# 成均館法學

第31卷　第4號

成均館大學校 法學研究院
2019.12

# 발 간 사

어느새 2019년 기해(己亥)년의 끝과 2020년 경자(庚子)년의 시작 가운데 놓이게 되었습니다. 이제 33번의 타종과 함께 새로운 한 해를 맞이하게 될 것입니다. 온고지신(溫故知新)이라는 말이 있듯이 모두 새해에는 지난 일들을 통해 얻은 경험을 발판으로 삼아 새로운 희망과 목표에 도달하게 되는 행복을 누리시길 기원합니다.

성균관대학교 법학연구원이 발행하고 있는 학술지 「성균관법학」은 올해 한국연구재단 학술지 평가 심사에서도 여러 교수님들과 연구자분들의 적극적인 참여와 지원에 힘입어 등재지로 평가받게 되었습니다. 다시 한 번 깊은 감사의 말씀드리며, 이를 발판으로 더욱 더 깊이 있는 법학 전문 학술지로 발전할 수 있도록 노력하겠습니다.

이번 「성균관법학」 제31권 제4호에도 많은 연구자분들의 관심과 성원으로 17편의 우수한 논문들을 게재하게 되었습니다. 여러 가지 바쁜 일정 중에서도 옥고(玉稿)를 투고해주신 많은 연구자분들께 감사드리고, 논문 심사를 맡아주신 심사위원님들께도 감사의 인사를 드립니다. 계속하여 「성균관법학」에 깊은 애정을 보여주시고 좋은 논문들을 많이 투고해주시기를 부탁드립니다.

특히 매년 「성균관법학」에 실린 논문 중에서 엄격한 심사를 거쳐 선정된 논문들에 대해서는 우리 성균관대학교 법학전문대학원에 봉직하셨고 현재는 법무법인 율촌에서 근무하는 임재연(林在淵) 변호사님이 출연하여 조성된 기금으로 송암(松巖)학술상을 시상하고 있습니다. 올해도 예년과 마찬가지로 네 분의 송암학술상 및 두 분의 송암신진학술상 수상자가 선정되어 지난 12월 18일 시상식이 있었습니다. 수상자들에게는 상패와 소정의 상금이 수여되었고, 법학관 3층 법학연구원 사무실에 마련된 송암학술상 게시판에 논문 제목과 수상 사진이 게시되었습니다.

학문적인 연구와 논의가 필요한 분야는 증대되고 다양해지고 있습니다. 이러한 흐름에 발맞추어 다양한 분야의 논문이 모일 수 있도록 도와주신 편집위원님들께도 감사의 말씀을 드립니다. 다시 한 번 「성균관법학」에 지속적인 관심과 성원을 부탁드리며, 많은 연구자분들께도 학문적 성취와 발전이 함께 하기를 기원합니다. 감사합니다.

2019. 12. 31.

법학연구원장

고 동 원

# 目　次

## [硏究論文]


| | | |
|---|---|---|
| • 남북통일 이후 조약의 국가승계에 관한 국제법적 고찰 | 이창열 | 1 |
| • 헌법상 근로의 의무와 기본소득의 관계에 대한 고찰 | 홍석한 | 39 |
| • 전자증권제도의 시행 및 향후 과제 | 문판수 | 77 |
| • 직무발명보상금 산정을 위한 발명자 공헌도(dedication rate) 산정 | 문려화, 정차호 | 113 |
| • 대학교원 재임용 절차 등에 관한 연구 | 장한별 | 213 |
| • 연명의료결정법의 문제점과 개정방향 -연명의료 보류·중단의 결정에 관한 해석론과 입법론을 중심으로- | 김천수 | 257 |
| • 망중립성과 5G 네트워크 슬라이싱의 법적 쟁점 | 김민호, 정주연 | 305 |
| • 야간근로자의 분류와 보호 | 채희태 | 347 |
| • 후견제도 보완을 위한 신탁에 관한 소고 | 김나래 | 375 |
| • 독일의 혐오표현 관련 규범 및 판례에 대한 헌법적 평가 | 지성우 | 407 |
| • 해약금으로 추정되는 계약금의 일부지급과 계약의 해제와 관한 판결 재검토 | 정상현, 박석일 | 445 |

| | | |
|---|---|---|
| • 법과학 증거의 한계에 대한 논의<br>- 최근 미국 논의의 시사점 - | 김대원 | 479 |
| • 금융거래정보와 영장주의 | 이순옥 | 503 |
| • 한국철도사업의 진입규제 및 관련 국제통상 규범에 대한 소고<br>-철도운영 민간개방 제한 입법안을 중심으로- | 정누리 | 553 |
| • ‘데이터주권'과 '개인정보 국외이전' 규범 합리화 방안에 대한 연구 | 김현경 | 587 |
| • 수사권조정 및 고위공직자범죄수사처 설치 법안의 평가<br>-비즈니스범죄 등을 수사하는 전문수사청 설치를 위한 제안- | 한석훈 | 633 |

# CONTENT

## Articles


| | | |
|---|---|---|
| • A Study on State Succession in Treaties after Unification of the South and North Korea | Lee, Chang Youl | 1 |
| • The Relationship Between the Duty to Work in the Korean Constitution and Basic Income | Hong, Seok Han | 39 |
| • Implementation of the Electronic Securities System and Tasks in the Future in Korea | Moon, Pan Soo | 77 |
| • Determination of Inventors' Dedication Rate for Calculating Remuneration of an Employee Invention | Wen, Li Hua<br>Jung, Cha Ho | 113 |
| • A Study on the Reappointment Procedure of University Faculties | Jang, Han Byol | 213 |
| • Issues of Interpretation and Direction of Revision of Korean Act of Decision -Making in Life-Sustaining Medicine Focused on Decision of Holding-off or Discontinuation of Life-Sustaining Medicine | Kim, Cheon Soo | 257 |
| • The Legal Issue of the Principle of Network Neutrality and 5G Network Slicing | Kim, Min Ho<br>Jung, Ju Yeon | 305 |
| • Types and Protection of Night Workers | Chae, Hee Tae | 347 |
| • A Study on the Trust for Compensating the Guardianship System | Kim, Na Rae | 375 |

| | | |
|---|---|---|
| • Die verfassungsrechtliche Abschaetzung ueber Norm und Urteile in Zusammenhang mit Hate Speech in Deutschland | Ji, Sungwoo | 407 |
| • The Possibility of Main Contract Release due to Presuming Regulation of Releasing Fee in Case of the Down Payment Partially Paid | Jung, Sang Hyun<br>Park, Suk Il | 445 |
| • Discuss The Limitations of Forensic Science Evidence<br>- Focusing on Recent Discussions in the United States - | Kim, Dae Won | 479 |
| • Financial Transaction Information and Warrants | Lee, Soon Ok | 503 |
| • A Study on the Market Entry Regulations of the South Korean Rail Transportation Service Industry and Its Obligations under International Trade Regulations | Jung, Nu Ri | 553 |
| • A Study on the Rationalization of 'Data Sovereignty' and 'Personal Information Transfer' | Kim, Hyun kyung | 587 |
| • Evaluations on A Revised Bill of Investigative Authority and A Bill Establishing a New Office to Investigate the High<br>-Ranking Public Officials' Corruptions<br>Evaluations on A Revised Bill of Investigative Authority and A Bill Establishing a New Office to Investigate the High-Ranking Public Officials' Corruptions- | Han, Seok Hoon | 633 |

# 남북통일 이후 조약의 국가승계에 관한 국제법적 고찰*

이 창 열**

【목 차】

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 조약의 승계에 관한 국제법규
1. 1978년 조약의 국가승계에 관한 비엔나 협약
2. 조약의 승계에 관한 이론적 논의
3. 조약의 승계에 관한 국제법 평가
Ⅲ. 조약의 국가승계에 관한 국제관행
1. 국경에 관한 조약의 승계관행
2. 기타 영토의 처분에 관한 조약의 승계 관행
3. 국가의 성립 유형에 따른 국가관행
4. 국제관행에 대한 평가
Ⅳ. 통일 한국의 조약승계 검토
1. 남북한 특수 관계 및 북한의 국제법적 지위
2. 통일 유형에 따른 조약 승계
3. 조약의 유형 및 성격에 따른 조약 승계
Ⅴ. 결론

【국 문 요 약】

남북이 통일이 되면 통일한국은 남북이 각기 체결하였던 조약의 국가승계에 관한 문제에 직면하게 될 것이다. 이러한 국가승계는 새로운 국가가 설립되는 경우 발생하는 문제로써, 조약, 채권, 채무 등 여러 법적 지위와 관련을 가진다.

이와 관련하여 국제사회는 조약의 국가승계에 관하여 많은 논의를 거듭해 왔고, 국제법의 성문화 과정에서 1978년 조약의 국가승계에 관한 비엔나협약과 1983년 국가재산, 공문서 및 채무의 국가승계에 관한 비엔나협약을 채택하였다. 그러나 제2차 세계대전 이후 많은 신생독립국가들이 탄생하면서 국가승계에 관한 전통적 이론과 국가승계에 관한 비엔

---

* 이 논문은 「해양갈등에서 지역해 협력으로」 단행본 챕터에 기고하였던 글을 수정 및 보완한 것으로 PM61330, PE99743 사업의 지원을 받아 작성되었으며, 한국해양과학기술원의 공식적 견해와 무관한 개인의 견해임을 밝힙니다.

** 한국해양과학기술원 선임연구원, 국제법 박사

나 협약을 현실 그대로 적용하기에는 여러 어려움이 따른다는 것이 밝혀졌다.

국가승계에 관한 확실한 법적 기준이 존재하지 않기 때문에 통일한국은 북한이 체결한 조약의 국가승계 문제를 피할 수 없다. 이 논문은 조약의 국가승계에 관한 조약, 법이론, 국제관행 등을 검토하여 통일이후 북한 조약의 국가승계에 관한 기본적 이론 틀과 방향성을 제시하고자 한다.

## Ⅰ. 서론

남북이 서로 분단되어 있는 동안 북한은 남한과 대등한 자격으로 대외적 외교활동을 하였다. 다른 국가들과 수교를 맺고, 조약을 체결하거나 국제기구에 가입하였으며, 채권·채무관계를 형성하였다. 남북이 통일이 된다면 북한이 기존에 체결한 조약과 국제관계는 이른바 국가승계라는 이름으로 국제법상 해석의 문제를 야기할 것이다. 이러한 국가승계는 기존의 국가와 구별하여 새로운 국가가 설립되는 경우 발생하는 문제로써, 조약, 채권, 채무, 공문서, 국제기구의 회원 지위 등 여러 법적 지위와 관련을 가진다.

이와 관련하여 국제사회는 조약의 국가승계에 관하여 많은 논의를 거듭해 왔고, 국제법의 성문화 과정에서 1978년 조약의 국가승계에 관한 비엔나협약(Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties)과 1983년 국가재산, 공문서 및 채무의 국가승계에 관한 비엔나협약(Vienna Convention on Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts)을 채택하였다.

그러나 제2차 세계대전 이후 많은 신생독립국가들이 탄생하면서 전통적인 국가승계에 관한 이론과 국가승계에 관한 비엔나 협약을 현실에 그대로 적용하기에는 여러 어려움이 따른다는 것이 밝혀졌다. 국가승계의 문제는 승계국의 입장에서 국가의 이익에 직접적인 관련을 가지고 있기 때문에, 하나의 규칙에 얽매이기에는 법적인 문제인 동시에 정치적, 정책

적인 문제가 얽혀 있었기 때문이다.

국가승계에 관한 비엔나 협약의 가입국 수는 현저히 적으며, 조약의 국가승계에 관한 국가실행은 그 표본이 적기 때문에 국가실행의 공통된 관행을 이끌어내기도 어렵다. 이러한 사실에 기초할 경우 국가승계에 관한 국제법과 국제관행, 그리고 법 이론은 일부를 제외하고 아직 논의가 진행 중이라 할 수 있다. 통일한국 또한 북한이 체결한 조약의 국가승계의 문제를 피할 수 없다. 그렇다면 계속 논의가 진행 중인 국가승계 분야에 대하여 통일한국은 어떠한 준비를 해야 할 것인가. 국가승계는 국가의 실행과 관련한 모든 분야에서 발생하는 만큼 논의의 범위 또한 매우 방대하나 이 논문에서는 조약으로 범위를 축소하기로 한다.

본 연구의 목적은 남북통일 대비 북한 조약의 승계에 관한 기본적 이론 틀과 방향성을 제시하는 것이다. 이를 위하여 주제와 관련한 선행연구, 조약의 승계에 관한 국제사회의 관행, 조약의 국가승계에 관한 이론에 관한 문헌을 중심으로 분석하기로 한다.

## II. 조약의 승계에 관한 국제법규

### 1. 1978년 조약의 국가승계에 관한 비엔나 협약

조약의 국가승계에 관한 비엔나협약의 논의는 1962년 국제법의 법전화 작업을 위해 설립된 UN 국제법위원회가 국가 및 정부의 승계에 관한 소위원회를 설립함으로써 시작되었다.[1] 본격적인 논의는 1968년부터 1972년에 걸쳐 특별보고자 Humphrey Waldock가 소위원회에 조약의 승계 초안에 관한 보고서 5개를 제출함으로써 시작되었고 그 결과 1974년에 조약의 국가승계에 관한 국제조약의 초안을 완성하였다.[2] 이에 대

1) Report of the Commission to the General Assembly, Document A/960/Rev.1, 6 May-26 July 1974, pp. 162~163.
2) *Ibid.*, pp. 165~174.

하여 Stefan Oeter 박사는 당시 신생독립국가의 처리 문제에 합의를 하지 못하여 일반화된 성문화 작업에 실패한 것으로 평가하고 있다.[3] 1978년 조약의 국가승계에 관한 비엔나 협약은 이러한 1974년 국제법위원회의 초안을 기초로 만들어졌다. 그런데 1978년 조약의 국가승계에 관한 비엔나협약 제31조가 흡수통합과 같은 통합 유형을 고려하지 않고 대등한 국가 간 통합의 경우에 한정하여 국가승계를 다루고 있다는 것과 국제법위원회가 초안 과정에서 두 가지 국가 실행만을 검토하였다는 두 가지 사실에 대한 비판이 있다. 국가 실행과 관련하여 한 예는 1958년 이집트와 시리아가 아랍연합공화국(United Arab Republic)으로 통합 사례이고 다른 하나는 1964년 탕가니카와 잔지바르가 탄자니아로 통합한 사례다. 그러나 이집트와 시리아의 경우 공식적인 국경도 없었지만, 각각 독립된 영토로 구성된 연합으로 이전 조약들이 각각의 영토에 적용될 수 있었다.[4] 또한 탕가니카와 잔지바르의 경우도 통합이후 일정한 기간 동안 분리된 국가로 존재하였기 때문에 이전의 조약들의 승계가 가능하였다.[5] Stefan Oeter 박사는 이러한 두 예를 특수한 국가 실행이라고 평가하고 있다.[6] 신용호 교수도 동 협약 제31조에 대하여 동등한 지위를 가진 두 개 이상의 국가의 합병과 한 국가가 다른 국가를 흡수하여 통일하는 경우를 구분하지 않고 있다는 비판을 하고 있다.[7]

1978년 조약의 국가승계에 관한 비엔나 협약은 50개의 조항과 한 개의 부속서로 구성되었다. 현재까지 이 협약에 비준한 국가는 22개국이며 우리나라는 아직 비준하지 않았다. 국가실행에서 1978년 조약의 국가승계에 관한 비엔나협약을 공식적으로 인용한 예를 찾기 어렵다. 이 협약이 국제관습법의 지위를 가진다고 보기 어려우며 따라서 비준국가 이외의 국가에게 동 협약의 준수를 요구하기 어렵다. 실제로 국내 연구에 따르면, 동 협약이 국가들의 관행과 일치하지 않는다는 이유로 국제관습법의 지위를 인정하지 않은 견해가 다수다.[8]

---

3) Stefan Oeter, "German Unification and State Succession", 51 Zaörv(1991), pp. 353~354.
4) *Ibid.*, pp. 355~356.
5) *Ibid.*, p. 356.
6) *Ibid.*
7) 신용호, "구동독체결조약의 처리와 협력의 국제법", 『국제법평론』 통권 제35호(국제법평론회, 2012), p. 86.

그럼에도 불구하고 동 협약은 조약의 국가승계와 관련된 용어를 정의하고 있으며, 영토의 처분에 관한 조약과 중대한 사정의 변경 등과 같은 내용을 포함하고 있다는 면에서 검토할 가치가 있다. 조약의 국가승계에 관한 비엔나협약은 국가의 승계에 따라 조약도 승계되는 것을 원칙으로 한다. 승계되는 조약으로 협약 제11조는 영토할양조약을 포함하여 국경제도에 관한 조약을 규정하고 있으며, 협약 제12조는 기타 영토의 처분에 관한 조약도 승계되는 것으로 규정한다. 기타 영토의 처분에 관한 조약의 범위에 대하여 김명기 교수는 동조 제1항은 하천의 항행·수자원이용권, 내륙국에 인접한 국가의 항구사용권, 내륙국에 인접한 국가의 연안통과권과 같은 내용의 조약이 해당하고, 동조 제2항은 특정영토의 중립화·비무장화, 국제수로·하천의 자유항행, 수자원공동이용, 국제운하통항권과 같은 내용의 조약이 해당한다고 하였다. 동조 제3항에 의하여 군사기지협정은 승계가 되지 않는 것으로 보았다.[9)]

동 협약도 조약 승계의 원칙에 대한 예외를 규정하고 있다. 예를 들어 협약 제15조(b), 제31조 제1항(b), 제34조 제2항(b)는 선행국의 조약을 그대로 적용하게 될 경우 조약의 대상 및 목적과 양립할 수 없거나 조약의 실행을 위한 조건들을 근본적으로 변경하는 경우에는 조약의 승계를 제한하는 규정을 두고 있다. 또한 제54조(b)에 협약 당사국이 모두 동의하는 경우 조약을 폐기할 수 있도록 규정하여 당사국의 협의에 의하여 조약의 승계 여부를 결정지을 수 있는 여지를 남겨 두고 있다. 또한 제62조 제1항에 조약 체결 당시에 예상하지 못하였던 사정의 근본적인 변화가 발생하는 경우 조약의 일방적인 종료가 가능하도록 규정하고 있다. 사정의 근본적인 변화가 무엇인지에 관하여는 또 다른 해석의 문제가 남

---

8) 신용호, “조약의 국가승계와 국가관행”, 『국제법학회논총』 제48권 제3호(대한국제법학회, 2003), p. 146; 이근관, “국가승계법 분야의 새로운 경향과 발전-조약의 승계를 중심으로 하여-”, 『서울국제법연구』 제6권 제2호(서울국제법연구원, 1999), pp. 215~216; 정용태, “국가의 성립과 조약승계”, 『법학논집』 제6권(청주대학교, 1992), pp. 19~20; 강정일, 임성훈, “구소련 붕괴에 따른 러시아의 국가승계에 관한 연구”, 『화랑대논문집』, 제4집 제2권(2011), p. 3; 한명섭, 「남북통일과 북한이 체결한 국경조약의 승계」(한국학술정보, 2011), pp. 142~143.

9) 김명기, “통일 후 한중국경문제와 조중국경조약의 처리문제”, 『남북법제연구보고서』(2011), pp. 109~110.

지만, 조약의 국가승계에 관한 비엔나협약 입안자들이 모든 조약의 당연한 승계를 상정하지 않았다는 것은 주목할 만하다.

## 2. 조약의 승계에 관한 이론적 논의

조약의 승계의 문제는 국가의 성립 유형과 매우 밀접한 관련을 가진다. 국가의 성립은 하나의 국가가 다수의 국가로 분열하여 독립국가를 형성하는 경우, 반대로 다수의 국가가 하나의 국가로 합병하는 경우, 한 국가가 영토의 일부를 다른 국가에 할양해주는 경우, 한 국가의 일부가 독립 국가로 분리하는 경우, 한 국가가 다른 국가를 흡수하여 병합하는 경우 등 다양한 상황에서 발생한다. 이 경우 조약의 승계의 문제는 기존 국가가 체결한 조약의 권리와 의무를 새로운 국가가 그대로 가지는가 아니면 모두 없었던 조약으로 보고 새로 다른 국가와 권리와 의무 관계를 체결해야 하는가 여부다. 국가의 성립 유형 중에서 특히 다수의 국가가 하나의 국가로 합병하는 경우 다수의 국가 중에서 어느 국가의 조약을 승계하는가라는 문제가 발생하며, 한 국가가 다른 국가를 흡수하여 합병하는 경우는 흡수당하는 국가의 조약은 어떠한 지위에 놓이게 되는가하는 문제가 발생한다.

조약의 승계에 관한 다양한 이론적 논의가 있으나 국가 성립의 모든 유형에 적합한 이론은 없다는 것이 일반적인 견해다.[10] 이와 관련하여 특정 국가주체에 종속될 수밖에 없는 인적 또는 정치적 조약은 국가의 소멸에 따라 종료되나, 특정 국가주체와 무관한 물적·처분적 조약은 후속 국가에 승계되는 경향을 보인다고 분석하는 견해도 존재한다.[11]

---

10) 이근관, 전게논문. 『서울국제법연구』 제6권 제2호(서울국제법연구원, 1999), pp. 187~196; 이진규, “남북한 통일 시 조약승계에 관한 국제법적 고찰”, 『법학논총』 제29권 제1호(2015), p. 341.

11) 김태원, 성재호, “헌법합치적 통일과 국제법상 북중경계조약의 승계”, 『미국헌법연구』 제28권 제3호(미국헌법학회, 2017), p. 48.

### 가. 계속주의

계속주의는 기본적으로 선행국의 조약상 권리와 의무가 승계국에 모두 승계되어야 한다는 이론이다.[12] 이러한 이론은 국가의 변동이 있더라도 기존의 법률관계를 유지시켜 국제관계를 안정화할 수 있다는 장점이 있다. 1978년 조약의 국가승계에 관한 비엔나협약 제31조도 계속주의를 채택하고 있다. 다수의 국가들이 합의를 통해 하나의 국가를 성립하는 하는 경우와 선행국의 영토 일부가 합의에 의하여 분할되어 새로운 국가를 성립하는 경우에 적합하다고 평가된다.[13]

국가의 성립 유형이 아닌 조약의 내용에 따라 계속주의가 적용되어야 하는 경우가 있는데, 대표적인 예로 영토의 처분에 관한 조약이 있다.[14] 영토의 처분에 관한 조약은 국경조약 또는 영토 자체에 일정한 의무를 부여하는 조약을 말한다. 계속주의에 따를 경우 이러한 영토의 처분에 관한 조약은 국가가 변경되어도 승계된다고 말한다. 이와 관련하여 1978년 조약의 승계에 관한 비엔나협약 제11조는 조약에 의하여 설정된 경계 또는 경계 체제와 관련하여 조약에 의하여 설정된 권리와 의무는 국가의 승계에 영향을 받지 않고 승계된다고 규정하고 있으며, 제12조에는 영토의 이용 또는 제한에 관한 조약도 승계된다고 규정하여 계속주의를 채용하고 있다.

---

12) 이와 관련하여 계속주의를 포괄적 승계론, 보편적 계속적 이론, 계속성기관대체이론으로 세분하기도 한다; 김태원, 성재호, 전게논문, pp. 49~51.

13) 법무법인(유)태평양, 『통일시 북한의 대외관계 승계문제에 대한 연구』, 통일부 정책연구용역 보고서(2011), p. 29.

14) 이러한 영토의 처분에 관한 조약은 영토적 조약, 영토적 성격(territorial character)의 조약, 처분적(dispositive) 조약, 물권 또는 특정의 토지와 관련된(real or localized) 조약, 특정 지역에 관련된 처분적 조약 또는 특정지역에 관련된 속지적 조약 등 다양하게 표현되고 있다. 이 보고서에서는 의미를 쉽게 파악하기 위하여 그 의미를 풀어서 '영토의 처분에 관한 조약'이라 표현 한다; 김찬규, "신생국과 조약의 승계", 『법학』 제18권 제1호(서울대학교, 1978), pp. 323~324; 이근관, "통일 후 한-중 국경 문제에 관한 국제법적 고찰", 『국제법학회논총』 제55권 제4호(대한국제법학회, 2010), p. 126; 신용호, 전게논문, 『국제법학회논총』 제48권 제3호(대한국제법학회, 2003), p. 152; 신각수, "조약에 관한 국가승계-1977년 Vienna 협약의 법적 검토-", 『국제법학회논총』 제27권 제1호(대한국제법학회, 1982), pp. 182~184.

### 나. 백지주의

계속주의에 반대되는 개념으로 백지주의가 있다.[15] 백지주의는 승계국은 선행국의 조약을 당연히 승계 받는 것이 아니라 선행국의 모든 조약을 백지화하고 스스로 새로운 조약을 체결할 권한을 가진다는 이론이다. 이러한 이론은 식민지 국가로부터 분리 독립하여 새로운 국가를 창설하는 경우에 적합한 이론이다.[16] 이 원칙은 1978년 조약의 국가승계에 관한 비엔나협약 제16조에서 신생독립국가에 대하여 백지주의를 적용하는 것으로 반영되었다. 그러나 백지주의의 경우에도 영토의 처분에 관한 조약에는 예외를 인정한다.[17] 백지주의의 승계방식은 실행 방식에 있어 국가에 따라 다양한 형태를 보였다. 선행국의 모든 조약의 승계를 거부하는 경우, 선행국과 별도의 조약을 체결하여 승계하는 경우, 일정한 기간의 유예를 두고 별다른 합의가 없으면 선행국이 체결한 조약의 적용을 거부하는 경우, 일정한 기간의 유예를 두고 별다른 선언이 없으면 선행국이 체결한 조약을 그대로 승계하는 경우가 있다. 백지주의의 기본 전제는 새로운 국가가 스스로 자국의 대외적 관계를 형성하겠다는 것이므로 국가승계의 방식은 다양하게 나타날 수 있다.

### 다. 국경조약의 승계문제

1978년 조약의 국가승계에 관한 비엔나 협약 제11조는 조약에 의하여 설정된 경계(boundary) 또는 경계 체제(the regime of boundary)와 관련하여 조약에 의하여 설정된 권리와 의무는 국가의 승계에 영향을 받지 않는다고 규정하고 있다.

이와 관련하여 국경조약의 승계에 관한 판례로 1962년 태국과 캄보디아의 프레어 비헤어 사원(The Temple of Preah Vihear) 사건이 있다.

---

15) “tabula rasa”이론 또는 “clean slate”이라고도 한다; Hubert Beemelmans, “State Succession in International Law: Remarks on Recent Theroy and State Praxis”, 15 Boston University International Law Journal 71(1997), p. 96.

16) 이진규, 전게논문, p. 342.

17) 법무법인(유)태평양, 전게서, p. 29.

동 사건은 1904년과 1907년에 태국의 전 국가인 구 샴과 캄보디아의 식민지국인 프랑스가 양국의 국경을 정하기로 합의한 조약의 승계가 문제되었다. 문제의 발단은 동 조약에서 국경을 결정하기로 한 양국혼성위원회가 최종 국경을 결정하지 않은 상태에서 프랑스가 제작한 국경에 관한 지도가 태국의 이의 없이 사용되었다는 사실이었다. 이 사건에서 법원은 양국의 실행으로부터 국경에 대한 합의가 있는 것으로 추론하면서, 국경조약의 주요 목적의 하나는 국경의 안정성(stability)과 최종성(finality)을 달성하기 위한 것이므로 합의된 국경이 계속하여 유효하게 유지되어온 경우 이를 존중할 필요가 있음을 설명하였다.[18]

또 다른 사건은 1986년 부르키나파소/말리 간 국경분쟁사건이다. 이 사건에서 프랑스의 식민지였던 부르키나파소와 말리는 1960년 프랑스로부터 독립하였다. 프랑스 통치 시절 이 두 지역의 행정경계가 명확하지 않아, 독립한 이후 두 국가의 국경도 합의되지 못하자 분쟁이 발생하였다. 판결 과정에서 법원은 국가승계에 있어 이전에 존재하는 국경을 존중해야하는 의무는 *uti possidetis* 원칙과 관계없이 법 일반규칙에서 발생하는 것임에 의심의 여지가 없다고 하여 국경조약의 승계가 국제관습법 성격을 가진 것으로 보았다.[19]

이러한 국경조약의 승계에 대하여 김찬규 교수는 이는 조약의 승계에서 오는 효과가 아니라 이미 확정된 국경선은 모든 국가가 존중해야 한다는 영역의 불가침의 원칙에서 오는 효과라고 주장한다.[20] 또한 Hubert Beemelmans 독일대사는 영토의 완전성과 이미 존재하는 국경의 불가침은 유엔헌장 제2조 제4항에 근거하고 있는 국제법에서 가장 중요한 계율(precept)이라고 말한다.[21] 이와 관련하여 1994년 리비아와 차드 간 영토분쟁 사건 판결이 주목할 만하다. 이 사건은 1955년 차드

18) 이 사건에서 주요 판결 내용은 태국의 묵인에 의하여 국경이 설정된 것으로 하는 법적 효과가 발생하는 것이지만, 태국의 묵인에 의하여 구 샴과 프랑스 간의 국경조약을 유효하게 합의된 것으로 보았고 이러한 국경조약을 계속하여 존중할 필요성이 있음을 설명하였다는 점에서 국경조약의 국가승계와 밀접한 관련을 가진다; Case concerning the Temple of Preah Vihear(Cambodia v. Thailand), Merit, I.C.J. Reports 1962, pp. 34~35.

19) Frontier Dispute(Burkina Faso/Republic of Mali), Judgment, I.C.J. Reports(1986), p. 566, para. 24.

20) 김찬규, 전게논문, p. 329.

21) Hubert Beemelmans, *op. cit.*, p. 118.

의 식민지국인 프랑스가 리비아와 체결한 선린우호관계조약이 국경에 관한 조약인지 그리고 차드가 이를 승계하는지에 관한 분쟁이었다. 법원은 프랑스와 리비아가 체결한 선린우호관계조약은 리비아와 차드의 국경을 정한 조약이며, 차드의 식민지국인 프랑스가 체결한 국경조약은 차드에게 승계된다고 판시하였다.[22] 이 사건에서 국제사법법원은 경계의 안정성에 관한 근본적 원칙에 따라 국경의 설정은 조약의 운명과 독립적이며, 국경에 관한 조약에 대한 합의가 일단 이루어지면 조약의 효력이 상실되더라고 국경에는 영향이 없다고 하였다.[23] 이근관 교수는 이 사건의 판결에 대하여 국제사법법원이 국경에 관한 조약과 설정된 국경을 분리하였다고 평가하고 있다.[24]

다만, 이근관 교수는 경계의 안정성 원칙이 갖는 중요성을 인정하면서도 국경에 관한 조약이 체결된 개별적인 상황을 고려하지 않을 경우 오히려 국제 평화와 안전의 유지에 부정적 요소로 작용할 수 있음을 경계하고 있다.[25] 더구나 국제사법법원에서 문제가 되었던 분쟁들이 대부분 과거 제국주의 국가들이 체결하였던 국경 조약의 승계였다는 점에서 사실관계에 따라 식민지 국가들에게 불합리할 결과를 초래할 수 있음에 주의가 필요할 것이다. 다수의 학자들과 판례들은 국경조약에 관한 국가승계를 의무로 보는 것에 의견의 일치를 보이고 있으나 이러한 해석에 반대하는 견해도 존재한다. 그 이유는 다른 조약과 비교하여 국경조약만 달리 취급할 이유가 없고, 일부 국가들의 경우 승계를 지속적으로 부인하였기 때문에 국경조약의 승계 관행이 모두 일치하는 것이 아니며, 국경조약의 국가승계를 지지하는 판례들의 본안은 국경조약에 대한 것이 아니었다는 반론을 제기하고 있다.[26]

---

22) Territorial Dispute(Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment, I.C.J. Reports 1994, p. 40. para. 77.
23) *Ibid.*, p. 37. paras. 72~73.
24) 이근관, 전게논문, 『국제법학회논총』 제55권 제4호(대한국제법학회, 2010), pp. 135~136.
25) *Ibid.*, p. 134.
26) 한명섭, 전게서, pp. 143~149.

### 라. 해양경계의 승계문제

국경조약에 해양경계가 포함되는 것인가는 분명하지 않다. 이에 대하여 신창훈 박사는 육상경계와 해양경계에 관한 조약을 동일하게 취급하는 이론에 대한 몇 가지 결점을 지적하면서도, 영해의 경계가 육상경계와 마찬가지로 취급되는 것이 일반적이라고 설명하는 반면 배타적경제수역 또는 대륙붕의 경계선이 육상경계와 달리 취급된다고 결론 내리지는 않는다.[27] 그러나 신창훈 박사는 당해 해양경계에 관한 조약이 형평하지 못한 결과를 가지는 경우에는 조정을 위한 재협상의 여지가 있을 수 있다는 여운을 남기고 있다,[28] 또한, 1989년 기니아비소와 세네갈 중재재판소가 영해경계 이원의 해양경계에도 *uti possidetis* 원칙을 적용한 것은 오류라고 지적하고 있어[29] 육상경계와 해양경계를 동일하게 취급하는 것에 대하여 회의적인 것으로 평가할 수 있다. 1889년 기니비소와 세네갈 중재재판에서 M. Bedjaoui 재판관도 반대의견에서 영해 이원의 해역은 영토가 아니라는 이유로 인간의 정착과 관련 없는 영역에 확장하여 *uti possidetis* 원칙을 적용해서는 안 된다고 하고 있다.[30] 해양경계가 육상경계와 동일하게 취급된다는 이론에 대한 분명한 증거가 약하기 때문에 여전히 논란이 될 수 있다.

신창훈 박사가 제기한 의문에 대하여 공감하지만, 다음과 같은 이유로 해양경계도 육상경계와 동일하게 취급되어야 한다고 결론을 내리고자 한다.[31] 첫째, 형평하지 못한 해양경계에 관한 조약을 그대로 수용하는 것

---

27) 신창훈, “통일 이후 북한이 체결한 기존 해양경계획정협정의 승계문제”, 『서울국제법연구』 제16권 제2호(서울국제법연구원, 2009), p. 166.

28) *Ibid.*, p. 167.

29) 신창훈, “북한이 주변국과 체결한 국경체제 및 해양경계획정관련 협정의 승계문제”, 『STRATEGY 21』, 통권 제27호(2011), pp. 60~61.

30) Geoffrey Marston, “The Stability of Land and Sea Boundary Delimitations in International Law” in Gerald H. Blake, Maritime Boundaries - World Boundaries Vol. 5(London and New York, 1997), p. 158~159.

31) Geoffrey Marston은 해양경계의 특수한 성격이 있지만, 육상경계와 의심의 여지없이 매우 같다고 한 Prosper Weil의 견해를 인용하면서, uti possidetis의 원칙이 해양경계에 적용되는지에 관한 문제가 제기되는 경우라도 해양경계의 외적 안정성은 육상경계와 달리 볼 필요가 없으므로 해양경계도 국가승계의 영향을 받지 않는다는 입장이다; *ibid.*, p. 159.

이 바람직한가의 문제는 육상경계에 관한 조약에도 똑같이 문제된다. 이와 관련하여 앞에서 언급하였듯이 이근관 교수는 국경에 관한 조약도 당해 조약이 체결된 개별적 상황을 고려해야 한다고 비판하고 있는 것이다. 그럼에도 불구하고 육상경계에 관한 조약은 승계되는 것을 원칙으로 하고 있음은 주지하는 바와 같이 국제평화와 안전의 유지라는 목적이 크다. 해양을 두고 갈등과 반목을 반복하는 국제사회에서 해양경계의 유지도 국제평화와 안전의 유지와 매우 밀접한 관련을 갖는다. 따라서 국경에 관한 조약의 승계를 인정한다면 해양경계에 관한 조약의 승계도 동일하게 보아야 할 것이다. 둘째, 독일이 통일과정에서 동독과 폴란드의 대륙붕과 어업수역의 단일경계선에 관한 합의를 폴란드와 재협상을 통해 다른 육상경계와 함께 승계하는 협정을 체결한 것이 해양경계에 관한 조약을 국경조약과 마찬가지로 취급하여 승계하였는지 분명하지 않지만 이는 국경조약에 대하여도 마찬가지다. 왜냐하면 독일은 기본적으로 동독이 체결한 모든 조약에 대하여 다양한 요소를 고려하여 당사국과 협상에 의하여 조약의 승계를 결정하였기 때문이다. 즉 국가들이 해양경계를 달리 보았다는 관행을 찾기 어려웠다. 오히려 반대의 관행이 존재하였는데 구소비에트연방의 분열시 러시아는 북한과의 해양경계협정을 승계하였다. 셋째, 1898년 기니비소와 세네갈 중재재판에서 중재재판소는 *uti possidetis* 원칙만을 이유로 해양경계의 승계를 판결한 것은 아니다. 특히 중재재판소는 국가승계는 해양경계에 적용되지 않는다는 기니비소의 주장을 배척하였으며, 1901년 영국과 덴마크 어업경계에 관한 협약이 덴마크의 승계국인 아이슬란드에 그대로 수용되었음과 말레이시아, 필리핀, 부루나이의 경우 식민국가간 해양경계를 승계한 사례를 관행으로 제시하여 국가승계의 법리가 해양경계에도 적용된다는 취지의 판정을 하였다.[32] 넷째, 배타적경제수역과 대륙붕 경계는 영토체제에 밀접하게 부속되어 있기 때문에 영토의 경계 체제에 해당하는 것으로 볼 수 있다.[33]

---

32) Arbitration Tribunal for the Determination of the Maritime Boundary(Guinea-Bissau/Senegal), Award of 31 July 1989, pp. 51~53, paras. 63~64.

33) 이와 유사한 견해로는 David M. Ong의 경우 해양경계에 대하여 육상경계와 달리 취급한다는 국가관행이 존재하지 않는 상황에서, 해양경계에 관한 조약을 기타 영토의 처분에 관한 조약으로 보아 당연한 승계를 주장하고 있다; David M. Ong, "The legal status of the 1989 Australia-Indonesia Timor Gap Treaty following the end of Indonesian rule in East

배타적경제수역과 대륙붕은 영토 및 영해와 달리 주권이 아닌 협약에서 정하는 주권적 권리와 관할권이 미치는 영역으로 특별한 법적 성격을 가지는 것은 사실이다. 그러나 해양에 대한 권리는 육지로부터 나오는 것과 마찬가지로 배타적경제수역과 대륙붕은 영토와 매우 밀접한 관련을 가지고 있는 것 또한 사실이다.

### 마. 기타 영토의 처분에 관한 조약의 승계문제

일반적으로 영토의 처분에 관한 조약은 국가승계의 영향을 받지 않는 것으로 보고 있으나, 1978년 조약의 승계에 관한 비엔나협약은 국경조약과 기타 영토의 처분에 관한 조약으로 구분하고 있다.[34] 이근관 교수도 1978년 조약의 승계에 관한 비엔나협약의 채택 과정에서 이 둘을 분명하게 구별하여 논의하였기 때문에 국경조약과 기타 영토의 처분에 관한 조약을 구별해야 한다고 말한다.[35] 둘을 구별하는 실익은 국경조약이 승계되어야 한다는 점에는 일반적인 합의가 형성되어 있으나, 기타 영토의 처분에 관한 조약의 경우에는 조약의 내용에 따라 논란의 여지가 있다는 점에 있을 것이다. 이와 관련하여 1997년 헝가리와 슬로바키아 간의 Gabčíkovo-Nagymaros Project사건[36]에서 국제사법법원은 1978년 조약의 승계에 관한 비엔나 협약 제12조도 국제관습법의 지위를 가진다는 취지의 판결을 하였다. 이 사건에서 법원은 동 협약 제12조를 채택하는 초안 과정에서 국제법위원회가 전통적 이론과 현대적 이론 모두 기타 영토의 처분에 관한 조약이 국가승계에 의하여 영향을 받지 않는 것으로 간주하고 있다는 사실을 설명하면서, 동 협약 제12조는 국제관습법을 반

---

Timor", 31 Netherlands Yearbook of International Law 67(2000), pp. 100~101 recited in 신창훈, 전게논문, 『STRATEGY 21』, 통권 제27호(2011), pp. 50~51.

34) Hubert Beemelmans, *op. cit.*, pp. 118~119.

35) 이근관, 전게논문, 『국제법학회논총』 제55권 제4호(대한국제법학회, 2010), pp. 126~127.

36) 1977년 구체코슬로바키아공화국과 헝가리는 양국의 국경지역에 있는 다뉴브강에 댐을 건설하여 공동이용하는 내용의 협정을 체결하였다. 이 협정의 주요 내용은 양국이 다뉴브강에 2개의 댐을 건설하는데 하나는 체코슬로바키아 영토 내에 Gabčíkovo 댐을 헝가리 영토 내에 Nagymaros 댐을 건설하면서 공동으로 이용한다는 내용이었다. 그런데 헝가리가 내부 사정에 따라 공사를 잠정 중단하자 분쟁이 발생한 사건이다. 이 사건에서 헝가리는 조약당사자인 체코슬로바키아가 소멸하였기 때문에 효력을 상실한다고 주장하였다.

영한다고 하였다.[37] 이와 동시에 법원은 동 협약 제12조의 “영토에 부속하는(attaching to that territory)”의 해석과 관련하여 분쟁의 대상이 된 댐에 관한 조약의 경우 강의 일부에 부속하는(attaching) 권리와 의무를 창설하기 때문에 국가승계에 영향을 받지 않는 기타 영토 처분에 관한 조약에 해당한다고 판결하였다.[38] 따라서 기타 영토의 처분에 관한 조약의 경우 무엇이 “영토에 부속하는 권리와 의무”를 창설하는 조약인가라는 해석의 문제가 중요하다. 이와 관련하여 동 협약 제12조 제3항에서 군사기지에 관한 협정의 경우 조약이 자동으로 승계되지 않음을 별도로 규정하고 있다.

### 3. 조약의 국가승계에 관한 국제법 평가

위에서는 1978년 조약의 국가승계에 관한 비엔나협약과 조약의 국가승계에 관한 논의를 검토하였다. 지금까지의 검토를 통하여 우리는 세 가지를 유추할 수 있다. 하나는 영토의 처분에 관한 조약 특히 국경에 관한 조약은 어떠한 상황에서 국가승계가 발생하든 승계국에 승계된다는 것은 국제관습법으로 인정되었으며 그것은 국경의 안정으로부터 국제평화와 안전을 유지하기 위함이라는 사실이다. 물론 기타 영토의 처분에 관한 조약의 경우 국제사법법원에 의하여 국제관습법의 지위를 인정받았지만, 조약의 내용에 따라 승계여부는 달라 질 수 있다. 또한 국경에 관한 조약에 있어 육상경계가 아닌 해상경계의 경우에도 자동승계의 법리가 적용되는 것인가에 대하여 견해가 일치하지 않는다. 다른 하나는 1978년 조약의 국가승계에 관한 비엔나협약이 조약은 일반 국제법 규칙으로 적용하기에 한계가 있으며 국제관습법이 되기에는 국가관행과 법적 확신이 부족하다는 사실이다.[39]

---

37) Gabčíkovo-Nagymaros Project(Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997, pp. 71~72, para. 123.
38) *Ibid.*, pp. 71~72, para. 123.
39) 신각수, 전게논문, p. 169.

## III. 조약의 국가승계에 관한 국제관행

### 1. 국경에 관한 조약의 승계 관행

통일예멘은 1990년 통일하면서, 예멘아랍공화국에 해당하는 예멘왕국이 사우디아라비아와 이드리시(Idrisi) 지역에 대한 국경을 획정한 1934년 타이프(Taif) 협정에 대하여 강박을 이유로 무효를 주장하였다. 이후 통일예멘은 사우디아라비아와 타이프 협정과 다른 내용의 협상을 끊임없이 주장하였으나, 결국 기존 협정의 국경체제를 유지하고 아직 획정되지 않은 나머지 국경에 대한 논의에서 예멘의 주장을 대폭 관철시키는 것으로 합의하였다.[40] 통일예멘은 기존 국경조약의 무효에 대한 주장을 관철시키지 못하고 사우디아라비아와 기존 국경을 유지하는데 합의하였으므로 국경에 관한 기존의 조약을 승계한 관행으로 분류될 수 있으나, 통일예멘의 경우 기본적으로 국경 조약의 승계에 대한 국제관습법 지위에 대하여 반대하는 입장을 취하였다는 점은 주의를 요한다.

통일독일의 경우 1950년 동독과 폴란드간 오데르-나이세 국경에 관한 합의 승계 문제에 대하여 1990년 11월 14일 독일과 폴란드 상호 국경확인조약을 체결하여 기존의 국경에 대하여 재합의하였다.[41] 이에 대하여 이진규 교수는 외형상 관련국과 합의에 의한 해결인 것으로 보이나 실질은 영토의 처분에 관한 조약의 국가승계로 볼 수 있다고 한다.[42] 이근관 교수도 독일과 폴란드 상호 국경확인조약의 체결에 대하여 “영토 및 국경의 현상유지를 우선시하는 관습국제법의 방향과 부합”한다고 평가하였다.[43] 통일독일 또한 결과적으로 국경조약을 승계하였으나, 국경조약에 관한 승계를 바로 선언하지 않고 재합의하였다는 점에서 주의를 요한다.

---

40) 한명섭, 전게서, p. 118.
41) *Ibid.*, p. 116.
42) 이진규, 전게논문, p. 352.
43) 이근관, 전게논문, 『국제법학회논총』 제55권 제4호(대한국제법학회, 2010), p. 138.

## 2. 기타 영토의 처분에 관한 조약의 승계 관행

기타 영토의 처분에 관한 조약의 승계 관행의 하나는 핀란드의 Åland 도서가 있다. 1809년 9월 핀란드의 Åland 도서가 러시아에 편입된 이후 1856년 3월 영국, 프랑스, 러시아 삼국 간에 Åland 도서의 비무장에 대한 파리협약을 체결하였다.[44] 1917년 12월에 핀란드가 독립하면서 핀란드가 Åland에 대한 비무장 의무를 승계해야하는 문제가 대두되었다. 이에 대하여 1920년 9월 국제연맹의 국제법위원회는 Åland 제도의 비무장을 규정하는 조항은 유럽의 이해관계로부터 규정되었고 그 도서에 대하여 특별한 국제적 지위를 부여하였기에 이해관계를 가진 모든 국가가 조약상의 의무 이행을 요구할 수 있으며 그 도서를 소유한 국가는 그들이 주장하는 의무를 이행해야 한다고 하며, 조약은 여전히 유효하다고 하였다.[45]

기타 영토의 처분에 관한 조약의 국가승계에 관한 또 다른 관행은 수에즈 운하가 있다. 수에즈 운하는 건설 당시 상당한 지분이 프랑스에 있었고, 나머지 지분도 영국에 넘겨주게 되어 실제 운영은 영국과 프랑스가 하였다. 이후 1888년 영국, 프랑스, 독일, 오스크리아·헝가리, 이탈리아, 스페인, 네덜란드, 러시아, 터키 간에 다른 국가들의 수에즈 운하의 자유항행을 보장하는 콘스탄티노플 조약을 체결하였다. 이집트의 독립이후 1956년 7월에 이집트는 수에즈 운하의 국유화를 선언하였고 1957년 4월 24일 수에즈 운하에 관한 선언을 발표하였는데, 이 선언에서 이집트는 1888년의 콘스탄티노플 조약의 정신과 조건, 그리고 그로 인하여 발생하는 권리 및 의무를 존중할 것을 약속하였다.[46]

그러나 위와 반대로 기타 영토의 처분에 관한 조약의 당연승계가 인정되지 않은 예도 있다. 김찬규 교수에 따르면 “1815년 파리조약에 의하

---

44) Charles Noble Gregory, “The Neutralization of the Aaland Islands” 17 American journal of International Law(1923) 65, pp. 70~71.

45) *Ibid.*, pp. 63~64.

46) Declaration on the Suez Canal and the Arrangement for its Operation, Letter dated April 1 957 from the Minister for foreign Affairs of Egypt, addressed to the Secretary-General, United Nations General Assembly, 24 April 1957, A/3576, p. 2.

여 프랑스는 휴닝겐의 비무장화 의무를 부담했으나 알사스가 독일로부터 반환된 후 1927년 프랑스가 마지노선을 건설할 즈음 휴닝겐의 법적 지위가 문제되자 프랑스는 1815년 파리조약의 관련규정은 소멸되었다고 주장하였고", 모로코도 독립하면서 프랑스가 체결한 군사기지에 관한 조약의 승계를 부정하였다."라고 하고 있다.[47] 또한 1960년 영국으로부터 독립한 소말리랜드가 독립 이후 소말리아와 통합하여 소말리아공화국을 성립하였을 때, 소말리아공화국은 기존에 소말리랜드의 식민통치국이었던 영국과 에티오피아 간에 체결한 국경선 조약은 유효하나 방목권에 관한 조약은 소멸된다고 하였다.[48] 그러나 소말리아공화국은 조약승계의 법리가 아닌 민족자결권의 고려에 기초하여 유효성을 부인하였다.[49]

당사국의 이해관계를 넘어서는 국제제도로서의 성격을 가지는 경우 새로 성립된 국가가 이를 승계하는 것이 필요할 것이나, 무엇이 국제사회의 전체 이해관계와 결부되어 있는가에 대한 기준은 여전히 분명하지 않다.[50] 특히 국경에 관한 조약과 달리 기타 영토의 처분에 관한 조약의 승계는 국가간 관행이 일치하는 것은 아니다.

### 3. 국가의 성립 유형에 따른 국가관행

북한과 남한은 분단국가라는 특수한 상황을 가지고 있다. 이에 따라 통일을 이야기 할 때 보통 남한으로 흡수통합을 전제로 하며, 경우에 따라 대등한 위치의 통합을 이야기 한다. 조약의 승계에 관한 국제관행에 있어 우리나라의 상황과 정확하게 일치하는 관행은 드물다.

본 연구의 주제에는 통합의 사례만을 살펴보는 것이 보다 적합할 것이다. 그러나 조약 승계에 관한 국가관행이 일치하는가에 대한 여부를 함께 검토하기 위하여 다른 국가 성립유형에 따른 조약 승계의 국가관행을 살펴보도록 한다.

---

47) 김찬규, 전게논문, p. 333.
48) 한명섭, 전게서, p. 114.
49) Yearbook of International Law Commission, Vol. II(1974), pp. 52~53, 77.
50) 김찬규, 전게논문, p. 331.

### 가. 신생독립국가의 국가관행

제2차 세계대전 이후 식민국가로부터 독립한 신생국가들은 원칙적으로 식민국가가 체결한 조약의 승계에 대하여 백지상태를 주장하였다. 그러나 실제로 식민국가가 체결한 조약을 전면적으로 부인한 국가는 대한민국, 이스라엘, 그리고 알제리 3국뿐이며 나머지 국가들은 예외인 조약들이 있었다.[51]

신생독립국가가 선행국의 조약을 승계하는 방식은 크게 세 가지로 나뉜다. 첫 번째는 선행국과 조약의 승계에 관한 별도의 조약을 체결하는 방식이고 두 번째는 승계하지 않음을 원칙으로 하지만 일정기간 내에 승계의 가능성을 열어두는 니에레레 방식이며, 세 번째는 승계를 원칙으로 하지만 일정기간 내에 임의로 승계를 하지 않을 수 있는 잠비아 방식이다.

먼저 일부 신생 독립국가들은 독립하면서 기존에 식민국가가 체결한 조약을 승계한다는 승계협정을 식민국가와 체결하는 방식을 취하기도 하였다. 많은 국가들이 이 방식을 선택하였는데 실론, 말라야, 가나, 키프로스, 나이지리아, 시에라리온, 자메이카, 트리니다드 토바고, 몰타, 감비아, 소말리아, 서사모아, 인도네시아, 모로코, 라오스 캄보디아, 베트남, 싱가포르가 있다. 그러나 이들 승계조약은 독립을 부여하는 조건으로 체결된 경우가 많았다는 지적이 있다.[52]

두 번째 니에레레 방식을 천명하는 경우도 있다. 니에레레 방식은 탕가니아가 영국으로부터 독립할 당시 천명한 것이다. 탕가니아는 기존에 영국이 체결한 조약은 독립 이후 2년의 기간 내에는 유효할 것이나 그 기간 내에 당사국간 새로운 합의가 이루어지지 않으면 그 조약의 의무는 기간의 종료와 함께 소멸한 것으로 간주한다고 하였다.[53] 이러한 원칙은 독립국가로서 조약의 승계 여부를 스스로 검토하여 결정할 것이며 결정되지 않은 문제에 대하여 식민국가의 의무를 대신할 필요는 없다는 것이다. 이러한 방식으로 조약을 승계한 국가는 이 밖에 우간다, 케냐, 보츠

---

51) *Ibid.*, pp. 334~335.
52) *Ibid.*, p. 336.
53) *Ibid.*, p. 337; 정용태, 전게논문, p. 9.

와나, 레소토, 나우루, 스와질란드, 말라위가 있다.

세 번째 니에레레 원칙과 반대의 개념인 잠비아 방식이 있다. 이 방식은 독립국가가 일정 기간 내에 소멸을 통고하지 않는 한 식민국가 기존에 체결한 조약은 독립국가에 자동 승계된다는 것이다.[54] 이 방식은 취한 국가는 잠비아 이외에 말라가시, 루안다, 카메룬, 기니, 아이보리 코스트, 니제르가 있다.

### 나. 국가 분열의 경우 국가관행

1991년 12월 15개의 공화국으로 구성되었던 소비에트연방공화국은 다시 15개의 국가로 분열되었다. 이중에서 러시아, 우크라이나, 벨로루시를 주축으로 하는 13개 공화국은 독립국가연합을 창설하였다. 15개의 공화국 중 에스토니아, 라트비아, 리투아니아는 1940년 소비에트연방공화국에 의하여 병합되기 이전의 국가로 복귀를 선언하였다.

소비에트연방공화국의 분열로 인하여 과거 소비에트연방공화국의 이름으로 체결된 조약들의 지위가 문제가 되었다. 러시아 연방이 소비에트연방공화국을 승계하는가 아니면 소비에트연방공화국은 그냥 소멸되는가의 문제였다. 소비에트연방공화국의 분열 이후 러시아가 소비에트연방공화국의 국제연합 회원국 지위와 안전보장이사회의 상임이사국의 자격을 승계하였다. 이에 대하여 다른 회원국의 어떠한 이의 제기도 없었다. 이와 더불어 러시아는 그 외 소비에트연방공화국이 체결한 조약의 권리와 의무를 승계할 것임을 분명히 하였다. 그러나 러시아는 소비에트연방공화국이 체결한 조약의 승계에 앞서 관련 당사국과 협의를 진행하였고 대체로 그대로 승계하였으나 일부 조약의 경우 부분적 변경을 합의하기도 하였다.

러시아를 제외한 독립국가연합도 기본적으로 소비에트연방공화국이 체결한 조약을 승계한다는 입장을 취하였다. 그러나 실제로 모든 조약을 승계한 것은 아니며 일부 조약의 경우 새로 가입하는 형태를 취하였다. 에스토니아, 라트비아, 리투아니아 발트 3국의 경우는 소비에트연방공화

54) 김찬규, 전게논문, p. 338; 정용태, 전게논문, p. 10.

국에 의하여 점령되기 이전의 국가로 회복을 선언하였기 때문에 발트 3국은 기존에 체결하였던 조약을 승계하는 것을 기본으로 하였다.

1969년 설립된 체코슬로바키아 연방은 1993년 1월 1일 체코와 슬로바키아 2개의 공화국으로 분열되었다. 이 과정에서 체코는 1992년 12월 17일 선언을 통하여 관련국가와 체코공화국의 승인문제와 외교관계의 지속에 대하여 별도의 합의를 통하여 결정하고, 체코슬로바키아 연방이 체결하였던 조약들 중에서 체코와 관련한 모든 양자 및 다자조약을 승계하겠다고 밝혔다.[55] 그러나 체코의 경우 구체적으로 어떠한 조약이 승계되고 어떠한 조약이 변경되고 폐지될 것인가에 대하여는 관련국들과 협의하여 결정할 것이라고 하였다.[56] 슬로바키아도 헌법 제정을 통하여 체코슬로바키아 연방헌법과 연방내 양 공화국 간에 합의에 기초하여 체결한 체코슬로바키아 연방의 국제법적 권리와 의무를 승계한다고 하였다.[57] 체코의 경우 구체적으로 관련국과 협의를 통하여 결정하겠다는 단서를 달기는 하였으나 체코와 슬로바키아 두 국가 모두 연방에서 분리독립하면서 기본적으로 승계의 입장을 밝혔다. 연방국가의 경우 대외관계는 연방정부라는 하나의 창구를 통하여 성립되므로 각자에 관련된 조약을 승계하는 것은 국가의 동일성과 계속성, 조약 체결 상대국의 신뢰보호의 측면에서 긍정적으로 평가할 수 있다.

그러나 연방국가가 구성된 과정이나 역사적 사실에 따라 국가의 동일성과 계속성 요건은 부정될 수 있다. 구소비에트연방공화국이 해체되는 과정에서 발트3국과 같이 연방에 가입이 자국의 의사와 반하였던 경우에는 국가의 동일성과 계속성 요건에 부합한다고 보기 어려울 것이다. 실제로 이들 발트 3국은 이번의 국가로의 회복을 선언하였다. 프랑스의 식민지였던 세네갈과 수단 간의 말리연방도 분열하면서 발트 3국과 유사한 과정을 거친다. 말리연방은 1960년 6월 20일 프랑스로부터 독립하였다. 이후 1960년 9월 22일 세네갈과 말리공화국으로 각각 분열되었다. 이 과정에서 세네갈은 프랑스 정부와 각서교환을 통하여 말리연방의 모든 조약법상 권리와 의무를 승계할 것을 약속한 반면, 말리공화국은 말리연

55) 신용호, 전게논문, 『국제법학회논총』 제48권 제3호(대한국제법학회, 2003), p. 159.
56) *Ibid.*, p. 159.
57) *Ibid.*

방의 모든 조약의 승계를 거부하였다.[58]

### 다. 국가 통합의 경우 국가관행

통일독일의 통합은 동독이 소멸하고 서독에 흡수되어 통합된 형태의 국가가 형성된 흡수통합의 대표적인 예로 거론된다. 서독과 동독도 분단 국가였다는 상황을 고려하면 남북한 상황과 가장 유사한 상황으로 평가할 수 있다.

동독과 서독은 통일 이전에 동독에서 먼저 조약을 1차적으로 정리하기로 하였다. 1990년 9월 29일 동독과 서독은 통일독일 수립을 위한 독일연방공화국과 독일민주공화국간의 조약에 비준하였는데, 조약에 따르면 동독은 일부 화폐, 경제, 사회통합조약을 제외하고 조약의 존속, 변경, 소멸에 대한 입장을 결정할 수 있었다.[59] 동독은 이 조약이 비준되기 이전인 1990년 9월 5일 식량, 농업, 임업분야의 양자 및 다자간 행정협정을 종료하였고, 1990년 9월 12일 앙골라, 에티오피아, 모로코, 나이지리아, 니카라과, 파나마, 필리핀에 대하여 사정변경과 유럽공동체 흡수를 이유로 교역관련 양자조약의 종료를 구하는 서신을 발송하다.[60] 또한 동독은 1990년 9월 24일에 바르샤바조약기구에서 탈퇴 선언을 하였다.[61] 동독은 통일이후 문제가 될 수 있는 조약들을 미리 정리함으로써 일부 조약들에 대하여는 국가승계의 문제가 발생하지 않았다. 그러나 동독이 통일 이전에 합의에 의하여 탈퇴하려다 실패한 동유럽경제협력공동체의 경우 회원국과 합의되지 못하고 서독으로 이양되었다.[62]

통일독일은 기본적으로 통일조약 제11조에 따라 독일연방공화국이 체결한 조약을 구동독지역에까지 확대하여 적용할 것을 규정하였고[63] 반대로 제12조 제1항에 동독이 체결한 조약은 동 조약의 상대국과 협의하여 존속, 변경, 폐지를 결정한다고 하고 있다.[64] 이에 따라 독일은 서독

58) *Ibid.*, p. 157.
59) 신용호, 전게논문, 『국제법평론』 통권 제35호(대한국제법학회, 2012), p. 87.
60) *Ibid.*, pp. 89~90.
61) *Ibid.*, p. 88.
62) *Ibid.*, p. 92.
63) Hubert Beemelmans, *op. cit.*, pp. 99~100.

외무성 주관으로 동독이 체결한 양자조약, 다자조약, 행정부간협약, 합의각서 등 국가 및 정부간 합의 문서 모두를 검토 대상으로 하였다.[65] 이에 대하여 김명기 교수는 통일독일은 동독이 체결한 조약의 승계에 대하여 사전변경의 원칙을 적용한 것이라고 보고 있다.[66]

독일은 다자조약의 경우, 동독과 서독이 동시에 가입하고 있는 경우 동독의 회원국 자격이 소멸하는 것으로 하였고, 동독만 가입하고 있는 경우 다른 회원국들 및 유럽공동체와 협의하여 정하도록 하였다.[67] 그런데 통일독일이 승계한 동독의 다자조약은 단 두 개뿐이다. 동독만 가입하고 있는 다자조약의 당사자 지위를 승계한 조약은 1971년 11월 15일 체결된 위성통신시스템 구축과 기구설립에 관한 협약(Agreement on the Creation of an International System and Organization for Cosmic Telecommunications)과 1975년 11월 11일 체결되고 1990년 7월 12일에 개정된 동독과 소련, 폴란드 간 발트해 대륙붕의 공동석유탐사에 관한 삼자협정(the Trilateral Agreement between the GDR, Poland, and the Soviet Union on Joint Petroleum Exploration on the Continental Shelf in the Baltic Sea)두 개다.[68]

독일은 조약의 국가승계에 관한 비엔나 협약 또는 조약의 국가승계에 관한 전통적 법 논리를 따르기보다 조약법에 관한 비엔나 협약의 사정변경 원칙(조약법에 관한 비엔나협약 제62조), 조약의 이행불능의 법리(조약법에 관한 비엔나 협약 제61조)에 근거하였고, 관련국의 이해관계와 신뢰보호의 원칙하에 국제법의 협력의 원칙을 실제 적용한 사례로 평가되고 있다.[69]

---

64) 통일조약 제12조 제1항은 동독이 체결한 조약을 상대국과 협의하여 존속, 변경, 폐지를 결정함에 있어 신뢰보호, 관련국들의 이익, 서독의 조약상의 의무의 관점에서 자유, 민주, 법치국가적 기본원칙에 따라 유럽공동체가 존중하는 범위 내에서 조약의 유효, 조정 또는 효력상실여부를 결정 또는 확인한다고 규정하고 있다; Stefan Oeter, *op. cit.*, pp. 360~361; 김명기, 전게논문, 『남북법제연구보고서』(2011), pp. 114~115.

65) 신용호, 전게논문, 『국제법평론』 통권 제35호(국제법평론회, 2012), pp. 95~96.

66) 김명기, 전게논문, 『남북법제연구보고서』(2011), pp. 114~115.

67) Stefan Oeter, *op. cit.*, pp. 369~370.

68) Dieter Papenfub, "The Fate of the International Treaties of the GDR Within the Framework of German Unification", 92 The American Journal of International Law 469(1998), p. 479.

69) *Ibid.*, pp. 479~481; 신용호, 전게논문, 『국제법평론』 통권 제35호(국제법평론회, 2012), p

국가통합에 있어 통일 독일과 통합에 있어 유사하나 다른 예는 통일 베트남이 있다. 통일 베트남은 1973년 파리 베트남 회의 협약 제15조에서 통일 베트남은 어느 한 쪽의 강압으로 부속되지 않고 남북이 협의하여 통일을 진행한다고 규정하였다. 그러나 1975년 4월 30일 남베트남 사이공 체제가 무너지자 통일 베트남은 남베트남이 체결한 조약을 인정하지 않고 그에 대한 어떠한 책임도 지지 않겠다고 하였다.[70]

또 다른 국가통합의 예는 예멘인민민주공화국과 예멘아랍공화국이 통합한 통일 예멘이 있는데 통일 예멘은 위 두 경우와 다른 입장을 취하였다. 통일 예멘은 통일 관련 협정에서 합병에 따라 각각 국제법적 인격은 예멘 공화국인 통일 예멘의 단일 국제법적 인격으로 통합된다고 하였고, 1990년 5월 22일 당시에 발효된 두 예멘과 외국 또는 국제기구 간에 체결되었던 모든 조약아 효력을 유지한다고 선언하였다.[71] 그러나 통일예멘은 두 예멘의 오랜 시간의 협상과 아랍연맹 및 국제연합의 정치적인 지원을 통해 점진적으로 이루어진 통일이라는 점에서 독일과 차이를 가진다.[72]

### 4. 국가관행에 대한 평가

지금까지 영토의 처분과 기타 영토의 처분이라는 특정한 조약의 유형에 따른 국가승계 관행과 신생독립국가, 국가의 분열, 국가의 통합에 대하여 국가 성립 유형에 따른 조약의 국가승계 관행을 살펴보았다.

영토의 처분과 관련하여 예멘이 결과적으로 기존의 국경조약을 승계하였으나 국경 조약의 승계가 국제관습법이 아니라고 주장하였고, 통일독일의 경우 재협상의 방법을 취하여 국경 조약의 승계가 이루어졌다. 그러나 이에 대한 해석은 결과에 중점을 두어 국경조약의 승계로 보는 견해와 형식에 중점을 두어 아니라는 견해가 병존한다. 기타 영토의 처분에 관한 국가관행의 경우도 폴란드 사례와 같이 비무장 의무가 승계되는

---

p. 107~108.

70) Dieter Papenfub, *op. cit.*, p. 473.

71) *Ibid.*, p. 474.

72) 한명섭, 전게서, p. 116.

경우가 있는가 하면, 프랑스와 소말리아공화국 사례와 같이 기타 영토의 처분에 관한 조약 승계가 부정되는 경우도 동시에 존재한다.

신생독립국가의 경우 기존의 조약을 백지화하는 관행과 승계할 것을 선언하나 재협의로 일부를 부인하는 관행, 반대로 승계하지 않을 것을 선언하나 재협의로 일부를 승인하는 관행이 혼재하였다. 국가 분열의 경우 소비에트연방공화국의 러시아와 체코슬라비아연방의 체코와 슬라비아는 승계를 선택하였으나, 말리연방의 말리공화국은 승계를 거부하였다. 통일독일은 재협상을 통하여 조약을 승계하였고, 통일 베트남은 승계를 부정하였고, 통일예멘은 조약을 승계하였다.

위에서 알 수 있듯이 조약의 국가승계에 관한 국가 관행은 법이론 만큼이나 복잡하고 통일적이지 않으며, 각 국이 처한 상황에 따라 다양한 변수가 존재한다. 결론적으로 조약의 국가승계에 관한 일치된 국가관행은 존재하지 않는다.[73] 다만 위 국가들의 관행에서 한 가지 유추할 수 있는 것은 국가들이 어떠한 승계방식을 취하든 대부분 재협상을 통하여 승계여부를 결정할 여지를 열어 두고 있다는 것이다.

## IV. 통일 한국의 조약승계 검토

### 1. 남북한 특수 관계 및 북한의 국제법적 지위

북한의 국제법적 지위와 남북한에 대한 특수 관계 이론의 적용은 자주 논의되었던 주제다. 이에 대한 논의는 크게 두 가지로 압축된다. 하나는 북한은 국가가 아니며 남북은 특수한 관계를 가지고 있기 때문에 국제사회가 이를 용인해야 한다는 입장이다. 다른 하나는 국내적 입장에서 북한이 국가가 아니라고는 하지만 남북이 수십 년간 분단된 상태에서 북한이 다른 국가와 대외관계를 형성해왔으며, 국가만이 가입할 수 있는 유엔에 북한이 가입하고 있기 때문에 남북의 특수 관계 이론을 적용하는

73) 김태원, 성재호, 전게논문, p. 47.

한계가 있다는 입장이다.

헌법상 한반도의 유일한 합법정부는 대한민국이다. 이에 따라 북한은 반국가단체에 불과하기 때문에 북한이 체결한 조약은 모두 무효로 보아야 한다는 주장은 국내법적으로 볼 때 틀린 이야기는 아니다. 그러나 현실적으로 북한은 국제사회에서 많은 국가들과 국제법에 의한 법률관계를 맺고 있기 때문에 국내법 사정만을 주장할 수 없다. 이에 대하여 이진규 교수는 국제사회를 설득하기 위해서는 남북한 특수 관계의 논리보다는 국제법에 근거한 논리를 찾아야 한다고 말한다.[74]

## 2. 통일 유형에 따른 조약 승계

영토의 처분에 관한 조약을 제외하고 조약의 승계에 관하여 확립된 국제법 또는 국제관습법이 없기 때문에 국가의 성립 유형이 조약 승계의 방식을 필연적으로 결정한다고 볼 수 없다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 국가의 성립 유형에 따라 조약의 승계에 관한 방식을 나누어 볼 수는 있었다. 위에서 논의한 내용을 토대로 남북통일 방식에 따라 조약의 승계 방식을 살펴 볼 경우 크게 두 가지 유형으로 나눌 수 있다.

첫 번째는 독일과 같이 남한이 존속하고 북한이 흡수되어 통일되는 경우 남한이 체결한 조약을 확대 적용하고 북한이 체결한 조약의 승계여부를 결정하는 조약 승계의 방식을 취할 수 있다.[75] 북한이 붕괴하는 등의 급격한 사태가 발생할 경우 흡수통일 방식이 주로 논의되고 있다. 이미 독일의 선례에서 알 수 있듯이 이 경우 북한이 체결한 각 조약에 대하여 관련국가와 협상을 통해 조약의 승계여부를 결정하는 방식이 가장 현실적인 방식이 될 것이다. 이러한 통일 방식에서는 통일한국의 협상능력이 관건이 될 것이다.

두 번째로 1994년 정부가 제안한 통일방안은 민족공동체 통일방안이다. 이는 1단계 화해와 협력, 2단계 남북연합, 3단계 1민족 1국가로 이어지는 3단계의 통일방안이다.[76] 민족공동체 통일방안은 합병의 한 형태

74) 이진규, 전게논문, p. 339.
75) 김태원, 성재호, 전게논문, pp. 67~69.

로 볼 수 있다. 따라서 만약 남북이 동등한 입장에 통일하는 이러한 방식을 따른다면 조약의 승계에 관한 비엔나 협약에 따라 계속주의가 적용된다고 보는 것이 타당할 것이다.[77] 물론 이 경우에도 통일이라는 사실을 중대한 사정의 변경에 해당하는 것으로 보아 일부의 조약에 대하여 예외를 선언할 여지는 남아 있다. 2단계에서 남북은 새로운 대외관계의 경우 주요 사항에 합의하여 한 방향으로 나아가야할 것이고 기존의 대외관계의 경우 남북이 각각 관련국과의 협의를 통해 조약의 승계에 문제가 발생하지 않도록 준비할 필요가 있다. 또한 북한의 채무에 있어서도 연합단계에서 단계적으로 해결해야 한다.

### 3. 조약의 유형 및 성격에 따른 조약승계

#### 가. 북한의 다자조약

다자조약의 승계에 대하여는 신용호 교수의 연구결과가 주목할 만하다. 신용호 교수는 결론적으로 다자조약에 관한 조약의 국가승계의 국가관행을 통해서도 조약의 자동승계원칙이 국제관습법으로 확립된 것은 아니라고 하였다.[78] 특히 경제관련 다자조약의 경우 협약의 성격 또는 자체의 규정으로부터 자동승계원칙을 채용하지 않고 있다. 국제통화기금(International Monetary Fund; IMF)와 국제부흥개발은행(International Bank for Reconstruction and Development; IBRD) 설립협정은 출자금에 비례하여 투표권, 대출, 쿼터 등을 배분하고 있기 때문에 조약의 성격상 자동승계가 어려우며, 관세 및 무역에 관한 일반협정(General Agreement on Tariffs and Trade; GATT)의 경우 동 협정이 적용되던 지역에서 새로운 국가가 성립하는 경우 국제통상의 안정성을 이유로 2년

76) 박기갑, “일반국제법이론에 비추어 본 남북한간 가능한 국가승계형태론”, 『한림법학Forum』 제5권(한림대학교 법학연구소, 1996), p. 121.
77) 이현조, “조중국경조약체제에 관한 국제법적 고찰”, 『국제법학회논총』 제52권 제3호(대한국제법학회, 2007). p. 194; 이효원·권양주, 『“외교·안보·국방 분야 통일법제의 주요 쟁점』, 외교안보분야 연구보고서(2013), p. 47.
78) 신용호, 전게논문, 『국제법학회논총』 제48권 제3호(대한국제법학회, 2003), pp. 149~151.

간 잠정적으로 적용한 이후 탈퇴가 가능하도록 규정하고 있다.[79] 1947년 인도에서 파키스탄이 분리 독립되었을 때, 파키스탄은 인도의 자격을 승계하지 않고 IMF에 신규 가입하였으며, IMF의 회원국이었던 이집트와 시리아가 1958년 통일아랍공화국으로 합병되었을 때도 IMF는 통일아랍공화국의 투표권 및 쿼터를 이사회결의를 통하여 새로 결정하였다.[80] 유엔의 경우에 유엔사무총장은 새로운 국가가 성립한 경우 다자조약이 신생국가의 영토 위에 적용되어 왔음을 상기시키고 다자조약에 계속하여 구속되는지에 대한 여부를 확인해 줄 것을 요청하고 있는데, 일반적으로 이러한 유엔의 관행을 다자조약이 당연히 승계되지 않는다는 증거의 하나로 보고 있다.[81] 이에 반하여 세계보건기구(World Health Organization; WHO)와 같은 국제위생, 보건에 관련한 다자조약의 경우는 대부분의 국가승계에서 자동으로 승계되었다.[82]

이상을 보건대, 다자조약이 규율하고 있는 내용이 이미 국제관습법으로 널리 인정받고 있는 경우 또는 인도적인 내용을 위주로 하는 경우 국가들은 대체로 이전의 다자조약을 승계하는 방식을 취하여 왔다고 할 수 있다. 또한 일부 다자조약은 그 내용상 또는 협약 자체의 규정에 따라 당연한 승계를 할 수 없고 새로이 가입하거나 유예기간 이후 탈퇴의 권한을 부여하였다. 나머지 대부분의 다자조약은 거의 대부분 승계국이 선택하여 승계하거나 새로 가입하거나 가입을 거절하였다.

북한이 체결한 다자조약은 다자조약의 성격과 내용에 따라 통일한국이 스스로 승계여부를 결정하는 것을 원칙으로 삼을 수 있다. 통일독일의 경우도 동독이 체결하였던 다자조약은 모두 소멸되는 것을 원칙으로 하였다.[83] UN에 기탁되어 있는 조약을 기준으로 할 경우 북한이 현재 가입하고 있는 다자조약은 총 72개이며 이중에서 북한만 가입하고 있는 다자조약은 5개다.[84] UN에 기탁되어 있지 않은 자료의 경우 2011년까

79) *Ibid.*, p. 150.
80) 법무법인(유)태평양, 전게서, 통일부 정책연구용역 보고서(2011), p. 42.
81) 법무법인(유)태평양, 전게서, p. 41; 신용호, 전게논문, 『국제법학회논총』 제48권 제3호(대한국제법학회, 2003), p. 150; 이순천, “조약에 대한 국가승계: 최근의 국제관행과 남북통일시 적용문제를 중심으로”, 고려대학교 박사학위논문(1996), p. 102.
82) 신용호, 전게논문, 『국제법학회논총』 제48권 제3호(대한국제법학회, 2003), p. 150.
83) 법무법인(유)태평양, 전게서, p. 42.

지 국내연구자들이 취합한 자료에서 2015년 우리나라가 새로 가입한 조약을 제외하면 북한만 가입하고 있는 다자조약은 UN에 기탁한 조약 이외에 7개의 조약이 더 있다.[85]

### 나. 국경 및 해양경계에 관한 조약

북한이 체결한 국경에 관한 조약으로 1962년 10월 12일에 중국과 체결한 압록강, 백두만, 두만강에 이르는 국경을 획정하는 조중변계조약 및 조중변계문제합의서와 1964년 3월 20일에 중국과 체결한 조중변계의정서가 있고[86], 1985년 4월 17일 러시아와 체결한 두만강 부근 국경조약 및 국경선명세서가 있으며[87], 1998년 11월 3일 체결한 북중러간 두만강 국경수역 경계선 획정 협정과 2002년 6월 20일에 체결한 북중러간 두만강 국경 교차지점에 관한 의정서가 있다.[88] 이현조 박사는 북한이 체결한 조중변계조약 등은 1712년 백두산 정계비에 있는 토문강(土門江)에

84) Convention on special missions, Vienna Convention on the Representation of States in their Relations with International Organizations of a Universal Character, Convention on the non-applicability of statutory limitations to war crimes and crimes against humanity, Amendments to articles 24 and 25 of the Constitution of the World Health Organization, Agreement to Establish the South Centre; UN Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General 참조.

85) Agreement Concerning the Organization of a Joint Institute for Nuclear Research, Agreement Concerning Cooperation in the Quarantine of Plants and their Protection against Pests and Diseases, Agreement Concerning Cooperation in Field of Veterinary Science, Lisbon Agreement for the Protection of Appellations of Origin and their International Registration, Agreement for the Establishment of the Intergovernmental Organization for the Marketing Information and Technical Advisory Services for Fishery products in the Asia and Pacific Region, Agreement on the Network of Aquaculture Centres in Asia and Pacific, Insured Letters Agreement; 정현수, "북한의 다자조약 가입현황", 『서울국제법연구』 제5권 제2호(서울국제법연구원, 1998), pp. 110~129; 법무법인(유)태평양, 전게서, pp. 91~93.

86) 북한과 중국은 동 조약, 합의서, 의정서를 국제연합에 기탁하고 있지 않아 그 내용이 공식적으로 알려져 있지 않았고, 중국 길림성에서 발간된 조약집에 그 내용이 소개되어 있다. 중국 문언 '변계(邊界)'라는 용어를 사용하고 있어 국내에서 '조중변계조약'으로 알려져 있다. 그러나 '변계'를 우리나라 용어로 풀어 '국경'이라는 용어를 사용하기도 한다; 이현조, 전게논문. pp. 177~178.

87) 한명섭, 전게서, pp. 269~272

88) 국가정보원[편], 『북중간 국경업무 조약집』, pp. 1~5, 21~30.

해당하는 강을 두만강의 최상류 지류로 대체함으로써 면적에 있어 이익을 취하였으나, 간도문제를 언급하지 않고 국경문제를 최종적으로 해결한 것으로 합의하고 있어 문제의 소지가 있다고 평가하고 있다.[89]

북한이 체결한 해양경계에 관한 조약으로 현재 공식적으로 알려져 있는 것은 러시아와 체결한 1985년 영해의 경계획정에 관한 협정[90]과 1986년 배타적경제수역과 대륙붕에 관한 협정이다. 이 협정이 어떠한 방법으로 획정되었는지 확인되고 않고 있으나, Dzurek은 북한과 구소비에트연방이 합의한 해양경계선의 각은 정북 약 135°이고 양국의 직선기선이 접점에서 이루는 각의 이등분선은 정북 약 142°임을 가만할 때, 양국은 등거리선과 이등분선의 중간부근에서 합의한 것으로 분석한다.[91] 이에 대하여 박찬호 교수는 독도가 기점으로 효과가 무시되었기 때문에 논란의 가능성이 있는 것으로 평가하고 있다.[92]

북한이 중국과 체결한 변계조약 등과 구소비에트연방과 체결한 해양경계획정 협정 등이 위에서 지적한바와 같이 일정한 면에서 문제의 소지가 있기도 하다.[93] 그러나 위 조중변계조약 등과 해양경계획정 협정 등에 있어 문제의 본질은 동 조약들이 국경 및 영토에 관한 조약이라는 것이다.[94] 1978년 비엔나 협약, 1990년 통일 독일의 국가실행, 1994년 리비아와 차드 간 사건의 국제사법법원의 판결 등에 비추어 볼 때, 국경에

89) 이와 관련하여 이현조 박사는 남북예멘이 합병하였을 때, 사우디아라비아에 대한 영토분쟁이 존재한다는 선언을 한 것과 같이 통일한국도 중국과의 간도영토분쟁이 존재한다는 선언을 하는 것을 제언하였다; *ibid.*, p. 182, 198.

90) 북한은 1985년 영해의 경계획정에 관한 협정을 체결하면서 두만강을 경계로 하는 육지경계도 함께 체결하였다. 이 협정에서 북한은 두만강의 가장 깊은 수로의 중간선으로 경계를 확정하였다; 법무법인(유)태평양, 전게서, pp. 82~83.

91) Daniel J. Dzurek, "Deciphering the North Korean-Soviet(Russian) Maritime Boundary Agreements", 23-1 Ocean Development and International law 31(1992), pp. 37～38.

92) 박찬호, "해양경계획정의 원칙과 방법에 관한 소고-동아시아지역을 중심으로-", 『법학연구』 제28권 제1호, (부산대학교 법학연구소, 2007), p. 356.

93) 특히 북한과 중국은 조중변계조약을 통해 황해에서 양국의 육지경계 접점으로부터 남쪽으로 124도선을 기준으로 세 지점을 직선으로 연결하는 자유통항지역 분할선 또는 해상분계선을 설정하였는데, 중국은 이를 합의된 해양경계선으로 주장하고 있고 북한은 중국의 주장을 부인하고 있다.

94) 육상경계에 관한 조약과 해양경계에 관한 조약을 동일하게 취급할 수 있는가의 문제에 대하여는 앞서 서술하였으며, 필자는 해양경계 또한 육상경계와 동일한 목적과 역할을 가지고 있기 때문에 둘을 구분하지 않는 입장에서 서술한다.

관한 조약은 그 유무효에 관계없이 이에 의하여 설정된 국경 자체는 유효하다는 것이 현재 국제법 다수 이론의 경향이다.[95] 또한 구소비에트연방과 북한이 체결한 해양경계 협정의 경우 러시아가 구소비에트연방을 승계하면서 북한과 재협상 없이 그대로 승계되었다는 점에서 러시아는 해양경계의 당연한 승계를 주장할 것이다. 만약 우리나라가 북한이 체결한 국경에 관한 조약을 승계하지 않는 정책을 취하고자 한다면, 본문에서 언급한 국경조약 승계 이론의 몇 가지 취약점을 부각시키는 다른 부연논리가 필요할 것이다.[96]

조중변계조약 등과 해양경계획정 협정 등에 대하여 북한이 조약체결권이 없다는 이유에서 조약의 무효를 주장하는 쪽에서는 이러한 이유 때문에 통일한국은 북한이 중국과 체결한 국경조약의 승계를 부정해야한다고 주장할 수 있다. 그러나 현실적으로 1991년 북한과 남한이 UN에 동시 가입한 사실, 북한이 국가의 지위로 다른 나라와 많은 대외 관계를 형성해 왔다는 사실에 기초하면 위 주장은 대내적으로 통용될 뿐 대외적으로 통용되기 쉽지 않다.[97]

## V. 결론

이상에서 검토한 바에 따르면, 영토의 처분에 관한 조약 중 국경에 관한 조약을 제외하고 조약의 국가승계에 관하여 일반적으로 수락된 법 원

95) 이근관, 전게논문, 『국제법학회논총』 제55권 제4호(대한국제법학회, 2010), p. 141; 한명섭, 전게서, pp. 252~256.

96) 김명기 교수는 영토의 처분에 관한 조약이라 하더라도 북한이 중국과 체결한 변계조약을 통일한국이 당연히 승계하는 것은 아니라고 하였다. 특히 그는 북한이 조약체결권자가 되기 어렵다는 문제와 영토의 처분에 관한 조약이 당연 승계된다는 것이 국제관습법으로 확립되었다고 보기 어렵다는 이유를 들고 있다; 김명기, 전게논문, p. 41; 또한 신각수 전 대사는 북한은 사실상의 지방정부에 불과하므로 북한이 체결한 국경조약은 대표권이 없는 하자있는 조약으로 효력이 없으며 분단국의 특수성에 따라 국가승계가 아닌 정부승계의 문제가 발생하는 것이라고 주장한다; 신각수, 전게논문, pp 203~304.

97) 정인섭, "통일 후 한러 국경의 획정", 『서울국제법연구』 제14권 제1호(서울국제법연구, 2007), p. 81; 이현조, 전게논문. pp. 186~188.

칙은 존재하지 않는다. 조약의 국가승계에 관한 법 이론도 통일되어 있지 않다. 무엇보다 국가실행이 모두 제 각기다.

조약의 승계는 한 국가의 법적 그리고 대내적 문제이기 보다. 타국이라는 상대가 존재하는 외교적 그리고 대외적 문제다. 따라서 조약의 승계에 있어 중요한 것은 주변 국가들의 용인이다. 지금까지 조약의 승계에 관한 국가실행이 다수 존재하였지만 국제법적으로 또는 외교적으로 크게 문제된 일은 없었다. 그 이유는 조약 승계 실행국가의 특수한 사정에 대하여 관련국가가 용인하였기 때문이다. 그리고 관련국가가 용인한 이유는 해당 실행이 당사국 모두에 형평하게 수용가능한 것이었기 때문일 것이다.

따라서 통일한국의 조약의 승계의 문제는 합리적인 기본 원칙을 설정하고 형평한 결과를 달성하기 위하여 관련국가와 협의하여 해결해 나가야 한다. 조약의 승계문제를 해결하는데 있어 과도하게 통일한국의 이익만을 추구하는 것은 바람직하지 않다. 이와 관련하여 주목할 만한 일반 국제법 기준으로 조약법에 관한 비엔나 협약의 제54조(조약 규정 및 당사국 동의에 따른 종료 또는 탈퇴), 제61조(후발적 이행불능에 의한 종료 또는 탈퇴), 제62조(사정의 근본적 변경에 따른 종료 또는 탈최)를 제시할 수 있다.

구체적으로 중국과 북한의 국경에 관한 조약과 러시아와 북한의 국경에 관한 조약 및 해양경계에 관한 조약은 모두 국경을 확정한 조약으로 승계하는 입장을 취하는 것이 현재 확립된 국제법 흐름에 가장 부합한다. 재협상을 위하여 승계를 거부하는 선택도 충분히 가능하나 반박논리 수립에 한계가 있기 때문에, 재협상이 쉽게 이루어지기 어려울 것이고 협상에 소모되는 자원도 상당할 것이다. 현재까지 알려진 정보에 근거할 경우, 간도문제를 제외하고, 북한이 체결한 국경조약이 현저히 불리하다는 평가가 많지 않다. 그럼에도 불구하고 국경 및 외교관계의 불안을 초래하면서까지 국경조약의 불승계 정책을 유지한다면 외교적, 사회적, 경제적 부정적 효과가 더 클 수 있으며 다른 조약의 협상에도 부작용이 미칠 수 있다.

그 이외 조약에 대하여는 원칙적으로 당사국과 합의에 의한 형평한 해결을 목적으로 하는 조약의 승계 방식을 채택할 필요가 있다. 이러한 승

계방식은 민족공동체 통일방안에 따를 경우에도 필요하고 남한이 북한을 흡수하는 상황이 발생하는 경우에도 동일하게 수행할 수 있는 방식이다. 민족 공동체 통일방안의 경우 남북한 연합단계에서 일국가로 가기 위한 준비단계에서 남북한은 각자가 체결한 조약을 연합 차원에서 정리 작업을 해야 한다. 관련국가와 합의에 의하여 조약의 계속, 수정, 폐지를 결정하는 과정은 충분한 시간을 가지는 조약의 승계라고 볼 수 있다. 반대로 남한이 북한을 흡수하는 상황이 발생하는 경우는 민족 공동체 통일방안의 연합단계에 긴 시간을 두고 해결할 문제를 짧은 시간에 해결해야 한다고 보면 된다.

(논문투고일: 2019.11.22, 심사개시일: 2019.12.13, 게재확정일: 2019.12.19)

이창열

남북통일, 국가승계, 조약의 국가승계, 국경조약, 해양경계

# 【참 고 문 헌】

## Ⅰ. 단행본

국가정보원[편], 「북중간 국경업무 조약집」.

법무법인(유)태평양, 「통일시 북한의 대외관계 승계문제에 대한 연구」, 통일부 정책연구용역 보고서(2011).

이효원·권양주, 「외교·안보·국방 분야 통일법제의 주요 쟁점」, 외교안보 분야 연구보고서(2013).

한명섭, 「남북통일과 북한이 체결한 국경조약의 승계」(한국학술정보, 2011).

Yearbook of International Law Commission, Vol. II(1974).

## Ⅱ. 논문

김명기, “통일 후 한중국경문제와 조중국경조약의 처리문제”, 『남북법제연구보고서』(2011).

김태원, 성재호, “헌법합치적 통일과 국제법상 북중경계조약의 승계”, 『미국헌법연구』 제28권 제3호(미국헌법학회, 2017).

강정일, 임성훈, “구소련 붕괴에 따른 러시아의 국가승계에 관한 연구”, 『화랑대논문집』, 제4집 제2권.

김찬규, “신생국과 조약의 승계”, 『법학』 제18권 제1호(서울대학교, 1978).

박기갑, “일반국제법이론에 비추어 본 남북한간 가능한 국가승계형태론”, 『한림법학Forum』 제5권(한림대학교 법학연구소, 1996).

박찬호, “해양경계획정의 원칙과 방법에 관한 소고-동아시아지역을 중심으로-”, 『법학연구』 제28권 제1호, (부산대학교 법학연구소, 2007).

신각수, “조약에 관한 국가승계-1977년 Vienna 협약의 법적 검토-”, 『국제법학회논총』 제27권 제1호(대한국제법학회, 1982).

신용호, “조약의 국가승계와 국가관행”, 『국제법학회논총』 제48권 제3

호(대한국제법학회, 2003).
신용호, “구동독체결조약의 처리와 협력의 국제법”, 『국제법평론』 통권 제35호(국제법평론회, 2012).
신창훈, “통일 이후 북한이 체결한 기존 해양경계획정협정의 승계문제”, 『서울국제법연구』 제16권 제2호(서울국제법연구원, 2009).
신창훈, “북한이 주변국과 체결한 국경체제 및 해양경계획정관련 협정의 승계문제”, 『STRATEGY 21』, 통권 제27호(2011).
이근관, “국가승계법 분야의 새로운 경향과 발전-조약의 승계를 중심으로 하여-”, 『서울국제법연구』 제6권 제2호(서울국제법연구원, 1999).
이근관, “통일 후 한-중 국경 문제에 관한 국제법적 고찰”, 『국제법학회논총』 제55권 제4호(대한국제법학회, 2010).
이순천, “조약에 대한 국가승계: 최근의 국제관행과 남북 통일시 적용문제를 중심으로”, 고려대학교 박사학위논문(1996).
이진규, “남북한 통일 시 조약승계에 관한 국제법적 고찰”, 『법학논총』, 제29권 제1호(2015).
이현조, “조중국경조약체제에 관한 국제법적 고찰”, 『국제법학회논총』 제52권 제3호(대한국제법학회, 2007).
정용태, “국가의 성립과 조약승계”, 『법학논집』 제6권(청주대학교, 1992).
정인섭, “통일 후 한러 국경의 획정”, 『서울국제법연구』 제14권 제1호(서울국제법연구원, 2007).
정현수, “북한의 다자조약 가입현황”, 『서울국제법연구』 제5권 제2호(서울국제법연구원, 1998).
Charles Noble Gregory, “The Neutralization of the Aaland Islands” 17 American journal of International Law(1923).
Dieter Papenfub, “The Fate of the International Treaties of the GDR Within the Framework of German Unification”, 92 The American Journal of International Law 469(1998).
Daniel J. Dzurek, “Deciphering the North Korean-Soviet(Russian) Maritime Boundary Agreements”, 23-1 Ocean Development

and International law 31(1992).

Geoffrey Marston, “The Stability of Land and Sea Boundary Delimitations in International Law” in Gerald H. Blake, Maritime Boundaries - World Boundaries Vol. 5(London and New York, 1997).

Hubert Beemelmans, “State Succession in International Law: Remarks on Recent Theroy and State Praxis”, 15 Boston University International Law Journal 71(1997).

Stefan Oeter, “German Unification and State Succession”, 51 Zaörv(1991).

## Ⅲ. 국제문서

Declaration on the Suez Canal and the Arrangement for its Operation, Letter dated April 1957 from the Minister for foreign Affairs of Egypt, addressed to the Secretary-General, United Nations General Assembly, 24 April 1957, A/3576.

Report of the Commission to the General Assembly, Document A/960/Rev.1, 6 May-26 July 1974.

Arbitration Tribunal for the Determination of the Maritime Boundary(Guinea-Bissau/Senegal), Award of 31 July 1989.

Case concerning the Temple of Preah Vihear(Cambodia v. Thailand), Merit, I.C.J. Reports 1962.

Frontier Dispute(Burkina Faso/Republic of Mali), Judgment, I.C.J. Reports 1986.

Gabčíkovo-Nagymaros Project(Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997.

Territorial Dispute(Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment, I.C.J. Reports 1994.

## Abstract

# A Study on State Succession in Treaties after Unification of the South and North Korea

Lee, Changyoul

If South and North Korea become unified, unified Korea will face an issue of states succession of treaties to which the South and North Korea has joined. This states succession of treaties leads to a rising problem when a new country is established, and is related to a number of legal status such as treaties, bonds, and debts.

In this regard, we could witness that the international community has repeatedly discussed the states succession in treaties, and in the process of codification of international law, and adopted the Vienna Convention on the Succession of States in Respect of Treaties in 1978 and Vienna Convention on Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts in 1983.

After World War II, however, many new independent countries were born, it was difficult to apply traditional theory of states succession and the Vienna Convention to the states succession.

Since there is no existing definite legal standards for the states succession, unified Korea cannot avoid the issue of the states succession in the treaties signed by North Korea. This paper examines relevant treaties, legal theories, and international practices on the states succession in treaties. Also, it suggests a basic theoretical framework and direction on the states succession in the treaties signed by North Korea after unification.

Lee, Changyoul

Unification of North and South Korea, State Succession, State Succession in Treaties, National Border Treaty, Maritime Boundary

# 헌법상 근로의 의무와 기본소득의 관계에 대한 고찰

홍 석 한*

【목 차】

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 기본소득의 의미와 헌법적 근거
1. 기본소득의 의미
2. 기본소득의 헌법적 근거
Ⅲ. 근로의 의무의 헌법적 의의와 법적 성격
1. 근로의 의무에 관한 헌법의 규정과 연혁
2. 근로의 의무의 헌법적 의의
3. 근로의 의무의 법적 성격
Ⅳ. 근로의 의무와 기본소득의 조화 가능성
1. 문제의 소재
2. 근로의 의무에 대한 소극적 해석의 필요성
3. 근로의 의무의 법적 성격과 기본소득
4. 근로의 의무에 관한 법률유보와 기본소득
Ⅴ. 결론

【국 문 요 약】

본 논문은 헌법상 근로의 의무 규정의 의의와 법적 성격에 대한 분석에 기초하여 기본소득과 근로의 의무의 관계를 고찰한다. 기본소득은 국가가 그 구성원에게 개인을 단위로 하여, 그 소득이나 재산에 관계없이, 근로를 조건으로 삼지 않고 현금을 제공하는 제도이다. 이 가운데 근로능력이 있음에도 불구하고 근로의 의지가 없는 자에게 공적재원을 통해 소득을 제공하는 것이 과연 정당화될 수 있는지는 논란의 대상이 되고 있다. 이러한 논란은 기본소득의 헌법적합성에 대한 문제로 결합된다. 헌법은 국민의 의무로서 근로의 의무를 명시하고 있는바, 기본소득은 근로를 문제 삼지 않고 국가가 소득을 보장한다는 점에서 근로의 의무와의 충돌 가능성을 지적받을 수 있기 때문이다. 그러나 헌법상 근로의 의무 규정이 기본소득을 제도화하는데 장애가 되는 것으로 단정하기는 어렵다.

* 목포대학교 법학과 교수, 법학박사

우선, 근로의 의무는 헌법상 국민의 기본의무로 보기 어려우며 현실적으로 국가가 충분한 일자리를 확보하기도 어려운 상황에서 근로의 의무에 대해 적극적인 의미와 효력을 부여하는 것은 적절하지 않다. 이처럼 근로의 의무를 제한적으로 이해해야 할 필요가 있는 만큼 근로의 의무 규정이 입법자에 의한 기본소득 도입을 금지하는 것으로 보기는 어렵다. 다음으로, 근로의 의무의 법적 성격에 대해서는 다양한 견해가 대립되어 있다. 다만, 근로의 의무를 근로능력이 있음에도 불구하고 근로의지가 없는 사람에게 사회보장급부를 제한할 수 있는 근거로 본다는 점에서는 대체로 일치되어 있다. 헌법 규정의 체계에 비추어볼 때 근로의 의무는 단지 근로를 보장하기 위한 국가의 노력에 부응해야 하는 의무로 이해하는 것이 타당하다. 따라서 근로의 의무에 관한 헌법 규정은「고용보험법」상 실업급여와 같이 근로의 권리 보장과 직접 관련되는 급부가 근로를 전제로 하여 제공되도록 할 수 있는 근거가 될 뿐이다. 다만, 근로의 의무를 입법자에 의한 강제근로 부과를 가능하게 하는 법적인 의무로 보거나 혹은 윤리적 의무로 이해하더라도 헌법상 근로의 의무 규정에 대해 인간다운 생활을 할 권리에 기초한 사회보장제도를 마련하는데 반드시 근로와 소득을 연계하도록 입법자를 강제하는 효력이 부여되는 것은 아니다. 이밖에도 근로의 의무는 민주주의원칙에 따라 법률로 정해질 때 비로소 그 내용과 조건이 형성된다. 이러한 법률유보는 입법자에게 의무부과를 명령하는 것이 아니라 의무를 부과할 수 있는 권한을 제한적으로 허용하는 것이다. 이러한 측면에서도 근로의 의무에 관한 헌법 규정이 입법자에게 기본소득과 같이 근로와 무관한 소득보장제도의 도입을 금지한다고 볼 수는 없다.

## Ⅰ. 서론

기본소득에 대한 관심이 학계와 시민사회를 넘어 정치권에서도 고조되고 있다.[1] 그 제도화 가능성을 다양한 측면에서 고찰해야 할 필요성이

1) 2017년 제19대 대통령 선거에서 정의당은 65세 미만 남녀 모든 농민에게 월 20만원씩 농

점차 커지고 있는 것이다. 기본소득은 국가가 그 구성원에게 무조건적으로 현금을 제공하는 제도이다. 여기서 무조건성이란 가구의 여건에 관계없이 개인을 단위로 하여, 그 소득이나 재산에 대한 평가를 하지 않고, 그리고 근로를 조건으로 삼지 않는다는 것을 의미한다.[2] 이 가운데 근로능력의 유무에 대한 심사, 근로활동 참여 또는 근로의지의 증명을 요구하지 않는 점은 기본소득의 제도적 수용과 관련한 사회적 합의를 어렵게 만드는 주요 원인이 된다. 근로와 소득의 자연스러운 연결 관계에 대한 기존의 인식에 배치되기 때문이다.

새로운 제도의 정당성에 대한 고찰에서 가장 우선적으로 검토되어야 하는 것은 최고규범인 헌법과의 조화 가능성이다. 기본소득의 제도화에 관한 논의에서도 사회적 합의에 앞서 그 본질적 특성이 헌법의 이념이나 내용에 부합하는지에 대한 규범적 검토가 필수적이다. 기본소득이 아무리 많은 장점을 갖고 있다고 하더라도 헌법에 위반되는 요소가 분명하다면 이를 제도화하는 것은 불가능하다고 해야 하며, 위헌성에 대한 의심이 있는 것만으로도 사회적 합의의 가능성은 낮아질 수밖에 없다. 특히, 헌법은 국민의 의무로서 근로의 의무를 명시하고 있다. 이에 기본소득의 무조건성 가운데 근로를 조건으로 하지 않고 현금을 제공하는 점이 헌법상 근로의 의무 규정과 조화될 수 있는지에 대한 고찰이 요구된다. 근로가 모든 국민의 의무라는 것과 국가가 근로를 하지 않는 개인에게도 소득을 제공한다는 것은 일견 모순되는 것처럼 보이기 때문이다.

이러한 문제의식에 따라 본 논문은 기본소득이 헌법상 근로의 의무와 충돌하는 것으로서 규범적 정당성을 획득하기 어려운 것인지, 근로의 의무에 관한 헌법규정으로 인하여 법률에 의한 기본소득 도입이 금지되는

---

민기본소득을 지급할 것을 공약으로 내세운바 있다(정의당, 노동이 당당한 나라, 제19대 대통령선거 정의당 정책공약집, ㈜피플커뮤니케이션, 2017, 63면). 2019년 9월에는 2020년 총선을 앞두고 기본소득당창당준비위원회가 발족하여 활동을 시작하였다(기본소득당창당준비위원회 홈페이지 참조. https://www.basicincomeparty.kr/). 한편, 미국에서도 2020년 대통령 선거에 민주당 경선후보로 출마한 앤드류 양(Andrew Yang)은 18세 이상 모든 미국인에게 매월 1000달러를 기본소득으로 지급하는 것을 공약으로 내걸었다(앤드류 양 선거운동 홈페이지 참조 https://www.yang2020.com/what-is-freedom-dividend-faq/)

2) Philippe Van Parijs·Yannick Vanderborght, Basic Income: A Radical Proposal for a Free Society and a Sane Economy, Harvard University Press, 2017, p.8.

지에 대해 고찰해보고자 한다. 기본소득은 그동안 상대적으로 학계의 주목을 받지 못하던 근로의 의무가 새롭게 관심을 끌 수 있는 계기를 부여한다고도 할 수 있는바, 근로의 의무에 관한 헌법규정의 해석을 매개로 하여 기본소득이 근로의 의무와의 관계에서 헌법적합성을 인정받을 수 있는지를 평가해보려는 것이다. 이에 아래에서는 먼저 기본소득의 의미와 이를 긍정할 수 있는 헌법적 근거를 간략히 정리하고, 헌법상 근로의 의무에 관한 규정의 현황과 함께 근로의 의무의 헌법적 의의 및 법적 성격에 대해 분석한다. 이러한 분석에 기초하여 근로와 소득, 근로와 복지의 연결성을 차단하는 기본소득과 헌법상 근로의 의무가 조화될 수 있는 가능성을 살펴보고자 한다.

## Ⅱ. 기본소득의 의미와 헌법적 근거

### 1. 기본소득의 의미

공공부조를 포함하여 대부분의 복지 제도는 개인을 노동시장에 복귀시켜 자활을 하도록 돕는 것을 중시한다. 빈곤은 근로를 하지 않기 때문에 발생하는 것이며, 국가가 일시적으로 도움을 제공하면 일정기간 후에는 수급자가 일자리를 찾아 스스로 빈곤을 벗어날 것이라고 전제하는 것이다. 그러나 기술의 발달과 함께 자동화, 로봇화로 인하여 일자리의 대체 및 양극화가 발생함으로써 복지급여에 관한 이러한 틀이 더 이상 유효하기 어려울 것으로 예상되고 있다.[3] 이에 국가가 일자리를 대신하여 직접

3) 미국에서는 2010년 현재 존재하고 있는 일자리 가운데 컴퓨터로 대체될 수 있는 비율에 관한 조사가 진행되었으며, 이는 47%의 일자리가 대체될 가능성이 매우 높은 반면, 33%의 일자리만 대체 가능성이 적은 것으로 밝히고 있다(Carl Benedikt Frey·Michael A. Osborne, The Future of Employment: How Susceptible are Jobs to Computerization?, University of Oxford, 2013, pp.39~40). 이러한 상황은 우리의 경우에도 크게 다르지 않아 보인다. 예컨대, 한국일보 2019년 10월 7일자 기사 “현대차 노사 자문위 “4차 산업혁명시대, 인력 최대 40% 감축 불가피”(https://www.hankookilbo.com/News/Read/201910071677390272?did=

소득을 지원하는 방안이 주목을 받고 있으며 기본소득은 그 대표적인 예이다.[4] 기본소득은 전통적인 복지체제가 여전히 빈곤과 소득불평등의 문제를 해결하지 못하고 있는데 대한 반성과 함께 최근 기술의 혁신과 산업구조의 변화에 따라 나타나고 있는 새로운 경제 환경에서는 근로와 소득을 연결시키는 기존의 복지전략이 유효하지 않다는 시각을 주요 등장 배경으로 한다.[5]

기본소득 개념은 "사회구성원 모두에게 각자 자격제한 없이 정기적으로 지급되는 현금급여"[6], "국가 또는 지방자치체(정치공동체)가 모든 구성원 개개인에게 아무 조건 없이 정기적으로 지급하는 소득"[7] 등과 같이 정의된다. 다만, 표현되는 방식의 다양성에도 불구하고 기본소득의 개념을 구성하는 핵심적 요소와 관련하여서는 의견이 대체로 일치된 것으로 볼 수 있다. 즉, 기본소득은 가구가 아닌 개인을 단위로 지급된다는 점, 다른 소득이나 재산과 관계없이 지급된다는 점, 그리고 무엇보다 개인에 대해 어떠한 근로활동을 조건으로 하거나 제공되는 일자리를 수용할 의지가 있는지를 묻지 않고 지급된다는 점을 본질적 특징으로 한다.

## 2. 기본소득의 헌법적 근거

기본소득은 생활을 유지하는데 필요한 재화와 서비스를 구입할 수 있도록 모든 개인에게 현금을 지급한다는 의의를 갖는다. 헌법적 관점에서는 기본적으로 모든 개인이 자유를 실질적으로 행사할 수 있도록 물질적 토대를 보장하고 사회국가원리를 구현하는데 이바지하는 제도라고 할 수 있으며, 이에 그 헌법적 배경 내지 궁극적인 목적의 측면에서는 기존의

NA&dtype=&dtypecode=&prnewsid=) 참조.

4) Luis Moreno, Robotization and Welfare Scenarios, Instituto de Políticas y Bienes Públicos (IPP) CSIC, Working Paper, 2019, p.18.

5) 김윤명, "지능정보사회에 대한 규범적 논의와 법정책적 대응", 「정보화정책」제23권 제4호, 한국정보화진흥원, 2016, 35~36면; Philippe Van Parijs·Yannick Vanderborght, 앞의 책, 2017, pp.4~6.

6) 이춘희, "기본소득에 대한 헌법적 검토", 「성균관법학」제29권 제3호, 성균관대학교 법학연구원, 2017, 244면.

7) 기본소득한국네트워크 홈페이지(http://basicincomekorea.org/all-about-bi_definition/) 참조.

복지제도와 공통적이다. 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치, 헌법 제34조 제1항의 인간다운 생활을 할 권리, 그리고 헌법상 사회국가원리 등이 기본소득의 헌법적 근거가 될 수 있는 것이다.

다른 한편, 기본소득은 공동체 구성원이라면 당연히 공동의 자산에 대한 균등한 지분이 있다는 사고에 기초하는 것으로 보기도 한다.[8] 공동체 구성원인 개인은 누구나 그에 상응하는 특정한 의무를 부담하지 않고 공적재원을 통하여 현금을 지급받을 자격이 있으며 기본소득은 그 실현방식이 된다. 또한 기본소득은 경제적인 제약을 제거함으로써 모든 구성원이 공동체의 의사결정에 참여하는 권리를 실질적으로 누리도록 기여한다. 이러한 측면에서 기본소득은 다른 사회보장제도에 비하여 자유롭고 평등한 공동체 전체의 구성원들에 의한 통치 또는 공민으로서의 시민들에 의해서 자율적으로 이루어지는 공적인 의사결정을 실현시키는 대안으로서 공화주의 이념[9]과도 특별히 밀접한 관련성을 갖는다고 할 수 있다.[10][11]

---

8) 노호창, "기본소득의 헌법적 근거에 관한 모색적 연구", 「헌법논총」 제28권, 헌법재판소, 2017, 120면.

9) 이와 관련하여, 헌법재판소는 공화주의 이념은 우리 헌법상 민주주의 원리로 표현되고 있다고 한다. "고대 민주주의의 부정적 인식에서 탈피한 새로운 민주주의 체제는, 특정인이나 특정세력에 의한 전제적 지배를 배제하고 공동체 전체의 동등한 구성원들에 의한 통치를 이상으로 하는 공화주의 이념과, 개인의 자유와 권리를 강조하는 자유주의 이념으로부터 큰 영향을 받았다. 전자는 공민으로서 시민이 가지는 지위를 강조하고 이들에 의해서 자율적으로 이루어지는 공적 의사결정을 중시한다. 따라서 이것은 시민들의 정치적 동등성, 국민주권, 정치적 참여 등의 관념을 내포하고, 우리 헌법상 '민주주의 원리'로 표현되고 있다." 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 16~17.

10) 기본소득의 헌법적 근거를 헌법 제1조 제1항의 민주공화국원리에서 찾는 견해로는 이춘희, 앞의 논문, 260면. 사회국가 원리에 비하여 공화주의 원리가 기본소득의 근간이 되는 헌법원리로 보다 적절하다는 견해로 김주영, "기본소득제도의 실행가능성에 관한 소고", 「세계헌법연구」 제24권 제호, 세계헌법학회 한국학회, 2018, 54~55면. 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권, 제34조 제1항의 인간다운 생활을 할 권리와 함께 사회국가원리 및 민주주의의 원리를 아울러 기본소득의 헌법적 근거로 제시하는 견해로 홍석한, "기본소득의 헌법적 정당성에 관한 시론적 고찰", 「공법학연구」 제18권 제3호, 한국비교공법학회, 2017, 185~189면.

11) 기본소득에 따른 물질적 독립과 실질적 자유에 초점을 두고 기본소득이 갖는 공화주의적 토대를 강조하는 논의로는 Antoni Domènech·Daniel Raventós, *Property and Republican Freedom: An Institutional Approach to Basic Income*, Basic Income Studies, Vol.2 Issue2, De Gruyter, 2007, pp.1~7; Philip Pettit, *A Republican Right to Basic Income?*, Basic Income St

## Ⅲ. 근로의 의무의 헌법적 의의와 법적 성격

### 1. 근로의 의무에 관한 헌법의 규정과 연혁

헌법은 제32조와 제33조에서 근로와 관련하여 비교적 상세한 규정을 두고 있다. 제32조 제1항은 근로의 권리, 동조 제2항은 근로의 의무, 제3항은 근로조건 법정주의, 제4항은 여자의 근로에 대한 특별한 보호와 차별 금지, 제5항은 연소자의 근로에 대한 특별한 보호, 제6항은 국가유공자 · 상이군경 및 전몰군경의 유가족에 대한 근로기회의 우선적 부여에 관한 규정이다. 또한 제33조는 근로3권 즉, 근로자가 근로조건의 향상을 위하여 자주적으로 단체를 조직하고 이를 통해 사용자와 교섭을 하며 단체행동을 할 수 있는 권리와 이에 대한 특별한 예외를 규정하고 있다.

근로의 기회를 보장하는 것과 적정임금 및 합리적인 근로조건을 보장하는 것은 서로 분리되기 어려우며,[12] 근로3권 역시 궁극적으로는 근로조건의 향상을 목적으로 한다. 따라서 헌법 제32조와 제33조는 근로와 관련된 전반적인 권리 내지 "근로기본권"[13]에 관한 규정이라고 할 수

---

udies, Vol.2 Issue2, De Gruyter, 2007, pp.1~7; David Casassas, *Basic Income and the Republican Ideal: Rethinking Material Independence in Contemporary Societies*, Basic Income Studies, Vol.2 Issue2, De Gruyter, 2007, pp.1~6 참조. 이에 비하여, 노동은 공화주의적 시민의 자질을 함양하는데 필수적인 반면, 기본소득은 이를 배제하기 때문에 자유에 대한 기본소득의 효과를 언급하는 것만으로 기본소득의 공화주의적 논거가 완성된 것으로 보기 어렵다는 견해로는 Stuart White, *The Republican Case for Basic Income: A Plea for Difficulty*, Basic Income Studies, Vol.2, Issue2, De Gruyter, 2007, pp.5~6.

12) 근로의 권리에서 근로는 "일정한 질적 내용을 담보하는 일정 수준 이상의 근로" 즉, "자신의 능력을 개발, 향상, 발휘할 수 있는 일정 수준 이상의 근로조건이 담보된 고용"이라는 견해로 김학성, 「헌법학원론」, 피앤씨미디어, 2017, 691면 참조. 이와 유사하게 헌법상 근로는 "인간의 존엄에 걸맞은 일정 수준이상의 조건이 구비된 근로"임과 동시에 "근로자의 능력과 의사에 부합하는 근로"일 것이 요구된다는 견해로 노호창, "헌법상 근로권의 내용과 성격에 대한 재해석", 「노동법연구」제30호, 서울대학교 노동법연구회, 2011, 133면 참조.

13) 헌법재판소는 제32조와 제33조를 "근로기본권"으로 부르면서 그 연결성을 강조한 바 있다. "헌법 제32조 및 제33조에 각 규정된 근로기본권은 …. 헌법의 근로기본권에 관한 규정은 근로자의 근로조건을 기본적으로 근로자와 사용자 사이의 자유로운 계약에 의하여

있다. 이러한 측면에서 볼 때, 제32조가 제2항에서 "모든 국민은 근로의 의무를 진다. 국가는 근로의 의무의 내용과 조건을 민주주의원칙에 따라 법률로 정한다."라고 함으로써 근로의 의무를 포함하고 있는 것은 다소 이질적인 면이 있다.

헌법은 제정 당시부터 제17조에서 "모든 국민은 근로의 권리와 의무를 가진다. 근로조건의 기준은 법률로써 정한다. 여자와 소년의 근로는 특별한 보호를 받는다."라고 규정하였다. 근로의 권리와 근로의 의무를 동시에 규정함으로써 근로가 갖는 헌법적 의의를 매우 중요하게 인식하고 있었던 것이다.[14] 우리 헌법의 제정에는 바이마르 헌법이 큰 영향을 미친 것으로 평가되며,[15] 근로의 의무 규정도 마찬가지이다.[16] 다만, 바이마르 헌법이 제163조에서 "모든 독일인은 개인의 자유를 침해받지 않는 한 그 정신적 및 육체적인 힘을 공공의 복리에 적합하게 활용할 윤리적 의무를 진다."라고 하여 근로의 의무가 윤리적 의무라는 점을 명시한 것과 달리 우리 헌법은 이를 분명히 하지 않았다. 이후 1962년 제5차 헌법 개정을 통해 근로의 권리와 근로의 의무는 제28조 제1항과 제2항에서 각각 따로 규정되었다. 이와 동시에 근로의 의무에 관한 제2항에 근로의 의무의 내용과 조건에 대한 법률유보를 명시하였으며, 이러한 규정은 지금까지 동일하게 유지되고 있다.

---

결정하도록 한다는 계약자유의 원칙을 그 바탕으로 하되, 근로자의 인간다운 존엄성을 보장할 수 있도록 계약기준의 최저선을 법정하여 이를 지키도록 강제하는 한편, 사용자에 비하여 경제적으로 약한 지위에 있는 근로자로 하여금 사용자와 대등한 지위를 갖추도록 하기 위하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권 등 이른바 근로3권을 부여하고, 근로자가 이를 무기로 하여 사용자에 맞서서 그들의 생존권을 보장하고 근로조건을 개선하도록 하는 제도를 보장함으로써 사적자치의 원칙을 보완하고자 하는 것이다." 헌재 1991. 7. 22. 89헌가106, 판례집 3, 387, 420~421.

14) 헌법 제정 당시 헌법 제17조의 취지에 대하여 유진오 전문위원은 "근로를 국가를 세우는 기본으로 중요시한다는 그 정신"을 나타낸 것이라고 발언한 바 있다. 1948년 6월 26일 제헌 제1회 제18차 국회본회의 국회속기록, 16면.

15) 김효전, "한국헌법과 바이마르헌법", 「공법연구」제14집, 한국공법학회, 1986, 9~12면, 15~18면.

16) 장영수, 「헌법학」, 홍문사, 2010, 918면.

## 2. 근로의 의무의 헌법적 의의

헌법이 국민의 의무로 명시하고 있다고 볼 수 있는 것들은 납세의 의무(제38조)와 국방의 의무(제39조 제1항), 그리고 재산권 행사의 공공복리 적합 의무(제23조 제2항), 교육을 받게 할 의무(제31조 제2항), 근로의 의무(제32조 제2항), 환경보전의 의무(제35조 제1항) 등이다. 다만, 국민의 의무에 대하여 학계에서는 '헌법상 의무', '의무', '기본의무', '기본적 의무' 등 다양한 용어가 사용되고 있으며, 이러한 의무의 개념과 범위, 유형화에 대해서도 여러 견해로 나누어져 있다.[17]

기본적으로는 국민이 국가공동체에 대해 부담하는 의무로서 헌법에 명문화된 것이라면 헌법상 국민의 의무로 파악할 수 있을 것이다.[18] 다만, 이러한 의무는 기본의무와 기본의무가 아닌 의무로 유형화할 수 있다.[19] 헌법상 국민의 의무는 개별적인 기본권과 직접 관련이 없이 기본권 조항을 모두 규정한 이후에 새롭게 별도의 조문을 통해 규정된 의무(납세의 의무 및 국방의 의무)와 개별 기본권을 규정하면서 동일한 조문 내에서 기본권에 대응하여 함께 규정된 의무(재산권 행사의 공공복리 적합의무, 교육을 받게 할 의무, 근로의 의무, 환경보전의 의무)로 분명하게 구별된다. 이러한 형식적 내지 체계적 차이는 양자의 의미를 이해하는데 중요

---

17) 이에 대해서는 강일신, "헌법상 기본의무의 개념", 「연세법학」 제25권, 연세법학회, 2015, 164~187면; 이준일·서보건·홍일선, "헌법상 기본의무에 관한 연구", 「헌법재판」 제23권, 헌법재판소, 2012, 1~12면; 한수웅, "국민의 기본의무", 「저스티스」 통권 제119호, 한국법학원, 2010, 56~68면; 허완중, 「기본 의무를 구체화하는 법률의 위헌심사기준」, 헌법재판연구원, 2013, 3~13면; 홍성방, "국민의 기본의무 -독일에서의 논의를 중심으로-", 「공법연구」 제34집 제4호 제1권, 한국공법학회, 2006, 313~321면 등 참조.

18) 이와 달리 헌법재판소는 "국가의 존립과 기능은 국민의 국법질서에 대한 순종의무를 그 당연한 이념적 기초로 하고 있다. ... 따라서 헌법과 법률을 준수할 의무는 국민의 기본의무로서 헌법상 명문의 규정은 없으나 우리 헌법에서도 자명한 것이다."라고 하여(헌재 2002. 4. 25. 98헌마425 등, 판례집 14-1, 351, 363) 법준수의무를 헌법에 명시되지 않은 기본의무로 인정한바 있다.

19) 이와 유사한 견해로 정종섭, 「헌법학원론」, 박영사, 2016, 900면. 한편, 이러한 구분은 국가의 존속과 유지에 직접적으로 이바지하는지 아니면 간접적으로 이바지하는지에 따라 기본의무를 국가유지적 기본의무(납세의 의무와 국방의 의무)와 기본권보완적 기본의무(교육을 받게 할 의무 등)로 구분하는 것(허완중, 앞의 책, 11면)과 대비될 수 있다.

하게 고려될 필요가 있다. 또한 기본의무는 그 자체로 기본권 제한을 정당화하고 기본권을 근거로 삼아 의무부과 자체에 대항할 수 없도록 하는 효력을 갖는 만큼[20] 실질적 지표를 한정함으로써 가능한 그 범위를 좁게 이해하는 것이 바람직하다.

이에 실질적 측면에서 기본의무는 헌법에 규정된 국민의 의무 가운데 국가공동체의 존속 및 헌법의 이념에 부합하는 국가 정체성의 유지에 필수불가결한 것으로서 구성원 전체에 대해 보편적으로 반대급부나 조건이 없이 당연히 부과되는 의무를 가리킨다고 할 수 있다. 납세의 의무와 국방의 의무가 이에 해당하며, 헌법은 이러한 본질을 형식에 반영함으로써 두 의무를 특별히 독립된 조문을 통해 규정한 것으로 볼 수 있다. 기본의무의 실질적 지표는 세 가지로 정리할 수 있다. 먼저, 기본의무는 국가공동체의 존속과 유지에 필수적이고 기본이 되는 것으로서 구체적인 의무이어야 하며 단순히 선언적이거나 일반적인 책무를 표현하는 경우는 제외된다.[21] 다음으로, 기본의무는 특정한 계층이나 집단에 한정되지 않고 국민 전체에 대해 일반적으로 부과되는 것으로서 형평성이 가장 중요한 가치로 수용되는 의무이다. 나아가 당해 의무가 반대급부나 조건과 연계됨으로써 대가성이 강조되는 경우에는 기본의무로 보기 어려울 것이다.

기본의무에 대한 위와 같은 이해를 전제로 하여 근로의 의무를 평가해 본다면 근로의 의무는 국민의 기본의무로 인정하기 어렵다.[22] 우선, 국민이 임금노동에 종사하는 것이 국가의 존속과 유지에 필수적이라고 할

---

20) 기본의무의 효력에 대해서는 자유권의 제한을 정당화하는 수권규범, 기본권에 대한 헌법 직접적 제한규범, 기본권적 자유 주장을 배척하는 가중적 권한규범이라고 하거나(한수웅, 「헌법학」, 법문사, 2018, 1086~1088면; 허완중, 앞의 책, 7~8면) 더 나아가 기본의무가 기본권의 효력을 배제한다고 평가하기도 한다(정종섭, 앞의 책, 902면).

21) 정종섭, 앞의 책, 900면; 허완중, 앞의 책, 5면.

22) 헌법재판소 역시 국방의 의무와 납세의 의무에 한하여 국민의 기본의무 또는 국민의 기본적 의무라는 표현을 사용하고 있으며(헌재 1997. 9. 25. 96헌바18 등, 판례집 9-2, 357, 371; 헌재 1998. 3. 26. 96헌바57, 판례집 10-1, 255, 267; 헌재 1998. 4. 30. 96헌바78, 판례집 10-1, 394, 404; 헌재 2009. 3. 26. 2008헌바52 등, 판례집 21-1상, 434, 441; 헌재 2011. 8. 30. 2008헌가22 등, 판례집 23-2상, 174, 191; 헌재 2011. 8. 30. 2007헌가12 등, 판례집 23-2상, 132, 149 등), 이외에 헌법에 규정된 국민의 의무에 대해서 기본의무라는 표현을 사용하는 예는 찾아보기 어렵다.

수는 없으며, 개인이 근로 이외의 수단으로 삶을 영위하는 것을 부정하지 않는 이상 근로의 의무를 국민 전체의 보편적 의무로 이해하기도 어렵다. 또한 근로관계는 기본적으로 주로 사경제주체인 사용자와 근로자의 자유로운 계약에 따라 형성되는바, 국가가 이러한 근로를 강제하는 것은 자본주의를 기본으로 하는 헌법상 경제질서의 이념과도 거리가 멀다. 이에 아래에 보는 바와 같이 근로의 의무를 윤리적 의무로 보는 견해가 많다. 나아가 근로의 의무는 사실상 임금노동 이외의 생활수단을 갖지 못한 계층에 대해서만 효력을 발휘한다. 따라서 실질적인 측면에서 볼 때 국민 전체에 대해 일반적으로 부과되는 의무이어야 한다는 형평성의 가치와 부합하지 않는다.[23] 이밖에도 근로는 본질상 직접적인 반대급부로서 임금을 수반한다. 근로에 상응하여 개인에게 주어지는 임금과의 대가관계가 분명한 것이다. 설령 국가의 경제성장을 위해 임금노동을 독려하는 것이 절대적이었던 과거에는 근로의 의무를 기본의무로 인정할 여지가 있었더라도 오늘날 경제구조 및 생활양식의 변화에 따라 가치창출의 수단이 매우 다양해지고 임금노동 이외에 가사와 돌봄 등의 중요성에 대한 인식도 달라진 상황에서는[24] 근로의 의무를 동일한 기준으로 평가할 수 없다.[25] 근로의 의무를 단순한 선언적 내지 윤리적 의무라고 하거나 진정한 의미의 헌법상 의무가 아니라는 견해도[26] 이러한 문제의

---

23) 근로의 의무는 "가난한 사람"에게만 적용되는 것으로 여겨졌으며, 부자 또는 보다 일반적으로 물질적 재산을 가진 사람들에게는 적용되지 않았다는 지적으로 Guy Standing, *Why a Basic Income Is Necessary for a Right to Work*, Basic Income Studies, Vol.7 Issue2, 2013, p.33. 이와 유사하게 부자들은 일하지 않아도 배고프지 않으므로 '일하지 않는 자 먹지도 말라'는 원칙은 가난한 사람들에게만 적용된다는 지적으로 Daniel Raventós, Basic Income -The Material Conditions of Freedom-, Pluto Press, 2007, p.180.

24) 어떠한 일을 중요하게 평가하는지는 모든 시대에 따라 상이할 수밖에 없지만 특히, 20세기는 임금노동 이외의 일은 가치가 없고 중요하지 않은 것으로 평가했다는 점에서 매우 비합리적이었다는 비판으로 Guy Standing, 앞의 논문, p.27.

25) 노동력이 개인과 국가의 경제적 발전에 매우 중요하고 거의 유일한 수단으로 이해되던 과거 산업사회의 근로와 사물인터넷, 빅데이터, 인공지능, 로봇 등의 발달에 기초한 기술의 융합이 모든 영역의 혁신을 가져올 것으로 예상되는 4차 산업혁명 시대의 근로는 서로 다른 의미를 갖는다.

26) 정종섭, 앞의 책, 901면, 910면은 헌법이 의무라고 명시하더라도 성질상 헌법상의 의무가 아닌 경우도 있으며, 교육을 받게 할 의무와 근로의 의무는 납세의 의무나 국방의 의무와 성질이 다르다고 한다.

식에 기초한 것이라고 할 수 있다.

### 3. 근로의 의무의 법적 성격

#### 가. 개관

근로의 의무와 관련하여 학계에서 전개되고 있는 논의의 가장 중요한 주제는 바로 그 법적 성격이다. 이는 무엇보다 근로의 의무가 법적인 구속력을 갖는지와 관련된 것으로서 근로의 의무가 법적인 의무인지 아니면 단순히 선언적 내지 윤리적 의무에 불과한 것인지가 논의의 핵심을 차지한다.

근로의 의무의 법적 성격에 대한 논란은 헌법에 근로의 의무가 도입된 1948년 제헌헌법 당시부터 진행되어 왔다. 당시 국회에서는 근로의 의무를 도의적인 의무로 볼 것인지를 중심으로 그 법적 성격에 관한 논의가 전개되었다.[27] 이후 1962년 제5차 헌법 개정 당시에도 근로의 의무는 국회에서 논란의 대상이 되었다. 자본주의 사회에서 현실과 부합하지 않으며 의무위반에 대한 제재가 어렵다는 점, 추상적이고 도의적인 의무일 뿐 법적인 구속력을 인정하기 어려우므로 헌법에 규정하는 것이 적절하지 않다는 점, 개별법에서 비상시에 근로를 동원하는 것과 달리 헌법에 이를 규정하는 것은 매우 위험하다는 점 등을 이유로 내세워 이를 삭제 내지 특수한 경우에만 의무를 부과할 수 있도록 수정하자는 의견이 강하게 제시되었다.[28] 반면, 우리나라의 실정에 비추어 필요하다는 점, 국가로부터 일정한 이익을 받는다면 국민은 일을 해야 하며 실제로 구속력을 발휘하지 못하더라도 교훈적 의미를 갖는다는 점 등을 근거로 그대로 존치하자는 의견도 제시되었다.[29] 이러한 논란은 결국 근로의 의무를

---

27) 1948년 6월 26일 제1대 국회 제1회 제18차 국회본회의에서 권태희 의원의 질의와 이에 대한 유진오 전문위원의 답변(국회속기록 제18호, 국회사무처, 1948년 6월 26일, 16면) 참조.

28) 대한민국국회, 헌법개정심의록 제1집, 대한민국국회, 1967, 352면, 360면, 363~366면의 이동호 전문위원의 발언 참조.

29) 대한민국국회, 위의 책, 363면의 이종극 전문위원의 발언, 365~366면의 신태환 전문위원

계속해서 헌법에 존치시키되 “국가는 근로의 의무의 내용과 조건을 민주주의원칙에 따라 법률로 정한다.”라는 규정을 추가하는 방식으로 정리되었다.

근로의 의무의 법적 성격에 대한 논의는 근로의 의무의 구체적인 의미가 무엇인지와도 자연스럽게 연결된다. 특히, 근로의 의무와 헌법상 인간다운 생활을 할 권리 또는 공공부조 급여를 받을 권리와의 관계도 법적 성격에 관한 논의에서 중요한 쟁점이 된다. 아래에서는 근로의 의무의 법적 성격과 관련한 학계의 논의를 법적 의무설과 윤리적 의무설을 중심으로 간략하게 정리한 다음 필자의 견해를 제시해보고자 한다.

### 나. 근로의 의무의 법적 성격에 관한 학계의 논의

#### 1)법적 의무설

법적 의무설은 근로의 의무 규정의 법적 강제력을 긍정한다. 이러한 법적 의무설은 다시 그 강제력의 의미와 관련하여 국가에 의한 직접적인 근로의 강제를 부인하고 근로의 의무 불이행에 대한 불이익 부과가 가능할 뿐이라는 입장과 국가는 법률에 의해 직접 근로를 강제할 수도 있다는 입장으로 나누어진다.

우선, 직접적인 근로의 강제를 부정하는 입장은 근로의 의무를 국가가 근로의 권리 보장을 위하여 근로기회를 제공한 경우에 이에 응해야 하는 국민의 의무로 이해한다. 개인이 국가의 근로기회제공에 응하지 않는 경우에는 국가가 소극적인 제재를 가할 수 있게 된다. 특히, 제공된 근로의 기회에 응하지 않는 자에 대해 국가의 사회보장급부를 제한하는 근거가 된다는 점에서 근로의 의무의 법적인 의미를 찾는다.[30] 다만, 이러한 입

---

의 발언 참조.

30) 양승광, “헌법상 근로권 체계의 재구성”, 「노동법연구」 제44호, 서울대학교 노동법연구회, 2018, 199면; 전광석, 「한국헌법론」, 집현재, 2018, 450면, 539면; 조재현, “헌법 제32조”, 「헌법주석서Ⅱ」, 법제처, 2010, 332면 등. 이와 달리 근로의 의무가 법적인 의무라고 하면서도 구체적인 효력에 대한 언급이 없이 그 의미를 근로능력이 있는데도 근로하지 않는 자에 대한 헌법적 비난 가능성에서 찾는 견해로는 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2018, 1512면.

장이 불이익 부과의 범위를 반드시 「고용보험법」상 실업급여 또는 「국민기초생활 보장법」상 자활급여와 같이 국가의 고용증진의무와 직접 관련된 급부에 한정하는 것인지는 분명하지 않다. 근로의 기회에 응하지 않는 자에 대한 불이익 부과의 범위를 "고용보험법상의 실업급여 등의 지급"[31] 또는 '고용보험법상의 실업급여 혹은 인간다운 생활을 보장하기 위한 급여'[32]라고 하고 있기 때문이다. 즉, 근로의 의무 규정이 근로의 권리가 아니라 인간다운 생활을 할 권리의 보장과 보다 밀접한 관련이 있는 공공부조급부, 예컨대 「국민기초생활 보장법」상 생계급여에 대해서도 불이익을 부과하는 근거가 된다는 점을 명시적으로 부정하지는 않는다.[33]

다음으로, 근로의 의무에 따른 직접적인 근로의 강제를 인정하는 입장은 대부분 그 가능성을 제한적으로만 긍정한다. 직업선택의 자유나 강제노역 금지와 같은 헌법원칙에 위배되지 않는 범위에서 법률로 근로의 의무를 강제할 수 있다고 하면서도 국민의 자유와 권리를 침해하지 않도록 예외적인 경우에만 의무가 부과되어야 한다는 견해가 있으며,[34] 보다 구체적으로 전시 또는 국가적 재난 등 비상사태와 같은 예외적인 경우에만 특정한 공익을 위해 법률로 근로를 강제할 수 있다고도 한다.[35] 다만, 이러한 입장도 근로의 기회가 주어졌음에도 불구하고 근로를 하지 않는 자에 대해 헌법상 근로의 의무 규정에 근거하여 일정한 불이익을 주는 것을 부정하는 것은 아니다. 그 불이익 부과의 범위에 대해서는 '실업보험금'[36] 또는 '실업보험급여 등 사회보험적 급부'[37]에 한정하는 견해와 "생계비지급청구권과 같은 사회보장수급권"[38] 또는 "공적 부조나 사회

31) 양승광, 앞의 논문, 199면.
32) 전광석, 앞의 책, 539면; 조재현, 앞의 글, 332면.
33) 예컨대, 전광석, 앞의 책, 539면은 구직급여의 제한에 대한 「고용보험법」제44조와 함께 생계급여의 제한에 대한 「국민기초생활 보장법」제9조 제5항을 근로의 의무의 법적 의무로서의 성격이 반영된 예로 제시한다.
34) 김철수, 「헌법학신론」, 박영사, 2013, 1222면.
35) 김학성, 앞의 책, 696면; 양 건, 「헌법강의」, 법문사, 2016, 1007면; 이준일·서보건·홍일선, 앞의 논문, 121~124면; 한수웅, 앞의 책, 1100면.
36) 김학성, 앞의 책, 696면.
37) 한수웅, 앞의 책, 1100면.
38) 양 건, 앞의 책, 1007면

보험(실업보험)"[39]과 같이 확대하는 견해가 있다.

### 2)윤리적 의무설

윤리적 의무설은 근로를 법적으로 강제하는 것은 우리 헌법체제와 부합하지 않으므로 근로의 의무는 법적인 의무가 아니라고 한다. 근로의 의무는 근로능력이 있음에도 불구하고 근로하지 않는 자에 대한 도의적 비난의 근거일 뿐이라는 것이다.

이러한 입장을 좀 더 구체적으로 살펴보면, 근로의 의무 규정은 근로능력이 있으면서도 일하지 않는 자에게 국가가 최저한의 인간다운 생활을 보장해야 할 의무를 지지 않는다는 소극적인 의미를 내포하는 것이며 근로의 의무의 내용과 조건이 법률로 정해지는 경우에는 근로의 의무는 법적인 의무가 된다는 견해,[40] 제32조 제2항 제2문의 경우를 제외하고는 윤리적 · 도의적 의무로 이해되어야 한다는 견해,[41] 근로의 의무는 일종의 프로그램규정으로서 입법자가 법률로 구체화하는 경우에는 법적인 의무가 될 수 있으며, 주어진 일자리를 거절하고 실업보험을 요구하거나 근로능력을 갖추고 근로의 기회가 제공된 경우에는 사회보장적인 국가의 급부를 요구할 수 없도록 하는데 근본적인 취지가 있다는 견해,[42] 근로의 의무는 국가공동체의 구성원으로 살아가는데 부담하는 사회적 책임성을 의미하는 것으로서 강제근로의 근거가 될 수는 없지만 근로의 간접적인 강제 즉, 적절한 근로의 기회가 제공되고 있음에도 이를 거부하는 국민에 대해 세제상 또는 사회보장상 일정한 불이익을 가하는 것이 허용된다는 견해,[43] 근로의 의무는 근로능력이 있는데도 근로하지 않는 자에 대해 국가가 근로능력이 없는 자에게 배려하는 최저한의 생활보호를 제

39) 이준일·서보건·홍일선, 앞의 논문, 121면.
40) 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2010, 725면. 이는 국가비상시에 예외적으로만 근로를 강제할 수 있으며 대체이행이 허용되어야 하고 불이행에 대한 제재는 금전벌에 그쳐야 한다고 한다.
41) 홍성방, 「헌법학」, 현암사, 2002, 653면.
42) 허 영, 「한국헌법론」, 박영사, 2017, 656면. 이는 근로의 의무가 근로의 강제를 의미할 수는 없으며 법률로 근로의 의무를 부과하는 경우에는 언제나 선택적 이행을 함께 제시해야 한다고 한다.
43) 장영수, 앞의 책, 919면.

공하지 않는다는 선언적 의미만을 갖는다는 견해[44] 등이다.

이와 같이 윤리적 의무설도 대부분의 경우 근로의 의무가 법률로 구체화된 경우에는 법적인 의무가 된다고 하며, 근로의 의무의 구체적인 효력을 근로능력이 있으면서도 근로하지 않는 사람에 대해 국가가 널리 사회보장급부를 제공하지 않을 수 있다는 점에서 찾는다.

### 다. 소결

개인이 원하지 않음에도 불구하고 법률로 근로를 직접 강제하는 것은 직업선택의 자유, 행복추구권, 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것이며, 근로의 의무에 관한 민주주의원칙에도 위반된다고 보아야 한다. 또한 근로관계는 주로 사기업 단위에서 계약의 자유에 기초하여 형성되는바, 이를 강제하는 것은 자본주의를 기본으로 하는 헌법의 경제질서와도 부합하지 않으며,[45] 근로자가 임금이나 근로조건 등을 사용자와 대등한 입장에서 자율적으로 결정할 수 있도록 헌법이 근로3권을 보장한 취지에도 어긋난다. 비상사태가 발생한 경우 예외적으로 강제근로를 인정하는 견해에 대해서도 동일한 문제제기가 가능하며, 이러한 경우의 노무 제공은 본질적으로 임금을 목적으로 하는 활동으로 볼 수 없기 때문에[46] 근로의 의무에 근거하여 설명하는 것이 적절하지도 않다.[47]

한편, 윤리적 의무설은 우리 헌법이 바이마르 헌법의 영향을 받았으면서도 그와 달리 도의적인 의무로서의 성격을 명시하지 않고 있다는 점,

---

44) 정종섭, 앞의 책, 910면. 이 견해는 국가긴급사태와 같은 예외적인 상황에서 특정한 목적을 위해 노동을 강제할 수 있다고 하면서 이는 헌법 제37조 제2항에 따라 근로의 자유를 제한하는 것이므로 근로의 의무 규정은 불필요하다고 한다.

45) 허 영, 앞의 책, 656면.

46) 헌법이 말하는 “근로”는 사용자와 근로자의 상호관계에서 계약에 따라 임금을 목적으로 제공되는 종속노동을 의미한다(권영성, 앞의 책, 672면; 김진곤, 앞의 논문, 50~51면; 문준혁, “헌법상 근로의 의무에 대한 비판적 검토”, 「노동법연구」제44호, 서울대학교 노동법연구회, 2018, 231면; 박형오, “헌법상 근로권에 관한 연구”, 「공법학연구」제2권, 한국비교공법학회, 2000, 280면; 양 건, 앞의 책, 931면; 장영수, 앞의 책, 826~827면. 이는 헌법에 따라 근로조건의 기준을 정하기 위해 마련된 「근로기준법」제2조 제1항을 통해서도 확인된다.

47) 문준혁, 앞의 논문, 231~232면.

헌법에 규정된 규범을 윤리의 영역으로 포섭하는 것은 적절하지 않다는 점, 헌법제정 당시 입법의 취지와도 일치하지 않는다는 점[48] 등에서 문제가 있다.[49] 게다가 입법자가 근로의 의무의 내용과 조건을 법률로 정하는 경우에는 법적인 의무가 된다고 함으로써 사실상 법적 의무설과의 차이를 인정하기도 어렵다.

생각건대, 근로의 의무 규정을 해석함에 있어서는 근로의 권리와 동일한 조문에서 함께 규율되고 있는 체계적 특징을 고려하는 가운데 우리 헌법질서와의 조화를 중시해야 할 것이다. 헌법질서와의 부정합성이나 위험성으로 인하여 그 폐지의 필요성이 지속적으로 제기되고 있는 만큼[50] 그 효력을 가능한 제한적으로 이해해야 할 필요도 있다. 이러한 관점에서 근로의 의무는 근로의 권리에 대응하는 의무로서 국가가 근로의 권리 보장을 위하여 근로기회를 제공하는 것을 전제로 이에 상응하여 국민이 부담하는 의무로 해석하는 것이 가장 적합하다고 본다. 근로의 권리를 보장받고자 하는 개인은 그에 상응하는 근로의 의지를 갖고 있어야

48) 헌법제정 당시 유진오 전문위원은 제17조의 근로의 권리와 의무 규정에 대하여 "이 조문을 만들 적에 기초자 사이에 만일 그렇다고 하면 이 헌법상의 권리와 의무를 도의적인 권리와 의무라고 보면 어떠냐 하는 말도 있었읍니다마는 도의적인 권리, 도의적인 의무라고 할 것 같으면 하필 헌법에 제정할 필요가 없읍니다."라고 발언한 바 있다. 1948년 6월 26일 제헌 제1회 제18차 국회본회의 국회속기록, 16면.

49) 근로를 반드시 윤리적인 관점에서 긍정적인 가치로 평가해야 하는지에 대해서도 의문이 제기된다. 문준혁, 앞의 논문, 227~229면. 이와 관련하여 노동은 수 세기 동안 물질적 재산이 부족한 사람들이 수행해 온 것으로서 행복의 주요 원천이라기보다는 수치심의 표식에 가까웠다는 지적으로 Guy Standing, 앞의 논문, p.27.

50) 2009년 국회의장 자문기구인 헌법연구 자문위원회는 "국방의 의무와 납세의 의무를 제외한 나머지 의무는 헌법적 사항에 해당한다고 볼 수 없"으므로 헌법에서 삭제하고 법률에서 정하도록 하는 안을 제시한 바 있다. 특히, 근로의 의무는 "소련 헌법에서 처음 시작한 것으로 자유주의 헌법에서는 적합하지 않"다고 하면서 삭제의 필요성이 제시되었다(헌법연구 자문위원회, 「헌법연구 자문위원회 결과보고서」, 헌법연구 자문위원회 2009, 86면, 96면). 또한 2018년 국회헌법개정특별위원회 자문위원회도 근로의 의무는 도덕적 의무로서 이를 헌법에 규정하는 것은 강제근로금지 원칙에 반할 소지가 있고, 일자리 제공은 국가의 의무일 뿐 국민의 의무로 강제하는 것은 바람직하지 않다고 하면서 헌법에서 근로의 의무를 삭제하는 안을 제안하였다(국회헌법개정특별위원회 자문위원회, 「국회헌법개정특별위원회 자문위원회 보고서」, 국회헌법개정특별위원회 자문위원회, 2018, 91면, 122면). 2018년 3월 26일 문재인 대통령이 제안한 헌법개정안도 '근로'를 '노동'으로 바꾸어 관련 규정을 정비하면서 근로의 의무를 삭제하였다.

한다는 의미이다.

한편, 앞서 살펴본 바와 같이 근로의 의무 규정을 근로의지가 없는 사람에게 사회보장급부를 제한할 수 있는 근거로 삼는다는 점에서 학설은 대체로 일치하고 있다. 그러나 근로의 의무를 인간다운 생활을 할 권리에 근거한 사회보장급부에 대해서까지 연결하여 이해할만한 근거가 부족하다. 인간다운 생활을 보장해야 할 국가의 의무가 근로의 능력과 의지가 있는 국민에 대해서만 유효한 것은 아니다. 또한 조문의 위치와 체계에 비추어 보더라도 근로의 권리와 함께 헌법 제32조에 규정된 근로의 의무가 헌법 제34조 제1항의 인간다운 생활을 할 권리에 근거하여 마련된 사회보장제도에 대해서도 효력을 갖는다는 것은 문제가 있다.[51] 물론 입법자는 인간다운 생활을 할 권리를 구체화함에 있어 입법재량을 발휘하여 근로를 사회보장수급권 보장의 조건으로 삼을 수도 있다. 그러나 이 경우에도 그 근거를 근로의 의무 규정에서 찾는 것은 적절하지 않다. 근로의 의무는 근로의 권리에 상응하는 의무로 이해되어야 하는 만큼 근로의 의무에 관한 헌법 규정은 「고용보험법」상 실업급여와 같이 근로의 권리와 보다 직접적으로 관련된 급부가 근로를 전제로 하여 제공되도록 제한할 수 있는 근거로 한정하는 것이 타당하다고 본다.[52]

---

51) 근로의 의무가 1948년 제헌 헌법에서부터 헌법에 규정된 반면, 모든 국민의 기본권으로서 인간다운 생활을 할 권리는 1962년 제5차 개정 헌법에 처음 규정되었다는 점도 고려될 필요가 있다.

52) 이와 관련하여, 근로의 의무가 실업급여의 지급을 거절하는 사유로 남용될 여지를 지적하면서 삭제의 필요성을 지적하는 글로 김선수, “노동헌법 개정안 제안”, 「노동헌법을 논(論)함 2017 공동심포지엄 자료집」, 국회의원 이인영 의원실·(사)한국공법학회·(사)노동법연구소 해밀, 2017, 44~45면.

## Ⅳ. 근로의 의무와 기본소득의 조화 가능성

### 1. 문제의 소재

기본소득은 개인의 소득이나 재산, 근로활동에 대한 참여나 근로의지가 있는지 여부, 소속된 가구의 형태나 경제적 여건 등에 관계없이 지급된다는 점에서 무조건성을 핵심적인 징표로 한다.[53] 특히, 근로능력이 있음에도 불구하고 근로하지 않는 사람에 대해서도 아무런 조건없이 소득을 제공하는 것은 일반적인 인식과 합치되지 않는 면이 있다. 이에 기본소득에 반대하는 입장에서는 기본소득은 '일하지 않는 자 먹지도 말라'는 표현으로 대표되는 노동윤리를 파괴한다는 점, 일하는 사람의 희생을 통해 게으른 사람을 지원하는 새로운 착취관계를 유발하고 정의에 반한다는 점,[54] 시민의 자격에 수반되어야 할 사회에 대한 기여 의무와 호혜성의 원리를 무시한다는 점[55] 등을 지적한다.

이와 같은 윤리적 차원의 문제는 헌법이 근로의 의무를 명시하고 있는 우리에게 규범적인 문제로 다가온다. 이와 관련하여서는 기본소득이 근로의 의무 규정과 충돌하는지가 문제될 수 있다고 하거나[56] 기본소득은 근로의 의무 규정과 충분히 부합되지 않는 측면이 있다는[57] 지적이 있다. 나아가 근로의 의무 조항은 기본소득이 윤리적으로 바람직하지 않다는 근거로 원용될 수 있으며, 적극적인 해석을 통해 기본소득의 전단계인 '참여소득' 또는 '조건부 기본소득'의 근거로 활용될 수 있다고 하거

---

53) Philippe Van Parijs·Yannick Vanderborght, 앞의 책, p.8.

54) Stuart White, The Civic Minimum: On the Rights and Obligations of Economic Citizenship, Oxford University Press, 2003, p.18; Ronald Dworkin, Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality, Havard University Press, 2000, pp.330~331; John Rawls, Justice as Fairness: A Restatement, Havard University Press, 2001, p.179.

55) 이명현, "시민권과 기본소득 -호혜성 원리 중심의 고찰-", 「사회보장연구」 제26권 제4호, 한국사회보장학회, 2010, 436면~443면 참조.

56) 이재희, 「기본소득에 대한 헌법적 검토」, 헌법재판연구원, 2018, 77면.

57) 장인호, "기본소득제도의 논의배경과 한계에 관한 연구", 「미국헌법연구」 제28권 제3호, 2017, 327면.

나[58] 헌법상 근로의 의무는 기본소득의 무조건성을 수정해야 하는 근거로 볼 수 있다고도 한다.[59] 대체로 헌법상 근로의 의무에 관한 규정은 법률로 기본소득을 도입하는데 장애로 작용할 수 있다는 논지로 파악된다. 실업과 빈곤의 문제를 근로연계복지와 같이 일자리 확대와 자활촉진을 통해 해결하고자 하는 입장도 근본적으로는 이러한 문제의식에 기초한다고 볼 수 있다.

직관적인 관점에서는 근로의 의무와 기본소득이 서로 충돌하는 것으로 보인다. 기본소득은 근로의지와 근로를 통한 사회적 기여가 없는 경우에도 이에 관계없이 모든 공동체 구성원에 대해 보편적으로 소득을 제공하기 때문이다. 아래에서는 기본소득을 법률로 제도화하는 것이 근로의 의무에 관한 헌법 규정에 위반하여 위헌이라고 할 수 있는지의 문제에 대해 살펴보고자 한다. 근로의 의무의 법적 성격에 대해서는 위와 같이 견해가 다양하게 나뉘어져 있는바, 각 견해의 입장을 근로의 의무와 기본소득의 조화 가능성에 중점을 두고 포괄하여 살펴본다.

### 2. 근로의 의무에 대한 소극적 해석의 필요성

앞서 살펴본 바와 같이 근로의 의무는 헌법상 국민의 기본의무로 인정하기 어렵다. 근로의 의무는 국가공동체의 존속과 헌법적 정체성 유지에 필수적인 의무가 아니며, 근로를 강제하는 것은 자본주의 헌법체제와 부합되지도 않는다.[60] 기본의무는 직접적인 반대급부 없이 이행되어야 하지만 모든 국민이 급여를 받지 않더라도 당연히 근로활동에 참여해야 한다고 할 수는 없다. 만약 근로의 의무 규정이 인간다운 생활을 할 권리에 따른 사회보장급부의 수급요건으로서 근로활동 참여를 강제하는 근거

58) 노호창, 앞의 논문 주8), 178면.

59) 박홍규, “기본소득(Basic Income) 연구”, 「민주법학」제36권, 민주주의법학연구회, 2008, 143면.

60) 이와 관련하여, 바이마르 헌법의 근로의 의무 규정에 영향을 준 1918년 러시아 소비에트연방 사회주의공화국 헌법은 제18조에서 “러시아 사회주의연방 소비에트공화국은 노동을 모든 공화국시민의 의무로 간주하며 ‘일하지 않는 자는 먹지도 말라’는 원리를 그 교훈으로 선언한다.”라고 규정하여 근로의 의무에 대해 매우 강한 헌법적 의의를 부여하고 있었다.

라고 한다면 인간다운 생활을 할 권리는 근로의 의무를 조건으로 하는 권리가 되며, 사회보장급부를 근로에 대한 대가로 만드는 것에 다름 아니다. 경제구조 및 생활양식의 변화로 인해 가치창출의 수단이 다양해진 오늘날 임금노동을 국민 전체의 의무로 보는 것은 더욱 적절하지 않다. 뿐만 아니라 근로의 의무는 임금노동에 종사할 필요가 없는 사람이나 실업급여 또는 공공부조 등 국가의 사회보장에 의지할 필요가 없는 사람에게는 사실상 적용되지 않는다. 모든 국민의 일반적 의무로서 형평성이 강조되는 국방의 의무나 납세의 의무와의 차별성이 분명한 것이다. 이러한 측면에서 헌법상 근로의 의무를 기본의무로 이해하여 입법자를 구속하는 적극적인 의미를 부여하는 것은 적절하지 않다.

근로의 의무를 소극적으로 이해해야 할 필요성은 오늘날 근로와 관련된 환경의 변화를 고려할 때 보다 분명해진다. 근로의 직접적 또는 간접적인 강제는 기본적으로 충분한 일자리의 존재를 전제로 해서만 가능하다.[61] 그러나 국가가 인위적으로 모든 사람을 위한 일자리를 창출하거나 사기업이 고용을 확대하도록 강요하는 것은 한계가 있다.[62] 이러한 한계는 최근의 실업 문제가 단순히 경기의 순환에 따라 일시적으로 발생하는 현상이 아니라 자동화를 촉진하는 기술의 발달과 경제성장 구조의 변화에 따라 근로의 기회 자체가 줄어드는데 따른 결과로 전환되고 있다는 점에서 보다 분명해진다.[63] 인공지능 및 로봇기술의 발달과 함께 지능정보사회[64]로의 진전이 계속되면서 노동 생산성은 그 어느 때보다 높아지

61) Wolfgang Eichhorn·André Presse, *Grundrechte und Grundeinkommen* in: Götz W. Werner·Wolfgang Eichhorn·Lothar Friedrich (Hrsg.), Das Grundeinkommen: Würdigung-Wertungen-Wege, KIT Scientific Publishing, 2012, p.24.

62) 나아가 이러한 방식으로 창출된 일자리는 비효율적이며 지속 불가능한 것은 물론 개인의 인격실현에도 바람직하지 않다는 지적으로 Peter Kobak, *A Human Rights Income*, European Master's Degree in Human Rights and Democratisation, Adam Mickiewicz University, 2016, p.41.

63) 김민배, "빈곤사회와 생존권 논쟁 -일본의 학설과 판례를 중심으로-", 「헌법논총」제22집, 헌법재판소, 2011, 146면; 차진아, "헌법상 근로권의 실질화를 위한 전제와 대안의 모색 -고용 없는 성장의 현실 인식과 그에 대한 대안 모색을 중심으로-", 「법학논집」제14권 제4호, 이화여자대학교 법학연구소, 2010, 105면.

64) 지능정보사회란 인공지능과 데이터 활용 기술을 융합하여 기계를 통해 인간의 고차원적인 정보처리 능력을 구현하는 지능정보기술에 기반을 둔 미래사회를 의미한다. 지능정보사회의 특징에 대해서는 권건보·김일환, "지능정보시대에 대응한 개인정보자기결정권의

고 있음에도 불구하고 오히려 근로의 기회와 관련해서는 점점 더 많은 사람들이 불확실성에 빠지게 되는 불합리가 지속되고 있다.[65] 빈곤은 더 이상 게으름이 아닌 구조적 차원의 문제라는 점이 점점 더 분명하게 드러나고 있는 것이다.[66] 이러한 상황에서 근로의 의무를 강조하며 이에 대해 광범위한 효력을 부여하는 것은 바람직하지 않다.[67]

## 3. 근로의 의무의 법적 성격과 기본소득

### 가. 법적 의무설과 기본소득

근로의 의무의 법적 성격에 관한 법적 의무설 가운데 근로의 의무 규정이 법률로 근로를 강제할 수 있는 근거가 된다는 견해가 있지만 이러한 의미의 근로의 의무는 기본소득과 아무런 충돌을 일으키지 않는다. 헌법상 근로의 의무 규정에 근거하여 입법자가 근로를 강제할 수 있다는

---

실효적 보장방안", 「미국헌법연구」제30권 제2호, 미국헌법학회, 2019, 4~5면

65) Wolfgang Eichhorn·André Presse, 앞의 논문, p.20.

66) 근로가 더 이상 개인을 빈곤에서 구제하는 필요조건이 아니며(Paul Winfree, A Universal Basic Income Is Anti-Work, The Daily Signal, Feb.26, 2016. https://www.dailysignal.com/2016/02/26/a-universal-basic-income-is-anti-work/), 고용의 불안으로 인하여 직업을 갖는 것이 더 이상 양질의 삶을 보장하지 않는 방향으로 이끌고 있다는(Bru Laín and Lluís Torrens, *Combining a Minimum Income with Active Social Policies: Barcelona's B-MINCOME Pilot*, in: Beatrice White·Aoife Daly (edit), European Green Perspectives on Basic Income, Green European Foundation, 2019, p.29) 지적이 있다. 이와 관련하여, 나태나 게으름이 아닌 구조적인 빈곤의 문제를 해결하기 위하여 최선의 노력을 해야 할 국가의 헌법적인 의무를 강조하는 견해로 이상경, "빈곤에 대한 헌법적 접근 -사회적 기본권 및 헌법원리 실현을 통한 빈곤극복의 과제와 복지재정지출의 한계-", 「공법연구」제44집 제3호, 한국공법학회, 2016, 29면, 36면.

67) 근로의 의무에 관한 규정은 기술의 발달과 함께 실업의 문제가 새로운 차원에서 전개되는 현실에서 사회국가 구현을 위한 정책적 대안을 모색하는데 방해가 될 수 있을 뿐만 아니라 실질적인 규범력을 갖기도 어렵다는 점에서 헌법개정을 통해 삭제하는 것이 바람직하다고 본다. 이와 관련하여 기술의 발달에 따라 새롭게 부각되는 다양한 문제를 해결하고 헌법의 규범력을 확보하기 위한 헌법개정의 필요성에 대해서는 김일환, "지식정보사회에 대비한 헌법개정의 필요성과 방향에 관한 서설적 고찰", 「세계헌법연구」제15권 제2호, 세계헌법학회 한국학회, 2009, 259면.

것과 입법자가 근로활동에 대한 참여 여부나 근로의지의 유무에 관계없이 개인에게 소득을 제공하는 제도를 도입하는 것은 서로 관계가 없기 때문이다. 게다가 직접적이든 간접적이든 근로의지가 없는 사람에게 근로를 강제하는 것은 헌법적으로 용인되기 어렵다. 이는 근로의 헌법적 의의를 고려할 때 보다 분명해진다. 즉, 근로는 생활을 위한 소득획득의 수단일 뿐만 아니라 개인의 정체성을 구축하고 인격을 발현하기 위한 수단이다.[68] 개인이 일을 할 것인지 또 어떤 일을 할 것인지를 결정하는 것은 당해 개인의 인간의 존엄성 및 인격의 발전과 밀접한 관련이 있다.[69] 이에 근로의지가 없는 사람에게 근로를 강제하는 것은 근로의 권리의 본질적 의미를 훼손하는 것이며, 나아가 직업의 자유의 소극적 측면에 대한 침해[70]가 된다. 근로의 의무 형성의 조건으로 헌법이 명시한 민주주의원칙에 위반되는 것이다.

문제는 근로의 의무 규정이 입법자에 대해 근로를 수반하지 않는 사회보장급부의 제공을 금지하는 효력을 갖는지 여부이다. 그러나 앞서 언급한 바와 같이 근로의 의무는 근로의 권리를 보장하기 위한 국가의 노력에 응해야 하는 의무를 말한다. 근로의 권리는 기본적으로 근로를 원하는 사람이 국가에 대해 갖는 권리이며, 국가의 고용증진의무는 근로의지가 있는 주체의 근로의 권리를 보장하기 위한 것이다. 따라서 근로의 의

68) "근로의 권리의 보장은 생활의 기본적인 수요를 충족시킬 수 있는 생활수단을 확보해 주며, 나아가 인격의 자유로운 발현과 인간의 존엄성을 보장해 주는 의의를 지닌다." 헌재 2002. 11. 28. 2001헌바50, 판례집 14-2, 668, 678; "근로계약에 따라 계속적으로 근로를 제공하는 근로자는 인간으로서의 존엄과 가치를 지닌 인격체이고 근로자는 자신의 전인격을 사용자의 사업장에 투입하고 있는 점에서 근로관계에 있어서 근로자의 근로제공은 자신의 인격과 분리될 수 없는 것이고 한편 근로계약에 따른 근로자의 근로제공은 단순히 임금획득만을 목적으로 하는 것은 아니고 근로자는 근로를 통하여 자아를 실현하고 나아가 기술을 습득하고 능력을 유지·향상시키며 원만한 인간관계를 형성하는 등으로 참다운 인격의 발전을 도모함으로써 자신의 인격을 실현시키고 있다는 점도 부인할 수 없다." 대법원 1996. 4. 23. 선고 95다6823 판결.

69) Committee on Economic Social and Cultural Rights(CESCR), General comment No. 18(E/C.12/GC/18), paragraph 4.

70) "직업선택의 자유는 삶의 보람이요, 생활의 터전인 직업을 개인의 창의와 자유로운 의사에 따라 선택케 함으로써 자유로운 인격의 발전에 이바지하게 하는 한편 자유주의적 경제·사회질서의 요소가 되는 기본적 인권이라 아니할 수 없다." 헌재 1989. 11. 20. 89헌가102, 판례집 1, 329, 336; 헌재 2010. 2. 25. 2009헌바38, 판례집 22-1상, 275, 286.

무가 근로의 권리를 전제로 하는 것이라면 이는 근로의지가 없는 사람에게는 애초에 적용되지 않는다고 보아야 한다.[71] 이러한 측면에서 근로의 의무에 관한 헌법 규정은 입법자로 하여금 「고용보험법」상 실업급여와 같이 근로의 권리 보장과 직접 관련된 사회보장급부를 근로의지가 있는 사람에 한하여 제공하도록 하는 근거가 될 수 있을 뿐, 근로를 전제로 하지 않는 사회보장제도의 형성을 일반적으로 금지하는 것이 아니다. 기본소득은 국가에 의한 일자리 보장의 한계가 점차 분명해지는 상황에 직면하여 국가가 근로와 관계없이도 개인에게 소득을 제공함으로써 인간다운 생활을 할 권리를 보장하고 그 사회국가적 과제를 실현하고자 하는 것이다. 근로의 권리를 보장하는 것과는 거리가 있으며, 따라서 헌법상 근로의 의무에 관한 규정이 기본소득을 도입하는데 장애가 된다고 보기 어렵다.

나아가 기본소득은 근로시간 축소와 노동시장의 유연성 확대를 야기함으로써 근로의 기회를 확대하는데 기여할 가능성도 있고,[72] 소득 증가에 대한 욕구를 자극함으로써 근로를 유인하는 효과를 거둘 것으로 예상되기도 한다.[73] 또한 생계유지에 대한 부담을 덜어줌으로써 개인이 자신의 관심에 부합하는 근로를 선택할 수 있는 여지를 확대시킨다.[74] 즉, 기본소득은 근로의 의무의 이행조건인 일자리를 늘리고, 근로의지를 자극하여 근로를 유인하며, 그 헌법적 의의에 부합하는 근로를 가능하게 한다는 점에서 오히려 헌법상 근로의 의무가 이행되도록 하는데 간접적으로 기여할 수도 있다.

---

71) 만약 근로와 직업이 주는 참된 행복을 깨닫도록 하기 위하여 국가가 개인으로 하여금 근로의 권리를 향유하도록 강요하는 것은 극단적인 가부장주의(paternalism)로서 수긍하기 어려울 것이다. Guy Standing, 앞의 논문, p.22 참조.

72) Carole Pateman, *Democratizing Citizenship: Some advantages of a Basic Income*, Politics & Society, Vol.32 No.1, SAGE Publications, 2004, p.98 주27); Philippe Van Parijs, *Real Freedom, the Market and the Family: A Reply to Seven Critics*, Analyse & Kritik, Vol.23 Issue1, De Gruyter, 2001, p.121.

73) Carole Pateman, 앞의 논문, p.98.

74) Peter Kobak, 앞의 논문, p.41.

### 나. 윤리적 의무설과 기본소득

근로의 의무를 윤리적 의무로 이해하는 경우에도 근로의 의무 규정이 입법자에 의한 기본소득 도입을 금지하는 효력을 갖는다고 볼 수 없다. 단순히 윤리적 또는 선언적 성격만을 갖는 헌법 규정이 입법자를 구체적으로 구속할 수는 없기 때문이다. 또한 윤리적 의무설은 근로의 의무 규정을 근로능력이 있는 개인이 사회보장급부에 의존하는 것은 비난받아야 한다는 사고의 반영으로 본다. 그러나 기본소득은 개인이 근로를 통해 소득을 증대시키더라도 이에 따른 불이익이 없다. 실업의 함정을 초래하지 않는 것이다.[75] 이는 기본소득의 가장 중요한 장점으로서 개인의 소득 증대가 복지급여의 축소 또는 철회를 가져오는 선별적 복지체제가 근로를 회피하고자 하는 동기를 강화하고 도덕적 해이를 유발하는 것[76]과 구별된다. 이러한 측면에서는 기본소득이 자산심사를 수반하는 선별적 복지제도에 비하여 노동윤리에 대해 보다 부정적이라고 단정하기 어렵다고 할 수 있다.

근로를 모든 공동체 구성원이 시민으로서 당연히 부담해야 하는 윤리적 책임으로 이해할 수도 있지만 시민으로서의 책임이 반드시 임금노동에 의해서만 실현된다고 할 수는 없다. 오히려 기본소득은 생존을 위한 물질적 토대를 확보해줌으로써 소득이 주어지지 않거나 적은 경우라도 개인이 공동체에 필요한 다양한 활동에 종사할 수 있는 여지를 넓히고, 공동체의 일에 적극적으로 관심을 갖고 공적인 논의에 참여하는 것을 활성화하는 계기가 될 수 있다.[77] 시민으로서의 책무를 자발적으로 담당할 수 있는 가능성을 높임으로써[78] 시민의 윤리적 책임을 수행하는데 긍정적으로 기여할 수 있는 것이다.

---

75) 브루스 액커만(Bruce Ackerman)·앤 알스톳(Anne Alstott)·필리페 반 빠레이스(Philippe Van Parijs) 외/너른복지연구모임 옮김, 「분배의 재구성」, 나눔의 집, 2010, 31~32면; Philippe Van Parijs, What's wrong with a free lunch?, Beacon Press, 2001, pp.25~26.

76) Daniel Raventós, 앞의 책, p.30.

77) 임경석, "인권 실현의 토대로서의 글로컬 기본소득에 대한 단상", in: 강남훈·곽노완 외, 「기본소득의 쟁점과 대안사회」, 박종철출판사, 2014, 98면.

78) 기본소득은 임금노동만이 사회적 가치가 있다는 패러다임을 바꾸는데 기여할 수 있다고 본다. Guy Standing, 앞의 논문, p.35.

### 4. 근로의 의무에 관한 법률유보와 기본소득

헌법 제32조 제2항 제2문은 “국가는 근로의 의무의 내용과 조건을 민주주의원칙에 따라 법률로 정한다.”라고 규정함으로써 근로의 의무의 내용이 법률에 의해 비로소 형성된다는 점을 분명히 하고 있다. 이 규정은 제5차 헌법 개정 당시에 새롭게 도입된 것으로서 앞서 살펴본 바와 같이 헌법에 근로의 의무 규정을 계속 유지시키면서도 그에 따른 기본권 침해의 위험성을 완화하려는 노력으로 이해될 수 있다. 특히, 법률유보를 규정하면서 그 기준으로 “민주주의원칙”을 특별히 명시한 것은 근로의 의무는 상당한 논란의 대상이 될 수밖에 없으며 그만큼 헌법의 기본원리인 민주주의적 한계를 준수하는 것이 매우 중요하다는 점을 표현하는 것이기도 하다. 민주주의원칙에 따른 입법재량의 한계가 무엇인지를 구체적으로 확정하기는 어렵다.[79] 다만, 입법자는 근로의 의무의 내용을 형성하면서 민주적인 합의의 절차를 준수하는 가운데 민주주의의 근간이 되는 자유와 평등, 기본권 보장의 정신[80]을 존중해야 한다는 점, 일정한 조건을 설정함으로써 근로의 의무의 적용범위를 한정해야 한다는 점은 분명하다.

국민의 의무에 관한 법률유보는 입법자에 대해 국민에 대한 의무의 부과 및 이에 따른 기본권 제한을 허용하는 것으로서 입법에 관한 권한을 부여한다.[81] 이는 재산권(제23조 제1항 제2문)이나 환경권(제35조 제2항) 등 기본권 형성에 관한 법률유보가 입법자에 대해 기본권을 실현하기 위한 입법의 의무를 부과하는 것과[82] 구분된다. 즉, 헌법 제32조 제2

79) 민주주의원칙의 의미에 대해서는 근로의 의무는 근로의 자유라는 기본권에 대한 제한이 된다는 점에서 이는 특히 기본권제한에 관한 비례성원칙을 의미한다는 견해(이준일·서보건·홍일선, 앞의 논문, 122면), 직업의 자유나 강제노역 금지 등의 헌법상 원칙이 포함된다는 견해(문준혁, 앞의 논문, 219면), 강제노동의 금지와 근로장소 등의 선택의 자유를 말한다는 견해(김철수, 앞의 책, 1222면) 등이 있다.

80) 김학성, 앞의 책, 124면; 전광석, 앞의 책, 204면; 허 영, 앞의 책, 243면; 한수웅, 앞의 책, 111면.

81) 한수웅, 앞의 책, 1086면.

82) “기본권형성적 법률은 단순한 입법권 행사가 아니라 헌법이 부여한 입법의무 이행의 결과물이다.” 허완중, “법률이 형성한 법적 지위의 기본권적 보호”, 「헌법학연구」제25권

항은 입법자에게 반드시 근로의 의무를 구체화하는 입법을 하도록 의무지우는 헌법적 명령이라기보다는 특정한 의무를 부과하는 입법에 대한 헌법적 허용을 의미한다. 게다가 근로의 의무의 형성에 대해서는 헌법이 특별한 조건을 부가하여 입법을 제한적으로만 허용하고 있다. 이러한 측면에서 근로의 의무에 관한 헌법 규정이 입법자에게 사회보장에 관한 입법에서 반드시 근로와 소득을 연계하도록 의무를 부과한다거나 기본소득과 같이 근로와 무관한 소득보장제도의 도입을 금지하는 효력을 갖는다고 볼 수는 없다.

이밖에도 헌법재판소는 근로의 권리를 "국가에 대하여 직접 일자리(직장)를 청구하거나 일자리에 갈음하는 생계비의 지급청구권을 의미하는 것이 아니라, 고용증진을 위한 사회적·경제적 정책을 요구할 수 있는 권리"에 불과한 것으로 이해하는바,[83] 근로의 권리에 대해서는 이처럼 추상적인 효력만을 인정하면서 근로의 의무에 대해서는 사회보장을 위한 소득을 제공하는 경우에 반드시 근로와 연계하도록 하는 구체적인 효력을 갖는다고 하는 것은 균형적이지 않다. 또한 앞서 언급한 바와 같이 기본소득은 공화주의 이념과 밀접한 관련성을 갖는다. 공적인 삶에 참여할 수 있는 가능성을 제고하여[84] 민주주의 실현에 기여하는 제도로 이해되는 것이다.[85] 이러한 측면에서도 기본소득은 민주주의원칙에 부합해야 하는 근로의 의무와 충돌할 가능성이 줄어든다고 할 수 있다. 나아가 이미 법령과 조례를 통해 아동수당, 기초연금, 출산장려금, 장학금 등 근로와는 아무 관련이 없이 공적자금을 통해 소득을 지원하는 제도들이 시

---

제2호, 한국헌법학회, 2019, 200면. "환경권의 내용과 행사는 법률에 의해 구체적으로 정해지는 것이기는 하나(헌법 제35조 제2항), 이 헌법조항의 취지는 특별히 명문으로 헌법에서 정한 환경권을 입법자가 그 취지에 부합하도록 법률로써 내용을 구체화하도록 한 것이지 환경권이 완전히 무의미하게 되는데도 그에 대한 입법을 전혀 하지 아니하거나, 어떠한 내용이든 법률로써 정하기만 하면 된다는 것은 아니다." 헌재 2008. 7. 31. 2006헌마711, 판례집 20-2상, 345, 358면.(밑줄은 필자)

83) 헌재 2002. 11. 28. 2001헌바50, 판례집 14-2, 668, 678; 헌재 2011. 7. 28. 2009헌마408, 판례집 23-2상, 118, 129; 헌재 2012. 10. 25. 2011헌마307, 판례집 24-2하, 38, 64 등.

84) 임경석, "인권의 실현을 위한 기본소득", 「시민사회와 NGO」 제13권 제2호, 한양대학교 제3섹터연구소, 2015, 128면.

85) 기본소득이 포함하고 있는 민주주의적 가치를 특별히 강조하는 글로는 Carole Pateman, 앞의 논문, pp.89~95.

행되고 있다는 점 역시 헌법상 근로의 의무 규정과 관계없이 입법자가 기본소득을 도입할 수 있는 가능성을 보여준다.[86]

## Ⅴ. 결론

이상과 같이 기본소득의 의미와 헌법적 근거를 정리하고, 근로의 의무의 헌법적 의의와 법적 성격에 기초하여 헌법상 근로의 의무와 기본소득이 조화될 수 있는 가능성을 고찰해보았다.

기본소득은 개인을 단위로 하여 그 소득이나 재산 그리고 무엇보다 근로의 능력이나 의지와 관계없이 현금을 제공하는 제도이다. 이에 헌법이 국민의 의무로 근로의 의무를 명시하고 있는 상황에서 법률로 기본소득을 도입하는 것이 위헌인지 여부가 문제된다.

헌법에 규정된 의무를 국가의 존속 및 헌법적 정체성 유지에 필수불가결한 기능을 수행하는 것으로서 반대급부 없이 모든 구성원에게 보편적으로 지워지는 기본의무와 기본의무가 아닌 의무로 나눌 수 있다고 할 때 근로의 의무는 납세의 의무나 국방의 의무와 달리 기본의무로 보기 어렵다. 이에 더하여 오늘날 근로기회 축소의 위험이 증대되고 구조적인 문제로서 실업과 빈곤의 문제가 부각되고 있는 상황이라는 점을 고려하면 헌법상 근로의 의무에 대해 적극적인 의미를 부여하고 이것이 관철되도록 강조하는 것은 바람직하지 않다.

원하지 않는 근로를 강제할 수 있도록 하는 것은 우리의 헌법체제와 부합하기 어렵고 근로의 의무를 구체화하기 위한 한계로 명시된 민주주의원칙에도 위반된다. 또한 헌법에 규정된 규범을 단순히 윤리의 영역으

---

86) 기본소득의 단계적 도입이라는 측면에서 아동수당이나 기초연금을 일종의 기본소득으로 볼 수 있는 가능성에 대해서는 강남훈, “기본소득 쟁점과 이해”, 「한국형 기본소득제 입법을 위한 토론회 자료집」, 경제민주화정책포럼 ‘조화로운 사회’·한국소상공인협회, 2017, 10면; 노호창, “기본소득에 관한 개관과 입법 사례의 검토”, 「노동법연구」제36호, 서울대학교 노동법연구회, 2014, 405면; 홍석한, “기본소득에 대한 헌법적 고찰 -사회국가원리의 관점을 중심으로-”, 「성균관법학」제29권 제4호, 성균관대학교 법학연구원, 2017, 182면 참조.

로 포섭하는 것은 적절하지 않다. 이러한 측면에서 근로의 의무는 근로의 권리에 대응하는 의무로 한정하여 이해하는 것이 가장 적합하다. 즉, 근로의 의무는 근로의 권리를 보장받고자 하는 개인은 그에 상응하는 근로의 의지를 갖고 주어진 근로의 기회에 응해야 한다는 점에 의미가 있는 것이다. 이에 근로의 의무에 관한 헌법 규정은 근로의지가 없는 사람에 대해서는 「고용보험법」상 실업급여와 같이 근로의 권리 보장과 직접 관련된 사회보장급부를 제공하지 않을 수 있는 근거가 될 뿐이며, 입법자에 대해 근로를 전제로 하지 않는 사회보장제도의 형성을 일반적으로 금지하는 것이 아니다.

근로의 의무는 그 내용과 조건이 민주주의원칙에 따라 법률로 정해져야 한다. 근로의 의무에 관한 법률유보는 입법자에게 일정한 제약을 준수하는 가운데 근로의 의무를 형성할 수 있는 권한을 부여하는 것일 뿐 반드시 근로의 의무를 구체화하는 입법을 하도록 의무를 지우는 것이 아니다. 이러한 측면에서도 근로의 의무에 관한 헌법 규정으로 인하여 입법자가 사회보장에 관한 입법에서 반드시 근로와 소득을 연계해야 한다거나 근로와 무관한 소득보장 제도를 도입하는 것이 금지된다고 할 수는 없다.

기본소득은 근로와 소득의 연결 관계를 배제한다는 점에서 다소 획기적인 면이 있으며, 이로 인하여 상당한 논란을 야기하고 있다. 그만큼 사회적 합의가 쉽지 않은 측면이 있으며 일견 헌법상 근로의 의무와 모순되는 것으로 보이기도 한다. 따라서 기본소득은 그 제도화에 앞서 헌법개정을 통해 그 도입을 위한 직접적 또는 간접적인 근거를 마련하거나 적어도 그와 충돌할 수 있는 내용을 배제하는 것이 가장 바람직하다. 다만, 위와 같이 근로의 의무에 대한 소극적인 해석의 필요성, 그 법적 성격 내지 의미에 대한 제한적 이해, 근로의 의무 형성에 관한 법률유보 등에 비추어본다면 헌법상 근로의 의무에 관한 규정과 기본소득이 반드시 충돌한다고 보기는 어렵다.

(논문투고일: 2019.11.28, 심사개시일: 2019.12.15, 게재확정일: 2019.12.19)

홍석한

기본소득, 헌법, 근로의 의무, 국민의 의무, 근로의 권리

# 【참 고 문 헌】

## 국내문헌

### Ⅰ. 단행본

국회헌법개정특별위원회 자문위원회, 「국회헌법개정특별위원회 자문위원회 보고서」, 국회헌법개정특별위원회 자문위원회, 2018.
권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2010.
김철수, 「헌법학신론」, 박영사, 2013.
김학성, 「헌법학원론」, 피앤씨미디어, 2017.
브루스 액커만(Bruce Ackerman)·앤 알스톳(Anne Alstott)·필리페 반 빠레이스(Philippe Van Parijs) 외/너른복지연구모임 옮김, 「분배의 재구성」, 나눔의 집, 2010.
성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2018,
이재희, 「기본소득에 대한 헌법적 검토」, 헌법재판연구원, 2018.
장영수, 「헌법학」, 홍문사, 2010.
전광석, 「한국헌법론」, 집현재, 2018.
정종섭, 「헌법학원론」, 박영사, 2016.
한수웅, 「헌법학」, 법문사, 2018.
허 영, 「한국헌법론」, 박영사, 2017.
허완중, 「기본 의무를 구체화하는 법률의 위헌심사기준」, 헌법재판연구원, 2013.
헌법연구 자문위원회, 「헌법연구 자문위원회 결과보고서」, 헌법연구 자문위원회 2009.
홍성방, 「헌법학」, 현암사, 2002.

### Ⅱ. 논문

강남훈, “기본소득 쟁점과 이해”, 「한국형 기본소득제 입법을 위한 토론회 자료집」, 경제민주화정책포럼 ‘조화로운 사회’·한국소상공인협

회, 2017.
강일신, “헌법상 기본의무의 개념”, 「연세법학」 제25권, 연세법학회, 2015.
권건보·김일환, “지능정보시대에 대응한 개인정보자기결정권의 실효적 보장방안”, 「미국헌법연구」 제30권 제2호, 미국헌법학회, 2019.
김민배, “빈곤사회와 생존권 논쟁 -일본의 학설과 판례를 중심으로-”, 「헌법논총」 제22집, 헌법재판소, 2011.
김선수, “노동헌법 개정안 제안”, 「노동헌법을 논(論)함 2017 공동심포지엄 자료집」, 국회의원 이인영 의원실·(사)한국공법학회·(사)노동법연구소 해밀, 2017.
김윤명, “지능정보사회에 대한 규범적 논의와 법정책적 대응”, 「정보화정책」 제23권 제4호, 한국정보화진흥원, 2016.
김일환, “지식정보사회에 대비한 헌법개정의 필요성과 방향에 관한 서설적 고찰”, 「세계헌법연구」 제15권 제2호, 세계헌법학회 한국학회, 2009.
김주영, “기본소득제도의 실행가능성에 관한 소고”, 「세계헌법연구」 제24권 제호, 세계헌법학회 한국학회, 2018.
김효전, “한국헌법과 바이마르헌법”, 「공법연구」 제14집, 한국공법학회, 1986.
노호창, “헌법상 근로권의 내용과 성격에 대한 재해석”, 「노동법연구」 제30호, 서울대학교 노동법연구회, 2011.
노호창, “기본소득에 관한 개관과 입법 사례의 검토”, 「노동법연구」 제36호, 서울대학교 노동법연구회, 2014.
노호창, “기본소득의 헌법적 근거에 관한 모색적 연구”, 「헌법논총」 제28권, 헌법재판소, 2017.
문준혁, “헌법상 근로의 의무에 대한 비판적 검토”, 「노동법연구」 제44호, 서울대학교 노동법연구회, 2018.
박형오, “헌법상 근로권에 관한 연구”, 「공법학연구」 제2권, 한국비교공법학회, 2000.
박홍규, “기본소득(Basic Income) 연구”, 「민주법학」 제36권, 민주주의법학연구회, 2008.

양승광, “헌법상 근로권 체계의 재구성”, 「노동법연구」 제44호, 서울대학교 노동법연구회, 2018.

이명현, “시민권과 기본소득 -호혜성 원리 중심의 고찰-”, 「사회보장연구」 제26권 제4호, 한국사회보장학회, 2010.

이상경, “빈곤에 대한 헌법적 접근 -사회적 기본권 및 헌법원리 실현을 통한 빈곤극복의 과제와 복지재정지출의 한계-”, 「공법연구」 제44집 제3호, 한국공법학회, 2016.

이준일 · 서보건 · 홍일선, “헌법상 기본의무에 관한 연구”, 「헌법재판」 제23권, 헌법재판소, 2012.

이춘희, “기본소득에 대한 헌법적 검토”, 「성균관법학」 제29권 제3호, 성균관대학교 법학연구원, 2017.

임경석, “인권 실현의 토대로서의 글로컬 기본소득에 대한 단상”, in: 강남훈·곽노완 외, 「기본소득의 쟁점과 대안사회」, 박종철출판사, 2014.

임경석, “인권의 실현을 위한 기본소득”, 「시민사회와 NGO」 제13권 제2호, 한양대학교 제3섹터연구소, 2015.

장인호, “기본소득제도의 논의배경과 한계에 관한 연구”, 「미국헌법연구」 제28권 제3호, 2017.

조재현, “헌법 제32조”, 「헌법주석서Ⅱ」, 법제처, 2010.

차진아, “헌법상 근로권의 실질화를 위한 전제와 대안의 모색 -고용 없는 성장의 현실 인식과 그에 대한 대안 모색을 중심으로-”, 「법학논집」 제14권 제4호, 이화여자대학교 법학연구소, 2010.

한수웅, “국민의 기본의무”, 「저스티스」 통권 제119호, 한국법학원, 2010.

허완중, “법률이 형성한 법적 지위의 기본권적 보호”, 「헌법학연구」 제25권 제2호, 한국헌법학회, 2019.

홍석한, “기본소득에 대한 헌법적 고찰 -사회국가원리의 관점을 중심으로-”, 「성균관법학」 제29권 제4호, 성균관대학교 법학연구원, 2017.

홍석한, “기본소득의 헌법적 정당성에 관한 시론적 고찰”, 「공법학연구」 제18권 제3호, 한국비교공법학회, 2017.

홍성방, “국민의 기본의무 -독일에서의 논의를 중심으로-”, 「공법연구」 제34집 제4호 제1권, 한국공법학회, 2006.

## 국외문헌

### Ⅰ. 단행본

Carl Benedikt Frey·Michael A. Osborne, The Future of Employment: How Susceptible are Jobs to Computerization?, University of Oxford, 2013.

Daniel Raventós, Basic Income -The Material Conditions of Freedom-, Pluto Press, 2007.

John Rawls, Justice as Fairness: A Restatement, Havard University Press, 2001.

Luis Moreno, Robotization and Welfare Scenarios, Instituto de Políticas y Bienes Públicos (IPP) CSIC, Working Paper, 2019.

Peter Kobak, A Human Rights Income, European Master's Degree in Human Rights and Democratisation, Adam Mickiewicz University, 2016.

Philip Pettit, A Republican Right to Basic Income?, Basic Income Studies, Vol.2 Issue2, De Gruyter, 2007.

Philippe Van Parijs, What's wrong with a free lunch?, Beacon Press, 2001.

Philippe Van Parijs·Yannick Vanderborght, Basic Income: A Radical Proposal for a Free Society and a Sane Economy, Harvard University Press, 2017.

Ronald Dworkin, Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality, Havard University Press, 2000.

Stuart White, The Civic Minimum: On the Rights and Obligations of Economic Citizenship, Oxford University Press, 2003.

## Ⅱ. 논문

Antoni Domènech·Daniel Raventós, Property and Republican Freedom: An Institutional Approach to Basic Income, Basic Income Studies, Vol.2 Issue2, De Gruyter, 2007.

Bru Laín and Lluís Torrens, Combining a Minimum Income with Active Social Policies: Barcelona's B-MINCOME Pilot, in: Beatrice White·Aoife Daly (edit), European Green Perspectives on Basic Income, Green European Foundation, 2019.

Carole Pateman, Democratizing Citizenship: Some advantages of a Basic Income, Politics & Society, Vol.32 No.1, SAGE Publications, 2004.

David Casassas, Basic Income and the Republican Ideal: Rethinking Material Independence in Contemporary Societies, Basic Income Studies, Vol.2 Issue2, De Gruyter, 2007.

Guy Standing, Why a Basic Income Is Necessary for a Right to Work, Basic Income Studies, Vol.7 Issue2, 2013.

Philippe Van Parijs, Real Freedom, the Market and the Family: A Reply to Seven Critics, Analyse & Kritik, Vol.23 Issue1, De Gruyter, 2001.

Stuart White, The Republican Case for Basic Income: A Plea for Difficulty, Basic Income Studies, Vol.2, Issue2, De Gruyter, 2007.

Wolfgang Eichhorn·André Presse, Grundrechte und Grundeinkommen in: Götz W. Werner·Wolfgang Eichhorn·Lothar Friedrich (Hrsg.), Das Grundeinkommen: Würdigung-Wertungen-Wege, KIT Scientific Publishing, 2012.

Abstract

# The Relationship Between the Duty to Work in the Korean Constitution and Basic Income

Seokhan Hong
Professor of Law, Department of Law, Mokpo National University

This paper examines the relationship between basic income and the duty to work of citizens in the Korean Constitution based on the analysis of the significance and legal nature of duty to work. Basic income refers to the provision of cash on an individual basis, regardless of their income or property, without working conditions. The Korean Constitution specifies the duty to work of citizens, since basic income is characterized by the guaranteeing of income without regard to work, the possibility of conflict with the duty to work can be pointed out. However, it is difficult to conclude that the constitutional duty to work is an obstacle to institutionalizing basic income.

First, it is not appropriate to give an active meaning and effect to the duty to work in situations where it is hardly seen as the basic duty of citizens in the constitution and in reality the state is unable to secure enough jobs. As such, there is a need for a limited understanding of the duty to work, so it is hard to say that the duty to work prohibits the introduction of basic income by legislators.

Next, there are many different views on the legal nature of the duty to work. However, it is generally agreed that the duty to work is considered as a basis for limiting social security benefits to those who do not have the will to work. Given the systematic aspects of constitutional provisions, it is

reasonable to understand that the duty to work is merely an obligation to meet the state's efforts to ensure job. Thus, the provision on duty to work is only a ground for ensuring that benefits directly related to the right to work, such as unemployment benefits, are provided on the premise of work. However, even if the duty to work is regarded as a legal duty that enables the enactment of forced labor by legislators or is understood as just an ethical duty, the provision on duty to work does not necessarily have the effect of forcing legislators to link work with income in establishing a social security system based on the right to a life worthy of human beings.

Last, according to the constitution, the extent and conditions of the duty to work are formed only when it is determined by acts with the democracy principle. This reservation is not an order to impose duty to work, but a limited allowance for the legislator to impose duty to work. In this respect, the provision on the duty to work does not prohibit legislators from introducing income security system that is not related to work, such as basic income.

Seokhan Hong

basic income, Constitution, duty to work, duty of citizens, right to work

# 전자증권제도의 시행 및 향후 과제*

문 판 수**

【목 차】

Ⅰ. 서론

Ⅱ. 주요국의 전자증권제도
1. 유럽
2. 미국
3. 아시아

Ⅲ. 우리나라의 전자증권제도 법제화
1. 증권예탁결제제도에서의 무권화
2. 전자증권제도의 법제화
3. 전자증권제도의 평가

Ⅳ. 전자증권제도의 향후 과제
1. 관련 제도의 보완 과제
2. 정보통신기술과 전자증권제도

Ⅴ. 결론

【국 문 요 약】

전통적인 유가증권 법리는 추상적인 권리를 구체적인 증서의 형태로 표시하여 당사자 간에 쉽게 알아 볼 수 있도록 하고 권리를 이전하거나 담보설정, 기타 권리행사를 용이하도록 하는 것이다. 주식이나 채권의 권리를 증권에 화체 또는 표창시키기 위해서는 실물증권을 발행해야 하고, 권리의 이전은 실물증권의 교부를 통하여 이루어진다. 그런데 유가증권 중 주식과 채권은 금융투자상품으로서 소유권 이전이 빈번하고, 증권거래소에 상장된 주식과 채권은 수많은 투자자 간에 거래가 발생하는데, 상장된 증권을 일일이 실물증권의 교부 방식으로 결제하는 것은 현실세

---

* 이 논문은 한국재무관리학회 추계 학술대회(2019.11.9.)에서 발표된 논문을 법학 측면에서 재구성한 것으로서, 본 연구의 내용은 저자의 개인적인 의견이며 저자가 속한 한국예탁결제원의 공식적인 견해와 다를 수 있습니다.

** 한국예탁결제원, 경영학박사(재무관리). 성균관대학교 법학박사과정(상법).

계에서 사실상 불가능하다. 이러한 상장 증권의 원활한 거래와 거래 후의 결제를 위하여 실물증권의 수수와 대금의 교환에 갈음하여 장부상의 기록 이전으로만 결제를 하는 증권예탁결제제도가 발달하게 되었다. 이를 위해 공신력이 있는 기관에 거래대상이 되는 증권을 예탁하고 예탁된 증권에 대하여는 실물증권의 이동이 없이 장부상의 기록으로만 권리의 이전 및 행사가 가능하도록 하였다. 나아가 증권의 발행단계에서부터 실물증권을 발행하지 않고 전자적 기록에 의해서만 증권의 권리가 생성, 이전, 소멸되는 전자증권제도로 발전하게 된 것이다. 전자증권제도는 증권의 디지털화 현상을 의미하며, 기존의 실물증권 발행과 유통을 전제로 한 유가증권 법리에 대한 근본적 변화이다. 우리나라는 10여년에 걸친 법제화 준비 과정을 거쳐 2016년 전자증권법이 제정되었고, 2019년부터 전자증권제도가 전면적으로 시행되고 있다. 본 연구는 전자증권제도의 전면 시행에 따라 외국의 사례와 우리나라 제도를 비교해 보고 향후 보완 과제 및 정보통신기술의 발전에 따른 향후 전자증권제도의 진화 방향을 제시하였다.

## Ⅰ. 서론

2019년 9월 16일 「주식·사채 등의 전자등록에 관한 법률」(약칭: ‘전자증권법’)이 시행되었다. 전자증권제도의 전면적 도입 및 시행으로 유가증권의 발행과 유통 방식이 실물증권(아날로그 방식)에서 전자적 기록(디지털 방식)으로 근본적인 변화를 맞이하게 되었다.

전자증권이라는 용어는 장부기재증권, 등록증권, 무증서증권, 무권화 등 다양한 방식으로 표현되고 있다. 전자증권은 권리의 발생, 이전 등 권리행사 방법이 정보통신 기술을 이용하여 전자적 기록으로 처리되는 점을 강조한 것이고, 장부기재증권 또는 등록증권은 장부상 기재 또는 등록을 통하여 증권이 발행된다는 점을, 무증서증권과 무권화는 실물증권이 없다는 점을 강조한 것이라고 볼 수 있다.[1] 학문적으로는 전자증권이

1) 한국예탁결제원, 「증권예탁결제제도」, 2018, 777쪽. 주요 외국의 경우 미국의 1977년

라는 용어보다 전자등록 또는 전자등록증권이 더 정확한 용어라고 하겠지만[2], 우리나라에서는 「주식·사채 등의 전자등록에 관한 법률」은 약칭하여 '전자증권법'이라고 칭하고 있다.

주식(株式)이나 채권(債權)이라는 재산적 가치가 있는 무형의 권리를 자유롭게 이전하고 유통을 보장하기 위하여 주권(株券) 또는 채권(債券)이라는 종이 형태로 증권화한 것이 유가증권제도이다. 이러한 유가증권제도를 이용하여 자본시장의 발달이 촉진되어왔는데, 이제는 전자기술의 발달로 유가증권이 다시 무형화(디지털화)하여 실물 증권이 아니라 전자적 기록만으로 자유로운 이전과 유통이 가능하게 되었다.

주요국에서 전자증권제도를 도입하는 이유로는 내생적인 이유와 외생적인 이유를 나누어 살펴볼 수 있다.

내생적인 이유로는 해당 국가의 자본시장이 규모가 확장되고 유통이 활발해짐에 따라 원활한 증권 발행 및 유통의 필요성이 제기되고, 특히 증권거래소에서 거래되는 상장주식의 경우 결제사무의 효율화 필요성이 커진 점을 들 수 있다. 주요국에서 자본시장의 발달과 함께 실물증권의 발행과 유통이 증대하여 실물증권 업무로 인한 종이사무 위기(paper crisis)를 초래하게 되자 결국 한 곳의 공신력 있는 기관에 증권을 집중시키고(집중예탁 및 부동화), 예탁된 증권의 거래는 장부상의 기록(계좌대체)만으로 처리하는 증권예탁결제제도가 발전하게 된 것이다. 이를 위하여 중앙예탁기관의 설립, 차감결제의 도입 등으로 증권예탁결제시스템의 효율화를 도모하게 되었다. 나아가 증권의 발행단계에서부터 종이 증권을 발행하지 않고 디지털 형태로 증권을 전자화하여 거래하는 전자증권제도로 발전하게 되었다.

외생적인 이유로는 1980년대 이후 증권결제위험에 대하여 국제적인 협력 필요성이 증대된 점을 들 수 있다. 국제간 자본이동이 활발해지고

---

「통일상법전(UCC: Uniform Commercial Code)」, 영국의 1995년 「무증서증권규정(The Uncertificated Securities Regulations)」 등에서는 무증서증권(uncertificated securities)이라는 용어를 사용하고, 덴마크의 1995년 「증권거래법(Securities Trading, etc. Act.)」에서는 전자증권(electronic securities)이란 용어를 사용하고 있으며, 일본의 2004년 「사채, 주식 등의 대체에 관한 법률」에서는 증권의 불발행, 대체주식, 대체사채라는 용어를 사용하고 있다.

2) 정경영, 「전자금융거래와 법」, 박영사, 2007, 568쪽.

한 나라의 결제위험이 다른 나라에 파급되는 등 자본시장의 동조화 현상이 심해지자 한 국가의 지급결제위험은 다른 나라에까지 영향을 미치게 되었고, 증권시장에서의 지급결제시스템에 대한 안정성 확보와 효율성 증대를 위한 국제적인 협력 체제가 요구되었다. 이에 따라 각종 국제기구에서는 자본시장 하부구조의 국제적 공동 개혁이라는 과제아래 증권예탁결제제도의 세계적 표준화를 위한 자본시장에서의 지급결제시스템 개선, 중앙예탁기관의 기능 정비, 증권의 부동화(immobilization)와 무권화(dematerialization)에 대한 권고 등 각종 권고안을 제시하였다.[3] 부동화, 무권화, 전자증권의 구별 기준은 종이증권의 발행을 법으로 강제하고 있는가 여부이다. 부동화(집중예탁), 무권화(증권폐기)는 법상 실물증권 발행이 원칙일 때 실물증권관리의 효율화 방법이고, 반대로 전자증권은 법상 전자적 기록이 원칙이고 종이증권은 발행하지 않는 것을 의미한다.

우리나라에서 전자증권제도의 도입 및 시행은 급격한 제도 변화가 아니라 수십 년에 걸쳐 완성되어 왔다. 기존의 실물 유가증권의 발행을 기초로 증권예탁결제제도의 틀 속에서 부동화와 무권화 과정을 거쳐 대부분의 증권을 장부상의 기록에 의해서 소유권 이전 및 권리행사를 해 왔으며, 전자단기사채 등 전자화가 용이한 증권을 대상으로 전자증권제도를 시행하다가 2019년 마침내 전면적인 전자증권제도를 법제화하였다.

본 연구에서는 주요국에서의 전자증권제도 운영 현황과 제도적 시사점을 살펴보고, 우리나라 증권시장 발전 과정에서 전자증권제도의 법제화 과정을 살펴본다. 아울러 2019년 9월부터 시행되고 있는 우리나라 전자증권제도의 주요 내용을 평가하고 우리나라 제도의 향후 과제를 제시하고자 한다.

---

3) 1988년 ISSA 권고, 1989년 G-30 권고, 2001년 BIS 산하의 CPSS/IOSCO 권고 등 각종 국제기구의 권고안에 대한 자세한 내용은 한국예탁결제원, 앞의 책, 37쪽~47쪽.

## Ⅱ. 주요국의 전자증권제도[4)]

### 1. 유럽

#### 가. 독일

독일은 세계 최초로 증권예탁결제제도를 도입한 국가이다. 독일은 대표적인 겸업주의 국가로 은행 등 금융기관이 전형적인 은행업무의 하나로써 고객을 위한 유가증권의 보관과 관리 서비스를 제공해 왔다. 독일은 이미 1880년대부터 은행에 증권을 예탁하고 은행 간 증권결제 업무는 실물증권의 이동 없이 계좌대체로 시행하였다. 이후 1차 대전 후 인플레이션과 함께 유가증권의 발행이 폭증하자 1937년 예탁법을 제정하여 증권 거래의 유통 보호와 투자자 권리 보호 장치를 마련하는 등 그간의 대체결제제도를 법적으로 완비하였다. 독일의 증권예탁결제제도는 혼장임치와 공유권 이론에 의하여 설명되는데, 은행에 투자자의 증권이 예탁되면 은행은 같은 종류의 증권을 혼합하여 보관 관리하고, 거래가 발생한 경우 실물증권은 이동하지 않으며 장부상 대체기재로 소유권이 이전되며, 투자자는 예탁된 증권 전체에 대하여 공유지분을 갖는다.[5)]

채권은 1910년 제정된 국채등록법에 의하여 국채 인수시점부터 국채 실물을 발행하지 않고 등록채 형태로 발행하였다. 1937년 예탁법 제정 이후 국채등록제도와 예탁제도를 연계하여 1940년대에 이미 국채의 99% 이상이 실물 증권 없이 장부상의 기록에 의한 등록 발행되었다.

주식은 1972년 집합증권제도를 예탁법에 반영하여 실물증권 관리 문제를 제도적으로 해결하였다. 집합증권은 영구적 집합증권, 임시적 집합

---

4) 주요국의 전자증권제도에 대하여는 한국예탁결제원, 앞의 책, 842쪽~872쪽을 주로 참조하였다.

5) 한국예탁결제원, 앞의 책, 67쪽 및 817쪽. 독일, 일본, 한국은 대륙법계 체계로서 증권예탁제도 및 대체결제제도는 혼장임치, 공유권, 점유 이론에 기초하여 구성되어 있다. 반면 미국, 영국 등 영미법계 국가는 신탁을 중심으로 법리가 구성되어 있다. 미국은 간접보유구조에 의한 무증서증권은 증권권리(security entitlement) 법리로 파악하고, 영국은 법적 소유권의 전자적 이전(electronic transfer of title)제도로 이론적 설명방식은 상호 다르다.

