강사 개인의 능력이나 자질, 신용에 크게 영향을 받을 것으로 보인다. 이러한 사정을 고려하면, 피고의 영업이익 중 피고 상표가 기여한 비율은 20%라고 봄이 타당하다.”).

먼저, ①요소는 피고에게 전적으로 유리한 요소라고 볼 수 없다. 왜냐하면 사실 피고는 표장을 변경한 후에도 여전히 홍보하기 위해서 침해표장을 사용하였기 때문이다.⁸⁰⁾ 그의 목적이 분명하지 않다고 말할 수 없다. 즉 피고가 침해표장을 통해서 일부 고객을 끌려고 하였다.

②요소는 해당 업체의 성격이다. 필자는 ②요소가 법원이 기여도를 20%로 책정한 것에 큰 영향을 미친 것으로 추측한다. 필라테스 교습 업체의 선택은 강사의 능력에 크게 좌우된다. 다시 이해하면, 강사의 능력이 좋으면 고객의 입소문을 타게 된다. 그래서 업체의 성격은 기여도를 어느 정도 높일 수 있는 것이다. 그러나 ②요소는 기여도를 크게 높일 수는 없다. 필라테스 교습 업체는 음식 업체가 아니고 한 번 먹은 후에 결론이 날 수 있는 것이 아니다. 필라테스 교습 업체에 대해서는 수 회의 수업을 체험한 후에 좋고 나쁨을 구별할 수 있다. 그리고 필자는 필라테스 교습소에 대한 검색을 통해서 대부분 호평과 추천은 장기간의 수강생들로부터 나온다는 점을 알 수 있었다. 이에 따라서 강사의 능력이 이익액을 올릴 수 있는데 단기적으로 효과가 있는 것은 아니라는 것이다. 그런데 피고가 페이스북 페이지와 인스타그램 계정에 침해표장으로 홍보하는 것은 일부 원고의 고객을 흡인할 수 있다. 이러한 홍보행위는 강사의 능력과 비교하면 더 직접적으로 기여도에 영향을 미칠 수 있다고 생각된다. 이를 종합적으로 고려하면 대상 사안에서는 서비스표의 기여도를 25%로 높이는 것이 적당하였다고 생각된다.

6. 하이우드 상표 사건(30%)⁸¹⁾

하이우드 사건은 플라스틱발포 건축용 몰딩 생산업에 대한 상표권 침해에 대한 손해배상액 산정에서의 기여도에 관한 사건이다. 원고의 등록

80) 서울중앙지방법원 2021. 5. 21. 선고 2019가합548731 판결("그러나 피고는 홍보를 위하여 개설한 페이스북 페이지와 인스타그램 계정에 표시되어 있던 [별지] 목록 제1항 기재 표장(이하 '피고 표장'이라 한다)을 이 사건 소송이 제기될 때까지도 삭제하지 아니하였다.").

81) 대상 하이우드 사건은 1심법원이 상표권의 기여도를 30%로 인정하였으나, 항소심법원이 상표등록이 무효라고 판단하였고(서울고등법원 2010. 11. 10. 선고 2010나32360 판결) 대법원이 그 판단을 인용하여(대법원 2012. 10. 18. 선고 2010다103000 판결) 원고의 손해배상청구가 기각되었다. 그러나, 1심법원이 기여도를 30%로 책정한 부분이 파기, 변경된 것은 아니므로 1심법원 판결을 검토할 가치가 있다.

상표 각각은 “”, “ ” 및 “”이고 피고의 침해표장은 “HIWOOD”이다. 1심법원이 침해기간(2006년 11월~2007년 말) 중의 침해자 이익을 산정한 공식은 “손해배상액 = (2006년 당기순이익 × 2/12개월 + 2007년 당기순이익 + 2008년 당기순이익)⁸²⁾ × 기여도”이다. 법원이 기여도 책정을 위해 고려한 요소는 다음과 같다.

<표10: 하이우드 사건에서 해당 서비스표의 기여도 고려요소>

- ① 피고가 공급하는 상품의 질;
- ② 피고의 신용;
- ③ 피고의 판매정책.

법원은 위 고려요소를 종합적으로 참작한 후에 해당 상표의 기여도가 30%라고 판단하였다. 그에 따라 손해배상액은 88,279,242원(= 294,264,140원 × 30%)이다.⁸³⁾ 조사에 따르면, 피고의 매출액은 상위 30% 기업 중 종합 1,692위이며, 기업의 신용이 양호하며, 규모, 안정성 및 성장성은 제조업 기타 업종 평균보다 더 높는데 수익성은 제조업 기타 업종 평균과 비교하면 더 낮다.⁸⁴⁾ 구체적으로 분석하면, 매출액이 비교적 높기 때문에 판매정책이 성공했다는 뜻이다. 또는 성장성이 높음을 통해 계속 성장하고 있어서 품질도 좋은 것을 알 수 있다. 즉 품질이 좋기 때문에 기존 고객이 새로운 고객에게 추천하거나 제품을 계속 구매해서 회사의 지속적인 성장이 가능함을 알 수 있다. 기업의 신용이 양호하다는 것은 조사를 통해서도 알 수 있다. 법원은 위 고려요소를 제시한

82) 의정부지방법원 2010. 2. 18. 선고 2008가합12344 판결(“... 원고의 손해액은 특별한 사정이 없는한 2006년도 당기순이익 가운데 원고가 상표권을 등록한 이후인 11, 12월 분 당기순이익 7,136,309원(=42,817,858원×2/12개월, 원 미만 버림, 이하 같다), 2007년 당기순이익 117,600,084원 및 2008년 당기순이익 169,527,747원 합계 294,264,140원 및 이에 대한 지연손해금 상당액이다.”).

83) 의정부지방법원 2010. 2. 18. 선고 2008가합12344 판결(“위 당기순이익에는 피고가 공급하는 상품의 질, 신용, 판매정책 등도 상당한 영향을 미쳤다고 봄이 상당하므로, 피고기업은 이익에 대한 원고의 이 사건 등록상표의 기여도를 약 30% 정도로 평가한 88,279,242원(= 294,264,140원×30/100)이 침해행위와 상당인과관계가 있는 손해라고 본다.”)

84) “하이우드의 평가”, <참고 링크: <https://www.catch.co.kr/Comp/CompInfo/496254>>, 마지막 열람일: 2022년 9월 6일.

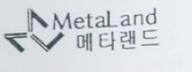
후 대상 상표가 이익에 기여한 기여도를 30%로 보았다.

해당 상표 기여도가 적당한지 고려하기 위해 각 고려요소를 살펴보겠다. 이 사건은 건축용 자재이므로 고객은 장기적인 품질과 그동안 쌓아온 입소문을 더욱 중시하여 단기적으로 구입하여 제때에 품질의 좋고 나쁨을 판단할 수 없다. 이에 따라서 장기적인 인지도의 축적과 브랜드 파워에 의존하여 선택할 수밖에 없으며, 이때 원고 서비스표는 2001년부터 사용이 시작되었으며, 피고의 침해표장의 사용 시간(2004년)보다 더 오래 사용되었다. 이 3년 동안 원고는 일부 고객의 신뢰를 쌓았을 것이다. 그러나 피고는 2004년부터 원고의 서비스표를 그대로 이용했기 때문에 진상을 알 수 없는 일부 원고의 고객들을 끌어들이 수 있었을 것이다. 다시 말하면, 피고는 침해표장을 이용하여 (원고가 노력을 통해서 얻은) 원고의 서비스표를 믿는 고객을 직접 끌어들이 수 있었다. 원고의 2001년부터의 영업으로 인해 원고가 이미 고객을 확보하고 있으며, 그 고객들의 해당 상표에 대한 신뢰가 피고의 매출액에 영향을 미쳤을 것이다. 이에 따라서 이 사건에서 판단한 30% 기여도는 다른 사례에 비하여 약간 높은 것이나, 해당 사안에 어울리는 적당한 것이라고 생각된다.

7. 메타랜드 서비스표 사건(20%)

메타랜드 사건은 인터넷 쇼핑물에 대한 서비스권 침해에 대한 손해배상액 산정에서의 기여도에 관한 사건이다. 원고의 등록서비스표와 피고의 침해표장은 아래와 같다.

<표11: 메타랜드 사건에서의 등록서비스표 및 침해표장의 비교>

원고의 등록서비스표	피고의 침해표장
	

법원은 구 상표법 제67조 제2항(침해자 이익)에 의하여 손해배상액을 산정하였다.⁸⁵⁾ 손해배상액의 산정공식은 “손해배상액 = 피고의 순이익 ×

85) 서울남부지방법원 2004. 4. 29. 선고 2002가합14533 판결(“상표법 제67조 제2항에 의한

원고 서비스표 기여도 = 피고 매출액 × 표준소득률 × 원고 서비스표 기여도”이다. 그 공식에 따라서 피고의 순이익은 638,126,713원으로 산정되었다.⁸⁶⁾ 법원이 참작한 구체적인 기여도 고려요소는 아래와 같다.

<표12: 메타랜드 사건에서 해당 서비스표의 기여도 고려요소>

- | |
|---|
| ① 피고의 성공적인 홍보행위; ⁸⁷⁾
② 해당 상표의 낮은 인지도, 브랜드 파워; ⁸⁸⁾
③ 해당 상표의 낮은 고객 흡인력; ⁸⁹⁾
④ 침해표장의 미 사용 부분. ⁹⁰⁾ |
|---|

위에 의하여 기여도는 1/5(20%)로 판단되었고, 1999년 1월부터 2000년 6월까지의 손해배상액은 127,625,342원(= 638,126,713원 × 1/5)으

손해액 산정 ... 따라서 서비스표권자가 침해자와 동종의 영업을 하고 있는 것을 증명할 경우라면 특별한 사정이 없는 한 서비스표권 침해에 의하여 영업상의 손해를 입었음이 사실상 추정된다고 볼 수 있다.”).

- 86) 서울남부지방법원 2004. 4. 29. 선고 2002가합14533 판결(“피고가 위와 같이 얻은 순이익금 638,126,713원은 오로지 원고의 서비스표를 이용하여 발생한 것이 아니라 피고의 자본과 시설, 영업능력, 선전광고, 기업의 신용, 판매의 계열화 등이 결합하여 창출된 것이므로 서비스표를 제외한 나머지 요소들의 기여분은 위 이익액에서 공제되어야 할 것인바 ..”).
- 87) 서울남부지방법원 2004. 4. 29. 선고 2002가합14533 판결(“피고가 유치를 위해 원고에 비하여 많은 자본과 인력을 동원하여 중앙일간지 및 경제일간지 등에 자신의 쇼핑몰을 홍보해 온 점 ...”).
- 88) 서울남부지방법원 2004. 4. 29. 선고 2002가합14533 판결(“... 이에 비하여 원고의 쇼핑몰 운영실적은 극히 미미하고 원고 서비스표에 대한 고객의 인식도 극히 미약한 점 ...”).
- 89) 서울남부지방법원 2004. 4. 29. 선고 2002가합14533 판결(“... 위 씨디프리 매출액 중 피고의 메타랜드 쇼핑몰에 설치된 배너를 통하지 않고 씨디프리 사이트를 직접 이용하여 이루어진 매출액도 상당 정도는 있을 것으로 예상되는 점 ... 피고의 메타랜드 쇼핑몰의 200 0. 6. 매출액은 마이마켓의 매출액도 포함되어 있는데 피고의 메타랜드 쇼핑몰에 설치된 배너를 통하지 않고 직접 마이마켓을 이용하여 이루어진 매출액이 상당 정도 있을 것으로 보이는 점 등을 ...”).
- 90) 서울남부지방법원 2004. 4. 29. 선고 2002가합14533 판결(“... 위 씨디프리 매출액 중 피고의 메타랜드 쇼핑몰에 설치된 배너를 통하지 않고 씨디프리 사이트를 직접 이용하여 이루어진 매출액도 상당 정도는 있을 것으로 예상되는 점 ... 피고의 메타랜드 쇼핑몰의 200 0. 6. 매출액은 마이마켓의 매출액도 포함되어 있는데 피고의 메타랜드 쇼핑몰에 설치된 배너를 통하지 않고 직접 마이마켓을 이용하여 이루어진 매출액이 상당 정도 있을 것으로 보이는 점 등을 ...”).

로 산정되었다.⁹¹⁾ 이 사건에서 법원이 책정한 기여도 20%가 적당한지 평가하기 위해 각 고려요소를 살펴보겠다.

첫 번째 요소(홍보)는 피고에게 유리하게 작용하는 것이다. 다만, 피고의 사이트가 무효(폐쇄)되어 관련 사항을 검증할 수 없게 되었다. 두 번째 요소를 중점적으로 본다. 원고의 서비스표에 대한 검색을 통해서 원고의 서비스표에 관한 내용에 대한 홍보가 적지 않음을 확인할 수 있다. 1999년에 이미 매일경제뉴스에 원고의 서비스표와 인터넷 사이트인 “www.metaland.net”가 언급되었으며, 같은 뉴스에 제시된 사이트가 롯데, 신세계 등이어서 원고의 서비스표의 영향력을 부인할 수 없다.⁹²⁾ 2001년에 중앙일보의 원고 인터넷 사이트인 “www.metaland.net”에 대한 홍보(서비스가 이미 종료되어 내용을 볼 수 없지만, 원고의 서비스표에 대한 홍보비의 투입 사실에 관한 판단에 영향을 주지 않음).⁹³⁾ 2002년에 매거진 환경 뉴스에서도 원고의 서비스표와 관련된 산업과 인터넷 사이트가 비교적 큰 규모를 갖고 있는 것은 사실이어서 이곳에서도 원고의 서비스표가 가지는 고객 흡인력을 부인할 수 없다.⁹⁴⁾ 이에 따라서 원고의 홍보가 성공하지 못했다고도 할 수 없고, 원고의 서비스표가 고객에게 흡인력이 낮다고 볼 수도 없다.

법원의 판단에 따라서 피고의 경영수단이 원고의 그것보다 더 좋은 것이 사실이고, 피고의 제품이 더 여러 번 들어 귀에 익어 자세하게 말할 수 있다는 점도 사실이지만 원고의 서비스표의 인지도가 피고의 매출에도 크게 기여하고 있다는 점도 부인할 수 없다. 그래서 판결문을 종합해 보면 법원의 판단은 피고가 많은 우위를 점하고 있는데, 그 기여도의 판단 결과는 한국의 대부분 상표권 침해사건에 대해서는 원고에게 유리한

91) 서울남부지방법원 2004. 4. 29. 선고 2002가합14533 판결(“... 고려하면 위 이익액 중 원고 서비스표가 기여한 부분은 그 1/5인 금 127,625,342원(638,126,713원 x 1/5) 정도로 봄이 상당하다고 할 것이다.”).

92) 조병일, 「[머니라인] 창업가이드...인테넷 쇼핑물 몰마스터」, 매일경제 뉴스, 1999년 3월 21일. <참고링크: <https://mk.co.kr/news/it/view/1999/03/22300/>>, 마지막 열람일: 2022년 9월 6일.

93) <참고 링크: <https://www.joins.com/>>, 마지막 열람일: 2022년 9월 6일.

94) 「인터넷 B2B시장 '선두주자」, 매거진 환경, 2006년 9월 11일. <참고 링크: <https://magazine.hankyung.com/business/article/202103084863b>>, 마지막 열람일: 2022년 9월 6일.

높은 기여도의 수치로 판단된다. 그러나 종합적으로 볼 때, 원고의 서비스표가 고객에 미치는 흡인력은 무시할 수 없으며, 피고가 원고의 서비스표를 이용하여 고객을 유인한 사실까지 고려하면 기여도를 30%로 보는 것이 더 적당하였다고 생각된다.

IV. 중국의 판례

1. 신백륜 상표 사건(2.5%)

신백륜(新百伦) 사건은 신발의 판매 등 관련 업무에 대한 상표권 침해에 대한 손해배상액 산정에서의 기여도에 관한 사건이다. 원고의 등록상표는 “百伦”, “新百伦”이고 피고의 침해표장은 “新百伦”이다. 피고회사는 침해행위로 인하여 약 1억 958만 위안의 이익을 얻었다. 이에 따라서 1심법원은 침해경위를⁹⁵⁾ 참작해서 9800만 위안의 손해배상액을 인정하였다.⁹⁶⁾ 2심법원은 침해행위와 침해로 얻은 이익의 인과관계를 고려한 후에 침해로 얻은 이익의 1/2을 손해배상액으로 판단한 것을 기각하였다.

95) ① 피고회사도 주의의무를 다하지 않았다; ② 피고회사는 상표권 침해를 알면서도 침해표장을 사용한 것을 알 수 있다; ③ 피고본사의 “NEWBALANCE”상표는 중국어 번역문이 “新平衡”이며, 피고회사도 “纽巴伦”로 표기된다. 즉 침해표장을 쓰려는 의도는 선의나 필연성이 아니다; ④ 등록상표와 침해상표가 매우 유사하여 대중에게 혼동을 일으키기 쉽다; ⑤ 침해표장은 피고회사가 순조롭게 중국 시장에 들어간 중요한 요소 중의 하나다; ⑥ 피고회사의 판매 경로가 많고 판매 범위가 넓다; ⑦ 피고회사의 제품의 광고 모델은 다양하고 영향이 크다; ⑧ 상표권 침해로 얻은 이익이 많고 중국 구 《상표법》 제56조에서의 배상한도를 초과된다; ⑨ 원고의 권리를 보호하기 위해서 합리적 지출 금액이 크다; ⑩ 침해제품 자체에 침해표장을 사용하지 않고 광고에서 “新百伦”표장이 사용되었다.

96) 广东省高级人民法院 (2015) 粤高法民三终字第444号(“依据《中华人民共和国商标法》(2001年修订)第五十六条规定,侵犯商标专用权的赔偿数额,为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利益,或者被侵权人在被侵权期间因被侵权所受到的损失,包括被侵权人为制止侵权行为所支付的合理开支。本案中,周乐伦明确以新百伦公司的获利来确定赔偿数额,根据原审法院保全的证据材料中记载新百伦公司财务数据及利润数据的情况来看,新百伦公司在周乐伦所主张的侵权期间的获利共约 1.958 亿元,综合考虑本案中新百伦公司所销售的产品本身没有使用“新百伦”标识,其仅是在销售过程中使用“新百伦”来介绍和宣传其产品,故新百伦公司属于销售行为侵权,原审法院酌情确定新百伦公司向周乐伦赔偿的数额应占其获利总额的二分之一,即 9800 万元(含合理支出),超出部分不予支持。”).

최종 손해배상액은 500만 위안으로 인정하였다.⁹⁷⁾ 2심법원이 고려한 고려요소는 다음과 같다.

<표13: 신백륜 사건에서의 손해배상액의 고려요소>

- ① 피고회사가 제시한 기여도의 증거: 피고회사가 제출한 《재산평가보고서》는 침해표장이 2011년부터 2013년까지 피고회사의 이익에 0.76% 기여하였음을 주장하였다;⁹⁸⁾
- ② 피고회사의 주관적 고의;
- ③ 원고가 입은 경제적 손해;
- ④ 피고회사에 의한 침해표장의 사용 방식;
- ⑤ 상표권의 침해 규모;
- ⑥ 침해의 지속 기간;
- ⑦ 원고의 합리적인 지출.

2심법원은 대상 표장의 기여도를 주장한 외부평가자료를 손해배상액의 고려요소 중 하나로 꼽았다. 그 외부평가자료만 보면 대상 표장의 기여도는 0.76%이다. 하지만 다른 요소까지 종합적으로 고려된 후 대상 표장 기여도는 2.5%로 확정되었다. 2.5%가 매우 낮은 기여도라는 점을 감안하면, 해당 사건에서는 그 외부평가자료가 큰 영향을 미쳤다고 볼 수 있다. 그러나, 상표권 침해사건에서 상표의 기여도를 1%보다 낮게 평가한 그 자료를 신뢰하기 어렵고 차후의 사건에서 참고되어서도 곤란할 것이다.

1심과 2심을 전후로 손해배상액의 차이도 크다. 왜냐하면 침해행위와 침해자 이익의 인과관계를 고려했기 때문이다. 그 다음에, 1심법원은 ‘기여도’를 판단할 때 모든 침해경위를 종합적으로 고려했는데 기여도의 고려요소가 별도로 없다. 그리고 2심에서는 손해배상액 판단 결과를 보면 대상 표장의 기여도는 2.5%이다. 이 판단 과정에서 고려된 합리적인 손해배상액의 요소가 많으며 대상 표장의 기여도의 판단은 손해배상액의 고려요소 중 하나일 뿐이다.

97) 广东省高级人民法院 (2015) 粤高法民三终字第444号(“综合考虑上述各种因素,本院确定新百伦公司赔偿周乐伦经济损失及为制止侵权行为所支付的合理开支共计500万元,对周乐伦超过该数额的赔偿请求部分,本院不予支持”).

98) 广东省高级人民法院 (2015) 粤高法民三终字第444号(“新百伦公司提供的北京名牌资产评估有限公司出具的京名评报字(2015)第3009号《资产评估报告》证明:“新百伦”中文标识在评估基准日期间内对新百伦公司的利润贡献率为 0.76%”).

2. 항중여 서비스표 사건(73%)

항중여(港中旅) 사건은 여행사에 대한 서비스표권 침해에 대한 손해배상액 산정에서의 기여도에 관한 사건이다. 원고의 등록상표는 “港中旅国际” 및 “港中旅”이고 피고의 침해표장은 “港中旅”이다. 1심에서는 기여도가 고려되지 않았다. 2심법원은 이익상승액에 의하여 상표의 기여도를 판단하였다. 사용된 상표 기여도의 산정공식은 “= 침해 후에 피고의 이익상승액/연간 총 영업수익 = 73%”이었다.⁹⁹⁾ 그리고 손해배상액 산정공식은 “손해배상액 = 여행사업 영업수익 × 이익률 × 기여도 = 5,992,886 위안”이었다.¹⁰⁰⁾ 그러나 원고가 100만 위안을 청구하였기 때문에 법원은 손해배상액으로 100만 위안을 인정하였다.

본 판결은 이익상승액을 이용하여 기여도를 산정한 것이다. 데이터를 이용하여 공식을 산정하는 방법으로 가장 정확한 방식이다. 그런 산정방식은 법원의 재량방식보다 비교적 신빙성이 있다. 그래서 이익상승액을 이용하여 기여도를 산정하는 방법은 배울 가치가 있다고 생각된다. 다만, 많은 사건에서는 침해상표의 사용에도 불구하고 피고의 매출이나 수입에 큰 변화가 없는 경우가 많고 그러한 경우에는 이 방식을 사용하기 어려울 것이다.

99) 湖南省高级人民法院(2015)湘高法民三终字第4号(“第四,张家界中港国际旅行社有限公司自 2008 年变更为含“港中旅”字号的公司名称,其当年营业收入为 1292 万元,较之 2007 年度营业收入 348 万元增长了 944 万元,该公司并未举证证明其营业收入大幅增长的其他市场因素,因此该 944 万元的增长额应推定为使用“港中旅”品牌所带来的效益。由此,“港中旅”品牌在张家界中港国际旅行社有限公司旅游业务利润中的贡献率应为 $944 \div 1292 = 73\%$ 。”)。

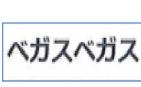
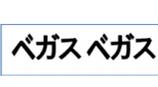
100) 湖南省高级人民法院(2015)湘高法民三终字第4号(“港国际旅行社有限公司每年度的侵权获利计算方式是:侵权获利=旅游业务营业收入×利润率×“港中旅”品牌贡献率。2012年侵权获利是 $101541412 \times 4.79\% \times 73\% = 3550599$ 元,2013年侵权获利是 $65728864.83 \times 5.09\% \times 73\% = 2442287$ 元,二个年度侵权获利合计是 5992886 元。”)。

V. 일본의 판례

1. VEGASVEGAS 서비스표 사건

VEGASVEGAS 사건은 빠징꼬(パチンコ) 등 각종 위락시설 업무에 대한 서비스권 침해에 대한 손해배상액 산정에서의 사용료율에 기여도를 적용한 사건이다. 원고의 등록표장과 피고의 침해표장은 아래와 같다.

<표14: VEGASVEGAS 사건에서의 등록상표 및 침해표장의 비교>

원고의 등록상표		피고의 침해표장		
				

법원은 일본 상표법 제38조 제3항에 의하여 합리적 사용료를 손해배상액으로 책정할 수 있다고 판단하였다.¹⁰¹⁾ 일본 실무에서 합리적 사용료로 손해배상액을 산정할 때 사용하는 공식은 “손해배상액 = 라이선스 상당액(합리적 사용료) = 침해자의 양도수량 × 권리자의 단위당 사용료 상당액 = 침해자의 매출액 × 실시료율”이다.¹⁰²⁾ 이 사건 증거에 의하면 2010년 10월 1일부터 2019년 4월 30일까지 피고 가게의 총 매출액은 65,254,392,382엔으로 확인되었다. 이에 따라서 사용료율을 책정함에 있어서 해당 상표의 기여를 아래와 같이 고려하였다.

101) 令和1(ワ)11874-東京地方裁判所(“(7) 商標法 38 条 3 項による損害は、原則として、侵害に係る役務の売上高を基準とし、これに実施に対し受けるべき料率を乗じて算定すべきであり、実施に対し受けるべき料率は、①実際の実施許諾契約における実施料率や、業界における実施料の相場等も考慮に入れつつ、②当該商標権の顧客吸引力、③当該商標を使用した場合の売上げ及び利益への貢献や侵害の態様、④商標権者と侵害者との競業関係や商標権者の営業方針等訴訟に現れた諸事情を総合考慮して、合理的な料率を定めるべきである(知財高裁特別部平成30年(ネ)第10063号・令和元年6月7日判決(最高裁HP)参照。”).

102) 特許庁, 「商標権侵害への救済手続」, 2021년 4월 9일.

<참고링크: <https://www.jpo.go.jp/support/ipr/trademark-kyusai.html>>, 마지막 참고일: 2022년 9월 6일.

<표15: 사용료율의 고려요소>

- ① 고객의 수요;103)
- ② 등록상표가 일정 고객 흡인력을 갖는 것으로 인정됨;104)
- ③ 경영 구역의 다름 및 피고의 홍보활동과 경영행위.105)

법원은 위 3가지 요소를 종합적으로 고려한 후 상표권에 관한 사용료율을 0.15%로 인정하였다.¹⁰⁶⁾ 이에 따라서 상표권 침해로 인한 손해배상액은 97,881,588엔이었다. 이 사건에서는 사용료율이 극히 낮았다. 그 핵심 이유는 등록상표 및 침해표장의 매출액에 대한 기여가 제한적이라는 점 및 원고 및 피고의 영업구역이 다르다는 점이었다.¹⁰⁷⁾

103) 令和1(ワ)11874-東京地方裁判所(“b...他方で、全日本遊技事業協同組合連合会が実施したアンケート結果(乙40・15頁)によると、パチンコホールを選ぶ上でのポイントとして需要者が重視するのは、①遊戯機種、②アクセスの容易さ、③出玉感、④ホールの雰囲気、⑤店員の接客態度などであり、店舗の名称が売上げ又は利益に貢献する程度は限定的であるというべきである。”).

104) 令和1(ワ)11874 - 東京地方裁判所(“b 原告各商標は、上記(1)イで摘示した事情、すなわち、パチンコ業界における店舗数ランキング、「ベガスベガス」という名称の需要者への訴求力、原告の店舗情報に関するウェブサイトへのアクセス状況、原告の会員数などを考慮すると、相応の顧客吸引力を有するものと認められる...”).

105) 令和1(ワ)11874 - 東京地方裁判所(“c さらに、原告と被告らはその事業分野で競合しているが、営業地域をみると、原告の店舗は、北海道、東北地方及び関東地方が中心であり、本件各店舗の所在する広島県及び山口県においては店舗展開及び営業活動をしていない。他方、被告らは、原告各商標の出願前から本件各店舗を同地域に出店し、地元の需要者に対して、新聞の折込みチラシ、新聞紙面広告、テレビCMなどによる宣伝広告活動を継続してきたものと認められ、被告らによるかかる営業活動がその売上げに貢献する割合は大きかったと推察される。d 本件各店舗の月当たりの営業利益をみると、売上高の概ね(省略)前後で推移しているものと認められ、売上高に対する営業利益の比率は必ずしも高くないことからすると、通常想定される使用料率は上記の割合より相当程度低くなると考えられるが、本件においては、さらに、店舗の名称が売上げに貢献する程度は限定的であり、原告と被告らは本件各店舗の所在地で競合していないこと、被告の営業努力の寄与が大きいなどの事情が認められる。”).

106) 令和1(ワ)11874-東京地方裁判所(“e 以上の事情も含め、本件に現れた事情を総合考慮すると、原告各商標に関する使用料率は0.15%であると認めるのが相当である。”).

107) 清水三沙, 「ベガスベガス」商標権侵害損害賠償等請求事件【商標判決紹介】, 2022년 2월 15일. <참고링크: <https://seisaito.com/tradefudge/937/>>, 마지막 참고일: 2022년 5월 27일(“モ

이 사건에서는 사용료율을 판단할 때 상표의 기여도가 더불어 고려되었다. 즉 상표권 사용료율을 결정함에 있어서 기여도에 관한 고려요소가 반영된 것이다.

2. 舞豚 서비스표 사건

舞豚(まいとん) 사건은 음식물에 대한 상표권 침해에 대한 손해배상액 산정에서의 사용료율에 기여도가 적용된 사건이다.

<표16: 舞豚 사건에서의 등록상표 및 침해표장의 비교>

원고의 등록상표		침해표장		
舞豚			舞豚	舞豚

법원은 일본 상표법 제38조 제3항에 의하여 사용료 상당액으로 손해배상액을 산정할 수 있다고 실시하였다. 본 사건의 쟁점은 상표의 사용료율 및 기여도에 대한 판단이다. 먼저 사용료율의 판단은 아래와 같다.

<표17: 무든 사건에서의 사용료율의 고려요소>

- | |
|--|
| <ul style="list-style-type: none"> ① 경영구역의 다름;108) ② 해당 상표권 사용료율의 평균치 비교;109) ③ 상표권의 인지도;110) ④ 상표권의 사용율; ⑤ 피고는 신뢰관계를 파괴하는 행위에 의해서 라이선스계약을 해제된 후에도 피고 상표권을 계속 침해하고 있었음. |
|--|

ンシュ事件では被告の営業努力の寄与を考慮して使用料率が0.3%と判断されましたが、本件ではそれよりもさらに低い料率となっております。その理由としては、パチンコ店舗の名称が売り上げ又は利益に貢献する程度が限定的であることや、原告と被告の営業地域が重ならないことが考慮されたものと推察します。”)。

108) 笠原 基広, “商標権侵害の損害額はどのように算定されますか?”, 2021년 5월 21일.

<참고링크: https://chizai-faq.com/3_trademark/5838>, 마지막 참고일: 2022년 5월 27일.

109) 平成30年(ワ)第16422号商標使用差止等請求事件(甲事件) 및 平成30年(ワ)第18354号損害賠償請求事件(乙事件)(“証拠 (甲36) によれば, 株式会社帝国データバンク作成の「知的財産の価値評価を踏まえた特許等の活用の在り方に関する調査報告書」において, 「商標権に

위 고려요소가 참작된 후, 법원은 사용료율을 8%로 책정하였다. 그리고 침해기간(2017년 12월부터 2018년 8월까지) 중 피고의 매출액 1,189만 7,246엔에 그 8%를 곱한 금액인 951,779엔이 손해배상액으로 산정되었다.

