

成均館法學

第31卷 第1號



法學研究院

2019

발 간 사

『성균관법학』의 발간을 기다려주신 모든 분들께 인사드립니다. 나날이 심해지는 미세먼지로 인하여 유난히도 맑지 않은 날이 많았던 2018년의 겨울을 뒤로 하고 2019년 새로운 봄이 시작되었습니다. 계절의 변화에 맞춰 저희 법학연구원도 새로운 모습으로 거듭나기 위해 더욱 노력할 것을 다짐합니다.

저희 법학연구원은 매년 4회에 걸쳐 학술지인 『성균관법학』을 발간하고 있습니다. 뿐만 아니라 여러 학술단체와 교류를 증진하고 다른 관련 학회와 공동으로 여러 차례 학술대회도 개최하면서 법학 연구의 발전에 힘쓰고 있습니다. 앞으로도 법학연구원이 역할을 잘 수행할 수 있도록 변함없는 관심을 부탁드립니다.

이번 『성균관법학』 제31권 제1호에도 여러 투고자분들이 정성을 다하여 쓴 옥고를 보내주셨고, 심사위원님들의 엄정한 심사가 진행되었습니다. 그 결과 과세정보의 헌법적 고찰, 도시의 정비와 재생사업에 관한 행정법, 인공지능시대의 지적재산권 문제, 상표부등록과 표현에 관한 연구, 일본의 형사소송법과 중국의 국제사법에 관한 연구 등 다양한 분야를 아우르는 7편의 우수한 논문이 게재될 수 있었습니다. 앞으로도 많은 옥고를 보내주신다면 저희 법학연구원의 위상을 높이는 데 좋은 힘이 될 것으로 생각합니다.

다시 한 번 『성균관법학』의 발간과 법학연구원의 발전을 위해 애써주신 분들께 감사드립니다. 법학연구원은 『성균관법학』이 법학 연구의 좋은 밑거름이 될 수 있도록 계속 노력하겠습니다. 여러분 모두의 건승과 학문적 성취를 기원합니다.

2019. 3. 31.
법학연구원장
고 동원

目 次

[研究論文]

• 과세정보 공개에 관한 헌법적 고찰 - 국세기본법 제81조의13 제1항 제9호를 중심으로 -	허창환	1
• 도시정비 및 재생사업의 최근 현황과 발전 과제	성중탁	41
• 2016년 일본형사소송법 개정에 따른 형사재판의 간이 · 신속화와 전자화	우지이에 히토시	81
• 진술거부권의 불고지와 피고인 진술의 증거능력 - 독일연방대법원의 판례를 중심으로 -	신상현	111
• 인공지능 시대의 저작물 대량 디지털화에 관한 소고	신창환	143
• 상표부등록사유와 표현의 자유	송선미	177
• 중국 국제사법상 당사자자치 원칙에 관한 연구	김현아	207

CONTENT

Articles

- | | | |
|--|------------------|-----|
| • Constitutional Review on Disclosure of Taxation Information | Hur, Chang Hwan | 1 |
| • Current Situation and Tasks of Urban Improvement and Renewal Project in Korea | Sung, Joong Tak | 41 |
| • Making the Expedited Trial Proceedings Speedier and More Efficient – the Revision of the Code of Criminal Procedure in 2016 and the Possibility of the Introduction of IT Technology | Ujiie, Hitoshi | 81 |
| • Violation of the Right to Remain Silent and Admissibility of Defendant's Statement – Focusing on Judicial Precedents of Germany – | Shin, Sang Hyun | 111 |
| • Mass Digitization of Copyrighted Works in the Era of Artificial Intelligence (AI) | Shin, Chang-Hwan | 143 |
| • Refusal of Trademark Registration and Freedom of Speech | Song, Seon Mi | 177 |
| • Principle of Party Autonomy on the Chinese Private International Law | Kim, Hyun A | 207 |

과세정보 공개에 관한 헌법적 고찰

- 국세기본법 제81조의13 제1항 제9호를 중심으로 -

허 창 환*

【목 차】

I. 서론

II. 국민이 과세정보 공개를 청구한 경우

1. 문제되는 기본권
2. 알 권리와 제한되는 기본권 간의 충돌
3. 검토 및 사건

III. 행정주체가 과세정보 공개 청구를 한 경우

1. 행정주체의 기본권 주체성 인정여부
2. 납세자의 기본권에 대한 제한가능성
3. 기본권 제한의 합헌성에 대한 판단기준
4. 검토 및 사건

IV. 과세정보 공개사유에 대한 해석론과 개선방향

1. 국세기본법 제81조의13 제1항 제9호의 해석론
2. 과세정보 공개사유의 개선방향
3. 검토 및 사건

V. 결론

【국 문 요 약】

국세기본법 제81조의 13(비밀유지) 제1항에서는 모든 과세정보를 공개하지 아니하는 비공개주의를 취하면서, 각호에서 공개할 수 있는 개별적 사유들을 규정하고 있다. 이 규정의 취지는 납세자의 사생활 비밀의 자유·개인정보 자기결정권 등 ‘납세자의 기본권을 보호’하고, ‘조세행정업무에 대한 비협조를 방지’하기 위함이다. 그런데 일반 국민 입장에서는 알 권리를 위하여, 다른 행정주체의 입장에서는 중대한 공익을 위하여 과세정보를 공개 또는 공유할 필요성도 인정된다. 여기서 과세정보를 요구하는 주체가 일반 국민인지 또는 국가기관인지, 제공되는 과

* 성균관대학교 공법(헌법) 박사과정(수료), 변호사

세정보가 자연인인지 법인인지에 따라 그 헌법상의 제한되는 기본권의 주체 및 제한되는 기본권이 달라질 수 있으므로, 과세정보요구 주체에 따라 헌법상의 근거와 헌법 원리를 각각 살펴볼 필요가 있다.

일반국민이 공공기관의 정보공개에 관한 법률을 근거로 자연인인 납세자의 과세정보를 요구하는 경우에는 정보청구권자의 알권리와 납세자의 사생활 비밀의 자유·개인정보자기결정권이, 법인인 납세자의 과세정보를 요구하는 경우에는 법인의 직업수행의 자유(영업의 자유)와의 기본권 충돌이 문제된다. 반면, 행정주체가 행정목적상을 이유로 납세자의 과세정보를 요구하는 경우에는, 납세자가 자연인인 경우에는 사생활 비밀의 자유·개인정보자기결정권이, 납세자가 주식회사와 같은 법인인 경우에는 직업수행(영업)의 자유가 제한된다.

그런데 현행 국세기본법 제81조의13(비밀유지) 제1항 제9호의 예외적 공개사유인 ‘다른 법률’을 해석함에 있어 제한되는 기본권들을 해결하는 각각의 헌법원리, 즉 알 권리와 사생활 비밀의 자유의 기본권 충돌을 해결하는 규범조화적 해석론, 또는 행정주체의 중대한 공익을 위한 경우에 기본권 제한의 합헌성의 판단기준인 과잉금지원칙에 따라서 완화된 해석론을 취할 수 있을 것이다. 그러나 실무상 현행 국세기본법 제81조의13(비밀유지) 제1항 제9호의 ‘다른 법률의 규정’은 반드시 그 법률에 ‘과세정보를 요구할 수 있다’라고 구체적으로 규정된 경우에만 공개할 수 있다고 해석하고 있다. 따라서 국민 또는 다른 행정주체가 과세관청에 과세정보 공개를 청구하는 경우, 국세기본법 제81조의13 제1항 각 호의 사유에 해당하지 아니하는 한 과세관청은 이를 거부하는 처분을 하고 있으며, 법원과 행정심판위원회에서도 현행 국세기본법 제81조의13 제1항 제9호를 엄격하게 해석하여 과세정보 공개청구를 거부하는 처분은 적법한 처분으로 판단하고 있다.

따라서 현행 국세기본법 제81조의13(비밀유지) 제1항 제9호는 과도하게 과세정보를 비공개하고 있다고 판단되는바, 알 권리를 보장하는 차원에서 ‘납세자가 스스로 그 권리를 포기하였다고 판단되거나, 납세자의 관련 기본권을 침해하지 아니하는 범위’ 내에서는 과세정보를 공개할 수 있도록 하여야 하며, ‘중대한 공익상의 이유가 있는 경우’의 일반적 규정을 통하여 이를 보충할 수 있도록 개정하는 것이 필요하다.

I. 서론

국세기본법 제81조의13 제1항에서는 ‘과세정보란 세무공무원이 납세자가 세법에서 정한 납세의무를 이행하기 위하여 제출한 자료나 국세의 부과·징수를 위하여 업무상 취득한 자료 등’을 말한다고 규정하고 있다. 또한 같은 항에서는 모든 과세정보를 비공개하도록 하고, 1호 내지 9호의 예외사유에 해당하는 경우에는 예외적으로 공개할 수 있도록 규정하고 있다. 그동안 학계에서는 ‘국민의 알 권리’ 또는 ‘중대한 공익상의 이유’로 과세정보의 공개범위를 확대하여야 한다는 주장¹⁾이 지속적으로 제기되었고, 그 결과 국세기본법 제81조의 13조 각 호의 예외사유도 1996년 당시 5개에 불과하였던 것이 현재는 9개에 이르고 있다. 그러나 우리나라의 과세정보 다른 나라들에 비해 매우 제한적이기 때문에, 현행법의 테두리에서도 그 공개범위를 확대하기 위한 해석론도 제기된다. 특히 위 법률 동항 제9호는 “다른 법률의 규정에 따라 과세정보를 요구하는 경우”라고 규정하고 있는바, 여기서 ‘다른 법률’이 일반적인 정보공개 요구 규정이 있는 법률도 포함된다고 해석할 수 있는지가 특히 문제된다.

그러나 이러한 논의는 여러 기본권 주체들 간의 각 기본권들의 충돌이 일어나는 것 또는 각 기본권의 제한을 전제로 하는바, 과세정보에 대한 헌법적 시각에서의 분석이 선행되어야 할 필요성이 있다. 왜냐하면 과세정보를 공개하는 문제에 있어, 과세정보를 청구하는 주체가 누구인지, 제공되는 과세정보의 주체가 누구인지에 따라 과세정보 청구의 헌법상 근거 및 제한되는 기본권 등이 달라질 수 있기 때문이다. 따라서 이하에서는 과세정보를 청구하는 주체에 따라 과세정보의 헌법적 의의를 고찰한 뒤, 국세기본법 제81조의 13 제1항 제9호의 해석론, 그리고 같은 항의 입법론적 개선방향에 대해 고찰한다.

1) 이동식, “과세정보에 대한 비밀유지의무”, 경북대학교 법학연구원, 법학논고 제39집, 2012. 6. 310-311면. ; 위평량, “우리나라 과세정보 공개수준 검토를 통한 개선방향”, ERRI경제개혁연구소, 이슈&분석, 2017. 3. 3면 ; 한편, 국세청에서도 2018년 국세행정 운영방안을 통해, ‘정책 수립·집행, 의정활동 등을 위해 관련기관과 국회에서 과세정보 요청시 적법한 범위 내에서 최대한 제공하고, 과세정보 제공의 법적 근거마련을 위한 법률개정 협의 등 유관 기관 간 정보공유 활성화에 적극 협력’하여, 국민 눈높이에 맞춰 과세정보의 공개범위를 획기적으로 확대하겠다고 하였다. ; 국세청, “2018년 국세행정 운영방안”, 2018. 1. 10면.

II. 국민이 과세정보 공개를 청구한 경우

국민이 특정 납세자의 과세정보 공개청구를 한 경우에는 ‘청구권자의 알 권리’와 ‘납세자의 사생활비밀의 자유·개인정보자기결정권’의 충돌이 문제된다. 이하에서는 위와 같은 경우에 문제되는 기본권이 무엇인지, 기본권의 충돌 문제의 해결 방안은 무엇인지에 대해 검토한다.

1. 문제되는 기본권

가. 과세정보 청구권자의 기본권

국민이 과세관청에 과세정보 공개를 청구하는 경우, 그 청구권의 헌법상 근거가 되는 기본권은 ‘알 권리’이다. 알 권리란 일반적으로 ‘국민이 정보를 자유롭게 알 수 있는 권리, 또는 이러한 정보에 대해 접근할 수 있는 권리’를 말한다. 우리 헌법은 알 권리를 명문으로 규정하고 있지는 않으나, 알 권리가 헌법상 기본권에 해당한다는 것은 학설 및 판례가 다툼 없는 인정하는 사실이다.

알 권리의 헌법상 근거에 관하여 ‘헌법 제21조 표현의 자유’ 규정을 근거로 인정하는 견해²⁾, 헌법 제21조 및 헌법 제10조 행복추구권 모두를 근거로 하여야 한다는 견해³⁾의 대립이 있다. 헌법재판소는 헌법 제21조 표현의 자유를 근거로 해석⁴⁾하고 있다. 생각건대, 알 권리는 자유권·청구권적 양 측면이 모두 존재하므로, 헌법 제21조 및 헌법 제10조에서 그 근거를 찾는 것이 타당하다고 할 것이다.

이러한 국민의 알 권리 중 정보공개청구권을 실질적으로 보장하기 위하여 이를 구체화한 법률이 바로 「공공기관의 정보공개에 관한 법률(이하 ‘정보공개법’이라고 한다)」이다. 정보공개법 제5조는 ‘모든 국민은 정보의 공개를 청구할 권리를 가진다.’고 규정하고 있고, 같은 법 제9조 제1항은 ‘공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개 대상이 된다.’고 규정하고 있다. 따라서 국민은 헌법상 알 권리를

2) 김하열, 「헌법강의」, 박영사, 2018. 8. 455면.

3) 정제황, 「신헌법입문」 제8판, 박영사, 2018. 2. 442면. ; 성낙인, 「헌법학」 제18판, 법문사, 2018. 2. 1230면.

4) 헌법재판소 1991. 5. 13. 90헌마133,

구체적으로 보장하기 위하여 제정된 정보공개법에 근거하여 과세관청에 납세자의 과세정보에 관하여 정보공개청구⁵⁾를 할 수 있다.

나. 납세자의 제한되는 기본권

만일 과세정보가 공개된다면, 납세자가 자연인인지 법인인지 여부에 따라서 제한되는 기본권이 달라질 수 있다. 왜냐하면 자연인⁶⁾과 법인은 기본권의 주체성 인정범위가 다르기 때문이다. 따라서 이하에서는 납세자가 누구인지에 따라 제한되는 기본권이 무엇인지를 검토한다.

1) 납세자가 자연인인 경우

과세정보의 주체인 납세자가 자연인인 경우, 그 과세정보가 공개되면 납세자는 아래와 같이 사생활비밀의 자유 및 개인정보자기결정권을 제한⁷⁾받을 수 있다.

가) 사생활 비밀의 자유

과세정보가 공개되면 납세자는 사생활 비밀의 자유를 제한받는다. 사생활의 비밀과 자유란, 일반적으로 ‘사생활의 공개를 강요당하지 않고 사생활의 자유로운 형성 및 전개를 방해당하지 않는 권리’를 말한다. 납세자의 과세정보 중, ‘개인의 소득내역, 보유하고 있는 재산권 및 소비형태 등의 금전의 흐름’ 등을 파악할 수 있는 민감한 과세정보가 공개된다면, 이는 납세자가 자신이 원치 않았음에도 불

5) 다만, 대법원은 ‘과세정보는 정보공개법 제9조 제1항의 다른 법률에서 비공개 사항으로 규정된 정보’에 해당한다는 입장이므로(대법원 2004. 3. 12. 선고 2003두11544 판결), 과세관청은 국민의 과세정보공개청구에 대해 국세기본법 제81조의13 제1항을 근거로 거부처분을 하고 있다.

6) 자연인 중에서도 외국인과 국민에게 인정되는 기본권이 달라질 수 있으나, 과세정보 공개범위 확대 문제에 있어서는 차이가 없으므로, 이하에서는 자연인을 국민과 외국인으로 특별히 구별하지 않는다.

7) 자연인의 직업수행의 자유(영업의 자유) 부분도 제한될 여지가 있으나, 과세정보의 공개로 인하여 더 밀접하게 관련성이 있는 부분은 사생활 비밀의 자유와 개인정보자기결정권이므로, 영업의 자유 부분은 법인의 제한되는 기본권 영역에서 다루고자 한다.

구하고 사적인 내밀한 내용인 사생활이 공개되는 것이라고 보아야 한다.

대법원은 국세기본법 제81조의13의 취지에 관하여 “타 공무원에 비하여 개인의 경제활동과 관련한 거래처, 경영전략, 재무구조 등 중요한 정보를 업무상 얻을 수 있는 세무공무원이 이를 제한 없이 공개할 경우 발생할 납세자의 비밀침해 및 세무행정에 대한 거부를 방지하고자 위 예외사유에 한하여 이를 공개할 수 있도록 규정한 것”이라고 판시⁸⁾하여, 과세정보 비밀주의를 취하는 목적은 ‘사적 비밀의 보호’ 및 ‘조세행정에 대한 거부방지’에 있다고 하였다. 또한 대법원은 “지방세법 제69조⁹⁾는 세무공무원이 직무상 취득한 지방세 과세정보를 정당한 이유 없이 누설하는 행위 등을 금지함으로써 납세자의 사생활 및 인격권을 보호하는 것을 그 주된 목적으로 하는 규정이라고 할 것이다.”라고 판시¹⁰⁾하였고, 서울고등법원에서는 “조세(과세정보)의 비밀 그 자체는 기본권의 지위를 가지지 못하나, 조세 비밀이 사생활과 관련되는 한 기본권으로 보호될 수 있다”고 판시¹¹⁾하여, 국세기본법이 과세정보를 원칙적으로 비공개하는 것은 사생활 비밀의 자유를 보장하기 위한 것이라는 점을 명확하게 하였다. 따라서 자연인의 ‘개인의 내밀한 영역 또는 이를 유추할 수 있는 과세정보’가 공개되는 경우에는 납세자의 사생활 비밀의 자유가 제한될 수 있다.

나) 개인정보자기결정권

과세정보가 공개되면 납세자는 개인정보자기결정권이 제한될 수 있다. 개인정보자기결정권이란 ‘자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리, 즉 정보주체가 개인정보의 공개여부와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리¹²⁾’를 말한다.

8) 대법원 2004. 3. 12. 선고 2003두11544 판결

9) 당시 지방세법 제69조는 제1항에서 ‘세무공무원은 납세자가 이 법이 정한 납세의무를 이행하기 위하여 제출한 자료나 지방세의 부과 또는 징수를 목적으로 업무상 취득한 자료 등(이하 "과세정보"라 한다)을 다른 사람에게 제공 또는 누설하거나 목적 외의 용도로 사용하여서는 아니 된다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그 사용목적에 맞는 범위 안에서 납세자의 과세정보를 제공하여야 한다.’라고 규정하고 있어, 현행 국세기본법 제81조의13 (비밀유지) 제1항과 같은 취지의 규정을 두고 있었다.

10) 대법원 2000. 4. 25. 선고 99도4260 판결

11) 서울고등법원 1995. 8. 24. 선고 94구39262판결

사생활의 비밀의 자유는 국가 또는 제3자로부터 국민 개인의 사생활의 불가침이라는 소극적·방어적인 성격의 권리인 반면, 개인정보자기결정권은 적극적인 권리의 성격을 가진다.

과거처럼 개인의 정보가 대부분 문서화된 형태로 수집·이용·폐기 되는 경우에는 사생활 비밀의 자유만으로도 개인정보에 대한 보호가 어느 정도는 이루어질 수 있었다. 그러나 정보통신 과학기술이 고도로 발전하면서 국가기관과 민간영역을 불문하고 정보주체도 모르게 개인정보가 광범위하게 유통 되면서 개인의 사생활이 침해되고, 개인정보가 범죄의 수단으로 활용되면서 사회적 문제를 야기하였다. 이에 따라 개인정보 그 자체에 중점을 두고 수집·이용·폐기 등을 정보주체 스스로 결정할 수 있는 적극적 성격의 기본권의 개념이 필요하게 되었으며, 그에 따라 새롭게 생겨난 개념이 바로 개인정보자기결정권이다.

개인정보자기결정권을 사생활 비밀의 자유의 적극적 성격이라는 견해¹³⁾, 헌법 제17조 및 헌법 제10조에서 찾는 견해¹⁴⁾가 대립한다. 헌법재판소도 기본적으로는 헌법 제10조와 제17조가 그 근거가 된다¹⁵⁾고 하면서도, 개인정보자기결정권으로 보호하려는 내용을 위 각 기본권(헌법 제10조, 제17조)들 및 헌법원리들(국민주권 원리, 민주주의 원리) 중 일부에 완전히 포섭시키는 것은 불가능하고, 그 헌법적 근거를 굳이 어느 한두 개에 국한시키는 것은 바람직하지 않으므로, 개인정보자기결정권은 이들을 이념적 기초로 하는 독자적 기본권으로서 헌법에 명시되지 아니한 기본권이라¹⁶⁾고 하였다. 생각건대, 개인정보자기결정권은 사생활 비밀의 자유의 적극적 성격의 측면이 있는 것은 사실이나, 그 근거를 사생활 비밀의 자유에 완전히 포섭시키는 것은 오히려 개인정보자기결정권을 위축시키는 결과를 초래할 수도 있다고 할 것인바, 이들을 이념적 기초로 하는 독자적인 기본권이라고 해석하는 것이 타당하다.

한편, 헌법재판소는 의료기관이 소득공제증빙서류를 과세관청에 의무적으로 송

12) 헌법재판소 2005. 5. 26. 99헌마513, 2004헌마190, 전원재판부

13) 김일환, ‘정보자기결정권의 헌법상 근거와 보호에 관한 연구’, 공법연구 29-3, 101-102면

14) 김하열, 앞의 책, 529면. 양건, 「헌법강의」, 법문사, 2018. 554면.

15) 헌법재판소 2005. 7. 21. 2003헌마282, 헌법재판소 2015. 6. 25. 2014헌마463

16) 헌법재판소 2005. 5. 26. 99헌마513, 판례집 17-1, 668, 683 ; 김학성, 「헌법학원론」, 피앤씨미디어, 2018. 2. 562면에서도 개인정보자기결정권을 ‘독자적 기본권’으로 분리하여 다루고 있다.

부하도록 하는 것이 환자의 개인정보자기결정권을 침해한다는 이유로 헌법소원을 제기한 사건에서, “개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격 주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위”는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당하고, ‘소득공제증빙서류가 병명이나 구체적인 진료내역과 같은 인격의 내적 핵심에 근접하는 의료정보는 아니지만, 그 자체만으로도 보호되어야 할 사생활의 비밀일 뿐 아니라, 이러한 정보를 통합하면 구체적인 신체적·정신적 결함이나 진료의 내용까지도 유추할 수 있게 되므로, 개인정보자기결정권에 의하여 보호되어야 할 의료정보’라고 판시¹⁷⁾하였다.

과세정보는 종류가 매우 다양하므로 그 민감도에 따라 구별이 가능하다. 인격이 내적 영역에 근접할 수 있는 과세정보는 사생활 비밀의 자유 영역에서 보호될 수 있으나, 그렇지 아니한 과세정보라고 할지라도 개인의 사회적 지위·신분 등 개인의 인격성을 특정 짓는 사항으로서 개인의 동일성을 식별하게 할 수 있는 정보에 해당하므로, 과세정보 전체가 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인 정보에 해당한다고 볼 수 있다.

결국 국민의 알 권리 차원에서 개인의 과세정보가 공개된다면 이는 정보주체인 납세자가 자신의 개인정보인 과세정보 공개여부에 대하여 스스로 결정할 권리, 즉 개인정보자기결정권이 제한될 수 있는 것이다.

2) 납세자가 법인인 경우

법인은 자연인과 달리 모든 기본권의 주체가 될 수 있는 것이 아니고, 기본권의 성질에 비추어 볼 때 법인에게도 인정될 수 있는 경우에만 법인의 기본권 주체성이 인정된다. 헌법재판소 역시 “그 성질상 법인에게 인정될 수 있는 기본권에 한하여 기본권의 주체성이 인정된다.”고 판시¹⁸⁾하여 기본권의 성질에 따라 법인에게 개별적으로 주체성을 인정하고 있다. 일반적으로 법인에게도 기본권 주체성이 인정되는 기본권은 평등권·직업선택의 자유, 거주·이전의 자유, 표현의 자유, 재산권, 재판청구권, 인격권·명예권 등이 거론된다. 그러나 인간의 존엄과 가치·행복추구권·신체의 자유, 정신적 자유 등에 대해서는 법인의 기본권 주체성은 부정

17) 헌법재판소 2005. 7. 21. 2003헌마282

18) 헌법재판소 1991. 6. 3. 90헌마56

된다¹⁹⁾. 따라서 법인의 과세정보가 공개·공유되는 경우, 아래와 같이 직업수행의 자유(영업의 자유), 사생활비밀의 자유, 개인정보자기결정권 등의 법인에 대한 기본권 주체성의 인정여부가 문제된다.

가) 사생활비밀의 자유

법인이 사생활비밀의 자유의 주체가 될 수 있다면 사생활 비밀의 자유도 제한된다고 볼 수 있다. 법인이 사생활비밀의 자유의 주체가 인정되는지 여부에 대해서는 견해가 대립한다. 부정설²⁰⁾은 사생활비밀의 자유는 인간의 존엄과 인격적 가치를 보장하기 위한 것이라는 점에서 자연인만이 그 주체가 될 수 있다고 본다. 반면, 긍정설은 법인 등도 명예권의 주체로 인정될 수 있으므로 사생활 비밀의 자유의 주체가 될 수 있다고 한다. 서울고등법원에서는 법인도 사생활비밀의 자유의 주체가 될 수 있다는 판시를 한 적이 있다²¹⁾. 한편, 「법인에게는 인간의 존엄성에 대한 기초가 없음에도 불구하고 인격권 보호나 사생활 보호와 유사한 내용의 보호가 법인에게 적용될 수 있다」면서, ‘통신비밀의 자유, 법인의 비밀 등을 예로 드는 견해²²⁾도 있다. 이러한 해석은 법인의 사생활 비밀의 자유에 대한 기본권 주체성의 부정설을 취하면서도, 실무상의 필요성에 의해 개별 법률에 따른 ‘내사(內事)의 자유’에 대한 보호 가능성을 실시한 것으로 판단된다.

생각건대, 사생활의 비밀과 자유는 인간의 존엄성 존중과 인간의 인격적 가치를 보호하려는 것이므로 법인에게는 인정될 수 없는 부정설이 타당하다고 할 것이다. 따라서 법인의 내적 영역에 대한 과세정보가 공개되어 그로 인하여 영업비

19) 헌법재판소 2006. 12. 28. 2004헌바67

20) 김하열, 앞의 책, 211면. ; 김학성, 앞의 책, 553면. ; 강경근, 「일반헌법학」, 법문사, 2018. 5. 503면.

21) 서울고등법원에서는 “일반적으로 조세비밀 그 자체는 기본권으로의 지위를 가지지 못하나, 법인도 기본권의 주체가 되며 헌법 제17조에서 모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다고 규정하고 있어 조세비밀이 사생활과 관련되는 한 기본권으로 보호됨이 마땅하다고 할 것인데(조세비밀의 기본권 보호의 도구로서의 기본권 유사성 성질)”라고 하여 마치 법인이 사생활 비밀의 자유의 주체가 인정될 수 있다는 듯한 판시를 하고 있다(서울고등법원 1995. 8. 24. 선고 94구39262 판결).

22) 김현귀, ‘법인의 인격권’, 헌법재판소 헌법재판연구원, 헌법이론과 실무, 2015. 6. 56면.

밀 등이 침해되는 경우, 법인의 성질상 인정될 수 있는 다른 기본권, 예컨대 재산권·직업수행의 자유 중 영업의 자유의 제한이 문제될 뿐이라고 해석하여야 한다.

나) 개인정보자기결정권

법인이 개인정보자기결정권의 주체가 될 수 있다면 개인정보자기결정권이 제한된다고 할 것이다. 법인이 개인정보자기결정권의 주체가 될 수 있는지 여부에 관하여 법인도 인격권의 주체가 될 수 있다는 점에서 긍정하는 견해와 사생활권이 생존하는 자연인에게만 인정된다는 점에서 부정하는 견해가 대립한다. 한편, 개인정보보호법 제1조는 “개인의 존엄과 가치를 구현함을 목적으로 한다.”고 규정하여, 그 주체를 개인으로 한정시키고 있으며, 동법 제2조 제1호는 개인정보의 개념을 ‘살아 있는 개인에 관한 정보’라고 규정하여, 법인을 배제하고 있다.

생각건대, 개인정보자기결정권은 사생활의 비밀의 자유, 헌법 제10조와 헌법 제17조 및 국민주권원리, 민주주의 원리 등의 헌법원리 등을 이념적 기초로 하는 헌법에 열거되지 아니한 독자적 기본권이라고 할 것이나, 그 본질은 인간의 존엄과 존중, 인격적 가치를 보호하려는 것임은 사생활 비밀의 자유와 같다고 볼 수 있다. 따라서 법인은 사생활 비밀의 자유의 주체가 될 수 없다는 점에서, 개인정보자기결정권의 주체 역시 될 수 없다고 해석하여야 할 것²³⁾이다.

23) 다만, 법인의 내밀한 영역의 정보들이 영업비밀이나 경영전략과 같은 정보재산에 속하는 경우에는 재산권으로 인정을 받을 수 있을 것이다. 오늘날과 같은 정보화 사회에서는 재산적 가치 있는 정보가 기업의 중요한 재산을 이루고 있는바 법인이 재산권의 주체가 될 수 있다는 점에 대해서는 다툼이 없고, 재산권의 객체가 모든 공·사법상의 권리라는 점에서, 영업비밀과 같은 정보재산권이 법인의 의사에 반하여 타인에게 노출되는 것은 법인의 재산권을 제한하는 것이 될 여지도 있기 때문이다. 다만, 과세정보와 영업비밀이 같은 개념이 아니고, 재산권과 자유권적 기본권의 영역이 전혀 다르다는 점에서 재산권에 관한 부분은 추후 연구를 통해 더 밝혀 나가야 하는 부분이다.

다) 직업수행의 자유(영업의 자유)

법인인 납세자의 과세정보 중에서 영업비밀·경영정보 등을 유추해 낼 수 있는 정보가 공개된다면 직업수행의 자유 중 영업의 자유가 제한될 수 있다. 직업수행의 자유는 영업의 자유를 포함한다. 영업의 자유란, 누구든지 국가의 간섭 없이 자유로운 방식으로 직업의 수행, 즉 영업을 할 수 있는 권리를 말한다. 헌법재판소는 “헌법 제15조에 의한 직업선택의 자유는 자신이 원하는 직업을 자유롭게 선택하는 좁은 의미의 직업선택의 자유와 그가 선택한 직업을 자기가 원하는 방식으로 자유롭게 수행할 수 있는 직업수행의 자유(영업의 자유)를 포함하는 직업의 자유를 뜻하고, 법인도 직업수행의 자유의 주체가 될 수 있다²⁴⁾.”고 하였고, “영업의 자유에 있어서, 영업이라 함은 영리추구를 목적으로 하는 자주적인 직업 활동을 의미하고, 영업의 자유라 함은 영리적인 직업 활동에 있어서 국가로부터의 간섭과 제재를 배제하는 것을 의미한다²⁵⁾.”고 하였다.

다만, 헌법재판소는 “환자의 의료비지급내역인 성명, 주민등록번호, 지급금액 및 지급일자 등 독립된 경제적 가치를 가진다거나 상당한 노력에 의하여 비밀로 취급되는 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보라고 보기 어렵고, 의료비 내역 제출의무가 의료영업을 수행하는 청구인들에게 업무상 부담을 주는 것도 아니어서 이 사건 법령조항이 의사 내지 의료기관의 직업수행의 자유를 제한하는 것이라고 볼 수 없다²⁶⁾.”고 하였다. 즉 국가에 의하여 영업자가 환자의 성명, 주민번호, 지급금액, 지급일자 등이 기재된 의료비지급내역을 강제로 제출해야 한다고 하더라도 이러한 정보 자체가 ‘영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보’가 아니므로 이를 제출하는 정도만으로는 영업의 자유를 제한하는 것이 아니라는 것이다. 이렇듯 ‘정보의 유형’에 따라서 국민의 직업수행의 자유를 제한하는 것조차 아닐 수도 있다고 판단한 헌법재판소의 위 결정은, 법인의 과세정보에 대한 공개범위를 확대하는 문제에 있어서, 만일 법인의 과세정보가 영업활동에 유용한 기술상의 정보가 아니라면 법인의 영업의 자유를 제한하는 것이 아니라고 볼 수 있다는 해석의 근거가 될 수 있다는 점에서 그 의의가 있다고 할 것이다.

그러나 법인의 과세정보에는 위와 같이 ‘영업활동에 유용한 기술상 또는 경영

24) 헌법재판소 2001. 6. 28. 2001헌마132 참조

25) 헌법재판소 2009. 10. 29. 2007헌마667

26) 헌법재판소 2008. 10. 30. 2006헌마1401

상의 정보'가 아닌 정보도 있으나, 법인의 수입과 지출, 직원현황, 거래처 등 해당 법인의 영업정보가 포함된 과세정보가 포함되어 있을 수 있다. 이러한 정보가 공개되면 경쟁법인에 대한 영업비밀과 경영전략, 재무구조, 거래처 등이 드러날 수 있다. 따라서 법인의 영업, 금융에 관한 민감한 과세정보는 이를 공개할 경우 사업운영상 지장을 초래하는 과세정보라고 할 것이므로, 이러한 내용을 담고 있는 과세정보를 공개하는 경우 법인의 영업의 자유가 제한될 수 있다.

다. 소결론

국민이 헌법상 알 권리를 근거로 과세정보 공개 청구를 한 경우, 자연인인 납세자는 사생활의 비밀의 자유, 개인정보자기결정권이 제한될 수 있다. 그러나 법인의 경우에는 사생활 비밀의 자유, 개인정보자기결정권의 주체가 될 수 없다고 해석하여야 한다. 따라서 법인인 납세자의 과세정보가 공개되는 경우에는 직업수행의 자유(영업의 자유)가 제한될 수 있다.

2. 알 권리와 제한되는 기본권 간의 충돌

국가는 국민의 기본권을 최대한 보장하고 보호할 헌법상 의무가 있다. 따라서 과세정보를 청구하는 국민의 알 권리 뿐만 아니라, 과세정보의 주체들의 위 각 기본권을 역시 최대한 보호하여야 한다. 이처럼 상이한 기본권 주체들 사이에서 상충하는 기본권 간의 충돌 문제가 발생할 수 있는바, 이하에서는 기본권 충돌의 해결방안을 살펴본다.

가. 기본권 충돌의 의미

기본권의 충돌이란 복수의 기본권 주체들이 특정한 상황에서 서로 대립되는 각자의 기본권의 효력을 주장하는 것을 말한다. 헌법재판소는 “기본권의 충돌이란, 상이한 기본권의 주체가 상충하는 권익을 실현하기 위하여 하나의 동일한 사건에서 국가에 대하여 각기 대립되는 기본권의 효력을 주장하는 경우를 말하는 데, 한 기본권 주체의 기본권 행사가 다른 기본권 주체의 기본권 행사를 제한 또는 희생시킨다는 데 그 특징이 있다”고 결정²⁷⁾한바 있다.

나. 기본권 충돌의 해결방법

기본권충돌의 해결방법으로는 다양한 해결책이 제시되고 있으나, 일반적으로 이익형량(기본권의 서열이론)의 방법과, 규범조화적 해석에 의한 방법론이 제시되고 있다. 이익형량의 방법은 상이한 기본권이 충돌하는 경우에 그것이 실현하려는 이익을 형량 하여 보다 우월한 이익을 보장하고 덜 중요한 이익을 유보시키는 방식을 말한다. 서울고등법원에서는 “과세정보 비밀주의와 관련하여 알 권리에 우선하는 사생활이 포함되어 있는 경우가 있다”고 판시²⁸⁾하여, 이익형량의 방법으로 과세정보 공개문제에 접근한 바 있다. 반면, 규범조화적 해석론은 상충하는 기본권 모두가 최대한으로 보장 받을 수 있는 조화로운 방법을 연구하여 택하여야 한다는 이론으로, 상충하는 기본권 모두 필요최소한으로 제한하는 방법 등이 논의된다.

헌법재판소는 기본권 충돌의 문제되는 경우에, 구체적인 사실관계에 따라, 충돌하는 각 기본권의 성격과 태양에 따라 그때그때 마다 이익형량 또는 규범조화적 해석론을 적용하여 문제를 해결하였다.²⁹⁾ 관련된 헌법재판소 결정례를 살펴보면, 건강권과 흡연권이 충돌하는 경우에는 기본권 서열이론에 따라 판단하였고³⁰⁾, 정보공개법상 사생활 비밀의 자유를 침해할 우려가 있는 개인정보를 비공개 대상으로 하는 경우³¹⁾, 변호사들의 인맥지수 공개³²⁾ 등에서는 규범조화적 해석론에 의하여 문제를 해결하였다.

한편, 과세정보 공개문제에서 문제되는 기본권인 사생활 비밀의 자유가 표현의 자유와 충돌하는 경우에는 권리포기 이론, 공익의 이론, 공적 인물이론이 그 해결책으로 제시되고 있다. 권리포기 이론은 기본권의 주체가 스스로 사생활 비밀의 자유를 포기한 경우에는 대상의 사생활 영역에 속하는 정보를 공개할 수 있다는 이론이다. 공익론은 중대한 공익상의 이유로 사생활의 비밀을 공개할 수 있다는 것이다. 공적 인물이론은 공적인 사람은 사생활 영역의 정보가 공개되더라도 일반인보다는 더 높은 수인의무를 부담한다는 이론이다.

27) 헌법재판소 2005.11.24.2002헌바95등

28) 서울고등법원 1995. 8. 24. 선고 94구39262판결

29) 헌법재판소 2005. 11. 24. 2002헌바95·96, 2003헌바9(병합)

30) 헌법재판소 2004. 8. 26. 2003헌마457

31) 헌법재판소 2010. 12. 28. 2009헌바258

32) 헌법재판소 2011. 9. 2. 2008다42430

다. 소결론

생각건대, 기본권 충돌의 문제는 일률적으로 어떠한 방식을 택할 것이 아니라, 헌법재판소의 태도와 같이 '기본권의 성격과 태양 등, 제반사정을 종합적으로 고려하여 해결방법을 선택'하는 것이 타당하다고 할 것이다. 그런데 국세기본법 제 81조의13 제1항의 경우에는 국민 개인의 알 권리와 납세자의 관련된 기본권들이 충돌하는 상황이므로, 어느 한 기본권이 다른 기본권의 일방적 희생을 강요할 수 있을 정도의 보다 더 높은 상위의 기본권이라고 볼 수는 없다. 따라서 과세정보의 공개범위를 확대하는 문제해결에 있어서는 규범조화적 해석에 의하여 각 기본권을 최소한으로 제한하는 방식을 택하는 방안을 고려하는 것이 합리적인 해결책이라고 할 것이다.

3. 검토 및 사건

국민이 자연인인 납세자의 정보공개청구를 하는 경우에는 국민의 알 권리와 납세자의 사생활 비밀의 자유·개인정보자기결정권 간에 기본권 충돌의 문제가 발생하고, 법인의 과세정보공개청구를 하는 경우에는 법인의 직업수행의 자유(영업의 자유), 구체적으로는 영업비밀의 자유와 알 권리의 충돌문제가 발생한다. 따라서 국민이 '알 권리'를 근거로 하여 과세관청에 과세정보 공개를 청구하는 경우, 이를 공개할 것인지 여부를 결정하는 문제는 헌법상 기본권 충돌의 해결방법인 이익형량 내지 규범조화적 해석의 방법을 적용할 수 있을 것이다.

그런데 국민의 알 권리와 사생활 비밀의 자유·개인정보 자기결정권·영업의 자유 등은 어느 한 쪽이 더 상위의 기본권으로서 다른 한 쪽을 일방적으로 희생하여야 하는 경우에 해당한다고 볼 수 없다. 따라서 규범조화적 해석론에 따라 각 기본권을 최소한으로 제한하는 방법을 모색하여야 할 것이다. 나아가 기본권의 주체가 스스로 관련된 기본권을 포기하였는지 여부, 과세정보를 공개해야 하여야 할 중대한 공익상의 이유가 있는지 여부, 과세정보의 주체가 공적인물·법인인지 여부 등, 구체적·개별적 사실관계에 따라 달리 해석이 가능하다고 할 것이다.

Ⅲ. 행정주체가 과세정보 공개청구를 한 경우

행정주체가 행정목적상의 이유로 납세자의 과세정보 공개청구를 한 경우, 그 헌법적 근거가 무엇인지, 제한되는 납세자의 기본권의 제한을 정당화하는 헌법상 원리가 무엇인지가 문제된다. 이하에서는 행정주체의 정보공개 청구권의 헌법적 근거 및 납세자의 기본권을 제한을 정당화하는 헌법상 원리에 대해 살펴본다.

1. 행정주체의 기본권 주체성 인정여부

행정주체는 기본권의 수범자이지 기본권의 소지자가 아니므로, 기본권의 주체성을 인정받을 수 없다. 헌법재판소 역시 “원칙적으로 국가나 국가기관 또는 국가조직의 일부나 공법인은 공권력 행사의 주체이자 기본권의 수범자로서 기본권의 소지자인 국민의 기본권을 보호 내지 실현해야 할 책임과 의무를 지니고 있을 뿐이다.”라고 결정³³⁾하여, 행정주체의 기본권 주체성을 부정하고 있다. 다만, 헌법재판소는 개인지위를 겸하는 대통령이나 지방자치단체장이 주민소환법 규정에 대해 자신의 공무담임권 침해를 다투는 경우³⁴⁾에는 사인으로서 기본권의 주체성을 인정하였다.

그런데 행정주체가 과세관청에 과세정보 공개청구를 하는 경우에는 ‘개인지위를 겸하는 행정청이 자신의 기본권을 주장’하는 경우에 해당하지 않는다. 따라서 행정주체가 과세관청에 대해 납세자의 과세정보의 공유를 요구하는 것은 헌법상 기본권에 근거한 것이 될 수 없다. 그렇다면 과세정보를 요구하는 행정주체는 행정목적, 즉 헌법 제37조 제2항의 ‘공공복리를 위하여 필요한 경우’에 해당하여 국민의 과세정보를 요구하는 것이라고 해석하여야 한다. 이 경우에는 필연적으로 납세자의 기본권 제한의 문제가 발생하게 되므로, 납세자의 기본권의 제한가능성과 이를 제한하는 규정에 법률에 대한 합헌성의 심사가 문제된다.

33) 헌법재판소 2008. 1. 17. 2007헌마700

34) 헌법재판소 2009. 3. 26. 2007헌마843

2. 납세자의 기본권에 대한 제한가능성

행정주체 간에 특정한 행정목적 달성을 위하여 법률에 근거하여 납세자의 과세정보를 공유하는 경우에는 납세자의 사생활 비밀의 자유, 개인정보자기결정권, 직업수행의 자유(영업의 자유)가 제한된다. 그런데 우리 헌법 제37조 제2항은 국민의 기본권이라고 할지라도 공공복리 등을 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 사생활비밀의 자유 및 개인정보자기결정권, 직업수행의 자유가 국민의 기본권이라고 하더라도 제한이 불가능한 절대적 기본권이라고 볼 수 없는바, 위 기본권들은 공공복리 등을 이유로 제한될 수 있다. 다만, 공공복리 등을 위하여 필요한 경우라도 무제한적으로 기본권을 제한할 수 있는 것이 아니라, 그 기본권의 본질적 내용을 침해할 수는 없다. 따라서 국민의 기본권을 제한하는 경우, 그 합헌성에 대한 헌법상 판단기준이 문제된다.

3. 기본권 제한의 합헌성에 대한 판단기준

가. 의의

행정주체가 중대한 공익을 달성하기 위하여 과세관청에 납세자의 과세정보를 요구하는 경우, 납세자의 관련 기본권의 제한하는 법률에 대한 합헌성에 대한 판단기준이 무엇인지가 문제된다. 즉 행정주체 간의 과세정보 공유가 이루어지는 법률이 있는 경우, 해당 법률이 헌법 제37조 제2항의 과잉금지(비례의 원칙) 원칙을 준수하였는지 여부를 기준으로 그 합헌성을 헌법재판소가 판단하여야 한다. 과잉금지 원칙은 목적의 정당성, 방법의 적절성, 피해의 최소성, 법익의 균형성을 대상법률의 합헌성 판단기준으로 삼고 있다. 헌법재판소에서는 기본권의 제한의 합헌성 심사기준에 관하여 개별적 기본권에 따라 이를 달리 판단하고 있는바, 사생활비밀의 자유·개인정보자기결정권·직업수행의 자유에 대한 심사기준은 아래와 같다.

나. 사생활 비밀의 자유

첫째, 사생활비밀의 자유에 관하여, 헌법재판소는 '4급 이상 공직자 등의 병역

사항신고 및 질병명을 공개하도록 한 공직자등의병역사항신고및공개에관한법률’에 대한 헌법소송에서 “공개가 강제되는 질병명은 내밀한 사적 영역에 근접하는 민감한 개인정보로서, 특별한 사정이 없는 한 타인의 지득, 외부에 대한 공개로부터 차단되어 개인의 내밀한 영역 내에 유보되어야 하는 정보이다. 이러한 성격의 개인정보를 공개함으로써 사생활의 비밀과 자유를 제한하는 국가적 조치는 엄격한 기준과 방법에 따라 섬세하게 행하여지지 않으면 아니 된다.”라고 판시³⁵⁾하여, 사생활비밀의 자유가 제한되는 경우에는 엄격한 기준에 따라 합헌성의 심사를 하였다. 다만, 헌법재판소는 중대한 공익을 위하여 개인의 사생활 비밀의 자유를 제한하고 있는 청소년 성매수자에 대한 신상공개제도³⁶⁾, 성범죄자 신상정보 등록제도³⁷⁾, 병역이 면제된 4급 이상 공직자의 병역면제사유인 질병명을 공개하는 제도³⁸⁾ 모두에 대해 과잉금지원칙을 준수하였다고 하며 합헌판단을 하였다.

다. 개인정보자기결정권

둘째, 개인정보자기결정권에 관하여 헌법재판소는 ‘연말정산 간소화를 위하여 의료기관에게 환자들의 의료비 내역에 관한 정보를 국세청에 제출하는 의무를 부과하고 있던 구 소득세법(2005.12.31. 법률 제7837호로 개정된 것) 제165조 제1항 등이 환자의 동의 없이 의료정보를 국세청에 전송하도록 요구하고 있으므로 근로소득자인 환자들의 개인정보자기결정권을 침해한다고 하여 헌법소원을 제기’한 사건에서, ‘개인정보자기결정권도 공공복리 등에 의해 제한될 수 있으며, 그 판단 기준은 헌법 제37조 제2항의 과잉금지 원칙을 준수하였는지 여부이고, 이를 심사한 결과 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익균형성을 모두 갖추어 비례원칙에 반하지 않는다.’³⁹⁾고 판시하였다. 헌법재판소의 위 판결은 소득공제증빙자료 제출의 불편을 해소하는 공공의 이익이 환자들의 진료정보에 대한 개인정보자기결정권에 우선한다고 판시한 것에 그 의의가 있다.

35) 헌법재판소 2007.05.31., 2005헌마1139

36) 헌법재판소 2003. 6. 26. 2002헌가14

37) 헌법재판소 2014. 7. 24. 2013헌마423

38) 헌법재판소 2007. 5. 31. 2005헌마1139

39) 헌법재판소 2008. 10. 30. 2006헌마1401

라. 직업수행의 자유

셋째, 헌법재판소는 “직업수행의 자유는 직업선택의 자유에 비하여 상대적으로 그 침해의 정도가 작다고 할 것이어서, 이에 대하여는 공공복리 등 공익상의 이유로 비교적 넓은 법률상의 규제가 가능하다. 그러나 직업수행의 자유를 제한할 때에도 헌법 제37조 제2항에 의거한 비례의 원칙에 위배되어서는 안 된다.”고 결정⁴⁰⁾하여, ‘직업수행의 자유’의 경우에는 공공복리 등 공익상의 이유로 비교적 넓은 법률상 규제가 가능하다는 것을 알 수 있다.

4. 검토 및 사건

행정주체가 공익적 행정목적 달성을 위하여 과세관청이 납세자의 과세정보를 공유하는 경우, 납세자의 사생활 비밀의 자유·개인정보자기결정권·직업수행의 자유(영업의 자유)가 제한될 수 있다. 그러나 납세자의 과세정보에 관한 권리가 헌법상 기본권이라고 할지라도, 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 단지 그 본질적인 부분까지 침해할 수는 없는 것이다.

납세자가 자연인인 경우에는 납세자의 사생활 비밀의 자유, 개인정보자기결정권의 제한이 문제될 것이고, 법인인 납세자의 경우에는 직업수행의 자유가 제한된다. 따라서 이러한 경우에는 정보공유를 요청한 행정주체의 업무성격과 기관의 성질, 납세자가 자연인인지 법인인지 여부에 따라 관련되는 기본권의 제한에 대한 합헌성 심사기준 등을 각 고려해 과세관청의 과세정보 제공의무가 구체적으로 도출될 수 있는지 여부를 공·사익의 비교형량 측면에서 접근하여야 할 것이다.

IV. 과세정보 공개사유에 대한 해석론과 개선방향

이하에서는 과세정보에 대한 헌법적 의의에 대한 고찰을 기반으로 하여, 현행 국세기본법 제81조의13 제1항 제9호의 해석론을 통해 현행법 하에서도 국민의 알 권리와 중대한 공익을 위하여 완화된 해석을 할 수 있을 것인지, 만일 그렇지

40) 헌법재판소 2003. 6. 26. 2002헌바3 등 참조

아니하다면 국세기본법 제81조의13 제1항 각호의 예외사유에 대한 입법론적 개선방향에 대해 살펴본다.

1. 국세기본법 제81조의13 제1항 제9호의 해석론

가. 문제의 소재

현행 국세기본법 제81조의13 제1항에 의하면, 원칙적으로 국세기본법상 과세정보에 대한 비밀유지의무에서 세무공무원이 업무상 보유하고 있는 정보는 그것이 납세자의 사생활의 비밀의 자유·개인정보 자기결정권 등을 침해하는지 여부를 불문하고 모두 비공개 대상으로 하고 있다. 다만, 동항 제9호에서는 ‘다른 법률의 규정에 따라 과세정보를 요구하는 경우’라고 규정하여, 국세기본법이 아닌 다른 법률에서도 국세청에 대한 과세정보를 요구할 수 있도록 규정되어 있다면 이를 공개할 수 있도록 규정⁴¹⁾하고 있다.

그런데 식품위생법 제82조 제3항은 “식품의약품안전처장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 과징금을 징수하기 위하여 필요한 경우에는 다음 각 호의 사항을 적은 문서로 관할 세무관서의 장에게 과세 정보 제공을 요청할 수 있다.”고 규정하면서, 각 호에서 ‘1. 납세자의 인적 사항 2. 사용 목적 3. 과징금 부과기준이 되는 매출금액’을 규정하고 있다. 식품위생법과 같이 구체적으로 과세정보를 요구할 수 있도록 구체적으로 규정한 경우에는 국세기본법 제81조의13 제1항 제9호의 예외규정의 ‘다른 법률’에 해당하는 것이 명백하다.

그러나 식품위생법을 제외한 다른 법률, 예컨대 정보공개법 제3조⁴²⁾, 「독점규

41) 다만, 국세기본법 제81조의13 제1항 제9호의 예외사유에 해당하더라도 세무공무원은 ‘사용 목적에 맞는 범위에서’ 과세정보를 제공할 수 있는 것이므로, 공개가 강제되지 않을 뿐만 아니라 그 범위에서도 재량권을 행사할 수 있다.

42) 정보공개법 제3조에서는 “공공기관이 보유·관리하는 정보는 국민의 알권리 보장 등을 위하여 이 법에서 정하는 바에 따라 적극적으로 공개하여야 한다.”고 규정하고 있으며, 같은 법 제9조 제1항은 “공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개 대상이 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보는 공개하지 아니할 수 있다.”고 하여, 같은 법 1호에서 “다른 법률 또는 법률에서 위임한 명령(국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙·대통령령 및 조례로 한정한다)에 따라 비밀이나 비공개 사항으로 규정된 정보”라고 규정하고 있다.

제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '공정거래법'이라고 한다)」 제64조⁴³⁾, 국가채권 관리법 제24조 제1항⁴⁴⁾, 질서위반행위규제법 제23조⁴⁵⁾, 형사소송법 제199조⁴⁶⁾ 및 제477조⁴⁷⁾에서는 '필요한 자료' 내지 '정보제공'을 요청할 수 있다고 규정하고 있어, 일반적인 정보요구권한만을 규정하고 있을 뿐 구체적인 '과세정보'라고 명시하고 있지 않고 있다.

따라서 국세기본법 제81조의13조 제1항의 '다른 법률'이란 식품위생법과 같이 다른 법률에 명확하게 과세정보를 요구할 수 있다고 규정된 경우에만 해당한다고 엄격하게 해석할 것인지, 일반적인 정보요구 규정이 있는 경우에도 포함된다고 완화된 해석을 할 것인지 법률해석의 문제가 발생한다. 이하에서는 국세기본법 제81조의13 제1항 제9호에 관한 엄격한 해석론과 완화된 해석론의 나름의 각 근거에 관하여 고찰한다.

-
- 43) 공정거래법 제64조(관계기관 등의 장의 협조) ② 공정거래위원회는 이 법의 시행을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 관계행정기관 기타 기관 또는 단체의 장에게 필요한 조사를 의뢰하거나 필요한 자료를 요청할 수 있다.
- 44) 국가채권 관리법 시행령 제18조(관리정지의 절차) ① 채권관리관은 법 제24조 제1항에 따라 채권의 보전이나 추심에 관한 사무의 정지(이하 "관리정지"라 한다)를 하려는 때에는 기획재정부령으로 정하는 바에 따라 지방행정기관 및 세무서에 채무자의 소재 및 재산의 유무를 조사·확인하여야 한다. 다만, 그 채권금액이 10만원 미만인 경우에는 그러하지 아니하다.
- 45) 질서위반행위규제법 제23조(자료제공의 요청) 행정청은 과태료의 부과·징수를 위하여 필요한 때에는 관계 행정기관, 지방자치단체, 그 밖에 대통령령으로 정하는 공공기관(이하 "공공기관등"이라 한다)의 장에게 그 필요성을 소명하여 자료 또는 정보의 제공을 요청할 수 있으며, 그 요청을 받은 공공기관등의 장은 특별한 사정이 없는 한 이에 응하여야 한다.
- 46) 형사소송법 제199조(수사와 필요한 조사) ①수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다. 다만, 강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하여야 한다. ② 수사에 관하여는 공무소 기타 공사단체에 조회하여 필요한 사항의 보고를 요구할 수 있다.
- 47) 제477조(재산형 등의 집행) ① 벌금, 과료, 몰수, 추징, 과태료, 소송비용, 비용배상 또는 가납의 재판은 검사의 명령에 의하여 집행한다. ⑤ 검사는 제1항의 재판을 집행하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다. 이 경우 제199조제2항을 준용한다.

나. 엄격한 해석론

과세관청은 국세기본법 제81조의13(비밀유지) 제1항 제9호의 ‘다른 법률’은 ‘구체적으로 과세정보를 요구하는 경우’로 제한된다고 해석하고 있다. 만일 정보공개 청구자가 과세관청의 정보공개거부처분에 불복하여 이를 취소하는 소송 내지 행정심판을 제기한 경우, 하급심 법원과 행정심판위원회에서는 같은 이유로 과세관청의 거부처분은 적법하다는 판결 및 재결을 하고 있다. 위와 같이 엄격한 해석론을 취하고 있는 입장의 근거들을 정리하면 아래와 같다.

1) 문리적·체계적 해석의 원칙

첫째, 문리적·법령의 체계적 해석의 원칙에 부합한다는 점이다. 국세기본법 제81조의13 제1항 제9호에서는 ‘다른 법률의 규정에 따라 과세정보를 요구하는 경우’라고 규정하고 있다. 그렇다면 ‘다른 법률’은 ‘과세정보를 요구할 수 있는 경우’라고 명확하게 규정된 경우라고 해석하는 것이 문리적 해석에 부합한다고 볼 수 있다. 한편, 식품위생법 제82조 제3항은 구체적으로 과세정보를 요구할 수 있도록 규정하였으나, 공정거래법 제64조, 국가채권관리법 제24조 제1항, 질서행위규제법 제23조 등은 일반적 정보요청권한을 규정하고 있다. 그렇다면 식품위생법과 같이 구체적인 과세정보 요구권한이 법률에 규정된 경우에만 국세기본법상의 예외규정에 해당한다고 해석하는 것이 법률의 체계적 해석의 원칙에도 부합한다는 것이다.

2) 납세자의 기본권 보장

둘째, 납세자의 사생활 비밀의 자유 및 개인정보자기결정권, 영업의 자유 등 관련된 기본권을 최대한 보장하기 위한 것이라는 점이다. 과세정보는 납세자의 수입·지출, 소유하고 있는 재산권의 형태, 종업원의 수 등 많은 것을 유추해 낼 수 있는 납세자의 경제활동에 대한 중요하고 민감한 개인정보를 포함하고 있다. 특히 법인인 경우에는 영업, 금융에 관한 정보로서 공개할 경우에는 사업운영 등에 지장을 초래하는 영업 비밀에 속하는 경우가 있다. 따라서 납세자의 기본권을 최대한 보장하기 위하여 국세기본법 제81조의13 제1항 제9호의 ‘다른 법률’의 범

위를 엄격하게 해석하여야 한다는 것이다.

3) 세무행정의 지장 우려

셋째, 과세정보 공개의 범위가 확대된다면 납세자가 자신의 과세정보가 유출될 것을 염려하여 세무행정에 협조를 하지 않게 되어 세무행정에 지장이 발생할 수 있다는 점이다. 국세기본법이 과세정보를 전부 비공개하는 것은 납세자로 하여금 안심하고 성실한 납세협력의무를 이행할 수 있게 하려는 것에도 목적이 있다고 할 것이다. 또한 과세정보는 과세처분을 위한 목적에서 수집된 정보이므로, 오로지 과세처분을 위한 목적에서 사용하여야 한다. 그런데 이러한 과세정보의 수집목적이 아닌 다른 국민의 알 권리를 위하여 특정인에게 공개되거나 또는 다른 행정주체의 행정목적 달성을 이유로 행정주체에게 과세정보를 공유하는 것은 과세정보의 수집 목적 범위를 벗어난 것이다. 만일 과세관청에서 과세를 목적으로 수집한 과세정보를 다른 목적으로 이를 공개하고 그로인하여 납세자가 불이익을 받을 수 있다면, 납세자가 과세관청에 대한 신뢰를 상실하여 조세행정에 필요한 과세자료를 제출하지 않게 될 수 있다는 것이다.

다. 완화된 해석론의 근거

국세기본법 제81조의13 제1항 제9호의 ‘다른 법률’의 범위에 관하여, 일반적인 정보요청 규정이 있는 경우에도 포함된다는 완화된 해석을 하여야 한다는 주장의 근거는 아래와 같다.

1) 국민의 알 권리 보장

첫째, 국민의 알 권리를 최대한 보장하여야 한다는 점이다. 정보공개법 제3조에서는 원칙적으로 공공기관이 보유하는 정보는 공개하여야 한다고 규정하고, 동법 제9조에 제1항 제1호에서 ‘다른 법률에 따라 비공개사항으로 규정된 정보’라는 예외규정을 두고 있다. 그렇다면 이 예외규정을 해석함에 있어서는 ‘국민의 알 권리’를 최대한 보장하기 위하여 마련된 정보공개법의 취지에 따라 엄격하게 해석하여야 한다. 국세기본법 제81조의13조 제1항은 정보공개법 제9조 제1항 제1호

의 법률에 따른 비공개사항에 해당하므로, 그 예외사유를 좁게 해석하여야 한다. 그렇지 않고 이를 엄격하게 해석하여 국민의 과세정보에 대한 모든 정보공개청구에 관하여 과세관청이 일률적으로 거부처분을 하는 것은, 국민의 알 권리를 형해화 시킬 수 있다는 것이다.

2) 납세자의 기본권 제한을 정당화 하는 중대한 공익에 대한 고려

둘째, 납세자의 기본권도 공공복리 등을 이유로 제한될 수 있다는 점이다. 헌법재판소는 사생활비밀의 자유 및 개인정보자기결정권 등의 인격권과 법인의 영업의 자유 등의 기본권들은 공공복리 등의 이유로 제한이 가능하다는 입장⁴⁸⁾이다. 또한 위 기본권 제한을 상정하고 있는 제도로서, 국세기본법에서는 고액·상습 체납자 등의 명단공개(제85조의5), 통계자료의 작성 및 공개(제85조의6) 등의 별도 공개규정을 마련하고 있다. 나아가 사생활의 비밀의 자유 등을 제한하는 제도로는 고액체납자, 아동·청소년 대상 성범죄자, 특정강력범죄 피의자의 신상정보를 공개하는 제도, 4급 이상 공직자의 병역사항을 공개하는 제도 등이 있다.

위와 같이 과세관청은 특별한 사정이 있는 경우에는 납세자의 세무조사 결과를 국민에게 발표하여 공익적 목적으로 납세자의 사생활 비밀의 자유, 개인정보자기결정권을 제한하고 있다. 헌법재판소 역시 다른 범죄 예방이라는 중대한 공익적 목적 달성을 위하여 사생활의 비밀의 자유의 어느 정도에 대한 제한은 과잉금지의 원칙에 위배되지 않는다고 판시하고 있다. 더군다나 국세기본법 제81조의 13 제1항은 ‘할 수 있다’라고 규정하여, 세무공무원이 납세자의 관련 기본권이 제한받지 않는 범위에서 그 재량권을 행사하여 과세정보를 제공할 수 있는 법적인 장치를 마련하고 있다. 그렇다면 과세정보를 공유함에 있어, 달성하고자 하는 공익과 제한되는 사익의 비교형량을 통해 납세자의 기본권을 제한하는 것은 헌법적으로 정당화 될 수 있는 해석이다.

3) 국세기본법의 입법취지

셋째, 국세기본법의 입법취지에 반하지 않는다는 점이다. 국세기본법에서 과세

48) 헌법재판소 2008.10.30. 선고 2006헌마1401 참조

정보를 원칙적으로 비공개하는 이유는 납세자의 사생활의 비밀의 자유·개인정보 자기결정권을 최대한 보장하고, 성실한 납세협력의무를 도모하기 위한 것이다. 앞서 살펴본 바와 같이, 대법원은 “정보공개법 제9조 제1항 제1호의 입법 취지는 비밀 또는 비공개사항으로 다른 법률 등에 규정되어 있는 경우는 이를 존중함으로써 법률 간의 마찰을 피하기 위한 것이다”라고 판시⁴⁹⁾하거나, “개인의 사생활 비밀의 보장, 조세행정”을 위한 것이라고 판시⁵⁰⁾하였다.

그렇다면 납세자의 기본권들을 침해할 우려가 없도록 그 일부만을 공개하거나, 특정인임을 확인할 수 없도록 일부를 삭제하여 공개한다면, 납세협력의무에 지장도 발생하지 않게 되어 국세기본법 입법취지에 반하지 않게 된다. 또한 현행 국세기본법 제81조의13 제1항에서는 1호 내지 9호의 예외사유에 해당하는 경우라고 할지라도 세무공무원의 재량에 따라 필요한 범위에서 공개할 수 있도록 규정하고 있어, 납세자의 관련된 기본권의 제한을 최소화 할 수 있는 방안을 마련하고 있다. 그러므로 국세기본법 제81조의13 제1항 제9호의 ‘다른 법률’을 완화 해석하여 과세정보의 공개범위를 확대한다면, 오히려 납세자들의 성실한 납세협력의무를 도모하고, 투명하고 건전한 조세행정이 이루어질 수 있으므로, 국세기본법이 과세정보를 원칙적으로 비공개한 입법취지에 부합한다는 것이다.

라. 관련된 판례·재결례

대법원은 원고가 각 신문에 대한 세무조사 과정에서 취득한 정보에 관하여 과세정보 공개를 청구하였으나 국세청장이 이를 거부하였고, 그 거부처분에 대해 취소소송을 제기한 사건에서, “국세기본법 제81조의8 제1항 단서 제5호는 '다른 법률의 규정에 따라 과세정보를 요구하는 경우'에 예외적으로 납세자의 과세정보를 제공할 수 있도록 규정하고 있으나 정보공개법 제6조의 규정이 위 단서 제5호의 '다른 법률의 규정'에 포함된다고 볼 수 없고, 원심의 위와 같은 조치가 알권리나 표현의 자유 및 행복추구권을 보장하고 있는 헌법정신에 위반된다고 볼 수도 없다”고 판시⁵¹⁾하여 엄격한 해석론의 입장을 취하고 있다.

서울고등법원은 ‘원고의 언론사에 대한 세무조사 과세정보 공개청구거부처분

49) 대법원 2008. 10. 23. 선고 2007두1798 판결

50) 대법원 2004. 3. 12. 선고 2003두11544 판결

51) 대법원 2004. 3. 12. 선고 2003두11544 판결

취소소송'에서, “행정부의 정보공개제도는 기본적으로 국민의 알 권리를 보장하고 자 함에 있다고 할 것이나, 이러한 정보공개에는 필연적으로 개인의 사생활 침해라는 문제가 발생하는바, 앞서 본 바와 같이 기본권이 서로 충돌하는 경우 각 기본권의 본질적 내용을 침해하지 아니하는 범위 내에서 침해되는 이익을 형량하여 이를 조화 있게 해석하되 원칙적으로 사생활 보호의 한 측면인 조세비밀을 침해할 수 있는 공익은 공개되지 아니하면 공공의 복지에 중대한 불이익을 초래할 위험성이 있는 경우 즉 공익의 침해가 '명백하고 우월할 것'이라는 요건이 필요하다고 할 것이다. (중략) 행정청의 정보공개청구 거부처분이 적법한가의 여부는 국민의 알 권리와 사생활 보호라는 두 가지의 기본권 중 구체적인 경우에 어느 것이 우선하여야 하는가에 의하여 판단되어야 할 것인바, 이 사건에 있어서 과연 피고의 세무조사결과 공개로 얻는 이익이 위 지침이 규정하는 개인의 사생활의 보호라는 인격권에 비하여 월등히 우월하다고 볼 수 없으므로, 이 사건 처분은 적법하다.”고 판시⁵²⁾하였다.

서울행정법원은 한겨레신문 주식회사가 국세청장에 대해 종교인 과세정보 등에 대한 정보공개를 청구하였으나, 국세청장이 국세기본법 제81조의13을 근거로 거부처분을 한 사건에서 “종교인의 소득세 납부현황에 관련된 정보는 그 과세정보의 공개로 인하여 종교인의 납세협력의무나 소득세 관련 세무행정에 지장이 발생하기보다 오히려 납세의무자인 종교인들의 성실한 납세협력의무를 독려하고 권장하며 건전하고 바람직한 종교 관련 조세정책 수립에 기여하는 결과가 도출될 것이 예상되어 종교인의 개인적 납세정보 보호라는 이익보다 국민에게 공개할 공익적 필요성이 훨씬 더 큰 경우에 해당할 것으로 판단된다[적어도 종교인의 소득세 납부정보 중 개인이나 개별 종교단체 식별이 가능한 정보(이름, 소속 종교법인 및 종교단체명 등)를 제외한 나머지 사항(소속 종교, 소득신고액, 세율, 납부세액 등)에 대하여는 이를 공개할 여지가 크다고 보인다.”고 하여, 국세기본법 제81조의13 제1항을 해석함에 있어 공익과 사익을 비교형량 하여, 국민에게 공개할 공익적 필요성이 훨씬 더 큰 경우에는 이를 공개⁵³⁾하여야 한다고 판단⁵⁴⁾한바 있

52) 서울고등법원 1995. 8. 24. 선고 94구39262 판결

53) 다만 이 사건에서 서울행정법원은 “단서 제6호의 “다른 법률의 규정에 따라 과세정보를 요구하는 경우라 함은 개별 법률에서 조세의 부과·징수 이외의 목적을 위하여 과세정보를 요구할 수 있다는 구체적인 규정을 둔 경우를 의미할 뿐 국민의 일반적 정보공개청구권을 규정한 정보공개법 제5조의 규정이 위 단서 제6호의 ‘다른 법률의 규정’에 포함된다고 볼 수는 없다”고 하였으며, 을 교회 담임

다. 그러나 위 사건의 항소심인 서울고등법원에서는 “종교인 명단을 수집한 점을 인정할만한 자료가 없다”는 것을 이유로 1심의 판결에서 피고 패소부분을 취소하였고, 원고가 상고하였으나 대법원에서 상고가 기각되면서 확정⁵⁵⁾되었다. 다만, 이 사건 제1심에서 국세기본법 제81조의13 제1항의 예외사유에 대한 해석에 있어 심도 있는 고민을 하였고, 공·사익을 비교·형량하여 그 공개여부를 결정하였다는 점에 의의가 있다고 할 것이다.

행정심판위원회에서도 위와 같은 입장에서, 국민의 과세정보 공개청구에 대한 기각처분 취소소송에서 모두 기각재결⁵⁶⁾을 하고 있으며, 법제처 역시 위와 같은 유권해석⁵⁷⁾을 하고 있다. 과세관청 역시 실무상 법제처의 국세기본법 제81조의13 제1항 9호에 대한 유권해석이 있었던 2009. 11. 27. 이후에 제·개정된 법률의 경우, 국세기본법 제81조의 13 제1항 9호의 다른 법률에는 구체적으로 과세정보를 요구할 수 있는 법률만이 이에 해당한다고 해석하여, 구체적인 과세정보 규정이 없는 법률의 경우에는 국세기본법 제81조의13 제1항 9호의 ‘다른 법률’에 해당하지 않는다는 입장을 취하고 있다.

마. 검토 및 사건

생각건대, 과세정보라 할지라도, 사생활비밀의 자유 및 개인정보자기결정권의 보호에 우선하는 알 권리를 충족시킬 필요성이 인정되는 경우 또는 알 권리와 조화로운 해석을 위하여 중대한 공익이 있는 경우에는 국세기본법 제81조의13 제1항 각호의 해석을 완화하여 해석할 필요성이 있다. 현행법에서도 개인이나 법인이 식별이 가능한 정보를 제외한 나머지에 대해서는 공개를 할 수 있도록 하여 납세자의 기본권제한을 최소화 할 수 있음에도 불구하고, 현행 국세기본법 제81조의 13 제1항 제9호의 ‘다른 법률’을 엄격하게 해석하여 ‘모든 과세정보’를 공개

목사 병 등에 관한 소득세 납부자료 등은 특정인에 관한 과세정보로서 내용이 공개될 경우 개인의 프라이버시와 사적 비밀, 경제생활의 자유에 심각한 침해가 발생할 것이어서 국세기본법 제81조의13 제1항이 보호하는 과세정보에 해당한다는 이유로 그에 대한 정보공개거부처분은 적법하다”고 판시하였다.

54) 서울행정법원 2012. 8. 16. 선고 2011구합36838 판결

55) 대법원2013.1.24. 선고 2013두4309판결

56) 국민권익위원회 중앙행심 2013-05855 외 27건

57) 법제처 2009. 11. 27. 회신 09-0365 해석례

할 수 없다고 엄격하게 해석하는 것은 ‘과세정보에 대한 알 권리’를 형해화 시키는 것과 다름없기 때문이다. 또한 기본권이 충돌할 경우에 의회가 1차적으로 입법을 통해서 이를 해결하여야 할 것이나, 최종적으로는 법원이나 헌법재판소가 헌법이나 법률의 해석을 통해 적용 실현하는 것이 바람직하다는 점에서, 현행법 테두리 하에서도 과세정보의 공개범위를 확대하는 전향적인 해석이 필요한 것으로 보인다.

2. 과세정보 공개사유의 개선방향

이하에서는 과세정보의 헌법적 의의를 기반으로 하여 국세기본법 제81조의13 제1항에 대해 입법론적 개선방안에 대해 살펴본다.

가. 해외의 입법례

대부분의 국가들은 우리나라의 국세기본법 제81조의 13 제1항과 마찬가지로 원칙적으로 과세정보에 대해 비공개하되, 예외적으로 공개를 할 수 있도록 규정하고 있다. 이러한 입법례를 과세정보를 원칙적으로 공개하는 입법례와 비교하여, ‘과세정보 비밀주의(Tax Secrecy)’와 ‘과세정보 공개주의’라고 구분하는 입장⁵⁸⁾도 존재한다. 위와 같은 입법론적 구별에 따르면 독일, 미국 등 주요 국가들은 모두 우리나라와 같은 과세정보 비밀주의를 취하면서 예외적으로 공개할 수 있는 사유들을 열거적으로 나열하고 있다.

