인터넷접근성 보장 및 국가의 역할*

김 민 호**

Ⅰ. 문제의 소재
Ⅱ. 인터넷 접근성 보장과 정보접근권
1. 인터넷 접근성
2. 정보접근권
Ⅲ. 정보기본권으로서의 정보접근권
1. 정보인권과 정보기본권
2. 정보기본권으로서의 정보접근권
Ⅳ. 자유로운 정보접근권
1. 자유로운 정보접근권
2. 자유로운 정보접근권 보장을 위한 국가의 역할
Ⅴ. 복지로서의 정보접근권
1. 복지로서의 정보접근권
2. 복지로서의 정보접근권 보장을 위한 국가의 역할
Ⅵ. 결론

【국 문 요 약】

인터넷접근성은 정보접근권의 수단적 개념에서 출발하였다. 하지만 인터넷을 통한 정보의 유통이나 접근의 밀도가 높아질수록 인터넷접근성은 정보접근권과 거의 동일한 개념으로까지 그 의미의 중요성이 커졌다. 인터넷접근성이 정보접근권과 완전한 동의어 수준까지는 아니더라도 인터넷접근성이 정보접근권의 본질적 요소가 된 것은 부정할 수 없다.

인터넷접근성 보장을 위한 국가의 역할은 소극적으로 국민의 자유로운 인터넷접근을 방해하지 않아야 하는 것부터 적극적으로 사회적 약자가 인터넷접근을 할 수 있도록 지원을 해야 하는 것까지 매우 다양하다.

자유로운 인터넷접근성을 보장하기 위해서 국가는 인터넷의 개방성, 중립성, 참여성, 공유성, 자율성을 보장하여야 한다. 사실 이러한 것들은 국가가 특별히 보장해야하는 분야가 아니라 인터넷이 원래부터 가지고 있었던 특성이다. 하지만 국가가 종래처럼 소극적으로 인터넷의 고유 특성인 개방성, 중립성, 참여성, 공유성, 자율성을 제한하거나 방해하지 않는 것만으로 그 역할을 다했다고 하기 어렵다. 왜

---

* 이 논문은 필자가 공저자로 출간된 「정보법학회, 인터넷 그 길을 묻다, 중앙BOOKS, 2012」에 필자 집필분을 논문 형식으로 재구성 한 것임을 밝힌다.

** 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

냐하면 이들 인터넷의 특성은 양면적 성질을 가지고 있어서 그 특성을 그대로 내버려 둘 경우 항상 선(善)의 방향으로만 작동되는 것은 아니기 때문이다. 오히려 국가는 인터넷의 이러한 특성들이 올바로 구현될 수 있도록 조정과 감시의 역할을 수행해야한다. 특히 정보의 중요성이 커질수록 부정확한 정보, 왜곡된 정보, 불법정보 등으로 인한 피해 역시 심각한 정도로 커진다. 따라서 자유로운 인터넷접근성 보장을 위해 국가는 부정확한 정보, 왜곡된 정보, 불법정보 등에 대한 모니터링을 강화하여야 한다. 하지만 국민들의 신뢰가 수반되지 않는 정보의 감시는 오히려 정보의 왜곡과 혼란을 더욱 가중시킬 수 있다. 다시 말해서 이러한 조정과 감시의 역할이 그 적정한 수준을 넘으면 검열과 통제로 변질될 수 있기 때문에 균형적 긴장성을 유지하는 것이 매우 중요하다.

다음으로 국가는 복지적 차원에서 인터넷접근성 보장을 위하여 신체적, 경제적, 사회적 약자에 대한 물적 지원 및 교육 등 적극적 역할을 하여야 한다. 신체적 약자(맹아자, 농아자 등)에 대한 정보통신기술환경적 측면에서의 인터넷접근성 보장을 위한 노력은 물론 의사소통환경적 측면에서의 지원시스템의 개발·구축에 더욱 노력해야 한다. 경제적 약자에 대한 지원대책들은 주로 정보통신제품을 무상으로 제공하거나 인터넷 가입비나 이용요금을 감면해 주는 등 금전적 지원이 주류를 이루고 있으나 물적 지원만으로는 경제적 약자의 인터넷접근성이 보장되지 않는다. 경제적 약자에 대한 지원이라고 해서 경제적·금전적 지원에만 집중할 것이 아니라 경제적 약자가 올바르고 유용하게 정보에 접근할 수 있도록 교육이나 생활지도 등 환경적 지원도 함께 이루어져야 한다. 뿐만 아니라 국가는 고령자, 다문화가정 등 나이나 언어적·문화적 차이로 인하여 정보접근이 취약한 사회적 약자에 대해서도 인터넷접근성 보장을 위한 대책을 수립·시행하여야 한다.

Ⅰ. 문제의 소재

정보의 중요성을 부인하는 사람은 없다. 이는 비단 오늘날만의 현상이 아니라 인류 역사상 정보는 개인이나 집단의 힘이자 권력이었다. 따라서 정보를 얻는다는 것은 단순히 호기심을 충족하거나 지적 만족을 실현하는 정도에 머무는 것이 아니라 생존과 직결될 수 있다.

미국의 경제학자 조지 에컬로프(George A. Akerlof)는 '레몬시장'이라는 논문[1)]에서 이른바 '정보비대칭(asymmetric information)'이라는 개념을 도출하고, 정보의 불균형이 시장을 왜곡시키는 메커니즘을 역설한 바 있다. 시장에서 공급자와 수요자는 자신이 갖고 있는 완전한 정보 중에서 판매 또는 구매에 불리한 정보를 감추거나 왜곡하려는 경향이 있고, 이러한 정보의 왜곡은 시장형성의 공정성이나 건전성을 훼손하는 중대한 요인으로 작용한다는 것이다. 특히 수요자는 정보의 부재로 인하여 자신에 불리한 역선택(Adverse Selection)을 할 수 있다.

이처럼 정보는 인간이 사회생활을 영위하기 위한 필수적 수단과 요소가 되었다. 사람에 따라 정보 수집능력이 다르고 동일한 정보에 대한 해석적 차이도 있는 까닭에 모든 사람이 모두 동일한 수준의 정보를 보유·인식하고 있어야 하는 것은 아니다. 개인의 역량과 취향에 따라 정보의 양과 질은 매우 다양할 수밖에 없다. 따라서 국가나 사회가 집단이나 개인에게 특정의 정보를 강제로 제공하는 방식은 구시대 정치체제에서나 가능한 일이며 자유민주국가에서는 지양해야할 일이다. 국가나 사회는 필요한 정보를 누구나 자유롭게 획득·인지할 수 있도록 이른바 '정보에 대한 접근' 가능성을 열어두면 된다. 오늘날에는 국가가 시혜적 차원에서 국민들에게 정보의 접근 가능성을 열어 두는 수준이 아니라 국민들의 정보에 대한 접근이 점차 '권리화'되어 가는 경향이다. 이른바 '정보접근권'이 처음에는 '국가가 국민의 자유로운 정보 접근을 방해해서는 안 된다'라는 이른바 소극적 권리 수준이었으나 점차 공권적 권리로 확대되어 가는 추세다. 국가의 의무 역시 소극적으로 국민들의 정보접근권을 막아서는 안 된다는 수준을 넘어 이제는 적극적으로 국민들에게 정보를 개방하고 국민들이 정보에 접근할 수 있도록 수단과 방법을 제공해야하는 수준으로까지 확산되고 있다.

---

1) George A. Akerlof, "The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism", The Quarterly Journal of Economics (1970) 84 (3), pp.488-500.

행정절차법상 청문권이 보장되었지만 행정청과 민원인들간의 정보비대칭으로 인하여 청문제도는 원래의 존재의의를 상실하였다. 행정과정상 정보는 행정청이 독점하고 있는 상태에서 민원인이 행정청을 공격하고 자신을 방어하는 것에 한계를 가질 수밖에 없었다. 이에 등장한 제도가 이른바 '정보공개제도'이며, 정보의 공개를 주장할 수 있는 법적 힘을 이른바 '정보공개청구권'이라 한다. 이러한 정보공개청구권이 공권화(公權化)된 '정보에 대한 접근권'의 대표적 사례이다.

주지하는 것처럼 오늘날에는 인터넷의 발달로 정보의 유통과 접근이 대부분 인터넷을 통하여 이루어지고 있다. 이 때문에 정보에 대한 유통 및 접근이 천문학적으로 늘었다. 하지만 정보의 유통 경로 및 접근의 수단 역시 인터넷을 통해야만 하는 까닭에 인터넷에 대한 접근 없이는 정보에 대한 접근 자체가 사실상 불가능하다. 따라서 접보접근권 보장을 위한 국가의 책무에는 '인터넷접근성' 보장이라는 새로운 책무가 포함되는 것으로 해석된다.

인터넷접근성 보장의 의미는 여러 가지로 해석될 수 있다. 우선 많은 국민들이 자유롭게 인터넷에 접근할 수 있도록 물적 인프라를 구축해야하는 책무, 정보취약계층에 대한 물적 지원 및 교육 등을 통한 사회보장적 차원의 책무, 많은 정보가 인터넷 환경에서 유통되고 접근될 수 있도록 정보를 공개 또는 제공하는 책무 등을 생각해 볼 수 있다.

Ⅱ. 인터넷 접근성 보장과 정보접근권

1. 인터넷 접근성

인터넷접근성의 의미를 정확히 규명하기 위해 우선 '접근성'에 대한 의미부터 마악해 볼 필요가 있다. "접근성"의 의미에 대해서는 '시설과 서비스에 대한 물리적인 사용방법의 기본적인 제공과 그에 따르는 사용상의 적정성', '능력・기술・필요・기호・사용환경・내용 등이 서로 다른 사용자들이 사용하고자 하는 대상에 접근하고자 하는 보편화된 요구', '어떤 시설물이나 제품・서비스・정보 등을 사용하고자 하는 자가 이를 사용할 수 있도록 사용자의 사용이 근본적으로 가능하도록 해주는 조건 또는 특성' 등 다양한 정의가 존재하고 있다. 접근성을 보다 구체적이고 협의의 개념으로 정의하여 '신체적 또는 인지적 장애에 관계없이 우리 주위의 시설물이나 제품・서비스 등에 대한 사용이 가능하도록 하는 기본적 조건'이라 하기

도 한다.

이러한 접근성을 인터넷과 결합하여 정의하면, ⑴신체적, 인지적 특성과 문화적 차이를 포함하는 사용자의 범주, ⑵인터넷에 관련된 작업의 범위와 속성, ⑶정보를 획득할 때 사용하는 기기 및 장치, 서비스의 행태, ⑷서비스를 이용하는 시간과 장소, 기기 및 장치의 용량 등에 무관하게 사용에 대한 기본적인 요구를 충족시켜 줄 수 있는 방법상의 기회가 제공되고, 사용자의 능력에 관계없이 하드웨어와 소프트웨어를 적절하게 사용할 수 있도록 사용성에 대한 고려가 이루어지는 것을 의미한다.[2)]

2. 정보접근권

‘접근권’이란 ‘접근성’을 권리적 측면 또는 국가의 책임이나 역할의 관점에서 바라본 것이다. 따라서 접근성 자체가 다의적으로 사용 또는 이해되어진 다면 접근권 또한 다양한 의미로 사용되어질 수밖에 없고, 실제로 법령이나 학술논문 등에서도 분야와 영역에 따라 접근권을 매우 다양하게 정의하고 있다.[3)]

국가의 책임이나 역할을 강조한 권리적 측면에서의 "접근권"이라는 용어는 원래 "장애인 접근권"에서 유래된 것으로 보인다. 장애인 접근권을 가장 좁은 의미로 해석하면 '장애인이 장애인이 아닌 사람들이 이용하는 모든 교통수단, 여객시설 및 도로를 차별 없이 안전하고 편리하게 이용하여 이동할 수 있는 권리'를 말하는 바, 「교통약자의 이동편의 증진법」에서는 이를 '이동권'이라고 정의하고 있다. 그러나 넓은 의미의 '장애인 접근권'은 이러한 '이동권'뿐만 아니라 장애인이 교육・문화・오락・복지 등 모든 분야에서 차별 없이 활동하고 서비스 받을 수 있는 권리이다. 따라서 이러한 광의의 장애인 접근권에는 그 활동과 서비스에 따라 물리적(교통) 접근권, 문화예술 접근권, 저작물 접근권, 미디어 접근권, 인터넷 접근권, 정보 접근권 등 다양한 접근권이 존재할 수 있다.

그러나 '접근권'을 접근(사용)하고자 하는 활동이나 서비스에만 국한하여 정의할 필요는 없다. 활동이나 서비스의 향유(권리)주체에 따라 접근권을 정의할 수도 있다. 장애인 등 신체적 약자, 기초생활수급자 등과 같은 경제적 약자, 다문화가정・노인・소수자 등 사회적 약자가 차별 없이 어떠한 활동이나 서비스에 접근할 수 있도록 하는 이른바 ‘복지로서의 접근권’과 일반국민이 외부적 요소(국가의 규제,

2) 오병철, 특수계층의 정보접근권 확립을 위한 정책분석, 지역발전연구 제15집, 2006, 150-151면.
3) 이춘구, 기술 발전에 따른 매체 접근권 연구, 국가법연구 제11집 1호, 2015, 1-35면 참조.

시장의 제한, 비대체적 기술의 채택 등)에 구애받지 않고 자유롭게 의해 어떠한 활동이나 서비스에 접근할 수 있도록 하는 이른바 '자유로 운 접근권'으로 나눌 수도 있다.

따라서 접근하고자 하는 서비스가 인터넷 또는 정보통신서비스인 경우에 이를 '인터넷 접근권' 또는 '정보 접근권'이라 개념화 하더라도, 이는 또 다시 장애인 등 신체적·경제적·사회적 약자가 인터넷 또는 정보통신서비스에 쉽고 차별 없이 접근할 수 있도록 기술적 조치를 강구하거나 컴퓨터 등 기기의 획득을 용이하게 하도록 정책적 지원을 하는 등 '복지로서의 정보접근권'과 정보공개청구권의 보장, 표현의 자유, 기술중립성 또는 망중립성 등을 통하여 일반국민 모두가 정보에 자유롭게 접근할 수 있도록 제도적·기술적 환경을 조성·보장하는 '자유로운 정보접근권'으로 각각 다르게 정의되어질 수 있다. 이러한 개념적 구별을 선결적 문제로 해결하기도 전에 각자의 분야와 영역에 따라 정보접근권을 예단적으로 곧바로 정의해 버리고서 논의를 전개하다보니 정보접근권에 대한 논의가 매우 난삽하게 전개되었던 것으로 보인다.

'정보접근권'이란 접근하고자 하는 활동 또는 서비스가 인터넷 또는 정보통신서비스인 것을 의미하고 이러한 정보접근권은 또 다시 접근권의 행유(권리)주체에 따라 '복지로서의 정보접근권'과 '자유로운 정보접근권'으로 나누어서 정의하는 것을 제안한다. 물론 '인터넷'과 '정보통신서비스'가 동일한 의미가 아니며, 인터넷의 정의 또한 활동이나 서비스를 의미하는 것은 아니지만 인터넷의 개념적·기술적 정의에도 불구하고 사용자의 입장에서는 정보통신서비스를 이용하거나 제공받기 위한 도구적 개념으로 이해되는 바, 정보접근권은 인터넷 접근권을 포섭하는 광의의 개념으로 정의하여도 크게 문제되지 않을 것으로 보인다.

Ⅲ. 정보기본권으로서의 정보접근권

1. 정보인권과 정보기본권

정보인권 역시 명확한 개념 정의가 확립되어 있지 못하고 학자들에 따라 다양한 의미로 사용되어지고 있다. 그러나 정보인권을 보는 가장 기본적 시각은 정보인권을 헌법상 기본권의 하나의 유형으로 보는 시각에서 출발하여 헌법적 관점에서 정리되어져야 한다는 것이다. 따라서 정보인권에 대한 헌법적 차원의 개념적 정의

도출이 가장 중요하다.[4)]

정보인권을 정의함에 있어서 헌법상에 보장되어 있는 기본권 조항으로부터 “정보의 자유”와 “정보 프라이버시”라는 정보인권의 두 가지 개념적 구성요소를 도출하고, 정보인권을 헌법상에 보장된 자유민주주의를 구성하고 실현하기 위한 질서체계 중 하나인 정보질서를 구현하는 과정에서 헌법에 의해 확인·선언되는 권리라고 보는 견해가 있다.[5)] 다시 말해서 국민 개개인이 정보질서를 구성하는 정보의 유통에 대한 통제력을 지니며, 그 수단적 차원으로 공적 성격의 정보에 대한 자유를 향유하고 사적 성격의 정보에 대해 보호를 받을 수 있는 권리를 지닌다는 것이다. 결국 정보인권이란 헌법상 정보질서를 구현하기 위하여, “정보의 자유”(공적 정보의 자유)와 "정보 프라이버시”(사적 정보의 보호)를 통해 국민 개개인이 정보 유통에 대한 통제력을 지니게 되는 권리라고 정의할 수 있다[6)].

이처럼 정보인권은 헌법상 보장된 기존의 인권 개념이 정보화라는 시대적 특성에 따라 확대·발전된 것으로 볼 수 있다[7)]. 정보인권과 관련되는 헌법적 기본권을 살펴보면, 일차적으로 언론·출판의 자유와 학문·예술의 자유 등의 자유권이 거론 될 수 있으나[8)], 이보다는 자율적인 삶의 형성과 관련된 인격권, 정보의 남용에 대한 방지와 관련된 사생활의 비밀과 자유, 통신의 비밀과 같은 기본권이 직접적 정보인권과 관련성이 크다[9)]. 더욱이 직접적 또는 간접적인 정보인권과의 관련성을 고려하면, 사실상 헌법의 거의 모든 기본권과 정보인권의 관련성을 부정하기 힘들 것이다. 이는 현행 헌법에서 기본권 중 정보인권을 직접적으로 확인하거나 선언하고 있지 않은 데에서 발생하는 문제로서 정보인권 보장의 법적 근거로서 항상 해석적 판단여지가 생기는 원인이 되고 있다.[10)] 이러한 경우에 대해 일부 학자들은 개별적 기본권에 해석을 의존하기보다는 헌법의 기본원리라 할 수 있는 국민주권주의 및 인간의 존엄과 가치와 같은 상위 가치개념으로부터 직접 법적 근거 및 정당성을 도출하려는 시도를 하기도 한다.[11)12)]

---

4) 명재진/이한태, 현대 법학계의 정보인권 연구동향, 정보화정책 제18권 제1호, 2011년 봄호, 3~23면 참조.
5) 김중길, 빅데이터(Big Data)와 정보인권에 관한 최근 독일의 논의와 시사, 조선대학교 법학논총 제21권 제2호, 2014, 225-255면 참조.
6) 이인호, 정보인권의 개념과 헌법적 보장체계, 국가인권위원회, 2009 참조.
7) 하우영, 노동정보처리와 정보인권보호, 정보보호학회 논문지, 13(6), 2003, 17-32면 참조.
8) 이민영, 표현의 자유에 관한 정보인권론, 성균관법학 제24권 제3호, 2012, 213-232면 참조.
9) 장영수, 정보화 시대와 인권·법, 법학논집 35, 1999, 21-44면 참조.
10) 명재진/이한태, 위의 논문, 3~23 참조.
11) 성낙인, 정보보호와 인권, 서울대학교 법학연구 45(1), 2004, 101-142면 참조.

2. 정보기본권으로서의 정보접근권

정보 접근권, 특히 정보기본권으로서의 정보 접근권의 개념적 정의를 더욱 곤란하게 하는 것 중에 하나가 이른바 "액세스권"에 대한 불완전한 이해와 이를 무리하게 정보접근권의 개념으로 포섭하려는 시도 때문이라고 할 수 있다. 주지하는 바처럼 액세스권(Right of Access)은 '공적 정보의 자유 액세스권'이라는 영미법상의 표현에서 유래한 것으로서 '매스미디어 액세스권'을 의미하는 것이었다. 매스미디어에 접근해서 그것을 이용할 수 있는 권리를 뜻하는 것으로, 매스미디어를 이용한다는 것은 매스미디어를 통해서 의견이나 주장을 표명하여 그것을 널리 전파시킨다는 것이다. 이 경우의 액세스권이란 매스미디어를 객체로 하고 일반 공중을 주체로 하는 권리라고 할 수 있는 것으로 국민과 국가사이에 발생하는 문제가 아닌 국민과 언론기관과의 관계라는 것에 그 특징이 있다.[13]

액세스권은 흔히 두 가지로 설명된다. 광의의 액세스권이란 누구든지 자기의 의사를 표현하기 위해 매스미디어에 접근하여 이를 이용하는 권리를 말하는데, 이는 국민에게 민주적 여론형성의 과정에 참여할 수 있는 기회를 제공하고 국민의 지위를 강화하는 적극적 의의를 갖는다. 반면, 협의의 액세스권은 자신과 관계되는 보도에 대하여 해명 내지 반론의 기회를 요구할 수 있는 권리를 말하며, 구체적으로 침해된 권리를 구제하여 인권을 보호하는 소극적 의의를 갖는다. 우리 법제는 협의의 액세스권으로 반론보도청구권, 정정보도청구권, 추후보도청구권을 인정하고 있다.[14]

그런데 이러한 매스미디어에 대한 액세스권을 원용하여 정보, 특히 공공정보 또는 행정정보에 대한 액세스권의 개념이 등장하였고 이를 '정보 액세스권'이라 하였다. 이는 영미법상의 전통적 의미로서의 '액세스권'보다는 헌법상 '알 권리' 내지는 정보공개청구권 등의 보장과 더욱 가까운 개념이라 할 것이다. 'access'를 '접근'으로 사전적(辭典的) 의미 그대로 번역하여 사용하는 학자들이 생겨나면서 '정보 액세스권'과 '정보접근권'이 동의어 인 것처럼 사용되어지고 실제로 동의어로 이해하는 학자들 또한 적지 않은 실정이다. 그러나 정보접근권은 액세스권, 즉 언론기간이나 공공기관과 이들 기관의 정보 등에 액세스하려는 일반인 사이의 관계에서 도

---

12) 김배원, 정보기본권의 독자성과 타당범위에 대한 고찰 - 헌법개정과 관련한 체계구성을 중심으로, 헌법학연구 제12권 제4호, 2006, 199-232면 참조.

13) 명재진/이한태, 위의 논문, 3~23면 참조.

14) 명재진/이한태, 위의 논문, pp.3~23

출되는 개념이 아니라 여러 가지 헌법적 기본권 문제들과 결부되어 지는 개념이라 할 것이다.[15]

그 중 가장 중요한 것은 개인의 공적 정보 이용에 있어서 자유로운 정보접근과 개인들 간의 평등한 정보접근의 보장이다. 현대 사회민주주의의 특징은 정부가 개인생활에 지대한 영향을 미칠 수 있는 정책 수립의 주체임과 동시에 이를 위해 수많은 정보를 축적하고 있다. 따라서 개인의 알 권리의 보장을 통하여 자유민주주의 법치국가적 질서의 형성과 유지를 위한 여론형성과 여론존중이 보장되어야 한다. 그러므로 정보화 사회에서 행정에 대한 정보접근권은 국민 스스로의 기본권 전반을 인지하고 실현시키기 위한 주요한 전제조건이 되며, 정보에 대한 국가권력이 집중되고 증가하고 있는 점을 감안한다면 정보접근권은 그 의미와 가치가 어느 때보다도 중요하다고 할 것이다. 이는 알 권리의 하나의 내용인 정보공개청구권과 관련하여 심도 있는 논의가 이루어지고 있는 이유이기도 하다.[16]

한편, 인터넷 이용이 점차 보편화되고 그 활용범위가 확대됨에 따라 정보접근권의 보장을 위해서는 정보에 대한 자유로운 접근성의 보장뿐만 아니라 장애인・노인 등이 정보에 자유롭게 차별 없이 접근할 수 있도록 정보에 대한 보편적 접근의 보장이 실질적으로 필요하다는 인식을 하게 되었다. 실질적 평등의 실현이라는 관점에서 이른바 사회적 약자로 불리는 저소득자・농어촌지역 주민・장애인・노령자 등에 대해 정보접근기회를 증진할 수 있도록 하기위한 노력 또한 정보 접근권의 영역에서 논의되어지기 시작한 것이다. 이처럼 인터넷 접근성에 관한 논의는 원래 정보의 자유로운 접근권 보장에서 출발하였으나 정보기본권의 영역이 행복추구권, 평등권, 인간다운 생활을 할 권리 등 다른 기본권의 영역으로 확장되어지면서 정보 접근권 역시 그 의미가 확대되었다. 따라서 앞으로는 정보접근권을 광의의 개념으로 정의하고 이를 또 다시 '자유로운 정보 접근권'과 '복지로서의 정보접근권'으로 나누어 논의하자는 제안을 앞에서 하였다.

Ⅳ. 자유로운 정보 접근권

1. 자유로운 정보 접근권

15) 김상겸, 정보기본권의 체계와 보장에 관한 연구, 세계헌법연구 제16권 제1호, 2010, 71-92면.
16) 명재진/이한태, 위의 논문, pp.3~23

누구든지 국가의 규제, 시장의 제한, 비대체적 기술의 채택 등 외부적 요소에 구애받지 않고 자유롭게 의해 인터넷 활동이나 서비스에 접근할 수 있는 권리를 '자유로운 정보접근권'이라 한다면, 이러한 자유로운 정보접근권이 보장되기 위해서는 표현의 자유, 정보공개청구권을 비롯한 알 권리, 기술중립성 또는 망중립성 등이 보장되어야 할 것이다. 다시 말해서 일반 국민들이 인터넷에 자유롭게 접근할 수 있도록 제도적·기술적 환경을 조성·보장하고 자유로운 접근의 장애 요소를 발굴·제거하는 노력이 필요하다. 결국 자유로운 정보접근권은 모든 국민들이 개방성, 중립성, 참여성, 공유성, 자율성이 보장된 인터넷 환경에서 인터넷을 향유할 수 있는 권리라고 할 수 있을 것이다.[17]

2. 자유로운 정보접근권 보장을 위한 국가의 역할

'자유로운 정보접근권'을 모든 국민들이 개방성, 중립성, 참여성, 공유성, 자율성이 보장된 인터넷 환경에서 인터넷을 향유할 수 있는 권리라고 해석한다면, 자유로운 정보접근권 보장을 위한 국가의 역할은 인터넷의 개방성, 중립성, 참여성, 공유성, 자율성을 보장하는 것으로 보아야 할 것이다.

(1) 개방성·중립성의 보장

인터넷은 그 태생적 메커니즘 자체가 개방성과 중립성을 특징으로 한다. 개방성은 여러 가지 의미로 사용될 수 있으나, '누구도 인터넷을 관리하거나 통제할 수 없다'는 기술적 특성 및 원칙이라고 할 수 있다. 그러나 이러한 인터넷 개방성은 개방에 따른 역작용 또는 역기능이 나타날 때마다 원칙의 존립이 위협을 받아 왔다. 다른 사람의 명예를 훼손하고 잘 못된 정보로 다른 사람에게 손해나 위험을 초래하는 등의 역작용이 발생하면 인터넷의 접속을 제한하거나 내용을 관리(검열)하려는 움직임이 일어난다. 그리고 이러한 움직임에 대해서는 표현의 자유가 침해될 수 있다는 우려가 제기된다. 자유로운 정보접근권 보장을 위한 국가의 역할 중 가장 최우선적 과제가 바로 인터넷의 개방성을 보장하는 동시에 인터넷의 역기능을 예방·제거할 수 있도록 표현의 자유에 대한 한계를 명확히 설정하는 것이다. 정보 삭제요청, 임의적 임시조치, 게시판 이용자의 본인확인 등의 조치가 인터넷 개방성을 제한하거나 표현의 자유를 침해하는 것이 아니라 오히려 국민들의 자

17) 이대희, 디지털환경에서의 접근권의 인정에 관한 연구, 세창출판사 2004년 봄호(제34호), 2004, 106-127면 참조.

유로운 정보접근권을 보장하기 위한 수단이 될 수 있도록 하는 것이 매우 중요한 국가의 역할이다.

또한 인터넷 개방성과 관련하여 최근 활발히 논의되고 있는 것이 이른바 중립성의 문제이다. 중립성(Neutrality)이란 독점적 시장과 기술에 의해 인터넷 이용자의 자유로운 접근권이 훼손되어서는 안 된다는 원칙이다. 이러한 중립성에 관하여는 이른바 '망중립성(Network Neutrality)'과 기술중립성(Technology Neutrality) 등이 논의되고 있다. 기술중립성은 인터넷 또는 인터넷서비스가 특정의 기술에 의해서만 동작되거나 실행되어서는 안 되고 기술의 독점화를 막아 다양한 기술에 의해 인터넷이 구동되고 인터넷서비스를 이용할 수 있도록 하여야 한다는 원칙이다. 또한 망중립성이란 '모든 네트워크 사업자는 모든 콘텐츠를 동등하게 취급하고 어떠한 차별도 하지 않아야 한다'는 개념이다. 즉, 네트워크 사용의 중립성을 보장하기 위해 비차별, 상호접속, 접근성 등 3가지 원칙이 통신망에 동일하게 적용돼야 한다는 것이다. 비차별이란, 특정 트래픽을 처리하기 위해 우선순위를 부여하면 안 된다는 것을 의미한다. 상호접속은 사람을 비롯해 모뎀, 라우터 등 모든 이용자가 다른 이용자와도 연결될 수 있어야 한다는 원칙이다. 인터넷은 도입 초기부터 이 같은 망중립성 원칙을 문제없이 지켜왔다. 통신사의 네트워크를 통해 이메일, 동영상 등 다양한 서비스 사업자가 등장했고, 통신사는 이들 인터넷 사업자의 다양한 콘텐츠를 통해 가입자들을 유치할 수 있었다. 하지만 최근 P2P, 스마트TV 등을 비롯한 과도한 데이터 트래픽을 유발하는 서비스들이 속속 등장함에 따라 이 원칙이 위협을 받고 있다. 인터넷 이용자가 안정적으로 인터넷을 사용할 수 있도록 인터넷 망에 위해를 가하는 행동이나, 불법적인 파일 전송행위, 네트워크 과부하 발생 시 트래픽 제한 등 네트워크 제공자에게 트래픽 관리 권한을 부여해야 한다는 주장이 상당한 설득력을 얻고 있다. 하지만 망 중립성의 원칙과 통신망의 과부하 문제는 별개의 사안으로 분리해서 접근하는 것이 타당하다. 통신망의 과부하 문제는 통신망의 고도화를 통하여 해결해야 할 것이다. 통신망의 고도화를 위해 국가가 네트워크 사업자들을 직접 지원하거나 투자를 유인해야할 것이다. 망의 고도화를 네트워크 사업자에게만 부담시킬 것이 아니라 국가정보화의 관점에서 국가의 일정부분 부담할 수 있는 제도적 장치를 마련할 필요가 있다.

(2) 참여성・공유성의 보장

자유로운 정보접근권을 보장하기 위해서 인터넷의 또 다른 특징이라 할 수 있는

참여성과 공유성이 최대한 보장되어야 한다. 민간부문에서 사인 간에 인터넷을 통한 정보생성의 참여 및 생성된 정보의 자유로운 공유를 보장하기 위해서는 국가가 무언가 적극적이고 형성적인 역할을 하기보다는 오히려 가능한 한 국가의 간섭이나 통제를 배제하는 것이 필요하다. 다시 말해서 국가의 간섭으로부터 자유로울 권리, 즉 소극적 공권이 보장되어야 할 영역이다. 그러나 국민들과 정부를 비롯한 공공기관과의 관계에서는 정보생성의 참여와 정보의 공유를 보장하기 위해서는 국가의 적극적인 형성적 활동이 요구된다 할 것이다.

우선, 전자정부를 더욱 고도화하여 국민들의 국정참여와 민원서비스를 더욱 편리하고 용이하게 하여야 한다. 또한 공공기관의 정보자원관리를 더욱 내실 있게 운영하고, 정보공개청구권이 실질적으로 보장될 수 있도록 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」을 정비하고, 공공정보와 공공 데이터베이스의 개방을 활성화하여 국민들이 국가지식정보를 유용하게 활용할 수 있도록 하여야 한다.

특히 공공정보의 개방이 최근 커다란 이슈로 제기되고 있는데, 이 문제는 개방의 법적 근거를 만들고 개방을 장려하는 선언적 규정만으로는 결코 실효성을 확보할 수 없다. 공공정보는 그 특성상 정보의 생성 기관이 정보를 독점적으로 관리·사용하고자 하는 속성이 강하다. 따라서 공공정보의 공개가 결코 쉬운 일이 아니다. 저작권법이나 국유재산법을 개정하고 공공정보 공개법 또는 공공 데이터베이스 공개법 등을 제정한다고 해서 정보 보유기관의 속성이 일격에 변할 수는 없다. 공공정보를 공개할 경우 피부로 느낄 수 있는 인센티브를 제공하고, 담당자 또는 기관이 공공정보를 법적 매뉴얼에 따라 공개하였다면 그 책임을 묻지 않는 면책보장을 하는 등 공공정보의 공개가 활성화 될 수 있는 제도적·환경적 여건이 마련되어야 할 것이다.

(3) 자율성의 보장

인터넷의 개방성, 중립성, 참여성, 공유성 보장을 위해 국가가 직접 개입하는 것에 한계가 있을 수 있다. 뿐만 아니라 국가의 개입이 오히려 이러한 인터넷의 정신을 훼손시킬 수도 있다. 따라서 인터넷의 원칙들이 상호 조화를 이루며 지켜지고 발전하기 위해서는 인터넷 이용자 스스로가 자율적으로 인터넷의 원칙과 질서를 준수·확보하여야 한다. 인터넷의 특성상 법적 규제가 현실공간에서처럼 집행력을 완전히 확보하기 어렵다는 것도 자율규제의 필요성을 더욱 절실하게 한다.[18]

18) 주효윤, 인터넷 자율규제의 법·제도적 조건, 원광법학 제28권 제4호, 2012, 257-285면 참조.

자율규제(Self-regulation)에는 ⑴외부규제와 관계없이 사업자 스스로 자기구속 규율을 제정하는 비구속적 자기의무형 자율규제, ⑵자율적 행위규범의 제정이 법적 규제를 대체하는 법적 규제 대체형 자율규제, ⑶법적 규제는 기본방향 및 규제의 큰 틀을 정하고 세부적 행위규범은 자율적으로 규제하는 규제(조정)된 자율규제 등이 있을 수 있다. 법적 규제 대체형 자율규제는 법적 규제에 상응하는 정도의 정당성이 확보되어야 하고, '승인' 등 국가의 개입이 요구된다는 점이 특징적이다.

국가는 인터넷의 이용자들 스스로가 인터넷의 원칙과 질서를 준수·확보할 수 있도록 제도적·제정적 지원을 적극적으로 할 필요가 있다. 이러한 노력 역시 자유로운 정보접근권 보장을 위한 국가의 역할 중에 하나라 할 것이다.

Ⅴ. 복지로서의 정보접근권

1. 복지로서의 정보접근권

복지로서의 정보접근권은 장애인 등 신체적 약자, 기초생활수급자 등과 같은 경제적 약자, 다문화가정·노인·소수자 등 사회적 약자가 인터넷 또는 정보통신서비스에 쉽고 차별 없이 접근할 수 있는 권리를 말한다. 따라서 이들이 인터넷을 차별 없이 이용할 수 있도록 기술적 조치를 강구하거나 컴퓨터 등 기기의 획득을 용이하게 하도록 정책적 지원을 할 필요가 있다.[19]

「국가정보화 기본법」제3조 제9호는 '정보격차란 사회적, 경제적, 지역적 또는 신체적 여건으로 인하여 정보통신서비스에 접근하거나 정보통신서비스를 이용할 수 있는 기회에 차이가 생기는 것을 말한다.'라고 규정하고 있는데 이러한 정보격차를 해소하기 위한 국가의 책무가 복지로서의 정보접근권과 매우 유사한 것으로 보여 진다.

그렇다면 이러한 복지로서의 정보접근권은 ⑴빈곤복지, ⑵보험복지, ⑶서비스복지 중 어떠한 복지에 해당하는 것인지를 검토해 볼 필요가 있다. 왜냐하면 복지로서의 정보접근권이 어떠한 복지에 해당하느냐에 따라 국가 책무의 범위와 정도가 달라지기 때문이다.

---

19) 이인호, 디지털시대의 정보법질서와 정보기본권, 중앙대학교 법학논문집 제26집 제2호, 2002, 199-257면 참조.

원래 복지에는 기초생활수급자에 대한 지원, 의료보호 등과 같은 "빈곤복지"와 국민연금, 건강보험, 고용보험, 산재보험 등과 같은 "보험복지", 그리고 교육・의료・방송・통신・전기・가스 등 공공서비스를 제공하는 "서비스 복지"로 대별된다. 근래에는 보편적 복지라는 표현이 흔하게 사용되는데 보편적 복지란 복지제도상의 급여를 소득이나 자산 조사를 거치지 않고 필요한 이에게 지급하는 복지정책의 기조를 말하며 선별적 복지와 대조된다고 한다.

빈곤복지, 즉 공공부조는 스스로 생활유지능력이 없는 사람들에게 국가나 지방자치단체가 인간다운 생활을 영위할 수 있도록 지원하는 사회복지제도의 하나이다. 사회보장기본법에서는 공공부조를 국가 및 지방자치단체의 책임 하에 생활유지능력이 없거나 생활이 어려운 국민의 최저생활을 보장하고 자립을 지원하는 제도라고 규정하고 있다. 현재 공공부조와 관련해서는 국민기초생활보장제도가 실시되고 있다. 또한 국민기초생활보장법에 따른 수급권자들은 의료급여법에 의해 의료급여를 받게 된다.[20]

그렇다면, 복지로서의 정보접근권은 어떠한 복지에 해당하는가? 디지털 기술이 보편화된 현대 사회에서 인터넷 관련 지식과 정보에 얼마나 효율적으로 접근하고 이를 문화생활에 적절히 활용하는가가 삶의 질을 결정하는 중요한 요소가 되었다. 그런데 실제에 있어서는 인터넷에 대한 접근과 활용의 가능성이 모든 사람들에게 동등하게 열려있지 않다는 점에서 인터넷 정보격차의 문제가 발생한다. 뿐만 아니라 빠르게 변화하는 IT 기기, 미디어 또는 정보는 그 등장, 보급, 소멸의 주기가 매우 짧아서, 미처 이러한 IT 기기나 미디어, 정보에 익숙하지 못하거나 접근성이 제한되는 사람들은 점점 더 그 격차가 벌어지게 되는 문제가 발생한다. 그런데 문제는 이러한 IT에 대한 이해나 접근성 및 활용성은 IT에서만 곤란함을 야기 시키는데 머무르지 않고 IT가 보편화되고 세밀하게 융합되어 있는 일상생활에서도 곤란함을 야기 시키고, 나아가 세상을 살아가는 기본이 되는 생존환경에 영향을 미친다는 점에서 문제의 심각성이 있다.[21] 이러한 문제점 때문에 국가는 장애인 등 신체적 약자, 기초생활수급자 등과 같은 경제적 약자, 다문화가정・노인・소수자 등 사회적 약자가 차별 없이 인터넷에 접근할 수 있도록 대책을 수립하고 적극적인 지원을 하고 있다. 그렇다면 복지로서의 정보접근권은 신체적・경제적・사회적

20) 김명수, 장애인 기본권의 기초로서의 접근권에 관한 고찰, 세계헌법연구 제15권 제1호 , 2009, 1-24면 참조.

21) 김현곤/박정은/김현경/김명식/김민호/최경진, IT 발달에 따른 국가 주요 아젠다 법제도 개선방향 연구 - '문화, 복지, 안전'을 중심으로, 한국정보화진흥원, 2011. 12 참조.

약자의 정보접근권인 까닭에 보편적 복지라고 보기는 어려울 것 같다. 일종의 빈곤복지에 가까운 것으로 이해하는 것이 타당할 것이다.[22] 물론 빈곤은 경제적·소득적 개념이지만 '약자'라는 측면에서는 그것이 경제적 차별이나 신체적·사회적 차별이 크게 다르지 않을 것이다. 따라서 정보접근권 보장의 일환으로 이루어지는 복지는 수급이 필요한 자에 대하여 당해 수급자에게 가장 효과적인 수급이 이루어져야 할 것이다. 물론 지리적으로 정보접근이 취약한 지역에 대한 정보접근권 보장은 서비스복지로서의 성격이 강하다. 따라서 정보격차해소의 방안을 도출할 때에도 경제적·신체적·사회적 약자에 대한 정보접근권 보장과 지리적 정보접근권 보장을 달리 취급할 필요가 있다. 다시 말해서 지리적 정보접근권 보장은 국가가 보편적 서비스의 일환으로 도시와 농촌에서 동일한 수준의 정보접근권이 보장될 수 있도록 도로건설계획과 마찬가지로 국가계획을 수립하여 통신망의 증설과 공공정보센터의 구축 등 인프라 구축에 중점을 두어야 할 것이다. 이에 반하여 경제적·신체적·사회적 약자에 대한 정보접근권 보장은 수혜가 필요한 대상을 정확히 발굴하여 이들에게 가장 효율적인 지원대책을 수립하는 것이 필요하다. 그럼에도 불구하고 관련법령이나 정책들은 이들을 모두 정보격차라는 범주 속에서 동일하게 처리하고 있는바 이에 대한 재검토가 필요할 것으로 보인다.

2. 복지로서의 정보접근권 보장을 위한 국가의 역할

(1) 신체적 약자의 정보접근권

신체적 약자의 정보접근권은 정보통신기술환경적 측면과 의사소통환경적 측면으로 나누어서 고찰해 보아야 한다. 정보통신기술환경적 측면이란 장애라는 신체적 특성을 고려하지 못해 장애인들이 정보통신기술의 발전 속도를 따라가지 못해서 발생하는 정보접근의 곤란성을 의미한다. 이러한 문제에 대한 대책은 이들 신체적 약자의 정보접근성을 용이하게 하거나 보완할 수 있는 정보통신기술을 개발·개선하는 것이다. 한편 의사소통환경적 측면이란 시각 또는 청각 장애인들이 의사소통 과정에서 정보접근의 차별을 받는 것을 말한다. 이러한 문제를 해결하기 위해서는 공공기관에 수화통역관을 배치하고 점자책의 보급을 활성화하는 등의 노력이 필요할 것이다.

「국가정보화 기본법」 제32조는 (1)국가기관이 인터넷을 통하여 정보나 서비스를

22) 채현탁/백윤철/김한양, 사이버대학 장애학생의 웹 접근권 강화 방안, 토지공법연구 제52집, 2011, 445-461면 참조.

제공할 때 장애인·고령자 등이 쉽게 웹사이트를 이용할 수 있도록 접근성을 보장하여야 하며, ⑵정보통신서비스 제공자[23]가 그 서비스를 제공할 때 장애인·고령자 등의 접근과 이용의 편익을 증진하기 위하여 노력하여야 하며, ⑶정보통신 관련 제조업자는 정보통신기기 및 소프트웨어를 설계, 제작, 가공할 때 장애인·고령자 등이 쉽게 접근하고 이용할 수 있도록 노력하여야 하며, ⑷국가기관이 정보통신제품을 구매할 때 장애인·고령자 등의 정보 접근과 이용 편의를 보장한 정보통신제품을 우선하여 구매하도록 노력하여야 하며, ⑸행정자치부장관은 장애인·고령자 등의 정보 접근 및 이용 편의 증진을 위한 정보통신서비스 및 정보통신제품 등의 종류·지침 등을 정하여 고시할 것을 규정하고 있다. 또한 제33조는 국가 또는 지방자치단체가 장애인·고령자 등의 정보 접근 및 이용환경 개선을 위한 관련 기술의 개발을 지원할 수 있는 근거를 두고 있다. 이처럼 현행법은 정보통신기술 환경적 측면에서의 신체적 약자에 대한 정보접근권 보장을 위한 노력은 하고 있으나, 여전히 의사소통환경적 측면에서의 노력은 미진한 상황임을 알 수 있다.

(2) 경제적 약자의 정보접근권

'경제적 약자'는 법적 개념이 아니며, 「국민기초생활 보장법」은 '수급자'라는 표현을 쓰고 있다. 수급자는 '부양의무자가 없거나, 부양의무자가 있어도 부양능력이 없거나 부양을 받을 수 없는 사람으로서 소득인정액이 최저생계비 이하인 사람'이라고 정의하고 있다. 따라서 이들에 대한 정보접근권의 보장은 '빈곤복지'의 일환으로 이루어 져야 한다. 다시 말해서 신체적, 사회적, 지리적 약자에 비하여 보다 적극적인 국가의 지원과 역할이 강조되는 영역이라 할 것이다.

「국가정보화 기본법」제34조는 「장애인복지법」에 따른 장애인, 「국민기초생활 보장법」에 따른 수급권자에게 정보통신제품을 유상 또는 무상으로 제공할 수 있는 근거를 두고 있다. 실제로 국민기초생활수급자, 소년·소녀가장, 편부·편모가정 등 경제적 약자의 정보접근권 보장을 위하여 인터넷 가입비 등의 감면, 컴퓨터 등 기기의 무상보급, 정보화 교육의 무상실시 등의 지원 대책이 수립·시행되고 있다.

그런데 경제적 약자에 대한 지원대책들은 주로 정보통신제품을 무상으로 제공하거나 인터넷 가입비나 이용요금을 감면해 주는 등 금전적 지원이 주류를 이루고 있다. 금전적 지원만으로는 경제적 약자의 정보접근권이 보장되지 않는다. 오히려

23) 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조 제3호에 따른 정보통신서비스 제공자

차별 없는 정보접근의 보장이라는 순기능보다는 인터넷중독 등 역기능적 환경에 노출될 수 있는 위험성만 증가시킬 수 있다. 예를 들어 아이들을 돌보아 주는 사람이 없는 경제적 약자의 가정에 최신 정보통신제품을 제공하고 인터넷이용요금을 감면 해주는 등 금전적 지원만을 해주고 정보문화교육 등 올바른 인터넷이용문화를 교육하거나 지도하지 않는다면 아이들이 인터넷중독이나 게임과몰입 등에 빠질 수 있는 수 개연성만 커질 수 있다. 따라서 경제적 약자에 대한 지원이라고 해서 경제적·금전적 지원에만 집중할 것이 아니라 경제적 약자가 올바르고 유용하게 정보에 접근할 수 있도록 교육이나 생활지도 등 환경적 지원도 함께 이루어져야 할 것이다.

(3) 사회적 약자의 정보접근권

'사회적 약자'는 그 광협에 따라서 신체적·경제적 약자를 모두 포괄하는 개념으로 정의될 수도 있고, 신체적·경제적 약자는 아니지만 고령이나 언어적·문화적 차이로 인하여 정보접근이 용이하지 않은 사람들을 의미하는 것으로 해석할 수도 있다. 일단 여기에서는 이해의 편의를 위하여 사회적 약자를 고령자, 다문화가정 등 나이나 언어적·문화적 차이로 인하여 정보접근이 취약한 계층으로 정의하고, 이들에 대한 정보접근권 보장을 위하여 국가가 해야 할 역할과 책무에 대하여 논의하기로 한다. 사회적 약자에 대한 정보접근권 보장을 위해서 국가가 해야 할 가장 중요한 역할은 정보화 교육의 기회를 제공하는 것이다. 정보화교육은 이들 사회적 약자뿐만 아니라 신체적·경제적 약자들에게도 반드시 필요하다는 것은 앞에서 강조하였다. 그런데 이들 사회적 약자에 대한 정보화교육은 일반인들이나 다른 약자 계층에 비하여 교육전문가의 역할이 매우 중요하다. 물론 신체적 약자에 대한 정보화교육도 신체적 약자의 입장에서 신체적 불편함을 충분히 이해하고 배려할 수 있는 전문교육담당자가 필요할 것이다. 하지만 사회적 약자는 신체적 장애가 있는 것은 아니므로 신체적 불편함을 배려할 필요는 없다. 다만 고령이나 언어적·문화적 차이로 인해 정보화능력이 다소 떨어질 뿐이므로 고령자 또는 이민자들을 특수하게 교육하기 보다는 이들의 눈높이 맞추는 교육이 필요한 것이다. 따라서 이들의 눈높이를 정확히 이해하는 전문강사가 필요한 것이다.

이러한 이유에서 고령자 또는 결혼이민자 등 사회적 약자에 대한 정보화교육을 같은 처지에 있는 고령자 또는 결혼이민자에게 담당하도록 하는 것도 매우 효과적일 수 있다. 다시 말해서 고령자와 결혼이민자 중에서 교수요원을 선발·교육하여

전문강사로 양성하는 방안을 적극적으로 검토해 볼 필요가 있다.

한국어가 익숙하지 않은 초기 결혼이민자를 위해 정보화교육 교재를 해당 국가 언어로 번역하여 제공하는 것도 필요하다. 또한 공공기관의 홈페이지를 이민자의 수가 비교적 많은 국가의 언어로 접근할 수 있도록 설계하는 것도 필요하다.

「국가정보화 기본법」제35조는 국가기관과 지방자치단체가「장애인복지법」에 따른 장애인, 「국민기초생활 보장법」에 따른 수급자, 「북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률」에 따른 북한이탈주민 등에게 정보격차해소교육을 시행할 수 있는 근거를 두고 있다.

Ⅵ. 결론

인터넷접근성은 정보접근권의 수단적 개념에서 출발하였다. 하지만 인터넷을 통한 정보의 유통이나 접근의 밀도가 높아질수록 인터넷접근성은 정보접근권과 거의 동일한 개념으로까지 그 의미의 중요성이 커지고 있다. 인터넷접근성이 정보접근권과 완전한 동의어 수준까지는 아니더라도 인터넷접근성이 정보접근권의 본질적 요소가 된 것은 부정할 수 없다.

인터넷접근성 보장을 위한 국가의 역할은 소극적으로 국민의 자유로운 인터넷접근을 방해하지 않아야 하는 것부터 적극적으로 사회적 약자가 인터넷접근을 할 수 있도록 지원을 해야 하는 것까지 매우 다양하다.

자유로운 인터넷접근성을 보장하기 위해서 국가는 인터넷의 개방성, 중립성, 참여성, 공유성, 자율성을 보장하여야 한다. 사실 이러한 것들은 국가가 특별히 보장해야하는 분야가 아니라 인터넷이 원래부터 가지고 있었던 특성이다. 하지만 국가가 종래처럼 소극적으로 인터넷의 고유 특성인 개방성, 중립성, 참여성, 공유성, 자율성을 제한하거나 방해하지 않는 것만으로 그 역할을 다했다고 하기 어렵다. 왜냐하면 이들 인터넷의 특성은 양면적 성질을 가지고 있어서 그 특성을 그대로 내버려 둘 경우 항상 선(善)의 방향으로만 작동되는 것은 아니기 때문이다. 오히려 국가는 인터넷의 이러한 특성들이 올바로 구현될 수 있도록 조정과 감시의 역할을 수행해야한다. 특히 정보의 중요성이 커질수록 부정확한 정보, 왜곡된 정보, 불법정보 등으로 인한 피해 역시 심각한 정도로 커진다. 따라서 자유로운 인터넷접근성 보장을 위해 국가는 부정확한 정보, 왜곡된 정보, 불법정보 등에 대한 모니터링

을 강화하여야 한다. 하지만 국민들의 신뢰가 수반되지 않는 정보의 감시는 오히려 정보의 왜곡과 혼란을 더욱 가중시킬 수 있다. 다시 말해서 이러한 조정과 감시의 역할이 그 적정한 수준을 넘으면 검열과 통제로 변질될 수 있기 때문에 균형적 긴장성을 유지하는 것이 매우 중요하다.

다음으로 국가는 복지적 차원에서 인터넷접근성 보장을 위하여 신체적, 경제적, 사회적 약자에 대한 물적 지원 및 교육 등 적극적 역할을 하여야 한다. 신체적 약자(맹아자, 농아자 등)에 대한 정보통신기술환경적 측면에서의 인터넷접근성 보장을 위한 노력은 물론 의사소통환경적 측면에서의 지원시스템의 개발·구축에 더욱 노력해야 한다. 경제적 약자에 대한 지원대책들은 주로 정보통신제품을 무상으로 제공하거나 인터넷 가입비나 이용요금을 감면해 주는 등 금전적 지원이 주류를 이루고 있으나 물적 지원만으로는 경제적 약자의 인터넷접근성이 보장되지 않는다. 경제적 약자에 대한 지원이라고 해서 경제적·금전적 지원에만 집중할 것이 아니라 경제적 약자가 올바르고 유용하게 정보에 접근할 수 있도록 교육이나 생활지도 등 환경적 지원도 함께 이루어져야 한다. 뿐만 아니라 국가는 고령자, 다문화가정 등 나이나 언어적·문화적 차이로 인하여 정보접근이 취약한 사회적 약자에 대해서도 인터넷접근성 보장을 위한 대책을 수립·시행하여야 한다.

(논문투고일 : 2015.08.19, 심사개시일 : 2015.08.27, 게재확정일 : 2015.09.16)

김 민 호

정보인권, 정보접근권, 인터넷접근권, 인터넷접근성, 인터넷복지

【참 고 문 헌】

George A. Akerlof, "The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism", The Quarterly Journal of Economics (1970) 84 (3)

김배원, 정보기본권의 독자성과 타당범위에 대한 고찰 - 헌법개정과 관련한 체계구성을 중심으로, 헌법학연구 제12권 제4호, 2006

김상겸, 정보기본권의 체계와 보장에 관한 연구, 세계헌법연구 제16권 제1호, 2010

김중길, 빅데이터(Big Data)와 정보인권에 관한 최근 독일의 논의와 시사, 조선대학교 법학논총 제21권 제2호, 2014

김현곤/박정은/김현경/김명식/김민호/최경진, IT 발달에 따른 국가 주요 아젠다 법제도 개선방향 연구 - '문화, 복지, 안전'을 중심으로, 한국정보화진흥원, 2011

명재진/이한태, 현대 법학계의 정보인권 연구동향, 정보화정책 제18권 제1호, 2011년 봄호

성낙인, 정보보호와 인권, 서울대학교 법학연구 45(1), 2004

오병철, 특수계층의 정보접근권 확립을 위한 정책분석, 지역발전연구 제15집, 2006

이대희, 디지털환경에서의 접근권의 인정에 관한 연구, 세창출판사 2004년 봄호(제34호), 2004

이민영, 표현의 자유에 관한 정보인권론, 성균관법학 제24권 제3호, 2012

이인호, 정보인권의 개념과 헌법적 보장체계, 국가인권위원회, 2009

이춘구, 기술 발전에 따른 매체 접근권 연구, 국가법연구 제11집 1호, 2015

장영수, 정보화 시대와 인권・법, 법학논집 35, 1999

정보법학회, 인터넷 그 길을 묻다, 중앙BOOKS, 2012

주효윤, 인터넷 자율규제의 법・제도적 조건, 원광법학 제28권 제4호, 2012

채현탁/백윤철/김한양, 사이버대학 장애학생의 웹 접근권 강화 방안, 토지공법연구 제52집, 2011

하우영, 노동정보처리와 정보인권보호, 정보보호학회 논문지, 13(6), 2003

Abstract

Government's duties to secure for the right of internet access

Min Ho Kim

In historical terms, informations are strength or power of individual or groups. Therefore, acquisition of informations is not intellectual curiosity but survival.

American economist George A. Akerlof, in his thesis-"The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism", claimed ‘asymmetric information’ theory. According to his theory, the imbalance in the information distorts the market. The providers and consumers in the market want to distort or hide complete information of selling or purchasing things they have. Distortion of information undermines the integrity and fairness of the market. In particular, the consumer may choose 'adverse selection' due to lack of information. Like this, information is essential tool for carrying out human's social life.

Internet access is very important resources of information acquisition. However, internet is developed more and more, internet access becomes the same concept with information acquisition. The government's duties for internet accessibility are various from passive acts to negative roles.

In order to freely access internet, commonality, participation, openness, neutrality, and flexibility should be guaranteed. These are original functions of internet. However these characteristics are conflicting in nature. Some times, these characteristics could be working properly, the other times, these could be operating so bad. The more important thing

is that inaccurate information, distorted information, and illegal information are causes of serious damages.

Therefore, for freely internet accessibility, government should be reinforced monitoring about inaccurate information, distorted information, and illegal information. But excessive adjustments and monitoring of informations could be degenerating into illegal inspections. So, It is important to keep balance.

Government also should support to provide materials like as computer and to educate or to train physical, economic, and social weak persons according to national welfare system. Government has to create an environment of free communication to deafs and dumbs. Financial support for economic weak persons is not enough. In order that economic weak persons can be used informations properly, government should provide opportunity of education and guidance about using internet. Government also should support social weak persons who are suffer from access internet due to age, language, and cultural differences.

Min Ho Kim

right of information access, right of internet access, internet welfare, freely internet access, government duties of internet access

‘개인정보’와 ‘사물정보’의 규제 차별성에 관한 연구*

– 사물인터넷 환경 하에서 서비스를 중심으로 –

김 현 경**

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 개인정보와 사물정보의 규제법 현황
1. ‘개인정보’의 법적개념과 규제법
2. ‘사물정보’의 법적개념과 규제법
Ⅲ. 사물인터넷 사례연구 및 ‘사물정보’ 규제 쟁점
1. 주요 사물인터넷서비스와 현행 법규의 적용
2. 사물정보 유통환경 분석
3. ‘사물정보’ 규제환경의 변화
Ⅳ. ‘개인정보’와 ‘사물정보’의 규제 합리화 방안
1. 규제방향
2. 개선방안
Ⅴ. 결론

【국 문 요 약】

사물인터넷 환경의 핵심요소는 사물정보이다. 사물정보 자체는 특별히 규제의 필요성이 인정되는 영역이 아니다. 오히려 서비스 발전을 위해 그 활용 및 유통을 진흥해야 하는 영역이다. 그러나 개인정보와의 혼재성, 경계불명확성으로 인해 개인정보규제와 관련된 문제점이 고스란히 사불정보의 규제로 전이되고 있는 상황이다. 사물인터넷과 관련된 대부분의 정보처리분석과정에서 필요한 것은 ‘특정인’을 식별하기 위한 개인정보가 아니라, 서비스가 가능하게 하기 위한 서비스에 필요한 ‘사물정보’이다. 다만 사물정보가 전달되는 과정에서 불가피하게 특정인을 식별할 가능성이 있는 정보가 부가되어 전달 될 뿐이다. 즉 정보처리 의도에 있어서 특정인을 식별하기 위한 의사가 결여되어 있다. 수집되는 정보의 시간적 간격, 정보전달자 역시 다르다. 사물인터넷 환경에 기반 한 사물정보 소통양식의 변화는 또한 사물정보의 생성, 수집, 제공 등 처리과정에서 관련자의 범위를 확장시킬 수밖에 없다. 사물정보와 관련된 이해관계자가 증가하는 것이다. 이해관계자의 증가는 결국 법률관계의 불명확성을 야기하며 관련 비즈니스의 진출을 망설이게 한다. 또한

* 이 연구는 서울과학기술대학교 교내연구비의 지원으로 수행되었습니다.
** 서울과학기술대학교 조교수, 법학박사.

기본적으로 인터넷을 기반으로 하는 서비스는 더 이상 영토기반의 국가규제가 그 의의를 발휘하기 곤란한 환경이므로 규제에 있어서 국제적 형평성을 고려하여야 한다.

따라서 본 고에서는 규제 중심의 '개인정보'의 내용 속에서 자유로울 수 있는 '사물정보'의 무규제 영역을 탐구해 보고자 한다. 이를 위해 실질적으로 '사물정보'가 활용되는 서비스 사례연구를 통해 개인정보와 사물정보의 혼잡영역의 문제점을 명확히 하고 이를 해결하기 위한 입법방안을 제시하였다. 우선 탈규제 영역으로서의 사물정보와 규제영역으로서의 개인정보의 구분을 명확히 하기 위하여 개인정보의 개념을 축소하여야 한다. 다음으로 사물의 단순한 위치정보는 사생활침해와 무관하므로 규제대상이 되는 위치정보의 범위에서 제외할 필요가 있다. 마지막으로 사물인터넷서비스제공자의 주의의무를 규정하고 그러한 의무를 다 하였음이 증명된 경우 책임을 면제하는 제도의 도입도 검토해 볼 필요가 있다.

Ⅰ. 서론

IT 서비스의 핵심은 결국 “정보”다. “정보”는 서비스에 있어서 우리몸의 “혈액”과 같은 역할을 한다 하여도 과언이 아니다. 혈액이 존재하지 않는 혈관, 몸의 내장기관들 그리고 궁극적으로 우리 몸, 인간사회는 상상할 수 없다. 마찬가지로 “정보”가 존재하지 않는 각종 서비스는 불가능하다. 서비스의 핵(核)에 해당되는 ‘정보’의 규제는 매우 중요하다.

사물에 대한 정보는 예로부터 존재하였고 완전히 새로운 것은 아니다. 안경점에서 안경을 구입했다면, 안경의 상표, 안경의 도수, 안경이 만들어진 시기, 안경의 제품번호 등이 모두 안경이라는 사물에 대한 정보이다. 책을 구매하여 읽을 경우 책의 제목, 분량, 내용 등이 책에 대한 정보이다. 이렇듯 사물에 대한 정보는 사물을 영위하는 인간에게 필요한 그냥 평범한 일상의 정보였다. 그러나 지금 왜 우리가 ‘사물정보’에 대하여 법적 의미와 이슈를 제기하게 되었을까? 사물과 정보기술이 접합되어 기술과 인간의 관계성이 깊어졌기 때문이다. 안경이 인간의 시력을 실시간 측정하여 시력관리시스템에 보낸다면 안경의 도수정보는 더 이상 사물만의 정보가 아니라 인간에 대한 정보가 된다. 전자책을 통해 독자가 읽은 책의 종류와 분량이 평균값으로 측정되어 도서판매자에게 전달된다면 이는 인간에 대한 정보가 된다.

이러한 기술환경의 변화는 결국 ‘개인정보’와 ‘사물정보’의 규제체계에 혼란을 야기할 수밖에 없다. ‘개인정보’의 법리는 기본적으로 개인의 사생활의 보호라는 측면에서 강력한 규제적 법리로 자리잡아오고 있으며, ‘사물정보’에 대한 법리는 기본적으로 사물 즉 물건에 대한 소유권・이용권 등 물권적 법리에 근거하여 사물과 분리되지 않고 함께 다루어져 온 듯하다. 즉 사물과 함께 물권적 제한을 받지 않는 한 원칙적으로 ‘사물정보’ 자체가 직접적 규제의 대상이 아니라고 할 수 있다. 즉 사물정보에 대하여는 그 수집과 처리 등 활용에 있어서 제한이 없다고 할 수 있다. 그러나 최근 사물인터넷이라는 기술의 발전은 ‘사물정보’에 대하여 개인과 관련된다는 전제 하에 개인정보의 규제를 그대로 적용하려는 경향이 보인다. ‘규제’가 없던 영역에 대하여 ‘규제’를 하고자 한다면 그 근거와 필요성이 명확해야 한다. 그 타당성 및 필요성이 명확하지 않은 과잉규제 혹은 잘못된 규제는 단순히 관련 산업의 침체 야기에 끝나는 것이 아니라 결국 그 불이익은 고스란히 국민에

게 돌아오게 된다.

따라서 본 고에서는 규제 중심의 '개인정보'의 내용 속에서 자유로울 수 있는 '사물정보'의 무규제 영역을 탐구해 보고자 한다. 이를 위해 실질적으로 '사물정보'가 활용되는 서비스 사례연구를 통해 개인정보와 사물정보의 혼잡영역의 문제점을 명확히 하고 이를 해결하기 위한 입법방안을 제시하고자 한다.

Ⅱ. 개인정보와 사물정보의 규제법 현황

1. '개인정보'의 법적개념과 규제법

가. 개인정보의 법적 개념

우리나라는 개인정보에 대한 일반법으로 '개인정보 보호법'이 제정, 시행되고 있으며, 영역별로는 '정보통신망 이용촉진 및 정보보호등에 관한 법률'(온라인 영역, 이하 "정보통신망법"이라 한다), '신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률'(금융영역), '의료법'(의료영역) 등이 시행되고 있다. 뿐만 아니라 '개인정보 보호법'에 대한 일종의 특별법으로서 개인위치정보에 대하여는 '위치정보의 보호 및 이용등에 관한 법률(이하 "위치정보보호법"이라 한다)'이 마련되어 시행되고 있다.

'개인정보 보호법'에서 '개인정보'에 대한 개념을 규정하고 있으며, 각 영역별 법률도 신용정보, 의료정보 등의 형태로 개인정보에 대한 개념을 정의하고 있다.[1] '개인정보 보호법'은 '개인정보'를 살아 있는 개인에 관한 정보로서 성명, 주민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보(해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 것을 포함한다)라고 규정하고 있다. 개념을 분설하면 첫째, 살아있는 개인 일 것을 요하므로, 개인정보의 주체는 자연인이며 법인이나 단체의 정보는 개인정보에 포함되지 않게 된다. 둘째, 정보가 특정 개인의 정체성을 구별 또는 알아낼 수 있거나 과거·현재의 상태 등을 알 수 있는 경우, 개인정보에 해당하며(관련성) 셋째, 법상 개인정보의 유형 등에 제한이 없고(정보의 임의성), 넷째, 해당 정보 또는 해당정보와 다른 정보를 결합하여 특정인을 다른 사람과 구분·구별할 수 있어야 한다(식별가능성). 해당 개인과 친분이 없던 자도 정보를 통해 특정인을 식별할 수 있는 경우를 포함

1) 개인정보 보호법 제2조, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호등에 관한 법률 제2조, 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률 제2조 등.

하며, '다른 정보와 쉽게 결합'이란 '각각의 정보 결합 수단·방법이 합리적'임을 의미한다.[2)]

나. 정보주체 사전 동의 기반의 개인정보처리

우리법상 개인정보 규제의 기본방향은 정보주체의 동의에 기반 한 개인정보처리(수집・이용・제공을 포함한다)라고 할 수 있다. 즉 정보주체의 사전 동의를 개인정보처리의 기본적인 요건으로 삼고 있다.

우선 '개인정보 보호법' 제15조 제1항은 개인정보(민감정보 제외)의 수집 이용이 정당화되기 위한 요건을 6가지로 제시하고 있다. 정보주체의 동의(제1호)를 여러 합법성 요건 중의 하나로 제시하면서, 법령상의무나 법령상 소관업무의 수행을 위한 경우(제2호 및 제3호), 계약의 체결・이행을 위한 경우(제4호), 정보주체등의 생명・신체・재산의 이익을 위하여 필요한 경우(제5호), 개인정보처리자의 정당한 이익을 달성하기 위하여 필요한 경우(제6호) 등을 규정하고 있다. 법령상 의무나 법령상 소관업무의 수행을 위한 경우는(제2호 및 제3호) 대부분 공익적 차원에서 정보주체의 사전동의권이 제한되는 경우이므로 이를 제외한다면 실질적으로 나머지 각호의 경우는 모두 정보주체의 사전동의를 명시적으로 규정하지 않았다할지라도 그 동의가 전제되어 있다고 볼 수 있다. 제5호는 법익형량에 있어서 정보주체의 권리가 명백히 우선하는 경우에 한하므로 이는 정보주체의 묵시적 동의를 전제한 규정이라고 할 수 있으며, 계약은 정보주체와 정보처리자의 의사표시의 합치로 이루어지게 되므로 계약의 체결이행을 위한 경우도(제4호) 개인정보 처리에 대한 묵시적 합의가 존재한다고 볼 수 있다. 이처럼 일부 공익적 차원 즉 공법관계를 제외한다면 민간영역의 개인정보 수집・이용・제공은 실질적으로 모두 정보주체의 사전동의를 전제로 만들어진 규정이라고 볼 수 있다.

다. 마케팅 목적의 개인정보처리 엄격 제한

마케팅(marketing)의 사회적 효용은 여기서 새삼 언급할 필요가 없을 정도로 지대하고 이러한 마케팅 목적의 개인정보의 수집・・이용과 그 유통 또한 사회적으로 필요할 뿐만 아니라 그 사회적 효용이 매우 크다. 특히 하나의 개인정보처리자가 가지고 있는 정보에 국한되지 않고 여러 개인정보처리자가 가지고 있는 개인정보가 상호 제공, 융・복합되어 분석될 때 그 마케팅 정보의 가치는 어마어마하다.

---

2) 안전행정부,「개인정보 보호법령 및 지침·고시 해설」(2011. 12), 13-15쪽.

기존에는 수집되는 개인정보의 양적·기술적 한계로 인해 이러한 정보의 가치가 적극 활용될 수 없었으나 최근의 '빅데이터' 기술은 이미 이러한 정보가치를 충분히 발휘할 수 있는 환경을 제공하고 있다. 그러나 고객에 관한 상세하고 정확한 개인정보의 보유와 유통은 고객의 사생활 침해의 문제를 야기할 수 있다. 현행법은 이러한 부정적 결과를 방지하기 위한 규제를 설정해 놓고 있다. '개인정보 보호법'은 일반개인정보와 민감개인정보를 나누어 허용기준을 정하고 있고, 일반개인정보는 다시 수집·이용의 허용 요건(제15조 및 제18조)과 제3자 제공의 허용 요건(제17조 및 제18조)을 나누어 달리 규정하고 있으며 민감개인정보의 처리의 허용기준은 제23조에서 규정하고 있다. 마케팅 목적의 개인정보처리를 위해서는 개인정보의 유통, 즉 제3자 제공이 가장 중요하나, 일반개인정보를 제3자에게 제공할 수 있는 '일반적 허용기준'을 제17조 제1항에서 제한적 열거방식으로 다음과 같이 규정하고 있다. (i) 정보주체의 동의를 받은 경우(제1호), (ii) 제15조 제1항 제2호("법률에 특별한 규정이 있거나 법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우")에 따라 개인정보를 수집한 목적 범위에서 제공하는 경우(제2호), (iii) 제15조 제1항 제3호("공공기관이 법령 등에서 정하는 소관 업무의 수행을 위하여 불가피한 경우")에 따라 개인정보를 수집한 목적 범위에서 제공하는 경우(제2호), (iv) 제15조 제1항 제5호("정보주체 또는 제3자의 생명, 신체, 재산의 이익을 위하여 필요하다고 인정되는 경우로서 정보주체의 사전 동의를 받기 곤란한 경우")에 따라 개인정보를 수집한 목적 범위에서 제공하는 경우(제2호) 등이다.

이러한 규정에 의할 경우 공공기관의 제3자 제공은 아무런 제한 없이 허용되지만, 민간의 개인정보처리자가 "자신이나 제3자의 정당한 업무수행을 위해서" 개인정보를 제공 혹은 공유하는 것은 불가능하다. 오직 정보주체의 사전 동의를 받아야만 제3자 제공이 가능하다(Opt-In 방식). 즉 민간의 개인정보처리자가 "자신 또는 제3자의 정당한 업무수행을 위하여" 개인정보를 공유하거나 제3자에게 제공할 수 있는 경우는 유일하게 정보주체의 사전 동의를 받는 방법뿐이다. 현행법에 의하면, 판매계약에 따른 상품의 송달을 위해 제3자인 배송업자에게 주소정보를 제공하는 경우나 또는 마케팅 목적으로 고객의 이메일정보를 위탁업자에게 제공하는 경우도 사전 동의가 없다면 모두 불법이 될 수 있다.[3)]

3) 예외적으로 특별법인 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」에서는 신용정보업자는 정보주체의 동의없이 개인의 신용정보를 수집하여 의뢰인에게 제공하는 것을 허용하고 있다.

라. 형사벌과 행정벌의 공존

'개인정보 보호법', '정보통신망법', '위치정보법'에서는 사업자의 거의 모든 위반 행위에 대하여 형사처벌 규정을 둠으로써, 행정자치부, 방송통신위원회 등의 관할 행정청의 행정조치 외에도 수사기관 등의 사법당국의 관여를 허용하고 있다. 업무 방해 목적의 개인정보 변경·말소, 민감정보 무단 처리, 개인정보의 무단 이용·제공 등에는 징역·벌금형의 형사벌을 규정하고 있으며, 개인정보 보호책임자 미지정, 개인정보처리방침의 미공개 등 절차적 의무 위반의 경우에는 과태료 부과를 규정하고 있다.

특히 개인정보 관련 형사처벌의 법정형은 일반 형법에 비하여 결코 낮지 않다. 우선 공공기관의 개인정보 처리업무를 방해할 목적으로 공공기관에서 처리하고 있는 개인정보를 변경하거나 말소하여 공공기관의 업무 수행의 중단·마비 등 심각한 지장을 초래한 자는 10년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금에 처한다(개인정보 보호법 제70조). 이는 형법상 공무집행방해죄[4] 및 업무방해죄[5]보다도 높다. 동의 없는 제3자 제공 등의 행위에 대하여 5년 이하의 징역 내지 5,000만 원 이하의 벌금형에 처하도록 규정하고 있으며(개인정보 보호법 제71조제1호 및 제2호, 정보통신망법 제71조), 이는 형법상 명예훼손죄,[6] 업무상 비밀누설죄[7]보다 높고 업무상 배임죄,[8] 영업비밀누설죄와 유사한 정도이다.

또한 동일한 행위에 대하여 법률에 따라 다르게 규율하거나, 다른 개인정보에 비하여 위치정보침해에 대하여 형사적으로 더 높은 형벌을 부과하고 있다. 예컨대,

---

4) 형법 제136조(공무집행방해) ① 직무를 집행하는 공무원에 대하여 폭행 또는 협박한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다. <개정 1995.12.29.>

5) 형법 제314조(업무방해) ① 제313조의 방법 또는 위력으로써 사람의 업무를 방해한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다. <개정 1995.12.29.>
②컴퓨터등 정보처리장치 또는 전자기록등 특수매체기록을 손괴하거나 정보처리장치에 허위의 정보 또는 부정한 명령을 입력하거나 기타 방법으로 정보처리에 장애를 발생하게 하여 사람의 업무를 방해한 자도 제1항의 형과 같다.

6) 형법 제307조(명예훼손) ① 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다. <개정 1995.12.29.>
②공연히 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다. <개정 1995.12.29.>

7) 형법 제317조(업무상비밀누설) ① 의사, 한의사, 치과의사, 약제사, 약종상, 조산사, 변호사, 변리사, 공인회계사, 공증인, 대서업자나 그 직무상 보조자 또는 차등의 직에 있던 자가 그 직무처리 중 지득한 타인의 비밀을 누설한 때에는 3년 이하의 징역이나 금고, 10년 이하의 자격정지 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다.

8) 형법 제356조(업무상의 횡령과 배임) 업무상의 임무에 위배하여 제355조의 죄를 범한 자는 10년 이하의 징역 또는 3천 만원 이하의 벌금에 처한다.

정보주체의 동의 없이 개인정보를 수집하는 행위는 '정보통신망법'에서는 형벌의 대상이나 '개인정보 보호법'에서 과태료 대상이다(정보통신망법 제71조 제1호, 개인정보보호법 제75조 제1호). '위치정보보호법'의 경우, 개인정보에 해당하지 않는 '이동성 물건 및 식별되지 않는 개인에 관한 위치정보'도 형사처벌의 대상으로 삼고 있다(위치정보보호법 제40조 제4호). 또한 단순히 기술적, 관리적 조치를 취하지 않는 행위는 '개인정보 보호법', '정보통신망법'에서는 과태료부과대상이나, '위치정보보호법'에서는 형사처벌의 대상으로 되어 있다(위치정보보호법 제41조 제4호).

이는 행정벌 혹은 시정조치 중심의 벌칙규정을 취하고 있는 외국에 비해 과하다고 하지 않을 수 없다. 일본의 '개인정보보호법'은 법률위반행위에 대하여 직접적으로 형벌을 가하지는 않고 주무장관이 명령한 시정권고조치/시정조치에 응하지 않을 경우에만 6월 이하의 징역 또는 30만 엔 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(제56조). 주무장관은 당해 위반행위의 중지 등을 위하여 필요한 조치를 취할 것을 권고할 수 있고, 위 권고를 받은 개인정보처리자가 정당한 이유 없이 권고에 상응한 조치를 취하지 않고 개인의 권리침해가 임박하다고 인정될 때는 위 권고에 관한 조치를 행하도록 명령할 수 있으며, 개인의 중요한 권리를 침해하여 긴급한 조치를 취할 필요가 있다고 인정되는 때에는 바로 당해 위반행위를 시정하기 위하여 필요한 조치를 명령할 수 있다(일본 개인정보보호법 제34조).

독일 연방데이터보호법은 권한 없이 일반적으로 접근할 수 없는 개인정보를 수집 또는 생산한 경우 등에 최고 30만유로의 과태료를 부과하고(제43조 제2항), 자기 또는 타인의 이익을 위한 목적에서 또는 타인을 해할 목적에서 의도적으로 제43조 제2항에 열거된 행위를 한 자를 최고 2년 이하의 징역 또는 벌금에 처한다. 위 범죄는 친고죄인데 고소는 정보주체이외에도 개인정보처리자, 연방개인정보보호청, 주의 정보감독청에 의하여도 가능하다. 독일의 연방데이터보호법은 사회적으로 비난가능한 행위에 대하여 행정질서벌인 과태료를 부과하고, 위 행위에 행위자의 악의적인 목적이 있는 경우 형사처벌을 과하고 있다.

2. '사물정보'의 법적 개념과 규제법

가. 사물정보의 법적 개념

사물정보에 대하여 법률상 특별히 개념정의를 내리고 있는 법규는 없다. 그러나 최근 사물인터넷 산업의 중요성이 부각되면서 각종 연구를 통해 '사물정보'과 관련된 개념정의의 시도들이 이루어지고 있다.

우선 사물지능통신 활성화를 위한 법률의 제정을 주장하면서 법안의 핵심 개념으로서 사물정보의 개념정의를 시도하고자 하는 견해가 있다.[9] 이러한 연구에 의하면 “사물정보”란 사물의 상태나 사물 주변의 상황에 관한 정보를 의미한다고 하면서 관련 개념으로서 “사물정보지능통신”, “사물정보지능통신기반” 등의 개념을 추가 정의내리고 있다. “사물정보지능통신”은 사물정보지능통신기반을 통한 사물정보의 수집・가공・저장・검색・송신・수신 및 활용, 사물의 관리 또는 제어 등 사물과 사물 또는 사람과 사물 사이의 통신을 의미하는 것으로, 사람간의 통신에 초점을 맞추는 종래의 법제와는 달리 사람과 사물간 또는 사물과 사물간의 정보통신에 초점을 맞추면서, 나아가 이를 기초로 기기를 제어하는 것도 포함하고 있다. 이는 기존의 전기통신이나 전기통신사업의 개념으로는 사물정보지능통신이나 사물정보지능통신사업을 명확하게 규율하기 어렵기 때문에 사물정보지능통신의 개념을 별도로 설정할 필요성 존재한다고 한다. 사물정보지능통신을 하기 위한 물적 기초로서 유무선 네트워크를 포괄하는 종래의 정보통신망의 개념에 더하여 각종 센서를 포함하는 지능형 기기나 설비가 포함되어야 하기 때문에 “전기통신을 하기 위한 기계・기구・선로 기타 전기통신에 필요한 설비”를 의미하는 종래의 전기통신설비 개념만으로는 부족하여, 정보통신망과 지능형기기・설비를 포괄하는 새로운 개념으로서 “사물정보지능통신기반”의 개념도 함께 도입하고 있다.

또한 다양한 인터넷기반서비스의 창출과 시장진입 촉진, 유효한 경쟁환경 조성 등 인터넷기반서비스의 발전을 뒷받침할 수 있는 입법적 방안을 모색하기 위해 인터넷 관련 서비스에 대한 종합법이라 할 수 있는 별도의 법안의 마련을 제안하면서((가칭)「인터넷기반서비스 발전법(안)」)[10] “사물정보”에 대해 개념정의를 시도하는 연구가 있다. 이 연구는 개인의 신원・위치・상황 또는 물건의 속성・위치・상태 등에 관한 정보를 “사물정보”라고 하면서 관련 개념으로서 "사물정보통신기반", “사물정보통신서비스”에 대하여 별도의 개념정의를 내리고 있다. 즉 "사물정보통신기반"이라 함은 사람의 직접적인 개입 없이 사물정보의 수집・제공 등을 하거나 사람 또는 물건을 구호・제어 또는 관리할 수 있도록 서로 유기적으로 연계된「전기통신사업법」 제2조제2호에 따른 전기통신설비, 정보통신망, 인공위성자동위치측정시스템 등 위치측정・추적장치와 사물의 인식・분석기능을 가진 지능형 기기・설비 및 그 이용기술의 결합체를 의미한다. 그리고 “사물정보통신서비스”에 대하여

9) 최경진 외, 사물지능통신 활성화를 위한 법・제도 연구, 방송통신위원회, 2010, 13-14쪽
10) 이규정 외, 인터넷기반서비스의 발전을 위한 입법방안 연구, 한국정보화진흥원, 2010, 41-47쪽

i) 사물정보통신기반을 이용하여 사물정보를 수집·가공·저장·검색 또는 분석하여 이용자에게 송신하거나 다른 사람에게 제공하는 서비스, ii) i)에 따라 제공받은 사물정보를 이용 또는 활용한 서비스 iii) 사물정보통신기반을 이용하여 사람의 구호·관리 또는 물건의 제어·관리를 하거나 이를 지원하는 서비스라고 규정하여 규제대상으로 삼고 있다.

그밖에 현행법상 사물정보과 관련된 법적 개념으로서 '위치정보보호법' 제2조 제1호에서 사물정보 중 사물의 위치정보에 대하여 특별히 개념정의 하고 있다. '위치정보'라 함은 이동성이 있는 물건 또는 개인이 특정한 시간에 존재하거나 존재하였던 장소에 관한 정보로서 「전기통신사업법」 제2조제2호 및 제3호에 따른 전기통신설비 및 전기통신회선설비를 이용하여 수집된 것을 말한다'고 규정하고 있다. 즉 이동성 있는 사물이 특정한 시간에 존재하거나 존재하였던 장소에 관한 정보가 사물위치정보가 된다,

나. 사전동의 기반의 사물위치정보 처리

'위치정보보호법' 제15조 제1항에서 "누구든지 개인 또는 소유자의 동의를 얻지 아니하고 당해 개인 또는 이동성이 있는 물건의 위치정보를 수집·이용 또는 제공하여서는 아니 된다"[11]라고 규정함으로서 특정되지 않는 '개인 또는 이동성 있는 물건의 위치정보'도 보호대상으로 삼고 있다. 즉 '이동성이 있는 물건'의 위치정보의 경우에도 그 소유주를 찾아 그의 동의를 얻지 못하면 수집·이용 또는 제공할 수 없다. 그러나 '이동성이 있는 물건의 위치정보' 역시 그 소유주가 특정되어 있다면 그 소유주의 물건의 위치는 소유주 '개인에 대한 정보'이므로 개인정보라고 볼 수 있다. 하지만 소유주가 특정되어 있지 않다면 개인정보라고 볼 수 없다. 이는 특정물건의 소유자가 누구인지 식별하지 않고 그 위치를 추적하면 '개인정보보호법' 상으로는 개인정보취득에 해당되지 않지만 '위치정보 보호법'은 그러한 위치추적에 있어서 동의를 얻도록 의무화하는 것이다. 좀 더 극단적으로는 '위치정보보호법'은 위치정보의 주체를 색출해내어 동의를 얻을 것을 요구하고 있게 되므로,

---

11) 제15조(위치정보의 수집 등의 금지) ① 누구든지 개인 또는 소유자의 동의를 얻지 아니하고 당해 개인 또는 이동성이 있는 물건의 위치정보를 수집·이용 또는 제공하여서는 아니된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2012.5.14.>
1. 제29조제1항에 따른 긴급구조기관의 긴급구조요청 또는 같은 조 제7항에 따른 경보발송 요청이 있는 경우
2. 제29조제2항에 따른 경찰관서의 요청이 있는 경우
3. 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우

동의를 얻는 과정에서 이미 위치정보의 주체가 파악될 수밖에 없고 결국 이 위치정보는 개인위치정보가 되어버리게 된다.

다. 공간정보산업 진흥 차원에서의 공간정보의 규율

공간정보산업의 경쟁력을 강화하고 그 진흥을 도모하고자 ‘공간정보산업 진흥법’이 2009년 2월 제정되어 시행되고 있다. 이 법에 의하면 "공간정보"란 지상・지하・수상・수중 등 공간상에 존재하는 자연 또는 인공적인 객체에 대한 위치정보 및 이와 관련된 공간적 인지와 의사결정에 필요한 정보이다(제2조제1호), 현실세계에 존재하는 객체(토지정보, 지형지물, 도로 등)를 이해하기 쉽게 점・선・면으로 표현하고, 이를 관련 속성정보(위치, 명칭, 주소 등)와 통합한 정보를 말한다.[12] 지형도, 토지특성도, 항공・위성영상, 교통속성, 시설위치속성 등이 이에 해당된다고 볼 수 있다. 공간정보 역시 공간에 존재하는 사물에 대한 정보를 의미한다는 측면에서 ‘사물정보’에 해당된다. 사물인터넷 서비스와 이러한 공간정보가 연계될 경우 공간의 사물(센서)에 대한 위치와 속성정보(명칭, 제조사, 기능, 동작 상태)를 공간정보化하고 지도로 보여주는 ‘스마트 사물 지도’, 사람이 소유한 스마트폰과 웨어러블 기기(시계)를 통해 수집한 데이터(생체 데이터, 이동 경로)를 분석함으로써 사람의 상태, 선호도, 행동 패턴을 이해하여 개인계량화(quantified self) 된 맞춤형 지도 서비스를 제공할 수 있다.[13]

이러한 공간정보에 대하여는 공간정보산업 진흥시책으로서 공간정보산업 관련 공공수요의 공개(제5조) 공간정보의 제공 및 유통 활성화(제6조 내지 제8조), 융・복합 공간정보산업 지원(제9조), 공간정보산업 기반조성을 위한 정부의 지원(제3장) 등 관련 산업 진흥을 위한 시책 중심의 규율을 하고 있다.

라. 기타

이렇게 사물의 위치정보 혹은 공간정보를 규율하는 것 이외에 개인정보에 해당되지 않는 순수 ‘사물정보’에 대하여 직접적으로 규율하는 법규범은 현재 국내법상 존재하지 않는다. 일반법적 차원에서 민법은 물건을 유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력을 의미한다고 하며(민법 제98조) 소유권, 용익물권 등 물건에 대한

---

12) 이용준, 사물인터넷과 공간정보를 융합한 만물인터넷: Geo-IoT, 월간국토2015년05월(통권403호), 국토연구원, 34쪽

13) 이용준, 전게논문, 34쪽

배타적 지배권과 관련된 규율을 하고 있으나 이는 물건의 정보 즉 사물정보에 대한 규율을 하고 있는 것은 아니다.

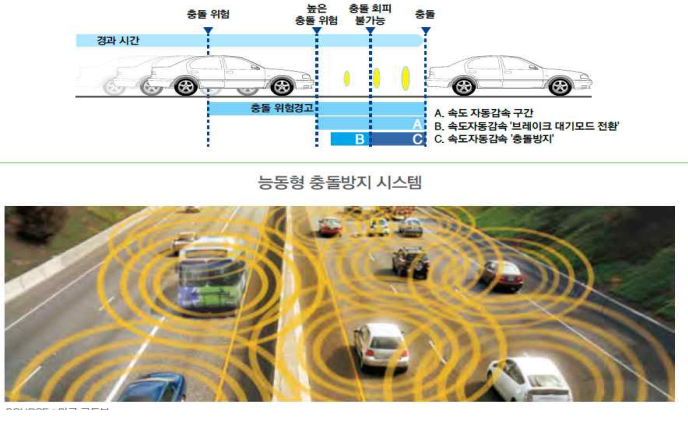
Ⅲ. 사물인터넷 사례연구 및 '사물정보' 규제 쟁점

1. 주요 사물인터넷서비스와 현행법규의 적용

가. 능동형 충돌방지 시스템

능동형 충돌방지 시스템은 자동차 내외부의 센서와 핸들 및 브레이크 간에 정보를 주고받아 자동차간 스스로 충돌방지를 할 수 있는 차량 간 소통시스템이다. 자동차 내외부에 부착된 센서들은 자동차의 위치 및 작동과 관련된 정보를 실시간으로 전달한다. 즉 앞에 주행하는 A자동차는 지속적으로 자체 자동차의 위치 및 속도정보를 생성하여 바로 뒤에 따라오는 B자동차에게 전달하고 B자동차는 이러한 정보를 수집, 처리하여 B자동차 엔진센서에 전달하여 속도를 조절하게 된다.[14]

그림1. 능동형 충돌방지 시스템 자동차



출처 : 사물인터넷이 기업에 주는 과제 Deloitte Anjin Review 2014 APRIL NO.1

이러한 경우 자동차 A가 생성한 자동차의 위치 및 속력에 대한 정보(예를 들어 2015년 6월 17일 2시30분 23초, 속도 80Km/h 라고 가정해 보자)는 자동차라는 사물에 대한 정보로서 사물정보이다. 동시에 자동차라는 이동성 있는 사물이 특정한

14) 사물인터넷이 기업에 주는 과제 Deloitte Anjin Review 2014 APRIL NO.1.

시간에 존재하거나 존재하였던 장소에 대한 정보이므로 사물위치정보를 포함하고 있으며, 이러한 자동차에 사람 A′가 탑승한 경우 자동차 A가 생성한 정보(2015년 6월 17일 2시30분 23초 속도 80Km/h)는 A′의 자동차번호 등과 결합되어 A′를 식별할 가능성이 있으므로 개인정보에 해당되게 된다. B자동차에 탑승한 B′라는 사람은 A자동차가 지속적으로 실시간 생성한 정보를 제공받게 되므로 B자동차에 탑승하고 있는 B′는 A′라는 사람의 개인정보와 개인위치정보 그리고 A의 사물위치정보를 실시간으로 제공받게 된다. 운행은 차선을 바꾸며 진행되므로 앞뒤 좌우 차량은 지속적으로 변경되며 A자동차는 앞뒤좌우 자동차의 사물위치정보 또는 개인(위치)정보를 지속적으로 수집처리하면서 자신의 사물위치정보 및 개인(위치)정보 역시 끊김 없이 제공하게 된다.

현행법에 의할 경우 A′라는 사람이 A라는 자동차에 탑승하고 있을 경우 A는 사물정보이면서, 사물위치정보에 해당됨은 자명하다. 뿐만 아니라 A′의 위치를 식별할 수 있는 개인위치정보, A′를 식별가능성 있는 개인정보에 해당될 가능성이 농후하다. 그렇다면 이러한 시스템을 탑재한 차량의 운전자는 모두 개인정보처리자에 해당되어 개인정보보호법상의 모든 의무 즉 수집동의, 수집정보의 제3자 제공, 기술적・관리적 조치 등을 준수하여야 하는가? 또한 이러한 정보의 실시간 유통분석이 플랫폼을 통해 이루어진다면 당연히 플랫폼사업자는 ‘위치정보보호법’상의 위치정보사업자에 해당될 것이다. "위치정보사업"이라 함은 위치정보를 수집하여 위치기반서비스사업을 하는 자에게 제공하는 것을 사업으로 영위하는 것을 의미하므로(위치정보보호법 제2조제6호) A′는 자동차 주행을 위해 정보를 제공하기는 하나 이를 사업으로 영위한다고 보기 곤란하므로 위치정보사업자에는 해당되지 않는다고 보여 진다.

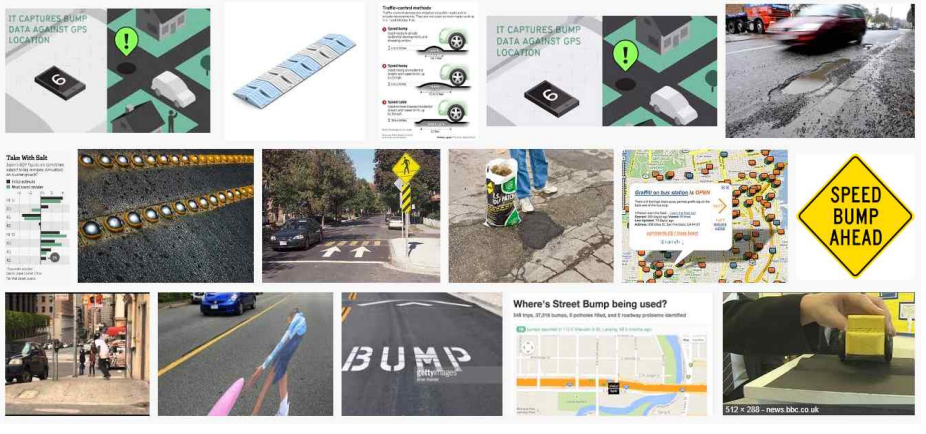
나. Crowd Sourcing Street Repair: Street Bump[15)]

Street Bump 서비스는 운전자가 스마트폰의 해당 어플리케이션을 동작시키면 GPS와 가속도계를 통해 도로 위의 불규칙한 요철 정보를 감지하여 도로 파손의 여부를 관할 부서로 자동 통지할 수 있는 공공 서비스이다. 현재 미국 보스턴시에서 서비스 되고 있다. 스마트폰의 센싱 데이터는 클라우드 플랫폼으로 전송되고 플랫폼에서 데이터를 분석하여 도로 파손여부 판단과정을 거쳐서 도로의 파손 정보가 관할 부서로 통보된다. 미국의 보스톤 시의 도로공사는 총 연장 800마일이

15) Streetbump, www.streetbump.org

넘는 도로의 파인 곳을 수리하는 것이 주요 업무다. 보통은 매일 30~40명의 도로 작업자가 순찰하면서 파인 곳을 발견해서 수리하며 1년에 보통 2만여 건의 수리를 해왔다. 'Street Bump'라는 앱은 운전자가 이 앱이 설치된 스마트폰을 자동차에 올려놓고 운전하면 Street Bump는 스마트폰에 있는 가속감지센서(accelerometer)를 사용해서 파인 곳을 지날 때 발생하는 진동을 감지하고 파인 곳을 자동으로 발견한다. 도로의 파인 곳을 지날 때 발생하는 진동을 이 앱이 감지해서 GPS를 통해서 감지된 위치정보와 함께 서버에 전송하며 서버에서 분석을 통해서 파인 곳이 명백한 곳의 위치를 도로 작업자에게 알려서 수리할 수 있도록 하는 것이다. 이렇게 모인 정보는 보스톤 시와 협력관계를 맺고 있는 Connected Bits라는 회사의 DB에서 관리되며 일반 시민들도 필요에 따라 이 정보를 조회해 볼 수 있다.

그림2. Crowd Sourcing Street Repair: Street Bump 주요내용



우선 이 서비스에서는 스마트폰의 해당앱이 정보수집 및 정보전달의 역할을 한다. 여기서 '도로의 불규칙한 요철정보'는 도로라는 '사물'에 대한 정보이다. 그러나 동시에 스마트폰이 그 당시 거기에 있었다는 정보가 함께 전달하게 되므로 이동성이 있는 물건(스마트폰)이 특정한 시간에 존재하거나 존재하였던 장소에 관한 정보로서 "사물위치정보" 또한 생성, 수집된다. 누구든지 개인 또는 소유자의 동의를 얻지 아니하고 당해 개인 또는 이동성이 있는 물건의 위치정보를 수집·이용 또는 제공하여서는 아니되므로(위치정보보호법 제15조) 정부는 이러한 정보를 수집하기 위해서는 해당 스마트폰 소유자에게 사전 동의를 획득하여야 한다.[16] 특히 이러한

16) 실제로 이 서비스의 경우 운전자에게는 감지된 파인 곳의 수를 보여주고 운전자가 승인하는 경우

위치정보는 자동차의 위치를 전제로 하므로 자동차에 사람이 탑승하고 있는 경우 사람의 위치를 특정할 수 있게 된다. 이러한 경우 개인위치정보 및 개인정보에 해당될 가능성도 농후하다. 해당 정보의 수집자는 '위치정보보호법' 및 '개인정보 보호법'의 규제를 준수하여야 하며 그러한 정보를 제공받아 실질적으로 정보의 수집·가공 역할을 하는 Connected Bits 역시 '개인정보처리자' 혹은 '개인정보 업무를 위탁받아 처리하는 자', '위치정보사업자'가 될 수 있다. 국내에서 이러한 서비스가 시행되기 위해서는 정보제공에 대한 사전동의, 제3자 제공 사전 동의, 위치정보사업자로서의 인허가, 위치정보수집에 대한 사전동의, 이용내역의 통보 등이 이루어져야 한다.

다. SENSEable City: The Copenhagen Wheel[17)]

Copenhagen Wheel은 MIT의 SENSEable City 랩에서 시작한 서비스로서 센서가 부착된 하이브리드 전기자전거 휠을 통해서 도로의 상태 정보, 도시의 일산화탄소, 질소, 소음, 온도 및 습도 정보를 등을 수집하고 수집한 데이터를 스마트폰을 통하여 클라우드에 저장하고 공유할 수 있는 서비스이다. 이밖에 자전거를 타고 이동한 거리에 대한 정보 및 자전거를 타면서 소비한 칼로리 정보도 확인할 수 있으며 클라우드에 저장된 센싱정보들을 활용하여 도로의 교통체증상태, 오염도, 도로의 상태를 실시간으로 사용자가 알 수 있는 서비스를 제공한다.

바퀴의 센서가 인식하는 주변 정보들을 스마트폰 앱을 통하여 클라우드에 저장, 공유하며, 현재 자전거 운전자가 운행하고 있는 자전거의 위치정보를 실시간으로 플랫폼 서비스제공자에게 전송한다. 즉 이러한 서비스가 가능하기 위해서는 자전거바퀴에 부착된 센서를 통해 수집된 정보들이 클라우드에 공유된다. 이러한 다양한 위치의 대기, 교통상황, 도로상태 등의 센싱정보들은 결국 GPS를 통해 인지된 자전거운전자들의 위치정보를 기반으로 한다. 센싱정보들은 필수적으로 자전거라는 사물의 위치정보, 그리고 자전거에 탑승된 개인의 위치에 대한 정보를 전제로 수집된다. 그나마 '대기', '도로'라는 사물 등은 개인의 소유가 아니므로 이러한 사물에 대한 정보의 수집 및 처리는 현행법상 제한을 받지 않으나 결국 이러한 정보 역시 자전거의 위치에 기반하게 되므로 결국 자전거라는 사물의 위치정보에 해당되며 이는 소유주의 사전 동의 없이는 수집될 수 없다. 또한 자전거는 무인으로

에만 정보를 전송한다. 즉, 개인정보 보호를 위해 운전자가 전송 여부를 결정할 수 있도록 한다.

17) Copenhagen Wheel, http://senseable.mit.edu/copenhagenwheel(2015.8.12 확인)

운행되지 아니하므로 자전거의 정보는 결국 개인위치정보에 해당된다. 이러한 앱을 다운받는 행위 자체가 각각 위치정보 혹은 개인위치정보 수집에 대한 묵시적 사전동의에 해당된다 할지라도 현행법상 이러한 묵시적 사전동의는 허용되지 않는다.[18]

라. 스마트 쇼핑

스마트 카트는 스마트폰에서 구매목록 다운로드, 관련쿠폰 자동검색, 구매희망상품 위치 안내, 매장내 위치기반 관심상품 자동 홍보 등을 제공하는 서비스이다. 위치추정용 태그가 장착되어있는 카트에 고객이 모바일용 RFID 리더기를 장착한 스마트폰을 이용하여 카트와 스마트폰의 위치정보를 동기화 하여 스마트폰에서 위치정보를 획득 할 수 있다. 또한 매장에서 발급한 RFID 카드를 이용 하거나 매장에 가입한 아이디와 패스워드로 로그인하여 미리 고객이 설정하여 놓은 서비스를 받을 수 있다.

물품에 대한 정보 자체는 사물의 속성정보로 전통적 사물정보이다. 물품이 스마트카트에 담기는 순간 스마트카트의 위치정보가 물품의 고유정보에 부가되게 되며, 그러한 물건은 이동성이 있는 물건(카트에 담긴 콩나물 등)이 특정한 시간에 존재하거나 존재하였던 장소에 관한 정보로서 사물위치정보에 해당된다. 이러한 카트의 위치정보는 카트 지배자의 개인위치정보와 결합되어 경우에 따라서는 개인위치정보도 될 수 있다. 또한 카트가 담고 있는 물품이 자동으로 인식, 결제되어 실시간 쇼핑상태를 구매자에게 알려줄 경우(예를 들어 17시 24분 57초 현재 카트 안에 담긴 물품은 풀무원 콩나물 1봉지, 풀무원 두부 2모, 델몬트 바나나 1송이, 농협 복숭아 1상자, 크록스 아동신발 2켤레의 총 가격은 65,000원입니다) 이러한 데이터는 바로 쇼핑의 행태와 성향을 알 수 있는 정보로서 배송지와 연계되어 CRM에 활용 될 경우 개인정보에 해당되게 될 수 있다.

또한 최근 스마트 쇼핑의 일환으로서 2014년 4월 아마존은 바코드 스캐닝과 음성지원 기반의 식료품 주문 사물인터넷 기기인 아마존 대시를 발표하였다. 아마존 대시는 아마존 프레시 가입 고객에 한해 제공되고 있다. 현재 아마존 프레시를

18) 개인정보보호법 제22조에서 규정한 방식에 따라 동의를 받아야 하기 때문에 이 법에서 정보주체의 동의는 명시적 동의를 의미한다. 안전행정부, 개인정보보호법 해설서, 2011, 20쪽
개인정보보호법 제22조(동의를 받는 방법)① 개인정보처리자는 이 법에 따른 개인정보의 처리에 대하여 정보주체(제5항에 따른 법정대리인을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 동의를 받을 때에는 각각의 동의 사항을 구분하여 정보주체가 이를 명확하게 인지할 수 있도록 알리고 각각 동의를 받아야 한다.

통해 주문/구매 가능한 식료품을 포함 상품의 가지 수는 약 50만 개 이상인데 집안에 아마존 대시를 가지고 있다가 물건의 바코드를 Dash로 스캐닝하거나, 바코드가 없으면 음성으로 간단히 제품 이름을 말하는 것만으로 Wifi를 통해 자동으로 해당 상품내역이 AmazonFresh의 해당 고객 페이지에 바로 추가된다. 소비자는 주문 내역을 바로 확인한 후, 결제버튼을 클릭하면 당일 배송 시스템에 의해 아침에 신선한 식료품을 받을 수 있다. 또한 2015년 3월 발표한 아마존대시버튼은 물품을 주문할 수 있는 단추가 있는 작은 크기의 사물인터넷 기기로 벽이나 세탁기 등의 물품에 붙였다 뗄 수 있도록 되어있다. 예를 들어 세탁기 옆에 아마존 대시버튼을 붙여두고 세제가 떨어졌을 때 아마존 대시 버튼을 한 번만 누르면 자동으로 아마존에 세제를 주문하고 결제, 배송까지 한번에 끝낼 수 있다. 현재는 256개 생필품과 제휴해 물품을 주문할 수 있고 아마존 프라임 회원을 대상으로 테스트 중에 있다. 소비자는 음식을 만들다가 부엌에서 아마존 대시와 에코를 통해 음성이나 물품의 바코드를 직접 스캔해 구매할 수 있다.[19]

만약 세제를 주문할 경우 기존 온라인 쇼핑의 경우 인터넷을 통하여 사고자 하는 쇼핑 사이트에 접속하여 해당 제품을 주문하고 배송지를 지정한 후 결제하여 물건을 배송 받는 형태로 이루어 진다. 온라인상의 물건 주문과 관련된 기록 등이 단순히 IP로 온라인 상의 위치를 나타낸다면 아마존 dash의 경우 특별히 대부분 배송을 원하는 그 지점에서 바로 주문하게 되므로 개인위치 및 프라이버시와의 연계성은 더욱 긴밀해 지면서 주문된 사물의 정보가 개인위치정보化 될 수 있다.

기존의 세제라는 물건의 ‘세제’ 자체의 구성성분, 함량, 유통기한 등 세제의 속성 정보라면, 이제 이러한 정보에 ‘세제’가 위치해 있는 장소, 세제가 필요한 시각 등 세제와 관련된 행태적 정보가 추가되게 되게 되며 이러한 정보는 공통 플랫폼으로 전송되어 데이터 분석을 통해 CRM에 활용된다. 즉 각각의 서비스는 서칭-구매-포인트적립-리워드- CRM 등 각각의 단계별로 데이터를 연계시키게 된다.

2. 사물정보 유통환경 분석

사례를 통해서 볼 때 정보의 흐름은 크게 1) 정보생성(Sensing) 및 수집, 2) 수집된 정보의 전달 (Data Transferring), 3) 전달된 정보의 축적·처리분석 (Data Storing), 4) 정보융합 및 신규정보 생성 (Data Convergence & New Data

19) 박경수 이경현, 사물인터넷 전쟁, 동아엠앤비,2015, 180-186면

Generation) 등의 단계로 나누어 살펴볼 수 있다.

대부분의 IoT서비스 구현을 위해서는 첫 번째 단계인 정보의 생성 및 수집 단계에서 사물정보가 생성된다. '능동형 충돌방지 시스템'에서는 '자동차의 위치 및 속력'이라는 사물정보가, Street Bump에서는 '도로의 파손에 대한 정보' 및 '휴대폰의 위치정보'가 The Copenhagen Wheel에서는 자전거의 이동거리・칼로리・위치라는 사물정보가 지속적으로 끊김 없이 생성된다. 대부분 이러한 단계에서는 사물의 속성이나 내용을 나타내는 정보 혹은 사물의 위치정보에 그친다.

이러한 정보는 단지 수집에 그치지 않고 두 번째 단계인 전달을 거치게 된다. 대부분 클라우드 환경을 통해 플랫폼에 전달된다. 이러한 전달 과정에서 사물정보는 그 사물을 지배 혹은 점유하는 하는 개인과 결합되는 경우 그 상태에서 바로 특정 개인을 식별할 수 없음에도 불구하고 일종의 개인 식별가능성이 있는 정보로 전달되게 된다. '능동형 충돌방지 시스템'에서는 '특정' 자동차의 위치 및 속력이 '다른' 자동차에 전달되면서 그 '특정' 자동차를 지배하고 있는 소유자의 위치정보가 전달되게 된다. 또한 '특정' 자동차가 받게 되는 앞뒤좌우 자동차의 위치 및 속력정보는 축척・분석되는 세 번째 단계를 거쳐 '특정'자동차의 속력을 조정하고 방향을 지시하는 '새로운 정보'를 창조하는 네 번째 단계에 이르게 된다.

단계별로 대상이 되는 사물정보가 무엇이며, 사물정보의 속성이 단순 사물정보인지 개인정보성을 띠게 되는지에 대하여 그 변화양상을 살펴보면 다음과 같다.

<표1> 정보의 흐름 단계별 데이터 분석

구분		능동형 충돌방지	Street Bump	The Copenhagen Wheel	스마트 카트
① 정보생성 (Sensing) 및 수집	대상 정보	자동차의 위치 및 속력	'도로의 파손에 대한 정보'	도로의 상태, 일산화탄소・질소・소음・온도・습도 정보, 운행거리, 칼로리 소모량	구매예정물건의 가격, 할인, 매장내 위치 정보 등
	정보 속성*	사물정보성 > 개인정보성	사물정보성 > 개인정보성	사물정보성 > 개인정보성	사물정보성 > 개인정보성

②수집된 정보의 전달	대상 정보	‘특정’자동차의 위치 및 속력	‘도로의 파손에 대한 정보’ + ‘휴대폰의 위치정보’	위 정보 + ‘자전거의 위치정보’(+운행자의 위치정보)	위 정보 + 카트의 위치정보(+카트 지배자의 위치정보)
	정보 속성	사물정보성 < 개인정보성	사물정보성 < 개인정보성	사물정보성 < 개인정보성	사물정보성 < 개인정보성
③ 전달된 정보의 축적・처리분석	대상 정보	다수 집적된 ②단계 정보	다수 집적된 ②단계 정보	다수 집적된 ②단계 정보	다수 집적된 ②단계 정보
	정보 속성	사물정보성 < 개인정보성	사물정보성 < 개인정보성	사물정보성 < 개인정보성	사물정보성 < 개인정보성
④ 정보융합 및 신규정보 생성	대상 정보	속력을 조정하고 방향을 지시하는 ‘새로운 정보’의 생성	수리가 필요한 도로	지속적으로 업데이트된 도로의 상태, 도시의 일산화탄소, 질소, 소음, 온도 및 습도 정보	결제정보, 물품의 구매도에 대한 정보
	정보 속성	사물정보성 > 개인정보성	사물정보성 > 개인정보성	사물정보성 > 개인정보성	사물정보성 ≒ 개인정보성

*정보의 속성에서 부등호의 표시는 ‘개인정보性(개인정보로서의 성격)’과 ‘사물정보性(사물정보로서의 성격)’중 어느 정보로서의 성격이 강한지를 부등호로 표시한 것임

즉 사물인터넷서비스 환경에서는 통상 생성된 사물정보가 개인정보化 되어가는 과정을 거쳐 다시 새로운 ‘사물정보’를 생성하게 된다. 즉 수집・생성된 사물정보는 그 자체로는 개인을 식별하는 개인정보가 되지 못하지만, 정보의 전달과정에서 개인과 연계될 경우에는 즉 특히 그러한 사물이 자연인 개인에 의해 소유 또는 지배되고 있는 환경에서는 개인을 식별할 수 있는 정보가 될 수도 있다. 또한 사물정보나 개인정보가 특정시간이나 위치와 결합할 때 즉 이동성을 가질 때에는 위치정보로서 위치정보법의 적용을 받게 된다. 즉 정보의 ‘전달, 축척・분석’과정에서

개인정보적 성격만 제거된다면 서비스의 개인정보와 관련된 규제요소는 현격히 줄어들게 된다.

3. '사물정보' 규제환경의 변화

가. '사물정보'의 증가 및 '사물정보' 활용주체의 확장

2015년 현재 전 세계에는 100~150억 개의 사물이 인터넷에 연결되어 있고, 2020년까지 약 200~700억 개로 그 수가 크게 증가할 것으로 전망된다.[20] 따라서 생활공간 주변의 시설물(빌딩), 자동차, 스마트폰 및 웨어러블 기기(예: 시계), 의료기기(Automated External Defibrillator: AED, 심장제세동기) 등과 같은 수많은 사물(센서)들이 인터넷으로 연결되어 서로 정보를 주고받게 되는 것이다.

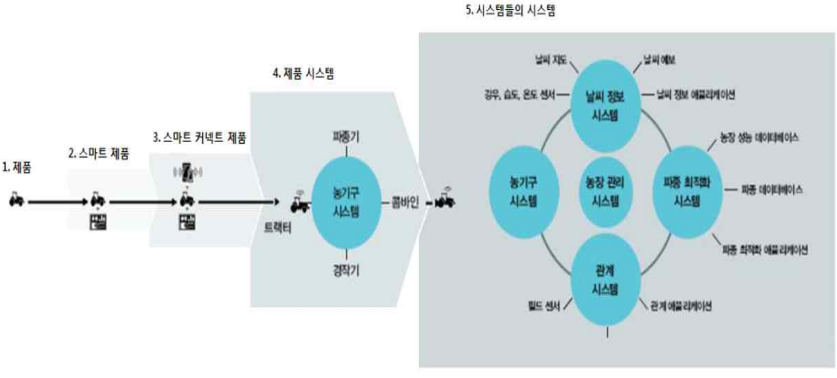
사례들을 통해서 살펴보았듯이 동일한 사물이더라도 사물간의 소통에 인터넷 환경이 부가됨으로 인해 사물 정보가 변화하고 있다. 기존의 사물과 관련된 정보는 사물의 행태에 대한 정보가 아니라 사물자체의 구성성분, 용도 등 정적인 정보에 대한 정보 중심이었으나 사물과 관련된 위치, 사용빈도 등 사물의 행태적 정보가 추가된다. 즉 전자를 변함이 없는 정적정보라 한다면 후자는 실시간으로 그 정보 내용이 변화되는 동적정보라고 할 수 있다. 동시에 사물정보의 활용주체 또한 사물의 물리적 지배를 점유하고 있는 주체에 한정되었던 것이 해당 사물과 서로 교류하는 사물을 지배하고 있는 자, 사물을 판매 하는 자, 사물정보를 분석하는 자, 사물을 유통하는 자 등으로 확장된다.

아래 그림은 단순히 트랙터라는 농기구가 지능화된 트렉터, 지능화+연계된 트렉터를 거쳐 다른 농기구와 연결되어 데이터와 농기구들을 모니터링/컨트롤하는 농기구 시스템으로 발전하고, 더 나아가 날씨정보시스템, 농기구시스템, 관개시스템, 파종 최적화 시스템이 하나로 연계된 농장관리 시스템으로 변화하는 진화과정을 나타낸다. 사물정보의 변화를 보여주는 좋은 예라고 할 수 있다. 트렉터는 '단순한 제품'의 단계에서는 제품의 구성 및 사양과 관련된 제품자체의 속성에 대한 정보에 한정된다. 이 단계에서 정보의 활용주체는 단순히 기기의 물리적 지배자에 한정된다. '지능화된 제품'이 되었을 때 트렉터는 좀 더 자동화되고 자동화에 이용되기 위해 트렉터의 위치, 이용내역 등을 지각함으로서 이러한 정보가 추가된다. '연계된 제품'이 되면서 파종기, 콤바인 등 다른 제품과 정보를 주고받게 되고, 정보

20) 최민석, 하원규, 김수민. 만물지능인터넷 관점으로 본 초연결사회의 상황 진단 및 시나리오. IT 이슈 리포트 2013-12. 대전: 한국전자통신연구원.

주체 역시 이러한 연계된 다양한 기기들의 지배자로 확장된다. 연계된 제품은 결국 이러한 연계된 제품의 정보를 종합분석하는 전체 농기구시스템에 연계되면서 결국 정보의 활용자는 ‘기기지배(소유, 이용)자’들에서 ‘시스템을 지배하는 자’ 까지 확장된다. 농기구 시스템은 또다시 날씨정보시스템, 관계시스템 등 다른 농장관리와 관련된 여타 시스템과 연계되면서 관련 정보를 주고받게 된다. 이 경우 정보의 활용주체는 이러한 다른 시스템 지배관리자까지 확장된다.

그림3. 제품의 스마트 커넥티드 제품의 변화양상



출처: Porter, Michael E., and James E. Heppelmann. “How Smart, Connected Products Are Transforming Competition.” Harvard Business Review 92(2014): 11-64

나. 사물정보 소통양식의 변화

한편 주요구성요소 간의 소통을 ①인간과 인간 ②인간과 사물 ③인간과 서비스 ④사물과 사물 ⑤사물과 서비스 ⑥서비스와 서비스 등으로 나누어 볼 때 기존의 소통양식이 주로 인간이 주된 소통의 구성요소 인 ①,②,③ 중심이었다면 이제 ‘사물’이 소통의 구성요소가 되는 소통이 증가하고 있다.

인간과 인간의 직접적인 통신수단(휴대폰, 이메일 등)과 인간 행동 양식이나 사고에 대한 소통(소셜 네트워크 등)과 인간과 사물의 소통수단은 기존 WSN(Wireless Sensor Network) 및 RFID, 바코드, QR코드 기술, 전력량계, IP 카메라 등을 통하여 사물 정보를 인간이 얻는 경우와 작동기나 가속 페달 등 인간의 행동 양식, 사고 등의 인간 정보를 사물이 얻는 경우 등이라고 할 수 있다. 환자의 건강 상태를 지속적으로 모니터링하여 환자의 건강을 유지할 수 있도록 하는 경우

가 대표적으로 인간과 서비스의 소통이라고 할 수 있다.

IoT 환경하에서는 '사물'의 정보를 '인간'이 아니라 '사물'이 직접 송수신하여 처리한다. 즉 먼지 등 가정 내의 오염 정보를 센싱하는 센서노드와 로봇청소기(혹은 공기청정기)가 서로 통신하여 해당 지역에 대한 먼지 제거 및 청소 업무를 수행하게 된다(④의 예). 또한 전력 부족량을 모니터링하는 서비스와 스마트그리드의 송배전 스위치 장치 간의 상호 작용을 통해 특정 지역에 전력을 안정적으로 공급하는 경우 등 사물이 직접 서비스와 소통한다(⑤의 예). 환자의 건강 상태를 모니터링하는 헬스케어 서비스(서비스 A)는 해당 환자의 거주지 혹은 여행지의 외부 환경(온도, 습도 등) 모니터링 서비스(서비스 B)와의 상호 작용을 통해 노인의 건강 상태를 최적으로 유지할 수 있도록 하는 등 서비스와 서비스가 직접 소통한다(⑥의 예).

기존의 사물에 대한 규제체계는 특정개인과 직접적으로 관련된 사물의 규제 중심이었다. 즉 소유권 등 물권적 관점에서의 사물의 소유 및 이용과 관련된 규제 중심이었다. 이후 사물이 일부 프라이버시와 관련될 우려로 인하여 이러한 관점에서의 개인정보, 위치정보 등의 사물정보의 규제가 추가되었다. 결국 그러한 사물이 규제되는 이유는 사물의 소유 또는 지배·관리자 즉 사람과 연계되어 영향을 미치기 때문이다. 무수히 많은 사물정보가 생성되는 가운데 정보의 지배 및 관리가 더 이상 특정 개인과 연계되는 것이 중요하지 않다면 그 연결고리를 과감히 단절해 줄 필요가 있다. 앞서 검토하였듯이 '스마트 연결' 단계에서 사물정보는 결국 사물의 직접적 지배관계에서 탈피, 플랫폼으로 전달되게 된다. 그 전 단계에서는 사물정보에 국한되었으나, 연결 되면서 새로운 정보의 생성을 위한 플랫폼 사업자에게의 정보전달이 이루어지게 된다. 즉 정보흐름 중 '사물정보'는 '②정보의 전달 및 ③전달된 정보의 축적·처리분석' 단계에서 특정 개인과의 연계성이 부가되고 그러한 과정에서 현행법상 규제의 대상으로 변환된다.

Ⅳ. '개인정보'와 '사물정보'의 규제 합리화 방안

1. 규제방향

가. 다른 것은 다르게

규제의 근본 이유는 '공익의 추구'이다. 규제는 공익이라는 규범적 계기에 의해

만들어지는 것이며 다만 이러한 공익적 계기를 사인이 자신의 이익을 위해 활용하려는 이익집단활동에 의해 왜곡될 수 있으나 이는 역관계인 규제완화에서도 마찬가지이다. 따라서 공익추구 결과 나타날 수 있는 사익의 추구는 그것이 규제의 주된 효과라기보다는 반사적 효과로서 나타나는 것이며 공익의 주된 본질은 “공공의 이익, 즉 공익”의 추구라고 하는 것이 타당하다.[21]

이러한 공익 추구라는 근본목표를 향한 규제원리는 여럿 있을 수 있으나 행정규제기본법에서는 규제법정주의, 명확성의 원칙과 함께 규제의 기본원칙으로 1) 국민의 자유와 창의 존중원칙, 2) 본질적 내용 침해금지의 원칙, 3) 실효성의 원칙, 4) 비례의 원칙을 규정하고 있다. 이러한 규제의 일반원칙들이 대부분 규제의 생성과 관련하여 지켜져야 한다면, 규제의 집행과 관련하여서는 집행대상자에 대한 차별금지의 원칙, 어떻게 집행될지 수범자가 예측할 수 있는 집행예측성 원칙 등이 담보되어야 그러한 집행이 국민에게 명확히 인식되고 준수될 것이다. 이것이 바로 규제형평성[22]의 문제이다. 형평성과 관련한 두 가지 원칙으로서 ‘동일범주 동일대우의 원칙’, ‘분배기준 조절의 원칙’을 제시할 수 있다.[23] 첫째는 동일한 범주의 대상을 동일하게 대우하는 것과 함께 동일하지 않은 것들에 대해서는 차등의 가능성을 의미하는 부분이다. 둘째는 분배의 기준은 상황에 적합하게 선택되거나 조합되어야 한다는 원칙이다. 예컨대, 동일한 수준의 과실을 범했다하더라도 과실의 이유가 서로 상이할 수 있기 때문에 모든 대상에 대해 기계적으로 동일한 책임을 물을 수는 없다는 것이다.

그렇다면 ‘사물정보’를 둘러싼 규제환경이 기존 ‘개인정보’를 둘러싼 규제환경과 동일범주라고 할 수 있는가?

기존의 개인정보와 관련된 규제의 중심은 앞서 언급하였듯이 프라이버시 보호를 위한 인격권 보호 차원에서 정보주체의 권리를 강력히 보호하는 것이 주된 방향이었다. 혹자는 이를 ‘프라이버시 보호, 특히 개인정보 보호는 신화가 되었다’고 표현하기도 하고,[24] 개인정보 보호와 다른 헌법적 가치 간의 조화가 필요하다고[25] 주

---

21) 拙稿, ICT규제원칙에 기반한 온라인서비스 비대칭규제의 개선방안에 관한 연구, 성균관법학 제26권제3호(2014.09), 490-49쪽.

22) 형평성은 그 어원에서 동등(equality), 일치(conformity), 균형(symmetry), 공평(fairness)을 의미하는 라틴어 aequitas에서 유래하였으며, 그 어원의 전개과정에서 볼 수 있는 것처럼 “규칙들의 기계적인 적용과는 다른 공평성에 따른 정의(justice)”를 의미한다(임의영, 사회적 형평성의 정의론적 논거 모색: R. Dworkin의 자원평등론을 중심으로.「행정논총」,45(3), 2007, 1-21면).

23) 임의영, 행정이념의 이해. 이민호・윤수재・채종헌(편).「한국의 행정이념과 실용행정」. 한국행정연구원, 공공성과 행정이념 연구총서(2). 2010.

장하기도 한다. 현행의 이러한 규제방향에 따라 개인정보의 법적개념을 정의함에 있어 모호하게 규정함으로서 그 개념의 확장가능성을 열어주었고, 정보주체의 사전동의 원칙을 고수하고 있으며, 이를 어길시 강력한 형사처벌을 규정하고 있다.

사물정보 역시 원칙적으로 무규제 영역임에도 불구하고 개인정보와의 관련성에 의해 사물위치정보에 대하여는 위치정보보호법에 의한 강력한 규제를 따르고 있다. 그 활용에 있어서 물건 소유자의 동의(물건소유자가 누구인지 특정할 수 없는 경우에도 불구하고)를 받아야 하며 관련 사업을 하기 위해서는 엄격한 허가, 신고제의 적용을 받아야 한다.

초기 정보주체의 동의 없는 개인정보의 수집・이용・제공이 원칙적으로 불법으로 취급되는 등 이러한 규율체계가 자리 잡게 된 것은 2001년에 전문 개정된 온라인상에 있어서의 개인정보보호법인 '정보통신망법'(2001. 1. 16. 법률 제6360호. 이하)에서부터 비롯되었다고 보여 진다. 그러나 '정보통신망법'이 이렇게 동의 요건을 절대적인 합법성 기준으로 설정한 것은 회원가입시 이용자가 직접 제공해주는 정보(이름, 주민등록번호, 전화번호, 이메일주소, 우편주소, 직업, 직장명, 학력, 결혼여부 등)를 수집하는 경우만을 상정한 때문인 것으로 보인다.[26] 그러나 현재의 사물인터넷서비스 상황에서의 개인정보의 수집은 이러한 상황과는 다르다. 대부분의 정보처리・분석과정에서 필요한 것은 '특정인'을 식별하기 위한 개인정보가 아니라, 서비스가 가능하기 위한 서비스에 필요한 '사물정보'이다. 다만 사물정보가 전달되는 과정에서 불가피하게 특정인을 식별할 가능성이 있는 정보가 부가되어 전달 될 뿐이다. 즉 정보처리 의도에 있어서 특정인을 식별하기 위한 의사가 결여되어 있다.

또한 수집되는 정보의 시간적 간격이 다르다. 애초 사전동의 기반의 개인정보 규율체계의 입법배경에는 사전동의가 가능하고 합리적인 상황이 전제되어 있다. 회원중심의 인터넷 서비스 제공 및 운영이 그러하다. 그러나 사물인터넷 환경에서는 부지불식간에 실시간으로 정보가 생성되고 전달된다.

정보전달의 당사자자 또한 다르다. 기존의 인터넷 환경에서는 정보주체가 본인이 가지고 있는 개인정보를 서비스제공자에게 전달하는 체계였다(사람-사람 또는

24) 문재완, 프라이버시 보호: 신화에서 규범으로, 개인정보보호법제 개선을 위한 정책연구보고서, 2013.2, 1쪽

25) 황성기, 개인정보 보호와 다른 헌법적 가치의 조화, 프라이버시 정책연구 포럼, 2013, 16쪽.

26) 이인호, 개인정보보호법제 개선을 위한 정책연구보고서 중 "개인정보처리(수집 이용 제공)의 법적 기준에 대한 타당성 분석" 2013.2, 프라이버시 정책연구 포럼, 46쪽

사람-서비스). 그러나 사물인터넷 환경에서는 사물 간, 사물과 서비스간의 정보전달 체계가 중심이며 정보전달의 상대방을 특정할 수 없는 경우도 부지기수다.

이는 ‘사물정보’를 둘러싼 현재의 상황과 ‘동일범주’라고 보기 어렵다. 법은 그 자체가 궁극적 목적이 아니라 사회가 발전하기 위해 지속적으로 수정, 보완되어야 하는 ‘공통선’을 지향하는 일종의 당위적 약속이다. 정보기술에 연동할 수밖에 없는 ICT규제 특성상 동일한 사안에 대하여는 동일하게, 다른 사안에 대하여는 다름을 인정하면서 발빠르게 대응하는 규제의 순발력 확보가 어느 영역보다도 중요하다.

나. 불명확성 제거

사물인터넷 환경에 기반한 사물정보 소통양식은 이미 언급하였듯이 사물정보의 생성, 수집, 제공 등 처리과정에서 관련자의 범위를 확장시킬 수밖에 없다. 사물정보와 관련된 이해관계자가 증가하는 것이다. 이해관계자의 증가는 결국 법률관계의 불명확성을 야기하며 관련 비즈니스의 진출을 망설이게 한다.

특히 기존의 인터넷에서의 불법행위가 직접적으로 물리적 피해에 연결되지 않았다면(금전적 피해는 별도로 하더라도), 사물인터넷 환경에서는 결국 불법행위가 발생할 경우 그 피해는 물리적 결과를 비켜갈 수 없으며 그 책임의 결과를 누구에게 귀속하는가는 더욱 복잡해 질 수밖에 없다(데이터 분석 오류, 센싱 오류, 네트워크 장애 등으로 인해 무인자율주행자동차의 운행이 잘못되어 발생한 교통사고 등을 가정할 수 있다.) 초기 인터넷 서비스를 통한 불법저작물 유통의 경우 인터넷서비스제공자의 책임과 관련하여 깊은 논의 끝에 인터넷서비스제공자의 면책규정을 마련해 주는 방향으로 입법의 방향을 규정하지 않았다면,[27] 인터넷서비스사업자는 불명확한 공동불법행위 책임의 위험속에서 서비스의 발전을 도모하기 곤란했을 것이다. 전통적 기기 제조업자, 네트워크 사업자, 플랫폼 사업자, 디바이스 제조자 등 사물인터넷서비스와 관련된 당사자는 더욱 다양하고 복잡하며 각각의 이해당사자들 간의 책임범위를 어느 정도까지 예측가능성 있게 명확히 규정하는 것은 사물인터넷 서비스 발전을 위해 반드시 필요한 사항이다.

---

27) 물론 현재도 이러한 책임범위가 완전히 명확해 진 것은 아니다. 기술적·관리적 보호조치의 정도에 대한 합의 도출 곤란, 면책대상이 되는 서비스의 한정성(저작권, 명예훼손, 사생활침해 정보등에 한정) 등의 지속적으로 해결해야 하는 쟁점들은 여전히 존재하고 있다.

다. 국제적 흐름의 고려

기본적으로 인터넷을 기반으로 하는 서비스에 대하여는 더 이상 영토기반의 국가규제가 그 의의를 발휘하기 곤란하다. 우리나라에만 존재하는 규제는 결국 국내외 사업자 간의 차별문제로 귀착된다. 사물인터넷서비스 역시 인터넷을 기반으로 하므로 그 서비스 영역은 국경의 존재를 무색하게 한다. 국내의 지엽적 규제는 국내 사업자에게는 국내법 적용을 회피하고자 하는 인식 및 우회서비스를 확산하는 결과를 초래하면서 우리나라 사업에 부정적 영향을 미칠 수밖에 없게 된다. 따라서 국제적 기준에 부합하지 않는 규제에 대하여는 재검토할 필요가 있다.

대부분의 사물인터넷 서비스는 사물의 위치정보를 기반으로 하고 있는바 이러한 사물위치정보를 규율하고 있는 '위치정보보호법' 역시 세계적으로 찾아보기 힘든 우리나라 고유의 규제법이다. 이 법에 의할 경우 "누구든지 개인 또는 소유자의 동의를 얻지 아니하고 당해 개인 또는 이동성이 있는 물건의 위치정보를 수집·이용 또는 제공하여서는 아니 되므로(동법 제15조)" 이동성 있는 사물의 위치정보를 기반으로 하는 사물인터넷서비스사업자는 그 사업수행에 있어서 여타 해외사업자에 비하여 더 열등한 위치에 설 수 밖에 없다.

또한 개인정보 제3자 제공의 경우 유럽연합의 개인정보보호지침은 일반개인정보의 수집·이용 및 제3자 제공이나 공유가 허용되기 위한 법적 기준으로서, "개인정보처리자나 개인정보를 제공받는 제3자가 추구하는 정당한 이익(legitimate interests)을 달성하기 위하여 정보처리가 필요한 때. 다만, 그러한 이익보다 정보주체의 기본적인 권리와 자유(fundamental rights and freedoms)를 보호해야 하는 이익이 더 클 때에는 그러하지 아니하다."고 규정하고 있다(제7조 f항). 이처럼 유럽연합은 정보주체의 동의 없는 제3자 제공을 개인정보처리자 또는 제3자의 정당한 이익을 달성하기 위하여 필요한 범위 내에서 넓게 인정하고 있다. 다만, "opt-out 방식(사후거부방식)"에 의해 정보주체의 통제권을 인정하고 있다.[28] 이러한 기준에 비추어 볼 때 우리나라의 경우 이러한 예외를 인정함 없이 정보주체의 엄격한 사전동의에만 의존하고 있는 바, 국경 없는 서비스를 속성으로 하는 인터넷 기반 서비스에서 비교열위의 위치를 지고 관련 사업을 영위할 수밖에 없다.

---

28) 이인호, 전게논문, 55쪽

2. 개선방안

앞서 언급된 규제방향을 전제로 개인정보와 사물정보 규제 개선방안을 다음과 같이 제안하고자 한다.