조사된 사실관계에서 ①은 기여도를 낮추는 요소이고, ②, ③ 및 ④는 기여도를 높이는 요소이다. ⑤는 기여도와 관계가 없다. 필자는 ①에 대해선 전적으로 동의하지 않는다. 원고에게 피고의 이익을 전부 주지 않을 수 있다는 점에는 동의하지만 경쟁관계를 완전히 부인할 수 없다. 고객은 이동할 수 있으므로 지리적 거리로 인해 경쟁관계가 없고 상표의 기여도와 사용료율을 대폭 낮춘다고 할 수 없다. ②의 의미는 평균치의 참고이고 등록상표의 사용료율은 전체의 평균치보다 상당 정도 높다. ③의 의미는 등록상표가 붙은 원고제품과 원고가게는 어느 정도 인지도가 있다. 상표의 일정한 기여도가 존재한다. ④의 의미는 피고의 침해표장에 대한 사용료율은 매우 높고 피고의 매출액 중에서의 일부는 등록상표에서 나온다고 판단되었다.

3. 사용료율과 기여도의 관계

위 두 사건에 따르면 상표의 기여도와 사용료율은 긍정적인 영향을 미친다고 생각된다. 또 일본 학자의 소개에 따르면, 2008년 1월 1일부터 2011년 7월 31일까지 일본에서 사용료율을 적용한 일부 사건은 아래와 같다.¹¹¹⁾

関する分類別ロイヤルティ料率の平均値」について全体（205件）では2.6%であり、「商標の分類」が「第43類 飲食物の提供及び宿泊施設の提供」については3件の例があり、最大値5.5%、最小値1.5%、平均値3.8%であるとの記載が認められ、飲食物の提供についての商標権のロイヤルティ料率は、全体の平均値より相当程度高いといえる。”).

110) 平成30年(ワ)第16422号商標使用差止等請求事件(甲事件) 및 平成30年(ワ)第18354号損害賠償請求事件(乙事件)(“また, 証拠(後掲)及び弁論の全趣旨によれば, 豚肉舞豚は平成7年10月19日の第39回長崎県種豚共進会において農林水産大臣賞を受賞したこと(甲37), 本件店舗の開店時に長崎新聞には「島原産ブランド豚提供「舞豚」」という見出しの記事が, 島原新聞には「「舞豚」が東京進出」という見出しの記事がそれぞれ掲載されたこと(乙4)が認められる。これらの事実には照らせば, 豚肉舞豚に対して一定の評価が与えられていたことがうかがえる。”).

<표18: 일본 판결에서 사용료율을 적용한 사례>

번호	법원 사건번호	선고 일	청구액(이하 일본엔)	인정된 손해배상액	사용료 율 (청구)	사용료 율 (인정)	등록상표
①	大阪地裁 19 (ワ) 4692	2008. 3.11.	상표권자:46, 319엔; 전용사 용권자:479,8 71엔; 원고:16 5,000,000엔	상표권자:46,3 19엔; 전용사 용권자:363,553 엔; 원고:2,500 ,000엔	10%	5%	 DAKS
②	大阪地裁 18 (ワ) 8620	2008. 3.18.	5,000,000엔	42,047엔	18%	3%	マイクロクロス
③	東京地裁 19 (ワ) 4876	2008. 6.18.	원고회사(등 록상표1:6,00 0,000엔; 원고 A(등록상표2) :5,600,000 엔	원고회사(등록 상표1):3,080, 000엔; 원고A(등록상표2):4 00,000엔	8%	8%	 GABOR
④	大阪地裁 19 (ワ) 7660	2008. 10.2.	23,000,000 엔	514,825엔	10%	5%	招 福 卷
⑤	知財高裁 21 (ネ) 10031	2009. 10.13 .	10,000,000 엔	2,248엔	5%	5%	AGATHA
⑥	東京地裁 19 (ワ) 28855	2010. 3.16.	11,769,630 엔	7,069,630엔	10%	10%	BVLGAR
⑦	東京地裁 20 (ワ) 19774	2010. 7.16.	11,603,280 엔	5,767,557엔	1%	0.5%	シルバーヴィラ
⑧	東京地裁 21 (ワ) 123	2010. 8.31.	1,752,975엔	1,505,666엔	5%	10%	CARTIER カーティア CARTIER
⑨	大阪地裁 22 (ワ) 4461	2011. 6.30.	243,809,000 엔	35,622,146엔	2%	0.3%	MONCHOUCHOU モンジュシュ
⑩	大阪地裁 21 (ワ) 16490	2011. 7.21.	27360000엔	413961엔	10%	1%	ポリマーガード

②번 사건에서 원고가 청구한 사용료율이 18%로 가장 높았다. ⑦번

111) 松田 さとみ, “商標法38条3項を根拠とする損害賠償請求～平成20年1月1日以降に言
い渡された裁判例の分析～”, 知財ふりずむ, 第9卷 第108號, 2011年 9月, 4-8頁.

사건은 원고가 청구한 사용료율이 1%로 가장 낮았다. ⑥번 사건과 ⑧번 사건에서 가장 높은 사용료율인 10%가 인정되었다. ⑥번 사건의 핵심 이유는 해당 상표가 세계 각국에서 잘 알려진 저명상표라는 점이었다. 해당 상표는 고급 이미지를 가지고 있고, 고객 흡인력이 높았다.¹¹²⁾ ⑧번 사건의 핵심 이유는 해당 상표가 세계에서 손꼽히는 고급 주얼리와 고급 시계의 상표라는 점이었다. 즉 고객 흡인력이 높았다.¹¹³⁾ ⑥번 사건과 ⑧번 사건에서 상표권의 사용료율을 판단할 때 구체적인 상표의 기여도에 대해서는 언급되지 않았다. 하지만 상표의 고객 흡인력, 인지도 및 고급 이미지는 상표의 기여도를 높일 수 있다고 생각된다. ⑥번 사건과 ⑧번 사건에 따르면, 해당 등록상표가 피고의 매출액에 크게 기여하였다고 할 수 있다. 결론적으로 말하면, 상표권이 브랜드 파워로 인하여 고객흡인력을 가지는 경우 높은 사용료율을 얻을 수 있다. ⑨번 사건에서는 가장 낮은 사용료율인 0.3%만이 인정되었다. 그 낮은 수치의 핵심 이유는 이 사건 등록상표의 인지도가 매우 낮기 때문이었다. 또한, 법원은 해당 침해 전·후에 피고의 매출액의 변화가 크지 않기 때문에 피고의 매출액에 대한 기여도가 낮다고 판단하였다. 이에 따라서 해당 상표가 고객 흡인력이 약하고 해당 기여도가 크지 않음을 보여주는 것이다. 이에 따라서 이 사건 사용료율은 0.3%에 불과하였다.¹¹⁴⁾ ⑨번 사건에 따

112) 平成19(7)28855東京地裁(“証拠(甲84の1~6)及び弁論の全趣旨からすれば、本件登録商標は、日本を含む世界各国で著名であり、また、高級なブランドイメージを伴い、高い顧客吸引力を有するものと認められるから、その商標使用料は原告の主張する売上額の10パーセントを下らないものと認められる。”)。

113) 平成21(7)123東京地裁(“前記争いのない事実(第2の1(1)ア(ア))、証拠(甲26)及び弁論の全趣旨によれば、原告の商品に係る「カルティエ」のブランドは、世界有数の高級宝飾品・腕時計ブランドとして、国際的にも、国内的にも高い著名性を有しており、本件各登録商標にも、同様の高級なブランドイメージを伴った、高い顧客誘引力があるものと認められること、被告による本件各商標権の侵害行為の態様及びその市場への影響等諸般の事情を総合考慮すると、原告が被告による本件各キーホルダーの販売に係る本件各登録商標の「使用に対し受けるべき金銭の額に相当する額」(商標法38条3項)(使用料相当額)は、上記売上合計金額の10パーセントを下回らないものと認めるのが相当である。”)。

114) 平成22(7)4461大阪地裁(“イ 本件商標の顧客吸引力ピアンクールが、バレンタイン用チョコレートについて、平成元年から平成16年までの間、毎年2億円程度から3億円程度を売り上げており、このうち本件商標を付したもの(原告商品)が、売上げの6割前後

르면, 상표의 고객 흡인력과 인지도가 낮을수록 상표의 기여도가 낮으며, 상표의 고객 흡인력과 인지도가 높을수록 상표의 기여도가 높다. 상표의 기여도가 높을수록 상표의 사용료율이 높으며, 상표의 기여도가 낮을수록 상표의 사용료율이 낮다.

VI. 대만의 판례

대만 대부분의 법원은 상표의 기여도를 대만 상표법 제71조의 손해배상액 산정방식(일실이익, 침해자의 이익, 법정배상액, 사용료)의 참고요소의 하나로 삼으며, 상표 기여도의 고려요소를 별도로 설명하지 않는다.¹¹⁵⁾ 예를 들어, 어떤 법원은 침해자의 이익 모두가 등록상표와 침해

를占めていたことは, 前記5(2)認定のとおりである。また, 平成19年以降も, 原告商品は, 平成19年に2億0382万7000円, 平成20年に2億1913万8000円, 平成21年に2億3278万8000円を売り上げており(甲96), 本件商標権には, 業務上の信用が付着し顧客吸引力が発生しているといえる。もっとも, 前記5(2)のとおり, 本件商標の使用を中断することによって, ビアंकールの売上げが減少した事実は認められないし, 本件商標の認知度は低い(乙206, 211)。したがって, 本件商標権のバレンタイン用チョコレートへの売上げに対する寄与は大きいとはいえず, その顧客吸引力も高いとはいえない。ウ 被告の売上げへの寄与被告の総売上げは前記(1)のとおりであり, 約4億円であった平成18年度を基準にすると, 平成19年度は約4.7倍, 平成20年度は約10倍, 平成21年度は約14.5倍と, 急激に増加している。そして, この売上げの増加は, 堂島ロールの販売によるところが大きい(乙208, 213)。ところが, 平成18年度から平成20年度まで被告の売上げの80%以上を占めていた, 堂島ロールを含むロールケーキ類の売上げは, 平成21年度には73.5%に低下し, 逆に, 13%前後を占めていたに過ぎない他の洋菓子(ロールケーキ類・チョコレート以外)の売上げは, 21.6%に上昇している(乙213)。これは, 堂島ロールが頻繁にメディアに取り上げられた結果, その製造販売元である被告の知名度が上がり, 店舗数も増えたため, 堂島ロール以外の被告商品も, 多く購入されるようになったからと考えられる。したがって, 被告の売上げについては, 平成18年度から平成20年度までは, 堂島ロールの知名度が大きく寄与しており, 平成21年度以降も, 堂島ロールの製造販売元である菓子店としての, 固有の顧客吸引力が寄与していたといえる。また, 被告商品は, 原告商品とは異なり, 洋菓子全般であって, 通年販売されていたものであるから, 需要者が被告商品を購入する場合, 被告各標章がその購買動機の形成に寄与することは,それほど多くないと考えられる。エ 前記イ, ウの事情及び本件に現れた一切の事情を総合考慮すれば, 使用料相当額を算定するにあたって採用すべき本件商標の使用料率は, 0.3%と認めるのが相当である。")

표장이 유사해서 얻어진 것임을 권리자가 증명하지 못해서 상표권 기여도를 100%로 판단할 수 없다며 상표의 기여도 판단방식도 제시하지 않았다.¹¹⁶⁾¹¹⁷⁾ 한 대만 학자도 대만 실무에서 상표의 기여도를 판단하기 어렵다고 평가한다.¹¹⁸⁾ 그래서 필자는 사건을 통해서 대만 상표의 기여도에 대한 법리를 이해할 수 있기를 기대한다.

1. 오악국문 서비스표 사건(50%)

오악국문 사건은 사설학원의 상표권 침해에 대한 사건에서 기여도를 산정한 사건이다. 원고의 등록상표는 “”이고 피고의 침해표장은 “吳岳國文”이다.¹¹⁹⁾ 법원은 (침해를 인정한 후) 피고가 침해로 인해 얻은 이익을 다음과 같이 산정하였다.¹²⁰⁾ 산정방식은 “피고가 침해로 인해 얻은 이익액 = 피고가 침해로 인해 1개월 얻은 이익액 × 침해기간 = 712,936위안”이다.¹²¹⁾ 그 다음에 법원은 상표의 기여도에 대하여 다음의 요소를 고려하였다.

-
- 115) 智慧財產及商業法院109年度民商訴字第27號；智慧財產及商業法院110年度民商訴字第23號；智慧財產法院108年度民商訴字第23號；智慧財產法院107年度民商上字第1號。
- 116) 智慧財產法院108年度民商訴字第23號。
- 117) 智慧財產法院107年度民商上字第1號。
- 118) 蔡億達, "商標貢獻度作為商標侵權損害賠償的計算依據？以智慧財產法院107年度民商上字第1號民事判決及WMS Gaming Inc. v. WPC Productions Ltd.為例", 2021년 10월 18일. <참고 링크: <http://www.jaw-hwa.com.tw/news-details.php?NID=NM000179&CLASSID=B01>>, 마지막 참고일: 2022년 6월 7일.
- 119) 智慧財產法院109年度民商訴字第38號。
- 120) 智慧財產法院109年度民商訴字第38號(“依證人方○○證述109年2月至6月收取45%報酬為182,285元, 此與被告提出勞務報酬簽收單相符, 據此即可推論被告上開期間所分得之利潤為445,586元(計算式: 182,285元×2÷45×55=445,586元, 元以下四捨五入, 下同), 而該段期間為5個月, 故被告每月利潤為89,117元(計算式: 445,586元÷5=89,117), 此為兩造所不爭執, 原告侵害系爭商標之期間為109年1月19日至同年9月18日共計8個月, 故此段期間被告所獲得已扣除教學師資費用之利潤共計712,936元(計算式: 89,117元×8=712,936元)。”).
- 121) 피고가 침해로부터 벌어들인 이익은 강사 인건비 등 원가비용을 공제한 후의 이익이라고 할 수 있다.

<표19: 오악국문 사건에서 해당 상표의 기여도 고려요소>

- ① 경영구역이 달라서 원고의 영업에 미치는 영향이 크지 않은 점;¹²²⁾
 ② 강의실의 환경;¹²³⁾
 ③ 국문과목을 제외한 다른 과목의 서비스.¹²⁴⁾

위의 요소에 따라서 상표의 기여도는 50%로 정해졌다.¹²⁵⁾ 그래서 손해배상액은 356,468위안(712,936위안 × 50%)로 산정되었다. ①, ② 및 ③요소는 상표권 기여도를 낮추는 요소이다. 경영 구역이 다르다는 요소는 일본에서도 상표권 사용료율을 고려하는 데 있어 사용료율을 낮추는 요소로 적용된 바 있었다.¹²⁶⁾¹²⁷⁾ 세 요소 모두가 기여도를 낮추게 작용하는데도 불구하고 기여도가 50%로 높게 책정된 점이 우리 법원의 기여도 수치와는 다른 점이다.

2. 다른 사건에서 참고할 수 있는 점

TutorABC 사건이 오악국문 사건과 같은 사업으로 학원의 서비스표권 침해 사건이다. 이 사건 TutorABC 사건의 1심에서 법원은 피고가 ‘Tutor4U’라는 표장을 사용한 행위가 원고의 ‘TutorABC’ 상표권을 침해하는 행위임을 인정하였다.¹²⁸⁾ 법원은 법원재량으로 손해배상액을 판단

122) 智慧財產法院109年度民商訴字第38號(“惟原告設址臺北, 被告則位在桃園, 係經營區域型補習班業務, 所招募者為附近區域之高中學生, 消費者即學生所考量者尚有地點”).

123) 智慧財產法院109年度民商訴字第38號(“教室環境”).

124) 智慧財產法院109年度民商訴字第38號(“其他科目補習服務等等”).

125) 智慧財產法院109年度民商訴字第38號(“本院審酌上開因素認系爭商標對被告此段期間利潤之貢獻度為 50%”).

126) 令和1(ワ)11874 - 東京地方裁判所.

127) 平成30年(ワ)第16422号 商標使用差止等請求事件(甲事件) 및 “平成30年(ワ)第18354号 損害賠償請求事件(乙事件).

128) 智慧財產法院107年度民商上字第1號(“空中美語公司於101年間使用系爭網域名稱時, 系爭「TutorABC」商標業經麥奇公司廣泛大量行銷使用, 不僅已有多個「Tutor」系列商標, 且早已在線上英語教學領域之相關消費者間建立起高度知名度, 已如前述, 空中美語公司為競爭同業, 對系爭「TutorABC」商標已達高度知名度之事實應知之甚詳, 是其辯稱使用系爭網域名稱時不知系爭「TutorABC」商標為著名商標, 顯不足採. 據上, 其使用系爭網域名稱構成視為侵害商標權, 應堪認定.....空中美語公司使用「Tutor4U」商標及系爭網域

할 때는 상표의 기여도가 손해배상액의 참고요소의 하나일 뿐이라고 평가절하 한 후 기여도의 구체적인 수치와 고려요소를 제시하지는 않았다.¹²⁹⁾ 법원이 원고가 주장한 100% 기여도를 기각할 때, 다음의 요소를 고려하였다: ① 피고는 교재, 교사, 고객 서비스 등 서비스로서 이익을 얻으며, 단순히 상표권 침해행위에 의하여 대략적으로 이익을 얻는 것이 아니다;¹³⁰⁾ ② 법원은 온라인 언어교육 서비스의 성격은 상품 구매와 달라 서비스표 기여도를 낮출 수 있다고 판단된다.¹³¹⁾ 그래서 법원은 100% 기여도를 부정하고¹³²⁾ 다만 민사소송법 제222조의 법원재량에 의하여 손해배상액이 책정되었다. 이에 따라서 해당 상표의 기여도가 5.6%로 추정되었다.¹³³⁾ TutorABC 사건의 항소심에서¹³⁴⁾, 대법원은 ‘상품’과

名稱, 構成侵害及視為侵害麥奇公司系爭「TutorABC」商標權之行為, ”).

- 129) 智慧財產法院107年度民商上字第1號(“然再考量商標所占本件損害賠償額之貢獻, 參酌兩公司之營業規模、營業收入、系爭「TutorABC」商標在線上語言教學領域之著名程度、空中美語公司侵權時間、侵害態樣等, 經綜合審酌後, 本院認本件空中美語公司侵害麥奇公司商標權之損害賠償金額, 以300萬元為適當, 麥奇公司逾此範圍之請求為無理由, 應予駁回。”).
- 130) 智慧財產法院107年度民商上字第1號(“空中美語公司就其線上語言教學業務, 須建置其線上教學系統、設計課程、臨聘教師、客服人員、教育訓練等等, 以完善之服務來吸引消費者購買及繼續購買課程, 其營業額多寡, 絕大多數是取決於教材、師資、客服等軟實力, 而不是單純僅靠其商標與系爭「TutorABC」商標近似, 即可直接獲得營業收入.”).
- 131) 智慧財產法院107年度民商上字第1號(“此外, 本件所涉之服務性質與一般仿冒商標商品性質不同, 就一般商品而言, 因為商標代表品質, 所以消費者會以商標決定是否購買商品, 因此若因為混淆誤認而購買到仿冒商標商品或近似商標商品, 通常是在買回來使用後品質不佳才發現誤購, 此時, 將仿冒商品之銷售額作為是商標權人之損害額, 這是合理的。然而, 就線上語言教學服務而言, 其經營模式與一般商品消費模式不同.....取決於消費者對服務過程的滿意度, 此時商標品牌所占之因素又更微乎其微。”).
- 132) 智慧財產法院107年度民商上字第1號(“基於上開理由, 本院認為, 麥奇公司無法證明空中美語公司就「Tutor4U」發票計算所得之收入, 都是因為其「Tutor4U」商標與系爭「TutorABC」商標相似而來, 麥奇公司上開計算方式, 顯然認為「商標」對空中美語公司營業收入之貢獻度為百分之百, 此與本件所涉線上語言教學服務之性質不符, 自不可採.”).
- 133) 智慧財產法院107年度民商上字第1號(“復參酌空中美語公司101年11月至106年12月Tutor4U發票共457,061,489元, 此為兩造所不否認, 若以麥奇公司主張之同業利潤標準淨利23%計算空中家教之利潤, 計算所得為105,124,142元, 但財政部公佈之同業利潤標準, 僅為其課稅之參考, 其所訂利潤通常均偏高(最高法院107年度台上字第1038號判決意旨參照), 然若以空中美語公司主張之「Tutor4U」占集團比例計算其利潤, 計算結果為虧損, 與其所提之空中家教「102年-105年成本費用統計總表」顯示空中家教有獲利之情形不符(見本院二第131至139頁), 又若以空中美語公司之「全公司」營業所得稅申報書所載淨利率0.33%計

‘서비스’가 같다는 상표법의 보호 대상의 취지에 따라서 1심법원의 판결을 파기하였다.

TutorABC 사건과 오악국문 사건에서, ‘경영 구역의 다름’은 다른 요소이며, 기타 고려요소들은 다 유사하다. 경영 구역의 다름 요소는 기여도를 낮추는 요소이다. 하지만 두 사건의 결과는 크게 다르고, 오악국문 사건의 기여도는 50%이며, TutorABC 사건의 기여도는 5.6%이다. 비교하면, 대만 법원은 상표권 침해에 대한 손해배상액 산정에서의 기여도를 판단할 때 기초적인 판단과정을 제시하지 않는다고 생각된다.

VII. 미국의 판례

미국의 판례를 수 회에 걸쳐 검색하였으나, 기여도의 고려요소를 제시하고, 구체적인 기여도 수치를 산정한 사례는 발견되지 않았다.¹³⁵⁾ 미국의 판례들은 침해요소와 비침해요소를 구분하여 그 둘을 쉽게 구분할 수 없는 경우에 기여도 100%를 인정하고,¹³⁶⁾ 구분할 수 있는 경우에만 구체적인 수치를 적용하는 행태를 보인다.¹³⁷⁾ 본 논문은 기여도의 고려요

算其「空中家教」之利潤，亦屬過低，是本院認「空中家教」合理的利潤，應介於兩造所主張之間，然再考量商標所占本件損害賠償額之貢獻，參酌兩公司之營業規模、營業收入、系爭「TutorABC」商標在線上語言教學領域之著名程度、空中美語公司侵權時間、侵害態樣等，經綜合審酌後，本院認本件空中美語公司侵害麥奇公司商標權之損害賠償金額，以300萬元為適當”。

134) 最高法院109年度台上字第2159號.

135) 본 논문의 심사과정에서 한 이름을 알 수 없는 심사위원이 (고맙게도) *Lindy v. Bic Pen* 판결, *Int'l Star Class v. Tommy Hilgiger* 판결의 검토필요성을 제시하였다. 검토한 결과, 그 판결들도 기여도를 구체적으로 산정한 것이 아님이 확인되었다.

136) 예를 들어, *Nintendo of Am., Inc. v. Dragon Pac. Int'l*, 40 F.3d 1007, 1012 (9th Cir. 1994) (“Second, where infringing and noninfringing elements of a work cannot be readily separated, all of a defendant's profits should be awarded to a plaintiff ...”).

137) 예를 들어, *Holiday Inns, Inc. v. Airport Holiday Corp.*, 493 F. Supp. 1025, 1027-28 (N.D. Tex. 1980), *aff'd sub nom. Holiday Inns, Inc. v. Alberding*, 683 F.2d 931 (5th Cir. 1982) (“Mr. Randuk, Tex-Mex's general manager of the motel since February 28, 1975, testified that when he took over the operation of the motel it was a failing business. He further testified that in order to bring in business immediately he crossed Lemmon Avenue to Love Field Airport and beat on doors in order to get weekly business. He

소를 제시하고, 구체적인 기여도 수치를 산정한 판례만을 분석한다. 향후 침해요소와 비침해요소를 구분하여 기여도를 산정하는 방법에 대하여는 후속 논문이 분석할 것이며, 그때 미국의 관련 판결들이 분석될 것이다.

VIII. 상표사건에서의 기여도 법리의 제안: 25%+8요소법

위에서 한국 판결 7개, 중국 판결 2개, 일본 판결 2개, 대만 판결 1개, 총 12개 판결을 분석하였다. 그 분석의 결과 상표의 기여도는 계량화하기 매우 어렵다는 것을 이해하게 되었다. 기여도 수치를 제시한 사건에서도 기여도 산정방법은 제각각이었다. 본 논문은 금번 연구에서 발굴된 8개 고려요소를 활용하는 상표사건에서의 기여도 법리의 개선방안을 다음과 같이 제시한다.

1. 특허사건에서의 25% 경험칙의 상표사건에서의 활용

특허사건에서 25% 경험칙(rule of thumb)¹³⁸⁾¹³⁹⁾ 활용된다. 그 원칙은 특허사건에서 자주 적용하는 이익배분의 경험적인 원칙이다.¹⁴⁰⁾ 25%

was successful and managed to bring in sufficient revenue to keep the doors open, and, after a period of time, to make a profit. He testified that 70% of the business of the motel was weekly and only 30% was transient business. This weekly trade was due to Mr. Randuk's personal efforts to obtain such business. It was not due to any potential patron of a Holiday Inn seeing either of the two signs or reading the name of the motel, Holiday Hotel. Therefore, only 30% of Defendants' profits are attributable to their infringement and unfair competition. The parties have stipulated that the total profits of the motel for the period of March 1, 1975 to January 1, 1979, were \$38,215. Thirty per cent of \$38,215 is \$11,464.50, the profits obtained due to the infringement and unfair competition.”).

138) rule of thumb: 경험·실제에서 얻은 일반 원리 [방식] .

139) 중국에서는 “rule of thumb”이 ‘경험법칙’으로 불린다. 법률 분야에서의 ‘rule of thumb’에 대한 논문은 다음과 같다: 刘以, “浅析经验法则不当运用及其規制”, 安徽警官职业学院学报第5期, 2017, 24页; 谭世贵·陆怡坤, “论经验法则在证据证明力评价中的运用——以刑事司法为视角”, 华南师范大学学报第5期, 2021, 151页.

140) Jiaqing "Jack" Lu, *The 25% Rule Still Rules: New Evidence from Pro Forma Analysis in Royalty Rates*, 46 Les Nouvelles 14 (2011) (“The 25% rule is based on observations that royalty negotiations tend to a royalty rate that equals approximately one-quarter of the licensee's expected operating profits derived from the technology. Over the years, the

경험칙은 1971년에 미국의 Robert Goldschelder가 논문에서 정식으로 주장하였다.¹⁴¹⁾¹⁴²⁾ 미국에서는 오랫동안 그 25% 경험칙에 따라서 이익의 25%를 사용료로 책정하였다.¹⁴³⁾¹⁴⁴⁾ 예를 들면, 침해자가 침해로 얻은 이익이 100원이면, 25% 경험칙을 적용하면 합리적 사용료는 약 25원이 되는 것이다. 이익의 나머지 75%는 매출에 실시권자가 기여한 것이라고 인정하는 것이다.¹⁴⁵⁾¹⁴⁶⁾

이 글은 특허사건에서 적용되었던 그 원칙을 상표사건에서 활용할 수 있다고 주장한다. 25% 경험칙에서의 25%는 여러 실제 사례에서의 통계에 근거를 둔다. 일부 학자는 25% 경험칙을 상표사건에 적용하는 것에 동의하지 않는다.¹⁴⁷⁾ 왜냐하면 25%라는 수치가 너무 단순하여, 다

rule has been generalized, and sometimes is referred as the 25% to 33% rule, depending mainly on technology, industry normal, and other relevant issues...The 25% rule has been a useful rule of thumb for royalty determination...”).

- 141) 陈永伟, 前掲 論文, 88页(“25%曾经是实践中常用的确定分摊比例的经验原则。一般认为, 25%法则是由Robert Goldschelder在其1971年的论文中正式提出的, 但Goldschelder本人则认为这一法则事实上早在上世纪50年代就已经有人应用了。”).
- 142) Goldscheider, R., *Technology Management: Law, Tactics, Forms*, (1984) Clark Boardman Callaghan, at §10-04.
- 143) 황성필·정차호, 앞의 논문, 405면(“미국 법원은 기초실시료율을 책정할 수 있는 자료가 없는 상황에서 적절한 출발점을 구하기 위하여 25% 원칙을 오랜 기간 활용하였었다.”).
- 144) 황성필·정차호, 위의 논문, 407면(“25% 원칙은 오랫동안 미국 법원들에 의해 인정되어 왔었다.”).
- 145) 황성필·정차호, 위의 논문, 406면(“그 이익은 매출액에 이익률을 곱하여 구하므로 결국 실시료율은 이익률의 25%가 된다는 것이다. 달리 말하면, 매출액에 이익률 및 25%를 곱하면 실시료를 구할 수 있는 것이다.”); 406면(“실시권자가 이익의 75%를 가지게 되는 이유는 추가개발, 기존의 영업망 활용, 상업화를 통한 위험감수, (다른 기술의 추가) 등을 수행하기 때문이다.”); 411면(“25% 원칙은 해당 특허발명을 적용한 제품으로부터 발생한 이익의 25%를 실시권자가 특허권자(실시허락자)에게 실시료로 지불하고 나머지 75%를 실시권자가 가진다는 것이다. 그 75%의 몫을 제품개발, 상업화에 따른 위험감수, 다른 지식재산권 등의 역할로 보는 것이다.”).
- 146) 陈永伟, 前掲 論文, 88页(“例如, 侵权人销售侵权商品总共得到100万利润, 则根据这一法则可以计算出侵权赔偿为25万元。”).
- 147) David Drews, *Determining an Appropriate Royalty Rate for Reasonable Royalty Trademark Damages A Modified Georgia-Pacific Framework*, 49 *Les Nouvelles* 150, 153 (2014) (“With the demise of the 25% rule in patent litigation,¹² it is safe to assume that this technique is no longer a suitable choice in trademark reasonable royalty rate analyses

양한 사안의 사건에 적용하기가 곤란하다는 것이다. 25% 수치를 ‘바로’ 적용하면 분명히 합리적이지 않게 되고 상표의 가치의 차이를 적절히 반영할 수 없게 된다.¹⁴⁸⁾ 그러므로 25% 수치를 바로 적용하지 않고 여러 중요한 고려요소를 충분히 반영한다면 그런 방법은 지지받을 수 있을 것이다.

2. 25% 경험칙+8요소

필자가 주장하는 방법은 특허사건에서 활용되었던 25% 경험칙을 상표사건에서 활용하되, 본 논문에서 발굴한 8가지 고려요소(‘8요소’)를 활용하여 그 25% 수치를 조정하는 것이다. 즉, 이익률의 25%를 바로 기여도로 인정하는 것이 아니라 출발점(starting point)으로 삼은 후, 8요소의 영향을 반영하여 최종적인 기여도를 정할 수 있다는 것이다. 예를 들면, 해당 상표와 관련하여 기여도를 높일 요소의 영향보다 낮출 요소의 영향이 더 크다고 판단되는 경우, 기여도를 25%보다 더 낮은 값으로 책정할 수 있는 것이다. 물론, 그 반대의 경우에는 기여도를 25%보다 더 높은 값으로 책정할 수 있다.¹⁴⁹⁾ 먼저 일실이익과 침해자 이익의 산정에 있어서 기여도를 적용하는 공식은 아래와 같다.

either. Therefore, the established profitability of products featuring the infringed trademark can no longer be a direct input to the formula used to determine a reasonable royalty rate. However, the established profitability and commercial success of products that featured the trademark in suit prior to the hypothetical negotiation are still important indicators of the relative strength and level of consumer awareness of the trademark, and will help narrow a relatively wide range of comparable property royalty rates to one that is more appropriate. Generally, a more established, more successful trademark will command a higher royalty rate than one without a similar track record of success, ceteris paribus.”).