독일의 조세기본법(Abgabenordnung)⁵⁹⁾ 제30조 제4항은 i) 조세와 관련한 행정

58) 이동식, 앞의 글, 290면.

59) 독일의 조세기본법(Abgabenordnung) 제30조에서는 우리나라 국세기본법 제81조의13과 같이 ‘조세비밀’에 관하여 규정하고 있으며, 동조 제1항에서 조세공무원에게 조세비밀을 준수할 의무를 부과하고, 동조 제2항에서 조세비밀유지의무 위반사항을 열거하고 있으며, 동조 제3항에서 공무원과 동등한 지위를 가지는 경우를 열거하고 있으며, 동조 제4항에서 예외적 공개대상을 규정하고 있으며, 동조 제5항에서는 ‘당사자의 고의적인 허위진술은 형사 소추기관에 공개할 수 있다’고 규정하고, 제5항에서는 ‘제2항 제1호 a목 b목에 정하는 절차의 이행에 도움이 되거나 정보의 전달이 허용되는 경우에 한하여 제2항 제1호에 규정하는 절차에 관하여 컴퓨터 파일에 저장된 정보의 자동화된 인출이 허용된다. 조세비밀을 보호하기 위하여 연방재무장관은 연방참사원의 동의를 얻어 법령으로 권한

절차나 회계검사과정, 재판절차, 조세형사범에 대한 형사처벌절차나 조세질서범에 대한 과태료부과절차의 진행을 위하여 과세정보의 공개가 필요한 경우 ii) 타 법률이 명시적으로 허용하는 경우, iii) 당사자(정보주체)가 동의한 경우, iv) 조세범죄 이외의 범죄에 관한 형사 절차의 이행에 도움이 되고, 해당 정보가 다음 각 목에 해당하는 경우⁶⁰⁾ v) 해당 정보에 중대한 공익(불가피한 공익적 요청)이 존재하는 경우 ; 중대한 공익은 다음 각 목⁶¹⁾에 해당하는 경우에 특히 존재하는 것으로 본다. 이러한 독일의 입법례를 살펴보다라도 ‘생명·신체, 국민경제에 영향을 미칠 수 있는 경제범죄’등의 중대한 공익을 위한 경우, 즉 과세정보가 다른 법률에 의하여 위법정보인 경우에는 납세자의 관련기본권을 보장할 필요성이 매우 적은 반면, 달성하려는 공익이 매우 중대하다고 볼 수 있다.

미국에서는 내국세법(Internal Revenue Code : IRC) 제6103조⁶²⁾ (a)항에서 비공개주의를 원칙적으로 규정하고, (c)항 이하에서 예외사유를 40~50페이지 분량의 구체적이고 방대한 조문으로 규정하고 있다. 그 중에서 몇 가지 참고할 만한 부분만을 살펴보면, (c)항에서 납세자가 과세정보를 특정인에게 제공하는 것에 동의한 경우를 예외사유로 규정하고, (f)항 (5)에서 내부고발자에 의한 ‘납세자의 위법행위와 관련된 신고자료 등이 부패와 관련된 경우로 의심된다면 JCT(Joint

없는 자료의 인출에 대한 기술상 및 조직상의 조치를 규정할 수 있다. 특히 정보의 종류, 허용되는 인출 및 해당 정보를 인출할 권한이 있는 공무원의 범위에 관한 세부규칙을 정할 수 있다. 법령이 관세 및 소비세와 관련된 경우에는 맥주세를 제외하고는 연방참사원의 동의를 요구하지 아니한다’고 규정한다.

60) a) 조세범죄 또는 조세질서위반에 관한 법적 절차의 과정에서 취득한 경우 ; 다만, 납세의무자가 형사절차 또는 과태료절차의 개시를 모르는 상태에서 공개한 사실 또는 해당 절차의 개시 전에 과세절차에서 이미 알게 된 사실에 대해서는 적용하지 아니한다. b) 조세의무 없이 취득하거나 정보거부권의 포기로서 인하여 취득한 경우

61) a) 생명 및 신체 또는 국가 및 그 기관에 대한 범죄 및 고의적인 중대한 위법행위가 기소 중이거나 기소되어야 하는 경우 b) 경제범죄의 범행방법 또는 그로 인하여 초래된 손해의 범위가 경제 질서를 현저하게 방해하거나 상거래의 정직성 또는 관청 및 공공기관의 합법적인 작용에 대한 공공의 신뢰성을 현저히 저해한다고 인정되는 경제 범죄가 기소 중이거나 기소되어야 하는 경우 c) 행정에 대한 신뢰성을 현저하게 약화시킬 가능성 있는 공공연하게 유포된 잘못된 사실을 바로 잡기 위하여 공개가 필요한 경우 ; 연방재무장관의 동의를 얻어 권한 있는 최고세무관청이 해당 결정을 한다 ; 사실의 정정 전에 납세의무자의 의견을 들어야 한다.

62) <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/6103> (최종검색 : 2019. 3. 22.)

Committee on Taxation) 또는 조사권한을 위임받은 자에게 공개하고, (i)항⁶³⁾ 및 (j)항에서 조세행정 이외의 다른 행정목적을 위해 과세정보를 제공하는 경우를 규정하고 있다.

반면, 스웨덴은 국민에 대한 과세내역을 매년 책자로 발간하여 인터넷상으로도 공개⁶⁴⁾하고 있으며, 핀란드와 노르웨이 역시 과세정보를 국민에 공개하는 등, 정보공개제도가 활성화 되어 있어, 위와 같은 입법론적 분류방식에 따르면 ‘과세정보 공개주의’를 취하고 있다고 볼 수 있다. 또한 스칸디나비아 3개국과 같이 부패지수가 매우 낮고 법적 안정성이 높은 국가일수록 과세정보 공개 수준이 높고, 관료주의가 심한 국가일수록 공개수준이 낮다는 연구결과⁶⁵⁾도 있다. 실제로 국제투명성기구(TI : Transparency International)에서 매년 발표하는 국가별 부패인식지수⁶⁶⁾에서 스칸디나비아 3개국은 전 세계적으로 부패지수가 매우 낮은 나라에 속하는 것이 사실이다. 국민에게 과세정보가 공개됨으로써 투명한 조세행정이 이루어져 부패지수가 낮아질 수밖에 없다는 점에서 그 자체로써 중대한 공익을 실현하는 것으로 보인다.

이상과 같이 해외의 입법례와 비교해보면, 우리나라는 과세정보 공개주의를 취하는 나라뿐만 아니라, 비공개주의를 취하고 있는 독일·미국과 비교하더라도 아직까지 과세정보를 공개함에 있어서 매우 엄격한 기준을 적용하고 있다는 것을 알 수 있다. 특히 스웨덴, 핀란드, 노르웨이 등의 국가는 과세정보를 공개하고 있으며 부패지수가 매우 낮다는 결과는, 우리나라의 경우에도 조세행정의 투명성을 담보하기 위하여 과세정보를 공개하는 범위를 확대하여야 할 필요성이 있음을 시사하고 있다. 다만, 그 방향성은 과세정보의 헌법적 의의에서 살펴본 바와 같이, ‘국민의 알 권리’를 최대한 보장하는 것과, ‘중대한 공익적 목적’을 달성하면서도 납세자의 제한되는 사생활비밀의 자유·개인정보자기결정권·직업수행의 자유가 최

63) 국가나 국가기관이 당사자가 되는 소송에 활용(이때는 법원의 문서제출명령을 받아야 한다), 범죄조사(신고자료 이외의 과세정보도 대상이 될 수 있다.), 재판 도피자 추적 등이 규정되어 있다.

64) <http://www.taxeringskalendern.se/> (최종검색 : 2019. 3. 22.)

65) 김일중, 현진권, ‘납세정보는 어느 정도 공개되어야 하나? : 법경제학적 접근’, 한국경제연구원 사회통합센터 Working paper 13-10, 13면.

66) <https://www.transparency.org/cpi2018> (최종검색 : 2019. 3. 22.) ; 2018년을 기준으로 핀란드와 스웨덴이 공동 3위, 노르웨이가 7위에 속할 만큼, 스칸디나비아 3개국은 국가부패지수가 전 세계적으로 낮은 나라에 속한다. 반면 한국은 48위, 북한은 178위에 머물고 있다.

소한으로 제한 될 수 있도록 충돌하는 양 기본권 간의 규범조화적 해석론을 바탕으로 그 방향성을 제시하는 것을 기본적인 전제로 삼아야 할 것이다.

나. 국민의 알 권리의 충족을 위한 개선안

국민의 알 권리 충족을 위한 ‘과세정보 공개범위의 확대방향’으로는 우선적으로 정보공개법의 입법취지, 국민의 알 권리와 납세자의 제한되는 기본권 간의 충돌 문제를 해결하는 헌법이론을 고려하여야 한다. 따라서 국세기본법에서 과세정보를 일률적으로 비공개하여 ‘알 권리를 일방적으로 희생’시킬 것이 아니라, 납세자의 기본권을 제한하지 않는 공개대상 과세정보와, 납세자의 기본권의 제한을 가져오는 원칙적으로 비공개주의를 취하는 과세정보로 분류할 필요성이 있으며, 비공개 과세정보로 분류된 경우에도 주체의 동의여부에 따른 예외사유 등을 마련하는 것이 필요하다.

1) 비공개·공개 과세정보의 분류

과세정보에는 납부내역, 소득자별 지급명세서, 휴·폐업 정보, 현금영수증 수취내역 등과 같이 단순 신고사항에 불과한 경미한 내용을 담고 있는 것도 있지만, 금융거래정보(이자·배당소득 지급명세서, 사업용 계좌번호 등), 재산보유 현황을 알 수 있는 부동산 취득·양도 자료, 세무조사 관련서류, 재산세 신고내역 등 개인의 소득내역, 보유하고 있는 재산권 및 소비형태 등의 금전의 흐름을 한 눈에 파악할 수 있는 민감한 정보들도 포함하고 있다.

따라서 국민의 알 권리를 최대한 보장하면서도 납세자의 관련된 기본권인 사생활 비밀의 자유, 개인정보자기결정권, 영업의 자유를 제한하지 아니하는 정보를 구별하여, 모든 과세정보가 아닌, 비공개 대상과 공개대상인 과세정보를 분류할 필요성이 있다. 이에 따라 정보공개법 제9조 제3항에서 정한 ‘비공개 대상 정보의 범위에 관한 세부 기준을 수립하고 이를 공개하여야 한다.’는 규정에 따라 과세정보의 공개 기준을 마련하여야 할 것이다.

2) 비공개과세정보의 예외사유에 대한 확대

과세정보의 공개로 인하여 납세자의 관련된 기본권이 제한되는 과세정보라고 할지라도, 알 권리를 일방적으로 희생시킬 것이 아니라 예컨대 특정 개인 내지 단체의 식별이 가능한 정보를 제외한 나머지 사항에 대해서는 제한적으로 이를 공개할 수 있도록 예외사유의 범위가 확대되어야 할 것이다.

가) 과세정보의 주체에 따른 구분

과세정보의 주체가 자연인인지 법인인지에 따라 제한되는 기본권이 다르므로, 과세정보의 공개의 범위 역시 자연인과 법인은 달리 취급하여야 한다. 자연인의 과세정보가 내밀한 사생활의 영역에 포함되는 경우에는 헌법재판소가 제시하고 있는 심사기준에 따라 좀 더 엄격한 제한이 따라야 할 것이다. 그러나 법인의 과세정보는 사생활 비밀의 자유 영역이 아니라 직업수행의 자유 측면에서 접근하여야 한다. 법인의 영업 비밀에 속하여 경영상·기술상의 정보라고 볼 수 있는 경우에는 그 과세정보의 공개는 엄격한 요건에서 예외적으로 영업자유에 제한하지 않도록 각색하여 이를 공개하여야 할 것이지만, 그와 상관없는 정보의 경우에는 자연인에 비해 비교적 넓은 범위의 직업수행의 자유에 대한 규제가 가능하다는 점에서, 법인의 과세정보를 분류하여 공개의 범위를 확대하여야 할 것이다. 특히 주권상장법인 등 일부 주식회사들은 이미 주식회사 등의 외부감사에 관한 법률에 따라 대외적으로 과세자료가 포함된 자료(재무재표, 감사보고서, 사업보고서 등)를 공시하고 있기 때문에 그 과세정보에 대한 보호의 필요성이 다를 수밖에 없다. 따라서 과세정보의 주체가 자연인인지 법인인지, 자연인이라면 공인인지 여부, 법인이라면 주권상장법인인지 여부, 각 과세정보 주체의 해당 과세정보가 이미 법률 또는 자발적인 의사에 기하여 이미 공개된 것인지 여부를 개별적·구체적으로 판단하여 이를 그 공개의 범위 여부를 달리 판단하는 것이 필요하다.

나) 과세정보 주체의 동의여부에 따른 예외사유

사생활 비밀의 자유 등이 알 권리 등과 충돌될 때 이를 해결하기 위한 원리인 ‘권리포기이론’에 따라, 납세자가 자신의 과세정보를 제공하는 것에 동의를 하는

경우에는 이를 공개할 수 있도록 할 필요성이 있다. 다만, 기본권의 포기가 인정되기 위해서는 그 기본권이 기본권 주체에 의하여 처분가능 하여야 하고, 명시적으로 포기하는 의사표시를 하여야 하며, 포기의 의사가 강제성이 없이 스스로의 의사에 기하여 이루어진 것이어야 한다.

과세정보의 주체인 납세자가 자신의 과세정보를 공개할 수 있도록 동의하는 경우, 사생활 비밀의 자유·개인정보자기결정권·직업수행의 자유는 기본권 주체가 스스로 처분할 수 있는 기본권으로 해석된다. 그러나 국가 또는 제3자의 강제로 인한 기본권의 포기는 인정될 수 없으므로, 과세정보의 주체가 과세정보 제공에 동의하는 내용의 자발성을 담보하기 위한 제도적 장치의 마련되어야 한다. 또한 과세정보주체의 명시적인 의사표시를 확인할 수 있도록 절차를 마련하여야 하며, 기본권의 포기는 언제든지 철회될 수 있다는 점에서, 그 철회방안과 방법에 관한 논의도 필요한 것으로 보인다.

다. 중대한 공익을 위한 과세정보의 공개

과세관청이 아닌 다른 행정주체가 ‘중대한 공익을 달성하기 위하여’ 과세관청에 과세정보를 요구하는 경우에는 과세정보를 제공할 수 있도록 개선되어야 할 것이다. 그러나 이는 과세정보주체의 관련된 기본권을 제한하는 문제를 야기하므로, 중대한 공익과 제한되는 사익 간의 비교형량을 통하여 신중하게 접근할 필요성도 인정된다.

1) 중대한 공익에 대한 포괄적 예외사유

구체적·개별적 사실관계에 따라 매우 중대한 공익을 달성하기 위한 목적에 따라 과세정보를 공유할 수 있도록 국세기본법 제81조의13제 1항 각호의 예외사유에 ‘중대한 공익’에 대한 일반적 규정을 둘 필요성이 있다. 국세기본법 제85조의5에서는 이미 고액·상습채납자 등의 명단을 공개하는 등, 중대한 공익적 목적을 위해서 납세자의 사생활 비밀의 자유·개인정보자기결정권 등을 제한하는 제도를 운영하고 있다.

그런데 다른 행정주체가 행정목적 달성을 위하여 과세정보를 요청하는 경우, 그 행정목적이 고액·상습채납자 명단공개로 통한 조세행정 목적에 버금가도록 중

대한 공익을 위한 경우가 있을 수 있다. 예컨대 공정거래위원회가 공정거래법 위반행위를 한 사업자들에 대한 위법한 과세정보 등을 요청하는 경우 또는 형사처벌이 필요한 중대한 범죄에 해당하는 경우에는 ‘제한되는 사적인 이익에 비해 달성하려는 공익이 매우 중대한 경우’에 해당할 수 있다.

‘중대한 공익상의 요청’에 따른 포괄적인 과세정보의 공개가 가능한 규정을 두게 되면, 어떠한 경우가 ‘중대한 공익’이 ‘제한되는 사익’에 비하여 명백히 우월적인 경우인지 여부가 문제될 수 있다. 따라서 독일에서의 경우처럼 “생명 및 신체 또는 국가 및 그 기관에 대한 범죄 및 고의적인 중대한 위법행위가 기소 중이거나 기소되어야 하는 경우, 경제범죄의 범행방법 또는 그로 인하여 초래된 손해의 범위가 경제 질서를 현저하게 방해하거나, 상거래의 정직성 또는 관청 및 공공기관의 합법적인 작용에 대한 공공의 신뢰성을 현저히 저해한다고 인정되는 경제범죄가 기소 중이거나 기소되어야 하는 경우” 등 중대한 공익을 위한 경우 등을 법률에 구체적·개별적·직접적으로 열거하는 것이 바람직할 것이다. 왜냐하면 이러한 경우에는 달성하려는 공공의 이익은 매우 구체적이고 중대한 반면, 과세정보 주체의 제한되는 기본권은 이를 보호할 가치가 일반적일 경우에 비해 상대적으로 덜 중요한 것이므로, 달성하려는 중대한 공익이 사익에 비해 명백하게 우월적인 경우이기 때문에, 법률에 직접 열거하는 것이 가능하기 때문이다.

2) 중대한 공익에 대한 구체적인 공개기준인 행정규칙의 마련

과세정보의 구체적 내용에 따라 공익과의 비교교량에 따른 판단결과가 달라질 수 있을 것인바, 예컨대 단순히 법인세 신고내역이라면 공익이 우월시 될 여지가 많을 것이고, 개인의 부동산 거래내역 또는 소득세 신고 내역은 사생활 보호의 필요성이 더 클 것이다. 다만, 국세기본법에서 이러한 모든 예외적인 경우를 하나하나 규정하는 것은 입법기술상 매우 어려울 수 있고, 오히려 과세정보의 공개 범위 확대에 있어 경직성을 가져올 우려도 있다. 따라서 과세정보의 내밀성에 따라 그 공개여부를 달리 정할 수 있도록 행정규칙으로 그 세부기준을 규정하는 방안도 고려해 볼 수 있다.

3. 검토 및 사건

국민들의 알 권리를 최대한 보장하기 위하여, ‘사생활 비밀의 자유’를 침해하지 아니하는 정보는 이를 공개할 수 있도록 개선되어야 할 것이다. 또한 납세자가 자신의 과세정보를 제공하는 것에 동의를 하는 경우에는 이를 공개할 수 있도록 하고, 일률적으로 모든 과세정보를 비공개할 것이 아니라, 과세정보의 주체가 공적인물인지, 법인인지 개인인지 여부에 따라서 과세정보의 공개의 정도를 달리 판단할 여지를 두는 각 정보들의 차별적 취급에 대한 개정 역시 필요할 것으로 보인다.

다른 행정주체가 중대한 공익을 달성하기 위하여 과세관청에 과세정보를 요구하는 경우에는 과세정보를 제공할 수 있도록 ‘중대한 공익’을 위한 포괄적인 정보 공개 조항을 두는 것이 필요하다. 다만, 중대한 공익의 유형을 법률에 구체적으로 규정하되, 세부적인 공개기준에 대한 기준을 행정규칙으로 마련할 필요성이 있다.

V. 결론

정보화 사회에서 국가기관이 보유하는 정보가 국민에게 어느 정도 범위에서 제공되는지 여부는 민주주의 절차에서 국민의 참여와 조세행정의 투명성 제고에 큰 영향을 미치기 마련이다. 물론 국민의 알 권리와 중대한 공익적 요청에 못지 않게 납세자의 사생활 비밀의 자유, 법인인 납세자의 영업의 자유를 보호할 필요성도 있다. 그러나 현행 국세기본법상의 과세정보 공개범위는 매우 제한적이고, 국민의 ‘알 권리의 보장’과 행정주체 간의 과세정보 공유를 통한 ‘중대한 공익’ 달성에 미치지 못하고 있는 것으로 판단된다.

따라서 국세기본법 제81조의13 제1항 각호의 예외사유는 ‘국민의 알 권리를 최대한 보장’하기 위하여, 나아가 ‘중대한 공익의 달성’을 위하여 확대되어야 한다. 이를 위하여 첫째, 국민의 알 권리 보장 차원에서 과세정보가 납세자의 사생활 비밀의 자유·개인정보자기결정권·직업 수행의 자유 등을 제한하지 아니하는 정보인지 여부를 분류하여, 제한하지 아니하는 정보는 공개할 수 있도록 하여야 하며, 그렇지 아니한 정보라고 할지라도 일률적으로 비공개 할 것이 아니라 관련된 기

본권을 최소한으로 제한하는 범위 내에서 각색하여 공개대상에 포함시키는 방안을 고려하여야 한다. 둘째, 납세자가 스스로 그 권리를 포기했다거나 법인인 경우, 공적인물인 경우 등에는 완화된 해석이 가능할 수 있도록 예외규정을 두는 것이 필요하다. 셋째, 중대한 공익을 위한 경우에는 반드시 다른 법률에 명시적 규정이 없는 경우라 할지라도, 행정주체 간에 과세정보를 공유할 수 있도록 포괄적·명시적 규정을 두는 것이 필요하다.

이상과 같이, 국세기본법 제81조의13 제1항의 과세정보의 공개 범위를 확대하여, 건전하고 투명한 조세행정 정책의 수립될 수 있기를 기대한다.

(논문투고일: 2019.03.11, 심사개시일: 2019.03.12, 게재확정일: 2019.03.20)



▶ 허 창 환

과세정보, 과세정보의 공개, 국세기본법 제81조의13,
기본권의 충돌, 기본권의 제한

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 강경근, 「일반헌법학」, 법문사, 2018. 5.
김하열, 「헌법강의」, 박영사, 2018. 8.
김학성, 「헌법학원론」, 피앤씨미디어, 2018. 2.
성낙인, 「헌법학」 제18판, 법문사, 2018. 2.
이준봉, 「조세법총론」 제4판, 삼일인포마인, 2018. 2.
이태로, 한만수, 「조세법강의」 신정13판, 박영사, 2018. 3.
정재황, 「신헌법입문」 제8판, 박영사, 2018. 2.

II. 논문

- 김일중, 현진권, “납세정보는 어느정도 공개되어야 하나? : 법경제학적 접근”, 한국경제연구원, 위킹페이퍼 시리즈-130-10, 2013. 9.
김일환, “정보자기결정권의 헌법상 근거와 보호에 관한 연구”, 공법연구 제29권 제3호, 2001. 5.
_____, “전자정부와 개인정보보호”, 공법연구 37, 2008.
김현귀, “법인의 인격권”, 헌법재판소 헌법재판연구원, 헌법이론과 실무, 2015. 6.
이동진, “과세정보에 대한 비밀유지의무”, 경북대학교 법학연구원 법학논고 제39집, 2012. 6.
위평량, “우리나라 과세정보 공개수준 검토를 통한 개선방향”, 경제개혁연구소, 이슈&분석, 2017. 3.
정재황, “기본권의 상충에 관한 연구”, 성균관법학 제19권 제2호, 2007. 8.
변혜정, “국가 간 조세정보교환의 발전방향과 현안”, 경북대학교 법학연구원, 법학논고 45, 2014. 2.
박종수, “과세정보의 수집, 관리·공개의 조세법적 문제”, 한국법제연구원, 외국법제정보, 제30호, 2006.

현진권, “개별과세정보는 어느 정도 공개되어야 하나? : 현안과 정책방향”, 한국국제조세협회, 조세학술논집, 2005. 8.

Abstract

Constitutional Review on Disclosure of Taxation Information

Hur, Chang Hwan

Article 81-13(Confidentiality) of Framework Act on National Taxes states that tax information shall not be offered or disclosed to others except for cases prescribed in the subparagraphs. The intent of this provision is to ensure the privacy of taxpayers and the right to informational self-determination. However, the right of citizens to know and the practical need for public institutions to pursue public interest shall also be ensured by disclosing requested taxation information.

Depending on the kind of a person who requests taxation information and the kind of taxpayers whose taxation information is requested, the subject of rights and the kind of rights infringed could differ. When requested by citizens for taxation information of other individuals the right of citizens to know contradicts with the privacy of taxpayers, and for taxation information of corporations, the right of citizens to know contradicts with freedom of business. When requested by administrations for individuals' and corporations of taxation information, right to informational self-determination and freedom of business each is concerned.

Conditions required for disclosure of taxation information could be eased if Article 81-13, paragraph (1), subparagraph 9 of 'the provisions of other Acts' implies harmonized interpretation and eased interpretation

that is used when stated fundamental rights are in conflict. However, in practice, ‘the provisions of other Acts’ only indicates provisions specifically states one could request for taxation information. Thus most of the requests for disclosure of taxation information are refused by tax officials and those refusal dispositions are considered legitimate.

Confidentiality of taxation information under current regulations and practice is deemed excessive. In order to enhance the right to know, it shall be allowed to disclose tax information within the extent to which the taxpayer is deemed to have given up its privacy or to which taxpayers fundamental rights are not infringed. In addition, it is necessary to supplement the general provision that allows disclosure when there is a significant public interest.



▶ **Hur, Chang Hwan**

tax, taxation information, Constitution, basic rights

도시정비 및 재생사업의 최근 현황과 발전 과제*

성 중 탁**

【목 차】

I. 서론	IV. 우리나라 도시정비 및 재생사업의 발전 과제
II. 도시정비 및 재생사업의 의의	1. 안정적, 지속적 도시재생사업 추진의 필요성
1. 도시정비와 재생의 필요성	2. 도시재생사업 지원 다각화
2. 도시쇠퇴의 유형	3. 수도권·대도시를 탈피한 지역 기반 도시재생사업 수행
3. 도시 재생과 정비의 개념	4. 전면개발·물리적 정비중심에서 탈피한 사업 패러다임의 변화
4. 소결	5. 민자 유치 등 사업방식의 다각화 필요성
III. 비교법적 검토	6. 사업 대상 지역 주민들의 적극적 호응 유도
1. 일본	7. 도시정비 및 재생사업 관련제도의 통합적 운영
2. 영국	8. 사업완료 후 조합 해산과정에서의 법적 문제 해결
3. 독일	
4. 미국	
	VI. 결론

【국문요약】

2013. 6. 도시재생기본법이 제정되었지만 그동안 도시재생사업은 크게 활성화되지 못한 것이 사실이다. 도시재생사업은 사업 관계자인 국가, 지자체, 사업시행자, 해당 지역 주민 등의 적극적인 참여와 협력 하에 도시재생기본법이 규정한

* 이 논문은 2016년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구(2년차 연구과제)임(NRF-과제번호)(NRF-2016S1A5A8017206)

** 경북대학교 법학전문대학원 부교수, 변호사, 법학박사

여러 사업과 방식을 실제 구현할 수 있는 정부와 지자체의 사업수행 의지가 매우 중요하다. 또한, 단기적으로는 종래 도시정비 및 재생사업 관련 다양한 법제도상의 사업방식도 존중하여 도시정비와 도시재생 관련 사업 상호간에 사전 협의와 조정을 통해 사업 추진의 정합성을 확보할 필요가 있고, 장기적으로는 도시정비 및 재생사업 관련 전국 단위의 기본계획을 하나로 통합하여 효율성과 추진력을 극대화하는 방식으로 나아가야 상당하다. 이를 위해, 관련 행정제도와 법제를 통합하는 것이 가장 중요하다. 나아가, 도시재생기본법상의 도시재생기획단을 실제 운영하여 전국 단위의 도시정비 및 재생사업에 관한 상시 업무조정 기능을 수행하는 한편, 현재 국무총리 소속인 도시재생특별위원회를 ‘지역균형발전위원회’처럼 대통령 소속으로 격상하고, 그 기능과 권한 역시 단순 심의위원회에서 행정위원회로 격상하여 집행기능을 보다 강화하여야 한다. 또한, 예산과 재정의 통합도 중요한데, 국토교통부 내 도시정비 및 재생사업 관련 예산을 하나로 통합 운영하는 한편, 특정 지역의 신속한 사업추진을 위해 포괄보조금제도도 도입할 필요가 있다. 무엇보다, 현행과 같은 계획수립비, 용역비 등의 일회성 지원에서 벗어나 사업의 실질적 추진을 유도할 수 있는 재원방안을 마련하여 예산이 효율적이고도 선순환적으로 사용되는 구조를 만들어야 한다. 마지막으로 현행 도시재생기본법 제28조에서 규정하고 있는 특별 재원을 실제 마련하여 사업부진 지역에 대한 현실적 지원을 하는 한편, 도시재생사업에 민간투자와 지역 주민의 참여도 적극 유도하여 사업성을 내실화할 필요가 있다.

I. 서론

도시재개발, 주택재건축, 주거환경개선사업 등 도시민의 주거문제를 해결하기 위해 1960년대부터 진행되어 오던 종래의 도시정비사업은 1990년대를 기준으로 그 개념 정의와 내용, 시행방안 등의 측면에서 새로운 전기를 맞았다. 이제는 도시생활에 대한 시민의 관심이 단순히 먹고 사는 문제의 해결에 그치는 것이 아니라, 생활의 질적인 향상을 위한 다각적·종합적 개선을 요구하는 정도에 이르게 되었고, 과거 물리적 환경개선에 치중하던 협의적 관점의 도시정비사업이 초래한 역효과의 근본적 시정이 필요하였기 때문이다.¹⁾ 이렇게 등장한 것이 도시재생이

다. 도시재생이란 도시 내 물리·환경·경제·사회·문화적인 차원의 문제점을 분석하고, 그에 대한 통합적 해결방안을 도출하여, 거주민들의 능동적인 참여와 협력 하에 문제해결 방안을 구현하는 법규·정책·계획·사업·집행행위 등의 유기적 총화(總和)라 불린다. 본 글은 그동안 우리나라에서의 도시정비 및 재생사업의 경과와 현황, 향후 과제 등을 정리한다. 또한, 도시재생(사업)의 필요성과 개념에 대한 논의를 살펴본 다음 우리보다 앞서 도시재생을 추진하여 온 선진 외국의 관련 제도 등을 소개한 이후, 우리나라 도시정비 및 재생사업 관련 법제도와 문제점을 살펴보고, 향후 바람직한 도시정비와 재생사업의 방향에 대한 짧은 의견을 개진하고자 한다.

II. 도시정비 및 재생사업의 의의

1. 도시정비와 재생의 필요성

도시쇠퇴 현상을 방지할 경우 도시민의 삶의 질 저하, 투자감소 등 악순환이 진행되면서 전반적으로 도시경쟁력이 약화되는 결과를 초래할 수 있다. 도시민의 다양한 문화적 욕구에 부응하기 위한 도시기능 공급 필요성 증대, 인구구조 변화에 맞는 도시기반 확보 및 주거복지의 중요성 증대, 기후변화 대응 에너지 절약형 도시로의 재편 등 다양한 수요에 부응하여 도시기능을 고도화하고 일자리를 창출하기 위한 도시정책 수립이 필요하다.²⁾ 또한 도시재생사업은 물리적인 환경개선 외에도 마을공동체 보전과 친환경적 생계터전 유지와 같은 목적이 중요한

1) 다만, 아직도 우리 사회는 기본적인 의식주조차 어려운 형편에 처해 있는 주민이 적지 않다. 이러한 상황에 처한 도시민들에게는 미래 도시정비의 새로운 방향으로 도시재생사업이 추구하고 있는 삶의 질 향상, 사회·문화적 환경개선 등의 논의는 다른 세상에서 벌어지고 있는 일처럼 느껴질 수도 있다. 이런 점을 감안하면 전통적 의미의 도시재생이 강조하는 1차적·물리적 환경 개선의 중요성은 오늘날에도 여전히 도외시 되어서는 안 된다. 또한, 경제적으로 어려운 형편에 있는 도시민의 생존권 보장을 위한 법정정책 과제는 도시재생 관점에서의 논의 보다는 ‘보편적 복지’와 관련된 논의에서 직접적으로 다루어져야 할 것이다.

2) 유재윤 외 3, “도시재생의 필요성과 정책과제”, 국토연구원, 「국토정책 Brief」, 2013. 3., 3면

과제로 부각되고 있다. 물리·환경적 측면에서는 도시의 압축적, 짜임새 있는 구조 개편 및 생태적으로 건강한 도시 조성을 위한 공간적·제도적 기법을 모색하고, 도심부 토지이용의 고도화·복합화, 인간과 자연이 공존하는 도시공간 조성 등을 그 주된 목적으로 하고 있는 것이다. 사회·경제적 목적은 수용능력과 개발 간 동시성 확보, 지역사회 복원, 사회적 형평성 추구 및 도시의 자족적 경제기반 구축 등을 목적으로 한다. 정책·관리적 측면에서 보면, 도심부 기능회복을 통한 인구 및 산업의 도심회귀 촉진, 도심부 부흥을 통한 일관성 있고, 지속가능한 도시개발 이념 구현 등을 목적으로 한다. 결국 도시재생은 물리·경제·사회·문화적 환경 개선을 아우르는 종합적 도시재생 추구를 통해 국민생활의 질적 향상에 이바지하고, 도시 및 국가경쟁력 강화에 기여함을 궁극적인 목적으로 한다고 할 수 있다.³⁾

2. 도시쇠퇴의 유형

한편, 도시정비와 재생사업이 필요한 이유는 도시가 쇠락하였기 때문이다. 따라서 도시재생을 논하기 위해서는 그 전제로 도시쇠퇴에 대한 개념정리가 필요한데 도시쇠퇴 유형은 일반적으로 중심시가지 쇠퇴, 산업쇠퇴, 도시전체 쇠퇴, 신성장 거점 주변쇠퇴 등 4가지로 분류된다.⁴⁾ 중심시가지 쇠퇴는 도심의 상권 이전 및 침체, 주거환경 및 기반시설 노후화지역으로 도시인구 공동화 현상이 나타난다. 산업쇠퇴란 지역 기반산업의 약화와 산업단지 기반시설 부족 및 노후화, 신성장산업의 부재 등으로 인해 쇠퇴현상을 보이는 지역을 말한다. 도시 전체 쇠퇴유형은 다양한 원인에 의해 도시 전체 차원에서 쇠퇴가 진행되어 실업률이 증가하는 것을 의미한다. 끝으로 신 성장 거점 주변 쇠퇴유형은 신 성장 거점 조성(신도시, 혁신도시 등)으로 인해 주변 기존도시에서 인구·산업·경제·자본 유출로 도시경쟁력이 약화된 지역을 말한다.⁵⁾ 도시의 쇠퇴는 단순한 물리적 환경의 노후화로 부터 야기되는 것이 아니라 인구 및 고용 감소, 산업쇠퇴, 기타 생활, 문화, 교육,

3) 대한국토도시계획학회, “도시재생 법제개편 및 활성화방안”, 「국토교통부 연구용역보고서」, 2011. 6., 15면

4) 유재윤 외 3, 앞의 논문, 2면

5) 한동효, “도시재생을 통한 창조도시 형성과정의 특성 분석 : 파산즈 798 예술구와 창동 예술촌을 중심으로”, 「국정관리연구」 제8권 제2호, 성균관대학교 국정전문대학원, 2013. 12, 73면

복지 등 주요 도시기능이 복합적으로 약화되기 때문에 발생된다.⁶⁾ 도시쇠퇴지역은 인구, 고용, 공장, 상점, 사무실 등의 감소현상과 함께 노후화된 물리적 환경과 서비스 투자의 감소 등으로 인해 사회적, 공간적 분리가 초래되는 등 도시문제와 사회문제가 중첩되어 나타난다.⁷⁾

특히, 지방도시의 경우 지방자치제 실시 이후 신시가지 조성과 행정기관의 외곽 신도심 이전으로 인한 구도심의 쇠퇴가 가속화되어, 교육서비스 부족, 기반산업 경쟁력 약화, 상업업무기능 약화, 일자리 감소, 기존 상가의 개선노력 부족, 무분별한 교외주택개발 등을 도시쇠퇴의 주요 원인으로 들 수 있다. 이는 다시 사회환경(인구감소, 고령화, 교육서비스 부족, 지역정체성 약화, 문화적 특수성 상실), 산업환경(기반산업경쟁력 약화, 산업기반 부재 등), 경제환경(일자리 감소, 자원부족), 개발환경, 물리적 환경(도시기반시설 부족 등)으로 구분할 수 있다.⁸⁾ 이러한 도시쇠퇴 원인의 복잡·다양성을 감안하면 그에 관한 대응책으로 제시되는 도시재생의 개념 역시 복합적 관점에서 접근할 수밖에 없고, 이는 물리적·경제적·환경적·문화적·사회적 측면 중 어느 하나 또는 둘에 관한 문제가 아니라, 이러한 관점 모두를 종합적으로 포괄할 수 있는 계획, 정책, 사업의 총화(總和)라 하겠다.⁹⁾

3. 도시 재생과 정비의 개념

가. 전통적·협의적 개념

도시재생¹⁰⁾은 사업시행 방법에 따라 대체로 전면재생, 보수재생, 보전재생으로

6) 대한국토도시계획학회, 앞의 보고서, 19면

7) 최응림, “도시재생 활성화를 위한 공법적 연구”, 「창원대학교 박사학위 논문」, 창원대학교, 2012, 10면(재인용)

8) 대한국토도시계획학회, 앞의 보고서, 128면

9) 따라서, 과거 전통적 관점에서 강조되었던 물리적 환경개선의 단순한 지양(止揚)만으로는 새로운 의미의 도시재생을 개념 정의할 수 없다.

10) 우리나라에 도시재생이란 용어가 등장한 것은 2000년대에 들어서이다. 용어 자체는 생소했지만 사업내용 자체가 새로운 것은 아니었다. 2002년 「도시및주거환경정비법」(이하, ‘도시정비법’이라고 약칭) 및 2005년 「도시재정비촉진을위한특별법」(이하, ‘도촉법’이라고 약칭)이 제정되면서 10~20개 구역을 하나로 묶어 개발하는 방식이 가능해졌는데, 대표적으로 서울의 “뉴타운사업”을 들 수

구분된다. 전면재생(Redevelopment)이란 철거를 위주로 하는 방법으로 슬럼화되어 도시로서의 기능과 환경을 상실한 지구를 해체하고 새로운 시가지를 조성하는 전형적인 도시정비사업이다. 보수재생(Rehabilitation)이란 도시의 골격은 그대로 유지하면서 필요한 부분을 수리하고 개조하는 재생방법으로 개축 또는 개량재생(Improvement)라고도 한다. 보전재생(Conservation)이란 역사와 전통을 중시하는 재생방법으로 충분한 기능과 건전한 환경을 가지고 있지만, 그대로 방치하면 점차 악화될 우려가 있는 지구, 역사적 가치가 있는 유적지구, 건축물지구 등에 실시한다.¹¹⁾ 결국 전통적·협약적 관점에서의 도시재생(사업)은 물리적 환경의 개선에 초점을 맞추는 1차원적인 도시정비(Urban Renewal)에 가깝다고 볼 수 있는데, 이는 종래의 정비사업과 광역적 개념의 도시정비사업(시장정비사업, 도시개발사업, 도시계획시설사업 등)으로 세분화될 수 있으며, 다음과 같은 구체적인 사업형태로 관계법령에 수용·발전되어 온 것으로 볼 수 있다.¹²⁾

(1) 도시재정비계획

우리나라 초창기 도시정비사업의 개념은 도시재정비계획에서 그 의미를 확인할 수 있는데, 도시재정비계획은 개별적인 법정도시계획, 도시계획시설의 설치·정비·개량에 관한 계획, 도시개발사업에 관한 계획을 일관된 체계 하에 하나로 종합한 계획으로, 기존에 결정되어 있는 각종 도시계획을 여건 변화에 맞추어 재정비하는 것이라고 정의할 수 있다.¹³⁾ 이러한 도시재정비계획은 각각의 도시계획의 유기적 연관관계 구축, 실제 집행계획의 지침, 개별 건축행위 규제 등의 기능을 수행한다.

있다. 현행 도시재생 관련 법 정책만으로는 더 이상 현재의 도시쇠퇴 문제에 효율적으로 대응하지 못한다고 판단한 정부는 2006년부터 도시재생 R&D 사업을 진행하여 왔는데, 2010. 12. 8. 창원시와 전주시를 도시재생 R&D 테스트베드 대상 지자체로 선정함바 있다.

11) 최응림, 앞의 논문, 24-25면(재인용)

12) 대한국토도시계획학회, '앞의 보고서', 3면 이하

13) 정용주, 박지호, "도시정비사업 관련 법규의 문제점과 도시재생 법제의 개선방안", 「유신기술회보_기술자료」, 2012. 10, 102-103면

(2) 도시재개발사업

도시재개발은 기성시가지 정비기법 중의 하나로, 우리나라의 대표적인 정비수법이자 물리적 도시공간 개선을 위한 개발사업이라고 볼 수 있다. 도시재개발은 그 대상에 따라 주거지 재개발, 상업·업무지구 재개발, 공공시설 재개발 등으로 분류되며, 개발수법에 따라 지구재개발, 수복재개발, 개량재개발, 보전재개발 등으로 나눌 수 있다. 그 중 지구재개발기법(Redvelopment) 부적합한 기존환경을 완전히 제거하고 도시기반시설을 충분히 확보하여 사업대상지구 및 그 주변지역을 효율적으로 이용하고자 하는 대표적인 도시재개발 방식이다. 수복재개발(Rehabilitation)은 현재의 불량 및 노후상태가 관리나 이용의 부실로 인해 발생한 경우, 본래의 기능을 회복하기 위하여 대부분의 기존 시설을 보존하면서 노후 및 불량 요인만을 제거하는 소극적·경제적·자연친화적 형태의 재개발 방식이라 할 수 있다. 개량재개발기법(Improvement)은 수복재개발방식의 일종으로 자연발생적 도시형태를 취하여 온 개발도상국에 흔히 적용되고 기존시설의 확장, 개선 또는 새로운 시설의 추가 등을 통해 도시구조에 대한 변형을 최소화함으로써 도시민의 생활안정을 도모할 수 있다는 이점이 있다. 보전재개발(Conservation)은 아직 불량 및 노후상태가 발생하지는 않았으나 장래에 노후 및 불량화가 야기될 우려가 있는 경우 사전에 이를 방지하기 위해 채택되는 기법으로, 역사적 가치 있는 문화재 등의 보전이 필요할 때 쓰이는 방식이다.¹⁴⁾ 도시재개발사업은 2003. 10. 1. 「도시및주거환경정비법」(이하, 도시정비법이라 약칭) 시행에 따라, 주택재개발사업과 도심·공장지역 재개발사업으로 분리되었고, 도심공장지역 재개발사업은 도시환경정비사업으로 정리되었다(동법 제2조 제2호 나, 라목).

(3) 주거환경개선사업

주거환경개선사업은 아파트 등 공동주택 공급을 위주로 한 정비사업으로 우리나라에서는 1989년 도시 저소득주민의 주거환경개선을 위한 임시조치법¹⁵⁾을 통

14) 정용주, 박지호, 앞의 논문, 104-105면

15) 도시 저소득주민 밀집거주지역의 주거환경 개선을 위하여 필요한 사항을 정함으로써 도시의 저소득주민의 복지증진과 도시환경 개선에 이바지함을 목적으로 1989. 4. 1. 제정된 한시법으로, 1989. 7. 1. ~ 2002. 12. 30.(본래 효력상실

해 처음 도입되었다. 주거환경개선사업은 도시 저소득주민이 집단으로 거주하는 지역으로 정비기반시설이 극도로 열악하고 노후·불량건축물이 과도하게 밀집된 지역에서 주거환경을 개선하기 위하여 시행하는 사업으로(도시정비법 제2조 제2호), 민간에 의해 사업이 추진되는 주택재개발, 재건축사업에 비해 공공의 역할이 보완·강화된 공공 주도의 주거정비사업이다. 주거환경개선사업은 시행방식에 따라 현지개량방식, 공동주택건설방식, 현지개량방식과 공동주택건설방식을 혼합한 방식으로 구분되는데, 현지개량방식은 지방자치단체장이 시행자가 되어 정비구역 내에 도로, 상하수도 등의 도시기반시설을 정비하거나 설치하고, 토지 및 건물소유자가 스스로 주택 등 건축물을 개량하는 방식이다. 공동주택건설 방식은 지방자치단체장이 사업주체가 되고 공사와 같은 공공기관이 시행자로 지정되어 정비구역의 토지 및 건축물 전부 또는 일부를 수용하여 전면철거 후 택지를 조성하고 공동주택을 건설하여 토지 및 건축물 소유자에게 우선적으로 공급하는 방식이다. 복합방식은 현지개량방식과 공동주택건설방식을 혼합한 것으로 지방자치단체장이나 공사 등의 시행자가 토지 및 건축물을 전면 매수하여 정리한 후, 환지로 공급하며 토지 및 건축물 소유자가 스스로 주택을 건설하는 방식이다.¹⁶⁾

(4) 주택재개발사업

주택재개발사업은 도로, 상하수도 등 정비기간시설이 열악하고 노후·불량건축물이 밀집한 지역에서 주거환경을 개선하기 위해 시행하는 공공 주도사업으로, 정비구역 안에서 관리처분계획에 따라 주택 및 부대, 복리시설을 건설하여 공급하거나, 환지로 공급하는 사업을 말한다(도시정비법 제2호 제1호 나목).

(5) 주택재건축사업

주택재건축사업이란 정비기반시설은 양호하나 노후·불량건축물이 밀집한 지역에서 주거환경을 개선하기 위해 시행하는 소유자 조합 주도의 사업으로, 정비구역 안 또는 정비구역이 아닌 구역에서 관리처분계획에 따라 아파트 등 공동주택 및 부대, 복리시설을 건설하여 공급하는 사업을 말한다(도시정비법 제2조 제1호

예정일은 1999. 12. 31.)까지 시행되었다.

16) 정용주, 박지호, 앞의 논문, 106-107면

다목).

(6) 도시환경정비사업

상업지역, 공업지역 등으로서 도시공간의 합리적이고 효율적인 이용과 도심 또는 부도심 등 도시기능의 회복이나 상권 활성화 등이 필요한 지역에 대하여, 건축물 및 그 부지의 정비와 공공시설의 정비를 통하여 도시환경을 개선하기 위하여 시행하는 사업을 의미한다(도시정비법 제2조 제1호 라목).

(7) 균형발전 촉진지구사업

지역생활권 중심 거점지역에 대하여 토지이용을 합리적으로 조정하고 기반시설을 확충함으로써 상업·유통·업무·정보산업 등을 집중적으로 증진하는 사업을 말한다.

(8) 재정비촉진지구사업

낙후된 주거환경 개선을 목적으로 기반시설을 확충하여 도시기능 회복을 광역적·효율적으로 추진하기 위한 사업을 말한다.

(9) 소규모주택정비특별사업

2018. 2. 「빈집및소규모주택정비특별법」 시행되었는데 이는 정부에서 노후된 도시와 저층의 주거지를 개선하는 방안으로 제시한 소규모주택정비사업이 「도시재생활성화및지원에관한특별법」(이하, ‘도시재생기본법’으로 약칭)에 따라서 추진될 수 있도록 법적 근거를 마련한 것이다. 특히 소규모주택정비사업 중 새로 도입된 자율주택정비사업은 최소 2가구 이상의 단독주택 소유자들이 동의하면 주민합의체를 구성해 단독 및 다세대주택을 자율적으로 개량하거나 건설할 수 있게 한 제도로서 요건과 절차가 매우 간단해서 현실적인 새로운 도시정비사업의 대안으로 떠오르고 있다.

나. 현대적·광의적 개념

광의적 의미의 도시재생은 물리적 개선에서 벗어나 도시의 지속적 성장을 도모하는 것으로 정의되는데, 일반적인 물리적 환경적 재생, 일자리 창출과 같은 경제적 재생, 지속가능한 커뮤니티 조성 등 같은 자연생태, 사회문화적 재생으로 나눌 수 있다.¹⁷⁾ 영국과 일본에서는 도시재생을 사회, 환경, 자연, 교육, 복지, 문화, 서비스 수준의 개선과 도시경제 회복을 통한 경쟁력 확보라는 측면에서 도시부흥(Urban Renaissance)이라는 포괄적 개념으로 정리하기도 한다. 즉, 도시재생은 물리적 환경 측면, 도시경제 회복의 경제적 측면, 자연생태·사회·문화적 기능회복의 측면을 동시에 고려하여, 도시의 낙후된 기능을 통합하고 회복하는 도시정비 개념이라 할 수 있다.¹⁸⁾ 특히, 일본의 「도시재생특별조치법」에는 도시재생을 ‘급속한 정보화, 국제화, 저출산 고령화 등의 사회경제적 정세의 변화에 대응한 도시기능의 고도화 및 도시 거주환경의 향상’이라고 정의하고 있다.¹⁹⁾ 결국 도시재생이란, 기존의 도시정비를 포함하는 통합적 방식의 정비개념 하에, 산업구조의 변화 및 신도시·신시가지 위주의 도시 확장으로 상대적으로 쇠퇴하고 있는 기존 도시에 새로운 기능을 도입·창출함으로써 물리적, 환경적, 경제적, 문화적으로 재활성화 또는 부흥시키는 것을 의미한다고 하겠다.²⁰⁾

4. 소결

결국, 도시재생(Urban Regeneration)이란 거주환경의 향상, 사회경제적 여건 변화에 대응하기 위한 도시기능의 고도화 및 도시성장 촉진 등을 위한 총체적이고 종합적인 비전과 행동이라고 표현할 수도 있다. 종합적·총체적 재생이란 환경요소와 자원요소 전부를 재생하는 것을 의미하는데, 환경요소는 도시의 물리적 구조를 형성하는 정적 요소로서 자연환경, 인간이 건조하여 만들어진 환경 등 물리적 도시환경을 말하고, 자원요소는 도시환경을 배경으로 하는 동적인 요소로서 도시의 경제, 사회, 문화, 복지 등을 주축으로 도시발전에 필요한 인자를 의미하

17) 대한국토도시계획학회, 앞의 보고서, 3면

18) 정용주, 박지호, 앞의 논문, 115면

19) 대한국토도시계획학회, 앞의 보고서, 5면(재인용)

20) 동지; 최웅림, 앞의 논문, 8면

는 것으로서, 도시재생사업은 종래 물리적 개발위주의 도시정비사업을 탈피한 소위 미래형 개발사업이라고 하겠다.

Ⅲ. 비교법적 검토

1. 일본

가. 추진경과

일본에서의 도시정비와 재생은 중심도시의 쇠퇴, 버블경제 붕괴, 경제침체에 대응하기 위한 전략으로 채택되어 있다.²¹⁾ 이러한 일본의 도시재정비에 대한 노력은 1923년 동경대지진 이후 본격적으로 시작되어 종전 후 1950년대까지 동경을 중심으로 도시재건에 힘썼다. 1965년 이후 교외 쇼핑센터의 등장, 1980년대 업무 및 행정기능의 교외화로 인해 도심부뿐만 아니라 주변 고밀도 시가지의 인구감소 현상 심화, 이로 인한 지역사회 붕괴와 생활환경 악화 문제가 대두되어 1998년 「중심시가지 활성화법」을 제정하여 중심시가지의 경제적 부흥을 시도하기도 하였다. 1990년대 들어서면서 도심부 거점지역의 재생이라는 명목 하에 주로 대형 복합개발사업이 이루어지기 시작해 2000년 초반에는 록본기힐스, 미드타운 등이 이 시기에 완공된바 있으며, 2000년대 이후에는 도시재생에 공을 들이고 있다.²²⁾ 특히, 2001년 5월 총리 직속기구로 ‘도시재생본부’를 설치하고, 2002년 5월 「도시재생특별조치법」을 제정하면서 본격적인 도시재생의 시대가 열리게 되었다.²³⁾ 2007. 10. 9.에는 지역재생을 위한 전략을 일원적으로 입안, 실행체제를 만들고, 유기적이고 종합적으로 정책을 실시해 나가기 위해 지역활성화 관계 4본부(도시재생본부, 구조개혁 특별구역 추진본부, 지역재생본부, 중심시가지 활성화본부)의 사무국을 통합해 “지역활성화 통합사무국”을 새로 설치하였다. 이

21) 김용웅, “일본·미국의 광역행정 및 도시·지역개발사례”, 충남발전연구원, 2011. 3., 173면

22) 이정화, “일본 도시재생관련 법제 및 사업추진사례”, 서울시 국외연수보고서, 2014. 6., 2면

23) 최응림, 앞의 논문, 133면(재인용)

러한 일본 도시재생의 기본방향은 공공이 주도하되 민간투자자본유치 등 민간의 참여를 적극 유도하는 방식이 선호되고 있다.²⁴⁾

나. 관련 주요법제

(1) 도시계획법

일본 도시계획법은 일체적 도시로서 종합적인 정비와 개발을 하는 것이 바람직하다고 판단되는 구역을 도시계획구역으로 정하고, 도시계획구역을 다시 시가화구역과 시가화조정구역으로 구분하여 무질서한 시가화의 방지와 계획적인 시가화를 추구하고 있다. 이러한 구역구분제도는 제한된 도시정비재원을 시가화구역 내에 집중적으로 투자하여 시가지를 계획적으로 정비, 개선하는 한편 시가화 조정구역에 있어서는 개발, 건축행위를 억제하는 제도이다.

(2) 건축기준법

1970년 도시계획법의 전면개정에 따라 개정된 건축기준법은 용도지역을 변경하는 것을 주된 내용으로 하였는데 전부를 8개 지역으로 나누고 용도의 세분화를 도모하였다. 구법에 있었던 높이제한은 철폐되고, 그 대신 용적률 규제가 새로 도입되는데, 이 규제가 상당히 완화되어 있었기 때문에 공간의 입체적 이용이 크게 발달하게 되었다.

(3) 국토이용계획법

1987년 6월 제정된 일본의 국토이용계획법은 국토 전체를 도시, 농업, 산림, 자연공원, 자연보전의 5개 구역으로 나누어 각각의 이용, 보전계획을 예정한 입법으로, 이 법률에 따라 정부는 지가 상승이 현저하거나 투기적 거래가 집중하는 지역에 대하여는 규제를 할 수 있고, 투기적거래가 만연한 지역에서의 토지거래는 지사의 승인을 받게 되었다.

24) 대한국토도시계획학회, 앞의 보고서, 16면

(4) 도시재생특별조치법

2002. 6. 도시재생특별조치법이 시행되어 민간 주도의 사업추진을 위해 규제 완화, 수속의 간략화, 자금조달지원 등의 제도가 발족되었다. 총리를 본부장으로 하고 모든 각료가 참여하는 도시재생본부를 설치하여 도시재생기본방침과 도시재생을 위한 긴급정비지역마다 지역정비방침을 세우는 것으로, 중앙정부 주도로 도시재생을 진행하는 것이 특징이다.²⁵⁾ 도시재생특별조치법은 총칙, 도시재생본부, 도시재생기본방침, 도시재생긴급정비지역, 도시재생비계획에 기한 특별조치, 잡칙의 6개 장으로 구성되어 있다. 특히, 도시재생본부는 크게 3가지의 업무를 수행하는데, 이는 ① 도시재생 프로젝트 추진, ② 민간도시개발투자 촉진, ③ 전국 단위의 지역별 고유 특성을 살린 도시재생의 추진으로 구분된다.²⁶⁾ 한편, 민간도시개발기구는 도시재생특별조치법 제20조(민간도시재생사업계획의 인정)에 따라 국토교통대신의 인정을 받은 도시재생정비사업을 시행하는 사업자에 대하여 무이자 대부, 채무보증, 출자 등 지원, 신탁수익권의 취득, 기타 원조 등의 지원조치를 실시할 수 있다. 이처럼 일본의 도시재생특별조치법은 민간주도형 도시재생사업의 경우 공공의 직·간접적 지원을 보장하고, 다양한 간접지원수단을 운영하고 있으며 일정 요건 충족시 사업참가 형태의 지원도 가능하도록 되어 있다.²⁷⁾ 한편, 지자체에 의한 도시 활력 창출, 수해방지, 시가지 정비, 지역 주택 지원 등 정책 목적을 실현하기 위해 중앙정부가 수행하는 사회자본 정비사업과 연관되는 사회자본 정비나 소프트웨어적 사업을 종합적일체적으로 지원하는 제도로 기존 개별사업 별 보조금 지원업무를 일원화·통일화 하였다.²⁸⁾ 다만, 현재 일본에서도 지역주민 참여 부족, 개발지역의 지정 및 구분문제, 부동산 매매가격 상승문제, 도시재생 정책 및 집행과정의 투명성 문제, 도시의 거주성이나 지역사회가 가지는 문화적 가치 수호 배려 부족 등이 문제점으로 지적되고 있다.²⁹⁾

25) 성중탁, 「도시정비사업의 법적쟁점과 해설」, 집문당, 2016. 2., 134면

26) 대한국토도시계획학회, 앞의 자료, 14면

27) 대한국토도시계획학회, 앞의 보고서, 59면

28) 유재윤 외 3, 앞의 보고서, 6면

29) 최응림, 앞의 논문, 165-168면

다. 관련 법·제도의 성공적 통합운영³⁰⁾

(1) 신속성을 중시한 특례특구와 종합적, 장기적 접근 지구로의 사업 이원화

일본은 2013년 이후 도시재생사업과 관련하여 일반·종합적 계획제도를 유지하되 간편성과 신속성을 위해 특별구역(특구)제도가 추가되는 체제로 운영되고 있다. 즉, 현안을 시급히 해결해야 하는 지역의 경우, 도시재생긴급정비지역, 도시재생특별지구와 같은 특구제도를 도입하는 방식이 채택되고, 일반화되고 고질적인 도시 내 문제지역의 경우 기존 중심시가지활성화제도(1998년 도입)처럼 종합적이고 장기적인 관점에서 문제를 처리하는 방식을 적용하는 반면, 사업수요가 많고 기반시설이 일정 수준 갖추어진 대도시는 주로 개별 사업에 대한 규제완화를 통해 신속한 개발을 유도하는 방식을 적용하며, 수요가 정체되고 기반시설이 노후화된 지방도시는 주로 선택과 집중을 통한 통합계획을 추구하면서 재정지원을 강화하는 방식으로 이원화해서 진행하고 있다.

(2) 계획제도의 통합 정도

다만, 기존 도시재생 관련 법제도를 물리적으로 통폐합하기보다는 총리 직속의 최고 의사결정권자인 도시재생본부의 심의 등 충분한 사전협의, 부처 내 관련예산 통합 등의 방식을 통해 통합성을 확보한 것이 주요 특징이다. 즉, 개별화된 관련 법령을 과감히 통폐합하고 신속한 문제해결을 위해 특례제도를 적극적으로 활용하는 ‘강(強)’ 단계와 관련 개별법령을 유지하고 실무부서 간 협의하는 ‘약(弱)’단계로 구분할 수 있는데 일반적인 일본의 계획제도의 통합수준은 관련 개별 법령은 유지하되 공무원이 해당 실무부서와 충분한 사전 협의조정과정을 통해 합의된 내용을 최고심의기구에 상정하고 일부는 특례나 특구를 통해 문제를 해결하는 중간수준에 해당한다고 보면 되겠다.

30) 이하, 이왕건, 박소영, “도시재생사업에서의 계획수립 및 절차의 통합적 운영방안”, 「국토정책 Brief」, 국토연구원, 2016.3., 4-7면 요약 재인용.

(3) 최고심의기구의 위상 강화

일본은 총리를 장으로 하는 내각부지방창생추진실에서 도시재생사업 전반에 관한 의사결정(종합 컨트롤)을 하고 있는바, 위 추진실에서 특별한 사정이 없는 한 일본 전체 지역활성화 관련 5개 본부(도시재생본부, 구조개혁특별구역 추진본부, 지역재생본부, 중심시가지활성화 본부, 종합특별구역추진본부) 회의를 합동으로 개최함으로써 관련 제도 간 정합성을 확보하는 한편, 특히 통합본부회의와 함께 지역활성화종합사무국을 두어 통합적 지역도시 재생 실현을 위한 실질적 조정 역할을 수행하고 있다.

2. 영국

가. 추진경과

영국의 경우 1950년대 이후 물리적 정비 위주의 도시재건사업을 실시하였으나 지역커뮤니티 붕괴와 같은 또 다른 문제가 초래되었고, 1970년대부터 경제, 사회, 물리적 정책들을 통합하여 다루기 시작하였고, 1980년대에는 거대자본 프로젝트를 통한 물리적 환경개선과 민간투자 및 파트너쉽을 강조하였으며, 1990년대 들어서 지속가능한 자연친화적 환경적 개발의 개념을 추가함으로써 도시재생의 개념이 본격적으로 들어서게 되었다.³¹⁾ 영국에서의 도시재생은 도시문제를 해결하고 변화하는 지역의 경제적, 물리적, 사회적, 환경적 상태를 지속적으로 개선하고자 하는 종합적이고 통합적인 비전과 행위를 의미한다.³²⁾

나. 관련 주요법제

(1) 도시계획법제

영국은 1909년 주택도시계획법으로 플래닝 스킴(Planning Scheme)을 법제화하여 개발밀도, 외관, 특정지구에 허용되는 용도, 특별한 허가를 요하는 개발의 중

31) 정용주, 박지호, 앞의 논문, 115면

32) 최응림, 앞의 논문, 169면

류 등 광범위한 사항을 규정하였다. 이후 1947년 도시농촌계획법에 의해 개발계획과 계획허가제를 도입하였는데, 개발계획(Development Permission)은 광역지방정부(County)가 관할구역 내의 모든 토지에 대하여 그 토지의 이용방법을 기술하는 계획서로 도시성장의 방향성, 그린벨트로서 보전해야 할 구역, 산업과 주택건설에 할당해야 하는 구역 등을 제시하는 계획으로 정의되었다. 1968년 개발계획의 경직성을 타파하기 위해 도시농촌계획법을 개정하여 광역지방정부의 구조계획과 기초지방정부(District)의 세부계획(Local Plan)이라는 정책전술 중심으로 새로운 이층제 개발계획 제도를 도입하였다.³³⁾

(2) 도시재생법제

1946년 제정된 뉴타운법(New Towns Act)은 연방 국토장관으로 하여금 뉴타운 구역을 지정하도록 하고 각 구역마다 설치되는 뉴타운 개발공사에게 토지수용권을 포함한 광범위한 권한을 부여함으로써, 지자체와 대등한 권한을 가지고 개발을 추진하는 것이 가능하도록 하였다. 그 후 1947년 제2차 세계대전의 전채 복구를 위해 도시·전원계획법을 제정하였고, 현재는 1971년도에 전면개정된 ‘도시·전원계획법 1971’이 도시정비의 기초되는 토지이용계획 관련법의 기본이 되고 있다. 특히, 1980년대는 도시개발에 있어서도 민간부문을 활용한 개발에 역점을 두고 ‘도시개발공사제’ 도입과 ‘엔터프라이즈 존 설정’ 등을 통한 규제완화에 중점을 두기도 하였다.³⁴⁾ 또한, 1994년 대규모 민간자본 투자를 유치하기 위하여 ‘80년대부터 운영하던 기존 ‘도시개발보조금(UDG)’ 및 ‘도시재개발보조금(URG)’과 ‘90년대에 만들어진 ‘City Challenger’를 포함하여 당초 5개 중앙부처로 분산되어 지원하던 20개 항목의 예산을 하나로 통합하였다.

3. 독일

가. 추진경과

독일은 2차 대전 이후 폐허가 된 베를린과 드레스덴 등 독일 주요 도시지역을

33) 최응림, 앞의 논문, 173-174면

34) 성중탁, 앞의 책, 69-70면

복구하고 심각한 주거난을 해소하기 위해 대도시 중심의 도시재개발이 진행되었다. 1970년대 들어서 보다 광역적인 시각에서 도시문제에 대한 다양한 대처방안과 전략이 모색되었다. 1970년대 중반 이후 물리적 공급 위주의 도시개발에서 벗어나 도시와 건축의 질을 고려하기 시작하였으며, 도시의 전통과 역사성의 보존에 관한 사회적 의식이 높아지면서 보전 차원의 도심재생계획이 구체화되었다. 초기의 재개발사업은 도시의 주요 간선 가로체계의 정비와 도시구조의 복원에 두고, 기본적인 도시구조와 도로체계가 차량교통을 위해 훼손되었을 경우 보행자 위주로 교통체계를 개편하기 위해서 주접근로를 제외한 나머지 내부구획도로는 일방향의 교차병존도로, 혹은 보행자 전용도로로 재구축하는 방식을 취하였다. 이와 더불어 핵심적인 도시재개발의 내용은 도로변의 건축물을 전통적 도시특성에 맞추어 정비, 보수하는 방식이라 할 수 있는데, 이와 같이 독일에서는 도심재생을 위해 도시적, 건축적인 다양한 개선방안들이 강구되었고, 이를 실제 도시재개발사업에 적용하고 평가함으로써 현재 긍정적 효과를 얻고 있다.³⁵⁾

나. 관련 주요법제³⁶⁾

(1) 연방건설법전

독일 연방건설법전은 연방건설법과 도시건설촉진법을 하나로 법전에 모아둔 것으로, 한국의 도시계획법, 건축법의 일부, 토지수용법 및 토지구획정리사업의 일부, 지가공시 및 토지 등의 평가에 관한 법률 등 몇 가지 법률규정을 종합한 것과 같은 내용을 가지며, 개발규제, 건축규제의 기본법이라 할 수 있다. 크게 4개의 장으로 구성되어 있고, 1장은 일반적 도시건설법을, 2장은 특별도시건설법을, 3장은 그 밖의 규정을, 4장은 경과규정, 종결규정으로 구분되어 있다. 연방건

35) 현재 독일의 도시정비사업은 기본적으로 공공사업이라는 인식하에 연방정부와 주정부, 기초지방자치단체, 개인이 적절한 비용분담을 통해 사업을 추진하고 있으며, 기반시설부문의 개선은 공공이 주도적으로 담당하고 주택의 건축 및 보수와 관련된 사항은 개인의 책임하에서 시행되고 있다. 모든 재개발사업은 B-Plan의 수립을 통해서 시행되고 있으며, 사업대상지역의 노후건축물에 대한 정비는 철거보다는 개선(Modernisierung)과 보수(Instandsetzung)를 중시하고 있다.(성중탁, 앞의 책, 49-51면)

36) 최응림, 앞의 논문, 199-211면(요약 재인용)

설법전의 주요 목적은 도시계획의 법적 기초를 하나의 법전에 통합, 법률과 행정의 간소화(극히 필요하지 않은 사항들의 폐지), 건설기본계획 수립의 신속화, 간소화, 건설의 용이화, 게마인데의 계획고권의 강화 등인데 이로 인해 예방적 환경보호가 중요한 요소가 되었다.

(2) 도시재개발법

독일의 도시재개발 관련법제는 1971년 도시건설촉진법 제정 이후 몇 차례의 개정을 거쳐 1986년 건설법전 속에 흡수되었다. 법 제정 당시의 재개발 유형은 물리적, 전면철거형 재개발이 주류를 형성하고 있었으나 1980년대 이후 역사적, 문화적 배경을 가진 기존 커뮤니티의 파괴 및 해체로 연결되는 전면철거형의 재개발을 억제하고, 부분적인 철거를 수반하되 가능한 한 기존시가지의 구조를 유지하면서 수선해 나가려는 도시재생적 사고가 등장하게 되었다. 1984년 도시건설촉진법 개정으로 수선보전형 재개발이라 할 수 있는 간이형 재개발 방식을 도입하였는데, 이로써 종래의 재개발사업 모델과 병행하되 간이화된 절차, 즉 B플랜³⁷⁾ 결정절차 생략, 구역내 일반적·개괄적인 토지거래인가제 채택, 계획이득금징수의 생략이 가능하도록 시군구 조례로 정하는 것이 가능하게 되었다.

4. 미국

가. 추진경과

미국은 1950-1960년대에 도시의 외곽확산에 따른 도심공동화 현상이 발생하여 1970년대에는 쇠퇴한 도심부를 다시 되돌리기 위한 대책으로 도시재생이 시작된 역사를 가지고 있다.³⁸⁾ 1970년대 후반부터 내부시가지(Inner City)의 쇠퇴지역에

37) 독일은 소규모 지구단위별 기반시설 정비방안을 토대로 B-Plan을 작성하여, 지구차원에서의 일체화된 도시기반시설을 정비하도록 함으로써 주거지 정비가 소규모로 분할되어 진행되더라도 도시재개발에 따른 주거환경의 질적 저하를 최소화시키고 있다. 또한 B-Plan에는 세입자등 사회적 약자의 손실을 최소화하기 위한 사회계획과 자연환경적 부작용을 최소화하기 위한 생태계획 등이 포함되어 있다.

38) 이정화, 앞의 논문, 2면

대한 문제가 본격적으로 거론되었으며, 특히 행정과 문화, 상업이 집중된 중심도시(Central City)의 쇠퇴문제에 주목하여(CBD의 문제) 중심도시를 번영하는 지구와 쇠퇴하는 지구로 나누어 중심도시 문제를 도시 전체의 문제와 구분하여 논의하였다.³⁹⁾ 미국에서의 도시재생은 커뮤니티 운동과 연계된 중심시가지의 활성화 사업으로 구체화되고 있는데, 저소득층에게 다양한 계층이 혼합된 커뮤니티로 이주할 기회를 주는 프로그램을 실행하여 고용확대, 소득증가, 그리고 교육증진 부분에서 긍정적인 평가를 받고 있다. 또한 정부도 산업·경제적 다양성을 갖는 주거환경을 조성함으로써 저소득층 주민을 주변 지역사회와 통합시키고 도심재생에 기여하는 프로그램을 개발하고 있다.⁴⁰⁾ 미국의 경우 도시재생 및 도시정비, 재개발을 도시쇠퇴와 경제 활성화 및 도시 개편수단으로 적극 확대하고 있고, 도시재생에서는 도시의 새로운 경제 및 산업기능을 도입하여 활성화하는데 치중하는 한편, 대규모 민간자본을 동원한 부동산개발을 촉진하고 있는 실정이다.