증권, 기술적 집합증권의 세가지 형태가 있다.[6] 영구적 집합증권은 증권의 발행 시점부터 장부상 기록만으로 증권이 존재하는 것으로서 유가증권 실물의 인쇄와 반환이 불가능하다. 사실상의 장부증권으로서 전자증권과 동일한 기능을 하는 것이다. 임시적 집합증권은 신주 발행시 증권의 상장기간을 단축하기 위하여 1장의 집합증권으로 신주 발행 수량 전체 수량을 표기하여 상장시키고, 상장 후 6개월 내 요청이 있는 투자자를 위하여 실물 증권을 발행하는 것이다. 기술적 집합증권은 중앙예탁기관에 예탁된 증권 실물에 대하여는 개별 증권을 집합증권으로 변환 가능한 것이다. 기술적 집합증권제도를 활용하여 중앙예탁기관은 최소한의 실물 증권만 보유하게 된다.

독일은 오랜 역사에 걸쳐 발전시켜온 기존의 예탁결제제도를 유지하되, 채권등록제도와 집합증권제도를 활용하여 부동화와 무권화를 거쳐 사실상의 전자증권제도를 구현하고 있다. 주식의 경우 전자증권제도의 법제화가 어려운 이유는 독일 주식법상 주주는 개별주권 발행을 청구할 권리가 있으며, 전자증권제도를 시행할 경우 모든 증권의 권리 이전이 장부상 기재로 제한되므로 국가에 의한 주주통제 가능성이 증대할 것이 우려되어 반대하는 견해도 있기 때문이다.[7]

### 나. 프랑스

프랑스는 1940년대 독일의 점령 하에 있을 때 프랑스 내의 재산 파악을 목적으로 독일의 증권예탁결제제도가 도입되었다. 이후 1949년 증권예탁결제제도를 정비하여 증권의 이동이 없이 장부상의 기록만으로 소유권의 이전 및 권리행사를 하는 제도를 일찍이 운영해 오고 있었다.

프랑스는 겸업주의 국가로서 은행 중심의 간접금융 시장의 역할이 큰 반면 1980년대 초까지 금융제도가 여타 선진국에 비해 크게 낙후되어 있었다. 활발한 간접금융에 비해 증권시장을 통한 기업자금 조달 규모가 전체 기업자금 수요의 15% 미만에 불과하였고 자본시장을 통한 자금 조달 비용이 과다하였다. 1980년대에 이미 대부분의 증권이 예탁결제기관

6) 임중호, 「독일증권예탁결제제도」, 법문사, 1996, 161쪽.
7) 임중호, 앞의 책, 172쪽

에 집중 예탁되어 있었음에도 불구하고 여전히 많은 양의 실물증권이 유통되고 있어 증권결제위험이 높은 상태이었다.

이에 따라 프랑스에서는 정부 주도하에 1980년 증권시장 개혁 작업에 착수하였고, 1982년 기술적 측면의 혁신 방안으로 전자증권제도를 추진하였다. 이후 1984년 까지 기존의 실물 증권에 의한 거래와 병행하여 전자 등록을 권유하고, 1984년부터 전면적으로 강제 등록을 시행하였다. 1988년 5월 3일 기준으로 미등록 유가증권에 대한 무효 조치가 시행되어 실물 유가증권은 가치가 상실되고, 발행회사가 증권을 강제 매각하여 그 매각 대금을 예금공탁소에 공탁하였다. 공탁된 매각 대금은 30년 시효 경과 후 2018년 5월 3일 국고에 귀속되었다. 프랑스 정부는 정권의 교체와 무관하게 장기적인 사업으로 전자증권제도를 추진하여 왔으며, 1984년 전자증권제도 도입 이후 2018년 제도의 완전 정착에 이르기까지 35년이라는 장기간이 소요되었다.[8)]

전자증권제도의 적용대상 증권은 프랑스 국내에서 발행되고 프랑스법의 적용을 받는 모든 증권으로서 주식, 회사채, 투자증서, 신주인수권 증권 등이 포함된다. 해외에서 유통되고 있는 프랑스 증권은 프랑스 국내에서 유통되고 있는 증권과 달리 특별한 절차가 필요하기 때문에 전자증권제도를 적용하지 않는다. 발행회사는 의무적으로 전자증권시스템에 참가하여야 하며, 투자자는 금융중개기관에 계좌를 개설하여 등록하는 방법으로만 증권을 보유할 수 있다. 증권의 소유권 이전 등 권리 행사는 계좌간 대체 방식으로 이루어지며, 중앙예탁기관은 발행회사와 금융중개기관의 계좌를 운영하고 전자등록된 증권의 예탁 및 결제 서비스를 제공한다.

전자증권제도 도입으로 프랑스 증권시장에서는 증권관련 관리 비용의 약 45%가 절감된 것으로 추정되었으며, 증권 거래기간의 단축, 복식 부기에 의한 계좌 관리로 금융기술의 발전 등 경제적 효과가 큰 것으로 평가되었다. 아울러 은행 등 금융중개업자의 업무가 확대되고, 발행회사의 발행 비용 절감 등 증권시장 발전을 통한 프랑스 자본시장의 국제 경쟁력 향상에 역할을 한 것으로 평가되고 있다.

---

8) 원용수, “프랑스의 증권예탁결제제도”, 비교사법 제3권 2호(1996), 103쪽.

### 다. 영국

영국은 1986년 10월 증권시장 개혁(Big Bang)을 단행하면서 증권 거래량이 급증하게 되었고 실물증권에 의한 결제업무의 폭증으로 증권사무 위기가 초래되었다. 이후 런던증권거래소(LSE)는 1989년 실물 증권에 의한 결제를 폐지하고 모든 결제를 완전히 전자화하는 것을 목표로 무증서 주식의 자동 등록 프로젝트를 추진하였다.[9] 우선 1989년 회사법을 개정하여 전자증권제도의 근거를 마련하고 전자증권시스템 구축을 추진하였으나, 다양한 금융중개기관 등 이해관계자의 지속적 반대에 부딪혔고, 전자증권 시스템 참가자들의 상충되는 의견들을 수렴하는 과정에서 잦은 시스템 변경이 이루어졌다. 결국 런던증권거래소가 주축이 되어 추진된 전자증권시스템은 1993년 전면 중단되는 사태를 맞이하였다.[10]

이후 영란은행(BOE)의 주도로 다시 전자증권제도가 추진되어 1995년 「무증서증권규정 (Uncertificated Securities Regulations)」이 제정되고 1996년 전자등록기관[11]을 설립하는 등 본격적인 전자증권제도가 시행되었다.

영국의 전자증권 대상증권은 영국과 아일랜드 회사법에 의하여 발행되는 증권으로서 주식, 회사채, 단위신탁, 뮤추얼펀드 등이 포함된다. 단, 발행회사가 전자증권제도 적용 여부를 임의적으로 선택할 수 있으며, 투자자는 실물증권의 발행을 청구하여 실물증권으로 보유할 수 있다.

---

9) 런던증권거래소의 무증서 주식의 등록제도인 토러스(TAURUS : Transfer and Automated Registration of Uncertified Stock) 프로젝트는 1992년 유럽 통합 후 금융 중심지를 실현하기 위한 영국 정부의 전략적 의지를 반영한 것이다.

10) 증권예탁원, 「영국증권예탁결제제도」, 청정문화(주), 1998, 61쪽.

11) 1996년 설립된 전자등록기관은 '전자증권 이전을 위한 무증서 등록기관(CREST: Certificateless Registry for Electronic Share Transfer)' 이다.

### 라. 유럽연합

유럽에서는 프랑스와 영국 외에도 덴마크(1983년), 스웨덴(1989년), 스페인(1992년), 이탈리아(2002년) 등 이미 대부분의 국가가 전자증권제도를 도입한 상황에서 유럽연합 차원의 통일적인 전자증권제도 도입이 시행되고 있다.

유럽 역내 자본시장에 적용되는 중앙예탁기관지침인 CSDR[12] Article 3(1)에 의하면 2023년부터 유럽연합 역내에서 신규로 발행되는 모든 증권은 장부기재방식으로만 거래가 가능하며, 2025년부터는 기존에 발행된 모든 증권에 대하여 장부상 기록으로만 거래할 수 있다.

## 2. 미국

미국에서의 전자증권제도는 연방준비은행(FRB)의 장부등록제도(book - entry system)에서 시작되었다. 1963년 샌프란시스코 연방준비은행에서 7.5 백만달러의 국채가 도난당하는 사건이 발생하자 미국 재무성과 연방준비은행은 1966년부터 실물 증권관리의 효율화를 위하여 미국 국채를 시험적으로 등록발행하기 시작하였다. 1971년 보험위기(insurance crisis) 사태 - 대형 보험회사에서의 무기명 국채 도난으로 미지급 위기가 발생하고 국채시장의 시장의 유동성이 고갈된 사태 - 시 등록발행제도가 위기 극복에 큰 역할을 한 것으로 평가되어 1973년부터 국채는 전량 등록발행하기 시작하였다.[13] 이에 따라 국채의 발행, 보유, 양도, 원리금 상환 업무가 실물증권이 아닌 장부등록방식으로 전량 처리되게 되었다. 이후 1979년에는 재무성 단기채권(TB)에 대하여 장부등록에 의한 발행을 강제하였고, 1986년부터는 다른 연방정부증권으로 실물증권 전

---

12) 중앙예탁기관지침(CSDR: Central Securities Depositories Regulation)의 정식 명칭은 “Regulation of the European Parliament and of the Council on improving securities settlement in the European Union and on central securities depositories”(Regulation (EU) No 909/2014 of 23 July 2014)이다.

13) Kenneth D. Grabade, “Origins of the Federal Reserve Book-Entry System”, FRBNY Economic Review, 2004, p.43.

자화를 확대 시행하였다.

그 외에 뮤추얼펀드 주식은 1985년부터 실물이 불발행되고 있으며, 양도성예금증서(CD), 기업어음(CP) 등 단기금융상품에 대하여는 1990년부터 장부등록제도를 도입하고 있다.

미국시장에서 주식은 증권예탁결제제도를 이용하여 부동화 및 무권화가 추진되고 있다. 1960년대 까지 증권거래소에서 이루어진 거래의 결제는 수작업에 의하였는데, 1960년대 말 주식거래량이 급증하자 뉴욕증권시장은 증권사무위기(paper crisis 또는 paper crunch)에 처하게 된다. 뉴욕증권거래소의 일일 주식거래량이 1960년에는 3백만주이었으나 1968년에는 1천3백만주로 증가하였고, 특히 1966년에서 1967년까지 연간 거래량이 33% 급증하였다. 이에 따라 1968년부터 1969년까지 6개월간 뉴욕증권거래소는 거래되는 증권의 결제를 처리할 수 있도록 매주 1일(수요일)을 휴장하고 시장 개장 시간을 단축시켰으며, 거래 후 5일 뒤에 결제가 이루어지도록 하였다. 그럼에도 불구하고 1968년 12월 40억불에 달하는 미결제약정이 발생하였다. 증권 결제가 완료되지 못하자 배당금, 이자 미지급 사태가 발생하여 증권회사는 다른 고객 계좌의 돈으로 배당금 등을 지급하게 되고, 100개가 넘는 증권회사가 결제불이행에 따른 미이행채무를 감당하지 못하여 자본 잠식이 되어 파산 또는 합병되었다. 이 사태는 1929년 증권시장 붕괴 이후 최대의 증권시장 위기로 인식되었다.

이에 따라 정부 차원에서 무증서(무권화) 방식의 장부기재에 의한 증권 이전 방법과 중앙예탁기관을 설립하여 증권을 집중예탁(부동화)하는 방법이 연구되었다. 증권을 부동화하는 방법은 1973년 중앙예탁기관을 설립하고, 1975년 증권거래소법(Exchange Act) 17A(e)를 개정하여 제도화되었다. 이에 따라 미국 내 증권거래소에서 거래되는 증권은 브로커와 딜러간의 결제 시 실물증권의 인도가 금지되었고, 예탁기관에 실물증권을 집중예탁한 뒤 증권거래의 이전은 장부등록(book-entry)으로 처리하였다. 발행회사가 실물증권을 발행할 수는 있으나 실물증권은 금융중개기관에 예탁되기 전까지는 거래소에서 거래될 수 없게 되었다. 무증서 방식의 장부기재에 의한 증권 이전 방식은 1978년 통일상법전(UCC) Article 8에 기존의 실물증권(증서증권) 외에 무증서증권에 대한 규정이

추가됨으로서 반영되었다. 단, 투자자가 증권을 직접 보유하는 방식 즉 증권의 보유자와 발행회사와의 사이에 직접적인 관계가 존재하는 것을 전제로 규정하여 무증서증권의 양도는 발행회사의 장부에 등록을 마쳐야만 효력이 발생한다. 이 규정은 현실적으로 적용되기 어려운 규정이었다. 현실거래는 증권회사 등 금융기관을 통한 대부분 간접보유 형태가 대부분인데, 증권회사에서의 거래 이후 발행회사에 별도로 등록을 해야 하는 절차가 요구되기 때문이다. 또한 연방법 규정은 각 주법에도 반영되어야 효력이 발생하지만 당시 상당수의 주에서 주권의 실물 발행을 강제하고 있는 상황이었다. 1978년 「모범사업회사법(MBCA)」은 회사가 이사회 결의만으로 무증서주식을 발행할 수 있도록 하였지만, 당시 대부분의 주(州)회사법이 실물증권의 발행을 강제하고 있어 주식과 사채 등 대부분은 실물증권으로 발행되고 있었다.[14] 결국 현실을 반영하여 1994년 통일상법전(UCC) Article 8을 개정하고 간접보유방식을 정면으로 수용하게 되었는데, 간접적인 증권보유자의 권리를 소유권이 아니라 증권권리(security entitlement)로 정의하고 증권권리의 유통을 보장하는 규정을 정비하였다.

이후 미국시장에서 주식은 직접등록제도(DRS: Direct Registration System) 활용으로 무권화가 빠르게 진전되었다. 미국의 증권거래위원회(SEC)와 미국 중앙예탁기관(DTCC)를 중심으로 마련된 직접등록제도는 투자자가 금융중개기관을 통하여 증권을 간접적으로 보유하는 것이 아니라, 미국의 중앙예탁기관과 금융중개기관, 명의개서대리인간의 시스템 연계를 통하여 발행회사의 주주명부에 직접 투자자의 명의가 등록되는 방식이다. 투자자는 무증서증권을 보유하고, 보유내역은 실물 증권이 아닌 중앙예탁기관과 명의개서대리인, 금융중개기관간의 전자적 메시지만으로 처리한다. 투자자가 보유증권을 반환 요청시에는 실물 증권이 아니라 해당 발행회사 장부에 등록하는 방식으로 처리할 수 있다.[15] 2008년부터

14) 김건식, “미국의 증권예탁결제제도”, 비교사법 제3권 2호(1996), 62쪽.

15) DTCC의 무권화 백서 "A Proposal To fully Dematerialize Physical Securities, Eliminating The Costs And Risks They Incur“, A White Paper to the Industry, 2012. 투자자는 실물 증권으로의 반환 요청이 가능하지만 2012년 기준 미국의 중앙예탁기관(DTCC)에서 보관 관리하는 실물증권 중 2% 이하만 반환되고 있다.

뉴욕증권거래소(NYSE)와 나스닥(NASDAQ)에 상장된 모든 증권은 무권화 형태로만 거래되도록 의무화되었다.

미국은 주식에 있어서 유통의 원활이라는 목적과 주주의 권리보호라는 서로 상충되는 입장을 유지하면서 완전한 전자증권제도의 법제화에는 이르지 못하고 있다.[16] 통일상법전은 주주의 권리 보호를 위해 발행회사와 주주의 직접 관계를 중요시하고, 증권거래소법은 유통의 원활과 시장의 보호를 위해 금융중개기관을 통한 간접 보유를 허용한다. 증권종이 사무처리 측면에서 볼 때, 완전한 부동화는 완전한 무권화와 동일한 효과를 얻을 수 있으므로 미국의 주식 또한 증권예탁결제제도를 통해서 사실상의 전자증권화가 진행되고 있다고 할 수 있다.

## 3. 아시아

### 가. 일본

1980년대까지 일본의 자본시장은 그 규모나 국제적 위상에 볼 때 미국과 유럽에 비하여 자본시장의 인프라가 상대적으로 낙후된 상태이었다.[17]

2000년 일본은 국제적 기구의 권고에 따라 증권결제시스템 개혁 방안의 하나로  증권 유통단계에서의 무권화를 추진하였다. 2001년 단기금융상품으로서 전자화가 용이한 기업어음(CP)에 대한 전자증권화를 우선적으로 추진하여 「단기사채 등의 대체에 관한 법률」이 제정되었고, 2002년부터 기업어음의 전자화가 실현되었다. 이후 2002년 '증권결제시스템개혁법'[18]을 제정하여 전자화의 대상을 기업어음 이외에 사채, 국채

16) 미국 시장에서 금융중개기관의 개입 및 주주정보 집중에 반대하는 의견으로는 David C. Donald, "The Rise and Effects of the Indirect Holding System: How Corporate America Ceded Its Shareholders To Intermediaries", Institute for Law and Finance, 2007.

17) 주식의 부동화(집중예탁)은 50%에 불과하였고, 채권은 200개 이상의 채권등록기관에 의하여 채권거래의 결제(이전등록)가 처리되었다. 한국예탁결제원, 「일본 전자증권제도의 실무적 쟁점사항 조사」, 2011.

18) 정식 명칭은 「증권결제제도 등의 개혁에 의한 증권시장의 정비를 위한 관계 법률의 정비 등에 관한 법률」이다.

등으로 확대하였다.

주식의 전자증권화를 위해서는 상법과 증권거래관련 법률의 정비가 필요하였다. 2004년 상법을 개정하여 이전의 주권발행 원칙을 폐지하고 주권불발행을 원칙으로 하는 주권불발행제도를 도입하고 주권을 발행하기 위해서는 정관에 규정을 두도록 하였다(회사법 제214조). 주권불발행제도를 도입한 사유는 주식 거래의 결제를 신속하게 처리하게 할 수 있도록 하고, 발행회사의 입장에서도 실물증권 발행과 유통에 따른 비용 및 위험을 절감할 수 있게 하기 위한 것이었다. 특히, 비상장회사는 주식의 유통이 빈번하지 않으므로 주권 발행 필요성이 크지 않았다.

2004년 마침내 '주식등 결제합리화법'[19]을 제정하여 주식의 전자증권화가 이루어 지고 증권결제제도 개혁에서 출발한 일본의 증권전자제도의 법제화가 마무리되었다. 주식의 전자증권화가 마지막에 이루어진 이유는 주식이 다른 증권과 달리 권리관계가 복잡하고, 소수주주권 등 각종 권리의 행사방법 등에 있어서 관련 당사자들의 이해관계를 신중하게 조정할 필요가 있었기 때문이었다.[20]

전자증권제도의 적용 여부는 법상 발행회사의 선택에 달려 있지만(임의적 적용방식), 상장주식에 대해서는 증권거래소의 상장규정 등에 의하여 전자증권제도가 강제적으로 적용된다(강제적 적용방식).

기존의 증권예탁결제제도에서는 중앙예탁기관이 증권회사 등 금융중개기관의 계좌를 관리하고 금융중개기관이 투자자의 계좌를 관리하는 복층(two-tier)구조를 채택하고 있었으나, 전자증권제도에서는 중개기관이 다른 중개기관의 계좌를 개설할 수 있는 다단계의 계층(multi-tier)구조를 취하고 있다. 다단계의 계층구조를 취한 이유는 증권회사 등 금융기관이 사업을 탄력적으로 전개하고 국제적인 제휴가 가능하도록 하기 위한 것으로 설명된다.

회사와 투자자의 관계에 있어서 기존의 증권예탁결제제도에서는 발행회사가 주주명부와 실질주주명부를 모두 작성하여 관리하고 있었지만, 전자증권제도 시행 이후 실질주주명부는 폐지되고 발행회사의 주주명부

19) 정식 명칭은 「주식등의 거래에 관한 결제의 합리화를 도모하기 위한 사채등의 대체에 관한 법률등의 일부를 개정하는 법률」이다.

20) 石川 裕 外,「株券電子化: その實務と移行のすべて」, 金融財政事情研究會, 2008, 9面.

로 일원화되었다.

전자적 기록의 오류가 발생하여 초과기록 발생시에는 전자증권운영기관과 계좌관리기관이 이를 취득해 소각할 의무를 부담한다. 아울러 투자자 보호를 강화하여 전자증권운영기관이나 계좌관리기관이 파산시에 대비한 기금을 운영하도록 하였다.[21]

일본 전자증권제도의 특징은 정부 주도로 국제적 추세에 맞추어 증권지급결제시스템을 개선하고자 제도 개선에 착수하였으며, 전자증권제도 도입이 용이한 증권부터 단계별로 시행하여 기업어음, 채권, 주식의 순서로 적용하였고, 계좌관리구조는 해외투자자의 일본 내 투자방식을 고려하여 다층적 구조로 한 점 등을 들 수 있다. 일본의 유가증권제도와 상법, 증권거래관련 법률은 대륙법계 체계로 우리나라와 매우 유사하며 우리나라의 전자증권제도 법제화시에도 주요 벤치마킹 국가이었다.

### 나. 대만과 중국

아시아에서는 일본 외에도 대만이 2000년대 초에 제도를 도입(2000년 증권거래법에 반영, 2001년 회사법에 반영)하였고, 중국도 자본시장 도입 초기부터 실물증권 발행을 전제로 한 증권예탁결제제도가 아니라 바로 전자증권제도를 시행하고 있다. 중국은 1993년 임시조례로 무권화를 시행해오다가 1998년 법률에 반영하였으며, 상하이증권거래소와 심천증권거래소는 2001년 공동의 증권등록결제기관인 중국증권등록결제회사를 설립하고 증권거래소에 상장되는 모든 증권에 대하여 전자증권제도를 적용하고 있다.

주요 국가의 사례를 종합하여 보면, 대부분의 국가에서 자본시장의 양적 확대에 따라 증권예탁결제제도를 도입하고 증권의 부동화, 무권화 단계를 거쳐 전자증권제도로 이행하는 것이 제도적 진화 과정임을 알 수 있다.

---

21) 전자적 기록 오류로 손해를 입은 투자자는 가입자보호신탁(「사채,주식등의 대체에 관한 법률」 제51조~제65조)에 따라 1인당 1천만엔 한도로 손해를 보상받을 수 있으며, 가입자보호신탁의 보호를 받지 못한 부분에 대하여는 투자자기금(「금융상품거래법」 제79조의21)에 의한 보호를 받을 수 있다.

각 국가별 사례에서 참고할 점을 요약해 보면 다음과 같다. 독일의 발전된 증권예탁결제제도에서는 사실상 전자증권화가 이루어진 상태이며, 미국과 독일의 사례에서 알 수 있듯이 주식에 대하여는 주주권리 보호 차원에서 전자증권의 완전 법제화에 반대하는 의견이 있다. 영국의 사례에서는 다양한 이해관계자의 모든 욕구를 충족시키려 할 경우 제도 도입이 실패할 수 있으며 전자증권제도 도입 후에도 실물증권 발행을 허용하면 제도 개혁효과가 반감된다는 점을 참고할 수 있다. 일본의 경우 자본시장의 충격 완화를 위하여 단계적으로 접근하되 법제화 과정은 비교적 신속하게 완성되었음을 알 수 있다. 마지막으로 중국과 같이 신흥 시장일수록 사회적 저항이 없이 또 기존의 제도를 답습하지 않고 새로운 제도를 구현하였음을 파악할 수 있다.

## Ⅲ. 우리나라의 전자증권제도 법제화

### 1. 증권예탁결제제도에서의 무권화

증권예탁결제제도(자본시장법 제311조)는 투자자가 보유한 증권을 금융중개기관을 통하여 또는 직접 중앙예탁기관에 예탁시키고 실물 증권의 이동이 없이 장부상의 기록으로만 권리이전 및 권리행사가 가능하도록 한 제도이다.

우리나라에서는 1970년대 정부의 주도하에 증권시장의 원활한 유통을 위하여 증권예탁결제제도(당시 대체결제제도)의 도입을 추진하고 당시 증권거래법에 반영하여 1974년부터 본격적으로 시행하였다.[22] 증권예탁결제제도의 활성화를 위해서는 유통성이 있는 유가증권을 한 곳에 집중

22) 증권예탁원, 「증권예탁원25년사」, 1999, 77쪽. 정부와 증권거래소는 1972년 미국의 전문가인 큐란(F.W.Curran)을 초청하여 자문을 받고 당시 제도 설계 시 반영하였다. 당시 미국은 1960년 말 증권사무 위기 이후 증권예탁결제제도를 정비하여 중앙예탁기관을 1973년에 설립하였는데, 우리나라의 증권예탁결제제도 설계시 미국의 모델이 참고가 된 점을 알 수 있다.

시키고 부동화시키는 것이 필요하다. 이를 위해 1987년부터는 증권회사가 투자자로부터 위탁받은 유가증권은 중앙예탁기관에 집중적으로 예탁시키는 의무예탁제도가 법제화되었다.(1987년 증권거래법 제174조의2 신설)

집중예탁된 증권 중 주식은 주권불소지제도, 채권은 채권등록제도에 의하여 실물 증권을 폐기하고 중앙예탁기관은 투자자의 실물 증권 반환 요청에 대비한 최소한 증권만을 보유한다. 주권불소지제도는 자본시장육성에 관한 법률에 의하여 상장법인에 한하여 인정되었으나, 1984년 상법(상법 제358조의2)에 반영하여 비상장 법인을 포함한 모든 발행회사에도 적용되도록 하였다. 채권등록제도는 1970년 공사채 등록법, 1979년 국채법에 의하여 도입되어 중앙예탁기관 명의로 국채법과 공사채등록법에 의한 등록 청구가 가능(자본시장법 제314조)하도록 하여 집중예탁된 채권을 등록 처리하고 실물 채권은 폐기하게 된다.

이후 증권의 최초 발행 단계에서부터 실물 증권 발행이 없이 증권예탁결제제도를 이용한 방법이 모색되었다. 1991년 증권거래법에 일괄예탁제도를 도입(증권거래법 제174조, 현재는 자본시장법 제 309조)하여 신규로 기업 공개시 또는 주주우선 공모증자를 하는 경우 한국예탁결제원을 명의인으로 하여 주식을 발행하거나 채권을 등록하게 되었다. 일괄예탁제도의 도입으로 중앙예탁기관은 증권의 반환에 대비한 최소한의 실물증권만을 관리하며, 실물 증권을 발행단계에서부터 축소할 수 있게 되었다.

위와 같은 집중예탁의 의무화, 주권불소지제도 및 채권등록제도를 통한 실물 증권 축소, 증권 상장 시점부터 실물 증권 발행을 최대한 축소하는 일괄예탁제도 등에 의해 대부분의 상장 증권은 전자증권제도의 전면 시행 전에 이미 부동화 및 무권화 단계에 이르렀다.[23] 그러나 이러한 여러 가지 제도적 장치들은 실물 증권의 발행을 전제로 한 것이며, 투자

23) 2018.12.31. 기준 우리나라 주식투자자는 561만명이며, 이중 개인투자자는 556만명으로 전체 투자자수의 99%에 달한다. (한국예탁결제원 보도자료, “2018년 12월 결산 상장법인 주식투자자(실질주주) 현황”, 2019.9.17.) HTS(Home Trading System)에 익숙한 일반 투자자들은 오늘날 증권거래시스템에서 실물증권을 볼 필요도 없고, 특별히 요청을 한 경우가 아니면 종이 증권을 볼 수도 없다. 따라서 일반 투자자는 이미 사실상 전자증권화된 시장에서 투자를 하고 있기 때문에 전자증권제도로의 이행을 체감하기 어렵다.

자의 요청에 의해 언제든지 실물 증권이 다시 발행되어 유통될 수 있으므로 제도의 근본적인 변화인 전자증권제도의 도입 필요성이 제기되었다.

## 2. 전자증권제도의 법제화

### 가. 전자증권제도의 법제화 경과

증권시장에서 사실상의 전자증권화가 이루어져 전자증권제도의 도입 기반이 조성되자 2007년부터 정부(법무부 및 금융위원회)는 전자증권법을 제정하여 제도적 장치를 마련하고자 하였다. 그러나 제도의 법제화시에는 이해관계자간 의견 조율이 필요하였고, 국채등록업무를 담당하는 기관의 반대 등 시장참가자의 원활한 협조가 이루어지지 않아 법률 제정에는 어려움이 있었다.

정부(금융위원회)는 전자증권제도를 전면적으로 도입하기 전에 비교적 사회적 저항이 적고 전자증권화의 효과가 큰 기업어음(CP)를 대상으로 하여 전자증권제도를 시범적으로 시행하였다. 기업어음(CP)은 기업의 단기자금 조달수단으로 활용되어 왔던 무담보 융통어음(약속어음)으로서 실물증권을 반드시 발행해야 하는 문제점을 지니고 있었는데, 이러한 기업어음을 전자증권화하여 전자단기사채제도를 도입한 것이다. 전자단기사채제도의 도입은 장기적으로 기업어음을 대체하는 기업자금조달 수단으로 고안되었으며, 동시에 콜 중심의 단기자금시장의 제도 개선을 위한 것이었다. 전자단기사채는 최소발행금액(1억원 이상), 만기(1년 이내) 등 요건을 정하여 기업어음의 특성에 부합하도록 하였다. 정부(금융위원회)는 2011년 '전자단기사채법'을 제정하고, 2년의 준비 기간 후 2013년부터 전자단기사채제도를 시행하였다. 이것은 어음의 채권화이면서 다시 채권화된 어음을 전자적 형태로 한 것으로서, 우리나라에서 최초로 제도화된 전자등록 증권이다.[24]

---

24) 이와는 달리 「전자어음의 발행 및 유통에 관한 법률」에 의한 전자어음은 전자등록방식에 의해 전자적 기록만으로 존재하는 전자증권이 아니라 어음이라는 증권을 전자문서로 작성하고 유통시킨 것이다. 또한 파생결합증권은 금융감독원이 제정한 「파생결합증권의 발행 및 유통에 관한 준칙」에 의하여 전체 발행 금액을 하나의 증권으로 표시하는 대권으

정부(법무부)는 이와 별도로 전자증권제도의 기본 틀을 정하고자 전자증권의 기본적 근거를 상법에 신설(제356조의 2(주식의 전자등록))하고 채권, 신주인수권증서, 신주인수권증권에 이 조항을 준용하도록 하였다. 상법에 전자증권에 관한 기본적인 근거 규정을 마련하되, 전자증권제도의 구체적 내용 등 세부적인 사항은 대통령령 또는 별도의 법률에 위임하였다.[25]

2007년부터 시작된 전자증권제도의 법제화 작업은 10여년이 경과하였고, 마침내 2016년 전자증권법이 제정(2016.3.22.)되었다. 그러나 전자증권제도의 실제 시행에는 대국민 홍보, 전산시스템 구축 기간 등이 필요하므로 3년의 준비기간을 거쳐 2019년부터 시행(2019.9.16.)하게 되었다.

전자증권제도는 실무적인 정비 사항이 많은 제도로서 구체적 운영에 있어서는 전자증권법 시행령(2019.6.25. 제정)과 전자증권제도 운영기관의 업무 규정(2019.8.28. 제정)도 중요한 역할을 한다.

### 나. 전자증권제도의 주요 내용[26]

#### 1) 전자등록 대상 증권

전자증권제도의 대상이 되는 증권은 자본시장법상 증권인 채무증권, 지분증권, 수익증권, 파생결합증권, 증권예탁증권이다. 단, 자본시장법상 증권 중 기업어음(CP)는 반드시 증권을 발행해야 어음이 성립되는 이른바 설권증권이므로 제외되며, 비정형증권인 투자계약 증권도 제외된다. 반면 자본시장법상 증권이 아니더라도 그 성질상 전자등록이 가능한 양도성예금증서(CD)는 전자등록이 가능하다.

---

로 발행하고 파생결합증권의 결제는 장부상의 기재방식으로만 처리하는데 이것은 증권의 전자등록이 아니라 한 장의 대권(大券)을 발행해야 하는 방식이었다.

25) 최초 입법시에는 대통령령으로 위임하였으나, 이후 전자증권법 제정으로 별도의 특별법에 위임하는 것으로 변경되었다.

26) 전자증권제도의 자세한 내용에 대하여는 한국예탁결제원의 전자증권제도 설명자료, 일반투자자를 위한 금융위원회 보도자료(2019.1.28., 2019.6.18., 2019.9.16.) 등 기존의 여러 자료가 있으므로 여기에서는 논문 구성에 필요한 최소한의 내용만을 기술한다.

상장주식 및 상장채권은 의무적으로 전자등록 대상이며 실물 발행이 금지된다. 따라서 전자등록된 증권에 대하여 실물증권을 발행하더라도 그 효력이 없다. 상장주식이라 함은 유가증권(코스피), 코스닥, 코넥스 시장에 상장된 주식을 의미하며, K-OTC 등에서 거래되는 주식은 상장주식이 아니다. 비상장 주식도 발행회사가 전자등록을 신청한 경우 전자등록대상이 된다. 즉 상장주식이 아니더라도 발행회사가 원하는 경우에는 전자증권제도를 이용할 수 있다.[27]

### 2) 전자등록의 방법 및 전자등록의 효력

전자증권(등록)이란 주식, 사채 등의 종류, 종목, 금액, 권리자 및 권리내용 등 주식, 사채 등에 관한 권리의 발생·변경·소멸에 관한 정보를 전자등록계좌부에 전자적 방식으로 기재하는 것을 말한다.(전자증권법 제2조)

전자등록계좌부에 전자등록함으로써 증권의 권리 효력이 발생하며, 계좌부에 전자등록된 자는 적법한 권리보유자로 추정되고(권리추정력), 계좌부에 등록하여야 권리의 이전이나 담보 설정이 가능하다. 신탁의 경우에는 전자등록을 하여야 제3자에 대항이 가능하다.

### 3) 전자증권제도에서의 계좌관리 체계

계좌관리 체계는 기존 증권예탁결제제도에서의 계좌관리 방식(중앙예탁기관과 예탁자간 계좌관리 방식)과 동일한 복층구조로서 중앙예탁기관이 전자등록기관으로, 예탁자는 계좌관리기관으로 역할만 변동된 것이다. 전자등록기관인 한국예탁결제원은 발행인관리계좌부, 고객관리계좌부 등 전자증권의 총 발행내역, 거래 내역을 관리한다. 계좌관리기관인 증권회사 등은 개별투자자의 전자증권 보유내역을 관리한다.

발행인관리계좌부의 내역(총 증권발행수량)은 고객관리계좌부의 내역

27) 한국거래소시장이나 코넥스시장에 상장된 기업이 아닌 비상장기업 중 전자증권제도를 이용하는 기업은 2019.11.14. 기준으로 167개사이며, 전체 비상장회사 2,424개사의 6.9% 수준이다. 금융위·법무부 보도자료, “전자증권제도 시행 후 2개월간의 성과”, 2019.11.18.

(각 증권회사의 고객계좌부의 합계 수량)과 계좌관리기관 자기계좌부의 내역(연기금 등 직접 계좌개설자의 수량)의 합계와 일치해야 한다. 전자등록기관과 계좌관리기관은 실제 발행분을 초과하는 오류에 대비하여 수량, 금액 등을 대조 확인해야 하며, 만일 초과등록이 발생한 경우에는 시장에서 해당 수량을 매입하여 소각해야 한다.

#### 4) 전자증권제도로의 전환

전자등록 의무대상인 주식은 전자증권제도 시행일(2019.9.16.) 기준으로 실물증권이 전면 무효화된다. 따라서 증권회사를 통하여 주식투자를 하는 일반투자자의 경우 투자자의 주식이 한국예탁결제원에 예탁되어 있으므로 제도시행일 기준으로 한국예탁결제원의 등록계좌부에 등재되어 있으므로 문제가 없으나, 주식을 인출하여 실물증권으로 보유하고 있는 경우에는 발행회사에 실물을 제출하여야 권리행사를 할 수 있다. 우리나라에서 전자증권제도로의 전환은 큰 무리가 없이 진행되었는데, 그 이유는 전자증권제도의 완전 시행 이전에 이미 사실상의 전자증권화가 이루어 졌기 때문이다.[28]

전자증권제도 시행일 이후 실물증권을 보유하고 있는 투자자는 발행회사에서 특별계좌로 관리한다.[29] 특별계좌에 등록된 권리는 실물주권을 소지한 주주가 실물 주권을 제출하면 특별계좌에서 해당 주주의 증권회

---

28) 채권은 채권등록제도로 2000년대부터 100% 무권화 상태이었으며, 주식은 2008년 상장증권 기준 86% 예탁(및 예탁주식의 89% 무권화), 2016년 전자증권제도 법안 제정시 상장증권 기준 96% 예탁( 및 예탁주식의 91% 무권화), 2019년 전자증권제도 시행시 상장증권 기준 99% 예탁(및 예탁주식의 98% 무권화) 상태이었다. 한국예탁결제원, 정보제공사이트 Seibro 참조.

29) 전자증권제도 시행 후 상장주식 중 한국예탁결제원에 예탁되지 않고 투자자가 실물증권으로 보유하고 있어서 특별계좌에 관리되는 주식수는 6억 5,242만주로서 전체 발행주식수의 0.68%에 불과하다(2019.9.16. 기준). 한국예탁결제원 보도자료, '전자증권제도 편입 상장 및 비상장사의 특별계좌 관리 수량', 2019.10.17. 일본의 경우 2009년 전자증권제도 시행 당시 약 460억주의 실물증권이 유통되고 있었으며(증권결제제도개혁추진센터, "주권보관상황조사". 2009.), 이 수량은 전체 발행주식수의 약 12%에 해당한다. 우리나라는 일본의 경우와 비교하여 볼 때 사실상의 전자증권화가 이루어진 상태에서 전자증권제도를 시행한 것을 알 수 있다.

사등 계좌관리기관 계좌로 권리가 이전되고, 이후의 거래는 및 관리는 전자증권 방식으로 처리된다. 주식을 양도, 증여, 상속 받고 본인 명의로 명의개서를 하지 않은 경우에는 이러한 사실을 증명하는 매매계약서, 법원 판결문 등의 법적 서류가 필요하다.

#### 5) 전자증권의 권리행사 방법

전자증권에 대한 권리행사는 전자등록기관을 통해서 하거나 또는 투자자가 직접 할 수 있다. 배당금, 원리금 수령 등 전자등록기관을 통한 집단적 권리행사를 위해서는 주주(투자자)의 확정이 필요한데, 발행회사는 전자등록기관이 작성하는 소유자명세에 기초하여 주주명부를 작성한다. 전자증권제도에서는 발행회사가 작성하는 주주명부에 모든 주주가 직접 등재된다. 기존의 증권예탁결제제도에서 발행회사의 주주명부에 한국예탁결제원이 주주로 등재되고, 한국예탁결제원에 예탁된 주식에 대하여 별도의 실질주주명부가 작성되었던 방식인 실질주주제도는 폐지되었다.

주주는 소수주주권 행사, 발행회사에 대한 소 제기 등 개별적 권리행사가 필요한 경우 전자등록기관으로부터 소유자 증명서를 발급받아 권리행사를 할 수 있다.

### 3. 전자증권제도의 평가

전자증권법은 그 제정 이유에서 전자증권제도의 도입 효과를 "실물 증권 발행비용을 절감할 수 있고 실물증권의 보관. 관리에 따른 위험요소가 제거되며 조세회피 및 자금세탁 등 음성적 거래의 원천적 차단을 통해 증권거래 및 보유실명제를 도입하는 효과가 발생함은 물론 발행· 유통 정보의 신속한 제공을 통해 투자자 보호 및 공정거래 질서 확립에 크게 기여할 것"으로 밝히고 있다.[30]

---

30) 「주식·사채 등의 전자등록에 관한 법률」(의안번호 18631, 2016.3.2.), 「증권등의 전자등록에 관한 법률안」(의안번호 12722, 2014.11.27.). 아울러 「주식·사채 등의 전자등록에 관한 법률안」(의안번호 17348, 2015.10.23.)은 "주식·사채 등의 거래 질서를 건전화할 뿐만 아니라 그 권리에 관한 정보를 활용한 핀테크(Fintech) 산업을 활성화하는 데에도 이바지할 수

발행회사, 금융중개기관, 투자자, 정부 및 정책기관 등 각 경제주체별 입장에서 전자증권제도에 대한 평가를 해보면 다음과 같다.

발행회사는 실물증권 폐지에 따라 증권 발행비용이 없어지고 발행절차가 간소화됨에 따라 자금조달비용을 절감할 수 있다. 증권 실물을 제출해야 하는 절차가 없으므로 신속한 자금 조달(상장 등) 및 사무관리 효율화를 이룰 수 있다.[31] 또한 기존의 증권예탁결제제도에서는 공식적인 전체 주주명부 작성(증권회사를 통하여 주식을 보유하는 실질주주 포함)이 연간 사업보고를 위한 연 1회가 기반이었으나, 전자증권제도에서는 주주명부 작성 주기가 기본적으로 분기(전자증권법시행령 제31조 제1항)이므로 주주명부 작성 주기가 크게 확대되었다. 따라서 주주정보의 적시 활용이 가능하게 되어 대주주 지분율 변화 및 우호주주 파악 등이 쉬워지고 적대적 인수합병 등 경영위험에 대한 신속한 대처가 가능해 진다.

증권회사 등 금융중개기관은 투자자의 요구에 의한 실물증권의 이동(예탁 및 반환) 업무 감소로 증권회사 인력을 효율화할 수 있다. 증권발행 및 권리행사 일정 축소로 자금 유통채널이 효율화되고, 실물 증권을 담보로 한 대출 선호 관행이 전자적 방식으로 질권 설정 및 담보 대출을 하는 방식으로 변화할 것이다.[32]

투자자의 입장에서는 보유 증권에 대한 권리행사 방식이 간편해져서 신속한 권리행사가 가능하다. 예컨대 주주명부 폐쇄기간이 없어짐에 따라 주주권 행사를 적시에 할 수 있다. 기존의 증권예탁결제제도에서는 주총 개최 등을 위해 기준일 시점의 주주확정을 하고자 주주의 명의 이전이 금지되는 주주명부 폐쇄를 할 경우  최소 7일, 최대 90일간 주주권 행사(명의개서, 질권설정, 신탁 등)가 제한되지만 전자증권제도에서는 명부상 주주와 실제 주주가 동일하여 주주권 행사에 제약이 없다. 실물증

---

있도록 하기 위하여"라고 정보기술을 활용한 전자증권의 발전 방향에 대하여도 언급하고 있다.

31) 전자증권제도 시행으로 신규상장 5영업일, 무상증자 8영업일, 액면분할의 경우 약 20영업일이 단축될 것으로 예상된다.

32) 기존의 증권예탁결제제도에서도 계좌부의 기재에 의한 질권 설정이 가능하였으나, 은행 등 보수적인 일부 금융기관은 실물증권을 인출하여 직접 점유를 통한 담보 대출을 선호하였다. 전자증권제도에서는 실물증권이 없으므로 실물증권을 통한 대출 관행이 변화할 것으로 예상된다.

권의 위변조에 따른 위험은 원천적으로 제거된다.[33] 또한 주주(투자자)의 계좌로 주주의 권리가 자동 등록되므로 무상증자, 주식배당, 현금배당 등 주주의 권리가 발생했을 때 실기주가 발생하거나 주주가 자신의 권리를 상실한 위험을 제거할 수 있다.[34]

정부, 과세당국, 감독기관의 경우에는 전자등록기관으로부터 집약적 정보를 획득하여 정책 입안에 활용하고 금융시장 점검 및 적시 기능을 강화할 수 있다. 전자증권제도는 금융거래에 있어 증권실명제를 의미한다. 전자등록계좌부 등의 기록에 의하여 과세 당국의 과세기준이 명확해진다. 증권의 발행, 양도 등 모든 행위가 전자적으로 기록되므로 조세회피를 위한 양도, 상속, 증여 등 음성거래 파악이 가능하여 조세정의 실현과 세수 증대 효과를 가져올 수 있다. 감독기관의 입장에서는 전자등록 기관을 중심으로 증권의 발행, 상환, 보유현황, 기업자금 조달 현황 등 관련 정보를 즉시 수집, 분석이 가능해지므로 금융감독의 효율성과 지배구조 투명성을 제고시킬 수 있다. 예컨대 '주식등의 대량보유상황의 보고'(이른바 5%룰)[35] 준수 여부를 최소한 분기별로 검증할 수 있으며, 기업임원 등의 특정증권 등 소유상황 보고 의무 검증, 최대주주 등의 소유주식 변동신고의무 준수 여부 검증을 용이하게 할 수 있다.

---

33) 2013년부터 2018년 5년간 총 11회, 156조원 규모의 증권 위변조 시도가 있었다. 대표적인 사례로서 2013년 외국환평형기금채권 총 66조원을 중국에서 가짜로 만들어서 국내에 유통하려던 8명을 경찰이 발각, 구속된 사례가 있으며, 2014년 ㅇㅇ전자의 주식 총 56만주, 53억원 상당의 주권을 정교하게 위조해 명의개서를 시도한 자를 한국예탁결제원이 발견한 사례가 있다. 금융위·법무부 보도자료, “오늘(9.16.)부터 전자증권제도가 시행됩니다”, 2019.9.16.

34) 2019.6월 현재 실물주권 소지자의 권리 미수령분의 가치는 약 880억원 이상이다. 주주가 실물주권을 소지하고 주주명부상 주주로 되어 있음에도 발행회사(또는 명의개서대리인)을 방문하여 주식, 배당금을 수령하지 않아 소위 ‘잠자는 주식’이 601만주(시가 504억원 상당), 실물주권을 소지하고 있으나 주주명부상 주주로 되어 있지 않아 한국예탁결제원이 관리하고 있는 실기주 과실 주식수는 178만주, 실기주 과실 금액은 375억원에 달한다. 앞의 금융위·법무부 보도자료, 2019.9.16.

35) 자본시장법 제147조. 주권상장법인의 주식등을 대량보유(본인과 그 특별관계자가 보유하게 되는 주식등의 수의 합계가 그 주식등의 총수의 5% 이상인 경우)하게 된 경우는 그 보유상황과 보유목적, 보유주식의 주요계약내용 등에 관한 주요 계약 내용을, 그 보유주식 등의 수의 합계가 1% 이상 변동된 경우 또는 보유목적, 보유주식의 주요계약내용 등 중요한 사항의 변경이 있는 경우에는 그 변경 상황을 5일내에 금융위원회와 한국거래소에 보고해야 하는 제도.

전자증권제도가 자본시장에 미치는 사회경제적 효과는 연간 수천억 원에서 1조원에 이르는 것으로 분석되고 있다. 제도 시행에 따른 계량적 효과에 대하여 자본시장연구원(2014)의 분석은 주로 운영비용 절감 측면에서 직접비용을 중심으로 산정하였고, 제도 도입 이후 5년간 총 4,352억 원의 비용 절감 효과를 제시하였다.[36] 삼일회계법인(2017)의 분석은 직접적 비용 절감 효과 외에 일반 투자자에게 미치는 간접적 효과까지 포괄적으로 계량하였는데, 전자증권제도 도입 후 사회·경제적 기대효과가 연간 9,275억 원에 이를 것으로 분석하였다.[37]

## Ⅳ. 전자증권제도의 향후 과제

### 1. 관련 제도의 보완 과제

#### 가. 증권예탁결제제도의 폐지 및 전자증권제도로의 일원화

첫째, 기존의 증권예탁결제제도에서 완전한 전자증권제도로 변화하였는가를 살펴본다. 자본시장법상 상장증권 등은 전자증권제도의 적용을 받지만 비상장 증권 및 기타 증권은 기존의 증권예탁결제제도가 그대로 적용된다. 따라서 자본시장법에 의한 증권예탁결제제도와 전자증권법에 의한 전자증권제도가 병행 운영되는데, 증권예탁결제제도를 폐지하고 전자증권제도로 완전히 이행할 지에 대하여는 사회적 합의를 이루지 못하였다. 채권은 사실상 전자증권제도로 완전히 이행한 것으로 볼 수 있지만, 주식은 상장 또는 비상장 여부에 따라 제도의 적용 기준이 달라진다. 따라서 비상장증권으로서 기존의 증권예탁결제제도의 적용을 받는 증권의 권리행사 방법과 상장증권으로서 전자증권제도의 적용을 받는 증권의 권리행사 방법이 달라지고 일반 투자자의 입장에서는 혼선이 생길 수 있다. 특히 증권예탁결제제도는 투자자의 권리 보유형태가 발행회사의 주

36) 자본시장연구원,「전자증권제도의 도입효과 분석」, 2014.
37) 삼일회계법인,「전자증권제도 도입에 따른 사회·경제적 기대효과 연구」, 2017.

주명부에 중앙예탁기관의 명의로 등재되어 실질주주제도의 적용을 받게 되지만, 전자증권제도에서는 실질주주제도가 없으며 발행회사의 주주명부에 직접적으로 나타나게 된다. 제도의 이행과정에서 과도적으로 불가피한 현상일수도 있으나 양 제도를 장기간 병행시에는 전자증권제도 도입 효과가 반감될 수 있고, 제도간 경쟁으로 오인될 소지가 있다.

비상장 기업이라도 장기적으로 제도권 시장에 진입하려는 경우에는 처음부터 전자증권제도를 활용하는 것이 나을 것이다. 사실상 전자증권제도 도입 효과 중 실물 증권 축소 효과는 상장증권보다 비상장증권에서 더 크게 나타난다. 상장기업이 전자증권제도의 적용을 받다가 비상장으로 전환하였을 경우 실물 유가증권을 발행하고 기존의 증권예탁결제제도에 편입되어야 할 필요는 없다. 비상장기업도 신청에 의하여 증권예탁결제제도를 이용할 수 있기 때문이다.

주요국의 사례에 비추어 볼 때 영국의 제도와 같이 투자자의 요청에 의하여 실물 증권을 발행할 수 있도록 하는 경우 하나의 기업이 전자증권제도와 실물 증권 제도를 병행 운영하게 되므로 실물 증권을 폐지하고 전자증권화한다는 제도의 효과가 반감될 수 있다. 따라서 장기적으로는 실물증권에 기초한 증권예탁결제제도를 폐지하고 프랑스와 같이 전면적인 전자증권제도로 일원화할 필요가 있을 것이다.

### 나. 주주의 지위 및 주주명부 기능 강화

둘째, 주주로서의 지위 강화 및 주주명부 기능 강화 장치가 충분한 것인가를 살펴본다. 기존의 증권예탁결제제도와 실질주주제도에서는 투자자가 예탁한 증권은 한국예탁결제원 명의로 주주명부에 등재되므로 평상시 발행회사에서 보유하고 있는 주주명부에는 실질주주가 포함되어 있지 않고 이들을 대신하여 한국예탁결제원이 명의 주주로 등재되어 있었다. 따라서 주주(투자자)의 권리행사는 기본적으로 한국예탁결제원을 경유해야 하는 구조일 수밖에 없다. 실질주주를 포함한 전체 주주명부의 작성주기또한 기존의 증권예탁결제제도에서는 연간 사업보고를 위한 연 1회가 기본이었다. 반면 전자증권제도에서는 주주(투자자)가 주주명부에 직접 등재되므로 발행회사와 주주의 관계는 한국예탁결제원의 개입이 없이

직접적인 관계가 된다. 또한 전자증권제도에서는 전체 주주명부의 기본적 작성 주기가 분기별이므로 주주명부 작성 주기는 크게 늘었다.(전자증권법시행령 제 31조). 그러나 주주명부가 작성되지 않는 평상시에 주주의 지위 확인이나 증명을 위해서는 전자등록기관으로부터 주주(투자자)임을 증명하는 소유자증명서를 발급받아야 한다. 전자등록계좌부와 주주명부가 별도로 존재하는 현재의 제도에서는 불가피한 방식이다.

향후 전자증권법의 전자등록계좌부와 상법의 주주명부와의 관계 설정에 있어서 전자등록계좌부를 주주명부로 간주하는 것을 고려해 볼 필요가 있다.[38] 그러나 현재의 간접보유방식에서는 실시간(또는 매일) 주주명부 작성은 사실상 기술적으로 불가능하다. 따라서 장기적으로 덴마크와 같이 일반 투자자도 전자증권운영기관에 직접 계좌를 보유하는 직접등록방식이 도입된다면 주주명부는 전자등록계좌부와 일체화될 수 있을 것이다. 향후 대부분의 주식회사가 전자증권제도를 이용하게 된다면 주주명부제도 및 회사에 대한 대항력 법리는 폐지하고 양도합의와 이체기재라는 양도의 성립요건을 갖추면 회사에 대항할 수 있는 것으로 보는 것이 타당할 것이다.[39]

장기적인 과제와 아울러 현행 전자증권제도 내에서 주주(투자자)로서 발행회사와의 관계를 강화시킬 수 있는 방안을 강구할 필요가 있다. 여기에는 주주명부 작성을 위한 소유자명세 통지사유 확대, 주주명부 기재사항에 주주의 연락처(전자우편 및 전화번호) 추가, 회사가 주주 확인을 위해 필요한 경우 전자등록기관과 계좌관리기관에 대하여 주주 정보를 요청할 수 있는 권리(정보제공청구권) 부여 등을 고려해 볼 수 있을 것이다.[40]

---

38) 같은 뜻. 정순섭, 「전자증권법 시행에 따른 상법 정비방안」, 2018, 서울대학교 금융법센터, 69쪽.

39) 같은 뜻. 노혁준, “전자증권의 상법상 쟁점에 관한 연구: 주식관련 법리를 중심으로”, 비교사법 제24권 4호(2017), 1645쪽.

40) 박철영, “전자증권제도에 의한 주식제도의 변화와 주주명부의 기능 강화”, 기업법연구 제33권 2호(2019), 119쪽.

### 다. 투자자 보호 장치 강화

셋째, 투자자 보호 장치가 제대로 마련되어 있는가를 살펴본다. 기존의 증권예탁결제제도는 공유권 이론에 의하여 구성되었으므로 예탁자는 예탁증권의 손실이 발생할 경우 연대보전의무를 진다. 그러나 전자증권제도는 전자등록 즉, 기록에 의하여 권리가 직접적으로 인정되며, 잘못된 등록이더라도 선의취득이 법적으로 인정된다. 따라서 예탁자간 공동의 책임이 없고, 전자증권운영기관 및 계좌관리기관의 책임이 지게 된다. 초과 기재 등 오류 발생시 전자증권운영기관과 계좌관리기관의 보전의무는 정해져 있지만, 이들 기관이 파산 또는 우발손실이 발생할 경우에 대비한 투자자 보호 장치 강화가 필요하다. 여기에는 일본의 가입자보호신탁제도나 투자자보호기금 운영제도가 참고가 될 것이다.

### 라. 전자증권제도 규제 방식 개선

넷째, 전자증권운영기관의 규제 방식이 효율적인가를 살펴본다. 전자증권제도는 기존의 증권예탁결제제도에서 변화된 것인데, 증권예탁결제제도는 자본시장법에 의해 규제를 받고, 자본시장법은 금융위원회 소관이다. 반면 전자증권제도는 상법 특히 회사법상의 주요 제도에 대한 예외를 규정하는 것으로 인식되어, 전자증권법은 법무부와 금융위원회 공동소관이며 제도 변경시 두 부처의 중복 규제를 받는다. 전자증권제도 관련 법률이 정비되어 제도가 전면 시행되고 있으므로, 향후의 시장 환경 변화에 전문적, 신속한 대처를 위하여 전자증권운영기관에 대한 규제는 자본시장 정책 전문 부처인 금융위원회로 일원화하는 것이 바람직할 것이다.[41]

41) 고동원, “주식등의 전자등록제도 도입에 따른 관련 법제의 개선 방안”, 예탁결제 제109호 (2019), 14쪽.

## 2. 정보통신기술과 전자증권제도

미국에서의 사례에서 보듯이 1960년말 증권사무위기 후 당시의 컴퓨터 기술 발전이 없었다면 오늘날과 같은 증권시장 하부구조는 형성될 수 없었을 것이다.[42] 오늘날은 4차산업 혁명시대를 맞아 전자증권제도는 새로운 도전에 직면하고 있어 패러다임의 전환이 요구되고 있다.

전자증권제도에서 투자자의 권리는 오로지 전자적 기록에 의해서만 확보된다. 전자적 기록 자체가 권리 인정 수단이다. 전자증권운영기관의 전자등록부는 공시의 효과뿐만 아니라 공신력도 인정이 되며, 선의취득에 있어서도 전자등록부에 기재되면 거래 안전을 위해 기록 그 자체로 권리가 인정이 된다. 기존의 증권예탁결제제도에 비하여 매우 강력한 유통보호 장치가 마련된 것이다. 따라서 전자증권운영기관의 전자적 기록을 유지하는 기술적 시스템은 안전성이 매우 중요하다. 또한 전자증권시스템은 전자증권운영기관 뿐만 아니라 이와 연결되는 금융중개기관, 명의개서대리인 등 관련 제도 운영자 전체가 연결된 시스템이다.[43] 전자증권운영기관 기관 자체의 시스템뿐만 아니라 연계기관의 시스템 위험관리도 중요하다. 우리나라는 전자증권제도가 복층구조이므로 개별 투자자의 권리는 중개기관에서 관리하며, 전자증권운영기관은 중개기관 계좌의 합계수량과 발행회사 계좌의 합계 수량을 관리하기 때문에 여러 중개기관에 분산되어 있는 전자등록부도 전자증권운영기관의 전자등록부와 동일하게 안전성이 요구된다. 정보통신 기술 측면에서는 시스템의 정지 또는 통신지연, 기술적 오류, 해킹 등에 대비한 장치를 마련해야 하며, 시스템 백업센터의 운영 등 안전 강화 시스템이 중요할 것이다.

전자증권제도의 가장 큰 도전은 블록체인 기술로 생각할 수 있다. 블록체인은 분산원장 기술의 하나로서 인터넷에서 익명의 이용자가 제3자

---

42) James McDonald, “Computer and Stocks, Computer Usage”, Fall Issue 1968.

43) 전자증권시스템은 전자증권운영기관인 한국예탁결제원을 중심으로 증권·선물회사 56, 은행 21, 보험회사 224, 자산운용회사 176, 펀드사무관리회사 7, 연기금 5, 외국보관기관 11 등 500개의 금융기관과 발행회사 14,000사 및 명의개서 대리인, 한국은행, 증권거래소, 자금중개회사 등과 시스템적으로 연계되어 있다. 한국예탁결제원 홈페이지(https://www.ksd.or.kr 참조.

의 중앙 신뢰기관 없이 거래기록 등의 무결성과 신뢰성을 확보받을 수 있도록 하는 컴퓨터 기반 기술이다.[44] 유럽의 국제적 중앙예탁기관인 유러클리어(Euroclear)와 증권예탁결제산업의 전문적 컨설팅 기관인 올리버 와이만(Oliver Wyman)의 공동 연구보고서에 의하면, 블록체인 기술의 등장으로 전통적인 중앙예탁기관은 장래에 소멸될 위험에 처해 있다.[45] 그 이유는 다음과 같다.

증권예탁결제제도 및 전자증권제도의 기본 아이디어는 분산된 금융중개기관의 거래를 한 곳에 집중하여 효율화를 기하는 것이다. 분산된 투자자의 거래를 한 곳에서 처리하고 거래 및 지급결제 건수와 금액을 차감하여 리스크를 최소화할 수 있다. 반면 블록체인 기술은 지급결제시스템의 민주화를 추구한다. 즉 금융중개기관 또는 중앙시스템의 개입이 없이 개인투자자간 거래의 인증 및 안정성을 확보하는 기술인 것이다.[46] 분산형 지급결제시스템이 컴퓨터의 발전으로 중앙집중형 시스템으로 신속하게 발전하였으나, 이제 다시 한 차원 높은 정보통신 기술의 발전으로 중앙집중형 지급결제시스템이 다시 분산형으로 변화해야 할 환경에 놓여 있다. 블록체인 기술이 금융산업에 표준적인 방식으로 적용될 경우 기존의 중앙집중식 증권산업 구조는 큰 위협을 받을 것이다.

블록체인의 유형은 개방형(public), 컨소시엄형(consortium), 폐쇄형(private) 으로 구분된다. 개방형 블록체인은 인터넷을 통해 모두에게 공개되는 네트워크이며 폐쇄형은 하나의 운영주체가 시스템을 블록체인으

---

44) 1990년대 최초로 암호화된 블록체인 기술이 소개된 이후 2009년 블록체인 기술을 이용하여 가상화폐인 비트코인을 실제로 현실세계에서 구현하였다. 비트코인은 블록체인 기술을 통해 이중지급(double spending) 문제를 해결한 최초의 가상화폐로 여겨진다. 블록체인은 제3의 신뢰기관(중앙서버) 없이 모든 거래 참여자가 개인간 직접 연결되고, 시장 참여자가 거래 원장을 분산하여 보관하며 분산원장의 기록 갱신 및 기록의 정확성에 대한 검증과 승인은 사전에 정해진 규칙에 따라 처리하고, 모든 과정이 암호화기법에 의해 이루어지므로 높은 보안성이 유지된다는 특징을 지니고 있다.

45) Oliver Wyman, “Blockchain in Capital Markets”, Euroclear, 2016.

46) 사토시 나카모토(Satoshi Nakamoto)의 논문 ‘Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System’ 의 핵심 철학은 금융기관의 개입이 없이 개인간 온라인으로 거래의 결제를 하고자 하는 것이다. 논문 초록의 첫 문장은 다음과 같다. ‘A purely peer-to-peer version of electronic cash would alow online payments to be sent directly from one party to another without going through a financial institution.'

로 관리하는 것이다. 컨소시엄형은 다수의 운영주체가 합의에 의해 운영하는 방식으로 개방형과 폐쇄형의 중간 형태로 볼 수 있다.[47] 자본시장에서 활용될 블록체인 기술은 대부분 컨소시엄 블록체인을 포함한 폐쇄형 블록체인이 될 것이다. 개방형 블록체인이 지닌 기술적 문제와 더불어 플랫폼을 운영하는 주체의 입장에서도 네트워크 전체에 대한 통제가 가능한 폐쇄형 블록체인을 선호할 것이다.[48]

블록체인은 하나의 시스템 혹은 플랫폼을 구성하고 운영하는 기반 기술이다. 자본시장에서 거래 자체를 블록체인으로 하기에는 현재의 기술로는 불가능하고, 블록체인 기술은 대부분 증권지급결제시스템에서 활용이 추진되고 있다.[49]

현재로서는 블록체인 기술을 활용하여 기존의 법적 장부를 분산원장으로 대체할 수 있는 법적 지원 및 근거가 부족하다. 특히 금융분야는 블록체인 기술의 활용보다 금융소비자보호를 위한 규제가 중요할 수 있다.[50] 향후 블록체인 기술은 크게 발전할 것으로 예상되는데, 블록체인과 분산원장기술을 금융권에서 활용하려면 기술적 측면 외에도 제도적, 법적 검토가 필요할 것이다.

---

47) 개방형 블록체인은 비트코인, 폐쇄형 사례는 나스닥의 Linq(비공개기업거래소시스템), 컨소시엄형 사례는 Hyperledger, R3CEV를 들 수 있다.

48) 권민경/조성훈, 「4차 산업혁명과 자본시장-인공지능과 블록체인-」, 자본시장연구원, 2018, 73쪽.

49) 해외에서 블록체인을 활용한 자본시장 인프라 구축의 대표적 사례로는 호주와 싱가포르 사례를 들 수 있다. 호주의 증권지급결제시스템은 2016년 분산원장기술(DLT: Distributed Ledger Technology)을 사용한 프로토타입을 개발한 이후 허가형 분산원장(permissioned distributed ledger)로 구축되고 있으며, 폐쇄형 블록체인으로서 호주증권거래소(ASX)는 하나의 노드인 동시에 관리자 역할을 한다. 싱가포르 통화청(MAS)는 블록체인을 이용한 동시결제 플랫폼 개발 프로젝트(Ubin)를 추진하고 있다. 1차적으로 중앙은행의 실시간 총액결제시스템(RTGS: Real Time Gross Settlement)을 디지털 통화를 이용한 방식으로 구현하고 향후 다자간 차감(Multilateral Netting), 토큰(token)화된 증권과 현금의 동시결제, 자금과 증권의 국제간 결제를 목표로 하고 있다.

50) 정승화, “블록체인과 분산장비 기술의 도입을 위한 법적 고찰”, 선진상사법률연구 제 80호(2017), 372쪽.

## Ⅴ. 결론

우리나라에서 2019년 전자증권제도의 도입 또는 시행은 전자증권제도의 법제화를 의미한다고 볼 수 있다. 우리나라에서 주식, 채권의 전자화는 이미 증권예탁결제제도를 통하여 수십 년 전부터 점차적으로 확대 적용되어 왔고, 전자증권제도의 법제화 작업 기간도 10여년에 걸쳐 진행되는 동안 증권의 전자화는 급속히 진행되어 전자증권제도로의 전환 시점에서 우리나라 증권시장의 무권화 즉, 전자화 비율은 99%에 이르렀다. 이러한 사실상의 전자증권화 상태에서 법적인 증권전자제도로의 완전한 전환은 큰 무리가 없이 진행될 수 있었다.

전자증권의 법제화로 제도적 기반은 완성되었지만 제도적, 정책적 과제는 여러 측면에서 살펴볼 수 있다. 가장 중요한 것은 전자증권시스템의 안정적 운영이라 할 것이며, 블록체인을 중심으로 한 4차 산업혁명에도 적극적으로 대응해야 할 시점에 놓여 있다.

(논문투고일: 2019.12.02, 심사개시일: 2019.12.12, 게재확정일: 2019.12.19)

**문판수**

전자증권, 무권화, 부동화, 예탁결제, 블록체인

# 【참 고 문 헌】


## Ⅰ. 국내 단행본

임중호, 「독일증권예탁결제제도」, 법문사, 1996.
정경영, 「전자금융거래와 법」, 박영사, 2007.
증권예탁원, 「영국증권예탁결제제도」, 청정문화주식회사, 1998.
한국예탁결제원, 「증권예탁결제제도」, 박영사, 2018.

## Ⅱ. 국내 연구보고서

권민경/조성훈, 「4차 산업혁명과 자본시장-인공지능과 블록체인-」, 자본시장연구원, 2018.
삼일회계법인, 「전자증권제도 도입에 따른 사회·경제적 기대효과 연구」, 2017.
자본시장연구원, 「전자증권제도의 도입효과 분석」, 2014.
정순섭, 「전자증권법 시행에 따른 상법 정비방안」, 서울대학교 금융법센터, 2018.
천창민/배승욱, 「4차 산업혁명이 자본시장과 후선인프라에 미치는 영향」, 자본시장연구원, 2017.

## Ⅲ. 국내 논문

고동원, “주식등의 전자등록제도 도입에 따른 관련 법제의 개선 방안”, 예탁결제 제109호(2019), 5쪽~41쪽.
김건식, “미국의 증권예탁결제제도”, 비교사법 제3권 2호(1996), 55쪽~78쪽.
노혁준, “전자증권법의 상법상 쟁점에 관한 연구: 주식관련 법리를 중심으로”, 비교사법 제24권 4호(2017), 1645쪽~1708쪽.
박철영, “전자증권제도에 의한 주식제도의 변화와 주주명부의 기능 강화”, 기업법연구 제33권 2호(2019), 119쪽~150쪽.

원용수, “프랑스의 증권예탁결제제도”, 비교사법 제3권 2호(1996), 83쪽~106쪽.

정경영, “금융환경 변화에 대한 법적 대응에 관한 연구”, 성균관법학 제21권 3 호(2017), 617쪽~642쪽.

정승화, “블록체인과 분산장비 기술의 도입을 위한 법적 고찰”, 선진상사법률연구 제 80호(2017), 351쪽~379쪽.

정찬형, “전자증권제도 도입에 따른 관련 제도의 정비·개선”, 예탁결제 제100호(2017), 2쪽~74쪽.

## Ⅳ. 국외 자료

David C. Donald, “The Rise and Effects of the Indirect Holding System: How Corporate America Ceded Its Shareholders To Intermediaries”, Institute for Law and Finance, 2007.

DTCC, “A Proposal To fully Dematerialize Physical Securities, Eliminating The Costs And Risks They Incur”, A White Paper to the Industry, 2012.

Kenneth D. Grabade, “Origins of the Federal Reserve Book-Entry System”, FRBNY Economic Review, 2004.

Oliver Wyman, “Blockchain in Capital Markets”, Euroclear, 2016.

Satoshi Nakamoto, “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System”, www.bitcoin.org., 2008.

石川 裕 外, 「株券電子化: その實務と移行のすべて」, 金融財政事情研究會, 2008.

## Abstract

# Implementation of the Electronic Securities System and Tasks in the Future in Korea

PanSoo Moon
Ph.D. in Finance, Ph.D. Candidate in Law, Sungkyunkwan University

This paper analyzes the main contents of the electronic securities system implemented on September 16, 2019 and proposes future policy tasks in Korea securities market. As a result of analyzing the process of introducing the electronic securities system of major countries such as the United States, Germany, France, the United Kingdom and Japan, it was found that each country have adopted the electronic securities system through a similar channel. Advanced capital markets are undergoing an evolutionary process of transition from a certificated securities era to the immobilization era, to the dematerialization era, and finally to electronic securities systems. In Korea, the introduction of the electronic securities system was introduced step by step in order to alleviate the socio-economic shocks, and the introduction of the electronic securities system is expected to have significant economic effects on the entire capital market. The future of the electronic securities system is required to harmonize with the blockchain technology of the fourth industrial revolution. The centralized securities depository and settlement system is facing the challenge of evolving from centralized to distributed.

PanSoo Moon

Electronic Securities, Immobilization, Dematerialization, Securities Deposit and Settlement, Blockchain

# 직무발명보상금 산정을 위한 발명자 공헌도(dedication rate) 산정

文 麗 花*
정 차 호**

【목 차】

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 발명자 공헌도를 책정한 우리나라 판결의 검토
1. - 39. 각 판결 소개
40. 소결
III. 발명자 공헌도 책정에 관한 우리나라 선행 연구의 검토
1. 최동배 연구
2. 윤선희 연구
3. 조영선 연구
4. 박태일 연구
5. 기타 연구
6. 소결
IV. 발명자 공헌도를 책정한 일본 판결의 검토
1. - 32. 각 판결 소개
33. 소결
V. 일본의 발명자 공헌도의 법리
1. 昭和34年(1959) 특허법 제35조 제4항의 법리
2. 平成16年(2004) 특허법 제35조 제5항의 법리
3. 소결
VI. 발명자 공헌도에 관한 일본에서의 선행 연구 검토
1.이이다히데사도·와세모도카준노리(飯田秀鄕·早稻本和德) 연구
4. 쵸우사타카사(帖佐隆) 연구
5. 아카모토히로시(秋元浩) 연구
6. 마키야마코오이치(牧山皓一) 연구
7. 카게야마코우타로우(影山光太郎)연구
8. 카다무라히로시(北村博) 연구
9. 소결
VII. 발명자 공헌도 계산공식을 제시한 독일 사례의 연구
1. 직무(b1)의 결정
2. 기술출처(b2)의 결정
3. 직위(b3)의 결정
VIII. 발명자 공헌도 책정기준의 정립
1. 발명창출 후 사정의 고려 불가
2. 기준 공헌도 20%의 제시
3. 상향요소 및 하향요소의 정리
4. 전형적인 중간 요소들, 무관한 요소들 제시
5. 기술분야별 차이 고려
6. 중소기업의 고려
7. 보상액수(회사의 이익액과)와 공헌도는 무관
8. 최소한의 공헌도
9. 프로그램에 의한 공헌도 제시의 가능성

* 中國 烟台大學 法學院 助教授(大学講師).
** 성균관대학교 법학전문대학원 교수.

2. 요시다히로시(吉田広志) 연구
3. 마야마준지(三山峻司) 연구
10. 연구개발비는 공헌도가 아니라 이익률에서 산정
11. 제품개발 리스크 v. 연구개발 리스크
Ⅸ. 결론

## 【국 문 요 약】

이 글은 직무발명의 창출을 위하여 발명자가 공헌한 정도, 즉, 발명자 '공헌도(貢獻度)'를 산정하는 법리를 연구하였다. 그 연구를 위하여, 필자는 우리나라의 판례 및 학설과 나아가 일본의 판례 및 학설을 두루 살펴보았다. 그래서, 다음이 파악되었다. 우리나라에서 공헌도를 산정한 39개 판결을 입수하여 분석한 결과, 공헌도 산정을 위하여 발명창출까지의 사정만 고려한 24개 판결과 발명창출 후의 사정까지도 고려한 15개 판결을 구분할 수 있었다. 그에 따르면, 우리 법원이 발명자 공헌도에 관한 개념을 일의적(一義的)으로 정립하지 못하고 있는 것으로 평가된다. 이 글은 발명자 공헌도는 발명창출까지 회사가 공헌한 바와 대비되는 발명자가 공헌한 바의 비율이라고 정의한다. 그 정의가 현행 발명진흥법 제15조 제6항의 문언("발명의 완성에 사용자등과 종업원등이 공헌한 정도")과 어울린다고 생각된다. 그러므로 공헌도 산정에서 발명창출 후의 사정은 고려되지 않아야 한다.

일본에서는 2004년까지는 공헌도 산정에 있어서 발명창출 후의 사정을 고려한 판결과 고려하지 않은 판결로 나누어졌었다. 그러나, 2004년 특허법 개정을 통하여 발명창출 후의 사정도 고려할 수 있음이 명확해졌다(일본 특허법 제35조 제5항). 이 글은 일본의 그 법개정이 다음과 같은 이유로 큰 실수라고 주장한다. 첫째, 발명창출 후의 사정 중 상업화노력, 자금투여 등의 사정은 '실시료율'에서 이미 반영이 되었으므로 이중으로 반영되지 않아야 한다. 둘째, 발명창출 후의 여러 사정 중 공헌도 산정에서 고려될 수 있는 사정과 고려될 수 없는 사정을 구분하는 것이 극히 어렵다. 셋째, 발명창출 후의 모든 사정을 공헌도 산정에서 고려하

게 되면 공헌도는 매우 낮은 것이 되어야 한다. 넷째, 직무발명제도의 원산지인 독일에서는 공헌도를 산정함에 있어서 발명창출까지의 사정만을 고려한다. 그러므로, 우리 법원은 지금부터라도 발명자 공헌도를 산정함에 있어서 발명창출까지의 사정만을 고려하여야 한다.

공헌도를 산정한 우리나라의 39개 판결에서의 공헌도 중앙값은 20%이었고, 일본의 32개 판결에서의 공헌도 평균값은 약 14%이었다. 이 글은 그 중앙값 20%를 기준치로 삼는 산정방법을 제안한다. 주어진 사건에서 공헌도를 상향하는 사정 및 하향하는 사정을 종합적으로 고려하여 기준치보다 더 높은 또는 더 낮은 최종 공헌도를 산정할 수 있을 것이다. 그러한 사정에는 기술분야의 차이, 기업의 규모 등의 사정이 포함될 것이다. 일반적으로는 (대규모 투자가 필요한) 제약분야에서는 발명자의 공헌도가 낮은 편이고, (개인의 역량이 중요한) 소프트웨어분야에서는 발명자의 공헌도가 높은 편이다. 중소기업에서는 회사의 조직적 능력보다는 개인의 역량이 상대적으로 더 중요하므로, 중소기업 직무발명에서의 발명자의 공헌도가 상대적으로 더 높을 것이다. 공헌도를 산정하면서 연구개발비를 고려하는 사례가 많은데, 연구개발비는 이익률에서 반영되는 것이므로 공헌도 산정에서는 별도로 고려되지 않아야 한다. 다만, 대규모 투자, 위험한 투자 등은 비용의 문제가 아니라 위험(risk)감수의 문제로서 공헌도 산정에서 고려될 수 있다.

## I. 서론

직무발명보상금은 (해당 직무발명으로 인한) 회사의 이익(A)에 (공동발명자 전체로서의) 발명자 공헌도(B) 및 원고의 (공동발명자 중) 지분율(C)을 곱하여 구한다.[1)2)] 이 글은 그 세 가지 요소 중 발명자 공헌도(B) 산정에 관하여 논한다. 아래에서 자세히 살펴보는 바와 같이 공헌도 산정에 관한 기존의 연구가 매우 부족하고, 법원의 공헌도 책정도 일관성을 갖추지 못하고 있다고 생각된다. 직무발명보상금은 계산 또는 산정을 하게 되는데, 공헌도는 계산 또는 산정을 한다기보다는 주어진 사안에 어울리는 공헌도를 적당히 선택 또는 책정하는 작업이라는 평가도 가능하다.[3)] 그러나, 이 글은 공헌도를 적당히 '책정'하는 것이 아니라 어느 정도의 정확성을 가지고 '산정'하는 법리를 제시하고자 한다.

한편, 발명자가 발명의 창출에 이바지한 정도를 지칭하는 용어로는 '기여(contribution)'보다 '공헌(dedication, 貢獻)'이 더 적절하다. 기여도 등의 용어가 사용될 수 있으나, 인간인 발명자가 발명의 창출에 이바지한 정도를 나타내는 용어로는 인간미가 느껴지는 공헌도가 기여도보다 더 적절하다고 생각된다. '독립투사의 기여'라는 표현보다는 '독립투사의 공헌'이라는 표현이 더 적절하다.[4)] 아마도 그러한 취지에서, 구 특허법 및

---

1) 서울중앙지방법원 2012. 9. 28. 선고 2011가합37396 판결("직무발명보상금의 구체적인 액수는 원칙적으로 ① 그 직무발명에 의해 사용자가 얻을 이익의 액(사용자의 이익액),② 발명에 대한 사용자 및 종업원의 공헌도(발명자 보상률), 공동발명자가 있을 경우 그 중 발명자 개인의 기여도(발명자 기여율)등의 요소를 종합적으로 고려하여 산정함이 상당하다.").

2) 공동발명자 중 원고의 몫을 '기여도'라고 칭하는 것이 일반적인데, '기여도'는 다른 장면에서 사용되는 것이 더 적합하므로 이 글에서는 그것을 (공동발명자 중 원고의) '지분율'이라고 칭한다. 직무발명신고서에 각 공동발명자의 지분율을 기재하는 실무를 반영한 용어이다.

3) 대전지방법원 2016. 7. 7. 선고 2014가합7906 판결("다만 [직무발명보상금] 계산식의 여러 인자를 엄격한 증명에 의하여 인정하는 것은 성질상 극히 곤란한 경우가 많으므로, 앞서 든 증거들 및 변론 전체의 취지를 종합하여 상당한 값을 정하기로 한다."). 여기서의 '정한다'는 것이 산정보다 책정에 더 가깝다고 생각된다.

4) 국가보훈기본법 제1조("이 법은 국가보훈(國家報勳)에 관한 기본적인 사항을 정함으로써

현 발명진흥법도 '공헌'이라는 용어를 사용하고 있다.[5][6] 일본 특허법 제35조 제5항도 '공헌'이라는 용어를 선택하였다.[7]

먼저, 발명자의 '공헌도'가 무엇인지를 명확하게 정의할 필요가 있다. 필자는 직무발명은 회사와 종업원이 협력하여 창출하는 것이며, 그 "발명의 창출까지 발명자 종업원이 공헌한 바와 회사가 공헌한 바의 총합에서 발명자 종업원이 공헌한 바의 비율이 발명자의 공헌도"라고 정의한다.[8] 그러므로 공헌도를 산정하는 것은 발명의 창출에 회사와 발명자

---

국가를 위하여 희생하거나 공헌한 사람의 숭고한 정신을 선양(宣揚)하고 그와 그 유족 또는 가족의 영예로운 삶과 복지향상을 도모하며 나아가 국민의 나라사랑정신 함양에 이바지함을 목적으로 한다.").

5) 구 특허법(2006. 3. 3. 법률 제7869호로 개정되기 전의 것) 제40조 제2항("제1항의 규정에 의한 보상의 액을 결정함에 있어서는 그 발명에 의하여 사용자등이 얻을 이익의 액과 그 발명의 완성에 사용자등 및 종업원등이 공헌한 정도를 고려하여야 한다. 이 경우 보상금의 지급기준에 관하여 필요한 사항은 대통령령 또는 조례로 정한다."); 현 발명진흥법 제15조 제6항("사용자등이 제2항부터 제4항까지의 규정에 따라 종업원등에게 보상한 경우에는 정당한 보상을 한 것으로 본다. 다만, 그 보상액이 직무발명에 의하여 사용자등이 얻을 이익과 그 발명의 완성에 사용자등과 종업원등이 공헌한 정도를 고려하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.").

6) 발명자를 존경하는 의미에서도 발명자의 역할에 '공헌'이라는 용어를 사용하고 싶다. 한편, 회사의 역할에 (존경의 의미를 담는) 공헌이라는 용어를 사용하는 것은 약간 어색한 면이 있다. 그러나, 회사의 공헌도라고 부르는 경우보다 발명자의 공헌도라고 부르는 경우가 더 많으므로 그 어색함은 감수할 수 있다.

7) 일본 특허법 제35조 제5항("前項の対価についての定めがない場合又はその定めたところにより対価を支払うことが同項の規定により不合理と認められる場合には、第三項の対価の額は、その発明により使用者等が受けるべき利益の額、その発明に関連して使用者等が行う負担、貢献及び従業者等の処遇その他の事情を考慮して定めなければならない。")("전항의 대가에 대한 정함이 없는 경우 또는 그 정한 바에 따라 대가를 지불하는 것이 같은 항에 의해 불합리하다고 인정되는 경우에는 제3항의 대가액은 그 발명에 의해 사용자등이 받아야 하는 이익의 금액, 그 발명과 관련하여 사용자등이 하는 부담, 공헌 및 종업원등의 처우 그 밖의 사정을 고려하여 정하여야 한다.")("Where no provision setting forth the value as provided in the preceding paragraph exists, or where it is recognized under the preceding paragraph that the amount of the value to be paid in accordance with the relevant provision(s) is unreasonable, the amount of the value under paragraph (3) shall be determined by taking into consideration the amount of profit to be received by the employer, etc. from the invention, the employer, etc.'s burden, contribution, and treatment of the employee, etc. and any other circumstances relating to the invention.").

가 각각 어느 정도로 역할을 하였는지를 판단하는 작업과 다르지 않다. 그래서, 발명이 창출된 후의 사정은 공헌도 책정과 무관하다. 사실 발명이 창출된 후에는 발명자 종업원이 공헌하는 바는 거의 없다고 보아도 무방하다.[9] 여러 판결 및 논문에서 발명창출 후의 사정을 공헌도 산정에서 고려하는 오류를 범하고 있는데,[10] 그러한 사정은 회사의 이익(A)을 산정함에 있어서 고려되는 것일 뿐 공헌도 산정에 있어서는 고려되지 않아야 한다. 이에 대하여는 아래에서 따로 상세히 설명된다.

직무발명보상금 산정에 있어서 발명자의 공헌도(B)가 가장 중요하다는 설명이 있는데,[11] 사실 가장 중요한 것은 (대상 직무발명으로 인한) 회사의 이익(A)이다. (아래에서 살펴보는) 판례에 의하면 공헌도는 5-50% 범위에서 변하고 통상 10-30% 범위에서, 즉 3배 내지 10배의 범위에서 변하지만, 회사의 이익은 산정방식에 따라 10배 이상 크게 변하므로 후자가 더 중요한 것이다.[12] 그러나 보상금을 청구하는 원고(발

8) '발명자 보상율'이라고 칭하기도 한다. 강영수, "직무발명보상금", 「정보법판례백선(I)」, 박영사, 2006, 153면.

9) 발명자 종업원이 해당 직무발명을 특허출원하는 과정, 심사를 받는 과정에서 약간의 역할을 하는 정도인데, 그 역할은 월급을 받는 종업원으로서의 당연한 것이지, 발명자로서의 창작의 행위가 아니다.

10) 牧山皓一, "職務発明における相当の対価-発明者貢献度の算定についての一考察-", 「パテント」 Vol. 63 No. 4, 2010, 94-95頁("発明者(または使用者)の貢献を割合で算定するとした場合に, どの段階までの貢献を算定するかが問題となる。すなわち, 発明がなされるまでの段階か, 発明を特許出願して権利化されるまでの段階か, 特許権を活用して利益が得られるまでの段階か, である…旧法下の多くの裁判例では, 発明がなされた後の貢献も評価要素としているが, これと反する裁判例もある。もっとも, 改正後の特許法第35条第5項は, 「…第三項の対価の額は, その発明により使用者等が受けるべき利益の額, その発明に関連して使用者等が行う負担, 貢献及び従業者等の処遇その他の事情を考慮して定めなければならない。」と規定しており, 発明完成後の貢献も算定要素とすることが明確になっている。").

11) 정연덕, "직무발명보상기준에 관한 연구", 「창작과 권리」 제67호, 세창출판사, 2012, 21-22면("한국에서는 80여 건의 직무발명보상에 관한 사건이 있는 것으로 추정되고 '종업원의 공헌도'가 제일 중요한 요소로 고려되고 일본의 경우도 마찬가지이다.")(김준효, "특허분쟁과 직무발명보상제도", 「발명특허」 제36권 제11호, 한국발명진흥회, 2011, 56면 인용)("한국에서는 80여 건으로 추정되는 '직무발명보상금'에 관한 사건들이 있었던 것으로 보인다. 그리고 위 공식에서 '발명자(들) 공헌도'가 가장 중요한 요소인데, 대체로 '발명자(들) 공헌도'를 한국의 판례들은 3~30%로 인정하며, 일본의 판례들도 비슷하다.").

명자)의 입장에서 공헌도도 당연히 중요하다. 공헌도를 10%로 인정받는 것과 20%로 인정받는 것은, 예를 들어, 각각 1억원과 2억원의 보상금을 만든다. 그 차이(1억원)로 소송비용을 너끈히 충당할 수 있다.

이 글은 공헌도를 책정한 가급적 많은 판결들을 소개하고 그 판결들을 해석한 논문들을 검토한 후, 첫째, 통상적인 사안에서 기준이 될 수 있는 소위 기준 공헌도를 제시하고, 둘째, 공헌도를 높이는 요소와 낮추는 요소를 정리하여 제시하고, 셋째, 궁극적으로 법원이 대상 사안에서 공헌도를 산정할 수 있는 기준 또는 가이드라인을 제시하고자 한다.

## II. 발명자 공헌도를 책정한 한국 판결의 검토

아래는 발명자 공헌도를 산정한 판결들이 고려한 사정들을 정리한 것이다. 공헌도와 무관한 사정, 즉, 발명의 창출 후의 사정, 비용과 관련된 사정 등은 밑줄("__")로 표시하였다.

### 1. 수원시시설관리공단 프로그램 직무발명 50% 사건[13)]

수원지방법원은 피고 회사가 대상 프로그램의 발명을 위하여 원고에게 연구비를 지급하거나 일반 직원에게는 제공되지 않는 기자재를 제공하는 등 특별한 지원을 하였다는 사정이 보이지 않는 점, 원고가 연구원이 아니었던 점, 원고의 업무가 대상 발명의 성격과 동떨어진 점, 원고가 다른 직원으로부터 도움을 받은 바가 없었던 점 등을 고려하여 원고가 주장하는 공헌도 50% 전부를 인용하였다. 또한, 대상 발명이 프로그램 발명이라는 점도 높은 공헌도에 기여하였을 것으로 생각된다.

---

12) 삼성디스플레이 LCD 구성부품 발명 관련 서울중앙지방법원 2016. 6. 23. 선고 2014가합512263 판결에서 원고가 주장한 이익과 법원이 인정한 이익에 357배의 차이가 발생하였다.
13) 수원지방법원 2010. 6. 25. 선고 2009가단56852 판결.

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| | ① 피고 회사가 대상 프로그램의 발명을 위하여 원고에게 연구비를 지급하거나 일반 직원에게는 제공되지 않는 기자재를 제공하는 등 특별한 지원을 하였다는 사정이 보이지 않는 점<br>② 원고의 업무가 대상 발명의 성격과 동떨어진 점<br>③ 원고가 다른 직원으로부터 도움을 받은 바가 없었던 점 |

### 2. 에이케이켐텍 완전 비드상 고흡수성 수지 직무발명 50% 사건[14)]

대전지방법원은 다음과 같은 점들을 고려하여 공헌도를 50%로 책정하고 결과적으로 보상금을 7,687,125원으로 산정하였다. 최근 공헌도 50%를 인정하는 사례가 흔치 않다는 점을 감안하면 대상 발명의 특별함을 감안하더라도 공헌도 50%는 높은 것이었다고 생각된다. 한편, 보상금 액수가 지나치게 낮아지는 것을 방지하기 위하여 공헌도를 다소 높게 책정했을 가능성이 엿보인다.

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① <u>원고는 대상 발명에 따라 피고로부터 직무발명보상금을 수령함</u><br>② 발명의 완성을 위해서 반복적인 시험과 평가가 필수적이며, 원고는 대상 발명을 완성하는 과정에서 피고의 인적·물적 자원을 이용함 | 원고가 대상 발명의 시험을 시행하며 발명을 주도한 점 |

14) 대전지방법원 2016. 7. 7. 선고 2014가합7906 판결.

### 3. 정다운 기능성오리를 사육하기 위한 사료 조성물 직무발명 50% 사건[15)]

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 원고 및 공동발명자들은 피고 회사에 재직하면서 대상 발명을 완성함<br>② 발명의 완성 과정에서 피고 회사의 인적 자원, 각종 자재 및 시설을 일정 정도 이용한 것으로 보이는 점<br>③ 대상 발명의 출원 및 등록에 있어서도 피고 회사의 비용과 노력이 일정 정도 투입된 것으로 보이는 점 | 원고가 피고 회사 입사 이전부터 연구하여 오던 주제였던 점 |

위에서 피고 회사에게 유리한 점이 3점으로 많은 것으로 보이나, 그 세 요소는 일반적인 직무발명에서의 일반적인 사항에 불과하여 회사에게 썩 유리하게 작용하였을 것으로 생각되지 않는다. 그러나, 원고가 피고 회사에 입사하기 전부터 그 주제를 연구하여 왔던 점은 매우 특이한 것으로서 원고의 공헌도를 높게 볼 중요한 사정으로 작용하였을 것이다.

### 4. 에스티에스 논스톱상식의 트레이 공급장치 직무발명 50% 사건[16)]

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 원고는 피고 회사에 재직하면서 대상 발명을 완성함<br>② 발명 완성 과정에서 피고 회사의 자원, 각종 자재 및 시설을 일정 정도 이용한 것으로 보이는 점 | |

15) 수원지방법원 2014. 10. 28. 선고 2013가합12788 판결.
16) 수원지방법원 2014. 8. 26. 선고 2013가합9003 판결.

| | |
|---|---|
| ③ 대상 발명의 출원 및 등록에 있어서도 피고 회사의 비용과 노력이 일정 정도 투입된 것으로 보이는 점 | |

대상 판결에서는 원고에게 유리한 점을 제시하지 않으면서도 원고의 공헌도를 높게(50%) 책정하였다. 한편, 피고에게 유리한 점도 중요한 것이 아니거나 발명창출 후의 사정에 불과하다. 피고가 중소기업인데, (연구개발에 대규모 투자를 할 수 없는) 중소기업에서는 발명자 개인의 역할이 더 중요해진다는 점을 보여주는 사례라고 생각된다.

### 5. 백산오피씨 카트리지의 감광드럼 착탈기구 직무발명 40% 사건(프로그램, 6번의 1심)[17]

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 원고는 피고 회사의 입사 후 관련 기술을 구체적으로 알게된 후 이를 기초로 대상 발명을 구성한 점<br>② 피고 회사는 원고로부터 대상 고안에 대한 보고를 받은 후 제작과 전람회 출품, 금형 제작, 실용신안 출원 등을 비롯하여 이를 실제로 제품에 구현하는 작업을 주도적으로 진행하였음<br>③ 원고는 피고의 지휘·감독에 따라 근무시간 중 피고 회사 사무실에서 직무 과제의 하나로서 대상 고안 관련 업무를 처리하였음 | ① 원고는 피고 회사에 대상 고안의 창작을 위하여 CAD 프로그램의 사용 승인을 요청하였으나 피고 회사는 허락하지 않음<br>② 원고는 개인적으로 위 프로그램을 구하여 도면을 작성한 점<br>③ 원고가 피고 회사에서 실제로 근무한 기간은 4개월 정도인 점 |

17) 서울고등법원 2013. 1. 10. 선고 2011나100994 판결.

| | |
|---|---|
| ④ 대상 고안 관련 업무에 관한 비용은 모두 피고 회사가 부담한 점 | |

대상 사안에서 피고 회사에게 유리하였던 점은 가중치(중요도)가 낮은 반면, 원고 종업원에게 유리하였던 점은 특이한 것으로 중요성을 인정받을 수 있었고, 그래서 결과적으로 공헌도가 비교적 높은 40%로 책정되었다.

### 6. 백산오피씨 카트리지의 감광드럼 착탈기구 직무발명 40% 사건[18)]

서울중앙지방법원은 다음의 점들을 감안하여 공헌도를 40%로 인정하고 결과적으로 보상금을 27,220,550원으로 산정하였다. 그 점들 중 회사에게 유리한 점들은 중요하지 않은 것들이고 발명자에게 유리한 점들은 중요한 것들이어서 40%의 책정이 어느 정도 타당성을 가진다고 생각된다.

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 원고는 피고의 특허부서에 근무하고 대상 발명은 피고의 주된 업무범위에 속하였다는 점<br>② 대상 발명이 제작 과정에서 피고 회사의 기술이사가 그 과정을 주도한 점 | ① 원고가 대상 발명에 대한 창작, 이를 구현하기 위한 제작 작업 및 설계 수정 등의 작업의 실무를 담당한 점<br>② 원고가 대상 발명의 창작과정에서 피고 회사의 프로그램의 사용승인을 요청했지만 허락하지 않은 점<br>③ 원고가 사적으로 대상 발명의 도면을 작성한 점 |

18) 서울중앙지방법원 2011. 10. 27. 선고 2010가합105100 판결.

### 7. 정다운 오리 훈연제품을 제조하는 방법 및 상기 방법으로 제조된 오리 훈연제품 40% 사건[19)]

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 대상 발명은 피고 회사에 재직하면서 연구를 시작하게 된 주제인 점<br>② 원고 및 공동발명자들은 피고 회사에 재직하면서 대상 발명을 완성함<br>③ 대상 발명을 완성하는 과정에서 피고 회사의 인적 자원, 각종 자재 및 시설을 일정 정도 이용한 것으로 보이는 점<br>④ 대상 발명의 출원 및 등록에 있어서도 피고 회사의 비용과 노력이 일정 정도 투입된 것으로 보이는 점 | |

위에서 피고 회사에게 유리한 점은 가중치(중요도)가 낮은 것일 뿐이고, 더욱이 ④요소는 발명의 창출 후의 사정이어서 무관하기까지 하였다. 그래서, 원고 종업원에게 특별히 유리한 사정이 제시되지 않았음에도 불구하고 비교적 높은 40%가 책정되었다. 중소기업에서 원고의 개인역량이 중요하다고 본 사안이라고 생각된다.

### 8. 하이닉스 MPEG 발명 30% 사건[20)]

서울고등법원은 피고 회사(하이닉스)가 4차례에 걸쳐 카이스트에 연구를 위탁한 점, 연구기간이 긴 점에도 불구하고 원고들이 피고 회사(하이닉스)에 입사하기 전부터 관련 연구를 한 점, 특허등록을 위하여 별도의 노력을 하였다는 점, 피고 회사가 관련 연구를 수행한 경험이 없었다는

19) 수원지방법원 2014. 10. 28. 선고 2013가합12788 판결.
20) 서울고등법원 2008. 4. 10. 선고 2007나15716 판결.

점, 발명이 소프트웨어 분야라는 점, 별도의 연구기자재, 연구비용의 지원이 없었다는 점 등을 고려하여 공헌도를 30%로 인정하였다. 해당 기술분야가 소프트웨어 분야라는 점 및 발명자가 입사 전부터 해당 분야에 전문성을 축적하여 왔었다는 점 등이 30%라는 높은 공헌도를 인정하게 만들었다고 생각된다. 피고 회사가 관련 연구를 수행한 경험이 없었다는 점까지 감안하면 30%보다 더 높은 공헌도의 인정도 가능하였던 사례라고 생각된다.

### 9. 이례적으로 높은 30%를 인정한 유비프리시젼 사건[21)]

서울중앙지방법원은 회사가 연구과제를 결정한 점, 원고가 연구원이었던 점, 회사가 연구비, 연구기자재를 제공한 점 등을 고려하면서도 공헌도를 30%로 인정하였다. 지극히 평범한 사안이므로 중앙값인 20%가 더 적당한 사건에서 평균치보다 높은 공헌도를 인정한 사례라고 생각된다. 한편, 30%가 타당하였다고 평가할 수 있게 만드는 점은 피고가 중소기업이라는 점이라고 생각된다.

### 10. 브이원텍 압흔검사기 발명 30% 사건[22)]

서울남부지방법원은 회사가 연구인력 채용, 연구비 지원 등을 하였으나, 특허발명의 성격상 연구비보다 연구자의 능력이 중요하다는 점, 연구투자가 크지 않았고, 발명기간이 약 1년으로 비교적 단기인 점 등을 고려하여 공헌도를 30%로 인정하였다. 연구자의 개인역량이 중요하였다는 점이 30%라는 높은 공헌도를 인정하게 만든 것으로 생각된다.

### 11. 이수화학 알킬머캅탄 제조방법 발명 30% 사건[23)]

---

21) 서울중앙지방법원 2010. 6. 17. 선고 2009가합87404 판결.
22) 서울남부지방법원 2009. 9. 11. 선고 2008가합4316(본소) 판결.
23) 서울중앙지방법원 2005. 10. 28. 선고 2004가합91538 판결.

서울중앙지방법원은 피고 회사가 연구과제의 기획 및 결정, 물적·인적 토대의 제공, 기존에 축적하여온 촉매 관련 노하우 등 제반사정을 고려하여 종업원의 공헌도를 30%로 인정하였다. 원고 종업원에게 유리한 사정은 제시되지 않았는데 반해, 피고 회사가 노하우 등 관련 기술을 축적하여왔다는 점은 피고 회사에게 유리한 중요한 점이므로, 중앙값 20% 또는 그보다 낮은 공헌도가 적당하였는데, 법원은 30%라는 비교적 높은 공헌도를 인정하였다.

### 12. 신신상사 족구화 발명 30% 사건[24)]

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 원고가 대상 발명을 하게 된 것은 피고의 직원들이나 피고의 기존 연구성과 등으로부터 상당한 도움을 받음<br>② 대상 발명이 제품화하여 생산 전에 반복적인 시험과 평가를 거쳤던 것으로 보임(이러한 절차가 없었다고 하더라도 기준시험과 평가결과가 집적됨에 따라 그 효과를 예측할 수 있음)<br>③ 원고의 대상 발명은 종래의 고안에서 벗어난 착상이 아니라 종래의 고안을 변형시킨 것임<br>④ 원고가 대상 발명의 내용을 정리하는 과정에서 피고와 계약관계에 있는 변리사와 금형업체의 도움을 받음 | 원고가 스스로 대상 발명의 내용에 관한 최초 착상을 하고 이를 구체화하여 대상 발명을 완성한 것으로 보임 |

24) 의정부지방법원 2016. 6. 8. 선고 2014가합54950 판결.

### 13. 하이디스 테크놀로지 LCD 및 TET LCD에 관련 직무발명 30% 사건(38번의 1심)[25]

법원은 피고 회사의 축적된 기술 및 지원을 바탕으로 대상 직무발명을 완성한 것을 고려하였다. 즉 법원은 발명자 공헌도를 발명완성까지의 사정만을 고려하여 인정한 사례이다. 그러나 항소심에서는 회사의 보상규정에 근거하여 발명자 공헌도를 산정하여 5%로 인정하였다.[26][27]

### 14. 풍산홀딩스 동합금 발명 25% 사건[28]

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 피고의 관련 연구개발 이력 및 축적된 기술[29]<br>② 발명의 완성에 고가의 장비 및 반복된 실험이 필요[30] | ① 원고의 박사학위, 전문적인 지식 및 경험[31]<br>② 연구과제를 원고가 주도적으로 선정 |

25) 서울중앙지방법원 2018. 1. 18. 선고 2016가합529630 판결.
26) 특허법원 2019. 2. 14. 선고 2018나1268 판결.
27) 회사의 보상규정에 근거하여 공헌도를 책정한 대상 판결은 적절한 것이 아니다. 차후 적당한 기회에 대상 판결의 부적절함에 대해 평석하고자 한다.
28) 특허법원 2017. 11. 30. 선고 2016나1899 판결.
29) 특허법원 2017. 11. 30. 선고 2016나1899 판결("피고 등은 이 사건 직무발명을 완성하기 전부터 PMC102, 102M과 같은 Cu-Ni-Si 계열 동합금에 대한 기술을 개발하여 온 점, PMC26의 제조공정은 PMC102 제조공정과 상당히 유사한 점(갑 제8호증의 2 등) 등에 비추어 볼 때, 이와 같은 피고 등의 축적된 기술은 이 사건 직무발명의 완성에 상당한 영향을 미친 것으로 보인다.").
30) 특허법원 2017. 11. 30. 선고 2016나1899 판결("이 사건 직무발명을 완성하기 위해서는 반복적인 실험과 평가가 필수적으로 수반될 것으로 보이는데, 그 과정에서 피고 등의 인적·물적 자원이 동원되었을 것이 경험칙상 명백하다. 특히 위와 같은 실험과 평가를 위해 기술분야의 특성상 고가의 장비가 필요했을 것으로 보인다.").
31) 특허법원 2017. 11. 30. 선고 2016나1899 판결("원고는 금속공학 박사학위를 취득한 이후 풍산홀딩스에 입사하여 소재개발 실장으로 개발업무를 수행하던 중 이 사건 직무발명에 이르게 되었는데, 이 사건 직무발명은 독자적인 연구 능력 갖춘 원고 등의 동합금에 대한 전문적인 지식, 경험을 바탕으로 지속적인 실험, 연구 등을 통해 이루어진 것이다(을 제8, 9호증).").

### 15. 코리아피티지 PTMEA 제조방법 발명 25% 사건[32)]

서울고등법원은 대상 발명이 피고 건설회사가 구축한 인적, 물적 시설과 기반을 토대로 이루어진 점, 발명완성 후 제품판매에 이르기까지 회사가 많은 비용을 투여한 점, 발명은 화학물질의 제조방법에 관한 발명으로서 대규모 플랜트 설비를 갖춘 업체를 통해서만 사업화 될 수 있다는 점에도 불구하고, 대상 발명이 외국기술의 도입으로도 해결하지 못한 난제를 해결한 것이라는 점, 원고가 그 직무범위에 해당하지 않음에도 불구하고 자발적으로 발명을 한 점, 다른 종업원의 도움을 받지 않은 점, 사업화 과정에서 원고가 계속 기여하였다는 점 등을 고려하여 공헌도를 25%로 인정하였다. 공헌도를 낮출 요인과 높일 요인이 혼재된 사안에서 높일 요인이 조금 더 강하다고 생각하면, 25%의 책정이 적절하였다. 다만, 위 밑줄 친 사안은 공헌도 책정과는 무관한 것들이며, 회사의 이익(A)를 산정하는 과정에서 고려될 수 있는 사항들이다.

### 16. 대학 산학협력단 척추 추간판 탈출증 치료기기에 관한 직무발명 25% 사건[33)]

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 대상 직무발명은 대상 연구개발사업을 추진하는 과정에서 발명된 것인 점<br>② 원고는 대상 직무발명의 기술사상의 창작에 상당한 기여를 하였지만 대상 연구개발사업의 참여 연구보조원들이 상당한 부분에 참여하였음<br>③ 원고는 당해 연구개발사업과 무관하고 위 상사인 센터장의 배려로 당해 연구개발사업을 | |

32) 서울고등법원 2010. 2. 11. 선고 2008나106190 판결.
33) 서울중앙지방법원 2018. 6. 29. 선고 2016가합555073 판결.

| | |
|---|---|
| 참여할 수 있었음<br>④ 대상 발명의 내용, 발명 경위 및 과정에 대하여 당해 연구개발사업에 참여한 연구원들의 인적 구성 및 조직체계 등 고려함 | |

**17. 삼성전자 Vertical String을 이용한 Stack Flash Memory 형성 방법 20% 사건[34)]**

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 대상 발명과 관련 기술에 대하여 연구개발해 왔던 점<br>② 대상 발명은 직무에 속함<br>③ 피고 회사가 대상 발명 전에 보유하고 있던 기술임<br>④ 대상 발명의 기술분야는 위험부담을 안고 대규모 투자를 통하여 피고 회사의 생산공장과 설비를 구비하지 않으면 개발 및 효과 검증하기 어려움<br>⑤ 대상 발명 기술분야에서 개발 역량은 피고가 갖춘 물적·인적 자원에 기초함 | |

**18. 한국전력공사·한국수력원자력 맥스파워 디지털 삼중화 제어기와 이중화 정류기를 이용한 원자력발전소의 비상디젤발전기 디지털 여자시스템과, 그 운전모드 변경 방법 및 급기동 방법에 관한 직무발명 20% 사건[35)]**

34) 서울중앙지방법원 2018. 10. 26. 선고 2017가합500551 판결.
35) 서울중앙지방법원 2015. 9. 24. 선고 2014가합565830 판결.

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 원고와 G는 피고 한수원의 각종 설비들을 이용하여 대상 발명을 완성하였음<br>② 대상 발명은 피고 한전의 직원들이 연구개발 과정에서 결정적이었던 것이고 피고 한수원은 협력하여 대상 발명을 완성하였지만 기여가 크다고 볼 수 없음<br>③ 피고 한수원은 대상 발명에 대하여 상당 기간 동안 기술을 개발해왔고, 상당한 자금 및 인력을 지속적으로 투자해 왔기 때문에, 피고 회사가 대상 발명의 완성에 대해 크게 기여한 것임<br>④ 피고 한수원의 기술개발규정에 따르면 제3자에게 실시허락한 경우 발명자인 종업원에게 처분보상을 규정하고 있음 [“처분보상금은 수익금이 1,000만 원 이하일 경우 그 50%, 1억 원 초과 2억 원 이하일 경우 ‘3,6000만 원 + (수익금 - 1억 원 )×20/100’의 산적으로 계산되는 금액으로 하도록 규정하고 있음”) | |

## 19. 한림제약 나이디핀 발명 20% 사건[36)]

서울중앙지방법원은 아래 표와 같이 피고 제약회사의 공헌도를 높이 볼 점들 및 원고 종업원의 공헌도를 높이 볼 점들을 종합적으로 고려한 후 공헌도를 20%로 인정하였다. 제약발명인 점을 감안하면 공헌도를 제법 높게 책정한 사례이나, 해당 발명의 창출에 발명자의 개인역량이 중

36) 서울중앙지방법원 2009. 1. 23. 선고 2007가합101887 판결.

요하였으므로 결과적으로 적정한 공헌도를 책정하였다고 생각된다. 다만, 아래 밑줄 친 사안은 공헌도 책정과는 무관한 것들이다.

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 피고는 제약회사로 나이디핀 발명의 완성을 위하여 원고를 비롯한 연구 인력을 채용하고 연구비 및 연구시설을 꾸준히 지원하여 온 점<br>② 발명에 의해 사용자가 실제로 이익을 얻기 위해서는 단순히 특허출원으로 끝나는 것이 아니라 이를 토대로 제품의 상용화를 위한 추가적인 연구, 개발이 필요하고 특히 의약품에 대해서는 임상시험 등 추가적인 연구개발과정이 더욱 중요시 되는 점<br>③ 이로 인해 피고의 나이디핀정 역시 제품의 실제 판매에 이르기까지 4년이라는 추가기간 및 비용이 소요된 점<br>④ 발명의 특허출원 등록과정에 관해서도, 최종적으로 등록이 이루어지기 위해서는 명세서의 보정, 거절결정에 대한 불복 등 사용자에 의한 추가적 절차의 진행이 요구될 수 있고, 나이디핀 발명 중 특허출원 이후 원고가 퇴사하였을 뿐만 아니라 위 특허에 대한 거절결정이 있어 이를 극복하기 위하여 추가적인 연구가 이루어졌으며 이에 거절결정불복심판을 통하여 특허가 등록되기에 이른 점<br>⑤ 암로디핀에 부가할 신규염을 | ① 피고는 제약회사 중 비교적 규모가 작은 편에 속할 뿐만 아니라 연구인력의 수 및 연구비의 지출 규모 역시 다른 제약회사에 비하여 그렇게 큰 규모라고 보기 어려운 점<br>② 나이디핀 발명 관련 연구는 개량신약의 연구라는 발명의 성격상 신약개발에 비하여 요구되는 연구인력 및 연구비의 규모가 크지 않고, 출원이 이루어지기 이전의 연구기간 역시 6개월로서 비교적 단기간에 속하며, 다른 의약품 개발의 사례에 비하여 사용자의 공헌도가 크다고 볼 수 없는 점<br>③ 암로디핀에 부가할 수 있는 염의 종류에는 여러 가지가 있으므로 그 중 어떤 염을 선택하여 부가할 것인지에 대해서는 연구자의 선택이 중요한 역할을 하고, 특히 나이디핀 발명과 같이 단기간의 연구기간과 제한된 연구인력 및 연구비의 조건 하에서는 니코틴산이라는 새로운 부가염을 찾아낸 데에는 연구자의 역할이 더욱 컸을 것으로 보이는 점 등 |

| | |
|---|---|
| 찾는 것은 2001년 당시 국내 제약회사들 사이에서 공통된 연구과제 중 하나였으므로, 나이디핀 발명의 과제선정자체에 창의성이 인정된다고 보기 어려운 점 등 | |

### 20. 엠아이텍 스텐트 직무발명 20% 사건[37)]

서울서부지방법원은 피고 회사는 애초 무역회사이어서 연구능력이 없었다는 점, 원고가 피고 회사에 입사하기 전 이미 의료기구인 스텐트에 대한 축적된 연구경험을 갖추고 있었던 점 등을 고려하여 공헌도를 20%로 인정하였다. 주어진 두 개 사안이 공헌도를 강하게 높이는 것들이므로 25% 또는 30% 책정이 더 바람직하였다고 생각된다.

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| | ① 피고 회사는 애초 무역회사이어서 연구능력이 없었다는 점<br>② 원고가 피고 회사에 입사하기 전 이미 의료기구인 스텐트에 대한 축적된 연구경험을 갖추고 있었던 점 |

### 21. 삼성전자 전화번호 초성 검색방법 직무발명 20% 사건[38)]

서울중앙지방법원은 다음의 점들을 감안하여 발명자의 공헌도를 20%로 책정하고 결과적으로 보상금을 10,925,589원으로 산정하였다.[39)] 피고가 오랜 기간 노하우를 누적하였다는 점은 공헌도를 낮출 요인이나,

37) 서울서부지방법원 2007. 8. 22. 선고 2005가합12452 판결.
38) 서울중앙지방법원 2013. 7. 18. 선고 2012가합501788 판결.
39) 매출액 136,569,871,101,526원 × 직무발명 기여도 2% × 실시료율 2% × 독점권 기여율 0.1% × 발명자 공헌도 20% = 10,925,589원.

해당 기술이 소프트웨어 분야에 속하는 점은 공헌도를 높일 요인이므로 결과적으로 20% 정도가 적당하였다. 다만, 법원은 기술분야의 특성에 대하여는 고려하지 않은 것으로 보인다.

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 원고가 피고 회사의 각종 자재 및 시설을 이용한 점<br>② 피고가 오랜 기간 제품에 관한 노하우를 누적하여 대상 발명의 완성에 상당한 영향을 미친 점<br>③ 피고가 대상 특허발명의 출원 및 등록에 있어서 상당한 비용과 노력을 투여한 점 | 초성 검색방법 프로그램 발명 |

## 22. HPC 건설공법 발명 20% 사건[40)]

서울중앙지방법원은 다음의 점들을 감안하여 발명자의 공헌도를 20%로 책정하고 결과적으로 보상금을 289,229,487원으로 산정하였다. 대상 사안은 직무발명의 창출에서 지극히 평범한 것이라고 생각되며, 본 판결이 맞는 것이라면 20% 공헌도가 기준치가 될 수 있다.

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 피고의 다른 종업원 참여<br>② 피고가 보유하고 있던 기존의 기술을 참조하여 개발한 점<br>③ 피고의 지원이 없었으면 발명이 원활히 이루어지기 어려웠을 것인 점 | 원고가 대상 발명의 연구 및 개발업무를 수행하였음 |

40) 서울중앙지방법원 2016. 7. 15. 선고 2013가합548944 판결.

### 23. 엘지생명과학 제초성 유제조성물 직무발명 20% 사건[41)]

서울고등법원은 피고 회사가 매출액의 25-30%를 연구개발비로 투자하여 온 점, 대상 발명에 대한 연구개발비로 127억원이 투여된 점, 발명의 핵심에 대하여 한국화학연구소가 기여하였다는 점, 피고 회사가 3건의 특허를 라이선스 받았고, 특허 2건을 등록받은 점, 원고가 등록시험, 허가업무, 라이선스업무 등에 공헌한 점 등을 고려하여 공헌도를 20%로 인정하였다. 위 밑줄 친 부분은 공헌도 책정과 무관하고 나머지 사안들은 회사에 유리한 것들이라는 점을 감안하면 20%의 공헌도는 다소 높은 것이라고 생각된다.

### 24. 세라젬 척추길이 및 굴곡도를 측정·분석하여 사용자별 맞춤형 마사지를 제공하기 위한 기능에 관한 발명들 15% 사건[42)]

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 원고는 피고 회사에 근무하면서 피고 회사의 각종 자재 및 시설들을 이용함<br>② 대상 발명을 완성하는 과정에서 피고의 인적, 물적 자원이 동원되었으며 피고의 지원이 없었다면 발명을 완성할 수 없었을 것으로 보이는 점<br>③ 피고는 이전부터 다양한 형태의 의료기기를 개발·생산해 왔고, 이러한 과정에서 쌓인 노하우 및 축적된 기술이 기여함 | |

41) 서울고등법원 2009. 8. 20. 선고 2008나119134 판결.
42) 서울중앙지방법원 2014. 10. 2. 선고 2013가합517131 판결.

### 25. 한림제약 나이디핀 발명 15% 사건[43)]

서울고등법원은 공헌도 20%를 인정한 서울중앙지방법원 2009. 1. 23. 선고 2007가합101887 판결의 항소심에서 대형 제약회사에서 연구비가 크게 투자된 사건에서 공헌도를 10%로 책정한 판례(서울고등법원 2004. 11. 16. 선고 2003나52410 판결)를 감안하여 1심이 책정한 20%보다 조금 낮은 15%로 인정하였다. 연구비 투자가 큰 점, 회사규모가 큰 점, 연구기간이 긴 점 등은 회사에게 유리하게 작용하므로 약간의 인하는 적절한 것이었다. 다만, 대상 발명이 제약발명인 점을 감안하면 더 낮출 여지도 있었다고 생각된다.

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 연구비 투자가 큰 점<br>② 회사규모가 큰 점<br>③ 연구기간이 긴 점 등 | |

### 26. 강재거더 제작방법 발명 15% 사건[44)]

서울중앙지방법원은 다음의 점들을 감안하여 발명자의 공헌도를 15%로 인정하고 결과적으로 보상금을 385,691,764원으로 산정하였다.

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 대상 발명은 원고의 직무 내에 속함<br>② <u>회사가 보상금을 이미 지급한 점</u><br>③ 대상 발명 중 일부 발명에서 회사의 종업원과 원고가 공동발명자로 등록된 점[45)] | ① 원고가 피고 회사에서 약 9년간 재직하면서 상당수의 발명을 하여 피고 회사에 승계하여 준 점[46)]<br>② 원고가 대상 발명들의 연구 및 개발업무에 주도적인 역할을 수행한 점 |

43) 서울고등법원 2009. 10. 7. 선고 2009나26840 판결.
44) 서울중앙지방법원 2012. 9. 28. 선고 2011가합37396 판결.

| | |
|---|---|
| ④ 그 발명 중 일부 발명은 피고 회사의 연구주제인 점<br>⑤ 피고가 원고에게 대학원 등록금을 지원하여 준 점<br>⑥ 피고의 자재, 연구비 등 인적, 물적 지원을 이용한 점 | |

27. 플랜티넷 발명 이름 15% 사건[47)]

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 원고는 피고의 자재 및 시설을 이용함<br>② 원고가 대상 발명을 완성하기 위해서는 고가의 장비가 요구되어 피고의 인적, 물적 자원이 동원되었음<br>③ <u>피고의 권리화의 기여</u><br>④ <u>제품화·사업화의 기여</u> | 원고가 입사 시 피고는 대상 발명에 대해 연구원이 없었고, 원고의 노하우 및 축적된 기술이 대상 발명의 완성에 기여 |

위 밑줄 친 두 요소는 공헌도와는 무관한 것들이다. 그 요소를 무시하면, 양측에 유리한 점이 균형을 이루므로, 중앙값 20%가 더 적당하였을 것이다.

28. 세라젬 마사지 강도 조절 및 보조매트 슬라이딩 기능 관련 발명 10% 사건[48)]

45) 공동발명자 중 원고의 지분율의 산정에서 고려되어야 하는 요소이며, 공헌도와는 무관한 사항이다.

46) 다른 발명에 대해서는 별도의 직무발명보상금 청구소송을 제기하면 되므로, 대상 직무발명의 창출에 대한 공헌도와는 직접적인 연관은 없다고 생각된다. 다만, 그러한 원고의 집적된 지식의 존재가 원고에게 약간 유리하게 적용되는 것은 가능할 것이다.

47) 서울고등법원 2015. 11. 5. 선고 2015나105 63 판결.

48) 서울중앙지방법원 2014. 10. 2. 선고 2013가합517131 판결

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 원고는 피고 회사에 근무하면서 피고 회사의 각종 자재 및 시설들을 이용함<br>② 대상 발명에 대한 개발의 대부분은 대학교연구소에 의해서 이루어졌음 | |

대상 직무발명이 원고와 (외부의) 대학교연구소에 의한 공동발명이라면, 그것에 대하여는 공동발명자 지분율에서 다투어져야 할 사항인데, 공헌도를 책정하는 장면에서 고려되어야 했는지는 의문이다.

### 29. 동아제약 경구용 무좀약(이트라코나졸 정제) 발명 10% 사건[49]

서울고등법원은 피고 회사가 국내 굴지의 제약회사로서 축적된 연구경험과 노하우를 바탕으로 이 사건 의약발명을 위한 연구작업을 재개하여 이후 2년 남짓 동안 우수한 연구인력과 막대한 연구비를 동원하는 등 지속적인 인적, 물적 투자를 해온 점, 원고가 교착상태에 빠진 연구에 새로운 돌파구를 마련하는 아이디어를 제안하였다는 점 등을 고려하여 종업원의 공헌도를 10%로 인정하였다. 대상 발명이 제약발명인 점을 감안하면 10% 이하의 책정도 가능할 것인데, 발명자의 특별한 공헌을 인정하여 10%로 인정한 것으로 보인다.

### 30. 텔사인 자동차 정비·관리 발명 10% 사건[50]

서울고등법원은 원고가 자동차 관리 방법발명의 연구개발을 제안하였다는 점, 연구기간이 6개월이었다는 점, 상업화 과정에 계속 기여한 점, 기술분야가 발명자의 능력이 중요한 분야라는 점 등을 고려하여 공헌도를 10%로 인정하였다. 발명자의 개인역량이 중요하였다는 사실 및 프로

49) 서울고등법원 2004. 11. 16. 선고 2003나52410 판결.
50) 서울고등법원 2007. 8. 21. 선고 2006나89086 판결.

그램 분야라는 사실에 근거하면 공헌도를 20% 이상으로 책정하는 것이 가능하였다고 생각된다.

### 31. 엘지전자 DVCR 복사방지장치 발명 10% 사건[51)]

서울중앙지방법원은 피고 회사가 약 5년동안 VCR에 관한 연구개발 프로젝트를 기획, 운영하면서 많은 비용과 인력을 투입하였고 그 과정에서 이 사건 발명이 완성된 점을 고려하여 종업원의 공헌도를 10%로 인정하였다.

### 32. 삼성전자 HDTV 신호처리 발명 10% 사건[52)]

서울중앙지방법원은 다음의 점들을 감안하여 발명자의 공헌도를 10%로 책정하고 결과적으로 보상금을 사상 최고액인 약 60억원(6,036,686,772원)으로 산정하였다.[53)] 대기업의 대규모 연구프로젝트의 경우 10% 이상의 공헌도를 인정하기가 쉽지 않으며, 보상금이 고액이라는 점이 10% 인정도 쉽지 않게 하였을 것이나, 원고의 추가적인 공헌을 인정하여 10%가 인정되었다. 다만, 원고가 피고의 명세서 작성을 위한 추가 설명자료를 작성하여 전달한 점은 봉급을 받는 종업원으로서 당연히 하여야 할 일이었므로 고려되지 않았어야 했다.

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 피고는 원고의 재직기간을 전·후하여 연구개발 추진 노력에 대한 대상 발명에 상당한 직·간접적인 추진 동기가 되었다는 점<br>② 피고가 회사 차원에서 대상 발명을 국제표준특허로서 자리 | ① 원고가 피고에 입사하기 전에 특허 관련 기반기술에 대한 이론연구와 실무경험이 상당하였고 대상 발명을 주도하였다는 점<br>② 원고가 대상 특허발명에 관한 기술적 사상을 발명신고서에 |

51) 서울중앙법원 2005. 11. 17. 선고 2004가합35286, 79453 병합 판결.
52) 서울중앙지방법원 2012. 11. 23. 선고 2010가합41527 판결.
53) 해당 표준특허를 활용하여 2000년부터 2007년 사이에 삼성전자가 얻은 실시료 총수입이 약 626억원이었으며, 그 중 삼성전자 자신의 기여도 90%를 제외한 금액이다.

| | |
|---|---|
| 매김 함으로써 대상 발명들의 가치를 높이고 큰 수익을 창출하게 하였다는 점 | 기재하여 피고에게 제출한 뒤, 피고의 명세서 작성을 위한 추가 설명자료를 작성하여 전달한 점 |

### 33. 타이어 스틸코드(steel cord) 발명 10% 사건[54]

서울고등법원은 다음의 점들을 감안하여 발명자의 공헌도를 10%로 책정하고 결과적으로 보상금을 385,691,764원으로 산정하였다.[55] 통상의 경우보다 회사의 공헌도를 높게 볼 사안이 많으므로 10% 정도로 책정하는 것이 옳았다고 생각된다.

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 원고가 대학원 졸업 후 바로 입사하여 입사 전에 스틸코드에 관한 지식이 없었던 점<br>② 발명의 완성을 위해서 반복적인 시험과 평가가 필수적인 점<br>③ 대상 발명의 완성 과정에서 피고의 인적, 물적 자원이 동원된 점<br>④ 스틸코드에서 종래기술보다 카본함량을 증가시킬 경우 선재 제조가 더욱 어려워질 수 있으며, 스틸코드 제조공정에서도 큰 인발가공으로 인하여 단선 등과 같은 가공불량 문제가 발생할 수 있어 선재 및 스틸코드 제조업체와의 협업이 필요한데, 피고의 지원으로 인하여 가능하였던 점 | 원고에 의하여 주도적으로 수행하여 온 점 |

54) 서울고등법원 2014. 4. 24. 선고 2012나53644 판결.
55) 원심 판결은 서울중앙지방법원 2012. 6. 5. 선고 2011가합18821 판결이다.

### 34. 고전도성 동(Cu) 합금 발명 10% 사건[56]

대전지방법원은 다음의 점들을 감안하여 발명자의 공헌도를 10%로 책정하고 결과적으로 보상금을 32,967,529원으로 산정하였다. 회사에게 유리한 점들만이 제시되고 발명자에게 유리한 점이 제시되지 않았다는 점 및 회사에게 유리한 점들이 그다지 중요한 점들이 아니라는 면에서 10%가 적절하였다.

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 대상 발명이 원고의 직무에 속하였던 점<br>② 피고가 오랜 기간 당해 기술을 개발하여 온 점<br>③ 대상 발명을 완성하는 과정에서 피고의 인적·물적 지원이 동원되었다는 점 | |

### 35. 삼성디스플레이 액정패널 하부기판 전극배열구조 발명 10% 사건[57]

서울중앙지방법원은 다음의 점들을 감안하여 발명자의 공헌도를 10%로 책정하고 결과적으로 보상금을 48,096,533원으로 산정하였다. 회사에게 유리한 점들만이 제시되고 발명자에게 유리한 점이 제시되지 않았다는 점에서 10%가 적절하였다. 그러나 회사에 유리한 점들도 중요한 정도는 아니거나 발명의 완성 후의 사실에 불과하므로 10% 미만의 공헌도를 책정하기는 어려웠을 것이다.

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 원고가 피고의 시설 및 자재들을 이용하여 이 사건 발명을 | |

56) 대전지방법원 2016. 7. 6. 선고 2012가합37415 판결.
57) 서울중앙지방법원은 2016. 6. 23. 선고 2014가합512263 판결.

| | |
|---|---|
| 완성한 점<br>② 피고의 누적된 기술력이 대상 발명의 완성에 상당한 영향을 미쳤을 것으로 보이는 점<br>③ 대상 발명의 완성 이후 기술을 상용화 하기 위한 피고의 공헌도<br>④ 피고는 매년 매출액의 4-6%를 연구 개발에 사용하여 왔으며, 피고 제품을 생산하기 위한 설비투자 금액도 1조 원이 넘은 점 | |

### 36. 한국델파이 자동차용 공기청정기 직무발명 5% 사건[58)]

서울북부지방법원은 피고 회사가 이 사건 발명에 수년간 인적, 물적 투자를 지속해온 점을 들어 종업원의 공헌도를 5%로 인정하였다. 피고 회사가 중소기업이라는 점 및 해당 기술의 개발에 대규모 투자가 필요하지 않은 점을 고려하면 공헌도 5%는 지나치게 낮은 것이라고 생각된다.

### 37. 엘지전자 PHICH 직무발명 5% 사건[59)]

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 원고는 피고 회사의 각종 설비를 이용하고 피고 종업원의 조력을 받음<br>② 대상 발명이 큰 액수로 양도된 이유는 발명의 주요 내용이 국제표준기술로 채택되었기 때문인데, 그 채택에 피고가 기여한 바가 크다고 보임<br>③ 대상 발명이 국제표준기술로 | |

58) 서울북부지방법원 2004. 4. 22. 선고 2003가합4567 판결.
59) 서울중앙지방법원 2014. 11. 27. 선고 2013가합535177 판결.

| | |
|---|---|
| 채택되도록 하는 과정에서 피고가 하는 역할이 더 큼<br>④ 피고는 관련 기술을 개발하여 왔고, 이러한 과정에서 쌓인 노하우 및 축적된 기술이 대상 발명의 완성에 기여하였음 | |

### 38. 하이디스테크놀로지 LCD 및 TET LCD에 관련 직무발명 5% 사건[60]

하이디스테크놀로지 사건에서 특허법원은 ① 대상 직무발명의 완성에 대하여 피고 회사의 축적된 기술 및 지원을 고려하였다. 그리고 ② 피고 회사의 규정이 양도대금 또는 실시료 수입금의 5% 이내에 해당하는 금액을 발명자에게 처분보상금으로 지급할 수 있다고 규정하였다. 법원은 그 규정에 근거하여 발명자의 공헌도를 5%로 책정하였다.[61] 발명자 공헌도를 책정하는 과정에서 1심에서 발명완성까지만 고려하였으나, 특허법원은 회사규정에 근거하여 인정하였다.[62] 회사규정에 근거하여 공헌도를 책정한 희귀한 사례라고 생각된다. 양도대금 또는 실시료 수입금의 5% 이내에 해당하는 금액을 보상금으로 지급한다는 그 규정이 (공헌도 중앙값이 20%라는 점을 감안하면) 합리적이라고 보기 어렵다. 일응, 선례로서의 가치를 인정하기 어렵다. 한편, 다른 사건에서는 피고 회사의 실시보상 가이드라인을 참고하여 당사자 간에 공헌도가 20%라는 점에 다툼이 없다는 이유로 공헌도 20%를 인정하기도 하였다.[63] 위 5% 공헌도를 인정한 사건과 비교하여 연구할 가치가 있다고 생각된다.

---

60) 특허법원 2019. 2. 14. 선고 2018나1268 판결.

61) 특허법원 2019. 2. 14. 선고 2018나1268 판결("살피건대, 원고 A, B은 피고의 축적된 기술과 지원을 바탕으로 위 특허발명을 완성한 것으로 보이는바, 이 사건 직무발명 보상기준 제17조에 의하더라도 실시료 수입금의 5% 이내에 해당하는 금액을 처분보상금으로 보고 있는 점 등을 고려하여 발명자들의 공헌도는 특별한 사정이 없을 때 통상적으로 인정되는 정도 범위 내인 5%로 봄이 상당하다.").

62) 이러한 실무가 정착되면 회사는 5% 이내, 3% 이내라고 말하는 규정을 둘 것이다. 그러한 규정과 발명자의 실제 공헌도와는 무관하다. 대상 판결에 대하여는 차후 적당한 기회에 비판하고자 한다.

63) 서울중앙지방법원 2019. 6. 5. 선고 2017가합570123 판결.

## 39. 대원전기회사 무정전 배전공법 발명 1% 사건[64)]

대상 판결은 공헌도가 이례적으로 낮은 1%라는 점과 보상금이 약 6.9억원(686,887,371원)에 육박한다는 점이 특이하다. 만약, 공헌도가 10%로 책정이 되었다면 보상금이 약 69억원에 달할 것이고 그러한 고액을 방지하기 위하여 이례적으로 낮은 1%를 책정하였다는 생각이 든다.

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 피고는 대상 발명을 위해 연구직 직원들을 채용하고 연구시설을 지원하였으며, 연구비를 지출함<br>② 원고는 입사 후 관련 기술을 취득하기 시작했고 피고의 연구자재, 연구비 등 인적·물적 자원을 이용함<br>③ 원고는 관리직 업무를 맡고, 원고의 경력, 연구에 들인 시간, 피고가 지출한 연구비 및 연구직원의 규모 등에 비추어 피고 연구직원들의 공헌이 상당함 | |

## 40. 소결

위에서 살펴본 판결은 총 39개이고 공헌도의 총합은 871%로서 공헌도 평균값(average)은 22.3%이고, 중앙값은 20%이다.[65)] 결국, 지금까지의 판결들에 의하면 공헌도 중앙값은 20%라고 말할 수 있다. 그렇다면 법원은 공헌도 20%를 인정한 판결들의 사안들을 먼저 살펴본 후 그 사안들과 비교하여 주어진 사안에서 공헌도를 더 높여야 하는 것인지 아니면 더 낮

64) 청주지방법원 2015. 11. 25. 선고 2015가합20824 판결.
65) 50% 4개, 40% 3개, 30% 6개, 25% 3개, 20% 7개, 15% 4개, 10% 8개, 5% 3개, 1% 1개.

추어야 하는 것인지를 살펴보아 그 기준치 20%로부터 적절히 조절하여 대상 사안의 공헌도를 책정하고, 그 책정된 공헌도와 동일, 유사한 정도로 공헌도를 책정한 기존 판결들을 비교하여 그 책정이 적절하였는지 여부를 점검하여야 할 것이다. 기준치인 20%에서 적절히 높이고 낮추는 작업이 필요한데 그 작업에 있어서 고려하여야 할 요소들은 아래에서 분류하여 제안한다. 위 39개 판결 중 15개가 발명창출 후의 사정을 감안하였다. 발명창출 후의 사정을 감안하지 않은 나머지 24개 판결의 공헌도의 합은 471%이고, 평균은 19.6%이다. 발명의 창출 후의 사정을 감안하지 않아야 한다는 점에 근거하면, 공헌도의 평균은 약 20%이다.

## III. 발명자 공헌도 책정에 관한 우리나라 선행 연구의 검토

발명자 공헌도와 관련된 선행 연구들은 공헌도 책정과 관련하여 어떤 시사점을 주는지 살펴본다.

### 1. 최동배 연구[66]

최동배 연구는 발명자 공헌도만을 정면으로 다룬 유일한 연구이다. 그 외의 다른 연구들은 직무발명보상금 법리를 전반적으로 다루고 있고, 그럼으로 인하여 공헌도에 관한 언급이 제한적이다. 최동배 연구는 공헌도 산정에 영향을 미치는 요소로 ① 연구과제의 선정, 기획, ② 연구비 투자액, ③ 연구기간, ④ 발명의 성격, ⑤ 발명자의 직책 또는 지위, ⑥ 회사의 규모 및 성격, ⑦ 발명의 완성 후 발명자의 기여,[67] ⑧ 실시료의 크

66) 최동배, “직무발명보상금과 종업원의 공헌도와의 관계-최근 하급심판결을 중심으로-”, 「인권과 정의」 제414호, 대한변호사협회, 2011.

67) 최동배, 위의 논문, 65-66면(“종업원이 직무발명의 제품상용화를 위하여 제제개발, 독성시험, 등록시험, 대관청인허가 업무, 해외개발주도 등에 공헌하였다면 이는 종업원의 공헌도가 높게 인정될 것이다...의약발명의 경우에는 사용자가 실제로 이익을 얻기 위해서는 단순히 특허출원으로 끝나는 것이 아니라 이를 토대로 제품의 상용화를 위한 추가적인 연

기 또는 매출액의 크기를 제시하였다.

최동배 연구는 첫째, 공헌도 산정에 영향을 미치는 요소들 중 일부만 제시하고 있다는 점, 둘째, 기준이 되는 공헌도에 관하여 생각하지 않은 점, 셋째, 공헌도 산정과 무관한 요소들(밑줄친 부분)을 제시하고 있다는 점 등의 한계를 가진다. 특히, 위 ⑦번 요소 및 ⑧번 요소는 일반적으로는 공헌도 산정에 포함되기 어려운 것들이다. 최동배의 글에서도 ⑧번 요소인 실시료의 크기, 매출액의 크기, 이익액의 크기는 공헌도를 산정하는 요소가 되는 것이 바람직하지 않다고 설명한다.[68] 타당한 설명이다. 그런데 저자는 ⑦번 요소인 발명의 완성 후 발명자의 기여도가 공헌도를 산정하는 요소가 되지 않아야 하는 점에 대하여는 인지하지 못하였다.

### 2. 윤선희 연구[69]

윤선희 연구는 일본에서 공헌도를 산정하는 기준을 검토한 후, ① 종업원의 직무내용, ② 사용자의 사업화 경위, ③ 직무발명이 이루어진 경위, ④ 직무발명이 차지하는 의의, ⑤ 직무발명의 권리화 경위, ⑥ 직무발명이 사업화된 경위, ⑦ 직무발명의 완성 이후 종업원에 대한 처우 등이 종합적으로 고려된다고 설명한다. 그 설명에 의하면, 일본에서도 발명의 완성 후에 발생한 사실을 공헌도 산정에 고려하고 있는 오류를 범하고 있는 것으로 보인다. 위에서 (밑줄로 표시된) ②, ⑤, ⑥, ⑦이 발명의 완성 후에 발생한 사실에 해당하여 공헌도 산정과 무관한 것들이다. 발명자 공헌도는 발명을 완성하기까지 (회사의 공헌과 비교되는) 발명자의 공헌의 정도를 파악하는 것이며, 발명을 완성한 후의 기여에 대하여는 다른 장면에서 반영하게 된다. 이 점에 대하여는 다른 연구에

---

구개발이 필요하고, 임상시험 등 추가적인 연구개발과정이 더욱 중요시 된다. 이로 인해 직무발명이 완성되었다 하더라도 제품의 실제 판매에 이르기까지 상당한 추가기간이 소요되고 이에 대한 상당한 비용이 소요되었다면 이는 종업원의 공헌도를 떨어뜨리는 요인으로 작용할 것이다.”).

68) 최동배, 위의 논문, 66면.

69) 윤선희, “직무발명에 있어서의 보상제도”, 「법조」 제54권 제11호, 법조협회, 2005.

서 상술한다.

### 3. 조영선 연구[70]

조영선 연구는 회사의 공헌도를 높게 보아야 하는 이유로, ① 직무발명이 본질적으로 회사의 투자에 의하여 창출되는 것이라는 점, ② 회사가 계속적인 연구활동을 통하여 축적된 기술을 이미 보유하고 있는 점, ③ 연구개발의 실패에 대한 위험은 회사만이 감수한다는 점, ④ 회사가 연구개발의 과제를 결정한다는 점 등을 제시하고 있다.[71] ①, ③ 및 ④는 모든 직무발명에 공통적으로 적용되는 사정이고 ②는 항상 적용되는 사정은 아닐 것이다. ③과 관련하여, 사실, 직무발명의 보상이 문제가 된다는 점은 그 발명이 성공적으로 상업화 되었다는 것인데, 그 발명이 성공적이지 않은 다수의 경우에도 회사는 투자를 하였으므로 그 투자도 고려할 필요성이 있다. 그런 견지에서 연구개발에의 투자에 대한 위험(실패)감수가 회사의 공헌도를 높이고 종업원의 공헌도를 낮추는 가장 중요한 요소라고 생각된다.

### 4. 박태일 연구[72]

박태일 연구는 회사가 제공한 인적·물적 기반, 오랜 기간에 걸친 연구비 투여, 회사의 축적된 기술력, 발명의 기술분야, 급여[73] 등이 공헌도 책정에 고려되어야 함을 설명하면서 나아가 일본의 법 개정 사실, 관련 논문 등을 제시하면서 발명완성 후의 사안도 공헌도 책정에 고려되어야 한다는 결론을 내린다.

---

70) 조영선, “직무발명”, 「특허법주해 I」, 정상조·박성수 공편, 박영사, 2010.
71) 조영선, 위의 책(2010), 474면.
72) 박태일, “발명의 완성에 사용자와 종업원이 공헌한 정도”, 「직무발명제도 해설」, 한국특허법학회 편, 박영사, 2015.
73) 일반적인 급여는 영향을 미치지 않되, 특별히 높은 급여는 회사의 공헌도를 높게 한다고 설명한다. 박태일, 위의 논문, 261면. 필자도 그 의견에 동의한다.

## 5. 기타 연구

이재성 연구는 회사가 다른 자유발명가로부터 실시허락을 받는 경우 지불하여야 할 실시료를 기준으로 보상금을 산정하는 방법을 제시하였다.[74] 이 경우 매출액에 곱할 실시료율을 결정하는 것이 관건이 되는데, 그 실시료율은 특허법 제128조 제5항에 의한 결정과 유사하므로 그 산정방법을 참고하면 될 것이다. 이재성 연구는 보상금 산정의 체계를 제안할 뿐 공헌도 산정에 관하여는 언급하지 않고 보상금 산정의 체계에 관한 제안마저도 그러한 제안의 이유 또는 논리에 대하여 제대로 설명하지 못하고 있다.

정연덕 연구는[75] 독일에서는 보상기준을 법으로 정하고 있으며, 동 보상기준[76] 제30조에 따라 공헌도를 결정함에 있어서 "업무의 지위, 과제의 해결, 종업원의 직무 등"을 고려한다고 설명한다.[77] 그러한 요소들이 공헌도 산정에 영향을 미치는 것은 사실이나, 동 산정에는 매우 많은 다른 요소들이 영향을 미치므로 그 3가지 요소들만 제시하는 것은 실무자에게 아무런 도움이 되지 않는다고 생각된다.

김현동 연구는 (직무발명 전반이 아닌) 보상금 산정에 관하여 논한 박사학위논문이라는 점에서 의의가 있으나 발명자 공헌도 산정에 관하여는 유의미한 언급을 하지 못하고 있다.[78] 보상금 산정에 매우 중요한 공헌도 산정에 관하여 언급이 없는 점은 동 논문의 가치를 반감하는 것이라

---

74) 이재성, "직무발명에 관한 연구 독일의 종업원 발명을 중심으로," 한남대학교 박사학위논문, 2002, 98면.

75) 정연덕, "직무발명보상기준에 관한 연구", 「창작과 권리」 제67호, 세창출판사, 2012.

76) 「직무발명의 보상을 위한 기준(Richtlinien fur die Vergutung von Arbeitnehmererfindungen im privaten Dienst)」.

77) 정연덕, 앞의 논문, 10면("기여율의 산정 방법에 있어 종업원과 사용자의 몫을 확정함에 있어서 당연히 서로의 기여율에 관하여 먼저 결정하여야 한다. 기여율은 업무의 지위, 과제의 해결, 종업원의 직무 등에 의하여 기여율 또는 지분율에 의하여 결정된다(보상기준 §30).").

78) 김현동, "직무발명 보상 산정에 관한 법리," 국민대학교 박사학위논문, 2010.

고 생각된다.

### 6. 소결

발명자의 공헌도 책정에 관한 선행 연구들이 공헌도의 개념 또는 정의에 관하여 오해를 하는 것으로 보이며, 공헌도 책정에 관한 많은 요소들 중 일부만 언급하고 다른 요소들은 외면하는 것으로 보인다. 결국, 선행 연구들이 기존 판례들이 내포하고 있는 의미를 제대로 읽지 못하고 있으며, 그에 따라 발명자 공헌도를 책정하기 위한 법리를 적절히 제시하지 못하고 있다고 생각된다.

## IV. 발명자 공헌도를 책정한 일본 판결의 검토

우리나라의 직무발명보상금 산정 법리가 일본의 상응 법리로부터 강한 영향을 받았을 것이므로 일본에서 발명자 공헌도를 책정한 판례를 검토할 필요가 있다.

### 1. 카네신회사 삼각플레이트 등 직무발명 사건(65%)[79]

대상 판결은 아래 사항을 고려하여 발명자의 공헌도를 가장 높은 수치인 65%로 인정한 사례이다.

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 원고는 피고의 영업담당 전무이사의 지위에 있으 | ① 원고가 속한 부서가 신제품 개발과 무관한 점 |

79) 東京地方裁判所 平成4年月30日 平成1年(ワ)第6758号 判決.

| | |
|---|---|
| 며, 영업활동을 통해 고객요구를 인지한 점<br>② 시제품의 강도시험을 공공기관에 의뢰하는 내용은 피고의 명의로 실시하고, 약1백만엔의 비용을 피고가 부담한 점 | ② 대상 고안은 피고의 종업원의 협력이 없이 오로지 원고 혼자의 연구성과인 점<br>③ 사색은 직무시간 중에도 이루어졌지만 더 많은 경우 출장 이동 중, 점심시간, 퇴근 후 등의 시간에 이루어진 점<br>④ 연구비, 재료비 등을 피고가 부담한 것이 아닌 점 |

## 2. 닛카전측회사 밀봉불량검출방법발명 사건(60%)[80]

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 피고가 원고에게 근무시간에 기초실험을 하도록 허가한 점[81]<br>② 특허출원 절차는 모두 피고가 수행하여 특허가 인정된 점 | 대상 발명은 원고가 원리를 생각해낸 것에 의한 바가 크다는 점 |

## 3. 니치아화학 청색 LED 사건(50%)[82]

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 회사가 원고의 미국유학 비용을 부담한 점<br>② 초기 설비투자비용·실험 연구개발비용을 부담하고 회사의 실험시설의 사용을 허가한 점 | ① 피고 회사는 적색 LED의 원료정제 등에 관한 기술의 축적이 다소 있었지만, 청색 LED의 개발에 필요한 기술의 축적은 전혀 없었다는 점<br>② 원고가 연구주제에 대해 스스 |

80) 東京地方裁判所 平成14年6月7日 平成13年(ワ)第10442号 判決.
81) 단, 이와 반대로 피고의 공헌을 인정하지 않은 판례도 있다. 東京地方裁判所 平成16年1月30日 平成13年(ワ)第17772号 判決(“청색 LED 사건”)에서 회사의 공헌이 인정되는 것은 특별한 공헌이 있는 경우에 한정된다고 설시하였다.
82) 東京地方裁判所 平成16年1月30日 平成13年(ワ)第17772号 判決.

| | |
|---|---|
| | 로 선택한 점<br>③ 원고가 스스로 장치를 개량한 점<br>④ 소기업의 빈약한 연구환경에서 원고가 개인능력과 독창적인 발상에 의해 경업회사를 비롯한 전 세계의 연구 기관에 앞서서 산업대망의 세계적인 발명을 창출했다는 점 |

4. 인존전신전화(NTT-AT) 인쇄장치 직무발명 사건(30%)[83]

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| 대상 각 특허의 권리화 등에 대해서도 적극적인 공헌을 인정할 수 없음 | 피고가 위험을 부담한 것으로는 인정되지 않음 |

5. 이코라정기제작소 전단기 직무발명 사건(30%)[84]

동경고등재판소는 발명자가 기술부장으로 재직한 점, 다른 1명의 종업원의 도움을 받은 점, 회사의 설비를 활용한 점, 회사가 특허유지, 관리비용을 모두 부담한 점을 고려하여 발명자 공헌도를 30%로 책정하였다.

6. 미쓰비시화학 아르기닌 아미드 종류의 제조방법 직무발명 사건(25%)[85]

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 원고는 피고에 입사한 후 본 | ① 피고회사가 의약사업을 |

83) 東京地方裁判所 平成18年5月29日 平成16年(ワ)23041号 判決.
84) 東京高等裁判所 平成16年9月29日 平成15年(ネ)第2747号 判決.
85) 東京地方裁判所 平成18年12月27日 平成17年(ワ)第12576号 判決.

| | |
|---|---|
| 대상 발명에 관한 연구에 종사하고 합성반그룹의 리더로서 신약개발 연구에 종사하고, 대상 발명은 원고의 직무수행 자체의 과정에서 산출된 것임<br>② 원고는 피고에 축적되어 있던 지식과 기술 및 물질특허 및 용도특허 등을 이용하고, 피고의 설비를 사용하여 피고의 연구자 등 직원의 도움을 받아서 대상 발명을 완성한 것임<br>③ 피고는 실시허락계약의 체결과 외국 기업과 독점판매계약 체결에 대한 피고의 경영노력에 의한 것이 크다는 점<br>④ 원고는 피고의 연구개발 업무를 담당하고 임원대우의 이사로 승진하여 퇴직시에는 정규의 위로금의 10% 상당액의 특별가급을 받고, 그 후에도 관련 회사에서 전무이사를 맡았음 | 시작한 초기 단계에서 원고는 높은 능력 및 기술로 대상 발명의 완성에 크게 공헌하고 있는 점<br>② 피고는 대상 발명의 권리화에 별로 열심히 하지 않았다는 점<br>③ 원고가 특허출원을 권장하고, 스스로 명세서 등을 작성하고, 심사청구도 청구기간 만료 직전에 원고가 재촉하여 이루어진 점 |

## 7. 마루고주식회사 의류계측샘플 직무발명 사건(20%)[86]

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 피고는 판매부를 설치함<br>② 피고는 판매부에 인원을 배치하고, 협력공장의 협력을 얻어 그 비용을 부담하였음<br>③ 피고는 회사 내부에 '주문연구회'라는 연구회를 설치 | ① 원고가 단독으로 발명을 완성<br>② 피고가 대상 발명에 이르기 위한 기본적인 착상, 기술적 사상을 제공하지 않았음<br>③ 원고는 피고의 장치를 이용하여 대상 발명을 개발했지만, 이것은 본래 연구용 장비가 |

86) 大阪地方裁判所 平成21年2月26日 平成18(ワ)7529号 判決.

| | |
|---|---|
| 하여 B(증인)의 협력도 얻으면서, 제품의 실용화를 위한 검토, 개선을 진행하였음<br>④ 대상 발명의 특허출원에 있어서 피고의 고문변리사에게 도움을 요청하여 심판청구 및 보정절차를 수행하고 그 비용을 부담하였음<br>⑤ 제품판매에 있어서는 측정방법에 대한 연수를 실시했음<br>⑥ 제품판매에 많은 홍보비용을 투자했음 | 아니고, 피고가 대상 발명의 완성에 이르기까지 연구개발비 및 연구시설비를 출연한 적은 없고, 피고가 원고에 대하여 연구개발을 위해 특별히 시간을 준 적도 없음<br>④ 원고는 제품의 실용화에 있어서 제품 사이즈의 결정, 자재선택, 제조공장 및 조정설명서의 원안 작성, 영업사원 연수에 주도적인 역할을 했음<br>⑤ 원고는 대상 발명의 특허출원에 있어서 변리사에게 기술적 구성을 설명하고, 출원서류를 체크하였음 |

## 8. 세가회사 물체식별방법 직무발명 사건(20%)[87]

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 해당 연구는 피고의 직무에 속하고 피고의 연구개발부 본부장의 지지를 받음<br>② 원고는 실험에 성공, 대상 발명을 착상했지만, 그 구체적인 제품화 및 판매에 관여하지 않음<br>③ 원고는 피고의 자재 등을 이용함<br>④ 원고는 피고 종업원의 보조를 받음 | 원고가 피고에게 발명의 과제를 제공함 |

## 9. 오쓰카제약주식회사 카르보스티릴유도체 직무발명 사건(10%)[88]

87) 東京地方裁判所 平成26年11月4日 平成23年(ワ)第33365号 判決.
88) 知的財産高等裁判所 平成18年9月12日 平成17年(ネ)第10125号 判決.

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 원고는 피고회사에 취직하고 주로 연구부문에서 작업해 온 것임<br>② 대상 용도발명에 관한 특허출원 당시는 연구소의 응용연구부 장이었음<br>③ 대상 용도발명의 창출을 위해 피고회사의 다른 종업원의 협력을 얻음<br>④ 피고회사가 가지고 있던 대상 물질특허권의 취득 및 그 실시 과정에서 축적된 정보 등이 이용되어 성립한 것임<br>⑤ 원고가 대상 용도발명에 있어서, 피고회사의 시설 및 연구자 등의 종업원을 최대한 이용했음 | |

## 10. 도요타중앙연구소 연료분사판 직무발명 사건(10%)[89]

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 회사가 설립 초기부터 연료분사판에 대하여 개발을 해왔음<br>② 발명이 원고의 직무에 속함<br>③ 피고가 가지는 시설을 사용하여 만든 것<br>④ 피고의 축적된 지식과 노하우가 크게 공헌하였음<br>⑤ 피고회사가 원고가 작성한 특허출원 신고서를 크게 고쳐서 특허권을 취득한 점<br>⑥ 피고는 특허권 취득 후, 특허료 부담함<br>⑦ 피고의 특허기술담당자가 발명명세서의 작성에 노력하 | 원고가 청구항에 구성요소 E를 포함시키기로 한 것은 대상 특허발명 명세서의 작성에 공동발명자로 협력함 |

89) 知的財産高等裁判所 平成19年3月29日 平成18年(ネ)10035号 判決.

| | |
|---|---|
| 였음<br>⑧ 피고의 지식재산부문이 실시허락계약 체결을 통해 수입을 얻음 | |

11. 미쓰비시화학공업회사 카르기닌 아미드 종류의 제조방법 사건(10%)[90]

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 피고의 판매노력의 내용<br>② 신약 개발의 연구개발 상황 등 | |

12. 토킨 코퍼레이션 자기기록재생장치 직무발명 사건(10%)[91]

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 대상 발명의 창출에 대한 공헌뿐만 아니라, 그 발명을 출원하여 권리화하고 특허를 유지함에 공헌함<br>② 실시제품의 개발 및 판매계약을 체결<br>③ 발명자의 처우 기타 제반 사정 등<br>④ 원고는 피고에 입사하여 입사 초기부터 중앙연구소 가공기술연구실에 배속되어 자기헤드의 개발에 종사하고 그의 개발, 사업화에 관한 업무에 종사하고 있었기 때문에 대상 발명은 이러한 직무경험을 통해 얻어진 자기헤드에 관한 지식에 의함 | ① 대상 발명은 덴덴공사발명을 기반으로 하고 있지만, 이 발명은 기록재생원리에서 다른 것으로서, 원고와 C의 실험과 검증이 대상 발명에 큰 역할을 하고 대상 발명에 의해 처음으로 자기 기록 재생장치의 실용화가 실현되었음<br>② 원고들은 대상 발명에 대한 실험 등에서 피고로부터 각별한 편의와 인사상 처우도 주어진 것이 아니라 권리화 과정에서도 피고의 의뢰 변리사에 출원 서류가 작성되고는 있지만, 원고도 특허명세서 및 도면을 포함 대상 발명, 고안 신고서 |

90) 知的財産高等裁判所 平成20年5月14日 平成19年(ネ)10008号 判決.
91) 知的財産高等裁判所 平成20年10月30日 平成20年(ネ)第10035号 判決.

| | |
|---|---|
| | 및 거절이유통지에 대응하기 위해 의견서를 작성하였음. |

## 13. 닛신화학회사 고급지방산금속염블록의 제조방법 직무발명 사건(10%)[92]

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 대상 발명은 원고의 직무에 포함됨<br>② 금형제작비용과 실험비용도 모두 피고 또는 피고와 관계를 가진 리코가 부담함<br>③ 대상 특허에 관해서는 피고 또는 신에츠화학이 변리사에게 의뢰하여 출원하고, 권리화 하였음 | 리코의 기술지도에 의하여 전혀 경험이 없는 상태에서 연구가 시작되며 신에츠화학의 실험에 의한 지식 등도 파악하여, 원고는 약 1개월 반 정도에서 대상 발명의 완성에 이르고 있는 것 |

## 14. 와코순약공업회사 성분분석방법 직무발명 사건(10%)[93]

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 대상 발명은 피고가 개발·제조업체로서 원고에 연구시설 및 연구 기자재를 제공함<br>② 대상 연구주제 관련 제품을 개발하고 판매 수행<br>③ 한 대학병원에서 원인을 포함한 발명의 과제를 제공하여 이루어진 것임<br>④ 대상 발명의 무단실시를 발견하고 회사에 대한 유상의 실시허락에 연결시키는 등 대상 발명의 권리화와 사업화에 공헌함 | ① 원고는 대상 발명의 명세서를 기안함<br>② 대상 각 발명은 해결수단을 착상하였다면, 그 완성은 쉬운 발명임 |

## 15. 아스테라스제약 텝시펩티드 유도체 직무발명 사건(7.5%)[94]

92) 知的財産高等裁判所 平成20年10月20日 平成19年(ネ)第10033号 判決.
93) 東京地方裁判所 平成24年3月29日 平成22年(ワ)第2535号 判決.

법원은 피고 회사가 발명과정의 사정은 물론이고 및 발명완성 후 사정도 종합적으로 고려하여 회사의 공헌도를 92.5%로 인정한 사례이다. 특히 사업화 리스크를 회사의 공헌도에서 고려하였다.

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 피고인 후지사와약품에 의하여 연구환경의 정비 및 이에 따른 부담 등<br>② 피고인 후지사와약품이 부담한 연구 개발이나 사업화 리스크 | 대상 직무발명의 착상, 영감, 노력 등, 특히 본 사건 화합물의 발명 과정에 대하여 대상 직무발명의 가치 |

16. 도시바회사 카나한자변환장치 직무발명 사건(7%)[95]

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 피고의 기초적인 기술을 이용함<br>② 피고의 종합연구소의 자원(사람, 금액, 물건)을 이용함<br>③ 대상 발명이 피고의 공식적인 연구 주제가 되고, 피고의 기타 연구개발 작업에 참여하는 등 인적체제도 강화됨<br>④ 대상 발명은 연구의 시작부터 상품화까지 피고의 인원, 시설 및 예산에 따라 진행된 것이고, 기술적 사상의 착상과 구체화도 피고의 연구개발에 속하는 점에서 피고의 공헌이 큰 것임<br>⑤ <u>특허출원 등 권리화 업무를 담당함</u><br>⑥ <u>실시허락계약 등 체결</u><br>⑦ <u>사업화 및 영업에 대한 공헌</u> | 원고가 대상 발명의 특허제안서 안에서 명세서 작성 |

94) 大阪地方裁判所 平成30年10月4日 平成28年(ワ)第4107号 判決.
95) 東京地方裁判所 平成23年4月8日 平成19年(ワ)第32793号 判決.

## 17. 브러더공업주식회사 라벨프린터 직무발명 사건(5%)[96]

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 피고는 대상 발명이 되는 정보를 공헌함<br>② 특허의 취득·유지에 노력 및 비용<br>③ 실시허락계약 체결에 필요한 노력과 비용<br>④ 특허발명의 실시제품에 관계되는 사업이 성공하게 된 일체의 요인·사정 | |

## 18. 도시바회사 광전면 및 그 형성방법 직무발명 사건(5%)[97]

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 대상 발명의 창출에 공헌함<br>② 대상 발명을 출원하여 권리화하고 특허를 유지함에 대한 공헌도<br>③ 실시제품의 개발 및 그 매출계약을 체결함에 대한 공헌도<br>④ 발명자의 처우, 기타 제반 사정 등 | ① 원고는 대상 발명의 완성 후 권리화 과정에서도 피고가 상기 각 출원을 포기 또는 취하한 후, 대상 발명을 권리화해야 한다는 의견서를 피고에게 제출 또는 발명자로 명세서를 기안하거나 거절이유통지에 대하여 반론의 의견서를 기안하는 등의 작업에 종사했음<br>② 원고는 책임자로서 개발 및 주제를 선택하고 그 실험 시 필요한 산소도입기구를 고안, 개선하고 또는 실험관을 이용한 실험을 실시하는 등의 업무를 수행 |

96) 知的財産高等裁判所 平成21年6月25日 平成19年(ネ)第10056号 判決.
97) 知的財産高等裁判所 平成20年2月21日 平成19年(ネ)第10061号 判決.

### 19. 아지노모토 아스파르테임 직무발명 사건(5%)[98]

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 대상 발명이 되는 정보에 대해 공헌한 정도<br>② 대상 발명을 출원하여 권리화 하고 또한 특허를 유지함<br>③ 실시허락계약, 판매계약을 체결<br>④ 발명자에 대한 처우, 기타 제반 사정 등 | |

### 20. 리코·리코공업회사 광학주사기 직무발명 사건(5%)[99]

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 원고가 연구주제에 대한 직무로서 회사의 설비 등을 이용하여 연구를 한 점<br>② 피고가 연구개발비 등을 부담함<br>③ 피고는 회사로서 통상 기대되는 정도로 직원(연구원)에 대해 지원하였음<br>④ 원고도 회사의 설비 등을 일정 정도 이용하여 발명에 이르렀다 할 것으로서, 원고의 공헌도가 특히 높다고 할 정도의 특별한 사정이 있다고는 인정되지 않음 | |

98) 東京地方裁判所 平成16年2月24日 平成14年(ワ)第20521号 判決.
99) 東京地方裁判所 平成28年4月28日 平成24年(ワ)第20135号 判決.

## 21. 이화학회사 피스톤링 직무발명 사건(5%)[100]

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 피고 회사는 일본 피스톤링의 제조를 시작한 회사이고 피스톤링 제품에 대해 국내·외에서 상당한 점유율을 유지하고 있음<br>② 피고의 피스톤링사업부는 제조부문, 기술개발 그룹에 속한 여러 직원의 분석 등에 종사하고 있는 것<br>③ 피고에는 특허팀이 설치되어 특허권 유지, 관리업무와 실시허락 등을 담당하고, 영업부에서 여러 업무를 수행함(다수 종업원의 협력)<br>④ 발명이 원고의 직무에 속함<br>⑤ 원고는 피고 측의 원고의 상사의 지시에 따라 피고의 시설을 사용하여 연구를 수행하고 발명을 하게 된 것<br>⑥ 발명을 직무시간 내에 완성함<br>⑦ 대상 발명의 출원에는 변리사가 관여하지 않고, 원고가 특허출원 절차를 실시했지만, 대상 각 특허의 출원 절차는 피고가 대리인으로 선임한 변호사가 행한 것<br>⑧ 피고는 연구개발을 위해 설비투자를 한 것 | 원고에 대한 처우가 원고의 경력, 직무실적 등에 의하면 대상 각 발명이 원고의 노력과 창의력에 의한 것은 확실함 |

## 22. 컨글로공학 안정 제부 베타기초공법 직무발명 사건(5%)[101]

100) 東京地方裁判所 平成27年2月26日 平成23年(ワ)第14368号 判決.
101) 東京地方裁判所 平成25年12月13日 平成24年(ワ)第2689号 判決.

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 대상 발명에 의해 새롭게 창작된 기술적 사항은 아니고 피고의 지금까지의 시공 현황에 착상을 얻고 그것을 구성요소로 한 것임<br>② 대상 발명에 대한 피고의 일반 업무에서 얻은 지식, 경험의 범위를 넘어서 각별히 신규하고 고도한 기술적인 사상이 아님<br>③ 대상 발명은 원래 피고의 영업 전략상 기타 특허에 대한 대안특허 취득이 필수적인 계기로 개발이 진행된 것<br>④ 대상 발명은 피고가 시공해 온 기호 형태를 도입한 것.<br>⑤ 피고는 기술을 중심으로 영업을 확장하고 대상 발명의 특허등록 이전에 큰 판매실적을 얻고 있었음<br>⑥ 피고회사 및 피고 모회사가 공동으로 협력하여 경영상 또는 영업상의 요인이 상당 부분 공헌함 | |

## 23. 엔프라회사 발광장치 직무발명 사건(5%)[102]

대상 사건에서 지재고등재판소는 ① 피고 회사는 원고가 연구에 종사하기 전부터 개발연구를 주제로 했고; ② 대상 제품의 매출이 급격히 늘어난 것에 대하여 피고가 양산화 기술, 대형액정업체의 영업, 피고 자체 판매전략 등을 피고가 크게 공헌하는 것으로 추정됨 피고의 판매체제의 정비나 양산체제 구축 등에 공헌하였지만 "피고가 고객에게 납품한 뒤에도, 고객에 의하여 렌즈실장공정의 지원을 실시한 것, 렌즈 뒷면 형성에

102) 知的財産高等裁判所 平成30年3月19日 平成29年(ネ)第10079号 判決.

관하여 특허와 백라이트에 관하여 특허를 출원한 것, 금형의 개선, 포장 방법의 변경, 출하 검사 등의 구축을 실시하고, 양산체제를 실현하고, 평가 방법에 관하여 특허출원을 한 것 등 사정을 감안하여"[103], 발명자 공헌도를 5%로 인정하였다. 그러나 1심에서 법원은[104] ① 피고는 오래전부터 개발연구 해왔고; ② 대상 발명들은 출원 후, 특허등록 전에 양산화에 성공하고, 매출을 급격히 늘린 것에 비추어 보면, 원고 발명자의 노력 및 창의 연구에 의해서 발견된 것이라고 하더라도, 피고가 비용부담을 했고; ③ 원고가 피고에 고용된 후, 얻은 지식경험에 근거하여 상사의 지시에 따라서 개발그룹에서 직무를 통해서 대상 직무발명을 완성시키게 된 것으로 볼 수 있고; ④ 대상 제품이 엄청난 매출을 늘어난 것에 관하여 특허가 등록된 것보다 피고가 양산화를 위한 기술력, 영업력 등 상당히 크기 공헌하여 발명자 공헌도를 5%로 인정하였다. 대상 사건에서 피고 회사가 발명완성 및 제품화까지 사정을 고려하여 발명자 공헌도를 5%로 책정한 사례이다.

### 24. 리코 선택신호방식의 설정방식 직무발명 사건(5%)[105]

대상 사건에서 법원은 대상 직무발명 완성 단계, 권리화 및 권리행사 과정을 고려하여 발명자 공헌도를 5%로 인정하였다. 특히, 당사자 간의 특허법 제35조 제4항의 "사용자등의 공헌한 정도"에 대하여 다툼이 있었다. 원고는 대상 직무발명에 관하여 "그 발명이 완성되는 것에 대하여 사용자가 공헌한 정도를 고려"한다고 규정하기 때문에, 발명완성 후 피고 회사의 공헌은 고려하지 않아야 한다고 주장하였다. 그러나 법원은 대상 "직무발명으로부터 발생하는 권리나 이익, 자금이나 자재 등의 제공자인 사용자와 기술적 사상의 제공자인 종업원 간에 형평으로 분배하여 서로의 이익을 조정하는 것으로 해석되는 바, 직무발명에 의한 독점

103) 피고는 판매체제의 정비나 양산체제 구축 등에서의 공헌이 크기 때문에 피고의 공헌도가 적어도 97-98%라고 주장하였다.
104) 東京地方裁判所 平成29年7月19日 平成25年(ワ)第25017号 判決.
105) 東京地方裁判所 平成26年6月20日 平成22年(ワ)第25934号 判決.

이익은 발명이 완성된 후에 사용자 등이 특허의 취득·유지 및 라이선스 계약의 체결을 위하여 노력이나 비용에 의하여 크게 영향을 받는 것이므로, 위 이익조정에 있어서는 당해 발명에 의하여 사용자 등이 이익을 받기에 이르기까지 모든 과정에서의 사용자 등의 부담 및 공헌을 고려하는 것이 상당하다"고 설시한 후 원고의 주장을 기각하였다.[106] 그리고 2심 법원은 1심 법원의 판단을 지지한 후 공헌도를 5%로 인정하였다.[107]

### 25. 니프로 혈소판보존용백 직무발명 사건 (5%)[108]

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 피고는 대상 발명에 관하여 연구체제를 갖추고 있음<br>② 피고의 주도로 연구개발 주제가 결정되었음<br>③ 피고가 대상 직무발명에 대하여 권리화를 실시하고, 피고의 영업력 및 판매력을 고려함<br>④ 피고는 판매의 위험을 부담함 | |

### 26. SanesuOptech LED 조명장치 직무발명 사건(5%)[109]

106) 東京地方裁判所 平成26年6月20日 平成22年(ワ)第25934号 判決("原告は，法３５条４項は，職務発明に係る相当の対価の算定において「その発明がされるについて使用者等が貢献した程度を考慮」すると規定しているから，本来，発明に至った「後」の使用者等の貢献は考慮されるべきでないと主張する。しかし，同条項の趣旨は，職務発明から生ずる権利や利益を，資金や資材等の提供者である使用者と技術的思想の提供者である従業員との間で衡平に分配し，互いの利益を調整することであると解されるところ，職務発明による独占の利益は，発明がされた後に使用者等が特許の取得・維持及びライセンス契約の締結のために費やした努力や費用によっても大きく影響されるのであるから，上記利益調整に当たっては，当該発明によって使用者等が利益を受けるに至るまでの全ての過程における使用者等の負担及び貢献を考慮するのが相当である。したがって，原告の上記主張は採用することができない。").

107) 知的財産高等裁判所　平成27年4月23日 平成26年(ネ)第10083号 判決.

108) 大阪地方裁判所 平成24年10月16日 平成21年(ワ)第4377号 判決.

109) 東京地方裁判所　平成24年9月28日 平成23年(ワ)第6904号 判決.

대상 사건에서 법원은 발명완성 단계, 권리화 단계를 고려하여 발명자 공헌도를 5%로 인정하였다. 2심에서 법원은 1심 법원을 지지하여 5%로 판단하였다.[110]

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 대상 발명은 피고 회사의 중요한 과제임<br>② 원고는 피고 선행연구를 바탕으로 대상 발명을 완성한 것임<br>③ 피고는 장소, 비용, 기기 및 자재를 제공함<br>④ 특허 권리화 단계에서 특허비용을 부담함 | 대상 발명 완성 후, 원고는 피고 대표자와 특허사무소와 협의, 특허청 심사관 인터뷰에 참석 |

27. NEC토킨 압전기진동자이로 외 3건 직무발명 사건(5%)[111]

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 피고는 원고가 제안한 것 외에 기타 기술로 대상 특허 발명을 완성한 것임<br>② 피고 회사가 B교수를 특별 고문으로 채용하여 관련 기술 지도를 받음<br>③ 개발부문 및 양산부문에 인원 지원<br>④ 양산설비투자로서 설비투자 약 6억8450만엔을 투자한 점 | 원고는 대상 직무발명에 대하여 제안했음 |

28. 소니 어드레스영역에서의 오류 검출 가능한 광디스크 직무발명 사건(5%)[112]

110) 知的財産高等裁判所 平成25年2月14日 平成24年(ネ)第10081号 判決.
111) 東京地方裁判所 平成24年4月25日 平成22年(ワ)第10176号 判決.
112) 東京地方裁判所 平成30年12月20日 平成27年(ワ)第11651号 判決.

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 대상 특허를 표준규격에 채택된 것에 대한 피고의 공헌이 크다고 할 수 있음<br>② 표준규격으로서의 DVD의 보급에 있어서는 규격의 프로모션, 라이선싱, 사업화가 피고의 주도 및 경제적 출연에 의하여 이루어진 것임<br>③ 대상 특허의 미국 출원 등의 권리화 절차에 대하여 피고의 지식재산부의 종업원이나 피고가 위임한 대리인에 의하여 이뤄졌음 | |

### 29. 소니 통신방법 및 정보처리장치 외 7건 직무발명 사건(5%)[113]

대상 사안에서 법원은 회사의 공헌도 책정범위를 제시하였다. 즉, 발명의 완성 단계, 회사가 특허를 받을 권리를 승계하고 특허가 등록된 경우 및 대상 직무발명이 실시 등에 의하여 얻은 이익 단계를 고려할 것이다.[114] 그러므로 발명완성 단계, 권리화 단계, 상업화 단계로 회사 공헌도를 판단한다.

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 피고 회사는 대상 직무발명을 실시했음<br>② 피고 회사가 발명의 완성에 공헌했음 | ① 대상 발명에 대하여, 피고 회사로 입사 전부터 컴퓨터 등에 대한 지견을 가지고 있던 원고가 그 |

113) 東京地方裁判所 平成30年5月29日 平成27年(ワ)第1190号 判決.

114) 東京地方裁判所 平成30年5月29日 平成27年(ワ)第1190号 判決("使用者が特許を受ける権利を承継して特許が登録された場合に，使用者が発明の実施等によって利益を受けたことによって相当の対価を算定する場合には，「使用者等が貢献した程度」（旧法３５条４項）として，発明がされるについての使用者の貢献度のほか，実施品の売上げを得たことに対する使用者の貢献度等の諸事情を総合的に考慮して，相当の対価を算定することが相当というべきである。").

| | |
|---|---|
| ③ 실시품 매출을 얻은 것에 피고 회사가 공헌했음(제품화 단계) | 지식을 활용하는 노력 및 창의 연구함으로써 착상한 측면이 있음<br>② 원고는 통괄부장 승진, 그리고 급여 및 퇴직금에 대해서도 높은 대우를 받았음 |

### 30. 히타치 집적회로장치제조방법 직무발명 사건(4%)[115]

대상 사건에서 법원은 회사의 공헌도에 대하여 발명 완성과정, 특허권리화 단계, 제품화 단계를 고려하였다. 2심에서는 같은 고려요소를 두고 발명자 공헌도를 5%로 인정하였다.[116]

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 피고 회사의 종래의 기술적 범위에 속함<br>② 대상 발명이 완성되는 것 및 특허를 취득한 과정에 공헌함 (대상 직무발명에 관하여 발명 자체는 원고가 연구개발한 것을 인정되지만 피고 회사가 특허청구범위를 보정 및 기타 기술이 포함되는 것을 전제로 라이선스 협상에서 적극적으로 활용하기 때문에, 원고가 그러한 보정 및 활용의 기초가 된 대상 직무발명을 했다는 한도가 있고, 피고가 공헌이 더 클 것임) | 대상 직무발명은 원고의 연구개발로 이루어진 것임 |

### 31. 삼성제약 양모액 직무발명 사건(2%)[117]

115) 東京地方裁判所 平成22年6月23日 平成18年(ワ)第23550号 判決
116) 知的財産高等裁判所 平成24年3月21日 平成22年(ネ)第10062号 判決.
117) 大阪地方裁判所 平成17年9月26日 平成16年(ワ)第10584号 判決.

본 판례는 회사 공헌도의 평가에 있어서는 회사의 제품개발 리스크를 강조하는 것으로 일본에서 공헌도 최저치인 2%를 인정한 것이다. 본 판례는 회사의 공헌도에 대한 회사의 제품개발 리스크를 강조한 판례이지만, 다른 판례에서 리스크를 명시적으로 언급하지는 않았더라도 리스크를 무시하고 공헌도를 판단한 것은 아닐 것이다.[118] 사실, 회사의 공헌도의 중앙값이 80%에 이르는 가장 중요한 이유는 회사가 연구개발의 실패에 대한 위험을 감수하는 것이다. 연구개발은 성공의 확률보다는 실패의 확률이 더 높은 위험한 작업이다.

| 피고 회사에게 유리한 점 | 원고 종업원에게 유리한 점 |
|---|---|
| ① 대상 발명이 피고의 설비를 사용한 점<br>② 대상 발명의 완성 시 사업의 성공에 이르는 과정에서 예상되는 다양한 위험을 고려한 것이고, 원고의 공헌도가 대상 발명이 완성되는데 피고가 기여한 정도에 제한해서만 정하는 경우보다 낮아지는 것은 당연한 점 | |

### 32. 아스테라스제약회사 술파모일치환 페네틸아민 유도체 등 직무발명 사건(1%)[119]

대상 사안에서 법원은 발명완성의 과정, 특허취득 상황, 특허취득 후

118) 박태일, 앞의 책, 263면("참고로 우리와 법제가 유사한 일본에서는, 성공확률에 의한 감액을 '사용자가 얻을 이익'을 산정하면서 고려한 재판례도 있으나, 사용자측의 인센티브를 배려하여야 한다는 취지를 보인 日亞化學工業(청색 LED) 항소심 사건의 영향으로 사용자 공헌도에 사용자의 제품개발 리스크를 산입하는 경향이 나타났고, 최근으로 올수록 사용자 공헌도의 평가에 있어서 사용자의 제품개발 리스크를 강조하는 재판례(藤井合金製作所 사건, 三省製藥 사건, NEC マシナリー 사건, 三菱電機 사건, キャノン 1審 사건 등)가 두드러지고 있으며, 판결문에서 개발 리스크를 명시하고 있지 않은 재판례의 경우에도 이 요소를 무시하고 사용자 공헌도를 판단한 것은 아니라고 평가되고 있다.").

119) 知的財産高等裁判所 平成25年1月31日 平成24年(ネ)第10052号 判決.

판매활동, 라이선스계약협상 등의 제반 사정을 감안하여 피고의 공헌도를 99%로 인정하였다. 특히, 발명완성 후의 사정은 피고와 관련된 것이므로, 권리화 및 제품화 단계에서 피고가 공헌이 큰 것으로 유리하게 고려할 필요가 있다고 강조하였고 거액의 매출액을 획득하는 경우 큰 공헌을 하고 있음을 중시할 필요가 있다고 제시하였다.[120]

## 33. 소결

위에서 살펴본 일본에서의 32개의 판결의 공헌도 평균값은 14%(정확히는 13.95% = 446.5%/32)이다. 중앙값은 7%이다.[121] 일본에서 공헌도가 2005년 전에는 비교적 높게(20-65%) 책정되기도 하였으나, 최근에는 비교적 낮게(5-10%) 책정되는 경향이 있다고 한다.[122][123] 결국, 전체 평균은 14%이었으나, 예전에는 약 20% 정도가 선호되었고, 최근에는 약 14% 정도가 선호되는 것이다. 이러한 점에 따르면, 최근의 일본의 공헌도 중앙값은 7%, 우리나라의 공헌도 중앙값은 20%이며, 약 13%

---

120) 知的財産高等裁判所 平成25年1月31日 平成24年(ネ)第10052号 判決("本件においては，これらの事情の中でも，本件物質発明に係る特許を受ける権利が山之内製薬に承継された時点ではハルナールの有効成分である塩酸タムスロシンがそもそも合成されていなかったことに加えて，当該合成がされた後の山之内製薬による適応症の選定及び製品化に向けた関連する技術の開発が，ハルナールが前記の巨額な売上高を獲得するに当たって特に大きな貢献をしていることを重視する必要がある。そして，これらの事情は，いずれも，本件物質発明に係る特許を受ける権利が山之内製薬に承継された時点では使用者及び発明者において予見することが極めて困難な事情であったといえるものであり，とりわけ塩酸タムスロシンの合成後の事情は，専ら使用者である山之内製薬の貢献に係るものであるから，当該承継時点における本件物質発明の価値を承継後に達成されたハルナールの上記売上高に基づいて算出するに当たり，山之内製薬の貢献度を高めるものとして特に有利に考慮する必要がある。他方，上記のとおり，本件物質発明がされるについて第１審原告を含む共同発明者には一定の貢献が認められるものの，その貢献度は，山之内製薬による上記貢献度と比較すると，極めて限定的なものにとどまるといわざるを得ない。").

121) 65% 1개, 60% 1개, 50% 1개, 30% 2개, 25% 1개, 20% 2개, 10% 7개, 7.5% 1개, 7% 1개, 5% 13개, 4% 1개, 2% 1개, 1% 1개.

122) 牧山皓一, 前掲論文, 95頁("裁判例では，当初，発明者貢献度は，2%から65%まで大きく変動していたが，最近は10%以下に収束している。").

123) 김현동, 앞의 논문, 147면.

의 차이를 보이는 것으로 관측된다.

2003년 이이다히데사도·와세모도카준노리(飯田秀郷·早稲本和德) 연구가 공헌도가 20% 이하가 되어야 한다는 주장을 한 바 있다.[124] 2005년 마야마준지(三山峻司) 연구에서는 발명자의 공헌도 평균을 25%로 주장하였다.[125] 2005년 당시에는 25%가 평균에 가까운 값이었을 것이다. 2010년 마키야마코오이치(牧山皓一) 연구에서는 발명자의 공헌도(발명 창출까지)가 원칙적으로 33.3%-25%로 책정되어야 하고, 회사의 공헌도가 큰 경우에는 발명자의 공헌도는 16.7%-12.5%까지 떨어지게 된다고 주장한 바 있다.[126] 마야마준지 연구, 마키야마코오이치 연구, 다무라요시유키(田村善之) 연구가 주장하는 25% 및 33.3%는 손해배상 산정에 있어서 침해자의 이익을 어떻게 보는지에 대한 3분설이나 25% 원칙에 기초하는 것으로 보인다.[127] 그러나 공헌도가 25% 또는 33.3%가 기준

---

124) 飯田秀郷·早稲本和德, "職務発明の「相当の対価」の算定方法に関する試論", 「知財管理」 Vol. 53 No. 12, 2003, 1860頁("従業者が発明をすることなど創作的な開発をすることを職務としていたような職務発明であれば, 従業者の貢献度はかなり低い(例えば, 20%以下)と考えられるであろう。").

125) 三山峻司, "職務発明の自社実施のみの場合における相当対価の算定", 「知財管理」, Vol. 55 No. 6, 2005, 763頁("事業価値が発明者, 開発者, 製造者, 販売者の四者により生み出されたと仮定して, 発明者にその1/4が帰属するなどと割り切った行き方などはできないのであろうか (このような割り切り方という点で, 損害賠償における侵害者の利益をどう見るかについてのかつての利益三分方式や四分方式が想起される)。").

126) 牧山皓一, 前掲論文, 96頁("利益三分法を用いて発明者貢献度を算定してみると, 発明創出段階における発明者の貢献度は, 原則, 100%で, 使用者の貢献が大きいときは発明者の貢献度が50%を限度として減額される。この貢献度に利益三分法による貢献割合3分の1を乗じると, 発明者の貢献度は,原則33.3%で, 使用者の貢献が大きい場合は, 16.7%まで低下することになる。…ルール·オブ·サム法とは, 事業の収益に対する貢献を, 資本, 組織, 企業努力(働力), 特許(技術)に分解して求めるもので, 25%ルールともいう。このルール·オブ·サム法に準じて, 発明者の貢献が主体的である発明創出段階を特許(技術)の貢献と考えて, 貢献割合を25%とし, 残りの資本, 組織, 企業努力(労働力)を使用者が主体の貢献と考えて, 権利化段階と権利活用段階の貢献度の合計を75%とする。ルール·オブ·サム法を用いて発明者貢献度を算定してみると, 発明創出段階における発明者の貢献度は, 原則, 100%で, 使用者の貢献が大きいときは発明者の貢献度が50%を限度として減額される。この貢献度にルール·オブ·サム法による貢献割合25%を乗じると, 発明者の貢献度は, 原則25%で, 使用者の貢献が大きい場合は, 12.5%まで低下することになる。").

127) 田村善之, 前掲書(2004), 226-227頁("公判裁判例に目を通す限り侵害訴訟に顕出される約定

이 되어야 할 논리적인 근거는 없으며, 그러한 근거없는 기준보다는 판결들이 보여준 일반적인 경향을 중시하는 것이 더 타당하다고 생각되며, 그렇다면 우리나라에서는 20% 기준치가 중요한 판단기준을 제시한다.

## V. 일본의 발명자 공헌도의 법리

일본의 최근 판례 중 발명자 공헌도를 1%로 책정한 사례도 있고,[128] 65%로 책정한 사례도 있다.[129] 그러한 사례에 의하면, 발명자 공헌도의 변동범위가 매우 크다고 할 수 있다. 다만, 최근에는 발명자 공헌도를 10% 이내로 책정하는 사례가 늘고 있다.[130] 예측가능성을 높이기 위해 공헌도 산정 법리를 조금 더 상세하게 분석할 필요가 있다. 일본의 특허법 개정에 따른 직무발명보상금 산정 법리의 변천과정은 다음과 같다.

---

実施料の例はほぼ販売価格の2%-10%の範囲にあり, しかも3%-5%に集中している。他方, 販売価格に占める利益率はほぼ10%-30%の範囲にあり, しかも10%-20%に集中している。…一般に利益率が10%-20%であって, しかも実施料率が3%-5%であるという事実は, 当事者は10%-20%の利益を予測しつつ, 実施料を3%-5%に設定していると推測することを許しそうである。…この割合は大体において資本, 労力による分を控除した特許発明自体の価値として業界が想定している率を指し示しているように思われる。この事実からみるかぎり, 前記三分説なり, 四分説は的確な割合を出しているように見受けられる。”).

128) 知的財産高等裁判所 平成25年1月31日 平成24年(ネ)第10052号 判決.

129) 東京地方裁判所 平成4年9月30日 平成1年(ワ)第6758号 判決.

130) 東京地方裁判所 平成27年2月26日 平成23年(ワ)第14368号 判決(5%); 知的財産高等裁判所 平成27年4月23日 平成26年(ネ)第10083号 判決(5%);東京地方裁判所 平成27年2月26日 平成23年(ワ)第14368号 判決(5%); 知的財産高等裁判所 平成24年3月21日 平成22年(ネ)第10062号 判決(5%); 東京地方裁判所 平成25年12月13日 平成24年(ワ)第2689号 判決 (5%); 大阪地方裁判所 平成24年10月16日 平成21年(ワ)第4377号 判決(5%); 東京地方裁判所 平成24年9月28日 平成23年(ワ)第6904号 判決(5%); 東京地方裁判所 平成24年4月25日 平成22年(ワ)第10176号 判決(5%); 東京地方裁判所 平成22年6月23日 平成18年(ワ)第23550号 判決(4%); 大阪地方裁判所 平成26年4月22日 平成24年(ワ)第998号 判決(10%); 東京地方裁判所 平成24年3月29日 平成22年(ワ)第2535号 判決(10%); 知的財産高等裁判所 平成27年9月30日 平成27年(ネ)第10044号 判決(10%); 東京地方裁判所 平成25年3月6日 平成24年(ワ)第1716号 判決(10%) 등.

### 1. 昭和34年(1959) 구 특허법 제35조 제4항의 법리

구 특허법(1959년 전) 제35조 제4항은 직무발명보상금 산정 요소를 규정하였다. 즉 "전 항의 대가의 액은 그 발명에 의해 사용자 등이 받아야 할 이익의 액수 및 그 발명이 완성되는 것에 대하여 사용자 등이 공헌한 정도를 고려하여 정해야 한다"고 규정하였다.[131] 따라서 보상금 산정 요소에서 회사의 이익액 및 대상 발명이 완성될 때까지 발명자 및 회사의 공헌의 정도를 비교하는 것이다.

#### 가. 청색 LED 사건(50%)[132]

법원은 대상 특허발명에 있어서의 원고 발명자의 공헌도를 책정하기 위하여 다음 사항을 검토하였다.

| |
|---|
| ① 피고 회사는 형광체 등을 제조, 판매한 회사이며, 적색 LED에 관한 기술의 원재료를 공급하는 사업에 관한 것이었다. 원고는 피고 회사에 근무하는 동안 적색 LED의 원료에 관한 기초공업 기술을 연구해왔다.<br>② 피고 회사는 적색 LED의 원료정제 등에 관한 기술의 축적이 다소 있었지만, 청색 LED의 개발에 필요한 기술의 축적은 전혀 없었다.<br>③ 원고가 연구개발 주제를 청색 LED로 스스로 선택하였고, 피고 회사가 대상 발명에 관한 이론을 새로 배우게 하기 위해서 원고의 미국 유학비용을 부담하였다.<br>④ 당시 청색 LED는 전세계의 대기업, 연구기관이 경쟁적으로 연구개발에 임하고 있었지만 20세기에 개발은 불가능하였고 연구기 |

131) 昭和34年 特許法 第35条 第4項("前項の対価の額は、その発明により使用者等が受けるべき利益の額及びその発明がされるについて使用者等が貢献した程度を考慮して定めなければならない。").

132) 東京地方裁判所 平成16年1月30日 平成13年(ワ)第17772号 判決.

술에 대해 원고는 소기업의 빈약한 연구환경에서 직원 발명자가 개인능력과 독창적인 발상에 의하여 경업 회사를 비롯한 전세계의 연구기관에 앞서서 산업대망의 세계적인 발명을 창출하였다.

⑤ 피고 회사는 초기 설비투자비용·연구개발비용을 부담하고 회사의 실험시설의 사용을 허용하였지만 원고가 스스로 장치를 개량하였다.

⑥ 원고는 피고 회사 신입 종업원인 F나 B의 보조를 받은 것 외에는 혼자 개발을 추진하였고 2002년 9월에 대상 특허발명을 완성하였다.

피고는 막대한 투자에 대한 회사의 공헌도를 강조하였지만, 법원은 회사의 공헌도의 판단범위를 제한하였다. 즉 회사의 공헌도는 "당해 발명이 이루어진 때에 인적·물적 측면에서 객관적으로 기여한 내용에 의하여 판단되는 것이고, 당해 기여가 사용자 회사의 규모에 비추어서 어느 정도의 부담인가라고 하는, 소위 사용자의 주관적 측면이 고려되는 것은 아니"라고 판시하였다.[133]

피고는 "대상 특허발명의 특허출원 후, 설정등록에 이르는 동안 피고 회사의 특허부서가 노력을 기울였던 점과 대상 특허발명의 사업화에 대하여 원고가 관여하지 않았다는 점"을 주장하였지만,[134] 법원은 대상 발

133) 東京地方裁判所 平成16年1月30日 平成13年(ワ)第17772号 判決("被告は、平成元年にMOCVD装置の購入に約１億3900万円を費やし、平成2年には1枚3万円強のサファイヤ基板を毎日のように費消する実験研究開発コストを負担したなど、当時の被告会社の規模（平成元年度の経常利益11億3000万円）からすれば莫大な投資をしたなどと被告会社の貢献度を強調するが、発明に対する使用者会社の貢献度とは、当該発明がされるに当たって人的物的面で客観的に寄与した内容により判断されるものであって、当該寄与が使用者会社の規模に照らしてどれほどの負担かといった、いわば使用者の主観的な側面が考慮されるものではない。")．

134) 東京地方裁判所 平成16年1月30日 平成13年(ワ)第17772号 判決("さらに、被告は、本件特許発明の特許出願後、設定登録に至る間に被告会社特許部が努力をしたことや、本件特許発明の事業化に原告が関与しなかったことなどを指摘するが、発明がされた後のこれらの事情は、そもそも使用者会社の貢献度として考慮される事情に当たらない…").

명을 권리화 하는 단계에서의 그러한 행위는 피고 회사가 출원인으로서 통상적으로 하는 것이고, 대상 특허발명을 사업화 한 단계에서 청색 LED 기술이 대망되고 있던 기술이기 때문에 특별한 리스크 등이 존재한 것이 아니라서[135] 대상 발명의 완성 후의 사정은 회사의 공헌도로 고려될 사정이 아니고, 그래서 피고의 주장은 타당하지 않다고 판시하였다.

### 나. 히타치금속회사 질소자석 발명에 관한 사건[136]

대상 사건에서 법원은 대상 발명이 완성된 후에 발명을 권리화 하는 행위, 실시계약을 위한 노력 등을 회사의 공헌으로 포함하여 해석하는 것이 상당하다고 판시하였다.[137] 여기서 원고는 법 규정상 발명의 완성까지의 사정만을 고려해야 한다고 주장했지만, 법원이 권리화 단계에 투입된 비용 및 노력을 회사의 공헌도의 판단요소로 포함한 사례이다.

## 2. 平成16年(2004년) 특허법 제35조 제5항의 법리

---

135) 東京地方裁判所 平成16年1月30日 平成13年(ワ)第17772号 判決("仮にこの点をおくとしても、本件特許権が設定登録され、特許異議に対して維持された経緯をみても、その手続における被告会社の対応は、出願人として通常の範囲の対応であるし、青色ＬＥＤが産業界において待望されていた技術であることに照らせば、本件特許発明の事業化は、いわば成功が保証されていたものであって、事業化に特段のリスク等が存在したものでもない。被告の主張は、この点からも失当である。").

136) 東京地方裁判所 平成15年8月29日 平成14年(ワ)第16635号 判決.

137) 東京地方裁判所 平成15年8月29日 平成14年(ワ)第16635号 判決("特許法35条４項には「その発明がされるについて使用者等が貢献した程度」を考慮すべきである旨規定されているが，前記(１)のとおり，特許を受ける権利の承継後に使用者が現実に得た実施料をもって「その発明により使用者等が受けるべき利益の額」として「相当の対価」を算定する場合においては，考慮されるべき「使用者等が貢献した程度」には，「その発明がされるについて」貢献した程度のほか，使用者等がその発明により利益を受けるについて貢献した程度も含まれるものと解するのが相当である。すなわち，「使用者等が貢献した程度」として，具体的には，その発明がされるについての貢献度のほか，その発明を出願し権利化するについての貢献度，実施料を受ける原因となった実施契約を締結するについての貢献度，その他諸般の事情が含まれるものと解するのが相当である。").

### 가. 개정 이유 및 해석

구 특허법(1959) 및 실무에서 발명자 공헌도의 판단요소가 불명확하다는 이유로 2004년 특허법에서 직무발명에 관한 규정이 개정되었는데, 당시 발명완성까지에 대한 문제가 쟁점이 되었다. 한 보고서는 발명의 완성 후의 회사의 공헌의 사정도 포함시킬 필요가 있다는 취지로 설명하였다.[138]

2004년 개정된 규정이 "그 발명과 관련하여 사용자가 받을 이익의 액, 그 발명에 관련하여 사용자 등이 행한 부담, 공헌 및 종업원의 처우 그 밖의 기타 사정"을 제시하였다.[139] 이하에서 그 용어 각각의 의미를 제시한다. 먼저 "그 발명과 관련하여 사용자 등이 실시하는 부담, 공헌"은 "당해 발명의 완성까지 실시하는 부담이나 공헌뿐만 아니라, 당해 발명의 완성 후에 그것을 사업화하기 위하여 실시하는 부담이나 공헌 등을 널리 포함한다. 예를 들면, 당해 발명의 특허출원 절차에 필요한 비용의 부담이나 해당 종업원 등 이외의 사람의 관여, 당해 발명의 사업화에 필요한 비용의 부담이나 개량활동, 당해 발명의 사업화 과정에 필요한 영업활동 등 다양한 사실, 사정이 포함되어 있어야 한다"고[140] 해석한다.

---

138) 産業構造審議会知的財産政策部会特許制度小委員会, 特許庁産業構造審議会知的財産政策部会報告書 「職務発明規定の在り方について」, 2004, 18頁("발명이 완성될 때까지의 사정만 고려되고 있을 가능성이 있다. 즉, 발명완성 후의 공헌인 발명의 실시에 있어서의 개량활동, 영업경비, 광고선전비 등이 고려되어 있지 않을 가능성이 있고, 또는 공헌의 한 형태인 비용부담에 대해서는 회사의 이익액에서 공제해야 할 경우도 있다고 생각할 수 있지만 구법의 동항에 '공헌한 정도'라고 규정되어 있기 때문에 비용부담에 대해서도 획일적, 비율적으로 고려되고 있다.").

139) 平成16年 特許法 第35条 第5項("前項の対価についての定めがない場合又はその定めたところにより対価を支払うことが同項の規定により不合理と認められる場合には、第三項の対価の額は、その発明により使用者等が受けるべき利益の額、その発明に関連して使用者等が行う負担、貢献及び従業者等の処遇その他の事情を考慮して定めなければならない。").

140) 日本特許庁 編, 「工業所有権法 (産業財産権法) 逐条解説」 第20版, 發明協会, 2017, 121頁("<その発明に関連して使用者等が行う負担、貢献>当該発明の完成までに行う負担や貢献のみならず、当該発明の完成後にそれを事業化するために行う負担や貢献等を広く含む。例えば、当該発明の特許出願手続に必要な費用の負担や当該従業者等以外の者の関

또한 “그 발명에 관련하여 사용자 등이 행한 부담, 공헌 및 종업원의 처우”에 대하여 “당해 발명의 완성이나 사업화에 근거해서 당해 종업원 등에 지불된 대가 이외의 금전적 이익(예를 들면, 임금의 상승)이나, 지위 또는 논공행상 등의 대우의 향상 등을 생각할 수 있다”고[141] 해석한다. “그 외의 사정”은 “당해 발명을 완성시키기 위해 또는 사업화하기 위해 사용자 등이 잃은 위험이나 선택기회 등을 생각할 수 있다”고[142] 해석한다. 현행 제35조 제7항도 동일한 내용을 규정하고 있다.

### 나. 판례의 입장

발명자의 공헌도(1-회사의 공헌도)에 관한 다수 판례에서 법원은 회사의 공헌도의 범위를 제시하였다. “회사의 공헌도는 대상 발명이 되는 것에 회사의 공헌도뿐 아니라, 그 발명을 출원하여 권리화하고, 특허를 유지하는 데에 대한 공헌도, 실시제품의 개발 및 그 매출의 원인으로 된 판매계약을 체결하는 것 등도 회사의 공헌도 또는 발명의 처우 및 기타 여러 사정이 포함되어야 한다”고 판례에서 제시하였다.[143] 또는 판례에서 회사의 공헌도에 대한 대상 발명의 완성까지라는 주장에서, 법원의

---

与、当該発明の事業化に必要な費用の負担や改良活動、当該発明の事業化の過程で必要な営業活動等、様々な事実、事情が含まれる。”).

141) 日本特許庁 編, 前掲書(2017), 121頁(“<その発明に関連して使用者等が行う……従業者等に対する処遇>例えば、当該発明の完成や事業化に基づき、当該従業者等に支払われた対価以外の金銭的利益（例えば、賃金の上昇）や、地位又は論功行賞等の待遇の向上等が考えられる。”).

142) 日本特許庁 編, 前掲書(2017), 121頁(“<その他の事情>例えば、当該発明を完成させるため又は事業化するために使用者等4が失ったリスクや選択機会等が考えられる。”).

143) 大阪地裁 平成21年1月27日 平成18(ワ)第7529号 判決(“使用者等が貢献した程度」には，その発明がされるについての貢献度のみならず，その発明を出願し権利化し，特許を維持するについての貢献度，実施製品の開発及びその売上げの原因となった販売契約を締結するについての貢献度，発明者の処遇その他諸般の事情等が含まれるものと解するのが相当である。発明者の使用者等に対する「相当の対価」の請求権はその特許を受ける権利の譲渡時に発生するものであるが，「相当の対価」の算定の基礎となる「その発明により使用者等が受けるべき利益の額」を，特許を受ける権利の承継後に使用者が得た実施料を基準として算定する以上は，その実施料を得るに至った一切の事情を考慮することが衡平の理念にかなうものというべきである。”).

입장은 “2004년(平成16年) 법률 제79호에 의하여 개정 전의 특허법에서도 발명완성 후의 사용자의 공헌에 대해서도 고려해야 할 것이라고 해석되어 있다.”고[144] 천명하였다.

### 3. 소결: 일본 법리의 문제점

일본에서는 공헌도를 발명의 창출까지의 사정만을 고려하여 산정할 것인지 아니면 발명의 창출 후의 사정까지도 고려하여 산정할 것인지에 대하여 한 때 이견이 존재하였으나, 2004년 법 개정을 통하여 그 이견을 불식시키고, 현행 법리는 발명의 창출 후의 사정까지도 고려하는 것이 정설이 되었다. 그러나, 그 법리는 다음과 같은 심각한 문제를 가진다.

#### 가. 발명의 권리화, 사업화 노력의 이중 적용

일본의 2004년의 법개정 및 그 후의 실무에 따르면, 발명의 권리화, 사업화 등과 관련된 사정이 공헌도 산정에서 고려되는데, 사실 그러한 사정은 실시료율 산정에서 반영되는 것들이다. 실시료율은 이익률에 기술기여계수를 곱하여 구하는데, 그 기술기여계수는 1에서 비기술기여계수를 뺀 값이며, 그 비기술기여계수에 회사의 위험감수, 상업화 노력 등의 사정이 반영되는 것이다. 또, 권리화, 사업화 등에 ‘비용’이 투여된 면을 강조하는데, 그 비용은 이익률에 이미 반영이 된 것이다. 권리화, 사업화와 관련된 사정들 대부분이 실시료율, 이익률을 산정하는 과정에서 반영되므로, 공헌도의 장면에서는 발명의 창출까지의 사정만 고려하여야 한다.

---

144) 東京地方裁判所 平成28年4月28日 平成24年(ワ)第20135号(“原告の貢献度が特に高いといえるほどの特段の事情があるとは認められない。また，原告は，日立工機らの貢献については発明完成時までのものに限って考慮すべきと主張するが，平成16年法律第79号による改正前の特許法下でも，発明完成後における使用者の貢献についても考慮すべきものと解されているから，原告の上記主張は採用できない。”).