148) 陈永伟, 前揭 论文, 88页(“这一法则十分简单, 也十分易于操作, 然而其缺陷也是相当明显的。一方面, 它忽视了专利产品的特点, 统一使用一个固定值来确定分摊比例, 这样的处理有过于草率之嫌。另一方面, 这一法则只能用来分析一件产品仅为一项专利所覆盖的情形, 如果一件产品被多项专利所覆盖, 则这一法则就不再适用。基于上述原因, 在最近的实践中, 这一经验法则已经逐步被摒弃。”).

149) 황성필·정차호, 위의 논문, 406면(“이익률의 25%가 실시료율로 바로 결정되는 것은 아니고 이익률의 25%를 실시료율 책정의 출발점으로 삼고, 다른 여러 상향요소 및 하향요소를 고려한 후 최종 실시료율을 책정하게 된다.”).

<표20: 25%+8요소법이 적용된 일실이익과 침해자 이익의 산정방식>

- 일실이익 = <수량 인과관계가 인정되는> 침해자 양도수량 x (권리자 단위수량당 이익액 x 약 25%±<기여도>)
- 침해자 이익 = <수량 인과관계가 인정되는> 침해자 양도수량 x (침해자 단위수량당 이익액 x 약 25%±<기여도>)

3. 8요소의 도출

예를 들면, 침해자 이익의 산정에 있어서 25%를 출발점으로 두고, ‘해당 상표가 소비자에게 매력적인 정도’ 및 ‘권리자의 신용 및 원고가 판매하는 제품의 품질’ 등을 종합적으로 고려하여 최종 기여도를 책정할 수 있다. 25% 경험칙이 유용한 방법이 되기 위해서는 그 출발점인 25%를 상향 또는 하향시키는 고려요소들이 제시되어야 한다. 그를 위해 앞에서 분석된 12개 판결들에서 고려한 요소들을 다음 표와 같이 정리, 제시한다.

<표21: 12개 판결에서 고려한 고려요소의 정리>

사건	년도	분야	산정방식	기여도 요소	기여도
한국 정관장	2020	식품	침해자 이익	① 침해표장과 등록상표가 의미의 구별; ② 피고의 브랜드 파워; ③ 상표권에 의하여 가격의 변화.	30%
한국 MKM	2017	의자	법원 재량 (침해자 이익을 기초로)	① 피고 제품의 품질, 기술, 상표 이외의 신용, 판매정책 등; ② 원고의 매출액의 변화; ③ 원고의 시장점유율의 변화; ④ 침해표장이 제품의 비중을 차지함.	15%
한국 킹콩리필	2021	음식점서비스	법원 재량 (침해자 이익을 기초로)	① 피고의 광고·판촉행위; ② 피고의 레시피·음식 품질; ③ 원고의 등록서비스표의 인지도; ④ 원고와 피고 영업의 동종·유사성; ⑤ 피고가 일부분 서비스표의	10%

				변화행위.	
한국 삼계탕	20 08	음식 점서 비스	침해자 이익	① 피고가 제공된 음식의 맛과 품질; ② 피고의 신용; ③ 피고의 판매정책; ④ 지정서비스업 이외의 음식을 판매함으로써 얻은 이익의 정도.	5%
한국 필라 테스	20 21	학원 서비 스	법원 재량 (침해자 이익을 기초로)	① 피고의 포장의 변경; ② 해당 업체의 성격.	20%
한국 하이 우드	20 10	건축 용자 재	침해자 이익	① 피고가 공급하는 상품의 질; ② 피고의 신용; ③ 피고의 판매정책.	30%
한국 메타 랜드	20 04	서비 스	침해자 이익	① 피고의 홍보행위; ② 해당 상표의 인지도, 브랜드 파워; ③ 해당 상표의 고객 흡인력; ④ 해당 상표의 사용 부분 (수정가능성도 있음)	20%
중국 신백 륜	20 15	신발	법정손해 배상	① 외부평가자료.	2.5%
중국 항중 여	20 15	여행 서비 스	침해자 이익	① 이익상승액.	73%
일본 VEG ASV EGAS	20 19	빠짱 꼬 서비 스	합리적 사용료	≡사용료율 ① 고객의 수요; ② 고객 흡인력; ③ 경영 구역의 다름; ④ 피고의 홍보행위; ⑤ 피고의 경영행위.	0.15%
일본 舞豚	20 18	음식 점서 비스	합리적 사용료	≡사용료율 ① 상표권의 사용료율 ② 상표권의 인지도 ③ 해당 상표권 사용료율의	8%

				평균치 비교 ④ 경영구역의 다름.	
대만 오약 국문	20 20	학원 서비스	침해자 이익	① 지역의 차이 ② 강의실의 환경 ③ 국문과목을 제외한 다른 과목의 서비스	50%

위 12개 판결에서 고려된 요소를 다시 정리하면 다음의 표를 도출할 수 있다.

<표22: 8요소의 재정리>

구분	①기술 디자인 자본력 등 다른 요소의 기여	②해당 상표의 인지도 (brand power)	③원고 와 피고의 업종 및 시장구 역의 근접성	④피고 가 침해표 장을 변경한 행위	⑤해당 상표의 해당 제품에 서의 사용범 위 및 정도	⑥침해 전·후 매출액 또는 시장점 유율의 변화	⑦기여 도 수치 를 하 는 외부 자료	⑧해당 상표의 사용에 의한 가격변 화
한국 정관장		○		○				○
한국 MKM	○				○	○		
한국 하이드	○							
중국 신백륜							○	
한국 킹콩필	○	○	○	○				
한국 삼계탕	○							
한국 필라스	○			○				
한국 메타랜드	○	○			○			
중국 향중여						○		
일본 VEGAS	○	○	○					

VEGAS								
일본 舞豚		○	○					
대만 오약 국문	○		○					
사용 횟수	8	5	4	3	2	2	1	1

<표23: 상표의 기여도 8요소>

- ① 기술, 디자인, 자본력 등 다른 요소가 해당 제품에 기여하는 정도;¹⁵⁰⁾
- ② 해당 상표의 인지도(brand power);
- ③ 원고와 피고의 업종 및 시장구역의 근접성;¹⁵¹⁾
- ④ 피고가 침해표장을 변경한 행위;
- ⑤ 상표의 해당 제품에서의 사용범위 및 정도;¹⁵²⁾
- ⑥ 침해 전·후 매출액 또는 시장점유율의 변화;
- ⑦ 구체적인 수치가 있는 해당 상표의 기여도에 관한 외부자료;¹⁵³⁾
- ⑧ 해당 상표의 사용에 의한 해당 상품의 가격변화.

위의 ‘8요소’를 종합적으로 평가하여 권리자에게 유리하면 상향작업이 필요하고, 불리하면 하향작업이 필요하다. 예를 들어서, 등록상표의 인지도가 높으면 권리자에게 유리해서 상향요소가 될 수 있다. 또, 원고와 피고의 영업점의 지리적 거리가 매우 크면 권리자에게 불리해서 하향요소가 될 수 있다. 25%는 출발점이므로, 법원은 상향요소와 하향요소를 두루 종합적으로 고려하여 그 출발점보다 더 높거나 더 낮은 최종 기여도를 결정할 수 있다. 물론, 25%로 결정할 수도 있다.

150) 예를 들어, 어떤 음식의 맛이 유난히 좋은 것은 기술이 좋다는 것이고, 어떤 가방의 디자인이 좋은 면도 중요하다.

151) 예를 들어서, 업무가 너무 유사하거나 위치가 너무 가까우면 고객의 상표 오해에 영향을 미쳐서 상표의 기여도에 더 큰 영향을 미칠 수 있다.

152) 침해표장이 제품에서 차지하는 비중의 정도.

153) 공신력이 있는 기관에서 해당 상표의 기여도에 관하여 평가하여 구체적인 수치를 제시한 자료가 제시되는 경우 법원은 그 수치에서 멀리 벗어나는 기여도를 정하기 어렵게 된다. 다만, 상표 기여도 평가에 공신력을 가진 기관이 존재한다고 인정되지 않는다.

4. 합리적 사용료에서의 상표의 기여도의 산정방식

필자는 주요국과 지역에 대한 상표권 침해에 대한 사건을 검색해서 일본만 합리적 사용료로 손해배상액을 산정할 때 기여도를 고려함을 발견하였다. 다른 주요국이나 지역에서의 상표사건은 합리적 사용료로 손해배상액을 산정할 때 기여도는 따로 고려하지 않는다. 그래서 상표권 사건에서 합리적 사용료로 손해배상액을 산정하는 것은 상표의 기여도를 반영할 수 있는지 고려해야 한다. 하지만 학자들은 상표의 중요성을 강조하기 위해서 사용료율을 고려하기 전에 해당 매출액에서의 상표의 기여도를 고려해야 한다고 말한다. 그 다음에 25% 경험칙은 합리적 사용료를 산정하기 위한 원칙이어서 합리적 사용료에서 25% 경험칙을 적용하여 기여도를 고려하는 산정공식은 아래와 같다.¹⁵⁴⁾

<표24: 기여도를 반영하는 사용료 산정>

◎ 기여도를 반영하는 사용료

$$= (\text{사용료기초(royalty base)} \times \text{기여도}) \times \text{사용료율(royalty rate)}$$

$$= (\text{매출액} \times \text{기여도}) \times \text{사용료율}$$

$$= \text{<인과관계가 인정되는> 수량} \times \text{단위수량당 가격} \times \text{기여도} \times \text{사용료율}^{155)}$$

위 산정공식은 상표의 기여도의 중요성을 잘 강조한 것이지만 기여도를 산정할 때 25% 경험칙을 다시 결합하는 것은 매우 어려우므로 단독으로 다시 정성분석법을 통해서 침해요소를 분석하고 기여도를 고려할 수밖에 없다. 참고로 위에서 분석된 일본의 VEGASVEGAS 사건과 舞豚

154) 황성필·정차호, 앞의 논문, 406면(“실시료(royalty)는 실시료기초에 실시료율을 곱하여 구한다. Uniloc 법원은 25% 원칙이 해당 사안에서의 실시료기초와 합리적으로 연결되지 못한다고 설사하였다. 그 설사는 기여도(apportionment ratio)의 중요성을 강조한 것이다.

[▪ 기여도를 반영하지 않는 실시료(royalty) = 실시료기초(royalty base) × 실시료율(royalty rate) = 매출액 × (이익률 × 25%)

▪ 기여도를 반영하는 실시료 = (실시료기초 × 기여도) × 실시료율(royalty rate) = (매출액 × 기여도) × (이익률 × 25%)”].

155) 합리적 실시료 = 실시료기초 × 실시료율; 실시료기초 = 매출액 = 수량 × 단위수량당 가격; 여기서의 수량에 수량 인과관계가 적용될 수 있고 여기서의 단위수량당 가격에 가치 인과관계가 적용될 수 있다.

사건에서 합리적 사용료를 산정할 때 상표권 기여도의 요소는 사용료율을 산정하는 과정에 포함되어 있다. 필자는 이 포함관계가 “매출액 × (기여도 × 사용료율)”이라는 산정공식을 직접 열거하지는 않았지만 일본에서는 상표법 제38조 제3항에 따른 산정방식(매출액 × 사용료율)과 비슷하다고 본다. 법원은 합리적 사용료를 산정하는 상표권 사건에서 사용료율을 산정할 때 상표의 기여도를 고려해야 한다고 명시하였다.¹⁵⁶⁾ 그래서 구체적인 산정방식은 아래와 같다.

<표25: 기여도를 적용하는 합리적 사용료의 산정방식 >

◎ 합리적 사용료
 = 매출액 × (기여도 × 사용료율)
 = 매출액 × (기여도<정성 분석법> × 사용료율)
 = <인과관계가 인정되는> 수량 × 단위수량당 가격 × (기여도 <정성 분석법> × 사용료율)

IX. 완전히 다른 방법(정성분석법)의 필요성

1. 특허 기여도 정의와의 대비

특허사건에서 대상 특허발명의 기여도의 정의는 대상 특허발명의 가치가 전체 기술의 가치 중 차지하는 비율이다.¹⁵⁷⁾ 하나의 제품에 하나의

156) 東京地方裁判所 令和1(ワ)11874 判決(“(7) 商標法38条3項による損害は、原則として、侵害に係る役務の売上高を基準とし、これに実施に対し受けるべき料率を乗じて算定すべきであり、実施に対し受けるべき料率は、①実際の実施許諾契約における実施料率や、業界における実施料の相場等も考慮に入れつつ、②当該商標権の顧客吸引力、③当該商標を使用した場合の売上げ及び利益への貢献や侵害の態様、④商標権者と侵害者との競業関係や商標権者の営業方針等訴訟に現れた諸事情を総合考慮して、合理的な料率を定めるべきである(知財高裁特別部平成30年(ネ)第10063号・令和元年6月7日判決(最高裁HP)参照。”)。

157) 정차호·정여단, “특허권 침해에 대한 손해배상액 산정을 위한 특허발명의 기여도 (apportionment ratio) 산정방법”, 성균관법학 제34권 제3호, 성균관대학교 법학연구원, 2022, 초록(“이 글은 기여도를 정의하는 두 방식을 제시하였다. 하나는 해당 제품의 가치(가격) 중 대상 특허발명의 가치의 비율이라는 정의이다. 다른 하나는 해당 제품에 적용된 전체 기술의 가치 중 대상 특허발명의 가치의 비율이라는 정의이다. 이 글은 여러 가지 이유로 후자의 정의가 실무적으로 더 타당함을 설명한다.”).

특허발명만 적용된 경우에는 대상 특허발명의 기여도를 100%로 판단할 수 있다. 그러나, 하나의 제품에는 통상 여러 기술이 적용되므로 기여도가 100%인 경우보다는 100% 이하인 경우가 더 많을 것이다. 하지만 하나의 상품에는 통상 하나의 상표가 사용된다. 위 특허사례를 적용하면 상표 기여도는 통상 100%가 되어야 하는 것이다.

2. 침해요소와 비침해요소를 구분하는 방법

침해요소(infringing feature)와 비침해요소(non-infringing feature)를 구분하여 기여도를 산정하는 방법도 존재한다. 예를 들면, 미국의 *Nintendo* 사건,¹⁵⁸⁾ *WMS Gaming* 사건¹⁵⁹⁾ 및 *Gibson Guitar* 사건에서는¹⁶⁰⁾ 법원이 해당 침해제품에서 침해요소와 비침해요소를 구분할 수 없기 때문에 기여도를 적용하지 않았고, 그 결과는 기여도를 100%로 인정한 바와 다름이 아니다. 그런 경우는 한국에서도 여러 건이 발견된다. 필자가 2004년부터 최근까지 선고된 상표사건의 판결문을 조사한 바에 따르면, 상표권 침해를 인정하고 손해배상액을 산정하면서 기여도를 고려한 판결은 총 28건인데, 그 중에서 기여도의 구체적인 수치가 나온 판결은 7건에 불과하였다. 즉, 나머지 21건에서는 기여도의 수치가 제시되지 않았고, 그래서 기여도를 100% 인정한 결과를 초래하였다.

3. 중국의 정성분석법

해당 상품에서 침해요소와 비침해요소를 구분하여 기여도를 산정하는 방법을 중국에서는 ‘정성분석법’이라고 칭한다.¹⁶¹⁾¹⁶²⁾ 중국에서는 대부분의 법원이 특허사건에서 정성분석법을 적용하여 기여도를 고려하며, 정성분석법으로 기여도를 산정하는 구체적인 방식은 침해요소와 비침해요소가 이익에 기여한 바를 고려하여 기여도를 판단한다.¹⁶³⁾ 즉 침해요소

158) *Nintendo of Am., Inc. v. Dragon Pac. Int'l*, 40 F.3d 1007, 1010 (9th Cir. 1994).

159) *WMS Gaming Inc. v. WPC Productions Ltd.*, 542 F.3d 601 (7th Cir. 2008).

160) *Gibson Guitar Corp. v. Paul Reed Smith Guitars, LP*, 325 F.Supp.2d 841 (M.D.Tenn. 2004).

161) 刘晓, “论知识产权损害赔偿中侵权获利的分摊方法”, *法律科学* 第4期, 2018, 172-176页.

162) 陈永伟, “知识产权损害赔偿计算: 方法、工具和考量因素”, *电子知识产权* 第8期, 2019, 87-89页.

와 대상 상표권의 적용으로 얻은 이익의 인과관계를 통해서 기여도를 산정할 수 있다. 그러나 앞에서 살펴본 중국의 신백륜 사건과 항중여 사건은 직접적인 침해요소의 인과관계를 찾지 않고 대상 상표의 기여도에 대한 데이터를 찾아서 그 인과관계를 증명하였다.

4. 미국의 정성분석법

미국에서도 주로 침해요소과 비침해요소를 구분해서 침해요소가 이익에게 기여한 정도를 산정한다.¹⁶⁴⁾ 예를 들면, *Holiday Inns* 사건에서 법원은 피고의 호텔 업무의 70%는 매니저가 직접 공항 등지로 가서 판매하고 30%는 고객이 호텔의 상표를 보고 스스로 들어오는 것을 고려한 후에 상표의 기여도를 30%로 인정하였다.¹⁶⁵⁾ *Sands* 사건에서 법원은 광고비의 투입과 광고 기간에 따른 이익 및 광고에서의 상표의 이익 촉진 작용을 고려한 후에 10% 기여도를 인정하였다.¹⁶⁶⁾ *A&M* 사건에서, 피고1은 다른 세 명 피고에게 타이밍 테이프를 판매하였다. 그 세 명 피고는 타이밍 테이프를 이용하여 원고가 저작권을 가진 제품을 복제하여 원고 상표가 부착된 테이프 카트리지에 담았다. 이에 따라서 피고1은 상표권을 침해하는 것을 방조하였다. 원고는 피고1의 70% 고객이 침해행위에 참여했고, 피고1의 이익의 70%는 침해행위가 있는 고객에 대한 매출액에서 나온 것이라고 주장하였다. 법원은 그 주장을 받아들여 피고가 상표권을 침해한 행위가 침해자 이익에 기여한 정도가 70%라고 인정하였다.¹⁶⁷⁾¹⁶⁸⁾

163) 刘晓, 前揭 論文, 172页(“中国法院在大部分案件中都采用定性分析法进行分摊, 即考虑侵权内容和其他因素对利润的贡献后酌定分摊的比例。”).

164) 刘晓, 前揭 論文, 172-173页(“在商标案件中, 通常难以确定侵权商标占侵权商品的量化比例, 因此美国法院采用定性分析法进行分摊.....定性分析法考虑侵权内容与其他非侵权因素对侵权产品整体利润的贡献度, 从而酌定侵权内容对利润的贡献度, 即分摊比例。”).

165) *Holiday Inns, Inc. v. Airport Holiday Corp.*, 493 F. Supp. 1025, 1027-28 (N.D. Tex. 1980), *aff'd sub nom. Holiday Inns, Inc. v. Alberding*, 683 F.2d 931 (5th Cir. 1982)

166) *Sands, Taylor & Wood v. Quaker Oats Co.*, No. 84 C 8075, 1990 WL 251914, at *22-23 (N.D. Ill. Dec. 20, 1990), *aff'd in part, rev'd in part sub nom. Sands, Taylor & Wood Co. v. Quaker Oats Co.*, 978 F.2d 947 (7th Cir. 1992).

167) 刘晓, 前揭 論文, 172-173页(“在 A&M 诉 General Audio 案中, 被告 GAVC 公司向另三

5. 소결

위 논의를 종합하면 정성분석법은 침해요소와 비침해요소를 구체적으로 구분하는 방법이다. 그리고 침해요소와 이익의 인과관계를 판단해서 기여도를 얻을 수 있다. 이에 따라서 정성분석법으로 기여도를 정확히 판단할 수 있지만 어느 부분이 침해요소인지를 판단하기가 어려우므로 정성분석법을 적용하기도 어렵다. 그러나, 많은 사건에서 법원은 정성분석법을 적용하여 기여도를 산정하거나 기여도를 100%로 인정하였다. 그렇다면 정성분석법이 상표사건에서 더 중요한 산정방법이 될 수도 있다. 그런 점에서 후속 연구에서 정성분석법을 적용한 판결들을 분석할 필요성이 제기되는 것이다.

X. 결론

본 논문은 상표권 침해에 대한 손해배상액 산정에서 기여도를 적용함에 있어서 기여도를 산정하는 하나의 방법을 제안한다. 그 제안을 위해 한국, 중국, 일본 및 대만에서의 상표사건에서 기여도의 실제 수치를 산정한 12개 판결을 수집하여 그 판결들을 분석하였다. 한국 상표사건에서의 기여도는 5% 내지 30% 사이에 분포하고, 약 25%가 중간값임을 확인하였다. 그러한 기여도를 결정하는 과정에서 여러 고려요소를 제시하고 그것들을 종합적으로 고려한 결과치로서의 기여도가 책정되었다. 중국 상표사건에서의 기여도는 2.5% 및 73%를 보여 격차가 매우 큼을 확인하였다. 중국 법원도 여러 기여도 고려요소를 종합적으로 고려하여 기여도를 책정하였다. 미국에서는 기여도 고려요소를 제시한 판결은 발견

个被告出售定时录音带，该三被告利用定时录音带复制原告享有版权的作品，并将录音带装入附有原告商标的磁带盒中。被告 GAVC 公司的总裁和唯一所有人 Abdallah 构成帮助侵权。原告主张被告GAVC公司70%的顾客都参与了侵权活动，因此GAVC公司70%的利润来自向侵权客户的销售额。法院据此认定被告GAVC公司的帮助侵犯商标权行为对其利润的贡献度为70%。”)。

- 168) 교신저자는 본 판결은 해당 상품의 가치에 해당 상표가 기여한 정도(기여도)를 말하는 것이 아니라, 침해수량 중 원고 손해와 인과관계가 인정되는 수량을 말하는 것이라고 생각한다. 기여도와 수량 인과관계의 관계에 대하여는 향후의 논문에서 논하고자 한다.

되지 않았고, 침해품을 침해부분과 비침해부분으로 구분하는 방법을 적용한 판결만이 발견되었다. 일본에서 발견된 두 판결은 사용료율(royalty rate)을 산정하면서 그 와중에 기여도를 반영한 것이었다. 기여도가 사용료율 산정에 중요하게 영향을 미쳤다고 생각된다. 대만의 두 상표사건에서의 기여도는 5.6% 및 50%이었다.

한국, 중국, 일본 및 대만의 판결들을 종합적으로 분석한 결과로, 본 논문은 다음과 같은 기여도 산정에서의 8가지 고려요소(‘8요소’)를 제시한다: ① 기술, 디자인, 자본력 등 다른 요소가 해당 상품에 기여하는 정도, ② 해당 상표의 인지도(brand power), ③ 원고와 피고의 업종 및 시장구역의 근접성, ④ 피고가 침해표장을 변경한 행위, ⑤ 해당 상표의 해당 상품에서의 사용범위 및 정도, ⑥ 침해 전후 매출액 또는 시장점유율의 변화, ⑦ 구체적인 수치가 있는 해당 상표의 기여도에 관한 외부자료 및 ⑧ 해당 상표의 사용에 의한 해당 상품의 가격변화.

본 논문은 위에서 제시된 8요소를 활용하는 방법으로 ‘25%+8요소법’을 제안한다. 이 방법은 해당 상품의 판매로 획득한 이익 중 25%가 해당 상표의 기여에 의한 것이라고 잠정 인정한 후, 위에서 제시된 8요소의 상향 필요성 및 하향 필요성을 종합적으로 고려하여 그 25%를 조정한 최종 기여도를 결정하는 것이다. 우리나라 판결에서의 기여도 중간값이 약 25%인 점, 여러 판결에서 그러한 요소들을 고려하였다는 점을 감안하면 25%+8요소법이 실무와 부합하며, 사용하기 편리한 방법이라고 생각된다.

이 글은 상표사건에서 기여도를 산정하면서 구체적인 고려요소를 제시하고 나아가 특정 기여도 수치를 특정한 판결 12개를 분석하였다. 이 글이 나름의 의미를 가질 것으로 기대한다. 그러나, 더 많은 상표사건에서는 기여도를 아예 적용하지 않거나 기여도를 100%로 인정하였다. 필자가 2004년부터 2022년까지 선고된 상표사건 판결문을 조사한 바에 따르면, 상표권 침해를 인정하고 손해배상액을 산정하면서 기여도를 고려한 판결은 총 28건인데, 그 중에서 기여도의 구체적인 수치가 나온 판결은 7건에 불과하였다. 즉, 나머지 21건에서는 기여도의 수치가 제시되지 않았고, 그래서 기여도를 100% 인정한 결과를 초래하였다. 이러한 결과는 ‘정성분석법’이 적용되었기 때문이라고 생각된다. 이 방법은 해당 제

품 중 침해부분과 비침해부분을 구분하여 기여도를 판단한다.

상표사건에서 기여도를 적용하는 두 중요한 방법은 첫째, 여러 고려요소를 고려한 후 25% 전·후의 기여도를 책정하는 방법 및 둘째, 침해부분과 비침해부분을 구분하여 기여도를 책정하되 구분되지 않는 경우 100% 기여도를 인정하는 방법이다. 25%와 100%는 매우 다른 수치이다. 두 방법이 서로 다른 점을 말하는 것으로 생각된다. 이 글은 기여도 고려요소를 고려한 후 25% 전·후의 기여도를 책정한 판례 12개를 분석하였다. 다음 단계로는 침해부분과 비침해부분을 구분하는 정성분석법을 적용한 판례를 분석할 필요가 있음이 인정된다. 다음 연구에서 두 방법의 조화, 연결을 도모할 것이다.

(논문투고일: 2022.11.1., 심사개시일: 2022.12.8., 게재확정일: 2022.12.22.)



▶ 정여단 · 정차호

상표권 침해, 손해배상액, 기여도, 25% 경험칙, 25%+8
요소법, 정량분석법

【참 고 문 헌】

1. 국내문헌

<국내 학술지>

- 정차호·문려화, “특허권 침해에 대한 손해배상액 산정에 있어서의 기여도 (apportionment ratio) 산정 법리”, 정보법학 제21권 제3호, 한국정보법학회, 2017.
- 정차호·장태미, “특허권침해 손해배상액 산정의 기초(base): 전체시장가치원칙, 최소판매가능부품원칙 및 기여도배분원칙의 상황별 적용” 법학연구 제22권 제2호, 경상대학교 법학연구소, 2014.
- 정차호·장태미, “특허법 제128조 제6항에 따른 법원의 재량에 의한 ‘상당한’ 손해액의 인정”, 지식재산연구 제10권 제2호, 한국지식재산연구원, 2015.
- 정차호·정여단, “특허권 침해에 대한 손해배상액 산정을 위한 특허발명의 기여도(apportionment ratio) 산정방법”, 성균관법학 제34권 제3호, 성균관대학교 법학연구원, 2022.
- 정차호·황성필, “특허권 침해에 대한 손해배상액 산정: 미국의 기여도(apportionment ratio) 법리”, 과학기술과 법 제10권 제2호, 충북대학교 법학연구소, 2019.
- 주현재·문려화·정차호, “특허법상 손해배상액 산정에 있어서 기여도 증명책임의 소재”, 지식재산연구 제13권 제1호, 한국지식재산연구원, 2018.
- 최지선, “특허침해 손해액 산정법의 개선방안에 관한 연구 : 통계학적 분석 및 온라인기술가치평가시스템의 활용사례를 중심으로”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2016.
- 최형구, “특허침해 손해배상에 있어 기여도 산정기준에 관한 국내 판례 분석”, The Journal of Law & IP 제11권 제2호, 충남대학교 세종지적재산연구소, 2021.

최호진, “다중결합제품의 특허침해 사건에서 손해배상액 추정규정과 기여율의 체계적 해석에 관한 고찰”, 사법 제57호, 사법발전재단, 2021.

황성필·정차호, “‘합리적’ 실시료율 책정을 위한 25% 원칙”, 법학논문집 제44집 제1호, 중앙대학교 법학연구원, 2020.

<국내 단행본>

박종태, 상표법 제13판, 한빛지적소유권센터, 2019.

정차호, 특허법의 손해배상론, 박영사, 2016.

<신문기사>

이재기, 「홍삼시장 정관장 “독주” 속 천지인·한뿌리 “맹추격”」, 노컷뉴스, 2012년 11월 14일. <참고링크: <https://www.nocutnews.co.kr/news/982217>>, 마지막 열람일: 2022년 12월 7일.

윤병효, 「인삼공사 매출이 곧 홍삼시장규모…정관장 공략 안간힘」, EB N 산업경제, 2019년 8월 20일. <참고링크: <https://www.ebn.co.kr/news/view/997681>>, 마지막 열람일: 2022년 12월 7일.

조병일, 「[머니라인] 창업가이드...인터넷 쇼핑물 몰마스터」, 매일경제 뉴스, 1999년 3월 21일. <참고링크: <https://mk.co.kr/news/it/view/1999/03/22300/>>, 마지막 열람일: 2022년 12월 7일.

「인터넷 B2B시장 '선두주자」, 매거진 한경, 2006년 12월 11일. <참고 링크: <https://magazine.hankyung.com/business/article/202103084863b>>, 마지막 열람일: 2022년 12월 7일.

<인터넷 자료>

하은맘탱, “머곡동 맛집: 킹콩떡볶이 A세트 굿!”, 맛집맛음식, <참고링크: <https://blog.naver.com/stosto1/221173164052>>, 마지막 열람일: 2022년 12월 6일.

“하이우드의 평가”, 개치, <참고 링크: <https://www.catch.co.kr/Comp/CompInfo/496254>>, 마지막 열람일: 2022년 12월 6일.

2. 해외문헌

<일본 단행본>

特許庁, 「商標権侵害への救済手続」, 2021.

<일본 학술지>

清水三沙, 「ベガスベガス」商標権侵害損害賠償等請求事件【商標判決紹介】, 2022.

笠原 基広, "商標権侵害の損害額はどのように算定されますか?", 2021.

松田 さとみ, "商標法38条3項を根拠とする損害賠償請求~平成20年1月1日以降に言い渡された裁判例の分析~", 知財ふりずむ, 第9巻第108號, 2011.

<미국 학술지>

Bryan M. Otake, *The Continuing Viability of the Deterrence Rationale in Trademark Infringement Accountings*, 5 UCLA Ent. L. Rev. 221 (1998).

David Drews, *Determining an Appropriate Royalty Rate for Reasonable Royalty Trademark Damages A Modified Georgia-Pacific Framework*, 49 Les Nouvelles 150 (2014).

J. Benjamin Bai *et al.*, *What Multinational Companies Need to Know About Patent Invalidation and Patent Litigation in China*, 5 Nw. J. Tech. & Intell. Prop. 449 (2007).