나. 도시재생 관련 주요법제(정책)

(1) CDC(Community Development Corporation)

미국에서는 낙후지역 재생을 위한 CDC 조직의 중요성이 대두되고 있는데, CDC(Community Development Corporation)란 도시재생과정에서 지역 시민들의 의견을 수렴하여 보다 나은 계획을 수립하고 지역 차원의 경제적·사회적 지속가능성을 증대하기 위하여 지역개발을 추진하는 도시계획 관련 비영리조직을 말한다. 미국 CDC의 경우 미국 연방정부의 정책적 지원을 기반으로 주민 사회복지서비스에서부터 주택공급과 도시환경 개선 등의 공공서비스를 제공하며 미국 전역에서 폭넓게 활성화되고 있다. 미국 연방정부와 주정부는 지역문제를 해결할 수 있는 지역 차원의 비영리기관(CDC)을 활성화하도록 하는 도시재생 및 주택공급 정책을 수립하고 각종 보조금을 지원하고 있다.⁴¹⁾

39) 최응림, 앞의 논문, 11면(재인용)

40) 성중탁, 앞의 책, 174면

41) 김혜열, 정수지, CDC를 중심으로 한 미국 뉴어크시 도시재생, 서울시 건축도시공간연구소 연구보고서, 2015. 8., 70-71면; 이우형, 도시재생적 관점에 따른 미국 지역사회개발지원시스템의 특성 연구 -미국 지역개발공동회사(CDCs)에 대한 지원시스템의 특성을 중심으로-, 디자인융복합연구 12권 2호, 디자인융복합

(2) 전용(Adaptive Reuse) 및 세액공제제도

또한, 최근에는 보존가치가 뛰어난 건물의 외관을 보존하여 지역의 역사성 및 문화성을 보존시키되, 지역사회의 요구와 상황에 맞게 재활용하자는 취지의 전용 계획(Adaptive Reuse Plan)이 각광을 받고 있다. 연방정부는 위 전용계획의 효과적인 수행을 위해 HPTC(Historic Preservation Tax Credit), LITHC(Low Income Housing Tax Credit), NMTC(New Market Tax Credit) 등 다양한 세액공제제도를 수립·운영하고 있다. HPTC는 1977년 연방정부 법률에 처음 규정되었는데 제도의 관리는 연방부처인 'U.S Department Interior' 산하의 'National Park Service'가 수행하고 있고, 전용시 발생하는 비용의 10% 혹은 20%를 지급하는 두 가지 형태가 있으며, 연방정부가 제공하는 세액공제 중 도시재생을 위해 활발하게 사용되고 있으며, 가장 성공적이라는 평가를 받고 있다.⁴²⁾ LIHTC는 1986년 의회에서 'Section 42 of the Internal Revenue Code'를 승인함에 따라 제정되었는데, 건물을 전용하여 지역사회에 저소득계층을 위한 임대아파트를 제공하는 것이 목적일 경우 지급되며, 이 제도를 통해 임대주택 건설업자는 총공사비의 9%를 세액공제를 통해 지급받을 수 있다. NMTC의 경우 2000년도에 의회에서 제정되었고 그 목적은 저소득층 밀집지역의 경제를 활성화시키기 위한 것이다. 이 제도를 통해 개인 혹은 기업투자자는 약 39%의 투자비용을 세액공제를 통해 7년간 회수 받을 수 있다.⁴³⁾

(3) BID(Business Improvement Districts)

BID란 도시내 상업 및 업무지구를 활성화하기 위하여 설정된 특별지구로서 지구 내 자산소유자를 대상으로 일종의 개발부담금을 징수하고, 이를 통해 조성된 재원으로 상업활성화를 위한 조건 정비를 실시함으로써 지구 내부의 매상, 임대료, 자산가치의 상승 등을 통하여 부담금을 지불한 자산소유자에게 그 이익이 확대되는 지역활성화 프로그램으로, 특정 상업지역의 경영을 강화하고 재원을 조성하기 위한 수단으로 정의된다.⁴⁴⁾ BID제도의 기본내용은 주법 또는 지방법에 의해

학회, 2013. 10, 22면 이하

42) 최유진, 앞의 논문, 258-259면

43) 최유진, 앞의 논문, 260면

사업체, 자산소유자, 비영리단체, 지방정부가 BID 조성을 위해 거버넌스를 형성할 수 있도록 하고, 지구의 경계를 한정하며, 해당 BID 지역 내 자산에 대한 부담금을 징수할 수 있도록 하는 행정적 권한을 부여하는 것이다. 특히 BID는 지역 주민이 주체가 되는 지역활성화 기구로, BID 운영에 요구되는 법적권한을 부여하고 다양한 행정체계 구축도 보장하여 오늘날 미국의 도시재생사업 관련제도로써 크게 활용되고 있다.⁴⁵⁾

IV. 우리나라 도시정비 및 재생사업의 발전 과제

1. 안정적, 지속적 도시재생사업 추진의 필요성

현행 도시재생기본법상 ‘국가도시재생기본방침⁴⁶⁾’, ‘도시재생전략계획⁴⁷⁾’, ‘도시재생활성화계획⁴⁸⁾’ 등의 입안, 결정권, 수립권, 승인권 등이 각각 분리되어 있어 중앙정부와 지자체 간의 상호유기적인 협력관계가 형성되지 아니하면 일관된 계획의 수립은 물론 수립된 사업의 시행과 유지가 어려운 구조이다. 물론, 통합적 접근과 다양한 법률들을 통한 사업 간의 연계성의 강화로 각 부처별로 개별적으로 추진되고 있던 도시재생 관련 사업들의 계획 및 조직체계들을 통합할 수 있다고 볼 여지도 있다. 그러나 현실은 그렇지 않은 것으로 보인다. 실제로, 지난 박근혜정부의 도시재생사업은 주택정책을 중심으로 하여 무리 없이 예산협의를 이루어 질 수 있을 것으로 예상되었던 것이 사실이지만, 각 부처 간 예산협의를 이뤄지지 않아 이른바 ‘반쪽 사업’이 되고 말았다. 게다가 이처럼 중앙정부의 안정적인 도시재생기금이 마련되어 있지 않았음에도 불구하고 도시재생법은 도시재생전략계획이 수립되는 경우에 계획의 실효성을 강조하면서 당해지역 지자체의 중기지방재정계획에 예산확보를 의무화하도록 규정하고 있는 것도 현실과 동떨어진

44) 이운용 외 2, “미국의 도시재생수법으로서의 BID(Business Improvement Districts)에 관한 연구”, 한국도시설계학회 2007 추계학술발표대회 발표문, 2007. 12., 195-196면

45) 이운용 외 2, 앞의 논문, 198-204면

46) 도시재생기본법 제4조 제1항

47) 도시재생기본법 제12조 제1항

48) 도시재생기본법 제19조 제1항

조치이다.

결과적으로 현재의 상황은, 중앙정부가 안정적인 재원확보수단을 마련해 놓지 못한 상황에서 도시재생사업의 실효성, 지속가능성의 확보는 지자체에 맡겨져 있는 상황이다. 이는 국토의 지속가능하고 균형 있는 개발을 위해 국토의 이용·개발·보전에 관한 계획을 수립해야 할 뿐만 아니라 이를 위해 필요한 제한과 규제를 담당해야 할 국가의 책무를 명백히 유기(遺棄)하고 있는 것이다. 도시재생을 비롯한 각종 계획사무는 지방화의 추세 속에서 안정적인 재원의 확보는 반드시 필요하다.

2. 도시재생사업 지원 다각화

도시재생사업의 현실적 사업성과 사업추진 가능성 사이의 간극을 줄이기 위한 직접적 보조나 융자, 보증 등 간접적 지원책을 활용하기 위하여 중앙정부 차원의 재원 마련 및 지원방안 모색이 필요하다. 구체적으로 중앙정부의 실질적 지원강화를 위하여 중앙정부차원에 관련 도시재생기금을 설치·운영할 필요가 있으며, 재원 유형을 다양화하여 기금 조성의 규모를 확대할 필요가 있다.⁴⁹⁾ 우선, 지방세기본법 개정을 통해 종전 도시계획세를 특별시세로 볼 수 있도록 한 현행 특례규정을 광역시까지 확대하여 도시계획세의 재산세 통합에 따른 정비기금 재원 축소 문제⁵⁰⁾를 해소하고, 지자체 내에 별도 설치된 도시재생 관련기금, 특별회계 등을 하나의 기금으로 통합하되 재원 운용의 자율성을 보장하고, 지자체의 재원 규모와 운영특성에 따라 조성규모가 크고 다양한 운영이 가능한 지자체의 경우, 기금 내 계정분리를 통해 자금운영의 탄력성과 자율성을 확대하는 방안 등이 검토될 필요가 있다.⁵¹⁾

나아가, 도시재생사업에 필요한 비용, 기반시설비 보조, 전략계획 및 활성화계

49) 정용주, 박지호, 앞의 보고서, 120면

50) 2011. 1. 1. 지방세기본법이 시행되면서 특별시세, 광역시세인 도시계획세가 폐지되고, 구세, 시군세인 재산세로 통합되었는데, 광역시의 경우 재산세가 구세로 통합되어 부족한 재원이 더욱 축소되는 문제가 발생하고 있다. 또한 지방자치단체의 도시재생사업 재원인 도시정비법상 도시주거환경정비기금과 도시개발촉진법상 재정비촉진특별회계로 분산되어 중복설치로 인한 행정비효율, 재원분산을 야기하고 있다.

51) 대한국토도시계획학회, 앞의 보고서, 69면

획 수립 지원, 도시재생 관련조직의 출자, 공공건축물의 보수정비 비용 등으로 활용 가능한 도시재생지원기금 조성을 논의할 수 있다. 이를 통해 쇠퇴지역에 대한 단순한 보조만이 아니라 마을기업·커뮤니티 비즈니스 등에 대한 융자 등 다양한 형태로 지원함으로써 민간의 참여기회를 넓힐 수 있고, 부문 간 사업 간 원활한 연계를 위해서도 통합적 기금이 조성·운용되는 것이 바람직하다.⁵²⁾

3. 수도권·대도시를 탈피한 지역 기반 도시재생사업 수행

우리나라 지방도시의 경우 도시재생 노력의 부족, 민간 주도 수익성 목적으로 인한 사업시행 자체의 어려움, 법제도의 한계로 인해 오히려 도시경쟁력이 쇠퇴하고 있고, 도시재생의 사각지대가 되어 왔다. 이러한 문제점을 극복하기 위해서는 지역개발 관련사업과 도시재생을 연계한 전략이 마련되어야 한다. 또한 도시 주거환경정비기본계획에 지역특성을 살릴 수 있는 계획을 포함시킴으로써 지역의 특성을 최대한 보전하는 재생이 필요하고, 이를 위해 현지개량(수복형) 사업방식 등 다양한 정비수법의 도입도 필요하다.

구체적으로, 도시재생에서 소외되어 온 시장성이 부족한 지방이나 수도권 쇠퇴지역에 대한 공공의 적극적 지원 및 중앙정부의 개별적, 산발적인 지원을 개선하기 위해 포괄적인 도시재생 개념을 보다 구체화하여 종합적이고 포괄적인 도시재생 개념을 실현할 수 있는 현실적인 수단이 필요하다.⁵³⁾ 또한 지역 도시별 특성에 맞는 특화된 도시재생전략 추구가 시급한데, 대도시의 경우 고밀·복합체계 촉진, 도시생활권 복원, 대중교통중심개발(TOD) 등을 위한 제도적 기반 구축이 우선 고려되어야 하고, 중소도시의 경우 대단위 개발보다는 지역의 특색과 장점을 살린 점적 개발과 확산효과 창출을 통한 경쟁력 강화전략이 우선 고려되어야 한다.⁵⁴⁾ 이러한 지역별 균형있는 도시발전을 위해서는 중앙과 지방정부가 서로 대등한 입장에서 기능을 분담한다는 사고방식의 정립이 필요하며, 중앙정부와 지방자치단체 간에 상호 협력체계를 구축함으로써 지방자치단체의 국가정책참여를 활성화시켜야 할 것이다.⁵⁵⁾

52) 유재윤 외 3, 앞의 논문, 5면

53) 정용주, 박지호, 앞의 논문, 120면

54) 대한국토도시계획학회, 앞의 보고서, 15-16면

55) 김민호, “지방자치단체의 부동산정책의 의의 및 과제”, 「토지공법연구」, 한국토지공법학회, 2004. 6., 13면 이하.

참고로, 미국의 경우에도 현재 공공부문의 공영개발과 민간부문의 영리개발사이의 간극을 메우는 대안적 개발모델인 CDC 역할은 지역사회개발지원시스템을 통해 매우 강화되었다. 이 지원시스템은 재정적으로 CDC의 운영을 지원함으로써 지역중심의 개발과 종합적인 지역사회개발을 촉진하였다. 이를 통해 지역사회개발사업은 재생적 개발을 목적으로 하는 물리적 가치와 사회경제적 가치의 동반상승을 성공적으로 수행할 수 있었다.⁵⁶⁾

4. 전면개발·물리적 정비 중심에서 탈피한 사업 패러다임의 변화

전면개발과 물리적 정비 중심의 현행 사업체계는 양적 주택공급과 물리적 개발계획 중심으로 결정되므로, 사회·문화·경제적 내용이 계획에 일부만 포함되고, 계획결정 단계에서 구체적으로 결정되지 않아 향후 실현성이 낮아지는 문제점이 있다. 이를 극복하기 위해서는 도시재생구역 지정에 있어 당초 관련 사업법으로 지정된 구역뿐만 아니라 다양한 재생사업 및 계획을 적용할 수 있도록 재생구역을 구분하고, 사업 관련구역을 민간사업과 공공사업으로 구분하고, 재정비촉진계획상의 준치계획보다 더 적극적인 관리가 가능하도록 도시재생관리구역을 설정할 필요가 있다.⁵⁷⁾ 이를 통해 도시공간 내에 다양한 활동들을 연계하여 지역 내생적 발전과 주민들의 삶의 질을 제고할 수 있는 일자리·주거·복지·문화 등을 함께 고려하는 융·복합형 도시재생을 추구할 필요가 있다. 다만, 이는 다양한 분야가 연계될 수 있는 추진체계와 함께 통합적 예산운용이 실현될 때 비로소 가능하다고 할 것이다.⁵⁸⁾

5. 민자 유치 등 사업방식의 다각화 필요성

도시재생사업은 공공복리 증진을 위한 정부의 무수익 시혜성 사업 성격을 띠고 있어 민간 혹은 공공기업 일방이 사업주체가 되기 곤란한 구조이다. 이로 인

56) 이우형, “도시재생적 관점에 따른 미국 지역사회개발지원시스템의 특성 연구 - 미국 지역개발공동회사(CDCs)에 대한 지원시스템의 특성을 중심으로 -”, 「디자인융복합연구」 12권 2호, 디자인융복합학회, 2013. 10, 27면 이하

57) 정용주, 박지호, 앞의 논문, 118

58) 유재운 외 3, 앞의 논문, 4면

해 사업추진 기업 입장에서는 환경개량을 위한 단순 시공에는 참여할 수 있겠으나 도시재생사업의 사업주체로서 투자하는 것은 수익 회수가 불가능하여 적극적으로 사업에 참여하기가 쉽지 않은 상황이다. 이 경우 모든 도시재생사업의 사업시행을 정부가 직접 맡아야 하는 부담이 생기고, 기업의 활발한 투자를 유치하고자 하는 정부의 의도가 좌절될 우려가 있다. 또한, 환경개선에 따른 자산수익을 기대할 수 있는 시설 소유주와는 달리 임차인 입장에서는 추진 과정의 불편과 향후 임대료 상승에 대한 우려로 주민합의에 갈등이 발생할 개연성도 크다.

즉, 시설 개량에 따른 자산가치증대분이 실거주자가 아닌 시설 소유주에게 귀속되는 문제가 발생하지만 이러한 수혜를 회수할 법적 근거와 수단이 부재하고, 반면에 부동산경기 과열시 부동산가격 안정화 정책이 우선될 경우 도시재생사업 추진이 우선적으로 지체될 개연성이 농후한 것이다.

이러한 문제를 해결하기 위해서라도 도시재생사업을 사업지 여건에 따라 i) 순수 100% 재정 및 기금을 투입하는 공공복리사업, 또는 ii) 투자자 유치를 통한 수익성 사업으로 선택 추진할 수 있도록 법개정이 필요하다. 도시재생사업 재원의 30% 이상을 기업투자를 통해 해결하겠다는 정책당국의 의도를 감안할 때 기업을 사업시행 주체로 활용하는 구조가 불가피하며, 투자금의 회수가 가능해야만 금융대출도 가능해지므로, 부대 수익사업을 기대할 수 있는 사업 대상지에 대해서는 수익형 개발모델을 보다 전향적으로 허용할 필요가 있다.⁵⁹⁾

6. 사업 대상 지역 주민들의 적극적 호응 유도

도시정비와 재생사업 대상지 내 거주민 간 충돌되는 이해관계를 적절하게 조율하여 주민 호응을 이끌어내는 것도 중요하다. 구체적으로 해당지역에 거주하는 임차인과 시설 소유주의 입장이 상반되며, 사업의 최대 수혜자인 시설 소유주에게는 별도의 부담이나 제약조건이 없는 상황이라 개발수혜에 불균형이 발생하므로 이에 대한 시정방안을 강구할 필요가 있다. 또한, 사업 완료 후 임대료 상승으로 인해 저소득 거주민들이 타 지역으로 밀려나는 젠트리피케이션(Gentrification)현상을 방지하기 위해 지자체와 시설 소유주 간 상생협약 체결 등을 통해 일정기간 건물 임대료의 급격한 상승을 제한하는 등의 방안도 적극 검토

59) 대한국토도시계획학회, 앞의 보고서, 61-62면

할 필요도 있다. 또한, 주민참여형 개발계획과 실행, 지역특성을 반영한 활성화계획 수립, 주민자생력 확보라는 3가지의 사업방향도 반드시 고려되어야 한다.

향후 도시재생사업의 첫 번째 주안점은 계획수립부터 실행까지 지역주민이 함께 비전과 목표를 세우고 계획하며 실행에 참여하는 것이다. 정부와 지자체는 이를 위해 주민공동체를 활성화하고 주민역량강화를 위해 힘써야 할 것이다.⁶⁰⁾ 두 번째 주안점은 지역의 특성과 고유한 정체성을 고려한 도시활성화 계획을 수립해야 한다는 것이다. 기존의 획일화된 도시계획 및 정비사업 방식이 아닌 지역의 역사·문화·환경 등 지역의 특성과 자원을 바탕으로 지역문제를 해결하고, 지역재생을 위한 계획을 수립하여 할 것이다. 이는 부동산가치상승과 물리적 환경개선 중심의 계획에서 벗어나 주거, 문화, 교육, 환경, 안전, 일자리 창출 등 다양한 가치가 반영된 활성화계획을 의미한다. 세 번째 주안점은 주민참여에 기반 한 사업의 추진으로 주민 스스로의 역량을 길러내는 것이다. 그 간 진행된 공공 주도의 사업계획 및 실행에서 탈피하여 실행과정에서 지역민의 참여를 유도하고, 주민역량을 강화하여 자생력을 육성해야 한다. 이러한 지역주민들의 자생력 확보를 위해서는 지역의 인적자원을 적극 활용하여 역사, 문화, 환경, 사회적 자원을 조사하고 지역의제를 발굴한 후 이를 반영한 사업을 추진해야 할 것이다.

7. 도시정비 및 재생사업 관련제도의 통합적 운영

가. 통합적 운영을 위한 기본원칙

도시재생 계획수립, 집행과정에서 상호 대조적인 이념, 가치관, 목표, 방법론이 존재하는 가운데 이 모든 것이 현실에서 상호 충돌하는 현상이 빈번하게 발생한

60) 이러한 목적을 달성하기 위해, 그동안의 계획수립 및 관리방식인 행정과 전문가가 탁상에서 계획을 하고, 용역사가 사업을 실행하면서 행정에게 경위만 보고하는 비 현장중심 사업에서 벗어나 지역과 주민의 참여를 중심으로 사업을 진행해야 한다.(김민호, 전계논문, 14면 이하) 도시재생사업 진행 시 주민, 행정, 전문가가 유기적으로 함께 지역의 장단점 등 지역자원을 조사하고, 지역의 의제를 발굴하여 주민의 안을 만들고, 이에 따라 실행구조를 함께 만들어 지역주민이 실행과정에서 다양한 방식으로 참여할 수 있게 하여야 한정된 예산에서 주민의 체감도를 높일 수 있는 계획, 다수가 공감하는 계획을 수립하고 실행에서의 참여로 지역경제를 활성화 시킬 수 있다.

다. 이를 해결하기 위한 개념지표로서 ‘종합성’이란 계획 간 정합성과 사업투자의 집중성을 의미하고, ‘효율성’이란 전문분야에서 사업을 신속하고 간편하게 처리하는 것을 의미한다. 양자는 장단점을 가지고 있으며 시대적 요구, 경제사회적 여건, 대상지의 규모나 해결해야 할 과제의 성격 등을 반영한 법제도의 도입과 적용이 이루어지므로 일정한 주기성(cycle)을 보인다. 종합성과 효율성이라는 원칙에 근거하여 다양한 도시재생 관련 법제도의 합리적인 공존이 필요한 것처럼 법제도 간 상충과 모순을 해소하는 ‘정합성(unification, unity, coherence, coherency, compatibility)’의 확보도 중요한 원칙으로 다루어져야 한다. 결국, 단기적으로는 기존의 법적 기반을 존중하고, 운영방식의 개선을 통하여 정합성을 확보하고, 장기적으로는 앞서 소개한 관련 법률과 제도를 대폭 개편, 통폐합할 필요가 있다.

나. 계획 측면의 통합적 운영방안⁶¹⁾

(1) 기본계획 차원의 현안과 개선방향

현행 도시정비법 및 도시재생법으로만 해결할 수 없는 문제가 너무 많다.⁶²⁾ 앞으로 도시정비 및 재생사업은 사업구역에 한정하지 말고 주변지역 또는 권역별 도시계획의 연계조정을 필수과정으로 반드시 포함할 필요가 있다. 도시정비 및 재생사업이 구역 내부만을 위한 것이 아니라 주변지역을 위한 거점으로서 위상이 조정되고, 거점의 효과가 주변지역으로 확산되도록 전략과 계획이 연계되어야 할 것이다. 도시재생사업을 정해진 기간에 완수해야 하는 하나의 사업으로 접근하는 관의 시각과 지역문제 해결의 솔루션으로 이해하는 주민들의 시각 차이는 꽤 크다. 지금의 도시재생사업은 이 간극에서 좌충우돌하며 발전방향을 찾아가고 있는 과정임은 분명하다.

한편, 현행법상 도시정비, 재생등 도시개발 관련 기본계획으로는 도시재생전략계획과 도시·주거환경정비기본계획 이외에 도시와 관련된 모든 계획의 상위계획

61) 이왕건, 박소영, 전개보고서, 8면 이하 요약 재인용.

62) 예컨대, 서울 장위동은 뉴타운 추진지역과 해제지역을 통합해 도시계획을 조정하는 과정을 거치지 못한 이유로 하나의 길인데도 재개발을 진행한 쪽은 넓어지고, 해제한 쪽은 좁은 도로 그대로 방치된 상태다. 주민들은 이런 것도 해결을 못하면서 무슨 도시재생이냐고 불만이지만 현행 법상 도시재생 예산과 사업계획은 정비구역 내로 한정될 수 밖에 없다.

인 도시기본계획이 있다. 단기로는, 도시 내에 활성화 계획대상이 많지 않은 중소 도시의 경우 도시재생전략계획 수립의무를 해제하거나 도시기본계획을 통해 갈음할 수 있도록 하고, 장기적으로는 도시재생전략계획과 도시·주거환경정비기본계획은 도시기본계획의 하위계획으로 설정되어 있지만 도시기본계획과 상당 부분 역할이 중복될 수 있기 때문에 양자 간 통합 내지 역할의 명확한 분담 방안을 모색해야 한다. 참고로, 현행 「국토의계획및이용에관한법률」(이하, ‘국토계획법’으로 약칭) 제2조 제3호 제4호 및 제5호⁶³⁾에 이미 도시의 재생에 대해서 필요한 내용들이 들어 있고, 도시재생을 위해서 동 법률로써 사업을 보다 체계적으로 추진할 수 있는 시스템을 갖추고 있음에도 이를 제대로 활용하지 못하는 것은 비판받아 마땅한바, 도시정비와 도시재생사업은 관련 국토기본법과 국토계획법의 규정들을 잘 활용하는 것으로부터 시작하여야 할 것이다.⁶⁴⁾

(2) 다양한 사업계획 차원의 현안과 개선방향

도시재생활성화계획, 재정비촉진계획, 정비계획 간 위계와 역할이 정립되어 있지 못하며 도시재생활성화계획이 계획내용 또는 구체적인 사업내용에 초점을 맞춘 것인지 모호하고, 무엇보다 그 근거법률인 도시정비법과 도시재정비법특별법

63) 국토계획법 제2조 3. "도시·군기본계획"이란 특별시·광역시·특별자치시·특별자치도·시 또는 군의관할구역에 대하여 기본적인 공간구조와 장기발전방향을 제시하는 종합계획으로서 도시·군관리계획 수립의 지침이 되는 계획을 말한다. 4. "도시·군관리계획"이란 특별시·광역시·특별자치시·특별자치도·시 또는 군의 개발·정비 및 보전을 위하여 수립하는 토지 이용, 교통, 환경, 경관, 안전, 산업, 정보통신, 보건, 복지, 안보, 문화 등에 관한 다음 각 목의 계획을 말한다. 가. 용도지역·용도지구의 지정 또는 변경에 관한 계획 나. 개발제한구역, 도시자연공원구역, 시가화조정구역(市街化調整區域), 수산자원보호구역의 지정 또는 변경에 관한 계획 다. 기반시설의 설치·정비 또는 개량에 관한 계획 라. 도시개발사업이나 정비사업에 관한 계획 마. 지구단위계획구역의 지정 또는 변경에 관한 계획 과 지구단위계획 바. 입지규제최소구역의 지정 또는 변경에 관한 계획과 입지규제최소구역계획 5. "지구단위계획"이란 도시·군계획 수립 대상지역의 일부에 대하여 토지 이용을 합리화하고 그 기능을 증진시키며 미관을 개선하고 양호한 환경을 확보하며, 그 지역을 체계적·계획적으로 관리하기 위하여 수립하는 도시·군관리계획을 말한다.

64) 강현호, “도시재생 관련 법제 입법평가와 새 정부의 과제에 대한 토론문”, 「토지공법연구」, 한국토지공법학회, 2017. 9.

에 의한 사업간 실질적인 연계가 거의 전무하다. 이에 단기적으로는 물리적 환경 개선을 위해 필수적인 정비사업이 도시재생사업과 연계되기 위해서는 전문성 수준이 유사하여 쉽게 통합이 가능한 소단위 정비사업부터 도시재생활성화계획을 통한 의제처리를 확대하는 한편, 장기적으로는 정비계획은 재정비촉진계획을 폐지하되, 도시재생활성화계획은 점진적인 소규모, 소단위맞춤형, 수복형 정비와 사회·경제·문화 프로그램 중심으로 차별화할 필요가 있다. 또한, 산발적, 분산적 지원형태인 현재의 공공지원체계를 법제 개편을 통해 동일 사업(공간)내 집중지원하는 방식⁶⁵⁾으로 전환할 필요가 있다. 한편, 단기적인 제도화 방안으로는 현재의 도시 및 주거환경정비 기본계획, 정비계획, 재정비촉진계획 수립시 도시재생과 관련된 공공지원 사업을 일정 공간영역에서 연계할 수 있도록 검토·반영하여 법제화하는 방안이 있고, 장기적으로는 연계사업의 대상, 추진주체, 사업추진과 지원을 위한 통합 행정적·계획적 사항을 근본적으로 제도화하는 방안이 있을 수 있다.⁶⁶⁾

다. 도시재생사업조직 및 전담 기구의 통합적 운영

(1) 심의자문기구의 현안과 개선방안

도시재생기본법⁶⁷⁾상 도시재생특별위원회는 국무위원들이 참석해야 하기 때문에 적시에 개최되지 못하고 횡수도 연간 2회에 그치고 있다. 따라서 특별위원회에 상정된 국가지원 사항에 대해 부처 간 정합성과 재정지원 보장 등의 실질적 행정결정 역할을 할 수 있도록 사전의견 조율작업을 강화해야 하며, 특별위원회의 위상강화를 위해 대통령 소속으로 격상하고 실무를 담당할 사무국을 신설할 필요가 있다. 또한 지방도시재생위원회에 전문인력이 부족한 중소도시는 별도의

65) 즉, 포괄적 도시재생의 개념이 구체화되고 보다 적극적으로 실현될 수 있도록 기존 물리적 환경 개선 중심의 정비와 개별 부처에서 진행 중인 경제·사회·문화·복지 등 도시재정비와 쇠퇴지역 활성화 관련사업의 연계성 강화를 통해 공공지원을 장소적으로 집중 지원하고, 사업의 추진을 도모할 수 있는 기반 마련이 요구되는데, 여기서의 기반이란 도시재생기구의 설치, 행정·재정적 지원체계, 연계사업 수립과 신청, 심의, 승인 등의 제도 실행 기반 구축 등을 의미한다.

66) 대한국토도시계획학회, 앞의 보고서, 101-102면

67) 도시재생기본법 제7조, 동법 시행령 제7조

지방도시재생위원회를 구성하기 어려우며 도시계획위원회, 재정비위원회, 건축위원회 등과 업무 중복 및 계획 간 연계성 부족의 문제가 발생. 도시재생위원회와 도시계획위원회를 공동으로 개최하거나, 도시계획위원회에 사회 경제, 복지, 문화 예술, 공동체 등 다양한 전문가를 보강하여 지방도시재생위원회의 역할을 강화하여야 한다.

(2) 행정조직의 현안과 개선방안

현행 도시재생기본법 상 도시재생기획단이 중앙정부의 경우 국토교통부 산하 '과'차원에서 운영되고 있어 총괄조정 역할을 수행하는데 한계가 있다. 이에 부처간 연계협력을 강화할 수 있도록 '도시재생특별위원회'와 연계하여 '도시재생기획단'을 설치하고 그 위상을 제고하여 기획 및 총괄조정권한을 부여할 필요가 있다. 또한, 도시재생 계획제도 수립과 관련하여 도시재생활성화지역 내 관련 법·제도의 적용을 인정하면서 사업별로 집중지원하거나 사전 협의조정을 통해 정합성을 확보, 장기적으로는 관련 법률과 기본계획의 통합, 특례제도의 적극적 도입과 운용이 가능하도록 개정할 필요가 있다. 또한, 무엇보다 관련 사업의 행정제도를 통합하여, 명목상의 도시재생기획단을 실제 설치·운영하여 상시 업무조정 기능을 수행하도록 하고, 장기적으로는 국무총리 소속인 도시재생특별위원회를 대통령 소속으로 격상하고 심의위원회 역할에서 행정위원회로 격상하여 집행기능을 강화하여야 한다.

라. 공공재정의 연계 통합적 운영방안

(1) 국가 도시재생 지원예산의 현안과 개선방안

도시재생사업에 대한 지속적 수요에 대비하여 국토교통부 내에서 전문성의 범주가 유사한 사업들을 체계화하고 관련 예산을 쇠퇴지역에 집중하여 지원할 수 있도록 정책을 조정하여야 한다. 이를 위해 도시재생 종합정보체계(www.city.go.kr)의 고도화 작업을 통하여, 도시재생과 밀접한 정보들이 구축된 타 정보시스템과의 연계를 확대하는 한편, 필지 등 소규모 공간단위로 분석기능의 향상을 통해, 용도지역도의 오픈플랫폼(V-World)과 공시지가와 건축물 정보를 관

장하는 국가공간정보(API)의 오픈을 통해 현재 이루어지고 있거나 미래에 이루어질 국가 전체의 도시재생사업, 지자체 자체 재생사업, 부처 협업사업, 민간투자 재생사업 등 다양한 사업 현황을 장소 중심으로 통합적으로 확인하여 예산을 효율적으로 안분하여야 한다. 거기에 더하여, 지자체 등의 체계적인 사업관리 지원을 위해 온라인에 모니터링 평가 등 사업관리 시스템을 구축하는 것도 중요하다.

(2) 지자체 도시재생 관련 기금·특별회계의 현안과 개선방안

도시재생기본법에 규정된 ‘도시재생특별회계’ 재원은 재산세, 개발부담금, 재건축부담금 등인데, 이는 이미 「도시재정비촉진에관한특별법」 제24조에 따른 ‘재정비촉진특별회계’ 및 도시정비법 제82조에 따른 ‘도시·주거환경정비기금’, 「도시개발법」 제60조에 따른 ‘도시개발특별회계’ 등에 이미 중복으로 사용⁶⁸⁾되고 있어 도시재생특별회계의 실질적인 재원으로 활용되지 못하고 있다. 결국 별도의 기금을 마련할 필요가 있다고 할 것인바, 영국의 ‘통합재생예산(single regeneration budget)’이나 일본의 ‘사회자본정비종합교부금제도’를 본받아 중앙정부 차원에서 도시재생 관련 기금의 마련 및 그 통합적 운용이 이루어질 수 있도록 해야 할 것이다.⁶⁹⁾

(3) 소결

결국, 사업 운용재정의 통합이 중요한데, 단기적으로 국토교통부 내 도시재생 관련 예산을 통합적으로 운영⁷⁰⁾하고, 국토교통부 내 관련 예산을 통합하여 포괄

68) 도시정비기금, 도시재생특별회계, 재정비특별회계 재원은 일반회계 전입금, 재산세, 개발부담금, 재건축부담금 등으로 거의 유사하며 동일주체를 대상으로 부과하고 있어 추가적 세원발굴은 제약되고 있는 실정인바, 행정부처 간 예산사용의 전문성과 책임성을 침해하지 않는 범위에서 중앙부처 내 재정의 통합적 운용이 보다 절실히 요청되는 부분이다.

69) 최현선, 도시재생법의 한계와 향후 개선과제, 현대사회와 행정 제25권 제3호, 2015. 10., 35면 이하.

70) 구체적으로는, ①대규모 공적재원의 체계적인 운용계획을 수립하여 재정 효율성을 제고하는 방안, ②민간 플랫폼 연계 강화하는 방안, ③시중은행 연계상품 개발하는 방안, ④사회공헌 연계하는 방안, ⑤지자체 중심 금융지원체계 구축방안, ⑥공기업 등 기업의 참여를 확대하기 위하여 총괄사업관리제도 도입, 경영평가

보조금으로 유연하게 운영할 수 있도록 개정하는 한편, ‘지역발전특별회계’ 내의 도시재생 관련예산을 쇠퇴지역에 집중할 수 있도록 지원체계를 강화하는 취지의 법 개정이 이루어져야 할 것이다.

마. 관련 법제도의 통폐합

도시재생기본법 상 ‘도시재생계획’과 ‘도시재생 전담조직’, ‘지방도시재생위원회’ 등의 신설은 기존의 도시계획체계와 조직, 도시계획위원회의 역할과 다수 중복되고 있다. 예컨대, 현행 도시재생 관련 법률에는 상술한 도시재생기본법, 도시정비법, 도촉법 등 외 에도 국토의 계획 및 이용에 관한 법률, 도시개발법, 전통시장 및 상점가 육성을 위한 특별법 등이 산재되어 있다. 도시재생기본법, 도시정비법, 도시개발법은 국토계획법에 대하여 특별법의 관계에 있어 지구단위계획 등의 다른 도시관리계획은 국토계획법의 적용을 받으나⁷¹⁾, 동법에서 정하고 있는 정비계획과 도시개발사업계획은 도시재생기본법, 도시정비법 도시개발법이 우선 적용되고, 시장정비사업, 재정비촉진지구 내 정비사업이나 도시개발사업의 경우 도시정비법이나 도시개발법의 규정보다는 전통시장 및 상점가 육성을 위한 특별법, 도촉법의 규정이 우선적으로 적용된다.⁷²⁾⁷³⁾ 개별법이 특례규정에 따라 다른 법의

반영 검토 등의 방안이 있을 수 있다.

71) 도시재생기본법 제12조(도시재생전략계획의 수립) ③ 도시재생전략계획을 수립할 때에는 국가도시재생기본방침 및 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제19조에 따른 도시·군기본계획의 내용에 부합하여야 하며, 도시재생과 관련한 각종 계획, 사업, 프로그램, 유형·무형의 지역자산 등이 우선적으로 도시재생활성화지역에 연계·집중됨으로써 도시재생이 효과적으로 이루어질 수 있도록 하여야 한다.

72) 가령 도시정비법 제30조의 3 제1항 후단은 수도권정비계획법에 따른 과밀억제권역에서 시행하는 주택재건축사업 및 주택재개발사업의 경우 사업시행자가 정비계획으로 정하여진 용적률을 초과하여 건축하고자 하는 경우에는 국토계획법 제78조에 따라 특별시 등 지자체의 조례로 정한 용적률 제한 및 정비계획으로 정한 허용세대수 제한을 받지 아니한다고 규정하고 있다. 도촉법 제19조는 제1항에서 재정비촉진계획 수립권자는 필요한 경우 국토계획법 제36조에 따른 용도지역을 변경하는 내용으로 재정비촉진계획을 수립할 수 있고, 제2항에서 필요한 경우 국토계획법 또는 그 위임에 따라 규정한 조례에도 불구하고 국토계획법상의 건축제한, 건폐율 최대한도, 용적률 최대한도의 예외를 포함하는 내용의 재정비촉진계획을 수립할 수 있다고 규정하고 있다.

73) 이는 도시재생기본법상 ‘도시재생계획’이 국토의 계획 및 이용에 관한 법률상

특별법이 되는 것은 여타 다른 법들 간의 관계에서도 볼 수 있는 현상이나, 도시재생기본법, 도시정비법, 도축법상에는 여전히 관련 사업 및 법률 간 위계를 혼동시킬 정도의 (특례)규정이 다수 존재하는 것이다. 결국, 도시재생기본법이라고 하는 특별법을 입법함에 있어서 어떠한 기능적 측면을 강조하고 있는지를 명확히 하고, 나아가 이를 존중하여 입법의 체계정당성, 체계적합성 등을 확보해 가야 한다.⁷⁴⁾ 즉, 각 법률들 간의 수직적/수평적 체계가 유지되도록 하고, 도시재생법의 그 구조 및 내용이 다른 법률과의 관계에서 서로 모순·충돌되지 않도록 통폐합 작업을 하루 속히 해야만 하는 것이다.

8. 사업완료 후 조합 해산과정에서의 법적 문제 해결

가. 조합해산 후 청산절차의 명시

현행, 도시정비법은 조합이 해산된 이후의 절차에 대해서 여전히 구체적인 명문의 규정을 두지 않고 대부분의 절차를 민법 규정을 준용하도록 하고 있어 사업이 완료된 이후 청산절차 과정에서 법률상 분쟁이 발생하는 빌미를 제공하고 있다. 따라서, 도시정비법 등에 명문으로 조합해산 및 그에 따른 청산절차를 보다 상세하게 규율하는 법개정 작업이 조속히 요구된다고 할 것이다.

나. 조합의 조합원에 대한 부과금·청산금에 대한 우선변제권 부여

일반적으로 사업조합원이 조합에 대해 신탁등기를 하지 않는 경우⁷⁵⁾, 조합원의 채권자가 조합원의 토지·건물에 압류 등을 하게 되어 조합재산으로서의 기능이

‘도시기본계획’, 도시 및 주거환경정비법상 ‘도시 및 주거환경정비기본계획’, ‘생활권계획’ 등 기존의 도시계획체계와 법체계성의 혼란을 초래하고 있는 데에 기인하는 것이다.

74) 동지; 강현호, 재건축사업의 공공성 및 개선방안, 공법연구, 한국공법학회, 2002. 5., 387면 이하

75) 현행법상 재건축사업의 경우에만 신탁등기를 하도록 되어있는데, 재건축, 재개발, 도시재생사업을 불문하고 신탁등기를 의무화하는 것도 해당 사업의 운영상 투명성과 효율성을 도모할 수 있는 좋은 방법이라고 하겠다.

매우 제약되고 있는 것이 현실이다. 이러한 경우 사업의 원활한 진행과 완료를 위해 조합원의 채권자가 조합원에 대해 하는 각종 권리행사에 우선하여 조합에게 각종 부과금 및 청산금에 대한 우선변제권을 인정할 필요가 있다고 할 것이다.

다. 현금청산제도 등의 개선

한편, 조합의 해산에 따른 청산 문제 이전 단계의 문제로서, 현행 도시정비사업 등에서 운영되고 있는 현금청산 제도는 사업의 특성상 청산제도의 본질을 오해하여 잘못 운영되고 있는 것이 사실이다. 그런 점에서 정비사업조합 제도 및 조합원에게 맞는 정당한 손실보상을 조속히 도입하는 한편, 재건축사업 과정에서의 특수한 토지취득제도인 현행 매도청구권제도 역시 일반 토지수용제도로 통일함이 상당하다.

VI. 결론

도시재생기본법이 제정된 이후 최근까지도 도시재생사업은 크게 활성화되지 못한 것이 사실이다. 이제는 동법을 적극 활용해야 한다. 도시재생사업의 주체, 즉 국가, 지자체, 사업시행자, 해당 도시거주민 등의 적극적인 참여와 협력 하에 도시재생기본법이 규정한 여러 사업과 방식을 실제 구현할 수 있는 정부의 사업 수행 의지가 그 어느 때보다 중요하다.⁷⁶⁾ 단기적으로는 현행 도시정비 및 재생사

76) 국토교통부는 현행 46개 도시재생사업장 외에 2019년 연말까지 전국 100여 곳을 신규사업지역으로 추가 선정할 상태이며, 지방분권 활성화 차원에서 신규 사업지 중 45개소 내외를 광역자치단체가 선정하도록 권한을 위임(국토부 최종 승인)하였다. 또한, 국토교통부, 한국토지주택공사, 주택도시보증공사 등 관련기관은 전담인력을 380명 수준으로 크게 확대하는 등 본격적인 사업 확장에 대비 연간 1,500억원 수준에 그치던 관련 사업추진 예산을 향후 5년간('18~'22년) 매년 10조원 규모로 대폭 증액할 예정인바, 구체적으로 연간 2조원 가량의 정부 예산과 주택도시기금(연간 5조원), 지역개발 관련 공기업 투자(연간 3조원 이상) 등으로 기초 재원을 충당할 계획이다.(<http://www.newsis.com/view/?id=NISX2>)

업 관련 다양한 법·제도의 존재를 인정하여 관련 사업간 사전 협의조정을 통해 사업 추진의 정합성을 확보할 필요가 있고, 장기적으로는 도시정비 및 재생사업 관련 전국 단위의 기본계획을 통합적으로 수립, 운영함이 상당하다. 이를 위해, 관련 도시정비 및 재생 관련 행정제도와 법제를 통폐합하고, 이름뿐인 도시재생 기본법상의 도시재생기획단을 실제로 운영하여 위와 같은 전국 단위의 도시정비 및 재생사업에 관한 상시 업무조정 기능을 수행하는 한편, 현재 국무총리 소속인 도시재생특별위원회를 지역발전위원회처럼 대통령 소속으로 격상하고 단순 심의 위원회 역할에서 행정위원회로 격상하여 그 집행기능을 강화하여야 한다. 또한, 재정의 통합도 중요한데, 국토교통부내 도시정비 및 재생사업 관련 예산을 통합적으로 운영하는 한편, 특정 지역의 신속한 사업추진을 위해 포괄보조금 지원 방식도 도입할 필요가 있다. 무엇보다, 현행과 같은 계획수립비, 용역비 등의 일회성 지원에서 벗어나 사업의 실질적 촉진을 유도할 수 있는 재원방안을 마련하여 공공지원에 의한 사업촉진과 사업활성화로 공공지원 재원이 빠르게 조성될 수 있는 자금의 선순환 구조를 마련할 필요성이 있다. 마지막으로 현행 도시정비법 등은 해당 사업이 완료된 이후의 절차에 대해서는 규정이 매우 미비된 상태인바 조합의 해산과 그에 따른 청산절차에 대해서도 보다 상세한 규정을 마련하여 그로 인한 분쟁의 여지를 줄이도록 입법적으로 개선할 필요가 있다.

(논문투고일 : 2019.02.22, 심사개시일 : 2019.02.27, 게재확정일 : 2019.03.20)



▶ 성 중 탁

도시정비, 도시재생, 사업의 통합운영, 예산·재정운용의
효율성 강화, 주민참여 현실화, 민간투자 활성화

【참 고 문 헌】

I. 단행본

성중탁, 「도시정비사업의 법적쟁점과 해설」, 집문당, 2016. 2.

II. 논문

강현호, “재건축사업의 공공성 및 개선방안”, 「공법연구」, 한국공법학회, 2002. 5.

강현호, “도시재생 관련 법제 입법평가와 새 정부의 과제에 대한 토론문”, 「토지공법연구」, 한국토지공법학회, 2017. 9.

김민호, “지방자치단체의 부동산정책의 의의 및 과제”, 「토지공법연구」, 한국토지공법학회, 2004. 7.

김용웅, “일본·미국의 광역행정 및 도시·지역개발사례”, 충남발전연구원, 2011. 3.

김혜열, 정수지, “CDC를 중심으로 한 미국 뉴어크시 도시재생”, 서울시 건축도시공간연구소, 2016.

대한국토도시계획학회, “도시재생 법제개편 및 활성화방안”, 국토교통부 연구용역보고서, 2011. 6.

유재윤 외 3, “도시재생의 필요성과 정책과제”, 「국토정책 Brief」, 국토연구원, 2013. 3.

이왕건, 박소영, “도시재생사업에서의 계획수립 및 절차의 통합적 운영방안”, 「국토정책 Brief」, 국토연구원, 2016. 3.

이우형, “도시재생적 관점에 따른 미국 지역사회개발지원시스템의 특성 연구 - 미국 지역개발공동회사(CDCs)에 대한 지원시스템의 특성을 중심으로 -”, 「디자인융복합연구」 12권 2호, 디자인융복합학회, 2013. 10.

이운용 외 2, “미국의 도시재생수법으로서의 BID(Business Improvement Districts)에 관한 연구”, 한국도시설계학회 2017 추계학술발표대회 발제문, 2017. 12.

- 이정화, “일본 도시재생관련 법제 및 사업추진사례”, 서울시 국외훈련보고서, 2016. 6.
- 정용주, 박지호, “도시정비사업 관련 법규의 문제점과 도시재생 법제의 개선방안”, 「유신기술회보_기술자료」, 주식회사 유신, 2012. 10.
- 최응림, “도시재생 활성화를 위한 공법적 연구”, 「창원대학교 박사학위논문」, 창원대학교, 2012. 12.
- 최유진, “전용(Adaptive Reuse)을 활용한 미국의 도시재생 사례분석”, 「부동산학연구」 제19집 제4호, 한국부동산분석학회, 2013. 12.
- 최현선, 도“시재생법의 한계와 향후 개선과제”, 「현대사회와 행정」 제25권 제3호, 한국구정관리학회, 2015. 10.
- 한동효, “도시재생을 통한 창조도시 형성과정의 특성 분석 : 파산즈 798 예술구와 창동 예술촌을 중심으로”, 「국정관리연구」 제8권 제2호, 성균관대학교 국정전문대학원, 2013. 12.

Abstract

Current Situation and Tasks of Urban Improvement and Renewal Project in Korea

Sung, Joong Tak

Since the establishment of the Urban Regeneration Act, it is true that the urban renewal business has not been greatly activated. It is more important than ever for the government to carry out the projects and the ways in which the city revitalization project has been implemented by the actors of the city revitalization project, ie, the state, local governments, project developers, local residents etc. In the short term, it is necessary to recognize the existence of various laws and systems related to the existing city maintenance and rehabilitation projects, and to ensure the consistency of the project through prior consultation and adjustment between related projects. In the long term, It is significant to integrate and operate the basic plan of the unit. To accomplish this, the related administrative system and legislative system are integrated and the nominal city regeneration planning team is actually installed and operated to carry out the business coordination function at all times. At the same time, the Urban Regeneration Special Committee, And the function should also be upgraded from the role of a simple deliberation committee to the administrative committee to strengthen the executive function. In addition, integration of budget and finances is most important. It is necessary to integrate the budgets of urban renewal and rehabilitation projects in the Ministry of Land, Transport and Maritime

Affairs and to introduce a comprehensive subsidy system in order to promptly carry out projects in specific areas. Above all, it is necessary to create a structure that can be utilized efficiently and in a virtuous cycle by providing financial resources that can induce substantial promotion of business by avoiding one-time support such as planning fee and service fee. Finally, it is necessary to provide practical support for the poor areas of the project by providing the special fund provided in the Article 28 of the current Basic Law on Urban Regeneration, and to plan to utilize private investment and local residents' participation in the urban regeneration project.



▶ **Sung, Joong Tak**

Urban maintenance, Urban regeneration, Integrated operation of business, Strengthen efficiency of budget and financial operation, Realization of residents participation, Revitalization of private investment

2016年の日本刑事訴訟法改正による刑事裁判の簡易・迅速化と今後の検討課題としての刑事手続の電子化*

氏家 仁**

【목 차】

I.はじめに

II. 2016年改正における「自白事件の簡易迅速な処理のための措置の導入」

1. 即決裁判手続の導入の経緯, 趣旨・効果等
2. 即決裁判手続の内容
3. 本改正の概要, 趣旨

III. 刑事手続の合理化・効率化の方法としてのオンライン化

1. 刑事手続のオンライン化試論
2. オンライン化を考慮すべき刑事手続の分野
3. 日本における道路交通法違反事件の処理の方法
4. 三者即日処理方式のオンライン化の検討

IV.さいごに

【Abstract】

日本においては、2016年の刑事訴訟法改正により、即決裁判手続が改正された。この改正の内容は、被告人が否認に転じるなどして即決裁判手続によらないこととなった場合には、検察官が公訴を取り消したとしても、その後の再起訴を制限しな

* 이 논문은 2018.7.24. 성균관형사법학회와 성균관대학교 법학연구원이 공동주최한“2018년 성균관형사법학회 하계 국제학술대회 —한중일 형사법의 최근동향—”에서 “2016년 형사소송법 개정 —형사재판의 간이·신속화를 중심으로—”라는 제목으로 발표한 필자의 원고를 수정·보완한 것임.

(本稿は、2018年7月24日、成均館刑事法学会と成均館大学校法学研究院が共同主催した「2018年成均館刑事法学会夏季国際学術大会—韓中日刑事法の最近の動向—」において、「2016年刑事訴訟法改正—刑事裁判の簡易・迅速化を中心として—」というタイトルで発表した筆者の原稿を修正・補完したものである。)

** 주오대학 법학부 겸임강사·박사(법학). (中央大学法学部兼任講師・博士(法学))

いこととすることによって、捜査段階に戻ることができるようにするものである。これにより、検察官は、即決裁判手続の対象となるような事件については、「念のための捜査」をせずとも公訴を提起することができるようになり、即決裁判手続がより活用化され、自白事件の簡易・迅速な処理を通して手続の合理化・効率化が図られるというものである。

この手続の合理化・効率化を図るという本改正の趣旨を刑事手続のほかの場面にも推し進めることはできないだろうか。筆者は、韓国判例に接したことを契機として、刑事手続の電子化について研究を行っているが、もし、刑事手続の電子化が実現されれば、更なる刑事手続の合理化・効率化が期待される。

韓国においては、民事訴訟を中心として、広く手続の電子化が実現されているが、刑事訴訟についても一部電子化がなされている。これは、一部の道路交通法違反事件に対する略式手続をオンライン化した、いわゆる電子略式制度である。

そこで、本稿では、日本における刑事手続の電子化の第一歩として、韓国の電子略式制度を参考にしつつ、道路交通法違反事件に対する略式手続である、いわゆる交通切符を用いた三者即日処理方式のオンライン化を提案した。

I. はじめに

日本においては、2016年5月24日、「刑事訴訟法等の一部を改正する法律」（平成28年法律54号）が国会において成立し、同年6月3日、公布された（以下「2016年改正」という。なお、施行日は、条文ごとに異なるため、既に施行されているものもあれば、最も遅いものは、公布日から3年以内の政令で定める日（2019年6月2日まで）に施行すべきものとされている。）¹⁾。

この2016年改正では、例えば取調べの録音・録画制度、証拠収集等への協力及び訴追に関する合意制度、刑事免責制度といった、法制度としては、日本にとって全く新しいものが導入されたほか、併せて既存の制度に対する改正もなされた²⁾。

1) なお、同法の成立の経緯については、吉川崇ほか「刑事訴訟法等の一部を改正する法律（平成28年法律第54号）について（1）」法曹時報69巻2号（2017年）29頁以下。

2) なお、本誌にも、2016年改正の経緯と内容について論じられた韓国語による論稿が

さて、筆者は、現在、ある韓国の大法院判決に接したことを契機として、緒に就いたばかりではあるが、刑事手続の電子化に関する研究を行っている。この判決とは、起訴状の別紙犯罪一覧表を紙の文書で出力すると分量が膨大になるため、その一部を電子文書であるエクセルファイルで作成し、それをCDに保存して裁判所に提出した場合には、その電子文書の部分は、「書面」ではないため公訴が提起されたものと見ることはできないと判示したものである³⁾。

一方、日本の学界においては、刑事手続の電子化の議論、すなわち、同判決のように電子文書を保存した電磁的記録媒体（CD、USBなど）の提出による刑事訴訟行為を許容すべきかに関する議論、またはオンラインによる刑事訴訟行為を許容すべきかに関する議論は、立法論を含め、ほとんどなされていないといっても過言ではない（他方、民事訴訟のIT化は、現在議論が活発になされている⁴⁾）。そこで、同判決に接したことから、（同判決では、電子文書による公訴提起の効力は否定されたが）刑事手続の電子化について、立法論を含めた関心を持つようになったのである⁵⁾。

もし、刑事手続の電子化、特にオンラインによる刑事訴訟行為（以下、本稿では、これを許容することを「刑事手続のオンライン化」といい、これを中心に、刑事手続の電子化について考察する。）が許容されれば、訴訟に関する書面は、電子文書だけで作成すればよくなるため、従来のように紙の文書で（更に同じものを数通も）作成する必要がなくなる。また、文書の提出及び送達はオンラインで瞬時になされるようになる。そして、被疑者・被告人及び弁護人は、インターネットを通して、オンラインで訴訟行為を行うことができることから、必ずしも裁判所（捜査手続もオンライン化されれば、捜査機関）に出頭することを要しなくなる。このよ

掲載されている（시이바시 다카유키（椎橋隆幸）, “신시대의 형사사법의 방식에 관하여 -법제 심의회 특별부회의 답신안을 중심으로-”, 성균관법학26권4호(2014)1면이하）。

3) 대법원 2016.12.15.선고, 2015도3682판결（大法院2016年12月15日判決（2015도3682））。同判決に対する筆者による評釈として、拙稿「韓国刑事判例研究：大法院2016年12月15日判決(2015도3682)」比較法雑誌51巻2号（2017年）272頁以下。

4) 日本経済再生本部「裁判手続等のIT化検討会」のウェブサイト〔<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/keizaisaisei/saiban/>〕（最終閲覧日：2019年2月24日）。

5) 拙稿「電磁的記録による起訴状別表提出の可否について」法学新報124巻3・4号（2017年）37頁以下。

うにして、刑事手続の合理化・効率化が図られるのである。

そして、この刑事手続の合理化・効率化と関連しては、前述した2016年改正にも、あまり目立つものではなかったが、「自白事件の簡易迅速な処理のための措置の導入」が含まれていた。それゆえ、刑事手続の合理化・効率化は、立法者としては、今日的な課題として捉えているといえよう。

そこで、本稿では、まず、2016年改正によって、刑事手続の合理化・効率化を図るためにどのような「簡易迅速な処理のための措置」が導入されたのかについて概観し、そして、この部分の改正の趣旨である刑事手続の合理化・効率化を刑事手続のほかの場面に推し進めることができないかについて、道路交通法違反事件に対する「交通切符」を用いた「三者即日処理方式」のオンライン化を例に挙げて、韓国の制度も参考にしつつ、若干の検討をすることとする。

Ⅱ. 2016年改正における「自白事件の簡易迅速な処理のための措置の導入」

2016年改正における「自白事件の簡易迅速な処理のための措置の導入」とは、わが国において、以前から存在する「即決裁判手続」に関する改正（以下「本改正」という。）である。韓国においては、即決審判に関する手続法（즉결심판에 관한 절차법）に基づく「即決審判手続（즉결심판절차）」という一文字だけ異なる制度があるが、両者は、全く異なる制度である。また、即決裁判手続は、韓国の現行法に相当するものは見当たらない。そこで、本章では、まず検討の前提として、即決裁判手続を紹介したあと、本改正の内容及び趣旨について概観することとする。

1. 即決裁判手続の導入の経緯，趣旨・効果等

（1）即決裁判手続の導入の経緯

まず、即決裁判手続は、1999年に始まった日本における司法制度改革において、司法制度改革審議会による「争いのある事件とない事件を区別し、捜査・公判手続

の合理化・効率化を図ることは、公判の充実・迅速化（メリハリの効いた審理）の点で意義が認められる。その具体的方策として、英米において採用されているような有罪答弁制度（アレイメント）を導入することには、被告人本人に事件を処分させることの当否や量刑手続の在り方との関係等の問題点があるとの指摘もあり、現行制度（略式請求手続、簡易公判手続）の見直しをも視野に入れつつ、さらに検討すべきである。」との提言⁶⁾を受けた司法制度改革推進本部における検討及び国会における審議を経て、「刑事訴訟法等の一部を改正する法律」（平成16年法律62号、2004年5月28日公布、2006年10月28日施行（即決裁判手続に関する施行日））によって導入されたものである⁷⁾⁸⁾。同制度は、いわゆる裁判員制度と同時に導入されたものである（なお、裁判員制度に関する「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」（平成16年法律63号、2004年5月28日公布）は、2009年5月21日施行）。これは、裁判員制度の充実を図るためには、人的資源等の投入の必要があるが、そのためには、比較的軽微な自白事件について事件処理の効率化が図られる必要があり、この即決裁判手続がその一翼を担うものであるからである⁹⁾。

（２）即決裁判手続の趣旨・効果

そこで、即決裁判手続の趣旨及び効果については、次のように整理することができる¹⁰⁾。

まず、①即決裁判手続によって、その対象となる争いのない明白・軽微な事件について、簡易・迅速に公判の審理及び裁判を行うことが可能なものとなり、その手

6) 司法制度改革審議会「司法制度改革審議会意見書（平成13年6月12日）」45頁〔<https://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/report/ikensyo/pdf-dex.html>〕（最終閲覧日：2019年2月24日）。

7) なお、同法の成立の経緯については、辻裕教「刑事訴訟法等の一部を改正する法律（平成16年法律第62号）について（１）」法曹時報57巻7号（2005年）1頁以下。

8) なお、即決裁判手続について、憲法32条（裁判を受ける権利）に違反しないと判示したものとして、最判2009年7月14日刑集63巻6号623頁。

9) 宇藤崇「即決裁判手続と事実認定における『証拠の量』」研修810号（2015年）3頁。

10) 落合義和＝辻裕教「刑事訴訟法等の一部を改正する法律（平成16年法律第62号）について（３）」法曹時報58巻7号（2006年）1頁、伊丹俊彦＝合田悦三編『逐条実務刑事訴訟法』（立花書房、2018年）1009-1010頁〔戸蒔左近〕。

続の合理化・効率化が図られる（争いのない明白・軽微な事件の裁判の簡易・迅速化による手続の合理化・効率化）。

つぎに、②上記①によって余力を創出し、争いのある事件、裁判員制度対象事件等の捜査・公判手続に、人員等の資源をより重点的に投入することが可能なものとなり、即決裁判手続によって審判される事件以外の事件の裁判の充実・迅速化も図られる（人員等の資源の重点的投入による「争いのある事件等」の裁判の充実・迅速化）。

そして、③被告人にとっても、従来に比べ早期に刑事手続から解放され、被告人の身柄拘束期間が短縮されうるという効果がある（刑事手続からの早期解放、身柄拘束の短縮）。

（３）簡易公判手続との関係

なお、公判手続の簡易化を図る手続として、日本の刑訴法にも、韓国と同じく簡易公判手続（간이공판절차）が置かれている。日韓両国の簡易公判手続は、基本的な構造を見ると、ほとんど同じであることから¹¹⁾、ここでは、改めて同制度の内容について詳述することはしない。

この簡易公判手続の趣旨は、①争いのない事件は比較的簡単な手続で迅速に処理すること、②その代わり、争いのある事件については十分に審理を尽くさせる（事件の重点的処理）ことであるとされており¹²⁾、制度の内容は異なるものの、その趣旨は、即決裁判手続と通底しているものといえよう。ただ、簡易公判手続は、専ら公判における証拠調べの手続を簡略化したものであるのに対し、即決裁判手続は、捜査・公判手続の全体を簡略化するというところに意義がある¹³⁾。

11) 日本の刑訴法における簡易公判手続に関する規定である、簡易公判手続の決定（291条の2）、同決定の取消し（291条の3）、証拠調べの特則（307条の2）、決定の取消しと公判手続の更新（315条の2）、伝聞法則の不適用（320条2項）は、韓国の刑訴法では、それぞれ、286条の2、286条の3、297条の2、301条の2、318条の3が対応する。日韓両国の簡易公判手続の主な相違点としては、日本では、死刑、無期、短期1年以上の懲役・禁錮に当たる事件については、同手続によることができないのに対し（291条の2但書）、韓国では、このような法定刑による制限が置かれていないところにある。

12) 平野龍一＝松尾浩也編『新実例刑事訴訟法Ⅱ』（青林書院、1998年）210頁〔川上拓一〕。

さて、このように類似する制度があるにもかかわらず、即決裁判手続が新たに導入された理由としては、簡易公判手続の利用の低調が挙げられている。この低調であった理由として、①検察官の立場からすれば、請求すべき証拠の量は、通常手続と全く変わらず、手続の簡易化としては不徹底なものであること、②裁判官の立場からすれば、いい加減な手続で裁判するといった印象を被告人に与えるのではないかという危惧があること、③通常手続に比べて運用上どの程度審理を促進し、手数を省くことができるのかについて疑問があることなどが指摘されていた¹⁴⁾。

そこで、このような簡易公判手続の短所を取り除くことを念頭に、即決裁判手続が制度設計されたものであるとされる¹⁵⁾。具体的には、後述するとおり、①即決裁判手続の申立ては起訴と同時に行うこととし、訴訟関係人が起訴時に早期終了の見通しを得ることができるようになった¹⁶⁾。従来の簡易公判手続では、第1回公判期日まで、簡易公判手続によることができるかどうか分からないという問題があったとされるが、即決裁判手続では、これは解決されたことになる¹⁷⁾。そのうえ、②自由刑を科する場合には、必ず執行猶予を付さなければならないこととし、被告人が即決裁判手続を利用するメリットを高めた一方、③事実誤認を理由とする上訴を制限することとし、訴追維持の負担の軽減を図っている¹⁸⁾。

なお、即決裁判手続が導入された現行刑訴法においても、簡易公判手続自体は削除されずに存置されている。

2. 即決裁判手続の内容

つぎに、即決裁判手続の内容について、手続の流れに従って概観することとする（なお、2016年改正による第2編第4章「証拠収集等への協力及び訴追に関する合意」の施行（2018年6月1日）に伴い、即決裁判手続に関する規定が14条ずつ繰り下げられた。すなわち、即決裁判手続に関する冒頭の規定である350条の2が、350条

13) 石丸俊彦ほか『〔三訂版〕刑事訴訟の実務（上）』（新日本法規，2011年）704頁〔石丸＝井口修〕。

14) 平野＝松尾・前掲注12) 213頁〔川上〕。

15) 田淵浩二「即決裁判手続」刑法雑誌46巻1号（2006年）158頁。

16) 田淵・前掲注15) 158頁。

17) 川出敏裕「即決裁判手続の創設」現代刑事法6巻12号（2004年）23頁。

18) 田淵・前掲注15) 158頁。

の16に繰り下げられたということである。読者の便宜のため、（繰り下げられた後の）現行法の条文番号を摘示することとする。）。そこには、被告人の権利を保護しつつ（主に、国選弁護など）、手続の迅速化・合理化を図るために、次のような手続及び通常の手続に対する特例が設けられている。

（１）即決裁判手続の申立て

検察官は、①死刑又は無期若しくは短期1年以上の懲役若しくは禁錮にあたる事件を除き、②事案が明白であり、かつ、軽微であること、証拠調べが速やかに終わると見込まれることその他の事情を考慮し、相当と認めるときは、③公訴の提起と同時に、書面により即決裁判手続の申立てをすることができる（350条の16第1項）。

検察官が即決裁判手続の申立てをするには、同手続によることについて、④被疑者が同意しなければならず（同条2項）、⑤被疑者に弁護人がある場合には、被疑者の同意のほか、弁護人が同意をし、またはその意見を留保しているときに限られる（同条4項）。

また、被疑者が同意をするかどうかを明らかにしようとする場合において、貧困等の事由により弁護人を選任することができないときは、裁判官は、請求により国選弁護人を付さなければならない（350条の17）。

（２）公判準備手続の特例

①裁判長は、即決裁判手続の申立てがあった場合において、被告人に弁護人がないときは、できる限り速やかに、職権で弁護人を付さなければならない（350条の18）。

②検察官は、即決裁判手続の申立てをした事件について、被告人または弁護人に対し、刑訴法299条1項による証拠開示（証人等の氏名・住所を知る機会と証拠書類・証拠物を閲覧する機会の付与）がなされる場合には、できる限り速やかにその機会を与えなければならない（350条の19）。

③裁判所は、弁護人が意見を留保しているとき、または即決裁判手続の申立て後に弁護人が選任されたときは、弁護人に対し、できる限り速やかに、同意をするか

どうかの確認を求めなければならない(350条の20第1項)。

④裁判長は、検察官及び被告人または弁護人の意見を聴いた上で、即決裁判手続申立て後(上記③の場合は、その同意後)、できる限り早い時期(刑事訴訟規則222条の18では、できる限り、公訴提起の日から14日以内)の公判期日を定めなければならない(350条の21)。原則、即日判決の言渡しをしなければならないため(350条の28)、当事者の準備が整った上で開く必要があるからである¹⁹⁾。

(3) 公判手続の特例

①裁判所は、即決裁判手続の申立てがあった事件について、被告事件についての陳述の機会に、被告人が起訴状に記載された訴因について有罪である旨の陳述をしたときは、即決裁判手続によって審判をする旨の決定(以下「即決裁判手続決定」という。)をしなければならない(350条の22)。

ただし、(ア)被告事件についての陳述の機会に、訴因について有罪である旨の陳述をしなかったとき(同条柱書)、(イ)被告人・弁護人が同意を撤回したとき(同条1号)、(ウ)意見を留保していた弁護人・即決裁判手続の申立て後に選任された弁護人が同意をしなかったとき、または同意を撤回したとき(同条2号)、(エ)即決裁判手続によることができないものであると認めるとき(同条3号)、(オ)即決裁判手続によることが相当でないものであると認めるとき(同条4号)には、決定で、即決裁判手続の申立てを却下しなければならない(刑事訴訟規則222条の14。以下「即決裁判手続申立却下決定」という。)。この場合、通常の手続に従って審判することになる²⁰⁾。

②上記①の手続を行う公判期日及び即決裁判手続による公判期日は、必要的弁護事件となる(350条の23)。

③即決裁判手続決定のための審理及び即決裁判手続による審判については、284条(軽微事件と出頭義務の免除)、285条(出頭義務とその免除)、296条(検察官の冒頭陳述)、297条(証拠調べの範囲・順序・方法の予定)、300条((検面調査の)証拠調べ請求の義務)、301条(自白と証拠調べ請求の時期)、301条の2(取調べの録音・録画記録の証拠調べ請求の義務、録音・録画の義務)、302条(捜査

19) 落合=辻・前掲注10) 17-18頁。

20) 落合=辻・前掲注10) 23頁。

記録の一部についての証拠調べの請求), 304条(証人等の証拠調べ方式), 304条の2(証人尋問と被告人の退廷), 305条(証拠書類等の証拠調べ方式), 306条(証拠物の証拠調べ方式), 307条(証拠物たる書面の証拠調べ方式)の適用が除外され(350条の24第1項), 即決裁判手続による証拠調べは, 公判期日において, 適当と認める方法で行うことができる(同条2項)。

④裁判所は, 即決裁判手続決定があった事件について, 次の各号のいずれかに該当することとなった場合には, 即決裁判手続決定を取り消さなければならず(350条の25第1項。以下「即決裁判手続決定の取消し」という。), 当事者に異議がないときでない限り, 公判手続を更新しなければならない(同条2項)。

すなわち, (ア)判決の言渡し前に, 被告人・弁護人が同意を撤回したとき(同条1項1号), (イ)判決の言渡し前に, 被告人が起訴状記載の訴因について有罪である旨の陳述を撤回したとき(同項2号), (ウ)即決裁判手続によることができないものであると認めるとき(同項3号), (エ)即決裁判手続によることが相当でないものであると認めるとき(同項4号)である。

(4) 証拠の特例

即決裁判手続決定があった事件の証拠については, 当事者が異議を述べたものを除き, 伝聞法則(320条1項)の規定は適用されない(350条の27)。なお, 即決裁判手続決定の取消しがあった場合には, 改めて320条1項が適用されることになり, 伝聞法則の例外(321条ないし328条)に当たらない限り, 証拠能力は認められない²¹⁾。

(5) 公判の裁判の特例

①裁判所は, 即決裁判手続決定があった事件については, できる限り, 即日(すなわち, 即決裁判手続決定をした日のうちに²²⁾)判決の言渡しをしなければならない(350条の28)。

②即決裁判手続において懲役または禁錮の言渡しをする場合には, 刑の「全部執

21) 落合=辻・前掲注10) 28-29頁。

22) 落合=辻・前掲注10) 29頁。

行猶予」の言渡しをしなければならない(350条の29)。すなわち、懲役または禁錮を言い渡す場合には、実刑及び刑の「一部執行猶予」の言渡しをすることはできない(なお、一部執行猶予制度は、日本において、2016年6月に施行されたものである。)。ただし、罰金の実刑は、科することができる²³⁾。

(6) 上訴の制限

①即決裁判手続による判決で示された「罪となるべき事実」について事実誤認があることを理由としては、控訴を申し立てることはできず(403条の2第1項)、また、控訴裁判所は、その事実誤認があることを理由としては、職権で、原判決を破棄することもできない(同条2項)。

②上告裁判所は、第一審の即決裁判手続による判決で示された「罪となるべき事実」について、判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認があり、破棄しなければ著しく正義に反することを理由としては、原判決を破棄することはできない(413条の2)。

上訴の制限の主たる目的は、もし、犯罪事実の誤認を理由とする上訴の申立てや破棄を認めると、上訴に備えて、必要以上の証拠調べが行われるようになりかねず、手続の合理化・効率化を図る即決裁判手続の趣旨が損なわれるおそれがあるからである²⁴⁾。なお、犯罪事実の誤認以外の理由、例えば量刑不当の上訴における情状事実の誤認の主張、再審事由があることなどを理由とする上訴の申立てや破棄は許される²⁵⁾。

3. 本改正の概要、趣旨

(1) 本改正の概要

刑訴法上、検察官は、第一審の判決があるまで公訴を取り消すことができ(257条)、公訴が取り消されたときは、裁判所は、公訴棄却決定をすることになる

23) 落合=辻・前掲注10) 29頁。

24) 落合=辻・前掲注10) 30, 34, 35頁。

25) 落合=辻・前掲注10) 33, 37頁。

(339条1項3号)。そして、公訴の取消しによる公訴棄却決定が確定したときは、「公訴の取消後犯罪事実につきあらたに重要な証拠を発見した場合」に限り、同一事件について更に公訴を提起することができることとし(340条)、再起訴には制限が課されている。

これに対し、本改正(2016年12月1日施行)によって、350条の26を新設し(なお、本改正当時は、350条の12)、被告人が同意を撤回するなどして即決裁判手続申立却下決定があった事件(刑事訴訟規則222条の14)または即決裁判手続決定の取消しがあった事件(刑法350条の25第1項)について、検察官が公訴を取り消して、公訴棄却決定が確定した場合には、再起訴の制限(340条)の例外として、「公訴の取消後犯罪事実につきあらたに重要な証拠を発見した場合」でなくとも、同一事件について更に公訴を提起することができることとした。

まず、即決裁判手続申立却下決定があった事件については、それが、①(ア)被告人が訴因について有罪である旨の陳述をしなかったとき(350条の22柱書)、(イ)被告人・弁護人が同意を撤回したとき(同条1号)、(ウ)意見を留保していた弁護人・即決裁判手続の申立て後に選任された弁護人が同意をしなかったとき、または同意を撤回したとき(同条2号)を理由とする場合であって、②即決裁判手続申立却下決定後、公訴の取消しまでの間に証拠調べ(検察官による冒頭陳述を含む²⁶⁾。)が行われなかったときである(350条の26前段)。

また、即決裁判手続決定の取消しがあった事件については、それが、①(ア)判決の言渡し前に、被告人・弁護人が同意を撤回したとき(350条の25第1項1号)、(イ)判決の言渡し前に、被告人が起訴状記載の訴因について有罪である旨の陳述を撤回したとき(同項2号)、(ウ)(被告人が訴因について有罪である旨の陳述と相反するか、または実質的に異なった供述をしたことにより、)即決裁判手続によることが相当でないものであると認めるとき(同項4号)を理由とする場合であって、②即決裁判手続決定の取消し後、公訴の取消しまでの間に証拠調べが行われなかったときである(350条の26後段)。

なお、それぞれにつき、②の公訴取消しまでの間に証拠調べが行われなかったときという時間制限が置かれているのは、被告人の地位の安定を不当に害することにならないようにするためである²⁷⁾。

26) 保坂和人ほか「刑事訴訟法等の一部を改正する法律(平成28年法律第54号)について(2)」法曹時報69巻3号(2017年)93頁。

(2) 本改正の趣旨

本改正は、2016年改正に至る法制審議会「新時代の刑事司法制度特別部会」での議論の中で、「裁判員制度の導入により、刑事司法に関わる者の負担が増していることに加え、今後、より充実した公判審理を実現するための更なる負担の増加も見込まれることなどからすれば、新たな刑事司法制度の構築に当たり、限りある資源をどのように有効に分配するか、また、刑事司法に関わる者の負担と刑事司法制度の目的実現とをどのように調和させるかとの視点を欠くことはできないと思われる。」という指摘がなされ、「新たな手続の具体的な在り方については、現行即決裁判手続の活用が限定的なものにとどまっている原因をも踏まえつつ検討することが相当である」とされ²⁸⁾、その結果としてなされたものである。それでは、なぜ、これまで即決裁判手続の活用が限定的であったとされているのだろうか。

まず、被告人及び弁護人は、いったん即決裁判手続に同意をし、検察官が起訴と同時に即決裁判手続を申し立てた後でも、判決言渡しの前までは、自由に同意を撤回することなどができ、この場合、それ以降は通常の手続で進行することになる。

そこで、一般的に起訴後の被告人に対する捜査は制限されると考えられており²⁹⁾、さらに、公訴を取り消すと再起訴には制限がある(340条)ことから、即決裁判手続の対象となるような簡易な自白事件であっても、起訴後に被告人が否認に転じるなどして、通常の手続で進行する場合に備えて、あり得る弁解を想定した「念のための捜査」を行うことが一般的であるとされる³⁰⁾。

ここでいう「念のための捜査」の例としては、①「覚醒剤の自己使用の自白事件において、『覚醒剤が混入された飲み物を、そうであると知らずに飲んでしまった』との弁解が起訴後になされた場合に備えて、被疑者の平素の行動や覚醒剤の使用状況等を知る家族や知人の詳細な取調べを行う」ことや、②「無銭飲食の現行犯の自白事件において、『自分の家族に立替払をしてもらったつもりだった』との弁解