### 나. 발명의 창출 후 여러 행위 중 공헌도에 포함될 행위의 구분 문제

발명이 창출된 후부터 매출(판매)이 발생하기까지 회사는 여러 행위를 하게 된다. 그 여러 행위 중 공헌도 산정에 포함될 행위와 포함되지 않을 행위를 구분하는 기준을 정하기가 어렵다. 그렇다고, 발명의 창출 후 회사의 모든 행위를 공헌도 산정에 포함하게 되면 회사의 공헌도는 매우 높은 것이 되어야 하고 발명자의 공헌도는 매우 낮은 것이 되어야 한다. 일본에서 평균 공헌도가 약 15% 정도가 되는데, 발명의 창출 후 회사의 모든 행위를 공헌도 산정에서 감안하면 그 값은 5% 이하가 되는 것이 타당하다.

## Ⅵ. 발명자 공헌도에 관한 일본에서의 선행 연구 검토

### 1. 이이다히데사도·와세모도카준노리(飯田秀鄕·早稻本和德) 연구(2003)

이이다히데사도·와세모도카준노리 연구는 공헌도에 영향을 미치는 요소로 ① 해당 발명이 발명자의 직무수행 과정에서 얻어진 것인지(특히 상사의 구체적 지시, 직책과 발명 간의 관련성 등), ② 회사에 축적된 경험 등을 이용했는지, ③ 회사의 설비, 기기, 자재, 인력 등을 활용했는지, ④ 직무발명이 특허로 성립하는 과정에서 회사의 특허부서의 특별한 공헌이 있었는지, ⑤ 회사가 발명자에게 지급한 급여, 상여금, 사회 보험료 등의 인건비 부담액, ⑥ 회사가 지출한 연구개발비, ⑦ 발명자가 발명의 완성에 사적인 시간을 썼는지, ⑧ 발명자가 발명의 완성을 위해서 사비를 사용했는지, ⑨ 해당 발명이 회사가 보유한 발명을 개량한 것인지, ⑩ 해당 발명의 창의성이 높은 것인지, ⑪ 기본발명인지 응용발명인지 여부 등 과제해결수단의 질이 높은 것인지, ⑫ 발명자가 발명을 창출하는 것을 직무로 하는지, 그리고 직무로 있었을 때 그 직무에 대해서 실제로 급여가 지불되고 있었는지 등의 발명자의 의무, 지위 등도 고려해야 한다

고 제시하였다.[145] 위 ④번 항목이 발명의 완성 후 사정을 말하고 있다.

### 2. 요시다히로시(吉田広志) 연구(2005)

요시다 연구는 회사가 얻게 되는 이익의 금액이 큰 경우 회사의 공헌도도 커진다고 주장한다.[146] 즉, 요시다는 자산효과를 감안하여야 한다는 것이다.[147] 대규모 발명의 경우, 발명 자체보다는 발명 외의 사정이 더 중요하게 작용할 것이다. 다만, 자산효과는 실시료율 산정에서 이미 반영된 것이라는 지적이 가능하다.

### 3. 마야마준지(三山峻司) 연구(2005)

마야마준지 연구는 인사상의 처우가 회사 공헌도 산정에 고려되는 것이라고 설명한다. 다만 승진을 포함한 승급·상여금의 사정 등의 인사일반

---

145) 飯田秀郷·早稲本和德, 前掲論文, 1860頁(“①当該発明が発明者の職務の遂行の過程で得られたか(特に上司の具体的指示, 職責と発明と の関連性など), ②使用者に蓄積された経験等を利用したか, ③使用者の設備, 機器, 資材, スタッフ等を活用したか, ④職務発明の特許成立の過程において使用者の特許部門の特別の貢献 があったか, ⑤使用者が発明者に対して支給した給与, 賞与, 社会保険料等の人件費負担額, ⑥使用者が支出した研究開発費, ⑦発明者が発明完成に私的な時間を充てたか, ⑧発明者が発明完成のために私費を使用したかこの他に, 例えば, 当該発明が使用者等の有評する発明を改良したものであるか否か, 当該発明の独創性の高低, 基本発明であるか応用発明であるか否かなど課題解決手段の質の高低や, 従業者が発明を創出することを職務としていたはか,そして職務としていたときにその職務に対して実際に給与が支払われていたか,などの従業者の義務, 地位等も考慮されるべきであ。”).

146) 吉田広志, “第3章裁判例にみる論点の研究”, 田村善之 · 山本敬三 編, 「職務発明」, 有斐閣, 2005, 92頁(“使者 の貢献度については, さまざまな要素があり使用者の受けるべき利益に比べて評価が難しい。とはいえ, 「受けるべき利益」の額そのものが大きな場合は使用者の貢献もまた大きくなる, という一応の傾向がみ られる。”).

147) 吉田広志, 前掲書, 93頁(“この傾向に過度に依存することは, 使用者·従業者の貢献評価を固定化しかねないため不適当ではあるが, 資産効果を考えればある程度妥当な傾向である。これは,使用者·従業者両者のインセンティヴの総量を 最大化する方策であろう。すなわち、使用者と従業者では経済規模が異なるため、同じ金額(たとえば1 万円)でも, 経済規模の大きい使用者にとっての価値は, 従業者より小さいものとなる( 資産効果 )。”).

의 처우는, 직무실적·직무능력·근무태도 등에 따른 인사고과에 근거하고 노무관리로 이뤄지는 것으로, 단순히 특정의 발명을 처리하기 때문에 발령되는 것은 아니라고 제시하고 있다.[148]

### 4. 쵸우사타카시(帖佐隆) 연구(2006)

쵸우사타카시 연구는 회사 공헌도를 판단하기 위한 다음 요소들을 제시하였다. ① 발명의 완성에 어느 정도 간접적으로 공헌했는지 여부; ② 연구비의 제공, 연구기재의 제공, 연구재료의 제공; ③ 상사나 관계자의 조언이나 팀으로서의 조언, 검토 등 당시 회사의 기술력의 상황에 대한 공헌; ④ 실험의 협력자, 보조자의 존재 여부 등.[149]

쵸우사타카시는 발명의 완성 후 권리화를 통하여 강한 특허를 형성시킨 점, 어려운 실시계약을 성공시킨 점 등의 사정이 공헌도 산정에 반영되어야 한다고 주장하였다.[150] 또, 권리화 과정에서 발명자가 공헌을 하

---

148) 三山峻司, “職務発明の自社実施のみの場合における相当対価の算定”, 「知財管理」, Vol. 55 No. 6, 2005, 762-763頁(“人事上の処遇が「使用者等が貢献した程度」の要素に含まれるのが近時の判例である…ただ、昇進を含む昇給·賞与の査定などの人事一般の処遇は、職務実績·職務能力·勤務態度等による人事考課に基づいて労務管理として行われるもので、単純に特定の発明を行ったから発令されるというものではない。”).

149) 帖佐隆, 「職務発明制度の法律研究」, 成文堂, 2006, 215頁(“使用者の貢献度を判断するための要素には、次のようなものがあげられる。まず、発明の完成にどの程度間接的に貢献したかどうかということが判断材料となる例を挙げていくと、賃金の支払は使用者の貢献度の認定にあたり、判断材料となる。また、研究費の提供研究機材の提供研究材料の提供等といったものも、使用者の貢献度の判断材料となろう　。また、上司や関係者の助言やチームとしての助言、検討等、当時の使用者企業の技術力の状況についても使用者貢献度の判断材料となる。また、実験の協力者、補助者といった人々の存在も使用者の貢献度を有利に判断する材料となろう。”).

150) 帖佐隆, 前掲書, 215-216頁(“これに対して発明完成後の要素であるが、使用者が受けるべき利益、すなわち独占による利益の算定に関係するものについては、使用者の貢献度に関係する。例えば、知的財産部門の特許権取得の活動や外部弁理士の活動により、特許権の効力範囲を広くするような場合もあるが、このような活動についても使用者の貢献度に含まれよう。すなわち、特許権の効力範囲を適切かつ広くとったために、独占による利益が増加した場合などは使用者の貢献度となるまたライセンスの活動の成果により他者へのラ

게 되면 그러한 점도 공헌도 산정에 포함되어야 한다고 주장하였다.[151] 그러나 발명자가 회사에서 급여를 받고, 근무시간 중 권리화에 필요한 도움을 주는 행위는 일상적인 종업원의 행위이므로 (발명의 창출에 관한) 공헌도에 따로 포함되지 않아야 한다.

### 5. 아키모토히로시(秋元浩) 연구(2006)

회사의 공헌도에 대하여 2단계로 구별하는 견해가 있다. 본 견해는 제약분야를 중심으로 회사의 공헌도를 살핀다. 이 견해에 따르면 회사의 공헌도는 대상 발명이 이루어질 때까지 회사의 공헌 및 발명된 후 회사의 공헌으로 구별한다. 첫째, 일반적으로 발명이 이루어질 때까지 회사의 공헌에 속하는 요소들을 제시한다. "① 발명에 관한 연구테마의 설정, ② 발명에 대한 연구비 부담, ③ 연구시설·재료의 제공, ④ 발명을 완성할 때의 다른 연구자에 의한 지원(생물계연구자에 의한 생물학적인 소가, 분석화학자 등에 따른 물성평가, 안전성 연구자에 의한 독찬평가 등), ⑤ 연구계속의 판단, ⑥ 연구성과의 분석, ⑦ 발명 이외의 프로젝트에 대한 연구투자, ⑧ 발명자에 대한 급여·상여 승진 및 복리후생의 제공 등이 고려되어야 한다"고 나열하였다.[152] 특히 제약기업에 대하여 "① 발명에

---

イセンス契約が締結できたような場合は、使用者の貢献度に含まれるであろう。但し、単にライセンスの事務を行った程度では足りず、交渉要員の交渉能力等により、本来ライセンスすることが難しかったケースでライセンスが可能となった、といった特段の事情まであった場合にのみ使用者の貢献度に含まれると解される。かかる場合以外では、いずれにしてもライセンス収入があったはずだからである。").

151) 帖佐隆, 前掲書, 216頁("また、従業者自身の資質といった面も従業者の貢献度となるのだろう。また、発明完成後の貢献に関しては権利化に際して協力をする際に、当該従業者の意見が反映された結果、広い権利になった場合等が考えられる。このようにして、使用者の貢献度と従業者の貢献度を決定し、使用者等が受けるべき利益にこの従業者の貢献度を乗算することにより、対価を決定することとなる。").

152) 秋元浩, "職務発明をめぐる諸課題について-製薬産業を中心とし", 法政策研究会 編, 「法政策学の試み」 法政策研究 第8集, 2006, 35頁("次に、「発明がなされるまでの使用者等の貢献」としては、上述した、①発明に関する研究テーマの設定、②発明に対する研究費の負担、③研究施設・材料の提供、④発明を完成さ量るに際しての他の研究者によるサポート（生物系研究者による生物学的訴価、分析化学者などによる物性評価、安全性研究者による毒燦平価など）、⑤研究継続の判断、⑥研究成果の分析、⑦発明以外のプロジェ

관한 연구테마의 설정, ② 발명에 대한 연구비 부담, ③ 연구 시설·재료의 제공, ⑦ 발명 이외의 프로젝트에 대한 연구투자 등" 요소들은 회사의 공헌도 산정에서 중요하게 고려되어야 한다고 주장한다.[153] 반면 발명자의 공헌도와 관련된 요소는 다음과 같이 제시되었다: "① 스스로 연구테마의 제안, ② 연구 수행 시 이니셔티브, ③ 발명의 독창성, ④ 과제 수행 시의 루틴성, ⑤ 그 발명완성에 대한 의욕 등."[154]

둘째, 발명이 완성된 후 실시될 때까지의 회사의 공헌도에 속하는 요소들을 제시한다. "① 그 발명의 실시화의 판단, ② 발명을 실시하기 위한 연구개발의 노력, ③ 특허부서에 의한 발명의 권리화에 관한 노력, ④ 계약담당자의 라이선스 체결에 관한 노력, ⑤ 그 발명과 관련된 제품을 제조하기 위한 제조라인 개발, ⑥ 그 제품의 제조를 위한 노하우, ⑦ 그의 제품을 효율적으로 채산성(採算性) 있게 제조하기 위한 노력, ⑧ 그의 제품을 판매하기 위한 마케팅·세일즈 활동, ⑨ 제품의 매출증가를 위한 마케팅력, ⑩ 제품의 매출증가를 위한 세일즈 활동, ⑪ 제품의 매출증가를 위한 브랜드력, ⑫ 제조에 드는 비용의 절감, ⑬ 발명 후의 발명자의 급여인상, 상여금, 승진 등이 고려되어야 한다"[155]고 나열하였다. 그러나 이러한 요소들은 다른 장면(실시료유 반영의 장면)에서 반영되는 것들이다.

---

クトに対する研究投資、⑧発明者への給与・賞与昇進及び福利厚生の提供等が考慮されるべきである。").

153) 秋元浩, 前掲論文, 35頁.

154) 秋元浩, 前掲論文, 35頁.

155) 秋元浩, 前掲論文, 36頁("発明がなされてから実施されるまでの使用者等の貢献としては、例えば、その発明の実施化への判断②発明を実施化するための研究開発努力、⑧知的財産部による発明の権利化に関する努力、④契約担当者によるライセンス締結に関する努力、⑤その発明に係る製品を製造するための製造ラインの開発、⑥その製品を製造するためのノウハウ、⑦その製品を効率良く採算性を挙げて製造するための努力、⑧その製品を市場に置くためのマーケティング・セールス活動、⑨製品の売上増加のためのマーケティング力、⑩製品の売上増加のためのセールス活動、⑪製品の売上を増加させるためのブランド力、⑫製造にかかる費用のコストダウン、⑬発明後の発明者への給与アップ、賞与、昇進等が考慮されるべきである。").

## 6. 마키야마코오이치(牧山皓一) 연구(2010)

마카야마 연구는 발명자 공헌도에 대해 정면으로 논의한 것이다. 그 연구는 발명완성까지(발명창출 단계), 발명완성에서 권리화 될 때까지(권리화 단계), 권리화 된 이후 실시허락, 실시화에 따라 이익을 얻을 때까지(권리활용 단계)의 총 3단계로 구분하여 발명자 및 회사의 공헌도를 고찰하였다.[156] 그리고 발명자 및 회사가 각 단계에서의 역할 및 원칙적인 배분비율을 주장하였다. 마카야마는 발명자의 공헌도에 대한 3분설 및 25% 원칙을 적용하여 평균적으로 공헌도 범위를 제시하였다. 이하에서 구체적으로 소개한다.

### 가. 발명창출 단계에서 발명자의 공헌도 산정

발명창출 단계에서 발명자의 공헌도 산정에 영향을 미치는 요소로 다음이 제시되었다. ① 아이디어의 개인착상(착상의 독자성), ② 아이디어의 가치·의미·회사내·외에서의 평가의 높음·발명자의 사적시간 활용, ③ 발명자의 사비 사용. 특히 아이디어의 개인착상 내용은 원고인 발명자가 주장하지 않더라도 인정하고 있다고 제시하였다.[157] 또한 발명창출 단계에서 회사의 공헌도 산정에 영향을 미치는 요소로 다음이 제시되었다. ① 과제의 구체적인 지시, ② 배속(配屬)·연구제목의 설정, ③ 정보·지식의 제공, ④ 업무시간의 실험 허가, ⑤ 발명자에 대한 기술교육·특허교육, ⑥ 미공개기술·미공개 선행발명의 제공, ⑦ 다른 기술자의 지도·조언, ⑧ 다른 부문의 조력, ⑨ 발명완성에 인원 투입, ⑩ 연구개발비의 투입,

156) 牧山皓一, 前掲論文, 95頁(“発明完成まで(以下「発明創出段階」という), 発明完成から権利化されるまで(以下「権利化段階」という), 権利化されてからライセンス許諾, 実施化等により利益を得るまで(以下「権利活用段階」という)の3段階に分けて, 発明者及び使用者の貢献度の算定について裁判例を分析し, 若干の考察を加えることにする。”).

157) 牧山皓一, 前掲論文, 95頁(“発明創出段階における発明者の貢献について, 裁判所は, アイデアの個人的着…想（着想の独自性）, アイデアの価値・意義・社内外からの評価の高さ・発明者の私的な時間の活用, 発明者の私費の使用等の貢献項目を認めている。特に, アイデアの個人的着想については, 原告である発明者が主張しない場合でも認めている。”).

⑪ 시설·설비·기기의 제공, ⑫ 시료, 자재의 제공 등.[158]

마카야마 연구는 발명창출 단계에서 발명자의 공헌도에 대하여, 원칙적으로 발명자가 주로 이루고 있고 회사는 보조적인 역할을 하는 것으로 이해한다.[159] 즉 발명자의 공헌도는 100%로 볼 수 있지만, 회사가 인적, 물적으로 공헌하고 있다. 그러나 회사가 특별한 부담을 했을 때 회사 및 발명자 간의 배분은 각 50%로 해석할 수 있다고 보았다.[160]

### 나. 권리화 단계에서 발명자의 공헌도 산정

법원이 권리화 단계에서 발명자의 공헌을 원칙적으로는 인정하지 않고 있다. 하지만 지극히 예외적인 경우에 인정하고 있다고 제시한다: 예로 발명자의 명세서, 특허조사 등이 발명자 공헌도로 고려된다고 한다.[161] 그의 근거는 발명완성 후 권리화 단계에서 명세서 작성, 특허출원, 심사청구, 거절이유 대응, 특허등록, 권리유지에 회사가 주체적으로 역할함을 감안한다.[162] 그러므로 마카야마는 권리화 단계에서 원칙적으로 회사만 공헌한 것이라고 하지만, 예외적으로 발명자가 공헌한 것도 인정되어야

---

158) 牧山皓一, 前掲論文, 95頁("発明創出段階における使用者の貢献について, 裁判所は, 課題の具体的指示, 配属・研究テーマの設定, 情報·知識の提供, 勤務時間内の実験許可, 発明者への技術教育·特許教育, 未公開技術·未公開先行発明の提供, 他の技術者の指導・助言, 他部門の助力, 発明完成への人員投入, 研究開発費の投入, 施設·設備·機器の提供, 試料·資材の提供 等の貢献項目を認めている。").

159) 牧山皓一, 前掲論文, 95頁("発明創出段階における貢献度は, 原則として発明者貢献度が主であり, 使用者貢献度は補助的であると考えられる。").

160) 牧山皓一, 前掲論文, 95頁("すなわち, 使用者の負担が通常の範囲内である場合は, 発明者貢献度が100%であり, 使用者が特別の負担をしたときは使用者の貢献度が認められ, その分, 発明者の貢献度が減少することになる。その場合でも, 発明者と使用者との分配の衡平を図る観点から, 使用者の貢献度は50%が上限になると解される。").

161) 牧山皓一, 前掲論文, 95-96頁("権利化段階における発明者の貢献について, 裁判所, 極めて例外的な場合を除いて認めていない。裁判所が認めた発明者の貢献として「発明者による明細書のドラフト作成」がある。一方, 使用者の貢献については, 知財担当者のアドバイス, 特許調査, 異議申立・無効審判への対応, 権利維持等, 幅広く認めている。").

162) 牧山皓一, 前掲論文, 96頁("発明創出後から権利化までのプロセス (明細書作成・特許出願・審査請求・拒絶理由対応・特許登録・権利維持) に主体的に関与するのが使用者であることに鑑みても, 裁判所の判断は妥当であると思われる。").

한다는 견해이다.[163] 따라서 원칙적으로 권리화 단계에서 회사의 공헌도는 100%이며, 예외적인 경우에서는 발명자 및 회사의 공헌도는 각 50%까지 인정할 수 있다는 견해이다.[164]

### 다. 권리활용화 단계에서 발명자의 공헌도 산정

권리활용화 단계에서는 원칙적으로 회사가 공헌한 것만 인정되고 발명자에 대해서는 극히 예외적인 경우에 인정할 수 있다고 제시하였다.[165] 그 예로 발명자의 침해조사나 침해증명데이터의 취득 등 라이선스에 대한 공헌을 발명자의 공헌도로 인정한다고 하였다.[166] 본 단계에서 화사의 공헌에서 "대상 특허 이외의 주변특허의 유지, 침해증명, 침해특허의 배제, 라이선스 협상, 타사 기본특허 등 실시료의 지불, 다른 기술과 노하우의 이용, 제품화를 위한 설계, 실험, 사업화 실패의 리스크 등"으로 인정된 것은 회사의 공헌도의 의미를 넓게 본 것이다.[167] 따라서 통상의 경우 회사의 공헌도를 100%로 보고 극히 예외적인 경우 발명자 및 회사의 공헌도를 각 50%로 인정할 수 있다고 주장한다.[168]

---

163) 牧山皓一, 前掲論文, 96頁("すなわち, 権利化段階における貢献は, 原則として使用者の貢献度のみで, 例外的に発明者の貢献度が認められる場合があると考えられる。").

164) 牧山皓一, 前掲論文, 96頁("以上のことから, 発明者の貢献が通常の場合は, 使用者の貢献度が100%で, 発明者が特別の貢献をしたと認められるときは, 発明者の貢献度が認められ, その分, 使用者の貢献度が減少することとなる。その場合でも, 発明者と使用者との分配の衡平を図る観点から, 発明者の貢献度は50%が上限になると解される。").

165) 牧山皓一, 前掲論文, 96頁("権利活用段階における発明者の貢献について, 裁判所は, 極めて例外的な場合を除いて認めていない。").

166) 牧山皓一, 前掲論文, 96頁("裁判所が認めた発明者の貢献として, 「発明者による侵害調査や侵害立証データの取得等のライセンス料獲得への貢献」がある。").

167) 牧山皓一, 前掲論文, 96頁("一方, 使用者の貢献については, 対象特許以外の周辺特許の維持, 侵害の立証・侵害特許の排除, ライセンス交渉, 他社基本特許等へのライセンス料の支払い, 他の技術・ノウハウの利用, 製品化のための設計・実験, 事業化失敗のリスク等, 幅広く認めている。").

168) 牧山皓一, 前掲論文, 96頁("以上のことから, 発明者の貢献が通常の場合は, 使用者の貢献度が100%で, 発明者が特別の貢献をしたと認められるときは, 発明者の貢献度が認められ, その分, 使用者の貢献度が減少することになる。その場合でも, 発明者と使用者との分配の衡平を図る観点から, 発明者の貢献度は50%が上限になると解される。").

### 라. 발명자의 공헌도 산정 시 3분설 및 25% 원칙 적용

전술한 바와 같이 각 단계에서 3분설 및 25% 원칙을 적용하여 발명자 및 회사의 공헌도를 산정한다. 발명창출 단계에서 3분설을 적용한 경우,[169] 원칙적으로 발명자의 공헌도는 33.3%이고, 회사의 공헌도는 67.7%이다.[170] 그러나 회사가 크게 공헌한 경우에서 각 50% 한계에서 발명자의 공헌도는 16.7%로 인정할 수 있다. 즉 발명자는 16.7%-33.3% 사이에 변화한 것이다.

발명창출 단계에서 25% 원칙을 적용할 수 있다.[171] 따라서 발명자의 공헌도는 원칙적으로 25%이고, 회사가 크게 공헌한 경우에는 각 50% 한도에서 감액하여 발명자의 공헌도를 12.5%로 인정할 수 있다.[172] 즉 25% 원칙에서 발명자 공헌도는 12.5%-25% 사이에서 변화한다.

---

169) 牧山皓一, 前掲論文, 96頁("利益三分法とは, 事業の利益の源泉のうち特許権を要因とする比率を直接的に検討するものである。すなわち, 利益の源泉を資本力(資金力), 営業力及び特許権の3つと把握し, 利益を投資者, 営業実施者及び特許権者に配分することを想定しつつ, その比率を認定する方法である。この利益三分法に準じて, 発明者の貢献が主体的である発明創出段階を, 特許権を要因とする効果と考え, 残りの資本力（資金力）, 営業力を使用者の貢献が主体的である権利化段階, 権利活用段階に位置づけ, 各段階の貢献度を1/3とする。").

170) 牧山皓一, 前掲論文, 96頁("利益三分法を用いて発明者貢献度を算定してみると, 発明創出段階における発明者の貢献度は, 原則, 100%で, 使用者の貢献が大きいときは発明者の貢献度が50%を限度として減額される。この貢献度に利益三分法による貢献割合3 分の1 を乗じると, 発明者の貢献度は, 原則33.3%で, 使用者の貢献が大きい場合は, 16.7%まで低下することになる。").

171) 牧山皓一, 前掲論文, 96頁("ルール・オブ・サム法とは, 事業の収益に対する貢献を, 資本, 組織, 企業努力(労働力), 特許(技術)に分解して求めるもので, 25%ルールともいう。このルール・オブ・サム法に準じて, 発明者の貢献が主体的である発明創出段階を特許（技術）の貢献と考えて, 貢献割合を25%とし, 残りの資本, 組織, 企業努力（労働力）を使用者が主体の貢献と考えて, 権利化段階と権利活用段階の貢献度の合計を75%とする。").

172) 牧山皓一, 前掲論文, 96頁(" ルール・オブ・サム法を用いて発明者貢献度を算定してみると, 発明創出段階における発明者の貢献度は, 原則, 100%で, 使用者の貢献が大きいときは発明者の貢献度が50%を限度として減額される。この貢献度にルール・オブ・サム法による貢献割合25%を乗じると, 発明者の貢献度は, 原則25%で, 使用者の貢献が大きい場合は, 12.5%まで低下することになる。").

### 마. 소결

마카야마는 발명자의 공헌도 산정을 위해 원칙적으로 발명완성까지의 사정만을 고려하여야 한다고 제시하였고, 권리화 단계, 제품화 단계에서는 회사만이 관여한다고 주장하였다. 그리고 3분설 및 25% 원칙을 적용하여 발명자 공헌도를 산정할 수 있다. 발명자의 공헌도는 12.5%-33%이다. 마카야마 연구는 발명자의 공헌도는 발명완성까지의 사실만 고려하여야 한다고 제시하였다. 그러나 그 연구는 3분설 및 25% 원칙의 적용과 발명자의 공헌도 산정이 서로 어떤 관계인지에 대해 제대로 설명하지 못하고 있다. 위 권리활용 단계에서 제시한 요소들은 비기술기여요소에 포함된 것이고 회사의 공헌도에서 고려할 것이 아니라 회사의 이익액에서 고려한 것이라고 본다.

## 7. 카게야마코우타로우(影山光太郎) 연구(2012)

카게야마 연구는 회사의 공헌도는 회사의 연구, 제조의 기초, 판매 체제, 특허화의 지출, 발명자의 처우를 고려해야 한다고 설명한다.[173] 특허제품에 해당 기술을 실현하는 각 단계의 수익·비용을 근거로 수익에 대한 발명자와 회사의 공헌을 제시하였다. 발명·특허화 하여 얻은 수익의 중심은 발명자의 공헌에 의한 것으로 지적하였고, 발명·특허화 이외의 연구, 실용화, 제품화 단계에서 얻어진 수익은 발명자가 받을 상당한 대가와의 관계는 회사의 공헌에 포함된다고 생각한다. 발명·특허화 단계에 필요한 비용은 회사의 부담으로 지적하고 있다.[174]

---

173) 影山光太郎, 「発明/共同発明の成立と共同発明者の認定から評価・処遇へ－一般・実験・共同発明の場合の発明者認定と共同発明者間の寄与割合算定の基準・手順－」, 経済産業調査会, 2012, 231頁("使用者の貢献度は、使用者の研究,製造の基盤、販売体制、特許化の出費、従業者(発明者)の処遇等( 改正法における「使用者の貢献。負担、従業者の処遇」と同様である)を考慮し、多く、90-95%とされてきたが、その根拠は余り明確でない。").

174) 影山光太郎, 前掲書, 232頁 ("各段階の収益に対する寄与について、発明·特許化によって得られた収益の中心が従業者(発明者)の貢献によるものと考えられる。これに対し、発明·特許化以外の研究、実用化、製品化の段階で得られた収益は、発明者が受け取る相当対価との関係では、「使用者が行う貢献」に含まれると考えられる(15+55+100=170)。そして、

### 8. 카다무라히로시(北村博) 연구(2014)

카다무라히로시 연구가 제시하는 발명자의 공헌도에 고려되는 주요 사항은 ① 고객요구 파악, ② 연구주제의 선정, ③ 발명의 착상 (독자적인 발상), ④ 실험장치의 개량, ⑤ 명세서의 작성, ⑥ 발명의 효과에 주목, ⑦ 권리화에 노력, ⑧ 침해 입증을 위한 장치의 제작, ⑨ 실시허락 협상 참여, ⑩ 특허의 취득·유지(명세서·의견서 등), ⑪ 실시허락계약 체결·판매계약 체결, ⑫ 연구개발비 및 연구시설비·실험시설, ⑬ 자재 및 제조설비, ⑭ 발명자의 급여, ⑮ 침해소송 비용, ⑯ 연구자의 육성·유학비용·박사학위 취득 지원, ⑰ 지식·노하우의 제공, ⑱ 다른 직원의 협력 등이 있다.[175]

위에서 ⑤, ⑦, ⑧, ⑨, ⑩, ⑪, ⑮ 등의 사정은 발명의 완성 후에 발생한 사실에 해당한다. ①(고객요구 파악)이 공헌도에 어느 정도 영향을 미칠 수 있는지는 의문이다.

### 9. 소결

일본에서는 2004년 전에는 발명자의 공헌도를 산정함에 있어서 발명창출 후의 사정을 감안해야 하는지 여부에 대하여 이견이 존재하였다. 그러나, 발명창출 후의 사정을 감안하여야 한다는 의견이 다수설이 되었고, 그 다수설을 공고히 하기 위하여 2004년 법이 개정되었고, 그 개정 후부터는 발명창출 후의 사정을 감안하여야 한다는 법리가 다수설을 넘어 통설로 굳어지고 있다. 그러나, 그 법리는 잘못된 것이다. 그 오류를 설명하기 위하여 우선 독일이 공헌도 산정에 있어서 발명창출 후의 사정은 감안하지 않음을 설명한다.

---

発明·特許化の段階で要した費用は「使用者が行う負担」と考えられ。”).

175) 北村博, “職務発明における発明者の貢献度と実績報償: 裁判例の検討と提案”, 「CUC policy studies review」 Vol. 36, 千葉商科大学, 2014, 32頁 표6 참조.

## Ⅶ. 발명자 공헌도 계산공식을 제시한 독일 사례의 연구

독일에서는 발명자 공헌도를 산정함에 있어서 대상 발명의 완성까지 종업원과 회사가 공헌한 바를 고려한다.[176] 발명자의 공헌도(Anteilsfaktor, Share factor)(B) 책정은 일반적으로 회사의 이익액(A) 산정보다 쉽다고 생각되며, 종업원규칙이 제시하고 있는 세부 산정방법은 구속력이 없음에도 불구하고 독일 법원 및 특허청의 조정위원회에서 이용되고 있다.[177]

<독일의 공헌도 산정방법>

| 독일의 공헌도(B) 산정 방법: B = b1 + b2 + b3 |
|---|

여기서 'b1'은 대상 직무발명 '직무'의 출처에 따라서 종업원이 당해 직무발명 완성 시 공헌한 점수를 결정하고, 'b2'는 당해 직무발명의 기술방안에 의하여 종업원이 당해 직무발명 완성 시 공헌한 점수를 결정하며, 'b3'은 종업원의 '직위'에 대한 요소에 따라서 대응한 점수이다.[178]

176) 독일 종업원발명법(Gesetz über Arbeitnehmererfindungen) 제9조 제2항(보상의 산정에는 특히 직무발명의 산업적 이용가능성, 기업에서의 종업원의 직무와 직위, 그리고 직무발명의 성립에 대하여 공헌한 정도가 중요한 역할을 담당한다. Für die Bemessung der Vergütung sind insbesondere die wirtschaftliche Verwertbarkeit der Diensterfindung, die Aufgaben und die Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb sowie der Anteil des Betriebes an dem Zustandekommen der Diensterfindung maßgebend. In assessing compensation, due consideration shall in particular be given to the commercial applicability of the service information, the duties and position of the employee in the enterprise, and the enterprise's contribution to the invention.).

177) 日本特許庁, 「我が国、諸外国における職務発明に関する調査研究報告書」, 63頁("従業者の寄与率 (Anteilsfaktor) は、従業者規則30号(1)において、%で示すものであるとされている。一般的に、従業者の寄与率の算定は、"発明の価値"の算定よりも容易であると考えられており、規則が設けている詳細な算定手法は、ドイツ特許庁の調停機関と裁判所の双方において、規則に拘束力がないにもかかわらず利用されている。")(Bartenbach. Volz, Arbeitnehmerfinderverguetung, 3. Auflage, Carl Heymann Verlag, S.769).

「민간고용에 있어서의 종업원 직무발명의 보상에 관한 지침」(이하 '독일지침')[179] 제30호 내지 제36호에 따르면, 종업원의 공헌도 산정방법은 과제설정(b1), 과제해결(b2), 회사의 직원에게 주어진 과제와 지위(b3)의 각 항목에 구체적인 사안에 부여된 각각의 점수를 합산하여 산정한다.[180][181] 독일지침은 1958년에 제정된 것이기 때문에 노동법적 관점, 기술적 관점, 경제적 관점의 모두에서 현대에 맞지 않는 부분이 많아지고 있다.[182] 1985년부터 현재까지 큰 변화는 아니지만 기술분야에 따라서는 하향추세가 더욱 현저한 분야도 있다.[183]

### 1. 과제의 설정(setting of object)(b1)

b1 수치를 결정함에 있어서 종업원이 당해 직무발명에 공헌한 정도는 1-6에 분포하고, 점수가 높을수록 공헌도가 높다.

---

178) 독일지침 제30조.

179)「Guideline for the Remuneration of Employees' Inventions in Private Employment」는 1959년 7월 20일부터 시행.

180) 日本特許庁, 前掲報告書, 63頁("従業者規則30－36号によると、従業者の寄与率の算定方法は、「課題の設定」、「課題の解決」、「企業における従業者に与えられた課題と地位」の各項目に、具体的案件において付与されるそれぞれの点数を合算することにより行う。").

181)「Guideline for the Remuneration of Employees' Inventions in Private Employment」 ("An appropriate deduction must be made from the value of the invention determined in the First Section in con- sideration of the fact that it is not a free invention. Taking this deduction from the value of the invention into account the resulting share for the employee is determined in the form of a rate of share expressed as a percentage. The rate of share is determined by the following a) by setting a task, b) by finding the solution to that task c) by the duties and position of the employee in the company. The values inserted in the individual groups in tables a), b) and c) below are used the calculation of the rate of share according to the table at (37) If a valuation lying between the individual groups appears to be appropriate in individual cases, then intermediate values can be created (e.g., 3.5)").

182) 日本特許庁, 前報告書(2013), 68頁("従業者規則は1958年に制定されたものであるため、労働法的観点、技術的観点、経済的観点のいずれにおいても現代に当てはまらない部分が多くなってきている。").

183) 日本特許庁, 前報告書(2013), 68頁("1985年から今日までに大きな変化はなく、技術分野によっては下降傾向がさらに顕著になった分野さえある。").

<공헌도 b1 산정방법>[184]

| 종업원이 완성한 당해 직무발명의 직무출처 | 대응 점수 |
|---|---|
| 회사의 구체적인 업무를 집행하고, 회사가 구체적인 해결책을 제공함 | 1 |
| 회사의 구체적인 업무를 집행하지만 회사는 구체적인 해결책을 제공하지 않음 | 2 |
| 회사는 당해 과제를 제시하지 않고, 그러나 당해 발명을 통해서 해결한 결함 및 실현한 요구는 회사에서 발원한 것임. 그리고 당해 결함 및 요구는 종업원이 스스로 발견한 것이 아님. | 3 |
| 회사는 당해 과제를 제시하지 않고, 그러나 당해 발명을 통해서 해결한 결함 및 실현한 요구는 회사에서 발원한 것임. 그리고 당해 결함 및 요구는 종업원이 스스로 발견한 것임. | 4 |
| 종업원이 스스로 과제를 설정하였고, 당해 과제는 직무범위에 속함. | 5 |
| 종업원이 스스로 과제를 설정하였고, 당해 과제는 직무범위에 속하지 않음. | 6 |

## 2. 과제의 해결책(b2)

b2 수치의 결정은 당해 직무발명의 출처에 따라서 공헌도를 결정한다. 점수를 결정하기 위하여 종합적으로 3가지 요소를 고려한다. ① 당해 해결책을 발견한 출처는 종업원의 직장경험과 직업기능이다; ② 당해 해결책의 출처가 회사의 업무와 지식이다; ③ 회사는 당해 해결책에 대하여

184) 독일지침 제31조.

기술적인 보조수단을 지원하였다.[185] 이상 3가지 특징을 충족하면, 회사의 공헌이 높으므로 점수는 1이 되고 반대로 3가지 모두 충족하지 않으면 점수는 6이 된다.[186]

### 3. 직위(position)(b3)의 결정

b3 수치를 결정할 때 회사에서 종업원의 직무책임과 직위에 따라서 종업원의 당해 직무발명의 공헌도를 결정한다. 해당 점수는 아래와 같이 1부터 8까지 분포하며 점수가 높으면 종업원의 공헌도가 크다.[187]

185) 독일지침 제32조("b) The solution to the task (32) In determining the value for finding the solution to the task, the following factors should be taken into consideration: 1. The solution is found through the inventor's thoughts arising out of his professional knowledge; 2. The solution is found because of operations or company knowledge; 3. The company supports the inventor with technical assistance.").

186) 독일지침 제32조("If all these factors are present in connection with an invention, then the invention is given a value of 1 for the solution of the set task; if none of these factors are present then it is given a value of 6.").

187) 독일지침 제34조(It is possible to draw distinctions between the following groups of employees, where the higher the value in parentheses, the lower the performance expectation...).

< 공헌도 b3 산정방법 >[188]

| 종업원의 회사에서의 직책과 직위 | 대응 점수 |
|---|---|
| 종업원이 실제로 회사의 업무에 대한 어떤 전문성을 구비하지 않음 (예로 직업교육을 받지 근로자, 보조 근로자, 훈련생, 수습생). | 8 |
| 종업원이 어느 정도 전문연습을 받았음(예로 연구보조 등 초급직위 및 반장 등 간단히 감독직능을 구비하는 직위) | 7 |
| 종업원이 회사에서 기초계급의 관리자 | 6 |
| 종업원이 전문연습을 받고, 그의 직책은 특정기술을 해결하는 것임 | 5 |
| 종업원이 전문기술 담당자 | 4 |
| 종업원의 직책은 한 연구개발팀을 관리하는 것임. | 3 |
| 종업원은 연구개발 부문에 관리자(여러 기술팀 포함한 경우) | 2 |
| 종업원이 전체 연구개발 팀을 관리하고 기술지도를 하거나 연구개발 결정권이 있는 자임 | 1 |

## 4. 공헌도 산정표

위 b1, b2 및 b3의 점수를 합친 점수를 아래 표에 적용하여 대응하는 공헌도를 결정한다.[189]

| b1+b2+b3 | 3 | 4 | 5 | 6 | 7 | 8 | 9 | 10 | 11 | 12 | 13 | 14 | 15 | 16 | 17 | 18 | 19 | 20 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| 공헌도(%) | 2 | 4 | 7 | 10 | 13 | 15 | 18 | 21 | 25 | 32 | 39 | 47 | 55 | 63 | 72 | 81 | 90 | 100 |

## 5. 통계

188) 독일지침 제34조.
189) 독일지침 제37조.

독일에서 공헌도는 주로 10%-25% 사이에 분포된다는 글과 15%-18% 사이에 분포된다는 글이 있다고 한다.[190] 일본의 평균치(18%)와 한국의 평균치(22%)가 독일의 평균치와 별반 다르지 않다. 산정방식은 다르지만, 결과적으로 책정되는 독일의 공헌도가 한국 및 일본의 공헌도와 크게 다르지 않다는 점이 흥미롭다.

### 6. 소결

독일은 공헌도를 산정함에 있어서 발명의 창출 후의 사정은 전혀 고려하지 않고 발명의 창출까지의 사정만 고려한다. 그 사정도 3가지로 분류되어 점수가 부여되므로 비교적 간단히 공헌도를 산정할 수 있는 장점이 있다. 다만, 독일방식이 사안을 지나치게 단순화 하고 다양한 사정을 모두 포섭하지 못한다는 지적을 받을 수 있다.

## Ⅷ. 발명자 공헌도 책정기준의 정립

### 1. 발명창출 후 상황의 고려 불가

#### 가. 발명자 공헌도의 정의

한국의 많은 학설은 (일본의 법리를 좇아) 발명자 공헌도 산정에서 발명완성 후 사정도 감안되어야 한다고 설명하고 있으나, 발명완성 후 사정을 감안하지 않은 많은 판례도 존재한다. 즉, 한국 법원은 이 점에 대하여 일관된 입장을 정립하지 않았다. 그러나 일본의 경우 학설뿐만 아니라 판례에서도 발명자 공헌도(1-회사 공헌도)의 범위를 넓게 보며, 발명완성 후의 사정도 고려한다. 결정적으로는 2004년 법 개정을 통하여 그러한 점을 명확하게 하였다. 구법에서는 발명의 창출까지의 사정만 고

190) Michael Trimborn, *Employees' Inventions in Germany*, Wolters Kluwer, 2009, p. 51.

려하도록 규정하고 있었다.[191][192]

직무발명은 기본적으로 회사와 종업원이 협력하여 창출하는 것이며 그 발명의 창출까지 종업원 발명자가 공헌한 바의 회사가 공헌한 바에 대한 비율을 발명자의 공헌도라고 정의하여야 한다. 그러므로 공헌도를 책정하는 것은 발명의 창출에 회사와 발명자가 각각 어느 정도로 역할을 하였는지를 판단하는 바와 다르지 않다. 그래서 발명이 창출된 후의 사정은 공헌도 책정과 무관하다.

### 나. 발명자가 발명완성 후 권리화 단계 및 사업화 단계에서 공헌한 경우

발명완성 후의 발명자의 공헌에 관해서는 권리화에 발명자가 협력하여 강한 특허를 획득하였거나 표준필수특허가 되는 경우를 생각할 수 있다.[193] 일본의 많은 판례는 이러한 발명완성 후의 사정을 공헌도 산정에서 고려한다.[194][195][196] 발명자가 특허출원, 특허등록 등의 과정에서 협

---

191) Tsugizo Kubo, *Japan [Employee Invention System]*, in a book, *Employees' Intellectual Property Rights*, edited by Sanna Wolk & Kacper Szkalej, Wolters Kluwer, 2015, p. 484 ("The original wording of Article 35(4) in the 1959 Act refers to 'the degree of the contribution made by the employer to the making of the employee invention', which merely considers the factors before completion of the invention.").

192) 昭和34年 特許法 第35条 第4項("前項の対価の額は、その発明により使用者等が受けるべき利益の額及びその発明がされるについて使用者等が貢献した程度を考慮して定めなければならない。").

193) 帖佐隆, 前掲書, 216頁("一方、従業者の貢献度を判断するための要素としては、独創性があろう。すなわち、使用者からの示唆がなく、または、示唆が少なく発明したかどうかについては従業者の貢献度の判断材料となる。また、従業者自身の資質といった面も従業者の貢献度となるのだろう。また、発明完成後の貢献に関しては権利化に際して協力をする際に、当該従業者の意見が反映された結果、広い権利になった場合等が考えられる。このようにして、使用者の貢献度と従業者の貢献度を決定し、使用者等が受けるべき利益にこの従業者の貢献度を乗算することにより、対価を決定することなる。").

194) 東京地裁 平成14年6月7日 平成13年(ワ)第10442号 判決; 東京地裁 平成18年5月29日 平成16年(ワ)23041号 判決; 東京高裁 平成16年9月29日 平成15年(ネ)第2747号 判決; 東京地裁 平成18年12月27日 平成17年(ワ)第12576号 判決; 大阪地裁 平成21年2月26日 平成18(ワ)7529号 判決; 知財高裁 平成18年9月12日 平成17年(ネ)第10125号 判決; 知財高裁 平成19年3月29日 平成18年(ネ)10035号 判決; 知財高裁 平成20年5月14日 平成19年(ネ)10008号 判決; 知財高裁 平成20年10月30日 平成20年(ネ)第10035号 判決; 東京地裁 平成23年4月8日

력하는 것은 회사로부터 봉급을 받는 종업원으로서 당연히 해야 하는 것이다. 종업원은 월급을 받으면서 (법적으로 도덕적으로 타당한) 회사의 모든 지시를 따라야 한다. 특허출원 과정에서 종업원이 회사를 위하여 어떤 역할을 수행하는 것은 당연하다. 다만, 우리 발명진흥법은 월급을 받으면서 당연히 하는 연구개발 중 (회사에게 이익을 창출하는) 발명을 완성한 발명자 종업원에게 특별히 추가적인 보상을 하는 것이다. 그런 견지에서 특허출원 등에의 협력에 의미를 두는 것은 타당하지 않다.

### 다. 소결

일본에서 한 때 공헌도의 정의에 대하여 이견이 있었다. 즉, 예를 들어, 마카야마(牧山皓一)는 발명의 창출까지의 사정만 감안하여야 한다는 입장을 가졌고, 카다무라(北村博)는 발명의 창출 후의 사정도 감안하여야 한다는 입장을 가졌었다. 청색 LED 사건의 제1심 법원이 "발명이 이루어진 후의 피고 회사의 특허부의 노력 및 사업화를 위한 노력은 사용자 회사의 공헌도로써 고려되어야 하는 사정에 해당되지 않는다"고 (정확하게) 설시한 바 있으나,[197] 그 법리는 2004년 법 개정으로 인하여 공허

---

平成19年(ワ)第32793号 判決; 知財高裁 平成21年6月25日 平成19年(ネ)第10056号 判決; 知財高裁 平成20年2月21日 平成19年(ネ)第10061号 判決; 東京地裁 平成27年2月26日 平成23年(ワ)第14368号 判決; 東京地方裁判所平成29年7月19日 平成25年(ワ)第25017号 判決; 知的財産高等裁判所 平成30年3月19日平成29年(ネ)第10079号 判決 등.

195) 帖佐隆, 前掲書, 216頁("これに対して発明完成後の要素であるが、使用者が受けるべき利益、すなわち、独占による利益の算定に関係するものについては、使用者の貢献度に関係する。例えば、知的財産部門の特許権取得の活動や外部弁理士の活動により、特許権の効力範囲を広くするような場合もあるが、このような活動についても使用者の貢献度に含まれよう。すなわち、特許権の効力範囲を適切かつ広くとったために、独占による利益が増加した場合などは使用者の貢献度となる。また、ライセンスの活動の成果により他者へのライセンスの契約が締結できたような場合は、使用者の貢献度に含まれるであろう。").

196) 박태일, 앞의 책, 268면("위에서 본 바와 같이 직무발명이 사업화된 과정은 사용자의 공헌으로 인정될 경우가 많다. ... 직무발명의 기술적 기여도가 교섭능력에 기여할 수 있다는 점에서 종업원의 공헌으로 평가할 수도 있겠지만, 이는 이미 '받을 이익'액의 산정과정에서 평가되는 요소라는 점에서, 종업원의 공헌으로는 판단될 수 없다고 할 것이다.").

197) 東京地方裁判所 平成16年1月30日 平成13年(ワ)第17772号 判決(竹田和彦 著, 김관식·김동엽·오세준·이두희·임동우 譯, 特許의 知識 第8版, 에이제이디자인기획, 2011, 401-402면에

한 것이 되었다.

일본의 2004년 법 개정의 오류는 발명의 창출 후의 권리화, 상업화 등에 대한 사정이 어떤 방식이든 감안되어야 한다는 점 및 그 감안의 경로가 공헌도밖에 없다고 판단한 점에 근거한다. 이러한 오류는 실시료율의 의미를 제대로 이해하지 못하였다는 점에 기인한다. 회사이익을 산정하면서 매출액에 실시료율을 곱하는 것이 일본, 독일 및 한국의 실무인데, 그 실시료율이 발명의 창출 후의 권리화, 상업화 등에 관한 사정을 이미 반영한 것이다. 이 점에 대하여는 실시료율의 개념을 설명하는 별도의 논문에서 설명하고 있다.[198)]

## 2. 기준 공헌도 20%의 제시

### 가. 법원의 고뇌의 결과를 존중

앞에서 살펴본 우리 법원의 판례들에 의하면 통계적으로 공헌도 중앙값이 20%이다. 그 판례들이 판사들의 고뇌의 결과이고 그 고뇌를 존중할 가치가 있는 것이므로 그 20%는 중요한 기준점이 될 수 있는 것이다. 즉, 공헌도 20%를 기준으로 삼고 그 20%로부터 올릴 수 있는 요소와 내릴 수 있는 요소를 종합적으로 고려하여 최종적으로 공헌도를 책정할 수 있을 것이다.

### 나. 사안의 재고찰

한림제약 나이디핀 발명 20% 사건을 살펴보면, 법원은 원고 종업원에게 유리한 점을 3개, 피고 회사에게 유리한 점을 6개 제시하였는데, 그

---

서 재인용).

198) 정차호 · 문려화, “직무발명보상금 산정을 위한 회사 이익액의 산정에 있어서 실시료율(royalty rate) 적용방법: 그 개념 및 장점의 설명”, 「과학기술법연구」 제25권 제2호, 한남대학교 과학기술법연구소, 2019년 6월호.

양쪽의 내용이 일반적인 직무발명에서 흔히 발생하는 상황이어서 균형을 이룬다고 생각된다. 구체적으로 제약발명인 점은 회사에 유리하고, 해당 발명에서 발명자의 개인역량이 중요하였다는 점은 발명자에게 유리하여 양측이 균형을 이루는 것이다. 삼성전자 전화번호 초성 검색방법 발명 20% 사건을 살펴보면, 법원은 해당 직무발명이 소프트웨어라는 점이 발명자에게 유리하고, 다른 3개 점이 회사에게 유리한데, 양측이 균형을 이룬다고 보고 20%로 책정하였다. HPC 건설공법 발명 20% 사건을 살펴보면, 대상 직무발명이 일반적인 발명이라는 점, 법원에서 제시한 원고 종업원에게 유리한 점과 피고 회사에게 유리한 점이 균형을 이룬다는 점을 감안하면 20%가 적절히 책정된 것이라고 생각된다.

### 다. 독일에서도 약 20%

종업원의 직무발명에 대한 공헌도는 독일 특허청의 조정기관에서 10%와 25% 사이의 범위에서 결정되었고, 평균은 15%와 18% 사이가 된다고 한다.[199] 한 논문에서 종업원의 직무발명에 관하여 평균적으로 15%-25% 사이라고 제시하기도 하였다.[200] 이러한 점에 근거하면 독일에서도 발명자 공헌도의 기준치가 20%에 근접하는 것이다. 즉, 우리의 20%라는 수치가 어느 정도 타당성을 가지는 것이다.

### 라. 일본 법원이 공헌도도 약 7-20%

앞에서 살펴본 바와 같이 일본에서 예전에는 20%가 기준치가 되었으나, 최근에는 그 수치가 낮아져서 중앙값이 7%에 이르고 있다. 일본 법원이 발명창출 후의 사정을 적극적으로 고려함으로 인하여 우리보다 낮

199) 日本特許庁, 前掲報告書(2013), 59頁("従業者の業務発明についての寄与率は、ドイツの特許庁の調停機関における評価では10%と25%の間で推移しており、平均は15%と18%の間とされている。").

200) Alexander Harguth, *Patent Ownership in Germany: Employers v. Employees,* 25 No. 10 Intell. Prop. & Tech. L.J. 15, 2013, p. 8 ("The average contribution factor ranges from 15 to 25 percent.").

은 공헌도 값이 책정되는 것으로 이해된다.

### 3. 상향요소 및 하향요소의 정리

판례를 분석한 바에 의하면 공헌도를 10%로 책정한 경우 회사에 유리한 요소 2-3개가 더 존재하며, 30%로 책정한 경우 발명자에게 유리한 요소 2-3개가 더 존재한다. 회사에 유리한 요소들과 발명자에게 유리한 요소들을 종합, 망라하여 정리할 필요가 있다. 후속 연구를 다짐한다.

### 4. 전형적인 중간 요소들, 무관한 요소들 제시

공헌도를 높이거나 낮추는데 영향을 미치지 못하는 요소 및 공헌도 책정과 무관한 요소들이 있을 것이다. 이에 관하여도 후속 연구를 다짐한다.

### 5. 기술분야별 차이 고려

기술분야별로 기준 공헌도가 다르게 책정될 필요가 있다. 회사의 대규모 투자가 필요한 기술분야는 발명자 공헌도가 낮게 책정될 것이며 발명자의 창의성이 중요한 기술분야는 공헌도가 높게 책정될 것이다.[201] 제약분야는 전자에 속하고 소프트웨어분야는 후자에 속한다.

### 6. 중소기업의 고려

에스티에스 논스톱상식의 트레이 공급장치 직무발명 사건에서는 원고

---

201) 박태일, 앞의 책, 261면("가령, 프로그램이나 BM(영업방법)특허처럼 특별한 기자재가 필요없는 소프트웨어 기술인 발명이라면 사용자 공헌도가 낮아질 것이나, 조성물이나 조성물제조 방법처럼 연구비나 연구기자재의 도움이 없이는 개발이 불가능한 발명이라면 사용자 공헌도가 높아질 것이다.").

에게 유리한 사정이 제시되지 않았음에도 불구하고 50%의 높은 공헌도가 인정되었고,[202] 정다운 오리 훈연제품을 제조하는 방법 40% 사건에서도 그러하다.[203] 중소기업에서는 회사가 조직적으로 연구를 기안, 설계, 관리하지 않고, 한 개인 종업원이 주도적으로 연구하는 경우가 많을 것이며, 법원은 (판결에서 명시되지는 않았으나) 그러한 점을 감안하여 발명자의 공헌도를 높게 책정하였을 것이다. 그런 점에서 회사가 중소기업이라는 점은 발명자의 공헌도를 높이는 하나의 요소가 될 수 있다. 물론, 벤처기업인 중소기업의 경우, 회사의 사활이 연구개발에 의존하게 되고, 그러한 경우에는 중소기업임에도 불구하고 회사가 조직적으로 연구를 기안, 설계, 관리하는 사례가 있을 것인데, 그러한 경우에는 회사의 공헌도를 높게 보아야 할 것이다.

### 7. 보상액수(회사의 이익과)와 공헌도는 무관

직무발명을 실시하여 회사가 획득하는 이익(회사이익)의 대소에 따라서 발명자의 공헌도를 조정할 것인지 여부에 의문이 있다. 일본의 한 학자는 회사이익이 고액인 경우 일반적으로 회사의 공헌도가 커질 것으로 생각된다고 주장하였다.[204] 이러한 주장의 영향에 따른 판례도 있다.[205]

---

202) 수원지방법원 2014. 8. 26. 선고 2013가합9003 판결.

203) 수원지방법원 2014. 10. 28. 선고 2013가합12788 판결.

204) 吉田広志, 前掲書, 92頁("使用者と従業者とでは経済規模が異なるため，同じ金額(たとえば，1万円)でも，経済規模の大きい使用者にとっての価値は，従業者よりも小さいものとなる（資産効果）。したがって，35条の構造がインセンティヴ論に基づいているかぎり，使用者の取り分をより大きくしなければ両者のインセンティヴの衡平が保てない。ただし，受けるべき利益そのものが小さい場合は，受けるべき利益が大きい場合に比べて使用者の取り分を低減させても，インセンティヴの量はそれほど減らない(1兆円の売上げを誇る大企業にとって，受けるべき利益の自らへの分配が10万円か20万円かは，さほど大きな問題ではない)。受けるべき利益が小さい領域においては，この領域においても単位金額当たりの価値が大きい従業者への配分を大きくしたほうが，両者のトータルでのインセンティヴ量を最大化することができる。").

205) 東京地方裁判所 平成18年3月9日 平成16年(ワ)27028号 判決("職務発明対価請求事件　本件特許発明がされるについて被告が貢献した程度総説職務発明の特許を受ける権利の譲渡の相当の対価は「発明を奨励し」「産業の発達に寄与する」との特許法1条の目的に沿ったも

그러나 회사이익이 큰 경우에 일반적으로 회사의 공헌도를 높게 인정하기는 어렵다.[206] 이러한 주장을 지지한 판례도 있다.[207] 해당 판결의 설시가 적절하다고 생각한다. 왜냐하면, 발명 자체가 매우 가치가 있어서 회사이익이 고액이 되는 경우도 있고, 발명 자체는 그다지 가치가 없어

---

のであるべきであり,従業者への発明へのインセンティブになるのに十分なものであるべきであると同時に, 企業等が厳しい経済情勢及び国際的な競争の中で,これに打ち勝ち発展していくことを可能とすべきものであって,さまざまなリスクを負担する企業の共同事業者が好況時に受ける利益の額とは自ずから性質の異なるものと考えるのが相当である(このことは,職務発明の実施により事業損失が生じた場合においても,職務発明をなした従業者が損失を負担することがないことからも明らかである 「相当の対価」が。)。このようなものであるとすれば,特許法35条4項の「その発明により使用者等が受けるべき利益の額」が極めて高額になる場合と,それほど高額にはならない場合とで,同項の「その発明がされるについて使用者等が貢献した程度」の考慮の仕方が自ずから異なるものとなると考えるべきである。すなわち 「相当の対価」についての上記考え方からすれば 「利益 ,,の額」が極めて高額になる場合は,特段の事情がない限り 「使用者が貢,献した程度」は通常よりも高いものとなり得るのであり 「利益の額」が,低額になる場合には,特段の事情がない限り 「使用者が貢献した程度」 ,は,通常よりもやや低くなり得るのである。また,特許法35条4項がこのように使用者等と従業者等との利害関係を調整する規定であることからすれば,この「使用者等が貢献した程度」には,使用者等が「その発明がされるについて」貢献した事情のほか,使用者等がその発明により利益を受けるについて貢献した事情及びその他特許発明に関係する一切の事情も含まれるものと解するのが相当である。”).

206) 牧山皓一, 前掲論文, 97頁(“使用者が受けるべき利益の額」が高額な場合に, 一律に「使用者の貢献」を大きく認めるのは妥当ではなく, 個別に判断すべきであると解される。”).

207) 知的財産高等裁判所 平成21年2月26日 平成19年(ネ)第10021号 判決(“これに対し, 発明自体はそれほど価値がなくとも, 使用者の営業努力等によって「その発明により使用者等が受けるべき利益の額」が高額になることもある。また, 発明自体は価値があるものであっても, 「その発明により使用者等が受けるべき利益の額」は低額にとどまることがある。これに対し, 発明自体それほど価値がなく, 「その発明により使用者等が受けるべき利益の額」も低額にとどまるということもある。これらの場合のうち, 発明自体に非常に価値があるときは, 従業者等の貢献の程度が高いということがあり得るが, そのような場合は, 「その発明により使用者等が受けるべき利益の額」が高額であるからといって, 従業者等の貢献の程度を低く見てもよいということにはならない。これに対し, 発明自体はそれほど価値がなくとも, 使用者の営業努力等によって「その発明により使用者等が受けるべき利益の額」が高額になる場合は, 「使用者が貢献した程度」を高く見ることになる。「その発明により使用者等が受けるべき利益の額」が低額にとどまる場合についても, 同様に, 発明自体に価値がある場合には, 従業者等の貢献の程度が高いということがあり得る反面, 発明自体にそれほど価値がない場合などには, 「使用者が貢献した程度」が高いということもあり得る。したがって, 一審被告の上記主張を採用することはできない”).

도 회사의 노력, 실력 등에 의해서 회사이익이 고액이 되는 경우도 있을 것이기 때문이다. 그러므로 회사이익이 고액이라고 회사의 공헌도를 일반적으로 높게 보아서는 아니된다.

또 한 학자의 논문에 따르면 "상당한 대가를 산정할 때에는 발명자의 공헌과 회사의 공헌을 개별적으로 비교하여 공헌비율을 산정하는 것이 원칙이다. 회사의 이익액이 고액일 경우 회사의 공헌도가 증가하도록 조정하는 것을 인정하더라도 기업이 특허발명을 자기실시 할 때로 한정되며, 라이선스 실시료가 고액일 경우에는 발명의 가치가 높은 것으로 예상되기 때문에 회사의 공헌도를 증가시키는 조정은 하지 말아야 한다."[208]

## 8. 최소한의 공헌도(minimum dedication rate)

종업원이 월급을 받고 다른 종업원과 유사한 정도의 일반적인 노력을 투여할 수 있다. 그 노력이 발명을 창출할 정도에 이르지 못하면 그 자의 공헌도는 0%라고 볼 수 있다. 즉, 공헌도 0%는 발명이 없다는 말과 다름이 아니다. 발명은 인간만이 할 수 있으므로 발명자의 공헌도가 0%인 발명은 존재할 수 없는 것이다. 종업원 중 창의적인 노력을 투여한 자가 직무발명을 창출하게 되는데, 그 발명자의 지분이 0%에 근접하는 것은 타당하지 않다. 그러므로, 발명자 공헌도는 (일부 특수한 분야 또는 특수한 경우를 제외하고는) 최소 5%가 되어야 한다. 실무적으로도 지금까지 5% 미만의 공헌도를 인정한 판결은 거의 없는 것으로 보인다.[209]

---

208) 牧山皓一, 前掲論文, 97-98頁("相当の対価の算定に際しては, 発明者の貢献と使用者の貢献とを個別に比較して, 貢献割合を算定するのが原則である。使用者が受けるべき利益の額が高額になる場合に, 使用者の貢献度を増加するように調整することを認めるとしても, 企業が特許発明を自己実施したときに限られ, ライセンス許諾料が高額になるときは, 発明の価値が高いことが想定されるため, 使用者貢献度を増加するような調整はすべきでないと解される。").

209) 중국에서는 공헌도가 자기실시의 경우 2%(디자인 경우 0.2%), 실시료 수입의 경우 10%보다 낮게 책정되어서는 아니된다고 강제한다. Ella Cheong & Li Luo, *China [Employee Invention System]*, in a book, *Employees' Intellectual Property Rights*, edited by Sanna Wolk & Kacper Szkalej, Wolters Kluwer, 2015, p. 452 (citing Art. 78 of the Implementing

회사가 대상 발명에 대한 발명자의 공헌도가 5% 미만이라고 주장하는 것은 그 발명에 창작성, 진보성이 없다고 주장하는 바와 다름이 없으므로 그러한 주장을 일반적으로는 받아들이기 어렵다. 진보성을 인정받아 특허가 되었고 회사에 상당한 이익을 안겨준 발명의 창작성을 부정하는 것은 특별한 경우를 제외하고는 상식에 반한다.

## 9. 프로그램에 의한 공헌도 제시의 가능성

공헌도를 책정한 판결들이 더 모이면, 통계적 가치가 더 높아질 것이고 그렇다면 그러한 다수의 판결들을 기초로 프로그램이 잠정 공헌도를 제시할 수 있을 것이다. 양 당사자는 그렇게 구해진 잠정 공헌도가 더 높아져야 하는 측면 및 더 낮아져야 하는 측면을 주장하게 될 것이며, 법원이 잠정 공헌도 및 양 당사자의 주장을 참고하여 최종 공헌도를 결정하게 될 것이다. 이렇게 통계에 기초하여 장점 공헌도를 먼저 구하고 양 당사자의 주장을 참고하여 그 잠정 공헌도를 세부 조정하여 최종 공헌도를 구하는 방식이 판결의 결과에 대한 예측 가능성 및 당사자의 판결에 대한 수용성을 높일 것이 예상된다.

## 10. 연구개발비는 공헌도가 아니라 이익률에서 산정

발명의 창출을 위하여 소위 연구개발비가 투입된다. 어떤 경우에는 회사의 사활이 좌우될 정도로 큰 액수가 연구개발비로 투입되기도 한다. 그러므로, 연구개발비는 해당 발명을 창출하는데 회사가 공헌한 바가 된다. 그런데, 연구개발비는 비용에서 공제된다. 즉, 회사의 이익을 산정함

---

Regulations of the Patent Law); 中华人民共和国专利法实施细则 第七十八条(“被授予专利权的单位未与发明人、设计人约定也未在其依法制定的规章制度中规定专利法第十六条规定的报酬的方 式和数额的, 在专利权有效期限内, 实施发明创造专利后, 每年应当从实施该项发明或者实用新型专利的营业利 润中提取不低于2%或者从实施该项外观设计专利的营业利润中提取不低于0.2%, 作为报酬给予发明人或者设计人, 或者参照上述比例, 给予发明人或者设计人一次性报酬；被授予专利权的单位许可其他单位或者个人实施其 专利的, 应当从收取的使用费中提取不低于10%, 作为报酬给予发明人或者设计人。”).

에 있어서 관련 비용을 공제하게 되는데, 그 과정에서 연구개발비도 같이 공제되는 것이다.[210] 달리 말하면, 연구개발비는 이익률의 산정에서 이미 반영이 되는 것이다. 그 연구개발비를 공헌도 산정의 장면에서 또 반영하게 되면 이중반영의 문제를 초래한다.[211] 그래서, 일반적으로는 연구개발비는 공헌도 산정에서 반영되지 않아야 하고 비용으로서 취급하는 것이 합리적이다.[212] 비용을 이익률의 견지에서 일괄 공제하는 것이 쉬운 작업이 된다. 비용 중 연구개발비를 구분하여 공제하는 작업은 더 어려운 것이 된다.

다른 한편, 회사의 한정된 예산을 해당 연구개발에 투자하는 점, 일반적이지 않은 거액의 연구개발비를 투자하는 점 등은 비용의 문제가 아니라 위험감수의 문제로 보고 회사의 공헌도를 높이는 요인으로 인정할 수

---

210) 川下英盛, “企業における職務発明制度への対応”, 「知財ぷりずむ」 Vol. 12 No. 133, 2013, 7頁(“営業利益は、「その発明がされるについて使用者等が要した費用」である研究開発費を売上総利益から控除するので、 旧４項の「その発明がされるについて使用者等が貢献した程度」は費用ではなく、従業者等が発明の着想から 完成するまでに使用者等の研究開発環境が与えた影響として、発明の課題の設定と解決に使用者等が貢献した 程度と考えられる。発明の独自性が大きく研究開発環境が劣っていれば、あるいは少ない研究開発費で大きな 売り上げを得ると、従業者等の貢献した程度や営業利益が大きくなる。
研究開発費が増加した場合や発明による独占の利益がなかった場合、あるいは発明が無かった場合には、商品を販売して利益を得ようとする事業として損失になることがある。課題の設定の変更による経費の加算などにより発明による独占の利益が得られなくとも、研究開発活動は企業が利益を得る収入源としての商品に対して、市場での優位性による売上増加または原価低減を狙って事業内容を更新する投資活動として必要なものである。課題設定は市場における競合の動向も踏まえながら時期に応じて利益獲得の為に総合的に設定しなければ、有効な解決手段が得られなくなることになる。原価や研究開発費、販売費および一般管理費等は、現５項の「その発明に関連して使用者等が行う負担」に相当し営業利益を計算する際に控除される項目である。”).

211) 川下英盛, 前掲論文, 7頁(“営業利益は、「その発明がされるについて使用者等が要した費用」である研究開発費を売上総利益から控除するので、旧４項の「その発明がされるについて使用者等が貢献した程度」は費用ではなく、従業者等が発明の着想から完成するまでに使用者等の研究開発環境が与えた影響として、発明の課題の設定と解決に使用者等が貢献した程度と考えられる。”).

212) 長岡貞男, “研究開発のリスクと職務発明制度”, 「知財管理」 Vol. 54 No.6, 2004, 891頁(“研究開発あるいは事業化のリスク費用は, 利益の発明者と企業の間の分配率を決める要因ではなく, 実現した利益から控除されるべき費用として扱うのが合理的である。”).

있다. 즉, 일반적인 연구개발비는 비용의 문제로 처리하여야 하되, 그 연구개발비가 어려운 여건 하에서 투자된 사정, 거액으로 투자된 사정 등은 위험감수의 문제로서 회사의 공헌도를 높이는 역할을 할 수 있을 것이다.

### 11. 제품개발 리스크 v. 연구개발 리스크

회사가 부담하는 리스크는 연구개발의 리스크 및 제품개발 리스크(상업화의 리스크)가 있고, 회사의 연구개발로부터 제품으로 매출하여 얻은 이익을 결정하는 가장 기본적인 요소라고 한다.[213] 즉 해당 직무발명을 적용하여 제품을 개발하기 위해서는 상당한 실패위험을 감수하여야 한다. 제품개발을 시작하였으나 제품으로 출시되지도 못하기도 하고, 제품으로 출시되었으나 상업적으로 실패하기도 한다. 그러한 제품개발의 리스크를 공헌도 산정에 감안하여서는 곤란하다. 그러한 제품개발의 리스크는 비기술기여계수(A3)에서 반영된다.[214] 한편, 한정된 회사의 예산을 해당 연구개발에 투여하는 것도 회사로서는 다른 연구개발의 기회를 포기하는 것이므로 상당한 리스크를 내포하고 있다. 그러한 연구개발의 리스크는 공헌도 산정에 적극 반영되어야 한다.[215] 사실 발명자의 공헌도 중앙값이 20%에 불과한 가장 중요한 이유가 그 연구개발의 리스크 때문이라고 생각된다. 일본 도쿄지방재판소의 한 판결이 리스크를 회사 이익액과는 별도로 고려하였는데,[216] 항소심에

---

213) 長岡貞男, 前掲論文, 885頁(“また、企業が負担しているリスク（研究開発のリスク及びその事業化のリスク）が企業の研究開発からの期待収益を決める最も基本的な要因であるにもかかわらず、判示されている対価決定ルールは、これらを考慮していない。”)

214) 비기술기여계수에 대한 구체적으로 논의한 글: 정차호 · 문려화, “직무발명보상금 산정을 위한 회사 이익액의 산정에 있어서 실시료율(royalty rate) 적용방법: 그 개념 및 장점의 설명”, 「과학기술법연구」 제25권 제2호, 한남대학교 과학기술법연구소, 2019.

215) 조영선, 앞의 책(2010), 474면(“기업은 계속적인 연구개발 활동을 행하여 축적된 기술정보를 활용하고, 방향성을 정하여 과제해결을 시도하며, 많은 연구 개발자와 비용을 투자하게 마련이지만 그 결실이 그대로 나타나지 않는 경우도 허다하고, 무엇보다 그로 인한 위험을 고스란히 기업이 부담하는 반면 종업원은 그 위험을 부담하지 않는다는 점도 반드시 고려되어야 한다.”).

서 지재고재는 리스크를 회사 이익액에서 고려하여야 한다고 판시한 바 있다.[217] 결론적으로 연구개발의 리스크는 공헌도에서, 제품개발의 리스크는 비기술기여계수에서 반영되어야 한다.

## Ⅸ. 결론

직무발명은 회사와 종업원(발명자)이 협력하여 창출하는 것이다. 이 글은 직무발명을 창출하기 위하여 발명자가 공헌한 정도를 산정하는 기준을 제시하기 위하여 한국 판례 및 논문, 일본의 판례 및 논문, 나아가 독일의 산정기준을 분석하였다. 그러한 분석에 따라, 이 글은 다음과 같은 법리를 확인한다. 첫째, 한국에서의 공헌도 중앙값은 20%이었다. 둘째, 일본에서의 공헌도 평균치는 예전에는 약 20%이었으나 최근에는 약 14%로 낮아졌고, 중앙값은 7%이다. 셋째, 독일에서의 공헌도 평균치도 약 20%에 근접한다. 넷째, 공헌도 산정을 위하여 회사에게 유리한 사정 및 종업원에게 유리한 사정을 비교형량해야 하는데, 한 쪽에 유리한 점이 2-3개 정도 더 많으면 공헌도를 약 10% 포인트 정도 낮추거나 높이는 역할을 한다. 다섯째, 기술분야에 따라 공헌도가 크게 영향을 받는다.[218] 일반적으로는 대규모 투자가 필요한 제약분야에서는 회사의 공헌도가 기준치(80%)보다 더 높고, 개인의 역량이 더 중요한 소프트웨어 분야에서는 발명자의 공헌도가 기준치(20%)보다 더 높다. 여섯째, 회사의 규모가 공헌도에 영향을 미친다. 중소기업의 경우 조직의 역량보다 발명

---

216) 東京地方裁判所 平成18年12月27日 平成17年(ワ)第12576号 判決.

217) 知的財産高等裁判所 平成20年5月14日 平成19年(ネ)第10008号 判決(“なお原判決は, ６９頁下４行以下及び７１頁下１行～７２頁２行において, 創薬事業においては失敗に終わる研究開発が多数存在するという事情があることから, 相当対価の算定に際し「成功確率による減額」を行うべきであるとするが, 上記のような事情は, 独立の減額事由ではなく, 一審被告の貢献度を考慮する際の１要素と把握すべきものである。”).

218) 특허법원 2017. 11. 30. 선고 2016나1899 판결(“이 사건 직무발명을 완성하기 위해서는 반복적인 실험과 평가가 필수적으로 수반될 것으로 보이는데, 그 과정에서 피고 등의 인적·물적 자원이 동원되었을 것이 경험칙상 명백하다. 특히 위와 같은 실험과 평가를 위해 기술분야의 특성상 고가의 장비가 필요했을 것으로 보인다.”).

자의 개인역량이 더 중요해진다. 일곱째, 발명자의 공헌도를 낮추는 가장 중요한 사정은 회사가 실패의 위험을 감수하고 대상 연구개발에 연구개발비를 투자하였다는 점이다.[219]

공헌도 산정에서 가장 흔히 발생하는 오류가 발명의 '창출'과 무관한 요소를 고려하는 것이다. 공헌도는 발명의 '창출'에 회사와 발명자가 각각 공헌한 정도를 의미한다. 그러므로, 발명창출 후의 사정은 공헌도 산정에 있어서 고려되지 않아야 한다. 예를 들어, 회사의 유통망, 홍보비, 브랜드 파워 등은 모두 발명의 창출과 무관한 것이며, 공헌도 산정에서 고려되지 않아야 한다. 그 요소들은 비기술요소의 영향력을 반영하는 장면에서 고려되어야 한다. 실무적으로는 실시료율에서 반영된다.

공헌도를 높이는 요소 및 낮추는 요소들도 각각이 다른 중요도(가중치)를 가진다고 보아야 한다. 그렇다면, 다음 연구의 과제는 그 중요도를 파악하는 것이 된다. 그러한 중요도를 직관적으로 파악하는 것만으로는 부족하고, 통계적인 근거를 가질 필요가 있다. 통계적으로 파악하기 위해서는 더 많은 판례가 축적될 필요가 있다. 더 많은 판례를 통하여 공헌도 요소의 중요도가 어느 정도 파악되면 그 다음 단계로는 프로그램을 만드는 것이 가능할 것이다. 그렇게 만들어진 프로그램이 공헌도를 자동적으로 계산할 수 있을 것으로 기대된다.

---

219) 박태일, 앞의 책, 263면("참고로 우리와 법제가 유사한 일본에서는, 성공확률에 의한 감액을 '사용자가 얻을 이익'을 산정하면서 고려한 재판례도 있으나, 사용자측의 인센티브를 배려하여야 한다는 취지를 보인 日亞化學工業(청색 LED) 항소심 사건의 영향으로 사용자 공헌도에 사용자의 제품개발 리스크를 산입하는 경향이 나타났고, 최근으로 올수록 사용자 공헌도의 평가에 있어서 사용자의 제품개발 리스크를 강조하는 재판례(藤井合金製作所 사건, 三省製藥 사건, NEC マシナリー 사건, 三菱電機 사건, キャノン 1審 사건 등)가 두드러지고 있으며, 판결문에서 개발 리스크를 명시하고 있지 않은 재판례의 경우에도 이 요소를 무시하고 사용자 공헌도를 판단한 것은 아니라고 평가되고 있다.").

(논문투고일: 2019.12.05, 심사개시일: 2019.12.17, 게재확정일: 2019.12.19)

文 麗 花 · 정 차 호

직무발명보상금, 공헌도, 기여도, 발명자, 위험감수, 발명창출

# 【참 고 문 헌】

## Ⅰ. 논문

강영수, “직무발명보상금”, 「정보법판례백선(I)」, 박영사, 2006.

김범희, “직무발명에 대한 권리를 승계한 회사가 자기실시하는 경우의 직무발명보상금 산정방법”, 「판례연구」 제22집, 서울지방변호사회, 2008.

김현동, “직무발명 보상 산정에 관한 법리,” 국민대학교 박사학위논문, 2010.

竹田和彦 著, 김관식·김동엽·오세준·이두희·임동우 譯, 特許의 知識 第8版, 에이제이디자인기획, 2011.

박태일, “발명의 완성에 사용자와 종업원이 공헌한 정도”, 「직무발명제도 해설」, 한국특허법학회 편, 박영사, 2015.

윤선희, “직무발명에 있어서의 보상제도”, 「법조」 제54권 제11호, 법조협회, 2005.

이재성, “직무발명에 관한 연구 독일의 종업원 발명을 중심으로,” 한남대학교 박사학위논문, 2002.

정연덕, “직무발명보상기준에 관한 연구”, 「창작과 권리」 제67호, 세창출판사, 2012.

정차호 · 문려화, “직무발명보상금 산정을 위한 회사 이익액의 산정에 있어서 실시료율(royalty rate) 적용방법: 그 개념 및 장점의 설명”, 「과학기술법연구」 제25권 제2호, 한남대학교 과학기술법연구소, 2019.

조영선, “직무발명”, 「특허법주해 I」, 정상조·박성수 공편, 박영사, 2010.

최동배, “직무발명보상금과 종업원의 공헌도와의 관계 - 최근 하급심판결을 중심으로 -”, 「인권과 정의」 제414호, 한국변호사협회, 2011.

한국특허법학회 편, 「직무발명제도 해설」, 박영사, 2015.

## Ⅱ. 외국 자료

飯田秀郷·早稲本和德, “職務発明の「相当の対価」の算定方法に関する試論”, 「知財管理」 Vol. 53 No. 12, 2003.

影山光太郎, 「発明/共同発明の成立と共同発明者の認定から評価 · 処遇へ－一般 · 実験 · 共同発明の場合の発明者認定と共同発明者間の寄与割合算定の基準 · 手順－」, 経済産業調査会, 2012.

田村善之, 「知的財産権と損害賠償新版」, 弘文堂, 2004.

田村善之 · 山本敬三 編, 「職務発明」, 有斐閣, 2005.

帖佐隆, 「職務発明制度の法律研究」, 成文堂, 2007.

特許庁 編, 「工業所有権法（産業財産権法）逐条解説」 第20版, 發明協会, 2017.

特許庁, “我が国、諸外国における職務発明に関する調査研究報告書”, 平成25年(2013) 3月.

産業構造審議会知的財産政策部会特許制度小委員会, 特許庁産業構造審議会知的財産政策部会報告書「職務発明規定の在り方について」, 2004. 9. 18.

牧山皓一, “職務発明における相当の対価-発明者貢献度の算定についての一考察-”, 「パテント」 Vol. 63 No. 4, 2010.

三山峻司, “職務発明の自社実施のみの場合における相当対価の額の算定”, 「知財管理」 Vol. 55 No. 6, 2005.

北村博, “職務発明における発明者の貢献度と実績報償 : 裁判例の検討と提案”, 「CUC policy studies review」 Vol. 36, 2014.

秋元浩, “職務発明をめぐる諸課題について-製薬産業を中心とし”, 法政策研究会 編, 「法政策学の試み」 法政策研究 第8集, 2006.

川下英盛, “企業における職務発明制度への対応”, 「知財ぷりずむ」 Vol. 12 No. 133, 2013.

長岡貞男, “研究開発のリスクと職務発明制度”, 「知財管理」 Vol. 54 No. 6, 2004.

Alexander Harguth, *Patent Ownership in Germany: Employers v. Employees*, 25 No. 10 Intell. Prop. & Tech. L.J. 15, 2013.

Ella Cheong & Li Luo, *China [Employee Invention System], in a book, Employees' Intellectual Property Rights*, edited by Sanna Wolk & Kacper Szkalej, Wolters Kluwer, 2015.

Michael Trimborn, *Employees' Inventions in Germany*, Wolters Kluwer, 2009.

Tsugizo Kubo, *Japan [Employee Invention System], in a book, Employees' Intellectual Property Rights*, edited by Sanna Wolk & Kacper Szkalej, Wolters Kluwer, 2015.

## Abstract

# Determination of Inventors' Dedication Rate for Calculating Remuneration of an Employee Invention



Li Hua WEN
Chaho JUNG



This paper analyzed inventors' dedication rate, which is what all joint inventors as a whole dedicated to create an employee invention. For the analysis, we authors thoroughly examined Japan's court decisions and commentators' voices as well as Korea's corresponding decisions and voices. Through the examination, this paper has found the followings. Having collected and analyzed 39 Korean court decisions, which calculated dedication rate, we authors could differentiate 24 decisions, which considered only before-inventions facts and 15 other decisions, which also considered after-inventions facts. Accordingly, it is evaluated that Korean courts have not established consistent one concept on inventors' dedication rate. This paper defines inventors' "dedication rate" as rate of what inventors dedicated and what an employer company dedicated "until" an invention is created. This definition is in compliance with text of section 15(6) of the Invention Promotion Act ("degree of what an employer and an employee dedicated for creation of an invention"). Therefore, in calculating dedication rate, after-invention facts should not be considered.

In Japan, before 2004, there were two school of court decisions, one of which considered only before-invention facts and the other of which

considered also after-invention facts. However, through 2004 Patent Act amendment, Japan made it clear that after-invention facts could be considered (Japanese Patent Act section 35(5)). This paper proclaims that the amendment was a big mistake under the following reasons. Firstly, because some after-invention facts, such as commercialization efforts, revenue investment, were already reflected in the concept of "royalty rate", therefore should not be double reflected. Secondly, it is extremely difficult to differentiate some facts, which could be considered in dedication rate, and other facts, which could not be considered in dedication rate among all after-invention facts. Thirdly, if all after-invention facts were considered in dedication rate, it should be extremely low. Fouthly, in Germany, who is the origin country of employee invention system, only before-invention facts are considered in dedication rate. Therefore, Korean courts, from now on, should be consistent and consider only before-invention facts in dedication rate.

Li Hua WEN · Chaho JUNG

Employee Invention Remuneration, Dedication Rate, Contribution Rate, Inventor, Risk Taking, Invention Creation

# 대학교원 재임용 절차 등에 관한 연구

장 한 별*

【목 차】

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 대학교원 재임용 제도 및 재임용 절차 개관
1. 대학교원 재임용 제도에 대하여
2. 대학교원 재임용 절차 개관
Ⅲ. 대학교원 재임용 절차 관련 주요 쟁점 등
1. 「사립학교법」 제53조의2 제4항 내지 제8항의 성격
2. 재임용 절차 준수 관련 쟁점
3. 합리적 기준 관련 쟁점
4. 품위 손상과 재임용 거부
Ⅳ. 강사 재임용 절차 관련 제언
1. 개정 「고등교육법」에 따른 강사 지위 개선
2. 강사 재임용 관련 법령 등
3. 강사 재임용 절차 규정에 대한 제언
Ⅴ. 결론

【국 문 요 약】

이 연구는 대학교원 재임용 심사와 관련하여 재임용 절차, 재임용 기준의 합리성, 2019. 8. 1.부터 시행되는 강사 재임용 제도와 관련한 쟁점 사항을 중심으로 검토하였으며, 그 결과는 다음과 같다. 첫째, 대학교원에 대한 재임용 절차 관련 규정은 강행규정이다. 따라서 재임용 심사에서 이 규정들이 정확하게 지켜져야 한다. 둘째, 대학교원의 재임용 심사 절차에 있어서 기한의 준수, 의견진술의 기회, 구체적인 거부 사유 통지 등 심의 절차를 준수하여야 한다. 셋째, 재임용 심사는 합리적이고 객관적인 평정기준에 따라 이루어져야 한다. 정량평가는 물론이고 정성평가 영역에 있어서도 가급적 평정자들의 자의가 배제될 수 있는 정도의 객관적 규정이 마련되어야 한다. 넷째, 강사 재임용과 관련하여 「고등교육법」에서는 의견진술의 기회 부여 및 객관적 규정에 따른 평가가 누락되어 있으나 이 사항 또한 포함되도록 마련하는 것이 바람직하다.

* 교원소청심사위원회, 변호사

# Ⅰ. 서론

대학교원 재임용 제도는 대학사회의 연구 분위기를 제고하고, 임용 시 정년보장이라는 신분안정에서 초래되는 폐단을 보완하기 위하여 1975년 도입되었다.[1] 대학교원에 대하여 기간을 정하여 임용하되 특별한 하자가 없으면 재임용이 된다는 것이었다. 이 제도는 정당한 절차와 합리적인 기준에 의하여 재임용 여부를 결정하여야 하지만, 자의적인 절차나 주관적인 기준에 의할 경우에는 위험한 제도가 된다는 사실을 보여 왔다.[2]

즉, 대학교원 기간임용 제도는 대학사회의 연구분위기 제고라는 제도 도입의 당초 취지와는 달리 제도 시행 이후 재임용 기준이나 요건, 부당한 재임용거부에 관한 구제 절차 등이 입법화되지 않아 임면권자의 자의적 인사권 행사로 인하여 대학교수의 신분을 위협하는 수단으로 악용되 사례 등이 지속적으로 발생해 온 것이다.[3]

교원소청심사특별위원회는 2005. 10. 14. 출범 이후 신청 기한인 6개월 간 총 309건의 재임용 재심사 청구를 접수하여 처리하였는데, 재임용 거부 처분이 부당하다 하여 취소한 결정이 127건(41%), 청구인의 주장을 받아들이지 아니하고 기각 결정한 것이 79건(26%), 심사 대상이 아닌 것으로 판단하여 각하 결정한 것이 91건(29%)이었다. 그 밖에 청구인이 스스로 취하한 것이 12건(4%)이었다. 즉, 각하 및 취하 결정을 제외할 경우에는 인용율이 62%(127건/206건)에 이르렀다.[4] 한편, 1991년부터 2004년까지 교원소청심사위원회의 구제율은 42.5%로 원처분에 상당히 오류가 있음을 나타내고 있다.[5] 교원소청심사위원회는 2016년 총 844건, 2017년 총 787건, 2018년 총 776건의 교원소청심사를 처리하였고, 이중 재임용 거부 처분에 대한 심사는 2016년 101건, 2017년 총

1) 김선수, “교수재임용에 관한 판례의 문제점”, 법과사회, 제20권 제1호, 2001, 306면
2) 황희성, “대학교원 재임용제도에 관한 법적 고찰”, 석사학위 청구논문, 인제대학교 대학원 법학과, 2009, 2면
3) 표시열, “교육정책에 관한 사법부의 권한과 주요 결정(헌법재판소의 심판을 중심으로)”, 교육행정학연구, 제25권 제2호, 한국교육행정학회, 2007, 199면
4) 유선구 외, “재임용 재심사 백서”, 교원소청심사특별위원회, 2006, 78면
5) 강인수/허종렬/이시우/김성기, “교원징계 및 교원소청심사제도에 관한 연구”, 교육법학연구, 제18권 제1호, 2006. 2면

103건, 2018년 총 131건을 처리하였다.[6)]

이러한 상황에서 본 연구는 대학교원에 대한 재임용 거부에 대한 교원소청심사 및 소송에 있어 주로 문제가 되는 절차, 심사기준 등 쟁점을 중심으로 재임용 절차에 있어 임용권자가 심사를 하는 과정에서 참고할 수 있을 만한 자료를 제공하고자 한다. 나아가 2019. 8. 1. 시행되는 개정 「고등교육법」(법률 제15948호)에 따라 시행될 강사 재임용 심의 절차에 대하여도 참고기준이 될 수 있는 논의를 제공하고자 한다.

연구목적을 달성하기 위하여 첫째, 대학교원 재임용 제도의 연혁 및 관련 법률에 규정되어 있는 재임용 심의 절차를 살펴볼 것이다. 둘째, 법률에서 정해진 재임용 절차에 관한 논의를 집중적으로 할 예정이다. 교원소청심사위원회 및 법원에서 절차상 하자로 자주 인정하는 사례 등을 통해 향후 임용권자가 교원에 대한 재임용 절차를 진행함에 있어 참고할 수 있는 자료 등을 제공할 수 있도록 할 것이다. 셋째, 재임용 심사기준에 대하여 논의할 것이다. 넷째, 강사제도 도입과 관련하여 향후 있을 강사의 재임용 관련해 임용권자가 유의할 사항 등에 대한 논의를 진행할 것이다.

대학교원 재임용 거부의 대상이 되는 교원의 대부분이 국·공립대학(교) 교원이 아닌 사립대학(교) 교원이고, 이에 따라 교원소청심사결정 및 법원의 판례 또한 사립대학(교) 교원에 대한 재임용 거부를 주 대상으로 하여 결정 및 판단하고 있는바, 본 연구에서도 사립대학(교) 교원에 대한 재임용 절차 및 재임용 거부 등에 관한 내용을 중점으로 연구하고자 한다. 다만, 필요한 경우 국·공립대학(교) 교원에 대한 내용도 부기하여 기술할 것이다. 또한, 재임용 거부에 대한 교원소청심사 및 법원 판례 등을 인용함에 있어 이해의 편의 등을 위해 사립학교 법인 등 처분권자를 '임용권자'로, 재임용 심사의 대상이 되는 대학교원을 '교원'으로 기술한다.

6) 교원소청심사위원회, "주요 업무 보고", 2019.

## Ⅱ. 대학교원 재임용 제도 및 재임용 절차 개관

### 1. 대학교원 재임용 제도에 대하여

대학교원 재임용 제도라 함은 임용권자가 대학교원에 대하여 임용기간을 정하여 임용을 한 후, 임용기간이 만료되면 당해 대학교원을 재심사하여 다시 임용기간을 정하여 임용하는 제도를 말한다. 이는 임기계약제도, 기간임용제도라고도 불린다.[7]

종래 65세까지 정년이 보장되었던 대학 교원 정년 보장 제도는 대학교원들의 무사안일과 이로 인한 연구의 질을 떨어트리고 있어, 이에 대한 임용 제도 개선의 일환으로 1975년도에 문교부는 대학 교원들의 연구 분위기 조성과 이로 인한 연구의 질을 제고하고 학문의 발전을 도모하기 위하여 일정 기간을 정하여 임용토록 함으로써 그 기간동안 학문분야에 있어서의 연구 능력 및 학생 교육과 지도 등에 있어서의 능력을 검증받아 임용 여부를 다시 결정하도록 하는 기간임용 제도를 도입하였다.[8]

대학교원 재임용제도에 대하여 헌법재판소는 "초·중·고등학교 교육은 일반적으로 승인된 기초적인 지식의 전달에 중점이 있는 데 반하여, 대학의 교육은 학문의 연구활동과 교수기능을 유기적으로 결합하여 학문의 발전과 피교육자인 대학생들에 대한 교육의 질을 높일 필요성이 있기 때문에 교원의 자격기준도 이와 같은 기능을 수행할 수 있는 능력을 갖출 것이 요구되고, 이와 같은 대학교육기관의 교원의 특수성은 임용기간 만료 시에 교원의 자질을 심사하는 재임용 제도를 두어야 할 정당한 사유가 된다."[9]라고 결정하여 그 정당성을 인정하였다.[10]

한편, 학령인구의 급격한 감소로 인해 자연적으로 대학들이 구조조정 등을 해야 하는 상황이 곧 도래할 것으로 보이고, 이에 따라 대학교원의

7) 황희성, 앞의 논문, 10면
8) 유선구 외, 앞의 책, 2006, 2면
9) 헌법재판소 1998. 7. 16. 선고 96헌바33 결정
10) 표시열, 「교육법」, 박영사, 2008, 256~257면

재임용에 대한 관심 및 중요성이 갈수록 높아질 것으로 예상된다. 즉, 대학교원에 대하여 재임용을 할지 여부에 대한 결정은 임용권자의 재량행위이지만,[11][12] 임용기간이 만료되는 교원에게는 법률이 정하는 절차에 따라 합리적이고 공정한 심사를 요구할 법률상의 신청권을 가지므로,[13][14] 대학교원에 대한 재임용 심사를 담당하는 임용권자들에게 법률에서 정해진 절차를 지켜 대학교원에 대한 재임용 여부를 진행하여야 할 필요성이 더욱 높아지고 있다.

## 2. 대학교원 재임용 절차 개관

「교육공무원법」 제11조의4(계약제 임용 등) 제2항 내지 제6항에서는 교육공무원인 대학 교원들에 대한 재임용 절차를, 「사립학교법」 제53조의2(학교의 장이 아닌 교원의 임용) 제4항 내지 제8항에서는 사립대학 교원들에 대한 재임용 절차를 각 규정하고 있다.

계약제 교원들에 대한 교원의 임용권자는 당해 교원의 임용기간이 만료되는 때에는 임용기간 만료일 4월전까지 임용기간이 만료된다는 사실과 재임용 심의를 신청할 수 있음을 당해 교원에게 통지(문서에 의한 통지를 말한다. 이하 이 조[15]에서 같다.)하여야 한다(「교육공무원법」 제11조의4 제2항, 「사립학교법」 제53조의2 제4항).

위와 같은 통지를 받은 교원이 재임용을 받으려면 통지를 받은 날부터 15일 이내에 임용권자에게 재임용 심의를 신청하여야 한다(「교육공무원법」 제11조의4 제3항, 「사립학교법」 제53조의2 제5항).

교원인사위원회[16]가 심의를 진행하는 경우 교원인사위원회는 '1. 학생

---

11) 대법원 1997. 6. 27. 선고 96다7069 판결, 대법원 1997. 12. 23. 선고 97다25477 판결 등
12) 김종철/이재원/최수령, 「학교관련소송」, 법률문화원, 2014, 296면
13) 대법원 2006. 7. 6. 선고 2005다16401 판결 등
14) 이순철, "대학교원 기간임용제 탈락자 구제를 위한 특별법상 인용결정의 효력-재임용거부의 취소에 따른 교수지위확인 판결을 중심으로", 교육법학연구, 제19권 제1호, 2007, 140면
15) 「교육공무원법」 제11조의4, 「사립학교법」 제53조의2
16) 「교육공무원법」 제11조의4의 경우 대학인사위원회, 「사립학교법」 제53조의2 제4항의 경우 교원인사위원회

교육에 관한 사항, 2. 학문연구에 관한 사항, 3. 학생지도에 관한 사항, 4. 「산업교육진흥 및 산학연협력촉진에관한 법률」 제2조 제6호에 따른 산학협력에 관한 사항' 등 객관적인 사유로서 학칙이 정하는 사유에 따라 당해 교원에 대한 재임용 여부를 심의하여야 한다. 이 경우 심의과정에서는 15일 이상의 기간을 정하여 당해 교원에게 지정된 기일에 교원인사위원회에 출석하여 의견을 진술하거나 서면에 의한 의견제출의 기회를 주어야 한다(「교육공무원법」 제11조의4 제5항, 「사립학교법」 제53조의2 제7항).

교원인사위원회는 교원의 재임용을 심의하는 경우 해당 교원의 평가 등에 대한 위 각 호의 사항에 대한 실적과 성과가 「고등교육법」 제15조에 따른 해당 교원의 임무에 비추어 적정하게 반영될 수 있도록 필요한 조치를 취하여야 한다(「교육공무원법」 제11조의4 제6항, 「사립학교법」 제53조의2 제8항).

재임용 심의를 신청받은 임용권자는 교원인사위원회의 재임용 심의를 거쳐 당해 교원에 대한 재임용 여부를 결정하고 그 사실을 임용기간 만료일 2월전까지 당해 교원에게 통지하여야 한다. 이 경우 당해 교원을 재임용하지 아니하기로 결정한 때에는 재임용하지 아니하겠다는 의사와 재임용 거부 사유를 명시하여 통지하여야 한다(「교육공무원법」 제11조의4 제4항, 「사립학교법」 제53조의2 제6항).

한편, 법원은 대학교원의 재임용 심사 절차를 규정하고 있는 「사립학교법」 제53조의2 제4항부터 제8항을 강행규정으로 보고 있는데, 이에 관한 사항은 후술하고자 한다.

## Ⅲ. 대학교원 재임용 절차 관련 주요 쟁점 등[17][18]

### 1. 「사립학교법」 제53조의2 제4항 내지 제8항의 성격

재임용 심사 절차를 규정하고 있는 「사립학교법」 제53조의2 제4항부터 제8항까지의 성격에 대하여, 교원소청심사위원회 및 법원은 이와 같은 규정들을 '강행규정'으로 해석하고 있다. 교원소청심사위원회는 "「사립학교법」 제53조의2 제3항 내지 제8항은 강행규정이라고 할 것"[19]이라는 취지로 결정하고, 법원은 "당사자의 합의에 의하여 재임용 심사 신청권을 배제할 수 있도록 한다면 「사립학교법」 제53조의2 제4

17) 사립학교에서 임용권자와 교원의 임용관계는 사법상 관계이므로 임용권자의 교원에 대한 재임용 거부 행위를 「행정절차법」에서 규정하고 있는 '처분'이라고 보기 어렵다. 한편 교원소청심사위원회는 각급 학교 교원의 징계처분과 그 밖에 의사에 반하는 불리한 처분(재임용 거부 처분 포함)에 대한 소청심사를 하기 위하여 설립된 「교원의 지위 향상 및 교육활동 보호를 위한 특별법」 제7조에 따른 특별행정심판이다. 따라서 교원소청심사위원회의 결정이 행정처분이 되는 것이므로 사립학교 교원이 임용권자의 재임용 거부 행위에 불복하여 교원소청심사위원회에 소청심사를 청구하는 경우 행정절차에 관한 법률 및 이론이 적용될 수 있다고 보아야 한다. 한편 이 연구에서는 교원소청심사위원회 결정 및 법원 판례 등을 용이하게 인용하기 위하여 사립학교 교원에 대한 재임용 거부 행위를 '처분'이라는 용어로 기술하고자 한다.

18) 「사립학교법」 제53조의2 제1항 제1호는 "학교법인 및 법인인 사립학교경영자가 설치·경영하는 사립학교 교원의 임용은 당해 학교장의 제청으로 이사회의 의결을 거쳐야 한다."라고 규정하고 있다. 이에 대하여 법원은 "위 규정(제53조의2 제1항 제1호)은 학교법인 및 사립학교경영자의 교원 임면에 학교의 장 및 이사회가 관여하도록 함으로써 교원 임면의 적정성을 확보하려는 데 목적이 있다고 할 것이므로, 위와 같은 절차를 거치지 아니한 학교법인 또는 사립학교경영자의 교원의 임면은 무효라고 봄이 상당하다(대법원 2005. 12. 22. 선고 2005다44299 판결)."라고 판시하고 있다. 따라서 학교법인 및 사립학교 경영자가 설치·경영하는 사립학교 교원에 대한 재임용 절차에 있어서도 학교장의 제청 및 이사회의 의결이 필요하고, 이를 거치지 아니한 재임용 거부 처분은 절차상 하자가 있어 취소되어야 한다.

다만, 「사립학교법」 제53조의2 제2항에서는 "대학교육기관의 교원의 임용권은 당해 학교법인의 정관이 정하는 바에 의하여 학교의 장에게 위임할 수 있다."라고 규정하고 있으므로, 대학교육기관의 경우 학교법인 등의 정관에서 교원의 재임용 권한을 학교의 장에게 위임한 경우 학교장의 제청 및 이사회 의결을 거치지 아니하여도 절차상 하자로 인정되지 않을 것으로 보인다.

19) 교원소청심사위원회 2019-153 결정, 2019-139 결정, 2019-101 결정 등

내지 8항의 규정 취지를 잠탈할 우려가 큰 점 등을 고려하면, 사립대학교육기관의 교원에 대하여 재임용심사 신청권을 보장한 「사립학교법」 제53조의2 제4항 내지 제8항은 강행규정으로 봄이 상당하다."[20]라고 판시하여 대학교원의 재임용 심사 절차와 관련하여 규정하고 있는 「사립학교법」 제53조의2 제4항부터 제8항까지를 강행규정으로 보고 있다.

행정행위의 절차에 흠결이 있는 경우[21] 처분의 위법성을 인정할 수 있는지에 대한 논의가 있다. 행정행위의 절차에 하자가 있는 경우 처분의 위법성을 인정하여 무효 또는 취소할 수 있는지에 대하여는 소극설, 적극설, 절충설이 대립하고 있다. 우선, 소극설은 절차상의 흠만으로는 처분의 독립된 위법사유가 될 수 없으며 내용상의 흠이 있어야 무효 또는 취소가 가능하다는 견해이다. 소극설의 논거는 절차규정은 적정한 행정결정을 위한 수단에 불과하며, 그 결정이 적정함에도 불구하고 절차요건의 문제를 또다시 제기하는 것은 행정경제 및 소송경제에 반한다는 점 등이다. 두 번째로, 적극설은 절차상의 흠만으로도 처분의 무효확인 또는 취소가 가능하다는 견해이다. 적극설의 논거는 적정한 절차 없이 적정한 결정이 도출된다는 것은 논리적으로 맞지 않다는 점, 절차보완으로 반드시 동일한 결론에 도달한다고 보장할 수 없다는 점, 절차상의 흠만으로 위법성을 다툴 수 없다면 절차의 존재의의가 상실된다는 점, 「행정소송법」 제30조 제3항이 절차의 위법을 이유로 하는 취소소송의 경우에도 기속력에 관한 규정이 준용된다고 규정하고 있는 점 등이다.[22] 마지막으로, 절충설은 기속행위와 재량행위를 구분하여 기속행위의 경우에는 절차의 하자가 독립된 위법사유가 되지 아니하고, 재량행위의 경우에는 절차의 하자가 행정청의 실체적 결정에 영향을 미칠 수 있는 경우에 한하

20) 대법원 2012. 4. 12. 선고 2011두22686 판결

21) 김민호, 「행정법」, 박영사, 2018, 193면, "절차상의 흠이란 행정청의 공행정작용에 절차요건상 흠결이 있는 것을 말한다. 예컨대 법령상 요구되는 상대방의 협력·관계행정청과의 협력 등이 결여된 경우, 사전통지·처분의 이유제시·의견청취절차 등이 결여된 경우가 이에 해당한다(307면). 절차에 관한 흠으로서 무효사유에 해당하는 것으로는 ① 필요한 상대방의 신청 또는 동의가 없는 행위, ② 필요한 공고 또는 통지가 없는 행위, ③ 필요한 이해관계인의 참여 또는 협력이 없는 행위, ④ 필요한 공청회, 청문, 변명기회 등이 생략된 행위 등이 있다."

22) 김민호, 앞의 책, 309면

여 독립된 위법사유가 된다고 본다.[23]

다양한 행정절차의 유형을 고려하고 실체적 결정에 관한 절차규제의 의미를 다각도로 검토해 본다면 행정절차의 하자가 실체적 결정이 정당하기만 하다면 다투어질 수 없다는 것이 비판 없이 일반적으로 받아들여질 수 있는 것은 아니라고 보이며, 우리나라의 경우 아직 절차 중시의 사고방식이 정착되지 않은 상태에서 소극설적 입장이 고착화되면 행정절차를 중시하는 법률문화의 건전한 정착에 해가 되는 결과를 가져올 가능성이 높다는 점,[24] 내용상 하자가 없는 경우에도 형식·절차상의 하자에 대하여 당해 행위의 취소사유성을 일반적으로 부인하게 되면 그것은 행정절차의 기능의 실질적 부인의 결과로 되는 문제점이 있는 점,[25] 행정의 법률적합성원칙에 따라 행정작용은 실체상 뿐만 아니라 절차상으로도 적법하여야 하며, 절차적 요건의 실효성을 확보하여야 할 뿐만 아니라, 취소소송 등의 기속력이 절차의 위법을 이유로 하는 경우에도 준용된다는 점(「행정소송법」 제30조 제3항),[26] 절차요건에 대한 중요성이 제고되고 있는 상황에서 절차상 흠을 독립적 위법사유로 보지 않는 것은 절차법의 존재의의를 몰각시킬 우려가 있는 점 등을 종합적으로 고려해 보았을 때 「행정소송법」 제30조 제3항의 해석상 절차상의 흠은 기속행위, 재량행위의 구별 없이 독립된 위법사유로 인정되어야 한다.[27]

한편, 교원소청심사위원회는 실질적인 의견진술 기회를 부여하지 아니한 경우 절차상 하자를 인정하여 재임용 거부 처분을 취소하고 있고, 재임용 거부 사유를 구체적으로 통지하지 아니한 절차상 하자를 인정하여 재임용 거부 처분을 취소하고 있는 등 재임용 절차와 관련하여 중대한 절차상 하자가 있는 경우 그 절차상 하자만을 이유로 하여 재임용 거부 처분을 취소하는 결정을 하고 있다.[28] 그리고, 법원은 “학교법인이 개정

23) 강현호, 「행정법의 이해」, 동방문화사, 2018, 150면
24) 김유환, “행정절차하자의 법적 효과-절차 및 하자의 유형론과 당사자의 적차적 권리관점에서의 검토-”, 법학논집, 제8권 제1호, 2003, 142면
25) 김동희, “절차상 하자있는 행정행위의 효력-독일연방행정절차법 제46조를 중심으로 하여-”, 서울대학교 법학, 제37권 제2호, 1996, 53면
26) 홍정선, 「행정법원론」, 박영사, 2019, 630면
27) 김민호, 앞의 책, 310면
28) 교원소청심사위원회 2019-171 결정 등

「사립학교법」 제53조의2 제4항 내지 제7항에 규정된 사전절차를 준수하지 아니함으로써 재임용 여부에 관하여 합리적인 기준에 의한 공정한 심사를 요구할 권리가 실질적으로 침해되었다고 평가될 정도에 이르면 그 재임용거부결정은 그와 같은 절차적 흠만으로도 효력이 부정될 수 있다."[29]라고 판시하고 있다.

이상에서 살펴본 것과 같은 학계, 법원 및 교원소청심사위원회의 태도는 타당한 것으로 보인다. 임용기간이 만료되는 사립학교의 교원은 임용권자에게 재임용 여부에 관하여 학생교육, 학문연구, 학생지도에 관한 사항에 대한 평가 등 객관적인 사유로서 학칙이 정하는 사유에 근거하여 현행 「사립학교법」이 정하는 절차에 따라 합리적이고 공정한 심사를 하여 줄 것을 요구할 법률상의 신청권을 가지고 있는데,[30] 이러한 신청권을 적절하게 보장하여 주기 위해서는 신청권을 규정하고 있는 법조항을 강행규정으로 보아야 하는 것이 바람직하기 때문이다. 다만, 법원은 '합리적인 기준에 의한 공정한 심사를 요구할 권리가 실질적으로 침해되었다고 평가될 정도인 경우'에는 재임용 거부 결정의 효력이 절차적 흠만으로도 부정될 수 있다고 보고 있으므로, 후술하는 내용에서는 임용권자가 「사립학교법」 제53조의2 제4항부터 제8항에 규정된 사전 절차를 지키지 아니하는 경우 어느정도의 절차상 하자가 있는 경우 처분의 효력이 부정될 수 있는 정도에 해당하는지 살펴보고자 한다. 다만, 절차상 하자가 처분을 취소 또는 무효로 할만큼 위법·중대하지 아니한 경우 처분 자체를 취소할만한 하자로 삼지는 않고 있지만, 교원에 대한 재임용 심사 절차 관련 규정을 강행규정으로 보고 있는 이상[31] 대학교원에 대한 재임용 심사 절차를 진행함에 있어 문언에 규정된 내용을 정확하게 지키는 것이 바람직하다는 의견을 밝혀둔다.[32][33]

---

29) 대법원 2010. 7. 29. 선고 2007다42433 판결

30) 대법원 2006. 7. 6. 선고 2005다16401 판결 등

31) 이상철, "대학교원 재임용 관련 교원소청심사위원회 결정 내용 분석", 교육법학연구, 제26권 제1호, 2014, 81면

32) 김민호, 앞의 책, 310면, "흠의 효과에 대한 일반이론에 따라 중대하고 명백한 절차요건의 흠이 있는 경우에는 무효가 되고 그렇지 않은 경우에는 취소할 수 있는 것으로 보아야 할 것이다."

33) 배병호, 「일반 행정법 강의」, 동방문화사, 2019, 274면, "이해관계인의 보호를 위해 법상 요구되는 공고·통지는 강행규정으로 이를 결여한 경우 위법하다.절차상 하자가 중대·명

## 2. 재임용 절차 준수 관련 쟁점

### 가. 통지 기한의 준수 관련하여

1) 교원의 임용권자는 임용기간이 만료되는 교원에게 임용기간 만료일 4월전까지 임용기간이 만료된다는 사실과 재임용 심의를 신청할 수 있음을 당해 교원에게 (문서로)통지하여야 하고(「사립학교법」 제53조의2 제4항), 교원에 대한 재임용 여부를 결정한 후 그 사실을 임용기간 만료일 2월전까지 당해 교원에게 통지하여야 한다(「사립학교법」 제53조의2 제6항).

이와 같이 법률에서 재임용 심의 시작 및 종료 시를 규정하고 있는 것은 교원에 대한 재임용 절차가 적절한 시기에 시작되어 그 절차 진행에 있어 충분한 시간적 여유를 두고 이루어질 수 있도록 하기 위함일 뿐 아니라, 해당 교원이 재임용에서 탈락할 경우 충분한 시간적 여유를 가지고 다음 직장을 찾을 수 있도록 재임용 대상자를 보호한다는 취지 외에 임용권자인 학교 운영자로 하여금 재임용 심사 결과에 따라 신속하게 교원 신규임용 등 후속 조치를 취할 수 있게 하여 학사행정의 안정과 연속성을 보장함으로써 연구와 교육이라는 학교의 기능을 차질 없이 수행하게 하려는 목적도 있다.[34]

4월 및 2월이라는 기한을 준수하지 못하는 경우가 처분을 취소할 정도의 절차상 하자로 인정되는지 여부에 대하여 살펴본다. 법원 및 교원소청심사위원회는 통지 일자가 몇 일 늦었는지를 기준으로 기한의 준수 여부를 판단하기 보다는, 재임용 심사절차 착수가 늦음으로 인해 재임용 심사 절차가 어느 정도 형해화 되었는지, 재임용 통지 기한을 지키지 못하여 교원이 다음 직장을 구하는 기회를 제대로 가지지 못하는 등 실질적인 피해를 입었는지를 기준으로 하고 있다.

즉, 법원은 “임용권자가 교원이 임용기간이 만료된 2015. 8. 31. 이후인 2015. 9. 7.에 비로소 교원에게 이 사건 재임용 거부처분 사실을 통

---

백하면 무효이고, 구체적 상황에 따라 취소가 될 수 있다.”

34) 서울행정법원 2015. 7. 16. 선고 2014구합72408 판결, 대법원 2016. 9. 28. 선고 2016두41675 판결로 확정

지하였고, 위와 같이 교원에 대한 재임용 거부처분이 늦어진 것은 임용권자가 교원의 임용기간 만료 4개월 전부터 충분한 시간적 여유를 두고 교원에 대한 재임용 심사절차를 진행하지 아니한 채 2015. 5. 19.에 이르러서야 비로소 교원에 대한 재임용 심사절차에 착수했기 때문이다. 따라서 이 사건 재임용 거부처분에는 「사립학교법」 제53조의2 제6항을 위반한 절차상 하자가 있고, 같은 취지의 이 사건 소청심사 결정은 적법하다."[35]라는 취지로 판시하였는데, 4개월 및 2개월이라는 기한이 지켜지지 아니한 귀책이 임용권자에게 있고, 시간적 간격이 클 뿐 아니라, 귀책의 사유가 임용권자에게 있다고 봄이 상당한 경우 기한 미 준수만을 사유로도 재임용 거부 처분을 취소하는 판단을 하였다.

2) 한편, 임용기간 만료일 2월전까지 재임용 거부 사유를 통지해야 한다는 규정에 따라 재임용 실적물 제출 또는 인정 기한도 임용기간 만료시와는 약간 다르게 정해질 수 있는 것으로 보인다. 대학교원의 재임용 제도는 교원의 임용기간 전체의 실적을 평가받는 것이 원칙이라고 할 것이다. 그렇지만, 교원의 임용권자는 임용기간 만료일 2월전까지 재임용 심의를 마쳐 재임용 여부를 통지해야 하므로, 거부처분 이후라도 임용기간 만료일까지 제출된 재임용 실적물을 인정해 주어야 할 것인지에 대한 논의가 있어 왔다.

법원은 "실질적인 재임용 심사기간이라 할 이의신청 기한까지 발표된 논문을 제출하거나 연구실적물이 임용기간 만료일까지는 공간(公刊)될 것이 확실하다는 점을 논문게재예정증명서 등에 의하여 상당한 정도로 소명하여 그에 대한 심사가 가능하도록 하였어야 한다."[36]라고 판시하거나, "연구실적에 대한 평가가 가능한 최종 시한은 교원인사위원회의 심의를 마친 후 재임용 여부를 통보하게 되는 임용기간 만료일 2월 전이 된다고 봄이 타당하다."[37]라고 판시하였다.

---

35) 서울행정법원 2016. 10. 6. 선고 2016구합1998 판결, 서울고등법원 2017. 1. 26. 선고 2016누69590 판결로 확정

36) 서울행정법원 2011. 1. 27. 선고 2009구합25552 판결, 서울고등법원 2011. 10. 13. 선고 2011누8279 판결로 확정

37) 서울행정법원 2015. 7. 16. 선고 2014구합72408 판결, 대법원 2016. 9. 28. 선고 2016두41675 판결로 확정

대학교원의 재임용 제도는 대학교원이 당해 임용기간 동안 달성한 실적을 기초로 하여 그 실적이 향후 대학교원으로서 역할을 영위해 나가는데 적절한 것인지를 판단하는 과정인 점, 현재 학교법인의 사정 등으로 인해 1년 단위로 임용되는 교원도 있으므로 실적물 제출 인정 기한을 되도록 넓게 인정하여 주는 것이 바람직한 것으로 보이는 점[38] 등을 종합적으로 고려해 보았을 때 재임용을 원하는 교원에 대하여 임용기간 만료일 2월전까지 달성 여부에 대하여 입증 가능한 실적물[39]을 재임용 실적으로 인정해 주는 것이 바람직한 것으로 보인다. 그렇지만, 임용권자는 임용기간 만료일 2월전까지 제출되지 아니한 논문이나 논문게재예정증명서 등을 재임용 심의에 반영하여야 할 의무는 없다.[40]

### 나. 실질적 의견진술의 기회 부여 관련하여

#### 1) 의견진술 기회 부여의 의의

교원인사위원회는 재임용 심의 과정에서 15일 이상의 기간을 정하여 당해 교원에게 지정된 기일에 교원인사위원회에 출석하여 의견을 진술하거나 서면에 의한 의견제출의 기회를 주어야 한다(「사립학교법」 제53조의2 제7항). 이는 교원인사위원회 심의 결과 재임용 실적에 미달하게 된 교원에게 직접 교원인사위원회에 '인정받지 못한 실적 또는 본인의 의견'을 제출할 기회를 부여하는 것으로, 이러한 기회가 적정하게 부여되었는지 여부는 재임용 거부 처분에 대한 교원소청심사 등에서 주요 논점으로 다루어지고 있다.

재임용 심의과정에서 15일 이상의 기간을 정하여 당해 교원에게 지정된 기일에 대학(교원)인사위원회에 출석하여 진술하거나 서면에 의한 의견을 제출할 수 있는 기회를 부여하는 것은, 재임용 심의 대상자에게 자

38) 이 경우 1년을 단위로 재임용되는 교원의 경우 임용기간 만료일로부터 2개월의 기간을 평가대상 기간에서 제할 경우 약 10개월의 평가기간밖에 남지 아니하므로 인정받지 못하게 되는 2개월의 기간도 상대적으로 큰 것으로 보인다.

39) 단, 임용기간 만료 시까지 달성할 것이 합리적으로 소명되는 등 입증된 실적물에 한하여야 할 것이다.

40) 서울행정법원 2016. 10. 7. 선고 2016구합59539 판결, 확정

기를 변호할 수 있는 기회를 제공하여 심의과정에서 오는 불이익을 최소화하기 위한 것이다. 따라서 재임용 심의 대상자에게 의견을 진술할 수 있는 기회를 부여하지 않은 것은 재임용 거부 처분의 절차상 하자로 취소 사유가 될 수 있고, 의견진술의 기회부여는 형식적이 아닌 실질적으로 이루어져야 한다(심사결과의 구체적인 점수까지는 아니어도, 심사결과 중 기준미달의 항목 또는 업적으로 인정되지 않는 논문 등은 미리 고지해주는 것이 바람직하다.).[41]

법률에는 '15일 이상의 기간을 정하여 (실질적인)의견진술의 기회를 주어야 한다'는 취지로 규정되어 있지만, 교원소청심사위원회 결정 및 법원 판례등에서는 재임용 대상 교원이 당해 재임용 절차에서 '방어권을 적절하게 보장받았는지'를 주요 논점으로 15일 이상의 기간을 부여하였는지 여부, (실질적인)의견진술의 기회가 부여되었는지 여부를 종합적으로 고려하여 판단하고 있다.

### 2) 의견 제출의 대상: 교원인사위원회

「사립학교법」 제53조의2 제7항에서 요구하는 출석 또는 서면에 의한 의견 제출의 기회는 업적평가 결과를 토대로 재임용 여부를 심의하는 과정에서 '교원인사위원회'에 대하여 할 수 있도록 부여하여야 한다.

교원소청심사위원회는 교원인사위원회가 아닌 교원업적평가재심위원회에 의견제출을 하도록 한 임용권자의 의견제출 기회 부여가 「사립학교법」 제53조의2 제7항이 규정하고 있는 교원인사위원회 단계에서 실질적 의견 진술의 기회를 부여하지 아니한 것이라는 취지로 결정하였다.[42] 법원은 "교원인사위원회는 「사립학교법」 제53조의3에 따라 그 설치가 강제된 법정조직으로서 자료제출 단계에서 학교가 취한 입장과 다른 입장을 취할 가능성이 있는 독립성을 가지고 있다. 이런 점에 비추어 보면 단순히 연구실적물을 제출하는 절차에서, 평가기준에 맞는 연구실적물을 제출하라는 요구에 대해 자신이 평가기준에 맞는 연구실적물을 제출하였으니 더 이상 제출할 연구실적물이 없다는 의견을 진술하는 것과, 자신

41) 교원소청심사위원회, "2013년도 교원소청교육자료", 2013, 47~48면
42) 교원소청심사위원회 2017-761 결정

이 제출한 자료를 기초로 재임용 평가가 이루어지고 있는 과정에서 교원인사위원회를 상대로 자신의 의견을 진술하는 것은 재임용 평가를 받는 당사자에게 질적인 차이가 있다 할 것이므로, 전자의 의견 진술로서 후자의 의견 진술을 갈음할 수 없다."[43]라고 판시하여, 재임용 실적을 제출하면서 연구실적물 제출 단계에서 연구실적물이 없다는 취지의 서면을 제출하였다는 사정만으로는, 교원인사위원회에 대하여 재임용 적격 여부에 관한 의견을 제출하였다고 인정하기 어렵다고 판단하였다.

### 3) 15일 이상의 기간을 부여하여야 하는지 여부

교원인사위원회는 재임용 심의 과정에서 15일 이상의 기간을 정하여 당해 교원에게 의견을 제출할 수 있는 기회를 부여하여야 한다. 이는 재임용 심사의 과정에서 재임용에서 탈락하게 되는 교원에게 자신의 입장을 진술하고 평가결과에 이의를 제기할 수 있는 충분한 시간적인 기회를 주기 위하여 15일 이상의 기간을 정하여 당해 교원인사위원회에 출석하거나 서면에 의한 의견진술의 기회를 주는 것이다.[44] 또한, 교원에게 교원인사위원회에서 조사한 재임용 거부사유에 대한 소명과 그 자료준비에 필요한 충분한 시간적 여유를 주어 방어권을 보장함과 동시에 교원인사위원회로 하여금 재임용 심의절차에서 적법한 심사를 통해 구체적인 사실관계를 파악하게 하여 신중한 처분을 하게 함으로써 합리적인 기준과 정당한 평가에 의한 심사를 받을 해당 교원의 구체적 권리를 보장하고자 함에 있다.[45]

그렇지만, 임용권자가 교원에 대한 재임용 심사를 하는 과정에서 임용기간 만료일 2월전까지 재임용 여부를 통지하려는 등 일정을 이유로 하여 15일 보다 짧은 기간을 의견제출 기회로 부여하는 경우가 있는데, 이 경우 어느 정도 짧은 기간을 부여하는 경우에 처분을 취소할 만큼의 절차상 하자로 인정될 것인지에 대하여 논의가 있어 왔다.

---

43) 서울행정법원 2016. 1. 8. 선고 2015구합7944 판결, 대법원 2017. 3. 9. 선고 2016두59782 판결로 확정

44) 부산고등법원 2007. 12. 16. 선고 2007나11491 판결

45) 서울행정법원 2014. 7. 3. 선고 2013구합57112 판결, 서울고등법원 2015. 2. 5. 선고 2014누59315 판결로 확정

예를 들어, 의견진술 준비기간을 13일 부여한 경우 법원은 “13일간의 의견진술기회를 부여하여 법률에서 정한 15일과 그 차이가 2일에 불과한 점, 교원들은 교원인사위원회에 서면으로 충분히 의견진술을 하였으며, 그 과정에서 절차위반에 관하여는 아무런 이의도 제기하지 아니한 점 등에 비추어, 교원들에 대한 재임용 여부를 심의함에 있어 절차적 하자는 치유되었다고 봄이 상당하다.”[46]라고 판시하였다.

그렇지만, 의견진술 준비기간을 2일 부여한 경우 법원은 “교원인사위원회에서 위 재임용 거부사유에 관하여 구체적으로 소명할 수 있을 만큼 충분히 준비를 하기에 2일의 기간은 지나치게 짧은 것으로, 15일 이상의 기간을 정하여 의견 진술의 기회를 주도록 함으로써 해당 교원의 방어권을 보장하는 위 「사립학교법」 제53조의2 제7항의 취지에 반한다고 할 것이다.”[47]라고 판시하였다.

최근 법원은 15일의 준비기간에 비해 절반에 못 미치는 7일의 의견진술 준비기간을 부여한 절차에 대하여 “비록 교원이 위 추가자료를 제공받은 시점이 교원인사위원회에의 의견제출 기한으로부터 7일 전에 불과하여 「사립학교법」 제53조의2 제7항에서 정한 ‘15일 이상의 준비기간’을 부여받지 못하였다고 볼 수 있으나, 교원은 위 추가자료를 바탕으로 거부사유를 구체적으로 반박하는 이의신청서를 작성하여 교원인사위원회에 제출하였고, 나아가 교원인사위원회에 출석하여 위 준비기간 부족에 관한 이의 없이 거부사유에 대한 의견을 진술하였으므로, 위와 같이 법령이 정한 준비기간을 부여하지 못한 절차상 하자는 치유되었다고 봄이 타당하다.”[48]라고 판시하였고, “교원은 임용권자로부터 입학정원 감소로 예상되는 교원 소속 학과의 예상 전공시수 및 전임교원의 수업시수 확보 현황, 임용권자가 과원이 발생한다고 판단한 계산 근거, 교원에 관한 세부 평가요소별 점수가 기재된 재임용 평가서를 제공받았으므로, 재임용 거부사유를 파악하고 이에 대해 구체적으로 소명할 수 있을 만큼 준비하

46) 부산고등법원 2007. 12. 16. 선고 2007나11491 판결
47) 서울행정법원 2014. 7. 3. 선고 2013구합57112 판결, 서울고등법원 2015. 2. 5. 선고 2014누59315 판결로 확정
48) 서울행정법원 2018. 6. 12. 선고 2017구합68837 판결, 서울고등법원 2018. 11. 30. 선고 2018누55373 판결로 확정

는데 있어 7일의 기간이 부당하게 짧다고 보이지 않는다. 실제로 교원은 위 추가 자료를 바탕으로 재임용 거부사유를 구체적으로 반박하는 내용의 이의신청서를 작성하여 교원인사위원회에 제출하였고, 나아가 교원인사위원회에 출석하여 위 준비기간 부족에 관한 이의 없이 재임용 거부사유에 대한 자신의 의견을 충분히 진술하여 방어권을 실질적으로 행사한 것으로 보인다. 따라서 교원이 이 사건 재임용 거부처분을 함에 있어 법령이 정한 준비기간을 부여하지 못한 절차상 하자는 치유되었다고 봄이 타당하다."[49]라고 판시하였다.

이상과 같은 판결 태도를 종합할 때 법원은 15일 이상의 의견진술의 기회의 부여와 관련하여 부당하게 적은 정도의 일수만을 부여한 경우가 아니라면 재임용 심사 과정 전체의 내용을 종합적으로 고려하여 당해 교원이 의견을 충실하게 제출할 수 있는 기회를 보장받았는지 여부로 적정성 여부를 판단하고 있는 것으로 보인다. 즉, 법문에서 정한 일자보다 짧은 기간만의 의견진술의 기회를 부여받았다고 하더라도, 당해 교원이 실제로 의견을 제출하였는지 여부, 의견 진술 과정에서 이의를 제기하였는지 여부, 관련 자료 등을 충분히 제공받아 의견제출에 문제가 없었는지 여부 등을 종합하여 절차상 하자를 판단하는 것이다.

그렇지만, 「사립학교법」 제53조의2 제7항에서 규정하고 있는 15일간의 의견진술 기회의 부여는 특별한 사정이 없는 한 임용권자가 「사립학교법」 제53조의2에서 규정하고 있는 4개월 및 2개월의 절차를 준수하였다면 충분히 보장해 줄 수 있는 기간으로 보인다. 이에 비하여 평가를 받는 대상자이자 재임용 절차에 대하여 임용권자보다 이해가 낮을 수밖에 없어 상대적으로 불리한 위치에 있는 교원으로서는 15일의 소명기간 동안 누락된 실적 또는 오 기산된 실적 등에 대한 분석을 하고 이에 대하여 교원인사위원회에 의견을 제출할 수 있는 충분한 기간을 부여받는 것이 매우 중요하다(의견진술의 대상이 되는 교원은 재임용 거부 처분을 받을 개연성이 높은 교원일 가능성이 크기 때문이다.). 따라서 임용권자는 교원에 대한 재임용 심사 절차에서 교원에게 의견진술의 기회를 부여하여야 하는 경우, 법률에서 규정하고 있는 15일의 기간을 충실히

49) 서울고등법원 2018. 11. 30. 선고 2018누55373 판결, 확정

보장해 주는 것이 바람직하다.

#### 4) 실질적(구체적)인 의견진술의 기회 부여

출석 및 서면에 의한 의견제출의 기회 부여와 관련하여, 교원소청심사위원회와 법원은 '실질적인 의견진술의 기회를 부여하였는지' 여부를 기준으로 판단하고 있다. 즉, 의견진술의 기회는 실질적(구체적)으로 주어져야 하는데, 이를 위해서는 재임용 대상 교원이 본인에 대한 평가 기준이 무엇인지, 본인이 제출한 실적 중 어떤 실적이 인정되었고, 어떤 실적이 인정되지 아니하였는지, 본인의 점수가 나오게 된 근거 및 평정내역이 무엇인지를 정확하게 알고, 이에 대한 의견을 교원인사위원회에 구체적으로 진술할 수 있을 정도로 부여되어야 한다는 것이다. 따라서 재임용 심사 과정에서 당해 교원에게 각 평가항목의 평점 및 평정의 사유 등을 구체적으로 제시해 주는 것이 바람직하다.

이와 같은 구체적 의견진술의 기회 부여는 재임용의 심의 대상이 된 교원으로 하여금 교원인사위원회에 재임용 요건 충족에 대한 소명이나 재임용 결정에 방해되는 사정에 대한 소명의 기회를 부여하여 해당 교원에게 방어권을 보장함과 동시에 교원인사위원회로 하여금 해당 교원의 소명자료를 참작하여 구체적 사실관계를 파악한 후 신중한 처분을 하도록 하고, 교원이 재임용 거부를 통보받은 때에는 재임용 거부를 당하게 된 사유와 경위를 알도록 하여 그에 대한 불복의 기회를 보장하려는 데에 그 취지가 있다고 할 것이고,[50] 이에 따라 임용권자는 재임용 심사를 받는 교원에게 재임용 심사에 관한 평가 결과와 각 평가항목의 평점 및 평정의 사유 등을 구체적으로 제시한 후 교원이 그에 대해 소명이 가능하도록 하여, 의견진술의 기회가 형식적이 아닌 실질적으로 이루어져야 한다.[51]

이하에서는 교원인사위원회에서 재임용 대상 교원에게 의견진술의 기회를 부여하는 경우, 어느 정도의 통지를 하는 것이 적법한지에 대하여

---

50) 교원소청심사위원회 2018-32 결정 등

51) 서울행정법원 2008. 11. 7. 선고 2008구합22129 판결, 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009두18073 판결로 확정

살펴보겠다.

우선, 의견제출의 기회를 부여하면서 업적평가 결과를 알려주지 아니하다가, 교원인사위원회에 출석한 이후에야 업적평가 결과를 알려준 것은 위법하다. 법원은 "교원들이 교원들에 대한 재계약 기준이 되는 업적평가결과를 교원인사위원회에 출석하고 나서야 알게 되어 그러한 결과에 대하여 소명하고, 반박자료를 준비할 충분한 기회를 부여받지 못한 상태에서 교원인사위원회는 교원들에 대하여 재계약을 하지 않기로 의결하였고, 그 후 업적평가 결과에 대한 교원들의 이의를 심의하기 위한 어떠한 절차도 거치지 아니하였음이 분명한바, 이는 형식적으로 보면 임용권자가 교원들로 하여금 교원인사위원회에 출석하여 의견을 진술할 기회를 준 것으로 볼 수 있으나, 실질적으로는 「사립학교법」 제53조의2 제7항에서 해당 교원에게 의견 진술 및 제출권을 부여하는 취지에 반하여 교원들이 가지는 합리적인 기준과 정당한 평가에 의한 심사를 받을 권리를 침해한 것으로 봄이 상당하다(왜냐하면, 교원들이 재계약 기준이 되는 업적평가결과를 교원인사위원회에 출석하기 전에 알아야 이에 대한 각 의견을 진술할 수 있을 터인데, 교원들은 교원인사위원회에 출석해서야 이를 알게 된 결과가 되어 실질적으로는 의견진술 및 제출의 기회를 갖지 못한 것으로 봄이 상당하기 때문이다.)."[52]라고 판시하여, 업적평가 결과를 알려주지 아니한 채 교원인사위원회에 출석하게 하여 의견진술의 기회를 부여한 것이 위법하다는 태도를 보이고 있다.

다음으로, 교원에 대한 재임용 심사 결과를 통지하면서 재임용 평정점수 총점 및 각 평가항목[53]별 총점만을 알려준 경우에도 실질적 의견진술의 기회를 충실하게 부여하였다고 보기 어렵다. 교원소청심사위원회는 "교원이 업적평가 항목별 세부점수와 그에 대한 평정 근거 등을 전혀 확인하지 못한 상태에서 정량평가 재심의 신청서를 제출하였고, 이후 교원인사위원회 개최일에도 위와 같은 사항들을 알지 못한 상태에서 의견을 진술하였다. 이는 재임용 심사 절차에 있어서 실질적 의견진술의 기회가 보장되지 않은 하자가 있는 것이므로 위법하다."[54]라고 결정하였

52) 서울행정법원 2008. 11. 7. 선고 2008구합22129 판결, 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009두18073 판결로 확정

53) 교육활동 영역, 산학협력 및 학과발전 영역, 학과전임교원평가, 정성평가 등

고, 법원은 “재임용 대상 교원이 교원인사위원회에 참석하여 업적평가 결과에 대한 의견을 진술하였으나, 업적평가의 합계 점수만을 알았을 뿐 세부평가 항목 점수와 그 점수가 산정된 이유에 대하여 알지 못한 채 교원인사위원회에 참석하였으므로 업적평가에 대한 실질적 소명의 기회가 보장되었다고 보기 어렵다. 특히 이 사건 재임용 거부처분의 주된 이유는 교원의 업적평가 점수가 재임용을 위한 최소 점수(70점)에 미달하였다는 것이고, 교원이 ‘산학협력 및 학과발전영역’에서 17점(배점 30점)을 받았으므로 임용권자로서는 교원에게 그에 대한 평가근거를 알려 실질적 소명의 기회를 보장했어야 한다.”[55]라고 판시하였다.

그렇다면, 의견진술의 기회 부여 시 재임용 평정 결과를 어느 정도까지 공개해 주어야 하는 것인지가 문제가 될 수 있다. 이에 대하여 교원소청심사위원회는 재임용 평정의 결과에 대하여 각 평정 점수의 구체적인 산정 근거까지 모두 밝혀야 한다는 입장을 보여 왔다. 즉, 정량적인 평정에 대하여는 교원이 제출한 실적 중 실적으로 인정될 수 있는 것이 무엇이고, 임용권자의 내부 규정에 따라 몇 점을 취득하였는지, 각 평정 점수의 구체적인 산정 근거까지 모두 밝혀야 한다는 태도를 보이고 있다. 한편, 정성평가 영역의 경우에도 각 평정자의 평정 내역까지 모두 공개하는 것이 바람직하다.

교원소청심사위원회는 “심사기준별 점수만을 고지한 경우, 각 심사기준 항목에 대한 구체적인 점수 산정의 기준, 평정사유를 전혀 파악할 수 없으므로 이러한 절차만으로는 청구인에 대한 실질적인 의견진술의 기회를 부여한 것이라고 볼 수 없다.”[56]라고 결정하거나, “교원인사위원회의 통지는 정성평가 영역에 관하여 항목, 배점, 평가점수 평균, 평가의견만을 적시한 것인바, 청구인으로서는 각 정성평가 항목에 대한 구체적인 평정의 사유를 파악하여 그에 대한 구체적인 소명이나 의견을 진술하기 어려웠다고 보인다. 실제로, 교원은 임용권자의 ‘관련학과교수 평가 및 부서장 평가’에 대한 의견진술을 하면서, 교원인사위원회가 적시한 ‘평가

54) 교원소청심사위원회 2016-512 결정
55) 서울행정법원 2017. 8. 24. 선고 2016구합84788 판결, 서울고등법원 2018. 2. 7. 선고 2017누72876 판결로 확정
56) 교원소청심사위원회 2018-484 결정

의견' 중 각각의 평가 의견에 대하여 추상적으로만 답변할 수 없었던 것으로 보이는바, 교원으로서는 각 정성평가 항목에 대한 구체적인 평정의 사유를 파악하여 그에 대한 구체적인 소명이나 의견을 진술하기 어려웠던 것으로 파악된다."[57]라고 결정하였다.

법원 또한 이와 같은 견지에서 "위 재임용결과표 역시 강의평가, 면접, 연구영역의 항목별 점수만이 나열되어 있는 것에 불과하고 위와 같은 점수가 산출된 구체적인 근거 및 평가의 세부내용에 관하여는 아무런 기재가 되어 있지 않은바, 가사 임용권자가 이를 교원에게 송부하였다고 하더라도 교원이 위 재임용평가 결과표를 통하여 이 사건 재임용 거부사유에 관하여 구체적으로 파악하고 그에 대비할 수 있었을 것으로 보이지 않는다."[58]라고 판시하였다. 즉, 정량적 평정영역은 물론이고 정성적 평정영역에 있어서도 실질적 의견진술의 기회 부여 시 원칙적으로 모든 평정 내역 및 근거를 공개할 것을 요구하고 있는 것으로 판단하였다.

다만, 최근 법원은 이와 같은 결정에 대하여 조금 완화된 태도를 보이고 있는 취지의 판결도 하고 있다. 특히 정성적 평가에 대한 의견진술의 기회 부여와 관련하여, 교원소청심사위원회는 이 경우에라도 각 평정자별 평가 표(위원 개개인이 교원에 대하여 평가를 한 실제 자료)를 교원에게 전달하여 교원이 본인에 대한 정성평가 점수가 왜 그렇게 나왔는지에 대하여 정확하게 알 수 있을 정도의 의견진술의 기회를 부여하여야 한다는 취지의 결정을 하였는데,[59] 법원은 "교원이 의견진술 절차에서 충실하게 의견을 진술하거나 의견제출을 하기 위해서는 평정기준, 평정사유 등 정보를 사전에 제공받을 필요가 있다고 할 것이다.…임용권자는 교원에게 인사위원회 심의 결과를 안내하면서 평정표 및 평정 자료를 함께 송부하였는데, 평정표에는 평정사항 개별 항목 마다 부여된 심사평정자 평균점수가 기재되어 있고, 평정 자료에는 정성적 평정사항에 대한 감점 이유를 포함한 평정사유가 비교적 상세하게 제시되어 있다.…비정년트랙전임교원 재임용심사운영지침에는 심사평정 세부 심사기준이 공개

57) 교원소청심사위원회 2018-818 결정
58) 서울행정법원 2014. 7. 3. 선고 2013구합57112 판결, 서울고등법원 2015. 2. 5. 선고 2014누59315 판결로 확정
59) 교원소청심사위원회 2018-244 결정 등

되어 있는바, 교원이 위 심사기준의 내용을 기초로 이 사건 평정표 및 평정 자료의 내용을 검토하였다면, 교원인사위원회에 출석하여 의견을 진술하거나, 서면에 의하여 의견을 제출함에 있어 충분한 준비를 할 수 있었을 것으로 보인다.…교원은 교원인사위원회에 출석하여 이 사건 평정표의 내용을 기초로 삼아 정성적 평가항목의 배점 부여 사유가 타당한지 여부 등에 대하여 세부 평정사항 항목마다 구체적인 질의를 하고 답변을 받았다.…교원소청심사위원회는 '임용권자가 교원에게 평정자별 심사평정표를 보내주지 아니한 점'을 문제로 삼았으나, 심사평정자 평균점수가 기재된 이 사건 평정표와 평정 자료만으로도 의견 진술에 지장이 있었다고 보이지는 않는다."[60]라고 판시하여, 정성적 평가 결과 통보에 있어 평정자별 평정 내역을 모두 송부하지 아니하였다고 하더라도 여러 사정을 고려하여 교원이 구체적으로 방어권을 행사할 수 있었다고 볼 수 있는 경우에는 절차적 하자가 인정되지 않는다는 취지로 판결하였다.

즉, 최근에는 실질적 의견진술의 기회의 부여에 대하여 임용권자에게 조금 완화된 의무를 부여하는 취지에서 교원이 이미 업적평가 점수 등에 대하여 고지받은 경우(인사위원회의 평정 근거가 되는 기준이 업적평가 점수와 동일한 경우) 총점 및 항목별 점수만을 알려주었다고 하더라도 절차상 하자가 인정되지 아니한다고 보아 의견진술 기회 부여에 있어 임용권자에게 이전보다 조금 덜한 통지의무만을 부과하는 경우도 있다.[61]

그렇지만, 의견진술의 기회 부여에 대하여 완화된 태도를 보이는 최근의 일부 법원 판결은 바람직하지 않다. 전술하였듯 교원은 재임용 절차에 있어 교원인사위원회에 본인의 미달 실적에 대한 의견진술을 하여야 하는데, 의견진술의 기회를 부여받는 교원 대부분이 재임용 거부를 당하게 될 처지에 있다는 점을 고려하면 임용권자가 교원들에게 교원의 재임용 실적에 대하여 왜 그렇게 평가하였는지를 모두 공개하여 교원이 이 자료를 보고 본인의 입장에 대하여 충실하게 소명할 수 있는 기회를 부

60) 서울행정법원 2019. 5. 30. 선고 2018구합78459 판결, 확정

61) 따라서, 당해 교원에게 항목별 점수만을 알려준다고 하더라도 당해 교원이 재임용 평정기준, 본인이 제출한 자료 등을 종합적으로 비교해 보면 본인이 제출한 자료 중 어느 자료가 점수로 인정되었는지 등을 알 수 있고, 실질적으로 방어권 행사에 문제가 없었다고 평가되는 경우 절차상 하자로 인정하지 아니할 가능성이 있다.

여하도록 하여야 하기 때문이다. 따라서 임용권자는 교원에게 의견진술의 기회를 부여하며 교원의 평정에 대한 구체적인 자료 등을 송부하여 교원의 방어권 행사에 차질이 없도록 해야 한다.

### 다. 구체적인 거부 사유의 통지

임용권자가 교원을 재임용하지 아니하기로 결정한 때에는 재임용하지 아니하겠다는 의사와 재임용 거부 사유를 명시하여 통지하여야 한다(「사립학교법」 제53조의2 제6항). 이와 같은 규정의 주된 취지는 본인에게 재임용 거부를 당하게 된 사유과 경위를 알리게 하여 그에 대한 불복의 기회를 보장하려는 데 있다고 할 것이므로, 당해 교원이 재임용 거부 당시의 전후 사정에 의하여 스스로에 대한 구체적인 재임용 거부사유를 명확히 알고 있다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한, 그 사유는 적어도 재임용 거부를 당하게 된 해당 사실관계를 인식할 수 있을 정도로 구체적으로 특정하여 통지하여야 한다.[62] 재임용 거부사유를 명시하여 통지하도록 한 이유는 그 처분사유를 확정함으로써 그 거부처분의 적법성을 다투는 과정에서 벌어질 수 있는 혼란을 미연에 방지함과 아울러 재임용이 거부된 교원의 입장에서도 자신이 어떤 사유로 재임용이 거부되었음을 명확하게 알 수 있도록 하여 그 거부처분을 적법성을 다툴 때에 교원의 방어권을 충실히 보장하고자 함에 있기 때문이다.[63]

따라서 임용권자가 교원에게 재임용 거부를 통지하는 경우에는 교원이 재임용 거부 사유에 대하여 명확하게 알고 있다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 그 사유에 대하여 재임용 거부에 이르게 된 사실관계를 인식할 수 있을 정도의 통지(재임용 기준, 교원의 재임용 점수, 그 산정 내역, 교원인사위원회에 의견진술을 한 경우 그 의견진술에 따라서 점수가 변경되었는지 여부 등)를 하여야 한다.

법원은 “이 사건 재임용 거부처분 통지서에는 단순히 교원의 연구업적

62) 서울행정법원 2011. 4. 21. 선고 2010구합46012 판결, 서울고등법원 2011. 11. 23. 선고 2011누16522 판결로 확정

63) 서울행정법원 2016. 1. 8. 선고 2015구합7944 판결, 대법원 2017. 3. 9. 선고 2016두59782 판결로 확정

이 재임용 기준에 미달하여 재임용이 불가하다고 기재되어 있을 뿐이고 그 적용 규정으로 ○○대학교의 교원인사규정 및 교원재임용 심사내규 중 재임용 등에 관한 규정이 포괄적으로 기재되어 있을 뿐이다. 교원으로서는 이와 같은 기재만으로 재임용 거부처분의 구체적인 사유를 알 수 없으므로 이 사건 재임용 거부 처분에는 적법한 재임용 거부사유의 제시가 있었다고 볼 수 없다."[64] 라고 판시하거나, "이 사건 재임용거부처분의 사유는 '대학의 위상과 교원으로서의 품위에 손상을 준 교원의 행위' 라고만 기재되어 있어 구체적으로 교원의 어떤 행위가 대학의 위상과 교원으로서의 품위에 손상을 준 것인지를 전혀 특정할 수 없고, 앞서 본 바와 같이 교원과 임용권자 사이에 교수승진임용탈락에 대한 교원소청심사 및 민사소송, ○○대학교 외국어대학장에 대한 형사고발사건, □□□에 대한 징계처분 취소소송을 비롯하여 여러 차례 소송과정이 있었다고 하더라도, 그러한 사정만으로 교원이 재임용 거부 당시 자신에 대한 구체적인 재임용 거부사유가 무엇인지를 알고 있었다고 볼 수도 없는 점 등을 종합하면, 임용권자가 교원에게 위와 같이 재임용 거부사유를 통지한 것만으로는 교원이 재임용 거부를 당하게 된 해당 사실관계를 인식할 수 있을 정도로 특정하여 재임용 거부사유를 통지하였다고 볼 수 없다."[65]라고 판시하였다.

이에 대하여 실질적 의견 진술의 기회 부여 시 교원에 대한 재임용 심사 평정 점수를 구체적으로 알려 주었기 때문에 재임용 거부 통지는 구체적으로 통지하지 아니하여도 될 수 있다는 취지의 주장이 있을 수 있으나, 의견진술의 기회 부여 시 통지된 점수는 재임용 심의 최종 결과라고 볼 수 없는 점, 교원인사위원회에 대한 의견진술의 기회로 교원인사위원회가 점수를 수정할 여지가 있는 점 등을 고려할 때 교원에 대한 재임용 거부 통지 역시 당해 교원이 교원소청심사위원회의 소청심사절차 또는 법원의 소송절차에서 본인의 거부 사유에 대하여 정확하게 알고, 이를 다툴 수 있을 정도로 구체적으로 적시하여야 한다.

---

64) 서울행정법원 2016. 1. 8. 선고 2015구합7944 판결, 대법원 2017. 3. 9. 선고 2016두59782 판결로 확정

65) 서울행정법원 2011. 4. 21. 선고 2010구합46012 판결, 서울고등법원 2011. 11. 23. 선고 2011누16522 판결로 확정

## 3. 합리적 기준 관련 쟁점

### 가. 합리적 기준의 의의

재임용 심사기준은 학생교육, 학문연구, 학생지도, 산학연협력에 관한 사항 등 객관적인 사유로서 학칙이 정하는 사유에 근거하여야 한다(「사립학교법」 제53조의2 제7항 전단).

재량준칙이란, 재량권행사의 일반적 기준을 설정하기 위하여 발하는 명령으로,[66] 행정청이 재량권을 향유하고 있거나 행정청의 권한행사를 위하여 경미한 제약조건이 존재하는 경우에 행정집행자의 재량권 행사에 대해서 방향을 제시하는 기준을 일컫는다.[67] 대학의 재임용 관련 규정은 재량행위에 관한 권한행사의 기준을 사전에 미리 정해놓은 재량준칙에 해당되며, 재량준칙의 합리성은 그 준칙 제정의 동기가 법의 목적에 적합한 것인지, 비례의 원칙이나 평등의 원칙, 또는 신뢰보호의 원칙 등에 합치되는지, 공정한 절차를 보장하고 있는지 등이 판단 기준이 된다.[68]

그렇지만, 「사립학교법」은 어떤 형식으로 규정된 기준이 정당하고 객관적인지에 대하여는 규정하지 않고 있다. 따라서 어떻게 규정된 규정이 객관적인지에 대하여 다양한 해석이 있어 왔고,[69] 교원소청심사위원회 결정 및 법원의 판결에서도 객관적인 사유가 무엇인지에 대한 논의가 많이 있어 왔다. 교원소청심사위원회는 구체적인 평가항목의 설정이나 배점, 평가방법 등은 임용권자의 재량이어서[70][71] 학교마다 개별적으로

---

66) 김민호, 앞의 책, 120면
67) 강현호, 앞의 책, 196면
68) 서울행정법원 2012. 7. 26. 선고 2012구합5121 판결, 대법원 2013. 8. 19. 선고 2013두10977 판결로 확정
69) 조광제, “교원소청심사특별위원회의 재임용 재심사 기준에 대한 해석과 그 법적 논리”, 교육법학연구, 제17권 제2호, 2005, 168면
70) 성정엽, “교수재임용제도의 법리적 문제점에 관한 고찰”, 법학논총, 제36권 제1호, 2019, 46~49면
71) 같은 견지에서, 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009두6056 판결, “일반적으로 임용권자인 학교법인이 재임용 여부 심의와 관련된 학칙과 구체적인 재임용 여부는 심의기준을 마련함에 있어서 「사립학교법」 제53조의2 제7항이 위임한 범위를 벗어나지 아니하는 한 구체적인 평가항목의 설정이나 배점, 평가방법 등에 관하여 상당한 재량을 가지고 있다고 보아

살펴보아야 할 것이나, 일반적으로는 학생교육, 학문연구, 학생지도, 교육관계 법령준수 등 교육자로서의 기본적인 자질을 일반적인 기준으로 삼고 이에 대한 세부항목과 배점 등을 정하면 된다는 태도의 태도를 견지하고 있는 것으로 보인다.[72] 또한, 대학교원에 대한 재임용 심사기준은 그 규정의 형식적 면보다는 실체적 내용 면, 즉 평정자의 자의적인 평가가 개입되지 않을 정도의 구체적인 평가요소로 구성되어 있고 객관적인 평가항목과 평가방법이 제시되어 있을 뿐만 아니라, 그 평가 결과 어느 정도에 도달하면 재임용이 가능한지 사전에 예측할 수 있으며, 재임용 거부결정이 있었다면 기준에서 얼마만큼 미달한 것인지를 사후에 확인할 수 있는, 재임용이 가능한 객관적인 기준을 포함하고 있는지가 중요하고, 그러한 예측가능성 등이 보장되는 재임용 심사기준이라야 '객관적인 사유로서 학칙이 정하는 사유'인 재임용 심사기준에 부합한다.[73][74] 이하에서는 합리적 재임용 심사 기준과 관련한 몇 가지 쟁점을 살펴본다.

### 나. 임용권자와 교원이 작성한 개별 약정 등도 합리적 기준으로 인정될 수 있는지

재임용 기준은 사전에 객관적인 규정으로 정해져 있어야 하는데,[75] 임용권자와 교원이 사전에 작성한 개별 계약서 등이 합리적 기준으로 인정될 수 있는지 여부에 대하여 살펴본다. 「사립학교법」 제53조의2 제7

---

야 한다."

72) 교원소청심사위원회, "2013년도 교원소청교육자료", 2013, 52면

73) 서울고등법원 2014. 6. 13. 선고 2013누26509 판결, 대법원 2014. 10. 15. 선고 2014두9929 판결로 확정

74) 같은 견지에서, 대법원 2011. 1. 13. 선고 2010두1835 판결, "「사립학교법」 제53조의2 제7항 전문에서 재임용심의사유를 학칙이 정하는 객관적인 사유에 근거하도록 규정한 취지는, 대학교원으로서의 재임용 자격 내지 적격성의 유무가 임용권자의 자의가 아니라 학생교육에 관한 사항, 학문연구에 관한 사항과 학생지도에 관한 사항에 대한 평가 등 객관적인 사유에 의하여 심의되어야 할 뿐만 아니라 해당 교원에게 사전에 심사방법의 예측가능성을 제공하고 사후에는 재임용거부결정이 합리적인 기준에 의하여 공정하게 이루어졌는지를 심사할 수 있도록 재임용심사기준이 사전에 객관적인 기준으로 마련되어 있어야 함을 요구하는 것으로 해석된다."

75) 배병일, "대학교수의 재임용과 심사신청권", 교육법학연구, 제16권 제1호, 2004, 134면

항에 규정된 '객관적인 사유로서 학칙이 정하는 사유'에서의 학칙은 「고등교육법」 제6조에서 의미하는 협의의 학칙이 아니라 정관까지 포함하는 광의로 해석하여야 할 것이다.[76]

법원은 "개별 임용약정에서 재임용이 가능한 구체적인 심사기준을 정하고 있을 뿐 교원인사규정 등 관련 규정을 통하여 사전에 객관적인 재임용 사유와 기준을 마련하지 않은 이상, 개별 약정에서 정한 재임용 조건의 공정성, 객관성, 합리성 및 다른 교원들 간의 형평성이 담보되기는 어렵다고 할 것이며, 개별 약정에서 정한 재임용 조건이 임용권자 측의 의도 여하에 따라 훼손될 가능성 또한 배제할 수 없다. 결국 임용권자가 교원과 합의를 거쳐 재임용이 가능한 일응의 기준을 정하였다고 하더라도 위 기준이 「사립학교법」 제53조의2 제7항에서 정한 객관적인 사유에 해당한다고 보기는 어렵다."[77]라고 판시하였고, "계약제 교원들로서는 교원인사규정 등 사전에 마련된 규정들을 통해서는 재임용 심사기준을 대략적으로나마 파악할 길이 없고, 단지 매년 임용권자와 사이에 재임용약정서를 작성할 무렵에야 그 내용을 확인하게 된다.…재임용계약의 체결을 희망하는 해당 교원의 입장에서 임용권자측이 제시하는 재임용 심사기준을 거부하기는 쉽지 않을 것이므로, 임용권자로서는 재임용계약 체결 과정에서 대학 자체의 인력 수급 상황 및 개별 교원의 특성을 감안하여 재임용 심사기준을 자유로이 변경할 개연성이 존재하게 되고, 그 결과 교원의 예측가능성이 저해되어 재임용 심사기준이 사전에 객관적인 규정으로 마련되어 있어야 함을 요구하는 「사립학교법」 제53조의2 제7항의 취지에 반할 우려가 있다."[78]라고 판시하여 개별 약정(임용계약서 등)으로 정한 재임용 기준은 「사립학교법」 제53조의2 제7항 기재의 객관적인 사유로서 학칙에 해당하는 사유가 아님을 명시한 바 있다.

이와 같은 법원의 태도는 타당한 것으로 생각된다. 교원 개개인에 대하여 개별적 심사 기준을 정하는 것이 타당하다고 본다면, 임용권자가

76) 함석동/홍미정, "대학교원 재임용 심사 관련 소청 쟁점", 교육행정학연구, 제25권 제4호, 2007, 355면

77) 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010두17403 판결

78) 서울행정법원 2016. 1. 21. 선고 2015구합67519 판결, 대법원 2017. 3. 9. 선고 2016두61600 판결로 확정

일부 교원에게만 타 교원에 비하여 높은 재임용 기준 점수를 설정하거나, 해를 갈수록 더욱 엄격해진 기준을 적용해 나가는 등과 같이 부당하게 차별하여 재임용 실적을 높이는 등 일부 교원에게 불리한 취지의 재임용 기준을 산정할 수 있는 부작용이 나타날 수 있기 때문이다. 따라서 미리 정해진 형태가 아닌 임용권자와 교원간 개별 임용약정서 등으로 정하는 재임용 사유를 적정한 재임용 기준이라고 인정하기 어렵다.

### 다. 재임용 심사 기준 규정의 구체성: 정성평가 기준을 중심으로

재임용 심사 기준이 어느 정도 구체적으로 규정되어 있어야 하는지가 문제가 된다. 학칙에서 재임용의 평가기준을 추상적으로만 규정하였을 뿐 평가의 세부항목, 배점기준, 재임용이 가능한 기준 등을 명시하지 않은 경우에는 재임용 조건의 공정성, 객관성, 합리성 및 다른 교원들과의 형평성을 담보하기 어려울 뿐만 아니라 학칙에서 정한 기준에 미달했는지 여부 자체를 알 수 없으므로 이러한 학칙에 의해 이루어진 재임용 거부처분은 「사립학교법」 제53조의2 제7항을 위반한 것으로 위법하다.[79] 정량적 평가의 경우에는 그 자체로서 수량화, 계량화 할 수 있으므로 이러한 문제가 많이 발생하지는 않지만, 정성적 평가의 경우에는 평가의 성격 자체로 인해 어느 정도 추상성을 띌 수 밖에 없는바, 이와 같은 정성적 평가의 평가기준이 어느 정도 규정되어야 '객관적인 사유'에 해당하는지에 대한 논의가 있어 왔다.

교원의 재임용 심사 기준으로 정성적 측면을 고려하는 것이 원칙적으로 금지되는 것은 아니나, 정성적 평가를 함에 있어서도 평정자의 주관이나 자의가 개입될 소지가 최소화되도록 정량화된 기준을 제시하거나 적어도 정성평가에서 미흡한 점수를 획득하게 된 근거를 청구인에게 분명하게 밝히고 이에 대한 소명이 가능하도록 하여야 한다.[80] 따라서, 정량적인 평정영역은 물론이고 정성적인 평정영역 모두 구체적 기준이 아닌 평정자의 자의가 들어갈 수 있는 여지가 있는 평정기준을 마련한 경우, 그 기준은 자체로 위법하다고 보아야 한다. 이하에서는 몇 가지 사례

79) 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010두17403 판결
80) 교원소청심사위원회 2018-42 결정 등

를 통하여 (주로)정성평가 영역에 대한 평정을 어느 정도로 규정하여야 객관적인 것으로 인정할 수 있을지에 대하여 살펴본다.

교원 재임용 심사 평정표에서 평가영역을 5가지(교수로서의 기본적 자질, 학문연구 능력과 실적, 교육능력과 실적, 학생지도 능력과 실적, 기타사항)으로 나누고, 세부 평정항목을 17가지로 정해놓은 후, 평정자 5인이 각 항목에 대한 평정을 A/B/C/D/E로 할 수 있는 기준[81]은 적절한 기준이라고 보기 어렵다. 교원소청심사위원회는 "이 재임용 심사평정표는 임용권자의 정관이나 내부규정 어디에도 그 양식과 평가세부기준이 정해져 있지 않고, 설령 인사위원회 판단이 정량적 지표만으로 평가할 수 없는 정성평가를 한 결과라고 하더라도, 청구인이 교수로서 재임용될 수 없을 정도로 자질이 부족하다고 판단한 것은 객관적 사유에 기초하여 합리적이고 공정하게 평가된 것이라고 보기 어렵다."[82]라고 결정하였고, 법원은 "이 사건 심사평정표는 17개의 평정항목을 제시하고 각 항목을 평점 A~E로 평가하도록 하고 있으나, 그 항목별 세부평가기준이 없을 뿐만 아니라 그 평가 결과 어느 정도에 도달하면 재임용이 가능한지 예측할 수 있는 객관적인 기준을 전혀 제시하지 않고 있다. 따라서 이와 같은 심사평정표의 기재만으로는, 각 항목별 평점과 종합평점만을 알 수 있을 뿐, 그 평정 결과 재임용이 가능한 것인지에 관하여는 알 수 없다."[83]라고 판시하여 이와 같은 기준(정량평가 및 정성평가)이 합리적 기준이라고 보기 어렵다는 취지로 판단하였다.

정성평가 영역 중 하나인 교수적성분야의 평가기준을 '학생지도의 성실성' 항목, '교육개발의 진취성' 항목, '교수로서의 자질' 항목으로 나누고, 그 평가지표를 '3', '2', '1', 'N'으로 분류하고 있는 정성평가 항목 또한 적절한 기준이라고 보기 어렵다. 법원은 "평가항목을 위 평가지표에 따라 평정하기 위한 구체적인 세부기준 및 방법에 관하여는 달리 정하고 있지 아니하여 객관적 평정 준거가 미약하고 평가자의 주관과 자의성이

81) 정량평가 및 정성평가 17가지 영역 모두 이와 같이 규정한 경우이다.
82) 교원소청심사위원회 2012-21 결정
83) 서울고등법원 2014. 6. 13. 선고 2013누26509 판결, 대법원 2014. 10. 15. 선고 2014두9929 판결로 확정

개입될 소지가 큰 점 등을 고려할 때 위 심사기준은 주관과 자의가 개입될 수 있는 추상적이고 막연한 평가항목으로 이루어진 것으로서, 사회통념상 공정한 심사를 기대할 수 없는 것이라고 할 것이다."[84] 라고 판시하여 이와 같은 정성평가 기준은 합리적 기준이라고 보기 어렵다는 취지로 판단하였다.

다만, 최근에는 정성적인 평가영역 등에 대하여 약간 완화된 기준을 적용하려는 태도를 보이는 하급심 법원의 판결이 나오는 것으로 보인다. 예를 들어, 교원에 대한 평가기준으로 정해진 평가표가 평가영역을 5가지 즉, "교수로서의 기본 자질 / 교수(강의)능력과 실적 / 산학협력참여능력과 실적 / 산학협력사업 향상 정도 / 기타 사항"로 구분하고, 각 평가영역을 2~5가지 세부 항목(평정 항목)으로 구분하여 각 항목당 A~E 등급으로 평가하도록 규정하고 있는 평가표와 관련하여, 교원소청심사위원회는 "이 사건 평정표는, 각 항목별로 1점(E)부터 5점(A)까지(혹은 2점부터 10점까지)의 점수로 구분되어 있을 뿐이고, 각 평가영역에 대한 평가항목이 평가영역의 내용을 풀어쓰거나 평가요소를 나열하는 데 그치고 있으며, 실질적으로 평정을 할 수 있는 세부적·구체적 기준이 마련되어 있지 않아, 평정과정에서 평가자의 주관과 자의가 개입할 위험성이 높다고 보인다."[85]라고 결정하였으나, 법원은 "평가기준은 해당 교원의 교원으로서의 자질, 품성 등을 아울러 평가해야 하므로 어느 정도 추상성을 띨 수 밖에 없는데다가 이 사건 평가표의 세부 영역이 단지 평가영역을 풀어쓰거나 평가요소를 나열한 데 불과하다고 보이지 않는다. 또한 이 사건 평가표는 각 세부 항목에 대해 5단계로 구분된 점수를 채점하도록 규정하고 있는데 이를 평정의 세부적·구체적 기준이 마련되어 있지 않다거나 다른 평가 기준과 비교하여 특별히 자의가 개입할 개연성이 있다고 단정하기는 어렵다."[86]라고 판시하여 정성평가 영역에 대한 평정

84) 서울행정법원 2008. 3. 5. 선고 2007구합26131 판결, 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008두19574 판결로 확정
85) 교원소청심사위원회 2016-512 결정
86) 서울행정법원 2017. 8. 24. 선고 2016구합84788 판결, 서울고등법원 2018. 2. 7. 선고 2917누72876 판결로 확정

기준에 대하여 일부 추상적으로 규정하여도 된다는 취지로 판단하였다.

그럼에도 불구하고 교원에 대한 재임용 기준은 가능한 한 최대한 객관적인 기준으로 규정하는 것이 바람직하다.[87] 즉, 정성평가의 특성상 어느 정도 평정자들의 자의가 들어갈 여지가 있다 하더라도, 임용권자는 정성평가의 평정에 있어 ① 정성평가로 인해 재임용의 가/부가 결정될 수 있도록 높은 비율로 구성하지 아니하고,[88] ② 일부 정성평가 영역에 있어서는 정량화 된 기준을 도입한다거나,[89] ③ 일부 정성평가의 평정 영역에 평정자들이 각 항목에 대하여 자의적으로 평정할 수 있는 여지를 낮추며,[90] ④ 수 인의 평정자가 있는 경우 최대 점수 부여자 및 최소 점수 부여자를 제외한 후 남은 평정자들의 평균 점수를 구하도록 하는 등 일부 평정자의 자의를 배제하고, 최대한 객관성을 유지할 수 있는 정도의 기준을 마련하는 것이 적절하다.

### 4. 품위 손상과 재임용 거부

교원이 품위 손상을 하였다는 사정을 교원에 대한 재임용 거부 사유로 삼을 수 있는지에 대하여 살펴본다. 이는 객관적인 사유로 사전에 학칙 등으로 정해진 규정이 없더라도 교원에 대한 품위 손상을 이유로 교원에 대한 재임용 거부 처분을 할 수 있는지에 관한 것이다.

법원은 “사립대학의 교원은 관련 법령과 학교법인의 정관에서 교원의 자격 심사기준으로 삼고 있는 덕목인 학문연구, 학생교육, 학생지도, 교

87) 이재열, “사립대학 교원의 재임용 심사기준에 대한 판례의 태도-대법원 2010. 10. 14. 선고 2010두13418 판결을 중심으로-”, 홍익법학, 제12권 제1호, 2011, 590면

88) 가령, 100점의 기준 중 70점의 기준을 넘기는 경우에라야 재임용 기준에 통과하는 기준인 경우, 정성평가를 30점 초과하여 배점한다면 정성평가자의 자의에 의하여 재임용 가/부가 결정될 수 있을 것이다. 따라서, 정성평가 영역의 점수 비중을 적정하게 유지하는 것이 바람직하다.

89) 가령, ‘인화관계’라는 정성평가 영역을 평정할 경우 교원들 간 또는 교원과 학생 간의 불화 등이 생겨 진정서 등이 제출되거나 학내 갈등 상황이 발생한 것이 입증 가능할 때 일정 점수를 감점하는 등의 방법

90) 각 항목에 대한 평가의 준거가 되는 사항을 기재하고, 평정자들이 감점을 하거나 각 평정을 하는 경우 평가의 근거를 구체적으로 적시하도록 하는 등의 방법

육관계 법령의 준수 및 기타 교원으로서의 품위 유지에 관한 능력과 자질을 기본적으로 갖추고 있어야 하고, 이는 재임용의 경우에도 마찬가지라 할 것인바…학문연구에 관한 능력과 자질을 갖추고 있다고 하더라도 학생교육 및 학생지도를 비롯하여 교육관계 법령의 준수 및 기타 교원으로서의 품위 유지에 관한 능력과 자질을 갖추지 못한 결과 교육을 받을 기본권을 가진 학생의 교육을 담당할 사립대학 교원으로서의 자격에 미달한다고 인정되는 경우에는 재임용을 거부할 수 있다."[91][92]라고 판시하였다. 즉, 교원으로서의 품위 손상하는 행위가 학생교육·학문연구·학생지도에 관한 해당 교원의 자질과 역량을 인정하기 어려운 정도에 이르러야만 비로소 재임용을 거부할 수 있다고 보고 있다.

이와 같은 견지에서 교원으로서의 지위를 얻기 위해 총장에게 금품을 제공한 행위를 한 교원에 대한 재임용 거부 처분에 대하여 이러한 행위는 학자로서의 기본적 양심을 저버린 행위인 점, 이 사실이 널리 알려진 상태에서 스승으로부터 학생들의 모범이 될 수 없는 점, 교원 전체의 명예를 실추시켰고, 젊은이들에게 기성 사회에 대한 혐오감과 냉소주의를 주입하는 결과를 낳은 점, 교원의 비위사실에 대하여 형사처벌이나 징계가 이루어지지 않았다고 하더라도 얼마든지 이를 이유로 재임용을 거부할 수 있다고 볼 수 있는 점 등을 고려하여 품위 손상 행위로 인한 재임용 거부 처분이 적정하다고 본 경우가 있다.[93]

교원은 항상 사표가 될 품성과 자질의 향상에 힘쓰고 학문의 연찬과 교육 원리의 탐구 및 학생 교육에 전심전력하여야 한다는 점에서 일반 직업인보다 높은 도덕성이 요구되고 그 품위손상행위는 본인은 물론 교원 사회 전체에 대한 국민의 신뢰를 실추시킬 우려가 있는 점에서 보다 엄격한 품위유지의무를 부담하고 있는 점,[94] 교원은 항상 학생을 올바른

91) 대법원 2008. 2. 1. 선고 2007다9009 판결 등

92) 같은 견지에서, 대법원 2009. 6. 11. 선고 2007두23484 판결, "학문연구에 관한 능력과 자질을 갖추고 있다고 하더라도 학생교육 및 학생지도를 비롯하여 교육관계 법령의 준수 및 기타 교원으로서의 품위 유지에 관한 능력과 자질을 갖추지 못한 결과 교육을 받을 기본권을 가진 학생의 교육을 담당할 사립대학교원으로서의 자격에 미달한다고 인정되는 경우에는 재임용을 거부할 수 있다."

93) 서울행정법원 2012. 3. 23. 선고 2011구합42505 판결, 대법원 2013. 1. 3. 선고 2012두26333 판결로 확정

94) 대법원 2000. 10. 13. 선고 98두8858 판결

길로 지도할 책임을 부담하고, 스승으로서 흐트러짐이 없는 본보기가 되어야 하는 점,[95] 등을 종합적으로 고려해 볼 때 교원에 대한 품위 손상을 이유로 재임용 거부 처분을 하는 것은 가능하다고 보인다. 그렇지만 교원에 대한 재임용 거부 처분은 그 신분에 큰 불이익을 주는 행위일 뿐 아니라, 특히 재임용 실적을 달성한 교원에 대하여 품위 손상을 이유로 재임용 거부 처분을 하는 경우는 보호받아야 할 법익이 큰 것으로 보이므로 교원의 품위 손상의 정도가 교원을 재임용 하지 아니할 정도로 심각한 경우에만 제한적으로 재임용 거부 사유로 삼는 것이 타당하다.

## Ⅳ. 강사 재임용 절차 관련 제언

### 1. 개정 「고등교육법」에 따른 강사 지위 개선

2003. 5. 30. 한 대학의 시간강사가 저임금과 고용상의 불안 등 불합리한 처우를 비관하여 자살하는 사건을 계기로 시간강사에 대한 처우 및 지위 등의 개선을 요구하는 사회적 요청이 높아지게 되었다. 이에 국가인권위원회는 교육인적자원부 장관에게 '대학시간강사에 대한 근무조건·신분보장·보수 및 그 밖의 물적 급부 등에 있어서의 차별적인 지위를 개선할 것'을 권고하였다.[96] 이와 같은 권고 및 사회적 요구에 부응하여 시간강사를 교원으로 하는 등을 내용으로 하는 「고등교육법」이 개정(2011. 12. 30.)되어 2013. 1. 1. 시행 예정이었지만, 4차례에 걸쳐 총 7년간 유예되어 오다 2018. 12. 18. 개정 「고등교육법」이 국회에서 의결·공포되어 2019. 8. 1.부터 시행되었다.

「고등교육법」 개정으로 인한 '강사제도'의 가장 큰 변화는 '강사' 또한 교원으로서 법적 지위를 부여받았다는 것이다(「고등교육법」 제14조 제2항). 비록, 강사가 대학교원(조교수, 부교수, 교수)의 신분보장과 관련

95) 서울행정법원 2014. 2. 14. 선고 2013구합13983 판결, 서울고등법원 2014. 10. 17. 선고 2014누45439 판결로 확정

96) 국가인권위원회 2004. 5. 24. 대학시간강사제도 개선 권고 결정

된 법령을 모두 적용받지는 않는다 하여도(「고등교육법」 제14조의2) 강사에게 교원 신분을 부여하고, 재임용 절차를 보장하며, 교원의 지위 향상 및 교육활동 보호를 위한 특별법을 적용하는 등 이전에 교원으로서의 지위를 거의 누리지 못하던 강사들에게 교원으로서의 지위를 부여하고, 보장하며, 처우 등을 높이기 위한 개정의 취지 및 정당성 자체에 대하여는 이론의 여지가 없다.

## 2. 강사 재임용 관련 법령 등

### 가. 「고등교육법」 및 「고등교육법 시행령」의 규정 취지

강사 재임용제도와 관련하여 「고등교육법」 제14조의2(강사) 제3항은 "제1항 및 제2항에서 정한 사항 외[97]에 강사의 임용·재임용 절차(신규임용을 포함하여 3년까지 재임용 절차를 보장하고 그 이후는 신규임용 또는 재임용 등의 절차를 진행한다) 및 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정하는 기준에 따라 학칙 또는 학교법인의 정관으로 정한다."라고 규정하고 있고, 「고등교육법 시행령」 제4조의8(강사의 임용기준과 절차 등) 제2항은 "법 제14조의2 제1항 각 호 외의 부분 본문에서 '임용기간, 임금 등 대통령령으로 정하는 사항'이란 다음 각 호의 사항을 말한다."라고 규정하며, 4호에서 "제3항에 따른 재임용 절차"를 규정하고 있고, 같은 조 제3항은 "법 제14조의2 제3항에 따른 재임용 절차에는 다음 각 호의 사항이 포함되어야 한다."라고 규정하며 "1. 임용기간 만료사실의 사전통지에 관한 사항, 2. 재임용 조건에 관한 사항"을 규정하고 있다.

따라서, 「고등교육법」 및 같은 「법 시행령」에 따르면, 강사의 재임용과 관련된 사항은 '임용기간 만료 사실의 사전통지에 관한 사항, 재임용 조건에 관한 사항'으로 정해진 사항을 포함하여 학칙 또는 학교법인의 정관으로 정해져야 하도록 규정되어 있는 것이다.

---

97) 「고등교육법」 제14조의2강사) 제2항 제2호 가.목에서는 강사에 관하여는 「사립학교법」 제53조의2(학교의 장이 아닌 교원의 임용) 제1항, 제2항, 제9항만을 준용하도록 규정되어 있어, 교원의 재임용 심사와 관련된 「사립학교법」 제53조의2 제3항 내지 제8항의 규정이 적용되지 아니한다.

### 나. 대학 강사제도 운영 매뉴얼에 따른 강사 재임용절차

교육부는 2019. 8. 1. 시행될 「고등교육법」에 따라 새로운 강사제도의 정착을 위하여 대학, 강사단체 및 교육부가 협의를 거쳐 2019년 6월 '대학 강사제도 운영 매뉴얼'을 발표하였다. 이 매뉴얼에 따르면 강사의 재임용 절차와 관련하여, ① 대학의 장은 임용기간 만료사실을 만료일 최소 2개월 전에는 통지하고, 사전통지의 방식과 절차는 학칙(정관)으로 정할 것, ② 재임용을 원하는 강사는 임용기간 만료사실을 통지받은 날로부터 학칙(정관)으로 정하는 기간 내에 재임용신청서와 관련 서류를 제출할 것, ③ 「사립학교법」 제56조 제1항 단서, 해당교과목이 교육과정 개편으로 폐지된 경우나 신입생이 없는 경우는 '재임용 조건'으로 포함 가능함(다만, 대학은 이와 같은 사유로 인한 강사 재임용 거부가 가급적 발생하지 않도록 사전적인 노력을 해야 함), ④ 재임용 기준은 교육·지도 및 연구 등을 고려하여 별도로 정하고, 재임용심사위원회(강사업적평가위원회 등)는 심사항목에 따른 심사를 실시할 것, ⑤ 강사의 재임용 여부는 인사위원회의 심의를 거쳐 확정하고 그 절차는 학칙(정관)으로 정하여 운영할 것 등의 절차를 안내하고 있다.[98]

## 3. 강사 재임용 절차 규정에 대한 제언

「고등교육법」에서는 강사의 재임용 절차에 대하여 교원에 대한 재임용 절차 적용을 배제하였고, 강사의 재임용 절차에 대하여 임용권자(학교법인)의 정관 또는 학칙으로 정하게 하면서 포함되어야 할 사항을 '임용기간 만료사실의 사전통지에 관한 사항, 재임용 조건에 관한 사항'만을 규정하고 있다. 「고등교육법」 개정 이유가 "강사의 임용과 신분보장에 대하여 일정 기준 없이 대학의 학칙이나 정관으로 정하도록 위임하거나 자의적인 해석으로 강사의 신분보장을 저해할 우려가 있는 사항에 대해서는 법률에 명확하게 규정하는 한편, 강사의 임용기간, 재임용, 처우개선과 관련하여 적정한 방안을 마련해야 한다는 지적이 제기되고 있는데"[99] 있

98) 교육부, "대학 강사제도 운영 매뉴얼", 2019, 39면~42면

음을 고려하고, 법원이 교원의 재임용 절차에 관한 규정(「사립학교법」 제53조의2 제3항 내지 제8항)을 강행규정으로 보고 있다는 점을 더하여 보면 개정 「고등교육법」에서 강사에 대한 재임용 절차를 진행함에 있어 「사립학교법」 제53조의2에서 규정하고 있는 절차 및 기준 관련 내용을 정관 또는 학칙에 정하지 아니하여도 되도록 규정하고 있는 사항은 다른 교원에 비하여 강사를 부당하게 차별하는 것으로 평가될 수도 있을 것이다.[100]

즉, 재임용 절차에 있어 ① 사립대학의 정관이 교원의 교육실적 등과 같은 객관적인 기준을 재임용 거부사유로 정하지 아니하고 자의가 개입될 수 있는 막연한 기준[101]에 의하여 재임용을 거부하는 경우에도 피해 교원을 실질적으로 구제할 수 있는 대책이 없어 보이는 점, ② 임용권자가 대학교원을 왜 재임용하지 않으려 하는지 이유를 밝히고 그 이유에 대하여 당해 교원이 해명할 기회를 주는 것은 적법절차의 최소한의 요청인 것인데, 이와 같은 소명의 기회 부여에 대하여도 규정하고 있지 아니하고 있는 점이 문제가 될 수 있다고 할 것이다.[102]

한편, 대학 강사제도 운영 매뉴얼에서는 이 두 가지 사항을 강사 재임용 절차에 포함할 것을 권고하고 있으나, 이에 대한 강제성이 없어 메뉴얼을 지키지 아니하는 개별 대학의 강사임용규정에 대하여도 개선 등을 강제하기는 어려워 보인다.[103]

---

99) 「고등교육법」 [법률 제15948호, 2019. 8. 1. 시행] 개정이유 중

100) 헌법상 평등 원칙을 위반하였는지 여부에 대하여는, 정재황, 「신헌법입문」, 박영사, 2019, 347면~354면; 한수웅 「헌법학」, 법문사, 2019, 582~584면; 허 영, 「한국헌법론」, 박영사, 2015, 352면 등

101) 「고등교육법 시행령」에서는 '재임용 조건에 관한 사항'이라고만 규정되어 있다.

102) 헌법재판소 2003. 2. 27. 선고 2000헌바26 결정, "객관적인 기준의 재임용 거부사유와 재임용에서 탈락하게 되는 교원이 자신의 입장을 진술할 수 있는 기회 그리고 재임용거부를 사전에 통지하는 규정 등이 없으며, 나아가 재임용이 거부되었을 경우 사후에 그에 대해 다툴 수 있는 제도적 장치를 전혀 마련하지 않고 있는 이 사건 법률조항(구 「사립학교법」 제53조의2 제3항)은, 현대사회에서 대학교육이 갖는 중요한 기능과 그 교육을 담당하고 있는 대학교원의 신분의 부당한 박탈에 대한 최소한의 보호요청에 비추어 볼 때 「헌법」 제31조 제6항에서 정하고 있는 교원지위법정주의에 위반된다고 볼 수밖에 없다."

103) 실제로 한 사립대학교에서는 2019. 8. 1. 강사임용규정을 개정 시행하면서, ① 강사의 재임용 과정에서 의견진술의 기회 부여 절차를 규정하지 아니하였고, ② 강사의 재임용 기

## Ⅴ. 결론

이상에서 대학교원 재임용 관련 교원소청심사위원회의 결정례, 법원의 판결 등의 내용을 통해 대학교원 재임용 제도의 유래, 절차와 관련된 논점, 기준과 관련된 논점, 개정 「고등교육법」에 따른 강사 재임용 제도에 대한 제언 등의 내용을 살펴보았으며, 연구결과는 다음과 같다.

첫째, 대학교원에 대한 재임용 거부 처분은 대부분 사립학교 교원을 대상으로 이루어지고 있고, 인구구조의 변화 등으로 인하여 교원에 대한 재임용 거부 처분이 더욱 늘어날 수 밖에 없는 상황에서 대학교원의 임용권자, 특히 사립대학 법인 등은 「사립학교법」 제53조의2에서 규정되어 있는 대학교원에 대한 재임용 절차가 강행규정임을 염두해 두고, 교원의 재임용 심의 신청권을 보장하여 줄 수 있는 기준 및 절차를 진행하여야 한다. 대학교원의 재임용 거부 처분에 대한 교원소청심사위원회의 결정 중 '취소' 결정은 재임용 거부처분을 취소함으로써 학교법인 등에게 해당 교원에 대한 재임용심사를 다시 하도록 하는 절차적 의무를 부과하는 데 그칠 뿐, 학교법인 등에게 반드시 해당 교원을 재임용하여야 하는 의무를 부과하거나 혹은 그 교원이 바로 재임용되는 것과 같은 법적 효과까지 인정되는 것은 아니지만,[104] 절차상 하자를 이유로 처분이 취소되는 경우라고 하더라도 절차적 요건의 실효성을 확보하기 위하여 그 절차상 하자를 치유한 후 대학교원에 대한 재임용 심사를 다시 거쳐야 하기 때문이다.

---

준에 대하여도 구체적으로 밝히지 아니한 채 '종래의 강의평가 결과가 미흡하거나, 강의내용이 충실하지 못하고 강의능력이 미흡하다고 평가된 자, 관련 규정에 의해 면직되었던 자, 계약으로 정한 면직 등의 사유에 해당하는 자'에 대하여 재임용하지 아니한다고 규정하고 있다.

이와 같은 규정을 통해 본 위 사립대학교 강사에 대한 재임용 절차는 전임교원의 재임용 절차와 비교하여 강사에서 의견진술의 기회를 부여하지 아니하고, 객관적인 사유(강의평가 결과 미흡, 강의내용 충실하지 않음, 강의능력이 미흡이라는 사유만으로는 교원이 어느 경우 재임용 되고 재임용 되지 아니할지에 대한 객관적인 판단을 하기 어렵다.)에 의하여 평가받을 기회를 부여하지 아니하는 등 불리한 내용으로 규정되어 있다고 평가될 여지가 있다.

104) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2008다6953 판결, 대법원 2011. 9. 8. 선고 2009다65249 판결 등

둘째, 대학교원의 재임용 심사 절차와 관련하여 교원에 대한 충실한 재임용 심사 절차가 이루어지기 위하여 충분한 기간을 확보하기 위한 취지에서 규정된 것으로 보이는 4월(「사립학교법」 제53조의2 제4항) 및 2월(「사립학교법」 제53조의2 제6항)의 통지 기한을 잘 준수하여야 하고, 재임용 거부가 예정되어 있는 교원에게 15일의 기간을 두어 교원인사위원회에 실질적인 의견 제출의 기회를 보장하여야 하며(「사립학교법」 제53조의2 제7항), 재임용 거부 통지를 구체적으로 하는 등(「사립학교법」 제53조의2 제6항) 교원에 대한 재임용 심의 절차를 정확하게 준수하여야 한다. 절차상의 정의는 형사적인 측면에서 뿐만 아니라 행정법적인 측면에서도 크게 강조되고 있을 뿐 아니라, 절차적인 정의를 지키는 것이 침익적 처분 등에 있어서는 더욱 중요하기 때문이다.

셋째, 교원의 재임용과 관련되어 합리적인 기준을 마련하여야 한다. 재임용 평가 기준은 정량적인 평가기준과 정성적인 평가기준 모두 규정할 수 있는 것으로 보이는데, 정성적인 평가기준을 규정하는 경우에라도 그 기준이 가급적 계량화 되어있고, 객관적이며, 예측가능할 정도로 규정하여야 할 것이다. 즉, 정성적 평가의 평가 방법의 한계상 정량적인 평가만큼 객관화 하기는 어렵다 하더라도, 평정자의 자의가 가급적 배제되고, 객관적인 심사가 가능할 정도의 평가 내용(평가의 착안점, 평정 시 평정근거를 적시하기 등)으로 정하여야 할 것이다.

넷째, 강사 재임용과 관련하여 「고등교육법」 및 「고등교육법 시행령」에 강사의 재임용과 관련된 규정을 정관 또는 학칙으로 규정하도록 하면서, 재임용 과정에서 강사의 의견진술의 기회, 객관적인 기준에 따른 평가 등에 대하여는 규정하지 않은 것으로 보이는바, 학교법인 등이 재임용 기준을 규정함에 있어 의견진술의 기회 부여 및 재임용 기준을 객관적으로 명시하도록 법령으로 정하는 것이 바람직하다. 강사 또한 교원의 지위를 가지게 되는바, 전임교원의 재임용 과정에서 지켜져야 할 강행규정 중의 하나인 의견진술의 기회 부여 및 객관적 규정에 따른 평가 또한 강사의 재임용 과정에서도 보장되는 것이 타당하기 때문이다.

본 연구를 통해 대학교원을 재임용하려는 학교법인 및 학교법인으로부터 재임용 심사를 받게 되는 대학교원들이 재임용 심사 제도에 대한 이해도를 높이고, 정당한 재임용 심사를 통해 교원의 임용기간 동안 실적

을 제대로 평가받을 수 있는 대학교원 재임용 제도가 더욱 잘 실현될 수 있기 바란다.

(논문투고일: 2019. 12. 06, 심사개시일: 2019.12.12, 게재확정일: 2019.12.19)

장 한 별

대학교원 재임용제도, 공정한 절차, 재임용 거부, 재임용 심사기준, 합리적 기준

# 【참 고 문 헌】

## Ⅰ. 단행본

강현호, 「행정법의 이해」, 동방문화사, 2018.
김민호, 「행정법」, 박영사, 2018.
김종철/이재원/최수령, 「학교관련소송」, 법률문화원, 2014.
박철현, 「사립학교 교원의 징계·재임용·교원소청」, 헴튼, 2010.
배병호, 「일반 행정법 강의」, 동방문화사, 2019.
유선구 외, 「재임용 재심사 백서」, 교원소청심사특별위원회, 2006.
정재황, 「신헌법입문」, 박영사, 2019.
표시열, 「교육법 -이론, 정책, 판례-」, 박영사, 2008.
한수웅, 「헌법학」, 법문사, 2019.
허 영, 「한국헌법론」, 박영사, 2015.
홍정선, 「행정법원론」, 박영사, 2019.

## Ⅱ. 논문

강인수/허종렬/이시우/김성기, “교원징계 및 교원소청심사제도에 관한 연구”, 교육법학연구, 제18권 제1호, 2006.
김동희, “절차상 하자있는 행정행위의 효력-독일연방행정절차법 제46조를 중심으로 하여-”, 서울대학교 법학, 제37권 제2호, 1996.
김선수, “교수재임용에 관한 판례의 문제점”, 법과사회, 제20권 제1호, 2001.
김유환, “행정절차하자의 법적 효과-절차 및 하자의 유형론과 당사자의 적차적 권리관점에서의 검토-”, 법학논집, 제8권 제1호, 2003.
배병일, “대학교수의 재임용과 심사신청권”, 교육법학연구, 제16권 제1호, 2004.
성정엽, “교수재임용제도의 법리적 문제점에 관한 고찰”, 법학논총, 제36권 제1호, 2019.
이상철, “대학교원 재임용 관련 교원소청심사위원회 결정 내용 분석”, 교

육법학연구, 제26권 제1호, 2014.
이순철, “대학교원 기간임용제 탈락자 구제를 위한 특별법상 인용결정의 효력-재임용거부의 취소에 따른 교수지위확인 판결을 중심으로”, 교육법학연구, 제19권 제1호, 2007.
이재열, “사립대학 교원의 재임용 심사기준에 대한 판례의 태도-대법원 2010. 10. 14. 선고 2010두13418 판결을 중심으로-”, 홍익법학, 제12권 제1호, 2011.
조광제, “교원소청심사특별위원회의 재임용 재심사 기준에 대한 해석과 그 법적 논리”, 교육법학연구, 제17권 제2호, 2005.
표시열, “교육정책에 관한 사법부의 권한과 주요 결정(헌법재판소의 심판을 중심으로)”, 교육행정학연구, 제25권 제2호, 한국교육행정학회, 2007.
함석동/홍미정, “대학교원 재임용 심사 관련 소청 쟁점”, 교육행정학연구, 제25권 제4호, 2007.
황희성, “대학교원 재임용제도에 관한 법적 고찰”, 석사학위 청구논문, 인제대학교 대학원 법학과, 2009.

## Ⅲ. 기타

교원소청심사위원회, “2013년도 교원소청교육자료”, 2013.
교원소청심사위원회, “주요 업무 보고”, 2019.
교육부, 대학 강사제도 운영 매뉴얼, 2019.
국가인권위원회, “대학시간강사제도 개선 권고 결정”, 2004. 5. 24.

## Abstract

# A Study on the Reappointment Procedure of University Faculties

Jang, Han Byol

This study reviews the issues related to the reappointment procedure and rationality of the reappointment criteria for university faculties, as well as related issues regarding the reappointment system for instructors, which takes effect from August 1, 2019. The results are as follows: First, the provisions regarding the reappointment process of university faculties are compulsory. Therefore, these regulations must be complied correctly during the reappointment process. Second, in the review process of the reappointment of the university faculties, the deliberation procedures such as compliance with the deadline, provision of proper opportunities to state opinions, and notification of specific reasons for a rejection must be followed. Third, reappointment reviews should be based on reasonable and objective rating criteria. In qualitative evaluations as well as quantitative evaluations, objective provisions should be stipulated to the extent that they can prevent arbitrariness of the evaluators. Fourth, in terms of the reappointments of university instructors, the Higher Education Act has omitted provision of proper opportunities to state opinions and evaluation based on objective rating criteria. However, it is advisable to include them in the Act in future legislation.

Jang, Han Byol

Reappointment System of University Faculty, Fair Proceedings, Reappointment Disapproval, Judgement Standard for Reappointment, Reasonable Standards

# 연명의료결정법의 문제점과 개정방향

## -연명의료 보류·중단의 결정에 관한 해석론과 입법론을 중심으로*-

김 천 수**

【목차】

Ⅰ. 서설
Ⅱ. 연명의료 보류·중단의 결정에 관한 현행 연명의료결정법의 해석과 개정 방향
1. 연명의료의 개념 범위 및 연명의료의 보류·중단
가. 연명의료의 개념 범위
나. 연명의료의 보류·중단
2. 연명의료결정법에 의한 연명의료의 보류·중단이 이루어지는 환자
가. 임종과정에 있는 환자
나. 말기환자
다. 양자 구별의 한계와 개방적 규율의 필요성
3. 환자의 의사와 결정의 대행
가. 개관
나. 환자 의사의 추정
1) 연명의료계획서에 의한 환자 의사 추정
가) 연명의료계획서의 개념 및 작성 과정 그리고 환자의 정신능력
나) 담당의사의 설명 및 확인 의무
다) 연명의료계획서의 변경 및 철회와 기타 관리
라) 계획서에 의한 환자 의사의 추정과 이행
2) 사전연명의료의향서에 의한 환자 의사 추정
가) 사전연명의료의향서의 개념 및 작성 시점
나) 사전연명의료의향서 작성자의 정신능력
다) 등록기관의 설명과 확인
라) 사전연명의료의향서의 작성·제출·등록·보관
마) 사전연명의료의향의 변경·철회
바) 사전연명의료의향서의 실효
사) 의향서에 의한 환자 의사 추정의 방법과 이행
3) 가족 진술에 의한 환자 의사 추정
가) 환자의사 추정의 보충적 방법
나) 가족의 진술
① 진술 가족에 관한 요건
② 가족 진술의 일치
③ 환자에 관한 요건
다) 담당의사 등의 확인
라) 환자 의사에 관한 기록물의 의미
나) 환자 일반의 경우

---

* 이 논문은 2019. 9. 17. 국회에서 개최된 '고령화 사회의 법정책 토론회 - 연명의료 중단에 관한 입법적 개선방안 -'에서 발표한 것을 수정 보완한 것임.

** 성균관대학교 법학전문대학교 교수

다. 결정의 대행
1) 가족에 의한 대행결정의 전제
가) 환자 과거 의사의 확인 불능
나) 환자의 결정능력 결여
2) 가족에 의한 대행결정의 두 유형
가) 미성년자인 환자의 경우
① 법정대리인에 의한 대행결정
② 미성년자인 환자의 경우 제1호와 제2호의 관계
① 대행결정권자 전원의 유효한 합의
② 대행결정권을 가지는 가족의 범위
3) 담당의사 등의 확인
4. 연명의료 보류·중단의 실행
가. 적법성의 부여와 의무의 부과
나. 보류·중단이 허용되는 연명의료의 범위
다. 현재 시점 환자 의사 확인 절차의 신설
라. 담당의사의 소신
Ⅲ. 결어

## 【국 문 요 약】

이 논문은 연명의료결정법의 일부 조항에 대한 해석을 시도하고 거기서 발견된 문제점을 해석으로 해결하지 못할 경우 그에 관한 입법론 즉 개정방향을 제시하는 것이 목적이다. 이 논문에서 다루고자 하는 일부조항이란 연명의료의 보류나 중단에 관한 결정을 규율하는 규정들이다. 먼저 연명의료결정법이 규율하는 연명의료의 개념 범위를 다루었다. 연명의료결정법과 그 시행령이 정의하고 있는 연명의료의 개념은 폐쇄적이기도 하고 자의적 해석도 가능하다는 점을 지적하였고, 규율대상이 되는 연명의료의 개념을 개방적으로 해석할 수 있도록 하는 개정의 방향을 제시하였다. 둘째로, 연명의료결정법에 의하여 규율되는 환자의 범위를 다루었다. 연명의료결정법은 두 유형의 환자를 규율한다. '임종과정에 있는 환자'와 '말기환자'이다. 연명의료의 보류나 중단은 전자에만 허용된다. 그래서 제기되는 문제가 두 유형을 구별하기 어렵다는 점이다. 이에 대한 분명한 기준이 설정되어야 하지만 쉽지 않은 문제이다. 오히려 연명의료결정법의 규율 대상이 되는 환자를 특정 유형으로 한정할 것이 아니라 개방적으로 규율함으로써 이 문제를 푸는 것이 적절하다는 의견을 개진하였다. 셋째로, 연명의료결정법이 허용하는 연명의료 보류 및 중단의

요건으로서 '환자의 의사'와 '결정의 대행'을 다루었다. 연명의료결정법은 환자 의사를 추정하는 수단으로 연명의료계획서, 사전연명의료의향서 그리고 가족의 진술이라는 세 방법을 들고 있다. 각 방법에 대한 세부적 규정들을 분석하여 그 해석상 문제점을 파악하고 개정의 필요성과 방향을 언급하였다. 특히 미성년자와 관련된 규율에는 근본적인 잘못이 있다고 지적하였다. 한편 연명의료결정법은 환자를 대신하여 연명의료의 보류나 중단을 결정하는 권한을 법정대리인이나 일정한 범위의 가족에게 주었다. 환자가 미성년자의 경우는 친권자인 법정대리인에게 그 권한을 주었는데, 친권과 관련된 여러 문제점들을 해석으로 해결하는 어려움을 지적하였고 입법적 검토가 필요함을 언급하였다. 한편, 가족의 전원합의에 의한 대행 결정에 대하여는, 합의에 참여해야 하는 가족의 범위에 미성년자가 아닌 제한능력자가 포함되는 것으로 해석할 경우 나타나는 문제점들을 분석하고 입법적 해결의 필요성과 방향을 언급하였다. 마지막으로 연명의료 보류나 중단의 결정을 실행하는 단계에서 입법적 미비점이나 문제점들을 언급하였다.

## Ⅰ. 서설

'호스피스·완화의료 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료결정에 관한 법률'(이하에서는 '연명의료결정법'으로 줄여서 적으며 본문의 괄호안에서는 '법'으로 적는다)이 제정된 지 3년이 넘었고 시행된 지는 1~2년이 지나갔다.[1] 이 법률이 제정되기까지 오랜 세월 동안 우리 사회는 소극적 안락사, 존엄사 내지 연명의료 중단을 허용할 것인지에 대하여 깊은 논의를 하는 과정에 찬반 양론으로 나뉘어져 있었다.[2] 사람의 생명을 현대

1) 이 법률은 2016. 2. 3. 제정되었으며 일부 조항을 제외한 나머지는 2017. 8. 4. 시행에 들어갔으며 여기서 제외된 일부 조항은 연명의료결정에 관한 주요 조항으로서 2018. 2. 4. 시행에 들어갔다.

2) '소극적 안락사', '존엄사', '연명의료 중단', '연명치료 중단' 등의 키워드로 검색하면 이를 다룬 종래 문헌들이 다수 있다. 이 논문은 2016년 제정된 연명의료결정법에 대한 해석론과 입법론을 목적으로 하므로 '연명의료결정법'을 키워드로 한 2016년 이후의 문헌에 한

의학이 유지시킬 방법이 있는데 이를 포기하는 것이 과연 가능한 일인가에 대한 종교적이나 철학적인 고민이 있었던 것이다. 그 과정에 우리는 소위 '보라매병원 사건'[3]과 '김 할머니 사건'[4]을 목도하였다.[5] 김 할머니 사건에 대한 대법원 판결이 연명의료결정법의 제정을 촉발한 결정적 계기라고 하겠다. 즉 이 판결은 연명의료중단에 대한 찬반논의에 종지부를 찍은 것이다. 연명의료결정법에서 연명의료에 관한 부분은 이 대법원 판결을 입법화한 것이고 결과적으로 시점에 집착한 판결의 오류도 그대로 법률에 반영되어 있다고 해도 과언이 아니라 하겠다.[6][7]

이하에서는 먼저 연명의료결정법상 연명의료 보류·중단의 실체적 및 절차적 요건을 중심으로 현행 연명의료결정법이 연명의료의 보류·중단을 어떻게 규율하고 있는지를 분석하고 그리고 현행 규율의 분석으로 토대로 하여 부각된 문제점을 검토하고 이와 관련된 해석론과 개정론을 전개한다(아래 Ⅱ 부분). 그리고 기타 개별 쟁점과 거시적 관점의 문제의식을 제시함으로써 논문을 맺는다(아래 Ⅲ 부분).[8]

---

정하여 논의에 반영하기로 한다. 유의할 것은 2016년 이후 출간된 문헌의 많은 주장이 그 이전의 문헌에서도 개진되었다는 점이다. 2016년 연명의료결정법이라는 현실의 법률을 논의대상으로 발표된 문헌에 한정하여 인용을 하지만 그 인용된 문헌의 내용이 최초로 주장된 것은 아니다. 다만 최초의 주장이 아니어도 그러한 주장에 동조하는 문헌들이 계속 발표되고 있다는 점에서는 인용의 의미가 있겠다.

3) 대법원 2004. 6. 24. 선고 2002도995 판결 참조.

4) 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결 참조.

5) 이 사건을 다룬 법학문헌도 다수 있다. 이들 사건은 연명의결정법이 시행은 물론 제정되기도 전에 발생한 것인데, '김 할머니 사건'에 연명의료결정법이 적용되는 것으로 가상하여 논의를 전개하여 흥미로운 문헌으로 김장한, "'김할머니' 사례로 살펴본 가정적 연명의료결정에 관한 연구 - 호스피스·완화의료 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료결정에 관한 법률과 관련하여 -", 의료법학 제17권 제2호 (2016), 특히 261~267면 참조.

6) '사망 임박'이라는 요소에 대한 긍정적 시각으로 보이는 견해, 즉 "임종(과정)에서 연명의료중단에 관한 환자의 의사는 존중되어야 하지만, 이것이 과정 자체를 결정하도록 하여서는 안 된다. 환자연명의료결정법에 의하여, 임종 과정 환자는 사망 임박하였다는 객관적인 상황을 고려하여야 함에도 불구하고, 임종 (과정) 환자의 의사에 의하여 연명의료 중단 결정을 결정하도록 하였기 때문에, 의사표시 내용의 적절성 여부, 의사표시 확정의 문제가 발생할 수 있다. 이와 관련된 법적인 문제가 발생하지 않도록 개정되어야 할 필요가 있다."는 지적도 경청할 만하다. 김장한, 위 논문, 275면 참조.

7) 연명의료결정법은 두 부분으로 구성되는데 연명의료중단부분과 호스피스·완화의료 부분이다. 이 논문은 연명의료 보류·중단의 결정에 관한 규정의 해석 및 입법과 관련하여 논의하는 것이 목적이므로 호스피스·완화의료 부분의 검토는 논의에서 제외하였다.