Jiaqing "Jack" Lu, *The 25% Rule Still Rules: New Evidence from Pro Forma Analysis in Royalty Rates*, 46 Les Nouvelles 14 (2011).

Robert Goldscheider, *Technology Management: Law, Tactics, Forms*, Clark Boardman Callaghan (1984).

Scott P. Shaw, *Applying the Apportionment Theory in Copyright and Trademark Cases Involving Apparel and Retail Defendants*, Orange County Law., July 2009.

<중국 학술지>

谭世贵·陆怡坤, “论经验法则在证据证明力评价中的运用——以刑事司法为视角”, 华南师范大学学报第5期, 2021.

陈永伟, “知识产权损害赔偿计算: 方法、工具和考量因素”, 电子知识产权第8期, 2019.

刘晓, “论知识产权损害赔偿中侵权获利的分摊方法”, 法律科学 第4期, 2018.

刘以, “浅析经验法则不当运用及其规制”, 安徽警官职业学院学报 第5期, 2017.

<대만 학술지>

蔡億達, "商標貢獻度作為商標侵權損害賠償的計算依據? 以智慧財產法院107年度民商上字第1號民事判決及WMS Gaming Inc. v. WPC Productions Ltd.為例", 2021年 10月 18日. <참고링크: <http://www.jaw-hwa.com.tw/news-details.php?NID=NM000179&CLASSID=B01>>, 마지막 참고일: 2022년 12월 7일.

Abstract

Calculating Apportionment Ratio in Calculating Damages Against Trademark Infringement: Suggestion of “25%+8 Factors Method”

Rudan ZHENG (Ph.D. Candidate of Sungkyunkwan Univ. Law School)

Chaho JUNG (Professor of Sungkyunkwan Univ. Law School)

When calculating damages against trademark infringement, no research has been done on the jurisprudence for calculating apportionment ratio of a trademark, so relevant research is necessary. This paper begins with the definition of the apportionment ratio. Apportionment ratio in trademark cases is defined as “the ratio to which the trademark dedicates to the plaintiff’s lost profit or the infringer’s profit”. The practical problems in applying the apportionment ratio are: (1) the factors to be considered are inconsistent, (2) the specific process of calculating the apportionment ratio is not prompted, (and thereby) (3) predicting the apportionment ratio result is difficult. This paper analyzes the court’s calculated apportionment ratio of the trademark in 12 trademark cases contested in Korea, China, Japan, and Taiwan area. As a result of the analysis, this paper proposes the following eight factors to be considered: (1) the dedication of technology, design, capital, and other factors to the commodity, (2) the brand power of the trademark, (3) the plaintiff and the defendant proximity of the defendant’s industry and market area, (4) the defendant’s act of changing the mark of infringement, (5) the scope and degree of use of the trademark in the corresponding commodities, (6) changes in the sales revenue or market share of the plaintiff or

defendant before and after the infringement, (7) external information on the specific value of the apportionment ratio of the trademark and (8) the price change caused by use of the trademark. This paper proposes a new “25%+8 factors method” as a specific method to calculate the contribution degree by using the above-mentioned “8 factors”. The “25%+8 factors method” is that 25% of the profit of the previously identified unit quantity is provisionally considered as apportionment ratio of the trademark. Then, after comprehensively considering the necessity of upward adjustment and downward adjustment of the above-mentioned 8 factors, and an apportionment ratio is finally determined. Because (1) median apportionment ratio in South Korean cases is about 25%, (2) above-mentioned 8 factors have been widely used by courts, (3) this method is easy to be used, 25%+8 factors method is strongly recommended.



▶ Rudan ZHENG · Chaho JUNG

Trademark Infringement, Damages, Apportionment Ratio, 25% Rule of Thumb, 25%+8 factors method, Qualitative Analysis.

실시권자에게 무효심판 심결의 항소 당사자 적격이 인정될 수 있는지 여부

- 미국의 Apple v. Qualcomm 판결에 대한 평석 -

노지준*

【목 차】

I. 서설	IV. 법정 조연자의 의견
II. 대상 판결의 이해를 위한 기존 법리 고찰	1. Engine Advocacy 법정조언서
1. 각 국별 무효심판을 청구할 수 있는 ‘이해관계인’에 대한 검토	2. Leahy 상원의원과 Issa 하원의원의 법정조언서
2. 실시권자의 부쟁의무 관련 미국 연방대법원 판례	3. Unified Patents의 법정 조언서
III. 대상판례 검토	4. Thales의 법정조언서
1. 사실관계	V. 판례 평석
2. CAFC의 판단	1. Apple I과 Apple II에 대한 검토
	2. 실시권의 형태와 당사자 적격에 대한 검토
	VI. 결어

【국 문 요 약】

실시권자는 특허권자로부터 특허권 침해 위협으로부터 벗어나기 위해 실시계약을 체결한 후 계속되는 실시료 지급의 이해관계로 인해 특허 무효에 대한 시도를 피할 수 있다. 미국에서는 특허를 무효시키기 위한 무효심판 청구인은 실시권자를 포함하여 ‘누구든지’ 가능하다. 그런데, 그

* 리앤목 특허법인 미국변호사.

청구인이 무효심판 심결에 불복하여 항소법원에 항소하는 경우 사법부는 항소인이 ‘소의 이익’이 가지는지를 판단하게 되며, 무효심판 심결에 불복한 실시권자가 소를 제기할 수 있는 ‘분쟁’ 상태에 있는지 여부가 문제가 된다. Apple과 Qualcomm 간 무효심판 후 항소 시 당사자 적격이 문제가 된 사건을 통해 실시권자가 미국 연방헌법 상 요구되는 “사건 또는 분쟁(Case or Controversies)” 요건을 충족하는지 여부에 대한 법리를 검토하였다. 관련하여, 실시계약에 내재된 다수의 요인과 실시권자가 실시계약을 맺게 되는 이해 관계를 고려할 때 다수의 특허에 대한 실시계약을 맺은 실시권자에게 당사자 적격을 인정하지 않는 것은 실시권자의 현실적 문제를 간과한 지나친 권리 제한이라 여겨진다. 이제 실시권자에게 당사자 적격이 인정되기 위한 사건 또는 분쟁(Case or Controversies) 요건의 충족 여부는 실시계약의 존재만으로는 확정하기 어렵고 실시계약의 여러가지 주변 상황들 - 특히 특허무효와 실시료 금액의 상관관계, 실시권자가 실질적으로 실시계약 대상 특허가 적용되는 제품을 생산하거나 판매하는지, 아니며 미래에 생산 혹은 판매할 것인지 여부 등 - 이 함께 종합적으로 고려되어야만 최종적으로 실시권자의 당사자 적격을 판단할 수 있게 된 것이라 볼 수 있다.

I. 서설

“이익 없으면 소 없다”는 소송을 통해 법적인 이익이 있는 원고에게만 소 청구 적격을 인정함으로써 소송의 남발을 피하고 진정하고 실질적인 피해를 입은 자만 재판을 통해 구제를 받을 수 있도록 하는 사법 시스템을 보여주는 법언(法言)이다.¹⁾ 미국의 경우 연방 헌법에서 당사자 적격

1) 이시윤, 신민사소송법 제5판, 박영사, 2009, 192면(“널리 소의 이익은 국가적·공익적 견지에서 무익한 소송제도의 이용을 통제하는 원리이고 당사자의 견지에서는 소송제도를 이용할 정당한 이익 또는 필요성을 말한다. 「이익 없으면 소 없다」는 법언이 지적하듯이 소송제도에 필연적으로 내재하는 요청이며 이에 의하여 법원은 본안판결을 필요로 하는 사건에만 그 정력을 집중할 수 있게 되고, 또 불필요한 소송에 응소하지 않으면 안되는 상대방의 불이익을 배제할 수 있다.”).

(standing)을 인정받기 위한 요건을 Art. III, section 2²⁾에서 규정한다. 해당 규정에서는 당사자 적격을 인정받기 위해서 소구(訴求) 사건이 “사건 또는 분쟁(Case or Controversies)” 요건을 충족해야 함을 요구한다. “사건 또는 분쟁” 요건은 법원이라는 사법기관은 실제 분쟁이 없는 사건에 대해 단순히 조언적 의견을 제공하는 곳이 아니라 실제 분쟁에 대한 사법적 판단을 하는 곳이라는 측면에 근거를 두고 있다.³⁾

특히 사건에서는 미국특허상표청 내 기관인 특허심판원(Patent Trial and Appeal Board, 이하 “PTAB”)의 심결에 불복하는 경우 무효심판 청구인은 연방순회항소법원(United States Court of Appeals for the Federal Circuit, 이하 “CAFC”)에 항소하여 사법적 판단을 받을 수 있다. 그런데, 특허권 침해소송이 우려되는 침해의심자(the accused)는 특허시스템이 제공하는 PTAB에서의 무효심판을 통해 특허의 무력화를 시도하면서, 동시에 특허권자로부터의 소송을 피하기 위해 특허발명의 실시를 허락하는 계약(이하, ‘실시계약’)을 맺어 안정적인 제품 생산과 서비스 제공을 도모하는 전략을 동시에 꾀하는 경우가 많다. 따라서, 실시권자는 실시계약을 통해 특허권 침해소송의 위협으로부터 안전지대를 확보하면서 동시에 특허등록결정이라는 심사관의 행정처분을 무효시키는 무효심판을 시도하는 경우가 발생할 수 있다.

미국에서 무효심판을 제기하는 당사자는 일당사자 재심사(Ex Parte

2) “The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority;—to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls;—to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction;—to Controversies to which the United States shall be a Party;—to Controversies between two or more States;—between a State and Citizens of another State,—between Citizens of different States,—between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects.”

3) *Muskat v. United States*, 219 U.S. 346, 362 (1911) (“If such actions as are here attempted, to determine the validity of legislation, are sustained, the result will be that this court, instead of keeping within the limits of judicial power, and deciding cases or controversies arising between opposing parties, as the Constitution intended it should, will be required to give opinions in the nature of advice concerning legislative action,—a function never conferred upon it by the Constitution, and against the exercise of which this court has steadily set its face from the beginning.”).

Reexamination)⁴⁾에서 심판 청구인은 특허권자를 포함하여 ‘누구든지’ 가능하고⁵⁾ 양당사자 무효심판(Inter Partes Review)⁶⁾에서 심판 청구인은 특허권자를 제외한 ‘제3자(any third party)’가 청구할 수 있으므로⁷⁾ 실질적으로 실시권자, 침해의심자 또는 특허와 직접적인 관련이 없는 자도 무효심판을 제기할 수 있다고 본다. 이 때, 실시권자가 실시계약의 대상인 특허에 대하여 무효심판을 제기하고, PTAB의 기각심결에 불복하여 항소할 때 항소인으로서 “사건 또는 분쟁(Case or Controversies)” 요건에 부합하는 당사자 적격을 갖추었는지가 문제될 수 있다. 이하에서는 Apple v. Qualcomm 사건⁸⁾을 통해 무효심판 심결에 불복하여 항소하는 실시권자에게 당사자 적격이 인정될 수 있는지 여부를 살펴보기로 한다.

II. 대상 판결의 이해를 위한 기존 법리 고찰

1. 각 국가별 무효심판을 청구할 수 있는 ‘이해관계인’에 대한 검토

소의 이익과 무효심판을 청구할 수 있는 ‘이해관계인’이 동일하게 취급되는 것은 아니지만, 적어도 무효심판 청구인을 ‘이해관계인’으로 제한하는 규정을 가진 국가에서는 무효심판 결과에 대해서 항소할 수 있는 당사자 적격이 문제되지 않을 가능성이 높다고 보이므로, 이하에서 각 국

4) 정차호·양성미, “특허무효심판 청구인 적격 - ‘이해관계인’에서 ‘누구든지’로 확대 방안”, 성균관법학 제26권 제4호, 성균관대학교 법학연구원, 2014, 512면에서 “일당사자 제심사”라는 용어를 사용하였고 본고에서도 이를 차용하도록 한다.

5) 미국 특허법 35 U.S.C. §302 (“Any person at any time may file a request for reexamination …”).

6) 정차호·양성미, 앞의 논문, 512면에서는 ‘inter partes review’를 “양당사자 제심사”라고 번역하였는데, Ex parte reexamination 와는 달리 ‘review’라는 용어가 사용되었다는 점에서, 본고에서는 ‘양당사자 무효심판’으로 번역한다.

7) 미국 특허법 35 U.S.C. §311 (“… a person who is not the owner of a patent may file with the Office a petition to institute an inter partes review of the patent.”).

8) 이하 ‘본 사건’, ‘Apple II’ 혹은 ‘대상판례’라고 칭한다.

별로 무효심판을 청구할 수 있는 ‘이해관계인’ 요건이 적용되는지 여부에 대해서 살펴보기로 한다.

가. 유럽의 이의신청을 위한 ‘이해관계인’에 대한 검토

유럽특허조약(European Patent Convention, EPC) 제99(1)조는 누구든지(any person) 특허공고 후 9개월 이내에 특허 이의신청을 할 수 있다고 규정한다. 유럽특허청의 특허심판원에서 이의신청은 양당사자 절차이므로 이때 ‘누구든지’에서 특허권자는 제외된다. 하지만, 특허권자가 허수아비(man of straw)를 내세워 무효심판을 청구하는 것이 인정되므로 실질적으로는 특허권자가 (허수아비를 내세워) 얼마든지 이의신청을 할 수 있다.⁹⁾

나. 일본의 무효심판 신청을 위한 ‘이해관계인’에 대한 검토

일본은 1959년 특허법 개정 시 이전에 존치되던 특허법 제84조제2항 “무효심판은 이해관계인 및 심사관에 한하여 청구할 수 있다”는 조항을 삭제하긴 하였으나 그렇다고 특허법에서 무효심판은 누구든지 청구할 수 있는 것이라고 명시적인 조항을 신설한 것은 아니었다. 이에 ‘이익 없으면 소권없다’는 소송의 원칙을 적용한 일련의 사건¹⁰⁾ 이후 2003년 개정 특허법에서는 제123조 제2항에서 “특허무효심판은 누구나 청구할 수 있다”고 하여 특허의 공익적 성격에 따른 무효심판 청구인 적격의 확대를 분명히 하였다. 2011년 개정법에서는 제123조제2항을 수정하여 권리 귀속 이외의 무효사유에 대해서는 ‘누구든지’ 무효심판을 청구할 수 있으나 권리 귀속에 관한 무효사유(공동출원 위반 및 모인출원)에 대해서는 ‘특허를 받을 수 있는 권리를 가진 자’만이 청구하는 것으로 변경하였다. 그런데, 2014년 개정법에서는 다시 이를 수정하여 제123조제2항에서 “특허무효심판은 권리 귀속 이외의 무효사유에

9) 정차호·양성미, 앞의 논문, 530면.

10) 특허무효심판에 대한 청구인 적격 판단으로 동경고등재판소 1970. 2. 25. 판결 및 상표무효심판에 대한 청구인 적격 판단으로 동경고등재판소 1979. 11. 21. 판결.

대해서는 이해관계인, 권리 귀속에 관한 무효사유(공동출원 위반 및 모인출원)에 대해서는 ‘특허를 받을 수 있는 권리를 가진 자’만이 청구할 수 있다”고 재차 변경하였다. 일본 특허청 심사편람에서는 무효심판을 청구할 수 있는 이해관계인에 대한 예를 열거하고 있는데, 그러한 이해관계인으로 전용실시권자와 통상실시권자를 포함¹¹⁾하고 있어서 실시권자가 무효심판을 청구할 수 있는 이해관계를 가지는 자인 점에 대해서는 이견이 없는 것으로 보인다.

다. 중국의 무효심판 신청을 위한 ‘이해관계인’에 대한 검토

중국 전리법(특허법) 제45조에 따르면 특허무효심판¹²⁾¹³⁾은 누구든지 청구할 수 있다. 여기에는 특허권자도 포함된다. 따라서, 실시권자도 당연히 특허무효심판 청구인이 될 수 있다고 보인다.

라. 한국의 무효심판 신청을 위한 ‘이해관계인’에 대한 검토

한국 특허법 제133조 제1항은 “이해관계인 또는 심사관은 특허가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 무효심판을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있다. 이 때 실시권자가 특허법 제133조 제1항에 따른 ‘이해관계인’에 속하는지 여부가 불분명했는데, 대법원 2019. 2. 21. 선고 2017후2819 전원합의체 판결을 통해 이전 상충되는 대법원 판결을 전부 변경하면서, ‘실시계약의 실시권자는 무효심판을 청구할 수 있는 이해관계인’임을 명확히 하였다.¹⁴⁾

해당 사건에서 대법원은 “무효심판을 청구하더라도 무효심결이 확정되기까지는 특허권은 유효하게 존속하고 함부로 그 존재를 부정할 수 없으며, 무효심판을 청구하더라도 무효심결이 확정되기까지는 상당한 시

11) https://www.jpo.go.jp/system/trial_appeal/document/sinpan-binran_18/31-02.pdf (2019. 7. 31. 최종방문), 일본 심사편람 31-02 PT, 이해진, 앞논문, 611에서 재인용.

12) 이기성·김수진, 중국특허법, 세창출판사, 2014, 253면 각주 1).

13) 참고로, 중국에서는 특허무효심판이라는 용어 대신에 ‘특허권무효선고’라는 용어를 사용한다.

14) 다만, 전용실시권자도 ‘이해관계인’에 포함되는지는 여전히 명확하지 않은 것으로 보인다.

간과 비용이 소요된다. 이러한 이유로 특허권에 대한 실시권을 설정받지 않고 실시하고 싶은 사람이라도 특허권자로부터 실시권을 설정받아 특허발명을 실시하고 무효 여부에 대한 다툼을 추후로 미루어 둘 수 있으므로, 실시권을 설정받았다는 이유로 특허의 무효 여부를 다투지 않겠다는 의사를 표시하였다고 단정할 수도 없다”고 실시하였다. 대법원은 실시권자에게는 실시료 지급이나 실시 범위 등 여러 제한 사항이 부과되는 것이 일반적이므로, 실시권자는 무효심판을 통해 특허에 대한 무효심결을 받음으로써 이러한 제약에서 벗어날 수 있으므로 무효심판을 청구할 만한 충분한 이해관계가 있음을 근거로 실시권자라는 이유만으로 무효심판을 청구할 수 있는 이해관계인에 해당하지 않는다는 취지로 판시한 대법원 1977. 3. 22. 선고 76후7 판결¹⁵⁾, 대법원 1983. 12. 27. 선고 82후58¹⁶⁾ 판결을 모두 변경하였다.¹⁷⁾ 결론적으로 대법원은 이전에 실시권자가 무효심판을 청구할 수 있는 이해관계인인지에 대한 엇갈린 판단들을 바로 잡으면서 ‘실시권자는 특허무효심판을 청구할 수 있는 이해관계인’임을 명확히 하였다.

2. 실시권자의 부쟁의무 관련 미국 연방대법원 판례

가. Lear 사건¹⁸⁾

Lear v. Adkins 사건(이하 “Lear 사건”) 이전에는 실시권자 금반언(Licensee estoppel)이라고 하여 특허 실시계약에 의해 특허를 사용할 수 있는 혜택을 가진 실시권자는 특허권이 유효하다는 것을 전제로 실시계약을 체결하기 때문에 실시계약에 명시적인 부쟁조항이 포함되지 않아도

15) 해당 사건에서 대법원은 “실용신안권의 실시권자로 등록된 실시권자는 무효심판을 청구할 이해관계인이 아니다”라고 판시하였다.

16) 해당 사건에서 대법원은 “실용신안권의 실시권자로 등록된 실시권자는 무효심판을 청구할 이해관계인이라 할 수 없다”라고 판시하였다.

17) 본 대법원 판결을 기초로 삼성전자는 원고의 특허에 대해 베트남, 미국 등지에서도 무효심판을 진행하고 있다.

18) Lear v. Adkins, 395 U.S. 653 (1969).

부쟁의무를 부담한다는 것이 미국 판례의 입장이었다.¹⁹⁾ 이러한 미국 판례는 실시계약에 기하여 특허를 사용하고 있는 실시권자가 자신이 실시하는 특허를 무효화하려는 시도는, 실시권자가 자신과 실시계약을 맺은 특허권자의 신뢰를 해하는 행위로 여기는 것에 기반을 두고 있다. 하지만, 이러한 실시권자 금반언 원칙은 Lear 사건을 통해 폐기된 바 있다. 즉, Lear 사건을 통해 미국 연방대법원은 실시권자라고 하더라도 특허무효를 시도할 수 있음을 확인하였다.

Lear 사건 이전 계약법은 계약 당사자가 자신이 자발적으로 맺은 계약 조건이 마음에 들지 않는다고 하여 계약을 파기하는 행위를 금하고 있었다. 반면에 유효한 특허로 보호받지 않아야 할 발명 아이디어는 당연히 일반 공중이 자유롭게 사용하도록 공중의 영역(public domain)에 넘겨지는 것이 마땅하다는 특허의 공공성도 동시에 인지되고 있었다. Lear 사건은 이러한 계약 상의 원칙인 실시권자 금반언과 특허무효의 상관관계를 다루고 있다.

Lear사는 항공기 제조업체로서 Adkins를 고용하여 항공기에 사용되는 자이로스코프(gyroscope)를 개발하도록 하였고, 1954년 Adkins는 개발된 자이로스코프에 대해 특허출원을 하였다. 1955년 Lear사와 Adkins 간에 아직 특허등록되지 않은 특허출원에 대한 실시계약이 체결되었다. 실시계약에서는 만일 특허출원이 최종 특허되지 않는 경우 Lear사가 실시계약을 종료할 수 있는 조건을 포함하고 있었다. 특허출원은 2회의 거절이유 통지와 출원인의 대응 과정을 거쳐 1960년 최종 특허등록되었다. 그런데, Lear사는 선행기술 검색을 통해 특허를 거절할 수 있는 선행문헌이 있다고 판단하여 1957년부터 실시료를 납부하지 않았다. 특허가 등록되자마자 Adkins는 Lear사를 상대로 특허권 침해소송을 제기했고 캘리포니아 주대법원은 실시권자 금반언(Licensor estoppel)에 기해 실시권자인 Lear사는 특허 무효를 다툴 수 없다고 판결하였다.²⁰⁾ Lear 사는 이에 연방대법원에 상고하였고 연방대법원은

19) 박영규, “무효심판의 당사자로서 실시권자”, 경영법률 제24권 제3호, 한국경영법률학회, 2014, 504면.

20) 본 사안은 특허가 소송 상 쟁점이라기 보다는 계약 위반 여부가 쟁점이었으므로 사건이 연방법원에서 다루어지지 않고 캘리포니아 주법원에서 다루어졌다.

상고심리 신청을 허락하였다.

연방대법원은 “실시권자가 특허의 무효를 증명할 수 있다면 특허가 등록된 이후 발생하는 실시로 지급을 피하기 위해 특허무효를 청구할 수 있으며 이러한 실시권자의 행위는 금반언에 해당되지 않는다”는 판결을 선고하면서 캘리포니아 주대법원의 판결을 파기하고 그 사건을 환송하였다.²¹⁾ 결국 관습법에 따른 ‘실시권자 금반언’ 원칙이 Lear 연방대법원에 의해 만장일치로 폐기되었다. 연방대법원은 비록 계약 체결 후 계약 조건에 불만을 품은 계약 당사자가 계약을 파기하는 것을 금지하는 금반언의 원칙은 특허무효를 시도하지 않겠다는 ‘부쟁조항’과 동일하지만, 특허청이 해당 출원발명의 특허 여부에 관심이 지대한 제3자로부터 무효 관련 정보를 받지 못한 상황에서 일방 당사자(ex parte) 입장에서 내린 법적 결론에 대해 실시권자가 특허성에 의문을 제기한다고 하더라도 이미 특허는 허여를 통해 권리 유효성의 추정을 받은 상태이므로, 특허권자가 이를 방어하는데 있어서 일방적으로 불리한 것도 아니라고 하였다.²²⁾²³⁾ 연방대법원은 실시권자 금반언의 원칙이 중요하긴 하나, 공중의 영역에 속한 발명 아이디어를 자유롭게 사용할 수 있어야

21) Lear, 395 U.S. at 674 (“If a licensee has reason to believe that he will replace a patented idea with a new one in the near future, he will have little incentive to initiate lengthy court proceedings, unless he is freed from liability at least from the time he refuses to pay the contractual royalties. Lastly, enforcing this contractual provision would undermine the strong federal policy favoring the full and free use of ideas in the public domain. For all these reasons, we hold that Lear must be permitted to avoid the payment of all royalties accruing after Adkins’ 1960 patent issued if Lear can prove patent invalidity.”).

22) Lear, 395 U.S. at 670 (“Yet the Patent Office is often obliged to reach its decision in an ex parte proceeding, without the aid of the arguments which could be advanced by parties interested in proving patent invalidity. Consequently, it does not seem to us to be unfair to require a patentee to defend the Patent Office’s judgment when his licensee places the question in issue, especially since the licensor’s case is buttressed by the presumption of validity which attaches to his patent. Thus, although licensee estoppel may be consistent with the letter of contractual doctrine, we cannot say that it is compelled by the spirit of contract law, which seeks to balance the claims of promisor and promisee in accord with the requirements of good faith.”).

23) 관련하여, 일당사자 무효심판에서는 무효심판 청구인인 제3자는 심사판에게 특허무효를 설득시킬 수 있는 기회가 선행문헌 자료 제출로 제한되는 한편 특허권자는 보다 충분한 기회를 가지고 심사판에게 특허가 유효함을 설득시킬 수 있는 기회가 부여된다.

한다는 특허법의 공익 목적이 더 중요하므로 실시권자 금반언 원칙이 폐기되어야 함을 확인하게 된다.

Lear 사건에서 연방대법원은 특허, 특허무효심판을 통해 특허 무효를 다투는 실시권자의 입장을 적절히 대변하고 있다고 본다. Lear 연방대법원은 특허권자는 실시료를 지불하고 있는 실시권자에 대항하여 필연적으로 특허무효심판, 소송에서 지연작전을 펼칠 가능성이 높고 이때 실시권자는 특허권자에 비해 시간과 비용을 감당해야 하는 불리한 환경에서 특허의 무효를 입증해야 하는 책임도 떠안게 됨을 언급한다.²⁴⁾ 따라서, Lear 연방대법원은 공중의 영역에 있는 기술을 일반 공중이 자유롭게 사용할 수 있도록 해야 하는 연방 정책을 지지할 뿐 아니라 심판과 재판을 지연시키는 특허권자의 전략에도 제지를 걸어야 하는 것이 법원의 의무임을 상기시켰다.²⁵⁾

나. MedImmune 사건²⁶⁾

그 이후 MedImmune v. Genentech (이하 “MedImmune 사건”) 연방 대법원 판례에서는 실시권자가 특허권 비침해와 특허무효를 다투는 확인소송을 제기할 수 있는지 여부를 다루었다. MedImmune 연방대법원은 실시권자가 계약을 충실히 이행하고 있는 상태에서 실시계약을 종료하지 않고도 특허무효를 위한 확인소송을 제기할 수 있다는 판결을 내렸다.

사실관계에 따르면, 특허권자 Genentech은 1997년 MedImmune에게 특정 항체를 제조하고 판매할 수 있도록 허락하는 특허 실시계약을 체결하게 된다. 본 사건에서 문제가 된 것은 Cabilly II 특허²⁷⁾였는데,

24) Lear, 395 U.S. at 673 (“Enforcing this contractual provision would give the licensor an additional economic incentive to devise every conceivable dilatory tactic in an effort to postpone the day of final judicial reckoning. We can perceive no reason to encourage dilatory court tactics in this way. Moreover, the cost of prosecuting slow-moving trial proceedings and defending an inevitable appeal might well deter many licensees from attempting to prove patent invalidity in the courts.”).

25) Id.

26) MedImmune, Inc. v. Genentech, Inc., 549 U.S. 118 (2007).

27) US Pat. 6,331,415.

Cabilly II 특허는 실시계약 당시 출원 상태였고, 실시계약 체결 후 2001년 특허가 등록되어 Genentech은 MedImmune에게 실시료를 지급할 것을 요구하였다. 실시권자인 MedImmune은 자신의 제품인 Synagis가 Cabilly II 특허의 권리를 침해하지 않으며 Cabilly II 특허가 무효이며 집행불능(unenforceable) 특허이므로 실시료 지급 의무가 없음을 확인하는 확인소송을 캘리포니아 연방지방법원에 제기하게 된다. 특히 실시권자인 MedImmune은, 실시료를 지급하지 않으면 1997년 맺은 실시계약을 해제하고 특허권 침해 소송을 진행하겠다는 Genentech의 편지는 확인소송 제기 요건인 명백한 협박(threat)이라고 주장하였다.²⁸⁾

확인소송을 제기하기 위해서는 Art. III, section 2에서 요구하는 것과 마찬가지로 당사자 간에 현실적인 사건 또는 분쟁(Cases or Controversies) 요건이 만족되어야 하는데²⁹⁾, 항소심에서 CAFC는 Gen-Probe 사건³⁰⁾에 비추어 볼 때 실시권자는 실시계약을 통해 특허권 침해 소송에 대한 위협을 모두 제거하였으므로 특허의 무효, 비침해 확인을 구하기 위한 요건인 ‘사건 또는 분쟁’ 요건을 인정할 수 없다고 판단하였다.³¹⁾ 따라서, 이러한 판결에 따라 CAFC는 실시권자인 MedImmune이 실시계약을 종료해야만 확인소송을 제기할 수 있는 요건을 충족한다고 판단한 것이다. 연방대법원은 대법관들의 7대1 표결로 이러한 CAFC 판결에 동의하지 않았다. 연방대법원은 실시권자는 계약을 충실히 이행하고 있는 상태에서도 특허무효를 위한 확인소송을 제기할 수 있다고 판결하였다.³²⁾ 연방대법원은 개인 당사자가 정부 상대로

28) MedImmune, 549 U.S. at 122 (“Nevertheless, petitioner considered the letter to be a clear threat to enforce the Cabilly II patent, terminate the 1997 license agreement, and sue for patent infringement if petitioner did not make royalty payments as demanded.”).

29) MedImmune, 549 U.S. at 126 (“We dispelled those doubts, however, in *Nashville, C. & St. L.R. Co. v. Wallace*, 288 U.S. 249, 53 S.Ct. 345, 77 L.Ed. 730 (1933), holding (in a case involving a declaratory judgment rendered in state court) that an appropriate action for declaratory relief can be a case or controversy under Article III. ”).

30) *Gen-Probe Inc. v. Vysis, Inc.*, 359 F.3d 1376, 1381 (Fed. Cir. 2004).

31) *MedImmune, Inc. v. Genentech, Inc.*, 427 F.3d 958, 964 (Fed. Cir. 2005).