27) 保坂ほか・前掲注26) 93頁。

28) 法制審議会新時代の刑事司法制度特別部会「時代に即した新たな刑事司法制度の基本構想(平成25年1月)」32頁〔http://www.moj.go.jp/keiji1/keiji14_00070.html〕(最終閲覧日:2019年2月24日)。

29) 例えば起訴後の被告人取調べについて、最決1961年11月21日刑集15巻10号1764頁。

30) 保坂ほか・前掲注26) 91頁。

が起訴後になされた場合に備えて、被疑者の家族の取調べを行ったり、被疑者の資力等に関する証拠を収集しておく」ことが挙げられている³¹⁾。

そもそも即決裁判手続の趣旨として、捜査を含む手続の全体を簡略化するものであると捉えられていたものの³²⁾、もし、このように起訴前に「念のための捜査」をしておかなければならないとすれば、捜査手続の合理化・迅速化が困難なものとなる³³⁾。さらに、「念のための捜査」の結果、通常の審判に耐えられるようにされていれば、検察官は、あえて即決裁判手続を選択する必要がなくなるため、即決裁判請求が低調であったとされる³⁴⁾³⁵⁾。

そこで、本改正により、自白していた被告人が否認に転じるなどしたため、即決裁判手続によらないこととなった場合には、公訴取消しによる再起訴の制限の例外を認めることによって、検察官が公訴を取り消して、改めて捜査に戻ることができるようにしたものである。

このようにして、検察官は、従来のような「念のための捜査」をせずに、早期に起訴することができるようになるため、即決裁判手続を活用することに向けた動機付けを検察官に与えることができるのである³⁶⁾。

すなわち、本改正は、「明文で」再起訴の制限を緩和し、もし、被告人が否認した場合に、必要があれば、公訴を取り消して、被疑者として改めて捜査をして、再起訴することができるということを「明確に」することによって、検察官に対し、即決裁判手続を申し立てる事件については「念のための捜査」をする必要はないということを示し、即決裁判手続の活用化と捜査の省力化・迅速化を促進するためのものとして理解される³⁷⁾。

31) 保坂ほか・前掲注26) 95頁。

32) 石丸ほか・前掲注13) 704頁〔石丸＝井口〕。

33) 保坂ほか・前掲注26) 91頁。

34) 安村勉「自白事件の処理」刑事法ジャーナル45号(2015年) 186頁。

35) なお、導入当時から、即決裁判手続は、公判手続を簡易化したにとどまり、捜査の簡略化と合理化に必ずしも結びつくものではないということについては問題として指摘されていたことであり、本改正のように「起訴後に同意を撤回したり否認に転じたりした場合には、即決裁判手続を打ち切って捜査に戻し、捜査機関が必要な捜査を行うことができるようにする」ことなどが今後の課題として指摘されてもいた(川出・前掲注17) 26頁)。

36) 保坂ほか・前掲注26) 92頁。

37) とはいえ、本改正に対しては、批判的な論稿も少なくない。特に法制審議会「新時代の刑事司法制度特別部会」の委員によるものとして、後藤昭「刑訴法等改正案

ひいては、即決裁判手続が活用されることによって、対象事件の捜査・公判手続の簡易・迅速化により、手続の合理化・効率化が図られ、争いのある事件等に人員等の資源をより重点的に投入することができ、併せて、事案に応じて、被疑者・被告人の身柄拘束期間の短縮化にも資することになるのである。

Ⅲ. 刑事手続の合理化・効率化の方法としてのオンライン化

1. 刑事手続のオンライン化試論

さて、本改正は、即決裁判手続の活用化を通して、更なる①自白事件の簡易・迅速な処理によって手続の合理化・効率化を図り、これによって、②争いのある事件等の重点的な処理を図るという趣旨からなされたものであるが、この手続の合理化・効率化を、刑事手続のほかの場面にも推し進めることはできないだろうか。

筆者は、前述したとおり、韓国の大法院判決に接したことを契機として、刑事手続の電子化に関する研究を行っている。そして、特に刑事手続のオンライン化がなされれば、前述したとおり、電子文書だけを作成すればよく、また、その書面の提出・送達は瞬時に行われることなど、手続の合理化・効率化を図ることができる。また、被疑者・被告人、弁護人は必ずしも裁判所または捜査機関に出頭する必要がなくなるため、その者らの負担の軽減にも資する。ひいては、捜査・裁判の人員等の資源をほかの事件の捜査・裁判に投入できるようになるのである。このように、刑事手続のオンライン化によって、本改正の趣旨を推し進めることができるものと考えられる。そこで、本章では、刑事手続の電子化に関する議論を喚起するという目的も兼ねて、刑事手続のオンライン化について一例を挙げて検討することとする。

2. オンライン化を考慮すべき刑事手続の分野

さて、韓国においては、「民事訴訟等における電子文書の利用等に関する法律

の全体像」法律時報88巻1号（2016年）5-6頁。

(민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률)」によって、民事訴訟等の電子化(オンライン化)がなされている一方、刑事訴訟の分野においても一部、オンライン化がなされている。すなわち、「略式手続等における電子文書の利用等に関する法律(약식절차 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률)」による、いわゆる電子略式(전자약식)制度がそれである³⁸⁾。

この電子略式制度とは、①略式命令の対象となる事件³⁹⁾のうち、②道路交通法違反の飲酒運転⁴⁰⁾及び無免許運転(並びにそれらの両罰規定に当たる事件)について、③被疑者が電子的処理手続に同意する場合には、同手続によることができるというものである。この電子的処理手続においては、①調書等の捜査書類は、電子文書で作成すること(5条1項)、②略式命令の請求は、電子文書によってオンラインで行うこと(5条2項)、証拠書類の提出は、電子文書・電子化文書によってオンラインで行うこと(7条, 規則⁴¹⁾3条1項)、③略式命令は、電子文書で作成し(5条5項)、その送達は、オンラインで行うこと(8条)など、各訴訟行為を電子文書によってオンラインで行うこととされている⁴²⁾。

同法の制定理由を見ると、「刑事手続における情報化を促進し、迅速性を高めるために、書類を電子的に作成・提出・送達することができる制度を設ける必要があるが、刑事手続の電子化は初めて導入される制度であるだけに、書面審理主義により簡易・迅速に略式手続によって定型的に処理される飲酒・無免許運転等の『道路交通法』違反事件に限定して優先的に実施することとし、これに必要な略式手続における電子文書の利用方法及び効力等に関して規定しようとするものである。」とする⁴³⁾。

38) 同法の日本語訳としては、拙訳「韓国『略式手続等における電子文書の利用等に関する法律』・『略式手続における電子文書の利用等に関する規則』(試訳)」埼玉工業大学教養紀要35号(2018年)83頁以下。

39) 韓国における略式手続は、地方法院の管轄事件に対して、罰金・科料を科することができる(刑訴法448条)。日本と異なる点は、科しうる罰金に上限がないこと、被疑者の異議がないことが要件とされていないことが挙げられる。

40) ただし、日本の道路交通法でいえば酒気帯び運転に相当する。

41) 大法院規則である「略式手続における電子文書の利用等に関する規則」。

42) 制度の詳しい内容は、법무부 형사사법공통시스템 운영단, “KICS 전자약식 시스템(2011.4.)”, http://ptl.kics.go.kr/portal/jsp/popup/popup_elcInfm.jsp (최종방문일:2019.2.24.)。

43) 국가법령정보센터。

さて、日本において刑事手続のオンライン化の導入を検討するにしても、初めてのことであるから、最初から全ての刑事事件を対象とすることは困難であると考えられる。そこで、日本における刑事手続の電子化の第一歩についても、略式手続によって定型的に処理される道路交通法違反事件に限定して優先的に実施した韓国の例が参考になるものと考えられる。

3. 日本における道路交通法違反事件の処理の方法

日本における道路交通法違反事件の処理の方法としては、大きく2つに分けられる。まず、直ちに刑事手続によって処理されるものと、刑事手続に先立ち、行政手続である「交通反則通告制度」（道路交通法第9章「反則行為に関する処理手続の特例」）によって処理されるものである。このうち、後者の「交通反則通告制度」は、韓国の「犯則行為(범칙행위)」(韓国道路交通法第14章「犯則行為の処理に関する特例(범칙행위의 처리에 관한 특례)」)と類似するものであり、同制度の対象となる事件については、飽くまで犯罪としつつも、まずは行政手続(警察官等による告知→警察本部長等による通告)によって処理するというものである。そして、もし、反則者が行政上の制裁金である「反則金」を納付した場合には、公訴を提起しないこととし(少年であれば、家庭裁判所の審判に付さないこととし)、反則者が「反則金」を納付しない場合に初めて刑事手続に移行することができるものである(なお、反則者に交付される交通反則告知書が淡青色であることから、俗に「青切符」とも呼ばれる。)⁴⁴⁾。

交通反則通告制度の対象とならない事件(飲酒運転、無免許運転、最高速度違反(30km/h(高速40km/h)以上)等)、前述した反則金不納付事件等については、刑事手続で処理することができ、検察官が公訴を提起する場合には、①公判請求、または②略式請求によることになる。なお、このほかに、③交通事件即決裁判請求(交通事件即決裁判手続法によるもの)があるものの、1979年以降、同手続による処理例はみられない⁴⁵⁾。

44) なお、交通反則通告制度及び後述する交通切符制度については、交通実務研究会編『交通実務の手引(改訂19版)』（警察時報社、2014年）に詳しい。

45) 最高裁判所事務総局刑事局「平成28年における刑事事件の概況（上）」法曹時報70巻2号（2018年）229頁。

①公判請求をする場合、裁判所法による事物管轄に従い、地方裁判所または簡易裁判所に公訴を提起して、公判が開かれることになるが、②略式請求をする場合は、簡易裁判所の管轄事件について、略式命令で、100万円以下の罰金・科料を科することができる(461条)。ただし、略式手続によることについて被疑者の異議がないことが略式請求の要件となる点で(461条の2)、韓国と異なる。そのため、略式手続は、基本的には自白事件に限られ、否認事件など被疑者の異議がある場合に公訴を提起するには、公判請求をするよりほかない⁴⁶⁾(なお、前述した交通事件即決裁判請求も、被疑者の異議があるときは、することができない(同法3条2項)。)。それゆえ、道路交通法違反事件において、公判請求がなされるのは、自由刑を求刑すべきような悪質・重大な事案のほか、多くは、被疑者が事実を争っているなど、略式手続の対象とならない場合であろう。反対に、そうでない場合、特に自白事件については、略式手続で処理されることが通常であるといえる⁴⁷⁾。

それでは、日本における道路交通法違反事件に対する略式手続はどのように行われるか。通常は、いわゆる「交通切符」(正式には、「道路交通法違反事件迅速処理のための共用書式」という。なお、被疑者に交付される書類が薄桃色であることから、俗に「赤切符」とも呼ばれる。)を用いた「三者即日処理方式」による⁴⁸⁾⁴⁹⁾⁵⁰⁾。この処理方式は、最高裁判所⁵¹⁾、法務省⁵²⁾、警察庁⁵³⁾の「三者」の協議に

46) なお、公訴事実について否認しつつ、略式手続に同意することも、あり得ないことではない。全面否認している場合には、略式命令不相当とすべきであるが、一部を否認している場合で証拠による事実認定に困難を伴わないときは略式命令を発付してよいとされる(三好一幸『略式手続の理論と実務【第二版】』(司法協会, 2017年) 67頁)。

47) 道路交通法違反の検察庁終局処理人員の処理区分別構成比を見ると、公判請求が2.6%, 略式命令請求が53.6%, 不起訴が39.2%, 家庭裁判所送致が4.5%であった(法務総合研究所「平成30年版 犯罪白書」[http://hakusyo1.moj.go.jp/jp/65/nfm/n65_2_1_1_1_1.html] (最終閲覧日: 2019年2月24日))。

48) 三者即日処理方式自体は、1954年に警視庁管内で行われるようになって全国に広がっていったものであり、交通切符制度は、1963年に導入されたものである(矢代隆義『概説 交通警察—交通警察活動の歴史と構造—』(立花書房, 2011年) 50-51頁)。

49) なお、交通切符による処理になじまないものとして、検事正の一般的指示があったものなどについては、交通切符による処理は行われない。

50) なお、交通切符による三者即日処理方式は、道路交通法違反のほか、自動車の保管場所の確保等に関する法律違反であるいわゆる青空駐車(道路上の同一の場所に引き続き、12時間以上(夜間8時間以上)駐車すること)も対象となる(この場

よって各々発出される通達によるものであり、飽くまで刑訴法で定める略式手続の枠内で行われるものであって、別途、法令で定められているものではない。この交通切符の対象事件は、無免許運転、酒酔い・酒気帯び運転、最高速度超過（30km/h（高速40km/h））などである。また、歩行者または自転車による交通違反は、交通反則通告制度の対象とならないため、例えばそれらの信号無視も、交通切符の対象となる。

まず、この「交通切符」は、上記各通達によると、通常、4枚1組であり、①1枚目は、交通切符を作成した警察官が違反者に交付するもので、＜表面＞告知票・免許証保管証、＜裏面＞略式手続説明書、（略式手続に異議がない旨の）申述書、略式命令書謄本、②2枚目は、事件記録に相当し、最終的には、違反者の本籍地の検察庁において保管するもので、＜表面＞捜査報告書、供述書、＜裏面＞起訴状、略式命令の裁判書、送達報告書、③3枚目は、徴収金関係記録として、起訴検察庁において保管する「徴収金原票」、④4枚目は、行政処分・統計資料その他の取締り上の参考資料として活用保管する「取締り原票」からなる。それぞれの表面にある交付日時、交付者の氏名等、氏名・生年月日・住所等の違反者等特定欄、違反車両、違反日時、違反場所、違反事項・罰条等は、いわゆるワン・ライティング（One-Writing）で、検挙した警察官が検挙現場等で1枚目に記入すれば、2～4枚目まで複写される。このように複写されて作成された交通切符は、警察、検察庁、裁判所等の手続において共通して使用（すなわち「共用」）することができる⁵⁴⁾。

合、「保管場所法切符」とも呼ばれる。）。

- 51) 「道路交通法違反事件及び自動車の保管場所の確保等に関する法律違反事件の共用書式による処理について」（最高裁判所事務総長通達）、「交通切符による刑事事件の処理について」（最高裁判所刑事局長通達）等。
- 52) 道路交通法等違反事件迅速処理のための共用書式について」（法務省刑事局長通達）等。
- 53) 「道路交通法等違反事件迅速処理のための共用書式の実施について」（警察庁次長通達）、「道路交通法等違反事件迅速処理のための共用書式の運用について」（警察庁交通局長通達）等。
- 54) 実際には、都道府県により異なるようである。例えば警視庁（東京都）の場合は、次のような6枚1組である（「警視庁交通違反取締規程の運用について」（警視庁交通部長、地域部長通達））。

枚目	名称	内容
1	告知票・免許	交通切符を作成した警察官が違反者に交付するもの

また、この交通切符を用いた通常の「三者即日処理方式」（A方式⁵⁵⁾）とは、「三者」、すなわち簡易裁判所裁判官のほかに、警察官及び区検察庁検察官が常駐する、特定の簡易裁判所（俗に「交通裁判所」と呼ばれる。）に、被疑者が指定された日時に出頭し、その日のうちに、①警察官が取調べを行い、事件を検察官に送致し、②送致を受けた区検察庁検察官⁵⁶⁾が被疑者に事実の認否を確かめ、被疑者に略式手続によることの異議の有無を確かめて、異議がなければ、直ちに公訴を提起して同時に略式命令を請求し、③裁判所が略式命令（仮納付命令付き）を発付し、④被告人が罰金を仮納付し（検察庁の窓口）、免許証を受領して（警察の窓口）、退出するという手続である⁵⁷⁾。

このような三者即日処理方式によることによって、関係機関は、交通切符という共通する書式を用いて事件を処理することができ、また、被疑者・被告人は、一度の出頭で、警察の取調べから罰金の納付までの手続を終えることができる。これにより、「比較的、定型かつ多数発生する交通違反事件を迅速・的確・能率的に処理し、併せて違反者に対し、時間的・労力的負担の軽減を図る」ことができるのである⁵⁸⁾。

	証保管証	
2	交通事件原票	事件記録に相当するもので最終的には違反者の本籍地の検察庁において保管するもの
3	徴収金原票	徴収金関係記録として起訴検察庁において保管するもの
4	交通法令違反事件簿	事件の送致その他の経過を明らかにするもので、交通執行課において保管するもの
5	取締り原票	行政処分・統計資料として、運転免許本部において活用するもの
6	交通法令違反事件簿	事件の送致その他の経過を明らかにするもので、作成した警察官の所属において保管するもの

55) なお、このほかに、警察及び検察庁間のみの即日処理方式（B方式）、検察庁及び裁判所間のみの即日処理方式（C方式）がある（最高裁判所刑事局長通達・前掲注51）。

56) 通常は、「検察官事務取扱検察事務官」（検察庁法36条）が担当する。これは、韓国の「検事職務代理（검사직무대리）」（検察庁法32条2項）にあたる。

57) 最高裁判所刑事局長通達・前掲注51。

58) 三好・前掲注46）20頁。

4. 三者即日処理方式のオンライン化の検討

前述したとおり、日本において刑事手続の電子化を導入する場合、その第一歩としては、略式手続によって定型的に処理される道路交通法違反事件の処理を対象とすることがふさわしいとしたが、この交通切符による三者即日処理方式が最もこれに当てはまるものと考えられる。

そこで、三者即日処理方式について、オンラインによる事件処理制度を導入することはできないだろうか⁵⁹⁾⁶⁰⁾。例えば交通切符によって処理される道路交通法違反事件について、警察による検挙・捜査、検察官送致、検察官による捜査、被疑者に対する略式手続についての説明・告知及び被疑者の異議の有無の確認、公訴提起（略式請求）、裁判所による略式命令の発付・送達という一連の手続を全て電子文書によるオンライン化するということである。

そうすれば、この手続においては電子文書だけを作成すればよく、それをオンラインで瞬時に提出・送達することが可能となる。また、現行の三者即日処理方式による場合には、交通裁判所に出頭した当日に手続を終えることができるとはいえ、改めて捜査機関（警察官・検察官）は、直接一人ずつ取調べをし、被疑者・被告人は少なくとも一度は出頭しなければならないが、それら全てがオンライン化されれば、直接の取調べや出頭の必要がなくなるのである⁶¹⁾。

これが実現すれば、前述した「比較的、定型的かつ多数発生する交通違反事件を迅速・的確・能率的に処理し、併せて違反者に対し、時間的・労力の負担の軽減を図る」という三者即日処理方式の趣旨⁶²⁾が更に実現されると同時に、この三者即日処理方式の手続の合理化・効率化によって、捜査・裁判における人員等の資源をほ

59) なお、筆者は、オンラインによる刑事訴訟行為については、さしあたり令状請求手続と略式命令手続（三者即日処理方式）が検討するに値すると指摘したことがある（拙稿・前掲注5）65頁）。

60) なお、先行研究として、『道交法違反事件処理の電算化システムの研究（平成6年度～平成8年度科学研究費補助金（基盤研究（C）（2））研究成果報告書（平成9年3月）』（研究代表者：能勢弘之）（1997年）があることを指摘しておかなければならない。

61) それゆえ、依然として迅速な処理自体は要求されるとしても、被疑者・被告人の出頭の負担がなくなる以上、警察から裁判所までの手続がオンライン上で1日のうちに処理される必要はないだろう。

62) 三好・前掲注46）20頁。

かの捜査・裁判に重点的に投入することが可能となる。併せて、被疑者・被告人の出頭の負担の軽減にも資するという効果もあるのである。

とはいえ、略式手続がオンライン化されたとしても、現行憲法上、略式命令に対する正式裁判請求権は認められなければならないから⁶³⁾、被告人が否認に転じるなどして正式裁判請求があったときに備えなければならない点は変わらず、理論的には、オンライン化によって直ちに捜査段階で獲得しておくべき証拠の量が減少するという効果がもたらされるというわけではない。この点は、本改正と異なるところであるといえる。ただ、捜査手続がオンライン化されることによって、手続の合理化・効率化にはある程度寄与することができる。

また、オンライン化は、飽くまで略式手続の枠内で実現されるものであるから、略式手続に異議がない被疑者・被告人を対象とする。さらに、インターネットを利用することができる環境にない者（例えば別件で身柄拘束中の者）やそのような環境にあったとしても、コンピュータの操作に不慣れな者もいることから、オンライン処理に同意した者を対象としなければならない（オンライン処理に同意することを要件とするのは、韓国の電子略式も同様である。）。

仮にこのようなオンライン化を導入したとしても、そもそも略式手続は違憲ではないと解されており⁶⁴⁾、それについて更にオンライン処理を認めたとしても、異に解されることはないだろう。もちろん、オンラインによる場合においても、被疑者に対する略式手続の説明と告知、すなわち「略式手続を理解させるために必要な事項を説明し、通常の規定に従い審判を受けることができる旨を告げる」（刑訴法461条の2）ことが適切になされるように、システムが設計されていなければならないことはいうまでもない。

なお、少なくとも公訴の提起については、厳格な書面主義が採用されており、電子文書による公訴提起は無効であると解されることから⁶⁵⁾、三者即日処理方式のオンライン化にあたっては、もとより関係機関の通達だけでは導入することはできず、別途立法的措置が必要となる。

63) 最大決1948年7月29日刑集2巻9号1115頁。

64) 最大決1948年7月29日刑集2巻9号1115頁。

65) 拙稿・前掲注5) 62頁。

IV. さいごに

これまで見てきたように、本改正は、即決裁判手続を活用化させ、ひいては手続の合理化・効率化を図るためになされたものである。ただ、本改正の施行後確認する直近の統計である2017年の即決裁判手続決定のあった事件数は、前年（2016年）比で見れば増加しているとはいえ、それ以前の統計と比べれば、目に見えて増加したとはいえず⁶⁶⁾、本改正によって、直ちに即決裁判手続の活用化という効果が顕著に現れたとはいえないだろう。

また、日本においては、2016年に刑法犯の認知件数が戦後初めて100万件を下回り⁶⁷⁾、2017年は915,042件に減少し、戦後最少を更新している⁶⁸⁾。また、2018年も817,445件に減少した⁶⁹⁾。さらに、裁判所の終局総人員も減少している⁷⁰⁾。このように、数の面だけを見れば、刑事手続の新たな簡易・迅速処理制度を設けるべき立法事実が強く認められるとはいいがたい。

ただ、刑事事件の数がたとえ減少したとしても、刑事手続の合理化・効率化につ

66) 直近5年間の即決裁判手続の実施状況（出典：「司法統計（刑事事件編）」平成25年度～平成29年度〔http://www.courts.go.jp/app/sihotokei_jp/search〕（最終閲覧日：2019年2月24日）をもとに筆者作成）

	地方裁判所				簡易裁判所			
	終局 総人員	即決 裁判 手続 申立 て	即決 裁判 手続 決定	同決定 取消し	終局 総人員	即決 裁判 手続 申立 て	即決 裁判 手続 決定	同決定 取消し
2017	50,591	678	657	3	5,524	69	69	-
2016	53,247	370	368	2	5,856	17	17	-
2015	54,297	550	547	1	6,590	22	22	-
2014	52,502	747	743	2	7,165	56	56	-
2013	52,229	850	841	3	8,109	84	84	-

67) 法務総合研究所「平成29年版 犯罪白書」〔http://hakusyo1.moj.go.jp/jp/64/nfm/n64_2_1_1_1_1.html〕（最終閲覧日：2019年2月24日）。

68) 法務総合研究所・前掲注47。

69) 警察庁刑事局捜査支援分析管理官「犯罪統計資料 平成30年1～12月分【確定値】」〔https://www.npa.go.jp/toukei/keiji35/new_hanzai30.htm〕（最終閲覧日：2019年2月24日）。

70) 司法統計・前掲注66。

いては、検討の必要が全くなくなるというものではないだろう。

そこで、本稿では、刑事手続の合理化・効率化の方策の一つとして、三者即日処理方式のオンライン化を例に挙げて、刑事手続の電子化について検討してみた。もちろん、現行の三者即日処理方式によっても、既に十分に簡易・迅速な事件処理がなされ、手続の合理化・効率化が図られているため、それをオンライン化したところで、更なる合理化・効率化の効果は現れず、たとえあったとしても、それは被疑者・被告人の出頭の負担を軽減するという効果があるに過ぎないとの反論もありえる。また、刑事手続をオンライン化するためには、そのためのシステム及びポータルサイトを構築し、そしてそれを維持し続けなければならないし、前述したとおり、それには立法的な措置を必要とするため、オンライン化による合理化・効率化の効果と、そのために費やされる金銭的、人力的な資源と労力とが釣り合いがとれない、割に合わないとの批判もありえよう。筆者も、三者即日処理方式のオンライン化によって手続の合理化・効率化の効果がどの程度現れるのかを具体的に評価するのに十分な術を持たない。

ただ、本稿の三者即日処理方式のオンライン化の試論は、日本における刑事手続の電子化のいわば足掛かり、第一歩にすべきとするものであって、三者即日処理方式だけをオンライン化すれば十分とするものではない。刑事手続のオンライン化が広範囲に広がれば、手続の合理化・効率化は十分にもたらされるものと考えている。

本稿における刑事手続の電子化に関する検討は、抽象的・観念的な議論にとどまった憾みがあるため、韓国以外の立法例も参考にしつつ、また併せて日本における民事訴訟のIT化の趨勢を踏まえて、具体的な議論をすることは他日を期することとしたい。

(논문투고일: 2019.02.24, 심사개시일: 2019.02.27, 게재확정일: 2019.03.20)



▶ **氏家 仁**

日本刑事訴訟法，即決裁判手続，刑事事件の処理の簡易・迅速化，刑事手続の合理化・効率化，刑事手続の電子化

【참 고 문 헌】

I. 단행본

『道交法違反事件処理の電算化システムの研究（平成6年度～平成8年度科学研究費補助金（基盤研究（C）（2））研究成果報告書（平成9年3月）』（研究代表者：能勢弘之）（1997年）

平野龍一＝松尾浩也編『新実例刑事訴訟法Ⅱ』（青林書院，1998年）

石丸俊彦＝仙波厚＝川上拓一＝服部悟＝井口修『〔三訂版〕刑事訴訟の実務（上）』（新日本法規，2011年）

矢代隆義『概説 交通警察－交通警察活動の歴史と構造－』（立花書房，2011年）

交通実務研究会編『交通実務の手引（改訂19版）』（警察時報社，2014年）

三好一幸『略式手続の理論と実務【第二版】』（司法協会，2017年）

伊丹俊彦＝合田悦三編『逐条実務刑事訴訟法』（立花書房，2018年）

II. 논문

辻裕教「刑事訴訟法等の一部を改正する法律（平成16年法律第62号）について（1）」法曹時報57卷7号（2005年）1頁以下

落合義和＝辻裕教「刑事訴訟法等の一部を改正する法律（平成16年法律第62号）について（3）」法曹時報58卷7号（2006年）1頁以下

川出敏裕「即決裁判手続の創設」現代刑事法6卷12号（2004年）22頁以下

田淵浩二「即決裁判手続」刑法雑誌46卷1号（2006年）157頁以下

吉川崇＝保坂和人＝吉田雅之「刑事訴訟法等の一部を改正する法律（平成28年法律第54号）について（1）」法曹時報69卷2号（2017年）29頁以下

保坂和人＝吉田雅之＝鷗鷯昌二「刑事訴訟法等の一部を改正する法律（平成28年法律第54号）について（2）」法曹時報69卷3号（2017年）39頁以下

시이바시 다카유키 (椎橋隆幸), “신시대의 형사사법의 방식에 관하여 - 법제 심의회 특별부회의 답신안을 중심으로-”, 성균관법학26권4호(2014)1면이하

安村勉「自白事件の処理」刑事法ジャーナル45号 (2015年) 185頁以下

宇藤崇「即決裁判手続と事実認定における『証拠の量』」研修810号 (2015年) 3頁以下

後藤昭「刑訴法等改正案の全体像」法律時報88卷1号 (2016年) 4頁以下

氏家仁「韓国刑事判例研究：大法院2016年12月15日判決(2015도3682)」比較法雜誌51卷2号 (2017年) 272頁以下

氏家仁「電磁的記録による起訴状別表提出の可否について」法学新報124卷3・4号 (2017年) 37頁以下

III. 통계 · 자료

司法制度改革審議会「司法制度改革審議会意見書 (平成13年6月12日)」
[<https://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/report/ikensyo/pdf-dex.html>]

法制審議会新時代の刑事司法制度特別部会「時代に即した新たな刑事司法制度の基本構想 (平成25年1月)」 [http://www.moj.go.jp/keiji1/keiji14_00070.html]

「司法統計 (刑事事件編)」平成25年度～平成29年度 [http://www.courts.go.jp/app/sihotokei_jp/search]

法務総合研究所「平成29年版 犯罪白書」 [http://hakusyo1.moj.go.jp/jp/64/nfm/n64_2_1_1_1_1.html]

法務総合研究所「平成30年版 犯罪白書」 [http://hakusyo1.moj.go.jp/jp/65/nfm/n65_2_1_1_1_1.html]

最高裁判所事務総局刑事局「平成28年における刑事事件の概況 (上)」法曹時報70卷2号 (2018年) 443頁以下

警察庁刑事局捜査支援分析管理官「犯罪統計資料 平成30年1～12月分【確定値】」 [https://www.npa.go.jp/toukei/keiji35/new_hanzai30.htm]

법무부 형사사법공동시스템 운영단, “KICS 전자약식 시스템(2011.4.)”,
http://ptl.kics.go.kr/portal/jsp/popup/popup_elcInfm.jsp

氏家仁「韓国『略式手続等における電子文書の利用等に関する法律』・
『略式手続における電子文書の利用等に関する規則』（試訳）」埼
玉工業大学教養紀要35号（2018年）83頁以下

Abstract

Making the Expedited Trial Proceedings Speedier and More Efficient - the Revision of the Code of Criminal Procedure in 2016 and the Possibility of the Introduction of IT Technology

氏家 仁 (Ujiie, Hitoshi)

일본에서는 2016년 형사소송법 개정에 의하여 즉결재판절차가 개정되었다. 이 개정의 내용은 피고인이 부인할 경우 등, 즉결재판절차에 따르지 않게 된 경우에는 검사가 공소취소하더라도 재기소를 제한하지 않도록 함으로써 재수사가 가능하게 한 것이다. 이로써 검사는 즉결재판절차의 대상이 될 수 있는 사건에 대해서는 “만일에 대비한 수사(念のための捜査)”를 하지 않아도 공소를 제기할 수 있기 때문에 즉결재판절차가 더욱 활성화되어 자백사건의 간이·신속한 처리를 통한 절차의 합리화·효율화를 도모할 수 있을 것이다.

이러한 절차의 합리화·효율화를 도모한다는 개정의 취지를 형사절차의 다른 상황에도 적용할 수 있는지에 관하여, 필자는 한국 판례를 접하게 된 것을 계기로 형사절차의 전자화에 대한 연구를 시작하였는데 만일 형사절차의 전자화가 실현되면 더욱 절차의 합리화·효율화가 기대된다.

한국에서는 민사소송을 중심으로 널리 소송절차의 전자화가 실현되어 있으며, 형사소송에서도 일부 전자화되어 있다. 예를 들어, 도로교통법위반사건의 약식절차를 온라인화한 이른바 전자약식제도가 그러하다.

따라서 본 논문에서는 일본에서의 형사절차 전자화의 첫걸음으로 한국의 전자약식제도를 참고로 하면서도 도로교통법위반사건에 대한 약식절차인 “交通切符”를 이용한 이른바 “3자즉일처리방식”의 온라인화를 제안하였다.



▶ **우지이에 히토시(Ujiie, Hitoshi)**

일본형사소송법, 즉결재판절차, 형사사건 처리의 간이·신속화, 형사절차의 합리화·효율화, 형사절차의 전자화

진술거부권의 불고지와 피고인 진술의 증거능력

- 독일연방대법원의 판례를 중심으로 -

신 상 현*

【목 차】

I. 들어가면서

II. 진술거부권 불고지의 1차적 진술과 후속절차에서의 2차적 진술

1. 문제점
2. 독일연방대법원의 판결
3. 2008도11437 판결에 대한 비판

III. 진술거부권 불고지의 진술에 대한 이 의제기의 필요성

1. 문제점
2. 독일연방대법원의 판결
3. 우리에게 주는 시사점

IV. 나가면서

【국 문 요 약】

피고인 스스로가 자신의 혐의에 관해 발언을 하도록 강요받는다면, 피고인에게 국가소추의무를 넘어서는 부당한 협력의무를 강제하게 되고 그에 따라 더 이상 형사절차가 공정하게 진행되고 있다고 볼 수 없게 된다. 따라서 피고인에게는 헌법과 법률에 따라 진술거부권이 인정되고, 이에 대해 국가기관의 고지가 있어야 하며, 이 의무를 위반하여 획득한 피고인의 진술은 위법하게 수집된 증거로써 그 증거능력이 부정된다. 이러한 원칙을 기초로 하여 독일연방대법원의 판례를 검토해 본 결과, 다음의 두 가지 결론을 도출해 내었다.

피고인이 선행절차에서 진술거부권을 고지받지 못하고 자백을 한 경우, 후행절차에서는 단순한 고지를 넘어서 ‘지금부터 진술을 거부한다면 선행절차에서 이루어진 진술의 증거능력을 모두 인정하지 않는다’는 ‘가중된(더 엄격한)’ 진술거부권의 고지가 있어야 한다. 피고인은 선행절차에서 자백을 해버렸다는 심리적 부담감을 지니고 있기 때문에, 후행절차에서 피고인의 진술 여부에 대한 자유로운 판

* 고려대학교 법학연구원 연구원, 독일 뮌스터 대학교 박사과정

단을 보장하기 위해 이러한 ‘실효적인’ 진술거부권의 고지가 있어야 하는 것이다.

또한 법원의 직권심사의무 및 공정한 절차의 원칙을 고려했을 때, 변호인이나 피고인이 진술거부권 불고지와 같은 절차상 하자에 이의제기를 했는지 여부와 상관없이, 법원은 자신이 인지한 사실을 기초로 하여 그 증거의 증거능력을 부정해야 한다. 법원의 후견의무의 관점에서 봤을 때, 법원이 자신의 의무를 절차당사자에게 전가하는 것은 허용될 수 없다.

I. 들어가면서

헌법 제12조 제2항은 “모든 국민은 … 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다”라고 규정하여, 피고인(피의자)의 진술거부권을 헌법상 권리로써 인정하고 있다. 형사소송법에서 이를 더욱 구체화하고 있는데, 수사과정에서는 검사 또는 사법경찰관이 형사소송법 제244조의3에 따라 피의자에게 진술거부권을 고지하고 이에 대한 답변을 문서화할 것을 요구하고 있고, 공판준비절차에서는 제266조의8 제6항에 따라서, 공판절차에서는 재판장이 형사소송법 제283조의2 제2항에 따라 피고인에게 이를 고지해야 한다.

피고인은 자신만 알고 있는 것으로 숨겨두고 싶은 비밀을 외부로 드러내고자 하는 국가의 강제로부터 보호를 받아야 한다.¹⁾ 그에 따라 진술거부권은 피고인의 방어권 행사를 위한 가장 중요한 수단 중 하나로 인정된다. 범죄혐의를 해명하고 소추할 의무는 국가만 부담하고 있기 때문에, 범죄의 혐의를 받고 있는 피고인 스스로가 자신의 혐의에 관해 발언을 하도록 강요받는다면 이러한 원칙을 넘어서는 협력의무를 부과하게 되는 것이고 그에 따라 더 이상 형사절차가 공정하게 진행되고 있다고 볼 수 없게 된다. 따라서 피고인이 이 권리를 제대로 행사하기 위한 전제조건으로써, 우선 일반인인 피고인이 자신에게 이러한 권리가 있음을 알고 있어야 함이 요구된다. 이를 보장하기 위해 국가기관은 형사절차의 모든 과정에서 피고인에게 이러한 사실을 의무적으로 알려주어야 하는 것이다. 또한 일단 행사된 진술거부권이 실효성이 있기 위해서는, 이 권리를 행사하였다고 하여 피고인에게 불이익을 주어서도 안 된다. 물론 피고인이 진술거부권을 행사한 경우

1) Hassemer, Warum Strafe sein muss, S. 199 f.

그가 범죄를 저질렀다는 심증을 줄 수 있다는 사실은 부정할 수 없지만, 법관은 의식적으로 이러한 선입견에서 벗어나기 위해 노력을 해야 한다.²⁾

그렇기 때문에 수사기관이 이러한 진술거부권을 제대로 고지하지 않은 채로 피고인의 자백을 받아낸 경우에는 헌법과 형사소송법의 명문 규정을 위반한 것으로서 형사소송법 제308조의2에 따라 그 증거능력이 부정된다고 보는 것이 일반적인 견해이다.³⁾ 여기서 진술거부권을 ‘제대로’ 고지한다는 것은, 앞서 언급한 형사소송법 규정에 따라 적법한 고지가 이루어졌음을 의미한다. 하지만 일반적으로 한 차례 진술거부권을 고지해야 할 상황이 문제되는 경우와 달리, 연속된 절차가 진행되는 경우에는 진술거부권이 ‘제대로’ 고지되었는지를 다르게 평가해야 할 상황이 생길 수 있다. 또한 수사과정에서 진술거부권의 고지가 이루어지지 않은 경우라도, 공판절차에서 피고인이나 변호인이 그 진술의 증거능력이 없다는 점에 대해 이의제기를 해야 하는 것인지도 문제가 될 수 있다.

이러한 점과 관련하여 독일에서도 진술거부권의 불고지의 효과에 대한 논의가 많이 축적되어 있다. 하지만 현재 우리나라에서 미국에서의 논의는 많이 알려져 있는 반면,⁴⁾ 독일에서의 판례와 학계의 논의는 거의 소개가 되어 있지 않다. 그

-
- 2) 홍영기, “형사사법에서 nemo tenetur-원칙의 구체화”, 「고려법학」 제67호, 고려대학교 법학연구원, 2012, 272면.
- 3) 대법원 2009. 8. 20. 선고 2008도8213 판결; 신동운, 「신형사소송법」(이하 형사소송법 교과서의 경우 서명을 생략한다), 1334면; 김두식, “진술거부권을 고지하지 않고 얻은 자백의 증거능력 배제 근거”, 「법학연구」 제43집, 전북대학교 법학연구소, 2014, 347면; 이세화, “진술거부권불고지와 증거의 증거능력 - 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도11437 판결 -”, 「법학논총」 제18권 제3호, 조선대학교 법학연구원, 2011, 100면. 반면 이 경우에 형사소송법 제309조의 자백배제법칙이 적용된다는 견해로는 배종대/이상돈/정승환/이주원, 52/29; 이재상/조균석, 38/25, 39/14. 이러한 견해대립에 대해 자세히는 강수진, “진술거부권의 고지 대상으로서의 “피의자”의 의미”, 「안암법학」 제38호, 안암법학회, 2012, 146면 이하.
- 4) 이상현, “진술거부권 불고지의 진술로 획득한 2차적 증거의 증거능력: 미국과 우리 법상 독수과실론에 관한 대법원 판례들의 비교분석”, 「중앙법학」 제11집 제2호, 중앙법학회, 2009, 251면 이하; 노수환, “진술거부권 고지 없이 얻은 진술에 기초한 2차적 증거의 증거능력”, 「성균관법학」 제22권 제3호, 성균관대학교 법학연구원, 2010, 148면 이하; 박용철, “진술거부권 불고지에 대한 소송법적 문제”, 「형사법연구」 제22권 제1호, 한국형사법학회, 2010, 109면 이하; 안성수, “진술거부권과 진술거부권 불고지의 효과”, 「법학논총」 제19집, 숭실대학교 법학연구소, 2008, 102면 이하.

러므로 이하에서는 진술거부권의 고지와 관련하여 중요하게 다루어지는 독일연방 대법원의 판례들을 살펴보고, 이것이 우리나라의 법실무에 어떠한 영향을 끼칠 수 있을지에 대해 검토해 보도록 한다.

II. 진술거부권 불고지의 1차적 진술과 후속절차에서의 2차적 진술

1. 문제점

〈사례 1〉 수사과정에서 경찰은 강도 현행범으로 체포된 피고인에게 진술거부권을 고지하지 않은 상태에서 범행에 대한 자백을 받고, 이를 기초로 하여 여죄에 대한 진술과 증거물을 확보하였다. 그 후 개시된 공판절차에서 법원은 피고인에게 형사소송법 제283조의2에 따라 진술거부권을 고지하고 피고인의 임의자백에 대한 진술을 획득하였다. 이 과정에서 피고인은 자신이 수사절차에서 했던 진술을 반복하였다.⁵⁾

이 사례의 수사과정에서 경찰은 피고인에게 진술거부권의 고지를 하지 않았기 때문에 형사소송법 제244조의3 제1항을 위반하였다. 따라서 그 과정에서 획득한 진술은 적법한 절차에 따르지 않고 수집한 증거로써 증거능력이 부정되어야 한다(형사소송법 제308조의2). 하지만 공판절차에서 피고인은 진술거부권을 적법하게 고지받고도 자백을 하였는데, 이 경우 공판절차에서의 피고인의 자백의 증거능력을 인정할 수 있는지가 문제된다. 즉 2차적 진술만 고려한다면 적법하게 증거가 수집되었다고 볼 수도 있겠지만, 위법하게 수집된 1차적 진술 및 그로부터 획득한 추가 증거물에 영향을 받아 이러한 진술이 이루어졌을 가능성이 있기 때문에, 그 적법성에 대해 별도의 심사를 거쳐야 하는 것이다. 이는 선행절차의 위법성이 후행절차에도 계속 영향을 미쳐서 후행절차에서 적법하게 수집된 증거물까지 부적법하게 만들 수 있는지의 문제가 된다.

이렇게 연속된 절차에서 위법성의 승계 여부가 문제되는 경우에, 많은 문헌은 독수과실의 이론 및 그 예외이론을 근거로 하여 그 증거능력을 인정할 수 있는지

5) 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도11437 판결의 사안.

여부를 개별적으로 판단하고 있다.⁶⁾ 대법원도 2007년의 전원합의체 판결 이후로 많은 사례에서 이와 유사한 법리를 취하고 있는데,⁷⁾ <사례 1>의 경우도 그에 따라 2차적 증거의 증거능력 여부를 판단함에 있어서 “적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모”하면서 국가형사소추의 이익과 개인의 기본권보호의 이익 간의 비교형량을 시도하고 있다.⁸⁾ 이러한 판례에 태도는 독수과실의 이론과 그 예외이론을 받아들인 것으로 해석되고 있다.⁹⁾ 그에 따라 선행절차의 위법성이 승계되지 않는 경우, 즉 그 인과관계가 희석되거나 단절되는 경우에는 예외적으로 2차적 증거물의 증거능력을 긍정할 수 있게 된다.

그런데 이러한 법리가 적용되기 위해서는 후행절차가 적법하게 행해졌어야 한다는 점이 전제되어야 한다. 특히 피고인 신문이 문제되는 경우에는 수사기관에 의한 진술거부권 고지가 적법하게 이행되었어야 하는 것이다. 그에 반해 후행절차 자체가 위법하게 진행되었다면, 독수과실의 예외이론과 상관없이 그 과정에서 수집한 증거의 증거능력은 부정된다(형사소송법 제308조의2). 그런데 <사례 1>의 경우 2차 신문을 진행함에 있어서 단순한 진술거부권을 고지한 것만으로 1차 신문의 위법성이 완전히 제거될 수 있는지 문제가 된다. 그러한 고지만으로는 후행절차의 적법성을 인정하기에 부족하다고 본다면, 사실상 진술거부권의 고지가 이루어지지 않은 경우로 되므로 2차 신문에서의 진술 자체가 위법하게 될 수 있기 때문이다. 따라서 이 사례의 경우에는 독수과실의 예외이론이 적용될 것인지를 문제삼기 이전에, 우선 그 2차 신문에서 진술거부권 고지가 ‘제대로’ 이루어진 것이 맞는지부터 살펴보아야 한다. 독일에서는 이미 이와 관련된 논의가 진행되었는데, 독일연방대법원의 판결과 그에 대한 학계의 논의를 검토해 봄으로써 여기서 제기된 의문점을 해결해 보도록 한다.

6) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 51/18 이하; 신동운, 1320면 이하; 이재상/조균석, 39/17 이하 등.

7) 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결; 대법원 2011. 4. 28. 선고 2009도2109 판결; 대법원 2013. 3. 14. 선고 2012도13611 판결 등.

8) 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도11437 판결.

9) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 52/43; 신동운, 1323면; 김진환, 한국형사소송법학회 편, 「형사소송법 핵심 판례 110선」, 134면; 노수환, 앞의 논문, 157면.

2. 독일연방대법원의 판결

(1) ‘가중된 고지(qualifizierte Belehrung)’의 요구

독일연방대법원은, <사례 1>과 같이 후속절차에서는 적법하게 진술거부권의 고지가 이루어지고 그에 따라 피고인이 자백의 진술을 한 경우라도, 2차 신문에서 그 위법성이 제거되기 위해서는 ‘가중된(더 엄격한) 고지’가 필요하다고 보았다. 여기서 ‘가중된 고지’란 “피고인이 지금부터(2차 신문에서) 묵비권을 행사한다면 여태까지 그가 진술한 사항들에 대한 증거사용이 금지된다”는 고지이다. 즉 이와 같이 선행절차에서 진술거부권 불고지의 위법이 존재하는 경우에는, 이어진 2차 신문에서 피고인에게 단순히 독일형사소송법 제136조 제1항 제2문에 따른 고지를 하는 것만으로는 부족하고, 이전 절차에서의 진술이 전면적으로 증거로 사용되지 않는다는 점에 관한 고지까지 강화하여 실시해야 하는 것이다. 따라서 2차적 진술과정에서 ‘가중된 고지’가 없었다면 진술거부권 고지의 규정을 위반한 것이 된다. 왜냐하면 1차 자백 과정에서 진술거부권을 고지하지 않음으로써 발생한 절차위반의 하자가 2차 신문에도 계속 영향을 미치기(Fortwirkung) 때문이다.¹⁰⁾

그런데 2008년에 독일연방대법원 제4 형사합의부가 기존과는 조금 다른 판시를 내렸는데, 2차 신문에서 ‘가중된 고지’의무를 위반한 것이 독일형사소송법 제136조 제1항 제2문의 고지의무를 위반한 것과 동일하게 볼 수 없다는 점을 전제로 하여, ‘가중된 고지’가 없어도 원칙적으로(바로) 증거사용이 불가능하게 되는 것은 아니고 개별사안에서 절차침해의 중대성과 사안해명의 필요성을 비교형량하여 판단해야 한다고 보았다. 특히 2차 신문과정에서 피고인이 1차 신문에서 했던 진술을 단순히 반복하는 경우에는, 비교형량의 결과 2차 신문에서의 진술을 증거로써 사용할 수 있다는 것이다.¹¹⁾ 또한 이 경우에는 피고인에게 최소한 (통상적인) 진술거부권 자체는 고지되었다는 점을 고려하고 있다.¹²⁾

즉 과거의 판례에 따르면 ‘가중된 고지’가 결여된 경우에 중대한 기본권 침해가 있어서 그 진술의 증거사용이 전면적으로 금지되지만, 2008년 이후의 판례에 따르면 예외적으로 증거사용이 가능한 경우가 발생할 수 있게 된다.

10) LG Dortmund NStZ 1997, 356, 357 f.; BGH NJW 2007, 2706, 2709.

11) BGHSt, 53, 112, 115 f. (Rn. 14 f.).

12) BGH BeckRS 2018, 28269, Rn. 29.

(2) 독일형사소송법상 증거사용금지(Beweisverwertungsverbot)의 구조

진술거부권의 불고지와 관련된 독일연방대법원의 판결의 의미를 살펴보기 위해서는, 우선 독일형사소송법상 증거사용금지에 대한 이해가 필요하다. 독일형사소송법에는 우리 형사소송법과 같이 적법절차에 관한 일반규정(제308조의2)이 존재하지 않기 때문에, 위법하게 수집한 증거의 증거사용 여부를 사안마다 다르게 판단하고 있다. 따라서 먼저 이에 대해 간략히 살펴보고, 이를 바탕으로 하여 진술거부권의 불고지가 증거사용금지와 관련해 어떻게 다루어지고 있는지를 검토해 보도록 한다.¹³⁾

수사기관에 의해 수집된 증거의 증거능력 여부를 판단하기 위해서는 ‘증거조사금지(Beweiserhebungsverbote)’와 ‘증거사용금지(Beweisverwertungsverbote)’란 개념을 이해해야 한다. ‘증거조사금지’란 법률규정에 의해 특정한 방법의 수사행태가 금지되어 있는 경우를 의미한다. 즉 특정한 사안의 해명 자체를 금지하는 ‘증거주제금지(Beweisthemenverbote)’, 증거물을 특정한 형태로 사용하는 것을 금지하는 ‘증거수단금지(Beweismittelverbote)’¹⁴⁾ 또는 증거물을 특정한 방법으로 획득하는 것을 금지하는 ‘증거방법금지(Beweismethodenverbot)’¹⁵⁾와 관련되는 법률규정이 ‘증거조사금지’를 구체화한 것으로 볼 수 있다. 하지만 ‘증거조사금지’에 해당하는 절차상 위반이 있다고 하여 언제나 그 증거의 사용을 금지(=증거능력을 부정)해야 하는 것은 아니다. 즉 법률에 규정된 사항을 준수하지 않은 경우에 ‘증거조사금지’로 되지만, ‘경우에 따라서는’ 그 증거를 사용할 수 있는 것이다.

‘증거사용금지’도 두 경우로 분류될 수 있다. 첫째로 ‘증거조사금지’와 관련된 규정을 위반함으로써 직접 ‘증거사용금지’가 도출될 수 있는 경우가 있는데, 양자가 관련성이 있다는 점에서 이를 ① ‘비독자적(unselbständig) 증거사용금지’라고 부른다. 둘째로 ‘증거조사금지’에 대한 위반 여부와 상관없이(=‘증거조사금지’ 규

13) 독일에서도 증거사용금지의 구조를 이해하는 방법이 문헌마다 통일되어 있지는 않다. 여기에서는 Putzke/Scheinfeld, Strafprozessrecht(이하 독일형사소송법 교과서의 경우 서명을 생략한다), Rn. 403 ff.; Heghmanns, ZIS 2016, 404 ff.를 중심으로 정리한 내용을 바탕으로 하여 서술한다.

14) 예를 들어 독일형사소송법 제52조 이하 규정은 증언거부권이 인정되는 경우를 규정하고 있는데, 그에 따라 이 사람들에게 대해서는 증인신문을 할 수 없게 된다.

15) 예를 들어 독일형사소송법 제136조의a는 피의자의 의사형성에 반하는 특정한 형태로 증거물을 수집하는 것을 금지하고 있다.

정에 대한 위반이 없는 경우에도 ‘증거사용금지’의 결과가 야기되는 경우가 있는데, 양자의 관련성이 결여되어 있다는 점에서 이를 ② ‘독자적(selbständig) 증거사용금지’라 한다. 후자의 경우는 증거를 획득하는 과정에 위법이 없지만, 기본권(헌법) 규정 및 기타 법률규정으로부터 ‘증거사용금지’가 도출된다.

①의 경우는 다시 ①a 법률에서 명문으로 증거사용이 불가능하다고 규정한 경우와 ①b 그렇지 않은 경우로 나누어진다. ①a에는 예를 들어 법률에 “... dürfen nicht verwertet werden”이라고 규정되어 있어서 증거사용이 절대적으로 불가능한 경우와,¹⁶⁾ 예를 들어 “dürfen ... nur verwertet werden, wenn ...”이라고 규정되어 있는 상대적 증거사용금지가 포함된다.¹⁷⁾ 이 경우에는 규정대로 절대적 또는 일정한 조건 하에서 증거물의 증거사용을 부정한다.¹⁸⁾ 그러나 이런 명문규정이 존재하지 않는 ①b의 경우¹⁹⁾에는 그에 관한 증거사용의 기준제시를 위해 정보지배권이론(Informationsbeherrschungslehre), 권리영역이론(Rechtskreislehre), 규범의 보호목적 이론(Schutzzwecklehre), 비교형량이론(Abwägungslehre) 등의 여러 이론들이 주장되고 있고, 그 이론들에 따라 증거물의 사용여부가 정해진다. 여전히 통일적인 이론이 제시되고 있는 것은 아니지만, 현재 실무와 학계의 주된 경향은 당해 규범의 보호목적에 고려하면서 충돌하는 양쪽의 이익(국가의 형사소추이익과 기본권보장과 관련된 개인의 이익)을 비교형량 하여 증거사용 여부를 결정하고 있다. 즉 침해된 규정이 오로지 제3자의 권리와만 관계되는 경우, 중대한 범

16) 예를 들어 위법한 신문방법을 금지하는 독일형사소송법 제136조의a 3항 2문, 사적 생활형성의 핵심영역에 대해 통신감청을 금지하는 제100조의d 제2항 제1문 등.

17) 예를 들어 신체침습으로 수집한 증거물의 사용에 관한 독일형사소송법 제81조의a 제3항 및 제81조의c 제3항 제5문, 독일형사소송법 제52조와 제53조의a의 증언거부권이 문제될 때 비례성이 없을 경우에만 온라인수색과 주거감청을 금지하는 독일형사소송법 제100조의d 제5항 제2문 등.

18) 한편 독일형사소송법을 살펴보면, 개인관련 정보(personenbezogene Daten)가 문제되는 경우 등에는 Verwertung이라는 용어 대신에 Verwendung이라는 용어를 사용하고 있는데, 이 경우의 사용금지(Verwendungsverbot)는 관련 정보를 본증거로뿐만 아니라 다른 증거를 뒷받침하는 수단으로도 사용할 수 없다는 것을 의미한다. 자세한 Dencker, Meyer-Goßner-FS, S. 238, 243.

19) 예를 들어 독일형사소송법 제52조 제3항 제2문에서는 증언거부권을 고지할 것을 규정하고 있을 뿐 증거사용 여부에 대해서는 아무런 언급이 없다. 마찬가지로 독일형사소송법 제105조 제1항은 수색을 명령할 권한이 있는 자에 대해 규정하고 있을 뿐이다.

죄가 문제되는 경우, 침해규정이 단순히 임의규정이나 훈시규정인 경우 등에는 ‘국가의 형사소추이익’이 우위에 있어서 증거사용이 허용되지만, 침해규범이 피고인의 보호를 주목적으로 하는 경우, 피고인의 기본권의 핵심영역을 침해하는 경우, 형사소추기관이 의도적으로 법률규정을 우회·남용한 경우, 절차위반이 중대한 경우 등에는 ‘개인의 보호이익’이 우선하여 증거사용이 금지되는 것이다.

다음으로 ②의 경우, 즉 ‘독자적 증거사용금지’의 경우에는 ㉠ 법률규정이나 ㉢ 기본권 규정의 해석을 통해 ‘증거사용금지’의 효과가 발생하는데, ②㉠의 대표적인 예로는 독일형사소송법 제252조²⁰⁾를 들 수 있다. 이에 따르면 수사절차에서 적법하게 증언거부권을 고지받고도 그 권리를 포기하여 증언을 한 경우에도(=‘증거조사금지’가 존재하지 않는 경우에 해당), 증인이 공판절차에서 증언거부권을 사용하면 이전 절차에서의 진술을 낭독할 수 없게 된다. 물론 여기에는 ‘낭독 금지’만 규정되어 있지만, 일반적으로 증언거부권의 취지를 보호하기 위해서 이것이 포괄적인 증거사용금지를 의미하는 것으로 해석하고 있다.²¹⁾ ②㉢에는 예를 들어 수사기관이 법률규정에 따라 적법하게 물건을 압수했는데(=‘증거조사금지’가 존재하지 않는 경우) 그 압수의 대상이 피고인의 일기장이었던 경우나, 수사기관이 아닌 사인이(=‘증거조사금지’는 원칙적으로 형사소추기관에게만 적용되므로, 이 경우에도 증거조사금지가 존재하지 않는 경우에 해당) 피고인과의 비밀대화를 녹음한 경우가 포함된다. 이 경우에는 ‘영역이론(Sphärentheorie)’에 따라 ‘내밀한 사적 영역(Intimsphäre)’을 침해한 때에는 언제나 증거사용이 금지되나, ‘단순한 사적 영역(schlichte Privatsphäre)’이 문제되는 경우에는 비교형량을 하여 증거사용 여부를 판단한다.²²⁾

20) “공판 전에 신문을 받은 증인이 공판절차에서 이르러서 비로소 증언거부권을 행사한 경우에는, 그가 공판 전에 한 진술을 낭독해서는 안 된다.”

21) 자세한 논의로는 신상현, “조사자증언 제도의 개선방안 - 독일의 직접심리주의에 대한 비교법적 고찰을 중심으로 -”, 『법학논총』 제31권 제3호, 국민대학교 법학연구소, 2019, 303면 이하.

22) 독일연방대법원의 일기장 판결에 대해 소개한 문헌으로는 권영범, 『형사증거법 원론』, 191면 이하; 사인에 의한 증거물 획득과 관련한 최신 판례에 대해서는 신상현, “형사절차에서 차량용 블랙박스 영상의 증거능력 - 독일에서의 판례를 중심으로 -”, 『고려법학』 제88호, 고려대학교 법학연구원, 2018, 109면 이하.

(3) 평가

독일형사소송법은 수사과정 및 공판절차에서의 진술거부권을 각각 제136조 제1항 제2문²³⁾ 및 제243조 제5항 제1문에 규정하고 있다. 여기서 피고인에게 사안에 대해 진술하지 않을 권리를 고지하여야 한다고 규정하고 있고, 이는 특정한 수사의 방법을 규제하는 ‘증거조사금지’에 해당한다. 하지만 증거사용 여부에 대한 명문의 규정은 함께 규정하고 있지 않기 때문에, 이 규정을 위반한 경우는 앞서 살핀 유형 중 ①⑤에 포함된다. 따라서 이를 위반하였다고 하여 언제나 ‘증거사용금지’로 되는 것은 아니고, 비교형량의 과정을 거쳐 증거사용 여부를 판단해야 하는 것이다.²⁴⁾

이를 위해서는 먼저 진술거부권의 고지에 관한 규범의 보호목적에 고려해 보아야 한다. 피고인은 자기부죄금지원칙(Nemo-tenetur 원칙)에 따라 자신에게 불리한 진술을 할 필요가 없고 하지 않을 권리도 가진다. 피고인신문의 과정에서 불필요한 진술을 통해 자신의 지위를 불리하게 만들지 않기 위해서는, 피고인은 이러한 중대한 기본권을 행사할 수 있다는 점을 명백히 알고 있어야 한다. 그럼으로써 자신의 진술을 통해 자신의 지위를 불리하게 할 것인지 여부를 스스로 결정할 수 있어야 한다. 피고인에 대한 진술거부권의 고지는 이렇게 중대한 기본권 침해방지를 위한 최후의 보루가 되므로, 이는 피고인의 보호이익이 매우 필요한 경우라 할 수 있다. 따라서 국가의 형사소추이익보다 개인의 기본권 보호의 이익이 우위에 있게 되고, 진술거부권을 고지하지 않고 획득한 증거는 원칙적으로 공판절차에서 사용될 수 없다.²⁵⁾

기존의 판례에 따르면, <사례 1>의 경우처럼 위법한 1차 신문에 이어서 2차 신문이 실시된 경우에는, 2차 신문에서 피고인에게 형식적으로 고지를 하였더라도 그것이 ‘가중된 고지’가 아니라면 마치 고지가 없었던 것처럼 취급하게 된다.

23) 이는 수사법관이 신문을 하는 경우에 관한 규정이고, 검사가 주체일 때는 독일형사소송법 제163조의a 제3항 제2문에서, 경찰이 주체일 때는 독일형사소송법 제163조의a 제4항 제2문에서 동 조항을 준용하고 있다.

24) 진술거부권의 중요성을 고려했을 때, 진술거부권을 고지하지 않은 경우에도 증거사용이 불가능성하다는 점을 ①⑤의 형태로 규정하는 것이 바람직하다는 견해로는 Linnenbaum, Belehrung und "qualifizierte" Belehrung im Strafverfahren, S. 80.

25) 이러한 판단과정에 대한 서술로는 Putzke/Scheinfeld, Rn. 431.

그러므로 2차 신문에서도 피고인에게 진술거부권을 고지하지 않은 것과 마찬가지로 되어, 비교형량에 따른 원칙상 그 과정에서 획득한 피고인의 자백도 증거로 사용할 수 없는 것이다. 그렇기 때문에 2차 신문에서 더욱 강화된 진술거부권의 고지가 있을 경우에만 선행 절차에서 승계(Fortwirkung)된 위법성이 제거될 수 있게 된다.²⁶⁾ 그럼으로써 인간존엄에 대한 침해의 방지 및 공정한 절차원칙의 보장을 위한 진술거부권 고지제도의 본래 취지에도 부합하게 된다.²⁷⁾

그런데 2008년에 나온 제4 형사합의부의 판결에서는 이러한 원칙을 완화시키고 있다는 점에서 문제가 있다. 이 경우 비교형량을 통해 증거사용 여부를 결정해야 한다는 점은 기존의 이론과 다르지 않는다. 하지만 제4 형사합의부는 일반적인 진술거부권 고지의무를 위반한 경우에는 증거사용이 불가능하다고 하면서 ‘가중된 고지’의무를 위반한 경우에는 증거사용이 가능할 수도 있다고 하여, 양자를 다르게 취급하고 있다. 그럼으로써 피고인이 2차 신문에서 단순히 선행절차에서의 진술을 반복하는 경우에는, 비교형량의 관점에서 국가의 형사소추이익의 우위를 인정할 수 있다고 본 것이다.²⁸⁾

이에 대해서는 많은 비판이 제기되고 있다.²⁹⁾ 즉 고지의무를 위반한 두 경우는 모두 같은 정도로 중대한 위법성을 지니고 있다는 점에서 양자의 차이를 두는 것은 바람직하지 않다. 즉 일반인들은 보통 자신이 이전 절차에서 한 자백이나 진술이 어느 정도까지 확정적으로 사용될 수 있을 것인지에 대해 판단을 내릴 수 없기 때문에, ‘가중된 고지’의무를 위반한 경우에도 일반적인 진술거부권 고지의무를 위반한 경우와 달리 취급할 이유가 없게 된다.³⁰⁾ 또한 공정한 절차의 원칙과 Nemo-tenetur 원칙을 고려한다면, - 비교형량을 하는 것 자체는 문제가 없지만 - 증거사용의 가능성을 인정하기 위한 논거로써 단순히 개별사안의 형량이 필

26) LR-StPO/Gieß, § 136, Rn. 106.

27) Neuhaus, NStZ 1997, 312, 314 f. 이를 독일형사소송법 제136조에 명문으로 규정하자는 입법론으로는 Mitsch, NJW 2008, 2295, 2300.

28) 이에 찬성하는 견해로는 Meyer-Goßner/Schmitt, § 136, Rn. 9; KK-StPO/Diemer, § 136, Rn. 27a; BeckOK-StPO/Monka, § 136, Rn. 31; Volk/Engländer, § 9, Rn. 11. 이전 진술의 내용을 정확히 확인하는 한도 내에서만 긍정하는 견해로는 MüKo-StPO/Schuhr, § 136, Rn. 68.

29) Kindhäuser, § 6 Rn. 53 (Fn. 91); HK-StPO/Ahlbrecht, § 136, Rn. 23; SK-StPO/Rogall, § 136, Rn. 90; SSW-StPO/Eschelbach, § 136, Rn. 80; Grasnig, NStZ 2010, 158 f.; Roxin, HRRS 2009, 186 ff.

30) Beulke/Swoboda, Rn. 119.

요하다는 점만을 제시한 것은 불충분한 것이고, 피고인이 진술을 반복한다는 점만을 근거로 하여 국가소추의 이익을 우위에 두는 것 역시 타당하지 않다.³¹⁾

결국 일부 모순적인 독일연방대법원의 입장들 중 어느 쪽이 더욱 타당한지를 살펴보기 위해서는, 2차 신문에서의 진술의 증거사용 여부를 판단하기 위한 결정적인 기준을 다시 진술거부권 및 그 고지의무의 취지에서 찾아야 한다. 피고인이 경우에 따라 자신을 불리하게 만들 수 있는 사실을 무심코 진술할 가능성을 차단하기 위해서는, 진술을 거부하여도 자신에게 전혀 불리함이 없다는 사실을 알고 있어야 하고 이를 통해 자신의 판단에 따라 진술 여부를 자유롭게 결정할 수 있어야 한다. 이렇게 자유로운 판단의 전제가 되는 것이 바로 진술거부권의 고지이다. 일반적으로 한 차례의 신문이 있었던 경우에는 그 신문 당시 적법하게 이러한 고지가 이루어진다면 피고인의 방어권 보장이 충분히 이루어질 수 있다. 또한 이전의 절차에서 진술거부권 불고지와 무관한 절차상 하자가 있었던 경우에도 마찬가지이다.³²⁾ 하지만 이전의 절차에서 피고인이 진술거부권을 고지받지 못하고 이미 자신에게 불리한 자백을 해 버린 경우에는 상황이 달라진다. 왜냐하면 이 경우에는 후속절차에서 진술거부권을 행사하는 것이 법관에게 모순적인 행위로 비춰질 수 있기 때문이다. 즉 피고인이 선행절차에서 자백을 해 버렸다는 ‘심리적 부담감’을 완전히 떨쳐버릴 수 없는 경우라면, 설령 후속절차에서 단순히 피고인이 묵비해도 된다는 고지를 받았더라도 피고인의 ‘진술 여부에 대한 자유로운 판단’을 완전히 보장할 수 없다. 다시 말해 피고인은 자신이 이전에 한 진술에 구속되어 있다는 의구심에서 완전히 벗어날 수 없으므로,³³⁾ 후속절차에서는 진술거부권 고지로 인해 달성되어야 하는 효과가 나타나지 않게 되는 것이다. 그러므로 이러한 때에는 단순한 고지를 넘어서, ‘지금부터 진술을 거부한다면 선행절차에서 이루어진 진술의 증거능력을 모두 인정하지 않는다’는 정도의 ‘실효적인’ 진술거부권의 고지가 있어야 한다.

따라서 선행절차에서의 진술거부권 불고지의 위법성이 후행절차에 승계되는

31) Linnenbaum, 앞의 책, S. 107 f.; Deiters, ZJS 2009, 198, 203; Kasiske, ZIS 2009, 319, 322 f.; HK-GS/Jäger, § 136, Rn. 44b.

32) 예를 들어 수사절차에서 위법하게 피고인의 물건을 압수하였는데, 이를 근거로 후속절차에서 진술거부권을 고지하고 자백을 받은 경우가 그러하다. 이 경우에는 - 우리나라 대법원에 따른다면 - 독수과실의 예외이론에 따라 그 증거사용 여부를 결정하면 될 것이다.

33) 이러한 표현으로는 Kasiske, ZIS 2009, 319, 323.

상황에서는, ‘가중된 고지’가 있는 경우에만 법률상의 진술거부권의 고지가 유효하게 존재하는 것으로 보아야 할 것이다. 이를 위반하고 단순한 고지에 그친 경우에는 진술거부권의 고지가 없었던 것과 마찬가지로 보아야 하므로, 그 후에 얻은 피고인의 진술은 언제나 증거로 사용할 수 없다.

이는 <사례 1>과 같이 선행절차가 수사절차이고 후행절차가 공판절차인 경우 뿐만 아니라, 선행 및 후행절차가 각각 ‘수사절차-수사절차’인 경우³⁴⁾ 및 ‘공판절차-공판절차’인 경우³⁵⁾에도 마찬가지로 적용된다. 또한 ‘경찰-검사-법원에 의한 신문’이 연속적으로 이루어진 경우³⁶⁾처럼 두 번 이상 피고인의 진술이 이루어진 경우에도, 경찰 앞에서의 진술이 진술거부권의 고지가 없는 상태로 행해졌다면 검사가 신문을 할 때에도 ‘가중적 고지’가 있어야 하고, 만일 여기서 단순한 고지에 그쳤다면 법원 역시 ‘가중적 고지’를 하여야 선행절차에서 야기된 위법성이 완전히 제거될 수 있다.³⁷⁾

3. 2008도11437 판결에 대한 비판

<사례 1>의 토대가 된 판결³⁸⁾에서 대법원은, “비록 피고인의 제1심 법정에서의 자백은 진술거부권을 고지받지 않은 상태에서 이루어진 피고인의 최초 자백과 같은 내용이라는 하나, 피고인의 제1심 법정에서의 자백에 이르게 되기까지의 앞서

34) 예를 들어 경찰이 진술거부권을 고지하지 않고 자백을 받은 이후에 검사가 진술거부권을 고지하고 2차적 진술을 얻은 경우.

35) 예를 들어 첫 번째 공판기일에서 진술거부권을 고지하지 않고 진술을 획득한 이후에 두 번째 기일에서 이를 고지하고 2차적 진술을 받아낸 경우. 물론 이러한 사례는 현실적으로 발생하지 않을 것이다.

36) LG Dortmund NStZ 1997, 356의 사안 참조.

37) 한편, 이 경우에 검사가 ‘가중적 고지’를 하였고 그에 따라 피고인이 답변을 하였다면 이는 적법한 진술로 된다. 그러므로 그 이후의 절차에서 법원은 피고인에게 단순한 고지를 하여도 무방하다. 다만 이 경우에는 후속절차에서의 진술들은 적법절차에 따라 이루어졌지만 첫 번째 진술이 위법하게 행해졌기 때문에, - 대법원의 논리대로 - 독수과실의 예외이론을 적용할 수 있게 된다.

38) 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도11437 판결. 판결문에서 제시된 증거물 전체에 대한 자세한 평석으로는 임철희, “진술증거 수집의 위법성과 확대된 진술거부권 고지의무 - 대법원 2009.3.12. 선고 2008도11437 판결에 대한 비판과 대안 -”, 「비교형사법연구」 제18권 제2호, 한국비교형사법학회, 2016, 80면 이하.

본 바와 같은 모든 사정들, 특히 최초 자백이 이루어진 이후 몇 시간 뒤 바로 수사기관의 진술거부권 고지가 이루어졌을 뿐 아니라 그 후 신문시마다 진술거부권 고지가 모두 적법하게 이루어졌고, 제1심 법정 자백은 최초 자백 이후 약 40여 일이 지난 후 공개된 법정에서 변호인의 충분한 조력을 받으면서 진술거부권을 고지받는 등 적법한 절차를 통해 임의로 이루어진 사정 등을 전체적·종합적으로 고려해 볼 때, 이를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는 경우에 해당한다”고 판시하였다. 그러면서 “1차적 증거를 기초로 하여 다시 2차적 증거를 수집하는 과정에서 추가로 발생한 모든 사정들까지 구체적인 사안에 따라 주로 인과관계 회색 또는 단절 여부를 중심으로 전체적·종합적으로 고려하여야 한다”고 하여, 사실상 학계에서 일반적으로 인정되는 독수과실의 이론 및 그 예외이론을 수용하였다고 볼 수 있다.

우선 이 판례는 진술거부권 고지의 중요성을 상대적으로 낮게 평가하고 있다는 점에서 문제가 있다. 즉 대법원은 1차적 증거획득과 관련해서 “진술거부권을 고지하지 않은 것이 단지 수사기관의 실수일 뿐 피의자의 자백을 이끌어내기 위한 의도적이고 기술적인 증거확보의 방법으로 이용되지 않았”다는 점을 증거능력 인정을 위한 근거로 삼고 있는데, 진술거부권의 고지와 관련해 이렇게 수사기관의 의도까지 고려해야 한다면 사실상 진술거부권의 고지를 형해화하는 것이 아닌가 하는 의구심이 든다.³⁹⁾ 즉 진술거부권의 고지는 어느 경우이나 예외 없이 객관적으로 이루어져야 하는 피고인의 방어권 보호수단이므로, 다른 요소를 근거로 하여 그 적용범위를 축소시킬 수 없다. 이라한 사실은 객관적인 고지의무만 규정하고 있는 형사소송법 제244조의3의 문언을 본다면 더 명확해 진다.

두 번째 문제점은 앞서 검토한 ‘가중적 고지’가 결여되었다는 점이다. 판례의 논리처럼 독수과실의 예외이론에서 문제되는 비교형량이 적용되기 위해서는, 원칙적으로 2차적으로 수집된 증거가 적법해야 한다. 즉 1차적 증거획득이 위법하였지만 그 후의 증거수집은 적법하였기 때문에, 1차적 증거와 관련된 위법성이 경하거나 그 위법성이 후행절차에 승계되지 않는다면(=인과관계의 회색 또는 단절) 2차적 증거 자체의 증거능력은 인정할 수 있는 것이다. 하지만 후속절차에서 진술거부권의 ‘가중적 고지’가 아니라 단순한 고지에 그친 경우라면 승계된 위법성이 완전히 제거되었다고 볼 수 없다. 대법원은 “최초 자백 이후 구금되었던 피

39) 같은 견해로 이세화, 앞의 논문, 105면.