가. 사물정보의 합리적 활용의 허용

1) 개인정보의 개념 명확화

탈규제 영역으로서의 사물정보와 규제영역으로서의 개인정보의 구분을 명확화할 필요가 있다. 이는 별도로 사물정보를 개념정의 하여 개인정보의 개념에서 명확히 제외시키는 방안과 개인정보의 범위를 축소하는 방안이 있다. 전자의 방안으로는 별도의 규제필요성 없이 '사물정보'를 개념정의 하는 것은 또 다른 규제의 가능성을 야기할 수 있다. 체계적 IoT산업의 육성 차원에서 사물정보와 관련된 표준화, 인력양성, 관련 산업 추진을 위한 입법에서의 '사물정보'의 개념정의는 별론으로 하고 규제를 위해 별도의 사물정보에 대한 개념정의는 불필요하다. 오히려 '개인정보' 의 영역에서 규제가 불필요한 '사물정보'의 성격을 가지고 있는 정보를 배제할 필요가 있다.

이러한 방안으로 다른 정보와의 "용이한" 결합이라는 추상적 광범위한 개념을 좁힐 필요가 있다. '능동형 충돌방지 시스템'의 경우 A자동차의 A'라는 운전자는 무수히 많은 지나쳐가는 앞뒤좌우 자동차로부터 개별 자동차의 위치정보를 수집하게 된다. 이 위치정보는 위치정보만으로는 특정 개인의 위치를 알 수 없지만 그 시각 그 자리를 지나간 자동차번호 등과 결합하여 특정 개인의 위치를 알 수 있으므로 개인(위치)정보에 해당된다. 그러나 통상적으로 볼 때 A'운전자가 가지고 있는 정보능력으로는 무수히 지나간 자신의 앞뒤좌우 자동차의 번호를 모두 식별할 방법이 없다. 이러한 경우 A'운전자를 '개인정보보호법'과 '위치정보보호법'의 규제영역에서 탈피시켜 주어야 한다. 즉 다른 정보와 결합가능성에 의한 개인정보의 범위를 '정보처리자가 통상적인 업무과정에서 쉽게 입수할 수 있는 다른 정보와 결합하여'의 의미로 제한되는 것이 마땅하다.[29] 즉 '해당정보를 보유하고 있는 개인정보처리자가 자신이 보유 또는 지배하고 있거나 일반적으로 공개되어 있는 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 경우'로 제한하여 불명확하게 '개인정보' 규제를 받을 수 있는 '사물정보'를 '개인정보'의 영역에서 제외시켜 줄 필요가 있다.

---

29) 이상직, ICT산업활성화를 위한 개인정보보호법의 현황과 과제, 개인정보보호법학회 세미나 자료집, 2015.4, 70쪽

한편 이러한 개인정보의 개념 수정과 함께 개인정보 중 법이 정하는 기술적 요건에 부합하는 비식별화 조치를 한 “비식별화 개인정보”에 대한 활용 근거 신설하는 방안이 함께 검토되어야 한다. 개인정보로 수집된 정보에 비식별화 조치를 한다면 ‘개인정보 보호법’상 개인정보에 해당되지 않는다는 견해도 있을 수 있다. 이러한 견해에 의할 경우 비식별화된 개인정보는 이미 ‘개인정보 보호법’상 개인정보에 해당되지 않으므로 제3자제공 등 자유롭게 활용할 수 있다. 그러나 현행법상 개인정보의 개념에는 ‘해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 것이 포함된다(개인정보보호법 제2조제1호). 따라서 재식별가능성이 조금이라도 존재한다면 결국 현행법상 ‘개인정보’에 해당될 가능성이 농후하다.[30] 아무리 시간과 비용을 들여 비식별화 조치를 한다 할지라도 수집, 활용, 제3자 제공 등에 있어서의 사전동의 등 개인정보보호법상의 모든 의무 준수하여야 한다. 따라서 법령에서 정하는 일정한 요건의 비식별화조치가 수반된 개인정보의 경우 즉 ‘특정 개인의 식별이 불가능하도록 또는 과도한(비합리적인) 시간적·비용적 노력을 통해서만 개인의 식별이 가능하도록 처리된 개인정보’를 ' 비식별화된 개인정보‘ 라고 규정하여 개인정보보호법상의 개인정보처리자의 의무를 면제시켜 주되, 다만 재식별화조치를 한 자에 대한 별도의 제재조치를 마련하는 방안으로 개선하는 것이 하나의 방안으로 제시될 수 있다.

앞서 언급한 Street Bump의 경우 초기 생성된 ‘도로의 파손에 대한 정보’는 개인정보가 아니다. 다만 이러한 정보가 전송되면서 범프된 도로의 위치정보를 알려주기 위해 ‘휴대폰의 위치정보’가 전송되는 것이고 이러한 전송단계에서 결국 다른 정보(도로파손정보 + 휴대폰정보)와 결합하여 특정 개인(자동차탑승자)을 식별할 수 있는 정보가 되는 것이다. 그러나 이러한 서비스 단계에서 개인식별여부는 전혀 중요하지 않음에도 불구하고 정보를 전송 받는 자는 오히려 동의를 얻기 위해

30) 다음과 같은 개인정보 재식별화 사례가 있다. 미국 매사추세츠주의 단체보험위원회에서 공무원들의 병원 진료기록을 연구 목적 차원에서 공개하되, 이름, 주소, 사회보장번호 등 식별정보 제거하고, 기타 속성 정보만 공개(우편번호,생년월일,성별 포함)하였다. 이 데이터를 이용해 개인을 재식별할 수 있는지 알아보기 위해, 매사추세츠주 케임브리지시의 선거인 명부를 구입 및 비교(L. Sweeny)한 결과 의료데이터와 투표자 명부로부터 특정 개인(주시사)의 개인정보를 재식별할 수 있었다. 또 다른 사례로 미국의 비디오 대여 및 스트리밍 기업인 Netflix사(40개국 3,300만명)도 영화추천 시스템 개선을 위해 백만 달러에 달하는 Netflix Award를 공표하고, 6년간 50만명의 고객들이 작성한 1억건의 질의 데이터를 공개하였다(2006.10). 그러나 2007년 실명확인이 가능하다는 사실이 일부 연구진에 의해 공개되었다. 인터넷 무비 데이터베이스(IMDb)의 영화 평점 자료와 연계시킬 경우 6개의 영화 평점만을 비교해도 84%의 고객 이름 식별가능하다는 결과가 나오면서 2009년 고객의 집단 소송에 직면하게 되었고 관련 데이터 공개 종료하였다.

정보주체를 찾아내려는 노력을 하여야 한다. 이렇게 정보주체를 찾아내 동의를 얻으면 결국 개인정보처리자로서의 모든 의무를 이행하여야 한다. 이 경우 전송과정에서 일정한 휴대전화의 고유식별성에 대한 비식별화 조치를 한다면 해당 정보의 개인정보성을 탈피시켜 주어야 한다. 즉 개인정보와 관련된 규제에서는 자유로와져야 한다. 다만 개인의 프라이버시 보호를 위해 다시 재식별화 하려는 노력을 엄격히 규율할 필요가 있는 것이다.

2) 개인정보의 제3자 제공 범위 합리화

사물인터넷서비스의 제공을 위해서는 수집된 사물정보 또는 개인정보의 유통 즉 제3자 제공이 필수적이이다. 센서를 통해 수집된 사물정보는 센서가 부착된 사물의 위치와 함께 클라우드 환경의 플랫폼으로 전달되고 플랫폼에서 분석되어 새로운 정보로 가공되어 다시 서비스제공자에게 전달되게 된다. 그러나 앞서 언급하였듯이 민간의 개인정보처리자가 “자신 또는 제3자의 정당한 업무수행을 위하여” 개인정보를 공유하거나 제3자에게 제공할 수 있는 경우는 유일하게 정보주체의 사전동의를 받는 방법(Opt-In 방식)뿐이다. 이를 위반할 경우 5년 이하의 징역 또는 5천 만 원 이하의 벌금에 처하여진다(제71조 제1호 및 제2호). 실시간, 부지불식간에 이루어지는 정보유통을 본질로 하는 사물인터넷 서비스 제공에 있어서 정보유통에 대하여 일일이 이렇게 사전동의를 받아야 한다면 서비스 활성화는 물론 서비스 출시 자체가 곤란하다. 또한 정보전달의 상대방을 특정할 수 없는 경우도 다반사이기 때문에 처음 서비스 계약 시 제3자 제공을 특정할 수도 없다. 따라서 개인정보처리자나 제3자의 정당한 이익을 달성하기 위한 경우에 정보주체의 동의 없는 제3자 제공을 허용하되, 다만 정보주체에게 사후에 그 제공을 거부할 수 있는 권리를 부여하는 Opt-Out방식으로의 전환을 검토할 필요가 있다.

독일의 연방개인정보보호법도 민간의 개인정보처리자가 자신의 업무수행을 위한 경우가 아니라도, (i) “제3자의 정당한 이익을 보호하기 위하여 필요한 때”(제28조 제3항 제1호), 또는 (ii) “광고, 시장조사 그리고 여론조사를 위한 목적인 때”(제28조 제3항 제3호)에는 수집. 이용하고 있던 개인정보를 제3자에게 제공하는 것이 허용된다.[31] 그리고 이 경우에 정보주체에게는 사후 거부권이 주어진다(제28조 제

31) 다만, 위 (ii)의 경우에는 다음의 조건 하에서만 가능하다. 이용 또는 제공되는 개인정보는 일정 범위의 사람들에 관한 명부형식으로 된 개인정보여야 하고, 그에 포함되는 개인정보는 (a) 당해 정보주체가 그 명부에 포함되는지 여부, (b) 직업, (c) 이름, (d) 직책, (e) 대학학위, (f) 주소, 그리고 (g) 출생연도에 정되어야 하며, 그리고 당해 정보주체가 그 제공이나 이용을 못하게 할

4항). 즉 정보주체가 자신의 정보를 광고, 시장조사 또는 여론조사를 목적으로 이용 또는 제공하지 못하도록 개인정보처리자에게 이의를 제기하는 때에는, 그러한 목적의 이용 또는 제공은 허용되지 아니한다. 광고, 시장조사 또는 여론조사의 목적으로 연락을 받았을 때, 정보주체는 그 개인정보처리자의 신원과 자신의 거부권에 대하여 통지를 받아야 한다. 자신이 알지 못하는 개인정보처리자가 가지고 있던 개인정보를 이용하여 [위 목적으로]연락을 취하는 자는 그 개인정보의 출처를 정보주체가 알 수 있도록 보장하여야 한다. 정보주체가 위 제3항에 의하여 개인정보를 제공받는 제3자에게 광고, 시장조사 또는 여론조사를 목적으로 하는 처리나 이용을 하지 못하도록 이의를 제기한 때에는, 그 수령인은 그 제공받은 개인정보가 위 목적으로 처리 또는 이용되지 않도록 차단시켜야 한다. 더 나아가, 독일의 연방개인정보보호법은 민간의 기업이 광고, 정보제공서비스, 상업적인 주소목록작성, 시장조사나 여론조사를 위하여 처음부터 제3자에게 제공하기 위한 목적에서 개인정보를 수집・처리하는 것을 일정한 조건[32] 하에 허용하고 있고(제29조 제1항 및 제2항), 물론 이렇게 제3자 제공이 허용된 경우 정보주체에게는 당연히 거부권이 인정된다(제29조 제4항).

일본의 개인정보보호법도 유럽과 마찬가지로 민간의 개인정보처리자가 제3자의 정당한 업무수행을 위하여 또는 광고나 마케팅 목적을 위하여 수집・처리한 개인정보를 정보주체의 동의 없이 제3자에게 제공하는 것을 합법적으로 허용하고 있다. 다만, 이 때 정보주체에게는 사전 고지와 사후 거부권(right to object)을 주어 통제할 수 있도록 하고 있다. 즉, 사후에 정보주체의 요청이 있으면 제3자 제공을 정지한다는 조건 하에, (i) 제3자 제공을 이용목적으로 한다는 점, (ii) 제3자에게 제공되는 개인데이터의 항목 (iii) 제3자 제공의 수단 또는 방법 (iv) 본인의 요청이 있는 때에 당해 본인의 식별이 가능한 개인데이터의 제3자 제공을 정지한다는 점을 미리 통지 또는 쉽게 알 수 있도록 하고 있는 경우에는 정보주체의 사전 동의 없이도 제3자 제공이 가능하다(제23조제3항). 또한 일정한 경우에는 제3자 제공으로 보지 않는다(제23조 제4항). (i) 개인정보취급사업자가 이용목적의 달성에 필요

정당한 이익을 지고 있다고 믿을만한 근거가 일체 없어야 한다.

32) 1. (a) 개인정보를 제공받는 제3자가 그 개인정보를 알아야 할 정당한 이익을 확실하게 증명하거나 또는 (b) 제28조 제3항 제3호에 열거한 개인정보가 명부형식으로 편집되어 광고 또는 시장조사나 여론조사의 목적으로 제공되는 경우, 및
2. 자신의 개인정보가 제3자에게 제공되지 못하게 할 정당한 이익이 정보주체에게 있다고 볼만한 근거가 전혀 없는 때.

한 범위 내에서 개인데이터의 취급의 전부 또는 일부를 위탁하는 경우, (ii) 합병 기타의 사유에 의한 사업의 승계에 수반하여 개인데이터가 제공되는 경우 (iii) 개인데이터를 특정의 자와의 사이에서 공동으로 이용하는 경우로서, 그 취지 및 공동으로 이용되는 개인데이터의 항목, 공동으로 이용하는 자의 범위, 이용하는 자의 이용목적 및 당해 개인데이터의 관리에 대해 책임을 지는 자의 성명 또는 명칭에 대하여 미리 본인에게 통지하거나 본인이 용이하게 알 수 있는 상태에 두고 있는 때 등이다.

나. 위치정보 규제의 합리화

1) 현행 ‘위치정보보호법’과 사물인터넷서비스

앞서 언급된 사례가 보여주듯이 거의 모든 ‘사물정보’의 규제문제는 ‘위치정보’와 관련된다. 인간과 사물간의 관계가 아니라, 사물 간 또는 사물과 서비스간의 통신으로 변화하면서 사물정보의 대부분은 위치정보화 되어 이동하게 된다. "위치정보"라 함은 이동성이 있는 물건 또는 개인이 특정한 시간에 존재하거나 존재하였던 장소에 관한 정보로서 '전기통신사업법' 제2조제2호 및 제3호에 따른 전기통신설비 및 전기통신회선설비를 이용하여 수집된 것을 말한다(법 제2조제1호). 특히 특정 개인의 위치정보(위치정보만으로는 특정 개인의 위치를 알 수 없는 경우에도 다른 정보와 용이하게 결합하여 특정 개인의 위치를 알수 있는 것을 포함한다)를 "개인위치정보"라고 별도로 규정하여 수집에 대한 사전동의, 이용 또는 제공과 관련된 정보 제공 등 보다 강력한 규제를 하고 있다. 뿐만 아니라 위치정보를 수집하여 위치기반서비스사업을 하는 자에게 제공하는 것을 사업으로 영위하고자 하는 자, 즉 ‘위치정보사업자’는 방송통신위원회의 허가를 득해야 하며 이러한 허가를 득하지 아니하고 사업을 할 경우 5년 이하의 징역 또는 5천 만 원 이하의 벌금에 처해진다(제5조제1항, 제39조제1호). 그리고 위치정보를 이용한 서비스(이하 "위치기반서비스"라 한다)를 제공하는 것을 사업으로 영위하는 자, 즉 ‘위치기반서비스사업자’는 '방송통신위원회‘에 신고하여야 하며 신고를 하지 아니하고 사업을 할 경우 3년 이하의 징역 또는 3천 만 원 이하의 벌금에 처한다(제9조제1항, 제40조제2호).

능동형 충돌방지시스템은 실시간 운행되는 자동차의 위치정보를 기반으로 하는 서비스에 해당되므로 이러한 서비스제공자는 단연코 ‘위치정보사업자’이면서 동시에 ‘위치정보기반사업자’에 해당되게 된다. 운전자는 운행중 자신의 개인위치정보를 끊김없이 전송하며 다른 운전자의 위치정보를 끊김없이 제공받는다. 이는 위치

기반서비스사업자가 개인위치정보를 개인위치정보주체가 지정하는 제3자에게 제공하는 서비스를 하고자 하는 경우에 해당되므로 i)위치기반서비스사업자의 상호, 주소, 전화번호 그 밖의 연락처, ii)개인위치정보주체 및 법정대리인(제25조제1항의 규정에 의하여 법정대리인의 동의를 얻어야 하는 경우에 한한다)의 권리와 그 행사방법, iii)위치기반서비스사업자가 제공하고자 하는 위치기반서비스의 내용, iv)위치정보 이용・제공사실 확인자료의 보유근거 및 보유기간 v)그밖에 개인위치정보의 보호를 위하여 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 사항의 내용을 이용약관에 명시한 후 제공받는 자 및 제공목적으로 개인위치정보주체에게 고지하고 동의를 얻어야 한다(제19조제2항). 또한 위치기반서비스사업자가 개인위치정보를 개인위치정보주체가 지정하는 제3자에게 제공하는 경우에는 매회 개인위치정보주체에게 제공받는 자, 제공일시 및 제공목적을 즉시 통보하여야 한다(제19조제3항). 사물의 위치정보를 기반으로 하는 위 다른 사례도 대부분 대동소이하게 이러한 규제를 받아야 한다. 이 서비스에서 자동차간에 주고받는 대부분의 자동차의 위치정보는 자동차의 운행을 위한 것으로 개인의 사생활침해와는 무관하다. 스마트카트 역시 카트에 물건이 담기면서 발생하는 카트 및 물건의 위치정보는 이를 지배하는 개인을 특정할 수 있지만 개인을 특정하고자 정보를 수집하는 것이 아니라 사물정보의 전달과정에서 개인의 위치가 함께 특정될 수도 있는 것이다.

한편 위치정보는 모든 이동성 있는 물건 또는 개인에 대한 위치정보를 포함하며 누구든지 개인 또는 소유자의 동의를 얻지 아니하고 당해 개인 또는 이동성이 있는 물건의 위치정보를 수집・이용 또는 제공하여서는 아니 된다(법 제15조제1항). 즉 그 정보가 개인을 식별할 수 있는 정보인지 여부를 불문한다. 물건에 대한 위치정보는 그 자체로서 개인정보보호와 특별한 관련이 없고 개인에 대한 위치정보 중에서도 식별성이 없는 개인에 대한 위치정보는 개인정보의 보호필요성이 없다. 그럼에도 불구하고 현행법은 이를 구별하지 아니하고 있다 즉 '위치정보보호법'은 개인정보가 아닌 개인과 연계되지 않은 사물의 위치정보에 대하여도 수집 이용 제공에 당사자의 동의를 요하고 있다.[33] 이는 '개인정보보호법' 상 보호되는 '개인정보'의 범위보다도 그 규제대상의 범위가 넓으며, '특정 개인의 것이 아닌 위치정보' 즉 '익명인의 위치정보'의 경우에도 프라이버시 침해 문제가 발생할 수 있을지 의문이다.[34] 사물인터넷 환경하에서 대부분의 사물의 이동정보(자동차, 헬쓰케어 제

33) 황창근, 사물인터넷과 개인정보보호, 법제연구 제46호, 2014.6, 96-96쪽.
34) 박경신, "개인정보"의 정의와 위치정보보호법의 개선 방안, 전북대학교 법학연구소 법학연구 통

품, 기타 각종 휴대용 기기 등)는 이 법에 의한 위치정보에 해당되게 되나 실질적으로 부지불식간에 일어나는 사물의 위치정보의 이용에 있어서 매번 사전동의를 받는 것은 불가능하다.

2) ‘위치정보보호법’의 보호범위 축소

법은 그 자체가 목적이 아니라 인간의 사회를 이롭게 하고자 우리 스스로 지키기로 약속한 수단인 만큼 법의 발전에 있어서 변화된 환경을 반영하기 위한 지속적 수정・보완은 매우 중요하다. ‘위치정보보호법’은 2005년 제정된 이후 17번의 개정이 있었으나 대부분 타법개정에 의한 개정이며 내용과 관련된 주요 개정사항은 긴급구조와 관련된 제도합리화 방안의 도입이 대부분이다. 서비스의 변화를 반영한 개정은 금번 2015년 2월 3일 개정이 최초의 개정이나 금번 개정 역시 개인위치정보를 다루지 않는 위치기반서비스사업에 대한 신고의무 면제 정도에 그치고 있다. 이 법의 제정배경은 이동통신기술의 급속한 발달로 물류, 보안, 상거래 등에 위치정보를 이용하는 다양한 서비스가 등장하면서 개인위치정보가 유출, 남용되는 등 개인의 사생활이 침해될 우려가 커지고 있는 바, 위치정보를 수집하는 사업에 대하여 허가제도, 위치정보기반서비스를 제공하는 사업에 대하여 신고제도를 도입하고자 하는 것으로[35] 주된 규제목적은 사생활침해와 관련된다. 2005년 이 법의 제정당시 환경은 이동통신사가 기지국을 기반으로 위치정보의 수집을 규율하는 것을 전제로 하였고 실제 ‘위치정보보호법’에 의하여 허가 또는 신고를 받은 사업자는 이동통신사나 물류회사가 주종이었다.[36] 현재의 사물인터넷 서비스 환경을 상정하고 규정된 내용이라고 볼 수 없으므로 다음과 같은 방향으로 개정될 필요가 있다.

우선 규제대상이 되는 위치정보의 범위를 축소하여야 한다. 사물의 단순한 위치정보는 사생활침해와 무관하므로 규제대상인 위치정보의 범위에서 제외할 필요가 있다. 단순위치정보 즉 개인식별성이 없는 사물에 대한 위치정보에 대하여만 사전동의를 삭제하는 것으로 개정하는 방안도[37] 제안될 수 있으나, 사전동의제도 이외

권 제37집 2012년 12월, 194쪽

35) 위치정보의 보호 및 이용에 관한 법률 제정이유, 2005.01.27.제정, 법제처 (http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=66566&ancYd=20050127&ancNo=07372&efYd=20050728&nwJoYnInfo=N&efGubun=Y&chrClsCd=010202#0000, 2015년 6월 9일 확인)

36) 전응준, 위치정보법의 규제 및 개선방안에 관한 연구, 정보법학, 제18권 제1호, 205쪽

37) 전응준, 전게논문, 219쪽

의 규제범위에서 모두 제외시키기 위해서는 개념정의 자체를 축소하는 것이 타당하다. 사물의 단순한 위치정보를 이용하는 사업의 영위가 허가나 신고 대상으로 규제될 필요성은 없기 때문이다.[38] 따라서 '위치정보보호법'의 보호대상은 "개인이 특정한 시간에 존재하거나 존재하였던 장소에 관한 정보로서 그 개인을 알아볼 수 있는 정보(그 개인을 해당 정보만으로는 알아볼 수 없더라도 해당 정보를 보유하고 있는 위치정보사업자나 위치정보기반사업자가 자신이 보유 또는 지배하고 있거나 일반적으로 공개되어 있는 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 것을 포함한다)"로 정의되어야 한다. 즉 "위치정보"의 개념을 삭제하고 "개인위치정보"의 정의를 위와 같이 바꾸는 것이 타당하다.

또한 사물정보가 개인위치정보와 결합된 형태로(예를 들어 도로파손정보+특정휴대전화위치정보) 전달되는 경우 전달과정에서 자동적으로 개인식별성을 제거하는 조치를 취한 경우 사전 동의를 면제해 주는 방안의 도입이 검토되어야 한다. 앞의 사례에서 살펴본 바와 같이 대부분의 사물정보는 생성당시 단순사물정보에 불과하나 전달과정에서 개인식별(가능)성을 띠게 된다. 따라서 이러한 경우 개인식별(가능)성을 제거는 기술적 조치가 추가될 수 있으며 이러한 경우 '위치정보보호법'상의 사전동의, 이용・제공에 있어서의 각종 규제를 면제해 줄 필요가 있다. 다만 이에 대한 재식별화를 막기 위하여 비식별화된 사물정보에 대한 재식별화 조치를 한 경우 형사 또는 행정벌등 일정한 제재를 부과하여야 할 것이다.

다. 사물정보 관련 책임관계의 명확화

1) 사물인터넷 책임 관련자의 복잡성

기존의 법률관계는 '가해자와 피해자'의 개념이 중심이었다. 또한 가해자와 피해자가 다수라 할지라도 이들 간의 관계가 비교적 명확히 드러나므로 책임배분에 있어서 특별히 첨예한 이슈가 제기된 것은 아니다. 그러나 정보기술의 고도화에 따라 가해자가 명확히 드러나지 않는 경우가 발생하게 되었다. 가장 대표적인 예가 '정보통신망법'상의 정보통신서비스제공자나 '저작권법'상의 온라인서비스제공자라고 할 수 있다. 이들은 직접적으로 불법행위에 가담하지 않았음에도 불구하고 그들의 서비스를 이용한 직접적인 불법행위자들에 의하여 공동불법행위 책임을 지는 위험에 처해진 자들이다. 이들은 직접적 가해자와 피해자 사이에서 애매한 위치를 차지하면서 경우에 따라서 공동불법행위자로 인정될 수밖에 없다.

38) 국가가 산업현황 파악, 통계작성, 세금징수 등을 위해 등록하도록 하는 것은 별론으로 한다.

기존의 인터넷 시대의 책임과 관련된 문제는 이처럼 인터넷서비스제공자의 개입에 그쳤다면 앞으로 사물인터넷을 기반으로 한 서비스의 경우 불법행위 발생에 있어서 이러한 모호한 입장의 당사자가 하나 또는 둘 이상은 더 개입될 수밖에 없다. 특히 기존의 인터넷에서의 불법행위가 직접적으로 물리적 피해에 연결되지 않았다면(금전적 피해는 별도로 하더라도), 이러한 기술 환경에서 결국 불법행위가 발생할 경우 그 피해는 물리적 결과를 비켜갈 수 없으며 그 책임의 결과를 누구에게 귀속하는가는 더욱 복잡해 질 수밖에 없다.

사물인터넷환경에서는 가상공간이 아니라 현실공간에서 데이터의 전송이 이루어지므로 그 책임당사자 또한 다양하고 복잡해 질 수밖에 없다. 우선 책임의 당사자로 대두될 수 있는 자는 전통적 사물 제조업자, 네트워크 사업자, 플랫폼 사업자, 디바이스(센서) 제조자 등이라고 할 수 있다. 자동차를 예로 들자면 전통적 기기제조업자는 ‘자율주행기술’이 적용되기 전의 기존의 자동차 제조업자, 스마트 홈서비스의 경우 스마트 기술이 적용되기 전에 만들어진 기존의 냉장고, TV, 에어콘 등의 제조업자를 의미한다. 이들의 경우 기존의 민법 또는 ‘제조물책임법’에 따른 불법행위책임이 그대로 적용될 수 있다고 본다.

다음으로 네트워크 사업자의 역할이 더욱 중요해 질 수 밖에 없다. 모든 사물이 인터넷에 연결되는 과정에서 트래픽 급증할 수밖에 없다. 따라서 적절한 수준의 QoS(Quality of Service)가 지원되지 않을 경우 모든 데이터전송이 중단되거나 적시에 데이터 전송이 이루어지지 않게 될 수 있다. 그리고 이는 곧 사물인터넷서비스의 예측하지 못한 중단으로 연계되면서 물리적 손해에 연계될 수밖에 없다. 기존의 인터넷 환경에서의 네트워크사업자의 경우 사이버 상의 정보전송의 중단 및 지연에 그쳤으나 이제 단순히 이러한 피해가 사이버 상에서 이루어지는 것이 아니라, 현실공간에서 직접 나타나게 된다. 예를 들어 능동형충돌방지 기능이 수행되는 자동차에서 네트워크의 트레픽 과다 등으로 인한 QoS 이상으로 데이터 전송의 중단이나 지연이 발생할 경우 데이터를 제대로 송수신하지 못한 자동차는 도로에서 어떠한 상태에 처하게 될지에 대하여는 매우 심려할 만 할 것이다.

플랫폼이란 사물을 인터넷에 연결하고 사물로부터 수집된 정보를 처리하는데 필요한 공통SW(미들웨어 등)와 개발도구의 집합을 의미한다. 개발자는 공통플랫폼 활용으로 제품·서비스 개발비용 및 시간을 단축할 수 있으며, 이용자는 스마트폰 등을 활용하여 사물에 쉽게 접속・이용이 가능하게 된다. 결국 플랫폼을 통해 정보의 분석 및 처리가 일어나게 되므로 플랫폼 사업자의 책임 있는 사유로 인하여

사물정보의 분석처리 오류가 발생할 경우 이는 기기의 오작동으로 연계되게 된다.

다음으로 디바이스(센서) 제공자 역시 책임 관련자로 대두될 수 있다. 기존의 인터넷 환경에서의 디바이스가 스마트폰이나 테블릿 등 정보제공 수단에 국한되었다면 IoT환경에서는 웨어러블(착용형, 거치형 등), 고실감 디바이스, 스마트 생활용품 등 디바이스 종류가 다양하며 이러한 디바이스는 단순히 정보제공 뿐만 아니라 센서를 통해서 주변 현실의 정보를 실시간 교환하고 제공하게 된다. 따라서 센서를 통한 잘못된 인지나 디바이스 오작동은 결국 플랫폼이나 네트워크 계층에서의 오류와 함께 중요한 책임요인으로 작용하게 된다.

2) 인터넷서비스제공자의 면책규정 도입배경

기존의 인터넷 환경에서 법적 책임의 당사자는 직접적 가해자와 인터넷서비스제공자로 나누어진다. 판례와 학설은 인터넷상의 명예훼손, 저작권 침해 등과 관련하여 직접적인 가해자 외에 인터넷서비스제공자를 공동불법행위자로 인정하기 위한 요건을 발전시켜 왔다. 이들에게 공동불법행위 책임을 인정하려는 시도의 배경에는 인터넷상에서의 불법행위를 직접 범한 사용자에 비해서 비교적 그 실체가 분명하고, 일정한 자본을 형성하고 있으므로 그 책임을 묻기가 용이하며[39], 온라인을 이용한 불법적 침해행위가 가능할 수 있는 시설 등의 기회를 제공하였고, 가입자의 침해행위로 인하여 인터넷서비스제공자 역시 가입자를 보다 많이 유인하는 등의 직접적·간접적 이익을 얻게 되기 때문이다. 뿐만 아니라 가입자들의 불법행위에 대하여 다른 가입자들은 이를 제재하기 어렵지만 인터넷서비스제공자는 매우 용이하게 온라인상의 제재를 가할 수 있다.[40] 이러한 이유로 일종의 간접책임의 차원에서 인터넷서비스제공자의 책임이 논의, 인정되어 왔다. 그러나 이러한 책임만을 강조할 경우 i)불법한 행위뿐만 아니라 인터넷서비스제공자가 매개하는 적법한 행위도 함께 사장되고 ii) 서비스제공자는 책임을 추궁당하는 것을 모면하기 위하여 불명확한 경우까지 정보의 전달을 거부함으로서 관련 서비스의 발전에 저해되며, iii)인터넷서비스사업자가 책임을 면하기 위하여 소요되는 비용이 과중하게 되면 이는 곧 이용자에게 전가되고 이러한 결과 혁신적 기술의 도입을 지연시키게 되므로,[41] 일정한 요건을 충족한 경우 책임을 제한하는 입법을 마련의 필요성이

39) Douglas Lichtman & William Landes, Indirect Liability for Copyright Infringement : An Economic Perspective", 16Havard Journal of Law & Technology 395, Spring 2003, pp.396~99

40) Douglas Lichtman & William Landes, op.cit, pp.397~99

41) Mart A. Lemley & R. Anthony Reese, Reducing Digital Copyright Infringement Without Restricting

인정되었고 저작권법에서는 이에 따라 온라인서비스제공자의 책임제한 규정을 도입하고 있다.[42]

한국에서는 인터넷서비스제공자에 대한 책임제한규정이 '저작권법'상의 침해행위와 '정보통신망법'상 명예훼손·사생활침해의 경우에만 적용된다.[43] 그러나 유럽연합의 전자상거래지침,[44] 독일의 온라인서비스법,[45] 일본의 서비스제공자책임제한법은[46] 저작권침해의 경우뿐만 아니라, 상표권 침해 나아가 명예훼손(인격권 침해)에 대한 침해책임 등 인터넷서비스제공자가 정보유통자로서 관여하여 책임이 거론될 수 있는 일체의 경우를 가리지 않고 일정한 조건 하에 책임을 제한하는 규율체계를 띠고 있다. 미국의 경우에만 인터넷서비스제공자의 책임제한을 논의함에 있어 전통적으로 저작권 침해의 경우와 명예훼손의 경우를 구분하고 있고 전자의 경우는 DMCA에서[47], 후자의 경우에는 통신품위법(CDA)라는 각각 개별 입법을 통하여 면책을 부여하고 있다. 정보유통에 개입하는자로서 인터넷서비스제공자의 책임을 제한하는 규정을 두는 이유는 인터넷서비스제공자에게 법적 안정성을 보장하는 한편 정보의 원활한 유통과 불법정보의 정당한 제거를 촉진하고자 하는 것이다.[48]

3) 사물인터넷서비스 제공자의 정보유통 면책기준 마련

사물인터넷서비스의 핵심은 사물정보, 사물위치정보, 개인정보, 개인위치정보 등 정보의 유통이 핵심이다. 그러나 이러한 정보의 유통과정에서 필연적으로 의도하

Innovation, Stanford Law Review, May 2004.pp.1379-89; 이영록, 온라인서비스제공자의 저작권 침해책임, 저작권심의조정위원회 저작권 연구자료, 1999.12,—22-25쪽.

42) 저작권법 제102조(온라인서비스제공자의 책임 제한) ① 온라인서비스제공자는 다음 각 호의 행위와 관련하여 저작권, 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리가 침해되더라도 그 호의 분류에 따라 각 목의 요건을 모두 갖춘 경우에는 그 침해에 대하여 책임을 지지 아니한다.
1.~4.<각호 생략>

43) "정보통신망법"의 경우 필요적 감면이 아니라 임의적 감면을 규정하고 있으므로 완전한 의미에서의 면책규정이라고 할 수 없다.

44) Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce)제12조~제15조

45) 독일에서는 1997년 7월 22일 연방정보통신서비스법(IuKDG)을 발효시켰는데, 그 중 제1장인 온라인서비스법(Teledienstegesetz, TDG)에서 인터넷서비스제공자의 책임제한요건에 관하여 규정하고 있다. 이후 2000년 유럽연합의 전자상거래지침을 국내입법하기 위한 절차를 진행하였고 2001년 개정되었다.

46) 일본은 '특정전기통신역무제공자의 손해배상책임의 제한 및 발신자정보의 개시에 관한 법률'이라는 특별법을 2001.11.30. 제정, 2002.5.27.부터 시행하고 있다.

47) Digital Million Copyright Act, 17U.S.C.§512

48) 박준석, 인터넷서비스제공자의 책임, 2008, 박영사, 174쪽

지 않은 사생활 침해, 정보의 오남용 문제가 발생할 수 있다. 또한 기기의 오작동으로 인한 손해가 발생할 수도 있다. 사물인터넷서비스제공자 본인들도 이러한 모든 피해를 예측하기 곤란하다. 따라서 책임만을 엄격히 규정할 경우 결국 사업 및 서비스의 범용화·사업화는 불가능하게 되므로 인터넷서비스제공자의 면책 규정의 도입처럼, 사물인터넷서비스제공자의 주의의무를 규정하고 그러한 의무를 다 하였음이 증명된 경우 책임을 면제하는 제도의 도입도 검토해 볼 필요가 있다. 즉 사물정보를 취급하는 사업자가 사물정보의 수집·분석·처리 과정에서 정보유출 혹은 오남용방지를 위해 일정한 노력을 한 경우 해킹, 사생활침해 등의 정보유통과정에서의 침해행위에 대한 책임을 면제해 주는 규정을 도입할 필요가 있다. 특히 개인정보의 오남용 면책을 위한 요건으로는 '개인정보 비식별화조치', '재식별화금지조치', '사물정보의 개인식별화 금지조치' 등이 고려될 수 있다.

그밖에 사물인터넷기술을 제공한 자의 책임이 논의되기 위해서는 사물인터넷기술이 적용되기 전의 물건과 적용된 후의 물건이 명확히 구분되어야 한다. 이를 구분하는 개념정의가 법에 의해 이루어져야 이와 관련된 책임문제를 명확히 할 수 있을 것이다.[49]

Ⅴ. 결론

이글은 사물인터넷이라는 변화된 환경에 대한 현행 규제의 적응 필요성에서 비롯되었다. 사물정보 자체는 특별히 규제의 필요성이 인정되는 영역이 아니다. 오히려 서비스 발전을 위해 그 활용 및 유통을 진흥해야 하는 영역이다. 그러나 개인정보와의 혼재성, 경계불명확성으로 인해 개인정보규제와 관련된 문제점이 고스란히 전이되고 있는 상황이다. 따라서 사물정보에 대한 규제가 무엇이 문제가 되는지 밝히기 위해 현행 사물정보와 관련된 규제법 현황을 개인정보 규제법과 더불어 검토하였다(Ⅱ). 다음으로 문제점을 실증적으로 도출하기 위해 사물인터넷과 관련

49) 미국에서도 자율주행자동차의 운행과 관련된 책임에 있어서 자율주행으로 인한 손해의 발생과 관련하여 자율주행자동차로 변환되기 전의 통상의 자동차 제조업자가 책임지지 않음을 명확히 규정한 예가 있다.
네바다주 자율주행자동차법 NRS 482A.090(자동차 제조업자의 책임) 제조업체는 특정 손해에 대하여 책임을 지지 않는다. 제3자에 의해서 자율주행자동차로 변환된 경우 원래의 자동차의 제조업자는 그러한 변환으로 인해 또는 그러한 변환을 용이하게 하기 위해 설치된 장비로 인해 결함이 발생하여 사람이 부상을 당한 경우, 즉 인사사고에 대하여 책임을 지지 않는다.

된 서비스에 현행 개인정보 및 사물정보와 관련된 법제를 적용시켜 보았다. 서비스의 선정은 현행 개인정보 및 사물정보 규제법과 관련성이 깊은 서비스를 중심으로 본인이 조사과정에서 자의적으로 선별하였다. 따라서 사례의 선정에 있어서 보다 논리적이지 못하고 저자의 자의성이 다분히 개입되었음을 인정한다. 이러한 사례분석을 바탕으로 사물정보와 개인정보가 어떻게 정보의 유통과정에서 혼재, 견련되고 있는지를 밝혔으며(Ⅲ), 이러한 분석결과를 바탕으로 개인정보와 사물정보의 규제환경이 규제설정 당시와 달라졌으며 이러한 다름에 따른 규제의 변화 방향 그리고 그에 따른 법령 개선방안을 제안하였다(Ⅳ).

우리나라 개인정보의 규제방향은 'i) 개인정보 개념의 모호성으로 인한 확장 가능성 ii)정보주체 사전 동의 기반의 개인정보처리 iii) 마케팅 목적의 개인정보처리 엄격 제한, iv) 형사벌과 행정벌의 공존' 이라고 할 수 있다. 사물정보의 규제는 'i) 법적 개념화 미비 ii)사물위치정보에 대한 특별법적 규제 iii)공간정보 진흥 기반법제의 추진 등이라고 볼 수 있다. 사물정보에 대한 규제는 사물의 위치정보를 규율하는 것 이외에 개인정보에 해당되지 않는 순수 ‘사물정보’에 대하여 직접적으로 규율하는 법규범은 현재 국내법상 존재하지 않는다고 볼 수 있다.

사례분석을 통해 볼 때 사물인터넷서비스 제공과정에서 통상 생성된 ‘사물정보’는 개인정보化 되어가는 과정을 거쳐 다시 새로운 ‘사물정보’를 생성하게 된다. 즉 수집・생성된 사물정보는 그 자체로는 개인을 식별하는 개인정보가 되지 못하지만, 정보의 전달과정에서 개인과 연계될 경우에는 즉 특히 그러한 사물이 개인에 의해 소유 또는 지배되고 있는 환경에서는 개인정보가 될 가능성이 있다. 또한 사물정보나 개인정보가 특정시간이나 위치와 결합할 때 즉 이동성을 가질 때에는 위치정보로서 위치정보법의 적용을 받게 된다. 이러한 환경에서 사물정보의 내용 및 활용주체는 지속적으로 확장되고 있다. 기존의 사물정보는 사물자체의 구성성분, 용도 등 정적인 정보에 대한 정보 중심이었으나, 사물인터넷 환경에서 사물정보는 사물과 관련된 위치, 사용빈도 등 그 정보내용이 변화되는 사물의 동적・행태적 정보가 추가된다. 사물정보의 활용주체 또한 사물의 물리적 지배를 점유하고 있는 주체에 한정되었던 것이 해당 사물과 서로 교류하는 사물을 지배하고 있는 자, 사물을 판매 하는 자, 사물정보를 분석하는 자, 사물을 유통하는 자 등으로 확장된다.

초기 사물정보와 관련된 직접적 규제는 없었으나 사물인터넷 환경에서 사물정보가 개인정보와 연계되면서 개인정보의 범위를 확장해서 개인정보의 규제를 그대로

사물정보 규제에 전이시키는 경향을 보인다. 그러나 개인정보 규제설정당시의 상황과 사물인터넷환경에의 규제상황은 달라야 한다. 사물인터넷과 관련된 대부분의 정보처리분석과정에서 필요한 것은 '특정인'을 식별하기 위한 개인정보가 아니라, 서비스가 가능하게 하기 위한 서비스에 필요한 '사물정보'이다. 다만 사물정보가 전달되는 과정에서 불가피하게 특정인을 식별할 가능성이 있는 정보가 부가되어 전달 될 뿐이다. 즉 정보처리 의도에 있어서 특정인을 식별하기 위한 의사가 결여되어 있다. 수집되는 정보의 시간적 간격, 정보전달자 역시 다르다. 사물인터넷 환경에 기반 한 사물정보 소통양식의 변화는 앞서 언급하였듯이 사물정보의 생성, 수집, 제공 등 처리과정에서 관련자의 범위를 확장시킬 수밖에 없다. 사물정보와 관련된 이해관계자가 증가하는 것이다. 이해관계자의 증가는 결국 법률관계의 불명확성을 야기하며 관련 비즈니스의 진출을 망설이게 한다. 또한 기본적으로 인터넷을 기반으로 하는 서비스는 더 이상 영토기반의 국가규제가 그 의의를 발휘하기 곤란한 환경이므로 규제에 있어서 국제적 형평성을 고려하여야 한다.

이러한 변화된 환경을 반영하여 현행규제의 수정이 필요하다. 첫째, 탈규제 영역으로서의 사물정보와 규제영역으로서의 개인정보의 구분을 명확화 할 필요가 있다. '결합하여 식별가능한 개인정보'의 범위를 축소하여, '해당정보를 보유하고 있는 개인정보처리자가 자신이 보유 또는 지배하고 있거나 일반적으로 공개되어 있는 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 정보'로 제한하고, "비식별화 개인정보"에 대한 활용 근거 신설하는 방안이 함께 검토되어야 한다. 또한 사물인터넷 서비스의 제공을 위해서는 수집된 사물정보 또는 개인정보의 유통 즉 제3자 제공이 필수적이므로 개인정보처리자나 제3자의 정당한 이익을 달성하기 위한 경우에 정보주체의 동의 없는 제3자 제공을 허용하되, 다만 정보주체에게 사후에 그 제공을 거부할수 있는 권리(right to object)를 부여하는 Opt-Out방식으로의 전환을 검토할 필요가 있다.

둘째, 사물의 단순한 위치정보는 사생활침해와 무관하므로 위치정보의 범위에서 제외할 필요가 있다. 물건에 대한 위치정보는 그 자체로서 개인정보보호와 특별한 관련이 없고 개인에 대한 위치정보 중에서도 식별성이 없는 개인에 대한 위치정보는 개인정보의 보호필요성이 없기 때문이다. 따라서 '위치정보보호법'의 보호대상은 "개인이 특정한 시간에 존재하거나 존재하였던 장소에 관한 정보로서 그 개인을 알아볼 수 있는 정보(그 개인을 해당 정보만으로는 알아볼 수 없더라도 해당 정보를 보유하고 있는 위치정보사업자나 위치정보기반사업자가 자신이 보유 또는

지배하고 있거나 일반적으로 공개되어 있는 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 것을 포함한다)” 로 제한되어야 한다. 즉 “개인위치정보”의 정의를 위와 같이 바꾸고 “위치정보”라는 개념은 위치정보보호법에서 모두 삭제되어야 한다.

마지막으로 사물인터넷서비스제공자의 주의의무를 규정하고 그러한 의무를 다하였음이 증명된 경우 책임을 면제하는 제도의 도입을 검토해 볼 필요가 있다. 사물인터넷서비스의 핵심은 사물정보, 사물위치정보, 개인정보, 개인위치정보 등 정보의 유통이 핵심이다. 그러나 이러한 정보의 유통과정에서 필연적으로 의도하지 않은 사생활 침해, 정보의 오남용, 제품의 오작동 문제가 발생할 수 있다. 사물인터넷서비스제공자 본인들도 이러한 모든 피해를 예측할 수 없다. 즉 사물정보를 취급하는 사업자가 사물정보의 수집분석 처리 과정에서 정보유출 혹은 오남용방지를 위해 일정한 노력을 한 경우 해킹, 사생활침해 등의 정보유통과정에서의 침해행위에 대한 책임을 면제해 주는 규정을 도입할 필요가 있다. 특히 개인정보의 오남용 면책을 위한 요건으로는 ‘개인정보 비식별화조치’, ‘재식별화 금지조치’, ‘사물정보의 개인식별화 금지조치’ 등이 고려될 수 있다. 또한 사물정보가 개인위치정보와 결합된 형태로(예를 들어 도로파손정보+특정휴대전화위치정보) 전달되는 경우 전달과정에서 자동적으로 개인식별성을 제거하는 조치를 취한 경우 사전동의를 면제해 주는 방안의 도입이 검토되어야 한다.

(논문투고일 : 2015.08.19, 심사개시일 : 2015.08.27, 게재확정일 : 2015.09.16)

김 현 경

사물인터넷, 사물정보, 위치정보의 보호 및 이용등에 관한 법률, 개인정보 보호법, 규제원칙

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

박경수 이경현, 「사물인터넷 전쟁」, 동아엠앤비, 2015.

박준석, 인터넷서비스제공자의 책임, 박영사, 2008.

이민영, 개인정보법제론 , 개정증보판, jinhan M&B, 2007.

이창범, 개인정보보호법, 법문사, 2012.

행정안전부, 개인정보 보호법령 및 지침 고시 해설, 2011.

Ⅱ. 논문

구태언, "개인정보 보호법의 제문제", 법학평론, 제3권, 서울대학교, 2012.

국립목포대학교, “위치정보 관련 법・제도 개선방안”, 한국정보보호진흥원, 2006. 11.

김민호・김일환, “민간영역에서 개인정보의 처리와 이용에 관한 비교법적 고찰”, 토지공법연구 46권, 2009.

김민호, 공공부문 개인정보보호법제의 현황과 과제, 토지공법연구 제37집 제1호 2007. 8.

문재완, 개인정보 보호법제의 헌법적 고찰 , 세계헌법연구, 제19권 제2호, 2013.

문재완, “개인정보의 개념에 관한 연구”, 공법연구제42집제3호, 2014.

문재완, “프라이버시보호를 목적으로 하는 인터넷규제의 의의와 한계: ‘잊혀질 권리’ 논의를 중심으로”, 언론법학회 2011년 9월 20일 학술세미나 <인터넷상의 표현의자유와 한계> 자료집.

박경신, “개인정보”의 정의와 위치정보호보법의 개선 방안 , 법학연구, 제37집, 전북대학교, 2012.

박경신, 사생활의 비밀의 절차적 보호규범으로서의 개인정보보호법리, 공법연구 제40집제1호, 2011.

성준호, 빅데이터 환경에서 개인정보보호에 관한 법적 검토, 법학연구, 제21권 제2호, 2013.

이규정 외, 인터넷기반서비스의 발전을 위한 입법방안 연구, 한국정보화진흥원, 2010.

이상직, ICT산업활성화를 위한 개인정보보호법의 현황과 과제, 개인정보보호법학회 세미나 자료집, 2015.4.

이영록, 온라인서비스제공자의 저작권 침해책임, 저작권심의조정위원회 저작권 연구자료, 1999.12.

이영일 외, “부상하는 위치기반서비스(LBS)", CEO Information, 삼성경제연구소, 2007. 8. 1.

이인호, 정보프라이버시권: 한국에서의 도전과 응전 , 제12차 아셈인권세미나 준비회의 발제문, 2012. 6. 27.

이인호, 개인정보보호법제 개선을 위한 정책연구보고서 중 “개인정보처리(수집 이용 제공)의 법적 기준에 대한 타당성 분석”, 프라이버시 정책연구 포럼, 2013.2.

임규철, 개인정보의 보호범위, 한독법학, 제17호, 2012.

임의영, 사회적 형평성의 정의론적 논거 모색: R. Dworkin의 자원평등론을 중심으로.「행정논총」,45(3), 2007.

장주봉, 개인정보의 의미와 보호범위 , 법학평론 제3권, 서울대학교, 2012.

전경근, 개인정보의 활용범위에 관한 연구 , 아주법학, 제6권 제1호, 2012.

전응준, 위치정보법의 규제 및 개선방안에 관한 연구, 정보법학, 제18권 제1호.

정상조・권영준, “개인정보의 보호와 민사적 구제수단”, 「법조」제58권제3호 통권630호, 2009.

조용혁, “개인위치정보의 보호에 관한 법률적 고찰”, 정보화정책 제12권 제2호, 2005.

주성순, “사물지능통신 개념”, 사물지능통신 포럼, 2010. 6.

최경진, 빅데이터와 개인정보 , 성균관법학 제25권 제2호, 2013.

최경진 외, 사물지능통신 활성화를 위한 법・제도 연구, 방송통신위원회, 2010.

최민석, 하원규, 김수민. 2013. 만물지능인터넷 관점으로 본 초연결사회의 상황진단 및 시나리오. IT 이슈 리포트 2013-12. 대전: 한국전자통신연구원.

함인선, 개인정보 처리와 관련한 법적 문제 , 경제규제와 법, 제6권 제1호, 20113.

황성기, 개인정보 보호와 다른 헌법적 가치의 조화, 프라이버시 정책연구 포럼, 2013.

황창근, 사물인터넷과 개인정보보호, 법제연구 제46호, 2014.6.

Ⅲ. 외국문헌

Douglas Lichtman & William Landes, Indirect Liability for Copyright Infringement : An Economic Perspective", 16Havard Journal of Law & Technology 395, Spring 2003.

Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data.

European Commission, Proposal f or a R egu lation o f the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation) (Jan. 25, 2012).

FTC, Protecting Consumer Privacy in an Era of Rapid Change: Recommendations For Businesses and Policymakers, March 2012.

Mart A. Lemley & R. Anthony Reese, Reducing Digital Copyright Infringement Without Restricting Innovation, Stanford Law Review, May 2004.

Paul M. Schwartz & Daniel Solove, Reconciling Personal Information in the United States and European Union (September 6, 2013). 102 California Law Review (2014 Forthcoming)

Paul M. Schwartz & Daniel Solove, The PII Problem: Privacy and a New Concept of Personally Identifiable Information, 86 N.Y.U. L.Rev. 1814 (2011)

Paul M. Schwartz, “BEYOND LESSIG'S CODE FOR INTERNET PRIVACY: CYBERSPACE FILTERS, PRIVACY-CONTROL, AND FAIR INFORMATION PRACTICES”, 2000 Wisconsin Law Review 743.

Abstract

A study on the Differences of Regulation on 'Personal Information' and 'Information of Things'

- Focusing on IoT Services -

Hyunkyung, Kim

A key element of IoT is 'information of things'. Restrictions on use of the 'information of things' itself is not specifically required. Rather, it should promote its use and distribution for the development of related services. However, due to the uncertainty of the boundaries of 'personal information' and 'information of things', the issues related to the regulation of personal information has been transferred to the regulation of 'informations of things'. Therefore this paper examine the deregulation area of 'information of things' to be free from the regulation of the 'personal informations'. To do that, the case of the IoT(Internet of Things) services were analyzed, these case studies clearly revealed issues relating to the distinction between 'information of things' and 'personal information' and the legislative measures were proposed to resolve them.

First, in order to clarify the distinction between regulated and deregulated areas, it shall modify the legal concept of 'personal information' in the direction of narrowing the scope of the concept. Next, the simple location information of the object is independent of the invasion of privacy, so it is necessary to exclude from the scope of the location information that is subject to regulation. Finally it is necessary to review the introduction of a legal system that is also exempt from

liability, that means online service provider shall not be responsible for some infringement, where he/she meets all of the some requirements.

Hyunkyung kim

Interent of Things(IoT), Information of things, Act on the Protection, Use, etc, of Location Information, Personal Information Protection Act, Principle of Regulation

기업에 대한 형사책임귀속의 바람직한 방안*

박 광 민**

Ⅰ. 서 설
Ⅱ. 법인처벌근거에 대한 기존 학설과 판례의 검토
1. 법인의 처벌근거에 대한 이론적 출발점과 기존 학설
2. 기존 학설의 검토
Ⅲ. 종래의 방식에 의한 기업형사책임 귀속의 문제점
1. 기업범죄의 특수성에 기인한 형법상 책임귀속의 문제
2. 양벌규정의 적용에 의한 기업 처벌의 문제점
3. 헌법재판소의 위헌결정 이후 개정된 양벌규정의 문제점
Ⅳ. 기업에 대한 형사책임귀속방식의 변화와 대응
1. 동일시이론
2. 조직모델
3. 소결 : 기업에 대한 형사책임귀속의 바람직한 방안
Ⅴ. 맺음말

【국 문 요 약】

기업의 형사책임귀속 문제에 대해서는 종래부터 각국에서 대위책임의 법리나 양벌규정의 형식을 빌어 해결해 왔으며, 종래 우리나라도 법인의 범죄능력을 부정하고 범죄주체가 자연인 또는 개인이라는 전통적인 사고의 틀 속에서 양벌규정을 통하여 이 문제를 해결해 왔다. 그러나 오늘날 기업범죄의 중요성과 기업조직구조의 복잡성 등으로 기존 이론의 문제점과 한계가 명확하게 드러남에 따라 기업 내지 법인에게 형사책임을 직접 귀속시키는 동일시이론(종속모델) 및 조직모델(독립모델) 등의 새로운 귀책원리가 논의되고 있다.

이에 따라 이 논문은 법인의 범죄능력을 인정하는 긍정설을 기본전제로 하면서 범죄주체가 자연인 또는 개인이라는 전통적인 사고의 틀을 벗어나 기업 내지 법인에게 직접 책임을 귀속시키는 새로운 귀책원리를 수용하는 것이 바람직하다는 것을 논증하였다. 물론 이러한 새로운 귀책원리 또한 더 정치한 이론구성이 필요한 것도 사실이지만, 적어도 오늘날 기업범죄의 특수성에 기인한 형법상 책임귀속의 문제점 및 양벌규정의 적용에 의한 기업처벌의 한계 등을 해소할 수 있는 이론적 기반과 현실적 필요성을 갖추고 있기 때문이다.

---

* 이 논문은 2015. 5. 26. 범죄방지재단 주최로 개최된 “기업비리, 바람직한 대처방안의 모색”이라는 세미나에서 필자가 발표한 내용을 수정·보완한 글이다.

** 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

새로운 귀책원리의 도입방안은 동일시이론과 조직모델의 장점을 받아들이면서 현행 법제의 문제점을 최소화할 수 있는 이론적 기반으로 양이론을 혼합 내지 결합하는 혼합(결합)모델에 따르고, 이에 따른 기업형사책임법제의 입법방식은 오스트리아나 독일 등과 같이 별도의 특별법을 제정하여 여기에 기업 내지 법인이 책임을 져야 할 범위를 명시하는 방식이 합리적이라고 보았다. 아울러 이 경우 기업의 책임범위와 그 기준의 하나로 현재 우리나라의 금융기관과 일부기업에서 실시되고 있는 준법감시프로그램(Compliance Program)의 적극적 활용이 필요할 것이다. 이와 같은 새로운 제도의 구축으로 기업의 투명성과 준법의식을 제고시키고, 기업은 진정한 의미에서 자립한 「선량한 기업시민(good corporate citizen)」으로서 자리매김 할 수 있기를 기대한다.

Ⅰ. 서 설

일정한 조직을 갖추고 영리를 목적으로 계속·반복적으로 생산활동을 추구하는 독립된 경제단위인 기업은 현대 산업사회의 중추적 역할을 수행하면서 경제활동을 이끌어 왔으며, 우리나라 경제발전의 원동력도 기업이었다고 할 수 있다. 이러한 기업의 역할과 비중이 점차 증가하면서 그 역기능의 하나로 나타난 것이 기업범죄(Corporate Crime)[1]이다.

그런데 오늘날 경제규모의 확대와 더불어 기업이 글로벌화되고 기업의 지배구조가 복잡화되면서 기업범죄는 단순한 행정형벌에 처할 범죄를 뛰어 넘어 양적인 측면에서 뿐만 아니라 발생형태 측면에서도 매우 다양한 형태로 나타나고 있으며, 그 피해가 사회에 미치는 영향력 또한 심각한 수준에 이르고 있다. 최근 우리나라에서도 대기업 회장과 고위직 임원들이 연루되는 등 기업이 조직적으로 가담된 환경오염, 시설과 보건 및 식품안전 등 분야에서의 안전사고, 금융기관의 대형금융사고, 탈세, 분식회계, 비자금 조성 및 정치자금 기부 등 새롭고 다양한 형태의 기업범죄가 연일 매스컴에 오르내리며 국민적 관심사가 되는 등 사회문제화 되고 있다.[2]

그럼에도 불구하고 종래 우리나라는 범죄주체가 자연인이라는 사고를 바탕에 두고 기업 또는 법인의 범죄능력을 부정하면서, 각종 행정형법 등에 형벌법규를 위반한 자연인뿐만 아니라 법인도 함께 처벌하는 양벌규정을 설정하여 이의 합리적 해석을 통하여 다양하고 현저한 형태로 나타난 기업범죄에 대처해왔다. 그러나 뒤

---

1) 기업범죄라는 개념은 강학상의 개념으로 여러 가지 의미로 사용될 수 있고 그 범위도 한정하기 어렵기 때문에 명확한 개념이 정립되어 있지도 않으며, 국내외에서 다양한 견해들이 주장되고 있다(이에 대한 상세한 논의는 천진호, “기업범죄와 형사적 규제”, 법학논고 제16집, 경북대학교 법학연구소, 2000, 71~73면; 한석훈, 기업범죄의 쟁점연구, 법문사, 2013, 1~3면 참조). 여기에서는 이 논문이 추구하는 방향성과 궤를 맞추기 위하여, 기업범죄란 ‘합법적으로 조직된 기업 또는 그 구성원이 기업체의 목적을 추구하는 과정에서 작위 또는 부작위에 의해 고용인, 소비자, 일반대중, 타 기업에 대해 인적·물적 손해를 가하는 행위로서 국가에 의해 처벌되는 행위’(사법연수원, 신종범죄론, 2010, 446면)라고 폭넓게 정의해두기로 한다.

2) 최근 기업범죄와 관련하여 우리나라에서 국민적 관심사가 된 사건 중 두 개만 들어보면, 시설 등 안전사고분야에서 2014. 4. 16. 발생한 세월호 침몰사건과 비자금조성과 정치자금 제공 등과 관련된 경남기업의 (고)성완종 회장이 자살한 사건과 그 후폭풍 등을 들 수 있다. 이 외에도 우리나라의 대표적인 기업인 한진그룹, SK그룹, 두산그룹, 현대자동차그룹, 삼성그룹, 태광그룹, LIG그룹, 한국수력원자력, CJ그룹 등과 관련된 기업범죄 및 다양한 형태의 기업범죄의 구체적 발생사례에 대한 소개는 김유근, “법인의 형사책임: 독일 Nordhein-Westfalen주의 기업 및 기타 단체의 형사책임 도입을 위한 법률안을 중심으로”, 형사정책연구 제25권 제3호(통권 제99호, 2014·가을), 6면; 이진권, “한국의 기업지배구조와 기업범죄”, 비교형사법연구 제15권 제2호, 2013, 674~676면 참조.

에서 자세히 논하는 바와 같이 양벌규정의 형식을 통한 해결방안은 오늘날 기업범죄가 가지고 있는 고유한 특성으로 인하여 행위자의 특정이 어려우며, 양벌규정의 적용상의 한계와 이로 인한 실효성의 저하 등으로 이론적인 문제뿐만 아니라 실제 적용에 있어서도 많은 문제점과 한계를 노정시키고 있다. 따라서 기업에 대한 형사책임의 귀속방안에 관해서는 위와 같은 양벌규정에 의한 방식이나 영미법상의 대위책임의 이론과 같은 종래의 대응방식을 탈피하여 보다 효율적인 대응방안의 모색이 강력히 요청되고 있다. 최근에는 자연인의 책임과는 독립하여 기업 자체가 고유한 독자적인 책임을 구성하는 이론과 법률들이 영미법계뿐만 아니라 전통적으로 법인의 범죄능력을 부정해왔던 대륙법계에서도 속속 등장하고 있으며, 특히 독일의 Nordhein-Westfalen주 법무부가 발의한 「기업 및 기타 단체의 형사책임 도입을 위한 법률안(Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantworlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden)」은 이러한 경향을 잘 나타내고 있다.

이에 따라 이 논문은 기업범죄의 처벌과 관련된 양벌규정의 문제점을 중심으로 기업의 형사책임귀속에 관한 종래의 학설과 판례를 비판적으로 검토하고, 최근의 이론과 외국의 입법례를 바탕으로 급변하는 기업환경에 부응하는 기업에 대한 바람직한 형사책임의 귀속방안을 살펴보고자 한다.

Ⅱ. 법인처벌근거에 대한 기존 학설과 판례의 검토

1. 법인의 처벌근거에 대한 이론적 출발점과 기존 학설

「기업도 형사책임의 귀속주체가 될 수 있는가?」라는 문제는 법인 처벌규정의 유무와 관계없이 논의되어 왔던 오래된 과제의 하나이다. 그런데 기업의 형태 중 개인기업은 기업주인 개인이 권리·의무의 귀속주체이자 범죄의 주체가 되므로 법인처벌에 따르는 어려움은 그다지 발생하지 않는다. 그러나 법인인 기업의 경우에는 권리·의무의 귀속주체는 법인이지만 법인의 행위는 기관이나 종업원인 자연인에 의하여 행하여지므로, 종래부터 '법인의 범죄능력' 인정문제나 양벌규정의 합리적 해석을 둘러싼 '법인처벌근거'라는 문제로 논의되어 왔다.[3)]

3) 이러한 관점에서 이하에서는 '기업' 또는 '단체'라는 개념은 '법인'과 같은 논의의 범주에 속하는 것으로 보고 논의를 전개하기로 한다.

여기서 양벌규정이란 형벌법규를 위반한 자연인뿐만 아니라 그 자연인과 일정한 관계를 맺고 있는 법인도 함께 처벌한다는 규정이다. 주로 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인·사용인 기타 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 일정한 위반행위를 한 때에는 그 직접적인 위반행위자를 처벌하는 외에 그 영업주(업무주)인 법인이나 개인에 대하여도 위반행위자에 적용되는 해당 벌칙에 의하여 처벌하는 규정을 말한다.[4] 그런데 양벌규정에 의해 법인 혹은 개인인 영업주에게 가벌성이 인정되기 위해서는 우선 법인의 행위능력을 인정할 수 있느냐라는 문제가 도마 위에 오르게 되었고, 자연론적으로 인간 개인의 행위개념을 전제로 하고 있는 전통적인 형법이론과의 충돌을 피할 수 없게 되었다. 이로 인해 법인의 범죄능력과 양벌규정에 의한 법인의 수형능력을 인정할 것인가 또는 법인 또는 개인인 영업주를 처벌하는 양벌규정에 따른 법인의 처벌근거는 무엇인가에 대해서는 견해가 대립되어 왔었다.

종래 법인의 범죄능력을 부정하는 입장에서는 그 논리적 귀결로서 무과실책임설을 주장하였다. 즉, 양벌규정에 의해 종업원의 위반행위에 대하여 법인 또는 영업주에게 가벌성을 인정하는 것은 형법의 일반원칙 또는 책임원칙에 대한 예외로서 일정한 행정단속의 목적을 달성하기 위함이며, 이러한 정책상의 이유로 법인의 처벌근거를 무과실책임으로 인정하였다.[5] 이에 대하여 행정형법의 영역에 있어서도 근대 형법의 대원칙인 책임주의 존중이라는 관점에서 법인의 종업원에 대한 선임·감독상의 과실을 인정하여 과실 책임을 부담한다는 과실책임설이 주장되었다.[6]

---

4) 이러한 양벌규정에서 처벌받는 주체 중의 하나인 '법인(기업)'은 '법인(기업)자체'인가, 아니면 '영업주(업무주)'인가라는 문제가 발생할 수 있다. 문헌과 판례에서 종업원과 함께 처벌되는 법인 또는 개인을 지칭하기 위해 사용하는 용어는 통일되어 있지 않고, 사업주, 영업주, 업무주 등으로 혼용되고 있다. 판례(대법원 1992. 11. 10, 선고 92도2034 판결)는 수산업법위반사건에서 구수산업법 제94조의 양벌규정 중 '법인 또는 개인'이라 함은 자기의 계산에서 어업 또는 수산업을 경영하는 자를 가리킨다고 판시함으로서, 양벌규정의 대상은 영업을 통하여 얻는 이익의 귀속주체는 바로 자기계산에 의해 영업을 하는 자, 즉 영업주를 의미한다고 한다(강창웅, "행정형벌에 있어서 한시법, 업무주책임의 제문제", 「사법논집」 제12집, 1981, 523면). 그러나 이러한 태도는 법인과 영업주(사업주, 업무주)를 구분하지 않았던 구시대의 잘못된 사고에서 비롯된 것으로 보이므로, 이제는 법인과 영업주의 책임을 구분하는 것이 바람직하다고 생각된다.

5) 이재상, 형법총론, 2005, 100면 등. 무과실책임설에 입각한 판례로는 대법원 1982. 9. 14, 선고 82도1439 판결; 대법원 1987. 11. 20, 선고 87도1213 판결; 대법원 1990. 10. 12, 선고 90도1219 판결 등이 있다.

6) 美農部達吉, 行政 刑法概論, 勁草書房, 1937, 29頁(山上拓一, "兩罰規定-法人の刑事責任-", 「現代裁判法大系」 第30卷, 新日本法規出版, 1999. 2, 102面 再引用). 과실책임설은 다시, ① 종업원에 대한 감독상의 과실이 법률상 의제된다는 과실의제설, ② 선임·감독에 대한 과실이 없었음을 법인 스스로 증명하지 못하면 과실이 법률상 추정된다는 과실추정설, ③ 종업원에 대한 감독상의 자기과실 때문에 과실책임을 부담한다는 과실책임설로 나누어지지만, 오늘날의 과실책임설은 세

우리나라 판례 중에는 과실책임설에 따른 것도 있으며,[7] 특히 최근 헌법재판소는 종업원의 범죄행위에 대해 영업주에게 무과실책임을 인정하는 법률조항은 위헌이라고 판시하였으며,[8] 일본의 최고재판소도 대규모의 호텔, 백화점 등의 화재 또는 가스유출사고에 대하여 과실책임에 관한 기본적인 입장을 명백히 하려는 것으로 이해된다.[9] 이러한 판례의 입장에 따라 위험한 설비 및 시설에 대한 관리책임과 직접행위자에 대한 감독책임을 통해 형사과실책임을 인정하기 위한 논의가 활발하게 진행되었다.[10]

한편, 독일(질서위반법상 법인제재)의 다수설과 판례[11]는 업무활동의 지배・관리자인 법인은 항상 종업원의 위험발생과 결과발생의 원인을 방지해야할 보증인적 지위에 있으므로 관리・감독해야 할 법인 자신의 작위의무위반 때문에 책임을 부담한다는 부작위감독책임설을 따르고 있다. 이는 양벌규정에 의해 처벌되는 영업주의 책임을 영업주 자신의 책임이라고 보면서 그 책임의 근거를 종업원의 범죄행위와는 구별되는 영업주의 독자적인 범죄행위에서 구하는 견해로,[12] 최근 들어 우리나라에서도 이를 지지하는 견해가 늘어나고 있다.[13]

또한 최근에는 기업체는 공동목적하에 통일적인 조직체로 활동하는 유기체이므

번째의 견해에 집중되어 있다.

7) 법인의 범죄능력을 부정설의 입장에서 대법원 판례 중 과실책임설을 따른 것으로는, 대법원 1984. 10. 10, 선고 82도2595 판결; 대법원 1985. 10. 8, 선고 83도1375 판결; 대법원 1997. 1. 27, 선고 96도524 판결 등; 헌법재판소는 명백히 과실책임설을 따르고 있다(헌법재판소 2000. 6. 1, 선고 99헌바73 전원재판부).

8) 헌법재판소 2007.11.29. 선고 2005헌가10 전원재판부. 이에 대한 보다 자세한 설명은 후술하는 Ⅲ. 3. 참조.

9) 最判 昭69・10・27 刑集 42・8・2209; 最決 平2・11・29 刑集 44・8・871; 最決 平5・11・25 刑集 47・9・242.

10) 山中敬一, “ガス爆發事故と刑事責任”, 「ジュリスト」 840號, 有斐閣, 1985. 7, 26項; 出田孝一, “構造的 過失(1) - 監督過失-”, 「現代裁判法大系」 第30卷, 新日本法規出版, 1999. 2, 23面以下; 三井 誠, “管理・監督過失をめぐる問題の所在-火災刑事事件を素材に-”, 刑法雜誌 28卷 1号, 日本刑法學會, 18面.

11) 독일에서 처음으로 부작위감독책임을 인정한 것은 건축사고 중의 사고로 타인을 치사상시킨 건축주에게 보증인적 지위가 있다고 주장한 Gallas의 감독의무론(Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit der am Bau Beteiligten, 1963, S.31ff.). 그러나 독일에서도 팀의료행위에 대해서는 과실책임의 문제로 취급한다.

12) Dannecker, “Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände - Überlegungen zu den Anforderungen und zur Ausgestaltung eines Verbandsstrafrechts”, 「GA」 2001, S. 108.

13) 법인의 범죄능력을 긍정하는 입장에서 정성근/박광민, 형법총론(전정 2판), SKKUP, 2015, 114면; 김일수/서보학, 형법총론, 2002, 139면. 형사범・행정범을 구분하여 행정범에 대해서는 법인의 범죄능력을 긍정하는는 입장에서는 임웅, 형법총론, 2008, 82면. 양벌규정의 경우에만 법인의 범죄능력을 긍정하는 입장에서는 김성돈, 형법총론(제2판), SKKUP, 2009, 153면.

로 기관의 직접적인 행위뿐만 아니라 기관의 지시·명령·양해 내지 승인이나 기관의 의사지배하에 이루어진 행위이면 중간관리자·말단종업원의 행위에 대해서도 기업체의 행위책임을 인정하고, 단지 조직체의 일원으로 행한 종업원의 위반행위에 대해서는 부작위감독책임을 인정해야 한다는 부작위감독책임·행위책임 이원설도 주장되고 있다.[14]

2. 기존 학설의 검토

법인의 범죄능력부정설을 전제로 하고 있는 무과실책임설은 책임 없는 형벌을 인정하게 되므로 책임주의원칙에 정면으로 배치되며, 행위 없는 책임을 인정하게 되므로 일종의 연좌형을 시인하며, 행위책임원칙에도 반한다. 현행법상 법인에게 형벌을 부과하는 양벌규정이 존재한다는 것은 법인 또한 하나의 행위주체로서 이해된다는 것을 의미하는 것이고, 입법자가 법인의 수형능력을 인정한 것으로 보아야 한다.[15]

과실책임설과 부작위감독책임설은 무과실책임설에서 제기되는 자기책임원칙과의 충돌문제는 발생하지 않는다. 즉, 법인 또는 개인인 영업주는 자신의 지배하에 있는 종업원의 행위가 영업주에게 귀속되는 대위책임이 아니라, 기업의 조직흠결 또는 적절한 감독의 부재라는 스스로의 귀책사유에 의한 자기책임을 부담하는 것이기 때문이다.[16] 그러나 과실책임설도 법인의 범죄능력을 부정하는 입장이면 무과실책임설처럼 행위 없는 책임을 인정하므로 타당하지 않으며, 범죄능력을 긍정하는 입장이라도 대부분의 감독책임이 과실책임이라는 데에 기초하고 있어,[17] 법인

---

14) 宇津呂英雄, 法人處罰のあり方, 現代刑罰法大系 1, 1984, 209면 이하. 우리나라에서도 이를 따르는 견해들이 나타나고 있다(조병선, "환경형법을 계기로 새로이 전개된 형법해석학의 이론들(청주대학 법학논집 제6집)", 1992, 7면 이하; 장영민/박기석, "환경형법의 새로운 문제점에 관한 연구", 1996, 86면 이하; 김종덕, "기업환경범죄에 관한 연구(계명대 박사학위논문)", 1995, 84면 이하 등).

15) 이와 같은 이유로 이 논문은 법인처벌 긍정설을 따르며, 이를 기본전제로 논의를 전개한다. 그러나 판례는 부정설을 따르고 있다(대법원 1984. 10. 10. 선고 82도2595 전원합의체 판결; 대법원 1985. 10. 8. 83도1375 판결; 대법원 1994. 2. 8. 93도1483 판결 등). 법인의 범죄능력 부정설과 긍정설에 대한 보다 자세한 논의는 정성근/박광민, 형법총론(전정 2판), 2015, 107면 이하 참조.

16) 한편, 과실책임설 중에서 과실의제설은 무과실이 입증되어도 과실책임을 부담하므로 무과실책임설과 차이가 없고, 과실추정설은 법인기관의 지시로 행하였거나 법인기관이 알고 있었던 경우도 항상 과실범을 인정하여야 하며, 무과실책임설처럼 행위 없는 책임을 인정하므로 타당하지 않다. 실제로 오늘날 이들 학설을 지지하는 견해는 거의 찾아보기 힘들다.

17) 우리나라와 일본에서는 양벌규정의 사안에서 과실범에서의 '객관적 주의의무'와 '감독의무'를 동일시하여 과실범의 문제로 주로 해결해 왔으며(조병선, "양벌규정의 구조와 행위자의 특정", 「형법 개정 및 양벌규정 개선(공청회 자료집)」, 2008, 231면), 법인의 책임이 "왜 선임감독과실

이 종업원의 위반행위를 알고도 제지하지 않은 경우 혹은 종업원의 위반행위를 몰랐던 경우 등 구체적인 사정의 검토 없이 일률적으로 과실범의 문제로 취급하는 것은 부당하다.[18]

한편, 부작위감독책임설에 의하면 부작위는 고의뿐만 아니라 과실로도 가능하기 때문에 법인의 행위가 종업원에 대한 선임・관리・감독 모두에 대한 자기책임을 인정할 수 있어 행위책임원칙에 반하지 않으며 고의책임도 인정할 수 있으므로 기존 학설의 이론적 모순점을 해소할 수 있는 장점을 갖고 있다.[19] 또한 부작위감독책임설은 과실책임설이 감독상의 주의의무위반이라는 주관적인 요소를 법인처벌의 근거로 하고 있는데 반하여, 감독의무불이행이라는 객관적 측면에 두고 있기 때문에 영업주는 종업원의 범죄행위 발생 이전 단계에서 종업원의 범죄행위를 저지할 수 있는 모든 기대가능한 안전조치의무를 부담하게 된다. 나아가 법인의 감독・과실책임은 일반적・포괄적인 보증인적 지위만으로 인정되는 것이 아니라, 구체적인 사정을 고려하여 원칙적으로 객관적인 업무활동과 관련된 종업원의 위반행위에 대해서만 인정되므로 법인에 대한 부당한 처벌의 확대를 방지할 수 있게 되는 장점이 있다. 그러나 이러한 장점에도 불구하고, 부작위감독책임설은 개별 행위자인 종업원의 위반행위를 전제로 하기 때문에 뒤에서 자세히 논하는 바와 같이 기업범죄의 특수성상 책임있는 개인을 개별화하기 어려운 경우에는 책임귀속에 문제점 등을 노정시키고 있다.

한편, 부작위감독책임・행위책임 이원설은 법인의 범죄능력 긍정설에서 보면 행위책임・감독책임 모두 인정하는 것이 논리적이고 법인의 중간관리자까지 처벌할 수 있다는 장점이 있다. 그러나 관리・감독책임도 법인의 자기책임이며, 관리책임은 중간관리자에 대한 관리도 포함하고 있고, 특히 부작위감독책임설을 기본적인 전제로 하고 있어 앞에서 지적한 부작위감독책임설에 대한 비판이 그대로 적용된다.

이 된 것일까"에 대해서는, 사실상 양벌규정의 입법형태는 영미법계의 대위책임(vacarious liability)의 범주에 속하는 상위자책임(respondeat superior)에 해당하나 대륙법계에는 없는 이러한 책임형태를 설명하자니 감독과실 때문이라고 할 수 밖에 없다고 한다(조병선, "기업형사책임과 책임원칙 - 양벌규정에 대한 위헌결정의 파장과 책임원칙의 재조명-", 8면).

18) 법적 비난의 중점을 감독상의 부주의라고 하는 행위의 주관적 측면이 아닌 감독의무불이행이라는 객관적 측면에 두고 있다는 점에서 과실책임과 구별되나, 종업원에 대한 감독의무를 전제로 하는 것은 차이가 없고 그 구별 역시 간단하지 않다는 비판으로는 Kurt Seelmann, 「Strafrecht Allgemainer Teil」, 2. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel , 2005, S. 87 ff.

19) 정성근, "법인의 범죄능력재론", 한국형사법학의 새로운 지평(유일당 오선주교수정년기념논문집), 2001, 20면; 그러나 과실책임설의 입장에서 일반적으로 과실책임원칙이라 함은 고의・과실이 있는 경우 그에 따른 책임을 인정한다는 것이지 과실이 있는 경우에만 책임을 인정하고 고의가 있는 경우에는 책임을 인정하지 않는 것은 아니라고 한다(오영근, 앞의 책, 145면).

Ⅲ. 종래의 방식에 의한 기업형사책임귀속의 문제점

1. 기업범죄의 특수성에 기인한 형법상 책임귀속의 문제점

기업(법인)이 기업활동을 수행하는 과정에서 형법상 중대한 법익침해의 결과가 발생한 경우, 책임있는 개인(자연인)을 개별화하여 특정하고 형법상 책임원칙에 상응하도록 그 발생된 결과를 개별적인 행위자에게 귀속시키는 것은 오늘날 기업범죄의 특수성상 결코 만만한 일이 아니다. 그렇다고 이 경우 형법상의 책임을 누구에게도 묻지 않는 것 또한 사회적 요청에 부합하지 않는 것으로 문제이다.

이와 같이 기업범죄에서 개별 행위자에게 형사책임의 귀속을 어렵게 만드는 이유를 형법 이론적 측면에서 설명하면 다음과 같다. 첫째, 인과관계 확정의 어려움이다. 이를 보다 구체적으로 살펴보면, ⅰ) 원인물질 또는 특정행위와 결과 간의 직접적·직선적 인과관계를 일의적으로 입증하는데 따르는 어려움이다. 왜냐하면 기업범죄는 기업이 영리를 추구하는 과정에서 계획적 반복적 지속적으로 이루어지며, 기업의 업무와 관련한 범죄이기 때문에 지능적이고 전문적이며, 개별 행위자는 복잡다단한 기업조직 내에서 조직의 일원으로서 자신의 이익이 아니라 기업조직을 위해서 행위하며, 기업범죄의 피해가 기업 내의 개별 행위자의 행위에 직접 기인하는 경우 이외에도 관리시스템의 미비나 조직 구조상의 결함을 원인으로 하는 경우가 허다하기 때문이다.

ⅱ) 과실범의 경우에는 개별 행위자의 과실과 결과발생 사이에 직접적·직선적 인과관계의 존부를 확정하는 문제뿐만 아니라, 애당초 해당 행위자에게 과실(객관적 주의의무위반) 자체가 존재하였는가 여부를 판단하는 것부터가 쉽지 않다. 특히 오늘날 다수설[20]인 객관적 귀속론를 따르게 되면 이 문제는 더욱 심화된다. 즉, 객관적 귀속의 판단기준의 하나인 적법한 대체행위이론(의무위반관련성이론)에 의하면, 비록 개별 행위자에게 과실이 존재한다고 하더라도 주의의무위반으로 발생한 결과는 행위자가 주의의무를 다하였어도 같은 결과의 발생이 확실시 되는 경우에는 객관적 귀속이 부정되어 가벌성이 탈락되기 때문이다.

ⅲ) 부작위범의 인과관계를 결과발생을 방지하지 않은 부작위 자체에서 구하는 오늘날의 통설적 견해에 의하면, 구성요건적 결과가 발생하지 않도록 필요하고 충

20) 정성근/박광민, 앞의 책, 169면 이하; 이재상, 형법총론(제7판), 2014, 151면 이하; 김성돈, 앞의 책, 177면 이하 등.

분한 조치를 취했더라면 결과발생을 방지할 수 있었을 것이라는 가설적 인과관계는 기업체에 관여하고 있는 누구에 대해서든 인정될 수 있기 때문에 책임의 한계를 설정하는 것이 어렵게 된다. 여기에서 종업원의 불법행위를 기업 내의 어느 상위단계로까지 소급해 올라가 적용할 수 있는가라는 문제가 발생한다.

둘째, 위험의 집단적 축적에 따른 책임귀속의 어려움이다. 즉, 오늘날 기업범죄는 독자적으로 구성요건을 충족할 수 없는 불특정 다수의 익명의 개인들의 작위와 부작위에 의하여 축적된 위험이 결과적으로 중대한 결과로 실현되는 경우가 많기 때문에 이러한 복잡한 관여자들 간의 관계에서 원인행위를 개별화하기가 용이하지 않다는 점이다. 다시 말하여 이 경우 익명의 불특정 다수인의 작위 또는 부작위가 없었다면 결과가 발생하지 않았을 것이라는 상황이 존재하면서도, 다른 측면에서는 이들 각 개인의 작위 또는 부작위가 결과발생에 대하여 필요·충분조건을 형성하지 않기 때문에 원인행위자를 특정하여 그자에게 책임귀속을 인정하기가 어렵다는 것이다. 또한 설령 개별적인 원인행위자를 특정할 수 있다고 하더라도 그 책임은 발생된 중대한 결과에 비하여 너무나 경미한 경우가 많다. 왜냐하면 위험의 집단적 축적의 문제는 그 자체로는 완전한 불법(구성요건해당성, 위법성, 책임)을 표상하지 않거나, 애당초 가벌성의 하한인 허용되지 않은 위험을 초과하지 않거나 혹은 위험을 증대시키지 않는 행위들인 경우가 허다하기 때문이다.[21]

2. 양벌규정의 적용에 의한 기업처벌의 문제점

개별 행위자에 대한 책임귀속의 문제점을 우회 내지 회피하는 수단의 하나로 행정형법의 영역에서 양벌규정을 두어 개별 행위자 또는 선임·관리·감독자인 업무주인 자연인 외에 법인을 형사처벌 할 수 있도록 하고 있다. 그러나 양벌규정에 의하여 기업의 책임을 추궁하는 데에도 많은 문제점들이 상존하고 있다.

첫째, 양벌규정에 근거하여 법인을 처벌하기 위해서는 실제 행위자의 위반행위를 전제로 해야 하므로, 법인의 범죄성립은 실제 행위자의 범죄성립에 어느 정도로 종속하여야 하는 것인가가 문제된다. 최근 판례는 "양벌규정에 의한 영업주(법인)의 처벌은 금지위반행위자인 종업원의 처벌에 종속하는 것이 아니라 독립하여 그 자신의 종업원에 대한 선임감독상의 과실로 인하여 처벌되는 것이므로 종업원의 범죄성립이나 처벌이 영업주 처벌의 전제조건이 될 필요는 없다"는 태도를 유

21) 김유근, "기업의 형사법적 책임", 한양법학 제24권 제3집(통권 제43집), 2013, 61면 이하.

지하고 있는데, 이는 과실책임설을 따르는 판례의 태도를 잘 나타내는 것이다.[22] 그러나 그 범죄유형을 부작위감독책임설에 따라 과실에 의한 부작위범으로 파악하게 되면 형법의 일반이론과 충돌하는 문제가 발생하게 된다. 왜냐하면 부작위범은 보증인적 지위에 있는 자가 실제 행위자의 행위를 방지할 수 있었음에도 불구하고 고의·과실로 인하여 실제 행위자로 하여금 구성요건적 결과를 발생시키도록 방치한 책임을 묻기 때문이다. 따라서 보증인적 지위에 있는 자의 처벌을 위해서는 실제 행위자가 적어도 구성요건에 해당하고 위법한 행위를 하여야 하므로, 형법상 구성요건에 해당하고 위법한 행위를 한 피감독자 없는 선임·관리·감독자의 형법상 책임을 묻는 것은 형법의 일반이론과의 모순을 피할 수 없게 된다.

둘째, 양벌규정의 적용상의 한계와 이로 인한 실효성의 저하이다. 양벌규정 중에는 행정법규의 각 본조에 정한 의무의 위반으로 인하여 발생된 형법상 구성요건적 결과를 법인에게 귀속시키는 것이 아니라, 종업원인 자연인의 단순한 행정규범의 위반행위에 대한 책임만을 법인에게 연대적으로 귀속시키고 그 의무위반으로 발생된 새로운 형법상 구성요건적 결과에 대해서는 책임을 추궁할 수 없도록 되어 있다.[23] 또한 경우에 따라서는 처벌본조의 위법행위를 직접 실행한 종업원 등과 기업(법인)은 양벌규정에 의해 처벌할 수 있지만 경영책임자를 포함한 상급자는 처벌에서 누락될 수도 있다.[24] 이는 현행 양벌규정상 법인(기업)에게 부과되는 유일한 형벌인 벌금액의 법정형이 너무 낮다는 문제[25]와 더불어 기업에 대한 형사제재의 실효성을 현저히 떨어지는 결과를 초래하고 있다.

셋째, 상습범 내지 누범에 대한 가중처벌 규정이 없다는 점이다. 앞에서도 언급

---

22) 대법원 2006.02.24. 선고 2005도7673 판결; 대법원 1987. 11. 10. 선고 87도1213 판결 등 참조. 이러한 판례의 태도는 2000년대에 접어들면서 후술하는 헌법재판소 2007.11. 29, 선고 2005헌가10 전원재판부의 결정 등과 함께 종래의 무과실책임설을 극복한 것으로 보여진다.

23) 예컨대, 어느 기업이 식품위생법 제4조(위해식품 등의 판매 등 금지) 제3호에 위반한 행위를 하여 소비자가 이를 섭취하여 사망에 이르게 된 경우, 자연인인 행위자에 대하여는 동법 제94조(벌칙) 제1항 제1호와 사망의 결과에 대한 형법 제268조(업무상과실·중과실치사상)를 함께 적용하게 된다. 그러나 해당기업은 식품위생법 제100조(양벌규정)에 따라 식품위생법 제4조 제3호의 위반행위에 대해서만 책임(벌금형)을 부담할 뿐이며, 소비자의 사망에 대해서는 아무런 형사책임을 부담하지 아니한다(김유근, "기업의 형사법적 책임", 68-69면).

24) 일본에서는 三罰規定(예컨대 獨占禁止法 第89條 등)을 통해 위법행위를 한 종업원 등과 기업 외에 대표자 등 경영주체를 별도로 처벌하기도 한다(김성룡/권창국, "기업·법인의 형사책임법제 도입가능성과 필요성", 형사법의 신동향 Vol, 46, March 2015, 125면).

25) 최근에는 그 대안으로 위법행위를 한 자연인과 분리하여 법인에게 부과되는 벌금액을 상향조정하는 법개정(예컨대, 특허법 제230조, 상표법 제97조, 실용신안법 제50조, 디자인보호법 제87조 등)이 이루어지고는 있지만 산업재산권 등 일정분야에 머물고 있어 여전히 문제점으로 남아있다. 이에 대해서는 이주희, "양벌규정의 실효성 확보에 관한 고찰 - 법인에 대한 벌금형 중과를 중심으로 -", 법학연구 제47집, 2012, 252면 참조.

한 바와 같이 기업범죄는 계획적 반복적 지속적으로 이루어지기 때문에 이에 대한 효율적인 대처를 위해서는 상습범 내지 누범에 대한 가중처벌 규정이 필요하다. 그러나 현행 양벌규정은 상습범 내지 누범에 대한 가중처벌 규정이 없기 때문에 기업범죄에 대한 효율적인 대처가 어렵다는 문제점이 있다.

넷째, 이외에도 형사절차상 발생하는 문제점으로, 자수감경(형법 제52조 제1항)의 적용을 받기 위해서는 누가 수사기관에 신고하여야 하느냐의 문제, 친고죄의 고소나 전속적 고발권자의 고발 등을 소송조건으로 규정한 경우[26] 그 고소 또는 고발은 양벌규정의 대상자 개개인별로 필요한 가의 문제 등이 있다.[27]

3. 헌법재판소의 위헌결정 이후 개정된 양벌규정의 문제점

헌법재판소는 2007. 11. 29. 보건범죄단속에 관한 특별조치법 제6조의 양벌규정이 형사법상 책임주의 원칙에 반하여 위헌이라는 취지의 위헌결정을 선고하였다.[28] 이러한 헌법재판소의 위헌결정취지를 반영하여 이후 수많은 양벌규정의 개정이 이루어지고 있으며,[29] 개정된 양벌규정은 거의 예외없이 "다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리 하지 아니한 경우에는 그러지 아니한다"라는 면책조항을 추가하는 형식을 취하고 있다. 이로써 종래 법인처벌의 근거로 주장되었던 무과실책임설은 더 이상 발붙일 곳이 없어졌으며, 법인 또는 개인인 영업주의 처벌근거를 '감독과실'에 두어 그 근거를 명확히 한 장점은 있는 것으로 생각된다. 그러나 이러한 개정 양벌

---

26) 친고죄의 고소는 저작권법 제140조, 전속고발권은 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제71조, 조세범처벌법 제21조 및 출입국관리법 제101조 제1항 등이 있다.

27) 이에 대해서는 한석훈, 앞의 책, 45면 이하 참조.

28) 헌법재판소 2007.11. 29, 선고 2005헌가10 전원재판부. 이후에도 헌법재판소는 '양벌규정'에 대해 동일한 취지의 위헌결정을 다수 선고하였다. 이중 '개인영업주' 처벌규정과 관련된 것은 청소년보호법 제54조에 대한 위헌결정이 있고(헌법재판소 2009. 7. 30. 2008헌가10 결정), '법인'처벌규정과 관련된 것으로는 의료법 제91조 제1항에 대한 위헌결정이 대표적이다(헌법재판소2009. 7. 30. 2008헌가16 결정; 헌법재판소 2009. 7. 30, 2008헌가14 결정; 2009. 7. 30. 2008헌가17 결정; 2009. 7. 30. 2008헌가18 결정; 2009. 7. 30. 2008헌가24 결정).

29) 건설기계관리법 제43조; 건설기술관리법 제44조; 건설산업기본법 제98조; 결혼중개업의 관리에 관한 법률 제27조; 고압가스안전관리법 제42의2; 공공차관의 도입 및 관리에 관한 법률 제25조; 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제98조; 공인노무사법 제29조; 관세사법 제30조; 근로기준법 제115조; 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률 제8조; 금융지주회사법 제71조; 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제70조; 마약류 불법거래 방지에 관한 특례법 제18조; 모자보건법 제26의2; 물가안정에 관한 법률 제30조; 민영교도소 등의 설치·운영에 관한 법률 제43조; 병역법 제96조; 보건범죄단속에 관한 특별조치법 제6조; 산업안전보건법 제71조; 선원법 제148조; 성매매방지 및 피해자보호 등에 관한 법률 제23조; 의료법 제91조; 총포·도검·화약류 등 단속법 제76조 등.

규정의 내용이나 방식은 이론적인 측면에서 불철저하며 기업범죄에 대한 효율적인 대책의 측면에서 문제점을 안고 있다.

그 중에서 가장 대표적으로 지적되는 것은 기업 내지 기업주에게 과실에 대한 입증책임의 전환 문제이다. 실제로 오늘날 기업내부의 복잡한 구조로 인해 종업원에 대한 감독상의 주의의무위반에 대한 입증이 어려움에도 불구하고,[30] 개정된 양벌규정은 법인의 처벌근거를 '과실책임'으로 규정함으로써 이익의 귀속주체가 되는 법인인 기업을 처벌하지 못하는 결론에 이르기 쉽다. 결국 행정법규의 실효성의 확보를 목적으로 하는 양벌규정의 특성상, 종업원의 위반행위가 있는 경우 법인 또는 개인인 영업주에게 감독상의 과실이 추정되는 경우가 많다. 또한 기업내부의 구체적 사정을 가장 잘 알고 있는 당사자는 법인이기 때문에 법인 스스로가 구체적인 해명을 해야 할 수밖에 없게 된다. 따라서 자연적으로 입증의 책임은 수사기관에서 법인으로 전환될 가능성이 농후하다. 이러한 문제점은 개정 전 '면책규정이 존재하는 양벌규정'에 대한 종래 대법원의 입장에서도 쉽게 발견할 수 있다.[31] 그러나 이와 같이 입증상의 어려움을 구제하려는 편의적인 관점에서 면책규정에 의해 과실에 대한 추정이 행해지거나, 입증책임을 법인에게 전환하는 것은 헌법상무죄추정원칙에 정면으로 배치된다는 비판을 면하기 어렵다.

이외에도 일률적 개정작업에 따른 개별 법률의 특수성을 충분히 반영하지 못하는 문제, 책임원칙에 불철저한 문제, 위법행위를 한 개별 행위자를 특정하지 못하는 경우에 발생하는 문제 등을 들 수 있다.[32]

Ⅳ. 기업에 대한 형사책임귀속방식의 변화와 대응

위에서 살펴본 바와 같이 종래 개별 행위자를 중심축으로 하는 책임귀속의 방식과 이를 우회하기 위한 방안으로 도입된 양벌규정에 의한 기업 내지 법인의 처벌방식은 이론적 뿐만 아니라 실제 적용에 있어서도 많은 문제점을 갖고 있다는 것이 밝혀졌다. 이러한 문제의식에 따라 법인의 범죄능력을 부정하여온 대륙법계 국

30) Günter Stratenwerth, "Strafrechtliche Unternehmenshaftung?", Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70. Geburtstag, Tübingen, 1992, S. 301 ff.

31) 대법원 1992. 8. 18, 선고 92도1395 판결. 이와 같은 입장으로 대법원 2002. 1. 25, 선고 2001도5595 판결; 대법원 1995. 7. 25, 선고 95도391 판결.

32) 이에 대한 보다 상세한 설명은 조명화/박광민, "양벌규정과 형사책임 - 개정된 양벌규정의 문제점을 중심으로 -", 법학논집 제23집(숭실대학교 법학연구소), 2010, 13면 이하 참조.

가뿐만 아니라 법인의 형사책임을 적극적으로 인정하여온 영미법계 국가에서도 위와 같은 전통적인 방식을 탈피하여 기업 내지 법인에게 직접 책임을 귀속시키는 새로운 귀책원리가 꾸준히 논의되어 왔다.[33] 새로운 귀책원리의 대표주자로는 영미법계 특히 영국을 중심으로 발전하여온 동일시이론(종속모델)과 동일시이론의 한계를 극복하고자 등장한 조직모델(독립모델/법인독립처벌설)을 들 수 있다.

1. 동일시이론

1940년대 중반 무렵부터 영미법계 특히 영국에서 도입[34][35]되기 시작한 동일시이론(Identification theory)은 기업이 직접 형사책임의 귀속주체가 되므로 '기업(법인)행위책임설'이라고 하며, 직접 행위자에게 종속적인 기업의 행위책임을 인정하므로 종속모델 이라고도 불리어진다. 이 이론의 가장 큰 특징은 기업과 동일시할 수 있는 지위의 특정개인에 대한 행위책임으로부터 기업의 행위책임을 도출한다는 점이다. 여기서 특정 개인은 주로 기업의 대표자 등 경영책임자로 당해 기업의 의사결정과 판단을 주도하는 자를 의미한다. 그러나 동일시이론도 기업의 행위책임과 함께 기업의 하위 종업원 등의 고의・과실행위에 대한 대표자 등의 감독책임에서 법인의 감독책임을 도출할 수 있느냐에 관하여, 이를 인정할 수 있다는 견해(긍정설, 행위・ 감독책임 이원화설)와 이를 특별히 구분하지 않고 행위책임만으로 충

---

33) 우리나라에서는 최근 이에 대한 논의가 급부상하고 있는데, 최근 논문으로는 김유근, "법인의 형사책임", 6면 이하; 김성룡/권창국, "기업・법인의 형사책임법제 도입가능성과 필요성", 형사법의 신동향 Vol, 46, March 2015, 113면 이하 등.

34) 19세기 중반까지 커먼로(Common Law)계의 영국에서는 원칙적으로 기업 등 법인의 형사책임은 인정되지 않았지만, 오늘날 매우 광범위한 범죄영역에 대하여 법인의 형사책임을 인정하고 있다. 이러한 영국의 법인에 대한 형사책임의 발전경위는 다음과 같은 3단계로 나눌 수 있다. ① 부작위(의무불이행)범에서 작위범에로의 적용범위의 확대(19세기 중반까지), ② 엄격책임에서 대위책임에로의 귀책원리의 명확화(20세기 초엽), ③ 대위책임에서 직접책임에로의 귀책원리의 다양화(20세기 이후). 이에 대한 자세한 논의는 川崎友巳, 企業の刑事責任, 成文堂, 2004, 122면 이하 참조..

35) 한편, 미국은 영국과 마찬가지로 광범위한 범죄유형에 대하여 법인의 형사책임을 인정하고 있는데, 특이한 점은 1940년대 이후 동일시이론의 채용에 소극적인 자세를 취하면서 대위책임을 적용할 때의 요건을 한층 완화하는 방향으로 변화하여 왔다는 점이다. 이러한 자세를 관철하게 된 주된 요인은 실태에 의거해서 법인에게 형사책임을 묻는 필요성을 보다 중시하는 자세 때문이었다고 한다(L. H. Leigh, The Criminal Liability of Corporations and Other Groups: A Corporative View, 80 Mich. L. Rev.(1982) 1508, 1518). 또한 미국의 법인에 대한 형사책임론을 언급할 때에 간과할 수 없는 움직임의 하나는 1960년대에 대두된 '법인에 대한 형사책임무용론'이다. 이는 기업에 형사제재를 과하여도 억지효과를 기대할 수 없고, 특히 오늘날과 같이 비형사제재(civil sanction)가 충실화되고 있는 중에는 그 의미가 퇴색된다는 것이다(V. S. Khanna, Corporative Criminal Liability: What Purpose Does It Serve?, 109 Harv. L. Rev.(1996) 1477, at 1492-1534 등. 이에 대한 자세한 논의는 川崎友巳, 앞의 책, 156면 이하 참조.

분하다는 견해(부정설, 행위책임일원화설)로 나눌 수 있다.[36] 이와 같이 이 이론은 단일한 형태가 아니기는 하지만, 논리적으로 기업이 범죄를 범하였다고 하기 위해서는 자연인인 직접행위자의 행위가 완전한 범죄성립요건(구성요건해당성, 위법성, 책임)을 충족하여야 한다는 것을 전제로 하고 있다.

영국의 판례상 동일시이론에 따른 사례들[37]은 1944년에 나타나기는 하였지만, 이 이론을 명확히 채택한 사례는 1971년의 테스코 슈퍼마켓(Tesco Supermarket)사 케이스로 알려져 있다.[38] 한편, 동일시이론을 이론적 바탕으로 기업에 대한 형사책임을 규정한 입법례로 대표적인 것은 2006. 1. 1.부터 시행된 오스트리아 단체책임법 제3조 제1항인데, 이에 따르면 기업의 경영결정권자의 범죄행위를 단체의 범죄행위와 동일시하여 직접 행위자로서의 책임(행위책임)을 추궁하는 것으로 규정하고 있다.[39] 이와 유사한 규정형식을 따르고 있는 입법례로는 폴란드의 '형사범에 대한 집단주체의 책임에 관한 법률' 제5조, 스페인 형법 제31-bis조 제1항 및 중국 형법 제30조 등이 있다.[40] 한편 대륙법계 국가인 프랑스 형법의 기업처벌규정인 제121-2조 제1항[41]은 법인으로 하여금 자연인인 법인의 기관 또는 대표가 법인을 위하여 행한 범죄에 대하여 형사책임을 인정하고 있으면서도, 프랑스 파기원(Cour de Casstion: 최고법원)과 학설의 지배적인 견해는 법인 자체에 대해서는 책임에 대한 입증을 요하지 않는다고 하여 행위책임이 전적으로 관철되지 못하는 문제가 있다고 한다.[42]

동일시이론의 가장 큰 장점은 자연인의 위법행위를 매개로 하는 점에서 자연인

---

36) 川崎友巳, 앞의 책, 71~72면; 김성룡/권창국, 앞의 논문, 127-128면.

37) D.P.P. v. Kent and Sussex Contractors Ltd. [1944] 1 KB146; Rex v. I.C.R. Haulage Ltd. [1944] 1 KB 551; Moor v. I. Bresler Ltd. [1944] 2 All ER 515. 등.

38) Tesco Supermarkets Ltd. v. Nattrass [1972] AC 153. 동일시 이론을 따르는 영국 판례들에 대한 보다 자세한 설명은 川崎友巳, 앞의 책, 123~125면 참조.

39) 오스트리아 단체책임법 제3조(책임) 제1항 : 단체는 동조 제2항 또는 제3항에 정한 요건을 충족하고 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에 범죄에 대하여 책임을 진다.
1. 범죄가 단체의 이익을 위하여 범하여졌거나 또는
2. 범죄를 통하여 단체에 부과된 의무를 위반한 경우.
제2항 : 경영결정권자의 범죄행위와 관련하여 단체는 경영결정권자(Entscheidungsträger)가 스스로 범죄를 위법하고 유책하게 죄를 범한 때에 당해 경영결정권자의 범죄에 대하여 책임을 진다.
제3항 : 종업원(Mitarbeiter)의 범죄행위와 관련하여 단체는 다음 각호에 정한 요건을 충족하는 때에 종업원의 범죄에 대하여 책임을 진다.

40) 폴란드. 스페인, 중국의 관련 규정에 대한 소개와 내용은 김유근, "기업의 형사법적 책임", 71면 이하; 김성룡/권창국, 앞의 논문, 137면 이하 참조.

41) 프랑스 형법 제121-2조 ① 국가를 제외한 법인은 제121-4조부터 제121-7조까지의 구별에 따라 법인의 기관 또는 대표가 법인을 위하여 행한 범죄에 대하여 형사책임을 부담한다.

42) 김유근, "기업의 형사법적 책임", 72면.

을 전제로 구축된 형법이론체계를 기업의 형사책임판단에도 비교적 무리없이 응용할 수 있다는 점에 있다. 그러나 이 이론에 대해서는 종래부터 다양한 문제점이 지적되어 왔다. 대표적으로 지적되는 문제점으로는, ① 법인과 동일시 가능한 관리자의 범위가 불명확하다는 점,[43] ② 대규모 기업법인에 있어서는 일정한 권한을 가지고 있는 자가 조직편성상 비교적 하위계층에 위치하게 되어 법인과 동일시하는 것이 불가능하다는 점,[44] ③ 오늘날 대규모 기업법인의 복잡한 조직구조로 인하여 동일시할 수 있는 개별 행위자의 특정이 곤란하다는 점,[45] ④ 일정한 관리자의 행위를 한편에서는 행위자 자신의 직접책임으로 파악하면서 다른 한편에서는 법인의 직접책임으로 파악하는 것에 충분한 이론적인 설명이 되어있지 않다는 점,[46] ⑤ 자연인 행위자의 특정을 요구하는 한, 진정한 의미에서의 법인 고유의 책임을 근거지우는 것으로는 되지 않는다 점[47] 등이다. 또한 보다 본질적으로 내부구성원 개인의 위법행위로 환원할 수 없는 기업의 경영시스템상의 구조적 결함 혹은 기업문화에서 야기되는 문제로 인한 법익침해 등의 경우에는 그 행위의 범죄성립요건에 대한 입증이 어려운 문제가 발생하므로, 이 이론은 기업의 경영결정권자인 기업대표가 직접 범죄행위를 범할 수 있는 단순한 그리고 명확히 입증될 수 있는 사건들에서만 의미를 가지는 한계에 봉착하게 된다.

2. 조직모델

위와 같은 동일시이론의 문제점 내지 한계를 극복하기 위한 노력의 일환으로 보충적 모델(subsidiäres Model), 즉 직접행위자인 자연인이 확인 내지 특정될 수 없는 경우 그 대체자로서 보충적으로 기업에 대하여 직접행위자를 특정 내지 확인가능하도록 기업의 조직구조를 구성하지 아니한데 대한 책임을 추궁할 수 있도록 하는 이론이 등장하기도 하였다.[48] 그러나 이 모델은 기업범죄에서 발생될 수 있는

43) L. H. Leigh, op. cit. 1508. at pp. 1514-1515.

44) James Gobert, "Corporative Criminality : Four Models of Fault"(1944) 14 Legel Study 393, at p. 401.

45) John Andrews, "Reform in the Law of Corporative Liability"[1973] Crim LR 91, at p. 91.

46) Eliezer Lederman, "Criminal Law, Perpetrator and Corporation : Rethinking a Complex Triangle" (1985) 76 Journal of Criminal Law and Criminology 285, at pp. 296-305.

47) Brent Fisse, "Reconstructing Corporative Criminal Law : Deterrence, Retribution, Fault, and Sanction" (1983) 56 Southern California Law Review 1141, at p. 1187.

48) 보충적 모델을 따르는 입법례는 스위스 형법 제102조 제1항을 들 수 있다. 스위스 형법 제102조 (기업의 책임: 가벌성) : 1. 기업 내에서 영업활동을 수행함에 있어서, 기업의 목적범위 안에서 중죄 또는 경죄가 범하여지고 그리고 당해 행위가 기업의 결함있는 조직구조로 인하여 특정한 자연인에게 귀속될 수 없는 때에는 동 중죄 또는 경죄는 당해 기업에게 귀속된다. 이 경우 기업

형사소송법상의 입증상의 어려움을 회피하기 위한 수단으로 활용되고, 종국적으로는 기업처벌을 완전히 자연인의 가벌성으로부터 단절할 수 없는 문제가 발생한다.[49] 이에 따라 기업의 형사책임을 자연인으로 다시금 환원될 수 없는 조직자체가 책임을 부담하여야 할 부분이 존재한다는 새로운 인식[50]에 근거하여 등장한 이론이 조직모델이다. 조직모델은 애당초 직접행위자인 자연인의 책임과는 독립하여 기업(법인) 자체가 고유한 독자적인 책임을 구성하는 이론으로 '독립모델' 또는 '법인독립처벌설'이라고 불리워진다.

이 모델을 따르는 대표적인 입법례로는 2003. 10. 1.부터 시행된 스위스 형법 제102조 제2항[51]을 들 수 있는데, 스위스 형법 102조는 제1항에서 보충적 모델을 따르면서도 제2항에서는 범죄조직 등 형법상 일정한 범죄에 대해서 자연인의 책임과 독립하여 기업을 처벌할 수 있도록 하고 있다. 또한 오스트리아 단체책임법 제3조 제3항,[52] 영국 법인과실치사법 제1조 제1항,[53] 스페인 형법 제31-bis조 제1항 후단도 이 모델을 따르고 있으며, 특히 스페인 형법 동조 제2항과 제3항에서는 독립모델의 취지에 따라 법인처벌에 있어서 개인의 범죄행위의 입증을 반드시 필요로 하지 않는다는 취지를 명문으로 규정하고 있다.[54] 한편, 전통적으로 법인의 범죄능

은 500만 스위스 프랑 이하의 범칙금(Busse)에 처한다.

49) 보충적 모델에 대한 자세한 논의는 김유근, "기업의 형사법적 책임", 73-76면 참조.

50) Celia Wells, Corporation and Criminal Responsibility(2d. ed., 2001); G. Sulivan, "Expressing Corporate Guilt", Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 15(1995), at. pp. 285 etc.

51) 스위스 형법 제102조 (기업의 책임: 가벌성) : 2. 이 때 형법 제260ter조(범죄조직), 제260quinquies조(테러에 대한 경제적 지원), 제305bis조(돈세탁), 제322ter조(금융기관의 주의의무 위반과 신고의무), 제322quinquies조(뇌물공여) 또는 제322septies조 제1문(외국 공무원에 대한 부정처사를 위한 뇌물공여) 또는 1986년 12월 19일 불공정거래에 관한 연방법 제4a조 제1항 a.(증재)에 정한 죄의 경우, 당해 기업이 해당 범죄를 방지하기 위하여 필요하고 기대가능한 모든 조직구조상의 조치들을 취하지 아니한 때에는 당해 기업을 자연인의 처벌과는 상관없이 처벌한다.

52) 오스트리아 단체책임법 제3조 제3항 : 종업원(Mitarbeiter)의 범죄행위와 관련하여 단체는 다음 각호에 정한 요건을 충족하는 때에 종업원의 범죄에 대하여 책임을 진다.
1. 종업원이 형벌규정에 정한 구성요건을 위법하게 실현하고(이 때 단체는 종업원이 고의로 행위한 경우에 한하여 고의범의 죄책을 진다; 단체는 상황에 따라 요구되는 주의를 게을리한 경우에 한하여 과실범의 죄책을 진다) 그리고
2. 경영결정권자가 특히 범죄를 방지하기 위하여 기술적, 조직구조적 또는 인적으로 본질적인 조치를 취하지 않는 등, 상황에 따라 요구되고 기대가능한 주의를 게을리함으로써 범죄의 실행을 가능하게 하거나 또는 본질적으로 용이하게 한 경우.

53) 영국 2007년 법인과실치사 및 법인고살에 관한 법률 제1조
(1) 본조의 적용대상이 되는 단체(organisation)는 자신의 경영방식 또는 조직방식이 다음 각호의 경우에 해당하는 때에 범죄로 인하여 유죄가 된다 -
(a) 단체의 경영방식 또는 조직방식으로 인하여 사람을 사망에 이르게 하고 그리고
(b) 단체의 경영방식 또는 조직방식이 단체가 피해자에 대하여 기울여야 하는 정상의 주의의무(relevant duty of care)에 대한 중대한 위반(gross breach)에 해당하는 때.

력을 부정하여 왔던 대륙법계 국가의 대표주자인 독일(Nordhein-Westfalen주)에서 최근(2013. 9. 18.) 조직모델에 입각한 법률안인 「기업 및 기타 단체의 형사책임 도입을 위한 법률안(Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantworlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden)」 제2조[55]를 발의한 것은 기업에 대한 형사책임귀속의 최근 변화를 상징적으로 잘 나타내고 있다.[56]

조직모델에 의하면 개인의 범죄입증은 반드시 필요하지 아니하고 자연인인 기업의 의사결정자에게 다시금 소급되지 아니한 법인이 스스로의 책임, 즉 조직구조상의 결함이라는 일종의 과실과 독자적인 책임을 법인처벌의 요건으로 한다.[57] 다시 말하여 기업 내의 개인에게 귀속시킬 수 없는 조직구조나 시스템의 결함에 대한 책임을 기업에게 직접 추궁하는 것이다.[58] 이러한 접근방식은 특히 의무위반에 의한 법익침해나 위험야기를 본질로 하는 범죄구성요건(과실 작위범 · 부작위범 등)의 경우는 기업에 의한 구성요건 충족도 충분히 상정할 수 있으며, 이에 대한 비난가능성은 자연인과 동일하게 얼마든지 고려해볼 수 있다는 사고를 바탕으로

---

54) 스페인 형법 제31-bis조 (법인의 형사책임) ① (전단 생략) 전단의 자연인의 지휘·감독을 받는 자가 기업과 관련한 활동을 수행하면서 법인의 위임을 받거나 또는 법인을 위하여 죄를 범한 경우에 이 자에 대하여 구체적인 경우에 필요한 관리·감독을 이행하지 않았기 때문에 죄를 범할 수 있었다는 사실이 인정되는 때에는 법인은 이 자의 범죄에 대하여 형사책임을 부담한다.
② 전항에 정한 지위와 기능을 갖는 자라면 누구에 의해서든 죄를 범할 수 있었다는 사정이 인정되는 때에는 법인은 언제나 형사책임을 부담한다. 이것은 구체적인 책임있는 자연인이 확인될 수 없거나 또는 이 자에 대하여 공소가 제기되지 아니한 때에도 이와 같다. 동일한 범죄로 인하여 법인과 자연인에게 벌금형을 부과하는 때에는 법관과 법원은 죄의 경중에 상응하도록 각각의 벌금액을 정한다.
③ 실제로 죄를 범한 자 또는 필요한 관리·감독을 게을리함으로써 범죄행위를 가능하게 한 자에게 책임능력에 영향을 미치거나 또는 그의 책임을 가중하는 사정들이나 또는 이 자가 사망하거나 또는 사법당국의 수사가 미치지 못하게 되었다는 사실은 다음 항들에 규정된 규정들에도 불구하고 법인의 형법상의 책임을 배제하지도 그리고 수정하지도 아니한다.

55) 동법 제2조(단체범죄) 제1항 : 의사결정권자가 단체의 업무와 관련하여 고의 또는 과실로 인하여 단체관련 위반행위를 범한 때에는 단체에 대하여 단체제재(Verbandssanktion)를 과한다. 제2항 : 의사결정권자가 지휘· 관리· 감독을 위한 기대가능한 조치를 취했다면 당해 범죄행위를 방지하거나 또는 당해 범죄행위의 발생을 본질적으로 곤란하게 할 수도 있었음에도 불구하고 고의 또는 과실로 인하여 이러한 조치를 취하지 아니하여 단체의 업무와 관련하여 단체관련 위반행위가 발생한 때에는 단체에 대하여 단체제재를 과한다.

56) 동 법률안은 현재에도 논의 중에 있으나 학계의 다수의견은 부정적인 것으로 보인다(www. talanwaelte. de/aktuelles/strafrecht/ 2014. 11. 5. 검색). 동 법률안의 제안이유, 주요내용, 이에 대한 평가 등에 관한 보다 자세한 소개는 김성룡/권창국, 앞의 논문, 150면 이하 참조.

57) 김재봉, "양벌규정과 기업처벌의 근거· 구조", 법학논총 제24권 제3호, 2007, 한양대학교, 39면.

58) 조직모델 내에서도 그 이론구성의 형태에 따라 3가지 정도의 변형이 나타나는데, 여기에서 설명한 '기업시스템상의 과실론' 이외에도 기업의 특성을 고려하여 범죄성립요건을 구성하려는 '시스템(조직)책임론'과 기업활동 중 야기되는 법익침해· 위험야기를 방지하기 위한 시스템정비여부를 기업의 고유한 책임요소로 파악하는 견해가 있다. 이에 대한 보다 자세한 설명은 김성룡/권창국, 앞의 논문, 134면 참조.

하고 있다.[59]

이러한 기업시스템과실을 요건으로 형사책임을 확보하기 위해서는 결과발생을 방지하기 위한 구체적 의무(기업시스템의 과실의 내용)를 어디서 어떻게 도출할 것인지가 관건이 된다. 이와 관련하여 최근 주목받고 있는 것이 미국에서 발전하여 현재 우리나라에서도 실시되고 있는 준법감시프로그램(Compliance Program)이다.[60] 이는 기업이 그 활동을 규제하는 각종 법령을 준수하기 위하여 자율적으로 행하는 각종 시책, 즉 기업의 내부통제 및 위험관리 시스템으로 기업의 인적·물적 인프라 전체를 망라한다. 이러한 컴플라이언스 프로그램의 실시여부와 내용, 운영상태 등을 기준으로 하여 기업의 과실여부를 보다 객관적으로 판단할 수 있게 될 것이다.[61]

그러나 조직모델도 법인처벌의 준거점이 되는 대상범죄의 직접행위자가 확정되지 않은 경우, 발생된 결과가 구성요건에 해당하고 위법하게 발생된 범죄적 결과인지를 확정할 수 없게 된다는 점에서 여전히 개인적 책임귀속상의 문제점이 법인처벌에서도 나타나게 된다는 비판을 받고 있다.[62] 또한 조직모델은 기업경영·심리 등 형법외적인 이해에 근거하여 기업의 형사처벌의 근거를 확보하기 위한 이론구성이기 때문에, 행위, 고의, 과실 등 기존 형법이론상의 개념을 유지한다면 기업에 있어서 이러한 요소들을 어떻게 논리적으로 응용·변형할 수 있을지에 대해 아직까지 명확한 설명을 제공하지 못하고 있다는 점에서 그 한계가 지적되기도 한다.[63] 요컨대, 조직모델은 그 이론적 장점과 현실적 필요성에도 불구하고 개인의 책임에 기초하여 형성된 현행의 형법이론과 체계와의 모순 내지 충돌된다는 문제

---

59) 이에 대한 보다 자세한 설명은 川崎友巳, 앞의 책, 72~73면; 김성룡/권창국, 앞의 논문, 132-133면 참조.

60) 우리나라의 경우 준법감시프로그램은 '준법감시인'제도란 이름으로 일컬어지는데, 2000. 10.부터 은행 증권 보험 투신 종금 등 모든 금융기관에 대해 준법감시인 설치를 의무화했으며, 기업체로서는 지난 2001. 8. 2. 하이닉스반도체에서 최초로 기존 감사실 외에 CCO(Chief Compliance Officer) 조직을 두었다고 발표했다. 외국의 경우에는 금융권 뿐 아니라 1000대 기업의 75%가 자체적으로 컴플라이언스 제도를 두고 있다고 한다. [네이버 지식백과] 준법감시인 제도 (시사상식사전, 박문각). 준법감시프로그램에 대한 자세한 소개와 그 형법적 함의에 대해서는 이진국, "기업범죄예방수단으로서의 준법감시제도(Compliance)의 형법적 함의", 형사정책연구 제21권 제1호(통권 81호, 2010. 봄호), 65면 이하 참조.

61) 한편, 이러한 컴플라이언스 프로그램이 외형적으로 실시되고 있는 모습을 보이더라도 실질적으로 그렇지 않은 경우로 판단되어 기업의 처벌이 긍정될 수 있는 예도 얼마든지 상정될 수 있기 때문에, 기업시스템 과실여부 판단에 있어서 컴플라이언스 프로그램이 유일한 판단기준이 되는 것도 아니라고 한다(김성룡/권창국, 앞의 논문, 135-136면).

62) 김유근, "기업의 형사법적 책임", 77면 이하.

63) 김성룡/권창국, 앞의 논문, 137면.

점을 완전히 해소하지 못하고 있다고 할 수 있다.

3. 소결 : 기업에 대한 형사책임귀속의 바람직한 방안

그렇다면 우리의 법문화와 기업상황 등을 고려한 현실적 대안으로서 우리가 선택할 수 있는 기업형사책임법제는 어떻게 구상하는 것이 바람직할까?

이미 지적한 바와 같이 동일시이론은 본질적으로 기업 등의 구성원으로서 자연인인 개인의 위법행위에 중점을 둠으로써 그 배후에 있는 기업 등의 형사책임을 종속적인 것으로 파악하게 되어 오늘날 기업범죄의 다양한 형태와 특성에 효율적인 대처하지 못하는 근본적인 문제점을 내포하고 있다, 따라서 바람직한 기업형사책임법제는 기업 등의 구성원으로서 개인을 매개로 하지 않고, 기업 자체가 고유한 독자적인 책임을 지도록 하는 조직모델이 기업범죄의 특성에 부합하고 형사정책적 필요성을 충족한다는 측면에서 더 우수한 것으로 생각된다.[64] 그러나 조직모델도 이미 지적한 바와 같이 기존 형법이론과의 모순 내지 충돌을 어떻게 합리적으로 조정해야 하는가라는 어려운 난제를 안고 있는 것 또한 사실이다.

생각건대, 동일시이론과 독립모델은 종래 개별 행위자를 중심축으로 구성된 책임귀속의 방식을 탈피하여 기업에게 직접 형사책임을 귀속시키는 새로운 책임귀속방식이 필요하다는 공통의 목적을 가지고 있으며, 어느 하나의 이론이 다른 이론을 반드시 배척하는 것도 아니다. 또한 현실적인 측면에서 바라보면, 오늘날 기업범죄는 내부 구성원 개인의 위법행위로 환원할 수 없는 기업의 경영시스템상의 구조적 결함 혹은 기업문화에서 야기되는 문제로 인한 법익침해의 경우 등과 같이 범죄입증이 어려운 경우도 발생하고 있으며, 이러한 경우뿐만 아니라 기업의 내부 구성원인 개인이 직접 범죄행위를 범할 수 있는 단순한 그리고 명확히 입증될 수 있는 사건들도 무수히 많다. 따라서 기업범죄의 발생형태를 감안하여 전자의 경우에는 조직모델을 따르고 후자의 경우에는 동일시이론을 따르는 방식, 즉 양이론을 혼합 내지 결합하는 이른바 '혼합(결합)모델'이 구체적 문제해결을 위한 가장 합리적이고 바람직한 접근방식이라고 생각된다. 이러한 혼합모델을 따르는 대표적인 입법례로는 앞서 소개한 스위스 형법 제102조를 들 수 있다. 즉, 스위스 형법은 제102조 제1항에서 "기업 내에서 영업활동을 수행함에 있어서, 기업의 목적범위 안

64) 이러한 접근방식은 결국 기업의 형사책임법률이 기업문화의 개선, corporate compliance의 향상에 기여하게 되는 선순환 구조를 만들어 낼 수 있을 것이라고 한다(김성룡/권창국, 앞의 논문, 170면).

에서 중죄 또는 경죄가 범하여지고 그리고 당해 행위가 기업의 결함있는 조직구조로 인하여 특정한 자연인에게 귀속될 수 없는 때에는 동 중죄 또는 경죄는 당해 기업에게 귀속된다. 이 경우 기업은 500만 스위스 프랑 이하의 범칙금에 처한다"고 규정하여 기업의 부수적 책임을 인정한다. 이와 함께 제102조 제2항에서는 범죄조직, 테러에 대한 경제적 지원, 돈세탁, 뇌물공여 등 일정한 범죄의 경우에는 "당해 기업이 해당 범죄를 방지하기 위하여 필요하고 기대가능한 모든 조직구조상의 조치들을 취하지 아니한 때에는 당해 기업을 자연인의 처벌과는 상관없이 처벌한다"고 규정하여 기업의 부수적 책임과는 구별되는 '기업 고유의 독자적 책임'도 인정한다.[65]

요컨대, 혼합모델을 따르면 기업의 책임과 기업의 내부 구성원의 형사책임은 사안에 따라 병존할 수 있고, 기업의 대표자나 종업원 개인의 가벌행위가 없는 경우 또는 기업시스템상의 구조적 결함 등으로 야기된 법익침해의 경우 등과 같이 범죄입증이 어려운 경우에 개인을 매개로 하지 않고 독자적으로 기업의 형사책임을 물을 수 있게 된다. 아울러 기업의 내부 구성원에 의한 형사책임 내지 그들에 대한 관리감독책임은 현행 양벌규정의 법적 효과나 법인의 주의의무에 대해서도 모순없이 설명할 수 있는 장점이 있다.

한편, 이러한 결합모델에 따른 기업형사책임법제의 입법방식은 프랑스 등과 같이 기존의 형법전에 기업(법인)도 자연인과 동일하게 범죄의 주체이자 형벌의 대상이 될 수 있다고 규정하는 원론적인 방식보다는, 오스트리아나 독일 등과 같이 별도의 특별법을 제정하는 방식이 합리적이라고 생각한다. 아울러 이러한 특별법 내에 기업이 책임을 져야 할 범위를 명시하는 방식이, 기업이 독립된 책임을 물을 수 있는 개별 범죄유형들을 나열하는 방식보다 나을 것으로 생각한다. 이 경우 기업에 대하여 부과되는 형사제재로는 종래 전통적인 형태의 벌금형 이외에 기업의 특수성을 반영한 다양한 형태의 보안처분제도를 상정할 수 있을 것이다.[66]

---

65) 스위스 형법 제102조 제1항과 제2항은 앞의 주)48, 주)51 참조. 또한 스위스 형법상 기업처벌규정의 입법과정 및 스위스 형법 제102조의 구성요건과 관련한 주요한 쟁점들에 관한 자세한 설명은 이주희, "스위스 형법상의 기업책임", 법학논총 제23집 제3호(하), 2006, 128~130면 및 132~137면 참조.

66) 앞에서 소개한 독일 Nordhein-Westfalen주의 「기업 및 기타 단체의 형사책임 도입을 위한 법률안」에 의하면, 단체에 대한 형사제재는 크게 단체형벌과 단체보안처분으로 구분된다(제4조). 단체형벌에는 단체벌금(제6조), 형의 선고유예(제7조) 그리고 판결의 공시(제9조) 등이 있으며, 단체보안처분에는 보조금의 제한(제11조), 정부조달사업에서의 입찰자격의 제한(제10조) 및 단체의 해산(제12조) 등이 있다. 이에 관한 보다 자세한 소개는 김유근, "법인의 형사책임", 30면 이하; 김성룡/권창국, 앞의 논문, 150면 이하 참조.

Ⅴ. 맺음말

「기업이 형사책임의 귀속주체가 될 수 있는가?」라는 문제는 형법 이론적으로 해결하기 어려운 난제를 안고 있지만 기업범죄에 대한 효율적인 대처방안을 마련하기 위해서는 해결해야 할 과제의 하나이다. 종래부터 각국에서는 대위책임의 법리나 양벌규정의 형식을 빌어 이 문제를 해결해 왔으며, 종래 우리나라도 법인의 범죄능력을 부정하고 범죄주체가 자연인 또는 개인이라는 전통적인 사고의 틀 속에서 양벌규정을 통하여 이 문제를 해결해 왔다. 그러나 앞에서도 살펴본 바와 같이 오늘날 기업범죄의 중요성과 기업조직구조의 복잡성 및 양벌규정의 적용상의 한계와 이로 인한 실효성의 저하 등으로 기존 이론의 문제점과 한계가 명확하게 드러남에 따라 기업 내지 법인에게 형사책임을 직접 귀속시키는 동일시이론 및 조직모델 등의 새로운 귀책원리가 논의되고 있다.

이제 우리도 인식의 전환과 제도의 개선이 필요할 때가 되었다. 이에 따라 이 논문은 법인의 범죄능력을 인정하는 긍정설을 기본전제로 하면서 범죄주체가 자연인 또는 개인이라는 전통적인 사고의 틀을 벗어나 기업 내지 법인에게 직접 책임을 귀속시키는 새로운 귀책원리를 수용하는 것이 바람직하다는 것을 논증하였다. 물론 이러한 새로운 귀책원리 또한 기존 형법이론과의 모순 내지 충돌을 어떻게 합리적으로 조정해야 하는가라는 더 정치한 이론구성이 필요한 것도 사실이지만, 적어도 오늘날 기업범죄의 특수성에 기인한 형법상 책임귀속의 문제점 및 양벌규정의 적용에 의한 기업처벌의 한계 등을 해소할 수 있는 이론적 기반과 현실적 필요성을 갖추고 있기 때문이다.

새로운 귀책원리의 도입방안은 스위스 형법 제102조와 같이 양이론의 장점을 받아들이면서 현행 법제의 문제점을 최소화할 수 있는 이론적 기반으로 동일시이론(종속모델)과 조직모델(독립모델)을 혼합 내지 결합하는 혼합모델에 따르고, 이에 따른 기업형사책임법제의 입법방식은 오스트리아나 독일 등과 같이 별도의 특별법을 제정하여 여기에 기업 내지 법인이 책임을 져야 할 범위를 명시하는 방식이 합리적이라고 보았다. 아울러 이 경우 기업의 책임범위와 그 기준의 하나로 미국에서 발전하여 현재 우리나라의 금융기관과 일부기업에서 실시되고 있는 준법감시프로그램(Compliance Program)의 적극적 활용이 필요하며, 이 제도의 확산을 기대한다.

요컨대, 21세기 고도 산업자본주의가 심화되면 될수록 기업의 역할과 비중은 점점 더 증가해갈 것이므로 이에 걸맞는 책임도 뒤따라야만 할 것이다. 따라서 기업이 형사책임의 직접 귀속주체가 되는 새로운 제도의 구축으로 기업의 투명성과 준법의식을 제고시키고, 기업은 진정한 의미에서 자립한 「선량한 기업시민(good corporate citizen)」으로서 자리매김 할 수 있기를 기대한다.