32) MedImmune, 549 U.S. at 137 (“We hold that petitioner was not required, insofar as Article III is concerned, to break or terminate its 1997 license agreement before seeking a declaratory judgment in federal court that the underlying patent is invalid, unenforceable, or not

기소 위험을 없애기 위해 법을 위반하지 않으면서 확인의 소를 제기하게 되는 여러가지 경우를 예로 들면서³³⁾, 본 사건과 같은 개인 간 계약에서도 실시료를 비자발적으로 지급하는 성격으로 인해 확인소송을 구하는 원고는 실시료 요구의 적법성을 다룰 수 있으므로 사건 또는 분쟁 요건은 충족되었다고 판단하였다.³⁴⁾

MedImmune 연방대법원은 실시권자가 실시계약을 해지하지 않고서도 특허의 무효, 특허권 비침해 확인의 소를 제기할 수 있는 길을 열어줌으로써, 실시권자가 확인소송의 요건을 충족시키기 위해 ‘고의 침해’ 및 그에 따른 징벌적 손해배상, 제품 제작 및 판매 불능의 위험까지 감수하면서 실시계약을 해지해야 하는 불합리를 제거해주었다는 점에서 의의를 둘 수 있다. 또한, 결국 실시계약이 특허무효에 대한 합리적인 의심이 있더라도 특허무효심판이나 무효소송이라는 길고 불확실한 과정을 거쳐야 하는 사업자가 임시 방편으로 사업을 위해 어쩔 수 없이 택할 수밖에 없는 선택지가 되는, 실시권자가 현실적으로 겪을 수밖에 없는 고충을 법원이 간과하지 않은 점을 높게 평가할 수 있다고 본다.

이와 같이 Lear 사건과 MedImmune 사건으로 이어지는 연방대법원 판결을 통해 실시계약에 따라 실시료를 지급해야 하는 실시권자가 실시계약의 대상이 되는 특허의 무효화를 시도할 수 있는 당사자 적격이 있는 자로 인정되는 데 큰 장벽이 제거된 것으로 보였다.

하지만, 대상판례³⁵⁾에서는 실시계약에 구속되어 실시료를 지불하는 실시권자에게 실시계약의 대상특허를 무효심판을 통한 무효화 시도는

infringed.”).

33) MedImmune, 549 U.S. at 128-29 (“Our analysis must begin with the recognition that, where threatened action by government is concerned, we do not require a plaintiff to expose himself to liability before bringing suit to challenge the basis for the threat—for example, the constitutionality of a law threatened to be enforced. The plaintiff’s own action (or inaction) in failing to violate the law eliminates the imminent threat of prosecution, but nonetheless does not eliminate Article III jurisdiction.”).

34) MedImmune, 549 U.S. at 131 (“We concluded that ‘the requirements of [a] case or controversy are met where payment of a claim is demanded as of right and where payment is made, but where the involuntary or coercive nature of the exaction preserves the right to recover the sums paid or to challenge the legality of the claim.’”).

35) 이하 ‘본 사건’ 혹은 ‘대상판례’라고 칭한다.

인정되나 무효심판에서 만족할 만한 결과를 얻지 못하거나 무효심판의 심결에 불복하여 항소하는 경우 당사자 적격도 인정될 수 있는지를 다루었다. 특허시스템의 특성상 독점권이 주어져서는 안되는 기술에 특허권이 부여되어 일반 공중이 자유롭게 쓸 수 있는 기술이 독점화되는 부작용을 막고자 미국 특허시스템은 ‘누구든지’ Ex Parte Reexamination(EPR)이나 Inter Partes Review(IPR)라는 특허 무효화 절차를 통해 기등록된 특허를 무효화할 수 있도록 하고 있다. 따라서 무효심판은 특허의 공공성 측면을 고려하여 심사관이 미처 확보하지 못한 선행기술을 일반 공중이 알고 있는 경우 이를 통해 일반 공중 가운데 ‘누구든지’ 국가에게 도움을 제공하여 응당 허여되지 않았어야 할 특허의 무효를 시도하는 통로라고 할 수 있다. 하지만, 무효심판에 대한 항소를 통해 사법적 판단을 받을 때 원고가 실시권자인 경우 여전히 연방헌법 Art. III, section 2에 따른 당사자 적격이 있는지가 본 사건의 쟁점이 되었다.

이하에서는, “Apple II”를 통해 실시권자에게 IPR의 심결로부터 CAFC에 항소할 수 있는 당사자 적격이 인정될 수 있는지에 대해 살펴보기로 한다.

III. 대상판례 검토

1. 사실관계

본 Apple II의 사실관계는 상당 부분 Apple I 항소심³⁶⁾과 관련이 있으므로 Apple I 항소심의 사실관계를 먼저 살펴보도록 한다.

Apple I 사건에서 퀄컴(Qualcomm)은 미국특허 제7,844,037호(이하 “037 특허”) 및 제8,683,362호(이하 “362 특허”)에 기하여 애플(Apple)을 상대로 캘리포니아 남부 연방지방법원에 특허권 침해소송을 제기하였다. 이에 애플은 각각의 특허에 대하여 PTAB에 IPR을

36) Apple v. Qualcomm, 992 F.3d 1378 (Fed. Cir. 2021) [Apple I].

청구하였고, PTAB은 애플이 각각의 특허에 대한 진보성 흠결을 증명하지 못했다는 심결을 내렸다. 애플이 PTAB 심결에 대한 항소진, 애플과 퀄컴은 전세계에서 양사 간 진행되던 모든 소송을 합의, 종결하였다. 그리고, 합의에 기초하여 양 당사자는 퀄컴의 연방지방법원 소를 각하(with prejudice)³⁷⁾하는 신청(motion)을 하였고 연방지방법원은 이를 받아들였다. 양 당사자는 6년 계약기간 및 2년 연장 옵션 조건으로 쟁점이 된 두 특허를 포함하여 100,000개의 특허에 대하여 실시계약을 체결하였다. 이와 같은 사정에도 불구하고 실시계약의 실시권자로서 애플은 PTAB의 최종 심결에 불복하여 CAFC에 항소를 제기하였다. CAFC는 애플의 항소에 대하여 애플이 실시권자이므로 연방헌법 Art. III section 2에 따른 당사자 적격이 없다고 판결하였다. 2021년 5월 7일, 애플은 CAFC 판단에 불복하여 CAFC 전원합의체로 판결해 줄 것을 요청했으나 2021년 7월 20일 전원합의체 신청은 받아들여지지 않았다.

이후 본 사건인 Apple II의 사실관계는 다음과 같다.

퀄컴은 애플을 상대로 재차 캘리포니아 남부 연방지방법원에 여러 특허³⁸⁾로 특허권 침해소송을 제기하였다. 애플은 Apple I에서와 마찬가지로 PTAB에서 IPR 절차를 진행했고, 특허 무효화에 실패했으며, PTAB의 심결에 불복하여 CAFC에 항소하였다.

2. CAFC의 판단

가. Apple I 항소심 판단

CAFC는 본 Apple II 항소심에서 Apple I 항소심에서 다루어진 세 가지 쟁점을 간략하게 재검토하였다.

Apple I 판결에서 애플은 당사자 적격이 인정되어야 하는 이유로 다음과 같은 세 가지 - ① 애플이 실시계약에 따라 지속적으로 실시료 지불을

37) "dismissed with prejudice", 즉, 기판력이 인정되는 재소 불능 각하.

38) Apple I에서의 특허와는 다른 특허였다. US Pats. 9,024,418, 8,768,865 & 8,971,861.

해야 하는 의무 존재(이하 “주장 1”), ② 실시계약의 종료 후 두 특허로 인한 침해소송 위협(이하 “주장 2”) 및 ③ 두 특허의 유효성을 향후에 다룰 경우 35 U.S.C. §315(e)³⁹⁾ 에 따른 기판력 효과 - 로 인해 항소할 당사자 적격이 있음을 주장(이하 “주장 3”)하였고 CAFC는 애플의 주장에 대해 아래와 같이 판단하였다.

CAFC는 애플의 주장 1이 MedImmune 사건에 근거를 두고 있음을 인지하고 본 사건은 MedImmune 사건과 차이가 있다고 하였다. CAFC는 애플이 개별 특허의 유효성이 자신의 지속적인 실시료 지불 의무에 영향을 주는지에 대해서 논박하지도 않았고 관련 증거도 제공하지 않았다고 하였다.⁴⁰⁾

이에 대해 CAFC는 같은 상황이라면 MedImmune 사건에서도 당사자 적격이 인정되지 않았을 것이라는 입장을 취하였다. MedImmune 사건에서는 Genentech이 MedImmune의 새로운 제품이 자신의 특허의 권리를 침해하므로 실시료를 지급하라는 요구가 있었다.⁴¹⁾ MedImmune은 비록

39) 35 U.S.C. §315(e) “(1)Proceedings before the office.—

The petitioner in an inter partes review of a claim in a patent under this chapter that results in a final written decision under section 318(a), or the real party in interest or privy of the petitioner, may not request or maintain a proceeding before the Office with respect to that claim on any ground that the petitioner raised or reasonably could have raised during that inter partes review.

(2)Civil actions and other proceedings.—

The petitioner in an inter partes review of a claim in a patent under this chapter that results in a final written decision under section 318(a), or the real party in interest or privy of the petitioner, may not assert either in a civil action arising in whole or in part under section 1338 of title 28 or in a proceeding before the International Trade Commission under section 337 of the Tariff Act of 1930 that the claim is invalid on any ground that the petitioner raised or reasonably could have raised during that inter partes review.”

40) Apple I, at 1383-84 (“Here, in contrast, Apple has not alleged that the validity of the patents at issue will affect its contract rights (i.e., its ongoing royalty obligations). ... Apple nowhere argues or provides evidence that the validity of any single patent, including the '037 patent or '362 patent, would affect its ongoing payment obligations. Nor does Apple identify any contractual dispute involving its ongoing royalty obligations (e.g., a disagreement over whether certain Apple product sales trigger additional royalty payments) that relates to, or could be resolved through a validity determination of, the patents at issue.”).

41) Apple I, at 1383 (“In MedImmune, Genentech asserted that the Cabilly II patent it licensed to MedImmune covered MedImmune’s new product and demanded royalty payments under

Genentech의 주장에 동의하지 않았지만, 실시계약을 종료하지 않았고 따라서 실시료를 지급하였다.⁴²⁾ 그리고 MedImmune은 자신의 제품은 Genentech의 특허의 권리를 침해하지 않는다는 확인의 소를 구한 것이었다.⁴³⁾ CAFC에 따르면, MedImmune 사건은 실시계약 하에서 MedImmune이 실시료 지불을 거부하는 최종 단계를 밟았다면 당사자 적격 요건을 만족하였을 것이라는 데는 이견이 없었고 다만 “비침해와 특허무효 확인을 구하는 소를 제기하기 전에 실시계약을 종료할 필요는 없다”고 한 것이 연방대법원의 핵심 판시 내용이었음을 주지시켰다.⁴⁴⁾

CAFC는 본 사건에서는 반대로 실시권자인 애플은 특허가 유효하면 쉐컴과의 실시계약에 따른 지속적인 실시료 지불 의무에 영향을 줄 것이라는 주장을 하지 않았음을 지적하면서, 이러한 주장의 부재는 MedImmune 사건 논리 하에서 당사자 적격이 부정되는데 결정적이라고 하였다. 따라서, CAFC는 무효 시도 대상 특허가 유효하다는 사실이 애플의 실시료 지불에 영향을 주지 않으므로 MedImmune 사건의 논리가 적용될 여지가 없다고 설시하였다.

CAFC는 애플의 주장 2 - 실시계약 종료 후 애플이 소송 위협에 처할 것 - 은 과도한 추측에 불과하다고 하였다. 왜냐하면 애플은 향후 ‘037 특허와 ‘362 특허가 적용된 제품을 생산할 계획이 있는지에 대한 어떠한 증거도 제시하지 않았고, 따라서 애플이 사실상의 손해(injury in fact)를 밝히는데 실패했다고 판단하였다.⁴⁵⁾

the license agreement.”).

42) Apple I, at 1383 (“Although MedImmune disagreed it owed royalties because the patent was invalid and did not cover its product, it paid under protest to avoid termination of the agreement and a patent infringement action.”).

43) Id.

44) Apple I. at 1383 (“The Supreme Court observed there was no dispute that the standing requirements ”would have been satisfied if petitioner had taken the final step of refusing to make royalty payments under the [] license agreement.“ ... The Court held that MedImmune was not required to break or terminate the license agreement before seeking a declaratory judgment of noninfringement and invalidity.”).

45) CAFC는 “향후 특허권 침해라는 상당한 정도의 위협을 야기할 만한 미래행위에 대한 구체적인 계획이 있는지를 확립하지 못했으므로 당사자 적격이 부정”된 JTEKT Corp. v. GKN Auto. Ltd., 898 F.3d 1217, 1221 (Fed. Cir. 2018) 사건을 예로 들었다.

마지막으로, CAFC는 애플이 “실시계약 종료 후에는 퀄컴이 늘 애플 상대로 자신의 특허에 대해 권리 주장을 해온 이전 히스토리”에 대한 주장도 받아들이지 않았다. CAFC는 이러한 사실관계는 미래에 침해소송이 발생할 것이라는 ‘추측’에 불과할 뿐이며 이러한 추측만으로는 당사자적격을 인정하기에 불충분하다고 판단하였다.

CAFC는 애플의 주장 3 - 35 U.S.C. §315(e)에 따라 향후 절차에서 이전에 다룰 수 있었던 특허의 무효 이유에 대하여 재차 다룰 수 없다는 기판력 조항이 (이전 주장들과) 독립적으로 애플의 당사자 적격을 인정해준다는 주장 -에 대해 CAFC는, 실시계약 종료 후 ‘037 특허와 ‘362 특허에 기초하여 애플이 잠재적으로 소송을 촉발하는 행위에 관련될 수 있다는 점을 보여주지 못했다고 하였다. 따라서, CAFC는 애플이 기판력으로 인해 받는 손해라는 것이 당사자 적격을 인정할 수 있을 정도로 충분한 것이 아니라고 하였다. 결론적으로 CAFC는 Apple I에서 애플의 당사자 적격을 인정하지 않았다.

나. Apple II 항소심 판단

Apple II 항소심에서 Apple I 항소심과 다른 유일한 애플의 주장은 마지막 제출 서면에서 “CAFC가 (당사자 적격 결여로) 관할권이 없다면 심판원의 심결을 무효화해 달라는 요청(request that we vacate the Board’s underlying decision if we dismiss for lack of jurisdiction)”이었다.⁴⁶⁾

CAFC는 먼저, 연방 관할권을 발동시키는 당사자 적격을 확립하기 위해서는 ① “사실 상의 손해”(injury in fact), ② 제기된 피고의 행위가 상당한 정도로 추적가능해야 하고(fairly traceable to the defendant’s challenged conduct), 및 ③ 사법적 결정에 따라 구제받을 가능성이 있어야 한다(likely to be redressed by a favorable judicial decision)고 하였다. 특히 CAFC는 “사실 상의 손해” 요건은 상당히 엄격한 것이어서 손해는 반드시 구체적이고 특정화되어야 하며, 실질적이고 임박한 것이어야 하며, 추측되거나 가상의 것은 해당이 되지 않는다고 실시하였다.

46) Apple II, at 1135.

따라서, CAFC는 애플이 주장하는 바와 같이 “이전에 특허권 침해소송이 있었고, 혹은 잠재적인 소송을 일으키는 행위에 관련될 것 같다”는 정도로는 당사자 적격이 인정될 수 없다고 실시하였다. 애플은 구두변론에서 Apple I에서 애플이 실시로 지불을 중단하거나 실시계약이 종료되면 당면하게 될 법적 위협이 당사자 적격을 확립할 만한 사실 상의 손해가 아닌지에 대해 충분히 다루어지지 않았다는 뉘앙스를 흘렸지만, CAFC는 이러한 뉘앙스는 Apple I의 패널 결정을 뒤집을 만한 것은 아니며, 현재 Apple II는 Apple I 대비 특허만 다를 뿐 모든 사안이 동일하므로 Apple I 선례에 구속되는 것이 맞다는 입장을 피력하였다.

다음으로, CAFC는 애플의 새로운 요청 - “CAFC가 (당사자 적격 결여로) 관할권이 없다면 심판원의 심결을 무효화해 달라는 요청” -에 대해 다루었다. 애플은 해당 요청을 뒷받침하는 판례로 Munsingwear⁴⁷⁾를 인용했는데, Munsingwear 연방대법원은 어떤 항소가 계류 중 쟁송성이 상실(become moot)되면 나중에 재소송을 할 수 있도록 길을 열어주는 것이 바람직하다고 하면서 하급심 판결 무효를 지지하였다.

CAFC는 애플이 왜 최초 서면에서 이러한 요청을 하지 않고 가장 마지막 서면에서 이러한 주장을 한 것인지를 추궁하면서, 본 사건이 Munsingwear 사례와는 다르다고 하였다. 즉, Munsingwear는 쟁송성 상실(mootness)에 대한 것인데 반해 본 사건은 당사자 적격에 대한 것이라 차이가 있다고 하였다. CAFC는 애플의 손해는 연방 관할권을 적용하여야 하는지 판단 전에 이미 사라졌다고 판단하였다. CAFC는 만일 쟁송성 상실에 관련된 Munsingwear를 본 사안에 적용한다고 하더라도, 애플이 자발적으로 합의한 사실은 연방 관할권을 없애버리는 사건이므로 PTAB 심결을 무효(vacate)화시키는 것은 부적절하다고 결론내렸다.

다. 소수의견

본 CAFC의 패널 중 일인이었던 뉴먼(Newman) 판사는 다수의견에

47) United States v. Munsingwear, Inc., 340 U.S. 36 (1950).

반대하면서 다수의견의 판결문보다 더 긴 내용으로 실시권자인 애플에게 당사자 적격이 인정되어야 함을 주장하였다. 뉴먼 판사는 Lear 사건에 의해 확립된, 실시권자가 실시권이 허여된 특허의 무효를 따질 수 있는 당사자 적격을 AIA(America Invents Act) 특허법이 지지하며 애플은 PTAB의 심결을 CAFC에 항소할 수 있는 권리를 가진다고 주장하였다.

뉴먼 판사는 다음 세 가지 이유로 애플의 당사자 적격이 인정되어야 한다고 주장하였다.

첫째, 뉴먼 판사는 애플과 쉐컴 간의 분쟁은 실시계약으로 제거되지 않았다는 점에 주목하였다. 애플의 아이폰과 애플워치는 실시계약이 종결되는 2025년 이후에도 계속 판매될 것이므로, MedImmune 연방대법원 판결에 의해 애플이 실시계약을 취소하거나 위반하는 일 없이 특허무효를 시도할 수 있는 당사자 적격이 있다고 하였다. 뉴먼 판사는 먼저 두 당사자 간 실시계약이 무효심판 대상 특허의 존속기간 전체에 걸쳐 주어진 것이 아니고 단지 6년 기간의 계약이었다는 점과 애플의 특허 존속기간 전체에 걸친 실시계약 요청에도 불구하고 쉐컴이 이를 거부하였다는 점을 지적하였다. 예를 들어 Adidas 사건⁴⁸⁾에서 CAFC가 “특허권자가 부제소 계약(covenant not to sue)을 맺기를 거부했다면 항소인의 손해 위험은 추측되거나 가상의 것이 아니다”⁴⁹⁾라고 결정한 것과 다수의 판례에서 ‘미래 분쟁 발생이 합리적으로 가능성’이 있다면 연방대법원의 Art. III Section 2 요건이 만족된다고 한 점, 그리고 심지어 실시료를 요구한 것만으로도 ‘손해(injury)’ 요건이 인정되었던 판례⁵⁰⁾를 상기시키며 PTAB의 심결에 불복하여 항소하는 것은 이러한 선례에 부합된다고 주장하였다. “애플은 쉐컴의 전체 특허 포트폴리오에 대해 실시권을 가지고 있으므로 몇몇의 쉐컴 특허에 대한 무효화 시도로도 실시료 지불 의무가 면제되지는 않는다”는 쉐컴의 주장에 대해 뉴먼 판사는 다시금 “특허권자가 부제소 계약(covenant not to sue) 맺기를 거부한 것

48) Apple II, at 1140, citing Adidas AG v. Nike, Inc., 963 F.3d 1355, 1357 (Fed. Cir. 2020).

49) Apple II, at 1140, citing Id. at 1357.

50) Apple II, at 1140, citing Prasco, LLC v. Medicis Pharm. Corp., 537 F.3d 1329, 1339 (Fed. Cir. 2008).

은 ‘상당한 정도의 분쟁’이 발생한 것”을 인정한 판례⁵¹⁾를 상기시키면서 켈컴의 주장을 일축하였다.

뉴먼 판사는 항소심에서 당사자 적격이 인정되지 않았던 유일한 영역은 항소인이 항소 결과에 대해 직접적인 또는 경제적인 이해관계가 없는 경우라고 하면서 본 사건은 이에 해당되지 않는다고 주장하였다.

둘째, 뉴먼 판사는 특허등록 후 PTAB 심결에 대한 AIA 기관력 조항이 항소권을 지지한다고 주장하였다. AIA 35 U.S.C. §325(e)(2)⁵²⁾는 기관력 조항으로서, PGR(post-grant review)에서 최종 청구항에 대한 유무효 판단을 받은 자는 민사소송이나 ITC 절차에서 이에 반하는 주장을 할 수 없다고 규정한다. 이 조항은 AIA를 통해 새롭게 유입된 조항인데, 뉴먼 판사는 만일 PTAB의 심결에 대한 항소 경로가 막힌다고 할 때 1심 지방법원에서 금반언이 적용되는 것이 입법자의 의도는 아닐 것이라고 하였다. 오히려, PTAB의 심결에 대해 CAFC로 항소할 수 있음을 포함하는 것이 이 조항의 구조라고 하였다. 따라서, 기관력 조항 그 자체로서 애플에게 항소인으로서 당사자 적격이 부여되는 것이 타당하다고 하였다. 그리고, 특허법 35 U.S.C. §329 조항⁵³⁾에 따른 항소권 보장도 항소인이 실시권자라고 해서 그 적용이 훼손될 수 없다고 주장하였다.

셋째, 뉴먼 판사는 연방헌법에 의해 애플의 항소가 금지된다면 PTAB 심결의 무효화가 적절한 조치라고 하였다. 뉴먼 판사는 쟁송성

51) Apple II, at 1141, citing *Arkema Inc. v. Honeywell Int'l Inc.*, 706 F.3d 1351, 1358 (Fed. Cir. 2013).

52) 미국특허법 35 U.S.C. §325(e)(2) - (2) Civil actions and other proceedings.— The petitioner in a post-grant review of a claim in a patent under this chapter that results in a final written decision under section 328(a), ... may not assert either in a civil action arising in whole or in part under section 1338 of title 28 or in a proceeding before the International Trade Commission under section 337 of the Tariff Act of 1930 that the claim is invalid on any ground that the petitioner raised or reasonably could have raised during that post-grant review.

53) AIA 35 U.S.C. §329 - Appeal. A party dissatisfied with the final written decision of the Patent Trial and Appeal Board under section 328(a) may appeal the decision pursuant to sections 141 through 144. Any party to the post-grant review shall have the right to be a party to the appeal.

상실(mootness)에 따라 PTAB 심결을 무효화시킨 Valspar Sourcing 판례⁵⁴)를 언급하면서, 해당 판례에서 (다수 의견이 본 사건과 차별화시킨) Munsingwear 연방대법원이 “항소인이 더 이상 실체적으로 다룰 수 없는 판결을 순순히 따르도록 강제되는 상황에 놓아두어서는 안된다”고 한 점을 인용하였다. 따라서, 본 사건의 애플도 PTAB 심결을 다투지 못하게 된다면 기관력에 종속되도록 해서는 안 된다고 주장하였다.

IV. 법정조언자의 의견

Apple I 사건에서 애플은 CAFC의 판결에 불복하여 2021년 11월 17일 미국연방대법원에 상고심리를 신청하였고, 연방대법원은 상고를 받아줄 것인지를 심리하였다. 상고를 받아줄 것인지 심리하던 중 연방대법원은 법정조언서(amicus curiae brief)를 접수하였는데 2022년 12월 20일까지 총 4건의 법정조언서가 접수되었으며 그 4건 모두 애플의 당사자 적격이 인정되어야함을 지지하고 있다. 이하에서는 그 4건의 법정조언서의 내용을 간략히 살펴보도록 한다.

1. Engine Advocacy 법정조언서(이하 “Engine 조언서”)⁵⁵)

Engine Advocacy(이하 “Engine”)는 정책 입안자와 스타트업 간을 연결해주는 비영리 기관이다. Engine은 Apple II의 CAFC가 당사자 적격을 지나치게 제한함으로써 이전의 연방대법원 판례와 이를 수용한 입법부의 결정을 위반한 것이라고 주장하면서, CAFC의 결정에 대하여 특허 제도, 혁신 및 광범위한 공중의 피해를 방지하기 위해 연방대법원의 즉

54) Apple II, at 1143, citing Valspar Sourcing, Inc. v. PPG Indus., Inc., 780 F. App'x 917, 921 (Fed. Cir. 2019).

55) The public interest patent law institute, and Act | The APP Association as Amici Curia in support of petitioner (Dec. 17, 2021 filed).

각적인 개입이 필요하다고 조언하였다.⁵⁶⁾⁵⁷⁾

Engine 조언서는 CAFC의 당사자 적격 접근 방식은 경쟁적인 조건을 변경하는 정부의 조치로 인해 경제적 손해를 입을 가능성이 있는 경우도 Art. III를 만족시키는 ‘사실 상의 손해’라고 보여온 점을 상기시켰다.⁵⁸⁾ 따라서, 무효 가능성이 농후한 특허를 유지하는 것은 본질적으로 자유경쟁을 해하며 독점을 유지시키는 결과를 낳게 된다고 주장하며 Apple의 입장을 지지하였다.

2. Leahy 상원의원과 Issa 하원의원의 법정조언서(이하 “리히 조언서”)⁵⁹⁾

AIA로 명명되는 미국의 개정 특허법을 주도하였던 리히 상원의원 그리고 이사 하원의원도 본 Apple I 사건의 상고 신청에 대한 법정조언서를 연방대법원에 제출하였다.

‘리히 조언서’에서는 특히 AIA 입안자였던 만큼 AIA의 중요한 업적 중 하나가 등록된 특허의 유효성을 의미있게 테스트하는 효과적이고 효율적인 등록특허의 후속 검토 절차(Post-Issuance Review Procedures)를 창설한 것이었다는 점을 강조하였다.⁶⁰⁾ 등록특허의 후속 검토 절차의 주요 포인트는 특허의 질을 향상시켜서 특허권자 뿐 아니라 일반 공중에게도 혜택이 돌아가게 하는 점이며, 심사관이 하나의 특허 발명을 면밀하게 볼 수 없는 현실에서 어떻게 무효심판 절차가 발

56) Id. at 7 (“Moreover, the Federal Circuit’s narrow and idiosyncratic approach to standing departs from how this Court treats injury in the context of patent licenses, creating anomalous results.”).

57) Id. at 10 (“The Federal Circuit’s decision contravenes this Court’s reasoning in *Lear* and the public interests in the full and free competition that wrongly-granted patent prevent.”).

58) Id. at 6 (“The Supreme Court routinely recognizes probable economic injury resulting from [governmental actions] that alter competitive conditions as sufficient to satisfy the [Article III ‘injury-in-fact’ requirement].”).

59) Brief of senator Patrick Leahy and congressman Darrell Issa as Amici curiae supporting certiorari (Dec. 20, 2021 filed).

60) Id. at 5 (“A Major achievement of the AIA was to Create Effective, Efficient Post-Issuance Review Procedures THat Could Meaningfully Test the Validity of Issued Patents.”).

전해 왔는지를 설명하였다. 리히 조언서는 AIA를 통한 IPR(Inter Partes Review)의 순기능은 비단 일반 공중에게만 혜택이 돌아가는 것 뿐 아니라, 권리로서 흠결이 있는 특허를 지양시키도록 하여 중국에는 특허권자에게도 혜택을 주는 제도를 의회가 시스템화 한 것임을 상기시켰다.⁶¹⁾ 따라서, 이러한 의회의 의도에 따르면 후속 소송을 통해서 특허의 유효성에 계속해서 도전하는 자가 그 기회를 박탈당하지 않아야 한다고 하였다. 만일 CAFC의 판결과 같이 소송 제기자에게 당사자 적격이 인정되지 않는 제한이 가해짐으로 인해, 특허무효에 도전하는 일방이 특허심판원의 심결에 대해 항소를 하지 못한다면 IPR 청구 건수도 줄어들 수밖에 없을 것이라고 하였다.

또한 리히 조언서는 CAFC의 판결이 이전 다수의 선례와도 부합하지 않는다고 하였다. 예를 들어 Consumer Watchdog 사건⁶²⁾ 등의 경우 등록특허의 후속 검토 절차 청구에 대한 사법부의 항소 판단을 거부하였는데, 이 사건에서는 IPR 청구인이 향후 특허권 침해 소송이 벌어질 경우 피고가 될 것으로 보이지는 않았고 직접적인 소송 위협을 받지도 않았던 당사자들이었다.⁶³⁾

리히 조언서는 CAFC가 애플에게는 기한이 정해진 실시계약이 있으므로 소송 위협은 ‘추측되거나 가상적’인 것이라고 했는데, 그 근거는 오직 소송 위협이 ‘미래’에 발생하는 논리 밖에는 없음을 지적하였다. 리히 의원은 CAFC가 MedImmune 사건의 적용을 오직 하나의 특허 만을 커버하거나 각각의 특허에 대해 항목별 정해진 가격을 확정 한 경우의 실시계

61) Id. at 7 (“Post-issuance review proceedings improve patent quality by enlisting the assistance of interested parties in identifying which of the millions of patents in force at any given time warrant greater scrutiny, and in identifying relevant prior art. The public benefits both when the patent thicket is cleared of invalid patents, and when genuine innovation is recognized and rewarded. Patents that are tested and emerge from post-issuance review proceedings receive greater respect.”).

62) Consumer Watchdog v. Wisconsin Alumni Research Foundation, 753 F.3d 1258 (Fed. Cir. 2014).

63) Id. at 13 (“Consumer Watchdog v. Wisconsin Alumni Research Foundation, 753 F.3d 1258 (Fed. Cir. 2014) and RPX Corp. v. ChanBond LLC, 780 F.App’x 866 (Fed. Cir. 2018), CVSG, 139 S.Ct. 306, cert. denied, 139 S.Ct. 2713 (2019), largely eliminate judicial review for organizations that file for post-issuance review, and that are not prospective defendants in infringement suits.”).

약에만 한정된 것과 “추측되는” 소송 위협을 “미래” 위협과 동일시하는 우를 범했다고 하였다.⁶⁴⁾ 리히 의원은 애플이 실시계약을 맺게 된 연유는 퀄컴이 소송을 제기했었기 때문이고, 과거의 ‘소송 제기 이력’은 이미 애플에게 ‘위협’으로 나타난 것임을 상기시키면서 CAFC가 애플에게 증명한 ‘임박한’ 위협은 이미 발생한 것이라고 하였고 침해 위협은 실시계약에 의해 단지 미루어졌을 뿐이라고 조언하였다.⁶⁵⁾

리히 조언서는 결국 CAFC의 판결은 AIA가 도입한 등록특허의 후속 검토 절차의 의미를 퇴색시키는 것이므로 연방대법원의 상고 허가가 이루어져야 함을 역설하였다.