고인이 석방되었다거나 변호인으로부터 충분한 조력을 받은 가운데 상당한 시간이 경과하였음에도 다시 자발적으로 계속하여 동일한 내용의 자백을 하였다는 사정”을 근거로 하여 인과관계가 희석되거나 단절될 수 있다고 보고 있다.⁴⁰⁾ 그러나 최초 자백 이후에 상당한 시간이 지났거나 변호인의 조력을 받았다고 하더라도, 1차 자백 및 그로부터 획득된 추가 증거물이 존재한다는 점을 고려한다면, 후속절차의 신문에서 피고인이 이전에 자신이 한 진술을 부인하거나 그에 대해 침묵하는 것은 결코 쉬운 일은 아니다. 왜냐하면 다른 증거가 있는데도 자신 진술을 뒤집는 것이 되어 수사기관이나 법원에 불리한 심증을 줄 우려가 있기 때문이다.⁴¹⁾ 즉 피고인의 입장에서는 이러한 심리적 압박에서 자유로울 수 없기 때문에 자의반 타의반으로 자백의 진술을 반복하게 될 수도 있다. 이러한 위험성이 조금이라도 남아있다면, 더 이상 진술거부권을 형식적으로 고지하는 것은 - 판례의 표현처럼 - “인과관계를 희석 또는 단절”시키는 데 아무런 도움을 주지 못한다.

결국 진술거부권의 고지가 ‘제대로’ 이루어졌는지를 판단하기 위해서는, 피고인이 자신에게 불리한 진술을 해야 한다는 ‘심리적 압박’에서 완전히 벗어났는지를 기준으로 삼아야 한다. 따라서 피고인이 변호인의 조력을 받고 있거나 단순히 이전 진술 반복한다고 하더라도, 언제나 그러한 심리적 압박감이 완전히 사라졌다고 단정지을 수 없는 것이다. 그러므로 진술거부권 불고지의 위법이 있었던 이후에 2차 신문이 이어진 경우에는, 그 신문자가 피고인에게 ‘지금부터 진술을 거부한다면 이전까지의 진술은 절대로 증거로 사용되지 않는다’라고 명백히 알려주어야 한다. 이러한 ‘가중된 고지’를 통해서만 피고인은 심리적 압박에서 벗어나 앞으로의 진술 여부에 대해 자유롭게 결정을 할 수 있게 되는 것이다.

마찬가지로 피고인이 후속절차에서 계속 동일하게 진술한다고 하더라도, 거꾸로 ‘가중된 고지가 없었더라도 똑같이 진술했을 것’이라고 추론하여 단순한 고지의 유효성을 인정해서도 안 된다. 즉 이렇게 선행절차의 위법성이 승계되는 특수한 경우에는, 국가기관은 언제나 피고인에게 ‘가중적 고지’를 해야 한다는 점을

40) 이에 대해, 위법한 선행절차가 있는 후 상당한 시간이 경과하거나 다른 조건들이 개입한다면 후행절차에서의 자백은 2차적 증거가 아니라 1차적 증거가 되므로, 판례처럼 원칙에 대한 예외로서가 아니라 그 증거 자체의 적법성 여부를 독자적으로 결정해야 한다는 견해로는 이세화, 앞의 논문, 104면.

41) 같은 견해로 임철희, 앞의 논문, 91면 이하.

항상 염두에 두어야 할 것이다. 이러한 ‘가중된 고지’가 있었는데도 불구하고 피고인이 이전의 진술을 반복하는 때에만, 2차적 진술이 적법함을 전제로 하여 판례의 논리처럼 독수과실의 예외이론을 적용할 수 있는 것이다.

결론적으로 <사례 1>의 경우에는 후행절차에서 단순한 진술거부권 고지만 이루어졌기 때문에, 진술거부권의 고지가 ‘제대로’ 이루어진 것으로 볼 수 없다. 따라서 독수과실의 예외이론에 따른 비교형량을 할 필요가 없이, 그로부터 수집한 피고인 진술의 증거능력을 부정해야 한다.⁴²⁾

Ⅲ. 진술거부권 불고지의 진술에 대한 이의제기의 필요성

1. 문제점

<사례 2> 수사과정에서 경찰이 피고인에게 진술거부권을 고지하지 않은 채 그의 자백을 받아낸 후 공소제기가 이루어졌다. 공판절차에 이르러서야 피고인에게 변호인인 선임되었고, 공판기일 중에 법원은 수사과정에서 진술거부권의 고지가 결여되었던 것이 아닌지에 관한 의문을 가지게 되었다. 그래서 법원은 수사상 피의자신문에서 이루어진 신문사항 및 결과 등을 피고인 측에게 고지하면서 이에 대한 문제를 거론하였다. 그러나 변호인과 피고인은 이에 대해 아무런 이의제기를 하지 않았다.

이 사례에서는 수사과정에서 진술거부권 불고지라는 절차상 위법이 있었는데, 이를 - 적어도 법원의 고지 이후부터는 - 알고 있던 변호인이 공판기일에서 피고

42) 한편 사안에서는 피고인의 2차적 진술 이외에도 ‘피해자의 증인으로서의 진술’도 2차적 증거로 사용할 수 있는지에 대해 판단이 이루어졌다. 이에 대해 대법원은 “피해자의 진술은 법원의 적법한 소환에 따라 자발적으로 출석하여 위증의 벌을 경고받고 선서한 후 공개된 법정에서 임의로 이루어진 것이어서, 예외적으로 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는 2차적 증거에 해당”한다고 보았는데, 이는 진술거부권의 고지와 상관이 없는 별도의 증거물 획득이 문제되는 경우이기 때문에, 판례처럼 독수과실의 예외이론을 근거로 하여 그 증거능력을 판단해도 문제가 없다.

인의 수사절차에서의 자백이 위법하다는 점에 대해 아무런 이의제기를 하지 않았다. 이러한 경우에도 피고인 진술의 증거능력을 절대적으로 부정해야 하는지, 아니면 이를 ‘하자의 치유’와 같은 상황으로 보아⁴³⁾ 예외적으로 그 증거능력을 인정할 수 있는지가 문제될 수 있다. 이와 관련한 독일연방대법원의 입장과 그에 대한 학계의 논의를 검토해 보도록 한다.

2. 독일연방대법원의 판결

(1) ‘이의제기이론(Widerspruchslösung)’의 제시

독일연방대법원은, 앞에서 살펴본 바와 같이 진술거부권을 고지하지 않고 획득한 피고인의 진술은 증거로 사용할 수 없는 것이 원칙이나, 다음과 같은 사례에서는 그 예외가 인정된다고 판시하였다. 즉 피고인이 재판장으로부터 진술거부권 불고지의 하자에 대해 이의제기를 할 수 있다는 점에 이미 고지를 받은 경우 또는 피고인이 변호인의 조력을 받고 있는 경우⁴⁴⁾에는, 피고인(이나 변호인)이 늦어도 독일형사소송법 제257조⁴⁵⁾에 언급된 시기까지 그러한 하자에 대해 이의제기를 해야 하고, 그렇지 않았다면 진술거부권을 고지하지 않고 수집된 피고인 진술을 증거로 사용할 수 있다는 것이다. 또한 이렇게 증거사용금지의 가능성을 제한하는 것이 결코 피고인의 권리를 부적절하게 제약하는 것은 아니라고 하였다. 왜냐하면 - 특히 변호인이 있는 경우에 - 변호인은 진술거부권 고지의 절차상 하자 여부를 충분히 확인할 수 있고, 이를 통해 증거사용금지를 주장하는 것이 피고인을 위한 중요한 변호행위에 해당된다는 점을 인식할 수 있는 능력이 있으므로, 그러한 특수한 책임에 부합하게 직접 이의제기를 해야 할 의무를 가진다는 것이다.⁴⁶⁾

43) 같은 표현으로는 Roxin/Schünemann, § 24, Rn. 34.

44) 이 경우에는 변호인이 이러한 의무를 알고 있다고 보아 별도의 고지가 필요 없다고 본다.

45) 개별 피고인에 대한 신문 및 개별 증거조사가 끝난 이후에, 피고인이나 변호인이 이에 대해 진술을 할 수 있다는 조항.

46) BGHSt 38, 214, 225 f. (Rn. 26 f.); 39, 349, 352; 42, 15, 22 f.

(2) 평가

앞서 검토한 것처럼, 이 경우는 ①⑥의 유형에 해당하므로 충돌하는 두 이익을 비교형량 하여 증거사용 여부를 결정해야 한다. 비교형량의 관점에서 원칙적으로는 진술거부권을 고지하지 않은 경우에 피고인 보호의 목적과 기본권침해의 중대성이 우위에 있어서 그 진술의 증거사용을 부정하게 되지만, 그 반대로 피고인을 보호할 필요성이 적어져서 상대적으로 국가의 소추이익이 커지는 경우에는 예외적으로 증거사용을 인정할 수 있게 된다.

이렇게 예외가 인정되어 진술거부권 고지가 없이도 적법하게 진술을 획득할 수 있는 몇 가지 사례군이 인정되고 있다. ① 첫째로 피고인이 이미 자신에게 진술거부권이 있다는 사실을 명백히 알고 있는 경우이다.⁴⁷⁾ 법관이나 변호사가 피고인이 된 경우가 대표적인 사례이다. 하지만 당사자가 법률지식이 있다고 하여 언제나 진술거부권을 안다고 단정지을 수는 없고, 개별적으로 판단하여 의심스러운 경우에는 피고인에게 유리하게 이를 알지 못했다고 보아야 한다.⁴⁸⁾ 이 경우에는 피고인이 처음부터 묵비함으로써 자신을 방어할 수 있기 때문에, 피고인 보호의 이익이 경미한 경우에 해당한다. ② 둘째로 피고인이나 변호인이 진술거부권 불고지의 진술을 증거로 사용해도 된다고 동의한 경우이다.⁴⁹⁾ 이 경우에도 피고인 측이 스스로 증거사용금지의 이익을 포기했으므로, 국가소추의 이익이 커지게 된다.⁵⁰⁾ ③ 셋째로 수사기관이 진술거부권을 고지하기도 전에 피고인이 먼저 갑작스럽게 범죄혐의에 대해 진술을 한 경우(Spontanaüßerung)이다.⁵¹⁾ 이 경우에는 수사기관이 이를 고지할 시간적 여유도 없이 피고인이 먼저 진술을 한 것이므로, 소추기관의 절차위반이 중대하다고 볼 수도 없고 처음부터 절차위반의 가능성이

47) BGHSt, 38, 214, 224; 51, 367. 이에 반대하여, 피고인이 진술거부권을 알고 있었는지 여부 또는 그 인정범위에 대해 착오를 하였는지 여부와 상관없이 언제나 진술거부권의 고지가 이루어져야 한다는 주장으로는 MüKo-StPO/Schuh, § 136, Rn. 56.

48) Beulke/Swoboda, Rn. 117; Putzke/Scheinfeld, Rn. 431; HK-StPO/Ahlbrecht, § 136, Rn. 42.

49) BGHSt 38, 214, 225 f.

50) 다만 독일형사소송법 제136조의a 제3항의 경우에는 피고인이 증거사용에 동의 하더라도 절대적으로 증거사용이 금지된다. 이러한 명문규정이 있는 때가 아니라면, 위처럼 비교형량을 거쳐야 하는 것이다.

51) BGHSt, 38, 214, 228; BGH NJW 1990, 461.

인정될 수도 없다.⁵²⁾ ④ 마지막으로 언급되는 예외가 <사례 2>와 같이 변호인이 나 피고인이 그 하자에 대해 이의제기를 하지 않는 경우이다. 이러한 이의제기가 없다는 사실이 피고인의 방어권을 제한하고 보호의 필요성을 약화시키는 요소로 작용할 수 있는지에 대해 독일에서도 여전히 논란이 되고 있다.

판례와 이를 지지하는 견해는, 피고인 진술의 증거사용을 부정하기 위해서는 이의제기의 필요성을 알고 있는 피고인이나 변호인이 절차상 하자에 대해 ‘적극적으로’ 이의제기를 하여야 한다고 주장한다.⁵³⁾ 이 견해의 주된 논거는, 변호인이 사법기관(Organ der Rechtspflege)으로서의 지위를 갖고 있으므로 형사사법의 정당한 실현을 위해 공동책임(Mitverantwortung)을 져야 한다는 것이다.⁵⁴⁾ 독일헌법 재판소도 피고인 측의 이의제기를 요건으로 하는 것이 공정한 절차의 원칙에 반하지 않는다고 보았다. 즉 공판절차에서 당사자가 범위반에 대해 이의제기를 하는지 여부에 따라 증거사용금지의 여부가 결정되더라도 헌법적으로 문제가 없다는 것이다. 이를 통해 피고인 측의 광범위한 처분권한의 이익을 고려할 수 있게 되고, 이의제기가 있었던 사항을 법정에서 적시에 검토할 수 있게 된다는 점을 근거로 들었다.⁵⁵⁾ 판례에 따르면, 진술거부권을 고지하지 않은 경우뿐만 아니라 절차를 위반하여 통신감청을 한 경우(독일형사소송법 제100조의a), 잠입수사관을 투입한 경우(독일형사소송법 제110조의a) 또는 명령권자의 명령이 없었는데도 신체수색을 한 경우(독일형사소송법 제81조의a) 등에도 ‘이의제기이론’이 적용된다.⁵⁶⁾

52) 물론 당사자가 이미 진술을 하였더라도 그 이후에 즉시 진술거부권을 고지해야 함은 당연하다(Beulke/Swoboda, Rn. 118).

53) Meyer-Goßner/Schmitt, § 136, Rn. 25 f.; HK-StPO/Ahlbrecht, § 136, Rn. 43; KK-StPO/Diemer, § 136, Rn. 26; BeckOK-StPO/Monka, § 136, Rn. 29; Eisenberg, Rn. 427; Linnenbaum, 앞의 책, S. 193 ff.

54) Maatz, NStZ 1992, 513 f.; Kiehl, NJW 1993, 501, 502.

55) BVerfG NJW 2012, 907, 911.

56) Kleszczewski, Rn. 407; Putzke/Scheinfeld, Rn. 450. 하지만 금지된 신문방법을 사용한 경우(독일형사소송법 제136조의a), 증언거부권을 고지하지 않고 증인 신문을 한 경우(독일형사소송법 제52조)에는 ‘이의제기이론’이 적용되지 않아서, 당사자의 이의제기 여부를 불문하고 그 증거사용을 부정한다. 최근에는 수색절차(독일형사소송법 제105조)와 관련해서도 이 이론의 적용을 부인하였다(BGHSt 61, 266). 이러한 판례의 취지를 모든 절차하자의 경우에 확대하여 적용해야 하고 종국적으로 ‘이의제기이론’을 폐기해야 한다는 견해로는 Heghmanns, ZJS 2017, 499, 505.

하지만 이러한 판례의 논리에 대해서는 많은 비판이 제기되고 있다. 특히 공판 절차에서는 변호인이 있는 경우가 대부분이므로, 변호인이 이의제기를 할 의무를 진다는 점에 대한 반대견해가 많이 주장된다. 변호인은 이중적 지위, 즉 피고인을 조력해야 할 지위와 함께 실체적 진실발견 및 공익실현에 기여해야 할 지위를 가진다. 하지만 후자의 지위로부터 소추기관이 저지른 절차하자에 대해 적극적으로 이의제기를 하여 국가의 형사사법에 도움을 주어야 할 의무가 도출되는 것은 아니다.⁵⁷⁾ 왜냐하면 독일형사소송법에서는 직권주의 소송구조에 따라 법관에게 광범위한 직권심사의무(독일형사소송법 제244조 제2항)가 부여되어 있기 때문이다. 법관이 심리과정에서 절차하자를 발견했다면, 원칙적으로 이를 스스로 치유해야 한다. 다만 그 과정에서 변호인에게 사실의 확인을 위한 질문을 할 수는 있으나, 그 주장책임을 변호인에게 전가하는 것은 불가능하다. 즉 설령 변호인이 형사사법기관의 지위에서 수행해야 할 이의제기 책임을 대만히 했다고 하더라도, 또 다른 형사사법기관인 법관은 이와 상관없이 스스로 절차하자를 배제해야 할 의무를 지는 것이다.⁵⁸⁾ 법원이 피고인에 대해 후견의무(Fürsorgepflicht)를 지고 있다는 점도 이와 관련된다.⁵⁹⁾ 즉 변호인의 조력 여부와 상관없이, 무기평등원칙을 고려한 국가의 보호의무가 인정되어야 하는 것이다.⁶⁰⁾ 따라서 판례에 따르면, 변호인에게 ‘공동책임’을 지우는 것이 아니라 사실상 ‘단독책임’을 지우는 것과 마찬가지가 된다.⁶¹⁾ 변호인이 적시에 이의제기를 하지 않았다고 하더라도, 이를 증거사용과 관련하여 피고인의 권리를 포기하는 것으로 해석할 수는 없기 때문이다.⁶²⁾ 이러한 의무를 부과하게 되면 공정한 절차의 원칙에 반하는 결과를 초래하

57) 변호인이 지켜야 할 공익은 국가에 협조해야 할 의무가 아니라 사회공동체의 이익이라는 점을 강조한 것으로는 김인회, “방어권 남용론 비판”, 「법학연구」 제18집 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2015, 347~348면.

58) Heghmanns, ZIS 2016, 404, 414; Herdegen, NStZ 2000, 1, 4 ff.; Dornach, NStZ 1995, 57, 62; Ventzke, StV 1997, 543 ff.; Kleszczewski, Rn. 408; SSW -StPO/Eschelbach, § 136, Rn. 103, 105; LR-StPO/Gleß, § 136, Rn. 82 ff.

59) Roxin/Schünemann, § 24, Rn. 34; HK-GS/Jäger, § 136, Rn. 31. 후견의무의 주체는 국가기관일 뿐이고, 변호인은 이에 포함되지 않는다(Plötz, Die gerichtliche Fürsorgepflicht im Straverfahren, S. 210 f.). 법원의 후견의무에 대해 자세히는 신상현, “형사절차에서 피고인의 이의제기와 하자치유 - 법원의 후견의무(Fürsorgepflicht)를 중심으로 -”, 「안암법학」 제51호, 안암법학회, 2016, 164면 이하.

60) Demko, HRRS 2006, 250, 259.

61) Putzke/Scheinfeld, Rn. 451.

고,⁶³⁾ 독일형사법 체계에 부합하지 않는 미국식 당사자주의적 요소를 무리하게 도입하게 되는 결과를 초래한다.⁶⁴⁾ 더 나아가 변호인이 이의제기를 하지 않은 부주의의 책임을 피고인에게 전가한다는 문제점도 지적되고 있다.⁶⁵⁾

결국 법원의 직권심사의무 및 공정한 절차의 원칙을 고려했을 때, 변호인이나 피고인에게 이러한 이의제기의무를 부과하는 것은 타당하지 않다. 국가기관이 자신의 책임을 피고인 측에 넘기면서까지 피고인의 유죄를 인정하려고 한다면, 더 이상 절차가 공정하게 진행된다고 볼 수 없는 것이다. 따라서 이 경우에는 비교형량의 관점을 고려하더라도 피고인의 보호이익이 낮아지는 경우에 해당하지 않으므로, 원칙대로 피고인의 기본권 보장의 이익이 형사소추의 이익보다 우위에 있다고 보아야 한다. 그러므로 <사례 2>의 경우에도 - 변호인 및 피고인의 이의 제기 유무와 상관없이 - 법원은 자신이 인지한 사실을 기초로 하여 직권으로 증거조사를 해야 하고, 그 결과 절차상 위법이 확인되면 피고인 진술의 증거사용을 불허해야 한다.

3. 우리에게 주는 시사점

우리나라에서는 이와 직접 관련된 판례가 존재하지 않는다. 그러나 다수설과 판례에 따르면 진술거부권을 고지하지 않은 채 획득한 피고인의 진술은 위법하게 수집한 증거이므로 형사소송법 제308조의2가 적용될 것이다. 그러므로 독일의 경우처럼 비교형량을 통해 여러 예외를 인정할 필요성이 줄어들게 된다.

물론 형사소송법 제308조의2 자체가 - 그 문언에도 불구하고 - 비교형량을 전제한 것이라고 해석할 여지도 있다. 즉 이 조항을 신설한 이후에도 비교형량의 관점에서 위법수집증거배제법칙을 바라보는 견해가 대부분이다.⁶⁶⁾ 또한 2007년의 전원합의체 판결과 그 이후의 대법원의 일관적인 입장을 살펴보면, “절차 조항의 취지”, “절차 위반의 내용 및 정도”, “절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도” 등을 종합적으로 고려하여 “수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우”에 해당할 때에만 형사소송법 제308

62) Beulke/Swoboda, Rn. 460a; SK-StPO/Rogall, § 136, Rn. 80.

63) Gaede, HRRS 2007, 402, 405; Roxin/Schünemann, § 24, Rn. 34.

64) SSW-StPO/Eschelbach, § 136, Rn. 104; Velten, ZJS 2008, 76, 81 ff.

65) Roxin/Schünemann, § 24, Rn. 34; Volk/Engländer, § 28, Rn. 22.

66) 권영법, 앞의 책, 248면 이하.

조의2가 적용된다고 보고 있기 때문에,⁶⁷⁾ 우리나라 대법원도 우선 비교형량을 거친 이후에 형사소송법 제308조의2가 적용되기 위한 “실질적인 침해”에 해당하는지 여부를 검토하고 있는 것이다. 진술거부권을 고지하지 않은 경우에는, 진술거부권의 헌법 및 법률상 취지와 보호법익을 고려했을 때 개인의 기본권에 대한 중대한 위반이 인정되고, 이 때 피고인 측이 이러한 하자를 주장하였는지 여부는 - 판례의 기준에 따라 검토하더라도 - 국가소추의 이익을 강화하는 데 아무런 기여를 하지 못한다. 따라서 당사자가 이의제기를 했는지 여부와 상관없이 그 증거능력이 부정될 것이다.⁶⁸⁾

또한 이의제기가 없었다는 사실을 명시적 증거동의와 함께 취급할 수도 없다.⁶⁹⁾ 설령 그렇게 본다고 하더라도, 우리나라의 일반적인 견해에 따르면 그 진술의 증거능력이 부정될 것이다. 즉 형사소송법 제318조의 증거동의는, 피고인이 전문법칙과 관련된 증거물에 대해서 자신의 반대신문권을 포기하며 그 증거능력을 인정하는 제도이다.⁷⁰⁾ 그에 반해 위법수집증거배제법칙은 피고인의 반대신문권을 보호하는 것을 넘어서 적법절차의 보장 및 위법수사의 억제를 위한 제도로 이해되고 있다. 따라서 이러한 위법수집증거배제의 본질을 고려했을 때, 피고인이 위법하게 수집된 증거의 사용여부를 임의적으로 결정할 수는 없는 것이다. 결국 진술거부권 불고지의 하자에 형사소송법 제308조의2가 적용된다고 보는 한, 피고인의 증거동의는 아무런 효력이 없는 것이다.⁷¹⁾ 그러므로 적어도 진술거부권 고지의 흠결과 관련해서는, 피고인이나 변호인의 이의제기는 증거능력 유무를 결정하는 데 있어서 아무런 의미를 갖지 못한다.

그런데 대법원은 여러 사례에서 피고인이나 변호인의 이의제기가 없는 경우에

67) 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결.

68) 한편 앞서 살핀 바와 같이 독일의 경우에는 그밖에도 다른 예외들이 인정된다. 그 중에서 피고인이 갑작스럽게 진술을 한 경우(③의 예외)는 처음부터 진술거부권 고지의 가능성이 없었다는 점에서 문제가 없는 것으로 보인다. 하지만 피고인이 진술거부권을 이미 알고 있는 경우(①의 예외)와 증거사용에 동의한 경우(②의 예외)에는, 우리나라의 법률과 판례의 취지에 따르면 그 증거능력을 부정하는 것이 더 타당할 것이다. ①의 경우는 위 이의제기의 사례와 마찬가지로의 논거가 제시될 것이고, ②의 경우에는 형사소송법 제318조가 적용되지 않을 것이기 때문이다. ②의 예외에 대해서는 후술을 참조할 것.

69) LR-StPO/Gieß, § 136, Rn. 83.

70) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 54/5; 이은모, 746면; 이재상/조균석, 41/3.

71) 진술거부권 불고지의 경우에 자백배제법칙이 적용된다고 보더라도 마찬가지로이다(배종대/이상돈/정승환/이주원, 52/41).

절차상 존재했던 하자가 치유된다고 보고 있다. 즉 형사소송법 제297조와 관련해 피고인에게 실질적인 반대신문의 기회를 부여하지 않아 위법수집증거배제법칙이 적용될 수 있는 경우에도, “그 다음 공판기일에서 재판장이 증인신문 결과 등을 공판조서(증인신문조서)에 의하여 고지하였는데 피고인이 ‘변경할 점과 이의할 점이 없다’고 진술”한 경우에는 그 하자가 치유되어 증인의 법정진술의 증거능력을 인정하였다.⁷²⁾ 또한 판사가 형사소송법 제163조에 위반하여 검사, 피의자 또는 변호인에게 증인신문의 시일과 장소를 미리 통지하지 않아 증인신문에 참여할 수 있는 기회를 주지 않은 경우라도, “피고인과 변호인이 증인신문조서를 증거로 할 수 있음에 동의하여 별다른 이의없이 적법하게 증거조사를 거친 경우”에는 그 증인신문조서에 증거능력을 부여하였다.⁷³⁾ 하지만 이처럼 피고인의 반대신문권이나 당사자의 참여권이 배제된 것은 적법절차원칙에 반하는 것으로써 결코 경미한 하자가 존재하는 경우라고 볼 수 없다.⁷⁴⁾ 그런데도 불구하고 대법원은 당사자가 이의제기를 하지 않았음을 이유로 하여 그로부터 획득한 증거의 증거능력을 인정하고 있는 것이다.

물론 이 사례들은 법원 스스로가 절차상 하자를 야기한 경우로써, <사례 2>의 경우처럼 수사기관이 위법을 저지른 이후에 법원이 이를 판단하는 상황과 어느 정도 차이가 있다. 하지만 어느 경우든 간에 법원이 절차상 하자를 발견하였다면, 피고인이나 변호인이 그 하자를 주장하여 이의제기를 하는 데 의존할 것이 아니라 직접 사안에 개입하여 하자를 제거하기 위해 노력해야 한다는 점은 변함이 없다. 우리나라의 형사절차에 직권주의의 요소뿐만 아니라 당사자주의에 따른 제도

72) 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009도9344 판결.

73) 대법원 1988. 11. 8. 선고 판결. 그밖에 하자치유와 관련된 판례로는 대법원 2012. 7. 26. 선고 2012도2937 판결; 2014. 4. 24. 선고 2013도9498 판결; 대법원 1969. 9. 23. 선고 69도1218 판결; 대법원 1973. 7. 4. 선고 73도1895 판결 등이 있다. 한편, 공소장일본주의 위반과 관련하여서도 대법원의 다수의견은 원칙적으로 형사소송법 제327조 제2호에 따라 공소기각의 판결을 선고해야 한다고 보면서도, “공소장 기재의 방식에 관하여 피고인 측으로부터 아무런 이의가 제기되지 아니하였고 법원 역시 범죄사실의 실체를 파악하는 데 지장이 없다고 판단하여 그대로 공판절차를 진행한 결과 증거조사절차가 마무리되어 법원의 심증형성이 이루어진 단계”에 이른 때에는 더 이상 그 위배를 다룰 수 없다고 보고 있다(대법원 2009. 10. 22. 선고 2009도7436 전원합의체 판결).

74) 같은 견해로 배중대/이상돈/정승환/이주원, 33/19, 51/16; 신동운, 713면; 이재상/조균석, 39/12.

들도 존재하기는 하지만, 형사처벌의 위협으로부터 벗어나려는 피고인(이나 변호인)이 형사처벌을 부과하려는 국가기관의 절차진행에 협조해야 할 의무는 인정되지도 않고 인정해서도 안 된다. 이는 형사절차에서 약자일 수밖에 없는 피고인 보호를 위해 인정되는 기본적인 안전장치에 해당하고, 이를 통해 공정한 절차의 원칙이 실현될 수 있는 것이다.⁷⁵⁾ 설령 피고인 측에게 이의제기의 필요성이 인정되는 경우가 있다고 하더라도, 법원은 절차상 하자가 발생한 사실, 이의제기의 방법 및 법적효과 등을 피고인 측에게 미리 자세히 고지를 해 주어서 그들이 절차 상황을 정확히 판단하고 시의적절하게 대응할 수 있게끔 도움을 주어야 할 의무가 있는 것이다.⁷⁶⁾

따라서 진술거부권의 불고지나 강제처분 규정에 대한 중대한 위반이 있는 경우 이외에도, 피고인의 방어권을 제약하는 모든 절차상 위반이 발생한 경우에는 법원이 스스로 그 하자를 치유하기 위해 노력해야 할 것이고, 피고인 측의 ‘이의제기’라는 방어수단을 확대해석하여 법원 자신의 책임을 피고인과 변호인에게 떠넘기려는 시도를 자제해야 할 것이다.

IV. 나가면서

피고인의 진술거부권 및 그에 대한 국가기관의 고지의무는 양면적 성격을 지니고 있다. 즉 진술거부권은 한편으로는 자신에게 불리한 표현을 외부로 드러내지 않으려는 인간의 본성으로부터 나오는 권리로써, 헌법으로부터 보호되는 기본권이다. 다른 한편으로는 피고인이 이 권리를 행사하게 되면 자신에게 범죄혐의가 있을 것이라는 추정을 제3자에게 줄 수 있다는 점에서, 역으로 자신을 불리한

75) 공소장일본주의 위반의 사례에서 같은 견해로 홍영기, “공소장일본주의 위반으로서 여사의 기재 - 대법원 2015. 1. 29. 선고 2012도2957 판결에 대한 평석 -”, 「법조」 제66권 제3호, 법조협회, 2017, 866면. 한편 2009도7436 전원합의체 판결의 반대의견도 같은 취지의 주장을 하였는데, 이에 따르면 “공소장일본주의를 위반하는 것은 소송절차의 생명이라 할 수 있는 공정한 재판의 원칙에 치명적인 손상을 가하는 것이고, 이를 위반한 공소제기는 법률의 규정에 위배된 것으로 치유될 수 없는 것이므로 시기 및 위반의 정도와 무관하게 항상 공소기각의 판결을 하는 것이 타당하다.”

76) 자세한 신상현, 2016년 논문, 157면 이하.

지위에 놓이게 만들 수도 있다.

하지만 피고인이 형사절차 속으로 편입되는 순간, 피고인의 범죄혐의를 밝히고 형사처벌을 가하려는 국가기관은 전자의 원칙만을 엄두에 두어야 한다. 이는 단순히 피고인을 보호하기 위해서가 아니라, 절차가 공정하고 적법하게 진행되어야 한다는 기본적인 대원칙을 보장하기 위해서 필요한 것이다. 이렇게 적법절차원칙이 준수되어야 한다는 것은 국민의 기본권 보장을 전제하면서 형사절차가 진행되어야 한다는 또 다른 차원의 정의를 의미한다. 즉 범죄자를 처벌해야 한다는 정의가 ‘가까운 곳에 놓인 정의’라면, 적법하고 공정한 절차가 추구하는 정의는 ‘먼 곳에 놓인 정의’라 할 수 있다.⁷⁷⁾ 후자의 정의를 통해서 전자의 정의로 무한정 나아가려는 수사기관의 행위를 통제할 수 있고, 이를 실현하기 위해서 오늘날의 형사소송법이 제정된 것이다.

이러한 ‘먼 곳에 놓인 정의’가 제대로 보장된다면 자연스럽게 피고인의 기본권도 보호할 수 있게 되고, 피고인의 입장에서 형사절차가 진행되는 가운데 적어도 자신이 부당하게 대우받고 있지는 않다고 여기게 될 것이며, 그럼으로써 일반인들의 규범에 대한 신뢰도 강화할 수 있게 된다. 선행절차에서 일어난 진술거부권 불고지의 위법으로부터 피고인의 자유로운 진술을 보장하기 위해 후행절차에서 ‘가중된(더 엄격한) 고지’를 해야 한다는 점, 피고인 또는 변호인의 이의제기 여부와 상관없이 법원이 스스로 진술거부권 불고지의 위법성을 고려해야 한다는 점 역시 형사절차의 공정한 진행의 관점에서 도출되는 당연한 결과인 것이다. 이러한 문제들에 대해 학계와 실무에서 더욱 활발한 논의가 진행되기를 기대해 본다.

(논문투고일 : 2019.02.18, 심사개시일 : 2019.02.27, 게재확정일 : 2019.03.20)



▶ 신 상 현

진술거부권 고지, 가중된 고지, 이의제기이론, 증거사용금지, 위법수집증거배제법칙, 독수과실, 공정한 재판

77) 홍영기, “죄형법정주의의 근본적 의미”, 「형사법연구」 제24호, 한국형사법학회, 2005, 21면.

【참 고 문 헌】

I. 국내문헌

- 강수진, “진술거부권의 고지 대상으로서의 "피의자"의 의미”, 「안암법학」 제38호, 안암법학회, 2012
- 권영법, 「형사증거법 원론」, 세창출판사, 2013
- 김두식, “진술거부권을 고지하지 않고 얻은 자백의 증거능력 배제 근거”, 「법학연구」 제43집, 전북대학교 법학연구소, 2014
- 김인회, “방어권 남용론 비판”, 「법학연구」 제18집 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2015
- 노수환, “진술거부권 고지 없이 얻은 진술에 기초한 2차적 증거의 증거능력”, 「성균관법학」 제22권 제3호, 성균관대학교 법학연구원, 2010
- 배종대/이상돈/정승환/이주원, 「형사소송법」, 홍문사, 2016
- 박용철, “진술거부권 불고지에 대한 소송법적 문제”, 「형사법연구」 제22권 제1호, 한국형사법학회, 2010
- 신동운, 「신형사소송법」, 법문사, 2014
- 신상현, “조사자증언 제도의 개선방안 - 독일의 직접심리주의에 대한 비교법적 고찰을 중심으로 -”, 「법학논총」 제31권 제3호, 국민대학교 법학연구소, 2019
- 신상현, “형사절차에서 차량용 블랙박스 영상의 증거능력 - 독일에서의 판례를 중심으로 -”, 「고려법학」 제88호, 고려대학교 법학연구원, 2018
- 신상현, “형사절차에서 피고인의 이의제기와 하자치유 - 법원의 후견의무(Fürsorgepflicht)를 중심으로 -”, 「안암법학」 제51호, 안암법학회, 2016
- 안성수, “진술거부권과 진술거부권 불고지의 효과”, 「법학논총」 제19집, 숭실대학교 법학연구소, 2008
- 이상현, “진술거부권 불고지의 진술로 획득한 2차적 증거의 증거능력: 미국과 우리 법상 독수과실론에 관한 대법원 판례들의 비교분석

- ”, 「중양법학」 제11집 제2호, 중양법학회, 2009
- 이세화, “진술거부권불고지와 증거의 증거능력 - 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도11437 판결 -”, 「법학논총」 제18권 제3호, 조선대학교 법학연구원, 2011
- 이은모, 「형사소송법」, 박영사, 2014
- 이재상/조균석, 「형사소송법」, 박영사, 2017
- 임철희, “진술증거 수집의 위법성과 확대된 진술거부권 고지의무 - 대법원 2009.3.12. 선고 2008도11437 판결에 대한 비판과 대안 -”, 「비교형사법연구」 제18권 제2호, 한국비교형사법학회, 2016
- 한국형사소송법학회 편, 「형사소송법 핵심 판례 110선」, 박영사, 2016
- 홍영기, “공소장일본주의 위반으로서 여사의 기재 - 대법원 2015. 1. 29. 선고 2012도2957 판결에 대한 평석 -”, 「법조」 제66권 제3호, 법조협회, 2017
- 홍영기, “죄형법정주의의 근본적 의미”, 「형사법연구」 제24호, 한국형사법학회, 2005
- 홍영기, “형사사법에서 nemo tenetur-원칙의 구체화”, 「고려법학」 제67호, 고려대학교 법학연구원, 2012

II. 국외문헌

- Beck'scher Online-Kommentar StPO mit RiStBV und MiStra, Graf, Jürgen-Peter (Hrsg.), 32. Edition, Stand: 01.01.2019 (Beck OK-StPO/저자, §, Rn. 로 인용)
- Beulke, Werner/Swoboda, Sabine, Strafprozessrecht, 14. Auflage, Heidelberg 2018
- Deiters, Mark, “Anmerkung zu einer Entscheidung des BGH, Urt. v. 18.12.2008 - 4 StR 455/08 (LG Arnsberg)”, ZJS 2009, 198 ff.
- Demko, Daniela, “Die gerichtliche Fürsorgepflicht zur Wahrung einer “tatsächlichen und wirksamen” Verteidigung im Rahmen des Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK”, HRRS 2006, 250 ff.

- Dencker, Friedrich, “Verwertungsverbote und Verwendungsverbote im Strafprozeß”, in: Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Lutz Meyer-Gossner zum 65. Geburtstag, Eser, Albin u. a. (Hrsg), München 2001, S. 237-255 (Dencker, Meyer-Goßner-FS, S. 로 인용)
- Dornach, Markus, “Ist der Strafverteidiger aufgrund seiner Stellung als “Organ der Rechtspflege” Mitgarant eines justizförmigen Strafverfahrens?” NStZ 1995, 57 ff.
- Dölling, Dieter/Duttge, Gunnar/König, Stefan/Rössner, Dieter (Hrsg.), Gesamtes Strafrecht. StGB, StPO, Nebengesetze. Handkommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2017 (HK-GS/저자, §, Rn. 로 인용)
- Eisenberg, Ulrich, Beweisrecht der StPO. Spezialkommentar, 10. Auflage, München 2017
- Gaede, Karsten, “Schlechtverteidigung – Tabus und Präklusionen zum Schutz vor dem Recht auf wirksame Verteidigung?”, HRRS 2007, 402 ff.
- Grasnick, Walter, “Polizeiliche Beschuldigtenvernehmung ohne „qualifizierte“ Belehrung”, NStZ 2010, 158 f.
- Hassemer, Winfried, Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer, Berlin 2009
- Heghmanns, Michael, “Beweisverwertungsverbote”, ZIS 2016, 404 ff.
- Heghmanns, Michael, “Anmerkung zu einer Entscheidung des BGH, Urt. v. 6.10.2016 – 2 StR 46/15 (LG Köln)”, ZJS 2017, 499 ff.
- Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, Gercke, Björn u. a. (Hrsg.), 6. Auflage, Heidelberg 2018 (HK-StPO/저자, §, Rn. 로 인용)
- Herdegen, Gerhard, “Das Beweisantragsrecht Zum Rechtsmissbrauch – Teil III –”, NStZ 2000, 1 ff.

- Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG, EMRK, Hannich, Rolf (Hrsg.), 7. Auflage, München 2013 (KK-StPO/저자, §, Rn. 로 인용)
- Kasiske, Peter, “Beweisverwertungsverbot bei Unterbleiben einer „qualifizierten“ Belehrung”, ZIS 2009, 319 ff.
- Kiehl, Walter H., “Verwertungsverbot für Beschuldigtenvernehmung ohne vorherige Belehrung: Der BGH korrigiert sich – überzeugend?”, NJW 1993, 501 ff.
- Kindhäuser, Urs, Strafprozessrecht, 4. Auflage, Baden-Baden 2016
- Kleszczewski, Diethelm, Strafprozessrecht, 2. Auflage, München 2013
- Linnenbaum, Tim, Belehrung und "qualifizierte" Belehrung im Strafverfahren, Hamburg 2009
- Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar, 26. Auflage, 4. Band, §§ 112–150, Erb, Volker u. a. (Hrsg.), Berlin 2007 (LR-StPO/저자, §, Rn. 로 인용)
- Maatz, Rüdiger, “Mitwirkungspflicht des Verteidigers in der Hauptverhandlung und Rügeverlust”, NStZ 1992, 513 ff.
- Meyer-Goßner, Lutz/Schmitt, Bertram, Strafprozessordnung. Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 61. Auflage, München 2018
- Mitsch, Wolfgang, “Strafprozessuale Beweisverbote im Spannungsfeld zwischen Jurisprudenz und realer Gefahr” NJW 2008, 2295 ff.
- Münchener Kommentar zur StPO, Kudlich, Hans u. a. (Hrsg.), München 2014 ff. (MüKo-StPO/저자, §, Rn. 로 인용)
- Neuhaus, Ralf, “Zur Notwendigkeit der qualifizierten Beschuldigtenbelehrung – Zugleich Anmerkung zu LG Dortmund NStZ 1997, 356”, NStZ 1997, 312 ff.
- Plötz, Winfried, Die gerichtliche Fürsorgepflicht im Strafverfahren, Lübeck 1980

- Putzke, Holm/Scheinfeld, Jörg, Strafprozessrecht, 7. Auflage, München 2017
- Roxin, Claus, “Für ein Beweisverwertungsverbot bei unterlassener qualifizierter Belehrung”, HRRS 2009, 186 ff.
- Roxin, Claus/Schünemann, Bernd/Kern, Eduard, Strafverfahrensrecht, 29. Auflage, München 2017
- Satzger, Helmut/Schluckebier, Wilhelm/Widmaier, Gunter (Hrsg.), Strafprozessordnung mit GVG und EMRK. Kommentar, 3. Auflage, Köln 2018 (SSW-StPO/저자, §, Rn. 로 인용)
- Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, Wolter, Jürgen (Hrsg.), 5. Auflage, Köln 2015 ff. (SK-StPO/저자, §, Rn. 로 인용)
- Velten, Michael, “Anmerkung zu einer Entscheidung des BGH, Beschl. v. 11.9.2007 – 1 StR 273/07 (LG Regensburg)”, ZJS 2008, 76 ff.
- Ventzke, Klaus-Ulrich, “Die Widerspruchslösung des Bundesgerichtshofs – viel Getu um nichts?”, StV 1997, 543 ff.
- Volk, Klaus/Engländer, Armin, Grundkurs StPO, 9. Auflage, München 2018

Abstract

**Violation of the Right to Remain Silent and
Admissibility of Defendant's Statement
– Focusing on Judicial Precedents of Germany –**

Shin, Sang Hyun*

No citizen shall be compelled to testify against himself/herself in criminal cases in order to prevent unfair cooperation obligations of defendants with the state and ensure a fair trial. Therefore, the State is obliged to give notice of the right to remain silence and the defendant's statement obtained in breach of this duty shall lose the admissibility of evidence. On the basis of these principles, I examined the judicial precedents of the Supreme Court of Germany and have come up with two conclusions:

If the defendant confessed without having been informed of the right to remain silence in the proceeding procedure, there should be a “advanced” notice (qualifizierte Belehrung) of the right to remain silence beyond simple notice in the subsequent procedure. This means that “if the defendant refuse a statement from now on, it will be denied the admissibility of evidence of the statements made in the preceding procedure.” Free judgment as to whether or not the defendant will make a statement must be guaranteed.

Considering the principle that the court must investigate by direct action and the principle of fair trial, the court, regardless of whether the

* Doctoral Candidate, Westfälische Wilhelms-Universität Münster, Germany.

defendant challenged (Widerspruch) procedural defects, must deny the admissibility of evidence based on the facts it has perceived. The court must not pass on its obligations to the parties in the procedure.



▶ **Shin, Sang Hyun**

Notice of right to remain silence, qualifizierte Belehrung, Widerspruchsl sung, Beweisverwertungsverbot, exclusionary rule, fruit of the poisonous tree, fair trial

인공지능 시대의 저작물 대량 디지털화에 관한 소고

신 창 환*

【목 차】

I. 문제의 제기	III. 종합적인 해결 방안의 모색
1. 정보기술과 저작물의 대량 디지털화	1. 일시적 복제 규정의 적용
2. 저작권의 사전허락 원칙과 대량 디지털화 간 긴장 관계	2. 공정이용 법리의 적용에 의한 해결 가능성
3. 저작물 대량 디지털화의 구체적인 양태와 가치	3. 별도의 저작권 제한 규정의 도입
II. 외국의 관련 판례와 입법 개관	4. 각 방안의 비교·검토
1. 미국의 판례와 관련 논의	IV. 대량 디지털화 관련 면책 규정 도입에 있어서 고려할 점
2. 유럽의 경향	1. 영리적 목적의 허용 여부
3. 일본에서의 논의 및 제도 도입 현황	2. 대량 디지털화의 면책 요건 도출
	3. 현시를 권리 제한규정으로 허용할 것인지 여부
	4. 기타 검토 사항
	V. 결론

【국 문 요 약】

저작권법 체계는 저작물의 이용에 있어서 사전 허락을 기본으로 한다. 저작권이 미치는 저작물을 이용하면서 미처 허락을 얻지 못한 저작물의 이용행위는 저작권이 제한되는 경우와 같이 그 이용을 적법하게 하는 요인이 없는 한, 저작권의 침해가 된다. 대량 디지털화에서는 이용 허락을 구하는 데 따른 시간과 비용의 문제 등 높은 거래 비용이나 기타 여러 가지 이유로 저작물의 이용에 관한 사

* 법학박사(Ph. D.) / J.D.

전 허락을 일일이 받는 것이 매우 어렵거나 심지어 불가능한 것이 현실이다. 그러므로 사전 허락을 요제로 하는 현재의 법체계가 유지되는 한, 저작권법 체계와 대량 디지털화 사이에는 일정한 긴장 관계가 형성된다고 하겠다.

따라서 국내외의 판례와 입법례 등을 참고하여 현행 법률의 적용과 향후 저작권 제도의 개선이나 변경을 통하여 가능한 대응방안을 모색하여 본다. 여기에는 일시적 복제 규정 또는 공정이용 항변의 적용이라든지, 저작물의 대량 디지털화에 고유하게 대응되는 저작권 제한 규정으로서 이른바 텍스트/데이터 마이닝(Text Data Mining) 등이 포함된다. 그러나 일시적 복제 규정은 적용의 한계가 있고, 공정이용 제도는 예측 가능성의 측면에서 문제가 없지 않아, 결국 텍스트/데이터 마이닝에 관한 별도의 면책 규정의 도입이 필요하다고 본다. 저작물의 대량 디지털화에 의하여 누릴 수 있는 다대한 편익을 우리 사회가 놓치지 않으려면 신속한 입법적 검토가 필요하다고 생각한다.

I. 문제의 제기

1. 정보기술과 저작물의 대량 디지털화

근래 정보기술(Information Technology)은 인공지능에 힘입어 발전에 속도를 높이고 있다. 인공지능이 본격적으로 논의되기 시작한 시기는 1950년대로 올라간다. 1950년에 튜링(Alan Turing)이 “튜링 테스트”로 알려진 개념적인 수준에서의 인공지능 시험 방법을 제안하였다. 대화의 상대를 알 수 없는 채로 인공지능의 반응을 유도하여 이를 사람의 반응과 구별할 수 없다면 컴퓨터는 사고할 수 있는 것으로 간주하자는 것이다.¹⁾

첫 번째의 컴퓨터 활용 저작물이 저작권 등록을 위하여 제출된 시기는 1965년 경이었고, 이 시기에 이미 미국 저작권청에서는 컴퓨터의 조력을 받아 창작된 작품의 법적 취급을 논의하기 시작하였다.²⁾ 그러나 적어도 1990년대 초반까지는 인

1) A. Turing, Computing Machinery and Intelligence, Mind 49, 433 (1950).

2) P. Samuelson, Allocating Ownership Rights in Computer-Generated Works, 47 Berkeley L. Rev. 1185, 1192 (1985).

공지능 연구는 오랜 정체기에 있었다. 그러다가 1997년에 아이비엠(IBM)에서 개발한 인공지능 “딥 블루(Deep Blue)”가 당시의 세계 체스 챔피언인 카스파로프(Kasparov)를 이겨 계산 효율이 중요한 특정 분야에서는 인간의 지력(智力)을 넘어서는 인공지능이 가능함을 증명하였다. 2016년에는 게임 진행의 경우의 수가 무한에 가까운 바둑에서 인공지능이 인간 최고수를 이겨 충격을 더했다.

인공지능이 빅 데이터를 쌓아 모든 것을 계산하고 통제하며 보통 사람들의 일거리를 빼앗는 것으로 그려지는 미래상은 암울한 디스토피아(dystopia)일 수도 있다. 그렇지만 극단적인 시나리오를 염려하여 기술이 가져 올 편익을 지레 포기하는 것은 지나칠 뿐 아니라, 역사를 보더라도 가능하지 않다. 피할 수 없는 일이라면, 본래 중립적이라 할 기술의 부작용을 제어할 수 있는 기술 윤리가 사회 성원의 합의에 바탕을 두고 성숙되기를 바란다.

인공지능을 응용하여 자연어 번역 등 결과물을 가능하게 하려면 기존의 지적 성과나 저작물을 축적하여 이용하여야 한다. 이러한 축적은 저작권의 측면에서는 저작물이나 데이터베이스 등 기타 보호대상의 복제로 이해할 수 있다. 기술적으로는 “딥 러닝(Deep Learning)”이라는 기계학습의 방법에 의한다.³⁾ 예를 들면 구글(Google)이 공개 서비스하고 있는 온라인 번역 시스템⁴⁾은 ‘로제타의 돌(Rosetta Stone) 접근 방식’을 사용한다. 이는 여러 개의 언어로 번역된 수백만 페이지의 텍스트를 분석하고 비교하여 시스템의 번역 역량을 축적해 가는 것이다. 아직은 숙달된 인간 번역가에 미치지 못하는 수준이지만 500종 이상의 언어 쌍에 대한 양 방향 서비스를 제공하고 있으며 관련 데이터를 축적하고 분석해 감에 따라 그 질적 수준 또한 계속 향상되고 있다.⁵⁾

2. 저작권의 사전허락 원칙과 대량 디지털화 간 긴장 관계

저작권법 체계는 저작물의 이용에 있어서 사전 허락(ex ante permission)을 기본으로 한다. 저작권이 미치는 저작물을 이용하면서 미처 허락을 얻지 못한 저작물의 이용행위는 저작권이 제한되는 경우와 같이 그 이용을 적법하게 하는 요인

3) 딥 러닝의 일반적인 이해를 위하여는 다음 웹사이트 참고. https://en.wikipedia.org/wiki/Deep_learning (2019. 3. 7, 최종 방문).

4) <https://translate.google.co.kr/?hl=ko> (2019. 3. 7, 최종 방문).

5) 마틴 포드(이창희 번역), 「로봇의 부상」 세종서적 (2016), 148-149면.

이 없는 한, 저작권의 침해가 된다. 그렇다면 현재의 저작권법 질서에서 인공지능을 구현하기 위한 저작물의 대량 디지털화는 허용되는가?

대량 디지털화(mass digitization)란 말 그대로 수많은 저작물에 대한 이용을 전제로 하는 개념이다.⁶⁾ 대량 디지털화에서 디지털화되는 대상은 글, 그림, 사진, 음악과 같이 창작성이 인정되는 저작물도 생각해 볼 수 있지만 이에 한하지 않고 저작물성이 없는 데이터라든지 그 자체로는 저작물성이 없지만 전체로서는 데이터베이스로서의 보호를 받는 자료 등이 비구조적으로 섞여 있을 수 있다. 어쨌든 디지털화되는 대상의 범위가 넓을수록, 또 목적 범위에 속하는 대상들이 대량으로, 빠짐없이 포섭될수록 디지털화의 효용이 높다.⁷⁾⁸⁾

기존의 저작물 대량 디지털화의 사례들을 살펴보면, 1971년 시작된 구텐베르크 프로젝트(Project Gutenberg)는 5만 8천 종 이상의 책을 디지털화하여 수집하고 있으며, 주로 저작권이 만료된 책들을 디지털화하여 온라인 도서관에 축적하고 있다.⁹⁾ 2008년 이래 여러 대학 도서관들이 해티 트러스트 디지털 도서관(HathiTrust Digital Library)를 결성하여 서적 스캐닝을 통한 디지털화를 진행하고 있으며, 구글은 2004년부터 “구글 북스(Google Books)”라는 프로젝트를 진행하여 1,500만권 이상의 책들을 협력 도서관들과 함께 디지털화하고 있다. 특히 구글

6) 이와 비교할 때, 텍스트/데이터 마이닝(Text Data Mining; TDM)이란 유용한 정보나 빅 데이터에 숨어있는 법칙 또는 관계성을 추출하기 위해서 알고리즘을 사용하여 기존의 저작물이나 데이터베이스 등 지적 결과물을 정보 처리한다는 개념이다. Response from the British Library to the Independent Review of Intellectual Property and Growth, 12, <<https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140603125534/http://www.ipo.gov.uk/ipreview-c4e-sub-bl.pdf>>, (2019. 3. 7, 최종 방문). 그러나 대량 디지털화를 디지털화에 수반되는 제반 행위 즉, 텍스트/데이터 마이닝에 더하여 저작물의 일부 현시(顯示)나 송신 등의 행위도 아울러 포함하는 것으로 본다면 텍스트/데이터 마이닝보다 좀 더 넓은 개념이 된다. 만약 대량 디지털화를 데이터 마이닝으로만 관념한다면 저작물 이용의 다양한 양상에 따라 각기 구별되어 논의되어야 할 논점들의 맥락을 놓칠 우려가 없지 아니하다.

7) M. Borghi & S. Karapapa, Copyright and Mass Digitization 45-6, Oxford (2013).

8) 달리 말하면, 효과적인 데이터 마이닝이 되지 못하는 이유는 잠재적으로 필요한 저작물의 일부가 분석될 수 없기 때문이다. 김병일/신현철/안창원, “빅데이터 분석과 데이터 마이닝을 위한 저작권 제한”, 「계간 저작권」 제117호 (2017), 44면.

9) <<https://www.gutenberg.org/>>, (2019. 3. 7, 최종 방문).

박스 프로젝트는 도서의 일부 문구(snippets)를 공중에게 공개하는 것을 포함한다.¹⁰⁾

대량 디지털화에는 저작물이나 기타 저작권으로 보호되는 대상에 대한 복제 및 후속 이용행위가 포함되기 십상이다. 종래의 저작권법 체계가 예정하고 있던 단건 혹은 상대적으로 소수의 저작물을 이용의 대상으로 하는 프로젝트라면 이용 허락을 받는 데 따른 어려움이 상대적으로 덜하겠지만, 이 같은 대량 디지털화에서는 이용 허락을 구하는 데 따른 시간과 비용의 문제, 저작자를 쉽게 찾을 수 없다는 문제, 저작권자 확정의 어려움, 권리자를 찾더라도 이용 불허 의사를 고수하는 저작권자의 존재 등 높은 거래 비용이나 기타 여러 가지 이유로 어려움이 가중되는 것이 현실이다.

그러므로 사전 허락을 요체로 하는 현재의 법체계가 유지되는 한, 저작권법 체계와 대량 디지털화 사이에는 일정한 긴장 관계가 형성된다. 이와 관련하여 현재 진행되고 있는 대량 디지털화 프로젝트의 경향을 살펴보면, ①저작권 보호기간 도과 등으로 공유(public domain)의 영역에 있는 작품을 디지털화하는 프로젝트, ②이용허락을 구한 후 대량 디지털화를 진행하는 프로젝트, ③확대된 집중관리(Extended Collective Licensing)의 대상이 되는 작품이나 고아저작물과 같이 특별한 법적 취급을 받는 저작물을 주 대상으로 하는 프로젝트, ④저작권자의 이용허락을 받지 아니하고 공정이용(fair use doctrine)과 같은 저작권의 제한과 예외에 기대어 대량 디지털화를 진행하는 프로젝트 등으로 크게 나누어 볼 수 있다.¹¹⁾ 위 첫 번째와 두 번째의 방식은 현행 저작권법에서도 별로 문제될 것이 없고, 세 번째의 방식은 입법적·제도적 정비가 이루어진 일부 국가의 저작권법이나 제도에서는 허용된다고 본다. 마지막의 방식에 대해서는 상세한 검토가 필요하다.

3. 저작물 대량 디지털화의 구체적인 양태와 가치

빅데이터의 처리 과정을 보면, ①데이터 단계 → ②수집 단계 → ③저장 단계 → ④처리 단계 등의 라이프 사이클을 갖게 된다.¹²⁾ 빅 데이터를 위한 하둡의 분

10) United States Copyright Office, Legal Issues in Mass Digitization: A Preliminary Analysis and Discussion Document 4-6 (Oct. 2011).

11) M. Borghi, Id. 7.

12) 이진태, “빅데이터 활성화와 저작권 문제” 「계간 저작권」 제102호 (2013), 15

산처리기술은 데이터를 64MB의 크기로 쪼개어 노드라고 불리는 복수의 서버에 “저장”한 후 해당 데이터에서 원하는 정보를 추출하는 과정을 거치기 때문에 저작물의 복제가 발생한다.¹³⁾ 더 나아가 서버에 저작물이 저장되어 외부에서 공중이 접속할 수 있도록 이용에 제공하는 행위가 발생할 경우 전송 행위가 되어 전송권 침해가 문제될 수 있지만, 일반적으로 처리 과정에 있는 노드들에 저장된 데이터를 공중이 접근하도록 하는 경우는 없어서 이러한 소지는 크게 없다고 본다.¹⁴⁾

비근한 예로서 수많은 종이 책을 스캔한 후 광학적 문자 인식(Optical Character Recognition; OCR) 소프트웨어 등을 활용하여 디지털 파일로 축적하는 것을 들 수 있다. 우리가 사용하는 컴퓨터, 스마트폰 등 정보 기기나 거기에 탑재된 앱(App.) 등을 떠올려 보면 이미 상당히 다양한 종류의 대량 디지털화가 있음을 짐작할 수 있다. 이러한 대량 디지털화는 세부적인 범주에 대해서 각기 별도의 검토의 대상이 될 자격이 충분하지만, 이를 좀 더 큰 틀에서 전체적으로 검토하는 작업은 다양한 종류의 대량 디지털화를 포괄하는 공통성에 대하여 숙고할 수 있는 계기가 될 수 있고, 세부적인 특성에 대해서도 각 특성에 걸맞은 정밀한 대응방안을 수립하는 데 긴요할 것이라고 생각한다.

이러한 관점에서 본고는 논의의 목적상 설사 개념 중복의 위험이 있더라도, 대량 디지털화를 권리자의 이익 침해 가능성의 다소에 따라 다음과 같은 세 가지 종류로 나누어 보고자 한다.

①정보의 검색·비교를 위한 대량 디지털화이다. 정보검색도구에 입력된 검색어를 기존의 웹사이트에서 찾아서 검색어를 입력한 이용자에게 연결하여 주는 것이나, 저작물이나 음반 등을 대량 디지털화로 작성된 데이터베이스(DB)와 비교하여 저작물의 제명이나 관련 정보 등을 특정할 수 있도록 도와주는 것이다. 검색 엔진이 정보 검색의 효율성을 높이기 위하여 기존의 웹페이지를 크롤링(crawling)하거나, 잘 모르는 음악이 나오더라도 스마트폰의 앱을 실행하여 곡명과 가수를 찾아주는 음악 인식 서비스, 새로운 논문과 기존의 논문 등을 비교하는 표절 방지 시스템 등이 이에 해당된다. 순수하게 여기에 해당하는 대량 디지털화라면 복제된 저작물이나 기타 정보가 복제자(개인 또는 회사) 외의 다른 사람에게 전달될

8-163면.

13) 앞의 논문, 160면.

14) 앞의 논문, 159-161면.

가능성이 없어 권리 보호를 위하여 상대적으로 가장 안전한 디지털화라고 볼 수 있겠다.

②정보를 취합하고 추출하여 기존 정보를 토대로 새로운 정보를 안출(案出)하기 위한 대량 디지털화이다. 예컨대 기존에 작성된 수많은 번역 결과를 축적한 후, 이를 토대로 자동 번역 결과를 도출해 내는 것이다. 딥 러닝(Deep Learning)이라고 불리는 기계학습은 대부분 이러한 저작물이나 정보의 대량 디지털화를 필요로 한다.¹⁵⁾ 이러한 인공지능은 정보의 전달이나 처리 측면에서도 매우 효율적으로 기능할 수 있을 뿐 아니라¹⁶⁾, 고도의 정신작용으로 간주되는 저작물의 창작에도 활용된다. 체스나 바둑과 같이 계산의 효율성을 극단적으로 추구하는 영역은 한 발 양보하더라도, 대체로 예술과 감정의 영역이라고 할 저작에서는 인간이 인공지능보다 우세할 것이라는 것이 종래의 통념이었다. 그러나 현 시점에서도 일부 예술 장르에서 있어서 인공지능의 발전 양상은 상당히 주목할 만하다.¹⁷⁾ 이 유형의 대량 디지털화는 새로운 정보가 외부에 표출되도록 하는데 있어서 기존

15) 2016년, 우리나라의 최고 수준의 프로 바둑기사를 물리친 인공지능 알파고는 기존 기보를 16만 건 이상 암기한 후에는 스스로 시뮬레이션을 통하여 실력을 쌓았던 것으로 알려져 있다. 이데일리 2018. 11. 12.자 기사 참조 <<http://www.edaily.co.kr/news/read?newsId=01177526619405064&mediaCodeNo=257&utLnkChk=Y>> (2019. 3. 7, 최종 방문).

16) 내러티브 사이언스(Narrative Science)라는 미국의 한 벤처기업이 개발한 기사 작성용 인공지능 “퀸(Quill)”은 ‘포브스’ 등 많은 언론기관에서 채택하여 자동화된 기사를 작성하고 있는데 대략 30초에 한 건씩 뉴스 기사를 작성할 수 있다고 한다. 이렇게 작성된 기사의 수준은 인간 분석가가 만들어낸 결과물과 맞먹는다고 알려져 있다. 마틴 포드(이창희 번역), 「로봇의 부상」 세종서적(2016), 139-143면.

17) 문학에서 인공지능 저작의 사례는 짧은 스토리를 창작할 수 있는 Brinsjord와 Ferrucci가 공동 개발한 “브루투스 시스템(BRUTUS system)”, 저명한 미래학자인 레이몬드 커즈와일(Raymond Kurzweil)의 시를 창작하는 인공지능 발명 등을 예로 들 수 있다. 음악에서는 스페인 말라가 대학의 인공지능 작곡가, “야머스(Iamus)”가 있고, 미술에서는 1970년대 이래 개발된 “아론(Aaron)”이나 구글의 “딥 드림(Deep Dream)” 등이 있다. 구글(Google)의 인공지능은 3D 프린팅 기술을 접목하여 숙달된 화가들이 구사하는 그림의 극히 미세한 표현, 가령 유화의 질감(마티에르)까지 재현한다. 그런데 이와 같은 인공지능의 결과물은 사람이 해당 결과물의 산출과 관련한 인공지능의 작동에 관여하였다고 하더라도 사람의 적극적인 창작 행위가 개입되어 있지 않은 한, 현행법의 질서에서는 저작권법 제2조 제1호 소정의 ‘저작물’(인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물)이라고 하기는 어려울 것이다.

저작물이 이용되는 것이므로 기존 저작물의 일부라도 외부에 표출되어 전달될 가능성이 있다. 이익 침해의 위험성은 위 ①유형과 아래 ③유형의 중간 정도로 평가된다.

③위에서 언급한 두 가지의 목적에 더하여 저작물의 (일부) 현시(顯示)를 명시적인 목적이나 기능의 일부로 삼는 대량 디지털화이다. 여기에는 이용자에게 소재 검색 결과인 시각적 저작물을 작은 크기로 보여주는 썸네일(thumbnail) 이미지나, 구글북스의 사례처럼 어문저작물의 일부를 보여주는 짧은 문구(snippet)의 제시 등이 여기에 속한다. 음악 식별 앱의 예를 들면, 기존 음악을 입력하여 모르는 음악에 대한 정보를 구하면 앱의 구동 결과 정보 제공의 일환으로서 미술 저작물인 앨범 재킷을 보여주는 식의 서비스를 포함하는 것이다. 저작물의 일부라도 공중에게 전달되는 양태가 확실하므로 저작자 이익의 침해의 소지가 다른 유형보다 상대적으로 더 높다.¹⁸⁾

II. 외국의 관련 판례와 입법 개관

1. 미국의 판례와 관련 논의

가. 대량 디지털화를 허용한 판례의 검토

18) 위와 같은 본고의 대량 디지털화의 분류와 달리 일본 문화청의 저작권법 일부 개정법률안 설명자료(2018. 3. 19.자) 4면에서 제시하는 분류 방식에 의하면, ① 인공지능(AI)에 의한 심층학습(데이터의 특징을 이해하여 임의의 데이터가 주어질 경우 데이터의 속성을 식별), ② 소재검색 서비스(서적의 일부를 표시하는 방식을 포함), ③정보해석 서비스(예를 들면 표절 유무를 검증하는 시스템)로 나눈다. 본고의 분류와 일견 유사하다고 보일 수 있지만, 인공지능에 의한 심층학습에서는 정보 축적과 새로운 정보와의 비교 기능만을 말하고 있는 것으로 보여 새로운 정보의 창출 측면은 이 분류에서는 침묵하고 있는 것으로 보이며, 소재 검색 서비스에서 뿐만 아니라 인공지능 결과물의 도출이나 정보해석 서비스에서도 기존 저작물의 일부라도 현시하는 기능이 포함될 수 있다는 점 등에서 그 분류방식에 다소 의문의 여지가 없지 않다. https://www.kantei.go.jp/jp/singi/tit eki2/tyousakai/kensho_hyoka_kikaku/2018/contents/dai4/siryou6.pdf (2019. 3. 7, 최종 방문)

미국 법원은 iParadigms 사건에서 학생들의 표절 여부를 가리고자 대량 복제가 필요한 경우 공정이용을 인정한 바 있다. 이 사건에서 문제된 저작물의 이용은 원본의 목적과는 전혀 다른 목적을 위한 변형적 이용이었다는 것이다.¹⁹⁾ Kelly 사건에서 피고의 썸네일(thumbnail) 이미지의 이용은 원고의 이미지 이용과는 다른 기능을 제공하는 것이므로 피고가 원고의 이미지를 썸네일로 이용하는 것은 변형적(transformative) 이용으로 보아서 공정이용을 긍정하였다.²⁰⁾

Authors Guild, Inc. v. Haithitrust 사건²¹⁾에서는 텍스트/데이터 마이닝을 가능하게 하기 위하여 도서 저작물을 디지털화하면서 일반 공중이 특정 용어를 검색할 수 있는 기능을 제공하였다. 법원은 이 사건에서의 전문 검색 기능의 제공은 그 목적·성질·표현·의미 등이 원래의 책과는 다른 결과를 나타내는 것이므로 본질적으로 변형적(transformative) 이용이라고 보아서 공정이용을 긍정하고 있다.

Authors Guild Inc., et al. v. Google, Inc.²²⁾의 공정이용 판단의 논리는 대량 디지털화와 관련하여 미국 법원의 공정이용의 판단을 이해하는 데 있어 전반적인 도움이 되므로 좀 더 상세히 보도록 한다. 이 사건에서 문제된 구글 북 서치는 대상 도서의 전체를 디지털화하여 검색 기능을 붙여 이용자에게 제공하되, 이용자가 디지털화된 도서의 전체를 볼 수는 없도록 기술적 조치를 부가하여 둔 것이다. 구체적으로 구글 북 서치의 기능은 책 한 면을 8개의 단락으로 나누어 두는 것으로 시작된다. 따라서 가령 한 면이 24행정도의 책이라면, 이용자가 검색을 요청한 검색어를 포함한 결과를 한 단락 당 세 줄 정도의 짧은 문구(snippet)로 보여주는 것이다.²³⁾ 공정이용에 관한 미국 저작권법 제107조는 4가지 고려 요소에 대한 종합적인 판단(balancing test)에 의하여 이루어진다. 미국 연방항소심 법원은 다음과 같이 위 4가지 고려요소를 살펴보았다.²⁴⁾

19) AV et al v. iParadigms, LLC, 562 F.3d (2009).

20) Kelly v. Arriba Soft, 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003). 또한 Perfect 10 v. Amazon, 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007)의 사안도 Kelly와 유사하다.

21) Authors Guild, Inc. v. Haithitrust 755 F.3d 87 (2d Cir. 2014).

22) Authors Guild v. Google, Inc., 804 F.3d 202 (2d Cir. 2015).

23) Id. at 209-10.

24) 미국 법원의 데이터 마이닝에 관한 공정이용 법리의 적용 논리에 대한 전반적인 설명으로는 김병일 외 2인, 앞의 논문, 42-45면 참조.

1) 제1요소: 이용의 성격과 목적, 그러한 이용이 상업적인 이용인지 또는 비영리적 교육목적인지 여부 등

미국 연방대법원은 위 요소에 대하여 단순히 최초의 표현을 대체하는 것이 아니라 처음의 표현을 새로운 표현이나 의미, 메시지를 더하는 새로운 요소를 추가하여 새로운 다른 성격을 창출하여 내는 변형적인(transformative) 2차적 이용이라면 제1요소의 인정에 유리하다고 판시한 바 있다.²⁵⁾ 즉 변형적 이용이란 오리지널에 더하여 새롭거나 다른 것을 전달하거나, 공중의 지식에 기여하는 저작물의 전반적인 저작물의 효용을 확장하는 것이라고 하겠다.²⁶⁾

이 사건에서 구글의 변형적 목적은 다른 방법으로는 원본에 대하여 얻을 수 없는 정보를 제공하는데 있다.²⁷⁾ 저작물의 일부분이라도 이용자에게 현시하지 않는 헤티트러스트(Hathitrust) 사건과는 달리, 이 사건에서는 검색의 대상이 되는 짧은 문구를 이용자에게 보여주지만²⁸⁾, 구글은 책의 한 면을 짧은 문구로 구성된 여러 조각으로 분할함으로써 저작자의 경제적 이익을 위협하지 않으면서도 이용자가 자신의 관심 범위가 미치는 책의 관련 부분만을 확인할 수 있도록 한다는 것이다.²⁹⁾

2) 제2요소: 저작물의 성질

위에서 언급한 변형적 목적은 제2요소의 판단에 있어서도 일정하게 고려되어야 한다.³⁰⁾ 제2요소의 판단은 변형적 목적의 2차적 이용이 원 저작물을 대체하는 의미가 있는 복제를 공급하지 않으면서, 원작품에 대한 중요한 정보를 제공하는 데 있는 한 유리하게 고려되어야 할 것이라고 한다.³¹⁾

25) Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 579 (1994).

26) Authors Guild v. Google, Inc., 804 F.3d 202, 214 (2d Cir. 2015).

27) Id. at 215.

28) Id. at 217.

29) Id. at 218.

30) Id. at 220.

31) Id.

3) 제3요소: 원 작품에서 전체 비중에 비추어 이용된 부분의 양과 중요성

종래 법원은 저작물의 전체가 복제되었다는 이유만으로 공정이용의 성립을 부정하는 판단은 피해 왔다고 하면서, 저작물의 전체의 복제가 있더라도 이용자의 변형적 목적에 적합하고, 원본에 대한 경쟁적인 대체물을 제공하지 않는 한도에서 공정이용이 긍정될 수도 있음을 강조한다.³²⁾ 구글이 책 전체를 복제하지만, 이 전체를 공중에게 현시하지 않는다는 점은 매우 중요하다.³³⁾ 복제를 함에 있어서 전체적으로 이용된 양과 상당성에 주목할 것이 아니라, 공중에게 제공되어 중국적으로 원본과 경쟁적인 대체관계를 형성할 수 있는 양과 상당성이 중요하다는 것이다.³⁴⁾

4) 제4요소: 이용이 저작물의 잠재적 시장이나 가치에 미치는 영향

제4요소는 제1요소와 밀접히 관련되어 있다. 2차적인 이용의 목적이 오리지널과 상당히 다를 때, 원작품에 대한 상업적 시장을 대체할 가능성은 적다고 할 것이다.³⁵⁾ 짧은 문구를 보여주는 기능이 원 저작물의 판매를 얼마간 저해할 수도 있음은 법원이 인정한다. 예컨대 짧은 문구만으로도 저작물을 확인하려는 수요를 충족시키는 경우도 있을 수 있어, 저작물의 판매량을 감소시킨다거나 해당 저작물에 대한 도서관의 수요를 다소 줄일 수 있다는 것이다.³⁶⁾ 그러나 이러한 가능성은 이용이 저작물의 잠재적 시장이나 가치에 의미 있거나 실질적인 수준에서 영향(meaningful or significant effect)을 미쳐야 한다는 점을 고려할 때 제4요소를 저작자에게 유리하게 판단하는데 충분하지 않다.³⁷⁾

32) Id. at 221. 이 점에 관한 기존 사례로는 Authors Guild, Inc. v. Haithitrust, 755, F.3d 87 (2d Cir. 2014); Kelly v. Arriba Soft, 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003) 등.