(논문투고일 : 2015.08.07, 심사개시일 : 2015.08.27, 게재확정일 : 2015.09.22)

박 광 민

기업범죄, 기업의 형사책임, 양벌규정, 동일시이론, 조직모델, 준법감시프로그램

【참 고 문 헌】

김성돈, 형법총론(제2판), SKKUP, 2009
사법연수원, 신종범죄론, 2010
오영근, 형법총론, 박영사, 2005
이재상, 형법총론(제7판), 박영사, 2014
임웅, 형법총론, 법문사, 2008
정성근/박광민, 형법총론(전정2판), SKKUP, 2015
한석훈, 기업범죄의 쟁점연구, 법문사, 2013

김성룡/권창국, "기업・법인의 형사책임법제 도입가능성과 필요성", 형사법의 신동향 Vol. 46, March 2015
김유근, "기업의 형사법적 책임", 한양법학 제24권 제3집(통권 제43집), 2013
김유근, "법인의 형사책임: 독일 Nordhein-Westfalen주의 기업 및 기타 단체의 형사책임 도입을 위한 법률안을 중심으로", 형사정책연구 제25권 제3호(통권 제99호, 2014・가을)
김재봉, "양벌규정과 기업처벌의 근거・ 구조", 법학논총 제24권 제3호, 2007, 한양대학교
김종덕, "기업환경범죄에 관한 연구(계명대 박사학위논문)", 1995
이주희, "양벌규정의 실효성 확보에 관한 고찰 - 법인에 대한 벌금형 중과를 중심으로 -", 법학연구 제47집, 2012
이주희, "스위스 형법상의 기업책임", 법학논총 제23집 제3호(하), 2006
이진국, "기업범죄예방수단으로서의 준법감시제도(Compliance)의 형법적 함의", 형사정책연구 제21권 제1호(통권 81호, 2010. 봄호)
이진권, "한국의 기업지배구조와 기업범죄", 비교형사법연구 제15권 제2호, 2013
장영민/박기석, "환경형법의 새로운 문제점에 관한 연구", 1996,
정성근, "법인의 범죄능력재론", 한국형사법학의 새로운 지평(유일당 오선주교수 정년기념논문집), 2001
조명화/박광민, "양벌규정과 형사책임 - 개정된 양벌규정의 문제점을 중심으로 -", 법학논집 제23집(숭실대학교 법학연구소), 2010
조병선, "환경형법을 계기로 새로이 전개된 형법해석학의 이론들(청주대학 법학

논집 제6집)", 1992
천진호, "기업범죄와 형사적 규제", 법학논고 제16집, 경북대학교 법학연구소, 2000

川崎友巳, 企業の刑事責任, 成文堂, 2004,
山上拓一, "兩罰規定-法人の刑事責任-", 「現代裁判法大系」 第30卷, 新日本法規出版, 1999. 2
出田孝一, "構造的 過失(1) - 監督過失-", 「現代裁判法大系」 第30卷, 新日本法規出版, 1999. 2
三井 誠, "管理・監督過失をめぐる問題の所在-火災刑事事件を素材に-", 刑法雜誌 28卷 1号, 日本刑法學會
山中敬一, "ガス爆發事故と刑事責任", 「ジュリスト」 840號, 有斐閣, 1985. 7
宇津呂英雄, 法人處罰のあり方, 現代刑罰法大系 1, 1984

Brent Fisse, "Reconstructing Corporative Criminal Law : Deterrence, Retribution, Fault, and Sanction" (1983) 56 Southern California Law Review 1141
Celia Wells, Corporation and Criminal Responsibility(2d. ed., 2001)
Dannecker, "Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände - Überlegungen zu den Anforderungen und zur Ausgestaltung eines Verbandsstrafrechts", 「GA」 2001
Eliezer Lederman, "Criminal Law, Perpetrator and Corporation : Rethinking a Complex Triangle" (1985) 76 Journal of Criminal Law and Criminology 285
G. Sulivan, "Expressing Corporate Guilt", Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 15(1995)
Günter Stratenwerth, "Strafrechtliche Unternehmenshaftung?", Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70. Geburtstag, Tübingen, 1992
James Gobert, "Corporative Criminality : Four Models of Fault"(1944) 14 Legel Study 393

John Andrews, "Reform in the Law of Corporative Liability"[1973] Crim LR 91

L. H. Leigh, The Criminal Liability of Corporations and Other Groups: A Corporative View, 80 Mich. L. Rev.(1982)

Schubarth Martin, “Sind die sogenannten Wirtschaftsdelikte wirklich ein Problem?”, ZStrR 92 (1976)

V. S. Khanna, Corporative Criminal Liability: What Purpose Does It Serve?, 109 Harv. L. Rev.(1996)

Abstract

A Study on the desirable Methods of Corporate Criminal Liability

Park, Kwang-Min

Countries solved the problem of corporate criminal liability by using vicarious liability and/or parallel punishment provision. And Korea declined corporation's crime ability to solve problems by parallel punishment provision according to traditional thought frame of natural person(individual) of criminal entity. Existing theories had problems and limitation because of not only importance of corporate crimes but also complexity of corporate organization to discuss not only identification theory(dependent model) but also organizational model(independent model) that enterprises(corporation) had criminal responsibility.

This study was based on theory admitting of corporate criminal competence to be free from traditional thought frame of natural person of criminal entity and to accept new responsibility theory that enterprise should be responsible for the crime. The new responsibility principle required precise theory construction, and theoretical base and practical needs could solve not only criminal responsibility but also punishment against corporation by parallel punishment provision.

New responsibility principle accepted not only identification theory but also organizational model's advantages to minimize current legal problems and to follow mixed (combined) model combining both theories and to legislate corporate criminal responsibility legal system that enacted special law to let enterprise have responsibility same as Austria and Germany

did. The compliance program that financial institutions and some of enterprises adopted to be enterprise's scope of responsibility and standard should be used. The new system should elevate corporate transparency and law-abiding consciousness to let enterprises be good corporate citizen.

Park, Kwang-Min

Corporate Crime, Corporative Criminal Liability, Parallel Punishment Provision, Identification Theory, Organizational Model, Compliance Program

영상녹화물의 증거능력과 그 증거조사 방법

– 녹취서 작성의 의무화 및 제한적 증거조사 방안에 대한 검토 –

노 수 환*

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 현행 형사소송법상 영상녹화물의 증거능력
1. 영상녹화물의 개념 및 도입배경
2. 영상녹화물의 증거능력에 대한 학설 및 판례의 태도
3. 검토
Ⅲ. 영상녹화물의 증거능력 인정의 필요성
1. 증거능력 인정의 필요성
2. CCTV 등 다른 영상녹화물과의 비교
Ⅳ. 영상녹화물의 증거능력을 인정할 경우 그 증거조사 방법
1. 현행 형사소송법상 영상녹화물의 증거조사 방법
2. 녹취서 제출의 의무화 방안
3. 다투는 부분에 한하는 영상녹화물의 제한적 재생에 의한 증거조사 방안
4. 형사소송법 일부개정법률안에 대한 검토
Ⅴ. 결론

【국 문 요 약】

현행 형사소송법상 해석에 치중할 경우에는 문리적 해석, 입법자의 의사 해석 그리고 법체계적·종합적 해석상 영상녹화물의 독립적인 증거능력을 부정하는 것이 타당하다. 그러나 입법 정책의 문제로 바라볼 경우에는 법 제244조 제1항의 성격을 법현실의 측면에서 고찰하여 조서가 작성되지 않아 영상녹화물만 존재하는 경우가 발생할 수 있으므로 영상녹화물의 독립적인 증거능력 인정의 필요성은 부정할 수 없다.

입법 정책적으로 영상녹화물의 독립적인 증거능력을 인정하는 취지의 개정 법률안이 국회에 제출되기에 이른 현 시점에서 영상녹화물의 증거조사 방법을 세밀하게 규정하는 것이 그 증거능력 인정여부에 관한 다툼보다 더 중요하다는 전제로 영상녹화물의 증거능력이 인정된다면 그 증거조사 방법은 어떠해야 하는지를 구체적으로 제시하였다.

즉 영상녹화물과 함께 녹취서 작성을 의무화하여 함께 증거로 제출하게 함으로

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 변호사.

써 법관에 의한 증거조사 시간을 단축시키고, 실체적 진실의 발견이라는 형사소송법의 대원칙을 실현하는데 기여하게 하고, 수사기관으로서도 수사의 편의성을 도모하게 하고, 국민의 신속한 재판을 받을 권리가 실질적으로 보장되도록 하는 방안이 필요하다.

Ⅰ. 서론

2015년 5월 15일, 김진태 의원의 대표발의로 형사소송법 일부개정법률안[1]이 국회에 제출되었다. 그 주된 내용은 첫째, 적법한 절차와 방식에 따라 기록된 영상녹화물[2]의 경우 원진술자가 진술한 내용과 동일하게 기록되었음이 증명된 때에는 증거능력을 인정한다는 점, 둘째, 영상녹화물의 증거조사에 관하여는 피고인이 다투는 부분만 재생하고 다투지 아니하는 부분은 녹취서 내용을 고지하는 방법을 택한 점이다.

2007년 형사소송법의 대폭 개정 이전과 이후를 막론하고 학계를 비롯하여 검찰과 법원은 영상녹화물의 증거능력 인정 여부에 대하여 첨예한 의견대립을 보여 왔다. 이러한 대립은 2007년 개정 당시 사법제도개혁추진위원회의 논의에서부터 시작하여 국회의 법안심의에 이르기까지 지속적으로 표출되었고, 결국 수정에 수정을 거치며 영상녹화물의 독립적인 증거능력에 관한 규정을 두지 않는 결과를 낳았다.

학계에서는 이에 관한 명시적인 규정이 신설되기까지 논란과 대립이 끊이지 않을 것이라 내다보았고, 2010년에 이르러 법무부는 영상녹화물의 본증으로서의 증거능력을 인정하는 것을 내용으로 하는 개정안을 입법예고한 뒤 2011년 7월 4일 이를 국회에 발의하였으나 국회에서 심의되지 못한 채 2012년 5월 국회회기가 끝남으로써 폐기되고 말았다.

이에 실무상으로는 법원에서 영상녹화물의 독립적인 증거능력을 부정하는 입장을 견지하여 왔고[3], 그에 따라 검찰은 수사과정에서 영상녹화제도를 활용하면서도 법원에 증거로는 제출하지 못하고 있는 상황이다. 피의자신문조서 등 조서를 증거로 제출하여야 그 증거능력이 인정되고 영상녹화물의 독립적인 증거능력은 어차피 인정되지 않고 있기 때문이다. 그리하여 영상녹화물을 제출하는 것은 무의미한 물건의 제출에 불과하다는 견해까지 나오고 있는 실정이다.[4]

---

1) 의안번호 1915159.

2) 본고에서 논의의 대상은 수사기관에서 작성한 영상녹화물의 증거능력에 관한 것이므로, 이하에서 영상녹화물이라고 함은 수사기관에서 피의자나 참고인의 진술을 영상녹화 한 영상녹화물을 말한다.

3) 서울남부지방법원 2007. 4. 6. 선고 2006노1833 판결 및 그 상고심인 대법원 2010. 9. 9. 선고 2007도3089 판결, 서울남부지방법원 2007. 6. 20. 선고 2006고단3255 판결, 서울고등법원 2008. 7. 11. 선고 2008노606 판결 등.

4) 오기두, “수사과정 영상녹화물의 증거조사(하) -2008년 이후의 논의에 대한 답변-”, 「저스티스」

하지만 이러한 대립과는 무관하게 영상녹화제도가 수사과정의 투명성을 확보하고 피의자 등의 인권보호에 기여한다는 점은 널리 인정되고 있으며 증거능력에 관한 찬반을 초월하여 이에 관하여는 다툼의 여지가 없다. 증거능력에 대하여는 부정적인 입장을 취하면서도 전 수사과정에 걸친 영상녹화의 의무화를 주장하는 견해[5]가 있다는 점이 이를 잘 보여준다.

이처럼 최근 몇 년 간 형사법 분야에서 가장 큰 논란이 되어 온 영상녹화물의 증거능력 문제를 검찰측 입장에서 입법으로 해결하기 위한 새로운 시도로 법률안이 제출된 것이다.

이에 본 논문에서는 영상녹화물의 증거능력을 인정하여야 하는지 기존의 학설과 판례의 태도를 다시 한 번 면밀히 검토하는데서 나아가 영상녹화물의 증거능력을 인정할 '필요성'이 있는지 여부와 수사과정에서의 영상녹화물과 CCTV 등 기타 영상녹화물의 차이점도 살펴보기로 한다. 또한 개정법률안이 통과되어 영상녹화물의 본증으로서의 증거능력이 인정될 경우 그 증거조사 방법은 어떻게 할 것인지 녹화물의 상영과 녹취서의 의무적 작성 및 제한적 증거조사 방안을 논의하며, 끝으로 국회에 제출된 개정안에 대하여도 검토함으로써 향후 계속될 입법의 방향을 제시하는 것을 목표로 한다.

Ⅱ. 현행 형사소송법상 영상녹화물의 증거능력

1. 영상녹화물의 개념 및 도입배경

가. 영상녹화조사의 의의

영상녹화조사란 수사과정의 투명성확보를 통한 인권보장을 위하여 피의자나 참고인의 수사기관에서의 진술을 오디오, 비디오 또는 DVD로 녹음·녹화하여 이를 법정에 제출하는 일련의 조사과정을 총칭한다.[6] 정보통신기술과 과학기술의 급격한 발전으로 인하여 삶의 모습이 변화하는 것에 발맞춰 법원과 수사기관인 검찰은 전자정보, 전자문서, 디지털증거, 녹음·녹화물 등의 활용 및 통제방안을 오래 전부터 심도 있게 논의하여 왔고, 이는 세계적인 추세이기도 하다. 이러한 시대의 변

통권 제139호, 2013, 192면.

5) 진상훈, "수사과정 영상녹화의 의무화와 영상녹화물의 증거능력", 재판자료 「형사법실무연구」 제123집, 법원도서관, 2012, 542~3면.

6) 법무연수원, "수사과정의 녹음·녹화제 운영실태보고", 수사과학연구회 자료집, 2003. 12.

화 중에서도 형사법 분야에서는 특히 영상녹화물의 활용이 문제되어온 것이라 할 수 있다.

나. 영상녹화물의 개념과 종류

영상녹화물이란 범행 장면, 장소, 사람의 진술하는 모습 등을 촬영한 것으로서 크게 현장 영상녹화물과 진술 영상녹화물로 나누어 볼 수 있다. 현장 영상녹화물은 녹화장면 자체를 증거자료로 사용하는 경우를 말한다. 예컨대 불법시위 현장을 촬영한 CCTV는 그 '장면 자체'가 불법시위의 범행에 대한 증거로 사용된다. 반면 진술 영상녹화물은 촬영한 장면 자체가 증거자료로 되는 것이 아니라 촬영된 사람이 행한 '진술 내용'이 증거자료가 된다는 점에서 다르다. 예컨대 폭력범행 현장을 목격한 사람이 그 목격한 내용을 진술하는 장면을 촬영한 영상녹화물은 '그 사람의 진술내용'이 증거자료가 된다.

증거능력과 관련하여 문제가 되고 있는 것은 수사과정에서의 영상녹화물로서 진술 영상녹화물의 경우이다. 또한 아래에서 영상녹화물의 증거능력이라 함은 형사소송법[7] 제312조에서 조서의 진정성립 등의 증명방법으로 인정되는 경우와 제318조의2 제2항에서 기억 환기용 수단으로 사용되는 경우는 현행 법조문상 명문으로 인정되므로 제외하고, 독립적인 증거능력 즉, 본증으로서의 증거능력 여부를 말함을 밝혀둔다.

다. 영상녹화물의 도입배경 및 장·단점

우리나라에서는 수사기관인 검찰이 영상녹화물의 도입에 적극적인 입장을 취하며 사법제도개혁추진위원회(이하 '사개추위'라 한다)나 그 전신인 사법개혁위원회 논의 전부터 이미 영상녹화제 도입을 준비하여 왔다.[8] 이는 우리 형사소송법의 시행실무 역사에서도 그 근거를 찾을 수 있을 것이다. 검사나 사법경찰관 등 수사기관이 받아낸 피의자신문조서나 참고인진술조서 등의 진술기재내용에 기해 유무죄 여부를 판단하는 '조서재판'이 일제강점기부터 횡행하여 왔고, 군부독재시절을 거쳐 오는 근대사의 과정에서도 이러한 조서재판의 폐해는 좀처럼 시정되지 않고 있다는 것이 법조계의 중론인데[9], 검찰에서도 피의자신문과정에 대한 불신을 해결하

---

7) 이하 특별한 언급이 없는 한 '법'은 형사소송법을 말한다.

8) 이완규, "개정 형사소송법상 영상녹화물의 증거능력", 「법조」 제56권 10호(통권 613호), 2007, 165면.

9) 오기두, 앞의 논문, 280면.

기 위하여 영상녹화제 도입을 적극 추진하였다고 볼 수 있기 때문이다.[10]

영상녹화조사제도의 도입으로 인한 장점으로는 첫째, 수사과정의 투명성을 확보한다는 점이다. 현행 법 제244조의2 제1항은 피의자의 진술을 영상녹화 할 경우, 조사의 개시부터 종료까지의 전 과정 및 객관적 정황을 영상녹화 하여야 한다고 규정하고 있으며, 대검찰청의 영상녹화 업무처리 지침에 따르면 '영상녹화 전에 신문에 영향을 미칠 수 있는 강압, 회유 등을 받은 사실이 있는지 여부'를 확인하여야 한다[11]고 정하고 있어 수사과정의 투명성 제고에 노력을 기울였다고 평가받는다.[12] 둘째, 피의자 등의 인권보호를 신장한다는 점이다. 수사기관이 피의자를 신문하는 전 과정을 녹화하게 된다면 신문의 밀행성이 약화되어 가혹행위가 발생할 여지가 줄어들고, 수사과정상 피의자 등에게 인정되는 헌법상의 기본적 권리인 진술거부권과 자백을 강요받지 않을 권리 등이 실질적으로 보장될 수 있을 것으로 평가된다. 셋째, 형사소송법의 기본 이념인 실체적 진실의 발견에 한층 더 가까워질 수 있다는 점이다. 종래의 조서에 의한 수사는 근본적으로 조서 작성 시의 오류 개입과 협박 내지 강압에 의한 허위 기재의 가능성을 내포하고 있지만, 영상녹화로 인하여 수사기관이 진술자의 진술내용을 왜곡할 수 있는 가능성을 방지할 수 있고 초동수사시 확보할 수 있는 실체적 진실에 근접한 최초 진술의 증거가치를 확보할 수 있기 때문이다.[13]

영상녹화조사제도의 도입으로 인한 단점으로 제기되고 있는 주요 사항들은 영상녹화물의 증거능력 부정설의 주요 논거들과 상당 부분 일치하는데, 첫째, 법관의 올바른 심증형성을 방해할 수 있다는 점이다. 영상녹화물을 재생해 보는 경우는 수사기관에서 자백하였으나 이를 번복하여 법관 앞에서는 부인하는 경우에 한정될 것인데 즉, 자백하는 장면을 법정에 전달하는 것이 그 목적일 것이고 피의자의 진술장면과 육성을 담고 있는 영상녹화물이 법정에서 그대로 재현될 경우 법관이나 재판에 참여하는 배심원에게는 매우 강력한 인상을 남겨 올바른 심증형성을 방해

---

10) 이완규, 앞의 논문, 165면.

11) 대검찰청, 대검예규 <영상녹화 업무처리 지침> 제8조 제4항 제6호, 개정 대검예규 과수 2014. 12. 29. 759호 참조.

12) 다만, 진술자의 검찰청사 도착과 영상녹화 시작 사이의 시간적 간격을 확인하는 것이 중요한 의미가 있으므로 그 시간대에 관한 구체적인 질문을 추가하는 것이 '사전 조사'의 유무를 더욱 완벽을 확인할 수 있다는 견해로, 차정인/ 민영성, "영상녹화물(映像錄畵物) 증거사용(證據使用)의 조건(條件)과 이론(理論)", 「법조」 제58권 11호 (통권 제638호), 2009, 166면.

13) 정웅석, "영상녹화물의 증거능력 인정에 관한 연구", 형사소송법상 증거법칙 개선 방안 세미나, 2015, 9~10면.

할 위험성이 매우 크다는 것이다.[14] 둘째, 소송지연 및 공판중심주의가 형해화될 수 있다는 점이다. 이와 같은 주장을 단순화한 것이 소위 '극장재판론'이며, 영상녹화물을 증거로 제출한다면 이를 모두 증거조사하여야 할 것인데 조사과정의 영상녹화물은 수사기관의 조사시간만큼의 녹화시간이 소요되고 그러면 재판의 모습이 하루종일 수사기관의 조사과정에 대한 영상녹화물만 틀어보는 극장으로 변화할 것인데 이는 공판중심주의에 반한다는 주장이다.[15]

2. 영상녹화물의 증거능력에 대한 학설 및 판례의 태도

가. 긍정설[16] 의 주요 논거

첫째, 법 제310조의2에 영상녹화물이 포함되지 않고 있으므로 영상녹화물의 증거능력은 개정전 형사소송법에 대한 판례 이론과 같이 일반 이론에 따라 서류에 관한 조문을 원용하여 증거능력을 인정할 수 있다고 한다. 기존의 판례이론에 따르면 영상녹화물을 제외한 녹음테이프[17]·컴퓨터디스켓[18]·MP3 등 각종의 특수한 진술기록매체들의 경우에는 여전히 일반이론에 따라 조서 등 서류규정을 적용하여 증거능력을 판단해야만 할 것인데, 녹음테이프 등은 조서에 준하여 증거능력을 인정하면서, 이보다 더 진실에 가까운 영상녹화물에 대하여 증거능력을 부정하는 것은 논리적으로 맞지 않다는 것이다.

둘째, 입법자의 의사 역시 영상녹화물의 증거능력을 일반원칙에 의해 판단하라는 것이라고 한다.[19] 2007년 개정 당시 국회 논의과정에서 사개추위 개정안이 가지고 있던 피고인진술에 관한 특칙으로서의 영상녹화물 규정을 삭제한 것은 ① 조

---

14) 참여연대, "공판중심주의 법정심리절차 확립을 위한 형사소송법 개정안에 대한 의견서", 2005.

15) 이러한 지적은 오해에서 비롯되었지만 일견 타당한 면이 있다는 긍정설의 견해로는 이완규, 앞의 논문, 186~187면.

16) 김보현, "영상녹화물에 대한 판례의 입장과 비판적 고찰", 「성균관법학」 제26권 제4호, 2014; 김성돈, "미란다법칙과 위법수사통제방안", 「형사법연구」 제14권, 2000; 김종률, "영상녹화제도와 검찰수사실무 변화에 관한 연구", 「형사법의 신동향」 통권 제8호, 대검찰청, 2007; 노명선/이완규, 「형사소송법」, 성균관대학교출판부, 2015; 박수희, "영상녹화물의 증거능력", 「한양법학」 제41집, 2013; 박현식, "수사과정 영상녹화물의 증거능력에 관한 연구", 조선대학교 박사학위논문, 2008; 이완규, 앞의 논문; 정웅석/ 백승민, 「형사소송법(전정 제5판)」, 대명출판사, 2012; 조정래, "수사과정상 피의자진술을 현출하는 방법의 한계와 보완 - 영상녹화물의 활용을 중심으로 -", 「법학논고」 제36집, 경북대학교 법학연구원, 2011; 허인석, "영상녹화제도의 합리적 운용과 발전방향", 「법조」 제57권 9호(통권 제624호), 2008.

17) 대법원 1996. 10. 15. 선고 96도1669 판결.

18) 대법원 1999. 9. 3. 선고 99도2317 판결.

19) 이완규, 앞의 논문, 169면.

서 규정에서는 사법경찰관 조서의 증거능력이 제한되고 있음에도 영상녹화물에서는 사법경찰관도 검사와 마찬가지로 증거능력이 인정되고 있는 점, ② 증거능력 요건에 있어 조서와 달리 실질적 진정성립을 피고인의 진술이나 조사자 증언 등으로도 입증할 수 없는 상황이 되었을 때 최후적으로 증거로 할 수 있는 점 등에서 조서나 조사자 증언과 같은 다른 현출수단에 비추어 특칙적인 규정이었기 때문에 불필요하다는 취지였다는 점을 근거로 든다.[20]

셋째, 영상녹화물의 진정성 확보에 관한 규정인 법 제244조의2의 신설취지에서도 그 근거를 찾는다. 동조는 영상녹화조사의 전 과정을 녹화하되, 원본을 봉인하고 피의자의 요구가 있으면 이를 열람하도록 하며, 이의제기가 있는 경우 해당내용을 별도의 서면으로 작성하여 영상녹화물에 첨부하도록 정하고 있다. 이러한 법조문의 내용과 구조는 피의자신문조서의 작성, 조서의 열람 및 증감변경의 기재 등을 규정한 법 제244조와 유사하므로, 법 제244조의2는 증거법상 영상녹화물이 조서와 동등한 지위에 있다는 것을 전제로 하여 이에 준하는 증거능력을 인정하고자 한 것으로 해석해야 한다는 것이다. 이와 달리 영상녹화물의 독립적인 증거능력을 배제하고 조서의 진정성립을 인정받기 위한 객관적 방법의 하나로 인정하고 있다고 해석할 경우 이처럼 엄격한 요건을 구비하도록 요구할 이유가 없으며, 녹음테이프, 속기사 작성녹취서, 신문참여자의 법정증언 등 다른 객관적 방법에 대해서는 법률상 아무런 요건을 규정하지 않으면서 유독 영상녹화물에만 엄격한 절차와 방법을 규정한다는 것은 형평성에도 맞지 않게 되기 때문이라고 한다.[21]

넷째, 영상녹화물의 장시간 시청에 따른 문제는 주요 증거로서 장시간 시청을 하는 것이 실체적 진실규명을 위해 불가피하다면 이를 시청하는 것이 당연하고, 그렇지 않은 경우는 영상녹화물의 부분적·선택적 상영에 의한 증거조사로 충분히 해결이 가능하다고 한다.[22][23]

다섯째, 부정설의 논거 중 하나인 극장재판론에 대하여, 조사자의 증언에 대하여 다툼이 있거나 불분명한 경우에 한하여 영상녹화물을 활용하게 될 것이므로 이러한 주장은 타당성이 없다고 한다. 영상녹화물의 증거능력이 인정된다고 하더라도

---

20) 이완규, 앞의 논문, 169~170면.

21) 허인석, 앞의 논문, 89면; 박주석/김판수/이완수, 「영상녹화물 증거능력의 법적 고찰 」, 한국학술정보, 2012, 193~194면; 정웅석, “영상녹화물의 증거능력 인정에 관한 연구-법무부개정안을 중심으로-”, 「형사법의 신동향」 통권 제29호, 2010, 124면.

22) 정웅석, 앞의 논문, 183면; 박주석/김판수/이완수, 앞의 책, 188면.

23) 부분적·선택적 상영에 관하여는 이하 영상녹화물의 증거조사방법에서 자세히 다룬다.

처음부터 영상녹화물을 상영하는 것이 아니라, 법 제316조 제1항에 따라 조사자의 증언이 먼저 나오고 조사자의 증언과 피고인의 진술이 상이한 경우에 한하여 그 부분에 한정하여 영상녹화물을 상영하면 될 것이기 때문이다.[24] 이는 법정에서의 구두 진술을 요하는 '구두주의'와 원진술자의 진술이 그 사람의 진술을 기록한 조서나 영상녹화물보다 우선된다는 '최우량증거의 원칙', 그리고 '중복증거금지의 원칙'에 그 근거를 두고 있다. 즉, 원진술자가 수사단계에서 행한 진술은 법정에서 구두진술로 현출될 것이고, 만일 원진술자가 수사과정에서의 진술을 번복할 때에는 법 제316조 제1항에 따라 조사자의 증언에 의해 그 실질적 진정성립 여부가 입증될 수 있으며, 이 경우 중복증거금지의 원칙에 의해서 최우량증거라고 할 수 있는 원진술자의 진술과 동일한 내용의 증거는 중복해서 증거로 사용할 수 없는바, 영상녹화물의 증거능력을 인정하더라도 실제로 영상녹화물이 증거로 제출되는 경우는 많지 않을 것이라고 한다.[25][26] 결국 영상녹화물에 들어있는 진술내용은 공판정에 출석하는 원진술자의 법정 진술로써 증거현출이 대부분 해결될 것이므로 극장재판론이 우려하는 상황은 사실상 발생하기 어렵다는 것이다.[27]

나. 부정설[28]의 주요 논거

첫째, 법이 명문으로 허용하지 않는 한 영상녹화물의 증거사용은 허용되지 않는다고 한다.[29] 현행 법의 엄격한 문리해석상, 수사과정 영상녹화물의 공판정 증거사용을 명문으로 허용하는 규정은 검사 작성 피의자신문조서의 진정성립을 인정하기 위한 경우(법 제312조 제2항), 검사나 사법경찰관 작성 참고인진술조서의 진정성립을 인정하기 위한 경우(동조 제4항), 피고인이나 증인의 기억을 환기시킬 필요가 있는 경우(법 제318조의2 제2항)에 국한되고 있으며, 영상녹화물을 공소사실 입증을 위한 본증으로 사용할 수 있다고 허용한 규정은 어디에도 없다는 것이다. 만일

24) 박수희, 앞의 논문, 88면.
25) 안성조/지영환, "영상녹화물의 증거능력", 「외법논집」 제30집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2008, 27면.
26) 이에 관하여는 이하 '영상녹화물의 증거능력 인정의 필요성'에서 자세히 다룬다.
27) 이완규, 「개정형사소송법의 쟁점」, 탐구사, 2007, 159면.
28) 김봉수, "수사상 영상녹화물의 증거활용에 대한 비판적 검토", 「형사법연구」 제20권 제3호, 한국형사법학회, 2008; 남상근, "수사과정에서 영상녹화물 증거능력 인정 여부", 「서강법률논총」 제2권 제2호, 2013; 법원행정처, "형사소송법 개정법률 해설", 2007; 신동운, 「신형사소송법(제4판)」, 법문사, 2012; 오기두, 앞의 논문; 류지영, "형사소송법 제312조의 영상녹화물의 증거능력", 「중앙법학」 제10권 제4호, 2008; 조국, "검사작성 피의자신문조서와 영상녹화물의 증거능력", 「저스티스」 통권 제107호, 2008; 진상훈, 앞의 논문.
29) 오기두, 앞의 논문, 297면.

그럼에도 불구하고 영상녹화물의 증거능력을 인정하게 된다면 그러한 해석행위는 입법자의 권한을 침탈하여 헌법상의 권력분립원칙을 위반하는 행위가 되며, 나아가 법원이 이를 받아들여 판결을 내릴 경우에는 법원의 재판에 대한 위헌 논의가 제기될 수 있다고 한다.[30][31]

둘째, 긍정설과는 다른 차원에서 입법자의 의사를 근거로 든다. 2007년 개정 논의 당시 사개추위 개정안 제312조의2는 '피고인의 진술에 대한 영상녹화물은 피고인신문에서 종전의 진술사실을 다투고, 그 다툼의 해결을 위해 조사자가 증언한 후에 그 증언이나 기타 방법으로 그 다툼을 해결할 수 없을 때 최후수단으로 증거로 사용할 수 있다'고 규정하고 있었으나, 국회 논의과정에서 동조항이 삭제되었으므로 이는 제한적인 상황에서나마 예외적으로 인정하려고 했었던 영상녹화물의 독립적인 증거능력이 다시 본래대로 부정되었음을 의미한다는 것이다.[32]

셋째, 공판중심주의가 형해화되어 헌법상 권력분립 원칙에 위반되는 결과를 낳는다고 한다. 영상녹화물이 법정에 증거로 제출되어 사용될 경우, 극장재판이 초래됨과 동시에 생생함을 특징으로 하는 영상녹화물의 특성상 재판을 담당하는 판사의 입장에서 수사기관이 작출한 증거에 예속되어 그 증거에 기재된 내용대로 사실인정을 하게 될 수 있으며, 공판절차에서 법원은 자신의 독자적이고 직접적인 증거조사에 입각하여 형성된 심증으로 사실을 인정하고 유무죄 인정여부를 판단하는데, 위와 같이 된다면 권력분립원칙에 위반된다는 것이다.[33] 이는 시민이 배심원으로 참여하는 국민참여재판에서 더욱 심화될 것이라고 내다보기도 한다.[34]

넷째, 공판과정에서 영상녹화물을 재생할 경우 이에 상당한 시간이 할애됨으로써 재판의 신속한 진행이 방해되고, 소송절차를 과도하게 지연시키게 된다고 한다. 이러한 주장에 대하여 긍정설에서는 영상녹화요약서를 작성 및 제출하는 방법으로 소송경제를 도모할 수 있다고 반박[35]하고 있으며, 이에 대하여는 다시 조서는 그 사용에 수반되는 진실왜곡의 위험성을 막기 위하여 법 제48조 이하에서 조서의 형

30) 오기두, 앞의 논문, 298면.
31) 이에 더 나아가 법 제318조의2 제2항에서 기억환기를 위해 필요한 때에 한하여서만 사용하도록 있음을 근거로 영상녹화물이 탄핵증거로 사용되는 것에도 반대하는 견해로는 조국, 앞의 논문, 188면.
32) 김봉수, 앞의 논문, 183면.
33) 오기두, 앞의 논문, 278면.
34) 신동운, "영상녹화물의 피의자신문조서 대체 가능성에 대하여", 「형사재판의 제문제」 제6권, [고현철대법관 퇴임기념논문집], 2009, 528면.
35) 박성재, "영상녹화조사의 실무상 쟁점 : 비교법적 고찰", 「법조」 제59권 제3호 (통권 제642호), 2010, 224면.

식성을 면밀히 규정하고 법 제244조 이하에서 신문절차의 구체적인 규율과 함께 그 작성을 의무화하는 등의 장치가 마련되어 있는 반면 영상녹화요약서에 대해서는 이러한 장치가 마련되어 있지 않으므로 이를 증거로 사용할 수는 없다는 재반박[36]이 있다.[37]

다. 판례의 태도

(1) 서울남부지방법원 2007. 6. 20. 선고 2006고단3255 판결[38]

위 각 영상녹화물 중 피고인에 대한 영상녹화 부분은, 이와 같이 검사 작성의 피고인에 대한 피의자신문조서의 제출 없이 유죄의 증거로 제출된다면 이는 형사소송법 제244조에서 규정한 바와 같이 피의자의 진술은 반드시 조서에 기재하도록 하고 오기 여부를 확인한 다음 피의자로 하여금 그 조서에 간인하게 하며 서명 또는 기명날인하도록 하여 피고인이 될 피의자에 대한 수사절차를 엄격히 규제하고 이 같은 절차를 거쳐 작성된 증거만 유죄의 증거로 법정에 제출하도록 하고 있는 형사소송법의 취지를 잠탈하는 부적법한 증거로서 증거능력이 없다고 할 것이다(개정 형사소송법도 제244조 제1항에서 피의자의 진술을 반드시 조서에 기재하도록 하는 현행 규정을 그대로 유지하되 그 아래에서 그 작성방법이 좀더 구체적으로 개정된 것을 감안하면, 제244조의2에서 그 작성절차와 방법이 신설된 피의자의 진술에 대한 영상녹화물은 제312조 제2항에서 규정한 바와 같이 피고인이 공판기일에 검사 작성의 피의자신문조서의 성립의 진정을 부인하는 경우에 그 조서에 기재된 진술이 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음을 증명하기 위한 증거로서만 쓸 수 있을 뿐 피의자신문조서를 갈음하는 독자적인 유죄의 증거로 쓸 수 없다는 점을 명문화한 것으로 보인다).

(2) 서울고등법원 2008. 7. 11. 선고 2008노606 판결

검사가 당심에서 제출한 공소외 1에 대한 검사 작성의 영상녹화물은 위 공소외 1이 원심 법정에서 진술한 이후에 검사가 공소외 1을 피내사자 신분으로 조사한 과정을 녹화한 것으로, 형사소송법은 수사기관이 촬영한 영상녹화물을 피의자신문조서나 참고인진술조서를 대체하는 증거방법으로 사용하는 것을 허용하지 않고 있

---

36) 진상훈, 앞의 논문, 534면.
37) 영상녹화요약서에 관하여는 이하 녹취서 작성의 의무화와 비교하여 자세히 다룬다.
38) 2007. 6. 1. 형사소송법 개정 이전에 기소된 사건이다.

으므로, 이러한 영상녹화물은 범죄사실을 인정함에 있어 엄격한 증명의 자료로 쓸 수 없다. 즉, 형사소송법은 국민참여재판의 실시를 계기로 공판중심주의 이념을 강화하고 있는바, 공판중심주의란 직접심리주의 및 구두변론주의를 내용으로 하는 공판절차의 기본원칙으로서 이러한 공판중심주의 이념에 비추어 볼 때 명문의 허용 근거가 없는 한 구두가 아닌 영상녹화물 형태의 증거는 범죄사실을 증명함에 있어 증거능력을 가질 수 없고, 형사소송법이 전문법칙의 예외와 관련하여 서면 형태의 각종 조서에는 증거능력 인정을 위한 근거규정이 마련되어 있지만 조서를 대체하는 영상녹화물에 대해서는 명문의 허용근거가 없는 점에 비추어도 그러하다. 따라서 위 공소 외 1에 대한 검사 작성의 영상녹화물은 피고인이 이를 증거로 사용함에 동의하지 아니하는 이상 증거로 쓸 수 없다.

(3) 대법원 2014. 7. 10. 선고 2012도5041 판결

2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정되기 전의 형사소송법에는 없던 수사기관에 의한 피의자 아닌 자(이하 '참고인'이라 한다) 진술의 영상녹화를 새로 정하면서 그 용도를 참고인에 대한 진술조서의 실질적 진정성립을 증명하거나 참고인의 기억을 환기시키기 위한 것으로 한정하고 있는 현행 형사소송법의 규정 내용을 영상물에 수록된 성범죄 피해자의 진술에 대하여 독립적인 증거능력을 인정하고 있는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제30조 제6항 또는 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제26조 제6항의 규정과 대비하여 보면, 수사기관이 참고인을 조사하는 과정에서 형사소송법 제221조 제1항에 따라 작성한 영상녹화물은, 다른 법률에서 달리 규정하고 있는 등의 특별한 사정이 없는 한, 공소사실을 직접 증명할 수 있는 독립적인 증거로 사용될 수는 없다고 해석함이 타당하다.

3. 검토

먼저 학설의 대립에 대하여, 영상녹화물의 증거능력에 관한 해석은 특이한 대립 양상을 보인다는 견해[39]가 있다. 즉, 보통 법해석에 대하여 견해가 대립하는 경우에는 특정한 법규정을 두고 상이한 해석방법과 해석론을 사용하면서 대립하는데 반하여, 영상녹화물의 증거능력에 관하여는 긍정설, 부정설 양측 모두 문리해석과 입법자의 의사를 자기 주장의 논거로 사용하고 있다는 점이 특이하다는 것이다.

39) 차정인/민영성, 앞의 논문, 184면.

따라서 최종 결론을 내림에 있어서는 문리해석, 입법자의 의사와 더불어 수사의 투명성 확보에 관한 목적론적 해석, 각 국의 입법례를 검토하는 비교법적 해석 그리고 각종 조서와의 우열관계 등 법체계와 일반이론을 함께 고려해야 한다[40]고 하는데 이는 경청할 만한 견해라고 생각한다.

다음으로 판례의 태도에 대하여 본다. 법원행정처에서는 2007년 법 개정에 즈음하여 사개추위 논의시에 일부 판사들이 주장하였던 것과 마찬가지로 영상녹화물의 증거능력을 인정하지 않는 쪽으로 개정법을 해석하는 해설서를 출간한 바 있다.[41] 이는 부정설의 주요 논거와 궤를 같이하여, 영상녹화물의 증거능력을 인정하는 명문의 규정이 없다는 점에 그 기반을 두고 있는 것으로 보인다. 또한 2014년에 선고된 대법원 판결에서 성폭력범죄 관련 특별법 규정과의 법체계를 고려한 해석을 하였는데 이는 일응 설득력 있는 근거라 할 것이다.

즉 2013. 6. 19.부터 시행되고 있는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제26조 제6항은 '제1항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 피해자나 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있다.'고 정하고 있으며, 같은 날부터 시행되고 있는 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제26조 제6항은 '제1항부터 제4항까지의 절차에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 피해자 또는 조사과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있다.'고 정하고 있다.

위 규정들은 성범죄 피해자가 아동·청소년인 경우 2차 피해를 막기 위해 피해자가 공판정에 증인으로 출석하여 진술하지 않아도 수사기관에서의 진술만으로 공판정에서 진술한 것과 같은 효과를 부여하고자 증거능력의 예외를 인정한 것이므로 그 입법취지는 정당한 것이라 생각한다. 이러한 입법취지와 법 규정들은 형사소송법상 영상녹화물의 증거능력 인정 여부를 판단하는 데 있어서도 의미 있게 다루어져야 할 것이다. 왜냐하면 본래 영상녹화제도가 형사소송법과 관련 특별법에 그 규정을 둠으로써 법적 근거를 마련한 '입법 정책적 고려에 의한 산물'이기 때문이다. 따라서 형사소송법과 관련 특별법의 법체계에 대한 논의는 필수적이라 하겠다. 그런데 형사소송법에서는 위와 같이 특별법에서 독립적으로 증거능력을 인정

40) 차정인/민영성, 앞의 논문, 188면.
41) 법원행정처, 「형사소송법 개정법률 해설」, 2007.

한 것과 다르게 피의자나 참고인 진술의 영상녹화물의 경우에 독립적 증거능력을 인정하고 있지 아니하고 그 영상녹화물의 용도를 조서의 실질적 진정성립을 증명하거나 진술자의 기억을 환기시키기 위한 것으로 한정하고 있을 뿐이다.

결론적으로 문리적 해석, 법체계적 해석 그리고 입법자의 의도 등을 종합적으로 고려해보았을 때 현행 형사소송법 규정상 수사기관 작성의 영상녹화물은 그 증거능력은 인정되기 어렵다고 할 것이다. 더구나 부정설이 주요한 논거로 삼고 있는 극장재판론이나 공판중심주의의 형해화에 대한 해결방안이 입법적으로 전혀 제시되어 있지 아니한 상태에서는 더욱 그러하다.

하지만 여기서 주의해야 할 점은 현행 형사소송법이 수사기관 작성의 영상녹화물의 증거능력을 인정하지 않는 것을 전제로 하고 있다는 것이지, 본래부터 수사기관 작성의 영상녹화물의 증거능력은 인정할 수 없는 것이라거나 그 증거능력을 인정해서는 안된다고 할 것은 아니라는 점이다. 이는 그 인정의 필요성에 따른 '입법 정책'에 달려있는 것이다. 즉, 긍정설과 부정설에서 이제껏 논의되어 온 것처럼 갖가지 논거에 기반을 두어 결론을 도출하는 당위성의 문제가 아니라, 수사현실과 역사적 경험상 근거 등을 폭넓게 고려하여 우리나라의 실정에 맞는 제도를 입법하는 것이야말로 진정한 해결책이 될 수 있다고 본다. 따라서 현행 형사소송법상 증거능력 인정 여부에 그 논의를 한정할 것이 아니라, 영상녹화물의 독립된 증거능력 인정의 필요성이 있는지에 관하여 검토한 뒤 인정할 필요가 있다면 입법으로 인정하되 증거능력을 인정하는 경우에 발생될 수 있는 문제점을 해결하기 위하여 그 증거조사방법에 관하여도 엄격한 요건을 함께 규정하는 것이 옳다고 하겠다.

Ⅲ. 영상녹화물의 증거능력 인정의 필요성

1. 증거능력 인정의 필요성

가. 논의의 전제

영상녹화물의 증거능력을 인정하여야 하는지 그 필요성에 대하여는 이제까지 별도의 논의가 없었던 것으로 보인다. 이하 그 필요성에 관한 견해를 나누어 본다.

나. 필요하다는 견해

피의자신문과정에서 피의자가 손쉽게 자백을 하는 바람에 수사기관이 조서를 작성하지 않고 영상녹화만 해둔 경우, 공판정에서 피의자가 이를 번복하여 부인한다

면 영상녹화물의 독립적인 증거능력을 인정할 필요가 있을 것이다. 또한 영상녹화물의 증거능력이 인정된다고 하더라도 처음부터 영상녹화물을 상영하는 것이 아니라, 법 제316조 제1항에 따라 조사자의 증언이 먼저 나오고 조사자의 증언과 피고인의 진술이 상이한 경우에 한하여 그 부분에 한정하여 영상녹화물을 상영하면 될 것이라는 견해[42]가 있는데, 위 견해에 의하면 조사자가 사망하였거나 해외 출장을 간 경우 등 조사자의 법정 출석이 곤란할 경우에 역시 영상녹화물의 증거능력을 인정할 필요가 있다.

다. 필요하지 않다는 견해

영상녹화물의 증거능력을 인정하더라도 실제로 영상녹화물이 증거로 제출되는 경우는 많지 않을 것이라는 것이 긍정설에서도 주장[43]되고 있는 것으로 볼 때, 왜 영상녹화를 하겠다는 것인지 이해할 수 없다는 견해[44]가 있다. 즉, 조서를 작성하지 않고 영상녹화만 하겠다는 것은 현행법 제244조 제1항[45]을 위반하는 위법한 행위가 되고, 그 영상녹화물만을 유죄입증의 본증으로 제출하는 것은 허용하는 법규정이 없어 불가능할 것이므로 결국 피의자 신문과정에서 영상녹화물을 작성하는 행위는 검찰 측 입장에서도 불필요한 일이라는 것이다. 한편 영상녹화물의 증거능력을 인정해 주게 되면 공판정이 극장재판이 된다거나 공판중심주의에 반하는 결과를 초래한다는 주장이 그 증거능력을 인정해서는 안된다는 유력한 근거이기도 하다.

라. 검토

이에 관하여는 먼저 법 제244조 제1항의 성격에 관한 학설 대립을 이해할 필요가 있을 것이다. 영상녹화물의 증거능력을 긍정하는 견해는 동조항을 훈시규정이라 해석[46]하는 반면, 부정하는 견해는 강행규정으로 해석하고 있기 때문이다.

생각건대, 동조항은 강행규정으로 보는 것이 타당하다. 이는 1954년 형사소송법 제정 당시부터 지금까지 변함없이 규정되어 있는데다가, 문리적인 해석으로 보아

42) 박수희, 앞의 논문, 88면.
43) 안성조/지영환, 앞의 논문, 27면; 이완규, 앞의 논문, 189면 등.
44) 오기두, 앞의 논문, 291면.
45) '피의자의 진술은 조서에 기재하여야 한다.'고 정한다.
46) 이재상, "피의자신문의 영상녹화물에 대한 증거능력: 한국 형사법학의 이론과 실천", [정암 정성진 박사 고희기념논문집], 박영사, 2010, 848면.

도 '기재하여야 한다'고 되어 있기 때문이다. 하지만 동조항이 영상녹화제도가 도입되어 있지 않은 때에 규정되었다는 점을 주목할 필요가 있고, 그 취지가 무엇인지도 살펴보아야 할 것이다. 피의자의 진술을 조서에 기재하여야 한다는 것은 피의자의 진술을 객관적인 형태로 보존하고 이에 수사기관이 서명 또는 날인함으로써 이를 공판정에 제출할 증거로서의 가치를 확보하는 데 있다고 본다. 그런데 이미 우리 형사소송법은 영상녹화물이 조서에 대신할 수 있도록 조서의 작성에 관한 규정과 유사한 규정을 영상녹화에 관하여도 법 제244조의2에서 규정하고 있다. 이러한 점에서 피의자의 진술을 그대로 영상녹화한 뒤, 이에 관한 녹취서를 작성[47] 하여 수사기관이 서명 또는 날인하여 법원에 영상녹화물과 그 녹취서를 증거로 제출한다면 동조항의 강행규정에 위반한 것이라고 보기는 어려우므로 위 조항을 근거로 영상녹화물의 증거능력을 인정할 필요가 없다거나 인정할 수 없다고 보는 것은 타당하지 못하다.

영상녹화물의 독립된 증거능력은 인정될 필요가 있다. 먼저 수사기관에서의 영상녹화가 꾸준히 증가하고 있는데[48][49] 이러한 현실을 반영하여 영상녹화물의 증거능력을 인정하여야 한다. 만일 지금처럼 영상녹화물의 증거능력을 인정하지 않게 되면 수사기관이 피의자나 참고인을 조사하는 경우에 영상녹화와는 별도로 조서를 작성하여야 하는데 이는 국가 자원을 불필요하게 이중으로 낭비하는 결과가 된다.[50] 국가의 인적자원은 효율적으로 배분하여 사용되어야 한다. 물론 조서를 작성하는 것이 피의자의 인권보장을 위하여 반드시 필요한 절차라면 국가의 인적자원의 효율적인 배분과 사용만을 이유로 이를 무시할 수는 없다. 하지만 영상녹화하

47) 이하 '녹취서 작성의 의무화'부분에서 자세히 다루기로 한다.

48) 검찰은 전국에 827개의 영상진술녹화조사실을 설치하였고, 전국 검찰의 영상녹화조사실 이용률을 연도별로 살펴보면 2011년 5.7%에서 2012년 7.8%, 2013년 10.2%, 2014년 13.3%, 2015년 6월까지 15.4%로 꾸준히 증가하는 추세라고 한다. http://news1.kr/articles/?2423223 참조.

49) 더구나 검찰은 영상녹화 업무처리 지침을 2014. 12. 29.자로 개정하여 성폭력사건의 피해자를 조사하는 경우 등 일정한 사건에 대해서는 필요적으로 영상녹화를 하도록 규정하고(위 지침 제4조), 구공판 사건 중 조사가 필요한 자백사건 등의 사유가 있는 경우에는 영상녹화 권장 대상사건으로 규정하여(위 지침 제5조) 영상녹화조사를 원칙으로 하고 있다.

50) 법원의 경우에도 '공판정에서의 속기·녹음·영상녹화에 관한 예규'를 개정하여 공판절차 중 증인신문절차 또는 피고인신문절차는 형사소송법 제56조의2 제1항에 따라 녹음이 필요한 경우에 해당한다고 보아 그 전부를 녹음하고(제2조의2 제1항), 제2조의2 제1항 본문에 따라 녹음하는 경우 재판장은 피고인이 공소사실을 부인하는 사건에 대하여는 속기사에게 녹음물에 대한 녹취서의 작성을 명하여야 하며(제4조의2 제1항), 재판장은 법원사무관 등이 공판조서 또는 증인신문조서 등을 작성할 때 녹음물 또는 영상녹화물을 조서에 인용하고 전자파일 형태로 보관하여 조서의 일부로 하게 할 수 있도록 규정하여(제5조 제3항), 녹음물이나 영상녹화물을 조서의 일부로 대체하게 하고 있다.

는 외에 반드시 조서도 작성하는 것이 피의자, 진술자의 인권보장을 위하여 반드시 필요한 절차라고 할 수는 없다. 둘째로, 영상녹화물의 증거능력을 인정하여 조서를 대체할 수 있도록 하게 되면 수사의 효율성이 현저히 높아질 수 있다. 현재와 같이 조서를 작성하여야 하는 경우에는 수사기관의 질문과 진술자의 답변을 모두 조사 시점에 조서로 작성하여야 하기 때문에 조서를 작성하는데 드는 시간이 질문과 답변을 하는데 드는 시간보다 훨씬 더 길다. 실제로 수사기관이 질문하고 진술자가 답변하는 시간이 1시간이라고 한다면 이를 조서로 작성하여 그 요지를 기재하게 되면 실제로 걸리는 시간은 2-4시간이 걸린다[51]. 셋째, 조서를 작성하는 경우보다 영상녹화를 하고 그 녹취서를 작성하도록 하는 것이 공판과정에서 진술자의 진술내용을 더 정확하게 파악할 수 있게 된다. 조서는 질문과 답변을 있는 그대로 기재할 수도 있으나 통상적으로는 진술자의 진술의 전부를 그대로 기재하는 것이 아니라 그 취지를 정리하여 기재하게 된다. 그러나 영상녹화를 하고 그 녹취서를 제출하게 되면 수사기관의 질문과 진술자의 모든 진술이 그대로 서면에 기재된다. 어느 것이 진술자의 진술의 취지를 정확하게 파악할 수 있는지는 물어볼 필요가 없다.[52] 넷째, 영상녹화물로 조서를 대체하게 하는 것이 진술자의 인권보장에 더 기여하는 측면이 있다. 앞에서 본 것처럼 조서를 작성하는 경우에는 유도신문, 반복된 질문과 추궁 등을 한 후에 최종적인 답변을 조서에 기재하는 경우가 적지 않을 것인데 영상녹화를 하게 되면[53] 질문과 답변의 전과정이 드러나게 되므로 이와 같은 수사기관의 행태가 사라지게 된다. 진술자들이 조사를 받는 시간도 훨씬 단축되는 측면에서도 진술자의 인권이 더 보장되는 것이다.

그러나 위와 같은 영상녹화물의 증거능력의 인정 필요성에도 불구하고, 부정설이 우려하는 사태, 즉 영상녹화물의 증거조사 과정에서 극장재판이 되고 결과적으로 공판중심주의에 반하는 결과를 초래하게 된다면 영상녹화물의 증거능력 인정 필요성은 부정될 수밖에 없다. 왜냐하면 수사기관의 영상녹화물의 증거능력을 인정하게 되면 향후 수사기관은 조서 대신에 영상녹화물을 증거로 제출하는 경우가

---

51) 이는 필자가 실제로 변호사 업무를 하면서 피의자나 참고인 진술에 참여한 경험에 의한 것이다. 조서 작성 업무에 익숙한 수사관이 아니라면 통상 3배 이상 걸린다고 보아도 과언이 아니다.

52) 성폭력범죄 관련 특별법에서 피해자 외에 조사과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 자의 진술 등에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 피해자에 대한 공판정에서의 반대신문이 없이도 영상녹화물의 증거능력을 인정하는 것인데, 이는 성범죄 피해자의 2차 피해를 막기 위한 측면이 강하기는 하지만 다른 한편으로는 조서에 대해서는 이와 같은 규정을 두지 않은 점에 비추어 영상녹화물의 증거능력이나 증거가치를 조서보다 우위에 두고 있다는 말이기도 하다.

53) 후술하는 바와 같이 녹취서를 의무적으로 제출하도록 하는 경우를 전제로 한다.

일상적으로 될 것인데 법원의 공판과정에서 이루어지는 신문과 달리 수사기관의 일방적인 신문에 의하여 이루어진 진술의 영상녹화물을 사인의 영상녹화물과 마찬가지로 그대로 재생하여 시청하는 방법으로 증거조사를 하도록 한다면 모든 사건에서 제출된 영상녹화물의 증거조사 과정은 공판중심주의, 직접주의, 당사자주의를 심각하게 침해하는 결과를 초래한다고 하지 않을 수 없다. 이른바 극장재판의 폐해를 야기할 것은 명백하기 때문이다. 따라서 영상녹화물의 증거능력 인정 필요성을 부정하는 가장 강력한 논거인 극장재판론, 공판중심주의 형해화를 초래하지 않도록 수사기관의 영상녹화물의 증거조사 방법을 구체적으로 규정하는 것이 기본적인 전제가 되어야 하는 것이다.

결국 앞으로 초점이 맞춰져야 할 부분은 영상녹화물의 증거능력을 인정하되 공판중심주의에 반하지 않도록 그 증거조사방법에 관한 세밀하고 엄격하게 입법을 하는 것이다.

2. CCTV 등 다른 영상녹화물과의 비교

앞서 살펴보았듯이 넓은 의미의 영상녹화물은 크게 현장 영상녹화물과 진술 영상녹화물로 나누어 볼 수 있다. 현장 영상녹화물에 대해서는 진술증거가 아니므로 진술증거를 전제로 하는 전문법칙이 적용될 여지가 없고 제한없이 증거능력이 인정된다는 비진술증거설[54], 사실을 보고한다는 점에서 진술증거와 동일하므로 현장 영상녹화물에도 전문법칙이 적용된다고 보는 진술증거설[55], 작성과정에 오류가 개입될 위험이 있으므로 전문법칙을 적용하여 증거능력을 제한하되 현장검증과 같은 기능을 가지는 것으로 보아 법 제312조 제1항의 검증조서의 증거능력 규정을 유추적용하여 촬영자의 공판정 진술에 의하여 진정하게 작성되었다는 점이 인정된 때에 한하여 증거능력이 인정된다는 검증조서 유추설[56] 등이 대립하고 있다.

생각건대, 현장 영상녹화물은 진술을 녹화한 것이 아니고 실체인 현장을 녹화한 기록물이므로 이는 비진술증거로 보아야 한다.[57] 이를 비진술증거로 볼 경우에도 다른 학설들이 전문법칙을 적용하여 달성하려는 목적, 즉 촬영자가 공판정에 나와

54) 임동규, 「형사소송법(제10판) 」, 법문사, 2014, 558면.
55) 신현주, 「형사소송법(신정 제2판) 」, 박영사, 2002, 624면.
56) 정웅석/ 백승민, 앞의 책, 936면.
57) 다만, 현장 영상녹화물과 관련하여 대법원 판례가 뚜렷하게 나타나지 않고 있는 것은 대부분 영상에 나타나고 있는 현장 등을 사실과 같다는 판단 하에서 그 증거에 동의하고 그 증거능력에 대하여 다투지 않기 때문이라는 견해로 류지영, 앞의 논문, 127면.

성립의 진정에 관한 증언을 하게 하는 것이 달성될 수 있다. 왜냐하면 비진술증거인 경우에도 이를 증거로 사용하려면 진정성이 입증되어야 하는데 그 진정성 입증을 위하여는 촬영자가 공판정에 나와 증언하는 것이 가장 일반적인 방법이고 부득이한 사정이 없는 한 그것이 원칙이 될 것이기 때문이다.[58]

따라서 CCTV 등 다른 영상녹화물은 현장 영상녹화물이라는 점에서 수사과정에서의 영상녹화물인 진술 영상녹화물과는 성격이 명백히 다르다. 진술 영상녹화물에 대하여는 그 매체 여하에 불구하고 실질적인 전문증거로서 전문법칙이 적용된다고 보는 것이 일반적인 견해이기 때문이다.

Ⅳ. 영상녹화물의 증거능력을 인정할 경우 그 증거조사 방법

1. 현행 형사소송법상 영상녹화물의 증거조사 방법

가. 학설의 대립

검사 작성 피의자신문조서의 증거능력에 준하여 증거능력을 부여하자는 견해는 영상녹화물을 검증하고 검증조서를 작성하여야 한다고 보는 반면, 이와 달리 영상녹화물은 '증거물'이 아닌 '증거서류'에 준하는 것이므로 검증의 대상이 아니라는 입장에서 영상녹화물을 재생하여 시청하고 증거목록에 증거조사기일을 표시하는 것으로 족하다는 견해[59]로 나뉜다.

나. 검토

대검찰청의 지침은 영상녹화물을 증거로 제출하거나, 조서의 진정성립 입증 또는 피의자 등의 기억이 불분명한 경우 신문수단으로 사용하기 위해 영상녹화물의 조사신청을 할 수 있도록 하고 있다.[60] 이에 반해 대법원 규칙으로 개정된 형사소송규칙은 검사가 진정성립을 인정하기 위해 영상녹화물의 조사를 신청하는 경우[61]와 기억환기를 위한 영상녹화물의 조사를 신청하는 경우[62]만을 규정하고 있다.

현행 형사소송규칙에 따르면 영상녹화물의 증거조사는 동 규칙 제134조의4에서

58) 이완규, 앞의 논문, 161면.
59) 이 쟁점에 관하여 서울남부지방법원 형사재판장 12명 중 9명이 위 견해를 취하였다고 하는 박주석/김판수/이완수, 앞의 책, 161면 참조.
60) 대검예규 <영상녹화 업무처리 지침> 제13조 제1항.
61) 형사소송규칙 제134조의2 제1항.
62) 형사소송규칙 제134조의5

규율하는데 그 내용은 다음과 같다. 즉, 법원은 검사가 영상녹화물의 조사를 신청한 경우 이에 관한 결정을 함에 있어 피고인 또는 변호인으로 하여금 그 영상녹화물이 적법한 절차와 방식에 따라 작성되어 봉인된 것인지 여부에 관한 의견을 진술하게 하여야 한다(제1항). 제1항의 영상녹화물이 피고인 아닌 자의 진술에 관한 것인 때에는 원진술자인 피고인 아닌 자도 제1항과 같은 의견을 진술하여야 한다(제2항). 법원은 공판준비 또는 공판기일에서 봉인을 해제하고 영상녹화물의 전부 또는 일부를 재생하는 방법으로 조사하여야 한다. 이 때 영상녹화물은 그 재생과 조사에 필요한 전자적 설비를 갖춘 법정 외의 장소에서 이를 재생할 수 있다(제3항). 재판장은 조사를 마친 후 지체 없이 법원사무관 등으로 하여금 다시 원본을 봉인하도록 하고, 원진술자와 함께 피고인 또는 변호인에게 기명날인 또는 서명하도록 하여 검사에게 반환한다. 다만, 피고인의 출석 없이 개정하는 사건에서 변호인이 없는 때에는 피고인 또는 변호인의 기명날인 또는 서명을 요하지 아니한다(제4항).

이에 따라 영상녹화물을 틀어보고 재생한다는 점에서 극장재판론이 대두되었으며 증거능력 부정설에서는 소송절차의 과도한 지연을 문제 삼은 반면, 긍정설에서는 필요한 부분만 틀어보면 된다는 취지의 반박을 해왔던 것이다. 하지만 필요한 부분만 틀어보자는 주장에 대하여는 다시 그럴 경우 수사기관에게 유리하게 편집하거나 왜곡했을 위험성을 제거했다고 할 수 없고, 사람의 말이라는 것은 말 전체를 들어 보아야 그 정확한 진술내용을 알 수 있는 것이므로 타당하지 못하다는 재반박[63]이 제기되었다.

이에 필자는 소송절차의 과도한 지연을 미연에 방지할 수 있고 편집과 왜곡의 위험도 제거할 수 있는 녹취서 작성의 의무화 방안이 필수적이라고 생각한다.

2. 녹취서 제출의 의무화 방안

영상녹화물의 증거능력을 인정하여 증거제출을 허용할 경우에 영상녹화물과 함께 녹취서를 필수적으로 제출하도록 하고 그 증거조사는 녹취서를 읽거나 내용을 고지하는 방법으로 하게 하되 다만 피고인이 녹취서에 의한 증거조사를 하는데 이의가 있는 부분에 한하여 영상녹화물을 재생하는 방법으로 증거조사를 하도록 하면 극장재판의 폐해를 방지할 수 있고 공판중심주의를 형해화 시키지 않고 증거조

63) 오기두, 앞의 논문, 287면.

사를 할 수 있게 된다.

우선, 녹취서는 진술내용을 있는 그대로 받아 적었다는 점에서 수사기관의 편집이 들어가 있는 조서보다 더욱 사실에 가깝고 이에 따라 실체적 진실의 발견이라는 형사소송법의 대원칙을 실현하는 데 큰 기여를 할 수 있다. 또한 녹취서는 영상녹화물의 생생함과 비견될 만큼 피의자신문과정의 공판정 현출력이 뛰어나며, 서류 형식이라는 점에서 녹취서에 대한 증거조사가 영상녹화물의 재생에 따른 증거조사 시간에 비하여 압도적으로 그 시간이 단축될 것임이 분명하다. 예컨대 영상녹화물의 재생시간이 5시간이라고 하여도, 그 녹취서를 법관이 증거조사하는 데에는 30분 전후의 시간이 걸릴 뿐이라고 본다. 이는 국민의 신속한 재판을 받을 권리를 보장하는 수단이 될 뿐만 아니라 법원의 입장에서도 사법자원의 효율적 운용이라는 목적을 성취할 수 있게 하여 줄 것이다. 이에 덧붙여, 영상녹화물 전체를 재생해 보는 것은 그 증거로서의 가치 측면에서도 효율적이지 않다는 점을 짚고 넘어가고자 한다. 영상녹화물은 수사기관의 피의자에 대한 일방적인 신문과정을 녹화한 것으로서 공판정에서 이루어지는 신문과정과는 판이하게 다르다. 후자의 경우는 법관 앞에서 현출되는 직접증거라는 점, 헌법상 권력분립원칙에 따라 입법부, 행정부와는 독립된 기관인 법원 소속의 법관에 의하여 공정하게 이루어진다는 점, 반대신문권이 보장된다는 점, 경우에 따라 재신문, 재반대신문, 재재반대신문까지 이루어질 수 있다는 측면에서 그 증거로서의 가치는 월등히 높다고 할 것이다. 따라서 이러한 것들이 보장되어 있지 않은 수사과정에서의 영상녹화물은 그 전체를 재생해볼 것이 아니라, 그 전체 과정은 녹취서를 작성함으로써 증거조사하게 하고 피고인 및 변호인 측이 다투고 있는 부분에 한하여만 재생하는 방법으로 증거조사를 하면 족하다고 할 것이다. 독일의 경우에도 영상녹화조사의 대상이 된 참고인이 그 변호인의 당해 열람 신청에 동의하지 않는 경우에는 녹화물 대신 녹취서를 교부하여 열람하도록 하고 있다고 하며[64] 이는 참고할 만하다고 생각한다.

나아가 녹취서의 작성이 기존 법상으로 인정되어 온 영상녹화요약서와 어떤 점에서 다른지 관하여 본다. 수사기관 작성 영상녹화요약서는 작성자의 부연설명, 생략, 삭제 등의 과정을 거친 결과물로서 수사기관의 편향된 시각을 그대로 드러낼 수 있는 위험성이 높고, 현행법상 영상녹화요약서는 조서를 작성하지 않았거나 조서 작성시 미처 담지 못 한 진술이 있는 경우에만 작성하는 것이므로 원본을 정확하게 옮겨놓은 것이 아니며, 전체내용이 아닌 발췌만으로는 원본과 분리될 수 없

64) 정웅석, 앞의 논문, 99면 참조.

는 것이어서 영상녹화요약서에 피의자의 서명이나 날인을 받았더라도 그 서명이나 날인된 영상녹화요약서를 증거로 제출하는 것은 허용될 수 없다고 할 것[65]이므로 녹취서와는 다르다고 할 것이다.

3. 다투는 부분에 한하는 영상녹화물의 제한적 재생에 의한 증거조사 방안

기존의 영상녹화물의 증거능력 긍정설에서 주장되었던 것처럼 소송절차의 과도한 지연에 대한 반박으로서의 다투는 부분에 한하는 영상녹화물 재생은 그 논리적 완결성이 떨어지는 막연한 반박이었던 측면이 있다. 하지만 앞서 살펴보았듯이 영상녹화물을 촬영할 경우 그에 관한 녹취서 작성을 의무화하고 그 증거조사를 녹취서를 증거조사하는 방식으로 한다면, 일련의 수사과정에서 보여지는 피의자의 진술태도, 수사시관의 신문기법, 진술의 내용, 진술의 범위, 당시의 분위기 등이 녹취서에 온전히 드러날 것이므로 비로소 다투는 부분에 한하는 제한적 증거조사 방안이 그 설득력을 가질 것이라 생각된다. 다투는 부분만 재생해 본다고 하더라도 이미 녹취서에 수사의 전과정이 기록되어 있어 편집 및 왜곡의 위험이 전무하고 법관으로서도 진술의 전후 상황 및 맥락을 녹취서 검토를 통하여 뒷받침할 수 있기 때문이다.

이에 대하여는 굳이 녹취서를 통하여 증거조사를 할 것이라면 녹취서가 조서와 마찬가지의 것인데 조서의 증거능력을 인정하고 영상녹화물을 실질적 진정성립의 자료로 쓰는 현행 법과 별반 다를 바가 없다는 의견이 있을 수 있다. 그러나 조서는 수사기관이 조사 시점에 작성하여야 하고, 진술자에게 열람하여 서명 또는 날인을 받는 등의 절차를 거쳐야 하는 것이지만, 녹취서는 공판정에서 증거제출 당시에만 작성되어 제출되면 족하고 진술자의 서명이나 날인을 받을 필요가 없고 조사 당시에 녹취서가 작성되어야 하는 것은 아니므로[66], 수사기관이 실제 운영하는데 있어서는 상당한 차이가 발생할 것이다. 또한 이는 형사소송법상 원칙으로서 구두주의와 최우량증거의 원칙에 의하여 영상녹화물이 갖는 긍정적인 측면을 간과한 것으로밖에 볼 수 없다. 즉, 녹취서 작성이 의무화된다고 하더라도 이는 증거조사 방식을 녹취서에 의하여 하기 위한 것일 뿐 영상녹화물 자체를 대체할 수 있는

---

65) 박수희, 앞의 논문, 84면.

66) 물론 상당 부분의 경우에는 속기사가 조사시에 녹취서를 작성하는 경우가 많을 것이다. 녹취서가 영상녹화물의 진술을 그대로 녹취하였는지의 여부는 피고인측에서 공판정 외에서 미리 영상녹화물과 녹취서를 비교하여 증거의견을 진술하면 된다.

수단으로 보기는 어렵다.

나아가 이와 같은 녹취서 작성의 의무화 및 영상녹화물의 제한적 증거조사에 관하여는 대법원 규칙과 같은 형식으로 규정할 것이 아니라 영상녹화물의 독립적인 증거능력을 인정하면서 형사소송법상에 명문 규정을 두는 것이 타당하다. 왜냐하면 다른 영상녹화물과 달리 수사기관 작성의 영상녹화물의 증거조사 방식을 달리하는 것은 매우 중요한 부분에 해당하고 영상녹화물의 증거능력을 인정하기 위한 본질적인 전제이기 때문에 법률의 규정해 놓아야만 한다. 이는 형사소송법을 실제 적용하는 수사기관과 법원에서 영상녹화제도에 대한 상이한 주장을 내놓으며 대립각을 세우는 것을 방지하는 효과도 가져다 줄 것으로 생각된다.

4. 형사소송법 일부개정법률안에 대한 검토

가. 국회에 제출된 개정안의 주요 내용

김진태 의원이 제출한 입법안에 의하면, 먼저 법 제292조의3을 제292조의4로 하고, 안 제292조의3(영상녹화물에 대한 조사방식)을 다음과 같이 신설하였다. ① 검사가 피고인이 된 피의자의 진술 또는 피고인이 아닌 자의 진술을 기록한 영상녹화물을 증거로 신청하는 때에는 영상녹화물의 내용을 녹취한 녹취서(이하 이 조에서 “영상녹화물 녹취서”라 한다)를 함께 제출하여야 한다. ② 법원은 제1항의 신청에 따라 영상녹화물을 조사하는 때에는 영상녹화물을 재생하는 방법으로 조사하여야 한다. 다만, 피고인이 다투지 아니하는 부분에 대해서는 영상녹화물 녹취서의 내용을 고지하는 방법으로 조사할 수 있다. ③ 그 밖에 영상녹화물의 조사에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.

적법한 절차와 방식에 따라 기록된 영상녹화물은 원진술자가 진술한 내용과 동일하게 기록되었음이 증명된 경우에 증거능력을 인정하도록 하는 방향으로 안 제292조의3, 제312조, 제314조, 제318조의2를 개정하였다.

나. 검토

개정안은 영상녹화물을 증거로 신청하는 때에는 영상녹화물 녹취서를 함께 제출하여야 한다고 규정한 것은 적절하다. 하지만 먼저 수사기관이 작성한 영상녹화물을 증거로 사용할 수 있는지에 관하여 조서와 유사하게 규정하는 것이 필요하다. 참고인의 진술을 영상녹화하는 경우에 그 규정도 피의자의 진술을 영상녹화하는 경우와 마찬가지로 자세하게 두는 것이 필요하다. 개정안이 영상녹화물의 증거조

사와 관련하여서는 원칙적으로 영상녹화물을 재생하는 방법으로 증거조사하도록 규정한 것은 여전히 극장재판론과 공판중심주의의 형해화를 초래할 위험성을 내포하고 있어서 적절하지 못하다. 따라서 법원이 수사기관 작성의 영상녹화물을 증거조사하는 경우에는 녹취서를 낭독하거나 내용고지하는 방법으로 조사하는 것을 원칙으로 하여야 한다. 그리고 극히 예외적으로 피고인이 다투거나 요구하는 경우 영상녹화물의 재생을 통하여 증거조사하도록 규정하여야 한다.

Ⅴ. 결론

영상녹화물의 증거능력에 관하여 학계를 비롯한 검찰과 법원은 수 년에 걸쳐 첨예한 대립의 양상을 보여 왔다. 심지어 긍정하는 견해와 부정하는 견해 양측 모두 문리해석과 입법자의 의사를 들어 자기주장을 공고히 하려 했다. 이러한 끊이지 않는 혼란을 초래한 것은 2007년 형사소송법 개정 당시 영상녹화물의 독립적인 증거능력에 관한 명문의 규정을 두지 않은 점에 기인한 면이 크다. 앞서 살펴보았듯이 이는 당위성 혹은 사실 인정권(fact-finding authority)을 둘러싼 권력대립의 측면에서 접근할 것이 아니라 우리나라의 사정에 맞게 입법자가 정책적으로 결정하여야 할 사항이라는 점을 고려하는 것에서 그 해결의 실마리를 찾을 수 있을 것이라고 필자는 보았다.

현행 형사소송법상 해석에 치중할 경우에는 문리적 해석, 입법자의 의사 해석 그리고 법체계적·종합적 해석상 영상녹화물의 독립적인 증거능력을 부정할 수밖에 없겠으나, 입법 정책의 문제로 바라볼 경우에는 그 증거능력을 인정할 필요성이 충분하다. 즉 조서가 작성되지 않고 영상녹화물만 존재하는 경우에 영상녹화물의 독립적인 증거능력 인정의 필요성은 부정할 수 없다.

결국 입법 정책적으로 영상녹화물의 독립적인 증거능력을 인정하는 취지의 개정법률안이 국회에 제출된 것은 일응 타당하고, 현 시점에서는 영상녹화물의 증거능력을 인정하되 그 증거조사 방법을 공판중심주의에 반하지 않도록 규정하는 것이 중요하다.

그러므로 영상녹화물을 증거로 제출하는 경우에는 녹취서를 작성하여 이를 제출하게 하여 증거조사하게 함으로써 법관에 의한 증거조사 시간을 단축시키고, 실체적 진실의 발견이라는 형사소송법의 대원칙을 실현하는데 기여하게 할 수 있다.

(논문투고일 : 2015.08.25, 심사개시일 : 2015.08.27, 게재확정일 : 2015.09.25)

노 수 환

영상녹화제도, 영상녹화물, 영상녹화물의 증거능력, 증거조사, 녹취서

【참 고 문 헌】

김보현, “영상녹화물에 대한 판례의 입장과 비판적 고찰”, 「성균관법학」 제26권 제4호, 2014.

김봉수, “수사상 영상녹화물의 증거활용에 대한 비판적 검토”, 「형사법연구」 제20권 제3호, 한국형사법학회, 2008.

김성돈, “미란다법칙과 위법수사통제방안”, 「형사법연구」 제14권, 2000.

김종률, “영상녹화제도와 검찰수사실무 변화에 관한 연구”, 「형사법의 신동향」 통권 제8호, 대검찰청, 2007.

남상근, “수사과정에서 영상녹화물 증거능력 인정 여부”, 「서강법률논총」 제2권 제2호, 2013.

노명선/이완규, 「형사소송법」, 성균관대학교출판부, 2015.

류지영, “형사소송법 제312조의 영상녹화물의 증거능력”, 「중앙법학」 제10권 4호, 2008.

박성재, “영상녹화조사의 실무상 쟁점 : 비교법적 고찰”, 「법조」 제59권 제3호(통권 제642호), 2010.

박수희, “영상녹화물의 증거능력”, 「한양법학」 제41집, 2013.

박주석/김판수/이완수, 「영상녹화물 증거능력의 법적 고찰」, 한국학술정보, 2012.

박현식, “수사과정 영상녹화물의 증거능력에 관한 연구”, 조선대학교 박사학위논문, 2008.

법무연수원, “수사과정의 녹음·녹화제 운영실태보고”, 수사과학연구회 자료집, 2003.

법원행정처, 「형사소송법 개정법률 해설」, 2007.

신동운, 「신형사소송법(제4판)」, 법문사, 2012.

_____, “영상녹화물의 피의자신문조서 대체 가능성에 대하여”, 「형사재판의 제문제」 제6권, [고현철 대법관 퇴임기념논문집], 2009.

신현주, 「형사소송법(신정 제2판)」, 박영사, 2002.

안성조/지영환, “영상녹화물의 증거능력”, 「외법논집」 제30집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2008.

오기두, “수사과정 영상녹화물의 증거조사(하) -2008년 이후의 논의에 대한 답변

-”, 「저스티스」 통권 제139호, 2013.
이완규, “개정 형사소송법상 영상녹화물의 증거능력”, 「법조」 제56권 10호(통권 제613호), 2007.
_____, 「개정형사소송법의 쟁점」, 탐구사, 2007.
이은모, 「형사소송법(제3판)」, 박영사, 2012.
이재상, “피의자신문의 영상녹화물에 대한 증거능력: 한국 형사법학의 이론과 실천”, [정암 정성진 박사 고희기념논문집], 박영사, 2010.
임동규, 「형사소송법(제10판)」, 법문사, 2014.
정웅석, “영상녹화물의 증거능력 인정에 관한 연구-법무부개정안을 중심으로-”, 「형사법의 신동향」 통권 제29호, 2010.
_____, “영상녹화물의 증거능력 인정에 관한 연구”, 형사소송법상 증거법칙 개선 방안 세미나, 2015.
정웅석/백승민, 「형사소송법(전정 제5판)」, 대명출판사, 2012.
조 국, “검사작성 피의자신문조서와 영상녹화물의 증거능력”, 「저스티스」 통권 제107호, 2008.
조정래, “수사과정상 피의자진술을 현출하는 방법의 한계와 보완 - 영상녹화물의 활용을 중심으로 -”, 「법학논고」 제36집, 경북대학교 법학연구원, 2011.
진상훈, “수사과정 영상녹화의 의무화와 영상녹화물의 증거능력”, 재판자료 「형사법실무연구」 제123집, 법원도서관, 2012.
차정인/민영성, “영상녹화물(映像錄畵物) 증거사용(證據使用)의 조건(條件)과 이론(理論)”, 「법조」 제58권 11호(통권 제638호), 2009.
참여연대, “공판중심주의 법정심리절차 확립을 위한 형사소송법 개정안에 대한 의견서”, 2005.
허인석, “영상녹화제도의 합리적 운용과 발전방향”, 「법조」 제57권 9호(통권 제624호), 2008.

Abstract

Admissibility of video recordings of evidence and the examination of that evidence

Review of an obligation of contemporaneous note and the restrictive examination of evidence –

Roh, Su Hwan

An independent admissibility of video recordings of evidence should be denied under an interpretation of the current criminal procedural law context, an intention of legislators and a law enforcement. However, in the view of a legislative policy, considering Article of 244 (1) as a realistic aspect, the necessity of an independent admissibility of video recordings of evidence couldn't be denied because there is a possibility of a certain situation that there is no interrogatory files but just a video recordings of evidence left.

Now the revised legislative bill which admits an independent admissibility of video recordings of evidence was turned in to the National Assembly. In the view of a legislative policy, detailed regulations of the examination of video recordings is more important than a debate of whether or not recognized it. For this purpose, what regulations of the examination of video recording should be is reviewed.

In short, by making investigative agency submit a contemporaneous note(transcript of video recordings) with a video recordings as well, time of examination of evidence could be shortened, finding of substantial truth as the guiding philosophy on criminal procedure could be achieved, investigative agency could consult their own convenience, and people's

quick right to trial could be guaranteed as a real right. Those measures are necessary.

Roh, Su Hwan

the videotaping interrogation, video recordings, the admissibility of video recordings of evidence, the examination of evidence, contemporaneous note

개정 민법상 친권제한제도의 평가 및 향후 과제*

– 일본과의 비교를 중심으로 –

박 주 영**

Ⅰ. 머리말
Ⅱ. 개정 민법상 친권제한제도의 내용
1. 친권제한제도의 구축
2. 친권자의 동의를 갈음하는 재판
3. 친권의 일시 정지
4. 친권의 일부 제한
5. 친권상실
Ⅲ. 일본의 친권제한제도의 개관 및 활용현황
1. 일본의 친권제한제도의 구조
2. 친권의 일시정지심판의 운영 실태
3. 후생노동성의 통지
Ⅳ. 개정 민법상 친권제한제도의 문제점에 대한 검토 및 향후 과제
1. 요건에 관한 검토
2. 청구권자에 관한 검토
3. 친권의 일부제한제도의 과제
4. 미성년후견인의 확보방안
Ⅴ. 맺음말

【국 문 요 약】

그동안 친권자가 자녀를 학대하거나, 특히, 종교적인 이유 등의 개인적 신념으로 자녀의 생명, 신체 및 재산을 위태롭게 하는 경우에 자녀의 복리를 확보하기 위해서는 친권자의 친권 행사를 다양한 방법으로 제한해야 한다는 논의가 이어져 왔다. 그 성과로 2014년에 자녀의 복리를 침해하는 다양한 형태의 친권남용행위로부터 자녀를 보호하기 위하여 침해의 원인과 정도에 따라 각각의 사안에 적합한 조치를 할 수 있는 친권제한제도를 마련하는 내용으로 민법이 개정되었다. 이를 통해, 종래의 친권상실선고제도를 최후의 조치라는 점을 명확히 하고, 그 전 단계의 조치로 친권의 일시정지・일부제한 선고제도를, 그리고 가장 경미한 조치로 친권자의 동의를 갈음하는 재판제도를 새롭게 도입하였다.

다만, 개정 민법상 친권제한제도는 요건과 청구권자, 그리고 운영방안 등과 관련하여 다음과 같은 몇 가지 과제를 안고 있다. 첫째, 친권상실과 일시정지선고의 요건을 동일하게 규정하고 있어서 두 제도의 기능을 어떻게 분담할 지가 문제된다.

---

* 이 논문은 2013년도 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 연구되었음 (NRF-2013S1A5A8021341).

** 국립안동대학교 법학과 조교수, 법학박사.

둘째, 친권자의 친권남용행위는 없지만 결과적으로 자녀의 복리를 현저히 해치거나 해칠 우려가 있게 된 때에는 친권을 제한할 수 있는 법적 근거가 없다. 셋째, 친권의 일시정지기간을 정할 때 가장 중요하게 고려하여야 할 사항인 '친권정지의 원인이 소멸될 때까지 필요하다고 예상되는 기간'을 구체적인 요건으로 명시하는 것이 필요하다. 넷째, 미성년후견인과 후견감독인을 친권제한 선고의 청구권자로 추가해야 한다. 다섯째, 친권의 일부제한 시 법원의 신속한 심리를 기대하기 위해서는 친권의 세부적인 내용, 즉 제한의 대상이 되는 특정한 사항들을 구체화하는 작업이 선행되어야 한다. 여섯째, 성공적인 친권제한제도의 정착을 위해서는 미성년후견인을 확보하는 것이 가장 중요한 전제 조건이므로, 복수의 후견인과 법인후견인을 인정함으로써 후견의 다양화를 추구하는 방향으로의 개정이 필요하다.

개정 민법에서 새로운 친권제한제도를 도입한 것은 자녀의 보호를 강화한다는 측면에서 매우 큰 의미를 지니고 있다. 우리보다 앞서 친권정지심판제도를 도입한 일본도 효과적으로 활용되고 있어 긍정적인 평가를 받고 있다. 우리도 법 개정의 취지가 충분히 달성될 수 있도록 학계와 실무에서 많은 노력을 기울여야 할 것이며, 특히 적정하고도 신속한 심리를 통하여 제도를 효율적으로 운영해 나가야 하는 법원의 역할이 매우 중요하다.

Ⅰ. 머리말

근래 우리 민법은 자녀[1]의 복리 실현을 도모하기 위하여 여러 차례법 개정을 추진해 왔다. 빈번하게 발생하는 일련의 아동학대사건들로 인하여 지금은 그 어느 때보다도 아동을 위한 공적 개입의 근거가 되는 법적·제도적 보호 장치를 마련해야 한다는 데 사회적 공감대가 확산되고 있다.[2] 위험에 빠진 자신을 스스로 보호할 힘이 없는 아동에 대한 학대는 어떠한 상황에서도 용납될 수 없는 범죄행위이며, 특히 자녀의 심신의 성장이나 인격형성에 영향을 미치는 중대한 인권침해이다. 특히, 아동이 안전하게 양육 받으며 성장해야 할 가정에서 친권자인 부모가 자녀를 보호하고 양육하는 것이 곤란한 때, 즉 부모가 자녀를 학대하거나,[3] 특히, 종교적인 이유 등의 개인적 신념으로 자녀의 생명, 신체 및 재산에 위해가 발생하는 경우에는 자녀의 이익과 복리를 확보하기 위해서는 부모의 친권 행사를 다양한 수단을 통해 제한하여야 한다는 논의가 이어져 왔다.[4] 이미 아동복지법, 가정폭력특례법, 아동학대특례법, 입양특례법 등의 특별법에서는 보호처분의 한 유형으로 친권행사를 제한하는 규정을 마련하고 있다.[5] 그러나 친권에 관한 일반법인 민법에는 친권상실선고 외에는 친권을 제한할 수 있는 뚜렷한 법적 근거가 없어 해석 및 적용상의 논란이 적지 않았다.[6]

---

1) 이 글에서 '자녀'는 친권에 따르는 미성년 자녀에 한정되는 개념으로 사용한다.

2) 그동안 우리나라는 여러 차례의 아동복지법 개정을 통하여 아동학대사례에 대한 국가의 공적 개입체계의 기틀을 마련하였으나, 그 성과는 미비하였다. 그러던 중 2014년에 칠곡계모학대사건과 같이 학대로 인하여 아동이 사망하는 일련의 사건들이 언론에 집중적으로 보도되면서 인식의 개선을 마련하는 계기가 되었고, 2014. 1. 28.에는 아동학대를 규율하는 별도의 독립된 법률인 '아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법(법률 제12341호)'이 마련되었다. 법률에 관한 구체적인 내용은 박주영, "학대피해아동에 대한 단기간의 분리보호 및 친권제한조치",「홍익법학」제16권 제1호(2015. 2), 349-373쪽 참조.

3) 보건복지부가 최근에 발표한 '2014 전국 아동학대 현황보고서'에 따르면 2014년에 접수된 아동학대사안의 가해자는 대부분 부모이다(81.8%). 보건복지부·아동보호전문기관,『2014 전국아동학대 현황보고서』(2015. 7), 117쪽.

4) 김유미, "아동의 권리실현을 위한 관련법에 관한 고찰",「가족법연구」제10호(1996), 427쪽; 박주영, "최근 일본의 친권제한에 관한 개정 논의의 소개 및 그 시사점",「가족법연구」제24권 제3호(2010. 11), 365쪽; 윤진수/현소혜, "부모의 자녀 치료거부 문제 해결을 위한 입법론",「법조」제62권 제5호(2013. 5), 40쪽 이하; 이은정, "친권 제한의 유연화 - 신분적 효력을 중심으로- ",「가족법연구」제27권 제1호(2013. 3), 218쪽; 제철웅, "친권과 자녀의 권리의 충돌과 그 조정방향: 자의 인권을 중심으로",「아세아여성법학」제9호(2006), 124-125쪽.

5) 각 특례법상의 친권제한제도의 구체적 내용에 대해서는 백경희/김자영, "친권의 제한제도에 관한 개정 민법의 검토 - 신분적 효력을 중심으로 - ",「부산대학교 법학연구」제55권 제4호(2014. 11), 9-14쪽 참조.

6) 이 글에서 말하는 친권제한의 대상은 별도의 언급이 없는 한, 재산관리권을 제외한 보호교양권

이러한 상황에서 우리나라는 2014년에 민법을 개정하여 자녀의 복리를 침해하는 다양한 형태의 친권자의 친권남용행위로부터 자녀를 보호하기 위하여 침해의 원인과 정도에 따라 각각의 사안에 적합하게 맞춤식 대응을 할 수 있는 다양한 친권제한제도를 마련하였다.[7] 이러한 제도를 설계할 때에는 피해 아동의 안전을 확보하고 권리를 실현하는 것이 일차적 목표이나, 부모의 권리를 보호하는 것 또한 간과해서는 안 된다. 그러나 현행 민법상 친권상실선고제도(제924조)는 분명 부모의 친권을 과도하게, 혹은 불필요하게 제한할 가능성이 내재되어 있었을 뿐만 아니라 자녀의 복리를 최우선으로 하는 우리 친권법상의 이념을 실현시키는 법제도로서도 제 기능을 하지 못했다.[8]

예컨대 부모가 자녀를 잘못된 방식으로 양육하거나 종교적 신념 등의 이유로 자녀의 복리를 침해하는 때에는 일정 기간 내에 치료 또는 개선이 이루어질 것으로 예상되는 경우라면 친권을 일정 기간 또는 부분만을 제한하는 것만으로도 충분하기 때문이다. 이러한 점들을 반영하여 개정 민법은 종래의 친권상실선고제도를 최종적인 친권제한조치로 설정하고, 그 전 단계의 조치로 친권의 일시정지·일부제한 선고제도를, 그리고 가장 경미한 조치로서의 친권자의 동의를 갈음하는 재판제도를 도입하였다. 이로써 친권을 일시적으로 정지하거나, 친권의 일부를 제한하는 방법을 통해서도 여전히 자녀에게 친권자로서 적합하지 않은 때에는 최후의 수단으로 친권상실선고를 하는, 이른바 단계적인 운용을 함으로써 부모와 자녀 사이의 관계 및 원가정의 회복을 도모할 수 있게 되는 법적 구조를 갖추게 되었다.

이 글에서는 개정 민법상 친권제한제도의 내용을 바탕으로 하여 특히, 요건과 청구권자를 중심으로 관련 규정 및 해석상의 문제점에 대해 살펴볼 것이다. 그 후에 이미 친권의 일시정지제도를 입법하여 친권제한제도를 탄력적으로 운용하고 있는 일본의 운용실태 및 우리나라의 개정 민법과의 비교를 통해 앞으로의 활용방안을 제시하고자 한다.

(신상감호권)에 한정하여 논의하기로 한다.

7) 정부(법무부)가 2014. 4. 3.에 국회에 제출한 민법의 일부 개정법률안(의안번호 : 1910017)은 그 후 국회의 법제사법위원회에서 일부 수정을 거쳐 가결되었고, 같은 해 9. 30. 본회의에서 수정·가결되었다. 이러한 과정을 거쳐 개정된 민법(법률 제12777호)은 같은 해 10. 15.에 공포되었고, 2015. 10. 16.부터 시행된다.

8) 친권상실선고제도는 부모의 친권남용이 친권을 상실시키는 정도에 이르지 않는 경우에 적용할 수 없는 것은 물론, 적합한 미성년후견인을 찾기 어려운 현실에서 친권상실이 선고되면 제대로 해당 자녀를 돌보아 줄 사람이 마땅하지 않다는 점 등의 이유로 제대로 활용되지 못했다. 박주영, “독일과 프랑스의 친권제한제도에 관한 고찰 - 부모에 의한 아동학대사례를 중심으로 - ”,「안암법학」제33호(2010. 9), 145-146쪽.

Ⅱ. 개정 민법상 친권제한제도의 내용

1. 친권제한제도의 구축

친권에 관한 법적 분쟁은 친권이라고 하는 포괄적인 권리・의무뿐만 아니라 그 내용을 이루는 특정 내지 개별적인 권리를 행사하는 것과 관련하여 생기는 경우가 적지 않다. 그럼에도 불구하고 그동안 우리 민법은 각각의 다양한 사안에 대비할 수 있는 효과적인 대응책이 없어 자녀의 보호에 미흡할 수밖에 없었다. 이에 개정 민법은 친권상실선고제도(제924조) 외에 다양한 친권자의 친권제한 유형으로 친권자의 동의를 갈음하는 재판(제922조의2), 친권의 일시정지선고(제924조), 친권의 일부 제한의 선고제도(제924조의2)를 도입하였다.

현행 친권상실선고제도는 친권의 일시정지, 친권의 일부 제한, 대리권・재산관리권의 상실 선고 또는 그 밖의 다른 조치에 의해서는 자녀의 복리를 충분히 보호할 수 없는 경우에만 할 수 있는, 민법에서 상정할 수 있는 친권에 대한 개입 중에서 가장 무거운 조치라는 점을 분명히 하였다(제925조의2 제1항).[9] 이 규정에 따라 가정법원도 친권상실을 선고할 때에는 개입 조치의 적절성, 필요성, 그리고 타당성에 대한 심리, 즉 다른 친권제한 조치에 의해서는 자녀의 복리를 충분히 실현할 수 없는 경우에 해당하는지 여부를 신중히 판단하여야 한다. 친권의 일시정지, 친권의 일부제한 또는 대리권・재산관리권의 상실선고는 서로 대등한 수준의 조치이나, 동의를 갈음하는 재판은 이들 조치들보다 가벼운 조치에 해당한다(같은 조 제2항). 필요한 경우에 한정하여 적합한 수준의 조치를 취하는 것이 친권에 대한 불필요 내지 부당한 개입을 피하고, 필요한 보호를 적극적으로 해 줄 수 있다는 점에서 친권제한 조치들 상호간의 관계를 설정한 것은 상징적인 의미를 가진다.

2. 친권자의 동의를 갈음하는 재판

자녀의 복리를 위하여 특정 행위에 대한 친권자의 동의가 필요함에도 불구하고 친권자가 정당한 이유 없이 이에 동의하지 않는 경우, 비교적 간단한 의료방임사안에서는 친권의 일부제한이나 일시정지보다 가벼운 친권제한조치가 적절하다.

---

9) 독일민법(*BGB*)도 친권의 전부 상실은 '다른 조치로는 효과가 없는 때, 또는 다른 조치로는 위험을 회피하기에 불충분한 것으로 보이는 때에 한하여' 인정된다고 함으로써 상당성의 원칙(Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)을 지키고 있다(제1666a조).

개정 민법 제922조의2는 “가정법원은 친권자의 동의가 필요한 행위에 대하여 친권자가 정당한 이유 없이 동의하지 아니함으로써 자녀의 생명, 신체 또는 재산에 중대한 손해가 발생할 위험이 있는 경우에는 자녀, 자녀의 친족, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 친권자의 동의를 갈음하는 재판을 할 수 있다”고 규정한다. 이 조항은 주로 의료방임사안을 염두에 두고 만든 것으로, 재판 결과 친권이 직접적으로 제한되는 것도 아니며, 또한 후견인을 선임할 필요도 없이 법원이 일정한 행위를 할 수 있도록 보충적으로 부모의 동의를 대신하는 것에 불과하다. 직접적으로 부모의 친권을 제한하지 않더라도 필요에 따라 대체적인 조치를 인정한다는 점에서 다른 친권제한제도들과 구별되는 독자적인 의의를 가지며,[10] 생명·신체에 위험이 발생한 자녀에게 의료처치를 비롯한 수술이나 검사를 할 수 있도록 하는 법원의 재판은 실무상 특별한 의미가 있다.

그러나 법원의 재판이 있더라도 친권이 여전히 친권자에게 남아 있는 이상 이미 체결된 의료계약을 해지하거나 거소지정권[11] 등의 권한을 내세워 재판의 내용을 무의미하게 만들 수 있으므로, 궁극적으로 그 자체만으로는 아동을 보호하는 데 한계를 나타낼 수밖에 없다.

3. 친권의 일시정지

개정 민법은 부 또는 모가 친권을 남용하여 자녀의 복리를 현저히 해치거나 해칠 우려가 있는 경우에는 자녀, 자녀의 친족, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 가정법원이 친권의 일시정지를 선고할 수 있도록 하는, 친권의 일시정지제도를 신설하였다(제924조 제1항). 친권정지와 친권상실선고는 요건이 동일한 것이 특징적이다. 정지기간은 가정법원이 자녀의 상태, 양육상황, 그 밖의 사정을 고려하여 정하는데, 2년의 기간을 넘을 수 없다(같은 조 제2항). 다만, 자녀의 복리를 위하여 그 기간을 연장할 필요가 있다고 법원이 인정하는 경우에는 청구권자의 청구에 의하여 2년의 범위에서 1회에 한하여 연장을 허용하고 있다(같은 조 제3항). 따라서 한 번 일시정지가 선고되면 친권을 정지시킬 수 있는 기간은 최장 4년이다.

---

10) 일본은 치료 및 수술 등에서 부모 동의의 법적 성질이 명확하지 않다는 점을 들어 2011년 개정 민법에서는 도입을 보류하였다. 窪田充見, “親権に関する民法等の改正と今後の課題”, 「ジュリスト」 第1430号(2011. 10), 7頁.

11) 민법은 “자는 친권자의 지정한 장소에 거주하여야 한다”고 규정하여 거소지정권이 친권의 한 내용(효력)에 포함되는 것임을 명시하고 있다(제914조).

친권의 일시정지는 친권자의 친권 행사를 전면적으로 배제할 수 있다는 점에서는 친권상실과 같지만, 선고할 때부터 일정한 기간이 정해져 있을 뿐 아니라 그 기간이 경과하면, 제926조의 실권회복선고가 필요한 친권상실선고의 경우와는 달리, 별도의 절차 없이 곧바로 친권을 다시 행사할 수 있게 된다는 점에서 차이가 있다.[12] 이 제도는 친권을 전부, 그리고 영구적으로 박탈할 필요 없이 일시적으로 행사할 수 없게 하는 것만으로 자녀의 복리 실현이라는 목적을 충분히 달성할 수 있는 경우에 활용될 것이다. 별도의 규정은 없지만, 친권의 일시정지는 일정한 기간에 한하여 친권의 전부뿐만 아니라 일부에 대해서도 적용할 수 있도록 제도화한 것으로 해석된다. 일시정지제도는 친권 행사를 전면적으로 제한하면서도 친권 회복에 대한 불확실성을 제거하여 부모의 책임감을 자각하게 하고 자녀의 심리적 불안정도 완화시키는 중요한 기능을 가진다.[13] 다시 말해, 이 제도는 피해 자녀를 안정적으로 보호하면서도 친자관계를 다시 회복하여 가정이 제 기능을 할 수 있도록 도와주는 것을 목적으로 삼고 있다.

4. 친권의 일부 제한

자녀의 이익에 영향을 미치는 사안은 친권 전체라기보다는 특정의 권리행사가 문제되는 경우가 많을 것인데, 이 때에는 친권을 포괄적으로 제한할 것이 아니라, 문제가 되는 개별적인 권리에 한정하여 제한하는 것만으로도 충분하다. 이러한 필요에 부응하여 개정 민법 제924조의2는 “가정법원은 거소의 지정이나 징계, 그 밖의 신상에 관한 결정 등 특정한 사항에 관하여 친권자가 친권을 행사하는 것이 곤란하거나 부적당한 사유가 있어 자녀의 복리를 해치거나 해칠 우려가 있는 경우에는 자녀, 자녀의 친족, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 구체적인 범위를 정하여 친권을 일부제한을 선고할 수 있다”고 규정함으로써 친권의 일부만을 특정하여 제한할 수 있는 제도를 마련하였다.[14] 현행 민법에는 재산관리권・법정관리권의 상실 및 사퇴규정이 있지만(제925조, 제927조), 신상에 관한 사항에 대해서는 상실선고나 사퇴의 근거규정이 없어서 생기는 문제점을 해결하기 위하여 도입된 것으로, 신상에 관한 사항 중 특정한 내용에 대해서만 친권자가 친권을 행사

12) 윤진수 편집대표/권재문 집필부분(§924),「주해친족법」제2권, 박영사, 2015, 1134쪽.
13) 권재문, “친권의 제한・정지 제도 도입을 위한 검토사항”,「가족법연구」제28권 제1호(2014. 3), 35쪽.
14) 엄밀히 말하면 현행 민법에 대리권 및 재산관리권의 상실선고제도(제925조)가 있으므로, 이 제도는 완전히 새로운 제도를 도입한 것이 아닌, 그 연장선이라고 보면 될 것이다.

할 수 없도록 하고 이에 대한 제한적 미성년후견이 개시될 수 있도록 하는 것을 본질적 기능으로 삼고 있다.[15]

5. 친권상실

아동학대를 비롯한 친권남용행위로 인하여 자녀의 복리를 침해하는 정도나 상황이 더 이상 친자관계가 회복될 전망이 보이지 않는 수준에 이른 경우에는 친자관계를 회복시키려는 노력 보다는 오히려 친권자의 친권을 박탈하고, 입양 등의 사후조치를 고려하는 것이 자녀의 복리를 위해 바람직할 수 있다. 현행 민법은 친권상실선고제도를 두고, 그 요건을 "부 또는 모가 친권을 남용하거나 현저한 비행 기타 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유가 있는 때"로 하고 있다. 그리고 청구권자는 친족 또는 검사로 한정하였다(제924조). 그러나 개정 민법은 현행 민법상 친권상실선고규정을 요건과 청구권자의 범위를 중심으로 상당 부분 수정하였다. 그동안 친권자의 행위의 유형을 중심으로 '현저한 비행'과 같은 제재적인 의미를 담고 있었던 현행 민법의 문제점을 바로잡아 친권자의 비난가능성이나 귀책사유를 요건에서 배제하고 '자녀의 복리'에 초점을 두는 방향으로 나아간 것으로 평가된다. 또한, '친권남용'도 행위 그 자체보다는 친권자가 친권의 행사 또는 불행사로 인하여 자녀의 복리를 현저히 침해하는지 여부로 판단하도록 하면서 무게 중심을 '부모'에서 '자녀'로 옮겨 놓았다.

Ⅲ. 일본의 친권제한제도의 개관 및 활용현황

1. 일본의 친권제한제도의 구조

가. 민법의 개정과정[16]

일본도 아동학대가 심각한 사회문제로 대두되면서 아동학대는 아동뿐만 아니라 사회 전체에 미치는 영향이 크다는 점을 인식하고, 국가와 지방자치단체가 아동학대의 예방과 피해아동의 보호를 위해 적극적으로 개입할 방향을 모색해 왔다.[17] 그 과정에서 민법상의 친권제도의 재검토가 필요하다는 인식 아래에 민법을 개정

15) 윤진수/권재문(§924), 앞의 책(주 12), 1139쪽.
16) 일본의 2011년 민법 개정의 논의과정에 대해서는 박주영, 앞의 논문(주 4), 366-394쪽 참조.
17) 이에 아동학대의 방지 등에 관한 법률(児童虐待の防止等に関する法律)의 제・개정, 아동복지법(児童福祉法)의 여러 차례의 개정을 거치면서 입법적으로 보완해 나가고 있다.

하기에 이르렀다.[18] 일본은 2011. 6. 3. 친권상실의 요건을 명확히 하고, 청구권자에 자녀를 추가한 민법 제834조의 개정, 친권의 일시정지에 관한 제834조의2의 신설, 그 밖에 몇몇 민법규정의 개정을 핵심내용으로 하는 '민법 등의 일부를 개정하는 법률(民法等の一部を改正する法律)'을 공포하여 2012. 4. 1.부터 시행하고 있다(법률 제61호).[19][20] 이 과정에서 특기할 만한 것은 개정작업 중에도 민법 개정을 담당하는 법제심의회와 병행하여 후생노동성(厚生労動性)의 사회보장심의회에서 아동복지법제에 관한 심의가 진행되어, 친권규정과 관련 아동복지법(児童福祉法) 규정의 개정이 연동되어 이루어진 점이다. 아동학대를 방지하고 피해 아동의 보호를 강화하기 위한 법적 시스템을 구축하겠다는 큰 그림을 그린 후에, 민법과 관련 법률들과의 연관성을 고려하면서 개정작업을 해 나간 점은 높이 평가할 만하다.

나. 친권의 일시정지심판제도의 도입

2011년의 민법개정에서 가장 의미 있는 수확은 친권의 일시정지제도를 신설하였다는 점이다(제834조의2). 같은 조 제1항은 "부 또는 모의 친권 행사가 곤란하거나 부적당하여 자녀의 이익을 해하는 때에는 가정법원은 자녀, 그 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인 또는 검사의 청구에 의해 그 부 또는 모에게 친권정지심판을 할 수 있다"고 규정한다. 일본 민법은 우리나라와는 달리, 일시정지와 친권상실의 요건을 각각 다르게 정하고 있다. 친권이 정지되는 기간은 그 원인이 소멸할 때까지 필요하다고 예상되는 기간, 자녀의 심신의 상태 및 생활상황 그 밖의 모든 사정을 고려하여 2년을 넘지 않는 범위 내에서 가정법원이 정한다(같은 조 제2항).

이때 상한을 2년으로 정한 것은 자녀의 가정 복귀나 심신의 개선을 도모하기 위하여 아동복지법상 강제입소 등의 조치기간을 참고한 것이다(아동복지법 제28조

---

18) 친권상실선고규정(제834조)을 비롯한 민법상의 규정들이 아동학대와 같은 친권남용행위의 효과적인 대응책으로서의 기능을 하지 못한다는 점과 행정상의 규제와 관련된 근거 법률과 민법의 친권 규정들 사이에 정합성이 결여되어 있어서 자녀 구제에 '친권'이 방해요소로 작용하여 실무현장에서 어려움을 가중시켜 왔다는 것이 주된 이유였다. 吉田恒雄 編/領木博人, "虐待する親の親権喪失", 「児童虐待への介入 - その制度と法」(尚学社, 1999), 75頁; 水野紀子 "親権法", <家族法改正 - 婚姻・親子法を中心に(日本私法学会シンポジウム資料)> 「ジュリスト」 第1384号(2009. 9. 1), 59頁.

19) 또한, 이 개정으로 친권상실에서 '선고'라는 용어를 '심판'으로 대체하였다. 그 이유는 '선고'라는 단어에 담겨 있는 부정적인 평가를 의식하여 보다 가치중립적인 '심판'이라는 용어를 사용하게 된 것이다. 橋本昇二/三谷忠之, 『実務 家族法講義[第2版]』(民事法研究会, 2012), 216頁.

20) 이 개정으로 제834조 및 제834조의2에서 '자녀의 이익'의 침해가 명문으로 명시되고, 또한 제820조가 "친권을 행사하는 사람은 자녀의 이익을 위하여 자녀의 감호 및 양육할 권리와 의무가 있다"고 개정한 것은 친권제도의 목적을 명확히 하였다는 의미로 평가된다. 岩志和一郎, "子の利益保護のための親権の制限と児童福祉の連携 ― ドイツ法を参考として", 「法律時報」 第83巻 第12号(2011. 11), 19頁.

제2항[21]).[22] 정해진 기간 동안 정지되었던 친권은 별도의 취소심판이 없어도 그 기간이 경과함으로써 자동적으로 회복된다는 점은 우리와 마찬가지이다. 이 제도를 도입한 취지는 친권상실의 요건에 해당되지는 않지만, 친권행사를 제한하는 것이 필요한 경우에 자녀의 보호를 도모하기 위함이다.[23] 예컨대 친권을 상실시키는 것까지는 이르지 않는, 비교적 약한 정도의 가벼운 사안이나 의료방임 등 일정 기간 동안의 친권 제한으로 충분한 사안을 상정하고 있다.[24]

다. 민법 개정 시 보류사항

일본도 우리나라와 마찬가지로 민법 개정과정에서 친권의 일부제한제도에 대해 검토하였으나, 도입을 최종적으로 보류하였다. 법원이 제한할 친권의 일부 내용을 일일이 특정하게 되면 심리가 보다 장기화될 가능성이 높아질 것이고, 친권의 일부를 특정하여 제한하기 때문에 친권자가 제한되지 않은 부분의 부당한 친권 행사를 반복하는 것이 용이할 것이라는 것이 그 이유이다.[25] 또한, 제한하여야 할 친권의 일부를 특정하는 방법이 무엇인지,[26] 또 친권의 일부를 제한하고, 그 일부분만을 제3자에게 맡기게 되면 친권자와 제3자 사이에 분쟁이 발생하여 오히려 자녀의 안정적인 양육을 해칠 우려가 있다는 점도 걸림돌로 작용하였다. 그 밖에 이 제도

---

21) 일본은 아동을 학대하거나, 양육을 현저히 게을리 하거나 그 밖에 친권자 등에게 양육하게 하는 것이 그 아동의 복지를 현저히 해하는 경우에는 가정법원의 승인이 있으면 친권자 등의 의사에 반해서도 里親(위탁부모)에게 위탁하거나, 각종 시설 등에 입소시키는 보호조치를 할 수 있도록 하는, 이른바 조치승인 심판제도를 두고 있는데, 이때 조치의 기간은 조치를 개시한 날로부터 2년을 넘지 못하도록 하고 있다. 일본의 조치승인 심판제도에 관한 자세한 내용은 박주영, "법원의 개입을 통한 강제적 친자분리제도에 관한 고찰",「가족법연구」제22권 제1호(2008. 3), 170-182쪽 참조.

22) 中川 淳/小川富之 編,『家族法』(法律文化社, 2013), 134頁.

23) 橋本昇二/三谷忠之, 앞의 책(주 19), 217頁.

24) 橋本昇二/三谷忠之, 앞의 책(주 19), 217頁; 合田篤子, "未成年後見制度の現状と今後の課題",「法律時報」第86巻 第6号(2014. 6), 35頁.

25) 法務省,『童虐待防止のための親権制度研究会報告書』(2010. 1), 30頁. 이에 대해 어느 범위에서 친권을 제한하는가에 대해서는 개별・구체적인 사안에서 실제로 필요한 부분을 법원이 결정할 것이므로 별 문제가 없다고 하면서 이 제도의 도입을 긍정하는 견해도 있었다(吉田恒雄, "親権制度見直し研究会で何が議論されたのか",「子どもと福祉」第3巻(2010. 7), 37頁).

26) 일본의 개정논의에서는 이에 대해 두 가지 방안이 제시되었다. 첫째는 친권을 세분화하지 않고 신상감호권을 전체로서 제한할 수 있는 것으로 하는 방안이며, 둘째는 현행민법 규정에 얽매이지 않고 개별구체적인 사안에서 실제로 필요한 부분을 특정하여 제한하도록 하는 방안이 그것이다. 첫 번째의 방안은 신상감호권 전체를 제한함으로써 자녀의 안정적인 양육을 방해하지 않는 범위에서 친권의 일부를 제한할 수 있다는 점은 장점일 수 있으나, 신상감호권의 세분화를 인정하지 않는다는 점에서 필요최소한도의 제한이라 할 수 없고, 이 제도를 설계하는 의의가 없다는 문제점이 지적된 바 있다. 法務省, 앞의 보고서(주 25), 33-34頁.

는 친권의 일부를 제한하는 것에 지나지 않기 때문에 일단 청구하면 법원에서 쉽게 받아들여질 것으로 오해하여 학대 이외의 사안에까지 적용하는 등의 남용될 우려가 있는 것도 배제할 수 없다는 주장도 제기된 바 있다.[27]

한편, 가정법원이 친권자의 동의에 갈음하는 심판을 할 수 있도록 하는 것을 개정 민법에 포함시킬지 여부를 놓고 고심하였으나, 결국 도입하지 않았다. 그 이유로는 첫째, 가정법원의 심판으로 친권자의 의사에 반하여 동의에 갈음하는 심판을 하였다고 하더라도, 친권자가 자신이 가진 친권에 기초하여 그 심판의 취지를 몰각시키는 행위를 할 가능성도 배제할 수 없으므로, 이것만으로는 적절한 대응을 할 수 없다는 점, 둘째, 친권자의 의사에 반하여 동의에 갈음하는 심판을 인정할지 여부와 관련하여, 평소에 자녀에 대한 정보가 없는 가정법원이 개별적인 행위가 문제가 될 때마다 그것에 대해 적절한 판단을 내릴 것이라는 기대를 하기 어렵다는 점, 그리고 셋째, 이 제도가 친권자의 동의를 필요로 하는 모든 사안에서 활용될 수 있다고 한다면, 일상생활에서 부모와 자녀 사이에서 국가가 개입할 사안이 아닌 경우까지 남용될 우려가 있다는 점 등을 들었다.[28]

2. 친권의 일시정지심판의 운영 실태

일본은 친권정지제도를 도입하고 나서 2년 정도의 시간이 지났는데, 종래 친권상실보다 훨씬 더 잘 활용되고 있다.[29] 이 제도가 도입된 후 첫 해인 2012년도에 법원에 접수된 건수를 살펴보면 친권상실심판이 111건, 친권정지심판이 120건에 불과했으나, 그 다음 해인 2013년에는 친권상실심판은 전년도와 동일하였으나, 친권정지심판은 185건으로 대폭 증가하였다. 그리고 종결된 친권정지심판의 종국사안인 183건의 사안에서 청구권자를 살펴보면 예상대로 자녀의 친족이 청구한 건수가 109건(59.6%)으로 가장 많았고, 그 다음으로 아동상담소장의 청구가 47건(25.7%)이었다. 그리고 자녀의 청구는 27건(14.8%)으로 나타나, 전년도인 2012년에 8건이었던 것에 비하면 증가하였다는 것을 알 수 있다. 이와 같이 자녀 본인이 친권정지심판청구를 한 사례가 있었다는 점은 주목할 만하다.[30]

---

27) 法務省, 앞의 보고서(주 25), 30頁.

28) 法制審議会児童虐待防止関聯親権制度部会 第3回 会議(2010. 6. 4), “児童虐待防止のための親権に係る制度のみ直しに関する検討事項(2) - 部会資料 4” 참조.

29) 그 중에서 종결된 182건의 내역을 살펴보면 인용건수가 63건(34.6%), 각하가 29건(15.9%), 취하가 89건(48.9%), 기타가 1건(0.5%)이다(最高裁判所 事務総局 家政局, “親権制限事件の動向と事件処理の実情 - 2013년 1월~12월 - ”, 1頁).

한편, 2012년도에 접수된 친권정지사건에서 인용된 사안 15건에 대해 법원이 정한 친권정지기간을 살펴보면, 1년 미만의 기간을 정한 사안은 없었으며, 1년 이상 2년 미만의 기간을 정한 것이 5건(33.3%), 상한인 2년으로 정한 것이 10건(66.7%)으로 가장 많았다.[31] 그 다음 해인 2013년도에 인용된 사안 65건 중에서 1개월 이상 1년 미만의 기간은 3건(4.6%), 1년 이상 2년 미만의 기간은 13건(20%), 2년으로 정한 것은 49건(75.4%)으로,[32] 전년도와 달리 1년 미만의 기간을 정한 것이 3건이 있었다는 점이 특기할 만하다. 일시정지제도가 도입되기 전인 2003년도에 친권상실심판이 접수된 건수가 103건, 2011년에 119건이었다는 점을 볼 때, 그동안 친권상실심판제도는 적극적으로 활용되지 않았다는 것을 알 수 있다. 그러나 일시정지제도가 도입된 후인 2012년에는 친권상실을 포함한 친권제한 접수 건수가 239건으로, 2013년에는 315건으로 상당히 증가하는 추세에 있다. 이러한 통계 결과는 친권정지제도의 도입이 실효성 있는 아동보호제도로 기능하고 있다는 것을 보여주고 있다.[33]

3. 후생노동성(厚生労動省)의 통지(通知)

일본은 의료방임사안에서 친권상실심판을 본안사건으로 하여 직무집행정지와 직무대행자 선임의 보전처분을 신청하여 의사나 변호사 등의 직무대행자가 치료행위에 동의하고, 그것이 종료되면 본안 사건의 청구를 취하하는 방식으로 대응해 왔다.[34] 그러나 지금은 이러한 사안에서 친권정지심판을 활용할 수 있게 되었다.[35]

의료방임으로 아동의 생명・신체에 중대한 영향이 있는 경우의 대응에 관하여 2012. 3. 9.에 후생노동고용균등・아동가정국총무과장의 통지(雇兒總發 0309 第2號)[36]가 있었다.[37] 여기에서 제시하고 있는 대응방법은 다음과 같이 세 가지로 나

---

30) 最高裁判所 事務総局 家政局, 앞의 자료(주 29), 3頁; 和波宏典, "親権制限事件の運用状況", 「法律のひろば」 第66巻 第12号(2013. 12), 14頁.

31) 最高裁判所 事務総局 家政局, "親権制限事件の動向と事件処理の実情 -2012년 1월～12월- ", 8頁.

32) 最高裁判所 事務総局 家政局, 앞의 자료(주 29), 6頁.

33) 和波宏典, 앞의 논문(주 31), 14頁.

34) 친권자가 그 수술에 대해 동의를 거부하는 것을 친권남용으로 하여 아동상담소장이 보전처분을 신청하여 직무대행자에 변호사가 선임된 사안으로 名古屋家審 平18(2006)・7・25[家月 59・4・127]을 들 수 있다. 이 사안은 선천성 심장질환이 있는 신생아가 수술을 해야 함에도 불구하고 부모가 종교상의 이유로 동의를 하지 않고, 또 동의를 거부한 데 대한 합리적인 이유가 인정되지 않아 친권자로서의 직무집행정지와 그 정지기간 중의 직무대행자의 선임을 인정하여 수술을 실시한 것에 관한 것이다.

35) 다만, 이 심판을 본안사건으로 하여 심판이 확정될 때까지 적절한 치료를 받지 못하는 경우에는 친권자의 직무집행정지 등의 보전처분이 필요하게 될 것이다.

뉜다. ① 친권정지심판에 따라 미성년후견인 또는 친권을 대행하는 아동상담소장 등에 의한 조치, ② 친권정지심판 청구를 본안으로 하는 보전처분(친권자의 직무집행정지・직무대행자 선임)에 의한 직무대행자 또는 친권을 대행하는 아동상담소장 등에 의한 조치, ③ 아동의 생명・신체의 안전을 확보하기 위하여 긴급을 요하는 것으로 인정되는 때에는 친권자 등의 의사에 반해서도 조치를 취할 수 있다는 아동복지법에 근거한 아동상담소장에 의한 조치이다.[38] 이로써 자녀의 생명・신체가 위태로운 긴급한 사태에도 불구하고 친권자 등에게 의료행위에 대한 동의를 얻지 못하는 경우(친권자 등의 의향을 파악할 수 없는 경우도 포함)에는, 이 규정을 근거로 아동상담소장이 의료행위를 하는 데 동의함으로써 필요한 의료행위를 할 수 있게 된다.[39]

이 세 가지 방법 중에서 어떠한 방법을 선택할 지를 결정하는 기준이 되는 것은 원칙적으로 의료행위가 긴급을 요하는 정도이다. 구체적으로 의료행위를 하지 못하게 될 경우에 자녀의 생명・신체에 미치는 영향의 중대성을 전제로 하여 의료의 관점에서 각각의 절차에서 필요로 하는 기간 등의 제반 사정도 고려하여 시간적인 관점에서 긴급한 정도를 개별 사안마다 판단할 필요가 있다.[40] 예들 들어 시간적으로 긴박하여 친권정지심판이나 보전처분 절차로는 목적을 달성할 수 없을 것이라고 판단되는 경우에는 ③의 조치를 취한다. 반면, 아동의 생명・신체에 중대한 영향을 미칠 수 있는 것이라고 판단되어 조속하게 대처할 필요가 있고, 친권정지심판이나 보전처분절차에 의하더라도 시간적으로 여유가 있는 경우에는 ①과 ②의

---

36) 이 통지는 2011년 민법 개정에서 친권정지제도가 신설되어 의료방임사안에 대응할 수 있는 방법에 변경을 가져 왔기 때문에 관내의 아동상담소 및 시정촌(市町村) 및 관련 단체 등에 이를 알리기 위한 것이다. 이 통지의 대상이 되는 사례는 보호자가 아동에게 필요한 의료를 받게 하지 않음으로써 아동의 생명・신체에 중대한 영향이 있어서 그 안전을 확보하기 위하여 의료행위가 필요한 사례이다. 이 때 의료기관이 의료행위를 하기 위해서는 친권자 등의 동의가 필요함과 동시에 친권자 등의 동의를 얻지 못함으로써 의료행위를 행할 수 없는 경우이다. 雇児総発0309 第2号(2012. 3. 9) - "医療ネグレクトにより児童の生命・身体に重大な影響がある場合の対応について", 1頁.후생노동성(http://www.mhlw.go.jp/bunya/kodomo/pdf/dv120317-1.pdf)홈페이지(최종방문일: 2015. 8. 5).

37) 雇児総発, 앞의 통지(주 36), 1頁.

38) ③의 방법은 아동복지법 제33조의2 제2항 및 제4항, 그리고 제47조 제5항(아동상담소장은 일시보호 중이거나 시설에 입소 조치된 아동에게 친권을 행사하는 사람이나 미성년후견인이 있더라도 감호, 교육 및 징계에 관하여 그 아동의 복지를 위하여 필요한 조치를 취할 수 있는 권한을 가진다. 그리고 이 조치는 아동의 생명 또는 신체의 안전을 확보하기 위하여 긴급을 요한다고 인정하는 때에는 그 친권을 행사하는 사람 또는 미성년후견인의 의사에 반해서도 할 수 있다는 규정)을 근거로 한다. 雇児総発, 앞의 통지(주 36), 2-3頁.

39) 雇児総発, 앞의 통지(주 36), 3頁.

40) 雇児総発, 앞의 통지(주 36), 3頁.

조치를 하면 된다. 그런데 만약 ①의 조치를 하는 경우라도 보전처분결정 또는 친권정지심판이 확정되기 전에 아동의 상태가 급변하여 생명·신체의 안전을 확보하기 위해서 긴급한 의료행위가 필요하게 된 때에는 바로 ③의 조치로 대응하게 된다.[41]

가정법원은 친권정지, 상실 또는 관리권상실심판의 청구가 있는 경우에 자녀의 이익을 위하여 필요하다고 인정되는 때에는 해당 심판의 효력이 발생할 때까지 친권자의 직무집행을 정지하고, 친권자의 직무를 대행하는 사람을 선임하는 보전처분을 할 수 있다(가사사건절차법 제174조 제1항[42]). 이 보전처분절차는 친권자에 의한 합리적 이유가 없이 수혈거부로 자녀의 생명·신체가 침해될 우려가 있는 경우 등, 긴급하게 의료를 해야 할 필요가 있는 등에는 지금도 여전히 유효한 수단이 될 수 있다.[43]

Ⅳ. 개정 민법상 친권제한제도의 문제점에 대한 검토 및 과제

1. 요건에 관한 검토

가. 친권상실선고제도

개정 민법은 친권상실과 일시정지선고의 요건을 동일하게 "부 또는 모가 친권을 남용하여 자녀의 복리를 현저히 해치거나 해칠 우려가 있는 경우"로 명시하고 있으므로 두 제도의 기능을 어떻게 분담할 지가 문제된다. 먼저, 개정 민법은 현행법상 친권상실의 요건으로 하고 있는 '현저한 비행 기타 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유'를 삭제하였다. 국가가 개입하여 친권자의 친권을 제한하는 근거는 오로지 자녀의 복리를 위한 것이어야 정당성이 인정된다는 관점에서 '현저한 비행'과 같이 친권자의 행위만을 판단대상으로 하여 그에 대한 제재나 비난가능성을 내포한 요건은 바람직하지 않으므로 삭제한 것은 타당하다. 일본도 같은 이유로 민법을 개정할 때 배제하였다.[44] 또한, 우리는 '기타 친권을 행사시킬 수 없는 중대한

41) 雇児総発, 앞의 통지(주 36), 3-4頁.

42) 가사사건절차법(家事事件手続法) 제174조는 제1항은 "가정법원은 친권상실, 친권정지 또는 관리권상실 청구가 있는 경우에 자녀의 이익을 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 그 청구권자의 청구로 친권상실, 친권정지 또는 관리권 상실청구에 관한 심판이 효력이 발생할 때까지 친권자의 직무집행을 정지하거나, 또는 그 직무대행자를 선임할 수 있다"고 규정한다.

43) 吉田恒雄/岩志和一郎,『親族法・相続法[第4版]』(尚学社, 2013), 161頁.

44) 東京家裁八王子支部 昭54(1979)・5・16[家月 32・1・166]. 이 판결에 대한 평석도 친권상실의 판단

사유'도 함께 삭제한 반면, 일본은 친권상실선고의 요건을 "부 또는 모의 학대 또는 악의의 유기가 있는 때, 그 밖에 부 또는 모의 친권 행사가 현저히 곤란하거나 부적당함으로써 자녀의 이익을 현저히 해치는 때"라고 함으로써 요건을 구체적으로 명확히 규정하고 있다. 일본의 경우, 친권상실은 친권자의 학대 경향이 개선되지 않는 경우에 활용할 수 있는 최후의 수단인 만큼 친권정지보다 훨씬 더 엄격한 요건을 갖추도록 하고 있다.

일본의 친권상실심판의 요건 중의 하나인 '친권 행사가 현저히 곤란하거나 부적당함으로써 자녀의 이익을 현저히 해치는 때'라는 것은 정신적 또는 신체적 장애 등으로 인하여 친권의 적절한 행사가 불가능하거나, 혹은 이와 유사한 사유가 있는 것을 의미한다.[45] 이에 따르면 예컨대 친권자가 중병에 걸려 병원에 장기 입원한 경우와 같이 친권자의 귀책사유 없이 친권을 행사하기 어려운 경우에도 친권상실선고를 할 수 있게 된다.[46] 그러나 우리 개정 민법은 친권상실선고의 요건을 단지 '부 또는 모가 친권을 남용하여 자녀의 복리를 현저히 해치거나 해칠 우려가 있는 경우'라고만 함으로써 법문상 부모의 친권 남용이 전제되어야만 친권상실을 선고할 수 있는 것으로 해석된다. 이로써 자녀에 대한 부모의 잘못은 없지만 정신적 또는 신체적 장애 등으로 인하여 친권을 행사할 수 없어 결과적으로 자녀의 복리를 해치게 되는 경우는 친권상실 뿐만 아니라 친권의 일시정지선고도 할 수 없게 되는 흠결이 생겼다.[47] 따라서 친권자의 친권남용이라고 볼 수는 없으나, 자녀의 복리를 현저히 해치거나 해칠 우려가 있는 경우도 포섭할 수 있는 방향으로의 개정이 필요할 것으로 보인다.[48] 또한, 법원이 이러한 사유로 친권상실 또는 친권

기준은 어디까지나 '자녀의 복리'이므로, 친권자의 행위만을 그 판단대상으로 삼아서는 안 된다고 한다. 또한, 친권의 의무적 성격에서 보더라도 친권상실은 친권자의 행위만을 고려할 것이 아니라, 자녀의 복리를 기준으로 하여 친권자의 행위로 인하여 자녀의 복리가 어떻게 위태로운 결과를 초래하게 되었는지 여부, 그 행위가 자녀에게 미치는 영향, 그리고 친권이 상실된 후에 자녀의 최선의 이익을 확보할 수 있는 수단이 존재하는지 여부 등을 종합적으로 판단하여야 한다고 보았다. 吉田恒雄, "児童相談所長の申立てによる親権喪失の宣告", 「家族法判例百選[第7版] - 別冊 ジュリスト」(有斐閣, 2008), 97頁.

45) 飛沢知行 編, 『一問一答 平成23年民法等改正児童虐待防止に向けた親権制度の見直し』(商事法務, 2011), 43頁.

46) 독일도 가정법원이 부모의 일방이 장기간 친권을 사실상 행사할 수 없다고 인정한 때, 즉 '사실상 장애(tatsächlichem Hindernis)'가 있는 때에는 친권을 정지시킬 수 있는 규정을 두고 있다(*BGB* 제1674조 제1항).

47) 현행 민법 제924조는 친권상실의 요건에 "기타 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유가 있는 때"를 포함하고 있기 때문에 이러한 경우를 포섭할 수 있었다.

48) 윤진수/권재문(§924), 앞의 책(주 12), 1128쪽에서 친권 '남용'이라고 보기 어려운 사정으로 인해 자녀의 복리를 해칠 우려가 있으면 친권의 일시정지선고라도 할 수 있도록 하는 해석론을 개발할 필요가 있다고 하는 것도 이와 같은 맥락이라 볼 수 있다.

의 일시정지선고를 하는 경우에는 자녀의 이익을 해하는지 여부를 판단하는데 더욱더 신중을 기해야 할 것이다.

나. 친권의 일시정지선고제도

일본 민법은 친권의 일시정시심판의 요건을 "부 또는 모에 의한 친권의 행사가 곤란하거나 또는 부적당함으로써 자녀의 이익을 해하는 때"로 하고 있다(제834조, 제834조의2). 친권의 일시정지와 친권상실은 그 법적 효과에서 볼 때 자녀의 이익을 해하는 정도에 따라 개입요건이 구별된다.[49] 친권상실의 요건은 친권정지와 비교할 때 비교적 명확하다. 불필요한 친권 제한을 피하기 위하여 친권상실의 원인이 있는 경우에도 2년 이내에 그 원인이 소멸할 우려가 있는 때에는 친권상실심판을 할 수 없기 때문에 이러한 경우에는 친권정지심판을 하게 된다(제834조 단서).

우리나라와 일본의 일시정지제도는 모두 정지기간을 2년으로 정하고 있다. 다만, 가정법원에서 정지기간을 정할 때 고려하여야 할 사항과 관련하여 규정상 차이가 있다. 우리 개정 민법은 '자녀의 상태, 양육상황, 그 밖의 사정(제924조 제2항)'을, 일본민법은 '그 원인이 소멸할 때까지 필요하다고 예상되는 기간, 자녀의 심신의 상태 및 생활상황 그 밖의 일체의 사정'을 들고 있다. 법원이 친권을 정지시키는 이유가 부모에 대한 제재가 아니라 자녀 이익의 확보와 친자관계의 회복이라면 결국 위의 기간을 정할 때 가장 중요하게 고려해야 할 사항은 '친권정지의 원인이 소멸될 때까지 필요하다고 예상되는 기간'일 것이다. 그럼에도 불구하고 개정 민법은 '그 밖의 사정'에 포함시켜 해석할 수 있는 여지만 두고 있을 뿐이어서, 이를 법문상 별도의 독자적인 고려사항으로 명시하는 것이 바람직하다고 생각된다.

이와 관련하여 실제로 일본은 법원에서 친권정지의 원인이 소멸할 것이라고 예상되는 시기가 2년 내에 도래할 지 여부가 불분명하여 이를 판단하기 어려울 때에는 통상적으로 기간을 2년으로 정하게 될 것이라는 지적[50]이 있었는데, 앞서 살펴본 통계를 보더라도 실제로 그러한 경향을 보이고 있는 것 같다. 우리나라도 시행 후의 동향을 살펴보아야 하겠지만, 현실적으로 보더라도 대부분의 사안에서 법원이 2년 미만의 기간으로 정할 이유를 찾기 어려울 것이고, 또 일시정지선고의 원인이 소멸된 경우에는 실권회복 선고를 할 가능성을 열어두고 있으므로(제926조),

---

49) 친권상실의 요건에는 친권정지에는 없는 '현저히(著しく)'라는 단어가 추가됨으로써 후자에 비해 전자가 자녀의 복리를 침해하는 정도가 크다. 横田光平, "子どもの意思・両親の権利・国家の関与 - 「子の利益」とは何か", 「法律時報」 第83巻 第12号(2011. 11), 11頁.

50) 飛沢知行 編, 앞의 책(주 45), 53頁.

특단의 사정이 없는 한 정지기간을 2년으로 하게 될 가능성이 높다.

2. 청구권자에 관한 검토

가. 자녀

친권상실 또는 일시정지, 그리고 친권의 일부 제한은 청구권자의 청구에 의해 최종적으로 가정법원이 선고한다. 이번 개정에서 청구권자에 자녀와 지방자치단체장이 추가됨으로써 그 범위가 보다 확대되었다(제924조, 제924조의2). 일본은 자녀를 청구권자에 포함시킬지 여부를 놓고 논란이 많았으나,[51] 우리는 이에 대해 별다른 논의가 없었던 것으로 보인다. 자녀는 더 이상 친권의 객' 또는 수동적인 당사자로서의 위치에 머물러 있는 것이 아니라 자신의 복리를 위해 필요한 공적 개입을 구할 수 있는 능동적인 주체임을 명확히 하였다는 점에 의미를 부여하고 있다.[52]

자녀 본인을 청구권자로 인정한 것은 실질적으로 자녀가 친권제한사건으로 영향을 받는 직접적인 당사자이며, 사안에 따라서는 자녀 본인이 직접 가정법원에 청구할 수 있도록 하는 것이 신속한 자녀 구제에 도움이 된다는 데 의미를 부여할 수 있다.[53] 특히, 연령이 높은 미성년자가 학대의 피해자가 되는 것과 같은 사안에서 당사자인 자녀 자신이 최종적으로 구제를 요청할 여지를 남겨둘 필요성이 있다. 다만, 자녀를 청구권자로 정한 것은 적절하고 신속하게 자녀의 이익을 도모해야 하는 사안에 대비한 것이지만, 반드시 자녀에게 적극적으로 청구할 것을 기대하는 것은 아닐 것이다. 일본의 심의과정에서도 나타나듯이 이것은 자녀에게 적극적으로 청구할 것을 촉구하는 의미보다는 가능한 한 자녀가 청구권을 행사하지 않고서도 해결될 수 있도록 주위의 도움을 환기시키는 것이며, 친권제한을 심판을 할 때에도 신중하게 판단하는 등 운영에 신중을 기하여야 한다는 메시지가 담겨있는 것으로 보아야 한다.[54] 자녀의 청구로 친권제한선고, 특히 친권이 일시정지된 때에는 그 기간이 종료된 후에 친자관계를 회복한다는 제도의 취지를 달성할 수

---

51) 자녀를 청구권자에 포함시키는 것에 반대하는 견해는 자녀에게 가혹한 판단을 요구하는 것이라는 점, 다툼이 있는 부부 사이에서 나중에 이혼하면서 친권・양육권 분쟁에서 유리한 지위를 차지하기 위하여 상대방의 친권을 제한하는 수단으로 자녀가 이용될 우려가 있다는 점, 그리고 친자관계의 원만한 회복을 어렵게 한다는 점 등을 근거로 들었다. 窪田充見, 앞의 논문(주 10), 6頁.