3. Unified Patents의 법정조언서(이하 “Unified 조언서”)⁶⁶⁾

Unified Patents, LLC(이하 “Unified”)는 NPE(Non-Practicing Entity)로 대변되는 특허괴물(Patent Troll)들이 특허를 기반으로 제품 생산없이 소송이나 실시계약을 유도하여 수익을 거두는 비즈니스 모델을 가지고 있는데 반해, 반대로 NPE의 특허권 남용적 공격을 저지하는 비즈니스 모델을 기반으로 하면서 3,000여 회사의 회원에게 서비스를 하고 있다.⁶⁷⁾ 기본적으로 Unified는 품질이 낮은 특허의 주장을 억제하려는 기관이고 애플이 IPR에 무효심판을 제기했을 때도 이해관계가 있는 당사자(real party in interest)는 아니었다. Unified는 회사의 웹 사이트 홈페이지에서도 밝히고 있는 바와 같이 NPE들의 무분별한 특허권 침해 주장을 억제하고, 부적절하게 허여된 특허로 인한 침해 주장으로부터 일반 대중을 보호할 수 있는 공정하고 비용 효율적인 도구를 제공하고자 하는 기업이다.⁶⁸⁾

64) Id. at 4 (“Unfortunately, the Federal Circuit reads MedImmune as limited to licenses that either cover single patents or set itemized prices for each patent in a portfolio, Pet.App.6a-8a, and equates a “future” threat with a “speculative” threat. Pet.App.8a-11a”).

65) Id. at 16 (But that has already happened. Qualcomm sued Apple for making and selling specific products, and Apple has paid for a temporary license to secure its freedom to continue to do so. The threat of infringement liability is not ‘conjectural or hypothetical’; it is merely deferred.”).

66) Brief of Unified Patents, LLC as Amicus Curiae in support of petitioner (Dec. 20, 2021 filed).

67) <https://www.unifiedpatents.com/> (2022.04.18 21:39)

Unified는 CAFC가 특허사건의 항소심에 대한 독점 관할권을 가지고 있는 만큼, CAFC의 결정은 국가적으로 중요한 사안이 된다고 하였다.⁶⁹⁾ 그리고, 특별히 본 Apple I 사건과 같은 경우는 더더욱 그러한데, IPR이 현재 특허시스템에서 차지하고 있는 중요도와 PTAB이 국가적으로 특허분쟁과 관련하여 가장 분주한 기관임을 고려할 때 CAFC가 IPR로부터의 항소를 제한한 것은 판례법을 불공정하게 만든 것이라 조언하였다.⁷⁰⁾ Unified는 2017년 이래 IPR 심결에 불복하여 이루어진 항소 중 8건을 기각한⁷¹⁾ 바 있음을 상기시키면서 본 Apple I 사건은 이러한 CAFC의 반복되는 기각의 일 선상에 있으며 중요한 문제를 다루고 있음에 주목하였다.

Unified는 MedImmune 연방대법원이 “실시권자는 실시계약에 따른 의무의 변경이 발생해야 함을 보여야 한다”는 CAFC의 필요 요건을 명시적으로 거부하였다고 주장하였다.⁷²⁾

그리고 Apple I의 CAFC 결정은 입법부가 AIA를 통해 고려한 입법의

68) <https://www.unifiedpatents.com/> 홈페이지 상단에는 “THE ANIT-TROLL, Unified is the ONLY entity that DETERS abusive NPEs (aka Patent Trolls) and NEVER pays. Join over 3000 companies in protecting innovation, industry, and growth”라는 회사 모토를 내걸고 있다.

69) Id. at 4-5 (“Because of that exclusivity, the Federal Circuit’s rules are “a matter of special importance to the entire Nation.”).

70) Id. at 5 (“This is particularly so here, where the Federal Circuit has denied standing to an IPR petitioner, give the importance of IPRs to the modern patent system. ... The PTAB is the Nation’s busiest venue for patent disputes.”).

71) See Phigenix, Inc. v. Immunogen, Inc., 845 F.3d 1168, 1176 (Fed. Cir. 2017); JTEKT Corp. v. GKN Auto. LTD., 898 F.3d 1217, 1221 (Fed. Cir. 2018) cert. denied 139 S. Ct. 2713 (2019); AVX Corp. v. Presidio Components, Inc., 923 F.3d 1357, 1367 (Fed. Cir. 2019); Momenta Pharms., Inc. v. Bristol-Myers Squibb Co., 915 F.3d 764, 770 (Fed. Cir. 2019); Gen. Elec. Co. v. United Techs. Corp., 928 F.3d 1349, 1355 (Fed. Cir. 2019) cert. denied sub nom. Gen. Elec. Co. v. Raytheon Techs. Corp., 140 S. Ct. 2820 (2020); Argentum Pharms. LLC v. Novartis Pharms. Corp., 956 F.3d 1374, 1378 (Fed. Cir. 2020) cert. denied 141 S. Ct. 1685 (2021); Apple Inc. v. Qualcomm Inc., 17 F.4th 1131, 1137 (Fed. Cir. 2021); ModernaTx, Inc. v. Arbutus Biopharma Corp., No. 2020-1186, 2021 WL 5617751, at 6 (Fed. Cir. Dec. 1, 2021).

72) Id. at 11 (“But this Court has all but explicitly rejected the Federal Circuit’s requirement that licensees demonstrate that their license obligations will change or repudiate their license”).

도를 무시한 처사라고 주장하였다. 특히 IPR을 통해 특허무효시도에 실패한 당사자가 항소를 통해 PTAB의 심결에 대한 사법부의 재판단 받을 수 있음을 명시한 35 U.S.C. §319⁷³⁾를 무시하는 것이라고 주장하였다. 그리고, Apple I 사건에서의 애플과 같이 PTAB에서 원하지 않은 결과를 얻게 된 IPR 청구인은 특허청이나 법원 혹은 ITC(International Trade Commission)에서 청구항의 유효 시도를 더 이상 할 수 없는 기관력 적용을 받게되는데, 그런 측면에서 입법부가 AIA를 통해 항소할 수 있는 권리를 부여한 것이라고 하였다.

4. Thales의 법정조언서(이하 “Thales 조언서”)⁷⁴⁾

Thales는 장치와 장치 간 무선통신분야(machine-to-machine wireless communication) 사업을 영위하고 있다. 다른 법정조언자가 다른 쟁점과는 달리 Thales는 Apple II 사건이 ‘표준특허’ 풀에 좋지 않은 영향을 미치게 될 점을 우려하였다.

Thales는 Apple II 사건에서와 같이 실시권자의 당사자 적격이 부정되는 경우 표준특허로 인정되지 말아야 할 특허가 표준필수특허로 편입되는 소위 무분별한 ‘과대선언(overdeclaration)’이 더 심화될 것이라고 우려를 표명하였다.⁷⁵⁾

Thales는 첫번째로, CAFC의 판결이 MedImmune 연방대법원 판결의 법리와 상치된다고 주장하였다. MedImmune 사건은 CAFC가 행한 ‘손해’의 형식에 지나치게 치우치는 관점을 거부하였고, 따라서, MedImmune 사건에서의 실시계약과 Apple II에서의 실시계약이 구조적으로 다른 면

73) 미국 특허법 35 U.S.C. §319: A party dissatisfied with the final written decision of the Patent Trial and Appeal Board under section 318(a) may appeal the decision pursuant to sections 141 through 144. Any party to the inter partes review shall have the right to be a party to the appeal.

74) Brief of Amicus Curiae Thales in support of petitioner (Dec. 20, 2021 filed).

75) Id. at 4-5 (“It is well-known that there is a rampant over-declaration of SEPs. ... [N]early 80% of the patents declared essential are probably not essential for practicing the standards[.] ... Barring the removal of invalid patents from licensed portfolios risks inflating the value of such portfolios.”).

- 특허무효를 통해 전체적인 실시료에 영향을 주는지 여부 - 이 있지만, 그렇다고 Apple I와 MedImmune 사건이 다른 결과를 초래하지는 않는다고 조언하였다.⁷⁶⁾ Thales는 MedImmune 연방대법원이 특허의 유무효 결정에 의해 실시료가 영향을 받는 경우로만 판결의 효력을 제한하고자 한 것은 아니라고 하였다.⁷⁷⁾ 따라서, Apple II에서 CAFC의 판결은 MedImmune 사건의 법리를 오직 하나의 특허에만 적용하는 부적절한 결과를 낳는다고 주장하였다.⁷⁸⁾

두번째로, Thales는 Apple I 판결은 무분별한 ‘표준특허’의 확산을 막아야 하는 작금의 현실적 어려움을 더 가중시킨다고 주장하였다. Thales는 많은 표준특허들이 ‘표준’이 아니거나 무효되어야 할 특허임에도 불구하고 표준특허의 확산은 포트폴리오 실시계약을 불가피하게 만들었다고 주장하였다.⁷⁹⁾ 실시 회사는 표준특허 포트폴리오의 특허에 대하여 과연 표준특허로서 적정 가치가 있는지를 판단하는 권리를 가질 수 있어야 함에도 불구하고 Apple I에 따른 CAFC의 판결은 부적절하게 등록된 특허를 사법적으로 철저하게 검토해야 하는 공익적 이해와는 반대로 표준특허권자로 하여금 실시권자가 이러한 특허 유무효에 대한 도전을 막도록 조장하는 것임을 주장하였다.⁸⁰⁾

Thales 조언서는 다른 법정조언서에서는 다루지 않은 ‘표준특허풀’ 실시권자의 관점을 투영하였다. 표준특허풀에는 Apple I, Apple II

76) Id. at 6 (“MedImmune rejected a formalistic view of injury in fact like the Federal Circuit’s. ... The difference between the structure of the portfolio license agreement between Apple and Qualcomm and the license agreement in MedImmune is not material to the Article III injury in fact inquiry.”).

77) Id. at 7 (“But MedImmune did not in any way limit its holding to only those cases in which royalties would be affected by a validity determination.”).

78) Id. at 7 (“The decision below, if left in place, would improperly limit the applicatio of MedImmune to single-patent licenses, where it is self-evident that a validity determination will affect a licensee’s royalty payments.”).

79) Id. at 7 (“Despite the fact that many SEPs are either not essential or invalid, the proliferation of SEPs has made portfolio licensing unavoidable.”).

80) Id. at 7 (“Thus, the Federal Circuit’s incorrect cabining of MedImmune will likely encourage SEP owners to prevent licensees from challenging their patents in federal court, contrary to the public interest of facilitating judicial scrutiny of improperly issued patents.”)

사건에서와 같이 ‘무수히 많은’ 특허들이 담기게 된다. 그리고, Apple I, Apple II 사건과 유사하게 실시권자가 표준특허풀에 담긴 특허 중 일부를 무효화시킨다고 하여도 특허풀에 따른 실시료율에는 변동이 없을 것이다.⁸¹⁾ 따라서, Thales는 Apple I의 CAFC 판결에 따라 애플과 같은 상황에 놓인 표준특허풀 실시권자가 유사하게 특허 유무효 판단에 대한 항소 기회를 박탈당하는 것이 부당함을 피력한 것이라 볼 수 있다. 표준특허풀에 표준특허로서 인정받을 가치가 없는 무수한 특허들에 대하여 실시권자에게 검사 권한을 부여하는 것이 표준특허 실시권자 뿐 아니라 공익적 성격에도 부합한다는 Thales의 주장은 일응 설득력이 있는 주장이라 여겨진다.

V. 판례 평석

1. Apple I과 Apple II에 대한 검토

소를 진행하기 위한 당사자 적격을 요구하는 이유는 미국헌법 Art. III Section 2에서 소구 요건으로 “사건 또는 분쟁(Case or Controversies)”이 있는지를 요구하기 때문이다. 실시권자가 실시계약 중 실시권 대상 특허를 무효화시킬 수 있는지에 대한 쟁점은 오랜 기간 동안 다루어져 왔고, 사실 상 Lear 사건과 MedImmune 사건을 통해 실시권자가 ‘실시권자 금반언’에 얽매이지 않고, 실시계약을 종료하지 않으면서 특허 유무효를 다룰 수 있는 영역을 넓혀준 것으로 인식되었다. 하지만, Apple I과 본 Apple II 사건은 실시권자의 특허 유무효 다툼이 PTAB에만 제한될 수 있으며, CAFC에서의 당사자 적격은 실시계약의 조건

81) 이상무·박기식, “MPEG LA의 특허 POOL 및 라이선싱 체계 분석”, 전자통신동향분석 제15권 제4호, 한국전자통신연구원, 2000, 72면(“특허권 포괄 영역은 전세계적인 것이며 그것이 어느 지역에서 발행되었든지 각 라이선서에 의해 소유된 모든 MPEG-2 필수특허들을 포함하는 것이다. 또한 책정된 로열티는 고정적인 것으로서 새로운 라이선서와 필수특허들이 추가된다고 하더라도 그에 따라 로열티를 증가시키지 않는다.”).

과 주변 상황이 면밀하게 고려되어 종합적으로 판단되어야 함을 보여주었다. 즉, Apple I, Apple II 사건은 아무리 실시계약에 의해 영향을 받는 실시권자라고 하더라도 실시계약의 대상인 특허가 유효함으로 인해 발생하는“실질적인 손해”가 확실히 입증되고 그 손해가 ‘임박한 것’이어야만 연방헌법 상의 사건 또는 분쟁(Case or Controversies) 요건이 인정될 수 있으며 그에 따른 당사자 적격도 충족된다는 CAFC의 입장을 확인해 주었다.

본 Apple II에서 다수의견과 소수의견이 갈리는 지점은 결국 연방 헌법이 요구하는 “사건 또는 분쟁(Case or Controversies)” 요건이 만족되기 위한 분쟁의 ‘임박성’이 어느 정도여야 하는지 라고 보여진다. 다수의견은 그 임박성이 누구든 인정할 정도로 확실히 임박해야 하고 ‘분쟁이 발생할 가능성이 아주 높다’는 추측 만으로도 ‘분쟁’이 실제로 임박했다고 보기 어렵다는 견해였고, 반대로 소수의견은 여러 정황 상 ‘상당한 정도로 분쟁이 발생할 것이 인정’된다면 분쟁의 ‘임박성’이 인정되어야 하고 분쟁이 향후 ‘정황상’ 충분히 개연성이 높다면 분쟁 요건을 인정해야 되는 입장이라고 보인다.

뉴먼 판사가 소수의견에서 언급한 바와 같이 AIA는 PTAB 심결에 불복하는 자는 누구든지 항소할 수 있는 권리를 부여한 것으로 보는데 반해, CAFC는 AIA 규정이 당사자 적격을 만족시키는 충분조건이라고 보지는 않고 플러스 알파를 요구하고 있는 것으로 보인다.⁸²⁾

Apple I 판결에 대해 애플은 CAFC 전원합의체 판결을 요구하였으나 받아들여지지 않았고, 연방대법원에 상고하였다. 현재 연방대법원에서는 양측의 서면이 교환되었고, 애플의 입장을 지지하는 다수의 법정조언서(2021년 12월 17일 Engine Advocacy, 2021년 12월 20일 AIA 입안자였던 패트릭 리히 상원의원, 2021년 12월 20일 Unified Patents, LLC, 2021년 12월 20일 Thales)가 제출되었다. 연방대법원에서 상고심의 핵심 쟁점은 “실시계약이 복수의 특허를 담고 있을 때 실시권자가 특정(소

82) AIA를 입안했던 패트릭 리히 상원의원의 법정조언서는 뉴먼 판사의 견해와 같이 AIA를 통해 Apple의 당사자 적격이 인정되어야 한다는 입장을 강력히 지지하고 있다. Amicus Curiae Brief of senator Patrick Leahy and Congressman Darrell Issa as Amici Curiae supporting certiorari, No. 21-746, (Dec. 20, 2021).

수 개의) 특허에 대해 무효를 다룰 수 있는 연방헌법 Art. III Section 2 에 따른 당사자 적격이 있는지 여부”이다.⁸³⁾ 연방대법원은 법무차관(Solicitor General)에게 본 사건과 같은 사안에서 당사자 적격이 인정되어야 하는지 의견을 물었으며 법무차관은 이에 CAFC의 입장을 지지하는 조언서를 제출하였다.⁸⁴⁾

결국 연방대법원은 Apple I 사건의 상고심을 허가하지 않음으로써 CAFC의 판결이 최종 판결이 되었고, 따라서, MedImmune 사건을 통해 내린, ‘실시권자는 실시계약을 종료하지 않고 특허무효의 확인을 구할 수 있다’는 전제에는 복잡한 실시계약의 여러가지 조건들이 면밀하게 고려되어야 한다는 꼬리표가 따라오게 된 것으로 보인다. 즉, 당사자 적격이 인정되기 위한 사건 또는 분쟁(Case or Controversies) 요건의 충족 여부는 실시계약의 존재만으로는 확정하기 어렵고 실시계약의 여러가지 주변 상황들 - 특히 특허무효와 실시료 금액의 상관관계, 실시권자가 실질적으로 실시계약 대상 특허가 적용되는 제품을 생산하거나 판매하는지, 아니며 미래에 생산 혹은 판매할 것인지 여부 등 - 이 함께 종합적으로 고려되어야만 최종적으로 실시권자의 당사자 적격을 판단할 수 있게 된것이라 볼 수 있다.

2. 실시권의 형태와 항소 당사자 적격에 대한 검토

Apple I 사건과 Apple II 사건에서 CAFC는 몇몇 특허가 무효되더라도 실시계약 상 부담하는 실시료 지불액에 영향을 주지 않는다면 ‘사실상의 손해’가 발생하지 않으므로 사건 또는 분쟁(Case or Controversies)을 만족시키지 못하는 중요한 요인으로 보았다.

실시권자가 많은 수의 특허에 대한 실시허락을 받고 그 중 한 두개 특허의 무효는 실시료 지불액에 영향을 주지 않는다는 이유로 실시권자의 무효 다툼 시 당사자 적격에 부정적인 태도를 가진 CAFC 판단이 과연 타당할지 의문이다. 만일 Apple I, II 사건에서와 같이 실시계약 대상

83) Apple v. Qualcomm - Petition for a writ of certiorari, at page 2 (Nov. 17, 2021).

84) Brief for the United States as Amicus Curiae, No. 21-746 (May 24, 2022).

특허의 수가 10만개가 아닌 10개라면? 본 사건과 동일한 실시권 설정 조건 하에 10개의 특허에 대해 모두 IPR을 청구하면, 그래서 10개의 특허가 모두 무효가 아니라는 심결이면 CAFC의 판결 상 당사자 적격이 인정될 터인데, 10개 중 2개에 대해서만 IPR을 청구하면 실시료에 영향이 없다는 별도의 판단을 해서 항소 당사자 적격이 인정되지 않는다는 것은 당사자 적격 판단의 일관성을 오히려 떨어뜨리지 않을까 생각된다. 만일 실시료 지불 방식이 경상 실시료(running royalty)가 아니라 일시불(lump sum) 실시료였고 지불된 실시료에 대해 특허가 무효되더라도 환불불가(non-refundable) 조건이 붙어 있었으면 실시권자는 IPR의 결과로부터 항소를 제기할 당사자 적격이 인정될 가능성이 전혀 가능성이 없는 것일까? 다시 말해서, 이미 실시료는 일시불 형태로 지급된 상태였고, 특허무효가 기지급된 실시료에 아무런 영향을 주지 않는다면, Apple I에서 CAFC가 강조한 바와 같이 특허의 유무효가 실시료 지불 의무에 아무런 영향을 주지 않는 상황이 될 것이고, 이는 항소 당사자 적격이 부정되는 논리를 더 강화하고 MedImmune 사건의 논리가 적용될 여지가 전혀 없는 것일까?

실시계약에는 당사자 간에 단지 실시료 조건뿐만 아니라 많은 조건을 주고받는다. 그리고, 실시계약 상 주고받는 댓가는 비단 실시료 뿐만 아니라 비즈니스 협업 댓가가 금전이 아닌 다른 형태로 포함되는 경우도 있고 특허와 노하우가 함께 실시 하여되는 하이브리드 실시계약도 비일비재하다. 하이브리드 실시계약에서 실시료의 중심은 노하우에 있어서 특허의 무효로 실시료 삭감을 기대할 수 없다면 실시권자의 IPR 접근이 차단되는 것이 타당한 것일까? 특허의 무효를 가장 잘 증명할 수 있는 위치에 있는 실시권자에게 이러한 기회를 박탈함으로써 무효되어야 할 특허에 대해 특허권자가 독점적 지위를 계속 누리도록 허용하는 것이 특허시스템의 공공적 성격에 부합하는 것일까? 본 사건은 실시권자가 IPR 최종결과로부터 항소할 수 있는 당사자 적격이 있는지를 판단하기 위해서 명확한 '실질적인 손해'를 밝혀야만 하는 부담스러운 숙제를 안긴 것이 아닐까 생각해 본다.

VI. 결어

Apple II 판결은 결국 ‘분쟁’은 임박한 것이어야 하고 ‘손해’는 실질적인 것이어야 PTAB의 심결에 대한 CAFC에서의 항소 당사자 적격이 있음을 Apple I에 이어 재차 확고히 하였는데, 본 사건의 결론에 따르면 애플과 같은 침해의심자의 항소 당사자 적격이 만족되기 위해서는 실시계약을 종료시키고 쉐컴이 실시계약의 대상이 된 특허에 대한 침해 주장을 명시적으로 할 때까지 IPR 절차 - 궁극적으로는 항소심 절차 - 를 미룰 수밖에 없을 것으로 보인다. 항소심 절차를 미루지 않으려면 결국 애플 입장에서는 실시계약을 미리 종결시킬 수밖에 없을 것이다. 이는 MedImmune 연방대법원에서 개인 간 계약에서 실시료를 비자발적으로 지급하는 성격으로 인해 확인소송을 구하는 원고는 실시료 요구의 적법성을 다룰 수 있으므로 사건 또는 분쟁(Case or Controversies) 요건은 충족되었다고 한 것과 배치되는 결과를 가져오는 것이 아닐까 판단해 본다.

본 CAFC 판결은 연방대법원에서 상고심리를 허가하지 않았으므로 최종 확정 판결이 되었다. 따라서, CAFC의 최종 확정 판결에 따라 실시권자가 IPR 최종심결에 대한 당사자 적격을 인정받기 위해서는 다음 요소들을 고려할 필요가 있음이 확인된다. 먼저, 실시권자는 실시료 지불 의무 관련한 실시계약 상의 분쟁을 명확히 밝히면 당사자 적격을 인정받을 가능성이 높을 것이다. 예를 들어 실시권자가 제조·생산하는 제품이 실시권 설정 대상 특허의 권리를 침해하는지 여부에 대한 양 당사자간 다툼이 있다면 당사자 적격이 있다고 판단받을 수 있을 것이다.⁸⁵⁾ 혹은 실시권자의 제품이 실시권 설정 대상 특허를 사용하고 있거나 실시계약 종료시에 실시권자를 상대로 실시권 설정 대상 특허에 대한 침해 주장을 하여 소송으로 연결될 가능성이 높다는 점을 특정하여 증명할 수 있다면

85) <https://www.jdsupra.com/legalnews/license-agreement-not-enough-for-4142608/>

(“For example, there might be a disagreement over whether the challenger’s products infringe the licensed patents such that the challenger would not need to pay royalties under the license.”).

실시권자는 당사자 적격을 인정받을 수 있을 것이라 본다.⁸⁶⁾

한국의 경우 앞서 살펴본 바와 같이 한국 특허법 제133조 제1항은 “이해관계인 또는 심사관은 ... 무효심판을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있고 더불어 대법원 2019. 2. 21. 선고 2017후2819 전원합의체 판결은 실시권자가 특허법 제133조 제1항에 따른 ‘이해관계인’에 속한다는 점을 분명히 하면서 실시권자가 무효심판을 청구할 수 있는 청구인 적격이 있음을 분명히 하였다. 특히 대법원은 실시권자에게는 실시료 지급이나 실시 범위 등 여러 제한 사항이 부과되는 것이 일반적이므로, 실시권자는 무효심판을 통해 특허에 대한 무효심결을 받음으로써 이러한 제약에서 벗어날 수 있으므로 무효심판을 청구할 만한 충분한 이해관계가 있다고 한 판시 내용을 통해 볼 때 무효심판에 불복한 당사자가 항소를 할 때 당사자 적격을 부정하는 입장을 취할 가능성은 상당히 작다고 보인다. 따라서, 한국에서는 미국과 같이 실시권자가 ‘사건과 분쟁(Case or Controversies)’ 요건을 충족시키지 못함으로써 당사자 적격이 부정되는 경우는 없을 것으로 보인다.

86) Id. (“Or, a challenger might be able to prove that it had standing to appeal if it could prove, with specificity, that the patent owner was likely to assert the licensed patents against the challenger upon the expiration of the license.”).

(논문투고일: 2022.12.4., 심사개시일: 2022.12.8., 게재확정일: 2022.12.22.)



▶ **노지준**

실시권자, 실시계약, 무효심판, 당사자 적격,
사건 또는 분쟁, 특허권

【참 고 문 헌】

I. 단행본

이기성·김수진, 중국특허법, 세창출판사, 2014.

이시윤, 신민사소송법 제5판, 박영사, 2009.

II. 논문

박영규, “무효심판의 당사자로서 실시권자”, 경영법률 제24권 제3호, 2014.

이상무·박기식, “MPEG LA의 특허 POOL 및 라이선싱 체계 분석”, 전자
통신동향분석 제15권 제4호, 2000.

정차호·양성미, “특허무효심판 청구인 자격 - ‘이해관계인’에서 ‘누구든지’로 확
대 방안”, 성균관법학 제26권 제4호, 성균관대학교 법학연구원, 2014.

III. 판례

Lear v. Adkins, 395 U.S. 653 (1969).

MedImmune, Inc. v. Genentech, Inc., 549 U.S. 118 (2007).

Gen-Probe Inc. v. Vysis, Inc., 359 F.3d 1376 (Fed. Cir. 2004).

MedImmune, Inc. v. Genentech, Inc., 427 F.3d 958 (Fed. Cir. 2005).

Apple v. Qualcomm, 992 F.3d 1378 (Fed. Cir. 2021).

United States v. Munsingwear, Inc., 340 U.S. 36 (1950).

Consumer Watchdog v. Wisconsin Alumni Research Foundation, 753
F.3d 1258 (Fed. Cir. 2014).

IV. 기타

https://www.jpo.go.jp/system/trial_appeal/document/sinpan-binran_18/31-02.pdf (2019. 7. 31. 최종방문).

<https://www.unifiedpatents.com/> (2022.04.18 21:39 최종방문)

<https://www.jdsupra.com/legalnews/license-agreement-not-enough-for-4142608/> (2022. 12. 04. 17:57 최종방문).

미국 특허 US 6,331,415.

Brief of Engine Advocacy, The public interest patent law institute, and Act | The APP Association as Amici Curia in support of petitioner (2021. 12. 17 filed).

Brief of senator Patrick Leahy and congressman Darrell Issa as Amici curiae supporting certiorari (2021.12.20. filed).

Brief of Unified Patents, LLC as Amicus Curiae in support of petitioner (2021.12.20. filed).

Brief of Thales as Amicus Curiae in support of petitioner (2021.12.20 filed).

Abstract

A study on whether a licensee is entitled to
standing to appeal from a decision of patent
invalid trial

Jijoon ROH

A licensee typically has a desire to invalidate licensed patents due to the royalty payment burden incurred from a license agreement which has been entered to avoid patent infringement threats from a patentee. The United States allows 'Anyone' to initiate a patent invalidation trial - reexamination - before the Patent Trial Appeal Board ("PTAB"). By the way, since a judicial determination is made as to whether the party has fulfilled the standing requirement, the issue of whether the licensee has met the "Case or Controversies" requirement in case the licensee appeals from the decision of PTAB will be looked into in depth. According to the case of Apple v. Qualcomm, the issue of whether the licensee satisfies the "Case or Controversies" requirement under the U.S. Constitution Art. III is thoroughly reviewed. Based on the review, it is our view that it may be a strict judicial restriction and a disregard of licensee's actual needs if the licensee who entered into a license agreement containing a plurality of patents is not allowed to appeal from the PTAB decision, taking into consideration various factors embedded in the license transaction and the cause of entering into the license agreement. Now, due to Apple v. Qualcomm case, it becomes difficult to plainly decide whether the licensee has a standing to appeal with the existence of the license agreement alone under the Case and Controversies requirement but the totality of

circumstances – including the relation between the patent invalidation and the amount of the royalty, whether the licensee in fact manufactures and sells, or will manufacture and sell in the near future, the patented products, etc. - in entering into the license agreement should be examined when deciding whether the licensee has a standing to appeal from the PTAB decision.



▶ **Jijoon ROH**

Licensee, License agreement, Invalidation trial, Standing, Case or Controversies, Any person, Patent

Advancing Korean Law and Society Studies:

– International Perspectives on the Korean Legal Profession –

Patricia Goedde*

【Contents】

I. Introduction	IV. Public Interest Lawyering in Relation to the Bar, Law Firms, and Legal Education
II. The Beginnings of Korean Law-and-Society from an International Perspective	1. Human Rights Lawyers, the Bar, and the State
III. The Third Prescriptive: The Role of Lawyers	2. Public Interest Lawyers' Groups
	3. Private Law Firms and Pro Bono
	4. Legal Education
	V. Conclusion

【Abstract】

This essay commemorates the contributions of Professor Emeritus Yang Kun, founder of the Korean Law and Society Association. Professor Yang Kun originally called for the advancement of law-and-society studies in South Korea, emphasizing the need to (1) link law with other disciplines, (2) understand colonial and American influences on Korean legal development, and (3) study the role of the legal profession. This essay surveys the international scholarship that combines these

* Professor of Law, Sungkyunkwan University Law School

elements. Part II provides a contextual survey of the beginning of Korean law-and-society studies from an international perspective. Part III presents and critiques prominent scholarship on the Korean legal profession's role in relation to state and society. Part IV addresses a particular dimension of the legal profession, analyzing the understudied phenomenon of public interest lawyering across legal organizations such as public interest lawyer groups, the bar association, private law firms, and law schools. The essay concludes with a call to advance Korean law-and-society studies on this and related areas.

I. Introduction

"Law and society" studies made its first modest appearance in South Korea in the 1960s, began more serious discussion in the 1970s, and reached a full-scale showing in the 1980s.¹⁾ Professor Yang Kun, the founder of the Korean Law and Society Association, explains that Korean scholars who wrote seriously about Korean law-and-society issues during this period did so mostly in the English language, after usually obtaining advanced law degrees abroad (usually in the United States).²⁾ The lamentations that Korean law is an understudied area in English-language scholarship, compared to Japan and China, endured for several decades. The words "dearth" and "paucity" crept into the prefaces and introductions of infrequent books on Korean law and society in English, from 1967 to 2000, to describe the lack of attention to Korea.³⁾

1) Yang Kun, 한국의 <법과 사회>, 기타 [Korean "Law and Society," Etc.], 법사회학 [Socio-legal Studies] (2000), pp. 363-366.

2) Ibid., pp. 363, 365.

However, a definite, traceable lineage of scholarship on Korean law-and-society studies existed at the time, from the contemplations of Hahm Pyong-Choon, Yang Kun, and William Shaw, to those of James West, Lee Chulwoo, and Hahm Chaihark.⁴⁾ In the last two decades, works on Korean law and society have proliferated in both the Korean and English languages.