33) Id.

34) Id. at 222.

35) Id. at 223.

36) Id. at 224.

37) Id. 판결문은 이 논점에 관하여 이를테면, 어떤 학생이 루즈벨트 대통령의 소아마비에 대한 정보가 필요하여 구글 북 서치를 행하면, R. Goldberg 저, The Making of Franklin D. Roosevelt (1981)라는 책에 ‘소아마비’라는 단어가 포함된 짧은 문구를 발견하여 루즈벨트 대통령의 소아마비가 1921년에 발병한 것이라

5) 소결

결국 위와 같은 요소를 종합적으로 고려할 때 구글의 저작물 이용행위는 저작물의 복제에 해당하더라도 공정이용에 의하여 정당화되는 것이라고 판단한 것이다.

나. 대량 디지털화를 불허한 판례

소송의 국면에서 침해자가 공정이용이 됨을 주장하였지만 이 주장을 배척하여 대량 디지털화를 불허한 대표적인 사례로는 TVEyes 사건³⁸⁾을 들 수 있다. 이 사건은 미국 전역의 모든 텔레비전 프로그램을 모아 자막을 붙이고 이를 데이터베이스화하여 고객들에게 상업적인 용도로 제공한 사안에 관한 것이었다. 고객들은 자막을 통하여 찾고자 하는 내용을 검색할 수 있고, 검색어가 포함된 텔레비전 프로그램을 10분의 분량까지 제공받을 수 있었다. 이 사건은 공정이용이 인정된 미국 연방대법원의 Sony 사건³⁹⁾에서처럼 이용자들로 하여금, 방송국이 지정하는 특정 시간이 아니라 이용자가 원하는 시간과 장소에서 텔레비전 프로그램을 볼 수 있도록 한 것이다. 그러나 이 사안에서의 피고의 행위는 권리자의 적법한 시장과 실질적으로 경쟁할 수 있는 것이었기에 Sony 사건과는 달리 공정이용이 성립되지 않았다. 즉 권리자에게 대가를 지급하지 않고 프로그램을 이용자들에게 제공함으로써, 피고는 권리자에게 속하는 시장을 부당하게 박탈한 것으로 법원은 판단하였다.⁴⁰⁾

는 정보를 얻을 수 있고 결국 해당 서적에 대한 수요를 충족하는 경우가 있을 수 있지만, 이러한 정보는 본질적으로 역사적 사실로서 저자의 저작권이 미치지 않는 영역이라는 예를 들고 있다.

38) Fox News Network, LLC v. TVEyes, Inc., 883 F.3d 169 (2d Cir. 2018).

39) Sony Corporation of America vs. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984).

40) TVEyes at 177-78.

다. 미국 저작권청 보고서

2015년 미국 저작권청은 “고아 저작물과 대량 디지털화”에 관한 보고서⁴¹⁾를 발간하였다. 이 보고서에서 미국 저작권청은 저작물의 대량 디지털화가 문제되는 국면에서는 이용허락에 소요되는 거래비용이 저작물의 이용 가치를 넘어서는 우려가 있음을 지적하면서, 공정이용의 활용, 자발적인 라이선싱, 그리고 산업간 대 타협 등이 해결의 실마리는 될 수 있겠지만 근본적인 대응책은 될 수 없다고 보았다. 미국 저작권청 보고서는 중국적으로 확대된 집중관리제도(Extended Collective Licensing)의 시행이 이 문제에 대한 근원적인 해법이라고 보고 있다.

2. 유럽의 경향

유럽은 전반적으로 미국보다는 저작권 보호에 더 치중하는 보수적인 경향으로, 전체 저작물의 허락 없는 복제는 공정이용의 항변이 성립할 수 없고 구체적인 저작재산권 제한규정이 발동될 수 있을 경우에만 허용된다고 본다.⁴²⁾ 유럽연합의 정보사회 저작권지침⁴³⁾은 제5조 제3항(a)에서, 비상업적 목적에 의하여 정당화되는 한, 그 유일한 목적이 수업을 위한 설명이나 과학적 연구를 위한 이용인 경우 복제권이나 공중전달권에 대한 예외를 둘 수 있도록 규정하고 있어 회원국은 이에 부합하는 한도에서 텍스트/데이터 마이닝에 관한 면책을 둘 수 있는 것으로 이해된다. 이러한 정보사회 저작권 지침에 따라 일부 회원국은 이미 독자적 면책 규정을 마련한바 있다.⁴⁴⁾

41) US Copyright Office, Orphan Works and Mass Digitization (June 2015).
<<https://www.copyright.gov/orphan/reports/orphan-works2015.pdf>> (2019. 3. 7, 최종 방문).

42) M. Boghi, Id. at 57.

43) 정식 명칭은, 정보사회에서의 저작권 및 저작인접권의 특정 측면의 조정에 관한 2001년. 5. 22.자 유럽의회 및 이사회 지침 2001/29/EC 이다. Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society. 이하 ‘정보사회 저작권 지침’으로 약칭한다.

44) Future TDM, Deliverable D3.3+, Baseline Report of Policies and Barriers of TDM in Europe 30, <https://project.futuretdm.eu/wp-content/uploads/2017/05/FutureTDM_D3.3-Baseline-Report-of-Policies-and-Barriers-of-TDM>

예를 들면, 영국의 저작권·디자인·특허법은 ‘하그리브스 권고’에 따른 개혁 노력에 의하여 대량 디지털화에 관한 좀 더 구체적인 내용을 담고 있다. 하그리브스(I. Hargreaves)교수는 2011년경 영국 정부에 대하여 저작물에 대한 비소비적 이용이나 비상업적 목적의 데이터 마이닝에 관한 면책을 줄 것을 권고한 바 있고⁴⁵⁾, 영국 정부는 이를 수용하여 “비상업적 연구”를 위하여 컴퓨터를 이용한 분석 목적에 한정하여서는 텍스트 및 데이터의 복제에 관한 독자적 면책 규정을 2014년에 신설하였다.⁴⁶⁾

프랑스에서도 2016년 프랑스 지적재산권법을 개정하여, 저작물과 데이터베이스에 각각 적용되며 과학적 문헌에 한정되는 비영리 목적의 텍스트/데이터 마이닝을 허용하는 규정을 신설하였다.⁴⁷⁾ 독일 또한 2018. 3. 1. 시행되는 법 개정을 통하여, 영리적 목적이 없을 경우의 과학 연구를 위한 텍스트/데이터 마이닝을 허용하였다.⁴⁸⁾

3. 일본에서의 논의 및 제도 도입 현황

일본 저작권법은 이례적으로 일찍이 2009년부터 저작물의 대량 디지털화에 관련되어 적용될 수 있는 면책규정을 두고 있었다. 종전의 일본 저작권법 제47조의 7의 ‘정보해석을 위한 복제’를 위한 독자적인 면책 규정이 그것이다.⁴⁹⁾ 그런데 일

-in-Europe.pdf> (2019. 3. 7, 최종 방문)

45) I. Hargreaves, Digital Opportunity - A Review of Intellectual Property and Growth 47-48 <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/32563/ipreview-finalreport.pdf> (2019. 3. 7, 최종 방문).

46) Copyright, Designs and Patents Act 1988 of UK, §29A. Copies for text and data analysis for non-commercial research

47) §122-5(10); §342-3 (5) of the French Code de la propriété intellectuelle. 이른바 ‘디지털 공화국(République numérique)’법.

48) 독일 저작권법 제60조d.

49) 2018. 12. 30. 자 개정 전의 일본 저작권법 제47조의7(정보해석을 위한 복제 등) 저작물은, 전자계산기에 의한 정보해석(다수의 저작물 기타의 대량의 정보로부터, 당해 정보를 구성하는 언어, 음, 영상 기타의 요소와 관련된 정보를 추출, 비교, 분류 기타의 통계적인 해석을 행하는 것을 말한다. 이하 이 조에서 같다)을 하는 것을 목적으로 하는 경우에는, 필요하다고 인정되는 한도에서 기록매체에의 기록 또는 번안(이에 의하여 창작한 2차적저작물의 기록을 포함한다)을 할 수 있다. 다만, 정보해석을 하는 자의 이용에 제공하기 위해 작성된 데이터베이

본은 2018년 다시 한 번 저작권법 개정을 하여 2019. 1. 1.부터 시행되는 독자적인 면책 규정인 ‘저작물에 포함된 사상 또는 감정의 향수를 목적으로 하지 않는 이용’(저작권법 제30조의4)을 정비하였다.⁵⁰⁾ 이는 저작권제한제도의 유연성을 제고하고자 제도 정비의 일환으로서, 권리자의 이익을 일반적으로 해치지 않는 것으로 평가되는 제한 규정을 제1유형, 권리자에게 미치는 불이익이 경미하다고 평가되는 제한 규정을 제2유형, 저작물 시장과 충돌할 가능성이 있으나 공익적 정책의 실현을 목적으로 저작물 이용촉진에 기여할 것으로 기대되는 제한규정인 제3유형 등으로 나누어 볼 때, 침익 가능성이 가장 적은 위 제1유형에 해당한다고 본다는 것이다.⁵¹⁾

한편, 위에서 설명한 제2유형의 저작재산권 제한의 일종으로서 정보검색 서비스와 정보분석 서비스에서의 저작물의 부분적 표시에 관한 규정인 ‘전자계산기에 의한 정보 처리 및 그 결과의 제공에 수반되는 경미한 이용 등’을 신설하였다. 즉 저작권법 제47조의5 규정은, 정보검색 서비스와 정보분석 서비스에 의하여 새로운 지식, 정보를 창출하는 전자계산기에 의한 정보처리 및 그 결과의 제공에

스저작물에 대하여는 그러하지 아니하다.

- 50) 현행 일본 저작권법 제 30 조의4(저작물에 표현된 사상 또는 감정의 향수를 목적으로 하지 않는 이용) 저작물은 다음의 경우 기타 저작물에 표현된 사상 또는 감정을 스스로 향수하거나 타인에게 향수되는 것을 목적으로 하지 않을 경우 필요하다고 인정되는 한도 내에서 어떠한 방법에 의하던 간에 불문하고 이용할 수 있다. 다만, 당해 저작물의 종류 및 용도 및 해당 이용 양태에 비추어 저작권자의 이익을 부당하게 침해하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 저작물의 녹음, 녹화 기타 이용에 관한 기술의 개발 또는 실용화를 위한 시험용도로 제공하는 경우
2. 정보 해석(다수의 저작물 기타 대량의 정보에서 해당 정보를 구성하는 언어, 음, 영상 기타 요소에 관한 정보를 추출, 비교, 분류 및 기타 분석을 실시하는 것을 말한다. 제47조의 5 제1항 제2호에서도 이와 같다)의 용도로 제공하는 경우
3. 전 2 호에 정한 경우 외에, 저작물의 표현에 관하여 사람의 지각에 의한 인식을 수반하지 않고 저작물을 전자계산기에 의한 정보 처리 과정에서 이용하거나 기타 이용 (프로그램 저작물에 있어서는 해당 저작물의 전자계산기에 의한 실행을 제외한다)에 제공하는 경우

- 51) 일본 문화청의 저작권법 일부 개정법률안 설명자료 2면. <https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/tyousakai/kensho_hyoka_kikaku/2018/contents/dai4/siryou6.pdf> (2019. 3. 7, 최종 방문). 참고로 제2유형에는 소재검색 서비스, 정보해석 서비스와 관련된 저작재산권 제한규정이, 제3유형에는 장애인의 저작물 접근, 보도 목적, 도서관 이용과 관련된 저작재산권 제한규정이 포함된다.

부수되는 경미한 이용에 대해서 권리제한을 두고 있다. 다만, 당해 저작물의 종류, 용도, 양태에 비추어 저작권자의 이익을 부당하게 침해하게 되는 경우에는 그러하지 아니하다는 단서가 있다. 위 규정은 정보검색 및 정보분석 서비스의 목적 달성을 위해 필요한 결과 부수적으로 나타날 수 있는 썸네일 이미지나 짧은 문구(snippet)의 공중 현시를 상정하고 있는 것이다.⁵²⁾ 권리제한의 제2유형에 속하는 이러한 저작물의 이용은 (위 법 제30조의4가 상정하고 있는 상황과는 달리) 저작물의 표현에 대하여 일정한 향수를 수반할 수밖에 없다는 점에서 권리자에게 일정한 불이익이 미칠 가능성은 부정할 수 없기 때문에⁵³⁾, 저작권자의 이익을 부당하게 침해해서는 안 된다는 단서 규정을 둔 것이다. 본 면책규정에서는 저작물의 경미한 범위의 이용을 전제하는 것이기 때문에, 사진의 각 항목의 전부 표시, 사진이나 회화의 세밀한 이미지의 표시, 영상의 짧은 부분을 초과하는 부분의 표시 등은 여기에 해당하지 않는다고 새겨야 할 것이다.⁵⁴⁾ 동 면책 규정의 입안을 위한 의견 수렴 과정 중에는, 영화 중 핵심 부분의 표시와 같이 양적으로는 경미하지만 저작물의 시장 가치를 훼손할 우려가 있는 이용도 있을 수 있다는 우려, 저작물의 노출·유통을 통제하는 데 따른 비즈니스 이익 보호의 고려 필요성 등 제도 도입에 부정적인 의견도 제기되었다고 한다.⁵⁵⁾

III. 종합적인 해결 방안의 모색

1. 일시적 복제 규정의 적용

저작물의 대량 디지털화에 대해서 우선 우리 저작권법 제35조의 2 규정⁵⁶⁾의

52) 文化審議會著作権分科会, 「文化審議會著作権分科会報告書」(平成29年4月), 46면. <http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/pdf/h2904_shingi_hokokusho.pdf> (2019. 3. 7, 최종 방문).

53) 위 보고서, 같은 면.

54) 위 보고서, 48면.

55)위 보고서, 49면.

56) 제35조의2(저작물 이용과정에서의 일시적 복제) 컴퓨터에서 저작물을 이용하는 경우에는 원활하고 효율적인 정보처리를 위하여 필요하다고 인정되는 범위 안에서 그 저작물을 그 컴퓨터에 일시적으로 복제할 수 있다. 다만, 그 저작물의 이

적용 가능성을 생각해 볼 수 없지 아니하다. 그런데 위 규정은 저작물의 “일시적 복제”만을 허용하고 있다는 것이 문언상 명백하다. 또한 위 규정 단서를 통하여 일시적 복제가 허용되는 범위는 저작물의 주된 이용이 저작권을 침해하지 않는 경우에 한정되어 있으므로, 위 제한 규정은 인공지능 관련 빅 데이터 처리를 위한 복제에 보편적으로는 적용되지 못할 가능성이 있다. 인공지능 관련 빅 데이터의 전반적인 처리 사이클에서는 일시성의 범위를 벗어나는 복제가 얼마든지 개입될 수 있기 때문이다. 위 I. 3.에서 분류한 대량 디지털화의 모든 수준의 종류에서 축적한 개별 정보의 계속적 보유가 필요할 수 있다. 구체적으로 살펴보면, ① 수준의 정보의 검색·비교를 위한 대량 디지털화에서 외부에서 주어지는 새로운 정보를 기존에 보유한 정보와 비교하기 위해서는 기존의 정보를 보유해야 하며, ② 수준의 새로운 정보를 안출하기 위한 대량 디지털화에서 기존 정보를 바탕으로 새로운 정보를 만들어 내기 위해서는 기존 정보의 보유가 필요할 수 있고, 또 ③ 수준에서 기존의 정보를 일부 현시하기 위해서도 역시 개별 정보의 계속적인 보유가 필요하므로 결국 대부분의 대량 디지털화에서 일시적인 범위를 넘어서는 복제가 발생할 것으로 보인다. 다만, 통계 처리의 목적 등으로 일시적 복제 행위자에게 개별 정보 단위의 계속적 보유는 불필요하여 복제자가 최종 통계치를 산출한 후, 수집하였던 원시 데이터를 삭제하였을 때와 같이 복제의 범위가 오로지 일시적 복제에 한정될 때라면 비로소 위 법조에 의한 면책 가능성을 생각하여 볼 수 있을 것이다.⁵⁷⁾

일시적 복제 관련 규정인 유럽연합의 정보사회 저작권 지침 제5조 제1항⁵⁸⁾이

용이 저작권을 침해하는 경우에는 그러하지 아니하다.

57) 기존의 견해를 보면, 주로 빅데이터의 수집 단계에서의 데이터의 복제는 우리 저작권법에서 허용하고 있는 일시적 복제에 해당할 가능성이 높다고 보거나(이진태, 앞의 논문, 159면), 일괄적으로 데이터 마이닝 과정에서의 일시적 저장이 일시적 복제에 해당하지 않는다고 단언하기는 어렵다고 하면서도 결론에 있어서는 공정이용과 일시적 복제의 면책 규정을 적용함으로써 일응 현행 저작권법에 의해서도 대량 디지털화에 대한 대응이 가능하고 본다. 이지호, 「빅데이터의 데이터마이닝과 저작권법상 일시적 복제」, 「지식재산연구」 제8권 제4호 (2013), 110면, 118면. 반면 김병일 외 2인의 연구에서는 빅데이터의 처리·분석을 위한 데이터 마이닝에 대해서는 일시적 복제의 면책 규정의 적용이 가능하지만, 저작물의 소비(consumption of the work)에 해당하는 복제에서는 그렇지 못함을 지적하고 있다. 김병일 외 2인, 앞의 논문, 38면.

58) 정보사회 저작권 지침 제5조(예외 및 제한)

1. 일시적이고 우연한 [그리고] 기술조치에 필수적이고 본질적인 것으로서 그 유일

나 여기에 기속되는 유럽 각국 법의 견지를 참고하면, 자동적인 과정이 아니라 사람이 수동으로 삭제하는 행위가 요구되는 복제는 일시적인 범위를 넘어서는 복제의 소지를 안고 있는 것이기 때문에 위 정보사회 지침 제5조 제1항에서 허용하는 일시적 복제에 해당하지 않는다고 한다.⁵⁹⁾ 또 다른 견해에서도 유럽연합에서의 일시적 복제는 말 그대로 일시적이어야 하고 독립적인 경제적 가치를 지니지 않아야 하는데, 대량 디지털화는 특히 이러한 요건을 충족시키기 어렵다고 보고 있다.⁶⁰⁾

2. 공정이용 법리의 적용에 의한 해결 가능성

저작권법상 공정이용 규정⁶¹⁾은 2011. 11. 2.자 개정으로 처음으로 우리에게 도

한 목적이 저작물 또는 그 밖의 대상물을 다음 각 호의 행위를 하게 하는데 있는, 제2조에서 규정한 일시적 복제 행위는 제2조의 복제권으로부터 제외된다.

- (a) 중개인에 의한 제삼자들 간의 네트워크 송신 또는 (b) 합법적인 이용으로서, 독립적인 경제적 중요성을 띄고 있지 않은 경우

위의 밑줄 부분과 관련하여서는, 우리 법의 법문에 열거되어 있지 않지만 면책요건의 일종으로서 수용한 것처럼 보이는 우리나라 판결과와 관련성이 흥미롭다. 대법원 2017.11.23. 선고 2015다1017판결 (‘오픈캡처’ 사건) 참조.

59) Future TDM, Id. at 28-29.

60) Policy Department for Citizen's Rights and Constitutional Affairs of EU, The Exception for Text and Data Mining (TDM) in the Proposed Directive on Copyright in the Digital Single Market – Legal Aspects, (Feb. 2018), p. 9.

<[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2018/604941/IPOL_IDA\(2018\)604941_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2018/604941/IPOL_IDA(2018)604941_EN.pdf)> (2019. 3. 7. 최종 방문)

61) 제35조의3(저작물의 공정한 이용) ① 제23조부터 제35조의2까지, 제101조의3부터 제101조의5까지의 경우 외에 저작물의 통상적인 이용 방법과 충돌하지 아니하고 저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 아니하는 경우에는 저작물을 이용할 수 있다.

② 저작물 이용 행위가 제1항에 해당하는지를 판단할 때에는 다음 각 호의 사항등을 고려하여야 한다.

1. 이용의 목적 및 성격
2. 저작물의 종류 및 용도
3. 이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 비중과 그 중요성
4. 저작물의 이용이 그 저작물의 현재 시장 또는 가치나 잠재적인 시장 또는 가치에 미치는 영향

입되었다. 종래 우리 법의 저작권재산권 제한규정은 제한적 열거주의를 따르고 있었으나, 저작권 제한이 되는 경우를 모두 열거하고 이외의 사유를 인정하지 아니하는 방법에 의해서는 디지털·네트워크 시대의 급변하는 기술적 환경에 적절하고 탄력적으로 대처할 수 없다는 문제가 있어 일반적·포괄적 사유로서 공정이용 규정이 도입되었다.

우리나라에서는 공정이용 항변이 문제되었을 때 참조할 만한 사례가 그리 많지는 않다.⁶²⁾ 그러나 공정이용 규정이 도입되기 전인 2011. 11. 2. 이전의 법으로도 공정이용의 항변과 실질적으로 유사한 효과가 나타나도록 공표된 저작물의 공정한 인용을 인정한 사례들이 있다.⁶³⁾ 한편 직접적으로 대량 디지털화에 관한 판례는 아니지만 일전에 공정이용의 성립을 긍정한 하급심 판례[서울중앙지방법원 2017. 6. 15. 선고 2016가합534984 판결(항소심 계속 중)]가 나온 적이 있다.^{64/65)}

62) 국내 판례 중 공정이용의 성립을 부정한 사례로는 청주지방법원 2015. 2. 12. 선고 2014고정232판결 등이 있다. 여기에서는 저작권법 제35조의3에 따라 저작물을 이용하는 자는 저작권법 제37조 제1항에 따라 그 출처를 명시하여야 함에도 피고인이 그 출처를 명시하지 않았다는 점에 주목하여, 공정이용으로 저작권 침해책임이 면책되기 위해서는 출처 명시가 따라야한다는 점과 피해자의 정당한 이익의 침해 여부가 공정이용의 중요한 판단 요소가 됨을 분명히 하였다.

63) 공정이용의 법리가 우리 법에 도입되기 전에도, 어린이가 부정확한 음정 및 가사로 대중가요를 짧은 부분 따라 하면서 춤 동작을 흉내 낸 것을 동영상으로 블로그에 업로드하면서 부모로서는 소녀 취향의 노래를 불러 주었으면 좋겠다는 감상을 더해 놓은 행위가 저작권 침해가 되는지에 대하여 위와 같은 저작물의 이용행위는 저작권법 제28조 소정의 ‘공표된 저작물의 인용’에 해당하므로 저작권 침해가 성립할 수 없는 것으로 판단하였다(일명 ‘손담비 동영상’사건, 서울남부지방법원2010.2.18. 선고 2009가합18800판결). 또 인터넷 포털에서 사진 저작물의 검색을 위하여 원본 이미지가 실려있는 웹사이트로 링크될 수 있도록 하면서 게시하는 작은 사이즈의 썸네일 이미지가 저작권 침해가 되는지가 문제된 사건에서 대법원은 위와 같은 저작물의 이용행위가 저작권법의 제28조 ‘공표된 저작물의 인용’에 해당하므로 저작권 침해가 성립할 수 없는 것으로 보았다(대법원2006.2.9. 선고2005도7793 판결). 그러나 위와 같은 사안이 ‘공표된 저작물의 인용’의 요건을 충족하는 것인지는 의문의 여지가 없지 않다. 일반적으로 ‘인용’이란 일반적으로 인용 저작물과 피 인용저작물이 구별되어 인식되고 인용 저작물이 주이고 피인용 저작물이 종인 관계에 있어야 한다고 보기 때문이다. 공정이용이 도입되기 이전의 저작권법의 적용에 있어서, 법원은 헌법적 가치인 표현의 자유가 위협받을 수 있는 위 사안들에서 구체적 타당성이 없는 판단을 피하기 위한 교육지책으로써 개별적인 저작권 제한 규정을 끌어왔다고도 평가할 수도 있다는 것이다.

64) 이 사안에서 원고들은 선택적 주장으로서, 피고가 건강보험심사평가원에 피고

법원은 “저작권법상 면책요건인 공정이용이 되려면 구체적으로 저작물 이용의 목적이 원 저작물의 시장 또는 가치에 미치는 영향을 중심으로 검토하는데, 저작물 이용의 목적이 원 저작물과는 다른 변형적 방법이나 변형적 목적으로 이용되어 원 저작물을 단순히 대체하는 것이 아니라 새로운 가치를 부여하였다면 공정이용으로 인정하기 용이하고, 저작물을 이용한 이후에 원 저작물을 이용할 동기가 상당 부분 감소하여 ‘원 저작물의 수요 대체성’이 인정된다면 공정이용으로 인정하기 어렵다”라는 법리를 제시하였다. 그런데 본 건에서는, 공정이용의 4가지 고려요소 중 “이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 비중과 그 중요성”의 요소가 부정적인 요소라 하더라도 그 이용이 변형적 목적으로 이용되어 실질적으로 이 사건 각 저작물의 시장 또는 가치를 침해하지 아니하는바, 이를 근거로 다른 긍정적인 요소들을 배척하고 공정이용의 성립을 부정하기 부족하다는 것이다.

우리와 유사한 제도를 갖고 있으며 판례가 비교적 상당히 축적되어 있는 미국의 공정이용 사례들도 적극적으로 참조할 만하다. 앞에서 살펴 본 바 있지만 미국 저작권법의 공정이용은 미세한 이익형량을 거쳐 판단되는 것으로서, 우리나라의 저작권법 제35조의3 제2항과 유사하게도 영리성이나 비영리성 등 이용의 목적 및 성격, 저작물의 종류 및 용도, 이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 비중과 중요성, 시장이나 가치에 미치는 경제적 영향 등을 종합적으로 고려한다. 이 중 이용의 목적과 성격과 관련하여서는 변형적(transformative) 이용의 개념이 중요하게 고려되는데, 최근의 사례들에서는 새로운 복제물에 원본과는 다른 새로운 목적이나 새로운 의미가 부여될 경우 기술적 변용(technological transformation)이 인정된다고 보는 경향이다.⁶⁶⁾

의료기기에 의한 치료행위를 비급여 대상으로 신청하면서 원고 B가 저작권을 보유하고 있는 이 사건 각 저작물을 임상시험자료로 복제하여 제출하였으므로 이는 피고의 저작권 침해행위에 해당한다고 주장하였고, 이에 대하여 피고는 이 사건 각 저작물을 이용한 것은 공정이용에 해당하여 저작권 침해가 인정되지 않는다는 취지로 항변하였다.

65) 이 사건 이외에도 필자가 파악하고 있는 범위에서 법원이 저작권법상 공정이용을 인정한 사례로는, 광어회 음식 사진을 저작권자의 동의 없이 인터넷 정기간행물의 기획연재기사 중에 이용한 사건이 있다. 서울서부지방법원 2015.11.26. 선고 2015나33407판결(확정).

66) M. Borghi, Id. at 20. 이를테면, Authors Guild, Inc. v. Haithitrust, 755, F.3d 87 (2d Cir. 2014)에서는 전문 검색 기능의 제공은, 목적, 성질, 표현, 의미, 책에서의 메시지가 원래의 책과는 다른 결과를 나타내는 것이므로 본질적으로

이와 같이 저작물의 대량 디지털화에 대해서는 탄력적인 공정이용의 법리로서 대응할 수 있는 여력이 상당히 존재하는 것이 사실이다. 그러나 이 같은 공정이용에 대한 일반조항은 다른 저작권 제한규정과의 관계에서 보충적인 성격이 강하고, 불확정개념에 의존하고 있으므로 예측가능성 측면에서 문제가 없지 않다.⁶⁷⁾

3. 별도의 저작권 제한 규정의 도입

인공지능을 구현하기 위한 데이터 마이닝을 위한 복제는 저작권법상 복제의 개념⁶⁸⁾에 해당하지만, 직접 사람이 읽기 위한 복제라고는 할 수 없다. 그보다는 인공지능을 구현하기 위한 부수적 이용(incidental use) 목적의 복제이다. 즉 복제는 복제이되, 종래의 저작물 이용질서에서 예정하고 있던 형태의 복제와는 다소 다르다.

이와 관련하여 인터넷 시대에 이르러서는 복제 개념이 저작권과 관련된 불법성에 대한 시금석이 되어서는 아니 되며, 저작권 침해의 기준을 복제에 한정하기 보다는 배포나 공중송신과 관련지어져 논의되어야 한다는 학자들의 주장도 힘을 얻고 있다.⁶⁹⁾ 국내의 학설에서는, 빅 데이터 분석을 위한 데이터 마이닝의 경우 외형적으로는 저작물의 복제 등 이용행위가 행해지지만 그 과정은 저작물의 표현

변형적(transformative) 이용이라고 보아서 공정이용을 긍정하고 있다. Authors Guild v. Google, Inc., 804 F.3d 202 (2d Cir. 2015)에서는 앞의 판결에서 한 걸음 더 나아가 검색 저작물 본문 중 짧은 문구(snippets)의 제공 기능은 저작물을 이용하는 사람에게 검색 대상 저작물이 실제로 필요한 정보를 담고 있는지를 판단하는데 상당히 유용한 기능을 제공하는 것으로서 변형적 목적에 기여하는 것이라는 측면에서 공정이용의 성립을 인정하였다.

67) 공정이용 법리는 변형적 또는 생산적 이용에 해당하는가에 대한 해석을 통하여 유연한 해결을 행하게 되므로 재판결과를 예측할 수 없다는 단점이 존재하지만, 혁신을 저작권법이 저해하지 않는다는 관점에서 볼 때 매력적인 판단방법이라는 견해에 대해서는 김병일 외 2인, 앞의 논문, 45면.

68) 저작권법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

22. “복제”는 인쇄·사진촬영·복사·녹음·녹화 그 밖의 방법으로 일시적 또는 영구적으로 유형물에 고정하거나 다시 제작하는 것을 말하며, 건축물의 경우에는 그 건축을 위한 모형 또는 설계도서에 따라 이를 시공하는 것을 포함한다.

69) P. Geller, Beyond the Copyright Crisis: Principles for Change, 55 Journal of the Copyright Soc’y USA. 165 (2008); A. Drassinower, Copyright is Not About Copying, 125 Harvard L. Rev. 108 (2012).

자체를 이용하는 것이 목적이 아니라 저작물에 포함된 아이디어나 배경 정보 등을 추출하는 것을 목적으로 하는 경우가 대부분으로, 이와 같이 ‘저작물 이용의 실질’을 충족하지 아니하는 경우 저작권 행사가 제한될 필요가 있다고 한다.⁷⁰⁾

“Be the Reds” 사건 2심에서 서울서부지방법원은, “물리적·기계적·형식적으로는 복제에 해당하더라도 저작권법상으로는 복제나 침해에 해당하지 않을 수 있다. 복제 여부를 인정할 때에는 형식적으로 유형적인 재제(再製)가 있는지 여부만이 아니라, 그 밖의 여러 요소를 감안하여 규범적으로 판단되어야 하는 것이므로, 어떤 미술저작물이 사진에 촬영된 경우라 하더라도 당해 저작물이 직접적으로 촬영된 것이 아니라 간접적이고 부수적으로 이용된 것에 불과한 경우로서 그 이용의 목적과 방식, 그 이용이 당해 저작물에 대하여 갖는 실질적인 권리나 경제적 가치에 미치는 영향의 정도를 고려하여 저작권 침해에 해당하지 않는 것으로 볼 수 있다”라고 판시하여 물리적 복제에 대비되는 의미에서의 규범적 복제의 개념을 연 바 있다⁷¹⁾.

복제의 개념을 합목적적으로 조정하여 이용행위를 부인하는 판단을 내리게 하는 방안이 매력적으로 보이는 측면이 있으나, 실제 사건에서 이러한 복제 개념의

70) 김병일 외 2인, 앞의 논문, 32면. 동 논문의 다른 곳에서는 저작물의 궁극적 복제에 본질적 가치가 있는 ‘저작물의 소비(consumption of the work)’에 해당하는 복제를 데이터 마이닝을 위한 복제와 구별하고 있다. 앞의 논문 38면 참조.

71) 서울서부지방법원 2012. 8. 23. 선고 2012노260판결. 다만, 이 2심 판결은 대법원 2014. 8. 26. 선고 2012도10786판결로 파기 환송되었다. 이와 관련한 유력한 학설은, 공연·배포·방송·전송·디지털음성송신 등이 모두 저작권법이 금지하려는 이용행위의 성격이 규범적으로 반영된 공중이라는 요건을 포함하여 공중의 수요에 대응하지 아니하는 이용을 상당 부분 침해로부터 거르는 규범적 기능을 하고 있으나, 유독 복제에 있어서는 이 같은 규범적 요소를 배제하고 물리적, 기계적으로 정의한 점에 주목하면서 저작권법의 복제의 정의 자체에서 규범적 요소, 즉 “공중의 수요를 충족시키기 위하여”라는 요건을 추가하여 소모적인 논쟁을 불식하자고 제안하였다. 박준우, “실질적 유사성과 공정이용법리의 공통기원(共通起源), 그리고 ‘규범적 복제’의 정의”, 「계간 저작권」 제114호(2016), 58-9면. 즉, 위 제안 내용에 의하면 저작권법 제2조 제22호 소정의 ‘복제’의 정의는 “복제는 공중의 수요를 충족시키기 위하여 인쇄·사진·촬영·복사·녹음·녹화 그 밖의 방법으로 일시적 또는 영구적으로 유형물에 고정하거나 다시 제작하는 것을 말하며,…”가 된다(밑줄 부분이 개정 내용). 위 논문의 새로운 복제 개념은 직접적으로 저작물의 대량 디지털화에 대한 해결방안으로서 제안된 것은 아니지만, 본고가 다루고 있는 대량 디지털화에 대한 대안으로서도 고려될 여지가 있어 여기에 언급한다.

신축적인 조정이나 운용을 할 것이 요구되는 법원에 구체적인 지침을 별로 제공하지 못한다는 측면에서는 일정한 한계가 있을 수 있다.

필자는 종전의 복제 개념을 새로운 시대환경에 그대로 적용함에 있어 무리가 따르므로 복제 개념을 정비할 필요가 있다는 견해의 근거에 있는 문제의식에 충분히 공감한다. 복제 행위 자체는 특정 서비스를 제공하는 조직 내부적으로만 진행되고 복제물의 공중송신이나 배포가 수반되지 않은 결과 저작자에게 별 피해를 입히지 않는 상황을 상정할 때, 현행의 복제 개념을 고수할 경우 인공지능 기술로 인하여 우리가 누릴 수 있는 사회적 편익을 크게 놓칠 우려가 있어 보이기 때문이다.

그럼에도 불구하고, 저작물의 이용행위를 크게 저작물의 작성행위와 저작물의 전달 행위로 나누어 볼 때⁷²⁾, 저작물의 유·무형적 전달행위는 전달의 대상이 되는 공중을 전제로 하여 구성할 수밖에 없지만, 복제 행위로 대표되는 저작물의 작성행위는 전통적으로 가장 중요한 저작권의 권리 범위로 간주되어 왔다 하더라도⁷³⁾⁷⁴⁾ 자동적으로 공중을 전제한 개념은 아니었다는 점, 그리고 이러한 당초의 기본 구도가 그동안 저작권 국제질서에 고스란히 반영되어 국제 규범화되어 있다는 현실을 돌아보지 않을 수 없다.⁷⁵⁾ 복제의 개념에 공중의 수요 충족성이라는 요건을 삽입하는 등의 방법으로 복제의 개념 자체를 변화시킬 경우, 급격한 제도 변화가 불러 올 수 있는 충격의 강도를 생각하면 이 문제는 좀 더 심층적인 검토

72) 박성호, 「저작권법」 박영사 (2014), 309면. 여기에서는 저작물의 전달행위를 유체물의 점유의 이전을 수반하는 배포, 대여 등의 유형적 전달행위와, 유체물의 존재를 전제하지 않는 공연·공중송신 등의 무형적 전달행위, 유체물을 전제하지만 그 유체물의 점유를 이전하지 않고 전달하는 전시 등의 무형적 전달행위 등으로 나누어 검토하고 있다.

73) S. Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, Kuewer 369 (1987).

74) *Bobbs-Merill Co. v. Strauss*, U.S. 229, 347, 357 (1908). 이 미국연방대법원 판결의 인용 부분에서는, 저작권법의 가장 중요한 목적은 저작자가 저작물에 대한 복제물을 증가(multiplying copies)시킬 권리의 보장이라는 점을 실시하고 있다.

75) 복제권과 관련된 국제조약상 최초의 규정은 베른협약 제9조 제1항으로서, “이 협약이 보호하는 문학·예술저작물의 저작자는 어떠한 방법이나 방식으로, 이 저작물의 복제를 허락할 배타적 권리를 가진다”고 규정하면서 복제의 개념을 한정하지 않고 있으며, 같은 조 제2항에서 이른바 ‘3단계 테스트’를 통하여 복제권의 제한을 계약국이 도입할 수 있음을 규정하고 있다.

가 필요하리라고 사료된다. 복제 개념에 근본적인 수정을 가할 때 저작권 제도가 궁극적으로 지키고자 하는 합리적 범위의 저작자의 통제권이 위협받을 수 있는 상황이 생길 수 있지 않을까 하는 우려 또한 제기될 수 있기 때문이다.

이러한 점에 비추어 생각건대 복제 개념 자체의 정비는 전문가와 이해관계인의 의견 수렴에 의한 검토를 수반한 보다 장기의 과제로 남겨두되, 우선은 일본 저작권법의 입법례 혹은 유럽 국가의 입법례와 같이 저작권법상 명시적으로 대량 디지털화에 정확히 대응하는 별도의 저작권 제한규정의 도입을 고려할 수 있다.

4. 각 방안의 비교·검토

위에서 논의한 대로, 저작물의 대량 디지털화에는 공정이용의 법리로 대응하는 방안, 일시적 복제 규정을 적용하는 방안, 인공지능 구현을 위한 대량 디지털화에 대응되는 저작재산권 제한 규정의 도입 방안 등을 고려하여 볼 수 있겠다.

우선 공정이용의 법리를 대량 디지털화에도 적용될 수 있도록 폭 넓게 적용하는 방안과 관련하여 검토한다. 원래 공정이용의 법리는 개별 권리제한 규정을 적용하기 어려운 구체적인 사안에 대한 사례 중심의 해결을 목표로 한 것이고, 제정법(制定法)과 어깨를 나란히 하는 수준의 판례법이 고도로 발달한 영미법계를 중심으로 형성된 법리이다. 무엇보다도 법률은 어떤 행위가 적법하고 어떤 범위를 넘어서면 위법하게 되는지를 알 수 있는 예측기능을 수행하여야 하고, 이를 위해서는 저작물의 대량 디지털화와 같이 일정한 범주의 행위 허부 자체가 문제가 대두되는 상황이라면 큰 틀에서 어떤 유형의 행위가 허용되는지를 법률이 먼저 밝혀야 함이 바람직할 것이다. 이러한 측면에서 보면 공정이용의 법리는 특히 우리나라와 같이 제정법이 우선시되는 법률 체계에서는 다른 개별 제한규정과 관계에서 보충적인 성격이 강할 수밖에 없고, 이것만으로 저작물의 대량 디지털화에 따른 문제점을 풀어가는 데에는 일정한 한계가 있다.

한편 위에서 언급한 일시적 복제 규정은, “일시적”으로 인정되는 매우 한정된 범위의 복제에 대해서만 적용이 가능하고 본고에서 다루고 있는 저작물의 대량 디지털화의 국면에서는 그 적용이 한정적일 수밖에 없음을 이미 보았다.

따라서 인공지능 구현을 위한 대량 디지털화만을 정밀하게 겨냥한 저작재산권 제한 제도를 설계·운영하는 것이 좋지 않을까 한다. 복제 개념의 근본적인 수정이

필요하다는 의견의 취지를 어느 정도 살릴 수 있으면서도, 대량 디지털화와는 직접적인 관련이 없는 여러 이익의 균형을 해치지 않으면서 제도 개선의 목적은 상대적으로 간편하게 달성할 수 있는 방안이 될 수 있다고 본다.

즉 사적 복제 규정 등 기존의 저작권 면책에 해당하지 아니하며 공정이용의 해당성 여부는 쉽게 판단하기 어려워서 현행 법제도로서는 구체적인 사건이 있을 경우 그 법률적 귀결을 쉽사리 예상하지 못할 상황에서조차, 인공지능의 구현, 통계나 정보 해석 등을 목적으로 복제자 내부적으로 행해지는 복제는 허용하는 저작권제한 제한 규정을 명시적으로 두어 이러한 복제 행위에 해당하는 한도에서는 저작권 침해 책임을 면책시키는 방안이 필요하다.

정리하자면 본고에서는 저작물의 대량 디지털화에 관한 독자적인 면책 규정의 도입을 최선의 방안으로, 공정이용(fair use) 법리의 적용을 독자적 면책 규정을 활용할 수 없는 영역에 대비한 예비적인 대응 방안으로, 일시적 복제 규정의 적용은 법문에서 규정하고 있는 엄격한 요건이 충족될 경우에 비로소 적용을 검토해 볼 수 있는 최후의 예비적인 방안으로 꼽는다.

IV. 대량 디지털화 관련 면책 규정 도입에 있어서 고려할 점

이미 유럽 일부 국가 및 특히 일본 저작권법과 같이 면밀한 검토에 의하여 면책 범위를 부여하는 외국 법제가 상당히 나와 있는 상황에서 우리나라 법률에 대한 입법론을 개진하기란 조심스러운 측면이 있다. 그러나 정보기술과 같은 지식 정보와 함께 시민들의 다양한 창작과 창의를 발현에 의하여 발전해 나가야 할 우리나라로서는 미래의 정보 흐름을 좌우할 대량 디지털화와 관련된 법제도 정비를 피해 나가기 어려울 것으로 믿기에, 대량 디지털화에 관한 면책규정을 도입하면서 적어도 다음과 같은 고려가 필요하다고 보고 이를 제안한다.

1. 영리적 목적의 허용 여부

유럽연합 정보사회 지침 제5조 제3항(a)에서 정한 비영리 목적이라는 목적 범위의 한정에 의하여 법률에 개별적 권리제한 규정으로서 텍스트/데이터 마이닝

규정을 두고 있는 유럽의 영국이나 프랑스의 경우에는 영리 목적의 텍스트/데이터 마이닝은 배제한 바 있음은 앞에서 보았다. 반면 일본 저작권법에서는 이용의 목적에 관한 특별한 한정이 없으므로, 영리 목적의 이용도 허용되는 것으로 볼 수 있다.

우리나라에서 대량 디지털화를 허용하는 면책 규정을 염두에 둔 국내의 기존 견해에서는 저작권 침해 책임이 면책되는 이용의 범위를 비영리 목적으로 한정하자고 제안한 바 있다.⁷⁶⁾

생각건대, 거의 모든 기업의 전반적인 활동이 영리적인 성격으로 간주될 수 있는 상황에서 외부에 저작물이 전혀 노출되지 않고 복제 이후 저작물의 후속적 이용이 예정되어 있지 않은 채 조직 내부적으로만 행해지는 복제에서는 영리적 목적의 복제와 비영리적 목적의 복제 간 구분이 상대적으로 중요하여 보이지 않는다는 점, 대량 디지털화에 관한 면책규정이 별도로 존재하지 않는다면 관련 분쟁의 발생할 경우 적용 여부가 다투어질 가능성이 높은 우리 저작권법 제35조의3 공정이용 규정은 2016. 3. 22.자 법 개정을 통하여 보도, 비평, 교육, 연구 등 비영리 목적으로 간주될 수 있는 목적 요건을 삭제하면서 “공정이용 조항은 다양한 분야에서 저작물 이용행위를 활성화함으로써 문화 및 관련 산업을 발전시키는 중요 목적을 수행하여야 할 것이나, 그 목적 및 고려 사항이 제한적이어서 목적 달성에 어려움이 있는 바 이를 정비할 필요가 있”다는 것을 개정 이유로 들었는데 이는 저작물의 대량 디지털화와 관련된 권리제한 규정에서도 그대로 유효한 설명이 될 것으로 보이는 점 등을 감안할 때, 이용의 목적을 비상업적 목적으로만 한정하는 것은 모처럼 권리제한 규정을 도입하는 의미를 크게 반감시키는 것으로 사료된다.

컴퓨터를 통한 특정 복제만 이루어지고 후속적인 이용이 배제되는 한정적인 상황이라면 영리 목적의 복제를 허용하더라도 저작자의 통상적인 이용 방법과 충돌하지 않고 정당한 이익을 부당하게 해치지 않을 것으로 보이므로, 저작권 침해 책임이 면책되는 이용의 목적을 비영리적, 영리적 목적을 불문하고 인정하는 방안이 바람직하다고 본다.

76) 김병일 외 2인, 앞의 논문, 58면.

2. 대량 디지털화의 면책 요건 도출

최소한 컴퓨터를 통한 정보처리나 정보해석을 주된 목적으로 하고, 최소한 복제물을 사람이 감상할 수 있도록 허용하여서는 아니 될 것이다. 저작권 제한 규정의 한계를 후속적인 이용을 전제하지 않는 복제행위에서 더 나아가 복제물을 저작권법상의 이용행위에는 이르지 않더라도 사람이 향유할 수 없도록 하는 이유는, 만약 이렇게 하지 않는다면 현행 법률로서는 저작권법 제30조 소정의 사적 복제 규정으로도 허용되지 않는 복제가 대량 디지털화 관련 권리제한에 의하여 추가 허용될 수도 있기 때문이다. 개인이나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서의 복제는 사적 복제로 허용되지만 사업장이나 회사에서의 복제는 이에 의하여도 허용되지 않는데, 기업에서 작성된 복제물을 사람이 감상할 수 있도록 허용한다면 그간 정교한 이익 교량에 의하여 정해진 사적 복제의 허용 범위가 무질서하게 될 우려가 크다.

일본 저작권법 제30조의4 규정은 이러한 점을 잘 포착하고 있다고 보인다. 다만 구체적인 시안을 도출하기 위해서는 외국 입법례를 참고하고 각계 의견을 수렴하는 등 좀 더 면밀한 검토가 필요하다.

3. 현시를 권리 제한규정으로 허용할 것인지 여부

앞에서 분류한 대량 디지털화의 양태와 관련하여, ③정보의 일부를 현시하는 양태를 포함하는 대량 디지털화, 즉 검색 결과인 시각적 저작물을 작은 크기로 보여주는 썸네일 이미지(thumbnail image)나 어문저작물의 일부를 보여주는 짧은 문구(snippet)의 제시 등에 대해서는 독자적인 면책 규정을 도입하는 것이 적절하지 않다고 본다.⁷⁷⁾ 무엇보다도 정보의 일부를 보여주는 행위란, 저작물의 일부에 불과하다고 하더라도 양적 잣대로는 측정이 어려운 표현의 핵심에 해당할 수도 있다. 그럼에도 불구하고 저작물의 (일부)현시를 인정하는 권리제한규정을 두는 것은 구체적인 사안에 따라서는 권리제한의 범위가 너무 넓어져 저작권자의 실질

77) 대량 디지털화 중에서도 정보의 검색과 정보의 일부 전송에 대해서는 다른 이용 양태와 구분하여 달리 취급하여야 한다는 견해로는 R. Picker, *After Google Book Search: Rebooting the Digital Library*, 559 University of Chicago Law & Economics 7-8 (2011).

적 이익을 침해할 우려가 있다.

또한 정보의 일부를 현시하는 행위란 실제로는 매우 다양할 것인데,⁷⁸⁾ 이 중 면책이 되는 범위와 면책을 줄 수 없는 범위를 나눌 수 있는 법문상의 일률적인 기준을 사전적으로 마련해 내기란 매우 어려울 것으로 사료된다. 이러한 영역에 있어서는 개별적 제한규정이 아니라 법원이 저작권법 제35조의3 소정의 공정이용의 성립 여부를 개별적으로 판단하는 사안 중심의 접근법이 더 적절할 것으로 생각한다.⁷⁹⁾

4. 기타 검토 사항

첫째, 저작물에 대한 대량 디지털화는 저작물이 공개되었거나 정당한 권한에 의하여 접근할 수 있는 경우에만 허용되어야 할 것으로 사료된다. 이 점은 접근 권한을 통제하는 방식의 상업적 데이터베이스의 경제적 이익의 보호를 위해서도 필요하다.

둘째, 새로운 저작권 제한 규정의 도입으로 정당한 범위에서 디지털화를 하기

78) 썸네일 이미지나 어문 저작물의 짧은 문구(snippet)처럼 타인의 저작물임을 명확히 알 수 있는 경우도 있지만, 인공지능 결과물 중 기존 저작물 중 법적 보호를 받는 표현이 은연 중에 드러나는 경우도 생각해 볼 수 있다. 기존에 축적한 정보의 일부가 현시되지만 명시적인 목적이 표방된 적이 없으면서 기존 정보를 토대로 새로운 정보를 창출하기 위한 대량 디지털화에서 나타나기 쉬운 현상이라는 점에서 1. 3.에서 분류한 ②의 대량 디지털화에서 발생할 수 있는 경우라고 하겠다. 기존 국내 사례 중에는 인공지능 결과물은 아니지만, 타인의 구름 이미지의 일부를 사용하여 결과적으로 저작권 침해로 판단된 사례가 이에 가까워 보인다. 의정부지방법원 고양지원 2012. 7. 4. 선고 2009가합6813판결(서울고등법원 2013. 1. 24. 선고 2012나66121판결, 대법원 2015. 3. 26. 선고 2013다29264판결). 이러한 문제에 대해서는 결국 저작권 침해의 일반 법리로 해결하여야 할 것이다.

79) 미국 판례법에서는 이러한 영역의 이용행위에 관하여 공정이용 법리에 입각하여 해결을 하는 것을 참고할 수 있겠다. 이와 같은 본고의 의견과는 달리, 일본 저작권법 제47조의5 제2항은 위 II.3.에서 설명한 것처럼 권리제한에 의하여 저작물의 현시를 허용하고 있다. 그러나 일본 저작권법은 하위법령(정령)에 의한 서비스 행위 가능의 기준을 예정하고 있어 법 규범이 매우 복잡해질 것으로 예상된다. 이렇게 되면 현시와 관련된 복잡한 법리가 별도로 쌓이게 되기 쉬운데, 우리나라에서는 이보다는 공정이용 법리의 일반적인 발전을 기대하는 것이 더 좋지 않을까 하는 생각이다.

위한 목적으로만 저작물 등에 채택된 기술조치를 회피하는 것은 기술조치 무력화로 인한 별도의 책임을 지지 않도록 기술조치 관련 규정이 아울러 정비될 필요가 있다.

셋째, 위에서 언급한 여러 고려 요소들은 상호 연결되어 있거나 서로 영향을 줄 수 있다는 점이다. 예를 들면 본고에서는 개별 제한 규정으로는 허용하지 않는 것으로 제안한 저작물의 (일부)현시를 만약 허용하는 경우, 허용되는 이용 범위나 이용 목적을 축소하는 등의 세밀한 조정이 따라야 할 것이다.

이렇게 하여 도입되는 대량 디지털화 관련 저작권 제한 규정은, 저작권 국제조약의 3단계 테스트를 통과할 수 있도록 입안되어야 한다. 즉, ①권리 제한은 어떤 특별한 경우에 한정되어야 하고, ②저작물의 통상적인 이용과 충돌하지 아니하여야 하고, ③저작자의 합법적인 이익을 부당하게 해쳐서는 안 된다는 것이다.⁸⁰⁾

이 밖에 권리자를 찾기 어려운 고아 저작물(orphan works) 등에 대한 대량 디지털화 문제 등 본고에서 다루지 못한 이슈가 더 남아 있으나 추후의 연구 과제로 미룬다.

V. 결론

본고에서는 저작물의 대량 디지털화에 대응한 저작권법의 대응 필요성과 전반적인 대응 방향 설정, 즉 권리제한 규정의 필요성을 보이는 데 주력하고 권리제한 규정의 대체적인 윤곽을 그려 보았다. 이상에서, 인공지능 관련 기술이 저작물의 대량 디지털화를 필요로 하고 있다는 배경 설명을 하고, 저작권의 사전 허락 원칙과 저작물의 대량 디지털화 사이에는 일정한 긴장 관계가 있음을 논하고, 저작물 대량 디지털화의 구체적인 양태와 가치를 살펴보았다(I). 다음으로 대량 디지털화에 대한 기존 논의를 여러 국가의 관련 판례나 논의 동향, 그리고 법의 개정 내용 등을 중심으로 파악해 본 후(II), 현행 법률의 적용과 향후 저작권 제도의 개선이나 변경을 통하여 가능한 대응방안을 모색하여 보았다. 여기에는 일시적 복제 규정 및 공정이용(fair use) 규정이라든지, 저작물의 대량 디지털화에 고

80) 베른협약 제9조 제2항. 트립스(TRIS)협정 제13조.

유하게 대응되는 별도의 저작권 제한 규정, 이른바 텍스트/데이터 마이닝(Text Data Mining) 예외의 신설 등이 포함된다. 각 방안의 비교를 통하여 별도의 권리 제한 규정이 필요함을 논하였다(Ⅲ). 이어 별도의 권리제한 규정을 도입할 경우 고려할 점을, 이용의 목적과 관련하여 영리적 목적의 허용 여부, 대량 디지털화의 면책 요건 도출, 현시를 허용할 것인지 여부 등으로 나누어 논하였다(Ⅳ).

여러 선진국들이 관련 법률의 정비를 서두르고 있는 가운데, 저작물의 대량 디지털화에 의하여 누릴 수 있는 다대한 편익을 놓치지 않으려면 우리도 신속한 입법적 검토를 할 필요가 있다고 본다.

(논문투고일 : 2019.03.08, 심사개시일 : 2019.03.09, 게재확정일 : 2019.03.20)



▶ 신 창 환

인공지능, 대량 디지털화, 텍스트/데이터 마이닝,
일시적 복제, 공정이용

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 마틴 포드(이창희 번역), 「로봇의 부상」 세종서적 (2016).
M. Borghi & S. Karapapa, Copyright and Mass Digitization, Oxford (2013).

II. 논문

- 김병일/신현철/안창원, “빅데이터 분석과 데이터 마이닝을 위한 저작권 제한”, 「계간 저작권」 제117호 (2017).
노현숙, “고아저작물 이용활성화 방안으로서의 확대된 집중관리제도에 관한 고찰”, 「계간 저작권」 제103호 (2013).
박준우, “실질적 유사성과 공정이용법리의 공통기원(共通起源), 그리고 ‘규범적 복제’의 정의”, 「계간 저작권」 제114호 (2016).
이지호, “빅데이터의 데이터마이닝과 저작권법상 일시적 복제”, 「지식재산연구」 제8권 제4호 (2013).
이진태, “빅데이터 활성화와 저작권 문제” 「계간 저작권」 제102호 (2013).
A. Drassinower, Copyright is Not About Copying, 125 Harvard L. Rev. 108 (2012).
P. Geller, Beyond the Copyright Crisis: Principles for Change, 55 Journal of the Copyright Soc’y USA. 165 (2008).
R. Picker, After Google Book Search: Rebooting the Digital Library, 559 University of Chicago Law & Economics (2011).
P. Samuelson, Allocating Ownership Rights in Computer-Generated Works, 47 Berkeley L. Rev. 1185 (1985).
A. Turing, Computing Machinery and Intelligence, Mind 49, 433 (1950).
US Copyright Office, Legal Issues in Mass Digitization: A Prelimin

ary Analysis and Discussion Document (Oct. 2011).
US Copyright Office, Orphan Works and Mass Digitization (June 2015).

III. 인터넷 사이트

구텐베르크 프로젝트: <https://www.gutenberg.org/>

I. Hargreaves, Digital Opportunity - A Review of Intellectual Property and Growth <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/32563/ipreview-finalreport.pdf>

Future TDM, Deliverable D3.3+, Baseline Report of Policies and Barriers of TDM in Europe <https://project.futuretdm.eu/wp-content/uploads/2017/05/FutureTDM_D3.3-Baseline-Report-of-Policies-and-Barriers-of-TDM-in-Europe.pdf>

Policy Department for Citizen's Rights and Constitutional Affairs of EU, The Exception for Text and Data Mining (TDM) in the Proposed Directive on Copyright in the Digital Single Market - Legal Aspects, (Feb. 2018), p. 9.

<[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2018/604941/IPOL_IDA\(2018\)604941_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2018/604941/IPOL_IDA(2018)604941_EN.pdf)>

일본 문화청의 저작권법 일부 개정법률안 설명자료(2018. 3. 19.자) <https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/tyousakai/kensho_hyoka_kikaku/2018/contents/dai4/siryou6.pdf>

文化審議会著作権分科会, 「文化審議会著作権分科会報告書」(平成29年4月). <http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/pdf/h2904_shingi_hokokusho.pdf>

Abstract

Mass Digitization of Copyrighted Works in the Era of Artificial Intelligence (AI)

Shin, Chang–Hwan

In copyright system, ex ante permission should be secured to exploit a copyrighted work. Any use of copyrighted work without prior permission shall constitute a copyright infringement, if there is no justification of that use such as a limitation and exception to copyright. When it comes to the mass digitization of works, it is extremely difficult or even impossible to get prior permission to use from copyright holder due to high transaction cost. Thus, as long as the current copyright regime persists, there will be a certain tension between copyright system and mass digitization.

Here, this article studies the viable solutions considering court precedents and laws of some countries to solve this matter. This includes temporary copying, fair use doctrine and specific exceptions on Text/Data Mining (TDM). However, mass digitization cannot easily meet the requirements of temporary copying exception and fair use doctrine seems to be unpredictable in terms of application. Therefore it is needed to introduce new copyright exception, i.e, Text/Data Mining (TDM). We need to address existing laws without hesitation, if we can enjoy the massive benefit of mass digitization of works.



▶ **Shin, Chang-Hwan**

Artificial Intelligence (AI), Mass Digitization, Text/Data Mining,
Temporary Copying, Fair Use

상표부등록사유와 표현의 자유*

송 선 미**

【목 차】

I. 서론	
II. 상표부등록사유	V. Matal v. Tam 사례
1. 상표의 보호	1. 사건의 개요
2. 비방금지조항	2. 연방대법원 판결
III. 표현의 자유	3. 검토
1. 의의	V. 결론
2. 상표와 상업적 표현	
3. 상표와 정부 언론	

【국 문 요 약】

상표법 제34조 제1항 제2호는 국가·인종·민족·공공단체·종교 또는 저명한 고인의 관계를 거짓으로 표현하거나 이들을 비방 또는 모욕하거나 이들에 대한 평판을 나쁘게 할 우려가 있는 상표는 식별력이 있다고 하더라도 상표 등록을 받을 수 없다고 규정하고 있다. 이는 국가, 인종 등에 대한 권위와 존엄을 인정하여 국제적인 신의를 보호하고 저명한 고인의 명예나 인격을 보호하기 위한 것이다. 2017년 6월 19일 ‘Matal v. Tam’ 판결에서 미국 연방대법원은 비방이나 모욕의 의미를 가지는 언어에 대한 상표 등록을 거절하는 규정이 수정 헌법 제1조에서 보호하는 표현의 자유를 침해한다는 결정을 내렸다. 미국 연방대법원은 이 규정

* 이 논문은 2017년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2017S1A5B5A07064793).

** 아주대학교 강사, 법학박사

이 관점차별에 해당한다고 보아 엄격한 심사기준을 적용하여 위헌결정을 내렸다. 이 판결은 상표는 상업적 표현에 해당하기 때문에 완화된 심사를 해야 한다는 점 그리고 상표는 등록이 거절되어도 자유롭게 사용할 수 있다는 점을 고려하지 않았다는 비판을 받고 있다. 미국 연방대법원이 ‘Matal v. Tam’ 판결에서 내린 판단은 우리가 참고하고 따라야 할 선례는 아니라고 생각한다. 비방금지조항에 대한 표현의 자유 침해 여부가 우리 헌법재판소에서 다뤄어진다면 합헌적 조항으로 판단하는 것이 타당하다고 본다.

I. 서론

상표는 상품이나 서비스의 출처를 표시하는 표지로 소비자들에게 상품이나 서비스에 대한 정보를 제공하고 상거래의 공정한 경쟁을 확보해주는 수단이다. 상표의 본질적 기능은 자타 상품을 구분하고 출처를 표시하는 것이지만 상표 사용자들은 일정한 메시지를 담아내기 위한 도구로 자신의 상표를 사용하기도 한다. 상표는 간접하지만 메시지를 전달하는 강력한 힘을 가지고 있기 때문이다.¹⁾

상표 사용자는 자신이 선택한 상표를 자유롭게 사용할 수 있지만 상표법상의 보호 여부는 별개의 문제이다. 우리 상표법은 상표권의 효력발생에 관하여 등록주의를 채택하고 있기 때문에 특허청에 상표 등록을 해야만 상표법의 보호를 주장할 수 있다. 상표법 제34조는 상표부등록사유를 규정하고 있는데 이 조항에 해당하는 상표는 식별력이 있어도 상표 등록이 불가능하다. 상표부등록사유는 공공의 이익과 상표권자의 이익을 보호하기 위한 규정이다. 이 중 제2호는 국가·인종·민족·공공단체·종교 또는 저명한 고인(故人)과의 관계를 거짓으로 표시하거나 이들을 비방 또는 모욕하거나 이들에 대한 평판을 나쁘게 할 우려가 있는 상표는 등록을 거절할 수 있다고 규정하고 있다.

2017년 6월 19일 미국 연방대법원은 “더 슬랜츠(The Slants)”라는 상표의 등록을 거절한 연방상표법 제2(a)조에 대하여 위헌결정을 내렸다.²⁾ 이 판결에서 미국 연방대법원은 우리 상표법 제34조 제1항 제2호에 해당하는 미국 연방상표법 제

1) Matal v. Tam, 137 S. Ct. 1744 (2017).

2) *Id.*

2(a)조가 특정 인종에 대한 비방 또는 모욕의 의미를 가지는 상표의 등록을 거절하는 것은 수정 헌법 제1조의 표현의 자유를 침해하는 행위라고 판단하였다. 이후 미국은 상표심사기준을 개정하여 비방 또는 모욕의 의미를 가지는 상표의 등록이 가능하도록 하였다.³⁾ 본 논문에서는 이 판결에 대한 비판적 검토를 통해 동일한 문제가 우리 헌법재판소에서 다루어진다면 어떻게 판단해야 할지를 논의해 보고자 한다.

II. 상표부등록사유

1. 상표의 보호

가. 헌법적 근거

상표권은 헌법에 보호 근거를 두고 있는 지식재산권이다. 상표법 제1조는 상표를 보호함으로써 상표 사용자의 업무상의 신용유지를 도모하여 산업 발전에 이바지함과 아울러 수요자의 이익을 보호함을 목적으로 한다고 규정하고 있다. 특허권과 저작권 보호에 대한 헌법적 정당성은 헌법 제22조의 학문과 예술의 자유에서 그 근거를 찾을 수 있다. 상표권의 보호 목적은 출처 혼동을 방지하고 공정한 경쟁 질서를 도모하며 동시에 상표 사용자의 노력과 투자의 결과로 형성된 신용과 명성을 보호하기 위한 것이다. 따라서 상표권의 인정에 대한 헌법적 근거는 헌법 제119조와 제124조와 같은 경제 조항에서 찾을 수 있다. 헌법 제119조는 대

3) TEMP 1203.03(b) Until June 19, 2017, the USPTO examined applications pursuant to the provision in Section 2(a) of the Trademark Act, 15 U.S.C. §1052(a), that prohibits the registration of a mark that consists of or comprises matter that may disparage, or bring into contempt or disrepute, person institutions, beliefs, or national symbols. However, the Supreme Court held that is provision of §2(a) unconstitutional under the Free Speech Clause of the First Amendment in *Matal v. Tam*, 582 U.S. (2017). Accordingly, that a mark may “disparage ... or bring ... into contempt, or disrepute” is no longer a valid ground on which to refuse registration or to cancel a registration.

한민국의 경제 질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다고 규정하고 있고 제124조는 건전한 소비 행위를 계도하고 생산품의 품질 향상을 촉구하기 위한 소비자 보호운동을 법률이 정하는 바에 의하여 보장한다고 규정하고 있다. 따라서 상표법이 추구하는 출처혼동의 방지를 통한 수요자 이익 보호와 상표 사용자의 신용과 명성의 보호는 경제 질서에 관한 규정에서 그 근거와 범위 및 한계를 찾아보아야 할 것이다. 그러므로 상표법 규정은 경제 활동의 주체로서의 상표 사용자를 보호하고 경제상의 자유와 창의를 존중하며 건전한 소비행위 및 품질 향상에 기여한다고 하는 헌법상 경제 질서에 부합되는 방향으로 해석되어야 할 것이다.⁴⁾

나. 상표법상의 보호 요건

상표가 상표법상 보호를 받기 위해서는 상표법 제2조 제1항 제2호에⁵⁾ 따라 상표법상의 표장에 해당해야 하고 제33조에 의해 식별력을 갖추어야 하며 제34조 각 호에 규정된 상표부등록사유에 해당하지 않아야 한다. 이러한 요건을 갖추게 되면 상표등록이 가능하고 비로소 상표권이 발생하게 된다⁶⁾. 그러나 상표를 등록하지 않아도 상표 사용자는 자유롭게 자신의 상표를 원하는 상품이나 서비스에 사용할 수 있고 나아가 상표가 저명성을 갖추게 되면 등록 없이도 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 '부정경쟁방지법')에 의한 보호가 인정된다.⁷⁾ 미국의 경우 등록주의와 사용주의를 함께 운용하고 있어서 상표가 각 주(州)에서 보호를 받기 위해서는 상표 사용 행위만으로도 상표권을 주장할 수 있지만 미국 전역에 걸쳐 상표권을 주장하기 위해서는 연방상표법에 따라 특허상표청에 상표를 등록해야 한다.

등록상표에 요구되는 제33조의 요건은 보통명칭으로만 구성된 상표, 기술적 상표 등 식별력이 없는 상표는 자타상품의 구별 능력이 없어서 출처표시로 기능할

4) 정상조, 『상표법 주해 I』, 박영사, 2018, 10-11면.

5) 2. "표장"이란 기호, 문자, 도형, 소리, 냄새, 입체적 형상, 홀로그램·동작 또는 색채 등으로서 그 구성이나 표현방식에 상관없이 상품의 출처(出處)를 나타내기 위하여 사용하는 모든 표시를 말한다.

6) 상표법 제82조 ① 상표권은 설정등록에 의해 발생한다.

7) 부정경쟁방지법 제2조는 저명한 상표에 대한 상품주체혼동행위(제2조 가목), 영업주체혼동행위(나목), 희석화(다목)를 금지하는 규정을 두고 있다.

수 없기 때문이고 제34조는 공공의 이익, 선상표권자, 선사용자, 소비자의 이익을 보호하기 위해서 규정되었다. 이 중 제2호는 국가·인종·민족·공공단체·종교 또는 저명한 고인과의 관계를 거짓으로 표시하거나 이들을 비방 또는 모욕하거나 이들에 대한 평판을 나쁘게 할 우려가 있는 상표(이하 ‘비방금지조항’)의 등록을 거절하고 있고 제4호는 상표 그 자체 또는 상표가 상품에 사용되는 경우 수요자에게 주는 의미와 내용 등이 일반인의 통상적인 도덕관념인 선량한 풍속에 어긋나는 등 공공의 질서를 해칠 우려가 있는 상표(이하 ‘공서양속조항’)의 등록을 거절하고 있다. 따라서 식별력을 갖추고 있는 상표라고 하더라도 비방금지조항이나 공서양속조항이 적용되는 경우에는 상표등록이 거절된다.

우리 상표법의 비방금지조항과 공서양속조항의 내용을 함께 규정하고 있는 미국 연방상표법 제2(a)조가 수정 헌법 제1조에서 보호하고 있는 표현의 자유를 침해하는지의 여부가 미국 연방대법원에서 다투어지고 있다. 비방·모욕 상표의 등록금지 부분에 대해서는 ‘Matal v. Tam’ 사건에서 위헌결정을 내렸고 공서양속조항에 해당하는 부도덕한 의미를 가지는 상표의 등록금지 조항의 위헌 여부에 대해서는 연방대법원에 상고중이다.⁸⁾

2. 비방금지조항

가. 의의

상표법 제34조 제1항 제2호의 비방금지조항은 국가, 인종 등에 대한 권위와 존엄을 인정하여 국제적인 신의를 보호하고 저명한 고인의 명예나 인격을 보호하기 위한 규정이다.⁹⁾ 이 조항은 파리조약 제6조의5(B)(iii)조를 근거로 하고 있는데 도덕 또는 공중질서에 반하는 상표는 등록이 거절되거나 무효가 된다고 규정하고 있다.¹⁰⁾ 파리조약에 가입한 세계 74개국 이 공서양속위반이나 도덕적인 이유로 상

8) In re Brunetti, 877 F.3d 1330 (Fed. Cir. Dec. 15, 2017): 이 사건에서는 성적 욕설의 의미를 가지고 있는 ‘fuck’ 이라는 단어와 발음과 철자의 구성이 거의 동일한 “FUCT” 상표의 등록거절이 문제가 되었다.

9) 특허법원 지적재산소송실무연구회, 『지적재산소송실무』 제3판, 박영사, 2014, 556면.

10) 원문은 다음과 같다.

Article 6 quinquies

표등록을 거절할 수 있다는 규정을 두고 있다.¹¹⁾

미국 연방상표법 제2(a)조는 부도덕적, 기만적, 추문과 관련된 의미를 가지거나 특정인(생사여부에 상관없이), 단체, 신념, 국가적 상징 등에 대한 비방의 의미를 가지거나 이들과의 관계를 오인하게 하거나 모욕하거나 평판을 나쁘게 할 우려가 있는 의미로 구성된 상표는 상표등록이 불가능하다고 규정하고 있다.¹²⁾ 국가는 이와 같은 의미를 가지고 있는 상표의 사용을 선호하거나 승인해서는 안 되고 이러한 상표를 보호하기 위해서 자원을 낭비해서는 아니 되며 이러한 상표로 인해 불쾌감을 느끼는 사람들을 보호해야 하는 공공의 이익이 존재하기 때문이다.¹³⁾

유럽연합상표규정(Regulation of 2017/1001) 제7(1)(f)조는 공공 정책 또는 도덕

Marks: Protection of Marks Registered in One Country of the Union in the Other Countries of the Union

B. Trademarks covered by this Article may be neither denied registration nor invalidated except in the following cases:

(iii) when they are contrary to morality or public order and, in particular, of such a nature as to deceive the public. It is understood that a mark may not be considered contrary to public order for the sole reason that it does not conform to a provision of the legislation on marks, except if such provision itself relates to public order.

11) Lisa Ramsey, *A Free Speech Right to Trademark Protection?*, 106 Trade mark Rep. 797, 797 (2016).

12) 원문은 다음과 같다.

§1052 Trademarks registrable on principal register; concurrent registration

No trademark by which the goods of the applicant may be distinguished from the goods of others shall be refused registration on the principal register on account of its nature unless it—

(a) Consists of or comprises immoral, deceptive, or scandalous matter; or matter which may disparage or falsely suggest a connection with persons, living or dead, institutions, beliefs, or national symbols, or bring them into contempt, or disrepute; or a geographical indication which, when used on or in connection with wines or spirits, identifies a place other than the origin of the goods and is first used on or in connection with wines or spirits by the applicant on or after one year after the date on which the WTO Agreement (as defined in section 3501(9) of title 19) enters into force with respect to the United States.

13) Mark Conrad, *Matal v. Tam A Victory for the Slants, A Touchdown for Redskins, But an Ambiguous Journey for the First Amendment and Trade mark Law*, 36 Cardozo Arts and Ent. L. J., 83, 91-92, (2018).

에 반하는 상표는 등록될 수 없다고 규정하고 있다.¹⁴⁾

미국 연방대법원의 위헌결정으로 연방상표법 제2(a)조의 규정 중에서 비방 또는 모욕의 의미가 있는 상표에 대한 등록거절은 효력을 상실하였다. 그러나 아직까지 공서양속 조항으로서는 효력이 인정되고 있고 ‘Matal v. Tam’ 판결에 대한 비판적 검토를 위해서 미국 연방상표법 규정도 유럽연합상표규정과 함께 비방금지조항에 대한 외국의 입법례로 살펴보도록 한다.