52) 권재문, 앞의 논문(주 13), 50쪽; 윤진수/권재문(§924), 앞의 책(주 12), 1115쪽.

53) 飛沢知行 編, 앞의 책(주 45), 60頁.

54) 衆議院, 第177回 国会衆議院法務委員会議録 第7号(2011. 4. 19), 19頁.

없게 될 우려가 있기 때문이다.

나. 지방자치단체의 장 및 미성년후견인·후견감독인

친권의 상실 및 일시정지(제924조), 친권의 일부제한(제924조의2), 친권자의 동의를 갈음하는 재판(922조의2), 대리권·재산관리권 상실의 선고(제925조) 등의 친권제한에 관한 선고의 청구권자에 지방자치단체장을 추가한 것은 아동복지 관련법과의 연관성을 고려할 때 피해 아동의 보호를 한층 더 강화한 것으로 볼 수 있다. 다만, 대리권·재산관리권은 아동에 대한 보호교양이 아닌 재산관리와 관계되는 것이라는 점에서 볼 때 지방자치단체장에게까지 청구권을 인정한 것은 실효성이 없는 명목상의 규정일 뿐이라는 생각이 든다. 오히려 자녀로 하여금 신분상의 효력에 관한 친권제한선고는 청구할 수 있도록 하면서, 그보다 경미한 효과를 가지는 친권자의 변경(제909조 제6항)이나 대리권 및 재산관리권 상실선고를 청구하는 범위에는 포함시키고 있지 않은 것이 균형상 맞지 않는 것으로 보인다.

한편, 일본은 친권상실 및 친권정지, 그리고 관리권상실심판에서 미성년후견인과 미성년후견감독인을 청구권자로 인정하고 있다(제934조, 제834조의2, 제8354조). 친권상실의 청구는 친권의 일부제한에 따라 특정 부분에 대해 미성년후견이 개시된 경우에도 활용할 수 있다는 점에서, 친권자가 자신에게 유보된 특정한 사항에 대한 친권을 행사하는 것이 자녀의 복리를 현저히 해치거나 해칠 우려가 있는 경우가 있다. 그러나 친권 중 일부에 한정된 후견인이나 후견감독인[55]은 친권상실이나 친권자에게 유보된 사항에 대한 일시정지청구를 할 수 없게 되어 있어 재고의 여지가 있다고 본 견해[56]에 찬성한다.

3. 친권의 일부제한제도의 과제

개정 민법이 다양한 친권제한제도의 틀을 마련한 것은 고무적이나, 개정 민법상의 규정대로라면 법원이 친권의 일부제한을 선고하는 것이 반드시 쉽지만은 않을 수 있다. 실제로 친권의 일부제한제도를 운영하는 방법은 친권의 내용 중 법원이 정한 일정한 부분을 제한하는 형태일 것인데, 법원이 제한할 부분을 정했다고 하더라도 그것이 외부에서 볼 때에도 명확하게 인식될 수 있는 지가 문제이다. 즉,

55) 미성년후견인 또는 미성년후견감독인은 친권의 일시정지가 선고된 후에 가정법원에 그 기간의 연장을 청구할 수 있도록 하고 있다(제924조 제3항).

56) 윤진수/권재문(§924), 앞의 책(주 12), 1130쪽.

친권자와 미성년후견인이 친권을 각각 따로 행사하기 때문에 그 권한의 범위를 둘러싸고 친권자와 제3자 사이에 분쟁이 발생할 가능성을 배제할 수 없다. 그리고 이는 자녀의 안정적인 양육에 방해가 되는 결과를 초래할 수 있다. 결국, 친권의 일부제한제도를 위험에 빠진 자녀 보호를 위한 실효성 있는 제도로 정착시키기 위해서는 친권, 특히 그 중에서도 보호교양권에 관한 세부적인 내용, 즉 제한의 대상이 되는 특정한 사항들을 구체화하는 작업이 진행되어야 한다.[57] 그렇지 않으면 친권의 일부제한선고가 이루어질 수 있는 사안에서 법원은 실제로 선택적인 관계에 있으면서 보다 적용하기 쉬운 친권의 일시정지제도를 적용하는 방법을 택할 수 밖에 없을 것이기 때문이다.

4. 미성년후견인의 확보 방안

친권제도의 연장으로서 민법은 미성년후견제도를 두고 있다. 개정민법은 미성년자에게 친권자가 없거나 친권자가 친권상실, 친권의 일시정지, 친권의 일부제한 선고 법률행위의 대리권 및 재산관리권의 상실 선고 및 사퇴함에 따라 친권의 전부 또는 일부를 행사할 수 없는 경우에 후견인을 둘 수 있도록 한다(제928조).[58] 이와 같이 여러 가지 사유로 친권자가 없거나 친권의 전부 또는 일부를 행사할 수 없는 때에 자녀를 보호할 수 있는 제도가 바로 미성년후견이다. 친권상실에까지 이르지 않는 친권제한의 경우에도 친권자와 같은 역할을 해 줄 미성년후견에 의해 자녀를 보호하는 것은 당연하다. 개정 민법에서 도입한 친권제한제도를 필요한 상황에서 적절하게 활용할 수 있는 제도로 자리매김하기 위해서는 자녀 보호에 적합한 미성년 후견인을 다양하게 확보하는 것이 필수적인 전제조건이다.

일본도 종전에는 미성년후견인의 자격을 개인이면서 1인으로 제한하였기에(구민법 제842조) 개인이, 그것도 단독으로 후견인이 되어 오로지 그 자녀에 대한 책임을 다해야 하므로 여러 가지로 부담이 클 수밖에 없었다. 그러나 2011년 개정으로 법인 및 복수의 후견이 가능해졌다(제842조 삭제).[59] 이는 성년후견과 마찬가지로

---

57) 윤진수/권재문(§924), 앞의 책(주 12), 1140쪽은 '보호'에 속하는 사항으로는 의식주(일상생활), 거소지정, 의료행위 등을, '교양'에 속하는 사항으로는 교육(공교육, 사교육 포함), 진로(직업) 결정, 종교생활, 문화콘텐츠 선택 등에 관한 지도를 그 예로 들고 있다.

58) 전자는 법률상 친권자의 사망, 실종선고와 같이 법률상 친권자가 없는 때이고, 후자는 친권자가 있더라도 사실상 친권을 행사할 수 없을 때를 의미한다.

59) 이러한 내용을 직접적으로 명시하고 있지는 않지만, 제840조 제3항이 미성년후견인의 선임에 관하여 "미성년후견인이 되는 사람이 법인인 때에는 그 사업의 종류 및 내용, 그 법인 및 그 대표자와 미성년피후견인과의 이해관계의 유무" 등도 고려하여야 한다고 규정함으로써 당연히 이를

조직적인 미성년후견이나 다른 직종과 연계함으로써 복수의 후견을 허용한 것이다.[60] 이로써 후견인을 선택할 수 있는 폭이 넓어지고 다양성이 확보되었다.[61] 예컨대 아동양호시설을 경영하는 법인이 아동양호시설 출신 아동의 미성년후견인이 되어 계속적으로 후원자가 되는 것을 기대할 수 있는 순기능도 기대해 볼 수 있다. 또한, 삼촌과 숙모가 부모를 대신하여 2인 체제로 미성년후견인이 될 수도 있으며, 자녀의 양육은 친족 중의 한 사람이 하고 중요한 재산관리는 변호사와 같은 전문가가 후견인이 되어 각각 분담할 수도 있을 것이다.

복수의 미성년후견인이 선임된 경우에는 원칙적으로는 그 권한을 공동으로 행사하여야 하며, 가정법원이 일부의 사람에게 재산에 관한 권한이나 단독행사, 사무분담 등을 명할 수 있는 것으로 하고 있다(제843조). 종래 미성년후견인이 친권자의 자리를 그대로 대신하는 기능을 담당했다면, 이제는 미성년후견인으로서 친권을 행사하는 사람이 없는 자녀를 도와주는 사람(조력자)으로서의 이미지가 더 부각될 것이다.

Ⅴ. 맺음말

2014년에 의료방임사안과 아동학대 등과 같이 자녀의 복리를 침해하는 다양한 형태의 친권남용행위로부터 자녀를 보호하기 위하여 침해의 원인과 정도에 따라 각각의 사안에 적합한 조치를 할 수 있는 친권제한제도를 마련하는 민법 개정이 있었다. 이를 통해, 종래의 친권상실선고제도를 최후의 조치라는 점을 명확히 하고, 그 전 단계의 조치로 친권의 일시정지・일부제한 선고제도를, 그리고 가장 경미한 조치로 친권자의 동의를 갈음하는 재판제도를 새롭게 도입하였다.

다만, 개정 민법상 친권제한제도는 요건과 청구권자, 그리고 운영방안 등과 관련하여 다음과 같은 몇 가지 과제를 안고 있다. 첫째, 친권상실과 일시정지선고의 요

전제하고 있다.

60) 梶村太市/岩志和一郎/大塚正之/榊原富士子/棚村政行,『家族法実務講義』(有斐閣, 2013), 281頁.

61) 일본은 2013년에 전국의 아동상담소가 가정법원에 친권정지심판을 신청한 것은 16개의 지방자체단체에서 23개의 사례가 있었으며, 전국의 아동상담소장이 복수인 및 법인의 미성년후견인의 선임을 신청한 실적을 살펴보면, 10개의 지방자치단체에서 11개의 사례가 있었다. 법인이 미성년후견인으로 선임된 것은 아동이 입소하고 있는 아동양호시설의 설치 주체인 사회복지법인, 현(縣)의 사회복지사회, 후견사업을 하는 NPO법인 등이다. 厚生労動性, "平成25年度の児童相談所での児童虐待相談対応件数等" 中 別添 2 資料: 平成25年度において申立てされた親権停止の事例等(http://www.mhlw.go.jp/stf/houdou/0000052785.html - 최종방문일: 2015. 8. 10).

건을 동일하게 규정하고 있어서 두 제도의 기능을 어떻게 분담할지가 문제된다. 둘째, 친권자의 친권남용행위는 없지만 결과적으로 자녀의 복리를 현저히 해치거나 해칠 우려가 있게 된 때에는 친권을 제한할 수 있는 법적 근거가 없다. 셋째, 친권의 일시정지기간을 정할 때 가장 중요하게 고려하여야 할 사항인 '친권정지의 원인이 소멸될 때까지 필요하다고 예상되는 기간'을 구체적인 요건으로 명시하는 것이 필요하다. 넷째, 미성년후견인과 후견감독인을 친권제한 선고의 청구권자로 추가해야 한다. 다섯째, 친권의 일부제한시 법원의 신속한 심리를 기대하기 위해서는 친권의 세부적인 내용, 즉 제한의 대상이 되는 특정한 사항들을 구체화하는 작업이 선행되어야 한다. 여섯째, 성공적인 친권제한제도의 정착을 위해서는 미성년후견인을 확보하는 것이 가장 중요한 전제조건이므로, 복수의 후견인과 법인후견인을 인정함으로써 후견의 다양화를 추구하는 방향으로의 개정이 필요하다.

개정 민법에서 새로운 친권제한제도를 도입한 것은 자녀의 보호를 강화한다는 측면에서 매우 중요한 변화를 담고 있다. 법원이 부모의 친권 남용에 대한 대응으로 친권제한을 활용함으로써 도모하고자 하는 것은 결국 아동의 안전 확보와 친자관계의 원만한 회복이다. 그러나 이것은 친권자의 친권을 제한하는 것으로 끝나는 것이 아니라, 이를 출발점으로 하여 궁극적으로는 부모에 대한 다양한 지도나 지원, 자녀와 부모와의 접촉 기회를 설정하는 등 다양한 복지서비스라는 후속 조치가 제공되어야만 제대로 달성될 수 있다는 점을 잊어서는 안 된다. 우리보다 앞서 친권정지심판제도를 도입한 일본도 효과적으로 활용되고 있어 긍정적인 평가를 받고 있다. 우리도 법 개정의 취지가 충분히 달성될 수 있도록 학계와 실무에서 많은 노력을 기울여야 할 것이며, 특히 적정하고도 신속한 심리를 통하여 제도를 효율적으로 운영해 나가야 하는 법원의 역할이 매우 중요하다.

(논문투고일 : 2015.08.25, 심사개시일 : 2015.08.27, 게재확정일 : 2015.09.22)

박 주 영

아동학대, 의료방임, 친권제한, 친권의 일부제한제도, 친권의 일시정지제도, 친권자의 동의에 갈음한 재판

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 국내 단행본

보건복지부・아동보호전문기관,『2014 전국아동학대현황보고서』(2015. 7).

윤진수편집대표/권재문집필부분(§924),「주해친족법」제2권, 박영사, 2015.

Ⅱ. 국내 논문

권재문, “친권의 제한・정지 제도 도입을 위한 검토사항”,「가족법연구」제28권 제1호(2014. 3).

김유미, “아동의 권리실현을 위한 관련법에 관한 고찰”,「가족법연구」제10호(1996).

박주영, “독일과 프랑스의 친권제한제도에 관한 고찰 - 부모에 의한 아동학대사례를 중심으로 - ”,「안암법학」제33호(2010. 9).

_____, “법원의 개입을 통한 강제적 친자분리제도에 관한 고찰”,「가족법연구」제22권 제1호(2008. 3).

_____, “최근 일본의 친권제한에 관한 개정 논의의 소개 및 그 시사점”,「가족법연구」제24권 제3호(2010. 11).

_____, “학대피해아동에 대한 단기간의 분리보호 및 친권제한조치”, 「홍익법학」제16권 제1호(2015. 2).

백경희/김자영, “친권의 제한제도에 관한 개정 민법의 검토 - 신분적 효력을 중심으로 - ”,「부산대학교 법학연구」제55권 제4호(2014. 11).

윤진수/현소혜, “부모의 자녀 치료거부 문제 해결을 위한 입법론”,「법조」제62권 제5호(2013. 5).

이은정, “친권 제한의 유연화 - 신분적 효력을 중심으로- ”,「가족법연구」제27권 제1호(2013. 3).

제철웅, “친권과 자녀의 권리의 충돌과 그 조정방향: 자의 인권을 중심으로”,「아세아여성법학」제9호(2006).

Ⅲ. 국외 단행본

吉田恒雄 / 岩志和一郎,『親族法・相続法[第4版]』(尚学社, 2013).

橋本昇二 / 三谷忠之,『実務 家族法講義[第2版]』(民事法研究会, 2012).
中川　淳 / 小川富之,『家族法』(法律文化社, 2013).
飛沢知行編,『一問一答　平成23年民法等改正児童虐待防止に向けた親権制度の見直し』(商事法務, 2011).
梶村太市 外 4人,『家族法実務講義』(有斐閣, 2013).
法務省,『童虐待防止のための親権制度研究会報告書』(2010. 1).

Ⅳ. 국외 논문

窪田充見,“親権に関する民法等の改正と今後の課題”,「ジュリスト」第1430号(2011. 10).
吉田恒雄　編/領木博人, “虐待する親の親権喪失”,「児童虐待への介入-その制度と法」(尚学社, 1999).
吉田恒雄, “児童相談所長の申立てによる親権喪失の宣告”,「家族法判例百選[第7版] - 別冊ジュリスト」(有斐閣, 2008).
_____, “親権制度見直し研究会で何が議論されたのか”,「子どもと福祉」第3巻(2010. 7).
水野紀子, “親権法”, <家族法改正- 婚姻・親子法を中心に(日本私法学会シンポジウム資料>「ジュリスト」第1384号(2009. 9. 1).
岩志和一郎, “子の利益保護のための親権の制限と児童福祉の連携 ― ドイツ法を参考として”,「法律時報」第83巻　第12号(2011. 11).
和波宏典, “親権制限事件の運用状況”,「法律のひろば」第66巻 第12号(2013. 12).
合田篤子, “未成年後見制度の現状と今後の課題”,「法律時報」第86巻 第6号(2014. 6).
横田光平, “子どもの意思・両親の権利・国家の関与 -「子の利益」とは何か”,「法律時報」第83巻 第12号(2011. 11).

Ⅴ. 기타 일본 자료 및 참고 사이트

法制審議会児童虐待防止関聯親権制度部会 第3回 会議(2010. 6. 4.), “児童虐待防止のための親権に係る制度のみ直しに関する検討事項(2) - 部会資料 4.”
最高裁判所事務総局家政局, “親権制限事件の動向と事件処理の実情-2012년 1월～12월 - .”
最高裁判所 事務総局 家政局, “親権制限事件の動向と事件処理の実情-2013년 1월～

12월 - .”

雇児総発 0309 第2号(2012. 3. 9) - “医療ネグレクトにより児童の生命・身体に重大な影響がある場合の対応について”,.

衆議院, 第177回 国会衆議院法務委員会議録 第7号(2011. 4. 19).

厚生労動性, “平成25年度の児童相談所での児童虐待相談対応件数等” 中 別添2 資料 : 平成25年度において申立てされた親権停止の事例等.

Abstract

The Evaluation and Future Direction of the Limitation of Parental Rights Policy According to Revised Civil Law

– a Focused Comparison with Japan –

Park, Ju-young

For cases where a legal guardian abuses their child, or especially for cases where, based on religious reasons or personal beliefs etc., harm to the livelihood, physical body or assets of the child occurs, there have been discussions up until now that the parental rights of the legal guardian must be limited to ensure the welfare of the child. As a result, in 2014, in order to increase the effectiveness of child protection from various forms of parental right abuse that infringes upon the welfare of children, civil law has been revised to provide parental right limitations according to the basis and severity of the infringement, which enables each case to be handled separately and appropriately. In other words, by making clear that the previous declaration of termination of parental rights policy is the absolute last measure, a new policies that enforce a weaker measure of restriction in the forms of temporary termination of parental rights and declaration of partial limitations of parental rights were implemented, with the substitution of parental rights through a legal trial system as the lightest measure.

However, regarding the conditions and the persons entitled to the parental rights and the enforcement methods etc. of the revised civil parental right limitation policy, the following issues need to be addressed.

First, because the condition of ‘'when the father or mother abuses the

parental rights and significantly harms the welfare of the child, or when there is a possibility of harm'' is equally applied to both the loss of parental rights and declaration of temporary suspension, there is the issue of clarifying how these two policies will differ in their enforcement and implementation.

Second, there is no way to declare loss or temporary suspension of parental rights in cases where, although there is no abuse of the parental rights by the legal guardian, there is a possibility of significant harm being inflicted to the welfare of the child.

Third, when determining the duration for the temporary suspension of parental rights, there is a need for the conditions to explicitly detail the most important factor, which is ''the expected time regarded to be necessary for the cause of the parental right termination to expire''.

Fourth, underage guardians and supervisors of guardianship must be added to the candidates that have claim to parental rights.

Fifth, for the expedited processing of parental right partial limitation policy utilization by the courts, there needs to be detailed articulation, or in other words specification of special conditions that constitute reason for limitation.

Sixth, because securing underage guardians is the most important factor for the parental right limitation policy to be successful, there is a need for the law to be revised towards recognizing multiple guardians and supervisors of guardianship.

Implementing a new parental right limitation policy in a newly revised civil law is very significant from the perspective that it strengthens child protection. Japan, which has implemented parental right termination trials 2years ahead of us is currently showing positive reviews of the policy. We also need to make academic and legal efforts to ensure that the revised law can take full effect, and especially because it must effectively operate this policy through appropriate and expedited processing, the role of the court in this policy is very important.

Park, Ju-young

child abuse, medical treatment, limitation of parental rights, partial limitation of parental rights policy, temporary suspension of parental rights policy, trials that substitute the approval of legal guardians

외국국가를 제3채무자로 하는 채권압류 및 추심명령에 대한 재판권행사*

- 대상판결 : 대법원 2011. 12. 13. 선고 2009다16766 판결 -

문 영 화**

Ⅰ. 대상판결의 소개와 문제의 제기
1. 사안의 개요
2. 제1심의 판단요지
3. 제2심의 판단요지
4, 대법원의 판단요지
5. 대상판결에 대한 평가
6. 대상판결의 의의와 문제의 제기
Ⅱ. 외국국가를 제3채무자로 하는 채권압류 및 추심명령에 대한 재판권행사
1. 외국국가가 제3채무자인 경우의 재판권면제
2. 재판권행사가 가능한 경우에 대한 검토
3. 추심명령에 대한 재판권행사와 추심금소송에 대한 재판권행사
Ⅲ. 고용계약에 관한 판결절차에서 재판권면제
1. 우리나라의 사례
2. 비교법적 고찰
3. 고용관계와 재판권면제
Ⅳ. 결론

【국 문 요 약】

대법원은 2011. 12. 13. 외국국가를 제3채무자로 하는 채권압류 및 추심명령에 대한 재판권행사(재판권면제)와 관련한 중요한 판결을 선고하였다. 동 판결은 제3채무자인 외국국가가 채권압류 및 추심명령에 의하여 이중지급의 위험에 놓이게 되고, 지급금지 명령·추심명령 등 집행법원의 강제력 행사에 복종하게 된다는 이유로, 제3채무자인 외국국가가 피압류채권에 대한 집행에 관하여 명시적으로 동의를 하였거나, 재판권면제 주장을 포기한 경우에만 우리나라 법원이 재판권을 행사할 수 있다고 하였다. 나아가 추심명령에 대한 재판권이 인정되는 경우에만 그에 기초한 추심금청구소송에 대한 재판권도 인정되고, 추심명령에 대한 재판권이 인정되지 않는 경우에는 추심금청구소송에 대한 재판권이 인정되지 않는다고 하였다.

---

* 이 논문은 성균관대학교의 2014학년도 성균학술연구비에 의하여 연구되었음.
** 성균관대학교 법학전문대학원 교수.

외국국가가 제3채무자인 채권압류 및 추심명령에 대하여 우리나라 법원의 재판권행사가 제한된다고 하려면, 재판권면제에 관한 국내법이나 그에 준하는 조약 등이 없는 우리나라 법원으로서는 그와 관련된 국제관습법에 근거를 둘 수밖에 없다. 국제조약이나 외국의 입법례, 판결례 등을 참고할 때, 위 판결과 같이 집행채무자가 사인인 경우에 제3채무자가 외국국가라고 하여 피압류채권에 대한 채권압류 및 추심명령에 대하여 재판권행사를 제한하는 국제관습법이 존재한다고 할 수 없다. 또한 추심명령은 제3채무자가 외국국가라고 하더라도 집행채무자의 재산에 대한 집행절차이고 외국국가에 대한 국가권력을 침해하는 것이 아니어서, 그 추심명령에 대한 재판권면제와 외국국가를 피고로 하는 추심금소송에 대한 재판권면제의 문제는 구별하여야 한다.

Ⅰ. 대상판결의 소개와 문제의 제기

1. 사안의 개요

소외인은 1991. 9. 6.부터 서울 용산구 한강로 소재 주한미군사령부에서 고압전기기사로 근무하여 왔다. 원고(전국버스운송사업조합연합회)와 소외인 사이의 손해배상사건에서 2001. 3. 14. '소외인은 원고에게 가지급물의 반환으로 79,278,386원 및 이에 대하여 1999. 11. 9.부터 2001. 3. 14.까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 25%의 각 비율에 의한 돈을 지급하라'는 판결이 선고되었고, 이에 대한 소외인의 상고가 2001. 6. 29. 기각됨으로써 위 판결이 확정되었다.

원고는 2001. 9. 17. 서울지방법원 동부지원 2001타기3495호로써 청구채권을 위 판결에 따른 원리금 92,755,710원, 채무자를 소외인, 제3채무자를 피고(미합중국)로 하여, 소외인이 피고로부터 지급받게 될 퇴직금과 매월 지급받는 급료 중 제세공과금을 공제한 잔액의 1/2씩 위 청구금액에 달할 때까지의 금원에 대하여 채권압류 및 추심명령을 받았고, 위 명령은 2001. 10. 19. 피고에게 송달되었다.

피고가 위 채권압류 및 추심명령에 따른 추심금을 지급하지 않자, 원고는 피고를 상대로 '원고에게 금 92,755,710원 및 이에 대한 2001. 10. 20.부터 소장 부본 송달일까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율에 의한 돈을 지급하라'는 청구취지로 추심금소송을 제기하였다.

2. 제1심(서울중앙지방법원 2004. 6. 2. 선고 2003가단291280 판결)의 판단 요지

원고가 피압류채권의 추심에 필요한 권한을 가지게 되었다고 하여 피고와의 고용계약에 근거한 소외인의 지위까지 그대로 승계하였다고 볼 수는 없고, 소외인이 피고에 대하여 가지는 채권이 압류채권자인 원고에게 이전되거나 귀속되는 것도 아니어서 피고에 대한 관계에서 피압류채권의 채권자는 여전히 소외인으로 남아있는 것이므로 피고를 상대로 소송을 제기한 자가 소외인이 아니라 원고인 이 사건의 경우 우리나라 법원에 재판권이 있느냐는 별개의 문제이고, 이는 피고가 원고에 대하여 어떠한 사법적(私法的) 행위를 하였는지, 피고가 원고와의 계약 당사자인지 여부에 따라 결정되는 것이라고 할 것인데, 이를 인정할 아무런 근거가 없으므로 재판권이 존재한다는 원고의 주장은 받아들이기 어렵다.

3. 항소심(서울고등법원 2009. 1. 21. 선고 2004나43604 판결)의 판단 요지

원고의 소외인에 대한 채권은 소외인의 공무집행행위와는 무관하게 발생한 것이고, 한미행정협정 제23조 제6항에서 비공무집행행위와 관련하여 발생한 불법이 아닌 '대한민국의 국민인 고용원'에 대한 청구권을 그 적용대상에서 제외하고 있어서 대한민국 국민인 소외인에 대한 청구권에 관해서는 위 조항이 적용되지 않으므로 한미행정협정 등의 조항을 근거로 하여서는 피고에 대한 우리나라 법원의 재판권을 인정할 수 없다(따라서 이 사건 추심명령 또한 위 한미행정협정 등의 조항을 근거로 한 것이라면 그 효력을 인정할 수 없다).

국제관습법에 의하면 국가의 주권적 행위는 다른 국가의 재판권으로부터 면제되는 것이 원칙이라 할 것이나, 국가의 사법적(私法的) 행위까지 다른 국가의 재판권으로부터 면제된다는 것이 오늘날의 국제법이나 국제관례라고 할 수 없다. 따라서 우리나라의 영토 내에서 행하여진 외국의 사법적 행위가 주권적 활동에 속하는 것이거나 이와 밀접한 관련이 있어서 이에 대한 재판권의 행사가 외국의 주권적 활동에 대한 부당한 간섭이 될 우려가 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 외국의 사법적 행위에 대하여는 해당 국가를 피고로 하여 우리나라의 법원이 재판권을 행사할 수 있다(대법원 1998. 12. 17. 선고 97다39216 전원합의체 판결 참조).

그러나 ① 이 사건에서 원고는 우리나라 법원에서 발령한 추심명령을 근거로 피고에 대하여 추심금의 지급을 구하고 있을 뿐이어서 원고와 피고 사이에서 어떠한 사법적(私法的) 관계가 존재한다고 볼 수 없는 점, ② 국제연합 국제법위원회가 1991년 채택한 국가면제조약 초안(Draft articles on jurisdictional immunities of States and their property) 제19조 제1항에서는 외국의 재산에 대한 강제조치가 예외적으로 허용되는 경우로서, '㉠ 국가가 국제협약 등에 의하여 이에 명시적으로 동의한 경우, ㉡ 국가가 소송의 대상으로 된 청구의 변제를 위하여 특정의 재산을 지정한 경우, ㉢ 재산이 정부의 비상업적 목적 이외의 목적으로 사용되고 있거나 사용이 의도되어 있고 법정지국 내에 존재하며 소송의 대상으로 된 청구와 관계가 있거나 그 소송의 대상이 된 기관, 사무소와 관계가 있는 경우'로 한정적 열거하는 등 외국의 주권적 활동에 사용되는 재산은 법정지국의 강제집행으로부터 면제된다는 원칙이 국제법규로서 일반적으로 승인되어 있는 것으로 보이는 점, ③ 앞서 본 합의사항에서는 한미행정협정에 따라 강제집행이 허용되는 경우에도 '합중국 법률이 허용하는 범위 내에서'만 가능하도록 정하고 있는 점, ④ 피고 또한 국제법이나 우리나라와의 조약상 아무런 근거가 없음을 이유로 이 사건 소에 대하여 응소할

의사가 없음을 명백히 하고 있는 점 등을 종합하여 보면, 한미행정협정 등의 규정이 적용되지 아니하는 이상, 이 사건에 대하여 우리나라 법원의 재판권을 인정할 근거가 없다.

4. 대법원(대상판결)의 판단 요지

피압류채권이 외국의 사법적 행위를 원인으로 하여 발생한 것이고 그 사법적 행위에 대하여 해당 국가를 피고로 하여 우리나라의 법원이 재판권을 행사할 수 있다고 하더라도, 피압류채권의 당사자가 아닌 집행채권자가 해당 국가를 제3채무자로 한 압류 및 추심명령을 신청하는 경우, 우리나라 법원은 해당 국가가 국제협약, 중재합의, 서면계약, 법정에서 진술 등의 방법으로 그 사법적 행위로 부담하는 국가의 채무에 대하여 압류 기타 우리나라 법원에 의하여 명하여지는 강제집행의 대상이 될 수 있다는 점에 대하여 명시적으로 동의하였거나, 또는 우리나라 내에 그 채무의 지급을 위한 재산을 따로 할당해 두는 등 우리나라 법원의 압류 등 강제조치에 대하여 재판권 면제 주장을 포기한 것으로 볼 수 있는 경우 등에 한하여, 그 해당 국가를 제3채무자로 하는 채권압류 및 추심명령을 발령할 재판권을 가진다.

우리나라 법원이 외국을 제3채무자로 하는 추심명령에 대하여 재판권을 행사할 수 있는 경우에는 그 추심명령에 기하여 외국을 피고로 하는 추심금 소송에 대하여도 역시 재판권을 행사할 수 있고, 반면 추심명령에 대한 재판권이 인정되지 않는 경우에는 추심금 소송에 대한 재판권 역시 인정되지 않는다.

원고와 피고 사이에는 아무런 사법적 계약관계가 없어 원고가 피고를 상대로 제기한 이 사건 소에 대하여 우리나라 법원이 당연히 재판권을 행사할 수 있는 것은 아니다.

원고가 소외인에 대하여 가지는 가지급물반환채권은 한미행정협정 제23조 제5항 또는 제6항에서 규정하는 청구권에 해당하지 않고, 한미행정협정 제23조 제5항 또는 제6항에 따른 청구권의 실행 절차에 관한 규정인 한미행정협정 제23조 비형사재판절차에 관한 합동위원회 합의사항 제1호는 원고가 소외인에 대하여 가지는 가지급물반환채권의 만족을 위한 강제집행에는 적용되지 않는다. 그 외 피고가 고용원인 소외인에게 부담하는 임금 등 채무에 대하여 압류 기타 우리나라 법원에 의하여 명하여지는 강제집행의 대상이 될 수 있다는 점에 대하여 명시적으로 동의하였다거나 또는 우리나라 내에 그 채무의 지급을 위하여 재산을 따로 할당해 두는 등 우리나라 법원의 압류 등 강제조치에 대하여 재판권 면제 주장을 포기하였다고

볼 아무런 자료가 없으므로 결국 우리나라 법원은 피고를 제3채무자로 한 이 사건 채권압류 및 추심명령을 발령할 재판권을 가지지 못한다. 따라서 이 사건 채권압류 및 추심명령은 재판권이 없는 법원이 발령한 것으로 무효라고 할 것이고, 우리나라 법원은 이 사건 추심금 소송에 대하여도 재판권이 인정되지 않는다.

5. 대상판결에 대한 평가[1)]

가. 석광현 교수[2)]

대상판결의 사안에서 채무자가 피고에 대하여 소를 제기하였다면 우리나라가 재판권을 가질 수 있는 사건이었을텐데 원고가 그 채권에 기하여 추심의 소를 제기하는 경우라고 해서 주권면제를 인정할 이유가 없다. 이 사건에서 한국에서 적법한 송달이 이루어졌다면 한국에서 강제집행이 행해진 것이라고 할 수 있고, 더욱이 추심의 소는 민사소송법 규정에 따라 제기된 민사소송의 일종이므로 주권면제를 인정할 이유는 없다.

나. 장원경 교수[3)]

추심명령의 전제가 되는 채권압류는 채무자의 제3채무자에 대한 채권을 압류하는 것이므로 분명한 의미에서 제3채무자인 외국국가의 재산에 대하여 강제집행을 하는 것은 아니라고 할 수 있으나, 채권압류는 제3채무자에 대하여 채무자에 대한 지급을 금지하는 명령으로서 채권압류와 추심명령을 받은 제3채무자는 법원의 명령에 복종하여야 한다. 따라서 제3채무자인 외국국가에 대한 추심명령이 허용된다면 외국국가는 국내법원의 강제력 행사에 복종하여야 하고, 경우에 따라서 외국국가가 전혀 예측하지 못하였던 소송에 휘말려 그 국가기능의 수행에 차질이 발생할 수 있을 것이다. 이러한 상황은 국가면제이론이 외국국가에 대한 재판권 행사를 면제하려고 하는 본질적인 목적에 위배되는 것이라고 생각된다. 또한 외국국가의 상대방이 외국국가를 상대로 사적인 행위를 하였다는 이유로 사법상의 구제를 받을 수 없다면 부당한 결과가 발생할 것이라는 근거로 국가면제의 예외를 인정하는 제한적 국가면제이론의 기본적인 원칙을 고려한다면, 외국국가를 제3채무자로 하

1) 근거가 되는 해당 논문이나 책이 공간된 순서에 따랐다.
2) 석광현, 국제민사소송법, 박영사(2012), 56~57면
3) 장원경, “국가면제와 외국국가에 대한 추심권 행사”, 「이화여자대학교 법학논집」 제17권 제1호(2012. 9.), 187면

는 추심명령과 추심소송을 부정하는 대상판결은 타당하다.

다. 권창영 판사[4)]

대상판결은 우리나라가 아직까지 국제연합의 재판권면제에 관한 협약을 비준하지 아니하였음에도 불구하고, 위 협약 제19조의 규정에 따라 강제집행에 관한 제한적 면제론을 적극적으로 채택하였다는 데에 의의가 있고, 또한 재판권면제의 주체인 외국국가가 제3채무자인 경우에도 채권집행시 재판권면제의 법리가 적용되고, 채권압류 및 추심명령에 대한 재판권이 인정되지 않는 경우에는 추심금 소송에 대한 재판권도 인정되지 않는다고 판시하여, 채권집행 및 후속소송과 재판권면제의 관계를 최초로 명확하게 하였다는 데 의의가 있다.

라. 이시윤 전 헌법재판관[5)]

외국국가를 제3채무자로 한 압류 및 추심명령은 해당 국가의 명시적 동의나 재판권의 포기의 경우에 한하여 제한적으로 재판권을 갖는다고 한다면, 외국국가에 대하여 사법적 행위에 의한 채권을 가진 자에게 외교특권 및 면제자와 같은 특혜를 주는 결과가 되며 주권의 상대적 면제주의와 일관되지 아니하는 문제가 있다.

마. 정영환 교수[6)]

대법원의 이론구성 중 ⅰ) 판결절차와 집행절차의 재판권은 별도로 판단하여야 한다는 것을 명확히 하고 있다는 점, ii) 집행절차와 판결절차가 연계되어 있는 경우에 선행의 집행절차가 무효인 경우에 그것에 이어지는 판결절차도 당연히 무효라는 것을 분명히 하고 있는 점은 탁월하다. 대법원의 설시 중 피압류채권이 외국의 사법적 행위를 원인으로 발생하였다고 보고 있는 점에 의문이 든다. 대법원은 이 사건 판결을 통하여 종전과 같이 기본적으로 외국의 주권적 활동에 대하여 재판권을 행사할 수 없고, 사법적 관계의 경우에는 재판권을 행사하는 것이 외국의 주권적 활동에 부당한 간섭의 우려가 있는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 행사할 수 없음을 분명히 하였으면 좋았을 것으로 본다. 즉 원고와 소외인 사이는 사법적 행위에 기초한 사법적 관계이지만, 소외인과 피고 사이의 관계가 공법적

---

4) 권창영, "國際債權執行", 「사법논집」 제54집(2012), 법원도서관, 101면
5) 이시윤, 신민사집행법 제6판, 박영사(2013), 103면
6) 정영환, “2012년 민사집행법 중요판례”, 「인권과 정의」 제432호(2013. 3.), 대한변호사협회, 68~69면

관계로부터 기인한 것이므로 재판권을 행사할 수 없다는 점을 명확히 하였다면, 이 사건에 대한 대법원 판결은 외국을 제3채무자로 한 모든 채권압류 및 추심명령, 그 이후의 추심금 청구의 경우 재판권 유무는 종전과 동일한 기준에 의한다는 것이 분명해지기 때문이다.

바. 장준혁 교수[7)]

석광현 교수와 이시윤 전 재판관의 비판적 견해에 동의하면서 나아가 대상판결의 문제점을 한 가지 더 지적한다면, 외국이 채권압류 및 추심명령의 제3채무자에 불과하다는 이유로 추심금소송으로 실체재판면제를 더 강하게 부여하여야 한다고 설시한 부분이다. 외국이 제3채무자에 불과하다는 점은 오히려 강제집행면제의 부여 필요성을 적어도 크게 줄인다. 압류명령은 송달이 적법하게 이루어지는 한 강제력행사 없이 실행될 수 있다. 압류명령의 처분금지효를 가리켜 강제력행사라고 할 것은 아니다. 일반적으로 고용주(사용자)가 임금・퇴직금채권의 제3채무자로서 압류 및 추심명령을 받거나 압류 및 전부명령을 받는 일은 매우 일상적인 일이고 이를 준수하는 것도 어려운 일이 아님에 비추어 볼 때, 상업행위상 발생한 채무의 제3채무자가 되는 외국을 어떻게 난처하게 한다는 것인지 이해하기 곤란하다.

6. 대상판결의 의의와 문제의 제기

대상판결은, ① 피압류채권에 관하여 채권자가 직접 외국국가를 상대로 소송을 하는 경우에는 우리나라 법원이 재판권을 행사할 수 있는 경우에도, 그의 집행채권자가 신청한 압류 및 추심명령(이하 논의의 편의상 '추심명령'이라고만 한다)에 대하여는 ㉠ 그 외국국가가 국제협약, 중재합의, 서면계약, 법정에서 진술 등의 방법으로 그 채무에 관하여 압류 기타 우리나라 법원이 명하는 강제집행의 대상이 될 수 있음을 명시적으로 동의하였거나, 또는 ㉡ 우리나라 내에 그 채무의 지급을 위한 재산을 따로 할당해 두는 등 우리나라 법원의 압류 등 강제조치에 대하여 재판권 면제 주장을 포기한 것으로 볼 수 있는 경우에 한하여 우리나라 법원이 재판권을 가진다고 선언하면서, ② 추심명령에 대한 재판권이 인정되는 경우에만 그에 기한 추심금 소송에 대한 재판권도 인정되고, 추심명령에 대한 재판권이 인정되지

7) 장준혁, "주한미군 소속 고용인의 비직무활동 및 고용관계에 관한 실체재산면제와 그의 임금・퇴직금채권에 대한 집행면제", 「판례실무연구[XI](상)」, 비교법실무연구회 편, 사법발전재단(2014), 107~108면

않는 경우에는 추심금 소송에 대한 재판권이 인정되지 않으며, ③ 재판권이 없는 법원이 발령한 추심명령은 무효라고 하였다.

외국국가를 제3채무자로 하는 추심명령은 외국국가의 재산에 대한 강제집행이 아니라 그 외국국가의 채권자에 대한 강제집행이라는 점에서, 외국국가의 재산에 대한 강제집행절차에서의 재판권면제와는 다른 문제이다. 외국국가를 제3채무자로 한 추심명령의 효력이 발생한 후 제3채무자인 외국국가가 집행채권자에게 임의로 이행을 하지 않을 경우, 집행채권자는 외국국가를 상대로 한 추심금소송에서 승소한 다음 그 추심금판결의 집행채무자인 외국국가의 재산에 대한 강제집행절차로 나아가게 된다. 외국국가에 대한 재판권면제와 관련하여, 각국의 입법례나 조약 등으로 규범화되거나, 이에 관한 실정법이 없는 국가들의 재판에서 국제관습법의 존재 및 해석이 문제로 되고 있는 부분은, 외국국가를 상대로 한 추심금소송과 같이 판결절차에서 외국국가가 당사자(피고)가 되거나, 추심금판결에 기하여 외국국가의 재산에 대하여 강제집행을 할 때처럼 강제집행절차(보전처분을 포함)에서 외국국가가 집행채무자가 되는 경우이다.

외국국가를 제3채무자로 하는 금전채권에 대한 집행은 외국국가가 집행채무자가 아니라 집행채권자에 의하여 외국국가와 거래를 하였다고 주장되는 상대방인 사인(私人)에 대한 강제집행절차이어서, 집행채무자인 외국국가의 재산에 대한 강제집행의 문제와는 달리, 이와 관련한 재판권면제의 논의는 거의 없는데, 대상판결에서 이에 관련한 판시를 하였다는 점에서 매우 의미가 있다.

대상판결은 피압류채권의 채무자가 외국국가인 경우에 피압류채권의 채권자가 직접 그 권리를 행사하는 때와 그의 집행채권자가 피압류채권을 행사하는 때의 재판권행사에 관하여 다른 법리가 적용된다고 전제하고, 후자에 관하여 우리나라 법원이 재판권의 행사할 수 있는 예외적인 경우를 선언하고 있는바, 본 연구에서는 i) 외국국가가 제3채무자인 경우에도 외국국가의 재산에 대한 강제집행의 경우와 마찬가지로 재판권면제의 법리가 적용될 수 있는지, ii) 대상판결이 외국국가를 제3채무자로 하는 추심명령에 대하여 우리나라 법원이 재판권을 행사할 수 있는 경우로서 들고 있는 사정이 타당한지, iii) 추심명령에 대한 재판권이 인정되는 경우에는 추심금소송의 재판권이 인정될 수 있고, 추심명령에 대한 재판권이 인정되지 않는 경우에는 추심금소송에 대한 재판권이 인정될 수 없다는 판시는 타당한지, 즉 추심명령과 그에 이은 추심금소송에 대한 재판권행사를 동일하게 보아야 하는지, iv) 대상판결의 사안과 같이 외국국가의 고용계약에 기한 판결절차에 대하여

재판권이 면제될 수 있는지에 관하여 검토해 보려고 한다.[8)]

Ⅱ. 외국국가를 제3채무자로 하는 채권압류 및 추심명령에 대한 재판권행사

1. 외국국가가 제3채무자인 경우의 재판권면제[9)]

가. 재판권면제에 관한 국제적 입법 및 국제관습법

외국국가가 법정지국 법원의 재판권행사로부터 면제되어 법정지국의 국내법에 따른 책임을 추궁당하지 않는다는 일반적인 관행은 주권면제(sovereign immunity), 국가면제(state immunity), 재판권면제(jurisdictional immunity)라고 불리어왔다. 다른 국가의 명예에 대한 존중과 주권 평등 및 독립의 원칙에 근거하여 주권국가는 다른 국가의 모든 사법작용(司法作用)으로부터 자유롭다는 전통적인 절대적 주권면제론(theory of absolute state immunity)에 대하여, 20세기 이래 국가가 상업적 활동에 적극 참여하게 되면서 국가의 행위를 일정한 기준에 따라 구분하여 주권면제를 제한하려는 제한적 주권면제론(theory of restrictive state immunity)이 대두되었다.

제한적 주권면제론은 판결절차에서는 외국국가의 일정한 행위에 대하여 법정지국의 재판권 행사를 제한하는 것으로, 강제집행절차에서는 법정지국(집행국) 내에 있는 외국국가의 특정한 재산에 대한 강제집행을 포함한 집행절차의 진행을 제한하려는 것으로서, 「국가면제에 관한 유럽조약」(European convention on state immunity), 미국의 「외국주권면제법」(Foreign Sovereign Immunity Act : FSIA), 영국의 「국가면제법」(State Immunity Act), 2004. 12. 2. 국제연합 총회에서 채택된 「국가 및 그 재산의 재판권 면제에 관한 국제연합조약」(United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 이하 "UN국가면제협약"이라 한다)' 등에도 반영되었다. 위의 각 입법례는 외국국가의 재산에 대한 강제집행에 관하여 규정하면서도 외국국가가 제3채무자인 경우의 강제집행 등

---

8) 대상판결에는 한미행정협정에 관한 판시가 있으나, 이에 관하여는 장준혁, 앞의 글, 73~104면에서 상세한 논의가 있으므로 따로 검토하지 않는다.

9) 재판권의 개념, 재판권과 국제재판관할(권)과의 관계, 재판권과 주권면제의 관계에 대한 논의는 석광현, 국제민사소송법, 박영사(2012), 31~36면에 정리되어 있다; 이 글은 석광현 교수의 견해에 따라 재판권과 국제재판관할이 구별됨을 전제로, 재판권을 단순히 재판만이 아니라 강제집행과 보전처분을 할 수 있는 국가권력을 의미하는 개념으로 이해하고, 재판권면제를 주권면제와 동일한 의미로 사용한다.

에 대하여는 규정하고 있지 않다.[10]

나. 국내 학설

외국국가가 제3채무자인 추심명령에 있어서 재판권행사 또는 재판권면제와 관련한 국내의 견해를 정리해보면 아래와 같이 분류할 수 있다.[11]

1) 재판권면제 부정설

① 집행절차에서 외국국가의 재판권면제가 인정되더라도 외국국가를 제3채무자로 하는 채권집행은 제3채무자인 외국국가의 재산에 대한 것이 아니라 채무자의 재산에 대하여 강제집행을 하는 것이므로 외국국가에 대한 재판권면제는 문제로 되지 않는다는 견해,[12] ② 가압류와 관련하여, 제3채무자가 채권가압류의 당사자가 된다 하더라도 그것은 형식에 불과하고, 가압류명령에 의하여 제3채무자가 부담하는 의무가 기존채무의 이행을 일시 유예하여야 한다는 소극적인 부작위의무에 지나지 않아서, 외국국가가 제3채무자가 된다고 하더라도 주권이나 권위에 침해를 입는다고 볼 수 없으며, 피압류채권이 집행단계에서 압류・전부되더라도 전부금소송에서 외국국가는 민사재판권이 면제되는 범위에서 그 지급을 거부할 수 있으며, 집행채권자가 외국국가를 상대로 전부금청구를 할 때 외국국가가 임의로 이행하거나 응소할 수도 있고 이 경우에는 가압류가 충분히 그 효용을 발휘할 수 있기 때문에 외국국가가 명시적으로 강제집행면책특권의 포기의사를 하지 않은 경우라도 채권가압류명령을 할 수 있다는 견해,[13] ③ 외국국가를 제3채무자로 한 압류 및 추심명령에 관하여 해당 국가의 명시적 동의나 재판권의 포기의 경우에 한하여 제한적으로 재판권을 갖는다고 한다면 외국국가에 대하여 사법적(私法的) 행위에 의

---

10) 재판권면제(주권면제)에 관한 기존의 논의는 졸고, “외국국가의 재산에 대한 민사집행법에 의한 강제집행”, 「성균관법학」 제27권 2호(2015.6.), 268면, 주6) 참조; 강제집행절차에서의 주권면제에 관한 외국의 입법례 및 판결례 등에 관해서는 위 글 265면 이하 참조

11) 주로 대상판결과 관련한 논의에서 표명된 견해에 따라 분류하였다.

12) 석광현, 앞의 책, 54～55면

13) 권성 외 4인, 사례해설 가처분의 연구(개정판), 박영사(2002), 62～63면; 권성, “외국국가를 제3채무자로 하는 채권가압류-주권면제론과 관련하여-”, 「인권과 정의」 제199호(1993), 대한변호사협회, 142면도 같은 취지이다; 류병운, “외국에 대한 재판관할권과 판결의 집행: 국가면제(State Immunity) 이론의 검토”, 「영산법률논총」 2권 1호(2005. 12.) 180면에서도 ‘강제집행을 할 수 없는 경우에는 강제집행의 보전을 위한 가압류 등도 할 수 없다’고 하면서, ‘다만 외국국가를 제3채무자로 하는 가압류 등은 허용되어야 할 것이다. 왜냐하면 이 경우에는 외국국가가 가압류명령에 의하여 지게 되는 부담은 기존채무의 이행을 일시 유예하여야 한다는 것일 뿐 그 나라의 주권침해가 아니기 때문이다’라고 하는바, 동일한 견해라고 할 수 있다.

한 채권을 가진 자에게 외교특권 및 면제자와 같은 특혜를 주는 결과가 되며, 주권의 상대적 면제주의와 일관되지 아니하는 문제가 있다는 견해[14] 등이 이에 해당된다.

2) 재판권면제 긍정설

우리 민사집행법상 채권압류는 압류명령이 제3채무자에게 송달되어야만 효력이 발생하는 점, 추심명령이나 전부명령에도 불구하고 제3채무자가 임의로 이행하지 아니한 경우에는 추심금 또는 전부금 청구의 소를 제기하여야 하는데 이 경우 결국 제3채무자는 소송당사자인 피고가 되는 점, 우리나라를 포함한 대륙법계에서는 송달은 국가의 재판권의 행사로 보는 점, 채권압류명령의 발령단계에서 재판권면제의 존부를 심리하는 것이 채권자의 권리보호에 이익이 되는 점 등에 비추어 보면, 제3채무자가 집행의 당사자가 되는지 여부에 관계없이 채권압류명령의 송달은 강제집행의 문제로 보는 것이 타당하고,[15] 외국국가에 대한 절대적 집행면제가 세계적인 대세이고, 현재 우리나라는 집행권면제에 관한 협약을 비준하거나 집행권면제에 관한 법률을 제정하지 않았으므로, 외국국가에 대하여 집행권면제가 인정됨을 전제로 집행신청을 각하하는 것이 올바른 태도라는 견해[16]가 이에 해당된다.

다. 독일의 학설

독일에서 재판권면제(Staatenimmunität)를 다루고 있는 국제사법 또는 국제민사재판절차법에 관한 문헌 중에서 외국국가를 제3채무자로 하는 금전채권의 집행에 관하여 언급이 되어 있는 문헌은 거의 없다. Geimer 교수만이 위 문제에 관하여, "외국국가는 채무자로서 뿐만 아니라, 제3채무자로서도 집행면제를 주장할 수 있다. 집행채권자는 채무자가 외국국가에 대하여 가지는 채권에 대한 압류를 통하여 그 채무자에게 부여되었던 것보다 더 나은 법률상 지위를 취득할 수는 없다. 이것은 외국국가가 임의로 집행채권자에게 이행을 하지 않는 경우에 외국국가를 상대로 채권을 실현하려는 경우도 마찬가지이다. 외국국가를 제3채무자로 하는 압류 및 이부명령(Pfändungs- und Überweisungsbeschluss[17])은 허용될 수 있다. 왜냐하면 이

14) 이시윤, 앞의 책, 103면
15) 권창영, 앞의 글, 103면
16) 권창영, 앞의 글, 106면
17) 독일 민사소송법 제835조 제1항에 규정된 Überweisung zur Einziehung은 우리의 추심명령에, Überweisung an Zahlungs statt는 우리의 전부명령에 가깝다. 독일 민사소송법에 규정된 채권집

것은 외국국가에 대한 강제집행조치가 아니라 채무자에 대한 것이기 때문이다. 실무에서는 외국국가에 대한 송달이 종종 실패로 돌아간다"고 언급하고 있다.[18]

독일의 민사소송법 또는 강제집행법 관련 문헌에서는 금전채권에 대한 집행의 부분에서, "금전채권에 대한 집행에 있어서 집행채무자가 독일 법원조직법 제18조, 제19조, 제20조 등에 의하여 독일 법원의 재판권으로부터 면제의 특권을 누리는 경우에는 강제집행절차에서도 재판권이 면제된다"고 하면서도, "외국국가나 외교사절 등이 제3채무자인 채권에 대한 압류는, 집행채무자의 재산에 대한 압류명령에 의하여 외국국가의 고권적 권리(Hoheitsrechte)를 침해하는 것이 아니기 때문에 재판권면제의 문제와 직접적으로 관련이 없다"고 하고,"제3채무자인 외국국가에 대한 압류명령의 송달과 처분금지효의 실현을 위하여 외국국가의 협력태도를 필요로 한다. 그러나 압류명령은 집행채권자가 외국국가의 그러한 협력태도를 증명하지 않더라도 얻을 수 있다"고 설명한다.[19]

또한 독일에서는 집행채무자가 국내에 재판적이 있으나 제3채무자가 외국에 주소 또는 거소를 둔 경우에 채권집행이 가능한가의 문제, 즉 국제재판관할권(internationale Zuständigkeit)의 문제에 관하여, 집행채무자가 국내에 재판적이 있기 때문에 독일 민사소송법 제828조에 근거하여 채권압류 및 이부명령이 가능하다고

행에 관하여는 오수원, "독일강제집행법상의 채권집행", 「무등춘추」 8호(2004), 광주지방변호사회, 9면 이하

18) Geimer, Internationales Zivilprozessrecht 6.Aufl., Verlag Dr.Otto Schmidt Köln(2009), S.276; 위 문헌에 인용되어 있는 Helmut Damian, Staatenimmunität und Gerichtszwang, Springer-Verlag Berlin Heidelberg New York Tokyo(1985), S.187에서는 '강제집행의 개시 시점에 외국국가의 고권적 목적에 사용되는 재산에 대하여는 그 재산이 사인(私人)의 소유이고 외국국가가 사용권자인 경우에도, 국제법은 그것이 사인에 대한 집행채권자의 집행채권의 만족을 위한 것인지, 외국국가에 대한 채권의 실현을 위한 절차인지에 상관없이 그 강제집행을 저지할 수 있다'고 하면서, '집행채무자로서 외국국가에 대한 것이 아닌 절차에서도 주권면제의 원칙이 지켜져야 한다는 법칙은 외국국가가 제3채무자로서 청구를 받는 경우에도 유효하다. Bonn지방법원은 1966. 6. 21. 판결에서 외국국가가 제3채무자인 경우에도 독일 민사소송법 제829조 제1항 제1문, 제835조 제1항에 따른 채권압류 및 이부명령이 발령될 수 있다는 것을 확인하였다. 동 법원은 단순히 그러한 결정의 적법성의 문제에 관하여 견해를 표명한 것이다. 독일 법원에서 민사소송법의 규정에 따른 채권압류 및 이부명령이 발령되는 것만으로는 법원에 의하여 국제법적 의미에서 강제력을 행사하는 것을 의미하는 것이 아니다. 왜냐하면 채권압류 및 이부명령은 민소법 제839조 제3항에 따라 송달에 의하여 효력이 발생하기 때문이다. 독일 법원실무는 외국국가가 집행채무자로서만이 아니라 제3채무자로서도 주권면제가 보장되어야 한다는 대표적인 견해에 반하지 않는다'고 기술되어 있다.

19) Schuschke・Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, Kommentar 4.Auflage, Carl Heymanns Verlag(2008). S.866; Müchener Kommentar Zivilprozessordnung Band 3, Verlag C.H. Beck Müchen(2001), S.203에서 치외법권자인 외국인(exterritoriale Ausländer)을 제3채무자로 하는 채권압류에 관해서도 제3채무자는 채권압류의 절차에 관해서 독일의 재판권에 복종한다고 기술하고 있다.

한다. 다수설은 강제집행은 집행채무자에 대한 것이고, 제3채무자에 대한 채권압류 및 이부명령의 송달은 제3채무자에게 더 이상 집행채무자에게 채무의 이행을 할 수 없다는 것을 알려주는 것에 불과하여 고권적 조치(hoheitliche Maßnahme)에 해당하지 않는다고 한다. 외국으로 채권압류 및 이부명령을 발령하고 송달하는 것은 국제법 위반 행위가 아니라고 한다.[20]

독일에서는, 외국국가가 제3채무자인 채권압류 및 이부명령은 외국국가에 대한 강제집행조치가 아니라고 보아 이에 대한 재판권행사를 긍정하고 집행채무자가 독일 내에 재판적이 있는 경우에는 국제재판관할권도 있다고 보아 채권압류 및 이부명령을 허용하고 있다고 할 수 있다.

라. 미국 판결례

장원경 교수의 논문에 인용된 2개의 미국 연방항소법원의 판결에 관하여 검토한다.

1) 미국 연방항소법원의 1991년 판결[21]

동 판결의 사안 및 판결내용은 다음과 같다.[22] 스웨덴 회사인 원고가 계약위반과 과실에 의한 허위표시를 이유로 국영 멕시코 석유회사(미국 외국주권면제법의 적용대상에 해당된다, 이하 피고 1이라 한다)와 멕시코기업[23](이하 피고 2라 한다)을 상대로 소송을 제기하였는데, 원고는 피고 2에 대한 준대물관할권(quasi in rem jurisdiction)을 취득하기 위하여 피고 2가 피고 1에 대하여 가지는 채권에 대하여 추심명령(a writ of garnishment)을 받았다. 피고 1은 자신에 대한 직접적 청구(direct claims)와 추심금청구(garnishment claims)에 대하여 사물관할권(subject matter jurisdiction)이 없음을 이유로 기각을 해달라고 하였으나, 연방지방법원은 이를 받아들이지 않았다.

연방항소법원은, 우선 피고 1에 대한 직접적 청구에 관하여, 미국 외국주권면제법(FSIA) 제1605조 (a)(2)에 규정된 '상업적 활동에 의한 주권면제의 예외(Commercial Activities Exception to Sovereign Immunity)'에 해당되기 위해서는 외국

---

20) Nagel・Gottwald, Internationales Zivilprozessrecht 7.Aufl., Verlag Dr.Otto Schmidt Köln(2013), S.953

21) Stena Rederi AB v. Comision de Contraros, 923 F.2d 380(5th Cir. 1991)

22) 동 판결의 사실관계에 관하여 자세히는 장원경, 앞의 글, 178~179면 참조

23) Comision de Contraros del Comite Ejecutivo General del Sindicato Revolucionario de Trabajadores Petroleros de la Republica Mexicana, S.C.

주권(the foreign sovereign)의 상업적 활동이 미국과 충분한 관련성을 가져야 할 뿐만 아니라, 원고의 청구원인과 그 외국주권의 상업적 활동과의 관련성이 있어야 한다고 전제하면서, 원고가 주장하는 피고 1의 상업적 활동이 미국의 영토적 범위 및 원고의 청구원인 양면에서 연방지방법원이 사물관할권을 행사하는 것을 뒷받침할 정도로 충분하지 않다고 판단하였다. 또, 추심금청구에 관하여는, "준대물소송(Quasi in rem actions)은 연방지방법원이 피고에 대하여 대인관할권이 없는 경우에 그 재산의 가압류 또는 압류(attachment or other seizure)에 의하여 개시된 금전적 청구에 기초를 두는 것이고, 추심금소송에서 법원은 피고에게 채무를 부담하고 있는 사람에 대하여 관할권을 가지는 한에서 준대물관할을 행사할 수 있다"고 하면서, "이 사건에서 법원은 피고 1에 대하여 대인관할권(personal jurisdiction)이 없기 때문에 준대물관할권을 행사할 수 없다"고 하였다. 즉, "미국법원은 분쟁에 관한 사물관할권이 있고 그 절차가 효력이 있는 경우에만 외국주권면제법의 적용을 받는 주권국가의 기관에 대하여 대인관할권을 행사할 수 있는데, 앞에서 본 바와 같이 이 사건은 외국주권면제법 상의 예외에 해당하지 않아서 연방지방법원이 그 분쟁에 대하여 사물관할권을 행사할 수 없다. 피고 1은 외국국가의 기관으로서 직접 소송이든 간접적 추심소송이든 외국주권면제법의 보호를 받을 수 있다"는 것이다. '해사 추심소송(admiralty garnishment proceeding)은 채권자에 대한 소송이 아니라 채무자에 대한 소송(이 사건에서는 피고 2)이어서 주권면제가 문제되지 않는다'는 원고의 주장에 대하여, "원고는 추심명령을 피고 2에 대하여 소를 제기할 수 있는 유일한 방편으로 사용하였는데, 법원이 외국국가의 정부적 기관(foreign governmental agencies)을 상대로 한 추심명령에 대하여 제3자에게 소송을 제기할 수 있는 권한을 부여한다면, 그 기관은 자신과 그 제3자와의 관계를 보호하기 위하여 계속해서 법원에 출석해야 하는데, 이는 주권면제원칙의 기저를 이루는 호의와 예양(grace and comity)의 정신에 맞지 않는다"고 하면서, 결론적으로 연방지방법원이 피고 1에 대한 추심명령에 의하여 피고 2에 대하여 준대물관할권을 행사하는 것은 잘못된 것이라고 판단하고, 피고 1은 외국주권면제법에 의하여 미국에서 재판절차에서 면제된다는 판단과 함께 연방지방법원의 판결을 취소하고, 추심명령을 해제하고 피고 1에 대한 청구를 기각하라는 지시를 하여 사건을 연방지방법원에 환송하였다.

위 판결의 요지는 피고 1에 대하여는 외국주권면제법에 규정된 주권면제의 예외사유가 존재하지 않아서 대인관할권이 없고, 피고 1에 대한 대인관할권이 없으므

로 피고 2의 피고 1에 대한 채권에 관한 추심명령에 의한 준대물관할권도 없다는 것인바, 이는 대상판결에서 전제로 하고 있는 경우, 즉, 피압류채권에 관하여 채권자가 직접 외국국가를 상대로 소송을 할 경우에 우리나라 법원이 재판권을 행사할 수 있는 경우와는 사안을 달리하는 것이라고 할 수 있다.

2) 미국 연방항소법원의 1998년 판결[24]

동 판결의 사안 및 판결내용은 다음과 같다.[25] 원고는 전 남편의 피고{미국의 국제기구주권면제법(International Organizations Immunities Act)의 적용을 받는 국제금융기구}에 대한 임금채권에 관하여 추심명령을 받고 피고를 상대로 추심금소송을 제기하였다. 연방항소법원은 피고가 추심금소송에 관하여 면제권을 포기한 것으로 보아야 한다는 원고의 주장을 배척하고, 국제기구주권면제법은 절대적 주권면제원칙이 적용되던 1945년에 제정된 것으로서, 동법의 적용을 받는 국제기구에 대하여는 절대적 주권면제를 인정하고 있고, 주권면제법의 제정 등에 의하여 주권면제에 관한 국제기구의 지위가 달라졌다고 할 수 없으며, 상업적 활동과 관련하여 주권면제의 예외가 인정된다고 하더라도 피고가 원고의 전 남편에게 임금을 지급하는 것이 상업적 활동이 아니기 때문에, 피고에 대하여는 외국주권면제법 제1604조를 적용하더라도 면제된다고 판단하였다.

위 판결은 원고의 전 남편은 피고의 직원으로서 국제기구인 피고의 역할 중 일부를 수행하는 업무를 하고 있었으므로 그에게 임금을 지급하는 것은 성질상 상업적 활동으로 보기 어려워서 외국주권면제법에서 규정하고 있는 주권면제의 예외에 해당되지 않는다는 판단을 한 것이다.

마. 대상판결에 대한 검토

1) 금전채권에 대한 집행에 있어서 제3채무자의 지위

우리 민사집행법상 금전채권에 대한 집행에 있어서 제3채무자는 집행의 당사자가 아니다. 그렇지만 압류명령은 집행당사자인 채무자뿐만 아니라 제3채무자에게도 송달되어야 하고 제3채무자에게 송달됨으로써 효력이 발생한다(민사집행법 제227조). 압류명령이 제3채무자에게 송달되어 그 효력이 발생하면, 제3채무자는 채무자에게 피압류채권을 지급하여서는 안되고, 제3채무자가 채무자에게 피압류채권

24) Arkinson v. Inter-American Development Bank, 156 F.3d 1335(D.C.Cir. 1998)
25) 동 판결의 사실관계에 대하여 자세히는 장원경, 앞의 글, 181면 참조

을 변제하더라도 압류채권자에게 대항할 수 없다.[26] 제3채무자는 압류채권자의 신청이 있는 경우, 압류명령을 송달받은 날로부터 1주일 내에 서면으로 i) 채권을 인정하는지의 여부 및 인정한다면 그 한도, ii) 채권에 대하여 지급할 의사가 있는지의 여부 및 의사가 있다면 그 한도, iii) 채권에 대하여 다른 사람으로부터 청구가 있는지의 여부 및 청구가 있다면 그 종류, iv) 다른 채권자에게 채권을 압류당한 사실이 있는지의 여부 및 그 사실이 있다면 그 청구의 종류에 관하여 진술할 의무가 있다(민사집행법 제237조). 또 제3채무자는 압류에 관련된 금전채권의 전액을 공탁할 권리가 있고(민사집행법 제248조 제1항), 제3채무자가 배당요구서를 송달받은 경우에 배당에 참가한 채권자의 공탁청구가 있으면 압류 부분에 해당하는 금액을 공탁하여야 하고, 압류경합이 있는 경우에 압류채권자의 청구가 있으면 그 채권의 전액에 해당하는 금액을 공탁하여야 한다(민사집행법 제248조 제2, 3항). 그리고 제3채무자가 채무액을 공탁한 때에는 그 사유를 법원에 신고하여야 한다(민사집행법 제248조 제4항).

제3채무자는 추심명령의 발령 전후를 통하여 그 지위가 달라지지는 않는다. 추심명령이 경합된 경우 제3채무자가 추심권자 중 한 사람에게 변제하여도 모든 채권자에게 그 효력이 미친다.[27]

제3채무자는 집행채권의 이전, 부존재와 같은 사유와 피압류채권의 부존재를 들어 압류명령 또는 추심명령의 효력을 다툴 수는 없지만, 민사집행법 제227조 제4항 또는 제229조 제6항에 의하여 피압류채권이 압류금지채권에 해당된다거나 피압류채권의 불특정 등의 사유를 들어 압류명령 또는 추심명령의 무효를 주장할 수 있다.[28]

2) 검토

대상판결은 대법원 1998. 12. 17. 선고 97다39216 전원합의체 판결에서 판시한 바와 같이, 우리나라의 영토 내에서 행하여진 외국의 사법적 행위가 주권적 활동에 속하는 것이거나 이와 밀접한 관련이 있어서 이에 대한 재판권의 행사가 외국의 주권적 활동에 대한 부당한 간섭이 될 우려가 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 외국의 사법적 행위에 대하여는 해당 국가를 피고로 하여 우리나라의 법원이

26) 이시윤, 앞의 책, 413면; 집행채무자는 피압류채권에 대한 처분과 영수가 금지되지만, 여전히 피압류채권의 채권자인 지위에 있다. 이시윤, 앞의 책, 411면
27) 대법원 2003. 5. 30. 선고 2001다10748 판결; 대법원 2008.11.27. 선고 2008다59391 판결
28) 편집대표 김능환・민일영, 주석 민사집행법(V) 제3판, 한국사법행정학회(2012), 437면, 461면

재판권을 행사할 수 있다고 전제하면서도, 제3채무자인 외국국가가 채권압류 및 추심명령에 의하여 이중지급의 위험에 놓이게 되고, 지급금지 명령, 추심명령 등 집행법원의 강제력 행사의 직접적인 상대방이 되어 이에 복종하게 된다는 이유로 외국국가가 피압류채권에 대한 집행에 관하여 명시적으로 동의를 하였거나, 재판권면제 주장을 포기한 경우에만 우리나라 법원이 재판권을 행사할 수 있다고 하였다.

우리 민사집행법에 따르면 금전채권에 대한 집행에 있어서 채권압류 및 추심명령의 효력이 발생하면 제3채무자는 집행채무자에 대한 지급금지의무를 부담하는 이외에, 집행채권자의 신청이 있는 경우에는 민사집행법 제237조에 따른 진술의무를 부담하고, 민사집행법 제248조에 의하여 압류채권자 등의 청구에 의하여 피압류채권을 공탁하고 그 사유를 법원에 신고하여야 하는 의무를 부담하게 된다. 그런데 제3채무자가 부담하는 진술의무는 집행채권자에 대한 사법(私法)상 의무가 아니어서 실체법적으로나 절차법적으로 이를 강제할 수단이 없고, 제3채무자는 그 진술내용을 증명할 의무도 없으며, 다만, 허위의 진술을 함으로써 집행채권자가 손해를 입은 경우에 손해배상책임이 인정될 수 있는 정도이다.[29] 또 제3채무자가 부담하는 공탁 및 신고의무도 피압류채권의 존재를 전제로 하는 것으로서, 피압류채권의 이행기가 도래하지 않았거나 반대이행에 걸린 경우에는 그 이행기가 도래하기까지 또는 반대이행의 제공이 있을 때까지 제3채무자는 공탁의무를 지지 않는다.[30] 이러한 점을 고려하면 채권압류 및 추심명령은 제3채무자에게 피압류채권의 지급금지(변제금지)를 명령하는 것이 주된 것이고, 채권압류 및 추심명령의 송달은 그러한 지급금지 명령을 고지하는 것으로서, 여기에는 물리적인 강제력의 행사가 수반된다고 보기는 어렵다.[31] 따라서 외국국가가 제3채무자로서 채권압류 및 추심명령에 의하여 집행법원의 강제력 행사의 직접적 상대방이 되어 이에 복종하여야 함을 이유로, 외국국가를 제3채무자로 하는 채권압류 및 추심명령에 대하여는 원칙적으로 재판권의 행사가 제한되고 제3채무자인 외국국가가 피압류채권의 집행에 대하여 명시적으로 동의를 하였거나 피압류채권에 대한 집행과 관련하여 재판권면제 주장을 포기한 경우에 한하여 재판권의 행사가 가능하다고 한 대상판결의 판시

29) 편집대표 김능환·민일영, 앞의 책, 547~548면
30) 편집대표 김능환·민일영, 앞의 책, 639면
31) 앞에서 본 독일의 학설도 채권압류 및 추심명령은 제3채무자인 외국국가에게 피압류채권에 관한 지급 금지를 고지하는 것에 불과하고 그러한 추심명령의 발령을 외국국가에 대한 강제력의 행사로 보지 않는다.

는 설득력이 없다.

2. 재판권행사가 가능한 경우에 대한 검토

가. 대상판결이 제시하는 재판권행사가 가능한 경우

대상판결은 외국국가가 제3채무자인 추심명령에 대하여 재판권을 행사할 수 있는 예외적인 경우로서, ㉠ 그 외국국가가 국제협약, 중재합의, 서면계약, 법정에서 진술 등의 방법으로 그 채무에 관하여 압류 기타 우리나라 법원이 명하는 강제집행의 대상이 될 수 있음을 명시적으로 동의하였거나, 또는 ㉡ 우리나라 내에 그 채무의 지급을 위한 재산을 따로 할당해 두는 등 우리나라 법원의 압류 등 강제조치에 대하여 재판권면제 주장을 포기한 것으로 볼 수 있는 경우를 들고 있다.

대상판결이 재판권행사가 가능한 예외적인 경우로서 들고 있는 첫 번째 사유는 제3채무자인 외국국가가 피압류채권에 대한 강제집행에 대하여 명시적으로 동의를 한 경우를 의미하는 것이 분명하다. 그런데 두 번째 사유는 문언 상으로 그 의미가 불분명하다. 대상판결은 '외국국가가 우리나라 법원의 압류 등 강제조치에 대하여 재판권면제 주장을 포기한 것으로 볼 수 있는 경우'라는 표현을 사용하고 있는 바, 위 표현이 외국국가가 우리나라 법원의 강제집행에 대하여 일반적·포괄적으로 재판권면제의 주장을 포기한 경우를 의미하는 것이라면, 이러한 포기의 의사표시가 국제협약, 중재합의, 서면계약, 법정에서 진술 등의 방법이 아니라, 대상판결이 그 예로써 들고 있는 외국국가가 집행채무자에 대한 채무(피압류채권)의 지급을 위하여 따로 재산을 할당해 두는 경우와 같은 방법으로 표시될 수는 없다. 위 표현이 피압류채권에 대한 강제집행에 관하여 재판권면제의 주장을 포기한 것으로 본다고 하더라도 대상판결이 그 예로써 들고 있는 사정, 즉, 외국국가의 집행채무자에 대한 채무(피압류채권)의 지급을 위하여 따로 재산을 할당해 두는 경우는 그 재산에 대한 강제집행에 관하여 동의를 하였거나 재판권면제의 주장을 포기한 것으로 볼 수는 있으나, 피압류채권에 대한 강제집행에 관하여 재판권면제의 주장을 포기한 것으로 볼 수는 없다. 두 번째 사유를 외국국가가 우리나라 법원의 강제집행에 대하여 일반적·포괄적으로 재판권면제의 주장을 포기한 경우를 의미하는 것으로 본다면 첫 번째 사유를 둘 이유가 없고 그 예시로 들고 있는 우리나라 내에 그 채무의 지급을 위한 재산을 따로 할당해 두는 것과는 의미상 차이가 크므로 피압류채권에 대한 또는 피압류채권과 관련한 강제집행에 대하여 재판권면제의 주장을 포기한 것으로 볼 수 있는 경우를 의미하는 것으로 보아 논의를 전개한다.

나. UN국가면제협약 제19조[32)]

UN국가면제협약 제19조는 국가의 재산에 대한 다른 나라 법정에서의 소송과 관련한 가압류·억류·집행 등 사후적 제한조치는 그 국가가 국제적 협약에 의하여, 중재합의 또는 서면계약에 의하여, 또는 법정에서의 선언 또는 당사자 사이의 분쟁 후 서면교환에 의하여 명시적으로 동의한 경우(a항), 또는 그 국가가 그 소송의 대상이 된 분쟁의 해결을 위하여 재산을 배정(할당)해 둔 경우(b항), 또는 재산이 국가에 의하여 "비상업적 공무 목적(government non-commercial purpose) 이외의 용도"로 사용되거나 사용되도록 예정되어 있고, 그것이 법정지국 영토 내에 있으며, 그 재판의 상대방이 된 기관과 관련이 있는 경우(c항)에 허용된다고 규정하고 있다(같은 협약 제18조에 의하면 앞의 두 경우에는 사전제한조치도 가능하다).[33)]

위 규정은 외국국가가 집행채무자이고 법정지국(집행국) 내에 있는 그 외국국가의 재산에 대하여 강제집행이 실시되는 경우에 관한 규정이다. 즉, 외국국가가 그의 재산에 대한 강제집행에 관하여 명시적으로 동의를 하였거나,[34)] 특정 재판의 목적인 분쟁의 해결을 위하여 특정 재산을 배정(할당)해 둔 경우[35)] 또는 비상업적 공무 목적 이외의 용도로 사용되면서 재판의 상대방과 관련이 있는 경우 그 재산에 대한 강제집행에 있어서 집행면제의 예외를 규정하고 있는 것이다.

외국국가에 대한 재판권면제에 관한 국내법이 제정되어 있지도 않고 국내법의 효력을 가지는 국제조약도 없는 상황인 우리나라의 법원으로서는, 대법원 1998. 12. 17. 선고 97다39216 전원합의체 판결의 판시와 같이 국제관습법의 해석을 통하여 강제집행절차와 관련한 재판권행사의 제한 여부 및 그 범위를 정할 수밖에 없는바, 이때에 UN국가면제협약 제19조를 외국의 입법례 및 판결례 등과 함께 참

---

32) 대상판결에서 명시적인 언급은 없으나, 대상판결의 원심에서 국제연합 국제법위원회(International Law Commission of the United Nations)가 1991년 채택한 국가면제조약초안 제19조 제1항을 들고 있고, 대상판결에 대하여 국제연합의 재판권면제에 관한 협약 제19조를 적극적으로 채택하였다는 데에 의의가 있다고 하는 견해(권창영, 앞의 글, 101면)가 있어서 이에 관하여 검토를 한다.

33) UN국가면제협약 중 강제집행과 관련한 주요한 규정내용에 대하여는 주 10)의 글, 290면 이하 참조

34) 외국국가가 그의 재산에 대한 강제집행에 관하여 명시적으로 동의를 한 것은 주권면제를 포기한 것으로 볼 수 있는바, 미국의 외국주권면제법 제1610조(a)(1)에서는 외국국가가 강제집행에 대한 면제를 명시적 또는 묵시적으로 포기한 경우에는 외국국가는 강제집행에 대하여 재판권이 면제되지 않음을 규정하고 있다.

35) 재판의 대상인 거래에서 발생하는 책임을 해결하기 위한 자금을 특정 계좌에 예치해 둔 경우가 이에 해당할 것이다.

조할 수 있을 것이다. 위 조항은 외국국가를 제3채무자로 한 추심명령이 효력을 발생한 후에 집행채권자가 추심명령의 제3채무자인 외국국가를 상대로 한 추심금소송을 함에 있어서 외국국가의 재산에 대하여 보전처분을 하거나, 추심금소송에서 받은 승소판결을 집행권원으로 하여 외국국가의 재산에 대하여 강제집행을 함에 있어서 그 재판권행사의 제한과 관련하여 참조할 수 있는 것이지, 외국국가를 제3채무자로 하는 금전채권에 대한 강제집행절차에서 고려될 수 있는 것은 아니다.

다. 대상판결에 대한 검토

1) 외국국가가 아닌 사인(私人)에 대한 재판권행사의 제한

재판권행사는 사법권으로서 국가의 주권행사의 한 모습이라고 할 수 있다. 전통적으로 국가는 다른 국가의 재판권에 복종하지 않는다는 주권면제 또는 재판권면제의 원칙은 국가 사이의 명예의 존중과 주권평등 및 독립의 원칙에 근거한 것이다.[36] 국제적 입법례와 판결례 등에서 거론되고 있는 재판권면제(주권면제)를 향유하는 주체는 외국국가 이외에 외국국가의 원수, 수행원 및 그 가족, 국가의 주권적 권한을 행사하는 하위기관 및 지방자치단체, 중앙은행, 국제기구 및 그 구성원 등이다.[37]

법정지국의 재판권행사는 그에 관한 국내법 또는 이와 동일한 효력을 가진 조약, 국제관습법 등이 없으면 제한되지 않는다. 우리 대법원도 97다39216 전원합의체 판결에서 국가의 주권적 행위에 대하여 재판권이 면제될 수 있는 근거로 국제관습법을 들면서, 국가의 사법적 행위까지 다른 국가의 재판권으로부터 면제된다는 국제관습법은 존재하지 않는다는 선언을 하였다.

대상판결은 피압류채권이 외국국가의 사법적 행위를 원인으로 하여 발생한 것이고 그 사법적 행위에 대하여 해당 국가를 피고로 하여 우리나라의 법원이 재판권을 행사할 수 있는 경우에도 그 외국국가를 제3채무자로 하는 추심명령에 대하여는 그 외국국가가 피압류채권의 집행에 대하여 명시적으로 동의하거나 재판권면제의 주장을 포기한 경우에만 재판권을 행사할 수 있고, 그렇지 않은 경우에는 재판권을 행사할 수 없다고 하였는바, 대상판결의 판시와 같이 재판권면제의 향유 주체가 아닌 사인에 대한 재판권의 행사를 제한하는 국제관습법의 존재를 인정할 아

36) 석광현, 앞의 책, 37면
37) 석광현, 앞의 책, 42~43면

무런 근거가 없다. 집행채무자의 금전채권에 대한 강제집행절차에서 제3채무자가 외국국가라는 이유로 재판권의 행사가 제한된다고 한다면, 일반적으로 재판권면제의 향유주체가 되지 못하는 사인(私人)을 재판권면제의 향유주체와 동일하게 취급하여 특권을 주는 것이 된다.

2) 피압류적격과 채권압류 및 추심명령에 대한 재판권행사

채권압류 및 추심명령에 있어서,'제3채무자에게 대한민국의 재판권이 미칠 것'은 피압류채권의 독립성, 양도가능성, 압류금지채권이 아닐 것 등과 함께 피압류적격의 요건 중 하나로 거론된다. 집행법원은 채권압류 및 추심명령을 발령하기 전에 피압류적격을 심사하고 그것이 결여된 경우에는 채권압류 및 추심명령의 신청을 각하하여야 한다. 피압류적격이 결여된 피압류채권에 대한 압류 및 추심명령은 당연무효라고 할 수는 없지만 실체법상 효과는 발생하지 않고, 제3채무자도 이러한 실체법상의 무효를 이유로 들어 그 지급을 거절할 수 있다.[38]

피압류채권에 관하여 채권자가 직접 외국국가를 상대로 소송을 하는 경우에 우리나라 법원이 재판권을 행사할 수 없는 경우, 즉, 피압류채권이 97다39216 전원합의체 판결에서 선언한 바와 같이 국제관습법에 의하여 우리나라 법원의 재판권 행사가 제한될 수 있는 경우로서 국가의 주권적 행위에 근거한 것임이 명백한 경우에는 피압류적격의 결여를 이유로 채권압류 및 추심명령의 신청을 각하할 수 있고, 집행채무자가 피압류채권의 제3채무자인 외국국가에 대하여 재판권을 행사할 수 없음에도 채권압류 및 추심명령이 발령되고 제3채무자에게 송달된 경우에는 법률상 효력이 있다고 할 수 없다.

대상판결이 전제로 하는 바와 같이 피압류채권에 관하여 채권자가 직접 외국국가를 상대로 소송을 하는 때에 우리나라 법원이 재판권을 행사할 수 있는 경우라면 피압류적격을 갖춘 경우에 해당한다. 그런데 대상판결이 판시한 바와 같이 피압류적격을 갖춘 채권에 대한 채권압류 및 추심명령에 대하여 재판권을 행사할 수 없음을 이유로 그 신청을 각하한다면, 피압류적격을 결여한 채권에 대한 채권압류 및 추심명령의 신청에 대하여 채권압류 및 추심명령에 대한 재판권의 행사 여부를 문제 삼지 않고 피압류적격의 결여를 이유로 그 신청을 각하하는 법리와 논리적으

38) 편집대표 김능환, 민일영, 앞의 책, 398~401면; 三ケ月章・鈴木忠一, 注解 民事執行法(4), 第一法規出版(1988), 368~369면도 제3자가 일본의 재판권에 복종하는 것을 피압류적격의 하나로 들고 있다.

로 맞지 않는다.

일반적으로 피압류채권에 대한 재판권행사가 가능할 것을 피압류적격의 요건으로 취급해온 것은 채권압류 및 추심명령에 있어서 제3채무자가 외국국가인 경우라고 하더라도 집행채무자가 사인인 경우에는 재판권행사에 제한이 없음을 전제하고 있는 것이라고 할 수 있다.

3) 외국국가가 피압류채권의 집행에 관하여 동의하거나 그 집행과 관련하여 재판권면제를 포기한 것으로 볼 수 있는 경우

대상판결이 재판권행사가 가능한 경우로서 들고 있는 사유 중 외국국가가 집행채무자의 재산인 피압류채권에 관하여 국제협약, 중재합의, 서면계약, 법정에서 진술 등의 방법으로 우리나라 법원이 명하는 강제집행에 명시적으로 동의하는 경우는 존재하기 어렵다. 왜냐하면 외국국가가 국제협약에서 집행채무자의 특정채권(외국국가의 집행채무자에 대한 특정채무, 즉, 피압류채권)에 대한 강제집행에 동의하는 경우는 있기 어려울 뿐만 아니라, 집행채무자와 외국국가 사이의 중재합의나 집행채무자와 외국국가 사이의 사법적 또는 상업적 거래의 근거가 되는 서면계약에서 그 계약에 기초한 채권(피압류채권)이 강제집행의 대상이 될 수 있다는 약정을 포함시키는 것도 존재하기 어렵기 때문이다. 피압류채권은 집행채무자의 재산이지, 그 채무자인 외국국가의 재산이 아니기 때문에 채무자인 외국국가가 집행채무자의 일반채권자를 위하여 그 강제집행에 동의하는 약정을 포함시킨다는 것은 생각하기 어려운 일이다(다만, 외국국가가 서면계약 등에서 그 거래와 관련하여 판결절차에서의 재판권면제의 포기를 하는 경우는 있을 수 있다). 또 민사집행법 제226조를 고려할 때 제3채무자인 외국국가가 피압류채권에 대한 강제집행이 가능하다는 것을 법정에서 진술할 경우는 통상의 금전채권에 대한 집행절차에서는 있을 수 없다.[39]

다음으로 외국국가가 집행채무자에 대한 금전채무의 지급을 위하여 재산을 따로 할당해 두는 경우[40]는 그 재산에 대한 강제집행에 관하여 동의를 하였거나 재판권면제(집행면제)의 주장을 포기한 것으로 볼 수는 있으나, 피압류채권에 대한 강제집행에 관하여 재판권면제의 주장을 포기한 것으로 볼 수는 없고, 피압류채권과

39) 민사집행법 제226조에 따라 압류명령은 제3채무자와 채무자를 심문하지 아니하고 발령한다.

40) 외국국가가 집행채무자에 대한 금전채무의 변제를 위하여 따로 재산을 할당해두는 것은 집행채무자의 금융기관의 특정 계좌에 입금을 하는 경우일 수 있는데, 이 경우 채권압류 및 추심명령의 제3채무자는 해당 금융기관이 된다.

관련한 강제집행에 대하여 재판권면제의 주장을 포기하는 것은 피압류채권이 외국국가의 재산이 아니라 집행채무자의 재산이라는 점에서 존재하기 어렵다고 생각된다.

4) 채권압류 및 추심명령 발령시 재판권에 대한 심사

강제집행에서 재판권의 존재에 관하여, 국내 학설은 강제집행의 적법요건이라고 하고,[41] 독일에서는 절차법적 일반요건으로서 직권으로 검토되어야 할 사항 중 하나이고, 그에 어긋나는 집행행위는 무효라고 한다.[42] 대상판결도 '이 사건 채권압류 및 추심명령은 재판권이 없는 법원이 발령한 것으로서 무효라고 할 것'이라고 하였다.

금전채권에 대한 강제집행절차에서 재판권의 존부는 집행법원이 압류명령을 하면서 심사를 할 수 밖에 없다. 민사집행법 제226조는 채권의 압류명령은 제3채무자와 채무자를 심문하지 아니하고 한다고 규정하고 있다. 이는 압류명령 전에 제3채무자와 채무자의 심문을 하게 되면 채무자가 채권을 다른 제3자에게 양도하는 등의 방법으로 강제집행을 방해할 우려가 있기 때문이다.[43]

대상판결에 따라 집행법원이 채권압류 및 추심명령을 발령하기 전에 제3채무자인 외국국가가 피압류채권의 집행에 대하여 명시적으로 동의한 적이 있는지, 피압류채권과 관련한 강제집행에 대하여 재판권면제의 주장을 포기한 것으로 볼 수 있는 경우가 있는지에 관한 심사를 하는 것은 절차상으로도 용이하지 않고, 이에 관한 심리를 하는 것은 민사집행법 제226조의 취지와도 맞지 않는다.

3. 추심명령에 대한 재판권행사와 추심금소송에 대한 재판권행사

대상판결은 추심명령에 대한 재판권이 인정되는 경우에는 추심금소송의 재판권이 인정될 수 있고, 추심명령에 대한 재판권이 인정되지 않는 경우에는 추심금소송에 대한 재판권이 인정될 수 없다고 판시하였다.

외국국가에 대한 재판권면제에 관한 논의에 있어서, 외국국가를 당사자(피고)로 하는 판결절차에서의 재판권면제와 집행채무자인 외국국가의 재산에 대한 강제집행절차에서의 재판권면제는 구별된다.[44]

---

41) 이시윤, 앞의 책, 102면
42) Schönke, Bauer, Stürner, Bruns, Zwangsvollstreckungsrecht, C.F.Müller Verlag Heidelberg(2006), S. 133
43) 편집대표 김능환, 민일영, 앞의 책, 418면
44) 석광현, 앞의 책, 52면

외국국가를 제3채무자로 하는 금전채권에 대한 채권압류 및 추심명령이 제3채무자인 외국국가에 송달되어 효력이 발생하였음에도 제3채무자인 외국국가가 임의로 이행을 하지 않는 경우에는 집행채권자로서는 외국국가를 상대로 추심금청구소송을 제기할 수밖에 없고 이 경우에 외국국가에 대한 판결절차에서 재판권면제의 문제가 대두된다. 우리 대법원은 97다39216 전원합위체 판결에서 국제관습법을 근거로 하여 "우리나라의 영토 내에서 행하여진 외국의 사법적 행위가 주권적 활동에 속하는 것이거나 이와 밀접한 관련이 있어서 이에 대한 재판권의 행사가 외국의 주권적 활동에 대한 부당한 간섭이 될 우려가 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 외국의 사법적 행위에 대하여는 당해 국가를 피고로 하여 우리나라의 법원이 재판권을 행사할 수 있다"고 하였는바, 집행채권자가 외국국가를 상대로 한 추심금소송에서의 재판권면제의 문제는 피압류채권이 외국국가의 우리나라의 영토에서 행해진 사법적 행위로서 주권적 활동과 관련이 있는지에 따라 결정되어야 한다.[45]

따라서 추심명령에 대한 재판권이 인정되는 경우라고 하더라도 추심금소송에 대한 재판권의 존재 여부는 별도로 심사되어야 한다. 또한 채권압류 및 추심명령에 대하여 재판권이 면제되는 경우라면 그 추심명령의 효력이 부인될 수 있을 뿐이지, 그것을 사유로 추심금소송에 대한 재판권의 행사를 제한할 수는 없다. 추심금소송에 대한 재판권행사의 제한은 앞에서 본 바와 같이 국제관습법 등의 근거가 필요한데, 대상판결의 판시와 같이 채권압류 및 추심명령에 대하여 재판권을 행사할 수 없다는 이유로 추심금소송에 대한 재판권을 제한하는 국제관습법을 인정할 아무런 근거가 없기 때문이다.

Ⅲ. 고용계약에 관한 판결절차에서 재판권면제

1. 우리나라의 사례

대법원 1998. 12. 17. 선고 97다39216 전원합의체 판결은, 원고가 미합중국 산하의 비세출자금기관인 '육군 및 공군 교역처'(The United States Army and Air Force

45) 97다39216 전원합의체 판결에 의하면 외국국가의 주권적 행위에 대하여는 재판권이 면제되고, 주권적 활동과 관련이 없는 사법적 행위에 대하여 재판권이 행사가 가능한바, 외국국가와 거래를 한 상대방이 그 사법적 계약에 기한 채권을 양도하거나, 대상판결의 사안과 같이 그의 채권자가 채권압류 및 추심명령을 받는 경우도 배제할 수 없으므로, 위 판결의 의미를 피고인 외국국가와 원고 사이에 사법적 계약관계가 존재하는 경우에만 재판권행사가 가능하다는 것으로 제한할 수는 없다.

Exchange Service)에 고용되어 미군 2사단 소재 캠프 케이시(Camp Cacey)에서 근무하다가 1992. 11. 8. 정당한 이유 없이 해고되었다고 주장하면서 미합중국을 피고로 하여 위 해고의 무효확인과 해고된 날로부터 원고를 복직시킬 때까지의 임금의 지급을 구한 사안이었는데, 위 전원합의체 판결은 "원고가 근무한 미합중국 산하 기관인 '육군 및 공군 교역처'의 임무 및 활동 내용, 원고의 지위 및 담당업무의 내용, 미합중국의 주권적 활동과 원고의 업무의 관련성 정도 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 이 사건 고용계약 및 해고행위의 법적 성질 및 주권적 활동과의 관련성 등을 살펴 본 다음에 이를 바탕으로 이 사건 고용계약 및 해고행위에 대하여 우리나라의 법원이 재판권을 행사할 수 있는지 여부를 판단하였어야 할 것이다."고 하였고, 파기환송심인 서울고등법원 1999. 10. 15. 선고 99나20034 판결은 "원고와의 고용계약 및 원고에 대한 해고행위는 미합중국이 공권력의 주체로서 행하는 행정행위가 아니고 일반 국민과 대등한 입장에서 사경제활동의 주체로서 행하는 사법적(私法的) 행위이고 또한 미합중국의 주권적 활동과의 관련성도 그다지 밀접하지 않으며, 이에 대한 재판권의 행사가 미합중국의 주권적 활동에 대한 부당한 간섭이 될 우려는 없으므로, 이에 대하여 우리나라의 법원이 미합중국을 피고로 하여 재판권을 행사할 수 있다."고 판단하였다.

2. 비교법적 고찰

가. 재판권면제에 있어서 고용계약에 대한 특별한 취급

고용계약의 경우, 고용주인 외국국가는 근로자의 선택, 충원과 임명, 근로자에 대한 감독권 행사 등에 이해관계를 가지는 반면, 법정지국은 자국의 사회보장법규 및 국내 노동인력의 보호와 관련된 사항에 대하여 이해관계를 가진다. 이러한 고용계약의 특수성으로 인하여 재판권면제에 관한 다수의 입법과 국제조약 등은 고용계약을 상업적 계약이나 거래와 구별하여 별개로 규율하고 있다.[46]

재판권면제와 관련하여 외국국가와의 고용계약에 관하여 3가지 모형으로 분류하는 견해가 있는바,[47] 이에 의하면 첫째 모형은 미국의 「외국주권면제법」과 같이, 고용계약도 상업적 또는 사법적 거래로서 재판권면제와 관련한 '상업적 활동이나

46) 최태현, 한국에서의 제한적 주권면제론의 수용, 「국제판례연구」 제2집(2001), 서울국제법연구원편, 259면; 석광현, "외국국가에 대한 민사재판권의 행사와 주권면제", 「법조」 vol.531(2000. 12.), 307면

47) Hazel Fox/Philippa Webb, The Law of State Immunity, 3rd ed., Oxford University Press(2013), pp.. 439~440

사법적 거래의 일반적인 예외'의 범주 내에 포함시키는 경우인데, 미국 법정에서는 고용관계소송을 외국주권면제법의 상업적 활동의 한 유형으로 취급하게 된다. 둘째 모형은 고용인의 특별한 범위를 설정하고, 그러한 고용인을 위한 특별한 관할제도(special regimes of jurisdiction)를 설정하여, 그들을 재판권면제의 일반적인 법률로부터 배제시키는 경우로서, 외교사절(diplomatic staff) 이나 주둔 외국군대(visiting armed force)의 구성권들이 이에 해당된다. 셋째 모형은 재판권면제에 관한 상업적 활동 또는 사법적 거래의 일반적인 예외에 추가하여 고용계약의 예외를 규정하는 경우로서, 이는 유럽연합의 「국가면제에 관한 유럽조약」[48]에서 채택된 이래, 영국의 「국가면제법」(State Immunity Act)[49] 등에서 따르고 있으며, 「UN국가면제협약」[50]도 이에 해당한다고 한다. UN국가면제협약은, 외국국가는 개인과의

48) 국가면제에 관한 유럽조약 제5조 제1항은 '체약국은 법정지국에서 이행되어야 하는 근로에 대하여 개인과 국가 간에 체결된 고용계약에 관한 소송에 있어서는 다른 체약국 법정의 재판권으로부터 면제되지 않는다'고 규정하면서 제2항에서 '위 개인이 고용국가의 국민이거나, 위 개인이 법정지국의 국민이 아니거나 법정지국에 일상적으로 거주하지 아니한 경우, 법정지국의 법률에 따라 법정지국의 법원이 소송물을 이유로 배타적 관할권을 가지는 경우가 아니고 계약의 당사자들이 서면으로 다르게 정한 경우에는 제1항이 적용되지 아니한다'고 규정하고 있다.

49) 영국 국가면제법 제3조 제1항은 '국가는 상업적 거래 또는 영국에서 전적 또는 부분적으로 이행되어야 할 계약상 의무에 관련된 소송에 관해서는 면제되지 않는다'고 규정하면서 같은 조 제3항에서는 제1항은 국가와 개인의 고용계약에는 적용되지 않는다고 하고 있다. 이어서 제4조에서는 국가는 계약이 영국에서 체결되었거나 근로가 전적으로 또는 부분적으로 영국에서 이행되어야 하는 국가와 개인 사이의 고용계약에 관한 재판절차와 관련하여서는 면제되지 않는다고 규정하면서(제1항), 다만 소송이 제기된 시점에 그 개인이 관련된 국가의 국민인 경우, 계약이 체결된 시점에 그 개인이 영국의 국민도 아니고 지속적으로 영국에 거주하지도 않은 경우, 당사자들이 계약에 서면으로 다르게 약정한 경우에 대하여는 달리 규정하고 있다(제2항 내지 제5항). 동법상 고용계약과 관련된 재판절차는 고용주와 고용인으로서 법률적 권리와 의무에 관한 재판절차를 포함한다(제6항).

50) UN국가면제협약 제11조는 다음과 같이 규정하고 있다.
1. 한 국가는 그 국가와 개인 사이의 고용계약에 관련된 재판절차를 담당하는 다른 국가의 법정으로부터 재판권 면제를 주장할 수 없다.
2. 다음의 경우에는 1항이 적용되지 않는다.
a. 고용인이 공권력의 행사에서 특정한 기능을 수행하기 위하여 고용된 경우
b. 고용인이
i) 1961년 외교관계에 관한 비엔나협약에서 정의된 외교적 대리인(a diplomatic agent),
ii) 1963년 영사관계에 관한 비엔나협약에 정의된 영사관리(a consular agent),
iii) 국제기구에 대한 지속적인 임무 또는 특별한 임무를 위한 외교적 팀(diplomatic staff)의 구성원, 국제회의에서 국가를 대표하기 위해 고용된 구성원
iv) 외교적 면책권을 향유하는 사람
c. 재판절차의 소송물이 개인의 고용(recruitment), 고용의 갱신(renewal of employment), 복직(reinstatement)인 경우,
d. 재판절차의 소송물이 개인의 해고(dismissal), 고용의 종료(termination of employment)이고, 고용주인 국가의 국가원수, 정부의 수반, 외교부장관에 의하여 그 절차가 그 국가의 안전보장의 이익을 침해할 우려가 있다고 결정된 경우
e. 그 고용인이 재판절차가 개시되었을 때 고용국가의 국민이고, 법정지국에 지속적인 거주자가

고용계약에 관한 재판절차에서 재판권의 면제를 주장할 수 없음을 원칙으로 규정하면서 고용인이 공권력의 행사에서 특정한 기능을 수행하기 위하여(to perform particular function in the exercise of governmental authority) 고용된 경우를 그 예외의 하나로 두고 있는바, 이는 그 고용인이 특정의 기능을 위하여 특별히 고용된 경우이어야 하고, 국가 주권의 한 부분을 행사하는 지위를 가진 자를 의미하는 것으로서 적용범위가 좁다고 한다.[51]

나. 각국의 판결례

1) 미국

이집트 국적으로서 워싱턴 소재 아랍에미레이트 대사관의 문화부에서 회계감사관으로 근무한 EL-HADAD가 계약위반과 명예훼손을 사유로 아랍에미레이트를 상대로 소송을 제기하자, 아랍에미레이트는 원고가 아랍에미레이트의 공무원(civil servant)이어서 미국의 외국주권면제법에 의하여 재판권이 면제되어야 한다고 주장하였다. 미국 연방항소법원은[52], 고용계약의 재판권면제와 관련하여 '성질상 공적(public) 또는 정부적이고(governmental), 비상업적인 것은 외교적·공무적(civil service) 또는 군사적 인력의 고용이고, 미국에서 고용국가에 의한 미국 시민이나 제3국 국적자의 고용이 아닌 경우'라는 외국주권면제법에 관한 하원보고서를 인용하면서, 고용인이 해당국가의 공무원인지를 판별하는 기준으로서 i)해당국가(아랍에미레이트)가 공무원을 어떻게 정의하고 있는지, ii)고용관계의 성질, 해당국가와 진정한 고용계약을 체결한 것인지, 고용계약이 단지 해당국가의 공무원법을 따른 것인지, iii)고용인이 아랍에미레이트에서 근무하였을 때의 고용관계, 그 후에 이어진 고용관계가 전의 것과는 어떤 관련이 있는지 iv)고용인의 업무의 성질, v)고용인의 국적과 사건과 관련성, 해당국가에서 국적자가 아니면 공무원으로 채용될 수 없는지 등에 관한 심리가 필요하다고 하였다.[53]

아닌 경우

f. 소송물을 이유로 법정지국 법정에 배타적 관할권을 부여하는 공서(public policy)을 해치지 않는 범위에서 고용국가와 고용인이 서면으로 다르게 합의한 경우

51) Hazel Fox/Philippa Webb, op. cit. p.449

52) El-Hadad, Appellee v. United Arab Emirates And The Embassy of The United Arab Emirates, 216 F.3d 29(App. D.C.,2000), 이 판결은 사건을 제1심으로 환송하였고, 동일한 당사자 간의 재항소심 {496 F.3d 658(App. D.C.,2007)}은 El-Hadad는 공무원이 아니고 아랍에미레이트에 대한 재판권이 면제되지 않는다는 연방지방법원의 판단을 수용하였다.

53) 장준혁, 앞의 글, 52~53면에 이 사안에 관하여 비교적 상세하게 설명되어 있다.

2) 독일

최근에 선고된 독일 연방노동법원의 판결[54]을 소개하면 다음과 같다. 원고는 알제리혈통으로서 알제리와 독일 국적을 가지고, 독일어 외에 알제리어와 프랑스어를 구사하면서 베를린 소재 알제리 대사관에서 운전사로 근무하던 중 해고통지를 받고 해고무효확인청구 및 해고무효를 전제로 한 임금청구를 하자, 피고(알제리국)는 독일 법원에 재판권이 없다고 주장하였다. 노동법원(Arbeitsgericht)은 원고의 청구를 부적법 각하하였고, 원고가 항소하자 지방노동법원(Landesarbeitsgericht)은 원고의 청구를 인용하였는데, 이에 피고가 상고를 하였다. 연방노동법원은 "독일법의 구성부분이 되는 일반적인 국제관습법은, 국가는 고권적(高權的) 활동과 관련된 법률분쟁에 있어서는 다른 국가의 재판권에 복종하지 않는다는 것이다. 고권적 국가행위와 비고권적 국가행위의 구분은 구체적인 거래관계 또는 발생된 법률관계의 법적 성격에 따라 결정되어진다. 고용관계에서 발생된 분쟁에서는 고용인이 담당한 업무가 고권적인지 비고권적인지가 중요한데, 국제법적인 구별의 징표가 없기 때문에 이 구분은 근본적으로는 법정지국의 법률에 따라 행해져야 한다. 국가권력의 핵심적 영역에 귀속되는 국가적 행위, 즉 외교적 및 군사적 활동, 입법, 경찰력의 행사, 사법 등은 고권적 행위에 속한다. 원고에 의하여 수행된 업무가 대사관의 외교적 또는 영사적 업무와는 아무런 기능적 관련이 없다고 한 지방노동법원의 판단은 옳다. 대사관의 방문객 또는 고용인들과 우편물의 운송은 고권적 영역과 필연적으로 관련이 있는 것은 아니다."라고 판단하였다.

독일에서 고용계약과 관련하여 재판권면제가 문제로 된 사안 중에는 대사관 근무자들의 사건이 많은 편이다. 재판권이 인정된 예는, 대사관에서 근무한 엘리베이터기사,[55] 건물보안시설담당자,[56] 외국국가에 의하여 독일에서 운영되는 사립학교의 교사[57] 등이고, 부정된 예는 대사관에서 비자업무를 담당하는 창구근무자,[58] 외국에서 미국정부의 정보 및 문화정책을 전파하는 역할을 하는 미문화정보국(United States Information Agency) 산하 기관이자 함부르크에 소재하는 미대사관의 한 부서인 USIS(United States Information Service Germany)에서 언론과 정보관련 업무를

54) 2014. 4. 10. 독일연방노동법원(BAG) 판결(BAG 10. April 2014, 2 AZR 741/13)
55) BAG 1997. 11. 20. 판결
56) BAG 2005. 2. 15. 9 판결, 기술적인 업무의 성격상 대사관의 영사적 외교적 업무와는 기능적 관련이 없다고 판단하였다.
57) BAG 2013. 2. 14. 판결
58) BAG 2001. 10. 25. 판결

취급한 직원[59] 등이다.[60]

3) 일본

고용계약과 관련하여 재판권면제가 문제로 된 최고재판소 판결{最高裁 2009(平成 21). 10. 16. 판결}이 있다.[61] 원고는 피고(미국 조지아주)의 항만국이 설치한 사무소(극동대표부)의 현지직원으로 고용되었다. 피고는 극동대표부가 긴축재정을 이유로 폐쇄되게 되자 원고를 해고하였다. 원고가 그 해고가 무효라고 주장하면서 계약상지위확인 및 임금지급을 구하는 소를 제기하였다. 피고는 재판권면제를 향유한다고 주장하였다. 제1심은 고용계약은 성질상 목적상 사법적·업무관리적 행위이고, 복직청구절차에 재판권면제를 인정하는 국제관습법이나 합리적 이유가 없다고 하여 피고의 재판권면제 주장을 배척하면서, 원고의 지위확인청구와 판결확정일 다음날 이후 장래청구 부분을 제외한 임금지급청구를 인용하였다. 피고가 항소를 하자, 항소심은 본건 고용계약관계의 성질은 사법적·업무관리적 행위에 속하지만, 본건에 있어서 실체 심리나 청구의 인용은 외국국가의 주권적 기능에 관한 재량권이 개입되고, 주권을 침해할 우려가 있다는 이유로 재판권면제를 인정하였다. 이에 원고가 상고하였다. 최고재는 "외국국가는 그 주권적 행위에 관해서는 민사재판권에서 면제될 수 있고, 피고는 연방국의 주이고, 주권적 기능을 행사하는 권한을 가지고 있기 때문에 외국국가와 같이 그 주권적 행위에 관하여는 면제되지만, 일본국에 의한 민사재판권의 행사가 그 주권적 권능을 침해할 우려가 있다는 특단의 사정이 없는 한, 일본국의 민사재판권에서 면제되지 않는다고 해석함이 상당하다"고 하면서, "본건은 UN국가면제협약 제11조 2항 d에 해당된다고 할 수 있고, 이 조항에서 해고는 행정부의 수반 등에 의하여 안정보장상의 이익을 침해할 우려가 있는 것으로 결정된 경우에 한하여 면제의 대상으로 되기 때문에 재판권면제를 인정하기 위한 엄격한 요건이 요구된다고 보면, 원심이 지적하는 사정은 주권을 침해하는 사유에 해당되지 않는다. 원심이 지적하는 것은 우리나라의 민사재판권 행사가 피고에 의한 주권적 권능의 행사를 침해하는 우려가 있는 특단의 사정이라고 할 수 없기 때문에 원심의 판단은 위법이 아니라고 말할 수 없다"고 판

---

59) BAG 2000. 11. 23. 판결

60) Daub/Eckstein/Schimang, Staatenimmunität versus Kündigungsschutz – Die (Un-)Zuständigkeit deutscher Arbeitsgerichte für Mitarbeiter ausländischer Vertretungen, NZA 2014, S.397 f.

61) 最高裁 2009(平成 21). 10. 16. 판결, 坂巻靜佳, 國家免除と職員解雇, 「ジュリスト」 No.1398(2010. 4. 10.), 315面

단하였다.

3. 고용관계와 재판권면제

이상에서 검토한 입법례와 판결례를 살펴보면, 고용관계와 관련한 판결절차에서 외국국가에 대한 재판권이 면제되는지 여부는 대체로 고용인의 지위나 담당업무의 성질에 의하여 결정되는 것으로 볼 수 있다. 고용인이 당해 외국국가의 국민인 경우, 고용인이 법정지국에 지속적으로 거주하지 않은 경우, 고용인이 외국국가의 주권적 활동을 담당하거나 이와 밀접하게 관련된 일을 담당하는 경우 또는 공권력의 행사에서 특정한 기능을 수행하기 위하여 고용된 경우 등에서는 재판권이 면제될 수 있으나, 그러한 요건을 갖추지 못한 경우에는 고용관계에 관련한 판결절차에서 외국국가에 대한 재판권이 면제되지 않는다고 할 수 있다.

Ⅳ. 결론

대상판결은, 제3채무자인 외국국가가 채권압류 및 추심명령에 의하여 이중지급의 위험에 놓이게 되고, 지급금지 명령·추심명령 등 집행법원의 강제력 행사의 직접적인 상대방이 되어 이에 복종하게 된다는 이유로 ① 제3채무자인 외국국가가 피압류채권에 대한 집행에 관하여 명시적으로 동의를 하였거나, ② 재판권면제 주장을 포기한 경우에만 우리나라 법원이 재판권을 행사할 수 있다고 하면서, 추심명령에 대한 재판권이 인정되는 경우에만 그에 기한 추심금소송에 대한 재판권도 인정되고, 추심명령에 대한 재판권이 인정되지 않는 경우에는 추심금소송에 대한 재판권이 인정되지 않는다고 하였다.

우리 대법원은 97다39216 전원합의체 판결에서 국제관습법을 근거로 국가의 주권적 행위는 다른 국가의 재판권으로부터 면제된다고 선언하고, 우리나라의 영토 내에서 행하여진 외국의 사법적 행위가 주권적 활동에 속하는 것이거나 이와 밀접한 관련이 있어서 이에 대한 재판권의 행사가 외국의 주권적 활동에 대한 부당한 간섭이 될 우려가 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 외국의 사법적 행위에 대하여는 당해 국가를 피고로 하여 우리나라의 법원이 재판권을 행사할 수 있다고 하였는바, 외국국가가 제3채무자인 채권압류 및 추심명령에 대하여 우리나라 법원의 재판권행사가 제한된다고 하려면, 재판권면제에 관한 국내법이나 그에 준하는

조약 등이 없는 우리나라 법원으로서는 그와 관련된 국제관습법에 근거를 둘 수밖에 없다. 대상판결과 같이 집행채무자가 사인인 경우에는, 제3채무자가 외국국가라고 하더라도 그 피압류채권에 대한 채권압류 및 추심명령에 대한 재판권행사를 제한하는 국제조약이나 외국의 입법례, 판결례 등을 찾을 수가 없으므로 대상판결의 판시는 국제관습법에 근거하였다고 보기 어렵다. 또한 추심명령은 집행채무자의 재산에 대한 집행절차로서 그 추심명령에 기하여 제3채무자인 외국국가를 상대로 하여 제기한 추심금소송과는 당사자를 달리하는 것으로서, 추심명령에 대한 재판권면제와 추심금소송에 대한 재판권면제의 문제는 구별하여야 함에도 대상판결에서 추심명령에 대한 재판권의 존재와 추심금소송에 대한 재판권의 존재를 연결한 것도 근거가 없다.

대상판결의 사안은 소외인의 피고에 대한 임금 및 퇴직금청구권을 피압류채권으로 한 압류 및 추심명령에 기초한 추심금소송으로서, 이에 대하여 재판권이 면제될 수 있는지가 검토되어야 한다. 외국의 입법례와 판결례 등을 살펴보면 고용관계와 관련한 판결절차에서 고용인이 외국국가의 공무원에 준하는 지위를 갖거나, 외국국가의 주권적 활동을 담당하거나 이와 밀접하게 관련된 일을 담당하는 경우 또는 공권력의 행사에서 특정한 기능을 수행해 온 경우에 대하여는 그 고용주인 외국국가에 대하여 재판권이 면제되고 있음을 확인할 수 있다. 대상판결의 사안에서 소외인은 주한미군사령부에서 고압전기기사로 근무하였을 뿐, 피고의 공무원의 지위를 갖지도 않았고 주권적 활동과 밀접한 일을 담당한 것으로 보기도 어렵다. 결국 위 임금 및 장래 퇴직금채권에 관하여 피고가 재판권면제를 향유한다고 보아 우리나라 법원의 재판권행사를 제한할 근거는 없다고 생각된다.

(논문투고일 : 2015.08.07, 심사개시일 : 2015.08.26, 게재확정일 : 2015.09.22)

문 영 화

재판권면제, 채권압류 및 추심명령, 외국국가, 제3채무자, 추심금청구의 소

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 국내문헌

1. 단행본

석광현, 국제민사소송법, 박영사(2012)
이시윤, 신민사집행법 제6판, 박영사(2013)
권성 외 4인, 사례해설 가처분의 연구(개정판), 박영사(2002)

2. 학술논문

권 성, “외국국가를 제3채무자로 하는 채권가압류-주권면제론과 관련하여-”, 「인권과 정의」 제199호(1993), 대한변호사협회
권창영, "國際債權執行", 「사법논집」 제54집(2012), 법원도서관
류병운, “외국에 대한 재판관할권과 판결의 집행: 국가면제(State Immunity) 이론의 검토”, 「영산법률논총」 제2권 1호(2005. 12.)
석광현, “외국국가에 대한 민사재판권의 행사와 주권면제”,「법조」 vol. 531(2000. 12.)
장원경, “국가면제와 외국국가에 대한 추심권 행사”, 「이화여자대학교 법학논집」제17권 제1호(2012. 9.)
장준혁, “주한미군 소속 고용인의 비직무활동 및 고용관계에 관한 실체재산면제와 그의 임금·퇴직금채권에 대한 집행면제”, 「판례실무연구[XI](상)」, 비교법실무연구회 편, 사법발전재단(2014)
정영환, “2012년 민사집행법 주요판례”, 「인권과 정의」 제432호(2013. 3.), 대한변호사협회
최태현, 한국에서의 제한적 주권면제론의 수용, 「국제판례연구」 제2집(2001), 서울국제법연구원편

3. 주석서

편집대표 김능환, 민일영, 주석 민사집행법(V) 제3판, 한국사법행정학회(2012)

Ⅱ. 외국문헌

1. 독일

Daub/Eckstein/Schimang, Staatenimmunität versus Kündigungsschutz – Die (Un-)Zuständigkeit deutscher Arbeitsgerichte für Mitarbeiter ausländischer Vertretungen, NZA(2014)

Geimer, Internationales Zivilprozessrecht 6.Aufl., Verlag Dr.Otto Schmidt Köln(2009)

Helmut Damian, Staatenimmunität und Gerichtszwang, Springer-Verlag Berlin Heidelberg New York Tokyo(1985)

Müchener Kommentar Zivilprozessordnung Band 3, Verlag C.H. Beck Müchen(2001)

Nagel・Gottwald, Internationales Zivilprozessrecht 7.Aufl., Verlag Dr.Otto Schmidt Köln(2013)

Schönke, Bauer, Stürner, Bruns, Zwangsvollstreckungsrecht, C.F.Müller Verlag Heidelberg(2006)

Schuschke・Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, Kommentar 4. Auflage, Carl Heymanns Verlag(2008)

2. 영국

Hazel Fox/Philippa Webb, The Law of State Immunity, 3rd ed., Oxford University Press(2013)

3. 일본

三ケ月章・鈴木忠一, 注解 民事執行法(4), 第一法規出版(1988)

坂巻靜佳, 國家免除と職員解雇, 「ジュリスト」 No.1398(2010. 4. 10)

Abstract

Die Staatenimmunität beim Erlass von dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss gegen einen fremden Staat als Drittschuldner

Moon, Young Hwa

Am 13. 12. 2011. hat der Oberste Gerichtshof eine wichtige Entscheidung bezüglich der Staatenimmunität beim Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses gegen einen fremden Staat als Drittschuldner getroffen, wobei er die Gerichtsbarkeit eines koreanischen Gerichtes gegen den ausländischen Staat als Drittschuldner verneinte, es sei denn, der fremde Staat seine Zustimmung zur Pfändung und Überweisung gegen ihn ausdrücklich geäußert hätte oder Immunitätsverzicht erklärt hätte. Diese Entscheidung des Obersten Gerichtes basiert darauf, daß sich der fremde Staat ansonsten durch den Pfändungs- und Überweisungsbeschluss in die Gefahr der doppelten Rückzahlung versetzt werden könnte und sich den Zwangsmaßnahmen vom Vollstreckungsgericht sowie dem Arrestatorium und dem Überweisungsbeschluss und so weiter, direkt unterwerfen muß.

Nach der Endscheidung des Obersten Gerichtes ist ein fremder Staat nicht befreit von der koreanischen Gerichtsbarkeit beim Verfahren der Einziehungsklage, wenn er als Drittschuldner dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluß des koreanischen Gerichtes unterworfen ist. Im Gegensatz dazu ist es jedoch befreit von der koreanischen Gerichtsbarkeit, wenn er nicht dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluß unterworfen ist.

Weil es kein regulierendes Gesetz in bezug auf die Staatenimmunität in Korea gibt, die Staatenimmunität der fremden Staaten ist nur auf Grund

eines Völkergewohnheitsrechts einzuräumen. Aber es fragt sich danach, ob ein Völkergewohnheitsrecht vorhanden sein könnte. Unter Berücksichtigungen der internationalen Verträge, der vergleichbaren Gesetzgebungen und der Gerichtsurteile anderer Staaten ist es noch nicht festzustellen, daß es ein Völkergewohnheitsrecht geben könnte, die inländische Gerichtsbarkeit einzuschränken, weil ein Vollstreckungsschuldner eine private Person und ein Drittschuldner beim Erlaß des Pfändungs- und Überweisungsbeschlußes ein fremder Staat ist.

Nach meiner Ansicht sollte das Problem der Staatenimmunität beim Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlußes gegen einen fremden Staat als Drittschuldner von dem Problem des Verfahrens der Einziehungsklage gegen den fremden Staat als Beklagte unterschieden werden muß, weil nur das Vermögen des Vollstreckungsschuldners beim Pfändungs- und Überweisungsbeschluss betroffen wird und die Hoheitsrechte des ausländischen Staates als Drittschuldner nicht tangiert werden.

Moon, Young Hwa

Staatenimmunität, Pfändungs-und Überweisungsbeschluss, Ausländischer Staat, Drittschuldner, Einziehungsklage

유가증권의 전자화 관련 최근 국제적 논의에 관한 연구

정 경 영*

Ⅰ. 서언
Ⅱ. 전자양도성기록에 관한 모델법
1. 입법 형태
2. 모델법의 기본 원칙
Ⅲ. 전자양도성기록의 지배
1. 서
2. 전자양도성기록
3. 지배
Ⅳ. 쟁점에 관한 검토
1. 서
2. 지배의 개념(사실 vs 권리)
3. 다수 청구권의 배제(기록의 유일성 vs 지배의 개념)
4. 물품증권 vs 지급증권
5. 유가증권의 전자화 vs 새로운 전자양도성기록
Ⅴ. 결어

【국 문 요 약】

어음, 수표, 주권, 선하증권 등 다양한 형태의 유가증권의 전자화를 위해 우리나라를 비롯해 많은 국가들이 노력을 경주하고 있다. 우리나라는 전자어음법, 전자금융거래법, 상법 등의 제·개정을 통해 유가증권의 전자화를 시도한 바 있고, 일본도 전자기록채권법을 제정한 바 있다. 최근 유엔 국제상거래법위원회에서 유가증권의 전자화를 의미하는 전자양도성기록(ETR)에 관한 실무단 회의를 수년간 진행시켜 현재 거의 마무리 단계에 와 있다. 아직 논의의 최종 형태가 완성된 것은 아니지만 거의 중요한 논의는 정리가 되고 있어 최근의 유엔 국제상거래법위원회 전자양도성기록에 관한 모델법의 논의를 소개하여 전자유가증권에 관한 우리법제의 입법과 논의에 참고가 되게 하고자 한다.

채권을 내용으로 하면서 그 권리의 이전을 위한 전자적 정보인 전자양도성기록은 기존의 유가증권의 전자화로 볼 수 있다. 모델법도 그러한 취지에 맞게 전자양도성기록에 관해 새로운 규범을 마련하려고 하지 않고 대응개념을 만들어 기존의 규범질서에 상응하게 하는 기능적 등가성의 원칙, 동 대응개념을 기존의 실체법이 그대로 적용되도록 실체법적 규정을 가능한 한 배제하는 실체법 불간섭의 원칙, 등록방식, 증표방식 등 어느 하나의 기술을 고집하지 않는다는 기술적 중립성의 원칙 등을 존중하고 있다. 따라서 각국은 모델법에 따라 유가증권이 전자화되는데

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수.

필요한 최소한의 규정을 어떤 형태로든 입법할 경우 유가증권에 관한 기존의 법률을 모순 없이 전자양도성기록을 활용한 거래를 규율할 수 있게 된다.

유가증권은 점유를 중심으로 권리를 공시, 이전, 행사하는 법적 도구개념이다. 이를 전자화한 전자양도성기록은 그 전자문서로서의 특성을 고려할 때 배타적 점유가 성립할 수 없으므로 유가증권의 점유에 대응하는 새로운 법률 개념으로 지배라는 개념을 모델법은 사용한다. 전자양도성기록의 지배의 법적 성질에 관해서는 아직 더 논의가 필요하지만 전자기록을 누가 유지하느냐에 관계없이 그 전자기록에 대한 권리를 가지는 자가 전자양도성기록을 지배하는 자가 된다는 점에서 권리적 성격을 갖지 않을 수 없다. 전자양도성기록의 지배가 성립하기 위해 모델법은 최소한의 요건으로 기록의 진정성, 배타적 지배, 지배하는 자의 확인가능성 등을 요건으로 정하고 있다. 동산에 대한 권리로서 오랫동안 우리가 의존해 오던 점유라는 개념을 대신하기 위해 도입하는 지배라는 개념은 앞으로도 많은 논의가 요구된다. 그리고 그 개념에 대한 정확한 이해가 전제되어야 앞으로 동 개념을 사용하는 외국법과 충돌 없이 전자거래 관련 입법을 보다 명확하게 할 수 있으리라 본다.

모델법에 관한 실무단 회의가 내년 쯤 마무리될 것으로 예상되어 우리도 모델법 초안에 관한 보다 심도 있는 연구가 필요한 시점이 되었다. 특히 '전자양도성기록의 지배'라는 새롭게 도입되는 개념에 관해 민법학 또는 상법학이 이를 어떻게 받아들일 것인가 하는 고민을 위해 학계가 심도 있는 논의를 시작할 필요가 있다고 본다. 뿐만 아니라 실무계도 전자양도성기록에 관한 모델법에 따라 신뢰성을 갖춘 시스템을 구축하고 보다 빠른 속도로 보편화될 전자양도성기록을 활용한 시장에 선점의 이익을 향유할 수 있도록 노력을 기울여야 한다고 본다. 그리고 전자거래에 관한 법률들이 파편화되어 있는 현실에서 전자양도성기록에 관한 모델법 제정을 계기로 보다 체계적이고 포괄적인 법률의 개정작업도 요구된다고 본다.

Ⅰ. 서언

채권, 사원권 등 무형의 권리를 유형화 하여 권리의 이전, 행사를 용이하게 하는 소위 유가증권 개념은 정보통신기술의 발전에 힘입어 꾸준하게 탈유형화를 시도하고 있다. 탈유형화란 이들 권리를 원래의 모습인 무형의 권리로 복귀시키는 것이 아니고, 서면으로 유형화하였던 것을 정보화 즉 전자적 매체로 대체하는 것이라는 점에서 엄밀하게 말하면 무형화와는 구별된다. 이른바 유가증권의 전자화에 관한 논의는 생소한 논의가 아니다. 왜냐하면 이미 전자금융거래법에서 채권적 권리의 전자화가 시도되었고, 상법에서 주권과 사채권의 전자화를 허용하였고 전자선하증권을 규정하였을 뿐만 아니라 전자어음의 발행과 유통에 관한 법률(이하 전자어음법이라 함)에 따라 전자어음이 매우 활발히 이용되고 있기 때문이다.

유가증권을 전자화하는 방법으로는 크게 두 가지 수단이 예상된다. 그 하나는 등록방식으로서, 유가증권이 수행하던 권리의 공시기능은 전자등록부에의 등록을 통해 실현한다. 이는 인터넷의 발달에 힘입어 등록부의 공시기능이 거의 완벽하게 수행될 수 있게 한 정보통신기술의 발전에 의존하고 있다. 어디서든 인터넷을 사용하여 등록부상의 권리와 권리자를 확인할 수 있어 전자등록부에 의해 권리가 공시되고 공시방법을 활용하여 권리가 유통될 수도 있어, 등록방식은 기존의 증권에 의한 권리공시에 못지않은 기능을 한다. 다른 하나는 증표방식으로서, 서면증권을 일정한 전자매체 또는 전자정보가 대신하여 전자매체에 의해 권리가 공시・이전되거나 전자정보에 대한 지배를 통해 권리가 공시・이전되는 방식이다.

우리나라는 앞서 언급한 전자어음법, 전자금융거래법, 상법 등의 제・개정을 통해 유가증권의 전자화를 시도한 바 있고, 일본도 전자기록채권법[1)]을 제정한 바 있다 이러한 일부 개별국가의 노력 이외에 최근 유엔 국제상거래법위원회에서 유가증권의 전자화를 의미하는 전자양도성기록(Electronic Transferable Record; ETR)에

1) 2007년 제정하여 2008년 12월부터 시행하고 있는 일본의 전자기록채권법은 어음의 전자화를 의도한 것이 아니고 어음법 등 유가증권법리를 참고하여 제정되었다. 전자기록채권은 어음채권과도 구별되고 일반 지명채권과도 구별되는 새로운 종류의 채권으로 탄생하였다(자세한 내용은 小出篤, 「手形の電子化」と電子記録債権 －ＵＮＣＩＴＲＡＬにおける「電子的移転可能記録」の検討から, 前田重行先生古稀記念企業法・金融法の新潮流, 商事法務, 2013 539項. 이하 참조) 전자기록채권은 우리의 전자어음법 이나 전자선하증권에 관한 규정과 달리 기능적 등가성에 의한 입법이 아니고 양도가능한 새로운 전자기록이라는 점이 특징적이다. 일본의 전자기록채권이 국제상거래법회의 실무단회의에서 전자적 환경에서만 존재하는 전자양도성기록의 처리에 관한 논의를 촉발시켰고, 이를 모델법에 포함시킬 것인지, 포함시킨다면 어떻게 이를 규정할 것인지 하는 점 등이 아직 논의 중에 있다.

관한 실무단 회의를 수년간 진행시켜 왔고, 이에 관한 모델법 완성이 현재 거의 마무리 단계에 와 있다. 필자는 정부대표로 동 회의에 처음부터 참석하여 지금까지 우리 입법을 소개하고 논의를 진행함에 있어 우리의 경험이 반영되도록 노력하여 왔다. 이 글을 통해 아직 논의의 최종 형태가 완성된 것은 아니지만 거의 중요한 논의가 정리가 되고 있는 최근 유엔 국제상거래법위원회 논의를 소개함으로써 전자유가증권에 관한 우리법제의 입법과 논의에 참고가 되게 하고자 한다.

이 글에서 검토하고자 하는 전자양도성기록의 개념이나 동 기록에 대한 '지배(control)'라는 개념은 미국 법에서 일부 나타나고 있지만 그 밖의 국가에서는 전혀 새로운 개념이다. 이는 채권, 물권으로 구분하던 우리법제에도 생소한 개념으로서 전자유가증권을 법제화함에 있어 연구와 논의가 요구되는 개념이다. 이하에서 동 회의의 성립배경[2] 이나 기초적인 논의에 관해서는 생략하고 전자양도성기록에 관한 모델법의 기본원칙과 동 기록의 핵심개념을 중심으로 논의를 진행하고자 한다. 하지만 우리나라는 물론 외국의 경우에도 전자양도성기록 또는 그 지배에 관해 입법은 물론 이에 관한 연구가 일천하여 인용할 만한 가치 있는 연구물은 찾기가 쉽지 않으므로 유엔 국제상거래법위원회의 회의 자료를 중심으로 검토한다. 논문의 말미에는 올 가을에 있을 유엔 국제상거래법위원회 실무단 회의 Ⅳ의 비엔나회의의 논의 의제가 될 전자양도성기록 모델법 초안[3]의 가안을 번역하여 자료로 첨부한다.

Ⅱ. 전자양도성기록(ETR)에 관한 모델법

1. 입법 형태

유엔 국제상거래법위원회(UN Committee on International Trade Law: UNCITRAL)는 제44차 회의에서 산하의 실무단 회의(Working Group) Ⅳ(전자상거래분과)로 하여금 전자양도성기록에 관한 연구를 준비하도록 결의하였다. 이는 전자양도성기록

---

2) 자세한 논의는 UNCITRAL, "Report of Working Group Ⅳ(Electronic Commerce) on the work of its 48th session(A/CN.9/797)," p.2 참조.

3) 이하 이 글에서 초안이라 함은 특별한 언급이 없으면 UNCITRAL Working Group 4의 2015년 11월 비엔나회의에서 논의할 'Model Act on Electronic Transferable Record"의 가안(United Nations Commission on International Trade Law Working Group Ⅳ (Electronic Commerce), 52th session, Vienna, 9-13 November 2015(Provisional Draft), A/CN/WG.Ⅳ/WP.135)을 의미한다. 동 초안은 임시적인 것이며 회의 개시 전에 각 회원권의 의견을 수렴, 반영하여 수정될 가능성이 있다.

에 관한 연구가 국제거래에서 전자통신의 일반적 증진에 기여하고 로테르담 규정(Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea, 2008)의 이행을 지원한다는 점 등을 고려하였다. 실무단 회의는 2011년 10월에 비엔나에서 전자양도성기록에 관한 법률에 대한 논의를 개시한 이후 지난 5월에 있었던 뉴욕회의까지 총 7차례의 회의를 개최하였으며 앞으로 두세 차례 회의를 더 예정하고 있다.

실무단 회의는 전자양도성기록에 관한 논의를 진행하는 과정에 최종 논의의 결과를 협약으로 할 것인지 모델법으로 할 것인지에 관해 수 차례 논의를 진행한 바가 있다. 협약안은 법률의 국제적 통일성 확보라는 점에서는 장점이 있지만, 전자양도성기록에 관해 우리나라, 일본, 미국 등 일부 국가만 관련 법률을 가지고 있고 다른 국가에서는 아직 생소한 개념이어서 이를 협약으로 할 경우에는 협약이 성공하기 어렵다는 이유에서, 협약안에 대해 각국 대표들은 대체로 부정적인 견해를 나타냈다. 이에 반해 모델법안에 관해서는 모델법은 각국의 입법에 참고가 될 수 있을 뿐만 아니라 각 국 법률의 차이를 반영할 수 있다는 점, 그리고 전자양도성기록에 관한 입법적, 실무적 발전을 고려할 때 손쉽게 이를 반영할 수 있다는 점 등의 장점을 가진다고 보았다. 의견을 수렴한 결과로 모델법이 적절할 것이라는 의견이 많이 개진되었지만 최종적으로 보다 강력한 협약안이 될 가능성도 아직 배제하지는 않고 있다.[4)]

2. 모델법의 기본 원칙

(1) 기능적 등가성 원칙

전자양도성기록에 관한 모델법의 취지는 새로운 거래수단을 창출하는 것이 아니라 기존의 유가증권을 전자화하기 위한 것이다. 이미 유가증권에 관해 실체법 규정과 원칙 그에 따른 해석과 판례가 있으므로, 모델법은 새로운 실체법적 규정을 두지 않고 전자양도성기록의 발행, 이전, 행사 등에 관해 기존의 유가증권상의 개념과 규정을 기능적으로 대응시키고 있다.[5)] 기존의 거래에 사용되던 매체가 진화하여 새로운 매체가 등장할 경우 기존의 매체에 관한 법률관계의 중심개념(예컨대,

---

4) 실무단 6차 회의(2014. 11. 비엔나) 회의록(A/CN.9/828) para.21 참조. 실무단 연구의 초안에 대해 모델법이라는 명칭이 사용하기 시작한 것은 실무단 7차 회의(2015. 5. 뉴욕) 회의록(A/CN.9/834) 부터이다(동 회의록 para.12)..