## Ⅱ. 연명의료 보류·중단의 결정에 관한 현행 연명의료결정법의 해석과 개정 방향

연명의료결정법에서 연명의료 보류·중단을 규율하는 내용은 법률전문가가 보아도 해석이 모호하거나 의미를 오해할 위험이 있다.[9] 그래서 이를 아래에서 요약하여 정리하고 검토하면서 해석론을 전개하고 경우에 따라서는 입법론 즉 개정론을 언급한다.[10]

### 1. 연명의료의 개념 범위 및 연명의료의 보류·중단

#### 가. 연명의료의 개념 범위

통상의 연명의료란 소생가능성이 없는 환자에게 생명을 단순히 연장할 뿐인 의료를 말하지만, 일정한 요건과 절차에 따라 보류·중단이 규율되는 "연명의료"를 연명의료결정법은 그 개념범위를 제한하고 있는데, "임종과정에 있는 환자에게 하는 심폐소생술, 혈액 투석, 항암제 투여, 인공호흡기 착용 및 그 밖에 대통령령으로 정하는 의학적 시술로서 치료효과 없이 임종과정의 기간만을 연장하는 것"(법 제2조 제4호)을 말한다. 법률상 연명의료에 해당하는 의학적 시술 4 가지 외에 연명의료결정법 시행령 제2조가 추가한 것으로 "체외생명유지술(ECLS), 수혈, 혈압상승제 투여, 그 밖에 담당의사가 환자의 최선의 이익을 보장하기 위해 시행하지 않거나 중단할 필요가 있다고 의학적으로 판단하는 시술"이 있다. 마지막의 "담당의사가 환자의 최선의 이익을 보장하기 위해 시행하지 않거

8) 심지어 연명의료결정법의 제정으로 '적극적 안락사'에 대한 논란이 전개되어 그 허용 범위가 확대될 것이라는 예측으로, 이승호, "안락사 논의와 「연명의료 중단 법률」의 주요쟁점에 대한 소고", 일감법학 제35호 (2016), 187면 이하 참조.

9) 형사정책적 관점에서 성급한 입법이라는 취지의 지적으로, 이경렬, "이른바 '연명의료결정' 법의 형사정책적인 의문", 형사정책 제28권 제1호 (2016), 16면 이하 참조.

10) 연명의료결정법이 시행되고 몇 년 안 된 사이에 입법론 즉 개정론을 담은 문헌들이 나오고 있는 것은 이 법률이 가져오는 사회적 파장의 크기를 의미하는 것이다. 입법학의 관점에서 이 법률의 명칭과 규정 내용을 분석하고 있는 문헌으로 홍완식, "「연명의료결정법」에 대한 입법평론", 입법학연구 제14권 제1호 (2017) 등 참조.

나 중단할 필요가 있다고 의학적으로 판단하는 시술"은 아주 추상적인 개념이어서 연명의료의 보류·중단에 관한 소신에 따라 달라질 여지가 있다. 하지만 의학적 판단이 그 자의성을 어느 정도 제어할 수 있으므로 이렇게 개방적인 개념 범위를 설정한 것은 바람직하다. 다만 의료계에서 누적되는 관행으로 이 부분을 보다 구체화할 필요는 있겠다. 이하에서 '연명의료'란 용어는 연명의료결정법이 정의한 개념으로 사용한다.[11]

### 나. 연명의료의 보류·중단

여기서 사용하는 '연명의료의 보류·중단'이란 표현은, 연명의료결정법상의 "연명의료중단등결정"에서 말하는 '연명의료중단등'이 모호해서 이를 명료하게 표현한 것이다.[12] 연명의료결정법상 "연명의료중단등결정"이란 "임종과정에 있는 환자에 대한 연명의료를 시행하지 아니하거나 중단하기로 하는 결정"이다(법 제2조 제5호). 여기서 애초부터 환자에게 "연명의료를 시행하지 아니하"는 행위를 '보류'로 표현하여, 일단 연명의료를 시행한 뒤 그만 두는 행위인 '중단'과 함께 '연명의료 보류·중단'이라고 표현한 것이다.

## 2. 연명의료결정법에 의한 연명의료의 보류·중단이 이루어지는 환자

연명의료결정법에 의하여 연명의료의 보류·중단이 규율되는 환자란 모든 환자가 아님에 유의해야 하며, 그 개념에서 구별되어야 하지만 구별이 어려운 두 유형이 바로 '임종과정에 있는 환자'(이하에서 '임종환자'는

---

11) 연명의료결정법의 적용 범위를 확장하는 것이 능사는 아니다. 가령 연명의료 보류·중단에 의사 아닌 타인의 개입이 의료법령 위반인 경우를 연명의료결정법으로 정당화하는 정도로 확정하는 것은 부적절하다. 이에 대한 제재는 형법 일반이론이나 민사의 손해배상책임의 법리로 규율하는 것이 좋겠다. 손미숙, "연명의료중단의 형법이론적 근거", 형사정책 제28권 제1호 (2016), 53면, "의사가 아닌 제3자의 연명의료중단 행위나 또는 영양분 공급의 중단과 같이 이 법이 허용하는 범위 외의 기타 사망을 촉진하는 행위들의 법적 판단은 여전히 미해결인 체 형법 제250조나 제252조 제1항의 해석학적 문제로 남아 있다."

12) 이러한 표현은 이미 주호노, "현행법상 존엄사의 허용요건과 과제: 연명의료결정법을 중심으로", 한국의료법학회지 제26권 제1호 (2018), 9면에서도 사용되고 있다.

이를 의미한다)와 '말기환자'이다. 연명의료결정법은 전자에 대한 연명의무의 보류·중단만을 허용한다.[13)]

### 가. 임종과정에 있는 환자

위에서 본 바와 같이 연명의료는 "임종과정에 있는 환자"에게 시행하는 "의학적 시술"이다. 여기서 임종과정이란 "회생의 가능성이 없고, 치료에도 불구하고 회복되지 아니하며, 급속도로 증상이 악화되어 사망에 임박한 상태"이고(법 제2조 제1호), 임종과정에 있는 환자란 "담당의사와 해당 분야의 전문의 1명으로부터 임종과정에 있다는 의학적 판단을 받은 자"이며(법 제2조 제2호), 그러한 의학적 판단은 담당의사가 연명의료결정법 시행규칙 별지 제9호서식에 따라 기록해야 한다(연명의료결정법 제16조 제1항 및 동 시행규칙 제12조). 여기서 "담당의사"란 "「의료법」에 따른 의사로서 말기환자 또는 임종과정에 있는 환자(이하 "말기환자등"이라 한다)를 직접 진료하는 의사"이다(법 제2조 제7호).

### 나. 말기환자

말기환자는 "적극적인 치료에도 불구하고 근원적인 회복의 가능성이 없고 점차 증상이 악화되어 보건복지부령으로 정하는 절차와 기준에 따라 담당의사와 해당 분야의 전문의 1명으로부터 수개월 이내에 사망할 것으로 예상되는 진단을 받은 환자"이며(법 제2조 제3호), 이러한 진단에 고려되어야 하는 기준은 "임상적 증상, 다른 질병 또는 질환의 존재 여부, 약물 투여 또는 시술 등에 따른 개선 정도, 종전의 진료 경과, 다른 진료 방법의 가능 여부, 그 밖에 제1호부터 제5호까지의 규정에 준하는 것으로서 말기환자의 진단을 위하여 보건복지부장관이 특히 필요하다고 인정하는 기준"이다(법 시행규칙 제2조).[14)]

---

13) 연명의료결정법이 적용되지 않는 환자에 대한 연명의료의 보류·중단이나 그 실시·유지로 인한 손해배상문제에 대하여는, 이재경, "환자의 의사에 반하는 연명의료 중단·유지와 손해배상", 아주법학 제12권 제2호 (2018), 138면 이하 참조.

14) 두 환자를 묶어서 연명의료결정법은 "말기환자등"이라고 하지만(연명의료결정법 제2조 제

말기환자는 '임종과정에 있는 환자'와 구별되며 전자에 대한 연명의료 보류·중단은 연명의료 결정법에 의한 규율의 대상이 아니다.

### 다. 양자 구별의 한계와 개방적 규율의 필요성

연명의료결정법에 의한 연명의료 보류·중단으로 인정되려면 대상 환자가 임종과정에 있는 환자인지 말기환자인지 구별하여 전자임이 증명되어야 한다. 양자의 중요한 차이는 사망이 예상되는 시기이다.[15] 임종과정에 있는 환자는 "사망에 임박"한 경우이고 말기환자는 "수개월 이내에 사망할 것으로 예상"되는 경우이다. 이 판단은 의학적인 것이겠지만 아주 모호하다.[16] 임종환자와 말기환자의 구별도 모호하지만 말기환자와 통상환자의 구별도 모호하다.

연명의료결정법은 제15조에서 "담당의사는 임종과정에 있는 환자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에만 연명의료중단등결정을 이행할 수 있다."고 하여 임종환자에 대하여만 일정한 요건으로 연명의료의 보류·중단을 허용하는 것으로 읽혀진다. 환자가 연명의료 시술 여부를 결정해야 하는 현시점에 환자가 스스로 결정할 수 있는 정신능력을 가지고 유효한 현실의사로 연명의료 시술을 보류·중단하는 것은 논의할 여지가 없이 가능하다. 하지만 기타의 경우에는 위와 같은 해석에 따를 때, 통상환자이든 말기환자이든 임종환자가 아니면, 그러한 정신능력이 없는 상태이고 제한능력자가 아닌 경우 그 시술은 연명의료결정법에 의한 보류

---

7호), 연명의료결정에 관한 규율은 임종과정에 있는 환자만을 대상으로 한다. 한편 이 두 유형의 환자 가운데 일정 범위의 질환이 있는 환자를 대상으로 시행하는 의료를 호스피스·완화의료하고 하며 이러한 의료의 대상이 되는 환자를 "호스피스대상환자"라고 한다(연명의료결정법 제2조 제6호).

15) 이러한 법문의 구별 기준에도 불구하고, "여기서 말기환자가 '임종과정에 있는 환자'로 판단하기 위해서 사망과의 시간적 간격이 문제되지 않는가에 대한 논란이 될 수 있지만, 중요한 것은 회생불가능성이라는 전제조건을 충족하는 것이고 '사망에 임박한 상태'는 꼭 사망과의 시간적 간격 정도와 연결하여 판단할 필요는 없다"는 해석론도 있다. 장한철, "연명의료결정법의 문제점에 대한 고찰", 동북아법연구 제10권 제2호 (2016), 381면 참조.

16) 같은 관점에서 악화와 회복을 반복한다는 문제점을 적시하면서 두 개념을 하나로 통합할 것을 주장하는 문헌으로, 이한주, "연명의료결정법 제정과정과 문제점 검토", 인권법평론 제22권 (2019), 176~177면.

나 중단이 불가능할 것이다. 그런데 이러한 모호한 개념을 가지고, 임종환자가 아니면 말기환자이든 통상의 환자이든 연명의료 시술을 받도록 한 연명의료결정법의 태도가 타당한지 의문이다. 즉연명의료결정법 이외의 일반적 법원칙으로도 연명의료의 보류나 중단은 허용된다고 보아야 바람직하다. 이를 위하여 연명의료결정법의 위 문구를 '임종환자라면 그러한 경우에만 허용한다'라는 식으로 읽을 수도 있겠지만 이러한 해석은 목적론적으로 볼 때 무리이겠다. 결국 위와 같이 보류중단을 제한적으로 허용하는 '봉쇄적' 입법태도를 지양하고 위 문구에서 "~ 경우에만"을 "~ 경우에"로 수정하여 학설 및 판례에 따라 연명의료 보류·중단의 허용범위를 열 수 있는 입법태도가 바람직하다고 하겠다.[17] 그렇지 않으면 담당의사는 임종환자인지 여부를 판단함에 있어서 사망 시기를 예상하여야 하는데 그 예상의 오류에 따른 책임 문제도 거론될 수 있는 등 문제가 많다. 그밖에 그 판단의 주체를 담당의사만으로 하는 것이 과연 타당한지,[18] 그리고 임종환자와 말기환자의 개념에 의사의 판단이라는 절차적 요소가 필요한지 여부에 대한 검토도 필요하다.[19]

### 3. 환자의 의사와 결정의 대행

"연명의료중단등결정"이 유효하려면 그러한 결정의 대상이 되는 환자인가의 문제도 포함된다. 하지만 이는 위에서 언급한 바와 같다. 따라서 이하에서는 환자 요건을 제외한 사항만을 논의하기로 한다.

---

17) 대상 환자의 범위를 '지속적 식물인간 상태의 환자'로 확대하자는 견해로 강다롱, "비교법적 검토를 통한 연명의료결정법의 개선 방향에 관한 제언 - 대상 및 범위의 확대와 의사(意思) 추정 및 대리의 적절성 담보를 중심으로 -, 연세 의료·과학기술과 법 제9권 제1호 (2018.2), 60면 참조.

18) 이에 대하여 가칭 '연명의료판정위원회'를 설치하여 그 판단에 맡기자는 견해로 임종희, "연명의료결정법의 문제점과 개선방안", 인문사회 21 제8권 제2호 (2017), 1004면 참조.

19) 이와 관련하여 "임종과정에 있는 환자의 정의를 환자의 상태에 대한 실체적 규정만으로 제한하는 것이 합당하다. 담당의사의 잠정적 판단 하에 연명의료계획 서를 작성하고 이후 실제로 연명의료중단등결정을 할 때는 환자가 임종과정에 있는지를 판단하기 위해 2명의 의사의 판단을 요구하면 된다."는 지적은 경청할 만하다. 박형욱, "환자연명의료결정법의 제정과 과제", 저스티스 제158-3호 (2017), 696면 참조.

### 가. 개관

연명의료결정법에 따라 임종과정에 있는 환자에게 연명의료를 보류하거나 중단하려면 환자 본인의 추정의사나 가족의 결정이 선행되어야 한다. 연명의료결정법은 담당의사가 연명의료 보류·중단 결정을 이행할 수 있는 경우를 둘로 나누어, "제17조에 따라 연명의료계획서, 사전연명의료의향서 또는 환자가족의 진술을 통하여 환자의 의사로 보는 의사가 연명의료중단등결정을 원하는 것이고, 임종과정에 있는 환자의 의사에도 반하지 아니하는 경우"와 "제18조에 따라 연명의료중단등결정이 있는 것으로 보는 경우"를 구별한다(법 제15조). 즉 환자 의사의 추정과 가족의 결정 대행이라는 두 방법에 의하여 연명의료 보류·중단이 허용된다.

연명의료법에 의하여 환자 의사를 추정하는 것은 환자가 임종과정에 있어서 현실의사의 유효한 표명이 어려운 경우가 대부분이기 때문이다.[20][21] 이 추정에는 "환자의 의사에도 반하지 아니하는 경우"라는 제한을 두어 추정의사가 번복될 가능성을 두고 있음은 물론이다. 환자가 문제의 시점에 연명의료를 보류하거나 중단할 의사를 가진 것으로 추정하는 방법으로는 세 가지가 있다. 세 방법이란 제10조의 '연명의료계획서', 제11조의 '사전연명의료의향서' 및 제17조 제3호에 의한 '가족 확인서'에 의한 것이다.

이 세 방법으로도 연명의료 보류·중단 희망이라는 환자 의사의 추정이 불가능한 경우에, 일정 범위 내 가족 전원 또는 법정대리인에 의한 대행결정으로 담당의사는 연명의료의 보류나 중단을 실행할 수 있게 된다는 것이 현행 연명의료결정법의 태도이다.

물론 민법의 일반론에 의하여 연명의료법상 허용되는 환자 자신의 연명의료결정권 행사, 또는 관련 의사 표명을 대신 행할 자를 선임하고 그 결정권을 수여하는 통상의 위임도 가능하며, 이러한 방식의 하나로 후견

---

20) 명시적 현실적 의사가 존재하는 경우에 대한 규율도 필요하다는 견해로, 박승호, "연명의료중단등결정에 관한 몇 가지 쟁점", 아주법학 제11권 제4호 (2018), 195면 참조.

21) 유의할 것은 추정적 의사란 묵시적 의사가 아니라는 점이다. 묵시적 의사란 표현도 부적절하다. 엄밀하게는 묵시적 의사표시라고 표현해야 하며 이는 의사의 묵시적 표시이다. 표시방법이 언어 이외의 수단인 경우를 말하는 것이다. 현실의사는 언어에 의한 명시적 의사이거나 기타 수단에 의한 묵시적 의사로 나뉘어진다.

계약에 바탕을 둔 임의후견이라는 민법의 제도가 활용될 수 있음은 물론이다.[22] 후견계약은 향후 정신적 제약에 의한 사무처리능력의 결여를 대비하여 미리 체결할 수 있는 것으로서 연명의료 결정과 관련하여서도 활용하기 적절한 제도임은 분명하다. 임의후견인이 하는 일은 본인의 신상 및 재산 관련 행위를 모두 포함하므로, 여기에 연명의료의 보류·중단에 관한 결정을 배제시킬 근거나 이유는 없다고 하겠다. 후견계약은 공정증서로 체결해야 성립하는 요식계약이며 등기되어 있어야 하고 그 효력은 본인에게 사무처리능력이 부족하게 되었다고 인정될 때 일정한 자의 청구로 법원이 임의후견감독인을 선임함으로써 비로소 발생하는 등, 일반 위임계약과 달리 수임인인 임의후견인의 업무수행이 적절하게 통제 내지 관리될 수 있는 제도이기도 한다.[23] 이러한 민법의 일반 제도가 있음에도 불구하고 연명의료만을 위한 특별한 제도의 도입을 주장하는 견해들도 있다.[24] 민법의 이러한 제도를 연명의료에 활용하는 것에 대하여는 별도로 구체적인 논의가 필요하며 이 논문에서는 생략하기로 한다.[25] 이하에서는 연명의료법에 의한 대행결정에 한정하여 논의한다.

---

22) 연명의료결정법이 “민법에서 이미 예정하고 있는 후견제도를 철저하게 무시하고 있는 점 또한 법체계적 관점에서 옳지 못하다”는 지적으로, 안병하, “소위 ‘연명의료결정법'에 대한 법리적 검토 - 환자 인격권의 관점에서 -”, 민사법학 제84호 (2018), 143면 이하 참조.

23) 이러한 임의후견 제도의 활용가능성은 전제로 이를 언급한 문헌으로, 장병주, “연명의료결정법과 연명의료중단 - 연명의료 결정에 관한 독일법과의 비교를 중심으로 -”, 재산법연구 제33권 제4호 (2017), 180면 및 183면 참조.

24) 이와 관련하여 입법론으로서 가족의 해체라는 현상을 전제로 가족에 의한 대행 결정을 보완하기 위하여 본인결정을 대신할 사람을 지정하는 제도의 도입을 주장하는 견해로 김보배/김명희, “연명의료결정법의 한계를 극복하기 위한 대리인 지정제도 도입방안 모색”, 한국의료윤리학회지 제21권 제2호 (2018), 95면 이하 등 참조.

25) 이에 관한 향후 구체적 논의에서는, 후견계약의 내용에 생명처분이 포함될 수 있는지 의문이라는 취지의 심사의견과 같이, ‘어쨌든’ 존속하고 있는 생명의 유지에 기여하는(?) 연명의료의 보류·중단을 타인이 대신 결정할 수 있는 것인지 여부를 신중하게 검토해야 할 것이다. 물론 후견계약을 활용하여 본인 스스로 선택한 임의후견인에게 그 결정을 맡기는 것이 가족이 대신 결정하는 것을 허용하는 현행 연명의료결정법의 태도보다는 본인 의사를 더 잘 반영한다는 점도 염두에 두어야 할 것이다.

### 나. 환자 의사의 추정

먼저 유의할 것은 연명의료계획서나 사전연명의료의향서는 연명의료를 받겠다는 계획이나 의향을 표현하는 것으로 오해할 가능성이 있지만 여기에는 연명의료 전부나 일부의 보류·중단의 의사를 표명하는 것도 포함한다는 것이며, 후자 즉 보류·중단이 연명의료 결정과 관련하여 의미가 있는 것이다. 이하에서는 환자의 의사를 추정하는 세 방법을 분리하여 검토한다.

#### 1) 연명의료계획서에 의한 환자 의사 추정

##### 가) 연명의료계획서의 개념 및 작성 과정 그리고 환자의 정신능력

연명의료계획서란 임종환자나 말기환자의 "의사에 따라 담당의사가 환자에 대한 연명의료중단등결정 및 호스피스에 관한 사항을 계획하여 문서(전자문서를 포함한다)로 작성한 것"이다(법 제2조 제8호). 이름은 연명의료계획서이지만 호스피스 관련 계획도 포함되므로 말기환자에 관한 계획도 포함되는 문서이다. 계획서의 작성을 요청할 수 있는 환자는 연명의료결정법에 의한 개념 범위 내의 임종환자나 말기환자에 한정된다.[26]

유의할 것은 작성 주체가 담당의사이지 환자 본인이 아니라는 점이다. 환자 본인의 요청으로 담당의사가 작성하는 것이지만 '환자의 의사'에 따라 작성하는 경우에는 환자가 연명의료 등을 결정할 수 있는 정신적 능력이 있어야 유효하다고 하겠다. 담당의사의 행위기준을 명료하게 하기 위하여 이 점을 명시하는 주의적 규정이 필요하다.

---

26) 연명의료결정법상 임종환자나 말기환자의 개념 범위에 속하지 않지만 "비교적 짧은 임종과정"에 들어선 것으로 보이는 환자에 관하여도, 의향서와 달리 의료진이 주체가 되는 계획서의 작성이 가능하도록 해야 한다는 주장으로, 김종세, "환자의 연명의료결정법의 일부 개선방안", 법학연구 제19권 제2호 (2019), 366면 이하 참조.

### 나) 담당의사의 설명 및 확인 의무

담당의사는 임종환자나 말기환자에게 이와 관련된 정보를 제공할 수 있으며, 이들 환자는 의료기관에서 담당의사에게 그 작성을 요청할 수 있다. 이러한 요청을 받은 담당의사는 '일정한 내용'[27]을 설명하고 그 내용을 환자가 이해하였는지 확인받아야 하며 환자가 미성년자이면 환자 및 법정대리인에게 설명하고 확인을 받고, 일정한 사항[28]을 담은 연명의료계획서[29]를 작성해야 한다(이상 법 제10조).

연명의료계획서를 작성하기 위해 관련 정보를 설명하고 환자의 이해 여부를 확인하는 의무를 담당의사에게만 부과하고 있다. 의료계약의 당사자는 의료기관개설자이므로 계약법의 관점에서 그 의무자 내지 수범자에 의료개관개설자를 추가하거나 이를 의료기관개설자로 변경하는 것이 바람직하다. 한편 환자가 미성년자이면 무조건 환자 및 법정대리인에게 설명하고 확인을 받도록 하고 있다.[30] 이는 잘못이다. 연명의료 보류·중단 여부를 결정할 능력이 있는 환자라면 미성년자라고 하여도 법정대리인은 배제해야 할 것이다. 물론 많은 경우 임종환자라면 그 결정능력[31]

---

27) "환자의 질병 상태와 치료방법에 관한 사항, 연명의료의 시행방법 및 연명의료중단등결정에 관한 사항, 호스피스의 선택 및 이용에 관한 사항, 연명의료계획서의 작성·등록·보관 및 통보에 관한 사항, 연명의료계획서의 변경·철회 및 그에 따른 조치에 관한 사항" (연명의료결정법 제10조 제3항) 그리고 "의료기관윤리위원회의 이용에 관한 사항"(연명의료결정법 시행규칙 제3조 제2항)

28) "환자의 연명의료중단등결정 및 호스피스의 이용에 관한 사항, 제3항 각 호의 설명을 이해하였다는 환자의 서명, 기명날인, 녹취, 그 밖에 이에 준하는 대통령령으로 정하는 방법으로의 확인, 담당의사의 서명 날인, 작성 연월일" 및 "환자의 성명 및 주민등록번호, 환자가 말기환자 또는 임종과정에 있는 환자인지 여부, 연명의료계획서의 열람허용 여부, 담당의사의 소속 의료기관 및 면허번호"등(연명의료결정법 시행규칙 제3조 제3항)"

29) 연명의료계획서의 서식은 연명의료결정법 시행규칙 별지 제1호 참조

30) 이 점에 대한 의문을 제기한 문헌으로, 김혁돈/이재호, "미성년자의 연명의료중단에 관한 소고", 동아법학 제82호 (2019), 374면 참조.

31) 의사능력 내지 의사무능력이란 법률행위를 전제로 하는 개념이므로, 여기서 논의되는 연명의료 관련 결정은 법률행위에 관한 결정이 아니므로 '결정에 관한 정신능력'으로서 결정능력이라는 용어를 사용한다. 이러한 경우에 영국의 제도 도입을 주장하는 문헌으로, 김상구/이일학, "의사무능력자를 대신하는 의료결정을 개선할 방안은 없는가? : 독립환자정신능력대변인 제도의 가능성 탐색", 한국의료법학회지 제25권 제1호 (2017), 130면 참조.

이 없는 경우가 대부분일 것이다. 이는 성년인 임종환자의 경우도 마찬가지이다. 나아가서 설명 및 확인의 상대방만이 아니라 계획서 작성 요청의 단계에서도 통일적으로 수정하여 정리할 필요가 있다.

한편 설명 및 확인의 의무를 위반한 계획서의 효력은 어떻게 되는가의 문제가 있다. 사전연명의료의향서의 경우(법 제12조 제8항)와 같이 그 효력을 부인하는 규정이 필요하며 이 경우 그 위반자를 제재하는 규정도 필요하다.

#### 다) 연명의료계획서의 변경 및 철회와 기타 관리

계획서가 작성된 이후 환자가 연명의료계획서의 변경이나 철회를 요청하면 담당의사는 이를 반영해야 한다(법 제10조 제5항). 이 경우 법정대리인이 설명 듣고 확인한 경우에는 어떻게 할 것인지에 관한 규정이 누락되어 있다. 이 점의 보완이 필요하다.

담당의사는 연명의료계획서의 작성 사실 및 변경 또는 철회 요청 받은 사실을 소속 의료기관의 장에게 보고하여야 하며(법 시행규칙 제3조 제4호) 이 보고 규정은 법률로 올려야 한다. 그래야 연명의료결정법 제10조 제6항과 조화를 이룰 수 있다. 한편 의료기관의 장은 계획서의 등록하고 보관해야 하며 등록·변경·철회를 국립연명의료관리기관(법 제9조 참조)의 장에게 통보해야 한다(법 제10조 제6항).

#### 라) 계획서에 의한 환자 의사의 추정과 이행

유효한 연명의료계획서는 연명의료 보류·중단 여부를 결정하여야 하는 시점에 환자가 결정능력을 상실한 경우 환자 의사를 추정하는 데 중요한 근거가 된다. 연명의료결정법은 담당의사가 환자로부터 요청을 받아 설명하여 그 이해를 확인하여 작성한 연명의료계획서에 담기 내용은 문제의 연명의료의 시행여부 내지 중단여부를 결정해야 하는 시점에 “환자의 의사로 본다”(법 제17조 제1항 제1호). 거기에 담긴 내용이 연명의료 보류나 중단을 원하는 것이면 담당의사는 그 해당 연명의료의 보류나 중단에 관한 결정을 “이행할 수 있다”(법 제15조).

위 “환자의 의사로 본다”는 문구에서 “본다”는 그 표현을 ‘추정한다’로 변경해야 한다. 여기서 “본다”는 간주도 아니고 의제도 아니다. 현재도 그러한 의사를 유지하고 있는지 불확실하지만 일단 그렇다고 추정하는 것이다. 한편 제15조의 “이행할 수 있다”는 “이행하여야 한다”로 변경하는 것이 다른 관련 조항과의 조화를 이룰 수 있겠다. 이는 뒤에서 좀더 자세히 언급한다.

### 2) 사전연명의료의향서에 의한 환자 의사 추정

#### 가) 사전연명의료의향서의 개념 및 작성 시점

사전연명의료의향서란 “19세 이상인 사람이 자신의 연명의료중단등결정 및 호스피스에 관한 의사를 직접 문서(전자문서를 포함한다)로 작성한 것”이다(법 제2조 제9호). 질환과 관계없이 본인이(그래서 법문은 작성 주체를 ‘환자’가 아니라 “사람”라고 표현하고 있다) 미리 작성하여 둔 것이다.

#### 나) 사전연명의료의향서 작성자의 정신능력

사전연명의료의향서의 작성 주체는 본인이다. 본인이 “직접” 작성해야 하므로(법 제12조 제1항), 타인이 대신 작성한 사전연명의료의향서는 무효이다. 이 점은 연명의료결정법 제12조 제8항 제1호[32]도 명시하고 있다.

나아가서 직접 작성한다는 것은 스스로 결정할 수 있음을 전제로 하는 것이다. 이 점을 명시하는 규정이 있어야 한다. 더 큰 문제는 사전연명의료의향서 제도를 19세 미만인 사람은 이용할 수 없게 되어 있다는 점이다(법 제2조 제9호: “19세 이상인 사람”). 제정당시 입법자는 사전연명의료의향서 작성행위를 ‘법률행위’로 오해한 듯하다.

법률행위란 행위자가 내심에서 형성한 의사를 외부에 표시하여 그 법

32) “⑧ 사전연명의료의향서는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 그 효력이 없다. … 1. 본인이 직접 작성하지 아니한 경우”

률효과를 그 의사에 따라 발생시키는 제도이다. 이 경우 형성한 의사가 법률효과에 그대로 반영되므로 의사 형성에서 일정한 정신능력이 없음에도 그 법률효과에 행위자를 구속시키는 것은 부적절하므로 의사능력이라는 원리가 나온 것이다. 의사능력 없는 상태에서 어떠한 내용의 의사를 표시한 것은 무효라는 것이 바로 그것이다. 그런데 의사능력의 유무는 매우 주관적이고 사람마다 다른 것이므로 이를 객관화시킨 제도가 바로 행위능력제도이다. 행위능력이 완전하지 않은 사람이 형성한 의사를 표시한 것은 취소할 수 있다고 한 제도가 바로 그것이다(민법 제5조, 제10조, 제13조). 행위능력이 완전하지 않은 사람을 "제한능력자"(민법 제15조)라고 한다. 제한능력자임을 객관화하는 방법은 두 가지이다. 연령에 의한 것과 법원의 심판에 의한 것이다. 전자가 바로 미성년제도이다. 후자에 의해 제한능력이 객관화된 사람이 바로 피성년후견인과 피한정후견인이다.[33] 미성년자는 바로 19세 미만을 의미하며(민법 제4조), 원칙적으로 그러한 사람의 법률행위에는 법정대리인의 동의가 필요하여, 미성년자가 그 동의 없이 한 법률행위는 원칙적으로 취소할 수 있다(민법 제5조). 한편 그 법정대리인은 원칙적으로 미성년자 명의의 법률행위를 대리할 수 있다(민법 제920조).

이상에서 약술한 내용은 법률행위가 아닌 경우에도 유추적용될 수 있음은 물론이다. 그래서 '의사의 통지', '관념의 통지' 등 준법률행위에 행위능력제도가 유추적용될 수 있는 것이다. '연명의료 보류·중단에 관한 결정'은 그 내심에 형성된 의사가 표시되었다고 하여 그대로 반영되는 것이 아님은 연명의료결정법을 보면 분명하다. 따라서 법률행위는 아니고 '의사의 통지'이다. 그런데 '연명의료 보류·중단에 관한 결정'과 같이 재산에 관한 행위가 아니고 신상에 관한 행위는 또 다른 측면이 있다. 피성년후견인과 피한정후견인의 경우 신상에 관한 행위는 스스로 할 수 있으면 후견인이 개입하는 것을 차단하고 있다(민법 제947조의2). 이는 미성년자의 신상행위에도 그대로 반영되어야 한다. 아직 성년후견법의 도입으로 신설된 제도들 가운데 적어도 필수품 계약이나 신상행위에 관한 조항들은 미성년자에게도 도입되어야 하는데 입법이 아직 지연되고

33) 유의할 것은 피특정후견인이나 피임의후견인은 제한능력자가 아니어서 그들의 법률행위는 취소의 대상이 아니다.

있는 것이다.

법리를 떠나서 일반인의 상식에서 접근하여 보자. 가령 18세의 사람이 미리 연명의료를 받을 것인지 여부를 결정하여 이를 등록기관에 등록하는 것이 부당한지 의문이다. 문제는 등록기관의 설명을 이해할 수 있는 능력이다. 이는 결국 연령에 의한 획일적 기준으로 가부를 결정할 일이 아닌 것이다. 신상에 관한 결정으로 아주 중요한 것이므로 이를 쉽게 낮은 연령으로 할 것은 아니지만, 그렇다고 하여 법률행위에 준하여 미성년자를 그러한 결정의 등록을 배제할 것은 아니다. 물론 현장에서 업무를 처리함에 일일이 결정능력을 판단하는 것이 번거로운 일일 수 있어서 연령이라는 획일적 기준을 잡을 실익도 있다.

그렇다면 법체계의 관점에서 주목할 것이 있다. 가령 '장기등의 기증에 대한 동의'는 민법상 유언의 규정을 준용한다(장기등 이식에 관한 법률 제12조 제1항 제1호). 민법은 17세 이상이면 유효한 유언을 할 수 있다(민법 제1061조). 유언이나 연명의료 보류·중단의 결정이나 모두 죽음을 염두에 둔 행위이다.[34] 유언은 사망함으로써 비로소 효력이 발생하여 죽음 이후에는 의사를 확인할 수 없으므로 미리 그 의사를 표시하여 두는 것이고, 사전연명의료의향서는 결정능력이 없어진 시점을 대비하여 미리 그 결정을 표시하여 두는 것이다. 비슷한 구조라는 점에서 '장기등의 기증에 대한 동의'와 같이 유언에 준하여 사전연명의료의향서를 17세 이상이면 작성할 수 있도록 기회를 주는 것이 법체계의 관점에서도 바람직하다.

나아가서 피성년후견인이나 피한정후견인을 배제하지 않은 현행 입법은 타당하다. 결국 등록기관의 설명을 이해하였는지 여부를 확인하는 과정에서 사전연명의료의향서를 등록할 수 있는지 여부가 결정되도록 하는 것으로 충분하다고 하겠다.

#### 다) 등록기관의 설명과 확인

사전연명의료의향서를 작성하고자 하는 사람은 사전연명의료의향서 등

34) 사전연명의료의향서에 해당하는 영문 표현이 'living will'인 점도 그러한 의미를 담고 있다고 하겠다.

록기관으로부터 “연명의료의 시행방법 및 연명의료중단등결정에 대한 사항, 호스피스의 선택 및 이용에 관한 사항, 사전연명의료의향서의 효력 및 효력 상실에 관한 사항, 사전연명의료의향서의 작성·등록·보관 및 통보에 관한 사항, 사전연명의료의향서의 변경·철회 및 그에 따른 조치에 관한 사항”(법 제12조 제2항), 그리고 “기록의 이관에 관한 사항”(법 시행규칙 제8조 제2항) 등 일정한 내용의 설명을 듣고 제대로 이해하였는지 여부의 확인을 받아야 한다.[35]

여기서 사전연명의료의향서 등록기관의 확인절차는 작성자에게 연명의료 보류·중단에 관한 결정능력이 있는지를 판단하는 중요한 단계이다. 이러한 역할을 한다는 점에서 보건복지부장관에 의한 사전연명의료의향서 등록기관 지정 및 국립연명의료관리기관에 의한 사전연명의료의향서 등록기관 관리는 엄격해야 한다.[36]

### 라) 사전연명의료의향서의 작성·제출·등록·보관

사전연명의료의향서 등록기관의 설명과 확인의 절차를 마친 경우, 본인이 직접 “연명의료중단등결정, 호스피스의 이용, 작성 연월일”(법 제12조 제3항), “작성자의 성명 및 주민등록번호, 2. 작성자가 법 제12조제2항 각 호의 사항에 대한 설명을 이해하였다는 확인, 사전연명의료의향서의 열람허용 여부, 4. 등록기관 및 상담자에 관한 사항”(법 시행규칙 제8조 제3항)을 담은 사전연명의료의향서를 작성하여[37] 등록기관에 제출하면 등록기관의 장은 “본인의 작성 여부를 확인한 후 작성된 사전연명의료의향서를 등록·보관”하고 이를 국립연명의료관리기관의 장에게 통보한다(법 제12조 제4항 및 제5항).

---

35) 이와 관련하여 “최소한 등록 기관에서 (소속여하를 떠나)근무하는 ‘의사’가 설명해야 한다는 식으로 개정하는 게 필요하다.”는 견해로, 박승호, 위 논문, 196면 참조.
36) 연명의료결정법 제11조, 제13조, 연명의료결정법 시행규칙 제4조~제7조 등 참조.
37) 사전연명의향서의 서식은 연명의료결정법 시행규칙 별지 제6호 참조.

### 마) 사전연명의료의향의 변경·철회

사전연명의향서를 작성하여 제출한 사람은 언제든지 의사를 변경하거나 철회할 수 있고, 등록기관의 장은 지체 없이 사전연명의향서를 변경하거나 등록을 말소하고 이 결과를 국립연명의료관리기관의 장에게 통보해야 한다(법 제12조 제6항 및 제7항).

이 변경 내지 철회의 의사를 통지할 상대방에 대하여는 명문의 규정이 없다. 사전연명의료의향서를 제출한 등록기관에 한정할 것인지 문제이다. 작성자의 변경·철회의 권리가 충분하게 보장되려면 제출기관이 아닌 다른 등록기관에 통지한 변경 내지 철회의 의사도 유효하도록 해석하고 이를 명문으로 규정하는 개정이 필요하다.

### 바) 사전연명의료의향서의 실효

연명의료결정법은 일정한 경우에 사전연명의료의향서의 효력을 부인한다. 그러한 예로 위에서 언급한 "본인이 직접 작성하지 아니한 경우" 외에도 "본인의 자발적 의사에 따라 작성되지 아니한 경우, 제2항 각 호의 사항에 관한 설명이 제공되지 아니하거나 작성자의 확인을 받지 아니한 경우"에는 처음부터 사전연명의료의향서의 효력을 부인한다. "사전연명의료의향서 작성·등록 후에 연명의료계획서가 다시 작성된 경우"에는 다시 작성한 "때부터 효력을 잃는다."(법 제12조 제8항)

문제는 "제2항 각 호의 사항에 관한 설명이 제공되지 아니하거나 작성자의 확인을 받지 아니한 경우"에 이 절차를 빠뜨린 등록기관의 잘못에 대한 제재나 이 절차를 보정하는 방법을 명시적으로 규율하는 조항이 없다. 유효하게 사전연명의료의향서를 제출하여 거기에 표명한 자신의 의사에 따라 연명의료가 보류·중단될 것이라는 기대에 어긋나는 황당한 상황에 처한 환자의 피해를 구제하는 방법으로서 민사책임을 생각할 수 있지만 그 설명 및 확인 의무 위반에 따른 정신적 손해를 어떻게 인정하고 그 액수를 얼마로 산정하는가에 따라 그 민사책임에 의한 제재가 실익이 없을 가능성이 있다. 이들 의무를 위반한 등록기관에 공법적 제재로는 일반규정으로서 연명의료결정법 제11조 제2항 제1호의 "사전연명의료의

향서 등록에 관한 업무", 제2호의 "사전연명의료의향서에 관한 설명 및 작성 지원" 등의 "업무를 정당한 사유 없이 이행하지 아니한 경우"(법 제13조 제1항 제3호)에 보건복지부장관은 등록기관 지정을 취소하여야 하며 취소되면 그 때로부터 "2년 이내에 등록기관으로 지정받을 수 없다"(법 제13조 제2항)는 불이익을 들 수 있다. 하지만 이 조항에 확인 의무 위반은 명시적으로 언급되어 있지 않고 "업무를 정당한 사유 없이 이행하지 아니한" 경우에 부적절하게 업무를 이행한 경우가 포함되는지도 모호하다. 또한 오랜 세월이 지나 사전연명의료의향서를 접수한 등록기관이 폐업하고(법 시행규칙 제6조) 관련 기록을 이관한(법 시행규칙 제7조) 경우 이 지정 취소라는 제재는 무의미하다. 이러한 점에 대한 입법적 보완이 필요하다.

#### 사) 의향서에 의한 환자 의사 추정의 방법과 이행

유효한 사전연명의료의향서는 연명의료 보류·중단 여부를 결정하여야 한 시점에 환자가 결정능력을 상실한 경우 환자 의사 추정의 중요한 근거가 된다. 연명의료결정법은 사전연명의료의향서로 환자의 의사를 추정하는 경우를 둘로 나누어 규율한다. 환자가 현재 그 내용이 자신의 의사임을 확인할 수 있는 정신능력이 있는 경우와 그렇지 않은 경우로 나눈다.

전자의 경우에 "담당의사가 사전연명의료의향서의 내용을 환자에게 확인하는 경우에 이를 환자의 의사로 본다"고 규정한다(법 제17조 제1항 제2호 제1문). "환자의 의사로 본다"는 표현은 연명의료계획서에서 언급한 바와 같이 오류이고 "환자의 의사로 추정한다"로 이해해야 하고 향후 개정시에 이 표현도 이렇게 변경되어야 할 것이다. 담당의사가 사전연명의료의향서의 내용을 이를 작성한 환자 본인에게 확인함으로써 거기에 담긴 연명의료 관련 결정의 내용을 환자의 의사로 추정한다는 것이다. 여기서 담당의사가 환자에게 사전연명의료의향서의 내용을 굳이 확인하는 이유는 거기에 표명된 의사는 연명의료 보류·중단 여부를 결정해야 하는 현시점의 의사가 아니기 때문이다.

후자의 경우에는 "담당의사 및 해당 분야의 전문의 1명이" "환자가 사

전연명의료의향서의 내용을 확인하기에 충분한 의사능력이 없다는 의학적 판단"(법 제17조 제1항 제2호 가목)과 "사전연명의료의향서가 제2조 제4호의 범위에서 제12조에 따라 작성되었다는 사실"(법 제17조 제1항 제2호 나목)을 "모두 확인한 경우에도"(법 제17조 제1항 제2호 제2문) 그 내용을 환자의 의사로 본다는 것이다(법 제17조 제1항 제2호 제2문 및 가목과 나목). 후자의 경우에는 담당의사 단독으로 확인하는 것이 아니고 해당 분야 전문의 한 사람이 공동으로 확인한다. 그 확인의 내용은 현재 환자가 확인할 수 있는 정신능력이 결여되어 있다는 사실과 그 사전연명의료의향서의 결정 내용이 연명의료결정법이 허용하는 범위에 대한 것이라는 사실이다. 뒤의 사실을 확인하라는 것은 실익이 거의 없다. 결국 그 보류·중단의 의사가 표명된 연명의료가 연명의료결정법이 허용되는 범위 밖이면 그 추정된 의사를 이행될 수 없기 때문이다. 오히려 두 사람이 확인해야 할 사항은 그 사전연명의료의향서가 적법하게 작성되었는지 여부인데 이는 사전연명의료의향서 등록기관에서 확인하고 이 기관을 관리 및 지도·감독하는 국립연명의료관리기관이 할 일이다. 그렇다면 위 '나목'은 삭제하는 것이 바람직하다.

### 3) 가족 진술에 의한 환자 의사 추정

#### 가) 환자의사 추정의 보충적 방법

위 두 방법, 의향서나 계획서에 의하여 연명의료 보류·중단에 관한 환자의 추정의사를 확인할 수 없는 경우에 연명의료결정법 제17조 제1항은 제3호에서 그 보충적 방법을 규정하고 있다. 이에 의하면 "환자가족(19세 이상인 자로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사람을 말한다) 2명 이상의 일치하는 진술(환자가족이 1명인 경우에는 그 1명의 진술을 말한다)"과 이에 대한 "담당의사와 해당 분야의 전문의 1명의 확인"으로 환자의 의사를 추정한다. 여기서 가족이 진술할 내용은 "환자의 연명의료중단등결정에 관한 의사로 보기에 충분한 기간 동안 일관하여 표시된 연명의료중단등에 관한 의사"이다.

### 나) 가족의 진술

#### ① 진술 가족에 관한 요건

여기서 진술할 가족은 19세 이상으로서 2인 이상이어야 하며 이들의 진술이 추정의 근거가 되려면 일치해야 한다. 다만 아래의 자격이 있는 가족이 1인이면 그 1인의 진술로 충분하다(법 제17조 제1항 제3호).

그 진술할 가족은 환자와 일정한 관계에 있어야 하는데, 그 자격은 우선 "배우자, 직계비속, 직계존속"이며 이들이 없으면 "형제자매"도 포함한다. 여기서 형제자매를 포함시키는 전제는 "배우자, 직계비속, 직계존속"에 "해당하는 사람이 없는 경우"인데, "배우자, 직계비속, 직계존속"에 해당하는 사람이 1인이라도 있으면 형제자매를 배제하는 것인지 아니면 1인이 있더라도 형제자매 1인의 진술을 더 받아야 하는 것인지 분명하지 않은 문구이다. 2인이라는 인원수 요건과 환자 가족의 우선순위 가운데 무엇이 더 중요한 요소인지의 문제이다. 환자 의사를 가족의 진술로 추정하는 것을 신중하게 인정하려면 2인이라는 인원수의 요건을 중시하여 형제자매 1인의 진술을 추가해야 할 것이다. 즉 "환자가족이 1명인 경우에는 그 1명의 진술을 말한다"라는 문구는 가~라 목에 해당하는 가족이 1인 밖에 없는 경우를 의미하는 것으로 보아야 할 것이다. 그래서 "배우자, 직계비속, 직계존속"에 해당하는 유일한 사람이 환자가 평소에 연명의료 보류·중단을 원하였다고 진술하였는데, 형제자매 가운데 한 사람이 환자가 연명의료 보류·중단의 희망을 피력한 적이 없다고 진술하는 경우에 '가족 진술에 의한 환자 의사 추정'은 불가능할 것이다.

이 점 역시 개정에서 그 방향을 분명하게 하여 해석상 논란의 여지가 없도록 명시함이 바람직하다. 위와 같인 가상 사례에서 환자가 평소 소신을 밝힐 기회가 별로 없을 형제자매의 진술로 인하여 '가족 진술에 의한 환자 의사 추정'이 가능할지 여부가 좌우됨은 바람직하지 않다. 형제자매를 진술자의 자격에 추가시키는 경우란 "배우자, 직계비속, 직계존속"에 해당하는 사람이 한 명도 없는 경우로 개정하는 것이 좋겠다.

### ② 가족 진술의 일치

2인 이상 가족의 진술이 일치하여야 비로소 이를 근거로 환자의 의사가 추정된다. 여기서 일치 여부는 연명의료 보류·중단의 여부에 대한 의사 표명이 있었다는 사실 및 그 의사가 보류·중단 또는 수용의 어느 하나라는 사실에 관한 것이다. 나아가서 그러한 사실에 관하여 적극적으로 일치하는 진술만 있어야 한다. 만일 다른 어느 가족이 그러한 의사표명이 없었다거나 있었는지 기억이 나지 않는다는 진술을 하는 경우에는, 설사 위 두 사실에 관하여 일치하는 2인 이상 가족의 진술이 있다고 하여도 이를 환자 의사 추정의 근거로 삼아서는 안 된다는 점에 유의해야 한다. 연명의료결정법 제17조 제1항 제3호 단서 가운데 "다만, 그 진술과 배치되는 내용의 다른 환자가족의 진술"은 이러한 의미로 해석되어야 한다. 즉 여기서 "그 진술과 배치되는 내용의 다른 환자가족의 진술"이란 이미 일치된 2인 이상의 가족 이외의 다른 가족이 기존 일치된 진술과 배치되는 내용으로 개진한 진술을 의미한다. 이러한 점이 명백히 드러나도록 문구를 수정하는 개정이 있어야 할 것이다.

### ③ 환자에 관한 요건

연명의료결정법은 가족 진술에 의하여 의사를 추정하는 환자를 "19세 이상의 환자가 의사를 표현할 수 없는 의학적 상태인 경우"로 제한한다(법 제17조 제1항 제3호). 연명의료결정법은 환자가 19세 이상의 경우에만 '가족 진술에 의한 환자 의사 추정'을 허용한다.

여기에는 두 가지가 문제이다. 첫째, 현재 환자의 연령이 19세이면 그 연령 이전에 환자가 표명한 의사도 추정의 근거가 되는가의 여부이다. 연명의료 보류·중단 여부를 결정할 시점에 환자의 연령이 19세이기만 하면 그 이전에 표명한 의사로도 현재 의사를 추정하는 근거로 삼을 수 있다고 보는 경우, 이는 체계상 사전연명의료의향서를 작성할 자격을 19세 이상으로 제한한 다른 규정(법 제2조 제9호)과 모순이 된다. 물론 사전연명의료의향서 작성에 관한 이 제한이 잘못된 것이라는 점은 위에서 적은 바와 같다.

둘째, 가족 진술에 의한 환자 의사 추정에서 환자가 현재 19세 미만인 경우를 배제하는 것은 역시 바람직하지 않다. 사전연명의료의향서 부분에서 언급을 상세하게 한 바와 같이, 추정의 근거가 될 의사로서 유효한 표명인지 여부는 행위능력이라는 기준이 아니다. 그 표명 시점의 구체적 상황에서 환자에게 연명의료 보류·중단 여부를 결정할 수 있는 정신능력이 있었는지의 여부가 관건이다. 현실적 업무 수행의 효율성도 고려하여 일정한 연령을 기준으로 하는 것이 수용한다고 하여도, 행위능력의 기준 연령인 19세는 부당하다. 위에서 논의한 바와 같이 사전연명의료의향서 작성 능력의 기준을 '장기등 이식에 대한 동의'의 경우와 같이 유언능력 기준인 17세 이상으로 한다면, 가족 진술에 의한 환자 의사 추정에서도 마찬가지로 환자가 17세 이상의 시점에 표명한 의사이면 그 추정의 근거로 삼는 것이 연명의료결정법의 체계적 조화상 바람직하다. 따라서 "19세 이상의 환자가 의사를 표현할 수 없는 의학적 상태인 경우"에서 연령은 삭제하는 것이 바람직하고 추정 근거가 될 의사 표명 기준의 규정을 두어야 한다. 중요한 것은 의사 추정의 근거가 될 의사가 표명된 과거 시점의 정신능력이기 때문이다.

한편 "환자가 의사를 표현할 수 없는 의학적 상태인 경우"라는 제한은 당연한 전제이다. 연명의료의 보류·중단 여부를 결정해야 할 시점에 환자의 상태가 그 결정을 할 정신능력이 인정되면 환자 의사 추정은 필요 없기 때문이다. 이는 연명의료계획서에 의한 추정이나 사전연명의료의향서에 의한 추정이나 마찬가지이다. 굳이 가족 진술에 의한 환자 추정의 경우에 유독 이 제한을 두는 것도 입법기술상 바람직하지 않다. 환자 의사 추정에 관한 일반 조항에 이를 규정하는 것이 좋겠다.

#### 다) 담당의사 등의 확인

"담당의사와 해당 분야의 전문의 1명의 확인"은 그 대상이 분명하지 않은 문구이지만 문맥상 가족 진술 내용과 그 일치여부라고 보여진다. 그 확인의 방법이 분명하지 않다. "담당의사와 해당 분야의 전문의 1명" 앞에서 가족이 진술하는 것 외에 달리 확인의 방법이 있는 것인지 의문이다. 달리 확인의 방법이 없다면 구체적으로 확인의 주체 앞에서 진술

하도록 명료하게 규정하는 것이 행위기준으로 바람직하다.

#### 라) 환자 의사에 관한 기록물의 의미

연명의료결정법은 가족 진술과 배치되는 환자의사 기록물이 존재하는 경우에 가족 진술에 의한 환자 의사 추정을 배제한다. 동법 제17조 제1항 제3호 단서는 “다만, 그 진술과 배치되는 내용의 다른 환자가족의 진술 또는 보건복지부령으로 정하는 객관적인 증거가 있는 경우에는” 가족의 일치된 진술이라도 환자의 의사로 추정하지 못한다는 것이다.

여기서 “객관적인 증거가 있는 경우”란 “환자 본인이 직접 작성한 문서, 녹음물, 녹화물 또는 이에 준하는 기록물에서 본인이 연명의료중단등 결정에 관한 의사를 직접적으로 표명하는 경우”(법 시행규칙 제13조 제3항)를 말한다. 이들이 일치된 가족의 “진술과 배치되는” 경우에 그러하다.

문제는 그렇다면 이러한 기록물은 달리 환자 의사를 추정하는 강력한 근거로 삼아야 할 것인데 이에 대한 규정이 없다. 이들 기록물이 사전연명의료의향서가 아님은 물론이다. 이것이 유언의 유효요건(민법 제1060조 이하)을 구비한 것이라면 어떠한가? 유언 요건을 구비한 기록물이라면 유언으로 집행할 수 있겠지만, 그 집행이 가능하려면 유언의 발효가 전제인데 그 발효는 유언자가 사망한 때이다(민법 제1073조). 따라서 연명의료 보류·중단의 결정을 해야 하는 시점은 사망 이전이므로 유언 법리를 적용할 수도 없다. 연명의료결정법이 이러한 기록물을 환자 가족의 진술을 환자 의사 추정에서 배제하는 소극적 규정만 두고 있을 뿐이다. 이러한 기록물을 환자 의사를 추정하는 기준으로 인정하는 적극적 규정을 두어야 한다. 이를 추정 기준으로 삼기 위한 기본 조항을 설치하고 관련 조항을 정비하는 개정이 필요하다.

### 다. 결정의 대행

지금까지는 연명의료 보류·중단에 관한 결정을 이행하기 위하여 환자의 의사를 추정하는 방법에 관한 논의였다. 여기서는 환자 의사를 추정하는

방법이 아니라 가족이 '그들 자신의 의사로' 환자에 대한 연명의료 보류·중단 여부를 환자를 대신하여 결정하는 것을 연명의료결정법은 허용한다. 연명의료결정법은 "제17조에 해당하지 아니하여 환자의 의사를 확인할 수 없고 환자가 의사표현을 할 수 없는 의학적 상태인 경우" 일정한 경우에 "환자를 위한 연명의료중단등결정이 있는 것으로 본다."는 규정을 두고 있다(법 제18조 제1항 본문).

근본적으로 환자의 사망 시점에 영향을 주는 결정에 환자 본인의 의사와 무관하게 법정대리인이나 가족이라는 '타인'이 그들 자신의 의사로 대행결정을 허용하는 것이 과연 타당한지는 의문이다. 이 점에 대하여는 연명의료결정법이 제정되기 전에 발표된 문헌에서 논의된 바 있으며, 이러한 점을 대비하여 '추상적 추정의사'라는 용어 내지 이론까지 새롭게 만들어 '본인' 결정이라는 점을 강조하는 의견이 개진되기도 하였다.[38] 이러한 주장이 연명의료결정법 제정 과정에서 채택되지 않은 것이다.

현행 연명의료결정법의 해석상 문제점 및 입법론을 전개하는 이 논문에서는, 이와 같이 기본적 이념에 입각한 쟁점까지 다루는 것은 피하고, 현행 연명의료결정법이 가지는 '법체계상 문제'와 '동법 자체의 모순' 등의 해석상 문제점을 지적하고 그 한도 내에서 개정론을 전개하기로 한다. 그렇기 때문에 제18조가 말하는 소위 '가족의 대행결정'이라는 방법 자체를 인정할 것인지 여부의 쟁점은 논의에서 제외하기로 한다.[39]

---

38) 김천수, "연명치료에 관한 계약법적 고찰", 성균관법학 제21권 제3호 (2009), 92~94면 참조. 이 논의의 배경에도 있는 "최선의 이익"론 그 자체만으로는 생명유지 포기를 '환자의 의사' 외에서 정당화 근거를 찾는 것이 어렵다는 점에서 소위 '추상적 추정의사'라는 표현이 나온 것이다. 그런데 '최선의 이익'론만으로 대행결정의 남용을 통제하자는 견해도 많이 있다. 박승호, 위 논문, 199면 이하 등 참조.

39) 가족에 의한 대행결정을 연명의료결정법의 목적으로서 '환자 최선의 이익'이라는 관점에서 긍정적인 것으로 보이는 시각도 있다. 이한주, 위 논문, 183면 참조. 같은 시각에서 "환자를 위한 최선의 이익의 객관적 판단을 통하여 연명의료를 지속하는 것이 인간으로서의 존엄과 가치에 반한다고 평가할 수 있을 경우에는 연명의료를 중단하는 것이 바람직하다,"는 입장으로, 성경숙, "연명의료결정법상 환자의 동의에 대한 고찰 - 미국의 연명의료결정법을 중심으로 -", 법학논총 제44집 (2019), 24면 참조.

### 1) 가족에 의한 대행결정의 전제

가족 대행결정의 전제는 두 가지이다. 첫째 “제17조에 해당하지 아니하여 환자의 의사를 확인할 수 없고”, 그리고 “환자가 의사표현을 할 수 없는 의학적 상태인 경우”이다. 전자의 환자 의사란 과거에 표명한 의사를 의미하며, 후자는 현재 환자가 연명의료 보류·중단 여부에 대한 의사를 유효하게 표명할 정신능력이 결여된 상태이다.

#### 가) 환자 과거 의사의 확인 불능

연명의료결정법은 ‘단순히’ 환자 의사를 확인할 수 없으면 가족 대행결정을 허용하는 것이 아니다. “제17조에 해당하지 아니하여” 환자의사를 확인하지 못하는 경우에 ‘가족 대행결정’의 방법으로 환자 연명의료 보류·중단 여부를 결정한다는 것이다. 이 말은 가족 대행결정이 허용되는 범위가 좁다는 것이 아니라 넓다는 것이다. 즉 위에서 논의한 ‘환자 의사에 관한 기록물’은 제17조가 추정하는 방법에 해당하지 않으므로 그러한 기록물이 있더라도 가족 대행결정의 방법으로 간다는 것이다. 또한 연명의료계획서나 사전연명의료의향서 및 환자 가족 진술도 정해진 절차 요건이 미비하면 무시하고 가족 대행결정으로 간다는 것이다.

이러한 결과가 타당한지 의문이다. 위 기록물이나 기타 요건미비의 그러한 문서나 진술이 있으면 대행결정에 임하는 가족들의 판단에 ‘사실상’ 영향을 미칠 것이다. 하지만 규범적으로 위 기록물 등의 근거들을 환자 의사 추정에 활용할 수 있는 규정을 두어야 할 것이다.

#### 나) 환자의 결정능력 결여

지극히 당연한 전제이다. 연명의료 보류·중단 여부를 결정해야 하는 현재 시점에 현재 환자가 ‘이에 대하여 유효하게 결정하고 이를 유효하게 표명할 정신능력’(이하의 ‘결정능력’은 이를 말한다)이 인정되는 상태라면, 사전연명의료의향서나 연명의료계획서상 표명된 의사가 있어도 ‘현재’의 의사로 결정해야 하는 것이며, 가족들의 진술로 환자의 과거 의사

를 탐구할 필요도 없고 가족이 대행결정을 한다는 것은 있을 수도 없다.

문제는 여기서 그러한 결정을 하고 표명을 할 수 있는 정신능력 즉 결정능력은 행위능력이 아니라는 점이다. 따라서 미성년자 등 제한능력자라도 그러한 결정능력이 인정되면 그 의사에 따라야 하는 것이다. 그럼에도 불구하고 현행 연명의료결정법은 미성년자를 사전연명의료의향서의 작성에서도 배제하고 연명의료계획서에도 법정대리인의 동반을 요구하며 가족 진술에 의한 환자 과거 의사 탐구에서도 미성년자의 그것은 배제하고 가족 대행결정에서도 미성년자를 달리 취급한다.[40] 이는 모두 입법자의 판단 오류에 비롯된 듯하다. 즉 연명의료 보류·중단 결정을 법률행위로 보거나 법률행위의 법리가 유추적용되는 것으로 오인하여 빚어진 잘못이다. 따라서 연명의료의 보류·중단에 관한 결정의 구조 전반에서 이 점은 종합적으로 고치고 다듬어져야 한다.[41]

### 2) 가족에 의한 대행결정의 두 유형

연명의료결정법 제18조 제1항은 "미성년자인 환자의 법정대리인(친권자에 한정한다)이 연명의료중단등결정의 의사표시를" 한 때(법 제18조 제1항 제1호), 또는 "환자가족 중" 일정 범위 "전원의 합의로 연명의료중단등결정의 의사표시를" 한 때에(법 제18조 제1항 제2호) 가족 대행결정의 방법으로 연명의료 보류·중단을 실행토록 한다.

#### 가) 미성년자인 환자의 경우

연명의료결정법이 미성년자를 기준으로 구별하여 규율하는 것이 잘못임은 앞에서 논의한 바와 같다.[42] 아래에서는 현행 관련규정의 적용상

---

40) 이 점에 대하여 미성년자의 자기결정권이 제대로 실현될 수 없다는 견해로, 김혁돈/이재호, 위 논문, 375면 이하 참조.

41) 미성년자에 대한 연명의료결정능력의 제한을 세분하여 규율할 필요성, 부모 결정의 객관성을 확보하기 위하여 법원 내지 검사의 공적 기능을 활용하는 방안을 제시하는 문헌으로, 이재호/김혁돈, "미성년자 연명의료 중단에 관한 소고", 동아법학 제82호 (2019), 371면 이하 참조.

42) 이와 관련하여 여기서의 미성년자의 범위를 10세로 낮추어야 한다는 견해로 임종희, 위

나타나는 문제점을 지적한다. 현행법은 미성년자가 환자인 경우 대행결정의 방법으로 두 가지를 허용한다고 해석된다. 바로 제18조 제1항 제1호의 방법과 아래 제2호의 방법이다.

### ① 법정대리인에 의한 대행결정

우선 제1호의 방법이란 미성년자인 환자에게 법정대리인이 있으면 그의 결정으로 연명의료의 보류·중단을 할 수 있다는 것이다.[43] 연명의료결정법은 여기서의 법정대리인을 친권자에 한정하므로(법 제18조 제1항 제1호)[44] 친권자 아닌 미성년후견인은 대행결정권자에서 제외된다. 친권자는 부모인데 입양한 경우라면 친생부모는 제외되고 양부모가 친권자가 된다(민법 제909조 제1항). 친권은 혼인 중 부모의 경우 공동으로 행사하여야 하지만 의견이 일치하지 않는 경우에는, 가정법원이 결정한다는 민법 제909조 제2항이 여기에도 그대로 적용되어야 하므로, 가정법원이 연명의료 보류·중단여부를 대행결정할 것이다. 부모의 일방이 친권을 행사할 수 없는 경우 민법 제909조 제3항에 따라 그 행사가 가능한 다른 일방이 연명의료 보류·중단 여부를 단독으로 대행결정할 것이다. 물론 부모가 일인이면 그 일인이 단독으로 대행결정함은 물론이다.

문제는 혼인이나 입양이 해소되어 민법 제909조나 제909조의2 등에 따라 친권자가 단독으로 지정된 경우이다. 민법의 단독친권자 지정제도에도 불구하고 '단독 친권자가 아닌 다른 부모'가 생존하는 경우 그 부모도 대행결정에 참여하도록 할 것인지 여부의 논의가 필요하다. 현행 연명의료결정법의 문리해석으로는 단독 "친권자"만이 대행결정을 하도록 할 수 밖에 없겠다. 그런데 이러한 문리해석의 결과를 염두에 두고 연명의료결정법의 제정과정에서 대행결정권자를 검토하였는지 알 수 없다. 연명의료 보류·중단의 결정을 법률행위 등으로 오인하여 미성년자를 구별하여 규율함은 잘못이라는 논자의 견해에 의한다면, 결정능력 있는 미

---

논문, 1005면 이하 참조.

43) 미성년자 아닌 환자의 경우 대행결정권자의 범위와 비교하여 미성년자의 대행결정권자의 범위가 좁아서 오류의 위험이 있다는 주장으로, 이한주, 위 논문, 182면 참조.

44) 연명의료결정법 제18조 제1항 제1호: "미성년자인 환자의 법정대리인(친권자에 한정한다)이 …"

성년 환자는 친권자를 배제하고, 결정능력 없는 미성년 환자에게 단독친권자가 존재하는 경우 친권자 아닌 생존 부 또는 모도 대행결정에 참여토록 하는 것이 바람직하겠다. 가령 이혼하면서 친권자로 지정된 모가 양육권을 가지고 부는 면접교섭권만 가지는 경우 그 대행결정에 친권이 없다는 이유로 부에게 대행결정에서 배제함은 부적절하다고 본다. 친권 없는 부나 모를 대행결정에 포함시키는 것을 모든 경우로 할 것인지 일정한 경우로 구별할 것인지는 향후 더 깊은 검토가 필요하겠지만, 현재로서는 대행결정에 참여할 수 없는 특별한 사정이 없는 한 모든 경우에 대행결정에 생존부모를 동참시키는 것이 좋겠다. 친권을 행사할 수 없는 친권자를 배제하고 단독 결정하는 경우와의 균형을 고려하여 입법하면 될 것이다.

친권자가 연명의료 보류·중단의 결정 여하에 따라 환자와 상속관계에 이해가 상반되는 경우가 있을 수 있다. 가령 친권자인 부와 모 가운데 일방의 사망이 임박한 가운데 다른 일방이 단독으로 대행결정할 수 있는 상황에서 그 대행결정의 대상인 자녀의 사망시기가 그 일방의 사망보다 앞서는 경우 상속에서 대행결정할 친권자가 유리하게 되는 경우에 민법 제921조의 이해상반행위 규정에 따라 특별대리인을 선임해야 할 것인지 문제가 있겠다. 검토의 대상은 연명의료 보류·중단 대행결정의 행위가 민법 제921조의 이해상반행위에 포함되는 성질의 것인지 여부이다. 종래 동조이 이해상반행위는 재산행위를 전제로 논의되었는데 여기서 연명의료 보류·중단의 대행결정이라는 신상행위에도 적용될 것인지 아니면 유추적용될 것인지 여부에는 양론이 가능하겠다. 역시 의료현장의 혼란을 예방하기 위해서 그 여부를 명시하는 관련 조항을 두는 개정이 필요하다.

민법 제924조 이하에 따라 부 또는 모가 친권을 상실하거나 일시 정지되거나 일부 제한된 경우에 자녀의 연명의료 보류·중단의 결정에 참여시킬 것인지의 여부도 검토가 필요하다. 민법 제924조에 따라 친권 상실 선고를 받은 경우에는 친권자가 아니므로 현행 연명의료결정법의 문리해석으로도 배제된다. 역시 친권 상실의 선고는 친권자가 그 친권 행사로 자녀의 복리를 해쳤거나 그러할 우려가 있는 경우에 내려지는 것이므로 역시 문리해석대로 그러한 부나 모는 대행결정에서 배제함이 타당하다.

친권의 일시 정지 선고를 받은 경우에는 그 정지기간 내라면 친권상실 선고를 받은 경우와 마찬가지로 보면 될 것이다. 민법 제924조의2에 따라 친권의 일부 제한이 선고된 부나 모는 제한된 범위에 연명의료 보류·중단 결정이 포함되는지 여하에 따라 판단될 것이다.

민법 제910조[45]에 따라 '자녀의 자녀'에 대하여 친권을 행사는 경우에 현행 연명의료결정법은 그 친권 행사자를 대행결정권자로 할 것인지 여부가 모호하다. 친권자로 되어 있지 친권행사자로 되어 있지 않으므로 이 경우 친권자로 할지 친권행사자로 할지에 대하여는 논란의 여지가 있겠다. 이에 대한 검토도 필요하고 이 경우 대행결정권자를 명문으로 규정하여 의료현장에서의 혼란이 없도록 개정되어야 한다. 생각건대 환자의 부모가 미성년자란 이유로 동조가 적용되는 것인데 자녀를 출산한 미성년자라면 그 대행결정권을 환자의 미성년 부모에게 부여함이 바람직하다.

연명의료결정법 제18조 제1항 제1호에 따른 대행결정권자는 미성년자의 '법정대리인'이다. 미성년자의 법정대리인에는 친권을 행사하는 부와 모가 있고(민법 제911조), 친권자 부재나 그 권한 제한의 상황을 보충하는 미성년자 후견인이 있다(민법 제928조 및 제938조 제1항). 이 가운데 친권자인 법정대리인만 대행결정권을 가진다는 연명의료결정법의 입법태도임은 전술한 바와 같다. 하지만 법정대리인 지위가 박탈된 친권자는 연명의료결정법상의 대행결정권을 갖지 못하는 것이다. 민법 제925조에 따라 친권 가운데 대리권이나 재산관리권이 상실되는 선고를 받은 부나 모의 경우가 연명의료결정법 제18조의 법정대리인에 해당하는 것인지에 대한 검토가 필요하다. 원래 대리는 법률행위에 친하며 대체로 재산행위를 의미한다. 민법 제925조에 따라 친권자에게 대리권을 상실하는 선고도 자녀의 재산을 위태롭게 하는 것이 그 이유이다. 그렇다면 그 선고는 신상행위인 연명의료 보류·중단 대행결정의 행위에 대한 효과는 없다고 보아야 할 것이다. 하지만 그 대리권 상실 선고로 친권자에게 법정대리인의 지위가 박탈되는 것인지 여부를 검토해야 할 것이다. 이에 관하여 양론이 가능할 것이다. 따라서 이러한 친권자에게도 대행결정권이

45) 민법 제910조(자의 친권의 대행) 친권자는 그 친권에 따르는 자에 갈음하여 그 자에 대한 친권을 행사한다.

있는지 여부의 논란이 가능하므로 의료현장의 혼란을 피하기 위하여 명시적 규정이 필요하다. 민법 제925조에 따라 재산행위 관련 대리권이 박탈된 부나 모라도 친권을 유지하는 한 대행결정에 참여시키는 것이 바람직하다.

② 미성년자인 환자의 경우 제1호와 제2호의 관계

연명의료결정법에는 미성년자인 환자의 경우도 문리해석상 제18조 제1항 제2호 즉 일정 범위 가족 전원 합의에 의한 대행결정도 가능하도록 규정되어 있다. 제2호의 환자에 미성년자를 제외하는 언급이 없기 때문이다. 그렇다면 미성년자인 환자에 대한 연명의료의 보류·중단은 제1호의 법정대리인에 의한 대행결정과 제2호의 일정 범위 가족 전원에 의한 대행결정의 두 방법으로 가능하다.

법정대리인이 있으면 제2호의 범위에 속하는 가족의 한 사람이 반대하여도 미성년자인 환자의 연명의료 보류·중단은 법정대리인의 대행결정만으로 가능한지 여부를 검토한다. 두 방법의 관계는 법률해석의 일반원칙에 따라야 판단해야 할 것은 아닌 것 같다. 이들 관계에 적용할 법률해석의 일반원칙도 마땅한 것이 없다. 왜냐하면 위 제1호와 제2호 사이가 일반규정 특별규정의 관계는 아닌 것으로 보아야 할 것이고, 그렇다면 대등한 관계이기 때문이다. 그렇게 볼 경우 제2호의 범위에 속하는 가족이 반대하면 제1호에 의하여 미성년자인 환자의 연명의료 보류·중단은 불가능한 것인가? 그렇지는 않다. 왜냐하면 제1항 본문이 “다음 각 호의 어느 하나에 해당”하면 그 보류·중단은 가능하다고 했기 때문이다. 결국 국어문제로 풀어야 하는 것이다. 법률해석의 일반원칙으로 접근하는 법률전문가에게는 위 제18조는 오히려 혼란을 야기하는 구조의 법문을 가지고 있다.

앞으로 개정을 하게 될 경우 이 부분의 바람직한 법문구조는 다음과 같이 하면 좋겠다. 기본적으로 대부분의 사례에 해당할 제2호를 일반규정으로 하고 비교적 소수의 사례에 해당하는 제1호를 특별규정으로 하는 구성이다. 그래서 제1항 본문의 “의학적 상태인 경우” 부분 뒤에 있는 “다음 각 호의 어느 하나에 해당할 때” 부분을 제2호 본문으로 대치한

다. 그리고 제1호는 별도의 항을 구성하여 제1항 뒤에 놓은 것이다. 그리고 제1호로 구성될 이 별도의 항에는 위에서 검토한 개정의견이 반영되면 적지 않은 규모의 항이 될 것이다. 그렇게 되면 미성년 환자의 경우 특별규정으로 이 별도의 항이 있는 것이며 이 특별규정이 적용되는 경우란 대행결정할 수 있는 법정대리인이 존재하는 경우에 한하며 그러한 법정대리인이 없거나 대행결정의 권한을 사실상 행사할 수 없는 경우에는 위 일반규정에 따르는 것으로 해석되도록 하면 될 것이다. 현행 제2항의 위치는 순차로 내려갈 것이고 본문의 표현도 위 항들의 변화에 따라 수정되어야 함은 긴 말이 필요 없겠다. 물론 미성년자를 기준으로 구별하여 규율하는 것이 잘못이라는 점은 위에서 언급하였다. 그러한 입장에 따른다면 추가적인 수정이 있어야 할 것이다.

### 나) 환자 일반의 경우

연명의료결정법 제18조 제1항 제2호는 환자 일반의 경우를 대상으로 한다. 이 경우가 연명의료결정법 제18조에 의한 연명의료 보류·중단의 실행에서 대부분을 차지할 것이다. 이 경우에 미성년인 환자가 포함되지 않는 것이 아님은 물론이지만, 법문 구조가 혼란스럽게 되어 있고, 미성년인 환자의 경우 제1호와 제2호의 관계에 대하여는 위에서 적은 바와 같다.

#### ① 대행결정권자 전원의 유효한 합의

연명의료결정법 제18조 제1항 제2호가 말하는 대행결정권자 “전원의 합의”란 대상 환자에 대한 연명의료 보류·중단에 반대하는 사람이 없어야 한다는 소극적인 것이 아니다. 아래 범위에 속하는 사람은 모두 ‘직접’ ‘적극적으로’ 그리고 ‘자유롭게’ 의견을 표명해야 하는 것이다.

대행결정의 권한은 ‘직접’ 행사해야 한다. 이를 다른 가족이 대행하는 것이 허용되어서는 안 된다. 연명의료결정법에 이 점이 명시되지 않았지만 그렇게 해석되어야 하고 이 점을 명시하는 표현이 개정시에 반영되어야 한다. 문제는 그 대행결정권을 ‘포기’할 수 있는지의 여부이다. 과연

판단이 잘 서지 않음에도 무조건 가부간의 결정을 지으라고 강제하는 것은 일반 법원칙에 반한다. 권한의 행사는 강요해서는 안 된다. 그렇다면 포기를 허용할 것인지 의문이다. 포기를 한 나머지 전원의 합의만으로 대행결정의 합의를 인정할 것인지의 의문인 것이다. 그렇지 않다고 본다. 만일 그러한 포기의 의사를 가진 대행결정권자가 있다면 "전원의 합의"라는 요건은 충족되지 않은 것으로 보아야 할 것이다. 설명과 토론의 과정이 있어야겠지만 이 과정에 설득 내지 회유 등의 요소가 있다면 그렇게 이루어진 합의는 무효이다. 이 점을 아래 확인의무자인 담당의사 등은 잘 살펴보아야 한다. 그리고 이러한 합의에 이르기 전에 의료기관은 해당 환자의 현재 상태와 예상되는 경과 등에 대하여 이해할 수 있도록 설명하고 질문에 충실하게 답변하는 과정이 있어야 한다.

이상과 같이 설득·회유·강요·무지로부터 '자유로운' 상태에서 진지하며 적극적으로 직접 해당 환자의 연명의료 보류·중단의 의견이 대행결정권자 전원으로부터 표명되어야 비로소 "전원의 합의"는 유효하게 성립하는 것이며, 이러한 의견 표명이 이루어진 뒤에 그 연명의료 보류·중단이 실행되기 전이라면 의견을 언제라도 철회할 수 있어야 할 것이다. 이러한 점들이 제18조 개정시에 추가되어야 할 것이다.

### ② 대행결정권을 가지는 가족의 범위

대행결정권을 가지는 가족[46]의 '범위'를 설정하는 단계는 우선 두 단계이다. 먼저 대행결정권자의 '자격'을 제한하는 단계이다. 그리고 그 제한을 받지 않는 가족을 세 단위로 묶어서 '순차적으로' 그 범위를 설정한다.

---

46) 민법의 가족 개념은 '배우자, 직계혈족 및 형제자매', 그리고 생계를 같이 하는 '직계혈족의 배우자, 배우자의 직계혈족 및 배우자의 형제자매'인데, 이 가운데 연명의료결정법은 전자에 한정하고 이를 두 기준으로 다시 제한하고 이어서 순차적으로 가족 범위를 설정하고 있다. 연명의료결정법은 여기에 성년·한정 후견인이 포함될 여지를 두고 있지 않다. 이를 포함시키려면 '가족'이라는 표현을 피해야 할 것이다. 한편 연명의료결정법 제17조에 따라 환자 의사를 확인하는 주체와 제18조에 따라 환자 대신 결정할 주체에 이들 후견인을 제외한 것은 부당하며 환자 의사 확인이나 대행결정에서 배우자보다 오히려 우선적 지위를 부여해야 한다는 입법론적 견해로, 이석배, "소위 「연명의료결정법」의 주요 내용과 현실적용에서 쟁점과 과제", 법학논총 제29권 제3호 (2017), 330면 참조.

먼저 자격의 제한을 본다. 연명의료결정법은 제18조 제1항 제2호에 따라 대행결정권을 가지는 가족을 두 가지 관점에서 자격을 제한한다. 첫째 “19세 이상”으로 제한한다. 둘째 “행방불명자 등 대통령령으로 정하는 사유”로 제한한다. 이와 관련하여 연명의료결정법 시행령 제10조 제1항은 그 사유로 “경찰관서에 행방불명 사실이 신고된 날부터 1년 이상 경과한 사람, 실종선고를 받은 사람, 의식불명 또는 이에 준하는 사유로 자신의 의사를 표명할 수 없는 의학적 상태에 있는 사람으로서 해당 의학적 상태에 대하여 전문의 1명 이상의 진단·확인을 받은 사람”을 추가하며 이러한 경우 환자가족으로 하여금 이 추가사유에 관련된 증명서류를 담당의사에게 제출하라고 함으로써[47] 담당의사 등의 확인절차에서 전원의 합의인지 여부를 판단하도록 한다.

첫째 사유에서 19세의 제한은 제한능력자인 미성년자를 대행결정권자에서 제외하겠다는 의미이다.[48] 그런데 기타 유형의 제한능력자, 즉 피성년후견인이나 피한정후견인을 제외할지 여부에 대한 규정은 두지 않고 있다. 가령 그러한 제한능력자가 아래 범위에 속하는 가족이고 그러한 대행결정의 합의에 의견을 표명하는 행위를 법률행위이거나 법률행위 법리가 유추적용되는 준법률행위라고 한다면, 제한능력의 법리에 따라 규율할 경우 대행결정을 둘러싼 법률관계가 아주 복잡하게 된다. 피성년후견인의 의견표명은 원칙적으로 취소할 수 있는 것이 되어(민법 제10조 제1항) 취소권자가 취소하는 경우 대행결정의 합의는 전원 합의라는 요건이 미비되어 소급하여 무효로 되는 것이다. 이 경우 이미 기존의 대행결정 합의에 따라 연명의료 보류·중단이 실행되었다면 어떻게 할 것인지도 문제이다. 한편 피한정후견인의 대행결정 행위가 후견인 동의를 받아야 하는 법원 설정 범위에 속하는 것으로 평가되는 경우, 피한정후견인의 대행결정에 후견인의 동의를 받도록 하는 것이 과연 대행결정의 직접성 취지에 맞는 것일지 의문이고 동의 없이 그러한 결정을 한 경우 역시

47) 법 시행령 제10조 제2항 “환자가족이 법 제18조제1항제2호에 따라 연명의료중단등결정의 의사표시를 하는 경우 그 가족 중에 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람이 있는 경우에는 해당 사실을 증명할 수 있는 서류를 담당의사에게 제출하여야 한다.”

48) 이에 대한 비판적 견해로, 박승호, 위 논문, 198면 참조. 이 논문 201면에서는 “19세보다 연령을 대폭 하향하여 의사능력이 인정되는 가족이라면 모두 포함시키는 것이 타당하다”고 한다.

취소할 수 있는 것으로 한다면 마찬가지로 법률관계가 복잡해진다.

이들 문제가 위 시행령의 "자신의 의사를 표명할 수 없는 의학적 상태에 있는 사람"으로 평가하여 규율하는 것으로 충분하게 해결될 수 있는지 의문이다. 구체적인 경우에 문제의 제한능력자가 자신의 의사를 표명할 수 있는 의학적 상태라고 평가된다고 하여도 제한능력의 법리가 배제되는 것이 아니므로 위에서 언급한 문제는 여전히 남는다. 따라서 미성년자만이 아니라 피성년후견인 및 피한정후견인에게도 대행결정의 자격을 부인하는 규정을 둘 필요가 있다.

시행령으로 추가된 자격 제한 사유를 본다. "경찰관서에 행방불명 사실이 신고된 날부터 1년 이상 경과한 사람"이 가족 가운데 있다면 그 1년의 경과를 기다려야 한다. 행방불명 신고가 오인에 기인하거나 허위일 가능성 그리고 조속 귀가의 가능성 등을 고려할 때 그 신고 즉시 자격을 제한하는 것은 비합리적이다. 따라서 신고 후 경과기간을 1년으로 한 것은 정책적 판단이고 무난하다고 여겨진다. "실종선고를 받은 사람"은 없어도 되는 '주의적 규정'에 불과하다. 왜냐하면 실종선고를 받은 사람은 실종기간 만료시점에 사망한 것으로 간주되므로(민법 제28조) 여기의 대행결정권을 갖지 못하는 것은 당연하다. 문제는 살아서 돌아왔는데 아직 실종선고 취소 심판을 받지 못한 경우이다. 그 취소 심판 절차의 종료를 기다리게 하지 말고 생환이라는 사실상의 증거로 대행결정권자에 포함시키는 것이 타당하여 이에 상응하는 입법조치가 필요하다고 하겠다.

이상의 자격 요건을 구비한 가족을 세 단계로 나누어 순차적으로 그 범위를 설정한다. 첫째, "배우자와 1촌 이내의 직계 존속·비속" 가운데 위 자격 요건을 구비한 전원으로 대행결정할 가족을 구성한다. 둘째, 여기에 해당하는 사람이 아무도 없다면, 비로소 "2촌 이내의 직계 존속·비속" 가운데 위 자격 요건을 구비한 전원으로 대행결정할 가족을 구성한다.[49] 셋째, 여기에도 해당하는 사람이 아무도 없다면, 마지막으로 "형

49) 이 점에 대하여 2016년 제정 당시 법률(2017 시행)은 환자의 배우자, 직계비속, 직계존속 전원의 동의를 요구하였다. 이에 따를 경우 증손자 고손자 등의 동의도 받아야 하는 상황이었다. 이를 2018. 12. 11. 개정으로 배우자와 1촌 내의 직계 존비속이 없는 경우 비로소 2촌 직계 존비속 전원의 동의를 요구하는 것으로 합리적으로 변경되었다. 이 개정에 대한 소개는 고봉진, "연명의료중단 규율에 대한 한국법과 미국법 비교 연구", 法과 政策 제25권 제1호 (2019), 9~10면 참조. 따라서 김 용, "연명의료결정법의 의미와 과제 - 환자 중

제자매” 가운데 위 자격 요건을 구비한 전원으로 대행결정할 가족을 구성한다.

여기에 해당하는 사람이 아무도 없으면 가족의 대행결정에 의한 연명의료 보류·중단은 불가능해진다. 가령 가족 없는 독거노인이나 신원이 확인되지 않는 행려병자 등의 경우가 여기에 해당할 것이다.[50] 현행 연명의료결정법에 의하면 이들에 대한 연명의료는 연명의료계획서나 사전연명의료의향서가 없으면 계속될 수 밖에 없다.[51] 이러한 모습이 타당한지는 별론으로 하겠다.[52] 다만 위에서 소개한 ‘추상적 추정의사’라는 이론에 의하면 이러한 경우도 연명의료의 보류·중단을 허용할 수 있다.[53][54]

### 3) 담당의사 등의 확인

위 두 유형, 법정대리인에 의한 대행결정과 일정 범위 가족 전원에 의한 대행결정 모두 “담당의사와 해당 분야 전문의 1명”에 의한 확인이 있어야 유효하게 된다. 이들의 확인은 기록으로 남겨야 하는 바, “보건복지부령으로 정하는 바에 따라 확인 결과를 기록(전자문서로 된 기록을 포

---

심 의료를 중심으로”, 의료커뮤니케이션 제13권 제1호 (2018), 60면과 같이 제18조가 개정되기 전의 시점에 개정 전 법률을 바탕으로 작성된 문헌을 참고할 경우 전원 동의를 요구하는 가족 범위의 순차적 설정으로 법률이 개정되었음을 유의해야 한다.

50) 이들에 대한 입법적 불비를 지적하는 견해로 주호노, 위 논문, 16면 참조. 한편 가칭 ‘연명의료판정위원회’의 판단과 가정법원의 심판에 따라 이러한 경우의 환자에 대한 연명의료 보류·중단을 허용하자는 견해로 임종희, 위 논문, 1006면 참조.

51) 이와 관련하여 “무연고자의 경우 병원윤리위원회의 심의를 통해 연명의료결정을 하라고 국가위원회는 권고하고 법률(안)에도 이를 담았으나 법률 제정 과정에서 관련 조항이 삭제되었다.”는 것이다. 김명희, “연명의료결정법의 문제점 및 개선 방안”, 한국호스피스·완화의료학회지 제21권 제호 (2018), 4면 참조.

52) 이러한 결론이 연명의료결정법 제1조에 반한다는 취지의 주장을 역설하는 문헌으로, 이석배, “인간의 존엄, 생명권 그리고 연명의료”, 刑事法硏究 제31권 제3호 (2019), 142면 참조.

53) 이러한 환자에 대한 문제의식은 보편적이다. 가령 “의식 없는 무연고자와 독거노인, 외국인 등 에 대한 제한적 대리결정 제도 및 지정대리인 제도 역시 현실 에 맞게 도입해야 한다. 법률상 가족이 아닌 실질적 보호자도 연명의료 중단 결정에 참여하는 방안을 검토할 필요가 있다”는 김 용, 위 논문, 61면 참조.

54) 한편 이러한 환자에 대한 연명의료 보류·중단을 ‘치료의무한계론’으로 해결하자는 견해로 주호노, 위 논문, 17면 참조.

함한다)하여야 한다"(법 제18조 제2항).

### 4. 연명의료 보류·중단의 실행

#### 가. 적법성의 부여와 의무의 부과

이상에서 본 바와 같이 연명의료 보류·중단의 요건이 구비되면, 우선 연명의료 보류·중단은 적법하게 된다. 유의할 것은 이 적법요건이 구비된 사실이 이들 보류·중단이 허용되는 것만을 의미하는 것이 아니다. 연명의료결정법은 이와 관련하여 표현이 일관되지 않는다. 우선 제15조는 "담당의사는 임종과정에 있는 환자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에만 연명의료중단등결정을 이행할 수 있다."라고 하여 허용하는 의미의 문구를 사용하고 있다. 하지만 제19조는 "담당의사는 제15조 각 호의 어느 하나에 해당하는 환자에 대하여 즉시 연명의료중단등결정을 이행하여야 한다."라고 하여, 담당의사에게 그 결정을 따라야 할 의무를 부과한다. 이를 선해한다면 제15조는 연명의료 보류·중단 행위에 적법성을 부여한 것으로 이해하고 후자는 의무를 부과한 것으로 이해하면 되겠다. 하지만 양자를 일치시키는 개정이 바람직하며 제19조의 표현으로 통일한 것이 좋겠다.

#### 나. 보류·중단이 허용되는 연명의료의 범위

이에 관하여는 연명의료결정법 제2조의 연명의료 개념 범위에서 규율한 바 있다. 즉 "심폐소생술, 혈액 투석, 항암제 투여, 인공호흡기 착용 및 그 밖에 대통령령으로 정하는 의학적 시술로서 치료효과 없이 임종과정의 기간만을 연장하는 것"으로 규정된 연명의료에 한하여[55] 그 보류

55) 이는 제정 법률 입법과정에서 엄격하게 바뀐 것이다. "국가위원회의 논의 및 권고에서는 '결정할 수 연명의료는 전문적인 의학 지식과 기술, 장비가 필요한 특수 연명의료로 제한한다. 예를 들어 심폐소생술, 인공호흡기, 혈액투석, 항암제 투여 등이다.'라고 하여 특수 연명의료에 대한 결정을 가능하도록 하였다. 또한 발의된 법률(안) 초안에서도 '심폐소생술, 인공호흡기, 혈액투석, 항암제 투여 등'으로 하여 4가지 시술 이외의 특수연명의료에

와 중단이 허용된다는 것을 간접적으로 규율하고 있다. 이에 대하여는 위에서 논의한 바와 같다.

이를 다른 방법으로 규율하는 것이 연명의료결정법 제19조 제2항이다. 즉 "연명의료중단등결정 이행 시 통증 완화를 위한 의료행위와 영양분 공급, 물 공급, 산소의 단순 공급은 시행하지 아니하거나 중단되어서는 아니 된다."는 것이다. 다시 말하면 환자의 의사가 통증완화 의료나 영양분 등 공급을 거부하는 의사가 분명하여도 이들 의료행위의 보류·중단은 금지한다는 것이다. 소위 "곡기를 끊겠다!"는 의지를 사전에 명확하게 표명했더라도 환자가 유효한 의사로 퇴원 등의 조치를 밟지 않은 채 거부의사를 표명할 정신능력을 상실했다면 담당의사나 의료기관은 이들 시술을 하지 않으면 안 되게 되어 있다.

이 점도 문제이다. 거부할 수 있는 연명의료의 범위를 법률이 그것도 좁게 설정할 것이 아니라 환자의 유효한 의사로 자유로이 설정할 수 있도록 해야 한다는 것이다.[56] 이를 유효하게 표명할 수 있는 정신 능력의 상태에서 객관적으로 신뢰할 수 있는 방법으로 표명하였으면 이는 유효하고 이를 따른 의료진의 행위는 적법하며, 나아가서 본인이 사전에 표명한 의사에 반하여 연명의료를 실행하여서는 안 되는 것으로 규율해야 한다.[57]

---

대하여서도 결정이 가능하도록 열어두었으나 보건복지상임위원회 법안소위를 거치면서 '심폐소생술, 인공호흡기, 혈액투석, 항암제 투여 등'에서 등이 빠지면서 열거되지 않은 특수연명치료의 결정 가능성이 배제되었다."는 것이다. 김명희, 위 논문, 4면 참조.

56) 이와 유사한 취지에서 일반연명의료를 포함시키자는 견해로 강다롱, 위 논문, 60면 참조. 이와 달리 "구체적으로 일반연명의료행위와 특별연명의료행위 가 경계선상에서 문제가 된 경우에는 환자를 위한 치료의 부담과 치료의 이익의 의미에 서 논의되어야 할 것이다. 만일 환자에게 부과되는 치료의 이익이 치료의 부담보다 가치가 있다면, 일반연명의료는 일상적이고 따라서 윤리적으로 요구되어야 한다."는 입장에 서 있는 문헌으로, 성경숙, 위 논문, 178면 참조.

57) 같은 관점에서 연명의료 거부의사가 확인되면 특수연명의료만이 아니라 모든 연명의료를 중단하는 것이 타당하다는 주장으로, 장한철, 위 논문, 371면 이하 및 394면 참조.

### 다. 현재 시점 환자 의사 확인 절차의 신설

현행 연명의료결정법은 결정을 이행하는 시점에서 환자의 현재 의사를 확인하도록 하는 절차가 없다. 대개 임종환자는 그러한 의사를 표명할 수 없다는 전제가 있기 때문일 것이다. 연명의료결정법에 따라 연명의료를 보류하거나 중단할지 여부를 결정해야 할 시점이란 환자가 임종과정에 있는 때이다. 따라서 연명의료결정법 제15조 제1호에 "임종과정에 있는 환자의 의사에도 반하지 아니하는 경우"라고 되어 있지만, 임종과정에 있는 환자는 그 시점에는 스스로 법적으로 유효한 의사결정을 내릴 수 없는 경우가 거의 대부분이다. 그래도 담당의사는 환자 본인의 의사를 그 실행의 시점에 직접 확인하는 노력을 하여야 한다는 것은 적어도 상징적 의미가 있는 것이다. 그래야 위 1호 후단의 취지가 산다. 물론 대부분의 경우에는 그 결정을 해야 하는 시점에 환자 자신의 현실의사는 없다. 하지만 그러함에도 불구하고 그러한 최종 의사 확인 절차들 거치도록 하고 그 절차에서 추정된 의사와 다른 의사임을 확인할 수 없었음을 기록에 남기도록 하는 규정도 필요하다. 이렇게 하는 것이 연명의료결정법 제15조의 "임종과정에 있는 환자의 의사에도 반하지 아니하는 경우"라는 문구와도 조화를 이룰 수 있다.

### 라. 담당의사의 소신

연명의료결정법은 연명의료 보류·중단에 대한 반대 소신의 가진 담당의사의 기본권을 간접적으로 보장하고 있다. 제19조 제3항은 "담당의사가 연명의료중단등결정의 이행을 거부할 때에는 해당 의료기관의 장은 윤리위원회의 심의를 거쳐 담당의사를 교체하여야 한다. 이 경우 의료기관의 장은 연명의료중단등결정의 이행 거부를 이유로 담당의사에게 해고나 그 밖에 불리한 처우를 하여서는 아니 된다."라고 함으로써, 담당의사가 연명의료 보류·중단 거부의 자유가 있음을 인정한 것이다. 당해 의료기관의 모든 의사가 그 이행을 거부하면 다른 의료기관으로 전원해야 할 것이다. 대한민국의 모든 의사가 그 이행을 거부하는 경우까지 상정하여 규정을 두는 것은 비현실적일 것이다.

나아가서 보다 적극적으로 규정한다면 “의료인 및 의료기관은 환자 본인의 의사에 반하여 연명의료를 실시할 권한도 없으며, 이를 보류하거나 중단하기를 희망하는 환자의 결정을 이행하지 않을 자유도 있다.”는 취지의 규정을 두는 것도 좋겠다.

## Ⅲ. 결어

연명의료결정법의 배경에는 환자 소생에 효과가 없는 의학적 개입을 자연사(natural death)의 진행에서 배제하자는 기본 이념이 깔려 있다고 하겠다. 연명기술의 시행은 물론 심장 이식 등의 일정한 목적에서 실익이 있다. 하지만 심장 기증도 하지 않은 환자에게 실익 유무를 떠나서 연명기술의 시행을 거부하는 본인의 평소 소신을 받아들이자는 것이다. 그 소신을 적법하게 존중할 수 있도록 하자는 것이 연명의료결정법의 배경이라는 점을 유념해야 할 것이다.

자연사의 과정이란 의학적으로 예측할 수 없는 것이다. 소위 김할머니 사건에서 그 할머니의 경우 자발호흡이 불가능하다는 예상을 뒤엎고 자발호흡으로 거의 일년을 생존한 사례만 보아도 그러하다. 그런데 사망이 임박해야 한다느니 하는 사망 시기를 염두에 두고 규율을 하는 것은 비현실적인 입법태도이다. 입법의 모호성은 법률이 의료현장에서 행위기준으로서의 가치를 상실하게 하는 것이다. 따라서 연명의료와 관련된 입법에는 자연사를 희망하는 환자 본인의 뜻을 존중하는 관점에서 접근해야 한다는 것이다.

자연사를 향한 환자 본인의 뜻을 존중하여야 하는 데에 가족의 역할은 본인의 평소 언행을 진술하는 것에서 그쳐야 한다. 그런데 대행결정에까지 연명의료결정법이 나아간 것은 바람직하지 않다. 환자 본인의 지위에 있을 평균인이 가지게 될 관점에서 자연사를 향한 본인의 뜻을 헤아리는 것도 가능하다. 그런 평균인의 뜻이 자연사라면 이것이 당해 환자의 ‘추상적 추정의사’로 보아도 무방한 것이다. 이러한 판단의 책임을 담당의사 개인에게 지우기에는 부적절하고 이를 판단할 일정한 조직이나 기관으로

법원이나 위원회를 상정할 수 있다. 그러한 내용의 입법으로 법정대리인·가족 대행결정을 대체하는 것이 바람직하다.

연명의료 보류·중단의 결정은 행위능력제도에서 접근해서는 안 된다. 이는 의료행위의 수용여부를 결정하는 것이 어떠한 성질의 행위인가에 관한 의료법학계 논의에서 이미 정리된 쟁점이다. 행위능력이 아니라 결정능력이라는 관점에서 접근해야 할 것이다. 그렇다면 결정능력 있는 미성년자도 사전연명의료의향서를 작성해 놓을 수 있고, 단독으로 담당의사에게 요청하여 설명을 듣고 이해 여부를 확인 받아서 연명의료계획서가 작성되도록 할 수 있는 것이다. 나아가서 그러한 능력 있는 시점에 표명된 그의 뜻은 가족들의 진술로 연명의료 보류·중단의 근거로 인정될 수 있는 것이다.

(논문투고일: 2019.12.06, 심사개시일: 2019.12.15, 게재확정일: 2019.12.19)

김천수

연명의료결정, 연명의료의 보류·중단, 임종과정에 있는 환자, 말기환자, 사전연명의료의향서, 연명의료계획서

## 【참 고 문 헌】

* 이하에 수록될 문헌은 2016 년 제정된 연명의료결정법에 대한 해석론이나 입법론을 개진한 문헌들이다. 이 논문의 목적이 현행 연명의료결정법에 대한 분석이므로 이하에는 연명의료결정법이 제정된 2016년 이후 발간된 문헌에 한정하여 '연명의료결정법'이라는 키워드로 검색한 법학문헌들로 한정하여 수록한다. 2016년 이전에 발간한 필자의 문헌도 있지만 아래에 수록하지 않는다.


- 강다롱, "비교법적 검토를 통한 연명의료결정법의 개선 방향에 관한 제언 - 대상 및 범위의 확대와 의사(意思) 추정 및 대리의 적절성 담보를 중심으로 -, 연세 의료·과학기술과 법 제9권 제1호 (2018)
- 고봉진, "연명의료중단 규율에 대한 한국법과 미국법 비교 연구", 法과 政策 제25권 제1호 (2019)
- 김명희, "연명의료결정법의 문제점 및 개선 방안", 한국호스피스·완화의료학회지 제21권 제호 (2018)
- 김민우, "연명치료중단의 허용요건에 관한 법적 쟁점과 과제", 유럽헌법연구 제24호 (2017)
- 김보배/김명희, "연명의료결정법의 한계를 극복하기 위한 대리인 지정제도 도입방안 모색", 한국의료윤리학회지 제21권 제2호 (2018)
- 김상구/이일학, "의사무능력자를 대신하는 의료결정을 개선할 방안은 없는가? : 독립환자정신능력대변인 제도의 가능성 탐색", 한국의료법학회지 제25권 제1호 (2017)
- 김 용, "연명의료결정법의 의미와 과제 - 환자 중심 의료를 중심으로", 의료커뮤니케이션 제13권 제1호 (2018)
- 김장한, "'김할머니' 사례로 살펴본 가정적 연명의료결정에 관한 연구 - 호스피스·완화의료 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료결정에 관한 법률과 관련하여 -", 의료법학 제17권 제2호 (2016)
- 김종세, "환자의 연명의료결정법의 일부 개선방안", 법학연구 제19권 제2호 (2019)

- 김학태, “죽음의 의미와 결정에 관한 법윤리적 고찰 - 「호스피스·완화의료 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료결정에 관한 법률」의 쟁점과 비판 -”, 외법논집 제41권 제1호 (2017)
- 김혁돈/이재호, “미성년자의 연명의료중단에 관한 소고”, 동아법학 제82호 (2019)
- 박승호, “연명의료중단등결정에 관한 몇 가지 쟁점”, 아주법학 제11권 제4호 (2018)
- 박형욱, “환자연명의료결정법의 제정과 과제”, 저스티스 제158-3호 (2017)
- 방희명, “존엄사제도의 쟁점과 향후 과제”, 인문사회 21 제10권 제3호 (2019)
- 선종수, “「연명의료결정법」의 문제점과 향후 과제”, 형사법의 신동향 제55호(2017)
- 성경숙, “연명의료결정법상 환자의 동의에 대한 고찰 - 미국의 연명의료결정법을 중심으로 -”, 법학논총 제44집 (2019)
- 손미숙, “연명의료중단의 형법이론적 근거”, 형사정책 제28권 제1호 (2016)
- 안병하, “소위 ‘연명의료결정법'에 대한 법리적 검토 - 환자 인격권의 관점에서 -”, 민사법학 제84호 (2018)
- 원혜욱/백경희, “호스피스 완화의료와 임종과정에 있는 환자의 연명의료 결정에 관한 법률의 문제점에 관한 검토”, 법제연구 제52권 (2017)
- 이경렬, “이른바 ‘연명의료결정'법의 형사정책적인 의문”, 형사정책 제28권 제1호 (2016)
- 이무선, “소위 연명의료결정법의 법적 쟁점 및 과제 - 환자중심의료를 중심으로 -”, 홍익법학 제19권 제3호 (2018)
- 이석배, “소위 「연명의료결정법」의 주요 내용과 현실적용에서 쟁점과 과제”, 법학논총 제29권 제3호 (2017)
- 이석배, “인간의 존엄, 생명권 그리고 연명의료”, 刑事法硏究 제31권 제3호 (2019)
- 이승호, “안락사 논의와 「연명의료 중단 법률」의 주요쟁점에 대한

소고", 일감법학 제35호 (2016)
- 이재경, "환자의 의사에 반하는 연명의료 중단·유지와 손해배상", 아주법학 제12권 제2호 (2018)
- 이재호/김혁돈, "미성년자 연명의료 중단에 관한 소고", 동아법학 제82호 (2019)
- 이한주, "연명의료결정법 제정과정과 문제점 검토", 인권법평론 제22권 (2019)
- 임종희, "연명의료결정법의 문제점과 개선방안", 인문사회 21 제8권 제2호 (2017)
- 장병주, "연명의료결정법과 연명의료중단 - 연명의료 결정에 관한 독일법과의 비교를 중심으로 -", 재산법연구 제33권 제4호 (2017)
- 장한철, "연명의료결정법의 문제점에 대한 고찰", 동북아법연구 제10권 제2호 (2016)
- 정화성, "「연명의료결정법」과 환자의 자기결정권에 대한 고찰", 문화·미디어·엔터테인먼트 법 제11권 제2호 (2017)
- 주호노, "현행법상 존엄사의 허용요건과 과제: 연명의료결정법을 중심으로", 한국의료법학회지 제26권 제1호 (2018)
- 홍완식, "「연명의료결정법」에 대한 입법평론", 입법학연구 제14권 제1호 (2017)

Abstract

# Issues of Interpretation and Direction of Revision of Korean Act of Decision-Making in Life-Sustaining Medicine Focused on Decision of Holding-off or Discontinuation of Life-Sustaining Medicine

Kim, Cheonsoo
Professor of Law School Sungkyunkwan University

The purpose of this paper is to attempt to interpret some provisions of ‘the Korean Act of Decision-Making in Life-Sustaining Medicine’(hereafter, ‘the Decision-Making Act’ or ‘the Act’) and to present a legislative approach if the problems found there are not solved just by interpretation. The provisions addressed in this paper are related with the decisions regarding the holding-off or discontinuation of life-sustaining medicine. First, the scope of concept of the life-sustaining medicine regulated by the Decision-Making Act was discussed. It is pointed out that the concept of life-sustaining medicine as defined by the Decision-Making Act and its Enforcement Decree is a closed one and is open to any arbitrary interpretation, therefore the direction of revision should be toward allowance of any open interpretation of the concept of life-sustaining medicine. Second, the range of patients ruled by the Decision-Making Act was addressed. The Decision-Making Act governs cases related with both types of patients including 'the patient in the process of dying' and 'the terminal patient'. The holding-off or discontinuation of life-sustaining medicine is permitted only for

the former type. Therefore it is serious to distinguish between the two types. Then the ambiguity of boundary between scope of both concepts arises the critical problem. The establishment of the clear boundary is necessary. However, this is not easy. Rather, it was argued that it would be appropriate to solve this problem by an open approach to the application of the Act, rather than limiting it only to the specific type of patients. Third, there were addressed the patient's intention and the substitutive decision by agents including families of patient as one of the requirements for the holding-off or discontinuation of life-sustaining medicine allowed by the Decision-Making Act. In the Decision-Making Act, the intention of patient is assumed by the three methods: the Medical Plan about the life-sustaining medicine, the Letter of Intent about the life-sustaining medicine (a kind of so-called ‘living will’), and the family statement about the patient’s intent thought about the life-sustaining medicine. Detailed rules for each method were analyzed to identify the interpretation problems, and then the necessity and direction of the revision were addressed. In particular, it was pointed out that there is the fundamental mistakes in provisions related to minors. And the Decision-Making Act gave the statutory representative or a range of families of the patient the power to decide the holding-off or discontinuation of life-sustaining medicine on behalf of the patient. If the patient was a minor, it gave the power only to his or her parental authority. There was pointed out the difficulty in solving the various problems related to the parental rights by means of interpretation, which makes the legislative approach necessary. On the other hand, in regard to the substitutive decision by the agreement of all members of the family, the problems that occur inevitably when interpreting that the ability-limited adult family is included in the scope of the family to participate in the agreement were analyzed, and then the necessity and direction of the legislative solution were mentioned. Finally, the Act’s legislative deficiencies or problems in implementing the decision to hold off or discontinue the life-sustaining medicine were addressed.

Kim Cheonsoo

decision-making in life-sustaining medicine, holding-off or discontinuation of life-sustaining medicine, dying patient, terminal patient, medical plan about life-sustaining medicine, letter of intent about life-sustaining medicine

# 망 중립성과 5G 네트워크 슬라이싱의 법적 쟁점

김 민 호*
정 주 연**

【목 차】

Ⅰ. 문제 제기
Ⅱ. 망 중립성의 의의와 헌법적 가치
1. 망 중립성의 의의
2. 망 중립성의 헌법적 가치
Ⅲ. 5G 네트워크 슬라이싱과 망 중립성
1. 5G 네트워크 슬라이싱의 의의
2. 5G 네트워크 슬라이싱 허용 요구
Ⅳ. 5G 네트워크 슬라이싱을 관리형 서비스에 포섭하려는 시도에 대한 비판과 대안
1. 관리형서비스의 개념적 정의
2. 관리형서비스의 비교법적 검토
3. 관리형서비스에 대한 개념 재설정
Ⅴ. 결론

【국 문 요 약】

차세대 이동통신 시스템인 5G 네트워크의 상용화로 네트워크 슬라이싱(Network Slicing) 기술의 도입에 대한 요구가 늘어나면서 이와 관련된 논쟁이 활발해지고 있다. 특히, 5G 네트워크 슬라이싱 기술의 도입이 '망 중립성' 규제 하에서도 양립 가능한 것인지가 문제된다. '5G 네트워크 슬라이싱' 기술은 '하나의 물리적인 네트워크 인프라를 다수의 독립적인 가상 네트워크로 분리함으로써, 서로 다른 접속서비스를 요구하는 서비스들에 대해 각각의 특화된 전용 네트워크의 접속서비스를 제공하는 기술'로서, '차별'을 핵심으로 하기 때문이다. 이에 대한 해결책으로, 국내에서는 '망 중립성 규제 완화를 통한 해결'과 '관리형서비스(managed services)를 통한 해결' 이 주장되고 있다.

'망 중립성 규제 완화'를 주장하는 측은 시장 논리에 따른 공정성, 경

* 주 저자, 성균관대학교 법학전문대학원 교수
** 교신 저자, 성균관대학교 BK21 PLUS ICT GLOBAL LEGAL STANDARD 선도 법전문가 양성사업팀 연구원

제성, 효율성, 품질 보장 등을 이유로 기존의 망 중립성 원칙에도 변화가 필요하다고 주장한다. 그러나 망 중립성은 평등의 원칙 실현과 표현의 자유 수호라는 헌법적 가치를 구현하는 것으로, 경제적 내지 경쟁법적 검토의 대상이라 할 수 없으며 정책 결정에 따라 폐기할 수 있는 것 또한 아니다.

'관리형서비스를 통한 해결'을 주장하는 측은 네트워크 슬라이싱을 현행 관리형서비스의 개념에 포섭하여 이를 도입하고자 한다. 그러나 우리나라의 관리형서비스는 인터넷접속서비스의 이용자가 자신이 이용하는 IPTV, VoIP의 끊김 없는 서비스를 위해 트래픽 관리에 대해 동의하는 것을 핵심으로 하는 바, 제3자에게 프리미엄 망을 제공하는 것과는 전혀 다른 특성을 지닌 서비스라 할 것이다. 현재 우리나라의 관리형서비스는 'ISP가 일반적으로 통용되는 최선형인터넷의 제공 방식과는 다른 트래픽 관리 기술 등을 통해 전송 대역폭 등 트래픽 전송 품질을 보장하는 서비스' 라고만 정의되어 있어, 네트워크 슬라이싱을 이에 포섭할 경우 인터넷접속서비스 이용자에게 예기치 못한 수인을 요구할 우려가 있다.

망 중립성은 헌법적 가치를 구현하는 것이자, 그 자체가 헌법적 가치를 지닌 원칙이므로 네트워크 슬라이싱 도입을 위해 이를 완화하거나 폐기할 수는 없는 것이다. 따라서 현실적으로 고려할 수 있는 방안은 관리형서비스의 개념에 포섭을 하는 것이나, 현재 우리나라의 관리형서비스 개념은 그 정의가 지나치게 불명확하고 포괄적이므로 이에 대한 재정의가 필수적으로 선행되어야 할 것이다.

## Ⅰ. 문제 제기

5G 시대를 맞아 한동안 잠잠했던 망 중립성 논쟁이 다시 수면위로 떠오르고 있다. 특히, 5G 네트워크의 상용화로 네트워크 슬라이싱(Network Slicing) 기술의 도입에 대한 요구가 늘어나면서 특정 슬라이스를 특별 관리하는 것이 '망 중립성' 규제와 양립 가능한지의 문제이다. 5G 네트워크 슬라이싱은 '하나의 물리적인 네트워크 인프라를 다수의 독

립적인 가상 네트워크로 분리함으로써 서로 다른 접속서비스를 요구하는 서비스들에 대해 각각의 특화된 전용 네트워크의 접속서비스를 제공하는 기술'로서, 하나의 망 내에서의 서비스 별 속도와 품질 등의 차별화를 통하여 프리미엄 망을 제공할 수 있도록 하는 것이다.

해외 주요국들은 5G 시대의 망 중립성 규제 정책에 대한 각기 다른 행보를 보이고 있다. 예컨대, 미국은 2017년 12월, 망 중립성 규제의 전면적인 폐기를 선언한 반면,[1] 유럽연합(이하, "EU라 함")은 여전히 망 중립성 규제를 유지하겠다는 입장을 고수하고는 있으나 2018년 2월 EU의 유럽전자통신규제기구(이하, "BEREC"이라 함)[2]의 의장이 5G 네트워크 슬라이싱의 망 중립성 위반 여부에 대한 컨설팅 추진 계획을 발표하면서 EU에서도 망 중립성과 5G 간의 상충 정도를 검토하는 단계가 진행 중에 있음을 짐작할 수 있다.[3]

국내에서는 이에 대한 해결책으로, '망 중립성 규제 완화를 통한 해결'과 '관리형서비스(managed services)를 통한 해결'이 주장되고 있다. '망 중립성 규제 완화'를 주장하는 측은 시장 논리에 따른 공정성, 경제성, 효율성, 품질 보장 등을 이유로 기존의 망 중립성 원칙에도 변화가 필요하다고 주장하는 한편, '관리형서비스를 통한 해결'을 주장하는 측에서는 기존 망 중립성 규제를 유지하되 ISP의 트래픽 관리 권한이 인정되는 관리형서비스에 5G 네트워크 슬라이싱을 통한 프리미엄 망 서비스를 포섭시킬 것을 제안한다. 이러한 논쟁은 5G 네트워크 슬라이싱 기술의 도입과 망 중립성 규제 간의 '차별'(differentiation)과 '비차별'(equality)의 논쟁이자, 그 이면에는 해당 기술을 통한 '인터넷서비스제공자(Internet Service Provider: 이하, "ISP"라 함)에 의한 트래픽 차별이 과연 정당성을 가질 수 있는지'의 문제로까지 확대된다고 할 수 있겠다.

따라서 본 고에서는 먼저, Ⅱ) 망 중립성 원칙을 중립성의 법적 의미와

---

1) 이러한 결정은 미국의 이동통신 사업자들의 5G 투자를 위한 규제 불확실성을 제거하기 위해 내린 결정이라 평가되고 있다(조대근/박성철, "5G시대 네트워크 슬라이싱, 특화 서비스, 대가에 의한 우선 처리 서비스 비교 연구", 방송통신연구, 한국방송학회, 2018.10.,106면).

2) BEREC :Body of European Regulation for Electronic Communication

3) 심민수, 5G 시대의 망 중립성 정책 진화방향, 발제문, 5G 시대의 망 중립성 어디로 가고 있는가? 해외 전문가 초청 세미나, 2018.9., 17면.

함께 그 의의를 정의내리면서 「헌법」상 기본권인 평등의 자유의 실현, 표현의 자유 보호 측면에서의 망 중립성 원칙이 가지는 함의를 고찰해보고, Ⅲ) '5G 네트워크 슬라이싱'과 해당 기술을 둘러싼 망 중립성 관련 논의, 구체적으로는 5G 네트워크 슬라이싱 기술을 도입한다 하여도 여전히 망 중립성 규제가 유지되어야만 하는 이유를 검토해본 뒤, Ⅳ) 5G 네트워크 슬라이싱을 관리형서비스에 포섭하려는 시도와 관련하여 우리나라의 관리형서비스의 개념을 선진국들의 입법례와 비교 분석해봄으로써, 그러한 시도에 대한 비판과 함께 이러한 논란을 불식시키기 위하여 관리형서비스의 개념을 보다 명확히 재설정 하도록 하겠다.

## Ⅱ. 망 중립성의 의의와 헌법적 가치

### 1. 망 중립성의 의의

#### 가. 중립성의 법적 의미

##### 1) 소극적 중립성

'소극적 중립성'(negative neutrality)이란, '어떠한 대상들 또는 사안들을 공평하게 대하는 것, 불간섭과 가치중립, 불평등에서 발생하는 불평등한 결과에 대처하기보다는 방관을 통한 묵인으로 기존 질서의 유지를 강화하는 것'을 의미한다.[4] 중립성은 대개의 경우, '분쟁 상황에 관여 내지 개입하지 않는 것, 당사자의 어느 편도 들지 않는 것, 아예 분쟁 그 자체에 등을 돌리고 손을 씻는 것, 똑같이 대하는 것' 등으로 이해된다.[5] 여기서의 핵심은 '어느 편에도 들지 않고 거리를 유지함으로써 분쟁 또는

4) 김민호, 망 중립성 원칙의 헌법적 가치와 법적 해석, 발제문, 4차 산업혁명시대 스타트업 혁신을 위한 규제개혁 토론회-공정경쟁환경조성을 위한 망 중립성/제로레이팅-, 2019.5., 2면.

5) 김도현, "국가와 법의 중립성에 관한 고찰 -동등한 존중으로서의 중립성 원리-", 법철학연구 제18권 제3호, 2015, 한국법철학회, 45면.

경쟁 당사자의 그 어느 쪽에도 영향을 미치지 아니함'이라 할 것인바, 어느 한 쪽의 편도 들지 않는 것이 중립성의 개념소(槪念素)라 할 수 있겠다.[6] 가령, 운동 경기에서의 심판의 역할은 어느 쪽 편에도 서지 않으면서 경쟁 관계의 양 당사자가 경기 규칙을 똑같이 지키도록 하는 동시에 당사자들의 실력, 체력, 운 등의 외부 요인이 경기 결과에 미치는 영향을 차단하지도 않는다.[7]

### 2) 적극적 중립성

'적극적 중립성'(positive neutrality)이란, '정책 또는 가치 판단에 영향을 미칠 수 있으나 정책 또는 가치와 무관한 인종, 성별, 사회적 계급 등의 요소들을 중립화(neutralize) 시키는 것'으로서,[8] 이상적인 재판에서와 같이 분쟁 당사자의 인종, 학력, 성별, 부 등의 요인이 재판의 승패에 영향을 미치지 아니하도록 적극적으로 노력하는 것이다. 즉, 재판 과정과는 무관한 요인들을 적극적으로 중립화시키는 조건의 확립과 유지가 중립성의 핵심이라 할 수 있다.[9] 그러한 점에서 중립성은 어느 편을 편애하거나 불리하게 대우하지 아니한다는 의미이자, 특정한 요인들이 과정 및 결과에 영향을 미치지 아니하도록 적극적으로 규제한다는 의미를 내포하고 있다.[10]

### 3) 국가 중립성의 원칙

'국가 중립성의 원칙'(principle of state neutrality)이란, '국가는 기본권의 보장, 제한, 공익 추구에 있어서, 구성원들의 종교, 성별, 사회적 신분, 그리고 삶에 대한 포괄적 신조에 대하여 어느 특정한 쪽에 더 가치를 두거나 어느 쪽을 편들지 아니하는 불편부당(不偏不黨)함을 유지해야

---

6) R. Goodin and A. Reeve (eds.), 「Liberal Naeutrality」, Routledge. 1989, pp. 9~; 김도현, "앞의 논문", 45면 재인용.
7) R. Goodin and A. Reeve (eds.), op.cit., p.19; 김도현, "앞의 논문", 45면 재인용.
8) 김민호, 앞의 발제문, 2면.
9) 김도현, "앞의 논문", 46면.
10) R. Goodin and A. Reeve (eds.), op.cit., p.20; 김도현, "앞의 논문", 46면 재인용.

하는 원칙'을 의미한다.[11] 국가에게 요구되는 중립성은 결과 측면이 아닌, '근거 측면에서의 중립성'으로 이해되어야 할 것인바,[12] 국가는 어떤 정책을 입안하고 집행하는 이유가 누군가를 편드는 신념에 기초하여서는 안 되며 이러한 중립성은 준수 가능한 것일 뿐만 아니라 준수의 의무 또한 있다.

우리 「헌법」에서는 '중립성'이라는 용어를 직접적으로 사용하고 있지는 않고 있더라도 그 체제와 형식, 문언 등을 고려하여 볼 때 국가의 불편부당한 의무를 규정하고 있는 조항으로는 제10조의 '인간의 존엄과 행복 추구권'과 제11조 제1항의 '평등권' 등을 들 수 있다. 특히, 중립성의 원칙은 평등의 원칙을 '국가의 의무' 측면에서 규정한 것이라 할 수 있는 바, 권리적 측면에서의 평등원칙이 평등권이라 할 때, 그러한 평등원칙을 국가의 평등 대우의 의무로서 정식화하여 이를 구현하는 방식이 바로 중립성의 원칙인 것이다.[13] 결론적으로 '국가 중립성'은 기본권 주체가 「헌법」 제10조, 제11조 등의 기본권을 행사함에 있어서 이를 간섭, 저해하거나 유·불리를 만들어내는 것과 같은 국가 행위에 적용할 수 있다.[14]

### 나. 망 중립성의 개념

#### 1) 망 중립성의 일반적 개념

망 중립성(Network Neutrality)이란, 일반적으로 '인터넷으로 전송되는 데이터 트래픽에 대해 그 내용, 유형 및 종류, 제공 사업자, 부착된 단말기기 등에 관계없이 동등하게 처리(equal treatment of all data packets; no priority delivery)하는 것'을 의미하는 바,[15] 망 중립성 관

---

11) 국가중립성은 대체로 국가는 1) 바람직한 삶이 무엇인가에 관한 견해, 입장 가운데 어느 한 쪽 편을 들지 아니함, 2) 특정한 민족 혈통 집단을 편애하지 아니함, 3) 피부색에 따라 시민들을 구별하지 아니함, 4 ) 특수이익집단이나 지배계급 등의 도구가 아님을 의미한다는 것으로 이해할 수 있다(김도균, "앞의 논문", 47면).

12) J. Rawls, 『Political Liberalism』 1996, p.193; 김도현, "앞의 논문", 57면 재인용.

13) 국가 중립성에 관한 자세한 내용은 김도현, "앞의 논문", 44면 이하를 참조할 것.

14) https://www.civiledu.org/993 (최종 방문 일자: 2019.11.13).

련 논의는 그 개념을 먼저 명확하게 정립하는 것에서부터 시작되는 것이 일반적이나 이에 참여하는 개별 주체에 따라 다양한 관점에서 논의가 전개되고 있어 이를 일목요연하게 정리하기란 쉽지 않다.

인터넷접속서비스제공자(Internet Service Provider: 이하, “ISP"라 함) 측에서의 ‘망 중립성’은 자신이 운영하는 망을 이용하는 최종 이용자(end user)와 콘텐츠 사업자(Contents Provider : 이하, “CP"라 함)등에 대하여 차별 없는 자유로운 접근을 허용하고 그 망을 통과하는 모든 트래픽을 동등하게 처리하는 것[16]으로 이해된다. 한편, 이용자 측에서는 인터넷의 개방성 하에 모든 최종 이용자가 콘텐츠, 애플리케이션을 자유롭게 접근, 이용할 수 있고 해당 네트워크의 그 어떤 이용자와도 차별 없이 연결되며,[17] 대역 제어와 트래픽 차별에 의해 제한받아서는 안 된다는 의미로 일종의 권리 차원에서 정의되기도 한다.[18] 또한 CP 측면에서는 자신의 서비스를 제공하고 그를 활용하는 데 있어 특별한 추가요금의 지급 요구나 트래픽 제한 등의 부당한 차별을 받지 않아야 한다는 것으로 이해된다.[19]

그런데 이러한 다양한 개념 설명에도 불구하고 인터넷의 가장 기본적인 설계 원칙하에 ‘망 중립성’을 이해하면 그 개념이 더욱 선명해진다. 일반적으로 인터넷은 TCP/IP 운영 체제를 기반으로 하는 오픈네트워크(open network)로서,[20] 데이터 전송은 정보 패킷(packet)이 지닌 유형,

---

15) 정보통신정책연구원, CPND 구조에서의 시장참여간 균형 있는 발전을 위한 통신망 관리·이용원칙 정책방안 연구, 방송통신정책연구 13-진흥-041, 2013.11., 3~4면.

16) 정보통신정책연구원, 앞의 연구보고서, 3면. 임규철, “망중립성”, 비교법연구 제11권 제2호, 동국대학교 비교법문화연구원. 2011.10., 32-33면.

17) FCC의 2005년 8월 정책선언(Policy statement) FCC는 법이 허용하는 범위 내에서 인터넷 이용자는 원하는 콘텐츠, 애플리케이션, 서비스, 관련 기기를 자유롭게 접근 또는 이용할 권리가 있고 사업자간 경쟁에 따른 혜택을 누릴 권리가 있다는 4가지 정책원칙을 발표하였다. 그 다음에 4원칙의 준수 포함 외에도 ‘초고속인터넷 가입자 망 구간에서 전송되는 패킷에 대해 그 원천(Source), 소유자(ownership), 목적지(destination)에 따라 차별하지 않는다’는 더 직접적이고 명시적인 내용이 추가 되었다. (김성환/이내찬/김형찬, “망중립성의 배경 및 이론의 이해”, 정보통신정책연구 제15권 제1호, 2008.3., 100~104면).

18) EC, 2006, p.32 ; 박설아, “망 중립성 정책 변화에 관한 연구 미국과 유럽의 제도를 중심으로”, 정보사회와 미디어 제20권, 한국정보사회학회, 2011, 96면.

19) 임규철, “앞의 논문”, 32-33면.

20) 송진/유의선, “공정경쟁 관점에서의 망중립성 분석: 인터넷멀티미디어방송사업법 제14조에

용도, 중요성 등과는 관계없이 먼저 들어온 패킷이 우선 전송되는 소위 선입선출(first in, first out)의 최선형(best effort)방식과, 그리고 이때의 네트워크는 트래픽을 '전송'하는 기능만을 수행할 뿐, 망 위의 전송되는 패킷이 누가 전송하는지, 어떤 내용인지, 어떤 단말을 이용하는지 등과 관계없이 동등하게 트래픽을 처리하여야 하는[21] 단대단(end-to-end)원칙 하에 이루어진다.[22]

구체적으로 인터넷 상에서의 데이터의 전송은 패킷이라는 기본전송단위로 이루어지는 바, 어떤 종류의 파일일지라도 전송하기에 효율적인 크기의 패킷으로 분할되며, 그 각각의 패킷이 라우터를 통하여 가장 '효율적'인 경로로 이동하다가 최종 목적지에 도달하면 다시 재조립되는 과정을 겪게 된다. 이 일련의 과정에서 네트워크는 단지 전송 기능만을 수행하기 때문에 먼저 들어온 패킷이 우선 전송되는데 이것이 바로 인터넷 구동 원리의 핵심이라 할 수 있다.

그런데 이러한 패킷 전송 과정에서의 '효율적인 경로선택 가능성'이 바로 ISP의 차별 행위를 가능하게 하는 요인이자, 망 중립성 문제를 야기하게 된다. 가령, 트래픽 증가로 인한 라우터의 송출 링크(outgoing link)의 혼잡 시, 콘텐츠나 애플리케이션 서비스제공자 입장에서는 더 빠른 속도, 품질 등에 대한 수요가 증가하는 한편, 이에 기술의 발전 등으로 트래픽 제어 등 ISP의 네트워크 관리가 용이해지면서[23] ISP는 서비스의 종류나 발신자 등에 따라 우선순위를 두어 라우터의 송출 순위를 제어할 수도 있고, 패킷을 폐기(discard)하거나 ISP가 인터넷전화(VoIP) 등과 같은 특정 서비스를 찾아 전송을 지연시킬 수도 있다는 점이 바로 그 것이다. 따라서 선입선출방식으로 이루어지는 데이터 전송과정에서

---

대한 해석을 중심으로", 한국언론학보 제52권 제3호, 한국언론학회, 2008., 442-443면.

21) 물론, 망중립성의 대표적 학자 중의 하나인 Tim Wu 도 망 중립성의 적용을 공공성이 강한 네트워크로 한정하여 IPTV나 사설 네트워크에 대한 무조건적인 동등대우를 주장하고 있는 것은 아니다(안정민, "미국 FCC 망중립성 규제의 허와 실", 경제규제와 법 제2권 제2호, 서울대학교 공익산업법센터, 2009. 142면).

22) 한국정보법학회, 「인터넷 그길을 묻다」, 중앙북스, 2012, 29면 ; 윤종수, "ICT 환경의 고도화와 중립성 이슈", 저스티스 제146-2호, 한국법률가대회 특집호Ⅰ, 한국법학원, 2015.02., 636면; 정호열/이상민, "망중립성(Net Neutrality) 논쟁과 관련 규제 소고", 성균관법학 제24권 제3호, 2012, 718면.

23) 송진/유의선, "앞의 논문", 443면.

방해될 우려가 있는 ISP의 트래픽 관리 행위를 미연에 방지하거나 막기 위한 정책적 시도로서 망 중립성 규제가 그 존재 의의를 가진다고 할 것이다. 즉, '망 중립성' 규제는 ISP 등의 특정 사업자가 접속서비스 시장의 시장 지배적 지위를 가지고 정보가 전송되는 여러 단계에서의 특정 콘텐츠, 애플리케이션 및 장치 등을 차별하는 능력과 행태를 제한하자는 것으로 볼 수 있다.[24]

망 중립성의 주요 원칙이 무엇인지에 대하여는 각 국가마다 구체적인 규범, 논의의 주체 등에 따라 상이할 수 있으나 공통적으로 초기의 망 중립성 논의의 본질을 무조건적인 '비차별'을 의미하는 것으로 이해했다면, 최근 들어서는 과부하를 야기하는 사용자 내지는 특정 서비스의 트래픽을 지연시키는 서비스 등에 대한 ISP의 '합리적 차별'은 필요하다는 입장으로 전환되어 이해하는 경향을 보이고 있다.[25] 이에 공통적인 원칙으로는 '차단금지', '불합리한 차별금지', '투명성' 등을 들 수 있는 바, 구체적으로 ISP는 원칙적으로 합법적인 콘텐츠, 서비스, 애플리케이션, 기기 및 장치 등을 차단하거나 그것의 종류나 유형, 내용 등에 따라 불합리하게 차별 대우하여서는 안 되며, 만일 ISP가 불가피하게 트래픽을 관리하여야 할 경우, 그 범위와 조건, 방법, 절차 등 트래픽 관리의 정보를 이용자 등에게 공개하여야 함을 주요 골자로 하고 있다.[26]

### 2) 망 중립성의 법적 개념

현행 법령에서는 '망 중립성'에 관한 명시적 정의 규정을 찾아볼 수 없다. 다만, 망 중립성 규제의 준수를 위해 필요한 원칙 및 기준 등을 마련하고 있는바, 가령 현행 「전기통신사업법」은 '전기통신사업자는 정당한 사유 없이 전기통신역무의 제공을 거부하여서는 아니 된다'고 정하면서

24) 윤종수, "앞의 논문", 640~641면.
25) 정호열/이상민, "앞의 논문", 735면.
26) 미국 FCC가 2010년 제시한 이른바 Open Internet Rules나 국내의 가이드라인 역시 차단금지, 차별금지, 투명성 원칙을 망중립성의 주요 원칙으로 제시하고 있다(김배현, "인터넷 시장환경의 변화와 망중립성 논의의 나아갈 방향 -최근 미국의 Verizon Case 및 우리의 법제를 중심으로-", LAW&TECHNOLOGY 제10권 제4호, 서울대학교 기술과법센터, 2014. 7., 26면).

(제3조 제1항), '다른 전기통신사업자 또는 이용자의 전기통신회선설비 이용 형태를 부당하게 제한하지 아니할 것' 그리고 '특정인을 부당하게 차별하여 취급하지 아니할 것'으로 규정하고 있다(제28조 제3항). 또한 동법 시행령에서는 '전기통신서비스를 이용해 다른 전기통신서비스를 제공하려는 자에게 불합리하거나 차별적인 조건 또는 제한을 부당하게 부과하여 이용자의 자유로운 선택이나 이용을 제한하는 행위를 금지'하는 내용을 담고 있으며,(제50조 제1항 제5호). 그 밖에 '상호접속'(제39조)과 '공동사용'(제40조)을 명시함으로써 망 개방 원칙을 준수하여야 할 것을 규정하고 있다. 그 외에도 「과학기술정보통신부와 그 소속기관 직제」에서 통신정책국 국장의 분장 사항 중 하나로 "통신시장 망(網) 개방 및 망 중립성 정책의 수립"(제15조 제13호)을 정하고 있으며, 과학기술정보통신부 하 가이드라인의 형태로 망 중립성 및 인터넷 트래픽 관리에 관한 기본원칙 등을 명시하고 있다.

「망 중립성 및 인터넷 트래픽 관리에 관한 가이드라인」(이하, "망 중립성 가이드라인"이라 함)에서는 ISP의 트래픽 관리에 관한 기본 원칙으로 '차단금지', '불합리한 차별금지', '투명성' 등을 명시함과 동시에 이용자의 권리로서 합법적인 콘텐츠 등의 자유로운 이용과 트래픽 관리에 관한 정보를 제공받을 것을 규정하고 있다. 다만, ISP는 '합리적 트래픽 관리' 차원에서의 보안성·안정성 확보, 혼잡 관리 및 법령상 필요한 경우와 그리고 IPTV, VoIP 등과 같이 최선형인터넷과는 다른 기술이 적용되는 '통신서비스 품질보장'(Quality of Service: 이하, "QoS"이라 함)[27] 서비스로서의 '관리형 서비스'의 경우에 한하여서만 예외적으로 ISP의 트래픽 관리 권한을 인정하고 있다. 결국, 이 모두는 망 중립성 준수를 위해 필요한 원칙과 기준 등을 정하고 있는 것일 뿐, '망 중립성'이 과연 무엇인지에 관한 법적 개념은 명시적으로 규정하고 있지 않다.

27) QoS(Quality of Service)는 다른 사용자, 데이터 흐름, 응용 프로그램 등에 '우선순위'를 정하여 데이터 전송에 특정 수준의 성능을 보장하기 위한 능력이다. 국내에서 QoS를 특별히 한국말로 옮겨 사용하는 예가 드물다.

## 2. 망 중립성의 헌법적 가치

### 가. 평등의 원칙의 실현

망 중립성은 'ISP가 합법적인 콘텐츠 서비스 또는 위해를 주지 아니하는 기기 장치를 차단하거나 서비스 유형 또는 제공자 등에 따라 합법적 트래픽을 불합리하게 차별하는 것을 금지하는 것'이다.[28] 이는 누구든지, 어떤 기기 장치이든지 공중망에 접근할 수 있어야 할 뿐만 아니라 정보 패킷의 구분에 따른 불합리한 차별을 받지 아니함을 의미하는 바,[29] 이러한 망 중립성은 인터넷 전반에 적용되는 규제책으로서 우리 「헌법」상 '평등의 원칙을 실현'하는 데서 그 존재 의의를 지닌다 할 수 있다.

망(network)은 비록 ISP의 소유에 기한 사유(私有) 재산이자 이를 통해 제공되는 인터넷 서비스는 곧 ISP와 이용자 즉, 사인 간의 계약 관계에 의하여 제공되는 서비스라 할지라도, 네트워크의 네트워크로서의 인터넷은 누구든지 혁신을 이루어낼 수 있는 장(場)으로서 '공공자산'이라 할 수 있기 때문에 인터넷서비스는 이른바 공공서비스(public service)로서 '평등의 원칙'이 적용된다.[30]

우리 「헌법」제11조 제1항에서는 "모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치·경제·사회·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니 한다"고 명시하고 있는 바, 공공서비스에서의 '평등'은 제공되는 서비스 이용에 있어서 불합리한 차별을 금지한다는 관점에서 접근할 수 있다.[31] 이용자 관점에서의 '평등'은 공공서비스의 제공이 '특정 이해관계에 놓인 집단에 의하지 아니하고 중립적으로 제공되어야 한다는 것'을 의미하며, 결국 공공성을 지닌 인터

---

28) 김민호, 앞의 발제문, 10면.

29) 김천수, "망중립성의 공법적 기초 -망중립성 문제의 국개개입 근거 및 현행법상 문제점을 중심으로-", 외법논집 제38권 제2호, 2014.5., 73면, 김민호, 앞의 발제문, 10면.

30) 김천수, "앞의 논문", 75면.
국내에서 '평등의 원칙'외에도 '계속성의 원칙'과 '즉응의 원칙'이란 공공서비스 3원칙에 따라 지켜져야 할 헌법적 가치로 논의되고 있다(김민호, 앞의 발제문, 10면).

31) 전훈, "공공서비스 활동에서의 중립성 원칙", 공법학연구 제8권 제2호, 한국비교공법학회, 2007, 85면.

넷 관련 '중립성'은 공공서비스의 평등 원칙으로부터의 요청이라 할 수 있다.[32] 그러한 점에서 망 중립성은 인터넷 등 통신 수단에의 공평한 접근을 보장하는 것이며 그러한 원칙 하에서 인터넷접속서비스는 ISP의 트래픽 관리에 의한 불합리한 차별 특히, 이해관계에 따른 차별이 금지되고 중립적으로 제공되어야 한다.

### 나. 표현의 자유의 보호

표현의 자유를 내용으로 하는 언론·출판의 자유는 민주국가의 존립과 발전을 위한 필요불가결한 자유로서, 현대 「헌법」상 다른 기본권에 비하여 우월한 지위를 지닌다 할 수 있다.[33] 표현의 자유는 개인이 자신의 사상 또는 의견의 자유로운 '표명'과 그것을 '전파'할 자유를 누림으로써 스스로 공동 사회의 일원이 됨과 동시에 자신의 인격을 발현하는 데 가장 유효하고도 직접적 수단이자, 가장 중요한 기본권[34] 가운데 하나로 인식되고 있다.

여기서 사상 또는 의견의 자유로운 표명은 자유로운 의사의 형성이 전제되어야 하는바, 이는 곧 '충분한 정보로의 접근이 보장'됨으로써 비로소 가능한 것이며 자유로운 의사의 표명은 자유로운 수용 또는 접수와 불가분의 관계에 있다.[35] 특히, 오늘날 인터넷은 신문과 방송 등 어느 매체들보다 일반인의 접근이 용이한 구조라 할 수 있기 때문에 인터넷에 관한 접근권 또한 우리 「헌법」상 도출되는 권리라 할 수 있고, 그 권리의 근거는 언론·출판의 자유에서 찾을 수 있을 것이다.[36]

이처럼 표현의 자유는 민주주의를 실현하고 유지하는데 그 존재 의의를 지닌다고 할 것인데, 이에 따라 우리 현행 「헌법」과 법률에서도 국가 및 자본 권력, 특정 이념이나 종파·정파 등의 개입으로부터 표현의 자유를 보호하기 위해 여러 제도적 장치를 마련하고 있는 바, 가령 모욕이나 명예훼손 등 특별한 경우를 제외하고는 국가 공권력으로부터의 표현

32) 전훈, "앞의 논문", 87면.
33) 헌법재판소 1991.9.16 선고, 89헌마165, 헌법재판소 2004.3.25. 선고 2001헌마710.
34) 헌법재판소 1998.4.30 선고, 95헌마16.
35) 이윤호, "헌법적 관점에서의 망중립성 논의", 세계헌법연구 제17권 제2호, 2011, 192면.
36) 이윤호, "앞의 논문", 192면.

의 자유를 억압하는 것을 금지하고 있으며, 현행 신문법,[37] 방송법,[38] IPTV법[39], 정보통신망법 등 소위 '미디어법'에서 대기업, 일간 신문 및 외국인들의 지분 참여의 제한을 두는 것은 자본 권력의 집중으로부터 국내 언론이 잠식당하는 것을 방지하기 위함이다. 특정 종파나 언론에 집중되는 것을 피하려 종편 보도 방송채널사용사업자(Program Provider: PP)에 대해 등록이 아닌 승인 제도를 취하고 있음은[40] 바로 이 같은 이유에서다.

결국, 표현의 자유에 대한 위협은 바로 정보 접근에 대한 '권력의 통제와 관리'에 있다고 할 것인데, 예컨대 밀(John Stuart Mill)은 진리의 발견이 누구에게나 개방된 사상의 자유 즉, 국가의 개입이나 규제가 없는 상태에서 가장 잘 실현될 수 있다고 피력할 정도[41]이다. 그런데 만일 인

---

37) 「신문 등의 진흥에 관한 법률」 제18조 제1항 :「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제2조제2호에 따른 기업집단 중 자산총액 등 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 기업집단에 속하는 회사(이하 "대기업"이라 한다)와 그 계열회사(대통령령으로 정하는 특수한 관계에 있는 자를 포함한다)는 일반일간신문을 경영하는 법인이 발행한 주식 또는 지분의 2분의 1을 초과하여 취득 또는 소유할 수 없다.

38) 「방송법」 제8조 제3항: 지상파방송사업자의 주식 또는 지분 총수의 100분의 10을 초과하여 소유할 수 없으며, 종합편성 또는 보도에 관한 전문편성을 행하는 방송채널사용사업자의 주식 또는 지분 총수의 100분의 30을 초과하여 소유할 수 없다.

39) 「인터넷 멀티미디어 방송사업법」 제8조 ③ :「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제2조제2호에 따른 기업집단 중 자산총액 등 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 기업집단에 속하는 회사와 그 계열회사(대통령령으로 정하는 특수관계자를 포함한다) 또는 「신문 등의 진흥에 관한 법률」에 따른 신문이나 「뉴스통신진흥에 관한 법률」에 따른 뉴스통신을 경영하는 법인(대통령령으로 정하는 특수관계자를 포함한다)은 종합편성 또는 보도에 관한 전문편성을 행하는 인터넷 멀티미디어 방송 콘텐츠사업자의 주식 또는 지분 총수의 100분의 49를 초과하여 소유할 수 없다

40) 「방송법」 제9조 제5항, "방송채널사용사업·전광판방송사업 또는 음악유선방송사업을 하고자 하는 자는 과학기술정보통신부장관에게 등록하여야 한다. 다만, 종합편성이나 보도에 관한 전문편성을 행하는 방송채널사용사업을 하려는 자는 방송통신위원회의 승인을 받아야 하고, 상품소개와 판매에 관한 전문편성을 행하는 방송채널사용사업을 하려는 자는 과학기술정보통신부장관의 승인을 받아야 한다. 이 경우 데이터방송을 하기 위하여 등록을 하거나 승인을 얻은 자는 등록을 하거나 승인을 얻은 날부터 7일 이내에 「전기통신사업법」 제22조의 규정에 의한 부가통신사업의 신고를 하여야 한다.

41) John Stuart Mill은 「On Liberty」에서,
"1) 침묵을 강요당하는 모든 의견은, 그것이 어떠한 의견인지 우리가 확실히 알 수는 없다고 하더라도 진리일 가능성이 있다. 2) 침묵을 강요당하는 의견이 설령 거짓된 것이라 하더라도 그것이 일정 부분 진리를 담고 있을지도 모르기 때문에, 대립하는 의견들을 서

터넷 전반에 적용되는 규제책으로서의 망 중립성 원칙의 적용 자체가 완화된다거나, 망 중립성 원칙의 예외가 광범위하게 인정됨으로써 망에 흐르는 콘텐츠에 대한 ISP의 통제와 관리가 광범위하게 이루어지게 된다면, 이 또한 표현의 자유를 심각하게 훼손할 수 있음은 주지의 사실이다. 만일 甲이 쓴 칼럼에 대하여, A 포털에서는 지지 댓글 3개를 포함한 5개의 댓글이 달린 반면, B 포털에서는 67개의 입에 담지 못할 욕설 댓글이 달려있는 상황에서 그 B 포털은 甲과 정파적 이념을 달리하는 이용자들이 더욱 많이 이용하는 것으로 가정하였을 때, A와 B 포털 각각의 이용률이 7:2인 정도를 감안한다고 하더라도 ISP의 트래픽 관리를 통해 인위적으로 특정 포털의 지배력을 높일 수 있다고 한다면, 여론의 왜곡이 초래될 위험성은 충분히 존재할 수 있으며 이는 심각한 문제라 할 것이다.[42]

## Ⅲ. 5G 네트워크 슬라이싱과 망 중립성

### 1. 5G 네트워크 슬라이싱의 의의

#### 가. 5G 네트워크의 특징

5G는 지금까지의 통신 주파수와는 완전히 다른 주파수를 이용하여 제공되는 이동통신망이다. 5G의 주파수 대역은 기존 4G에 사용된 주파수 대역(850 MHz, 1.8GHz)에 비해 훨씬 고주파수 대역인 3.5 GHz 또는

---

로 부딪치게 하는 것만이 나머지 진리를 찾을 수 있는 유일한 방법이다. 3) 통설이 진리일 뿐만 아니라 전적으로 옳은 것이라 할지라도 어렵고 진지하게 시험을 받지 아니하면 그것을 받아들이는 사람들 대부분은 그 진리의 합리적 근거를 그다지 이해하지도 못한 채, 그저 하나의 편견과 같은 것으로만 간직하게 될 것이다."라고 하면서, 이러한 이유 등 때문에 다른 의견을 가질 자유와 그것을 표현할 자유가 인간의 정신적 복리를 위해 중요하기 때문에 표현의 자유가 존중되어야 함을 강조하였다(John Stuart Mill, 「On Liberty」(1859), Batoche Book(Canada) Kitchener, 2001, pp.50~).

42) 김민호, 앞의 발제문, 12면.

28 GHz를 이용하는 바,[43] 5G 네트워크의 핵심은 방대한 데이터를 아주 빠르게 전송할 뿐만 아니라 지연(delay)현상이 없어 실시간으로 모든 것을 연결할 수 있으며, 대역폭을 구분하여 사용할 수 있게 되었다는 데에 있다고 할 수 있다. 5G 시대의 네트워크는 제4차 산업혁명의 핵심 인프라로서[44] 다음과 같은 기술 조건이 만족되어야 하는 바, ① 다양하고 복잡한 이유로 폭증하는 데이터 트래픽 양을 처리할 수 있어야 하며, ② 연결되어있는 단말, 이용자, 서비스 별 각각이 요구하는 다양한 데이터 서비스에 대한 욕구를 충족하기 위해 제공되는 네트워크가 이종망(HetNet)의[45] 성격을 지니고 있을 뿐 아니라 안정성 등 품질 만족도 역시 높아야 하고, ③ 각종 비용을 절감할 수 있는 효율적인 네트워크이어야 한다.[46] 4G까지의 네트워크는 일반적인 연결성을 위한 네트워크로서 용도별 차별화가 어려웠다면, 5G는 헬스케어, 자동차 등과 같은 '버티컬 산업'(Vertical industries)등이 요구하는 기술적 필요에 적합한 네트워크로서 연결성, 유연성·다양성 및 맞춤형 솔루션을 제공할 수 있어야 한다.[47] 예컨대, 4G 시대까지는 다양한 차량이 해당 도로를 모두 이용할 수 있도록 하였으나, 5G 시대에는 특정 목적을 가진 차량 또는 특정 차량만을 위한 도로가 별도로 건설되어 이용할 수 있도록 하는 것과 마찬가지라 할 수 있다.[48]

---

43) SBS NEWS, 무늬만 5G ②- 건물을 뚫지 못하는 주파수? … 실내·골목길에선 '먹통', 2019. 4.14일자 기사.

44) 2015년 9월, 국제전기통신연합(ITU-R: ITU Radiocommunication Sector)은 5G 성능에 대하여 모바일 브로드밴드 전송 속도 향상(eMBB: Enhanced Mobile Broadband), 대규모 단말기 동시 연결(mMTC: Massive Machine Type Communication), 초저지연 실시간 서비스(URLLC: Ultra-reliable and Low Latency Communication)라는 세 가지 목표를 비전으로 제시한 바 있으며, 이를 달성하기 위한 8가지 성능 지표를 제시하였다(조대근/박성철, "앞의 논문", 방송통신연구, 한국방송학회, 2018.10.,110-111면).

45) 여러종류의 셀(Cell)들이 혼재되어 운영되는 네트워크이다. 증가하는 데이터 서비스에 대한 요구를 충족하기 위해 기존의 매크로셀이나 마이크로셀에 저출력의 피코셀, 펨토셀, 무선 중계기 따위를 추가하여 구성한 네트워크이다. 소형 셀(스몰셀)의 용도는 정해져있지는 않지만, 피코셀은 데이터서비스 요구가 많은 핫 존(hot zone)에, 펨토셀은 실내 사무실이나 가정에, 무선 중계기는 매크로셀인 마이크로셀의 커버리지를 보완하는 용도로 운영할 수 있다(한국정보통신기술협회 정보통신용어사전, '이종망').

46) 조대근/박성철, "앞의 논문", 112-113면.

47) 박동주, 5G와 버티컬 산업 융합 동향, 한국정보통신기술협회 2018 01/02, 2018., 71-72면.

48) 조대근/박성철, "앞의 논문", 2018.10.,114면.

### 나. 5G 네트워크 슬라이싱의 의의

‘5G 네트워크 슬라이싱’은 ‘하나의 물리적인 네트워크 인프라를 다수의 독립적인 가상 네트워크로 분리함으로써, 서로 다른 접속서비스를 요구하는 서비스들에 대해 각각의 특화된 전용 네트워크의 접속서비스를 제공하는 기술’이다.[49] 네트워크 슬라이싱은 용어 그 자체에서 짐작되듯 네트워크를 조각조각 썰어 사용하는 것인데, 그 기술의 진가는 ‘나눌 수 있다(able to cut)’는 것이라기보다는 서비스 유형(use cases)에 따라 네트워크의 자원과 기능을 하나의 슬라이스로 묶어 제공하는 것으로서, ‘서비스 유형 간의 맞춤형 속성을 이동통신 코어 네트워크와 엑세스 네트워크에 부여할 수 있다’는 데에 있다.[50]

네트워크 슬라이싱이 5G 시대에 주목을 받게 된 데에는 다음과 같은 특징을 지니기 때문이다. 5G 네트워크 슬라이싱 기술을 통해 제공되는 각각의 슬라이스는 ‘독립된 네트워크’를 확보함으로써 네트워크 자원, 네트워크 운용 및 관리, 이용 상에서 다른 네트워크의 기능 및 다른 슬라이스에 대해 간섭함 없이도 개별 네트워크의 기능과 애플리케이션을 독립적으로 실행할 수 있게 된다. 즉, 특정 애플리케이션이 요구하는 QoS에 맞춰 네트워크 슬라이스를 동적으로, 효율적으로 할당할 수 있다.[51]

또한 독립된 네트워크는 한정된 물리적 자원에 ‘논리적’ 내지 ‘가상화된’ 대역 구분을 통해 만들어진 것이다. 때문에 물리적인 네트워크에 대한 투자를 늘리지 않아도 소프트웨어 프로그래밍을 통한 네트워크의 고안, 구축, 관리 등이 가능해짐으로써 네트워크 자원을 프로그램화하여 필요에 따라 유연하게 구축할 수 있다.[52]

---

49) 김수형/안세영/김지형/조성현, “5G 네트워크에서 V2X 서비스를 위한 네트워크 슬라이싱 연구 동향”, 학술대회논문집, 한국통신학회, 2019.1., 1096면.

50) 이승익/이지현/신명기, “5G 네트워크 슬라이싱 및 네트워크 관리 기술 표준화 동향”, 전자통신동향분석 제32권 제2호, 2017; NGMN Alliance, “Description of network slicing concept”, NGMN 5G, 2016, p.1; Rost,P.,et al, Network slicing to enable scalability and flexibility in 5G mobile networks, IEEE Communications Magazine, 55(5), 2017; 조대근/박성철, “앞의 논문”, 114면 재인용.

51) Zhang.H., Liu, N., Chu,X., Long, K., Aghvami, A.H.,&Leung,V.C., “Network slicing based 5G and future mobile networks: mobility, resource management, and challenges”, IEEE Communications Magazine, 55(8), 2017; 조대근/박성철, “앞의 논문”, 115면 재인용.

## 2. 5G 네트워크 슬라이싱 허용 요구

### 가. 망 중립성 완화에 의한 도입 시도

#### 1) 망 중립성 완화 주장

망 중립성 규제의 기본 철학은 '비차별'(equality)이지만, 5G 네트워크 슬라이싱을 통한 프리미엄 망 구분은 '차별'(differentiation) 내지는 '차별화 또는 다양화'[53]를 전제하고 있어 이들 간의 충돌이 불가피한 상황이다.[54] 이에 일각에서는 이러한 5G 네트워크의 특성으로 인해 '망 중립성 규제 적용에도 변화가 필요하다'거나 혹은 '망 중립성 규제를 완화하자'는 견해가 제기되어 왔으며, 다음과 같은 논거를 들고 있다.

이미 인터넷 생태계가 변화됨에 따라 시장 논리에 따른 공정성, 경제성 차원에서의 망 중립성 규제 완화의 필요성이 지속적으로 제기되어 왔으며[55] 특히, 5G 네트워크 구축에 소요되는 투자비가 막대하고 투입된 비용을 회수하기 위한 사업 모델이 불투명한 상황에서 망 중립성 규제가 5G 프리미엄 망 서비스에 적용되는 것은 불가능하다.[56] 이미 5G 시대의 대비를 위하여 ISP는 5G 주파수 경매 등을 통해 막대한 금액을 네트워크에 투자하였는데,[57] 획일적인 망 중립성 규제를 고수함으로써 5G 기

---

52) Jiang, Condoluci, Mahmoodi, T., "Networking slicing management & prioritization in 5G mobile systems", 2016.; Nakao, A., et al. "End-to end network slicing for 5G mobile networks", Journal of Information Processing, 25, 2017, pp.153-163; 조대근/박성철, "앞의 논문", 114면 재인용.

53) Brake, D., & Atkinson, R.D., "Crafting a grand bargain alternative to title Ⅱ: Net neutrality with net adoption". Information Technology and Innovation Foundation, October. 2015., ; Rysavyresearch., "How "Title Ⅱ" net neutrality undermines 5G", Rysavyresearch, 2017.,; 조대근/박성철, "앞의 논문", 106면 재인용.

54) '차별'과 '차별화'를 동일한 의미로 수용하기에 어려운 것은 '형평성'과 '효율성'이라는 철학적 차이에 기인하고 있기 때문인데, 이에 대한 합의 과정이 전제되어야 할 것이다(조대근/박성철, "앞의 논문", 106면).

55) 인터넷 상생 발전 협의회, 인터넷 상생 발전 협의회 결과보고서, 2018.12., 269-270면.

56) 유럽연합 내의 이동통신 사업자들 또한 같은 내용의 이유를 들어 망 중립성 규제 완화를 요구하고 있다(EU Telcos, 5G Manifesto for timely deployment of 5G in Europe: EU Telcos, 2016. ; 조대근/박성철, "앞의 논문", 105면 재인용).

반 서비스를 통한 수익 창출도 기대할 수 없다면, 향후 망에 대한 투자는 물론 5G 시대의 신규 서비스의 출시 및 산업의 혁신까지도 저해하는 등 인터넷 생태계 전반의 선순환에 부정적인 영향을 끼칠 수 있다는 것이다.[58]

또한 5G 시대에는 단순한 웹 브라우징 서비스부터 자율자동차 등의 5G 기반 서비스까지 모든 서비스가 하나의 망에서 제공되는데, 각 서비스가 요구하는 통신 품질은 크게 차이가 나기 때문에 일반 네트워크 하에서 이 같은 통신 조건을 모두 충족시키는 것은 불가능에 가깝다. 특히, 생명과 안전에 직결되는 자율주행차, 원격의료 서비스 등의 경우에는 일반 웹브라우징 서비스와는 달리, 초지연성 등의 고품질 네트워크가 필수적으로 요구되기 때문에 그러한 프리미엄 서비스까지 기존의 최선형인터넷 방식 하에서 함께 운용되도록 할 수 없다. 결국 5G 시대에서는 서비스 별 각각이 요구하는 속도와 품질에 맞게끔 별도의 네트워크 서비스를 구성하되 특히, QoS 서비스에 전용할 네트워크를 프리미엄 망으로 구분하여 요금 차별에 따라 속도, 품질 또한 '차등'을 두는 것이 불가피하다는 것이다.

따라서 기존에 유·무선 네트워크에 강한 규제책으로 적용되었던 중립성 규제가 5G 프리미엄 망 서비스에 적용되는 것을 불가능하므로 망 중립성 규제를 완화하여 줄 것을 요구하고 있다.

### 2) 문제점

5G 네트워크 슬라이싱을 통해 개별 서비스에 따른 맞춤형 네트워크를 제공하는 것은 제한된 네트워크 자원을 효율적으로 배분(配分)하기 위한 대안 가운데 하나일 수는 있으나, 그러한 5G 네트워크의 특성으로 인해 성급히 망 중립성 규제의 완화를 시도하는 것은 적절하지 않다. 이는 '차별'과 '비차별' 혹은 '차별'과 '차별화 또는 다양화' 가운데에서 어느 쪽에 더 무게를 두는가에 관한 논쟁이기도 하지만, 5G 프리미엄 망 서비스의

57) 과학기술정보통신부, 5세대(5G) 이동통신용 주파수 경매 최종결과, 보도자료, 2018.6., 1-3면.

58) 심민수, 앞의 발제문, 37면.

전제가 되는 트래픽 차별이 과연 '어떤 주체'에 의해 '어떠한 방식'으로 행하여지는 가에 관한 깊은 고민이 간과되어선 안 된다. 특히, 트래픽을 관리하는 주체가 바로 '통신망을 보유한 통신사'라는 점에 있어서 그 이면에는 '수익성에 따른 ISP의 통제권 강화를 용인할 것인가'의 문제이기도 하다.

주지하였듯이, 본래 인터넷은 네트워크의 네트워크로서 개념 그 자체로서 '공적 의미'를 지니고 있는 바, 네트워크는 TCP/IP에 따라 데이터의 전송기능 만을 수행할 뿐 모든 데이터가 사용자, 내용, 장비, 전송방식 등에 구애받지 아니하고 동등하게 취급되어야 한다는 '비차별', '상호접속', '접근성' 원칙하에 작동된다.[59] 이는 인터넷이 다른 망과의 공적인 상호접속을 필요로 하지 않고 특화된 망으로서의 트래픽 차별이 허용되는 '사적인 망'(private network)과는 달리 '중립성'이 요구되는 이유이기도 하다.[60]

그러한 점에서 우리나라는 전통적으로 통신 산업에 대하여 공익성을 갖는 것으로 여겨 왔는바, ISP가 소유한 각각이 통신망이 비록 사유(私有) 재산임에도 불구하고 이미 ISP를 기간통신사업자로 분류하여 통신산업의 공익성에 기초한 비차별적 의무를 지우고 있음은 바로 이 같은 이유에서다.[61] 이는 네트워크의 네트워크로서의 인터넷이 개념 그 자체로 공적 의미를 지닐 뿐 아니라, 망에 대한 투자와 운영 등에 있어서 정부기관, 공기업 또는 정부로부터 허가받은 소수의 특허기업 만이 가능하도록 규정하고 있기 때문에 특별히 ISP에게 보편적 역무 등의 사회적 책임이 부여하고 있는 것이다.[62]

이러한 인터넷 망의 공공재적 성격은 최근 대법원이 '시민단체의 통신비 원가 공개 요구'를 인용한 데에서[63] 다시금 확인할 수 있는바, 대법원은 ① 전파 및 주파수라는 공적 자원을 이용하여 제공되고 국민 전체의 삶과 사회에 중요한 의미를 가지는 이동통신서비스의 특징, ② 이동통신서비스가 공정하고 합리적인 가격에 제공되어야 할 필요 내지 공익,

59) 인터넷 상생 발전 협의회, 앞의 보고서, 262면.
60) 윤종수, "앞의 논문", 639면.
61) 윤종수, "앞의 논문", 638~639면.
62) 인터넷 상생 발전 협의회, 앞의 보고서, 189면.
63) 대법원 2018.4.12.2014두5477.

③ 이를 위한 국가의 감독 및 규제 권한이 적절하게 행사되고 있는지가 투명하게 공개되어야 할 필요성이 크다는 점을 적극 고려하였다.[64] 즉, 인터넷은 누구든지 혁신을 이루어낼 수 있는 장(場)으로서, '공공자산'(innovation commons)이라 할 수 있으며, 이는 비록 토지 또는 산하(山河)가 사유(私有)임에도 이것이 가져다주는 아름다운 자연 경관은 사회 전체의 것과 같은 이유인 것과 마찬가지다.[65]

따라서 망 중립성은 인터넷의 공적 측면으로서의 평등의 원칙을 실현하고, 표현의 자유를 보호하기 위하여서도 중요한 의미를 가지는 바, 단순히 경제적 내지 경쟁법적인 차원에서 그 정당성을 검토하는 것은 적절하지 않다.[66] 망 중립성은 애초부터 사업자 간 경쟁법적 원리에 의하여 탄생한 것이 아니기 때문에 시대 현실에 따라 변화가 요구될 수 있는 소위, '이상적'인 가치로서가 아니라 '헌법적 이념과 가치에 따르는 것'[67]이기도 하기 때문이다. 결국, 망 중립성은 어떠한 기술 내지 정책 결정 등에 따라 폐기할 수 있는 것이 아님을 분명히 하여야 한다.

그럼에도 불구하고 만일, 기존의 망 중립성 규제의 수준을 완화하면서 QoS를 요구하는 서비스에 전용할 네트워크를 프리미엄 망으로 구분하여 가격과 서비스 품질 등의 차별을 허용하게 된다면, '수익성에 따른 ISP의 통제권 강화'라는 심각한 문제를 야기할 수 있다. 5G 네트워크 슬라이싱은 한정된 물리적 자원에 논리적인 대역 구분을 둔 것으로 이는 '별도의 설비'가 아니라 망의 '논리적 분할'에 불과하기 때문에 결국, 하나의 망에서 가격에 따라 서비스의 속도, 품질 등에 차별을 두는 것이라 할 수 있다. 이는 결국 ISP의 트래픽 관리가 소위 '입찰'과 같이 고액을 지불한 CP에게 가격과 서비스에 차이를 두는 것인 바, 이는 정보 접근에 대한 ISP의 통제와 관리, 정보 접근과 공유에 금전적인 조건을 내거는 것과 다름없다고 할 수 있다.[68]

---

64) 대법원 2018.4.12. 2014두5477; 김현경, "제로레이팅(Zero-rating) 규제의 본질과 합리화방안 모색", 법학논집 제23권 제4호, 이화여자대학교 법학연구소, 2019.06., 105~106면.
65) 김천수, "앞의 논문", 75면.
66) 윤종수, "앞의 논문", 641~642면.
67) 김민호, 앞의 발제문, 10면.
68) 미국의 전체 데이터 트래픽의 1/3을 차지하는 넷플릭스는 2014년 컴캐스트와 '고객이 품질 높은 동영상을 시청할 수 있도록 상호 이익이 되는 계약'을 체결하였다고 발표하였는

더군다나 5G 네트워크 슬라이싱을 통하여 제공되는 프리미엄 망에 대하여 '통신의 긴급성'이라는 기준 하에 자율주행차, 원격의료 등 사업 유형에 따라 망을 구분할 것으로 예시를 들고 있다. 그러나 통신의 긴급성이라는 것이 사업 유형에 따라 특정될 수 있는 소지가 있기는 하지만, 사실 정보 패킷이 담고 있는 내용에 따라서도 얼마든지 차이가 발생할 수 있으므로 특정한 사업 유형만이 일반 웹브라우징 서비스에 요구되는 통신의 긴급성 보다 반드시 크다고 단언할 수는 없다.[69] 특히, 그 긴급성이라는 '기준'이 명확하게 설정되지 아니하는 한 ISP의 자의적 판단에 따라 프리미엄 망이 배분될 가능성이 충분히 있을 수 있다.

### 나. 관리형서비스를 통한 도입 시도

한 편에서는 기존의 망 중립성 원칙을 유지하되 5G 네트워크 슬라이싱을 통해 제공될 프리미엄 망을 망 중립성 원칙의 예외로 구분되고 있는 '관리형서비스'(managed services)에 포섭하자는 견해가 제기되면서 이와 관련한 검토가 본격화되고 있다. 관리형서비스는 현재 ISP의 트래픽 관리 권한이 인정되는 예외적인 경우에 해당한다. 다만, 5G 네트워크 슬라이싱 기반의 서비스를 관리형서비스로 인정할 것인지 여부에 대해서도 일단은 폭넓게 인정하고 문제가 발생하면 보완하자는 견해와[70] 중장기적으로 검토하되 엄격한 조건을 적용하자는 견해[71] 등 다양한 논의가

---

바, 이는 빠른 속도의 인터넷 전용 회선을 사용하는 조건 하에 추가비용을 주는 것이 핵심 내용으로 알려져 있다(박병선, "미국 케이블 TV 시장의 재편과 시사점: 컴캐스트와 타임워너케이블 합병을 중심으로", 정보통신정책연구원 제26권 제6호, 2014.,12면; 윤종수, "앞의 논문", 각주 46 재인용).

69) 박경신, 망중립성과 5G와 자사제로레이팅 논란, 발제문, 5G시대의 망중립성 어디로 가고 있는가?세미나, 2018.9., 66면.

70) 5G 네트워크 슬라이싱 기반의 서비스는 현행 망 중립성 가이드라인상 관리형서비스로 폭넓게 인정하여 일단 허용하고, 향후 문제 발생시 추가 규제를 검토하는 방식의 접근이 합리적이며, 다양한 서비스에 최적화된 별도 전용망이며 품질 보장 서비스이므로 관리형서비스에 해당되며, 5G와 인터넷서비스의 발전, 이용자 편의를 위해서도 긍정적인 영향을 미칠 것이라는 견해가 있다.

71) 구체적 5G 네트워크 슬라이싱 표준이 올해 하반기에 마련될 예정이며, 자율주행차, 원격의료 등 서비스도 출시에 상당 시간이 소요될 것인바, 현 시점에서 허용여부를 논의하는 것은 무의미하다. 한편, 5G 네트워크 슬라이싱 기반 서비스라는 이유로 폭넓게 관리형서

진행 중에 있다. 이에 EU의 BEREC은 '5G 네트워크 슬라이싱을 이용하는 것은 EU의 특수서비스(우리나라의 '관리형서비스')에 해당하게 될 것'이라는 입장을 밝히면서,[72] 5G 네트워크 슬라이싱의 도입을 관리형서비스에 포섭시키자는 견해가 더욱 설득력을 얻고 있는 상황이다. 이에 대한 구체적인 검토는 다음 장에서 하도록 하겠다.

## Ⅳ. 5G 네트워크 슬라이싱을 관리형서비스에 포섭하려는 시도에 대한 비판과 대안

### 1. 관리형서비스의 개념적 정의

'관리형서비스'(managed services)란 일반적으로 TCP/IP라는 인터넷 프로토콜을 사용하지만 최선형인터넷(best effort Internet)이 아닌 서비스로서, 소위 IPTV, VolP(인터넷전화) 등과 같이 매우 엄격한 수준의 품질 수준을 충족시켜야 하는 특정 서비스에 대해 특정 수준의 QoS를 보장하기 위한 ISP의 트래픽 관리 권한이 인정되는 서비스를 말한다.[73] 국가마다 이러한 특성을 지닌 서비스를 '관리형서비스' 또는 '특수서비스'라 명명하고 있다.

일반 인터넷 환경 하에서는 트래픽의 혼잡(congestion)발생 시, 긴급하고 중요한 정보 패킷의 전송이 덜 중요한 파일의 다운로딩에 영향을 받게 되거나 VolP, 동영상 정보와 같은 실시간 정보의 통신서비스 제공에 한계가 발생할 수밖에 없다. 그러한 상황에서 콘텐츠나 애플리케이션 서비스제공자 입장에서는 더 빠른 속도, 품질 등에 대한 수요가 증가하고, 이에 기술의 발전 등으로 트래픽 제어 등 ISP의 네트워크 관리가 용이해지면서[74] 소위, 특정 용도를 위한 특정한 QoS 서비스를 '관리형서

---

비스로 인정하고 망 중립성 적용의 예외를 인정한다면 영세한 중소기업이 고사하여 인터넷 생태계를 붕괴시킬 우려가 있다.

72) 조대근, 5G 시대 해외 주요국의 망 중립성 정책 동향과 전망 -미국과 유럽연합을 중심으로-, 2020 ICT 산업전망컨퍼런스 발표 자료, 2018.11., 16면.

73) 김민호, 앞의 발제문, 6면.

비스'라 하여 망 중립성 원칙 적용의 예외로 구분하게 되었다.

그러나 여기서의 관리형서비스는 '대가에 의한 우선처리서비스'(paid prioritization services)와는 별개의 개념이다. '대가에 의한 우선처리'란, CP가 ISP에게 트래픽 혼잡 구간에서 '(CP의 패킷을)앞줄에 세워(cut to the front of the line) 주고 대가를 지불하기로 하는 계약에 근거하여, 해당 패킷을 먼저 처리하거나 더 늦게 처리하는 것'을 의미한다.[75] 즉, 특정 CP가 ISP에게 혼잡 발생에도 불구하고 자사 콘텐츠를 우선 처리해주는 조건으로 금전적 대가를 지불하는 것이다.[76] '대가에 의한 우선처리 서비스'는 관리형서비스처럼 ISP가 일종의 트래픽 관리행위를 통해 특정 콘텐츠에 일정수준의 QoS 서비스를 제공하는 서비스이지만, '최선형방식이 적용되는 네트워크'에서 '주어진 대역'에서의[77] ISP의 트래픽 관리행위가 개입됨으로써 '특정 CP의 트래픽을 우선 처리'함에 따라 가격과 서비스에 차등을 두는 것이기 때문에 일반 인터넷접속서비스에 부정적인 영향을 끼칠 우려가 있어 망 중립성 규제 법령 또는 정책이 제시된 국가에서는 대부분 사전적으로 금지하고 있다.[78]

---

74) 여기에 네트워크를 이용한 서비스가 다양해지면서 각각의 콘텐츠, 애플리케이션 및 서비스 등이 요구하는 QoS를 충족시키기 위한 기술의 발전으로 네트워크 자원을 적절히 분배하여 패킷 혼잡을 방지하거나, 한정된 대역폭에서도 트래픽의 중요도에 따라 우선순위를 부여하거나, 최소, 최대 대역폭을 설정할 수 있게 되었다(송진/유의선, "앞의 논문", 443면).

75) freepress, "paid prioritization : The antithesis of openness on the Internet", Freepress, 2010.; 조대근/박성철, "앞의 논문", 122면 재인용.

76) 조대근/박성철, "앞의 논문", 124면.

77) 특정 트래픽을 우선 처리하였기 때문에 그 외의 트래픽은 더욱 느려지는 등의 부정적인 영향을 받게 된다. 대역의 변화가 없는 상황에서 특정 트래픽을 우선 처리하는 것은 제로섬의 결과를 가져오기 때문이다(Freepress, op.sit., 2010.; Yoo,C,S. "Network neutrality and the economics of congestion". The Georgetown Law Journal, 94, 1847.; 조대근/박성철, '앞의 논문', 124면 재인용).

78) 조대근/박성철, "앞의 논문", 126면.

## 2. 관리형서비스의 비교법적 검토

### 가. 선진 각국의 입법례

#### 1) 미국

미국에서의 '특수서비스'(Specialized Services)라는 용어가 처음 공식화된 것은 2009년 FCC NPRM(Notice of Proposed Rule Making)에서 '최선형인터넷과 대비되는 개념'으로 소개되면서 부터이다. 망 중립성 규제를 법제화한 2010년 「Open Internet Order」에서는 특수서비스를 '관리형서비스'와 동일한 개념으로 제시하여 망 중립성 원칙의 규제 대상에서 제외되는 것으로 보았는데,[79] '특수서비스'가 무엇인지에 대한 구체적인 정의를 내리지는 않았으나 이를 'IP 프로토콜을 사용하고 최선형인터넷과도 동일한 네트워크를 사용하지만, 최선형인터넷 서비스로 분류되지 아니한 서비스'이자 '고도화된 QoS를 필요로 하는 서비스'라고 적시하면서,[80] 그 예로 IPTV, 인터넷전화(facilities -based VolP) 등을 제시하였다.[81] 당시, FCC는 이러한 특수서비스가 개방형 인터넷의 대체, 개방성원칙의 회피 또는 경쟁정책에 반할 가능성이 있음을 우려하였으나[82] 이에 별도의 규제를 도입하기 보다는 지속적으로 모니터링을 하겠다는 입장이었다.[83]

2015년 망 중립성 원칙이 적용되는「Title Ⅱ Order」에서는[84] 특수서비스를 '非 브로드밴드 액세스 서비스"(non-BLAS: Non-Broadband Access Service Data Service, 이하 "특수서비스"라 함)'라는 표현을 사용하겠다고 밝히면서 특수서비스는 '통상의 최선형인터넷이 아니라는

79) 조대근, 앞의 발표 자료, 2018.11., 5면.
80) FCC(2010), 「Open Internet Order, para 112, 2010.
81) 나성현, 주요국의 망 중립성 정책현황과 쟁점, KISDI 18-11, 2018.12.,7면.
82) FCC(2010), Open Internet R&O, pp. 61-62, 2010; 조대근/이종기, 해외 주요국의 오픈인터넷 제도화에 따른 인터넷 생태계 변화에 관한 연구, 방송통신정책연구 15-진흥-054, 2015, 10면.
83) FCC(2010), op.sit., para 113, ; 나성현, 앞의 보고서,15면.
84) 통신서비스(telecommunication services)에 대한 규칙

점'을 더욱 분명히 하였다.[85] 다만, FCC는 투자, 혁신 등을 저해할 가능성에 따라 특수서비스에 대한 상세한 정의를 내리지 않았음에도 불구하고 특수서비스를 '인터넷에 포함하지 않은 것'으로 보았으며 여기서의 '특수'(specialized)가 서비스의 전문성을 나타내는 것이 아니라 '인터넷 접속서비스가 아니다'라는 점을 명확히 하였다.[86] 또한 IP 프로토콜을 사용하더라도 VoIP와 같이 최선형인터넷 트래픽이 흐르는 네트워크를 이용하지 아니하는 서비스는 곧 인터넷이 아님을 명시하였다.[87] 이에는 IPTV, Facility-based VoIP, 심장박동 모니터링, 에너지 소비 센서, 자동차 텔레매틱스 등 용도가 제한된 단말기, 교과과정에서 승인된 애플리케이션 및 콘텐츠를 학교에 제공하는 교육서비스 등이 해당되며,[88] 이러한 특수서비스로 인한 인터넷 품질 저하 우려, 모니터링 및 규제관할권 등에 대한 입장은 이전과 같은 맥락을 유지하였다.[89]

정리하자면, 특수서비스란 TCP/IP라는 인터넷 프로토콜을 사용하지만 '인터넷이 아닌 서비스'로서, 일반적으로 다음과 같은 세 가지 속성을 지닌다. 먼저는 ① 특정 이용자만이 진입 가능한 네트워크로 서비스를 제공하고,[90] ② 최선형방식이 아닌 특정 QoS를 제공하며,[91] ③ 특정 용도를 위하여서만 사용된다.[92] 이러한 기조는 2017년 망 중립성 규제의 주요 내용을 폐기한 명령, 2018년「Restoring Internet Freedom Order」에서도 계속 유지되고 있는데[93] 투명성 규제와 관련하여 특수서비스가 최종이용자의 인터넷서비스 품질에 미치는 영향을 제시할 것을 요구하고 있으며,[94] 이는 결국, 특수서비스가 통상의 최선형서비스가 아닌 서비스로서 최선형인터넷과는 독립된 네트워크를 이용하는 서비스라고 이해할 수 있다.[95]

---

85) 조대근/박성철, "앞의 논문" 121면.
86) FCC(2015),「Title Ⅱ Order」para 35., 2015, p.11.
87) 조대근/박성철, "앞의 논문", 121면.
88) FCC(2015), op.sit., para 208, pp.96~97.
89) FCC(2015), op.sit., para 213.
90) these services are not used to reach large parts of the Internet(FCC(2015), op.sit., para 209, p.97). 조대근, 앞의 발표 자료, 16면.
91) FCC(2015), op.sit., para 209, p.97.
92) FCC(2015), op.sit., para 209, p.97.
93) 조대근, 앞의 발표 자료, 16면.
94) 나성현, 앞의 보고서,14면.

2) EU

가) 2019 년도 이전

BEREC은 '특수서비스'(Specialised Services)를 최선형서비스와 대비되는 의미로서 정의하고 있는 바, 구체적으로는 '인터넷이 아닌 특정 CAS(Content Application Services)를 위하여 최적화된 서비스'로서 그것이 최선형인터넷의 품질을 저해하지 않으면서도 동시에 망 중립성 규제를 회피할 목적으로 사용되어서는 안 될 것임을 명시하고 있음을 알 수 있다.[96]

「BEREC Guideline」에서는 특수서비스의 개념을 다음과 같이 제시해왔다. 2012년에는 특수서비스를 '최선형서비스와 동일한 네트워크를 공유하여 사용하지만, 최선형인터넷과는 가상적으로 또는 물리적으로 별도의 네트워크를 통해 제공되는 서비스'이자 'IP 프로토콜을 이용한 폐쇄형 전자통신망 내에서 제공·운용되는 전자통신 서비스'이고, 여기서 네트워크는 ISP의 엄격한 승인 하에 이용될 수 있는 것으로서 '적절한 서비스 특성을 보장하기 위하여 확장된 트래픽 관리에 기초한 특정 애플리케이션에 최적화된 서비스'라 정의하였다.[97]

그 후, 2015년에 EU의 망 중립성 규제법령인 「EU Regulation」 Article 3(5)에서는 '인터넷이 아닌 특정한 품질을 요하는 서비스'[98]라는 표현을 사용하고, 이를 '인터넷 프로토콜 및 동일한 액세스 망을 이용하지만 최종이용자들에게 최선형인터넷 상에서는 보장될 수 없는 품질에 있어 상당한 개선 또는 기술적 요구사항을 보장할 가능성을 요하는 서비스라 설명하고 있다.[99] 동시에 ISP가 이러한 규정을 악용하지 못하도록 하는 몇 가지 단서를 두었는바, 가령 ISP가 최선형인터넷 액세스의 대체제로 특수서비스를 제공하는 것과 같이 최선형인터넷 이용자에게 부정적

95) 조대근/박성철, "앞의 논문" 121면.
96) 나성현, 앞의 보고서, 8면.
97) BEREC,「BEREC Guidelines for quality of service in the scope of net neutrality」 26 November 2012, p.4.
98) requirement of the content, application or services for a specific level of quality.
99) EU, Regulation, Article 3(5) ; 조대근/이종기, '앞의 연구보고서', 72면 재인용.

인 영향을 주어서는 안 되며 단지 최선형인터넷 액세스에 추가되는 서비스로 보아야 한다는 것이다.[100] 당시 특수서비스라는 표현 대신에 '특정한 품질을 요하는 서비스'라는 용어를 사용하고 있었으나, 이는 2016년 「BEREC Guideline」에서 '특수서비스'라 칭하여지면서 다시금 정의되었는바, 그 내용은 다음과 같다.

'특수서비스'란 '최선형인터넷이 아닌 서비스로, 특정 콘텐츠, 애플리케이션, 응용 프로그램, 서비스 또는 이들 간의 조합된 서비스를 제공하는데 요구되는 특정 수준의 품질의 요건을 충족시키기 위해 최적화가 필요한 서비스'를 의미하는바,[101] 구체적으로는 ① 최선형인터넷으로서의 인터넷접속서비스가 아니고,[102] ② 특정 CAS[103]또는 이들 결합을 위해 최적화된 서비스이어야 하며, 여기서의 ③ 최적화는 특정 CAS의 요구사항 충족을 위해 객관적으로 필요한 서비스이다.

'특수서비스' 제공을 위하여서는 다음과 같은 조건이 충족되어야 하는바, ⅰ) '다른 모든 인터넷서비스의 제공 이외에 특수서비스 제공을 위한 충분한 네트워크 용량이 전제'되어야 하고, ⅱ) 특수서비스가 인터넷접속서비스를 대체하기 위해 이용될 수 없으며, ⅲ) 인터넷접속서비스를 저해하여서는 안 된다는 것이다.[104]

정리하자면, EU가 정의하고 있는 '특수서비스'란 TCP/IP라는 인터넷 프로토콜을 사용하지만 인터넷이 아닌 서비스 즉, 진입이 엄격히 통제되는 폐쇄형 네트워크로서, 최선형인터넷 네트워크와는 동일한 네트워크를 공유하여 사용한다하더라도 최선형인터넷과는 논리적으로 또는 물리적으로 별도의 구분된 네트워크를 통하여 제공되는 서비스, 품질을 보장하는 서비스 등을 그 특징으로 하고 있음을 알 수 있다.[105] 이 때 '최선형인

100) EU, Regulation, Article 3(5) ; 조대근/이종기, '앞의 연구보고서', 71면 재인용.
101) BEREC(2016), 「BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules」 article 3(5) Article 3(5), June, 2016.
102) 여기서 인터넷접속서비스란 네트워크 기술 및 단말기 등과 상관없이 인터넷에의, 그리고 사실상 인터넷에 연결되는 모든 최종지점 간의 연결을 제공하는 공적으로 이용 가능한 전기통신서비스를 의미하며, 이러한 인터넷접속서비스가 아니어야 한다(IAS(Internet Access Service) EU, Regulation 2(2)).
103) Content Application Service
104) EU, Regulation 3(5) 2nd subpara; 나성현, 앞의 보고서, 9면 재인용.
105) 조대근/박성철, "앞의 논문", 120면.

터넷과 논리적으로 분리된 네트워크'라 함은 특수서비스의 품질 보장이 인터넷과는 논리적으로 분리된 네트워크를 통하여 제공된다 함을 의미하는 것이지, 단순 우선순위를 허용함으로써 제공될 수 있는 것이 아니다.[106] 이러한 서비스에는 IPTV, VoLTE, 원격수술 등 실시간 의료서비스, e-book reader, M2M 등이 있다.[107]

특수서비스 제공자는 회원국 규제기관(NRA)[108]으로부터 모니터링을 받게 되는 바, 해당 특수서비스가 전술한 특수서비스의 정의에 부합하는지, 특수서비스 제공을 위한 충분한 네트워크 자원을 확보하고 있는지, 가령 특수서비스가 인터넷 품질에 부정적인 영향을 미치는지 그리고 망중립성을 회피할 목적 내지는 인터넷을 대체하기 위해 사용되는 지 등을 평가받게 된다.[109]

### 나) 2019년도

2019년 EU의「BEREC Guideline(안)」[110]에서도 '특수서비스'의 개념, 제공조건 등과 관련해 기존 입장이 거의 유사하게 유지되고 있음을 확인할 수 있다. 특수서비스는 ① 최선형인터넷서비스가 아닌 서비스 ② 특정 콘텐츠, 애플리케이션, 특정서비스에 최적화된 서비스, ③ 특정 품질 수준을 충족하기 위해 최적화가 객관적으로 필요한 서비스를 의미하며,[111] 이는 ISP를 포함한 공중에게 전자통신을 제공하는 사업자, 콘텐츠 및 애플리케이션 그리고 서비스제공자는 해당 콘텐츠, 애플리케이션 또는 서비스가 '특정수준의 품질요건을 충족하기 위해 최적화가 객관적으로 필요한 경우'에 특정 콘텐츠, 애플리케이션이나 서비스 또는 이들의 조합을 위해 '최적화된 인터넷액세스서비스 이외의 서비스'를 자유롭게

106) BEREC(2016), op.sit., Article 3(5), 1st subpara; 나성현, 앞의 보고서, 11면 재인용.
107) BEREC(2016), op.sit., Article 3(5) first subparagraph 109, JUNE 2016,p.25.
108) National Regulatory Authority
109) BEREC Guideline, Regulation 3(5), 2nd subpara; 나성현, 앞의 보고서, 10-13면 재인용.
110) 본 규정 제3(5)에 따라 초안된 BEREC 지침은 NRA의 의무 이행에 관한 지침을 제공하기 위한 것이다.
111) BEREC(2019), 「Draft BEREC Guidlines on the Implementation of the Open Internet Regulation」, para 101., October, 2019.

제공할 수 있도록 하였다.[112] 특수서비스의 대표적인 예로는 특정 QoS 요건을 갖춘 VoLTE, IPTV 서비스, 원격 의료 또는 공익에 대응하거나 새로운 기계간 통신서비스에 의한 일부 서비스가 해당되는 것으로 보았다.[113] 특수서비스에 요구되는 품질은 특정 서비스, 애플리케이션을 제공하는 사업자가 서비스의 특성상 QoS가 필요하다는 것을 결정할 수 있으며,[114] 이는 권한을 지닌 NRA의 관리, 감독 하에 정보를 제공하여야 할 의무가 있다.[115]

특수서비스를 제공함에 있어 '네트워크 용량이 충분한 경우에만' 당해 서비스를 제공하거나 촉진할 수 있고,[116] 최선형인터넷 액세스서비스의 이용가능성이나 전반적인 품질을 저해하여서도 안 된다.[117][118] 이에 NRA는 네트워크 용량 확보, 특수서비스 제공으로 인한 인터넷액세스서비스 품질 영향 여부 등을 평가한다.[119]

### 나. 우리나라

우리나라는 2011년 「망 중립성 가이드라인」제정을 통해 최선형인터넷과 대비되는 개념으로서의 '관리형서비스'라는 개념을 등장시킴으로써 이를 정의하고 있다. '관리형서비스'(managed services)란, 'ISP가 일반적으로 통용되는 최선형인터넷(best effort Internet)의 제공 방식과는 다른 트래픽 관리기술 등을 통해 전송 대역폭 등 트래픽 전송 품질을 보장하는 서비스'를 의미하는 것으로서,[120] 이는 서비스 품질 보장을 위해 ISP에 의한 트래픽 관리행위가 개입되는 것을 전제하고 있어 망 중립성

112) BEREC(2019), op.sit., recital 16.
113) BEREC(2019), op.sit., para 113.
114) BEREC(2019), op.sit., para 106.
115) BEREC(2019), op.sit., para 108.
116) BEREC(2019), op.sit., para 121.
117) BEREC(2019), op.sit., para 112.
118) 특수서비스로 인해 일정 품질 손상이 예상되는 상황에서 이용자가 충분한 정보를 접한 후 선택할 경우에는 특수서비스를 제공할 수 있고, 특수서비스의 구동으로 이용자 자신의 인터넷액세스 서비스에만 영향을 받는다면 품질 손상에 해당되지는 않는다(BEREC(2019), op.sit., para 122).
119) BEREC(2019), op.sit., para 119.
120) 과학기술정보통신부, 「망중립성 및 인터넷트래픽 관리에 관한 가이드라인」, 2018

원칙이 적용되지 아니하는 영역이다.[121]

다만, 관리형서비스는 '최선형인터넷 품질이 적정수준 이하로 저하되지 않는 범위 내'에서 제공될 수 있으며,[122] 이러한 서비스 제공이 최선형 인터넷의 품질과 시장에 미치는 영향 등이 어떠한지에 대해서는 방송통신위원회가 별도로 모니터링 하도록 규정하고 있다. 해당 서비스는 법령상 명시적으로 규정되어 있지는 않으나 현재 IPTV, VoIP 서비스가 관리형서비스로 분류되고 있다.

### 다. 비교법적 분석

미국은 현재 망 중립 폐지 결정이 내려진 특수한 상황에 있으나, 한국을 포함하여 미국, EU 등에서는 모두 ISP가 인터넷 최종이용자들에게 특정 품질을 보장하는 서비스 제공을 허용하고 있으며, 이를 최선형인터넷과는 구별된 '관리형서비스' 또는 '특수서비스'로 칭하여 망 중립성 규제의 대상으로부터 제외시키고 있다. 또한 ISP가 수익성 높은 관리형서비스 또는 특수서비스에 집중적으로 투자하여 최선형인터넷 망의 품질에 부정적인 영향을 끼칠 것을 우려해 그 서비스의 제공 요건 가운데 최선형인터넷 망의 품질을 저해하지 말 것을 명시하고 있음도 각 국가 간 입장이 유사하다.[123]

그러나 각 국가 간의 차이 또한 발견할 수 있다.

미국과 EU는 특수서비스의 개념을 보다 명확히 구체적으로 정의하고 있는 바, 모두 TCP/IP 프로토콜을 사용하지만 '인터넷이 아닌 서비스'임을 명시하고 있다는 점이다. 특수서비스는 그 자체의 특성상, QoS 제공을 위해 ISP의 일정한 트래픽 관리행위가 불가피하며 이는 공중이 사용하는 최선형서비스가 제공되는 네트워크에 부정적인 영향을 야기할 수 있는 바, 미국은 '인터넷이 아닌 서비스'로 정의하고 있고 EU는 '최선형

121) 현재 ISP가 트래픽 관리를 할 수 있는 경우는 ① 합리적인 트래픽 관리, ② 관리형서비스이다.

122) 인터넷접속서비스제공사업자는 합법적인 콘텐츠, 애플리케이션, 서비스 또는 망에 위해가 되지 않는 기기 또는 장치를 차단해서는 안된다. 다만, 합리적인 트래픽 관리의 필요성이 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다(과학기술정보통신부, 앞의 가이드라인).

123) 조대근/이종기, '앞의 연구보고서', 89면.

인터넷으로서의 인터넷접속서비스가 아니어야 할 것'임과 '최선형인터넷 망과는 독립된 네트워크의 추가 확대'를 당연히 전제하고 있는 것이다.

반면, 우리나라는 관리형서비스에 관하여 ISP에 의한 트래픽 전송 품질보장을 위한 '최선형인터넷의 제공방식과는 다른 트래픽 관리 기술 등'으로 적시하고만 있을 뿐, 일반 인터넷 네트워크 환경에서 최선형서비스와 함께 제공되어도 되는지 등의 상세요건이 명확하게 규정되어 있지 아니하다. 그러한 상황에서 단지, 최선형인터넷의 품질이 '적정수준 이하'로 저하되지 아니할 것만 요구하는 등 애매모호한 표현을 사용하고 있어 과연 어느 정도까지 최선형인터넷의 품질을 저하시켜도 되는 것인지, 즉 어느 정도까지가 적정 수준인지 명확하지 않기 때문에 지금으로서는 해당 서비스 제공을 통하여 최선형인터넷의 품질에 악영향을 줄 가능성 또한 상당할 것으로 보인다.

또한 미국과 EU는 특수서비스의 제공 요건을 보다 구체적으로 두고 있는 바, 미국은 특수서비스를 ① 특정 이용자만이 진입 가능한 네트워크로 서비스를 제공하고, ② 최선형방식이 아닌 특정 QoS를 제공하며 ③ 특정 용도에서만 사용하는 서비스라 명시하고 있는 한편, EU는 ⅰ) 특정 CAS 또는 이들 결합을 위해 최적화된 서비스, ⅱ) 여기서의 최적화란 특정 CAS의 요구사항 충족을 위해 객관적으로 필요한 서비스라고 정하고 있다. 그 외에도 미국과 EU 모두 특수서비스가 최선형인터넷 액세스의 대체제로 제공되는 등과 같이 해당 서비스가 최선형인터넷 이용자에게 악영향을 끼치거나 망 중립성 규제의 회피목적으로 사용될 것을 방지하기 위해 이와 관련한 규정을 가이드라인, 규율 등에서 명시하고 있다.

반면, 우리나라의 관리형서비스는 이러한 구체적인 제공 조건 없이, '일반적으로 통용되는 최선형인터넷의 제공방식과는 다른 트래픽 관리 기술 등'으로 정의하고 있는 바, 결국, 미국과 EU는 '서비스의 속성'을 기준으로 특수서비스를 구분하고 있는 반면 우리나라의 관리형서비스의 핵심은 '트래픽 관리기술'에 있다고 이해할 수 있겠다.[124]

---

124) 나성현, 앞의 보고서, 8면, 김민호, 앞의 발제문, 7면.

< 표 > 한국, 미국, EU의 관리형서비스/ 특수서비스 관련 비교[125)]

| 구분 | | 한국 | 미국 | EU |
|---|---|---|---|---|
| 개념 정의 | (최선형)인터넷 서비스가 아닐 것 | – | O | O |
| | QoS 보장, (최선형)인터넷과의 기술적 차별성 | O | O | O |
| 제공 조건 | (최선형)인터넷의 품질을 저해하지 말 것 | O | O | O |
| | 망 중립성 규제 회피 목적으로 사용하지 말 것 | – | O | O |

### 3. 관리형서비스의 개념 재설정

전술한 바와 같이, 현행 우리나라 관리형서비스 개념에 대한 정의규정은 QoS보장을 위해 '최선형인터넷과는 다른 트래픽 관리 기술'에 그 핵심을 두고 있다 할 것인 바, 최선형인터넷과는 다른 트래픽 관리기술이 사용되는 것이라면 모두 관리형서비스에 해당되는 것처럼 오해할 소지가 다분할 정도로 그 개념이 선진국의 입법례에 비하여 상당히 애매모호하면서도 불명확하다. 이러한 상황에서 정의규정의 문리적 해석만을 주장하여 5G 네트워크 슬라이싱을 통해 제공되는 프리미엄 망을 현행 '관리형서비스'에 포섭하고자 하는 시도는 상당히 무리가 있다.

5G 네트워크 슬라이싱은 하나의 물리적인 망 내에서 서브 네트워크를 분리하여 속도, 요금에 차별화를 두는 것인데 이러한 대역 구분은 '별도의 설비'가 아닌 망의 '논리적 분할'에 불과한 것인바, '최선형인터넷으로서의 인터넷접속서비스가 아니어야 할 것', '최선형인터넷 망과는 독립된 네트워크의 추가 확대', '망 중립성의 회피 목적이 아닐 것'이라는 한계규정을 설정하지 아니한 이상, QoS 서비스라는 이유로 가격에 따른 차별, 한 발 더 나아가 최선형 인터넷 환경 하에서의 대가에 의한 우선처

125) 나성현, 앞의 보고서 8면과 Inca research & consulting, EU 2015 통신시장 및 규제현황-의 EU 2015 통신시장 및 규제현황 - 시장 & 규제(주파수/상호접속/보편적서비스/망 중립성/이용자보호) -, 2015.9 ; 조대근/이종기, 앞의 연구보고서, 90면 재인용.

리 서비스가 행하여질 가능성이 클 것으로 예상된다. 더군다나 현행 관리형서비스의 개념은 일반 인터넷접속의 질이 '적정수준'에서만 유지된다면 해당 서비스를 허용하는 것으로서 마치 최소 수준만을 유지하면 나머지 대역폭에 대하여선 프리미엄 망에 전용할 수 있다는 오해를 불러일으키고 있다.[126]

그러나 애초에 우리나라의 관리형서비스의 개념은 ① '동일 ISP가' ② '자사의 IPTV, VoIP 서비스'를 ③ '최선형인터넷 접속서비스와 결합하여 제공된다는 것'과 이에 ④ 'ISP의 끊김없는 우선서비스 제공을 위한 트래픽 관리에 대해 해당 서비스 이용자의 수인과 동의가 있다'는 것이 핵심이라 할 수 있는바,[127] 이는 ISP가 5G 네트워크 슬라이싱을 통해 인터넷접속서비스 이용자가 아닌 제3자에게 프리미엄 망을 제공하는 것과는 전혀 다른 특성을 지닌 서비스라 할 것이다. 즉, 우리나라의 관리형서비스는 IPTV, VoIP 서비스와 같이 해당 서비스를 이용하고자 하는 '특정 이용자들의 별도 가입'과 '추가 부담'을 전제로 '해당 서비스의 제공만을 목적으로 만들어진 전용선'을 통해 제공되는 서비스로서, Private IP network 속성이 그 개념의 핵심이기 때문에[128] 우리나라의 관리형서비스의 개념 또한 '최선형인터넷 서비스가 아닐 것'등을 그 개념에서 명확히 하지 아니한 것일 뿐 너무도 당연한 것이다.

그런데 지금의 관리형서비스의 개념 규정을 문리적으로만 해석함으로써 ISP가 5G 네트워크 슬라이싱을 통해 인터넷접속서비스 이용자가 아닌 제3자에게 프리미엄 망을 제공하는 것도 관리형서비스에 포섭하려고 하는 시도는 적절하지 못한 것이며, 이는 향후 지속적인 갈등과 논쟁을 촉발할 것으로 보인다.[129] 가령, 원숭이를 상정하고 그 개념을 정의하면서 ① 인간이 아닐 것, ② 포유류에 속할 것, ③ 지능이 높을 것 이라고만 규정하였지만, 당연히 서식지는 숲이라는 것을 인식하고 동의하였으면서도 이제 와서는 자신들의 이해관계에 따라 서식지를 특정한 바 없으니 바다에 사는 돌고래 또한 이 개념에 포섭될 수 있다고 주장한다거나,

126) https://opennet.or.kr/15769 / 최종 방문 일자: 2019.12.01.
127) 김민호, 앞의 발제문, 7면.
128) 박경신, 앞의 발제문, 2018.9., 66면.
129) 김민호, 앞의 발제문, 9면.

이러한 주장을 인정하는 것은 법적 안정성을 크게 해칠 우려가 있는 것과 마찬가지다.[130]

따라서 불명확하게 개념이 규정된 상황에서는 향후 정부의 의지, 사업자들의 이해관계에 따라 얼마든지 관리형서비스의 개념을 확대하여 프리미엄 망을 허용할 가능성이 존재할 것으로 우려되는 바,[131] 이러한 논란을 종식시키기 위하여서는 선진국과 같이 특수서비스의 속성을 명확히 규정할 필요가 있다. 즉, 관리형서비스의 핵심요소인 동일 ISP가 자사 서비스와 결합하여 제공한다는 점과 트래픽 관리에 대한 이용자의 수인과 동의가 있었다는 점, 그리고 최선형인터넷서비스가 아니어야 할 것 등의 요소를 분명히 함으로써 관리형서비스에 대한 개념을 재정립하여야 할 것이다.

## Ⅴ. 결론

본 연구는, 5G 네트워크 슬라이싱 기술의 도입과 망 중립성 규제를 둘러싼 논란을 종식시키기 위하여 이와 관련한 논의들을 검토하고, 기존의 망 중립성이 지니는 헌법적 가치를 재확인하면서 현행법상에서의 관리형서비스의 개념의 재설정을 제안하였다. '5G 네트워크 슬라이싱'은 물리적인 네트워크 인프라를 다수의 독립적인 가상 네트워크로 분리하여 빠른 속도와 좋은 품질을 필요로 하는 서비스에 우선 제공하는 기술이다. 5G 네트워크의 상용화 시기가 앞당겨짐에 따라 해당 기술의 도입 요구 또한 거세지고 있는데, '차별'을 핵심으로 하는 네트워크 슬라이싱 기술이 기존의 망 중립성 규제와 과연 양립이 가능할 수 있는지 논란이 되고 있다.

그러나 분명한 것은 망 중립성 규제와 관련해 이를 경제적 내지 경쟁법적 검토의 대상으로 논의를 진행하기보다는 인터넷의 구동원리, 인터넷의 공적 측면에서 고려되어야 할 것인바, 특히 헌법적 측면에서의 망

130) 김민호, 앞의 발제문, 9면.
131) 김민호, 앞의 발제문, 9면.

중립성은 공공서비스의 평등의 원칙의 실현이자, 망 내에서의 ISP의 통제와 관리 개입을 제한하여 표현의 자유를 보호하는 데 그 존재 의의가 있다. 따라서 망 중립성은 시대 현실에 따라 변화가 요구될 수 있는 소위 '이상적'인 가치 내지는 원칙 이론으로서가 아니라 '헌법적 이념과 가치에 따르는 것'이기 때문에 결국, 망 중립성은 어떠한 기술 내지 정책 결정 등에 따라 폐기할 수 있는 것이 아니다.

다만, 망 중립성을 원칙으로 하면서도 5G 네트워크 슬라이싱을 통한 프리미엄 망 서비스를 기존의 '관리형서비스' 개념에 포섭하려는 시도 또한 적절하지 않다. 우리나라의 관리형서비스는 인터넷접속서비스의 이용자가 자신이 이용하는 IPTV, VoIP의 끊김 없는 서비스를 위해 트래픽 관리에 대해 동의하는 것을 핵심으로 하는 바, 제3자에게 프리미엄 망을 제공하는 것과는 전혀 다른 특성을 지닌 서비스라 할 것이다. 우리나라의 관리형서비스는 애초부터 ① '동일 ISP가' ② '자사의 IPTV, VoIP 서비스'를 ③ '최선형인터넷 접속서비스와 결합하여 제공된다는 것'과 이에 ④ 'ISP의 끊김 없는 우선서비스 제공을 위한 트래픽 관리에 대해 해당 서비스 이용자의 수인과 동의가 있었다는 것'을 그 개념의 핵심 요소로 하여 IPTV, VoIP와 같은 서비스만이 해당되는 것으로 이해되어 왔다. 다만, 선진국의 입법례와는 달리 그러한 개념의 핵심 요소를 명확히 규정하지 아니한 채 현행 가이드라인에는 관리형서비스의 개념을 단순히 '최선형인터넷 제공방식과는 다른 트래픽 기술'이라고만 정의하고 있는 것일 뿐, 최선형인터넷서비스가 아니어야 할 것임은 너무도 당연한 것이다.