나. 판단 기준

특허청의 상표심사기준에 따르면 상표가 비방금지조항에 해당하는지는 국가·인종·민족·공공단체·종교의 신도 그리고 고인의 유족의 입장과 감정을 충분히 고려해야 하고 이 요건의 충족여부는 상표등록여부결정시를 기준으로 한다.¹⁵⁾ 해당 국가나 단체 등으로부터 사용에 대한 허락을 받더라도 상표등록이 불가능하다.¹⁶⁾ ‘비방’의 의미는 욕되게 하는 것을 말하며, ‘모욕’은 허위의 사실이든 진실한 사실이든 국가·민족·공공단체·종교 단체를 나쁘게 평가하여 욕되게 하는 것을 말한다.¹⁷⁾ 비방, 모욕 또는 평판을 나쁘게 할 우려가 있는지에 대한 판단은 출원인의 주관적 의도와는 상관없이 해당 상표를 사용하게 되면 그러한 결과가 발생할 우려가 있다는 것만으로 충분하다. 그리고 상표의 구성 자체 또는 지정상품과의 관계를 고려하여 현저히 부정적인 영향을 주거나 줄 우려가 있는 경우에도 비방금지조항에 해당하는 상표로 본다.¹⁸⁾ 특허청 상표심사기준은 양키, 로스케(러시아인에 대한 비하의 의미), Nigger, Nigro 등을 비방금지조항의 예로 설명하고 있다.¹⁹⁾ ‘Matal v. Tam’ 판결에 의해 비방금지조항의 위헌결정이 있기 전 미국의 상표심사기준에 따르면 상표가 비방 또는 모욕의 의미를 가지고 있는지에 대한 판단

14) 원문은 다음과 같다.

Article 7 Absolute grounds for refusal

The following shall not be registered:

(f) trade marks which are contrary to public policy or to accepted principles or morality

15) 상표심사기준(개정 2018. 12. 14. 특허청 예규 제106호) 제5부 제2장 4.

16) 문삼섭, 『상표법』, 세창출판사, 2002, 272면.

17) 송영식·황중환·김원오 공저, 『상표법』, 한빛지적소유권센터, 1994, 315면.

18) 상표심사기준 제5부 제2장 1.2.

19) 상표심사기준 제5부 제2장 1.2.1.

은 두 단계의 심사를 거쳐서 결정된다고 보았다.²⁰⁾ 먼저 문제가 되는 언어의 단순한 사전적인 의미뿐만 아니라 상표 속에서 다른 구성 요소들과의 관계, 상품이나 서비스의 본질 그리고 상품이나 서비스와 관련해서 시장에서 상표가 사용되는 방법들을 고려하여 그 의미를 판단한다.²¹⁾ 그 의미가 특정한 개인, 단체 신념 또는 국가의 상징을 언급하는 것으로 판단되면 심사관은 두 번째 단계를 거치게 되는데 그 의미가 언급된 그룹의 상당한 구성원에 대한 비방을 의미하는 지를 판단하는 것이다.²²⁾ 대다수는 아닐지라도 상당한 수에 해당하는 구성원이 상표를 비방의 의미로 인식한다면 비방상표에 해당하는 것으로 판단한다. 상표가 비방의 의미가 없다는 것에 대한 입증책임은 출원인이 부담하는데 출원인이 그 단체의 일원이라거나 좋은 의도를 가지고 그 단어를 사용했다는 사실만으로는 언급된 단체의 상당수의 구성원이 불쾌해할 것이라는 사실을 상쇄시키지 않는다고 설명하고 있었다.²³⁾

유럽지식재산청의 항소위원회는 상표가 비방금지조항에 해당하는지는 상표출원인의 상표 사용 의도와 목적에 상관없이 상표 그 자체에 대한 객관적인 분석을 통해 판단해야 한다고 설명하고 있다.²⁴⁾ 상표가 도덕적 또는 사회적 감정을 파괴하는지는 객관적 판단의 대상이고 상표가 상업적으로 사용할 수 있는지의 여부는 고려 대상이 아니라고 보았다.²⁵⁾ 이데올로기적 또는 역사적으로 불쾌한 상표는 정치적인 맥락에서 사용되지 않는 경우에도 금지된다.²⁶⁾ 단어가 여러 가지 의미로 사용되고 있고 그 중에 하나가 공공 정책이나 사회질서위반의 의미를 담고 있다면 그 부분을 고려해야 한다고 보았다.²⁷⁾ 단순히 출처를 표시하는 것인지 견해를 포함하는 것인지를 판단해야 하고²⁸⁾ 상표가 사용되는 상품이나 서비스가 일반적으로 사용되면서 접하게 되는 상황도 고려해야 한다.²⁹⁾

20) Trademark Manual of Examining Procedure §1203.03(b)(i) (Apr. 2017).

21) *Id.*

22) *Id.*

23) In re Tam No. 85472044, 2013 WL 5498164 (TTAB Sept. 26, 2013).

24) Geiger Christophe·Leonardo Pontes, *Trade Mark Registration, Public Policy, Morality and Fundamental Rights*, Center for International Intellectual Property Studies Research Paper 2017-1, 8.

25) *Id.*

26) *Id.*

27) *Id.*

28) *Id.* at 9.

29) *Id.* at 10.

상표의 비방금지조항 해당 여부 판단에 대한 우리나라, 미국, 유럽연합의 공통 점은 상표가 가지고 있는 객관적인 의미를 우선적으로 고려하고 다음은 상표가 사용되는 상품이나 서비스와의 관계를 고려한다는 것이다. 상표 출원인의 주관적인 상표 사용 의사와 상관없이 상표를 접하는 일반 공중의 관점에서 객관적으로 판단한다.

다. 구체적 판단

우리나라의 경우 흑인 도형의 밑에 “DARKIE”를 횡서하고 한자로 黑人을 병기한 상표를 지정상품을 치약, 화장비누, 가루비누, 샴푸 등으로 출원한 상표에 대해서 “DARKIE”는 흑인을 경멸하는 의미를 지니는 영문자 Darky와 발음이 동일하여 같은 의미로 인식될 수 있고 한자인 黑人은 그 의미가 검둥이, 털과 피부가 검은 사람, 흑색인종에 속하는 사람으로서 흑인인종을 비방, 모욕, 악평을 받게 할 염려가 있다고 보아 상표등록을 거절한 사례가 있다.³⁰⁾

미국의 경우 인디안 원주민의 옆모습과 도형의 위에는 “WASHINGTON”이라는 단어를 도형의 아래에는 “REDSKIN”이라는 문구로 구성하고 지정서비스를 엔터테인먼트 서비스, 미식축구경기 등으로 출원한 서비스표에 대해 아메리카 원주민에 대한 비방, 모욕의 우려가 있다고 보았고 지정상품을 의류로 한 “The Christian Prostitute”라는 상표는 그리스도교 및 교인들에 대한 비방, 모욕의 우려가 있는 것으로 판단하였다. 주류를 지정상품으로 한 “KHORAN” 상표는 이슬람교 및 교인들에 대한 비방, 모욕의 우려가 있는 것으로 테러방지정보제공을 지정서비스업으로 한 “Stop the Islamisation of America”는 아메리카 무슬림에 대한 모욕, 비방의 우려가 있다고 보아 상표등록을 거절하였다.³¹⁾ 엔터테인먼트 서비스를 지정서비스로 한 “THE SLANTS”라는 서비스표에 대해서도 아시아계 미국인에 대한 비방의 의미를 가지고 있는 것으로 판단하였다. 그러나 2017.년 6월 19일 비방·모욕 상표의 등록거절이 위헌으로 판단됨에 따라 위와 같은 상표들에 대한 등록이 가능하게 되었다.

유럽보통법원은 최근 “Fack Ju Göhte” 상표의 등록을 거절하였다.³²⁾ 이 상표는

30) 대법원1987.3.24.선고86후163판결.

31) 강병호, “비방·모욕상표 부등록 조항과 표현의 자유”, 「국외통신리포트」, 헌법재판소, 2017, 7면.

독일에서 성공을 거둔 코메디 영화의 제목으로 영화 제작사는 이를 상표로 출원하였다. 유럽지식재산청은 ① ‘Fack Ju’는 일반인들에게 ‘Fuck You’와 동일하게 인식되고 ② ‘Fuck You’라는 표현은 성적인 것과 결부되지 않더라도 그 자체로 혐오스럽고, 공격적이며, 저속한 표현이고 ③ ‘Göhte’가 독일의 대문호인 ‘Goethe’의 이름과 비슷한 철자를 사용한 것은 그 자체로 해당 상표의 도덕성을 떨어뜨리는 것이므로 공공 정책이나 도덕관념상 허용할 수 없다고 판단하여 상표등록을 거절하였다.³³⁾ 이에 원고는 불복하여 소송을 제기하였는데 유럽보통법원 역시 유럽지식재산청의 판단에 동의하면서 이 영화가 수백만명이 관람한 성공적인 영화라고 해도 그 의미가 달라지지 않는다고 판단하였다.³⁴⁾ 현재 이 사건은 유럽사법재판소에 항소 중이다. 이 밖에 “Jewish Monkeys”³⁵⁾, “Not made in China”³⁶⁾, “Bin Laden”³⁷⁾, “Touch my hole”³⁸⁾, “Fuck Cancer”³⁹⁾ 등이 유럽연합상표규정 제 7(1)(f)조에 의해 상표등록이 거절되었다.

III. 표현의 자유

1. 의의

표현의 자유는 자유로운 인격 발현과 합리적인 의사형성 및 진리 발견의 수단으로 민주주의 국가의 발전과 형성에 필수적인 제도이다.⁴⁰⁾ 국민의 자유로운 의사표현이 보장되어야 진정한 민주주의 국가가 실현될 수 있다. 우리 헌법 제21조 제1항은 모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다고 규정하고 있다. 제4항은 언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 되고 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해

32) Decision of 01/12/2016, R 2205/2015-5.

33) EUIPO Decision R 2205/2015-5.

34) Constantin Film Produktion v. EUIPO, ECJ T-69/17 (2018).

35) Decision of 02/09/2015, R 519/2015-4.

36) Decision of 11/12/2007, R 1461/2006-4.

37) Decision of 29/09/2004, R 176/2004-2.

38) Decision of 12/01/2017, R 1054/2016-5.

39) Decision of 23/02/2015, R 793/2014-2.

40) 헌법재판소 1998.4.30. 선고 95헌가16 결정.

의 배상을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 이 조항이 없다고 하더라도 표현의 자유는 헌법 제37조 제2항에 의한 제한이 가능한데 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위해서 법률로써 기본권을 제한할 수 있지만 본질적인 내용을 침해해서는 아니 된다고 규정하고 있다. 따라서 표현의 자유는 헌법 제21조 제4항과 제37조 제2항을 근거로 제한이 가능한 기본권이다. 표현의 자유 침해 여부에 대한 판단은 원칙적으로 엄격한 비례성 심사(Proportionality Test)가 적용되는데 입법의 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성을 고려하여 판단하게 된다.⁴¹⁾

사상이나 의견을 표현하는 방법은 전통적인 구두 혹은 문자에 의한 방법뿐만 아니라 텔레비전, 라디오, 영화, 음반 및 비디오물, 인터넷, 상징적 표현까지 포괄한다.⁴²⁾ 월남 전쟁에 반대하여 징병카드를 태우는 것, 검은 완장을 달고 학생이 등교하는 것, 분신자살, 탈춤 등으로 정부에 항의하는 것 등이 상징적 표현에 해당된다.⁴³⁾ 이와 같은 행위는 현대사회에서 소수가 보다 적극적인 방법으로 자기의 의사를 표현할 수 있는 방법으로 모색된 것들이다. 상품에 대한 출처를 표시하고 상품과 관련된 다양한 정보를 담고 있는 상표도 표현의 매개체가 될 수 있다.

미국은 수정 헌법 제1조 (종교 언론 및 출판의 자유와 집회 및 청원의 권리)는 ‘연방의회는 국교를 수립하거나 또는 자유로운 신앙행위를 금지하는 법률을 제정할 수 없고 또한 언론·출판의 자유나 평온하게 집회할 권리 및 고충의 구제를 위하여 정부에게 청원할 수 있는 국민의 권리를 제한하는 법률을 제정할 수 없다’고 표현의 자유를 규정하고 있다.⁴⁴⁾

미국 연방대법원은 표현의 자유 침해가 문제되는 경우 제한이 표현의 내용기준(content-based)제한/관점기준(viewpoint-based)제한인지 또는 내용중립(content-neutral) 제한인지에 따라 심사기준을 달리하고 있다.⁴⁵⁾ 관점기준제한 또는 관점

41) 헌법재판소 1989.3.17. 선고 88헌마1결정 등.

42) 성낙인, 『헌법학』 제17판, 법문사, 2017, 1204면.

43) 성낙인, 위의 책, 1205면.

44) Amendment I

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

45) 임지봉, “미국헌법과 상업적 표현의 자유”, 『미국헌법연구』 제17권 제2호, 미국헌법학회, 2006, 221면.

차별(viewpoint discrimination)은 내용기준제한의 일종으로 관점이나 이데올로기에 따른 제한을 의미한다.⁴⁶⁾ 예를 들어 ‘전쟁에 관련된 모든 표현’을 제한하는 것은 내용기준제한에 해당한다. 그러나 ‘전쟁에 반대하는 표현’을 제한한다면 이는 관점차별에 해당한다. 따라서 관점차별은 표현의 자유에 대한 중대한 침해를 야기하게 된다.⁴⁷⁾ 내용기준제한/관점기준제한인 경우에는 강한 위헌의 추정을 받기 때문에 엄격한 심사가 적용된다. 따라서 국가는 문제가 되는 법률이 긴박한 국가의 이익을 이루기 위해 필요하고 그 목적을 이루기 위해서 표현의 자유를 필요최소한으로 제한하면서 아주 좁고 세밀하게 만들어진 법률이라는 것을 입증해야 한다.⁴⁸⁾ 내용중립제한은 표현의 내용이 아닌 시간, 장소, 방식 등에 대한 제한을 의미하는 것으로 이러한 제한은 공적 토론에 나타나는 의견이나 관점이 배제될 실질적인 위험이 덜 하기 때문에 완화된 심사를 하게 된다. 따라서 정부는 공공의 이익을 촉진하기 위한 것이라는 것을 입증하면 충분히 정당화 될 수 있다.⁴⁹⁾

유럽인권헌장 제10조 제1항은 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다고 규정하고 있고 제2항은 표현의 자유에 대한 제한을 규정하고 있다. 표현의 자유에 대한 행사에는 의무와 책임이 따르므로 국가안보, 영토의 일체성이나 공공의 안전, 무질서 및 범죄의 방지, 보건과 도덕의 보호, 타인의 명예나 권리의 보호, 비밀리에 얻은 정보의 공개 방지 또는 사법부의 권리와 공정성의 유지를 위하여 민주주의 사회에서 필요한 경우에 법률로써 형식, 조건, 제한, 형벌을 가할 수 있다고 규정하고 있다.⁵⁰⁾ 유럽인권법원은 유럽인권헌장 제10(2)조를 근거로

46) <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1028/viewpoint-discrimination/>(마지막방문일자 2019.3.20)

47) *Id.*

48) 임지봉, 앞의 논문, 222면.

49) 임지봉, 위의 논문, 223면.

50) 원문은 다음과 같다.

Article 10 Freedom of Expression

1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.
2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic soci-

표현의 자유 침해 판단에 3단계 심사기준을 적용하고 있다. ① 법률로써 제한해야 하고 ② 제10조 제2항에 규정된 요건 중 어느 하나를 충족해야 하고 ③ 제한이 민주주의 사회에 필요한 것이어야 한다. 마지막 요건은 비례성 테스트(proportionality test)를 통해서 판단하는데 이는 우리 헌법의 비례성 원칙과 유사하다.⁵¹⁾

2. 상표와 상업적 표현

가. 헌법재판소의 태도

표현의 자유는 상업적 표현에도 적용된다.⁵²⁾ 상업적 표현은 상업적 거래를 제한하는 표현을 의미하며 상품 판매나 서비스를 홍보하기 위한 광고를 가장 일반적인 예로 들 수 있다.⁵³⁾ 상업적 표현에 대한 제한은 비상업적 표현에 대한 제한과 비교하였을 때 합헌으로 판단할 여지가 많은데 위헌여부 판단시 완화된 심사를 하게 된다.⁵⁴⁾

의사표현의 매개체를 의사표현을 위한 수단이라고 한다면 의사표현의 매개체도 표현의 자유의 보호대상이 되고 어떠한 형태도 가능하며 제한이 없다.⁵⁵⁾ 상표는 상품의 출처표시인 동시에 그 상표를 사용하는 사람의 의사를 상표라는 방식으로 전달하는 표현에 해당한다.⁵⁶⁾ 상표는 상품에 대한 정확한 정보, 상품의 제조자나 판매자에 대한 정보를 포함하는 표장이기 때문이다. 따라서 상표도 표현

ety, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

51) 이해원, “비방모욕상표의 등록거절과 표현의 자유의 충돌”, 「법조」 Vol. 731, 법조협회, 2018, 373면.

52) 헌법재판소 1998.2.27.선고96헌바2결정.

53) Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission, 447 U.S. 557, 566 (1980).

54) 육소영, “상표의 보호와 표현의 자유”, 「중앙법학」 제9집 제3호, 중앙대학교 법학연구소, 2007, 645면.

55) 헌법재판소 1993.5.13.선고91헌바17결정.

56) 육소영, “지식재산권과 표현의 자유”, 「공법학연구」 제12권 제4호, 한국비교공법학회, 2011, 237면.

의 자유의 보호대상이 되고 상거래에 사용되는 것을 목적으로 하는 표지이기 때문에 상업적 표현에 해당한다.

‘Matal v. Tam’ 판결에서 미국 연방대법원은 상표는 하나의 단어로 되어있더라도 강력한 표현적 힘을 가지고 있고 헌법적 보호를 받고 있는 다른 수많은 표현보다 우리 사회에 대해서 더 많은 것을 표현하고 있다고 판시하면서 상표의 사용이 표현적 행위라는 점은 인정하였지만⁵⁷⁾ 상표가 상업적 표현인지에 대해서는 명확하게 판단하지 않았다. 표현이 상업적 표현인지에 대한 경계가 명확하지 않고 상표에 있어서는 이를 구분하는 것이 특히 어렵다고 보았다.⁵⁸⁾

우리 헌법재판소는 “상업광고는 표현의 자유의 보호영역에 속하지만 사상이나 지식에 대한 정치적, 시민적 표현행위와는 차이가 있고, 한편 직업수행의 자유의 보호영역에 속하지만 인격발현과 개성신장에 미치는 효과가 중대한 것은 아니다. 그러므로 상업광고 규제에 관한 비례의 원칙 심사에 있어서 피해의 최소성 원칙은 같은 목적을 달성하기 위하여 달리 덜 제약적인 수단이 없을 것인지 혹은 입법목적 달성을 위하여 필요한 최소한의 제한인지를 심사하기보다는 ‘입법목적 달성을 위하여 필요한 범위 내의 것인지’를 심사하는 정도로 완화되는 것이 상당하다.”고⁵⁹⁾ 판시함으로써 상업적 표현에 대하여는 일반 표현에 비하여 그 보호 정도를 달리할 필요성이 있음을 명시하였다. 상업적 표현을 표현의 자유에 포함시키는 것과 보호의 정도는 별개의 문제이다. “표현의 자유를 제한하는 유효한 수단 중의 하나가 위축효과(chilling effect)를 발생시키는 것인데 공권력이 개인의 의사 표현 행위에 불안감과 불확실성을 주어 스스로 표현 행위를 자제하도록 만드는 것이다. 상업적 표현은 영리 동기에 의하여 추동되기 때문에 다른 언론 매체에 비하여 장래 위축되지 않는 특성을 가지고 있고 상업 광고는 영리를 추구하기 위한 것이므로 공권력의 규제에 의하여 일시적으로 위축되더라도 언제든지 자유롭게 표현할 수 있는 공간을 찾아내어 이를 최대한 활용할 가능성이 매우 높다”는 것도 상업적 표현에 대한 표현의 자유 제한을 정당화하는 이유 중의 하나이다.⁶⁰⁾ 상업적 표현은 경제적 기본권과 밀접하게 관련되어 있기 때문에 전통적인 표현의 자유보다 더 많은 제한이 불가피하고 침해 여부에 대한 판단에

57) In re Tam, 808 F.3d 1321, 1327-1328 (Fed. Cir. 2015).

58) 137 S. Ct. at 1765.

59) 헌법재판소 2005.10.27.선고2003헌가3결정.

60) 헌법재판소 2008.6.26.선고2005헌마506결정.

는 완화된 심사를 하는 것이 타당하다.⁶¹⁾

나. 외국의 동향

미국의 경우 민주주의적 관점에서 상업 광고는 사상의 전달에 기여하는 바가 없기 때문에 헌법적 보호를 부여할 만한 이유가 없다는 것이 미국 법원의 일반적인 견해였다.⁶²⁾ 그러나 1976년 판결을 통해 연방대법원은 ‘상업 정보의 원활한 유통’이라는 소비자의 이익을 적극적으로 보호하기 시작하였다.⁶³⁾ 자유기업체제를 근간으로 하는 미국 사회에서 상품은 소비자의 선택으로 분배된다는 점에 주목했다. 이러한 관점에서 상품에 대한 소비자의 현명한 선택을 담보하기 위해서는 이들에게 상품에 대한 정보가 제공되어야 한다고 보았다.⁶⁴⁾ 그러나 헌법적 보호의 정도라는 측면에서 상업적 언론은 결코 정치적 표현과 동일하게 취급될 수 없다고 보았다. 따라서 진실하고 합리적인 정보의 유통을 위해 얼마든지 상업적 표현을 규제할 수 있다는 것이 연방대법원의 판단이었다.⁶⁵⁾ 이후 ‘Central Hudson Gas v. Public Service Commission’ 판결에서⁶⁶⁾ 상업적 표현을 제한하는 법률에 대해서는 완화된 심사기준이 적용되어야 한다고 판시하면서 다음과 같은 기준을 제시하였다. ① 문제된 상업적 언론이 소비자를 오도하거나 불법행위와 관련되었는지 ② 정부가 문제된 상업적 언론의 규제를 통해 달성하려고 하는 공익이 실질적인 것인지 ③ 상업적 언론에 대한 규제가 위와 같은 실질적인 공익에 직접적으로 기여하는지 ④ 기여한다면 필요 이상으로 과도하게 제한하는 것은 아닌지 여부를 고려해야 한다.⁶⁷⁾ 그러나 2011년 ‘Sorell v. IMS Health’ 판결에서⁶⁸⁾ 미국 연방대법원은 상업적 표현에는 ‘센트럴 허드슨(Central Hudson)’ 심사기준을 적용해야 한다는 주장을 배척하고 문제가 되는 제한이 내용기준제한인 경우에는 상업적 표현에 대한 제한이더라도 엄격한 심사기준이 적용되어야 한다고 판단하였다.⁶⁹⁾

61) 성낙인, 앞의 책, 1205면.

62) 강승식, 『미국 헌법학 강의』, 궁리, 2007, 532면.

63) Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, 425 U.S. 748 (1976).

64) *Id.* at 763-765.

65) *Id.* at 771-772.

66) 447 U.S. 557.

67) 447 U.S. at 566.

68) Sorell v. IMS Health Inc., 564 U.S. 562 (2011).

2017년 ‘Matal v. Tam’ 판결의 4인의 의견도 이 판결을 인용하면서 상업적 표현의 경우에도 내용기준제한이라면 엄격한 심사기준을 적용해야 한다고 주장하였다.⁷⁰⁾ 결론적으로 미국 연방대법원이 상업적 표현에 대해서 완화된 심사기준을 적용하던 태도에 변화가 있는 것으로 보여 진다.

유럽연합에서도 상업적 표현은 표현의 자유에 의해 보호를 받지만 보호의 정도는 다르다. 유럽사법재판소와 유럽인권법원은 상업적 표현은 경제 활동의 촉진과 밀접한 관련이 있다고 보아 표현의 자유 침해 판단에 있어서 완화된 심사기준을 적용하고 있다.⁷¹⁾ 상업적 표현에 대한 제한이 내용기준제한이라고 하더라도 엄격한 심사기준을 적용하지는 않는다.⁷²⁾ 유럽보통법원은 ‘Fack Ju Göhte’ 상표에 대한 등록거절판결에서 예술이나 문학과 같이 표현의 자유가 항상 중시되는 영역이 있으나 상표는 그러한 영역에 해당하지 않는다고 판시하면서 이 사건의 출원 상표는 표현의 자유에 의해서도 보호되지 않는다고 판시하였다.⁷³⁾

3. 상표와 정부 언론

가. 정부 언론

미국 연방대법원은 ‘정부 언론(government speech)’ 이론에 의해 표현의 자유를 주장할 수 없는 영역을 인정하고 있다. 표현을 ‘사적 언론(private speech)’과 정부 언론으로 구분하여 사적 언론에 대한 제한은 표현의 자유 침해를 다룰 수 있지만 정부 언론에 해당하는 표현에 대해서는 표현의 자유 침해를 주장할 수 없다.

정부 언론이란 정책수행과정에서 정부가 직·간접으로 행하는 정부의 표현을 의미한다.⁷⁴⁾ 정부가 ‘표현의 주체’가 되는 것으로 자유롭게 의사표현을 하면서 사인에게 영향을 미치는 것을 의미한다.⁷⁵⁾ 정부가 ‘표현의 자유’의 주체가 되는 것을

69) *Id.*

70) 137 S. Ct. at 1767.

71) Christopher Geiger, *supra* note 24, 19-20.

72) *Id.* at 20.

73) Constantin Film Produktion v. EUIPO, T-69/17 (2018).

74) 김배원, “미국헌법상의 정부언론”, 「법학논총」 제30집 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2010, 9면

75) 조영승, “정부언론의 성립요건에 관한 최근 동향”, 「공법학연구」 제18권 제3호, 한국비교공법학회, 2017, 256면.

의미하는 것은 아니다. 정부를 ‘표현의 주체’로서의 인식하고 있기 때문에 규제기관으로서의 정부를 전제하고 있는 수정 헌법 제1조는 ‘표현의 주체’가 되는 정부에게는 적용되지 않는다는 것이 정부 언론 이론이다.⁷⁶⁾ 정부는 국민의 표현의 자유를 침해하지 않고 특정 표현행위에 참여할 수 있는 권리를 가지고 있다.⁷⁷⁾ 따라서 정부 언론에 해당한다고 판단되면 수정 헌법 제1조의 적용을 받지 않기 때문에 표현의 자유 침해의 문제가 발생하지 않는다.

정부는 다양한 정책적 관점을 가지고 여러 정책을 수행하고 있는데 이러한 정부의 관점에 대한 표현은 정책을 효과적으로 수행하기 위한 정부의 표현행위라고 할 수 있다. 그런데 정부의 표현행위는 사적 표현과 관계되는 경우에는 관점차별에 해당하여 위헌으로 판단될 수 있다는 문제가 발생한다.⁷⁸⁾ 이는 곧 정책수행의 어려움을 야기할 수 있기 때문에 정부 언론 이론을 인정하기 시작하였다.⁷⁹⁾ 미국 연방대법원은 수정 헌법 제1조는 연방 의회와 다른 정부기관이 국민의 표현의 자유를 제한하는 것을 금지하는 것이지 정부가 자유롭게 말할 수 있는 자신의 권한을 제한하여야 하는 것을 의미하는 것은 아니고 정부는 정책을 펼치기 위해 필수적으로 일정한 관점을 채택할 수밖에 없는데 이러한 정부의 표현에 대해 수정 헌법 제1조의 관점중립을 요구하는 것은 정부를 마비시키게 되는 것이라고 정부 언론의 인정 근거에 대해 설명하고 있다.⁸⁰⁾

나. 판단 기준

미국 연방대법원은 1991년 ‘Rust v. Sullivan’ 판결을⁸¹⁾ 시작으로 정부의 정책수행과정에서 행해지는 정부의 표현에 대해서 수정 헌법 제1조가 적용되지 않는다는 정부 언론 이론을 발전시켜왔다. 이후 개인이 기증한 시립공원의 기념비가 정부 언론에 해당한다는 판결을 하였고⁸²⁾ 개인이 문구나 디자인을 자유롭게 정하여 신청하고 정부가 최종적으로 이를 승인하고 주문·제작하는 형태의 ‘자동차

76) *Id.*

77) *Id.*

78) *Id.*

79) *Id.*

80) 137 S. Ct. at 1757.

81) *Rust v. Sullivan* 500 U.S. 173 (1991).

82) *Pleasant Grove City, Utah v. Summum*, 555 U.S. 460 (2009).

특별번호판'도 정부 언론에 해당한다고 판결하였다.⁸³⁾ 연방대법원은 2009년 'Pleasant Grove City v. Summons' 판결에서부터 정부 언론에 해당하는지를 표현 행위가 역사적 관행인지, 정부의 재산인지, 정부가 최종 승인권한을 가지고 있는지의 3가지 요소를 기준으로 판단하고 있다.⁸⁴⁾

'Matal v. Tam' 판결에서 연방대법원은 상표가 정부 언론에 해당하여 표현의 자유 침해로부터 자유롭다는 주장을 받아들이지 않았다.⁸⁵⁾ 연방대법원은 상표는 전통적으로 정부의 메시지를 전달하기 위한 수단으로 사용된 것이 아니고 상표의 내용은 연방 정부와 연결되는 것도 아니라고 보았다.⁸⁶⁾ 특허상표청은 상표의 사상이나 계획을 의도한 것이 아니고 수정을 할 수도 없으며 비방금지조항이 규정하고 있는 예외를 제외하고는 상표에 나타난 관점이 정부에 부합되는지 여부에 상관없이 상표등록을 해야 한다. 그리고 상표가 등록되면 특허상표청은 단체가 상표등록 취소를 요청하거나 등록이 만료되거나 혹은 연방통상위원회가 일정한 사유를 이유로 절차를 진행하지 않는 이상 등록상표를 취소할 권한을 가지고 있지 않다.⁸⁷⁾ 따라서 상표는 정부의 재산도 아니고 재량권을 행사할 수도 없기 때문에 정부 언론에 해당하지 않는다고 판단하였다.

IV. Matal v. Tam 사례

1. 사건의 개요

가. 사실관계

아시아계 미국인인 사이먼 탐(Simon Tam, 이하 '탐')은 자신의 밴드명인 "더 슬랜츠(The Slants)"를 특허상표청에 상표로 출원하였다.⁸⁸⁾ '슬랜트(slant)'라는 단어

83) Walker v. Texas Div., Sons of Confederate Veterans, Inc., 135 S. Ct. 2239, 2239 (2015).

84) 조영승, 앞의 논문, 268면.

85) 137 S. Ct. at 1744.

86) *Id.* at 1760.

87) *Id.* at 1758.

88) 808 F.3d at 1331.

는 ‘기울어진, 비스듬한, 경향이 있는’ 등의 사전적 의미를 가지고 있지만 아시아인들의 찢어진 눈을 묘사하는 비하의 의미로 사용되기도 한다. 특허상표청은 출원상표가 연방상표법 제2(a)조에 해당한다고 보아 상표등록을 거절하였다.⁸⁹⁾ 탐은 이의신청을 하면서 자신을 포함하여 아시아계 미국인들로 구성된 자신의 밴드가 스스로 이 단어를 사용함으로써 단어가 가지는 부정적인 이미지를 없애고 긍정적인 의미로 바꾸기 위해서 밴드명으로 이 단어를 사용하였다고 주장하였다. 상표심사항소위원회는 이 상표가 아시아계의 상당부분에 해당하는 사람들을 비하하게 된다고 판단하였다. 그리고 상표로 등록하지 않고도 계속해서 밴드명으로 사용할 수 있기 때문에 상표등록거절은 표현에 대한 권리와 관련이 없다고 결정하였다.⁹⁰⁾ 탐은 항소하면서 수정 헌법 제1조의 표현의 자유 침해를 주장하였지만 항소법원은 이 주장을 배척하고 상표등록거절을 확정하였다.⁹¹⁾ 탐은 항소법원에 전원합의체(en banc) 심리를 신청하였고 항소법원 전원합의체는 비방금지조항이 수정 헌법 제1조의 표현의 자유를 침해한다는 결정을 내렸다.

나. 항소법원 전원합의체 판결

항소법원 전원합의체의 다수의견은 비방금지조항은 ① 정부언론에 해당하지 않고 ② 상업적 표현여부에 상관없이 관점차별에 해당하기 때문에 위헌여부 판단에 있어서 엄격한 심사가 적용된다고 판단하였다.⁹²⁾ ③ 나아가 상표가 상업적 표현에 해당하여 ‘센트럴 허드슨’ 판결의 완화된 심사가 적용된다고 하더라도 비방금지조항은 수정 헌법 제1조에 위배된다고 보았다.⁹³⁾

탐은 자신의 밴드명으로 아시아 인종에 대한 일반인들의 인식을 변화시키고 사회적 변화를 가져오려고 했기 때문에 상표의 사용은 상업적인 목적보다는 표현적 목적의 사용이 우선한다고 보았다. 따라서 상표는 표현의 자유에 의해 보호를 받는 표현적 발언(expressive speech)에 해당한다.⁹⁴⁾ 상업적 표현이라고 하더라도 위헌여부 심사에 있어서 엄격한 심사의 예외가 아닌데 상업적 표현의 자유로운

89) In re Tam, No. 85472044, 2013 WL 5498164 (TTAB Sept. 26, 2013).

90) In re Tam, 108 U.S.P.Q.2d (BNA) 1305, 1309 (TTAB 2013).

91) In re Tam, 785 F.3d 567, 572 (2015).

92) 808 F.3d at 1334-1337.

93) *Id.* at 1345.

94) *Id.* at 1327-28.

흐름에 대한 소비자의 관심은 긴박한 정치적 담론보다 더 민감할 수 있기 때문이다.⁹⁵⁾ 따라서 상업적 언론의 표현적 구성에 관련된 법률의 규정에는 엄격한 심사가 적용되어야 한다고 보았다.⁹⁶⁾

정부가 상표등록을 거절하는 것은 사적 언론(private speech)에 대한 규제이고 정부 자신의 표현이 아니기 때문에 상표등록은 모든 헌법적 검토로부터 보호되는 정부 언론(government speech)에 해당하지 않는다고 보았다.⁹⁷⁾ 상표의 등록은 상표가 사용되는 상품의 품질에 대한 정부의 승인도 아니고 상표가 상업적 또는 도덕적으로 신뢰할 만한 것이라는 것을 공지하는 것도 아니기 때문이다.⁹⁸⁾

두 명의 보충의견은 비방금지 조항의 모호성 때문에 위험이라고 판단하였다.⁹⁹⁾ 상표심사관이 등록거절에 대한 합리적인 가이드라인을 가질 수 없다는 문제점이 있다고 보았다.¹⁰⁰⁾ 또 다른 의견은 이 사안에서는 비방금지조항이 위험이라는 점에서는 동의하지만 상표가 순수한 상업적 표현이라면 비방금지조항은 합헌이라고 보았다.¹⁰¹⁾

반대의견은 상표등록은 정치적 표현이 아니라 순수한 상업적 표현에 해당한다고 판단하면서 비방금지조항은 상업적 표현에 대한 ‘센트럴 허드슨’ 심사기준에 따라 합헌이라고 판단하였다.¹⁰²⁾ 또 다른 반대의견은 상표등록이 거절되어도 해당 상표를 사용하는 것이 금지되는 것은 아니므로 표현의 자유를 침해하는 것은 아니고 다만 연방정부에서 주어지는 혜택이 거절되는 것뿐이라고 판단하였다.¹⁰³⁾

2. 연방대법원 판결

표현의 자유 침해 여부를 판단하기 전에 연방대법원은 우선 탐이 비방금지조항이 개인에 대한 비방에만 적용되는 것으로 인종이나 민족 단체에 대한 비방에는 적용되지 않는다는 주장을 판단하였다.¹⁰⁴⁾ 연방대법원은 특허상표청 상표심사

95) *Id.* at 1338.

96) *Id.*

97) *Id.*

98) *Id.* at 1347.

99) *Id.* at 1363.

100) *Id.* at 1341-1342.

101) *Id.*

102) *Id.* at 1376.

103) *Id.* at 1374-76.

기준에 의하면 인종이나 단체를 구성하는 상당수의 구성원들에 대한 비방의 의미로 사용되는 경우에도 비방금지조항이 적용된다고 규정하고 있기 때문에 탐의 주장은 타당하지 않다고 판단하였다.¹⁰⁵⁾ 연방대법원은 만장일치로 비방금지조항은 표현의 자유를 침해한다고 판단하면서 항소법원 전원합의체의 판단을 지지하였다.

① 상표 출원은 정부가 주도하는 것도 아니고 개인이나 법인에 의해 이루어지기 때문에 상표등록을 정부 언론에 해당한다고 보기 어렵다. 상표는 정부가 고안하는 것도 아니고 등록을 위해서 상표를 수정하지도 않기 때문이다.¹⁰⁶⁾ 관련 규정에서 요구하는 사항을 제외하고는 상표심사관은 상표가 표현하고자 하는 것에 대한 관점에 기초하여 상표등록을 거절하지 않는다.¹⁰⁷⁾ 따라서 비방금지조항이 적용되지 않는 경우라면 상표심사관은 상표가 내포하고 있는 관점이 정부의 정책과 불일치하는지 또는 이미 주등록부에 있는 상표가 표현하고 있는 관점과 일치하는 지를 살펴보지 않는다.¹⁰⁸⁾ 따라서 상표등록에 의해 상표가 정부 언론이 된다는 주장은 정부 언론 이론에 대한 위험한 확장을 구성하게 된다고 보았다.¹⁰⁹⁾ 상표등록이 정부 언론에 해당한다고 본다면 정부의 다른 등록시스템도 동일하게 판단될 것이기 때문이다.¹¹⁰⁾ 가장 우려가 되는 점은 저작권 등록제도로 상표등록 제도가 상표를 정부 언론으로 만들어준다면 저작권 등록제도 역시 저작물을 정부 언론에 해당한다고 판단할 수 있기 때문이다.¹¹¹⁾ 비방금지조항이 내용과 발언자에 기초하여 제한이 허용되는 정부 프로그램의 하나이기 때문에 위헌 심사를 받지 않는다는 주장도 인정하지 않았다.¹¹²⁾ 상표등록이 정부보조금이라는 주장도 인정하지 않았다.¹¹³⁾ 특허상표청은 상표를 등록하는 당사자에게 금전을 지급하지도 않고 오히려 출원인은 상표등록을 위해서 수수료를 지급해야 하는데 이 비용은 등록시스템을 지원하는데 사용된다.¹¹⁴⁾

104) 137 S. Ct. at 1755.

105) *Id.* at 1756.

106) *Id.* at 1758.

107) *Id.*

108) *Id.*

109) *Id.* at 1760.

110) *Id.*

111) *Id.*

112) *Id.*

113) *Id.* at 1761.

114) *Id.*

② 비방금지조항은 표현에 담긴 사상이나 개념에 근거하여 표현을 차별하는 관점차별에 해당하기 때문에 위헌여부를 판단할 때에는 엄격한 심사를 해야 하고 이 경우 국가는 긴박한 정부의 이익을 이루기 위해 필요하고 그 목적을 이루기 위해서 표현의 자유를 필요최소한으로 제한하면서 아주 좁고 세밀하게 만들어진 법률이라는 것을 입증해야 하는데 정부는 이를 입증하지 못하였다.¹¹⁵⁾

③ 상표가 상업적 표현에 해당한다는 정부의 주장에 대해서 연방대법원은 많은 상표가 표현적 요소를 가지고 있고 많은 상표들이 단지 출처표시를 위해서 사용되는 것이 아니라 다양한 이슈를 표현하기 위한 목적으로 사용되고 있다고 보았다.¹¹⁶⁾ 특히 탐은 이 사건의 상표를 밴드의 식별표시로 사용한 것이 아니라 사회적 이슈에 대한 관점을 표현하기 위해서 사용하였다.¹¹⁷⁾ 연방대법원은 일반적으로 상업적 표현에 적용되는 ‘센트럴 허드슨’ 기준에 의한 완화된 심사에 의해서도 비방금지조항은 위헌이기 때문에 상표가 상업적 표현인지의 여부에 대해서 판단할 필요가 없다고 보았다.¹¹⁸⁾ 비상업적 표현과 상업적 표현의 경계는 명확하지 않은데 상표를 상업적 표현이라고 인정하고 제한을 허용하게 한다면 표현의 자유는 위태로운 상황에 빠지게 될 것이라고 판단하였다.¹¹⁹⁾

3. 검토

비방금지조항과 표현의 자유 침해 여부를 판단한 ‘Matal v. Tam’ 사건은 미국 헌법센터가 2017년 연방대법원 10대 사안에 포함시킬 만큼 관심을 받았다.¹²⁰⁾ 연방대법원은 비방금지조항이 관점차별에 해당하고 이러한 차별에는 엄격한 심사기준이 적용되기 때문에 국가는 본 조항이 긴박한 정부의 이익을 이루기 위해 필요하고 그 목적을 이루기 위해서 표현의 자유를 필요최소한으로 제한하면서 아주 좁고 세밀하게 만들어진 법률이라는 것을 입증해야 하는데 이를 입증하지 못했다고 판단하여 위헌결정을 내렸다. 상표가 상업적 표현에 해당하는지에 대해서는 명확하게 판단하지 않았지만 관점차별의 경우 상업적 표현의 경우에도 엄격한 심

115) *Id.* at 1764.

116) *Id.*

117) *Id.*

118) *Id.*

119) *Id.* at 1765.

120) 강병호, 앞의 보고서, 1면.

사기준이 적용된다고 판단하였다. 그러나 비방금지조항은 엄격한 심사기준을 적용한다고 하더라도 합헌으로 판단할 수 있다고 본다. 규정의 입법목적에서 보는 바와 같이 국가는 이러한 상표로부터 불쾌감을 느끼는 다수의 사람들을 보호해야 하는 중요하고 긴박한 공공의 이익이 있다. 그리고 출원인은 상표등록이 거절되어도 여전히 상표나 서비스표로 자유롭게 사용할 수 있기 때문에 표현의 자유에 대한 필요최소한의 제한에 해당한다. 즉 상표등록이 거절되었다는 것은 연방상표법상의 보호가 인정되지 않는다는 의미만을 가진다. 나아가 주(州)법에서는 사용주의가 인정되기 때문에 등록없이 상표의 사용만으로도 상표권은 발생한다. 등록 거절에 의해 상표로서의 사용이 전혀 불가능한 경우라면 표현의 자유에 대한 침해가 인정될 수도 있겠지만 자유로운 사용이 가능한 경우에도 ‘표현 행위’의 자유가 침해되었다고 보는 것이 타당한지에 대해서는 의문이 든다.

V. 결론

상표법 제34조 제1항 제2호의 비방금지조항과 표현의 자유 그리고 이와 관련된 미국 연방대법원의 판결을 살펴보았다. 우리의 경우 이러한 문제가 헌법재판소에서 다투어진 전례가 없지만 동일한 문제가 발생한다면 합헌결정을 내리지 않을까 조심스러운 예측을 해본다. 상표는 사용자가 정치적 의사표현을 목적으로 사용했다고 하더라도 상품이나 서비스에 부착되어 출처표시로 사용되기 때문에 상업적 표현에 해당한다고 보는 것이 타당하다. 소비자들 또한 단순히 상품의 표지로 인식하기 때문이다. 따라서 상업적 표현에 대한 헌법재판소의 기존의 태도를 고려한다면 비방금지조항에 대한 위헌성을 인정하기 어려울 것으로 보인다. 상표가 상업적 표현에 해당한다면 헌법재판소는 법률조항의 위헌여부 판단에 있어서 입법 목적을 달성하기 위하여 필요한 범위 내의 것인지를 판단하는 완화된 심사를 하게 된다.¹²¹⁾ 나아가 비방금지조항에 대해서는 엄격한 비례성 심사기준을 적용한다고 하더라도 합헌으로 판단될 가능성이 높다고 본다.¹²²⁾ 우선 법률의 목적의 정당성을 판단하면 비방금지조항은 국가·인종 등에 대한 권위와 존엄을

121) 헌법재판소 2005.10.27. 선고2003헌가3결정.

122) 동지; 이해원, 앞의 논문, 384면.

보호하기 위한 것으로 입법목적의 정당성이 인정된다. 방법의 적정성은 입법 목적을 달성하기 위해 상표법상의 독점배타적인 권리를 허용하지 않겠다는 것을 의미하기 때문에 이 요건도 충족한다고 본다. 마지막으로 피해의 최소성도 충족한다고 본다. 왜냐하면 상표출원인은 상표등록이 거절되어도 자유롭게 상표를 자신의 상품이나 서비스표에 사용할 수 있기 때문이다. 나아가 등록되지 않은 상표의 경우에도 부정경쟁방지법에 의한 보호가 가능하다. 상표등록이 거절되는 경우 상표로 사용하는 것이 전혀 불가능하다면 피해의 최소성이 충족되기 어렵기 때문에 위헌으로 판단할 여지가 있지만 이 경우에는 단지 상표권의 발생만이 허용되지 않는 것뿐이기 때문이다. 따라서 엄격한 비례성 심사가 이루어져도 합헌으로 판단될 여지가 높다고 보여 진다. 유럽법원의 경우에도 성적 표현에 대한 상표등록을 거절하면서 예술이나 문학의 경우에는 항상 표현의 자유가 중시되지만 상표의 경우에는 그렇지 않다고 판시하고 있다.¹²³⁾ 따라서 비방금지조항에 대한 표현의 자유 침해 여부가 다투어진다면 법률의 위헌성을 인정하기 어려울 것으로 보인다.

표현의 자유는 정치적 의사를 자유롭게 표현하고 개인의 인격 발현에 기여하며 민주주의를 발전시키는 근간이 되는 수단이다. 이러한 기본권도 타인의 명예나 공공복리를 위해서 제한이 가능하다고 헌법 제21조 제4항은 규정하고 있다. 비방금지조항이 표현의 자유를 침해하는지에 대한 판단에서 가장 중요한 부분은 이 조항에 의해 상표를 사용하는 ‘표현 행위’가 완전히 금지되는 지에 있다고 본다. 그러나 상표로서의 사용 행위는 상표등록이 거절되어도 제한되지 않는다. 헌법 제37조 제2항은 기본권을 제한하는 경우에도 기본권의 본질적인 내용을 침해해서는 아니 된다고 규정하고 있다. 비방금지조항은 공공의 이익을 위해서 법률로 단지 유쾌하지 못한 상표의 등록을 거절하는 것일 뿐이고 표현의 자유의 본질적인 상표로서 사용하는 ‘표현 행위’ 자체는 제한되지 않기 때문에 합헌적 법률이라고 판단하는 것이 타당하다고 본다.

123) Constantin Film Produktion v. EUIPO, T-69/17 (2018).

(논문투고일 : 2019.02.22, 심사개시일 : 2019.02.27, 게재확정일 : 2019.03.20.)



▶ 송 선 미

비방금지조항, 표현의 자유, 정부 언론, Matal v. Tam 판결,
관점차별

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 강승식, 『미국 헌법학 강의』, 궁리, 2007
문삼섭, 『상표법』, 세창출판사, 2002
성낙인, 『헌법학』 제17판, 법문사, 2017
송영식·황종환·김원오, 『상표법』, 한빛지적소유권센터, 1994
정상조, 『상표법 주해 I』, 박영사, 2018
특허법원 지적재산소송실무연구회, 『지적재산소송실무』 제3판, 박영사, 2014

II. 논문

- 강병호, “비방·모욕상표 부등록 조항과 표현의 자유”, 「국외통신리포트」, 헌법재판소, 2017
김배원, “미국헌법상의 정부언론”, 「법학논총」 제30집 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2010
심현주, “미국 상표법상 비방금지조항과 표현의 자유”, 「심층분석보고서」 제2018-01호, 한국지식재산연구원
육소영, “지식재산권과 표현의 자유”, 「공법학연구」 제12권, 한국비교공법학회 제4호, 2011
——, “상표의 보호와 표현의 자유”, 「중앙법학」 제9집 제3호, 중앙대학교 법학연구소, 2007,
이해원, “비방모욕상표의 등록거절과 표현의 자유의 충돌”, 「법조」, Vol. 731, 법조협회, 2018
임지봉, “미국헌법과 상업적 표현의 자유”, 「미국헌법연구」 제17권 제2호, 미국 헌법학회, 2006
조영승, “정부언론의 성립요건에 관한 최근 동향”, 「공법학연구」 제18권 제3호, 한국비교공법학회, 2017

III. 외국문헌

- Conrad, Mark. *Matal v. Tam – A Victory for the Slants, a Touchdown for the Redskins, but an Ambiguous Journey for the First Amendment and Trademark Law*, 36 Cardozo Arts & Ent. L.J. 83 (2018)
- Christophe, Geiger. *Trade Mark Registration, Public Policy, Morality and Fundamental Rights*, Center for International Intellectual Property Studies Research Paper (2017)
- Gynsberg, Michael. *A Trademark Defense of the Disparaging Bar*, The Yale L. J., Forum Oct 26 (2016)
- Ramsey, Lisa. *A Free Speech Right to Trademark Protection?* 106 Trademark Rep.797 (2016).
- Tushnet, Rebecca. *The First Amendment Walks into a Bar: Trade mark Registration and Free Speech*, 92 Notre Dame L. Rev. 381 (2016)

Abstract

Refusal of Trademark Registration and Freedom of Speech

Song, Seon-Mi

Article 34 (1) (2) of the Trademark Act provides that a trademark which is liable to disparage, disrepute or insult the relationship with a state, race, nationality, public organization, the trademark registration can not be obtained. This provision is to protect the international good faith by recognizing the authority and dignity of the nation, race, etc., and to protect the honor and personality of the prominent deceased. In 2017 'Matal v. Tam' case, the Supreme Court of the United States of America ruled that the refusal to register a trademark in languages that have the meaning of disparagement or disrepute would infringe the freedom of expression of the First Amendment. The Supreme Court ruled that this provision is viewpoint-based discrimination and applied scrutiny test. The problem with this judgment is that it overlooked the fact that the trademark was a commercial expression, so it needed to be relaxed scrutiny test, and second, it did not consider that the trademark was free to use even if the registration was refused. 'Matal v. Tam' case seems to reflect the consciousness of American society, which acknowledges the superiority of freedom of expression, and seems to be an example that we should not refer to.



▶ **Song, Seon-Mi**

disparagement bar, freedom of expression, viewpoint-based discrimination, government speech, *Matal v. Tam* case

중국 국제사법상 당사자자치 원칙에 관한 연구*

김 현 아**

【목 차】

I. 序論

II. 本論

1. 총칙
2. 혼인

3. 동산물권
4. 계약
5. 법정채권

III. 結論

【국 문 요 약】

중국은 2010년 ‘섭외민사관계법률적용법’(‘법률적용법’)을 제정하여 2011년 4월부터 시행하고 있다. ‘법률적용법’은 선진입법기술을 대폭적으로 수용하였는데, 특히 당사자자치 원칙을 총칙 편에 규정하여 국제사법의 일반원칙으로 선언한 점은 전위적 입법으로 평가되고 있다.

당사자자치 원칙은 총칙인 제3조를 비롯하여, 각칙 제16조 임의대리, 제17조 신탁, 제18조 중재합의, 제24조 부부재산관계, 제26조 협의이혼, 제37조 동산물권, 제38조 운송중 동산물권의 발생과 변경, 제41조 계약, 제44조 불법행위, 제45조 제조물책임, 제47조 부당이득 및 사무관리, 제49조 지식재산권의 양도와 사용허용, 제50조 지식재산권 침해 등 모두 14개의 조항에 규정되어 있다. 당사자자치 원칙에 대하여 총칙부분에 선언적 규정을 두고 각칙 부분에서도 많은 조문이 당사자자치원칙에 적용하는 것으로 볼 때, 입법자가 당사자자치의 원칙을 매우 중시하였다는 것을 알 수 있다.

‘법률적용법’은 계약 및 계약의 형태로 나타나는 분야인 대리, 중재합의, 신탁,

* 이 논문은 2016년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2016S1A5A8017680).

** 전북대학교 법학전문대학원 강사, 법학박사.

지식재산권의 양도 및 사용허락 등의 분야에서는 당사자가 선택할 수 있는 법의 범위나 선택 시기 등에 대하여 제한하지 않는다. 또한 동산물권과 법정채권 분야에서도 당사자가 선택할 수 있는 법이나 선택 시기 등에 제한을 두지 않는다. 반면에 부부재산제나 협의이혼, 지식재산권의 침해 및 제조물의 책임 등에 대해서는 일정한 제한을 한다.

I. 序論

중국은 2010년 우리의 국제사법에 해당하는 ‘섭외민사관계법률적용법’(이하 ‘법률적용법’이라 한다)을 제정하여 2011년 4월부터 시행하고 있다. ‘법률적용법’의 제정으로 그간 총칙규정이 없어 국제사법의 기본적인 입법의도를 알 수 없던 상황이 개선되었으며, 형식적 측면에 있어서 각 법에 분산되어 있던 국제사법규정들이 비록 완전하지는 않지만 본 법을 중심으로 재편되는 계기가 되었다.¹⁾ ‘법률적용법’은 내용적 측면에서도 선진입법기술을 대폭적으로 수용하여 개방적인 태도를 취하였는데, 특히 ‘가장 밀접한 관련의 원칙’과 당사자자치 원칙을 총칙 편에 규정하여 국제사법의 일반원칙으로 선언한 점, 기존의 본국법주의를 포기하고 상거소지 개념을 전격적으로 도입한 점은 전위적 입법으로서 세계적인 국제사법의 동향을 반영한 것이라고 평가되고 있다.²⁾

‘법률적용법’의 당사자자치 원칙에 대해서는 그간 국내에서 그다지 연구가 이루어지지 않았는데, 본 연구에서는 국제사법상 가장 중요한 준거법 결정 원칙 중 하나인 당사자자치 원칙에 대하여,³⁾ ‘법률적용법’의 규율내용을 중심으로 고찰하

1) 김현아, “중국 국제사법의 입법적 의의”, 『가천법학』 제6권 제4호(가천대학교 법학연구소, 2013.12), 253-288면.

2) 肖永平, “中国国际私法立法的里程碑”, 『法学论坛』(山东省法学会, 2011年 第2期), 46-47页.

3) 당사자자치(party autonomy) 원칙이란 섭외민사분쟁에서 대등한 주체들이 일치된 의사표시를 통하여 해당 법률관계를 지배하는 준거법을 자유롭게 선택하도록 하는 법률선택규칙을 말한다. 陈力, 「中国‘涉外民事关系法律适用法’中的当事人意思自治原则」, 『성균관법학』 제24권 제3호(성균관대학교 법학연구소, 2012.09), 61면. 계몽주의 철학에 입각하여 당사자자치의 이론적 근거를 제시하는 문헌으로 Jürgen Basedow 저·장준혁 역, “준거법 선택과 당사자자치의 이론”, 『성균관법

고자 한다. 이하에서는 ‘법률적용법’의 조문순서에 따라 총칙·혼인·동산물권·계약·법정채권 순으로 각각에 있어 당사자자치 원칙이 어떠한 내용을 가지고 있는지, 그 입법 배경과 입법적 의의를 중심으로 살펴본다.

II. 本論

1. 총칙

가. 입법적 의의

‘법률적용법’ 제3조(선택적용)은 “당사자는 법률규정에 의거하여涉外民事관계에 적용될 법률을 명시적으로 선택할 수 있다.”고 규정함으로써 각칙의 개별적 규정 외에 총칙 편에도 당사자자치 원칙을 입법하였는바, 이는 비교법적으로 유례가 없는 입법이다. 당사자자치 원칙이 총칙에 규정되어 있으므로 각칙상 당사자자치에 관한 별도의 규정이 없는 경우에도 전면적으로 당사자자치가 인정되는 지가 문제된다.

일설은 각칙에서涉外民事관계의 준거법에 대하여 구체적 규정을 한 경우에는 그 구체적 규정을 적용하고, 당사자자치의 적용을 배제한 영역에서는 이를 적용하지 않으며, 각칙에 특별한 규정이 없는 영역에서는 당사자자치 원칙에 따라 명시적으로 법선택을 할 수 있다고 한다. 그렇게 보지 않는다면 굳이 총칙 편에 제3조를 입법할 필요는 없었다는 것이다.⁴⁾ “‘법률적용법’ 제3조는 당사자자치 원칙이 국제사법 전반에 적용되는 일반원칙임을 선언한 것으로서 ‘법률적용법’이 개방적이고 선진적인 입법이라는 점을 잘 보여주고 있다”⁵⁾는 평가도 이러한 입장과 궤를 같이 하는 것으로 이해된다.

그러나 각칙 규정에서 당사자자치를 허용한 영역에서만 당사자들은 그 구체적

학』 제24권 제3호(성균관대학교 법학연구소, 2012.09), 149-189면.

4) 黃進·姜茹嬌 主編, 『中华人民共和国涉外民事关系法律适用法释义与分析』(法律出版社, 2011), 19-20页.

5) 陈卫佐, “涉外民事关系法律适用法的中国特色”, 『法律适用』(最高法院)国家法官学院, 2011年 第11期) 49页.

규정에 의거하여 섭외민사관계에 적용할 법을 선택할 수 있을 뿐, 국제사법 제3조를 근거로 각칙에 당사자자치에 관한 규정이 없는 경우에도 전면적으로 당사자 자치가 인정된다고 볼 수는 없다.⁶⁾ 국제사법상 당사자자치란 근본적으로 실질법상 형성의 자유가 인정되는 분야에서만 인정될 수 있기 때문이다.⁷⁾ 가령 실질법상 친자관계에 관한 규정은 강행규정으로 보아야 하는바, 친자관계의 준거법 결정에 관한 ‘법률적용법’ 제25조가 당사자자치에 관하여 규정하고 있지 않음에도 불구하고, ‘법률적용법’ 제3조를 근거로 당사자가 합의에 의하여 친자관계의 성립에 관한 준거법을 결정할 수는 없다고 보아야 한다. 최고인민법원의 2012년 <국제사법의 적용에 관한 약간의 문제에 대한 해석>(이하 ‘2012년 사법해석’이라 약칭한다) 제6조도 “중화인민공화국법이 당사자가 섭외민사관계에 적용할 법을 선택할 수 있다고 명확하게 규정하지 않았으나 당사자가 적용할 법을 선택한 경우에는 인민법원은 이 선택을 무효로 한다.”고 규정하여 이러한 입장을 명백히 하였다. 그렇다면 ‘법률적용법’ 제3조는 단지 선언적 의미밖에는 없다고 생각한다.⁸⁾

당사자자치가 인정되는 경우 당사자가 선택한 준거법이 당해 섭외사안과 실질적 관련이 있어야 하는지가 문제된다. 모범법⁹⁾과 제1차 심의고¹⁰⁾ 및 실무관행은

6) 같은 취지로 杜涛, 『涉外民事关系法律适用法释评』(中国法制出版社, 2011) 61页.

7) 안춘수, “국제사법상 당사자자치 -개념, 연혁, 논리적 가능성, 한계-”, 『국제관계법의 새로운 지평(진산 김문환선생정년기념논문집)』(법문사, 2011), 235면도 당사자자치는 실질법상 형성의 자유가 인정되어 임의규정이 원칙인 분야를 중심으로 논의되었다고 한다. 물론 당사자자치는 저촉법적 지정으로서 실질법적 지정과는 엄연히 구별된다. 안춘수, 『국제사법』(법문사, 2017), 251-252면; 신창선·윤남순, 『신국제사법[제2판]』(fides, 2016), 264-265면.

8) 같은 취지로 杜涛(주6), 61页.

9) 중국 국제사법학회가 1993년부터 학술연구용으로 제정에 착수하여 2000년 발표한 것이다. 中国国际私法学会, 『中华人民共和国国际私法示范法』(法律出版社, 2000).

10) 중국 국제사법학회는 2000년 모범법에 기초하여 2002년 2월에 섭외민상사관계법 건의고를 작성하여 전국인민대표대회 법제사무위원회에 제출하였다. 이후 여러 단체 및 개인이 건의고를 작성하여 전국인민대표대회 법제사무위원회에 제출하였고, 이를 종합하여 법제사무위원회는 민법(室内稿)·섭외민사관계법률적용편을 작성하였다. 이 국제사법 초안은 정식으로 2002년 12월 23일 제9기 전국인민대표대회 상무위원회 제31차회의에서 민법(초안) 제9편 ‘涉外民事關係的法律適用法’의 제목으로 제1차 심의를 받았는데, ‘제1차 심의고’라 함은 이를 지칭한다. 제1차 심의고는 총 9편 1209조로 되어 있으며 내용이 복잡하고 포함하는 범위가 방대하여 단일법으로 입법되기에는 중국의 사회적 여건이 충분히 성숙되지 못하였다는 판단에 따라 각 편별로 입법하기로 결정되었다. 何其生, “中國國

모두 선택할 수 있는 법의 범위를 법정지법으로 제한하고 있었다.¹¹⁾ 이는 스위스 국제사법의 영향을 받은 것으로서 당사자자치의 적용이 중국 국익에 손해가 될 것을 우려하였기 때문이다. 그러나 국제사법은 선택할 수 있는 법에 대하여 제한을 두지 않음으로써 반드시 법정지법에 국한되지 않고 당사자로 하여금 무제한적으로 어떤 국가 또는 지역의 법이나 국제협약 및 조약 등을 준거법으로 지정할 수 있도록 하였다.¹²⁾

2012년 사법해석 제7조도 “일방당사자가 쌍방이 합의하여 선택한 법과 분쟁중인涉外민사관계가 실질적 관련이 없다는 이유로 선택이 무효임을 주장하는 경우에는 인민법원은 이 주장을 인정하지 않는다.”고 규정함으로써 이러한 입장을 명백히 하였다. 당사자가 당해 사안과 실질적 관련이 없는 법을 준거법으로 선택하였더라도 이는 당사자의 합의에 기초한 것으로서 강행규정과 공서에 위반되지 않는 범위 내에서는 충분히 존중하여야 할 필요가 있으며¹³⁾ 중립적 국가의 법을 준거법으로 지정할 현실적 필요성도 있으므로,¹⁴⁾ ‘법률적용법’과 2012년 사법해석의 태도는 당사자자치 원칙의 최신 발전방향과도 부합하는 것으로서 타당하다.¹⁵⁾

나. 법선택의 방법

당사자가 법을 선택하는 방법에는 명시적 방법과 묵시적 방법이 있다. 명시적 선택은 당사자가 서면이나 구두의 형식으로 명확하게 법선택을 하는 것이고, 묵시적 선택은 이와 반대로 법관이 당사자의 행위나 기타 요소를 고려하여 당사자의 의사를 추정하는 것이다. ‘법률적용법’ 제3조는 “당사자는 법률규정에 의거하여涉外민사관계에 적용될 법률을 명시적으로 선택할 수 있다.”고 하여 당사자의 선택이 ‘명시적’일 것을 요구하고 있으나, 이를 ‘선택할 수 있다.(可以)’고 규정하

際私法學三十年(1978-2008年)”, 『武大國際法評論』第11卷(武汉大学国际法研究所, 2010年 第1期), 263頁.

11) 贺琼琼, “论意思自治在侵权冲突法中的现代发展—兼评‘涉外民事关系法律适用法’之相关规定”, 『武汉大学学报』(武汉大学, 2011年 第6期), 134頁.

12) 丁洋洋, “论意思自治原则在侵权领域的扩展—以‘中华人民共和国涉外民事关系适用法’为视角”, 『商品与质量』(中国保护消费者基金会, 2011年 4月), 160頁.

13) 廣東省高級人民法院課題組, “關於涉外民事關係法律適用法的若干問題及起草司法解釋的建議”, 63頁.

14) 안춘수(주7), 236면.

15) 贺琼琼(주11), 134頁.

여 묵시적 선택의 가능성을 열어둔 것인지에 대하여 논란이 있다.

종래 중국에서는 명시적 선택만을 인정하였다. 1987년 <최고인민법원의 섭외경제계약법적용에 관한 약간의 문제에 관한 해답>(이하 ‘1987년 사법해석’이라 약칭한다) 제2조 제2항은 “당사자가 계약성립시 또는 분쟁이 발생한 후 계약에 적용할 법에 대하여 이미 선택을 한 경우, 당사자가 선택한 법을 적용하여야 한다. 당사자가 선택한 법은 중국법일 수 있으며 또는 홍콩이나 마카오의 법일 수 있으며, 외국법일 수도 있다. 그러나 당사자의 선택은 반드시(必須) 양 당사자가 합의를 통하여 명시적으로 한 것이어야 한다.”고 규정하였다. 또한 2007년 <최고인민법원의 섭외민사상사계약분쟁사건의 준거법 결정에 관한 약간의 문제에 대한 규정>(이하 ‘2007년 사법해석’이라 약칭한다) 제3조는 “당사자가 계약분쟁에 적용할 준거법을 선택 또는 변경하는 경우에는 반드시(應當) 명시적 방식으로 하여야 한다.”고 규정하였다. 그러나 동 사법해석 제4조 제2항은 “당사자가 계약분쟁에 적용할 법률을 선택하지 않았으나, 모두 동일한 국가 또는 지역의 법률을 인용하고 그 법을 적용하는데 있어 이의를 제출하지 않았다면, 당사자가 계약분쟁에 적용할 법률을 선택한 것으로 보아야 한다.”고 규정하여 이 조항이 묵시적 선택을 인정하는 것인지에 대한 논란을 초래하였다.

제1차 심의고 제4조 제1항은 “섭외민사관계의 당사자는 합의를 통하여 명시적 방법으로 국제관례의 적용을 선택할 수 있다.”고 규정하였고, 제50조 제1항은 “섭외계약의 당사자는 계약에 적용할 법률, 국제조약, 국제관례를 선택할 수 있다. 단, 법률에 다른 규정이 있는 경우에는 제외한다.”고 규정하였는데, 총칙에서 국제관례의 적용에 관해서만 명시적 선택을 요구하고 있어 그 의도를 이해하기가 어려웠다. 제2차 심의고¹⁶⁾는 총칙 제4조에서 “당사자는 법률규정에 의거하여 섭외민사관계에 적용될 법률을 명시적으로 선택할 수 있다.”고 규정하였고, 이는 ‘법률적용법’ 제3조에 그대로 반영되었다.

중국에서 명시적 선택만이 인정되어야 한다고 주장하는 견해는 다음과 같은 이유를 들고 있다. 첫째, 중국 법원이 매년 처리하는 섭외민사상사분쟁의 건수는 매우 많은데 반하여 법관의 지식과 업무수준에 있어 개인별 편차가 크기 때문에,

16) 전국인민대표대회 법제사무위원회는 2010년 8월 23일 제11기 전국인민대표대회 상무위원회 제16차 회의에 총 8장 54개의 조문으로 구성된 법안을 제출하였고 전국인민대표대회 상무위원회 법률위원회가 이를 심의하였는바, 제2차 심의고라 함은 이 법안을 지칭한다.

명시적 선택만을 인정함으로써 법원이涉外계약분쟁을 심리하는데 있어서 준거법을 확정하는데 드는 불필요한 노력을 감소시켜야 한다. 당사자에게 준거법 선택에 관한 묵시적 의사표시가 있었는지를 판단하도록 한다면 법원은 과중한 업무부담으로 인해 주관적 추단에 빠질 우려가 크다.¹⁷⁾ 둘째, 중국 법원은涉外사안에서 외국법을 적용하지 않고 법정지법으로서 자국법을 적용하는 경향이 강한데, 묵시적 선택을 인정하게 된다면 법원은 묵시적 선택이 있었음을 이유로 중국법을 준거법으로 결정할 가능성이 매우 높고, 이는 당사자의 본래 의사에 위배되어 판결의 공정성에도 부정적인 영향을 줄 수 있다.¹⁸⁾ ‘법률적용법’ 제3조는 준거법 선택을 위한 명시성을 요구하였다는 데 의의가 있다는 평가¹⁹⁾도 이러한 입장과 궤를 같이 하는 것으로 이해된다.

물론 묵시적 선택이 법원이 적용하고자 하는 준거법을 지정하는 의제적 수단으로 사용되었던 점을 고려하면²⁰⁾ 묵시적 선택을 인정하는 데 한계가 있음은 부인할 수 없으나, 준거법 선택 자체를 인정하는 이상 명시적 선택과 묵시적 선택 간에 차등을 둘 이유는 없다고 생각한다. 1978년 오스트리아 국제사법 제35조, 1999년 독일 민법시행법(EGBGB) 제27조 제1항, 1987년 스위스 국제사법 제116조, 한국 국제사법 제25조도 공히 묵시적 선택을 인정하고 있다.

국제사법 시행 후 제정된 2012년 사법해석 제8조 제2항은 2007년 사법해석 제4조 제2항의 내용을 그대로 승계하여 “각 당사자가 동일한 국가의 법을 인용하였고 이에 대한 이의를 제출하지 않은 경우에는, 인민법원은 당사자가涉外민사관계에 적용할 법을 선택한 것으로 인정할 수 있다.”고 규정함으로써 묵시적 선택의 효력을 정면으로 인정하였다.²¹⁾ 2012년 사법해석이 이와 같이 규정한 이유는,

17) 唐琼琼, “论当事人意思自治原则在‘涉外民事关系法律适用法’中的适用问题”, 『成都行政学院学报』(成都行政学院, 2012年 第3期), 35页.

18) 丁洋洋(주12), 160页

19) 谢凯, “也论‘默示选择’-‘涉外民事关系法律适用法’第三条之解析”, 『大庆师范学院学报』(大庆师范学院, 2013年 第2期), 42页. 이와 같은 취지로 苏晓凌(蘇曉凌), “중국 국제사법의 새로운 동향 -涉外민사관계법률적용법 및 사법해석을 중심으로-”, 『고려법학』 제71호(고려대학교 법학연구원, 2013.12), 36면.

20) 최홍섭, “국제사법에서 당사자자치”, 『국제사법연구』 제9호(한국국제사법학회, 2003.12), 475면.

21) 徐伟功, “法律选择中的意思自治原则在我国的运用”, 『法学』(华东政法大学, 2013年 第9期), 32页은, 이에 대하여 당사자가 동일한 국가의 법을 인용하는 것은 명시적 합의로 이해할 수 있으므로 이 규정과 ‘법률적용법’이 서로 모순되는 것은 아니라고 주장하나, 행위자가 의욕한 바가 표시행위에 직접 표시된 경우를

실무상으로 양 당사자가 서면에 의한 명시적 방식으로 준거법합의를 하지 않았으나 동일한 국가의 법을 원용하면서 이에 대한 이의를 제기하지 않는 경우가 자주 발생하는바, 이러한 경우에는 당사자가 법선택을 한 것으로 봄으로써 준거법합의에 관한 문제를 편리하게 해결할 수 있기 때문이다.²²⁾

결국 ‘법률적용법’ 제3조는 문언 그대로 당사자가 “명시적으로 준거법을 선택할 수 있다(可以)”는 의미로 해석하면 족하고, 이를 “반드시(必須) 명시적으로 준거법을 선택해야 한다”는 의미로 해석할 수는 없다. 이렇게 본다면 2012년 사법해석 제8조 제2항이 묵시적 선택을 인정하는 것과도 모순되지 않는다.²³⁾ 그러한 점에서도 ‘법률적용법’ 제3조는 단지 명목적인 의미밖에 없다고 생각한다.

2. 혼인

가. 입법 배경

당사자자치 원칙은 가족법영역에서도 그 적용범위가 확대되고 있는 것이 현재 각국의 국제사법의 추세이다.²⁴⁾ 종래 중국은 국제가족법영역에서 당사자의 준거법 선택을 전면적으로 배제하고 있었다. ‘민법통칙’ 제147조는 “중화인민공화국공민과 외국인의 이혼에 관하여는 법원소재지의 법을 적용한다.”고 규정하였으며,

명시적 의사표시라고 하고, 행위자가 의욕한 바가 표시행위 속에 직접 표시되지 않고 다른 행위 또는 주위 사정으로부터 추측되는 경우, 즉 우회적인 방법으로 표시되는 경우를 묵시적 의사표시로 보아야 한다는 점에서, 당사자의 부작위(이의를 제출하지 않음)에 의한 의사의 일치를 어떻게 명시적 합의로 볼 수 있는지의 문제이다. 묵시적 의사표시에 관하여는 최신설, “묵시적 의사표시와 그 효과”, 『비교사법』 제7권 제2호(한국비교사법학회, 2000.12), 397-424면 참조.

22) 高曉力, “‘关于适用涉外民事关系法律适用法若干问题的解释(一)’的理解与适用”, 『人民司法』(最高人民法院, 2013年 第3期), 21页; 廣東省高級人民法院課題組, “關於涉外民事關係法律適用法的若干問題及起草司法解釋的建議”, 『人民司法』(最高人民法院, 2013年 第1期), 63頁; 劉貴祥, “涉外民事关系法律适用法在审判实践中的几个问题”, 『人民司法』(最高人民法院, 2011年 第11期), 40页.

23) 汪雨丽, “‘涉外民事关系法律适用法’中意思自治原则的两维性探析”, 『湖北社会科学』(湖北省社会科学联合会; 湖北省社会科学会, 2012年 第8期), 168页.

24) 朴민희, “국제가족법에 있어서의 당사자자치 원칙의 수용”, 『국제사법연구』 제23권 제2호(한국국제사법학회, 2017.12), 3-36면; 김문숙, “상속준거법에서의 당사자자치 -EU상속규정을 중심으로-”, 『국제사법연구』 제23권 제1호(한국국제사법학회, 2017.06), 283-341면.