5) UNCITRAL, “Draft Model Law on Electronic Transferable Records”(A/CN.9/WG,IV/WP.135), para 51.

증권, 점유 등)을 매체변경에 따른 대응개념(기록, 지배 등)으로 대체하여 이를 중심으로 기존의 법리를 사용하면서 필요할 경우에만 독자적인 규정을 두는 입법원칙을 기능적 등가성 원칙(functional equivalence)이라 한다. 이는 새로운 매체를 사용한 법률관계에 기존의 법률규정이 직접 '적용'될 수 있는가 하는 논쟁을 불식시킬 수 있고, 유사하지만 새로운 사실관계에 기존의 법률규정을 차용해서 입법하는 '준용'규정의 한계를 극복할 수 있으며, 유사한 사실관계에 대해 해석에 의해 기존의 법률규정을 적용하는 '유추적용'과도 구별된다. 뿐만 아니라 예외적인 입법기술이긴 하지만, 새롭게 발생하는 유사한 구조의 사실관계에 기존의 규범을 그래도 적용하기 위해 '차별금지규정'을 두는 경우도 있는데[6] 이와도 구별된다.

유가증권의 법리는 '증권'을 기반으로 법률관계가 구성되어 증권의 점유를 통해 권리가 추정되고 증권의 이전에 의해 권리가 이전되며 권리의 행사를 증권에 의하도록 규정한다. 이러한 유가증권거래의 기반이 되는 증권이라는 매체가 전자정보, 전자문서, 전자기록에 의해 대체될 경우 유가증권의 법리가 그대로 적용되거나 유추적용 된다고 보는데 논란의 여지가 있고, 준용규정을 두기에는 일부 새로운 법률관계가 발생하여 문제가 있다. 결국 매체가 전자화된 유가증권의 법률관계를 규율하기 위해서는 새로운 법률을 제정하는 편이 법적 안정성을 위해 요구되지만, 이를 새롭게 규정하기에는 효율성, 편의성의 관점에서 적절하지 아니하고 이 경우 양 법체계의 충돌도 예상된다. 따라서 유가증권의 전자화를 위해 모델법 초안은 기능적 등가성 원칙을 채택, 적용하여 유가증권의 중요한 개념, 법리에 관해 기능적 대응개념을 중심으로 규정하는 입법 체계를 취하고 있다. 즉 서면증서, 증권에 관한 규정이 일정한 유가증권이라는 기초개념을 중심으로 규정을 두고 있으므로, 전자양도성기록의 경우에도 그에 대응한 특정한 기초개념을 중심으로 규정한다. 기존의 법률관계가 매체변경(서면으로부터 전자문서로)으로 생긴 규범의 변화를 새로운 개념 또는 형식을 중심으로 입법함으로써 효율성을 높이고 법률간의 모순,

6) 전자문서 및 전자거래기본법 제4조 1항, 전자서명법 제3조 1항이 그 대표적인 예이다. 이러한 입법방식은 새로운 기술이 바탕이 되는 분야에도 기존의 법률이 적용됨을 선언함으로써 법적 안정성을 기할 수 있는 장점은 있지만 새로운 기술과 조화될 수 없는 예외적 현상에 관해 속수무책이다. 따라서 차별금지규정을 두기 위해서는 기존의 규정과 새로운 기술과의 관계를 면밀히 분석하여 문제가 발생할 여지가 있을 경우 그에 관한 예외규정을 두는 노력이 요구된다. 위의 양법의 규정에서 유가증권의 예외를 두지 않았기 때문에 유가증권을 전자적으로 발행하더라고 즉 단순한 전자문서에 의한 유가증권도 법적 효력을 차별하지 않게 되어 포괄적으로 유효라는 부적절한 결과가 발생한다. 이에 반해 미국의 통일전자거래법(UETA)은 우리법과 유사하게 차별금지규정을 입법하면서 이에 관해 자세한 예외규정을 두고 있어(동법 제3조 참조), 심각한 법적 해석문제를 미연에 방지하고 있다.

저촉을 방지한다. 예를 들어 서면증서, 증권에 대응하여 전자기록을, 증서·증권의 점유에 대응하여 전자기록에 대한 지배라는 개념을 중심으로 기존의 유가증권법리를 대응시켜 그대로 활용한다.

이러한 기능적 등가성의 원칙에 따른 규정을 초안에서 보면, 서면증서, 증권의 개념 규정과 그에 대응한 전자양도성기록의 개념 규정을 두고 있으며(초안 제3조, 이하 조문은 모두 초안의 조문을 의미함), 서면과 서명에 대한 전자기록, 전자서명의 기능적 등가성을 규정하며(제8조, 9조), 서면증서, 증권의 점유에 대해 전자양도성기록의 지배를 중심으로 기능적 등가성을 구현하고 있다(제17조), 그밖에 유가증권의 복본에 대응하여 전자양도성기록의 복수 원본에 관한 규정을 두고 있으며(제14조), 기타 제시, 배서, 재발행(제18조, 19조, 21조) 등에 관해서도 기능적 등가성 원칙에 따라 규정하고 있다. 하지만 전자양도성기록에만 특유한 법적 현상으로서 전자양도성기록의 매체간의 전환, 분할과 병합에 관한 규정[7]을 새롭게 두어(제22조, 23조, 24조) 기존의 유가증권법제와는 구별되며, 신뢰성 기준(제11조), 전자양도성기록의 시기와 장소(제12조), 이용 동의(제13조), 정보 관련 규정(제15조, 16조), 정정(제20조), 외국 전자양도성기록의 무차별(제25조) 등도 전자양도성기록에 특유한 규정으로 이해된다.

(2) 기술적 중립성 원칙

ICT(정보통신기술)와 관련되는 영역 등 새로운 과학기술이 활용되는 영역에서 기술의 발전속도가 매우 빠르므로 특정 기술을 기초로 입법하는 것을 지양하고, 기술의 다양한 발전을 유도하기 위해 관련 입법시 특정 기술을 고집하지 않는다는 원칙을 기술적 중립성 원칙(technological neutrality)이라 한다. 그 대표적인 입법경험이 우리 전자서명법을 제정함에 있어서 비대칭적 암호화방식을 공인전자서명의 방식으로 규정하였다가[8] 기술적 중립성에 문제가 있다는 지적이 있어 동법을 개정한 사례이다. 특히 국제적 규범을 입법을 함에 있어서는 그 법률이 조약이든, 모델

7) 유가증권은 단일성을 중시하므로 이를 절대 분할할 수 없으나, 우리 전자어음법은 최근 개정을 통해 도입한 전자어음의 분할배서제도(동법 제7조의2)에 따라 전자양도성기록에 해당하는 전자어음의 분할이 가능하다. 그리고 전자양도성기록을 서면 유가증권으로 또는 서면 유가증권을 전자양도성기록으로 전환하는 것도 모델법의 중요 관심사항이다.

8) 전자서명법 제3조가 제정될 당시 동조는 "공인인증기관이 제15조의 규정에 의하여 발급한 인증서에 포함된 전자서명검증키에 합치하는 전자서명생성키로 생성한 전자서명은 법령이 정한 서명 또는 기명날인으로 본다."고 규정하였지만, 동조항이 기술적 중립성에 반한다는 비판을 받아 2001년 현행 조문으로 개정되었다.

법이든 특정 기술을 고집하게 될 경우 기술발전을 저해할 뿐 아니라 특정 국가에 편리하지만 다른 국가에는 불편함으로 작용할 수 있다. 따라서 보편화된 기술이 아닐 경우에는 특히 더 기술적 중립성을 유지함이 더욱 중요하다. 전자양도성기록에 관한 모델법을 제정함에 있어서도 유가증권의 전자화가 어떠한 방식으로 전개될지 누구도 장담할 수 없으므로 기술의 발전을 방해하지 않도록 기술적 중립성 원칙을 채택하였다.

모델법을 제정함에서 기술적 중립성이 특히 부각된 부분은 등록방식과 증표방식 모두에 개방된 입법을 추구함에 있다. 전자양도성기록은 그 기록을 관리하는 등록기관을 두고 등록부에의 등록에 의해 권리의 발생, 이전, 행사이라는 법률관계를 공시하는 '등록방식(registry system)'을 따를 수도 있고, 권리에 관한 정보를 증표화 하여 권리를 발생시키고 이를 네트워크를 통해 또는 현실의 점유의 이전을 통해 이전하거나 행사하게 하는 '증표방식(token system)'을 따를 수도 있어 하나의 방식을 고집하는 것은 바람직하지 못하다. 인터넷이라는 정보공유의 기술이 발전된 현실에서 등록방식은 매우 안전하고 유용한 시스템이 될 수 있고 우리나라의 경우 전자어음이나 주식등록제도, 전자선하증권 모두 등록방식에 가까운 시스템을 채용하고 있다. 하지만 증표방식도 소액의 상거래에는 편리하므로 충분이 활용될 여지가 있으며 우리 전자금융거래법상 선불전자지급수단거래를 증표방식에 의한 거래로 볼 수 있다.[9]

모델법 초안의 모든 규정은 등록방식과 증표방식을 명시하거나 구별하지 않고 양자를 모두 전제하여 규정하고 있어 기술적 중립성이 반영되었다고 볼 수 있다. 특히 제3조에서 전자기록에 관한 개념을 확장하여 결합방식에 의한 전자기록(composite information)도 포함될 수 있도록 배려하고 있고[10], 제11조에서 신뢰성에 관한 기준을 특정하지 않고 일정한 요소들만 나열함으로써 이러한 요소들을 가진

9) 전자금융거래의 지급수단을 지급지시형, 가치표항형, 가치소재형으로 분류할 수 있다. 지급지시형은 채권, 채무를 전제로 하는 시스템으로서 등록방식은 이에 해당한다. 그리고 가치표창형은 유가증권에 관한 법리가 그대로 적용되는 방식으로서 증표방식의 전자양도성기록이 이에 해당한다고 볼 수 있으며, 전자화폐와 같은 가치소재형 전자지급수단은 가치표창형과 유사하지만 효력면에서 더 강력하여 기존의 화폐에 상응하는 효력을 가진 전자지급수단을 의미한다(정경영, 「전자금융거래와 법」, 박영사 2007, 14면 이하).

10) 전자기록(electronic record)이란 전자적 수단에 의하여 생성, 통신, 수신, 또는 저장된 정보를 의미하며, 이는 필요시 기록의 일부로서 동시 또는 순차로 관련, 연결될 수 있다(초안 제3조). 다만 전자기록의 개념 중 결합방식에 의한 부분의 표현은 아직 확정되지 않았으며, 반드시 결합될 것을 요구하지는 않지만 결합된 정보도 포함된다고 본다(UNCITRAL, Draft Model Law on Electronic Transferable Records(A/CN.9/WG,IV/WP.135), para 35).

경우 어떠한 기술을 사용하더라도 신뢰성이 있는 것으로 판단할 수 있게 한 것도[11] 기술적 중립성 원칙의 구현이라 할 수 있다. 기술적 중립성 원칙은 앞서 소개한 기능적 등가성 원칙이나 후술하는 실체법 불간섭 원칙과 같이 입법의 편의에 기여하는 원칙이 아니어서 오히려 입법을 어렵게 하는 측면이 없지 않으나, 향후 기술의 발전을 유도한다는 점에서 입법정책적인 측면이 없지 않고 각국 기술수준의 상이함, 차별성 등을 고려한 입법원칙으로 볼 수 있다.

(3) 실체법 불간섭 원칙[12]

유엔 국제상거래법위원회가 전자양도성기록에 관한 모델법을 제정하는 이유는 전자양도성기록에 관한 각국의 법률과 해석을 통일함으로써 전자양도성기록의 국제적 이용을 활성화하고자 함에 있다.[13] 이를 위해서는 통일적인 실체법 규정을 두는 것이 가장 확실한 방법이겠지만 이는 유가증권제도에 관한 각국의 법률이 상이하고 오랜 기간 지속되어온 유가증권에 관한 각국의 관습, 실무가 다르므로 통일적 실체법 규정을 제정하는 것은 거의 불가능하다. 이러한 한계를 인식할 때 취할 수 있는 차선의 방법은 기존의 유가증권 법리가 가지고 있는 질서를 존중하면서 서면증권의 전자화라는 매체의 변경에 관한 사항만 규정하는 방법이다. 즉 모델법을 입법함에 있어 실체법적 규정을 최대한 배제하여 실체법과 관련됨으로써 발생하는 각 법률 간의 경쟁, 모순을 회피하고 매체변경에 따른 법리를 통일적으로 수용할 수 있도록 하고자 한다. 이와 같이 법률관계의 형식(방식) 변경에 따라 새로운 국제규범을 제정함에 있어 형식변경 부분만 규정하고 기타 요건이나 효과에 관한 규정을 각국의 법률에 위임함으로써 기존의 실체법에 간섭하지 않으려는 입법원칙을 실체법 불간섭의 원칙(non-interference with substantive law)이라 한다.

모델법 초안도 실체법 불간섭의 원칙을 받아들여 최대한 매체변경과 관련된 규정만 두고 실체법적 규정을 초안에서 배제하여 실체법에 영향을 미치지 않으려 하고 있다. 초안은 제1조 2항에서 “본 법에 규정된 경우를 제외하고, 본 법의 어떠한

---

11) 이런 경우 요건 충족에 관한 간주규정(safe harbor provision)이 종종 활용된다.

12) 모델법의 기본원칙에 실체법 불간섭의 원칙 대신 전자통신에 대한 차별금지원칙(non - discrimination of electronic communications)을 언급하기도 한다(UNCITRAL, Draft Model Law on Electronic Transferable Records(A/CN.9/WG,IV/WP.135), para 51). 하지만 동 원칙은 전자양도성기록에 관한 원칙이 아니라 전자기록 전반에 관한 원칙이고 전자양도성기록에서 특별한 의미를 가지지 않으므로 이 글에서는 그 대신 실체법 불간섭의 원칙을 모델법의 기본원칙으로 보고 고찰한다.

13) Ibid., para 3.

조항도 서면 기반의 양도성 증서나 증권에 관한 법원칙이 전자양도성기록에 적용되는데 영향을 미치지 않는다."고 실체법 불간섭원칙을 선언하고 있다.[14] 동 원칙을 반영한 구체적인 규정을 보면, 초안 제10조에서 일정한 정보요건과 신뢰성, 무결성 등 전자양도성기록의 요건을 정하면서 그 밖의 유가증권의 요건과 효과에 관한 규정은 규정하고 있지 않아, 결국 각국의 실체법 규정에 따라 전자양도성기록의 요건과 효과가 결정된다. 특히 초안 제17조는 서면증서, 증권의 점유에 대응하여 전자양도성기록의 지배라는 새로운 개념을 도입하면서 지배의 요건에 관한 규정만 두고 지배요건을 충족한 경우 그 효과에 관해서는 규정을 두고 있지 않다. 따라서 전자양도성기록이 법적 효력은 기존 서면증서, 증권의 효과에 관한 각국의 실체법 규정의 적용을 예정하고 있다.

법률관계를 구성하는 개념에 대한 대응개념을 통해 입법의 효율성을 추구하는 기능적 등가성 원칙과 이에서 한 걸음 더 나아가 대응개념에 관계하는 법률요건의 최소한만을 규정하고 기타 요건과 효과는 각국의 실체법에 맡기는 실체법 불간섭의 원칙은 둘 다 모두 국제 사법에서의 입법기술이자 입법의 효율성을 달성하기 위한 원칙이라 할 수 있다. 모델법 초안도 양 원칙을 받아들여 대응개념을 중심으로 하는 최소한의 규정을 둠으로써 입법 효율성을 추구할 뿐만 아니라 입법과정의 불필요한 경쟁을 방지하고 있다.

Ⅲ. 전자양도성기록의 지배

1. 서

모델법의 중심개념은 전자양도성기록의 지배이다. 전자양도성기록이 어떠한 개념이고, 이에 대한 지배가 성립하기 위해서는 어떠한 요건이 요구되며, 지배의 법적 성질이 무엇인가 하는 점 등은 모델법을 제정함에 있어서 가장 논의가 활발했던 쟁점이다. 이하에서는 전자양도성기록의 지배에 관한 검토를 하기에 앞서 전자양도성기록이 이를 구현하는 시스템에 따라 어떻게 달리 나타날 수 있는가를 먼저

14) 동조에 관한 설명에서 동조를 서면증서, 증권이나 전자양도성기록에 적용되는 실체법에 영향을 미치지 못한다는 취지로 해석한다. 더 나아가 일정 법리를 실체법이 허용할 경우 예를 들어 무기명식의 전자양도성기록의 발행과 같은 경우는 전자양도성기록에 관한 모델법에 별도의 규정을 두지 않더라도 실체법에 따라 허용된다고 본다(UNCITRAL, Draft Model Law on Electronic Transferable Records(A/CN.9/WG,IV/WP.135), para 9).

살펴보는 것이 전자양도성기록의 지배에 관한 정확한 이해에 도움이 된다고 본다.

전자양도성기록에 대한 모델법은 앞서 언급한 바와 같이 기술적 중립성 원칙에 따라 특정한 방식의 전자양도성기록의 구현을 전제하지 않는다. 따라서 다양한 방식의 전자양도성기록이 개발되어 이용되리라 보며 이러한 점에서 전자양도성기록의 방식은 개방적이다. 하지만 실무단이 예상하는 방식은 크게 두 가지 방식이라 할 수 있다. 그 하나가 등록방식이고 나머지 하나가 증표방식이다. 양자의 개념에 관해서는 앞서 소개하였으므로 생략하고 양 방식이 구현될 때 어떠한 차이가 예상되고 따라서 그에 관한 규범이 어떻게 차별화될 수 있는가 하는 점을 검토한다.

등록방식은 등록기관의 등록부를 기준으로 현재의 채무자와 채권자가 결정된다는 점과 채무의 내용이 증명된다는 점을 제외하고는 기존의 채권, 채무관계를 수정하는 부분이 없다. 즉 채권자를 결정하는 방식이 채권자의 증명에 의존하든가 또는 채무자가 발행한 증권에 의존하는 방식(채권자 지정방식), 그리고 채무의 내용을 채무자와 채권자가 합의하여 작성한 계약서에 의존하든가 또는 채무자가 일방적으로 작성하여 채권자가 수령한 증권에 의하던 것을 전자등록부에 의한다는 점(채무내용 증명방식)에서만 차이만 있을 뿐 본질적인 변화는 없다. 이에 반해 증표방식의 경우 등록부라는 공통된 양식을 전제하고 있지 않아, 권리자 지정이 일정한 정보에 대한 배타적 점유에 의하거나 네트워크상의 채무자의 승인에 의하거나 경우에 따라서는 기술적 한계를 전제하여 스스로 권리를 창출하거나[15] 다양한 방식으로 나타날 수 있다. 채무의 내용 역시 전자양도성기록만에 의하게 될 경우도 있고 전자기록 이외의 일정한 제한이 부가될 경우도 있을 수 있다. 그리고 효력면에서도 전자화폐 상응의 효력[16]이 부여될 수도 있어 증표방식은 등록방식에 비해 규율하기가 쉽지 않으리라 예상된다. 이와 같이 등록방식과 증표방식의 규율이 상이할 수 있지만 모델법은 양자를 모두 포괄하는 것을 목적으로 하므로 두 방식과 상충하는 규정을 두어서는 안 되고 두 방식에 모두 적용될 수 있는 규정을 두는 것이 기술적 중립성 원칙을 따르는 입법이라 볼 수 있다. 전자양도성기록의

15) 비트코인과 같이 채굴에 의한 권리취득을 그 예로 볼 수 있다.

16) 우리 전자금융거래법상 전자화폐와 선불전자지급수단은 일정한 가치가 전자적으로 구현되어 있다는 점(속성)에서 동일하다. 하지만 효력을 비교하면, 범용성 등을 차치하더라고 전자화폐는 환금성을 가지고 있고 이를 통해 채무의 이행이 완결되지만, 선불전자지급수단은 환금성이 없고 일부 환불 가능할 뿐이고 이를 통해 채무를 이행할 경우 채무가 완전히 이행된 것이 되지 않고 마치 어음, 수표에 의한 채무의 변제와 동일하게 그 효력에 관해 해석이 요구된다.

지배에 관해 모델법이 규정함에 있어서도 등록방식이나 증표방식 모두에 적용될 수 있는 보편적 입법이 특히 요구된다.

2. 전자양도성기록

전자양도성기록이란 이를 지배하는 자(the person in control)에게 기록에 표시된 채무의 이행을 청구할 수 있는 권리를 부여하고, 해당 기록의 이전을 통하여 그 기록에 표시된 채무의 이행에 대한 권리를 이전할 수 있는, 진정한(authoritative) 정보를 포함하는 전자기록을 의미한다(초안 제3조). 동 개념에 관해 실체법 관련성을 지적하여 동 개념을 보다 형식화하려는 의견이 없지 아니하나,[17] 현재의 개념이 4년여에 걸친 논의를 담고 있어 큰 변경 없이 그대로 유지되리라 본다. 전자양도성기록은 채권을 그 권리의 내용으로 하고, 그 권리의 이전을 위해 전자기록을 활용하고 있어, 채권증권성, 이전증권성, 전자기록성을 개념요소로 하고 있다. 종전 초안에는 그밖에 전자양도성기록의 성질에 관해 유일성, 무결성 등에 관한 규정도 두고 있었으나,[18] 현행 초안은 이들 성질을 개념 규정에서 삭제하고 초안 제10조에서 일정한 정보요건(요식증권성)과 신뢰성, 지배가능성 등을 충족한 경우 서면증권에 대한 기능적 등가성을 갖춘 것으로 이해하고 있다.[19] 따라서 전자양도성기록의 개념을 파악하기 위해서는 개념요건을 정한 초안 제3조와 기술요건을 정한 초안 제10조 양 조항을 동시에 고찰하여야 한다.

초안의 규정에 따라 전자양도성기록이 효력을 가지기 위한 요건을 분석하면, 전자양도성기록은 첫째 채권증권의 성질을 가진다. 우리 법상 유가증권은 그 내용인 권리의 성질에 따라 채권증권, 물권증권, 사원권증권으로 구분되는데, 전자양도성

---

17) 전자양도성기록의 개념에 실체법적 권리의 개념이 포함되는 것은 적절하지 않다는 지적에 따라 동 개념을 "서면증서·증권을 유효하게 하는 정보를 모두 포함하고 모델법 제10조의 요건을 충족하는 전자기록"으로 정의하는 대안도 모색되고 있다(A/CN/WG.IV/WP.135 para.30).

18) 자세한 내용은 정경영, "전자양도성기록(Electronic Transferable Record, ETR)의 '증권성' 확보에 관한 연구", 「금융법연구」 제11권 1호(2014), 135면 이하 참조.

19) 초안 제10조는 서면 기반의 양도성 증서, 증권의 기능적 대응개념으로서 전자양도성기록을 규정하고 있다. 동조는 법률이 서면 기반 양도성 증서 또는 증권의 이용을 요구하는 경우에, 다음의 요건을 갖춘 경우 요건이 충족된다고 규정하면서 그 요건으로 (a) 전자양도성기록이 상응하는 서면 기반 양도성 증서 또는 증권에 포함될 것이 요구되는 정보를 포함하고 있고, (b) 다음과 같은 수단이 사용된 경우 (ⅰ) 그 전자기록을 전자양도성기록을 구성하는 진정한(authoritative) 기록으로 확인하기에 적절할 정도로 신뢰할 수 있어야 하고, (ⅱ) 그 전자기록을 효력발생시점부터 효력종료시점까지 지배의 대상이 될 수 있도록 할 수 있어야 하고 (ⅲ) 전자양도성기록의 무결성을 유지하기에 적절할 정도로 신뢰할 수 있어야 한다고 정하고 있다. 그리고 2항에서 (ⅲ)에서 규정하는 무결성의 판단기준을 정하고 있다.

기록은 채권(to claim the performance of the obligation)을 내용으로 하므로 채권증권에 해당한다. 따라서 우리법상 찾아보기 힘든 물권증권은 물론, 주권 등 사원권증권도 전자양도성기록에 포함되지 않는다. 특히 초안 제2조 2항에서 주권이나 사채와 같은 증권이나 기타 투자증권을 적용범위에서 배제하고 있어 주권과 같은 사원권증권은 전자화되더라도 전자양도성기록의 개념에는 포함되지 않는다.[20]

둘째, 이전증권성을 가진다. 전자양도성기록이 이전성을 가진다는 점에 관해서는 이견이 없었지만 실무단 회의의 초반에는 전자양도성기록에 이전성(transferability)을 넘어 유통성(negotiability)을 부여할 것인가에 관해 논의가 있었다.[21] 그리고 실무단 회의는 전자양도성기록의 개념을 정립하는 과정에서 유통증권의 기능에 해당하는 전자기록의 발행, 이전, 행사 그리고 증명적 기능 모두를 전자양도성기록의 개념에 포함시키려는 논의도 하였지만 이후 논의를 거쳐 현재의 초안과 같이 이전을 위한 수단으로 규정하고 있다.[22] 요컨대 전자양도성기록은 채권의 이전을 실현시키기 위한 수단이고, 전자기록이 내용으로 하고 있는 채권의 이전은 전자양도성기록에 의해 이뤄진다. 전자양도성기록이 담고 있는 채권을 전자기록에 의하지 않고도 이전할 수 있는가 하는 점에 관해 구체적인 논의는 없었지만 이는 어음법, 수표법에서와 같이 각국의 입법과 해석에 맡겨져 있다고 볼 수 있다. 증권의 이전에 따른 항변의 문제, 선의취득문제 등 서면증서, 증권에서 발생하는 중요한 법적 쟁점 역시 각국의 실체법에 따라 해결되게 된다.

셋째, 전자기록성을 가진다. 전자기록이 무엇인가 하는 점은 이미 각국의 많은 입법을 통해 규정된 바 있지만 초안은 전자양도성기록의 기초개념이라 할 수 있는 전자기록에 관한 개념규정을 두고 있다. 전자기록(electronic record)이란 전자적 수단에 의하여 생성, 통신, 수신, 또는 저장된 정보를 의미하며 결합정보의 형태이더라도 무방하다. 동 개념은 유엔 국제상거래법위원회의 전자상거래에 관한 모델법

---

20) 다만 상법 제358조의2 주식전자등록제도의 구조나 법리는 등록방식의 전자양도성기록과 다르지 않다. 그리고 상법 제478조 3항의 사채전자등록제도에 따른 등록사채는 주권과 달리 회사에 대한 채권을 권리의 내용으로 하므로 채권증권에 포함되지만 이 역시 투자증권적 성질을 가졌으므로 초안 제2조 2항에 따라 전자양도성기록에 관한 모델법은 적용되지 않는다고 본다.

21) 실무단 1차 회의에서 유통성과 양도성의 차이가 논의되었고 전자양도성기록에 관한 논의의 방향에 이견이 있었지만 좀 더 폭넓은 접근을 하자는 의견이 받아들여졌다(UNCITRAL, Report of Working Group Ⅳ(Electronic Commerce) on the work of its forth-fifth session(A/CN.9/737) para 23-26) 그 이후에는 양도성과 유통성의 차이에 관해서는 더 이상의 논의가 없었고 초안에 특별히 유통성에 관한 규정도 없어 결국 유통성을 가지지 못하였더라도 양도성이 있을 경우 전자양도성기록에 포함된다고 볼 수 있다.

22) 이에 관한 논의과정은 UNCITRAL, Report of Working Group Ⅳ(Electronic Commerce) on the work of its forth-eighth session(A/CN.9/797) para 23)

과 전자통신협약[23]의 '데이터 메시지' 개념에 근거를 두고 있으며, 정보가 서버 내에 흩어져 있다가 조합되어 하나의 전자양도성기록이 될 수 있는 결합정보(composite information)도 포함하는 개념이다.[24] 다만 전자기록에 전자서명이 포함되어야 하는지에 관해서는 별도의 규정을 두고 있지 않으므로 해당 전자양도성기록에 상응하는 서면 기반의 증서, 증권에 관한 실체법이 규율하는 바에 따라 전자서명이 요구될 수 있다. 다만 초안 제9조는 전자서명에 관해 서명자와 그 자의 의사를 확인할 수 있어야 하고, 신뢰성에 관한 요건을 규정하고 있다.[25]

넷째, 요식증권성을 가진다. 유가증권은 요식증권으로서 유가증권법정주의에 따라 법에서 정한 일정한 방식으로 발행되어야 그 효력을 가진다. 물론 법에서 정한 요건을 충족하지 못할 경우 유가증권이 항상 무효로 되는 것은 아니고 해당 유가증권의 성질에 따라 요건흠결의 효과를 다르게 해석하기도 한다.[26] 전자양도성기록도 이전성을 가지기 위해서는 권리의 내용이 되는 채권의 구체적 내용을 포함해서 일정한 정보를 가지고 있어야 하고 그 정보의 명확성이 요구된다. 하지만 전자양도성기록에는 다양한 종류의 채권증권이 포함될 수 있어 그 요건을 미리 법정할 수는 없으므로, 초안은 기능적 등가성, 실체법 불간섭의 원칙에 따라 상응하는 서면 기반의 증서, 증권이 정하고 있는 요건을 갖추도록 규정하고 있다. 특히 유가증권의 경우 일반적으로 권리자가 표시되고 예외적으로 무기명증권의 발행이 입법에 의해 허용되기도 한다.[27] 전자양도성기록이 무기명식으로 발행될 수 있는가 하는

---

23) UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce(1996), UNCITRAL Electronic Communications Convention 을 의미한다.

24) A/CN/WG.IV/WP.135 para.35.

25) 초안 제9조는 서명(signature)에 관해 규정하는데, 법률이 서명을 요구하는 경우, 다음의 경우 전자양도성기록의 사용에 관해 요건을 충족한다고 규정하면서, 그 요건으로 (a) 서명자를 확인하고 전자기록에 포함된 정보에 관한 서명자의 의사(intention)를 표시하기 위해 수단(method)이 사용된 경우와 (b) 사용된 수단이 다음 중 하나에 해당할 경우로서 (ⅰ) 관련 합의를 포함하여 관련된 모든 상황을 고려하여, 전자기록이 생성된 목적을 위해 적절하다고 신뢰할 수 있거나, (ⅱ) 위의 (a)항에 기술된 기능을 그 자체로 또는 다른 증거와 함께 달성하고 있다고 사실상 증명된 경우 등을 규정하고 있다.

26) 어음법 제2조 1항은 제1조의 어음요건을 흠결한 경우 어음은 절대무효임을 선언하고 있어 어음요건은 어음의 절대적 기재사항으로 해석된다. 다만 발행지의 경우 판례에 의해 발생지 기재를 흠결하더라도 국내어음의 경우 어음은 유효하다고 보아 판례를 통한 해석에 의해 어음법의 강행규정을 변경하였다고 볼 수 있다(대법원 1998.4.23. 선고, 95다36466 전원합의체 판결). 하지만 주권의 기재사항 중 일부를 흠결하더라도 주권의 본질적 사항이 아닐 경우 주권은 유효하다고 하는 입장이 통설이다.

27) 어음법 제1조에는 수취인의 성명이 어음의 절대적 기재사항에 포함되어 있으나, 수표법 제1조에는 수취인이 수표요건에 포함되어 있지 않다. 따라서 어음은 무기명식으로 발행될 수 없으나 수표는 무기명식(소지인출급식)으로 발행될 수 있다고 본다.

점이 초안의 논의과정에 다투어졌는데, 실체법 불간섭 원칙의 관점에서 이에 관한 적극적 규정을 두지는 않지만 무기명식 전자양도성기록(ETR to bearer)을 허용하는 것을 전제로 논의가 진행되고 있다.[28]

다섯째, 신뢰성[29]을 충족하여야 한다. 초안 제10조 (b)항에 따르면, 전자양도성기록이 사용하는 수단은 1) 그 전자기록을 전자양도성기록을 구성하는 진정한(authoritative) 기록으로 확인하고 2) 전자양도성기록의 무결성(integrity)을 유지하기에 적절할 정도로 신뢰할 수 있어야 한다. 그러면서 동조 2항에서 무결성을 판단하는 기준은 전자양도성기록에 포함된 정보가, 그 생성 시부터 효력종료 시까지 발생하는 정당한 변경을 제외하고 완전하고 변경[30] 없이 유지되었는가 여부로 정하고 있다. 여기서 요구되는 신뢰성은 전자양도성기록에 포함되는 정보가 형성된 목적과 모든 관련 상황을 고려하여 판단한다는 기준을 정하고 있다. 요컨대 전자양도성기록의 신뢰성은 증권의 진정성에 대한 확인가능성과 변조방지 가능성으로 보고 이러한 신뢰성 판단은 그 목적을 고려하여 판단하도록 하고 있다. 특히 증권의 확인가능성을 규정하면서 '진정한(authoritative)' 기록의 확인가능성으로 규정한 것은 논의과정의 연혁적인 이유가 배경이 되었다. 즉 종전의 서면증권과 달리 무한 복제가 가능한 전자기록의 특성을 가진 전자양도성기록은 그 이중 청구를 방지하기 위해 전자양도성기록의 핵심개념으로 유일성(singularity, uniqueness)에 관한 조항을 두고 있었으나[31] 이를 전자양도성기록 또는 그 지배의 개념에 흡수하도록 논의가 진행되어 왔다. 따라서 초안 제10조에서 규정하고 있는 '진정한(authoritative)' 기록이란 유일한 전자양도성기록을 의미하고 이를 확인할 수 있는 수단이 사용되어야 신뢰성요건을 충족하게 된다.[32]

여섯째, 지배(control)의 가능성을 가진다. 전자양도성기록은 서면 기반의 증서, 증권의 전자적 대응물이지만 서면증서, 증권과는 달리 서면이 아닌 전자정보의 형태를 가지고 있어 무한복제가능성을 가진다는 점에서 결정적으로 구별된다. 어음

---

28) UNCITRAL, Draft Model Law on Electronic Transferable Records(A/CN.9/WG,IV/WP.135), para 9)

29) 초안에는 신뢰성에 관해 제11조에 일반규정을 두고 있으나 제10조와 같이 개별 규정에서도 정하고 있다. 양자는 취지를 달리하며 제10조는 전자양도성기록에 특유한 신뢰성요건을 정하고 있어 제11조와 구별할 필요가 있다(A/CN/WG.IV/WP.135 para.75 참조).

30) 동조에서 통신, 저장과 현시(display)의 통상 과정에서 발생하는 변경은 문제되지 않는다고 유보조항을 두고 있다.

31) UNCITRAL, Report of Working Group Ⅳ(Electronic Commerce) on the work of its forth-fifth session(A/CN.9/737) para 30; UNCITRAL, op.cit., forth-fifth session(A/CN.9/768) para 51-52). 이에 관한 자세한 논의는 정경영, 앞의 논문, 142-144면 참조.

32) A/CN/WG.IV/WP.135 para.75-78.

이나 수표는 어음, 수표증서를 발행함으로써 채권이 표창되고 그 채권을 표창하는 유일한 증권이 되어, 이를 점유하는 자에게 채권이 귀속하는 것으로 추정하고 증서의 점유를 이전함으로써 권리를 이전하는 법리를 취하고 있다. 하지만 전자양도성기록은 전자기록의 형태를 가지고 있어 서면성이 가지는 유일성(uniqueness)을 가지지 못하고 점유(possession)의 대상이 될 수 없다. 따라서 그 유통을 보장하기 위해서는 법률의 힘을 빌려 제도적으로 전자양도성기록의 유일성을 확보하고 점유에 상응한 일정한 '법률요건'을 확보해 줄 필요가 있다. 이러한 필요성에 따라 도입된 개념이 전자양도성기록에 대한 '지배(control)'이며 이를 통해 전자양도성기록의 유일성과 점유개념을 대체하고자 한다. 초안 제10조 (b)항 (ii)호는 '그 전자기록을 효력발생시점부터 효력종료시점까지 지배의 대상이 될 수 있도록 할 수 있어야 함'을 다른 신뢰성 요건과 함께 규정하고 있다. '지배'라는 개념이 전자기록을 소지하고 있다는 사실상의 개념 즉 점유에 대응하는 개념인지 아니면 점유에 근거한 권리 즉 점유권에 대응한 개념인지 다툼이 있으며 이에 관해서는 아래에서 살펴본다.

3. 지배

서면증서, 증권의 점유에 대응하여 전자양도성기록에 관해 사용되는 개념 즉 점유의 기능적 등가 개념이 지배(control)이다. 모델법 초안은 전자양도성기록의 지배란 그 전자양도성기록을 관리하거나 처분할 수 있는 사실상의 권한(de facto power), 그 전자양도성기록을 사실상 관리하거나 처분하는 권한(power to) 또는 그 전자양도성기록에 대한 사실상의 지배(control in fact)를 의미한다고 정하면서 아직 개념을 확정하지 못하고 선택의 여지를 남겨두고 있다. 전자양도성기록의 지배는 새로운 개념이어서 일부 국가[33]를 제외하고는 각국의 법제에 아직 도입되어 있지 않아 동 개념을 도입함에 있어서 다른 어떤 개념보다도 가장 치열하게 논의가 진행되고 있으며, 그 결과 아직 지배의 개념에 관한 명확한 결론에 도달하지 못하고 있다. 즉 지배를 단순한 사실 개념으로 볼 것인지 아니면 권리 개념으로 파악할

33) 미국의 경우 앞서 소개한 바와 같이 ETR을 비교적 광범위하게 입법에서 받아들이고 있다. 다만 ETR의 지배에 관해서는 정의를 찾아보기 어려운데, ETR은 아니지만 이와 유사한 전자동산담보증권(electronic chattel paper)의 지배에 관해 규정을 두고 있다. UCC 9-105는 동산담보증권을 포함하는 기록은 1) 기록의 단일한 정본(single authoritative copy) 또는 유일한 기록이 존재하도록 하면서 변조가 불가능한 방법으로 형성, 저장, 양도되어야 한다고 정하고 있다. 이에 관한 자세한 논의는 Alvin C. Harrell, The 2010 Amendment to the Uniform Text of Article 9, 65 Consumer Fin. L.Q. Rep. 138. p.145.

것인지 아니면 양자를 절충할 것인지에 관해 각국 대표들의 견해가 대립되고 있다.[34] 따라서 지배의 개념 또는 성질에 관한 논의 즉 지배가 권리이든 사실관계이든 상관없이, 지배의 기능성 즉 점유 대응성을 중심으로 지배의 의미를 살펴볼 필요가 있다.

초안 제17조에서 점유(Possession)에 관한 규정을 두고 있는데 이는 실질적으로 서면증서, 증권의 점유에 대응한 전자양도성기록의 지배에 관한 규정이다. 동조는 전자양도성기록의 지배를 서면증서, 증권의 점유에 대해 기능적 등가성을 가진 개념으로 보며, 앞서 언급한 바와 같이 지배가 성립하기 위한 요건으로 '권리관계 확인가능성'을 들고 있으며 일정한 '신뢰성'도 요구하고 있다. 즉 점유에 대응하는 지배의 요건은 전자양도성기록의 사용에 관해 1) 개인의 전자양도성기록의 배타적 지배를 형성하고 그 개인을 지배권자로 확인하기 위해 일정한 수단이 사용되고, 2) 일정한 수단이 전자양도성기록의 목적에 적합할 정도로 신뢰할 수 있거나, 그 권리관계 확인가능성이 증명될 경우 그 요건을 충족하는 것으로 본다.

'권리관계의 확인가능성'이라 함은 지배의 속성이라 할 수 있는 배타적 귀속관계가 전제되고 누가 그 전자기록을 지배하고 있는지를 확인할 수 있음을 의미한다. 전자기록은 서면증권과 달리 완벽하게 복제가 가능할 뿐만 아니라 통신을 통해 송신하더라도 복제기능에 바탕을 둔 송신이어서 동일한 전자기록이 송신자에게 잔류하는 성질(전자기록의 잔류성)을 가지고 있어 물리적인 점유개념이 적용되기에 한계가 있다.[35] 이러한 특성을 강조하여 전자양도성기록에 관한 모델법에 여전히 유일성에 관한 규정이 포함되어야 한다는 견해[36]도 있다. 하지만 이를 대체할 새로운 개념이 필요하여 전자기록의 귀속관계를 법적으로 확인하고 보장하는 개념으로 '지배(control)'이라는 개념이 고안되었다고 볼 수 있어 유일성 개념은 극복되었다고 볼 수 있다.

이렇게 볼 때 전자기록 특히 재산적 가치가 있는 전자양도성기록에 대한 지배가 성립하기 위해서는 첫째, 점유가 수행하는 기능에 상응할 정도로 권리의 대상을 명확히 할 수 있어야 한다. 이는 권리의 대상인 전자양도성기록의 유일성이 확보

---

34) 지배의 개념에 관한 논의는 매 회의마다 있었지만 특히 제4차 실무단 회의에서 장시간 진행된 바 있다. 동 논의에 관해서는 UNCITRAL, Report of Working Group Ⅳ(Electronic Commerce) on the work of its forth-fifth session(A/CN.9/737) para 74-90 참조.

35) Thomas E. Plank, Evolution of Chattel Paper: From Possession to Control, 46 No. 1 UCC L. J. ART 1(2014), p.2 .

36) Manuel Alba, Transferability in the Electronic Space at a Crossroads: Is it Really about the Document?, 5 Creighton Int'l & Comp. L.J 1, p.24

되어야 한다는 의미이고 이를 전제로 전자양도성기록에 대한 지배라는 개념이 성립된다. 둘째 전자양도성기록에 대한 권리자 즉 지배권자가 누구인지 명확하게 밝힐 수 있어야 한다. 동일한 전자기록에 관해 다수자가 청구권을 가진다면 전자양도성기록은 기능을 할 수 없으므로 다수의 청구권을 배제할 수 있어야 한다는 점에서 점유와 유사하게 배타성을 속성으로 한다고 볼 수 있다. 셋째 권리의 대상과 권리자를 확인하기 위한 수단의 신뢰성이 보장되어야 한다. 즉 전자양도성기록이 발행되고, 유통되는 목적에 비추어 적합할 정도의 신뢰성이 전제되어야 이는 타인에게 유통될 수 있고 법적 안정성을 가질 수 있게 된다. 초안은 이러한 권리관계(대상과 권리자)의 확인가능성과 수단의 신뢰성 이를 달리 표현하면 유일성, 배타성, 신뢰성이라는 세 가지 요건을 서면증서, 증권의 점유에 상응하는 전자양도성기록의 지배의 요건으로 규정하고 있다. 현재 초안 규정이 전자양도성기록의 세 요건을 충족하고 있는지 여부는 아래의 전자양도성기록에 관한 쟁점에 관한 논의에서 살펴본다.

전자양도성기록의 유일성을 확보하는 것도 하나의 목적으로 하는 '지배' 개념에 대한 예외로서 전자양도성기록의 복본 발행을 허용한다. 초안 제14조는 복수 원본(multiple originals)의 발행에 관해, "법률이 하나 이상의 서면 기반의 양도성 증서 또는 증권의 발행을 허용하는 경우에, 이는 전자양도성기록의 이용에 관하여 복수의 유효한 전자기록의 발행에 의하여 가능하다."고 정하고 있다.[37] 서면증서, 증권의 경우에도 필요한 경우 복본의 발행을 허용하고 있어 이에 상응하는 전자양도성기록의 경우에도 복본 발행을 허용한 것으로 이해할 수 있다. 따라서 이는 전자양도성기록의 유일성에 대한 예외라기보다는 서면증권의 복본 발행을 전자양도성기록에도 허용한 것으로 기능적 등가성의 관점에서 이해하여야 한다. 다음으로 전자양도성기록을 이전할 경우 그 방법이 문제된다. 서면증서, 증권의 경우에는 어음, 수표거래에서 보는 바와 같이 어음이나 수표에 배서를 하여 교부하거나, 무기명수표의 경우 교부에 의해 이전된다. 서면증서, 증권의 이전은 배서라는 의사표시보다는 증서, 증권에 대한 유일한 점유의 이전 즉 교부에 의해 완벽하게 실현된다.[38] 하지만 전자양도성기록의 경우 권리이전의 의사는 다양한 방식으로 표시될 수 있

37) 초안 제14조 2항은 "법률이 서면 기반의 증서, 증권의 복본의 개수의 표시를 요구할 경우, 복본 총수가 전자양도성기록에 표시되어야 한다."고 정하고 있다. 복수의 원본이라 함은 복본을 의미하며 이는 우리 어음법도 제64조 이하에서 환어음의 복본 발행을 허용하고 있다.

38) 서면증서, 증권의 유통을 위해 배서를 요구하지만 이는 의사표시의 방식에 지나지 않고 증서, 증권에 의한 유일한 청구권의 확보는 증서, 증권의 교부에 의해 실현된다고 볼 수 있다.

지만, 앞서 언급한 전자기록의 복제가능성, 잔류성으로 인해 점유의 이전으로는 불가능하다는 점이 문제이고 이를 대신할 방법이 요구된다. 초안은 전자양도성기록의 이전에 관해 제17조 2항에서 “법률이 서면 기반의 증서, 증권의 점유의 이전을 요구할 경우 그러한 요건은 전자양도성기록에 대한 지배의 이전을 통해 충족된다.”고 규정하고 있다. 동조 1항에서 ‘지배’의 요건을 정하고 2항에서 지배의 이전을 통해 전자양도성기록이 이전될 수 있음을 정하고 있다.[39]

Ⅳ. 쟁점에 관한 검토

1. 서

실무단은 전자양도성기록에 관한 모델법 초안을 성안하는 과정에서 많은 쟁점을 제기하였고 그에 관한 논의를 진행해 왔다. 그 중 특히 모델법의 입법은 물론 해석에도 영향을 미칠 수 있는 쟁점이 다수 있다. 앞서 먼저 소개한 바와 같이 전자양도성기록의 지배의 개념에 관해 치열하게 논의가 진행되어 왔으나 아직 동 개념을 사실로 파악할 것인지 아니면 권리의 개념에 포섭할 것인지에 관해 결정을 하지 못하고 있다. 그리고 전자양도성기록의 유일성에 관한 규정의 필요성과 전자양도성기록의 지배에 관한 규정과의 관계는 지난 회의까지 논란이 된 바 있다. 모델법의 적용범위에 관해서도 투자증권을 제외하는 것은 확정되었지만 물품증권에 국한할 것인지 아니면 지급증권도 그 대상으로 할 것인지에 관해 판단을 유보하고 있다. 그밖에도 기능적 등가성 원칙을 따르는 모델법이 전자적 환경에서 생겨난 전자양도성기록을 포함시킬 것인지 포함한다면 어떻게 규정할 것인지도 문제된다. 이하에서는 실무단 회의에서 아직 해결하지 않은 쟁점을 검토하고자 한다.

2. 지배의 개념(사실 vs 권리)

서면증서, 증권의 점유에 대응하여 도입된 전자양도성기록에 대한 지배의 개념은 실무단 회의의 전 회기를 통해 다투어져 왔다. 대부분의 국가가 물권의 한 종류로서 점유 또는 점유권에 관해서는 익숙하지만 무형적인 정보에 대한 지배라는 개념에 관해서는 생소하여 이를 점유라는 개념에 대응시키기가 쉽지 않기 때문이

39) 동 조는 지난 초안에서는 제18조의 독립된 조항이었는데 이번 회의 초안에서는 제17조 2항으로 편입되었다.

었다. 이미 전자양도성기록과 지배라는 개념을 자국법에서 사용하고 있는 미국[40]의 경우에서조차 지배의 개념에 관한 규정은 없고 그 개념이나 성질에 관한 논의를 발견하기는 쉽지 않다. 실무단 회의에서 대체로 대륙법계 국가 대표들은 지배의 개념을 점유와 유사하게 사실상의 개념으로 파악하려 하는데 반해, 영미법계 국가 대표들은 지배를 권리적 개념에 귀속시키려 하고 있다.[41] 그러한 입장차이로 인해 초안에는 아직 지배의 개념에 관해 세 가지 입장을 선택사항으로 유보하고 있다.

전자양도성기록의 지배에 관한 초안상의 개념은 앞서 소개한 바와 같이 사실상의 개념으로 보는 견해, 권리로 보는 견해, 그리고 절충적 견해로 이해할 수 있다. 서면증서, 증권의 점유는 사실상의 개념이지만, 증서, 증권을 소지하는 점유에서 점유권이 발생할 수 있어 점유권도 문제될 여지가 전혀 없지는 않다. 서면증서, 증권점유의 경우에는 사실상의 개념인 점유와 권리의 개념인 점유권이 병존하고 있어 이를 굳이 하나의 성질로 규정할 필요가 없다. 하지만 '지배'라는 개념은 존재하지만 '지배권'이라는 개념을 사용하고 있지 않는 전자양도성기록의 경우에는 어느 하나로 이해할 필요가 있다.[42] 결국 지배라는 개념은 사실에 근거하면서도 권리로서의 성질이 부여될 필요가 있으며 그렇다고 절충적 견해로 가기에는 즉 '사실상의 지배'라는 개념이 너무 모호해질 우려가 없지 않다.

지배의 개념, 성질을 고찰하기 위해선 우선 서면증서, 중권에 대한 기존의 점유, 점유권의 개념을 초월할 필요가 있다고 본다. 왜냐하면 전자양도성기록을 사실상 보유하고 있을 경우 보유한다는 사실만으로 권리를 가지지 않기 때문이다. 예를

---

40) 미국의 통일전자거래법(Uniform Electronic Transactions Act, UETA) 제16조와 전자서명법(Electronic Signatures in Global and National Commerce Act, 15 U.S.C. §7001 et seq., E-SIGN) 제201조는 전자양도성기록에 관한 규정을 두고 있다. 그밖에도 통일상법전(Uniform Commercial Code, UCC) 제9장에도 전자양도성기록과 유사한 전자동산저당증권(electronic chattel paper)에 관한 규정을 두고 있고, 미국부동산전자기록법이 제정되어 e-Mortgage가 가능하게 되었다(Zakary Kessler, "Getting One Step Closer to a Commercial Mrogage: U.S. Law and not Technology is Preventing the Commercial Mortgage Market form Transitioning to a Paperless Mortgage", Journal on Telecommunications & High Technology Law, Fall, 2013., p.458-459) 그리고 저당채권등록법(National Mortgage Loan Registry Act)의 제정에 관한 논의도 진행 중인데, 동 법안에도 양도성전자기록(transferable electronic record)에 관한 규정을 두고 있다. 이에 관해서는 Dale A. Whitman, A National Mortgage Registry: Why We Need It, And How To Do It, Uniform Commercial Code Law Journal, Volume 45, Issue 1, April 2013(45 No. 1 UCC L. J. ART 1 Appendix) 그밖에 자세한 내용에 관해 정경영, 앞의 논문, 147-157면 참조

41) UNCITRAL, Report of Working Group Ⅳ(Electronic Commerce) on the work of its forth-fifth session(A/CN.9/797) para. 76-78.

42) 설사 '지배권'이라는 개념을 고안한다고 하더라도 전자양도성기록에는 지배만 문제되고 지배권은 거의 문제될 여지가 없으므로 지배와 구별되는 지배권의 개념은 실익이 없다고 본다.

들어 등록방식의 전자양도성기록은 등록기관이 보유하지만 등록기관이 지배한다고 볼 수 없고 해당 전자기록에 대한 권리자가 전자양도성기록을 지배한다고 본다. 그렇다고 한다면 '유지'[43]와 '지배'의 관계가 되고 지배는 결국 권리의 개념이 된다고 볼 수밖에 없다. 즉 지배는 그 자체가 권리적 성격을 가질 수밖에 없으며 권리적 성격을 가지는 지배만이 전자양도성기록에 관한 입법에서 관심을 가지는 대상이라 볼 수 있다. 증표방식의 전자양도성기록의 경우 사정은 약간 다르게 나타날 수 있다. 이 경우에는 기존의 서면증서, 증권과 유사하게 점유와 유사한 모습이 나타날 수 있기 때문에 점유의 개념을 초월하기 쉽지 않다. 하지만 이 경우에도 점유의 개념을 배제하고 증표방식의 전자양도성기록에 대한 권리를 누가 가지는가 하는 관점에서 접근하면 네트워크 제공자 또는 단순 점유자가 전자양도성기록을 지배한다고 볼 필요가 없다.[44] 따라서 이 경우에도 지배를 권리 개념으로 이해하여 지배권자가 지배하는 것으로 볼 수 있어 지배의 개념은 권리의 속성을 가진다는 입법안이 더 적절하다고 본다.

3. 다수 청구권의 배제(기록의 유일성 vs 지배의 개념)

전자양도성기록에 관한 입법의 출발점은 기록의 단일성(singularity)을 어떻게 유지하느냐 하는 점이었다. 이를 좀 더 정확하게 표현하면 동일한 전자양도성기록을 통해 다수의 청구권이 발생하는 것을 어떻게 방지할 것이냐 하는 점이다. 따라서 전자양도성기록의 유일성(uniqueness)[45] 확보가 UN 국제상거래법위원회 실무단의 초반 논의의 중심이었다. 이에 응하여 전자양도성기록의 유일성에 관한 규정을 두었으며,[46] 동 규정은 유일성을 확보할 수 있는 수단을 요구하고 정본 유사 개념, 정본의 재생산을 방지하기 위한 요건을 충족하여야만 유일성을 확보하는 것으로 정하고 있었다.[47] 그러나 전자양도성기록의 지배(control)에 관해 논의하는 과정에

43) 점유의 개념을 초월하기 위해 '점유'라는 용어의 사용을 배제하고 이와 구별되는 '유지'라는 개념을 편의상 사용한다.

44) 증표방식의 전자양도성기록을 점유하고 있는 자가 동 기록이 내용으로 하는 권리를 가지지 않는 경우는 무권한으로 전자양도성기록을 담은 전자지갑 또는 전자매체를 점유하고 있을 뿐이고 관념적인 무형의 전자양도성기록을 점유한다고 볼 필요가 없다. 따라서 유형적인 물체에 인정되었던 점유라는 사실상의 개념이 무형적인 정보에는 그다지 필요하지 않은 개념이 될 여지가 있다.

45) 단일성과 유일성은 거의 유사하나 전자는 물리적으로 하나라는 개념인데 반해 후자는 결과적으로 유일한 권리가 존재한다는 의미로서 관념적 개념으로 이해할 수 있다.

46) 유엔 국제상거래법위원회 제4차 실무단 회의 초안 제14조 참조(UNCITRAL, "Draft provisions on electronic transferable records"(A/CN.9/WG.IV/WP.124).

47) 자세한 논의는 정경영, 앞의 논문, 143면 이하 참조.

지배의 대상물과 지배권자가 문제되었고 지배의 대상인 전자양도성기록의 유일성은 지배에 관한 규정에서 함께 규정할 수 있다는 방향으로 논의가 전개되었다.[48] 이러한 논의의 흐름에도 불구하고 아직 전자양도성기록의 유일성에 관한 독립된 규정이 있어야 한다는 주장이 없지 않으며,[49] 동 쟁점은 전자양도성기록의 법률관계에선 매우 중요한 문제이므로 현 초안을 기초를 이를 검토해 본다.

전자양도성기록의 유일성 확보와 관련되는 규정은 초안 제10조와 제17조라 할 수 있다. 초안 제10조는 전자양도성기록이 사용하는 수단의 신뢰성에 관해 '진정한(authoritative) 기록을 확인할 수 있어야' 한다고 정하고 있으며, 아울러 변조방지 가능성도 앞서 살펴본 바와 같이 동조에서 규정하고 있다. 그리고 초안 제17조는 점유의 대응개념으로 지배에 관해 규정하면서 지배의 속성을 배타적(exclusive)인 것으로 규정하고 특정인을 지배하는 자로 확인하는 가능성을 요구함으로써 하나의 전자양도성기록에 하나의 지배권자[50]가 대응하도록 규정한 것으로 이해될 수 있다. 즉 현행 초안은 기록의 진정성과 기록에 대한 배타적 지배, 지배하는 자의 확인가능성으로 전자양도성기록의 유일성을 확보하려 하고 있다.

배타성은 지배의 권리로서의 속성에 해당하고 권리의 행사와 관련된다. 따라서 권리의 배타성을 확보한다고 하여 권리의 발생을 제한한다고 볼 수는 없으므로 배타성을 규정하는 것만으로 기록의 유일성이 확보되지는 않는다고 본다. 다음으로 전자기록을 지배하는 자의 확인가능성 역시 이미 다수의 전자양도성기록이 형성되었다면 각 전자양도성기록은 이를 지배하는 자를 달리 확인할 것이므로 각 기록간의 우월관계가 다시 문제되므로 이 역시 전자양도성기록의 유일성을 확보하는 수단이 될 수는 없다고 본다. 마지막으로 전자양도성기록의 진정성에 관해 보면, 진정한 전자양도성기록이 다수 발생할 수 있는가? 전자양도성기록은 등록방식에 의

48) 미국법에서 지배(control)을 규정하고 있는 입법례의 하나인 동산저당증권(chattel paper)에 관한 UCC 제9장도 전자동산저당증권(electronic chattel paper)에 관해 단일성, 유일성에 관한 규정을 두고 있었다. 전자문서의 특성상 단일성 자체가 유지되기 불가능하진 않지만 어렵다는 사실상의 어려움을 이유로 동 규정은 2010년에 보다 완화된 간주규정(safe harbor provision)으로 변경되었다.(Thomas E. Plank, Evolution of Chattel Paper: From Possession to Control, 46 No. 1 UCC L. J. ART 1(2014), p.8)

49) UNCITRAL, Report of Working Group Ⅳ(Electronic Commerce) on the work of its fifth-first session(A/CN.9/834) para 86.

50) '지배권자(holder of ETR)'라는 용어는 '지배권'이라는 개념을 전제하는 것으로 오해할 수 있어 필요한 경우를 제외하고는 이 글에서는 '지배하는 자'라는 용어를 사용하였다. 지배권자라는 개념을 전자양도성기록에 관한 논의의 핵심으로 보는 견해도 있다(Manuel Alba, Order out of Chaos: Technology, Intermediation, Trust and Reliability as the basis for the recognition of Legal Effects in Electronic Transactions, 47 Creighton L. Rev. 387, p.393)

하든 증표방식에 의하든 일정한 절차를 거쳐 채무자가 채권자에게 일정한 채무의 이행을 약속하는 것이다. 따라서 채무자에 의해서 또는 채무자의 동의를 거쳐 발행된 것만이 진정한 전자양도성기록이 되고 이를 복제하였거나 오류로 이중으로 발행되어 다수의 전자양도성기록의 실물이 존재하더라고 채무자가 승인한 하나를 제외하고는 나머지 모두 진정한 전자양도성기록이 될 수 없다. 따라서 '진정한' 기록이라는 요건은 다수의 전자양도성기록의 출현을 사실상 막을 수는 없지만 하나의 진정한 청구권을 법적으로 확보할 수 있다는 점에서 전자양도성기록의 유일성이 실질적으로 확보된다고 본다. 요컨대 초안 제10조의 '진정한 기록' 요건에 의해 전자양도성기록의 유일성은 실질적으로 확보되므로 결과적으로 전자양도성기록의 유일성에 관한 별도의 규정은 불필요하다고 본다.

4. 물품증권 vs 지급증권

모델법 초안을 논의하면서 유가증권의 범위에 포함되는 증권에 대해 선하증권 등 물품증권이 포함됨에 관해서는 이견이 없었다. 왜냐하면 전자양도성기록에 관한 모델법의 마련은 전자선하증권의 발행과 국제적 유통, 행사가 그 중요한 동기가 되었기 때문이다. 그리고 주식 등 투자증권에 관해서는 이미 주식등록제도가 각국에서 제도화되어 있어 이를 포함시켜 논의하기가 쉽지 않을 뿐만 아니라 거래관계가 복잡하고 유형에 따라서는 파생적 성질도 가지고 있어 투자증권은 다른 유가증권과 다른 특성을 가진다는 점에서 일찌감치 본 모델법의 적용범위에서 배제되었다. 문제는 지급증권이었다. 지급증권은 모델법 입법의 직접적 동기가 된 것은 아니므로 처음부터 포함여부가 불명확했지만, 이미 전자금융거래법을 통해 전자지급증권을 입법화하고 있는 한국을 포함한 대부분의 대표들은 이를 포함시키는데 암묵적으로 동의하고 있었다.

지급증권을 전자양도성기록의 범주에 포함시킬 경우 해결해야 하는 선결문제가 있다. 즉 지급증권의 근거법률이라 할 수 있는 어음법이나 수표법이 제네바 어음조약, 수표조약에 근거를 두고 있다. 그런데 동 조약은 그 형식적 요건(서면성 등)을 강행법적으로 선언하고 있어 모델법으로 전자어음, 전자수표를 규정할 경우 제네바어음조약, 수표조약과의 충돌이 문제된다.[51] 이에 관해선 우리나라의 경우 제

51) 제네바 협약과의 충돌에 관한 쟁점은 유엔 국제상거래법위원회 제3차 실무단 회의에서 지적되었고(UNCITRAL, Report of Working Group Ⅳ(Electronic Commerce) on the work of its forth-seventh session(A/CN.9/768) para 20-21), 이후 논의되기 시작하여 아직 결론을 내리지 못

네바 어음조약, 수표조약의 체약당사국이 아니므로 직접적인 영향을 받진 않지만, 우리 어음법, 수표법이 동 조약에 근거하여 제정되었으므로 동 논의로부터 완전히 자유롭진 않다. 모델법 초안은 이에 관한 결정을 유보하고 있으며[52] 이는 향후 논의에서 정리되리라 생각되지만, 체약당사국이라 하더라도 조약을 제정법에 우선하도록 하는 규범체계가 아니라면 모델법에 따라 새로운 법률을 제정할 경우 신법우선의 원칙에 의해 크게 문제되지는 않으리라 본다. 그리고 전자양도성기록은 전자선하증권에서도 효용을 발휘하겠지만 오히려 전자지급증권의 형태로 더 많이 활용될 것으로 예상되므로 전자지급증권은 전자양도성기록의 모델법의 적용범위에 포함되어야 한다고 본다.

5. 유가증권의 전자화 vs 새로운 전자양도성기록

전자양도성기록에 관한 모델법을 제정함에 있어서 예상하지 않았던 하나의 쟁점이 전자적 환경에서만 존재하는 전자양도성기록에 관한 문제이다. 이러한 전자양도성기록에 모델법이 적용된다고 하는데 별 문제가 없어 보이지만 모델법이 기능적 등가성 원칙을 따르고 있어 문제가 된다. 즉 전자적 환경에서만 존재하는 전자양도성기록은 그에 대응하는 서면 방식의 유가증권 형태가 없이 새롭게 탄생한 것이므로 기능적 등가성에 근거한 모델법의 적용에 한계가 있을 수밖에 없다는 근본적인 문제 때문이다. 이러한 이유에서 초안은 아직 동 쟁점을 다루지 않고 초안의 다른 부분이 완성된 후에 동 유형을 포함시킬 것인지 여부를 결정하도록 유보하고 있다.[53]

전자적 환경에서만 존재하는 전자양도성기록은 전자통신기술의 발전을 고려할 때 어느 특정 국가의 문제는 아니고 보편적 현상으로 나타날 가능성이 많다. 그렇다고 한다면 이러한 전자양도성기록도 국제적으로 통일될 필요성이 있으므로 모델법을 통한 통일의 유도가 요구됨은 일반 전자양도성기록과 동일하다. 그리고 모델법은 그 자체가 구속력을 가지지 않으므로 이는 개별국가의 입법에 의해 규범력을 가지게 된다. 따라서 전자적 환경에서만 존재하는 전자양도성기록의 경우는 기존의 규범체계가 존재하지 않으므로 당연히 특별한 법률을 해당 국가가 제정하여야 새로운 규범체계에 의해 규율될 것이 예상된다. 이 경우 동 규범을 제정함에 있어

하고 결정을 유보하고 있다.

52) UNCITRAL, "Draft provisions on electronic transferable records"(A/CN.9/WG.IV/WP.135) para 17.

53) Ibid. para 31.

서 기존의 유가증권에 대응하는 전자양도성기록과의 통일성을 유지하여야 수범자들도 동 전자기록의 사용에 혼란을 예방할 수 있으므로 전자적 환경에서만 존재하는 전자양도성기록도 당연히 모델법의 적용범위에 포함되어야 한다.

Ⅴ. 결어

어음, 수표, 주권, 선하증권 등 다양한 형태의 유가증권의 전자화를 위해 우리나라를 비롯해 많은 국가들이 노력을 경주하고 있다. 유엔 국제상거래법위원회는 이러한 각국의 노력에 따라 제정되는 입법들이 불일치할 경우 발생할 수 있는 국제간의 거래의 위축을 막고 전자적으로 발행된 선하증권 등이 국제간 거래에서도 거래될 수 있도록 전자양도성기록에 관한 모델법을 마련하고 있다. 실무단의 논의는 거의 마무리 단계여서 모델법의 윤곽이 드러났으며 일부 쟁점만 아직 논의가 유보되어 있는 상태이다. 이런 시점에 이 글은 모델법 초안을 소개하고 새로운 법률개념에 관한 다양한 논의를 끌어내고자 함을 목적으로 하였다.

채권을 내용으로 하면서 그 권리의 이전을 위한 전자적 정보인 전자양도성기록은 기존의 유가증권의 전자화로 볼 수 있다. 모델법도 그러한 취지에 맞게 전자양도성기록에 관해 새로운 규범을 마련하려고 하지 않고 대응개념을 만들어 기존의 규범질서에 상응하게 하는 기능적 등가성의 원칙, 동 대응개념을 기존의 실체법이 그대로 적용되도록 실체법적 규정을 가능한 한 배제하는 실체법 불간섭의 원칙, 등록방식, 증표방식 등 어느 하나의 기술을 고집하지 않는다는 기술적 중립성의 원칙 등을 존중하고 있다. 따라서 각국은 모델법에 따라 유가증권이 전자화되는데 필요한 최소한의 규정을 어떤 형태로든 입법할 경우 유가증권에 관한 기존의 법률을 모순 없이 전자양도성기록을 활용한 거래를 규율할 수 있게 된다.

유가증권은 점유를 중심으로 권리를 공시, 이전, 행사하는 법적 도구개념이다. 이를 전자화한 전자양도성기록은 그 전자문서로서의 특성을 고려할 때 배타적 점유가 성립할 수 없으므로 유가증권의 점유에 대응하는 새로운 법률 개념으로 지배라는 개념을 모델법은 사용한다. 전자양도성기록의 지배의 법적 성질에 관해서는 아직 더 논의가 필요하지만 전자기록을 누가 유지하느냐에 관계없이 그 전자기록에 대한 권리를 가지는 자가 전자양도성기록을 지배하는 자가 된다는 점에서 권리적 성격을 갖지 않을 수 없다. 전자양도성기록의 지배가 성립하기 위해 모델법은

최소한의 요건으로 기록의 진정성, 배타적 지배, 지배하는 자의 확인가능성 등을 요건으로 정하고 있다. 동산에 대한 권리로서 오랫동안 우리가 의존해 오던 점유라는 개념을 대신하기 위해 도입하는 지배라는 개념은 앞으로도 많은 논의가 요구된다. 그리고 그 개념에 대한 정확한 이해가 전제되어야 앞으로 동 개념을 사용하는 외국법과 충돌 없이 전자거래 관련 입법을 보다 명확하게 할 수 있으리라 본다.

모델법에 관한 실무단 회의가 내년 쯤 마무리될 것으로 예상되어 우리도 모델법 초안에 관한 보다 심도 있는 연구가 필요한 시점이 되었다. 특히 '전자양도성기록의 지배'라는 새롭게 도입되는 개념에 관해 민법학 또는 상법학이 이를 어떻게 받아들일 것인가 하는 고민을 위해 학계가 심도 있는 논의를 시작할 필요가 있다고 본다. 뿐만 아니라 실무계도 전자양도성기록에 관한 모델법에 따라 신뢰성을 갖춘 시스템을 구축하고 보다 빠른 속도로 보편화될 전자양도성기록을 활용한 시장에 선점의 이익을 향유할 수 있도록 노력을 기울여야 한다고 본다. 그리고 전자거래에 관한 법률들이 파편화되어 있는 현실에서 전자양도성기록에 관한 모델법 제정을 계기로 보다 체계적이고 포괄적인 법률의 개정작업도 요구된다고 본다.

(논문투고일 : 2015.08.25, 심사개시일 : 2015.09.01, 게재확정일 : 2015.09.22)

정 경 영

전자양도성기록, 서면기반의 증서, 증권, 전자양도성기록의 지배, 기능적 등가성, 기술적 중립성, 실체법 불간섭, 등록방식, 증표방식, 전자지급수단

【참 고 문 헌】

정경영, 「전자금융거래와 법」, 박영사, 2007

_____, “전자양도성기록(Electronic Transferable Record, ETR)의 ‘증권성’ 확보에 관한 연구”, 「금융법연구」 제11권 1호(2014).

최경진, “UNCITRAL 전자양도성기록 규정안”에 대한 고찰“, 국제거래법연구(국제거래법학회, 2013), 제22권 1호.

_____, “국제거래법의 신지평: 국제금융, 결제, 유통: UNCITRAL 전자양도성기록 규정안에 대한 비교법적 고찰”, 국제거래법연구(국제거래법학회, 2014), 제23권 2호.

법무부, 「2013년 국제거래법연구단 국제회의 참가 연구보고서」, 2014. 6.

小出 篤, 「手形の電子化」と電子記録債権 －ＵＮＣＩＴＲＡＬにおける「電子的移転可能記録」の検討から, 前田重行先生古稀記念企業法・金融法の新潮流, 商事法務, 2013.

Alvin C. Harrell, The 2010 Amendment to the Uniform Text of Article 9, 65 Consumer Fin. L.Q. Rep. 138.

Candace M. Jones, Going Paperless: Transferable Records and Electronic Chattel Paper, Prac. Law., July 2002.

Dale A. Whitman, A National Mortgage Registry: Why We Need It, And How To Do It, Uniform Commercial Code Law Journal, Volume 45, Issue 1, April 2013(45 No. 1 UCC L. J. ART 1 Appendix).

David Frisch, Electronic Signatures in Global and National Commerce Act, 201. Transferable Records. Commentary 201:4ES Control).

John Patrick Hunt, Should the Mortgage Follow the Note? 75 Ohio St. L.J. 155.

Manuel Alba, Order out of Chaos: Technology, Intermediation, Trust and Reliability as the basis for the recognition of Legal Effects in Electronic Transactions, 47 Creighton L. Rev. 387.

_____, Transferability in the Electronic Space at a Crossroads: Is it Really

about the Document?, 5 Creighton Int'l & Comp. L.J. 1.

Richard A. Lord, A Primer on Electronic Contracting and Transactions in North Carolina, Campbell Law Review, Fall 2007(30 Campbell L. Rev. 7).

Thomas E. Plank, Evolution of Chattel Paper: From Possession to Control, 46 No. 1 UCC L. J. ART 1(2014).

Warren E. Agin/ Scott N. Kumis, A Framework for Understanding Electronic Information Transactions, Albany Law Journal of Science and Technology, 2005.

Zakary Kessler, GETTING ONE STEP CLOSER TO A COMMERCIAL EMORTGAGE: U.S. LAW AND NOT TECHNOLOGY IS PREVENTING THE COMMERCIAL MORTGAGE MARKET FROM TRANSITIONING TO A PAPERLESS EMORTGAGE, Journal on Telecommunications & High Technology Law, Fall, 2013.

The ABA Cyberspace Committee Working Group on Transferable Records, EMULATING DOCUMENTARY TOKENS IN AN ELECTRONIC ENVIRONMENT: PRACTICAL MODELS FOR CONTROL AND PRIORITY OF INTERESTS IN TRANSFERABLE RECORDS AND ELECTRONIC CHATTEL PAPER, Business Lawyer, 2003. 11.(59 Bus. Law. 379).

UNCITRAL, "Draft provisions on electronic transferable records"(A/CN.9/WG.Ⅳ/WP.124.

_____, "Possible future work on electronic commerce - Proposal of the United States of America on electronic transferable records"(A/CN.9/681/Add.1), 2009. 6.

_____, "Report of Working Group Ⅳ(Electronic Commerce) on the work of its 45th session"(A/CN.9/737).

_____, "Report of Working Group Ⅳ(Electronic Commerce) on the work of its 48th session(Vienna, 9-13 December 2013)"(A/CN.9/797).

_____, "Model Act on Electronic Transferable Record"(United Nations Commission on International Trade Law Working Group Ⅳ (Electronic Commerce), 52th session, Vienna, 9-13 November 2015(Provisional Draft), A/CN/WG.Ⅳ/WP.135).

Abstract

A Study on Recent International Discussion Relating to the Digitization of Negotiable Instrument

Gyung Young Jung

Paper-based document or instrument is changed into digital one rapidly due to the development of ICT(Information Communication Technology). The legal environment surrounding the paper-based document or instrument including negotiable instrument, for example, bill of lading, warehouse receipt, promissory note, bill of exchange, check, certificate of share, certificate of bond etc. are being digitalized following the demand from the practical circle. Because electronic document or instrument can be issued, transferred, stored with lower expenses and the safety of transactions can be strengthened by using them in some meaning.

This paper focused on recent changes and developments of the electronic negotiable instrument, which has been the main topic of UNCITRAL WG Ⅳ and of which it has discussed on the issues. The main target for the working group to make efforts is both the concept of ‘electronic transferable record(ETR)’ corresponding to paper-based negotiable instrument and the notion of ‘control of ETR’ corresponding to the possession of paper-based negotiable instrument. According to the principle of functional equivalence, working group has focused on the corresponding new concepts to the paper-based document and instrument, but the notion of ETR is not difficult not only to understand but also tto make a provision on it. And the definition of control of ETR is very hard too to agree with by delegations from respective member countries

in UNCITRAL WG Ⅳ, One issue to be solved among many issues by WG Ⅳ is on the characteristic of control of ETR, which is, whether it is in nature a fact or a right and is yet to be solved by working group.

Besides control of ETR, there are many issues to be tackled in order to conclude the model law on ETR, which are, for example, the sphere of that model law, in particular, on including the ETR relating to payment and the ETR existing only in electronic world, and the way how to realize the uniqueness of ETR, so to speak, by provision on the requirement of uniqueness or just by provision on control of ETR. Even though there remain some issues for the working group to solve and the model law is not completed yet, it is the best time for Korean scholars and specialists in practical sector to be interested in the model law and prepare to research on and adapt to the new electronic environment.

Gyung Young Jung

Electronic Transferable Record, ETR, registry system, token system. control of ETR, paper-based transferable document and instrument, functional equivalence, technological neutrality, non-interference with substantive law

참고 자료

전자양도성기록 모델법 초안 번역(Draft Model Law on ETR) (2015. 11. 비엔나회의 자료)

“제1조 적용범위(Scope of application)

1. 본 법은 전자양도성기록에 적용한다.

2. 본 법에 규정된 경우를 제외하고, 본 법의 어떠한 조항도 서면 기반의 양도성 증서나 증권에 관한 법원칙이 전자양도성기록에 적용되는데 영향을 미치지 않는다.

[3. 회원국 특유의 일정 유형의 전자양도성기록을 규율하는 법률에 의해 규정되는 경우를 제외하고, 본 법은 전자양도성기록에 적용한다.]”[1)]

“제2조 적용배제(Exclusion)

1. 본 법은 소비자보호에 적용되는 어떠한 법원칙에 우선하지 않는다.

2. 본 법은 주식과 사채 등의 증권 그리고 기타 투자증권에는 적용되지 아니한다.

3. [본 법은 환어음, 약속어음 그리고 수표에는 적용되지 아니한다.]”

“제3조 정의(Definitions)

이 법의 목적을 위하여:

"전자양도성기록"이란 지배권자(the person in control)에게 기록에 [표시된(indicated)] 채무의 이행을 청구할 수 있는 권리를 부여하고 그리고 해당 기록의 이전을 통하여 그 기록에 [표시된] 채무의 이행에 대한 권리를 이전할 수 있는 [진정한(authoritative) 정보를 포함한] [전자기록]을 의미한다.[2)]

“서면 기반의 양도성 증서 또는 증권”이란 소지인에게 증서 또는 증권에 [표시된] 채무의 이행을 청구할 권리를 부여하고 증서 또는 증권의 이전을 통해 증서 도는 증권에 나타난 채무이행에 대한 권리를 이전할 수 있는 양도성 증서 또는 증권을 의미한다. 서면 기반의 양도성 증서 또는 증권에는 환어음, 수표, 약속어음,

---

1) 초안에서 [ ]로 표시된 내용은 아직 확정되지 않아 더 논의가 요구되는 사항 또는 수개의 선택지 중 선택이 필요한 사항 등을 의미한다.

2) 대안으로 “‘전자양도성기록”이란 서면기반의 증서, 증권을 유효하게 하는 모든 정보를 포함하고 제10조의 요건을 충족하는 전자기록이다.’라는 안을 제시하고 있다.

[화물운송장], 선하증권과 창고증권 등을 포함한다

“전자기록(electronic record)”이란 전자적 수단에 의하여 생성, 통신, 수신, 또는 저장된 정보를 의미하며, [이는 적절할 경우 기록의 일부가 되도록 관련되거나 [함께] [그기에] [기록의 일부가 되도록] 연결되며, 이는 동시 또는 후속적이지 않게 생성되든 관계없다.]

"발행자(issuer)"란 직접 또는 제3자의 도움을 받아 전자양도성기록을 발행하는 자를 말한다.

전자양도성기록의 “지배(control)”란 [그 전자양도성기록을 관리하거나 처분할 수 있는 사실상의 권한(de facto power)] [그 전자양도성기록을 사실상 관리하거나 처분하는 권한(power to)] [그 전자양도성기록에 대한 사실상의 지배(control in fact)]를 의미한다.

"수정(amendment)"이란 초안 제20조에 규정된 절차에 따른 전자양도성기록에 포함된 정보의 정정(modification)을 의미한다.

“채무의 이행(performance of obligation)이란 서면 기반의 양도성 증서 또는 증권 또는 전자양도성기록에 특정된 상품의 인도 또는 일정금액의 지급을 의미한다.

“채무자(obligor)”란 서면 기반의 양도성 증서 또는 증권 또는 전자양도성기록에 [증서, 증권, 기록에 포함된 채무를] 이행할 의무를 가진 것으로 [표시된(indicated] 자를 의미한다.

"교체(replacement)"란 서면 기반 양도성 증서 또는 증권을 전자양도성기록으로 대체하는 것 또는 그 반대([vice versa], [conversely])를 의미한다.

"제3자 서비스 제공자"란 [제31조 및 제32조에 따라] 전자양도성기록[의 이용]과 관련된 서비스를 제공하는 제3자를 의미한다.“

“제4조 해석(Interpretation)

1. 본 법은 국제적 원전인 [--] 으로부터 유래한다. 본 법을 해석함에 있어, 그 국제적 원전에 대해 그리고 적용상의 통일성을 증진시키고 [선의를 준수할 필요성에 대해] 고려하여야 한다.

2. 본 법에 명시적으로 규정하지 않았지만 본 법이 적용되는 문제는 본 법이 근거하는 일반원칙에 합치하도록 해결되어야 한다.“

“제5조 당사자자치(Party autonomy [and privity of contract])

1. 당사자는 본 법의 규정을 합의에 의해 배제하거나 변경할 수 있다[단 제1조, 2조, 4조와 5조 2항, 6조, 7조 [---] 제31조, 제32조는 제외된다.]

2. 그러한 약정은 해당 약정의 당사자가 아닌 자의 권리에 영향을 미치지 아니한다.“

“제6조 정보 요건(Information requirements)

본 법의 어떠한 사항도 특정인의 신원, 영업소 소재지 또는 기타 정보를 개시할 것을 요구하는 규정에 영향을 미치지 않으며, 특정인의 이에 관한 부정확하고 불완전하거나 잘못된 기술에 따른 법적 효과를 면제하지 않는다.“

B. 전자거래에 관한 규정

“제7조 전자양도성기록의 법적 인식(Legal Recognition)

전자양도성기록은 전자적 형태라는 이유만으로 법적 효력이 부인되지 않는다.“

“제8조 서면(Writing)

법률이 정보가 서면일 것을 요구하는 경우, 전자양도성기록에 포함된 정보가 추후 참조에 사용될 수 있도록 접근 가능하다면 전자양도성기록에 관해 요건을 충족한다.“

“제9조 서명(Signature)

법률이 서명을 요구하는 경우, 다음의 경우 전자양도성기록의 사용에 관해 요건을 충족한다.

(a) 서명자를 확인하고 전자기록에 포함된 정보에 관한 서명자의 의사(intention)를 표시하기 위해 수단(method)이 사용된 경우

(b) 사용된 수단이 다음 중 하나에 해당할 경우

(ⅰ) 관련 합의를 포함하여 관련된 모든 상황을 고려하여, 전자기록이 생성된 목적을 위해 적절하다고 신뢰할 수 있거나

(ⅱ) 위의 (a)항에 기술된 기능을 그 자체로 또는 다른 증거와 함께 달성하고 있다고 사실상 증명된 경우“

C. 전자양도성기록의 사용

“제10조 [서면 기반의 양도성 증서, 증권] [유효한(operative) 전자기록] [전자양도성기록][3]

1. 법률이 서면 기반 양도성 증서 또는 증권의 이용을 요구하는 경우, 다음의 요건을 갖춘 경우 요건이 충족된다:

(a) 전자양도성기록이 상응하는 서면 기반 양도성 증서 또는 증권에 포함될 것이 요구되는 정보를 포함하고 있고; 그리고

(b) 다음과 같은 수단이 사용된 경우:

(ⅰ) 그 전자기록을 전자양도성기록을 구성하는 진정한(authoritative) 기록으로 확인하기에 적절할 정도로 신뢰할 수 있어야 하고;

(ⅱ) 그 전자기록을 효력발생시점부터 효력종료시점까지 지배의 대상이 될 수 있도록 할 수 있어야 하고;

(ⅲ) 전자양도성기록의 무결성을 유지하기에 적절할 정도로 신뢰할 수 있어야 한다.

2. 무결성을 판단하는 기준은 전자양도성기록에 포함된 정보가, 그 생성 시부터 효력종료 시까지 발생하는 일정한 [정당한] 변경을 포함하여‘ 완전하고 변경 없이 유지되었는가 여부이다. 다만 통신, 저장과 현시의 통상 과정에서 발생하는 변경은 문제되지 않는다. 요구되는 신뢰성의 기준은 전자양도성기록에 포함되는 정보가 형성된 목적과 모든 관련 상황을 고려하여 판단되어야 한다.

“제11조 일반 신뢰성 기준

1. 요구되는 신뢰성의 기준은 ETR에 포함된 정보가 형성된 목적과 모든 관련 상황을 고려하여 판단되어야 한다.

2. [제10조, 제17조,,…]를 위하여 방법이 신뢰할만한가 또는 신뢰할만한 정도를 결정함에 있어서, 다음의 요소들이 고려될 수 있다:

(a) 데이터 무결성의 확보 정도

(b) 시스템에의 무권한 접근 및 이용을 방지할 능력;

(c) 하드웨어 및 소프트웨어 시스템의 품질;

(d) 독립기구에 의한 감사의 정규성 및 정도;

(e) 그 방법의 신뢰성과 관련한 감독 기구, 평가 기구 또는 자율 조직에 의한 판

3) 조문이 완전히 수정됨.

단의 존재; 또는

(f) [당사자간의 약정;] 및

(g) 기타 관련 사항“

“제12조 전자양도성기록의 시기와 장소(Indication of time and place of ETR)[4)]

1. 법률이 서면 기반의 양도성 증서, 증권에 관해 시간과 장소의 표시를 요구하거나 허용할 경우 전자양도성기록에 관한 시간과 장소를 표시하기 위해 신뢰할 수 있는 수단이 사용되어야 한다.

[2. 전자양도성기록은 발신자의 영업소에서 발송되고 수신자의 영업소에서 수신된 것으로 본다.]

3. 전자주소를 지원하는 정보시스템이 소재하는 장소는 전자양도성기록이 본조 2항에 따라 수신되는 것으로 보는 장소와 구별됨에도 불구하고 본조는 적용된다.

“제13조 전자양도성기록의 이용 동의(consent to use an ETR)

1. 이 법의 어떠한 규정도 개인이 그 동의 없이 전자양도성기록을 이용할 것을 요구하지 않는다.

2. 전자양도성기록을 이용하기 위한 개인의 동의는 개인의 행위로부터 추정될 수 있다.“

“[제14조 복수 원본[의 발행]([Issuance of] multiple originals)

1. 법률이 하나 이상의 서면 기반의 양도성 증서 또는 증권의 발행을 허용하는 경우에, 이는 전자양도성기록의 이용에 관하여 [복수의 [유효한] 전자기록의 발행]에 의하여 가능하다.

[2. 법률이 서면 기반의 증서, 증권의 복본의 개수의 표시를 요구할 경우, 복본 총수가 전자양도성기록에 표시되어야 한다.]

“제15조 전자양도성기록의 실체적 정보요건(Substantive information requirement of ETR)

본 법의 어떠한 규정도 서면 기반의 양도성 증서 또는 증권의 발행을 위하여 요구되는 것 이외에 전자양도성기록의 발행을 위한 부가적인 [실체적] 정보를 요구

4) 동 조항은 완전히 수정됨.

하지 않는다“

“제16조 전자양도성기록의 부가정보(Additional information in ETR)

본 법의 어떠한 규정도 서면 기반의 양도성 증서 또는 증권에 포함되는 것 에 부가하여 전자양도성기록에의 정보 편입을 금지하지 않는다.“

“제17조 점유(Possession)

1. 법률이 서면 기반의 양도성 증서, 증권의 점유를 요구하는 경우, 그 요건은 전자양도성기록의 사용에 관해 다음 각 호의 경우에 충족된다.

(a) 개인의 전자양도성기록의 배타적 지배를 형성하고 그 개인을 지배권자로 [확인] [형성] 하기 위해 일정한 수단이 사용된 경우

(b) 일정한 수단이 아래 경우 중 하나에 해당할 경우

(ⅰ) 관련된 합의를 포함하여 모든 상황을 고려하여 전자양도성기록이 [형성된(created)] [생성된(generated)] 목적에 적합할 정도로 신뢰할 수 있거나

(ⅱ) 그 자체로 또는 다른 증명수단과 함께 위 (a)항에 명시된 기능을 달성한 것으로 사실상 증명되어야 한다.

2. 법률이 서면 기반의 증서, 증권의 점유의 이전을 요구할 경우 그러한 요건은 전자양도성기록에 대한 지배의 이전을 통해 충족된다.

“제18조 제시(Presentation)

법률이 서면 기반의 양도성 증서 또는 증권의 제시를 요구하는 경우, [이행을 위해 또는 인수를 위해] 필요할 경우 배서를 하여 전자양도성기록을 이전함으로써 그 요건은 충족된다. “

“제19조 배서(Endorsement)

법률이 서면 기반의 양도성 증서 또는 증권의 배서를 요구 또는 허용하는 경우, [배서와 관련된] [배서의사가 포함된] 정보가 그 전자양도성기록에 [논리적으로 결합되거나 연결되고][포함되고] 그리고 그 정보가 제8조 및 제9조의 요건을 충족하는 경우 전자양도성기록에 관해 그 요건은 충족된다.

"제20조 전자양도성기록의 정정(Amendment of ETR)

법률이 서면 기반의 양도성 증서 또는 증권의 정정을 요구하거나 허용하는 경우 정정된 정보가 전자양도성기록에 반영되고 그것이 쉽게 식별될 수 있는 신뢰할만한 방법이 전자양도성기록의 정보의 정정을 위하여 사용된 경우 그 요건이 충족된다.

"제21조 재발행(Reissuance)

1. 법률이 서면 기반의 양도성 증서 또는 증권의 재발행을 허용하는 경우, 전자양도성기록은 재발행될 수 있다.

"제22조 [매체의 변경(Change of medium)], [서면 기반 증서, 증권과 전자양도성기록의 대체(Replacement of paper-based transferable document or instrument with an electronic transferable record)][5)]

1. 서면 기반의 양도성 증서 또는 증권의 전자양도성기록으로의 매체 변경은 매체변경이 목적에 적합할 정도로 신뢰할 만한 수단이 사용된 경우 가능하다.

2. 매체변경이 유효하기 위해서는 다음의 요건이 충족되어야 한다.

(a) 전자양도성기록은 서면 기반의 양도성 증서, 증권에 포함되었던 모든 정보를 포함하고 있고; 그리고

(b) 매체변경을 표시하는 기술이 전자양도성기록에 포함되어야 한다.

3. 2항에 따라 전자양도성기록이 발행되면 서면 기반의 증서, 증권은 효력을 상실한다.

4. 1항과 2항에 따른 매체변경은 당사자의 권리와 의무에 영향을 미치지 않는다.

"제23조 [전자양도성기록과 서면 기반 증서, 증권의 대체(Replacement of an electronic transferable record) with paper-based transferable document or instrument]

1. 전자양도성기록의 서면 기반의 양도성 증서 또는 증권으로의 매체 변경은 매체변경이 목적에 적합할 정도로 신뢰할 만한 수단이 사용된 경우 가능하다.

2. 매체변경이 유효하기 위해서는 다음의 요건이 충족되어야 한다.

---

5) 동조는 완전히 개정됨. 특히 서면에서 전자로, 전자에서 서면으로의 변경이 별개의 조문화한 것이 특징임.

(a) 서면 기반의 양도성 증서, 증권은 전자양도성기록에 포함되었던 모든 정보를 포함하고 있고; 그리고

(b) 매체변경을 표시하는 기술이 서면 기반의 양도성 증서, 증권에 포함되어야 한다.

3. 2항에 따라 서면 기반의 증서, 증권이 발행되면 전자양도성기록은 효력을 상실한다.

4. 1항과 2항에 따른 매체변경은 당사자의 권리와 의무에 영향을 미치지 않는다.

"제24조 전자양도성기록의 분할 및 병합(Division and consolidation of ETR)

1. [법률이 서면 기반의 양도성 증서 또는 증권의 분할 또는 병합을 허용하는 경우에, 다음의 요건을 갖추면 전자양도성기록은 분할 또는 병합될 수 있다.

(a) 전자양도성기록을 분할, 병합하기 위해 신뢰할 만한 수단이 사용되고

(b) 분할 또는 병합된 전자양도성기록이 그러한 사실을 확인하는 언급을 포함하고 있을 경우]

2. [분할 또는 병합시 기존의 분리된 또는 병합된 전자양도성기록은 효력이 정지된다.]

D. 국제간 전자양도성기록의 인식(제25조)

"제25조 외국 전자양도성기록의 무차별(Non-discrimination of foreign electronic transferable records)

1. 전자양도성기록은 [만일 그것이 실질적으로 동등한 신뢰 수준을 제공한다면] 그것이 [외국에서] [해외에서] [입법하는 국가의 밖에서] 발행되었거나 이용되었다는 [또는 그 발행이나 이용이 부분적 또는 전적으로 [외국에] [해외에] [입법국가의 밖에] 근거를 둔 제3자의 서비스와 관련되어 있다는] 이유만으로 법적 효력, 유효성 또는 강제성이 부인되지 말아야 한다.

2. 본 법의 어떠한 규정도 서면 기반의 양도성 증서 또는 증권을 규율하는 국제사법이 전자양도성기록에 적용되는 데에 영향을 미치지 아니한다."

인터넷 링크와 저작권 침해 책임*

이 해 완**

Ⅰ. 머리말
Ⅱ. 직접침해의 성립 여부
1. 서설
2. 대법원 판례의 입장
3. 주요국 판례의 동향
4. 소결론
Ⅲ. 간접침해의 성립 여부
1. 서설
2. 대법원 판례의 입장 – 2015.3.12. 선고 2012도13748 판결
3. 주요국 판례의 동향
4. 소결론
Ⅳ. 맺음말

【국 문 요 약】

타인의 저작물 또는 그 복제물에 링크를 거는 것에 대하여 저작권침해책임을 물을 수 있을지 여부의 문제는 아직도 명확하지 않다. 최근 대법원은 불법 복제물에 링크를 한 것에 대하여 저작권의 직접침해만이 아니라 간접침해, 즉 침해행위의 방조가 될 수 있는 가능성조차 부정하는 듯한 판결을 선고한 바 있다. 이 판결을 계기로 과연 인터넷 링크가 저작권침해의 책임을 지게 되는 경우는 없을지 여부에 대하여 직접침해와 간접침해의 문제를 나누어 자세히 검토해 보고자 하는 것이 본 논문의 의도이다. 해외 주요국의 판례를 살펴보면, 직접침해 책임을 부정하는 입장도 많지만, EU의 경우 일정한 요건 하에 직접침해의 책임을 긍정하는 입장을 보이고 있어 주목된다. 직접침해의 책임을 부정하는 나라들도 판례를 통하여 일정한 요건 하에 간접침해의 책임을 긍정하는 입장을 취하고 있음을 알 수 있다. 우리나라의 판례도 최소한 일정한 요건 하에 타인의 불법복제물에 대한 직접링크 제공에 대하여 간접침해의 책임을 추궁할 수는 있도록 하여야 표현의 자유의 일환인 '링크의 자유' 보장과 저작권자의 정당한 권익 보호 사이에 조화와 균형을 유지할 수 있을 것이고, 일정한 요건 하에 저작재산권자의 복제권 또는 공중송신권의 침해에 대한 방조행위로 평가하는 것이 법리적인 면에서도 타당하다는 것이 본 논문의 입

---

* 이 논문은 필자가 2015.6.26. 개최된 한국저작권법학회 학술세미나에서 발표한 내용을 수정, 보완한 것임을 밝힌다.

** 성균관대학교 법학전문대학원 교수.

장이다. EU의 판례와 같이 인터넷 링크의 직접침해 책임을 제한적으로 인정할지 여부에 대하여는 향후 더욱 깊이 있는 검토가 필요하다.

Ⅰ. 머리말

하이퍼링크(hyperlink, 이하에서는 간단히 줄여서 '링크'라고만 한다)는 인터넷상에 올려진 모든 정보들이 서로 거미집('웹'의 원뜻)처럼 연결되어 클릭하면 자신이 원하는 정보에 바로 접근할 수 있도록 하는 기술적 수단으로서 월드와이드웹의 핵심요소이다. 따라서 사람들이 인터넷상에서 다른 저작물등에 대한 링크를 자유롭게 할 수 있도록 링크의 자유를 최대한 보장하는 것이 인터넷상의 표현의 자유를 존중하는 면에서나 정보의 자유로운 유통을 촉진하는 면에서 바람직한 방향이라 할 수 있다. 그러나 이러한 링크의 자유도 무제한의 자유는 아니다. 표현의 자유에도 일정한 한계가 있는 것이고, 그것은 링크의 방식이라고 하여 예외일 수 없다. 이미 대법원은 인터넷상의 음란물에 직접 링크를 건 것에 대하여 음란부호 공연전시죄의 정범에 해당하는 것으로 본 바 있다.[1] 저작권 보호와의 관계에서도 링크의 자유를 기본적으로 보장하되 저작권자등의 권리를 지나치게 해하는 결과를 초래하지 않도록 그 한계선을 적정하게 잘 긋기 위해 주의를 기울일 필요가 있다.

이러한 관점에서 링크와 저작권침해의 관계에 대한 세계 주요국들의 판례를 보면, 후술하는 바와 같이, 일정한 요건 하에 예외적으로라도 저작재산권(공중송신권)의 '직접침해'를 인정하는 방향을 취하거나(EU의 경우) 아니면 불법복제물에 대한 링크행위를 일정한 요건 하에 저작재산권(복제권 및 공중송신권) 침해의 방조행위(간접침해)로 인정하는(미국과 일본의 경우) 경향을 보이고 있음을 알 수 있다.

그러나 최근 선고된 대법원 판결(2012도13748 판결)은 불법복제물에 대한 심층링크에 대하여 직접침해를 부정하는 데 그치지 않고 침해의 방조(간접침해)도 인정할 수 없다는 취지로 판시하였다. 만약 이 판결을 계기로 링크제공행위에 대하여는 저작권의 직접침해는 물론 간접침해를 인정할 가능성도 전면적으로 부정하는 것이 우리나라 대법원의 판례인 것으로 정립된다면, 그것은 온라인상의 저작권침해를 방지하고 저작권자등의 권리를 보호하는 데 있어서 큰 어려움을 초래하고 저작권보호의 질서에 매우 우려스럽고 혼란스러운 파괴적 영향을 미칠 것으로 생각된다. 링크를 둘러싸고 서로 긴장관계에 있는 두 가지의 목적가치, 즉 링크의 자유를 보장함으로써 인터넷상의 표현의 자유를 최대한 보장하고자 하는 목적가치와

1) 대법원 2003. 7. 8. 선고 2001도1335 판결 참조.

저작권자등의 권리를 보호함으로써 문화산업의 제도적 기반을 공고히 하고자 하는 목적가치 사이의 충돌과 갈등을 조정하고 균형을 유지하기보다는 무제한적 '링크의 자유'를 위해 저작권자등의 정당한 권익이 일방적으로 희생되는 양상을 빚게 될 것이다.

따라서 이 글은 링크행위가 간접침해가 될 수 있는 가능성을 부정한 것처럼 보이는 위 대법원 판결을 계기로 링크의 자유와 그 한계의 경계선을 어디에 그어야 할 것인지를 직접침해와 간접침해의 양 측면에서 재검토해 보고 바람직한 해석론의 방향을 제시하는 것을 목적으로 한다.

Ⅱ. 직접침해의 성립 여부

1. 서설

인터넷상의 링크 걸기가 타인의 저작물에 대한 저작재산권의 직접침해가 될 수 있는지 여부의 문제는 타인의 저작물을 링크하여 제공하는 것 자체가 그 저작물을 복제, 공연, 공중송신, 전시, 배포, 2차적저작물작성 등의 방법으로 이용하는 행위에 해당하는지 여부의 문제로 치환될 수 있다. 저작권법에서 저작물의 이용행위 중 일정한 유형은 저작권자의 허락을 받아야만 할 수 있는 것으로 하여 저작권자에게 배타적 권리를 부여한 것이 저작재산권의 각 지분권이고 저작권자의 허락 없이 그러한 이용행위를 함으로써 해당 지분권을 침해하는 것 말고는 저작재산권의 직접침해가 있을 수 없기 때문이다.

결국 타인의 저작물이나 그 복제물에 대하여 링크를 거는 행위가 복제, 공연, 공중송신, 전시, 배포, 2차적저작물작성 등과 같이 저작재산권이 부여된 이용행위에 해당하는지가 문제인데, 그 중 주로 문제 되는 것은 복제와 공중송신이라 할 수 있다.

이 문제를 검토함에 있어서는 먼저 링크의 유형을 이해할 필요가 있다. 링크의 유형에는 ① 이용자가 링크를 클릭하면 다른 웹사이트의 프론트페이지로 전환되도록 하는 방식의 단순링크와 ② 다른 웹사이트에 올려진 구체적인 사진, 어문, 음악, 영상저작물 등의 개별 저작물의 웹주소를 특정하여 링크함으로써 이용자가 링크를 클릭하면 구체적인 저작물에 접근하여 보거나 들을 수 있도록 하거나 또는 해당 파일을 다운로드 받아 이용할 수 있도록 하는 방식의 직접링크(direct link; 심

층링크-deep link-라고도 한다), ③ 이용자가 보는 인터넷 브라우저 화면을 몇 개의 창(프레임)으로 나누어 각각의 창을 통해 보여지는 정보를 구별하여 볼 수 있도록 하는 프레임 기능을 이용하면서 자신이 제공하는 링크를 이용자가 클릭할 경우 링크된 타인의 웹사이트 정보들이 특정 프레임 속에 들어가도록 함으로써 이용자의 입장에서는 마치 링크제공자의 웹사이트의 정보의 일부인 것처럼 보이는 효과가 발생할 수 있는 방식의 이른바 프레임 링크(frame link; 프레이밍-framing-이라고도 한다),[2] ④ 링크된 정보를 호출하기 위해 이용자가 클릭을 할 필요도 없이 링크제공 정보를 포함한 웹페이지에 접속하기만 하면 자동으로 링크된 정보가 화면에 나타나도록 하거나(이미지 등의 경우) 바로 재생되게 하는(동영상이나 음악파일 등의 경우) 방식으로 링크해 두는 방식의 이른바 인라인 링크(inline link; 임베디드 링크-embedded link-라고도 한다) 등이 있다. 링크는 위와 같이 이용자에게 전달되는 효과의 면에서는 상당한 차이가 있지만, 기술적으로는 링크를 제공하는 웹페이지를 만들기 위해 작성하는 HTML[3] 문서에 링크되는 정보 내지 저작물등의 주소를 표시해 두고 각각의 방식에 부합되는 태그 등을 붙이는 방식을 취한다는 점에서는 동일하다고 할 수 있다.

먼저 위와 같은 링크 걸기가 저작권법상의 '복제'에 해당하는지 여부에 관하여 살펴보면, 링크는 위와 같이 단지 특정 콘텐츠의 웹주소(URL)에 링크에 사용하는 태그(tag)를 붙여 놓은 것에 불과하고, 그 저작물이나 그 복제물에 대한 복제행위가 수반되는 것은 아니므로 링크제공행위 자체를 저작권법상의 '복제'에 해당하는 것으로 볼 수 없음은 분명하다.

문제는 저작권법상의 전송에 해당하는지 여부에 있다. 전송은 반드시 복제를 전제로 하는 것이 아니고, '공중'에 대한 '이용제공'(또는 그에 수반하는 송신)으로서 '수신의 이시성(異時性)'을 가지면 이에 해당할 수 있다. 따라서 공중이 이용할 수 있는 웹페이지에 타인의 저작물에 대한 링크정보를 제공하는 행위는 공중의 구성원이 자신이 선택한 시간과 장소에서(수신의 이시성) 링크 정보를 클릭함으로써(인

2) 프레임 링크의 경우 이용자의 클릭이 있어야 화면에 나타나는 점에서 일반 링크와 유사하지만, 그 클릭행위 후에 나타나는 화면은 여전히 링크 제공 웹사이트의 한 프레임인 것처럼 보여, 링크 제공 사이트의 일부에 링크 대상물이 현출되는 방식이라고 볼 여지가 있다는 점에서 다음에서 보는 인라인 링크로서의 속성도 일부 가지고 있다고 할 수 있다. Pekka Savola, "Blocking injunctions and website operators' liability for copyright infringement for user-generated links", E.I.P.R. 2014, 36(5), 280. 따라서 프레임 링크와 인라인 링크의 구별이 아주 선명하다고 하기는 어렵다.

3) Hypertext Markup Language의 약어로서, 하이퍼텍스트 형식의 웹문서를 만드는 데 사용하는 언어(문법)를 말한다.

라인 링크 이외의 경우), 혹은 해당 웹페이지에 접속함으로써(인라인 링크의 경우) 바로 그 저작물을 송신받아 이용할 수 있도록 제공하는 것이라고 볼 여지가 있다. 그렇다면 위와 같은 링크제공행위를 '전송'이라고 볼 수 있게 된다. 그런데 그러한 법리를 제한 없이 적용할 경우 모든 링크는 전송에 해당하게 되고, 그러면 결국 일일이 저작권자의 허락을 받지 않고는 링크를 자유롭게 할 수 없게 되어 인터넷 상의 표현의 자유를 지나치게 제한하는 결과가 초래될 수 있다. 이러한 점을 어떻게 해결할 것인지가 문제인데, 후술하는 바와 같이 우리나라와 미국, 일본의 판례는 기본적으로 자신이 관리하는 서버컴퓨터에 복제한 상태로 제공하지 않는 이상 전송 내지 공중송신의 개념에 해당하지 않는 것으로 보는 입장('서버 기준')을 취하고 있고, EU의 경우에는 공중송신의 개념에 해당할 수 있음을 전제로 하여 다만 최초의 공중송신을 하거나 허락을 할 때 저작권자가 염두에 둔 공중의 범위를 벗어난 '새로운 공중'에게 공개하는 결과를 가지는 링크만 저작권자의 허락을 필요로 하는 공중송신으로 보는 입장('새로운 공중 기준')을 취하고 있다. 링크가 저작권의 직접침해가 될 수 있는지 여부에 대하여 전자의 기준은 결국 부정설을 취한 것이라 할 수 있고, 후자의 기준은 제한적 긍정설을 취한 것이라 할 수 있다. 아래에서 차례대로 살펴본다.

2. 대법원 판례의 입장

가. 직접링크의 적법성

대법원은 2009. 11. 26. 선고 2008다77405 판결에서 다음과 같이 심층링크가 저작권법상의 복제 또는 전송의 개념에 해당하지 않는다고 판시하였다.[4)]

구 저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 전부 개정되기 전의 것. 이하 같다) 제2조 제14호는 그 법률에서 '복제'라 함은 인쇄ㆍ사진ㆍ복사ㆍ녹음 ㆍ녹화 그 밖의 방법에 의하여 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것을 말하며, 같은 조 제 9 의2 호는 '전송'이란 일반공중이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 수신하거나 이용할 수 있도록 저작물을 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공하는 것을 말한다고 규정하고 있다. 그런데 인터넷에서 이용자들이 접속하고자 하는 웹

4) 이 판결에 대하여 자세히 해설한 논문으로 윤태식, "인터넷 링크 중 이른바 '심층 링크' 내지 '직접링크'를 하는 행위가 구 저작권법에 정한 복제 및 전송에 해당하는지 여부", 대법원 판례해설 34권, 455~485면이 있다.

페이지로의 이동을 쉽게 해주는 기술을 의미하는 인터넷 링크 가운데 이른바 심층링크(deep link) 또는 직접링크(direct link)는 웹사이트의 서버에 저장된 저작물의 인터넷 주소(URL)와 하이퍼텍스트 태그(tag) 정보를 복사하여 이용자가 이를 자신의 블로그 게시물 등에 붙여두고 여기를 클릭함으로써 위 웹사이트 서버에 저장된 저작물을 직접 보거나 들을 수 있게 하는 것으로서, 인터넷에서 링크하고자 하는 저작물의 웹 위치 정보 내지 경로를 나타낸 것에 불과하다. 따라서 이는 구 저작권법 제 2 조 제14호에 규정된 "유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것"에 해당하지 아니하고, 또한 저작물의 전송의뢰를 하는 지시 또는 의뢰의 준비행위로 볼 수 있을지언정 같은 조 제9의2호에 규정된 "송신하거나 이용에 제공하는 것"에 해당하지도 아니한다. 그러므로 위 심층링크 내지 직접링크를 하는 행위는 구 저작권법이 규정하는 복제 및 전송에 해당하지 않는다고 할 것이다.

나. 인라인 링크에 대한 판례

대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다4343 판결은 '인라인 링크'라는 말을 사용한 것은 아니지만, 실제로 사진 이미지 등에 대한 인라인 링크가 문제된 사안에서 "피고가 원래의 사진 이미지 또는 적어도 이를 상세보기 이미지 크기로 축소, 변환한 이미지를 자신이 직접 관리하는 서버 등의 유형물에 저장하고 있었다는 점"을 인정할 증거가 없는 이상 저작권법상의 복제, 전송 등에 해당하지 않는다는 입장을 표명하고 있다.[5] 위 판결문의 내용을 자세히 인용해 보면 다음과 같다.

(1) 원심은 그 판시와 같은 인정사실들에 기초하여, 피고가 그 웹사이트에서 '해외이미지'라는 분류를 통해 검색되는 그 판시의 원고의 사진작품 또는 그 복제물인 외부 이미지 221점을 원고의 허락 없이 복제한 후, 500×330 픽셀 크기(인쇄할 경우 약 17.64cm×13.23cm, 이하 위와 같은 크기의 이미지를 '상세보기 이미지'라고 한다)로 변환하여 게시함으로써 다수 인터넷 이용자의 이용에 제공한 이상, 이는 원고의 위 사진들에 대한 복제권, 전송권 및 전시권을 침해한 것이라고 판단하였다.

(2) 그러나 원심의 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

먼저 피고가 그 웹사이트에서 '해외이미지'라는 분류를 통해 검색되는 원고의 위 사진들에 대한 복제권, 전송권 및 전시권을 침해하였다고 하기 위하여는 피고가 원래의 사진 이미지 또는 적어도 이를 상세보기 이미지 크기로 축소, 변환한 이미지를 자신

5) 이 판결에 대하여 자세히 해설한 논문으로 전지원, "이미지 검색 서비스의 저작권침해 여부 등", 대법원판례해설 44권, 493~557면이 있다.

이 직접 관리하는 서버 등의 유형물에 저장하고 있었다는 점을 원고가 입증하여야 하는데, 기록을 살펴보아도 이를 인정할 직접적인 증거는 없다.

다만 기록에 의하면, 피고 웹사이트에서 '해외이미지'라는 분류를 통해 검색되는 외부이미지의 경우, 피고가 이미지 검색프로그램을 이용하여 각종 인터넷 웹사이트에 게시된 이미지를 무작위로 검색·수집하여 그 썸네일 이미지와 원래 이미지가 저장된 인터넷 주소를 자신의 서버에 저장해 두었다가, 인터넷 이용자가 검색어를 입력하면 그에 해당하는 썸네일 이미지를 목록화하여 보여 주고, 인터넷 이용자가 다시 그 중 특정 썸네일 이미지를 선택하면 화면 중앙부에 원래의 이미지를 상세보기 이미지로 축소하여 보여 주며, 그 하단에서 원래 이미지가 위치한 인터넷 주소(URL), 파일 크기 등의 정보를 보여 주고 있음을 알 수 있다. 그런데 이른바 인터넷 링크에 의하여 이미지를 보여 주는 방법에는 웹브라우저에서 인터넷 이용자를 특정 웹페이지로 이동시켜 주는 방식 외에, 동일 서버 또는 다른 서버에 있는 이미지를 링크를 제공하는 웹페이지의 특정한 위치에 특정한 크기로 나타나도록 하는 방식으로도 구현할 수 있으며, 후자의 방식에 의할 경우에는 웹브라우저의 주소창에 표시된 웹사이트의 주소가 변하지 않은 채 링크된 다른 웹사이트의 이미지 등에 직접 연결할 수 있는바, 앞서 본 바와 같이 인터넷 링크는 인터넷에서 링크하고자 하는 웹페이지나 개개의 저작물 등의 웹 위치 정보 내지 경로를 나타낸 것에 불과하여, 위와 같은 사정만으로는 피고가 원래의 이미지 또는 이를 축소, 변환한 상세보기 이미지를 자신이 직접 관리하는 서버 등의 유형물에 저장하였다고 단정하기에 부족하다.

그럼에도 불구하고 원심은, 피고가 그 웹사이트에서 '해외이미지'라는 분류를 통해 검색되는 원고의 사진 또는 그 복제물인 외부이미지 221점의 원래의 이미지 또는 이를 축소, 변환한 상세보기 이미지를 자신이 직접 관리하는 서버 등의 유형물에 저장하였음을 전제로 그 복제권, 전송권 및 전시권 침해로 인한 손해배상책임을 부담한다고 판단하였으니, 원심 판결에는 채증법칙을 위반하여 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 피고의 주장은 이유 있고, 반면에 피고의 손해배상책임이 인정됨을 전제로 손해배상액 산정의 잘못 여부를 다투는 원고의 주장은 더 나아가 살 필 필요 없이 이유 없다.

위 판결에서 말하는 "동일 서버 또는 다른 서버에 있는 이미지를 링크를 제공하는 웹 페이지의 특정한 위치에 특정한 크기로 나타나도록 하는 방식"이라는 것이 바로 '인라인 링크' 방식이 라고 할 수 있다. 따라서 위 판결은 인라인링크 방식으로 타인의 저작물을 저작자의 허락 없이 링크하였더라도 그 저작물(의 복제물)을

자신이 직접 관리하는 서버 등의 유형물에 저장하였다는 증거가 없는 한 복제권, 전송권 등의 직접침해를 주장할 수 없다는 취지를 표명한 것으로 볼 수 있다.[6]

다. 검토

위와 같은 대법원 판결의 입장을 분석해 보면, 링크에 대하여 저작재산권의 직접침해를 명확하게 부정하는 입장이라고 할 수 있는, 후술하는 미국 판례상의 '서버 기준'을 채택한 것으로 보인다. 이러한 기준의 채택은 링크의 방식에 따른 구별취급의 필요성을 부정하는 것을 논리적 전제로 하므로, 아직 판례가 나오지 않은 음악파일이나 동영상 파일에 대한 인라인 링크의 경우도 판례의 변경이 없는 한 기본적으로 동일한 결론을 취할 것으로 예견된다.

대법원(2008다77405 판결)은 직접링크를 '전송'으로 보지 않는 것과 관련하여 "저작물의 전송의뢰를 하는 지시 또는 의뢰의 준비행위로 볼 수 있을지언정 같은 조 제9의2호에 규정된 '송신하거나 이용에 제공하는 것'에 해당하지도 아니한다"고 하는 근거를 제시하고 있다.[7] 이러한 대법원의 입장은 논리적인 면에서 절대적 타당성을 가진 것이라고 보기보다는, 링크의 자유를 충분히 보장하고자 하는 정책적 배려를 포함하고 있는 것으로 이해하는 것이 타당하지 않을까 생각된다. 뒤에서 보는 바와 같이 EU의 판례는 링크행위가 기본적으로 공중송신(전송) 행위에 해당하는 것으로 보는 점에서 대법원 판결의 입장과 다른 입장을 보이고 있음에 유의할 필요가 있다.

3. 주요국 판례의 동향

가. 미국의 판례 - Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc 사건 판결[8] -

---

6) 위 판결은 '서버 기준'을 충족할 경우(타 사이트에 대한 링크 방식이 아닐 경우)에 '전시권'의 침해도 인정될 수 있는 것처럼 설시하고 있지만, 그것은 전시권에서 말하는 전시의 개념에는 무형적인 전시가 포함되지 않고 유형물에 의한 전시만 포함된다고 하는 위 판결 앞부분의 판시와 모순되는 면이 있어, 설시상의 오류가 아닌가 생각된다. 이해완, 저작권법(제3판), 박영사, 2015, 505면 참조.

7) 이것은 일본과 우리나라에서 제시된 기존 학설의 입장과 그 근거 논리를 대법원이 수용한 것으로 보인다. 岡村久道・近藤剛史 編著, インターネットの法律實務, 新日本法規, 1997, 90면; 오승종・이해완, 저작권법(제4판), 박영사, 2005, 299면 등 참조. 현재 中山信弘, 著作權法(第2版), 有斐閣, 2014, 252면; 이해완, 위의 책, 487면; 오승종, 저작권법(제3판), 박영사, 2013, 655면 등도 기본적으로 같은 입장을 취하고 있다.

8) Perfect 10,Inc. v. Amazon.com,Inc., 508F.3d1146(9th Cir.2007). 이것이 링크의 문제를 다룬 유일한 미국 판례인 것은 아니지만 이 문제에 대한 최근의 미국 판례 흐름을 대표하는 중요한 판례라고 생각되어 이 논문에서는 이 판례를 집중적으로 조명한다. 이미 오래 전의 판결이지만

1) 사실관계 및 재판의 경과[9)]

검색포털 사이트인 구글(Google)이 구축한 이미지 검색 서비스에 따라 이용자들이 검색창에 특정한 단어를 입력하여 검색하면 검색결과 화면에 검색어로 사용된 단어와 관련된 이미지들을 썸네일(thumb・nail) 형태로 제시하고 이용자가 썸네일을 클릭하면 구글의 웹페이지 화면에 큰 직사각형의 윈도우가 나타난다. 그 윈도우는 두 개의 구분된 정보 영역으로 나누어지며, 웹브라우저는 위 부분의 영역에는 썸네일 이미지와 텍스트를 포함하여 구글이 제공하는 정보들로 채워진다. 한편으로 구글 웹페이지의 지시는 이용자의 웹브라우저에 썸네일에 해당하는 큰 이미지가 저장되어 있는 웹사이트의 주소를 제공함으로써 그 지시에 따라 이용자의 브라우저는 바로 그 웹사이트 발행자의 컴퓨터에 접근하여 원래의 큰 이미지를 다운로드받아 그 이미지가 이용자의 컴퓨터 화면의 하단에 나타나도록 한다('인라인 링크' 방식). 구글은 윈도우의 아랫부분을 채우는 이 이미지를 자신의 서버에 저장하지는 않고 따라서 그 이미지를 이용자에게 송신하지 않는다. 단지 구글은 이용자의 웹브라우저가 제3자 웹사이트에 접근하도록 하는 HTML 지시를 제공할 뿐이지만, 이용자가 보는 화면상으로는 구글 웹페이지의 정보를 포함하는 윈도우의 윗부분이 아랫부분의 프레임에 있는 큰 이미지에 대하여 설명을 하고 있는 것처럼 보이게 된다.

구글은 또한 아마존과의 제휴를 통해 수익을 창출하였다. 이 제휴는 아마존이 구글의 검색결과를 인라인 링크하는 것을 허락하는 것인데, 이를 통해 마치 아마존이 검색결과를 제공하는 것과 같은 인상을 주지만 실제로는 구글이 아마존의 이용자에게 검색결과를 송신하도록 링크되어 있을 뿐이다.

한편, 이 사건의 원고인 Perfect 10은 저작물인, 누드모델들의 사진 이미지들을 판매하는 회사로서 인터넷상에서 회원제 웹사이트를 운영하고 있다. 그 가입회원들은 해당 사이트의 회원 전용 영역("members' area")에서 이미지를 보기 위해 월회비를 내야 하며, 회원전용 영역에 들어가기 위해 패스워드를 사용한다. 구글은 이러한 비밀번호를 입력하여야 들어가는 회원 전용영역의 이미지들을 검색 인덱스 또는 데이터베이스에 포함하지는 않는다.

그런데 일부 웹사이트 발행자들은 인터넷에 Perfect 10의 허락 없이 그 이미지

Ticketmaster Corp. v. Tickets.com, Inc 사건에 대한 캘리포니아 중부 지방법원의 판결(2000년, Case No. 99-CV-07654)이 직접링크(심층링크) 제공행위에 대하여 복제권 침해를 부정한 사례이다.

9) 이하 외국 판결들의 번역은 모두 필자의 졸역이다.

들을 게시하고 있다. 이러한 상황에서 구글의 검색엔진은 자동적으로 그 이미지들을 인덱스하고 이용자의 검색 질의(query)에 응하여 그 이미지들의 썸네일 버전을 제공하는 경우가 있다. 그리고 이용자가 구글이 제공하는 썸네일 이미지를 클릭할 경우 이용자의 브라우저는 구글의 인라인 링크에 따라 제3자 웹페이지에 접근하여 해당 웹사이트 발행자의 서버 컴퓨터에 저장된 침해 이미지를 불러오게 된다.

2004부터 2005년 사이에 Perfect 10은 구글과 아마존닷컴을 상대로 저작권침해 소송 및 저작권침해금지 가처분 신청을 제기하였다. 그 가처분 신청에 대한 캘리포니아 지방법원의 1심판결[10]과 연방 제9항소법원의 2심판결[11]을 비교해 보면, 그 판단내용의 일부는 같고 일부는 엇갈렸는데, 가장 크게 차이가 난 부분은 썸네일 이미지를 제공하는 부분을 '공정이용'으로 인정할지 여부였다. 2심 법원은 공정이용을 인정한 점에서 그것을 인정하지 않은 1심 법원과 판단을 달리하였다. 본 논문의 주제와 관련된 것은 썸네일 부분이 아니라 큰 이미지에 대한 인라인 링크에 대한 판단 부분인데, 1심과 2심은 그러한 링크 제공이 미국법상의 전시권이나 배포권의 '직접침해'가 될 수 없다는 점에서는 판단을 같이 하였으나, '간접침해'의 성립 여부에 대하여는 판단을 약간 달리하였다.

아래에서는 썸네일 부분을 제외하고 큰 이미지의 인라인 링크와 관련된 쟁점에 관하여 1심 법원과 2심법원의 판결내용을 소개한다.

2) 전시권의 침해 여부에 대한 판단

유형물에 의한 전시만 전시권에 저촉되는 것으로 보는 우리 대법원 판례의 입장[12]과 달리, 미국의 판례는 온라인상의 무형적 전시도 전시권의 영역에 포함되는 것으로 보고 있다. 따라서 이 사건에서 구글이 인라인 링크의 방식으로 다른 웹사이트에서 서비스하는 이미지들을 이용자들이 화면 아래 부분에서 볼 수 있도록 한 것이 전시권 침해에 해당하는지 여부가 쟁점이 되었다.

이와 관련하여 1심 법원은 이른바 '서버 기준(server test)'을 채택하는 입장을 분명히 하였다. '서버 기준'이란 자신이 관리하는 서버 컴퓨터에 전자적 정보를 저장하여 직접 송신 서비스를 제공하는 자만이 전시권등 침해의 주체가 될 수 있다는 것이다. 이러한 서버 기준에 반대되는 것이 이른바 '편입 기준(incorporation test)'인

10) Perfect10 v. Google,Inc., 416F.Supp.2d828(C.D.Cal.2006).
11) Perfect 10,Inc. v. Amazon.com,Inc., 508F.3d1146(9th Cir.2007).
12) 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다4343 판결 참조.

데, 이에 의하면, 화면상 자신의 웹페이지 안에 다른 저작물을 편입시킨 모습을 취하기만 하면[13] 설사 자신이 관리하는 서버에 해당 정보를 복제, 저장하지 않아도 전시권 침해의 주체가 될 수 있게 된다. 1심 법원이 '편입 기준'을 채택하지 않고 '서버 기준'을 채택하면서 그 이유 내지 근거로 제시한 것은 다음과 같다.

① 이 기준은 기술적 차원에서 이용자들이 웹브라우저를 사용할 때 일어나는 상황에 기초한 것으로서 콘텐츠가 이용자의 컴퓨터에 보이기 전에 실제로 인터넷상에서 어떻게 이동하는지의 실제상황을 반영한다. 구글 이미지 검색서비스가 제공하는 썸네일들 중 하나를 클릭하여 아래쪽 프레임에 있는 큰 이미지를 보는 사람들은 구글이 저장하거나 서비스하는 이미지를 보는 것이 아니다. 오히려 이용자들의 컴퓨터는 콘텐츠의 송신에 책임이 있는 제3자 웹사이트들과 직접적으로 연결되어 그로부터 콘텐츠를 송신받고 있다.

② 서버 기준의 채택은 구글과 같은 검색엔진에 의한 저작권침해활동을 유도하는 것도 아니고 그러한 활동에 대한 책임을 간단하게 부정하는 것도 아니다. 이 기준은 단지 제3자 웹사이트들에 저장된 저작권침해 콘텐츠들을 인라인링크 또는 프레임링크의 방법으로 링크하는 것에 대하여 직접침해의 책임을 부정할 뿐이다. 이 기준에도 불구하고 저작권자들은 그러한 콘텐츠를 포함하여 서비스하는 데 대하여 기여침해 또는 대위책임을 추궁할 수 있다. 그러한 간접침해책임은 다른 종류의 판단기준에 따라 구체적으로 판단될 것이다.

③ 웹사이트 운영자들은 서버기준을 쉽게 이해할 수 있고 법원도 이를 상대적으로 쉽게 적용할 수 있다. 확실히 법원이 웹브라우저의 주소창의 주소만 확인하면 된다는 점에서 '편입 기준'도 비교적 쉽게 적용될 수 있긴 하다. 그러나 그 기준은 실제적이고 논리적인 면에서나 동시에 여러 소스로부터 콘텐츠를 모아서 제시할 수 있는 능력의 면에서나 웹의 상호 연결된 속성을 인정하지 않는다는 문제가 있다.

④ 이 사건과 같은 경우에, 본래의 직접적 침해자들은 Perfect 10의 큰 이미지들을 복제하여 누구나 볼 수 있도록 인터넷에 올린 웹사이트 운영자들이다. 그들의 행동이 없었다면 Perfect 10은 소송을 제기하지 않았을 것이다.

⑤ 서버 기준은 비록 쉽지는 않지만 저작권법이 추구하는 미묘한 균형, 즉 창조적 저작물의 창작을 유인하는 것과 정보의 전파를 유인하는 것 사이의 균형을 유지한다. 단지 이용자들이 쉽게 정보를 찾을 수 있도록 웹을 색인[14]하는 것은 직접

13) 프레임 링크와 인라인 링크의 경우가 여기에 해당한다(필자 주).

침해를 구성하지 않고 저작권침해 콘텐츠를 저장하여 서비스하는 것이 직접적으로 저작권자들의 권리를 침해하는 것으로 보는 것이다.

위와 같은 근거 하에 1심 법원은 구글의 프레임 링크 및 인라인 링크는 제3자 웹사이트에 저장되어 서비스되는 큰 이미지의 '전시'에 해당하지 않는다고 판시하였고, 2심 법원도 1심 법원의 위와 같은 판단에 동의하였다.

3) 배포권의 침해 여부에 대한 판단

공중을 대상으로 한 '유형물'의 양도 또는 대여만 저작권법상 배포의 개념에 해당하는 것으로 보고 따라서 무형적인 정보의 거래에 대하여는 배포권이 미치지 않는 것으로 보고 있는 우리 대법원 판례의 입장[15]과 달리, 미국의 판례는 온라인상의 무형물(무형적 복제물)의 전달도 배포의 개념에 포함되어 배포권이 미치는 것으로 보고 있다.[16]

따라서 위 사건에서 구글이 인라인 링크 등의 방식으로 다른 사이트에서 제공하는 큰 이미지를 이용자의 컴퓨터에서 볼 수 있도록 한 것이 배포권의 침해에 해당하는지 여부도 문제되었다.

이에 대하여 1심 법원은 구글이 이용자의 컴퓨터에 해당 이미지를 송신하지 않은 이상 배포권을 침해한 것으로 볼 수 없다고 판시하였고, 2심 법원도 그러한 1심법원의 판단을 긍정하였다. 2심 법원은 "구글의 검색엔진은 이용자의 브라우저가 어디에서 웹사이트 발행자의 컴퓨터에 있는 큰 이미지들을 찾을지 알려주는 HTML 지시문을 송신할 뿐, 그 자신이 저작권침해 사진 복제물을 배포하지는 않는다"고 판시하였다. 사진 이미지를 전자적으로 이용자의 컴퓨터에 송신함으로써 이미지의 (디지털) 복제물을 배포하는 것은 해당 웹사이트 운영자라고 본 것이다.

한편, 미국에서는 우리 저작권법의 '전송' 개념의 중핵을 이루고 있는 '이용제공' 행위, 즉 송신의 전단계로서 공중의 구성원이 자신이 선택한 시간과 장소에서 접근하여 이용할 수 있도록 제공하는 행위를 배포로 보는 법리가 정립된 바 있는데,[17] 이러한 '의제 배포'의 법리에 따라 구글의 위와 같은 인라인 링크 제공행위

---

14) 원(原) 정보 내용을 적절히 나타내는 정보를 추출하고, 원 정보 위치를 가리키는 참조 정보와 함께 나타내는 것을 말한다. 네이버 지식백과, 색인 [index] (컴퓨터인터넷IT용어대사전, 2011. 1. 20., 일진사).

15) 대법원 2007. 12. 14. 선고 2005도872 판결 등 참조.

16) New York Times Co. v. Tasini, 533U.S.483(2001).

17) Hotaling v. Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints 118F.3d199,203 (C.A.4(Va.),1997).

가 배포로 간주될 수 있지 않은가 하는 쟁점도 제기되었다. 이에 대하여 2심 법원은 Hotaling 사건 등의 경우와 달리 구글은 Perfect 10의 큰 사진 이미지들을 색인하였을 뿐 공중에게 이용제공할 이미지들을 보유하고 있지 않으므로, 위 법리에 따라 배포행위를 한 것으로 간주될 수 없다고 판시하였다.

결국 우리 저작권법상의 전송 개념에 포함되는 이용제공 행위에도 해당하지 않는 것으로 본 것으로서 그 근거로는 '전시권'에 대하여 적용한 '서버 기준'을 여기서도 적용한 것이라 할 수 있다.

4) 검토

미국 법원이 구글의 인라인 링크 행위에 대하여 위와 같은 근거로 전시권 및 배포권의 직접침해를 부정한 것은 권리보호를 통한 창작에 대한 인센티브 제공과 정보의 자유로운 유통에 대한 보장의 필요성 사이에 균형을 이루기 위한 정책적 판단이 크게 영향을 미친 것으로 볼 수 있다. 결론적으로 '서버 기준'을 취하여 직접침해는 전면적으로 부정하였는데,[18] 그 구체적 근거 중의 하나는 직접침해의 책임을 부정한다고 해서 링크에 의한 저작권침해의 확산을 모두 방치하는 결과가 되는 것은 아니고 간접침해의 법리에 따라 일정한 구제가 가능하므로 그것으로 위의 두 가지 가치사이에 균형을 달성할 수 있을 것으로 본 것에 있었음을 주목할 필요가 있다. 위 판결의 간접침해 관련 판시 부분은 뒤에서 살펴본다.

나. EU의 판례 - 유럽사법재판소의 Svensson 사건에 대한 판결[19] -

1) 재판의 경과와 쟁점

이 사건은 스웨덴에서 Svensson을 비롯한 4명의 저널리스트들(원고들)이 자신들이 신문에 기고한 글(그 글은 신문사의 웹사이트에도 게재되어 누구나 제약 없이 열람할 수 있게 제공되고 있었다)을 피고가 자신이 운영하는 웹사이트에 무단으로 링크를 거는 방식으로 공중에게 송신하여 자신들의 저작권을 침해하였다는 이유로 스톡홀름지방법원(1심 법원)에 손해배상청구소송을 제기한 사건에서 출발하였다. 1심 법원은 피고의 링크제공 행위는 공중송신의 개념에 해당하지 않는다는 이유로

---

18) 이러한 판례 입장에는 인터넷상의 정보 유통과 관련하여 가능한 한 명확한 규칙(clear rule)을 정립하고자 하는 취지가 반영되어 있다. see John Blevins, "Uncertainty As Enforcement Mechanism: The New Expansion of Secondary Copyright Liability to Internet Platforms", 34 Cardozo L. Rev. 1821, 1853-55(2013).

19) CJEU Case C-466/12.

원고들의 청구를 기각하였고, 원고들은 이에 불복하여 항소하였다.