In the first few decades, law-and-society research on Korea often took a top-down, instrumentalist view of the law. As Yoon Dae-Kyu wrote, "One deep-seated idea about law is that it is an instrument at the state's disposal, not a device to regulate state power."⁵⁾ Tom Ginsburg echoes "Law has been a tool of the rulers, not a constraint on them."⁶⁾

Most of this scholarship is, of course, appropriate to its time, responding to issues specific to that point in history, such as importations of foreign legal orthodoxies, authoritarianism, emergence of human rights discourse, creation of new legal institutions, and paroxysms about the inadequacies of the legal profession. However, most of this literature did not address those legal actors who mobilized the law, or at least attempted to, in tension with the state or other state-colluding actors like major *jaebeol* conglomerates, due to their small numbers. Given the transition to toward democratization since the 1987 June Uprising, it is perplexing that law-and-society scholarship on South Korea often did not pay enough attention to newly-empowered legal actors, namely lawyers and civil society organizations that

3) David Steinberg, *Introduction*, in Hahm Pyong-Choon, *Korean Political Tradition and Law* (1971); Sang-Hyun Song, *Introduction*, in Dae-Kyu Yoon, *Recent Transformations in Korean Law and Society* (2000).

4) Surnames are placed first for Korean names unless frequently published otherwise.

5) Dae-Kyu Yoon, *Law and Political Authority in South Korea* (1991), p. 200.

6) Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies* (2003), p. 209.

mobilized the law to advance social causes.

While English-language scholarship on Korean law and society have concentrated on broad notions of legal transformation and legal reform to describe the 1990s and early 2000s, the role of Korean lawyers in mobilizing the law for social causes has not been as fully addressed except for a few studies.⁷⁾ This article aims to update the existing literature on the Korean legal profession as societal actors. Part II provides a contextual survey of the beginning of Korean law-and-society studies from an international perspective. Part III presents and critiques prominent scholarship on the Korean legal profession's role in relation to state and society. Part IV addresses a particular aspect of the legal profession, analyzing the understudied phenomenon of public interest lawyering across legal organizations such as public interest lawyer groups, the bar association, private law firms, and law schools.

II. The Beginnings of Korean Law-and-Society from an International Perspective

Legal scholar Hahm Pyong-Choon was notably one of the first to explain Korean jurisprudence to an international audience. He was the leading figure of Korean law-and-society studies, having written prolifically on a range of Korean law, politics and culture, including legal history, criminality, property rights, and

7) For example, Patricia Goedde, *Dissidents to Institution-builders: The Transformation of Public Interest Lawyers in South Korea*, 4 East Asia L. Rev. 63 (2009) and *Public Interest Lawyering in South Korea: Trends in Institutional Development*, in *Rights Claiming in South Korea* (Celeste Arrington and Patricia Goedde eds. 2021); Celeste L. Arrington and Yong-il Moon, *Cause Lawyering and Movement Tactics: Disability Rights Movements in Korea and Japan*, 42 L. & Pol'y, 5-30 (2020).

modernization, not to mention shamanism and Northeast Asia security issues.⁸⁾ His high profile, however, rests on the central tenet that Korean society has traditionally been "anti-law."⁹⁾ His position is that Korean tradition considers "law as synonymous with punishment and nothing more"—that law was never about realizing justice or upholding rights, either in dynastic Korea or during Japanese colonialism when "evasion of law has become almost a way of life among our people. And the necessity of fighting for our national independence against the colonial master necessarily entailed a great deal of law-breaking."¹⁰⁾

Some scholars refuted Hahm Pyong Choon's characterization of traditional Korean society as undervaluing law, legal processes and institutions. Historian William Shaw demonstrated the extent to which the state and the people relied on legal processes.¹¹⁾ While most Koreans preferred to stay out of criminal investigations for reasons of casting suspicion upon themselves, Koreans of various social backgrounds were adept at turning to civil litigation and petitioning the state during Joseon Dynasty, especially for issues concerning land or slave ownership.¹²⁾ Legal historian Park Byung-ho cites the detailed codification of laws during Joseon Dynasty as a testament that pre-modern Korea governed on the basis of legality.¹³⁾ More recently, historian Jisoo

8) The two most important collections of Hahm Pyong-Choon's works are in *Korean Political Tradition and Law* (1971) and *Korean Jurisprudence, Politics and Culture* (1986).

9) Hahm Pyong-Choon, *Modernization and the Demand for Social Justice*, in *Korean Political Tradition and Law*, p. 143.

10) *Ibid.*

11) See William Shaw, *Legal Norms in a Confucian State* (1981); see also William Shaw, *Social and Intellectual Aspects of Traditional Korean Law, 1392-1910*, in *Traditional Korean Legal Attitudes* (Bong Duck Chun et al. eds. 1980), p. 24.

12) Shaw, *Legal Norms in a Confucian State*, *supra* note 11, p. 114.

13) Park Byung Ho, *Traditional Korean Society and Law*, in *Korean Law in the Global Economy*

Kim has shown how women during this period also leveraged legal petitions in their favor.¹⁴⁾ Socio-legal scholar Lee Chulwoo further disputes Hahm's portrayal of law as a monolithic ideology to accept or reject, that the Korean people have been savvy enough to invoke attributes of the legal system most advantageous to them, including during the colonial period.¹⁵⁾ Though Hahm may have overlooked the deeper intricacies of governance during Joseon Dynasty, he cannot be faulted heavily for providing insight into the legal consciousness of his time, especially the struggles in adapting to Western legal concepts and transplants, and the tendency for law to be imposed from top-down.

Meanwhile, Professor Yang Kun also contested what he terms "the Hahm theses."¹⁶⁾ Yang found that Hahm too readily accepted the 1960s and 1970s law-and-development studies precept, re-emergent in the 1990s, that Western modern law is necessary to economic development, seemingly at odds with Hahm's original point that legal transplants should be absorbed while taking local customs and needs into consideration.¹⁷⁾ To develop the study of contemporary Korean law and society, Professor Yang prescribed three areas, or "prescriptives," which he thought deserved more attention.¹⁸⁾ The first suggestion was to link the field of law with other social science systems (presumably areas like political science, economics, and sociology). The second was to give more rigorous, objective attention to the period of Japanese colonialism

(Sang-Hyun Song ed. 1996).

14) Jisoo Kim, *The Emotions of Justice: Gender, Status, and Legal Performance in Choson Korea* (2017).

15) Chulwoo Lee, *Talking About Korean Legal Culture: A Critical Review of the Discursive Production of Legal Culture in Korea*, 38 *Korea J.* 45, 55-56 (1998).

16) Kun Yang, *Law and Society Studies in Korea: Beyond the Hahm Theses*, 23 *L. & Society Rev.* 891-901 (1989).

17) *Ibid.*, pp. 897-898.

18) *Ibid.*, pp. 899-900.

and postwar U.S. military influence following the Joseon era. And the final suggestion was to examine the role of lawyers:

Under authoritarian regimes, there are usually two modalities of law: law as an instrument of repression, and law as political manifesto of no real effect. However, there is a third possibility. Law might constrain the ruling power ... It can "mediate" political, social, and economic relations both ways, for and against the ruling power. In this sense, the role of the lawyer has to be reappraised.¹⁹⁾

Over the years, Yoon Dae-kyu and James West have respectively contributed to interdisciplinary treatments of Korean law in relation to politics and economy.²⁰⁾ Professor Yang's oversight of the Korean Law and Society Association, including its long-standing journal *Beopgwa sahoe* (Law and Society), has also invigorated socio-legal analyses of Korean law, institutions, and culture. As for the pre-colonial and colonial periods, legal historian Marie Seong-hak Kim provides a comprehensive study to understand Korean custom in relation to the reception of modern private law—a reminder to include also the discipline of history to understand Korean legal culture.²¹⁾

Many scholars have written significantly about Korean legal institutions, the legal profession, and their respective transformations over the last two decades, including but not limited to the judiciary, constitutionalism, gender equality, as well as more substantive matters of the law.²²⁾ This essay, however,

19) *Ibid.*, 899.

20) Dae-Kyu Yoon, *Law and Political Authority in South Korea* (1990), James M. West, *A Critical Discourse on Korean Law and Economy* (2002).

21) Marie Seong-hak Kim, *Law and Custom in Korea: Comparative Legal History* (2012); see also *The Spirit of Korean Law* (Marie S.H. Kim ed. 2016), Choi Chongko, *Law and Justice in Korea: South and North* (2005), and Jisoo Kim, *supra* note 14.

proposes to update the law and society literature on the international representations of the Korean legal profession in relation to the state and society, particularly the role of public interest lawyering.

III. The Third Prescriptive: The Role of Lawyers

Yang Kun's third prescriptive for Korean law-and-society studies is to analyze the role of lawyers in the societal transformation of Korea. Since Yang's call, many legal scholars have analyzed the characteristics and transformations of the Korean legal profession,²³⁾ such as how the state and the incumbent bar have regulated a small cohort of legal professionals through a highly competitive judicial exam,²⁴⁾ the reasoning and political dynamics behind legal education reform,²⁵⁾ the extent of the legal profession power vis-à-vis the state,²⁶⁾ and more recent

22) For some representative volumes, see Law and Society in Korea (Hyunah Yang ed. 2013), Chaihark Hahm and Sung Ho Kim, *Making We the People: Democratic Constitutional Founding in Postwar Japan and South Korea* (2015), *Current Issues in Korean Law* (Laurent Mayali and John Yoo eds. 2014), Marie S.H. Kim, *supra* note 21, and also the *Journal of Korean Law*.

23) *Recent Transformations in Korean Law and Society* (Dae-Kyu Yoon ed. 2000), *Judicial System Transformation in the Globalizing World: Korea and Japan* (Choi Dai-Kwon and Kahei Rokumoto eds. 2007), *Raising the Bar: The Emerging Legal Profession in East Asia* (William Alford ed. 2007).

24) Sang-Hyun Song, *The Education and Training of the Legal Profession in Korea: Problems and Prospects for Reform*, and JaeWon Kim, *Legal Profession and Legal Culture during Korea's Transition to Democracy and a Market Economy*, in Alford, *supra* note 23.

25) *Ibid.*, see also Yukyong Choe, *Agencies, Roles and Their Choices: Reform of the Korean Legal Profession from 1995 to 2007*, in *Merging Voices on Korea: Korea's Domestic Policies and Their Influence on Asia* (KEIA, 2011).

26) Yves Dezalay and Bryant Garth, *International Strategies and Local Transformations: Preliminary Observations of the Position of Law in the Field of State Power in Asia: South Korea*, in Alford, *supra* note 23; Yves Dezalay and Bryant G. Garth, *Asian Legal*

representations of the legal profession since legal education reform.²⁷⁾

Of these studies, those by Yves Dezalay and Bryant Garth can be viewed as linking all three of Yang's prescriptives by investigating, (1) from an interdisciplinary perspective involving politics, economics, culture, and internationalization, (2) how colonialism and American models influenced the rule of law "revival" in Korea, as illustrated by (3) the social reproduction of legal elites.²⁸⁾ The authors' objective has been to study the relationship between the legal profession and the state in various postcolonial jurisdictions.²⁹⁾ In the case of South Korea, they originally find that the legal professionals are privileged but politically disempowered state actors.³⁰⁾

This assessment was true before the advent of legal education and training reform in 2008. South Korea has historically had a very small and tightly controlled cadre of legal professionals, which dates back to colonialism when the Japanese government transplanted its civil law system onto Korean soil. Thus, not only did colonial objectives become the law of the land, but the legal education and training system mimicked its institutional prototype back in Japan. Accordingly, the colonial power initially selected

Revivals (2010).

27) Chulwoo Lee, *Hegemony, Contestation, and Empowerment: The Politics of Law and Society Studies in South Korea*, 1 Asian J. L. Society 275 (2014); Jae-hyup Lee, *The Introduction of the Law School System and the Structure of the Legal Profession: Status and Prospects*, 68 J. Legal Educ. 460 (2019); JaeWon Kim, *South Korea: Reshaping the Legal Profession*, in *Lawyers in the 21st Century Society* (Richard Abel et al. eds. (2020); Yves Dezalay and Bryant G. Garth, *Law as Reproduction and Revolution* (2021).

28) Dezalay and Garth, *supra* note 26.

29) Dezalay and Garth, *supra* note 27; *Fighting for Political Freedom* (Terence C. Halliday et al eds. 2007).

30) Dezalay and Garth, *supra* note 26. See also JaeWon Kim, *supra* note 24.

Japanese citizens to act as legal professionals and then trained Koreans for the legal field at the Imperial University (now Seoul National University).³¹⁾ After Japanese authorities withdrew from the Korean Peninsula in 1945, the system of containing the size of the legal profession stayed largely intact for the next thirty-five years due in part to the tumultuous periods of the Korean War (1950-53), postwar American occupation, and the transition to Syngman Rhee's presidency. By 1960, the size of the legal profession remained small, just under one thousand, in relative comparison to the population of nearly 25 million.³²⁾

President Park Chung Hee retained the small size of the legal profession as he maneuvered to bring legal institutions and its actors under his control. However, after Park's assassination in 1979, Chun Doo Hwan abruptly increased the annual quota of the judicial exam from around 100 to 300 to simultaneously legitimize his regime by implementing a "democratic" measure but also to subvert the existing elite legal corps.³³⁾ Paradoxically, President Chun's act created more space for people trained in the law who would not become direct employees of the state, but rather private practitioners and also newly minted lawyers partnering with social movements. Reforms to increase the size of the legal population to between 2,000 and 3,000 per year mean that the

31) In 1910, there were 51 Korean lawyers and 30 Japanese lawyers; in 1920, 105 Korean lawyers and 97 Japanese lawyers; and in 1930, 209 Korean and 154 Japanese lawyers. Park Won Soon, *Yeoksaga ideuleul mujoero harira* [역사가 이들을 무죄로 하리라, History Shall Find Them Innocent] (2003): p. 26.

32) In 1960, there were 296 judges, 190 prosecutors, and 456 lawyers. In 1970, there were 413 judges, 343 prosecutors, and 719 lawyers. Dai-kwon Choi, *A Legal Profession in Trans-formation: The Korean Experience, in* Reorganisation and Resistance (William LF Felstiner ed. 2005): p. 175.

33) Ahn Kyong Whan, *The Growth of the Bar and Changes in the Lawyer's Role: Korea's Dilemma, in* Law and Technology in the Pacific Community (Philip S.C. Lewis ed. 1994), p.120. JaeWon Kim, *supra* note 24, p. 63.

private bar has diversified in its role and political make-up in the last decade.

The growing bar has challenged the assumption that Korean legal professionals are a disempowered elite vis-à-vis the state. This is no longer an accurate representation when taking into account (1) lawyer-turned-statesman, including legislators, presidents, mayors, and heads of ministries and agencies,³⁴⁾ (2) the elite alumni network of Seoul National University that sustains legacy families in politics and the corporate sector, including the top private law firms, (3) the internationalized and lobbying powers of the largest law firms, (4) the proximity and longstanding powers of the Prosecutor's Office (within the Ministry of Justice) in relation to the Executive office, (5) the decision-making power of the Constitutional Court justices on state acts (including presidential impeachments), and (6) institutional developments in public interest lawyering.

Dezalay and Garth's conclusions have adjusted over the course of their larger studies on the colonial legacy of legal elite reproduction in Asia and beyond.³⁵⁾ Their case study of South Korea was an uneasy fit in their 2010 project, as they found Korea's patterns of legal elites' building of power in the state and the market "paradoxical" given the "least legal investment" from their colonial predecessors, as well as "surprising" in their contribution to social entrepreneurship (mobilizing for social movement causes).³⁶⁾ Meanwhile, the authors recognize the

34) Former presidents Roh Moo-hyun and Moon Jae-in, former Seoul mayor Park Won-soon, and currently "prosecutor-turned-president" Yoon Suk-yeol would be the main examples, among numerous others who run for office or are appointed from law faculties to head agencies, commissions, or executive committees.

35) Dezalay and Garth, *supra* notes 26, 27.

36) Dezalay and Garth, *Asian Legal Revivals*, *supra* note 26, pp. 13, 14, 258.

significant American influence on Korean legal institutions, including corporate law practice, legal education, and public interest law. Relying on scholars of Korean law-and-society, they account for the changes precipitated by legal education reform, noting the expanding influence of lawyers vis-à-vis the state, the private bar, public interest lawyering, and various crossovers within the legal profession in the areas of state, market, and social entrepreneurship.³⁷⁾

It is worth taking a step back to ask whether Dezalay and Garth's narratives about Asian legal revivals, reproductions, and revolution from a postcolonial perspective serve as the most appropriate frame to explain Korea's legal profession. Socio-legal scholar Sida Liu challenges their imperialistic orientation in both theory and methodology, referencing China and Hong Kong as examples that do not fit so easily into a postcolonial frame to explain legal elite patterns.³⁸⁾ In fact, he argues whether the legal changes in some postcolonial jurisdictions are rather more about decolonization and that maybe it is time to decenter the elite reproduction approach as countries move away from their colonial past.³⁹⁾ This critique would certainly apply to the "paradoxical" case study of South Korea where decolonization is more relevant to the development of the legal profession, especially the priorities of national development, rights protection, and internationalization.

Liu also finds that there is an "implicit imperialistic orientation" in the Euro- and US-centric approach that their project takes, moving North to South while heroizing the US empire in the

37) Ibid., pp. 137-163 (citing Jae-hyup Lee, Chulwoo Lee, JaeWon Kim, Patricia Goedde, among others, including interviewees).

38) Sida Liu, *Legal Elites and the Fading History of Global Legal Imperialism*, L. & Soc. Inquiry 1-6 (2022).

39) Ibid.

process.⁴⁰⁾ This orientation/orientalism is also apparent when the authors presume that Asian colonial relationships are "the geneses of law in Asia"⁴¹⁾ without defining or accounting for laws and legal systems that preexisted colonial occupations. Additionally, Liu proposes that "law as revolution" cannot be understood without including the revolutionaries themselves, where both legal and non-legal agents may need to break from the conventional majority and elite patterns to do the actual revolutionizing at a grassroots level.⁴²⁾ This point also presents a more interesting line of inquiry as to whether Korea's public interest lawyers break with elite patterns to pursue social causes.

IV. Public Interest Lawyering in Relation to the Bar, Law Firms, and Legal Education

While some legal scholars and practitioners have addressed the history of human rights lawyering in South Korea, fewer still have deeply explored the transformations of public interest lawyering since the representations of the 1990s. This field of inquiry is ripe for further study. The combined international scholarship relating to the legal profession and its political and social activism are exemplified in the Politics of Rights and "cause lawyering" series by Stuart Scheingold and Austin Sarat; Rights Revolution by Charles Epp; and the comparative project by Terence Halliday, Lucien Karpik, and Malcolm M. Feeley on the "legal complex" (constituting the relations among legal professionals and actors) and political liberalism.⁴³⁾ The common denominator among these

40) Ibid.

41) Dezalay and Garth, *supra* note 33, p. 2.

42) Liu, *supra* note 38.

studies is the assumption that the legal profession's role in relation to state, market, and/or society is essential to understanding political liberalism. Furthermore, rights (or activist) lawyers operate in a dual capacity, advocating for all manners of rights vis-à-vis the state or the market economy, while at the same time being in close proximity to the state as agents of the law.

Halliday, Karpik, and Feeley distinguish their research from Scheingold and Sarat, finding a clear divide between the meaning of political lawyering (for civil rights and political freedoms) and cause lawyering (for all of the other many diversified causes).⁴⁴⁾ This bifurcation could apply to South Korea as well, but given some difference in local labels. Before democratization in South Korea, the small number of lawyers who tried to challenge the authoritarian governments of Park Chung Hee and Chun Doo Hwan were known as human rights lawyers (ingwon byeonhosa). Barely a dozen, they symbolically defended students and laborers who were arrested for protesting against the government and generally advocated for civil and political rights. Rather than being viewed as progressive or liberal, the more likely label by the government or conservative members of the bar was that they were either dissident, left-leaning, or pro-communist. After the June 1987 democratic movement and starting in the 1990s, the term "public interest lawyer" (gongik byeonhosa) began to emerge, reflecting a diversification of social causes beyond civil and political rights

43) Stuart Scheingold, *The Politics of Rights: Lawyers, Public Policy, and Political Change* (2004); Austin Sarat and Stuart Scheingold (eds.), *Cause Lawyering: Political Commitments and Professional Responsibilities* (1998); Charles R. Epp, *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective* (1998); Halliday et al., *supra* note 29.

44) Halliday et al., *supra* note 29, pp. 490-492.

that were more relevant to a growing middle class, in the areas of consumer rights, disabilities, environmental issues, and gender equality, and (continuing) labor rights.⁴⁵⁾ Public interest law groups began to form in the early 2000s, increasingly attending to the wider needs of the population, including migrants, asylum-seekers, the trafficked, and multicultural families.⁴⁶⁾ Mandatory pro bono service began with an amendment to the Attorney-at-Law Act in 2000, leading some of the top law firms to create in-house public interest law foundations and to publicize their pro bono contributions.⁴⁷⁾ In the last ten years, Korean legal newspapers show significant growth and sustained mentions of public interest law and pro bono activities conducted by lawyers, law firms, and law schools.⁴⁸⁾

The question then is how public interest lawyers mediate social causes within and between the spheres of state, market, and civil society in South Korea. Are Korean public interest lawyers marginalized state actors, or do they leverage power with close proximity to private law firms, civil society groups, as well as other state and legal institutions? Do Korean public interest lawyers qualify as a homogenous group, or are there extra layers of diversity to consider? Do they occupy a privileged or uneasy space of being both elite and grassroots? Are they indeed legal revolutionaries? This section presents these questions as mainly a proposal for further research.

45) Goedde, *The making of public interest law in South Korea via the institutional discourse of Minbyeon, PSPD and Gonggam*, in *Law and Society in Korea*, *supra* note 22.

46) Goedde, *Public Interest Lawyering in South Korea*, *supra* note 7.

47) *Ibid.*

48) Based on search results of the phrase "public interest" and "pro bono" in *Beopnyul shinmun* and the *Legal Times* (Nov. 4, 2022).

1. Human Rights Lawyers, the Bar, and the State

The connection between rights lawyers and the bar has been closely intertwined from the beginning. Considered the godfather of human rights lawyers, Yi Byeong-nin led both the Korean and Seoul bar associations in the late 1950s and 1960s, guarding the bar's autonomy from the state and codifying the principles of human rights and social justice in the association by-laws.⁴⁹⁾ His death in 1986 motivated thirty lawyers to form Cheongbeophoe to handle politically charged cases involving rights violations, which functioned more publicly under the Human Rights Committee of the Korean Bar Association. This group officially became Minjureul uihan byeonhosa moim (Lawyers for a Democratic Society, or "Minbyeon") after democratic transition in the late 1980s.

Representing less than ten percent of the bar, membership in Minbyeon signaled the progressive political stance of its lawyers. Minbyeon gained a degree of political legitimacy under Nobel Peace Prize recipient President Kim Dae Jung (1998–2003) but precipitated an existential crisis when one of its early members, Roh Moo Hyun, became president in 2003, ushering other Minbyeon members into top state posts.⁵⁰⁾ Both conservative backlash and internal reflections were rampant, including reference to Minbyeon as Gwanbyeon ("gwan" meaning government).

While Minbyeon's history is associated with political or "human rights" lawyering, the interests of its membership reflect increasingly diverse social causes, and thereby encompass "public interest lawyers" as well. With over 1200 members,⁵¹⁾ members can be found across law firms, public interest law groups, NGOs,

49) Park, *supra* note 31, pp. 28, 160.

50) Goedde, *Dissidents to Institution-builders*, *supra* note 7.

51) MINBYUN-Lawyers for a Democratic Society, *History* at minbyun.or.kr (accessed Nov. 12, 2022).

and government. The emergence and mainstreaming of the term "public interest lawyer" in the last two decades illustrates a larger imagining of what lawyers' rights advocacy can be. Meanwhile, the phrase "human rights lawyer" is making a comeback without the left-leaning connotation of the first and second generations of rights lawyers. This time the title is viewed more synonymously with "public interest lawyer" and strongly conveys one's commitment to human rights issues.

2. Public Interest Lawyers' Groups

The first public interest law group, Gonggam, was established in 2003 under the auspices of the Beautiful Foundation with just a few lawyers. Gonggam did not concern itself with the state of democracy, but rather with the state of human rights for minorities. As one of its attorneys declared in its early stage, "Public interest law has nothing to do with revolution."⁵²⁾ Gonggam's aim was to represent vulnerable communities whose rights have not been protected while residing in a democratic state, including migrants, refugees, domestic violence victims, people with disabilities, etc. With approximately a dozen attorneys, Gonggam "Human Rights Law Foundation" has served as a model for other public interest law groups such as Huimangeui beop (Korea Public Interest Lawyers) and Advocates for Public Interest Law (APIL). However, not all public interest lawyers or groups can follow Gonggam in size or institutional influence. Public interest lawyering has diversified, including in-house counsel for NGOs and smaller practices of one to three attorneys.⁵³⁾

52) Interview with G181207, Dec. 18, 2007, Seoul, Korea.

53) This is of course alongside longstanding institutions known for their rights lawyering and litigation, such as the Korean Confederation of Trade Unions (KCTU) and the Korea Federation for Environmental Movements (KFEM).

Additionally, Gonggam attorneys not only litigate but also actively network and institution-build to expand the field of public interest lawyering, such as with private law firms, bar associations, NGOs, and law schools.

3. Private Law Firms and Pro Bono

The Attorney-at-Law Act and the Korean Bar Association regulations were amended in 2000 to include an annual public service requirement of 30 hours, setting into motion expanding pro bono practices by private law firms. Prior to this, a handful of small to medium-sized firms with Minbyeon members in top management were known for their public interest orientation, such as Sejong, Shimin, Hangeol, and Duksu. Larger firms such as Bae Kim & Lee and Jipyong LLC also had partners who pursued public service projects and wanted to expand pro bono in-house, thereby creating separate legal entities, Dongcheon Foundation and Duroo, respectively. At the behest of Gonggam attorney Yeom Hyeong-guk and other public service-minded partners, all the top ten law firms now have a pro bono center and are part of the Law Firm Public Interest Law Network started in 2016.⁵⁴⁾ This trend is growing among smaller-sized firms as well. As is common among US corporate law firms, pro bono service is not just a professional ethic but a means to balance their profiteering image with one of social responsibility.⁵⁵⁾ Bae Kim & Lee and Jipyong have respectively employed the languages of "law firm's social responsibility (LSR)" and "social value management" in relation to their public interest law work.⁵⁶⁾

54) Goedde, *Public Interest Lawyering in South Korea*, *supra* note 7.

55) Scott L. Cummings, *The Politics of Pro Bono*, 52 UCLA L. Rev. 1 (2004).

56) BKL Pro Bono Committee, bkl.co.kr/law/society/law_society.do?lang=en (visited Nov. 17, 2022), Jipyong LLC, "Social Value Management," jipyong.com/en/csr/csr_policy.php (visited Nov. 17,

Through entities like Dongcheon and Duroo, full-time public interest lawyers and private lawyers collaborate on pro bono cases. Depending on the issue at hand (e.g., disabilities, migrant and refugee assistance), attorneys from public interest law groups, law firms' public interest law centers, NGOs, and regular law firm practice (including Minbyeon members) converge and pool their knowledge and skill set, leveraging big law firm names and their funding when necessary to mobilize the law, whether on cases, legal drafting, petitions, amendments, or lobbying.⁵⁷⁾ Also a younger network of public interest lawyers, Han Madang, gathers to discuss cases and legal mobilization strategies, thereby accumulating and passing on collective knowledge to a newer generation of public interest lawyers.⁵⁸⁾

4. Legal Education

Law schools also qualify as sites of public interest lawyering through clinical legal education, externships, public service graduation requirements, and public interest law student associations. Many of the major public interest law organizations mentioned above are involved with law schools to provide externships, guest lectures, or collaborate with law school clinics.⁵⁹⁾ For example, Gonggam and KPIL annually offer short human rights education programs for students and practitioners. Dongcheon Foundation has proactively worked with legal clinic programs at different law schools, while Gonggam attorneys teach as practitioners in the clinical legal education program at Seoul National University.

2022).

57) Goedde, *Public Interest Lawyering in South Korea*, *supra* note 7, pp. 185-188.

58) *Ibid.*

59) *Ibid.*, pp. 188-189.

The centrality and dominance of Seoul National University cannot be overlooked in recent iterations of public interest law. It is unsurprising that most lawyers gravitate to their alma mater given that the vast majority graduated from SNU Law College and the Judicial Research and Training Institute during the pre-reform period as well as the sustained number of SNU law graduates post-legal reform. This includes public interest lawyers and would explain the involvement of Gonggam attorneys to develop and participate in SNU's clinical education program for example. A clinical professor at SNU asserts that the clinicians carry "an especially heavy burden to promote a public interest mentality" so that they produce law graduates "deeply committed to public interest and human rights."⁶⁰ The intertwined sense of responsibility and loyalty is understandable, yet it demonstrates the power of one institution to shape a still elite discourse of public interest law. While legal education reform was initiated in part to diversify the legal profession, the continuing dominance of SNU prestige and its alumni network illustrates that the current system still perpetuates certain patterns of elitism,⁶¹ even in public interest law. Other narratives about public interest lawyering coming from outside the SNU-initiated circle deserve further exploration and amplification.

60) Stephan Sonnenberg, *The Law Clinics at SNU School of Law*, 20 J. Korean L. 89, 129 (2021).

61) Michelle Kwon, *Legal Education Reform: Towards a More Diverse Profession?* 24 Inha L. Rev. 349 (2021).

V. Conclusion

Korean law-and-society as a field stands ready for the next generation of socio-legal scholars. Beyond the societal context of the legal profession, other issues involving people in relation to the law deserve more pressing attention, such as access to justice, legal aid, professional ethics, and non-constitutional forums like the National Human Rights Commission and the National Ombudsman. For example, "legal opportunity structures" showing how citizens are more able to access the court system via streamlined litigation channels and the availability of public interest lawyers have been studied.⁶²⁾ But is it enough? Mobilizing the law for minorities, including gender, disabilities, citizenship status, age, and intersectional identities becomes more important to study, especially from their vantage points of whether the law does indeed serve them. For example, understanding the differences in legal opportunities and costs for the North Korean defector community, especially women and youth, is long overdue. The relationship between individual citizens and legal providers in urban versus rural areas could use deeper comparative analysis. The motivations, impact, and contests of various lawyering groups (e.g., private law firms, in-house counsel, foreign consultants, and accountants) in shaping international trade and economic policies are also understudied.

Perhaps the next "prescriptive" is simply to keep Korean law-and-society studies institutionally sustainable, both domestically and internationally, so that the next generation of scholars exists to study and comprehend the dynamics of law and

62) Celeste Arrington, *Rights Claiming through the Courts*, in *Rights Claiming in South Korea*, *supra* note 7.

society. The current Korean legal education system is not well placed to produce this cohort under its practicum-and-bar exam orientation, except for perhaps graduate law programs that need to promote this potential area of research and study more effectively. Meanwhile, socio-legal scholars will instead have to come from other disciplines such as sociology, political science, social welfare, and gender studies. There will be a cost to not having legally training academics continue Korean law-and-society studies, so it will be all the more vital to preserve space within the law school system to train future socio-legal scholars.

(논문투고일: 2022.11.20., 심사개시일: 2022.12.21., 게재확정일: 2022.12.22.)