이를 두고 관리형서비스 개념의 핵심 요소는 배제하고 단지 문리적으로만 해석함으로써 5G 네트워크 슬라이싱을 통한 프리미엄 망 서비스를 그 개념에 포섭시킨다면, 인터넷접속서비스 이용자에게 예기치 못한 수인을 요구할 우려가 있다. 이는 향후에도 정부, 공공기관 등의 의지, 사업자들의 이해관계에 따라 얼마든지 관리형서비스의 개념을 확대하여 프리미엄 망을 허용할 가능성이 존재할 것으로 우려되는 바, 이러한 논란을 불식시키기 위하여서라도 우리나라의 관리형서비스의 개념을 애초에 목적한 바대로, 동일 ISP가 자사 서비스와 결합하여 제공한다는 점, 트래픽 관리에 대한 이용자의 수인과 동의가 있었다는 점, 최선형인터넷서

비스가 아니어야 할 것 등의 요소를 명확히 규정하여 그 개념을 재정립하여야 할 것을 제언하였다.

(논문투고일: 2019.12.07, 심사개시일: 2019.12.13, 게재확정일: 2019.12.19)

김 민 호 · 정 주 연

5G 네트워크 슬라이싱, 망 중립성, 관리형서비스,
5G 네트워크, 인터넷 공공성

# 【참 고 문 헌】

## Ⅰ. 단행본

한국정보법학회(2012), 「인터넷 그 길을 묻다」. 중앙북스.

John. Rawls(1996), 「Political Liberalism」.

John Stuart Mill(2001), 「On Liberty」(1859), Batoche Book(Canada) Kitchener.

Robert E. Goodin & Andrew Reeve (eds.)(1989), 「Liberal Naeutrality」, Routledge.

## Ⅱ. 논문

김도현(2015), “국가와 법의 중립성에 관한 고찰 -동등한 존중으로서의 중립성 원리-”, 법철학연구 제18권 제3호.

김배현(2014), “인터넷 시장환경의 변화와 망중립성 논의의 나아갈 방향 -최근 미국의 Verizon Case 및 우리의 법제를 중심으로-”, LAW&TECHNOLOGY 제10권 제4호.

김성환/이내찬/김형찬(2008), “망중립성의 배경 및 이론의 이해”, 정보통신정책연구 제15권 제1호.

김수형/안세영/김지형/조성현(2019), “5G 네트워크에서 V2X 서비스를 위한 네트워크 슬라이싱 연구 동향”, 학술대회논문집.

김천수(2014), “망중립성의 공법적 기초 -망중립성 문제의 국가개입 근거 및 현행법상 문제점을 중심으로-”, 외법논집 제38권 제2호.

김현경(2019), “제로레이팅(Zero-rating) 규제의 본질과 합리화방안모색”, 법학논집 제23권 제4호.

박병선(2014), “미국 케이블 TV 시장의 재편과 시사점: 컴캐스트와 타임워너케이블 합병을 중심으로”, 정보통신정책연구원 제26권 제6호.

박설아(2011), “망 중립성 정책 변화에 관한 연구 미국과 유럽의 제도를 중심으로”, 정보사회와 미디어 제20권.

송진/유의선(2008), “공정경쟁 관점에서의 망중립성 분석: 인터넷멀티미디어방송사업법 제14조에 대한 해석을 중심으로”, 한국언론학보 제52권 제3호.

안정민(2009), “미국 FCC 망중립성 규제의 허와 실”, 경제규제와 법 제2권 제2호.

윤종수(2015), “ICT 환경의 고도화와 중립성 이슈”, 저스티스 제146-2호, 한국법률가대회 특집호Ⅰ.

이윤호(2011), “헌법적 관점에서의 망중립성 논의”, 세계헌법연구 제17권 제2호.

임규철(2011), “망중립성”, 비교법연구 제11권 제2호.

전훈(2007), “공공서비스 활동에서의 중립성 원칙”, 공법학연구 제8권 제2호.

정호열/이상민(2012), “망중립성(Net Neutrality) 논쟁과 관련 규제 소고”, 성균관법학 제24권 제3호, 718면.

조대근/박성철(2018), “5G시대 네트워크 슬라이싱, 특화 서비스, 대가에 의한 우선처리 서비스 비교 연구”, 방송통신연구.

Brake, D., & Atkinson, R.D.(2015), Crafting a grand bargain alternative to title Ⅱ: Net neutrality with net adoption. Information Technology and Innovation Foundation.

Jiang, Condoluci, Mahmoodi, T.(2016), Networking slicing management & prioritization in 5G mobile systems, King's College London, London UK.

Nakao, A., et al(2017), End-to end network slicing for 5G mobile networks, Journal of Information Processing, 25.

Rost,P.,et al(2017), Network slicing to enable scalability and flexibility in 5G mobile networks, IEEE Communications Magazine, 55(5).

Yoo,C,S(1847), Network neutrality and the economics of congestion, The Georgetown Law Journal, 94.

Zhang.H., Liu, N., Chu,X., Long, K., Aghvami, A.H.,&Leung,V.C.,(2017), Network slicing based 5G and future mobile networks:

mobility, resource management, and challenges, IEEE Communications Magazine, 55(8).

## Ⅲ. 보고서 및 세미나 자료

과학기술정보통신부(2018), 5세대(5G) 이동통신용 주파수 경매 최종결과 보도자료.

김민호(2019), 망 중립성 원칙의 헌법적 가치와 법적 해석, 4차 산업혁명시대 스타트업 혁신을 위한 규제개혁 토론회-공정경쟁환경조성을 위한 망중립성/제로레이팅-.

나성현(2018), 주요국의 망 중립성 정책현황과 쟁점, KISDI 18-11.

박경신(2018), 망중립성과 5G와 자사제로레이팅 논란, 발제문, 5G시대의 망중립성 어디로 가고 있는가? 세미나.

박동주(2018), 5G와 버티컬 산업 융합 동향, 한국정보통신기술협회 201801/02.

박병선(2014), “미국 케이블 TV 시장의 재편과 시사점: 컴캐스트와 타임워너케이블 합병을 중심으로”, 정보통신정책연구원 제26권 제6호.

심민수(2018), 5G 시대의 망중립성 정책 진화방향, 발제문, 5G 시대의 망중립성 어디로 가고 있는가? 해외 전문가 초청 세미나.

이승익 외(2017), 5G 네트워크 슬라이싱 및 네트워크 관리 기술 표준화 동향, 전자통신동향분석 제32권 제2호.

인터넷 상생 발전 협의회(2018), 인터넷 상생 발전 협의회 결과보고서.

정보통신정책연구원(2013), CPND 구조에서의 시장참여간 균형 있는 발전을 위한 통신망 관리·이용원칙 정책방안 연구, 방송통신정책연구 13-진흥-041.

조대근(2018), 5G 시대 해외 주요국의 망 중립성 정책 동향과 전망 -미국과 유럽연합을 중심으로-, 2020 ICT 산업전망컨퍼런스 발제자료.

조대근/이종기(2015), 해외 주요국의 오픈인터넷 제도화에 따른 인터넷 생태계 변화에 관한 연구, 방송통신정책연구 15-진흥-054, 10면.

Inca research & consulting(2015), EU 2015 통신시장 및 규제현황 - 시장 & 규제 (주파수/상호접속/보편적서비스/망 중립성/이용자보호)-.

EU Telcos(2016), 5G Manifesto for timely deployment of 5G in Europe: EU Telcos.

Freepress(2010), paid prioritization : The antithesis of openness on the Internet, Freepress.

NGMN Alliance(2016), Description of network slicing concept, NGMN 5G.

Rysavyresearch(2017), How "Title Ⅱ" net neutrality undermines 5G, Rysavyresearch.

## Ⅳ. 기타

한국정보통신기술협회 정보통신용어사전, “이종망”.

SBS NEWS(2019.4.14일자 기사), 무늬만 5G ②- 건물을 뚫지 못하는 주파수? … 실내·골목길에선 ‘먹통’.

https://www.civiledu.org/993/ (최종 방문 일자: 2019.11.13).

https://opennet.or.kr/15769/ (최종 방문 일자: 2019.12.01).

BEREC(2012),「BEREC Guidelines for quality of service in the scope of net neutrality」 26.

BEREC(2016),「BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules」.

BEREC(2019), 「Draft BEREC Guidlines on the Implementation of the Open Internet Regulation」.

EC(2006).

EU, Regulation.

FCC(2010), Open Internet Order

Abstract

# The Legal Issue of the Principle of Network Neutrality and 5G Network Slicing

Kim, Min Ho
Jung, Ju Yeon

With the commercialization of 5G network, there are growing calls for the introduction of 5G Network Slicing technology, which is becoming more contentious. In particular, it is a question of whether the introduction of 5G Network Slicing technology is compatible even under the 'Net Neutrality' regulations. Because the '5G Network Slicing' is a technology that separates one physical network infrastructure into a number of independent virtual networks, providing access services for each specialized network for services that require different access services' at the core of 'discrimination'. As a solution to this, it is argued in South Korea that 'resolution through deregulation of the Network Neutrality regulations' and 'resolution through Managed Services'.

The party which claims to ease regulations on the Network Neutrality, argues that changes are also needed in the existing principle of the Network Neutrality citing fairness based on market logic, economic efficiency, efficiency and quality assurance. However, the Network Neutrality is the constitutional value of realizing the principle of equality and safeguarding freedom of expression and in itself, and is not subject to economic or competitive legal review, nor can it be disposed of according to policy decisions.

Those who insist on 'resolving through the Managed Services' want to incorporate Network Slicing into the current concept of the Managed Services. However, the nation's Managed Service will be based on the core of the agreement that users of Internet access services agree on traffic management for the uninterrupted service of IPTV and VolP they use, and will be characterized by a different nature from providing premium networks to third parties. The nation's Managed Service is currently defined only as 'a service that ensures the quality of traffic transmission, such as transmission bandwidth, through traffic management technologies that are different from the way ISP generally used in best-effort Internet, If Network Slicing is included, it is feared that users of Internet access services will be asked to receive unexpected approvals.

However, the Network Neutrality is the constitutional value and in itself, so it cannot be mitigated or discarded to introduce the Network Slicing. Therefore, the practical way to consider is to engage in the concept of Managed Services, while the current concept of the Managed Services in our country is too vague and comprehensive in its definition, so the re-definition of these services will have to be preceded by a mandatory basis.

Kim, Min Ho · Jung, Ju Yeon

5G Network Slicing, Net Neutrality, Managed Service, 5G Network, The Publicness of the Internet

# 야간근로자의 유형과 보호

채 희 태*

【목 차】

Ⅰ. 연구의 필요성
Ⅱ. 야간근로에 관한 규정
Ⅲ. 야간근로자 현황과 유형
Ⅳ. 야간근로자 보호
Ⅴ. 결론

【국 문 요 약】

야간근로는 신체적 피로와 스트레스를 발생시켜 건강의 문제를 발생시킨다. 하지만 야간노동에 대한 개념과 누가 야간근로자인가에 대한 연구는 부족하다. ILO와 유럽연합, 프랑스, 독일, 일본에서는 야간근로에 대한 특정 시간대를 정하고 있다. 그리고 야간근로자의 보호를 위한 여러 조치들을 마련해놓고 있다. 우리나라에서도 근로기준법에서 야간근로에 대해 규정하고 있으며, 안전보건기술지침을 통해 야간근로자 보호에 대한 조치들을 마련해놓고 있다. 야간근로자의 수는 정확히 파악되고 있지 않으나, 2013년 고용노동부 조사에서는 야간근로자를 약 127만 명에서 134만 명으로 추정하고 있다. 산업안전보건법 시행규칙 제98호 제2호에서는 야간작업을 유해인자로 보아 야간작업 특수건강진단을 실시하도록 규정하고 있다. 야간작업 특수건강진단 통계에 의하면 약 182만 명 이상이 야간근로를 하는 것으로 나타났다.

야간근로자는 완전 야간근로자, 부분 야간근로자, 임시 야간근로자의 3가지 유형으로 분류할 수 있다. 완전 야간근로자는 근로시간의 대부분이 야간근로시간대에 있는 근로자이다. 부분 야간근로자는 교대제 근무 등을 통해 근로시간의 일부가 야간근로시간대에 있는 근로자이다. 임시 야간근로자는 특정일이나 특정 주에 야간근로가 예정되어 있거나, 물량 또

* 중소기업연구원 연구원

는 일감의 일시적인 증가로 야간근로를 하는 근로자이다. 야간근로자 보호에 대해 여러 조치들이 있지만 여전히 부족한 실정이다. 현행 야간근로자 보호에 관한 조치에 대하여 다음과 같은 개선방안을 제시한다.

1. 완전 야간근로는 교대제근로를 활용하여 순환 야간근로제로 작업형태를 변경해야 한다.
2. 야간작업 특수건강진단제도를 개선하여 실효성을 확보해야 한다.
3. 현행법 개정으로 야간 안전관리자를 확보하고 야간근로자를 위한 응급시설과 응급수송대책을 마련해야 한다.

## Ⅰ. 연구의 필요성

2017년 고용노동부에서 발간한 「산업재해현황분석」보고서의 산업재해가 발생한 시간대별 분석에 따르면 2017년 기준 전체 산업재해를 입은 근로자는 총 89,848명이며 이중 근로기준법 제56조에서 정하고 있는 야간근로시간대(오후 10시부터 다음날 6시 사이)에 산업재해를 입은 근로자는 7,287명으로 전체의 8.1%를 차지하고 있다.[1] 그러나 주간에 근로하는 근로자 수가 야간에 근로하는 근로자 수에 비해 상대적으로 많다는 점을 감안하면, 더 많은 수의 야간근로자가 산업재해 위험에 노출되어 있다는 것을 알 수 있다.

2018년 안전보건공단의 “야간작업 특수건강진단 운영실태”에 따르면, 야간근로는 신체적 피로와 스트레스를 발생시켜 심혈관 질환, 뇌혈관 질환, 우울증과 같은 정신건강 문제와 수면장애, 소화성 궤양, 유방암, 전립선암의 위험을 증가시키는 것으로 나타났다.[2] 야간근로를 하는 야간 및 교대 작업자에 대한 건강상의 영향에 대해 자세히 살펴보면 야간근로를 포함한 교대근무 집단은 업무상 사고의 위험이 주간근무 집단에 비해

1) 고용노동부, 「2017년 산업재해현황분석」, p. 102 참고.
2) 이상길, “야간작업 특수건강진단 운영실태”, 「e연구리뷰」2018. Vol.2, No.13, 안전보건공단. p. 1 참고.

최대 2배 증가하며, 심혈관계 질환의 위험성은 1.4배 높았으며, 대사증후군 발생률은 교대근무 집단이 9.0%로 주간근무 집단(1.8%)보다 5배 높은 것으로 조사되었다. 또한 교대근무 집단은 주간근무 집단보다 약 1.7배 잠에 들기 어려우며 작업 중 졸음이 2.91배 증가하였다. 2007년 국제암연구소(IARC)는 교대근무가 생체 일주기 리듬에 장애를 일으켜 결국 암을 발생시킨다는 연구결과를 발표하였으며, 야간근로와 유방암의 관계를 분석한 결과, 야간근로자의 위험비가 1.48배 높게 나타났다. 특히 여성의 경우에는 1.51배 더 위험한 것으로 분석되었다.[3)]

이처럼 건강상 커다란 위험을 발생시키는 야간근로를 계속해야 하는 이유는 무엇일까? 야간근로는 산업화의 발달과 함께 시작되었다. 사용자는 자신의 공장설비를 24시간 작동하여 더 많은 부를 축적하길 원했고, 이러한 목적 하에 교대제로 근로자를 사용하게 되었다. 전통적으로 잠자는 시간이라고 여겨지던 야간은 이제는 불을 밝힘으로서 주간과 동일하게 근무할 수 있게 되었다. 사용자는 야간근로의 위험성과 야간근로자의 소진성은 생각하지 않고, 주간에 일하는 시간과 야간에 일하는 시간의 단순치환이 가능하다는 생각을 하였다. 이러한 야간근로는 교대작업의 하나의 형태로 1차 세계대전 이후부터 직업의학의 관심사였다. 1970년대부터 특정 질병이 실제로 교대근무에 의해 유발되는지에 대하여 전 세계적인 논의가 있어 왔으며, 이러한 논의는 관찰된 질병이 직업병에 해당하는지 또는 직업관련 질병으로만 기술되어야하는지에 대한 질문에 초점을 맞추어 진행되었다.[4)]

누가 야간근로에 종사하고 있는지, 야간근로자의 수는 얼마나 되는지에 대한 연구는 아직 부족한 실정이며, 단순히 추정만 할 뿐이다. 본 글에서는 우선 야간근로가 무엇인지를 밝히고 야간에 근로하는 사람들의 유형을 나누어 본다. 그리고 야간근로자에 대한 현행 보호의 한계와 개선방안에 대해 논의하고자 한다.[5)]

---

3) 고용노동부, 「'야간작업' 특수건강진단 주요개정내용 해설 및 지침」, 2013.12., p. 7 참고.
4) Rutenfranz J, "Occupational Health Measures for Night-and Shift Workers", 「Journal of Human Ecology」 1982; 11(supp): p. 67 참고.
5) 야간근로자에 대한 유형은 Ⅲ. 2.에서 자세하게 다루기로 한다.

## Ⅱ. 야간근로에 관한 규정

### 1. ILO

ILO 협약 중 야간근로에 관한 협약에는 1948년 공업에서의 여성 야간근로에 관한 제89호 협약이 있었다. 제89호 협약에서는 나이와 상관없이 여성의 공공·민간 산업 또는 그 지사에서의 야간근로를 금지하고 있었다(제3조). 제89호 협약에서의 야간에 대한 정의는 22시부터 다음날 07시 사이에 연속 7시간 이상을 포함하여 11시간 이상 연속된 기간을 의미한다(제2조). 하지만 여성의 야간근로의 제한이 성차별이라는 인식하에 남성과 여성의 평등한 대우원칙에 따라 많은 국가에서 여성의 야간근로를 금지하는 법률을 폐지했다. 1980년대 이후 야간근로에 종사하는 근로자가 증가하였고 여성의 야간근로를 제한하는 것이 차별이라는 인식하에 남녀근로자 모두에게 적용되는 제171호 야간근로 협약이 채택되었다.[6] 야간근로에 관한 제171호 협약은 야간근로가 불가피할 경우 건강과 안전을 위한 근로조건 확보를 목적으로 여성뿐만 아니라 남성, 그리고 대부분의 직업과 업종에 적용되었다. 제171호 야간근로 협약에서 '야간'이란 자정부터 5시 사이에 연속 7시간을 포함하는 시간을 말한다(제1조). 제171호 야간근로 협약은 건강평가 및 의학적 조언(제4조), 업무전환(제6조), 모성보호(제7조), 사회서비스(제9조) 등에 관하여 규정하고 있으며, 세부적인 사항은 제178호 야간근로 권고에서 정하고 있다.

6) ILO, "Gender equality at the heart of decent work", 「World of Work」No.65, 2009.04, p. 2 참고.

## 2. 외국의 규율

### 가. 유럽연합

유럽연합의 2003년 11월 4일 근로시간 조직의 특정 측면에 관한 이사회 지침(Council directive 2003/88/EC)에서도 야간근로에 대해서도 정하고 있다.[7] 야간근로 시간은 자정과 오전 5시 사이를 포함하여 연속 7시간 이상의 시간을 의미한다(제2조 제3항). '야간근로자'란 야간근로시간대에 정규근무시간이 하루 3시간 이상이 편성되어 근무하는 자이며(제2조 제4항(a)), 산업의 양 당사자와 협의한 후 국가법률 또는 국가와 지역 차원에서 산업의 양 당사자 간에 체결된 단체협약 또는 협약에 의해 연간 근로시간의 일정비율 이상을 야간근로시간대에 근무하는 자를 의미한다(제2조 제4항(b)). 야간근로자는 야간근로 배치 전에 정기적인 무료 건강검진을 받아야 한다(제4조 제1항(a)). 야간근로로 인한 건강문제로 고통을 받을 때에는 언제든지 주간근무로 전환할 수 있어야 한다고 규정하고 있다(제9조 제1항(b)). 또한 야간작업의 특성에 적합한 안전보건 조치(서비스, 시설 등)를 다할 것을 정하고 있다(제12조).

### 나. 프랑스[8]

프랑스 노동법전에서는 자정부터 오전 5시까지의 사이의 시간대를 포함하여 연속하는 9시간 이상 동안에 이루어지는 모든 근로를 야간근로로 간주하며, 야간근로 시간대를 오후 9시부터 다음날 오전 7시까지로 정하고 있다(L.3122-2조). 해당 시간대 안에서 단체협약으로 야간근로시간을

---

7) 1993년 11월 23일의 근로시간 조직의 특성 측면에 관한 이사회 지침(Council Directive 93/104/EC)과 2000년 6월 22일 유럽의회 및 이사회 지침(Directive 2000/34/EC of the European Parliament)은 2003년 11월 4일 유럽의회 및 이사회 지침(2003/34/EC)으로 통합 및 대체되었음.(https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32003L0088(최종방문일: 2019.12.19.)

8) 조용만, "프랑스의 근로시간제도와 근로자의 휴식·건강권 보호", 「근로자의 건강권과 근로시간법제」, 한국노동법학회·충남대학교 법학연구소 공동 학술대회논문집, 2019.06, pp. 28-31 참고.

정할 수 있으며, 단체협약이 없는 경우에는 오후 9시부터 다음날 오전 6시까지 사이에 이루어지는 모든 근로가 야간근로로 간주된다(L3122-15조). 프랑스 노동법전 L.3122-5조, 16조, 23조에서는 야간근로자에 대해 다음과 같이 정의하고 있다. '야간근로자'란 자신의 통상적인 근로일정에 따라 하루 3시간 이상의 야간근로를 주 2회 이상 하는 사람이나 효력확장 산별협약이 정한 기준기간 동안 해당 산별협약에서 정한 최저시간의 야간근로를 하는 사람을 말한다.

프랑스 노동법전에 규정된 야간근로 실시의 기본적인 원칙에 의하면 야간근로의 이용은 예외적이어야 하고, 근로자의 안전과 건강보호라는 요청으로 고려해야 하며, 경제적 활동의 계속 또는 사회적으로 유용한 서비스의 계속을 보장할 필요성이 있어야 야간근로가 정당화 된다고 규정되어 있다(L.3122-1조). 이 밖에도 야간근로의 실시요건, 야간근로자 보호를 위한 최대근로시간의 제한과 예외 시 보상휴식, 건강검진, 업무의 전환과 해고의 제한 등에 대해 규정하고 있다.

### 다. 독일[9)]

독일의 근로시간법에는 야간근로자와 교대제 근로자의 법정 근로시간에 대해서 별도로 규정되어 있다. 근로시간법상 야간시간은 23시부터 다음날 6시까지이고, 제과점에서는 22시부터 다음날 5시까지의 시간을 말한다(제2조 제3항). 이 법률에서 말하는 '야간근로'란 야간근로시간대 안에서 이루어지는 2시간을 초과하는 근로를 의미한다(제2조 제4항). 또한 근로시간법상 야간근로자는 통상적으로 교대근무로 야간근로를 하는 자이거나 1년에 최소 48일 이상 야간근로를 하는 자를 말한다(제2조 제5항). 야간근로자의 1일 근로시간은 8시간을 초과해서는 안 되며, 1개월 또는 4주 이내에 1일 평균 근로시간이 8시간을 초과하지 않는 경우에 한하여 1일 근로시간이 10시간까지 연장될 수 있다(제6조 제2항). 야간근로자는 고용개시 전과 고용개시 후에 3년을 초과하지 않는 기간마다 의료검진을 받을 수 있는 권리가 있는데, 50세 이상의 야간근로자는 매년 건강검진을 받을 권리가 있으며 이때 검진비용은 사용자가 부담한다

9) 김기선, 「독일 노동법전」, 2018.02, pp. 136-137 참고.

(제6조 제3항). 또한 긴급한 경영상의 이유가 아닌 한 근로자의 건강이 위험한 경우나 근로자의 가정 내에 다른 자의 보살핌을 받을 수 없는 12세 미만의 자녀가 있거나 돌봄을 필요로 하는 사람이 있는 등의 경우에는 사용자는 근로자의 요구에 따라 적당한 주간근무로 전환시켜야 한다(제6조 제4항).

### 라. 일본

일본 노동안전위생법은 과로에 의한 건강장애 방지를 위한 국가의 감독지도, 사업주의 의무, 의사면접지도를 규정하고 있다.[10] 노동안전위생법 제66조의2에서는 오후 10시부터 다음날 오전 5시까지(후생노동장관이 필요하다고 인정하는 경우에는, 그 정하는 지역 또는 기간에 대해서 오후 11시부터 다음날 오전 6시까지)의 업무를 심야업(야간작업)이라고 규정한다. 또한 심야업에 종사하는 근로자에게는 심야업의 횟수, 기타 사항에 대해 근로자의 건강유지를 고려하여 후생노동성령에서 정하는 바에 따라 스스로 받은 건강검진의 결과를 증명하는 서면을 사업주에게 제출할 수 있다고 규정하고 있다.

후생노동성에서는 과로로 인한 건강 장해 방지를 위한 종합대책[11]을 수립하고 있다. 구체적으로 심야업의 횟수가 6개월간을 평균하여 1개월에 4번 이상인 근로자는 건강검진의 대상이 된다. 더하여 1주일 근로시간이 정규직의 소정근로시간의 3/4에 미치지 않는 단시간 근로자(파트타임 포함)나 아르바이트도 심야업 횟수가 6개월을 평균하여 1개월에 4번 이상이면 검진 대상에 해당된다.

---

10) 2018년 7월 25일 공포(2018년 법률 제78호)(시행일: 2019년 4월 1일).

11) 厚生労働省, 労働者健康福祉機構の業務方法書の一部変更について(https://www.mhlw.go.jp/stf/shingi/2r98520000015pta-att/2r98520000015pz6.pdf)(최종방문일 : 2019.11.25.).

## 3. 우리나라

### 가. 관련 법률

우리나라의 야간근로에 관한 법적 규제는 근로기준법에서 정하고 있다. 근로기준법 제56조는 야간근로(오후 10시부터 오전 6시까지 사이의 근로)에 대해서는 통상임금의 100분의 50 이상을 가산하여 지급하도록 되어 있다. 동법 제57조에서 사용자는 근로자대표와의 서면합의에 따라 야간근로에 대하여 임금을 지급하는 것을 갈음하여 휴가를 줄 수 있다고 규정하고 있으며, 동법 제70조의 야간근로 제한규정에 따르면, 18세 이상의 여성의 야간근로는 해당 근로자의 동의를 받아야 하고, 원칙적으로 18세 미만자의 야간근로는 금지되어 있다. 예외적으로 18세 미만자와 산후 1년이 지나지 아니한 여성의 동의가 있는 경우와 임신 중 여성이 명시적으로 청구하는 경우에 한하여 야간근로가 가능하다.

산업안전보건법 시행규칙 제98조 제2호에는 근로자의 건강관리를 위하여 사업주가 실시하는 특수건강진단에 대해 규정되어 있다. '특수건강진단 대상자'란 동 시행규칙 [별표 12의2]에 규정된 유해인자에 노출되는 업무에 종사하는 근로자를 말한다. 야간작업도 유해인자로 분류되어 특수건강진단 대상에 해당한다. 특수건강진단의 대상 중 야간작업(2종)은 6개월간 밤 12시부터 오전 5시까지의 시간을 포함하여 계속되는 8시간 작업을 월평균 4회 이상 수행하는 경우와 6개월간 오후 10시부터 다음날 오전 6시 사이의 시간 중 작업을 월평균 60시간 이상 수행하는 경우이다.[12)]

건강진단의사는 특수건강진단 결과에 따른 건강 이상자에게 주간작업으로의 작업 전환을 권고할 수 있다. 그러나 현실적으로 작업 전환이 가능한 사업장은 거의 없으며, 작업 전환을 주장하다가 일자리를 잃을 수도 있다는 우려가 있기 때문에 건강문제로 인하여 야간근로가 어렵게 된

12) 상시근로자 300명 이상을 사용하는 사업장에는 2014년 1월 1일부터 시행, 상시 근로자가 50명 이상~300명 미만인 사업장은 2105년 1월 1일부터, 상시근로자자가 50명 미만인 사업장은 2016년 1월1일부터 적용되어 현재는 1인 이상의 근로자가 있는 모든 사업장을 대상으로 하고 있다.

근로자에 대한 보호대책이 강화되지 않는 한, 현행 야간작업 특수건강진단에는 한계가 있다.[13)]

### 나. 안전보건기술지침(KOSHA GUIDE)

산업안전보건공단에서는 법령에서 정한 최소한의 수준이 아닌, 좀 더 높은 수준의 안전보건 향상을 위해 참고할 광범위한 기술적 사항에 대해 기술하고 있다. 이를 사업장의 자율적 안전보건 수준향상을 지원하기 위한 기술지침(KOSHA GUIDE)이라고 한다. 안전보건기술지침 중 '교대작업자의 보건관리지침(H-22-2019)'은 산업안전보건기준에 관한 규칙 제669조(직무스트레스에 의한 건강장해 예방조치), 제79조(휴게시설), 제81조(수면장소 등의 설치)와 관련하여 야간작업을 포함한 교대작업자의 건강장해 예방을 위한 작업관리 및 건강관리에 관한 사항을 정하고 있다. 이 지침에서 '야간작업'이란 오후 10시부터 익일 오전 6시까지 사이의 시간이 포함된 교대작업을 말한다. '야간작업자'란 야간 작업시간마다 적어도 3시간 이상의 정상업무 수행하는 하는 근로자를 말한다. 사용자는 교대작업자의 작업을 설계할 때 야간작업은 연속하여 3일을 넘기지 않아야 하며, 야간반 근무를 모두 마친 후 아침반 근무에 들어가기 전 최소한 24시간 이상의 휴식을 취하도록 해야 한다. 또한 가정생활이나 사회생활을 배려하여 주중에 쉬는 것보다는 주말에 쉬도록 하는 것이 좋으며, 하루씩 띄어서 쉬는 것보다는 주말에 이틀 연속으로 쉬도록 해야 한다. 교대작업자 특히 야간근로자는 주간근무자보다 연간 쉬는 날이 많아야 하며 야간반 작업은 잠을 조금이라도 더 오래 잘 수 있도록 가능한 일찍 작업을 끝내도록 해야 하는 등의 작업관리가 실시되어야 한다. 이 지침은 법적인 강제력은 없지만 근로자의 건강과 안전을 위해 최소한의 기준에 해당한다.

---

13) 송재철, 「야간작업 특수건강진단 운영 실태조사」, 2017.09, 안전보건공단, pp. 178-180 참고.

## Ⅲ. 야간근로자 현황과 유형

상기의 야간근로에 관한 ILO, 유럽연합 등 여러 나라의 규정들에 비추어 야간근로자에 대한 정의를 내리면 다음과 같다. '야간근로자'란 자신의 정규근로시간이 야간근로시간대에 적어도 3시간 이상 포함되거나, 월평균 4회 이상을 야간근로시간대에 근무하는 자'라고 할 수 있다.[14)]

### 1. 야간근로자 현황

#### 가. 야간근로자 추정

야간에 근무하는 근로자의 현황에 대해 정확하게 조사된 바는 없지만, 2013년 고용노동부에서 발간한 「'야간작업' 특수건강진단 주요 개정내용 해설 및 지침」(이하, 2013년 보고서)[15)]에서는 2010년 고용형태별근로실태조사와 2008년 노동패널조사에 기초하여 야간근로자 수를 추정하고 있다. 2013년 기준으로 야간근로자는 약 127~134만 명으로 추정하고 있으며, 이는 전체 근로자의 10.2%~11.2%에 해당한다. 2013년 보고서에 의하면 야간근로자는 전 연령대에 걸쳐 분포하지만 특히 55세 이상의 고령 근로자의 비율이 높으며(전체근로자 중 17.0%~18.3%), 남성 근로자는 92~99만 명(12.6%~13.2%), 여성근로자는 34만 명(6.6%~7.9%)으로 조사되었다. 또한 업종별 종사자 수는 제조업(약 45만 6천명), 운수업(20만~24만 명), 보건 및 사회복지서비스업(9만~13만 명) 순으로 많고, 비율은 운수업(35.9%~39.0%), 보건 및 사회복지업(15.7%~15.9%), 제조업(15.1%~15.7%) 순이었다. 규모별로 살펴보면 300인 이상 사업장(45만 명)이 가장 많으며, 100~299인(27만 명), 50~99인(24만 명), 10~49인(27만 명), 10인 미만(10만 명)으로 나타났다. 2013년 보고서의 야간근로자 현황은 거의 10년 전의 통계를 기반으로 한다는 점에서 현재의 야간근로자 현황과 차이가 있다. 이에 산업안

14) 본 논문에서의 야간근로자에 대한 정의는 이하의 논의를 위한 조작적 정의이다.
15) 고용노동부, 「'야간작업 특수건강진단' 주요 개정내용 해설 및 지침」, 2013.12, p. 2 참고.

전보건법 시행규칙 제98호 제2호에서 정하고 있는 특수건강진단을 통하여 야간근로자 수를 파악할 수 있다.

1970년 이후 실시된 특수건강진단은 물리적·화학적 위험요인에 노출되는 근로자를 대상으로 하였다. 이후 야간시간대의 근로를 위험요인으로 간주하여 야간작업 특수건강진단에 관한 산업안전보건법 시행규칙 제98호 제2호 [별표 12의2]에 근거하여 2014년 1월 1일부터 시행되었다. 야간작업은 신체적 피로 및 스트레스로 인한 수면장애, 심혈관질환 등 다양한 건강 문제를 야기하기 때문에, 야간근로로 인한 건강문제는 가급적 빨리 발견하여 관리하는 것이 중요하며, 해당 근로자의 건강 장해를 조기에 발견하고 사후관리를 강화하기 위하여 특수건강진단이 요구된다. 건강진단 시기 및 주기에 관해서는 산업안전보건법 시행규칙 제98조 및 제99조 [별표 12의3]에서 정하고 있는데, 해당 작업의 근로시간이 상시적으로 야간작업 특수건강진단 대상 시간에 포함되는 경우에는 해당 작업에 근로자를 배치하기 전에 건강진단을 실시하고, 배치 후 6개월 이내에 첫 번째 건강진단을 실시해야 한다. 또한 배치 후 첫 번째 검진을 받은 날부터 12개월마다 정기적으로 실시하여야 한다.[16)]

야간작업 특수건강진단이 본격적으로 실시된 2015년의 특수건강진단 실수검 인원은 1,624,080명으로 야간작업 특수건강진단 도입 전인 2013년(1,089,122명)에 비해서 약 60만 명 증가하였으며, 2016년에는 약 182만 명으로 나타났다. 야간작업 특수건강진단 실시 이후에는 실수검 인원 변화뿐만 아니라 업종분포에서도 다르게 나타났다. 2011년 야간작업 특수건강진단 수검자의 업종은 제조업이 77.4%로 대부분을 차지하였는데, 2015년에는 63.3%로 줄어들었으며, 2011년에 각각 3.2%, 2.4%, 1.7%를 차지하던 사업시설관리, 보건사회복지, 운수업이 2015년에는 6.4%, 9.5%, 5.3%로 2~3배 증가하였다. 특히 숙박음식, 보건사회복지,

16) 특수건강진단을 실시하지 않은 경우에는 1,000만원 이하의 과태료(위반행위의 횟수에 따라 미실시 근로자 1명당 1차 위반시 5만원, 2차 위반시 10만원, 3차 위반시 15만원)가 부과된다. 또한 특수건강진단결과에 따라 근로자의 건강을 유지하기 위하여 의사가 판정한 사후관리조치에 따라 적절한 건강보호 조치를 이행하지 않은 경우에도 1,000만원 이하의 벌금이 부과된다. 근로자가 정당한 사유없이 사업주가 실시하는 건강진단을 받지 않은 경우에는 해당 근로자에게 과태료(위반행위의 횟수에 따라 1차 위반시 5만원, 2차 위반시 10만원, 3차 위반시 15만원)가 부과된다.

운수, 예술스포츠 업종에서의 검진대상자의 증가는 야간작업 특수건강진단의 증가로 인한 것으로 추정하고 있다.[17] 안전보건공단이 2017년 11월에 발표한「야간작업 특수건강진단 실시 현황」보고서에서는 야간작업 특수건강진단 수검자 필요량을 추정하기 위해 2016년 산재보험가입근로자, 2015년 사업체전수조사 시의 근로자, 2016년 고용실태조사상의 취업자를 모수로 하고 2014년 근로환경조사에서 얻은 야간작업분율을 적용하였다.[18] 그 결과 야간작업 특수건강진단 대상자는 최소 162만 8천명에서 최대 315만 명으로 계산되었다. 산재보험 가입자를 대상으로 야간작업 특수건강진단 대상자를 추정해 보았을 때 약 2백만 명이었던 것을 고려하면 2017년 이후 야간작업 특수건강진단은 더 증가될 것으로 예상된다.[19]

### 나. 추정의 한계

야간근로자를 파악하기 위한 방법으로 산업안전보건법 시행규칙의 특수건강진단의 수검자 현황을 사용하였다. 하지만 산업안전보건법 제2조의 근로자는 근로기준법 제2조 제1항 제1호에 따른 근로자이므로 특수건강진단 수검자는 근로기준법상의 근로자로 한정된다. 예를 들어 이하에서 완전 야간근로자로 분류한 새벽배송원처럼 근로기준법상 근로자로 인정받지 못하는 특수형태고용으로 근로하는 사람들은 특수건강진단 대상자에 해당되지 않아 상기의 야간근로자 추정에서 제외된다. 또한 야간에 근로하는 영세 자영업자도 야간근로자 추정에서 제외된다. 이처럼 야간작업 특수건강진단 대상자로 추정한 야간근로자 현황은 과소 측정될 수 있다는 한계가 존재한다.

---

17) 김은아·성정민,「야간작업 특수건강진단 실시 현황 분석」, 안전보건공단, 2017.11., pp. 1-2 참고.

18) 근로환경조사에서 모집단이 적용되지 않아 야간작업분율을 계산할 수 없었던 가구 내 고용활동, 국제 및 외국기관 업종은 제외하였다는 한계가 존재한다.

19) 김은아·성정민,「야간작업 특수건강진단 실시 현황 분석」, 안전보건공단, 2017.11., pp. 17-19 참고.

## 2. 야간근로자 유형

전체 근로자의 10%가 넘는 근로자가 야간근로에 종사하다는 결과에서 우리 사회가 야간근로자 보호에 더 많은 노력을 해야 한다는 필요성을 도출할 수 있다. 하지만 야간근로에 종사하는 근로자의 유형에 대해서는 연구가 부족한 실정이다.

「Ⅱ. 야간근로에 관한 규정」에서 ILO를 비롯한 외국의 규정과 우리나라의 규정에 대해 살펴보았다. 야간근로시간대의 차이가 있긴 하지만 짧게는 자정부터 다음날 5시까지를, 길게는 오후 10시부터 다음날 오전 6시까지의 시간대를 야간근로 시간대로 규정하고 있다. 일부 국가에서는 야간근로시간대와 함께 주 단위, 월 단위, 년 단위의 야간근로 횟수에 관해서도 규정하고 있다. 하지만 우리나라 노동관련 법률에서는 횟수에 대한 제한이 존재하지 않으며, 야간작업 특수건강진단에서 야간작업(2종)에서만 규정되어 있다. 이하에서는 야간근로자를 유형별로 나누어 각각의 특성과 대표적인 업종에 대해 설명하고자 한다.

야간근로자는 크게 3가지 유형으로 분류할 수 있다. 일반적으로 근로하는 시간이 대부분 야간근로시간대에 있는 사람을 '완전 야간근로자'라고 한다. 교대제 근무 등을 통해 전체 근로시간 중 일부가 야간근로시간대에 걸쳐 있는 사람을 '부분 야간근로자'라고 한다. 그리고 특정일, 특정 주에 야간근로가 예정되어 있거나, 물량 또는 일감의 일시적인 증가로 인하여 예상치 못한 야간근로를 하는 사람을 '임시 야간근로자'라고 한다.

### 가. 완전 야간근로자

근로시간 대부분이 야간근로 시간대에 배치되어 있는 근로자를 말한다. 대표적인 완전 야간근로자에는 새벽배송원, 지하철 선로보수원 등이 있다.

우선 새벽배송원은 말 그대로 야간에 배송업무를 하는 근로자를 말한다. 최근 유통업계에서는 새벽배송이 주목받고 있다. 주문받은 물건을 빠

르게 전달하기 위한 경쟁이 익일배송과 당일배송을 넘어 새벽배송으로 진화하였다. 아침식사를 거르기 쉬운 1인 가구나 매일 장을 보기 힘든 가정, 아이를 돌보느냐 마트에 가기 힘든 가정 등을 중심으로 수요가 급증하면서 새벽배송 시장 규모는 2015년 100억 원에서 2018년 4천억 원으로 커졌다. 배송업체들이 새벽배송을 하는 이유는 주문직후 물건을 빨리 받기 원하는 소비자가 많고, 주간보다 야간의 도로사정이 배송하기에 편리하기 때문이다. 새벽배송원은 보통 밤 10시에 물류센터에서 배달할 물건을 받은 후 이를 분류하여 새벽 2시쯤 배송지로 출발하며 하루 평균 40개의 물건을 배달한다. 새벽배송원의 근로시간은 밤 10시부터 배송이 종료되는 아침 6~7시까지이다. 새벽배송의 선두주자는 2015년 5월에 벤처기업으로 시작한 '마켓컬리'이다. 마켓컬리는 밤 11시까지 인터넷을 통해 신선식품 등을 주문하면 다음날 아침 7시까지 배송해주는 서비스를 제공하고 있다. 이러한 획기적인 배송서비스를 제공하는 마켓컬리의 매출은 2015년 29억 원에서 2018년 1,570억 원으로 증가하였다. 이후 기존의 온라인 쇼핑업체를 비롯한 백화점, 대형마트, 편의점 등도 새벽배송 시장에 진입하였으며, 이로 인하여 신선식품 위주였던 새벽배송 품목은 일반 공산품까지 약 5만여 종으로 늘어났으며, 계속 증가하는 추세이다.[20]

지하철 선로보수원은 지하철 운행이 끝난 후 심야시간대에 근로하는 시설직종 근로자를 말한다. 이들은 선로(rail) 관련 설비와 장치를 점검하거나 유지보수 및 교환하는 등의 다양한 작업을 수행한다. 선로 유지보수 작업은 지하철 운행이 종료된 야간 시간부터 첫차가 운행되기 전까지 이루어진다.[21] 주간에 안전 점검을 하던 1980년대에는 안전사고가 많이 일어났으며, 실제로 1992년에는 근로자가 주간에 선로보수작업을 하다가 열차에 치여 사망하였다. 이 사건을 계기로 전기와 신호 시스템 점검, 선로 보수작업 등은 지하철 운행이 종료된 새벽 1시30분부터 4시간동안 하는 것으로 바뀌었다.[22]

---

20) 강윤경, "[Focus]새벽배송, 총성 없는 전쟁터", 「마이더스」2019년 5호, 연합뉴스 동북아센터, pp. 94-95 참고.

21) 김은영, "지하철 선로 유지보수 근로자들의 결정형 유리규산 노출평가", 「대한직업환경의학회 학술대회 논문집」, 대한직업환경의학회, 2017.11, p. 148 참고.

근로시간의 대부분을 야간근로시간대에 근로하는 완전 야간근로자는 주간에는 다음날의 작업을 위해 수면을 취해야 하기 때문에 가정 및 사회생활의 참여 기회 부족, 사회적 지지 부족, 수면장애, 햇빛 노출 부족, 멜라토닌 분비 장애 등을 일으켜 우울증 등의 정신질환 발생의 위험도가 높다. 야간작업과 우울증의 연관성에 대한 많은 연구에서 야간작업과 우울증이 유의미한 연관성이 있다고 보고하고 있으며, 특히 여성일수록 연관성이 더 큰 것으로 나타난다.[23] 야간작업을 수행하는 근로자는 다른 근로자와 마찬가지로 충분한 사회적 지지가 필요하다. 주간 근무자처럼 야간 근무자도 저녁에 가족들과 보내는 시간이 필요하고, 가끔씩 친구와 만나서 스트레스를 해소하는 시간도 필요하다. 물론 야간작업으로 인한 건강장해를 예방하는 가장 좋은 방법은 야간작업을 하지 않는 것이다. 그러나 부득이하게 야간작업을 해야 하는 경우에는 최대한 신체에 부담이 적은 방향으로 근무일정을 조정해야 한다.

### 나. 부분 야간근로자

교대제 근무 등을 통해 근로시간의 일부가 야간근로시간대에 있는 근로자를 말한다. 대표적인 부분 야간근로자에는 우정실무원, 지하철 승무직(원), 간호사 등이 있다.

우선 우정실무원은 각 우체국에서 접수한 우편물이나 소포, 택배들을 지역별로 모아서 분류한 후 다시 배달지역으로 보내는 일을 하는 우편집중국(전국 24개)의 분류작업에 투입되는 근로자를 말한다. 우정실무원은 다섯 계로 묶여서 작업한다. 우체국 소포 및 택배를 담당하는 소포계, 전체 우편물의 도착 및 발송을 담당하는 발착계, 통상 우편(일반 우편물)을 담당하는 소형계, 통상 우편물 중 서류봉투에 담긴 대봉투 우편물을 담당하는 대형계, 등기·익일 특급 등 특수 우편물을 담당하는 특수계로 나뉜다. 각 계별로 담당 업무가 다르며 일하는 시간도 제각각이다. 우정실무원이 근무하는 시간은 각 계별 물량과 소통 체계에 맞추어 조근(07시

22) 신정임 외, 「달빛노동찾기」, 오월의 봄, 2019, p. 135 참고.
23) 장태원, “야간작업 근로자의 건강관리”, 「한국산업간호협회지」제20권 제4호, 2013, pp. 9-12 참고.

부터 16시), 중근(14시부터 23시), 석근(18시부터 23시), 야근(21시부터 다음날 06시)로 구분되며, 동서울우편집중국에서는 대략 조근 20%, 중근 30%, 석근 10%, 야근 40%의 비율로 나누어져 있다.[24)]

지하철 승무직(원)은 과거 3조2교대의 교대근무제를 활용하고 있었으나 현재에는 21주기제(주 단위 교대)를 사용하고 있다. 3조2교대의 경우 '주주야야비휴'라고 하여 주간2일, 야간2일, 비번1일, 휴일1일로 근무하는 형태이다. 이 때 주간은 오전9시부터 오후 6시까지의 시간을 의미하며, 야간은 오후 6시부터 다음날 6시까지의 근무를 말한다. 비번은 야간근로 후 오전 6시에 근로를 종료하고 퇴근하고 다시 당일 저녁 6시에 다시 야간근무를 위해 출근하는 것을 말한다. 야간근무의 경우에는 중간에 수면을 취하는 시간을 2시간 30분 보장하고 있다. 지하철 운행이 종료되는 1시부터 첫차가 운행하는 시간 전의 3시 30분까지가 수면시간이다.[25)] 현재 활용되고 있는 21시간제는 주 단위의 교대제이다. 1주는 주간에 근무하며, 2, 3주는 야간과 비번을 번갈아 하는 근로형태를 의미한다(소위, '야비야비'라고 한다). 21주기제는 21일을 한 주기로 하여 주간근무자에게는 1일 혹은 2일의 휴무를 부여하고 있으며, 야간작업자에게는 1일의 휴일을 부여하고 있다. 대부분의 경우에 교대근무자간 근무조의 변경을 인정하고 있다. 예를 들어 야간에 근무가 예정되어 있는 근로자가 개인적인 사정으로 인하여 야간근무를 할 수 없는 경우에는 휴식중인 근로자와 근무를 변경하는 것을 인정하는 것이다.[26)]

간호사는 24시간 동안 환자를 관찰하면서 간호서비스를 제공하기 위해 주로 3교대제로 근무하는 대표적인 직업군이다. 우리나라 대부분의 의료기관에서 간호사는 1일 3교대로 근무하고 있다.[27)] 교대제로 근무하는 간호사들은 병동의 특성, 교대주기 등에 따라 신체 및 일상생활의 리듬에

24) 신정임 외, 「달빛노동찾기」, 오월의 봄, 2019, pp. 15-16 참고.
25) 수면보장시간과 근무시간을 제외한 시간은 휴게시간으로 설정하고 있지만, 법률상 대기시간으로 보아야 할 것이다.
26) 이 경우에는 연속 16시간의 근무를 해야 하는 상황도 발생한다.(지하철 승무직에 대한 내용은 서울 메트로(현재는 서울교통공사)에서 34년을 근속 후 정년퇴직한 채○○와의 심층인터뷰 내용을 참고하였다.)
27) 신승화·김수현, "교대근무 간호사의 건강증진행위가 수면의 질에 미치는 영향", 「기본간호학회지」Vol.21 Issue. 2, 기본간호학회, 2014, p. 124 참고.

맞지 않는 비선택적 교대근무를 함으로써 신체적, 심리적 건강상의 문제를 경험한다. 특히 교대 근무 중에도 밤 근무는 일주기 리듬을 깨는 가장 큰 요인으로 수면과 생리적인 기능의 큰 변화를 가져온다.[28] 밤 근무를 포함한 교대근무로 인하여 수면과 각성의 패턴이 변화되고 규칙적인 생체 리듬이 교란되어 수면장애, 피로, 식욕부진, 우울 등의 생리적, 신경행동적 교란이 야기된다.[29]

### 다. 임시 야간근로자

임시 야간근로자란 위에서 언급한 완전 또는 부분 야간근로자를 제외하고 특정일, 특정 주에 야간근로가 예정되어 있거나, 물량 또는 일감의 일시적인 증가로 인하여 예상치 못한 야간근로를 하는 근로자를 말한다. 대표적인 임시 야간근로자를 특정하기는 어렵다. 다만 유연근로제 중 탄력적 근로제의 활용 대상이 되는 계절적 업종(빙과류, 냉난방장치 제조업 등) 또는 업무량이 주기적으로 많은 업종(음식서비스, 접객업 등)이 있으며, 탄력근로제 특례업종[30]에서 근무하는 근로자가 경우에 따라서 임시 야간근로자에 해당될 수 있다. 선택적 근로시간제에서는 근로일 및 근로시간대에 따라 업무량의 편차가 발생하여 업무조율이 가능한 소프트웨어 개발, 사무관리(금융거래, 행정처리 등), 연구, 디자인, 설계 업무에 종사하는 근로자도 경우에 따라서 임시 야간근로자에 해당할 수 있다. 임시 야간근로자는 근로자 개인의 선택으로 자발적인 야간근로를 하는 경우와 개인적인 사정이나 회사의 사정에 의해 비자발적 야간근로를 해야 하는

---

28) Burch JB, Yost MG, Johnson W, Allen E., “Melatonin, sleep, and shift work adaptation”, 「Journal of Occupational and Environmental Medicine」, 2005;47(9):893-901.(김정희 외, “야간전담간호사와 3교대간호사의 표준 교대근무 지표(Standard Shiftwork Index)차이”, 「임상간호연구」Vol. 23, No. 1, 2017, p. 54에서 재인용)

29) Kudielka BM, Buchtal J, Uhde A, Wust S. “Circadian cortisol profiles and psychological self-reports in shift workers with and without recent change in the shift rotation system”, 「Biological Psychology」, 2007;74(1):92-103.(김정희 외, “야간전담간호사와 3교대간호사의 표준 교대근무 지표(Standard Shiftwork Index)차이”, 「임상간호연구」Vol. 23, No. 1, 2017, p. 54에서 재인용)

30) 현행 특례업종은 육상운송업(노선여객자동차 운송사업은 제외), 수상운송업, 항공운송업, 기타 운송관련 서비스업, 보건업이 있다.

경우도 있지만, 보호에 있어서는 구별의 실익은 크지 않다.

## Ⅳ. 야간근로자 보호

### 1. 보호에 관한 기준

#### 가. ILO의 야간근로 보호기준

ILO의 제171호 야간근로 협약에서는 야간근로자의 보호를 위해 야간근로 전·후에 무료 정기건강검진을 받을 권리(제4조 제1항)를 규정하고 있으며 야간근로의 부적합성이 발견된 경우를 제외하고는 근로자의 동의 없이 진단결과를 제3자에게 제공하지 못하게 되어있다(제4조 제2항). 야간근로가 부적합한 근로자는 가능한 경우에 유사직종으로 전환되어야 하며(제6조 제1항), 전환이 불가능할 경우에는 당해 근로자는 근로를 제공할 수 없는 근로자와 동일한 혜택을 받아야 한다(제6조 제2항). 또한 일시적으로 야간근로에 부적합한 것으로 판정된 야간근로자는 건강상의 이유로 근로할 수 없는 근로자와 마찬가지로 해고로부터 동일하게 보호되어야 한다(제6조 제3항). 이 밖에 응급조치 시설, 적절한 보상이 제공되어야 하며, 임신·출산 시에는 특별보호조치(대체근무, 휴가, 해고방지, 소득보장, 승진에서의 우대)가 마련되어야 한다. 야간근무 계획을 도입하기에 앞서 사용자는 근로자 대표와 협의해야한다고 규정하고 있다.

특히 ILO 제178호 야간근로 권고에서는 야간근로자를 위한 사회서비스에 대한 규정이 있다. 야간근로자가 출근에 소요되는 시간과 비용을 줄이기 위한 조치를 취해야 하고, 야간 출근 시에 안정성을 향상시키기 위한 조치를 취해야 한다(제13조). 구체적인 조치에는 대중교통을 이용할 수 있도록 출·퇴근시간을 조정해야하며(제13조(a)), 대중교통을 이용할 수 없는 야간근로자를 위해 사용자는 단체운송수단을 제공해야 한다(제13조(b)). 또한 직장과의 적당한 거리 내에 주택단지를 건설하는 것 등이 포함될 수 있다(제13조(e)). 야간근로자의 휴식의 질을 향상시키기

위한 조치(제14조)로서 야간근로자의 주간수면을 위해 주택의 방음에 대한 조언 및 지원을 해야 하며(제14조(a)), 주택단지를 설계할 때에는 소음수준을 감소시킬 필요성이 고려되어야 한다(제14조(b)). 또한 사용자는 야간근로를 수행하는 근로자가 식사와 음료를 얻을 수 있도록 필요한 조치를 취해야한다(제16조). 구체적으로 사업장의 적절한 장소에서 야간작업 중에 먹을 수 있는 적절한 음식이나 음료의 제공(제16조(a)), 근로자 개인이 준비한 음식을 데우거나 먹을 수 있는 장소를 제공해야 한다(제16조(b)). 그리고 야간근무의 수행은 탁아소, 기타 사회시설 등의 영업시간을 함께 고려해야 한다(제17조).

### 나. 우리나라의 야간근로 보호기준

우리나라의 야간근로자에 대한 보호에 대해서는 아직 명확한 규정은 존재하지 않으며 Ⅱ.3.나. 에서 언급한 '교대작업자의 보건관리지침(H-22-2019)'을 참고할 수 있다. 해당 지침 중 교대작업자(야간근로 포함)의 건강관리를 위해 사업주가 고려해야할 사항들이 있다. 구체적으로 야간작업의 경우 작업장의 조도를 밝게 하고 작업장의 온도를 최고 27℃가 넘지 않는 범위에서 주간작업 때보다 약 1℃ 정도 높여야 한다. 야간작업 동안 사이잠(Napping)을 자게 하면 졸림을 방지하는 데 효과적이므로 특히 사고위험이 높은 작업에서는 짧은 사이잠을 자게 하는 것이 좋다.[31] 야간작업 동안 먹을 수 있는 규칙적이고 적절한 음식이 제공될 수 있도록 배려해야 한다.[32] 주기적으로 건강상태를 확인하고 그 내용을 문서로 기록·보관해야 한다. 신규입사자의 경우에는 산업안전보건법 시행규칙 [별표 12의2]에 따라 야간작업에 배치 시에는 배정예정업무에 대한 적합성 평가를 위하여 배치 전 건강진단을 실시하고, 배치 후 6개월 이내 특수건강진단을 실시해야 한다. 재직자는 배치 후 첫 번째 특수건강진단(6개월 이내)을 받은 이후 12개월 주기로 검진을 받아야 한다.

ILO의 야간근로에 관한 협약과 권고, 우리나라의 교대작업자의 보건관

31) 이때 사이잠을 위하여 수면실을 설치하되 소음 또는 진동이 심한 장소를 피하고 남·여용으로 구분하여 설치하도록 해야 한다.

32) 야간작업자에게 적절한 음식이란 칼로리가 낮으면서 소화가 잘 되는 음식이다.

리지침의 야간근로자의 건강과 안전을 위해 제공되어야 하는 서비스나 사업주가 고려해야 하는 사항은 야간근로자의 건강과 안전을 위한 최소한의 조치라고 생각된다.

## 2. 보호의 한계와 개선방안

위에서 언급한 '교대작업자의 보건관리지침(H-22-2019)'은 법적구속력이 없다는 점과 "모든 교대작업형태에 적용할 수 있는 최적이고 일반적인 권고는 없다."고 인정하고 있는 부분에서 한계점을 찾을 수 있다. 야간근로자의 수면과 심혈관계 질환, 암 발생 등의 건강상의 문제가 심각하다는 연구는 많지만 아직까지 야간근로자의 보호를 위한 실효성 있는 방안은 찾아보기 힘들다. 따라서 다음과 같은 개선방안을 제시해본다.

1. 완전 야간근로자의 경우는 주간에 자고 밤에 일을 하지만, 사회활동을 하기 위해서는 주간 동안 깨어있어야 한다. 이때 강한 태양광에 노출되면 주간에 자는 패턴에 익숙해지던 생체리듬이 교란되어 버린다. 이렇게 생체리듬이 교란되게 된 완전 야간근로자는 일반적인 주간작업자에 비해 평균 수면시간이 짧아진다. 또한 연속 야간작업 시 사고의 위험이 더 증가하는데, 야간작업 첫째 날을 기준으로 둘째 날은 2%, 셋째 날은 6%, 넷째 날은 17%로 사고의 위험이 증가한다.[33] 야간작업을 없앨 수 없다면 순환 야간작업으로 작업의 형태를 변경하는 방법을 생각할 수 있다. 짧은 주기의 교대근무와 긴 주기의 교대근무가 있지만 야간작업으로 인한 건강장해는 생체리듬의 교란으로 인한 것이기 때문에, 2~3일의 연속 야간작업 후에는 휴일을 보장하거나 주간근무가 포함된 교대제로 변경해야 한다.

2. 야간작업 특수건강진단제도를 개선하여 실효성을 확보해야 한다. 야간작업 특수건강진단제도는 업종 및 직종에 상관없이 야간시간에 일하는

33) 장태원, "야간작업 근로자의 건강관리", 「한국산업간호협회지」제20권 제4호, 2013, p. 12 참고.

모든 근로자들을 대상으로 실시하고 있으며, 근로자가 스스로 업무 마무리를 위해 야간작업을 하였더라도 업무와 연관하여 지속적으로 야간작업을 수행한 시간이 야간작업 특수건강진단 대상 작업시간에 해당하는 경우도 포함된다. 야간작업에는 야간시간에 근로하는 것 외에 감시 작업이나 대기, 준비 등을 하는 경우라도 근로자의 근무시간에 해당되면 야간작업 특수건강진단에 포함된다. 하지만 야간작업 특수건강진단은 근로기준법상 근로자만을 대상으로 한다는 점에서 특수고용형태 종사자, 플랫폼 종사자, 영세 자영업자 등을 포함하지 못하는 한계가 있다. 2019년 1월 15일 전부개정 되었고 2021년 1월 16일부터 시행되는 산업안전보건법(이하, 전면개정 산업안전보건법) 제1조의 목적과 제2조의 산업재해 규정에서 '근로자'라는 용어를 '노무를 제공하는 자'로 개정하여 보호대상을 확대하고 있지만 전면개정 산업안전보건법 제2조 제3호의 근로자의 정의는 여전히 근로기준법상 근로자로 되어 있다. 산업안전보건법 시행규칙에서도 여전히 근로자라는 용어를 사용하고 있어 야간작업 특수건강진단의 대상자를 확대하기 어렵다. 이에 야간근로자를 보호하기 위해서는 고용형태와 관계없이 야간작업 특수건강진단을 의무화할 필요가 있다.[34]

일반건강진단을 제외한 근로자 건강진단의 경우에는 사업주가 비용을 부담하기 때문에 사업주와 특수건강진단기관 사이의 비용절감을 위한 유착관계가 발생할 우려가 있으며, 비용에 대한 사업주의 부담이 가중되어 직업병의 확진을 위한 최소한의 2차 검사도 제대로 이루어지지 않고 있다.[35] 건강검진 결과에 따른 사후관리도 개인적인 생활습관의 개선이나 약물치료에 그치고 있어 근본적인 업무환경 개선을 통한 근로자의 건강증진이라는 목적을 달성하지 못하고 있다. 게다가 야간작업 특수검진기관의 선택권이 근로자 또는 근로자 대표에게 없다는 점도 문제이다.[36] 따라서 특수건강진단이 본래의 목적을 달성할 수 있도록 근로자에게 특

34) 국민건강보험공단에서 실시하는 일반건강검진제도를 활용하여 현행 특수건강진단 대상자로 포섭되지 못하는 야간근로자도 야간작업 특수건강진단을 받을 수 있도록 해야 한다.
35) 다만, 10인 미만 사업장의 경우에는 특수건강진단비용을 국가에서 지원하고 있다.
36) 정필균, "직업환경의학과 전문의가 바라보는 야간작업 특수건강진단", 「야간작업 특수건강진단 실태와 향후 과제」(제50회 산업안전보건강조주간 세미나 자료집), 산업안전보건연구원·대한직업환경의학회 공동주최, 2017.7, pp. 25-26 참고.

수건강진단기관에 대한 선택권을 주어야하며, 건강진단 후 사후관리 차원에서 정기적인 설명회 개최 등이 필요하다.

3. 우리나라 산업안전보건법 제15조에는 "사업주는 사업장에서 안전관리자를 두어 제13조 제1항[37] 각 호의 사항 중 안전에 관한 기술적인 사항에 관하여 사업주 또는 관리책임자를 보좌하고 관리감독자에게 조언·지도하는 업무를 수행하게 하여야 한다."고 규정하고 있다. 하지만 야간작업 안전관리자를 두어야 하는지에 대한 고용노동부 질의·회신에서는 해당 규정 적용의 한계를 보여주고 있다.

"안전 관리자 1인을 두어야 하는 현장으로 야간작업 진행시 안전관리자가 계속 상주하여야 하는지 여부"에 대한 질의에 대해 고용노동부는 다음과 같이 회신하였다. "안전관리자는 산업안전보건법 제15조의 규정에 의거 안전에 관한 기술적인 사항에 대하여 이에 대한 지도·조언을 하는 자로서 야간작업이 이루어질 경우 별도의 안전관리자를 선임해야하는 의무는 없으나, 귀 질의의 경우 자율적으로 안전관리자를 선임하거나 관리감독자에 의한 안전관리 또는 안전보조원을 두어 안전관리자를 보조하도록 하는 방법이 있을 수 있음."[38]이라고 하였다. 앞에서 언급한 야간근로의 산업재해 발생율과 건강장해 발생율이 높다는 점에서 야간작업에 대한 안전관리가 더 강화되어야 함에도 불구하고, 야간근로자의 건강과 안전에 대한 관리가 미흡한 실정이다. 또한 ILO의 제171호 협약 제5조에서는 "야간근로를 수행하는 근로자를 위하여 필요한 경우에 적절한 치

---

37) 산업안전보건법 제13조(안전보건관리책임자) ①사업주는 사업장에 안전보건관리책임자를 두어 다음 각 호의 업무를 총괄관리하도록 하여야 한다.
1. 산업재해 예방계획의 수립에 관한 사항
2. 제20조에 따른 안전보건관리규정의 작성 및 변경에 관한 사항
3. 제31조에 따른 근로자의 안전·보건교육에 관한 사항
4. 제42조에 따른 작업환경측정 등 작업환경의 점검 및 개선에 관한 사항
5. 제43조에 따른 근로자의 건강진단 등 건강관리에 관한 사항
6. 산업재해의 원인 조사 및 재발 방지대책 수립에 관한 사항
7. 산업재해에 관한 통계의 기록 및 유지에 관한 사항
8. 안전·보건과 관련된 안전장치 및 보호구 구입 시의 적격품 여부 확인에 관한 사항
9. 그 밖에 근로자의 유해·위험 예방조치에 관한 사항으로서 고용노동부령으로 정하는 사항

38) 고용노동부 질의·회신(산안(건안) 68307-1, 2000.01.03.)

료를 제공할 수 있는 장소로 신속하게 이동할 수 있는 준비를 포함하여 야간근로를 수행하는 근로자에게 적합한 응급시설이 제공되어야 한다." 고 규정되어 있다. 하지만 우리나라의 현행법상 사용자에게 야간근로자를 위한 응급조치 시설이나 치료기관으로 신속히 수송하기 위한 대비책을 마련할 의무가 없으며, 강제하기도 어렵다. 개별기업들의 상황을 고려할 때 자율적으로 응급시설이나 수송방안을 강구하는 것도 기대하기 어렵다. 따라서 현행법의 개정을 통해 야간 안전관리자의 확보하고 야간근로자를 위한 응급시설과 응급수송대책을 마련해야 한다.

## Ⅴ. 결론

야간근로는 야간근로자의 건강과 안전에 중대한 영향을 미치지만 아직까지 야간근로에 대한 정의, 야간근로자의 현황과 보호에 대한 노동법 분야의 연구가 부족한 실정이다. 본 논문에서 언급한 야간근로자 보호에 관한 논의를 정리하면 다음과 같다.

연속된 야간근로일수록 야간근로시의 사고위험이 급증하기 때문에 야간근로는 교대제를 활용하여 순환 야간근로로 작업형태를 변경해야 한다. 또한 야간근로 후에는 생체리듬을 회복할 수 있는 충분한 휴식시간이 필요하다. 산업안전보건법 시행규칙의 야간작업 특수건강진단제도를 개선할 필요가 있다. 야간작업을 유해인자로 인식하여 야간근로자를 특수건강진단 대상자에 포함시킨 것은 바람직하다. 하지만 근로기준법상의 근로자를 대상으로 한다는 점에서 특수고용형태 종사자나 플랫폼 종사자, 영세 자영업자들을 포함하지 못하는 한계가 있다. 따라서 국민건강보험공단에서 실시하는 일반 건강검진제도를 활용하여 현행 특수건강진단제도 대상자로 포섭되지 못하는 야간근로자도 야간작업 특수건강진단을 받을 수 있도록 국민건강보험법 제52조를 개정해야 한다.[39] 특수건강진

39) 국민건강보험법 제52조에서는 가입자와 피부양자에 대하여 일반 건강검진, 암검진, 영유아건강검진을 실시할 것을 규정하고 있다. 산업안전보건법 시행규칙상 특수건강진단 대상자에서 제외되는 자에 한하여 국민건강보험법 제52조에 야간작업 특수건강진단을 추가하는 방향으로 개정할 필요가 있다.

단을 통해 발견된 건강이상자에 대해서는 직업병 확진을 위한 2차 검사가 의무적으로 시행되어야 한다. 사용자는 야간에 발생한 산업재해의 경우에 1차 처치를 할 수 있는 응급조치 시설이나 치료기관으로 신속히 수송하기 위한 대비책을 마련해야한다. 또한 주로 야간작업을 하는 사업장에서는 별도의 야간 안전관리자를 선임할 것을 산업안전보건법 제15조에 추가하여 야간근로자의 건강과 안전을 도모해야 한다.

(논문투고일: 2019.12.08, 심사개시일: 2019.12.13, 게재확정일: 2019.12.19)

**채 희 태**
야간근로, 교대제근무, 산업안전보건법, 안전보건기술지침, 야간작업 특수건강진단

# 【참 고 문 헌】

## Ⅰ. 단행본

김기선, 「독일 노동법전」, 2018.02
신정임·정윤영·최규화·윤성희·김영선, 「달빛노동찾기」, 오월의 봄, 2019

## Ⅱ. 논문

강윤경, “새벽배송, 총성 없는 전쟁터”, 「마이더스」2019년 5호, 연합뉴스 동북아센터
고용노동부, 「2017년 산업재해현황분석」, 「‘야간작업’ 특수건강진단 주요 개정내용 해설 및 지침」, 2013.12
김은아·성정민, 「야간작업 특수건강진단 실시 현황 분석」, 안전보건공단, 2017.11
김은영, “지하철 선로 유지보수 근로자들의 결정형 유리규산 노출평가”, 「대한직업환경의학회 학술대회 논문집」, 대한직업환경의학회, 2017.11
김정희 외, “야간전담간호사와 3교대간호사의 표준 교대근무 지표(Standard Shiftwork Index)차이”, 「임상간호연구」Vol. 23, No. 1, 2017
이상길, “야간작업 특수건강진단 운영실태”, 「e연구리뷰」2018. Vol.2, No.13, 안전보건공단
송재철, 「야간작업 특수건강진단 운영 실태조사」, 2017.09., 안전보건공단
신승화·김수현, “교대근무 간호사의 건강증진행위가 수면의 질에 미치는 영향”, 「기본간호학회지」Vol.21 Issue. 2, 기본간호학회, 2014
장태원, “야간작업 근로자의 건강관리”, 「한국산업간호협회지」제20권 제4호, 2013
정필균, “직업환경의학과 전문의가 바라보는 야간작업 특수건강진단”, 「야간작업 특수건강진단 실태와 향후 과제」(제50회 산업안전보건

강조주간 세미나 자료집), 산업안전보건연구원·대한직업환경의학회 공동주최, 2017.07

조용만, “프랑스의 근로시간제도와 근로자의 휴식·건강권 보호”, 「근로자의 건강권과 근로시간법제」, 한국노동법학회·충남대학교 법학연구소 공동 학술대회논문집, 2019.06

## Ⅲ. 해외논문

ILO, “Gender equality at the heart of decent work”, 「World of Work」No.65, 2009.04

Rutenfranz J, “Occupational Health Measures for Night-and Shift Workers”, 「Journal of Human Ecology」 1982; 11(supp)

## Abstract

# Types and Protection of Night Workers

Chae Hee Tae

Night work causes physical fatigue and stress, which can cause health problems. However, there is a lack of research on the concept of night work and who is the night worker. ILO, EU, Japan, France and Germany set specific time zones for night work. In addition, various measures are in place to protect night workers. In Korea, the Labor Standards Act also stipulates night duty, and measures are in place to protect night workers through safety and health technology guidelines(KOSHA GUIDE). The number of night workers is not known exactly. A 2013 survey by the Ministry of Employment and Labor estimates the number of night workers at about 1.27 million to 1.34 million. Regulation No. 98(2) of the Enforcement Rules of the Industrial Safety and Health Act regards night work as a harmful factor and conduct a health examination for night work. The special health examination at night showed that more than 1.82 million people are working at night. Night workers can be classified as full night workers, partial night workers, or temporary night workers. Full night workers are workers who spend most of their time working at night. Partial night shift workers are workers in which part of the working time is in night shift through overtime shift. Temporary night workers are workers who are scheduled for night work on specific days or weeks, or who work at night due to temporary increases in supply or work. There are a number of measures to protect night workers, but they are lacking. The following actions are proposed for current actions on night worker protection.

1. Full night work should be shifted to rotational night work using shift work.

2. The special health examination system for night work should be improved to ensure its effectiveness.

3. The revision of the current law should secure night safety managers and provide emergency facilities and emergency transport measures for night workers.

Chae Hee Tae

Night work, shift work, Occupational safety and health law, KOSHA GUIDE, Special health examination for night work

# 후견제도의 보완을 위한 신탁에 관한 소고*

김 나 래**

【목 차】

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 재산관리 측면에서 본 후견제도의 한계와 그 대안으로서 신탁
Ⅲ. 후견제도를 보완하는 다양한 신탁제도
1. 후견제도지원신탁
2. 특별수요신탁
3. 성년후견지원신탁
4. 장애인 특별부양신탁
5. 발달장애인신탁
Ⅳ. 신탁제도의 지속적인 활용가능성
1. 임의후견과 성년후견지원신탁의 결합
2. 특별수요신탁을 도입할 수 있는 방안
3. 장애인 특별부양신탁의 제약조건 개선
4. 발달장애인신탁과 같은 사업의 혜택 대상 범위 확대
Ⅴ. 결론

【국 문 요 약】

우리나라의 경우, 후견인으로 선임되는 자의 대부분이 친족이다. 친족이 피후견인의 일상생활, 치료 및 요양 등을 책임지면서 그가 피후견인의 재산을 자신의 재산과 혼용하여 사용하는 경우가 많다. 이로 인하여 피후견인의 피해 사례가 증가하면서 후견인의 재산관리 사무에 대한 법원의 사후적인 감독보다는 예방적인 차원의 대안을 마련할 필요가 있다. 그 대안으로서 신탁제도의 적극적인 활용이 논의되고 있고, 그에 따라 금융기관에서 다양한 신탁상품을 내놓고 있으며, 비영리법인의 신탁사업도 진행되고 있다.

신탁은 전문적인 재산관리 능력이 있는 수탁자를 통하여 재산을 유지 또는 관리하기 때문에 재산권의 수익과 관리의 효용성을 극대화 시킬 수 있는 제도이다. 그리고 이용자가 신탁의 설정방식, 신탁의 내용, 수탁자, 신탁재산의 범위, 신탁재산의 관리방법, 수익권의 내용 등을 자유롭게 정할 수 있어서 다양한 형태로 신탁제도를 활용할 수 있다. 우리나라를 비

롯하여 외국의 다양한 신탁제도를 살펴보면 신탁제도의 지속적인 활용가능성 몇 가지를 확인할 수 있다. 첫째, 성년후견과 한정후견에만 성년후견지원신탁을 활용하도록 할 것이 아니라 임의후견에서도 활용할 수 있도록 한다. 둘째, 다양한 수요를 충족하기 위한 특별수요신탁의 도입을 위하여 몇 가지 사항을 고려해야 한다. 셋째, 장애인 특별부양신탁의 제약조건을 개선하여 제도 이용을 활성화시킨다. 넷째, 발달장애인신탁과 같은 사업의 혜택 대상 범위를 확대하도록 한다. 이를 통하여 성년후견제도가 가진 한계를 극복하고, 다양한 계층의 사람들이 신탁을 통해 미래를 안정적으로 설계할 수 있는 기회를 넓히고자 한다.

## Ⅰ. 서론

우리나라 고령인구의 증가속도가 매우 빨라지면서 치매, 뇌질환 등을 앓는 인구도 급격히 증가하고 있다. 이로 인하여 의사결정능력에 장애가 있는 고령자가 자신의 재산 또는 신상에 대한 사무처리를 원활히 하기 위하여 후견제도의 역할은 더욱 커지고 있다. 현재 우리나라의 성년후견제도는 도입된 지 7년째 접어들었다. 후견인이 피후견인의 재산을 남용하고, 부정을 저지르고 있다는 보도를 자주 접하게 되면서 후견제도가 도입 당시의 취지인 본인의 의사와 능력을 최대한 존중해야 한다는 목표에 맞게 잘 운영되고 있는지에 대한 검토가 필요한 시점이다.

우리나라의 경우, 후견인으로 선임되는 자의 대부분이 친족이다.[1] 친족이 피후견인의 일상생활, 치료 및 요양 등을 책임지면서 그가 피후견인의 재산을 유용하거나 착복하는 등의 부정행위를 저지르기 쉽다.[2] 이

---

* 이 글은 법무부의 입장이 아닌 필자의 주관적인 견해임을 밝힙니다.

** 법학박사, 법무부 법무심의관실 전문위원

1) 후견인의 84.6%가 친족이었고, 8.9%가 시민(공공)후견인, 3.1%가 전문가, 2.6%가 전문가와 친족이 동시에 된 경우이다(김성우, “성년후견제도의 현황과 과제”, 「가족법연구」 제30권 제3호, 한국가족법학회, 2016, 428면).

2) 일본의 경우에는 친족후견인의 부정행위가 사회적 문제가 되자 친족 이외의 전문직을 가진 제3자를 후견인에 선임하는 비율이 증가하고 있다(최수정, “고령사회에서 성년후견제도와 신탁-신탁의 기능과 활용을 중심으로-”, 「법조」 제702호, 법조협회, 2015, 61면).

로 인하여 피후견인의 피해 사례가 증가하면서 후견인의 재산관리 사무에 대한 법원의 사후적인 감독보다는 예방적인 차원의 대안을 마련할 필요가 있다. 그 대안으로서 신탁제도의 적극적인 활용이 논의되고 있고, 그에 따라 금융기관에서 다양한 신탁상품을 내놓고 있으며, 비영리법인의 신탁사업도 진행되고 있다.

본 논문에서는 후견제도를 보완할 수 있는 우리나라와 다른 국가의 신탁제도를 살펴봄과 동시에 이를 바탕으로 지속적으로 신탁제도를 활용할 수 있는 방안을 모색하고자 한다.

## Ⅱ. 재산관리 측면에서 본 후견제도의 한계와 그 대안으로서 신탁

우리나라는 친족이 후견인으로 선임되는 경우가 대부분이다. 친족이 후견인으로서 사무를 담당하면, 후견보수를 별도로 받지 않고 일을 하는 경우가 많아 피후견인의 입장에서는 경제적인 부담을 줄일 수 있다. 또한 피후견인이 질병, 장애, 노령 등으로 인하여 의사를 표시할 수 없을 때 친족이 피후견인의 사정을 잘 알고 있어서 그의 필요에 맞게 사무를 처리할 수 있는 장점이 있다.

그러나 이들은 전문적인 재산관리능력을 갖추지 못한 경우가 많기 때문에 피후견인의 재산을 유지 또는 보존을 함에 있어서 어려움을 겪는다. 물론 후견인이 피후견인의 이익과 필요에 맞게 비용을 지출하기도 하지만, 주기적으로 필요한 생활비용과 부정기적으로 지출되는 의료비나 주거에 필요한 비용을 계획없이 사용하여 오히려 피후견인의 복리에 반하는 결과를 초래하는 경우가 있다.[3] 또한 후견인이 자신의 필요를 채우기 위하여 피후견인의 재산을 남용하고 피후견인은 제대로 돌보지 않아 사회적인 문제가 되기도 한다. 특히 2017년 11월에 후견인인 친형의 부정행위에 유죄판결을 한 첫 사례가 나오면서 후견인의 재산관리 사무에 대한 철저한 감독이 요구되는 실정이다. 이는 뇌병변 장애를 앓고 있는

3) 홍승옥, “일본의 후견제도지원신탁의 동향과 시사점”, 「한양법학」 제27권 제3집, 한양법학회, 2016, 168면.

동생의 보험금으로 자신의 아파트를 구입하여 횡령 혐의로 재판에 넘겨진 후견인이 징역 8개월을 선고받은 사건이다. 형은 동생을 편안한 집에서 부양하기 위하여 자기명의로 집을 구입하였다고 주장했는데 법원은 이러한 항변을 피후견인의 재산과 권리를 보호하는 성년후견제도의 취지에 어긋난다고 판단하였다.[4] 법정후견의 경우, 후견감독인 선임이 필수적인 사항이 아니어서 후견감독인이 없다면, 후견인의 사무가 잘 이루어지고 있는지 여부를 판단하기 쉽지 않고, 후견감독인이 있어서 후견인의 사무를 감독한다고 해도 사후적인 조치가 될 수 있어 피후견인의 재산에 대한 권리를 보호하는데 어려움이 있다. 이에 따라 피후견인의 재산을 안전하게 보호하고, 피후견인을 위해 쓰여질 수 있도록 예방적인 조치를 마련할 필요가 있다.[5]

신탁제도는 영미법계 국가에서 재산관리를 위하여 유용하게 쓰이기 시작했고, 우리나라에서는 최근에 신탁을 통한 금융거래가 원활히 이루어지고 있다. 2012년 7월에 개정된 신탁법[6]은 위탁자의 의사를 최우선으로 하여 그가 원하는 방식으로 재산관리를 할 수 있는 융통성을 강조 하고 있다. 이에 따라 앞으로 재산관리 및 재산승계의 측면에서 신탁제도는 활용가능성이 매우 높을 것이며, 특히 의사결정능력이 부족하거나 결여된 자의 재산을 관리하고 보호하는 데에 있어서 중요한 역할을 할 것이다.[7]

신탁법상의 신탁은 신탁을 설정하는 자(위탁자)가 신탁을 인수하는 자(수탁자)와의 신임관계에 따라 수탁자에게 특정의 재산(신탁재산)을 이전하거나 담보권을 설정하는 등의 처분을 하고, 수탁자로 하여금 그 재산을 일정한 자(수익자)의 이익 또는 특정한 목적을 위하여 관리, 처분, 운용, 개발, 그 밖의 필요한 행위를 하게 하는 법률관계를 의미한다[8]. 이는

4) 제주지방법원 2017. 11.8. 선고 2017고단284 판결
5) 일본에서도 후견감독인은 임의기관이고, 성년후견사건에 관한 사건이 급증하면서 법원이 철저한 감독을 하는 데에 한계에 부딪히면서 후견인의 부정행위를 방지하기 위한 대안으로 후견제도지원신탁을 마련하였다.
6) 개정된 내용 중 유언대용신탁과 수익자연속신탁이 신설되었다는 점이 특징적이다.
7) 이근영, “법정후견제도에서 후견인의 재산부정사용 문제와 후견제도지원신탁”, 「법학논총」 제30권 제1호, 국민대학교 법학연구소, 2017, 166~167면.
8) 신탁법 제2조

수탁자에게 소유권이전등기를 마치게 되면 대내외적으로 소유권이 수탁자에게 이전되고, 위탁자와의 내부관계에서 소유권이 위탁자에게 유보되어 있는 명의신탁과 다르다. 수탁자는 신탁재산에 대한 관리권을 갖는 것이고, 수탁자는 신탁의 목적 범위에 따라 신탁재산을 관리하는 제한을 부담한다.[9] 즉, 형식적인 재산권의 귀속자와 실질적인 권리자를 분리하고 권리자를 위해 재산을 독립적으로 처분 및 관리하는 것을 의미한다. 권리자가 재산을 적절히 관리할 수 없을 때 또는 더욱 전문적인 관리를 원할 때 친족 또는 전문적인 관리자 등에 신탁하여 관리함으로써 권리자의 재산관리능력이나 경제적 신용, 법인격을 수탁자의 것으로 전환시킨다. 이를 통하여 수탁자가 재산에 대한 권능을 행사하지만, 그 재산으로부터 나온 이익은 수익자에게 귀속된다.[10]

신탁재산은 수탁자의 재산과 완전히 분리되어 관리되기 때문에 강제집행 뿐만 아니라 가압류, 가처분, 임의경매 대상이 되지 않는다. 또한 수탁자의 사망 또는 이혼으로 인하여 더 이상 재산을 관리할 수 없을 때에도 그 재산은 상속 및 재산분할 대상이 되지 않는다.[11] 수탁자가 파산한 경우에도 수탁자의 재산과 완전히 분리시킨다.[12] 이에 따라 신탁자 입장에서는 보다 전문적인 관리자에게 자신의 재산을 맡겨 효율적이고 안정적으로 재산을 유지할 수 있고, 다양한 신탁방법에 따라 다양한 설계방식으로 재산을 운용할 수 있다는 점에서 매우 유용하다고 볼 수 있다. 즉, 후견인이 본인의 재산과 피후견인의 재산을 분리하여 피후견인의 부양을 위해 필요한 범위의 재산만 운용하고, 그 외의 재산에 대해서는 금융기관에 맡겨 임의로 처분하지 못하도록 할 수 있어 피후견인의 재산을 안전하게 보호할 수 있다.

9) 광장신탁법연구회, 『주석신탁법』, 박영사(2016), 9면.
10) 최수정, 『신탁법』, 박영사(2016), 27-28면.
11) 신탁법 제23조
12) 신탁법 제24조

## Ⅲ. 후견제도를 보완하는 다양한 신탁제도

신탁은 전문적인 재산관리인을 통하여 본인이 원하는 방식과 내용으로 재산관리를 할 수 있고, 재산을 안전하게 유지 또는 보존할 수 있다는 장점을 가지고 있다. 이러한 신탁을 활용하여 우리나라에서 발생하고 있는 후견인의 부정행위를 방지하고, 의사결정능력이 부족하거나 결여된 고령자와 장애인의 삶의 질을 향상시킴과 동시에 사회적 비용부담을 줄일 수 있는 대안을 검토할 필요가 있다. 특히 다음의 내용에서 소개할 신탁은 증가하고 있는 후견인의 부정행위를 사전적으로 예방할 수 있는 신탁제도를 갖춘 일본의 후견제도지원신탁과 고령자와 장애인의 삶의 질을 높이는데 적극적으로 활용되고 있는 미국과 싱가포르의 특별수요신탁이다. 특별수요신탁제도는 영미권 국가에서 많이 도입하여 활용되고 있기 때문에 대표적으로 미국을, 아시아권에서는 국가차원에서 비영리 특별수요신탁회사를 설립하여 가장 잘 운용되고 있는 곳이 싱가포르이므로 두 국가를 선정하였다. 그리고 우리나라에서 현재 운영되고 있는 후견을 보완하기 위한 신탁제도를 소개함으로써 앞으로 나아가야 할 방향을 제시하고자 한다.

### 1. 후견제도지원신탁

후견제도지원신탁은 일본에서 후견제도의 지원을 받는 본인의 재산과 일상적인 생활을 유지하는 데 필요한 금전을 예금 또는 저금하여 후견인이 관리하고 통상적으로 사용하지 않는 금전을 신탁은행 등에 신탁하는 제도이다. 이 제도는 2012년 2월부터 최고재판소에서 도입한 것으로서 친족후견인이 피후견인의 재산을 관리하면서 자신의 필요에 따라 이를 이용하여 그 재산에 손해를 끼치는 권한남용행위를 막기 위한 목적으로 활용되기 시작했다.[13]

일본도 고령자의 인구가 증가하면서 특히, 인지장애를 겪는 고령자의

13) 最高裁判所事務總局家庭局, 後見制度支援信託の利用狀況等について-平城29年1月～12月-, 2018, 1頁.

증가로 후견개시의 신청이 늘어났고, 성년후견의 인용건수가 증가하였다.[14] 그래서 성년후견인이 피후견인의 재산을 관리하고 신상을 보호하는 후견업무를 수행하는 경우가 늘어나면서 재산을 관리할 때 부정행위를 하는 경우가 많아졌다.[15] 이러한 행위를 방지하기 위해서 가정재판소의 감독을 강화하고, 전문직에 종사하는 자(변호사, 사법서사)에 의한 후견제도가 활성화 되도록 정책을 시행하고 있다. 전자의 경우는 후견인이 제출한 보고서를 가정재판소가 심사하고, 가정재판소의 조사관이 조사하여 후견인에 대하여 심문한다. 그리고 예금계좌에 대하여 금융기관의 조회를 통해 사후적으로 후견인의 행위를 감독한다. 후자의 경우는 후견사무 중에서 전문지식과 경험이 필요한 영역은 되도록 전문직 후견인 또는 후견감독인이 관여하도록 하여 피후견인이 자신의 권리를 보장받고 삶의 질을 향상시킬 수 있도록 한다.[16] 그런데 이러한 조치들은 성년후견인의 부정행위를 막고, 피후견인이 안정적으로 그의 권리를 보장받기 어렵다는 한계가 있다. 그래서 이러한 한계를 극복하기 위하여 후견제도지원신탁을 도입하였고, 이는 성년후견인의 부정행위를 사전에 방지하는 데에 중점을 두고 있다. 즉, 피후견인의 일상적인 삶을 유지하는 데 필요한 정도를 초과하는 재산을 신탁은행에 위탁함으로써 성년후견인이 자의적으로 사용하거나 낭비하는 것을 막는 것을 목적으로 한다.

일본의 후견제도지원신탁은 후견(후견, 보좌, 보조라는 법정후견의 세 가지 유형 중의 하나임)[17]의 개시와 미성년후견인의 선임을 신청하는 것을 전제로 한다. 이에 가정재판소는 미성년후견인의 선임 여부 및 후견개시를 심리하는 동시에 전문직 후견인 및 후견감독인이 필요한지 여부, 후견제도지원신탁이 필요한지 여부에 대하여 검토한다. 만약 가정재판소

14) 厚生勞動省, 成年後見制度の現況, 2018, 2-10頁.

15) 최근에 부적절한 후견사무가 증가하였는데 그 건수는 다음과 같다. 2012년 624건(전문직 18건), 2013년 662건(전문직 14건), 2014년 831건(전문직 22건), 2015년 521건(전문직 37건), 2016년 502건(전문직 30건), 2017년 294건(전문직 30건)이다. (http://www.azumien.jp/contents/industry/00044.html 검색일: 2019년 3월 9일).

16) 伊室, 亜希子, 後見制度支援信託の概要と考察, 明治学院大学法律科学研究所年報, 2013, 85頁.

17) 일본의 법정후견제도는 후견, 보좌, 보조의 유형으로 나뉜다. 후견유형은 판단능력이 지속적으로 결여된 자, 보좌유형은 판단능력이 현저히 저하된 자, 보조유형은 판단능력이 부족한 자를 대상으로 한다.

가 후견제도지원신탁의 이용여부에 대한 검토가 필요하다고 판단하는 경우에는 변호사, 사법서사 등의 전문직에 종사하는 자를 후견인으로 선임해야 한다. 그리고 선임된 전문직후견인은 후견제도지원신탁의 이용이 적합한지를 검토한다. 전문직후견인이 피후견인을 위하여 후견제도지원신탁의 이용이 필요하다고 판단하는 경우에는 신탁재산의 금액과 일상적인 지출에 충분한 금액을 설정하여 가정재판소에 보고서를 제출한다. 다른 한편으로 전문직후견인이 후견제도지원신탁을 이용하는 것이 적절하지 않다고 판단하는 경우에는 가정재판소는 그의 의견을 듣고 재검토 한다. 가정재판소가 전문직후견인의 보고서를 확인하고 후견제도지원신탁의 활용이 적합하다고 판단하는 경우에 전문직후견인에게 지시서를 발행한다. 이에 따라 전문직후견인은 신탁은행에 지시서를 제출하고 신탁계약을 체결한다. 이후에 전문직후견인은 사임하고, 전문직후견인으로부터 친족후견인에게 전문직후견인이 관리하였던 재산의 인계가 이루어진다.[18]

다시 말하면, 후견제도지원신탁은 친족후견인에게 피후견인의 일상적인 생활에 필요한 정도의 재산을 맡기고, 그를 제외한 나머지는 신탁은행에 맡겨 관리하는 구조를 가진다. 이에 따라 친족후견인에게 적절한 금액의 재산을 맡기기 때문에 그가 과도한 재산을 가지고 자신의 이익을 위하여 낭비하거나 소비하는 경우를 원천적으로 차단할 수 있는 기능이 있는 것이다. 친족후견인이 후견사무를 수행하는 중에 예상하지 못한 사정으로 많은 금액을 임시로 지출해야 하거나 피후견인의 일상적인 생활에 필요한 비용이 부족하여 신탁재산의 일부를 인출해야 할 필요가 있는 경우 필요한 금전과 그 관리를 기재한 보고서와 증거자료를 가정재판소에 제출한다. 가정재판소가 이를 심사하고 지시서를 발행하면 친족후견인은 신탁은행에 지시서를 제출하고 금전에 대한 반환청구를 한다.[19] 따라서 일상생활에 사용되는 비용 외의 금액의 반환을 청구할 때는 가정법원의 감독과 지시 아래 이루어짐으로써 친족후견인의 재산남용행위를 방지할 수 있다.

---

18) 後見制度において利用する信託の概要, 家庭裁判所, 2011, 2頁.

19) 伊室, 亜希子, 後見制度支援信託の概要と考察, 明治学院大学法律科学研究所年報, 2013, 86頁.

## 2. 특별수요신탁

### 가. 미국

특별수요신탁(Special Needs Trust)은 가족 중에 특별한 필요를 가진 개인, 즉 장애인의 삶을 안정적으로 유지하도록 하기 위하여 이용할 수 있는 신탁의 특별한 유형이다. 이 제도의 가장 큰 특징은 장애인에게 수탁받은 재산이 존재하는 경우에도 그는 여전히 정부의 부조를 받을 수 있는 자격이 박탈되지 않아 장애인을 둔 가족들이 장기간의 재정적인 계획을 세워 그를 안정적으로 돌볼 수 있는 환경을 조성할 수 있도록 하는 것이다.[20]

일반적으로 많은 사람들이 특별수요신탁을 설정하는 이유를 3가지로 요약할 수 있다. 첫째, 전문적인 신탁관리자에게 재산을 신탁함으로써 수익자의 복리에 가장 적합한 방식으로 재산을 관리할 수 있다. 특별수요신탁의 경우, 수익자가 독립적으로 재산을 관리하는 데에 어려움을 겪는 장애인이다. 재산의 유지 및 보존에 있어서 전문적인 재산관리인이 개입함으로써 위탁자가 맡긴 재산이 수익자의 복리 향상에 온전하게 쓰여질 수 있도록 설계하여 그들을 보호할 수 있다. 둘째, 장애인에 대한 정부지원을 유지할 수 있다. 때때로 가족들이 장애를 가진 자녀를 위하여 재산을 남기기도 하는데, 그 재산의 가치가 2,000달러를 초과하는 경우에 정부원조를 받지 못한다. 여기에서 정부원조 프로그램은 SSI(Supplemental Security Income, 보충적 보장급여), Medicaid(의료보장), 직업훈련, 주택보조와 같은 다른 서비스 등을 말한다. 그러나 특별수요신탁의 수익자는 매달 지원하는 정부원조도 받을 수 있다는 점에서 재정적으로 안전한 측면이 있다. 셋째, 가족의 자산을 보존할 수 있다. 특별수요신탁을 설정하는 이유는 다른 유형의 신탁을 이용하는 이유와 비슷하다. 가족 중에 낭비벽이 있는 수익자가 존재할 때 신탁은 그의 사용을 제한하여 재산을 유지·보존하는 설계를 할 수 있다.[21]

---

20) Nancy L. Nauheimer, Kristin Weaver, Special Needs Trusts, Northern Trust, Northern Trust Corporation, 2017, p.1.

21) Jeffrey W. Schmidt, Special Needs Planning Strategies, Minnesota CLE, 2018, p.6.

특별수요신탁의 종류에는 세 가지가 있는데, 자기출연 특별수요신탁(Self-Settled Special Needs Trusts)[22], 집합 특별수요신탁(Pooled Special Needs Trusts)[23], 제3자 출연 특별수요신탁(Third-Party Special Needs Trusts)이다. 자기출연 특별수요신탁은 부모, 조부모 또는 법정 후견인이 장애인의 이익을 위하여 65세 이하의 장애인의 자산으로 창설하는 것이다. 그리고 신탁 설계 시 장애인이 사망한 후에 남은 신탁재산은 주의 의료보장(Medicaid) 급여로 반환하는 조항을 포함시켜야 한다. 집합 특별수요신탁은 비영리회사에 의해 운영되며, 장애인의 이익을 위해 각각의 계좌는 유지하되 투자 목적으로 자산을 모아 설계하는 것이다. 이는 장애인의 가족이 신탁관리자를 정할 수 없거나 전문적인 신탁관리자를 고용할 여력이 없을 때 주로 사용된다. 자기출연 특별수요신탁과 달리 집합 특별수요신탁은 장애인, 부모, 조부모 또는 법정후견인에 의해 창설할 수 있다. 그리고 신탁 설계 시 수익자가 사망한 후에 남는 재산은 집합 특별수요신탁의 구성원에게 분배할 수 있도록 하거나 주의 의료보장 급여에 반환하는 조항을 포함시켜야 한다. 제3자 출연 특별수요신탁은 자기출연, 집합 특별수요신탁과 달리 장애인 외의 다른 사람의 재산으로 출연하는 것이다. 그리고 장애인의 부모, 조부모 또는 법정후견인에 의하여 창설된다. 앞의 두 가지 신탁에서는 장애인이 사망한 후에 남겨진 신탁재산에 대한 반환 조항을 포함시켰는데, 여기서는 위탁자가 남은 재산에 대하여 장애인의 형제 또는 자매에게 분배되도록 설계할 수 있다.[24]

22) 42 U.S.C Section 1396p(d)(4)(a)
23) 42 U.S.C Section 1396p(d)(4)(c)
24) Katherine B. McCoy, The Growing Need for Third-Party Special Needs Trust Reform, Case Western Reserve Law Review Volume 65 Issue 2, Case Western Reserve University School of Law, 2014, p.466-468.

### 나. 싱가포르

싱가포르는 정부가 출자한 특별수요신탁회사(SNTC, Special Needs Trust Company)를 통하여 장애인 또는 고령자가 그들의 재산을 유지하고 관리할 수 있도록 하고 있다. 특별수요신탁회사는 비영리회사이며, 신탁재산을 직접 운영하지 않는다. 이 회사는 공공수탁자청에 신탁재산을 맡기고 장애인 또는 고령자가 그들의 재산을 잘 운영할 수 있도록 설계자로서의 역할을 한다. 즉, 수익자의 필요에 맞게 신탁재산이 운영될 수 있도록 돕는 것이다.

특별수요신탁[25]은 신탁재산의 원본이 보장되고, 신탁수수료가 매우 낮다는 점에서 수익자에게 매우 유리한 제도이다. 수익자 입장에서는 신탁재산을 장기간 보존하고 유지하면서 본인의 필요에 맞는 지출을 할 수 있고, 이에 더하여 전문적인 신탁회사의 서비스를 이용하면서도 그 수수료의 부담이 적어서 특별수요신탁제도에 대한 접근성을 높일 수 있다.

특별수요신탁 서비스를 이용할 수 있는 자격은 다음과 같다. 신체적 또는 정신적 장애를 갖고 있어야 하며, 싱가포르인이거나 싱가포르에 영구적으로 거주하는 자여야 한다. 그리고 현재 싱가포르에 살고 있어야 한다. 특별수요신탁을 설정하기 위해서는 다음과 같은 세 가지 사항이 정해져야 한다. 첫째, 돌봄 계획(Care Plan)을 세워야 한다. 이 계획은 위탁자가 수익자를 돌볼 수 없을 때를 대비하여 일상생활에 필요한 자금을 따로 분리하여 신탁자금의 액수를 정하는 데에 도움이 된다. 둘째, 의향서(Letter of Intent)를 작성해야 한다. 위탁자는 수익자의 일상생활의 필요에 맞게 신탁자금이 사용될 수 있도록 희망사항을 작성해야 한다. 그리고 특별수요신탁회사는 위탁자가 사망하거나 무능력자가 될 때, 신탁이 활성화되고, 위탁자의 희망과 수익자의 최선의 이익에 따라 운용될 수 있도록 한다. 셋째, 신탁계좌를 설정한다. 위탁자는 최소 5,000달러가 있어야 계좌를 설정할 수 있으며, 언제든지 신탁재산을 출연할 수 있다. 또한 위탁자는 자신의 재산으로부터 발생되는 수익을 증여할 수 있고,

25) 싱가포르에서 특별수요신탁만을 규정하는 법률은 제정되어 있지 않다. 그래서 특별수요신탁에 관한 근거 법령을 표시하지 않았고, 다만, 신탁법이나 정신능력법 등을 참고할 수 있다.

보험증서 또는 중앙준비기금(Central Provident Fund Savings)을 신탁재산으로 지정할 수 있다. 공공수탁자는 정부에 의해 보전된 신탁재산의 원본을 보유하고 투자한다.[26)]

특별수요신탁의 목적은 재정의 유지 또는 보존이며, 주요 고객은 사회복지사에 의하여 돌봄서비스를 받는 특별수요자이다. 일반적인 신탁은 많은 재산을 가진 자산가의 부의 축적을 목표로 하고 있으며, 신탁계좌 설정을 위한 최소 금액이 50,000달러이고, 수수료도 고액이다. 이에 비하여 특별수요신탁은 자산이 많지 않은 자가 자신의 재정에 대한 보호 및 안정을 위해 이용할 수 있고, 수수료도 적정하다는 점에서 이용하기 쉽다. 그리고 특별수요신탁은 설정되면, 번복할 수 없다. 왜냐하면 이 제도는 위탁자가 수익자를 더 이상 돌볼 수 없을 때 그의 재정적인 필요와 안정을 위해 제공되는 것이기 때문이다.[27)] 이러한 측면에서 특별수요신탁은 수익자를 보호하는 데에 긍정적인 역할을 하는 제도라고 볼 수 있다.

### 3. 성년후견지원신탁

최근에 우리나라에서 은행을 중심으로 미성년자와 노인을 보호하기 위한 신탁에 관심을 가지게 되면서 다양한 금융상품이 등장하고 있다.[28)]

---

26) https://www.sntc.org.sg/Pages/trust_setup.aspx?MainMenu=Trust Services (검색일: 2019년 2월 7일) 특별수요신탁회사(Special Needs Trust Company)는 싱가포르 사회가족부의 지원을 받아 설립된 기관으로서 기관 홈페이지에 구체적인 특별수요신탁의 설정 과정 등을 명시하고 있어 이를 참조; Hang Wu Tang, Setting up a non-profit trust company: The special needs trust company in Singapore, Elder law journal Volume 14, Research Collection School of Law, 2014, p. 25～26.

27) https://www.sntc.org.sg/Pages/trust_faq.aspx?MainMenu=Trust Services (검색일: 2019년 2월 7일) 19번 각주와 동일한 이유로 제도 설명에 있어 홈페이지 자료를 참조; Hang Wu Tang, Setting up a non-profit trust company: The special needs trust company in Singapore, Elder law journal Volume 14, Research Collection School of Law, 2014, p. 23.

28) KEB하나은행은 2017년 3월에 '가족배려신탁'을 출시했다. 고액자산가만 가입했던 상속상품을 보급형으로 내놓은 게 특징이다. 본인이 사망하면 가족들이 부담 없이 장례 세무 채무 등을 처리하도록 설계된 상품이다. 월납형과 예치형으로 나뉘는데 예치형은 1계좌당 최저 500만원부터 5000만원까지 가입 가능하다. 하나은행은 2010년에 금융권 최초로 유언대용신탁과 2016년에 치매안심 성년후견지원신탁을 내놓은 바 있다.

특히 2017년 1월에는 금융권 최초로 하나은행에서 성년후견지원신탁 계약을 체결하였다. 성년후견지원신탁은 치매 환자를 비롯해 정신지체자 등 피후견인의 재산관리를 은행이 대신해 주는 것이다.[29] 즉, 이는 성년후견개시심판 또는 한정후견개시심판을 받은 자의 재산을 신탁재산으로 하여 투명하고 안정적으로 관리하기 위해 설계된 것으로 계약체결 및 변경, 계약의 집행 및 계약의 종료 또는 해지에 이르기까지 모든 절차에 대하여 법원이 관여하고 결정하는 상품이다. 피후견인에게 생활비를 안정적으로 지급하여 이들의 생활안정에 기여함과 동시에 금전이나 부동산 등에 관한 재산을 안전하게 보전하여 관리함으로써 후견인의 재산관리에 관한 업무의 부담을 줄일 수 있다. 이에 따라 후견인은 피후견인의 신상에 관한 업무에 초점을 맞추어 그들이 보다 건강하고 편안한 삶을 누릴 수 있도록 지원할 수 있게 된 것이다.

일본의 후견제도지원신탁과 비교하면 법원이 개입하여 비용지출의 모든 절차를 감독하고 허가한다는 점은 동일하지만, 이 제도의 이용여부를 결정하기 위하여 전문직후견인이 개입하지 않는다는 점에는 차이가 있다. 후견인이 필요에 따라 금융기관과 신탁계약을 체결하면 이 제도를 이용할 수 있기 때문에 일본의 제도보다 더 간편한 측면이 있다.

일반적으로 성년후견지원신탁의 계약 내용은 은행이 표준계약서 형식으로 만들어놓은 것을 기본으로 하여 정하게 된다. 다음의 구체적인 사항은 하나은행 성년후견지원신탁 계약서 양식을 참조하였다. 계약서에는 후견인의 신탁계약 체결·변경권, 후견인의 대리권의 증명, 신탁의 해지 및 종료, 후견인과 수탁자의 선관주의 의무 등이 포함되어 있고, 특히 신탁재산, 신탁계약기간, 수탁자의 업무범위 및 기준, 신탁보수는 별지를 통하여 위탁자가 정하여야 한다.

### 4. 장애인 특별부양신탁

우리나라의 장애인 특별부양신탁제도는 스스로 재산을 관리할 수 없는

---

http://news.kmib.co.kr/article/view.asp?arcid=0923725806&code=11151300&sid1=eco (검색일: 2019년 1월 11일)

29) http://news.donga.com/3/all/20170221/82980923/1 (검색일: 2019년 1월 21일)

장애인을 위하여 직계존속 또는 비속 등이 증여를 한 경우, 그 재산을 금융회사에게 신탁함으로써 전문적으로 관리하게 하고, 부모가 사망하더라도 장애인이 생활을 유지할 수 있도록 돕는 것이다. 주목할만한 점은 5억원의 한도에서 증여를 하면 증여세가 면제된다는 것인데, 이러한 내용은 상속세 및 증여세법 제52조의2 제1항에 정하고 있다. 그리고 신탁재산의 원본은 사용할 수 없지만, 원본으로부터 발생된 수익금은 사용할 수 있다. 다만, 예외적으로 장애인 본인의 의료비 및 간병인 비용, 장애인 본인의 특수교육비에 한해서는 지출이 가능하도록 하고 있다.[30][31] 이러한 수익금을 융통성 있게 사용할 수 있다는 점에서 긍정적인 평가가 나오기도 하지만, 최근의 저금리추세를 반영하면 실제로 수익을 얻기 어렵기 때문에 장애인에게 안정적인 경제적 기반이 되기 어려운 측면도 있다.[32]

또한 이 제도는 자산이 많은 장애인이 전문적인 회사에 의한 재산관리를 목적으로 이용하기에는 편리하지만, 관리에 필요한 신탁수수료와 같은 비용을 부담하기 어려운 저소득층의 경우에는 이용하기 어려울 것이다. 그리고 자산이 많은 장애인의 경우에도 증여세 부과 면제 외에는 실질적인 세제혜택이 많지 않아서 이용비율이 높지 않다. 증여세의 부담 없이 장애인의 생활자금을 마련하고 장기간 동안 그 자금이 계획적으로

---

30) 상속세 및 증여세법 제52조의2(장애인이 증여받은 재산의 과세가액 불산입) ② 세무서장 등은 제1항에 따라 재산을 증여받은 장애인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 대통령령으로 정하는 날에 해당 재산가액을 증여받은 것으로 보아 즉시 증여세를 부과한다. 다만, 장애인 본인의 의료비 등 대통령령으로 정하는 용도로 인출하거나 대통령령으로 정하는 부득이한 사유가 있을 때에는 그러하지 아니하다. <개정 2017. 12. 19.>
1. 신탁을 해지하거나, 신탁기간이 끝난 경우에 그 기간을 연장하지 아니한 경우
2. 신탁기간 중 수익자를 변경하거나, 제1항제1호에 따른 증여재산가액이 감소한 경우
3. 신탁의 이익 전부 또는 일부가 해당 장애인이 아닌 자에게 귀속되는 것으로 확인된 경우

31) 상속세 및 증여세법 시행령 제45조의2 ⑥ 법 제52조의2제2항 각 호 외의 부분 단서에서 "장애인 본인의 의료비 등 대통령령으로 정하는 용도"란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 비용에 사용하는 용도를 말한다. <신설 2018. 2. 13.>
1. 「소득세법 시행령」 제118조의5제1항 및 제2항에 따른 장애인 본인의 의료비 및 간병인 비용
2. 「소득세법 시행령」 제118조의6제11항에 따른 장애인 본인의 특수교육비

32) 전창훈, “한국의 발달장애인신탁제도의 운영 현황과 과제”, 「후견과 신탁」제1권 제2호, 한국후견·신탁연구센터, 2018, 139면.

사용될 수 있도록 만들어진 제도가 처음의 취지대로 잘 활용될 수 있도록 개선방안을 모색할 필요가 있다.

### 5. 발달장애인신탁

우리나라의 발달장애인신탁은 한국자폐인사랑협회가 운영하고 있는 제도이다. 이는 발달장애인 본인이나 부모 또는 제3자가 발달장애인의 일상생활 및 치료 또는 요양을 위하여 재산을 맡김으로써 발달장애인의 삶을 돕기 위한 목적으로 설계되었다. 특히 재산을 관리하고 운용하는 데에 어려움을 겪는 발달장애인의 경우, 안전하게 재산을 유지하고 필요한 때에 재산을 사용할 수 있도록 전문적인 신탁서비스를 받을 수 있다. 이를 통하여 발달장애인은 안정적인 경제적 기반을 마련할 수 있고, 자신의 필요에 맞는 재정관리 서비스를 받을 수 있다.

발달장애인신탁은 장애인의 재산을 관리 및 유지하는 신탁서비스를 제공한다는 점에서 장애인 특별부양신탁과 공통점을 가지고 있다. 그러나 몇 가지 점에서 차이가 있는데, 그 내용은 다음과 같다. 첫째, 자본시장과 금융투자업에 관한 법률의 적용을 받지 않는다. 이 법의 적용대상은 영리를 목적으로 신탁사업을 하는 경우이다. 따라서 비영리 공익법인인 한국자폐인사랑협회를 통해서 신탁사업을 운영하고 있는 경우에는 금융감독위원회의 인가를 받거나 등록을 하지 않아도 된다. 둘째, 신탁재산의 관리비용을 부과하지 않는다. 한국자폐인사랑협회는 신탁관리에 필요한 기초적인 실비 정도만 받기 때문에 이 제도를 이용하는 자의 입장에서는 경제적인 부담을 줄일 수 있다. 셋째, 신탁재산의 원본을 사용한다. 장애인 특별부양신탁은 예외적인 경우에만 원본을 인출할 수 있고, 원칙적으로는 사용할 수 없다. 이에 반하여 발달장애인신탁은 발달장애인이 일상생활을 하고 치료 및 요양에 필요한 비용을 원본에서 사용할 수 있다. 제도설정의 목적이 장애인특별부양신탁은 신탁재산의 원본을 사용하기보다는 원본에서부터 나오는 수익을 수익자에게 배분하는 것이지만, 발달장애인신탁은 신탁재산의 원본 그 자체를 발달장애인을 위하여 소비하는 것으로써 그 목적에 차이가 있다고 볼 수 있다.[33)]

## Ⅳ. 신탁제도의 지속적인 활용가능성

위에서 소개한 제도들을 바탕으로 몇 가지 사항에 대한 검토를 통하여 지속적으로 신탁제도를 활용할 수 있는 방안을 모색하고자 한다.

### 1. 임의후견과 성년후견지원신탁의 결합

일본의 후견제도지원신탁은 미성년후견과 후견(성년후견제도의 법정후견 중 하나의 유형)을 대상으로 한다. 후견인과 미성년후견인은 포괄적인 대리권이 있기 때문에 피후견인의 재산을 관리할 때 신탁계약을 체결하는 것이 가능하다. 그러나 보좌인과 보조인 그리고 임의후견인은 제한된 범위의 대리권만 가지고 있기 때문에 그에게 신탁계약을 체결할 수 있는 권한이 없는 경우에는 후견제도지원신탁을 이용하는 것이 어렵다. 따라서 후견인과 미성년후견인의 경우 후견제도지원신탁을 이용하기에 더 적절하다고 보고 있다.[34] 그리고 후견제도지원신탁이 이용되는 경우는 가정재판소가 후견인을 선임하는 국가주도형이므로 그 후견인이 피후견인의 재산을 낭비하거나 횡령하는 경우에 국가가 적극적으로 개입할 수 있는 근거가 된다. 즉 후견인 선임에 대한 국가의 책임이 존재하기 때문에 후견인의 부정한 행위를 막기 위하여 국가가 신탁은행과 협력하여 후견인이 후견제도지원신탁 계약을 체결하도록 하는 것이다. 우리나라의 성년후견지원신탁도 비슷한 이유에서 성년후견, 한정후견개시심판을 받은 자를 대상으로 하는 것이다. 그런데 임의후견은 피후견인이 자신의 미래를 대비하기 위하여 재산관리와 신상보호의 목적으로 후견인을 선임하는 것이기 때문에 국가가 그 후견인의 행위에 대하여 개입하여 감독하는 것은 국민의 사적 영역에 심각한 침해를 야기한다고 보는 것이 일반적이다. 그래서 일본의 신탁은행도 임의후견신탁에 대해 매우 소극적인 입장을 취하고 있다.[35]

---

33) 제철웅, “발달장애인 신탁의 필요성과 활용방안”, 「법학논총」 제32권 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2015, 443면.

34) 홍승옥, “일본의 후견제도지원신탁의 동향과 시사점”, 「한양법학」 제27권 제3호, 한양법학회, 2016, 175면.

임의후견신탁의 기본원리는 신탁설정계약과 임의후견계약을 동시에 체결하는 것이다. 예를 들면 신탁설정계약은 위탁자(남편)가 수탁자인 신탁은행과 수익자의 생활비 및 신상감호비용의 지출 및 원활한 상속절차에 이바지하는 신탁재산의 관리, 운용, 처분을 목적으로 하는 특약부[36]정기지출에 관한 금전신탁계약을 설정하는 것이다. 구체적인 금전신탁의 사무는 위탁자 부부의 생활비, 개호비용의 지출, 의료비, 입원비용의 지출, 자택의 수리비용의 지출, 위탁자 부부의 장례비용의 지출, 임의후견비용의 지출 등을 들 수 있다. 또한 신탁설정계약과 동시에 위탁자가 임의후견업무를 담당할 수임자를 정하여 임의후견계약을 체결한다. 아울러, 제2수익자도 위탁자의 임의후견인을 자신의 후견인으로 지정하여 임의후견계약을 체결한다. 그리고 수탁자인 신탁은행은 수탁재산을 관리하고 운용하는 동시에 위탁자의 생존 중에는 위탁자에게 그의 사망 후에는 제2수익자에게 재산을 지출하여 위탁자와 수익자의 복리를 유지시킨다. 특히 수탁자는 특약에 기초한 중요한 신탁사항에 대해서는 임의후견인과 상의하여 최종적으로는 임의후견인의 지시, 감독 하에 당해사무를 수행한다.[37]

본인의 선택에 의한 후견인 선임일지라도 그 후견인이 피후견인의 재산을 사적으로 유용하거나 낭비하여 자신에게 손해를 입힐 가능성이 있다면 이에 대한 국가의 개입이 필요하다고 생각한다. 법정후견과 임의후견은 본인의 의사능력 및 판단능력의 존부, 후견인의 선임에 본인의 의사가 개입되었는지 여부, 후견사무의 범위 등이 다르지만 법정후견인과 임의후견인 모두 자신의 이익을 위하여 행위할 경우 피후견인에게 피해를 입힐 가능성이 동일하게 존재한다. 그런데 법정후견의 유형에만 가정법원의 개입하는 후견제도지원신탁을 적용할 수 있고, 임의후견의 경우는 개인의 사적 영역을 존중한다는 근거로 후견인의 부정행위를 방지하

35) 정봉은, 이선주, “경증치매자 보호를 위한 보험사의 치매신탁 도입방안”, 조사자료집(2015-2), 보험연구원, 2015, 123면.

36) 여기서 언급한 특약으로는 연속수익자의 설정(제1순위-위탁자인 남편, 제2순위-처), 임의후견인의 지시권의 확인, 신탁종료시의 신탁재산귀속자(예를 들면 자녀)의 지정 등을 내용으로 한다(成年後見制度における信託契約の活用, 認定NPO法人東葛市民後見人の会, 2015, 4-5頁).

37) 成年後見制度における信託契約の活用, 認定NPO法人東葛市民後見人の会, 2015, 4～5頁.

기 위한 제도적 장치를 활용하지 않는 것은 정당하지 않다. 일본에서 신탁계약을 임의후견계약과 세트로 하여 임의후견인을 지시권자·동의권자로 하는 상품이 설계되고 있지만, 상속분쟁에서 주도권을 잡기 위하여 부모와 동거하는 장남이 자기를 수임자로 하는 임의후견계약을 체결하는 경우도 있어 임의후견계약의 진의성을 담보할 수 있는 대안을 모색하고 있다.[38] 이러한 상황에서 단순히 임의후견계약과 신탁계약을 동시에 체결하는 것만이 아니라 법원의 개입을 통하여 금전신탁의 사무가 이루어지도록 제도가 구축될 필요가 있다. 우리나라에서도 성년후견과 한정후견에서만 가정법원의 개임을 통해 이루어지는 성년후견지원신탁을 활용하도록 할 것이 아니라 임의후견에서도 이러한 제도를 활용하여 후견인의 부정행위를 방지할 필요가 있다. 본인의 자유로운 의사에 의하여 임의후견인을 선정했다고 해서, 그 후견인의 부정행위로 인한 재산적 손해까지 감수하도록 하는 것은 피후견인의 권리를 최대한 보장하도록 하는 후견제도의 본질과 어긋나기 때문이다. 임의후견을 통해서는 본인의 신상을 보호할 수 있는 적절한 후견인을 선임하여 그의 복리를 향상시키는 데에 집중하고, 신탁계약을 통한 전문적인 수탁자는 본인의 재산관리 업무를 돕도록 법원이 감독의 측면에서 개입한다면, 본인의 재산에 대한 안정적인 보전이 가능할 것이라고 생각한다.

### 2. 특별수요신탁을 도입할 수 있는 방안

미국의 특별수요신탁의 장점은 장애인이 부모로부터 증여받은 재산을 신탁을 통해 보유하면서도 장애인으로서 받을 수 있는 정부의 지원을 유지할 수 있다는 것이다. 예를 들면, 부모가 증여한 재산이 장애인 자녀에게 속하게 되어 그 자녀가 장애인으로서 받을 수 있는 정부지원의 대상에서 제외된다면, 부모는 그 재산을 장애인 자녀가 아닌 다른 친족에게 증여하여 다른 방식으로 장애인 자녀에게 쓰여질 수 있도록 할 가능성이 높다. 다른 친족에게 이전된 재산은 실제로 그 자녀에게 사용되기 어려

38) 서울대학교 산학협력단, 임의후견제도 발전방안에 관한 연구, 연구보고서 2017-14, 법원행정처, 98면.

울 가능성이 높고, 결국에 그는 기초생활수급권으로 생계를 유지하게 되어 삶의 질적인 향상은 쉽지 않을 것이다. 결국 특별수요신탁은 정부의 추가적인 재원조달 없이 부모 또는 친족의 재산으로 장애인의 삶을 윤택하게 할 수 있는 대안이 될 수 있다.[39] 그러나 이러한 제도를 우리나라에 도입하기 위해서는 신탁을 통해 보유한 재산은 국민기초생활보장법상의 부조를 받을 수 있는 자격을 판단하는 재산 기준에서 제외되도록 개정되어야 한다.[40] 그런데 신탁을 통해 보유하고 있는 자산이 있는 자는 경제적으로 국가의 부조를 받지 않고도 스스로의 삶을 유지할 가능성이 크다. 스스로 자신을 부양할 자력이 없거나, 가족 또는 친족으로부터 부양을 받을 수 없는 자들이 국가로부터 최소한도로 지원받는 것이 국민기초생활보장법이나 장애인연금법상의 부조인데, 보유하고 있는 자산이 있어 스스로 생활을 유지할 수 있는 자에게까지 별도의 경제적인 지원을 유지하는 것은 장기적으로 부조를 받지 않으면 스스로 생활을 유지할 수 없는 자가 보호받지 못할 수 있고, 형평성의 측면에서 차별이 발생될 가능성이 높다고 생각한다. 따라서 이를 해결하기 위하여 수익자의 사망 후에 수탁재산을 국가의 공공부조 급여로 환급하는 등의 국고를 마련할 수 있는 대안도 함께 마련되어야만 장기적으로 사회보장급여를 받는 자를 늘려나감으로써 국가가 사회적 안전망으로서의 기능을 다할 수 있을 것이다.

싱가포르의 특별수요신탁의 장점은 신탁재산의 원본이 정부에 의하여 보장되고, 신탁수수료의 90% 이상을 사회가족부의 지원을 받는다는 것이다. 이는 위탁자가 수탁한 재산에 대한 원본이 상실되어 수익자가 피해를 입을 가능성이 없고, 수수료의 부담이 거의 없어 특별수요신탁제도의 이용에 대한 접근성을 높일 수 있다. 그리고 또 다른 장점은 정부가 출자하여 운영하는 특별수요신탁회사가 특별수요신탁과 관련된 서비스를 전적으로 책임지고 있다는 것이다. 이 회사는 영리를 목적으로 운영되지 않기 때문에 위탁자의 재산을 체계적으로 운용하여 수익자의 삶의 질 향

39) 전창훈, “성년후견 신탁의 필요성과 과제 심포지엄 토론문”, 성년후견 신탁의 필요성과 과제 심포지엄 자료집, 한국가정법률상담소, 2017, 63면.

40) 제철웅, 최윤영, “중증발달장애인의 보호를 위한 특별수요신탁제도의 도입 필요성”, 「비교사법」 제21권 제3호, 한국비교사법학회, 2014, 1174면.

상에 기여할 수 있다. 그러나 우리나라에서 원본을 보장하는 금융상품을 만들기 위해서는 자본시장과 금융투자업에 관한 법률을 개정해야 할 필요가 있다. 동법 제103조 제3항[41]과 동법 시행령 제104조 제1항[42]에 따르면, 신탁업자는 신탁재산에 대하여 손실의 보전이나 이익을 보장하지 않도록 하고 있어서 원본을 보존할 수 있는 상품을 설계하기 어렵기 때문이다.[43] 연금이나 퇴직금의 지급을 목적으로 하는 신탁의 경우에만 예외적으로 원본을 보존할 수 있는 상품을 설계하는 것이 가능한 상황이어서 시행령 제104조 제1항의 예외사유의 범위를 확대하는 방법을 고려해야 한다. 이러한 사정이 변화되지 않는 한 장애인 또는 고령자가 자신의 재산을 안정적으로 유지 또는 보존하는 특별수요신탁을 우리나라의 금융환경에 도입하기 위해서 더 많은 논의를 거쳐야 할 것이다.

---

41) 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제103조(신탁재산의 제한 등) ① 신탁업자는 다음 각 호의 재산 외의 재산을 수탁할 수 없다.
1. 금전
2. 증권
3. 금전채권
4. 동산
5. 부동산
6. 지상권, 전세권, 부동산임차권, 부동산소유권 이전등기청구권, 그 밖의 부동산 관련 권리
7. 무체재산권(지식재산권을 포함한다)
② 신탁업자는 하나의 신탁계약에 의하여 위탁자로부터 제1항 각 호의 재산 중 둘 이상의 재산을 종합하여 수탁할 수 있다.
③ 제1항 각 호의 재산의 신탁 및 제2항의 종합재산신탁의 수탁과 관련한 신탁의 종류, 손실의 보전 또는 이익의 보장, 그 밖의 신탁거래조건 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.
④ 신탁업자는 부동산개발사업을 목적으로 하는 신탁계약을 체결한 경우에는 그 신탁계약에 의한 부동산개발사업별로 제1항제1호의 재산을 대통령령으로 정하는 사업비의 100분의 15 이내에서 수탁할 수 있다.

42) 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 시행령 제104조(신탁업무의 방법 등) ① 신탁업자는 수탁한 재산에 대하여 손실의 보전이나 이익의 보장을 하여서는 아니 된다. 다만, 연금이나 퇴직금의 지급을 목적으로 하는 신탁으로서 금융위원회가 정하여 고시하는 경우에는 손실의 보전이나 이익의 보장을 할 수 있다.

43) 이근영, “법정후견제도에서 후견인의 재산부정사용 문제와 후견제도지원신탁”, 「법학논총」 제30권 제1호, 국민대학교 법학연구소, 2017, 188면.

### 3. 장애인 특별부양신탁의 제약조건 개선

은행 또는 보험회사 등에서 장애인 특별부양신탁에 관한 다양한 상품을 출시하고 있다. 이는 직접 재산을 관리하기 어려운 장애인을 위하여 직계존속 또는 비속 등이 증여한 재산을 신탁함으로써 장애인의 생활자금을 마련해 줄 수 있다는 점에서 장점이 있다. 더욱이 이 상품에 가입하면 상속세 및 증여세법 제52조의2에 따라 5억원의 한도 내에서 증여세가 면제되는 혜택을 주고 있어 장애인의 생활지원을 위해 증여를 원하는 자에게 긍정적인 역할을 하고 있다.

그러나 이 제도에 대한 이용실적이 높지 않다는 측면에서 그 원인을 명확히 파악할 필요가 있다. 장애인특별부양신탁은 증여세가 면제되는 혜택이 주어지더라도 장애인의 사망시까지 원금인출이 제한되고,[44] 이 신탁으로부터 발생한 소득은 비과세대상이 되지 않으며,[45] 증여받은 장애인이 그 재산 전부를 신탁해야 하는 위탁자가 되어야 함과 동시에 자신이 수익자가 되어야 하는 자익신탁만 허용되는[46] 등의 여러 가지 제약이 있다. 이러한 점이 장애인특별부양신탁의 활용을 저해하는 요인이 될 것으로 보이는데, 이에 대하여 개선의 가능성이 있는지 여부를 검토할 필요가 있다.

다시 말하면, 증여세 면제를 위해서는 일정 규모 이상의 신탁재산이 마련되어야 하고, 그러한 재산을 현재의 금리를 반영하여 운용하면 수익이 크지 않으며, 그 수익에 대해서는 소득세를 내야 한다. 그리고 신탁재산의 관리를 위한 신탁수수료까지 부담하고 나면 신탁을 통하여 얻어지는 이익이 많지 않을 것이다. 이에 더하여 의료비나 특수교육비의 지출을 위한 예외적인 경우에만 제한적으로 원금의 인출을 허용하고 있어 예측하지 못한 상황을 대비하기 어려운 점이 존재한다. 또한 의사결정능력이 부족하거나 의사결정능력이 없는 장애인의 경우, 부모나 친척 또는 후견인이 재산사무에 대한 신탁계약을 체결하여야 하는 경우가 많은데, 오직 장애인 본인만 위탁자가 될 것을 요구하고 있어 이 제도가 현실적

44) 상속세 및 증여세법 제52조의2 제2항 제2호
45) 소득세법 제12조
46) 상속세 및 증여세법 제52조의2 제1항 제1호, 제2항

으로 장애인을 지원하는 제도로서의 역할을 다하지 못하는 측면이 있다.

이를 개선하기 위하여 세제혜택의 폭을 넓혀 이용자의 부담을 줄일 필요가 있다. 구체적인 방안으로 과세되지 않은 재산에서 발생되는 수익은 장애인의 소득세에서 면제하도록 하는 견해가 있다.[47] 장애인특별부양신탁은 소득세법상의 우대조치는 아니어서 신탁재산으로부터 나오는 수익에 대하여 소득세를 과세하게 되는데, 장애인에 대한 경제적 지원이라는 공익목적을 위해서는 그 수익에 대하여 소득세를 면제해야 이용을 활성화시킬 수 있다.[48] 그리고 원금인출을 허용하는 예외사유의 범위를 넓힐 필요가 있다. 신탁의 수익만으로는 갑작스러운 사고 등과 같이 예측하지 못하는 상황을 대비하기 어렵기 때문에 이를 위한 대책이 마련되어야 한다. 원금을 인출하지 못하도록 한 것은 장애인의 재산확보를 위한 것인 만큼, 그 재산이 급박한 상황에 장애인을 위하여 반드시 필요한 것이라면, 이를 사용할 수 있는 길도 열어두어야 할 것이다. 또한 자익신탁의 경우에만 증여세를 면제할 것이 아니라 부모 등이 위탁자가 되어 장애자녀를 수익자로 하는 것이 신탁계약의 전형적인 모습임을 고려할 때 타익신탁의 경우도 인정해야 한다.[49] 장애인, 특히 의사결정능력이 없거나 부족한 자가 위탁자가 될 수 없는 다양한 사정을 고려하여 그들의 필요와 욕구에 맞는 경제적 지원을 위하여 위탁자의 범위에 대한 조정이 필요하다고 생각한다.

그 밖에 장애인특별부양신탁의 제약조건이 될 수 있는 것은 가입금액이다. 신탁설정의 최저 가입 금액은 금융회사의 상품에 따라 차이가 있지만, 일반적으로 1억 원인 경우가 많았다. 일률적으로 하나의 기준 금액으로 모든 금융기관의 가입금액을 동일하게 맞추는 것은 영리를 목적으로 하는 금융기관에 대한 과도한 제한이 될 수 있다. 지금처럼 금융기관이 자율적으로 가입금액을 정하되 최초 계약시 신탁설정의 금액을 낮추는 방향으로 나아가야 한다. 이를 통하여 다양한 수요를 가진 사람들이 신탁을 통해 안전하게 재산을 유지 또는 보존할 수 있는 기회를 가질

47) 배인구, “재산관리능력이 부족한 사람들을 위한 신탁제도”, 가정상담(4월호), 한국가정법률상담소, 2017, 25면.
48) 건국대학교 산학협력단, 장애인신탁의 활성화 및 발전방안, 보건복지부, 2013, 80면.
49) 건국대학교 산학협력단, 장애인신탁의 활성화 및 발전방안, 보건복지부, 2013, 82면.

수 있을 것이다.

### 4. 발달장애인신탁과 같은 사업의 혜택 대상 범위 확대

발달장애인신탁제도는 제도의 명칭에서 나타난 바와 같이 발달장애인의 재산을 안전하게 보호하고 그의 필요와 욕구에 맞는 서비스를 제공하기 위하여 설계되었다. 특히 신탁계약을 체결하기 전에 사회복지사, 변호사 등의 자문을 통하여 발달장애의 유형에 적합한 신탁계획을 세우기 때문에 발달장애인이 일상생활, 치료 및 요양, 여가 생활을 하는 데에 있어서 많은 도움을 받을 수 있다.

발달장애인신탁사업의 배경 중 하나는 발달장애인이 재산을 갈취당하는 것을 사전적으로 예방하기 위해서이다. 발달장애인은 친족, 이웃주민, 보호시설에 의하여 정부로부터 지원받는 급여 등을 빼앗기는 경우가 많다. 그리고 친족이 발달장애인의 신상을 보호한다는 명목으로 재산관리까지 같이 하여 그의 재산을 함부로 유용하는 경우도 있다. 그래서 성년후견제도 이외에 제3자가 발달장애인의 재산에 대한 적법한 권한에 근거한 지원체계를 마련하기 위하여 제도를 설계하게 된 것이다.[50] 그런데 발달장애인뿐만 아니라 뇌병변 장애인과 치매환자, 정신장애인 등도 의사결정능력이 충분하지 않아 사기로 인하여 재산을 갈취당할 위험이 동일하게 있으며, 그의 친족이나 이웃이 보호자가 되어 재산을 관리하는 과정 중에 재산남용의 피해를 입을 수 있다. 따라서 비영리법인을 통한 신탁사업의 대상 범위를 의사결정능력이 부족하거나 결여된 모든 자가 이용할 수 있도록 확대하여야 한다. 신탁을 통해 재산을 관리하기 위해서는 일정한 비용이 들기 때문에 일정한 비용을 부담할 여력이 없는 자의 경우, 제도 이용의 필요성이 있음에도 이용하는 것이 쉽지 않다. 한국자폐인사랑협회는 영리를 목적으로 운영하는 기관이 아니기 때문에 신탁사업 대상자는 실비정도의 비용만으로 신탁서비스를 이용할 수 있다는 점에서 큰 장점을 지니고 있다. 이러한 장점을 살려 재산관리 사무를 도

50) 한국자폐인사랑협회, 발달장애인 공공신탁의 전망과 과제 참고자료, 발달장애인 공공신탁의 전망과 과제 심포지엄 자료집(2018), 29면

울 수 있는 한국자폐인사랑협회와 같은 비영리 공익법인을 발굴하여 의사결정능력이 부족하거나 결여된 자와 연계하여야 한다. 이를 통하여 질병, 사고, 노령 등으로 의사결정능력이 부족하거나 결여된 많은 사람들이 신탁을 통하여 안정적으로 재산을 유지 또는 보존할 수 있는 기회를 얻게 될 것이다.

최근에 KEB하나은행은 '친모 살인사건'[51] 생존피해자를 위해 사단법인 온율(법무법인 율촌 산하 공익사단법인)과 '범죄피해자 지원 신탁계약'을 체결했다고 하였다. 범죄로 인해 사망·장해·중상해를 입은 피해자 또는 그 유족에 대해 국가는 구조금을 지급하고 있으며 생존피해자 역시 범죄피해자보호법에 따라 구조금을 지급받는다. 그러나 지적장애를 가진 생존피해자가 지급받은 구조금을 제대로 관리하지 못할 위험에 노출되면서 구조금이 온전하게 범죄피해자의 피해 회복 용도로만 사용되도록 보호하는 안전장치를 확보하기 위하여 신탁계약을 체결한 것이다. 하나은행은 신탁된 구조금을 관리하며 매달 피해자의 생활비를 지급하게 되고, 사단법인 온율은 후견기간 중 피해자의 생활을 보호하고 목돈 사용이 필요한 경우 구조금 사용 여부를 결정한다. 또한 구조금 사용내역과 향후 지출계획은 검찰에 정기적으로 보고되고 후견이 종료된 이후에도 피해자가 독립적으로 재산관리를 할 수 있는 시점까지 검찰에 의한 관리감독이 지속된다.[52] 가족 또는 친척에 의한 후견이 불가능하지만, 후견의 필요성이 있을 때 공익법인이 후견인으로 선임되어 피후견인의 재산관리 사무는 신탁을 활용하도록 한다면 더욱 효과적으로 그들의 권리를 보호할 수 있을 것이다. 다행히 작년 12월에 국민연금공단이 발달장애인 공공신탁 시범사업을 위하여 업무협약을 맺었다.[53] 현재로서는 이 사업이 발달장애인만을 대상으로 하지만, 그 이용 대상의 범위를 확장시킬 수 있었으면 한다.

---

51) '친모 살인사건'은 지난해 10월 조현병 환자인 가해자가 모친 살해 후 여동생도 살해하려다 미수에 그친 사건이다.

52) https://www.ebn.co.kr/news/view/984561 (검색일: 2019년 5월 14일)

53) http://view.asiae.co.kr/news/view.htm?idxno=2018122615102544792 (검색일: 2019년 3월 10일)

## Ⅴ. 결론

신탁은 전문적인 재산관리 능력이 있는 수탁자를 통하여 재산을 유지 또는 관리하기 때문에 재산권의 수익과 관리의 효용성을 극대화시킬 수 있는 제도이다. 그리고 이용자가 신탁의 설정방식, 신탁의 내용, 수탁자, 신탁재산의 범위, 신탁재산의 관리방법, 수익권의 내용 등을 자유롭게 정할 수 있어서 다양한 형태로 신탁제도를 활용할 수 있다. 이러한 신탁제도의 장점은 후견제도의 한계를 보완할 수 있다.

일본의 후견제도지원신탁과 우리나라의 성년후견지원신탁은 법원이 신탁계약의 체결 및 변경, 계약의 집행 및 계약의 종료 또는 해지에 관여하여 후견인의 부정행위를 사전에 예방할 수 있다. 그리고 미국과 싱가포르의 특별수요신탁은 수익자의 복리에 가장 적합한 방식으로 설계하여 그의 재산을 유지 또는 보존시키는 데에 중요한 역할을 하고 있다. 특히 미국의 특별수요신탁은 장애인을 수익자로 하여 출연된 신탁재산이 존재하여도 공적부조를 받을 수 있는 자격이 유지되고, 싱가포르의 특별수요신탁은 정부가 출자한 특별수요신탁회사를 통하여 재산을 관리하기 때문에 신탁재산의 원본이 보장되고 신탁수수료도 매우 낮다. 우리나라의 장애인 특별부양신탁과 발달장애인신탁은 운영주체가 다르긴 하지만, 전자는 일정 한도 내에서 증여세가 면제되며, 후자는 신탁관리에 필요한 비용이 거의 들지 않아서 이용할 때에 경제적인 부담을 줄일 수 있다.

우리나라를 비롯하여 외국의 다양한 신탁제도를 살펴보면 신탁제도의 지속적인 활용가능성 몇 가지를 확인할 수 있다. 첫째, 성년후견과 한정후견에만 성년후견지원신탁을 활용하도록 할 것이 아니라 임의후견에서도 활용할 수 있도록 한다. 둘째, 다양한 수요를 충족하기 위한 특별수요신탁의 도입을 위하여 몇 가지 사항을 고려해야 한다. 셋째, 장애인 특별부양신탁의 제약조건을 개선하여 제도 이용을 활성화시킨다. 넷째, 발달장애인신탁과 같은 사업의 혜택 대상 범위를 확대하도록 한다. 이를 통하여 성년후견제도가 가진 한계를 극복하고, 다양한 계층의 사람들이 신탁을 통해 미래를 안정적으로 설계할 수 있는 기회를 넓히고자 한다.

(논문투고일: 2019.12.08, 심사개시일: 2019.12.12, 게재확정일: 2019.12.19)

김나래

주제어 성년후견, 임의후견, 부정행위, 신탁, 후견지원신탁, 특별수요신탁, 장애인 특별부양신탁, 발달장애인신탁

# 【참 고 문 헌】

## Ⅰ. 단행본

광장신탁법연구회, 『주석신탁법』, 박영사(2016)
김상용, 『신탁법 해설』, 법무부(2012)
최수정, 『신탁법』, 박영사(2016)
Robert L. Mennel, Sherri L. Burr, 임채웅 역, 『미국신탁법』, 박영사(2011)

## Ⅱ. 논문

김판기, “고령화 사회에 있어서 재산관리와 승계수단으로서의 신탁 -유언신탁과 유언대용신탁을 부가하여”, 「동아법학」 제55호, 동아대학교 법학연구소, 2012
배인구, “재산관리능력이 부족한 사람들을 위한 신탁제도”, 가정상담(4월호), 한국가정법률상담소, 2017
이근영, “법정후견제도에서 후견인의 재산부정사용 문제와 후견제도지원신탁”, 「법학논총」 제30권 제1호, 국민대학교 법학연구소, 2017
전창훈, “한국의 발달장애인신탁제도의 운영 현황과 과제”, 「후견과 신탁」 제1권 제2호, 한국후견·신탁연구센터, 2018
_____, “성년후견 신탁의 필요성과 과제 심포지엄 토론문”, 성년후견 신탁의 필요성과 과제 심포지엄 자료집. 한국가정법률상담소, 2017
정봉은, 이선주, “경증치매자 보호를 위한 보험사의 치매신탁 도입방안”, 조사자료집(2015-2), 보험연구원, 2015
제철웅, “발달장애인 신탁의 필요성과 활용방안”,「법학논총」 제32권 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2015
_____, 최윤영, “중증발달장애인의 보호를 위한 특별수요신탁제도의 도입 필요성”, 「비교사법」 제21권 제3호, 한국비교사법학회, 2014
최수정, “고령사회에서 성년후견제도와 신탁- 신탁의 기능과 활용을 중심으로-”, 「법조」 제702호, 법조협회, 2015

최현태, “부양신탁에 관한 연구”, 「한양법학」제25권 제2집, 한양법학회 2014
홍승옥, “일본의 후견제도지원신탁의 동향과 시사점”, 「한양법학」제27권 제3호, 한양법학회, 2016

## Ⅲ. 기타자료

건국대학교 산학협력단, 장애인신탁의 활성화 및 발전방안, 보건복지부, 2013
보험연구원, 일본의 후견제도지원신탁, 조사자료집 2015-2, 2015
서울대학교 산학협력단, 임의후견제도 발전방안에 관한 연구, 연구보고서 2017-14, 법원행정처
한국자폐인사랑협회, 발달장애인 공공신탁의 전망과 과제 참고자료, 발달장애인 공공신탁의 전망과 과제 심포지엄 자료집, 2018
厚生勞動省, 成年後見制度の現況, 2018
最高裁判所事務總局家庭局, 後見制度支援信託の利用狀況等について-平城29年1月～12月-, 2018
三森仁, 東京家庭裁判所委員会 「近時の成年後見事件の実情」報告 平成26年12月18日
伊室, 亜希子, 後見制度支援信託の概要と考察, 明治学院大学法律科学研究所年報, 2013
後見制度において利用する信託の概要, 家庭裁判所, 2011
成年後見制度における信託契約の活用, 認定NPO法人東葛市民後見人の会, 2015
Hang Wu Tang, Setting up a non-profit trust company: The special needs trust company in Singapore, Elder law journal Volume 14, Research Collection School of Law, 2014
Jeffrey W. Schmidt, Special Needs Planning Strategies, Minnesota CLE, 2018
Katherine B. McCoy, The Growing Need for Third-Party Special Needs Trust Reform, Case Western Reserve Law Review Vol

ume 65 Issue 2, Case Western Reserve University School of Law, 2014

Nancy L. Nauheimer, Kristin Weaver, Special Needs Trusts, Northern Trust, Northern Trust Corporation, 2017

Abstract

# A Study on the Trust for Compensating the Guardianship System

Kim Na Rae

In Korea, most of the people who are elected as guardians are relatives. As they are responsible for the daily life, treatment and medical care of the ward, it is often the case that they use the property of the ward with their property. As the cases of victims due to the misconduct of the guardian are increasing, it is necessary to establish preventive measures instead of the court's supervision regarding guardian's property management. As an alternative, the active use of the trust system is being discussed, and various trust products and trust plan of financial institutions are introduced. The trust system can maximize profit of property and utility of management, as the property is managed by professional trustees. And the trust system can be utilized in various forms by allowing the user to choose the method of setting a trust, the content of the trust, trustee, the scope of the trust property and the management method of the trust property. Based on the advantages of the trust system, we look forward to the continued availability of the trust system through a review of several matters. First, we should not only utilize the adult guardianship support trust for adult guardianship and limited guardianship but also utilize them in voluntary guardianship. Second, we should consider introducing the special needs trust. Third, we should expand the tax favor of the special support trust for the disabled and lower the standard of the subscription amount. Fourth, we should provide more

people qualified benefits through plans such as trust for persons with developmental disabilities.

Kim Na Rae

Keywords adult guardianship, voluntary guardianship, misconduct, trust, guardianship support trust, special needs trust, special support trust for the disabled, trust for persons with developmental disabilities

# 독일의 혐오표현 관련 규범 및 판례에 대한 헌법적 평가*

지 성 우**

【목 차】

Ⅰ. 들어가는 말
Ⅱ. 독일 표현의 자유 보호범위와 제한 구조
1. 독일 표현의 자유(Meinungs-freiheit)와 제한 법리
2. 온라인상 표현의 자유 규제논의
III. 독일 혐오표현 규제 내용과 헌법적 평가
1. 개설
2. 형법 중 모욕죄와 명예훼손죄
3. 형법 중 대중선동죄
4. 네트워크집행법에 의한 혐오표현 규제
5. 평가
IV. 독일의 혐오표현 관련 주요 판례 분석
1. Auschwitz Lie 사건
2. Auschwitz Lie 문신 정치인 처벌 사건
3. Monika & Alfred Schaefer 남매 사건
4. Fredrick Töben 사건
5. 판결의 의의 분석
VI. 나가는 말

【국 문 요 약】

독일 기본법 제5조에 의하면 표현의 자유 중 의사표현의 자유, 의사전달의 자유, 정보의 자유는 그 주된 내용이 방어권적 성격이 강한 주관적 공권인 반면에, 매스커뮤니케이션의 자유에 속하는 프레스의 자유, 방송의 자유는 주관적 공권성과 아울러 제도적 보장으로서의 성격이라는 이중적 성격을 가지고 있다고 한다.

최근 유럽 전역에서 유대인과 소수민족에 대한 폭력과 증오범죄가 만연하면서 이들의 혐오표현에 대한 합리적인 수준에서의 표현의 자유와 그 제한 및 처벌에 관한 문제가 심각하게 제기되고 있다. 이에 대해 독

---

* 이 논문은 저자가 2019년 언론중재위원회에 제출한 “혐오표현관련 미디어 규제 현황과 법제 연구”의 일부를 수정·보완한 것입니다.

** 성균관대학교 법학전문대학원 부교수

일에서는 세계인권선언, 유럽인권선언, 유럽의 제반 관련 규정을 참고하여 다양한 입법을 하고 있으며, 관련 판례가 집적되고 있다.

혐오표현에 대한 독일의 정책은 기본적으로 나치시대의 경험으로 인해 인간의 존엄성을 훼손하는 경우의 잠재적 위험성에 대한 민감한 인식으로부터 비롯된 것이다. 독일 형법 제130조 제1항은 구술 또는 간행물을 통해 치안방해가 되는 방식으로 "특정 인구집단에 대한 혐오를 선동하거나 그들에 대한 폭력적 또는 독단적 조치를 요구하는 행위" 및 "특정 인구집단을 모욕하거나 악의적으로 비방하여 타인의 인간적 존엄성을 침해하는 행위"를 금지하는 매우 광범위한 혐오표현 처벌규정을 두고 있다. 특히 제130조 제2항은 치안방해의 여부와 관계없이 혐오표현 그 자체로 처벌할 수 있도록 규정하는 등 광범위하게 규제하고 있다.

나아가 독일 법제에서는 홀로코스트를 부정하는 표현행위와 같이 역사를 부정하는 행위(historical revisionism)까지도 혐오표현의 일환으로 처벌하고 있다는 점이 특징적이다. 이 조항은 특히 사실(fact)과 견해(opinion)의 구별의 경계에 관한 논쟁뿐만 아니라 학문적 자유의 제한과 관련하여 많은 논쟁을 불러일으키고 있다.

지난 2018년부터 시행되고 있는 독일의 네트워크 집행법은 인터넷 상의 게시물에 대한 내용을 규제의 대상으로 하는 것이 아니라 기존의 형법에 위배되는 표현물만을 적용대상으로 하고 있다. 이는 만일 네트워크 집행법이라는 특별법에서 기본 형법과 다른 내용의 범죄유형을 신설하여 적용할 경우에 발생할 수 있는 표현의 자유 위축의 문제를 고려하여 입법적인 타협점을 찾은 것으로 보인다.

네트워크집행법의 시행이 1년을 넘어서면서 독일 내에서도 이 법의 효과에 대해 다양한 견해가 개진되고 있으며, 이러한 논의는 향후 한국의 혐오표현 관련 입법정책을 수립함에 있어 매우 큰 참고가 될 것으로 보인다.

## Ⅰ. 들어가는 말

우리 헌법 제21조 제1항[1]과 비교·고찰되는 독일 기본법 제5조에서는 표현의 자유(Meinungsfreiheit)를 (1) 의사표현의 자유(Meinungsäußerungsfreiheit), (2) 의사전달의 자유(Meinungsverbreitungsfreiheit), (3) 정보의 자유(Informationsfreiheit),[2] (4) 프레스의 자유(Pressefreiheit), (5) 방송의 자유(Rundfunkfreiheit), (6) 영화의 자유(Filmfreiheit) 등 6개의 자유권으로 분류하여 직접 기본법에 규정하고 이들 각 기본권들을 각각 독립적인 특성과 기능을 가지는 개별적인 기본권으로 보아,[3] 각 기본권 별로 상이한 법적 성격과 내용을 고찰하고 있다. 즉 독일 기본법 제5조의 해석에 의하면 표현의 자유 중 의사표현의 자유, 의사전달의 자유, 정보의 자유는 그 주된 내용이 방어권적 성격이 강한 주관적 공권인 반면에, 매스커뮤니케이션의 자유에 속하는 프레스의 자유, 방송의 자유도 역시 주관적 공권성이 인정되기는 하지만 기본적으로는 제도적 보장으로서의 성격도 아울러 가지는 이중적 성격을 가지고 있다고 한다. 그 중 방송의 자유는 공적 의견형성(öffentliche Meinungsbildung)이라는 기능적 측면에서는 프레스의 자유와 동일하나, 프레스의 자유와 비교할 때 그 기술적·경제적 희소성과 사회적 영향력으로 인하여 객관적 성격이 더욱 강하게 나타나게 되므로 더욱 엄격한 제한이 가능한 기본권으로 보고 있다.[4]

독일의 연방헌법재판소는 “국가권력에 의해서 통제되지 않고 검열을

---

1) 한국에서의 표현의 자유에 대한 보다 상세한 사항은 김백유(2016). 『헌법학』, 한성, 1135-1120면; 문광삼(2015). 『헌법학』, 삼영사, 507-561면; 성낙인(2019). 『헌법학』, 1149-1223면; 장영수(2017). 『헌법학』, 홍문사, 657-698면; 전광석(2019). 『한국헌법론』, 집현재, 369-402면; 정종섭(2016). 『헌법학원론』, 박영사, 605면-643면; 한수웅(2017). 『헌법학』, 법문사, 345-382면; 허 영(2019). 『한국헌법론』, 박영사, 605-643면 등을 참조.

2) 독일 기본법상의 ‘정보의 자유(Informationsfreiheit)’는 예를 들면 신문이나 방송 등과 같이 모든 국민이 자유로이 접근할 수 있는 일반적 정보원에의 접근을 방해받지 않을 자유를 의미하는 것으로서, 제도적 보장으로서의 성격보다는 주관적 공권으로서의 성격을 가진다. Vgl. Katz, A. (2002). 『Staatsrecht』, Heidelberg 15. Aufl., S. 352f.

3) Vgl. BVerfGE 8, 104(112); 20, 56(88).

4) Vgl. Pieroth and Schlink (2002). 『Grundrechte Staatsrecht II』, Heidelberg 18. Aufl. S. 133ff.

받지 않는 자유언론이 자유국가의 기본요소"라고 판결함으로써 언론의 자유를 보장하고 있으며, 공영방송 조직, 운영의 필요 요건 등에 관한 견해 표명, 신문의 표현의 자유와 제도상 가치를 보장하는 견해 표명 등 민주주의 하에서 출판과 방송의 중요성 및 임무를 강조하는 법적 해석을 부여하는 기능을 수행하고 있다.

특히 독일은 히틀러와 홀로코스트로부터 법치주의의 소중함을 배웠다. 인류역사상 최악의 독재자로 불리는 아돌프 히틀러는 1차 세계대전 패배로 인한 막대한 배상금 부담과 대공황 발발로 독일 경제가 피폐해지고 민심이 극도로 흉흉해진 상황에서 부유한 유대인에 대한 반감과 증오를 부추겨서 권력을 잡고 유지하였다. 그는 1933년부터 1945년까지 유대인을 '지구에 존재하는 가장 악한 인종'으로 규정하고 유럽에 거주하는 600만 명 이상의 유대인을 무차별하게 학살하여 반인류적인 범죄를 자행하였다. 그런데 당시 히틀러는 오히려 탄탄한 지지층을 확보하며 독재정치를 이어갔으며, 패망 이후 독일인들은 다시는 이러한 반민주적인 사상을 가진 정치인이 출현하지 않아야 한다는 정신을 1949년 기본법에 담았다. 그리하여 기본법 제20조는 "국가의 모든 권력은 국민으로부터 나온다"는 규정과 함께 "국민은 선거를 통해 행정, 입법, 사법 등 삼권을 창출해 권력을 행사"하도록 정하고 있다.

하지만 1949년 독일 분단 직후 서독은 극우 및 극좌파 정당이 출범하며 정치적 혼란이 극심했다. 특히 1949년 10월 2일 창당한 사회주의제국당(SRP)은 네오나치를 표방하며 나치의 영광을 재연하려 노력하였다. 이 제국당은 나치당원들을 적극적으로 영입하여 당시 자민당 당원 수의 절반에 해당하는 4만 명의 당원을 보유하기까지 하면서 당세를 확장시켜 나갔다. 마침내 제국당의 불법적인 행동은 헌법수호청의 정보망에 걸려들었고, 연방헌법재판소는 1952년 사회주의제국당을 해산시켰다. 또한 뒤이어 헌법재판소는 1956년 독일공산당(KPD)에게 위헌 판결을 내리고 정당해산을 명령하였으며, 2016년에도 독일민족민주당(NPD)에 대해 위헌을 선언하였다. 이렇게 독일에서는 극우·극좌정당이 정치적·집단적으로 초법적·반헌법적 활동을 하지 못하도록 법제화하고 있다.

하지만 그럼에도 불구하고 독일에서는 2018년 외국인 혐오와 반(反)유대주의 범죄가 전년보다 20% 정도 증가한 것으로 나타났다. 독일 내무

부의 발표에 의하면 2018년 정치적 동기에 의한 범죄는 3만6,062건으로 전년보다 8.7% 증가하였다. 이 가운데 외국인 혐오 범죄는 7,701건으로 전년보다 19.7% 증가하였다. 반유대주의 범죄 가운데 89.1%는 극우주의자에 의해 저질러진 것으로 조사됐다.[5)]

이렇게 유럽 전역에서 유대인과 소수민족에 대한 폭력과 증오범죄가 만연하면서 이들에 대한 합리적인 수준에서의 표현의 자유와 그 제한 및 처벌에 관한 문제가 심각하게 제기되고 있다. 이 문제에 대해 독일에서는 세계인권선언, 유럽인권선언, 유럽의 제반 관련 규정을 참고하여 다음과 같은 입법을 하고 있으며, 관련 판례가 집적되고 있다.

## Ⅱ. 독일 표현의 자유 보호범위와 제한 구조

### 1. 독일 표현의 자유(Meinungsfreiheit)와 제한 법리

독일에서는 국가의 권력구조에 관한 사항과 국민의 기본권에 관한 사항에 대해 규정하고 있는 최고규범을 '헌법(Verfassung)'이라고 하지 않고 '기본법(Grundgesetz, GG)'이라는 용어를 사용하고 있지만 이는 독일의 헌법에 해당한다.[6)]

기본법 제1조는 "인간의 존엄성은 훼손할 수 없다. 인간의 존엄성을 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 책무이다"라고 규정하여 인간의 존엄성을 국가적 최고의 가치로 선언하고 있다. 특히 기본법 제1조는

5) https://www.yna.co.kr/view/AKR20190514183500082?input=1195m(최종검색일: 2019. 10. 30)

6) 독일 정치지도자들은 독일의 분단을 영구화하는 것을 우려하였으나, 서방 3개국 연합군 측과 협상을 통하여 통일을 방해하지 않는 선에서 임시정부를 구성하고자 하였다. 따라서 독일에서는 독립된 국가의 헌법(Verfassung)이 아니라 최소한의 정치 질서를 유지하는데 필요한 기본법(Grundgesetz)을 제정하기로 합의하고, 또 제헌의회가 아니라 점령지역 11개 주의 주의회에서 선출된 대표로 구성된 의회평의회에서 기본법을 제정하기로 하였다. 1949년 5월 8일 제정된 서독기본법은 서독의 정치적 안정을 가져왔을 뿐 아니라 이후 동독과의 통일에도 무리 없이 적용되고 있어 독일이 그동안 거쳤던 정치적·헌법적 혼란을 정리하는 근본 규범이 되었다.

개헌의 대상이 아니라는 점에서 인간의 존엄성이 독일 헌법체계에서 가지는 우월한 가치를 잘 나타내고 있다. 이에 따라 독일 연방헌법재판소는 평등이나 인간의 존엄성과 같은 가치를 보호하기 위하여 표현의 자유를 제한하는 것을 합헌으로 결정한 바 있다. 다만 재판소의 결정에 따르면 기본권의 제한이 합헌으로 결정되기 위해서는 다양한 기준을 충족하여야 하는데 그 중 가장 중요한 기준은 '과잉금지(비례)의 원칙'을 준수하는 것이다.

또한 기본권을 제한해야 할 현실적인 필요성이 아무리 크다고 하더라도 기본권의 본질적인 내용을 침해하는 기본권 제한 입법은 허용되지 않는다. 기본권의 본질적 내용이란 당해 기본권의 핵이 되는 실체이며, 본질적인 내용의 침해라 함은 그 침해로 말미암아 자유나 권리가 유명무실한 것이 되어 버리는 정도의 침해를 말한다. 즉, 표현의 자유도 일반적으로 다른 기본권과 마찬가지로 기본권 조항에 따라 필요할 때 제한이 가능하지만 과잉 금지의 원칙과 기본권의 본질적 내용 침해 금지의 원칙 등 기본권 제한의 일반 원칙을 준수해야 한다.[7]

한편, 헌법상 표현의 자유는 기본법 제5조에 명시되어 있다. 독일 기본법 제5조 제1항은 "누구든지 자기의 의사를 말, 글 및 그림으로 자유로이 표현·전달하고, 일반적으로 접근할 수 있는 정보로부터 방해받지 않고 알 권리를 가진다. 신문의 자유와 방송과 영상으로 보도할 자유는 보장된다. 검열은 허용되지 아니한다."라고 규정하고 있다. 또한 동조 제2항에서는 "이 권리는 일반 법률의 조항, 청소년 보호를 위한 법규 및 개인적 명예권에 의하여 제한된다."라고 규정하여 의견의 자유에 대한 제한을 규정하고 있다. 한편 제3항에서는 "예술과 학문, 연구와 강의는 자유이다. 강의의 자유는 헌법에 충실할 의무로부터 면제되지 아니한다."라고 규정하고 있다.[8]

---

7) 기본권과 '일반법률'의 상호관계를, '일반법률'에 의한 기본권 효력의 일방적인 제한으로 이해할 수는 없다. 문언에 따르자면 '일반법률'이 기본권을 제한하기는 하지만, 다른 한편 이 기본권(표현의 자유)이 자유민주적 법치국가에서 가치를 설정한다는 중요성에 비추어 해석함으로써 그 기본권 제한 작용이 다시 제한된다는 의미에서 상호작용이 있는 것이다(BVerfGE 7, 198, 208f). 여기서 일반법률은 "어떤 의견 자체를 금지하거나 특정 의견의 표명 자체를 규제하는 것이 아니라, 특정 의견에 무관하게 보호해야할 법익, 즉 표현의 자유보다 우월한 공동체의 가치에 기여하는(BVerfGE 7, 198, 208f)" 법률 모두를 의미한다.

먼저 방송의 자유에 관하여 살펴보면, 기본법상 방송의 자유의 상위 개념으로서의 언론·출판의 자유는 사상·양심 및 지식·경험 등을 대중매체를 통하여 표현하는 자유이다. 이러한 언론·출판의 자유보장은 개인의 자유로운 인격발전을 이룩하고, 인간의 존엄성을 유지하며, 국민주권을 실현시켜주는 역할을 한다. 비록 현행 헌법에서 '방송의 자유'를 명시적·직접적으로 규정하고 있지는 않으나, '언론'이라 함은 '담화·토론·연설·방송 등 구두에 의한 사상 또는 의견의 표명과 전달을 뜻하는 것'이라고 보고 있으므로, 이러한 일반적인 견해에 의하면 방송의 자유 역시 언론·출판의 자유의 일종으로 간주되고 있다.[9]

현재 일반적으로 방송의 자유의 기본권적 특징을 논할 때 방송의 자유가 주관적 공권이자 제도적 보장으로서 이중적 성격을 가졌다는 점까지만 설명되고 있다. 그러나 방송의 자유의 기본권적 특징은 단순히 방송의 자유가 이중적 성격을 가졌다는 데에 있는 것이 아니고, 동일한 기본권적 구조와 사회적 기능을 가지는 언론의 자유에 비해 상대적으로 특별한 제한을 받아왔다는 데 있다.

즉 방송의 자유와 흔히 비교되는 '언론의 자유'도 공적 의견형성기능(Funktion der öffentlichen Meinungsbildung)을 가지고 있어 방송의 자유와 같이 자유로운 의견형성에 봉사하는 자유이며, 기본권적으로는 주관적 공권이자 제도적 보장으로서의 양자의 성격을 모두 가지고 있는 것

---

8) Artikel 5

(1) Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt.

(2) Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.

(3) Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei. Die Freiheit der Lehre entbindet nicht von der Treue zur Verfassung.

9) 우리 헌법과 비교해보면 우리 헌법 제21조 제1항에서는 언론·출판의 자유, 집회의 자유 및 결사의 자유를 동일한 조항에서 규정하고 있다. 이 기본권들을 통칭하여 '표현의 자유'라고 부른다. 이는 사회 내에서 개인 간의 '의사소통을 위한 기본권 또는 의견 교환을 위한 기본권'으로서의 성격을 가진다는 의미다. 표현의 자유는 개인이 자기 결정과 인격 발현의 기본 요소인 동시에 자유민주적 국가 질서를 구성하는 요소이다.

으로 이해되고 있다.[10] 따라서 이러한 이중적 성격은 방송의 자유에만 인정되는 고유한 특성이 아니라 언론·출판의 자유의 공적 의견형성 기능에서 유래하는 공통적인 성격이라고 보아야만 한다.[11]

이런 견지에서 보면 일단 신문의 자유와 방송의 자유는 동일한 기본권적 의미와 기능을 갖고 있다. 즉 주관적 공권이자 제도적 보장으로서의 이중적 성격은 방송의 자유의 고유한 법적 성격이 아니며, 언론·출판의 자유가 갖는 공통된 성격이다.[12] 하지만 이러한 기능상의 동일성에도 불구하고 언론은 국가적 형성보다는 언론 기관의 설립·존속에 있어 개인의 주관적 공권을 보장함으로써 다수의 언론기관에 의한 다양한 의견형성에 주안점을 두고 있다. 이와 같이 동일한 규범구조와 기능을 가지고 있는 언론의 자유에 비하여, 방송의 자유는 그 제도적 성격이 더욱 강조됨으로써 언론의 자유에서는 극히 예외적으로만 인정되는 진입상의 허가제, 내용규제, 소유규제 등의 구조규제 등 특별히 중한 기본권적 제한이 정당화되어 왔으며,[13] 그 공공적 성격 역시 신문에 있어서보다 더욱 강하게 요구되어 왔다.

## 2. 온라인상 표현의 자유 규제 논의

EU의 '2002 규제프레임워크'에 의하면 콘텐츠 계층은 ①시청각미디어서비스(audiovisual media services)와 ②정보사회서비스(information society services)로 구분하고 있다. 이 중 '시청각미디어서비스'는 '상당수의 일반 공중에게 수용되어 명확한 영향력을 미칠 수 있는 매스미디어

---

10) Vgl. BVerfGE 12, 205(261); Löffler and Ricker (2000). Handbuch des Presserechts, München 4. Aufl., S. 15ff.

11) Vgl. Degenhart, C. (1999). in Dolzer, Rudolf. and Vogel, Klaus. (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 5 Abs. 1, 2, Heidelberg, Rn. 638ff.

12) 독일의 연방헌법재판소는 "언론은 국민과 그 대표자간의 중개자"이며, "기본법 제5조 제1항이 보도라고 규정하여 법문상 협의로 규정되어 있기는 하지만 본질적으로 방송과 언론은 구별되지 않는다"고 보고 있다. Vgl. BVerfGE 20, 162(174ff.)

13) 언론의 자유에 비하여 방송의 자유에 가해지는 특별한 제한과 그 정당성에 관하여는 지성우 (2003). "방송허가제의 헌법적 근거와 문제점에 관한 연구", 「토지공법연구」, 20, 245면 이하(247-262면) 참조.

로서의 성격을 가지며, 프로그램(programme)의 공급이 서비스의 주요 목적인 것'을 말한다. 여기에는 자막 서비스나 프로그램 가이드 등과 같이 프로그램과 연동되어 제공되는 데이터 기반 콘텐츠의 경우를 포함한다. 반면, '정보사회서비스'에는 온라인게임, 검색엔진, 전자상거래, 복권 추첨이나 내기도박 서비스, 전자출판 등이 포함된다.[14)]

당해 프레임워크에 의하면 '프로그램(programme)'이라 함은 '미디어서비스제공자에 의해 결정된 편성 스케줄 또는 제공되는 콘텐츠의 목록 내의 개별 아이템을 구성하는 유성(有聲) 또는 무성(無聲)의 동영상 이미지의 집합으로서 형태와 내용에 있어서 텔레비전 방송프로그램의 형태 및 내용에 준하는 것'을 의미한다.[15)]

한편, 독일에서는 「텔레미디어법(Telemediengesetz)」 및 「방송·텔레미디어주간협약(Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien)」에 의거하여 '텔레미디어서비스'를 크게 두 가지로 분류하고 있다.

첫째, 저널리즘적 성격을 갖거나, 방송과 유사성이 있는 주문형 텔레미디어 서비스에 대해서는 「방송텔레미디어주간협약」의 제6장의 규정을 적용한다. 이에 속하는 미디어유형은 '저널리즘편집 텔레미디어', '유사방송 텔레미디어', '유사TV텔레미디어'가 있다.

둘째, 실시간으로 방영되지 않고, 보도기능이 없으며, 텔레비전 또는 방송과 유사성도 없는 텔레미디어서비스(동영상, 텍스트, 이미지 모두 포함)는 연방관할의 「텔레미디어법」의 규제대상이 된다.

이와 같이 독일에서는 '방송'의 개념을 일단 '인터넷을 포함한 모든 송신 수단을 포괄하는 것'으로 폭넓게 규정하면서 방송에 속하지 않는 범위를 명확히 제시하여 과잉규제의 가능성을 피하고 있다. 즉 「방송·텔레미디어주간협약」 제2조 제1항에 따르면, "방송이란 일반 공중을 대상

---

14) EU에서의 미디어 콘텐츠계층의 개념에 대해서는 European Commission (2013. 4. 24). Green Paper: Preparing for a Fully Converged Audiovisual World: Growth, Creation and Values; European Commission (2016. 5. 25). Synopsis report of the public consultation on Directive 2010/13/EU on audiovisual media service directive: A media framework for the 21st century 등을 참조. 한편 영국에서의 콘텐츠 계층에 대해서는 Onay, I. (2009). Regulating webcasting: An analysis of the Audiovisual Media Services Directive and the current broadcasting law in the UK. Computer Law & Security Review, 25(4), p.335-351 참조.

15) 앞의 EU보고서 참조.

으로 동시간대에 실시간으로(linear) 영상과 음성을 제공하는 정보통신서비스(linear information and communication service)를 말한다."고 규정하고 있는 것이다. 이와 같이 수평적 규제체계에 따라 정보통신서비스를 제공하는 전송망을 구분하지 않는 독일식 개념규정 방식에 의하면 인터넷을 통해 제공되는 동영상서비스 중에서 실시간으로 방영되는 서비스는 방송으로 분류할 수 있다.

반면, 독일의 「방송·텔레미디어국가협약」 제2조 제3항에 의하면 동시 수신을 위한 잠재적 이용자 수가 500인 이하인 서비스 등은 방송의 개념에서 제외하고 있다.

이러한 독일의 방식은 우선 방송의 개념을 포괄적·종합적으로 정의함으로써 전송기술의 발전으로 인해 규제의 공백의 발생을 방지하면서도, 방송으로 분류되는 개인 인터넷 방송서비스의 범위를 제한하고 있다. 당해 기준은 방송과 통신의 기본권적 속성을 해치지 않으면서도 단행법적으로 규제의 기준을 설정할 수 있는 장점이 있다.

## III. 독일의 혐오표현 규제 내용과 헌법적 평가

### 1. 개설

혐오표현에 대한 독일의 정책은 기본적으로 나치시대의 경험으로 인해 인간의 존엄성을 훼손하는 경우의 잠재적 위험성에 대한 민감한 인식으로부터 비롯된 것이다. 독일 형법 제130조 제1항은 구술 또는 간행물을 통해 치안방해가 되는 방식으로 "특정 인구집단에 대한 혐오를 선동하거나 그들에 대한 폭력적 또는 독단적 조치를 요구하는 행위" 및 "특정 인구집단을 모욕하거나 악의적으로 비방하여 타인의 인간적 존엄성을 침해하는 행위"를 금지하는 매우 광범위한 혐오표현 처벌규정을 두고 있다. 특히 제130조 제2항은 치안방해의 여부와 관계없이 혐오표현 그 자체로 처벌할 수 있도록 규정하고 있다는 점에서 독일은 혐오표현을 광범위하게 규제하고 있다.

게다가 제130조 제3항은 홀로코스트를 부정하는 표현행위와 같이 역사를 부정하는 행위(historical revisionism)까지도 혐오표현의 일환으로 처벌하고 있다는 점이 특징적이다. 이 조항은 특히 사실(fact)과 견해(opinion)의 구별의 경계에 관한 논쟁뿐만 아니라 학문적 자유의 제한과 관련하여 많은 논쟁을 불러일으켰으며, 제130조 제4항은 나치 찬양행위도 처벌하고 있다.

## 2. 형법 중 모욕죄와 명예훼손죄

독일에서는 타인을 모욕한 때에는 '모욕죄'가, 타인을 비방하거나 세평을 저하시키기에 충분한 사실을 주장하거나 전파할 때에는 (사실 적시 또는 허위사실의 적시) 명예훼손죄가 성립한다.

독일 형법 제186조의 명예훼손죄(Üble Nachrede) 관련 규정에 의하면 타인의 인격적 가치를 저하시킬 수 있는 사실을 적시하고, 그 적시한 사실이 진실임을 증명하지 못하는 한 행위자는 이 죄로 처벌된다. 아울러 이러한 허위의 사실을 공연히(öffentlich) 적시하거나 출판물 등에 의해 유포한 경우에는 형을 가중한다.

한편 독일 형법 제130조 제1항 및 제2항의 대중선동죄는 일반적 법률로서 의견표명의 자유 제한이 정당화된다는 의견이 다수이기 때문에 처벌의 합헌성에 폭넓은 합의를 얻고 있지만, 독일 형법 제130조 제3항 및 제4항과 같이 홀로코스트를 부정하는 표현 등의 처벌에 관해서는 의견표명의 자유와의 충돌을 우려하는 견해가 있었다.

하지만 독일 연방헌법재판소는 독일 형법 제130조 제1항부터 제4항까지의 규정을 모두 합헌으로 결정하였다.[16)]

16) 독일 헌법재판소는 독일형법 제130조 제1항부터 제4항까지를 합헌이라 하고 있지만, 구체적인 사안의 판단에 있어서는 의견 표명의 자유를 배려하고 대중선동죄의 성립에는 대체로 신중한 입장을 취하고 있다.

### 3. 형법 중 대중선동죄

#### 가. 의의

독일에서 혐오표현 규제의 근거가 되는 법률은 형법(Strafgesetzbuch: StGB)이다. 독일 형법 제130조 제1항과 제2항에서는 대중선동죄(Volksverhetzung)에 관해 규정하고 있다.[17] 이 규정은 독일형법 제7장 '공공질서에 대한 죄(Straftaten gegen die öffentliche Ordnung)'에 위치하고 있으며, 통설에 의하면 주된 보호법익은 '공공의 평온'이다.

홀로코스트라는 역사적 사건을 특정하여 만들어진 이 법은 국민선동에 관한 형법 제130조의 하위 조항으로 1994년 10월 통과되었다. 이 규정에 의하면 홀로코스트라는 사건이 있었다는 것을 부정하거나, 그 참혹성을 축소하거나, 혹은 그것이 정당한 것이었다고 주장하는 사람은 독일 형법 제130조 제3항에 근거하여 5년 이하의 자유형(징역, 금고, 구류에 해당)이나 벌금형을 선고받는다.

역사적으로 이 규정은 1950년대 이후 제2차 세계대전의 종결 후에도 여전히 줄어들지 않던 반유대주의가 더욱 증가하는데 대응하기 위하여 제정된 것이지만, 그 보호대상은 유대인에 국한되지 않고 넓게 '주민의 일부'[18]라고 규정하고 있다.[19]

독일 형법 제130조 제3항에 근거한 홀로코스트에 대한 왜곡에 대한

---

17) 독일 형법 제130조(대중선동죄)
① 공공의 평화를 어지럽히는 적정한 방법으로 1. 일정한 국적, 인종, 종교 또는 출신민족으로 이루어진 특정집단이나 일부의 인구집단 또는 거기에 속한 개인에 대하여 그에 속한다는 이유로 증오 또는 폭력적이거나 자의적인 조치를 선동하는 경우, 또는 2. 전술한 일부의 인구집단 또는 개인을 그에 속한다는 이유로 모욕하거나 악의적으로 경멸 또는 중상함으로써 인간의 존엄을 침해하는 경우에는 3월 내지 5년의 자유형에 처한다.

18) 쾰른의 미디어법 전문가 Christian Solmecke는 이 법에 대해 나치의 경험을 통해 만들어졌고, 타인에 대한 적대를 줄이기 위해 만들어진 법이라고 하면서, "모두를 선동으로부터 보호하자는 목적은 한번도 없었다"며 이 법의 역사성을 강조했다. 베를린의 변호사 Benjamin Grunst도 이 법이 독일인 전체가 아니라 일부를 보호하기 위한 법임을 분명히 했다.

19) 이 조문에 관하여 독일 판례가 인정한 집단은 가톨릭, 개신교, 유대인, 공화국에 거주하는 모든 외국인, 강제이주자, 난민신청자, 독일에 거주하는 객원 아르바이트생, 유학생, 집시, 노동자, 농민, 공무원, 판사, 검사, 보안경찰관, 형사경찰관, 군인 등이다.

처벌은 “이러한 왜곡이 한 국가의 특정집단(소수집단)에 대한 공격을 선동하는 효과에 의해 공공의 평화를 위협할 수 있다”는 인식에 근거하고 있다. 이 때 공공의 안전이라는 자유주의 국가의 목표와 특정한 집단에 대한 혐오의 선동을 연결시킨 것은 나치를 경험한 독일이 무엇을 국가 평화에 대한 위협으로 간주하는지를 짐작케 한다.

### 나. 연혁

1960년 이전 독일형법 제130조는 사회주의자에 대처하기 위한 계급선동죄에 관해 규정하고 있었는데, 1960년 제6차 형법일부개정에 의해 대중선동죄에 관한 규정을 두고 있었다.

그런데 1970년대 이후 서독에서 홀로코스트를 부정하는 표현이 대두되었고, 특히 1990년대에 들어서면서 극우세력들에 의해 외국인 배척운동이 격화되어 외국인을 대상으로 하는 과격한 폭력사건이 사회문제가 되어 왔다.

이러한 상황을 타개하기 위해 독일 정부는 1994년 독일형법 제130조 제3항에 ‘홀로코스트 부정죄’에 관한 조항을 신설하였고, 2005년에는 같은 조 제4항에 나치폭력지배찬양죄를 신설하였으며, 2011년에는 같은 조 제1항 및 제2항의 행위객체를 개인으로 확장하는 등 수차례에 걸친 개정을 거쳐 점차 적용범위를 확대하는 방향으로 조문을 개정해왔다.

개정된 법은 ‘공공의 평화’라는 형법 제130조의 전통적 목적을 계속해서 사용하고 있다. 하지만 기존의 ‘계급투쟁 선동죄’가 특수한 소수 집단인 ‘노동자 계급’, 혹은 ‘공산주의자’가 공공 전체를 위협하는 원인이 될 수 있다는 인식에 기초한 것이라면, 새로운 ‘국민선동죄’는 대중에 대한 선동을 통해 독일에 거주하고 있는 소수집단의 평화를 위협하는 것이 독일 전체의 평화에 위협이 된다는 정반대의 구조를 가지고 있다.

### 다. 대중선동죄의 현황

1996년 독일의 헌법수호보고서(Verfassungsschutzberichten)에 따르면 매년 1만 건 이상의 범죄가 극우적 배경을 가진 것으로 증명되거나

추정된다고 한다. 지난 1960년 6월 30일 제6차 형법개정률에 의해 독일 형법 제130조가 새롭게 개정되어 삽입됨에 따라 특히 반유대주의적 표현에 대한 고소가 본격적으로 이루어지기 시작하였다.

이후에는 좌파의 요청(linken Aufrufen)에 의한 형사 소추가 증가되었는데, 이 경우 검찰과 개별 법원은 독일형법 제130조를 국가의 기능보호를 위해 적용하였다. 오늘날에는 다시 등장한 신나치 행위자들(이들 대부분은 젊은 독일남성임)에게 주로 적용되고 이들이 처벌의 대상이 되고 있다.

이는 무엇보다 최근 인터넷에서 '극우 증오 슬로건(rechtsradikale Hassparole)'의 유포가 급격히 증가하였고, 아직 제대로 미디어 교육을 받지 못한 청소년들이 인터넷을 통해 극우적인 선전선동에 다수 노출되고 있어 청소년들에 의한 혐오표현범죄가 증가하는 데 그 원인이 있다. 또한 범죄유형별로 보면 단독범행보다는 공범의 형태로 이루어지고 있다는 특징이 있다.

한편, 독일의 경우 차별금지와 관련한 주요법률로는 「일반 평등대우법(Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz)」, 「군인의 평등대우에 관한 법(Gesetz über die Gleichbehandlung der Soldatinnen und Soldaten)」이 있다.

이 중 「일반 평등대우법」은 인종, 민족적 출신, 성별, 종교·세계관, 장애, 연령 또는 성적 정체성을 사유로 하는 차별을 예방하고 배제하는 것을 목적으로 한다. 독일의 「군인의 평등대우에 관한 법률」도 「일반 평등대우법」의 목적과 동일하지만 그 대상을 '군인'과 '병역법의 규정에 따라 징집된 자 또는 자발적 의무에 기초하여 병역근무관계에 응모한 자'로 하고 있는 점에 차이가 있다.

### 라. 내용

대중선동죄에서 규제하고 있는 금지행위유형은 다음과 같다.

형법

제130조 제1항

공공의 평온을 어지럽히는 방식으로 1. 국적, 인종, 종교 또는 그 민족적 출신에 따라 특정되는 집단에 대하여, 주민의 일부에 대하여 또는 위에 열거한 집단이나 주민의 일부에 속한다는 이유로 개인에 대하여 증오를 불러일으키거나 이에 대한 폭력적 또는 자의적 조치를 유발하는 자, 또는 2. 위에 열거한 집단이나 주민의 일부 또는 위에 열거한 집단이나 주민의 일부에 속한다는 이유로 개인을 저주하고 악의로 경멸하거나 비방하여 타인의 인간의 존엄성을 공격한 자는 3개월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.

제130조 제2항

1. 위에 열거한 집단이나 주민의 일부 또는 위에 열거한 집단이나 주민의 일부에 속한다는 이유로 개인에 대한 증오를 불러일으키는 문서, 폭력적이거나 자의적인 조치를 유발하는 문서, 또는 그들을 저주하고 악의로 경멸하거나 비방하여 타인의 인간의 존엄성을 공격하는 문서(제11조 제3항)를 a) 배포, b) 공개적으로 전시, 게시, 열람시키거나 기타의 방법을 통해 눈에 보이는 상태로, c) 18세 미만의 자에게 제공, 교부하거나 그 사람의 눈에 보이게, 또는 d) 이 문서 또는 이 문서에서 얻은 일부를 a)에서 c)의 의미로 사용 또는 다른 사람에 의한 이용을 가능하도록 작성, 조달, 교부, 보관, 제공, 광고, 수입이나 수출한 자, 또는 2. 제1호의 내용의 표현을 방송, 미디어 서비스나 텔레서비스에 의해 유포한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금에 처한다.

제130조 제3항
공공의 평화를 혼란하게 하는 방법으로서, 국제형법전 제6조 제1항에서 명시하고 있는 국가사회주의에 의해 이루어진 행위를 공연히 혹은 집회로 용인하거나, 부인하거나 경시하는 자는 5년 미만의 자유형 또는 벌금에 처한다.

제130조 제4항
국가사회주의의 전단적 폭력을 승인하거나 찬미하거나, 정당화함으로써 피해자의 존엄을 해치는 방법으로, 공연히 혹은 집회로 공공의 평화를 혼란하게 한 자는 3년 이하의 자유형이나 벌금에 처한다.

제130조 제5항
제2항은 제4항의 내용을 담은 문서(제11조 제3항)에도 적용된다.

제130조 제6항
제2항은, 이와 연결된 제5항, 제3항, 제4항은 제86조 제3항이 준용된다.

1) 혐오조장(제1항 제1호)

'혐오조장'이란, 의도된 것인지의 여부는 관계없이 사람의 의식과 사고에 영향을 주어서 국민의 일부에 대하여 거부감과 경멸감을 고조시켜 적대적인 행동을 부추기거나 증가시키는 것을 말한다. 여기에는 해당 국민집단에 대한 과잉행동을 부추기는 여론을 조장하는 내용이 포함되어야 한다.

만일 예컨대 유대인 6백만 명 학살은 거짓이라는 주장이나 "유대인 뒈져라"라는 문구와 함께 나치의 문양을 스프레이로 쓰거나, 망명 신청자를 사기꾼이나 기생충으로 묘사하는 것, 유대인들이 독일에게 정치적인 압력을 행사하고 있으며 금전적인 보상을 빌미로 돈을 요구한다는 주장 등은 혐오조장에 해당할 수 있다. 또한 "독일이 너희를 지켰다"라는 표

어나, “아우슈비츠는 조작된 사건”이라는 주장도 이에 해당한다.

반대로 단순히 외국인 출입금지 푯말이나, 독일 제국기를 게양하는 것은 혐오표현에 포함되지 않는다. 사실적시의 경우 이것이 객관적인 보도라면 특정 집단 구성원에 한 부정적인 인식을 만들거나 심화시키는 결과를 발생시키더라도, 혐오조장에 포함되지 않는다.

#### 2) 폭력 및 잔혹행위 선동(제1항 제1호)

‘폭력 및 잔혹행위’란 국가의 참여(예: 소수민족 박해) 없는 민간인의 개별적 행동을 하는 것이며, ‘선동’이란 타인에게 연속적, 명시적 혹은 묵시적 영향을 끼쳐, 특정한 행동을 하도록 유도하는 것이다. 규범적인 의미에서는 ‘폭력행위’에 경제적·직업적 측면과 함께, 기타 차별적인 행위나 모든 형태의 반인륜적인 행위 등이 포함되지만, 여기서 폭력행위란 자유를 막는 폭력적인 박해나 공격을 의미한다.

“유대인 아웃”, “터키인 아웃”과 같은 구호는 선동이 아니지만 “유대인 아웃”이라는 구호와 함께 과거 자행되었던 유인 박해나 나치 문양을 연결시킨다면, 폭력적인 박해를 의미하는 것으로 해석된다. 다만 제1호에서와 같이 폭력 및 잔혹행위 선동이 반드시 인권을 침해할 필요는 없다.

#### 3) 욕설, 악의적 모욕, 명예훼손을 통한 인권침해(제1항 제2호)

욕설, 악의적 모욕, 명예훼손은 특정 국적, 인종, 종교, 민족의 집단, 국민의 일부 혹은 개인 등을 대상으로 하는 것이어야 한다. 반드시 집단적인 모욕일 필요는 없으나, 특정 기관이나 특정 직업에 대한 모욕이지만 실제로 그 기관이나 직업군에 속한 개인들을 염두에 두지 않는 경우는 욕설, 악의적 모욕, 명예훼손을 통한 인권침해에는 해당하지 않는다.

#### 4) 욕설, 악의적 모욕, 명예훼손

당사자나 제3자에 한 가치판단이나 사실주장으로 인해 명예를 훼손하

는 행위들이 욕설, 악의적 모욕, 명예훼손에 해당하는지 여부는 제187조의 명예훼손죄와의 관계에 따라 판단된다. 가치판단에는 욕설이나 모욕만이 포함되지만 사실주장의 경우는 우선 제3자에 대해서만 이루어질 경우에는 명예훼손이 되지만 당사자가 포함될 경우에는, 욕설이나 모욕이 된다.

욕설과 악의적 모욕은 대부분 완전히 구분하기 어렵다. 다만 욕설이란 단순한 모욕을 포함하는 개념으로, 그 내용이나 형식이 경멸하는 방식인 언행을 말한다. 반대로 악의적 모욕이란, 비난의 의도를 가지고, 타인의 가치와 품위를 평가절하하는 언행을 말하는 것으로 양자는 구분되는 개념이라고 봐야 한다.[20]

#### 5) 인권침해행위일 것

독일 형법 제130조 제1항 제2호에서 규정하고 있는 '인권침해'의 적용범위는 기본법 제1조의 적용범위보다 좁은 개념이며, 여기서의 인권침해는 오직 평등원칙에서 벗어나 개개인의 인격권이나 인격의 본질을 평가절하하여 표현함으로써 공동체에서의 생존권을 침해하는 경우를 말한다.

단순한 욕설과 인권침해 표현의 경계는 모호한 경우가 많다. 다만 혐오조장의 주관적인 목표설정, 동기부여 등이 있다고 판단하기 위해서는, 객관적인 자료를 통해 혐오의 경향이 객관적으로 드러나야 한다. 반면 자료 자체에서 그러한 내용이 명확하게 드러나지 않은 경우는 인권침해행위로 볼 수 없다.

### 4. 네트워크집행법에 의한 혐오표현 규제

혐오표현과 관련된 독일 입법의 또 하나의 특징은 혐오표현의 문제를 규율하는 형법상의 대중선동죄와 아울러 일반법으로서 「일반 평등대우법」(Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz), 「군인의 평등대우에 관한 법률」(Gesetz über die Gleichbehandlung der Soldatinnen und

20) 이상의 요건에 대해서는 형사정책연구원 (2017). 『혐오표현의 실태와 대응방안』 참조.

Soldaten) 등 두 개의 차별금지법을 규정하고 있다는 점이다.

이 두 법률은 민간인과 군인을 대상으로 인종, 민족적 출신, 성별, 종교·세계관, 장애, 연령 또는 성적 정체성 등을 이유로 하는 차별을 예방·배제하는 것을 목적으로 한다. 독일에서는 이 두 법률들이 일단 평등에 관한 일반법으로서 차별을 금지하는 내용을 담고 있으며, 「형법」상의 '대중선동죄'와 아울러 헌법상의 평등원칙과 소수자 보호 목적을 달성하는 규범이다. 이러한 독일의 입법례를 따른다면 우리나라의 경우도 일단 일반법으로서의 「(가칭)차별금지법」을 제정한 이후 「형법」개정을 통해 혐오표현을 규제하는 규정을 추가·보완하는 방식으로 이 문제를 해결할 수 있을 것이다.

위에서 살펴본 바와 같이 독일「형법」제130조 제3항은 홀로코스트를 부정하는 표현 행위[21]와 같이 역사를 부정하는 행위(historical revisionism)까지도 혐오표현의 일환으로 처벌하고 있다는 점이 특징적이다. 또한 동법 제130조 제4항에서는 나치 찬양행위까지도 처벌하고 있다.[22] 이 조항들은 특히 사실(fact)과 견해(opinion)의 구별의 경계에

---

21) 독일에서는 이를 '아우슈비츠 거짓말(Auschwitz Lie)'이라고 한다. 이는 홀로코스트가 거짓이거나 사망자 수가 과장되었다는 주장 등이다.

22) 독일「형법」 제130조 "① 공공의 평온을 어지럽히는 방식으로 1. 국적, 인종, 종교 또는 그 민족적 출신 따라 특정되는 집단에 대하여, 주민의 일부에 대하여 또는 위에 열거한 집단이나 주민의 일부에 속한다는 이유로 개인에 대하여 증오를 불러일으키거나 이에 대한 폭력적 또는 자의적 조치를 유발하는 자, 또는 2. 위에 열거한 집단이나 주민의 일부 또는 위에 열거한 집단이나 주민의 일부에 속한다는 이유로 개인을 저주하고 악의로 경멸하거나 비방하여 타인의 인간의 존엄성을 공격한 자는 3개월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.

② 1. 위에 열거한 집단이나 주민의 일부 또는 위에 열거한 집단이나 주민의 일부에 속한다는 이유로 개인에 대한 증오를 불러일으키는 문서, 폭력적이거나 자의적인 조치를 유발하는 문서, 또는 그들을 저주하고 악의로 경멸하거나 비방하여 타인의 인간의 존엄성을 공격하는 문서(제11조제3항)를 a) 배포, b) 공개적으로 전시, 게시, 열람시키거나 기타의 방법을 통해 눈에 보이는 상태로, c) 18세 미만의 자에게 제공, 교부하거나 그 사람의 눈에 보이게, 또는 d) 이 문서 또는 이 문서에서 얻은 일부를 a)에서 c)의 의미로 사용 또는 다른 사람에 의한 이용을 가능하도록 작성, 조달, 교부, 보관, 제공, 광고, 수입이나 수출한 자, 또는 2. 제1호의 내용의 표현을 방송, 미디어 서비스나 텔레서비스에 의해 유포한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금에 처한다.

③ 공공의 평화를 혼란하게 하는 방법으로서, 국제형법전 제6조 제1항에서 명시하고 있는 국가사회주의에 의해 이루어진 행위를 공연히 혹은 집회로 용인하거나, 부인하거나 경

관한 논쟁뿐만 아니라 학문적 자유의 제한과 관련하여 많은 논란을 야기하고 있다.

현재 시행 중인 독일의 「네트워크집행법((Netzwerkdurchsetzungs-gesetz, NetzDG)」에 의하면 「형법」의 특정 조항들을 위반한 게시글은 신고된 뒤 24시간 안에 삭제해야 하고, 만일 이를 위반한 경우에는 5백만 유로(한화 약 600억 원)의 과태료가 부과될 수 있다.[23] 다시 말하면 「네트워크집행법」은 이미 「형법」에 의해 불법으로 규정된 범죄들 중 특정한 범죄행위에 관련된 내용[24]이 정보통신망에 게재되어 있을 경우 이를 관리하는 정보통신서비스 제공자가 내용을 삭제할 것을 요구하는 것을 주된 내용으로 한다. 만일 이를 위반하면 정보통신서비스 제공자에게 막대한 과징금이 부과되도록 규정되었다.

---

시하는 자는 5년 미만의 자유형 또는 벌금에 처한다.

④ 국가사회주의의 전단적 폭력을 승인하거나 찬미하거나, 정당화함으로써 피해자의 존엄을 해치는 방법으로, 공연히 혹은 집회로 공공의 평화를 혼란하게 한 자는 3년 이하의 자유형이나 벌금에 처한다.

⑤ 제2항은 제4항의 내용을 담은 문서(제11조 제3항)에도 적용된다.

⑥ 제2항은, 이와 연결된 제5항, 제3항, 제4항은 제86조 제3항이 준용된다."

23) 박신욱 (2016). "온라인서비스제공자의 책임 및 그 제한과 관련된 독일 전자정보법률(TMG) 연구", 「비교사법」 23-1, 277-320면; 박신욱(2018). "온라인서비스제공자의 책임 및 그 확장과 관련된 독일 법행법(NetzDG) 연구", 「법학연구, 269-304면; 박희영(2018). "독일의 가짜뉴스(Fake News)에 대처하기 위한 '소셜 네트워크 법집행법'(NetzDG)", 「최신외국법제정보」4, 한국법제연구원, 9-71면 참조; 또한 Guggenberger, N. (2017). "Das Netzwerkduchsetzungsgesetz in der Anwendung", 「NJW」 36, S. 2577-2582; Handel, T. (2017). "Hate Speech - Gilt deutsches Strafrecht gegenüber ausländischen Anbietern sozilaer Netzwerke?", 「MMR」 4, S. 227-231; Liesching, M. (2018). "Die Durchsetzung von Verfassungs- und Europarecht gegen NettzDG", 「MMR」1, S. 26-30 등을 참조.

24) 이 법에서의 '위법한 내용'이라 함은 독일 형법(StGB) 제184조d(금지된 매춘의 수행), 제185조(모욕) 내지 제187조(중상), 제201 조a(사진촬영을 통한 고도의 사생활 침해), 제241조(협박) 또는 제269조(증거로 중요한 데이터의 위작)와 관련된 제86조(위헌조직 선전물 반포), 제86조a(위헌조직 표시사용), 제89조a(국가를 위태롭게 하는 중대한 폭력의 예비), 제91조(국가를 위태롭게 하는 중대한 폭력 행사의 지도), 제100조a(간첩목적의 위조), 제111조(공연한 범죄선동), 제126조(범죄위협에 의한 공공평온교란), 제129조(범죄단체조직), 129조a(테러단체조직), 제129조b(외국에서의 범죄단체와 테러단체), 제130조(국민선동), 제131조(범죄의 대가 지급 및 찬양), 제140조(범죄의 대가지급 및 찬양), 제166조(신앙·종교단체 세계관단체 등 모욕 및 제184조(음란물의 반포)의 구성요건을 충족하였고 위법성이 조각되지 않은 (본 법률 제1조) 제1항의 의미에서의 내용을 말한다.

이 법은 모든 정보통신서비스 사업자가 아니라 '등록된 국내의 이용자가 2백만 이상일 경우'에만 적용된다. 즉 등록된 국내(독일)의 이용자가 2백만 이하인 정보통신서비스 제공자는 이 법의 적용대상에서 제외된다.

입법과정에서 당해 법률은 독일 내의 학계, 언론계, 재계 등으로부터 격렬한 비판에 직면하였었고, 시행 이후에도 여전히 헌법적으로 위헌의 소지가 있다는 지적이 잇따르고 있다. 이 법에 대한 주요한 비판은 ① 위법한 콘텐츠의 내용을 확정할 때 '명백성' 등 불명확한 개념을 사용하고 있어 '명확성의 원칙'에 반하고, ② 정보통신서비스 제공자에게 임의적으로 정보의 가치를 판단하여 삭제권을 부여함으로써 '국가의 의한 내용규제'가 '기업'(정보통신서비스 제공자)에 의한 내용규제로 전환되었을 뿐, 국민들의 입장에서는 표현의 자유를 제한받는 것은 동일하거나 오히려 강화될 수 있으며, ③ 과징금 부과를 피하기 위해 정보통신서비스 제공자가 표현물을 매우 적극적으로 삭제할 경우에는 표현의 자유에 위배될 가능성이 높으며, ④ 이 법률을 통해 국가가 담당해야 할 위법적인 표현물에 대한 삭제와 범죄예방 등의 기능을 정보통신서비스 제공자의 부담으로 전가해놓았기 때문에 정보통신서비스 제공자의 직업의 자유를 침해할 우려가 있다는 점 등이다.[25]

이와 같이 독일의 「네트워크집행법」은 일반적으로 알려진 바와는 전혀 다르게 가짜뉴스 전반이 아니라 ① '혐오표현'의 경우에 국한하여 ② 「형법」상 특정한 범죄를 범한 표현물이 ③ 정보통신망에 게재되어 있는 경우에 이를 삭제하거나 차폐조치를 하지 않는 경우에만 적용되는 특별한 규정이다. 따라서 향후 이 법률을 가짜뉴스의 규제를 위한 일반적인 규범이라고 해서는 안 된다.

## 5. 평가

혐오표현에 관한 독일의 법·정책은 대부분 국가사회주의(나치)시대의 경험으로 인해 인간의 존엄성을 훼손하는 경우의 잠재적 위험성에 대한 민감한 인식으로부터 비롯되었다. 이에 따라 「형법」 제130조 제1항에서

25) 이 점에 대한 문제의 제기에 대한 상세한 분석은 박희영, "앞의 논문", 2018, 70면 참조.

는 구술 또는 간행물을 통해 치안 방해가 되는 방식으로 '특정 인구 집단에 대한 혐오를 선동하거나 그들에 대한 폭력적 또는 독단적 조치를 요구하는 행위' 및 '특정 인구 집단을 모욕하거나 악의적으로 비방하여 타인의 인간적 존엄성을 침해하는 행위'를 금지하는 등 매우 광범위한 혐오표현 처벌 규정을 두고 있다. 특히 「형법」 제130조 제2항에서는 원래의 형법의 목적이어야 하는 치안 방해가 발생했는지의 여부와 관계없이 혐오표현 그 자체를 처벌의 대상으로 할 수 있도록 규정하고 있다는 점에서 독일은 혐오표현을 광범위하게 규제하고 있다고 볼 수 있다.[26]

독일의 법률에서도 볼 수 있듯이 이러한 법률의 적용을 위해서는 한 국가에 살고 있는 다양한 사람들과 국가를 동일시하지 않을 수 있는 의식, 즉 자유롭게 살아가는 혹은 자유와 평화 속에서 살아가기를 희망하는 사람의 삶과 민족은 동일한 것이 아니라는 의식이 필요한 것으로 보인다. 독일의 형법 제130조는 그런 점에서 국가의 평화가 무엇인지를 새롭게 해석할 수 있는 참조가 될 수 있을 것이다.

## IV. 독일의 혐오표현 관련 주요 판례 분석

### 1. Auschwitz Lie 사건

헌법소원 청구인은 NPD(국가민주당)의 지역 협회이다. 당 협회는 우익의 수정주의자로 널리 알려진 역사가 데이비드 어빙(David Irving)[27]을 강의 행사에 초대했다.[28]

---

26) Cohen, R. (2014). "Regulating Hate Speech: Nothing Customary About It", 「Chicago Journal of International Law」 15(1), p.240 참조.

27) 데이비드 어빙(1938. 3. 24 - 현재)은 나치 독일에 중점을 둔 제2차 세계 대전의 군사 및 정치 역사에 대해 글을 쓴 영국 작가이자 홀로코스트를 부인한 자이다. 그의 작품으로는 드레스덴의 파괴(1963), 히틀러의 전쟁(1977), 처칠의 전쟁(1987), 괴벨스: 제3제국의 대가(1996) 등이 있다. 그는 자신의 작품에서 히틀러(Adolf Hitler)가 유대인의 대량학살을 알지 못했고, 만약 알았다면 반대했을 것이라고 주장했다. 구체적으로 그는 "1. 히틀러는 유대인을 죽일 생각이 없었다. 2. 가스실은 없었다. 3. 히틀러는 유대인의 가장 친한 친구였다. 4. 홀로코스트는 유대인들이 관심을 끌기 위한 계략이다"라고 주장하였다.

28) BVerfGE 90, 241-255(1994. 4. 13), 소위 'Auschwitz Lie'사건.

국가민주당은 그 기관지에서 '정치적 공갈에 떠는 독일의 장래'라는 제목의 강연회를 공지하며 그 내용에 유대인 홀로코스트가 날조된 사실이라는 취지를 담고 있었다. 구체적으로 이 팸플릿에서는 "잘 알려진 수정주의자 역사가는 독일과 유럽의 이웃들이 '현대 역사를 정치적 협박 수단'으로 견딜 수 있을지에 대한 질문에 대해 처음으로 논평할 것이다"라고 말했다.