항소심 법원인 스웨덴의 스베아 고등법원(Svea Court of Appeal)은 심리를 중단하고, 2012. 9. 18. 유럽사법재판소(CJEU, Court of Justice of EU)에 유럽 저작권지침[20]의 공중송신권 관련 규정의 해석에 대한 예비적 결정(preliminary ruling)을 요청하면서 다음과 같은 4개항의 질의를 하였다.

1) 어떤 저작물에 대한 저작권자 이외의 누군가가 자신의 웹사이트에 그 저작물에 대한 링크를 제공하면 그것이 EU 저작권 지침 3조 1항에서 말하는 공중송신에 해당하는가?

2) 위 1)의 질문에 대한 답은 링크된 저작물이 누구나 접근할 수 있는 웹사이트에 있는지 또는 어떤 방식으로든 접근이 제한되어 있는지 여하에 따라 달라지는가?

3) 위 1)의 질문에 대한 답은 링크의 방식이 이용자가 링크를 클릭하면 다른 웹사이트에서 그 저작물이 보여지는 경우와 그렇지 않고 이용자가 링크를 클릭하면 같은 웹사이트에서 링크된 내용이 보여지는 인상을 주는 방식인 경우 사이에 차이가 있는가?

4) 회원국이 저작권자의 공중송신권에 대하여 저작권지침에서 규정하고 있는 것보다 더 넓은 보호를 주는 것은 가능한가?

2) 질의(쟁점)에 대한 유럽사법재판소의 판시

가) 위 1) ~3)의 질의에 대한 판시

2014. 2. 13.자 판결에서 유럽사법재판소는 먼저 위 1) 내지 3)의 질의와 관련하여 다음과 같이 판시하였다.

저작권지침 상의 공중송신의 개념은 저작물의 '송신행위'가 있을 것과 그 행위가 '공중'을 대상으로 할 것의 두 가지 요소를 가지고 있는데, 기존의 판례에 의하면 그 중 '송신행위'의 개념은 넓게 해석되어야 하고 따라서 위와 같은 링크 제공행위도 '송신행위'에 해당하는 것으로 보아야 한다. 위와 같은 링크의 제공은 링크제공 사이트의 이용자들로 하여금 링크된 저작물에 바로 접근하여 이용할 수 있도록 하는 것이고, 공중의 구성원이 접근하여 이용할 수 있도록 제공하는 이상 실제로 공중의 구성원이 접근하여 이용하는지 여부와 관계없이 공중송신행위(전송행위)에 해당할 수 있기 때

20) Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society.

문이다.

공중송신 개념의 두 번째 요소인 '공중'에의 제공과 관련하여서는, 여기서 말하는 '공중'은 불특정 다수인, 나아가 상당히 많은 수의 사람들(a fairly large number of persons)을 의미하는 것으로 보아야 한다. 링크의 방식으로 이루어지는 송신의 대상은 해당 사이트의 잠재적 이용자들로서 상당히 많은 수의 사람들이라고 할 수 있다.

따라서 이러한 경우에 공중송신은 이루어지고 있다고 하여야 할 것이다. 그러나 확립된 기존의 판례에 따르면, 저작권지침상의 공중송신의 개념에 포함되기 위해서는 본 사안과 같은 인터넷상의 최초 송신 이후에 다시 동일한 기술적 수단으로 송신이 이루어지는 경우에는 '새로운 공중', 즉 저작권자들이 최초의 공중송신을 할 때 염두에 두지 않은 공중에 대한 송신이어야 하는 것으로 보아야 한다. 본 사안의 경우에 링크 방식으로 저작물을 이용가능하게 하는 것은 새로운 공중에게 송신되는 것이라고 할 수 없다. 본 사안에서 최초의 송신의 대상인 공중은 해당 사이트의 모든 잠재적 방문자들로 구성되어 있어 그 사이트에 대한 접근에 아무런 제한적 조치가 없음을 감안하면, 결국 모든 인터넷 이용자들이 자유로운 접근을 할 수 있는 것이다. 이러한 상황에서는 링크에 의하여 해당 저작물에 접근할 수 있게 된 이용자들은 저작권자들이 최초의 송신 시에 염두에 둔 공중의 범위에 속하는 것으로 보아야 하고, 따라서 새로운 공중이 없으므로 본 사안에서의 공중송신을 위해서는 저작권자의 허락을 받을 필요가 없다.

이러한 판단에 있어서 링크의 방식이 이용자가 링크를 클릭하면 다른 웹사이트가 아니라 동일한 웹사이트에서 저작물의 내용이 보이는 인상을 주는 방식인지 여부는 문제되지 않는다. 즉 그 경우에도 그러한 링크의 제공이 공중송신의 개념에는 해당하지만 새로운 공중이 없으므로 저작권자의 허락을 받을 필요가 없다는 점에서 다르지 않은 것이다.

반면에, 링크의 제공이 해당 사이트의 이용자들이 원래 저작물을 제공하는 사이트에서 회원들만 볼 수 있도록 하기 위하여 설정한 제한조치를 우회하는 것을 가능하게 하고 따라서 이러한 링크가 없으면 해당 저작물에 접근할 수 없다는 점에서 일종의 '개입(intervention)'에 해당하는 경우라면, 링크 제공 사이트의 모든 이용자들은 저작권자가 최초의 송신을 허락할 때 염두에 두지 않은 새로운 공중으로 보아야 한다. 따라서 그러한 공중송신에 대하여는 저작권자의 허락을 필요로 한다. 이러한 법리는 특히 해당 저작물이 다른 사이트에서는 이용 가능하더라도 최초로 송신된 사이트상에서는 더 이상 공중에게 이용할 수 있도록 제공되지 않는 경우 또는 단지 제한된 공중에게

만 제공하는 것으로 변경된 경우에도 동일하게 적용될 수 있다.

새로운 공중에의 송신으로 인정되지 않는 위와 같은 상황 하에서 세 가지의 질문에 대한 답은 저작권지침 3조 1항은 다른 웹사이트에서 자유롭게 접근할 수 있는 저작물에 대한 링크를 웹사이트에서 제공하는 것은 위 규정에서 뜻하는 공중송신에 해당하지 않는 것으로 해석되어야 한다는 것이다.

나) 위 4)의 질의에 대한 판시

유럽사법재판소는 위 4)의 질의에 대하여는 저작권지침 전문 1,6,7조로부터 명백하게 알 수 있는 바와 같이 지침의 목적은 무엇보다 저작권보호와 관련하여 존재하는 입법상의 차이와 법적 불확실성을 제거하고자 하는 데 있음을 지적하면서, 저작권자에 대한 추가적 보호의 가능성(회원국의 입법 재량권)을 부정하는 결론을 내렸다. 즉, 공중송신의 개념에 저작권지침 3조 1항에서 규정된 것 이외의 행위를 포함시킴으로써 저작권자에 대한 보호를 확대할 수 있도록 하는 제안을 수용하는 것은 결국 입법상의 차이를 낳아 제3자에게 법적 불확실성을 발생시키는 효과를 가짐으로써 위와 같은 지침의 입법취지를 손상하게 된다는 이유로 그러한 확대 보호는 허용되지 않는다고 본 것이다.

3) 검토

유럽 사법재판소의 위와 같은 판단은 링크제공행위가 공중송신의 개념에는 해당할 수 있다고 함으로써 직접침해가 될 수 있는 가능성을 인정하면서 '새로운 공중'이라는 도구 개념을 통해 링크의 자유를 일정한 한계 내에서 보장하고 있다는 점에서 주목된다. 유럽 사법재판소의 위 판례에 대하여는 다음과 같은 점들을 유의할 필요가 있다.

가) 이 판결은 기본적으로 링크제공행위에 대하여 직접침해의 가능성을 전면적으로 부정하는 우리나라 대법원의 판례와는 달리 '제한적 긍정설'의 입장을 취하고 있다고 할 수 있다. 링크제공행위가 저작권지침 3조 1항의 공중송신행위에 해당할 수 있음을 인정한 것인데, 지침 3조 1항의 공중송신 개념은 우리 저작권법의 공중송신 개념과 유사하게 '수신의 이시성(異時性)'을 핵심적 개념요소로 하는 '전송'을 포함하는 개념이다. 위 판결에서 "링크의 제공은 링크제공 사이트의 이용자들로 하여금 링크된 저작물에 바로 접근하여 이용할 수 있도록 하는 것"이라고 한 것은 결국 링크제공행위가 '전송'에 해당하는 것으로 본 취지이다. 이것은 우리 대법원

이 미국의 판례입장에 따라 이른바 '서버 기준'을 채택한 것과 달리, 자신이 관리하는 서버에 저작물의 복제물을 저장한 경우가 아니더라도 전송에 해당할 수 있음을 인정한 것이다. 이처럼 링크제공행위를 전송으로 볼 경우 링크의 자유를 지나치게 제한함으로써 인터넷이라는 표현매체의 사용에 과도한 위축효과를 가져올 우려가 있는 문제에 대하여는 '새로운 공중' 기준이라는 해법을 제시하고 있다고 할 수 있다.[21]

나) 위 판결이 제시한 '새로운 공중'의 법리는 우리나라의 판례에는 도입된 바가 없고, 지금까지의 판례 법리를 적용할 경우에는 동일한 결론을 내리기가 어려운 것으로 생각된다. 먼저 위 판결에서 '공중'의 개념을 불특정다수인으로서 상당히 많은 수의 사람이라고 본 것은 우리나라 저작권법상의 개념규정과 약간의 상이점이 있다. 우리 저작권법은 공중의 개념에 대하여 '불특정다수인(특정다수인을 포함한다)을 말한다'고 규정하여(법 제2조 제32호), 특정다수인을 포함하는 개념으로 규정하고 있고, 학설은 일반적으로 불특정인의 경우에는 '다수'가 2인 이상이기만 하면 되는 것으로 보며, 특정다수인의 경우에도 특히 전송의 개념에 포함된 '공중' 개념과 관련하여 다수인의 의미가 '매우 많은 수의 사람'일 것을 요하는 것으로 보지는 않는다.

유럽 사법재판소의 위 판결은 1) 링크의 제공이 '새로운 공중'에 대한 것일 것을 그것이 공중송신의 개념에 해당하기 위한 요건으로 보는 취지인지, 아니면 2) 링크의 제공이 '새로운 공중'에 대한 것이 아니어도 '공중'에 대한 것이기만 하면 공중송신의 개념에는 해당하지만, 최초의 공중송신에 대하여 저작권자가 허락한 이상 그 허락범위에는 '새로운 공중'이 아닌 공중을 대상으로 한 이용제공도 포함된 것으로 보아 침해를 부정하는 결론을 내려야 한다는 취지인지 불분명한 점이 없지 않다. 판결문의 설시 상으로는 위 1)의 취지인 것으로 보게 될 가능성이 높지만,[22] 왜 굳이 링크의 경우에 그냥 공중이 아니라 '새로운 공중'이어야 하는지 그 이유를

21) 이 판결이 이와 같이 링크제공행위를 제한적으로나마 공중송신행위로 본 것은 링크제공행위는 공중송신행위에 해당하지 않는다고 판시하였던 종전의 EU 회원국 판례(예컨대, 페이퍼보이 검색엔진 사건에 대한 독일 고등법원 판결- Paperboy, Case I ZR 259/00(July 17, 2003) - 등)를 번복하는 의미를 가지고 있다. Jeremy de Beer, Mira Burri, "Transatlantic copyright comparisons: making available via hyperlinks in the European Union and Canada", E.I.P.R. 2014, 36(2), 103-104.

22) Alan Baker, "EU Copyright Directive: can a hyperlink be a 'communication to the public'?", Computer and Telecommunications Law Review, 2014, 20(4), 101.

제시하고 있지는 않으므로, 아마도 그 이면에는 2)의 판단이 하나의 전제로 숨어 있는 것이 아닐까 생각해 보게 된다. 그러나 위 2)의 입장을 우리 저작권법에 대입해 보면, 우리 저작권법에 대한 해석론으로 선뜻 그러한 논리를 수용하거나 지지하기는 어려운 것으로 생각된다. 왜냐하면, 저작권자가 어떤 사이트를 통한 특정한 전송을 허락하였다는 이유만으로 다른 사이트를 통한 전송 행위도 그 잠재적인 송신대상인 공중의 범위만 동일하다면 모두 허락한 것으로 본다는 것은 저작권자의 진정한 의사에 부합하지 않는 경우가 많을 것이고(실제 위 사안의 경우도 신문사의 웹사이트에서만 제공되기를 희망하였을 것이라는 점에서 그러하다), 진정한 의사에 반하는 이용허락을 의제하는 것은 저작권자의 권리범위를 부당하게 축소하는 결과를 초래할 것이기 때문이다. 따라서 위 판결의 취지는 최초 공중송신에 대한 저작권자의 허락범위에 대한 의사해석에 기한 것이라기보다는 일반적인 전송행위와는 다른 특성을 가진 링크제공 등의 행위에 대하여 저작권침해 인정을 제한하는 하나의 기준을 찾아보고자 하는 다소간 '정책적'인 판단에 기한 것으로 보는 것이 타당하지 않을까 생각된다.

아무튼 위 판결에서 말하는 '새로운 공중'이 무엇을 의미하는지가 대단히 중요한 문제인데, 위 판결은 '새로운 공중'이란 "저작권자들이 최초의 공중송신을 (허락)할 때 염두에 두지 않은 공중"이라고 설시하고 있다. 따라서 최초의 공중송신 시에 저작권자가 상정한 '잠재적인 이용자군'의 범위에 이후의 링크제공에 의한 잠재적 이용자군의 범위가 포함되는지 여부를 기준으로 하여, 그것이 모두 포함되면 새로운 공중이 아니라고 보고, 모두 포함되지 않고 링크제공에 의한 잠재적 이용자군의 범위에 일부라도 원래의 잠재적 이용자군이 아닌 사람들이 포함되는 경우라면 새로운 공중에 해당하는 것으로 보는 입장인 것으로 이해할 수 있다. 위 사안과 같이 저작권자의 허락에 기하여 인터넷 이용자라면 누구나 자유롭게 이용할 수 있도록 제공되고 있는 저작물에 링크를 거는 경우에는 그 잠재적인 이용자군(대상 공중)이 '모든 인터넷 이용자'에 해당하므로, 그 저작물에 인터넷 링크를 거는 것은 어떤 경우라도 새로운 공중에 대한 전송을 하는 것에 해당하지 않아 결과적으로 '공중송신'에 해당하지 않는 것으로 보게 된다.

그러나 예를 들어 온라인상으로 유상으로 서비스되는 동영상이나 음원파일, 만화 등의 불법복제물을 링크한 경우를 생각해 보면, 저작권자가 온라인상에 최초 공중송신을 할 때 염두에 둔 것은 정당하게 대가를 지급하고 접근 권한을 가지게 된 이용자들에 한정되므로, 그 불법복제물에 권리자의 허락 없이 링크를 거는 행

위는 '새로운 공중'의 기준을 충족하여 그 링크제공행위 자체가 전송행위로서 '공중송신권 침해'에 해당하는 것으로 보아야 한다는 결론이 도출된다. 이것은 최초의 공중송신 자체가 저작권자의 허락에 기한 것이 아니라 저작권자는 공중송신을 허락한 바가 없는 경우에도 마찬가지이다. 그 경우에는 저작권자의 의사에 기한 공중송신의 대상 공중이 아예 존재하지 않으므로, 링크제공행위가 공중을 대상으로 한 경우이기만 하면 '새로운 공중' 요건을 충족하는 것으로 보아야 할 것이다.[23]

그렇지만 위 사안의 경우와 같이, 저작물이 저작권자의 의사에 기하여 인터넷상에 개방된 웹사이트에 누구나 무료로 접근할 수 있게 제공되고 있는 경우라면, (그 제공이 중단되거나 제공 범위가 축소되는 등의 새로운 사정이 발생하지 않는 한) 설사 불법복제물에 링크를 건 경우라 하더라도 '새로운 공중' 기준을 충족하지 못하여 공중송신권 침해가 아니라고 보게 될 가능성이 많을 것으로 생각된다. 그런 점에서 위 판결이 불법복제물에 대한 링크제공행위를 모두 공중송신권의 직접침해로 보는 입장을 취한 것으로 보기는 어려운 것으로 생각된다. 다만 위 판결이 그러한 경우 간접침해가 성립할 수 있을지 여부에 대한 판단을 포함하고 있는 것은 아닌데, 그 점에 대하여 자세한 것은 뒤에서 살펴본다.

다) 위 판결은 링크제공이 저작재산권(공중송신권)의 직접침해가 될 수 있는 가능성을 위와 같이 제한적으로만 인정하고 회원국이 그것보다 확대하여 직접침해를 인정하는 입법을 할 자유는 없다고 판시하고 있다.

라) 위 판결은 위와 같이 '새로운 공중' 기준을 유일한 구별 기준으로 제시함에 따라 링크가 프레임 링크인지 여부는 판단에 영향을 미치지 않는 것으로 보았다. 즉 위 판결은 “이러한 판단에 있어서 링크의 방식이 이용자가 링크를 클릭하면 다른 웹사이트가 아니라 동일한 웹사이트에서 저작물의 내용이 보이는 인상을 주는 방식인지 여부는 문제되지 않는다”고 판시하여, 미국의 판례에서 ‘서버기준’의 대척점에 있는 것으로 검토한 바 있는 ‘편입기준’도 채택하지 않을 것임을 분명히 하였다. 즉, EU의 판례는 ‘서버기준’도 ‘편입기준’도 아닌 제3의 기준을 제시한 것이다. 이 판결에서는 프레임 링크에 대하여만 명시적으로 언급하고 있지만, 그에 대하여 적용된 법리는 인라인 링크에 대하여도 똑같이 적용될 것으로 보인다.[24]

---

23) Alan Baker, *supra*, 102.

24) CJEU의 위 판결이 선고되기 전이지만, 독일 대법원은 인라인 링크의 경우는 일반 링크와 달리

다. 일본의 판례 - '로켓뉴스 24' 사건에 대한 오사카 지방법원의 판결[25) -

1) 사실관계

원고는 2011년 6월 당시 주식회사 니왕이 제공하는 인터넷상의 동영상공유 서비스(2012년 5월 이래 '니코니코'라고 불리고 있지만 당시에는 '니코니코 동영상'으로 불리고 있었다)의 프리미엄 회원으로서, '니코니코 생방송'에 의한 동영상의 라이브 스트리밍 송신(TV프로그램에서의 이른바 생방송과 마찬가지로 즉시적인 동영상 송신의 성격을 가진 것이다) 등을 행하고 있었다.

니왕이 니코니코에서 제공하는 서비스에는 웹사이트 상에서 동영상을 공유하여 이에 코멘트를 붙일 수 있는 '니코니코 동영상', 라이브 스트리밍 송신되는 동영상을 시청할 수 있는 '니코니코 생방송' 등이 있다. '니코니코생방송'에서 송신되는 동영상은 '니코니코(2011년 6월 당시는 니코니코 동영상)'의 회원만 시청할 수 있어 유료회원인 니코니코 프리미엄 회원은 스스로 '니코니코생방송'으로 라이브 스트리밍 송신을 할 수 있다. 또한 '니코니코'에서는 위 라이브 스트리밍 송신 종료 후에도 일정 기간 '니코니코생방송'의 내용을 시청할 수 있는 서비스(이른바 '타임 시프트 기능')를 제공하고 있었다.

원고는 2011년 6월 5일 카메라 등을 지참하고 자신이 상반신에 착의를 하지 않고(머리에 토끼귀 모양의 장식 등만 하였다), 오사카 시내의 맥도날드 가게에 들어가는 모습 및 원고 자신이 점원이나 경찰관과 대응하는 모습 등을 촬영하여 이것을 동영상으로 '니코니코 생방송'에 라이브 스트리밍 송신을 하였다(이하 본건 생방송이라 한다). 원고가 아닌 어떤 제3자(특정되지 않았다)가 본건 생방송중 원고가 맥도날드 가게에 들어가기 직전부터 출동한 경찰관과 함께 파출소로 가서 주의를 받기까지의 15분간의 영상(이하 본건 동영상이라 한다)을 동영상 공유사이트 '니코니코 동영상'에 업로드하여(본건 생방송 또는 위 타임시프트기능에 의하여 송신되는 내용을 제3자가 녹화한 다음 '니코니코 동영상'에 업로드한 것으로 추측된다), 동 사이트에 접근하는 자는 언제라도 시청할 수 있게 하였다.

정보제공 서비스 등을 목적으로 하는 주식회사로서 다양한 뉴스 등을 모아 이에

저작재산권의 침해행위로 보아야 한다는 입장을 밝힌 바 있었다. BestWater International [2013] BGH I ZR 46/12. see Pekka Savola, *supra*, 282.

25) 平成 25년(2013년) 6월 20일 오사카지방법원, 平23(ワ)15245호. 링크제공행위의 저작권침해책임 유무의 문제를 간접침해 책임에 대한 부분을 포함하여 비교적 자세하게 다룬 거의 유일한 최근 판례로 보이므로 최근의 일본 판례의 입장을 이해하기 위해 이 판례를 집중적으로 조명하기로 하였다.

헤드라인 기사를 붙여 독자가 코멘트를 달 수 있는 서비스로 '로켓뉴스 24'라는 웹사이트(이라 '본건 웹사이트'라 한다)를 운영관리하고 있는 피고는 본건 동영상에 관심을 가지고 같은 달 9일 본건 웹사이트 내에 위 동영상에 대하여 비판적인 내용의 기사(이하 '본건 기사'라 한다)를 게재함과 동시에 '니코니코 동영상'에 있는 본건 동영상에 부착되어 있는 인용 태그 또는 URL을 본건 웹사이트의 편집화면에 입력하여, 본건 기사의 상부에 있는 동영상 재생 버튼을 클릭하면 본건 웹사이트 상에서 본건 동영상을 시청할 수 있는 상태로 두고, 기사의 말미에 '참조출처: 니코니코 동영상'이라고 기재하였다.

이를 발견한 원고가 피고의 위와 같은 행위는 자신이 촬영하여 올린 영상저작물인 위 동영상에 대한 저작권을 침해한 것에 해당한다는 등의 이유로 피고를 상대로 손해배상청구 소송을 제기하였다.

2) 피고의 링크제공이 원고의 공중송신권을 침해하는 행위인지 여부에 대한 오사카지방법원의 판시

피고가 본건 동영상을 전송(송신가능화)하였는지 여부에 대하여 법원은 다음과 같이 판시하였다.

원고는 피고에게, 본건 기사의 상부에 있는 동영상 재생 버튼을 클릭하면 본건 웹사이트 상에서 본건 동영상을 시청할 수 있는 상태로 둔 것이 본건 동영상의 '송신가능화'(일본 저작권법 제2조 1항 9호의4)에 해당하므로 공중송신권 침해에 의한 불법행위가 성립한다는 취지로 주장한다.

그러나 위 기초사실 기재와 같이 피고는 '니코니코 동영상'에 업로드되어 있는 본건 동영상의 인용 태그 또는 URL을 본건 웹사이트의 편집화면에 입력함으로써 본건 동영상에 링크를 건 데 불과하다.

이 경우 본건 동영상의 데이터는 본건 웹사이트의 서버에 저장된 것이 아니고 따라서 본건 웹사이트의 열람자가 본건 기사의 윗부분에 있는 동영상 재생 버튼을 클릭했을 경우에도 본건 웹사이트의 서버를 거치지 않고 '니코니코 동영상'의 서버에서 직접 열람자에게 송신된 것이라고 할 수 있다.

즉, 열람자의 PC 상으로는 링크원(元)인 본건 웹사이트 상에서 본건 동영상을 시청할 수 있는 상태가 되어 있다고 할지라도 본건 동영상의 데이터를 PC에 송신하는 주체는 어디까지나 '니코니코 동영상'의 관리자이고 피고가 이를 송신하는 것은 아니다.

따라서 본건 웹사이트를 운영관리하는 피고가 본건 동영상을 '자동공중송신'을 했다거나(법 2조 1항 9호의4), 또는 그 준비단계의 행위인 '송신가능화(법 2조 1항 9호의5)를 했다고는 인정되지 않는다.

3) 검토

위 판결의 사안은 온라인 뉴스 사이트에서 직접 다른 사이트의 동영상을 프레임 링크 방식으로 링크하여 해당 뉴스 사이트의 이용자가 재생 버튼을 클릭하면 바로 그 사이트 안에서 동영상을 시청하는 것이 가능하도록 한 사안이고 오늘날 많이 행해지는 링크유형이라 할 수 있다.

위 판결은 이에 대하여 공중송신권의 직접침해를 부정하면서 그 근거로서 "본건 동영상의 데이터는 본건 웹사이트의 서버에 저장된 것이 아니고 따라서 본건 웹사이트의 열람자가 본건 기사의 윗부분에 있는 동영상 재생 버튼을 클릭했을 경우에도 본건 웹사이트의 서버를 거치지 않고 '니코니코 동영상'의 서버에서 직접 열람자에게 송신된 것이라고 할 수 있다"는 것을 이유로 하여 공중송신의 주체는 '니코니코 동영상'의 관리자이지 피고가 아니라고 판시하고 있음을 알 수 있다. 이것은 우리나라의 대법원과 미국의 연방항소법원이 취하고 있는 '서버 기준'과 동일한 기준을 취한 것이라 할 수 있다. 위 판결은 링크제공행위가 침해행위의 방조가 될 수 있는 가능성은 인정하고 있는데, 그에 대하여 자세한 것은 후술한다.

4. 소결론

직접링크 등의 링크 행위가 저작재산권의 직접침해가 될 수 있는지 여부에 대한 국내외 판례입장을 요약해 보면, 우리나라와 미국, 일본의 판례는 서버기준을 채택하여 비교적 명확한 부정설의 입장을 취하고 있는 반면,[26] EU의 판례는 공중송신

---

26) 링크제공행위를 일정한 경우(특히 프레이밍의 경우) 성명표시권 등의 저작인격권 침해로 볼 수 있지 않은가 하는 논의도 있어 왔지만, 직접침해 부정설의 입장에서 저작물의 '이용' 행위 자체를 부정할 경우에는 그 자연적 귀결로서 저작인격권의 침해가능성도 부정하게 될 가능성이 높다. 이는 저작재산권에 저촉되는 저작물의 '이용' 행위가 있어야 저작인격권 침해가 있을 수 있음을 논리적 전제로 한다(이해완, 앞의 책, 1099면 참조). 앞서 살펴본 '로켓뉴스24 사건'에 대한 일본 오사카지방법원의 판결도 "피고는 본건 동영상에의 링크를 단 것에 그치고 자동공중송신 등의 방법으로 공중에의 제공 또는 제시(법 제19조)를 한 것이라고는 할 수 없으므로 성명표시권 침해의 전제를 결하고 있다"고 판시하여 그러한 입장을 표명하였다.
링크행위가 저작인격권 침해가 될 수 있을지 여부, 특히 성명표시권 침해의 가능성에 대하여는 국내 학설이 일치하지 않고 있다. 예컨대, 장현진, "온라인 뉴스에 대한 링크설정행위의 법적 문제점". Law & Technology(3권 1호), 69면; 김현철, "링크제공자의 저작권법상 책임에 관한 소고", 계간 저작권 2002 여름호, 55면; 배성호, "링크의 저작권침해 여부", 사법행정 43권 10호

권(전송권)에 대한 직접침해의 가능성을 인정하면서 '새로운 공중' 기준을 통해 링크의 자유와 권리자 보호 사이의 균형을 도모하고 있다고 할 수 있다.

미국과 일본의 경우는 불법복제물에 대한 링크를 간접침해로 규제하는 것으로 어느 정도 균형을 이룰 수 있다고 본 측면이 있으나, 우리나라의 경우는 뒤에서 자세히 살펴보는 대법원 판례로 인해 그렇게 말하기도 어려운 상황이 되었다.

미국 등의 입장이 바람직할지, EU의 입장이 바람직할지에 대하여는 단언하여 말하기가 쉽지 않다. 사견으로는 EU의 입장이 결론적인 면에서 보다 바람직한 가치 균형을 이루는 것이 아닐까 생각된다. 그러나 유럽사법재판소가 제시한 '새로운 공중' 기준이 우리 저작권법 및 민사법의 기존 법리와 잘 부합된다고 보기는 어려운 측면도 있다. 이에 대하여는 앞으로 좀 더 진지한 검토와 논의가 필요할 것으로 생각된다.

아무튼 우리가 미국의 판례와 같이 서버 기준을 채택할 경우에도, 불법복제물에 대한 링크행위에 대하여 일정한 요건 하에 간접침해의 책임을 물을 수는 있도록 하여야만 링크의 자유와 저작권등의 보호 사이에 최소한의 균형을 이룰 수 있음을 유의할 필요가 있다.

Ⅲ. 간접침해의 성립 여부

1. 서설

본 논문의 집필 계기를 제공해 준 최근의 대법원 판례는 불법복제물에 대한 링크행위가 저작권의 직접침해 행위가 아님은 물론이고 저작재산권 침해의 방조가 될 수도 없다는 취지로 판시하였다. 이것은 현실적으로 저작권 보호에 큰 공백을 초래하는 문제가 있을 뿐만 아니라 법리적으로도 그 적용범위를 제한적으로 보지 않는 한 납득하기 어려운 문제점을 내포하고 있다. 그리고 이러한 판례의 태도는 우리나라와 같이 링크에 대하여 직접침해의 책임을 부정하는 판결을 선고하면서도

(2002.10.), 15면은 긍정설의 입장(다만, 김현철, 배성호의 각 논문은 “링크가 저작권법상의 이용에 해당하는가 여부는 좀 더 검토를 요한다고 하겠다”고 밝히고 있다)을, 전지원, 앞의 논문, 528면은 부정설의 입장을 각 취하고 있다. 저작재산권에 저촉되는 ‘이용’ 행위가 있어야 저작인격권 침해도 인정할 수 있다는 법리를 일관되게 적용하는 것이 법적 안정성 등의 면에서 바람직하다는 점에서, 저작재산권의 직접침해를 부정하는 한, 저작인격권의 침해도 부정하는 것이 타당하다. 이해완, 앞의 책, 490면도 종전의 견해를 변경하여 부정설의 입장을 취했다.

간접침해의 책임을 추궁할 수 있는 가능성을 열어 둔 미국이나 일본의 입장과 다른 것이다. 아래에서 자세히 살펴본다.

2. 대법원 판례의 입장 - 2015.3.12. 선고 2012도13748 판결 -

가. 사실관계

피고인은 자신의 주거지에 단독으로 약 8.3테라바이트 용량에 이르는 서버와 관련 컴퓨터를 설치하여 만화 등 콘텐츠를 취급하는 사이트를 개설하여 운영하였다. 피고인은 위 사이트를 개설하여 만화, 애니메이션, 이미지 등에 따른 항목을 구분하고 다시 그 항목을 개별 만화명에 따라 분리한 후, 회원으로 가입한 운영진들에게 그들이 해외에 있는 각 블로그 등에 개설한 만화 등 관련 디지털 자료를 링크를 걸 수 있도록 하고, 그와 같이 운영진등 일부 회원들이 링크를 걸어 올린 각종 저작재산권 보호대상 디지털콘텐츠를 위 사이트의 다수 회원 및 불특정 다수인이 열람 또는 다운로드를 할 수 있도록 하여 링크를 통하여 해외에 있는 위 운영진들이 개설한 각 블로그 등에 쉽게 접근하여 위 만화들을 볼 수 있게 함으로써 공소장 첨부 범죄일람표 기재와 같이 총 44회에 걸쳐 이를 복제, 배포 등을 하는 행위를 그대로 방치하여 상습적으로 저작권자의 저작재산권의 침해를 용이하게 하여 이를 방조하였다는 이유로 검찰에 의하여 '저작권법위반방조죄'로 기소되었다.

나. 법원의 판단

1심법원은 피고인에 대하여 저작권법위반 방조의 죄책을 인정하여 징역 6월에 집행유예 2년의 유죄판결(청주지방법원 영동지원 2012.6.21. 선고 2012고단131판결)을 선고하였다.

그러나 2심 판결(청주지방법원 2012.10.19. 선고 2012노626판결)은 피고인이 방조한 정범의 행위가 무엇인지 공소사실만으로는 명확하지 않다고 보아 두 가지 가능성에 대하여 검토한 후 결론적으로 저작재산권 침해 방조죄에 대하여 무죄의 판결을 선고하였다. 즉, 법원은 ① 인터넷 이용자 등이 외국 블로그에 이 사건 디지털 컨텐츠를 게시(업로드)한 행위를 정범으로 할 경우에 대하여는 그러한 게시(업로드) 행위는 복제권 침해행위에 해당하지만, 형법상 방조행위는 정범의 실행행위를 용이하게 하는 것을 의미하므로 이 사건에서도 그 방조행위는 복제권 침해의 실행행위 자체를 용이하게 하는 방법으로만 가능하다고 할 것이라고 전제한 다음 "이 사건 링크 행위나 이 사건 링크 글을 방치하는 행위는 인터넷 이용자 등에 대

하여 복제권 침해의 실행행위를 용이하게 한 것이 아니라, 인터넷 이용자 등과 무관한 지위에서 단순히 인터넷 이용자 등에 의하여 복제권이 침해된 상태를 이용한 것에 불과하다고 할 것이어서 그 행위를 방조행위로 볼 수 없고, 그 행위가 복제권 침해행위로 인한 피해를 확산시키는 결과를 가져오더라도 달리 볼 것은 아니다"라고 판시하였다. 다음으로 ② 이 사건 링크행위를 정범의 실행행위로 보는 것을 전제로 한 판단에 있어서는 이른바 직접링크(direct link)를 포함하여 링크를 거는 것만으로는 복제, 전송 등의 저작물 이용행위에 해당하는 것으로 볼 수 없다고 하는 기존 판례의 입장을 원용한 다음 결국 "이 사건 링크 행위가 저작권법위반 정범의 행위에 해당하지 않으므로, 피고인이 이 사건 링크 글을 방치한 행위를 저작권법위반방조라 할 수 없다"고 판결하였다.

상고심인 대법원도 2015.3.12. 선고 2012도13748 판결에서 먼저 기존 판례를 인용하면서 “이른바 인터넷 링크(Internetlink)는 인터넷에서 링크하고자 하는 웹페이지나, 웹사이트등의 서버에 저장된 개개의 저작물 등의 웹 위치 정보나 경로를 나타낸 것에 불과하여, 비록 인터넷 이용자가 링크 부분을 클릭함으로써 링크된 웹페이지나 개개의 저작물에 직접 연결된다 하더라도 위와 같은 링크를 하는 행위는 저작권법이 규정하는 복제 및 전송에 해당하지 아니한다”고 판시하였다. 나아가 링크걸기가 저작권침해의 방조행위가 될 수 있는지 여부와 관련하여서는, "형법상 방조행위는 정범의 실행을 용이하게 하는 직접, 간접의 모든 행위를 가리키는 것인데, 링크를 하는 행위 자체는 위와 같이 인터넷에서 링크하고자 하는 웹페이지 등의 위치정보나 경로를 나타낸 것에 불과하여, 인터넷 이용자가 링크 부분을 클릭함으로써 저작권자로부터 이용허락을 받지 아니한 저작물을 게시하거나 인터넷 이용자에게 그러한 저작물을 송신하는 등의 방법으로 저작권자의 복제권이나 공중송신권을 침해하는 웹페이지 등에 직접 연결된다고 하더라도 그 침해행위의 실행 자체를 용이하게 한다고 할 수는 없으므로 이러한 링크 행위만으로는 ... 저작재산권 침해의 방조행위에 해당한다고 볼 수 없다"고 판결하여 결국 검사의 상고를 기각하였다.

다. 검토

앞서 살펴본 바와 같이 링크를 하는 행위 자체가 저작재산권의 '직접침해'가 될 수 없다는 것은 이미 어느 정도 확립되어 있는 판례의 입장이라 할 수 있다. 위 사건의 항소심 판결이 위 ②의 쟁점, 즉 링크 정보를 게시한 행위를 정범의 실행

행위로 볼 수 있는지에 대하여 부정적인 입장을 취한 것은 기존의 판례에 부합되는 입장이라 할 수 있고, 대법원 판결의 그 부분 판시도 마찬가지이다.

그러나 위 판결에서 다룬 ①의 쟁점, 즉 위 사이트의 회원(A)이 외국에 개설된 블로그에 그 이용자(B)에 의하여 업로드된 불법복제물에 대하여 링크를 거는 정보를 게시하는 행위가 B의 저작재산권 침해행위에 대한 방조가 될 수 있는지 여부[27]에 대하여 위 항소심 법원 및 대법원이 판단한 것은 기존의 판례와는 다른 쟁점에 대한 새로운 판결이다. 즉, 위 대법원 판결은 링크에 의한 저작재산권의 '직접침해'가 아니라 '간접침해'의 문제를 다룬 것으로서, 이 문제에 대한 최초의 대법원 판결이라고 할 수 있다.

위 쟁점에 대한 대법원 판결의 결론은 부정적인 것으로 보이는데, 이것이 과연 타당한 것일까?

이 문제에 대하여 정확한 법적 판단을 하기 위해서는, 피고인이 운영하는 웹사이트의 이용자들이 링크를 건 불법복제물인 콘텐츠를 게시한 사람(편의상 A라고 표시함)의 행위를 세밀하게 분석해 볼 필요가 있다. 먼저 A가 불법복제물을 외국 블로그에 업로드하여 불특정 다수인이 자신이 선택한 시간과 장소에서 접근하여 이용할 수 있도록 제공한 행위가 있다. 이는 저작권법상 '전송'의 개념에 해당하므로 A는 그 저작재산권자의 공중송신권을 침해한 것으로 평가할 수 있고, 동시에 업로드 과정에 복제행위가 수반되므로 저작재산권자의 복제권도 침해한 것으로 볼 수 있다. 그런데 이러한 업로드 행위는 링크 이전에 이미 이루어진 것이므로 '링크'와의 관계에서 말하자면 '사전적 침해행위'에 해당한다. 이러한 사전적 침해행위는 그 이후에 링크를 건 행위와는 아무런 관련이 없으므로 이러한 사전적 침해행위에 대하여 링크제공행위가 '방조'가 될 수 없다고 본 것은 타당하다고 할 수 있다. 위 항소심 및 대법원의 판결은 이 점에 초점을 맞춘 것이 아닐까 생각된다.

그러나 문제는 여기서 그치지 않는다. A가 게시한 불법복제물에 대하여 B가 불특정 다수인이 이용하는 웹사이트에 링크를 걸어둘 경우 그 웹사이트의 이용자 C가 링크를 클릭하게 되면 그 때 그 복제물이 A로부터 C로 송신되게 되고, 그 과정에서 새로운 복제가 발생하게 된다. 링크를 클릭함에 따라 이루어지는 이러한 '송신'과 '복제'의 법적 성격을 어떻게 볼 것인지가 대단히 중요한 문제이다.

---

27) 피고인이 위 사이트를 위와 같은 방법으로 운영한 것이 저작권법위반의 방조가 될 수 있는지 여부를 판단하기 위한 전제이다. 만약 A의 행위가 침해방조행위가 된다면 피고인의 행위도 방조의 방조, 즉 간접방조로서 저작권법위반의 방조로 평가되었을 것이다.

먼저 '송신'의 법적 성격을 보면, C가 링크를 클릭함에 따라 그에게 스트리밍 방식으로 또는 다운로드 방식으로 이루어지는 송신은 저작권법상 전송의 개념에 해당하는 것으로 보아야 할 것이다. 왜냐하면, 저작권법은 제2조 제10호에서 '전송'의 개념에 대하여 "공중송신 중 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 저작물등을 이용에 제공하는 것을 말하며, 그에 따라 이루어지는 송신을 포함한다"고 규정하여 이용제공에 따라 이루어지는 '송신'이 전송의 개념에 포함된다는 것을 명확히 하고 있기 때문이다.[28] 전송의 개념 중 '이용제공'은 '송신'을 위한 전단계적 준비행위의 성격을 가지므로, 우리 저작권법이 이용제공행위를 공중송신의 일종인 전송의 개념에 포함시킨 것은 디지털 환경 하에서 저작재산권자의 권리를 두텁게 보호하기 위한 취지라 할 것이고, 이용제공행위만 전송에 해당하는 것으로 봄으로써 그 이후 이용제공행위에 수반되는 '송신' 행위가 가지는 별도의 법적 의미를 무시하는 취지는 결코 아니라고 보아야 한다. 따라서 '이용제공'에 따라 이루어지는 '송신'이 '이용제공'의 개념에 흡수되는 것으로 볼 수는 없으며, 이용제공 행위에 기하여 이루어지는 송신은 각각의 송신마다 이용제공행위와는 별도의 전송행위(공중송신행위)에 해당하는 것으로 보아야 한다. 따라서 C가 링크를 클릭할 때 A로부터 C에게로 이루어지는 불법복제물의 송신은 A에 의한 전송행위로 평가되어야 할 것이고, 이러한 A의 사후적 침해행위로서의 공중송신권 침해에 대한 관계에서, B의 링크 제공행위는 정범인 A의 침해행위를 용이하게 하는 행위임이 명백하므로 공중송신권 침해 방조행위로 평가되어야 할 것이다. 형법상 방조행위는 정범이 범행을 한다는 정을 알면서 그 실행행위를 용이하게 하는 직접·간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서 실행 착수 전에 장래의 실행행위를 예상하고 이를 용이하게 하는 행위를 하여 방조한 경우에도 성립한다는 것이 대법원 판례의 입장[29]이기 때문이다.

다음으로, C가 링크를 클릭함에 따라 이루어지는 다운로드 등에 수반되는 복제

---

28) 참고로, 2006. 12.28,자로 저작권법이 전면개정되기 전의 저작권법(2000.1.12. 개정 이후) 제2조 제9호의 2는 전송에 대하여 "일반공중이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 수신 하거나 이용할 수 있도록 저작물을 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공하는 것을 말한다"고 규정하여 '송신'을 '이용제공'보다 앞에 규정하는 입장을 취하고 있었다. 또한 WIPO 저작권조약(WCT) 제8조는 공중송신권에 대하여 규정하면서 공중을 대상으로 한 저작물의 이용제공 행위를 포함하여 공중에게 유선 또는 무선으로 송신하는 모든 행위에 대하여 저작권자가 배타적 권리를 가지는 것으로 규정하고 있고, 우리 저작권법상의 공중송신권은 WCT의 그러한 규정을 본뜬 것이라 할 수 있다. 송신의 전단계 행위인 '이용제공'도 공중송신에 포함되긴 하지만, 공중에 대한 '송신' 행위가 '공중송신' 개념의 중심에 있다고 할 수 있다.

29) 대법원 2009. 6. 11. 선고 2009도1518 판결 등 참조.

행위에 대하여 살펴보자. 이러한 복제행위도 링크제공 행위 이후에 그와 관련하여 이루어지는 사후적 침해행위라 할 수 있다. 이러한 복제행위의 주체를 누구로 볼 것인지가 문제이나, C만이 아니라 A도 해당 복제행위의 주체인 것으로 보는 것이 타당하다. A가 불법복제물을 불특정 다수인이 접근하여 다운로드 등을 받을 수 있도록 이용 제공한 것의 연장선상에서 이루어지는 것으로서, 그에 따른 송신에 대하여 A가 행위주체로서의 책임을 져야 하는 것과 마찬가지로 복제에 대하여도 행위주체로서의 책임을 지는 것이 마땅하기 때문이다. 다만 송신과 달리 복제에 대하여는 C도 행위주체가 되는 것으로 보아야 할 것이므로 결국 A와 C가 모두 복제행위의 책임주체가 되는 것으로 보아야 할 것으로 생각된다.[30] C의 경우에는 사적 이용을 위한 복제로서 저작권법 제30조에 따라 복제권침해의 책임을 지지 않을 가능성이 있으나, A의 경우에는 사적 이용을 위한 복제라고 할 수 없으므로 복제권 침해의 책임에서 벗어날 가능성이 없으리라 생각된다. 따라서 앞서 본 바와 같은 논리에 따라 링크제공 행위를 한 B는 A의 복제권 침해행위(C가 기업용 소프트웨어를 다운로드 받은 경우와 같이 사적 이용을 위한 복제에 해당하는 것으로 보기 어려운 경우에는 동시에 C의 복제권 침해행위)에 대하여도 방조행위를 한 것으로 평가될 수 있다.

위 사건의 항소심판결과 대법원판결은 위와 같은 사후적 침해행위에 대한 관계에서 링크제공행위가 방조행위가 되지 않는다는 것과 그 이유를 명시적으로 언급하지 않고 있다. 항소심 판결의 경우 "이 사건 링크 행위나 이 사건 링크 글을 방치하는 행위는 인터넷 이용자 등에 대하여 복제권 침해의 실행행위를 용이하게 한 것이 아니라, 인터넷 이용자 등과 무관한 지위에서 단순히 인터넷 이용자 등에 의

30) 하급심 판결 중에 본 논문의 이러한 입장과 동일한 입장을 취한 사례가 있다. '벅스뮤직' 사건에 대한 서울중앙지방법원 2006. 2. 15. 선고 2005노480 판결이 그것인데, 이 판결은 "HTTP 방식에 의한 서비스의 경우 이용자들이 노래듣기를 선택하면 피고인 ○○○ 측의 서버에서 전송된 해당 곡의 컴퓨터압축파일(asf파일)이 이용자 컴퓨터의 하드디스크의 임시폴더에 다운로드되어 재생되는데, 이와 같이 임시폴더에 다운로드된 파일은 미리 설정된 위 임시폴더의 사용공간이 다 채워지기 전에는 삭제되지 않고 위 임시폴더에 저장된 상태로 계속 남아 있게 되는 사실을 인정할 수 있다. 위 인정사실에 의하면, 피고인 ○○○, ○○○가 한 HTTP 방식에 의한 서비스의 경우에는 이용자가 별도로 복제행위를 하는지의 여부와 관계없이 위 피고인들의 위 HTTP 방식에 의한 서비스 자체만으로도 해당 곡의 음원파일에 대하여 저작권법 제2조 제14호 소정의 복제가 이루어졌다고 할 것이므로, 위 피고인들의 변호인의 위 주장은 이유 없다"고 판시함으로써 이용자들이 클릭함에 따라 이루어지는 복제행위와 관련하여 서비스회사도 해당 이용자와 함께 복제행위의 주체가 될 수 있음을 인정하였다. 이것은 간접적 관여에 의한 직접침해의 인정과 관련된 문제로서 원격녹화 서비스와 관련된 이른바 '엔탈 사건'에서도 유사한 판결(서울고등법원 2009.4.30. 선고 2008나86722판결)이 내려진 바 있다. 이해완, 앞의 책, 1116면 이하 참조.

하여 복제권이 침해된 상태를 이용한 것에 불과하다고 할 것이어서 그 행위를 방조행위로 볼 수 없고, 그 행위가 복제권 침해행위로 인한 피해를 확산시키는 결과를 가져오더라도 달리 볼 것은 아니다"라고 판시하였는데, "복제권이 침해된 상태를 이용한 것에 불과하다"고 한 것은 사후적 침해행위의 존재를 별도로 파악하지 못함으로써 그 과정에서 이루어지는 송신 등을 법적인 의미를 갖지 않는 사실상의 이용행위에 불과한 것으로 평가한 것이 아닐까 생각된다. 대법원 판결도 항소심 판결의 그러한 오류의 연장선상에 있을 가능성이 적지 않은 것으로 보인다. 즉, 사전적 침해행위로서의 업로드 행위에만 주로 초점을 맞춘 나머지 링크를 클릭함에 따른 전송 및 복제 행위와 관련된 법적 문제를 충분히 의식하지 않은 것으로 보인다. 그렇지 않고 대법원이 그 문제를 인식하였다면 그 점에 대한 보다 명시적인 언급을 하는 것이 타당하였을 것이다.

결론적으로 위 대법원 판결이 링크행위가 사전적 침해행위(업로드 행위)에 대한 관계에서 방조행위가 될 수 없고 따라서 그러한 링크행위를 방조한 인터넷 서비스 제공자인 피고인의 경우 침해행위에 대한 간접방조를 한 것으로 볼 수 없다고 본 것은 타당하나, 사후적 침해행위에 대한 관계에서도 방조죄의 성립 가능성을 절대적으로 부정하는 취지라면 그 타당성을 인정할 수 없다. 그런데 대법원 판결은 항소심 판결과 마찬가지로 링크를 클릭함에 따라 이루어지는 사후적 침해행위에 대한 관계에서 왜 링크 제공행위가 방조가 될 수 없는지에 대하여 아무런 언급을 하지 않고 있다. 따라서 판례의 해석 및 적용이라는 관점에서 볼 때, 이러한 대법원 판례의 입장은 사전적 침해행위에 대하여만 적용되는 것으로 보아야 할 것이고, 사후적 침해행위에 대하여는 아직 대법원 판례의 입장이 분명하게 정립되지 않은 것으로 보는 것이 타당할 것으로 생각된다. 위 사안에서는 검사가 공소제기를 할 때 정범의 행위를 분명하게 특정하지 않은 오류가 있었고, 그것이 항소심 및 대법원의 위와 같은 결론에 큰 영향을 미친 것으로 보인다는 점을 감안할 때 더욱 그러하다.

불법복제물을 링크한 것이 어떤 경우에도 직접침해나 간접침해를 전혀 구성하지 않는 것으로 보는 입장은 우리 저작권법 제102조 제1항 제4호에서 온라인서비스제공자가 "정보검색도구를 통하여 이용자에게 정보통신망상 저작물등의 위치를 알 수 있게 하거나 연결하는 행위"를 일정한 요건 하에서만 면책될 수 있는 것으로 규정한 것과도 조화되기 어려운 입장이다.

위 대법원판결은 "링크를 하는 행위 자체는 위와 같이 인터넷에서 링크하고자

하는 웹페이지 등의 위치정보나 경로를 나타낸 것에 불과"하다고 판시하고 있으나, 그것을 직접침해의 문제가 아니라 간접침해의 문제에 대하여도 삼단논법의 대전제로 삼는 것은 설득력이 없다. 인터넷상의 음란정보를 링크한 것이 음란부호 공연전시죄를 구성하는지가 문제된 사건에서 대법원은 "형식적으로 보면, 인터넷상의 링크는 링크된 웹사이트나 파일의 인터넷 주소 또는 경로를 나타내는 것에 불과하여 그 링크에 의하여 연결된 웹사이트나 파일의 음란한 부호 등을 전시하는 행위 자체에 해당하지 않는다고 볼 여지가 없지 아니하나, 인터넷상의 링크란 하나의 웹페이지 내의 여러 문서와 파일들을 상호 연결하거나 인터넷상에 존재하는 수많은 웹페이지들을 상호 연결해 주면서, 인터넷 이용자가 '마우스 클릭(mouse click)'이라는 간단한 방법만으로 다른 문서나 웹페이지에 손쉽게 접근 검색할 수 있게 해주는 것(다른 웹페이지의 정보를 검색하기 위하여 특별한 명령어를 키보드로 입력하는 것과 같은 조치를 별도로 취할 필요가 없게 해준다.)으로서, 초고속정보통신망의 발달에 따라 그 마우스 클릭행위에 의하여 다른 웹사이트로부터 정보가 전송되어 오는 데 걸리는 시간이 매우 짧기 때문에, 인터넷 이용자로서는 자신이 클릭함에 의하여 접하게 되는 정보가 링크를 설정해 놓은 웹페이지가 아니라 링크된 다른 웹사이트로부터 전송되는 것임을 인식하기조차 어렵고, 점점 더 초고속화하고 있는 인터넷의 사용환경에서 링크는 다른 문서나 웹페이지들을 단순히 연결하여 주는 기능을 넘어서 실질적으로 링크된 웹페이지의 내용을 이용자에게 직접 전달하는 것과 마찬가지의 기능을 수행하고 있다고 하지 않을 수 없다"고 판시한 바 있다.[31]

물론 인터넷상의 링크행위에 대한 형사적 제재가 남용되는 것은 바람직하지 않고, 형사처벌은 영리적 목적을 가진 의도적 링크 사이트를 운영하는 자 등에 한정하는 것이 바람직할 것이다. 그렇지만 링크를 이용하기만 하면 불법복제물을 전문적, 영리적으로 링크하여 서비스하는 경우를 포함하여 어떠한 경우에도 법적인 구제를 전혀 받을 수 없다고 한다면, 저작권보호에 너무나 중대한 공백이 발생하게 된다는 것을 간과하여서는 안 될 것이다. 그렇게 되면 지금까지 어렵게 구축해 온 저작권보호의 질서를 근저에서부터 무너뜨리고 문화산업의 법제도적 기반을 파괴하는 중대한 결과를 초래할 것이라는 우려를 금할 수 없다.[32]

따라서 위 대법원 판결은 위에 언급한 바와 같이 제한적으로 해석, 적용되어야

31) 대법원 2003.7.8. 선고 2001도1335판결.
32) 이해완, 앞의 책, 497면.

할 것이지만, 위 판결이 링크행위는 어떤 경우에도 저작재산권 침해의 방조행위가 될 수 없는 것처럼 잘못 해석될 가능성을 남기고 있다는 것 자체가 오류라 할 것이므로, 이후 대법원의 신중한 재검토를 통해 이를 바로잡고 사후적 침해행위에 대한 방조가능성을 인정하는 새로운 판례의 정립이 있기를 기대한다.

3. 주요국 판례의 동향

가. 미국의 판례

1) 서언

앞에서 자세히 살펴본 Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc 사건에서, 구글이 불법복제물에 인라인 링크를 건 것에 대하여 미국의 1,2심 법원이 저작권의 '직접침해'로 인정하지 않은 이유의 하나가 일정한 요건 하에 '간접침해'의 책임을 추궁할 수 있다는 점에 있다는 것은 위에서 본 바와 같다. 따라서 적어도 일정한 요건 하에 불법복제물에 대한 링크제공행위가 간접침해가 될 수 있다는 것은 미국 법원이 당연한 전제로 삼고 있음을 알 수 있다. 미국법상 저작권의 간접침해는 크게 '기여침해'와 '대위책임'으로 나누어지므로 아래에서 순서대로 살펴보기로 한다.

2) 기여침해의 성립 여부

2심 법원은 컴퓨터 시스템 운영자가 특정한 저작권침해물이 그 시스템을 통해 이용가능한 상태로 있다는 것에 대한 '실제적 인식'을 가지고 있고 저작물에 대한 더 이상의 손해를 막기 위한 간단한 조치를 취할 수 있음에도 불구하고 계속하여 침해 저작물에 대한 접근가능성을 제공하면 기여침해에 대한 책임이 있다고 전제하고 결론적으로 구글의 그러한 책임 유무에 대하여 신중하게 심리할 필요가 있다고 보았다.

이 점에서 2심 법원은 1심 법원과 일부 판단을 달리하였다. 1심 법원은 설사 구글이 저작권 침해물이 그 시스템을 통해 이용 가능한 상태로 있다는 것을 알고 있었다고 가정한다 하더라도 구글은 침해 웹사이트들에 대한 방문을 장려하기 위하여 어떤 실질적인 홍보적 또는 광고적 노력을 취한 바가 없고 침해 웹사이트에 중대한 수익 흐름을 제공하지도 않았기 때문에 침해행위에 '실질적으로(materially)' 기여한 것으로 볼 수 없다고 판단하였다. 2심 법원은 1심의 위와 같은 판단은 잘못된 것이라고 하면서 "구글이 저작권침해 복제물들을 전세계 시장에 배포하는 다른 웹사이트들의 행위를 실질적으로 돕고 전세계에 있는 인터넷 이용자들이 저작

권침해물에 접근할 수 있도록 돕는다는 것은 다툼의 여지가 없다"고 판시하였다. 2심 법원은 위에서 본 기여침해의 요건을 적용할 경우, 구글이 그 검색엔진을 사용하여 Perfect 10의 저작권을 침해하는 복제물을 이용할 수 있다는 것을 인식하고 있었고 간단한 조치로 Perfect 10의 저작물에 대한 추가적인 손해를 방지할 수 있음에도 불구하고 그러한 조치를 취하지 않았다면 기여침해의 책임을 져야 할 것이라고 보았다. 이와 관련하여 1심법원이 실제 Perfect 10의 침해 통지가 적절한 것이었는지 여부에 대한 사실심리를 충실하게 하지 않았음을 지적하면서 2심 법원은 그 부분의 심리를 1심법원이 다시 하도록 하는 취지의 판결을 내렸다.

3) 대위책임의 유무

2심 법원은 구글이 대위책임의 요건 중 하나인 직접침해를 중단시키거나 제한할 권리를 가지고 있을 것이라는 요건을 충족하지 않아 대위책임을 지지는 않을 것으로 보았고, 그 점에 있어서는 1심 법원의 판단과 다르지 않았다.

4) 온라인서비스 제공자 면책과 관련된 판단

위에서 본 바와 같이 2심 법원은 구글이 기여침해의 책임을 질 가능성이 있을 것으로 보았는데, 그 경우 구글이 디지털 밀레니엄 저작권법(DMCA) 상의 온라인서비스 제공자(OSP) 면책조항, 특히 512조 (d)의 규정을 들어 항변한 내용에 대하여 판단할 필요가 있다. 1심 법원은 구글이 기여침해의 책임을 질 가능성이 없다고 보아 그에 대한 판단을 하지 않았으나, 2심 법원은 그 부분에 대하여 다른 결론을 내렸으므로, 면책조항의 적용요건에 대하여 구체적인 심리가 필요하다고 보았고, 따라서 그 점에 대하여도 1심에서 다시 심리하도록 하는 취지의 판결을 하였다.

5) 소결론

위와 같이 2심 법원인 제9항소법원은 구글이 원고 저작물의 불법복제물을 인라인 링크방식으로 제공하고 있는 것은 침해에 대한 구체적 인식 등의 일정한 요건하에 기여침해를 구성할 가능성이 있는 것으로 판단하였다.[33] 이것은 '서버 기준'

---

33) 2심 법원의 파기환송 결정에 따라 1심 법원이 다시 구체적으로 심리한 후 기여침해에 대하여 여전히 부정적인 입장을 취하였으나, 구체적인 상황에 따라서는 링크제공행위에 대하여 기여침해의 책임을 추궁할 가능성이 있음은 당연한 전제로 삼고 있다. Perfect 10, Inc. v. Google, Inc., No. CV 04-9484 AHM SHX, 2010WL9479060 (C.D. Cal. July 30, 2010) aff'd, 653F.3d976(9th Cir.

을 취하여 직접침해 책임을 부정하더라도 저작권자에게 최소한의 법적 구제수단을 인정할 수는 있다는 점에서 직접침해 부정의 근거가 되는 법리 중 하나라는 것은 앞에서 본 바와 같다. 이와 같이 한편으로 직접침해의 책임을 부정하면서 다른 한편으로 일정한 추가적인 요건 하에 간접침해를 인정할 수 있는 가능성을 열어 두고, 나아가 OSP의 경우는 일정한 요건 하에 면책을 받을 수 있도록 함으로써 이 문제를 둘러싼 여러 가지 고려요소들 사이에 미묘한 균형을 이루고 있다는 것을 알 수 있다.

미국 DMCA의 OSP 면책 조항은 한미 FTA를 계기로 우리 저작권법상으로도 흡사하게 도입되어 있다. 우리 저작권법 제102조 제1항 제4호에서 "정보검색도구를 통하여 이용자에게 정보통신망상 저작물등의 위치를 알 수 있게 하거나 연결하는 행위"에 대하여 일정한 요건 하에 면책을 받을 수 있도록 규정하고 있는 것이 미국 저작권법 제512조 (d)와 같은 취지이다. 이 규정은 인터넷상의 링크 제공 행위가 적어도 일정한 경우에 침해책임을 지게 될 가능성이 있음을 전제로 한다. 링크 제공행위의 직접침해 가능성과 간접침해 가능성을 모두 전적으로 부정하는 입장을 취할 경우에는 위 규정의 취지와도 저촉되는 면이 있음은 앞서 언급한 바와 같다.

나. EU의 판례

앞서 살펴본 Svensson 사건에 대한 유럽 사법재판소의 판결은 '간접침해'에 대한 문제에 대하여는 전혀 언급하고 있지 않다. 따라서 특정 사이트에서 누구나 접근하여 이용할 수 있도록 제공되고 있는 저작물의 불법복제물을 다른 사이트에서 제공하고 있는 것을 링크하여 제공하는 행위가 위에서 본 바와 같은 논리에 의하여 직접침해는 아닌 것으로 판단되더라도 그러한 링크제공행위가 그에 따른 다운로드 및 송신행위(사후적 침해행위)에 대한 관계에서 저작재산권 침해의 방조행위로 문제될 수 있는 가능성은 남아 있는 것으로 생각된다. 즉, 위 판결은 링크제공행위에 대하여 우리 판례가 인정하지 않는 직접침해의 가능성을 제한적으로 인정한 것일 뿐, 간접침해의 가능성을 부정한 것은 아니라는 점에 유의할 필요가 있다.[34]

2011).

34) 저작권 간접침해 성립 여부의 문제는 EU 저작권지침에서 회원국 간 조화를 규정의 대상으로 삼지 않은 영역이므로 회원국 간 입장 차이가 있을 수 있다. Jeremy de Beer, Mira Burri, *supra*, 104; Pekka Savola, *supra*, 284.

다. 일본의 판례

1) 서언

앞서 살펴본 '로켓뉴스 24' 사건에 대한 일본 오사카 지방법원의 판결은 프레임 링크에 대하여 방조에 의한 불법행위의 성립 여부에 대하여도 판시하고 있다. 그 내용을 통해 링크제공행위에 의한 간접침해 가능성에 대한 일본 법원의 입장을 살펴보기로 한다.

2) 방조에 의한 불법행위 성립 여부에 대한 법원의 판단

이에 대하여 법원은 다음과 같이 판시하였다.

원고의 주장은 피고의 행위가 '송신가능화' 자체에 해당하지 않는다고 하더라도 '니코니코 동영상'에 업로드되어 있는 본건 동영상에 링크를 거는 것으로 공중송신권 침해의 방조에 의한 불법행위가 성립한다는 취지의 주장으로 볼 여지도 있다.

그러나 '니코니코 동영상'에 업로드되어 있는 본건 동영상은 저작권자의 명시 또는 묵시의 허락 없이 업로드되어 있다는 것이 그 내용이나 체제상 명백하지 않은 저작물이고, 적어도 이러한 저작물에 링크를 거는 것이 바로 위법하다고는 하기 어렵다. 그리고 피고는 위 기초사실과 같이 본건 웹사이트 상에서 본건 동영상을 시청할 수 있게 한 것에 대하여 원고로부터 항의를 받은 시점, 즉 '니코니코 동영상'에의 본건 동영상의 업로드가 저작권자인 원고의 허락 없이 행해진 것을 인식할 수 있게 된 시점에 바로 본건 동영상에의 링크를 삭제하였다.

이러한 사정에 비추어보면, 피고가 본건 웹사이트 상에서 본건 동영상에의 링크를 붙인 것은 원고의 저작권을 침해하는 것이라고는 할 수 없고, 제3자에 의한 저작권침해에 대하여 이를 위법하게 방조한 것도 아니며, 고의 또는 과실이 있다고도 할 수 없으므로, 불법행위는 성립하지 않는다.

3) 소결론

위 판결은 방조에 의한 침해(간접침해)와 관련하여, 원고의 동영상이 자신이 생방송을 할 때 이용한 사이트에 올려져 있다는 점에서 설사 해당 동영상 파일이 제3자에 의하여 원고의 허락 없이 복제된 것이라 하더라도 "본건 동영상은 저작권자의 명시 또는 묵시의 허락 없이 업로드되어 있다는 것이 그 내용이나 체제상 명백하지 않은 저작물"이라는 점을 들어, 그러한 저작물에 링크를 거는 것이 "위법하다

고는 하기 어렵다"고 판시하고 있다. 링크제공자의 입장에서 링크대상이 불법복제물이라고 판단하기 어려운 사정이 있었음을 그의 고의 또는 과실의 유무에 대한판단자료로만 보지 않고 '위법성' 유무의 차원으로 접근하고 있는 점은 최대한 '링크의 자유'를 존중하고자 하는 취지를 내포한 것이 아닌가 생각된다. 물론 위 판결도 위법성의 결여를 단정할 수는 없다고 보아 "고의 또는 과실이 있다고도 할 수 없다"는 것을 보충적으로 덧붙이고 있다.

아무튼 위 판결은 위 사안과 같은 경우에 결과적으로 방조에 의한 침해가 성립하지 않는 것으로 보고 있지만, 명백한 불법복제물을 링크로 제공하는 경우에는 방조에 의한 침해가 당연히 성립할 수 있음을 판단의 전제로 하고 있음을 주목할 필요가 있다.[35]

4. 소결론

위와 같이 미국과 일본의 판례는 불법복제물에 대한 링크행위를 일정한 요건 하에 저작재산권의 간접침해로 볼 수 있음을 분명히 하고 있고, 나아가 앞서 본 바와 같이, 미국의 판례는 그것을 직접침해책임 부정의 중요한 근거 중의 하나로 제시하고 있다. 우리의 판례도 최소한 불법복제물에 대한 고의적 링크행위에 대하여 당해 불법복제물을 업로드한 자에 의한 사후적 송신(전송) 또는 복제에 의한 저작재산권 침해에 대한 관계에서 방조의 책임을 인정할 수 있는 가능성을 긍정하는 방향으로 재정립되는 것이 바람직한 방향일 것으로 생각된다.[36]

---

35) 박성호, 저작권법, 박영사, 2014, 340면도 "다만, 홈페이지(A)의 운영자(피고)가 링크된 홈페이지(B) 상의 콘텐츠가 위법한 것임을 알면서도 링크를 한 경우에는 피고에게 저작권 침해의 방조자로서 불법행위책임을 추궁할 수 있을 것이다"라고 하면서 각주(326번)에 오사카지방법원의 위 판결을 인용하고 있다. 그 밖의 외국 사례로는 불법 MP3음악파일 사이트들에 링크를 건 사안에 대하여 벨기에의 안트워프 지방법원이 “불법적으로 음악을 다운로드 받을 수 있는 사이트에 링크를 한 것은 불법을 저지르는 데 필요한 열쇠를 준 것과 다름이 없는 것으로서 불법행위를 선동한 것에 대한 책임을 져야 한다”고 판시한 사례(김현철, 앞의 논문, 56면) 등이 있다.

36) 국내 학설중 링크 제공자가 저작권침해의 방조 책임을 지게 될 가능성을 전면적으로 부정하는 학설은 잘 발견되지 않는다. 본 논문의 입장과 같이 그러한 책임을 질 가능성을 긍정하는 학설로는 김현철, 앞의 논문, 56~57면; 박성호, 위의 책, 340면; 이대희, “인터넷상에서의 저작물 제공과 전송 - 서버 접속 및 인라인 링크를 중심으로 -”, 계간 저작권 2014 여름호, 140면; 이해완, 앞의 책, 494~497면 등이 있다.

Ⅳ. 맺음말

이상에서 링크행위가 저작권의 직접침해 또는 간접침해가 될 수 있는지에 대하여 국내외 판례를 중심으로 검토해 보았다.

우리의 대법원 판례가 링크 행위만으로 저작권의 직접침해가 될 수 없다고 본 것은 미국 및 일본의 판례 태도와는 상통하지만, 최근 큰 주목을 끌고 있는 EU의 판례 태도와는 일치하지 않음을 알 수 있다. '새로운 공중' 기준을 통해 예외적으로 공중송신권 침해 가능성을 인정하는 태도를 우리 저작권법의 해석론으로도 수용할 수 있을지 여부에 대하여는 향후 보다 진지한 검토가 필요할 것으로 생각된다. 해석론으로 어렵다면 입법론적인 고민을 해 볼 필요가 있을지도 모른다.

한편으로 최근의 우리 대법원 판례는 링크 행위가 저작권침해에 대한 방조가 될 가능성도 부정한 것처럼 보이지만, 주요국 판례의 입장을 볼 때 링크에 대하여 저작권의 직접침해나 간접침해의 어느 쪽도 성립하지 않는 것으로 보는 입장을 취한 예는 찾아보기 어렵다. 그리고 해당 사건에 대한 항소심 판결 및 대법원 판례는 이른바 '사전적 침해행위'에 초점을 맞춘 것으로 보이고, '사후적 침해행위'로서의 송신 및 복제 행위에 대하여 방조가 성립할 수 있음을 간과하였거나 그에 대한 충분한 법리적 검토를 결여한 것으로 보인다. 그런 점에서 대법원 판례의 적용범위를 제한적으로 보는 것이 타당할 것으로 생각되며, 이후 사후적 침해행위에 대한 방조의 성립가능성에 대하여는 보다 신중한 검토가 이루어져야 할 것으로 여겨진다.

최근 외국 서버에 올려진 불법복제물에 링크를 걸도록 하여 광고수익을 올리는 전문적인 영리적 사이트를 운영하는 예가 많아지면서 저작권 보호 질서가 크게 위협받고 있는 상황이다. 링크제공 행위가 저작권의 직접침해가 될 수 있는 가능성은 이를 부정하거나 긍정하더라도 특별한 예외적 경우로 한정함으로써 인터넷상의 표현의 자유의 일환인 링크의 자유를 최대한 보장하되, 불법복제물에 대한 의도적인 링크행위에 대하여는 저작권침해의 방조로 평가될 수 있는 가능성을 열어 둠으로써 문화콘텐츠산업의 제도적 기반이 무너지지 않도록 배려하여야 할 것이다.

(논문투고일 : 2015.08.24, 심사개시일 : 2015.08.31, 게재확정일 : 2015.09.22.)

이 해 완

인터넷링크, 저작권침해, 공중송신권, 간접침해, 서버 기준

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

박성호, 「 저작권법 」, 박영사, 2014.
오승종, 「 저작권법 」(제3판), 박영사, 2013.
오승종・이해완, 「 저작권법 」(제4판), 박영사, 2005.
이해완, 「 저작권법 」(제3판), 박영사, 2015.
岡村久道・近藤剛史 編著, 「 インターネットの法律實務 」, 新日本法規, 1997.
中山信弘, 「 著作權法(第2版) 」, 有斐閣, 2014.

Ⅱ. 논문

김현철, “링크제공자의 저작권법상 책임에 관한 소고”, 계간 저작권 2002 여름호, 44~61면.
배성호, “링크의 저작권침해 여부”, 사법행정 43권 10호(2002.10.), 6~16면.
윤태식, “인터넷 링크 중 이른바 ‘심층 링크’ 내지 ‘직접링크’를 하는 행위가 구 저작권법에 정한 복제 및 전송에 해당하는지 여부”, 대법원 판례해설 34권, 455~485면.
이대희, “인터넷상에서의 저작물 제공과 전송 - 서버 접속 및 인라인 링크를 중심으로 -”, 계간 저작권 2014 여름호, 113~144면.
장현진, “온라인 뉴스에 대한 링크설정행위의 법적 문제점”, Law & Technology(3권 1호), 59~78면.
전지원, “이미지 검색 서비스의 저작권침해 여부 등”, 대법원판례해설 44권, 493~557면.
Alan Baker, "EU Copyright Directive: can a hyperlink be a 'communication to the public'?", Computer and Telecommunications Law Review, 2014, 20(4).
Jeremy de Beer, Mira Burri, "Transatlantic copyright comparisons: making available via hyperlinks in the European Union and Canada", European Intellectual Property Review, 2014, 36(2).
John Blevins, “Uncertainty As Enforcement Mechanism: The New Expansion of Secondary Copyright Liability to Internet Platforms”, 34 Cardozo

Law Review. 1821, 2013.

Pekka Savola, "Blocking injunctions and website operators' liability for copyright infringement for user-generated links", European Intellectual Property Review, 2014, 36(5).

Abstract

Internet Link and Copyright Infringement Liability

Lee, Hae Wan

It is still unclear whether an internet link offerer may or may not be liable for copyright infringement. Recently, Korea's Supreme court handed down a judgment that seemingly denied the possibility of indirect copyright infringement liability as well as direct one. This doubtful ruling made the author ponder on both issues of direct and indirect infringement liability of linkers. The review of overseas main cases revealed that the CJEU had made a salient decision that restrictively affirmed the possibility of direct infringement of the right to communication to the public while cases of USA, Japan and Korea denied the possibility on the ground of 'server test'. Concerning indirect infringement liability of internet link providers, most of overseas main countries are affirming the possibility. It is argued that Korea's Supreme Court should reexamine this issue, because affirming the link offerers' indirect infringement liability under certain circumstances is required for harmonizing the freedom of link and the adequate protection of copyrighters especially when the court takes the position of 'server test'. Deeper study is needed on the issue whether or not we should restrictively affirm the possibility of direct infringement liability of linkers like the judgment of CJEU.

Lee, Hae Wan

internet link, copyright infringement, the right to communicate to the public, indirect infringement, server test

권리범위확인심판 및 침해소송에서의 공지기술의 항변 및 자유실시기술의 항변*

정 차 호**

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 관련 용어의 이해
1. 공지기술(prior art)
2. 자유실시기술(free-to-work technology)
Ⅲ. 주요국의 자유실시기술의 항변 법리
1. 독일의 자유실시기술의 항변 법리
2. 일본의 자유실시기술의 항변 법리
3. 미국의 자유실시기술의 항변 법리
4. 영국의 자유실시기술의 항변 법리
5. 소결
Ⅳ. 우리나라 침해소송 및 권리범위확인심판에서의 자유실시기술의 항변 법리
1. 침해소송에서의 자유실시기술의 항변 법리
2. 권리범위확인심판에서의 자유실시기술의 항변 법리
Ⅴ. 침해소송 및 권리범위확인심판에서 자유실시기술의 항변 불인정 이유
1. 법적 근거의 취약
2. 자유롭게 실시할 수 있는 기술이라는 논거의 오류
3. 확인대상발명 특정의 어려움
4. 판단의 불일치 가능성
5. 자유실시기술 항변의 허용
6. 권리범위확인심판에서 특허발명의 진보성 판단 불가
7. 진보성 판단의 자제 필요
Ⅵ. 결론

【국 문 요 약】

이 글은 권리범위확인심판에서 자주 제기되는 자유실시기술의 항변 법리를 분석한다. 그와 관련하여 실무에서 공지기술의 항변이라는 용어도 비슷한 의미로 사용되고 있는데, 이 글은 공지기술은 선행기술과 동일한 것으로서 신규성의 문제이고, 자유실시기술은 선행기술로부터 통상의 기술자가 용이하게 도출할 수 있는 것으로서 진보성의 문제라고 구별한다. 우리 법리는 문언침해 판단과 균등침해 판단을 구분하지 않고 자유실시기술의 항변을 인정하여 왔는데, 그와 관련하여 독일, 일본 및 미국의 법리를 분석하였다. 그 분석에 따라, 자유실시기술의 항변은 문언침해 판단에서는 인정되지 않아야 하고 균등침해 판단에서만 인정되어야 함을 밝혔다. 즉, 균등침해 판단을 위하여 적극적 요건 및 소극적 요건이 적용되는데 그 소극적

* 이 글은 2015년 특허청 연구용역보고서, “권리범위확인심판의 활용성 및 효율성 제고방안 연구”에 포함된 필자의 글을 수정, 보완한 것이다.

** 성균관대학교 법학전문대학원 교수.

요건 중 하나가 자유실시기술의 항변이 되는 것이다. 이러한 논리는 권리범위확인심판 뿐만 아니라 침해소송에도 그대로 적용된다. 그러므로, 특허권 침해소송에서도 문언침해를 판단하는 경우에는 (진보성에 관한) 자유실시기술의 항변이 인정되지 않아야 한다. 이 글은 엄격한 분석 없이 권리범위확인심판 및 특허권 침해소송에서 (신규성에 관한) 공지기술의 항변도 인정되지 않아야 한다는 잠정적인 주장을 제기한다. 그 점에 관하여는 추가적인 연구가 필요하다.

Ⅰ. 서론

특허(발명)의 권리범위를 확인하는 권리범위확인심판은 기본적으로는 확인대상발명이[1] 특허발명의 권리범위에 속하는지 여부를 판단하는 무대이다. 그런데 그 심판에서 특허발명이 공지기술과 비교하여 신규성을 결한 것으로 판단되는 경우 그 특허의 권리를 인정할 수가 없다는 이유로 확인대상발명이 특허발명의 권리범위에 속하는지 여부를 판단하지도 않고 바로 확인대상발명이 특허발명의 권리범위에 속하지 않는다고 판단할 수 있다. 그렇게 권리범위확인심판에서 특허발명의 '권리범위'가 아니라 특허발명의 신규성 결여 여부를 판단할 수 있는 것은 어차피 무효가 될 특허와 관련하여 확인대상발명이 권리범위에 속한다고 판단하는 것이 상식에 반한다는 이유에 근거한다.[2] 그러한 장면에서는 '특허발명'과 공지기술의 동일성(신규성)을 판단한다.

위의 경우와는 다르게 '확인대상발명'과 공지기술의 동일성(신규성)을 판단할 수도 있다. 즉, 확인대상발명이 공지기술과 동일한 경우 그 발명은 만인공유의 기술이므로 그러한 확인대상발명의 실시는 특허발명의 권리범위에 속하지 않는 것으로 판단한다.[3] 이 판단은 특허발명과 공지기술을 비교하여 신규성을 판단하는 것이 아니라 확인대상발명과 공지기술을 비교하여 신규성을 판단한다는 점에서 독특한 면이 있다. 이러한 점에 대하여는 특허권자가 아닌 상대방 당사자가 항변으로 주장을 하게 되고 그래서 그 이론을 공지기술의 항변 또는 자유실시기술의 항변이라고 칭한다.

권리범위확인심판에서 자유실시기술의 항변이 제기되면 확인대상발명의 (공지기

---

1) 특허법 제140조 제2항 제3호는 다음과 같이 확인대상발명을 정의하고 있다. "특허권자 또는 전용실시권자가 청구인으로서 청구한 제135조에 따른 권리범위 확인심판에서 심판청구서의 확인대상발명(청구인이 주장하는 피청구인의 발명을 말한다)의 설명서 또는 도면에 대하여 피청구인이 자신이 실제로 실시하고 있는 발명과 비교하여 다르다고 주장하는 경우에 청구인이 피청구인의 실시 발명과 동일하게 하기 위하여 심판청구서의 확인대상 발명의 설명서 또는 도면을 보정하는 경우". 소극적 권리범위확인심판에서는 청구인이 주장하는 청구인의 발명이 확인대상발명이 될 것이다.

2) 권리범위확인심판에서는 특허무효심판에서 다투어야 할 사항에 대하여는 가급적 다투지 않게 하는 것이 옳다. 같은 의견: 오창석, "대법원 전원합의체 2012후4162(2014. 3. 20. 선고) 판결에 대한 견해", 「특허와상표」 제832호, 2014. 4. 20., 7면(권리범위확인심판에서는 특허발명의 신규성 결여 주장 등 일체의 항변을 인정하지 않아야 한다는 주장).

3) Timothy Lau, *Defensive Use of Prior Art to Exonerate Accused Acts in U.S. and Chinese Patent Litigation*, 27 Colum. J. Asian L. 51, 67 (2013) ("Anyone should be able to practice what is in the prior art; why not permit it to be an affirmative defense?").

술과 대비한) 신규성을 판단할 수 있는 것은 물론 진보성도 판단할 수 있는지에 대하여는 찬성과 반대의 다른 견해가 있을 수 있다. 이와 관련하여 대법원이 1990년 최초로 찬성의 입장을 보인 후,[4] 그 후로도 동일한 또는 더 구체적인 판시가 이어졌다.[5] 그러나, 이 글은 그러한 많은 대법원 판례에도 불구하고 대법원이 그러한 입장을 취하게 된 논거가 취약하므로 그에 관하여 다시 점검할 필요가 있다고 주장한다. 더욱이 최근(2014) 대법원이 권리범위확인심판에서 '특허발명'의 진보성을 판단할 수 없다고 판시한 전원합의체 판결을 선고함에 따라[6] 그러한 재점검의 필요성은 더욱 높아졌다고 생각한다.

자유실시기술의 항변은 권리범위확인심판의 실무에서 자주 제기되는 것이고,[7] 권리범위에 속하지 않는다는 특허법원의 판결 중 그 항변으로 인한 비율이 19%에 달한다는 통계가 있다.[8] 또, 2009년부터 2014년까지 6년 동안의 권리범위확인심판 심결에 대한 특허법원 심결취소소송에서 자유실시기술의 항변이 155건에서 다투어졌고, 그 사건 중에서 78.1%(121건)의 비율로 자유실시기술임이 인정된 점은[9] 동 항변이 매우 강력한 것임을 말한다. 더욱이, 2014년 대법원 전원합의체 판결로 인하여 권리범위확인심판에서 특허발명의 진보성을 따지지 못하게 된 당사자가 우회

---

4) 대법원 1990. 10. 16. 선고 89후568 판결("원심결이유에 의하면, 원심은 적법하게 인정한 판시와 같은 사실을 바탕으로 (가)호 고안은 이 사건고안이 출원되기 전의 공지공용의 고안들과 그 기술구성이 동일유사할 뿐만 아니라 이 사건 고안에서 보이는 진보적인 기술구성은 찾아 볼 수 없어 결국 (가)호 고안은 이 사건 고안의 권리범위에 속하지 아니한다고 판단하였는바, 기록에 비추어 원심의 판단은 정당하고 거기에 지적하는 바와 같은 법리의 오해나 심리미진 등의 위법이 없다.").

5) 대법원 2001. 10. 30. 선고 99후710 판결; 2004. 9. 23. 선고 2002다60610 판결; 2001. 10. 30. 선고 99후710 판결("어느 발명이 특허발명의 권리범위에 속하는지를 판단함에 있어서 특허발명과 대비되는 발명이 공지의 기술만으로 이루어지거나 그 기술분야에서 통상의 지식을 가진 자(이하 '당업자'라 한다)가 공지기술로부터 용이하게 실시할 수 있는 경우에는 특허발명과 대비할 필요 없이 특허발명의 권리범위에 속하지 않게 된다(대법원 1990. 10. 16. 선고 89후568 판결, 1997. 11. 11. 선고 96후1750 판결 등 참조.")(96후1750 판결은 해당 설시와 무관한 것으로 보임).

6) 대법원 2014. 3. 20. 선고 2012후4162 전원합의체 판결.

7) 박정희, "권리범위확인심판에서 특허권 소진을 주장할 수 있는지 여부", 「특허판례연구」 개정판, 한국특허법학회 편, 박영사, 2012, 803면("권리범위확인심판의 실무에서 특허발명의 권리행사 제한 사유로 가장 많이 주장되는 것이 자유실시기술의 항변임은 이론의 여지가 없고, 이는 확인대상발명의 실시와 달리 적극적 권리범위확인심판과 소극적 권리범위확인심판에서 법리상의 차이가 없다.").

8) 이숙연, "권리범위확인심판을 중심으로 본 특허 침해쟁송제도와 그 개선방안에 대한 고찰", 「법조」 제643호, 법조협회, 2010, 122면.

9) 이해영, "권리범위확인 사건(심판·소송)에 관한 통계적 분석", 「권리범위확인심판의 활용성 및 실효성 제고방안 연구」, 특허청 연구용역보고서(정차호 등), 2015, 253면. 전체 576건 중 155건(29.6%)에서 자유실시기술이 다투어졌고, 그 중 78.1%인 121건에서 자유실시기술임이 인정되었으므로 권리범위확인심판 전체 576건 중 21.0%(121/576)의 비율로 자유실시기술의 항변이 성공하였다.

적으로 자유실시기술의 항변을 하는 사건이 더 많아질 것이다. 실무에서 자주 그리고 강력하게 주장되는 점으로 인하여 동 법리에 대한 검토 및 개선은 권리범위확인심판의 효율성을 제고하기 위하여 매우 중요하다. 특히, 권리범위확인심판에서 확인대상발명의 공지기술과 대비한 신규성 및 진보성을 판단함으로 인하여 동 심판의 효율성이 매우 낮아진다고 생각된다.

이 글은 동 심판에서 확인대상발명의 공지기술과 대비한 신규성 및 진보성을 판단하지 않아야 하는 논거를 제시함을 목적으로 한다. 나아가, 그 논거는 특허권 침해소송에도 그대로 적용될 수 있다. 사실, 권리범위확인심판은 특허권 침해소송과 비슷하면 비슷할수록 더 효율적이므로 두 절차에서의 항변의 범위가 동일할 필요가 있다. 그러한 목적을 가지고 이 글은 먼저 독일, 일본 및 미국에서의 관련 법리를 비교, 분석하고, 나아가 우리나라 침해소송 법원에서 신규성, 진보성을 판단하는 법리와 권리범위확인심판에서 신규성, 진보성을 판단하는 법리를 비교한다. 자유실시기술의 항변은 자주 공지기술의 항변이라고도 불리므로, 이하에서는 공지기술 및 자유실시기술이라는 용어의 의미를 먼저 살핀다.

Ⅱ. 관련 용어의 이해

1. 공지기술(prior art)

특허법 제29조가 '광의의' 공지기술을 규정하고 있다.[10] 제29조 제1항 각 호는 광의의 공지기술을 ① 공연인지(공지) 기술, ② 공연실시(공용) 기술 및 ③ 간행물 게재 기술 그리고 ④ 전기통신회선을 통하여 공중이 이용가능하게 된 기술의[11] 네 가지로 분류하고 있다.[12] 실무에서는 제29조가 규정하는 요건에 부합하는 기술을 총칭하여 선행기술(prior art)이라고 칭하는데, 그럼 점에서 선행기술이라는 용어가

10) 선행기술을 중국에서는 현유기술(現有技術, existing technology), 대만에서는 현존기술(現存技術)이라고 부른다. 정차호, 「특허법의 진보성」, 박영사, 2014, 57면 각주 3. 그래서, 어떤 논문은 공지기술의 항변을 "existing technology defense"라고 칭한다. Timothy Lau, supra, table, "II. Existing Technology Defense in Chinese Patent Infringement Litigation."; at fn. 3 ("'Existing technology' is the Chinese term-of-art for prior art, and 'existing technology defense' correspondingly refers to the practicing the prior art defense.").

11) 특허청, 「특허·실용신안 심사지침서」, 2014, 3206면("전기통신회선을 통하여 공중이 이용가능하게 된 기술을 간행물에 게재된 기술과 동일한 지위를 부여하는 2001년 법 개정을 설명).

12) 특허법 제29조 제1항 규정의 자세한 해설은 다음 참고: 정차호, "특허성 관련 특허법 제29조 본문, 제1항 및 제2항 개정방안", 「성균관법학」제23권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2011.

광의의 공지기술과 동일한 의미를 가진다.[13] 그렇다면 '공지기술의 항변((practicing the) prior art defense)'은[14] '선행기술의 항변'과 동일한 의미를 가진다. 그리고 어떤 기술이 공지기술이라는 말은 그 기술이 공지기술과 동일 또는 적어도 매우 유사하다는 의미이므로 결국 그 기술이 공지기술과 대비되어 신규성을 결한다는 의미이다.[15]

2. 자유실시기술(free-to-work technology; free state of the art)

공지기술은 누구든지 자유롭게 실시할 수 있어야 한다는 논거에 의하면 자유실시기술은 공지기술과 동일한 것이어야 하므로 그런 점에서는 자유실시기술은 공지기술과 같은 의미를 가진 것으로 이해된다. 실무에서도 "공지기술 또는 자유실시기술"이라는 표현 또는 "자유실시기술의 항변(공지기술의 항변)"이라는 표현을 사용하여 두 용어를 같은 의미로 사용하는 사례가 많다.[16]

그런데, 공지기술과 동일한지 여부를 따지는 작업은 신규성 판단과 동일한 작업이므로 그런 의미에서 공지기술의 항변이라는 용어는 신규성 판단과 연계된다.[17] 그런데, 공지기술의 항변이 신규성을 판단하는데 반해 자유실시기술의 항변(free-to-work technology defence)을[18] 판단하는 장면에서는 갑자기 진보성도 판단

---

13) 김원준, "자유기술의 항변에 대한 비교법적 고찰-독일, 일본, 중국의 판례를 중심으로-", 「IT와 법연구」 제7집, IT와 법센터, 2013, 19면("공지기술은 특허출원일 이전에 국내외에서 출판물을 통해 공개 발표되거나, 국내에서 공개 사용 또는 기타방식으로 공중이 알고 있는 기술을 말하며, 종래기술 또는 선행기술이라고도 한다.").

14) 줄여서 "prior art defense"라고 부를 수도 있다.

15) 구대환, "공지기술이 포함된 특허발명에 대한 권리범위의 확정", 「성균관법학」 제23권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2012, 898면 각주 12("따라서 '공지'라고 하는 용어는 신규성과 관련한 것이지 진보성까지 관련한 것이라고 할 수는 없다고 할 것이다. 같은 취지의 설명으로 권택수, 권리범위확인심판과 진보성의 판단, 박영사, 특별법 제7권, pp. 826-827 참조.").

16) 김태현, "공지기술과 자유실시기술의 항변", 「특허판례연구」 개정판, 한국특허법학회 편, 박영사, 2012, 505면("권리범위확인심판에서의 확인대상발명이나 침해 관련 소송에서의 침해품이 공지기술 또는 자유실시기술이라는 이유로 특허권의 보호범위에 속하지 않는다고 하거나 침해를 부정함으로써, 결과적으로 특허발명의 보호범위에서 공지기술을 제외하는 것이다. 이는 독일 학설인 '자유로운 기술수준의 항변(Einrede des freiden Standes der Technik)'에서 유래되어 일본의 일부 판결에 수용된 것으로 통상 '자유실시기술의 항변(공지기술의 항변)'이라고 하는바, …"); 김제완, "확인대상디자인과 자유실시기술의 항변-특허법원 2007. 5. 31. 선고 2007허319 판결-", 「지적재산권」 제22호, 한국지적재산권법제연구원, 2007, 70면("침해자가 실시하는 실시형태가 공지공용으로 된 자유실시기술을 이용한 것에 지나지 않는다는 항변권의 개념으로 발전하게 되었다.").

17) 유영선, "침해소송법원에서 진보성의 심리·판단 가능 여부(대상판결: 대법원 2012. 1. 19. 선고 2010다95390 전원합의체 판결)", 「사법」 제21호, 사법발전재단, 2012, 416면("이와 같이 신규성 결여(공지기술)의 경우에는 침해소송법원이 이를 심리·판단하여 침해를 부정할 수 있다는 판례 및 실무례가 확립되어 있고, 현재 이와 관련한 논란은 없다.").

하고 있다.[19] 공지기술의 항변이 신규성 판단에 머무르는데 반해 자유실시기술의 항변은 신규성은 물론 진보성까지 포함한다는 점에서 두 항변은 큰 차이를 보인다.[20][21] 그러므로, 이 글에서는 공지기술의 항변에서는 신규성만 판단하고, 자유실시기술의 항변에서는 신규성은 물론 진보성까지도 판단하는 것으로 두 항변을 구별한다.[22][23] 그런 의미에서 자유실시기술은 "공지기술과 동일하거나 또는 실질적으로 동일하거나 그 공지기술로부터 통상의 기술자가 용이하게 도출할 수 있는 기술"이라고 정의할 수 있다.[24][25]

아래에서 상술하는 바와 같이, 권리범위확인심판에서 대상 특허발명의 진보성을 판단할 수가 없으므로 대상 특허발명의 진보성을 우회적으로 판단하기 위하여 자유실시기술 법리를 지나치게 넓게 적용하여 왔다는 비판이 가능하다.[26] 이러한 법

---

18) 자유실시기술의 항변을 "the defence of the free state of the art"라고 칭하는 사례도 있다. 그러나, 동 표현은 간결하지 않고 문언의 의미가 불명확하다고 생각한다. 특허법에서 "state of the art"는 공지기술을 의미하므로 동 표현은 자유실시기술과 공지기술을 구별하기 어렵게 하기도 한다.

19) 유영선, 앞의 논문, 420면("자유실시기술의 항변은 침해소송이나 권리범위확인심판 등의 실무에서 진보성 판단을 회피하기 위한 수단으로 매우 흔하게 등장하는 것인데, 피고 실시기술(확인대상발명)을 판단대상으로 한다는 점만 다를 뿐 그 판단 방법은 진보성 판단과 전혀 다를 것이 없다.").

20) 결합의 용이성이라는 진보성 판단의 개념이 공지기술의 의미에 포함되어 있다고 보는 것은 잘못된 것이다. 함석천, 앞의 논문, 112면("그리고 결합의 용이성 판단이 공지·공연실시 기술의 결합의 용이성을 말하는 것인 이상, 결합의 용이성이라는 의미 역시 공지·공연실시 기술이라는 용어에 포함되어 있다고 볼 수 있다.").

21) 자유실시기술 여부의 판단에 진보성 법리를 적용하는 것이 아니라 균등론 법리를 적용하는 것이 더 합리적이지 않은가? 이기성·김수진, 「중국 특허법」, 세창출판사, 2014, 334면("다만, 한국 판례는 자유기술의 개념을 '진보성의 영역'까지 확대하는 반면, 중국 최고인민법원은 이를 '균등범위'까지만 확대한다는 점에 다소 차이가 있다.").

22) 한동수, "확인대상고안의 기술구성을 파악하는 방법", 「지식재산21」 제105호, 특허청, 2008, 9면("자유실시기술의 해당 여부는 단적으로 말하면, 확인대상발명의 진보성 유무를 판단하는 것을 의미하므로, 특허발명의 진보성 유무 판단의 대상이 되는 발명을 파악하는 것과 마찬가지 방식으로 확인대상발명을 파악하여야 하는 것이 타당하다.").

23) 이런 점에서 '자유실시기술의 항변'을 '공지기술의 항변'과 혼동하여 사용하는 것은 적절하지 않다. 함석천, 앞의 논문, 112면("필자는 '자유기술의 항변 또는 '자유실시기술의 항변'이라는 용어 대신에 특허법이 사용하는 용어에 따라 '공지·공연실시 기술의 항변 또는 더 간단히 '공지된 기술의 항변'이라는 용어를 사용할 것을 제안한다.").

24) 특허법원 2007. 6. 22. 선고 2007허1008 판결("확인대상발명이 특허발명의 출원시에 이미 공지된 기술 내지 공지기술로부터 통상의 기술자가 용이하게 발명할 수 있었던 이른바 자유실시기술에 해당하거나, 특허발명의 출원절차를 통하여 확인대상발명의 치환된 구성요소가 특허청구범위로부터 의식적으로 제외된 것에 해당하는 등의 특별한 사정이 없는 한, 확인대상발명의 치환된 구성요소는 특허발명의 대응되는 구성요소와 균등관계에 있는 것으로 보아 확인대상발명은 여전히 특허발명의 권리범위에 속한다고 보아야 한다.").

25) 판단의 시점(時點)은 언제인가? ① 공지기술의 공지시점, ② 대상 특허발명의 출원시점, ③ 대상 확인대상발명이 최초 실시된 시점, ④ 권리범위확인심판 청구시, ⑤ 심결시?

26) 김원준, 앞의 글, 33면("자유기술의 항변에서 표면적으로 확인대상발명에 대한 진보성 판단을 하

리에 충실하지 않은 우회적 적용은 금지되어야 하고, 금지의 논거에 대하여는 아래에서 상술한다. 이하, 먼저 주요국에서의 자유실시기술의 항변 법리를 분석한다.

Ⅲ. 주요국의 자유실시기술의 항변 법리

1. 독일의 자유실시기술의 항변 법리

독일은 문언침해 여부를 판단하는 경우에는 자유실시기술의 항변을 인정하지 않고 균등침해 여부를 판단하는 경우에만 동 항변을 인정한다. 독일에서 자유실시기술의 항변을 인정한 대표적인 판례가 *Formstein* 판례인데,[27] 그 판례도 균등침해를 판단하는 장면에서 균등의 범위를 제한하는 소극적 요건의 하나로서 자유실시기술의 항변을 인정한 것이다.[28][29][30][31] "유의할 점은 자유실시기술의 항변은 균등침해에서만 적용되며 문언침해에서는 적용되지 않는다는 것이다."[32] 위키피디아의 설

는 것은 우회적으로 특허발명에 대해서 진보성 판단을 하는 셈이 된다.").

27) 유영선, 앞의 글, 404면("그러나 침해소송법원에서 특허무효를 판단할 수 없음에 따라 발생하는 문제점을 해결하기 위한 방안들이 시도되었다. 즉, 실질적으로 무권리(Nichtrecht)임에도 불구하고 형식적으로는 유효한 권리로 취급되는 오인특허의 권리발생을 저지하게 할 수 있는 하나의 대항권(Gegenrecht)이라는 개념으로 '자유로운 기술수준의 항변' 이론이 발전해 왔고, 독일연방대법원이 1986년 Formstein 사건에서 이러한 유형의 항변을 일정한 조건 아래 인정하였다.")(송영식 외 6인, 「지적소유권법(상)」, 육법사, 2008, 614-615면을 인용).

28) Aaron P. Bowling, *Just about Equivalent: A Comparative Analysis of the Doctrines of Equivalents in the United States and International Jurisdictions Shows that the Varying Doctrines are Strikingly Similar*, 41 AIPLA Q.J. 553, 571 (2013) ("The German analysis consists of four questions, often referred to as the 'Kunststoffrohrteil questions,' and deems a variant element equivalent to that claimed if: (1) the varied embodiment 'solves the problem underlying the invention with modified but objectively equivalent means;' (2) a person of ordinary skill in the art was able to use his specialized knowledge to identify the modified means as having the same effect; (3) the considerations applied by the skilled artisan are specifically drawn from the technical teaching of the claim; and (4) the modified embodiment is not anticipated or made obvious by the state of the art (the '*Formstein* objection').").

29) 김동준, 「특허균등침해론」, 법문사, 2012, 207면.

30) Toshiko Takenaka, *Protection Scope for Claims Including Numerical Limitations: Range of Equivalents and Prosecution History Estoppel*, CASRIP Newsletter, Winter 2004 ("to find infringement under the doctrine of equivalents, which analysis examines the requirements imposed by the Supreme Court in *Formstein* (*Formstein* test.)").
<https://www.law.washington.edu/Casrip/Newsletter/2004/newsv11i1Takenaka.pdf>.

31) AIGI Intellectual Property Law Firm, May 20, 2011 ("Prior arts can limit the application of doctrine of equivalents as endorsed in 'Formstein case' (Judgment of Federal Supreme Court of Germany, April 29, 1986, 18 IIC 795 (1987).).").
<http://en.aigipat.com/patent/articles/detail_95_0.html>.

32) 김동준, 앞의 책, 207(Ray D. Weston, Jr., *A Comparative Analysis of the Doctrine of Equivalents:*

명에 의하면,[33] 독일에서 균등론에 적용되는 소극적 요건을 *Formstein* 테스트라고 지칭하며 그 테스트가 피고제품의 선행기술과 대비한 신규성 또는 진보성을 판단하는 것이라고 설명한다.[34] 이러한 설명도 *Formstein* 판례가 균등론 적용에 한정되는 것임을 말한다.[35] 균등론의 적용범위를 제한하는 이러한 소극적 요건을 독일에서는 *Formstein* 항변이라고 칭하고 영국에서는 *Gillette* 항변이라고 칭한다.[36][37]

예를 들어, 특허발명이 A+B+C+D로 구성되어 있고 침해품도 동일한 구성으로 이루어진 경우, 침해품이 선행기술과 비교하여 신규성 또는 진보성이 없다는 말은 특허발명이 신규성 또는 진보성이 없다는 말과 다름이 없으므로 (법리적 근거가 취약한) 자유실시기술이라는 법리 아래 전자를 판단하기 보다는 차라리 특허무효 판단의 장면에서 후자를 판단하는 것이 더 적합한 것이다. 그래서, 독일에서는 피고의 침해품의 구성이 특허발명의 구성과 동일하다면, 즉 문언침해 판단의 경우에는, 자유실시기술의 항변은 인정되지 않고 피고는 특허법원에 특허무효소송을 제기하여야 한다.[38] 중국도 (아마도 독일의 법리를 도입하여) 문언침해의 경우 자유실시기술의 항변을 인정하지 않는다고 한다.[39][40]

Can European Approaches Solve an American Dilemma?, 39 IDEA 35, 70-71 (1998) 인용).

33) <https://en.wikipedia.org/wiki/Doctrine_of_equivalents>.

34) "Does the variant, having regard to the state of the art, lack novelty or is the variant obvious to a person skilled in the art?"

35) 우리 구 특허법과 마찬가지로 구 독일 특허법도 특허무효심판 청구기간이 5년으로 제한되어 있었는데, 그 5년이 경과한 후에는 특허무효 주장을 할 수 없어서 공지기술의 항변 또는 자유실시기술의 항변의 필요성이 높았다. 그러나, 5년 제한 제도가 폐지됨으로 인하여 문언침해에서는 그러한 항변을 인정할 필요가 없어졌고 법원도 인정하지 않는다. AIGI Intellectual Property Law Firm, May 20, 2011. <http://en.aigipat.com/patent/articles/detail_95_0.html>.

36) Alexandra K. Pechhold, *The Evolution of the Doctrine of Equivalents in the United States, United Kingdom, and Germany*, 87 J. Pat. & Trademark Off. Soc'y 411 (2005) ("The case marks the emergence of the *Formstein* defense to equivalents, where a defendant could assert that the accused device 'was known in the prior art or derived from it in a manner obvious to a person skilled in the art,' and thereby the alleged infringement would not fall within the scope of patent protection. . . . A similar defense has arisen in the U.K., known as the *Gillette* defense, and in the U.S. under the case of Wilson Sporting Goods Co. v. David Geoffrey & Assocs.").

37) 영국의 *Gillette* 판결(Gillette Safety Razor v Anglo Trading)은 1913년에 있었고, 독일의 *Formstein* 판결은 1986년에 있었고, 미국의 *Wilson Sporting Goods* 판결은 1990년에 있었으므로, 동 법리는 영국, 독일, 미국의 순서로 적용되었다.

38) 김원준, 앞의 글, 12면.

39) 중국 법리의 상세는 다음 참고: 김원준, 앞의 글, 19면, 22면, 23면.

40) 중국의 현유기술 항변이 신규성 법리를 적용함은 물론 균등론 법리를 적용하여, 결과적으로 진보성 유사 법리를 적용한다는 설명: Timothy Lau, supra, at 67 ("As the Supreme People's Court's analysis demonstrates, all prongs of the literal and equivalents infringement inquiries are incorporated into the existing technology defense. And because some of the inventiveness tests are shared with equivalence, certain concepts of inventiveness are applied to the existing

2. 일본의 자유실시기술의 항변 법리

일본에서는 일반적으로는 공지기술의 항변(신규성 판단)만 인정한다. 도쿄지방재판소 1997(平9). 4. 25. 판결이 "하자 있는 의장권에 기초한 청구를 받은 상대방은 무효심판의 청구와는 별도로 자기가 실시하고 있는 의장이 당해 등록의장과의 관계에서 공지의장과 동일 또는 실질적으로 동일하다는 것을 주장 입증하여 당해 등록의장에 포함되지 않는다는 의미에서의 청구권 불발생의 항변을 할 수 있다고 해석함이 상당하다"고 하였다.[41] 대상 판결의 "공지의장과 동일 또는 실질적으로 동일"이라는 표현이 공지기술의 항변에서 사용되는 것이다. 일본에서는 자유실시기술의 항변과 공지기술의 항변을 혼동하여 사용하기도 한다.[42][43] 그래서, 일본의 자유실시기술의 항변이 신규성 판단만 하는 것으로 해석한 글도 있는데,[44] 일본도 균등침해 판단의 장면에서는 진보성 판단을 한다.

균등침해를 주장한 사건에서 일본 최고재판소가 신규성을 넘어서 진보성을 판단한 바가 있다.[45][46] 아마도 그 일본 판례가 우리나라에 영향을 미쳤으리라 짐작된다. 그런데, 여기에서 주목할 점은 자유실시기술의 항변의 법리가 유래된 독일에서는 균등침해를 주장한 사건에서 자유실시기술의 항변이 인정되고 문언침해에 대하

---

technology defense as well.").

41) 성기문, "자유기술의 항변", 「정보법 판례백선」, 한국정보법학회, 박영사, 2006, 42면에서 재인용.

42) 松本重敏・小池豊, "第70條(特許發明の技術的範圍)", 「註解特許法」 第3版 上卷, 中山信弘 編著, 青林書院, 平成12, 752頁.

43) Toshiko Takenaka, *The Supreme Court Affirmed the Presence of the Doctrine of Equivalents under Japanese Patent System*, CASRIP Newsletter, Winter 1998, fn 7 ("This defense is generally known by Japanese scholars as the defense of the free state of the art (jiyuu gijutu no kouben). German scholars, however, distinguish an old doctrine . . ."). <http://www.law.washington.edu/Casrip/Newsletter/default.aspx?year=1998&article=newsv5i1jp1>.

44) 곽민섭, "권리범위확인소송에서 특허무효사유의 판단", 「지식재산21」 제107호, 특허청, 2009, 211면 각주 9("우리나라의 자유실시기술의 항변은 일본의 자유기술의 항변설이 공지기술에 대하여만 인정하는 것과 달리 진보성 결여의 기술도 포함하는 점에 차이가 있다."); 이금욱, "간접침해관련 사건에서 자유실시기술 여부의 판단을 위한 확인대상발명의 특정", 「지식재산21」제109호, 특허청, 2009, 89면 각주 12("일본에서 자유기술의 항변은 ... 신규성과 관련된 공지기술에 대해서만 인정하는 면이 우리의 경우엔 진보성 결여도 살피고 있다는 점에서 큰 차이가 있다고 사료된다.").

45) 일본 최고재판소 1998(平10). 2. 24. 판결(ボールスプラン 축수 사건)("특허출원시에 공지였던 기술 및 당업자가 이로부터 출원시에 용이하게 추고 가능했던 기술에 대하여는 원래 누구라도 특허를 받을 수 없었을 터이므로 특허발명의 기술적 범위에 속한다고 할 수 없다.")(성기문, 위의 글, 42면에서 재인용). 대상 판결에 관한 자세한 설명은 松本重敏・小池豊, "第70條(特許發明の技術的範圍)", 「註解特許法」 第3版 上卷, 中山信弘 編著, 青林書院, 平成12, 715頁.

46) AIGI Intellectual Property Law Firm, May 20, 2011 ("Prior arts limit the application of Doctrine of equivalents as endorsed in Tsubakimoto Seiko v. THK K.K., 1630 Hanrei Jiho 32 (Sup. Ct. 1998)."). <http://en.aigipat.com/patent/articles/detail_95_0.html>.

여는 그 항변이 인정되지 않고, 나아가 위 일본 최고재판소 판결도 균등침해에 관하여 신규성 및 진보성을 판단하였다. 우리나라의 문헌에서 자유실시기술의 항변 법리를 논하면서 문언침해와 균등침해를 구분한 사례는 위 김동준교수의 설명을[47] 제외하고는 발견되지 않았다. 자유실시기술의 항변과 관련하여 문언침해와 균등침해를 구분하는 이유는 무엇인가? 이에 관하여는 아래 미국의 법리가 그에 대하여 조금 더 상세히 설명을 한다.

3. 미국의 자유실시기술의 항변 법리

가. 문언침해의 경우

미국에서도 문언침해를 판단하는 장면에서는 공지기술의 항변 및 자유실시기술의 항변을 인정하지 않는다.[48][49] 침해소송에서 공지기술의 항변을 허용하는 것은 피고가 명백성 요건으로 특허의 무효를 증명하여야 하는 증명책임을 우회하는 것이 된다.[50] 미국에서는 특허의 무효를 주장하는 자가 무효사유를 명백한 증거(clear and convincing evidence)로 증명하여야 하는데, 만약, 공지기술의 항변을 인정하게 되면 피고의 제품이 공지기술과 동일하다는 점을 우월의 증거(preponderance of evidence)로 증명하면 되므로 결과적으로 그리고 실질적으로 피고가 명백한 증명책임의 부담을 회피할 수 있게 된다.[51] 그런 견지에서도 미국에서는 문언침해 판단의 장면에서는 공지기술의 항변을 인정하지 않는다.

미국에서는 무효사유를 안고 있는 특허의 권리가 침해당하였는지의 판단은 무효

---

47) 김동준, 앞의 책, 207면.

48) Ecolab, Inc. v. Paraclipse, Inc., 285 F.3d 1362, 1377 (Fed. Cir. 2002) ("'practicing the prior art' is not a defense to literal infringement"); Tate Access Floors, Inc., 279 F.3d 1357, 1365 (Fed. Cir. 2002) ("there is no 'practicing the prior art' defense to literal infringement."); Zenith Elec. Corp. v. PDI Commc'n Sys., 522 F.3d 1348, 1363 (Fed. Cir. 2008) ("the defense of noninfringement cannot be proved by comparing an accused product to the prior art.").

49) 공지기술을 실시하였다는 점이 문언침해의 항변이 되지는 못하지만, 유도침해 여부를 판단함에 있어서 피고의 의도(intent)가 없었음을 증명하는 증거가 된 사례는 있다. Kinetic Concepts, Inc. v. Blue Sky Medical Group, Inc., 554 F.3d 1010, 1024-25 (Fed. Cir. 2009).

50) Tate Access Floors, Inc. v. Interface Architectural Resources, Inc., 279 F.3d 1357, 1372 (Fed. Cir. 2002).

51) *Id.* at 1367 ("Our law requires patent challengers to prove invalidity by clear and convincing evidence. Where an accused infringer is clearly practicing only that which was in the prior art, and nothing more, and the patentee's proffered construction reads on the accused device, meeting this burden of proof should not prove difficult. Nevertheless, accused infringers are not free to flout the requirement of proving invalidity by clear and convincing evidence by asserting a 'practicing prior art' defense to literal infringement under the less stringent preponderance of the evidence standard.").

의 판단과 완전히 별개의 쟁점으로 본다.[52] 즉, 특허가 무효가 될 것이라는 사실이 침해에 대한 손해배상을 면하게 하기는 하나, 침해의 사실을 비침해의 사실로 변경하지는 않는 것이다.[53] 달리 말하면, 미국의 법리에 의하면 피고의 제품이 선행기술로부터 예견되거나(anticipated) 자명하다는(obvious) 사실은 그 제품이 특허권을 침해하는지의 질문과는 연관이 없다.[54] 무효 쟁점과 침해(권리범위 속부) 쟁점을 분리하는 이러한 태도는 무효심판과 권리범위확인심판의 기능을 구분하여 본 우리 대법원 전원합의체 판결의 태도와[55] 유사하다고 생각된다.

미국의 침해소송에서 피고가 공지기술의 항변을 제기하였는데 그 항변을 인정하지 않은 사례는 많다.[56] 예를 들어, *Tate Access v. Interface* 사건에서 피고는 본인의 제품이 선행기술과 동일하거나 또는 선행기술로부터 자명한(obvious) 것이어서 원고의 특허권을 (문언) 침해하지 않는다고 항변하였으나, 법원은 그러한 항변은 인정되지 않는 것이라고 판시하였다.[57]

나. 균등침해의 경우

주지된 바와 같이, 균등침해를 주장하는 원고(특허권자)는 특허발명과 피고 제품

---

52) Medtronic, Inc. v. Cardiac Pacemakers, Inc., 721 F.2d 1563, 1583 (Fed. Cir. 1983) ("Though an invalid claim cannot give rise to liability for infringement, whether it is infringed is an entirely separate question capable of determination without regard to its validity.").

53) Robert A. Matthews, Jr., *Annotated Patent Digest* § 11:10 (2015) ("Invalidity of a patent claim, while precluding liability for infringement of that claim, does not make an infringing act, noninfringing. In other words, a party can still infringe an invalid claim, but no liability will attach to that infringement.").

54) Robert A. Matthews, Jr., § 11:10 ("The Federal Circuit has explained that whether or not an accused device anticipates or is obvious in view of the prior art has no bearing on the question of whether that device infringes a claim.").

55) 대법원 2014. 3. 20. 선고 2012후4162 전원합의체 판결("권리범위확인심판은 심판청구인이 그 청구에서 심판의 대상으로 삼은 확인대상발명이 특허권의 효력이 미치는 객관적인 범위에 속하는지 여부를 확인하는 목적을 가진 절차이므로, 그 절차에서 특허발명의 진보성 여부까지 판단하는 것은 특허법이 권리범위확인심판 제도를 두고 있는 목적을 벗어나고 그 제도의 본질에 맞지 않다.").

56) Koito Mfg. Co., Ltd. v. Turn-Key-Tech, LLC, 381 F.3d 1142, 1153 (Fed. Cir. 2004) ("[T]his court has made clear that there is no 'practicing the prior art' defense to literal infringement. We therefore reject Koito's evidence of anticipation with respect to the prior art automobile lenses."); Uniloc USA, Inc. v. Microsoft Corp., 2011 WL 9738, *27 (Fed. Cir. 2011) ("[T]he proper frame-work for challenging the validity of a patent is not for the accused to show that it is practicing the prior art, but to show that every element of the patent claims reads on a single prior art reference."); Baxter Healthcare Corp. v. Spectramed, Inc., 49 F.3d 1575, 1583 (Fed. Cir. 1995).

57) Tate Access, 279 F.3d at 1365.

사이의 비실질적 차이(insubstantial differences)를 증명하여야 하며, 그러한 비실질적 차이는 주로 기능방법효과(FWR, function-way-result) 테스트로 증명된다.[58] 그런데, 피고는 본인의 제품이 선행기술과 동일하거나 선행기술로부터 자명하다는 점을 증명하면 균등론의 적용을 배제할 수 있다.[59][60] 침해소송에서 원고가 균등론의 적용을 주장하였다는 사실은 문언침해가 아니라는 선행 판단이 있었다는 것인데, 그 문언침해 판단의 단계에서는 자유실시기술 여부를 전혀 판단하지 않고 균등론 적용의 단계에서만 자유실시기술 여부를 판단하는 것이다.

균등침해 판단에 있어서 균등의 범위를 제한하는 하나의 방법으로 가상청구항(hypothetical claim)을 상정한다. 균등론에서 가상청구항을 상정하는 것은 특허권자가 심사를 통하여 얻을 수 없었던 권리범위까지 균등의 범위가 확대되어서는 아니된다는 원칙을 적용하는 것이다.[61] 달리 말하면, 공중의 영역에 있는 사항까지 균등의 범위가 확대되어서는 아니된다는 것이다.[62] 공지기술(공중의 영역)과 동일한 것에까지 균등의 범위가 확대될 수 없는 것은 물론 공지기술로부터 자명한 것에도 균등의 범위가 확대되지 않는다.[63][64] 그러므로, 미국에서 균등의 범위를 제한하는

---

58) Siemens Medical Solutions USA, Inc. v. Saint-Gobain Ceramics & Plastics, 637 F.3d 1269, 1282 (Fed. Cir. 2011) ("The doctrine of equivalents, although 'not the prisoner of a formula,' Graver Tank, 339 U.S. at 609, 70 S.Ct. 854, typically involves application of the insubstantial differences test, usually via the function-way-result test.").

59) DePuy Spine, Inc. v. Medtronic Sofamor Danek, Inc., 567 F.3d 1314, 1323 (Fed. Cir. 2009) ("bars a patentee from asserting a scope of equivalency that would encompass, or 'ensnare,' the prior art.").

60) 우리나라에서는 균등론 적용의 요건을 적극적 요건 및 소극적 요건으로 나누고 그 소극적 요건 중 하나로 '자유실시기술의 항변'이 제시된다. 김동준, 앞의 책, 281면.

61) International Visual Corp. v. Crown Metal Mfg. Co., Inc., 991 F.2d 768, 772 (Fed. Cir. 1993) ("It is simply a way of expressing the well-established principle 'that a patentee should not be able to obtain, under the doctrine of equivalents, coverage which he could not lawfully have obtained from the PTO by literal claims.'").

62) Sextant Avionique, S.A. v. Analog Devices, Inc., 172 F.3d 817, 827 (Fed. Cir. 1999) (stating that the defendant would have had a "complete defense" if practicing the prior art, because "the prior art and prosecution history estoppel provide independent 'policy oriented' limitations on the doctrine of equivalents").

63) Tate Access, 279 F.3d at 1367 ("With respect to literal infringement, cases [using the prior art to restrict the scope of equivalence] are inapposite. The doctrine of equivalents expands the reach of claims beyond their literal language. That this expansion is guided and constrained by the prior art is no surprise, for the doctrine of equivalents is an equitable doctrine and it would not be equitable to allow a patentee to claim a scope of equivalents encompassing material that had been previously disclosed by someone else, or that <u>would have been obvious</u> in light of others' earlier disclosures.").

64) Streamfeeder, LLC v. Sure-Feed Systems, Inc., 175 F.3d 974 981-82 (Fed. Cir. 1999) ("Under that methodology, the patentee may propose a hypothetical claim which is broad enough in scope

장면에서는 신규성 법리뿐만 아니라 진보성 법리까지 준용되고 있다. 균등론의 소극적 요건에 진보성 법리를 준용하면서 그러한 점을 쉽게 보여주기 위하여 가상청구항 이론이 제시된 것이다.[65]

4. 소결

독일 및 미국의 법리에 의하면 자유실시기술의 항변은 문언침해의 장면에서는 허용되지 않는다. 즉, 문언침해를 판단하는 장면에서는 피고 제품과 공지기술 사이의 동일성 또는 유사성을 판단하는 것은 허용되지 않고 특허발명과 공지기술 사이의 동일성 또는 유사성은 특허무효의 장면에서만 다투도록 하는 것이다. 특히, 독일은, 우리나라와 같이, 침해소송에서 특허의 무효를 판단하지 못하는데도 불구하고 문언침해의 장면에서 자유실시기술의 항변을 허용하지 않는다. 자유실시기술의 법리가 태동한 독일에서도 문언침해를 판단하는 장면에서는 동 법리를 적용하지 않는데 우리는 문언침해를 판단하는 장면에서 자유실시기술의 항변을 인정한 사례도 많고,[66] 문언침해가 주장된 것인지 아니면 균등침해가 주장된 것인지 여부에 대하여는 논하지 않고 자유실시기술의 항변을 인정한 사례도 많다.[67][68] 청구인과 피청구인에게 공평한 공격과 방어의 기회를 주어야 하고 청구인이 균등침해 주장을 하지 않았는데도 불구하고 피청구인에게 자유실시기술의 항변을 부여하는 것은 공격, 방어의 균형이 깨지는 결과를 초래하는 것이다. 결론적으로, 우리 법원이 독일의 법리를 오해하고 동 법리를 지나치게 넓힌 것으로 생각된다.

---

to literally read on the accused device. See Wilson, 904 F.2d at 684, 14 U.S.P.Q.2d at 1948. If the hypothetical claim could have been allowed by the Patent and Trademark Office (PTO) in view of the prior art, then the prior art does not preclude the application of the doctrine of equivalents and infringement may be found. See id. On the other hand, as in the PTO's examination process, references may be combined to prove that the hypothetical claim would have been obvious to one of ordinary skill in the art and thus would not have been allowed.").

65) Wilson Sporting Goods Co. v. David Geoffrey & Associates, 904 F.2d 677, 684 (Fed. Cir. 1990) ("Viewing the issue in this manner allows use of traditional patentability rules and permits a more precise analysis than determining whether an accused product (which has no claim limitations on which to focus) would have been obvious in view of the prior art.").

66) 대법원 2010. 8. 19. 선고 2007후2735 판결,

67) 대법원 2011. 1. 27. 선고 2009후832 판결; 2009. 6. 23. 선고 2007후2704 판결.

68) 물론, 균등침해를 판단하는 장면에서 자유실시기술의 항변을 인정한 사례도 있다. 대법원 2000. 7. 28. 선고 97후2200 판결; 2001. 6. 12. 선고 98후2016 판결; 특허법원 2007. 12. 13. 선고 2007허4936 판결; 2007. 11. 23. 선고 2006허9654 판결 등.

Ⅳ. 우리나라 침해소송 및 권리범위확인심판에서의 자유실시기술의 항변 법리

1. 침해소송에서의 자유실시기술의 항변 법리

가. 침해소송에서의 특허발명에 대한 진보성 판단

침해되었다고 주장되는 특허권의 발명에 대하여 신규성, 진보성 결여를 판단할 수 있는지에 대하여 오랫동안 논쟁이 있어 왔다. 침해소송 법원이 특허발명의 신규성 결여를 판단할 수 있다는 점에 대하여는 비교적 오래 전에 합의가 형성되었는데,[69] 특허발명의 진보성 결여를 판단할 수 있는지 여부에 대하여는 최근까지도 논쟁이 있어 왔고, 2012년 대법원 전원합의체 판결을 통해서 진보성 판단이 가능하다고 법리가 정리되었다.[70] 그러므로, 침해소송에서의 피고는 굳이 자유실시기술의 항변을 제기할 필요가 없고 대상 특허발명이 진보성을 결하였음을 주장, 증명하면 된다.

나. 침해소송에서의 자유실시기술 항변 법리에 따른 피고 제품의 진보성 판단

침해소송 중 피고가 자유실시기술의 항변을 제기하면 그에 대하여 법원은 어떻게 대응하여야 하는가? 지금까지 대법원은 그러한 항변을 인정하여 왔다.[71] 자유실시기술의 항변에서는 피고가 본인의 제품을 선행기술과 비교하여 진보성이 결여되었다는 점을 주장, 증명하면 되는데 반해, 특허발명에 대하여는 특허발명을 선행기술과 비교하여 진보성이 결여되었다는 점이 명백함을 주장, 증명하여야 하므로[72] '명백성' 요건이라는 점에서 양자가 서로 다르고 그런 점에서 피고가 특허발

---

69) 유영선, 앞의 글, 401면("대법원은 신규성 결여 및 기재불비에 관하여는 침해소송법원이 이를 심리・판단할 수 있다고 판시하여 별 논란이 없었다.").

70) 대법원 2012. 1. 19. 선고 2010다95390 전원합의체 판결.

71) 대법원 2013. 9. 12. 선고 2012다36326 판결(특허권침해금지등)("특허권침해소송의 상대방이 제조 등을 하는 제품 또는 사용하는 방법이 공지의 기술만으로 이루어지거나 그 기술분야에서 통상의 지식을 가진 사람(이하 '통상의 기술자'라고 한다)이 공지기술로부터 용이하게 실시할 수 있는 경우에는 특허발명과 대비할 필요 없이 특허발명의 권리범위에 속하지 않게 된다(대법원 2004. 9. 23. 선고 2002다60610 판결, 대법원 2011. 1. 27. 선고 2009후832 판결 등 참조)."); 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다72056 판결(실용신안권침해금지등)("등록실용신안과 대비되는 피고실시제품이 공지의 기술만으로 이루어진 것이거나 그 기술분야에서 통상의 지식을 가진 자가 공지기술로부터 용이하게 실시할 수 있는 것일 경우에는 등록실용신안과의 유사 여부와 상관없이 그 실용신안권을 침해하지 않는다.").

72) 대법원 2012. 1. 19. 선고 2010다95390 전원합의체 판결("특허발명에 대한 무효심결이 확정되기 전이라도 진보성이 없어 특허무효심판에 의해 무효로 될 것임이 명백한 경우 그 특허권에 기초

명의 진보성 결여의 주장보다 피고 제품의 자유실시기술임에 대한 주장을 선호할 수 있다.

본디 자유실시기술의 항변 법리는 침해소송 절차에서 특허의 무효사유에 대하여 판단할 수 없던 시절에 우회적으로 신규성, 진보성을 판단할 수 있게 하기 위하여 개발된 것인데,[73][74] 현행 법리에 의하면 침해소송 법원이 신규성은 물론 진보성도 판단할 수 있으므로 이제 자유실시기술의 항변을 인정할 필요가 더욱 없는 것이다. 또, 동 법리가 진보성 판단을 포섭할 수 있는지에 대한 이론적 근거가 약하다는 점 및 판단할 내용이 많아져서 소송경제가 저하된다는 점까지 감안하면 향후 침해소송에서 자유실시기술의 항변이 인정되지 않아야 한다.

2. 권리범위확인심판에서의 자유실시기술의 항변 법리

가. 권리범위확인심판에서의 특허발명의 진보성 판단

권리범위확인심판에서 특허발명의 신규성 및/또는 진보성을 판단할 수 있는지 여부에 관하여 오랫동안 논란이 있어 왔는데, 이에 대하여 대법원은 적어도 1964년 이래로 신규성을 판단할 수 있다고 판시하여 왔다.[75] 진보성 판단이 가능한지 여부에 대하여는 인정하는 판례와[76] 불인정하는 판례가[77] 공존하여 왔는데, 대법원은 2014년 전원합의체 판결을 통하여 다음과 같이 판시하며 인정하지 않는 입장을 취하였다.

한 침해금지 또는 손해배상 등의 청구가 권리남용으로 허용되지 않는다.").

73) 김원준, 앞의 논문, 2면("자유기술의 항변(抗辯)은 특허침해소송을 담당하는 법원이 침해 여부가 다투어지고 있는 당해 특허의 무효사유에 대하여 심리·판단할 수 없다는 기존의 대법원 판례를 회피하기 위한 이론으로 판례에 의하여 확립된 이론이다.").

74) 박정희, 앞의 글, 803면("이러한 자유실시기술의 항변은 특허법에서 특허발명에 무효사유가 존재하는 경우에 특허심판원의 특허무효심판절차를 통해서만 당해 특허발명을 무효로 할 수 있도록 규정하고 있음(특허법 제133조)에 따라 권리범위확인심판 등 등록무효심판 이외의 절차에서 특허발명의 무효사유에 대하여 심리판단 할 수 없게 되자, 그 대상을 특허발명의 효력이 미치는지 여부가 문제로 되는 확인대상발명으로 바꾸어서 사실상 특허발명의 무효사유에 대하여 심리판단을 하기 위하여 발전한 이론이다.").

75) 대법원 1964. 10. 22. 선고 63후45 전원합의체 판결(일부 공지의 경우); 1983. 7. 26. 선고 81후56 전원합의체 판결(전부 공지의 경우).

76) 대법원 1991. 3. 12. 선고 90후823 판결; 1991. 12. 27. 선고 90후1468, 1475 판결; 1997. 7. 22. 선고 96후1699 판결; 1998. 2. 2.7. 선고 97후2583 판결.

77) 대법원 1992. 6. 2.자 91마540 결정("신규성은 있으나 그 분야에서 통상의 지식을 가진 자가 선행 기술에 의하여 용이하게 발명할 수 있는 것이어서 소위 진보성이 없는 경우까지 법원이 다른 소송에서 당연히 권리범위를 부정할 수 있다고 할 수는 없다.").

"특허법이 규정하고 있는 권리범위확인심판은 심판청구인이 그 청구에서 심판의 대상으로 삼은 확인대상발명이 특허권의 효력이 미치는 객관적인 범위에 속하는지 여부를 확인하는 목적을 가진 절차이므로, 그 절차에서 특허발명의 진보성 여부까지 판단하는 것은 특허법이 권리범위확인심판 제도를 두고 있는 목적을 벗어나고 그 제도의 본질에 맞지 않다. 특허법이 심판이라는 동일한 절차 안에 권리범위확인심판과는 별도로 특허무효심판을 규정하여 특허발명의 진보성 여부가 문제 되는 경우 특허무효심판에서 이에 관하여 심리하여 진보성이 부정되면 그 특허를 무효로 하도록 하고 있음에도 진보성 여부를 권리범위확인심판에서까지 판단할 수 있게 하는 것은 본래 특허무효심판의 기능에 속하는 것을 권리범위확인심판에 부여함으로써 특허무효심판의 기능을 상당 부분 약화시킬 우려가 있다는 점에서도 바람직하지 않다. 따라서 권리범위확인심판에서는 특허발명의 진보성이 부정된다는 이유로 그 권리범위를 부정하여서는 안 된다."[78]

위 전원합의체 판결에 따라 향후에는 권리범위확인심판에서 특허발명의 진보성을 판단할 수 없다. 위 판시에서 대법원은 특허무효심판과 권리범위확인심판의 다른 기능을 강조하였다. 특허무효사유를 판단하는 특허무효심판의 기능과 권리범위에 속하는지 여부를 판단하는 권리범위확인심판은 별개의 기능을 가지므로 한 심판이 다른 심판에 끼치는 영향을 가능한 최소화 하여야 한다는 것이 위 전원합의체 판결의 가장 중요한 논거이다.

나. 권리범위확인심판에서의 자유실시기술의 항변에서 진보성 판단

권리범위확인심판에서 공지기술과 비교한 확인대상발명의 신규성 및 진보성이 인정되지 않는 경우 확인대상발명과 특허발명을 비교하지도 않고 바로 확인대상발명은 특허발명의 권리범위에 속하지 않는 것으로 판단된다.[79][80] 통상의 기술자가

78) 대법원 2014. 3. 20. 선고 2012후4162 전원합의체 판결.

79) 대법원 2011. 1. 27. 선고 2009후832 판결(권리범위확인(특))("어느 발명이 특허발명의 권리범위에 속하는지를 판단함에 있어서 특허발명과 대비되는 발명이 공지의 기술만으로 이루어지거나 그 기술분야에서 통상의 지식을 가진 자(이하 '통상의 기술자'라 한다)가 공지기술로부터 용이하게 실시할 수 있는 경우에는 특허발명과 대비할 필요 없이 특허발명의 권리범위에 속하지 않게 된다(대법원 2001. 10. 30. 선고 99후710 판결 등 참조).").

80) 실용신안 사건에서는 '극히'라는 용어가 더 추가된다. 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008후64 판결(권리범위확인(실))("권리범위확인 심판청구의 대상이 되는 확인대상고안이 공지의 기술만으로 이루어지거나 그 기술분야에서 통상의 지식을 가진 자가 공지기술로부터 극히 용이하게 실시할 수 있는지 여부를 판단할 때에는, 확인대상고안을 등록실용신안의 실용신안등록청구범위에 기재된 구성과 대응되는 구성으로 한정하여 파악할 것은 아니고, 심판청구인이 특정한 확인대상고안

공지기술로부터 확인대상발명을 용이하게 도출할 수 있는지 여부를 판단하는 작업은 기존의 진보성 법리와 동일한 것이다. 자유실시기술이 무엇인지에 대한 정확한 정의 또는 설명도 없이 법원은 자유실시기술의 항변이라는 법리를 도입하였다. 동 법리는 독일에서 애초 '자유로운 선행기술의 항변(free state of the art defence)'이라는 이름으로 채택이 되었고,[81][82] 일본을 거쳐 우리나라에 수입된 것이다. 일본에서 동 법리가 주장되었으나 정작 일본 법원은 동 법리의 적용을 꺼렸다고 한다.[83]

수입경로야 어떠하든 동 용어를 우리가 사용하고 있으므로 동 용어에 대한 문언적 해석이 이루어져야 한다. 문언적 해석에 따르면 동 법리는 누구든지 선행기술(공지기술)과 동일한 또는 유사한 기술을 자유롭게 실시할 수 있다는 원칙을 말하는 것이다. 선행기술과 동일한, 즉 신규성을 인정하기 어려운 기술에는 '공지기술의 항변'이라는 법리가 적용될 수 있을 것이다.[84] 대법원은 1992. 6. 2.자 91마540 결정, 2001. 3. 23. 선고 98다7209 판결 등에서 신규성만 판단할 수 있고 진보성은 판단할 수 없다고 판시한 바 있다.[85] 그런데 공지기술의 항변의 법리만으로는 뭔가 부족하다고 생각하였는지 대법원은 선행기술과 동일한 발명(신규성)뿐만 아니

의 구성 전체를 가지고 그 해당 여부를 판단하여야 한다(대법원 1990. 10. 16. 선고 89후568 판결, 대법원 2001. 10. 30. 선고 99후710 판결 등 참조).").