▶ **Patricia Goedde**

Law and society, legal profession, public interest lawyering,
pro bono, South Korea

【참 고 문 헌】

I. Books

- Alford, William (ed.). *Raising the Bar: The Emerging Legal Profession in East Asia* (2007).
- Arrington, Celeste and Patricia Goedde (eds.) *Rights Claiming in South Korea* (2021).
- Choi, Chongko, *Law and Justice in Korea: South and North* (2005).
- Choi, Dai-Kwon and Kahei Rokumoto (eds.) *Judicial System Transformation in the Globalizing World: Korea and Japan* (2007).
- Chun, Bong Duck Chun et al (eds.) *Traditional Korean Legal Attitudes* (1980).
- Dezalay, Yves and Bryant Garth. *Asian Legal Revivals* (2010).
- . *Law as Reproduction and Revival* (2021).
- Epp, Charles R. *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective* (1998).
- Ginsburg, Tom. *Judicial Review in New Democracies* (2003).
- Hahm, Chaihark and Sung Ho Kim. *Making We the People: Democratic Constitutional Founding in Postwar Japan and South Korea* (2015).
- Hahm, Pyong-Choon. *Korean Jurisprudence, Politics and Culture* (1986).
- . *Korean Political Tradition and Law* (1971).
- Halliday, Terrence, Lucien Karpik, and Malcolm Feeley (eds.) *Fighting for Political Freedom* (2007).
- Kim, Jisoo. *The Emotions of Justice: Gender, Status, and Legal Performance in Choson Korea* (2017).

Kim, Marie S.H. *Law and Custom in Korea: Comparative Legal History* (2012).

--- (ed.) *The Spirit of Korean Law* (2016).

Mayali, Laurent and John Yoo (eds.) *Current Issues in Korean Law* (2014).

Sarat, Austin and Stuart Scheingold (eds.) *Cause Lawyering: Political Commitments and Professional Responsibilities* (1998).

Scheingold, Stuart. *The Politics of Rights: Lawyers, Public Policy, and Political Change* (2004).

Shaw, William. *Legal Norms in a Confucian State* (1981).

Song, Sang-Hyun (ed.). *Korean Law in the Global Economy* (1996).

West, James M. *A Critical Discourse on Korean Law and Economy* (2002).

Yang, Hyunah (ed.) *Law and Society in Korea* (2013).

Yoon, Dae-Kyu. *Law and Political Authority in South Korea* (1990).

--- (ed.) *Recent Transformations in Korean Law and Society* (2000).

II. Journal articles and book chapters

Ahn, Kyong Whan. *The Growth of the Bar and Changes in the Lawyer's Role: Korea's Dilemma*, in *Law and Technology in the Pacific Community* (Philip S.C. Lewis ed. 1994).

Arrington, Celeste L. and Yong-il Moon. *Cause Lawyering and Movement Tactics: Disability Rights Movements in Korea and Japan*, 42 *L. & Pol'y*, 5-30 (2020).

Choe, Yukyong. *Agencies, Roles and Their Choices: Reform of the Korean Legal Profession from 1995 to 2007*, in *Merging*

Voices on Korea: Korea's Domestic Policies and Their Influence on Asia (KEIA, 2011).

Choi, Dai-kwon. A Legal Profession in Transformation: The Korean Experience, in Reorganisation and Resistance (William LF Felstiner ed. 2005).

Cummings, Scott L. The Politics of Pro Bono, 52 UCLA L. Rev. 1 (2004).

Kim, JaeWon. South Korea: Reshaping the Legal Profession, in Lawyers in the 21st Century Society (Richard Abel et al. eds. (2020)).

Lee, Chulwoo. Hegemony, Contestation, and Empowerment: The Politics of Law and Society Studies in South Korea, 1 Asian J. L. Society 275 (2014).

---. Talking About Korean Legal Culture: A Critical Review of the Discursive Production of Legal Culture in Korea, 38 Korea J. 45 (1998).

Lee, Jae-hyup. The Introduction of the Law School System and the Structure of the Legal Profession: Status and Prospects, 68 J. Legal Educ. 460 (2019).

Liu, Sida. Legal Elites and the Fading History of Global Legal Imperialism, L. & Soc. Inquiry 1-6 (2022).

Sonnenberg, Stephan. The Law Clinics at SNU School of Law, 20 J. Korean L. 89, 129 (2021).

Yang, Kun. 한국의 <법과 사회>, 기타 [Korean "Law and Society," Etc.], 법사회학 [Socio-legal Studies] (2000).

국문요약

법과 사회 연구의 발전

- 국제적인 관점에서 본 한국의 법률전문가 집단 -

Patricia Goedde

이 글은 법과사회이론학회 창립자인 양건 명예교수의 공헌을 기리기 위한 것이다. 양건 교수님은 당초 (1) 법을 다른 학문과 연계할 필요성, (2) 일제 강점기와 미국이 한국 법률 발전에 미치는 영향을 이해할 필요성, (3) 법조계의 역할을 연구할 필요성을 강조하며 한국 법사회학의 발전을 요구했다. 이 글은 이러한 요소들을 결합한 국제 문헌을 조사한다. 제2부에서는 국제적인 관점에서 한국 법사회학 연구의 시작에 대한 맥락적 조사를 제공한다. 제3부는 국가 및 사회와 관련하여 한국 법조계의 역할에 대한 저명한 문헌을 제시하고 비평한다. 제4부는 공익법률단체, 변호사협회, 법률사무소, 로스쿨 등 법조계 전반에 걸쳐 제대로 연구되지 않은 공익변호 활동을 분석한다. 그리고 한국법과 사회에 대한 보다 포괄적이고 미묘한 국제적 관점을 제공하기 위해 관련 분야에 대한 한국 법사회학 연구를 진전시킬 것을 촉구하는 것으로 마무리된다.



▶ 페트리샤 게디

법과 사회, 법조계, 공익변호사, 프로보노, 대한민국

成均館法學

第 34 卷 第 4 號



成均館大學校 法學研究院

2022. 12.

성균관대학교 「成均館法學」 편집위원회 운영규정

제1조 (목적) 이 규정은 법학연구원 규정 제13조에 따른 편집위원회의 구성 기타 운영에 관한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조 (구성) 편집위원장 및 편집위원은 4년제 대학(법학전문대학원 포함)의 전임 교원 및 법조실무가 가운데서 7인 이상을 법학연구원 원장(이하 "원장"이라 한다)이 위촉한다.

제3조 (편집위원의 임기) ① 편집위원장 및 편집위원의 임기는 2년으로 하며, 연임할 수 있다.

② 원장은 특별히 필요하다고 인정되는 경우에 임기가 종료되지 아니한 위원을 운영위원회의 동의를 얻어 해촉할 수 있다. 또한 원장은 해촉된 위원을 교체하기 위하여, 또는 사임한 위원을 승계하기 위하여, 기타 필요한 경우에 편집위원을 새로 선임할 수 있고, 그 임기는 퇴임한 위원의 잔여임기로 한다.

제4조 (편집위원회 업무 등) ① 편집위원회는 다음 각호의 사항을 처리한다.

1. 『성균관법학』에 게재를 신청한 원고의 심사를 위한 심사위원의 선임
2. 심사결과에의 평가와 게재 여부의 결정
3. 심사결과에 대한 이의의 처리

제5조 (논문심사의 위촉) ① 투고된 원고는 원칙적으로 편집위원장을 통해 위촉된 심사위원에 의하여 1편당 3인에 의하여 심사된다.

② 심사위원은 원칙적으로 외부 심사위원 2인 이상으로 한다. 단, 부득이한 사정이 있는 경우 이러한 내·외부 심사위원의 비율을 변경할 수 있다.

③ 편집위원장은 당해 논문의 전공분야의 박사학위자 또는 당해 논문제목과 동일 또는 유사한 선행 논문을 발표한 전문가에게 심사를 위촉함을 원칙으로 한다.

④ 논문심사에 있어서 심사위원과 투고자의 인적사항은 밝히지 않는다.

제6조 (게재 결정) ① 편집위원회는 개별심사위원의 의견을 종합하여 「성균관법학」 심사규칙 제4조 제2항에 따른 심사 결과가 모두 "게재 가능" 또는 "수정 후 게재"인 경우에는 게재를 허용하되, 이에 해당하지 아니하고 심사 의견이 다를 때에는 심사위원의 다수 의견에 따라 결정한다. 심사위원의 다수 의견을 정함에 있어서 "게재가능"은 "수정 후 게재"와 합산하여 "수정 후 게재"로 정하고, "수정 후 재심"은 "게재불가"와 합산하여 "수정 후 재심"으로 정한다. 다만, 심사의 공정성을 우려할 만한 특별한 사정이 있거나 그 밖에 편집 등의 부득이한 사정이 있는 경우에는 편집위원회가 달리 결정할 수 있다. (2019. 6. 3. 개정)

② 편집위원장은 편집위원회 회의 개최 전에 "수정 후 재심" 또는 "게재불가"인 심사의 의견에 대하여 특별한 사정이 있는 경우에는 당해 논문을 심사하지 않은 다른 1인의 심사위원에게 재심사를 의뢰할 수 있다. (2019. 6. 3. 개정)

③ 편집위원회가 "수정 후 재심" 결정을 한 경우에는 투고자에게 서면 또는 전자우편으로 즉시 통지하며, 투고자는 다음 호에 수정 후 투고하여 재심사를 받을 수 있다. 투고자가 다음 호에 투고하지 않거나 재심사 후에도 게재가 불가하다고 판단될 경우에는 "게재불가"로 처리한다. (2019. 6. 3. 신설)

④ 편집위원회가 "게재불가"로 결정한 경우 투고자에게 서면 또는 전자우편으로 즉시 통지한다. (2019. 6. 3. 신설)

⑤ 동일호에 동일인이 단독 저자 및 제1저자일 경우를 포함하여 2편 이상의 논문을 게재하는 것은 허용하지 아니한다.

제7조 (게재결정에 대한 이의) ① 법학연구원 심사규칙 제4조에 의하여 “수정 후 재심” 또는 “게재불가”의 결정을 통고 받은 투고자는 통지를 받은 날로부터 3일 이내에 편집위원장에게 서면 또는 전자우편으로 이의를 제기할 수 있다. (2019. 6. 3. 개정)

② 제1항에 따른 이의가 제기된 경우 편집위원장은 편집위원회를 소집하여 이를 처리하여야 한다.

③ 편집위원장은 제2항에 따른 편집위원회의 결과를 지체 없이 투고자에게 통지하여야 한다.

제8조 (편집위원회의 운영) ① 편집위원장은 년4회 정기편집회의를 소집하여야 하며, 원장이 요구할 경우 임시편집회의를 소집할 수 있다.

② 편집위원회는 재적 과반수 출석과 출석 과반수 찬성으로 의결한다.

③ 필요하다고 인정되는 경우 편집위원장은 서면결정으로 편집위원회 회의에 갈음할 수 있다.

제9조 (비밀준수의무) 편집위원은 편집위원회의 업무에 관하여 얻은 정보를 공개하지 않을 의무가 있다.

제10조 (규정의 개정) 이 규정은 법학연구원 운영위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다. (2019. 6. 3. 신설)

< 부 칙 > 본 규정은 1997년 3월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2002년 3월 2일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규정은 2004년 6월 30일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규정은 2006년 12월 1일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규정은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우 제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월 31일에 각각 발간한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2010년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2011년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2011년 5월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2011년 12월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2012년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2014년 12월 11일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2019년 6월 3일부터 시행한다.

성균관대학교 「成均館法學」 연구윤리규정

제1조 (목적) 이 규정은 성균관법학에 투고된 글에 관하여 연구윤리위반에 대해 판정하고, 더 나아가 연구윤리의 확산과 부정행위 방지를 목적으로 한다.

제2조 (연구윤리위반의 종류) 연구윤리위반에는 아래의 행위가 포함된다.

1. 표절 등 타인의 저작권을 침해하는 행위
2. 논문의 작성에 실질적인 기여 없이 작성자로 기재하는 행위
3. 과거에 출판된 논문 등 저작물을 중복하여 출판하는 행위
4. 상당한 이유 없이 타인의 명예를 침해하는 표현을 사용하는 행위
5. 학계에서 통상적으로 용인되는 범위를 심각하게 벗어난 행위
6. 소속과 직위 등의 저자 정보를 명확하게 기재하지 않거나 거짓된 저자 정보를 기재하는 행위

제3조 (연구윤리위원회의 구성) ① 법학연구원규정 제15조에 따라 구성된 성균관대학교 법학연구원의 연구윤리위원회가 성균관법학 윤리위원회(이하 위원회라 한다)의 업무를 수행한다.

② 위원회는 연구윤리위원장을 포함하여 10인 이내의 위원으로 구성한다.

③ 연구윤리위원장과 연구윤리위원은 법학연구원이 위촉한다.

제4조 (연구윤리위원의 임기) 연구윤리위원장과 연구윤리위원의 임기는 2년으로 하며, 연임할 수 있다.

제5조 (위원회의 권한) ① 위원회는 투고된 글의 연구윤리위반에 대해 심의하고 의결한다.

② 위원회는 연구윤리위반 사안을 검토하기 위해 조사위원을 선임할 수 있다.

제6조 (위원회의 회의) ① 위원장은 위원회를 소집하고 그 의장이 된다.

② 위원장은 투고된 글의 연구윤리위반에 관해 의심이 있을 때나 심의 요청이 접수된 때에 회의를 소집하여야 한다.

③ 회의는 위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다.

④ 당해 사안에 대해 공정성을 기대하기 어려운 사유가 있는 위원은 심의나 의결에 관여할 수 없다.

제7조 (조사위원의 권한과 의무) ① 조사위원은 당해 사안이 심의되는 위원회의 회의에 참석하여 발언할 수 있다.

② 조사위원은 당해 사안에 관해 조사보고서를 작성하여 위원회에 제출해야 한다.

제8조 (피조사자의 권한) ① 피조사자는 회의에 출석하여 진술할 권한을 가진다.

② 피조사자는 위원회의 결정이 있는 날로부터 15일 이내에 그 결정에 대해 통지를 받을 권한을 가진다.

③ 피조사자는 통지를 받은 날로부터 7일 이내에 재심을 청구할 권한을 가진다.

제8조의2 (저자 정보 확인을 위한 조치) 투고된 논문의 저자 소속 및 직위 등 저자 정보의 확인이 필요한 경우 위원회는 해당 논문의 저자 혹은 저자의 소속기관에 증빙자료 제출을 요구할 수 있다.

제9조 (연구윤리위반에 대한 조치) 위원회는 제2조의 연구윤리위반에 대하여 다음의 조치를 취한다.

1. 투고된 원고에 대한 게재 거부
2. 게재된 경우라면 성균관법학 논문목록에서 삭제
3. 투고자에 대하여 3년 이상 성균관법학에 논문투고 금지
4. 법학연구원 홈페이지에 위반사항 공고
5. 투고자의 소속 기관장에 위반사항 통보

제10조 (위원의 비밀유지의무) 위원장과 위원은 위원회의 직무와 관련하여 취득한 사항에 대하여 비밀을 유지하여야 한다.

제11조 (연구윤리에 대한 교육) 연구윤리위원장은 법학연구원장과 협의하여 연구윤리를 확산하고 부정행위를 방지하기 위한 교육을 정기적으로 실시한다.

제12조 (운영예산) 위원장은 위원회의 운영 및 조사에 필요한 예산을 책정하여 지급할 수 있다.

제13조 (타규정의 준용) 성균관대학교 ‘연구윤리 및 진실성 확보를 위한 규정’을 준용한다.

< 부 칙 > 이 규정은 2007년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 이 규정은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 이 규정은 2019년 12월 27일부터 시행한다.

성균관대학교 「成均館法學」 투고규칙

제1조 (목적) 이 규칙은 성균관대학교 법학연구원에서 발행하는 성균관법학(이하 학술지)에 게재할 논문의 투고에 관한 사항을 정하는 것을 목적으로 한다.

제2조 (투고자격) ① 투고 요청논문은 다음 각 호에 해당하는 자에 한정된다.

1. 성균관대학교 법학전문대학원 교수
2. 성균관대학교 법학연구원 연구원
3. 전국의 법과대학 및 법학전문대학원 교수, 판사, 검사, 변호사
4. 법학 박사학위 과정을 밟고 있는 자 이상인 자
5. 기타 편집위원회의 승인을 얻은 자

② 상기의 자격을 가진 자는 공동저술이 가능하며, 공동저자의 경우에는 제1저자가 주저자가 된다.

제2조의2 (투고 제한) 각 호별로 주저자 기준으로 동일한 기관에 소속된 저자의 투고 비율이 전체 투고자의 4할(5분의 2) 이상이 되는 경우에는 투고 순서나 편집위원회가 달리 정하는 기준으로 정해지는 대상 투고 논문에 대하여 심사 절차를 개시하지 않고 반려할 수 있다.

제3조 (투고원고) 학술지에 투고할 원고는 다음과 같다.

1. 발표논문: 본 연구원 주최 학술모임에서 발표되고 제출된 논문
2. 일반논문: 학술지 게재를 위하여 따로 투고된 논문
3. 판례평석
4. 기타 편집위원회에서 학술적 가치가 있다고 인정한 번역물과 서평 등

제4조 (원고제출) ① 학술지에 논문을 게재하고자 하는 자는 원고를 각각 발간일 60일 전까지 원고파일을 온라인 논문 투고 및 심사 시스템 홈페이지(<https://icls.jams.or.kr>)에 제출함을 원칙으로 한다. 단, 논문제출 마감일이 공휴일인 경우에는 원고

제출은 그 다음날까지 할 수 있다.

② 투고자는 법학연구원이 제공한 논문투고 신청서 및 논문연구윤리 확인서 및 논문 사용권 등 위임동의서를 제출하여야 한다. 이를 이행하지 아니한 자는 투고를 철회한 것으로 간주하며, 향후 2년간 성균관법학은 논문투고 신청을 거절할 수 있다.

③ 투고된 논문은 성균관법학 원고작성요령에 따라 제출되어야 한다.

제5조 (원고제출 기일의 연장) 법학연구원장은 논문제출 기일을 연장할 수 있다. 단, 이 기일의 연장은 법학연구원 홈페이지에 공지하여야 한다.

제6조 (심사료 및 게재료) ① 학술지에 원고를 투고할 때에는 심사비 6만원을 납부해야 한다. 게재가 결정된 원고에 대해서는 지정된 기일까지 게재료 20만원과 추가 부담금을 납부해야 하며, 추가부담금은 200자 원고지 200매를 초과하는 원고지 1매당 1,000원으로 한다. 이를 이행하지 아니한 논문은 게재하지 아니한다.

② 저자가 2명 이상인 경우에는 심사료 및 게재료는 인원수에 따라 분담한다.

③ 본교 법학전문대학원의 교수는 제1항의 지급의무를 면제한다. 단, 공저인 경우 본교 법학전문대학원의 교수에 한하여 의무가 면제되며 그 외의 자는 그러하지 아니하다.

제7조 (논문게재예정증명서 및 논문게재확인서) 법학연구원장은 논문게재예정증명서 또는 논문게재확인서를 발급할 수 있다.

제8조 (저작권) 채택된 원고의 저작권은 채택과 동시에 성균관대학교 법학연구원에 귀속한다.

제9조 (규칙의 개정) 본 규칙은 법학연구원 운영위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다.

제10조 (기타) 성균관법학의 논문투고와 관련하여 본 규칙에 명시되지 아니한 사항은 법학연구원 운영위원회의 결정에 따른다.

- < 부 칙 > 본 규칙은 1997년 3월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2002년 3월 2일부터 시행된다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2004년 6월 30일부터 시행된다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2006년 12월 1일부터 시행된다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우 제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월 31일에 각각 발간한다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2010년 3월 2일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2011년 3월 2일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2011년 5월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2011년 12월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2012년 9월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2014년 9월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2018년 11월 20일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2021년 1월 1일부터 시행한다.

성균관대학교 「成均館法學」 원고작성요령

1. 원고는 논문, 판례평석, 서평, 자료로 구별하여 작성합니다.
2. 원고의 표지에는 논문제목(국문 및 영문), 필자성명(국문 및 영문), 소속과 직위, 학위, 전화번호 및 이메일 주소를 기재하여야 합니다.
3. 원고의 분량은 200자 원고지 150매 내외를 원칙으로 합니다. 다만, 원고가 200매 초과 시에는 초과분에 대한 게재료를 추가로 부담하여야 하며, 추가부담금은 200자 원고지 200매를 초과하는 원고지 1매당 1,000원으로 합니다.
4. 제출하는 원고에는 반드시 목차, 국문요약(외국어 논문인 경우에는 외국어요약), 참고문헌, 외국어초록(외국어 논문인 경우에는 국문초록), 국문 및 외국어 5개 이상의 주제어를 첨부해야 합니다. 초록의 분량은 2쪽 이내이어야 합니다.
5. 주석은 '각주' 로 처리합니다. 각주에서 인용한 문헌을 참고문헌에서 가나다 순 또는 알파벳 순으로 모두 표시합니다.
6. 논문은 '아래한글' 로 다음의 규격에 따라 작성합니다.
 - 가. 본문: 들여쓰기 10, 줄간격 170, 글꼴 바탕, 글자크기 10.5
 - 나. 각주: 왼쪽 여백 3, 오른 여백 0, 내어쓰기 15, 줄간격 150, 글꼴 바탕, 글자크기 9
7. 인용되는 표현인 것을 표시하는 경우에는 “ ” 를 사용하고 강조하는 내용을 표시하는 경우에는 ‘ ’ , 방첨 또는 밑줄을 사용합니다.
8. 성균관법학은 인용방법의 통일화를 지향합니다. 각주에서 출전을 밝히는 방법은 사법정책연구원 발간 「법률문헌의 인용방법 표준안(증보판)(2017)」 또는 그 후 개정되는 내용을 준수하여야 합니다.

<자주 사용되는 인용 사례>

다음은 (편의를 위해) 사법정책연구원, 「법률문헌의 인용방법 표준안(증보판)(2017)」의 내용 중 자주 사용되는 것을 예시한 것입니다. 자세한 내용, 추가 내용은 「법률문헌의 인용방법 표준안(증보판)(2017)」을 참고하시기 바랍니다.

① 논문의 인용

- 저자명, “논문 제목”, 간행물명 제X권 제Y호, 출판기관(출판연도), 인용면수.
- 홍길동, “속인주의와 속지주의의 구별”, 인권과 정의 제236호, 대한변호사회(1996), 133-134.
- 단행본 내의 논문: 저자명, “논문 제목”, 책 제목(편자명), 출판기관(출판연도), 인용면수.
- 학위 논문: 저자명, “논문 제목”, 석사(또는 박사) 학위논문, 학위수여 대학교(제출연도), 인용면수.
- 외국 논문은 그 나라의 인용방법에 따른다.

② 판결 등의 인용

- 법원명 선고 년. 월. 일. 선고 사건번호 판결.
- 대법원 1996. 4. 26. 선고 96다1078 판결.
- 대법원 1995. 11. 16. 선고 94다56852 전원합의체 판결
- 대법원 2010. 1. 14.자 2009마1449 결정.
- 심리불속행 판결: 대법원 2000. 1. 1.자 99다2342 판결.
- 헌법재판소 1994. 7. 29. 선고 92헌바49 결정.
- 조세심판원 2013. 11. 4.자 2013지0444 결정.

③ 단행본의 인용

- 저자명, 제목(개정판 정보), 출판사(출판연도), 인용면수(“해당 내용.”).
- 정차호, 특허법의 진보성, 박영사(2013), 56(“진보성은 특허법에서 가장 중요한 요건이다.”).
- 저자가 2명 이상인 경우에는 기여도의 순에 따라 기재하고 각 이름 사이에는 가운데 점(·)을 둔다.
- 저자가 3명 이상인 경우 제1저자의 성명만 표기하고 “외 3인”으로 표기할 수 있다.

④ 법령의 인용

- 법령명(정식 명칭 또는 약칭) 제#조 제#항 제#호 ()목.
- 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제25조의2 제3항 제1호
- 구 특허법(2008. 3. 28. 법률 제9097호로 개정되기 전의 것) 제29조 제2항.

⑤ 신문기사 등 기타 글의 인용, 인터넷 자료의 인용

- 신문기사: 저자명(신문사와 별도로 있는 경우), “기사 제목”, 발행 신문, 기사 일자(년. 월. 일.), 인용면수.
- 홍길동, “상고법원이 아닌 대법관 증원이 상책”, 동아일보(2019. 9. 14.), A12.
- 세미나 자료: 저자명, “발표문 제목”, 세미나 명칭, 주최자, 발표일(년. 월. 일.), 인용면수.
- 인터넷 자료: 전통적 출판 문헌의 인용방식 + 인터넷 주소(최종확인일자).

⑥ 외국자료의 인용

- 외국자료의 인용은 그 나라의 인용방법을 기준으로 한다.
- 그 나라의 인용방법을 알지 못하는 경우에는 해당 논문에서 가장 많이 인용된 외국자료의 해당 국가의 인용방법을 적용할 수 있다.

⑦ 각주 인용방법: 기타

- 하나의 각주에서 2개 이상 문헌을 인용하는 경우 각 문헌을 반쌍점(:)으로 이어준다.
- 앞에서 인용된 것을 다시 인용하는 경우, ‘저자명, 앞의 논문, 해당 면수’, ‘저자명, 앞의 책, 해당 면수’ 등으로 표시하고 바로 앞에서 인용된 것을 다시 인용하는 경우, ‘저자명, 위의 논문, 해당 면수’, ‘저자명, 위의 책, 해당 면수’ 등으로 표시합니다. 앞에서 인용된 각주번호를 병기할 수 있으며 (참고문헌이 별도로 제공되는 점을 감안하여) 병기를 생략할 수도 있다. ‘저자명, 앞의 논문(각주 34), 해당 면수’ .
- 2차 문헌을 통해 1차 문헌을 인용하는 경우, 두 문헌의 출처를 모두 밝히고 ‘재인용’임을 표시하여야 한다.

성균관대학교 「成均館法學」 심사규칙

제1조 (목적) 이 규칙은 성균관대학교 법학연구원(이하 ‘연구원’이라 한다)이 간행하는 『성균관법학』에 게재하기 위하여 투고된 논문, 판례평석, 기타 원고 등의 심사절차를 정함으로써 공정한 심사기준을 마련함을 목적으로 한다.

제2조 (심사대상) 투고규칙 제3조에 따라 투고된 논문은 심사대상이 된다. 단, 번역물과 서평 등은 논문심사에서 제외할 수 있다.

제3조 (논문심사의 위촉과 심사절차) 논문심사의 위촉은 편집위원회 운영규정 제5조에 따른다.

제4조 (논문심사기준) ① 논문심사는 다음 각호의 기준에 따른다.

1. 논문의 독창성
2. 논문의 전문성
3. 논문의 형식
4. 논문의 해당분야 이론 및 실무의 관한 발전에 대한 기여도

② 논문에 대한 평가는 다음의 단계로 구분한다. (2019. 6. 3. 개정)

1. 수정이 필요 없을 경우 : “게재가능”
2. 간단한 수정이 필요한 경우 : “수정 후 게재”
3. 전면적인 수정 및 재심이 필요한 경우 : “수정 후 재심”
4. 게재가 가능하지 않는 경우 : “게재불가”

제5조 (개정) 이 규칙은 법학연구원 운영위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다. (2019. 6. 3. 개정)

< 부 칙 > 본 규칙은 1997년 3월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2002년 3월 2일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2004년 6월 30일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2006년 12월 1일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우 제19권 제2
호와 제3호를 8월 31일과 12월 31일에 각각 발간한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2010년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 5월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 12월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2012년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2019년 6월 3일부터 시행한다.

성균관대학교 「成均館法學」 발행규칙

제1조 (목적) 이 규칙은 성균관대학교 『성균관법학』을 발행함에 있어 필요한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조 (학술지명) 법학연구원은 국내학술지로 『성균관법학』 (SungKyunKwan Law Review)을 발행한다.

제3조 (발간시기) ① 성균관법학은 연4회 발간한다.

② 성균관법학의 발간일자는 매년 3월 31일, 6월 30일, 9월 30일, 12월 31일로 한다.

③ 성균관법학에 게재된 저작물에는 논문투고일자(2***년 *월 *일), 심사일자(2***, *월, *일, 게재확정일자(2***, *월, *일)를 표기한다.

④ 편집위원회의 결정에 의하여 기념호 또는 특집호를 발간할 수 있다.

제4조 (전자 발간) ① 성균관법학의 발간은 전자적 방식으로 한다.

② 게재가 확정된 논문에 대해서는 해당 논문을 PDF파일 형태로 하여 게재자에게 무상으로 제공한다.

제5조 (기타) 성균관법학의 발행과 관련하여 본 규칙에 명시되지 아니한 사항은 법학연구원 운영위원회의 결정에 따른다.

< 부 칙 > 본 규칙은 1997년 3월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2002년 3월 2일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2004년 6월 30일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2006년 12월 1일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우 제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월 31일에 각각 발간한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2010년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 5월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 12월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2012년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2018년 11월 20일부터 시행한다.

法學研究院 운영위원회

- 연구원장 이해완(성균관대학교)
- 운영위원 강현호(성균관대학교) 김재원(성균관대학교)
이경열(성균관대학교) 정차호(성균관대학교)

法學研究院 편집위원회

- 편집위원장 이경열(성균관대학교)
- 편집위원 강현호(성균관대학교) 김연미(성균관대학교)
이해완(성균관대학교) 정차호(성균관대학교)
현소혜(성균관대학교)
김동준(충남대학교) 박근웅(부산대학교)
이기춘(부산대학교) 이창섭(제주대학교)
이효경(충남대학교) 정구태(조선대학교)

法學研究院 윤리위원회

- 윤리위원장 이해완(성균관대학교)
- 윤리위원 강현호(성균관대학교) 김재원(성균관대학교)
이경열(성균관대학교) 정차호(성균관대학교)

- 연락처 : 서울시 종로구 성균관로 25-2 성균관대학교 법학관 303호 법학연구원
- 전화 : (02) 760 - 1288 Fax : (02) 760 - 1289
- Homepage : <http://law.skku.edu/>
- E-mail : icls@skku.edu

成均館法學

第34卷 第4號

1판 1쇄 발행 2022년 12월 31일

발행인 : 이 해 완

발행처 : 성균관대학교 법학연구원

주소 : 03063 서울특별시 종로구 성균관로 25-2

전화 : (02) 760-1288~9

E-mail : icls@skku.edu

등록번호 : 1992년 12월 22일 제1-1469호

SungKyunKwan Law Review

Vol. 34 No. 4

成均館法學

Articles

- Constitutional Adjudication and Representative Democracy Hwanghee Lee 1
- Comparative Study on Communication Fact Confirmation Data
- Focusing on Comparison with Japan - Younjin Kim Ilhwan Kim 43
- A study on the legal nature and civil execution of virtual assets SUNG Duk Keun 79
- A Study on the Legal Issues of Stock Trust for Family Business Succession Namgung Juhyun Kim Sang hoon 129
- Calculating Apportionment Ratio in Calculating Damages Against Trademark Infringement: Suggestion of “25%+8 Factors Method” Rudan ZHENG Chaho JUNG 155
- A study on whether a licensee is entitled to standing to appeal from a decision of patent invalid trial Jijoon ROH 215
- Advancing Korean Law and Society Studies:
- International Perspectives on the Korean Legal Profession - Patricia Goedde 253

V

0

1

.

3

4

N

0

.

4

2

0

2

2

成均館大學校法學研究院