정부는 이에 대한 금지를 하였고 연방헌법재판소는 이 금지행위가 헌법에 위반되지 않는다고 판시하였다.

## 2. Auschwitz Lie 문신 정치인 처벌 사건

지난 2016년 11월 7일 독일 동부 브란덴부르크 주 지방법원은 아우슈비츠 죽음의 수용소(Auschwitz death camp)인 나치 강제수용소의 건물 등을 새긴 문신을 일반인들이 이용하는 수영장에서 노출시켜 '민중선동죄' 혐의로 기소된 28세의 정치인 마르셀 제크(Marcel Zech)에게 금고 8개월의 실형 판결을 내렸다. 2015년 11월 오라리엔부르크 지역에 있는 수영장에서 2시간에 걸쳐 나치의 만행을 부인하는 문신을 노출한 혐의다.

마르셀 제크는 독일 극우 국가민주당(NPD: National Democratic party of Germany) 소속의 브란덴부르크 주에서 의원직을 맡고 있다. NPD는 인종주의와 과거 독일 제국의 영토 회복 등을 내걸고 있는 '네오나치(Neo Nazi, 신나치당)'라고 평가받고 있다. 마르셀 제크가 새긴 문신은 독일 부헨발트 나치 강제수용소(Buchenwald concentration camp) 입구에 써 붙인 "Jedem Das Seine"라는 구호를 포함하고 있었다. 이는 '자기 방식대로(To each his own)', '자업자득(自業自得)' 또는 "당할 만한 이유가 있다"로 해석되는 문구이다. 브란덴부르크주 지방법원은 이 같은 실형 판결 이유로 실형을 내리지 않으면 "국가권력이 극우주의로 후퇴하고 있다는 이미지를 줄 것"이기 때문이라고 판시하였다.

### 3. Monika & Alfred Schaefer 남매 사건

캐나다 여성인 Monika Schaefer와 독일계 캐나다인 Alfred Schaefer는 '증오에 대한 자극'을 이유로 대중선동죄(Volksverhetzung) 혐의로 기소되었다. 두 사람은 유대인의 대량 학살 거부에 대한 동영상을 유튜브에 게시했다. 이 동영상에서 Alfred Schaefer는 "유대인들이 독일인들을 파괴하고 싶어서 두 차례의 세계 대전을 시작했다"고 비난했으며, 홀로코스트를 "유대인 판타지"라고 언급했다.

Monika Schaefer는 2018년 1월 실비아 스톨츠의 법원 청문회에 참석하기 위해 독일에 왔다가 체포되었고, M. Schaefer에 대한 재판은 2018년 7월 초에 독일에서 시작되었다. M. Schaefer는 2006년, 2008년 및 2011년 연방 선거 중 앨버타 주 알버타(Alberta)라이딩에서 녹색당(Green Party) 후보였지만, 2016년 7월 동영상에 관한 뉴스 보고서가 발표된 후 당에서 추방되었다. 그녀는 홀로코스트를 "모든 역사에서 가장 지속적인 거짓말"이라고 묘사하고 강제수용소에 있는 사람들은 가능한 한 건강하고 충분히 식사를 했었으며, 이 수용소들은 실제로는 사형집행장이 아니고 노동수용소에 불과했다고 주장했다.

2018년 10월 말, Monika Schaefer는 종종 뉴스매체를 통해 일반인들에게 홀로코스트에 대한 부정을 했다는 혐의로 유죄 판결을 받았다. Alfred Schaefer는 캐나다 녹색당의 전 후보인 Monika Schaefer의 형제이며, 그녀가 홀로코스트를 "역사상 가장 크고 가장 치명적이며 지속적인 거짓말"이라고 부른 비디오를 제작하는데 도움을 주었다. 이 범죄에 대하여 독일 법원은 Monika Schaefer에 대해서는 3년 2개월의 징역형을, Alfred Schaefer에 대해서는 10개월의 징역형을 선고하였다.

### 4. Fredrick Töben 사건

#### 가. 사실관계

1944년 독일에서 태어난 피고인 퇴벤(Fredrick Töben)은 호주시민으

로서, 1996년 호주에 아델라이드 연구소(Adelaide Institute)를 설립하여 소장으로 근무하였다. 그는 1992년부터 홀로코스트에 관심을 가지고 인터넷상 뉴스레터와 기사를 작성하였다. 이 기사들에서 그는 이른바 수정주의적 주제(revisionistische Thesen)를 표명하였다. 그는 학문연구를 핑계 삼아 국가사회주의 지배 하에서 저질러진 유대인 집단학살은 이론(異論)의 여지가 있으며, 그 발견으로 재정적 후원을 받으며 독일을 정치적으로 비방하려는 의도를 가진 자들로 구성된 유대인 집단(jüdischer Kreise)을 설명하는 글을 게시하였다.

구체적으로 그의 글 중 문제가 된 주로 부분은 다음과 같이 3가지이다.[29)]

먼저 그는 1997년 4월과 1999년 5월경(시점 특정은 불가능) 다음과 같은 글을 게재하였다.

"그동안 우리는 아우슈비츠의 400만 명의 사망자라는 처음의 숫자는 … 최대한으로 보아도 80만 명 정도로 축소된다고 확신한다. 이는 이미 그 자체로 좋은 소식이고, 약 320만 명은 아우슈비츠에서 죽지 않았다는 것을 의미한다. 이는 축하해야 할 이유가 된다." "우리는 현재까지도 수백만 명의 사람이 인간가스실에서 사망했다는 어떠한 증거도 없음을 자랑스럽게 설명한다." "이러한 주장은 독일정부로부터 연금을 받을 것을 노리고 흥분이 되어 있는 골통들인 의심스러운 증인의 증언을 제외하고 어떠한 형태의 사실 또는 문서상의 자료를 통해 입증되지 않았다."

둘째, 1998년 8월 독일 지방법원의 한 여판사는 극우정치인 Günter Deckert에게 아우슈비츠 생존자인 Max Mannheimer를 모욕했다는 혐의로 유죄판결을 내렸는데, 피고인은 이에 반대하여 호주에서 당해 판사에게 공개서한을 작성하여 보냈고, 이를 베를린 잡지인 슬레이프니르(Sleipnir)와 독일 내 다른 여러 사람에게 송부하였다. 동시에 피고인은 이 공개서한의 영문본을 연구소 홈페이지에 게시하였다. 여기에서 그는 "나는 1997년 4월 아우슈비츠를 방문하였으며, 나의 독자적인 연구에 근거하여 전쟁기간 동안 결코 인간가스실이 운영된 적이 없다는 결론에 도달했다."라고 하면서 아우슈비츠의 만행을 규탄하는 이들에 대해 비판

29) 이 부분에 관한 보다 상세한 해석은 김재윤 (2016). "인터넷상 아우슈비츠 거짓말에 대한 독일 연방대법원 판례 고찰". 「법학논총」, 36(4), 전남대, 319-343면.

하는 글을 게재하였다.

셋째, 1998년 12월말과 1999년 1월초에 피고인은 홈페이지에 영문으로 “Fredrick Töben의 1999년 새해 단상(斷想)”이란 제목으로 글을 게재하였다. 그 내용 중 일부를 요약하면 다음과 같다.

“새천년의 전환기에 있는 첫 번째 달에 우리는 지난 5년간의 성과를 되돌아보면서, 확신에 차 다음과 같이 말할 수 있다: 독일인은 아우슈비츠 수용소에서 또는 그 밖의 다른 장소에서 유럽의 유대인을 인간가스실에서 살해한 적이 결코 없다. 이 때문에 모든 독일인과 독일계 사람은 강요된 죄책감에 시달리고 살았으며, 이로 인하여 나쁜 사고방식이 독일인들을 지난 반세기 동안 노예로 만들었다.”

“또한 비록 독일인이 현재 안도의 숨을 쉴 수 있지만, 독일인은 호주 유대인을 조직화시킨 Jeremy Jones와 같은 사람이 하룻밤 사이에 변하지 않기 때문에 계속해서 비방을 당할 수 있다는 것을 각오해야 한다. 그들의 ‘아우슈비츠-곤봉(Auschwitz-Keule)’은 그들을 위해 훌륭한 수단이 되고 있다. 그들은 Jones가 언급한 것처럼 ‘그것이 기능할 수 있도록 하기 위하여’ 이 곤봉을 자신들의 정치적 신념에 동의하지 않는 사람들에게 휘두를 것이다.”

### 나. 사건의 경과

피고인은 유럽여행 중에 독일 경찰에 의해 체포되었다. 원심인 만하임 지방법원(LG Mannheim)은 세 가지 사례에 대해 독일 형법 제185조의 모욕죄(Beleidigung)와 독일 형법 제189조의 사자에 대한 추모감정 모독죄(Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener)에 대해 상상적 경합관계를 인정하였다. 이 중 공개서한 사례(두 번째 사례)는 독일형법 제130조 제1항 또는 제130조 제3항의 대중선동죄와 상상적 경합관계를 인정하여 10개월의 자유형을 선고하였다.

반면 법원은 앞의 첫 번째 사례와 세 번째 사례에 대해서는 비록 피고인의 행위가 대중선동죄를 규정한 독일 형법 제130조 제1항 또는 제130조 제3항의 구성요건해당성은 인정되지만 이 행위에 대해 독일형법을 적용할 수 없다는 이유에서 대중선동죄로 처벌할 수 없다고 판시하였다.

이에 대해 검찰은 만하임 지방법원의 첫 번째 사례와 세 번째 사례에 대한 무죄 판결에 대하여 독일 연방대법원에 상고를 제기하였고, 이 상고는 인용되었다. 반면 피고인 측의 상고는 기각되었다.

### 다. 판결의 요지

당해 만하임지방법원의 판결에 대한 상고심에서 대법원은 다음과 같이 판시하였는데 판결의 요지(Leitsätze)는 다음과 같다.

① 외국인이 독일형법 제130조 제1항 또는 제130조 제3항의 의미에서 대중선동죄의 구성요건을 충족시키는 표현('아우슈비츠 거짓말')을 독일에서 인터넷 이용자의 접근이 가능한 외국 서버에서 운용되는 인터넷에 게시했을 경우, 이러한 표현이 독일 내에서 평온의 교란을 위해 구체적으로 적합한 것인 한, 구성요건에 해당하는 결과(독일형법 제9조 제1항 3문)는 독일 내에서 발생한 것이다.

② 독일형법 제130조 제1항과 제130조 제3항의 대중선동죄는 추상적-구체적 위험범이다. 이러한 위험범은 추상적 위험범의 하위 그룹에 속한다(BGH NJW 1999, 2129).

③ 추상적-구체적 위험범의 경우 독일형법 제9조의 의미에서 결과는 구성요건에서 기술된 보호법익과 관련하여 구체적 행위가 그 위험성이 발현되는 곳에서 발생한다. 추상적 위험범의 경우 독일형법 제9조의 의미에서 '구성요건에 해당하는 결과'는 가능하다.

④ 독일형법 제9조의 의미에서 '구성요건에 해당하는 결과'라는 구성요건표지는 일반적인 구성요건론의 개념형성을 토대로 해서 찾아낼 수 없다.

⑤ 평온의 교란을 위한 적합성은 어떤 공격이 공공의 법적 안정성(Rechtssicherheit)에 신뢰를 동요시킨다는 두려움에 대한 합리적인 -최소한 구체적인- 근거가 있으면 그것으로 충분히 인정된다. 평온의 교란을 위한 적합성을 위해 구체적 위험의 현실적 발생은 요구되지 않는다. 그러나 평온의 교란을 위한 구체적인 적합성은 필요하다. 이는 단지 추상적으로 존재해서는 안 되고 일반적인 고려를 근거로 할지라도 구체적

으로 확정될 수 있어야 한다. 판사는 개별 행위가 일반적으로 고려할 경우 위험에 적합한 것인지 여부를 검토해야 한다. 개별 사안에서 평온의 교란을 위한 적합성이 존재하지 않는다는 반증은 가능하다.

⑥ 독일에서 인터넷 이용자가 접근 가능한 게시글이 유대인과 그 밖의 민족 집단 사이의 평화로운 공존을 방해하고 유대인으로 하여금 그들의 안전감과 법적 안정성에 대한 신뢰를 침해하기에 적합할 경우 원칙적으로 평온의 교란을 위한 적합성이 충분히 인정된다.[30]

## 6. 판결의 의의 분석

### 가. 표현의 자유의 위축 가능성 문제

독일 「형법」 제130조 제3항은 홀로코스트를 부정하는 표현 행위[31]와 같이 역사를 부정하는 행위(historical revisionism)까지도 혐오 표현의 일환으로 처벌하고 있다는 점이 특징적이다. 이 조항은 특히 사실(fact)과 견해(opinion)의 구별의 경계에 관한 논쟁뿐만 아니라 학문적 자유의 제한과 관련하여 많은 논쟁을 불러일으키고 있다. 더불어 제130조 제4항은 나치 찬양행위도 처벌하고 있다.

독일 형법 제130조 제3항의 이러한 태도에 찬성하는 견해에 의하면 나치의 불법행위와 집단학살은 수많은 증언자, 신뢰할 만한 문서, 법원의 판결 및 학문적 연구를 통해 이미 증명된 것이고, 이는 명백히 입증된 주지의 역사적 사실에 해당한다고 한다. 따라서 이러한 역사적 사실과 반대되는 주장은 올바르지 않으며, 의식적으로 허위의 주장을 하는 것에 지나지 않은 것이기 때문에 이를 처벌하는 것이 학문의 자유나 연구의 자유 등의 이름으로 방해되고 은폐되어서는 안 된다고 주장한다.[32]

반대로 만일 이렇게 역사에 대한 부인행위를 형사처벌할 경우 헌법상 기본권으로 보장된 (인터넷상) 표현의 자유를 침해 내지 지나치게 위축

30) 이상의 판결내용에 대한 번역은 김재윤 (2016). 「위의 논문」, 319-343면 참조.
31) 독일에서는 이를 '아우슈비츠 거짓말(Auschwitz Lie)'이라고 한다. 이는 홀로코스트가 거짓이거나 사망자 수가 과장되었다는 주장이다.
32) 이러한 견해는 BVerfG v. 9. 6. 1992 - 1 BvR 824/90 참조.

시킬 수 있다고 보는 견해도 있다.

이러한 견해는 독일 형법 제130조 제3항이 독일 기본법 제5조 제1항 제1문에서 보장된 표현의 자유와 조화를 이룰 수 있는가에 대해 규범의 헌법 합치성에 의문을 제기하고 있다.[33] 또한 독일형법 제130조 제3항의 보호법익은 부분적으로 나치 희생자에 대한 인간의 존엄성이기 때문에 독일기본법 제5조 제2항에서 규정하고 있는 개인적 명예권과 직접적으로 연결되지 않는다는 것을 반대의 논거로 삼기도 한다.

현재의 통설에 의하면 아우슈비츠 찬양, 부인 및 경시를 처벌함으로써 인간의 존엄성을 보호하려는 독일형법 제130조 제3항의 목적은 표현의 자유와 인간의 존엄성 사이에 기본권 충돌을 불가피하게 발생시킴을 부인할 수 없다고 한다. 하지만 독일기본법 제1조 제1항 제1문의 인간의 존엄성이란 보호법익이 언제나 다른 보호법익보다 우선하기 때문에 표현의 자유에 대한 제한이 가능하다. 따라서 독일형법 제130조 제3항은 표현의 자유의 제한과 관련하여 헌법에 위배되지 아니한다는 것이다.

### 나. 국내 판결의 역외적용의 문제

당해 판결에서 독일 연방대법원은 대상판결에서 외국인(호주인)인 피고인이 외국(호주)에서 행위를 하였음에도 불구하고 독일형법 제9조 제1항 3문[34]상의 '구성요건에 해당하는 결과'가 독일에서 발생했음을 인정하여 독일형법을 적용함으로써 유죄를 선고하였다. 이 판결을 통해 인터넷상 아우슈비츠 거짓말을 게시하고 유포하는 행위에 대해 독일형법의

---

33) Beisel, D. (1995). Die Strafbarkeit der Auschwitzlüge - Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des neuen § 130 StGB, 「NJW」, S. 997ff.

34) § 9 Ort der Tat(행위장소)

(1) Eine Tat ist an jedem Ort begangen, an dem der Täter gehandelt hat oder im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen oder an dem der zum Tatbestand gehörende Erfolg eingetreten ist oder nach der Vorstellung des Täters eintreten sollte.

(2) Die Teilnahme ist sowohl an dem Ort begangen, an dem die Tat begangen ist, als auch an jedem Ort, an dem der Teilnehmer gehandelt hat oder im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen oder an dem nach seiner Vorstellung die Tat begangen werden sollte. Hat der Teilnehmer an einer Auslandstat im Inland gehandelt, so gilt für die Teilnahme das deutsche Strafrecht, auch wenn die Tat nach dem Recht des Tatorts nicht mit Strafe bedroht ist.

적용범위를 외국인에게 확대해도 되는지에 관한 논쟁이 야기되었다.

독일 연방대법원은 당해 판결에서 처음으로 독일형법 제6조(국제적으로 보호되는 법익에 대한 국외범)에 있어 발전된 원칙들을 독일형법 제6조의 범주에 포함된 범죄행위가 아닌 다른 범죄행위에까지 확대 적용함으로써 인터넷상 국가사회주의적 선동에 대해 이른바 '탈출구(Hintertür)'를 마련하여 세계주의를 적용할 수 있음을 선언했다는 데 의미가 있다.[35]

독일 연방대법원에서는 우선 인터넷상에 널리 유포된 아우슈비츠 거짓말에 대해 독일형법의 관할권이 전 세계적으로 미칠 경우 나타날 국제법적 영향력을 매우 정확하게 인식하고 있다. 따라서 연방대법원은 독일형법 제3조부터 제9조까지에 규정된 독일의 국제형법의 원칙만이 적용될 뿐이고, 그 밖의 관할권의 원칙들은 여전히 '국제법으로 승인된 준거점(völkerrechtlich legitimierender Anknüpfungspunkt)'[36]이 요구된다고 판시하였다.[37]

### 다. 전통적인 명예훼손죄에 대한 특칙으로 규정

나치의 유대인 말살정책은 그 기억까지 말살하는 것이어서 학살의 증거도 제거하는 방식으로 이루어졌다. 이에 대해 독일 판례는 전통적으로 반유대주의의 유포나 유대인 학살사실의 부정을 명예훼손이나 사자명예훼손으로 보았다. 그 집단의 특정성에 관해 유대인 그 자체가 아니라 나치의 박해를 받고 생명을 잃었거나 국내에서 거주하고 있는 사람으로서, 유대인의 운명이라는 표지로써 그들은 좁은 범위의 집단이 된다고 보았다.[38]

---

35) Koch, A. (2002). "Zur Strafbarkeit der Auschwitzlüge im Internet – BGHSt" 46 「JuS」, S. 124.

36) Eser, R. (2000). "50 Jahre Bundesgerichtshof", in 『Festgabe aus der Wissenschaft IV』, S. 3, 24; Sieber, U. (1999). "Internationales Strafrecht im Internet - Das Territorialitätsprinzip der §§ 3, 9 StGB im globalen Cyberspace", 「NJW」, S. 2068; Hilgendorf, E. (1997). "Überlegungen zur strafrechtlichen Interpretation des Ubiquitätsprinzips im Zeitalter des Internet", 「NJW」, S. 1873ff.

37) BGHSt 46, 212 (224).

38) BGHSt 11, 207, 208; 16, 49 57.

유대인 학살사실에 대한 부정은 나치추종자들에 의해 유산처럼 이어지다가, 독일 통일을 계기로 동구권까지 네오나치가 발호하자 그에 대한 입법적 차원의 대응을 새로 논의하게 된다. 그 결과 개인적 법익의 차원을 넘어 사회적 법익의 차원에서 규율해야 한다는 관점에서 1994년 형법 제130조 제3항을 신설하였다. 그 규율대상인 행위의 유형은 유럽에서 일반적으로 거론되는 대로 학살사실의 부정(Leugnung), 학살의 정당화 내지 승인(Billigung), 그리고 학살을 사소한 것으로 치부하는 행위(Verharmlosen)로 나누어 규정하고 있다. 이와 같이 현행 독일 형법상의 대중선동죄는 사회적 법익에 대한 중대한 침해로서 개인의 명예훼손에 대한 특칙의 형태로 구성되어 있다.

## V. 평가 및 시사점

독일 기본법 제5조의 해석에 의하면 표현의 자유 중 의사표현의 자유, 의사전달의 자유, 정보의 자유는 그 주된 내용이 방어권적 성격이 강한 주관적 공권인 반면에, 매스커뮤니케이션의 자유에 속하는 프레스의 자유, 방송의 자유도 역시 주관적 공권성이 인정되기는 하지만 기본적으로는 제도적 보장으로서의 성격도 아울러 가지는 이중적 성격을 가지고 있다고 한다.

독일의 연방헌법재판소는 “국가권력에 의해서 통제되지 않고 검열을 받지 않는 자유언론이 자유국가의 기본요소”라고 판결함으로써 언론의 자유를 보장하고 있으며, 공영방송 조직, 운영의 필요 요건 등에 관한 견해 표명, 신문의 표현의 자유와 제도상 가치를 보장하는 견해 표명 등 민주주의 하에서 출판과 방송의 중요성 및 임무를 강조하는 법적 해석을 부여하는 기능을 수행하고 있다.

특히 독일은 히틀러와 홀로코스트로부터 법치주의의 소중함을 배웠다. 인류역사상 최악의 독재자로 불리는 아돌프 히틀러는 1차 세계대전 패배로 인한 막대한 배상금 부담과 대공황 발발로 독일 경제가 피폐해지고 민심이 극도로 흉흉해진 상황에서 부유한 유대인에 대한 반감과 증오를

부추겨서 권력을 잡고 유지하였다. 그는 1933년부터 1945년까지 유대인을 '지구에 존재하는 가장 악한 인종'으로 규정하고 유럽에 거주하는 600만 명 이상의 유대인을 무차별하게 학살하여 반인류적인 범죄를 자행하였다.

패망 이후 독일인들은 다시는 이러한 반민주적인 사상을 가진 정치인이 출현하지 않아야 한다는 정신을 1949년 기본법에 담았다. 그럼에도 불구하고 독일은 극우 및 극좌파 정당이 출범하며 정치적 혼란이 극심했다. 특히 1949년 10월 2일 창당한 사회주의제국당(SRP)은 네오나치를 표방하며 나치의 영광을 재연하려 노력하였다.

이렇게 유럽 전역에서 유대인과 소수민족에 대한 폭력과 증오범죄가 만연하면서 이들에 대한 합리적인 수준에서의 표현의 자유와 그 제한 및 처벌에 관한 문제가 심각하게 제기되고 있다. 이러한 문제점에 근거해서 독일에서는 다양한 입법으로 이 문제를 해결하고자 입법적 노력을 기울이고 있다.

독일의 네트워크 집행법은 우선 수많은 인터넷 게시물 가운데 모든 표현물에 대한 콘텐츠를 규제의 대상으로 하는 것이 아니라 기존의 형법에 위배되는 표현물만을 적용대상으로 하고 있다는 특징이 있다. 이는 만일 네트워크집행법이라는 특별법의 처벌조항을 다른 범죄유형을 신설하여 적용할 경우에 발생할 수 있는 표현의 자유 위축의 문제를 고려하여 입법적인 타협점을 찾은 것으로 보인다.

둘째, 독일 네트워크집행법은 형법적으로 명백히 불법적인 콘텐츠가 SNS상에 게재된 경우 신고절차, 온라인서비스 제공사업자의 처리절차, 처리결과를 이용자인 신고자와 게시자 및 규제기관에 고지하는 방법 및 그에 대한 제재사항을 명확히 규정하고 있다는 점에서 우리의 정보통신망법에 비해 진일보한 규정이라고 평가된다.

셋째, 민간사업자인 SNS사업자에게 1차 규제권한을 위임하면서도 그에 대한 한계를 명백히 함으로써 국가와 민간의 관계를 확실히 규정하였다. 또한 국내사업자와 해외사업자에 대해 차별 없이 이 법을 적용함으로써 규제의 형평성을 제고하고 입법 공백을 방지하고 있다.

혐오 표현에 관한 독일의 법·정책은 대부분 국가사회주의(나치)시대의 경험으로 인해 인간의 존엄성을 훼손하는 경우의 잠재적 위험성에 대한

민감한 인식으로부터 비롯되었다. 이에 따라 「형법」 제130조 제1항에서는 구술 또는 간행물을 통해 치안 방해가 되는 방식으로 '특정 인구 집단에 대한 혐오를 선동하거나 그들에 대한 폭력적 또는 독단적 조치를 요구하는 행위' 및 '특정 인구 집단을 모욕하거나 악의적으로 비방하여 타인의 인간적 존엄성을 침해하는 행위'를 금지하는 등 매우 광범위한 혐오 표현 처벌 규정을 두고 있다.

독일의 법률에서도 볼 수 있듯이 이러한 법률의 적용을 위해서는 한 국가에 살고 있는 다양한 사람들과 국가를 동일시하지 않을 수 있는 의식, 즉 자유롭게 살아가는 혹은 자유와 평화 속에서 살아가기를 희망하는 사람의 삶과 민족은 동일한 것이 아니라는 의식이 필요한 것으로 보인다. 독일의 형법 제130조의 '대중선동죄'는 그런 점에서 국가의 평화가 무엇인지를 새롭게 해석할 수 있는 계기가 될 수 있을 것이다.

독일의 「네트워크집행법(NetzDG)」은 우선 수많은 인터넷 게시물 가운데 모든 표현물에 대한 콘텐츠를 규제의 대상으로 하는 것이 아니라 기존의 형법에 위배되는 표현물만을 적용대상으로 하고 있다는 특징이 있다. 또한 민간사업자인 SNS사업자에게 1차 규제권한을 위임하면서도 그에 대한 한계를 명백히 함으로써 국가와 민간의 관계를 확실히 규정하였다. 또한 국내사업자와 해외사업자에 대해 차별 없이 이 법을 적용함으로써 규제의 형평성을 제고하고 입법 공백을 방지하고 있다.

최근 네트워크집행법의 시행이 1년을 넘어서면서 독일 내에서도 이 법의 효과에 대해 다양한 견해가 개진되고 있으며, 이러한 논의는 향후 한국의 혐오표현 관련 입법정책을 수립함에 있어 매우 큰 참고가 될 것으로 보인다.

(논문투고일: 2019.12.08, 심사개시일: 2019.12.15, 게재확정일: 2019.12.19)

지성우

표현의 자유, 의견의 자유, 혐오표현, 아우슈비츠 거짓말, 네트워크집행법

# 【참 고 문 헌】

## 1. 국내문헌

### 가. 단행본

김백유 (2016). 『헌법학』, 한성.
문광삼 (2015). 『헌법학』, 삼영사.
성낙인 (2019). 『헌법학』, 법문사.
장영수 (2017). 『헌법학』, 홍문사.
전광석 (2019). 『한국헌법론』, 집현재.
정종섭 (2016). 『헌법학원론』, 박영사.
한수웅 (2017). 『헌법학』, 법문사.
허 영 (2019). 『한국헌법론』, 박영사.
형사정책연구원 (2017). 『혐오표현의 실태와 대응방안』.

### 나. 논문

김재윤 (2016). “인터넷상 아우슈비츠 거짓말에 대한 독일 연방대법원 판례 고찰”. 「법학논총」 36(4), 전남대, 319-343면.
박신욱 (2016). “온라인서비스제공자의 책임 및 그 제한과 관련된 독일 전자정보법률(TMG) 연구”, 「비교사법」 23-1, 277-320면.
박신욱 (2018). “온라인서비스제공자의 책임 및 그 확장과 관련된 독일 법행법(NetzDG) 연구”, 269-304면.
박희영(2018). “독일의 가짜뉴스(Fake News)에 대처하기 위한 ‘소셜 네트워크 법집행법’(NetzDG)”, 「최신외국법제정보」4, 한국법제연구원, 9-71면.
박희영, “독일의 가짜뉴스(Fake News)에 대처하기 위한 ‘소셜 네트워크 법집행법’(NetzDG)”, 「최신외국법제정보」 2018년 제4호, 2018, 59-71면.
지성우 (2003). “방송허가제의 헌법적 근거와 문제점에 관한 연구”,

「토지공법연구」 20, 245-263면.

## 2. 해외문헌

### 가. 단행본

Degenhart, C. (1999). in Dolzer, Rudolf. and Vogel, Klaus. (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 5 Abs. 1, 2, Heidelberg.

European Commission (2013.4.24). Green Paper: Preparing for a Fully Converged Audiovisual World: Growth, Creation and Values; European Commission (2016. 5. 25). Synopsis report of the public consultation on Directive 2010/13/EU on audiovisual media service directive: A media framework for the 21st century.

Katz, A. (2002). Staatsrecht, Heidelberg 15. Aufl.

Löffler and Ricker (2000). Handbuch des Presserechts, München 4. Aufl.

Pieroth and Schlink (2002). Grundrechte Staatsrecht II, Heidelberg 18. Aufl.

Sachs, M. (2007). Verfassungsrecht II - Grundrechte, Heidelberg 2. Auflg 2002.

### 나. 논문

Beisel, D. (1995). “Die Strafbarkeit der Auschwitzlüge - Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des neuen § 130 StGB”, 「NJW」, S. 997ff.

Cohen, R. (2014). Regulating Hate Speech: Nothing Customary About It, Chicago Journal of International Law 15(1), pp.229-255.

Guggenberger, N. (2017). “Das Netzwerkduchsetzungsgesetz in der Anwendung”, 「NJW」 36, S. 2577ff.

Handel T. (2017). “Hate Speech - Gilt deutsches Strafrecht gegen über ausländischen Anbietern sozilaer Netzwerke?”, 「MM R」4, S. 227ff.

Hilgendorf, E. (1997). “Überlegungen zur strafrechtlichen Interpret ation des Ubiquitätsprinzips im Zeitalter des Internet”, 「NJ W」, S. 1873ff.

Koch, A. (2002). “Zur Strafbarkeit der Auschwitzlüge im Internet - BGHSt”, 「JuS」 46, S. 212ff.

Liesching, M. (2018). “Die Durchsetzung von Verfassungs- und Eu roparecht gegen NettzDG”, 「MMR」1, S. 26ff.

Onay, I. (2009). “Regulating webcasting: An analysis of the Audiov isual Media Services Directive and the current broadcasting law in the UK”, 「Computer Law & Security Review」, 25 (4), pp.335-351.

Sieber, U. (1999). “Internationales Strafrecht im Internet - Das Te rritorialitätsprinzip der §§ 3, 9 StGB im globalen Cyberspac e”, 「NJW」, S. 2065ff.

## Abstract

# Die verfassungsrechtliche Abschaetzung ueber Norm und Urteile in Zusammenhang mit "Hate Speech" in Deutschland

Ji Sungwoo

In der modernen Informationsgesellschaft sind Medien sowohl vermittelndes "Medium" als auch aktiver "Faktor" der Artikulation und Bildung der öffentlichen Meinung und somit mit den Mitteln moderner Massenkommunikation eine notwendige Ergänzung und Verstärkung der Meinungsfreiheit wegen seiner "Meinungsbildungsfunktion". In diesem Zusammenhang liegt struktuell die entscheidende Besonderheit der Medien im Vergleich mit anderen Grundrechten darin, dass die rundfunkrechtliche Gewährleistung von Grundrechtsträgern nicht zum Zweck der Persönlichkeitsentwicklung oder Interessenverfolgung eingeräumt wird, sondern eine "dienende Funktion" hat. In diesem Sinne haben andere Massenmedien als der Rudnfunk, besonders die Presse, auch eine ähnliche Bedeutung und Funktion.

In Deutschland sind während des Nationalsozialismus viele Millionen Menschen verfolgt, eingesperrt und getötet worden. In den Konzentrationslagern wurden die Menschen gequält, in den Vernichtungslagern wurden sie ermordet. Dies ist die schreckliche Wahrheit über deutsche Vergangenheit und doch gab und gibt es Menschen, die diese Tatsachen leugnen, die behaupten, dass die Ermordung von vielen Millionen Juden in den Konzentrationslagern nicht stattgefunden hat.

Seit 1985 ist es in Deutschland strafbar, den Holocaust zu leugnen nach dem

Strafgesetz und Netzwerkdurchsetzungsgesetz(NetzDG). Mit dem Gesetz und dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts wehrt sich der Rechtsstaat stellvertretend für alle, die sich nicht mehr wehren können, weil sie umgebracht wurden. Das Gesetz gilt für Betreiber sozialer Netzwerke, die im Inland mehr als zwei Millionen registrierte Nutzer haben. Berufliche Netzwerke, Fachportale, Online-Spiele und Verkaufsplattformen sind ebenfalls nicht betroffen.

Ji Sungwoo

Freedom of Speech, Meinungsfreiheit, Hate Speech, Auschwitz Lie, Netzwerkdurchsetzungsgesetz(NetzDG).

# 해약금으로 추정되는 계약금의 일부지급과 계약의 해제에 관한 판결 재검토*

정 상 현(鄭相鉉)**
박 석 일(朴碩一)***

【목 차】

Ⅰ. 평석대상 판결의 분석
1. 제1판결
2. 제2판결
3. 판결의 의미와 쟁점
Ⅱ. 평석
1. 계약금의 의의와 관련 판결
2. 계약금의 교부가 계약인가?
3. 주된 계약이 모두 이행된 경우 계약금은 반환되어야 하는가?
4. 요물계약설과 낙성계약설의 대립은 왜 발생하였는가?
5. 계약금이 일부 교부된 경우 민법 제565조 제1항은 적용될 수 있는가?
6. 결어

【국 문 요 약】

우리 대법원은 계약금의 교부를 주된 계약과 별도로 체결되는 '종된 계약'이라 하고, 이를 널리 '계약금계약'이라고 하며, 그 법적 성격을 '요물계약'이라고 해석한다. 물론 당사자가 계약금의 액수나 지급시기 및 지급방식에 관하여 명시적으로 주된 계약과 별도의 약정을 하는 경우에는 이러한 해석도 무방하다. 그러나 통상 계약금은 주된 계약의 내용으로 그 액수 등을 정하고 그에 따라 교부될 뿐이다. 이에 대한 대법원의 태도는 계약금을 해약금으로 추정하는 민법 제565조 제1항의 규정 해석이나 실제 거래의 현실, 당사자의 계약금 교부의사에 비추어 불필요한 개념을 인정한 결과라고 생각된다. 왜냐하면 해약금 추정의 효력은 계약금

* 이 논문은 성균관대학교의 2018학년도 성균학술연구비에 의하여 연구되었음.
** 성균관대학교 법학전문대학원 교수・법학박사・주저자(교신저자)
*** 성균관대학교 일반대학원 법학과 박사과정・성균관대학교 법학전문대학원 BK사업단 연구원・주저자

교부를 굳이 계약금계약이라든가 요물계약 내지 낙성계약이라 하지 않더라도, 주된 계약의 내용으로 계약금을 모두 교부하면 그 자체로서 발생하는 법률효과이기 때문이다. 위 규정에 따라 '계약 당시에' 계약금이 '교부'되면 '당사자간에 다른 약정이 없는 한' 해약금으로 추정되어, 교부자는 이를 '포기'하고 수령자는 그 배액을 '상환'하여 계약을 해제할 수 있다. 계약금은 매매대금의 일부이고, 분할하여 지급되는 대금 중 가장 선행하는 것으로서 특별한 의미가 있을 뿐이다.

이러한 입장에서 계약금에 관한 대법원의 태도를 살펴보면, 계약금의 교부를 통한 주된 계약의 구속력 확보와 해약금 추정력의 인정범위를 일관하여 견지하지 못한 것으로 생각된다. 이 상황은 이 글의 평석대상인 2008년 판례와 2015년 판례가 등장하면서 더욱 심화된 것으로 보인다. 그 이전의 판결들은 계약금 교부를 주된 계약과 별도의 '계약금계약'으로 파악하고, 이를 '요물계약'으로 이해하는 확고한 태도를 유지하였다. 그러나 2008년 계약금이 전혀 교부되지 않은 사례, 2015년 계약금 중 극히 일부만 교부된 사례에서, 해약금 추정에 따른 주된 계약의 해제를 인정하게 되면 계약의 구속력을 매우 후퇴시키는 결론에 이를 것이라는 우려가 예상되었다. 이에 대법원은 기본원칙으로 계약금계약의 요물계약설을 유지하면서, 추가적이거나 가정적인 내용의 판시를 통하여 낙성계약설의 일면을 드러내었다. 즉 2008년 판례에서는 아직 지급하지 않은 계약금의 지급의무를 불이행하면 계약금계약 자체를 해제할 수 있다는 법정해제(민법 제544조) 가능성을 나타내었다. 이것은 계약금계약의 요물성을 전제하면서도, 계약금이 전혀 지급되지 않은 상태에서 계약금계약은 성립되었고 그 효력으로 아직 지급되지 않은 계약금의 지급의무를 인정함으로써, 낙성계약설의 논리를 그대로 드러낸 것이다. 또한 2015년 판결에서도 계약금을 일부만 지급한 경우에는 계약금계약이 성립되지 않았으므로 이를 해제할 수 없다고 전제하면서, '해제할 수 있다고 하더라도' 해약금의 기준은 실제 지급된 계약금이 아니라 약정 계약금이라는 가정적 결론을 도출하였다. 이 역시 계약금이 일부 지급된 경우에는 요물계약설에 의할 경우 해제할 수 없다는 결론과 낙성계약설에 의할 경우 주된 계약을 해제할 수 있다는 결론이 동시에 존재하는 모순적 상황을 드러낸 것이었다.

# I. 평석대상 판결의 분석

## 1. 제1판결

### 가. 사실관계

甲은 2005. 6. 8. 용인시 소재 乙소유 아파트를 그 장모 丙으로부터 매수하였다. 매매대금을 5억 원, 계약금을 6,000만 원으로 약정하면서, 계약서 비고란에 “2005. 6. 8. 300만 원을 乙의 계좌에 송금하고 나머지 계약금 5,700만 원은 2005. 6. 9. 송금하기로 한다.”고 기재하였다. 甲은 380만 원 정도 예치된 통장을 공인중개사 丁에게 맡겼을 뿐 계약금을 교부한 바 없었다. 丙이 계약 당일 밤 해외에 체류 중인 乙에게 매매사실을 알렸으나 乙은 처분할 의사가 없음을 명백히 밝혔다. 丙은 다음날 오전 9시 15분경 丁에게 부탁하여 매매계약을 유지할 수 없으니 甲이 계약금을 송금하지 않도록 조치할 것을 부탁하였다. 丁은 2005. 6. 9. 오전 10시 전에 이 사실을 甲에게 통지하였으나, 甲의 남편이 10시 42분부터 44분 사이에 6,000만 원을 乙의 계좌로 송금하였다. 丙은 오후 1시 3분 6,000만 원을 수표로 인출하여 甲에게 교부하였으나 수령을 거부하므로, 6. 13. 甲을 피공탁자로 하여 공탁하였다. 甲은 약정일에 乙이 아파트의 소유권이전을 거부하자 乙을 상대로 계약금 6,000만 원을 위약금으로 하여 그 배액의 상환을 청구하였다. 그 외 예비적으로 丙을 상대로 민법 제135조의 무권대리인책임을 물어 6,000만 원의 손해배상을 청구하고, 丁에 대해서는 공인중개사로서의 선관주의의무 위반을 근거로 동액의 손해배상을 청구하였다.

### 나. 하급심판결

제1심법원은 丙에게 대리권이 없으며 민법 제126조의 권한을 넘은 표현대리도 성립하지 않아 매매계약의 효력을 인정할 수 없다는 이유로 乙에 대한 주위적 청구를 기각하였다.[1] 다만 민법 제135조에 따른 丙의 책임은 인정하되 손해배상액이 과다하다는 이유로 2,000만 원을 인용하였고, 丁에 대해서는 특별손해에 대한 예견가능성이 없다고 하여 청구를 기각하였다.

甲은 항소심에서 주위적 청구를 변경하여 乙을 상대로 매매계약을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 청구하는 한편, 예비적으로 丙에 대해서는 취지를 확장하여 1억 원의 손해배상을 청구하고, 丁에 대해서는 취지를 감축하여 1,000만 원의 손해배상을 청구하였다. 이에 원심법원은 제1심법원과 같이 매매계약의 효력을 인정할 수 없다고 하여 乙에 대한 주위적 청구를 기각하고, 丁에 대한 예비적 청구 역시 그 의무위반사실이 없다고 하여 기각하였다. 한편 丙에 대한 예비적 청구에 대해서는 제1심법원과 달리 계약금 지급 전에 매매계약이 적법하게 해제되었다는 이유로 민법 제135조의 책임이나 계약상의 손해배상책임을 물을 수 없다고 하여 기각하였다.[2] 甲은 주위적 청구를 포기하고 예비적 청구에 대하여 상고하였다.

### 다. 대법원판결

대법원은 예비적 청구에 대한 원심법원의 판단을 모두 파기, 환송하였다. 특히 丙에 대한 손해배상청구와 관련하여, “계약이 일단 성립한 후에는 당사자의 일방이 이를 마음대로 해제할 수 없는 것이 원칙이고, 다만 주된 계약과 더불어 계약금계약을 한 경우에는 민법 제565조 제1항의 규정에 따라 임의 해제를 할 수 있기는 하나, 계약금계약은 금전 기타 유가물의 교부를 요건으로 하므로 단지 계약금을 지급하기로 약정만 한 단계에서는 아직 계약금으로서의 효력, 즉 위 민법 규정에 의해 계약해

1) 수원지방법원 2006. 10. 12. 선고 2005가단44172 판결.
2) 서울고등법원 2007. 9. 20. 선고 2006나107557 판결.

제를 할 수 있는 권리는 발생하지 않는다.”고 전제하였다. 다만 추가적으로 “당사자가 계약금의 일부만을 먼저 지급하고 잔액은 나중에 지급하기로 약정하거나 계약금 전부를 나중에 지급하기로 약정한 경우, 교부자가 계약금의 잔금이나 전부를 약정대로 지급하지 않으면 상대방은 계약금 지급의무의 이행을 청구하거나 채무불이행을 이유로 계약금약정을 해제할 수 있고, 나아가 위 약정이 없었더라면 주계약을 체결하지 않았을 것이라는 사정이 인정된다면 주계약도 해제할 수도 있을 것”이라고 하였지만, “교부자가 계약금의 잔금 또는 전부를 지급하지 아니하는 한 계약금계약은 성립하지 아니하므로 당사자가 임의로 주계약을 해제할 수는 없다.”고 재확인하였다.[3]

## 2. 제2판결

### 가. 사실관계

(1) 甲은 2013. 3. 25. 乙로부터 서울 서초구 소재 아파트를 매매대금 11억 원에 매수하기로 하는 매매계약을 체결하면서, 계약금으로 정한 1억 1,000만 원 중 1,000만 원은 계약 당일 교부하고, 나머지 1억 원은 다음 날 乙의 계좌로 송금하며, 중도금 없이 잔금은 2013. 4. 29. 소유권이전과 동시에 지급하기로 약정하였다.[4] 이와 함께 매매계약서 제4조

---

3) 대법원 2008. 3. 13. 선고 2007다73611 판결. 丁에 대한 예비적 청구와 관련하여 “부동산중개업자는 당해 중개대상물의 권리관계 등을 확인하여 중개의뢰인에게 설명할 의무가 있고, 한편 직접적인 위탁관계가 없다고 하더라도 부동산중개업자의 개입을 신뢰하여 거래를 하기에 이른 거래 상대방에 대하여도 부동산중개업자는 신의성실의 원칙상 목적부동산의 하자, 권리자의 진위, 대리관계의 적법성 등에 대하여 각별한 주의를 기울여야 할 업무상의 일반적인 주의의무를 부담한다.”고 판시하였다.

4) 잔대금 9억 9,000만 원 중 7억 3,000만 원은 아파트에 설정된 전세금이었는데 그 전세금반환채무를 매수인 甲이 인수하면서 지급에 갈음하기로 하였고, 나머지 2억 6,000만 원은 2013. 4. 29. 현금으로 지급하기로 乙과 약정하였다. 계약금 1억 1,000만 원과 최종 잔금 2억 6,000만 원은 그 지급기일과 방법이 확정되었으나, 전세금반환채무의 인수로 지급에 갈음하기로 한 7억 3,000만 원은 그 지급기일 또는 인수의 효력발생일이 명확하지 않다. 다만 “전세권이 성립한 후 전세목적물의 소유권이 이전된 경우 민법이 전세권 관계로부터 생기

에 “만일 2013. 3. 26.까지 계약금 중 1억 원이 입금되지 않을 경우 별도의 약속이 없는 한 최고 없이 이 계약은 해제된다.”, 제5조에 “매수인이 잔금을 지불하기 전까지 매도인은 계약금의 배액을 배상하고 매수인은 계약금을 포기하고 이 계약을 해제할 수 있다.”, 제6조에 “매도인 또는 매수인은 계약상의 채무불이행이 있을 경우 계약당사자 일방은 채무를 불이행한 상대방에 대하여 서면으로 이행을 최고하고 이를 이행하지 않았을 경우 계약을 해제할 수 있다. 이 경우 매도인과 매수인은 각각 상대방에 대하여 손해배상을 청구할 수 있으며 손해배상에 대하여 별도 약정이 없는 한 제5조의 기준에 따른다.”는 내용이 포함되었다.

(2) 甲은 계약체결 당일 乙의 계좌로 계약금 중 1,000만 원을 송금하였다. 다음날인 2013. 3. 26. 甲은 오전 11시 30분경 乙의 계좌로 나머지 계약금 1억 원을 송금하려 하였으나 실행되지 않았다.[5] 甲은 계약 잔대금 1억 원을 공탁하였고, 乙은 수령한 계약금 1,000만 원의 배액인 2,000만 원을 공탁하는 동시에 매매계약을 해제하였다.[6] 약정일이 경과

---

는 상환청구, 소멸청구, 갱신청구, 전세금증감청구, 원상회복, 매수청구 등의 법률관계의 당사자로 규정하고 있는 전세권설정자 또는 소유자는 모두 목적물의 소유권을 취득한 신 소유자로 새길 수밖에 없다고 할 것이므로, 전세권은 전세권자와 목적물의 소유권을 취득한 신 소유자 사이에서 계속 동일한 내용으로 존속하게 된다고 보아야 할 것이고, 따라서 목적물의 신 소유자는 구 소유자와 전세권자 사이에 성립한 전세권의 내용에 따른 권리의무의 직접적인 당사자가 되어 전세권이 소멸하는 때에 전세권자에 대하여 전세권설정자의 지위에서 전세금 반환의무를 부담”하게 된다는 판결(대법원 2006. 5. 11. 선고 2006다6072 판결)에 따를 경우, 이 매매계약의 목적물에 관하여 매수인 명의의 소유권이전등기가 마쳐진 때에 7억 3,000만 원의 전세금반환채무 인수효력이 발생하는 것으로 보아야 한다. 그렇다면 중도금 없는 甲과 乙 사이의 계약과정을 볼 때 매수인의 대금지급의무 또는 매도인의 재산권이전의무의 이행사실이나 이행의 착수사실을 인정할 수 없어 비록 7억 3,000만 원의 전세금반환채무가 인수되었더라도 해약금과 관련한 이행의 착수는 없는 것으로 보인다.

5) 송금이 실행되지 않은 것은 乙이 매매계약의 체결을 후회하고 그 다음날 공인중개사에게 계약을 해제하겠다고 통보한 후 자기 은행계좌를 폐쇄하였기 때문이다. 甲이 1억 원의 자기앞수표 1매를 발행한 후 중개사무소를 방문하였을 때 공인중개사로부터 계약해제와 계좌폐쇄 사실을 전해 들었다.

6) 甲은 계약 이틀 후인 3. 27. 대금수령 거절을 이유로 乙을 피공탁자로 하여 서울동부지방법원 2013년 금제115호로 나머지 계약금 1억 원을 공탁하였다. 그리고 같은 날 乙 역시 甲을 피공탁자로 하여 서울중앙지방법원 2013년 금제6375호로 2,000만 원을 공탁하였다. 이와 동시에 乙은 甲에게 “매도인은 여러 가지 사정상 수령한 계약금 1,000만 원의 배액인 2,000만 원을 공탁하고 이 사건 계약을 해지한다.”는 내용의 계약해지 통보서를 발송하였

하도록 乙이 소유권이전등기의무의 이행을 거절하자, 甲은 매매계약을 해제하고, 그에 따른 원상회복으로서 이미 지급한 계약금 1,000만 원의 반환과 위약금약정에 따른 손해배상으로서 계약금액 1억 1,000만 원을 합한 1억 2,000만 원의 지급을 청구하였다. 乙은 甲이 계약금 중 1억 원을 이행기인 2013. 3. 26.까지 지급하지 아니함에 따라 계약금계약 자체가 성립하지 않았고, 매매계약 당시 약정한 계약내용 제5조와 제6조 역시 충족되지 않았다고 주장하면서, 위 제6조에 따른 약정계약금 상당의 손해배상금 지급을 거절하였다.

### 나. 하급심판결

제1심법원은 계약금이 일부만 지급된 경우 계약금계약은 성립하지 않으므로 당사자가 민법 제565조 제1항에 따라 임의로 주된 계약을 해제할 수는 없다고 전제하였다. 이어서 해약금약정으로 추정되는 계약금계약과 손해배상액의 예정은 그 법률적 성격이 다르므로 계약 당사자가 손해배상액을 계약금 상당액으로 예정한 경우에 계약금계약이 성립하지 않았다고 하여 손해배상액의 예정까지 성립하지 않은 것은 아니라고 하면서 乙의 항변을 배척하였다. 그러면서 乙은 계약금의 일부로 받은 1,000만 원은 원상회복으로 전액 반환해야 하고, 위 매매계약서 제6조에 따른 위약금약정을 손해배상액의 예정으로 보아 그 70%를 감액한 3,300만 원의 손해배상금, 합계 4,300만 원을 지급해야 한다고 판시하였다.[7] 이에 甲과 乙은 모두 항소하였다.

원심법원은 제1심법원과 동일한 취지로 판시하였지만, 손해배상액의

---

고, 이는 이틀 후인 3. 29. 甲에게 도달하였다. 甲은 2013. 4. 24. 乙에게 "잔금일인 4. 29.까지 잔금을 지참하여 공인중개사 사무실을 방문할 것이니 소유권이전등기서류를 교부해 달라."는 취지의 통고서를 보냈고, 그 무렵 乙에게 도달하였다. 甲은 2013. 4. 29. 잔금을 지참하고 공인중개사 사무소를 방문하였으나 乙이 오지 않았다. 이에 甲은 2013. 6. 3. 乙에게 "매수인이 2013. 4. 29. 잔금지급기일에 참석하지 않아 현재 이행지체에 빠져 있는 바, 2013. 6. 7. 오전 10시까지 소유권이전등기에 필요한 서류를 교부하지 않으면 별도의 해제통고 없이 당해 최고서를 통하여 계약해제의 의사표시를 갈음한다."는 내용의 통지서를 보냈고, 다음날인 6. 4. 乙에게 도달하였으며, 6. 7. 원상회복의 일환으로 공탁한 1억 원의 계약금을 회수하였다.

7) 서울중앙지방법원 2014. 3. 12. 선고 2013가합528346 판결.

예정금액을 30% 감액한 7,700만 원으로 확정하고, 계약금의 일부로 수령한 1,000만 원을 합한 8,700만 원의 지급을 명하였다.[8] 이에 乙이 상고하였다. 乙은 상고이유[9] 중에 본 논문의 주제와 관련하여, 계약금이 전부 지급되기 전까지는 매매계약의 구속력이 약하므로 계약금의 일부로서 지급받은 1,000만 원의 배액을 상환하면 매매계약을 해제할 수 있다고 주장하였다.

### 다. 대법원판결

대법원은 "주된 계약과 더불어 계약금계약을 한 경우에는 민법 제565조 제1항의 규정에 따라 해제를 할 수 있기는 하나, 당사자가 계약금 일부만을 먼저 지급하고 잔액은 나중에 지급하기로 약정하거나 계약금 전부를 나중에 지급하기로 약정한 경우, 교부자가 계약금의 잔금 또는 전부를 지급하지 아니하는 한 계약금계약은 성립하지 아니하므로 당사자가 임의로 주계약을 해제할 수는 없다. 피고의 주장과 같이 계약금 일부만 지급된 경우 수령자가 매매계약을 해제할 수 있다고 하더라도, 그 해약금의 기준이 되는 금원은 '실제 교부받은 계약금'이 아니라 '약정 계약금'이라고 봄이 타당하다."고 판시하였다. 그러면서 결론은 "매매계약 제6조는 채무불이행에 따른 손해배상액을 계약금인 1억 1,000만 원으로 정한 손해배상액의 예정"이라고 전제한 후, "계약금계약과 손해배상액의 예정은 그 법률적 성격이 다르고, 따라서 계약 당사자가 손해배상액을 계약금 상당액으로 예정한 경우에 계약금계약이 불성립하였다고 하여 당연히 손해배상액의 예정까지 불성립하는 것은 아니"[10]라고 하면서, 제1심법원과 원심법원의 판결을 지지하였다.[11] 결국 매도인 乙은 해제에 따른 원상회복으로서 계약금 1,000만 원을 반환할 의무가 있고, 나아가 매

8) 서울고등법원 2014. 10. 23. 선고 2014나2010739 판결.
9) 乙은 착오와 甲의 사기로 계약의 취소, 특약위반으로 계약해제, 변제공탁의 원상회복의무 이행 등을 주장하였지만, 본 논문의 주제와 무관하므로 논의대상에서 제외한다.
10) 당초 판결문에는 "계약금계약이 불성립하였다고 하여 당연히 손해배상액의 예정까지 불성립하였다고 판단"으로 되어 있었으나, 후에 출간된 판례공보 2015. 6. 1.자에는 밑줄 부분이 "불성립하는 것은 아니라고"로 수정되었다.
11) 대법원 2015. 4. 23. 선고 2014다231378 판결.

매계약 제6조의 위약금약정과 손해배상액 예정의 법리에 따른 감액으로서 1억 1,000만 원의 70%인 7,700만 원, 합계 8,700만 원을 지급하여야 한다고 판시하였다.

### 3. 판결의 의미와 쟁점

(1) 위 두 판결은 매매계약 등의 주된 계약과 독립적으로 성립하는 계약금계약의 존재를 인정하고, 이는 주된 계약의 종된 계약이며 요물계약이므로 계약금이 전부 지급되지 않는 한 주된 계약을 해제할 수 없다는 태도를 전제로 한다. 여기에 제1판결에서는 나머지 계약금을 교부하지 않으면 채무불이행을 이유로 계약금약정을 해제할 수 있고, 계약금약정이 없었더라면 주된 계약도 체결하지 않았을 것으로 인정되는 경우에는 주된 계약을 해제할 수 있다는 결론을 추가한다. 제2판결 역시 주된 계약을 해제할 수 있다고 하더라도 그 해약금의 기준이 되는 금원은 약정계약금이라는 가정적 결론을 덧붙인다. 그런데 제1판결의 추가 내용을 보면, 계약금이 전혀 지급되지 않거나 일부만 지급되더라도 나머지 계약금이 지급되지 않으면 채무불이행을 이유로 결국 주된 계약의 해제가 가능한 것처럼 판시하고 있다. 제2판결 역시 가정적 내용을 보면, 약정한 계약금의 배액을 상환하면 제565조 제1항에 따른 해약금 해제가 가능하다고 판시한다. 결과적으로 제1판결과 제2판결은 계약금계약이 요물계약이므로 계약금이 전부 지급되지 않는 한 해약금에 따른 주된 계약의 해제는 불가하다는 점에서 공통된다. 그러나 제1판결의 추가적 내용과 제2판결의 가정적 내용은 계약금계약을 낙성계약으로 파악하지 않으면 그 논리가 성립할 수 없다. 나아가 제1판결은 나머지 계약금을 지급하지 않으면 계약금계약의 해제와 그 관련성에 따라 주된 계약 역시 해제될 수 있다고 한다. 제2판결은 약정한 나머지 계약금 전액을 상환해야 주된 계약을 해제할 수 있다고 한다. 이들 두 판결 자체도 서로 다른 결론을 제시한다.

(2) 대법원의 이러한 태도변화가 판결의 변경 없이 가능한지도 의문이다. 두 판결은 동일한 조건에서 각각 하나의 판결문 안에 양립할 수 없

는 두 논리를 병존시키고 있기 때문이다. 계약금이 전부 지급되지 않으면 요물계약인 계약금계약은 성립조차 되지 못하여 주된 계약을 해제할 수 없다는 논리(기존 판례)와 나머지 계약금을 지급하지 않으면 계약금 약정의 채무불이행을 원인으로 일정한 요건 아래 주된 계약도 해제할 수 있다는 논리(제1판결) 또는 약정한 계약금 전부를 상환하면 주된 계약을 해제할 수 있다는 논리(제2판결)가 그것이다. 이러한 대립적 논리가 서로 양립할 수 있는가? 이와 같은 논리구조가 법률해석으로 가능한가? 결과적으로 계약금이 전부 지급되지 않은 경우 그 상태에서 주된 계약의 해제는 가능하다는 것인지, 가능하지 않다는 것인지 알 수가 없다. 대법원이 요물계약으로 봐왔던 계약금계약을 낙성계약으로 이해하려는 것인가? 이러한 대법원의 태도와 관련하여, 계약금을 해약금으로 추정하는 민법 제565조 제1항의 해석이나 거래의 현실, 당사자의 계약금 교부의사에 비추어 '계약금계약'이라는 개념이 필요한지, 요물계약설과 낙성계약설의 다툼은 의미가 있는지 의문이다. 계약금의 교부를 반드시 계약금에 관한 '계약'으로 보아야 할 이론적인 혹은 현실적인 근거가 있는가? 오히려 계약금의 교부를 계약으로 포섭한 결과 요물계약설과 낙성계약설의 대립을 야기하는 한편, 위와 같은 판례의 모호한 입장을 유인한 것은 아닌지 우려된다. 통상적으로 계약금은 매매계약 등 주된 계약에서 그 액수 등을 정하고 그에 따라 교부될 뿐이다. 2008년과 2015년의 위 두 판결에서도 마찬가지였다. 계약금 교부의 법적 의미를 다시 생각해 보고자 한다.

## II. 평석

### 1. 계약금의 의의와 관련 판결

(1) 계약금은 매매계약 등을 체결하면서 당사자의 합의에 따라 일방이 상대방에게 교부하는 금전 기타 물건을 의미한다. 계약금이라는 용어 외에 내금, 선금 또는 선급금, 착수금, 보증금, 약정금, 해약금, 예약금 등

으로도 사용된다. 특히 부동산 매매계약에서 대금의 약 10% 정도를 계약금으로 교부하는 관행은 거의 일상적이다.[12] 계약금의 교부에 관하여 부여된 일정한 법적 효과는 과거 요물계약이었던 매매계약이 낙성계약으로 발전하는 과정에서 생겨난 것으로 파악되고 있다.[13] 계약금의 교부는 그 법적 효과와 관련하여 다양한 속성을 갖는다. 주된 계약의 체결 증거로서 증약금이나 약정해제권을 유보하는 해약금 또는 별도 특약에 따라 계약위반에 대한 제재로서 위약금의 성질을 갖기도 한다.[14] 판례에 따르면 계약금이 해약금과 손해배상액의 예정을 겸할 수도 있다고 한다.[15] 우리민법은 매매계약에서 교부된 계약금을 해약금으로 추정하고 이를 다른 유상계약에 준용하고 있다(민법 제567조). 계약금을 해약금으로 추정하는 민법 제565조 제1항은 "매매의 당사자 일방이 계약 당시에 금전

12) 한웅길, "계약금에 관한 소고", 동아법학(제40호), 동아대학교법학연구소(2007.8), 128면.

13) 곽윤직, 「채권각론」, 박영사(2011), 130면.

14) 김현태, 「채권법각론」, 일조각(1986), 112면; 황적인, 「채권법각론」, 한국방송통신대학교출판부(1999), 160~161면; 김형배, 「채권각론(계약법)」, 박영사(2001), 305~306면; 김증한/김학동, 「채권각론」, 박영사(2006), 215~216면; 장재현, 「채권법각론」, 경북대학교출판부(2006), 217~219면; 김상용/박수곤, 「민법개론」, 화산미디어(2015), 1550~1552면; 지원림, 「민법원론」, 홍문사(2019), 295~296면; 박동진, 「계약법강의」, 법문사(2016), 160면; 곽윤직, 앞의 책, 130~131면; 심재돈, 「민법주해」, 편집대표 곽윤직, 제XIV권, 채권(7) 제554조~제597조, 박영사(1997), 139~140면; 이용운, 「주석민법」, 편집대표 박준서, 채권각칙(2), §543~§567, 한국사법행정학회(1999), 415면; 한삼인, "계약금에 의한 매매계약의 해제", 고시계(제47권 제9호), 고시계사(2002.8), 136~137면; 박병칠, "계약금포기・배액상환의 약정 및 관련문제-판례를 중심으로-", 민법연구(제3집), 대한민사법학회(1994), 104면.

15) 대법원 1967. 3. 28. 선고 67다122 판결; 대법원 1971. 5. 24. 선고 71다473 판결; 대법원 1992. 5. 12. 선고 91다2151 판결; 대법원 1996. 10. 25. 선고 95다33726 판결. 학설은 긍정하는 견해(김동훈, "계약금의 수수에 따른 몇 가지 법률문제", 신세기의 민사법 과제, 법원사(2001), 394면; 김민중, "계약금몰수・배액상환의 약정", 고시계(제576호), 고시계사(2005), 75면; 손재종, "매매계약과 계약금 약정의 법률관계 검토-대법원 2008. 3. 13. 선고 2007다73611 판결 사건 중심으로-", 부동산학연구(제15집 제2호), 한국부동산분석학회(2009.8), 67면; 강신웅, "위약 계약금・보증금 등의 해석과 민법 제398조의 입법론", 기업법연구(제16호), 한국기업법학회(2004.3), 503~505면; 오종근, "계약금의 법적 성질-해약금을 중심으로-", 법학논집(제15권 제3호), 이화여자대학교법학연구소(2011.3), 177면; 박병칠, 앞의 논문, 108면)와 부정하는 견해(남효순, "계약금약정에 관한 몇가지 쟁점", 서울대학교 법학(제39권 제2호), 서울대학교법학연구소(1999), 284~285면; 최창렬, "계약금계약에 관한 연구", 재산법연구(제20권 제1호), 한국재산법학회(2003.8), 68면; 김학동, "손해배상의 예정", 인권과 정의(제252호), 대한변호사협회(1997), 109면)로 나뉜다.

기타 물건을 계약금, 보증금 등의 명목으로 상대방에게 교부한 때에는 당사자간에 다른 약정이 없는 한 당사자의 일방이 이행에 착수할 때까지 교부자는 이를 포기하고 수령자는 그 배액을 상환하여 매매계약을 해제할 수 있다."고 규정한다. 계약금과 관련하여 그 수수에 관한 약정이 주된 계약과 별도로 체결되며, 이를 널리 '계약금계약'이라고 하는 것이 우리 민법학계의 일반적인 입장이다.[16]

(2) 계약금과 관련된 우리 대법원 판결은 그리 많지 않다. 판례에서 논의된 쟁점은 크게 세 가지 정도로 압축된다. 대부분 해약금 추정에 대한 민법 제565조 제1항의 적용과 그 해석에 관한 것이고[17], 계약금과 해약

16) 송덕수, 「신민법강의」, 박영사(2019), 1145면; 곽윤직, 앞의 책, 130면; 지원림, 앞의 책, 295면; 김상용/박수곤, 앞의 책, 1550면; 엄동섭, "계약금(해약금)계약의 법적 성질", 저스티스(제152호), 한국법학원(2016.2), 178면; 송호영, "해약계약금의 약정에서 계약금의 일부만 지급된 경우의 법률관계", 민사판례연구(제38권), 민사판례연구회(2016), 463면.

17) 매도인이 수령한 계약금의 배액을 매수인에게 상환하거나 적어도 그 이행제공을 하지 않으면 계약을 해제할 수 없고(대법원 1992. 7. 28. 선고 91다33612 판결), 계약금의 배액에 대한 이행제공에도 상대방이 이를 수령하지 아니한다 하여 이를 공탁할 필요는 없으며(대법원 1981. 10. 27. 선고 80다2784 판결; 대법원 1992. 5. 12. 선고 91다2151 판결), 이때 해제의 효력은 통고로써 즉시 발생한다(대법원 1992. 7. 28. 선고 91다33612 판결). 해제권은 당사자 사이에 다른 약정이 없는 경우에 한하여 인정되고 이를 배제키로 하는 약정이 있다면 더 이상 해제권을 행사할 수 없으며(대법원 2009. 4. 23. 선고 2008다50615 판결), 해제권은 계약금 교부 후 이행착수 전에 이루어져야 하는데 이행의 착수행위를 할 수 있는 자는 계약금을 교부받은 상대방에 국한되지 않고(대법원 2000. 2. 11. 선고 99다62074판결), 그러한 행위는 외부에서 인식할 수 있는 정도로 채무 이행행위의 일부를 하거나 또는 이행을 위하여 필요한 전제행위를 하는 경우를 말한다(대법원 1993. 5. 25. 선고 93다1114 판결; 대법원 2002. 11. 26. 선고 2002다46492 판결). 주로 중도금의 지급이나(대법원 1993. 7. 27. 선고 93다11968 판결; 대법원 2006. 2. 10. 선고 2004다11599 판결) 중도금 지급에 갈음한 대여금채권의 양도(대법원 2006. 11. 24. 선고 2005다39594 판결), 중도금의 지급을 위한 어음 교부(대법원 2002. 11. 26. 선고 2002다46492 판결), 이행행위에 해당하는 저당권의 설정(대법원 1994. 5. 13. 선고 93다56954 판결) 등이 이행착수에 해당하고, 단지 계약의 이행을 최고하고 잔대금의 지급을 구하는 소송을 제기하거나(대법원 2008. 10. 23. 선고 2007다72274·72281 판결) 토지거래허가를 신청하고 허가를 받는 것은 이에 해당되지 않는다고 한다(대법원 2009. 4. 23. 선고 2008다62427 판결). 한편 민법 제565조 제1항이 해제권의 행사시기를 당사자 일방이 이행에 착수할 때까지로 제한한 것은 당사자 일방이 이미 이행에 착수한 때에는 그 당사자는 그에 필요한 비용을 지출하였을 것이고 계약이 이행될 것으로 기대하고 있는데 만일 이러한 단계에서 상대방으로부터 계약이 해제된다면 예측하지 못한 손해를 입게 될 우려가 있으므로 이를 방지하고자 함에 있다(대법원 2006.2.10. 선고 2004다11599 판결).

금 및 위약금의 관계에 관한 것[18], 그리고 이 논문에서 다루는 계약금 교부의 법적 성질에 관한 것이다. 우리 대법원은 계약금의 교부를 주된 계약과 별도의 독립적인 '계약금계약'인 동시에 '요물계약'으로 파악한다. 즉 "부동산계약의 성립에 관한 우리의 거래관행은 교섭의 과정을 거쳐 약정내용을 확정하고 계약금을 건네어야 비로소 계약이 성립된다고 보며, (중략) 계약금도 건네지 않은 것을 계약성립으로 인정하려면 그럴싸한 이유가 있"어야 한다고 판시하였다.[19] 나아가 "계약금계약은 요물계약이므로 계약금이 지급되지 않거나 일부 지급된 경우에는 계약금계약이 성립하지 않으므로 당사자가 임의로 주계약을 해제할 수 없다."고 판시하였다.[20] 다만 본 평석의 대상인 두 판결은 계약금계약이 요물계약이라는 기조를 유지하면서 추가적으로 또는 가정적으로 이와 양립할 수 없는 낙성계약의 논리를 전개한 바 있어 주목을 끌었다. 그런데 이들 판결 역시 그 결론이 사뭇 다르고 서로 모순적이다.

## 2. 계약금의 교부가 계약인가?

(1) 위 두 판결에서 "계약금이 일부 또는 전부 지급되지 않은 경우 계약금계약은 성립하지 아니하므로 주된 계약을 해제할 수 없다."는 내용은 그 이전 판결에서 이미 확립된 태도를 그대로 수용한 것이다. 이는 민법 제565조 제1항에서 규정하는 계약금의 '교부' 그 자체를 주된 계약의 종된 계약으로서 '계약금계약'이라 하고 이를 '요물계약'으로 파악한 결과이다. 우리 민법학계도 마찬가지이다.[21] 판례 중에는 '주된 계약과

18) 계약금을 위약금으로 하는 특약이 있는 경우에 한하여 손해배상액의 예정으로 볼 수 있고 그러한 특약이 없는 한 손해배상액의 예정으로 볼 수 없으므로(대법원 1996. 6. 14. 선고 95다11429 판결), 당사자 일방의 귀책사유로 인하여 계약이 해제되었다 하더라도 상대방은 계약불이행으로 입은 실제 손해만을 배상받을 수 있을 뿐 계약금이 위약금으로서 상대방에게 당연히 귀속되는 것은 아니다(대법원 1992. 11. 27. 선고 92다23209 판결; 대법원 2010. 4. 29. 선고 2007다24930 판결).

19) 대법원 1975. 12. 23. 선고 74다1761 판결.

20) 대법원 1955. 2. 10. 선고 54다3 판결.

21) 김증한/안이준, 「채권각론」, 박영사(1967), 213면; 이태재, 「채권각론」, 진명문화사(1990), 166면; 김형배/김규완/김명숙, 「민법학강의」, 신조사(2010), 1297면; 곽윤직, 앞의 책, 130면; 김현태, 앞의 책, 111면; 황적인, 앞의 책, 160면; 김증한/김학동, 앞의 책, 215면; 김상용/

더불어 계약금계약을 한 경우'로 표현하기도 하고[22], '계약금 지급약정은 계약금계약으로서'라거나[23], '계약금계약이 변경되었거나 동일한 계약이 새로이 추가적으로 체결' 등으로 표현하여 계약금계약의 존재를 간접적으로 나타냈다.[24] 그리하여 주된 계약이 무효, 취소, 해제로 실효하면 계약금계약도 그 효력을 상실하므로, 수령자는 받은 계약금을 부당이득에 따라 교부자에게 반환해야 하는 것으로 본다.[25] 다만 계약금계약이 주된 계약과 동시에 성립하는지에 대해서는 견해가 나뉜다. 주된 계약의 체결 당시에 함께 성립할 필요는 없고 그때 반드시 계약금이 전액 지급될 필요도 없다는 견해가 일반적이지만[26], 주된 계약과 동시에 체결되어야 하고 그 후에 성립한 계약금계약은 무효라는 견해도 있다.[27] 판례는 다소 오래되었으나 앞의 견해와 동일하다.[28]

(2) 매매계약의 체결과정에서 계약금은 아래의 두 유형으로 교부된다. 하나는 당사자가 주된 계약에 부수하여 계약금계약을 독립적으로 체결하기로 하는 명시적인 의사의 합치가 있고 그에 따라 계약금이 교부되는 유형이다. 다른 하나는 당사사가 단지 매매계약을 체결하면서 계약금의 지급일자와 액수를 약정하고 그에 따라 교부되는 유형이다. 전자는 주된 계약인 매매계약에서 계약금의 총액을 정했더라도 별도의 계약금계약을 통하여 계약금의 지급 방법이나 시기에 관하여 약정하는 것이다. 이러한 유형 역시 계약자유의 원칙상 당연히 허용되며, 이것이 독립된 '계약'으

---

박수곤, 앞의 책, 1550면; 송덕수, 앞의 책, 1145면; 지원림, 앞의 책, 295면; 심재돈, 앞의 책, 144면.

22) 대법원 2015. 4. 23 선고 2014다231378 판결; 대법원 2008. 3. 13. 선고 2007다73611 판결.

23) 서울고등법원 2013. 11. 29. 선고 2012나3014 판결.

24) 전주지방법원 1985. 5. 23. 선고 84나457 판결.

25) 곽윤직, 앞의 책, 130면; 김현태, 앞의 책, 114면; 이태재, 앞의 책, 167면; 황적인, 앞의 책, 160면; 심재돈, 앞의 책, 144면; 장재현, 앞의 책, 217면; 이용운, 앞의 책, 424면; 김증한/김학동, 앞의 책, 215면; 김형배/김규완/김명숙, 앞의 책, 1297면; 송덕수, 앞의 책, 1150면; 송호영, 앞의 논문, 463면.

26) 곽윤직, 앞의 책, 130면; 김형배/김규완/김명숙, 앞의 책, 1297면; 김상용/박수곤, 앞의 책, 1550면; 송덕수, 앞의 책, 1146면; 심재돈, 앞의 책, 144면; 오종근, 앞의 논문, 169면; 송호영, 앞의 논문, 463면.

27) 김기선, "계약금(보증금)", 고시계(제25권 제10호), 고시계사(1980.9), 44면.

28) 대법원 1955. 3. 10. 선고 4287민상388 판결.

로서의 성질을 가진다는 데에는 의문이 없다. 그러나 이는 주된 계약인 매매계약을 체결하면서 그 내용으로 계약금의 액수를 정하고 그에 따라 교부되는 후자와는 구별되어야 한다. 우리 학설과 판례에서 논의되고 있는 유형, 그리고 본 논문에서 해석대상으로 삼고 있는 유형은 바로 후자에 관한 것이며, 이것이 통상적이다. 매매계약의 체결과정에서 계약금을 정하는 것은 매매계약의 내용이고, 별도의 계약금에 관한 계약을 명시적으로 체결하는 것은 이례적이다. 계약금계약을 독립적으로 체결하는 당사자의 명시적 의사표시가 없는 한 매매계약의 내용으로 정한 계약금의 교부, 그 자체가 어떠한 법적 의미를 가지는지 파악할 필요가 있다.

(3) 민법규정의 해석을 통해서도 독립적인 계약금계약을 추출할 수 있는 근거는 보이지 않는다. 민법 제565조 제1항의 규정은 계약금이 교부된 경우 '당사자간에 다른 약정이 없는 한' 해약금, 즉 주된 계약에 대한 약정해제권의 유보로 추정되는 법률적 효과를 부여하고 있다. 그러나 위 규정의 어디에도 '계약금계약'이라는 용어뿐만 아니라 계약금계약의 '성립' 또는 '효력' 등의 개념이 등장하지 않는다. 단지 당사자 일방이 '계약 당시'에 금전 기타 물건을 '계약금' 명목으로 상대방에게 '교부'한 때, 교부자는 이를 '포기'하고 수령자는 그 배액을 '상환'하여 매매계약을 해제할 수 있다고 규정할 뿐이다. 법의 해석은 법규 및 그 구성요소인 낱말이나 개념 등의 의미를 명확히 하는 것이다. 법해석의 방법으로서 법규에 사용된 단어의 사전적 의미를 파악하는 문리해석이 모든 해석의 출발점이고, 이를 토대로 특별한 경우에 목적론적인 해석, 즉 법규의 용어나 문자가 가지는 의미를 확장하거나 축소할 수 있는 것이다. 이와 같은 법해석의 원칙에 비추어 민법 제565조 제1항에 규정된 용어를 살펴볼 때, 계약금, 교부, 포기, 상환과 관련하여 문리해석 외의 목적론적 해석이 필요한 부분이 있는가? 법 적용의 확장이나 축소뿐만 아니라 논리적 해석으로서 유추 등을 필요로 하는 부분이 있는가? 민법 제565조 제1항에 따른 계약금 교부의 법적 효과는 증약금 외에 다른 약정이 없는 한 해약금으로 추정된다. 그러한 효과의 발생은 위 규정이 제시하고 있는 법률사실의 충족 여부에 달린 것일 뿐이다. 이를 위하여 계약금의 교부 외에 '계약금계약'이라든가 계약금계약의 '성립' 또는 '효력' 등의 사실이 필요하지는 않을 것이다.

(4) 현실적으로도 주된 계약인 매매계약을 체결할 때 매수인이 매도인에게 계약금을 교부하면서, 매매계약과 별도로 '계약금의 지급에 관한 계약'을 체결한다는 의사를 갖지는 않을 것이다. 당사자가 특별히 계약금의 교부에 관하여 명시적으로 주된 계약과 별도의 계약을 체결하지 않는 한, 오히려 매수인은 매매계약의 내용으로 전체 매매대금을 계약금, 중도금, 잔금으로 분할하여 지급하기로 약정하는 정도의 의사를 갖는 것은 아닐까? 그 중 계약금이 가장 먼저 지급되기 때문에 중도금이나 잔금과 달리 특별한 속성을 가질 것이라고 인식하면서, 중도금이나 잔금을 대금의 일부로 취급하는 것처럼, 계약금 역시 대금의 일부로서 지급하는 것은 아닐까? 부동산 매매계약의 체결과 이행과정에서 계약금의 교부와 중도금 및 잔금 지급은 계약의 목적달성을 위하여 어느 하나도 소홀히 다룰 수 없는 중요한 요소이다. 그 중 매수인이 지급하는 계약금과 중도금 및 잔금은 매매대금으로서 공통된 성질을 가진다. 다만 그 과정에서 계약금이 가장 먼저 지급되므로 이에 대하여 계약 체결의 증거, 민법 제565조 제1항에 따른 해약금 추정, 별도의 약정에 의한 위약금 및 손해배상액의 예정(제398조 제4항)으로 추정되는 효과가 발생되는 것이다. 특히 민법 제565조 제1항의 적용은 매매대금의 일부로서 가장 먼저 지급되는 계약금 교부의 법률적 효과일 뿐이다. 주된 계약의 내용으로서 약정한 계약금을 모두 교부하면 그 자체로서 해약금 추정의 법률적 효과는 발생하는 것이다. 우리민법 규정의 적용으로 계약금의 교부 그 자체에 위와 같은 일정한 법률적 효력이 부여된다고 하면 끝날 문제를 '계약금계약'이라든지 그 '성립' 또는 '요물계약' 등으로 파악하여 논란을 가중시킨 것은 아닐까? 계약금의 교부는 그 이상도 그 이하도 아닌 매매대금의 일부이고, 분할하여 지급되는 매매대금 중 가장 먼저 지급되는 것으로서 특별한 의미가 있을 뿐이다. 종래 일반적인 견해는 대금의 일부로 지급되는 것을 선급금이라 하여 계약금과 구별하였다. 그러나 이러한 입장에서도 관념상으로는 이들이 다르게 평가되지만, 실제로는 구별이 어렵고 그 실익이 있는지도 의문이라고 한다.[29] 나아가 이들 모두 계약 성립의 증거로서 작용하고 주된 계약이 해제되지 않은 상태로 이행되면 대

29) 양창수/김재형, 앞의 책, 56면.

금의 일부로 충당된다는 점에서 공통적이다.[30] 이와 같이 계약금을 대금의 일부로 취급하는 것은 이미 다른 유형의 계약에서 일반화되고 있다. 여행계약과 관련하여 2019. 8. 30. 개정된 공정거래위원회의 표준약관 제10020호 제9조 제2항 및 제10021호 제10조 제3항은 "여행자는 계약 체결시 계약금(여행요금 중 10% 이하 금액)을 여행사에게 지급하여야 하며, 계약금은 여행요금 또는 손해배상액의 전부 또는 일부로 취급합니다."라고 규정하여, 계약금을 대금의 일부로 이해하고 있다.[31]

(5) 다수설과 판례에 의하면 중도금이나 잔금은 대금의 일부로 보아도 아무런 문제가 없지만, 계약금은 대금의 일부로 볼 수 없는 이유가 있다. 민법 제565조 제1항을 적용하는 경우, 계약금을 대금의 일부로 보면 매수인이 계약금을 교부함으로써 이미 '이행에 착수'한 결과가 되므로, 위 규정을 적용하여 해약금 해제를 할 수 있는 여지가 없어지기 때문이다. 그래서 계약금의 교부를 매매대금의 일부가 아닌 계약금계약의 체결로 의제할 수밖에 없다고 한다. 그러나 이러한 주장은 법률요건의 충족과 법규의 적용 시점에 혼란이 있는 것으로 보인다. 민법 제565조 제1항은 계약금이 교부되어야 비로소 적용될 수 있는 규정이다. 이 규정에서 제시한 '이행에 착수'는 중도금 지급 등 계약금이 지급된 후에 행해진 당사자의 이행행위만을 의미한다고 해석해야 한다. 여기에 계약금의 교부를 포함시키는 것은 '가장 현명한 조언자인 시간'을 거스르는 것이다. 출생하지 않은 태아에게 민법을 적용할 수는 없는 일이다. 결국 이러한 해석도 계약금의 교부를 계약금계약이나 요물계약으로 파악하였기 때문에 발생한 것이다. 계약금의 교부는 매매계약의 내용으로 약정한 매매대금의 일부로 보아야 한다. 일본 판례 중에 이와 관련된 것이 있다. 즉 원고 甲

30) 김기선, 「신채권각론」, 법문사(1964), 124면; 김현태, 앞의 책, 114면; 김증한/김학동, 앞의 책, 219면; 곽윤직, 앞의 책, 133면; 이태재, 앞의 책, 167면; 장재현, 앞의 책, 222면; 송덕수, 앞의 책, 1150면; 박동진, 앞의 책, 160면.

31) 국내 여행사 중 모두투어, 노랑풍선, KRT여행사, 참좋은 여행, 온라인투어, 투어이천, 여행박사, 인터파크INT, 내일여행, 투어2,000, 세계KRT, 한진관광, 레드캡투어, 롯데관광개발 등이 공정거래위원회 국외여행표준약관을 그대로 사용하고, 하나투어, 온누리투어, 팜투어, 바나나여행사, 드림항공여행사 등은 위 약관을 일부 수정하여 사용한다. 그러나 여행요금에 관해서는 거의 모두 위 약관과 동일하거나 유사하며, 계약금을 '여행요금 또는 손해배상액의 전부 또는 일부로 취급'하는 것은 공통적이다.

은 피고 乙의 선대로부터 토지를 매수하는 계약을 체결하면서 매매대금 3,000엔, 계약금 500엔, 잔금 2,500엔은 소유권이전등기절차의 이행과 상환하여 교부하기로 하고, 계약 당일 500엔을 乙에게 지급하였다. 乙은 토지 위에 제3자의 가옥이 있어서 약정일까지 퇴거시킬 수 없게 되자 부득이 받은 계약금의 배액인 1,000엔을 상환하고 위 매매계약을 해제하였다. 이에 甲은 계약금 500엔이 매매대금의 일부, 즉 내금(內金)이므로 甲의 해제는 적법하지 않다고 주장하며 위 토지의 소유권이전등기를 청구하였다. 제1심법원에서 乙은 패소하였다. 항소심은 당사자가 계약금을 수수하기에 이르러 그 일방이 계약의 이행에 착수하였다면 수령자인 乙은 그 배액을 상환함으로써, 교부자인 甲은 상환청구권을 포기함으로써 매매계약의 해제를 할 수 있다는 취지, 바꾸어 말하면 해제권유보의 목적으로 수수한다는 명시적 혹은 묵시적인 합의가 있다는 것은 위 기재의 증서에 의하여 이를 인정할 수 있고, 다른 증언에 의하더라도 당사자는 약정기한에 토지를 인도할 때 계약금은 대금으로 공제하고 잔금 2,500엔의 지불을 합의한 사실이 인정된다고 하여 乙의 항소를 기각하였다. 그러나 대심원은 대금의 일부로 볼 수 있는 증언을 부정하고 특별한 사정이 없으면 계약금은 해약금으로 추정된다고 하여 乙의 상고를 인용하였다.[32]

(6) 한편 이 글의 평석대상인 제1판결에서 계약금약정의 해제는 계약금의 전부가 지급되지 못함으로 인한 법정해제임에 틀림없다. 즉 계약금이 전부 지급되지 않았음을 이유로 매매계약을 해제하기 위해서는 계약금약정에 따른 이행청구를 하고 그 불이행시 우선 계약금계약을 해제한 후, 계약금계약과 매매계약의 관계를 고려하여 매매계약을 해제할 수도 있고 해제하지 못할 수도 있다. 이와 같은 논리과정은 계약금의 교부를 계약금계약이라고 성질을 결정함으로써 발생되었다. 사견과 같이 계약금의 교부를 매매대금의 일부로 보면 계약금이 전부 지급되지 않은 경우 당연히 매매계약의 법정해제사유가 되고, 위와 같은 불필요한 논리과정은 생략될 수 있다. 한편 그 관련성이 다소 약하지만 제2판결에도 의문이 있다. 이 판결의 최종적인 결론은 해약금해제가 아닌 매수인의 채무

32) 日大判 昭和7. 7. 19, 民集 11. 1552.

불이행을 원인으로 한 법정해제와 손해배상액의 예정을 인정한 사례이다. 당사자 사이의 매매계약 내용 제6조에서 '계약상의 채무불이행'이 있으면 '계약을 해제'하고 제5조의 기준에 따라 '매도인은 계약금의 배액을 배상'하는 것으로 약정하였기 때문이다. 그런데 이러한 계약내용에서 예정된 손해배상액이 지급되기 위해서는 먼저 당사자의 '계약상 채무불이행'에 따라 '계약을 해제'해야 하는데, 여기서 '계약'은 매매계약을 의미하는 것인가, 계약금계약을 의미하는 것인가. 이 사례에서 매수인은 계약금의 상당액을 약정일에 지급하지 않았다. 계약금의 교부를 계약금계약이라고 하는 다수설과 판례에 따르면 계약금의 상당액을 미지급한 매수인은 계약금계약을 불이행한 것일 뿐 매매계약을 불이행한 것은 아니다. 제1판결에 따르더라도 동일한 결론에 이른다. 이때 계약금계약을 불이행했음에도 계약내용 제6조를 적용하여 손해배상액 예정의 대상으로 삼을 수 있을까? 위 계약내용 제5조와 제6조에서 정한 계약은 매매계약이라고 해야 상식에 부합하므로, 단지 계약금계약의 불이행을 원인으로 해서는 매매계약을 해제할 수 없다. 따라서 매매계약의 불이행을 전제로 하는 손해배상액의 예정을 계약금계약의 불이행에 적용할 수는 없다. 반대로 사견과 같이 계약금의 교부를 계약금계약이 아니라 매매대금의 일부로 보면 계약금이 전부 지급되지 않은 경우 당연히 매매계약의 불이행이라 할 수 있으므로, 이는 매매계약의 법정해제사유가 되고 당연히 손해배상액 예정의 대상이 된다.

### 3. 주된 계약이 모두 이행된 경우 계약금은 반환되어야 하는가?

(1) 매매계약이 해약금 추정으로 해제되지 않고 무효 또는 취소 사유도 없으며 채무불이행으로 인한 법정해제도 되지 않은 상태에서, 매매계약이 모두 이행된 경우를 상정할 수 있다. 부동산 매매계약에서 매도인은 소유권이전등기를 해주었고, 매수인은 계약금과 중도금, 잔금을 모두 지급한 경우이다. 그런데 이때 다수설은 매도인이 받은 계약금을 매수인에게 다시 반환해야 하는 것으로 논리를 구성한다. 왜냐하면 매매계약이 급부의무의 전부 이행으로 목적을 달성하여 소멸하면, 그 종된 계약금계

약 역시 효력을 잃으므로 계약금계약에 근거하여 지급된 계약금은 반환되어야 하기 때문이다. 이에 따라 교부자인 매수인은 매도인을 상대로 계약금의 반환을 청구할 수 있다고 한다. 이 반환청구권의 법적 성질에 관하여 부당이득반환청구권으로 보는 견해[33]와 계약금계약상의 권리로 보는 견해[34]로 나뉜다. 그러면서 반환된 계약금만큼 매매대금이 덜 지급되었으므로 매수인은 계약금에 해당하는 금액을 다시 매도인에게 지급해야 하지만, 실제로는 계약금의 반환과 대금의 추가지급 절차를 생략하고 이를 매매대금에 충당한다는 것이다.[35][36]

(2) 그러나 매매계약이 모두 이행되었음에도 교부된 계약금을 반환해야 한다거나 매매대금에 충당한다는 해석은 이론적으로도 번거롭고 현실에도 부합하지 않는다. 매매계약을 체결할 당시 매도인은 급부가 모두 이행되면 받은 계약금을 매수인에게 반환해야 한다고 생각하지는 않을 것이다. 나아가 계약금을 반환해야 하지만 번거로우니 매매대금에 충당한다고도 생각지 않을 것이다. 다수설은 매매계약과 별도의 계약금계약을 인정함으로 야기된 결론을 따를 수밖에 없고, 결국 계약금의 반환과 대금의 추가 지급, 대금에 충당하는 의제적 해결을 선택한 것으로 보인다. 이러한 결과는 마치 이론을 위한 이론, 논리를 위한 논리로 생각될 수밖에 없다.

---

33) 김석우, 「채권법각론」, 박영사(1978), 177~178면; 김주수, 「채권각론」, 박영사(1997), 194면; 김증한/안이준, 앞의 책, 218~219면; 김증한/김학동, 앞의 책, 219면; 남효순, 앞의 논문, 292면; 오종근, 앞의 논문, 182~183면. 일본에서는 我妻榮, 「債權各論」, 中卷一, 岩波書店(1990), 265頁.

34) 곽윤직, 앞의 책, 161면; 황적인, 앞의 책, 163면; 심재돈, 앞의 책, 160면; 이용운, 앞의 책, 431면. 일본에서는 田山輝明, 「契約法」, 民法講義V, 成文堂(1989), 115頁.

35) 주재황, 「채권각론강의」, 탐구당(1957), 126면; 장경학, 「민법대의(전)」, 법문사(1968), 401면; 김준호, 「민법강의」, 법문사(2019), 951면; 양형우, 「민법의 세계」, PNC(2019), 1255면; 김현태, 앞의 책, 114면; 곽윤직, 앞의 책, 161면; 김형배, 앞의 책, 308면; 김증한/김학동, 앞의 책, 219면; 송덕수, 앞의 책, 1150면; 지원림, 앞의 책, 299면; 이용운, 앞의 책, 431면; 남효순, 앞의 논문, 291면.

36) 역사적 사실을 명확하게 평가할 수는 없지만 일제치하에서 조선총독부가 작성한 자료에 의하면, 우리 관습으로 당사자가 계약을 해제하는 경우 매도인은 언제나 수령한 계약금을 반환하도록 하고, 매도인이 해약하지 않으면 이를 대금의 일부로 취급하여 충당하였음이 밝혀지는 등 계약금의 교부와 해약에 관한 내용이 발견되기도 한다(朝鮮總督府, 慣習調査報告書, 1913.3, 220~221頁).

계약금의 반환 근거에 대한 구체적인 해석도 이해하기 어렵다. 이를 부당이득반환청구권으로 보는 견해는 그 반환범위와 관련하여 타당성을 인정할 수 없다. 부당이득의 반환범위는 제748조에 따라 정해지는데, 반환의무자가 선의이면 현존이익으로 족하고, 악의이면 받은 이득 전부와 이자를 반환해야 하며 손해가 있으면 배상해야 한다. 그러나 매매계약이 모두 이행되었음에도 계약금이 반환되는 경우는 계약의 하자나 채무불이행에 의한 것이 아니므로, 계약금을 반환하더라도 받은 것을 모두 돌려주는 것이 합당하다. 그럼에도 이를 부당이득으로 구성하여 반환의무자의 선의 또는 악의에 따라 반환범위에 차이를 두는 것은 타당하지 않다고 생각한다.

계약금계약상의 권리로 보는 견해 역시 그 구체적 의미를 알기 어렵다. 이는 계약금계약을 체결할 당시 계약금계약이 효력을 잃으면 계약금을 반환해야 한다는 묵시적 의사에 따라 계약금계약이 체결되었으므로, 매매계약이 모두 이행되면 종된 계약금계약 역시 효력을 잃고, 따라서 계약금은 반환되어야 한다는 주장이다.[37] 그러나 계약금계약은 매매계약의 이행으로 효력을 잃는다고 하면서도, 계약금반환의 근거를 다시 그 효력을 잃은 계약금계약에서 찾는 것은 근거와 결론에 혼란이 있는 것으로 보인다.

(3) 매매대금을 10억 원으로 하고, 계약금을 1억 원, 중도금을 4억 원, 잔금을 5억 원으로 약정한 후 계약금 1억 원이 모두 지급되었다고 하자. 매수인이 중도금과 잔금 합계 9억 원을 약정일에 지급하였다면 대금채무는 전부 이행되었다. 이때 다수설에 따르면, 매수인은 매도인을 상대로 계약금 1억 원의 반환을 청구할 수 있다고 한다. 이에 따라 계약금 1억 원이 반환되었다면 당초 매매대금은 얼마인가? 다수설은 이론상 계약금 1억 원이 매매대금의 일부가 아니므로 매매대금은 9억 원이라고 해야 한다. 그런데 매매계약 체결 당시 매매대금은 계약금을 포함하여 총 10억 원으로 약정하였다. 그리고 매매계약이 모두 이행된 후 매수인은 계

37) 田山輝明, 앞의 책, 115면. 이에 대하여 계약이 무효이거나 취소된 경우에는 부당이득의 반환으로 보는데, 왜 무효, 취소의 경우에는 그런 의사가 발현되지 않는지, 그러한 의사를 인정하더라도 이때 반환관계를 규율하는 것이 부당이득제도가 아닌지 의문을 나타내는 견해도 있다(남효순, 앞의 논문, 292면).

약금 1억 원을 반환받았으므로 지급한 매매대금은 9억 원이 되고, 따라서 미지급한 대금 1억 원을 다시 지급해야 하는 결과가 된다. 이때 실제로는 매도인이 계약금 1억 원을 반환하지 않고 매수인도 미지급한 매매대금 1억 원을 추가로 지급하지 않은 채 계약금 1억 원을 매매대금에 충당하는 방법으로 의제한다. 그렇다면 매매계약 체결시에 10억 원이었던 매매대금이 계약의 이행 후 9억 원으로 바뀌었다가, 다시 충당으로 10억 원이 되는 아이러니는 어떻게 설명할 것인가? 이에 대하여 다수설은 당사자가 계약금을 매매대금으로 충당하는 것을 전제로 계약금계약을 체결하였으므로 대금 총액은 10억 원이라고 한다. 물론 이러한 설명 자체의 이해는 가능하다. 그러나 과연 계약금에 관하여 당사자가 이러한 의사를 가졌다고 할 수 있을까? 설령 그렇더라도 이것이 현실에 부합하는 해석일까? 다소 의문이 남는다.

(4) 생각건대 매매계약이 모두 이행되었다면 매수인은 계약금과 중도금, 잔금을 합쳐 매매대금 전부를 지급하였다고 생각하는 편이 현실적이고 합리적이다. 이로써 매수인은 자신의 급부의무를 모두 이행하였고, 이에 매도인은 소유권이전등기를 해주면 된다. 계약금도 매매대금의 일부로 보고 굳이 그 교부를 매매계약에 종된 계약금계약으로 해석하지 않으면, 쌍방의 급부가 모두 이행된 경우 계약금을 다시 반환해야 한다든가, 이를 매매대금에 충당한다는 등의 우회적인 해석은 필요하지 않을 것이다. 위 예에서 매매대금은 10억 원이고, 계약금은 매매계약의 내용으로 1억 원을 지급하기로 약정하였다. 계약 당일 매매대금의 일부로서 계약금 1억 원이 이미 교부되었고 중도금과 잔금 합계 9억 원이 모두 지급되었다면, 매매대금 10억 원은 모두 이행되었으므로 매수인은 소유권이전등기를 넘겨받으면 된다. 이러한 해석이 훨씬 간명하고 거래현실이나 당사자의 의사에 부합한다.

### 4. 요물계약설과 낙성계약설의 대립은 왜 발생하였는가?

(1) 대법원 판례와 마찬가지로 계약금계약의 독립성을 인정하는 일반적 견해는 계약금계약을 요물계약이라고 한다.[38] 그 근거로 낙성계약설

을 비판하면서, 민법 제565조 제1항의 규정에 계약금의 '교부'가 규정되어 있음에도 이를 무시하고 '약정'하는 것만으로 계약금계약의 성립을 인정하면 사실상 민법규정은 형해화되어 그 존재의의를 상실하기 때문이라고 한다.[39] 나아가 계약금의 '교부' 외에 '포기' 또는 배액의 '상환'을 규정한 것 역시 계약금이 실제로 교부된 것을 전제로 하지 않으면 이 규정의 내용을 설명할 수 없다고 한다.[40] 계약금을 실제로 '교부'하는 것은 주된 계약이 해제될 경우의 위험을 분담하기 위한 것인데, 이를 위하여 계약금 교부를 단순히 약정하는 것으로 대신한다면, 그것만으로는 위험에 대한 담보가 될 수 없다고도 한다.[41] 그리고 해약금은 약정해제권 유보의 대가인데, 실제 교부되지 않은 계약금에 이러한 효과를 부여하면, 해제의 상대방은 대가를 확보하지 못한 상태에서 원치 않는 계약의 실효를 감수해야 하므로, 당사자의 이해관계 조정이라는 측면에서 적절하지 않다는 것이다.[42]

(2) 계약금 교부를 낙성계약이라고 하는 견해도 있다. 민법 제565조 제1항은 임의규정이므로 계약금계약은 계약금의 지급약정을 전제로 한 계약이라고 한다.[43] 계약금이 전부 지급되기 전이라도 계약금을 대가로 해제권을 유보하는 약정은 계약자유의 원칙에 비추어 얼마든지 가능하다는 것이다.[44] 그리고 계약금계약은 그 체결과 계약금의 지급 방식에 따

38) 김증한/안이준, 앞의 책, 218~219면; 곽윤직, 앞의 책, 158면; 김현태, 앞의 책, 111면; 김증한/김학동, 앞의 책, 215면; 이태재, 앞의 책, 166면; 황적인, 앞의 책, 160면; 김형배, 앞의 책, 304면; 김상용/박수곤, 앞의 책, 1550면; 심재돈, 앞의 책, 143면; 이용운, 앞의 책, 423면; 지원림, 앞의 책, 295면; 송덕수, 앞의 책, 1145면; 박동진, 앞의 책, 160면; 김기선, 앞의 논문, 44면; 손재종, 앞의 논문, 70면.

39) 김동훈, "민법의 해약금 규정의 운용방향", 비교사법(제22권 제3호), 한국비교사법학회(2015.8), 1113면.

40) 지원림, "계약금 분할지급 약정의 효력-대상판결:대법원 2015. 4. 23. 선고 2014다231378 판결", 민사법학(제72호), 한국민사법학회(2015.9), 102면.

41) 김동훈, 전게 "민법의 해약금 규정의 운용방향", 1114면.

42) 지원림, 앞의 논문, 102면.

43) 이종구, "계약금의 미지급 단계에서의 계약금계약과 주계약의 효력 등에 관하여", 법학논총(제33권 제1호), 단국대학교법학연구소(2009.6), 192면; 최창렬, "해약금계약의 법적 성질", 토지법학(제32권 제2호), 한국토지법학회(2016.12), 259~308면; 엄동섭, 앞의 논문, 185면; 남효순, 앞의 논문, 267~272면; 송호영, 앞의 논문, 470~472면.

44) 오종근, 앞의 논문, 179면.

라 여러 유형으로 나누어지지만, 거래현실에서 계약체결 당시에 계약금 전액을 교부하는 것은 흔한 현상일 뿐이므로, 계약금의 일부 또는 전부를 교부하기로 하는 약정만으로도 계약금계약은 성립될 수 있다고 한다.[45] 그러므로 단지 계약금이 통상적으로 계약체결 시에 교부되는 것을 이유로 계약금계약을 요물계약이라고 하는 것은 사실과 규범을 혼동하는 것이라고 한다.[46] 또한 요물계약설에 따르면 계약금 교부가 오히려 계약의 구속력을 약화시키는 모순이 발생할 수 있다고 비판한다. 즉 계약금이 지급된 경우는 그렇지 않은 경우보다 계약의 구속력이 강해야 하는데, 요물계약설에 의하면 계약금이 지급된 경우는 민법 제565조 제1항의 해약금 추정 규정이 적용되어 주된 계약을 해제할 수 있는 반면, 계약금이 지급되지 않으면 그러한 해제가 불가능하게 되어 부당할 뿐만 아니라 계약금을 교부하는 목적에 반하게 된다고 한다.[47]

(3) 요물계약설이 계약금의 전부이든 일부이든 교부된 금액을 전제로 계약금계약의 성립을 인정하고 위 규정을 적용한다면, 낙성계약설과 계약금계약의 성립범위에는 차이가 있어도 해약금에 의한 해제 가능성에는 별다른 차이가 없다. 요물계약설은 계약금이 수수됨으로써 주된 계약의 해제를 원하지 않는 당사자에게 계약금 상당액으로 해제에 따른 불이익을 보완해주는 측면을 강조하는 반면, 낙성계약설은 계약금 교부자와 수령자 사이에도 해제권 행사와 관련된 지위의 불균형이 발생할 수 있다는 측면을 강조한다. 일반적으로는 계약금의 수수가 주된 계약의 구속력을 강화하기 위한 것이지만, 우리민법 제565조 제1항과 같은 규정을 두어 약정해제권을 유보한 것은 주된 계약의 구속력을 약화시키는 것임은 분명하다.[48] 민법 제565조 제1항에 대한 평가는 엇갈리지만, 계약금의 지

45) 남효순, 앞의 논문, 268면; 송호영, 앞의 논문, 471~472면.
46) 남효순, 앞의 논문, 269면.
47) 정병호, “요물계약 개념의 유래와 현행법상 요물계약설에 관한 비판적 고찰”, 법사학연구(제53호), 한국법사학회(2016), 250면; 임병석, “해제조건 불성취의 주장과 해약계약금계약의 본질”, 민사법학(제77호), 한국민사법학회(2016.12), 173면; 이준현, “주된 계약과 더불어 계약금계약을 한 당사자가 계약금의 전부 또는 잔금을 지급하지 않은 경우의 법률관계”, 법조(제663호), 법조협회(2011.12), 276~277면; 김동훈, 전게 “민법의 해약금 규정의 운용방향”, 1105~1106면.
48) 김증한/김학동, 앞의 책, 221면; 황적인, 앞의 책, 161면; 김형배, 앞의 책, 306면; 송호영, 앞의 논문, 475면.

급 여부에 따라 주된 계약의 구속력에 강약의 차이가 발생하더라도, 이 역시 위 규정의 적용에 따른 법률효과이므로, 그것이 요물계약설의 약점이 되거나 낙성계약설의 장점이 된다고 볼 것은 아니다.

(4) 주된 계약의 체결 당시 계약금이 전부 교부된 경우는 요물계약설이나 낙성계약설에 의할 때 계약금 전부에 대한 계약금계약이 성립되었고, 특히 낙성계약설에 의하면 계약금계약의 이행 역시 이루어진 것으로 본다. 이들 견해를 따르거나 계약금을 대금의 일부라고 하더라도 계약금이 전부 교부되면 민법 제565조 제1항의 해약금 추정 규정에 따라 주된 계약의 해제가 가능하다는 점은 공통적이다. 주로 문제가 되는 것은 계약금 중 일부가 먼저 지급된 경우 해약금 추정으로 인한 해제 가능성에 관해서이다. 낙성계약설에 의하면 계약 당시의 약정으로 계약금계약이 성립되며 계약 당일 일부를 지급하고 다음날 잔액을 지급함으로써 계약금계약이 이행된다는 해석이 가능하다. 반면 요물계약설은 이러한 해석을 경계한다. 그러나 계약금의 교부를 별도의 계약금계약으로 보거나 특히 낙성계약의 형태로 해석하는 것은 논리적 비약이다. 왜냐하면 계약금을 분할하여 교부하는 것도 매매계약의 내용으로 그 지급방식을 달리 정한 것으로 볼 수 있고, 이 역시 계약자유의 원칙에 비추어 얼마든지 가능하기 때문이다. 즉 이러한 형식의 계약금 지급방식 역시 매매계약을 통한 대금분할지급의 일환일 뿐이므로, 이것이 계약금의 교부를 요물계약이나 낙성계약으로 해석해야 할 논리적 필연성은 없다.

### 5. 계약금이 일부 교부된 경우 제565조 제1항은 적용될 수 있는가?

(1) 민법 제565조 제1항에 대한 긍정적 평가는 계약금을 해약금으로 추정하는 관습이 형성되었고[49], 당사자가 일정액의 대가를 지급하고서라도 변심의 기회를 갖거나[50], 성급한 계약체결의 위험을 회피할 기회를 제공할 수 있다는 점에 근거한다.[51] 반면 부정적 평가는 계약준수원칙에

49) 정길용, “계약금이 수수되어 해제권이 유보된 계약과 채무자의 기한의 이익 포기”, 법학연구(제20집 제3호), 연세대학교법학연구원(2010), 24면; 오종근, 앞의 논문, 174면.
50) 지원림, 앞의 논문, 100면; 남효순, 앞의 논문, 281~282면.
51) 이준현, 앞의 논문, 293면.

비추어 해약금 추정 규정의 타당성이 의심스럽다고 한다. 즉 다른 해제 사유도 없이 계약금 교부만으로 주된 계약의 해제를 인정하는 것은 계약법의 대원칙에 반하여 계약의 구속력을 약화시킬 뿐만 아니라[52], 오히려 계약금 교부를 통하여 그 구속력을 강화하고자 하는 당사자의 의사에도 반한다고 한다.[53]

(2) 민법 제565조 제1항의 평가에서 고려되어야 할 요소 중에는 계약금액의 다과에 대한 당사자의 교부의사도 있다. 예를 들어 부동산 매매계약에서 매매대금 총액의 10%에 해당하는 계약금을 교부한 경우 이를 포기하거나 상환하고 계약을 해제할 수 있다는 것은 오랜 관행을 통해 형성된 우리 법감정의 응집 결과이다. 그런데 실제 거래에서 당사자는 계약을 해제하기 위하여 감수해야 할 계약금 10% 상당의 불이익을 매우 부담스럽게 생각할 수도 있다. 그래서 매수인이 이번 계약을 통해 반드시 그 목적물을 매수해야 한다는 결심이 없으면, 그리고 매도인 역시 목적물을 반드시 처분해야 한다는 확정적 의사가 없으면, 계약이 돌이킬 수 없는 상태로 진행되는 것을 꺼리거나 다른 방법으로 매매계약의 구속력을 약화시키기 위한 방안을 강구할 것이다. 그 가장 손쉬운 방법이 계약금을 매우 적게 교부하고 수령하는 것이다. 당사자가 계약금을 대금의 10%가 아닌 1%나 0.1%로 약정할 수도 있고, 계약금은 대금의 10%로 약정하면서 계약 당일에 1%나 0.1%를 교부한 후 이 금액의 불이익으로 계약의 해제 가능성을 유보하려고 시도할 수 있다. 이때 당사자는 대금의 1% 또는 0.1%에 해당하는 정도의 계약 구속력을 인식하였을 것이므로, 매수인은 그 정도의 금액만 포기하면, 매도인은 그 정도의 금액만 더 얹어서 배액을 상환하면, 계약을 해제할 수 있다고 생각할 것이다. 해약금 추정력을 대금의 1% 또는 0.1%에 해당하는 금액으로 정하였기 때문에, 당사자 모두 계약의 구속력을 약화시켜서 언제든지 변심할 수 있는 여지를 남겨 두려고 할 것이다.

(3) 그렇다면 제2판결에서 당사자가 매매계약을 해제할 수 있는 계약

---

52) 양창수/김재형, 「민법I(계약법)」, 박영사(2010), 55면; 황적인, 앞의 책, 161면; 김형배, 앞의 책, 306면; 김동훈, 전게 "민법의 해약금 규정의 운용방향", 1114면.

53) 김병재, "계약금몰수・배액상환약정의 해석", 민사판례연구(제11권), 민사판례연구회(1989), 206면; 김형배, 앞의 책, 306면; 심재돈, 앞의 책, 147면.

금으로 인식한 것은 얼마일까? 당사자는 계약체결 당일 1,000만 원에 해당하는 계약금 정도로 매매계약에 대한 구속력을 인식하였을까? 그리하여 매수인은 1,000만 원만 포기하면, 그리고 매도인은 1,000만 원만 더 얹어서 상환하면, 매매계약을 해제할 수 있다고 생각하였을까? 과연 이러한 당사자의 인식을 법적 정의와 타당성의 측면에서 정당한 것으로 받아들여야 할까? 계약금을 1억 1,000만 원 교부하기로 약정한 경우, 민법 제565조 제1항에 의한 해약금의 추정 효력은 그러한 약정만으로 부족하고 1억 1,000만 원이 모두 교부되어야 발생하는 것으로 보아야 한다. 그러므로 1,000만 원만 지급된 상태에서는 위 규정에 따른 해약금 해제의 효력은 발생하지 않는다. 매매계약의 해제를 위해 매수인이 포기해야 하는 금액은 1억 1,000만 원이 되고 매도인 역시 1억 1,000만 원을 얹어 배액을 상환해야 하므로, 해제에 상당한 부담을 느낄 것이다. 설명 방식에 차이가 있지만 요물계약설에 의하더라도 동일한 결론이다. 그러나 낙성계약설에 의하면 계약금을 1억 1,000만 원으로 약정하였기 때문에 계약금계약은 성립하였고, 따라서 제1판결의 추가 판시에 의하면 후에 지급하기로 약정한 1억 원을 지급하지 않는 한 계약금계약을 해제할 수 있고, 이때 계약금이 교부되지 않으면 매매계약이 체결되지 않았을 경우에는 매매계약도 해제할 수 있다고 해석한다. 낙성계약설은 계약의 구속력을 약화시키기 위하여 당사자가 계약금을 1%나 0.1%로 정한 것과 동일한 결론에 이른다. 이에 비추어 보면, 결국 제2판결 역시 계약의 구속력을 지키기 위해 요물계약설에 따른 결론, 즉 계약금을 일부만 지급한 경우에는 계약금계약이 성립되지 않았으므로 매매계약을 해제할 수 없다고 전제하면서, 낙성계약설에 따른 가정적 결론, 즉 약정 계약금의 배액을 상환하면 매매계약을 '해제할 수 있다'는 결론을 취하고 말았다. 계약금이 일부 지급된 경우 요물계약설에 의하면 매매계약을 해제할 수 없다는 결론과 낙성계약설에 의하면 해제할 수 있다는 결론이 동시에 존재하는 모순적 상황을 연출한 것이다.

## 6. 결 어

계약금의 교부에 관한 대상판결과 우리 민법학계의 논의를 검토해 보면, 계약의 구속력에 근거한 요물계약설과 계약의 현실에서 당사자의 의사를 의식한 낙성계약설이 모순적인 관계로 병존하는 기이한 결론에 이른다. 이것은 계약금의 교부를 주된 계약과 독립적인 계약금계약의 성질로 이해함으로써 야기된 문제이다. 그러므로 계약금의 교부를 주된 계약과 독립된 별개의 '계약금계약'으로 보거나 이를 '요물계약' 또는 '낙성계약'으로 파악하는 논쟁은 계약금을 해약금으로 추정하는 민법 제565조 제1항의 해석이나 거래현실, 당사자의 의사에 비추어 불필요한 것으로 보인다. 민법 제565조 제1항의 적용은 계약금의 교부에 따른 법률적 효과이므로, 굳이 위와 같은 계약 개념을 인정하지 않더라도 주된 계약의 내용으로 정한 계약금을 모두 교부하면 그 자체로서 해약금 해제는 가능하다.

거래 현실에서 중도금이나 잔금이 대금의 일부임에 의문이 없는 것처럼 계약금 역시 동일하다. 계약금의 교부는 그 이상도 그 이하도 아닌 매매대금의 일부이다. 다만 분할하여 지급되는 대금 중 가장 먼저 지급되는 것으로서 특별한 의미가 있을 뿐이다. 이러한 입장에서 대상판결을 보면, 계약금의 교부를 통한 주된 계약의 구속력 확보와 해약금 추정력의 인정범위를 일관하여 견지하지 못한 것으로 보인다. 기존의 판례는 계약금의 교부를 주된 계약과 별도의 '계약금계약'으로 파악하고, 이를 '요물계약'으로 이해하는 확고한 태도를 유지하였다. 그러나 제1판결이나 제2판결과 같이 계약금이 전혀 교부되지 않거나 계약금 중 극히 일부만 교부된 사례를 접하면서, 이러한 경우에도 해약금 추정에 따른 해제를 인정하게 되면 계약의 구속력을 매우 후퇴시키는 결론에 이를 것이라는 우려가 예상되었다. 이에 대법원은 기본원칙으로 계약금계약의 요물계약설을 유지한다는 견해를 피력하면서, 추가적으로 가정적인 내용의 판시를 통하여 낙성계약설의 일면을 드러내고 말았다. 계약금을 일부만 지급한 경우에는 계약금계약이 성립되지 않았으므로 이를 해제할 수 없다고 전제하면서, '해제할 수 있다고 하더라도' 해약금의 기준은 약정 계약금

이라는 가정적 결론을 도출하고 만 것이다. 이 역시 계약금이 일부 지급된 경우에는 요물계약설에 의할 경우 해제할 수 없다는 결론과 낙성계약설에 의할 경우 주된 계약을 해제할 수 있다는 결론이 동시에 존재하는 모순적 상황이다. 법원은 계약금 교부에 대한 요물계약설과 낙성계약설 중 어느 쪽을 선택해야 할지 혼란에 빠진 것으로 보인다. 만들 이유가 없는 함정을 스스로 파고 그에 빠지는 형국이다. 계약금의 교부를 주된 계약과 별도의 계약금계약으로 파악하는 것은 마치 부정적인 의미에서 '100번째 원숭이'[54]가 나타난 후의 상황을 연상시킨다.

(논문투고일: 2019.12.8, 심사개시일: 2019.12.15, 게재확정일: 2019.12.19)

정상현・박석일

계약금, 계약금계약, 요물계약, 해약금, 증약금, 위약금, 손해배상액의 예정, 계약의 구속력

54) 일본 교토 대학 영장류연구소 학자들이 1952년 미야자키현 고지마(幸島)라는 섬에서 일본원숭이들이 흙 묻은 고구마를 어떻게 먹는지 관찰하기 위해 일부러 고구마를 모래사장에 던져두었다. 처음에 원숭이들은 일일이 모래를 떼어내고 먹다가 암컷 원숭이 '이모'가 바닷물에 씻어 먹기 시작하고, 이 모습을 본 또래나 어린 원숭이들은 따라하였으나 나이가 많거나 대다수 수컷들은 여전히 흙을 털어내고 먹었다. 그러다가 어느 날 아침 100번째 원숭이가 고구마를 씻어 먹게 되자 그날 저녁 섬에 있는 모든 원숭이들이 따라하게 되고, 이러한 현상은 바다 건너 다카자키야마(高崎山)의 원숭이까지 따라하였다. 미국의 동식물학자 라이얼 왓슨(Lyall Watson)은 그의 저서 '생명조류'(Life Tide)에서, 일정 수 이상의 개체가 새로운 아이디어를 받아들여 태도를 바꾸면 그 아이디어는 물리적인 전파 없이도 마치 공기 속에서 파동이 퍼져 나가듯 모든 구성원에게 영향을 미친다는 현상을 '백번째 원숭이 현상'(The Hundredth Monkey Phenomenon)이라고 명명하였고, 1984년 켄 케이즈(Ken Keyes)는 '백 번째 원숭이'(The Hundredth Monkey)라는 저서에서 일본원숭이들의 행동과 인간 사회 사이의 유사성을 지적한 바 있다.

# 【참 고 문 헌】

## Ⅰ. 단행본

곽윤직, 「채권각론」, 박영사(2011)
김기선, 「신채권각론」, 법문사(1964)
김상용/박수곤, 「민법개론」, 화산미디어(2015)
김석우, 「채권법각론」, 박영사(1978)
김준호, 「민법강의」, 법문사(2019)
김주수, 「채권각론」, 박영사(1997)
김증한/김학동, 「채권각론」, 박영사(2006)
김증한/안이준, 「채권각론」, 박영사(1967)
김현태, 「채권법각론」, 일조각(1986)
김형배, 「채권각론(계약법)」, 박영사(2001)
김형배/김규완/김명숙, 「민법학강의」, 신조사(2010)
박동진, 「계약법강의」, 법문사(2016)
송덕수, 「신민법강의」, 박영사(2019)
심재돈, 「민법주해」, 편집대표 곽윤직, 제XIV권, 채권(7) 박영사(1997)
양창수/김재형, 「민법I(계약법)」, 박영사(2010)
양형우, 「민법의 세계」, PNC(2019)
이용운, 「주석민법」, 편집대표 박준서, 채권각칙(2), §543~§567, 한국사법행정학회(1999)
이태재, 「채권각론」, 진명문화사(1990)
장경학, 「민법대의(전)」, 법문사(1968)
장재현, 「채권법각론」, 경북대학교출판부(2006)
주재황, 「채권각론강의」, 탐구당(1957)
지원림, 「민법원론」, 홍문사(2019)
황적인, 「채권법각론」, 한국방송통신대학교출판부(1999)

## Ⅱ. 논문

강신웅, “위약 계약금・보증금 등의 해석과 민법 제398조의 입법론”, 기업법연구(제16호), 한국기업법학회(2004.3)

김기선, “계약금(보증금)”, 고시계(제25권 제10호), 고시계사(1980.9)

김동훈, “계약금의 수수에 따른 몇 가지 법률문제”, 신세기의 민사법 과제, 법원사(2001)

_____, “민법의 해약금 규정의 운용방향”, 비교사법(제22권 제3호), 한국비교사법학회(2015.8)

김민중, “계약금몰수・배액상환의 약정”, 고시계(제576호, 2005)

김병재, “계약금몰수・배액상환약정의 해석”, 민사판례연구(제11권), 민사판례연구회(1989)

김학동, “손해배상의 예정”, 인권과 정의(제252호), 대한변협(1997)

남효순, “계약금약정에 관한 몇가지 쟁점”, 서울대학교 법학(제39권 제2호), 서울대학교법학연구소(1999)

박병칠, “계약금포기・배액상환의 약정 및 관련문제-판례를 중심으로-”, 민법연구(제3집), 대한민사법학회(1994)

손재종, “매매계약과 계약금 약정의 법률관계 검토-대법원 2008. 3. 13. 선고 2007다73611 판결 사건 중심으로-”, 부동산학연구(제15집 제2호), 한국부동산분석학회(2009.8)

송호영, “해약계약금의 약정에서 계약금의 일부만 지급된 경우의 법률관계”, 민사판례연구(제38권), 민사판례연구회(2016)

엄동섭, “계약금(해약금)계약의 법적 성질”, 저스티스(제152호), 한국법학원(2016.2)

오종근, “계약금의 법적 성질-해약금을 중심으로-”, 법학논집(제15권 제3호), 이화여자대학교법학연구소(2011.3)

이종구, “계약금의 미지급 단계에서의 계약금계약과 주계약의 효력 등에 관하여”, 법학논총(제33권 제1호), 단국대법학연구소(2009.6)

이준현, “주된 계약과 더불어 계약금계약을 한 당사자가 계약금의 전부 또는 잔금을 지급하지 않은 경우의 법률관계”, 법조(제663호), 법조협회(2011.12)

임병석, “해제조건 불성취의 주장과 해약계약금계약의 본질”, 민사법학(제77호), 한국민사법학회(2016.12)

정길용, “계약금이 수수되어 해제권이 유보된 계약과 채무자의 기한의 이익 포기”, 법학연구(제20집 제3호), 연세대학교법학연구원(2010)

정병호, “요물계약 개념의 유래와 현행법상 요물계약설에 관한 비판적 고찰”, 법사학연구(제53호), 한국법사학회(2016)

지원림, “계약금 분할지급 약정의 효력-대상판결:대법원 2015. 4. 23. 선고 2014다231378 판결”, 민사법학(제72호), 한국민사법학회(2015.9)

최창렬, “계약금계약에 관한 연구”, 재산법연구(제20권 제1호), 한국재산법학회(2003.8)

_____, “해약금계약의 법적 성질”, 토지법학(제32권 제2호), 한국토지법학회(2016.12)

한삼인, “계약금에 의한 매매계약의 해제”, 고시계(제47권 제9호), 고시계사(2002.8)

한웅길, “계약금에 관한 소고”, 동아법학(제40호), 동아대학교법학연구소(2007.8)

## Ⅲ. 외국문헌

我妻榮,「債權各論」, 中卷一, 岩波書店(1990)

田山輝明,「契約法」, 民法講義Ⅴ, 成文堂(1989)

朝鮮總督府, 慣習調査報告書, 1913.3

## Abstract

# The Possibility of Main Contract Release due to Presuming Regulation of Releasing Fee in Case of the Down Payment Partially Paid*

JUNG, Sang-Hyun**
PARK, Seok-Il***

The Supreme Court of the Republic of Korea, for a long time, have concluded that one of the parties who enter into a main contract issued a down payment to the other party, the issuance of down payment is a kind of contract. That is to say, the Korean Supreme Court recognize a separate 'down payment contract' independent of the main contract such as a sale contract. Furthermore, it is controversial whether this down payment contract is contract for the need things or not. However, in personal opinion, this argument seems to be unnecessary in light of the interpretation of the Article 565 (1) of the Civil Code of Korea(CCK), the reality of real transactions and the will of contracting parties. Even if we do not accept such a contract as a down payment contract or a contract for the need things, it is a legal effect that occurs when all the down payment are issued. Therefore, I think that the down payment is a part of the whole purchase price, not more than that nor less than that. It is only the first payment that is paid in dividends, which has the special

* This paper was supported by Sungkyun Research Fund, Sungkyunkwan University, 2018.
** Professor in the School of Law SungKyunKwan University · Dr. Jur.
*** Ph.D. Student in Law · Researcher in BK Project, Graduate School of SungKyunKwan University.

significance.

In a realistic transaction, the down payment also has the same meaning as there is no doubt that the buyer's mid payment or balance paid to the seller is a part of the total sales price. However, since the down payment is the first to be paid, it is only an estimated effect of the money for evidence of contracts and the contract releasing fee, or penalty and compensation for damages due to the separate agreement. Therefore, the issuance of the down payment is not necessarily regarded as an independent contract. In fact, the buyer will not be willing to conclude a 'contract' for the payment of the down payment separately from the sale contract, issuing a down payment to the seller. Rather, it is in reality that the parties have the intention that the contents of the sale contract shall have the intention of making a commitment to pay the whole sale price divided into down payment, intermediate payment and balanced payment.

As a result, the Supreme Court of Korea has shown contradictory conclusions about the award of the down payment in 2008 and 2015. In these judicial precedents, even though the down payment was not paid at all or was partially paid, Supreme Court presumed that a down payment contract was concluded. This is the ruling that there is a theoretical contradiction.

Jung, Sang-Hyun · Park, Seok-Il

down payment, contracts on the down payment, contracts on the need things, contract releasing fee, money for evidence of contracts, penalties, damages compensation, contract binding

# 법과학 증거의 한계에 대한 논의*

## - 최근 미국의 논의를 중심으로 -

김 대 원**

【목 차】

Ⅰ. 들어가는 말
Ⅱ. 미국에서 법과학에 대한 재검토의 배경
Ⅲ. 국립과학아카데미의 보고서
1. 보고서의 발행과정
2. 미국 법과학계가 직면한 과제
3. NAS보고서가 제안한 권고사항
Ⅳ. 국립과학아카데미 보고서 후의 동향
1. 법무부의 변화
2. 대통령 과학기술자문위원회
3. 주 차원의 변화 시도
Ⅴ. 시사점

【국 문 요 약】

법과학의 선진국이라고 할 수 있는 미국에서도 과거에 법과학 증거를 맹신하여 발생한 오판 사례들이 문제가 되어 불안한 과도기를 경험했다고 할 수 있다. 물론 그렇다고 하여 현재 완전한 법과학 수준을 유지하고 있다고는 할 수 없지만, 미국에서는 법과학의 수준을 한 단계 높이기 위한 수많은 노력이 있었고 또한 현재도 진행 중이라고 할 수 있다.

본 글은 미국에서 법과학에 대한 불안한 과도기를 극복하면서 논의되었던 것을 검토하면서 한국 법과학의 발전을 위한 시사점을 찾고자 한다. 왜냐하면 한국의 법과학은 미국과 유럽에서 처음 시작된 학문으로 나라는 다르지만 법과학의 뿌리는 같다고 할 수 있다. 그러므로 미국에서 법과학의 불완전함으로 인해 발생한 문제점들과 이러한 문제점을 극복해가는 과정을 살펴보면 현재 과도기 상태에 있는 우리나라의 법과학에도 충분히 시사점을 줄 수 있을 것이기 때문이다.

---

* 본 글은 김한균 외 15인, 첨단 과학수사 정책 및 포렌식 기법 종합발전방안 연구(Ⅰ). 한국형사정책연구원, 2018. 중 저자가 집필한 부분의 내용을 발췌하여 수정하였음.

** 성균관대학교 과학수사학과 초빙교수, 법학박사.

따라서 본 글에서는 먼저 국가 차원의 법과학 컨트롤 타워의 설립이 필요하고, 법과학에 배분되는 예산지원을 확대해야 하며, 장래의 법과학자를 위한 표준화된 교육과정의 개발 및 법과학 실험실의 인증제도의 도입이 필요함을 제시하였다.

## Ⅰ. 들어가는 말

과거에 미국 드라마인 CSI과학수사대가 방영되면서 과학수사에 대하여 일반인들이 관심을 가지기 시작하였다고 할 수 있다. 그런데 2019년 들어 장기 미제사건이었던 '이춘재 연쇄살인사건' 수사와 관련하여 20여년이 지난 시점에 피해자의 속옷에서 범인의 DNA가 발견되면서 해결의 단서를 찾았고, 최근 들어 사회적으로 이슈가 된 사건에서 스마트폰에 대한 포렌식이 문제되면서 일반인들의 과학수사 또는 법과학에 대한 관심은 폭발적으로 증가되었다고 할 수 있다.

여기서 '과학적 증거' 또는 '법과학 증거(Forensic science evidence)'란 과학적 방법을 이용하여, 즉 법과학(Forensic science)을 이용하여 획득한 증거로, 일반적으로 법정에 제출될 물적 증거를 뜻한다. 그리고 법과학(Forensic science)이란 법적 쟁점과 공방에 있어 진실을 규명하기 위해 관련된 과학적 지식과 기술 및 연구 성과를 적용하는 방법을 말한다. "Forensic"라는 단어의 어원인 라틴어 'forēnsis'가 '공개 논쟁에서'라는 의미로 사용되었다는 사실만 보아도, 법과학의 목적이자 지향점이며 특성은 '공개된 재판에서의 공정한 진실규명'이라는 점을 분명히 알 수 있다. 따라서 법과학(Forensic science)은 과학의 한 분야를 의미하는 것이 아니라 법을 집행하는데 사용되는 많은 과학 분야에 대한 통칭이라고 할 수 있다.[1)]

최근 범죄수사에 있어서 법과학 증거의 중요성은 더 중요해지고 있다고 할 수 있다. 범죄수사에 있어서 과거처럼 범죄자 검거를 위하여 탐문

1) 박미숙 외 5인 공저, 법과학을 적용한 형사사법의 선진화방안(Ⅰ), 한국형사정책연구원, 2010, 264-265면.

수사를 하거나 잠복수사를 하는 경우 보다는 과학적 수사방법을 동원하여 스마트폰을 압수하여 분석하고, 각종 법과학 증거 또는 디지털 증거를 압수·분석하여 수사를 완성하는 것이 수사에 있어서 더 일반적 모습이라고 할 수 있을 것이다. 어쩌면 더 은밀해지고 시간과 공간을 넘나드는 최근의 범죄동향을 보면 수사에 있어서 법과학 증거를 분석하는 수사의 모습이 당연한 것일 수도 있다. 그러나 이러한 법과학 증거에 조작 또는 오류가 발생한다면 그것은 피고인에게 지울 수 없는 불행을 안기기도 할 것이다. 최근 한국에서도 '이춘재 연쇄살인 8차 사건' 당시 국립과학수사연구원의 체모감정 결과가 조작 또는 오류였다는 사실이 밝혀지면서 사회적 이슈가 되고 있다.[2] 또한 법과학 증거가 잘못 적용될 경우에 어떤 참담한 결과가 나타나는지에 대해서는 우리가 기억하는 몇 건의 오판 사례들만 보더라도 쉽게 알 수 있다.[3]

현재 법과학의 선진국이라고 할 수 있는 미국에서는 과거에 법과학 증거를 맹신하여 발생한 오판 사례들이 문제가 되어 법과학에 대한 불안한 과도기를 경험했다고 할 수 있다. 물론 그렇다고 하여 현재 완전한 법과학 수준을 유지하고 있다고는 할 수 없지만, 미국에서는 법과학의 수준을 한 단계 높이기 위한 수많은 노력이 있었고 또한 현재도 진행 중이라고 할 수 있다. 본 글은 미국에서 법과학에 대한 불안한 과도기를 극복하면서 논의되었던 것을 검토하면서 한국 법과학의 발전을 위한 지향점을 찾고자 한다. 왜냐하면 한국의 법과학은 미국과 유럽에서 처음 시작된 학문으로 나라는 다르지만 법과학의 뿌리는 같다고 할 수 있다. 그러므로 미국에서 법과학의 불완전함으로 인해 발생한 문제점과 이러한 문제점을 극복해가는 과정을 살펴보면 현재 과도기 상태에 있는 우리나라의 법과학에도 충분히 지향점을 줄 수 있을 것이기 때문이다.

---

2) 이데일리, "국과수 '화성 8차 체모 감정' 오류냐, 조작이냐", 2019. 12. 21.(https://www.edaily.co.kr/news/read?newsId=01292326622720816&mediaCodeNo=257&OutLnkChk=Y 2019년 12월 21일 최종검색)

3) 외국의 오판사례에 대한 자세한 소개는 박미숙 외 5인공저, 법과학을 적용한 형사사법의 선진화방안(Ⅰ), 159-169면 참조.

## Ⅱ. 미국에서 법과학에 대한 재검토의 배경

미국은 최근 법과학 분야에서 주요 논의가 '과학수사와 법과학 증거에 대한 증거능력인정 여부'가 아닌 다른 관점, 즉 '법과학 증거들에 의한 오판가능성'이라는 관점에서의 논의가 활발해 지고 있다. 그것은 과학적 수사 · 과학적 증거 자체의 '과학성'을 검증하는 운동이며, 비과학적 증거를 바탕으로 지금까지 선고되어 온 유죄 판결들에 대하여 새로운 방법에 의해 재검토하고자 하는 것이다.

이러한 움직임을 주도하고 있는 것이 Innocence project 이다. 오랜 세월 사용되어 왔던 과학적 수사 기법과 법정에 제출되어 온 법과학 증거를 다시 검토한 결과, 사실은 신뢰성·효율성이 결여된 것이 상당수 있는 것으로 밝혀졌다.[4] 이러한 사실은 미국의 사법(justice)에는 오류가 없다고 믿어 온 미국 시민 사회에 엄청난 충격을 던졌으며 현재도 Innocence project는 계속 진행되고 있다.

결국 이러한 오판 사건을 분석함으로써 오판의 원인이 밝혀졌는데, 2015년에 DNA감정에 의해 결백이 판명 된 330건의 사건을 분석 한 연구[5]에 의하면, 71% (234건)에서 과학적 증거가 오판으로 판명된 재판에서 증거로 사용 되었으며, 그 중 적어도 62% (145건)는 유효성의 흠결로 인하여 잘못된 과학적 증거나 신뢰성이 없는 과학적 증거가 제출되었고, 과학적 증거가 은폐되거나 또는 공판정에서 애매한 전문가 증언이 이루어지기도 했다. 즉, 전체의 절반 가까운 사건에서 과학적 증거가 오

---

4) 이는 미국에서 1989년부터 진행되는 Innnocence Project에 의하여 밝혀진 것이다. 이 Innnocence Project는 1989년부터 이미 확정된 판결을 받은 기결수를 대상으로 DNA검사 등을 통해 과거에는 밝혀내지 못하였던 사건의 진실을 현대과학의 도움으로 풀어주는 운동이다. 2019년 기준으로 367명이나 되는 무고한 사람들이 평균 14년의 억울한 옥살이 끝에 자유를 얻게 되었다. 그렇게 억울한 옥살이를 한 사람들 중 70%는 증거가 없거나 증거가 있음에도 불구하고 목격자의 잘못된 증언에 의한 것이었고, 나머지는 법과학의 잘못된 적용 등이 원인이었다.(https://www.innocenceproject.org/dna-exonerations-in-the-united-states / 2019년 12월 8일 최종검색)

5) Brandon L. Garrett, Convicting the Innocent Redux, in: D. Medwed, Ed., Wrongful Convictions and the DNA Revolution: Twenty-Five Years of Freeing the Innocent (Cambridge UP, Forthcoming).

판의 원인이 되었을 가능성이 있다는 것이다. 이 숫자는 DNA감정에 의해 결백이 증명된 사건만을 나타내는 것이고,[6] 이외에도 과학적 증거가 오판의 원인이 되고 있는 사건은 많이 있을 것이다.

또한 2000년대 이후에는 경찰 소속의 범죄수사연구소에서 문제가 발각 되었는데, 그중 유명한 것은 텍사스 주 휴스턴시 경찰의 범죄수사연구소의 예이다.[7] 문제를 폭로한 것은 2001년부터 이듬해에까지 걸친 언론 보도였다. DNA·혈청학 부문에서 다수의 사건 미처리, 검사자의 불충분한 훈련과 미숙한 기술, 감독자의 부재, 법정에서 검사자의 증언이 검찰측에 유리하도록 이루어졌다는 등의 문제점이 밝혀졌다. 감정할 자료가 존재하지 않음에도 허위의 보고가 되었고, 혹은 실제로 감정이 이루어지고 있지 않음에도 불구 보고서가 조작되거나 하는 경우도 존재했다. 항시적으로 연구소가 예산 부족 상황에 있었다는 배경 상황도 밝혀졌다. 결국 2002년에는 주정부의 감사에서 DNA·혈청학 부문이 FBI의 기준을 충족하지 못한 것으로 판명되고, 이 부문은 폐쇄되었다. 2003년에는 동 연구소의 DNA감정에 따라 1999년에 유죄 판결을 받은 남성의 사건에 대해 다시 DNA검사를 했고, 당초의 DNA감정이 잘못된 것으로 밝혀졌으며, 그 후에도 몇몇 사건에서 DNA·혈청학 부문의 감정이나 증언이 오판의 원인이 되었다는 것이 밝혀졌다.

또한 다른 주나 도시에서도 조사를 한 결과, 유사한 문제가 발각되어, 연구소의 일부 또는 전부가 폐쇄되었다.[8] 검사자가 감정 결과를 조작하거나 감정 결과를 왜곡하거나 법정에서 위증을 한 것이 발각 된 각 연구소의 관할 내에서 그 문제가 있는 검사자가 관여 한 감정이 사용된 수천건의 사건을 재검토하지 않을 수 없게 되었다.[9]

이런 가운데 2003년 '사이언스'지가 저명한 생물학자이자 스탠포드 대학 전 학장인 도널드 케네디 편집장에 의한 논설을 게재하여 파문을 불렀다. 케네디는 모발과 탄피 등의 비교감정의 신뢰성이 법정에서 과대평

6) 주로 살인이나 성범죄 사건이 전형적인 모습이었다.
7) 자세한 내용은 Final Report of the Independent Investigator for the Houston Police Department Crime Laboratory and Property Room (June, 2007)를 참조.
8) Sandra Guerra Thompson, Cops in Lab Coats (Carolina AP, 2015) Ch.2, n.2.
9) Sandra Guerra Thompson, Cops in Lab Coats (Carolina AP, 2015) Ch.2, “A National Crisis”를 참조.

가되고 있으며, 지문분석 등 신뢰성이 있다고 하는 방법에 대해 실제로 어느 정도의 신뢰성이 존재 하는가에 대한 통계학적 검토가 이루어지고 있지 않고, 오류율도 알 수 없다고 하는 문제가 있음을 미국 법무부 산하 국립사법연구소(National Institute of Justice)가 주최하는 학술대회 등에서 법과학 방법의 과학성을 포괄적으로 검증하지 않는 것 등을 지적하고 과학적 수사와 과학적인 증거 방식을 개선하려고 하지 않는 법과학 실무자들의 태도를 비판 한 것이었다.[10)]

## Ⅲ. 국립과학아카데미의 보고서

### 1. 보고서의 발행과정

위에서 언급한 바와 같이 기존 법과학에 대한 재검토의 움직임이 있는 상황에서 미국의 연방의회는 법과학에 상당한 개선이 필요하다는 점을 인식하였다. 따라서 2005년에 “과학, 국무, 사법, 상업 기타 관련 기관의 세출에 관한 2006년 법률”을 통과시키면서 "국립과학아카데미"(National Academy of Sciences, NAS)에 법과학에 관한 연구를 수행 할 수 있는 권한을 부여했다. NAS는 1863년에 설립 된 미국 최고 수준의 과학자가 가입하는 비영리 단체인데, NAS는 법과학자, 법학자 등 다양한 과학자로 구성된 위원회(National Research Council, NRC)를 통하여 보고서를 작성하도록 하였다.

위원회(National Research Council, NRC)는 보고서를 작성하는 과정에서 법과학과 관련된 이해 당사자들(예를 들면, 법과학 실험실과 검시관·검시관을 관리하는 전문가, 법과학의 차세대 교육에 헌신하는 교사, 수많은 법과학 분야에서 중요한 연구를 수행 한 학자, 범죄 수사 및 기소와 관련하여 법과학 증거가 수집되고 분석되고 사용되는 방법을 이해하는 법 집행 기관 및 법 집행 기관의 구성원)로부터 증언과 법과학 수

10) Donald Kennedy, Editorial: Forensic Science: Oxy- moron?, 302 Science 1626 (2003).

사관들의 의견을 듣고 그들이 우려하는 법과학의 문제점을 해결하고자 했다.

결국 위원회는 2009년 8월 “Strengthening Forensic Science in the United States : A Path Forward”라는 보고서(이하, ‘NAS보고서’라 함)를 발간하였다.[11] 이 보고서는 기존의 미국 법과학의 문제점을 지적하고 이를 해결하기 위한 13개의 권고안을 제시하였다.

## 2. 미국 법과학계가 직면한 과제

NAS보고서에 의하면 미국에서 법과학 분야는 수십 년 동안 범죄자의 성공적인 기소 및 유죄 판결뿐만 아니라 무고한 사람들의 누명을 밝혀내는 중요한 증거를 제공해 왔다. 또한 지난 20년 동안 법과학 분야에서의 발전, 특히 DNA기술의 사용은 법과학 분야가 범죄자를 확인하는 데 도움이 될 수 있는 잠재력이 있음을 보여주었다. 즉 법과학이 가해자를 확인하는 데 도움이 되기 때문에 해결되지 않고 있던 많은 범죄가 해결되고 있다고 한다.

그러나 이러한 법과학 발전은 몇몇 사건에서 잘못 된 법과학 분석에 근거한 실질적인 정보와 증언이 무고한 사람들의 잘못된 판결에 기여했을 수도 있음을 지적하였다. 이러한 사실은 법과학에서 불완전한 테스트와 분석으로 얻은 증거와 증언에 과도한 비중이 부여됨으로 인하여 잠재적인 위험으로 존재할 수 있다는 사실을 보여준다. 더욱이 부정확하거나 과장된 전문가 증언은 때로는 오해의 소지가 있거나 오도된 증거를 인정하는 데 기여했다는 것이다.

NAS보고서는 이러한 문제가 발생하는 원인을 분석하여 미국 법과학계가 직면한 과제에 대하여 다음과 같이 분석하였다.

---

11) 본 보고서의 원문은 NAS의 출판부 홈페이지 http://www.nap.edu/catalog/12589.html (2019년 12월 8일 최종검색)에서 확인할 수 있음.

### 가. 법과학 기관의 불균형

연방법, 주법, 지방법을 집행하는 기관들 사이에 기존 법과학을 운영함에 있어서 큰 격차가 있는데, 이러한 격차는 자금 조달, 분석 장비 사용, 숙련 된 인력의 확보, 인증 및 감독과 관련한 것으로, 결과적으로 각 법과학 기관 내의 현재 관행을 일반화하는 것은 쉽지 않다는 것이다.

대부분의 형법 집행은 주 및 지방 관할에서 처리되지만, 이러한 주 및 지방의 기관은 효과적인 법과학 연구소 시스템을 유지하는 데 필요한 자원(자금, 직원, 교육 및 장비)이 부족하다. 따라서 이러한 주 및 지방의 법과학 연구소를 연방의 법과학 연구소와 비교해보면, 연방의 법과학 연구소가 종종 자금과 직원의 우수성에서 훨씬 더 좋다는 것이다. 또한 의료 검시관과 법과학자가 제공 할 수 있는 자원, 서비스 범위 및 전문 지식의 양은 각기 연방 기관과 주 기관 사이에 크게 다를 수 있다는 것도 주목할 가치가 있다. 결과적으로 법제도에서 사용할 수 있는 증거에 대한 가치와 신뢰성 및 전반적인 품질은 전국적으로 크게 다르다는 것이다.[12)]

### 나. 법정화된 표준, 인증 및 인가의 결여

많은 법과학 분야의 운영 원칙 및 절차가 관할구역 사이 또는 관할구역 내에서 표준화되어 있지 않기 때문에 문제가 더욱 복잡하다. 즉 법과학 수사관의 인증이나 법과학 실험실의 인증에는 통일성이 없다. 실제로 대부분의 관할구역에서는 법과학 종사자의 인증을 요구하지 않으며 대부분의 법과학 분야에는 필수 인증 프로그램이 없다.

또한 대부분의 관할구역에서는 법과학 연구소의 인가가 필요하지 않고, 각 분야에서 법과학 실무를 규율하는 표준 지침이 없는 경우가 대부분이다. 또한 지침(예: SWG 표준)이 적용되는 경우에도 대부분 애매모호하여 제대로 시행되지 않는다는 것이다. 즉, 대부분의 분야에서 법과학 실무의 질은 적절한 교육 및 지속적인 교육, 엄격한 의무적 인증 및 인

12) National Research Council, Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward (National Academies Press, 2009). 5면.

증 프로그램, 강력한 성과 기준 준수 및 효과적인 감독이 없기 때문에 크게 차이가 난다는 것이다. 이러한 단점은 분명 법과학의 질과 신뢰성에 대한 지속적이고 심각한 위협이 된다.[13)]

### 다. 광범위한 법과학의 분야

"법과학(forensic science)"이라는 용어는 폭 넓은 범위의 법과학 분야를 포괄하며 각각의 법과학 분야는 자체 기술 및 관행을 갖추고 있다. 즉, 기술, 방법론, 신뢰성, 잠재적 오류의 유형과 수, 연구, 일반 수용성 및 출판 된 자료와 관련하여 법과학 분야 전반에 광범위한 다양성이 있다는 것이다. 법과학 분야의 일부는 실험실을 기반(예 : 핵 및 미토콘드리아 DNA분석, 독물학 및 약물 분석)으로 하고, 다른 일부는 관측 된 패턴(예 : 지문, 필기 샘플, 머리카락과 같은 표본)에 대한 전문가의 해석을 기반으로 한다. "법과학 공동체(forensic science community)"는 화학, 생화학, 생물학 및 의학 분야의 과학자를 포함한 실무자(실험실 종사자, 범죄 현장 수사관, 법 집행관 등)로 구성되지만, 법과학 실험실 작업과 범죄 현장 조사 사이에는 매우 중요한 차이점이 있다. 이렇듯 분야가 너무 다양하기 때문에 위원회는 과학적 발전의 수준이 개별 법과학 분야에 따라 크게 달라진다는 사실을 발견했다.[14)]

### 라. 법과학 증거의 해석과 관련된 문제들

법과학 방법 중 '핵 DNA분석'을 제외하고는 대부분의 방법이 증거와 특정 개인사이의 연결을 일관성 있고 확실하게 보여줄 수 있는 능력이 없다는 것이다. 과학적 근거의 관점에서, '분석적 기반의 학문'은 일반적으로 '전문가의 해석에 기초한 학문'에 비하여 우위를 차지한다고 할 수 있다. 그러나 전문가의 해석에 의존하는 분야들 사이에는 중요한 차이가

---

13) National Research Council, Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward (National Academies Press, 2009). 6면.

14) National Research Council, Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward (National Academies Press, 2009). 7면.

있다. 법과학 분야에서의 이러한 차이는 법과학계의 주요 문제점을 부각시킨다. 확실한 문제는 법과학 증거의 해석이 과학적 연구의 타당성에 기반하지 않는다는 것이다.[15]

### 마. 한계와 성과 측정 수립을 위한 연구의 필요성

법과학 분석의 정확성을 평가할 때, 분석하여야 할 문제의 유형을 명확히 하는 것이 중요하다. 즉 특정 기술이 정확한 식별을 하기에 부정확할지라도, 분류 문제에 대하여는 유용하고 정확한 정보를 제공 할 수 있다. 따라서 연구 성과의 한계와 척도를 확립하고 변동성의 원천과 잠재적 편향의 영향을 다루기 위한 연구가 필요하다. 그런데 그러한 연구는 절실히 필요함에도 주관적인 평가에 의존하는 법과학 분야에서는 부족하다는 것이다. 이러한 분야는 주관적 해석을 유도하기 위한 엄격한 지침을 개발하고 동등하게 엄격한 연구 및 평가 프로그램을 추구해야 한다는 것이다.[16]

### 바. 소송에서 법과학 증거의 허용

법과학 전문가와 증거는 형사사법제도에서 일상적으로 사용된다. 강간 피해자에게 발견 된 정자가 피고인 것인지 확인하기 위해 DNA 검사를 사용할 수 있고, 피고인이 무기를 취급했는지 여부를 결정하기 위해 총에서 발견 된 잠복지문을 사용할 수 있다. 약물분석은 사람의 소유물에서 발견 된 약이 불법인지 여부를 결정하는 데 사용될 수 있다. 살인 희생자의 사망 원인 및 원인을 결정하기 위해 부검을 사용할 수도 있다. 자격을 갖춘 법과학 전문가가 법과학 증거에 대해 유능하게 증언하기 위해서는 먼저 사용 가능한 상태에서 증거를 찾아 적절히 보존해야 한다. 발견시 지저분한 얼룩이 묻은 잠복 지문은 유용하게 저장, 분석 또는 설

---

15) National Research Council, Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward (National Academies Press, 2009). 7면.

16) National Research Council, Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward (National Academies Press, 2009). 8면.

명 될 수 없다. 불충분 한 약물 표본은 적절한 분석을 허용하기에 불충분 할 수도 있다. 오염 된 샘플 또는 다른 방법으로 손상된 샘플에 대해 수행 된 DNA 검사는 개인을 범죄자로 식별하기 위해 신뢰성 있게 사용할 수 없다. 이것은 법과학 증거의 적절한 처리와 관련된 중요한 문제이다. 그러나 법과학 증거에 크게 의존하는 데 있어서 법률의 가장 큰 딜레마는 특정 법과학 분야에서 과학이 존재하는지 그리고 어느 정도까지 과학이 있는지에 관한 문제이다.

매우 중요한 두 가지 질문은 형사 재판에서 법률의 승인과 법과학 증거에의 의존에 대한 근거가 되어야 한다. ① 특정 법과학 분야가 증거를 정확하게 분석하고 결과를 보고 할 수 있는 능력이 신뢰할 수 있는 과학적 방법론에 근거하고 있는지. ② 특정 법과학 분야의 실무자가 실수, 편견의 위협 또는 건전한 운영 절차 및 강력한 성과 기준의 부재로 인하여 오염 될 수 있는 인간의 해석에 의존하고 있는지. 따라서 전문가가 법과학 증거에 대해 증언 할 수 있는 자격이 있는지 여부와 증거가 지원하는 진실에 대한 사실 발견자로서의 신뢰에 충분한 가치가 있는지 여부가 중요하다.[17]

### 사. 정치적 현실

대부분의 법과학 방법, 프로그램 및 증거는 주 및 지방 법집행기관의 규제 지역 내에 있거나 주 사법 절차를 규율하는 법령 및 규칙의 적용을 받는다. 따라서 위원회는 포렌식 분야의 강점, 약점 및 향후 요구 사항을 평가하고 포렌식 기술 및 기법의 사용을 개선하기 위한 권고안을 수립할 때 연방의회가 법과학의 모든 결함을 직접 수정할 수는 없다는 사실을 염두에 두었다. 미국의 연방정부 체제 하에서 연방의회는 주의 형법, 증거규칙 및 민사소송법에 관한 법령을 개정 할 자유가 없다. 그러므로 지역의 법 집행 관행, 주 및 지방 검시기관 또는 범죄연구소의 인가 및 법과학 수사관의 인증을 다루는 주정부 정책을 쉽고 직접적으로 규제하지 않을 수도 있다.

---

17) National Research Council, Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward (National Academies Press, 2009). 9면 이하.

그러나 연방의회의 행동 권한은 중요하다. 법무부, 국토안보부, 국방부 또는 상무부 내에서 연방정부기관의 법과학 프로그램은 의회 예산 지출로 충당된다. 따라서 연방의 법과학 프로그램이 최고 수준의 기준에 따라 작동한다면 각 주에게는 모범적인 모델을 제공할 것이다. 더 중요한 것은 연방 의회가 적절한 실천 기준을 충족시키는 데 필요한 자금을 제공함으로써 주정부에 "우수 사례" 와 강력한 교육, 인증, 인가, 윤리 및 감독 프로그램을 홍보 할 수 있다는 것이다. 너무 많은 주 및 지방 프로그램이 현재 적절한 자원의 부족으로 어려움을 겪고 있기 때문에 "조건이 부가된" 연방 기금을 제공하면 법과학 커뮤니티에 상당한 변화가 발생할 수 있다는 것이다.[18]

### 3. NAS보고서가 제안한 권고사항

NAS보고서의 핵심은 "핵DNA감정을 제외하고는 기존의 법과학 감정 방법은 안정적이고 높은 정확도의 증거가 어떤 개인 또는 어떤 소스에서 파생 된 것이라는 것을 식별 할 수 있는 능력을 가지지 않는다."는 것이다.[19] 결국 NAS보고서는 지금까지의 법과학 검사 · 분석은 과학적 근거에 기초하여 이루어지고 있다고는 반드시 말할 수 없다고 한다. 감정 방법에 관한 준칙이 확립되어 있지 않고, 도제제도와 같은 훈련을 거친 검사자에 의해 경험을 바탕으로 주관에 의지한 감정이 행해지고 있는 방법도 있고, 감정 기관에 대한 통일적인 인증 제도도 없고, 감정 결과가 법정에 제출될 때의 용어법조차 통일되어 있지 않다는 것이다. 그럼에도 불구하고 과학적 증거는 형사 재판에서 중시되고 증거능력을 부정하는 사례는 거의 없다는 것이다. 법원의 심사만으로는 과학적 증거에 의한 오판의 위험을 극복 할 수 없다. 따라서 전제가 되는 법과학 측면의 개선이 필요하므로 어떤 법과학 분야가 법원에서 신뢰성을 인정받기 전에 적절한 검증의 대상이 되고 해당 기술의 신뢰성이 입증되어야 한다. 법

18) National Research Council, Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward (National Academies Press, 2009). 13면 이하.

19) National Research Council, Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward (National Academies Press, 2009) 7면, 40면, 100면, 제4장, 제5장.

과학 기술의 한계를 밝히고, 법과학을 강화하기 위한 새로운 체제를 연방 정부가 주도하고 만들어야한다고 보고서는 결론을 내렸다. 그리고 NAS보고서는 미국에서 법과학을 강화하기 위해 다음과 같은 13개의 권고 사항을 제안하였다.[20]

| | |
|---|---|
| **권고 사항 (1)** | 관련 자료의 체계적인 수집과 분석을 기초로 법과학 분야와 학제간 연구를 실시하고 법과학 분야를 충분히 성숙된 분야로 발전시키기 위해서 미 의회는 독립적인 연방 기구인 국립법과학협회(National Institute of Forensic Science: NIFS)를 설립하고 이를 위한 기금을 책정하여야 한다. 국립법과학협회는 연구와 교육, 법과학 분야, 자연과학과 생명과학, 법의학(forensic pathology), 공학(engineering), 정보 통신 기술(information technology), 측정과 기준(measurements and standards), 분석과 평가(testing and evaluation), 법, 국가안전 보장(national security), 공공정책(public policy)에 전문 지식을 가진 전일제 관리자와 자문위원회를 두어야 한다. |
| **권고 사항 (2)** | 국립법과학협회 (NIFS)와 자문위원회가 협의하여 증거물 분석결과를 정리하는 표준용어를 수립하고 결과 보고서를 작성할 때 기준이 되는 보고서 양식을 만들어야 한다. 용어나 양식의 선택은 ISO 17025와 같은 국제표준을 검토하여 결정해야 한다. 그리고 모든 법과학 실무자들이 이러한 양식을 따르도록 해야 하고 지침을 잘 이행하는지에 대한 평가는 후에 그들의 자격심사 요건 기준에 포함해야 한다. |
| **권고 사항 (3)** | 법과학 분야의 신뢰성, 타당성, 정확성에 대한 문제를 다루는 연구가 필요하다. 국립법과학협회는 관련된 분야의 전문가들에 의해 검토가 이루어진(peer-reviewed) 연구가 진행될 수 있도록 재정적 지원을 해야 하는데 그 부분은 다음의 내용을 포함한다. |

20) National Research Council, Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward (National Academies Press, 2009), 19-33면. 권고사항에 대한 자세한 번역에 대하여는 박미숙 외 5인공저, 법과학을 적용한 형사사법의 선진화방안(Ⅰ), 178면 이하 참조.

| | |
|---|---|
| | ·과학을 기반으로 법과학적 방법론(forensic method)의 타당성을 입증하는 연구<br>·법과학적 분석(forensic analyses)의 정확성과 신뢰성을 양적으로 측정하여 나타내는 방법을 수립하고 개발해야 한다. 법과학적 분석기법의 신뢰성과 정확성에 대한 연구는 현실적인 사건에서 실제로 이루어지고 있는 방법과 법과학자와 분석실의 평균치를 반영해야 한다. 또한 각기 다른 법과학 환경에서 이루어질 수 있는 분석 방법들의 정확성과 신뢰성에 대한 한계점을 규명해야 한다. 신뢰성과 정확성을 측정하는 연구는 관련 분야 전문가들의 검토(peer-reviewed)를 받아야 하고 높이 평가되는 과학 저널지에 게재되어야 한다.<br>·법과학적 분석 결과의 불확실성을 수량화할 수 있는 척도 개발<br>·법과학 기술을 향상시킬 수 있는 자동화된 기술 |
| 권고 사항 (4) | 의회는 국립법과학협회가 법집행기관(law enforcement community)내에서 자율성과 독립성을 최대화하고 법과학적 검사들이 과학에 근거를 두고 이루어질 수 있도록 기금을 책정하고 이에 대한 권한을 부여하여 각 주(州)와 해당 지역 관할에 자금을 할당하여야 하는데 이는 법 집행 기관 또는 검찰청의 행정적 통제로부터 자유를 보장하기 위해서이다. |
| 권고 사항 (5) | 법과학적 분석 방법들의 오차율에 대한 연구가 이루어져야 한다. 특히 법과학 실무자들에 의한 분석결과의 오류, 오류의 원인, 편향이 분석결과에 미치는 영향 등에 관한 연구가 진행되어야 하며, 오류율을 정량화해야 한다. 오류율을 측정하는 연구 외에도 실무자에 의한 편견의 개입을 최소화하고 분석결과의 오류를 최소화할 수 있도록 각각의 법과학적 분석방법들에 대한 표준운영절차(Standard Operating Procedures, SOP)를 개발해야 한다. |
| 권고 사항 (6) | 법과학적 방법들에 대한 유효성·신뢰성 및 전문가의 자질을 평가하는 숙련도시험에 관한 정보 공유가 이루어져야 하며, 최상의 실무 (bestpractice)를 위한 표준절차를 수립하고 보급해야 한다. 이 표준절차는 실무자와 실험실의 자격을 평가하는 하나의 기준으로 해야 한다. |

| | |
|---|---|
| 권고 사항 (7) | 법과학 실무자들과 실험실에 대한 자격인증 제도를 의무화해야 한다. 자격인증기준은 국제표준화기구 (ISO)의 표준을 참고해서 개발하고 필기시험과 숙련도 시험, 실습, 지속적인 교육 및 훈련 이수, 재인증, 윤리규정 준수 등의 기준 또한 포함하고 있어야 한다. 모든 법과학 실무자와 실험실은 이러한 자격인증절차에 참여해야 하며, 통과하지 못한 실무자나 실험실은 법과학 분야에서 활동하거나 법정에서 전문가증언을 할 수 없도록 제한해야 한다. |
| 권고 사항 (8) | 모든 법과학 실험실은 법과학적 분석 업무의 정확성을 보장할 수 있는 품질 보증 절차를 수립해야 한다. 이 절차를 통해 감정인의 오류 및 편견을 식별하고, 표준운영절차 (SOP)의 유효성과 신뢰성을 확인하고, 수정이 필요한 절차를 찾아 개선할 수 있어야 한다. |
| 권고 사항 (9) | 국립법과학협회는 자문위원회와 상의하여 모든 법과학 분야를 위한 국가적인 윤리강령을 수립하고 개인 단체들이 이 윤리 강령을 업무에 포함시킬 수 있도록 장려해야 한다. 이와 더불어 심각한 윤리적 위반 행위를 한 법과학자들에 대하여 강제적인 수단을 강구해야 한다. 이러한 강령은 법과학자들에 대한 자격인증절차를 통해 강제 집행 될 수 있다. |
| 권고 사항 (10) | 법과학 실무에 중요한 자연과학과 생명과학 분야에 학생들의 흥미를 유발하여 다학제간 연구를 추구하기 위해 의회는 조직적, 프로그램적, 분야 간 경계를 초월한 대학원 교육 프로그램을 개발하고 발전시키기 위해 국립법과학협회가 적절한 조직 및 교육 기관이 협력할 수 있도록 자금을 책정하고 이에 대한 권한을 부여해야 한다. |
| 권고 사항 (11) | 현재의 검시관 제도를 법의관 제도로 교체하고 법의학 연구를 지원함으로써 최상의 실무를 위한 표준을 개발하고 인정기준에 만족하는 법의학 연구소에 자격을 주어 검시제도를 개선해야 한다. |
| 권고 사항 (12) | 전국적으로 상호운영이 가능한 자동지문검색시스템 (AFIS) 기준을 개발해야 한다. |

| | |
|---|---|
| 권고 사항 (13) | 법과학과 법의학 분야의 개선을 통해 대테러, 자연재해 등으로부터 국가와 국민을 보호해야 한다. |

## Ⅳ. 국립과학아카데미 보고서 후의 동향

### 1. 법무부의 변화

NAS 보고서의 공표 후 연방 법무부에서는 점진적으로 법과학 분야의 개혁이 이루어지고 있다. 2013년에는 "국립법과학위원회"(National Commission on Forensic Science, NCFS)가 법무부 주도하에 설립되었다.[21] 법과학과 법과학을 법정에서 사용하는 것을 재검토하기 위한 전문가 책임에 관한 통일적 규정과 법과학 실무를 담당하는 사람의 훈련 · 인정에 관한 기준의 책정 등 과학적 수사 · 증거의 실무에 관한 논의가 시작되고, 법과학 분야의 품질 확보를 위한 지침이 되는 다양한 제안이 공표되었다.[22] 공표 전에 초안 단계에서 퍼블릭 코멘트를 모집하고 외부의 연구자 및 실무자에 의해 검토되었다.

또한 법무부와 NIST는 2014년에 "법과학에 대한 과학영역위원회기구

21) 2013년에 NAS보고서의 권고에 따라 법무부(DOJ)는 국립표준기술연구소(NIST)와 협력하여 국립법과학위원회(NCFS)를 연방자문위원회로 설립하였다. 이러한 양 기관의 협업은 과학적 타당성을 촉진하고, 균열을 줄이며, 법과학에 대한 연방의 조정력을 개선하기 위해 각 기관의 핵심 강점을 이끌어 냈다고 할 수 있다. 국립법과학위원회(NCFS)는 4가지의 목적(① 법과학의 타당성과 신뢰성을 강화, ② 법과학 연구소 및 조직의 품질보증 및 품질관리의 강화, ③ 법과학 연구소 및 조직에 의한 증거 수집, 테스트, 분석 및 보고를 위한 과학적 지침 및 약정의 추천, ④ 법과학 커뮤니티의 요구를 파악하고 평가하여 훈련을 강화하고 모든 수준의 정부영역에서 발생하는 형사사법체계 및 민사사법체계에 의해 생성되고 증가하는 요구를 충족)을 달성하기 위해 제1기에서 제1회 회의(2014년 2월 3일 - 4일)부터 제7회 회의(2015년 8월 10일 - 11일)까지 진행하고, 제2기에서 제8회 회의(2015년 12월 7일 - 8일)부터 제13회 회의(2017년 4월 10일 - 11일)까지 진행하고 2017년 4월 23일 위원회 임무를 종료하였다. https://www.justice.gov/archives/ncfs (2019년 12월 8일 최종검색)

22) https://www.justice.gov/ncfs/work-products-adopted-commission (2019년 12월 8일 최종검색)

"(Organization of Scientific Area Committees on Forensic Science, OSAC)[23]를 발표했다. 500명 이상의 법과학 관련 실무자, 연구자, 전문가가 법과학의 개별 영역의 질 향상을 목표로, 기준 및 지침, 프로토콜의 책정을 위해 25개 이상의 위원회를 만들어 논의를 진행하고 있다. 각 논의는 기존 법과학의 각 영역에서의 기준과 지침 등 각각의 영역내의 워킹 그룹에 있는 수사실무 관계자를 중심으로 한 멤버에 맡겨졌다. 개별 그룹은 독립적으로 활동하고 있으며, 연방 정부가 개입 할 수 없었다. 그래서 이러한 워킹 그룹 상호간의 연결한 소그룹은 감독을 위해 만들어진 5개의 위원회 (생물학 · DNA위원회, 화학 · 기기 분석위원회, 범죄 현장 · 사인 규명위원회, 디지털 멀티미디어위원회, 물리학 · 형태 비교위원회)에 보고하는 형태를 취하는 것으로, 전체의 거버넌스를 강화한 것이 OSAC이다.

각 소그룹의 멤버는 계속 수사실무자가 중심이긴 하지만, 미국 형사변호협회와 이노센스 프로젝트가 OSAC의 고문으로 취임하여 어느 정도의 중립성이 담보 되었다.[24] 어떤 분야의 기준이나 가이드라인이 책정된 경우에는 상위 위원회에 의해 검토 된 후, 퍼블릭 코멘트가 모집된다. 이러한 과정을 거쳐 해당 기준 · 가이드라인이 인정되는 경우에는 OSAC에 등록된다.

이러한 두 기관의 역할에는 차이가 있다고 할 수 있다. 즉 '국립법과학위원회(NCFS)'는 미국에서 법과학과 관련된 정책과 입법의 방향성을 제시하고, '법과학에 대한 과학영역위원회기구(OSAC)'은 법과학 분야에 적용될 기술적 표준을 확립하는 것으로 '국립법과학위원회(NCFS)'는 그 임무를 종료하였지만, '법과학에 대한 과학영역위원회기구(OSAC)'는 계속적으로 기술적 표준을 확립하는 작업에 임하고 있다.

또한 2016년 6월에 법무부는 연방 정부 소속의 FBI 등의 감정인에 의한 보고서와 법정 증언에서 사용하는 "통일적인 용어 법"의 서식을 공표했다.[25]

---

23) https://www.nist.gov/topics/forensic-science (2019년 12월 8일 최종검색)
24) Sandra Guerra Thompson, Cops in Lab Coats (Carolina AP, 2015), 190면.
25) Press Release(Department of Justice), Justice Department Issues Draft Guidance Regarding Expert Testimony and Lab Reports in Forensic Science (June, 2016).

NAS의 보고서에서도 보고서나 증언의 용어법의 문제점이 지적되고 있었다. 예를 들어 감정인은 어떤 물건이나 사람과 어떤 증거자료(모발, 지문, 섬유 등)와의 관련성의 정도를 표현하기 위해, "일치한다", "정합적이지 않다", "같은 것이다", "유사 하다", "모순되지 않는다", "제외 할 수 없다" 등의 표현 방법을 사용한다. 이들 중 어떤 것을 채용할 것인가 하는 것은 사실 인정자에게 막대한 영향을 미친다.[26] 그럼에도 불구하고 어떤 용어를 사용하는가에 대한 통일적인 기준이 없었다. 그래서 각각의 용어가 어떤 의미를 가지는지의 지침을 만들고, 보고서나 증언을 지침과 같이 실시하는 것이 통일적인 용어법의 목적이다. 법무부는 2016년 9월에 법과학을 강화하기 위한 새로운 단계로 법무부에 속하는 과학적 수사 실무자나 연구소의 윤리 규정을 만들고, 법과학연구소의 투명성을 높이기 위해 에 품질보증관련 정보공개를 추진하는 등의 정책을 발표했다.[27]

## 2. 대통령 과학기술자문위원회

한편, 대통령 직속으로 법과학에 대해 검토한 “대통령과학기술자문위원회”(President's Council of Advisors on Science and Technology, PCAST)도 2016년 9월에 대통령에 대한 보고서 "형사재판에 있어서 법과학 – 형태비교 방법의 과학적 유효성을 보증하기 위해"[28]을 발표했다. PCAST 보고서는 NAS보고서의 흐름을 이어받은 것이다. 몇 가지 과학수사방법을 검토 한 후, 그들은 과학적으로 유효하고 신뢰성이 있는지(기본 이론의 과학성, 그 이론을 적용하는 경우의 유효성)를 추가 검증 할 필요가 있다고 결론지었다. 보고서는 특히 혼합 DNA자료의 감정, 치아자국 감정, 잠재지문, 총기 자국의 식별, 족형흔적 감정에 초점을 맞추었다. 이들은 모두 감정인의 주관이 감정결과를 좌우하는 방법이다. 보고서

26) National Research Council, Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward (National Academies Press, 2009).
27) Press Release(DOJ), Justice Department Announces New Steps to Advance and Strengthen Forensic Science (September, 2016).
28) Forensic Science in Criminal Courts: Ensuring Scientific Validity of Feature-Comparison Methods (September, 2016).

는 다른 방법에 대해서도 실증적인 연구를 수행하고 오류율 등을 측정함으로써 효율성과 신뢰성을 확인해야한다고 결론지었다.

### 3. 주 차원의 변화 시도

이처럼 연방 수준에서 마침내 과학적 증거의 신뢰성 향상과 품질보증을 위한 노력이 시작되고, 논의가 활성화 되고 있는 것과 함께 주 차원에도 점진적인 변화가 있었다. 주 차원에서 적어도 텍사스와 뉴욕 주에는 주 자체의 법과학위원회(Forensic Science Commission)를 만들었으며 오판이 의심되는 개별 사건의 조사를 실시하고, 법과학의 사용 및 운영에 대한 일반적인 정책과 절차를 검토하고 있다.[29]

전술 한 텍사스 주 휴스턴시의 범죄수사연구소는 스캔들 발각과 감사를 거쳐 여러 차례에 걸쳐 재개 폐쇄를 반복하여 2012년에 다시 태어났다.[30] 휴스턴시와 시경이 협의하여 NAS보고서의 제언에 따라 수사기관에서 완전히 독립적인 조직으로 개편하게 된 것이다.

새로운 "휴스턴 법과학센터"(Houston Forensic Science Center, Inc.)는 휴스턴시의 조직의 일부에 속하는 지방자치단체의 공사로 설립되었다. 운영은 시의 예산에 의하지만, 점차 독립채산을 목표로 하게 되고, 2014년 4월까지 경찰연구소의 기능을 전환시켰다. 센터 부문은 8개로 나누어(약물, 독물, 총기, 잠재 지문, 현장감식, 디지털 멀티미디어 흔적증거) 중 7 개 부문은 ISO 인증을 취득하고 있다. 또한 DNA감정이나 잠재지문감정, 마약중독감정 등의 결과에 대해서는 정기적 또는 비정기적인 이중의 품질보증시험을 실시하는 등 자체 노력도 하고 있다. 도시경찰의 감정 의뢰뿐만 아니라 변호인이나 다른 연구소에서 의뢰도 위탁한다.

---

29) Sandra Guerra Thompson, Cops in Lab Coats (Carolina AP, 2015), 192면.
30) Sandra Guerra Thompson, Cops in Lab Coats (Carolina AP, 2015), 제7장 참조.

## Ⅴ. 시사점

이상에서 살펴본 바와 같이 미국에서는 수사권한을 갖는 기관이 연방, 주, 각 지방으로 분산되어 있는 관계로 법과학을 사용하는 기관들 또한 각각 분산되어 있는 실정이다. 따라서 연방차원의 법과학 기관들과 주차원의 법과학 기관들의 분석능력, 검증결과의 차이로 인하여 많은 오판이 발생하였으며, 이로 인한 사회적 충격이 컸던 것으로 보인다. 이러한 문제점을 해결하고자 NAS의 보고서가 공표되었고, 동 보고서의 권고안에 따라 국립법과학위원회(NCFS)가 출범하였다. 동 위원회를 통하여 법과학에 대한 국가 정책의 방향성을 제시하고, OSAC을 통하여 국가기술표준을 만들고, 인증제도를 운영하는 등 현재도 미국의 법과학은 점진적으로 발전하고 있는 과정이라고 할 수 있다.

이와 같이 법과학에 관하여 국가차원의 정책 방향성을 제시할 수 있는 컨트롤타워 역할을 하는 기구의 필요성은 우리의 현실에도 그대로 적용할 수 있다고 판단된다. 현재 한국에서는 법과학을 사용하여 증거를 수집하는 기관은 주로 강제수사권을 가지고 있는 검찰과 경찰이다. 검찰은 국가디지털포렌식센터(NDFC)를 운영하고, 경찰은 국립과학수사연구원(NFS)의 지원을 받고 있다. 그런데 국과수의 감정결과 DNA증거를 확보못한 증거물에서 국가디지털포렌식센터에서는 DNA증거를 확보하는 일이 발생하고 있다. 이러한 문제는 양 기관이 어떠한 과학적 방법을 사용하고 있는지 공유하지 않아서 발생하는 문제라고 할 수 있다. 또한 임의조사권을 가지고 있는 공정거래위원회, 저작권보호위원회, 감사원, 국세청 등의 기관들도 나름대로의 법과학 팀(주로 디지털 포렌식 분야임)을 운영하고 있지만 표준화된 기술을 사용한다고 할 수 없다. 이와 같이 국가차원의 기관들에서 법과학을 사용함에 있어서 상호간의 조직논리에 파묻혀 기술표준을 설정하거나 검증능력에 대한 통일성조차 확보하고 있지 못한 실정이다. 이러한 현실에서 미국에서와 같은 재판과정에서 법과학 증거에 오류가 발생하지 말란 법은 없다고 판단된다. 따라서 우리도 미국과 같은 국가차원의 컨트롤역할을 하는 기구의 설립이 필요하다.

결국 이러한 기구를 통하여 법과학 분야의 중요성을 끊임없이 제기하

여 법과학에 배분되는 예산지원을 확대하고, 미래의 법과학자를 위한 표준화된 교육과정을 개설하며 전문적인 교육 및 훈련을 제공하여야 할 것이다. 또한 법과학 실무자의 자격을 심사하고 각 연구소 또는 실험실의 신뢰성을 확보하기 위해 자격 및 인증제도를 엄격히 개선해야 할 것이다. 끝으로 법과학 분야의 독립성을 보장할 수 있는 독립적인 연구기관을 설립해야 할 것이다.

또한 우리나라의 경우 아직까지 법과학에 국제표준을 충실하게 도입하고 있지 못하다. 이는 증거의 신뢰성을 약화시키는 문제를 일으킬 수 있다. 따라서 우리나라의 법과학 연구소들도 국제사회에서 요구하는 기준들을 충족시킬 수 있도록 해야 할 것이다. 끝으로 법과학이라고 하는 것이 반드시 범죄수사와 관련되어 과학수사의 결과물로 나타날 필요는 없다는 것이다. 왜냐하면 법과학의 여러 분야는 범죄수사가 아닌 실종자 수색, 자연재해 또는 대형사고시 사망자 확인과 같은 영역에서도 사용될 수 있기 때문이다. 따라서 과학수사와 관련된 법과학이 수사권을 가진 법무부만의 정책이 아니라, 국가차원의 정책이며 국제적 협력을 필요로 하는 정책분야라는 인식의 전환이 필요하다고 판단된다.

(논문투고일: 2019.12.08, 심사개시일: 2019.12.15, 게재확정일: 2019.12.19)

**김대원**

법과학, 법과학 증거, 국립과학아카데미, 국립법과학위원회, 법과학 실험실

# 【참 고 문 헌】

## Ⅰ. 단행본

김한균 외 15인, 첨단 과학수사 정책 및 포렌식 기법 종합발전방안 연구(Ⅰ). 한국형사정책연구원, 2018.

박미숙 외 5인 공저, 법과학을 적용한 형사사법의 선진화방안(Ⅰ), 한국형사정책연구원, 2010.

## Ⅱ. 외국 문헌

Brandon L. Garrett, Convicting the Innocent Redux, in: D. Medwed, Ed., Wrongful Convictions and the DNA Revolution: Twenty-Five Years of Freeing the Innocent (Cambridge UP, Forthcoming)

Final Report of the Independent Investigator for the Houston Police Department Crime Laboratory and Property Room (June, 2007)

National Research Council, Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward (National Academies Press, 2009).

Sandra Guerra Thompson, Cops in Lab Coats (Carolina AP, 2015)

Press Release(Department of Justice), Justice Department Issues Draft Guidance Regarding Expert Testimony and Lab Reports in Forensic Science (June, 2016).

Press Release(Department of Justice), Justice Department Announces New Steps to Advance and Strengthen Forensic Science (September, 2016)

## Ⅲ. 기타 자료

https://www.innocenceproject.org/dna-exonerations-in-the-united-states/
https://www.justice.gov/archives/ncfs
https://www.nist.gov/topics/forensic-science
http://www.nap.edu/catalog/12589.html

## Abstract

# Discuss the limitations of forensic science evidence

## -Focusing on recent discussions in the United States-



Kim, Dae Won

(Visiting professor, Forensic science, Sungkyunkwan University, Ph.D in Law)



In the United States, an advanced nation of forensic science, the misjudgment of forensic evidence in the past has become a problem and has experienced an unstable transition. Of course, this does not mean that US are currently maintaining a full level of forensic science, but in the United States, there have been numerous efforts to raise the level of forensic science to the next level, and it is still ongoing.

This paper examines what has been discussed in the United States overcoming the uneasy transition to forensic science, and seeks implications for the development of Korean forensic science.

Therefore, this article first suggested the establishment of a national forensic control tower at the national level, expand the budget support allocated to forensic science, develop standardized curriculum for future forensic scientists, and introduce the certification system of forensic science laboratory.



Kim, Dae Won



forensic, forensic science evidence, National Academy of Sciences, National Commission on Forensic Science, forensic science laboratory

# 금융거래정보와 영장주의

이 순 옥*

【목 차】

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. 금융거래정보 추적수사의 개념 및 법적성격
1. 개념
2. 금융거래 정보 추적수사의 법적 성격
Ⅲ. 금융거래정보 추적수사에 관한 현행제도의 분석 및 대상판결에 대한 검토
1. 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률
2. 대상사건 판결의 검토
Ⅳ. 해외의 금융거래정보 추적수사와 관련된 입법례
1. 미국
2. 독일
Ⅴ. 나오며- 금융거래정보 추적수사 관련 제도의 개선방안
1. 금융거래정보와 관련된 압수·수색 영장의 일원화
2. 계좌정보와 금융거래내역정보 요구 제도의 이원화
4. 긴급 압수수색제도의 도입 - 영장주의 예외 인정와 관련하여
5. 소결

【국 문 요 약】

금융거래정보는 기업범죄, 뇌물범죄, 보이스피싱 범죄 등 현대사회의 중요한 범죄사건에서 혐의유무를 밝히는 중요한 증거이자 범죄수익 환수의 기초자료로서, 수사에서 신속히 금융거래정보를 확보하는 것은 매우 중요하다. 미국, 독일 등 선진국에서는 이러한 이유에서 금융기관이 보관한 금융거래정보의 경우, 영장주의 예외의 범주로 취급하거나 영장주의를 완화하고 있다. 그러나 우리나라는 모든 금융거래정보에 대해 지나치게 엄격한 영장주의를 적용하고 있을 뿐만 아니라, 금융거래정보의 압수·수색은 유체물의 압수·수색과는 다른 특성이 있음에도 불구하고, 이를 고려한 절차를 규정하고 있지 않아 법과 현실의 괴리가 있는 상태이다.

최근 대법원은 금융거래정보에 대한 압수·수색영장을 모사전송에 의하

* 중앙대학교 법학전문대학원 부교수

여 집행한 결과 영장 원본의 제시가 없었고, 금융기관에게 압수목록을 교부하지 않았다는 이유로 위법한 압수·수색에 해당하고, 이로 인하여 취득한 금융거래정보는 증거능력이 없다고 판시하였다(2018도2841). 위 판결에 의하면, 더 이상 계좌추적을 위한 압수·수색영장의 집행에 있어 모사전송 방식을 이용할 수 없고, 해당 금융기관에 직접 영장을 제시하여야 한다. 그러나 이러한 절차는 현실적으로 피의자 등 사건관계인 및 피압수·수색당사자인 금융기관의 권리보호에 크게 도움이 되지 않는 반면, 금융거래추적수사의 효율성을 크게 떨어뜨리게 되고 결국 범인의 검거, 증거의 확보 및 범죄수익환수에 많은 지장을 줄 수밖에 없는 것이 사실이다.

따라서 금융거래추적 수사의 효율성, 정보주체인 명의인의 정보보호를 함께 추구할 수 있도록 관련 법률의 개정이 시급하다. 이를 위해서는 정보와 관련된 압수·수색영장의 일원화, 계좌정보와 금융거래내역정보 요구제도의 이원화, 전자영장제도 및 집행관리제도, 금융거래정보에서 긴급압수·수색제도의 도입이 필요하다.

## Ⅰ. 들어가며

자본주의 사회에서 현대인들은 매일 어떠한 재화 또는 서비스를 구매하고 그 대가를 지불하며 살아가고 있다. 따라서 현대인들의 삶과 금융은 분리되기 어렵고, 금융거래를 통한 재화 또는 재산상 이익의 취득은 많은 범죄의 원인이 되고 있다. 이에 따라 유사수신 사기를 비롯하여 보이스피싱 사기범죄, 뇌물범죄, 자금세탁범죄 등 금융과 관련된 범죄 또한 증가하고 있어 오늘날 금융거래 추적수사는 점점 더 중요해지고 있다.

오늘날 금융거래에 대한 추적수사는 단순히 범죄혐의에 대한 증거자료를 확보하는 것에서 나아가 범죄로 인하여 취득한 수익의 몰수·추징, 즉 환수를 위해서도 반드시 필요하다. 범죄수익과 관련된 재산을 미리 찾아 보전을 하지 않으면 범죄자가 수사 또는 재판 중에 이를 은닉 또는 처분할 가능성이 농후하고, 이렇게 되면 범죄로 인하여 취득한 수익을 범죄자가 소유·사용하는 것을 용인하는 결과가 되기 때문에 이를 방지하기

위해서도 금융거래에 대한 신속한 추적수사는 매우 중요하다.

최근 우리나라는 비선실세에 의한 국정농단 사건 등 다수의 중요사건에서 범죄수익 환수의 중요성을 인식하고 범죄수익환수를 위해 노력한 결과, 2018년 한 해 동안 2조 4,309억 원 상당의 범죄수익금을 몰수·추징보전하였다. 2016년 5,406억 원, 2017년 5,491억 원의 범죄수익을 몰수·추징 보전한 것에 비하여 약 4.4배가 증가한 것으로 주목할 만한 성과라고 볼 수 있다.[1] 위와 같이 범죄수익에 대한 몰수·추징보전의 실적이 증가한 것은 2018년 대검찰청에 '범죄수익환수과'를, 서울중앙지방검찰청에 '범죄수익환수부'를 신설하고, 대검찰청을 비롯하여 국세청, 관세청, 금융감독원, 예금보험공사, 금융정보분석원 등 여러 기관이 함께 역외탈세, 페이퍼 컴퍼니(Paper Company)를 통한 재산 은닉 등을 조사하는 '불법해외재산환수 합동조사단'[2]을 조직하여 운영하는 등 그 동안 각 기관이 보유하고 있는 정보를 공유하는 것에 소홀하였던 국가기관 또는 공공기관이 적극적으로 정보를 공유하고 범죄수익을 환수하려고 하였기 때문으로 보인다. 또한 위 사건들에 대한 금융거래추적에 대하여 법원이 금융계좌 추적을 위한 압수·수색영장을 비교적 완화된 요건 하에 발부하였던 것도 한 몫을 하였을 것으로 판단된다.[3]

이와 같이 금융거래정보는 형사사건의 중요한 증거이자 범죄수익환수를 위한 근거자료임에도 불구하고, 우리나라의 금융거래정보 추적수사에

---

1) 2019. 8. 13.자 한국경제신문, "대통령 한마디에...범죄수익 환수 크게 늘었다". https://www.hankyung.com/society/article/2019081325631

2) 불법해외재산환수 합동조사단은 2018. 6. 21. 출범한 범정부 차원의 조직으로 각 기관이 서로 공문 요청 등의 불필요한 절차를 거치지 않고 신속하게 불법적으로 해외로 유출된 재산을 조사하여 관련자를 처벌하고 범죄수익을 환수하는 것을 목표로 조직되었고, 현직 검사 3명 등 총 17명으로 구성되어 있다. 대검찰청 2018. 6. 22.자 보도자료, 『해외불법재산환수 합동조사단 출범』.

3) 전직 대통령과 비선실세 등에 대한 수사에서 검찰은 약 50여개의 계좌명의인의 합계 500여개가 넘는 계좌에 대하여 수사를 하였고, 그 결과 현금으로 사용한 돈까지 그 흐름을 추적할 수 있었고, 당시 법원이 계좌추적영장을 기각해서 수사에 어려움이 있다는 등의 기사는 검색되지 않는 것으로 보아 상당히 넓은 범위의 계좌추적을 법원이 허용한 것으로 보인다. 2018. 1. 5.자 노컷뉴스, "국정원 특활비, 박근혜 '쌈짓돈'이었다", https://www.nocutnews.co.kr/news/4902265.,
2008. 1. 5.자 연합뉴스, "100% 현금으로 준 박근혜 기치료 비용, 검찰은 어떻게 파악했나", https://www.yna.co.kr/view/AKR20180105082500004?input=1195m.

관한 법률규정은 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률(이하, '금융실명법'이라고 한다)에서 정보주체에 대한 정보제공사실 통보[4] 등 일부 규정을 두고 있는 것을 제외하고는 금융거래정보의 특수성을 고려한 압수·수색절차 규정을 따로 마련하고 있지 않기 때문에 원칙적으로 형사소송법상 일반 유체물에 대한 압수·수색과 동일한 절차에 의하여 금융거래정보를 취득할 수밖에 없다. 그러나 수사실무는 1990년대 후반부터 형사소송법에 규정된 절차에 따르지 않고 계좌추적영장의 모사전송에 의한 집행, 압수목록 미교부 등 별도의 관행에 따라 금융거래정보를 취득해온 것이 사실이다.[5] 즉, 압수·수색과 관련된 법률과 수사실무의 괴리가 그대로 방치된 채 약 20년이 흘러왔던 것이다.

그러나 2019. 3. 14. 대법원이 정치자금법위반 등 사건(이하, '대상사건 판결'이라고 한다)[6]에서 금융계좌추적용 압수·수색영장(이하, '계좌추적영장'이라고 한다)을 집행함에 있어서 금융기관에 영장 원본을 제시하지 않고 모사전송 방식으로 영장사본을 송부하여 취득한 계좌거래내역은 위법한 절차에 의하여 수집한 증거이므로 증거능력이 없다고 판시하였는바, 더 이상 이러한 수사관행은 그대로 유지하기 어렵다. 수사기관이 금융거래정보 취득함에 있어 유체물에 대한 압수·수색절차를 그대로 적용하여 영장 원본의 직접 제시를 요구한다면 후술하는 바와 같이 금융거래추적수사는 현실적으로 많은 어려움이 있을 뿐만 아니라 피압수·수색 당사자인 금융기관 또는 정보주체의 권리보호에도 크게 도움이 되지 않는바, 이와 관련된 법률의 개정이 시급하다.

금융거래정보 수사의 필요성 또는 효율성만 지나치게 강조하면, 정보주체의 사생활의 비밀, 즉 프라이버시권(right of privacy), 개인정보자기결정권 등에 과도한 침해가 있을 수 있는바,[7] 금융거래 추적수사의 효율

4) 금융실명법 제4조의3 제1항.

5) 이창수, "미국에서의 계좌추적", 「형사법의 신동향」 제15호, 대검찰청(2008. 8.), 122면. 고은석, "수사기관의 금융거래 추적 수사와 영장주의의 예외", 「형사법의 신동향」 통권 제634호, 대검찰청(2009. 7). 136면.

6) 대법원 2019. 3. 14. 선고 2018도2841 판결.

7) 최근 전직 법무부장관 측이 사모펀드 운용사를 통하여 코스닥 상장기업에 투자하는 과정에서 미공개정보를 이용하였는지 여부를 수사하는 과정에서, 2018. 1. 청와대 인근의 ATM기에서 전직 법무부장관이 정00교수에게 5천만 원을 송금한 것과 관련하여 계좌추적영장을 청구하였으나 법원이 이를 기각하였다. 이에 대하여 법원이 과도하게 정치적 판단을

성을 보장하면서도 피압수자 및 정보주체 권리에 대한 침해를 최소화하는 방안을 모색할 필요가 있다.[8)]

이글에서는 금융거래추적수사에 있어 적절한 압수·수색절차의 방향을 제시하는 것을 목표로 하고, Ⅱ. 금융거래정보 추적수사의 개념 및 성격, Ⅲ. 현행 제도의 분석 및 대상판결에 대한 검토, Ⅳ. 외국의 금융거래정보 추적 수사와 관련된 입법례 , Ⅴ. 개선방안의 순서로 검토하기로 한다.

## Ⅱ. 금융거래정보 추적 수사의 개념 및 법적 성격

### 1. 개념

'금융거래정보에 대한 추적 수사'라는 것은 법률에 규정되어 있는 개념이 아닐 뿐만 아니라,[9)] 형사소송법에서 금융거래정보에 대한 압수·수색절차에 대하여 별도의 규정을 두고 있지 않고 있다. 다만, 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률(이하, '금융실명법'이라고 한다)에서 수사기관이 금융기관에게 정보를 요구할 때에는 금융계좌 명의인으로부터 동의서를 받거나 법관이 발부하는 금융계좌추적용 압수수색영장에 근거하여 금융거래정보를 제공받도록 규정되어 있는바(같은 법 제4조 제2항), 위 규정

---

내린 것이라는 비판, 법원이 개인의 금융계좌는 사생활의 보호 측면에서 보호되어야 한다는 측면에서 영장을 기각한 것이므로 타당하다는 시각이 대립한다. 2019. 10. 31.자 뉴데일리, "수사 기본인데… 법원, 조국 휴대폰·계좌 압수수색 영장 3차례 모두 기각했다. 8월 수사 착수 후 총 세 차례 모두 법원에서 막혀… 한변 "조국에게만 다른 잣대" 비판", http://www.newdaily.co.kr/site/data/html/2019/10/31/2019103100224.html, 2019. 10. 10.자 세계일보, "野 "법원이 수사 제동" 與 "압수수색 영장 남발", http://www.segye.com/newsView/20191010514936?OutUrl=naver.참조.

8) 금융기관에게 금융거래정보를 요구할 수 있는 국가기관으로는 수사기관 외에도 국세청, 관세청, 감사원 등의 기관이 있고, 위 기관들의 경우 법관이 발부한 영장 없이도 거래정보 제공요구가 가능하다. 다만, 이 논문에서는 형사사건 수사와 관련된 금융거래정보로 그 논의의 범위를 한정하기로 한다.

9) 금융실명법에서는 '금융거래정보 요구'라는 용어를 사용하고 있다.

이 계좌추적영장의 실질적인 법적근거라고 볼 수 있다.[10)]

수사기관이 금융계좌추적을 위한 압수·수색영장을 청구하는 경우에는 일반 물건에 대한 압수·수색·검증영장과는 다른 양식인 "압수·수색·검증영장청구서(금융계좌추적용)"를 이용하도록 규정하고 있고(검찰사건사무규칙 제51조), 실무상 '계좌추적'이라는 용어를 사용하고 있으며 언론보도 등에서도 일반 압수·수색영장과 구분하여 '계좌추적영장'이라는 용어를 사용하고 있는바,[11)] '계좌추적'이라는 용어는 사실상 금융거래정보에 대한 수사에 있어서 통상적인 용어가 되었다고 할 수 있다. 그렇다면, '금융거래정보 추적수사'란 무엇이라고 정의할 수 있을까? 이를 정의하기 위해서는 금융정보에 대한 특별법인 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률(이하, '금융실명법'이라고 한다)의 규정을 살펴볼 필요가 있다.

금융거래정보란, '은행 등 금융기관 등이 금융자산을 수입(受入)·매매·환매·중개·할인·발행·상환·환급·수탁·등록·교환하거나 그 이자, 할인액 또는 배당을 지급하는 것과 이를 대행하는 것 또는 그밖에 금융자산을 대상으로 하는 거래에 관한 정보를 의미한다(법 제2조 제2호, 제3호). 이 때 금융기관이란, 「은행법」에 따른 은행, 중소기업은행, 한국산업은행, 한국수출입은행, 한국은행 등을[12)]을 의미한다(법 제2조

10) 대상판결에서는 형사소송법 제215조(압수, 수색, 검증), 제219조(준용규정), 제 114조(영장의 방식)와 규칙 제109조(준용규정), 제58조(압수수색영장의 기재사항)도 금융계좌추적영장의 법적 근거로 설시하고 있으나, 직접적으로 금융계좌추적영장의 요건을 규정하고 있는 것은 금융실명법이라고 볼 수 있다.

11) 2019. 11. 2.자 TV조선, [뜯어보니] 조국 계좌추적 영장 또 기각…배경은?, http://news.tvchosun.com/site/data/html_dir/2019/11/02/2019110290069.html, 2019. 10. 30.자 한국경제, 법원, 조국 휴대폰 압수·계좌 추적 영장 '또 기각' , https://www.hankyung.com/society/article/2019103024931. 등 참조.

12) 그 외에도「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」에 따른 투자매매업자·투자중개업자·집합투자업자·신탁업자·증권금융회사·종합금융회사 및 명의개서 대행회사, 상호저축은행 및 상호저축은행중앙회, 농업협동조합과 그 중앙회 및 농협은행, 수산업협동조합과 그 중앙회 및 수협은행, 신용협동조합 및 신용협동조합중앙회, 새마을금고 및 그 중앙회, 「보험업법」에 따른 보험회사, 「우체국예금·보험에 관한 법률」에 따른 체신관서, 기타 대통령령이 정하는 기관(여신전문금융회사 및 신기술사업투자조합, 기술보증기금, 대부업 또는 대부중개업의 등록을 한 자, 중소기업창업투자회사 및 중소기업창업투자조합, 신용보증기금, 산림조합조합·전문조합과 그 중앙회, 신용보증재단, 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」에 따른 거래소, 한국주택금융공사, 「외국환거래법」 제8조제3항 제2호에 따라 등록한 소액해외송금업자 등, 금융실명법 시행령 제2조] 이 있다.

제1호).

이때 금융자산은 “금융회사등이 취급하는 예금・적금・부금(賦金)・계금(契金)・예탁금・출자금・신탁재산・주식・채권・수익증권・출자지분・어음・수표・채무증서 등 금전 및 유가증권과 그밖에 이와 유사한 것으로서 총리령[13]으로 정하는 것”을 의미한다(법 제2조 제2호).

위와 같은 금융실명법 규정을 종합하여 보면, 계좌추적수사란 ‘금융기관 등의 금융자산과 관련된 금융거래 내용을 추적하는 수사’[14]라고 정의할 수 있다.

## 2. 금융거래 정보 추적수사의 법적 성격

### 가. 금융실명법

수사기관이 금융거래정보를 취득하고자 하는 경우에는 당사자의 동의를 얻은 서면에 의하거나, 법관이 발부한 금융계좌추적용 압수·수색영장을 발부받아 금융위원회가 정하는 표준양식[15]에 의하여 금융기관에 ① 계좌 명의인의 인적사항, ② 요구 대상 거래기간 및 거래정보 등의 금융거래정보를 요구하여야 한다(법 제4조 제1항 제1호. 제2항). 즉 금융실명법은 수사기관의 금융거래 추적수사에 대하여 영장주의를 채택하고 있는바, 원칙적으로 수사기관이 계좌명의인의 동의없이 금융기관을 상대로 금융거래정보를 요구하는 금융거래 추적 수사의 법적 성질은 현행법상 강제수사에 해당한다고 볼 수밖에 없다.

---

13) 금융실명법 시행규칙 제2조에는 금융자산에 포함되는 것으로서 ‘신주인수권을 표시한 증서’, ‘외국이나 외국법인이 발행한 증권 또는 증서’를 들고 있다.

14) 고은석, 앞의 논문, 137면.

15) 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률에서 위임한 서식관련 규정 별표 제3호.

### 나. 견해의 대립

수사기관의 금융거래정보의 추적수사의 본질적 성격과 관련하여서는 형사소송절차의 기본법인 형사소송법상 아무런 규정이 없는 점, 후술하는 바와 같이 미국, 일본, 독일 등 선진 국가는 일반적인 물건에 대한 압수·수색과는 달리 금융거래정보에 대하여 원칙적으로 영장주의를 도입하지 않고 있는 점 등을 종합할 때, 그 본질적 성격에 관하여 임의수사설과 강제수사설의 대립은 의미가 있다.[16]

금융거래정보에 대한 추적 수사는 해당 정보의 주체에게는 신체적 또는 물리적 강제력을 행사하지 않기 때문에 임의수사에 해당한다는 견해,[17] 금융실명법이 수사기관이 금융기관에 금융거래정보를 요구하는 경우 반드시 법관에 의한 영장에 의할 것을 명시하였고,[18] 현대사회에서 기업이나 개인은 경제활동을 하면서 대부분 은행 등 금융기관과 금융거래를 할 수밖에 없는바 금융거래정보에 대한 수사는 사생활의 비밀을 침해, 즉 프라이버시권을 침해하는 것으로 강제수사에 해당한다는 견해[19] 등이 있다.

### 다. 소결

특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률(이하 '특정금융정보법'이라고 한다)에 의하면, 금융정보분석원장은 불법재산[20]·자금세탁행위 또는 공중협박자금조달행위와 관련된 형사사건 등의 수사에 필요하다

---

16) 고은석, 앞의 논문, 141면, 김재윤, "금융거래정보요구 영장청구에 대한 개선방안". 「법학논총」, 전남대학교 법학연구소, 34(3), 2014, 80면.

17) 차용석/최용성, 형사소송법(제2판), 법문사(2004), 400면.

18) 신동운, 신형사소송법 제5판, 법문사(2015), 241면. 이창현, 형사소송법 제5판, 정독(2019), 449면.

19) 임정하, "국가기관의 금융거래정보 접근·이용과 그 법적 쟁점 - 금융실명법과 특정금융거래보고법을 중심으로", 「경제법연구」, 한국경제법학회, 12(2)(2013), 78면.

20) 특정금융정보법상 불법재산이란, 「범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률」 제2조제4호에 따른 범죄수익등, 「마약류 불법거래 방지에 관한 특례법」 제2조제5항에 따른 불법수익등, 「마약류 불법거래 방지에 관한 특례법」 제2조제5항에 따른 불법수익등을 의미한다(특정금융정보법 제2조 제3호).

고 인정되는 경우 특정 범죄와 관련된 것으로 의심되는 거래와 관련된 정보[21] 및 1,000만 원 이상의 고액현금거래[22] 등 특정금융거래정보를 경찰청장 등에게 제공하여야 하고(특정금융정보법 제7조 제2항), 검찰총장 등 수사기관이 특정형사사건의 수사 등을 위하여 금융정보분석원에 특정금융거래정보의 제공을 요구하는 경우 영장이 없어도 이를 제공하도록 규정하고 있는 점(특정금융정보법 제7조 제4항)[23], 국세청, 금융위원회 등의 경우 영장이 없이도 금융거래정보를 요구할 수 있는 점,[24] 금융거래정보는 정보주체가 금융거래를 하는 순간 자동적으로 기록되는 것으로 이메일 등 내용적 정보와는 달리 정보주체가 해당 기록을 임의로 변경 또는 삭제하는 것이 허용되지 않는바, 정보주체에게 단독적 관리권한이 있다고 보기 어려운 점, 금융실명법의 목적도 차명 거래를 허용하지 않고 실지 명의자에 의한 금융거래를 통하여 금융거래의 투명성을 확보하고자 하는 것으로 일종의 공적(公的) 성격을 함께 가진 정보라는 점, 미국, 일본, 독일 등 많은 국가들도 이러한 점을 고려하여 금융거래정보에 관하여 엄격한 영장주의를 취하고 있지 않은 점 등을 종합하면, 수사기관이 금융거래정보를 취득하는 것이 본질적으로 강제수사에 해당한다고 보기 어려운 측면이 있다.[25] 결국 이것은 금융거래정보의 법적성질을 어떻게 볼 것인지 여부와 관련된 문제라고 볼 수 있다.

헌법상 권리인 개인정보자기결정권[26]의 보호를 위하여 2011년에 제정

---

21) 특정금융정보법 제4조 제1항.

22) 특정금융정보법 제4조의2 제1항.

23) 특정금융정보법 제7조 제1항.

24) 금융실명법 제4조 제1항 제2호 내지 제8호에서 수사기관 외에 국세청, 금융위원회 등 다른 국가기관, 즉 행정기관은 법관이 발부한 영장이 없이도 금융기관에게 금융거래정보를 요구할 수 있도록 규정하고 있는바, 이러한 경우 행정상 즉시강제, 권력적 행정조사와 같은 행정적 강제처분에 해당하고, 수사기관에 의한 금융거래정보제공 요구는 금융실명법 제4조 제1항 제1호에서 영장주의를 천명하고 있는바, 사법상 강제처분에 해당한다고 보는 견해도 있다. 윤동호, “금융거래정보요구권과 영장주의”, 「형사정책연구」 제20(2)(2009. 6), 162-163면.