81) 혹자는 "free state of the art"를 '자유로운 기술수준'이라고 번역하기도 하나 유럽에서 "state of the art"는 선행기술을 의미하므로 동 번역은 잘못된 것이다. 유영선, 앞의 글, 404면("그러나 침해소송법원에서 특허무효를 판단할 수 없음에 따라 발생하는 문제점을 해결하기 위한 방안들이 시도되었다. 즉, 실질적으로 무권리(Nichtrecht)임에도 불구하고 형식적으로는 유효한 권리로 취급되는 오인특허의 권리발생을 저지하게 할 수 있는 하나의 대항권(Gegenrecht)이라는 개념으로 '자유로운 기술수준의 항변' 이론이 발전해 왔고, 독일연방대법원이 1986년 *Formstein* 사건에서 이러한 유형의 항변을 일정한 조건 아래 인정하였다.")(송영식 외 6인, 「지적소유권법(상)」, 육법사, 2008, 614-615면을 인용).

82) 독일에서는 특허권 침해소송에서 특허권자가 균등침해를 주장하는 경우에만 자유실시기술의 항변이 인정되었다고 한다. 김원준, 앞의 논문, 8면("BGH는 1986년 Formstein 사건에서 특허권자가 문언침해가 아닌 균등침해를 주장하는 경우에는, 피고는 무효의 항변과 함께 피고가 실시하는 확인대상발명이 계쟁특허의 보호범위에 속하는지 여부를 불문하고, 확인대상발명이 공지기술이거나 공지기술로부터 용이하게 도출해 낼 수 있는 기술이기 때문에, 특허발명의 권리범위에 속하지 않는다는 항변을 제기하는 것이 가능하다고 판시하였다.").

83) 유영선, 앞의 글, 408면.

84) 김원준, 앞의 논문, 3면("공지기술의 제외 원칙은 출원 전에 공지된 기술과 동일하여 이른바 신규성이 결여된 것인 경우에는 그 권리범위가 인정되지 않는 일종의 실체가 없는 권리에 불과한 것이라는 취지에서 인정되는 것으로서 소송법상 항변사항이라기 보다는 적극부인에 해당하는 것이 아닌가 생각된다.").

85) 대법원 1992. 6. 2.자 91마540 결정("등록된 특허발명의 일부 또는 전부가 출원 당시 공지공용의 것인 경우에는 특허무효의 심결 유무에 관계없이 그 권리범위를 인정할 수 없다 할 것이나, 신규성은 있으나 그 분야에서 통상의 지식을 가진 자가 선행기술에 의하여 용이하게 발명할 수 있는 것이어서 소위 진보성이 없는 경우까지 법원이 다른 소송에서 당연히 권리범위를 부정할 수 없다.").

라 선행기술과 근사한 발명에까지 공지기술 법리를 확장하더니,[86] 자유실시기술의 항변이라는 이름으로 선행기술과 다르되 진보성이 인정되지 않는 기술에까지 동 법리를 적용한 것이다.[87][88] 나아가 우리나라에서는 균등침해를 판단하는 경우뿐만 아니라[89] 문언침해를 판단하는 경우에도 동 항변을 인정하고 있다.[90]

그렇게 판례에 의하여 발전한 자유실시기술의 항변의 법리는 선행기술로부터 통상의 기술자가 확인대상발명을 용이하게 도출할 수 있다면 그 확인대상발명은 누구든지 자유롭게 실시할 수 있으므로 그 확인대상발명에는 권리범위가 미치지 않아야 한다는 것으로 정착이 되었다.[91][92] 위에서 설명한 법리가 진보성 판단의 법리와 동일하다는 점에는 이견이 있기 어렵다.[93] 실무에서도 자유실시기술의 항변이 제기된 경우 확인대상발명과 선행기술을 비교하는 내용이 특허발명과 선행기술을 비교하여 진보성을 판단하는 내용과 동일하다.[94]

---

86) 대법원 1998. 10. 27. 선고 97후2095 판결.

87) 이에 관한 최초의 대법원 판결은 1990. 10. 16. 선고 89후568 판결이다. 이금욱, 앞의 글, 89면("필자가 검색한 판결 중에서, 자유기술의 항변과 관련된 우리 대법원의 판례로는 1990. 10. 16. 에 선고된 89후56814 판결이 가장 빠른 판결이었다.").

88) 김원준, 앞의 논문, 3면("법원과 특허심판원의 실무에서 확인대상발명이 자유기술에 해당하는지 여부를 판단할 경우 확인대상발명의 신규성뿐만 아니라 진보성 판단까지 심리하여 특허발명의 권리범위에 속하는지 여부를 판단하고 있다. 그러나 문제는 진보성 판단이 남용될 수 있는 소지가 있다는 점이다.").

89) 균등침해를 판단하는 장면에서 자유실시기술의 항변을 인정한 사례: 특허법원 2007. 12. 13. 선고 2007허4936 판결, 2007. 11. 23. 선고 2006허9654 판결 등.

90) 강기중, "특허침해소송의 구조와 판례동향", 「인권과정의」 제342호, 대한변호사회, 2005, 47면("이에 관하여, 우리 판례는 균등침해의 영역에서 뿐 아니라 침해 일반에 있어서의 항변으로 인정하여 …").

91) 대법원 2002. 12. 26. 선고 2010후2375 판결("확인대상발명이 특허발명의 권리범위에 속하는지를 판단함에 있어서 특허발명과 대비되는 발명은 공지의 기술만으로 이루어지거나 그 기술분야에서 통상의 지식을 가진 자가 공지기술부터 용이하게 발명할 수 있는 경우에는 특허발명과 대비할 필요없이 특허발명의 권리범위에 속하지 아니한다.").

92) 박정희, 앞의 글, 803면("자유실시기술이란 권리범위확인심판 등에서 확인대상발명의 효력이 미치는지 여부가 다투어지고 있는 당해 특허발명 대신에, 당해 특허발명의 효력이 미치는지 여부가 문제로 되는 확인대상발명의 관점에서 그 확인대상발명이 그 기술분야에서 통상의 지식을 가진 사람이 용이하게 발명할 수 있다면, 그러한 확인대상발명은 당해 특허와 비교할 필요 없이 모든 사람이 공유하여야 하는 영역에 속하는 것이라는 이유로 특허발명의 효력이 미치지 않는다는 법리이다.").

93) 유영선, 앞의 글, 420면("자유실시기술의 항변은 침해소송이나 권리범위확인심판 등의 실무에서 진보성 판단을 회피하기 위한 수단으로 매우 흔하게 등장하는 것인데, 피고 실시기술(확인대상발명)을 판단대상으로 한다는 점만 다를 뿐 그 판단 방법은 진보성 판단과 전혀 다를 것이 없다.").

94) 대법원 2001. 10. 30. 선고 99후710 판결(인용발명들의 수집·종합의 각별한 어려움 및 작용효과를 판단한 사례); 특허법원 2009. 1. 23. 선고 2008허4523 판결(권리범위확인(특))(자유실시기술을 판단함에 있어서 비교대상발명과 기술분야, 목적, 구성 및 효과를 대비한 사례)("따라서 확인대상발명(피고의 실시 부분 및 대응제품의 구성 전체)은 비교대상발명과 목적 또는 기술분야

V. 침해소송 및 권리범위확인심판에서의 자유실시기술의 항변의 불인정 이유

침해소송 및 권리범위확인심판에서 자유실시기술의 항변을 인정하여야 한다는 주장이 있다.[95] 그러한 주장은 주로 잠재적인 침해자가 편리하다는 점에 근거하는데, 양 당사자 구조를 취하는 침해소송 또는 권리범위확인심판에서 한 당사자가 편리하다는 점은 다른 당사자가 불리하다는 점과 연결되는 경우가 많으므로 타당한 근거가 되지 못한다. 아래에서 자유실시기술의 항변이 인정되지 않아야 하는 이유를 설명한다.

1. 법적 근거의 취약

특허권 침해소송에서 원고(특허권자)는 피고의 제품 또는 행위가 특허권을 침해하는지 여부를 판단해 달라고 청구한다. 법원은 청구된 사항을 판단하면 되는 것인데 자유실시기술의 항변을 인정하게 되면 난데없이 피고 제품의 공지기술과 대비한 동일성(신규성) 또는 유사성(진보성)을 판단하게 된다. 원고의 청구사항과 다른 사항을 판단하게 된다는 점에서 자유실시기술의 항변은 법적 근거가 취약하다.[96]

2. 자유롭게 실시할 수 있는 기술이라는 논거의 오류

자유실시기술의 법리는 확인대상발명이 공지기술과 비교하여 진보성이 없는 경우 그 확인대상발명은 누구나 자유롭게 실시할 수 있는 기술이라는 논리에 기초한다. 그런데 그 논거가 반드시 맞지는 않다. 만약, 공지기술에 관하여 제3자가 특허

의 공통성이 있고, 비교대상발명에 의하여 공지되거나 용이하게 도출할 수 있는 구성을 단순 결합하고 있어 구성의 곤란성이 없으며, 그 효과의 현저성도 인정되지 아니하므로, 통상의 기술자가 비교대상발명으로부터 용이하게 실시할 수 있어서 자유실시기술이라고 할 것이다.”).

95) 성기문, “공지부분이 포함된 특허 및 의장을 둘러싼 실무상의 제문제”, 「특허소송연구」 제2집, 특허법원, 2001, 246-247면; 조현래, “특허침해소송과 권리범위확인심판에서 무효항변의 허용 여부 및 권리범위 해석”, 「한국상사판례학회」 제17집, 한국상사판례학회, 2004, 393면.

96) 한동수, 앞의 글, 9면(“권리범위확인 심판에서는 확인대상발명이 특허발명의 특정 청구항에 속하는지 여부에 관한 확인을 구하는 것이므로, 개개 청구항별 및 개개 확인대상발명별로 별개의 심판물이 되는 것이다. 이와 같이 심판물은 청구인이 심판청구서에 기재된 심판청구취지에 의해 곧바로 특정되는 것이고, 심판부에서 별도로 파악한 것에 의하여 심판물의 범위가 정해지는 것이 아니라 할 것이다.”).

권을 보유하고 있다면 그러한 논리는 맞지 않는 것이다. 즉, 제3자의 특허출원이 공개되어 공지기술이 되고 그 후 그 출원이 특허된 경우 그 공지기술은 특허권에 의하여 보호되므로 누구나 자유롭게 실시할 수 있는 기술이 아니다. 여기서의 공지기술이 A+B+C로 구성되고 확인대상발명이 그에 D를 추가한 것이고 그 D의 추가에 진보성이 인정된다 하더라도 확인대상발명은 여전히 공지기술의 기술적 범위 내에 속하는 것이고, A+B+C에 대하여 권리를 가지는 특허권자는 A+B+C+D 발명의 실시를 배척할 수 있는 것이다. 그런 견지에서는 공지기술과 동일 또는 유사한 기술은 만인공유의 것이라는 논거는 그 근거가 없게 되고 그 논거에 따른 자유실시기술의 법리도 근거를 잃게 된다.

3. 확인대상발명 특정의 어려움

확인대상발명은 대상 특허발명과 대비될 수 있을 만큼 구체적으로 특정되어야 하는데, 그 특정을 위하여 대상물의 구체적인 구성을 전부 기재할 필요는 없으나 특허발명의 구성요소에 대응되는 부분의 구체적인 구성을 기재하여야 한다.[97] 만약, 확인대상발명이 불명확하여 특허발명과 대비될 정도로 구체적으로 특정되어 있지 않다면, 특허심판원으로서는 요지변경이 되지 아니하는 범위 내에서 설명서 및 도면에 대해 보정을 명하여야 한다.[98] 확인대상발명이 구체적으로 특정되지 않은 상황에서의 심결은 부적법하므로 파기 또는 취소의 대상이 된다.[99]

---

97) 대법원 2013. 4. 25. 선고 2012후85 판결("특허발명의 권리범위확인심판을 청구함에 있어 심판청구의 대상이 되는 확인대상발명은 당해 특허발명과 서로 대비할 수 있을 만큼 구체적으로 특정되어야 하는 것인바, 그 특정을 위하여 대상물의 구체적인 구성을 전부 기재할 필요는 없다고 하더라도 특허발명의 구성요건에 대응하는 부분의 구체적인 구성을 기재하여야 하며, 그 구체적인 구성의 기재는 특허발명의 구성요건에 대비하여 그 차이점을 판단함에 필요한 정도는 되어야 할 것이다.").

98) 대법원 2013. 4. 25. 선고 2012후85 판결("만약 확인대상발명이 불명확하여 특허발명과 대비대상이 될 수 있을 정도로 구체적으로 특정되어 있지 않다면, 특허심판원으로서는 요지변경이 되지 아니하는 범위 내에서 확인대상발명의 설명서 및 도면에 대한 보정을 명하는 등의 조치를 취하여야 할 것이며, 그럼에도 불구하고 그와 같은 특정에 미흡함이 있다면 심판청구를 각하하여야 할 것인바, 확인대상발명이 적법하게 특정되었는지 여부는 특허심판의 적법요건으로서 당사자의 명확한 주장이 없더라도 의심이 있을 때에는 특허심판원이나 법원이 이를 직권으로 조사하여 밝혀보아야 할 사항이라고 할 것이다(대법원 2005. 4. 29. 선고 2003후656 판결 등 참조).").

99) 대법원 2005. 4. 29. 선고 2003후656 판결("확인대상발명이 불명확하여 특허발명과 대비대상이 될 수 있을 정도로 구체적으로 특정되어 있지 않다면, 특허심판원으로서는 요지변경이 되지 아니하는 범위 내에서 확인대상발명의 설명서 및 도면에 대한 보정을 명하는 등의 조치를 취하여야 할 것이며, 그럼에도 불구하고 그와 같은 특정에 미흡함이 있다면 심판청구를 각하하여야 할 것인바, 확인대상발명이 적법하게 특정되었는지 여부는 특허심판의 적법요건으로서 당사자의 명확한 주장이 없더라도 의심이 있을 때에는 특허심판원이나 법원이 이를 직권으로 조사하여 밝혀보아야 할 사항이다.").

자유실시기술의 법리와 관련하여 확인대상발명을 특정함에 있어서 확인대상발명의 구성 전체를 대상으로 하느냐 아니면 특허발명과 대응되는 구성만을 대상으로 하느냐에 관하여 이견이 있어 왔다. 대법원 2008후64 판결이 전자를 법리로 채택하였으나,[100] 그 판결에 대하여 비판하는 의견도 있다.[101][102] 확인대상발명의 구성을 특정하는 작업은 여간 어려운 일이 아니다. 더욱이 간접침해 사안의 경우 그러한 특정은 더욱 어려워진다.[103] 사실 권리범위확인심판에서 실무적으로 자주 문제가 되는 것이 확인대상발명의 특정 문제이다.[104] 그러므로 명확히 특정되어 있는 특허발명과 선행기술을 비교하도록 하여야 하고 특정이 어려운 확인대상발명과 선행기술을 비교하는 작업은 가급적 허용되지 않아야 한다.

4. 판단의 불일치 가능성

특허권 침해소송 법원에서 대상 특허발명의 신규성 및 진보성을 판단할 수 있다. 자유실시기술의 항변 법리로 인하여 권리범위확인심판에서도 확인대상발명의 신규성 및 진보성을 판단할 수 있다. 그 두 장면에서 판단이 상충하는 결과가 예상된다. 물론, 특허발명과 확인대상발명이 다른 경우 그 상충은 문제가 되지 않는다. 그런데, 양자가 서로 동일한 경우 그 상충은 문제를 야기한다. 그렇다면 그러한 상충의 가능성을 애초에 차단하기 위해서라도 권리범위확인심판에서 확인대상발명의 신규성 및 진보성을 판단하지 않아야 한다.

5. 자유실시기술의 항변의 남용

자유실시기술의 법리는 독일에서 출생하여 일본, 우리나라, 중국 등에 전파되었는데, 정작, 독일, 일본 및 중국에서는 동 법리를 적용하는 사례가 거의 없는데 유

---

100) 대상 판결을 지지하는 해설은 다음 글: 한동수, 앞의 글.

101) 이영창, "자유실시기술이 되어야 하는 확인대상발명", 「지식재산21」 제108호, 특허청, 2009; 김상은, "자유기술의 판단대상과 확인대상발명", 「특허판례연구」 개정판, 한국특허법학회, 2012, 513-515면.

102) 중국 최고인민법원은 특허발명과 대비하는 접근법을 채택하였다. Stefan Luginbühl & Peter Ganea, *Patent law in greater China*, Edward Elgar, 2014, p. 274; 동 판결을 일본어로 소개한 사이트는 다음: <http://www.raytec.co.jp/support/Ipnews/IPPA08.pdf>

103) 이금욱, 앞의 글, 95면("간접침해를 주장하는 사건에서 자유기술의 항변시 확인대상발명을 간접침해 대상 물건인 부품에 대해서로 한정해서 대비하지 않고 부품이 결합된 전체의 대상을 확인대상발명으로 삼도록 하는 판단기준을 제시 ...").

104) 이해영, 앞의 글, 258면(권리범위확인심판 심결취소소송 581건 중 69건(11.9%)에서 확인대상발명의 특정이 다투어졌다는 통계 제시).

독 우리나라에서만 활발하게 적용되고 있다.[105] 한 조사에 의하면 동 법리를 적용한 판결이 우리나라에서 178건인데 반해, 중국 13건, 독일 5건, 일본 1건에 불과하다고 한다.[106] 결국, 동 법리를 탄생시키고 전파시킨 나라에서는 동 법리를 거의 적용하고 있지 않는데 우리나라만 동 법리를 오용 및 남용하고 있는 것이다.[107]

6. 권리범위확인심판에서 특허발명의 진보성 판단 불가

대법원 2014. 3. 20. 선고 2012후4162 전원합의체 판결은 권리범위확인심판에서 특허발명의 진보성을 판단할 수 없다고 판시하였다. 동 판결은 무효심판에서 다루어야 할 특허무효사유를 권리범위확인심판에서 다루는 것이 적절하지 않다고 보았다. 특히, 그 판시는 소극적 권리범위확인심판에서는 더욱 더 정당성을 가진다. 특허발명이 진보성을 결여하였다고 판단하는 자는 특허무효심판을 바로 청구하는 것이 합당한데, 소극적 권리범위확인심판에서 확인대상발명의 진보성도 판단하도록 요구하고 나아가 확인대상발명이 권리범위에 속하는지 여부도 판단하도록 요구하는 것은 특허무효심판이 따로 있다는 점을 감안하면 적절치 않은 것이다.

그런데, 본디 권리범위확인심판에서 확인대상발명의 진보성을 판단하는 것은 특허발명의 진보성을 판단하는 우회적인 방법으로 활용되어 온 것이므로,[108][109] 위 대법원 전원합의체 판결이 실질적으로 적용되게 하기 위해서는 확인대상발명의 진

---

105) 안원모, “특허침해소송에서의 특허무효사유 판단에 관한 학설 및 판례의 흐름분석”, 「인권과 정의」 제400호, 대한변호사협회, 2009, 26면(“일본의 경우에도 자유기술의 항변에 대하여 실정법상의 근거가 없고 특허제도의 취지에 반한다는 이유로 이를 부정하는 견해가 많다.”).

106) 김원준, 앞의 논문, 35면(“필자가 지식재산권 판례정보 통합검색서비스(IP Case)에서 법원의 판결에서 자유기술의 항변을 인용한 사례를 검색하였다. 검색한 결과 총 197건 중에서 한국이 178건으로 가장 많고, 이어서 중국 13건, 독일 5건, 일본 1건이다.”) (<http://www.ip-case.or.kr/kipi/front/page/main.html.> 사이트 인용),

107) 특허법원, 「2014 특허법원 Annual Activity」, 2015, 23-24면(2013년 9월부터 2014년 8월까지의 1년간 특허/실용신안에서 권리범위확인 판결 선고 건수가 100건이라고 하고 그 중 24%(24건)에서 자유실시기술의 항변이 받아들여졌다는 설명).

108) 김원준, 앞의 논문, 32면(“따라서 자유기술 주장이 유효한 항변수단으로 인정되는 한, 침해법원은 자유기술에 대한 판단을 통하여 특허발명의 신규성과 진보성 유무를 판단할 수 있는 것이나 다름없게 된다.”)(조영선, 앞의 책 397면 인용).

109) 김제완, “확인대상디자인과 자유실시기술의 항변-특허법원 2007. 5. 31. 선고 2007허319 판결-”, 「지적재산권」 제22호, 한국지적재산권법제연구원, 2007, 69-70면(“그리고 특허와 실용신안에서는 등록된 권리가 심결 등에 의하여 무효로 확정되기 전에는 진보성과 관련하여 이를 다툴 수 없게 되자, 실질적으로 공지공용의 기술을 이용한 것으로 권리를 인정하기 어려움에도 불구하고 형식적으로 유효한 권리로 취급하는 불합리한 점이 발생하게 되었다. 이러한 불합리한 점을 막고자 직접적으로 등록된 권리의 권리범위를 부인하는 것이 아니라 간접적으로 침해자가 실시하는 실시형태가 공지공용으로 된 자유실시기술을 이용한 것에 지나지 않는다는 항변권의 개념으로 발전하게 되었다.”).

보성도 판단하지 못하게 하는 것이 타당하다. 특허발명이 A+B+C+D로 구성되어 있고, 선행기술이 A+B+C로 구성되어 있는 경우 특허발명의 진보성을 판단함에 있어서 선행기술(A+B+C)로부터 통상의 기술자가 D를 추가하는 것이 용이한지 여부를 살핀다. 확인대상발명이 A+B+C+D로 구성되어 있는 경우 확인대상발명이 특허발명의 기술적 범위에 속함에는 이견이 없다. 그런데, 그 장면에서 통상의 기술자가 선행기술(A+B+C)로부터 통상의 기술자가 D를 용이하게 추가하여 확인대상발명(A+B+C+D)을 도출할 수 있는지 여부를 살피게 되면 실질적으로 특허발명의 진보성을 살피는 것이고, 그러한 결과는 대법원 전원합의체 판결의 취지에 반하는 것이 된다.

대법원은 디자인 사건에서 한편으로는 용이창작이 인정되는 경우(즉 특허발명에서는 진보성이 결여되는 경우)에 그 등록디자인이 무효되기 전에는 권리범위를 부인할 수 없다고 하면서도 다른 한편으로는 확인대상디자인이 공지디자인으로부터 용이창작이 인정되는 경우에 권리범위에 속하지 않는다고 판단을 하였고, 대상 판결에 대한 한 평석은 대상 판결이 직접적으로 등록디자인의 진보성을 이유로 권리범위를 부인하지 않으면서도 간접적으로 권리범위를 부인한다고 설명한다.[110]

7. 진보성 판단의 자제 필요

진보성 판단에는 판단자의 주관이 강하게 개입될 수 있고 사후고찰이 강력하게 영향을 미친다. 특히, 사후고찰의 영향은 피할 수가 없다.[111] 그러므로, 특허사건에서 가능하다면 진보성을 판단하지 않는 것이 좋다. 그런데, 자유실시기술 법리와 관련하여서는 특허권자가 자신의 특허발명이 아니라 상대방의 확인대상발명에 대하여 진보성이 있다고 주장하는 논리적으로 적절하지도 않은 상황이 연출된다.[112] 이러한 상황은 피하는 것이 바람직하다.

---

110) 김제완, 앞의 글, 70면("따라서 직접적으로 등록디자인이 창작의 비용이성이 부정되어 권리범위를 인정할 수 없다고 할 수는 없지만, 간접적으로 확인대상디자인이 공중의 재산인 자유실시기술에 해당한다고 하여 권리범위를 부인할 수 있다.").

111) 정차호, "특허성 판단 관련 사후고찰 및 역교시 사례연구", 「성균관법학」 제24권 제4호, 성균관대학교 법학연구소, 2012, 79면("이 글은 사후고찰이 인간 사고체계의 기본속성이므로 그것을 완전히 방지할 수는 없다는 점을 인정하면서도 ...").

112) 김원준, 앞의 논문, 33면("일반적으로, 자유기술의 항변의 문제점을 짚어보면, 실시자는 자신이 실시하고 있는 확인대상발명이 진보성이 없다고 주장하고, 특허권자는 자신이 개발하지 않는 확인대상발명(실시품)에 대해 진보성이 있다고 주장하는 아이러니가 발생되는 것이다.")(백건수, "판례평석(2010다95390 판결), 「특허와 상표」 제782호, 대한변리사회, 2012, 7면 인용).

Ⅵ. 결론

권리범위확인심판에서 자유실시기술의 항변은 자유롭게 인정되어 왔고 그 법리가 당연, 타당한 것이라는 견해가 2012년에 있었다.[113] 그러나 그 전인 2011년에 이미 동 항변 법리에 대한 재검토가 필요하다고 지적하는 글이 있었다.[114] 그 글의 저자(박정희)가 그 글을 판사 재직 시절에 썼다는 점을 생각하면 그런 정도의 지적은 나름 강한 비판에 상응한다고 생각한다. 2012년 김동준교수는 책에서 그에 관하여 언급한 바가 있으며,[115] 2013년 김원준교수는 동 항변 법리를 직접 비판하는 글을 발표한 바 있다.[116] 이와 같이 자유실시기술의 항변 법리에 대하여는 이제 제법 많은 비판이 축적되었고, 그렇다면 그에 관한 재검토가 필요하다고 생각된다.

이 글은 독일, 일본, 미국 등에서의 자유실시기술의 항변 법리를 비교법적으로 검토하고, 동 항변이 인정되지 않아야 하는 여러 이유를 발굴하고, 그에 따라 결론적으로 권리범위확인심판에서 문언범위를 판단하는 경우에는 (진보성에 관한) 자유실시기술의 항변이 인정되지 않아야 한다고 주장한다. 독일과 미국의 특허권 침해소송에서는 문언침해를 판단하는 경우에 자유실시기술의 항변은 물론 공지기술의 항변도 인정하지 아니한다. 자유실시기술이라는 개념을 창설한 독일에서도 문언침해를 판단하는 경우에는 피고의 제품과 공지기술을 대비하지 않는다.

구성 대비에 의해 권리범위 속부를 판단하는 사건의 약 36%에서만 균등범위를 판단하므로,[117] 나머지 약 64%의 사건에서는 자유실시기술의 항변이 인정되지 않

113) 유영선, 앞의 글, 423면("신규성과 관련하여서는 앞서 보았듯이 공지기술 제외설을 취한 대법원 판결에 의하여 논란이 정리되었고, 자유기술의 항변을 명백히 채택한 대법원판례의 태도에 대하여도 이를 비판하는 견해는 찾기 어렵다.").

114) 박정희, "권리범위확인심판에서 특허권 소진을 주장할 수 있는지 여부", 「특허판례연구」 개정판, 박영사, 2010, 805면("권리범위확인심판에서 특허발명의 권리제한 사유로 가장 많이 주장되는 자유실시기술의 항변은 심판청구인이 심판의 대상으로 삼은 확인대상발명과의 관계에서 특허권의 효력이 미치는가를 확인하는 권리확정을 목적으로 하는 것이 아니라, 권리범위확인심판에서 특허발명의 무효 사유에 대하여 심리할 수 없음에 따라 나온 편법에 지나지 않으므로, 이론적으로 재검토할 필요가 있다고 보인다.").

115) 김동준, 앞의 책, 207면("유의할 점은 자유실시기술의 항변은 균등침해에서만 적용되며 문언침해에서는 적용되지 않는다는 것이다.").

116) 김원준, 앞의 글, 36면("특허권은 무체재산으로 특허침해가 용이할 뿐만 아니라 침해판단이 매우 난해하다는 측면과, 특히 진보성 판단은 판단자의 주관이 개입하기 쉬운 부분이라는 점을 감안할 때, 법원실무에서 자유기술의 항변을 쉽게 인용하는 것을 지양하고, 확인대상발명의 자유기술에 대한 심리범위는 신규성 판단만으로 국한하는 것이 옳다고 생각한다.").

117) 이수완, "특허법원 10년간의 권리범위확인심판(특·실) 심판서간에 관한 판결의 통계적 분석",

아야 한다. 한편, 당사자가 균등침해에 관한 주장을 하지 않은 경우에도 법원이 직권으로 균등침해를 판단할 수도 있을 것인데,[118][119] 법원이 균등관계에 대하여 판단하는 경우 청구인(소극적) 또는 피청구인(적극적)은 자유실시기술의 항변을 제기할 수 있을 것이다.

이 글은 부가적으로 권리범위확인심판에서 문언범위를 판단하는 경우에는 (신규성에 관한) 공지기술의 항변도 인정되지 않아야 한다고 주장한다.[120] 확인대상발명이 청구항의 문언적 범위에 속하는지 여부를 판단한다는 것은 특허발명과 확인대상발명이 동일함을 판단하는 것인데, 그렇다면 확인대상발명과 공지기술의 동일함을 판단할 필요가 없이 특허발명과 공지기술의 동일함을 판단하는 것으로 족하다. 대상을 특정하기 어려운 확인대상발명이 아니라 대상이 명확하게 특정되어 있는 특허발명을 공지기술과 대비하는 것이 현명하다. 이러한 주장이 특허권 침해소송에도 그대로 적용되어야 할지에 대하여는 추가적인 연구가 필요하다. 특히, 다수의 특허가 존재하는 경우 본인의 제품이 그 많은 특허의 권리를 침해하지 않는다는 것을 확인하는 것보다 본인의 제품이 선행기술과 동일하거나 실질적으로 동일하다는 것을 확인하는 것이 더 편리하다는 주장에[121] 주목한다면 침해소송에서의 공지기술의 항변에 대하여는 더 치열한 고민이 필요하다.

권리범위확인심판에서 균등범위를 판단하는 경우에 확인대상발명이 공지기술과 동일하거나 공지기술로부터 통상의 기술자가 용이하게 도출할 수 있는지를 판단하는 것은 허용이 될 수 있다. 이에 관하여는 우리나라의 대법원뿐만 아니라 독일, 미국 등에서도 그러한 법리가 정립되어 있으므로 기존의 법리를 그대로 운용할 수 있을 것이다. 위에서 주장된 바를 규정하는 법 개정안은 다음과 같다.

「특허법원 개원 10주년 기념논문집」, 특허법원, 2008, 83면("구성 대비에 의해 침해가 다투어진 총 284건 중 균등요건이 적용되어 침해 여부가 판단된 사안은 100건에 이르고 있어 전체의 36% 비율을 차지하고 있는 것으로 조사되었다.").

118) 대법원 2001. 8. 21. 선고 98후522 판결(균등관계를 검토하지 않은 특허법원의 판결을 파기하고 사건을 특허법원에 환송한 사례).

119) 법원은 특허권자가 균등침해를 주장하는 경우에만 균등침해 여부를 판단하여야 한다. 같은 의견, 김동준, 앞의 책, 416-418면.

120) 침해소송에서 공지기술의 항변을 인정하는 것이 사건을 더 효율적으로 해결할 수 있게 한다는 주장: Timothy Lau, supra, at 70-72.

121) *Id.* at 72.

현행 규정	개정안
제135조(권리범위확인심판) ① 특허권자, 전용실시권자 또는 이해관계인은 특허발명의 보호범위를 확인하기 위하여 특허권의 권리범위확인심판을 청구할 수 있다. ② 제1항에 따른 특허권의 권리범위확인심판을 청구하는 경우에 청구범위의 청구항이 둘 이상인 경우에는 청구항마다 청구할 수 있다.	제135조(권리범위확인심판) ① 좌동 ② 좌동 ③ 제1항에 따른 심판에 있어서 특허발명과 대비되는 발명(이하 '확인대상발명'이라 한다)과 제29조 제1항 각 호가 규정하는 기술을 대비하게 하는 항변은 인정하지 아니한다. 다만, 특허권의 균등범위가 제한되는 범위를 판단하는 경우에는 그러하지 아니하다.

지금까지 문언침해, 균등침해를 불문하고 공지기술의 항변을 인정하여 왔다는 점을 감안하면 위 개정안이 (법리적 타당성에도 불구하고) 쉽게 받아들여지기 어려울 것으로 예상된다. 그렇다면 차선책으로 문언침해 및 균등침해에서 공지기술의 항변은 인정하더라도 문언침해에서 자유실시기술의 항변은 인정되지 않도록 하는 방안이 (수용 가능성의 측면에서) 더 현실적인 방안이 될 수 있다. 그 방안을 규정하는 법 개정안은 다음과 같다.

현행 규정	개정안
제135조(권리범위확인심판) ① 특허권자, 전용실시권자 또는 이해관계인은 특허발명의 보호범위를 확인하기 위하여 특허권의 권리범위확인심판을 청구할 수 있다. ② 제1항에 따른 특허권의 권리범위확인심판을 청구하는 경우에 청구범위의 청구항이 둘 이상인 경우에는 청구항마다 청구할 수 있다.	제135조(권리범위확인심판) ① 좌동 ② 좌동 ③ 제1항에 따른 심판에 있어서 특허발명과 대비되는 발명(이하 '확인대상발명'이라 한다)이 제29조 제1항 각 호가 규정하는 기술로부터 그 발명이 속하는 기술분야에서 통상의 지식을 가진 사람이 쉽게 발명할 수 있다는 항변은 인정하지 아니한다. 다만, 특허권의 균등범위가 제한되는 범위를 판단하는 경우에는 그러하지 아니하다.

현행 법리에 의하면 권리범위확인심판에서 여러 가지 특허무효사유가 판단될 수 있다. 특허발명이 신규성을 결하였는지가 판단될 수 있을 뿐 아니라, 명세서의 기재가 불비하여 발명의 기술적 범위를 특정할 수 없는 경우,[122] 특허발명의 실시가 불가능한 경우,[123] 특허발명이 선원주의에 위반되는 경우[124] 등등의 장면에서도 항변이 인정되고 권리범위에 속하지 않는다고 판단하고 있다. 특허무효심판이 따로 존재하는 점을 감안하면 권리범위확인심판에서는 특허무효사유를 판단하게 하는 일체의 항변을 인정하지 않을 필요가 있다.[125] 이에 관하여는 후속 연구를 기약한다.

(논문접수일 : 2015.08.21, 심사개시일 : 2015.08.27, 게재확정일 : 2015.09.22)

정 차 호

자유실시기술의 항변, 공지기술의 항변, 권리범위확인심판, 특허권 침해소송, 진보성, 신규성

122) 대법원 2002. 6. 14. 선고 2000후235 판결.
123) 대법원 2001. 12. 27. 선고 99후1973 판결.
124) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2007후2827 판결.
125) 그 경우에도 명세서의 기재가 불비하여 특허발명의 기술적 범위를 특정할 수 없는 경우에는 권리범위에 속하지 않는다고 판단할 수 있다. 특허발명과 확인대상발명의 대비 자체가 불가능하다는 점에서 그렇게 판단할 수밖에 없다. 그러나, 그 경우에도 판단자는 먼저 청구항의 해석을 위하여 노력을 하여야 할 것이다. 곽민섭, 앞의 글, 203면("명세서의 기재불비 등으로 인하여 특허발명의 기술적 범위를 특정할 수 없는 경우에 특허권자가 그 특허발명의 권리범위를 주장할 수 없다는 법리(위 2000후235 판결 참조)는 그러한 경우 확인대상발명과의 대비 자체가 불가능하다는 점에서는 타당하나, 명세서의 기재불비가 있더라도 명세서나 도면의 기재 등에 의하여 특허청구범위[를] 제한적으로 해석하는 방법으로 특허발명의 기술적 범위를 특정하는 것이 우선되어야 하고 쉽게 그 기술적 범위의 특정이 불가능하다고 회피할 것은 아니며 …").

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 국내 자료

강기중, “특허침해소송의 구조와 판례동향”, 「인권과정의」 제342호, 대한변호사회, 2005.

곽민섭, “권리범위확인소송에서 특허무효사유의 판단”, 「지식재산21」 제107호, 특허청, 2009.

구대환, “공지기술이 포함된 특허발명에 대한 권리범위의 확정”, 「성균관법학」 제23권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2012.

김동준, 「특허균등침해론」, 법문사, 2012.

김상은, “자유기술의 판단대상과 확인대상발명”, 「특허판례연구」 개정판, 한국특허법학회, 2012.

김원준, “자유기술의 항변에 대한 비교법적 고찰-독일, 일본, 중국의 판례를 중심으로-”, 「IT와 법연구」 제7집, IT와 법센터, 2013.

김제완, “확인대상디자인과 자유실시기술의 항변-특허법원 2007. 5. 31. 선고 2007허319 판결-”, 「지적재산권」 제22호, 한국지적재산권법제연구원, 2007.

김태현, “공지기술과 자유실시기술의 항변”, 「특허판례연구」 개정판, 한국특허법학회, 박영사, 2012.

박정희, “권리범위확인심판에서 특허권 소진을 주장할 수 있는지 여부”, 「특허판례연구」 개정판, 한국특허법학회, 2012.

성기문, “공지부분이 포함된 특허 및 의장을 둘러싼 실무상의 제문제”, 「특허소송연구」 제2집, 특허법원, 2001.

성기문, “자유기술의 항변”, 「정보법 판례백선」, 한국정보법학회, 박영사, 2006.

안원모, “특허침해소송에서의 특허무효사유 판단에 관한 학설 및 판례의 흐름분석”, 「인권과 정의」 제400호, 대한변호사협회, 2009.

오창석, “대법원 전원합의체 2012후4162(2014. 3. 20. 선고) 판결에 대한 견해”, 「특허와상표」 제832호, 2014. 4. 20.

유영선, “침해소송법원에서 진보성의 심리·판단 가능 여부(대상판결: 대법원 2012. 1. 19. 선고 2010다95390 전원합의체 판결)”, 「사법」 제21호, 사법발전재단, 2012.

이기성・김수진, 「중국 특허법」, 세창출판사, 2014.
이금욱, “간접침해관련 사건에서 자유실시기술 여부의 판단을 위한 확인대상발명의 특정”, 「지식재산21」 제109호, 특허청, 2009.
이수완, “특허법원 10년간의 권리범위확인심판(특・실) 심판서간에 관한 판결의 통계적 분석”, 「특허법원 개원 10주년 기념논문집」, 특허법원, 2008.
이숙연, “권리범위확인심판을 중심으로 본 특허 침해쟁송제도와 그 개선방안에 대한 고찰”, 「법조」 제643호, 법조협회, 2010.
이영창, “자유실시기술이 되어야 하는 확인대상발명”, 「지식재산21」 제108호, 특허청, 2009.
이해영, “권리범위확인 사건(심판・소송)에 관한 통계적 분석”, 「권리범위확인심판의 활용성 및 실효성 제고방안 연구」, 특허청 연구용역보고서(정차호 등), 2015.
정차호, “특허성 관련 특허법 제29조 본문, 제1항 및 제2항 개정방안”, 「성균관법학」 제23권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2011.
정차호, “특허성 판단 관련 사후고찰 및 역교시 사례연구”, 「성균관법학」 제24권 제4호, 성균관대학교 법학연구소, 2012.
정차호, 「특허법의 진보성」, 박영사, 2014.
특허법원, 「2014 특허법원 Annual Activity」, 2015.
특허청, 「특허・실용신안 심사지침서」, 2014.
한동수, “확인대상고안의 기술구성을 파악하는 방법”, 「지식재산21」 제105호, 특허청, 2008.

Ⅱ. 국외 자료

Aaron P. Bowling, *Just about Equivalent: A Comparative Analysis of the Doctrines of Equivalents in the United States and International Jurisdictions Shows that the Varying Doctrines are Strikingly Similar*, 41 AIPLA Q.J. 553 (2013).
AIGI Intellectual Property Law Firm, May 20, 2011.
Alexandra K. Pechhold, *The Evolution of the Doctrine of Equivalents in the United States, United Kingdom, and Germany*, 87 J. Pat. & Trademark Off. Soc'y 411 (2005).

Robert A. Matthews, Jr., *Annotated Patent Digest* § 11:10 (2015).

Stefan Luginbühl & Peter Ganea, *Patent law in greater China*, Edward Elgar, 2014.

Timothy Lau, *Defensive Use of Prior Art to Exonerate Accused Acts in U.S. and Chinese Patent Litigation*, 27 Colum. J. Asian L. 51, 67 (2013).

Toshiko Takenaka, *The Supreme Court Affirmed the Presence of the Doctrine of Equivalents under Japanese Patent System*, CASRIP Newsletter, Winter 1998.

Toshiko Takenaka, *Protection Scope for Claims Including Numerical Limitations: Range of Equivalents and Prosecution History Estoppel*, CASRIP Newsletter, Winter 2004.

Abstract

Free-to-work Technology Defense & Prior Art Defense in a Patent Right Scope Declaration Trial & a Patent Infringement Lawsuit

Chaho JUNG

This paper analyzes the “free-to-work technology defense”, which is often raised in patent right scope declaration trials. Regarding the defense, in practices, “prior art defense” being used with similar meaning, this paper differentiates that prior art defense is related to novelty determination and that free-to-work technology defense is related to inventive step determination. So far the Korean jurisprudence, without recognizing the difference between literal infringement determination and equivalents infringement determination, has applied the free-to-work technology defense to both determinations. With regard to it, relevant jurisprudence of Germany, Japan and the United States have been analyzed. Under such analysis, this paper finds that the free-to-work technology defense should not be allowed in literal infringement determination and be allowed only in equivalents infringement determination. In determining equivalents infringement, positive requirements and negative requirements are applied, and one of the negative requirements is free-to-work technology defense. The same theory may apply in an infringement lawsuit. Therefore, in an infringement lawsuit as well, the free-to-work technology defense (regarding inventive step) should not be allowed in determining literal infringement. Without reasonably necessary research, this paper provisionally proclaims that the

prior art defense (regarding novelty) should also not be allowed in a patent right scope declaration trial or a patent infringement lawsuit. On the proclaim, further research is necessary.

Chaho JUNG

Free-to-work Technology Defense, Prior Art Defense, Patent Scope Declaration Trial, Patent Infringement Lawsuit, Inventive Step, Novelty

휴일근로를 주간 연장근로 제한에 포함하는 근로시간 제한 입법론의 검토*

김 홍 영**

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 여야 입법안의 비교와 평가
1. 여야 입법안의 차이점
2. 여야 입법안의 평가
Ⅲ. 입법론의 쟁점
1. 입법적 해결의 필요
2. 기업의 급격한 부담 증가의 고려
3. 연장근로의 규율 방식의 변화
4. 기업의 근로시간 체계의 변화
Ⅳ. 결론

【국 문 요 약】

휴일근로를 주간 연장근로 제한에 포함하는지에 관한 해석론은 이미 학계에서 찬반 논의가 이루어져왔고, 법원에서 서로 다른 판결이 내려져 대법원에서 통일된 해석이 내려지기를 기다리고 있다.

이 문제를 입법적으로 해결하기 위해, 국회에서의 여당과 야당은 휴일근로를 주간 연장근로 제한에 포함시키는 입법안들을 내고 있다. 그렇지만 연장근로의 최대 가능 시간 수, 중복 할증의 인정 여부, 경과조치의 유무 등 여러 점에서 서로의 차이점이 커 입법을 위한 타협이 쉽지 않다. 이 글은 여당과 야당의 입법안들을 비교하여 검토한다.

휴일근로를 주간 연장근로 제한에 포함시키는 입법이 이루어지면 중복 할증의 효과뿐만 아니라 주간 최대 연장가능시간의 한계가 재설정됨으로써 총근로시간이 단축되는 효과도 발생한다. 또한 휴일특근이 억제됨으로써 근로자에게 휴식이 실제로 확보되는 효과가 발생한다. 이처럼 장시간 근로 관행을 개선하여 총근로시간을 단축하는 방향을 중심으로 근로시간제도의 개선 논의가 진전되어야 한다.

한편으로는 대법원에서 판결이 내려져 현행법의 해석론이 정리되면 해석의 기초가 결정되고, 노측 또는 사측으로부터 입법적인 해결을 바라는 욕구가 증대될 가

---

* 이 글은 필자가 2015. 1. 23. 한국고용노사관계학회 2015 동계학술대회에서 발표한 “휴일근로를 주간 연장근로 제한에 포함 관련 근로시간 제한 입법론의 검토” 글을 보완한 글임을 밝힌다.

** 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

능성이 높다. 이에 따라 노사정이 사회적 합의를 이루거나 또는 여야가 정치적 타협을 이루어 입법이 가능해질 전망도 높다. 그 과정에서 대법원의 판결의 해석 기초에 구속되는 것은 바람직하지 못하다. 휴일특근이 빈번한 장시간 근로의 관행을 현실적으로 개선할 수 있는 방안을 고민하여야 한다. 중소기업의 어려움을 배려하여 여당안의 단계적 적용과 야당안의 형사면책기간의 설정을 복합적으로 설계하면서 개정법의 적응 기간을 두는 방향으로 타협의 여지를 모색함이 필요하다. 법정근로시간을 40시간으로 단축한 것이 현실의 노사관계에서 실현되기 위한 노력이 입법논의에서도 중심이 되어야 한다.

Ⅰ. 서론

지난해인 2014년 10월에 여당(새누리당)에서는 권성동 의원 대표발의로 근로기준법(이하 '근기법'이라 칭함) 개정안을 발의하였다(이하 편의상 '2014년 권성동(여당)안'이라 칭함). 그 내용 중 휴일근로를 주간(週間) 연장근로 제한에 포함시키면서 연장근로의 최대 시간에 관한 개정안이 세간의 주목을 받았다. 야당(새정치민주연합)도 홍영표 의원 대표발의로 별도의 입법안을 발의하였다(이하 편의상 '2014년 홍영표(야당)안'이라 칭함). 노동계와 경영계간에 입장의 차이가 큼을 확인하였다. 이 글은 지금까지의 입법안들을 비교하여 검토하고 노사정간 또는 여야간에 합리적인 타협을 이루기 위한 논의의 틀을 구성하고자 작성되었다.

휴일근로를 주간 연장근로 제한에 포함하는지에 관한 해석론은 이미 학계에서 찬반 논의가 이루어져왔고[1], 법원에서 서로 다른 판결이 내려져[2] 대법원에서 통일된 해석이 내려지기를 기다리고 있다.

입법논의로 노사정위원회는 2012년 3월부터 2013년 4월까지 '실근로시간단축위원회'에서 논의가 있었고,[3] 국회에서는 이미 야당에서 2012년 7월 한정애 의원 대

---

1) 휴일근로시간이 주간 근로시간에 포함되는 결과 주간 연장근로 제한을 받는다는 견해로, 강성태, "제2장 휴일근로", 박제성 외, 「장시간 노동과 노동시간 단축(Ⅱ)」(한국노동연구원, 2011) 24-25쪽; 하갑래, 「근로기준법」 제27판 (중앙경제, 2015) 361-362쪽; 노동법실무연구회, 「근로기준법주해〔Ⅲ〕」(박영사, 2010) 106-107쪽; 한인상, "휴일근로의 연장근로 산입에 따르는 쟁점과 과제", 「이슈와 논점」 제383호 (국회입법조사처, 2012. 2. 15) 2-3쪽; 김홍영, "휴일근로의 주간 연장근로 산입 여부", 「노동법률」 2012년 5월호 (중앙경제) 74-75쪽; 강선희, "주 40시간을 초과하는 휴일근로시 휴일근로수당과 연장근로수당의 중첩지급", 「노동리뷰」 2013년 12월호 (한국노동연구원) 101-103쪽 등이 있으며, 반대의 견해로 김희성, "연장근로와 휴일근로의 관계—근로시간단축과 관련하여—", 「노동법논총」 제30집 (한국비교노동법학회, 2014. 4) 87-95쪽; 이승길, "휴일근로의 연장근로시간 포함해 할증임금 중복지급을 부인한 사례", 「노동법률」 2014년 8월호 (중앙경제) 133-135쪽 등이 있다.

2) 휴일근로시간에 주간 근로시간에 포함되는 결과 휴일근로로서의 할증과 주간 연장근로로서의 할증이 중복되어야 한다는 판결로 서울고등법원 2012. 10. 19. 선고 2011나85903 판결; 서울고등법원 2012. 11. 9. 선고 2010나71280 판결; 서울고등법원 2012. 11. 9. 선고 2010나50290 판결 등이 있으며, 반대의 판결로 서울고등법원 2012. 2. 3. 선고 2010나23410 판결이 있다.

3) 경제사회발전노사정위원회에 구성된 실근로시간단축위원회의 활동에 관해 자세히는, 경제사회발전노사정위원회, 「실근로시간단축위원회 활동보고서」(2013. 4) 자료가 참조 가능하다. 실근로시간단축위원회는 공익위원의 권고안(2013. 4. 4. 실근로시간단축을 위한 공익위원 권고문)에서 "법정근로시간을 초과하여 허용되는 근로시간의 상한은 연장근로 또는 휴일근로 여부에 관계없이 1주일(7일)간 12시간임을 근로기준법 개정을 통해 명시한다. 다만, 업종과 업무의 특성 및 기업규모에 따라 기업경쟁력 및 근로자 임금에 적지 않은 영향을 줄 수 있음을 감안하여 다음과 같은 사항이 근로기준법 개정에 함께 반영되어야 한다. ① 기업 규모에 따라 단계적으로 적용한다. ② 예외적으로 특별연장근로를 허용하되, 이의 남용을 막기 위하여 특별연장근로 실시요건, 노사대표의 서면합의절차, 특별연장근로의 상한 등을 법령에 명확히 규정한다."로 정리하였지만, 노사정

표발의로 근기법 개정안이 발의되었고, 여당에서도 2012년 9월 이완영 의원 대표발의 및 2013년 5월 김성태 의원 대표발의로 근기법 개정안이 발의되었다. 2014년 상반기에는 국회 환경노동위원회에서 '노사정 사회적 논의 촉진을 위한 소위원회'를 구성하여 합의안의 도출을 모색하였지만 결국 소기의 성과를 거두지 못하였다.[4] 2014년 권성동(여당)안, 2014년 홍영표(야당)안은 그전의 입법논의의 연장선에 있다. 다만 후술하듯이 종전의 여야안보다 여야간의 차이가 더 커져 입법적 해결 가능성이 더욱 어려워져 보인다. 그러므로 여야 입법안에 대한 학계의 검토가 더욱 긴요하다. 상대적으로 입법론에 관해 학계에서의 논의와 검토가 부족한 실정인데,[5] 이 글을 통해 학계에서도 다양한 시각에서 입법논의가 촉발되기를 기대한다.

여야 입법안은 모두 휴일근로를 주간 연장근로 제한에 포함시킨다는 점에서 공통된다. 그럼에도 연장근로의 최대 가능 시간 수, 중복 할증의 인정 여부, 경과조치의 유무 등 여러 점에서 서로의 차이점이 큰데, 그러한 사항들이 입법논의에서 갖는 중요성을 고려한 검토가 필요하다.

한편 여야 입법안은 모두 현행 1주 40시간 제한과 12시간의 연장근로시간 제한을 기본적인 틀로 전제한다는 점에서도 공통된다. 따라서 우리나라가 마치 52시간제인 듯한 현 상황을 어떻게 개선하여야 하는가라는 법제도적 및 노사관계적인 논의가 아울러 필요하다.

간의 합의를 도출하지는 못하였다.

4) 소위원회에서의 논의 결과에 대해 자세히는, 이철수, "근로시간 단축과 임금제도 개선방안", 「하반기 국회, 노사관계·노동현안 입법과제의 해법과 동향」(한국노동조합총연맹/국회 환경노동위원회 위원장실 주최 정책토론회 자료집, 2014. 7. 15) 10-17쪽; 국회 환경노동위원회, 「근로시간 단축에 관한 공청회」 자료집 (2014. 4. 9) 11-24쪽; 한인상, "'노사정 사회적 논의 촉진을 위한 소위원회' 논의의 쟁점과 성과", 「이슈와 논점」 제840호 (국회입법조사처, 2014. 4. 29) 1-3쪽 등이 참조 가능하다.

5) 입법논의에 대한 기존의 법학적 고찰로는 경제사회발전노사정위원회의 실근로시간단축위원회의 회의자료인, 박지순, "실근로시간 단축을 위한 법제도 개선 방안", 경제사회발전노사정위원회, 「실근로시간단축위원회 활동보고서」(2013. 4) 370-385쪽; 한인상, "근로시간 단축의 쟁점과 과제(1) : 주휴일의 보장과 휴일근로", 「이슈와 논점」 제868호 (국회입법조사처, 2014. 6. 17); 한인상, "휴일근로 관련 쟁점 분석 및 동향", 「노동리뷰」 2014년 8월호 (한국노동연구원) 46-60쪽 등이 있으며, 그 외에 전술한 해석논의 문헌에서 입법론을 약간 부기한 정도에 그치고 있다.

<표 1> 제19대(2012-2016) 국회에 제출된 여야의 근로기준법 일부개정법률안 (휴일근로를 연장근로 제한에 포함 관련)

구분	발의	의안번호	비고	편의상 약칭
여당	2012. 9. 4. 이완영 의원 대표발의	1544		2012년 이완영(여당)안
	2013. 5. 31. 김성태 의원 대표발의	5249		2013년 김성태(여당)안
	2014. 10. 2. 권성동 의원 대표발의	11962		2014년 권성동(여당)안
야당	2012. 7. 6. 한정애 의원 대표발의	546		2012년 한정애(야당)안
	2013. 6. 13. 심상정 의원 대표발의	5482		2013년 심상정(야당)안
	2014. 10. 6. 홍영표 의원 대표발의	11984	철회	2014년 홍영표(야당)안
	2014. 11. 7. 홍영표 의원 대표발의	12336	재발의	

Ⅱ. 여야 입법안의 비교와 평가

여야 입법안은 주간 근로시간 제한에 대한 규율에서 차이점이 크다. 지금까지 발의된 여러 입법안[6] 중 여기에서는 논의의 편의를 위해 2014년 권성동(여당)안과 2014년 홍영표(야당)안을 대비하여 그 차이를 부각하여 논하고, 기본적인 평가를 하고자 한다.

1. 여야 입법안의 차이점

2014년 권성동(여당)안이나 2014년 홍영표(야당)안이나 모두 1주간에 휴일을 포함시켜(2014년 권성동(여당)안 제2조 제1항 제8호[7] 및 2014년 홍영표(야당)안 제50조 제1항[8]), 휴일근로를 주간 연장근로 제한에 포함시킨다는 점에서 공통된다. 즉 휴일근로시간을 포함하여 1주간의 근로시간이 40시간을 넘는 경우 법상의 연장근

6) 각 입법안의 내용은 국회 의안정보시스템 홈페이지(http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/main.jsp)를 통해 확인하였다.

7) 2014년 권성동(여당)안 제2조(정의) ① 8. "1주"란 휴일을 포함한 7일을 말한다.

8) 2014년 홍영표(야당)안 제50조(근로시간) ① 1주(휴일을 포함한 7일을 말한다) 간의 근로시간은 휴게시간을 제외하고 40시간을 초과할 수 없다.

로에 해당하며, 그러한 휴일근로시간을 포함한 연장근로시간이 1주간에 12시간을 넘지 못하는 것이 원칙이다.

그러나 여당안과 야당안은 현행법의 해석에 대한 서로 다른 이해를 토대로 법안이 마련되어, 다음과 같이 그 구체적 내용에 있어 차이가 크다. 그래서 여야간의 정치적 타협도 쉽지 못하며, 노사정간의 사회적 합의도 어려운 실정이다.

<표 2> 2014년 권성동(여당)안과 2014년 홍영표(야당)안의 차이점

	2014년 권성동(여당)안	2014년 홍영표(야당)안
현행법 해석	68=40(기준근로)+12(주간 연장근로)+16(휴일근로)	52=40+12
입법 후	60=40+20(근로자대표와 서면합의)	52=40+12
시행 전	1주에서 휴일 제외: 시행 전 68 → 시행 후 60	즉시 시행
경과조치	단계별 시행 (2016.1.부터 2021.1.까지 6단계)	즉시 시행
할증 중복	연장근로로만 할증 (휴일 할증 폐지)	연장, 휴일 중복 할증

가. 2014년 권성동(여당)안의 내용

2014년 권성동(여당)안은 현행법상 1주간에 근로시간의 최대를 68시간으로 이해한다. 즉 40시간의 기준근로시간에 주간 연장근로로 12시간이 가능하며, 주간 연장근로에 포함되지 않는 휴일근로로 주 2일의 휴일에 8시간씩 16시간이 가능하므로, 1주간에 총 68시간의 근로가 가능하다고 이해한다. 따라서 입법을 통해 68시간보다는 적은 근로시간으로 단축하려 한다.

구체적으로는 입법 후에는 60시간이 가능하도록 하려 한다. 1주 동안 12시간을 초과하여 연장근로를 할 필요가 있는 경우 근로자 대표와의 서면합의로 연장근로 한도를 1주 20시간까지 허용(법안 제53조 제3항[9])하기 때문에 결국 60시간이 가능해진다.

입법 이후에도 개정 조항의 시행 전까지는 1주에서 휴일이 제외(법안 부칙 제4조[10])되므로 종전처럼 68시간까지 가능하며 시행 이후에야 60시간까지만 가능하

9) 2014년 권성동(여당)안 제53조(연장 근로의 제한) ③ 제1항에도 불구하고 사용자는 다음 각 호의 사항에 관하여 근로자대표와 서면으로 합의한 경우에 1주 간 20시간을 초과하지 아니하는 범위에서 제50조제1항 또는 제2항의 근로시간을 연장할 수 있다.
1. 본문에 따라 제1항의 연장 근로시간을 초과할 필요가 있는 사유 및 기간
2. 대상 근로자의 범위(15세 이상 18세 미만의 근로자는 제외한다)
3. 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항

다. 또한 경과조치로 기업규모에 따라 6단계로 나누어 2016년 1월부터 2021년 1월까지 단계별로 시행한다(법안 부칙 제1조[11]).

시행 이후에도 할증의 조정이 있다. 휴일 할증을 폐지(법안 제56조[12])하여, 휴일에 법정근로시간을 초과하여 연장근로를 하는 경우 연장근로로만 할증이 인정된다.

나. 2014년 홍영표(야당)안의 내용

2014년 홍영표(야당)안은 현행법상 1주간에 근로시간의 최대를 52시간으로 이해한다. 즉 40시간의 기준근로시간에 주간 연장근로로 12시간이 가능하며, 휴일근로도 주간 연장근로에 포함되므로(법안 제50조 제1항) 1주간에 총 52시간의 근로가 가능하다고 이해한다. 그럼에도 불구하고 이를 위반하는 노사관행이 있어 입법을 통해 52시간만이 가능하다는 점을 명확히 하려고 한다.

즉 입법 후에도 종전처럼 52시간이 가능하다. 입법으로 52시간 제한을 명확히 하려는 것일 뿐 종전과 규율에 차이가 있지 않으므로, 입법 이후 시행 시기를 유예할 필요 없이 즉시 시행하며(법안 부칙 제1조[13]), 기업규모를 고려한 단계별 시행을 두지도 않는다.

또한 종전처럼 연장근로 할증과 휴일근로 할증이 모두 인정되고, 휴일근로가 주

---

10) 2014년 권성동(여당)안 부칙 제4조(연장근로의 제한에 관한 특례) 부칙 제1조 각 호의 구분에 따른 시행일의 전날까지 '1주'는 '휴일'을 제외한 기간으로 본다.

11) 2014년 권성동(여당)안 부칙 제1조(시행일) 이 법은 공포한 날부터 시행한다. 다만, 제24조, 제25조, 제37조, 제43조의3, 제43조의4, 제43조의5, 제98조, 제99조의 개정규정은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행하고, 제51조, 제57조, 제59조의 개정규정은 2015년 1월 1일부터 시행하며, 제53조제3항, 제56조의 개정규정은 다음 각 호의 구분에 따른 날부터 시행한다.
1.「공공기관의 운영에 관한 법률」제4조에 따른 공공기관,「지방공기업법」제49조 및 같은 법 제76조에 따른 지방공사 및 지방공단, 국가·지방자치단체 또는 정부투자기관이 자본금의 2분의 1 이상을 출자하거나 기본재산의 2분의 1 이상을 출연한 기관·단체와 그 기관·단체가 자본금의 2분의 1 이상을 출자하거나 기본재산의 2분의 1 이상을 출연한 기관·단체 및 상시 1,000명 이상의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장, 국가 및 지방자치단체의 기관: 2016년 1월 1일
2. 상시 300명 이상 1,000명 미만의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장: 2017년 1월 1일
3. 상시 100명 이상 300명 미만의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장: 2018년 1월 1일
4. 상시 50명 이상 100명 미만의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장: 2019년 1월 1일
5. 상시 30명 이상 50명 미만의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장: 2020년 1월 1일
6. 상시 30명 미만의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장: 2021년 1월 1일

12) 2014년 권성동(여당)안 제56조(연장·야간 및 휴일 근로) 사용자는 연장근로(제53조·제59조 및 제69조 단서에 따라 연장된 시간의 근로)와 야간근로(오후 10시부터 오전 6시까지 사이의 근로)에 대하여는 통상임금의 100분의 50 이상을 가산하여 지급하여야 한다.

13) 2014년 홍영표(야당)안 부칙 이 법은 공포한 날부터 시행한다. 다만, 제11조의 개정규정은 2018년 1월 1일부터 시행한다.

간 연장근로에도 해당되는 경우 중복 할증되도록 '각각 가산'됨을 명확히 한다(법안 제56조[14]).

2. 여야 입법안의 평가

가. 할증수당의 측면

이제까지의 노사관행은 휴일근로에 대해 휴일근로 할증수당을 지급할 뿐이고, 주간 연장근로로서의 할증을 중복하여 지급하지는 않아왔다. 이것이 현행법상 합법인가가 소송상 다투어지고 있다.

야당안은 결국 중복 할증 지급이 강제된다는 점에서 근로자측에게 유리한 입법이다. 반면 여당안은 중복 할증을 부정한다는 점에서 근로자측에게 불리한 입법이다. 다만 이러한 평가는 현행법의 해석이 어떠한지 그 결론에 따라, 종전보다 유리, 불리의 '변화'가 없을 수도 있다. 즉 현행법의 해석이 중복 할증 지급을 긍정하는 것이라면, 야당안은 입법으로 변화가 없고, 여당안은 입법으로 근로자에게 불리 '해진'다. 반대로 현행법의 해석이 중복 할증 지급을 부정하는 것이라면, 야당안은 입법으로 근로자에게 유리'해지'고, 여당안은 입법으로 변화가 없다.

다만 2014년 권성동(여당)안은 휴일근로 할증 자체를 없애는 방식이어서, 주중 약정 휴일이 있는 경우에는 여당안이 전제하는 현행법의 해석에 대비해서도 휴일근로에 대한 대가 계산에서 근로자에게 불리해지는 결과가 발생한다. 예를 들어 2014년 10월 3일(금) 개천절을 약정 휴일로 정해놓고서도 휴일근로를 하게 된 경우, 현행법상으로는 휴일근로로 할증하여야 하지만 여당안상으로 휴일근로 할증이 없고 주간 40시간 이내이므로 연장근로 할증도 없다(사례 1). 개천절에 휴일로 쉬고 다음날 주휴일인 토요일에 휴일근로를 하는 경우도 현행법상으로는 휴일근로로 할증하여야 하지만 여당안상으로는 휴일근로 할증도 연장근로 할증도 없다(사례 2). 즉 여당안처럼 현행법을 이해해도 여당안이 휴일근로 할증을 폐지하여서 근로자에게 불리해지는 경우가 발생한다.

---

14) 2014년 홍영표(야당)안 제56조(연장·야간 및 휴일 근로) 사용자는 연장근로(제53조·제59조 및 제69조 단서에 따라 연장된 시간의 근로)와 야간근로(오후 10시부터 오전 6시까지 사이의 근로) 또는 휴일근로에 대하여는 통상임금의 100분의 50 이상을 <u>각각 가산하여</u> 지급하여야 한다.

<표 3> 주중 약정 휴일이 있는 경우 휴일근로 할증 삭제의 변화 - 사례 1

요일	월	화	수	목	금	토	일
날자	9/29	9/30	10/1	10/2	10/3	10/4	10/5
근로시간	8	8	8	8	8	0	0
현행법상 할증 여부	-	-	-	-	휴일○	-	-
여당안상 할증 여부	-	-	-	-	×	-	-

<표 4> 주중 약정 휴일이 있는 경우 휴일근로 할증 삭제의 변화 - 사례 2

요일	월	화	수	목	금	토	일
날자	9/29	9/30	10/1	10/2	10/3	10/4	10/5
근로시간	8	8	8	8	0	8	0
현행법상 할증 여부	-	-	-	-	-	휴일○	-
여당안상 할증 여부	-	-	-	-	-	×	-

나. 총근로시간 단축의 측면

우리나라는 국가적 차원에서 총근로시간 단축이 요구되고 있다.[15] 여당안은 야당안에 비해 총근로시간 단축 효과가 적을 수 있다. 여당안이나 야당안 모두 40시간의 기준근로시간 제한에 12시간 주간 연장근로 가능한 시간을 제한하고 있다는 점에서 공통된다. 다만 여당안은 근로자대표와 서면합의한 경우 주간 연장근로 가능시간이 최대 20시간으로 확대될 수 있다. 서면합의에 도달하기가 어렵지 않아 제한적으로 활용되지는 않을 것 같다. 기존에 60시간을 초과하여 근무하던 사업장은 60시간까지 근로시간을 단축하게 되겠지만 그 아래로 단축하도록 법이 유도하지 못한다.

한편 여당안이나 야당안 모두 12시간의 주간 연장근로에 대해 종전의 방식에 따

15) 김양건(국회 환경노동위원회 전문위원), 「근로기준법 일부개정법률안 검토보고서【권성동의원 대표발의, 의안번호 제11962호】」(2015. 6) 8쪽에 따르면, "우리나라의 근로시간은 세계 3위로서 OECD국가 평균보다 1.2배나 많은 실정임. 2013년도에 우리나라 근로자는 멕시코(2,328시간)의 근로자에 이어 연간 2,071시간을 일한 것으로, 근로시간이 가장 적은 독일(1,313시간)에 비하면 격무(激務)에 시달리고 있다고 하겠음. 이에 따라 사회적으로 근로자의 근로시간을 줄여야 한다는 데에는 상당한 공감대를 이루고 있으나, 아직 입법적인 합의점을 도출하지 못함."이라고 지적한다.

르며 별도의 규제를 추가하지 않고 있다. 연장근로가 상시화되고 있는 관행의 개선에 미흡한 면이 있다. 장시간 근로 관행의 개선은 52시간제의 정착이 아니라 40시간제의 정착을 목표로 하여야 한다.

Ⅲ. 입법론의 쟁점

1. 입법적 해결의 필요

노사간, 여야간 견해의 차이기 크기 때문에 입법이 어려운데도 굳이 연장근로에 관한 근기법 조항을 개정하여야 하는지 의문을 가질 수 있다. 현행 근기법이 휴일근로를 주간 연장근로 제한에 포함하는지의 문제는 조만간 대법원 판결이 내려지면 해석이 분명해질 것이므로 이후 대법원 판결을 따르면 되지 굳이 입법이 필요하지 않다는 입장도 나올 수 있다.

그러나 대법원 판결이 어떻게 내려지더라도 근기법의 개정은 필요하다.[16]

먼저 대법원 판결이 휴일근로가 주간 연장근로에 포함된다고 판결을 내리는 경우를 가정하면, 그에 따라 앞으로 휴일근로이면서도 주간 연장근로에 해당하는 경우에는 법정 할증이 100%(휴일근로 할증 50% + 주간 연장근로 할증 50%)로 그 부담이 늘어난다. 할증임금을 제대로 지급하지 않는 경우 사용자는 형사처벌의 대상이 된다(근기법 제109조: 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처함). 또한 휴일근로 시간만큼 주간 연장근로시간으로 합산되는 경우 주간 연장근로의 12시간 제한을 지켜야 하므로, 휴일특근(주말특근)으로 주간 총 52시간을 초과하여 근무하는 사업장은 52시간 이내로 실근로시간을 단축하여야 한다. 당장 단축하지 못한다면 사용자는 형사처벌의 대상이 된다(근기법 제110조: 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처함). 우리 중소기업의 현실이 이러한 할증임금 증가 부담, 근로시간 단축 압박을 당장 극복할 수 있다고 보이지 않는다. 근로시간을 제한하는 근기법의 규범이 현실에서는 규범력을 가지 못하는 이른바 '법과 현실의 괴리'가 발생하고 근기법의 규범 준수 의식이 약화된다. 지금까지 휴일특근에 대해

16) 한인상, "근로시간 단축의 쟁점과 과제(1) : 주휴일의 보장과 휴일근로", 「이슈와 논점」 제868호(국회입법조사처, 2014. 6. 17) 4쪽에서는 "주휴일제의 보장과 휴일근로 억제를 위해서는 주휴일제 및 휴일근로 관련 규정을 보다 명확하게 정비할 필요가 있다."고 주장한다. 필자도 이하의 논의에서 장시간 근로관행의 개선(실근로시간 단축)을 위해 입법적 해결이 필요하다는 점을 강조하고자 한다.

면책을 주어온 고용노동부가 대법원 판결을 계기로 주간 52시간을 지키도록 근로감독을 엄격히 하리라 기대되지 않는다. 고용노동부에 법정수당 미지급분에 대한 임금체불 고소·고발이 늘어나겠지만 실제 제대로 해결되지는 않을 것이다. 결국 소멸시효가 완성되지 않은 3년간의 법정수당에 대해 근로자들이 집단적으로 소송을 제기하는 소송 러시가 발생할 우려가 있다. 특히 최근의 통상임금 소송 러시처럼 퇴직자들뿐만 아니라 재직자들까지도 소송을 제기하는 경우가 빈발한다면 노사관계의 안정이 훼손되고 노사 협력은 어려워진다.

다음으로 반대로 대법원 판결이 휴일근로를 주간 연장근로에 포함되지 않는다고 판결을 내리는 경우를 가정하면, 기업은 할증임금 증가 부담, 근로시간 단축 압박을 모면하게 되지만, 그러한 상황을 그대로 방치하는 것은 장시간 근로 관행을 개선시키는데 전혀 도움이 되지 못한다. 대법원 판결이 그러한 취지의 판결을 내리더라도 그것은 어디까지나 현행 법규정의 해석상 그러하다는 것만을 의미한다. 그리 해석되는 현행 법규정이 법정책적으로 적절한지는 사법부인 대법원이 판단할 몫은 아니다. 그럼에도 어쩌면 대법원은 그러한 해석대로 1주간에 52시간을 넘어 총 68시간의 근로도 가능해질 수 있는 상황은 결코 바람직하지 않다는 우려를 표명하면서 현행 법규정의 개정은 입법부인 국회의 몫이라고 책임을 미룰지도 모른다.

1주 근로시간을 40시간 이하로 제한함은 국제노동기준으로서 보편적이다. OECD 국가이며 국제적인 주요 거래국가인 우리나라의 경제적 위상을 고려하면 우리나라가 장시간 근로 관행을 계속 방치할 수는 없다. 국제적 책임의 문제이며 국격(國格)의 문제이다. 우리나라가 근기법에서 40시간제를 도입하여 법정근로시간을 단축하였다고 말하지만 사회제도의 모습은 법률 이외의 다양한 제도를 통하여 이해된다. 근로계약·취업규칙·단체협약 등에 따라 실제 사업장에서는 1주간에 40시간이 아니라 52시간, 60시간, 68시간 등등의 근로가 상시적으로 행해지고 있는 것이 현실이고 이를 위법하지 않다고 여겨왔는데, 우리나라가 근로시간을 40시간으로 제한하고 있다는 말이 국제무대에서 납득될 수 있을지 의문이다. 특히 대법원 판결이 내려짐으로써 우리나라가 68시간을 허용하는 나라, 즉 68시간제인 나라로 이해될 수 있어 국제적으로도 큰 문제가 될 것이다.[17]

---

17) 입법정책론에서도 한인상, “휴일근로 관련 쟁점 분석 및 동향”, 「노동리뷰」 2014년 8월호 (한국노동연구원) 58쪽에서는 “법정근로시간 준수(1주 40시간) 외에 예외적인 연장근로의 허용(1주 12시간)에 또 다른 추가적인 연장근로를 설정하는 것은 근로시간 단축 정책 방향과 국제노동기준에 반한다는 비판을 피하기 어려워 보인다.”고 지적한다.

다행히 여당안이든 야당안이든 장시간 근로 관행을 개선하기 위해 휴일근로를 주간 연장근로에 포함시키는 것을 전제로 입법안을 내고 있는 점은 바람직한 입법 정책이라 평가된다. 2014년 권성동(여당)안은 제안이유에 관해 "한편 현재 과도한 연장, 휴일근로로 인해 우리나라 근로자의 연간 근로시간은 2,070시간으로 OECD 회원국 중 최장시간 근로 국가임. 그간 우리나라 경제를 이끌어온 장시간근로를 통한 양적 성장 모델은 이미 한계에 봉착했으며, 기업도 장시간근로 관행에서 벗어나 근로시간과 인적자원 관리의 효율화를 통한 생산성 향상이 필요한 시점이며, 일과 가정, 삶의 균형 및 근로자 건강 보호를 위해 장시간근로 관행 개선은 필수적이라는 데 국민적 공감대가 형성되어 있는 만큼 연장근로나 휴일근로에 대한 제약을 강화하는 등 근로시간 관련 규정을 개정하고자 함."이라 설명한다. 2014년 홍영표(야당)안도 "실근로시간 단축의 시대적 과제를 해결"하기 위해 제안한다고 밝히고 있다.

실근로시간 단축을 위해서는 휴일특근(주말특근)이라는 휴일근로를 가능한 한 하지 않도록 하는 것이 필요하다. 즉 휴일근로를 주간 근로시간과 별도로 계산하는 것이 아니라 주간 근로시간에 포함시켜 주간 연장근로의 제한을 받도록 하는 것이 필요하다.

입법의 방식은 근기법 관련 규정 속에 '1주'의 의미를 "휴일을 포함하는 7일을 말한다."고 설명하는 방법이 가능하며, 여당안, 야당안 모두 그러한 방식을 취하고 있다.

2. 기업의 급격한 부담 증가의 고려

현행법상 52시간을 초과한 근로가 적법한지에 관해 해석론상 다툼이 있는 것과 별개로, 실제로는 52시간을 초과하여 휴일근로를 더 하는 경우가 많이 존재한다. 입법 이후에는 휴일근로가 주간 연장근로시간에 포함될 수 있어 할증이 중복 계산되는 부담이 생기고 또한 주간 최대 52시간이 되어 그 이상의 근로가 불가능해진다. 기업으로서는 임금부담의 증가와 근로시간 개편 부담이 생기게 된다. 입법으로 인해 기업의 부담이 급격히 증가하는 면을 어떻게 입법과정에서 고려하여야 하는지가 문제된다.

야당안은 52시간 제한을 확인하는 입법이므로 별도의 경과조치가 필요하지 않다는 태도이다. 그러나 개정 입법이 적용됨에 따라 실제로 다수 기업에서 적응하지 못할 우려가 크다.[18] 법과 현실의 괴리보다는 법의 준수가 가능해질 수 있는 연착

륙의 방법이 필요하다.

여당안은 기업의 규모에 따라 단계적으로 적용(시행)하는 방안을 제시한다. 다만 이는 현행법이 52시간제가 아니라 68시간제를 허용한다고 전제하여야 단계적으로 적용하는 구조가 성립된다. 만약 대법원에서 52시간제로 판결이 내려지는 경우 단계적 적용의 전제가 무너진다. 그래서 2014년 권성동(여당)안은 개정법의 적용 전까지 '1주'는 '휴일'을 제외한 기간으로 본다는 규정(법안 부칙 제4조)을 명문으로 두어 해결하고자 한다. 다만 현행법의 해석론상 다툼이 큰 점에 관해 입법에서 특례 규정을 부칙에서 두는 방식이 적절한지는 다시 고민되어야 한다. 개정법이 적용되기 전까지 52시간제인지 68시간제인지는 국민의 권리의무의 중요한 사항이므로 일반인이 쉽게 알고 명백히 이해할 수 있도록 규정되어야 한다. 즉 연장근로의 제한에 관한 특례는 부칙이 아니라 근기법의 본(本)조문으로 정하고 그 적용기한을 정하는 방식(휴일근로를 연장근로 제한에 포함시키는 조문의 적용시점 전까지를 그 기한으로 규정하는 방식)이 더 적절한 방식이다.

여당안은 단계적 적용 방식으로 기업규모에 따라 6단계로 나누어 5년의 차등을 두어 시행하는 방안을 채택하고 있다. 6단계로 나누어 1년의 간극으로 시행하는 것에 대해, 단계 구분의 수가 적절한지, 단계간의 간극인 연수가 적절한지 등과, 68시간제가 52시간제로 변하는 것이므로(엄밀히는 여당안의 경우는 68시간제가 60시간제로 변하는 것임) 그 중간의 단계가 필요한지 등 다양한 측면에서 검토가 필요하다. 단계적 적용을 통해 노사 당사자가 입법 적응을 준비하는 것이 성공할 수 있어야 하기 때문이다.

야당안은 2014년 상반기의 국회 환노위 노사정 소위원회 논의 과정에서 경과조치로서 2017년까지 처벌을 면제하는 방안을 고려한 것으로 알려졌다. 즉 52시간제

---

18) 김양건(국회 환경노동위원회 전문위원), 「근로기준법 일부개정법률안 검토보고서【권성동의원 대표발의, 의안번호 제11962호】」(2015. 6) 11쪽에 따르면, "2012년 고용형태별 근로실태조사에 따르면 52시간을 초과하여 근로하는 근로자는 814천명이고, 이 중 휴일근로를 하는 근로자는 623천명으로 나타났음."이라고 설명한다. 또한 중소기업중앙회/한국경영자총협회, 「휴일근로 중복할증의 문제와 쟁점」(2015. 2) 7-8쪽에 따르면, 고용노동부의 2010년 고용실형태별 근로실태조사 통계자료를 분석하면서, "휴일근로에 대한 중복할증 시 영향을 받게 되는 근로자 규모는 근로기준법상 근로시간 규정의 적용을 받는 5인 이상 사업체 소속 근로자의 17.5%에 이름.", "특히 30~299인 규모 중소기업과 300~499인 규모 중견기업은 52시간을 초과하여 휴일근로를 하는 근로자의 규모가 상대적으로 높아 노동비용 증가 등 기업경영 전반에 상당한 부담을 미칠 것으로 보임."이라고 설명한다. 이 자료에 따르면 52시간을 초과하여 휴일근로 하는 비율이 5-10인 사업체 소속 근로자의 1.5%, 10-29인 4.5%, 30-99인 10.8%, 100-229인 13.9%에 이른다. 이러한 중소기업의 경우 52시간 제한을 즉시 시행하기 어려울 수 있으리라 예측된다. 지불능력이 부족하고 인력난이 있어 신규채용이나 생산성 향상을 통한 조업단축 등이 어렵기 때문이다.

가 개정법에 따라 즉시 시행되고 적용되더라도 일정기간 동안 처벌을 면제[19]하고 다만 휴일근로와 연장근로로서 중복 할증되는 임금의 민사적 부담은 지게 하는 방안이다. 처벌 면제는 52시간을 초과하는 근로에 대한 처벌 면제뿐만 아니라 중복 할증 임금의 미지급과 관련된 처벌도 면제되어야 의미가 있다. 중복 할증 임금에 대한 미지급에 대해 형사처벌이 없더라도 고용노동부의 감독과 지도를 통해 분쟁을 해결하거나 궁극적으로 민사소송을 통해 해결할 수 있다. 임금체불에 대해 형사처벌 규정을 둔 규율이 적절한지 재검토의 논의가 필요하다. 중복 할증 임금을 둘러싼 분쟁을 형사처벌 규정에 기대지 않고 노사가 스스로 해결하고 고용노동부가 적절한 관행을 형성하도록 감독하고 지도함으로써 의미 있는 변화가 시작될 수 있다.

여당안과 야당안을 절충하는 방안도 모색할 수 있겠다. 현재의 실제 노사관계 상황을 인정하고 중소기업을 배려[20]하는 경과조치를 복합적으로 구성하는 방식이다. 예를 들면 1) 기업의 규모를 고려하여 대기업은 즉시 시행하고 중소기업은 기업의 규모에 따라 2-3개의 단계로 나누어 시행시기를 조정하고, 2) 중복 할증의 적용을 먼저하고 연장근로 최대 가능시간의 규율 위반에 대한 형사처벌의 적용을 나중에 적용하며, 3) 중복 할증이 적용되는 시기와 중복 할증률의 정도(50% → 70% → 정상적 규율)를 단계적으로 조정하여 적용하고, 4) 연장근로 최대 가능시간도 단계적으로 조정하여 적용하고(중소기업은 68시간 → 60시간 → 52시간, 대기업은 60시간 → 52시간),[21] 5) 중복 할증 및 최대 연장근로 가능시간의 각 단계

---

19) 경영계의 입장에서는, "처벌을 앞세워 급격한 근로시간 단축을 추진한다면 추가 고용에 따른 부담으로 상당수 기업들은 신규 채용을 통해 생산량을 유지하기보다 불가피하게 생산량 자체를 줄일 수밖에 없는 경우도 발생할 수 있다."고 우려한다(이형준, "노사상생과 자율에 기반한 근로시간 단축이어야 한다", 「노사저널」 2013년 5월호 (노사신문사) 13쪽). 또한 처벌 규정을 두고서도 실제로 위반에 대해 처벌이 제대로 이루어지지 않거나, 고용노동부의 감독행정이 일부 사업장에만 실시되는 경우, 처벌규정만으로는 사용자들에게 법위반을 방지하려는 의도를 이끌어낼 수 없다. 민사소송, 행정지도 등 다른 방법을 적절히 동원한다면 잠정적으로 일정기간 처벌을 면제하는 방법이 실근로시간의 단축을 위하여 도움이 될 수 있다.

20) 노동계의 입장에서는, "휴일근로를 연장근로 한도를 포함시키는 제도시행을 기업규모별로 단계적으로 시행하는 것은 대중소기업간 역차별의 문제를 야기되는 만큼 타당하지 않다."고 우려한다. 휴일특근에 대해 대기업은 휴일근로수당과 연장근로수당을 중첩적으로 지급하는데 반해 중소기업은 그러한 혜택을 받을 수 없다는 점을 지적한다(유정엽, "실근로시간단축관련 노사정위원회 공익위원 권고안에 대한 평가와 개선과제" 「노사저널」 2013년 5월호 (노사신문사) 17쪽). 이러한 역차별은 실제 근로시간을 단축하지 않는다는 점을 전제한다. 그렇지만 대기업이 먼저 실제 근로시간을 단축하게 되면서 추가적인 경제적 부담을 지며, 단축된 근로시간 체계가 중소기업에 모델이 될 수 있다는 점에서, 역차별은 실근로시간 단축으로 극복 내지 해소할 문제라 생각된다.

21) 기업의 부담을 고려하여 예외적으로 연장근로를 추가 인정하더라도(52시간에 추가하여 8시간을

의 적용 이후에도 일정기간(2년) 동안 형사처벌 면제를 주되 고용노동부의 감독과 지도를 통해 임금체계의 조정 및 근로시간체계의 조정을 유도하는 방식이다.

3. 연장근로의 규율 방식의 변화

가. 최대 가능시간과 연장근로 합의의 방식

여당안은 연장근로의 최대 가능시간을 12시간이 아니라 추가하여 20시간까지 가능하도록 제안하고 있다. 그 요건으로 근로자대표와 일정 사항의 서면합의를 요구한다. 여당안들이 구체적으로는 약간의 차이가 있다.

첫째, 20시간 연장근로 가능의 사유를 별도로 제한하는지의 차이가 있다. 2012년 이완영(여당)안[22]과 2013년 김성태(여당)안[23]은 일시적 업무량 증가 등 고용노동부령으로 정하는 사유가 있는 경우에 허용하며 서면합의에도 연장근로 한도를

가능) 항구적인 제도로 인정하기보다 일몰제로 구성하여 수년 후에는 52시간으로 단축되도록 하는 것이 필요하다. 경제사회발전노사정위원회의 실근로시간단축위원회가 예외적으로 특별연장근로를 인정하자는 제안에 대해, 배규식, “근로시간단축”, 「노동리뷰」 2015년 4월호 (한국노동연구원) 44쪽에서는 일몰제가 아닌 경우 현행 52시간제를 후퇴한다는 비판을 받는 점을 지적한다. 또한 국회 환노위의 ‘노사정 사회적 논의 촉진을 위한 소위원회’의 전문가 의견에서는 특별근로시간제도는 국제기준 위반의 문제가 생길 수 있다는 점을 지적한다(이철수, “근로시간 단축과 임금제도 개선방안”, 「하반기 국회, 노사관계·노동현안 입법과제의 해법과 동향」 (한국노동조합총연맹/국회 환경노동위원회 위원장실 주최 정책토론회 자료집, 2014. 7. 15) 17쪽 참조).

22) 2012년 이완영(여당)안 제53조(연장 근로의 제한) ③ 제1항에도 불구하고 일시적 업무량 증가 등 고용노동부령으로 정하는 사유가 있는 경우 사용자는 근로자 대표와 다음 각 호의 사항을 서면으로 정하고 미리 고용노동부장관에게 신고할 경우 1주 간에 20시간을 한도로 제50조의 근로시간을 연장할 수 있다. 이 경우 제1항의 연장근로 한도를 초과할 수 있는 기간은 1년간 총 13주를 초과할 수 없으며, 연속근로일 수는 12일을 초과할 수 없다.
1. 제1항의 연장근로 한도를 초과할 필요가 있는 예외적 사유
2. 제1항의 연장근로 한도 초과 기간
3. 대상근로자
4. 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항
④ 15세 이상 18세 미만인 자, 임산부 및 산후 1년이 지나지 아니한 여성의 경우 제3항을 적용하지 아니한다.

23) 2013년 김성태(여당)안 제53조(연장 근로의 제한) ③ 제1항에도 불구하고 일시적 업무량 증가 등 고용노동부령으로 정하는 사유가 있는 경우 사용자는 근로자 대표와의 서면 합의에 따라 다음 각 호의 사항을 정하면 1주 간에 20시간을 한도로 제50조의 근로시간을 연장할 수 있다. 이 경우 제1항의 연장근로 한도를 초과할 수 있는 기간은 1년간 총 26주를 초과할 수 없으며, 연속근로일 수는 12일을 초과할 수 없다.
1. 제1항의 연장근로 한도를 초과할 필요가 있는 예외적 사유
2. 제1항의 연장근로 한도 초과 기간
3. 대상근로자
4. 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항
④ 15세 이상 18세 미만인 자, 임산부 및 산후 1년이 지나지 아니한 여성의 경우 제3항을 적용하지 아니한다.

초과할 필요가 있는 예외적 사유를 기재하도록 하여 20시간 연장근로가 일시적으로 활용되는 방식이다. 반면 2014년 권성동(여당)안[24]은 서면합의에 연장 근로시간을 초과할 필요가 있는 사유를 기재하면 되고 그 사유에 대해 법상의 제한이 없어 20시간 연장근로가 항시적으로 활용될 수 있는 방식이다.

둘째, 12시간 연장근로 한도를 초과할 수 있는 기간을 추가적으로 제한하는지의 차이가 있다. 2012년 이완영(여당)안은 1년간 총 13주를 초과할 수 없으며(즉 3개월 정도 가능), 연속근로일 수는 12일을 초과할 수 없다. 2013년 김성태(여당)안은 1년간 총 26주를 초과할 수 없으며(즉 6개월 정도 가능), 연속근로일 수는 12일을 초과할 수 없다. 참고로 2014년말 고용노동부가 발표한 「비정규직 종합대책(안)」(2014. 12. 29.)에서도 노사합의로 8시간의 추가연장근로를 허용하되 주/월/년 단위로 총량 규제하는 방안을 검토하고 있다(1주간: 8시간, 1개월: 24시간, 1년: 208시간). 반면 2014년 권성동(여당)안은 별도의 제한이 없어 항시적으로 가능하다.

셋째, 서면합의를 고용노동부장관에게 신고하는지의 차이가 있다. 2012년 이완영(여당)안은 고용노동부장관에게 신고하도록 한다. 반면 다른 안들은 신고를 요구하지 않는다.

결국 종전의 여당안들에 비해 2014년 권성동(여당)안은 20시간의 연장근로가 항시적으로 활용될 수 있도록 한다는 점에서 총근로시간 단축의 효과가 상대적으로 적을 수 있다.

여당안이 근로자대표와 서면합의를 요건으로 하므로 추가 8시간의 연장이 노사자주적으로 적절히 제약될 수 있을 것이라는 기대는 그리 설득력이 없다. 첫째, 근로자대표는 노동조합보다도 사용자로부터의 독립성이 취약한 구조이다. 둘째, 노동조합이 근로자대표의 역할을 하는 경우조차도 지금까지 단체협약에 의해 연장근로, 휴일근로가 방만하게 이루어진 사업장도 존재하기에 휴일특근을 원하는 근로자들의 요구를 노동조합이 통제할 수 있을지 의문이다.

20시간의 연장근로의 허용은 주 5일의 소정근로일에 소정근로와 연장근로를 하는 것에 추가하여 휴일에 8시간의 휴일근로를 허용하는 것이다. 마치 과거 주간

24) 2014년 권성동(여당)안 제53조(연장 근로의 제한) ③ 제1항에도 불구하고 사용자는 다음 각 호의 사항에 관하여 근로자대표와 서면으로 합의한 경우에 1주 간 20시간을 초과하지 아니하는 범위에서 제50조제1항 또는 제2항의 근로시간을 연장할 수 있다.
1. 본문에 따라 제1항의 연장 근로시간을 초과할 필요가 있는 사유 및 기간
2. 대상 근로자의 범위(15세 이상 18세 미만의 근로자는 제외한다)
3. 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항

48시간제에 12시간의 연장근로가 가능하였던 것으로 돌아간다. 우리나라가 48시간제에서 44시간제를 거쳐 40시간제로 근로시간을 단축하였던 노력을 무위로 되돌리면서도, 국가적 과제인 총근로시간 단축을 이룰 수 있는지 의문이다.[25] 법정근로시간이 40시간제로 단축되었음에도 주 1일 내지 2일의 휴일특근을 추가해온 관행을 어떻게 개선할지를 고민하여야 한다. 20시간의 연장근로의 허용도 그 연장선에서 재검토되어야 한다. 휴일특근은 일시적인 필요에 따라 예외적으로 할 수 있게 하고(사유의 제한) 사용하지 못한 휴일만큼 다시 휴일을 부여하도록 하는(대체조치의 강구) 방안이 장시간 근로 관행의 개선에 도움이 될 수 있다. 휴일근로에 대해 할증임금 지급은 오히려 근로자들이 휴일특근을 바라는 이유가 되어 휴식 확보의 측면에서 적절한 대체조치가 될 수 없다. 항시적으로 휴일특근이 이루어지지 않도록 노사관행을 개선하는 데는 고용노동부의 지도와 감독의 노력이 필요하다. 근로자대표와 서면합의를 고용노동부에 신고하도록 하는 것은 고용노동부가 정보의 획득이 가능해져 지도와 감독의 단초가 될 수 있다는 점에서 필요하다.

여당안은 근로자대표와 서면합의를 8시간의 추가연장근로와 관련하여 설계하고 있으나, 12시간의 연장근로의 요건으로 재설계하는 방안도, 근로시간제도의 개선에 아울러 논의해 볼 필요가 있다. 현행법은 12시간의 연장근로가 단지 당사자간의 합의에 의해 가능하도록 규정되어 있는데(근기법 제53조 제1항), 판례는 “개별 근로자와의 연장근로에 관한 합의는 연장근로를 할 때마다 그때 그때 할 필요는 없고 근로계약 등으로 미리 이를 약정하는 것도 가능하다.”고 해석한다(대법원 1995. 2. 10. 선고 94다19228 판결). 결국 현행법은 연장근로를 손쉽게 할 수 있도록 허용한다.[26] 근로자대표와 서면합의로 연장근로에 대해 미리 정하도록 한다면 그에 따라 연장근로가 이루어지게 되므로 연장근로의 사유와 정도를 노사가 합리적으로 규제할 수 있는 여지가 마련된다. 한편으로는 근로자대표와의 노사합의로 항시적으로 연장근로를 하는 경우도 발생할 수 있으므로 고용노동부가 장시간 근로 관행이 형성되지 않도록 지도하는 것이 필요하다.

나. 중복 할증률의 조정

휴일근로가 주간 연장근로로 인정되는 경우 야당안은 휴일근로 할증과 연장근로 할증을 중복하여 계산하는 것(즉 100% 할증)을 전제한다. 여당안도 마찬가지이며

25) 한인상, “휴일근로 관련 쟁점 분석 및 동향”, 「노동리뷰」 2014년 8월호 (한국노동연구원) 68쪽.
26) 임종률, 「노동법」 제13판 (박영사, 2015) 429쪽.

다만 2014년 권성동(여당)안은 중복 할증을 하지 않기 위해 휴일근로 할증을 폐지한다. 그 결과 2014년 권성동(여당)안은 주중 약정휴일이 있는 경우 연장근로가 아닌 휴일근로마저도 할증이 없도록 함으로써 현행법의 해석보다도 근로자에게 불리해진다는 점을 전술하였다.

입법정책의 측면에서 보면, 휴일근로와 주간 연장근로가 중복되는 경우 중복 할증으로 100% 할증을 계산하는 것이 과연 적절한지 재검토가 필요하다. 높은 할증은 사용자에게 휴일특근을 억제하는 효과를 발생하겠지만 다른 한편으로는 근로자에게 휴일특근을 희망하는 역효과도 발생할 수 있다.[27] 그렇다고 휴일근로 할증을 없애는 것은 주간 연장근로를 소정근무일에 소정근로시간에 이어서 연장근로하는 것과 휴일에 휴일근로로 하는 것 양자의 부담을 같게 하여 오히려 사업장에서 휴일근무를 선호하는 될 우려도 있다. 근로자의 휴식을 위해 휴일을 보장하는 취지는 몰각된다. 휴일근로 할증은 휴일근로에 대한 부담을 증가시켜 가능한 휴일근로를 억제하려는 취지이므로 주간 연장근로에 대한 할증과는 별도의 의미가 존재한다.[28]

사견으로는 휴일근로의 할증을 현행법대로 50%를 유지하되, 휴일근로가 주간 연장근로에 중복하여 해당되는 경우에는 할증을 70%로 조정하는 것이 적절하다. 노사가 과도하게 휴일근로를 의욕하지 않도록 하기 위함이다. 휴일근로는 단지 할증수당으로 보상됨으로써 그 문제가 해결되는 것이 아니다. 휴일근로는 근로자의 휴식권이 보장되지 않아 건강하고 문화적인 생활, 일과 가정의 양립을 어렵게 하고, 장시간 근로의 관행의 요인이므로, 노사가 가능한 한 휴일근로는 하지 않도록 법

---

27) 김희성, “연장근로와 휴일근로의 관계—근로시간단축과 관련하여—”, 「노동법논총」 제30집 (한국비교노동법학회, 2014. 4) 95-96쪽에서도 초과근로에 대한 할증이 현실에서는 오히려 장시간근로의 유인으로 작용하는 경우가 있어, 휴일근로에 대해서 할증률을 높게 정하는 것이 장시간근로를 억제한다고 할 수 없다는 점을 지적하면서, 할증률을 하향 조정할 것을 주장한다. 또한 한인상, “휴일근로 관련 쟁점 분석 및 동향”, 「노동리뷰」 2014년 8월호 (한국노동연구원) 58쪽에서도 휴일근로에 대한 중복가산임금이 근로자에게 휴일근로의 유인효과가 있음을 고려하여 구체적인 방안을 설계하여야 한다는 점을 지적한다.

28) 휴일근로 할증수당의 기능은, 첫째, 사용자에게 경제적 부담을 강화하여 휴일근로를 억제하려는 것과, 둘째, 휴일에 근로한 근로자에게 경제적 보상을 강화하려는 것을 들 수 있다. 연장·야간·휴일근로는 모두 근로자의 건강하고 문화적인 생활을 침해하므로 각각 별도로 가산하여 보상할 나름대로의 이유가 있다(강선희, “주 40시간을 초과하는 휴일근로시 휴일근로수당과 연장근로수당의 중첩지급”, 「노동리뷰」 2013년 12월호 (한국노동연구원) 103쪽 참조). 그러나 입법정책의 측면에서는 적절히 보상하는 것보다도 근로시간이 제한되고 밤에는 쉬고 휴일이 보장되는 일상(日常)을 확보하는 것이 더 중요하다는 점에 유의하여야 한다. 한인상, “휴일근로 관련 쟁점 분석 및 동향”, 「노동리뷰」 2014년 8월호 (한국노동연구원) 59쪽에서도 “금전으로 보상되지 않는 절대적인 휴게, 휴일, 휴가 등 휴식의 보호가 필요한 시점”임을 강조한다.

제도가 고안되어야 한다.[29] 근로시간 단축이 일자리를 나누는 측면에서 보면 근무일의 연장근로를 줄이는 방식과 휴일근로를 줄이는 방식이 중 후자가 더 효과적일 것으로 기대된다.

4. 기업의 근로시간 체계의 변화

총근로시간의 단축을 위해서는 휴일근로의 감소뿐만 아니라 연장근로의 감소도 요청된다. 현행법이나 개정안 모두 주 40시간제를 초과하여 연장근로를 가능하게 하고 있다. 연장근로가 상시적으로 이루어지는 사업장의 경우 40시간제가 아니라 결국 52시간제에 해당된다. 지금까지 업무시간의 증가 필요에 대해 연장근로와 휴일근로를 통해 기존 근로자들의 근무시간을 증가시키는 방식을 많이 활용해 왔다. 이것이 장시간 근로 관행을 만들어 왔다. 주 40시간제로 근기법이 개정되었음에도 불구하고 현실의 노사관계는 40시간제가 아니어왔다.

휴일근로를 연장근로 제한에 포함시키는 입법은 52시간제(또는 여당안의 경우 60시간제)를 근본적으로 개선하지는 못한다. 앞서 설명하였듯이 합의 연장근로의 방식을 근로자대표와 서면합의를 요건으로 하고 고용노동부가 연장근로가 상시적으로 이루어지는 사업장에 대해 장시간 근로 관행을 개선하도록 지도하는 것이 필요하다.

상시적으로 연장근로를 하여온 현실에 대해 주 40시간제의 제한이 지켜지도록 해결하는 방안으로 다음의 세 가지 점이 모색되어야 한다.

첫째, 상시적으로 업무시간의 연장이 필요한 경우 근로자 개인의 근무시간을 연장하기보다 교대제를 활용하도록 한다. 정규직의 연장근로, 휴일근로를 활용하는 방식은 정규직의 임금 증가에는 도움이 될 수 있지만 소득 양극화의 원인이 되기도 한다. 기간제, 간접고용 등의 비정규직의 연장근로, 휴일근로의 활용은 외견상 비정규직의 임금 증가로 보일지라도 결국 비정규직의 고용불안을 담보로 하고 있어 정규직과의 소득 격차를 해소할 수 없는 구조이다. 상시적인 연장근로는 교대제의 개편을 통해 비록 임시직 등 비정규직으로 충원되더라도 추가 고용으로 일자리를 나누는 것이 바람직하다.

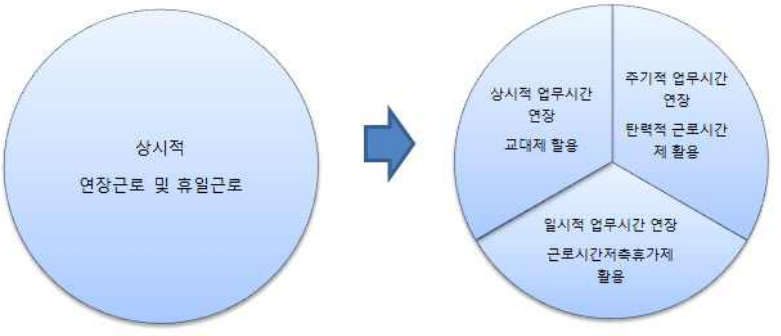
---

29) 한인상, “근로시간 단축의 쟁점과 과제(1) : 주휴일의 보장과 휴일근로”, 「이슈와 논점」 제868호 (국회입법조사처, 2014. 6. 17) 4쪽; 한인상, “휴일근로 관련 쟁점 분석 및 동향”, 「노동리뷰」 2014년 8월호 (한국노동연구원) 58쪽 등에서는 휴일근로는 원칙적으로 금지하면서 휴일근로를 시킬 수 있는 예외적인 사유를 규정하고, 휴일근로를 시키는 경우에도 대체휴일을 부여하도록 의무화하는 방안을 제시한다.

둘째, 주기적으로 업무시간의 연장이 필요한 경우 탄력적 근로시간제 등 근로시간 유연화를 활용하도록 한다. 현행법상 탄력적 근로시간제는 3개월 이내에만 인정되지만(근기법 제51조) 여당의 입법안은 대상기간을 12개월까지로 확대하려 하며(2014년 권성동(여당)안), 야당안은 6개월까지로 확대하려 한다(2014년 홍영표(야당)안). 주기적인 업무량 증가에 대응하기 위해서는 1년(12개월)까지로 확대하는 것이 의미 있다. 다만 일/주/월/년 기준에 따라 유연화할 수 있는 시간수의 한도를 정하는 등 적정한 근로자 보호책을 보완하여야 한다. 또한 여당안에 따르더라도 1년 단위 탄력적 근로시간제가 용이하게 활용될 수 있는 보완이 필요하다. 1년 단위 탄력적 근로시간제가 1년 기간 전체의 근무상황표를 미리 짜야 하는지 의문이다. 일본의 경우 근무상황표를 1개월 이상 단위로 구분하여 작성하는 것이 인정되며 30일 전의 기간을 두고 다음 단위 달의 근무상황표를 노사합의하면 된다(노동기준법 제32조의4 제1항 제4호 및 동조 제2항). 이러한 근거는 법률로 규정될 사항이므로 근기법 개정에서 추가하는 보완이 필요하다. 탄력적 근로시간제는 연장근로를 40시간제의 기준근로로 다시 흡수한다는 점에서 긍정적이다. 여러 선진국들이 40시간제의 도입과 맞추어 1년 단위 탄력적 근로시간제를 인정하였다. 1년 단위 탄력적 근로시간제의 도입이 사회적 공감대를 형성하려면 근로자에게 노동강도가 과도하지 않도록 안전판을 가지면서도 기업의 수요에 맞춘 운용 모델이 구체적으로 제시되어야 한다.

셋째, 일시적으로 업무시간의 연장이 필요한 경우 연장근로를 하도록 하며 그 경우에도 보상휴가제(근기법 제57조)나 근로시간저축휴가제(2014년 권성동(여당)안 제57조) 등을 활용하여 총근로시간의 증가가 이루어지지 않도록 한다. 일시적인 연장근로로 인해 소득이 증가한다면 근로자로서는 연장근로가 계속되기를 희망할 수도 있다. 근로시간저축휴가제는 연장근로로 인한 소득의 증가 대신 휴식의 증가로 해소하면서도 정기적인 급여는 안정적으로 확보할 수 있다는 점에서 긍정적이다. 다만 근로시간저축휴가제가 근로자에게 그만큼 휴식으로 확보되도록 실제로 제대로 작용하기 위해서는, 근로자의 필요에 따라 여러 날들을 이어서 휴가를 사용('뭉테기' 휴가 사용으로 비유될 수 있는 연속 휴가 사용)할 수 있는 기업문화가 필요하다. 현재의 연차휴가제만으로는 연속 휴가 사용의 기업문화를 발전시키지 못해왔는데, 근로시간저축휴가제를 정착하는 가운데 휴가의 뭉테기 사용의 관행을 형성할 수 있다면 근로자의 휴식권 보장의 측면에서도 바람직할 것이다.

<그림 1> 장시간 근로 관행 해소를 위한 근로시간체계의 개선



Ⅳ. 결론

휴일근로를 주간 연장근로 제한에 포함시키는지의 논란은 현행법의 해석론상 할증 수당의 중복 계산 여부의 문제로 민사소송을 통해 발전하고 있다. 마찬가지로 휴일근로를 주간 연장근로시간 제한에 포함시키는 입법 논의에서도 노사의 이해관계가 지나치게 중복 할증의 문제로 집중되어 오지 않았나 생각된다. 할증을 50%로 하여야 할지 100%로 하여야 할지의 문제가 장시간 근로 관행을 개선하여 총근로시간을 단축하는 방향에 직접적으로 연결되지 않을 우려도 있다.

휴일근로를 주간 연장근로 제한에 포함시키는 입법이 이루어지면 중복 할증의 효과뿐만 아니라 주간 최대 연장가능시간의 한계가 재설정됨으로써 총근로시간이 단축되는 효과도 발생한다. 또한 휴일특근이 억제됨으로써 근로자에게 휴식이 실제로 확보되는 효과가 발생한다. 이처럼 근로시간제도의 개선은 장시간 근로 관행을 개선하여 총근로시간을 단축하는 방향을 중심으로 논의가 진전되어야 한다. 중복 할증의 문제는 오히려 할증률을 조정함으로써 입법적인 타협의 여지를 모색하여야 한다.

한편 휴일근로를 주간 연장근로 제한에 포함시키는 입법은 기업으로서는 임금 및 제반 비용의 증가와 충분한 업무시간 확보에 어려움이 초래된다. 그러므로 중소기업의 부담을 완화시키고 개정법의 적응을 준비할 수 있는 특례 조치가 필요하다. 당장 52시간제의 실현이 바람직할 수 있겠지만 노사관계의 현실이 그러하지 못하다면 5년 정도의 일정기간을 두고서 단계적으로 법적용을 실현해 나가는 방식

이 장기적으로 보면 근로시간제의 개선을 실제로 달성하는 방법이 될 수 있다.

휴일근로를 주간 연장근로 제한에 포함시키는 입법은 연장근로시간을 포함하는 52시간제를 개선할 수 없다는 한계가 있다. 40시간제가 정착되기 위해서는 현재보다 연장근로도 감소하는 근로시간체계의 개선이 필요하다. 근로시간제의 논의는 자칫 정규직의 소득 증가의 측면이 부각됨으로써 근로시간 단축과 거리가 떨어진 문제에 집착할 위험이 있다. 40시간제가 정상(正常)적인 근로형태로 정착되도록 정규직에게는 충분한 휴식을 부여하고, 비정규직에게는 고용의 기회를 도모하는 상생(相生)의 논의에 집중하여야 한다.

지금까지의 여야 입법안은 현행 법규율에 대한 상반된 인식에 기초하고, 여당안, 야당안 간의 차이 심해 입법 타협 쉽지 않을 듯이 보인다. 특히 2014년에 새로 제안된 여야 입법안은 종전 입법안에 비해 상호간의 차이가 더 심해진 면도 있다. 그러나 한편으로는 대법원에서 판결이 내려져 현행법의 해석론이 정리되면 해석의 기초가 결정되고, 노측 또는 사측으로부터 입법적인 해결을 바라는 욕구가 증대될 가능성이 높다. 이에 따라 노사정이 사회적 합의를 이루거나 또는 여야가 정치적 타협을 이루어 입법이 가능해질 전망도 높다. 그 과정에서 대법원의 판결의 해석 기초에 구속되는 것은 바람직하지 못하다. 휴일특근이 빈번한 장시간 근로의 관행을 현실적으로 개선할 수 있는 방안을 고민하여야 한다. 중소기업의 어려움을 배려하여 여당안의 단계적 적용과 야당안의 형사면책기간의 설정을 복합적으로 설계하면서 개정법의 적응 기간을 두는 방향으로 타협의 여지를 모색함이 필요하다. 법정근로시간을 40시간으로 단축한 것이 현실의 노사관계에서 실현되기 위한 노력이 입법논의에서도 중심이 되어야 한다.

(논문투고일 : 2015.08.17, 심사개시일 : 2015.08.27, 게재확정일 : 2015.09.22)

김 홍 영

휴일, 휴일근로, 연장근로, 근로시간, 장시간 근로

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

경제사회발전노사정위원회,「실근로시간단축위원회 활동보고서」(2013. 4).

국회 환경노동위원회,「근로시간 단축에 관한 공청회」자료집 (2014. 4. 9).

노동법실무연구회,「근로기준법주해〔Ⅲ〕」(박영사, 2010).

임종률,「노동법」제13판 (박영사, 2015).

하갑래,「근로기준법」제27판 (중앙경제, 2015).

Ⅱ. 논문

강선희, “주 40시간을 초과하는 휴일근로시 휴일근로수당과 연장근로수당의 중첩지급”,「노동리뷰」2013년 12월호 (한국노동연구원) 101-103쪽.

강성태, “제2장 휴일근로”, 박제성 외,「장시간 노동과 노동시간 단축(Ⅱ)」(한국노동연구원, 2011) 4-25쪽.

김홍영, “휴일근로의 주간 연장근로 산입 여부”,「노동법률」2012년 5월호 (중앙경제) 70-75쪽.

김희성, “연장근로와 휴일근로의 관계—근로시간단축과 관련하여—”,「노동법논총」제30집 (한국비교노동법학회, 2014. 4) 77-99쪽.

박지순, “실근로시간 단축을 위한 법제도 개선 방안”, 경제사회발전노사정위원회,「실근로시간단축위원회 활동보고서」(2013. 4) 370-394쪽.

배규식, “근로시간단축”,「노동리뷰」2015년 4월호 (한국노동연구원) 40-53쪽.

유정엽, “실근로시간단축관련 노사정위원회 공익위원 권고안에 대한 평가와 개선과제”「노사저널」2013년 5월호 (노사신문사) 16-19쪽.

이승길, “휴일근로의 연장근로시간 포함해 할증임금 중복지급을 부인한 사례”,「노동법률」2014년 8월호 (중앙경제) 130-135쪽.

이철수, “근로시간 단축과 임금제도 개선방안”,「하반기 국회, 노사관계·노동현안 입법과제의 해법과 동향」(한국노동조합총연맹/국회 환경노동위원회 위원장실 주최 정책토론회 자료집, 2014. 7. 15) 3-42쪽.

이형준, “노사상생과 자율에 기반한 근로시간 단축이어야 한다”,「노사저널」2013년 5월호 (노사신문사) 12-16쪽.

한인상, “‘노사정 사회적 논의 촉진을 위한 소위원회’ 논의의 쟁점과 성과”,「이슈

와 논점」 제840호 (국회입법조사처, 2014. 4. 29).
한인상, “근로시간 단축의 쟁점과 과제(1) : 주휴일의 보장과 휴일근로”, 「이슈와 논점」 제868호 (국회입법조사처, 2014. 6. 17).
한인상, “휴일근로 관련 쟁점 분석 및 동향”, 「노동리뷰」 2014년 8월호 (한국노동연구원) 46-60쪽.
한인상, “휴일근로의 연장근로 산입에 따르는 쟁점과 과제”, 「이슈와 논점」 제383호 (국회입법조사처, 2012. 2. 15).

Abstract

The Study on Legislative Theories of the Working Hour Limit that the Holyday Working Hours are included in the Weekly Working Hours Restrictions

Kim, Hong Young

The interpretation theory about whether the holyday working hours are included in the weekly working hours restrictions, have been made pros and cons of the debate in academic circles already. In court, a different decision is made, we are waiting for a unified interpretation by the Supreme Court.

To solve this problem the legislative, the ruling party and the opposition in the National Assembly have issued legislative proposals to include the holiday working hours in the weekly working hours restrictions. However, such as the maximum possible number of extended working hours, whether the certification of overlapping premium, the presence or absence of transitional measures, large difference in each other in many ways, it is not easy compromise for legislation. This article will be considered by comparing the legislative proposals of the ruling party and the opposition.

When the legislation to include the holiday working hours in the weekly working hours restrictions is carried out, not only the effect of overlapping premium, by the weekly maximum extension working hours limit is reset, also generated effect the total working time is shortened. In addition, since the holiday work is suppressed, the effect that the rest of workers is actually secured occurs. Thus the discussion suggesting

improvements to working hours schemes should be making progress around the direction that reduces the total working hours, to improve the practice of working long hours.

On the other hand, if the Supreme Court make the decision about the interpretation theory of the current law, the basis of interpretation is determined. Then there is a high possibility that desire from the labor community and the management community overlooking the legislative resolution is increased. As a result, whether the Tripartite to achieve social consensus, or, ruling and opposition parties to achieve political compromise, also more likely to become possible legislation. In the process, it is not desirable to be bound to the foundation of the interpretation by the Supreme Court.

It must be considered a scheme that can really improve practice of working long hours for the frequent holiday works. In consideration of the difficulty of small and medium-sized enterprises, to design a complex set of stage application by the ruling party and impunity period by the opposition, it is necessary to seek room for compromise in the direction of placing the adaptation period of the amended law. That the legal working time was shortened to 40 hours must strive to be realized in the labor-management relations of reality should be the center in the legislative debate.

Kim, Hong Young

holyday, holyday work, extended work, working hour, working long hours

아웃소싱 업체의 변경과 고용이전

송 치 경*

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 아웃소싱에 따른 고용관계의 특징
1. 아웃소싱의 의미
2. 아웃소싱에 따른 고용관계 특징
3. 아웃소싱 업체의 변경시 고용이전 논의의 필요성
Ⅲ. 아웃소싱 업체의 변경시 고용관계에 대한 기존 접근방법 검토
1. 판례법리
2. 영업양도 법리와 그 한계
3. 사업이전론과 그 한계
Ⅳ. 아웃소싱 업체변경시 고용문제에 대한 발전적 논의
1. 논의의 방향
2. 헌법상 고용보장 근거 및 기본권 침해 여부
3. 사실로부터의 법적효과 도출 근거
4. 기존 영업양도 판례법리의 부분적 차용
5. 법원의 아웃소싱업체 변경시 고용이전 가능성
6. 고용이전의 법적효과 발생의 판단기준 정립 방향 구상
Ⅴ. 결

【국 문 요 약】

아웃소싱은 고용관계의 변동이나 이전을 필연적으로 수반할 수밖에 없다. 이러한 아웃소싱은 기존업무가 중단없이 계속되어 기능적 조직의 변화는 거의 발생하지 않고, 아웃소싱 업체간의 법률관계 없이도 발생할 수 있으며, 아웃소싱 업체가 변경되더라도 기존 업무를 수행하던 근로자와 고용관계는 직간접적으로 영향을 받게 된다. 이러한 아웃소싱의 특성을 고려할 때 기존 업무를 수행해오던 근로자의 고용보장이 이뤄질 필요가 있다. 그러나 아직까지 법원은 아웃소싱업체의 변경에서 고용승계를 인정하고 있지 않다. 이렇게 기존의 판례와 이론은 아웃소싱의 고용관계문제를 해결하는데 한계가 있다. 한편으로 최근들어 유럽의 '사업이전법리'를 수용하여 아웃소싱에서도 고용관계가 이전하는 법적효과를 도출하는 이론들이 제시되었다. 이러한 이론의 가장 큰 특징은 아웃소싱업체 변경시에도 법률적 계약관계 없이 고용보장을 인정한다는 점이다. 사업이전법리는 기존의 판례로 해결하기 어려웠던 아웃소싱의 고용관계문제를 해결할 수 있지만, 현실적인 측면과 이론

* 노무법인 휴머스 공인노무사, 성균관대학교 법학과 박사수료.

적 측면에서 한계가 지적될 수 있어 이를 극복할 수 있는 보완 논의가 필요하다. 그래서 아웃소싱업체 변경시 고용관계 문제를 해결하기 위하여 헌법상 고용보장의 근거를 도출하는 문제와 다른 기본권 침해 문제를 논의해보았다. 그리고 고용보장을 도출하기 위해 계약당사자의 의사뿐만 아니라 사실로부터 법적효과를 도출하는 노동법의 '사실우선의 원칙'을 제시해 보았다. 또한 기존 영업양도 판례법리로부터 고용보장의 가능성을 찾는 작업도 하였다. 마지막으로 아웃소싱에서 고용보장의 법적효과를 인정받기 위한 구체적 판단기준을 두 가지 방향으로 구상해 보았다. 이러한 구상은 유럽사법재판소의 종합적 고려를 참고하는 방식과 영국의 기존 법률에서 원칙적 고용이전과 예외 설정 방식이 그것이다. 이러한 구상은 법원 판례의 해석변화를 추동하는 것이 목적이며, 이를 통해 사례를 축적하여 노동법상 해고제한법리에 기반한 입법적 해결을 위한 것이다.

Ⅰ. 서 론

기업의 합병, 분할, 인수, 영업양도 등 다양한 변동현상에 대해 그 소속 근로자의 고용관계와 어떠한 관계가 있는지에 대해 많은 논의가 진행되어 왔다. 그 중에서 합병은 상법상의 규정으로 해결되고 있고, 영업양도의 경우 법원의 판례법리를 통해 판단되고 있다. 문제는 기업의 일부 사업에 대한 아웃소싱에 대하여는 아직 명확한 해석기준이 마련되어있지 않다. 즉, 아웃소싱의 법적개념, 판단기준 및 법적효과에 대한 해석이 정립되지 못하였고, 이에 대해 법원은 '사법상의 계약원리'에 따라 판단하는 경향을 보이고 있다.[1] 그러나 기업의 변동현상은 소속 근로자의 고용관계에 많은 영향을 미치므로 일반적인 계약원리를 적용하는 것이 자칫 노동법의 기본정신을 훼손하는 결과를 초래할 수 있다. 특히, 법원에서는 기업의 아웃소싱 현상에 대해 경영상 해고요건을 형식적으로 적용하고, 아웃소싱 업체의 전환에 대해 고용이전의 효과를 부정하는 등 간접고용이 갖는 문제점을 고스란히 드러내고 있다. 이는 소위 민법상 도급, 위임계약의 단순한 해지로 보아 아웃소싱에 따른 소속 근로자의 고용관계를 노동법의 특수성을 충분히 고려하지 않고 있는 것이다. 이러한 법원의 판단으로 인해 일선 기업이 아웃소싱을 통해 노동법상 해고제한법리를 회피하는 수단으로 악용하는 측면도 나타나고 있다. 이와 같은 아웃소싱의 고용관계의 문제점을 지적하면서 이를 개선하고자하는 다양한 논의가 이뤄지고 있다. 하지만, 기존의 접근방식은 여러 가지 면에서 한계를 드러내고 있어서 아웃소싱에 대한 충분한 고찰을 통한 해결방안이 요구된다. 이와 관련하여 유럽연합 및 유럽국가의 법원과 판결을 소개하면서 사업이전법리가 제기되었다. 이러한 법리는 우리의 현행 법률상 명시적 근거가 없고, 기존 법원의 판례에서도 근거를 쉽게 찾기 어려운 시도여서 한계점이 있다. 하지만, 사업이전 개념을 통해 기업의 아웃소싱이 갖는 현상적 특징 자체를 법적규율의 대상으로 삼을 수 있고, 이에 따른 고용이전의 법적효과를 도출할 수 있다는 점에서 주목할 만하다. 특히, 아웃소싱 업체의 변경은 아웃소싱 업체사이에 법적 계약이 없다는 점에서 사업이전 개념을 활용하여 고용이전의 법적효과를 논의하는 것은 의미있는 작업이라고 할 것이다. 또한 기존 법원의 판결 속에서 고용이전의 효과를 찾을 수 있을지 여부도 충분한

1) 심재진, "외주화에 따른 고용관계의 문제", 「노동판례리뷰 2012-2013」, (한국노동연구원, 2014.) 552면

검토가 요구된다.

이하에서는 아웃소싱 업체의 변경시 발생하는 고용관계 문제를 검토하기 위하여 기존의 판례법리를 살펴보고, 이와 관련한 다양한 논의와 그 한계를 점검한다. 그리고 유럽의 판례와 법제를 중심으로 논의된 사업이전론을 통해 아웃소싱 업체의 변경시 고용이전의 가능성을 검토한다. 아울러 또한 기존 법원의 판결 및 최근 하급심의 동향에서도 아웃소싱업체 변경시 고용이전의 법적효과가 인정될 수 있는 근거를 살펴본다. 이러한 연구를 통해 아웃소싱업체 변경시 고용이전의 법적효과가 인정되기 위한 판단기준을 도출하는 것이 이 글의 목적이다.

Ⅱ. 아웃소싱에 따른 고용관계 문제의 특징

1. 아웃소싱의 의미

아웃소싱(outsourcing)은 기업이 기존에 직접 근로자를 고용하여 처리하던 업무나 기능을 도급 또는 위임 계약의 형식으로 외부업체에 맡겨 이를 수행하도록 하는 경영방식을 일컫는다. 아웃소싱은 기존에 이루어지고 있었는지 여부에 따라 기업이 그 업무나 기능을 외부 업체에 처음 위탁하는 경우(아웃소싱으로의 전환)와 이미 외부 업체에 의해 처리되던 업무를 다른 업체로 변경하는 경우(아웃소싱 업체의 변경)로 구분할 수 있다. 넓은 의미에서 아웃소싱에는 아웃소싱되었던 업무를 다시 원사업주가 맡게 되는 경우(insourcing)도 아웃소싱에 포함될 수 있다.[2)3)]

1980년대 후반에 미국 기업이 제조업 분야에서 활용하기 시작한 이후 전세계 기업들로 급격히 확산되고 있는데, 이는 기술 진보가 가속화되고 경쟁이 심화되면서 기업의 내부조직을 통한 경제활동비용보다 아웃소싱을 통한 거래비용이 훨씬 적게 든다는 점에 따른 것이다. 국내외의 경제 상황 악화와 이에 따른 경쟁의 격화로 인해 한정된 자원을 가진 기업이 모든 분야에서 최고의 위치를 유지하기 어렵게 되면서 해당 기업이 가장 유력한 분야나 핵심역량에 자원을 집중시키고, 나머지 활동은 외부의 전문기업에 위탁 처리함으로써 경제효과를 극대화하는 전략이다.[4)]

---

2) 김기선/전형배/최석환,「아웃소싱과 고용관계의 법제도 개선방안」, (한국노동연구원, 2012. 3.), 1면.
3) 심재진, “외주화에 따른 고용관계문제”,「노동판례리뷰 2012-2013」, (한국노동연구원, 2014.) 548면 ; 심재진 교수는 아웃소싱으로의 전환을 제1차 외주화로, 아웃소싱 업체의 변경을 외주업체 변경으로, 인소싱을 내주화로 표현하였다.

우리나라의 경우 IMF 경제위기를 전후하여 아웃소싱이 현대적 경영기법으로 확산되었으며, 이 중에서도 외주, 용역, 사내하청, 위탁 등의 이름으로 한 '노무도급' 형태의 아웃소싱이 널리 활용되고 있다. 여기서는 적법한 도급 또는 위임 계약의 틀 내에서 이루어지는 아웃소싱을 둘러싼 고용관계의 문제를 다루도록 한다.[5][6]

2. 아웃소싱에 따른 고용관계문제 특징

아웃소싱은 그 도입배경이 경영환경 악화 속에서 경쟁력을 높이기 위한 경제적 측면이 우선되는데, 이는 고용관계의 변동이나 이전을 필연적으로 수반할 수밖에 없다. 이와 같은 아웃소싱의 특징은 그 규제방법이나 법적효과로서 고용관계문제를 해결하는 실마리를 제공할 수 있다. 고용관계와 관련한 아웃소싱의 특징은 다음과 같이 정리될 수 있다.

첫째, 아웃소싱은 기업 업무 가운데 그 일부를 아웃소싱 업체에게 처리를 맡기는 것이고 아웃소싱 업체가 교체되어도 그 업무는 새로운 아웃소싱 업체에 의하여 중단없이 계속되고 기능적 조직의 변화는 거의 발생하지 않는다.[7] 이런 점에서 아웃소싱으로 전환되거나 아웃소싱업체가 변경되더라도 기존 업무의 내용이나 인적 변동이 거의 발생하지 않는다. 영업양도 개념에서 '동일성'이 유지되는 것이다. 그렇지만 우리 산업현장에서는 형식적으로는 원청의 업무를 수행하는 아웃소싱 업체는 별도의 사업자 또는 법인으로 구별되는 것으로 이해하고 있다. 이로 인해 기존 업무를 수행하던 인적구성은 아웃소싱 업체의 소속이 될 수 없다는 인식이 자리잡고 있다.

---

4) 김희성 편저,「HRD 용어사전」, ㈜중앙경제, 2010.9.6

5) 김기선/전형배/최석환,「아웃소싱과 고용관계의 법제도 개선방안」, (한국노동연구원, 2012. 3.), 1면, 노무도급 형태의 아웃소싱은 원사업주, 노무를 공급하는 아웃소싱 업체, 아웃소싱 업체에 소속된 근로자라는 3당사자의 법률관계가 존재한다. 이러한 법률관계는 민법상의 도급이나 위임인 경우도 있을 수 있고, 근로자파견법상의 근로자파견에 해당하는 경우일 수도 있다. 한편으로 원사업주와 아웃소싱 업체 소속 근로자 간에 직접 근로관계가 성립되는 경우도 있고, 실질은 원사업주와 아웃소싱 업체 간에 직접 근로관계가 성립하거나 근로자파견에 해당하지만 위장도급(또는 위임)의 형식을 취하는 불법파견인 경우도 있을 수 있다. 본 글은 논점을 명확히 하기 위해 적법한 도급(또는 위임)계약 하에서 이뤄지는 아웃소싱을 전제로 논의하고자 한다.

6) 아웃소싱은 그 개념이나 범주가 실제 산업현장에서 다양한 유형으로 나타날 것이다. 그 유형별도 구체적인 법적규제나 법적효과가 다르게 구성될 수 있다. 예컨대, 계약의 형식에 따라 기존의 법제도, 법이론 및 판례법리가 형성되어 있는 경우도 있을 수 있다. 그런데, 이 글에서는 형식적 계약의 형태(예컨대 민법상 전형계약으로서 위임, 도급 등) 보다는 이를 둘러싼 원기업과 외부기업 그리고 기존 업무를 수행하였던 근로자의 관계에 주목하여 논의를 전개하고자 한다.

7) 조경배, "노무용역 공급업체의 변경과 고용승계",「민주법학」제46호, (민주주의법학연구회, 2011), 176면

둘째, 아웃소싱의 유형 중 아웃소싱 업체의 변경의 경우에는 신, 구 아웃소싱 업체간에 아무런 직접적인 법률관계가 없다는 점이다. 이에 따라 기존에 형성된 법원의 영업양도법리를 적용할 여지가 없게 된다. 이로 인해 영업양도법리의 법적효과인 고용승계가 이뤄지지 않게 되고, 기존 아웃소싱 업체의 소멸에 따라 근로관계가 종료되는 결과를 초래한다. 하지만 영업양도는 영업이 양도되면 양도인은 양도되는 영업과 무관하게 되어 더 이상의 법률관계가 존재하지 않지만, 아웃소싱은 기업의 업무(또는 사업)에서 일부를 하청업체가 수행한다는 점에서 원청과 하청업체 사이의 법률관계가 유지되고 원청은 하청업체의 업무(또는 사업)수행의 결과를 여전히 향유하게 된다. 또한 아웃소싱업체 변경시 기존 아웃소싱업체와 신규 아웃소싱업체 간에는 직접적인 계약관계가 없을 뿐, 원청은 아웃소싱을 통한 사업유지와 아웃소싱업체의 수익창출이라는 상호간의 이득을 계속적으로 유지할 수 있다. 이러한 차이를 무시하고 기존의 영업양도 법리를 적용하는 것은 한계가 있을 수밖에 없다[8)]

셋째, 분할이나 영업양도와 같은 기업변동과 달리 아웃소싱의 경우 원기업과 아웃소싱 업체 그리고 원기업에서 아웃소싱 업체로 이전되는 업무를 수행하던 근로자의 관계가 직간접적으로 영향을 미치는 관계 즉, 계약관계망을 형성[9)]하고 있다. 그러한 관계 안에서 아웃소싱 업체는 사업의 이익 또는 과실을 일반적인 기업보다 쉽게 얻게 된다. 아웃소싱을 하는 원기업은 기존의 사업을 유지하면서 경쟁력 강화를 목적으로 아웃소싱 기업을 통해 위험을 제거 또는 약화시킬 수 있다. 아웃소싱 업체는 원기업의 위험을 일부 떠안는 측면이 있지만 일반적으로 기업을 설립하면서 요구되는 영업비용, 시설 및 부대비용 등의 경영상 위험을 줄이면서 이익을 창출할 수 있다. 원기업과 아웃소싱 기업 또는 아웃소싱 기업간에 상호의 이해 속에서 아웃소싱이라는 방식의 관계를 맺게 된다. 이 과정에서 반드시 수반되는 고용관계의 문제는 별도로 떼어서 생각할 수 없다. 그러나 우리의 산업현장에서는 오리려 인건비 절감, 노동법상의 규제 회피 등을 목적으로 아웃소싱을 도입하는 경우가 많다. 이는 아웃소싱에서 고용관계가 필연적이라는 점을 감안하면 본말이 전도된 것으로 볼 수 있다. 이런 측면에서 아웃소싱에서 발생하는 고용관계에 대

8) 박제성,「사업이전과 고용보장」(한국노동연구원, 2014. 12.), 22~23면

9) 박제성,「사업이전과 고용보장」(한국노동연구원, 2014. 12.), 37면 ; 유럽사법재판소에서는 소위 사업이전의 당사자들이 계약 당사자가 아니라는 사실은 사업이전 개념에 영향을 미치지 않으며 비록 간접적일지라도 "계약관계망(the web of contractual relations)"의 일부를 구성하는 것으로 고용이전의 법적 효과가 발생하는데 충분하다는 입장을 확립하고 있다.

한 법률적 책임, 즉 고용보장의무는 사업의 이익 또는 과실을 얻는 아웃소싱 기업에 귀속된다고 보아야 할 것이다.

3. 아웃소싱 업체의 변경시 고용이전 논의의 필요성

위와 같이 아웃소싱은 원기업과 아웃소싱업체, 그리고 새롭게 변경되는 아웃소싱업체 사이에 하나의 사업(업무)를 통해 이익을 얻고, 이 과정에서 업무를 수행하는 근로자를 필요로 한다. 그런데, 아웃소싱 업체의 변경은 신, 구 아웃소싱 업체 사이에 어떠한 법적 관계도 없기 때문에 현재까지의 법률이나 해석으로는 원기업과 기존 아웃소싱 업체의 계약이 종료, 해지 된 이후 원기업과 신 아웃소싱 업체가 아웃소싱 계약을 체결한 경우에 기존 아웃소싱 업체의 근로자에 대한 고용이전이 인정되기 어렵다. 이로 인해 기존 아웃소싱 업체의 근로자는 고용관계가 종료되고, 새로운 아웃소싱 업체는 기존 업체 소속 근로자의 고용이전 여부를 자의적으로 결정하게 된다. 기존 업체의 근로자가 새로운 업체에 채용된 경우에도 기존 업체와의 고용관계가 종료된 것으로 보고 신규 업체에서 근속기간을 새롭게 기산하여 퇴직금, 연차휴가가 산정된다. 아웃소싱 업체에 소속된 근로자는 업체의 변경으로 상시적인 고용불안에 처하게 되고, 사실상 계속적 업무에도 불구하고 일반적인 근로자와 비교하여 근속기간이 단절되어 법률상 근로조건 조차도 보장받지 못하게 된다.