1988년 <최고인민법원의 민법통칙을 집행하는데 있어 약간의 문제에 대한 의견>(이하 ‘1988년 사법해석’이라 약칭한다) 제188조는 “중국의 법원이 수리한涉外이혼사건에서 이혼 및 이혼으로 인한 재산분할에 대해서는 중국법을 적용한다.”고 규정하였다.²⁵⁾ 그러나 계약법 분야에서 당사자자치 원칙의 발전에 힘입어 가족법영역에서도 동 원칙을 수용하여야 한다는 요구가 높아졌고, 중국 내에서 준국제사법에 따라 혼인문제를 해결하여야 할 필요성이 높아짐에 따라²⁶⁾ ‘법률적용법’에서도 부부재산관계(제24조)와 협의이혼(제26조)에 대하여 제한적으로 당사자자치 원칙을 도입하였다.²⁷⁾

나. 입법적 의의

‘법률적용법’ 제24조(부부재산관계)는 “부부의 재산관계는 당사자가 합의하여 일방당사자의 상거소지법률이나 본국법 또는 주요재산소재지의 법을 선택하여 적용할 수 있다. 당사자가 선택하지 않은 경우에 공통의 상거소지법을 적용하고, 공통의 상거소가 없는 경우에는 공통의 본국법을 적용한다.”고 규정함으로써 부부재산관계에 적용될 법률을 부부가 선택하여 적용할 수 있도록 하였다. 단, 부부 쌍방의 합의로 선택할 수 있는 법률에는 제한이 있는데, 일방당사자의 상거소지법, 본국법 또는 주요재산소재지법 중에서만 선택할 수 있다. 당사자가 선택을 하지 않은 경우, 우선 부부 쌍방의 공통의 상거소지법을 적용하고, 공통의 상거소지가 없는 경우에는 공통의 본국법을 적용한다. 당사자가 적용될 법을 선택하지도 않았고, 공통의 상거소지나 공통의 본국법도 없는 상황에서는 어떻게 법률을 적용하는지에 대하여 본 조항은 규정하고 있지 않았으나, 본 법 제2조의 정신에 따라, 그涉外 부부재산관계와 가장 밀접한 관련이 있는 법을 적용하여야 한다.²⁸⁾

‘법률적용법’ 제26조(협의이혼)은 “협의이혼은 당사자가 일방당사자의 상거소지법이나 본국법을 선택하여 적용할 수 있다. 당사자가 선택을 하지 않은 경우에는 공통의 상거소지법을 적용한다. 공통의 상거소지가 없는 경우에는 공통의 본국법을

25) 陈力(주3), 71면.

26) 于飞, “意思自治原则在涉外离婚领域的适用”, 『厦门大学学报』(厦门大学, 2011年第1期), 46页.

27) 郭玉軍, “评中国涉外婚姻家庭继承法律选择规则——以韩国国际私法立法为参照”, 『국제사법연구』 제17호(한국국제사법학회, 2011.12), 86면.

28) 黄進·姜茹嬌 主編(주4), 124-125页.

적용한다. 공통의 본국법이 없는 경우에는 이혼수속을 처리한 기관의 소재지의 법률에 의한다.”고 규정함으로써 당사자가 이혼에 적용될 법률을 선택할 수 있도록 하였다. 다만, 선택할 수 있는 법률에는 역시 일정한 제한을 두었다. 즉, 선택하는 법률은 혼인당사자 또는 혼인과 일정한 관련이 있어야 하는데, 일방당사자의 상거소지법이나 일방당사자의 본국법을 선택할 수 있으며, 양자는 병렬관계로 우열이 없다. 당사자가 협의이혼의 준거법을 선택하지 않은 경우, 그 준거법의 확정은 3단계로 이루어진다. 먼저 혼인관계 쌍방당사자의 상거소지법이 우선적으로 적용된다. 다음으로 쌍방의 공통의 상거소지가 없는 경우에는 공통의 본국법이 적용된다. 가령 부부 쌍방이 모두 프랑스인이고 중국에서 협의이혼을 하는 경우, 협의이혼에 적용될 법률을 선택하지 않았으며 공통의 상거소지도 없는 경우에는 프랑스법을 적용한다. 마지막으로 쌍방의 공통의 상거소지도 없고 공통의 본국법도 없는 경우에는 이혼수속을 처리하는 기관의 소재지의 법을 적용한다.²⁹⁾ 당사자가 선택한 법률은 협의이혼의 실질적 요건에만 적용되며, 중국 내에서 진행되는 절차적 요건에 대해서는 중국법의 적용을 받는다.³⁰⁾

2011년부터 2017년까지 중국 전역에서 ‘법률적용법’ 제24조가 적용된 판례는 모두 126건이고, 제26조가 적용된 판례는 4건이다. 실무에서 제26조가 적용된 판례는 극소수에 불과한데, 북경시의 경우만 하더라도 2011년부터 2017년까지 수리한 섭외이혼사안이 1000건이 넘는 점을 고려할 때 이러한 통계는 본 조항의 적용에 있어 입법과 실무 사이에 큰 괴리가 있다는 점을 시사한다. 이러한 문제가 발생하는 원인은 섭외이혼에 대하여 ‘법률적용법’이 제정되기 전에는 ‘민법통칙’ 제147조와 ‘1988년 사법해석’ 제188조에서 혼인관계 해소와 그로 인한 재산분할을 통일적으로 규율한 데 반하여, ‘법률적용법’에서는 부부재산관계·부부신분관계·협의이혼·소송이혼 등으로 분산되어 입법되었음에도 불구하고 기존의 관행이 그대로 유지되었기 때문으로 보인다.³¹⁾

29) 黃進·姜茹嬌 主編(주4), 135-136頁.

30) 陳力(주3), 72면. 본 조항에 따라 당사자가 합의할 수 있는 사항인 협의이혼의 실질적 요건에는 이혼의 조건, 재산분배, 부부간의 부양, 자녀양육 등이 포함된다. 당사자가 이혼에 대하여 법정기관에 이혼청구를 제출한 후 일정한 법정 절차를 이행하여야 정식으로 혼인관계를 해소할 수 있는데, 이러한 혼인관계의 해소에 관한 절차적 요건에는 중국법을 적용한다. 萬鄂湘, 『中华人民共和国涉外民事关系法律适用法条文理解与适用』(中国法制出版社, 2011), 194-195면.

31) 王妹, “意思自治原则在涉外婚姻司法实践中的困境与出路—兼评‘中华人民共和国涉

3. 동산물권

가. 입법 배경

‘법률적용법’ 제37조는 “당사자는 동산물권에 적용할 법률을 선택할 수 있다. 당사자가 선택하지 않은 경우에 법률사실발생시 동산의 소재지법을 적용한다.”고 규정하여, 동산물권에 대하여 당사자자치 원칙을 주된 연결방식으로 하고, 동산의 소재지법을 보충적 적용하도록 규정하여 동산물권에 한정하여 당사자자치 원칙을 도입하였다.³²⁾ 본 조항은 당사자가 법을 선택하는데 있어 동산물권의 범위나 선택할 수 있는 법에 대하여 제한을 두지 않는다.³³⁾ 전통적으로 물권에 대해서는 물건의 소재지법을 적용하며,³⁴⁾ 당사자자치 원칙을 적용하더라도 일정한 제한을 두는데,³⁵⁾ 동산물권에 당사자자치의 원칙을 도입하면서 어떠한 제한도 두지 않은 이러한 입법은 대담한 측면이 있다.³⁶⁾ 이에 대해 중국 내에서도 다양한 각도에서

外民事关系法律适用法’第24、26条”, 『法律适用』(最高法院)国家法官学院, 2017年 第23期), 111-114頁.

32) 黃進・姜茹嬌 主編(주4), 207頁.

33) ‘법률적용법’ 제2조는 “섭외민사관계에 적용하는 법률은 본법에 의하여 확정한다. 기타 법률이 섭외민사관계의 법률적용에 관하여 특별규정을 가지고 있는 경우에는 그 규정에 따른다.”고 규정한다. 이에 따라 선박의 물권에 대해서는 1993년 7월 1일부터 시행되고 있는 ‘해상법’ 제270조 및 제271조가 적용되며, 민용항공기에 대해서는 1996년 3월 1일부터 시행되고 있는 ‘민용항공기법’ 제185조, 제186조 및 제187조가 적용된다. 萬鄂湘(주30), 272-273頁.

34) 신창섭, 『국제사법[제4판]』(세창출판사, 2018), 221면.

35) 물권영역에서 최초로 당사자자치 원칙을 도입한 국가는 스위스이다. 1987년 스위스연방국제사법은 동산의 물권에 대하여 제한적으로 당사자자치의 원칙을 도입하였다. 그 후 이러한 입법은 러시아와 일부 동유럽국가에서 수용되었다. 杜濤, 『國際私法原理』(復旦大學出版社, 2014), 195頁.

36) 스위스 국제사법 제104조는 “① 당사자는 동산에 대한 물권의 취득과 상실을 발송지국 또는 목적지국의 법 또는 취득과 상실의 기초를 이루는 법률행위의 준거법에 의하게 할 수 있다. ② 법의 선택은 제3자에게 대항할 수 없다.”고 규정한다. 석광현, 『국제사법 해설[제2판]』(지산, 2003), 537면. 러시아민법 제1210조 제1항은 “계약당사자는 계약체결시 또는 성립 후 상호의 합의에 따라 당해 계약에 관한 쌍방의 권리의무에 적용하여야 할 법을 선택할 수 있다. 당사자에 의하여 선택된 법은 제3자의 권리를 침해할 수 없고, 동산에 대한 소유권과 그 밖의 물권의 발생과 소멸에 적용된다.”고 규정한다. 신영호 역, 『러시아민법전』(세창출판사, 2010), 390면; 齊湘泉, 『‘涉外民事关系法律适用法’原理与精要』(法律

분석이 이루어지고 있다.

우선 이러한 입법이 이루어진 배경에 대하여 입법참여자는 “첫째, 실생활에서 물권과 채권은 서로 교차하며, 이점은 동산에서 더 현저하다. 왜냐하면 부동산 물권의 취득과 변경은 주로 등기의 방식으로 이루어지나 동산 물권의 취득과 양도는 인도로써 이루어지는데, 이 인도는 계약법과도 관련이 있고 물권법과도 관련이 있다. 동산의 인도는 물권취득의 표지이자 계약의 이행방식이라고 볼 수 있는데, 계약의 당사자에게 당사자자치를 인정하면서 계약의 성립에만 당사자자치를 인정하고 계약의 이행에 대하여 당사자자치를 인정하지 않는 것은 말이 되지 않는다. 둘째, 동산의 종류는 매우 다양하여 선박이나 항공기뿐만 아니라 연필이나 바늘까지도 포함하는 개념이다. 또한 동산은 이동이 가능하므로 국내에서 뿐만 아니라 국제적 이동도 가능하다. 특히 동산은 소유자가 점유할 수도 있으나 소유자와 사용자가 다를 수도 있다. 이렇게 동산물권은 상황이 복잡하여 물건소재지법으로 각종 동산물권의 수요를 만족할 수 없다. 예를 들면, 많은 항공회사와 운수회사들은 비행기나 선박을 임대하여 사용한다. 임대한 비행기나 선박에 대하여 당사자의 필요에 따라 임대인소재지법이나 임차인소재지법을 적용할 수 있으며 비행기나 선박의 등기법도 적용할 수도 있다. 셋째, 국제사법분야에서 당사자자치가 적용되는 분야를 확대하는 것은 세계적인 발전추세에 부합한다. ‘법률적용법’은 총 52개의 조문 중 16개의 조항에서 당사자가 법을 선택할 수 있도록 규정하는데, 이는 외국법과 비교해 보아도 당사자가 선택할 수 있는 법의 범위가 가장 넓고 관련 규정이 많은 편이다. 또한, ‘법률적용법’이 동산물권에 적용할 법을 당사자가 선택하도록 규정한 것은 물권법 및 물권법정주의 규정과도 일치하는 것이다. 당사자가 합의한 법을 적용하도록 하는 것이 당사자가 임의로 일종의 물권을 창설하거나 물권의 내용을 새로 만드는 것을 허용하는 것은 아니다. 다만 선택가능한 법은 외국법이 될 수도 있으나 반드시 법률이어야 한다.”³⁷⁾고 설명한다.

이러한 입법은 중국 내 민법학계의 영향을 크게 받은 것으로 볼 수 있다. 2007년 물권법 제정 당시 물권법정주의를 채택할 것인가에 대하여 격심한 논의가 진행되었으며, 법문상으로는 엄격한 물권법정주의를 채택하는 것으로 결정되어 물권법 제5조는 “물권의 종류 및 내용은 법률로 규정한다.”고 규정하였다. 그러나

出版社, 2011), 63頁.

37) 王勝明, “涉外民事關係法律適用法若干爭議問題”, 『法學研究』(中國社會科學院法學研究所, 2012年 第2期), 192頁.

대만을 중심으로 이러한 물권법정주의를 비판하며 물권자유주의를 주장하는 견해가 제기되었고, 대륙에서도 일부 신진학자들이 이에 동조하였다. 이들은 물권법정주의가 지나치게 폐쇄적이고 경직되어 있으며, 물권의 종류를 법률이 규정한 몇 가지로 제한하는 것은 사회생활에서 나타나는 새로운 형태의 물권에 대하여 적절한 법적 승인과 보호를 제공할 수 없다고 하면서, 민법상 사적자치의 원칙을 적용하여 물권법정주의를 부정하고자 하였다. 이러한 물권법정주의와 물권자유주의에 대한 논쟁이 국제사법 영역에까지 영향을 끼쳐, 일부 국제사법학자들도 국제사법상 물건의 소재지법원칙을 비판하며 당사자자치 원칙을 도입하여 당사자가 물권관계의 준거법을 합의할 수 있도록 하여야 한다고 주장하였다.³⁸⁾ 본 조항은 이러한 물권자유주의의 국제사법영역에서의 구체적 표현이라고 볼 수 있다.³⁹⁾

나. 입법적 의의

‘법률적용법’ 제37조의 입법에 대하여 비판하는 입장은 우선 이러한 입법은 물권의 기본적 속성에 반한다고 주장한다. 물권은 기본적으로 절대성을 가지며 대세적 효력이 있는데, 이러한 물권의 기본적 성질은 물권의 준거법이 물건의 소재지법의 지배를 받을 것을 요구한다는 것이다.⁴⁰⁾ 그리고 물권관계에서 물권의 권리자 외에 다른 당사자들은 모두 불특정되어 있으므로 제37조에서 규정하는 “당사자가 합의하여 동산물권에 적용할 법을 선택한다” 중의 당사자는 특정할 방법이 없다고 주장한다. 즉, 합의하여 선택하도록 규정한 이상 권리자 일방이 선택할 수 없으며 반드시 두 명 또는 두 명 이상이어야 하는데 이러한 당사자를 확정할 수 없다는 것이다.⁴¹⁾ 또한 비판론에서는 물건의 소재지법을 적용하지 않는다면 그 물건에 대하여 현실적으로 집행하기가 어려울 것이며, 자국에서의 소송에 외국법을 적용해야 하는 경우 법원이 외국법을 조사하여 적용하여야 하는 어려움이 있다고 한다.⁴²⁾

38) 杜涛, “论物权国际私法中当事人意思自治原则的限度-兼评‘涉外民事关系法律适用法’第37条”, 『上海财经大学学报』(上海财经大学, 2012年 第5期), 32页.

39) 杜煥芳, “中国涉外物权及知识产权的法律适用”, 『국제사법연구』 제17호(한국국제사법학회, 2011.12), 118면.

40) 陈力(주3), 74면.

41) 杜涛(주35), 195頁.

42) 杜涛(주38), 33-34頁.

한편, 중국에서는 충돌규범의 입법초기에는 물권과 채권을 엄격하게 구별하지 않았었던 점을 지적하며, 동산물권에 당사자자치 원칙을 인정하게 된 이유를 채권과 물권을 엄격하게 구별하지 못한데서 찾는 견해도 있다. ‘법률적용법’이 입법되기 전에는 ‘민법통칙’과 1988년 사법해석에 관련규정이 존재하였는데, 1988년 사법해석 제186조는 부동산에 관하여 소유권, 매매, 임대차, 저당, 사용 등의 민사관계는 부동산 소재지법을 적용한다고 규정하며, 동산에 대해서는 규정이 없었다. 부동산 임대차의 경우, 전형적인 채권관계로 볼 수 있는데 이에 대하여 물권에 관한 충돌규범을 적용하도록 규정한 것으로 볼 때, 물권과 채권을 엄격히 구별하지 않는 태도가 ‘법률적용법’에도 여전히 지속되었고, 이로 인해 물권에 대해서도 당사자자치 원칙을 인정하기에 이르렀다는 것이다. 중국에서도 2007년 ‘물권법’이 입법되면서 물권법정주의를 받아들여 물권과 채권을 엄격하게 구분하므로, 이러한 입장은 ‘법률적용법’에서도 유지되어야 한다고 주장하면서 동산물권에 대하여 당사자자치 원칙을 인정한 것은 오류라고 본다.⁴³⁾

반면 ‘법률적용법’ 제37조의 입법을 옹호하는 입장은 이른바 물권행위의 유인성과 같은 맥락에서 물권관계는 본래 채권관계에 기초를 두고 있으므로 채권관계와 물권관계는 서로 유기적인 관계가 있음을 강조한다. 동산물권의 준거법에 관하여 당사자자치를 인정하지 않을 경우 동산매매계약에서의 채권관계의 준거법과 물권관계의 준거법이 서로 달라질 가능성이 높는데, 이는 원래의 유기적 관련에 분열을 초래한다는 것이다. 그리하여 옹호론에서는 당사자자치를 인정함으로써 동산매매에서 채권관계와 물권관계의 유기적 관련을 분열시키는 것을 피할 수 있도록 해야 한다고 본다.⁴⁴⁾

43) 입법에서뿐만 아니라 사법실무에서도 물권과 채권을 명확하게 구별하지 못하는 현상이 나타나고 있다고 한다. 广东省江门市新会区人民法院2013年12月10日判決, (2013)江新法民四初字第41号 판결이 전형적이 사례인데, 원고와 피고는 화물운송용 차량 한 대를 매매하는 계약을 체결하였고, 원고는 계약에 따라 대금을 지급하였고, 피고도 계약에 따라 차량을 인도하였으나, 이전등기를 만연히 미루어 원고가 법원에 소를 제기하여 차량의 이전등기에 협조할 것을 청구하는 사안이었다. 본 사안에서 원고는 홍콩주민으로涉外적 요소가 있어 법률적용법이 적용되었는데, 법원은 매매계약분쟁으로 성질결정하여 제41조를 적용하여 본 사안에서 계약의 이행지, 당사자의 주소지 및 상거소지가 모두 광둥성 강문군 신회시에 있으므로 중국법이 본 사안과 가장 밀접한 관련이 있어 준거법으로 결정된다고 판시하였다. 朱江, “动产物权冲突规范中的意思自治原则”, 『国际法研究』(中國社會科學院 國際法研究所, 2016年 第5期), 92頁.

비판론과 옹호론 모두 기본적으로 부동산물권과 동산물권의 준거법으로서 물건 소재지법이 적용된다는 데에는 견해가 일치한다. 문제는 동산물권에 관하여 당사자자치를 인정함으로써 양 당사자 사이의 물권분쟁과 채권분쟁에 적용할 준거법을 통일할 수 있는 가능성을 인정할 것인지 여부이다. 비판론은 물권법정주의를 강조하는 입장이고, 옹호론은 물권자유주의의 입장에서 당사자자치를 인정하여 양 당사자 사이의 채권관계에 관한 준거법과 물권관계에 관한 준거법을 동일하게 지정함으로써 분쟁의 통일적 해결을 도모하여야 한다는 것이다.

살피건대, 동산의 소재지는 변동이 가능하기 때문에 종종 그 소재지를 확정하기 어려운 경우가 발생할 수 있으며, 채권과 물권에 적용되는 준거법이 다를 경우 발생할 수 있는 혼란을 방지하기 위해서 동산물권에도 당사자자치를 도입하는 것이 바람직할 것으로 생각된다. 그러나 현실적인 집행의 어려움과 외국법적용에 따른 법원의 부담 증가 문제를 해결하여야 할 것이다.⁴⁵⁾

‘법률적용법’은 동산물권의 범위를 제한하지도 않고 선택할 수 있는 법의 범위도 제한하지 않는다. 적용할 법률을 선택하는데 제한이 없다는 것은 당사자가 어떠한 법이라도 선택할 수 있다는 것으로서, 당사자 또는 동산과 관련이 있는 법, 즉 당사자의 주소지법이나 동산소재지법 등에 제한되지 않는다.⁴⁶⁾ 동산의 물권관계에 당사자자치를 인정하는 것은 기본적으로 바람직하지만, 이렇게 아무런 제한 없이 인정할 경우 제3자의 이익이 침해될 수 있으므로 적절한 제한이 필요하리라고 본다.⁴⁷⁾

44) 宋晓, “意思自治与物权冲突法”, 『环球法律评论』(中国社会科学院法学研究所, 2012年 第1期), 83-85页.

45) 중국에서도 ‘법률적용법’이 시행된 후 본 조항은 실무에서 적절하게 운용되지 못하고 있다고 한다. 2011년 4월 1일부터 2018년 10월 31일까지 제37조가 적용된 판례 100여건 중에서 대표성을 가진 15건을 대상을 실시한 분석에 따르면 당사자가 분명하게 중국법을 선택한 경우는 2건이었으며, 7건의 사안에서 당사자들은 준거법에 대하여 합의하지 않아 법원이 중국법을 적용하도록 결정하였다. 5건의 사안에서 법원은 당사자들이 준거법에 대하여 합의하였는지의 여부에 대하여 설명하지 않고 바로 중국법을 적용하였다. 단 한 개의 사안에서 당사자가 외국법을 적용하여야 한다는 주장을 제출하였으나, 법원은 심리 후 영국법을 적용하기로 한 합의의 이유가 성립하지 않는다는 이유로 중국법을 적용하였다. 결국 15건 모두 중국법을 적용하였다. 郭一君·焦蕾, “‘涉外民事关系法律适用法’第37条司法裁判分析—以15份公开裁判文书为切入点”, 『武汉交通职业学院学报』(武汉交通职业学院, 2018年 第4期), 28页.

46) 萬鄂湘(주30), 272页.

4. 계약

가. 입법적 의의

‘법률적용법’ 제41조(계약)은 “당사자는 계약에 적용될 법률을 합의로 선택할 수 있다. 당사자가 선택을 하지 않은 경우, 계약의 특징을 가장 잘 나타낼 수 있는 이행 의무를 가진 일방당사자의 상거소지법 또는 기타 그 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 법률을 적용한다.”고 함으로써 계약에서의 당사자자치 원칙에 관한 일반조항을 규정하고 있다. 제41조는 동 원칙의 적용범위·적용방식·선택기한 등 세부적 내용에 대해서는 규정하지 아니하여, 계약의 당사자자치 원칙에 대하여 세부적으로 규정하고 있는 2007년 사법해석이 본 법의 시행 이후에도 계속 효력을 가질 것으로 생각된다.

2007년 사법해석은 당사자가 선택할 수 있는 법의 범위에 관하여 관련국가의 실질법만이 포함되고 저촉법이나 절차법은 포함되지 않는다⁴⁸⁾고 규정하여(제1조) 反定을 배제하였으며, 상인법이나 국제조약 등을 선택할 수 없도록 하였다. 법선택의 방식과 관련하여 명시적 선택만을 규정하고 있으나(제3조),⁴⁹⁾ 묵시적 선택을 전면적으로 배제하지는 아니하였다(제4조 제2항).⁵⁰⁾ 법선택의 시기는 “제1심 변론 종결전”으로 제한하고 있다(제4조 제1항).⁵¹⁾ 계약분쟁의 범위에 대하여는 계약의 성립·계약의 효력·계약의 이행·계약의 변경 및 지위의 양도·계약의 종료 및 불이행 책임 등을 포함한다고 규정하여(제2조) 계약과 관련된 모든 분야를 망라하고 있

47) 석광현, 『국제사법 해설』(박영사, 2013), 241면은 한국의 경우에도 중국 국제사법과 같이 장기적으로 물권에 관하여 당사자자치를 도입하는 것을 검토할 필요가 있다고 하면서도, 중국 국제사법이 동산물권의 내용에 대해서까지 당사자자치를 허용하는 데 대해서는 중국 물권법 제5조가 규정하는 물권법정주의에 반하게 될 문제가 있다고 지적한다.

48) “섭외민사상사계약에 적용할 법률은 관련 국가 또는 지역의 실질법이며, 저촉법과 절차법은 포함하지 않는다.”

49) “당사자가 계약분쟁에 적용할 법률을 선택 또는 변경하는 것은 명시적 방식으로 하여야 한다.”

50) “당사자가 계약분쟁에 적용할 법률을 선택하지 않은 경우에 동일한 국가 또는 지역의 법률을 인용하고 이에 대한 이의를 제기하지 않은 경우, 당사자가 계약분쟁에 적용할 법률을 선택한 것으로 본다.”

51) “당사자가 1심 변론종결 이전에 합의하여 계약분쟁에 적용할 법률을 선택 또는 변경한 경우, 인민법원은 이를 허용하여야 한다.”

다.⁵²⁾

‘법률적용법’은 당사자자치 원칙에 중요한 지위를 부여하였으나 이를 절대적 원칙으로 규정한 것은 아니고 이를 적용하는 데 일정한 제한이 따른다. 먼저 본 법 제4조 강행규정과 제5조 공서조항의 제한을 받는다. 즉, 중국의 법률이 섭외 민사관계에 대하여 강행규정을 두고 있는 경우, 외국법의 적용이 중국의 사회공공이익에 손해를 줄 경우에는 당사자자치 원칙이 적용되지 않는다. 또한 경제계약자에 속하는 소비자와 노동자를 보호하기 위하여 소비자계약과 노동계약에는 당사자자치 원칙이 적용되지 않도록 제42조와 제43조에서 별도의 규정을 두고 있다. 외상투자분야는 중국의 경제에 중대한 영향을 끼치는 분야로서, 중국은 외상투자분야의 산업정책·시장진입·투자형식·출자방식 등에 관하여 다수의 강행규정을 두고 있고 외국자본을 엄격하게 관리하기 때문에 외상투자분야에서 당사자자치 원칙이 적용될 여지는 없다.⁵³⁾ 이는 2007년 사법해석 제8조⁵⁴⁾에 구체적으로 규정되어 있다.⁵⁵⁾

52) “본 규정이 규정하는 계약분쟁은 계약의 성립, 계약의 효력, 계약의 이행, 계약의 변경 및 양도, 계약의 종료 및 불이행책임 등의 분쟁을 포함한다.”

53) 陈力(주3), 62-65면.

54) “중화인민공화국 영토 내에서 이행되는 다음의 계약은 중화인민공화국법률을 적용한다.

1. 중외합자경영기업계약
2. 중외합작경영기업계약
3. 중외합자자연자원탐사개발계약
4. 중외합자경영기업, 중외합작경영기업, 외숙독자기업의 주식양도계약
5. 외국의 자연인, 법인 또는 기타조직이 도급경영을 하면서 중화인민공화국 영토 내에서 설립한 중외합자경영기업, 중외합작경영기업의 계약
6. 외국의 자연인, 법인 또는 기타조직이 매입한 중화인민공화국영역 내의 비외상투자기업주주의 주권계약
7. 외국의 자연인, 법인 또는 기타조직이 중화인민공화국 영역 내에서 비외상투자유한책임회사 또는 주식회사의 증자를 구매하기로 하는 신주인수계약
8. 외국의 자연인, 법인 또는 기타조직이 중화인민공화국 영역 내의 비외상투자기업의 자산을 구매하기로 하는 계약
9. 중화인민공화국 법률, 행정법규가 중화인민공화국법을 적용하도록 규정한 기타계약”

55) 계약의 준거법에서 객관적 연결에 관해서는 김현아, “중국 국제사법상 계약의 준거법 결정”, 『법학논집』 제19권 제4호(이화여대 법학연구소, 2015.06), 478면 주75) 참조.

나. 법선택의 시기

당사자에 의한 준거법지정의 합의는 계약체결시에 이루어진 경우에만 유효한지 아니면 계약체결 후에 이루어진 경우에도 유효한지 여부 및 이미 합의된 준거법을 그 후에 변경하는 것이 인정되는지의 여부 등이 문제된다. ‘법률적용법’에서는 이에 대하여 구체적인 규정을 두지 않았으나, 2012년 사법해석 제8조는 “당사자가 일심법정 변론종결 전에 합의하여 선택 또는 변경한 준거법은 인민법원이 인정한다.”고 규정하여 기존의 규정방식을 그대로 유지하였다. 그러나 이러한 준거법의 변경이 계약의 방식의 유효성이나 제3자의 권리에도 영향을 미치는지의 여부에 대해서는 명시적인 규정이 없다. 준거법의 사후적 변경으로 인하여 계약의 방식의 유효성이 문제로 되거나, 제3자의 권리에 영향을 미치는 것은 당사자의 정당한 기대를 보호하지 못하는 것으로 지양되어야 할 것인바, 이러한 제한을 두지 않은 것은 입법상의 미비로 평가된다.⁵⁶⁾

5. 법정채권

가. 일반불법행위

‘법률적용법’ 제44조(불법행위책임)은 “불법행위책임은 불법행위지의 법을 적용한다. 단, 당사자가 공통의 상거소를 가진 경우에는 공통의 상거소지법을 적용한다. 불법행위가 발생한 후 당사자가 적용할 법을 선택한 경우에는 그 합의에 따른다.”고 규정하여, 불법행위지법 원칙을 가장 먼저 규정하고 뒤이어 당사자 공통의 상거소지법과 당사자자치 원칙을 규정하고 있다. 그러나 본 조항을 해석하면 오히려 당사자자치 원칙이 가장 우선적으로 적용되고, 다음으로 상거소지법이 적용되며, 이 두 가지 원칙을 모두 적용할 수 없는 경우에 비로소 불법행위지법이 적용된다.⁵⁷⁾

즉, 제44조의 규정 순서와 실제 적용순서가 일치하지 않는다. 중국 국제사법 제정과과정에서 대부분의 학자들은 불법행위영역에 당사자자치 원칙을 도입하는 것

56) 秦瑞亭, “중국 계약저촉법의 이론과 실천”, 『CHINA연구』 제5집(부산대학교 중국연구소, 2008), 185면.

57) 贺琼琼(주11), 133页.

에 찬성하였으나, 당사자자치 원칙의 지위에 대해서는 논란이 있었다. 대다수 학자들은 조문 배열에 있어서 당사자자치 원칙을 가장 먼저 규정하고 그 다음에 불법행위지법과 공통의 상거소지법을 규정할 것을 주장하였으나, 입법에는 받아들여지지 않았다. 제44조의 규정 순서상 불법행위지법 원칙이 가장 먼저 언급되고 있는 것은 불법행위지법 원칙의 명목상 중요성을 상징적으로 표현한 것이다.⁵⁸⁾

불법행위사건은 우연성을 가지고 있기 때문에 사건이 발생하기 전에 손해를 예측하는 것은 어려우며, 사건이 발생한 후에는 당사자들이 자신의 권리와 의무에 대하여 이해할 기회가 상대적으로 공평하게 주어지기 때문에 당사자의 사후적 준거법합의를 허용한 것이다.⁵⁹⁾ 입법과정에서는 합의의 기한으로서 제1심변론종결시까지 합의하여야 한다는 조항을 두자는 주장이 있었으나 입법에 반영되지는 못하였다. 법적 안정성을 위해서는 제1심 변론종결시까지 준거법합의를 하는 것이 바람직하며, 제1심 변론종결시까지 합의하지 않은 경우에는 당사자가 합의를 못한 것으로 판단하고, 다음 단계인 공통의 상거소지법이 존재하는지 여부를 판단하는 것이 타당할 것이다.⁶⁰⁾ 2012년 사법해석 제8조 제1항은 “당사자가 제1심 변론종결 전에 합의하여 선택 또는 변경한 준거법은 인민법원이 인정한다.”고 규정하여 이러한 입장을 명백히 하였다.

당사자가 선택할 수 있는 법의 범위를 법정지법으로 제한하지 않은 것은 국제적인 발전추세에 부합한다.⁶¹⁾ 다만, 당사자의 준거법 선택으로 인해 제3자에게 손해를 끼치는 경우가 있을 수 있으므로 제3자에 대한 보호규정은 필요하다.⁶²⁾ 준거법 합의로서는 사후적 합의만을 인정하고 있으나, 사건이 발생한 후에는 당사자 사이의 이익이 침해하게 대립하여 합의를 달성하기가 어렵기 때문에 실제로

58) 齐湘泉(주36), 339-340页.

59) 唐琼琼(주17), 36页.

60) 萬鄂湘(주30), 313页.

61) 이와 달리 법정지법으로 제한하는 것이 중국 법원의 실무에 더욱 적합하였을 것이라는 지적이 있다. 상해시 고급인민법원, 상해해사법원, 상해시 제1중급인민법원, 상해시 제2중급인민법원의 2011년 4월 1일부터 2015년 7월까지의 596건의 판결 중 당사자자치의 원칙을 적용한 대표성을 가지는 88건의 판례를 대상으로 법조문의 적용현황을 조사한 결과에서 불법행위에 관한 조항인 제44조를 인용한 사안이 9건이었는데, 모두 최종적으로는 법정지법인 중국법을 선택하였다고 한다. 林燕萍·娄伟阳, “意思自治原则在上海涉外审判中的运用”, 『法学』(华东政法大学, 2015年 第12期), 140页.

62) 侯代悦, “试析我国涉外侵权法律适用之关键问题-兼评我国‘涉外民事关系法律适用法’有关侵权法律适用的问题”, 『贵阳学院学报』(贵阳学院, 2011年 第1期), 34页.

이 조항에 따라 사후적 합의를 하는 경우는 많지 않을 것이다. 중국은 종속적 연결을 인정하지 않기 때문에 사전합의의 가능성을 전면적으로 배제하고 있으나, 당사자 사이에 계약 등의 법률관계에 기초하여 불법행위가 발생한 경우, 당사자들은 이를 통일적으로 해결하기를 원할 수 있으며 사건이 발생하기 전에 앞으로 부담할 수 있는 책임에 대하여 명확하게 하고자 할 수 있다. 이러한 필요에 의해서 당사자가 사전합의를 하였고 사건이 발생한 후에 이를 반복하지 않았다면 사후합의로 인정하여야 할 것이다.⁶³⁾ 2012년 사법해석이 묵시적 합의를 인정하였으므로 이러한 경우에도 묵시적 합의가 있는 것으로 해석할 수 있다.

나. 제조물책임

‘법률적용법’ 제45조(제조물책임)은 “제조물책임은 피해자의 상거소지법을 적용한다. 피해자가 가해자의 주영업지법이나 불법행위발생지의 법을 적용하기로 선택하였거나, 또는 가해자가 피해자의 상거소에서 관련있는 경영활동을 하지 않은 경우에, 가해자의 주영업지법이나 손해발생지법을 적용한다.”고 규정하고 있다. 본 조항은 제1문에서 제조물책임에는 피해자의 상거소지법을 적용한다고 규정하고 있지만, 피해자의 상거소지법이 우선적으로 적용되는 것으로 이해해서는 안 되고 피해자의 상거소지법은 피해자가 선택한 준거법의 보충규칙으로 이해하여야 한다.⁶⁴⁾ 조문의 논리적 구조로 볼 때 우선적으로 피해자는 가해자의 주된 영업지법이나 손해발생지법 중에서 준거법을 선택할 수 있다. 피해자가 선택하지 않은 경우에는 피해자의 상거소지법을 적용한다. 그러나 피해자가 명시적으로 가해자의 주된 영업지법 또는 손해발생지법을 선택하는 것을 포기하였으나, 가해자가 피해자의 상거소에서 경영활동에 종사하지 않았던 경우, 법원은 상황에 따라 가해자의 주된 영업지법이나 손해발생지법을 적용한다.⁶⁵⁾

‘법률적용법’ 제45조는 약자의 지위에 있는 제조물책임의 피해자를 보호하고자 피해자로 하여금 가해자의 주된 영업지법이나 손해발생지법을 선택할 수 있도록

63) 许庆坤, “一般侵权冲突法的正义取向与我国司法解释的制定”, 『法学家』(中国人民大学, 2013年 第3期), 138页도 법문에서 명확하게 ‘합의달성’의 시간을 정하지 않았기 때문에 이러한 확장해석이 불가능한 것은 아니라고 한다.

64) 김현아, “중국 국제사법상 제조물책임의 준거법”, 『국제사법연구』 제20권 제2호(한국국제사법학회, 2014.12), 203면.

65) 萬鄂湘(주30), 321页.

하면서도, 가해자의 예측가능성을 보호하기 위하여 피해자가 선택할 수 있는 연결점을 가해자의 주된 영업소 소재지법이나 손해발생지법으로 제한함으로써 양자간의 이익을 균형 있게 고려하고 있다.⁶⁶⁾

다. 부당이득 및 사무관리

‘법률적용법’ 제47조(부당이득, 사무관리)는 “부당이득과 사무관리는 당사자가 합의로 선택한 법을 적용한다. 당사자가 선택하지 않은 경우에는 당사자 공통의 상거소지법을 적용한다. 공통의 상거소지가 없는 경우에는 부당이득, 사무관리가 발생한 지역의 법을 적용한다.”고 규정하고 있다. 다른 국가들의 입법과 비교했을 때, 부당이득과 사무관리의 발생원인이 무엇인지를 불문하고 모두 당사자의 합의에 의한 준거법 선택을 허용한다는 점, 당사자의 합의가 없는 경우에 비로소 당사자 공통의 상거소지법이나 원인된 사실의 발생지법을 적용하도록 한다는 점이 특기할 만하다.⁶⁷⁾

III. 結論

‘법률적용법’상 당사자자치 원칙은 총칙인 제3조를 비롯하여, 각칙 제16조 위탁대리, 제17조 신탁, 제18조 중재합의, 제24조 부부재산관계, 제26조 협의이혼, 제37조 동산물권, 제38조 운송중 동산물권의 발생과 변경, 제41조 계약, 제44조 불법행위, 제45조 제조물책임, 제47조 부당이득 및 사무관리, 제49조 지식재산권의 양도와 사용허용, 제50조 지식재산권 침해 등 모두 14개의 조항에 규정되어 있다. 이는 전체 조문의 26.9%를 차지하는 것으로서 비교법적으로 매우 높은 비율이다.⁶⁸⁾ 중국 국제사법 제정 전에는涉外계약분야를 제외하고는 당사자자치 원칙

66) 黃進·姜茹嬌 主編(주4), 253頁. 그러나 본 조항이 피해자 일방에게 지나친 선택권을 부여하여 피해자와 가해자 사이의 이익 사이에서 균형을 이루지 못하였으며, 특히 피해자가 미국법을 선택하는 경우에 가해자는 미국의 징벌적 손해배상제도에 의하여 거액의 손해배상청구를 받을 수 있게 되어 지나친 법적 불안정성을 초래한다는 비판도 있다. 杜壽(주35), 289頁.

67) 陳力(주3), 70면.

68) 唐瑯瑯(주17), 34頁.

에 대한 규정이 거의 없었으나, ‘법률적용법’에서는 그 적용범위를 확대하여 섭외 계약뿐만 아니라 법정채권, 부부재산과 협의이혼 및 동산물권에서도 당사자자치 원칙을 도입하였다. 이처럼 당사자자치 원칙이 적용되는 범위가 확대된 것은 입법자가 당사자자치 원칙을 매우 중시하였음을 방증한다.⁶⁹⁾

‘법률적용법’은 2011년 4월 1일부터 시행되었으나, 중국법원은 판례를 원칙적으로 공개하지 않고 있어 ‘법률적용법’상 당사자자치 원칙이 적용된 실무례를 파악하기는 매우 어려운 상황이다. 다만, 최근 들어 제한적으로나마 판례가 공개되면서 이에 대한 연구도 점차 이루어지고 있다. 제한된 지역에서 공개된 판례를 대상으로 연구한 결과들을 일별하면 다음과 같다.

먼저 상해시 고급인민법원, 하남성 고급인민법원, 섬서성 고급인민법원의 2011년 4월 1일부터 2016년 12월 31일까지의 판결 84개를 대상으로 한 연구⁷⁰⁾에 따르면 당사자자치 원칙에 근거하여 법선택을 한 판례는 모두 43개로 51.19%를 차지하였다. 당사자들이 법선택을 한 시기를 보면, 심리 중에 준거법에 대하여 합의한 경우가 36건으로 83.72%에 이르며, 소송 중 양당사자가 중국법을 인용한 경우가 2건으로 4.65%이고 계약서에 준거법에 대하여 규정한 경우는 5건으로 11.63%를 차지하였다. 당사자들이 선택한 법은 법정지법이 81건으로 96.43%를 차지하였으며 그 밖에 홍콩법이나 국제조약을 선택한 경우도 있었다.

다음으로 상해시 고급인민법원, 상해해사법원, 상해시 제1중급인민법원, 상해시 제2중급인민법원의 2011년 4월 1일부터 2015년 7월까지의 596건의 판결을 대상으로 한 연구⁷¹⁾에서는 당사자자치에 근거하여 준거법을 결정한 판례가 350건으로 59%를 차지하였다. 이 중 88건의 판례⁷²⁾를 대상으로 법조문의 적용현황을 조사한 결과를 보면 총칙규정인 제3조를 인용한 경우는 10건, 계약에 관한 제41조를 인용한 사안이 67건, 불법행위에 관한 제44조를 인용한 사안이 9건, 부당이득에 관한 제47조를 적용한 사안이 2건이었으며, 다른 조항들은 인용되지 않았다.

69) 胡敏飞, “‘涉外民事关系法律适用法’析”, 『민사법의 이론과 실무』 제14권 제2호 (민사법의 이론과 실무학회, 2011.06), 266면.

70) 许庆坤, “我国‘涉外民事关系法律适用法’司法实践之检视”, 『国际法研究』(中国社会科学院, 2018年 第2期), 103页.

71) 앞의 주61) 참조.

72) 352건의 섭외사건 중 88개의 사안만을 대상으로 하는 이유는 ‘법률적용법’ 시행 이전에 발생한 사안에 대해서는 본 법이 적용되지 않았으며, 판결 중 법조문을 인용하지 않은 경우도 상당하였기 때문이다. 林燕萍·娄伟阳(주61), 135页.

제3조는 총칙상 일반규정이므로 보충적으로 적용되어야 함에도 불구하고 제3조가 원용되는 비율이 10%를 상회하는 것은 ‘일반조항으로의 도피’⁷³⁾가 될 수 있다는 점에서 우려스럽기도 하다.⁷⁴⁾

앞으로 중국 법원이 ‘법률적용법’상 당사자자치 원칙을 어떻게 적용해나갈지 귀추가 주목되며, 국내에서도 이에 관하여 관심을 가질 필요가 있다. 본 연구가 그러한 관심을 촉발시키는 작은 계기가 되기를 바란다.

(논문투고일 : 2019.02.25, 심사개시일 : 2019.02.27, 게재확정일 : 2019.03.20)



▶ 김 현 아

중국 국제사법, 당사자자치 원칙, 부부재산, 협의이혼,
동산물권, 계약, 법정채권

73) J. W. Hedemann 지음 · 윤철홍 옮김, 『일반조항으로 도피 - 법과 국가에 대한 하나의 위험-』(법원사, 2018); 윤철홍, “헤데만의 ‘일반조항으로 도피’에 대한 수용적 고찰”, 『법학논총』 제43호(승실대학교 법학연구소, 2019.01), 219-250면 참조.

74) 같은 취지로 许庆坤(주69), 111-112頁.

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 석광현, 『국제사법 해설[제2판]』(지산, 2003)
석광현, 『국제사법 해설』(박영사, 2013)
신영호 역, 『러시아민법전』(세창출판사, 2010)
신창선·윤남순, 『신국제사법[제2판]』(fides, 2016)
신창섭, 『국제사법[제4판]』(세창출판사, 2018)
안춘수, 『국제사법』(법문사, 2017)
J. W. Hedemann 지음·윤철홍 옮김, 『일반조항으로 도피 -법과 국가에 대한 하나의 위험-』(법원사, 2018)

II. 논문

- 곽민희, “국제가족법에 있어서의 당사자자치 원칙의 수용”, 『국제사법연구』 제23권 제2호(한국국제사법학회, 2017.12)
郭玉軍, “评中国涉外婚姻家庭继承法律选择规则—以韩国国际私法立法为参照”, 『국제사법연구』 제17호(한국국제사법학회, 2011.12)
김문숙, “상속준거법에서의 당사자자치 -EU상속규정을 중심으로-”, 『국제사법연구』 제23권 제1호(한국국제사법학회, 2017.06)
김현아, “중국 국제사법의 입법적 의의”, 『가천법학』 제6권 제4호(가천대학교 법학연구소, 2013.12)
김현아, “중국 국제사법상 제조물책임의 준거법”, 『국제사법연구』 제20권 제2호(한국국제사법학회, 2014.12)
김현아, “중국 국제사법상 계약의 준거법 결정”, 『법학논집』 제19권 제4호(이화여대 법학연구소, 2015.06)
杜煥芳, “中国涉外物权及知识产权的法律适用”, 『국제사법연구』 제17호(한국국제사법학회, 2011.12)
쑤쇼링(蘇曉凌), “중국 국제사법의 새로운 동향 -섭외민사관계법률적용법 및 사법해석을 중심으로-”, 『고려법학』 제71호(고려대학교 법

학연구원, 2013.12)

안춘수, “국제사법상 당사자자치 -개념, 연혁, 논리적 가능성, 한계-”, 『국제관계법의 새로운 지평(진산 김문환선생정년기념논문집)』(법문사, 2011)

윤철홍, “헤데만의 ‘일반조항으로 도피’에 대한 수용적 고찰”, 『법학논총』 제43호(숭실대학교 법학연구소, 2019.01)

陈力, “中国‘涉外民事关系法律适用法’中的当事人意思自治原则”, 『성균관법학』 제24권 제3호(성균관대학교 법학연구소, 2012.09)

秦瑞亭, “중국 계약저촉법의 이론과 실천”, 『CHINA연구』 제5집(부산대학교 중국연구소, 2008)

최신섭, “묵시적 의사표시와 그 효과”, 『비교사법』 제7권 제2호(한국비교사법학회, 2000.12)

최홍섭, “국제사법에서 당사자자치”, 『국제사법연구』 제9호(한국국제사법학회, 2003.12)

胡敏飞, “‘涉外民事关系法律适用法’析”, 『민사법의 이론과 실무』 제14권 제2호(민사법의 이론과 실무학회, 2011.06)

Jürgen Basedow 저·장준혁 역, “준거법 선택과 당사자자치의 이론”, 『성균관법학』 제24권 제3호(성균관대학교 법학연구소, 2012.09)

III. 외국문헌

(1) 단행본

杜涛, 『涉外民事关系法律适用法释评』(中国法制出版社, 2011)

杜濤, 『國際私法原理』(復旦大學出版社, 2014)

萬鄂湘, 『中华人民共和国涉外民事关系法律适用法条文理解与适用』(中国法制出版社, 2011)

齐湘泉, 『‘涉外民事关系法律适用法’原理与精要』(法律出版社, 2011)

中国国际私法学会, 『中华人民共和国国际私法示范法』(法律出版社, 2000)

黃進·姜茹嬌 主編, 『中华人民共和国涉外民事关系法律适用法释义与分析』, (法律出版社, 2011)

(2) 논문

高曉力, “关于适用涉外民事关系法律适用法若干问题的解释(一)’的理解与适用”, 『人民司法』(最高人民法院, 2013年 第3期)

郭一君·焦蕾, “‘涉外民事关系法律适用法’第37条司法裁判分析—以15份公开裁判文书为切入点”, 『武汉交通职业学院学报』(武汉交通职业学院, 2018年 第4期)

廣東省高級人民法院課題組, “關於涉外民事關係法律適用法的若干問題及起草司法解釋的建議”, 『人民司法』(最高人民法院, 2013年 第1期)

唐琼琼, “论当事人意思自治原则在‘涉外民事关系法律适用法’中的适用问题”, 『成都行政学院学报』(成都行政学院, 2012年 第3期)

杜涛, “论物权国际私法中当事人意思自治原则的限度—兼评 ‘涉外民事关系法律适用法’第37条”, 『上海财经大学学报』(上海财经大学, 2012年 第5期)

劉貴祥, “涉外民事关系法律适用法在审判实践中的几个问题”, 『人民司法』(最高人民法院, 2011年 第11期)

谢凯, “也论‘默示选择’—‘涉外民事关系法律适用法’第三条之解析”, 『大庆师范学院学报』(大庆师范学院, 2013年 第2期)

徐伟功, “法律选择中的意思自治原则在我国的运用”, 『法学』(华东政法大学, 2013年 第9期)

宋晓, “意思自治与物权冲突法”, 『环球法律评论』(中国社会科学院法学研究所, 2012年 第1期)

汪丽丽, “‘涉外民事关系法律适用法’中意思自治原则的两维性探析”, 『湖北社会科学』(湖北省社会科学联合会; 湖北省社会科学院, 2012年 第8期)

王胜明, “涉外民事关系法律适用法若干争议问题”, 『法学研究』(中国社会科学院法学研究所, 2012年 第2期)

王妹, “意思自治原则在涉外婚姻司法实践中的困境与出路—兼评‘中华人民共和国涉外民事关系法律适用法’第24、26条”, 『法律适用』(最高法院国家法官学院, 2017年 第23期)

于飞, “意思自治原则在涉外离婚领域的适用”, 『厦门大学学报』(厦门大学, 2

011年 第1期)

林燕萍·娄伟阳, “意思自治原则在上海涉外审判中的运用”, 『法学』(华东政法大学, 2015年 第12期)

丁洋洋, “论意思自治原则在侵权领域的扩展-以‘中华人民共和国涉外民事关系适用法’为视角”, 『商品与质量』(中国保护消费者基金会, 2011年 4月)

朱江, “动产物权冲突规范中的意思自治原则”, 『国际法研究』(中國社會科學院 國際法研究所, 2016年 第5期)

陈卫佐, “涉外民事关系法律适用法的中国特色”, 『法律适用』((最高法院)国家法官学院, 2011年 第11期)

肖永平, “中国国际私法立法的里程碑”, 『法学论坛』(山东省法学会, 2011年 第2期)

贺琼琼, “论意思自治在侵权冲突法中的现代发展—兼评‘涉外民事关系法律适用法’之相关规定”, 『武汉大学学报』(武汉大学, 2011年 第6期)

何其生, “中國國際私法學三十年(1978-2008年)”, 『武大國際法評論』第11卷(武汉大学国际法研究所, 2010年 第1期)

许庆坤, “一般侵权冲突法的正义取向与我国司法解释的制定”, 『法学家』(中国人民大学, 2013年 第3期)

许庆坤, “我国‘涉外民事关系法律适用法’司法实践之检视”, 『国际法研究』(中国社会科学院, 2018年 第2期)

侯代悦, “试析我国涉外侵权法律适用之关键问题-兼评我国‘涉外民事关系法律适用法’有关侵权法律适用的问题”, 『贵阳学院学报』(贵阳学院, 2011年 第1期)

Abstract

Principle of Party Autonomy on the Chinese Private International Law

Kim, Hyun A

In 2010, China enacted the Private International Law. In particular, the fact that the principle of party autonomy is stipulated in the general section and declared as the general principle of international law is evaluated as avant-garde legislation. As for the principle of party autonomy the declarative provision is made in the general part and many of the provisions are made in the part of the regulations.

In China, the principle of party autonomy has begun to develop from the contract field, and now there are no restrictions on the scope or selection of the law in the field of contract, representation, arbitration agreement, trust and transfer of intellectual property rights. In addition, there is no restriction on the law or the time of choice of the parties in the field of real rights over movables and legal bonds. On the other hand, there are restrictions on marital property, consensual divorce, infringement of intellectual property rights and liability of products.



▶ **Kim, Hyun A**

Chinese Private International Law, Principle of Party Autonomy, Marital Property, Consensual Divorce, Real Rights over Movables, Contract, Legal Bonds

成均館法學

第31卷 第1號



法學研究院

2019

성균관대학교 「成均館法學」 편집위원회 운영규정

제1조 (목적) 이 규정은 법학연구원 규정 제13조에 따른 편집위원회의 구성 기타 운영에 관한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조 (구성) 편집위원장 및 편집위원은 4년제 대학(법학전문대학원 포함)의 전임교원 및 법조실무가 가운데서 7인 이상을 원장이 위촉한다.

제3조 (편집위원의 임기) ① 편집위원장 및 편집위원의 임기는 2년으로 하며, 연임할 수 있다.

② 원장은 특별히 필요하다고 인정되는 경우에 임기가 종료되지 아니한 위원을 운영위원회의 동의를 얻어 해촉할 수 있다. 또한 원장은 해촉된 위원을 교체하기 위하여, 또는 사임한 위원을 승계하기 위하여, 기타 필요한 경우에 편집위원을 새로 선임할 수 있고, 그 임기는 퇴임한 위원의 잔여임기로 한다.

제4조 (편집위원회 업무 등) 편집위원회는 다음 각호의 사항을 처리한다.

1. 『성균관법학』에 게재를 신청한 원고의 심사를 위한 심사위원의 선임
2. 심사결과의 평가와 게재 여부의 결정
3. 심사결과에 대한 이의의 처리

제5조 (논문심사의 위촉) ① 투고된 원고는 원칙적으로 편집위원장을 통해 위촉된 심사위원에 의하여 1편당 3인에 의하여 심사된다.

② 심사위원은 원칙적으로 외부 심사위원 2인 이상으로 한다. 단, 부득이한 사정이 있는 경우 이러한 내·외부 심사위원의 비율을 변경할 수 있다.

③ 편집위원장은 당해 논문의 전공분야의 박사학위자 또는 당해 논문제목과 동일 또는 유사한 선행 논문을 발표한 전문가에게 심사를 위촉함을 원칙으로 한다.

④ 논문심사에 있어서 심사위원과 투고자의 인적사항은 밝히지 않는다.

제6조 (게재 결정) ① 편집위원회는 개별심사원의 의견을 종합하여 법학연구원 심사

규칙 제4조 제1항 및 제2항에 따른 심사결과가 모두 “수정 후 게재” 이상인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 게재를 허용한다.

② 논문심사의 결과에 “대폭 수정 후 차호 재심사”가 들어있는 경우에는 재심사의 진행가능성 및 수정지시의 준수 여부 등을 고려하여 게재여부를 결정한다.

③ 법학연구원 심사규칙 제4조 제2항에 따른 심사결과가 일치하지 않는 경우 또는 심사결과에 “게재유보”가 포함되어 있는 경우 편집위원장은 당해 논문을 심사하지 않은 다른 1인의 심사위원에게 재심사를 의뢰할 수 있다.

④ 동일인(공동저자포함)은 동일호에 1편의 논문만을 투고/게재할 수 있다.

제7조 (게재결정에 대한 이의) ① 법학연구원 심사규칙 제4조에 의하여 “대폭 수정 후 차호 재심사” 또는 “게재유보”의 결정을 통고 받은 신청인은 통지를 받은 날로부터 3일 이내에 편집위원장에게 서면 또는 전자우편으로 이의를 제기할 수 있다.

② 제1항에 따른 이의가 제기된 경우 편집위원장은 편집위원회를 소집하여 이를 처리하여야 한다.

③ 편집위원장은 제2항에 따른 편집위원회의 결과를 지체 없이 신청인에게 통지하여야 한다.

제8조 (편집위원회의 운영) ① 편집위원장은 년4회 정기편집회의를 소집하여야 하며, 본 연구원의 원장이 요구할 경우 임시편집회의를 소집할 수 있다.

② 편집위원회는 재적 과반수 출석과 출석 과반수 찬성으로 의결한다.

③ 필요하다고 인정되는 경우 편집위원장은 서면결정으로 편집위원회에 갈음할 수 있다.

제9조 (비밀준수의무) 편집위원은 편집위원회의 업무에 관하여 얻은 정보를 공개하지 않을 의무가 있다.

- < 부 칙 > 본 규정은 1997년 3월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2002년 3월 2일부터 시행된다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2004년 6월 30일부터 시행된다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2006년 12월 1일부터 시행된다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우
제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월 31일에 각각 발간한다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2010년 3월 2일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2011년 3월 2일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2011년 5월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2011년 12월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2012년 9월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2014년 9월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2014년 12월 11일부터 시행한다.
- < 부 칙 > _____

성균관대학교 「成均館法學」 연구윤리규정

제1조 (목적) 이 규정은 성균관법학에 투고된 글에 관하여 연구윤리위반에 대해 판정하고, 더 나아가 연구윤리의 확산과 부정행위 방지를 목적으로 한다.

제2조 (연구윤리위반의 종류) 연구윤리위반에는 아래의 행위가 포함된다.

1. 표절 등 타인의 저작권을 침해하는 행위
2. 논문의 작성에 실질적인 기여 없이 작성자로 기재하는 행위
3. 과거에 출판된 논문 등 저작물을 중복하여 출판하는 행위
4. 상당한 이유 없이 타인의 명예를 침해하는 표현을 사용하는 행위
5. 학계에서 통상적으로 용인되는 범위를 심각하게 벗어난 행위

제3조 (연구윤리위원회의 구성) ① 법학연구원규정 제15조에 따라 구성된 성균관대학교 법학연구원의 연구윤리위원회가 성균관법학 윤리위원회(이하 위원회라 한다)의 업무를 수행한다.

- ② 위원회는 연구윤리위원장을 포함하여 10인 이내의 위원으로 구성한다.
- ③ 연구윤리위원장과 연구윤리위원은 법학연구원장이 위촉한다.

제4조 (연구윤리위원의 임기) 연구윤리위원장과 연구윤리위원의 임기는 2년으로 하며, 연임할 수 있다.

제5조 (위원회의 권한) ① 위원회는 투고된 글의 연구윤리위반에 대해 심의하고 의결한다.

- ② 위원회는 연구윤리위반 사안을 검토하기 위해 조사위원을 선임할 수 있다.

제6조 (위원회의 회의) ① 위원장은 위원회를 소집하고 그 의장이 된다.

- ② 위원장은 투고된 글의 연구윤리위반에 관해 의심이 있을 때나 심의 요청이 접수된 때에 회의를 소집하여야 한다.
- ③ 회의는 위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다.
- ④ 당해 사안에 대해 공정성을 기대하기 어려운 사유가 있는 위원은 심의나 의결에

관여할 수 없다.

제7조 (조사위원의 권한과 의무) ① 조사위원은 당해 사안이 심의되는 위원회의 회의에 참석하여 발언할 수 있다.

② 조사위원은 당해 사안에 관해 조사보고서를 작성하여 위원회에 제출해야 한다.

제8조 (피조사자의 권한) ① 피조사자는 회의에 출석하여 진술할 권한을 가진다.

② 피조사자는 위원회의 결정이 있는 날로부터 15일 이내에 그 결정에 대해 통지를 받을 권한을 가진다.

③ 피조사자는 통지를 받은 날로부터 7일 이내에 재심을 청구할 권한을 가진다.

제9조 (연구윤리위반에 대한 조치) 위원회는 제2조의 연구윤리위반에 대하여 다음의 조치를 취한다.

1. 투고된 원고에 대한 게재 거부
2. 게재된 경우라면 성균관법학 논문목록에서 삭제
3. 투고자에 대하여 3년 이상 성균관법학에 논문투고 금지
4. 법학연구원 홈페이지에 위반사항 공고
5. 투고자의 소속 기관장에 위반사항 통보

제10조 (위원의 비밀유지의무) 위원장과 위원은 위원회의 직무와 관련하여 취득한 사항에 대하여 비밀을 유지하여야 한다.

제11조 (연구윤리에 대한 교육) 연구윤리위원장은 법학연구원장과 협의하여 연구윤리를 확산하고 부정행위를 방지하기 위한 교육을 정기적으로 실시한다.

제12조 (운영예산) 위원장은 위원회의 운영 및 조사에 필요한 예산을 책정하여 지급할 수 있다.

제13조 (타규정의 준용) 성균관대학교 ‘연구윤리 및 진실성 확보를 위한 규정’을 준용한다.

< 부 칙 > 이 규정은 2007년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 이 규정은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

성균관대학교 「成均館法學」 투고규칙

제1조 (목적) 이 규칙은 성균관대학교 법학연구원에서 발행하는 성균관법학(이하 학술지)에 게재할 논문 투고에 관한 사항을 정하는 것을 목적으로 한다.

제2조 (투고자격) ① 투고 요청논문은 다음 각 호에 해당하는 자에 한한다.

1. 성균관대학교 법학전문대학원 교수
 2. 성균관대학교 법학연구원 연구원
 3. 전국의 법과대학 및 법학전문대학원 교수, 판사, 검사, 변호사
 4. 법학 박사학위 과정 이상인 자
 5. 기타 편집위원회의 승인을 얻은 자
- ② 상기의 자격을 가진 자는 공동저술이 가능하며, 공동저자의 경우에는 제1저자가 주저자가 된다.

제2조의2 (투고 제한) 각 호별로 동일한 기관 소속 투고 비율이 전체 투고자의 3분의 1 이상이 되는 경우에는 투고 순서 나 편집위원회가 달리 정하는 기준으로 하여 해당되는 투고 논문에 대하여 심사 절차를 개시하지 않고 반려할 수 있다.

제3조 (투고원고) 학술지에 투고할 원고는 다음과 같다.

1. 발표논문 : 본 연구원 주최 학술모임에서 발표되고 제출된 논문
2. 일반논문: 학술지 게재를 위하여 따로 투고된 논문
3. 판례평석
4. 기타 편집위원회에서 학술적 가치가 있다고 인정한 번역물과 서평 등

제4조 (원고제출) ① 학술지에 논문을 게재하고자 하는 자는 원고를 각각 발간일 60일 전까지 원고파일을 온라인 논문 투고 및 심사 시스템 홈페이지(<https://icls.jams.or.kr>)에 제출함을 원칙으로 한다. 단, 논문제출 마감일이 공휴일인 경우에는 원고제출은 그 다음날까지 할 수 있다.

② 투고자는 법학연구원이 제공한 논문투고 신청서 및 논문연구윤리 확인서 및 논문사용권 등 위임동의서를 제출하여야 한다. 이를 이행하지 아니한 자는 투고를 철회한

것으로 간주하며, 향후 2년간 성균관법학은 논문투고 신청을 거절할 수 있다.

③ 투고된 논문은 성균관법학 원고작성요령에 따라 제출되어야 한다.

제5조 (원고제출 기일의 연장) 법학연구원장은 논문제출 기일을 연장할 수 있다. 단, 이 기일의 연장은 법학연구원 홈페이지에 공지하여야 한다.

제6조 (심사료 및 게재료) ① 학술지에 원고를 제출할 때에는 심사비 6만원을 납부해야 한다. 게재가 결정된 원고에 대해서는 지정된 기일까지 게재료 20만원과 추가부담금을 납부해야 하며, 추가부담금은 200자 원고지 150매를 초과하는 경우 원고지 1매당 2,000원으로 한다. 이를 이행하지 아니한 논문은 게재하지 아니한다.

② 투고된 논문의 공저인 경우에는 심사료 및 게재료는 인원수에 따라 분담한다. 본교 법학전문대학원의 교수는 제1항의 지급의무를 면제한다.

③ 본교 법학전문대학원의 교수는 제1항의 지급의무를 면제한다. 단, 공저인 경우 본교 법학전문대학원의 교수에 한하여 의무가 면제되며 그 외의 자는 그러하지 아니한다.

제7조 (논문게재예정증명서 및 논문게재확인서) 연구원장은 논문게재예정증명서 또는 논문게재확인서를 발급할 수 있다.

제8조 (저작권) 채택된 원고의 저작권은 채택과 동시에 성균관대학교 법학연구원에 귀속한다.

제9조 (규칙의 개정) 본 규칙은 법학연구원 운영위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다.

제10조 (기타) 성균관법학의 논문투고와 관련하여 본 규칙에 명시되지 아니한 사항은 법학연구원 운영위원회의 결정에 따른다.

<부 칙> 본 규칙은 1997년 3월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2002년 3월 2일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2004년 6월 30일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2006년 12월 1일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우
제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월31일에 각각 발간한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2010년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 5월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 12월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2012년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2018년 11월 20일부터 시행한다.

성균관대학교 「成均館法學」 원고작성요령

1. 원고는 논문, 판례평석, 서평, 자료로 구별하여 작성합니다.
2. 원고의 표지에는 논문제목(국문 및 영문), 필자성명(국문 및 영문), 소속과 직위, 학위, 주소, 전화번호(사무실, 자택, 이동전화), 팩스번호 및 e-mail 주소를 기재하여야 합니다.
3. 원고의 분량은 200자 원고지 100매 내외(A4용지 15매)를 원칙으로 합니다. 다만, 원고가 150매 초과시에는 초과분에 대한 게재료를 추가로 부담하여야 합니다.(추가부담금은 200자 원고지 150매를 초과하는 경우 원고지 1매당 2,000원으로 합니다)
4. 제출하는 원고에는 반드시 목차, 국문요약(외국어 논문인 경우에는 외국어요약), 참고문헌, 외국어초록(외국어 논문인 경우에는 국문초록), 국문 및 외국어 5개 이상의 주제어를 첨부해야 합니다. 단, 2015년 3월호 게재될 논문의 외국어 초록과 외국어 주제어는 영문으로 작성해야 합니다.
5. 주석은 각주로 처리합니다.
6. 논문은 '아래한글'로 다음의 규격에 따라 작성합니다.
가. 본문 : 왼쪽 여백 25, 오른 여백 25, 들여쓰기 5, 줄간격 170, 글꼴 바탕, 글자크기 10.5
나. 각주 : 왼쪽 여백 3, 오른 여백 0, 들여쓰기 -3, 줄간격 150, 글꼴 바탕, 글자크기 9
7. 직접 인용할 때에는 “ ”를 사용하고 강조할 때는 ‘ ’, 방점 또는 밑줄을 사용합니다.
8. 출전은 필자, 논문명, 서명, 판수, (출판사, 간행 년도) 인용면수 순으로 표시합니다.
[예 : 김갑돌, “상법의 이념”, 『成均館法學』 제11호 (법학연구원, 1999) 1쪽]
외국출전은 그 나라의 표준적인 표시방법에 따라 표시할 수 있습니다.
[예 : Joe A. Kim, “Corporate Governance”, 27 A.A.L.Rev. 103, 107~109 (1997)]
9. 국문 또는 한자로 표기되는 저서는 「 」로, 논문은 “ ”로 표시합니다.

10. 국문 또는 한자로 표시되는 저서나 논문을 인용할 때는 쪽 또는 면으로, 로마자로 표시되는 저서나 논문을 인용할 때는 p. 또는 S. 로 인용면수를 표시합니다.
11. 국내 판결은 선고 법원, 선고일, 판결 또는 결정, 사건번호의 순으로 표시하고 [예 : 대법원 1995. 1. 1. 선고, 1994가1111 판결], 외국의 판결은 그 나라의 표준적인 인용방법에 따릅니다.
12. 외국 인명이나 지명은 우리말로 표기하고 명확히 하고자 할 때에는 ()안에 언어를 표시합니다. [예 : 화이트(James J. White)]
13. 공저자는 ‘/’를 사용하여 표기합니다. [예 : 김갑돌/이을순/박명희]
14. 면수나 연도 등에서 ‘부터 까지’를 나타내는 부호로 ‘—’이 아닌 ‘~’를 사용합니다.
15. 영문 성명, 논문명, 판결명 등에서 첫 자 이외에는 소문자로 표기합니다.
16. 일본어 논문명, 서명 등은 번역하지 않고 그대로 표기합니다.
17. 기념논문집은 『××× 기념논문집』 또는 『○○○—××× 기념논문집』으로 표기합니다.
18. 특별한 의미가 없는 한 각주에서 ‘참조’표시를 하지 않습니다.
19. 저자(필자)의 명칭은 본국에서 일상적으로 쓰는 순서대로 표기합니다.

성균관대학교 『成均館法學』 심사규칙

제1조 (목적) 이 규칙은 성균관대학교 법학연구원(이하 ‘연구원’이라 한다)에서 간행하는 『성균관법학』에 게재하기 위하여 투고된 논문, 판례평석, 기타 원고 등의 심사절차를 정함으로써 공정한 심사기준을 마련함을 목적으로 한다.

제2조 (심사대상) 투고규칙 제3조에 따라 투고된 논문은 심사대상이 된다. 단, 번역물과 서평 등은 논문심사에서 제외할 수 있다.

제3조 (논문심사의 위촉과 심사절차) 논문심사의 위촉은 편집위원회 운영규정 제5조에 따른다.

제4조 (논문심사기준) ① 논문심사는 다음 각호의 기준에 따른다.

1. 논문의 독창성
2. 논문의 전문성
3. 논문의 형식
4. 논문의 해당분야 이론 및 실무의 관한 발전에 대한 기여도

② 논문에 대한 평가는 다음의 단계로 구분한다.

1. 수정이 필요 없을 경우 : “현행대로 게재”
2. 간단한 수정이 필요한 경우 : “수정 후 게재”
3. 전면적인 수정이 필요하며, 금번호에는 게재가 어려운 경우 : “대폭 수정 후 차호 재심사”
4. 게재가 가능하지 않는 경우 : “게재유보”

제5조 (개정) 이 규칙은 『성균관법학』 편집위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다.

< 부 칙 > 본 규칙은 1997년 3월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2002년 3월 2일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2004년 6월 30일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2006년 12월 1일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우

제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월31일에 각각 발간한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2010년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 5월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 12월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2012년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

성균관대학교 『成均館法學』 발행규칙

제1조 (목적) 이 규칙은 성균관대학교 『성균관법학』을 발행함에 있어 필요한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조 (학술지명) 법학연구원은 국내학술지로 『성균관법학』 (SungKyunKwan Law Review)을 발행한다.

제3조 (발간시기) ① 성균관법학은 연4회 발간한다.

② 성균관법학의 발간일자는 매년 3월 31일, 6월 30일, 9월 30일, 12월 31일로 한다.

③ 성균관법학에 게재된 저작물에는 논문투고일자(2***년 *월 *일), 심사일자(2***, *월, *일, 게재확정일자(2***, *월, *일)를 표기한다.

④ 편집위원회의 결정에 의하여 기념호 또는 특집호를 발간할 수 있다.

제4조 (전자 발간) ① 성균관법학의 발간은 전자적 방식으로 한다.

② 게재가 확정된 논문에 대해서는 해당 논문을 PDF파일 형태로 하여 게재자에게 무상으로 제공한다.

제5조 (기타) 성균관법학의 발행과 관련하여 본 규칙에 명시되지 아니한 사항은 법학연구원 운영위원회의 결정에 따른다.

< 부 칙 > 본 규칙은 1997년 3월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2002년 3월 2일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2004년 6월 30일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2006년 12월 1일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우 제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월 31일에 각각 발간한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2010년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 5월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 12월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2012년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2018년 11월 20일부터 시행한다.

法學研究院 운영위원회

- 연구원장 고동원
- 운영위원 강현호, 김성용, 문영화, 이전오, 이진기, 정재황, 한석훈

法學研究院 편집위원회

- 편집위원장 한석훈(성균관대학교)
- 편집위원 강혁신(조선대학교), 권건보(아주대학교),
김연미(성균관대학교), 김재범(경북대학교),
김해원(부산대학교), 오성근(제주대학교),
윤종민(충북대학교), 이경열(성균관대학교),
정차호(성균관대학교)

法學研究院 윤리위원회

- 윤리위원장 최봉철(성균관대학교)
- 윤리위원 노수환(성균관대학교), 오상현(성균관대학교),
이해완(성균관대학교), 정상현(성균관대학교),
정재황(성균관대학교), 패트리샤 게디(성균관대학교),
한석훈(성균관대학교)

- 연락처 : 서울시 종로구 성균관로 25-2 성균관대학교 법학관 303호 법학연구원
- 전 화 : (02) 760-1288 Fax : (02) 760-1289
- Homepage : <http://law.skku.edu/>
- E-mail : icls@skku.edu

이 학술지는 2019년도 정부 자원 (교육부)으로 한국연구재단의
지원을 받아 출판되었음.

This journal was supported by the National Research Foundation
of Korea Grant funded by the Korean Government (MOE).

成均館法學

第31卷 第1號

1판 1쇄 인쇄 2019년 03월 31일

1판 1쇄 발행 2019년 03월 31일

발행인 : 고 동 원

발행처 : 성균관대학교 법학연구원

주 소 : 110-745 서울특별시 종로구 성균관로 25-2

전 화 : (02)760-1288

팩시밀리 : (02)760-1289

E-mail : icls@skku.edu

등록번호 : 1992년 12월 22일 제1-1469호

ISSN 1229-943X