25) 특정금융정보법상 특정금융거래정보를 제공하는 것은 금융위원회 소속 금융분석원이 경찰청, 대검찰청 등 수사시관에 정보를 제공하는 것이어서 금융실명법상 금융기관이 직접 제공하는 것은 아니다. 다만, 금융기관 등이 금융정보분석원에 의무적으로 고액현금거래, 의심거래 등을 보고하도록 하고, 이를 금융정보분석원이 분석하여 수사기관에 제공하는 것으로 단계적 차이가 있을 뿐 그 본질이 다르지 않다고 할 것이다.

된 개인정보보호법에 의하면, 개인정보란, “살아있는 개인에 관한 정보로서 성명, 주민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보(해당 정보만으로 특정 개인을 알아볼 수 없더라고 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 것을 포함)”를 의미한다(개인정보보호법 제2조 제1호). 현행법상 금융거래정보에는 명의인의 이름, 주민등록번호 등 식별정보[27] 뿐만 아니라 자금이체 등 거래내역이 포함되어 있고, 위 거래내역에는 송금인, 송금일시, 거래지점 및 거래금액 등이 포함된다. 따라서 이러한 거래내역을 분석하면 계좌명의인의 금융재산의 변동내역, 주된 활동지 등 사적 영역에서의 생활패턴[28] 등까지도 알 수 있기 때문에 개인정보보호법상 개인정보에 포함된다고 볼 수 있다. 다만, 금융거래정보에 관하여는 특별히 금융실명법이 우선하여 적용된다(개인정보보호법 제6조, 금융실명법 제9조 제1항).

모든 개인정보에 대하여 영장주의를 취하고 있지 않은 점, 금융거래정보를 개인정보자기결정권의 대상이라고 본다고 해도 위와 같은 자기결정권 역시 법률유보의 원칙, 명확성의 원칙 및 비례성의 원칙을 준수하여 제한할 수 있는 것으로,[29] 수사기관이 이를 취득 또는 이용하려고 하는 경우 그 정보의 본질상 반드시 영장에 의하여 한다고 보기 어렵다. 즉 금융거래정보에 대하여 강제수사에 의할지, 임의수사에 의할지 여부는 우리 헌법의 해석에 비추어 입법자의 선택사항이라고 볼 수 있다. 다만, 다른 나라의 입법례와 수사의 필요성, 비례성의 원칙 등을 고려하여 적정한 절차를 만들 필요가 있다.

---

26) 개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리, 즉 정보주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리로서 헌법 제10조 제1문에서 도출되는 일반적 인격권 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 의하여 보장된다. 헌재 2012. 12. 27. 2010헌마153.

27) 보통 계좌추적영장에서 압수·수색할 물건에 대상계좌에 대한 “고객정보조회서(Customer Information File, CIF)”를 포함하고 있는데, 이것은 계좌명의인의 이름, 주민등록, 주소 등을 포함하고 있다.

28) 명의인이 주거래 금융거래계좌를 분석하면, 주된 생활근거지 또는 직장근거지, 직장 근무시간 중에 타 지역으로 외출하였는지 여부, 비상금 계좌 등 많은 사생활 정보를 알 수 있다.

29) 헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 99헌마513결정 등.

## Ⅲ. 금융거래정보 추적 수사에 관한 현행 제도의 분석 및 대상사건 판결에 대한 검토

### 1. 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률

#### 가. 금융거래정보 비밀보호와 영장주의

금융실명법은 원칙적으로 금융거래비밀을 보호하기 위하여 제정된 것으로서(금융실명법 제1조)[30] 금융회사 등에 종사하는 자가 명의자의 서면상 요구 또는 동의 없이는 금융거래정보를 타인에게 제공 또는 누설하는 것을 금지할 뿐만 아니라, 이들을 상대로 거래정보 등을 요구하는 것도 금지하고 있다(같은 법 제4조 1항).

따라서 수사기관은 계좌명의인으로부터 동의서를 받아 금융기관에 금융거래정보를 요구하거나, 법관이 발부하는 금융계좌추적용 압수·수색영장에 근거하여(같은 법 제4조 제1항), 금융거래정보를 요구할 수밖에 없다(같은 법 제4조 제2항). 금융실명법은 형사소송법상 일반 압수·수색영장과는 다른 금융계좌추적을 위한 압수·수색영장(금융계좌추적용)[31]을 요구하고 있다.

#### 나. 정보제공사실 등 통보 및 통보 유예

금융실명법은 형사소송법과는 달리 피압수자 또는 피의자의 압수·수색에서의 참여권 보장 또는 압수목록 교부 규정을 따로 규정하고 있지 않

30) 금융실명법이 금융정보비밀보호를 목적으로 한다고 표방하면서도 실질은 수사기관이 형사사건 수사를 위하여 법관이 발부한 영장에 의하여 금융거래정보를 요구하는 것뿐만 아니라 법원의 제출명령 또는 세무서장, 금융위원회, 증권선물위원회, 금융감독원장 등의 요구에 따른 금융거래정보도 아울러 허용하고 있어 금융거래정보에 대한 비밀보호의 예외의 범위가 지나치게 넓고 이에 대한 법치국가적 통제장치가 미흡하다는 비판이 있다. 윤동호, 앞의 논문, 151면.

31) 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률에서 위임한 서식관련 규정(금융위원회고시 제2019-22호) 제3조, 별표 2서식.

다. 다만, 금융기관 등이 수사기관 등에 금융거래정보를 제공한 경우 제공한 날로부터 10일 이내에 거래정보 등의 주요 내용, 사용 목적, 제공받은 자 및 제공일 등을 명의인에게 서면으로 통보하여야 한다(법 제4조의2 제1항). 그러나 수사기관이 해당 통보가 사람의 생명이나 신체의 안전을 위협할 우려가 있거나, 증거인멸 등 공정한 사법절차의 진행을 방해할 우려가 있다는 이유로 통보의 유예를 요청한 경우에는 그 기간 동안 통보를 유예하여야 하는데 최장 6개월을 원칙으로 하고, 1회에 3개월씩 2회 통보유예기간 연장요청을 할 수 있다(법 제4조의 2 제2항).[32] 금융기관은 수사기관의 통보유예 요청이 있는 경우 그 유예기간이 끝난 날로부터 10일 이내에 통보를 하여야 한다.

### 다. 거래정보 등의 제공내용의 기록·관리

금융기관 등이 위와 같이 금융거래정보를 제공한 경우 금융위원회가 정하는 표준양식으로 요구자의 인적사항, 요구하는 내용 및 요구일, 제공자(담당자 및 책임자)의 인적사항 및 제공일, 제공된 거래정보의 내용, 제공의 법적 근거, 명의인에게 통보한 날, 통보를 유예한 경우 통보유예를 한 날, 사유, 기간 및 횟수를 기록하여야 하고 이 자료는 5년간 보관하여야 한다(법 제4조의3 제1항).

### 라. 법위반의 효과

금융기관 등에 종사하는 사람은 수사기관이 적법한 금융거래정보 요건을 갖추지 못하였음에도 정보제공을 요구한 경우 이를 거부하여야 하고(법제4조 제3항), 이를 위반한 경우 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하며(법 제6조 제1항), 징역형과 벌금형은 병과할 수 있다

32) 우리는 통지유예요청이 있었음에도 계좌명의인 등에게 통지하더라도 과태료, 형사처벌 등의 제재규정이 없으나, 미국 금융거래비밀보호법에서는 제3409조에 의하여 법원에 의한 통지유예결정이 있는 경우와 은행 자체 또는 감독기관에 대한 범죄에 대하여 수사를 하는 경우임에도 불구하고 은행직원이 정보제공사실을 알린 경우 5년 이하의 징역 또는 벌금형의 처벌을 받도록 형사처벌 규정을 두고 있다(18 U.S.C. § 1510(b))

(법 제6조 제2항).[33] 수사기관이 영장 없이 금융기관으로부터 이와 같은 금융거래정보를 제공받은 경우 위법한 절차에 의하여 취득한 증거로서 증거능력이 없다(형사소송법 제308조의 2).

## 2. 대상사건 판결의 검토

### 가. 판결의 주된 요지

대법원은 2019. 3. 14. 정치자금법위반 등 사건에서 수사기관이 금융거래정보내역에 대한 압수수색영장을 발부받아 금융기관에 모사전송 방식으로 영장을 송부하고 그 내역을 이메일로 받은 후 피압수자인 금융기관에 압수목록을 교부하지 않은 사건에서, "수사기관의 압수·수색은 법관이 발부한 압수수색영장에 의하여야 하는 것이 원칙이고, 그 영장에는 피의자의 성명, 압수할 물건, 수색할 장소·신체·물건과 압수수색의 사유 등이 특정되어야 한다(형사소송법 제215조, 제219조, 제114조 제1항, 형사소송규칙 제58조). 영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시되어야 하고(형사소송법 제219조, 제118조), 압수물을 압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자, 소지자 등에게 교부하여야 한다(같은 법 제219조, 제129조). 이러한 형사소송법과 형사소송규칙의 절차 조항은 헌법에서 선언하고 있는 적법절차와 영장주의를 구현하기 위한 것으로서 그 규범력은 확고히 유지되어야 한다. 그러므로 형사소송법 등에서 정한 절차에 따르지 않고 수집된 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다"고 판시하였다.[34]

---

33) 금융실명법에는 금융기관 등이 수사기관의 적법하게 금융거래정보 제공을 요구하였음에도 이에 응하지 않는 경우 형사처벌, 과태료 등 어떠한 제재규정도 규정되어 있지 않다. 그러나 감사원법 제27조에 따른 회계검사와 감사대상기관인 금융기관에 대한 감사를 위하여 필요한 금융거래정보 제공요구를 거부할 경우 1년 이하의 징역 또는 1천만 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(감사원법 제51조 제1항 제3호, 제27조 제2항)

34) 정치자금법위반 등 사건으로, 피고인은 2016. 1. 11. 서울중앙지방법원에서 사기 등으로 판시 1에 대해 징역 10월, 판시 2에 대해 징역 2월을 선고받고(서울중앙지방법원 2012고합1392호), 2018. 1. 26. 서울고등법원에서 사기 등으로 징역 8월 선고(서울고등법원 2016

### 나. 계좌추적용 압수·수색영장집행 실무

대상판결 이전인 2017. 9. 7. 대법원은 수사기관의 이메일 압수·수색과 관련하여 이미 "수사기관이 인터넷서비스 제공자인 인터넷서비스 제공자인 N社에 팩스로 압수·수색영장 사본을 송신하기만 하고 영장 원본을 제시하거나 압수조서와 압수물 목록을 작성하여 피압수·수색 당사자에게 교부하지도 않은 채 피고인의 이메일을 압수한 후 이를 증거로 제출한 것은 위법한 압수·수색절차에 의한 것으로 위 이메일은 증거능력이 없다"[35]고 판시한 바 있었다. 위 판례는 피의자가 피압수자가 아닌 사건, 제3자 보관 정보의 압수·수색에 있어서 영장의 모사전송, 팩스 집행을 불허한 판결이나 위 판결 선고 이후에도 금융거래정보에 대한 압수에 있어서는 대상사건 판결 선고시까지 약 1년 6개월 정도 기간 동안 계속하여 모사전송 방식으로 계좌추적영장을 집행하여 왔던 것이 사실이다.

금융실명법은 금융거래정보에 대한 압수·수색의 경우 계좌추적영장의 양식에 의하도록 강제하고, 별도로 통보유예 및 통보 절차를 정하고 있다. 그러나 피압수자에 대한 압수수색전 통지 및 참여권 보장, 압수목록, 압수조서 작성 및 교부 절차 등에 대하여는 별도로 규정하고 있지 않기 때문에 형사소송법상의 일반 압수수색절차에 관한 규정을 따라야 함이 원칙이다. 하지만, 수사기관은 지금까지 이를 준수하지 않고 생략하여 왔고 사실상 대법원 역시 이를 묵인해 왔기 때문에 이와 같은 집행절차가 오랫동안 관행이 되어 왔던 것이다.

통신사실 확인자료 제공요청 허가장의 집행절차는 모사전송에 의한 허가장의 집행(통신비밀보호법 시행령 제37조 제5항),[36] 집행위탁 규정을 두고 있으나(같은 법 시행령 제37조 제1항, 제13조), 금융실명법에는 이와 같은 규정은 없다. 그럼에도 불구하고, 수사기관은 1990년대 후반부터 영장 집행의 효율성을 위하여 팩스 또는 전자우편을 통해 금융기관에

---

노333판결), 2019. 3. 14. 대법원에서 상고기각판결을 선고받아 같은 날 그 판결이 확정되었다(대법원 2019. 3. 14. 선고 2018도2841 판결). 1심~3심 모두 팩스 영장 집행에 대하여 위법하다고 판단하여 계좌거래내역 및 이메일에 대한 증거능력을 부정하였다.

35) 대법원 2017. 9. 7. 선고 2015도10648판결.

36) 2005년 통신비밀보호법 시행령 개정을 통하여 위와 같이 모사전송을 통한 허가서의 집행절차를 허용하였다.

영장을 모사전송하는 방식으로 영장을 집행하였기에 경찰 등 수사기관이 직접 금융기관에 가지 않았을 뿐만 아니라, 사실상 그 수색행위도 수사기관이 아닌 금융기관의 직원이 해왔던 것이다. 이와 같은 관행의 근거로는 금융위원회가 감수한 전국은행연합회에서 발간한 「금융실명거래 업무해설」[37]에 팩스 영장 집행이 허용된 것으로 기재되어 있는 것을 들 수 있으나, 엄격한 영장주의의 관철, 국가기관에 의한 공권력 행사에 해당하는 영장집행방식을 사인인 금융기관과의 협약으로 정할 수 없다는 점에서 보면, 그 동안 법령의 근거가 없는 영장집행 관행이었던 바, 대상사건 판결은 형식적으로 타당하다고 볼 수 있다.

실무상 금융계좌추적용 압수·수색영장을 청구할 때 대상계좌가 1개인 경우에도 일반적으로 위 계좌로 입금 또는 위 계좌에서 출금한 직전·직후 계좌까지가 압수·수색의 대상이 되기 때문에 수사기관은 압수·수색할 장소에 수많은 금융기관을 기재한 것을 별지로[38] 첨부하여 영장을 발부받고 있기 때문에 압수·수색의 장소가 한곳이 아닌 여러 금융기관이 될 수밖에 없다. 이와 같은 사정 등으로 인하여 수사기관이 영장을 집행함에 있어서 금융기관에 직접 영장을 제시하지 않고, 계좌추적영장 및 신분증, 금융거래정보 제공요구서를 팩스를 이용하여 송부하거나, 형사사법포털시스템(Korea Integrated Criminal Justice Information System, 이하 'KICS'라고 한다) 내 '계좌영장집행시스템'을 통하여 모사 전송하여 송부하면,[39] 금융기관의 담당자가 수사관의 이메일[40]을 통하여 해당 금

37) 1997년 금융실명법이 도입된 이래, 팩스영장집행이 허용되는지 여부에 대하여 논란이 있었으나 금융기관과의 협의 하에 팩스영장을 집행하고 있는 것이다. 금융위원회의 감수를 거쳐서 전국은행연합회에서 발간한 「금융실명거래 업무해설」 외에 달리 팩스영장의 법률적 근거는 없다. 김기범, "압수수색영장의 전자적 제시에 관한 입법적 연구", 「경찰학연구」 18(2), 경찰대학교 경찰학편집위원회(2018), 155면.

38) 대검찰청에서 일선 검찰청에 배포한 금융계좌추적용 압수수색영장 청구서의 예시를 보면, 압수·수색할 장소 또는 물건은 영장 표지에 직접 기재하지 않고 별지 3, 별지4로 첨부하는데, 이에 해당하는 금융기관 리스트를 보면, 2019. 4. 기준으로 은행이 22개, 증권사 60개, 저축은행이 103개, 보험사 43개, 카드회사 10개, 외국계은행 43개 등 412개의 금융기관이 압수·수색장소가 될 수 있고 핀테크 업체 등 전자금융업자 등도 해당 대상기관에 포함된다.

39) 2017. 11. 2.경부터는 형사사법포탈시스템(KICS)에서 위와 같은 모사전송을 하고 있어서 영장 집행기록이 해당 서버에 보관되는 바, 그 영장집행절차의 투명성이 한층 더 높아졌다고 볼 수 있고, 영장의 사본제시와 관련된 위조 등의 문제를 차단하기 위한 나름의 장

융거래정보를 송부하는 방식으로 제공하고 있다. 이 경우 금융기관이 회신과정에서 위조 또는 변조되는 것을 막기 위하여 파일을 암호화하여 첨부하는 경우가 많다.[41]

### 다. 대상판결에 대한 검토

앞서 살펴본바와 같이 엄격한 적법절차의 원칙에 의하면, 대상판결의 결론은 타당하다. 그러나 아래와 같은 문제점이 있다.

#### 1) 동일한 영장의 수회 집행 및 수통 영장 발부의 어려움

계좌추적영장의 경우 대상계좌에 연결된 직전 또는 직후 계좌[42]의 고객정보자료(CIF), 3월간 금융거래내역이 영장의 범위에 포함되는 경우가 많은바, 연결계좌에 대한 집행을 위해서는 동일한 계좌추적영장을 수차례 집행할 수밖에 없다. 그러나 이러한 방식의 수회 영장집행은 '형사소송법 제215조에 의한 압수·수색영장은 수사기관의 압수·수색에 대한 일종의 허가장으로서, 영장에 기재된 유효기간은 집행에 착수할 수 있는 종기를 의미하는 것일 뿐이고 수사기관이 압수·수색영장을 제시하고 그

---

치를 가지고 있다고 할 수 있다. 그러나 대상판결 선고 이후인 현재까지도 국가보안법위반 사건 등 중요사건 이외 대부분 사건에서 계좌추적영장은 팩스로 송부하고 있는 것이 수사실무이다.

40) 현재까지 수사관의 개인 관용이메일(000@spo.go.kr)로 송부받는 것이 대부분이나 후술하는 바와 같이 수사관 개인 관용 이메일이 아닌 별도의 기관 이메일을 정하고 이를 금융기관에게 공지하여, 적법한 집행권한이 있음을 신뢰할 수 있게 하는 것이 타당하다.

41) 노세호, "모사전송을 통한 압수영장 제시의 논란과 개선방안에 관한 연구", 「디지털포렌식 연구」 제10권 제2호(2016), 27면.

42) A계좌에 대하여 계좌추적영장을 발부받았다면 A계좌로 입금한 계좌를 직전 계좌, A계좌의 자금이 출금된 계좌를 직후계좌라고 하고, 계좌영장청구시 직전, 직후 계좌의 약 3개월 정도의 거래내역을 요청하고 있는데 그 문구는 다음과 같다. 대검찰청, 금융계좌추적용 압수수색영장 청구서 기재례 참조.
"위 1항 기재 계좌의 입출금(고) 자원과 관련된 직전 · 직후 계좌(다만, 그 계좌가 가상계좌 또는 금융기관의 모계좌인 경우 실제 입출금(고)된 고객의 계좌)의 고객정보조회서(CIF), 계좌개설신청서, 거래일 전후 3개월 거래내역서, 위 거래내역과 관련된 전표 및 상대계좌의 고객정보조회서(CIF), 계좌개설신청서."

집행을 종료한 때에는 영장의 유효기간이 경과하지 않은 경우에도 이미 그 영장은 목적을 달성하여 효력이 상실되는바,'[43] 위법한 집행절차라고 볼 수밖에 없다.[44]

한편, 이와 관련하여 영장 수통 발부 제도를 활용하여 영장 집행 대상 기관의 수보다 한부 더 발부받아(수사기록 첨부용) 우선 팩스 영장을 이용하여 집행하고, 즉시 영장 원본을 우편의 방식으로 발송하여 집행하는 방법으로 압수결과를 송부받기 전에 제시할 필요가 있다는 견해도 있으나,[45] 그러나 이러한 방법은 형사절차상 중요 서면인 영장의 분실 우려가 있을 뿐만 아니라, 아래에서 보는 바와 같이 최초 영장 청구 당시에 몇 개의 영장이 필요한지 특정하기 어렵기 때문에 근본적인 해결책이라고 볼 수 없다.

예를 들어, 피의자 A명의 신한은행 계좌의 금융거래정보를 추적하는 경우 수사기관에게 필요한 것은 해당 A명의의 계좌에서 B, C 등 다른 사람 명의의 다른 계좌로 자금이 이체된 내역 등으로, 연결계좌인 B, C 등 관련자의 계좌는 A명의의 신한은행이 아닌 다른 금융기관의 계좌인 경우가 많다. 대상판결에 의하면 A가 범행에 사용한 신한은행 계좌에서 1,000만원이 다른 공범 B명의 우리은행, C명의의 SC제일은행 등 타행 계좌로 자금에 이체된 경우, 위 각 은행에도 압수·수색영장 원본이 직접 제시되어야 B, C의 인적사항, 거래내역 등을 확보할 수 있다. 그러나 첫 번째 A명의 계좌에 대한 계좌추적용 압수·수색영장을 발부받을 당시에는 몇 개의 계좌가 대상계좌에 대하여 추적수사가 필요할지 전혀 알 수가 없다. 따라서 영장 원본의 직접 제시를 위하여 수통의 영장을 청구한다고 할 때에도 과연 몇 개의 영장을 청구해야 할지 알 수 없는 것이 현실이다. 뿐만 아니라 최근 인가된 카카오뱅크와 같은 인터넷 전문은행은 기존의 은행법에 의하여 설립된 은행과는 달리, 그 가입 및 이용절차 모두 '전자금융거래'의 방법에 의하도록 하고 있는바, 사실상 계좌추적영장 원본의 직접 제시 자체가 위 법의 취지와 맞지 않다.[46]

---

43) 대법원 1999. 12. 1. 자 99모161 결정.

44) 이재상/조균석, 「형사소송법」 제10판 보정판, 박영사(2016), 320면,

45) 노세호, 앞의 논문, 34면.

46) 카카오뱅크와 같은 인터넷전문은행의 경우 인터넷전문은행 설립 및 운영에 관한 특례법(약칭: 인터넷전문은행법) 제3조 제2항에 의해, 은행법 이외의 다른 법률을 해석, 적용하는 경우 은행

2) 수사기관에 의한 영장 원본 직접 집행의 문제점- 금융기관, 계좌명의인의 권리 침해 및 수사기밀 유출 가능성

수사기관이 해당 금융기관에 직접 영장을 제시하고 정보 검색의 전문성이 부족한 수사기관이 정보를 직접 검색하여 압수하도록 하는 경우 수사의 신속성을 심각히 저해할 뿐만 아니라, 금융기관의 임직원 등이 연루된 사건이 아닌 경우 단순히 정보의 보관 내지 처리자일 뿐인 금융기관의 영업을 심각하게 방해하는 결과가 된다. 뿐만 아니라 그 과정에서 영장에 기재된 것과 무관한 제3자의 금융거래정보가 공개될 가능성이 높아지는바, 사건과 무관한 제3자의 권리를 침해할 우려가 있고, 은행에 가서 영장 원본을 직접 제시하며 집행하는 경우 다수인이 출입하는 금융기관에서 수사기밀이 유출될 가능성도 매우 높아지게 된다.

한편, 금융거래정보보호의 중요성을 강조하면서 영장범위를 제한해야 한다는 견해에 의하더라도, 계좌추적용 압수·수색영장의 집행방법과 관련하여 일반 압수·수색영장과는 달리 수사기관이 직접 금융기관에서 해당 자료를 수색하여 찾는 경우 제3자의 정보가 공개될 수 있을 뿐만 아니라 해당 은행의 영업을 심각하게 방해하므로 반드시 금융기관 직원의 도움을 받아, 금융기관 직원이 직접 정보를 찾은 다음 자료를 제공받는 방법으로 이루어져야 한다고 하는바,[47] 수사기관이 금융기관을 방문하여 직접 영장 원본을 제시하여 집행하도록 하는 것은 오히려 정보주체[48] 및 금융기관의 보호에 역행하는 것이라고 볼 수 있다.

---

법에 따라 인가를 받아 설립된 은행으로 간주하기 때문에 인터넷 전문은행의 경우도 금융실명법상 금융기관에 해당하여 금융계좌추적의 대상기관이라고 볼 수 있다.

47) 서보학. “예금자비밀보호와 계좌추적의 요건 및 한계”. 「형사정책」, 14(1), 형사정책연구원, (2002), 212면.

48) 기업에 대한 수사의 경우, 은행에서 직접 압수수색영장을 제시하는 경우 언론 등을 통하여 기업에 대한 수사가 개시되었다는 것이 알려지기 쉽고, 이러한 경우 기업의 이미지 및 신뢰가 심각하게 손상될 수 있을 뿐만 아니라 해당 기업의 주식거래가액에도 영향을 미칠 수 있는 바, 이것은 정보주체의 보호에도 도움이 되지 않는다.

### 3) 압수목록 교부와 권리보호효과

압수물 목록은 피압수자 등이 압수처분에 대한 준항고를 하는 등 권리행사를 위한 절차에서 가장 기초적인 자료가 되므로, 수사기관은 이러한 권리행사에 지장이 없도록 압수 직후 현장에서 압수물 목록을 바로 작성하여 교부해야 하는 것이 원칙'[49]으로, 대법원은 전자정보를 압수한 경우 "정보의 상세목록에는 정보의 파일 명세가 특정되어 있어야 하며, 수사기관은 이를 출력한 서면을 교부하거나 전자파일 형태로 복사해 주거나 이메일을 전송하는 등의 방식'으로 목록을 교부할 수 있다"고 판시한 바 있다.[50]

그러나 제3자인 금융기관이 직접 압수·수색영장에 기재된 것을 확인하고 직접 해당 정보를 추출하여 수사기관에 제공하는 금융거래정보 추적수사의 경우, 금융기관이 수사기관을 상대로 압수·수색의 위법성을 다투어 준항고 등의 절차를 제기할 가능성은 매우 희박한 점, 압수·수색영장 및 금융거래정보제공요구서에 이미 요청하는 정보의 범위가 기재되어 있는 점, 수사기관이 아닌 금융기관이 직접 해당 정보를 선별하여 수사기관에 정보를 제공하였으며, 거래정보 등 제공내용을 금융위원회가 정하는 표준양식에 의하여 별도로 기록하여 관리하도록 하고 있는 점(금융실명법 제4조의3 제1항),[51] 유체물의 압수와는 달리 금융거래정보를 제공

---

49) 대법원 2018. 2. 8. 선고 2017도13263 판결

50) 대법원 2018. 2. 8. 선고 2017도13263 판결.

51) 금융실명법 제4조의3(거래정보등의 제공내용의 기록·관리) ① 금융회사등은 명의인의 서면상의 동의를 받아 명의인 외의 자에게 거래정보등을 제공한 경우나 제4조제1항제1호·제2호(조세에 관한 법률에 따라 제출의무가 있는 과세자료 등의 경우는 제외한다)·제3호·제4호·제6호·제7호 또는 제8호에 따라 명의인 외의 자로부터 거래정보등의 제공을 요구받거나 명의인 외의 자에게 거래정보등을 제공한 경우에는 다음 각 호의 사항이 포함된 금융위원회가 정하는 표준양식으로 기록·관리하여야 한다.
1. 요구자(담당자 및 책임자)의 인적사항, 요구하는 내용 및 요구일
1의2. 사용 목적(명의인의 서면상의 동의를 받아 명의인 외의 자에게 거래정보등을 제공한 경우는 제외한다)
2. 제공자(담당자 및 책임자)의 인적사항 및 제공일
3. 제공된 거래정보등의 내용
4. 제공의 법적 근거
5. 명의인에게 통보한 날

하는 경우 원본기록은 그대로 금융기관에 보관된 채 그 사본을 교부하는 것으로 위와 같이 금융기관이 제공한 정보의 내용을 기록·관리하도록 하는 경우 별도로 수사기관이 작성한 압수목록을 교부할 실익이 적은 점 등을 종합할 때, 금융거래정보 추적수사에서 피압수자에게 압수목록을 교부하는 것이 반드시 필요한 절차인지에 대하여는 의문이 있다.

**4) 형사소송법에 반하는 관행 묵인에 대한 해명, 금융기관에 대한 영장원본 제시 및 압수목록 교부의 필요성에 대한 설명의 부재**

대법원도 위와 같은 사정을 알기 때문에 그 동안 금융거래정보에 대한 계좌추적영장의 팩스 집행, 압수목록 미교부를 묵인하고 이러한 과정에서 취득한 금융거래정보내역에 대하여 증거능력을 인정하였던 것이 아닐까? 그럼에도 불구하고, 대법원이 이와 같은 오랜 수사관행의 위법성에 대하여 묵인하여 오다가 대상사건에서 비로소 위법함을 밝히게 된 이유, 영장원본 제시와 압수목록 교부가 금융거래정보 추적수사에서 가지는 의미, 금융거래정보의 압수·수색절차를 유체물에 대한 압수·수색 또는 피의자가 보관한 정보에 대한 압수·수색절차와 동일하게 보아야 하는지에 대한 충분한 설명이 없었다는 아쉬움이 남는다.

대법원 판례에서는 충분한 설시가 없지만, 금융거래정보는 형사사건 수사에서 매우 중요한 의미를 지니고 있을 뿐만 아니라 이와 관련된 금융거래정보주체의 권리보호 또한 소홀히 할 수 없는 것인바, 다른 나라의 입법례를 참고하여 우리나라에 적합한 절차를 마련할 필요가 있다. 다른 나라의 입법례에 대하여는 아래 항에서 살펴보기로 한다.

---

6. 통보를 유예한 경우 통보유예를 한 날, 사유, 기간 및 횟수

# Ⅳ. 외국의 금융거래정보 추적 수사와 관련된 입법례

## 1. 미국

### 가. 금융거래비밀보호법(Right to Financial Privacy Act of 1978)

#### 1) 입법의 계기- United States v. Miller 사건

미국 수정헌법 제4조[52]는 "불합리한 수색, 압수, 체포에 대하여 신체, 주거, 서류, 물건의 안전을 보장받을 국민의 권리는 침해될 수 없다. 영장(warrant)은 상당한 이유가 있고, 선서(oath)나 확언(affirmation)에 의하여 뒷받침되며, 특히 수색될 장소, 체포될 사람, 압수될 물품을 기재하지 아니하고는 이를 발부할 수 없다."라고 규정하고 있는바, 위 조항에 따른 압수·수색은 원칙적으로 ①상당한 이유가 있고 ②선서 또는 확언에 의하여 그 사유가 소명되며[53] ③수색의 장소 및 대상이 특정된 영장[54]에 의하여야 하는 것이다. 즉 원칙적으로 영장이 없는 압수·수색은 불합리한 것으로 수정헌법에 반하여 허용될 수 없다.

한편, 1967년 미연방대법원은 Katz v. U.S., 389 U.S. 347(1967) 사건[55]이후 합리적인 사생활 비밀 보호의 기대(reasonable or legitimate

52) The Fourth Amendment -The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

53) 수사기관은 영장을 청구할 때 그 영장에 기재된 내용이 허위일 경우 위증죄의 처벌을 부담하는 선서진술서(affidavit)를 작성·제출해야 하는데, 이 선서진술서는 영장청구서에 첨부되어 청구인인 검사 또는 수사관이 판사 앞에서 그 기재내용의 진실성에 관한 선서를 한 후 청구서와 함께 제출되는 것으로, 영장을 발부하여야 할 상당한 이유 및 특정된 압수수색의 대상에 대하여 상세하게 기재한 것을 의미한다. 손지영/김주석, 압수수색 절차의 개선방안에 관한 연구, 사법정책연구원(2016), 84면.

54) 위 수정헌법 제4조는 일반영장(general warrant) 또는 포괄영장을 금지하기 위하여 압수할 물건과 장소를 특정하도록 '특정성'을 요구하고 있다고 해석된다. 손지영/김주석, 앞의 연구서, 82면.

55) Katz v. U.S., 389 U.S. 347, 352 (1967).

expectation of privacy)가 인정되는 영역에서만 압수·수색 영장이 필요하다고 해석하고 있는바, 사생활의 비밀 보호가 기대되는 영역에서의 압수·수색을 위해서는 법관이 발부한 영장이 필요하다.

미국 연방대법원은 United States v. Miller 사건[56]에서, 은행이 법관이 발부한 영장이 아닌 대배심소환장(subpoenas duces tecum)에 따라 수사기관에 고객의 금융거래 자료를 제출한 것이 수정헌법 제4조에 위반되지 않는다고 판시한 바 있다.[57] 즉 미연방대법원은 '금융거래정보는 피고인 소유의 사적인 문서가 아닌 은행 소유의 업무기록으로, 원본 수표, 예금 전표 등 피고인이 자발적으로 은행에 제출한 것은 이미 제3자인 은행에게 공개된 것으로서 제3자가 정부기관에 제출하더라도 수정헌법 제4조에 의한 적법한 사생활 보호의 기대(expectation of privacy)가 인정되지 않기 때문에 수사기관이 대배심 소환장에 의하여 금융기관이 보유하고 있는 금융거래정보를 취득할 수 있고, 이러한 경우에는 법관이 발부한 수색영장이 필요하지 않다'고 판단한 것이다.[58] 연방대법원은 위 판결 이후에도 계속하여 정보주체가 제3자에게 제공한 정보 내지 물건을 제3자가 국가기관에 제공한 경우 제3자가 그 비밀을 보호할 것이라는 정보주체의 기대와는 상관없이 수정헌법 제4조 위반의 문제는 발생하지 않는다고 판시하고 있다.[59]

그러나, 위 연방대법원의 판결 이후 1978년 미국 연방의회는 위 판결에 대한 반성적 고려에서 제3자인 금융기관이 보관하고 있다는 이유만으

---

56) United States v. Miller, 425 U.S. 435 (1976)

57) 강석구/이상수/손진/강지현/최혜선/민수현, 주요 해외국 법집행기관의 금융거래추적 운영실태에 대한 연구, 형사정책연구원 연구총서(2017), 51-52면.

58) 위 판결에서, Brennan 대법관은 반대의견으로 피고인은 금융거래정보에 대하여 합리적인 사생활보호의 기대를 가지고, 이때 사생활보호의 주체는 은행이 아니라 피고인이기 때문에 은행이 자발적으로 기록을 제출한 것을 피고인의 유효한 동의에 근거한 것이라고 볼 수 없고 법관에 의한 영장에 의하지 않고 수사기관이 취득한 피고인 관련 금융거래자료는 위법한 압수수색의 결과물이기 때문에 증거능력을 배제하여야 한다고 판시하였다. 강석구 외 5인, 앞의 보고서, 52-53면.

59) Individuals who retain a reasonable expectation of privacy in stored electronic information under their control may lose Fourth Amendment protections when they relinquish that control to third parties. Department of Justice, Searching and Seizing Computers and Obtaining Electronic Evidence in Criminal Investigations(3rd ed.), OLE (2009), p.6.

로 수사기관이 대배심의 소환장도 없이 금융거래정보를 취득할 수 있었던 관행에 대하여 제한을 가하기 위하여 금융거래 추적수사 과정에서의 일정한 절차를 규율하고, 계좌명의인[60]의 비밀을 보호하기 위하여 '금융거래비밀보호법(Right to Financial Privacy Act of 1978)'을 제정하게 되었다.[61]

### 2) 수사기관의 금융거래정보 예외적 접근 허용 범위

위 금융거래비밀보호법은 원칙적으로 수사기관은 대배심 소환장에 의하지 않고는 금융기관이 보유하고 있는 금융거래정보에 접근할 수 없고, 예외적으로 당사자의 동의, 행정소환장(Administrative Subpoena), 수색영장(Search Warrant),[62] 법원 소환장(Trial Subpoena)[63], 공식 서면 요청(formal written request)[64]에 의하여만 금융거래정보를 취득할 수 있다[65]고 규정하고 있다(법 제3402조). 따라서 금융거래비밀보호법 제정

60) 금융거래비밀보호법은 개인 또는 5인 이하로 구성된 사업체의 계좌와 관련된 금융기록 또는 정보만을 보호대상으로 하고 있다. 즉 6인 이상의 기업체, 신탁, 조합, 회사 그 밖의 법인의 금융정보는 이 법에 의한 보호의 대상이 아니다.
12 U.S.C. §3401(Definitions)
(4) "person" means an individual or a partnership of five or fewer individuals;

61) 제3자에게 보관된 정보의 보호문제는 인터넷 통신 등의 경우에도 그대로 적용되었는데 미국 의회는 위 판결 이후 저장된 통신보호법(Stored Communications Act)을 제정하여 통신비밀에 대한 보호 규정을 마련하였다. 18 U.S.C. §2701-2712 참조.

62) 수사기관이 수색영장을 발부받아 금융거래정보를 요구할 경우 집행일로부터 90일 이내에 계좌명의인의 주소지에 금융거래정보가 수사기관에게 제공되었음을 통지하여야 하고, 이때 법원은 180일을 한도로 통지를 유예할 수도 있으며, 수사기관의 요청에 의하여 90일간 추가로 통지유예가 가능하다. 그러나 수사기관이 수색영장을 발부받아 금융거래를 요구하는 경우는 거의 없다고 한다. 이창수, 앞의 논문, 78면.

63) 판사가 발부하는 수색영장은 상당한 이유를 요건으로 하는 것이나 소환장(Subpoena)는 그 법적 요건이 약하고 발부가 간소한 증거수집절차로서, 소환장은 '제출명령'이라고 번역되기도 한다. 다만, 우리 형사소송법에 규정하고 있는 법원의 제출명령은 공소제기 후 법원이 증거물 등의 보관자에게 그 물건의 제출을 명하는 것으로 사실상 압수와 동일한 효력을 가지는 것인바, 이 글에서는 소환장이라는 용어를 사용하기로 한다. 이주원, 디지털 증거에 대한 압수수색제도의 개선, 안암법학. Vol. 37 (2012), 183-184면.

64) 행정소환장에 의한 요구가 적절하지 않고, 수사의 목적과 합리적인 연관성이 있는 경우 수사기관의 장 명의에 의한 공식적인 서면 요청에 의해서도 금융거래정보를 취득할 수 있다. 12 U.S.C. §3408.

이후에도 수사기관은 금융기관으로부터 금융거래정보를 제공받기 위하여 원칙적으로 법관이 발부한 영장을 필요로 하는 것은 아니고, Miller 사건 이전에 수사기관이 비공식적으로 금융기관에게 금융거래정보를 요구하여 취득하던 관행에 제동을 가하여 것이라고 볼 수 있다.[66]

### 3) 통지 및 통지의 유예

수사기관이 대배심 절차를 거치지 않고 금융기관에게 금융거래정보 요청한 경우 그 사실을 지체없이 계좌명의인에게 통지하도록 하여 이에 대하여 이의를 제기할 수 있는 기회를 제공할 것을 의무로 규정하고 있다. 다만, 위와 같은 사전통지로 인하여 어떠한 사람의 생명 또는 신체적 안전이 위험하게 되는 경우, 기소를 면하거나 도피하는 경우, 잠재적 증인의 위협 등 증거인멸 또는 은닉의 우려가 있는 경우, 기타 수사의 진행을 어렵게 하거나 절차 진행을 느리게 할 우려가 있다는 점을 법원이 인정하는 경우에 통지를 유예할 수 있도록 하고 있다(제3409조(a)(3)).[67]

### 4) 계좌명의인 등의 이의제기 등 절차

명의인은 소환장(summons) 또는 공식서면 요청(formal written

---

65) 12 U.S.C. §3402 : Except as provided by section 3403(c) or (d), 3413, or 3414 of this title, no Government authority may have access to or obtain copies of, or the information contained in the financial records of any customer from a financial institution unless the financial records are reasonably described and-

(1) such customer has authorized such disclosure in accordance with section 3404 of this title;

(2) such financial records are disclosed in response to an administrative subpena or summons which meets the requirements of section 3405 of this title;

(3) such financial records are disclosed in response to a search warrant which meets the requirements of section 3406 of this title;

(4) such financial records are disclosed in response to a judicial subpena which meets the requirements of section 3407 of this title; or

(5) such financial records are disclosed in response to a formal written request which meets the requirements of section 3408 of this title.

66) 이창수, 앞의 논문, 77-82면, 강석구외5인, 앞의 연구서, 55면.

67) 12 U.S.C. §3409(a)(3)

request) 등을 발송한 후 14일 이내 또는 송달받은 후 10일 이내에 지방법원에 행정소환, 사법 소환에 대하여 불복하는 소송을 제기하거나 정부기관이 공식서면 요청에 의하여 금융기록을 취득하는 것을 금지하는 것을 신청할 수 있다(제3410조).[68]

### 5) 예외규정

금융거래비밀보호법 중 제3415조, 제3420조13을 제외한 어떤 조항도 대배심의 절차 진행과 관련하여 발부된 소환장 또는 법원의 명령에 대하여는 적용되지 않으나, 법원은 제3409조에 따라 대배심의 소환장이 집행된 사실, 어떠한 정보를 제공했는지 여부를 계좌명의인에게 알리지 못하도록 명령, 통지를 하지 않도록 명령할 수 있다(제3413조(i)).[69] 즉, 대배심의 소환장, 법원의 명령을 통해서 금융거래정보를 취득하는 경우에는 법에 규정한 통지 등의 절차도 요구되지 않는다.[70]

또한 계좌 명의인의 이름 및 주소, 계좌번호 등 계좌정보만 요청하는 경우[71], 또는 계좌 명의인을 특정하기 어려운 거래내역[72]을 제공받은 경우에는 엄격한 통지 절차가 필요하지 않다. 더 나아가 미국 애국법(USA Patriot Act)에 의하여 테러가 의심스러운 경우 금융기관의 직원 등은 해당 정보의 공개에 대하여 전혀 책임을 지지 않고 금융정보를 공개를 허용할 수 있도록 하였는바, 이 법에 의한 금융거래 정보보호는 테러 등을 이유로 최근 약화되고 있다는 비판이 있다.[73]

---

68) 12 U.S.C. §3410(a).
69) 12 U.S.C. §3413(i).
70) 이와 같이 대배심에 의한 금융거래정보 요구에 금융거래비밀보호법의 적용을 배제하는 이유에 대하여는 "대배심은 형사사법 집행의 가장 중요한 수사도구로서, 사법심사를 받고 있으며, 대배심의 절차는 비밀로 유지하는 것을 원칙으로 하기 때문이다. 통지 및 이의절차가 확대되면 대배심의 비밀성이 줄어들고 조사 대상 개인의 프라이버시가 위협될 수 있다"고 설명되고 있다. The Depart of Justice Criminal Resource Manual, 423. 423. Grand Jury Subpoena Exception, H.R. Rep. No. 95-1383 at 228, 7 U.S. Code Cong. & Ad. News, 95th Cong., 2nd Sess., at 9358. The five major purposes of the rule of grand jury secrecy are set out in United States v. Procter & Gamble Co., 356 U.S. 677, 681-82 n.6 (1958).
71) 12 U.S.C. §3413(g).
72) 12 U.S.C. §3413(a).
73) 임정하, 앞의 논문, 98면.

#### 6) 법 위반의 효과

금융거래비밀보호법은 국가기관이 위 법을 위반하는 경우에도 형사처벌하는 규정을 두지 않고 있을 뿐만 아니라, 규정을 위반한 경우에도 선의인 경우에는 그 민사책임을 지지 않고,[74] 절차를 위반하여 증거를 수집한 경우에도 그 증거가 형사소송절차에서 증거능력이 부정된다는 규정이 없으며 연방대법원도 같은 취지로 해석하고 있다.[75]

#### 7) 소결

미국의 경우 기본적으로 수사기관이 금융거래정보를 취득함에 있어서 법관이 발부한 영장이 필요하지 않고, 비교적 간소한 대배심의 소환장에 의하여 금융거래정보를 요구할 수 있다는 점, 대배심의 소환장에 의한 경우에는 사전통지절차를 생략할 수 있도록 하고 있는 점, 대배심에 의한 금융거래정보 요구 외에도 공식적인 서면요청 등 다양한 방법에 의한 금융거래정보 취득의 길을 열어 둔 점, 계좌정보만 제공받은 경우에는 사전통지절차가 생략되는 등 그 예외 인정의 범위가 넓은 점, 수사기관이 금융거래정보를 이용하는 경우 절차위반을 하더라도 고의가 없는 경우 민사책임을 지지 않을 뿐만 아니라, 해당 자료를 형사소송의 증거자료로 사용할 수 있는 점 등을 종합할 때, 수사의 필요성을 정보주체의 금융거래정보보호보다 우위에 두고 있다고 볼 수 있다.

### 2. 독일

#### 가. 독일 기본법상 자기결정권

독일 기본법(Grundgesetz; GG) 제1조 제항은 “인간의 존엄성은 침해되지 아니한다. 모든 국가권력은 이 존엄성을 존중하고 보호할 의무를 지닌다.”고 하여 ‘인간의 존엄성’에 대하여 규정하고 있고, 제2조 제1항

74) 12 U.S.C. §3417(C).
75) United States of America v. Alvin Frazin, 780 F.2d 1461 (9th Cir. 1986).

은 “누구든지 다른 사람의 권리를 침해하거나 헌법 질서 또는 도덕률에 반하지 않는 한 자기의 인격을 자유로이 실현할 권리를 가진다.”[76]라고 하여 일반적 행동의 자유권에 대하여 규정하고 있고, 독일 헌법재판소는 위 제1조 제1항, 제2조 제1항으로부터 일반적 인격권이 도출된다고 해석하고 있다.[77] 일반적 인격권은 독일 기본법 제정 당시에는 생각하지 못하였던 새로운 개념의 권리이나 독일 연방헌법재판소는 개인의 정보자기결정권이 일반적 인격권에서 파생되는 것으로 해석하고 있고,[78] 형사소송법상 압수 금지원칙은 위와 같은 일반적 인격권 및 피고인 등과 당사자의 자기부죄 거부특권으로부터 도출되는 권리라고 보고 있다.[79]

한편, 독일 기본법 제13조 제1항은 “주거는 침해되지 않는다.”, 제2항은 “수색은 법관에 의해서 실행되며, 지체되면 위험한 경우 법률에 규정된 다른 기관에 의하여 법률에 규정된 형식으로만 실행된다.”라고 규정하고,[80] 위와 같이 헌법에 선언된 ‘주거의 불가침원칙’에 따라 사적 영역의 불가침의 원칙이 보장되고 있으며, 위 규정은 형사소송법상 수색의 헌법적 근거가 되고 있다.[81] 따라서 독일 형사소송법상 압수·수색은 필연적으로 주거의 자유, 정보자기결정권 등 헌법상의 개별적 기본권의 보호와 충돌할 수밖에 없다. 따라서 독일은 원칙적으로 압수·수색을 강제처분으로 보아 형사소송법에 특별히 허용되는 경우 및 그 요건을 정하고 있다. 그렇다면, 금융거래정보 역시 개인정보자기결정권의 한 내용으로서 영장에 의한 압수·수색의 대상으로 보고 있을까?

아래에서 살펴보는 바와 같이 독일은 최근 유럽 내에서 발생한 여러 테러 사건 이후 자금세탁방지 제도를 강화하면서 수사기관이 ‘계좌정보’를 취득하는 것에 영장주의의 예외를 인정하는 반면, 구체적인 금융거래

76) 독일 기본법 번역본, 제1조, 제2조, 세계법제정보센터.
77) 손지영/김주석, 앞의 연구서, 164면.
78) 독일에서 자기 정보에 대한 지배결정권은 자신의 정보가 누구에게 공개될 것인지를 스스로 결정할 수 있는 권리를 의미하는데, 독일 연방헌법재판소는 이러한 자기결정권을 기본법 제2조 제1항의 인격의 자유로운 발현, 즉 일반적 인격권의 한 내용으로 보고 있다. 김재윤, 앞의 논문, 70면(BVerfGE 65, 1 ff.)
79) 손지영/김주석, 앞의 연구서, 147면. Christian Starck, in: v. Mangoldt/Klein/ders. (Hrsg.)(주 531), Rn. 105 재인용.
80) 독일 기본법 번역본, 세계법제정보센터.
81) 손지영/김주석, 앞의 연구서, 141면.

내역 정보의 경우 금융기관이 수사기관의 자료제출요구에 응하지 않는 경우에만 원칙적으로 형사소송법상의 영장주의의 적용을 받는 것으로 보고 있다.

### 나. 은행업법 – 계좌정보 요청

독일은 자금세탁범죄 등을 예방하고 금융거래의 투명성을 확보하기 위하여 2002년 6월 제4차 금융시장촉진법(4. Finanzmarktförderungsgesetz)을 제정하여 계좌정보의 자동요청시스템을 도입하였고, 같은 해 8월 금융정보분석원(FIU Deutschland: Zentralstelle für Verdachtsmeldungen,혐의거래보고중앙본부)이 연방범죄수사청 내에 설치되었다. EU의 4번째 자금세탁지침의 이행을 위하여 개정된 자금세탁방지법이 2017년 6월 26일에 시행됨에 따라 금융정보분석원(Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen, 금융거래조사 중앙본부)를 중앙관세행정국 내 관세범죄수사청에 배치하게 되었다.[82]

은행업법 제24C조에 의하면, 연방금융감독청(Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht)이 정보요청을 하면, 금융기관[83]으로부터 계좌, 유가증권, 은행의 금고 등 금융자산에 대한 기본정보(이하, 계좌정보라고 한다)를 자동으로 제출받을 수 있다. 이러한 기본정보에는 계좌 또는 유가증권 등의 개수, 계좌 등 개설이나 해지·상환의 일시, 자연인의 이름·생년월일 또는 유가증권 등의 소지자나 처분권자의 이름·주소 등만 포함되고(은행법 제1항 제1문), 계좌의 잔고나 거래의 내용은 포함되지 않는다.

다른 국가기관이 법률이 규정에 따라 계좌정보를 요청하는 경우 연방금융감독청은 이에 응하여야 하고(은행법 제3항 제1문), 형사사건의 경

82) 강지현. “금융거래추적수사와 범죄수익환수에 대한 독일의 논의 분석”.「법학논총」, 38(1), 전남대학교 법학연구소, (2018), 423면. 이하 독일 법제 부분은 위 논문을 주로 참조하였다.

83) 독일은 금융기관 전체를 대상으로 정보를 수집하는 중앙기관은 존재하지 않고, 개별 금융기관이 대부분 각 은행연합의 전산센터 등에 고객의 정보를 보관하고 있는데 은행법에서 정보를 제공하는 금융기관이라고 함은 실질적으로 은행연합의 전산센터 등을 의미한다. 강지현, 앞의 논문, 426면

우 법원, 검찰청 등이 연방금융감독청에 계좌정보를 요청할 수 있고, 이때에는 법관이 발부한 영장을 필요로 하지 않는다.[84] 연방금융감독청이 은행업법상 또는 자금세탁방지법상의 감독업무를 수행하기 위하여 금융기관에 계좌정보의 제공을 요청하는 경우가 다수 있지만, 2016년 통계에 의하면 수사기관에 의한 계좌정보요청의 횟수가 요청기관 전체 계좌정보요청 건수의 84%에 달하는바, 독일의 수사기관은 연방금융감독청을 통하여 확보한 금융정보를 형사사건의 해결에 활발히 활용하고 있다고 볼 수 있다.[85] 뿐만 아니라 형사소추기관은 아래에서 보는 바와 같이 자동요청제도를 통한 계좌정보요청 뿐만 아니라 금융기관에 대하여 직접 자료제출요구를 할 수 있고(형사소송법 제95조), 이를 거부하는 경우 질서벌로서 과태료나 구류에 처할 수도 있으며 자발적으로 금융거래정보를 제출하지 않는 경우 법원의 명령에 의한 압수·수색도 가능하다(형사소송법 제94조).

형사절차에서 정보제공의 요청은 수사절차를 개시한 경우에만 인정되는데(형사소송법 제161조 제1항, 제160조), 이때에는 '상당한 정도'의 혐의를 요구하는 것이 아니라 수사개시의 요건에 해당하는 하는 범죄행위에 대한 최초의 혐의(Anfangsverdacht)만으로 충분하고,[86] 연방금융감독청의 감독업무 수행을 위하여 필요한 경우와 달리 긴급성을 요건으로 하지 않는다(은행업법 제24c조 제3항 제1문 2호).

---

84) 이때 연방금융감독청이나 연방중앙세무청을 통한 계좌정보의 요청은 자동접속의 방식으로 이루어지기 때문에 금융기관은 특정 고객에 대한 계좌정보가 요청된 사실을 알 수 없다. 계좌소지인 등은 계좌정보요청 전 서면으로 요청사실을 통지받을 수 있으나 사전통지가 관할 관청의 업무 수행을 위태롭게 하는 경우 관련자에게 사후에 통지할 수 있도록 유예규정을 두고 있다. 강지현, 앞의 논문, 426면.

85) 강지현, 앞의 논문, 443면.

86) 강지현, 앞의 논문, 426면. OLG Stuttgart, Beschluss vom 13.2.2015 - 4 Ws 19/15 = NStZ 2016, 48 (48) 재인용.

### 다. 금융거래정보의 거래내역에 대한 추적수사 방법

경찰, 검찰 등 수사기관이 위와 같이 연방금융감독청에 요청하여 자동화된 전산시스템을 통하여 제출받을 수 있는 '계좌정보'는 계좌의 개설 또는 개설지 내역, 계좌명의인에 대한 정보 등으로 구체적인 금융거래내역 구체적인 유동정보는 포함되지 않는다. 따라서 구체적인 입출금 내역, 계좌이체 내역 등 자세하고 구체적인 거래내역에 대하여는 수색, 증거대상의 보전을 위한 압수, 자료제출요구, 증인소환신문, 자료요청에 의해서 취득하여야 하는 것이다.

#### 1) 압수·수색(StPO §94)[87]

계좌명의인 등 당사자가 임의로 금융거래정보를 제출하는 경우, 경찰 등은 이를 제출받아서 증거대상의 보전을 위하여 보관하면 된다(법 제94조 제1항).[88] 이는 우리 형사소송법 제218조상의 임의제출물 압수와 같은 규정이라고 볼 수 있다. 만일 당사자가 자발적으로 금융거래정보를 제출하지 않는 경우 원칙적으로는 법원의 명령에 의하여 압수를 하게 되는데(법 제98조 제1항 제1문), 지체의 위험이 있는 때에는 검찰과 수사관에 의하여도 압수가 가능하다(법 제98조 제1항 제2문).[89]

금융기관을 상대로 한 압수의 경우에도 압수대상물을 발견하기 위하여서는 선행적으로 수색이 이루어지게 되는데, 이것은 피의자에 대한 수색이 아니라 제3자에 대한 수색(법 제103조)으로,[90] 이러한 수색 역시 원

87) 독일 형사소송법 법무부 번역본,

88) 형사소송법 제94조(증거대상의 보전) ①증거방법으로서 심리에 중요할 수 있는 대상은 유치하거나 또는 다른 방법으로 보전해야 한다.
②그러한 대상을 개인이 소지하고 있고 이를 자발적으로 인도하지 않는 때에는 압수를 요한다.

89) 형사소송법 제98조(압수명령) ①압수명령은 법원에 의해서만 가능하며, 다만 긴급을 요하는 경우에는 검사와 그 수사요원(법원조직법 제152조)에 의해서도 가능하다. 제97조 제5항 제2문에 의한 편집국, 출판사, 인쇄소 또는 방송시설 내에서의 압수는 법원에 의해서만 가능하다.

90) 형사소송법 제103조(기타의 자에 대한 수색) ①피의자의 체포, 범죄단서의 추적, 특정한 대상의 압수를 목적으로 하는 경우 또는 추적대상인 사람, 단서 또는 물건이 수색될 공간

칙적으로 법관의 영장에 의하여 인정되나, 예외적으로 지체의 위험이 있는 경우 검찰과 수사관에 의하여서도 가능하다(법 제105조 제1항, 제103조 제1항).[91]

그러나 독일의 금융기관은 수색의 통지가 있으면 대부분의 금융기관이 먼저 고객의 금융정보와 거래내역 등의 서류를 수사기관에 제출하기 때문에 독일의 경우 우리나라와는 달리 금융기관에 대한 직접적인 수색 또는 금융기관이 보관하고 있는 서류 등에 대하여 수사기관이 공식적으로 압수·수색을 하는 경우는 거의 발생하지 않는다고 한다.[92]

### 2) 자료제출요구(StPO §95)

독일형사소송법은 피의자 외에 증거대상물을 소지하고 있는 자는 이를 제출하고 인도할 의무가 있다고 규정하고 있는데(법 제95조 제1항)[93], 이 규정에 의하면 금융기관은 위 규정에 따라 금융거래내역을 요구하는 경우 이에 응할 의무가 있고 고객의 비밀정보에 해당한다는 이유로 위 요구를 거부할 수 없다. 자료제출 요구에 불응하는 경우 질서벌로서 과태료나 구류에 처할 수 있다(법 제70조, 제95조 제2항).

이때 법원의 명령이 없이 경찰 및 검찰이 자료제출을 요구할 수 있는가에 대하여는 견해가 대립한다. 다수설은 제98조 제1항의 압수의 경우에는 법원의 명령이 필요하다고 명시하고 있으나 제95조의 경우 이를

---

에 있다고 추론할 수 있는 사실이 존재하는 경우에만 기타의 자에 대한 수색이 허용된다. 형법 제89조a에 따른 범죄, 제129조b 제1항과 결부된 제129조a에 따른 범죄 또는 제129조a에 언급된 범죄 가운데 하나를 범한 것으로 보이는 유력한 피의자를 체포할 목적으로 주거와 기타 공간에 대해 수색하는 것 역시 이들 공간이 건조물 내에 소재하고 있고 그 내부에 피의자가 체류한다고 추정할 수 있는 충분한 근거가 있을 때에만 허용된다.

91) 금융기관의 기관이나 대리인이 혐의사실과 관련된 경우에는 혐의자에 대한 수색을 규정하는 형사소송법 제102조이 적용되나, 금융기관의 기관이나 대리인이 아닌 자가 피의자인 경우 금융기관에 대한 수색은 제103조 제3자에 대한 수색 규정이 적용되는 것이다. 강지현 , 앞의 논문, 430면.

92) 강지현, 앞의 논문, 431면. Volk/Engländer, Grundkurs StPO, 8. Aufl., 2013, 72면 재인용

93) 형사소송법 제95조(제출 및 인도의무) ①전술한 종류의 대상을 소지하고 있는 자는 요구가 있으면 이를 제출하고 인도할 의무가 있다.
②전항의 의무이행을 거부하는 경우에는 제70조에 규정된 질서벌 및 강제수단을 부과할 수 있다. 단 증언거부권이 있는 자에게는 적용되지 않는다.

명시하고 있지 않은바, 법원의 명령이 없는 경우에도 경찰, 검찰이 자료 제출을 요구할 수 있고 금융기관은 이에 따라야 한다는 입장이다.[94]

### 3) 증인소환신문(StPO §161a)

검사는 금융기관의 직원을 증인으로 소환하여 신문할 수 있는데, 형사소송에서는 민사소송과는 달리 금융기관의 직원은 비밀에 해당한다는 이유로 증언을 거부할 수 없고, 진술할 의무가 있다(법 제161a조 제1항).[95]

다만, 금융기관의 직원이 개별 고객의 거래내역에 대하여 자세한 정보를 아는 것을 사실상 기대하기 어렵고 위 제도는 금융기관으로부터 다른 어떤 방법으로도 금융거래내역을 받지 못한 때, 마지막 수단으로서 사용할 수 있을 것이다.

### 4) 형사소송절차에서 자료요청(StPO §160)

검사는 형사소송법 제161조 제1항에 의하여 해당 공법상 금융기관에 대하여 정보를 제공할 것을 요청할 수 있는데,[96] 이때 정보를 제공한다고 하여 금융기관의 비밀유지의무에 위반하는 것은 아니다.

검사는 사법상 금융기관에 대하여 형사소송법 제161조 제1항에 근거

---

94) 다만, 자료제출요구의 경우에도 원칙적으로 법원의 명령이 필요하다고 보는 견해도 있는데, 위 견해는 검찰의 경우 지체의 위험이 있는 경우에 긴급권한이 있는 것에 불구하고 자발적으로 인도하지 않는 경우에는 법원에 의한 압수절차에 따라야 한다고 한다(제94조 제2항).

95) 형사소송법 제161조a(검사에 의한 증인신문 및 감정인신문) ①증인과 감정인은 검사의 소환에 응하여 출석하고 사건에 관하여 진술하거나 감정을 행할 의무가 있다. 다른 규정이 없는 한 제1편 제6장과 제7장의 증인과 감정인에 관한 규정을 준용한다. 선서에 의한 신문은 법관이 행한다.

96) 형사소송법 제161조(수사; 비밀수사로 획득한 정보의 사용) ①제160조 제1항 내지 제3항에 명시된 목적에 따라 검사는 모든 공공기관에 대하여 정보를 요구할 수 있고, 그 권한에 대한 다른 특별한 법규정이 없는 한 모든 종류의 수사를 스스로 수행하거나 경찰기관과 경찰직공무원이 이를 수행하도록 할 수 있다. 경찰기관과 경찰직공무원은 검사의 의뢰나 지시를 이행할 의무가 있으며, 이 경우 다른 모든 기관에게 정보를 요구할 권한을 갖는다.

하여 자료제공을 요청할 수는 없고, 먼저 형사소송법 제95조에 따라 임의적으로 자료의 제공을 요청한 다음, 이에 응하지 않으면 증인소환신문을 통하여 금융거래내역의 제공을 강제할 수 있다(제161조a). 이때 수사기관은 은행직원에게 검찰에 증인으로 출석하여야 할 의무가 있고, 의무위반의 경우 과태료 등 질서벌이 부과될 것이라는 점 등을 이용하여 사실상 금융거래내역의 제출을 강제할 수 있는 것이다.[97]

### 5) 법 위반의 효과

독일의 경우 금지된 신문방법에 의한 진술에 대하여 증거로 사용하는 것을 금지하는 것(형사소송법 제136조a)[98]이외에 달리 형사소송법에서 위법수집증거배제법칙을 규정하고 있지는 않다. 다만, 독일에서는 헌법 및 기타 법률에 위반하여 수집한 증거는 증거로 사용하는 것이 금지된다고 하는 '증거금지이론'이 영미법계의 위법수집증거배제법칙과 유사한 기능을 하고 있다. 연방헌법재판소는 인격권의 침해 단계를 3단계로 구분하여 첫 번째 사회영역에서는 증거사용금지원칙을 적용하지 않고, 두 번째 단순한 사적 영역에서는 비례성의 원칙을 통한 비교형량을 통하여 증거사용금지 여부를 결정하며, 세 번째 내밀한 영역(불가침 핵심영역)에서는 모든 침해의 경우 증거사용을 금지한다고 판시하고 있다.[99]

### 6) 소결

독일의 경우 계좌정보의 경우 영장이 없이도 수사기관이 자유롭게 취득할 수 있는 점, 계좌거래내역의 경우에도 형사소송법상의 자료제출요구(StPO §95) 및 이에 불응하는 경우 증인소환신문(StPO §161a)을 통해서 자료를 획득할 수 있는 점, 금융기관이 자료제출을 거부하여 압수·

---

97) 강지현, 앞의 논문 제433면. BeckOK StPO/Sackreuther, StPO § 161 Rn. 9; Volk/Engländer, 55면 재인용.

98) 형사소송법 제136a조(금지된 신문방법) ③ 제1항과 제2항의 금지는 피의자의 승낙과 관계없이 효력을 갖는다. 이들 금지에 위반하여 얻어진 진술은 설령 피의자가 동의할지라도 이를 증거로 사용할 수 없다.

99) 손지영/김주석, 앞의 연구서, 166면. BVerfG 34, 238. 재인용

수색영장(StPO §94)에 의하는 경우에도 긴급한 경우 영장 없이 압수수색이 가능한 점 등이 우리나라와 다른 점이라고 볼 수 있다.

## Ⅴ. 나오며- 금융거래정보 추적수사 관련 제도의 개선방안

미국, 독일의 입법례에서 보면 알 수 있듯이 외국은 금융거래정보의 경우 유체물에 대한 압수·수색, 또는 피의자가 보관하고 있는 저장매체에 저장된 정보의 압수·수색절차와는 달리 엄격한 영장주의에 의하지 않고 있을 뿐만 아니라 수사기관이 이에 접근하는 것을 넓게 허용하고 있다. 이것은 금융거래정보가 가지는 특성, 즉 이메일 등과는 달리 정보주체인 명의인이 독자적으로 이를 관리하거나 임의로 삭제할 수 있는 기록이 아니라 금융기관이 업무상 관리하고 있는 정보라는 점, 범죄의 수단 또는 범죄수익이 될 수 있는 금융거래정보의 경우 개인이 보유하고 관리하는 다른 정보와는 달리 공적인 측면이 있는 점, 유체물의 압수·수색과는 달리 피압수자에게 직접적·물리적 강제력은 없다는 점에 근거한 것으로 보인다. 그러나 대상판결은 위와 같은 외국의 입법례와는 달리, 금융거래추적 수사에 있어서 '영장 원본제시, 압수목록 교부' 등 엄격한 영장주의에 근거한 압수·수색절차를 요구하는 것으로, 금융거래정보의 특수성을 충분히 반영하지 못한 것으로 생각된다. 따라서 위 판결에 따르기보다는 금융거래추적수사와 관련된 법제도를 아래와 같이 개선하는 것이 바람직하다고 생각한다.

### 1. 금융거래정보와 관련된 압수·수색영장의 일원화

우리 형사소송법은 정보에 대한 압수·수색절차를 따로 마련하고 있지 않고, 다만 금융거래정보의 경우에 그 영장의 형식 등에 관하여서만 금융실명법에 규정하고 있어, 실질적으로는 금융거래와 관련된 정보에 해당하지만 금융실명법의 적용대상이 아니어서 일반 압수·수색영장에 의하여야 하거나 어느 영역에 속하는 정보인지 혼란스러운 경우가 많이 있다.

금융실명법상 금융거래정보는 예금·적금 등 금융자산과 관련된 거래정보이므로, 개인명의의 '대출내역'이나 '신용카드 개설 그 자체'에 관한 정보는 이에 포함되지 않고, 신용카드 회원의 인적사항, 사용내역 등 신용카드 관련 정보 역시 금융실명법의 적용 대상이 아니라 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률(이하, '신용정보법'이라 한다)이 적용된다. 따라서 수사기관이 수사대상자가 특정 신용카드회사의 신용카드를 사용하고 있는지 여부, 신용카드 회원 가입 당시 제공한 정보, 신용카드 사용내역 등 신용정보를 확보하려면 해당정보주체의 동의가 없는 경우 법관이 발부한 압수·수색영장에 의하여 신용정보회사 등에게 정보제공을 요구하여야 한다(신용정보법 제32조 제6항 제5호).[100] 이때에는 금융실명법에서 정하고 있는 계좌추적영장이 아니라 형사소송법상 일반 압수·수색영장에 의하여야 하는데, 실무에서 많은 혼선이 발생하고 있다. 예를 들자면, 음식점, 버스 등에서 사용된 신용카드에 대한 가입자 인적사항, 연락처, 거래내역 등에 대하여 계좌추적영장이 청구되는 경우, 신용카드나 체크카드의 가입자 인적사항 등 발급정보 및 사용내역은 '금융거래정보'라고 볼 수 없기 때문에 일반 압수·수색영장으로 청구하여야 함에도 계좌추적영장이 청구된 것이라는 이유로 영장이 기각되는 경우가 있다. 반대로 신용카드나 체크카드 대금의 결제 계좌에 대한 조회는 계좌추적영장의 대상임에도 일반 압수·수색영장을 청구하여 형식 미비로 기각되는 경우가 종종 발생하고 있는 것이다.[101]

그러나 신용카드업 역시 금융실명법 시행령상 금융기관에 해당하는 여신전문금융업에 포함되고,[102] 신용정보주체의 거래내용을 판단할 수 있

---

100) 신용정보법 제32조(개인신용정보의 제공·활용에 대한 동의) ⑥ 신용정보회사등이 개인신용정보를 제공하는 경우로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제1항부터 제5항까지를 적용하지 아니한다. <개정 2015. 3. 11.>
5. 법원의 제출명령 또는 법관이 발부한 영장에 따라 제공하는 경우

101) 신용카드나 체크카드의 개설정보 및 사용내역 뿐만 아니라 그 카드 대금의 결제계좌의 거래내역서(금융거래정보와 자료)를 대상으로 하는 경우에는 금융계좌추적용 압수수색영장을 청구하여야 한다.

102) 금융실명법 시행령 제2조(금융회사등)
2. 「여신전문금융업법」에 따른 여신전문금융회사 및 신기술사업투자조합
여신전문금융업법 제2조(정의)
1. "여신전문금융업(與信專門金融業)"이란 신용카드업, 시설대여업, 할부금융업 또는 신기

는 거래정보[103] 중 상당부분은 금융거래정보와 중복된다. 또한 신용카드업자가 발급하는 직불카드는 직불카드회원과 신용카드가맹점 간에 전자적 또는 자기적 방법으로 금융거래계좌 이체하는 등의 방법으로 결제가 이루어지도록 하는 것으로(여신전문금융업법 제2조 제6호) 금융거래를 포함하고, 신용카드사가 신용카드 회원에게 자금 융통을 하는 등의 방법으로 신용공여를 하는 경우(여신전문금융업법 제2조 제18호, 같은 법 시행령 제2조의4 제1항 제2호 등) 금융기관의 계좌를 이용하여 금융거래와 매우 유사한바, 그 성질에 비추어 신용카드 사용내역, 할부금융이용내역, 직불카드 사용내역 등은 광의적 의미에서 금융거래정보에 포함될 필요가 있다.

또한 최근 금융거래는 고객이 직접 은행을 방문하여 이루어지는 대면거래보다, 인터넷 뱅킹 또는 모바일 뱅킹 시스템을 이용하여 이루어지는 경우가 많다. 이 경우 정보통신망, 즉 인터넷서비스를 이용한 거래이기 때문에 금융거래정보 확인을 해서는 그 접속 아이디(ID), 비밀번호, 접속장소 등을 우선적으로 확인하는 것이 필요한데, 이때 어떠한 형태의 압수·수색영장 또는 허가장을 청구하여야 하는지 실무상 논란이 되는 경우가 있다.

예를 들자면, 범죄자가 특정 노트북을 이용하여 금융기관의 인터넷 사이트에 접속하여 인터넷 뱅킹을 하는 경우 그 접속 아이디(ID), 접속장소 등 접속자료를 확인하기 위하여 통신비밀보호법상의 통신사실확인자료제공요청 허가청구를 할 것인지, 아니면 형사소송법상 일반 압수·수색영장을 청구할 것인지, 계좌추적영장을 청구할 것인지 여부가 문제된다.

원래 해당 MAC주소(Media Access Control Address)[104]로 네이버

---

술사업금융업을 말한다.

103) 신용정보법 제2조 제1호 나목 신용정보주체의 거래내용을 판단할 수 있는 정보란 "대출, 보증, 담보제공, 당좌거래(가계당좌거래를 포함한다), 신용카드, 할부금융, 시설대여와 금융거래 등 상거래와 관련하여 그 거래의 종류, 기간, 금액 및 한도 등에 관한 사항"을 의미한다(신용정보법 시행령 제2조 제2호).

104) MAC주소(Media Access Control Address)란, 네트워크에 사용되는 모든 기기의 고유번호, 즉 컴퓨터 본체에 있는 랜카드의 고유번호(제조번호)를 의미하는 것이다. 네이버 지식백과, 참조.
https://terms.naver.com/entry.nhn?docId=3404407&cid=40942&categoryId=32847.

등 일반 전기통신사업자에 대한 인터넷 로그기록자료, 발신기지국 위치 추적자료[105] 등이 필요한 경우 통신비밀보호법상 통신사실확인자료제공 요청 허가청구를 하여야 하고(통신비밀보호법 제13조 제1항), 해당 MAC주소로 금융기관이나 전기통신사업자가 아닌 단체의 사이트에 접속한 내역이 필요한 경우 형사소송법상의 일반 압수·수색영장을 청구하여야 한다.

그러나 해당컴퓨터의 MAC주소로 금융기관의 인터넷 사이트에 접속하여 인터넷 뱅킹을 이용한 자료가 필요한 경우, 접속자의 아이디(ID)와 IP 주소, 최종 접속시간, 접속자 인적사항 등의 접속자료는 금융거래정보와 일체를 이루거나 금융거래에 필수적으로 수반되는 것으로서 금융기관에서는 인터넷으로 해당사이트를 접속할 때 상대방 접속자의 MAC주소를 전산에 보관하고 있기 때문에[106] 이때에는 계좌추적영장에 의하여야 하는 것이다.

최근에는 정보기술(IT)의 발달로 새로운 형태의 금융기술이 발달하여 카카오페이, 삼성페이, 네이버페이 등 간편한 지급결제 서비스를 제공하는 핀테크 업체[107]들이 등장함에 따라 위 업체들이 보관, 처리하고 있는 정보를 획득을 위해서는 어떠한 형태의 영장이 필요한 것인지 문제가 되고 있다. 핀테크 기술 활성화를 위하여 2018. 12. 31. 금융혁신지원특별법(2019. 4. 1.시행)이 제정되었고, 현재 위와 같은 간편결제 서비스의 이용이 증가함에 따라 핀테크 업체를 상대로 이용자의 계정, 연동 금융계좌 내역 등을 요구할 때 실무상 일반 압수·수색영장과 계좌추적영장이 혼용하여 사용되고 있다.

핀테크 업체는 금융혁신지원특별법에 규정된 '혁신금융사업자' 또는 '지정대리인'에 해당하고(금융혁신특별지원법 제2조 제5호),[108] 간편결제

105) 통신비밀보호법 제2조(정의) 11호

106) 신한은행, 하나은행 등은 금융거래정보 보호를 위하여 특정 MAC주소 또는 IP 주소를 수개 지정하여 해당 기기 또는 주소에서만 계좌이체 등을 할 수 있도록 하고 있어서 상대방의 MAC주소를 전산에 보관하고 있다.

107) 핀테크(FinTech)란, 'Finance(금융)와 Technology(기술)의 합성어로, 금융과 IT의 융합을 통한 금융서비스 및 산업의 변화를 통칭'한다. 금융위원회 금융용어사전.

108) 금융혁신지원특별법 제2조 5호. "혁신금융사업자"란 제5조에 따라 혁신금융서비스 지정 신청을 한 회사로서 제4조에 따라 금융위원회가 혁신금융서비스로 지정한 금융서비스를 제공하는 회사를 말한다

서비스에 이용된 신용카드의 거래를 대행하는 자에 해당하며(여신전문금융업법 제2조 제5호의 나목),[109] 간편결제서비스에 연동된 금융계좌를 이용하는 경우 금융실명법상 금융회사의 업무를 대행하는 행위에 해당하여(금융실명법 제2조 제3호)[110] 위와 같은 거래내역의 추적에도 계좌추적영장이 부합할 여지가 있다. 다만, 핀테크업체는 기본적으로는 인터넷서비스제공자로서의 지위를 가지고 있으면서 신용거래 또는 금융거래를 대행하는 업체로서, 금융실명법 제2조 제1호 하목, 금융실명법 시행령 제2조의 금융기관에 포함된다고 보기 어렵다는 문제점이 있다.[111]

결국, 금융과 관련된 기술의 변화에 따라 금융거래추적 수사에 있어서 그 영장의 형식을 정하기 어려워 수사실무를 담당하는 경찰, 검사 등 수사기관 뿐만 아니라 법원에서도 업무상 많은 혼란이 발생하고 있는 바,[112] 금융거래정보 또는 이와 유사한 정보를 획득하기 위하여 영장을 청구하는 경우 그 방식의 통일을 통한 수사의 신속성 도모가 필요하다.

수사기관이 수사대상자의 금융기관이 보관하고 있는 금융거래정보, 금

---

109) 여신전문금융업법 제2조 제5호. "신용카드가맹점"이란 다음 각 목의 자를 말한다.
나. 신용카드업자와의 계약에 따라 신용카드회원등에게 물품의 판매 또는 용역의 제공 등을 하는 자를 위하여 신용카드등에 의한 거래를 대행(代行)하는 자(이하 "결제대행업체"라 한다)

110) 금융실명법 제2조 3. "금융거래"란 금융회사등이 금융자산을 수입(受入)·매매·환매·중개·할인·발행·상환·환급·수탁·등록·교환하거나 그 이자, 할인액 또는 배당을 지급하는 것과 이를 대행하는 것 또는 그 밖에 금융자산을 대상으로 하는 거래로서 총리령으로 정하는 것을 말한다

111) 금융실명법 제2조 제1호 하목에서는 '그 밖에 대통령령으로 정하는 기관'을 금융회사로 본다고 하고 있고, 동법 시행령 제2조 제2호에 ' 「여신전문금융업법」에 따른 여신전문금융회사 및 신기술사업투자조합'을 금융기관에 포함하고 있으나, 핀테크 업체 자체가 여신전문금융회사에 해당한다고 보기 어렵다. 동법 시행령 제2조 제13호에는 ' 그 밖에 사실상 금융거래를 하는 개인 또는 법인으로서 총리령으로 정하는 자'도 포함하나, 현재까지 동법 시행규칙에는 위 부분을 따로 정한 바가 없어서 핀테크 업체가 이에 포함된다고 볼 수 없다.

112) 실제로 수사기관이 신용카드회사에 대상자의 신용카드의 사용내역을 실시간으로 송부하여 줄 것을 요청하는 경우, 법원은 신용카드 회사는 회원이 신용카드 사용내역에 관하여 SMS등 통지에 중점을 두고 통신사실자료제공요청 허가서에 의하여야 한다며 압수·수색영장을 기각한 경우도 있고, 신용카드 사용내역에 초점을 두어 일반 압수·수색영장에 의하여야 한다는 이유로 통신사실확인자료제공 요청허가서를 기각한 사례도 있는 등 법원 실무 또한 일정하지 않은 것이 현실이다.

융거래정보와 연계된 신용정보, 인터넷 또는 모바일을 기반으로 하여 이루어지는 핀테크 업체를 통하여 이루어지는 금융거래정보 등을 취득하는 경우 그 정보의 보관자가 누구인지와 상관없이 형사소송절차의 일환이므로 형사소송법에 그 영장 또는 허가장의 종류,[113] 허가장 또는 영장의 양식, 집행 및 통지절차 등을 규정하는 등 법제의 일원화가 필요하고, 특히 제3자가 보관하는 정보에 대한 압수·수색절차의 특수성을 반영하여 '정보영장'제도를 마련할 필요가 있다.

## 2. 계좌정보와 금융거래내역정보 요구제도의 이원화

금융실명법은 계좌명의인의 성명, 주민등록번호, 주소지 등 인적사항 및 계좌번호 등 기본적이고 형식적인 계좌정보와 입금, 출금 등의 거래내역, 즉 입출금 또는 계좌 이체 일시, 장소, 송금을 받은 자 등을 따로 구별하지 않은 채 모두 금융실명법의 적용대상이 되는 금융거래정보로 보고 있다. 즉 계좌명의인에 대한 고객정보조회서(CIF)에 기재된 성명, 주민등록번호, 주소지 등의 형식적인 정보까지 모두 계좌추적영장에 의하여서만 확보할 수 있도록 되어 있는 것이다.

그러나 계좌 명의인의 인적사항 등 계좌정보는 금융거래내역과는 달리, 어떠한 금융거래의 실질을 담고 있는 것이 아니어서 달리 취급할 필요가 있다. 미국은 '계좌정보'에는 대배심의 소환장이 필요하지 않을 뿐만 아니라, 계좌정보를 조회한 경우에는 따로 통지절차를 두지 않고 있는 점, 독일도 계좌정보는 영장 없이 제공받을 수 있도록 하고 있는 점 등 다른 나라의 입법례에 비추어 볼 때 계좌정보까지 영장을 요구하는 것은 지나치게 엄격한 제한으로 볼 수 있다. 계좌정보만이라도 영장 없이 확인할 수 있다면 수사의 신속성이 확보될 수 있을 뿐만 아니라[114]

113) 통화일시, 장소, 발신 및 역발신 내역 등에 대하여는 통신비밀보호법상 '통신사실확인자료제공요청 허가서'에 의하도록 되어 있는데, 위 허가서는 실무상 '통신영장'이라고 불리고 있다. 위 허가서는 사실상 법관에 의하여 그 필요성을 검토하여 발부하는 것으로 영장과 다르지 않은바, 이에 대하여도 별도의 명칭을 사용하여 분리하기 보다는 영장제도의 범주에 포섭하는 것이 타당하다고 생각된다.

114) 보통 사법경찰관이 계좌추적을 하는 경우 금융거래계좌 추적용 압수수색영장의 신청-검사의 청구- 법원의 영장발부-사법경찰관에 의한 영장의 집행까지 약 2~3일의 기간이

계좌정보의 확인을 위하여 불필요하게 영장을 발부받아 금융거래내용까지 추적수사하지 않아도 될 것이다.

통화내역 등의 통신사실 확인자료와는 달리 전기통신의 가입자 성명, 주민등록번호, 정보통신망 이용 아이디, 가입 또는 해지일자 등의 '통신자료'의 경우 별도의 허가장이 없이도 수사기관은 전기통신사업자에게 제공받을 수 있도록 하고 있는 것(전기통신사업법 제83조 제3항, 제4항)[115]에 비추어 보아도, 계좌정보는 계좌거래내역 등의 정보와 달리 취급할 필요가 있다.

### 3. 전자영장제도, 집행결과 관리제도 도입

대상판결 선고 이후 2019. 10. 7. 서울중앙지방법원에서 모사전송 방식에 의하여 압수·수색영장을 집행하여 카카오톡 메시지 등을 압수한 것이 위법하다는 이유로 국가배상책임까지 인정한 바 있다.[116] 위 판례에 의하면 계좌추적영장 역시 카카오톡에 대한 압수·수색영장과 마찬가지로 모사전송에 의할 경우, 해당 금융거래정보에 대해 증거능력을 부정하는 것에서 더 나아가 수사기관이 국가배상책임을 져야 할 수도 있는바, 이제는 금융거래추적 수사에서 전자적 방식에 의한 영장 제시 및 압수가 더 이상 불가능해졌다고 볼 수 있다.

---

소요된다. 물론 이 경우 영장을 금융기관에 전자팩스로 하는 송부하는 방법으로 집행하는 경우에 그러하다는 것이지, 실제 장소적으로 떨어진 곳에 영장을 직접 제시하는 방법으로 집행하여야 한다면 이 보다 긴 시간이 필요할 것이다.

115) 수사기관이 KICS에 조회대상 핸드폰 번호, 요청사유, 해당 이용자와의 연관성, 필요한 자료의 범위를 입력하고, 전기통신 가입자의 성명, 주민등록번호, 주소지, 가입기간 등의 정보를 전산으로 제공받을 수 있도록 되어 있다.

116) 2019. 10. 7. 서울중앙지방법원은 수사기관이 세월호 참사 책임자의 처벌을 요구하는 집회와 관련된 일반교통방해사건에서 집회 주도자에 대한 카카오톡 메시지 내용 등에 대한 압수수색과 관련하여, 경찰이 영장을 집행하면서 영장 원본을 카카오톡에게 제시하지 않고 팩스로 송부한 것은 위법하다'고 판단하여 국가는 원고에게 100만원의 손해배상금을 지급하라고 판결하기도 했다(2014가단5351343 판결). 2019. 10. 7.자 법률신문, [판결] "단톡방 멤버 전체 정보 압수 적법… 영장, 팩스로 보낸 건 위법, 서울중앙지법 "과잉 압수수색으로 볼 수는 없어", 팩스 영장 부분만 위법으로 판단… "100만원 배상" 참조.
https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=156267

그러나 앞서 검토한바와 같이, 수사기관이 금융기관을 상대로 압수·수색영장을 집행하는 경우에도 유체물에 대한 압수·수색절차와 마찬가지로 직접 해당 금융기관을 방문하여 압수수색영장 '원본'을 제시하고 직접 서버에 접속하여 정보를 압수를 하는 것은 그로 인한 권리보호의 효과는 크지 않은 반면 수사의 효율성 및 피압수자인 금융기관의 영업권은 심각하게 저해된다. 따라서 계좌추적영장의 전자적 청구·발부뿐만 아니라 그 집행까지 전자적 방법에 의하여 이루어지고, 정보보관자의 협력을 전제로 하는 '전자영장제도(electronic warrant, e-Warrant)'를 도입할 필요가 있다.[117] 현재 형사사건의 수사 및 재판절차에 KICS를 도입하여 그 시스템이 어느 정도 안정화된 상태인바, 이를 활용하면 전자영장제도를 도입이 크게 어려운 일은 아닐 것이다. 전자영장의 신청·청구·발부를 KICS를 이용하여 위 시스템에서 하도록 하고, 금융기관 역시 위 시스템 또는 각 수사기관 홈페이지에 접속하여 영장원본을 조회하도록 한다면,[118] 영장 사본 제시로 인한 문제는 발생하지 않을 것이고, 수사의 신속성 또한 도모할 수 있다.

이 경우 현재 금융기관에서 기록하여 보관하도록 하고 있는 영장의 집행일시 및 집행자, 정보제공요구자의 인적사항, 요구내용 및 요구일, 정보제공자의 인적사항 등 정보제공자 등에 관한 기록, 통보유예요청일 및 그 기간, 횟수 등 역시 KICS에 기록이 남도록 하여[119] 집행결과를 관리할 필요가 있다.

일반 팩스로 계좌추적영장을 집행한 후 상당한 시간이 지나서 명의인이 정보제공 내역에 대하여 통보받고 해당 수사기관에 문의하는 경우 그

117) 전자영장제도와 관련한 제도적 검토는 이상원, "전자영장제도의 도입방안에 관한 연구" [2012 용역과제], 법무부. 참조

118) KICS에 국가기관이 아닌 금융기관의 개별 직원이 영장조회를 위하여 접속하는 것은 보안상 문제가 있다는 지적이 있을 수 있다. 엄격한 보안시스템이 마련되기 전에 영장의 전자적 제시 또는 조회가 필요한 경우, 각 수사기관의 홈페이지를 이용한 영장 조회가 대안이 될 수 있을 것이다.

119) 국가기관도 아닌 개별 금융기관과 수사기관을 하나의 전산망으로 연결하는 것은 막대한 비용이 들 뿐만 아니라, 수사의 보안이 침해될 여지도 있는바 금융감독원 또는 금융위원회가 독일의 연방금융감독청처럼 개별 금융기관의 금융정보를 전산상 자동제공받을 수 있도록 하고, 수사기관에서 현재 이용하고 있는 형사사법포탈시스템(KICS) 내 '계좌영장집행시스템'을 위 금융위원회 등과 연계하여 자료제공요청을 할 수 있도록 할 필요가 있다.

기록이 전산에 남지 않아서 충분한 설명을 해줄 수 없는 경우가 많은바, 이러한 부분은 개선할 필요가 있다. 정보주체인 명의인이 금융기관으로부터 계좌추적과 관련된 사항을 통보받고 확인을 요청할 때, 수사기관은 위와 같이 전산으로 관리된 집행결과내역을 근거로 답변을 할 수 있도록 하여 정보주체의 권리를 보호할 필요가 있다.

또한 금융기관이 수사기관에 금융거래정보내역을 송부하는 경우 해당 기관의 직원의 관용 이메일 또는 팩스로 그 내역을 송부하고 있으나, 금융거래내역을 송부하는 경우 수사기관 직원의 개인 관용메일이 아닌 각 수사기관별로 계좌추적영장 정보수신처를 따로 정하여[120] 해당 수신처로 정보를 제공하도록 할 필요가 있다. 이렇게 하면, 금융기관의 입장에서도 각 수사기관별로 정해진 수신처에 정보를 제공하기 때문에 금융거래정보가 영장집행 담당자가 아닌 제3자에게 잘못 제공되는 경우를 피할 수 있고, 궁극적으로 위와 같은 수신처를 통해서 금융거래내역을 송부받는 경우 사건이 종국적으로 처분된 이후에는 수사기관이 제공받아 보유하고 있는 정보파일을 일괄 삭제하도록 하여 불필요하게 수사기관이 수사대상자의 정보를 보관하는 것을 막을 필요가 있다.

### 4. 긴급 압수·수색제도의 도입 - 영장주의 예외 인정와 관련하여

수사기관 측에서는 ①미국, 일본, 독일 등의 실무례 및 금융위원회, 금융감독원 등 기타 수사기관을 제외한 국가기관 또는 공공기관의 경우 영장주의가 배제된다는 점을 들어 금융거래정보에 대한 추적수사에서 영장주의 예외를 인정하자는 견해[121] ②국세청, 관세청, 공정거래위원회 등 공공기관의 고발사건 또는 공공기관의 조사범위에 포함된 특정 범죄사건에서는 포괄영장을 허용하고 범죄사실 및 압수수색사유의 소명을 완화하

120) 수사기관의 개별 수사관에게 부여된 관용 이메일이 아니라(00@spo.go.kr), 이메일 압수 등 송수신이 완료된 정보를 수신할 수 있는 수사기관의 별도 계정을 만들고(예를 들면, seoulcentraldistrict@spo.go.kr) 위 계정으로만 해당 정보를 보낸 후, 수사관의 개별 이메일로는 해당 정보에 접속할 수 있는 개별 암호를 송부하는 방식으로 할 필요가 있다.

121) 노정환, “현행 압수수색제도에 대한 비판적 고찰- 실무상 문제점을 중심으로-”, 「법조」 통권643호(2010.1), 50-51면. 이창수, 앞의 논문, 111-113면.

여야 한다는 견해[122], ③금융정보분석원이 보유하고 있는 정보에 경찰, 검찰 등 수사기관이 영장없이 직접 접속하여 정보를 공유할 수 있게 하여야 한다는 견해[123], ④금융거래정보요구권은 국가기관이 제3자인 금융기관을 통해서 처분대상자(계좌명의인)의 기본권을 침해한다는 점에서 다른 강제처분과 다르고, 신체의 자유 및 거주의 자유 등과 동등한 차원에서 보호될 필요가 없는 점, 금융실명법 제4조 제1항에서 영장청구권의 주체를 검사로 한정하지 않는 점 등을 들어서 금융거래정보요구권의 경우 '변호사 자격을 소지한 사법경찰관' 단독으로 영장을 청구할 수 있도록 하여 수사의 실효성을 높여야 한다는 견해 등이 있다.[124]

그러나 위와 같은 주장들은 모두 개인의 정보보호보다는 수사기관의 수사의 효율성 확보에 중점을 두는 것으로, 국가기관에 대한 불신, 개인정보보호 침해에 대한 우려가 심한 우리나라의 현실상[125] 이러한 주장은 받아들여지기 어려울 것으로 보인다. 특히 ④의 주장은 헌법상 영장청구권의 주체는 검사로 한정하여 명시되어 있는 점(헌법 제12조 제3항),[126] 검사만이 영장청구권을 가지도록 한 것은 권한의 분배의 문제가 아니라 사법경찰관이 신청한 영장에 대하여 준사법기관인 검사가 한 번 더 검토하여 적법절차 위배사항이 없는지 살피도록 한 것인 점 등을 종합할 때,

---

122) 고은석, 앞의 논문, 163-164면.

123) 강성용/이성기/박형식. "효율적 범죄 수사 지원을 위한 금융정보분석원 개선 방안 연구". 「경찰학연구」, 12(2), 경찰대학 경찰학연구편집위원회,(2012), 102면.

124) 김재윤, 앞의 논문, 85면.

125) 2016년 세월호 집회와 관련하여 수사기관이 전기통신사업법에 의하여 영장 없이 통신자료를 조회할 수 있다는 것이 알려지면서, 많은 언론 및 시민들이 이의를 제기한 바 있고, 이에 따라 통신자료의 경우에도 법관이 발부한 영장에 의하도록 영장주의를 적용하자는 주장이 제기되기도 하였다. 2019. 9. 18.자 미디어 오늘, "인권 침해 구멍숭숭 통신비밀보호법, 이렇게 고치자, 인권 침해 구멍숭숭 통신비밀보호법, 이렇게 고치자, [토론회] 정보인권 단체·박주민 의원실 전면개정안 제안… 감청 무제한 연장·실시간 위치추적 등 통제 대폭 강화연장·실시간 위치추적 등 통제 대폭 강화",
http://www.mediatoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=202451,
2019. 10. 30.자 미디어 오늘, "朴정부, 기자 개인정보 털었던 사건 기억하십니까",
http://www.mediatoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=203326.

126) 헌법 제12조③체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.

금융거래정보에 대하여 영장주의를 관철하는 하는 한 영장청구권자를 사법경찰관으로 확대하는 것은 헌법의 문언해석에 반하여 허용될 수 없다.

다만, 긴급성이 인정되는 경우 수사기관이 영장없이 금융거래정보를 제공받을 수 있도록 하고, 사후에 영장을 발부받도록 하는 긴급 압수·수색제도를 도입할 필요하다고 생각된다. 예를 들자면, 보이스피싱 범죄 수사와 관련하여, 피해자들이 송금한 돈을 범죄자들이 실시간으로 출금 또는 송금하는 경우가 대부분인데 반하여 수사기관이 이들 계좌의 흐름을 추적하려면 서면기록을 만들어 계좌추적영장을 청구·발부받아야 하기 때문에 신속한 수사 및 피해구제가 어렵다는 비판이 많이 제기되고 있다.[127] 특히 대상사건 판결에 따라 수사기관이 계좌추적영장을 발부받은 뒤 금융기관에 직접 영장을 제시하고 정보를 수색하여 압수하여야 한다면, 인터넷 뱅킹, 모바일 뱅킹을 넘어 환치기 계좌까지 이용하여 피해금을 해외로 유출하는 보이스피싱 범인을 실시간으로 수사하여 검거하는 것은 사실상 불가능하다고 볼 수 있다.

이러한 경우 신용정보법에서 범죄로 인하여 피해자의 생명이나 신체에 심각한 위험이 발생이 예상되는 등 긴급한 상황에서는 영장 없이 신용정보를 제공받을 수 있으나, 정보를 제공받은 때로부터 36시간 이내에 압수·수색영장을 청구하여야 하고, 영장을 발부받지 못하면 지체없이 제공받은 정보를 폐기하도록 하는 긴급압수수색(같은 법 제32조 제6항 제6호)[128]을 참고로 하여 긴급 계좌추적제도를 마련할 수 있을 것이다.

그러나 이러한 영장주의의 예외를 무한정 넓게 인정하면 영장주의를 잠탈할 수 있는 점, 전자영장제도가 도입된다면 사실상 영장발부의 신속성이 어느 정도 확보되는바, 긴급 압수·수색이 필요한 영역은 제한될 필요가 있는 점 등을 종합할 때, 보이스피싱 범죄, 인질강도 등의 강력범죄

---

127) 경찰이 수사하는 사건의 경우 계좌추적영장 신청, 검찰의 청구 및 법원의 영장발부까지 소요되는 시간이 너무나 장시간이 소요될 뿐만 아니라 영장이 공휴일 또는 야간에 발부되는 경우 금융기관이 영업을 하지 않기 때문에 그 집행 또한 어렵다며 영장없이 계좌추적을 할 수 있도록 하여야 한다고 주장한다. 윤해성/ 곽대경, “보이스피싱의 예방과 대책마련을 위한 연구”, 「형사정책연구원 연구총서」, 한국형사정책연구원, (2009. 12.), 78면. 신상철, “대만 보이스피싱 범죄조직 국내활동 분석”, 「아시아연구」 21(3), 한국아시아학회(2018. 08.) 185-186면.

128) 신용정보법 제32조(개인신용정보의 제공・활용에 대한 동의) 제6항.

등 긴급성이 인정되는 특정 범죄군에 한정하여 긴급 계좌추적수사를 인정하고, 사후에 영장을 발부받도록 할 필요가 있다.

## 5. 소결

금융거래정보는 기업범죄, 뇌물범죄, 보이스피싱 범죄 등 현대사회의 중요한 범죄사건에서 혐의유무를 밝히는 중요한 증거이자 범죄수익 환수의 기초자료로서 수사기관이 신속히 이러한 정보를 확보하는 것은 매우 중요하다. 미국, 독일 등 선진국에서는 이러한 이유에서 금융기관이 보관한 금융거래정보의 경우, 영장주의 예외의 범주로 취급하거나 영장주의를 완화하고 있다. 이와 비교하면, 우리나라는 모든 금융거래정보에 대해 지나치게 엄격한 영장주의를 적용하고 있을 뿐만 아니라, 금융거래정보의 압수·수색은 유체물의 압수·수색과는 다른 특성이 있음에도 불구하고, 이를 고려하고 있지 않아 법과 현실의 괴리가 있는 상태이다.

특히, 대상사건 판례에 의하면, 더 이상 계좌추적영장의 집행에 있어 전자팩스에 의한 모사전송 방식을 이용할 수 없고, 해당 은행에 직접 영장을 제시하여야 하는 등 영장의 집행방법 또한 매우 제한될 수밖에 없다. 그러나 위와 같은 영장집행방법은 현실적으로 피의자 등 사건관계인 및 피압수·수색당사자인 금융기관의 권리보호에 크게 도움이 되지 않는 반면, 계좌추적수사의 효율성을 크게 떨어뜨리게 되고 결국 범인의 검거, 증거의 확보 및 범죄수익환수에 많은 지장이 있을 수밖에 없다.

따라서 금융거래추적수사의 효율성, 사건당사자 및 피압수자의 보호를 함께 추구할 수 있도록 정보에 대한 압수·수색영장의 일원화, 계좌정보와 금융거래정보 요구제도의 이원화, KICS를 이용한 전자영장 및 집행관리제도, 긴급 압수·수색절차 도입을 위한 법률개정이 시급하다.

(논문투고일: 2019.12.08, 심사개시일: 2019.12.15, 게재확정일: 2019.12.19)

이순옥

금융거래정보, 금융거래추적, 프라이버시권, 개인정보보호, 압수·수색영장

# 【참 고 문 헌】

## Ⅰ. 단행본

신동운, 「신형사소송」법(제5판), 법문사, 2015.,
이창현, 「형사소송법」(제5판), 정독, 2019
차용석/최용성, 「형사소송법」(제2판), 법문사, 2004
은행연합회,「금융실명거래 업무해설」 , 2016.

## Ⅱ. 연구보고서

손지영/김주석, 압수수색 절차의 개선방안에 관한 연구, 사법정책연구원, 2016.
강석구/이상수/손진/강지현/최혜선/민수현, 주요 해외국 법집행기관의 금융거래추적 운영 실태에 대한 연구, 형사정책연구원 연구총서, 2017
이상원, 전자영장제도의 도입방안에 관한 연구, 2012, 법무부 용역과제

## Ⅲ. 논문

강성용· 이성기· 박형식. 효율적 범죄 수사 지원을 위한 금융정보분석원 개선 방안 연구. 「경찰학연구」, 12(2), 경찰대학 경찰학연구편집위원회, 2012
강지현. 금융거래추적수사와 범죄수익환수에 대한 독일의 논의 분석. 「법학논총」, 38(1), 전남대학교 법학연구소, 2018
고은석, 수사기관의 금융거래 추적 수사와 영장주의의 예외, 「형사법의 신동향」통권 제634호, 대검찰청, 2009.
김기범, “압수수색영장의 전자적 제시에 관한 입법적 연구”, 「경찰학연구」 18(2), 경찰대학교 경찰학편집위원회, 2018
김재윤, 금융거래정보요구 영장청구에 대한 개선방안. 「법학논총」, 34(3), 전남대학교 법학연구소, 2014.

노세호, “모사전송을 통한 압수영장 제시의 논란과 개선방안에 관한 연구”, 「디지털포렌식 연구」 제10권 제2호, 2016

노정환, 현행 압수수색제도에 대한 비판적 고찰- 실무상 문제점을 중심으로-, 「법조」통권643호, 2010.

서보학. 예금자비밀보호와 계좌추적의 요건 및 한계. 「형사정책」, 14(1), 2002.

신상철, “대만 보이스피싱 범죄조직 국내활동 분석”, 「아시아연구」 21(3), 한국아시아학회, 2018.

윤동호, 금융거래정보요구권과 영장주의,「형사정책연구」 제20권 제2호, 2009.

윤해성/ 곽대경, “보이스피싱의 예방과 대책마련을 위한 연구”, 「형사정책연구원 연구총서」, 한국형사정책연구원, 2009.

이주원, 디지털 증거에 대한 압수수색제도의 개선, 「안암법학」. 통권 제37호, 2012.

이창수, 미국에서의 계좌추적”,「형사법의 신동향」 통권 제15호, 2008.

임정하, 국가기관의 금융거래정보 접근·이용과 그 법적 쟁점 - 금융실명법과 특정금융거래보고법을 중심으로, 「경제법연구」, 12(2), 한국경제법학회, 2013.

정진연, 금융거래추적수사,「고시연구」, 2003.

최정학, 돈세탁 방지와 부패통제”, 「민주법학」 제23호, 민주주의 법학연구회, 2003.

## Ⅳ. 외국문헌

Department of Justice, Searching and Seizing Computers and Obtaining Electronic Evidence in Criminal Investigations, 2009

The Committee On The Judiciary House Of Representatives Federal Rules Of Criminal Procedure. 2017. 12. 1.

United States The Depart of Justice Criminal Resource Manual.

Abstract

# Financial transaction information and warrants

Lee, Soon-Ok
Associate Professor, Chung-Ang University School of Law

Financial transaction information is an important evidence of significant criminal cases in the modern society, such as corporate crimes, bribery crimes, and voice- phishing crimes. Therefore, It is very important for the investigative agency to secure such information promptly. In developed countries such as the United States and Germany, for this reason, the financial transaction information stored by financial institutions is treated as an exception to warrants or modifies requirements of warrants, while infringing the secrets themselves. In comparison, Korea applies too strict warrantism to all financial transaction information. Although seizure and search of financial transaction information have different characteristics from seizure and search of goods, there is a gap between law and investigation reality because it does not prescribe the procedure reflecting this.

As a result of the recent Supreme Court's execution of a warrant by copying the Financial account warrant, there was no suggestion of the original warrant, and the failure to issue a seizure list to a financial institution corresponds to the seizure and search in violation of the Criminal Procedure Act. According to a case that denies the evidence ability of the details(2018do2841), the warrant must be presented directly to the bank. However, while the seizure and search procedures do not really help protect the rights of the case-related parties such as the suspects and financial institutions. It greatly reduces the effectiveness of account tracking investigations, and

investigators may not have sufficient evidence. And it is true that there will be a lot of obstacles in recovering the crime.

Therefore, it is urgent to amend relevant laws to pursue the efficiency of financial transaction tracking investigations and the protection of information of account holders. To this end, the consolidation of seizure and search warrants related to information, the dualization of account information and financial transaction history information requirements system, the introduction of opposition procedures for electronic warrant systems and information subjects, and the urgent seizure of financial transaction information without warrants.

Lee, Soon-Ok

Financial Transaction Information, financial investigation, Privacy rights, Personal information protection, search and seizure warrant.

# 한국 철도사업의 진입규제 및 관련 국제통상규범에 대한 소고*

## -철도운영 민간개방 제한 입법안을 중심으로-

정 누 리**

【목 차】

I. 서론
II. 한국 철도사업의 진입규제 관련 국내 법제 및 국제통상규범 개관
III. 철도사업 진입규제 강화 입법의 국제통상규범 위반 여부
1. 사안의 개요
2. WTO협정 중 GATS 관련 검토
3. 한·미 FTA 관련 검토
4. 한·EU FTA 관련 검토
5. 주요 사항 비교 및 소결
IV. 결론

【국 문 요 약】

한국 철도사업의 현행법상 진입규제수단은 사업면허로, 「철도사업법」 제5조는 철도사업을 경영하고자 하는 자는 법에 따라 지정·고시된 사업용 철도 노선을 정하여 국토부장관의 면허를 받아야 한다고 규정하고 있다. 2013년 12월 27일 SRT의 운영사인 ㈜SR에게 철도사업 면허가 발급되었는데, 해당 면허는 2004년 12월 31일 「철도사업법」 제정 이래 법에 따라 발급된 최초의 철도사업 면허로, 당시 관련하여 많은 논란이 있었다.

본 논문은 ㈜SR의 설립을 두고 불거진 여러 쟁점들 중 ㈜SR의 민간매각 방지 보장 및 나아가 철도운영 부문의 민간개방 제한을 목적으로

* 이 논문은 2016년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2016S1A5A2A01027362).

** 이화여자대학교 국제학부 부교수

발의된 2건의 '철도사업법 일부개정법률안'(이하 "본건 개정안") 관련 사안을 국제통상규범적 측면에서 살펴보는 것을 그 목적으로 한다. 본건 개정안은 비록 ㈜SR의 설립을 계기로 발의되었으나 전체 철도사업자의 적격성을 공공부문에 한정함으로써 결과적으로 한국 철도산업 전반에 적용되는 내용을 다루고 있다. 이를 위해 본 논문은 먼저 한국 철도사업의 진입규제에 관한 국내법규 및 국제통상규범을 개관한 후, 본건 개정안과 같이 철도 노선의 운영자를 공공부문으로 제한하는, 즉 철도사업 진입규제를 강화하는 입법조치가 GATS, 한·미 FTA, 한·EU FTA 등 주요 국제통상규범에 위배되는지 여부를 검토한다.

## I. 서론

전국철도노동조합(이하 "철도노조")은 2019년 10월 11일 09시부터 14일 04시까지 있었던 현(現) 문재인 정부 출범 이래의 첫 파업에 이어 11월 20일 09시부터 25일 09시까지 총파업을 진행하였다.[1] 관련 주요 요구안 중의 하나는 고속철도[2]의 운영통합으로,[3] 이는 곧 대한민국(이하 "한국") 고속철도의 두 운영사, 즉 2004년 4월 1일 개통된 한국고속철도(이하 "KTX")의 운영사인 한국철도공사(이하 "코레일")와 2016년 12월 9일 개통된 수서(발)고속철도(이하 "SRT")의 운영사인 주식회사 에스알(구(舊) 수서고속철도주식회사, 이하 "㈜SR")[4] 간의 통합논의에 대한

1) 강갑생, "[뉴스분석] 시한부 철도 파업 끝났지만 11월이 진짜...'정권이 답해야 할 차례'", 「중앙일보」(2019.10.15); 이민정, "철도 파업 5일만에 철회…열차운행 오후부터 순차적 정상화", 「중앙일보」(2019.11.25).

2) 법률적으로 '철도'란 "여객 또는 화물을 운송하는 데 필요한 철도시설과 철도차량 및 이와 관련된 운영·지원체계가 유기적으로 구성된 운송체계"를 말하며(철도산업발전기본법 제3조 제1호), '고속철도'란 "열차가 주요 구간을 시속 200킬로미터 이상으로 주행하는 철도로서 국토교통부장관이 그 노선을 지정·고시하는 철도"를 말한다(철도의 건설 및 철도시설 유지관리에 관한 법률 제2조 제2호).

3) 권선미, "철도노조 '11월 총파업…정부는 철도 통합·개혁 요구에 답하라'", 「연합뉴스」(2019.10.21).

4) 2014년 6월 11일 수서고속철도주식회사는 사명을 ㈜SR로 변경한다고 밝혔다. 곽선미, "수서고속철도주식회사, 사명 ㈜SR로 출범", 「뉴스1코리아」(2014.06.11).

것이다. 전통적으로 철도산업에서는 통합공영화와 분리민영화 간의 논쟁이 계속 이어져 왔는데,[5] 이에 대한 대표적인 사례가 바로 ㈜SR이라 할 것이다.

철도운영 경쟁체계 도입과 민간개방 확대를 추진한 전임 박근혜 정부 하에서 설립된 ㈜SR은 코레일의 출자회사[6]로 운영되면서도 당초 민간기업의 형태를 유지하고 있었다.[7] 그러나 철도공공성 강화를 강조하는 현 정부 하에서 ㈜SR은 2018년 2월 6일 국토교통부(이하 "국토부") 산하 기타공공기관으로 지정된데 이어[8] 2019년 2월 11일 준시장형 공기업으로 변경 지정되었다.[9] ㈜SR의 설립을 두고 불거진 여러 쟁점들 중 하나는 공익서비스산업인 철도사업의 진입규제에 대한 것으로, 관련하여 발의된 2건의 '철도사업법 일부개정법률안'(이하 "본건 개정안")은 철도사업 면허를 받을 수 있는 법인의 소유권을 공공부문으로 한정하는, 즉 그 진입규제를 강화하고자 한 것이었다. ㈜SR의 민간 매각 방지 보장 및 나

---

5) 이영수, "철도 분리경쟁 운영의 문제점과 통합의 효과: 한국철도에 대한 진단과 평가가 선행되어야", 「이슈페이퍼」 17-03호 (사회공공연구원, 2017.07.10), 1면. 국유국영 방식의 철도산업 경영체제가 안고 있는 경영상의 비효율로 인한 철도경영의 재정위기는 1980년대 후반부터 전 세계적인 철도산업 구조개혁을 촉발시킨 직접적인 동인으로 작용하였다. 스웨덴과 영국을 비롯한 대부분 유럽 철도산업의 구조개혁은 철도의 기반시설과 운영을 분리하는 수직분리방식으로 추진되었으며, 일본의 철도구조개혁은 수직적으로 통합되어 있으나 지역적으로 6개의 여객철도회사와 1개의 화물철도회사로 분리하는 수평분리방식으로 추진되었다. 이와 병행하여 철도사업의 경영체제를 공사체제(국유공영체제)로 전환하거나 민영화(국유민간위탁체제, 민유민영체제)하는 노력이 전개되었다. 곽채기, "한국철도공사의 여객과 화물운송사업의 합리적 운영 방안", 「서울행정학회 기획세미나 발표논문」(서울행정학회, 2008), 35면.

6) 공공기관 경영정보 공개시스템(ALIO) 상 공개된 ㈜SR의 2019년 1/4분기 자본금 및 주주현황에 대한 사항에 따르면, 2018년 12월 31일 기준으로 ㈜SR의 주주와 각 해당 지분은 코레일 41%, 사립학교교직원연금공단 31.5%, 중소기업은행 15%, 한국산업은행 12.5%이다. 다만 상법은 다른 회사의 발행주식총수의 100분의 50을 초과하는 주식을 가진 회사를 모회사라고 하고 이 경우 그 다른 회사를 자회사라고 하므로(제342조의 2), ㈜SR이 코레일을 최대주주로 두고 있기는 하지만 엄밀한 의미에서 상법상 코레일의 자회사는 아니다.

7) 강건택, "수서발 KTX, 민간기업 직위·호칭 사용(종합)", 「연합뉴스」(2014.02.27).

8) 2018년 1월 국토부는 ㈜SR에 사회적 책임을 부여하고 경영체계의 공공성을 강화하기 위해 동년 2월 중 공공기관으로의 지정을 추진하고, 코레일과 ㈜SR의 통합 등에 대해서는 그간 추진된 철도산업 구조개혁에 대한 성과평가를 거쳐 지속가능한 철도시스템을 마련하겠다고 발표하였다. 국토교통부,「2018년 주요정책 추진계획」(2018.01), 22면.

9) 기획재정부, "2019년 공공기관 지정", 「보도자료」(2019.01.30), 2면.

아가 철도운영 부문의 민간개방 제한을 목적으로 한 본건 개정안은 한미 자유무역협정(이하 "한·미 FTA")에의 배치 가능성 여부 등으로 인해 국회 소관상임위원회인 국토교통위원회에 계류되어 있던 중[10] 2016년 5월 29일 19대 국회의 임기만료로 자동폐기되었다.

㈜SR의 설립으로 촉발된 철도운영 부문에의 민간자본 진입규제에 대한 문제는 비록 본건 개정안의 폐기와 ㈜SR의 공공기관 지정으로 일단락되었다 할 수 있겠지만, 철도산업에 대한 정부의 정책기조 변화에 따라 향후 유사한 문제가 또다시 불거질 수 있음은 어렵지 않게 가늠할 수 있다. 한국의 철도산업은 노태우 정부 이후부터 적자 해소와 운영의 효율성 강화 등의 이유로 구조개혁이 지속적으로 추진되어 왔는데, 김대중 정부 이후부터는 철도산업의 민영화정책[11]이 그 일환으로 시도되어 왔다.[12] 이에 따라 지금까지의 관련 연구들은 철도운영 부문에의 민간자본 진입 허용 여부, 즉 철도사업의 진입규제 완화 여부에 대한 찬반논란과 더불어 장단점,[13] 해외의 사례 등에 주로 국한되어 있고,[14] 반면에 본건 개정안과 같이 해당 규제를 강화하는 경우를 입법론적으로 고찰한 연구

10) 문병철/정민정, "한국의 철도산업과 국제통상규범에서의 의무", 「이슈와 논점」 제793호 (국회입법조사처, 2014.02.13), 1면.

11) 민영화(privatization)란 일반적으로 정부소유의 기업 또는 정부의 통제 아래 있는 기업(state-owned enterprise)의 통제권을 민간에 이양하는 것을 지칭한다. 강신원, "WTO 정부조달협정과 공기업 민영화", 「전자통신동향분석」 제18권 제5호 (한국전자통신연구원, 2003), 105면.

12) 이영수, "박근혜 정부 철도정책에 대한 비판적 검토", 「산업노동연구」 제20권 제2호 (한국산업노동학회, 2014), 40면.

13) 일반적으로, 민간자본의 진입을 찬성하는 측은 경쟁에 따라 코레일 등 철도운영자의 서비스가 개선되고 운임이 인하될 수 있다는 점, 정부와 국민의 재정부담을 완화할 수 있다는 점 등을 주장하고 있는 반면, 민간자본의 진입을 반대하는 측은 경쟁효과가 제한적이며 오히려 민간 자본의 수익 추구로 운임이 상승할 수 있다는 점, 수익성 없는 노선에서는 철도서비스가 축소될 수 있다는 점 등을 주장하고 있다. 김요한, "철도사업법 일부개정안 '변재일의원 대표발의' '박원석의원 대표발의' 검토 보고", 「국토교통위원회」(2014.04.10), 7면.

14) 김길수, "철도산업 경쟁도입의 정책논증에 관한 연구", 「한국자치행정학보」 제28권 제3호 (한국자치행정학회, 2014); 이영수, 전게논문(각주 12); 이용상/정병현, "일본의 민영화 전후 철도 화물 수송 변화에 대한 분석 연구", 「물류학회지」 제23권 제1호 (한국물류학회, 2013); 조인성, "철도산업 경쟁도입 관련 독일 법제의 최근 논의 및 시사점", 「법학논총」 제21권 제2호 (조선대학교 법학연구원, 2014); 조한필/이성환 "한국철도의 효율적인 경영과 민영화", 「물류학회지」 제22호 제5호 (한국물류학회, 2012) 등 참조.

는, 특히 이를 국제통상규범과 관련하여 검토한 연구는 아직까지 그다지 있어 보이지 않는다.[15]

따라서 본 논문은 본건 개정안과 같이 철도 노선의 운영자를 공공부문으로 제한하는, 즉 철도사업 진입규제를 강화하는 조치의 입법과 관련된 사안(이하 "본 사안")을 국제통상규범적 측면에서 살펴보고자 한다. 이를 위해 본 논문은 먼저 한국 철도사업의 진입규제에 관한 국내법규 및 국제통상규범을 개관한 후, 본 사안의 주요 국제통상규범 위반 여부를 검토한다.

## II. 한국 철도사업의 진입규제 관련 국내 법제 및 국제통상규범 개관

한국 철도관련 법제는 철도구조개혁의 근간법인 「철도산업발전기본법」의 2003년 7월 29일 제정 이후, 기존 「철도법」이 폐지되고「철도사업법」, 「철도건설법」[16], 「철도안전법」 등으로 분리·정비되었다.[17] 이와 같은 철도 관련 법제의 개편은 1999년 김대중 정부 때 추진되고 2005년 노무현 정부 때 단행된 철도의 운송사업부문(railway undertaking)과 기반시설부문(infrastructure manager)을 구분하는 상하분리(vertical separation)에 따른 것이다.[18] 이에 따라 현행 철도법령의 체계는 철도의 운영과 시설 분리에 따른 철도의 구조개혁에 대한 종합적인 내용으로 구성되어 있는 「철도산업발전기본법」에 근거하여,[19] 크게

15) 관련하여서는 국회입법조사처가 2014년 발간한 4쪽에 걸쳐 서술된, 상기 각주 10의 문건만이 발견되며, 동 문건은 철도산업 분야에 대한 한국의 국제통상규범상 양허내용을 간략히 소개하고 있다. 문병철/정민정, 전게논문(각주 10) 참조.

16) 해당 법률 제명은 2019년 3월 14일 시행된 철도건설법 일부개정법률(법률 제15460호, 2018. 3. 13. 일부개정)에 따라 「철도의 건설 및 철도시설 유지관리에 관한 법률」로 변경되었다.

17) 한국교통연구원, 「철도 관련 법제 개선 연구」(국토해양부, 2009), 87면.

18) 이영수, 전게논문(각주 12), 40~41면.

19) 철도산업발전기본법 제20조 제1항("철도산업의 구조개혁을 추진함에 있어서 철도시설은 국가가 소유하는 것을 원칙으로 한다.") 및 제21조 제1항("철도산업의 구조개혁을 추진함에 있어서 철도운영 관련 사업은 시장경제원리에 따라 국가외의 자가 영위하는 것을 원칙으로 한다."); 한국교통연구원, 전게서(각주 17), 45면 참조.

철도안전, 철도건설, 철도사업으로 1차 전문화가 이루어지며, 이를 근거로 공공기관 설립 및 세부내용을 정리하는 법률 등이 확장하는 형태를 취하고 있다.[20] 법률적으로 '철도산업'이란 "철도운송·철도시설·철도차량 관련 산업과 철도기술개발 관련 산업, 그 밖에 철도의 개발·이용·관리와 관련된 산업"을 말하며(철도산업발전기본법 제3조 제8호), '철도사업'이란 "다른 사람의 수요에 응하여 철도차량을 사용하여 유상으로 여객이나 화물을 운송하는 사업"을 말한다(철도사업법 제2조 제6호). 이들 정의규정들을 종합해 보면, 국내법상 철도사업은 기본적으로 철도산업 중 철도운송 부문에 대한 개념이라 할 것이다.[21]

위 구조개혁에 따라 철도의 운영주체(운송사업부문 담당)와 건설주체(기반시설부문 담당) 역시 분리되어 KTX의 개통(2004년 4월 1일)을 기점으로 기존 철도청의 영업부문은 코레일(2005년 1월 1일)로, 기존 철도청의 건설부문은 한국고속철도건설공단과 통합되어 한국철도시설공단(2004년 1월 1일)으로 개편·발족되었다.[22] 그리고 ㈜SR의 설립(2013년

20) 최진석/박은아/최은혜, 「철도산업 환경변화에 따른 법령체계 정비방안 연구」(한국교통연구원, 2017), 54면.

21) 철도는 그 건설주체에 따라 수요자(민간사업자) 건설의 전용철도, 지방자치단체 건설의 도시철도, 국가(한국철도시설공단 대행) 건설의 일반철도, 고속철도, 광역철도로 나누어진다. 그런데 본 논문의 논의대상인 본건 개정안은 ㈜SR과 「철도사업법」에 대한 것이므로, 본문에서는 일반철도를 위시한 고속철도의 경우와 「철도사업법」을 중심으로 관련 내용을 살펴본다. 참고로 도시철도에 대하여 적용되는 「도시철도법」에 따르면 '도시철도사업'이란 도시철도운송사업 뿐 아니라 도시철도건설사업 및 도시철도부대사업 등 도시철도와 관련된 모든 업무를 그 사업범위에 포함하고 있다(제3조 제4호). 실질적으로 도시철도'산업'을 의미하였을 것으로 여겨지는, 도시철도사업에 대한 위 포괄적 정의는 "도시교통권역의 원활한 교통 소통을 위하여 도시철도의 건설을 촉진하고 그 운영을 합리화하며 도시철도차량 등을 효율적으로 관리함으로써 도시교통의 발전과 도시교통 이용자의 안전 및 편의 증진에 이바지함"(제1조)이라는 「도시철도법」의 다양한 목적에 기인한 것으로 보인다. 반면 「철도사업법」은 "철도사업에 관한 질서를 확립하고 효율적인 운영여건을 조성함으로써 철도사업의 건전한 발전과 철도 이용자의 편의를 도모하여 국민경제의 발전에 이바지함"(제1조)을 그 목적으로 하고 있다.

22) 철도산업발전기본법 제20조 제3항("국가는 철도시설 관련 업무를 체계적이고 효율적으로 추진하기 위하여 그 집행조직으로서 철도청 및 고속철도건설공단의 관련 조직을 통·폐합하여 특별법에 의하여 한국철도시설공단을 설립한다.") 및 제21조 제3항("국가는 철도운영 관련 사업을 효율적으로 경영하기 위하여 철도청 및 고속철도건설공단의 관련조직을 전환하여 특별법에 의하여 한국철도공사를 설립한다."); 최성원, "남북한 철도 관련 법제도 현황 비교 및 향후 전망", 「이슈페이퍼」 제2017-19호 (한국교통연구원, 2017.10.1

12월 27일)을 기점으로 고속철도(KTX, SRT)의 운송사업부문은 현재 코레일과 ㈜SR 등 두 철도사업자에 의해 분리 운영되고 있다. 「철도사업법」에 따르면, '철도사업자'란 "「한국철도공사법」에 따라 설립된 한국철도공사 및 제5조에 따라 철도사업 면허를 받은 자"를 말하며(제2조 제8호), 철도사업을 경영하고자 하는 자는 법에 따라 지정·고시된 사업용 철도 노선을 정하여 국토부장관의 면허를 받아야 한다(제5조 제1항 전단). ㈜SR에게 있어 법인설립등기일은 곧 철도사업면허 취득일로, 해당 면허는 2004년 12월 31일 「철도사업법」 제정 이래 법에 따라 발급된 최초의 철도사업 면허이다.[23]

이와 같이 철도사업의 현행법상 진입규제수단은 사업면허이다.[24] 철도시설이 국가소유라는 점에서 해당 사업면허의 법적 성격은 전형적인 학문상의 특허에 해당하고, 따라서 사업면허의 부여 여부에 대해서는 행정청의 재량이 인정된다.[25] 「철도사업법」 제5조에 따르면 철도사업의 면허를 받을 수 있는 자는 법인으로 한정되며(제3항), 면허를 받으려는 자는 국토교통부령(즉 철도사업법 시행규칙 제3조)으로 정하는 바에 따라 사업계획서를 첨부한 면허신청서를 국토교통부장관에게 제출하여야 한다(제2항). 국토부장관은 그 면허의 발급에 있어 철도의 공공성과 안전을 강화하고 이용자 편의를 증진시키기 위하여 국토교통부령으로 정하는 바

---

6), 4면 참조.

23) 국토교통부, "수서고속철도회사에 면허발급, 철도경쟁시대 개막 - 2004년말 철도사업법 제정 9년 만에 첫 면허 발급", 「대한민국 정책브리핑」(2013.12.27).

24) 참고로 도시철도운송사업 역시 철도사업의 경우와 마찬가지로 사업면허를 진입규제수단으로 하고 있다. 「도시철도법」 제26조에 따르면, 국가 또는 지방자치단체가 아닌 법인으로서 도시철도운송사업을 하려는 자는 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 도시철도운송사업계획을 제출하여 시·도지사에게 면허를 받아야 하며(제1항), 시·도지사는 제1항에 따라 면허를 주기 전 도시철도운송사업계획에 대하여 국토교통부장관과 미리 협의하여야 하고(제3항) 제1항에 따라 면허를 줄 때에는 도시교통의 원활화와 이용자의 안전 및 편의 증진을 위하여 필요한 조건을 붙일 수 있다(제4항). 그리고 동법 제27조에서 규정하고 있는 도시철도운송사업의 면허기준은 해당 사업이 도시교통의 수송수요에 적합할 것, 해당 사업을 수행하는 데 필요한 도시철도차량 및 운영인력 등이 국토교통부령으로 정하는 기준에 맞을 것 등이다.

25) 나성현/박동욱/전수연/오기석/조성규/김원식/이희정, 「공익산업에서의 진입 및 M&A 규제제도에 대한 연구 - 기간통신사업자 허가 및 M&A 규제제도를 중심으로 -」(정보통신정책연구원, 2008.12), 56~57면.

에 따라 필요한 부담을 붙일 수 있다(철도사업법 제5조 제1항 후단). 그리고 철도사업의 면허기준은 해당 사업의 시작으로 철도교통의 안전에 지장을 줄 염려가 없을 것, 해당 사업의 운행계획이 그 운행 구간의 철도 수송 수요와 수송력 공급 및 이용자의 편의에 적합할 것, 신청자가 해당 사업을 수행할 수 있는 재정적 능력이 있을 것, 해당 사업에 사용할 철도차량의 대수(臺數), 사용연한 및 규격이 국토교통부령(즉 철도사업법 시행규칙 별표 1)으로 정하는 기준에 맞을 것 등이다(동법 제6조). 다른 운송수단에 비하여 공익성이 크다는 점에서 현행법은 철도사업과 관련하여 코레일에 의한 운영을 중심으로 하는 공적 운영을 기본으로 하고 있고, 이에 따라 철도사업은 사업면허제에 의한 진입규제와는 별도로 진입에 대한 규제가 가장 큰 영역의 하나로 여겨지고 있다.[26]

한편 국제통상관계는 국제법상 오늘날 크게 (1) 세계무역기구(World Trade Organization, 이하 "WTO") 회원국들 사이를 규율하는 다자간 조약인 「세계무역기구 설립을 위한 마라케쉬협정」(Agreement Establishing the WTO, 이하 "WTO협정")과 그 부속서들, 그리고 (2) 양자 혹은 지역의 상호간을 규율하는 자유무역협정(free trade agreement, 이하 "FTA") 등 지역무역협정(regional trade agreement, 이하 "RTA")에 의해 규율되고 있다.[27] 한국 역시 WTO 원회원국[28]이자 FTA 체결국[29]으로서 이들 국제통상규범의 적용을 받고 있는바, 한국의

26) 나성현 외, 상게서, 57면.

27) Jun Zhao & Timothy Webster, "Taking Stock: China's First Decade of Free Trade", *University Pennsylvania Journal of International Law*, Vol.33, No.1 (2011), p.116 ("Multilateralism (such as WTO) and regionalism (such as FTAs) are the two major paths for international trade."). 2018년 12월 31일 기준으로 WTO에 통보된 RTA 누적 발효건수는 총 467건이고 WTO 회원국은 총 164개국이다. World Trade Organization, Annual Report 2019 (2019), p.99 & p.184.

28) 한국은 1967년 4월 WTO의 전신인 「관세 및 무역에 관한 일반협정」(General Agreement on Tariffs and Trade, 이하 "GATT")에 가입하였는바 이후 1995년 1월 1일 WTO 출범과 함께 WTO 원회원국이 되어 WTO협정의 적용을 받고 있다. 산업통상자원부, 「통상 관련 용어집」(2013), 127면.

29) 2019년 11월 기준으로 한국이 체결하여 발효 중인 FTA는 총 16건으로, 이들 각 FTA의 체약상대국과 발효일(년.월)은 칠레(2004.04 발효), 싱가포르(2006.03 발효), EFTA(4개국)(2006.09 발효), ASEAN(10개국)(2009.09 발효), 인도(2010.01 발효), EU(28개국)(2011.07.01 잠정 발효; 2015.12.13 전체 발효), 페루(2011.08.01 발효), 미국(2012.03.15 발효), 터키(201

철도산업 관련 이해당사국이 WTO 회원국이자 FTA 체결상대국일 경우 WTO협정과 해당 FTA가 그 국제통상관계에의 적용규범으로 함께 고려되어야 한다.

한국의 철도산업 중 철도사업에 해당하는 철도운송은 WTO협정상 서비스산업으로 분류되고,[30] 외국의 서비스 공급자의 국내 사업 활동은 실질적으로 상업적 주재(commercial presence) 또는 투자(investment)의 형태로 이루어지게 되므로, 이는 국제통상관계에 있어 국경간 서비스무역 및 국제투자 부문과 연관되어 있다 할 것이다. WTO협정상 서비스 관련 투자문제를 위시한 서비스무역과 관련된 조치는 「서비스무역에 관한 일반협정」(General Agreement on Trade in Services, 이하 "GATS")의 적용을 받으므로[31] 한국의 철도사업(즉 철도운송서비스 부문)에 대하여 적용되는 WTO협정은 GATS가 된다. 따라서 WTO협정에 있어서는 GATS이, 그리고 FTA에 있어서는 협정 내 서비스 및 투자 부문이 한국 철도사업과 관련된 국제통상규범이 된다. 다만 코레일은 한국정부가 100%의 지분을 가지고 있고, ㈜SR의 주주는 코레일, 사립학교교직원연금공단, 중소기업은행, 한국산업은행으로 구성되어 있으므로 투자부문 보다는 서비스무역 부문이 실질적으로 관련하여 검토가 필요한 부분이라 할 것이다. 그리고 한국의 FTA 체약상대국 중에서는 특히 미국과 EU가 한국의 철도사업과 보다 유의한 관계에 있을 것으로 사료되므로 이들과의 두 FTA에 대한 검토가 필요하다 할 것이다.

---

3.05.01 기본협정 및 상품무역협정 발효; 2018.08.01 서비스무역협정 및 투자협정 발효), 호주 (2014.12.12 발효), 캐나다(2015.01.01 발효), 중국(2015.12.20 발효), 뉴질랜드(2015.12.20 발효), 베트남(2015.12.20 발효), 콜롬비아(2016.07.15 발효), 중미(5개국)(2019.10.01 발효)이다. FTA 강국, KOREA, "FTA추진현황 19.11월 기준", 「산업통상자원부」(2019.11).

30) 문병철/정민정, 전게논문(각주 10), 1면.

31) 한국국제경제법학회 편, 「국제경제법」(박영사, 2018), 321면.

## III. 철도사업 진입규제 강화 입법의 국제통상규범 위반 여부

### 1. 사안의 개요

본건 개정안은 ㈜SR의 설립으로 촉발된 코레일 이외의 자에 대한 철도사업 면허발급의 문제와 관련하여 철도운영 부문의 민간개방 제한을 목적으로 발의된 변재일의원안(2013.12.18 발의)과 박원석의원안(2013.12.26 발의) 등 2건의 '철도사업법 일부개정법률안'을 통합하여 일컫는다. 「철도사업법」의 규정 중 철도사업의 면허에 대한 변재일의원안(제5조 관련)과 철도사업의 양도·양수에 대한 박원식의원안(제14조 관련)은 그 세부적인 부분들에서는 서로 약간의 차이가 있으나,[32] 이들 두 개정안 모두 기본적으로 철도사업을 영위할 수 있는 자를 공공부문(국가, 지방자치단체, 공공기관의 운영에 관한 법률에 따른 공공기관, 지방공기업법상의 지방공기업)으로 제한하는 규정을 「철도사업법」에 신설하고 해당 규정이 다른 법률에 우선 적용되는 것을 그 주요골자로 하였다.[33]

결과적으로 모든 철도 노선의 운영자를 공공부문으로 제한하는 본건 개정안은[34] 그 입법화시 외국의 서비스 공급자의 한국 철도사업 참여 가능성을 원천봉쇄하는 결과를 초래할 수도 있기에, 이와 관련하여 한·미 FTA 등 국제통상규범과의 충돌 가능성이 제기되었다. 이에 따라 해당

32) 변재일의원안은 철도사업면허를 받을 수 있는 법인의 소유권자를 공공부문으로 제한함으로써 면허 단계에서부터 통제하는 방식을 취하는 반면, 박원석의원안은 면허 단계에서는 현행법상 요건(법인격) 외에 특별한 요건을 두지 않고 지분의 양도시 그 대상을 공공부분으로 제한하는 방식을 취하고 있다. 또한 비공공부문에 지분을 양도하는 경우, 변재일의원안은 철도사업면허가 실효되는 반면, 박원석의원안은 양도행위의 무효를 의제하고 있다. 다만 이는 효력을 제한하려는 대상 행위가 면허의 경우 행정행위인 반면, 지분 양도의 경우 민사상 행위라는 차이에서 비롯되는 것일 뿐, 규정 위반시 그 행위의 효력을 제한하는 입법목적을 충족시키는 점에서는 차이가 없는 것으로 검토된 바 있다. 김요한, 전게논문(각주 13), 5~6면.

33) 김요한, 상게논문, 5면.

34) 김요한, 상게논문, 7면.

쟁점에 대하여 국회 국토교통위원회 철도산업발전소위원회는 WTO에 유권해석을 의뢰하기로 2014년 1월 13일 결정하였으나, 국회입법조사처는 동월 21일 이에 대한 검토 회신에서 그러한 의뢰를 부적절한 것으로 판단하였다.[35] 이와 같이 본 쟁점이 공식적으로 적극 다투어진 적은 없지만, 전술한 바와 같이 본건 개정안은 한·미 FTA에의 배치 가능성 여부 등으로 인해 해당 소관상임위원회에 계류되어 있던 중 국회의 임기만료로 자동폐기되었다.

다만 본건 개정안은 비록 ㈜SR의 설립을 계기로 발의되었으나 전체 철도사업자의 적격성을 공공부문에 한정함으로써 결과적으로 한국 철도산업 전반에 적용되는 내용을 다루고 있는 바, 비록 해당 법안이 현재 폐기되었어도 관련 논의는 여전히 유의하다 할 것이다. 철도사업의 진입규제를 약화하는 것은 관련 국제통상규범과의 관계에서 별다른 문제가 없겠지만, 반대로 본건 개정안과 같이 이를 강화하는 것은 국제통상규범 의무 위반의 문제가 발생할 가능성이 있는바 본 사안과 관련하여 이를 보다 자세히 살펴보면 다음과 같다.

## 2. WTO협정 중 GATS 관련 검토

GATS는 서비스무역에 영향을 미치는 회원국의 조치에 대하여 적용되는 협정으로,[36] 각 회원국이 부담하는 의무는 크게 최혜국대우(제2조)[37], 투명성(제3조)[38] 등 일반적 의무 및 규율(general obligations and

35) 국회사무처, “제321회 국회 국회교통위원회 제3차 철도산업발전소위원회 회의록” (2014.01.21); 이태기, “철도민영화방지법, ‘WTO 유권해석 의뢰는 부적절’”, 「공무원U신문」(2014.01.22) 등 참조.

36) GATS 제1조 제1항 (“이 협정은 서비스 무역에 영향을 미치는 회원국의 조치에 대하여 적용된다.”).

37) GATS 제2조 제1항 (“이 협정의 대상이 되는 모든 조치에 관하여, 각 회원국은 그 밖의 회원국의 서비스와 서비스 공급자에게 그 밖의 국가의 동종 서비스와 서비스 공급자에 대하여 부여하는 대우보다 불리하지 아니한 대우를 즉시 그리고 무조건적으로 부여한다.”).

38) GATS 제3조 제1항 (“각 회원국은 이 협정의 운영에 관련되거나 영향을 미치는 일반적으로 적용되는 모든 관련 조치를 신속히 공표하며, 긴급상황의 경우를 제외하고는 늦어도 발효 전까지 공표한다. 특정 회원국이 서명국인 서비스무역에 관련되거나 영향을 미치는

disciplines) 부분(제2부)과 시장접근(제16조), 내국민대우(제17조)[39] 등 특정 분야별 구체적 약속(specific commitments) 부분(제3부)으로 나누어진다. 또한 GATS는 개별업종의 자유화 또는 시장개방에 있어 국가별 산업발전의 차이를 반영할 수 있도록 점진적 자유화(progressive liberalization) 원칙을 채택하여(제4부)[40] WTO 각 회원국마다 GATS에서의 양허 현황이 서로 다를 수 있도록 하고 있다.[41] 본 사안과 연관된 GATS상의 의무는 특히 시장접근과 내국민대우에 대한 부분일 것으로 판단되는바 이들에 대하여 보다 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

우선 서비스무역에 있어 시장접근의 허용이란 외국의 서비스 내지 서비스 공급자에 대하여 자국의 시장을 개방하는 것, 즉 외국의 서비스 공급자가 원하는 공급형태[42]에 따라 자국의 서비스시장에 진입하는 것을 허용하는 것을 의미하며,[43] GATS에서 시장접근을 이루는 방식은 각 회원국이 서비스무역의 자유화하고자 하는 분야나 업종에 대한 구체적인 양허를 자국의 양허표[44]에 기재하는 포지티브 리스트 방식(positive list approach)을 취하고 있다.[45] 다음으로 서비스무역에 있어 내국민대우란 외국의 서비스 및 서비스 공급자와 동종의 국내 서비스 및 서비스 공급자 간의 차별금지를 의미하며, GATS의 내국민대우는 회원국의 일반적 의무가 아닌, 포지티브 리스트 방식에 의거한 구체적 약속의 형태로 규정되어 있어 각국의 양허표에 명시된 조건 및 제한에 따라 부여된다.[46]

---

국제협정도 또한 공표된다.”).

39) 서비스무역에 있어서의 장벽은 많은 경우 국내규제에 내재되어 있어 내국민대우원칙이 상품무역에서와 같은 방식으로 적용될 수 없고, 따라서 GATS 체계에서는 내국민대우를 시장접근과 마찬가지로 일반적 의무에 포함하지 않고 있다. 이은섭, 「WTO 통상법」(진영사, 2000), 105면; 이은섭/박은진, “GATS 의무에 대한 일반적 예외의 해석과 적용”, 「무역학회지」 제34권 제1호 (한국무역학회, 2009), 131면 참조.

40) 법무부, 「GATS 해설서」(2000), 118면.

41) 임재경/이재민/이옥남, 「한·중·일 FTA에 대비한 교통부분 정책방향 연구」(한국교통연구원, 2009), 94면.

42) GATS 제1조 제2항은 서비스의 공급형태(modes of supply)를 서비스의 국경 간 공급(유형 1), 서비스 소비자의 해외소비(유형 2), 외국의 서비스 공급자의 상업적 주재(유형 3), 자연인의 이동(유형 4) 등 네 가지 유형으로 구분하고 있다.

43) 법무부, 전게서(각주 40), 166면; 산업통상자원부, 전게서(각주 28), 63면 등 참조.

44) 구체적 약속양허표(schedule of specific commitments)란 GATS에서 WTO 회원국이 약속한 시장접근 및 내국민대우에 관한 양허 내용을 말한다. 산업통상자원부, 상게서, 14면.

45) 한국국제경제법학회 편, 전게서(각주 31), 457면.

이에 따라 GATS 제16조상의 시장접근[47] 또는 제17조상의 내국민대우[48]와 관련하여, 양허표에 기재된(즉 개방된) 분야에 대하여 동 양허표에 명시된 조건 또는 제한 이외의 차별조치를 취하면 GATS 위반의 문제가 발생하지만,[49] 양허표상 기재되지 않은(즉 개방하지 않은) 분야에 대해서는 어떠한 차별조치를 하여도 GATS 위반의 문제가 발생하지 않는다.

GATS 양허표의 기준이 되는 서비스 분야별 분류 목록(services sectoral classification list, 이하 "W/120")는 서비스산업을 사업, 통신, 건설, 유통, 교육, 환경, 금융, 보건·사회, 관광, 문화·오락·스포츠, 운송 및 기타 분야 등 총 12개 분야(sector)로 분류하고 있다.[50] 이들 12개 분야는 다시 155개의 소분야(sub-sector)로 세분화되는데, W/120은 운송 분야의 경우 해상운송서비스, 내륙수운, 항공운송서비스. 우주운송, 철도운송서비스, 도로운송서비스, 배관운송, 운송보조서비스, 그리고 기타 운송서비스 등 9가지로 구분하고 있다.[51] 한국은 W/120의 운송 분

46) 한국국제경제법학회 편, 상게서, 469~460면.

47) GATS 제16조 제1항("제1조에 명시된 공급형태를 통한 시장접근과 관련하여 각 회원국은 그 밖의 회원국의 서비스 및 서비스 공급자에 대해 자기나라의 양허표상에 합의되고 명시된 제한 및 조건하에서 규정된 대우보다 불리하지 아니한 대우를 부여한다.").

48) GATS 제17조 제1항("자기나라의 양허표에 기재된 분야에 있어서 양허표에 명시된 조건 및 제한을 조건으로, 각 회원국은 그 밖의 회원국의 서비스 및 서비스 공급자에게 서비스의 공급에 영향을 미치는 모든 조치와 관련하여 자기나라의 동종 서비스와 서비스 공급자들에게 부여하는 대우보다 불리하지 아니한 대우를 부여한다.").

49) 문병철, "대·중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고서", 「국회지식경제위원회」(2010.04), 22면.

50) World Trade Organization, "Services Sectoral Classification List", MTN.GNS/W/120 (July 10, 1991) [hereinafter "WTO W/120"]. 한국은 W/120 중 8개 분야 78개 소분야에 대해 양허하고 4개 분야 77개 소분야에 대해서는 비양허하였는데, 이를 분야별로 나누어 간략히 살펴보면 다음과 같다. 한국이 시장개방을 약속한 분야 및 소분야의 수는 사업서비스 분야 31개, 통신서비스 분야 9개, 건설서비스 분야 5개, 유통서비스 분야 4개, 환경서비스 분야 3개, 금융서비스 분야 15개, 관광서비스 분야 3개, 운송서비스 분야 8개 등이며, 시장개방을 약속하지 않은 분야는 교육서비스, 보건·사회서비스, 문화·오락·스포츠서비스 및 기타 서비스의 4개 분야이다. 법무부, 전게서(각주 40), 297~298면.

51) 해상운송서비스는 6개의 소분야, 내륙수운은 6개의 소분야, 항공운송서비스는 5개의 소분야. 우주운송은 0개의 소분야, 철도운송서비스는 5개의 소분야, 도로운송서비스는 5개의 소분야, 배관운송은 2개의 소분야, 운송보조서비스는 4개의 소분야, 그리고 기타 운송서비스는 0개의 소분야로 구성되어 있다. WTO W/120, *supra* note 50.

야 중 해상운송서비스, 항공운송서비스, 도로운송서비스, 운송보조서비스, 기타 운송서비스 등에 대해서만 양허(즉 개방)를 구체적으로 명시하고 있다.[52] 다시 말해 한국은 여객운송, 화물운송, 예인, 철도운송장비의 유지 및 보수, 철도운송서비스 관련 부대서비스 등 5개의 소분야로 구분되는 W/120상의 철도운송서비스 분야 전체에 대하여 비양허(즉 개방하지 않음)한 것이다.

다만 한국이 2003년 WTO 도하개발아젠다(Doha Development Agenda, 이하 "DDA")의 GATS 후속협상(이하 "DDA 협상")에서 제출한 1차 양허안에는 155개의 서비스 세부업종 중 20여개가 새로이 포함되었는데, 철도운송서비스가 그 중 하나로, 관련하여 한국은 여객운송 및 화물운송의 기존노선을 제외한 신규노선에 대하여 경제적 수요 심사(economic needs test)[53]를 조건으로 하는 양허안을 제출하였다.[54] 이

52) 한국이 양허한 W/120의 운송서비스 8개 소분야는 해상운송서비스 4개 소분야, 항공운송서비스 1개 소분야, 도로운송서비스 1개 소분야, 운송보조서비스 1개 소분야, 기타 운송서비스 1개 소분야로, 철도운송서비스에 대해서는 양허하지 않았다. 법무부, 전게서(각주 40), 297~298면.

53) 경제적 수요 심사와 관련하여 GATS는 그 정의나 요건 등에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 않다. 다만 법무부가 2000년 발간한 GATS 해설서는 경제적 수요 심사란 "일반적으로 기업설립요건에 있어서 공급되는 서비스의 질이나 공급자의 자격과는 관계없는, 공급업체 수의 수요공급에 관한 특정 기준을 설정·운영하는 것과 같이 공급되는 서비스의 양, 공급업체의 수, 서비스거래의 가액 등에 관하여 정부가 수요·공급을 조정하는 조치"라고 정의하고 있으며, 산업통상자원부가 2013년 발간한 통상 관련 용어집은 경제적 수요 심사를 "기업이 시장에 진입하는 것이 경제적 기반에 비추어볼 때 정당한지 여부의 결정을 정부·업계·전문직 협회가 통제하는 제도. 이 제도는 보통 성격이 불투명하고 자의적인 접근방법을 가지고 있어 보호주의적 효과를 초래할 수 있음"이라고 설명하고 있다. 법무부, 상게서, 172~173면; 산업통상자원부, 전게서(각주 28), 5면 참조. 한편 WTO 사무국의 경제적 수요 심사에 관한 의견서는 "GATS 제16조의 문맥은 '경제적 수요'라는 단어를 광의의 개념으로 바라볼 것을 시사하고 있으며, 경제적 수요 심사란 수량제한의 일종이어야 하고 시장접근을 조건부로 만드는 '심사'로 볼 수 있다."고 제시하고 있다. World Trade Organization, "Economic Needs Test", Note by the Secretariat, S/CSS/W/118 (Nov. 30, 2001), paras. 4, 6 & 24 ("The term 'economic needs test' is not defined in the GATS. Nor does the term have a well-defined meaning in standard dictionaries or in the economic literature.", "... measures in the form of ENTs 'comprise four types of quantitative restrictions'", "[T]he context of Article XVI would suggest a broad reading of the words 'economic needs', and that ENTs be regarded ... as 'tests' that condition market access.").

54) 외교통상부, "WTO DDA 서비스협상 1차 양허안(Initial Offer) 해설자료" (2003.03.31), 3면.

에 따르면 GATS 제16조의 시장접근에 있어 외국의 서비스 공급자의 기존 노선에 대한 참여는 여전히 허용되지 않지만, 신규 노선에 대한 상업적 주재 형태로의 참여는 경제적 수요 심사의 조건하에 허용된다.[55] 그리고 그 심사기준은 "철도사업의 질서와 규율의 확립(establishment of order and discipline in the railroad industry)"이다.[56] 하지만 DDA 협상의 미(未)타결로 인해[57] 위 2003년 양허안의 법적 구속력은 아직까지 발생하고 있지 않으므로 한국의 철도운송서비스는 여전히 GATS의 적용을 받지 않고 있다. 따라서 한국 철도사업의 진입규제를 국내법상 강화하여도 GATS 위반의 문제는 발생하지 않는다 할 것이다.

참고로 GATS 위배와 관련하여 분쟁이 발생할 경우, GATS 제23조에 따라 「분쟁해결규칙 및 절차에 관한 양해」(Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, 이하 "DSU")에 의해 규율되는, 협의(consultation)에서 패널(panel)의 설치 등으로 진행되는 WTO 분쟁해결절차가 이용될 수 있다.[58] 한편 GATS 제23조 제3항은 비위반제소(non-violation complaints) 규정을 포함하고 있어,[59] 협정에 위반되지 않은 일방 당사국의 조치로 인해 타방 당사국이 협정의 체결로 기대할 수 있었던 혜택이 무효화되거나 침해되는 경우 위 WTO의 국가 간 분쟁해결절차에 회부할 수 있도록 하고 있다.[60] 다만 비위반

55) World Trade Organization, Council for Trade in Services-Special Session, "Korea-Revised Offer on Schedule of Specific Commitments (May 2005)", *in* "Republic of Korea, Revised Offer on Services", TN/S/O/KOR/Rev.1 (June 14, 2005), p.59.

56) *Id.*

57) 당초 협상기간은 2002년 1월 1일부터 2005년 1월 1일까지였으나, 농산물에 대한 수입국과 수출국의 대립, 공산품 시장개방에 대한 선진국과 개도국간의 대립 등으로 인해 아직까지도 협상이 계속되고 있다. 김진동, "사실상 종료된 DDA, 협상 의제에 대한 논의는 계속 진행 - 나이로비 각료회의 이후 WTO 협상의 미래", 「나라경제」(KDI 경제정보센터, 2016.02), 74면 참조.

58) GATS 제23조 제1항 ("다른 회원국이 이 협정에 따른 자신의 의무나 구체적 약속을 수행하지 아니하고 있다고 회원국이 간주하는 경우, 동 회원국은 상호 만족스런 해결책에 이르기 위하여 분쟁해결양해를 이용할 수 있다.").

59) GATS 제23조 제3항 ("이 협정 제3부에 의한 다른 회원국의 구체적 약속에 따라 자기나라에 귀속될 것이라고 합리적으로 기대될 수 있었던 혜택이 이 협정의 규정에 저촉되지 아니하는 조치를 적용한 결과 무효화되거나 침해되고 있다고 간주하는 회원국은 분쟁해결양해를 이용할 수 있다. ...").

60) 외교통상부, 「한·미 FTA 상세설명자료」(2011), 175면.

제소는 WTO의 전신(前身)인 GATT 체제하에서 무역규범의 흠결을 보충하기 위해 도입된 것으로 WTO 출범 이후에는 거의 사용되지 않고 있으므로[61] 실질적으로 이용될 가능성은 그다지 높지 않을 것으로 보인다.[62] 이와 같이 GATS는 한국의 철도운송서비스에 아직 적용되지 않으므로 본 사안은 FTA와의 관계에서 더욱 문제될 것이다.

### 3. 한·미 FTA 관련 검토

한국 철도사업(즉 철도운송서비스 부문)은 전술한 바와 같이 FTA의 서비스무역 부문과 직접적인 연관이 있으며, 한·미 FTA에서는 제12장의 국경간 서비스무역(Cross-Border Trade in Services)부분이 그에 해당된다. 각 당사국의 양허표에 기재된 부분에 대해서만 개방이 이루어지는 GATS의 포지티브 리스트 방식과는 달리, 한·미 FTA는 각 당사국의 유보목록에 기재된 부분에 대해서만 개방을 유보하는 네거티브 리스트 방식(negative list approach)을 채택하고 있다.[63] 서비스와 관련된 각 당사국의 유보목록은 부속서 I 및 부속서 II에 나타나 있는데, 부속서 I은 현재유보, 즉 협정상 의무에 합치하지 않는 현존 조치를 나열한 목록으로, 역진방지장치 혹은 자유화후퇴방지 메커니즘(ratchet mechanism)이 적용됨에 따라 현행 규제를 보다 자유화하는 방향으로 개정할 수는 있으나 일단 자유화된 내용을 뒤로 후퇴하는 방향으로는 개정하지 못한다.[64] 반면 부속서 II는 미래유보, 즉 향후 규제가 강화될 가능성이 있는 현존 비합치조치 또는 전혀 새로운 제한 조치가 채택될 수 있는 분야를 나열한 목록이다.[65] 이들 유보목록에 기재된 부분에 대하여, 한·미 FTA는 제12.6조에서 내국민대우(제12.2조), 최혜국대우(제12.3조), 시장접근(제

61) 비위반제소는 WTO 체제하에서 지금까지 단 3건만이 제기되었고 인용된 건수는 전무하다. 외교통상부, 「한·EU FTA 상세설명자료」(2012), 153면.
62) 정누리, “중소기업적합업종제도의 국제통상법 적용대상 적격성 및 위배 가능성에 대한 연구”, 「국제법학회논총」 제58권 제3호 (대한국제법학회, 2013), 187면.
63) 김도훈/고준성/장윤종/조윤애/김수동/민혁기, 「한미·한EU FTA 발표와 제조업의 대응」(산업연구원, 2010), 62면.
64) 산업통상자원부, 전게서(각주 28), 72면.
65) 외교통상부, 전게서(각주 60), 106면.

12.4조), 현지주재(제12.5조) 등과 관련하여 비합치조치(non-conforming measure)[66]를 허용하고 있다.[67]

철도운송서비스와 관련된 한국의 부속서 I 현재유보는 제12.4조 시장접근에 관한 것으로, 그 내용은 다음과 같다. "한국철도공사만이 2005년 6월 30일 이전에 건설된 철도 노선의 철도운송서비스를 공급할 수 있다. 경제적 수요 심사에 따라 건설교통부장관의 면허를 받은 법인만이 2005년 7월 1일 이후에 건설된 철도 노선의 철도운송서비스를 공급할 수 있다." 먼저 2005년 6월 30일 이전에 건설된 철도 노선의 경우, 공공기관(준시장형 공기업)인 코레일만이 그 사업자가 될 수 있고 본래부터 민간서비스 공급자는 내·외국인 그 국적을 불문하고 허용되지 않으므로 내·외국인 서비스 공급자 간의 차별을 금지하는 내국민대우원칙 위반의 문제는 발생하지 않는다. 나아가 해당 노선의 경우, 본건 개정안과 같이 철도사업 면허발급 대상 법인의 소유자를 공공부문으로 한정하여 그 진입규제를 강화하는 입법조치가 이루어진다 하여도 철도운송서비스 제공자(즉 철도사업자)의 성격에 변화가 있는 것은 아니고 외국의 서비스 공급자의 시장접근은 처음부터 허용되지 않았으므로 역진방지 조항에 반하지 않고, 따라서 관련하여 한·미 FTA상 별다른 위반의 문제는 발생하지 않는다 할 것이다.

---

66) 비합치조치란 서비스 혹은 투자 협정문상의 의무에 합치하지 않는 국내 법령상의 조치를 일컬으며, FTA 협상 추진시 협정 당사국은 서비스 혹은 투자 협정문상의 의무에도 불구하고 국내 법령상의 비합치조치를 유지코자 할 경우 유보안에 그에 대하여 명시를 하여야 한다. 산업통상자원부, 전게서(각주 28), 47면.

67) 비합치조치에 대한 한·미 FTA 제12.6조의 세부조항은 다음과 같다.

1. 제12.2조 내지 제12.5조는 다음에 적용되지 아니한다.
   가. 당사국이 다음에서 유지하는 기존의 모든 비합치 조치
      1)부속서 I의 자국 유보목록에 그 당사국이 기재한 대로, 중앙정부
      2) 부속서 I의 자국 유보목록에 그 당사국이 기재한 대로, 지역정부, 또는
      3) 지방 정부
   나. 가호에 언급된 모든 비합치조치의 지속 또는 신속한 갱신, 또는
   다. 가호에 언급된 모든 비합치조치의 개정이 제12.2조·제12.3조·제12.4조 또는 제12.5조에 대하여 그 개정 직전 존재하였던 그 조치의 합치성을 감소시키지 아니하는 한도에서의 그 개정
2. 제12.2조 내지 제12.5조는 부속서 II의 자국 유보목록에 규정된 분야·하위분야 또는 행위에 대하여 당사국이 채택하거나 유지하는 어떠한 조치에도 적용되지 아니한다.

다음으로 2005년 7월 1일 이후에 건설된 철도 노선의 경우, 위 현재 유보의 내용에 의하면 경제적 수요 심사의 통과를 조건으로 외국의 서비스 공급자에게도 철도사업면허의 발급이 가능할 수 있는 것으로 해석될 수 있고, 이는 그 이전에 건설된 철도 노선의 경우에 비해 그 양허의 범위나 정도를 확대한 것으로 이해될 수 있다. 그런데 본건 개정안과 같이 철도사업 면허발급 대상 법인의 소유자를 공공부문으로 한정하여 그 진입규제를 강화하는 입법조치가 이루어지면, 해당 노선에 대하여 본래는 열려있던 외국의 서비스 공급자의 시장접근 가능성이, 그 이전에 건설된 철도 노선의 경우에서와 같이, 원천적으로 봉쇄되는 결과가 초래될 수 있으므로 기존의 자유화 조치를 역행하는 경우에 해당되는 비합치조치로 판단될 수 있고, 따라서 관련하여 한·미 FTA상 시장접근 보장의무 조항(제12.4조) 및 역진방지 조항(제12.6조 제1항 다호) 위반의 문제가 발생할 여지가 있다.

한편 철도운송서비스와 관련된 한국의 부속서 II 미래유보는 제12.3조 최혜국대우에 관한 것으로, 그 내용은 다음과 같다. “대한민국은 시행 중에 있거나 이 협정 발효일 후 서명되는 철도운송에 관한 양자 간 또는 다자 간 국제협정에 따라 국가들에 대하여 차등 대우를 부여하는 어떠한 조치도 채택하거나 유지할 권리를 유보한다.” 최혜국대우란 한 나라가 어떤 외국에 부여하고 있는 가장 유리한 대우를 상대국에도 부여하는 원칙으로,[68] 철도운송서비스에 대하여 한국은 동 원칙의 배제를 명시하고 있으므로 설혹 외국의 서비스 공급자 간의 차별적 대우가 존재하거나 존재하게 되어도 관련하여 별다른 위반의 문제는 발생하지 않는다. 더욱이 설령 본건 개정안과 같이 철도사업 면허발급 대상 법인의 소유자를 공공부문으로 한정하는 입법조치가 이루어진다 하여도 이는 외국의 서비스 공급자 간에 차별적으로 적용되는 바가 아니므로 최혜국대우의 원칙과는 기본적으로 별다른 연관이 없다.

요컨대 본건 개정안과 같이 철도사업 진입규제 강화 입법을 하게 될 경우 2005년 6월 30일 이전에 건설된 철도 노선의 철도운송서비스와 관련하여서는 별다른 한·미 FTA 위반의 문제가 발생하지 않으나, 그 이후

68) 산업통상자원부, 전게서(각주 28), 98면.

에 건설된 철도 노선의 철도운송서비스와 관련하여서는 동 협정 제12.4조의 시장접근 보장의무 조항 및 제12.6조 제1항 다호의 역진방지 조항 등에 있어 위반의 문제가 발생할 소지가 있어 보인다. 그리고 국내규제에 관한 한·미 FTA 제12.7조는 각 당사국에게 국가정책목적에 합치하기 위하여 서비스 공급을 규제하고 서비스 공급에 대한 새로운 규제를 도입할 수 있는 권리를 인정하면서도, 자격요건 및 절차, 기술표준, 그리고 면허요건과 관련된 조치가 서비스무역에 대한 불필요한 장벽을 구성하지 않도록 각 당사국은 개별 분야에 적절한 경우 그러한 조치가 서비스를 공급할 수 있는 자격 및 능력과 같은 객관적이고 투명한 기준에 기초할 것과 면허절차의 경우 그러한 조치 자체가 서비스 공급에 대한 제한이 아닐 것을 보장하도록 노력한다(제2항)고 규정하고 있다. 이에 따라 한국은 철도사업의 진입규제인 사업면허제의 운용에 있어 철도운송서비스 공급에 대한 제한이 발생하지 않도록 노력하여야 할 것이다.

참고로 한·미 FTA 위배와 관련하여 분쟁이 발생할 경우, WTO 분쟁해결절차와 유사한 동 협정상의 분쟁해결절차가 이용될 수 있으며, 해당 분쟁이 동 협정 분쟁해결절차와 DSU에 의거한 WTO 분쟁해결절차의 원용이 모두 가능한 경우 제소국은 어느 한 절차를 배타적으로 선택할 수 있다.[69] 한편 한·미 FTA 제11.16조 이하는 투자 부분과 관련한 분쟁과 관련하여 투자자-국가간 분쟁해결절차(investor-state dispute settlement, 이하 “ISDS”)를 두고 있어 투자유치국 정부가 협정상 의무, 투자계약 또는 투자인가를 위배하여 투자자에게 부당하게 손실이 발생하는 경우, 그 투자자가 투자유치국 정부를 상대로 국내 법원이 아닌 제3의 국제중재를 통한 구제를 요청할 수 있도록 하고 있다.[70] 그리고 한·미 FTA 제22.4조 다호는 서비스업과 관련하여 GATS 제23조 제3항과 마찬가지로 비위반제소를 인정하고 있다.[71] 그런데 한국 철도운송서비스에 GA

69) 외교통상부, 전게서(각주 60), 174면.

70) 외교통상부, 「한·미 FTA, 우리 미래를 위한 선택입니다.」(2011), 91면.

71) 한·미 FTA 제22.4조 (“이 협정에서 달리 규정되거나 양 당사국이 달리 합의하는 경우를 제외하고, 이 절[제2절 분쟁해결절차]은 이 협정의 해석 또는 적용에 관한 양 당사국간의 모든 분쟁의 회피 또는 해결에 대하여, 또는 당사국이 다음과 같이 판단하는 경우에는 언제나, 적용된다. ... 다. 이 협정에 불합치하지 아니하는 조치의 결과로서 제2장(상품에 대한 내국민 대우 및 시장 접근), 제3장(농업), 제4장(섬유 및 의류), 제6장(원산지 규정 및

TS의 적용은 아직 없으므로 본 사안에 있어 WTO 분쟁해결절차는 관련하여 원용가능하지 않다. 따라서 만약 본 사안과 관련하여 한·미 FTA의 위반이 있다고 판단된다면 동 협정상 허용된 절차만이 원용되어 개시될 것이다.

### 4. 한·EU FTA 관련 검토

한·EU FTA은 제7장의 서비스 무역·설립 및 전자상거래(Trade in Services, Establishment and Electronic Commerce)에서 서비스 부분에 대하여 규정하고 있다. 한·EU FTA는 한·미 FTA의 네거티브 리스트 방식과는 달리 양허표에 기재한 분야만을 개방하는 GATS의 포지티브 리스트 방식을 채택하였으며, 철도운송서비스의 경우 한국은 상업적 주재에 의한 시장접근에 대해서만 양허하고 있다. 그 양허 내용은 2003년 DDA 양허안과 같은바, 여객운송 및 화물운송의 기존노선을 제외한 신규노선에 대하여만 경제적 수요심사를 조건으로 개방하고, 그 심사기준 역시 마찬가지로 철도산업에서의 질서와 규율의 확립으로 제시하고 있다.[72] 철도운송서비스에 대한 한국의 한·EU FTA상 양허 범위는 한·미 FTA에 비해 좁고, 한·EU FTA는 한·미 FTA와는 달리 역진방지 조항을 두고 있지 않는 까닭에,[73] 본 사안의 한·EU FTA 위반 가능성은 한·미 FTA의 경우보다 적다. 하지만 한·EU FTA 발효일 이후의 신규노선에 대한 외국의 서비스 공급자의 시장접근이 완전히 거부된다면 관련하여 한·EU FTA상 시장접근 보장의무 조항(제7.5조) 위반의 문제가 발생할 것이다. 그리고 한·미 FTA의 국내규제 조항(제12.7조 제2항)과 동일한

---

원산지 절차), 제12장(국경간 서비스무역), 제17장(정부조달) 또는 제18장(지적재산권)상 자국에 발생할 것으로 합리적으로 기대할 수 있었던 혜택이 무효화되거나 침해되고 있다. 다만 그 조치가 제23.1조(일반적 예외)상 예외의 적용대상이 되는 경우에는 어떠한 당사국도 제12장(국경간 서비스무역) 또는 제18장(지적재산권)상의 혜택에 대하여 이 호를 원용할 수 없다."); 관계부처 합동, 「한·미 FTA 주요내용」(외교통상부, 2012), 188면 참조.

72) 한·EU FTA의 부속서7-가-4(대한민국 제7.7조, 제7.13조, 제7.18조 및 제 7.19조에 합치하는 구체적 서비스 분야의 구체적 약속에 관한 양허표) 중 철도운송서비스 분야 참조.

73) 김종덕/엄준현, 「한국의 기체결 FTA 서비스 및 투자 협정문 분석 – 한·미 FTA와 한·EU FTA를 중심으로」, (대외경제정책연구원, 2013), 154면.

내용을 규정하고 있는 한·EU FTA의 국내규제 조항(제7.23조 제3항)에 따라 한·EU FTA의 경우에서도 마찬가지로 한국은 철도사업의 진입규제인 사업면허제의 운용에 있어 철도운송서비스 공급에 대한 제한이 발생하지 않도록 노력하여야 할 것이다.

참고로 한·EU FTA 위배와 관련하여 분쟁이 발생할 경우, WTO 분쟁해결절차 및 한·미 FTA의 경우와 유사하게, 당사국 간의 협의에서 패널의 설치 등으로 진행되는 동 협정상의 분쟁해결절차가 이용될 수 있다.[74] 또한 한·EU FTA는 특정 조치가 동 협정과 WTO협정을 동시에 침해하는 경우, 양 협정상 동일한 의무의 위반을 제기하는 경우가 아닌 한, 동 협정 분쟁해결절차 또는 DSU에 기한 WTO 분쟁해결절차 가운데 하나를 선택하되, 선택한 절차가 종료하면 나머지 절차의 개시를 허용하고 있다.[75] 전술한 바와 같이 본 사안에 있어 WTO 분쟁해결절차는 원용가능하지 않으므로 만약 본 사안과 관련하여 한·EU FTA의 위반이 있다고 판단된다면 동 협정상 허용된 절차만이 원용되어 개시될 것이다. 다만 한·EU FTA의 경우, 현재 EU 법체계상 투자보호 관련 협상 권한은 각 EU 회원국이 보유하고 있고 EU 집행위원회의 권한 밖에 있는 까닭에, ISDS 등 투자보호 관련 사항을 두고 있지 않을 뿐 아니라[76] 비위반제소 역시 포함하고 있지 않으므로[77] 한·미 FTA에서와는 달리 이들에 대한 고려는 필요하지 않다.

## 5. 주요 사항 비교 및 소결

본 사안, 즉 본건 개정안과 같이 철도사업 면허발급 대상 법인의 소유자를 공공부문으로 한정하는, 즉 철도사업의 진입규제를 강화하는 조치의 입법화는 국제통상규범상 특히 시장접근 보장의무와 관련하여 위반의 문제가 발생할 여지가 있다. 기본적으로 DDA 협상 양허안, 한·미 FTA, 한·EU FTA는 모두 기존 노선 내지 2005년 6월 30일 이전에 건설된 노

74) 외교통상부, 전게서(각주 61), 152면.
75) 외교통상부, 상게서, 152면.
76) 외교통상부, 상게서, 108면.
77) 외교통상부, 상게서, 153면.

선에 대해서만 코레일의 독점운영권을 인정하고, 신규 노선 내지 2005년 7월 1일 이후 건설된 노선에 대해서는 경제적 수요 심사를 조건으로 외국의 서비스 공급자의 상업적 주재에 의한 시장접근을 허용하고 있다. 이들 협정의 시장접근에 대한 각 조항을 비교 정리하여 보면 다음의 표와 같다.

| GATS | 한·미 FTA | 한·EU FTA |
|---|---|---|
| 제16조 시장접근 | 제12.4조 시장접근 | 제7.5조 시장접근 |
| 1. 제1조에 명시된 공급형태를 통한 시장접근과 관련하여 각 회원국은 그 밖의 회원국의 서비스 및 서비스 공급자에 대해 자기나라의 양허표상에 합의되고 명시된 제한 및 조건하에서 규정된 대우보다 불리하지 아니한 대우를 부여한다. | 어떠한 당사국도 지역적 소구분에 기초하거나 자국의 전 영역에 기초하여 다음의 조치를 채택하거나 유지할 수 없다. | 1. 국경간 서비스 공급을 통한 시장접근에 대하여, 각 당사자는 다른 쪽 당사자의 서비스와 서비스 공급자에게 부속서 7-가에 포함된 구체적 약속에 합의되고 명시된 제한 및 조건에 따라 규정된 것보다 불리하지 아니한 대우를 부여한다. |
| 2. 시장접근 약속이 행해진 분야에서 자기나라의 양허표상에 달리 명시되어 있지 아니하는 한, 회원국이 자기나라의 일부지역이나 혹은 전 영토에 걸쳐서 유지하거나 채택하지 아니하는 조치는 다음과 같이 정의된다. | 가. 다음에 대한 제한을 부과하는 것 | 2. 시장접근 약속이 행해진 분야에서 부속서 7-가에 달리 명시되지 아니하는 한, 당사자가 지역적 소구분에 근거하거나 자신의 전 영역에 근거하여 채택하거나 유지해서는 아니 되는 조치는 다음으로 정의한다. |

| | | |
|---|---|---|
| 가. 수량쿼터, 독점, 배타적 서비스 공급자 또는 경제적 수요심사 요건의 형태여부에 관계없이, 서비스 공급자의 수에 대한 제한 | 1) 수량쿼터, 독점, 배타적 서비스 공급자 또는 경제적 수요심사 요건의 형태인지에 관계없이, 서비스 공급자의 수 | 가. 수량쿼터, 독점, 배타적 서비스 공급자 또는 경제적 수요심사 요건의 형태인지에 관계없이 서비스 공급자의 수에 대한 제한 |
| 나. 수량쿼터 또는 경제적 수요심사 요건의 형태의 서비스거래 또는 자산의 총액에 대한 제한 | 2) 수량쿼터 또는 경제적 수요심사 요건의 형태로, 서비스 거래 또는 자산의 총액 | 나. 수량쿼터 또는 경제적 수요심사 요건의 형태로 서비스 거래 또는 자산의 총액에 대한 제한, 그리고 |
| 다. 쿼터나 경제적 수요심사 요건의 형태로 지정된 숫자단위로 표시된 서비스 영업의 총 수 또는 서비스의 총 산출량에 대한 제한 | 3) 쿼터 또는 경제적 수요심사 요건의 형태로, 지정된 숫자단위로 표시된 서비스 영업의 총 수 또는 서비스의 총 산출량, 또는 | 다. 쿼터 또는 경제적 수요심사 요건의 형태로, 지정된 숫자단위로 표시된 서비스 영업의 총 수 또는 서비스의 총 산출량에 대한 제한 |
| 라. 수량쿼터 또는 경제적 수요심사 요건의 형태로 특정 서비스분야에 고용되거나 혹은 한 서비스 공급자가 고용할 수 있는, 특정 서비스의 공급에 필요하고 직접 관련되는, 자연인의 총 수에 대한 제한 | 4) 수량쿼터 또는 경제적 수요심사 요건의 형태로 특정 서비스 분야에 고용될 수 있거나 서비스 공급자가 고용할 수 있으며, 특정 서비스의 공급에 필요하고 직적 관련되는 자연인의 총 수, 또는 | |

| | | |
|---|---|---|
| 마. 서비스 공급자가 서비스를 제공할 수 있는 수단인 법인체나 합작투자의 특정 형태를 제한하거나 요구하는 조치, 그리고 | 나. 서비스 공급자가 서비스를 공급할 수 있는 특정 유형의 법적 실체 또는 합작 투자를 제한하거나 요구하는 것 | |
| 바. 외국인 지분소유의 최대 비율한도 또는 개인별 투자 또는 외국인 투자합계의 총액 한도에 의한 외국자본 참여에 대한 제한 | | |

철도사업자의 적격성을 공공부문에 한정하는 것은 결국 철도운송서비스의 '서비스 공급자의 수'에 영향을 주는 결과를 초래할 수 있으므로 특히 GATS 제16조 제2항 가호, 한·미 FTA 제12.4조 가호 1)목, 한·EU FTA 제7.5조 제2항 가호와 관련하여 문제의 소지가 있을 수 있다. 한편 위의 표에서와 같이, GATS와 한·미 FTA, 그리고 한·EU FTA 중 시장접근 보장의무의 범위가 제일 넓은, 즉 시장접근의 제한과 관련하여 가장 강한 규제를 하고 있는 협정은 GATS이다. 그 다음으로 강한 규제를 하고 있는 협정은 한·미 FTA이고, 한·EU FTA는 이들 중 관련하여 가장 약한 규제를 하고 있다. 이에 따라 만약 DDA 협상이 타결되었다면 본 사안에 있어 시장접근 보장의무 조항과 관련하여 보다 검토가 필요한 협정은 GATS이었을 것으로 사료되며, 이 경우 서비스 공급자의 수에 대한 제한을 금지하는 GATS 제16조 제2항 가호 외에도 외국자본 참여에 대한 제한을 금지하는 동 조항 바호와 관련하여서도 위반의 문제가 발생할 여지가 있다.

물론 신규 노선 내지 2005년 7월 1일 이후 건설된 노선에 대한 양허가 곧 외국의 서비스 공급자에게 반드시 면허를 부여하여야 한다는 것을 의미하는 것은 아니며, GATS 제6조, 한·미 FTA 제12.7조, 한·EU FTA

제7.23조에 따라 일정한 국내규제를 부과하는 것이 금지된다는 것을 의미하는 것 또한 아니다. 즉 사업면허제의 운용 자체는 이들 각 협정의 국내규제 조항에 따라 가능하다. 하지만 그 자격 요건과 경제적 수요 심사 등의 조건을 통과한 경우 외국의 서비스 공급자가 철도사업자로 선정될 수'도' 있도록 하겠다는 것이 위 양허의 의미이므로 외국의 서비스 공급자의 해당 시장에 대한 접근이 애초에 전면적으로 금지되는 결과를 초래하는 조치는 해당 양허에 위반되는 조치로 판단될 가능성이 높을 것이다.

나아가 이들 협정은 회원국 내지 당사국의 조치에 대하여 적용되는데, 이들 협정상 조치(measures)란 국가행위 뿐만 아니라 준국가행위도 포함하는, 즉 (1) 중앙, 지역 또는 지방 정부 및 당국, 그리고 (2) 중앙, 지역 또는 지방 정부나 당국으로부터 위임받은 권한을 행사하는 비정부기관에 의하여 채택되거나 유지되는 법(률), 규정, 규칙, 절차, 결정, 관행(행정행위의 형태) 또는 그 밖의 형태의 여부에 관계없이 취해지는 모든 조치를 일컫고 있다.[78] 이와 같이 이들 협정상 조치의 개념이 광의로 규정되고 있는 까닭에, 법률이 아닌 코레일의 내부 기준에 의하여 철도사

78) 먼저 전술한 바와 같이 GATS 제1조 제1항은 "이 협정은 서비스 무역에 영향을 미치는 회원국의 조치에 대하여 적용된다."라고 규정하고 있으며, 동조 제3항 가호는 "'회원국의 조치'란 (1) 중앙, 지역 또는 지방의 정부 및 당국, 그리고 (2) 중앙, 지역 또는 지방의 정부 또는 당국에 의해 위임된 권한을 행사하는 비정부기간에 의해 취해진 조치를 의미한다."라고 규정하고 있다. 그리고 제28조 가호에서 "'조치'는 법률, 규정, 규칙, 절차, 결정, 행정행위 또는 그 밖의 형태의 여부에 관계없이 회원국에 의해 취해지는 모든 조치를 의미한다."라고 규정하고 있다. 다음으로 한·미 FTA는 제1.4조의 정의규정에서 "'조치'라 함은 모든 법·규정·절차·요건 또는 관행을 포함한다."라고 규정하고 있다. 제12장 국경간 서비스무역 부분과 관련하여 제12.1조는 제1항에서 "이 장은 다른 쪽 당사국의 서비스 공급자에 의한 국경간 서비스무역에 영향을 주는 것으로서 당사국이 채택하거나 유지하는 조치에 적용된다."라고 규정하고, 제2항에서는 '당사국이 채택하거나 유지하는 조치'에 대하여 "가. 중앙·지역 또는 지방 정부와 당국이 채택하거나 유지하는 조치, 그리고 나. 중앙·지역 또는 지방 정부나 당국으로부터 위임받은 권한을 행사하여 비정부기관이 채택하거나 유지하는 조치"라고 규정하고 있다. 끝으로 한·EU FTA는 제7.2조의 정의규정에서 "조치란 법, 규정, 규칙, 절차, 결정, 행정행위의 형태이거나 또는 그 밖의 형태인지에 관계없이 당사자에 의한 모든 조치를 말한다."(가호)고 규정하고, '당사자가 채택하거나 유지하는 조치'에 대하여 "1) 중앙, 지역 또는 지방 정부 및 당국, 그리고 2) 중앙, 지역 또는 지방 정부나 당국으로부터 위임받은 권한을 행사하는 비정부기관"(나호)라고 규정하고 있다.

업 면허 교부조건을 강화하는 것도 그 제한이 사실상(de facto) 외국의 서비스 공급자의 한국 철도운송서비스 시장에 대한 접근을 근본적으로 전면 금지하는 효과를 발생시킨다면 이들 협정 위반의 문제가 제기될 소지가 없지는 않으므로 관련하여서도 주의가 요구된다 하겠다.

전술한 바와 같이, 철도는 공익성이 큰 운송수단이다. 따라서 향후 이들 협정상의 양허에 근거하여 외국의 서비스 공급자가 실제로 철도사업의 면허를 신청할 경우 어떻게 공익성 등 한국의 국익을 반영하면서도 국제통상규범에 저촉되지 아니하는 면허요건을 설정할 것인지에 대한 선제적 논의의 필요성이 상당하며 관련하여 그 방안이 보다 적극적으로 모색되어야 할 것이다.

## IV. 결론

철도사업의 현행법상 진입규제수단은 사업면허로, 철도사업자에 대한 면허발급에 관하여 규정하고 있는 「철도사업법」 제5조의 명문에 따르면 코레일 이외의 자에게도 철도사업 면허의 발급이 가능하고 실제로 2013년 12월 27일 ㈜SR에게 SRT의 운영과 관련하여 면허가 발급되었다. 관련하여서는 2013년 12월 9일 09시부터 12월 30일 11시까지 22일간 진행된 철도노조의 총파업 발발과 본 논문의 논의대상인 본건 개정안의 발의 등 당시 많은 반발이 있었다. 비록 ㈜SR 설립으로 촉발된 본건 개정안 자체는 더 이상 유효하지 않지만 향후 그와 유사한 내용의 입법시도는 충분히 또다시 반복될 수 있으므로 본 논문은 지금까지 본 사안, 즉 본건 개정안과 같이 철도사업 면허발급 대상 법인의 소유자를 공공부문으로 한정하는, 즉 철도사업의 진입규제를 강화하는 조치의 입법화가 국제통상규범에 위반되는지 여부에 대하여 GATS, 한·미 FTA, 한·EU FTA 등 주요 국제통상규범과 관련하여 살펴보았다.

본건 개정안과 같이 철도사업 진입규제 강화 입법을 하게 되면 2005년 6월 30일 이전에 건설된 철도 노선의 철도운송서비스와 관련하여서는 한·미 FTA 위반의 문제가 특별히 있지 않으나, 그 이후에 건설된 철

도 노선의 철도운송서비스와 관련하여서는 시장접근 보장의무 조항(제12.4조) 및 역진방지 조항(제12.6조 제1항 다호) 등에 있어 위반의 문제가 발생할 소지가 있어 보인다. 한편 본 사안의 한·EU FTA 위반 가능성은 한·미 FTA의 경우보다 적지만, 한·EU FTA 발효일 이후의 신규노선에 대한 외국의 서비스 공급자의 시장접근이 완전히 거부될 경우에는 관련하여 역시 한·EU FTA상 시장접근 보장의무 조항(제7.5조) 위반의 문제가 발생할 수 있다. 그리고 DDA 협상이 장차 타결될 경우, 관련하여 추후 GATS상 시장접근 보장의무 조항(제16조) 위반의 문제 역시 발생할 가능성이 있다.

이와 같이 철도사업을 위시한 한국 철도산업에 국제통상관계가 개입할 경우에는 비단 관련 국내법 뿐 아니라 한국이 맺은 제반 국제통상규범도 함께 고려되어져야 하며, 따라서 이들에 대한 규제 또는 처분이나 조치 역시 관련 국내법 및 국제통상규범 모두에 저촉되지 않는 범위 내에서 이루어질 것이 요구되므로 특히 규제의 강화에 있어 보다 신중한 검토와 접근이 필요하다. 다시 말해 그러한 입법 시도를 위시한 해당 조치는 관련 국제통상규범과의 마찰을 최소한으로 줄이고 조화를 추구하는 방향으로 이루어져야 할 것이다. 그리고 공익성이 큰 철도산업의 특성상, 향후 외국의 서비스 공급자가 실제로 철도사업의 면허를 신청할 경우에 대비하여 한국의 국익을 반영하면서도 국제통상규범에 저촉되지 아니하는 가능한 면허요건의 모색에 대한 보다 적극적인 선제적 논의 역시 필요하다고 하겠다.

(논문투고일: 2019.12.08, 심사개시일: 2019.12.15, 게재확정일: 2019.12.19)

정누리

철도사업, 진입규제, GATS, 한·미 FTA, 한·EU FTA

# 【참 고 문 헌】

## I. 단행본

국토교통부, 「2018년 주요정책 추진계획」(2018.01).
관계부처 합동, 「한·미 FTA 주요내용」(외교통상부, 2012).
김도훈/고준성/장윤종/조윤애/김수동/민혁기, 「한미·한EU FTA 발표와 제조업의 대응」(산업연구원, 2010).
김종덕/엄준현, 「한국의 기체결 FTA 서비스 및 투자 협정문 분석 – 한·미 FTA와 한·EU FTA를 중심으로」(대외경제정책연구원, 2013).
나성현/박동욱/전수연/오기석/조성규/김원식/이희정, 「공익산업에서의 진입 및 M&A 규제제도에 대한 연구 – 기간통신사업자 허가 및 M&A 규제제도를 중심으로 –」(정보통신정책연구원, 2008.12).
법무부, 「GATS 해설서」(2000).
산업통상자원부, 「통상 관련 용어집」(2013).
외교통상부, 「한·미 FTA 상세설명자료」(2011).
_____, 「한·미 FTA, 우리 미래를 위한 선택입니다.」(2011).
_____, 「한·EU FTA 상세설명자료」(2012).
이은섭, 「WTO 통상법」(진영사, 2000).
임재경/이재민/이옥남, 「한·중·일 FTA에 대비한 교통부분 정책방향 연구」(한국교통연구원, 2009).
최진석/박은아/최은혜, 「철도산업 환경변화에 따른 법령체계 정비방안 연구」(한국교통연구원, 2017).
한국교통연구원, 「철도 관련 법제 개선 연구」(국토해양부, 2009).
한국국제경제법학회 편, 「국제경제법」(박영사, 2018).

## II. 논문

강신원, “WTO 정부조달협정과 공기업 민영화”, 「전자통신동향분석」 제18권 제5호 (한국전자통신연구원, 2003).
곽채기, “한국철도공사의 여객과 화물운송사업의 합리적 운영 방안”,

「서울행정학회 기획세미나 발표논문」(서울행정학회, 2008).
김길수, “철도산업 경쟁도입의 정책논증에 관한 연구”, 「한국자치행정학보」 제28권 제3호 (한국자치행정학회, 2014).
김진동, “사실상 종료된 DDA, 협상 의제에 대한 논의는 계속 진행 - 나이로비 각료회의 이후 WTO 협상의 미래”, 「나라경제」(KDI 경제정보센터, 2016.02).
이영수, “박근혜 정부 철도정책에 대한 비판적 검토”, 「산업노동연구」 제20권 제2호 (한국산업노동학회, 2014).
_____, “철도 분리경쟁 운영의 문제점과 통합의 효과: 한국철도에 대한 진단과 평가가 선행되어야”, 「이슈페이퍼」 17-03호 (사회공공연구원, 2017.07.10).
이용상/정병현, “일본의 민영화 전후 철도 화물 수송 변화에 대한 분석 연구”, 「물류학회지」 제23권 제1호 (한국물류학회, 2013).
이은섭/박은진, “GATS 의무에 대한 일반적 예외의 해석과 적용”, 「무역학회지」 제34권 제1호 (한국무역학회, 2009).
정누리, “중소기업적합업종제도의 국제통상법 적용대상 적격성 및 위배 가능성에 대한 연구”, 「국제법학회논총」 제58권 제3호 (대한국제법학회, 2013).
조인성, “철도산업 경쟁도입 관련 독일 법제의 최근 논의 및 시사점”, 「법학논총」 제21권 제2호 (조선대학교 법학연구원, 2014).
조한필/이성환, “한국철도의 효율적인 경영과 민영화”, 「물류학회지」 제22호 제5호 (한국물류학회, 2012).
최성원, “남북한 철도 관련 법제도 현황 비교 및 향후 전망”, 「이슈페이퍼」 제2017-19호 (한국교통연구원, 2017.10.16).

## Ⅲ. 기타 자료

강갑생, “[뉴스분석] 시한부 철도 파업 끝났지만 11월이 진짜...‘정권이 답해야 할 차례’”, 「중앙일보」(2019.10.15).
강건택, “수서발 KTX, 민간기업 직위·호칭 사용(종합)”, 「연합뉴스」(2014.02.27).

국토교통부, “수서고속철도회사에 면허발급, 철도경쟁시대 개막 - 2004년말 철도사업법 제정 9년 만에 첫 면허 발급”, 「대한민국 정책브리핑」(2013.12.27).

국회사무처, “제321회 국회 국회교통위원회 제3차 철도산업발전소위원회 회의록”(2014.01.21).

곽선미, “수서고속철도주식회사, 사명 ㈜SR로 출범”, 「뉴스1코리아」(2014.06.11).

권선미, “철도노조 ‘11월 총파업…정부는 철도 통합·개혁 요구에 답하라’”, 「연합뉴스」(2019.10.21).

기획재정부, “2019년 공공기관 지정”, 「보도자료」(2019.01.30).

김요한, “철도사업법 일부개정안 ‘변재일의원 대표발의’ ‘박원석의원 대표발의’ 검토 보고”, 「국토교통위원회」(2014.04.10).

문병철, “대·중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고서”, 「국회지식경제위원회」(2010.04).

_____/정민정, “한국의 철도산업과 국제통상규범에서의 의무”, 「이슈와 논점」 제793호 (국회입법조사처, 2014.02.13).

외교통상부, “WTO DDA 서비스협상 1차 양허안(Initial Offer) 해설자료”(2003.03.31).

이민정, “철도 파업 5일만에 철회…열차운행 오후부터 순차적 정상화”, 「중앙일보」(2019.11.25).

이태기, “철도민영화방지법, ‘WTO 유권해석 의뢰는 부적절’”, 「공무원U신문」(2014.01.22).

FTA 강국, KOREA, “FTA추진현황 19.11월 기준”, 「산업통상자원부」(2019.11).

## Ⅳ. 외국 문헌

Jun Zhao & Timothy Webster, “Taking Stock: China’s First Decade of Free Trade”, University Pennsylvania Journal of International Law, Vol.33, No.1 (2011).

World Trade Organization, Annual Report 2019 (2019).

_____, "Economic Needs Test", Note by the Secretariat, S/CSS/W/118 (Nov. 30, 2001).

_____, "Services Sectoral Classification List", MTN.GNS/W/120 (July 10, 1991).

_____, Council for Trade in Services-Special Session, "Korea-Revised Offer on Schedule of Specific Commitments (May 2005)", *in* "Republic of Korea, Revised Offer on Services," TN/S/O/KOR/Rev.1 (June 14, 2005).

## Abstract

# A Study on the Market Entry Regulations of the South Korean Rail Transportation Service Industry and Its Obligations under International Trade Regulations

Nu Ri Jung

Licensing is the market entry regulations of the South Korean rail transportation service industry. According to Article 5 of the Railroad Service Act (hereinafter "Act"), a person who intends to provide railroad service shall obtain a license therefor from the Minister of Land, Infrastructure and Transport. On December 27, 2013, the very first railroad service licence since the entry into force of the Act was issued to the SR Co., Ltd. (hereinafter "SR"), the operator of Super Rapid Train (SRT). The establishment of SR raised many controversial issues particularly in regard to privatization.

The purpose of this paper is to study the two legislative bills on the amendment of the Act, proposing not to allow any private operator's entrance into the rail transportation service industry, from the perspective of international trade law. Although the bills deal with the establishment of SR, it purports to affect the overall rail industry. The paper first introduces the current domestic legislations on the market entry regulations of the rail transportation service industry and the related international trade regulations.

Then the paper examines whether strengthening the market entry regulations as in the bills would be in consistent with major international trade regulations, such as GATS, Korea-US FTA and Korea-EU FTA.

Nu Ri Jung

Rail transportation service industry, Market entry regulations, GATS, Korea-US FTA, Korea-EU FTA

# ‘데이터 주권’과 ‘개인정보 국외이전’ 규범 합리화 방안 연구

김 현 경*

【목 차】

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 개인정보 국외이전의 의의와 데이터 주권
1. 개인정보 국외이전의 의의와 유형
2. 우리나라 개인정보 국외이전 규정 현황
3. 데이터 주권과 개인정보 국외이전
Ⅲ. 개인정보 국외이전 규범 유형 분석
1. 자유주의 모델
2. 상호적정성 모델
3. 국가통제 모델
4. 소결 : 상호적정성 모델의 채택
Ⅳ. 상호적정성 입법과제
1. 역외적용 규정의 도입
2. 개인정보 국외이전의 허용요건
Ⅴ. 결론

【국 문 요 약】

본 연구는 데이터 주권 확보를 위한 개인정보 국외이전 규범의 합리화 방안에 대하여 검토하였다. 데이터 주권의 확보를 위해서는 데이터 시장에서 국제 경쟁력을 득해야 한다. 뿐만 아니라 자국민 데이터에 대한 집행력이 뒷받침되어야 한다. 이를 위해서 자국민 개인정보의 국외이전에 대한 합리적 규범을 설정하는 것은 매우 중요하다. 그러나 이렇듯 중요한 사안에 대하여 현행 법령은 오로지 정보주체의 ‘동의’에 의존하여 개인정보의 국외이전을 규정하고 있다. 현재 국회에서 추진중인 개정안 역시 마찬가지다. 즉 우리나라는 개인정보의 국외이전을 오로지 당사자의 자유로운 의사에만 근거하며 국가가 사전적 통제를 하지 아니하고 있다. 그러나 정보주체의 실질적 의사를 존중하는 수단으로서 ‘사전 동의’는 이미 형식화·형해화 되어 그 실효성에 많은 의문이 제기되고 있다. 특히 개

* 서울과학기술대학교 IT정책전문대학원 조교수, 법학박사

인정보의 국외이전을 정보주체의 '동의'에만 의존하는 현행의 규범체계는 유럽시장과의 데이터 교역을 곤란하게 할 수 있다. 따라서 개인정보 국외이전은 '데이터 주권 확보'와 '데이터 경제 부흥' 측면에서 볼 때 상호적정성 모델에 따라 규율되는 것이 타당하다. 이러한 상호적정성 모델이 구현되기 위해서는 다음과 같은 입법과제가 해결되어야 한다. 첫째, 개인정보 보호에 대한 역외적용 규정을 신설하되, 상호적정성승인이라는 국가 간 협약을 통해 역외적용 규정의 실효성을 확보하여야 한다. 둘째, 개인정보 국외이전은 개인정보보호의 수준이 우리나라와 동등한 것으로 정부가 승인한 국가 또는 국외 개인정보처리자로의 이전만을 허용하는 것을 원칙으로 하여야 한다. 다만 예외적으로  개인정보가 이전되는 국가 또는 개인정보처리자가 우리 「개인정보 보호법」에 의한 적정성 승인을 득하지 못하였거나 적절한 안전조치를 승인받지 못하였다는 사실 및 이러한 적정성 결정 및 적절한 안전조치의 부재로 인해 정보주체에게 발생할 수 있는 위험이 사전에 명확히 고지된 경우에만 정보주체의 동의에 의한 국외이전을 허용하여야 한다.

한편 상호적정성 모델이 적용될 경우 그 이전대상 국가가 우리나라와 국가차원의 적정성 승인을 득한 경우이거나 이전 기업이 우리정부가 정하는 적절한 안전조치를 취하였다고 인정된 경우 국내에서의 제3자 제공과 동일하게 취급되어야 할 것이다. 그러나 그렇지 못한 국가나 개인정보처리자에게 이전되는 경우 '강한' 동의 규정이 적용되어야 할 것이다. 따라서 「정보통신망법」은 처리위탁·보관에 의한 국외이전의 경우 '사전고지+이용자의 동의'를 득해야 함이 원칙이나, 적정성 결정을 득한 국가 혹은 개인정보처리자로의 이전에 대하여는 별도의 동의 없이 '사전고지'만으로 가능하도록 현행 규정은 수정되어야 할 것이다.

# Ⅰ. 서 론

근대 시민사회 이후 국가주권의 개념이 이미 확립된 상황에서 또다시 데이터 주권에 대한 논의가 제기되는 이유는 무엇일까. 데이터의 속성에 기한다고 볼 수 있다. 영토를 기반으로 하는 국가주권이 입법·사법·행정에 대한 관할권으로 현실화되나, 탈영토성(un-territoriality)이라는 데이터의 속성은 이러한 관할권의 집행을 곤란하게 한다. 데이터는 물리적 국경과 무관하게 이동할 수 있으며, 데이터의 위치는 데이터 관리자의 위치와 독립되어 존재한다. 특히 정보주체의 의지와 무관하게 인터넷서비스제공자 등 제3자에 의해 데이터의 통제·관리가 가능하다. 따라서 각 국가는 데이터에 대한 집행관할권 행사를 위해 데이터의 국경 밖 이전을 제한하는 등 마치 유체물처럼 규율하려는 시도를 하고 한다.

그러나 4차산업혁명이라 불리는 경제에서 데이터의 양적·질적 확보는 필수적이다. 세계 최초의 5G 상용화, 인공지능(AI)을 기반으로 하는 모든 서비스는 충분한 양과 질의 데이터가 확보되어야 한다. 미국, 중국 등 전 세계가 데이터 경쟁에 촉각을 세우고 있는 이유다. 그럼에도 불구하고 데이터를 기반으로 하는 4차산업혁명 생태계에서 데이터와 국력의 관계를 정비례라 한다면 우리의 국력은 하향선이다. 국내 기업의 빅데이터 이용률은 7.5%에 불과하며,[1] 데이터 거래는 미국의 1/400 수준이다.[2] 뿐만 아니라 최근 경제협력개발기구(OECD)의 기업환경 내 ICT기술·활동의 확산 정도를 분석한 결과 우리나라는 빅데이터 분야에서 3.6%를 기록해 전체 측정 20개국 중 가장 낮았다.[3] 더욱이 우리는 지역적·인구구조적 특성으로 자국 내 데이터만으로는 양적 한계가 존재할 수밖에 없다. 미국은 이미 구글·아마존 등 공룡 데이터 플랫폼이 자리 잡고 있으며, 중국은 자국의 인구규모를 기반으로 데이터 국지화 정책을 실시하고

1) 빅데이터 활용과 분석 수준은 63개국 중 56위(IMD, ‘17)이며, 국내 기업의 빅데이터이용률은 7.5%로 데이터 경쟁력이 현저히 낮은 수준이다(김수현, 데이터 기술(Data Technology) 시대를 대비한 주요기술 동향 및 시사점, 제4차 산업혁명과 소프트파워 이슈리포트 2018-제47호, 4면)

2) 과학기술정보통신부 보도자료, 데이터·인공지능(AI) 경제 활성화의 이정표 제시, 2019.1.16

3) http://news.heraldcorp.com/view.php?ud=20190107000086 2019.12.7확인

있다. 이들의 데이터를 우리 플랫폼으로 끌어오는 것은 쉽지 않다. 이러한 상황에서 유럽, 아프리카, 인도 등은 데이터 강국이 되고자 하는 우리 입장에서는 간과할 수 없는 데이터 교역 대상이다. 데이터 주권의 확보는 경쟁력 있는 데이터 경제가 뒷받침되어야 가능하다. 이러한 의미에서 데이터 경제의 핵심이라 할 수 있는 개인정보의 국외이전에 대한 합리적 규범을 설정하는 것은 매우 중요하다. 따라서 본고에서는 개인정보 국외이전의 의의와 데이터 주권의 관계를 검토하고(Ⅱ), 이에 대응하는 개인정보 국외이전 규율 유형을 분석 한 뒤(Ⅲ), 우리에게 적절한 규범유형과 그 입법과제(Ⅳ)를 모색해 본다. 부강한 데이터 경제에 기초하여 데이터 주권을 확보할 수 있도록 개인정보 국외이전 규범의 개정방향을 제시하고자 한다.

## Ⅱ. 개인정보 국외이전의 의의와 데이터 주권

### 1. 개인정보 국외이전의 의의와 유형

개인정보의 국외이전은 자국민의 개인정보를 물리적으로 국경 밖으로 이전하는 것을 의미한다. 따라서 국외의 제3자에게 개인정보를 제공하는 것은 물론이고, 개인정보처리를 국외의 제3자에게 위탁하기 위해 개인정보가 국외로 옮겨지는 경우도 국외 이전에 포함된다.

개인정보의 국외이전 유형을 전자상거래형·중개형·공유형·이전형·제3자 제공형 등 5가지로 나누기도 하고[4] 여기에 자발적 제공형·인수·합병형을 추가하여 7가지로 나누는 견해도 있다.[5] 또는 정보주체의 자발적 제공형·제3자 제공형·해외 위탁형·영업 양도·폐업형 등 4개의 유형으로 나누기도 한다.[6]

---

4) 개인정보분쟁조정위원회, 2003

5) 이용규·이종영·남승필·문용갑·이상용·한승효, “개인정보 국외이전 관련 국가 간 협력방안 연구”, 한국정보보호진흥원, 2006, 8-48면 참조.

6) 구태언, 개인정보 국외 이전제도의 현황 및 개선방안 연구, 가천법학, 2013, 283-4면, 다만 첫 번째 유형인 정보주체의 자발적 제공형은 정보주체의 동의에 따른 것으로서 큰 문제

개인정보의 이전을 결정하는 주체를 기준으로 위의 유형분류를 대별하면 크게 두 가지다. 정보주체가 '직접' 국외이전에 동의하여 제공하는 경우와, 개인정보처리자에 의해 외국으로 이전되는 경우다. 전자의 경우 대한민국 국민이 구글·페이스북의 서비스를 이용하기 위해 개인정보의 국외 이전에 동의하는 경우, 혹은 아마존 물품 구입을 위해 미국 혹은 대한민국 영역 이외에 있는 '아마존'서버에 자신의 개인정보가 제공되는 것을 동의한 경우이다. 선행연구에서 제시한 유형 중 전자상거래형, 자발적 제공형이 포함된다. 뿐만 아니라 클라우드컴퓨팅서비스를 직접 사용하는 고객이 개인고객(end user)일 경우에도 이러한 정보주체의 '직접'제공에 해당된다. 이 경우 클라우드컴퓨팅서비스제공자는 「개인정보 보호법」상의 '개인정보처리자'혹은 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호등에 관한 법률」(이하 "정보통신망법"이라 한다)상의 '정보통신서비스제공자'에 해당된다고 볼 수 있다.

후자의 경우 정보주체가 아닌 개인정보처리자에 의해 해외에 이전되는 모든 경우를 의미하며 이를 분설하면 제3자 제공, 위탁, 영업양도 이다. 모두 개인정보가 다른 사람(제3자)에게 이전되거나 공동으로 처리하게 된다는 측면에서는 동일하다. 그러나 '제3자 제공'의 경우 이전되는 제3자에게 개인정보의 지배·관리권이 완전히 이전된다. 개인정보처리자가 해외협력사에 고객정보 제공하는 '이전형'과 다국적 기업의 한국지사가 한국 고객정보를 외국 본사로 이전하는 '중계형' 등이 여기에 포함된다. 반면 '위탁'의 경우에는 개인정보처리자의 업무를 처리할 목적으로 개인정보가 제3자(수탁자)에게 이전되지만, 수탁자가 아닌 위탁자의 이익을 위해서 개인정보가 처리된다는 점이 '제3자 제공'과 다르다. 제3자 제공은 제공받는 자의 업무를 처리할 목적 및 그 제3자의 이익을 위해서 개인정보가 이전된다. 또한 위탁의 경우에는 개인정보처리자의 관리·감독을 받지만, 제3자 제공은 개인정보가 제공된 이후에는 제3자가 자신의 책임하에 개인정보를 처리하게 되며, 개인정보처리자의 관리·감독권이 미치지 못한다. 이러한 의미에서 '영업양도'에 의한 개인정보 이전 역시 '제3자 제공'에 해당되나, 「개인정보 보호법」, 「정보통신망법」 등은 '제3자 제

가 없어 논의 유형에서 제외하였다.