결국 아웃소싱 업체 변경은 소속 근로자의 고용문제를 수반하지만, 현행법 체계에서는 어떠한 방식으로도 보호받지 못하는 것이다. 이는 노동법이 근대 시민법을 수정하면서 정립한 해고제한법리의 근간을 흔드는 것으로 최소한의 보호장치가 필요한 것으로 보인다. 이를 위해 아웃소싱 업체 변경시 고용이전에 대한 기존 논의를 살펴보고 대안을 마련하기 위한 논의가 요구된다.

Ⅲ. 아웃소싱 업체의 변경시 고용관계에 대한 기존 접근방법 검토

1. 판례법리 : 영업양도법리를 기준으로 고용승계 불인정

대법원에서는 “영업양도란 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 총체 즉 물적·인적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 것”으로서, 영업양도 당사자 사의 기중기선단에 대한 보관위탁계약 기간이 종료됨에 따라 기중기선단에

대한 보관사업을 폐지하고 그 사업 부문에 종사하던 관리요원을 면직한 후 해운산업연구원이 국가와의 사이에 새로이 기중기선단에 대한 보관위탁계약을 체결하고 그 보관사업의 수행을 위하여 면직된 관리요원들을 신규채용한 사안에서, "한국수자원공사의 기중기선단 보관사업이 영업양도에 의하여 해운산업연구원에게 포괄적으로 이전되었다고 할 수 없는데도, 이를 전제로 한국수자원공사와 그 소속 관리요원과의 근로관계가 해운산업연구원에게 포괄승계되었다고 인정한 원심판결을 파기"하였다.[10]

이와 관련하여 최근 서울고등법원은 상기 법리를 그대로 적용하여, "서구청과 참가인 사이의 위·수탁계약에 따라 서구청 관내 재활용품 수거사업 등을 수행하는 위탁업체가 ○○환경에서 참가인으로 변경된 경우, 새로운 수탁업체인 참가인은 서구청과의 사이에 새로운 위·수탁계약을 체결하여 서구청으로부터 그 업무를 수탁받았을 뿐이므로 참가인의 종전 수탁업체인 ○○환경소속 직원들의 근로관계를 포괄적으로 승계한다고 볼 수 없다"고 판시하였다.[11]

2. 영업양도 법리와 그 한계

가. 영업양도 법리

법원에서 영업양도에 대한 고용관계의 승계가 문제가 된 경우에 "영업의 양도라 함은 일정한 영업 목적에 의하여 조직화된 일체, 즉 인적 물적 조직을 그 동일성은 유지하면서 일체로서 이전하는 것으로서, 이러한 영업양도가 이루어진 경우에는 원칙적으로 해당 근로자들의 고용관계가 양수하는 기업에 포괄적으로 승계된다. 영업의 양도가 이루어졌는가의 여부는 단지 어떠한 영업재산이 어느 정도로 이전되어 있는가에 의하여 결정되어져야 하는 것이 아니고, 거기에 종래의 영업조직이 유지되어 그 조직이 전부 또는 중요한 일부로서 기능할 수 있는가에 의하여 결정되어져야 하는 것이므로, 예컨대 영업재산의 전부를 양도했어도 그 조직을 해체하여 양도했다면 영업의 양도는 되지 않는 반면에 그 일부를 유보한 채 영업시설을 양도했어도 그 양도한 부분만으로도 종래의 조직이 유지되어 있다고 사회관념상 인정되면 그것을 영업의 양도라 볼 것"[12]이라고 하였다. 또한 "영업양도 당

10) 대법원 1997. 6. 24.선고, 1996다2644 판결
11) 서울고등법원 2012. 5. 4. 선고, 2011누35622 판결
12) 예컨대, 대법원 2005. 6. 9. 선고, 2002다70822 판결 ; 대법원 2005. 6. 24. 선고, 2005다8200 판결 ; 대법원 2005. 2. 25. 선고, 2004다347900 판결 등.

사자 사이에 고용관계의 일부를 승계의 대상에서 제외하기로 하는 특약이 있는 경우에는 그에 따라 고용관계의 승계가 이루어지지 않을 수 있으나, 그러한 특약은 실질적으로 해고나 다름이 없으므로 근로기준법 제30조(현행 제23조) 제1항 소정의 정당한 이유가 있어야 유효하다."[13]라고 판시하고 있다. 이러한 영업양도에 대한 판례는 아웃소싱과 관련하여 두 가지 측면, 영업양도로서의 인적·물적 동일성 판단의 불안정성과 영업계약의 명시 또는 묵시적 계약이 존재해야한다는 점에서 문제된다.

나. 아웃소싱에 대한 영업양도 법리의 한계

영업양도를 판단하는 기준에 대해 판례는 영업의 '동일성' 여부를 기준으로 하고 있는데, 고용관계의 승계가 인정되는 영업양도에 해당하기 위한 '동일성' 여부의 판단 기준에 대해 구체적인 일반화된 기준을 가지고 있지 않기 때문에 아웃소싱 업체의 변경이 현재의 판례 법리에 따라 영업양도로 인정될 수 있을지 예측하기란 쉽지 않다.[14] 그리고 판례에 의한 노동법상 영업양도 법리는 물적 기반과과 인적 구성의 결합을 영업으로 보아 영업양도 과정에서 일부 근로자의 승계가 배제되는 경우에만 의미있는 논리라고 볼 수 있다. 영업양도계약에서 근로자 대부분을 고용승계하기로 하면서 일부 근로자는 승계를 배제하기 한 경우에도 물적, 인적 조직의 결합체로서 영업이 양도된 것으로 볼 수 있기 때문에 배제된 근로자의 고용도 승계되는 것이다. 이런 점에서 승계를 배제하는 특약은 실질적으로 해고로 볼 수 있고, 해고 제한 법리가 적용된다. 하지만 영업양도계약에서 기존 영업의 동일성을 유지할 수 없는 일부 인원만 승계 또는 신규 채용하는 경우에는 영업양도로 인정되지 않고, 기존 근로자에 대한 고용승계도 부정된다.[15]

한편 판례는 아웃소싱이 영업양도로서 고용이전이 인정되기 위해서는 명시적 또는 묵시적 영업양도 계약이 있어야 한다고 판시하였다. 즉 판례는 영업양도란 "일정한 영업 목적에 의하여 조직화된 총체, 즉 물적·인적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 것으로서, 영업양도 당사자 사이의 명시적 또는 묵시적 계약이 있어야 하는 것"이다.[16] 그런데 아웃소싱 업체 변경의 경우에는 원사업주

---

13) 대법원 2002. 3. 29. 선고, 2000두8455 판결 ; 대법원 2001. 7. 27. 선고, 1999두2680 판결 등.
14) 하경효 / 박종희, 「기업의 구조조정과 노동법적 과제」, (한국노동연구원, 1998.), 24면
15) 박제성,「사업이전과 고용보장」(한국노동연구원, 2014. 12.), 18면
16) 대법원 1997. 6. 24.선고, 1996다2644, 대법원 2000. 3. 10.선고, 1998두4146, 서울행정법원 2009. 1. 20.선고, 2008구합24712, 서울행정법원 2010. 4. 23.선고, 2009구합36453 등

와 이전 아웃소싱 업체와의 계약이 종료되고 원사업주와 새로운 아웃소싱 업체 간에 새로 계약이 체결되는 것이 일반적이어서, 아웃소싱 업체 간에 명시적 또는 묵시적 계약이 없는 경우가 보통이다. 이에 따라 법원의 판례에 의하면 아웃소싱 업체변경의 경우에 영업양도의 성립을 인정할 수 없고, 근로관계의 승계도 부정될 가능성이 크다. 하청업체는 원청업체와 계약을 체결할 뿐, 종전 하청업체와 신규 하청업체 사이에 영업양도계약이 존재한다고 보기 힘든 경우가 대부분일 것이기 때문이다.[17] 이러한 판례의 태도는 사법상 계약이라는 법률행위에 의한 영업양도만 고용이전을 인정하려는 것이라는 점에서 다분히 형식주의에 치우친 것[18]일 뿐만 아니라 노동법의 고용보장 정신과 해고제한법리에 어긋난다고 할 수 있다.

그러나 아웃소싱에 대한 고용관계 논의를 단순히 상법상 영업양도 법리를 그대로 대입하여 고용이전을 부정한 판례에 대하여는 더욱 면밀한 분석과 비판이 필요하다. 판례의 문제점에 대한 논의는 주로 기존 영업양도법리의 한계가 강조되어 아웃소싱에서 고용관계 문제는 영업양도법리를 차용하는 방안을 차단하는 측면이 있었다. 이런 점을 감안하여 기존 영업양도법리에서 아웃소싱의 고용관계를 해결하는 단서를 찾는 노력이 요구된다는 점에서 이후에 관련 논의를 하도록 하겠다.

3. 사업이전론과 그 한계

가. 사업이전 개념

사업이전은 사업을 운영하는 주체는 변경되었지만 그 사업 자체는 폐지되지 않고 새로운 사업주에 의하여 계속 영위되고 있는 경우를 일컫는다.[19] 이러한 개념은 앞서 살펴본 유럽연합과 유럽의 국가들에서 형성된 판례법리 및 관련규정으로부터 논의되었다고 할 수 있다.[20] 이는 그동안 상법상 영업양도와 구별하여 고용

---

17) 심재진, “사업의 외주화에 따른 고용관계의 해석론”, 「노동법연구」 제33호, (서울대노동법연구회, 2012), 304면.

18) 김형배/하경효/김영문,「영업양도와 근로관계의 승계」(신조사, 1999), 250면

19) 박제성,「사내하도급과 노동법」(한국노동연구원, 2009. 1.), 59면, 박제성 박사는 사업이전 개념을 우리의 순수 이론으로서 처음 주창하였다. 이 개념을 도입한 이유는 사내하도급에 대한 고용관계를 규명하기 위한 것이었으나, 최근에는 아웃소싱에 대한 고용관계 문제를 해결하고자 그 개념을 발전시키고 있다.

20) 박제성,「사업이전과 고용보장」(한국노동연구원, 2014. 12.) ; 김기선/전형배/최석환,「아웃소싱과 고용관계의 법제도 개선방안」, (한국노동연구원, 2012. 3.) ; 전형배, “사업이전과 해고의 정당한 이유-영국의 입법과 해석론-”, 「노동법논총」제30호, (한국비교노동법학회, 2014.4.) ; 심재진, “사업의 외주화에 따른 고용관계의 해석론”, 「노동법연구」 제33호, (서울대노동법연구회, 2012)

관계를 수반하는 기업변동을 노동법의 특수성을 고려하여 도입된 개념이라고 할 수 있다.

상법학에서는 영업양도의 개념에 대하여 여러 가지 논의가 있지만 다수설은 이른바 '영업재산양도설'이다. 이에 따르면 상법상 영업양도라 함은 영업조직체를 그 동일성을 유지하면서 하나의 채권계약에 의해 이전할 것을 목적으로 하는 것이고 여기서 양도의 대상이 되는 영업조직체라 함은 객관적 의미의 영업으로서 영리의 목적에 따라 조직된 유기적 일체로서의 기능적 재산, 즉 영업용 재산을 비롯하여 영업의 비결, 고객관계, 경영조직 등의 사실관계를 포함하는 유기적 조직체를 의미한다고 한다. 이러한 관점에서 상법학의 다수입장은 영업양도를 객관적인 기능적 재산의 이전을 중심으로 파악하고 있어서 영업에 결합되어 있던 근로자 등 인적 요소는 당연히 양도의 대상에 포함되지 않는다고 한다.[21] 이러한 개념정의는 순수하게 상법상 문제에 대한 판례에서도 확인된다.[22]

하지만, 법원은 고용관계가 결부된 경우의 사안에서는 "영업의 양도라 함은 일정한 영업 목적에 의하여 조직화된 일체, 즉 인적·물적 조직을 그 동일성은 유지하면서 일체로서 이전하는 것"[23]이라고 하여 인적 요소도 영업양도의 대상이 됨을 분명히 하고 있다. 이러한 측면을 강조하기 위해 상법상 영업양도와 구별하는 사업양도라는 용어를 사용하는 경우도 있다.[24] 이에 대해 사업이전 개념을 주장하는 입장에서 '사업양도'라는 용어는 노동법에서 중요하게 보호하고자 하는 인적요소가 포함된 '사업'을 강조한다는 측면에 의미가 있지만, 상법학의 '양도'라는 측면도 고려하여 노동법의 의의를 충분히 반영하고 있지 못하는 문제점이 제기된다. 또한 양도의 효과를 설명하기 위해 '승계'라는 용어 대신 '이전'이라는 용어를 사용해야 한다는 입장[25]에 대해 논리의 일관성을 위하여 용어상의 재검토가 필요하다고 지

---

21) 이용구, "영업양도와 근로관계",「노동법연구」제6호 (서울대노동법연구회, 1997), 103면

22) 박제성,「사내하도급과 노동법」(한국노동연구원, 2009. 1.) 58면, 13면 ; 대법원 2005. 7. 22.선고, 2005다602 판결 등의 판결에서 "상법 제42조 제1항의 영업이란 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 유기적 일체로서의 기능적 재산을 말하고, 여기서 말하는 유기적 일체로서의 기능적 재산이란 영업을 구성하는 유형·무형의 재산과 경제적 가치를 갖는 사실관계가 서로 유기적으로 결합하여 수익의 원천으로 기능한다는 것과 이와 같이 유기적으로 결합한 수익의 원천으로서의 기능적 재산이 마치 하나의 재화와 같이 거래의 객체가 된다는 것을 뜻하는 것"이라는 판례의 태도는 영업양도를 본질적으로 기능적 재산(영업재산)을 이전하는 것이라고 보는 영업재산양도설의 논지와 같다고 설명하고 있다.

23) 대법원 2005. 6. 9. 선고, 2002다70822 판결

24) 이승욱, "사업양도에 있어서 사업의 동일성과 근로관계의 이전", 「노동법연구」 제6호, (서울대노동법연구회, 1997), 20면 각주 3)

25) 이승욱, "사업양도에 있어서 사업의 동일성과 근로관계의 이전", 「노동법연구」 제6호, (서울대

적한다.[26]

사업이전론에서는 사업의 이전이라는 하나의 사태와 그 파장이 중요하게 된다. 여기서 주목하는 것은 객관적 사태이기 때문에 주관적 의사, 곧 사업의 이전에 관한 명시적 또는 묵시적 계약의 존재는 중요하지 않다.[27] 이러한 법리는 유럽연합 및 유럽국가에서 판례 및 법률로 입안된 개념으로 최근 우리나라에서도 논의가 진행되고 있다.[28] 이러한 법리는 앞서 살펴본 영업양도법리가 아웃소싱에 따른 고용관계문제를 충분히 해결하지 못한 한계를 극복할 수 있는 이론이라고 생각된다. 특히, 아웃소싱업체 변경시 신, 구 업체사이의 고용승계의사가 명확하지 않은 경우에도 고용이전의 법적효과를 도출하는 이론적 도구가 될 수 있기 때문이다.

나. 사업이전론의 전제요건[29]

사업이전론에서 고용관계와 관련한 몇 가지 기준을 제시하고 있다.

첫째, 사업이 그 동일성을 유지하면서 이전하는 경우에는 종전 사업주 사이에 존재하던 고용관계는 신규 사업주에게로 이전한다는 것이다. 여기서 사업의 동일성 여부를 판단함에 있어서는 사업의 특수성을 고려하여 기존 영업양도법리를 그대로 적용해서는 안된다고 본다. 즉, 물적 또는 인적 요소의 이전이 없다는 사정만으로 사업의 동일성이 부정되지 않는다는 것이다.

둘째, 사업이전으로 인정되기 위해서 반드시 인도인과 인수인 사이에 명시적 또는 묵시적 계약이 체결될 필요가 없다고 본다. 아웃소싱의 경우 원기업과 아웃소싱 업체 그리고 원기업에서 아웃소싱 업체로 이전되는 업무를 수행하던 근로자의 관계가 직간접적으로 영향을 미치는 다면관계로서 소위 '계약관계망'이 형성되었다고 볼 수 있다면 충분하다는 것이다.

셋째, 고용이전은 임금, 근속연수 및 기타 근로조건이 그대로 유지된다는 것을 의미한다. 이에 따라 기존 아웃소싱업체와 신규 아웃소싱업체사이의 근로관계는

노동법연구회, 1997), 20면, 각주 3) 참조.

26) 박제성,「사내하도급과 노동법」(한국노동연구원, 2009. 1.) 58면

27) 박제성,「사내하도급과 노동법」(한국노동연구원, 2009. 1.) 59면

28) 박제성,「사업이전과 고용보장」(한국노동연구원, 2014. 12.) ; 김기선/전형배/최석환,「아웃소싱과 고용관계의 법제도 개선방안」, (한국노동연구원, 2012. 3.) ; 전형배, "사업이전과 해고의 정당한 이유-영국의 입법과 해석론-", 「노동법논총」제30호, (한국비교노동법학회, 2014.4.) ; 심재진, "사업의 외주화에 따른 고용관계의 해석론", 「노동법연구」 제33호, (서울대노동법연구회, 2012)

29) 박제성,「사업이전과 고용보장」(한국노동연구원, 2014. 12.), 64~66면 ; 박제성 박사는 사업이전법리의 전제로서 네 가지 측면을 제시하였다. 이를 재인용하여 요약하였다.

계속유지되는 것이며, 근로조건도 그대로 보장받는다. 새로운 아웃소싱업체가 근로자를 그대로 사용하면서 업체 변경을 이유로 근로관계 단절이나 기존 근로조건을 저하시킬 수 없다는 것이다.

다. 사업이전법리의 한계와 극복방향

1) 현실적 한계

사업이전법리에 대하여 주목할 만한 해석론을 전개하고 있으나 실무상 기준이 되는 대법원의 판례와 이러한 견해는 그 입장차이가 너무도 크다.[30] 이런 면에서 사업이전론이 만연한 아웃소싱의 고용관계문제를 해결하는 도구로서 수용될 수 없다는 현실적 한계에 부딪힐 수 있다. 이런 측면에서 사업이전론이 선언적인 개념에 머물러서는 안 되고, 현실 문제에 대한 구체적 개념도구로서 설정되어야 할 것이다. 이를 위해서는 종국적으로는 입법의 형식으로 결실을 맺어야 할 것이지만, 입법자가 입법론을 받아들이기 위해서는 해석적으로 충분한 근거와 논리를 보유해야 할 것이다. 이를 위해 사업이전론을 해석론으로서 오롯이 제시할 수 있어야만 의미있는 논의가 될 것으로 본다.

사업이전론에 대한 해석론이 온전히 자립매김하기 위해서는 이론적 한계를 충분히 점검하여 제기될 수 있는 문제점을 보완하는 것이 요구된다. 특히, 사업이전론은 현행법상 근거를 두고있지 못한 상황에서 외국의 입법례, 그것도 유럽에서 형성된 법제를 수용하는 것이라는 점에서 우리의 법제도와 판례에 적합한 방식으로 접근하는 것이 필요하다. 즉, 우리의 산업현장의 현실을 충분히 반영하면서도 법제도 측면에서 설득력이 있어야 한다. 그래야만 학계뿐만 아니라 사법부 및 입법부, 나아가 산업현장에까지 현실의 문제를 해결하는 이론틀로서 의미를 부여할 수 있기 때문이다.

2) 법리적 한계

사업이전론은 법적근거를 명확히 두고 있지 않다는 법리적 한계가 있다. 다만, 명시적 법규정 없이도 인정되고 정립된 수많은 이론들이 있다는 점에서 충분히 활용가치가 있다고 본다. 이를 위해 우리 법학에서 제기될 수 있는 한계점을 찾아 이를 극복하는 것도 의미가 있다. 먼저, 유럽법제에서는 유럽연방의 규제와 유럽연방법원의 판례가 유럽 각국(영국, 독일, 프랑스)의 판례의 변화를 선도하고 있다는

30) 김기선/전형배/최석환,「아웃소싱과 고용관계의 법제도 개선방안」, (한국노동연구원, 2012. 3.), 21면

점이 주목된다.[31] 이런 점에서 우리 헌법에서 사업이전론의 이론적 근거를 도출하는 것도 의미가 있다고 본다. 다음으로 사업이전론이 갖는 근본적인 특징인 명시적 묵시적 계약관계를 전제하지 않고 법적 효과를 인정하고 있는 점을 우리 사법체계에서 해명해야 할 것으로 보인다. 즉, 민사상의 계약관계 없이도 사업의 이전 현상에서 고용이전의 효과가 인정될 수 있는지를 규명하는 작업이 필요하다. 세 번째로 우리 법원의 기존 판례법리에 비추어 사업이전론의 적용기준을 제시하는 것도 필요하다고 본다. 마지막으로 우리 산업현실을 고려하면서 이미 이론을 활용하고 있는 외국의 사례로부터 적용기준을 마련하는 작업이 요구된다.

Ⅳ. 아웃소싱 업체변경시 고용문제에 대한 발전적 논의

1. 논의의 방향

판례는 아웃소싱 업체변경시 근로자의 고용을 사실상 보장하고 있지 않다. 이는 현행법상 고용보장의 근거를 도출하기 어렵고, 기존의 해석상으로도 한계가 있기 때문이다. 그러나 최근 간접고용으로 인한 고용문제가 대두되면서 사업이전론 등 다양한 극복 논리가 형성되고 있다. 하지만 사업이전론도 현실적, 법리적 한계를 내포하고 있다. 이하에서는 사업이전법리를 차용하여 아웃소싱 업체 변경시 고용이전의 법적 효과를 도출할 수 있는지를 헌법상 근거 도출 및 기본권권 침해문제, 사실로부터 법적효과 도출, 기존 법리의 보완 논의 및 최근 하급심 판례 동향을 통해 고용이전이 인정되기 위한 구제적인 판단기준을 구상하도록 한다.

2. 헌법상 고용보장 근거 및 기본권의 침해 여부

가. 헌법상 고용보장 근거 도출

헌법 제32조에서는 근로의 권리를 명시적으로 보장하고 있다. 현행 헌법상의 근로권의 내용은 크게 보아 '직장을 구할 수 있도록 국가에게 요구할 수 있는 권리'와 '직장을 구한 이후에 적정한 삶이 유지될 수 있도록 보장해 줄 것을 국가에게 요구할 수 있는 권리'로 구분하는 것도 가능하고 이를 달리 표현하면 '일할 자리에 관한 권리'와 '일할 환경에 관한 권리'로 유형화할 수도 있다.[32] 헌법재판소의 경우

31) 심재진, "사업의 외주화에 따른 고용관계의 해석론", 『노동법연구』 제33호, (서울대노동법연구회, 2012), 321면 이하.

에도 근로권의 내용에 대하여 “근로의 권리가 ‘일할 자리에 관한 권리’만이 아니라 ‘일할 환경에 관한 권리’도 함께 내포”한다고 하여 양자를 모두 인정하고 있으며 특히 ‘일할 환경에 관한 권리’를 강조하고 있다.[33]

한편, 근로권의 내용이 직접적인 일자리제공청구권(또는 직장존속보장청구권)을 의미하는지 여부와 이에 갈음하는 생계비의 지급청구권을 의미하는지 여부에 대하여 헌법재판소는 “이 기본권은 원하는 직장을 제공하여 줄 것을 청구하거나 한번 선택한 직장의 존속보호를 청구할 권리를 보장하지 않으며, 또한 사용자의 처분에 따른 직장 상실로부터 직접 보호하여 줄 것을 청구할 수도 없다”면서 “… 근로의 권리는 사회적 기본권으로서, 국가에 대하여 직접 일자리(직장)를 청구하거나 일자리에 갈음하는 생계비의 지급청구권을 의미하는 것이 아니라, 고용증진을 위한 사회적 · 경제적 정책을 요구할 수 있는 권리에 그친다.”고 결정한 바 있다.[34] 이러한 관점에서 법령에 기초한 인수합병의 경우에도 고용승계의 효과를 부정하는 결론을 도출한다.[35] 그러나 한편으로 헌법재판소는 “근로의 권리로부터 헌법 제15조의 직업의 자유 또는 헌법 제32조의 근로의 권리, 사회국가원리 등에 근거하여 실업방지 및 부당한 해고로부터 근로자를 보호하여야 할 국가의 의

---

32) 노호창, “헌법상 근로권의 내용과 성격에 대한 재해석”, 「노동법연구」 제30호, (서울대노동법연구회, 2011 상반기), 158면 ; 저자는 “헌법 제32조의 규정 내용을 구분한다면, ‘일할 자리에 관한 권리’에는 ⅰ) 구체적인 취업의 기회를 박탈당하지 아니할 권리(자유권적인 소극적 권리), ⅱ) 고용증진을 위한 사회정책·노동정책·경제정책 및 남녀고용평등정책을 요구할 수 있는 권리(생활권적 구체적 권리), ⅲ) 원호대상자의 우선적인 일자리 요구권(생활권적인 구체적 권리)이 포함되고, ‘일할 환경에 관한 권리’에는 ⅰ) 합리적인 근로조건의 보장을 요구할 수 있는 권리, ⅱ) 일한 대가에 알맞은 적정한 임금의 보장을 요구할 수 있는 권리가 포함되는 것으로 이해하는 것도 가능하다. 이러한 구분은 노동시장을 외부노동시장과 내부노동시장으로 구분할 때 각각에 대응하는 것”으로 설명하고 있다.

33) 헌법재판소 2007. 8. 30.선고, 2004헌마670 결정 ; 본 결정은 외국인산업기술연수생에게 근로기준법 중 일부조항만을 적용하는 ‘외국인산업기술연수생의 보호 및 관리에 관한 지침’(노동부 예규) 제4조, 제8조 제1항 및 제17조가 평등권을 침해하는지가 문제되었다. 헌재는 일할 환경에 관한 권리를 강조하면서 최소한의 근로조건을 요구할 수 있는 권리는 자유권 측면에서 외국인 근로자에게도 주체성이 인정된다고 보았다.

34) 헌법재판소 2002. 11. 28.선고, 2001헌바50 결정 ; 본 결정은 정부가 정부출연 · 위탁기관 경영혁신 추진계획에 따라 한국식품위생연구원과 한국보건의료관리연구원(이하 두 기관을 ‘기존 연구원’ 이라 함)을 통폐합하여 한국보건산업진흥원을 설립하기 위해 한국보건산업진흥원법을 제정하여 기존 연구원의 일부 직원에 대해 한국보건산업진흥원으로 고용승계가 배제되어 부당해고가 다투어진 사안이다. 이와 관련하여 승계가 배제된 기존 연구원의 직원들은 고용승계 배제의 근거가 된 한국보건산업진흥원법 부칙 제3조에 대하여 위헌심판청구를 하였다. 이에 대해 헌법재판소는 국가가 고용보장에 대한 직접적 의무인 ‘직장존속보장청구권’을 부정한 사안이다.

35) 대법원 2003. 5. 30.선고 2002다23826 결정 ; 이 판례는 “부실금융기관의 정리와 예금자보호를 위하여 그 부실금융기관의 일부 우량자산만을 다른 금융기관에게 이전시킨 구 금융산업의구조개선에관한법률(1998. 9. 14. 법률 제5549호로 개정되기 전의 것) 제14조 제2항에 의한 계약이전결정에 의하여 고용승계를 수반하는 영업양도의 효과가 발생하였다고 볼 수 없다.”고 판시하였다.

무를 도출할 수는 있을 것"이라고 하였다. 즉, 직접적인 고용보장의 근거를 도출할 수 없으나, 해고제한법리를 통해 보호장치를 마련하도록 하고 있는 것이다. 반면에 동 결정례의 반대의견은 직접적으로 직장존속청구권이라는 용어를 사용하지는 않았지만 사안에서 문제된 사실관계를 바탕으로 "해고대상이 됨으로써 직장을 상실하게 된 근로자들에게 불복과 구제의 절차를 전혀 보장하지 않음으로써 근로의 권리에서 도출되는, 근로관계의 존속보호를 위한 국가의 최소한의 보호의무조차 저버린 것"이라고 함으로서 근로권의 의미는 이를 포함하는 것으로 보는 듯한 의견을 제시하였다.

여기서 헌법재판소의 이러한 결정에 기초하여 근로권을 추상적 권리로 본다든가 근로권의 내용에서 생계비지급청구권을 부정하는 것은 곤란하다고 본다. 왜냐하면 이 결정에서는 구체적 사실을 고려하여 문제된 법률 조항에 대해 합헌 판단을 내리기는 했지만 '근로관계의 존속보호를 위한 최소한의 보호'는 인정하고 있는 것으로 볼 수 있고, 앞으로 실업부조제도를 비롯하여 고용관련 입법이 보다 확충된다는 전제에서 헌법재판소 역시 근로권의 대체적 권리로서 생계비지급청구권에 대해서도 직접 인정할 수 있는 가능성은 얼마든지 열려있기 때문이다.[36] 따라서 우리 헌법상 근로의 권리를 고용보장의 근거로 하여 사업의 이전 현상으로부터 고용관계의 이전이라는 법적효과를 인정할 수 있다고 본다.[37][38]

이는 유럽연합의 사업이전지침[39]이 이를 이행하는 회원국의 개별 법률에 대해,

---

36) 노호창, "헌법상 근로권의 내용과 성격에 대한 재해석", 「노동법연구」 제30호, 160면

37) 조경배, "노무용역 공급업체의 변경과 고용승계", 「민주법학」 제46호, (민주주의법학연구회, 2011.), 182면, 조경배 교수는 "영업이 이전된 법적 원인이 무엇이든 간에 이전 전후의 영업이 동일하거나 유사한 형태로 계속되고 있는 경우에는 근로자도 고용을 보장받아야 한다" 면서 "사용자의 고용유지의무는 근로권이라는 헌법상의 권리로부터 파생된 법적의무이고 계약상 효과가 아니다"라고 지적한다.

38) 우리 헌법상 근로의 권리로부터 고용보장을 인정받는다는 것은 새로운 근로기회를 보장하는 측면에서부터 이미 형성된 근로관계를 유지(해고제한 등)하는 것을 포함한다. 이러한 근로권은 근로기회를 요구하는 근로기회청구권 또는 직장존속보장청구권, 이미 형성된 근로관계를 보호하는 고용보장청구권 등으로 권리실현이 이뤄질 수 있다고 본다. 다만, 현재까지 헌법재판소는 직장존속보장청구권은 인정하고 있지 않지만(헌법재판소 2002. 11. 28.선고, 2001헌바50 결정), 해고제한법리를 통한 보호 등 최소한의 고용보장에서 진일보한 해석이 요청된다고 본다.

39) 「사업 및 사업장 또는 사업 및 사업장의 일부 이전시 근로자의 권리 보호에 관한 회원국 법제의 접근에 관한 유럽연합 이사회 지침(Council Direction 77/187/EEC of 14 February 1977 on the approximation of the law of Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses.」을 말한다. 이에 대하여 박제성,「사업이전과 고용보장」(한국노동연구원, 2014. 12.)은 그 핵심내용을 아래와 같이 요약한다. "이 지침의 목적은 사업이전을 통한 사업의 구조적 변화가 경제적 조류로 나타나고 있다는 점을 밝히면서 그 적용범위는 법적 이전 또는 합병의 결과로서 사업 또는 사업장, 또는 사업이나 사업장의 일부가 다른 사용자에게 이전되는 경우에도 해당된다(제1조 제1항 제1문)"고

그 지침이 관련되는 한 상위법으로서, 한국에서 개별법률에 대해 헌법이 갖는 것과 유사한 역할을 하고 있는 점을 고려하면, 프랑스법원의 해석변경[40]은 아웃소싱에 따른 고용관계에 대한 판례법리의 해석방향에도 시사점을 줄 수 있다. 비록 근로권이 전통적인 자유권과 같은 법적 성격을 갖지는 않는다고 하더라도 법원은 법해석에 있어서 이러한 근로권의 취지를 최대한 실현하는 방향으로 해석하는 헌법합치적 법해석의 의무가 존재한다고 볼 수 있다. 영국의 사례는 외주화에 따른 고용관계의 측면에서 이러한 해석이 가능할 뿐만 아니라 법원의 의무로 존재하는 사례를 보여주고 있다.[41]

나. 기본권(재산권, 경영의 자유 등)의 침해문제

사업이전법리를 통해 아웃소싱 업체가 기존 업무를 수행하던 근로자의 고용관계 이전받는다면 이는 아웃소싱 업체의 재산권(헌법 제23조 1항) 또는 경영의 자유(헌법 제119조 1항)를 침해하는 것은 아닌지 문제된다.

재산권은 이미 보유하고 있는 것을 전제로 하지만, 아웃소싱 업체는 새롭게 형성하는 영업에 대한 것이므로 이를 재산권 침해문제로 볼 여지는 없다. 오히려 아웃소싱 업체는 원기업의 위험을 일부 떠안는 측면이 있지만 일반적으로 기업을 설립하면서 요구되는 영업비용, 시설 및 부대비용 등의 경영상 위험을 줄이면서 이익을 창출하게 되므로 이에 따른 인적요소의 이전도 감수해야 한다고 볼 수 있다.

하면서 "지침은 근로자 권리보호에 관한 내용을 제시하고 있다. 사업이전에 관한 유럽연합의 지침은 사업이전의 경우 고용이전을 원칙으로 세우고, 그 원칙을 실현하기 위한 구체적인 사항들을 규정하고 있다. 첫째, 고용관계로부터 발생한 권리의무는 인수인에게 이전되며, 회원국의 국내법으로 인도인에게 의무를 부과하는 것도 허용된다. 둘째, 인도인이 체결한 단체협약에서 정해진 근로조건은 협약의 유효기간 만료시까지 인수인과의 관계에서도 효력이 유지된다. 셋째, 고용의 이전을 실효적으로 보장하기 위하여 사업이전을 이유로 한 해고를 금지하고 있다. 넷째, 인도인과 인수인은 근로자와의 관계에서 어떤 조치를 검토하는 경우에 그 조치들에 대하여 근로자대표에게 정보를 제공하고 협의할 의무가 있다."고 한다.

40) 박제성,「사업이전과 고용보장」(한국노동연구원, 2014. 12.), 58~59면 참고 ; 프랑스 대법원은 하청업체의 단순변경에도 고용관계가 신규 하청업체에 자동이전되는 것으로 보다가 1970년대 비판이 제기되면서 전원합의체에서 1985년 종전의 판례를 변경하였다. 하청업체의 단순 변경만으로는 사용자의 법적 지위 변경으로 인정되지 않으며, 따라서 고용이 자동으로 이전되는 효과도 발생하지 않는다는 것이다. 그런데 이 1985년의 판례는 유럽사법재판소의 판례와 충돌하게 되었다. 왜냐하면 유럽사법재판소는 종전 하청업체와 신규 하청업체 사이에 법률 관계가 존재하지 않더라도 사업이전지침이 적용된다고 판결했기 때문이다. 이에 프랑스 대법원은 1990년 3월 16일 전원합의체 판결을 통하여 다시 판례를 변경함으로써 유럽사법재판소의 입장을 받아 들였다.

41) 심재진, "사업의 외주화에 따른 고용관계의 법해석론", 「노동법연구」제33호, (서울대노동법연구회, 2012), 328면.

한편, 개인과 기업의 경영상 자유에 대한 침해문제가 있을 수 있다.아웃소싱을 통해 기존 업무를 수행하게 되는 외부업체가 기존 업무를 수행하던 근로자를 고용이전하게 되면 외부업체는 그 자체로 경영권의 침해로 인식하게 될 것이다. 그러나 우리 헌법상 경영의 자유는 경영상의 선택의 자유이지, 그 결정에 따르는 의무로 부터의 자유를 의미하는 것은 아니라고 본다. 즉, 사업주(원청 및 아웃소싱 업체)는 아웃소싱이라는 경영상 결정을 통해 경제적, 사실적 권한을 행사하여 그 이득을 보장받게 되므로 경영상 결정에 수반하여 업무를 수행하는 근로자의 고용이전을 부담한다고 하여 경영상 자유의 본질적 내용을 침해한다고 볼 수는 없다.

3. 사실로부터의 법적효과 도출 근거 - 고용관계의 '사실우선의 원칙' 적용

아웃소싱 업체의 변경은 영업양도와 비교하여 명시적 또는 묵시적 계약이 없다는 점에서 고용이전의 법적효과를 인정하기에 취약한 측면이 있다. 아웃소싱은 원사업주의 일부 사업을 아웃소싱 업체에 이전하는 것으로서 원사업주 뿐만 아니라 아웃소싱 업체의 편의와 이익을 도모하기 위한 것으로 볼 수 있다. 이런 측면에서 아웃소싱 업체의 변경은 명시적 또는 묵시적 계약이 없을 뿐 원사업주의 일부 사업의 유지와 이익도모라는 관계는 인정될 수 있다고 보아야 한다. 나아가 약정까지는 아니더라도 사업의 이전에 대한 실체(사실)은 존재한다고 할 수 있다. 이는 영업양도의 경우 인정되는 고용승계법리를 아웃소싱 업체의 변경에서 단지 명시적, 묵시적 계약이 없다는 이유만으로 부정할 이유가 없다고 할 수 있다. 아웃소싱 등 사업이전으로 인한 실체적 사실을 영업양도라는 계약상 효과보다 경시할 하등의 이유가 없는 것이다. 즉, 사업이전을 통한 고용관계는 영업양도에 따른 고용승계보다 두텁게 보호할 충분한 이유가 있다고 본다.

국제노동기구(이하 ILO)는 2006년 제95차 총회에서 고용관계에 관한권고(Recommendation concerning Employment Relationship)를 채택하였다. 여기에서 고용관계의 존재에 대한 판단은, 주되게는 노동의 수행 및 노동자에 대한 보수 지급과 관련된 사실에 따라 이루어져야 하며, (사실과) 상반되는 계약형태 내지 당사자 간에 합의된 바와 상관없이 이루어져야 한다고 밝히고 있다.(9조) 고용관계의 존재 여부를 결정하는 것은 사실에 의거해야 하며, 당사자들이 부여한 명칭이나 형식에 의해서는 아니된다. 이것이 법에서 '사실우선의 원칙'(the principle of the primacy of fact)이라고 불리는 것이다.[42]

이렇게 노동법 영역에서 법적효과를 도출할 때 반드시 명시적이거나 묵시적인

계약을 전제해야만 인정되는 것은 아니다. 아웃소싱과 같은 기업변동 현상은 계약의 형성 여부보다 그 실질의 존재 여부가 법적효과를 부여하는 중요한 기준이 된다. 이렇게 '형식'보다 '실질'을 강조하는 사실우선의 원칙은 노동법의 다양한 영역에서 확인된다. 근로기준법상 근로자를 판단하는 '사용종속관계' 여부도 계약의 형식과 관계없이 실질을 중시하고 있다.[43] 이는 계약이 존재해야한다는 전제에서 그 형식에 관계없이 현상을 고려하겠다는 의미로 읽힐 수 있으나, 다른 측면에서는 계약의 존재 자체가 중시되어야할 이유가 없다는 의미로도 해석될 수 있다는 점이다. 이러한 판단구조는 최근 근로자파견의 판단기준에서도 확인된다.[44] 이는 근로자파견에 해당하는지를 판단하기 위한 독일연방법원의 판단방식으로 매우 유사하다.[45] 이런 면에서 고용관계에 대한 사실우선의 원칙은 노동법학의 보편적인 접근방식이면서 우리 판례법리에도 부합한다고 할 수 있다. 따라서 일반적으로 계약관계에 근거하여 법적효과를 도출하는 민사상 계약법리만을 이유로 사업이전론을 부정할 이유는 없다. 근로자의 인간다운 생활을 목적으로 하는 노동법학에서는 어떠한 현실 상태 그 자체로부터 법적의무와 효과를 인정하는 것이 구체적 타당성을 실현하는 방법론이라고 본다.[46] 이러한 방법론은 법원에서 노동분쟁에 대한 판단

---

42) 윤애림, "ILO '고용관계 권고'와 한국이 특수고용 입법논의", 「노동법학」 제23호, (한국노동법학회, 2006. 12.). 157면 ; '사실우선의 원칙'은 각국 법원과 노동행정에서 이미 광범위하게 인정된 원리로서, 2005년에 ILO 사무국이 실시한 설문조사에 대한 회원국 정부의 답변 속에서도 광범위하게 지지되고 있다.

43) 대법원 1996. 4. 26.선고 1995다20348 판결, 대법원 2006. 12. 7.선고 2004다29736 판결 등

44) 대법원 2015. 2. 26.선고, 2010다93707 판결, 대법원 2015. 2. 26.선고 2010다106436 판결 ; 최근 근로자파견 해당여부와 관련한 판결에서 '형식'보다는 '실질'을 기준으로 판단하고 있다. 즉, 동 판결에서는 "원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률관계가 파견근로자보호 등에 관한 법률의 적용을 받는 근로자파견에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, 당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지, 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지, 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지, 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 등의 요소를 바탕으로 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다."고 판시한 것이다.

45) 김기선, "근로자파견의 판단", 「노동리뷰」, (한국노동연구원, 2015.4), 79~82면

46) 사실우선의 원칙은 일반적인 민사관계에서는 쉽게 도입되기 어려운 측면이 있다. 민법학은 요식행위를 전제로하는 경우도 있고, 재산관계나 상거래의 영역에서 사실관계만으로 법적 효과를 도출하는 것은 법의 목적에 반하는 측면이 있고, 이에 따른 다양한 분쟁을 야기할 수도 있다고 생각된다. 하지만, 노동법의 입법목적은 근로자의 인간다운 생활을 보장하기 위한 것이라는 점이나 노동관계는 근로자와 사용자사이의 실질적 대등성을 확보하기 위하여 민사관계가 갖는 형식적 평등의 한계를 극복대상으로 한다는 점을 고려할 때, 사실관계로부터 권리와 의무를 도출하

기준으로서 활용될 수 있고, 궁극적으로는 노동분야 입법에서 고려되어야 할 것이다.[47]

4. 기존 영업양도 판례법리의 부분적 차용 - '사회관념상 인정'이라는 실질판단

법원에서 기존에 형성된 영업양도의 판례법리는 양도당사자간의 계약체결을 전제로 인정되는 것으로 보고 있다. 이에 따르면 사업의 이전이라는 사실로부터 도출되는 사업이전 개념이 인정될 여지가 없게 된다. 그러나 판례는 영업양도의 법적효과를 도출하기 위해 반드시 명시적 영업양도 계약을 전제로 고용승계의 효과를 인정하는 것도 아니다. 일반적인 영영양도 판결에서 당사자의 의사나 계약을 전제로 고용이전을 인정하지는 않았다. 나아가 당사자 사이의 형식적 계약보다는 실질적 동일성이 중요한 판단기준으로 작용하였기 때문이다.

영업양도의 대표적인 판결인 삼미특수강 사건의 경우, 소위 자산매매계약의 형식을 취하면서 실제로 물적기반을 해체해서 양도한 것으로 그 실질도 영업양도가 아니라고 보았다.[48] 반면에 오므론전장(동해)사건의 경우, 자산매매계약의 형식을 취하고 있었으나 그 실질을 영업양도에 해당한다고 보았다.[49] 이는 계약의 형식, 내용이 아니라 실질을 중시한 결과이다. 판례에서는 영업양도의 개념을 제시하면서 그 법적효과는 사회관념상 인정되는 것이라고 판시한 것도 이러한 측면을 확인할 수 있다.[50]

오므론전장(동해)사건의 1심에서는 "당사자 사이에 외형상으로는 영업용 재산을 이전하는 계약을 체결하고 이를 인수·인계받는 형식을 취하고 있다 하더라도, 실제로는 그 전후에 종래의 영업이 동일성을 유지하면서 그대로 운영되고 있다면,

---

는 것이 필요하다. 이러한 방법론은 노동법에서 노동관행을 법원으로 인정하고 있다는 점, 근로자 판단기준으로서 사용종속관계 여부에 대해 형식보다 실질을 우선한다는 점, 영업양도시 고용승계를 위한 판단은 사회관념상 객관적으로 판단하여야 한다거나 최근 근로자파견관계 판단에서 실질을 고려한다는 점 등을 통해 확인할 수 있다.

47) 우리 법원은 노동분야사건에서 사실우선의 원칙을 일부 수용하고 있다. 이는 노동분쟁이 갖는 사안의 복잡성, 근로관계나 노사관계의 특수한 성격을 고려하여 구체적 타당성을 기하기 위한 것으로 보인다. 이에 비하여 입법부에서 사실관계를 고려하여 법안을 마련하는 것은 입법기술적으로 쉬운 문제는 아니라고 생각된다. 하지만, 유럽에서 이미 시행되고 있는 법령, 지침 등은 사실관계를 반영하여 기준을 마련하고 있다.

48) 대법원 2001. 7. 27.선고, 1999두2680 판결

49) 대법원 2002. 3. 29.선고 2000두8455 판결

50) 대법원 2001. 7. 27.선고 1999두2680 판결, 대법원 2002. 3. 29.선고 2000두8455 판결 등

당사자 사이의 내심의 의사는 영업양도를 목적으로 한 것으로 해석되어야 하고, 이러한 경우 영업용 재산의 이전에 관하여 외형상 이루어진 법률행위는 영업양도의 진정한 목적을 감추기 위한 것에 불과하다 할 것"이라고 보았다. 이러한 판단기준이 오므론 전장 사건에서 자산매매계약의 형식보다는 실질적인 영업양도로서 고용이전의 효과를 인정하게된 것으로 볼 수 있다. 이런 점에서 영업양도에서 영업의 동일성 여부를 당사자의 주관적 의사가 아니라 "일반 사회관념"에 따라 객관적으로 결정하여야 하며, 형식적인 양도계약의 문언에 따라 영업양도 해당성을 결정할 수는 없고, 그 실질을 종합적으로 고려하여 판단하는 것이 타당한 논리라 할 수 있다.[51]

지금까지 법원에서 제시하는 영업양도 판례에서 일부는 당사자의 계약관계를 전제하는 것으로 보인다.[52] 하지만, 고용이전이라는 법적효과의 발생여부를 판단함에 있어서 계약의 형식, 내용보다는 아웃소싱이 갖는 고용관계를 수반하는 사업적 특성에 주목할 필요가 있다. 일부 영업양도 판례에서 당사자의 의사나 계약을 중시하는 측면에도 불구하고 영업양도 인정여부를 실질적이고 객관적인 기준으로 고용이전의 효과를 인정하는 판례법리를 차용한다면 아웃소싱 업체의 변경시에도 고용이전의 법적효과를 도출할 수 있다고 본다.

5. 법원의 아웃소싱업체 변경시 고용이전 가능성 - 고용승계 '관행'의 인정문제

앞서 살펴본대로 법원은 원칙적으로 아웃소싱업체 변경시 고용이전을 인정하고 있지 않다. 다만, 최근 하급심에서 고용승계 '관행'을 근거로 고용이전의 가능성을 엿볼 수 있는 판결이 나온 바 있다.

서울행정법원은 "고용승계 관행이 존재한다면, 참가인이 이 사건 용역계약의 당사자가 아니라고 하더라도 새로운 외주용역업체가 자신을 재채용하리라는 상당한 기대를 갖게 되고, 새로운 외주용역업체는 입찰부터 용역계약의 체결에 이르기까지 특별한 사정이 없는 한 종전 근로자를 재채용할 의무를 부담하게 된다는 사정

51) 이승욱, "고용승계를 위한 영업양도 해당성의 판단기준", 「월간 노동법률」, ((주)중앙경제, 2002. 5.)

52) 김기선/전형배/최석환,「아웃소싱과 고용관계의 법제도 개선방안」, (한국노동연구원, 2012. 3.), 9면 ; 아웃소싱 업체의 변경에 있어 아웃소싱 업체 간에 명시적인 영업양도의 합의가 없었음에도 불구하고 영업양도에 해당하는 것으로 인정한 사례(대법원 1991. 8. 9.선고 1991다15225 판결)가 있지만, 이는 원사업주가 아웃소싱 업체를 설립하여 이전 아웃소싱 업체의 업무를 맡겼다는 사실을 감안한 판결이었다고 평가된다.

을 알게 된다고 봄이 타당하다. 그러나 위와 같은 사정에도 불구하고 고용승계를 거부할 만한 합리적 이유가 있는 경우에는 채용 거부를 할 수 있다"는 것이다.[53]

우리 법원은 일정한 요건하에 노동관행의 법원성을 인정[54]하고 있고, 이미 형성된 근로계약에 대하여 명시적 규정이나 제반사정에 근거하여 갱신기대권을 인정하고 있다.[55] 법원은 아웃소싱업체의 변경에 대하여도 고용승계를 인정할 만한 관행을 근거로 고용이전의 법적효과를 도출하고 있는 것이다. 이런 해석은 노동법상 해고제한법리 차원에서 적용가능성을 고려할 필요가 있다.[56] 그러나, 고용승계 관행이 인정되기 위하여는 아웃소싱업체 사이의 계약 내용, 기존의 고용승계 경험 등이 고려되기 때문에 아웃소싱업체 변경시 고용이전의 근본적인 해결책으로 제시되기 어려운 한계가 있다. 그래서 고용승계 관행이 존재한다는 주장에 대하여 신규 아웃소싱 업체는 고용에 대한 법적 의무가 존재하지 않으며, 고용승계의 관행도 없고, 설령 관행이 있더라도 승계를 거부할 '정당한 이유'가 있다는 주장을 하게 될 것이다. 실제 서울행정법원 판례에서도 고용승계 관행은 인정되었으나 대상 근로자의 근무태도 불량과 타 근로자들에 대한 피해 사실과 신규 아웃소싱업체의 기존 채용 계획을 근거로 '합리적 이유'가 있다면서 고용이전을 부정하였다.[57] 이와 같이 고용승계 관행을 근거로 고용이전을 도출하는 것은 구체적인 사실관계에 따라 사법부의 판단이 달라질 수 있고, 고용이전의 효과를 인정할 수 있는 사안이 매우 제한적이라는 한계가 있다.

하지만, 기존 법원에서 단순히 영업양도 법리를 적용하면서 고용이전을 부정하였던 것에 비하여 관행이라는 요소를 도입하여 고용이전 가능성을 인정한 것만으로도 유의미하다고 본다.[58] 이러한 최근 하급법원의 변화도 고용이전의 법적효과를 도출하는 하나의 단초를 제공할 수 있다는 점에 주목할 필요가 있다.

---

53) 서울행정법원 2013. 8. 27.선고 2012구합41905 판결

54) 대법원 2002. 4. 23.선고 2000다50701 판결

55) 대법원 2011. 4. 14.선고 2007두1729 판결

56) 김인식, "노무용역 공급업체 변경과 해고제한법리", 「노동연구」제24집, (고려대학교 노동문제연구소, 2012. 10), 257면 ; 이 글에서는 신규 아웃소싱 업체나 원청회사의 언행이나 관행에 의하여 해당 용역 사업장의 근로자들에게 고용승계에 대한 정당한 기대권이 인정되는 경우라면, 신규 용역업체의 정당한 이유 없는 고용승계 거절에 대하여 '부당해고'와 같은 효과를 인정하는 고용승계기대권 법리를 도출하고자 하였다.

57) 서울행정법원 2013. 8. 27.선고 2012구합41905 판결

58) 최석환, "외주용역업체 변경 시의 근로자 고용승계의 관행", 「노동판례리뷰2012-2013」, (한국노동연구원, 2014.), 215면

6. 고용이전의 법적효과 발생의 판단기준 정립 방향 구상

가. 고용이전이 인정되기 위한 실질적 판단과 유형적 방법의 도입 구상[1안]

고용이전이 인정되는 기준은 계약의 존재여부와 관계없이 실질적으로 판단하도록 한다. 이는 유럽사법재판소의 사업이전 판단기준[59]과 유사하게 구상해볼 수 있다. 즉, 고용이전 여부를 판단할 때 우선 여러 가지 사실 요소를 종합적으로 고려하여야 하며, 각각의 사실 요소의 중요성은 문제되는 사업의 성격에 따라 달라지도록 하는 것이다. 고용이전의 법적효과 여부는 기존 사용자가 유지해왔던 기능적 사업의 동일성 판단에 따르도록 한다. 동일성 판단은 몇 가지 고려요소를 유형적 방법으로 판단하는 것을 상정할 수 있다. 여기서 동일성 판단은 사업이전이 갖는 보편적인 특성에 따른 고려요소와 사업의 특성(노동집중형 사업인지 또는 자본집중형 사업인지)에 따른 고려요소를 포함하는 것으로 구성하는 것이 바람직하다고 본다. 왜냐하면 아웃소싱은 다른 기업변동과 다른 특성을 가지고 있으므로 이를 충분히 반영하되, 사업의 특성에 따라 동일성 판단시 참작해야 할 사항을 포함하는 것이 구체적 타당성을 높일 수 있기 때문이다.

이러한 접근방식은 이미 관련 법리를 차용하고 있는 근로자성 판단이나 근로자파견 해당여부에 대한 대법원 판례의 장점과 단점을 고스란이 내재하고 있다.[60]

---

59) 심재진, “사업의 외주화에 따른 고용관계의 법해석론”, 「노동법연구」 제33호, (서울대노동법연구회, 2012) ; 저자는 유럽사법재판소의 Spijkers 사건에서 사업이전이 있었는지를 판단하는 일반원칙을 소개하고 있다. 유럽사법재판소는 ‘경제적 실체의 틀 내에서’ 소유자의 변경에 관계없이 사업이전지침의 목적인 고용관계의 계속성을 보장하는 것이라고 보았다. 유럽사법재판소는 이 지침에서의 사업이전의 존재를 증명하는 결정적인 기준은 ‘문제되는 실체가 그 동일성을 보유하는가?’라고 도출하였다. 그리고 ‘실제로 존재하는 경제적 실체’로서의 동일성은 “특히 그 사업의 운영이 동일 혹은 유사한 활동으로 새로운 사용자에 의해 실제로 계속되거나 재개되는 사실에 의해 나타내질 수 있다”고 보았다. 즉 사업의 수행을 위한 물적 요소와 인적 요소의 조직적 결합인 사업체의 이전 없이, 단순히 업무의 계속만으로는 사업이전으로 인정될 수 없다는 것이다. 더 나아가 이러한 조건이 충족되었는지의 여부를 판단하는 데에는 문제되는 거래의 모든 상황(all the factual circumstances)을 고려하는 것이 필요하다고 유럽사법재판소는 결정했다. 이 고려요소로서는 “① 문제되는 기업 혹은 사업의 형태, ② 빌딩과 재고와 같은 유형자산의 이전, ③ 이전시점에서의 무형자산의 가치, ④ 직원의 다수가 새 사용자에 의해 인수되었는지의 여부, ④ 고객망의 이전과 이전 전후의 활동사이의 유사성의 정도, ④ 그 전후활동간의 휴지기간 등”이다.

60) 김기선, “근로자파견의 판단”, 「노동리뷰」, (한국노동연구원, 2015.4), 79~82면, 이러한 방법론의 장점으로는 여러기준을 종합적으로 고려하여 판단하는 경우 개별 사건에 능동적 대처가 가능하다는 점, 개별 사건의 구체적 타당성을 확보할 수 있다는 점, 법원이 제시하는 판단기준은 실무상 ‘체크리스트’의 기능을 하기 때문에 경고적 기능 등이 가능해진다. 반면, 개개 판단기준이 가지는 의미가 주된 요소인지 부수적 요소인지 명확지 않을 수 있고, 또한 개개 판단기준이 가지는 의미가 사건에 따라 달라질 수 있기 때문에, 법적 판단의 예측가능성이 낮아질 수 있는 법적 불안정성의 문제를 야기할 수 있다는 점이 비판으로 제기될 수 있다고 한다.

이런 점에서 아웃소싱 업체의 변경시 고용이전효과를 사안에 따라 구체적 타당성을 높일 수 있으나, 사업의 동일성의 주된 요소와 부수적 요소를 구별하기 어렵고, 이를 판단하는 주체의 주관적 입장에 따라 불안정할 수 있어서 법적안정성 측면에서 문제점이 지적된다.

나. 아웃소싱 업체변경에 대한 원칙적 고용이전과 예외에 대한 유형적 판단 [2안]

아웃소싱 업체의 변경은 원칙적 고용이전을 인정하도록 한다. 이는 영국의 입법방식을 참고할 수 있다.[61] 기존 아웃소싱 업체에서 사용된 인적 요소가 새로운 아웃소싱 업체에 필요한지(인적 동일성), 아웃소싱 업체의 변경 직후에 해당 변경된 아웃소싱 업체가 해당 사업을 영위하고 있는지(물적 동일성)를 평가하여 사업자 간의 약정 내용에 관계없이 법령에 의하여 근로관계가 자동적으로 승계되는 방식이다. 다만, 예외적으로 고용이전이 부정되는 경우를 유형적으로 제시하도록 한다. 이를 통해 사용자는 예외적 내용을 근로기준법 제23조 1항의 정당한 이유로 제시하도록 한다. 이런 차원에서 예외의 유형적 기준은 사용자의 입증영역이 되도록 할 수 있다.[62]

이러한 방식은 노동법의 고용보장 목적 측면을 강화하고 예외적 기준으로 기업의 특성이나 상황도 참작하도록 할 수 있는 장점이 있다. 반면에 민법상 도급이나 위임 등의 노무제공관계가 존재하는 대부분의 간접고용은 사실상 고용보장의 부담을 안게 된다. 이에 대한 경영계의 반발이나 사회적 부담을 어떻게 해결할 것인지가 관건이 될 것이다.

---

61) 박제성,「사업이전과 고용보장」(한국노동연구원, 2014. 12.), 46면, 61면 참조 ; 영국은 아웃소싱에 따른 근로관계의 승계 문제를 매우 간단한 요건을 설정하여, 대부분의 사례에서 근로관계가 승계되도록 규정하고 있다는 특징을 발견할 수 있다고 한다. 즉, 아웃소싱 업체의 변경 직전에 근로자들의 조직적 집단이 있는지, 아웃소싱 업체의 변경 직후에 해당 변경된 아웃소싱 업체가 해당 사업을 영위하고 있는지만을 평가하면 되고, 이러한 요건을 갖추면 사업자 간의 약정 내용에 관계없이 법령에 의하여 근로관계가 자동적으로 승계되는 효과가 생긴다는 것이다.

62) 대법원 1992. 8. 14.선고 1991다29811 판결, 대법원 1991. 7. 12.선고, 90다9353 판결 ; 대법원은 사용자의 근로자에 대한 해고는 정당한 이유가 없으면 무효이고(구 근로기준법 제30조, 현행 근로기준법 제23조) 그러한 정당한 이유(해고절차의 적법성을 포함)가 있다는 점은 사용자가 주장입증하여야한다고 판시하고 있다. 이는 해고제한법리의 실효성을 높여주는 논리구조로서 사업이전의 고용이전여부에서도 입증책임을 사용자에게 부담하도록 하여야 헌법상 고용보장(넓은 의미의 해고제한법리)를 실현할 수 있는 방식이라고 본다.

다. 해석 단계로서 1안 활용과 최종 입법적 구상으로 2안 활용

상기의 방안은 종국적으로는 입법적 결단을 통해 해결될 것이다. 특히, 현행 근로기준법상 해고제한법리를 전제로 고용이전을 인정할 필요성이 있다는 점에서 2안의 방안을 입법화하여 고용안정에 기여하는 것이 바람직할 것으로 본다. 다만, 당장 입법적으로 해결되기 어렵더라도 법원의 판례의 전향적인 해석변화를 통해서 아웃소싱 업체의 변경에 대한 현실적 문제를 접근할 수 있을 것으로 예상된다. 1안은 현실적인 문제의 구체적 타당성을 기할 수 있다는 점에서 아웃소싱 업체에 대한 설득력을 높일 수 있고, 입법적 구상을 위한 구체적 사례를 축적할 수 있는 장점이 있다. 이를 통해 고용이전이 인정되기 어려운 유형을 입법적으로 제시하여 최종적인 법안이 마련될 필요가 있다.

Ⅴ. 결론

아웃소싱은 그 도입배경이 경영환경 악화 속에서 경쟁력을 높이기 위한 경제적 측면이 우선되는데, 이는 고용관계의 변동이나 이전을 필연적으로 수반할 수밖에 없다. 이러한 아웃소싱은 기존업무가 중단없이 계속되어 기능적 조직의 변화는 거의 발생하지 않고, 아웃소싱 업체간의 법률관계 없이도 발생할 수 있으며, 원기업과 아웃소싱 업체 그리고 원기업에서 아웃소싱 업체로 이전되는 업무를 수행하던 근로자의 관계는 직간접적으로 영향을 미치는 관계를 형성하고 있다. 이러한 아웃소싱의 특성을 고려할 때 기존 업무를 수행해오던 근로자의 고용보장이 이뤄질 필요가 있다.

그러나 아직까지 법원은 아웃소싱업체의 변경에서 영업양도의 요건을 갖추지 못하는 것으로 보아 고용승계를 인정하고 있지 않다. 이렇게 기존의 판례와 이론은 아웃소싱의 고용관계문제를 해결하는데 한계가 있다. 다만, 기존 판례에 대하여 더욱 면밀한 검토를 통해 아웃소싱업체 변경시 고용이전의 단서를 찾는 노력이 필요하다.

한편으로 유럽의 사업이전법리를 수용하여 아웃소싱에서도 고용관계가 이전하는 법적효과를 도출하는 이론틀이 제시되었다. 이러한 이론의 가장 큰 특징은 다른 기업변동과 달리 사업이전에서는 계약관계 없이 고용관계 이전이라는 법적효과가 발생하게 되는 것이다. 사업이전은 기존의 판례법리나 학계의 이론으로 해결하기

어려웠던 아웃소싱의 고용관계문제를 해결할 수 있지만, 현실적인 측면과 이론적 측면에서 한계가 지적될 수 있어 이를 극복할 수 있는 보완 논의가 필요하다.

그래서 아웃소싱업체 변경시 고용관계 문제를 해결하기 위하여 헌법상 고용보장의 근거를 도출하는 문제와 다른 기본권 침해 문제를 논의해보았다. 그리고 고용이전을 도출하기 위해 계약당사자의 의사뿐만 아니라 사실로부터 법적효과를 도출하는 노동법의 '사실우선의 원칙'을 제시해 보았다. 또한 기존 영업양도 판례법리로부터 고용이전의 가능성을 찾는 작업도 함께 최근 하급심에서 판시된 고용승계 관행을 근거로 고용이전을 인정한 사례를 검토하였다. 마지막으로 아웃소싱에서 고용이전의 법적효과를 인정받기 위한 구체적 판단기준을 두 가지 방향으로 구상해 보았다. 이러한 구상은 유럽사법재판소의 종합적 고려를 참고하는 방식과 영국의 기존 법률에서 원칙적 이전과 예외 설정 방식이 그것이다. 이러한 구상은 구체적 타당성을 기한다는 측면에서 법원 판례의 해석변화를 추동하도록 하고, 이를 통해 축적된 사례를 바탕으로 노동법상 해고제한법리에 기반한 입법적 해결이 요구된다.

(논문투고일 : 2015.08.13, 심사개시일 : 2015.08.27, 게재확정일 : 2015.09.22)

송 치 경

고용이전, 아웃소싱, 사업이전, 영업양도, 해고제한법리

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

김기선/전형배/최석환,「아웃소싱과 고용관계의 법제도 개선방안」, (한국노동연구원, 2012. 3.), 1면, 9면, 21면

김형배/하경효/김영문,「영업양도와 근로관계의 승계」(신조사, 1999), 250면

박제성,「사내하도급과 노동법」(한국노동연구원, 2009. 1.), 18면, 58면, 59면

박제성,「사업이전과 고용보장」(한국노동연구원, 2014. 12.), 13면, 22~23면, 37면, 41면, 61면, 64~66면

하경효/박종희,「기업의 구조조정과 노동법적 과제」, (한국노동연구원, 1998), 24면

김희성 편저,「HRD 용어사전」, (㈜중앙경제, 2010.9.6.)

Ⅱ. 논문

김기선, “근로자파견의 판단”,「노동리뷰」(한국노동연구원, 2015.4), 79~82면

김인식, “노무용역 공급업체 변경과 해고제한법리”,「노동연구」제24집, (고려대학교 노동문제연구소, 2012. 10), 257면

노호창, “헌법상 근로권의 내용과 성격에 대한 재해석”,「노동법연구」제30호 (서울대노동법연구회, 2011 상반기), 158면, 160면

심재진, “외주화에 따른 고용관계의 문제”, 「노동판례리뷰 2012-2013」, (한국노동연구원, 2014.) 548면, 552면

심재진, “사업의 외주화에 따른 고용관계의 해석론”,「노동법연구」제33호, (서울대노동법연구회, 2012), 304면, 321면, 328면

윤애림, “ILO ‘고용관계 권고’와 한국이 특수고용 입법논의”,「노동법학」제23호 (한국노동법학회, 2006. 12.), 157면

이승욱, “사업양도에 있어서 사업의 동일성과 근로관계의 이전”, 「노동법연구」 제6호 (서울대노동법연구회, 1997), 20면

이승욱, “고용승계를 위한 영업양도 해당성의 판단기준”,「월간 노동법률」(중앙경제사, 2002. 5.)

이용구, “영업양도와 근로관계”,「노동법연구」제6호 (서울대노동법연구회,

1997), 103면
전형배, “사업이전과 해고의 정당한 이유-영국의 입법과 해석론-”, 「노동법논총」제30호 (한국비교노동법학회, 2014.4.)
전형배, “외주위탁사업의 이전과 근로관계의 승계”,「노동법학」 제41호 (한국노동법학회, 2012.)
조경배, “노무용역 공급업체의 변경과 고용승계”,「민주법학」 제46호, (민주주의법학연구회, 2011.), 176면, 182면
최석환, “외주용역업체 변경 시의 근로자 고용승계의 관행”,「노동판례리뷰 2012-2013」(한국노동연구원, 2014), 215면

Abstract

Change of Outsourcing Service Company and Transfer of the Employment Relationship

SONG CHI GHUNG

Outsourcing is a system that the company can maintain without disrupting existing business. On the one hand, it gives a direct or indirect effect on the inevitably employment relationship. Outsourcing affects, directly or indirectly, without the legal relationship between the outsourcing provider. In this regard, Employment relationship for outsourcing is required protection of employment for workers who perform the existing work. but Supreme Court has not yet accepted protection of employment for outsourcing service provider change. Current case law has not recognized the employment relationship for outsourcing service provider change However, a thorough review is needed in order to find clues for protection of employment in current case law. Recently some scholars have proposed the theory that accepted the legislation and case law for 'The Transfer of Undertakings' in Europe. The biggest feature of the theory is to acknowledge the employment guarantee from the fact without legal agreement. However, this is limited in terms of practical and theoretical aspects. To overcome these limitations, Firstly this article has examined the constitutional basis of the employment guarantee. and this article the infringement of fundamental rights issues were reviewed. Secondly, this article presents 'the principle of the primacy of fact' to derive the legal effect of job security. In addition, this article examined the possibility about employment guarantee from the case law. Finally, this article explained the directions to derive the legal effect of job

security. This direction is a way to refer to ‘multi-approach’ in the law of the European Court of Justice (ECJ) and the case law of the UK courts about outsourcing. This direction aims to elicit a change in the Supreme Court. And this is for the legislative solved by accumulating the case.

SONG CHI GHUNG

Transfer of the Employment Relationship, Outsourcing, Transfer of Undertakings, Business Transfer, Restriction of Dismissal

사회복지법인의 의료기관 개설 금지에 관한 법적 연구*

최 호 용**

Ⅰ. 머리말
Ⅱ.「의료법」상 의료기관 개설주체 검토
1. 비영리법인의 범위
2. 비영리법인의 권리능력
3. 소결
Ⅲ. 사회복지법인의 법률상 지위
1. 사회복지법인의 정의
2. 목적사업인 사회복지사업의 범위
3. 수익사업의 범위
Ⅳ. 사회복지법인의 의료기관 개설 가능 여부 검토
1. 원칙
2. 예외
Ⅴ. 맺는말

【국 문 요 약】

보건복지부는 2001년부터 환자유인행위 등 「의료법」상 불법의 자행 등을 이유로 사회복지법인의 의료기관 개설을 금지하고 있다. 이러한 금지정책은 주로 정책적 판단에 의존해서 이루어지고 있지만, 보다 정교하고 합리적인 제도 시행을 위해서는 사회복지법인의 권리능력 문제 등 법인제도와 관련한 명확한 법리적 근거를 바탕으로 그 타당성 여부를 검토해야할 필요가 있다.

사회복지법인은 「사회복지사업법」에 따라 고유한 목적사업과 그에 수반되는 수익사업을 수행할 수 있는 법인이다. 그런데 법률상 사회복지법인의 목적사업은 사회복지사업에 한정되어 있고, 의료기관을 개설·운영하는 것을 사회복지사업으로 보기가 어려운 점을 감안하면 사회복지법인이 목적사업으로서 의료기관을 개설하는 것은 사회복지법인의 법률상 권리능력을 넘어서는 행위라고 할 수 있을 것이다. 반면, 사회복지법인의 수익사업과 관련하여서는 「사회복지사업법」에서 수익사업의 구체적인 내용을 규정하고 있지는 않지만, 목적사업 수행을 위한 경비 충당에 필요한 경우로서 법인의 본질에 침해가 되지 않는 수준에서 가능한 것으로 그 한계가 규정되어 있기 때문에, 이러한 한계를 준수하는 경우에 한해서라면 사회복

---

* 이 논문은 개인의 학술적 견해에 따라 작성된 것으로서 관련 부처에서 진행되고 있는 법체계나 정책의 논의·검토의 방향과는 무관함.

** 보건복지부 행정사무관, 법학박사.

지법인이 수익사업으로서 의료기관을 개설·운영하는 것은 허용될 여지가 있다고 할 수 있다. 다만, 의료기관 개설·운영 사업의 경우 노동력과 자본이 집약된 형태의 사업으로서, 초기에 사회복지법인의 재산이 상당 수준 투입되어야 하는 사업이고, 의료기관 개설 이후로도 장비구매나 리스 등으로 인한 금융비용 등 각종 경제적 부담 또한 적지 않은 사업이기 때문에 사실상 의료기관을 개설 운영함으로써 사회복지법인의 목적사업 수행을 위한 경비를 충당하기는 어려울 것으로 판단된다. 따라서 현행 「사회복지사업법」 등 법률에 따를 경우 목적사업이나 수익사업 어느 측면에서도 사회복지법인이 의료기관을 개설하는 것이 사실상 불가능하다고 할 것이다.

Ⅰ. 머리말

현행 사회복지법인은 「사회복지사업법」에 따라 설립된 특수법인으로서 현재 약 3천여 개[1]에 이르며 사회복지시설의 운영이나 지원 등 「사회복지사업법」에 따른 다양한 분야의 사회복지사업 수행 주체로서 중요한 역할을 담당하고 있다. 이러한 사회복지법인이 수행하는 여러 가지 사업과 관련하여 보건복지부는 2001년부터 지속적으로 공문[2]이나 지침[3] 등을 통해서 사회복지법인이 의료기관을 개설하는 것을 금지하는 원칙을 견지해오고 있다. 2001년 당시 사회복지법인이 의료기관을 개설·운영함에 있어서 "복지"의 개념에 편승하여 본인 부담금의 감면·면제, 무료병원 운영, 무료 진료 등 「의료법」에서 금지하고 있는 일종의 환자유인행위 등의 불법을 자행하고 있다고 보건복지부는 판단하였고 이에 따라 사회복지법인의 의료기관 개설의 금지를 결정한 것으로 보인다.[4] 최근에는 이러한 의료기관 개설금지 정책의 법률적 근거 강화라는 취지로 국회 이종걸 의원이 사회복지법인의 의료기관 개설을 금지하는 「의료법」 개정안[5]을 발의하여 현재 국회 보건복지위에 계류중인 상황이다.

이러한 사회복지법인의 의료기관 개설금지 정책에 대해서는 동 정책이 시행된 2001년 이후부터 현재까지, 새로운 의료기관 개설을 금지 당한 사회복지법인의 권리침해 문제, 2001년 이전에 이미 의료기관을 개설한 기타 사회복지법인과의 형평성 문제뿐만 아니라 의료기관 개설금지 정책의 법률적 근거나 합법성에 대해서도 상당한 문제가 제기될 여지가 있는 사안이라고 할 수 있다.[6]

이 글에서는 사회복지법인의 의료기관 개설금지 정책과 관련하여 제기될 수 있는 여러 가지 문제점 중에서 가장 근본적인 것이라고 할 수 있는 두 가지 사안에 대해서 검토하고자 한다. 그 첫 번째는 「의료법」 제33조제2항제4호에서 규정하고

---

1) 보건복지부, 「2015 사회복지법인 관리안내」, 보건복지부, 2015, 6면.
2) 보건복지부, "의료기관운영 사회복지법인 관리 방안 통보"(문서번호 :복정 65115-470).
3) 보건복지부, 앞의 책, 188면.
4) 사실 「의료법」상 환자유인행위는 사회복지법인이 아닌 법인이 개설한 의료기관에서도 발생되는 문제이나, 사회복지법인은 동 법인이 수행하는 사회복지사업에 "의료복지"라는 개념의 사업이 있어, 이러한 의료복지의 차원에서 의료기관을 운영했기 때문에 다른 종류의 법인에 비해서 좀 더 위법의 소지가 컸었을 것으로 추측할 수 있다.
5) 「의료법 일부개정 법률안」(2014년 5월 9일 발의, 의안번호 10532).
6) 이종걸 의원이 발의한 「의료법 일부개정 법률안」에서도 이러한 의료기관 개설금지 정책의 명확한 법률적 근거를 마련하기 위한 것임을 밝히고 있다.

있는 의료기관 개설 주체인 비영리법인에 사회복지법인이 포함되는가 하는 문제이고, 두 번째는 「사회복지사업법」상 사회복지법인의 권리능력의 범위가 의료기관 개설로까지 확장될 수 있는가 하는 것이다. 이러한 두 가지 사안을 검토함으로써 사회복지법인의 의료기관 개설 금지정책의 적절성이나 합법성 여부를 판단토록 한다.

Ⅱ. 「의료법」상 의료기관 개설주체 검토

1. 비영리법인의 범위

현행 「의료법」 제33조제2항에서는 의료기관을 개설할 수 있는 주체를 열거하고 있는데, 그 중 제4호에서 "「민법」이나 특별법[7]에 따라 설립된 비영리법인"을 규정하고 있다. 의료기관을 개설하고자 하는 사회복지법인의 경우 이 조문이 사회복지법인도 의료기관을 개설할 수 있는 주체가 될 수 있는 근거 조문이라고 판단할 여지가 있다. 즉, 사회복지법인은 「사회복지사업법」이라는 특별법에 따라 설립된 법인으로서, 통상 재단법인의 형태로 설립되는 법인[8]이라는 점과 사회복지사업을 수행[9]한다는 점을 동시에 고려하면 비영리법인임이 분명하다.[10] 따라서 이러한 전제를 바탕으로 「의료법」 제33조제2항을 사회복지법인에 적용하여 보면 "①비영리법인은 의료기관을 개설할 수 있다. ②사회복지법인은 비영리법인이다. ③따라서 사회복지법인은 의료기관을 개설할 수 있다."라는 논리적 귀결로 이어지므로 사회복

7) 여기서 특별법이라고 함은 법인 설립과 관련한 일반법인 「민법」의 특별법을 의미한다.

8) 「사회복지사업법」에서는 사회복지법인의 성격에 대해서 사단법인인지 재단법인인지 명확하게 규정하고 있지는 않기 때문에 어떠한 형태로도 법인 설립이 가능하다고 할 것이다. 그러나, 「사회복지사업법」의 사회복지법인 관련 조문에서는 사단법인의 핵심인 총회에 대한 규정은 언급되고 있지 않는 반면 재단법인의 특성인 이사회에 대해서는 상당히 상세하게 규정하고 있고, 정관개정 등 법인의 중요한 권한도 총회가 아닌 이사회에서 전적으로 결정하도록 규정되어 있기 때문에 사실상 사회복지법인의 재단법인의 성격만을 가지고 있는 법인이라고 해도 무방할 것이다. 1970년 1월 1일 「사회복지사업법」 제정 당시 부칙 경과규정에서는 " 이 법 시행당시 민법 제32조의 규정에 의하여 설립허가된 사회사업을 목적으로 하는 재단법인과 사단법인한국사회복지연합회는 이 법에 의하여 설립된 법인으로 본다."라고 규정하고 있는 것에서 법률 제정 당시 사회복지법인이 재단법인의 성격을 가지는 것으로 한 입법취지를 엿볼 수 있다.

9) 사회복지사업은 각종 「세법」에 따라서 사업소득이 아닌 것으로 취급되기도 하고, 사회복지법인의 경우 그 모든 수입은 「사회복지법인 및 사회복지시설 재무·회계규칙」에 따라서 해당 법인 운영 또는 해당 법인이 운영하는 사회복지시설에 사용하여야 하므로 그 이익을 분배할 수 있는 구조가 아니다.

10) 김용담, 「주석 민법 (총칙1)」, 한국사법행정학회, 2010, 509~511면.

지법인을 「의료법」에서 규정하고 있는 의료기관 개설 주체로 볼 여지가 충분하다고 할 수 있을 것이다.[11][12]

2. 비영리법인의 권리능력

「의료법」 제33조제2항 각 호에서 열거하고 있는 의료기관 개설 주체의 경우 각각의 주체와 관련된 법률에서 해당 주체의 의료기관 개설행위가 가능토록 하는 별도의 규정을 두고 있다는 점에 유의하여야 한다. 제1호의 의료인은 「의료법」에 따른 자격시험에 합격하고, 그 자격을 유지하고 있는 자로서 당연히 의료기관 개설의 주체라고 할 수 있다. 제3호의 의료법인의 경우도 「의료법」에 따라서 의료업을 목적으로 설립된 법인으로서 해당 의료법인이 설립허가를 받음과 동시에 의료기관을 개설할 수 있는 자격이 주어지므로 당연히 개설할 수 있는 주체가 된다. 제5호의 지방의료원이나 한국보훈복지의료공단의 경우 해당 기관의 근거법률인 「지방의료원의 설립 및 운영에 관한 법률」과 「한국보훈복지의료공단법」에 이미 의료기관을 개설토록 하는 규정이 명시되어 있기 때문에 이 또한 당연히 의료기관의 개설주체가 될 수 있다. 제2호의 국가나 지방자치단체의 경우 관련 법률과 예산의 사정이 허락할 경우 국립 혹은 공립 의료기관을 개설할 수 있는 주체가 될 수 있다. 제4호의 비영리법인이나 제5호의 준정부기관의 경우는 타 주체와 마찬가지로 설립근거가 되는 개별 특별법이나 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 해당 비영리법인이나 준정부기관이 의료기관을 개설할 수 있다는 명시적 조문이 있다면 당연히 의료기관 개설이 가능하다고 할 수 있다.

그런데 사회복지법인의 경우는 그 설립 근거라고 할 수 있는 「사회복지사업법」뿐만 아니라, 설립·운영과 관련하여 준용하고 있는 「민법」 및 「공익법인 설립·운영에 관한 법률」의 어느 조문에서도 사회복지법인이 의료기관을 개설할 수 있다고 명시적으로 규정하고 있지 않기 때문에 사회복지법인을 「의료법」 제33조제2항 각 호에서 열거되고 있는 "「민법」이나 특별법에 따라 설립된 비영리법인"의 일종이라는 이유만으로 무조건 의료기관을 개설할 수 있는 자격이 부여되는 것으로 보

---

11) 「의료법」과 관련한 각종 문헌을 조사한 결과 대부분의 문헌에서 의료기관의 개설주체인 비영리법인의 성격이나 자격 등에 대해서는 특별하게 다루고 있지 않는 것을 확인하였다.(대한의사협회, 「의료법원론」, 법문사, 2008, 171면. 김장한/이윤성, 「의료와 법」, e*public, 2008, 303면. 이상돈/김나경, 「의료법강의」, 법문사, 2013, 82면. 한국의료법학회 보건의료법학편찬위원회, 「보건의료법학」, 동림사, 2004, 276면.)

12) 법제처 09-0171 해석(2009.7.14.)

는 것은 적절하지 않은 논리적 추론이라고 할 것이다. 사회복지법인과 관련된 법률에 의료기관 개설에 대한 명시적인 조문이 없기 때문에, 사회복지법인의 의료기관 개설 가능성을 판단하기 위해서는 사회복지법인의 설립 목적이나 정관에 의료기관 개설과 관련한 직접적인 내용이나 규정이 없다고 하더라도 사회복지법인의 성질상 당연히 의료기관을 개설할 수 있는 것인지 여부를 살펴야 할 것이다.

일반적으로 법인은「민법」제34조에서 규정하고 있는 바와 같이 법률의 규정에 좇아 정관으로 정한 목적의 범위 내에서만 권리와 의무의 주체가 될 수 있다. 즉, 법인의 권리능력은 해당 법인의 설립근거인 법률과 그 법률에 근거한 합법적인 정관에서 정하고 있는 목적 수행에 한하여 권리능력이 부여된다는 의미라고 할 수 있다.[13] 법인은 그 정관을 정함에 있어 설립근거 법률에 내용에 따라 추상적인 목적, 사업 등을 담은 후 이를 주무관청의 허가나 승인, 인가 등을 통해 확정시키는 절차를 거친다. 이러한 절차를 거쳐서 정관이 확정되면 법인은 동 정관에서 규정한 범위 내에서만 권리능력을 가지게 되는 것이다. 따라서 비영리법인이 정당한 권리능력을 가지고 의료기관을 개설할 수 있는 주체가 되기 위해서는 그 정관의 목적에 의료기관 개설이라는 항목이 규정되어 있어야 한다. 의료기관 개설이 정관 내용에 없다면 의료기관을 개설할 수 있는 권리능력이 없는 것이 되고, 의료기관을 개설할 수 있는 주체로서의 지위를 가지지 못하게 되는 것이다. 정관에 이러한 의료기관 개설과 관련되는 규정이 추가되기 위해서는 의료기관 개설과 관련한 주무관청[14]인 보건복지부장관의 허가를 받거나,「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」제36조제3항제4호[15]에 해당되는 경우에는 시・도지사의 허가를 받아야 한다.

---

13) 법인의 권리능력에 대해서는 여러 가지 학설이 대립되고 있으나 기본적으로는 해당 법인의 설립근거가 되는 법률에 따른 제한을 대부분 인정하고 있다.(김준호,「민법총칙 : 이론・사례・판례」, 법문사, 2014, 144면. 지원림,「민법강의」, 홍문사, 2014, 129・130면. 김민중,「민법총칙」, 법영사, 2014, 185・186면. 곽윤직/김태형,「민법총칙 : 민법강의 1」, 박영사, 2014, 181면)

14) 통상의 의료기관은「의료법」에 따라 개설되므로 법인 정관에 의료기관 개설과 관련된 사항을 추가하기 위해서는「의료법」을 관장하고 있는 주무관청인 보건복지부장관의 허가를 받아야 한다. 보건복지부가 아닌 다른 부처에서 설립허가를 받은 법인이라고 하더라도 의료기관 개설과 관련된 사항을 정관에 추가하기 위해서는 보건복지부장관의 허가를 받는 절차를 반드시 받아야 한다.(보건복지부,「비영리 사단・재단법인 업무편람」, 보건복지부, 2014, 7면 참조.)

15) ③ 보건복지부장관은 다음 각 호의 사항에 관한 권한을 특별시장・광역시장・특별자치시장・도지사 또는 특별자치도지사에게 각각 위임한다.
4.「민법」 제32조에 따라 설립하였거나 설립하려는 보건복지부장관 소관의 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 비영리법인의 설립허가 및 그 취소, 정관변경허가, 해산신고의 수리, 그 밖의 지도・감독
가. 장사시설 설치 또는 한센인 정착사업을 목적으로 하는 재단법인
나. 가목 외의 법인 중 활동범위가 해당 특별시장・광역시장・특별자치시장・도지사 또는 특별자치도지사의 관할구역에 한정되는 법인. 다만, 특별시・광역시・특별자치시・도 또는 특별

3. 소결

법인 설립근거 법률의 내용과 정관 내용을 근간으로 하는 법인의 권리능력을 바탕으로 「의료법」 제33조제2항을 해석한다면, 적절한 권리능력을 가진 비영리법인인 경우에 한해서 의료기관을 개설할 수 있는 주체가 될 자격이 있다는 의미로 해석된다고 할 수 있다. 따라서, 비영리법인의 경우 법인격만 있다면 무조건 또는 자동적으로 의료기관을 개설할 수 있는 자격이나 권리를 보유할 수 있는 것으로 해석하는 것은 법인의 권리능력에 대한 몰이해에서 비롯된 잘못된 해석이라고 할 수 있다. 의료기관 개설이 가능한 주체로서의 외형적 요건만을 갖춘다고 하여 의료기관을 개설할 수 있다는 것이 아니라, 의료기관 개설 행위를 할 수 있는 실질적인 권리가 있어야만 의료기관의 개설이 가능하다는 것인데, 비영리법인의 경우도 비영리법인이라는 외형만 있다고 해서 무조건 의료기관을 개설할 수 있는 것이 아니라 의료기관 개설이 가능한 자격이나 권리를 갖춰야만 의료기관 개설이 가능하다고 할 것이다.

비영리법인이라는 법인격은 의료기관 개설을 위한 필요조건이지 충분조건은 아니라고 할 수 있다. 비영리법인이 의료기관 개설을 위한 충분조건을 갖추기 위해서는 의료기관 개설과 관련한 특정한 권리능력을 갖추어야 할 것이다. 자연인의 경우 의료기관 개설과 관련된 권리능력을 취득하기 위해서는 일정한 교육과정을 거치고, 시험을 통해서 의사 자격을 얻어야만 의료기관을 개설할 수 있는 권리를 가지는 것과 마찬가지로, 법인도 의료기관을 개설하기 위해서는 -시험 등의 과정은 필요 없으나- 애당초 의료기관 개설이 가능한 권리능력을 부여 받는 절차가 필요하다. 이러한 권리능력의 부여 여부가 바로 비영리법인의 의료기관 개설 여부를 결정짓는 가장 중요한 요소라고 할 수 있다. 곧 의료기관 개설의 충분조건이 되는 것이다.

요컨대 「의료법」 제33조제2항에서는 「민법」이나 특별법에 따라 설립된 비영리법인은 의료기관을 개설할 수 있는 주체라고 규정하고 있고, 「민법」 제34조에서는 법인은 정관의 목적 범위 내에서 권리능력을 가지는 것으로 규정하고 있으므로 이러한 두 법률의 규정을 종합적으로 고려하여 보면 비영리법인은 그 정관에 의료기관 개설이 목적으로 규정되어 있을 경우에 한해서 의료기관을 개설할 수 있다고 할 수 있다. 요컨대 「의료법」 제33조제2항에서 규정하고 있는 비영리법인은 의료

자치도가 출연하여 설립한 법인은 제외한다.

기관을 개설할 수 있는 권리능력을 부여받은 법인에 한정된다고 할 것이다.

Ⅲ. 사회복지법인의 법률상 지위

앞에서는 「의료법」과 「민법」의 해석을 바탕으로 비영리법인 중 의료기관 개설을 목적으로 하는 정관을 가지고 있는 법인만이 의료기관을 개설할 수 있다는 점을 살펴보았다. 이러한 내용이 「사회복지사업법」에 따라 설립된 사회복지법인에도 적용이 된다면 사회복지법인도 당연히 의료기관의 개설 주체가 될 수 있을 것이므로 이하에서는 사회복지법인의 정의, 사회복지사업의 범위를 바탕으로 사회복지법인의 의료기관 개설 관련 권리능력 범위에 대해서 살펴보도록 한다.

1. 사회복지법인의 정의

「사회복지사업법」 제2조제3호에서는 사회복지법인을 "사회복지사업을 할 목적으로 설립된 법인을 말한다"라고 정의하고 있다. 이러한 정의와 관련하여 자칫 사회복지사업을 할 목적으로 타 법률에 따라 설립된 법인[16]도 사회복지법인의 지위를 가지는 것으로 오해를 할 여지도 있다. 그러나 「사회복지사업법」 제2조제1호는 사회복지법인에 대한 단순한 정의일 뿐이고 실제 사회복지법인은 사회복지사업을 할 목적으로 설립을 하되 「사회복지사업법」 제18조에 따라서 시·도지사에게 사회복지법인으로서 설립허가를 받은 법인만을 의미한다. 사회복지법인의 정의는 1970년 「사회복지사업법」이 최초로 제정되었을 당시 법률에서도 현행과 유사하게 "사회복지사업을 행할 것을 목적으로 설립된 법인 또는 그 연합체를 말한다"라고 정의되어 있어, 당시에는 시도지사가 아닌 보건사회부장관의 허가를 받아 설립한다는 면에서만 현행 규정과 차이가 있었을 뿐이다. 「사회복지사업법」이 제정되기 전에는 사회복지법인이라는 개념 대신 "사회사업을 목적으로 하는 재단법인"의 개념은 있었으나[17] 「민법」에 따른 일반적인 재단법인으로서 그 목적사업이 사회사업이라는 것 외에는 현행 「사회복지사업법」 체계상 사회복지법인과는 달리 특별한 의미는

16) 「민법」 등 「사회복지사업법」이 아닌 법률에 따라 설립되는 법인으로서 사회복지사업을 관장하는 보건복지부장관(「행정권한의 위임·위탁에 관한 규정」에 따라 권한이 위임된 경우는 광역시·도지사도 포함)으로부터 법인 허가를 받은 법인을 의미한다.

17) 「사회복지사업법」 제정법 부칙 경과조치에서 "이 법 시행당시 민법 제32조의 규정에 의하여 설립허가된 사회사업을 목적으로 하는 재단법인은 이 법에 의하여 설립된 법인으로 본다."라고 규정하고 있어 이 법률 제정 전에 사회사업을 하던 법인이라는 개념만이 존재하였다.

없는 개념이었다고 할 수 있다.

요컨대 사회복지법인은 사회복지사업을 하기 위해서 만들어지는 법인으로서 「사회복지사업법」 제18조에 따라 시・도지사 또는 종전의 「사회복지사업법」에 따라 보건복지부장관에게 사회복지법인 설립허가를 받고 설립된 법인만을 의미하는 것이고, 그 밖에 기타 법률에 근거하여 설립된 법인은 사회복지사업 수행 여하와는 무관하게 사회복지법인으로서의 법인격이 없는 일반적인 법인일 뿐이다.

2. 목적사업인 사회복지사업의 범위

앞에서 살펴본바와 같이 사회복지법인은 사회복지사업을 하기 위해서 「사회복지사업법」 소정의 절차를 거쳐 설립된 법인이라고 정의하였는데, 이러한 정의와 법인의 권리능력을 규정하고 있는 「민법」 제34조의 규정을 접목하면 사회복지법인은 사회복지사업 수행이라는 목적 범위 내에서 권리와 의무의 주체가 되는 법인이라고 할 수 있다. 따라서 사회복지법인이 의료기관을 개설하는 것이 가능한지 여부도 사회복지법인의 권리능력의 한계인 사회복지사업의 수행이라는 범위에 의료기관 개설・운영이 포함되는지 여부와 아주 밀접하게 관련이 있다고 할 것이다. 이에 따라 이하에서는 사회복지법인의 권리능력 범위를 판단하는 가장 중요한 기준인 사회복지사업에 의료기관 개설・운영 사업이 포함되는지에 대해서 살펴보도록 한다.

가. 사회복지사업의 정의

「사회복지사업법」 제2조제1호에서는 사회복지사업을 “다음 각 목의 법률에 따른 보호・선도(善導) 또는 복지에 관한 사업과 사회복지상담, 직업지원, 무료 숙박, 지역사회복지, 의료복지, 재가복지(在家福祉), 사회복지관 운영, 정신질환자 및 한센병력자의 사회복귀에 관한 사업 등 각종 복지사업과 이와 관련된 자원봉사활동 및 복지시설의 운영 또는 지원을 목적으로 하는 사업을 말한다.”라고 정의하고 있다. 이러한 정의는 사회복지사업의 전제가 되는 “사회복지”에 대한 개념 정의 없이 이루어지고 있고, 그 법조문 구조도 복잡하여 다양한 해석의 여지가 발생하게 된다. 「사회복지사업법」 제2조제1호 정의를 문법적으로 볼 때 “사회복지사업이란 ~ 사업을 말한다.”라는 기본 구조는 갖춰져 있지만, 어떤 사업인지를 서술하고 있는 부분의 문장이 열거적으로 구성되어 있어 해석하는 자의 지식수준이나 실무 경험 등에 따라 정의가 달리 이해될 여지가 있다는 문제점이 있다. 이러한 여러 가지 해석

방향을 유형화하면 크게 다음과 같은 두 가지 형태로 나눌 수 있다.

1) 제1설[18]

> "**다음 각 목의 법률에 따른** ①보호·선도(善導) 또는 복지에 관한 사업과 ②사회복지상담, 직업지원, 무료 숙박, 지역사회복지, 의료복지, 재가복지(在家福祉), 사회복지관 운영, 정신질환자 및 한센병력자의 사회복귀에 관한 **사업** 등 각종 복지사업과 ③이와 관련된 자원봉사활동 및 복지시설의 운영 또는 지원을 목적으로 하는 사업을 말한다."

"다음 각 목의 법률에 따른"이라는 문구가 ①, ②, ③의 사업을 꾸며주는 형태로 해석하는 방법으로서 ①, ②, ③의 사업이 모두 다 「사회복지사업법」 제2조제1호 가목부터 커목까지의 25개 법률에 근거가 있는 사업인 경우만 사회복지사업으로 보는 해석방법이다. 이러한 해석방법을 채택할 경우 사회복지사업의 여부를 비교적 명확하게 파악할 수 있어 각종 혜택과 규제의 적용 대상이 되는 사회복지사업을 쉽게 구분해 낼 수 있다는 장점이 있다.

하지만 이러한 구조로 해석을 할 경우 25개의 법률에 속하지 않지만 현재 사회복지사업으로 인정하고 있는 사업을 설명하기 어려운 단점이 있다. 사회복지관, 한센병력자 및 결핵 관련 사업을 하는 시설은 현재 사회복지사업의 실현 도구인 사회복지시설로 분류되어 있지만, 제1설의 해석 방법으로 해석할 경우 25개 법률안에는 「사회복지사업법」이나 한센 및 결핵과 관련된 법률이 열거되어 있지 않으므로 동 법률들과 관계가 있는 한센 관련 시설 등을 운영하는 사업은 사회복지사업으로 볼 수 없다는 문제가 발생한다.

2) 제2설[19]

> "① 다음 각 목의 법률에 따른 보호·선도(善導) 또는 복지에 관한 **사업**과 ② 사회복지상담, 직업지원, 무료 숙박, 지역사회복지, 의료복지, 재가복지(在家福祉), 사회복지관 운영, 정신질환자 및 한센병력자의 사회복귀에 관한 **사업** 등 각

18) 법제처 15-0247 해석 참조(2015.6.23.)

19) 제1설의 법제처 해석이 있기 전에 보건복지부가 민원회신 등을 통해 지속적으로 견지하여온 해석태도로서 보건복지부 2015년 1월에 발간한 「2015 사회복지시설 관리안내」에서도 동일한 취지를 엿볼 수 있다. (보건복지부, 「2015 사회복지시설 관리안내」, 보건복지부, 2015, 3면.)

종 복지사업과 ③이와 관련된 자원봉사활동 및 복지시설의 운영 또는 지원을 목적으로 하는 사업을 말한다.”

제2설은 사회복지사업을 ① 25개의 법률과 관련된 보호·선도 또는 복지에 관한 사업과 ② 25개 법률과의 관련성 유무와는 명확하지 않지만 통상적인 사회복지활동이라고 판단되는 사회복지상담, 지역사회복지 등의 사업, 그리고 ③ ①·②의 사업과 관련된 자원봉사활동이나 복지시설의 운영·지원 사업[20]의 3가지 분류로 나누는 해석방법이다. 이러한 해석방법은 사회복지의 개념을 보다 넓게 볼 수 있어, 법률적 근거가 미약한 지역사회복지, 사회복지관, 한센병력자, 자원봉사 관련 사업을 사회복지 사업으로 확대해석이 가능하고, 나아가 사회복지시설의 운영뿐만 아니라 사회복지시설을 지원하는 사업자체도 사회복지사업으로 볼 수 있는 장점이 있다.

그러나 이러한 해석방법은 사회복지사업을 지나치게 넓게 해석하여 그 혜택제공이나 규제적용에 있어서 명확성이 떨어지는 단점이 있다. 특정 사업을 하는 자가 자신의 임의로 이를 사회복지사업임을 내세우고, 이를 근거로 각종 혜택을 받고자 하거나, 반대로 사회복지사업에 적용되는 규제를 회피하기 위해서 사회복지사업이 아니라고 주장하는 등 자의적인 해석의 우려가 있다.

3) 사견

개인적인 의견으로는 제1설로 해석할 경우 25개의 법률과 무관하게 현재 이루어지고 있는 각종 사회복지사업을 제대로 설명하기 어려운 치명적인 단점이 있고, 반면 제2설과 같이 해석할 경우에는 25개 법률과 무관하게 이루어지고 있는 사회복지사업에 대한 각종 지원이나 규제의 법률적 근거가 미약하게 되므로 그 실효성이나 합법성에 있어 문제 발생소지가 많다는 단점이 있다. 가장 합리적인 방법은 「사회복지사업법」상 사회복지사업에 대한 정의를 새롭게 규정하는 것이겠지만[21] 현행 법률의 틀 내에서 사회복지사업을 정의해야 한다면 사회복지사업의 범위는

20) ③의 사업을 ②의 사업과 관련된 사업으로만 한정하는 해석도 있으나 제2설의 그 범위에 있어 크게 차이가 나지 않는다.

21) 이 글에서 구체적으로 검토할 사항은 아니나 향후 사회복지사업의 정의는 정의규정이라는 성격에 부합될 수 있도록 그 범위나 의미를 보다 명확히 하는 방향으로 개정이 되어야 할 것으로 사료된다. 「사회복지사업법」상 사회복지사업을 대상으로 각종 규제와 혜택을 시행하고 있는 점을 고려한다면 현재와 같은 사회복지사업의 정의 체계는 반드시 개선되어야 할 것이다.

제2설과 같이 넓게 보되, 혜택이나 규제의 대상을 「사회복지사업법」이나 사회복지사업 관련 법령, 지침 등에서 명확히 하는 것이 바람직하다고 생각한다. 왜냐하면 사회복지사업 중 시혜나 규제와 무관한 경우가 있다면 이를 굳이 축소하여 판단할 실익이 없을 것이고, 시혜나 규제와 관련이 있는 경우라면 법률 명확성의 원칙에 따라 개별 법령이나 해당 법령의 위임에서 위임을 받은 행정규칙이나 지침 등에서 명확하게 그 대상을 규정하면 이 또한 문제가 없을 것이기 때문이다.

나. 사회복지사업 중 의료복지사업의 범위

사회복지사업의 정의에서 의료기관의 개설·운영 여부와 관련하여서는 제1설이나 제2설에 공히 적용되는 25개 법률 중에는 의료기관과 직접 관련이 되는 법률이 없고, 다만 앞에서 언급한 바와 같이 그 문구 중 "의료복지"라는 단어만이 의료기관의 개설과 연결이 되는 단초가 될 뿐이다. 그런데 이 의료복지의 정의는 현행 대한민국 법령이나 관련 해석례 어디에서도 찾아보기 어렵다. 사견으로는 의료복지라는 단어는 의료와 복지가 결합된 단어로서 단순히 의료나 복지의료가 아닌 의료복지라는 단어의 배열로 구성된 것을 볼 때 해당 단어는 복지에 그 방점을 찍어 해석하는 것이 바람직하다고 판단되며, 아울러 의료복지라는 단어가 「사회복지사업법」에서 사회복지사업의 일환으로만 사용되고 있는 점을 고려한다면 더욱 더 의료보다는 복지가 중심이 되는 의미라고 생각된다. 따라서 의료복지는 복지이되 특정대상에 대해 그 복지를 실현함에 있어 의료의 방법[22]이 가미되어 이루어지는 것을 의미하는 것이라고 사료된다.

이러한 의료복지의 개념에 해당되는 사업은 통상 사회복지사업과 밀접한 관련이 있는 사업 중 의료행위가 가미된 사업들로서 현행 법률상 여러 가지 유형의 사업이 존재할 여지가 있다. 사회복지법인의 법률상 권리능력 범위에 해당하는 사업이라고 하기 위해서는 법률상 그 근거가 명확한 사업이어야 할 것이다. 현행 사회복지 관련 법률에서 이러한 조건에 부합되는 사업을 찾아보면 다음과 같은 종류의 사업이 존재하는 것으로 사료된다. 의료복지라고 볼 여지가 있는 이러한 사업의 수행이 의료기관 개설과 직접적으로 연결될 수 있는지를 각각 사업별로 검토하면 다음과 같다

22) 물론 「의료법」 관련 규정에 위반되지 않는 범위내에서 작용하는 의료의 방법임에 유의할 필요가 있다.

1)「노인복지법」제34조에 따른 노인의료복지시설 운영 사업

「노인복지법」제31조에서는 노인복지시설의 한 종류로 노인의료복지시설을 규정하고 있고, 같은 법 제34조에서는 노인의료복지시설의 종류로 노인요양시설과 노인요양공동생활가정을 열거하고 있다. 이러한 두 종류의 노인의료복지시설은 공히 질환 등으로 인해 심신에 장애가 발생한 노인에 대해서 일상생활의 편의를 제공하는 시설로 정의되고 있다. 즉, 심신의 장애라는 의료와 관련된 상황에 처해있는 대상자에 대해서 치료가 주목적이 아닌 일상생활의 편의 제공이라는 차원에서 보살피는 서비스를 제공하는 것을 주된 목적으로 하는 시설이라고 할 수 있고, 따라서 치료가 주목적인 일반적인 의료기관과는 차별이 되는 시설이라고 할 수 있다. 이에 따라 노인의료복지시설을 운영하는 사업은「의료법」에 따른 의료기관의 운영과는 거리가 있는 사업으로서 "의료복지"라는 개념에만 부합하는 사업이라고 할 수 있을 것이다.

다만, 이러한 노인의료복지시설의 종류와 관련하여서는 2011년 6월 7일 개정되기 이전의「노인복지사업법」에서는 노인전문병원이 노인복지시설의 종류로 규정되어 있었던 점에 유의해야 할 필요가 있다.[23] 이 법률 시행 당시 노인전문병원은 그 이름에 걸맞게 당시「의료법」에 따른 요양병원의 지위도 가지고 있는 의료기관에도 해당되었다. 즉, 노인전문병원은「노인복지법」상으로도 명백하게 노인복지시설임과 동시에「의료법」상 의료기관이기도 하였다. 따라서 당시 법률체계하에서는 사회복지법인이 사회복지시설 운영 사업을 수행하는 차원에서 병원의 일종인 노인전문병원의 개설·운영 사업을 수행할 수 있는 권리능력을 가지고 있었던 기간이었다고 할 수 있다. 그러나 2011년 6월 7일 이후「노인복지법」의 개정에 따라 노인전문병원은「노인복지법」상 노인복지시설에서 삭제되고,「의료법」상 요양병원의 지위만 남게 되었기 때문에 현행 법률 체제하에서는 노인전문병원 운영사업을 더 이상 사회복지법인이 의료복지의 일환으로 운영할 수 있는 사업으로 볼 수 없게 되었다.[24]

---

23) 제34조(노인의료복지시설) ① 노인의료복지시설은 다음 각 호의 시설로 한다.
3. 노인전문병원 : 주로 노인을 대상으로 의료를 행하는 시설

24) 이는 다음에서 살펴볼 장애인 의료재활시설의 경우는 노인요양병원과 비슷한 체제로 시작하여 현재까지도「장애인복지법」상 복지시설의 지위와「의료법」상 요양기관의 지위를 동시에 유지하고 있는 것과는 대조되는데 이러한 현상은 법률의 규정에 따라 의료복지의 개념이 달리 해석되는 좋은 예라고 할 수 있다.

2)「장애인복지법」 제58조에 따른 장애인 의료재활시설 운영 사업

「장애인복지법」 제58조에서는 장애인 복지시설의 한 종류로 "장애인 의료재활시설"을 규정하고 있는데, 이 시설은 "장애인을 입원 또는 통원하게 하여 상담, 진단·판정, 치료 등 의료재활서비스를 제공하는 시설"로 정의되고 있다. 장애인 의료재활시설은 그 정의로도 의료재활서비스를 제공하는 시설이고, 실제로도 「장애인복지법 시행규칙」 별표 5에서 해당 시설의 설비기준을 정하면서 "「의료법」의 관련 규정에 따른다."라고 규정함으로써 동 시설을 의료기관과 동일하게 취급하고 있는 모습을 보이고 있다. 또한 이러한 「장애인복지법」의 규정과는 별개로 「의료법」 제3조제2항제3호라목에서는 의료기관의 한 종류인 요양병원을 규정하면서 그 정의에 "「장애인복지법」 제58조제1항제2호에 따른 의료재활시설로서 제3조의2의 요건을 갖춘 의료기관을 포함"하는 것으로 규정하고 있어 장애인 의료재활시설을 직접적으로 의료기관으로 취급하고 있다.

이러한 양 법령간의 규정을 종합하여 보면 법령에 따라 제대로 설비기준을 갖춘 장애인 의료재활시설은 「장애인복지법」에 따른 사회복지시설임과 동시에 「의료법」에 따른 요양병원이라고 할 수 있다. 따라서 사회복지법인이 장애인 의료재활시설인 요양병원을 개설·운영하는 사업은 의료를 수단으로 하여 복지를 실현하는 의료복지의 개념과 부합되는 사회복지사업일 뿐만 아니라 의료기관 운영사업이라고도 볼 수 있다.

3)「정신보건법」에 따른 정신보건시설을 운영하는 사업

「정신보건법」 제3조제2호에서는 의학적인 보살핌이 필요한 정신질환자에게 각종 서비스를 제공하는 기관인 정신보건시설에 대해서 정의하고 있다. 동 조문에 따른 정신보건시설에는 "정신의료기관·정신질환자사회복귀시설 및 정신요양시설"이 있다. 먼저 이 중 정신의료기관은 「정신보건법」 제3조제3호의 정의에서 「의료법」에 의한 의료기관으로만 정의되고 있는바 복지 서비스를 제공하는 기관이라기보다는 순수한 의료기관으로서의 성격만 있는 시설이라고 할 수 있다. 따라서 정신의료기관 운영사업을 사회복지사업이라고 보기도 어렵다.

이에 반해 정신질환자사회복귀시설은 정신질환자를 정신의료기관에 입원시키거나 정신요양시설에 입소시키지 아니하고 사회복귀촉진을 위한 훈련을 행하는 시설로서 그 주목적이 사회복귀를 조장하는 차원의 복지서비스를 제공하는 시설이고, 정신요양시설의 경우도 정신의료기관에서 의뢰된 정신질환자와 만성정신질환자를

입소시켜 요양과 사회복귀촉진을 위한 훈련을 행하는 시설이기 때문에 이 또한 복지서비스 제공이 주목적인 시설이라고 할 수 있다. 두 종류의 시설 공히 의료의 방법이 가미된 사회복지시설로서 이를 운영하는 것은 의료기관 운영이 아닌 의료복지의 범주에 포함되는 사업으로 볼 수 있다.

4) 「노숙인복지법」에 따른 노숙인진료시설

「노숙인복지법」 제12조에서는 노숙인 등에게 의료 서비스를 지원할 목적의 노숙인진료시설에 대해서 규정하고 있다. 이러한 노숙인진료시설은 사회복지시설의 하나로 분류[25]되고 있어 동 시설을 설치·운영하는 사업은 사회복지사업이라고 할 수 있다. 또한 「노숙인복지법 시행규칙」 별표2에 따르면 노숙인진료시설은 ① 「의료급여법」 제9조제2항제1호가목부터 다목까지의 규정에 따른 제1차의료급여기관 또는 같은 항 제2호에 따른 제2차의료급여기관이어야 하고, ② 설치·운영 기준은 「의료법」 등 의료 관계 법령에 따르도록 규정되어 있다. 이러한 설치·운영기준 등을 살펴보면 노숙인진료시설은 앞서 살펴본 의료급여 제공기관과 마찬가지로 의료기관이라고 할 수 있다. 따라서 외형상으로는 장애인 의료재활시설과 동일한 법률상 지위를 가지는 것으로 볼 수 있다.

3. 수익사업의 범위

가. 법률적 근거 등

「사회복지사업법」 제28조에서 “사회복지법인은 목적사업의 경비에 충당하기 위하여 필요할 때에는 법인의 설립 목적 수행에 지장이 없는 범위에서 수익사업을 할 수 있다.”라고 규정하고 있어 사회복지법인은 사회복지사업을 수행하는 것을 그 목적으로 하는 법인임에도 불구하고 이 조문에 따라서 사회복지사업과는 다소 무관한 사업이라고 하더라도 이를 수익사업으로 수행하는 것이 제한적으로 가능하다고 할 수 있다. 다만 이러한 수익사업의 경우 「사회복지사업법」 제17조제1항에서 “수익(收益)을 목적으로 하는 사업이 있는 경우 그에 관한 사항”은 반드시 정관에 기재토록 규정하고 있기 때문에 실제 수익사업 수행을 하기 위해서는 그 구체적인 사항을 주무관청의 허가를 받아 정관에 기재하여야 한다.[26]

---

25) 보건복지부, 「2015 사회복지시설 관리안내」, 보건복지부, 2015, 6면.

26) 「사회복지사업법」 제32조에 따라서 준용되는 「공익법인법」에서 동법 제4조에서 수익사업할 경우 주무관청의 승인을 받도록 규정하되 수익사업의 내용을 정관에 기재하는 규정은 두고 있지

또한「사회복지사업법」제28조 제2항과 제3항에서는 “법인은 제1항에 따른 수익사업에서 생긴 수익을 법인 또는 법인이 설치한 사회복지시설의 운영 외의 목적에 사용할 수 없다.”, “제1항에 따른 수익사업에 관한 회계는 법인의 다른 회계와 구분하여 회계처리하여야 한다.”라고 규정하고 있고,「사회복지법인 및 사회복지시설 재무・회계규칙」제6조에서는 “수익사업회계”를 별도로 두도록 규정하고 있기 때문에 사회복지법인은 수익사업으로 발생한 수익을 수익사업회계로 관리하되 그 수익은 해당 사회복지법인의 운영이나 해당 사회복지법인이 설치한 사회복지시설의 운영만을 위해서만 사용하여야 하는 제한이 있다.[27]

특히 해당 사회복지법인이 국가나 지방자치단체로부터 보조금을 수령하고 있는 경우라고 한다면 수익사업 수행에 있어서 신중을 기해야 할 것이다. 통상 사회복지법인에 대해서 국가나 지자체가 보조금을 지급하는 이유는 해당 사회복지법인이 그 목적사업인 사회복지사업을 수행함에 있어 필요한 자금이 부족하기 때문이다. 이러한 상황임에도 불구하고 보조금을 수령하는 사회복지법인이 의료기관을 개설하기 위해 해당 법인의 재산을 투입하고자 한다면, 이는 목적사업 수행과 관련된 재정에 여유가 있음에도 불구하고 보조금을 수령하는 것이 되거나, 보조금을 그 지급용도와 달리 수익사업에 이용하는 것으로 볼 수가 있게 된다. 두 가지 경우 모두 보조금과 관련된 법률을 위반하는 결과를 초래할 수 있는 사항이라고 할 수 있기 때문에 보조금을 수령하는 사회복지법인의 경우는 자본 투입이 최소화된 수익사업[28]만을 수행하는 것이 바람직하다고 할 수 있을 것이다.

나. 수익사업 해당 여부의 판단

사회복지법인이 수행할 수 있는 수익사업의 종류나 내용과 관련하여서는 법률상 별도로 규정하고 있지 않지만 해당 조문 내용과 판례[29] 등을 미루어 보면 ①목적사업을 위해 경비를 충당해야할 필요성이 있고, ②설립 목적을 수행하는데 지장이 없는 경우에 한하되, ③사회복지법인의 본질에 반하지 않는 범위 내에서 이루어지는 경우에만 수익사업으로서 수행하는 것이 가능하다고 할 수 있다. 이러한 기준에 부합하는 사업인지에 대한 판단은 사회복지법인이 주관적이고 구체적인 의사를

않은데 비해,「사회복지사업법」에서는 수익사업에 대한 주무관청의 승인 조문은 없고 대신 정관 기재사항으로 규정하고 있음에 유의할 필요가 있다.

27) 김용담, 앞의 책, 510・511면.

28) 해당 사회복지법인이 기본재산으로 소유하고 있는 건물을 이용한 임대사업 등의 예를 들 수 있다.

29) 대법원, 2000.6.23. 선고, 98두11120 판결

가지고 판단할 것이 아니라 해당 사업 자체의 객관적인 성질에 따라 내려져야 한다.[30] 더불어 해당 수익사업과 관련된 정관의 개정 과정 중 주무관청에서도 해당 사회복지법인이 수익사업을 수행해야 하는 상황인지와 그 사업이 목적사업 수행과 객관적인 연관성이 있는 지를 판단함과 동시에 위의 3가지 조건에 부합되는지 여부를 반드시 확인·심사하여야 할 것이다. 만일 수익사업을 정관에 등재한 후 실제로 운영하는 중이라고 하더라도 수익사업의 기준에 벗어나게 된다면 정관변경허가 조건의 위반 또는 「사회복지사업법」 위반을 이유로 한 법인설립허가 취소에도 이르게 될 수 있음에도 유의해야 할 것이다.

Ⅳ. 사회복지법인의 의료기관 개설 가능 여부 검토

1. 원칙

「사회복지사업법」과 관련된 제반 검토 사항을 종합하여 볼 때 사회복지법인은 사회복지사업을 목적사업으로 수행하기 위해서 설립된 특수법인으로서 사회복지사업이외의 목적사업 수행과 관련하여서는 권리능력이 부여되지 않은 법인이라고 할 수 있다. 사회복지법인이 목적사업으로서 수행하는 것이 가능한 사회복지사업의 경우 여러 가지 해석의 여지가 있으나 어떠한 해석을 따르더라도 「의료법」상 의료기관의 개설·운영이 사회복지사업에 포함된다는 결론을 도출하기는 어렵고, 「사회복지사업법」 및 「의료법」에 대한 1차적인 해석 권한이 있는 보건복지부에서도 의료기관 개설·운영은 사회복지사업의 종류에 해당되지 않는 것으로 일관되게 해석하고 있는 점[31]을 고려할 때 사회복지법인이 목적사업의 일환으로 의료기관을 개설·운영하는 것은 그 설립근거인 「사회복지사업법」에 따라 주어진 권리능력을 넘어서는 행위라고 할 수 있다. 따라서 사회복지법인은 의료기관을 개설할 수 있는 권리나 자격이 없는 비영리 법인이라고 할 수 있다.

2. 예외

사회복지법인은 원칙적으로는 의료기관 개설이 불가능하지만 다음의 경우에 한해서는 예외적으로 의료기관을 개설·운영할 수 있을 것으로 사료된다.

---

30) 대법원, 2014.1.23. 선고, 2011무178 판결
31) 보건복지부, 「2015 사회복지법인 관리안내」, 보건복지부, 2015, 188면.

가. 사회복지시설인 의료기관의 개설

해당 의료기관이 「사회복지사업법」 제2조제1호에서 규정하고 있는 사회복지사업을 수행하는 사회복지시설의 일종으로 개설되는 것이라면 예외적으로 허용될 수 있을 것이다. 「장애인복지법」에 따른 장애인 재활시설은 사회복지시설임과 동시에 요양병원의 자격이 있는 경우이므로 사회복지법인이 사회복지사업의 범위에 포함되는 장애인 재활시설을 개설하면 곧 요양병원을 개설한 것이 되므로 법률 구조에 따라 예외적으로 허용되는 것이라고 볼 수 있을 것이다.

「노숙인복지법」에 따른 노숙인진료시설은 사회복지시설인 의료기관이지만 이미 살펴본 바와 같이 그 설치·운영주체가 국가나 지자체로 한정되므로 사회복지법인이 직접 수행할 수 있는 사업이라고 볼 수 없다. 이와는 별도로 같은 법 제12조제2항에서는 민간의료기관을 노숙인진료시설로 지정할 수 있도록 규정하고 있으나 이는 이미 개설된 의료기관을 사회복지시설인 노숙인진료시설로 지정하는 것이므로 원칙적으로 의료기관을 개설할 수 없는 사회복지법인과는 무관한 절차라고 할 수 있다. 또한, 같은 조 제4항에서는 국가나 지자체 이외의 자도 노숙인진료시설을 설치·운영할 수 있는 것으로 규정하고 있으나 상세한 절차를 규정하고 있는 「노숙인복지법 시행규칙」 제12조에 따르면 국가나 지자체외의 자가 의료기관을 먼저 개설하고, 그 이후에 노숙인진료시설로 지정받는 것이므로 이 또한 사회복지법인과는 무관한 절차라고 할 수 있다. 따라서 노숙인진료시설은 사회복지시설과 의료기관의 성격을 모두 갖추고 있는 시설이지만 기왕에 개설된 의료기관을 사회복지시설로 지정하는 것에 지나지 않으므로 사회복지법인이 설치·운영할 수 있는 대상이라고 할 수 없다.

나. 종전 법률 규정에 따라 허용된 경우

2011년 6월 7일 개정되기 이전의 「노인복지법」에 따른 노인전문병원은 그 개설 당시에는 엄연한 사회복지시설로서 지위도 있었던 의료기관이었기 때문에 당시 사회복지법인이 개설·운영하는 것이 가능한 시설이었으며, 2011년 개정 당시 「노인복지법」 부칙에서도 "제2조(노인전문병원에 대한 경과조치) 이 법 시행 당시 종전의 규정에 따라 허가를 받은 노인전문병원(노인전문병원으로 건축허가를 받아 설치 중인 경우를 포함한다)에 대하여는 제34조제1항의 개정규정에도 불구하고 종전의 규정에 따른다."라고 규정하고 있어 개정 전에 설치된 노인전문병원은 현재까지도 여전히 사회복지시설로서 인정할 여지가 있는 점, 개정전 법률에 따라 노인

전문병원을 개설한 경우 법적 안정성과 그 기득권을 보장하는 것이 바람직하다는 점 등을 종합적으로 고려한다면, 2011년 개정이전의 「노인복지법」에 따라 사회복지법인인 개설·운영하는 노인요양병원은 「사회복지사업법」상 의료복지의 범위에 해당되는 것으로 해석하는 것이 바람직하다고 할 수 있다.

다만, 2011년 6월 7일 이후에 신규로 개설하거나 폐업 후 재개설하는 경우는 해당 사회복지법인에 의료기관 개설이 목적사업으로 규정되어 있다고 하더라도 재개설 당시에는 이미 해당 사회복지법인의 정관이 「사회복지사업법」을 위반한 정관으로서 그 효력이 상실되는 것이 되므로 사회복지법인의 권리능력을 넘어서는 위법한 행위라고 할 수 있으므로, 동 예외의 적용 대상이 되기 위해서는 법률 개정 전에 노인요양병원을 개설한 후 현재까지 계속 유지·운영하고 있어야만 한다고 할 수 있다.

다. 행정청의 법률해석에 따라 허용된 경우

보건복지부는 2001년 이전에는 사회복지사업 중 의료복지를 현재와 달리 의료기관 개설·운영과 동일시하는 것으로 해석을 하였었고, 이러한 해석을 바탕으로 사회복지법인의 의료기관 개설과 관련한 정관을 허가한 기간이 있었다. 이러한 기간 중에 의료기관 개설이 포함된 정관을 허가받고 그 정관에 따라 의료기관을 개설한 사회복지법인의 경우는 예외적으로 행정행위 신뢰의 원칙에 반하지 않는 범위 내에서 해당 사업 수행을 인정할 수 있을 것으로 사료된다. 다만, 해당 법인의 정관에 의료기관 개설 관련 사항이 2001년 이전에 제·개정되었고, 실제 개설도 해당 정관의 제·개정시에 주무관청에 제출한 사업계획서 내에서 예정하고 있던 기간 범위 내에 개설한 경우에 한해서만 허용된다고 할 수 있다. 이는 2001년 이전에 정관이 제·개정되었으나 의료기관 개설이 늦어진 경우는 해당 법인의 기득권을 인정하거나, 해당 법인의 법률상 기대이익이 존재한다고 보기 어렵기 때문이다.

라. 수익사업 수행에 따른 예외

앞서 살펴본 「사회복지사업법」상 수익사업 관련 법률 구조에 비추어 본다면 만일 사회복지법인이 기본적인 조건에 부합되는 수익사업을 수행하고자 한다면 이론상으로 이를 제한하거나 금지하기는 어려울 것으로 판단된다. 즉, 사회복지법인이 사회복지사업이라는 그 목적사업 수행을 위해 경비를 충당해야 하는 필요성이 발

생하고, 설립 목적을 수행하는데 지장이 없는 경우라고 한다면 수익사업으로서 의료기관을 개설·운영할 수 있는 것으로 볼 여지가 있다.

그런데 의료기관 운영을 수익사업으로 수행하는 것이 가능하기 위해서는 그 의료기관의 운영에서 일정 수준이상의 수익[32]이 발생하여야 하고, 발생하는 수익의 규모가 목적사업의 수행을 위한 경비로서 충당될 정도에 이르러야 하는데 과연 의료기관의 운영을 통해 그러한 정도의 수익이 창출될 수 있을지 예측하는 것이 쉽지만은 않을 것으로 사료된다. 의료기관 운영은 의료인 등을 고용하고, 전문적인 의료기기를 갖추는 등 노동과 자본이 모두 집약된 형태의 사업으로서 그 운영 자체로도 상당한 규모의 비용이 소요되는 점을 고려하여 본다면 과연 사회복지법인이 의료기관 운영이라는 수익사업을 통해 목적사업 수행을 위해 경비를 충당할 수 있음을 입증[33]할 수 있을지 의문이다. 또한 의료기관 운영이 의학적인 전문적인 지식과 「의료법」에 따른 각종 규제 준수를 바탕으로 운영되는 점을 고려한다면, 그 사업의 난이도가 사회복지사업 운영 난이도에 비해 결코 낮지 않다고 할 것이므로, 자칫 수익사업인 의료기관 운영에 사회복지법인의 역량이 편중될 경우 본말이 전도되어 목적사업인 사회복지사업 수행에 지장이 발생하게 되는바 수익사업의 전제조건을 위반하는 경우도 발생할 여지가 상당하다고 사료된다.

요컨데 사회복지법인은 「사회복지사업법」 제17조 및 제28조에 따른 수익사업의 형식적·실질적 요건을 모두 갖춘 경우에 한해서 예외적으로 의료기관의 개설이 가능하다고 할 수 있다고 할 수 있다. 다만, 이 경우 사회복지법인이 수익사업을 위한 형식적·실질적 요건을 모두 갖추고 있음을 스스로 입증해야 할 것이고, 이러한 입증을 바탕으로 한 정관변경 신청 대해 주무관청이 관련 요건 해당 여부를 면밀히 검토하고, 수익사업의 실현이 가능하다고 판단할 수 있는 정도에 이른 경

32) 병원 운영을 통한 수익 발생 및 그 사용과 관련하여서는 이른바 "영리병원"과 관련된 논쟁의 소지가 있다. 그러나 영리병원 개념은 영리법인의 개념과 마찬가지로 병원 운영을 통해 발생한 수익을, 해당 병원을 개설하여 운영하는 법인의 주주나 구성원에게 분배를 하는 주식회사 형태의 병원을 의미하는 것인데(손경복, "영리병원에 대한 이론적 고찰", 보건학논집 제50권 제2호, 2013, 101면; 김철신, "병원도입 정책의 추진경과", 대한치과의사협회지 제49권 9호, 2011, 511·512면), 이는 현행 「의료법」 제33조제2항에서 의료기관 개설자로 주식회사 기타 영리법인을 인정하고 있지 않는 것과는 배치되는 개념이므로 특별한 논의의 실익이 없을 것으로 사료된다. 더욱이 사회복지법인이 수익사업의 일환으로 운영하는 병원에서 발생된 수익이 사회복지법인의 목적사업 수행에 사용되는 것을 해당 사회복지법인의 구성원(사단법인의 형태인 경우에는 해당 사회복지법인의 회원에 해당될 것이지만 재단법인의 형태인 경우는 해당 사항이 없음)에게 이익이 배분되는 것이라고는 볼 수는 없기 때문에 비영리법인인 사회복지법인이 수익사업으로 병원을 운영하는데 있어서는 영리병원과 관련된 문제의 소지는 없다고 할 수 있다.

33) 수익사업의 내용을 정관에 기재하고자 하는 경우 사회복지법인은 그 정관 변경을 심사하는 주무관청에 해당 수익사업의 필요성 등에 대해서 합리적인 사유를 제출하여야 한다.

우라고 판단한 후 정관변경허가를 하였을 때 비로소 의료기관 개설이 가능하다고 할 것이다.

Ⅴ. 맺는말

보건복지부는 2001년 사회복지법인의 의료기관 개설을 금지하면서 그 이유를 사회복지법인이 개설한 의료기관의 환자유인행위 등 불법 자행을 그 근거로 들어오고 있었다. 그러나 환자유인 등 불법행위의 원인을 의료기관 개설주체의 특성에서 유추하는 것은 자칫 성급한 일반화의 오류를 범할 우려가 있어 그리 적절한 금지사유라고 보기는 어렵다. 사회복지법인만이 관련 불법을 저지르는 것이 아니기 때문이다. 오히려 사회복지법인은 사회복지사업 수행에 特化된 특수법인으로서 권리능력이 한정되어 있는바 그 목적사업으로는 사회복지사업 수행만이 가능한 법인이라는 점을 들어 의료기관의 개설을 금지하는 것이 더 바람직한 논리라고 할 수 있다. 의료기관의 개설·운영은 사회복지사업의 범주에 포함되는 것으로 보기 어려운 사업이므로 사회복지법인이 목적사업으로서 의료기관을 운영하는 것은 불법 자행 여부와는 무관하게 애당초 불가능한 사안이었기 때문이다. 즉, 사회복지법인이 의료기관을 개설하기 위해서는 의료기관 개설을 자신의 정관에 목적으로 등재하여야 가능할 것이지만, 사회복지법인의 의료기관 개설은 원칙적으로 「사회복지사업법」에 따른 사회복지사업으로 보기 어려우므로 사회복지법인의 권리능력을 넘어서는 것이므로 사회복지시설의 지위를 가진 의료기관 운영 등 일부의 예외를 제외하고는 그 정관에 목적사업으로 규정하는 것 자체가 불가능한 것이기 때문이다.

보건복지부가 시행중인 사회복지법인의 의료기관 개설금지 정책은 법인과 관련한 법리에 부합되는 것이라고 할 수 있다. 다만, 이러한 사회복지법인의 의료기관 개설금지의 문제는 향후 입법을 통해서 개선할 여지가 있다고 할 것인데, 이를 위해서는 우선 「사회복지사업법」상 사회복지사업의 정의나 범위를 개선하여 의료기관 개설·운영사업이 사회복지사업 포함 여부를 명확히 할 필요가 있다. 또한 사회복지법인의 의료기관 개설을 전면적으로 금지하기 보다는 사회복지사업 중 의료행위가 반드시 수반되어야 하는 사업이 있을 경우 해당 사회복지사업의 수행을 위해 필요한 경우 내에서 제한적으로 의료기관 개설을 허용하는 방향으로 사회복지 관련 법률 체계를 개선하는 것도 바람직하다고 할 것이다. 다만, 이러한 논의에 있

어서 의료기관 운영사업 자체가 고도의 전문성이 필요한 사업일 뿐만 아니라 인적·물적 자원이 집약된 사업임을 충분히 고려하여야 할 것이다.

(논문투고일 : 2015.08.19, 심사개시일 : 2015.08.27, 게재확정일 : 2015.09.22)

최 호 용

사회복지법인, 법인 권리능력, 의료기관, 목적사업, 수익사업

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

곽윤직/김재형, 「민법총칙 : 민법강의 1」, 박영사, 2014.
김민중, 「민법총칙」, 법영사, 2014.
김용담, 「주석 민법 (총칙1)」, 한국사법행정학회, 2010.
김장한/이윤성, 「의료와 법」, e*public, 2008.
김준호, 「민법총칙 : 이론·사례·판례」, 법문사, 2014.
대한의사협회, 「의료법원론」, 법문사, 2008.
법무부 법무심의관실, 「실무자를 위한 비영리·공익 법인 관리·감독 업무 편람」, 법무부, 2014
보건복지부, 「2015 사회복지법인 관리안내」, 보건복지부, 2015.
_____, 「2015 사회복지시설 관리안내」, 보건복지부, 2015.
_____, 「비영리 사단·재단법인 업무편람」, 보건복지부, 2014.
이상돈/김나경, 「의료법강의」, 법문사, 2013.
지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2014.
한국의료법학회 보건의료법학편찬위원회, 「보건의료법학」, 동림사, 2004.

Ⅱ. 논문

김철신, “병원도입 정책의 추진경과”, 대한치과의사협회지 제49권 9호, 2011.
석희태, “병원 개설 법인의 지위”, 의료법학 6권 2호, 2005.
손경복, “영리병원에 대한 이론적 고찰”, 보건학논집 제50권 제2호, 2013.
장연화, “의료법상 의료기관의 개설제한에 관한 고찰”, 인하대학교 법학연구 제12집 제2호, 2009.

Ⅲ. 참조판례

대법원, 2000.6.23. 선고, 98두11120 판결
대법원, 2014.1.23. 선고, 2011무178 판결

Ⅳ. 기타

「의료법 일부개정 법률안」(이종걸의원, 2014년 5월 9일 발의, 의안번호 10532)

Abstract

The Study on Legal Capacity of Social Welfare Foundation in Establishment of Medical Institutions

CHOI HO-YONG

The Ministry of Health & Welfare(MOHW) has prohibited Social Welfare Foundation(SWF) from establishing medical institutions, because of preventing from illegal patients attractants. MOHW has carried out the prohibition policy with vulnerable legal basis up to now. In the eye of the law, the very core of that prohibition is legal rights of a juristic person rather than prevention of illegality.

A juristic person shall be a subject of rights and duties, in accordance with the provisions of Acts, and within the scope of its objects as determined by the Articles of incorporation. SWF means the juristic person established to implement social welfare programs. Establishing medical institutions is not social welfare program. Accordingly, SWF can not establish medical institutions as the proper purpose business. But only if necessary to cover expenses of the proper purpose business, SWF may establish hospital as profit-making projects to the extent that the achievement of its objectives of establishment is not hindered. In that case, the benefit of medical institutions must be spent for the proper purpose business.

CHOI HO-YONG

Social Welfare Foundation, Legal Capacity of Juristic Person, medical institution, purpose business, profit-making projects