공'과 '영업양도'를 별도로 규정하고 있다. 즉 영업의 양도·합병은 비록 개인정보가 제3자에게 이전된다는 점에서는 '제3자 제공'과 유사하다. 그러나 영업의 양도·합병은 그 개인정보를 이용한 업무의 형태는 변하지 않고 단지 개인정보의 관리주체만 변한다는 점에서 '제3자 제공'과는 차이가 있다. 이에 따라 영업의 양도·합병에 대해서는 별도의 규정을 두고 있으며, 제3자 제공과 관련한 규정은 적용되지 않는다.[7]

한편 전산 자원을 클라우드컴퓨팅서비스 제공자로부터 (IaaS[8] 형태로) 확보하여 사업을 영위하는 개인정보처리자는 자신의 모든 정보(고객의 개인정보까지 포함)를 클라우드컴퓨팅서비스 제공자가 운영하는 저장설비(데이터 센터)에 저장하게 된다. 클라우드컴퓨팅서비스 제공자의 저장설비가 해외에 있는 경우 개인정보의 국외이전에는 해당될 수 있다. 그렇다면 이러한 경우 '제3자 제공', '위탁', '영업양도' 중 어디에 해당되는가. 정보가 물리적으로 저장되는 저장설비 자체가 클라우드컴퓨팅서비스 제공자가 지배, 운영하는 데이터센터라고 하더라도 개인정보처리자와 클라우드컴퓨팅서비스 제공자 간의 계약에 의거하여 클라우드컴퓨팅 서비스 제공자가 그 정보에 접근하는 것을 금하고 있다면, 이는 제3자 제공이라고 보기 곤란하다. 제3자 즉 클라우드컴퓨팅서비스 제공자가 개인정보의 지배·관리권을 이전받는 것이 아니기 때문이다.[9] 또한 '위탁'에 해당되는가에 대하여, 개인정보를 저장, 관리, 복구, 파기하는 주체는 오로지 이용자이지, 클라우드 컴퓨팅서비스 제공자가 아니므로, 개인정보 취급을 수탁을 받은 자라고 해석할 수는 없다는 견해가 있다.[10] 한편 「정보통신망법」을 엄격하게 해석할 경우 개인정보처리자가 개인정보 데이터센터나 데이터베이스를 국외에 이전해서 운영하는 것이 불가능해지고 그 결과 클라우드컴퓨팅 서비스와 같은 글로벌한 서비스가 불가능해지며 외

7) 행정안전부, 개인정보보호법 해설서, 2016, 95면

8) 클라우드 컴퓨팅 서비스는 서비스 이용자가 자신의 PC에 소프트웨어를 설치할 필요없이, 네트워크에 연결된 모든 디바이스에서 해당 소프트웨어를 서비스로서 공급받아 사용할 수 있게 해주는 SaaS(Software as a Service), 클라우드를 통해 표준화된 개발 플랫폼을 제공하는 서비스인 PaaS (Platform as a service), 서버, 스토리지, 네트워크와 같은 인프라스트럭처를 클라우드 서비스의 형태로 제공하는 IaaS(Infrastructure as a service) 등의 유형이 있다.

9) 김기창, 클라우드 서비스와 개인정보보호, 정보법학 제16권 제3호, 2012, 161-165면.

10) 김기창, 전게논문, 165

국계 기업의 경우 다른 나라에 있는 자신의 데이터센터에 저장할 수 없게 되어 불편하게 된다. 이러한 점을 고려하여 「정보통신망법」을 탄력적으로 해석하여 개인정보의 물리적인 저장 장소는 국외이지만 저장된 개인정보를 이용하고 관리·감독하는 것은 여전히 국내이므로 개인정보의 단순한 국외 저장·관리는 개인정보의 ‘국외 이전’으로 보지 않을 수 있다는 견해도 있다.[11] 그러나 이러한 견해는 「정보통신망법」이 ‘국외 이전’이라고만 할 뿐 관리 주체나 방법에 관한 제한을 두고 있지 아니하므로 해석론의 한계를 넘어서는 것으로 보인다.[12]

「개인정보 보호법」 제2조는 개인정보의 ‘처리’를 “개인정보의 수집, 생성, 기록, 저장, 보유, 가공, 편집, 검색, 출력, 정정(訂正), 복구, 이용, 제공, 공개, 파기(破棄), 그 밖에 이와 유사한 행위”라고 규정하고 있다.[13] IaaS 형태로 클라우드컴퓨팅 서비스를 이용하는 경우 개인정보에 대한 지배관리권은 서비스계약에 의해 개인정보처리자가 가지나, 개인정보의 사실상 ‘보유’는 클라우드컴퓨팅서비스 제공자의 서버, 스토리지 등에 보관을 통해 이루어진다. 이렇게 볼 때 개인정보의 ‘보유’라는 ‘처리’(또는 취급)행위를 위탁하는 것이라 볼 여지도 있다. ‘위탁’ 이라 함은 법률행위나 사실행위[14]의 수행을 다른 사람에게 의뢰하는 것을 말한다. 클라우드컴퓨팅서비스 제공자에게 개인정보의 ‘보관’이라는 사실행위의 수행을 의뢰하는 것이라면, 이는 ‘위탁’에 해당될 수 있으므로, 본고에서는 IaaS 유형으로서 클라우드에 의한 보관을 ‘위탁’에 포함한다. 「클라우드컴퓨팅 발전 및 이용자 보호에 관한 법률」에서도 ‘이용자 정보의 임치(제28조)’에 대하여 규정하면서 “클라우드컴퓨팅서비스 제공자와 이용자는 전문인력과 설비 등을 갖춘 기관[이하 "수치인"(受置人)이라 한다]과

11) 이창범, 「개인정보 보호법」, 158면.

12) 구태언, 개인정보 국외 이전제도의 현황 및 개선방안 연구, 가천법학 제6권 제1호 (2013. 3.31.) 303면

13) 「정보통신망법」 역시 이용자의 개인정보를 수집, 생성, 연계, 연동, 기록, 저장, 보유, 가공, 편집, 검색, 출력, 정정(訂正), 복구, 이용, 제공, 공개, 파기(破棄), 그 밖에 이와 유사한 행위를 "처리"로 규정한다(제25조제1항)

14) 사실행위의 대표적인 것이 ‘점유’이다. ‘점유’는 물건에 대한 사실상의 지배, 즉 사회통념상 물건이 어떤 사람의 지배하에 있다고 하는 객관적인 관계를 말한다. 이렇게 볼 때 그 권원은 어떠하던 간에 개인정보가 클라우드컴퓨팅 서비스 제공자의 물리적·객관적 지배하에 있으며, 그러한 행위를 개인정보처리자가 의뢰한 것이라 볼 수 있다.

서로 합의하여 이용자 정보를 수치인에게 임치(任置)할 수 있다"고 규정하고 있다. '임치'라는 행위 자체가 당사자의 일방이 상대방에 대하여 금전이나 유가증권 기타의 물건의 보관을 위탁하고, 상대방이 이를 승낙함으로써 성립하는 계약이다. 본 규정에 의할 경우 클라우드컴퓨팅서비스 제공자는 개인정보 보관을 '위탁'받는 수탁자가 될 수 있으므로 개인정보처리자가 클라우드컴퓨팅서비스를 이용하는 과정에서 이루어지는 개인정보의 보관은 '위탁'이라고 봄이 타당하다.

이렇게 볼 때 개인정보 국외이전의 유형을 분류하면 다음과 같다.

**표1. 개인정보 국외이전의 유형**

| 구분 | | 주요내용 |
|---|---|---|
| 정보주체의 직접·자발적 제공 | | - 국내 소비자·이용자가 국외에서 제공하는 물품·서비스를 이용하기 위해 국외의 개인정보처리자에게 자신의 개인 정보를 자발적으로 제공하는 경우<br>- 한국에 서비스를 제공하는 국외 개인정보처리자가 국내 고객의 개인정보를 국외에 위치한 데이터 센터에 저장하게 될 경우<br>* 전자상거래형 포함 |
| 개인정보 처리자에 의한 간접적 제공 | 제3자 제공 | - 개인정보처리자 외의 제3자에게 개인정보의 지배·관리권이 이전되는 경우('제3자'에 수탁자, 대리인 및 정보주체는 해당되지 않음)<br>- 개인정보 수기문서를 전달하거나 데이터베이스 파일을 전달하는 경우뿐만 아니라, 데이터베이스 시스템에 대한 접속권한을 허용하여 열람·복사가 가능하게 하는 경우, 개인정보처리자가 해외협력사에 고객정보를 제공하는 경우, 다국적 기업의 한국지사가 한국 고객정보를 외국 본사로 이전하는 경우 등<br>* 이전형, 중계형 포함 |

| | | |
|---|---|---|
| | 위탁 | - 개인정보처리업무를 위탁하는 과정에서 개인정보가 해외로 이전되는 경우<br>- 규제가 엄격하지 않거나, 인건비가 낮거나, 전문인력이 풍부한 외국에 지사 등을 설립한 후 국내 고객의 DB를 이용해 관련 업무를 수행하는 경우 |
| | 영업양도 | - 외국 기업이 국내기업을 인수하면서 국내기업이 보유한 개인정보를 외국으로 이전하는 경우<br>- 국내 회사와 외국 회사를 합병하는 과정에서 국내 회사가 보유하고 있던 개인정보를 해외에 있는 합병 후 회사 또는 신설된 회사로 이전하는 경우<br>- 글로벌 기업이 한국 자회사를 폐업하면서 해당 자회사가 보유하고 있던 개인정보를 해외 본사에 통합하는 경우<br>* 인수합병형 포함 |

## 2. 우리나라 개인정보 국외이전 규정 현황

「개인정보 보호법」 제17조 제3항은 “개인정보처리자가 개인정보를 국외의 제3자에게 제공할 때에는 제2항 각 호에 따른 사항을[15] 정보주체에게 알리고 동의를 받아야 하며, 이 법을 위반하는 내용으로 개인정보의 국외 이전에 관한 계약을 체결하여서는 아니 된다”고 규정하고 있다. 이처럼 동의 없는 국외의 제3자 제공을 금지하고 있지만 제재규정은 없다. 2018년 11월 국회 제출된 「개인정보 보호법 일부개정법률안」[16] 도 이러한 규정을 그대로 담고 있다.

15) 1. 개인정보를 제공받는 자, 2. 개인정보를 제공받는 자의 개인정보 이용 목적, 3. 제공하는 개인정보의 항목, 4. 개인정보를 제공받는 자의 개인정보 보유 및 이용 기간

16) 의안번호 16621, 인재근의원 대표발의, 2018. 11. 15. 발의. 정부와 합의된 안으로 알려져 있다.

「정보통신망법」은 국외이전 개인정보의 보호(제63조)에 대하여 규정하고 있다. 제1항에서 “정보통신서비스 제공자등은 이용자의 개인정보에 관하여 이 법을 위반하는 사항을 내용으로 하는 국제계약을 체결하여서는 아니 된다”고 규정하며, 제2항에서 개인정보 국외 제공·처리위탁·보관에 대한 정보주체의 동의를 규정하고 있다. 다만 국외에 제공하는 경우(조회되는 경우를 포함한다)·처리위탁·보관이 모두 “이전”에 포함되는 개념임을 명확히 규정하고 있다. 또한 처리위탁·보관에 대하여는 동의 면제 요건을 별도로 규정하고 있다. 처리위탁·보관의 경우 동의를 면제받기 위해서는 동의 전 고지 사항인 ‘①이전되는 개인정보 항목, ②개인정보가 이전되는 국가, 이전일시 및 이전방법, ③개인정보를 이전받는 자의 성명(법인인 경우에는 그 명칭 및 정보관리책임자의 연락처를 말한다), ④ 개인정보를 이전받는 자의 개인정보 이용목적 및 보유·이용 기간’을 인터넷 홈페이지등에 공개하거나 전자우편 등 대통령령으로 정하는 방법에 따라 이용자에게 알려야 한다. 또한 이러한 절차를 거쳐 개인정보를 국외에 이전하는 경우 대통령령으로 정하는 바에 따라 보호조치를 하여야 하며, 해당 규정을 이용자의 개인정보를 이전받는 자가 해당 개인정보를 제3국으로 이전하는 경우까지 확대하여 준용하도록 규정하고 있다(동조 제5항). 즉 개인정보의 국외이전 중 “제공”의 경우에는 정보주체에게 ‘고지-동의-보호조치’를 거쳐야 하며, “처리위탁·보관”의 경우에는 ‘고지사항의 공개·고지’만으로 국외이전이 가능하다.

또한 개인정보의 국외 이전을 제한하는 국가의 정보통신서비스 제공자 등에 대하여는 해당 국가의 수준에 상응하는 제한을 할 수 있다고 규정(제63조의2)함으로서 ‘상호주의’원칙을 규정하되, “조약 또는 그 밖의 국제협정의 이행에 필요한 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정하고 있다. 이는 정보통신서비스제공자의 개인정보 처리와 관련하여 국제법상 ‘상호주의’의 일반원칙이 적용됨을 확인한 것이라 보여 진다.「개인정보 보호법 일부개정법률안」역시 정보통신서비스 제공자 등의 개인정보 처리 등 특례(개정안 제6장)에 기존「정보통신망법」의 규정을 그대로 이관하여 규정하고 있다(개정안 제39조의13).

## 3. 데이터 주권과 개인정보 국외이전

개인정보 국외이전을 규율하는 가장 일반적인 이유는 개인정보자기결정권을 구현하기 위함이다. 정보주체의 이러한 권리가 국외 이전 과정에서 현실화 된다는 것은 데이터 주권의 실현을 의미한다고 볼 수 있다. 국가보안, 자국민의 개인정보 보호 및 데이터에 대한 집행관할 확보 등은 모두 데이터 주권 확보를 위한 일련의 조치라고 할 수 있다. 뿐만 아니라 데이터 경제에 있어서 국가 간 경쟁관계의 우위 및 주도권 확보를 위해서도 개인정보 국외이전 규범은 중요하다. 따라서 개인정보 국외이전 규범은 국가안보 및 자국민 보호와 데이터 경제 활성화에 기여하는 방향으로 개선되어야 한다.

### 가. 데이터 주권의 확보

주권은 영토를 기반으로 하는 국민국가를 단위로 하여 절대성과 항구성을 특질로 하는 권력이다.[17] 그러나 데이터의 속성은 탈영토성(un-territoriality)을 기반으로 한다. 따라서 영토에 기반 하여 주권 및 관할을 전제 하고 있는 현재의 규범체계를 그대로 데이터 규범에 적용하는 것은 규범의 집행을 불안정하게 만든다. 데이터에 대하여 주권의 실행으로서 관할권을 행사하기 위해서는 우선 데이터에 대하여 관리/지배가능성이 있어야 한다. 이러한 관리/지배가능성은 유체물 및 영토기반의 규범하에서는 물리적 위치를 전제로 한다. 그러나 데이터의 이동성·독립성·혼합성·분할성·제3자 관련성 등의 속성[18]은 특정 시점에서 데이터의 물리적 위치를 파악하는 것을 곤란하게 하므로 정보주체는 그들의 데이터에 대해 직접적인 통제권을 상실하게 된다. 이러한 데이터의 속성으로 각국은 국가안보 등을 이유로 자국 영역 밖에 있는 데이터에 대한 접근과 감시를 시도하고, 이는 곧 데이터 주권 침해를 야기할 수 있다. 특히 스노든 사태[19]에 이후 외국의 감시에 대한 우려, 데이터 보안 등의 관점

17) 이성환, 국민국가의 변천과 헌법의 과제, 법학논총, 제10호, 1998, 281-282면.
18) 데이터의 속성에 대한 논의는, 김현경, 데이터 속성과 국지화 규범의 법적 쟁점에 대한 고찰, 토지공법연구 제78집 2017년 5월 참조

에서 데이터 주권은 더욱 그 중요성이 부각되었다.[20] 예컨대 정보주체의 자국 내에서는 사생활 또는 개인정보 등이 법령에 따라 보호될 수 있는 반면, 그 정보가 저장된 서버가 소재하는 국가의 법률에 의해서는 그와 같은 정보들이 수사기관이나 제3자에 의한 침해로부터 보호 받을 수 없는 결과가 될 수도 있기 때문이다.[21] 이처럼 국가안보를 위한 자국민 개인정보의 보호, 자국민 개인정보를 위협하는 국외 행위자들에 대한 집행 등은 데이터 주권의 실현을 위해 필수적인 사항이다. 따라서 개인정보의 국외이전 규범은 이와 같은 국외의 부당한 감시로부터 자유와 안전을 확보하려는 시도의 일환으로 검토될 필요가 있다.

그러나 현행 개인정보 국외이전 규범은 오로지 정보주체의 '동의'에 의존하여 개인정보의 해외이전을 규정하고 있다. 그러나 정보주체가 '동의' 전에 개인정보 처리방침 등에 대한 사항을 모두 숙지하고 동의를 하는 경우는 거의 드물다. '2018년 개인정보보호실태조사'에 의하면 정보주체 중 자신의 개인정보를 제공할 때 정보제공동의서를 확인하는 비율은 30%이고 나머지 70%는 확인하지 않는다고 한다.[22] 정보주체는 개인정보 국외이전의 의미와 향후 자신에게 미칠 영향에 대한 객관적인 인지 없이 동의를 하게 될 위험이이 크다. 그러나 정보주체가 이처럼 동의하였다면 이후 발생하는 모든 문제는 정보주체 개인의 책임이다. 오히려 사업자(개인정보처리자) 입장에서는 '동의'만 받으면 모든 처리행위에 대하여 면책된다. 국외이전에 대한 동의 절차가 매우 형식화되고, 정보주체

---

19) 미국 중앙정보국(Central Intelligence Agency, CIA)과 국가안보국(National Security Agency, NSA)에서 근무했던 에드워드 스노든(Edward Snowden)이 국가안보국의 개인정보 수집과 감시활동에 대한 폭로를 한 후 국제사회에서는 이에 대해 상당한 반향이 일었다.

20) 미국은 지난 9·11 사태 이후 테러관련 개인정보 수집에 대한 연방정부의 권한을 강화하는 국토안보법(Homeland Security Act)과 애국법(Patriot Act)과 같은 여러 법률을 마련하였다. 그 결과 미국에서 정부기관에 의한 개인정보 누출 위험은 다른 나라보다 훨씬 높다고 평가되고 있다. 박완규, "클라우드 컴퓨팅 환경에서의 개인정보의 미국 이전에 따른 문제점 및 대응방안 연구 - 미국 정부기관에 의한 개인정보 누출 위험을 중심으로-", 「법학논고」(제38집), 경북대학교, 2012. 2, 463면

21) 이에 관한 자세한 내용으로는 박완규, 앞의 논문 455~478면 참조.

22) 실제 '2018년 개인정보보호실태조사'에서 정보주체가 동의서를 확인하지 않는 이유로 '귀찮고 번거로워서'가 38.4%, '동의서 내용에 상관없이 서비스를 반드시 이용해야 해서' 30.7%, '내용이 많고 이해하기 어려워서' 24.4%, '확인해도 개인정보보호에 도움이 되지 않을 것 같아서' 6.5%로 나타났다.

의 권리보장 수단으로서 형해화 되고 있음에도 불구하고 현행법은 국외이전을 전적으로 정보주체 개인의 ‘동의’ 문제로 다루고 있는 것이다. 결국 동의에 기반 한 개인정보 국외이전은 정보주체의 진정한 의사가 동의절차에 담기지 않음에도 불구하고 오직 정보주체 개인적 차원에서의 책임만 남게 된다. 따라서 개인정보 국외이전에 대하여 국가안보 혹은 국민의 개인정보 보호 등 주권 실현 차원에서 규범이 강구될 필요가 있다. 개인정보가 이전되는 국가의 개인정보 보호규율 현황 등 개인정보 보호수준을 국가 차원에서 사전에 스크린하고 이를 정보주체에게 명확히 알리는 등의 조치가 필요하다.

### 나. 데이터 경제 활성화

디지털 경제의 핵심이 데이터라는 것은 누구도 부인할 수 없다. 인공지능에 기반한 모든 기술·서비스 구현의 필수불가결한 요소는 ‘데이터’다. 5G 네트워크 구축에 수 조원이 필요하다고 하나 그에 걸맞는 양의 데이터가 유통되지 않는다면 불필요한 투자다. 이러한 이유로 전 세계가 데이터 경쟁에 몰입하고 있다. 중국은 ‘빅데이터 산업발전 클러스터 구축계획’에 따라 혼합국유기업 형태의 데이터 거래 플랫폼을 귀양, 상해 등에 구축·운영 중이다. 귀양의 경우 2018년 기준 약 3억 위안의 거래가 이뤄졌다. 미국의 경우 세계 최대 규모의 데이터브로커 시장이 형성돼 있으며, 그 규모는 약 1,500억 달러에 달한다. 대표적 데이터브로커인 액시엄(Acxiom)은 미국인 3억 명을 포함한 전 세계 약 7억 명 이상의 소비자 정보를 저장하고 있으며, 저장된 개인 한명에 대한 정보가 약 1500여종에 이른다. 또한 구글·아마존이 자사로 끌어들이는 데이터의 규모와 가치는 세계 최고라 해도 과언이 아니다. 데이터센터만 보더라도 미국이 40.2%로 1위, 그 다음이 중국(10.1%), 일본(6.5%)이며 우리나라는 10위권 밖이다. 이렇듯 데이터 경제의 중요성이 높아지면서 각 국가는 자국 데이터 이전을 제한하고 국내에 데이터의 양적 질적 확보를 통해 국내 기업에 대한 투자를 증가시킬 수 있다고 생각할 수 있다. 즉 자국 내 충분한 데이터 확보를 통해 지역경제 활성화를 위한 동기유발이 될 수 있다고 본다. 따라서 데이터가 자국 내로 집적되도록 국외이전 제

한 정책을 옹호한다. 후술하겠지만 특정 국가는 자국민 개인정보의 국외 이전을 전면적으로 금지하기도 하며, 대부분의 국가는 일정한 조건하에 이전을 허용한다. 특히 법률을 통하여 일정한 유형의 데이터는 반드시 자국 내 서버에서 저장되고 운영되어야 한다고 규정하는 규율방식을 취하기도 한다.

그러나 데이터의 이전을 제한하는 것은 단지 몇 몇 지역기업에만 이익이 되며 전체적인 국가경제에는 부정적 영향을 미치게 된다는 반론도 있다. 즉 데이터 이전을 제한함으로서 유발되는 국내 이점은 소수의 데이터 센터 소유자와 직원 및 이 센터에 서비스를 제공하는 소수의 기업에 국한되며 중소기업 및 대기업은 생산성을 향상시킬 수 있는 글로벌 서비스에 대한 접근이 거부되므로 그 부정적 영향이 매우 크다는 것이다.[23] 러시아의 데이터 국경 밖 이전을 금지하는 법 추진에 대하여, 러시아 전자 통신 협회(Association for Electronic Communications)는 글로벌 서비스 철수를 지적하면서 잠재적으로 부정적 경제적 결과를 강조한 바 있다.[24] 그럼에도 불구하고 이미 서버 등 장비기술이 우세한 국가나 인프라가 잘 구축되어 있는 국가에는 이러한 반론이 해당되지 않는다. 중국의 경우 오히려 외산 운용체계나 네트워크 장비에 의존하지 않음으로써 외부 침입에 강력한 방어 기반을 갖추었다고 평가되기도 하며 이러한 기술력을 바탕으로 중국의 바이두·알리바바·텐센트는 미국의 구글·아마존·페이스북과 대칭구도를 형성했고, 화웨이(하드웨어)·샤오미(소프트웨어) 등 자수성가형 성공사례도 잇따르고 있다.[25]

---

23) 김현경, 데이터 속성과 국지화 규범의 법적 쟁점에 대한 고찰, 토지공법연구 제78집, 한국토지공법학회 2017년 5월, 246-250면.

24) The Russian Association for Electronic Communications stated, “assing similar laws on the localization of personal data in other countries has led to withdrawal of global services an d substantial economic losses.” New Russian Law Bans Citizens’Personal Data Being Held on Foreign Servers, RT (July 5, 2014, 10:50).

25) 중국은 미국의 인터넷 기술종속에서 벗어나기 위해 지난 20년간 안간힘을 쏟아 왔다. 그간 중국 정부 인터넷 정책은 외국 하드웨어와 소프트웨어를 국산으로 대체하는 데 초점을 맞추고 있었다. 외산 소프트웨어에의 지나친 의존으로 생기는 위험성은 2008년 마이크로소프트가 윈도 운용체계 무단 사용을 막기 위해 해적 방지 프로그램을 보급하면서 부각됐다. 당시 소프트웨어 80%가 해적판이어서 마이크로소프트의 새 프로그램이 설치되자 컴퓨터 수백만대가 다운되는 큰 혼란이 발생한 적이 있다. 손영동, “[손영동의 사이버세

데이터 경제 및 산업적 이유로 대부분의 정부는 자국민 데이터가 해외로 이전되는 것에 대하여는 우려하지만, 역으로 해외의 데이터를 자국 영토 내에 가져오는 것에 대하여는 긍정적이다. 많은 국가들은 기업들의 데이터센터 유치를 원한다. 말레이시아의 경우 2010년에 경제변혁프로그램(Economic Transformation Program)을 발표하면서 아시아태평양 지역을 위한 세계적 규모의 데이터세터 허브를  만들겠다고 발표한 바 있다.[26] 결국 데이터 국외이전을 엄격히 제한하는 것이 경제적 효과에 부정적으로 작동할지 그렇지 않을 지는 모든 국가에 일률적으로 동일하게 적용할 수는 없다. 글로벌 경쟁력을 가지고 있는 기업을 보유한 국가와 그렇지 못한 국가, 이미 발달된 인프라와 설비기술을 보유한 국가와 그렇지 않은 국가에 따라 긍정적/부정적 요소로 작용할 수 있는 요인이 각각 다르다. 글로벌 경쟁력을 갖추고 있는 기업을 다수 보유하고 있는 국가의 경우 기술 우위효과에 의해 당연히 데이터 이전 제한 정책이 부정적 효과를 미칠 수밖에 없다. 반면 기술력을 전혀 보유하지 못한 국가 역시 서비스에의 접근가능성이 배제되는 한 혁신의 기회를 놓치게 될 수 있다. 그러나 자국의 경쟁력이 갖추어지지 않은 상태에서 타국 기업에 의해 기술이나 서비스지배력이 확장될 경우, 자국민의 데이터 지배력 전이로 자국이 소비시장으로만 전락하며 기술경쟁력에서 열세에 빠질 수 있다. 즉 개인정보 국외이전을 엄격히 제한하는 것이 경제적 효과에 부정적 혹은 긍정적이라고 단언할 수 없으며, 오히려 경제적 효과와 관련하여서는 정책적으로 적절한 국지화와 적절한 개방화의 묘미가 필요하다.[27]

우리나라의 개인정보 국외이전 규정은 앞서 언급하였듯이 정보주체의 동의에만 전적으로 의존하고 있는바 국가 차원에서 데이터 경제 부흥을 고려하고 있지는 않다. 하물며 2018년 변재일 의원은 국내 서버 설치를 의무화하는 즉 강력한 데이터 국지화 정책을 담고 있는 「정보통신망법

---

상]<8>기반기술 국산화 주도하는 중국”, 전자신문 2015년 9월 1일자칼럼 참조.

26) Overview of ETP, ECON. TRANSFORMATION PROGRAMME, http://etp.pemandu.gov.my/About_ETP-@-Overview_of_ETP.aspx. 2017.4.7.확인.

27) 김현경, 데이터 속성과 국지화 규범의 법적 쟁점에 대한 고찰, 토지공법연구 제78집, 한국토지공법학회  2017년 5월, 246-250면.

일부개정법률안」을 대표발의 한 바 있다. 개인정보 국외이전 규정은 이러한 데이터 경제의 활성화를 위한 수요 역시 함께 반영되어야 할 것이다.

## Ⅲ. 개인정보 국외이전 규범 유형 분석

개인정보 국외이전을 규율하는 유형은 국가의 개입 정도에 따라, 사적 자치의 원칙을 우선시 하는 '자유주의 모델', 이전 자체는 허용하되, 국가가 정한 기준에 부합하는 경우에만 허용하는 '상호적정성 모델', 원칙적으로 국경 밖 이전을 허용하지 않되, 지극히 예외적인 경우에만 허용하는 '국가통제 모델'로 나누어 볼 수 있다.

### 1. 자유주의 모델

미국은 민간영역을 포괄적으로 규율하는 연방 차원의 개인정보 보호법은 존재하지 않는다. 공공부문의 프라이버시 보호법(the Privacy Act, 1974)이 존재하고, 민간부문의 아동온라인 프라이버시 보호법,[28] 건강보험법,[29] 전자통신에서 프라이버시 보호법[30] 등 영역별 법제를 취하고 있다.

이러한 법률에서도 자국민의 개인정보 국외이전을 제한하기 보다는, 오히려 정부의 국외 정보에 대한 접근을 허용하여 국가안보 차원의 개인정보 규율을 강화하고자 한다. 미국 정부는 마이크로소프트사(이하 MS라 한다)의 이메일계정이 마약밀매에 이용된다는 이유로 관련 자료를 열

28) the Children's Online Privacy Protection Act (COPPA) (15 U.S.C. §§6501-6506)
29) the Health Insurance Portability and Accountability Act (HIPAA) (42 U.S.C. §1301 et seq.);
30) the Electronic Communications Privacy Act(ECPA)(18 U.S.C. §2510). 미국 의회는 이 법의 제2장에서 저장통신법(Stored Communications Act; SCA)을 제정하며 전자통신 이용에 있어 개인의 사생활보호 권리를 인정하였다. 이 법은 감청법(Wiretap Act,arts. §2510-§2522), 저장통신법(Stored Communications Act; SCA, arts. §2701-§2712), 통신이용상황기록장치법(Pen Register Statute, arts.§3121-§3127) 등 3개의 주요 장으로 구성된다.

람하고자 하였다. 뉴욕남부 연방지방법원은 '전자통신 프라이버시 보호법'에 근거하여 MS에게 이메일계정 관련 자료를 제출하도록 하는 수색영장을 발부하였다.[31] MS는 해당자료는 미국 영토 밖 즉 외국(아일랜드의 데이터센터)에 보관되어 있으므로 미국법원이 강제할 수 없다고 하였고 이러한 수색영장을 무효화하기 위한 소송을 제기하였다. 항소법원은 아일랜드에 저장된 자료를 제출하도록 하는 것은 역외적용 문제이나, 법률에 의해 명시적으로 역외적용을 규정하지 않고 있다고 하였다. 따라서 아일랜드 정부가 사법공조조약에 의거 해당자료를 제출하도록 요청하는 것과는 별론으로 '전자통신 프라이버시 보호법'에 따라 영장을 발부할 권한이 없다고 하였다.[32] 이어서 미국정부는 제2순회 항소법원에 전원합의체 재심리(en banc rehearing)를 신청하였으나 거부되었고, 이러한 과정에서 일부 재판관들은 항소법원의 판결에 대하여 별도로 반대의견을 표명하였다.[33]

이러한 일련의 과정을 겪으면서 미국 의회는 합법적인 해외정보 활용을 위한 해외정보이용 합법화법(Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act; CLOUD Act)[34]을 통과시켰다. 동법은 2018년 3월 22일 시행되었다. 동법에 의하면 미국의 통신서비스제공자들이 보유 또는 관리하고 있는 통신내용, 트래픽 데이터, 가입자 정보 등에 대해 미국 정부기관이 실제 데이터가 저장된 위치에 관계없이 제공 요청을 할 수 있도록 명시한 것이다.[35] 즉 미국은 개인정보의 국외이전을 자유롭게 허용하되, 오히려 자국의 역외데이터 접근에 대한 법적 근거를 마련함으로서 데이터 경제의 부흥과 데이터 보안의 조화를 추구하고자 한 것이라고 볼 수 있다.

---

31) 18 U.S.C. art. 2703(c)(1)(A); 미국 정부기관의 통신이용 기록이나 정보에 대한 수집권 및 그 허용범위에 관해서는 최창수, "수사・정보기관의 통신이용 정보수집권에 관한 미국의 입법례와 그 함의",「정보법학」제20권 제1호, 2016, 122-125면 참조.

32) Microsoft Corp. v. United States (In re Warrant to Search a Certain E-Mail Account Contr olled
& Maintained by Microsoft Corp.) (Microsoft I), 829 F.3d 197 (2d Cir. 2016).

33) 반대의견의 주요내용은 박선욱, 미국과 EU의 개인정보보호에 관한 법제 비교분석. 동아법학(83),2019, 269-309.면 참조

34) Clarifying Lawful Overseas Use of Data (CLOUD) Act, H.R. 4943, 115th Cong. (2018). 동법은 전자통신에서 프라이버시 보호법(18 U.S.C.)에 art. 2713을 신설한 것이다.

35) 박선욱, 앞의 논문, 281-282면

## 2. 상호적정성 모델

### 가. EU GDPR

2018년 5월 시행된 유럽연합 일반개인데이터보호규칙(General Data Protection Regulation; 이하 'GDPR')은 지리적 적용범위에 대하여 "본 규정은 유럽연합역내의 개인정보처리자 또는 수탁처리자의 사업장의 활동에 수반되는 개인정보의 처리에 적용되고, 이 때 해당 처리가 유럽연합 역내 또는 역외에서 이루어지는지 여부는 관계없다(제3조 제1항)"고 규정하고 있다. 또한 유럽 연합 역내에 있는 정보주체에 대한 개인정보를 유럽연합 역외지역에 설립된 개인정보처리자 또는 수탁처리자가 처리하는 경우에도 이 법의 적용을 받아야 하며, 유럽연합 역내 정보주체에게 재화나 서비스를 제공하는 것과 관련한 처리활동인 경우 이에 대한 실제 비용 지불과 관련이 있는 지의 여부와 무관하게 이 법이 적용된다.[36] 즉 대한민국의 기업이라 할지라도 EU시민의 개인정보를 처리하는 경우에는 GDPR이 적용된다. 유럽시민의 개인정보를 제3국으로 이전할 수 있는 경우는 다음과 같다. 우선 1) GDPR 제45(3)조에 따른 적정성 결정을 득한 경우(이하 "적정성 결정"이라 한다), 2) 표준데이터보호조항(Standard Data Protection Clauses: SDPC, 舊SCC) (제46조제2항c), 구속력 있는 기업규칙(Binding Corporate Rules: BCR) (GDPR 제47조)[37] 등 제46조에 따른 적절한 안전조치에 이루어지고 있다고 인정된 경우(이하 "적절한 안전조치"라 한다), 3) 1)과 2)에 해당하지 않지만 '적정성 결정'과 '적절한 안전조치'가 결여되어 정보주체에 대해 발생할 수 있는 위험을 고지 받은 후, 정보주체가 자신의 개인정보를 제3국으로 이전되는 것에 대하여 '명시적으로 동의한' (has explicitly consented) 경우(이하 "정보주체의 명시적 동의"라 한다)에 가능하다.[38]

'적절한 안전조치(2)'와 '정보주체의 명시적 동의(3)'의 경우 유럽진출 기업이 개별적으로 대응해야 한다는 한계가 있다. 유럽연합과 경제적인

36) 제3조제2항, Recital 23
37) 다국적 기업 내부에 구속력을 갖는 보호지침 마련 및 당국 승인이 필요하다.
38) GDPR 제49조제1항(a).

교류가 늘고 있는 제3국 입장에서는 개별적인 계약체결을 통한 이전은 각 국의 법률적용 및 검토비용 등 상당한 비용을 지불해야 한다.[39] 그러나 '적정성 결정(1)'의 경우 개인정보 이전에 대하여 추가적인 인가를 받을 필요 없다. 우리나라는 적정성 결정을 득하지 못하였으므로 현재 '적절한 안전조치(2)'와 '정보주체의 명시적 동의(3)'의 방식에 의해서 개인정보 역외이전이 가능하다. 한국기업들이 주로 취할 수밖에 없는 방식이다. 이러한 조치들은 제3국으로 개인정보를 대량 이전할 수는 없지만, 실제 EU시민의 개인정보 이전과 관련된 서비스 수요를 충족할 수 있는 유일한 방법이다.

즉 유럽은 개인정보의 자유로운 국외이전을 허용하기 보다는, EU가 개인정보 보호수준이 적정하다고 인정한 국가 및 국외 개인정보처리자에게로의 이전만 원칙적으로 허용 하되 예외적으로 정보주체의 강력하고 명확한 동의를 득한 경우 국외이전이 가능하도록 규율한 것이다.

### 나. 일본

일본 개정 「개인정보 보호법」은 이 법이 정하는 개인정보취급사업자의 의무 및 정보주체의 권리와 관련된 주요 규정이 국내에 있는 자에 대한 물품 또는 서비스의 제공과 관련하여 그 자를 본인으로 하는 개인정보를 취급한 개인정보취급사업자가, 외국에서 당해 개인정보 또는 당해 개인정보를 이용하여 작성한 익명가공정보를 취급하는 경우에 대해서도 적용됨을 규정하고 있다.[40] 또한 개인정보의 국외이전과 관련하여 제24조는 외국에 있는 제3자에게 개인정보를 제공하는 것을 제한하는 규정을 마련하였다.[41] 이 규정에 의하면 개인정보취급사업자는, 외국(일본의 역

39) 오태현, "EU 개인정보보호법 발효: 평가 및 대응방안", 오늘의 시계경제, 대외경제정책연구원 2018.5., 11-12면.

40) 일본 개인정보 보호법 제75조

41) 제24조(외국에 있는 제3자에의 제공의 제한) ① 개인정보취급사업자는, 외국(일본의 역외에 있는 국가 또는 지역을 말한다. 이하 같다)(개인의 권리이익을 보호하는 가운데 우리나라와 동등한 수준에 있다고 인정되는 개인정보의 보호에 관한 제도를 가지고 있는 외국으로서 개인정보보호위원회규칙으로 정하는 외국을 제외한다. 이하 이 조에서 동일하다)에 있는 제3자(개인데이터의 취급에 대하여 이 節의 규정에 의해 개인정보취급사업자

외에 있는 국가 또는 지역을 말한다. 이하 같다)에 있는 제3자에게 개인정보를 제공하는 경우에는, 前條 제1항 각 호에 열거된 경우를 제외하고,[42] 미리 외국에 있는 제3자에게 개인정보를 제공하는 것에 대하여 정보주체의 동의를 얻어야만 한다. 그러나 '외국'의 범위와 관련하여 "개인의 권리이익을 보호하는 가운데 일본과 동등한 수준에 있다고 인정되는 개인정보의 보호에 관한 제도를 가지고 있는 외국으로서 개인정보보호위원회규칙으로 정하는 국가를 제외"하고 있다. 즉 사전 동의를 받는 것을 원칙으로 하면서도, 동등한 보호수준을 가진 외국을 적용대상에서 제외시키고 있다. 또한 '제3자'의 범위와 관련하여 "개인정보의 취급에 대하여 일본 「개인정보 보호법」상 개인정보취급사업자가 취하여야 할 조치에 상응하는 조치로서 개인정보보호위원회규칙으로 정하는 기준에 적합한 체제를 정비하고 있는 자"를 제외하고 있다.

즉 개인정보를 외국에 제공할 경우, 법령에 근거한 경우, 사람의 생명, 신체 또는 재산의 보호를 위하여 필요가 있는 경우로서, 본인의 동의를 얻는 것이 곤란한 때 등을 제외하고는 '정보주체의 동의'를 득해야 하나, 일본과 동등한 보호수준을 가진 외국의 경우와 개인정보를 제공받는 제3자가 개인정보보호위원회규칙으로 정하는 기준에 적합한 체제를 정비하고 있는 자에 해당되는 경우 사전 동의 의무를 면제해 주고 있다.

---

가 취하여야 할 조치에 상당하는 조치를 계속적으로 취하기 위하여 필요한 것으로서 개인정보보호위원회규칙으로 정하는 기준에 적합한 체제를 정비하고 있는 자를 제외한다. 이하 이 조에서 동일하다)에게 개인데이터를 제공하는 경우에는, 前條 제1항 각 호에 열거된 경우를 제외하고, 미리 외국에 있는 제3자에의 제공을 인정하는 취지의 본인의 동의를 얻어야만 한다. 이 경우에는 同條의 규정은 적용하지 아니한다.

42) 제23조(제3자제공의 제한) ① 개인정보취급사업자는, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고, 미리 본인의 동의를 얻지 않고서는 개인데이터를 제3자에게 제공하여서는 아니된다.

1. 법령에 근거한 경우
2. 사람의 생명, 신체 또는 재산의 보호를 위하여 필요가 있는 경우로서, 본인의 동의를 얻는 것이 곤란한 때
3. 공중위생의 향상 또는 아동의 건전한 육성의 추진을 위하여 특히 필요가 있는 경우로서, 본인의 동의를 얻는 것이 곤란한 때
4. 국가기관 혹은 지방자치단체 또는 그 위탁을 받은 자가 법령이 정하는 사무를 수행하는 것에 대하여 협력할 필요가 있는 경우로서, 본인의 동의를 얻음으로써 당해 사무의 수행에 지장을 줄 우려가 있는 때

일본은 적정성 결정 과정에서 'EU로부터 이전 된 개인정보'의 취급에 대하여 특별히 규율할 것을 약정하는 보충규범(Supplementary Rules, 부속서 Annex I)을 채택하였다.[43] 이 보충규범은 EU로부터 이전된 개인정보에만 적용된다. 이 보충규범은 EU의 적정성 결정에 따라 이전된 EU 개인정보를 처리하는 사업자들을 구속한다. 법적 구속력을 가지므로 이 보충규범에 위배되어 개인정보를 처리하거나 권리를 침해한 경우 개인정보보호위원회는 법 제42조에 따라 위반행위의 중지 및 그밖에 위반을 시정하기 위하여 필요한 조치를 취할 수 있다."[44] 이러한 보충규범에도 외국에 있는 제3자에의 제공의 제한(Restriction on provision to a third party in a foreign country)에 대하여 추가적으로 규정하고 있다. 개인정보취급사업자가 외국에 있는 제3자에게 EU개인정보를 제공하는 경우에는 법 제24조에 근거하여 그러한 제3자에게 제공하는 것을 승인한다는 사전 동의를 정보주체로부터 받아야 한다. 이러한 승인을 받기 전에 정보주체에게 동의 여부를 결정하기 위해 필요한 환경에 대한 정보가 제공되어야 한다. 다만 이러한 동의는 다음과 같은 세 가지 경우에는 면제된다. 'i) 제3자가 개인의 권익보호에 있어서 일본에 상응하는 수준으로 인식 될 만한 개인정보호호체계를 가지고 있는 경우, ii) 개인정보를 제공받는 제3자와 개인정보처리사업자가 제3자에 의해 개인정보를 처리하는데 있어서 현재의 가이드라인에서 정하는 적절하고 합리적인 방법(계약 또는 다른 형태의 구속력 있는 협정, 기업 내부에서의 구속력 있는 약정 등을 의미함)과 일맥상통하는 법에서 정하는 보호조치를 시행하는 경우, iii)법 제23조 제1항에 해당되는 경우'이다.

한편 해외로부터 일본에 이전된 개인정보가 일본으로부터 제3국으로 다시 재 이전 될 경우, 당해 제3국에서의 개인정보보호가 불충하다면 결국 일본을 통해 해당 정보 주체의 권리는 침해될 위험에 놓이게 된다. 즉 일본을 통해 개인정보보호조치가 적절치 않은 국가로 개인정보가 이

43) Personal Information Protection Commission(Japan), Supplementary Rules under the Act on the Protection of Personal Information for the Handling of Personal Data Transferred from the EU based on an Adequacy Decision, https://www.ppc.go.jp/en (2019.4.9 확인), https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/annex_i_supplementary_rules_en.pdf (2019.4.14확인)

44) 위의 보충규범 1~2면.

전될 수 있다면 일본에의 개인정보 전송 내지는 이전이 제한될 수밖에 없다.[45] 따라서 일본에 이전된 개인정보의 제3국에의 재이전(Onward Transfer)에 대하여도 제한할 필요가 있는 바 역외이전 제한에 대한 규정이 마련되었다.

### 3. 국가통제 모델 : 중국, 러시아 등

중국은 1994년에 웹에 연결되었는데 4년 후 황금방패(Golden Shield) 시스템을 도입함으로써 트래픽의 국내유입과 국외유출을 통제하게 되었는바, 이 시스템은 세계에서 가장 정교한 정보장벽으로 발전하였고 이른바 '만리장성'(Great Firewall)으로 불리운다.

2013년 여름 NSA폭로 이후, 러시아 하원 의장은 이메일 또는 소셜네트워크 기업들이 러시아 고객의 데이터를 러시아 영역안의 서버에 보유하도록 하는 입법을 통해 "디지털 주권(digital sovereignty)"을 강화하여야 할 것을 요구하였다.[46] 2014년 7월 21일 러시아인들의 개인정보를 러시아 연방 영토 밖에 저장하는 것을 금지하는 법 개정안이 통과되었다.[47] 더욱이 데이터베이스의 운영자는 데이터센터의 물리적 위치를 공개하여야 한다.[48] 이를 위반하는 온라인 웹사이트는 Roscomnadzor(연방 통신 감독 기관)의 블랙리스트 명단에 기재되며 마약이나 아동포르노 등과 유사하게 취급된다.[49] 이 법에 의하면 인터넷 이용자들 간의 정보교환이나 유포를 매개/운용하는 개인 또는 법인은 음성, 서면, 이미지,

---

45) 宇賀克也, 個人情報保護法の逐条解説 〔第5版〕, 有斐閣, 2017, 174면.

46) Andrew E. Kramer, N.S.A. Leaks Revive Push in Russia to Control Net, N.Y. TIMES, July 15, 2013, at B1, available at http://www.nytimes.com/2013/07/15/business/global/nsa-leaks-stir-plans-in-russia-to-controlnet.html; Maria Makutina, Lawmakers Seek to Bolster Russia' Internet Sovereignty, RUSS. BEYONDHEADLINES (June 21, 2013), http://rbth.ru/politics/2013/06/21/lawmakers_seek_to_bolster_russias_internet_sovereignty_27365.html.

47) 이는 기존 2006년의 제152호 연방법(Federal Law No. 152 "n Personal Data")을 개정한 것으로 제242호 연방법(Federal Law No. 242)이다.

48) Federal Amendments to Certain Legislative Acts of the Russian Federation, art. 2.2.

49) Max Smolaks, Russian Government Will Force Companies to Store Citizen Data Locally, TECHWEEKEUROPE (July 4, 2014, 17:22), http://www.techweekeurope.co.uk/news/russian-government-will-forcecompanies-store-citizen-data-locally-148560.

소리 등 정보의 종류를 불문하고 모든 정보를 러시아 영토에서 6개월간 저장하여야 한다.[50]

### 4. 소결 : 상호적정성 모델의 채택

앞서 검토하였듯이 각 국가들은 개인정보의 국외이전에 대하여 일정한 규율체계를 가지고 있다. 그러나 우리나라의 경우 현재 개인정보의 국외이전 규범을 오로지 정보주체의 "동의"에 의존하고 있다. 국가가 사전에 개인정보 국외이전을 통제하지 아니하므로 일종의 자유주의 모델이라고 할 수 있다. 그러나 자유주의 모델을 취하고 있는 미국 역시 데이터가 영역 외 있더라도 데이터에 대한 집행관할을 확보하기 위한 법률을 마련한 상황에서 온전히 정보주체의 동의에만 의존하는 현행 우리 체계는 바람직한 모델이라고 보기 어렵다. 국가가 국외이전의 안전성을 보장하는 방식이기보다는, 원칙적으로 '정보주체의 동의'만을 요구하면서 사실상 "개인이 알아서 판단하여" 개인정보를 해외로 이전하도록 하고 그 위험과 책임을 모두 개인에게 부담시키는 것이다.[51] 개인정보 국외이전에 대한 정보력·이해력이 부족한 정보주체를 지원하기 위한 정부의 사전적 역할이 없다. 특히 유럽시장과의 데이터 교역을 고려해 볼 때 이러한 '동의' 의존적 자유주의 모델은 한계를 지닌다. 따라서 개인정보 국외이전은 '데이터 주권 확보'와 '데이터 경제 부흥' 차원에서 개선될 필요가 있다. 즉 국가안보, 자국법의 집행력 확보, 경제산업적 진흥 측면에서 개인정보 국외이전의 허용과 제한의 적절한 절충이 필요하다.

데이터 주권은 데이터에 대한 관할 즉 집행력 확보를 통해 실현되므로 속지주의에 기반 한 현행의 법체계로는 데이터의 물리적 소재에 따라 달라질 수밖에 없다. 우선 자국 내에 데이터센터 등을 두고 개인정보를 자국 내에서 처리하는 경우 내국민 개인정보의 보호와 관련된 법집행에 있

---

50) Federal Law of May 5, 2014, art. 1.1; see also Russia' Parliament Prepares New "Anti-Terrorist" Laws for Internet, GLOBAL VOICES (Jan. 16, 2014, 5:51 GMT), http://advocacy.globalvoicesonline.org/2014/01/16/russias-parliament-prepares-new-anti-terrorist-laws-for-internet-censorship-putin/.

51) 강철하, 앞의논문, 307면.

어서는 크게 문제가 될 것이 없다. 영토는 국가임을 나타내는 우선적 기준이고[52] 자신의 영토 내에 소재한 정보가 자국의 법적 기준에 합치되지 않게 될 경우 집행력을 확보할 수 있는 권한을 갖는다.[53] 그러나 사업자가 국외에 데이터센터 등을 두고 자국민의 개인정보를 국외에서 처리하는 경우 데이터 주권을 위한 국내법의 집행이 문제될 수 있다. 개인정보의 물리적 위치는 해외에 있다 할지라도 해당 사업자가 그나마 국내사업자인 경우(국내기업인 카카오가 서버 혹은 데이터 센터를 아일랜드에서 운영하는 경우, 국내기업인 왓차가 미국영토에서 개인정보를 처리하는 AWS를 이용하는 경우 등) 개인정보처리자에 대하여 데이터에 대한 집행관할이 어느 정도 가능할 수 있으나, 이 역시 미국의 MS사건에서 보듯 명확한 것은 아니다. 특히 내국인의 개인정보를 처리하는 사업자가 외국에 데이터센터를 두고 외국에서 대한민국 국민의 개인정보를 처리하는 외국사업자인 경우(현재 구글/페이스북 등) 온전히 자유주의 모델에만 의존할 경우, 법의 집행력 실현은 거의 요원하다. 반면 상호적정성모델은(EU GDPR)은 명백히 자국민의 개인정보를 처리하는 경우 그 개인정보처리자가 외국인이라 할지라도 자국법을 적용한다는 것을 상호 승인하는 것이므로 그 집행이 가능하다.

**표2. 개인정보 국외이전 규범 유형별 자국법 집행가능성**

| 개인정보의 물리적 위치 | 사업자 구분 | 국가통제 모델 | 상호 적정성 모델<br>* 정보주체의 개별적 동의에 관한 경우는 예외적 | 자유주의 모델 |
|---|---|---|---|---|
| 국내 | 국내 사업자 | ○ | ○ | ○ |
| | 외국 사업자 | ○ | ○ | ○ |

52) Paul R. Viotti & Mark V. Kauppi, INTERNATIONAL RELATIONS THEORY: REALISM, PLURALISM, GLOBALISM(2d ed. 1993) pp. 723-724.

53) 조소영, 인터넷 주권과 통제에 관한 연구, 公法學硏究 第12卷 第4號, 363-364면.

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| 국외 | 국내 사업자 | - (서비스 불가능) | ○ | △(미국MS사건) *집행에 있어서 국가 간 특약 필요 |
| | 외국 사업자 | - (서비스 불가능) | ○ | · |
| 범례 : 데이터에 대한 자국법 집행가능성 : ○(가능), △(보통), · (곤란) | | | | |

상호적정성 모델에 기반한 데이터의 이전은 강력한 데이터 국지주의가 가져올 데이터 경제의 퇴보에 대한 대안이라고도 볼 수 있다. 경제협력기구(OECD)역시 글로벌 정보공유와 경제발전에 있어서 데이터 흐름을 제약함으로서 나타날 수 있는 역효과에 대하여 우려를 표명한 바 있다. OECD는 각 국가들은 다른 기본권과 양립되는 한 비용 및 기타 효율성을 보장하기 위해서는 국경 간 데이터 설비의 접근, 위치 등에 대한 장벽을 없애도록 노력하여야 할 것이라고 밝힌바 있다.[54] 국가경제에 있어서 인터넷의 가치는 매우 중요하다. 그러나 데이터의 흐름이 없이 이러한 경제적 가치가 구현되기 곤란하다. 스웨덴 정부 기관인 National Board of Trade는 최근 각 부문에서 다양한 규모의 현지 기업 15곳을 인터뷰한 결과 “한 곳에서 다른 곳으로 데이터가 이동하지 않으면 무역이 일어날 수 없다”는 결론을 도출한 바 있다.[55]

따라서 데이터 주권 확보와 데이터 경제 부흥을 위한 가장 적절한 조치가 현재로서는 상호적정성모델이라고 할 수 있으며, 개인정보와 관련된 국제규범에 있어서 GDPR이 가지는 위상 등에 비추어 볼 때 우리가 고려할 수 있는 가장 현실적 수단이라고 생각된다.

54) ORG. FOR ECO. CO-OPERATION & DEV., OECD COUNCIL RECOMMENDATION ON PRINCIPLES FOR INTERNET POLICY-MAKING 7 (2011), http://www.oecd.org/sti/ieconomy/49258588.pdf.

55) KOMMERSKOLLEGIUM [SWED. NAT’L BD. OF TRADE], NO TRANSFER, NO TRADE: THE IMPORTANCE OF CROSS-BORDER DATA TRANSFER FOR COMPANIES BASED IN SWEDEN 23 (2014), available at http://www.kommers.se/Documents/dokumentarkiv/publikationer/2014/No_Transfer_No_Trade_webb.pdf. 2019.9.10. 확인.

## Ⅳ. 상호적정성 규범을 위한 입법과제

### 1. 개인정보 규범의 역외적용

#### 가. 역외적용의 의의와 한계

‘국가관할권’이라 함은 “한 국가가 자국의 국내법을 자국의 국민, 재산 등과 관련된 일정한 행위와 사실에 대하여 통치할 수 있는 법적 기초 및 권한의 총체”를 의미한다. 통상 역외적용은 이러한 국가관할권을 자국의 영토 외로 확장하는 것을 의미한다. 즉 타국의 영토에서 행사되는 국가관할권이라고 할 수 있다. 경제활동의 국제화 및 국가 간 상호의존성의 증대로 일국이 제3국과 거래할 경우 거래상 필요한 모든 조치에 대하여 제3국 거래당사자들의 준수할 것을 요구할 수밖에 없으며 그러한 점에서 일정부분 역외적 관할권을 어느 정도 상호 수락할 것을 요구하고 있는 것이다.[56]

대표적인 경우가 속지주의의 확장으로서 ‘효과이론(effect theory)’이다. 속지주의는 행위자가 내·외국인 여부를 불문하고 “한 국가의 영토 내에서” 발생한 범죄에 대하여 당해 영토국가가 관할권을 행사할 수 있다는 원칙이다. 그러나 미국, EU 등은 영역 외 행위라도 그 효과가 영역 내에 미침을 근거로 관할권을 행사하는 경우가 있는데 이를 효과이론(effect theory)이라 한다. 통상 외국사업자에 대한 집행력을 확장하기 위한 사례로 경쟁법에서 논의되고 있는 국내법의 역외적용 역시 효과주의에 기반하고 있다고 볼 수 있다. 현행 ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’은 역외적용의 인정을 명확히 규정하고 있으나, 이미 역외적용을 규정하기 전에도 판례를 통하여 역외적용을 인정한 바 있다. 즉 “외국사업자가 외국에서 부당한 공동행위를 함으로 인한 영향이 국내시장에 미치는 경우에도 공정거래법의 목적을 달성하기 위하여 이를 공정거래법의 적용대상으로 삼을 필요성이 있는 점 등을 고려해 보면, 외국사업자가

56) 이한영, 역외적용 및 로컬서버요건의 통상규범 양립성에 관한 고찰, 정보통신정책연구 제25권 제4호 (2018. 12) 107면

외국에서 다른 사업자와 공동으로 경쟁을 제한하는 합의를 하였더라도, 그 합의의 대상에 국내시장이 포함되어 있어서 그로 인한 영향이 국내시장에 미쳤다면 그 합의가 국내시장에 영향을 미친 한도 내에서 공정거래법이 적용된다고 할 것이다."라고 판단함으로써[57] 역외적용의 근거규정이 없어도 효과주의에 따라 역외적용 될 수 있음을 판시하였다.

다음으로 실행행위자 및 실행자 여하를 불문하고 당해 행위에 의하여 국가의 이익, 즉 국가안보 또는 사활적 경제이익(vital economic interests)을 침해당한 국가가 형사관할권을 행사할 수 있는 보호주의 역시 역외적용의 일례라고 할 수 있다. 그러나 보호주의가 적용되는 경우는 내란, 간첩 등 정치적 기본질서를 해하는 죄, 통화·유가증권위조 등 경제적 기본질서를 해하는 죄가 적용대상이다.[58]

이렇듯 효과이론(영향이론), 보호주의 등을 통한 국가관할권의 역외적용은 영토주의(속지주의)를 기반으로 하는 국가관할권과 충돌문제를 내포하고 있다. 역외적용은 한 국가가 타국 영역 내에서 행하여진 행위에 법적 효과를 부여하므로 그러한 법적 효과가 타국의 이해에 영향을 미칠 경우 해당 국가의 주권에 대한 간섭행위를 구성하게 된다. 즉 주권국가 간의 독립·불간섭 원칙과 충돌될 수 있다. 더욱이 경제규모, 정치력 등 협상력(negotiating leverage)이 큰 국가가 그러한 조치를 부과함으로써 얻는 기대효과가 더 높아질 것이므로 상대적으로 그렇지 못한 국가 입장에서는 민감한 문제일 수 있다.[59] 따라서 영토외적 관할권은 국제법상 허용되는 경우 이외에는 영역국가의 동의가 없는 한 관할권 행가가 불가하다는 것이 관할권 행사의 일반원칙 이라 할 수 있다.[60] 따라서 역외적용은 지극히 예외적인 경우에 가능하며, 오히려 국가 간 상호 합의를 통해서 해결하는 것이 실질적 효과의  도출에 더 유리할 수 있다. 대부분

57) 이른바 흑연전극봉 사건(대법원 2006. 3. 23. 선고 2003두11155 판결).

58) 과거 중동에서 일어난 KAL기 폭파범 김현희를 한국이 바레인으로부터 인도를 요구할 수 있었던 근거다. 그러나 이러한 보호주의는 그 기초가 되는 국가이익, 국가안보, 사활적 경제이익 개념이 모호하고 갭려국가가 자국의 안전과 중대한 이익을 침해하는 행위를 먼저 결정하므로 남용의 위험도 있다. 황성연, 국가관할권의 역외적 적용과 그 제한, 고시계 1997년 10월호(통권 제488호), 383면

59) 이한영, 전게논문, 107면

60) 황성연, 국가관할권의 역외적 적용과 그 제한, 고시계 1997년 10월호(통권 제488호), 1997.09, 379 - 387

의 국가들이 이러한 역외적용을 통한 해결 보다도 다자협상을 통해 통상 문제를 해결하려는 움직임도 이러한 정황에 근거한다고 볼 수 있다.

### 나. 개인정보 규범의 역외적용 가능성

개인정보 규범의 역외적용은 자국민의 개인정보를 외국에서 처리하는 경우에도 자국의 개인정보 규범을 적용하겠다는 것이다. 이와 관련하여 앞서 검토한 바와 같이 유럽과 일본은 법적 근거를 마련하였다. 자국민의 개인정보 처리가 자국 영토 이외의 지역에서의 서비스 제공자에 의한 경우일 때에도 그 처리의 불법성 여부를 자국법의 기준에 의해 해결하기 위해 그들에 대한 규제관할권을 규정한 것이다.[61] 이는 국가 관할권을 주장함에 있어서 영토 주의(the territoriality principle)의 확장으로서 효과원칙(the effects principle)을 일정부분 수용한 것이라고 볼 수 있다.[62] 즉 개인정보 집행과 관련하여 외국사업자가 자국민의 개인정보를 처리하는 경우에도 자국민의 권익에 영향을 미치게 되므로 이에 대하여는 자국법을 적용한다는 일종의 경쟁법상의 효과주의 이론을 개인정보 영역에도 도입한 것이라고 볼 수 있다. 다만 앞서 언급하였듯이 효과주의에 기반 한 국가관할권의 확장은 자칫 타국의 입장에서 국가관할권의 충돌 및 간섭을 야기할 수 있으므로 그 집행이 용이하지 않을 수 있다. 따라서 개인정보 역외적용 규정을 법률에 도입한다 할지라도 실제 집행에 있어서는 국가관할권 충돌에 의한 갈등요소를 그대로 내포하게 된다. 그리하여 역외적용 규정의 실효성 확보를 위한 장치로서 후술하는 '상호 적정성 승인에 의한 국외이전' 규정과 '국내 대리인제도'의 도입이 필요하다. 이를 위해 상호 적정성승인이라는 국가 간 협약을 유도하고 이을 득한 국가에 대한 개인정보의 용이한 이전을 허용할 필요가 있다.

---

61) 김현경, 데이터 속성과 국지화 규범의 법적 쟁점에 대한 고찰, 토지공법연구 제78집 2017년 5월, 2면

62) Stephan Wilske & Teresa Schiller, International Jurisdiction in Cyberspace: Which States May Regulate the Internet?, 50 Fed. Comm. L.J. 117, 1997, pp.129-142.

### 다. 개인정보 역외적용의 실효성 확보 수단 : 국내대리인 제도의 도입

내국인이 개인정보에 대하여 해외사업자가 관리·지배력을 가지는 경우 그 집행이 용이하지 않다. 따라서 해외사업자에 대한 실효성 확보를 위해 대리인제도가 도입되었다. GDPR 역시 EU 내에 설립되지 않은 컨트롤러 또는 프로세서는 EU 역내 대리인을 서면으로 지정하도록 규정하고 있다.[63] 대리인은 처리하는 개인정보 및 정보주체가 존재하는 해당국가 내에 설립되어야 한다. 이러한 대리인의 지정은 이 법에 규정된 정보처리자 또는 수탁처리자의 책임에는 영향을 미치지 않는다. 해당 대리인은 정보처리자에게 부여받은 권한에 따라 대리자로써의 업무를 수행해야하며, 여기에는 이 법을 준수하기 위해 적용된 모든 조치에 관해 관련 감독기관과 협력하는 것이 포함된다. 지정된 대리인은 정보처리자 또는 수탁처리자가 규정을 준수하지 않은 경우, 집행절차를 적용받아야한다.[64] 다만 ① 해당 처리가 간헐적(occasionally)으로 발생하고, ② 대규모의 처리가 아니면서, ③ 민감정보 또는 유죄 판결 및 형사범죄에 관련된 개인정보의 처리를 포함하지 않으며, ④ 개인정보 처리의 성격·상황·범위·목적을 고려했을 때 개인의 권리와 자유에 대한 위험을 초래할 가능성이 낮은 경우 대리인 지정의 의무가 적용되지 않는다. 이미 「정보통신망법」에 의할 경우 국내에 주소 또는 영업소가 없는 정보통신서비스 제공자 등으로서 이용자 수, 매출액 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 기준[65]

---

63) Article 27 Representatives of controllers or processors not established in the Union

64) GDPR Recital (80)

65) 「정보통신망법 시행령」 제19조(국내대리인 지정 대상자의 범위) ① 법 제32조의5제1항에서 "대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 자"란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자를 말한다.

1. 전년도[법인인 경우에는 전(前) 사업연도를 말한다] 매출액이 1조원 이상인 자
2. 정보통신서비스 부문 전년도(법인인 경우에는 전 사업연도를 말한다) 매출액이 100억원 이상인 자
3. 전년도 말 기준 직전 3개월간 그 개인정보가 저장·관리되고 있는 이용자 수가 일일 평균 100만 명 이상인 자
4. 이 법을 위반하여 개인정보 침해 사건·사고가 발생하였거나 발생할 가능성이 있는 경우로서 법 제64조제1항에 따라 방송통신위원회로부터 관계 물품·서류 등을 제출하도록 요구받은 자

② 제1항제1호 및 제2호에 따른 매출액은 전년도(법인인 경우에는 전 사업연도를 말한다) 평

에 해당하는 자는 개인정보보호책임자의 업무, 개인정보 유출등의 통지·신고 및 소명, 법위반시 물품·서류제출 의무를 대리하도록 국내대리인을 서면으로 지정하여야 한다(제32조의5). 국내대리인은 정보통신서비스 제공자의 다음 각 사항을 대리한다. 우선 개인정보 관련 이용자의 불편 접수 등 고충 처리, 관계 법령 위반 사실 인지 시 개선조치 등 개인정보 보호책임자의 업무를 대리한다. 다음으로 개인정보의 분실·도난·유출 사실을 인지하였을 경우 24시간 내 이용자에게 통지[66] 및 방송통신위원회 또는 한국인터넷진흥원에 신고하는 의무를 대리한다. 그리고 「정보통신망법」 위반 관련 물품·서류 등의 제출을 대리한다. 국내대리인 미지정 시 정보통신서비스 제공자에게 2천 만 원 이하의 과태료 부과하도록 규정하고 있다. 또한 국내대리인이 업무수행과 관련하여 「정보통신망법」을 위반한 경우 정보통신서비스 제공자가 그 행위를 한 것으로 간주한다. 해외 사업자에 대한 실효적 집행을 위해 현재 「정보통신망법」상 규정된 국내 대리인 제도를 「개인정보 보호법」에 도입할 필요가 있다.

### 2. 개인정보 국외이전의 허용요건의 개선

상호적정성의 기본원리는 '개인정보 보호 수준이 우리정부가 적정하다고 인정한 국외 이전'만 허용하는 것이다. 따라서 개인정보 국외이전과 관련하여서는 1)개인정보 국외이전의 허용요건, 2)개인정보 재이전의 제한, 3)상호주의 규정과의 조화 등에 대하여 검토할 필요가 있다.

첫째, 국외이전 허용요건의 다음과 같은 경우로 제한할 필요가 있다. 우선, 개인정보보호의 수준이 우리나라와 동등한 것으로 정부가 승인한 국가로의 이전만 허용하는 것이다. 이는 국가차원에서의 협력조치라고 할 수 있다. 두 번째는 우리 정부가 정하는 기준과 절차에 따라 개인정보보호의 수준이 우리나라와 동등한 것으로 정부가 승인한 국외 개인정보처리자로의 이전을 허용하는 것이다. 이는 기업차원에서의 협력조치라

---

균환율을 적용하여 원화로 환산한 금액을 기준으로 한다.

66) 유출된 개인정보 항목, 유출 발생 시점, 이용자가 취할 수 있는 조치, 정보통신서비스 제공자 등의 대응조치, 이용자가 상담 등을 할 수 있는 부서 및 연락처 등

고 할 수 있다. 세 번째는 이러한 적정성이 인정되지 않은 경우라 할지라도 정보주체의 ‘강한’ 동의를 득한 경우 이다. ‘강한’ 동의에 대하여는 후술한다.

둘째, 국외로 이전된 개인정보의 재이전에 대하여도 명확히 규정할 필요가 있다. 오스트레일리아가 EU 적정성 결정을 득하지 못한 이유로 국외이전을 제한하는 규정이 없다는 것이 문제가 된 바 있다. 오스트레일리아의 프라이버시법상 역외 적용은 외국인을 대상으로 하지 않기 때문에 EU 시민의 개인정보를 수집한 오스트레일리아의 회사가 당해 데이터를 개인정보보호가 불충분한 국가로 이전할 경우 EU 시민의 권리가 침해될 우려가 있다는 것이 문제시 된 것이다. 일본도 적정성 평가 과정에서 “개인정보처리자들은 제3국에 개인정보를 이전함으로서 「개인정보보호법」상의 의무를 우회하고자 시도할 것이며 이러한 부분에 대한 감독기관의 지속적인 모니터링이 필요하다”고 지적된 바 있다.[67] 따라서 개인정보를 이전받은 국외 개인정보처리자가 제3국으로 재이전하는 경우에도 개인정보보호의 수준이 우리나라와 동등한 것으로 승인한 경우 및 정보주체의 동의를 받은 경우에만 가능하도록 규정할 필요가 있다.

셋째, 개인정보 국외이전에 대한 상호주의 원칙과의 조화 이다. 현행 「정보통신망법」은 개인정보 국외이전에 대한 상호주의를 규정하고 있다. 즉 개인정보 국외이전 규정에도 불구하고 개인정보의 국외 이전을 제한하는 국가의 정보통신서비스 제공자등에 대하여는 해당 국가의 수준에 상응하는 제한을 할 수 있다. 다만, 조약 또는 그 밖의 국제협정의 이행에 필요한 경우에는 그러하지 아니하다(제63조의2). 즉 우리나라의 개인정보처리자가 정보주체의 동의 등을 받아 적법하게 개인정보를 국외이전하려는 경우라 할지라도 이전대상 국가가 자국민의 개인정보가 우리나라에 이전되는 것을 제한하는 경우 우리나라 역시 그 나라로의 개인정보 이전을 제한할 수 있다는 것이다. 상호적정성 모델의 기본 취지는 개인정보보호의 수준이 우리나라와 동등한 것으로 정부가 승인한 국가로의 이전만 허용하겠다는 것이다. 따라서 그러한 적정성 승인의 기준으로 ‘개인정보’와 관련된 직·간접적 제도와 개인정보의 제3국 이전에 대한 제도

67) Graham Greenleaf, Japan and Korea: Different paths to EU adequacy, PRIVACY LAWS & BUSINESS INTERNATIONAL REPORT,2018 PRIVACY LAWS & BUSINESS, 2018.12

들을 전반적으로 검토한다. 법치주의, 인권 및 기본권 보장, 공공안보, 국방, 공공기관의 개인정보 관련 전반적·영역별 법률이 존재하는지, 그러한 법률의 시행, 개인정보의 제3국 이전에 대한 규정이 존재하는지, 효과적으로 집행가능 한 정보주체의 권리가 보장수단이 있는지, 제3국으로부터 이전된 개인정보의 주체라 할지라도 권리가 침해되었을 경우 대응할 수 있는 사법적·행정적 구제수단이 있는지 등이다.[68] 상호적정성 승인은 그자체가 '상호'주의에 따른 것이다. 즉 상호 원활한 개인정보의 이동을 수행하기 위하여, 적정성승인을 하는 양 국가가 서로 동등한 수준의 개인정보보호 시스템을 확보하고 있다고 인정한 것이다. 따라서 「개인정보 보호법」에 개인정보 국외이전에 대하여 상호적정성모델을 택하여 개정된다면 「정보통신망법」상 '상호주의'규정은 중복에 불과하므로 개인정보 국외이전 규정에 흡수된다고 보는 것이 타당하다.

앞서 언급한 바와 같이 개인정보 국외이전은 크게 i)정보주체가 직접 제공하는 경우, ii)개인정보처리자가 제3자에게 제공하는 경우, iii) 개인정보처리자가 개인정보의 처리를 위탁하는 경우, iv) 개인정보처리자가 영위하던 사업이 영업양도, 합병 등으로 인해 보유하던 개인정보를 이전하는 경우 등으로 나뉜다. 이하에서는 상호적정성 모델에 의할 경우 각각의 유형에 해당하는 경우 규율방안에 대하여 검토한다.

### 가. 정보주체의 직접적 제공에 의한 국외이전

정보주체가 직접적으로 자신의 개인정보를 제공함으로서 이루어지는 개인정보의 국외이전이다. 이러한 경우 개인정보의 이전은 전적으로 정보주체의 개인적 선택의 문제다. 오로지 개인정보의 국외이전은 정보주체의 '동의'에 전적으로 의존한다. 현행 법률에 의할 경우 일반적인 개인정보 수집 시 사전고지 되어야 하는 사항[69]만 정보주체에게 알리고 동

68) GDPR 역시 적정성 평가 시 특별 고려요인에 대하여 이러한 사항을 규정하고 있다. Article 45(Transfers on the basis of an adequacy decision) 2.

69) 1. 개인정보의 수집·이용 목적, 2. 수집하려는 개인정보의 항목, 3. 개인정보의 보유 및 이용 기간, 4. 동의를 거부할 권리가 있다는 사실 및 동의 거부에 따른 불이익이 있는 경우에는 그 불이익의 내용(「개인정보 보호법」 제15조제2항)

의를 받으면 족하다(「개인정보 보호법」 제15조 제2항).

그러나 "상호적정성 모델"은 '개인정보 보호 수준이 우리정부가 적정하다고 인정한 국외 이전'만을 허용하는 것을 원칙으로 하는 것이다. 따라서 이전되는 국가(개인정보처리자)의 보호수준을 담보하지 못하는 상황에서 개인정보의 국외이전을 이러한 일반적 동의에 의존할 수 없다. 따라서 국외이전에 대한 정보주체의 동의는 국내에서 개인정보를 수집할 경우의 일반적 동의가 아니라 다음과 같은 고지가 선행되어야 하는 '강한' 동의여야 할 것이다. 우선 '1) 개인정보가 이전되는 국가 및 개인정보처리자가 우리 「개인정보 보호법」에 의한 적정성 승인을 득하지 못하였거나 적절한 안전조치를 승인받지 못하였다는 사실, 2) 이러한 적정성 결정 및 적절한 안전조치의 부재로 인해 정보주체에게 발생할 수 있는 위험'이 사전에 명확히 고지된 후 정보주체의 동의를 받아야 할 것이다(이하 "강한 동의"라 한다).[70] 그리고 이러한 경우에도 내국인의 개인정보를 처리하는 외국사업자에게는 국내대리인 지정 및 개인정보 재이전 규정이 적용되어야 할 것이다.

### 나. 개인정보처리자의 제3자 제공에 의한 국외이전

외국에 데이터 소재의 기반을 둔 개인정보처리자가 국내 개인정보처리자로부터 내국인의 개인정보를 '제공'의 형태로 이전받는 경우다. 예들들어 다국적 기업의 한국지사가 한국 고객정보를 외국 지사에 제공하는 경우이다. 이러한 경우 우선적으로 '개인정보의 제3자 제공' 규정이 적용된다.[71] 제3자 제공이 가능한 경우는 1) 정보주체의 동의를 득한 경우 2) 법률에 특별한 규정이 있거나 법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우, 3) 공공기관이 법령 등에서 정하는 소관 업무의 수행을 위하여 불가피한 경우, 4) 정보주체 또는 그 법정대리인이 의사표시를 할 수 없

70) GDPR도 국외이전시 정보주체의 동의의 요건으로서 "제45조 3호의 적정성 결정이 없거나 제46조의 의무적 기업 규칙 등 적절한 안전조치가 없을 경우, 적정성 결정 및 적절한 안전조치가 없음으로 인해 정보주체에 발생할 수 있는 정보이전에 대한 위험을 고지 받은 후 정보주체가 명시적으로 이전에 동의한 경우"라고 규정하고 있다(제49조).

71) 「개인정보 보호법」 제17조

는 상태에 있거나 주소불명 등으로 사전 동의를 받을 수 없는 경우로서 명백히 정보주체 또는 제3자의 급박한 생명, 신체, 재산의 이익을 위하여 필요하다고 인정되는 경우이다. 특히 개인정보처리자가 개인정보를 국외의 제3자에게 제공할 때에는 일정한 사항[72]을 정보주체에게 알리고 동의를 받아야 하며, 이 법을 위반하는 내용으로 개인정보의 국외 이전에 관한 계약을 체결하여서는 아니 된다(제17조제3항). 특히 「정보통신망법」의 경우 개인정보의 '국외 이전' 유형을 '개인정보의 국외 제공', '처리위탁·보관'으로 구분하고, '사전고지+이용자의 동의'를 득해야 개인정보의 국외이전이 가능하다(제63조제1항).

상호적정성 모델이 적용될 경우 그 이전대상 국가가 우리나라와 국가차원의 적정성 승인을 득한 경우이거나 이전 기업이 우리정부가 정하는 적절한 안전조치를 취하였다고 인정된 경우 국내에서의 제3자 제공과 동일하게 '일반적' 동의 규정이 적용될 것이다. 그러나 그렇지 못한 국가나 개인정보처리자에게 이전되는 경우 '강한' 동의 규정이 적용되어야 할 것이다.

한편 우리 「개인정보 보호법」은 정보주체의 동의를 받지 않아도 제3자 제공이 가능한 경우로 "2) 법률에 특별한 규정이 있거나 법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우, 3) 공공기관이 법령 등에서 정하는 소관 업무의 수행을 위하여 불가피한 경우, 4) 정보주체 또는 그 법정대리인이 의사표시를 할 수 없는 상태에 있거나 주소불명 등으로 사전 동의를 받을 수 없는 경우로서 명백히 정보주체 또는 제3자의 급박한 생명, 신체, 재산의 이익을 위하여 필요하다고 인정되는 경우"를 규정하고 있다. 현행 「개인정보 보호법」은 이러한 경우에도 「개인정보 보호법」 제17조제3항에 의해 정보주체에게 '고지 후 동의'를 득한 후에야 국외이전이 가능하다. 그러나 이러한 경우는 정보주체의 동의 보다 공익적 사유가 중대한 경우로서 적정성승인 혹은 적절한 안전조치를 득하였는지 여부와 관련 없이 국외이전이 가능하도록 개정될 필요가 있다.

---

72) 1. 개인정보를 제공받는 자, 2. 개인정보를 제공받는 자의 개인정보 이용 목적, 3. 제공하는 개인정보의 항목, 4. 개인정보를 제공받는 자의 개인정보 보유 및 이용 기간, 5. 동의를 거부할 권리가 있다는 사실 및 동의 거부에 따른 불이익이 있는 경우에는 그 불이익의 내용

GDPR도 제45조 3호의 적정성 결정이 없거나 제46조의 의무적 기업 규칙 등 적절한 안전조치가 없을 경우라 할지라도 i) 정보주체와 개인정보처리자 간의 계약의 이행 및 계약을 위한 사전조치로서 개인정보의 이전이 필요한 경우, ii)정보주체의 이익을 위해 개인정보처리자와 제3자가 체결한 계약의 이행을 위해 개인정보의 이전이 필요한 경우 iii)중요한 공익상의 이유로 개인정보 이전이 필요한 경우, iv)법적 권리의 확립, 행사, 수호를 위해 정보이전이 필요한 경우, v)정보주체가 물리적 또는 법률적으로 동의를 할 수 없으나, 정보주체 또는 제3자의 생명과 관련한 주요 이익을 보호하기 위해 개인정보의 이전이 필요한 경우에는 개인정보의 국외이전을 허용하고 있다.[73]

일본의 경우에도 i)법령에 근거한 경우, ii) 사람의 생명, 신체 또는 재산의 보호를 위하여 필요가 있는 경우로서, 본인의 동의를 얻는 것이 곤란한 때, iii) 공중위생의 향상 또는 아동의 건전한 육성의 추진을 위하여 특히 필요가 있는 경우로서, 본인의 동의를 얻는 것이 곤란한 때, iv) 국가기관 혹은 지방자치단체 또는 그 위탁을 받은 자가 법령이 정하는 사무를 수행하는 것에 대하여 협력할 필요가 있는 경우로서, 본인의 동의를 얻음으로써 당해 사무의 수행에 지장을 줄 우려가 있는 때에는 적정성승인과 무관하게 개인정보의 국외이전을 허용하고 있다.

한편 이렇게 제3자 제공에 의한 국외이전의 경우에도 내국민 개인정보를 제공받은 국외사업자에 대하여 국내대리인 지정에 대한 규정 및 재이전 제한에 대한 규정이 그대로 적용되어야 할 것이다.

### 다. 개인정보 처리의 위탁에 의한 국외이전

해외수탁자가 국내 개인정보처리자로부터 ‘위탁’의 형태로 내국인 개인정보를 이전받는 경우이다. 구체적으로 인건비가 낮거나 전문인력이 풍부한 외국에 지사 등을 설립한 후 국내 고객의 DB 처리를 위탁하는 경우, 또는 IaaS 형태로 기업이 해외 소재한 클라우드컴퓨팅 서비스를 이용하여 고객의 개인정보를 보관하는 경우다.

---

73) GDPR 49.1

현행 「개인정보 보호법」은 제3자 제공에 의한 국외이전에 대하여 '정보주체의 사전동의'를 요건으로 하나, 위탁에 의한 개인정보 국외이전에 대하여는 특별한 제한이 없다. 다만 개인정보 국외이전과 무관하게 위탁은 '위탁업무 수행 목적 외 개인정보의 처리 금지에 관한 사항·개인정보의 기술적·관리적 보호조치에 관한 사항' 등이 포함된 문서에 의하여야 한다고 규정하고 있다(제26조제1항). 또한 위탁자는 위탁업무의 내용과 수탁자를 정보주체가 쉽게 확인할 수 있도록 공개하여야 하며(제26조제2항), 수탁자가 개인정보를 안전하게 처리하도록 교육·감독하여야 한다(제26조제3항). 그밖에 개인정보처리자에 준하는 의무를 부과하고 있다. 반면 앞서 언급한 바와 같이 「정보통신망법」은 개인정보의 '국외이전' 유형을 '개인정보의 국외 제공', '처리위탁·보관'으로 구분하고, '사전고지+이용자의 동의'를 득해야 개인정보의 국외이전이 가능하다(제63조제1항). 다만 처리위탁·보관에 의한 국외이전의 경우 단서에서 특례로 '동의'의 예외를 규정하고 있다. 정보통신서비스의 제공에 관한 계약을 이행하고 이용자 편의 증진 등을 위하여 필요한 경우로서 일정한 사항[74] 모두를 공개하거나 전자우편 등의 방법에 따라 이용자에게 알린 경우에는 개인정보 처리위탁·보관에 따른 동의절차를 거치지 아니할 수 있다(제63조 제2항).

상호적정성 모델에 의할 경우 개인정보보호의 수준이 우리나라와 동등한 것으로 우리 정부가 승인한 국가나 개인정보보호의 수준이 우리나라와 동등한 것으로 정부가 승인한 국외 개인정보처리자에게 위탁을 통해 이전하는 경우 현행의 위탁규정이 그대로 적용될 것이다. 다만 정보통신서비스의 제공에 관한 계약을 이행하고 이용자 편의 증진 등을 위하여 필요한 경우를 제외하고 별도의 동의를 요하는 「정보통신망법」의 현행 규정은 수정되어야 할 것이다. 적정성 승인 차체가 영속적이지 않으며, 4년마다 재심사가 가능하고, 우리나라 개인정보 감독기관에 의한 지속적 모니터링이 수행되므로 별도로 정보주체의 '동의'는 불필요하다. 다만 적정성 승인을 득하지 못한 외국이나 외국수탁자에게 개인정보가 이전 되

74) 1. 이전되는 개인정보 항목, 2. 개인정보가 이전되는 국가, 이전일시 및 이전방법, 3. 개인정보를 이전받는 자의 성명(법인인 경우에는 그 명칭 및 정보관리책임자의 연락처를 말한다), 4. 개인정보를 이전받는 자의 개인정보 이용목적 및 보유·이용 기간

는 경우 앞서 언급한 정보주체의 '강력'한 사전 동의를 득해야 하는지가 문제될 수 있다. 개인정보처리자 입장에서는 비용절감의 위해 저가의 비용이 소모되는 국외수탁자에게 처리하려는 유인이 있으며 위탁에 의해서 국외이전 규정의 취지를 회피할 수 있으므로 적정성 승인을 득하지 못한 국가 또는 수탁자로의 국외이전은 정보주체의 '강력'한 사전동의를 요하는 방향으로 개정되어야 할 것이다.

### 라. 영업양도 등으로 인해 개인정보가 국외이전 되는 경우

외국에 데이터 소재의 기반을 둔 개인정보처리자가 국내 개인정보처리자로부터 '영업양도'로 인해 이전받는 경우이다. 일례로 외국 기업이 국내기업을 인수하면서 국내기업이 보유한 개인정보가 외국으로 이전되는 형태이다. 또한 국내 회사와 외국 회사를 합병하는 과정에서 국내 회사가 보유하고 있던 개인정보를 해외에 있는 합병 후 회사 또는 신설된 회사로 이전하는 경우, 글로벌 기업이 한국 자회사를 폐업하면서 한국에서 처리하던 개인정보는 본사로 이전하는 경우 등이다.

현행 「개인정보 보호법」은[75] 양도인은 영업의 전부 또는 일부를 양도함에 있어서 영업재산으로서 고객정보, 즉 개인정보를 양수인에게 이전하는 경우 일정한 정보[76]를 고객에게 알리도록 '고지의무'를 부과하고 있다. 이는 영업양도, 합병 등으로 인한 개인정보의 이전 시 정보주체가 회원탈퇴, 동의철회 등의 권리를 행사할 수 있는 기회를 미리 갖도록 하기 위한 것이다.[77] 영업양도인이 이러한 사실을 미리 알리지 않은 경우에는 영업양수인이 고객에게 지체 없이 위와 같은 사실을 고객에게 알려

75) 17대 국회에서 의원 발의된 이후 2008년 11월 정부안으로 국회에 제출된 '개인정보보호법(안)'은 2009년 2월 행정안전위원회에 상정된 이후 공청회를 거쳐 2010년 9월 법안심사소위원회의 최종 심사를 거쳐 2011년 3월11일 본회의에서 의결되었다. 본회의 의결 후 국무회의의 의결을 거쳐 3월29일 공표되었고, 9월30일 시행되었다.

76) '1. 개인정보를 이전하려는 사실, 2. 개인정보를 이전받는 자(영업양수자등)의 성명(법인의 경우에는 법인의 명칭을 말한다), 주소, 전화번호 및 그 밖의 연락처, 3. 정보주체가 개인정보의 이전을 원하지 아니하는 경우 조치할 수 있는 방법 및 절차' 등의 사실을 서면으로 고객에게 알려야 한다.(「개인정보 보호법」 제27조제1항, 영 제29조제1항).

77) 행정안전부, 개인정보 보호법령 및 지침·고시 해설, 2011, 193면

야 한다(「개인정보 보호법」 제27조제2항). 이는 영업양도자등이 개인정보의 이전사실을 통지하지 아니한 경우 영업양수자등이 대신해서 통지하여 정보주체가 그 사실을 알고 회원탈퇴, 동의철회 등 필요한 조치를 취할 수 있도록 하기 위한 것이다. 영업양수자등은 영업의 양도·합병 등으로 개인정보를 이전받은 경우에는 이전 당시의 본래 목적으로만 개인정보를 이용하거나 제3자에게 제공할 수 있다. 이 경우 영업양수자등은 개인정보처리자로 본다(「개인정보 보호법」 제27조제3항). '개인정보처리자로 본다'는 것은 이 법에 의한 개인정보처리자로서의 권리의무를 진다는 것을 의미한다. 영업양수자등도 개인정보를 이전받은 순간 이 법의 적용대상인 개인정보처리자에 해당되나 영업양수자등의 법규 준수의무를 명확히 하기 위하여 별도의 조문으로 이를 확인한 것이다. 따라서 영업양수자등이 영업양수·합병 당시의 개인정보 처리 목적과 다른 용도로 개인정보를 이용·제공하고자 한다면 개인정보의 목적 외 이용·제공에 관한 규정(「개인정보 보호법」 제18조)에 따라 정보주체의 별도 동의를 받거나 다른 요건을 충족하여야 한다. 「정보통신망법」 역시 영업양도인의 통지의무, 정보주체의 의사 존중, 영업양수인의 지위에 관한 규정은 「개인정보 보호법」의 내용과 거의 대동소이 하다.[78]

영업양도는 일응 제3자 제공의 한 유형이라 할 수 있다. 그러나 통상의 제3자 제공과는 달리, 영업을 구성하는 개별재산을 매각하는 것이 아

78) 정보통신망법 제26조(영업의 양수 등에 따른 개인정보의 이전) ① 정보통신서비스 제공자등이 영업의 전부 또는 일부의 양도·합병 등으로 그 이용자의 개인정보를 타인에게 이전하는 경우에는 미리 다음 각 호의 사항 모두를 인터넷 홈페이지 게시, 전자우편 등 대통령령으로 정하는 방법에 따라 이용자에게 알려야 한다.

1. 개인정보를 이전하려는 사실
2. 개인정보를 이전받는 자(이하 "영업양수자등"이라 한다)의 성명(법인의 경우에는 법인의 명칭을 말한다. 이하 이 조에서 같다)·주소·전화번호 및 그 밖의 연락처
3. 이용자가 개인정보의 이전을 원하지 아니하는 경우 그 동의를 철회할 수 있는 방법과 절차

② 영업양수자등은 개인정보를 이전받으면 지체 없이 그 사실을 인터넷 홈페이지 게시, 전자우편 등 대통령령으로 정하는 방법에 따라 이용자에게 알려야 한다. 다만, 정보통신서비스 제공자등이 제1항에 따라 그 이전사실을 이미 알린 경우에는 그러하지 아니하다.

③ 영업양수자등은 정보통신서비스 제공자등이 이용자의 개인정보를 이용하거나 제공할 수 있는 당초 목적의 범위에서만 개인정보를 이용하거나 제공할 수 있다. 다만, 이용자로부터 별도의 동의를 받은 경우에는 그러하지 아니하다.

니라, 재산적 가치 있는 사실관계를 포함한 유기적 일체로서의 조직적 영업재산 전체를 양도하는데 그 의의가 있다. 이는 기업재산의 개별적 해체·처분으로 인한 사회적 손실방지 및 기업의 영속성 확보라는 사회전체적 의미를 살리기 위함이지만, 이로서 양도인은 통상 자산가액을 크게 웃도는 대가를 지급받으며 상당한 프리미엄을 얻을 수 있게 된다. 또한 양수인은 장기간 그 영업에 대하나 사회적 신뢰와 성과를 상실하지 않고 이를 적절한 방법으로 평가하여 취득할 수 있게 된다.[79] 이러한 영업양도의 특성을 반영하여 현행법상 정보주체의 '동의'를 배제하고 '고지' 만으로 가능하도록 규정한 것이다. 일본 역시 제3자 제공과 영업양도등에 의한 개인정보의 제공을 구분하여 후자의 경우 정보주체의 사전 동의를 배제하고 있다.[80]

상호적정성 모델에 의할 경우 개인정보보호의 수준이 우리나라와 동등한 것으로 우리 정부가 승인한 국가나 국외 개인정보처리자에게 영업양도등을 통해 이전하는 경우 현행의 이러한 영업양도에 대한 규정이 그대로 적용될 것이다. 즉 국내 개인정보처리자에 해당되는 양도인은 '고지의무'를 이행하면 족하다. 자국민 개인정보를 영업양도로 인해 획득한 '양수인'의 경우 우리 정부가 개인정보보호수준이 적정하다고 승인한 국가의 집행력 하에 있으며, 승인 협약에 따라 국내법의 집행도 가능할 수 있다. 그러나 해외 양수인이 그러한 승인을 득하지 못한 국가이거나 개인정보처리자에 해당되는 경우 정보주체의 '강력'한 사전 동의를 거쳐야 할 것이다. 이 경우 정보주체는 영업재산인 고객정보에서 자신의 정보가 배제되기를 원할 가능성이 커지므로 영업양도인 입장에서는 강력한 규제로 작용할 수 있다.

79) 김성태, 영업양도의 효과, 고시연구, 96.6, 64~65면
80) 일본 개인정보보보호법 제23조제5항제1호

## Ⅴ. 결론

개인정보 국외이전 규범은 데이터 주권 확보 및 데이터 경제활성화에 있어서 핵심적 사안임에도 불구하고 우리나라 현행 법령은 오로지 정보주체의 '동의'에 의존하여 개인정보의 해외이전을 규정하고 있다.

개인정보 국외이전에 대하여는 자유로운 이전을 허용하는 유형, 일정한 조건(상호 적정성결정) 하에서 이전을 허용하는 유형, 국외이전을 전면적으로 금지하는 유형 등이 있다. 우리나라의 경우 개인정보의 국외이전을 당사자의 자유로운 의사에만 근거하며 국가가 사전적 통제를 하지 아니하므로 자유주의 모델에 가장 가깝다고 생각된다. 그러나 앞서 언급한 바와 같이 자유주의 모델을 취하고 있는 미국 역시 국외 데이터에 대한 집행력을 확보하기 위한 별도의 법적 근거를 마련한 상황에서 온전히 정보주체의 동의에만 의존하는 현행 규범은 바람직한 모델이라고 보기 어렵다. 특히 이러한 '동의' 의존적 자유주의 모델은 유럽시장과의 데이터 교역을 곤란하게 할 수 있다. 따라서 개인정보 국외이전은 '데이터 주권 확보'와 '데이터 경제 부흥' 측면에서 볼 때 상호적정성 모델에 따라 규율되는 것이 타당하다.

이러한 상호적정성 모델이 구현되기 위해서는 다음과 같은 입법과제가 해결되어야 한다.

첫째, 개인정보 보호에 대한 역외적용 규정의 신설이다. 개인정보 집행과 관련하여 외국사업자가 자국민의 개인정보를 처리하는 경우에도 자국민의 권익에 영향을 미치게 되므로 이에 대하여는 자국법을 적용하는 것이다. 그러나 국가관할권의 충돌 및 간섭을 야기할 수 있으므로 그 집행이 용이하지 않을 수 있다. 이를 위해 상호 적정성승인이라는 국가 간 협약을 규정하고 이을 득한 국가에 대한 개인정보의 용이한 이전을 허용할 필요가 있다. 또한 해외 사업자에 대한 실효적 집행을 위해 현재 「정보통신망법」상 규정된 국내 대리인 제도를 「개인정보 보호법」에도 도입할 필요가 있다.

둘째, 개인정보 국외이전은 1)개인정보보호의 수준이 우리나라와 동등한 것으로 정부가 승인한 국가로의 이전, 2)우리 정부가 정하는 기준과

절차에 따라 개인정보보호의 수준이 우리나라와 동등한 것으로 정부가 승인한 국외 개인정보처리자로의 이전 3)정보주체의 ‘강한’ 동의를 득한 경우에 허용되어야 한다. 여기서 ‘강한’ 동의라 함은 ‘개인정보가 이전되는 국가 또는 개인정보처리자가 우리 「개인정보 보호법」에 의한 적정성 승인을 득하지 못하였거나 적절한 안전조치를 승인받지 못하였다는 사실 및 이로 인해 정보주체에게 발생할 수 있는 위험’이 사전에 명확히 고지된 동의를 의미한다. 이러한 사항은 국외로 이전된 개인정보의 재이전에 대하여도 적용되어야 할 것이다.

상호적정성 모델이 적용될 경우 그 이전대상 국가가 우리나라와 국가차원의 적정성 승인을 득한 경우이거나 이전 기업이 우리정부가 정하는 적절한 안전조치를 취하였다고 인정된 경우 국내에서의 제3자 제공과 동일하게 취급되어야 할 것이다. 그러나 그렇지 못한 국가나 개인정보처리자에게 이전되는 경우 ‘강한’ 동의 규정이 적용되어야 할 것이다. 따라서 「정보통신망법」은 처리위탁·보관에 의한 국외이전의 경우 ‘사전고지+이용자의 동의’를 득해야 함이 원칙이나, 적정성 결정을 득한 국가 혹은 개인정보처리자로의 이전에 대하여 별도의 동의를 요하는 「정보통신망법」의 현행 규정은 수정되어야 할 것이다.

(논문투고일: 2019.12.08, 심사개시일: 2019.12.12, 게재확정일: 2019.12.19)

김현경

데이터 주권, 개인정보 국외이전, 상호적정성 모델, 유럽 일반개인정보보호법, 정보주체의 동의

# 【참 고 문 헌】

## Ⅰ.국내문헌

강철하, 클라우드 환경에서 개인정보 국외이전의 법적 쟁점과 개선방향, 경제규제와 법 10(2), 2017.11

구태언, 개인정보 국외 이전제도의 현황 및 개선방안 연구, 가천법학 제6권 제1호, 2013.3.31

김기창, 클라우드 서비스와 개인정보보호, 정보법학 제16권 제3호, 2012

김현경, 데이터 속성과 국지화 규범의 법적 쟁점에 대한 고찰, 토지공법연구 제78집 2017. 5

, 기술혁신환경에서 프라이버시와 공권력의 충돌과 조화, 가천법학 제9권 제3호 , 2016.9. pp.81~124

, ICT규제원칙에 기반한 온라인서비스 비대칭규제의 개선방안에 관한 연구, 성균관법학 제26권제3호, 2014.9. pp.487~521

박광배·김현진, “개인정보 국외이전에서의 표준계약제도 동향과 시사점”, 개인정보주간동향,한국정보화진흥원, 2014

박선욱, 미국과 EU의 개인정보보호에 관한 법제 비교분석. 동아법학(83),2019.

박완규, 클라우드 컴퓨팅 환경에서의 개인정보의 미국 이전에 따른 문제점 및 대응방안 연구 - 미국 정부기관에 의한 개인정보 누출 위험을 중심으로-”, 「법학논고」(제38집), 경북대학교, 2012. 2,

송영진, 미국 CLOUD Act 통과와 역외 데이터 접근에 대한 시사점, 형사정책연구 29(2), 2018.6.

오태현, “EU 개인정보보호법 발효: 평가 및 대응방안”, 오늘의 시계경제, 대외경제정책연구원 2018.5.

이성환, 국민국가의 변천과 헌법의 과제, 법학논총, 제10호, 1998.

이용규·이종영·남승필·문용갑·이상용·한승효, “개인정보 국외이전 관련 국가간 협력방안 연구”, 한국정보보호진흥원, 2006.

이한영, 역외적용 및 로컬서버요건의 통상규범 양립성에 관한 고찰, 정보통신정책연구 제25권 제4호, 2018. 12.

조소영, 인터넷 주권과 통제에 관한 연구, 公法學硏究 第12卷 第4號
최경진, “개인정보 국외이전에 관한 소고”, 법학논총 제20집 제1호, 조선대학교 법학연구원, 2013.
함인선, “EU의 2016년 일반정보보호규칙(GDPR)의 제정과 그 시사점” 법학논총 제36권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2016. 9.
허진성, 데이터 국지화((Data Localization) 정책의 세계적 흐름과 법제적 함의, 언론과 법 제13권 제2호, 2014.
황성연, 국가관할권의 역외적 적용과 그 제한, 고시계 1997년 10월

## Ⅱ.국외문헌

Graham Greenleaf, Japan and Korea: Different paths to EU adequacy, PRIVACY LAWS & BUSINESS INTERNATIONAL REPORT,2018 PRIVACY LAWS & BUSINESS, 2018.12
Paul R. Viotti & Mark V. Kauppi, INTERNATIONAL RELATIONS THEORY: REALISM, PLURALISM, GLOBALISM(2d ed. 1993)
Stephan Wilske & Teresa Schiller, International Jurisdiction in Cyberspace: Which States May Regulate the Internet?, 50 Fed. Comm. L.J. 117, 1997

Abstract

# A Study on the Rationalization of 'Data Sovereignty' and 'Personal Information Transfer'

Hyunkyung Kim
Seoul National University of Science and Technology

This study examined the rationalization of the transfer of personal information overseas to secure data sovereignty. To secure data sovereignty, it is necessary to acquire international competitiveness in the data market by acquiring and utilizing high-quality and large-scale data. In addition, enforcement of national data must be supported. To this end, it is very important to establish reasonable norms for the international transfer of personal information. However, on such important matters, the current legislation prescribes the transfer of personal information overseas based solely on the consent of the data subject. However, as a means of respecting the actual intention of the information subject, 'pre-consent' has already been formalized·deformed and many questions are raised about its effectiveness. In particular, a “consent” dependent model of the data subject can make data trade with the European market difficult. Therefore, the transfer of personal information overseas is appropriately governed by the mutual adequacy model in terms of 'data sovereignty' and 'revival of data economy'. The following legislative tasks need to be resolved in order to implement this model of mutual adequacy. First, the establishment of offshore application regulations on the protection of personal information should be established, but the effectiveness of the offshore application regulations should be secured

through the agreement between countries, which is mutually appropriate. Second, overseas transfer of personal information should be allowed only in the following cases : countries or personal data controller or processor approved by the government that the level of personal information protection is equivalent to that of Korea. The only exception to this is the transfer of personal information overseas with the consent of the data subject only if the following matters are clearly notified in advance: i) The lack of adequacy approval or the lack of appropriate safety measures; and ii) risks to the data subject due to the lack of such adequacy and appropriate safety measures.

Kim Hyunkyung

Data Sovereignty, Transfer of Personal Information Overseas, General Data Protection Regulation, Consent of Data Subject.

# 수사권조정 및 고위공직자범죄수사처 설치 법안의 평가

## -비즈니스범죄 등을 수사하는 전문수사청 설치를 위한 제안-

한 석 훈*

【목 차】

Ⅰ. 머리말
Ⅱ. '패스트트랙 법안'의 내용
Ⅲ. 수사권조정 법안의 문제점
Ⅳ. 고위공직자범죄수사처 설치의 문제점
Ⅴ. 검찰개혁의 방향
Ⅵ. 맺음말

【국문 요약】

최근 정부와 여당은 군소정당과 연합하여 이른바 패스트트랙법안을 '검찰개혁'이란 이름을 앞세워 국회 본회의에서 통과시키려 하고 있다. 패스트트랙법안에는 문제점이 적지 않은 공직선거법 개정안도 있지만, 위 '검찰개혁'과 관련된 법안은 수사권조정 법안과 공수처 신설 법안이다. 현재 이들 패스트트랙법안에 대하여는 제1야당이 전면적으로 반대하고 국민들의 찬·반 논란이 분분함에도 불구하고 국회에서 그 내용에 대한 충분한 논의가 이루어지지 않고 있으므로, 이 논문에서는 위 수사권조정 법안이나 공수처 신설 법안의 내용과 문제점을 비판적으로 분석하였다.

수사권조정 법안이란 사법경찰관이 검찰로 수사사건을 송치하기 전에 검사의 사전 수사지휘를 받던 제도를 완전히 폐지하고, 사법경찰관이 수사 후 범죄혐의가 인정되지 않는 사건은 검찰에 송치하지 않고 자체종결할 수 있도록 허용하며, 검사가 조사하여 작성한 피의자신문조서는 공판기일에 피고인이 그 기재내용을 부인하면 비록 진정하게 작성된 것일지라도 증거로 사용할 수 없도록 형사소송법을 개정하고, 검사의 직접수사

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수

대상을 특정 범죄로 제한하는 내용으로 검찰청법을 개정한다는 것이다. 공수처 신설 법안이란 국회의원·판사·검사·경찰간부 등 고위공직자의 뇌물수수·직무유기·직권남용 기타 부패범죄를 수사하기 위하여 입법·행정·사법부 어디에도 소속되지 않는 수사기관인 공수처를 검찰청과 별도로 신설하는 법률을 제정한다는 것이다. 이 수사권조정 법안에 대하여는 법학계의 다수 견해가 이를 반대하면서 사법경찰관 수사의 적정과 국민의 인권보장을 위해서는 사건송치 전 수사과정에서 행하여지는 검사의 수사지휘는 유지되어야 한다는 의견이다. 그리고 공수처 설치 법안에 대하여는 권력을 가진 고위공직자에 대한 공정한 수사를 검찰에 기대할 수 없는 것으로 보고 이를 긍정하는 견해도 있지만, 오히려 공수처가 견제수단이 없는 정치검찰이 될 것을 우려하는 부정적 견해도 만만치 않다.

검사제도를 채택한 우리나라의 경우에는 대부분의 대륙법계 국가와 마찬가지로 검사는 공익의 대표자로서 국가의 형벌권을 행사하기 위하여 준사법작용에 속하는 수사를 담당해야 할 권한과 책임이 있다. 그러므로 사법경찰관에게 수사권을 인정하고 검사의 직접수사를 제한하더라도, 사법경찰관 수사의 적정 및 수사과정의 인권보호를 위해서는 검사의 사법경찰관에 대한 수사지휘는 유지되어야 한다. 오히려 현재의 수사지휘 제도는 사법경찰관에게 과도한 전결권을 부여하고 있다고 평가할 수 있다. 그러므로 현재보다 검찰송치 전 수사지휘 대상을 더욱 확대해야 하고, 사법경찰관의 내사사건 종결처리의 경우에도 검사의 수사지휘를 받도록 해야 한다.

사법경찰관에게 1차적 수사권 외에 불송치 수사종결권을 부여하는 것은 사실상 사법경찰관에게 불기소 결정권을 인정하는 것이다. 검사의 기소 여부 결정권한은 그 개념자체에 불기소 결정권한도 포함하고 있는 것이므로 위 불송치 수사종결권은 검사의 본질적 권한인 기소권을 침해하는 것이 되므로 부당하다. 그뿐만 아니라, 사법경찰관의 불송치 종결에 대하여는 고소인·고발인·피해자 등의 이의신청이 있어야만 검사에게 사건을 송치하도록 하고 있으나, 피해자가 자연인으로 특정되지 않는 국가적 법익이나 사회적 법익 침해사건의 경우에는 이의신청을 할 사람이 없으므로 사건이 부당하게 처리되더라도 암장될 우려가 있다. 또한 검사가 재수사 지휘를 하더라도 사법경찰관이 재수사한 후 다시 불송치 수사종

결을 하는 경우에 검사는 더 이상 이를 견제할 방법이 없으므로 충실한 재수사를 기대할 수도 없게 되는 문제가 있다.

검사 작성 피의자신문조서의 증거능력을 약화시키는 법안내용은 영미법계 국가의 경우처럼 유죄답변협상, 사법방해죄, 허위진술죄 등과 같은 실체적 진실발견과 재판의 효율성을 높이는 제도가 없는 현행 사법제도에는 맞지 않는다. 이러한 개정이 이루어지면, 현재도 과중한 재판업무량에 시달리는 법원은 이를 감당할 수 없게 될 것이고 형사절차의 실체적 진실발견 기능은 급격히 위축하게 되어 재판이 지연되고 사법정의가 구현되지 못하는 결과가 될 수 있다.

그동안 때때로 검찰이 국민에게 실망을 주곤 하였던 것은 일반사건에서 검사의 사법경찰관에 대한 수사지휘가 부당하였기 때문이 아니다. 검사가 직접수사를 하는 일부 중요사건에서 살아있는 권력의 눈치를 보고 수사의 공정을 기하지 못하는 것처럼 보였기 때문이다. 오히려 국민들은 형사고소장을 일부러 경찰이 아닌 검찰에 제출하면서 이를 경찰에 보내지 말고 검사가 직접 수사해 달라고 탄원하는 경우가 많은데, 이는 국민이 검찰의 수사를 보다 더 신뢰하고 있다는 반증이다. 그러므로 검찰의 문제점은 수사의 정치적 중립성이라고 봄이 법학계의 중론이다.

그런데 수사권조정 법안은 검찰수사의 정치적 중립성 보장과는 아무런 관계가 없고 오히려 사법경찰관 수사의 공정성이나 인권보장에 역행하는 결과가 된다. 공수처는 그 처장·차장 및 수사처검사가 정치적으로 추천되는 여권 인사로 구성되는 구조이므로 여권의 정치적 영향에서 자유로울 수 없을 뿐만 아니라, 검사·고위경찰관 및 판사 등 수사기관이나 사법기관의 직권남용죄도 그 수사대상으로 하고 있으므로 그 운용에 따라서는 살아있는 권력의 정적이나 사법부에 대한 통제수단으로 전락할 위험조차 내포하고 있다. 만약 검찰의 정치적 중립성이 확보된다면 이처럼 위험한 공수처를 신설해야 할 이유가 없다. 그러므로 공수처를 설치하기에 앞서 검찰의 정치적 중립성이 흔들릴 수 있었던 이유가 무엇인지를 검토할 필요가 있음에도, 정작 이 점에 관하여는 그 동안 별다른 논의가 없었다.

필자는 검찰의 정치적 중립성 보장을 위해서는 검사의 보직 등 인사제도가 관건이라고 보았다. 검찰의 정치적 중립성 및 독립성을 위해서는 정치인인 청와대 비서실 구성원이나 법무부장관이 대통령의 인사권이나

법무부장관의 인사 제청권을 구실로 검사 인사에 실질적으로 관여함으로써 정치적 영향력을 행사해서는 안 된다. 나아가 법무부장관의 검사 인사 제청권을 검찰총장에게 이양하고 검찰인사위원회도 대검찰청 산하로 옮기며, 검찰인사위원회의 위원 과반수 이상을 검찰 구성원이 선출한 직급별 대표로 구성되도록 하고 구체적인 검사 인사안도 그 심의사항에 포함함으로써 검찰인사위원회가 실질적으로 기능할 수 있도록 제도개혁을 할 것을 제안하였다. 집권자 등 여권의 정치세력을 위한 정치검찰이 될 우려가 다분한 공수처의 설치는 그러한 노력과 현행 특검제도를 보완하여 활용해 본 후 최후의 수단으로 선택한 일이다.

그리고 오늘날 경제구조의 복잡화, 국제교류의 활발 및 IT·AI 등 첨단기술의 발달에 따라 범죄도 전문화·국제화·기업화되는 경향이 증가하고 있다. 이에 대처하기 위해서 해외 선진국들은 앞다투어 그 나라 실정에 맞게 전문적인 비즈니스범죄, 경제범죄 및 국제적인 범죄를 수사하는 전문수사기구를 설치하는 추세이다. 그러므로 고위공직자의 부패범죄만 다루고 정치적으로 편향될 수 있는 수사기관인 공수처의 설치를 두고 정쟁을 벌일 것이 아니라, 국가를 위하여 이러한 전문적 범죄에 대처할 수 있는 전문화되고 국제수사공조 역량을 갖춘 특별한 전문수사기구를 설치하는 데 관심을 기울일 필요가 있다. 특히 정부는 검찰의 직접수사 기능을 축소하는 정책을 추진하고 있으므로, 그 동안 검찰이 주로 담당하여 왔고 전문 수사역량이 필요한 배임·횡령, 금융·증권·조세·공정거래범죄, 국제수사공조가 필요한 자금세탁·마약·테러 등의 전문적 범죄에 대처하기 위한 전문수사청을 법무부의 외청으로 신설할 필요가 있을 것이다. 이러한 전문수사청의 수사범위에 검찰이나 고위공직자의 부패범죄도 포함하게 되면 검찰에 대한 견제기능을 수행할 수 있으므로 이를 공수처의 대안으로 활용할 수 있다. 또한 능력과 실적에 따르는 직업공무원제도에 의한 인사시스템으로 운영되는 전문수사청이 외부에서 정치적으로 구성되는 공수처보다 정치적 중립성 및 독립성을 위하여 바람직하다.

## Ⅰ. 머리말

국회 사법개혁특별위원회와 정치개혁특별위원회는 지난 4. 30. 수사권조정에 관한 「형사소송법 일부개정 법률안」(채이배 의원 등 11인 발의, 이하 '형사소송법 개정안'이라 함) 및 「검찰청법 일부개정 법률안」(백혜련 의원 등 19인 발의, 이하 '검찰청법 개정안'이라 함)과(이하 이들 법안을 합하여 '수사권조정 법안'이라 함), 「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률안」(백혜련 의원 등 12인 발의, 이하 '공수처 법안'이라 함), 「고위공직자부패수사처 설치 및 운영에 관한 법안」[권은희 의원 등 10인, 이하 '공수처 법안(권은희안)'이라 함] 및 「공직선거법 일부개정법률안」(심상정 의원 등 17인 발의)을 모두 국회법 제85조의2 소정의 신속처리대상 안건(이른바 '패스트트랙 법안')으로 지정하였다. 정부 및 여권은 이 중 수사권조정 법안과 공수처 법안을 이른바 '검찰개혁'법안으로 부르면서 국회 표결을 강행하려 하고, 자유한국당을 중심으로 하는 야권은 이를 포함한 패스트트랙 법안에 반대하면서 장외투쟁의 극단적 선택까지 마다하지 않고 있다. 그런가 하면 최근 법무부 장관은 자신과 가족에 대한 서울중앙지검 특수부의 수사에 대항하여 '검찰개혁'을 앞세우며 장관직을 유지하다가 결국 사임하였고, 이로 인하여 전국이 대규모 시위에 시달리는 혼란까지 겪었다.

제도의 개혁이란 제도에 큰 문제가 있어서 바람직한 방향으로 바꾸는 것을 말하는데, 정부와 여권은 야권과의 합의가 없더라도 이처럼 '검찰개혁'이라는 이름을 앞세워 위 법안을 처리하려 하고 있으므로, 우선 현행 검찰제도에 무엇이 문제이고 이를 어떻게 바꾸는 것이 국가와 국민에게 필요한 것인지부터 밝혀져야 할 것이다. 그 동안 김대중·노무현·이명박 정부를 거치면서 권위적인 검찰제도에도 인권보호와 탈권위를 향한 적지 않은 변화가 있었다. 그럼에도 불구하고 여전히 남아있는 큰 문제라면 사회의 이목이 집중되는 정치적 사건에서 검찰이 살아있는 권력 편에서 사건처리를 하고 있다는 의혹일 것이다. 이러한 수사의 정치적 중립성에 관한 불신은 검찰뿐만 아니라 경찰에도 마찬가지로 해당되는 문제이지만, 사회의 이목이 집중되는 사건은 주로 검찰의 직접수사 사건이었으므

로 상대적으로 검찰개혁의 문제로 부각되어 왔던 것이다. 또한 우리나라의 검찰은 자체 수사인력을 보유하여 직접수사를 하는 비율이 적지 않고, 검사의 실적 중 범죄인지·직구속 등 직접수사 실적이 큰 비중을 차지하다 보니, 그것이 조직폭력배·마약·부패사범, 증권범죄, 배임·횡령범죄 등 구조적·지능적 범죄의 척결에 기여한 공도 적지 않았지만, 간혹 무죄선고로 무리한 수사사실이 밝혀질 경우에는 기소권에 광범위한 수사권까지 가진 검찰은 '무소불위'의 권력이라고 비판받기도 하였다. 그러므로 이러한 것을 검찰의 제도적 문제점으로 보는 입장에서는 검찰의 직접수사를 줄이고, 정치적 부담이 큰 사건은 행정부인 법무부와는 독립된 기관인 고위공직자범죄수사처(이하 '공수처'라 함)를 신설하여 그 수사권을 주어야 한다고 주장하여 왔다. 위 공수처 법안은 그러한 입장의 입법으로 볼 수 있지만, 과연 그것이 바람직한 수사기구 개편 방향인지는 재고해 볼 필요가 있다. 특히 최근 현직 법무부장관 관련 비위사건에 대한 검찰수사 과정에서 검사의 직(職)을 걸지 않고는 할 수 없는 철저한 수사를 해내고 있는 것을 보면서, 공수처의 처장 등 구성에 여권의 정치적 영향이 크게 미치게 되는 공수처를 굳이 설치할 필요가 있는지 생각해 보게 한다. 또한 수사권조정 법안은 경찰수사에 대한 검사의 송치 전 지휘를 일체 배제하고 사법경찰에게 불기소사건 종결권을 부여하는 내용으로서, 위와 같은 검찰의 문제점과는 아무런 상관이 없는데 이를 '검찰개혁'으로 부를 수 있는 것인지, 그것이 경찰 수사과정의 인권보호를 위하여 바람직한 것으로 볼 수 있는 것인지 강한 의문을 품지 않을 수 없다. 그럼에도 불구하고 정부나 여권은 이러한 수사권조정 법안과 공수처 법안을 통과시키는 것이 '검찰개혁'이라고 주장하고 있으므로, 먼저 이들 법안의 내용을 검토하여 이들 법안이 과연 현행 검찰 등 수사기구의 문제점을 해결함으로써 수사과정에서의 정치적 중립성을 보장하고 수사절차의 이념인 실체적 진실 발견과 국민의 인권보호에 기여할 수 있는 내용인지 여부를 분석해 볼 필요가 있다.

그리고 오늘날 경제구조의 복잡화, 국제교류의 비약적 증가, IT·AI 등 첨단기술의 눈부신 발달에 따라 범죄도 전문화·국제화·기업화되는 경향에 있고, 이에 대처하기 위하여 해외 선진국들은 앞다투어 그 나라 실정에 맞게 전문수사기구를 설치하는 추세이다. 미국의 법무부 산하 사기범죄

과, 조직범죄과, 공직자비리조사과, 연방수사국(약칭 FBI), 마약국(약칭 DEA)은 물론, 독일의 경제사범전담부, 프랑스의 경제검찰, 영국의 중대경제범죄수사청(Serious Fraud Office, 약칭 SFO) 등이 그 사례이다. 이러한 해외 사례를 참고하여 우리나라의 경우에도 전문성이나 국제수사공조가 필요한 비즈니스범죄, 즉 배임·횡령·금융·증권·탈세·자금세탁범죄나 마약·테러·부패범죄 등의 특별범죄에 대처하기 위한 전문수사기구를 설치할 필요가 있다는 견해가 학계에서 제기되어 왔다. 그런데 이러한 수사기구의 신설은 위 수사권조정 법안이나 공수처 법안의 필요 여부와 직접적으로 관련되는 문제이므로 함께 검토하지 않으면 안 되는 중요한 문제이다.

이 논문에서는 이러한 문제들에 관한 그 동안의 발표 논문 등을 종합하여 수사권조정 법안과 공수처 법안의 문제점을 정리하고, 수사과정에서의 정치적 중립성, 실체적 진실 발견 및 국민의 인권보호는 물론, 기업활동과정에서 발생하는 비즈니스범죄(즉 기업범죄) 등에 대한 효율적 대응이라는 현대 수사제도의 과제도 해결할 수 있는 수사기구 개혁의 방향을 모색해 보고자 한다.

## Ⅱ. ‘패스트트랙 법안’의 내용

### 1. 수사권조정 법안의 내용

패스트트랙 법안 중 수사권조정 법안[1)]은 형사소송법 및 검찰청법을 아래와 같이 개정하는 내용이다.

---

1) 수사권조정 법안은 모두 2019. 4. 30. 사법개혁특별위원회에서 국회법 제85조의2 소정 신속처리대상 안건으로 지정된 후, 2019. 12. 3. 국회 본회의에 부의된 것으로 간주되었다. 그 중 형사소송법 개정안의 법안 내용은 대한민국 국회, 의안정보시스템, http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_W1N9Y0J4N2U6D1P7B1L4L1P2A2Q2G5 (2019. 12. 5. 확인), 검찰청법 개정안의 법안 내용은 대한민국 국회, 의안정보시스템, http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_V1L8G1P1W1N2Z1I5Y4E8C2T5S3Q3N8 (2019. 12. 5. 확인).

① 상호협력관계 : 종전 규정은 사법경찰관리는 수사에 관하여 검사의 지휘를 받도록 하였는데, 이를 삭제하고, “검사와 사법경찰관은 수사, 공소제기 및 공소유지에 관하여 서로 협력하여야 한다. 그 수사를 위하여 준수하여야 하는 일반적 수사준칙에 관한 사항을 대통령령으로 정한다.”고 규정하여 상호 협력관계로 규정하였다(형사소송법 제195조). 이에 따라 검찰청법 개정안에서도 검사의 범죄수사에 관한 지휘·감독 대상자를 특별사법경찰관리 및 사법경찰관리의 직무를 행하는 자치경찰공무원으로 한정하고 있고 그 밖의 일반사법경찰관리는 제외하고 있다(검찰청법 제4조 제2호).

② 보완수사요구 : 검사의 수사지휘권을 없앤 대신, 검사는 “1. 송치사건의 공소제기 여부 결정 또는 공소의 유지에 관하여 필요한 경우, 2. 사법경찰관이 신청한 영장의 청구 여부 결정에 관하여 필요한 경우”에만 사법경찰관에게 보완수사를 요구할 수 있도록 규정하였다(형사소송법 제197조의2).

③ 시정조치요구 : 검사의 수사지휘권을 없앤 대신, “검사는 사법경찰관리의 수사과정에서 법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용이 의심되는 사실의 신고가 있거나 그러한 사실을 인식하게 된 경우에는 사법경찰관에게 사건기록 등본의 송부를 요구할 수 있고, 그 송부를 받은 검사는 필요하다고 인정되는 경우에는 사법경찰관에게 시정조치를 요구할 수 있다. 검사는 그 시정조치 요구가 정당한 이유 없이 이행되지 않았다고 인정되는 경우에는 사법경찰관에게 사건을 송치할 것을 요구할 수 있다. 사법경찰관은 피의자를 신문하기 전에 수사과정에서 법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용이 있는 경우 검사에게 구제를 신청할 수 있음을 피의자에게 알려주어야 한다.”고 규정하였다(형사소송법 제197조의3).

④ 사법경찰관의 영장신청사건 계속수사권 : “검사는 사법경찰관과 동일한 범죄사실을 수사하게 된 때에는 사법경찰관에게 사건을 송치할 것을 요구할 수 있으나, 검사가 영장을 청구하기 전에 동일한 범죄사실에 관하여 사법경찰관이 영장을 신청한 경우에는 해당 영장에 기재된 범죄사실을 계속 수사할 수 있다.”고 규정하여(형사소송법 제197조의4), 검사의 사건송치 요구에 불구하고 사법경찰관이 영장신청사건을 계속 수사

할 수 있도록 허용하였다.

⑤ 영장신청 기각에 대한 이의신청권 : “검사가 사법경찰관이 신청한 영장을 정당한 이유 없이 판사에게 청구하지 아니한 경우 사법경찰관은 그 검사 소속의 지방검찰청 소재지를 관할하는 고등검찰청에 영장 청구 여부에 대한 심의를 신청할 수 있다. 이를 심의하기 위하여 각 고등검찰청에 영장심의위원회를 둔다. 영장심의위원회는 위원장 1명을 포함한 10명 이내의 외부 위원으로 구성하고, 위원은 각 고등검찰청 검사장이 위촉한다. 사법경찰관은 심의위원회에 출석하여 의견을 개진할 수 있다.”고 규정하여(형사소송법 제221조의5), 영장신청 기각에 대한 사법경찰관의 이의신청권을 인정하였다.

⑥ 사법경찰관의 불송치종결권 : “사법경찰관은 범죄를 수사한 때에는 1. 범죄의 혐의가 있다고 인정되는 경우에는 지체 없이 검사에게 사건을 송치하고, 관계 서류와 증거물을 송부하여야 하고, 2. 그 밖의 경우(불송치)에는 그 이유를 명시한 서면과 함께 관계 서류와 증거물을 지체 없이 검사에게 송부하여야 한다. 이 경우 검사는 송부받은 날로부터 60일 이내에 사법경찰관에게 반환하여야 한다. 사법경찰관은 위 불송치의 경우에는 그 송부한 날로부터 7일 이내에 서면으로 고소인·고발인·피해자 또는 그 법정대리인(피해자가 사망한 경우에는 그 배우자·직계친족·형제자매를 포함)에게 사건을 검사에게 송치하지 아니하는 취지와 그 이유를 통지하여야 한다. 그 통지를 받은 사람은 해당 사법경찰관의 소속 관서의 장에게 이의를 신청할 수 있다. 사법경찰관은 그 이의신청이 있는 때에는 지체 없이 검사에게 사건을 송치하고 관계 서류와 증거물을 송부하여야 하며, 처리결과와 그 이유를 신청인에게 통지하여야 한다. 검사는 위 불송치의 경우에 사법경찰관이 사건을 송치하지 아니한 것이 위법 또는 부당한 때에는 그 이유를 문서로 명시하여 사법경찰관에게 재수사를 요청할 수 있고, 사법경찰관은 그 요청이 있는 때에는 재수사하여 위 1, 2호와 같이 처리하여야 한다.”고 규정하였다(형사소송법 제245조의5,6,7,8). 이는 사법경찰관에게 사건수사 후 검사의 관여 없이 불송치 종결할 수 있는 권한을 부여하고, 고소인·고발인·피해자 등의 이의신청이 있는 경우에만 사건을 검찰에 송치하며, 검사가 이유를 명시한 문서로 재수사를 요청한 경우에는 재수사하되, 재수사한 후에도 마찬가지로 처

리하도록 하였다.

⑦ 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 : 종전 규정은 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력은 사법경찰관 작성 피의자신문조서와는 달리 "검사가 피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 공판준비 또는 공판기일에서의 피고인의 진술에 의하여 인정되고, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 증거로 할 수 있다. 피고인이 그 조서의 성립의 진정을 부인하는 경우에는 그 조서에 기재된 진술이 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명되고, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 증거로 할 수 있다."고 규정하고 있었다. 이를"검사가 작성한 피의자신문조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다."고 수정함으로써(형사소송법 제312조 제1항), 사법경찰관 작성 피의자신문조서와 동일하게 증거능력 인정 요건을 규정하였다.

⑧ 검사의 직접수사 범위 제한 : 검사가 수사를 개시할 수 있는 범죄를 "대통령령으로 정하는 부패범죄·경제범죄·공직자범죄·선거범죄·방위사업범죄 등 중요범죄, 경찰공무원이 직무와 관련하여 범한 범죄, 이들 범죄 및 사법경찰관이 송치한 범죄와 관련하여 인지한 「형법」 제152조(위증), 제154조부터 제156조까지(허위 감정·통역·번역, 증거인멸·은닉·위조·변조, 증인은닉·도피, 무고) 등의 범죄"로 제한하고 있다(검찰청법 제4조 제1항 제1호 단서 신설).

위 법안내용 중 ⑤번의 영장신청 기각에 대한 이의신청권을 인정한 것은 검사의 부당한 영장청구 거부에 대한 시정수단을 제공한다는 점에서 수긍할 수 있는 면이 있다.

그러나 ⑦번의 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 약화는 우리나라의 현행 사법제도와 정합성이 있을 것인지 의문이다. 그로 인하여 피의자에 대한 검사의 중복조사절차를 줄임으로써 공판중심주의가 강화되고[2] 검찰의 조사업무도 줄이는 긍정적 효과는 있을 것이다. 다만, 이로

인하여 피고인은 유·무죄를 불문하고 공판에서 사법경찰관이나 검사 작성 피의자신문조서는 간단히 그 내용을 부인함으로써 증거능력을 배제하는 경우가 급증하게 될 것이다. 그렇게 되면 이제까지 검사가 공판 청구할 사건에 관하여 수 시간 또는 수 일간에 걸쳐 해왔던 조사업무를 이제는 법원이 감당해야 하므로 법원의 재판업무 부담이 폭증하게 되고, 중립적인 법원의 조사절차에서는 국가 입장에서 범죄를 추궁하여 실체적 진실을 가려야 하는 조사에 한계가 있게 되므로 증거부족으로 인한 무죄 선고율도 대폭 증가하게 될 것이다. 그러므로 이러한 제도변경이 성공하려면 미국을 비롯한 영미법계 국가의 경우처럼 유죄답변협상(Plea Bargaining), 사법방해죄(Obstruction of Justice), 허위진술죄(False Statements) 등과 같은 실체적 진실발견과 재판의 효율성을 높이는 제도가 전제되어야만 할 것이다.

미국의 경우에는 대부분의 범죄사건들이 조사 초기에 유죄답변협상에 의하여 감형된 형량을 대가로 유죄를 인정하게 되는데, 이로 인하여 피고인이 끝까지 유·무죄를 다투는 소수의 사건에 대해서만 법정에서 충분히 심리할 수 있게 되는 것이다.[3] 영국에서도 금융·경제범죄를 다루는 SFO에 의한 특수수사의 경우에 형사기소가 성공적인 유죄판결을 보장하지 못하고 법정 심리절차가 장기간 진행되는 폐단을 시정하기 위하여 2013년부터 미국의 유죄답변협상 제도를 모델로 한 조건부 공소취소제도(Deferred Prosecution Agreements, 약칭 DPA)를 도입하였다.[4] 독일조차도 복잡하고 어려운 사건의 효율적 해결을 위하여 2009년 협상법

---

2) 국가인권위원회는 이러한 입장에서 2019. 11. 18. 언론에 “검사와 사법경찰관은 법관과 같이 제3자 지위에 있는 것이 아니기 때문에 피의자의 이익을 충분히 보장할 것을 기대하기 어렵다. 인권보호 관점에서 검찰 피의자신문조서의 증거능력만 광범위하게 인정하는 것은 원칙에 맞지 않는다.”는 이유로 이 개정안에 찬성하는 의견을 표명하였다(문화일보, “인권위, ‘檢조서 증거능력 기준 강화’…검찰통제 크드맞추기?”, 2019. 11. 18.자 사회일반면). 현행법체계상 공익의 대표자로서 법원에 대한 법령의 정당한 적용 청구 직무도 수행하고(검찰청법 제4조 제1항), 헌법상 영장청구권을 부여받고(헌법 제12조 제3항) 국가 형벌권의 행사를 주재하는 검사를 사법경찰관과 마찬가지로 단순한 소송당사자로 취급하는 표현에 동의할 수는 없지만, 피고인의 방어권 보장을 위하여 공판중심주의를 강화해야 한다는 의미로 선해할 수는 있을 것이다.

3) Axel Palmer, Countering Economic Crime -A Comparative Analysis-, Routledge(2018), p. 123

4) Id. p. 118.

(Verständigungsgestz)을 제정하여 형사소송절차상 협상(Absprache) 제도를 도입하였다.[5] 이 제도는 피고인의 자백을 전제로 형량경감이나 공소기각을 함으로써 검찰과 법원은 신속하고 간편하게 사건을 종결하여 업무부담을 크게 줄일 수 있는 것이다.[6] 이러한 제도가 우리나라 형사절차에서는 존재하지 않는다.

또한 우리나라에서는 자기의 형사사건에 관하여는 타인을 교사하지 않고 직접 증거를 인멸·은닉하거나 증인을 은닉·도피하게 한 경우에 처벌되지 않지만, 미국의 경우에는 연방 형사사건이나 파산사건에서 자기 스스로 자기의 형사사건에 관하여 기록·문서·유형물을 파기·변경·은닉·변조·허위기재를 하는 등 증거인멸행위를 한 경우에도 징역 20년 이하의 징역 또는 벌금형에 처하거나 이를 병과할 수 있다.[7] 그밖에도 자기 형사사건의 증인에 대한 협박·회유행위를 포함하여 폭넓은 사법방해죄를 규정하여 실체적 진실발견을 담보하고 있다.[8] 그 뿐만 아니라 우리나라에서는 피의자나 참고인이 수사기관에서 허위진술을 하였더라도 그 자체를 처벌할 수 없음이 원칙이지만, 미국에서는 이러한 경우 허위진술죄가 성립되어 5년 이하의 징역(테러범죄 등과 관련된 허위진술의 경우에는 8년 이하의 징역) 또는 벌금형에 처하거나 이를 병과할 수 있다.[9]

이러한 제도들이 구비되어 있지 아니한 우리나라의 사법제도 아래에서 갑자기 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력에 관한 제도만 파격적으로 변경하게 되면, 현재도 과중한 재판업무량에 시달리는 법원은 이를 감당할 수 없게 될 것이고 형사절차의 실체적 진실발견 기능은 급격히 위축하게 되어 재판이 지연되고 사법정의가 구현되지 못하는 결과가 될 수 있다.

---

5) 독일 형사소송법(Strafprozessordnung, 약칭 StPO) 제160b조, 제202a조, 제212조, 제257b-c조.

6) Hans-Heiner Kühne(안미라 번역), "독일 형사소송법에서의 협상 모델(Das Modell der Absprachen im deutschen Strafverfahrensrecht)", 「형사법의 신동향」 통권 제29호(대검찰청 검찰미래기획단, 2010. 12.), 14면.

7) 18 U.S.C. §1519. 이 조항의 해설에 관하여는 Julie R. O'Sullivan, Federal White Collar Crime -Cases and Materials-(Sixth Edition), West Academic Publishing(2016), pp. 375-382 참조.

8) 18 U.S.C. §§1503,1505,1512,1513.

9) 18 U.S.C. § 1001. 이 조항의 해설에 관하여는 The Late Kathleen F. Brickey/ Jennifer Taub, Corporate and White Collar Crime --Cases and Materials-(Sixth Edition), Wolters Kluwer(2017), pp. 229-277 참조.

위 ⑧번의 내용은 검사의 직접수사 범위를 대통령령으로 정하는 중요 범죄와 경찰공무원의 직무 관련 범죄로 제한하고 있는데, 검사의 직접수사를 제한하더라도 법령으로 제한하는 것은 문제가 있다. 수사주체가 수사실적에 집착하여 인권보호의무를 소홀히 할 수 있는 위험을 피하고, 검사로 하여금 사법경찰관에 대한 수사지휘 및 공소유지 기능을 충실히 수행하도록 하기 위하여 수사지휘권 및 기소권을 가진 검사가 직접 수사권을 행사하는 것은 가급적 자제할 필요가 있다고 본다.[10] 그러나 후술하는 것처럼 대륙법계 형사절차에서 수사권은 기소권과 함께 원래 준사법기관인 검사의 고유권한에 속하므로, 검사로부터 수사권을 위임받은 사법경찰관의 직접수사 범위는 제한하지 않으면서 검사의 직접수사 범위를 법령으로 제한한다는 것은 모순이다.[11] 또한 검사의 직접수사 범위를 법령으로 제한해 버리면, 사법경찰관이 직접수사를 게을리하더라도 이를 대체하여 수사할 수사기관이 없게 되므로 사법경찰관의 수사개시 권한남용을 견제할 효과적 수단이 없게 되는 문제도 있다. 그러므로 일반 검사로 하여금 사법경찰관에 대한 수사지휘를 강화하여 수사과정에서의 인권보호 기능을 강화하고 공소유지 기능에 충실하도록 하기 위하여 검사의 직접수사 범위를 제한하는 것은 바람직하지만, 그 제한은 대검찰청 예규 등 검찰의 내부지침에 의하여 스스로 자제하도록 하는 것이 수사권의 본질에 맞고 사법경찰관의 권한남용 견제라는 현실적 필요에도 부응하는 방법이다.

위 ①번부터 ④번까지 및 ⑥번의 내용은 검사의 사법경찰관에 대한 수사지휘권 자체를 부정하고, 그 대신 검사에게 영장청구 여부 판단이나 기소 여부 판단 및 공소유지를 위한 송치 후 보완수사요구권과, 법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용이 의심되는 사실이 있는 특별한 경우에만 그 시정조치요구권을 인정하고 있을 뿐, 송치 전 수사과정에

10) 주승희, “검·경 수사권 조정 정부합의안에 대한 비판적 검토 및 합리적 대안 모색”, 「형사정책」 제30권 제2호(한국형사정책학회, 2018. 8.), 151면에서도 같은 이유로 직접수사권을 행사하는 ‘수사검사’와 보완수사요구권 및 기소권을 행사하는 ‘기소검사’로 검사의 직역을 구분할 필요가 있다고 주장하고 있다.

11) 일본의 경우에도 검찰관(즉, 검사)은 전문성이 필요한 경제범죄 등 일부 범죄를 제외하고는 2차적 수사권을 행사함이 원칙이지만, 모든 범죄에 대한 수사가 가능하다(일본 검찰청법 제6조).

대한 수사지휘권을 일체 배제하고 있다. 또한 사법경찰관의 사건 불송치 종결권을 인정하면서, 이에 대한 고소인·고발인·피해자 등의 이의신청이 있으면 지체 없이 검사에게 사건을 송치해야 하지만, 검사가 그 불송치를 위법·부당하다고 판단하는 경우에는 사법경찰관에 재수사 요청만 할 수 있을 뿐 사건송치 지휘를 할 수 없으며, 사법경찰관이 재수사한 후에 다시 불송치로 종결하더라도 검사는 더 이상 이를 견제할 방법이 없도록 하였다. 그리고 검사와 사법경찰관의 수사가 중복되는 경우에 검사가 사건송치를 요구하더라도 사법경찰관은 이에 불응하고 영장신청사건을 계속 수사할 수 있도록 허용하고 있다.[12] 이러한 개정내용은 수사권에 관한 검사의 법적 지위와 수사구조에 관한 근본 문제를 제기하고 있을 뿐만 아니라, 나아가 이러한 제도변경이 국민의 인권보호와 사건의 적정처리를 위하여 필요한 것인지 여부도 검토할 필요가 있을 것이다. 이 문제에 관하여는 Ⅲ. 기재부분에서 상세히 검토하고자 한다.

### 2. 공수처 법안의 내용

패스트트랙 법안 중 공수처 법안[13]은 고위공직자의 직무 관련 부정부패 범죄를 엄정하게 수사하고 판사·검사·경무관급 이상 경찰관에 대해서는 기소도 할 수 있는 독립된 수사기구를 신설하려는 것이다. 그 주요내용은 아래와 같다. 패스트트랙 법안 중 다른 공수처 법안(권은희안)[14]의

---

12) 이처럼 검사의 사법경찰에 대한 수사지휘를 폐지하고 직접수사를 제한하며 사법경찰에 수사종결권을 부여하는 입법례는 중국 외에는 유례를 찾아보기 어렵다는 평가이다[이경렬, “수사종결 권한의 경찰 부여와 경찰 권력에 대한 통제 -검·경 수사권 조정안들을 중심으로-”, 「형사정책」 제30권 제3호(한국형사정책학회, 2018. 12.), 82면].

13) 「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률안」으로서 2019. 4. 30. 사법개혁특별위원회에서 국회법 제85조의2 소정 신속처리대상 안건으로 지정된 후, 2019. 12. 3. 국회 본회의에 부의된 것으로 간주되었다. 법안 내용 : 대한민국 국회, 의안정보시스템, http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_N1F9Z0X4M2O5L1F8X1M2I5D4X3N3F9, (2019. 12. 5. 확인).

14) 「고위공직자부패수사처 설치 및 운영에 관한 법안」으로서 2019. 4. 30. 사법개혁특별위원회에서 국회법 제85조의2 소정 신속처리대상 안건으로 지정된 후, 2019. 12. 3. 국회 본회의에 부의된 것으로 간주되었다. 법안 내용 : 대한민국 국회, 의안정보시스템, http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_T1L9Q0V4H2X9Z0Y9C4D2L3H8R7D2D5, (2019. 12. 5. 확인).

내용은 대체로 이 법안의 내용과 유사하므로 주요 차이점만 해당 내용의 각주에 기재한다.

① 공수처가 수사권만 가지는 범죄 : 고위공직자(즉, 대통령, 국회의장 및 국회의원, 헌법재판소장 및 헌법재판관, 국무총리와 국무총리비서실 소속의 정무직공무원, 중앙선거관리위원회의 정무직공무원, 「공공감사에 관한 법률」 제2조 제2호에 따른 중앙행정기관의 정무직공무원, 대통령비서실·국가안보실·대통령경호처·국가정보원 소속의 3급 이상 공무원, 국회사무처, 국회도서관, 국회예산정책처, 국회입법조사처의 정무직공무원, 대법원장비서실, 사법정책연구원, 법원공무원교육원, 헌법재판소 사무처의 정무직공무원, 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사·특별자치도지사 및 교육감, 장성급 장교, 금융감독원 원장·부원장·감사, 감사원·국세청·공정거래위원회·금융위원회 3급 이상 공무원의 직에 재직 중이거나 퇴직한 사람)가 그 재직 중에 범한 형법 제122조부터 제133조까지의 죄(공무원의 직무에 관한 죄, 다른 법률에 따라 가중처벌되는 경우 포함), 직무와 관련되는 형법 제141조(공용서류무효, 공용물파괴), 제225조(공문서 위·변조), 제227조(허위공문서작성), 제227조의2(공전자기록 위·변작), 제229조(제225조, 제227조 및 제227조의2의 행사죄에 한정), 제355조부터 제357조까지 및 제359조의 죄(횡령·배임·배임수증재 및 그 미수죄, 다른 법률에 따라 가중처벌되는 경우 포함), 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제3조의 죄(알선수재), 변호사법 제111조의 죄(알선수재), 정치자금법 제45조의 죄(정치자금부정수수죄), 위 각 범죄행위로 인한 「범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률」 제2조 제4호의 범죄수익등과 관련된 같은 법 제3조(범죄수익등의 은닉·가장) 및 제4조(범죄수익등의 수수)의 죄, 국가정보원법 제18조(정치관여), 제19조(직권남용)의 죄, 「국회에서의 증언·감정 등에 관한 법률」 제14조 제1항(허위증언·감정)의 죄, 위 고위공직자의 가족(즉 배우자나 직계존비속, 대통령의 경우에는 배우자와 4촌 이내 친족)이 고위공직자의 직무와 관련하여 범한 위 각 죄, 위 각 죄의 관련범죄[즉, 고위공직자와 「형법」 제30조부터 제32조까지(공동정범·교사범·종범)의 관계에 있는 자가 범한 위 각 죄, 고위공직자를 상대로 한 자의 형법 제133조(뇌물공여), 제357조 제2항(배임증재)의 죄, 위 고위공직자범죄와 관련된 형법 제151조 제1항(범

인은닉), 제152조(위증), 제154조부터 제156조까지(허위감정·통역·번역, 증거인멸, 무고)의 죄 및 「국회에서의 증언·감정 등에 관한 법률」 제14조 제1항(허위증언·감정)의 죄, 위 고위공직자범죄 수사 과정에서 인지한 그 고위공직자범죄와 직접 관련성이 있는 죄로서 해당 고위공직자가 범한 죄를 말함, 이러한 관련범죄와 위 고위공직자범죄를 합하여 '고위공직자범죄등'이라 함][15]

② 공수처가 수사권, 기소권 및 공소유지권을 가지는 범죄 : 고위공직자 중 대법원장·대법관, 검찰총장·판사·검사 및 경무관 이상 경찰공무원이 재직 중 본인 또는 본인 가족이 범한 위 각 범죄

③ 구성 : 특정직 공무원인 처장·차장 각 1명, 특정직 공무원인 수사처검사 23명 이내, 일반직 공무원인 수사처수사관 30명 이내,[16] 직원 20명 이내로 구성한다.

④ 처장, 차장의 자격 : 판사·검사·변호사의 직, 변호사 자격이 있는 사람으로서 일정한 직(국가기관, 지방자치단체, 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 공공기관 또는 그 밖의 법인에서 법률에 관한 사무) 또는 변호사 자격이 있는 사람으로서 대학의 법률학 조교수 이상 직에 처장은 15년 이상, 차장은 10년 이상 재직하였던 사람

⑤ 처장의 선임 : 국회 소속 처장후보추천위원회에서 2명을 추천하고, 대통령이 그 중 1명을 지명한 후 인사청문회를 거쳐 임명한다.[17] 처장후보추천위원회는 위원장 1명을 포함하여 7명의 위원으로 구성되는데, 국회의장이 법무부장관, 법원행정처장, 대한변호사협회장, 대통령이 소속되거나 소속되었던 정당의 교섭단체가 추천한 2명, 그 밖의 교섭단체가 추천한 2명을 위원으로 임명하거나 위촉하고 위원장은 위원들이 호선한다. 처장후보추천위원회는 재적위원 5분의 4 이상의 찬성으로 의결하고, 처장후보자를 추천하면 위원회는 해산된 것으로 본다. 처장의 보수와 대우

15) 공수처 법안(권은희안)은 고위공직자범죄에 변호사법 제34조 제1항(변호사에 대한 법률사건 수임 알선), 제109조 제1호(비변호사의 법률사무 취급·알선), 「부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률」 제86조(업무상 비밀 이용)의 죄, 「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」 제22조(공직자등의 금품등 수수금지 위반 등)의 죄를 추가하였다.

16) 공수처 법안(권은희안)은 40명 이내이다.

17) 공수처 법안(권은희안)은 처장 임명에 국회의 동의도 받도록 하였다.

는 차관의 예에 준한다. 검사의 경우 퇴직한 후 3년이 지나지 아니하면 처장이 될 수 없다.

⑥ 처장의 임기 및 권한 : 임기는 3년이고, 중임할 수 없다.[18] 처장은 공수처의 사무를 통할하고 소속 직원을 지휘·감독하며, 수사처검사의 직을 겸한다. 처장은 수사처검사의 직무를 자신이 처리하거나 다른 수사처검사로 하여금 처리하게 할 수 있다. 처장은 국회에 출석하여 공수처의 소관 사무에 관하여 의견을 진술할 수 있고, 국회의 요구가 있을 때에는 수사나 재판에 영향을 미치지 않는 한 출석하여 보고하거나 답변하여야 한다. 처장은 그 소관 사무에 관하여 법무부장관[19]에게 의안(이 법의 시행에 관한 대통령령안을 포함)의 제출을 건의할 수 있다. 처장은 공수처의 예산 관련 업무를 수행하는 경우에 「국가재정법」 제6조 제2항에 따른 중앙관서의 장으로 본다.

⑦ 차장의 임명·임기 및 권한 : 처장의 제청으로 대통령이 임명한다. 차장의 보수와 대우는 고위공무원단 직위 중 가장 높은 직무등급의 예에 준한다. 검사의 경우 퇴직한 후 1년이 지나지 아니하면 차장이 될 수 없다. 차장의 임기는 3년[20]이고 중임할 수 없다. 차장은 처장을 보좌하며, 처장이 부득이한 사유로 그 직무를 수행할 수 없는 때에는 그 직무를 대행한다.

⑧ 수사처검사의 자격·임명 : 변호사 자격이 있고 10년 이상 재판·수사·조사업무의 실무경력이 있는 사람 중에서 인사위원회의 추천을 거쳐 처장의 제청으로 대통령이 임명한다.[21] 검사의 직에 있었던 사람은 공수처검사 정원의 2분의 1을 넘을 수 없다. 인사위원회는 수사처검사의 임용·전보, 그 밖의 인사에 관한 중요사항을 심의하는데, 처장이 겸하는 위원장 1명을 포함한 7명의 위원으로 구성되고, 나머지 위원은 차장, 법무부차관, 법원행정처 차장, 국회의장과 각 교섭단체대표의원이 협의하여 추천한 3명이며,[22] 재적위원 과반수의 찬성으로 의결한다. 수사처검사의

18) 공수처 법안(권은희안)은 처장의 임기를 2년으로 하고, 중임할 수 있도록 규정하였다.
19) 공수처 법안(권은희안)은 대통령에게 의안의 제출을 건의할 수 있다.
20) 공수처 법안(권은희안)은 차장의 임기를 2년이며 중임할 수 없다
21) 공수처 법안(권은희안)은 처장이 수사처검사를 임명한다.
22) 공수처 법안(권은희안)은 인사위원회를 처장, 차장, 법원행정처 차장, 대한변호사협회 회장, 교섭단체대표의원이 합의하여 국회의장이 추천한 3명으로 구성한다.

임기는 3년으로 하고, 3회에 한하여 연임할 수 있다.[23] 수사처검사의 보수와 대우는 검사의 예에 준한다. 수사처검사는 직무를 수행함에 있어서 검찰청법 제4조에 따른 검사의 직무 및 군사법원법 제37조에 따른 군검사의 직무를 수행할 수 있다. 수사처검사는 처장의 지휘·감독에 따르며, 수사처수사관을 지휘·감독한다. 수사처검사는 구체적 사건과 관련된 처장의 지휘·감독의 적법성 또는 정당성에 대하여 이견이 있을 때에는 이의를 제기할 수 있다.

⑨ 수사처수사관의 자격·임명 : 수사처수사관은 5년 이상 변호사 실무경력이 있거나 조사, 수사, 재판업무에 5년[24] 이상 종사하였던 사람 중에서 처장이 임명한다. 검찰청으로부터 검찰수사관을 파견받은 경우에는 이를 수사처수사관의 정원에 포함한다. 수사처수사관의 임기는 6년[25]으로 하고, 연임할 수 있다. 수사처수사관의 보수와 대우는 4급 이하 7급 이상의 검찰직공무원의 예에 준한다. 수사처수사관은 고위공직자범죄등에 대한 수사에 관하여 형사소송법 제196조 제1항에 따른 사법경찰관의 직무를 수행한다.

⑩ 신분보장 : 처장, 차장, 수사처검사는 탄핵이나 금고 이상의 형을 선고받은 경우를 제외하고는 파면되지 아니하며, 징계처분에 의하지 아니하고는 해임·면직·정직·감봉·견책 또는 퇴직의 처분을 받지 아니한다. 공수처 소속 공무원은 정치적 중립을 지켜야 하며, 그 직무를 수행함에 있어 외부로부터 어떠한 지시나 간섭을 받지 아니한다.

⑪ 공직임용 제한 : 처장과 차장은 퇴직 후 2년 이내에 대통령이 지명하는 헌법재판관, 검찰총장, 국무총리 및 중앙행정기관·대통령비서실·국가안보실·대통령경호처·국가정보원의 정무직공무원으로 임용될 수 없다.[26] 처장, 차장, 수사처검사는 퇴직 후 2년이 지나지 아니하면 검사로 임용될 수 없다. 수사처검사로서 퇴직 후 1년이 지나지 아니한 사람은 대통령비서실의 직위에 임용될 수 없다. 공수처에 근무하였던 사람은 퇴직 후 1년 동안 공수처의 사건을 변호사로서 수임할 수 없다.

---

23) 공수처 법안(권은희안)은 수사처검사의 임기는 5년이며, 연임할 수 있다.
24) 공수처 법안(권은희안)은 7년 이상 조사·수사의 실무경력이 있는 사람이어야 한다.
25) 공수처 법안(권은희안)은 5년이다.
26) 공수처 법안(권은희안)은 처장만 퇴직 후 3년간 같은 공직의 임용 제한을 받는다.

⑫ 다른 수사기관과의 관계 : 공수처의 범죄수사와 중복되는 다른 수사기관의 범죄수사는 처장이 수사의 진행정도 및 공정성 논란 등에 비추어 공수처에서 수사하는 것이 적절하다고 판단하여 이첩을 요청하는 경우 해당 수사기관은 이에 응하여야 한다. 처장은 수사처검사의 범죄 혐의를 발견한 경우에 관련 자료와 함께 이를 대검찰청에 통보하여야 한다. 공수처 외의 다른 수사기관이 검사의 고위공직자범죄 혐의를 발견한 경우 그 수사기관의 장은 사건을 공수처에 이첩하여야 한다. 수사처검사는 기소권 있는 사건[27]을 제외한 위 고위공직자범죄등에 관한 수사를 한 때에는 관계 서류와 증거물을 지체 없이 서울중앙지방검찰청 소속 검사에게 송부하여야 한다. 이를 받아 사건을 처리하는 검사는 처장에게 해당 사건의 공소제기여부를 신속하게 통보하여야 한다. 처장은 검사로부터 공소를 제기하지 않는다는 통보를 받은 때에는 그 검사 소속의 지방검찰청 소재지를 관할하는 고등법원에 그 당부에 관한 재정을 신청할 수 있다.[28] 고소·고발인은 수사처검사로부터 공소를 제기하지 않는다는 통지를 받은 때에는 서울고등법원에 그 당부에 관한 재정을 신청할 수 있다.

이러한 공수처 법안에 따르면, 공수처는 대통령이 처장후보추천위원회의 추천을 받은 후보자 중에서 처장을 임명하고 있을 뿐 대통령 소속이라 할 수도 없고, 달리 입법부·행정부·사법부 중 어디에도 소속되어 있지 않는 독립기관이라 할 수 있다. 또한 고위공직자의 부패사건만을 전담하는 상설 수사기관으로서 이러한 공수처는 다른 나라에서는 그 유례를 찾아보기 어려운 수사기구이다.[29] 그런데 현행 헌법의 통치구조상 헌법의

27) 공수처 법안(권은희안)은 기소권 있는 사건의 경우에 공소제기 여부를 심의·의결하기 위하여 기소심의위원회를 구성한다. 기소심의위원회는 7명 이상 9명 이하의 위원으로 구성하고, 처장은 기소심의위원후보예정자명부에 있는 만 20세 이상의 대한민국 국민 중 필요한 수의 심의위원을 무작위 추출방식으로 선정한다. 해당사건의 수사처검사는 심의위원회의 의결에 따라 공소제기를 결정한다.

28) 공수처 법안(권은희안)은 재정신청을 할 수는 없고, 검사는 공소를 제기하지 아니하는 처분을 한 경우에 그 이유를 공수처에 서면으로 제출하여야 하고, 공수처는 그 이유를 공개할 수 있을 뿐이다.

29) 정우일, “고위공직자비리수사처 설치 방안 검토”, 「한국공안행정학회보」 제67호(한국공안행정학회, 2017), 218면.

명문규정이 없이 법률로써 이러한 독립기관을 신설할 수 있는 것인지 문제가 된다.[30] 그 밖에 공수처는 그 인적 구성방식이나 수사대상 범위를 보면 후술하는 것처럼 다분히 정치적 사정기관의 성격을 띠고 있으면서 그 직무를 견제할 만한 장치는 보이지 않는다. 이 문제에 관하여는 Ⅳ. 기재부분에서 상세히 검토하고자 한다.

수사처검사나 수사처수사관의 자격요건으로 일정기간 수사·재판업무뿐만 아니라 조사업무에 종사하였던 자도 인정하고 있다. 그런데 공수처의 수사대상은 중요하고 어려운 사건에 해당하는 경우가 많으므로 수사처검사나 수사처수사관에게는 고도의 수사역량이 요구된다. 그러므로 수사처검사는 10년 이상, 수사처수사관은 5년 이상의 수사·재판 실무경력을 갖출 것을 요구하고 있는 것이다. 그럼에도 불구하고 개념조차 불분명한 '조사'업무에 종사한 것만으로도 그 실무경력을 인정해 주는 것은 납득하기 어렵다. 검찰로부터 독립적인 사정기관이 되도록 하기 위하여, 검사는 퇴직 후 3년이 지나지 않으면 처장이 될 수 없고 퇴직 후 1년이 지나지 않으면 차장이 될 수 없도록 제한한 것은 이해가 된다. 그러나 검사의 직에 있었던 사람은 그 퇴직시기를 불문하고 수사처검사 정원의 2분의 1을 넘을 수 없도록 제한한 것은 합리적 근거가 없을 뿐만 아니라 공수처의 수사역량 확보를 위해서도 바람직한 제한이 아니다.

## Ⅲ. 수사권조정 법안의 문제점

### 1. 수사와 기소 분리론에 대한 비판

수사권과 기소권의 행사주체를 분리함이 권력기관 간 견제와 균형의 원리에 충실한 것이라고 주장하는 견해가 있다.[31] 기소권의 행사주체가

30) 독립적으로 업무를 수행하는 독립기관에 해당하는 국민권익위원회도 국무총리 소속으로 규정되어 있다(「부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률」 제11조). 다만, 국가인권위원회는 입법부·행정부·사법부 어느 조직에도 소속되지 않은 독립기관이다.

수사권을 행사할 경우에는 수사의 객관성·공정성에 문제가 발생할 수 있고, 나아가 수사권을 겸비한 검사는 효율적 기소를 위하여 수사과정의 위법·부당 사실을 묵인할 가능성조차 있다고 주장하기도 한다.[32] 그 대표적인 나라로 미국과 영국의 수사제도를 거시하고 있다.

그러나 위와 같은 영미법계 국가는 국가라는 형벌권의 주체를 상정하지 않고 형사재판을 범죄라는 불법행위에 대한 사인 간 분쟁과정으로 파악하므로 사인소추제를 원칙으로 하고, 미국처럼 국가소추제를 택하더라도 검사는 그 소추대리인에 불과하며, 공판중심주의에 철저하여 모든 증거는 법정에 직접 제출해야 하고, 수사란 그 공판정에 제출할 증거를 준비하는 증거수집과정일 뿐이다.[33] 따라서 미국에서는 행정경찰과 구분되는 사법경찰의 개념이나 수사절차의 개념 자체가 없으므로[34] 실체적 진실 발견의 주무대(主舞臺)는 공판정이 된다.[35] 그 결과 경찰은 체포된 피의자를 조사하고 피해자·목격자 등에 대한 임의조사만 할 수 있을 뿐이고, 피해자·목격자에 대한 소환조사나 증거제출명령은 검사가 대배심을

31) 승재현, “경찰과 검찰간의 합리적 수사권 조정에 관한 쟁점과 논의”, 「한국경찰학회보」 제11권 제2호(한국경찰학회, 2009), 193면; 김인회, “검찰의 수사권 및 공소권 남용 연구 -한명숙 전총리 뇌물 수수사건을 중심으로-”, 「법과 사회」 제39권(법과사회이론학회, 2010), 326,327면; 강성용, “한국 형사사법제도에서의 견제와 균형 원칙에 대한 비교법적 연구 -수사권 조정 논의에 즈음하여-”, 「형사정책」 제30권 제2호(한국형사정책학회, 2018. 8.), 201면; 문봉규, “수사권내에서의 권력분립의 필요성에 관한 연구”, 「외법논집」 제37권 제1호(한국외국어대학교 법학연구소, 2013. 2.), 265면; 윤동호, “대선공약, 국정과제 이행을 위한 수사ㆍ기소 분리방안”, 「비교형사법연구」 제19권 제4호(한국비교형사법학회, 2018. 1.), 172면; 이성기, “수사-기소의 분리와 검찰개혁”, 「형사정책」 제29권 제1호(한국형사정책학회, 2017. 4.), 161면; 이호중, “검찰개혁으로서 고위공직자비리수사처 신설 : 그 의미와 방향”, 「한국형사정책학회 학술대회 논문집」(한국형사정책학회, 2017), 9면.

32) 조기영, “수사권조정과 수사절차개선”, 「비교형사법연구」 제21권 제1호(한국비교형사법학회, 2019. 4.), 44,45면.

33) 정웅석, “고위공직자범죄수사처의 신설에 관한 비판적 고찰”, 「형사법의 신동향」 통권 제57호(대검찰청 검찰미래기획단, 2017. 12.), 259면.

34) 정웅석, 위 논문, 260면.

35) 영국의 경우 공소제기 판단기준은 유죄평결 가능성이 50% 이상임에 비추어[성상헌, “화이트칼라범죄에 대한 효율적 대처방안 연구 -영국 사례를 중심으로-”, 「국외훈련검사 연구논문집(Ⅲ)」 제27집(법무연수원, 2012), 185면], 우리나라의 경우에는 유죄선고가 확실한 것으로 판단되는 경우가 아니라면 공소를 제기하지 않으므로 2017년도 1년간 1심 형사공판 처리사건 인원수 266,433명 중 무죄선고 인원수는 8,916명으로 3.3%에 불과하다[법무연수원, 「2018 범죄백서」(2019), 317면].

열고 진행하며,[36] 수사의 주요수단으로 기능하는 유죄답변협상(Plea Bargaining)은 검사의 권한에 속한다.[37] 영국도 1986년경부터 검찰제도를 창설하고 검사가 경찰서에 상시 주재하면서 경찰의 수사에 직접 관여하여 사실상 기속력을 지닌 조언을 하는 제도를 운영하고 있다.[38] 일본의 경우에는 검사(검찰관)나 사법경찰이 각자 수사권을 갖고 있지만 검사는 구체적 사건에 관한 수사방침 등 일반적 수사지시를 하고 있고, 사법경찰은 수사 후 사건을 모두 검찰에 송치함이 원칙이다.[39] 수사권과 기소권을 분리할 수는 있어도 상호 불간섭해야 할 필요는 없다.

이에 대하여, 우리나라와 같은 대륙법계 국가에서는 근대에 이르러 인권보장을 위해 탄핵주의를 도입함으로써 법원의 재판권으로부터 수사·기소·공소유지권을 분리하여 검사제도를 만들고, 공익의 대표자인 검사에게 수사·기소·공소유지의 권한과 책임을 부여하고,[40] 그 직무를 수행함에 있어서는 단순한 당사자의 지위에만 머물러서는 안 되며 공익적 지위에서 객관의무[41]도 관철할 것을 요구하고 있다. 국가의 형벌권 행사를 위하여 과거의 실체적 진실을 가리는 수사권이란 준사법작용으로서 현재나 미래의 위험방지나 범죄예방 등의 치안을 담당하는 행정작용과는 엄연히 구분되는 것이므로, 행정을 담당하는 경찰이 아니라 준사법기관인 검사로 하여금 이를 담당하게 한 것이다.[42] 그리고 이러한 검사제도 아래에서는 영미법계의 경우와는 달리 검사가 유죄의 확신이 들기 전에는 공소를 제

36) 김재훈, “미국지방검찰청의 조직운영과 수사실무”, 「해외연수검사연구논문집(Ⅰ)」 제22집(법무연수원, 2006), 328면.
37) 강성용, “바람직한 경・검 관계에 대한 연구 -미국 형사사법제도에 대한 미시적 분석-”, 「외법논집」 제43권 제3호(한국외국어대학교 법학연구소, 2019. 8.), 81,82면.
38) 한상진, “영국 검찰의 권한 변화와 전망”, 「해외연수검사연구논문집(Ⅱ)」 제22집(법무연수원, 2006), 164,180면; 이정수, “영국 특별수사청(SFO) 개관”, 「형사법의 신동향」 통권 제6호(대검찰청 검찰미래기획단, 2007. 2.), 29면.
39) 김형만, “일본의 형사소송법제와 수사구조의 변천”, 「법과 정책연구」 제18집 제3호(한국법정책학회, 2018. 9.), 82,86면.
40) 김무형, “독일 경찰과 검찰의 상호관계”, 「문화·미디어·엔터테인먼트법」 제12권 제1호(중앙대학교 법학연구원 문화·미디어·엔터테인먼트법연구소, 2018. 6.), 139,140면.
41) 이상문, “사법(Justiz)내에서의 검사의 법적 지위의 문제”, 「형사법의 신동향」 통권 제31호(대검찰청 검찰미래기획단, 2011. 6.), 303,304면.
42) 정웅석, “검찰개혁의 바람직한 방향”, 「형사법의 신동향」 통권 제54호(대검찰청 검찰미래기획단, 2017. 3.), 11면.

기하지 않으므로 실체적 진실발견의 주무대는 수사과정이라 할 수 있다. 범죄와 관련된 치안을 담당하는 경찰은 그 행정작용과 관련하여 위와 같은 검사의 수사를 보조하는 존재일 뿐이다.[43] 그러므로 대륙법계 국가인 독일, 프랑스를 포함하여 OECD 35개국[44] 중 77%인 27개국은 아직까지 검사의 수사권을 법률에 규정하고 있는데, 특히 그 중 오스트리아는 2008년 발효된 헌법 제90a조를 신설하여 검사가 수사 및 공소의 담당자임을 선언하였고,[45] 스위스는 2010년 발효된 연방형사절차법에서 검사가 수사의 주재자이고(제7조 제1항) 경찰에 대한 수사지휘권이 있음(제15조 제2항)을 명시하였다.[46]

그런데 이처럼 수사의 보조자로 등장한 사법경찰은 사회의 발전에 따라 방대한 인력과 정보력을 활용하여 실제 수사의 많은 부분을 담당하고 있으므로 수사현실과 법제도를 일치시켜 달라는 요구를 하게 된 것이다. 이에 따라 2011년 형사소송법 제196조 제2항의 개정으로 사법경찰관도 수사의 단순한 보조자가 아닌 수사의 주체임을 인정하여 검사와 마찬가지로 독립하여 범죄를 인지하고 수사절차를 개시할 권한과 의무를 부여하게 된 것이다. 그러나 범인을 검거하고 증거를 수집하여 실체적 진실을 규명하는 수사란 준사법작용으로서 기소 여부를 결정하기 위한 과정이므로 사법경찰관에게 수사권을 인정해 주더라도 준사법기관으로서 기소 여부를 결정하는 검사의 수사지휘를 받도록 해야 함은 대륙법계 사법체제에서의 수사의 본질상 당연한 일이다. 그러므로 위 형사소송법 개정 당시 제196조 제1항 및 제3항에서 이러한 검사의 사법경찰관에 대한 수사지휘권을 명시하였던 것이다. OECD 35개국 중 80%인 28개국은 헌법이나 법률에 검사의 사법경찰관에 대한 수사지휘권을 명시하고 있다.[47] 그 나머지 국가인 7개국은 미국·영국(스코틀랜드 제외)·아일랜드·뉴질랜

43) 김무형, 위 논문, 140면.
44) 현재는 2018. 7. 5. 가입한 리투아니아를 포함하여 36개국이다.
45) 이정봉, “오스트리아 개정 형사소송법상의 검사의 지위와 수사절차에 관한 연구”, 「형사법의 신동향」 통권 제24호(대검찰청 검찰미래기획단, 2010. 2.), 140면.
46) 차정인, “수사권조정의 주요 쟁점”, 「법조」 제67권 제5호(법조협회, 2018. 10.), 73,74면; 이원상, “스위스 형사사법개혁 취지를 통해 살펴본 한국의 검찰개혁”, 「비교형사법연구」 제19권 제3호(한국비교형사법학회, 2017. 10.), 216면.
47) 차정인, 위 논문, 73면; 신태훈, “이른바 ‘수사와 기소 분리론’에 대한 비교법적 분석과 비판”, 「형사법의 신동향」 통권 제57호(대검찰청 검찰미래기획단, 2017. 12.), 104면.

드·캐나다·호주·이스라엘로서 모두 우리나라와 사법체계와 다른 영미법계 국가들이고, 이들 국가에서도 조언(advice) 형식으로 검사가 경찰의 수사 절차에 실질적으로 관여하고 있다.[48] 또한 유럽회의(Council of Europe) 산하 유럽 47개국(영미법계 국가로서 수사지휘·감독권이 없는 영국과 웨일즈, 북아일랜드 및 스코틀랜드를 각각 1개 국가로 산정) 중 검사가 경찰을 수사지휘·감독하는 국가는 39개국이고, 그 중 검사가 수사지휘·감독뿐만 아니라 직접수사까지 하는 국가는 34개국이며, 검사가 수사지휘·감독권은 없지만 직접수사를 하는 스코틀랜드를 포함하면 검사가 직접수사를 하는 국가는 35개국이나 된다.[49] 그러므로 유럽에서는 영미법계에 속하는 영국과 웨일즈, 북아일랜드, 스코틀랜드 및 이스라엘을 제외하면 검사의 사법경찰관에 대한 수사지휘권과 직접수사권은 원칙이자 보편적 현상이라는 것이다.[50] 심지어는 영국의 경우에도 위와 같이 1986년경부터는 검찰제도를 도입하여 법률전문가인 검사를 경찰서에 상시 주재하게 함으로써 자문을 통한 사실상 수사지휘를 하도록 하고 있다.

위와 같이 사법경찰관의 수사권은 원래의 수사권자인 검사로부터 위탁받은 권한일 뿐만 아니라, 수사와 기소는 증거를 확인하고 수집하여 실체적 진실을 발견하고 그에 따라 기소 여부에 관하여 합당한 결정을 하는 연속된 일련의 과정이다. 그러므로 이를 수행하기 위해 같은 팀에 속해 있는 검사와 사법경찰관은 상호 지휘·협력을 통하여 효율성을 추구하는 관계이지 상호 견제를 통하여 균형을 이루어야 하는 관계가 아니다. 이들에 대한 견제와 균형은 강제수사에 대한 영장주의와 기소사건의 재판을 하게 되는 판사와, 반대편 당사자로서 피의자신문시 변호인참여권, 수사절차에 대한 각종 이의제기권, 신청권 등의 방어권을 갖고 있는 피고인과 변호인이 담당하는 일이다. 최근 현직 법무부장관 일가에 대한 검찰의 수사과정에서 법원의 구속영장, 압수수색영장 기각으로 수사에 제동이 걸리곤 했던 사례가 이를 웅변으로 증명하고 있다.

수사의 객관성·공정성의 문제는 수사기관이 정치적 중립성을 지키지

48) 신태훈, 위 논문, 104면.
49) 김성룡, “청와대의 ‘수사권 조정안’과 검찰 개혁”, 「형사정책」 제30권 제2호(한국형사정책학회, 2018. 8.), 19,20면.
50) 김성룡, 위 논문, 23면.

못하는 인사제도를 갖고 있다거나 무리한 실적경쟁을 시키는 업무시스템을 운영한다거나 사건청탁이나 외압으로부터 자유롭지 못한 조직관리를 한다거나 구성원의 자질 등에 좌우되는 것이지, 수사기관이 기소권을 갖고 있는지 여부와는 아무런 상관이 없다. 수사권과 기소권을 가진 검찰이 기소권 없이 수사권을 행사하는 경찰보다 수사의 객관성·공정성을 잃고 있다면, 고소인·고발인·탄원인들이 자신의 민원을 사법경찰관보다 검찰에서 검사가 직접 처리해 주기를 탄원하는 경우가 일반적임은 어떻게 설명할 수 있겠는가?

요컨대 수사권은 기소·공소유지권과 더불어 검사의 본질적 권한이자 책임이고, 수사는 기소 여부 결정을 위한 일련의 과정이므로, 사회의 발전과 더불어 검사의 수사를 보조하여 온 사법경찰관의 수사권을 인정해 주더라도 수사권과 기소권을 분리해야 할 이유가 없다. 다만, 검사의 수사권은 오늘날 사법경찰관에게 수사권을 위임해 주면서 후술하는 것처럼 검사의 직접수사는 최소한으로 줄이고 사법경찰관에 대한 수사지휘를 적정하고도 효율적으로 행사하는 방향으로 행사하여야 한다.[51] 따라서 검사는 주로 기소 및 공소유지의 권한과 책임이 있는 준사법기관으로서 그 적정행사를 위하여 사법경찰관에 대한 수사지휘권을 적절히 행사할 필요가 있다.

## 2. 법안의 수사지휘 폐지론에 대하여

사법경찰관에 대한 검사의 수사지휘에 대하여, 특히 송치 전 수사지휘는 수사절차의 지연이나 부당한 수사지휘로 인하여 수사의 신속성·효율성을 해치고, 책임감을 통하여 수사역량을 강화할 수 있는 기회를 박탈하게 된다는 주장이 있다.[52] 이에 대하여, 이처럼 검사의 사법경찰관에

51) 그러므로 " '수사'와 '기소'의 분리가 아니라 검사의 직접수사와 수사지휘의 분리를 통한 검찰의 준사법적 성격의 회복만이 막강한 권력작용인 수사권 자체에 대한 통제장치로 작동하게 될 것이다."라고 설명하는 견해[정웅석, "검사의 직접수사의 개념과 수사지휘와의 관계 -비교법적 관점에서 본 수사와 기소 분리의 허구성에 대하여-", 「형사법의 신동향」 통권 제61호(대검찰청 검찰미래기획단, 2018. 12.), 97면]도 있다.

52) 김문호, "형사소송법 제196조 개정이후의 수사권 조정의 과제", 「한국경찰학회보」 제14권 제6호(한국경찰학회, 2012), 61,62면.

대한 수사지휘를 배제하고 사법경찰관이 범죄혐의가 인정되지 않는다고 판단한 사건에 대한 수사종결권까지 부여하는 것은 '검찰개혁'보다는 검사의 기능과 권한을 축소하고 경찰의 권한강화를 목표로 한 것에 불과하다고 평가하는 견해[53]도 있다.

현재 사법경찰관은 공안범죄의 경우에는 검사에게 입건 여부 지휘 및 사건송치 전 지휘를 받고 있지만(「검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정」 제76조, 제77조 제1항 제1호), 그 밖에는 조직폭력범죄나 검사직수사건[54] 외에는 사건송치 전 지휘를 받지 않고 있다(같은 규정 제77조 제1항 제2호, 제80조 제1항). 또한 검사의 사법경찰관에 대한 구체적 수사지휘의 형식도 긴급한 상황 등 불가능하거나 불필요한 경우가 아닌 한 서면이나 형사사법정보시스템을 통하여 지휘해야 하고, 송치의견에 대한 수사지휘는 법률적용 및 증거판단 등에 대한 의견을 지휘서에 적어서 하도록 제한하고 있다(같은 규정 제5조 제1항, 제77조 제2항).

그런데 수사권조정 법안은 더 나아가 검사의 사법경찰관에 대한 수사지휘권에 관한 근거 규정인 구 형사소송법 제196조 제1항, 제3항을 삭제하고, 검사에게 영장청구 여부 판단이나 사건송치 후의 기소 여부 판단 및 공소유지를 위한 보완수사요구권, 법령위반·인권침해 또는 현저한 수사권 남용이 의심되는 사실이 있는 특별한 경우의 시정조치요구권만 인정하고 있을 뿐, 송치 전 수사과정에 대한 수사지휘권은 일체 배제하고 있다.

그러나 영장청구 여부 판단이나 공소유지를 위한 보완수사요구란 현재도 그 사례 자체가 드물고, 위 특별한 경우의 시정조치요구도 대부분 수사기록만으로는 그 진상을 파악할 수 없는 경우이므로 거의 활용되지 못할 것이다. 사건송치 후의 기소 여부 판단을 위한 보완수사요구는 사법경찰관이 이미 조사를 마친 후의 정제된(경우에 따라서는 '꾸민') 수사기록만 보고 그 요구가 필요한지 여부를 파악해야 하므로 그 판단이 쉽지

53) 이경렬, "수사종결 권한의 경찰 부여와 경찰 권력에 대한 통제 -검·경 수사권 조정안들을 중심으로-", 87면.

54) '검사직수사건'이란 검사가 직접 고소·고발장 등을 접수한 사건을 사법경찰관리에게 수사하도록 지휘한 사건을 말한다.

않을 뿐만 아니라, 사법경찰관 수사과정에서의 신속하고 효율적인 수사지휘를 포기하게 되어 전체적으로 수사의 효율성을 해치고 경우에 따라서는 사건송치 후 보완수사를 받게 되는 피조사자에게 이중수사의 불편을 야기하게 된다. 또한 경찰관에 대한 사건의 청탁이나 외압은 사건송치 전 초동수사나 수사종결 전에 이루어질 텐데, 사건송치 전 검사의 수사지휘는 이에 대한 강력한 예방·차단 기능을 수행하여 왔음에도 불구하고 이러한 순기능조차 없애는 결과가 된다.[55] 결국 수사권조정 법안은 검사의 수사지휘를 명목상으로는 물론 사실상으로도 폐지하자는 것으로 해석할 수밖에 없다.

그런데 1차적 수사권을 사법경찰직원에게 부여하고 있는 일본의 경우에도 검찰관(즉, 검사)이 사법경찰직원의 구체적 사건에 대한 수사방침 및 수사계획을 수립하여 지휘하는 일반적 수사지휘권[56]과 검찰관의 직접수사시 사법경찰직원으로 하여금 수사보조를 하도록 지휘하는 구체적 수사지휘권[57]을 인정하여 수사의 적정을 기하고 있다.[58]

검사의 사법경찰관에 대한 수사지휘를 폐지한다면, 사법경찰관은 경찰의 내부적 수사지휘를 받고 사건처리를 하게 될 것이므로, 결국 '수사권조정'이니 '수사권독립'이니 하는 말은 수사지휘권을 검사로부터 박탈하여 경찰 내부의 상사에게 이양시키자는 내용이다. 이러한 변화가 국민의 인권을 보호하고 사건의 적정처리에 기여하는 개혁이라고 할 수 있는 것인가? 경찰조직은 검찰조직과는 달리 엄격한 상명하복의 수직적 지휘구조일 뿐만 아니라 수사지휘권을 행사하게 될 경정 이상의 간부[59]는 계급정년제(경찰공무원법 제24조 제1항 제2호)로 인하여 상사의 지시가 부당하더라도 이를 거역하기가 쉽지 않은 구조이다. 따라서 사법경찰관 수사의 정치적 중립성이나 공정성 및 수사지휘의 인권보장 기능을 위해서

55) 차정인, 앞의 논문, 78면.
56) 일본 형사소송법 제193조 제1항.
57) 일본 형사소송법 제193조 제3항.
58) 문희태, "합리적인 수사권조정에 대한 논의의 검토 -일본의 국가수사구조(검찰ㆍ경찰)와 개혁방향을 중심으로-", 「비교형사법연구」 제21권 제1호(한국비교형사법학회, 2019. 4.), 75면.
59) 경찰조직상 사법경찰관은 경무관, 총경, 경정, 경감, 경위이고, 수사를 보조하는 사법경찰리는 경사, 경장, 순경이다(형사소송법 제196조 제1항, 제5항).

라면 경찰 내부에서 상사의 수사지휘만 받는 수사권조정 법안의 시스템보다는 현재처럼 외부기관인 검찰에서 신분이 보장된 법률전문가이자 기소 담당자인 검사의 서면지휘를 받는 시스템이 우월한 제도이다. 외부기관인 검찰이 서면으로 하는 수사지휘보다 사법경찰관의 내부적 상사에 의한 구두의 수사지휘가 보다 신속할 수는 있겠지만, 인신에 대한 침해가능성이 높은 수사작용에 있어서는 수사의 신속성보다는 수사의 적정성이나 인권보호가 보다 중한 가치임은 두말할 필요도 없을 것이다. 또한 법률전문가로서 기소를 담당하는 검사가 사법경찰관이 검찰에 송치하기 전에 적시에 잘못된 수사방향을 지적하고 점검하는 것이 수사의 효율성 면에서도 바람직함은 물론이다. 검사의 송치 전 수사지휘를 반대하는 견해야말로 예외적인 부당지휘 사례를 일반적 사례인 것처럼 포장하여 이를 구실로 경찰권력 강화의 수단으로 검사의 수사지휘권 폐지주장을 하는 것은 아닌지 재고할 필요가 있을 것이다. 학계에서도 다수의 견해는 검사의 사건송치 전 수사지휘권을 유지하거나 강화해야 한다는 입장이다. 그 논거로서 ① 사법경찰관에 대한 검사의 수사지휘를 폐지하는 것은 검찰개혁이나 국민권익옹호 면에서 바람직하지 않다고 하거나,[60] ② 검사의 수사지휘는 검사제도 아래에서 원래 검사가 담당하는 사법영역인 수사를 현실적 필요에 따라 사법경찰관에게 위임하게 되면서 경찰 수사활동의 합법성을 보장하고 효율성과 통일성을 제고하여 검찰과 경찰의 조화로운 활동을 보장하기 위한 것으로서 검사제도의 본질에 해당하고,[61] 사법경찰관의 수사권은 사법지휘계통 안에서만 인정되는 것일 뿐 그 계통을 벗어난 독자적 수사권이란 개념은 존재할 수 없다고 하거나,[62] ③ 수사절차의 경찰화에 대한 통제를 위하여 검사를 피의자 및 변호인과 함께 그 통제의 주체로 자리매김해야 하므로 검사의 사법경찰관에 대한 수사지휘가 필요하다고 하거나,[63] ④ 사법경찰관의 수사권 행사는 검사의 수사지휘에 의하여 통제됨으로써 검사가 소속된 법무부장관을

60) 정승환, “검·경 수사권조정 합의안에 대한 평가”, 「법조」 제67권 제5호(법조협회, 2018. 10.), 105면.
61) 정웅석, “수사권독립론에 관한 연구 -형사소송법 제195조와 제196조의 개정에 관한 비판적 시각에서-”, 「법학연구」 제15권 제1호(연세대학교 법학연구원, 2005), 112면.
62) 정웅석, 앞의 “검찰개혁의 바람직한 방향”, 31면.
63) 조기영, 앞의 “수사권조정과 수사절차개선”, 47면.

통하여 민주적 정당성이 부여된다고 하거나,[64] ⑤ 사건송치 후의 검사의 보완수사지휘는 비효율적이라고 하거나,[65] ⑥ 검사의 사법경찰에 대한 사건송치 후 수사지휘를 인정하는 한 그 송치 전 수사지휘도 인정해야 마땅하다고 하거나,[66] ⑦ 국민의 인권보호를 위하여 입건 여부와 법리판단에 대한 검사의 수사지휘를 강화할 필요가 있다[67]고 하거나, ⑧ 권력분립의 원칙은 국가기관 간의 권한배분의 원칙이 아니라 국민의 기본권 보장을 위한 견제와 균형의 원리인데, 수사절차의 독립성을 강조하는 사고방식은 기본권의 주체이자 소송주체인 피의자의 지위를 약화시키고 수사기관의 권한을 강화하게 되므로 부당하다고 하거나,[68] ⑨ 수사권에 관한 논의는 법치국가적 이념에 충실한 제도의 정립을 위한 수사제도 자체의 개혁이어야 하는데, 검찰의 통제가 약화되거나 결여된 사법경찰의 수사권을 상정하는 것은 이에 부응하는 것이 아니라고 하면서 오히려 검찰의 사법경찰에 대한 통제의 강화로 귀결된 독일에서의 수사권 논쟁 사례를 소개하기도 하는[69] 등 다양한 논거를 들고 있다.

오히려 현재의 수사지휘 제도는 사법경찰관에게 과도한 전결권을 부여하고 있다고 평가할 수 있다. 위와 같이 사법경찰관이 사건송치 전에 검사의 사전 수사지휘를 받아야 하는 경우란 공안사건, 조직폭력범죄 또는 검사직수사건으로 매우 한정되어 있다. 그러므로 현재도 사법경찰관은 대부분 형사사건의 경우에는 검사의 수사지휘를 받지 않고 입건하여 사건송치를 하고 있으며, 입건 전 내사사건의 경우에는 검사의 수사지휘를 받지 않음은 물론 내사종결권까지 경찰에 부여된 것으로 해석하여 운용되고 있다. 그러므로 사법경찰관에 대한 검사의 사건송치 전 수사지휘는

64) 이완규, “민주적 정당성의 관점에서 본 현행법상 수사권 구조와 지휘체계”, 「법조」 제64권 제2호(법조협회, 2015. 1.), 118면.
65) 주승희, 앞의 논문, 148,149면.
66) 박용철, “검·경 수사권조정 합의안의 내용과 의미에 대한 일고”, 「형사정책」 제30권 제2호(한국형사정책학회, 2018. 8.), 45면.
67) 한희원, “국가 정보와 수사 체계 혁신의 법리 -미국 연방수사국(FBI)과 영국 중대조직범죄청의 사례-”, 「법과 정책연구」 제13집 제1호(한국법정책학회, 2013. 3.), 309면.
68) 조기영, “한국적 수사구조론의 새로운 모색”, 「형사정책」 제31권 제1호(한국형사정책학회, 2019. 4.), 20면.
69) 차종진·이경렬, “1970년대 독일의 수사권 조정 논의와 시사점”, 「형사법의 신동향」 통권 제60호(대검찰청 검찰미래기획단, 2018. 9.), 65,66면.

현재보다 강화하여 대부분 사건에 대하여 사건송치 전에 검사의 수사지휘를 받도록 하고, 경찰의 내사사건[70] 종결도 사건 암장(暗葬)의 방지를 위하여 그 타당성 여부에 관하여 검사의 지휘를 받도록 변경함이 적정수사와 인권침해 방지를 위하여 바람직하다. 다만, 검사의 수사지휘를 받는다는 것은 사법경찰관의 수사과정에 검사가 일일이 간섭한다거나 검사의 수사지휘를 받지 않고는 사법경찰관이 수사권을 행사할 수 없다는 의미가 아니다. 사법경찰관의 수사과정에서 위법·부당한 증거수집이나 인권침해가 없도록 검사의 지휘·감독 아래에서 수사가 이루어져야 한다는 의미일 뿐이다. 그러므로 사법경찰관은 그 범위 내에서는 자유롭게 수사를 할 수 있고 법리나 증거수집상 중요한 판단문제가 발생한다거나 적어도 사건의 검찰송치 전에는 적정수사 여부에 관한 검사의 수사지휘를 받아야 하는 것이다. 즉, 검사의 수사지휘는 사건처리의 적정과 인권보호를 위한 상호 협력관계 아래에서 이루어지는 것이므로 이를 두고 경찰이 검찰에 종속되는 것이라고 과장하는 것은 부당하다.[71]

### 3. 사법경찰관의 수사 종결권에 대한 비판

수사권조정 법안에 따르면, 사법경찰관은 수사결과 범죄혐의 있다고 인정되는 경우가 아니라면 그 이유를 명시한 서면과 함께 관계 서류와 증거물을 지체 없이 검사에게 송부하였다가 반환받도록 하였고, 그 송부일로부터 7일 이내에 서면으로 고소인·고발인·피해자 등에게 그 취지와 이유를 통지하도록 함으로써 사건 불송치 종결권을 인정하고 있다. 이때 고소인·고발인·피해자 등의 이의신청이 있으면 지체 없이 검사에게 사건을 송치해야 하지만, 그 이의신청이 없는 경우에는 검사가 불송치를 위

70) '내사'란 수사기관의 범죄혐의를 확인하기 위하여 범죄인지(입건) 전에 행하는 은밀한 조사활동인데, 범죄인지 시기가 수사기관의 의사에 좌우되는 경우 수사기관의 내사권 남용 우려가 있으므로 내사의 법적 근거를 법률로 명확히 규정하고 검사의 수사지휘권 대상에 포함하는 것이 수사과정의 인권보호를 위하여 필요하다고 보는 견해[조광훈, "사법경찰관의 수사개시권의 통제에 관한 연구 -사법경찰관의 내사의 통제를 중심으로-", 「형사법의 신동향」 통권 제34호(대검찰청 검찰미래기획단, 2012. 3.), 254,274면].

71) 정웅석, "수사지휘에 관한 쟁점과 과제", 「형사법의 신동향」 통권 제58호(대검찰청 검찰미래기획단, 2018. 3.), 12,13면.

법·부당하다고 판단하는 경우에 검사는 사법경찰관에게 재수사 요청만 할 수 있다.

이에 대하여, 일본의 경우에는 사법경찰직원이 1차적 수사권을 행사하지만, 그 범죄수사를 한 때에는 지체없이 일체의 서류 및 증거물을 검찰에 송치하여 검찰관이 기소 여부를 결정하게 하고 있으므로[72] 사법경찰직원에게 수사 종결권을 부여하지 않고 있다.

수사권조정 법안처럼 사법경찰관에게 1차적 수사권과 함께 불송치 수사종결권을 부여하는 경우에는 불송치결정이유와 사건 관계 서류 및 증거물을 검찰에 송부하더라도 검사가 그 문건만 보고 실질적인 조사 없이 수사과정의 위법·부당 여부를 판단하기가 어렵다는 점,[73] 고소·고발인이 사법경찰관의 불송치 결정을 그대로 승복하는 경우가 거의 없을 것으로 예상되므로 이중조사의 부담이 경감되는 장점을 기대하기도 어렵다는 점 등의 논거로 이에 반대하는 견해[74]가 있다. 또한 경찰이 수사하여 검찰에 송치하는 사건수가 전체 형사사건의 98% 이상인데, 그 중 상당부분을 차지하는 불기소 사건에 대한 검찰의 통제를 배제하는 것은 경찰수사와 가장 밀접한 관련이 있는 전문적인 통제장치를 없애는 결과가 되므로, 그로 인하여 실체적 진실발견이 왜곡되고 억울한 사법피해자가 생기게 되어 부당하다고 비판하는 견해[75]도 있다.

검사의 기소 여부 결정권한은 그 개념자체에 불기소 결정권한도 포함하고 있는 것이고, 이러한 검사의 권한은 탄핵주의 이념에 따른 검찰권의 본질적 내용으로 취급되고 있다.[76] 그럼에도 불구하고 사법경찰관이 범죄혐의가 인정되지 않는 경우에 불송치 종결을 하도록 허용하는 것은 사법경찰관의 사실상 불기소 결정권을 인정하는 셈이 되어 검사의 기소권을 침해하는 결과가 된다. 또한 피해자가 자연인으로 특정되지 않는 국가적 법익(예컨대 뇌물죄 등)이나 사회적 법익(예컨대 마약사범, 성매

72) 일본 형사소송법 제246조.
73) 박용철, 앞의 논문, 48면.
74) 이원상, “수사절차에서 1차 수사종결권에 대한 고찰”, 「형사정책」 제30권 제2호(한국형사정책학회, 2018. 8.), 75,76면.
75) 이경렬, 앞의 “수사종결 권한의 경찰 부여와 경찰 권력에 대한 통제 -검·경 수사권 조정안들을 중심으로-”, 83,84면.
76) 정승환, 앞의 논문, 106면.

매, 청소년보호법위반죄 등)을 침해하는 범죄사건의 불송치 결정에 대하여는 이의신청을 할 사람이 없으므로 사건 암장의 위험이 높아진다.[77] 그리고 고소인·고발인·피해자가 있는 사건의 경우에는 당사자 간 합의가 없는 한 불송치 종결에 대부분 이의신청을 하여 검찰로 사건송치를 하게 될 것이므로 무용의 절차로 국민을 불편하게 할 뿐이다.[78] 검사가 불송치를 위법·부당하다고 판단하는 경우에 검사는 사법경찰관에게 재수사 요청만 할 수 있을 뿐 자신이 직접 사건을 처리하거나 사건송치 지휘를 할 수 없다는 것도 번잡스러운 일이고,[79] 사법경찰관이 재수사한 후 다시 불송치 종결을 하더라도 검사는 더 이상 이를 견제할 방법이 없으므로 충실한 재수사를 기대할 수 없게 되는 것도 문제이다.[80]

## Ⅳ. 고위공직자범죄수사처 설치의 문제점

### 1. 무소불위론의 허구성

공수처의 설치에 찬성하는 견해의 논거는 검찰이 수사권, 영장청구권, 기소권, 공소유지권 및 형집행권을 모두 갖고 있는 무소불위의 사정기관이므로 권한을 분산시킬 필요가 있다고 주장하고 있다.[81] 그러면서도 수사권, 영장청구권, 기소권 및 공소유지권을 갖게 되는 공수처에 대하여는 규모가 작으므로 무소불위의 권력기관이 될 수 없다고 모순된 주장을 하고 있다.[82]

---

77) 차정인, 위 논문, 82면.
78) 차정인, 위 논문, 86면; 정승환, 위 논문, 111면.
79) 차정인, 위 논문, 85면; 조기영 앞의 논문, 54면.
80) 정승환, 앞의 논문, 111면; 조기영, 앞의 논문, 54면.
81) 오병두, “독립적 특별수사기구의 도입방안에 관한 연구 -‘고위공직자비리수사처’ 법안들을 중심으로-”, 「형사정책」 제24권 제2호(한국형사정책학회, 2012. 8.), 39,40면; 이윤제, “검찰개혁과 고위공직자비리수사처”, 「형사법연구」 제29권 제1호(한국형사법학회, 2017. 3.), 126면; 임지봉, “고위공직자비리수사처 법안들에 대한 입법평론”, 「입법학연구」 제15집 제2호(한국입법학회, 2018. 8.), 50면; 최영승, “고위공직자범죄수사처 설치에 따른 바람직한 입법방향의 모색”, 「형사법연구」 제29권 제4호(한국형사법학회, 2017. 12.), 220, 221면.
82) 이윤제, 위 논문, 138면.

무소불위의 권력기관인지 여부는 규모의 대소(大小)보다는 행사하는 권력의 내용과 그에 대한 견제장치 유무에 따라 평가해야 할 것이다. 그런데 검사의 인신 체포·구속, 압수·수색, 감청 등의 강제수사는 반드시 법관의 영장을 받아야만 가능하고, 기소된 사건은 법원의 재판으로 그 당부를 심사받는다. 검찰의 불기소 처분도 재정신청을 통하여 법원의 심사를 받게 되는 등 검찰의 권한은 철저하게 법원의 통제 아래 놓여있다. 더군다나 위 '검·경 수사권조정' 안건에 포함된 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 약화 조치까지 시행된다면 법원의 통제는 더욱 강화된다. 그리고 모든 사건처리는 매년 국정감사에서 국민이 선출한 국회의원이 그 당부를 심사하게 된다. 검찰이 기소권을 전담하게 된 것도 인권보장을 위하여 법원의 재판권으로부터 검찰의 기소권을 분리시킨 데서 비롯된, 사법권 남용을 견제하기 위한 제도적 장치일 뿐이다. 또한 경미한 형사사건에 대한 기소권인 즉결심판청구권은 경찰서장에게 부여되어 있으므로 검찰이 기소권을 독점하고 있는 것도 아니다. 따라서 무소불위의 권력이라 할 수 없는 검찰권력을 통제하기 위하여 공수처의 신설을 추진한다는 것은 어불성설이다. 독일, 프랑스를 비롯한 대륙법계 국가들은 대부분 위와 같은 수사권, 영장청구권, 기소권, 공소유지권, 형집행권을 모두 갖고 있지만 아무도 무소불위의 권력이라고 비난하지 않는다. 아마도 이러한 비난은 우리나라의 검찰이 다른 대륙법계 국가보다 자체 수사인력을 많이 두고 광범위한 직접수사를 하고 있다거나, 후술하는 것처럼 직접수사를 함에 있어서 정치적 중립을 지키지 못한 것에 기인하는 비난으로 보아야 할 것이다.[83] 따라서 이러한 문제는 검찰의 직접수사를 필요최소한으로 줄이고, 수사의 정치적 중립을 확보하는 방향으로 해결할 일이지 별도의 공수처를 신설하여 해결할 일은 아니다.[84]

---

83) '검찰개혁'의 요청원인으로 정치적 중립성 결여를 지적하는 견해[장영수, "검찰개혁과 독립수사기관(고위공직자비리수사처)의 설치에 관한 검토", 「형사정책연구」 제28권 제1호(한국형사정책연구원, 2017. 3.), 120면].

84) 공수처 도입을 추진한 이유가 검찰이 정치적 중립성을 지키지 못한 데 있으므로, 공수처라는 또다른 권력기구를 도입하여 새로운 권력화를 우려하기보다는 검찰이 공익의 대표자로서의 의무를 다할 수 있도록 고민하는 것이 우선되어야 한다는 견해[오정용·송광섭, "의회에 의한 검찰견제유형과 바람직한 검찰권실현을 위한 통제방안", 「법학연구」 제52집(한국법학회, 2013), 234면]도 같은 취지이다.

공수처야말로 처장·차장 및 수사처검사가 후술하는 것처럼 정치적으로 구성되고, 그 수사대상은 정치적 영향력이 높은 고위직 공무원이나 정치인을 망라하고 있다. 또한 수사대상 고위공직자 중에는 판사와 검사가 포함되어 있는데, 수사대상 범죄에는 공무원의 직무에 관한 죄가 모두 포함되어 직무유기죄(형법 제122조), 직권남용죄(형법 제123조)도 들어있다. 이는 판사의 재판이나, 검사의 사건처리조차 직무유기죄나 직권남용죄로 의율하여 수사대상으로 삼을 수 있게 되는 것을 의미한다. 그럼에도 불구하고 그 활동에 대한 견제장치는 탄핵 외에는 국회의 요구가 있을 때 수사나 재판에 영향을 미치지 않는 한 출석하여 보고하거나 답변해야 할 의무를 부과함에 그치고 있다. 그러므로 공수처는 살아있는 권력의 정적이나 사법작용에 대한 통제수단으로 전락할 위험조차 내포하고 있는 셈이다.

### 2. 수사의 정치적 중립성 보장론의 허구성

공수처의 설치에 찬성하는 견해의 또다른 논거는 정권으로부터 독립된 수사기관을 설치함으로써 정치인 및 고위공직자에 대한 수사에 정치적 중립성을 지킬 수 있다는 것이다.[85] 이에 대하여, 공수처라고 하더라도 정치적 중립성·독립성을 보장할 수 없으므로 옥상옥(屋上屋)이 될 뿐이라고 보는 견해[86]도 있다.

공수처 법안을 살펴보면, 2인의 처장후보자를 추천하는 처장후보추천위원회는 비록 7명의 위원 중 5분의 4 이상에 해당하는 6명의 찬성으로 의결하지만, 그 위원의 인적구성이 법무부장관, 법원행정처장, 대한변호사협회장, 대통령이 소속되거나 소속되었던 정당의 교섭단체가 추천한 2명, 그 밖의 교섭단체가 추천한 2명이므로, 결국 정치적으로 추천된 여권 인사가 처장으로 임명될 가능성이 매우 높다.[87] 차장은 그러한 처장

85) 이윤제, 앞의 논문, 126면; 윤동호, “고위공직자비리수사처 신설의 정당성과 필요성”, 「형사정책연구」 제22권 제1호(한국형사정책연구원, 2011. 3.), 71면.

86) 이근우, “屋上屋, 펜트하우스가 될 것인가 옥탑방이 될 것인가?”, 「형사정책」 제31권 제1호(한국형사정책학회, 2019. 4.), 43,65면; 주승희, 앞의 논문, 151면.

87) ‘최순실게이트’ 수사를 위한 특별검사의 임명은 당시 야당인 ‘더불어민주당’과 ‘국민의당’

의 제청으로 대통령이 임명한다. 수사처검사는 처장이 인사위원회의 추천을 받은 자를 제청하면 대통령이 임명하는데, 인사위원회는 7인의 위원 중 재적 과반수 찬성으로 의결하고, 그 위원의 인적구성은 처장, 차장, 법무부차관, 법원행정처 차장, 국회의장과 각 교섭단체대표의원이 협의하여 추천한 3명이다. 그러므로 결국 수사처검사도 정치적으로 추천되는 여권 인사가 임명되는 구조이다.[88] 그러므로 공수처는 그 인적구성부터 새로운 정치검찰이 될 소지가 다분하고,[89] 적어도 살아있는 권력에 맞서서 소신껏 수사하기는 쉽지 않을 것이다.

이처럼 고위공직자의 부패범죄만 전담하는 사정기관은 싱가포르의 부패행위조사국, 홍콩의 염정공서, 말레이시아의 반부패조사청 외에 해외 선진국가에서는 설치된 전례가 없다.[90] 특히 싱가포르의 부패행위조사국, 홍콩의 염정공서조차도 기소권은 없이 수사권만 보유하고 있을 뿐인데,[91] 공수처는 고위공직자 중 대법원장·대법관, 검찰총장·판사·검사 및 경무관 이상 경찰공무원이 재직 중 본인 또는 본인 가족이 범한 범죄에 대하는 기소권까지도 갖고 있으므로 그 권한이 보다 더 강한 셈이다.

### 3. 위헌론에 관하여

공수처는 대통령이 처장·차장·수사처검사를 임명하고 있을 뿐 대통령 소속이라 할 수도 없고, 달리 입법부·행정부·사법부 중 어디에도 소속되

---

이 합의하여 추천한 2인의 특별검사후보자 중 1인을 대통령이 임명하도록 함으로써(「박근혜 정부의 최순실 등 민간인에 의한 국정농단 의혹 사건 규명을 위한 특별검사의 임명 등에 관한 법률」 제3조) 특별검사의 정치적 중립성을 보장해 주었던 전례와 비교해 보면, 공수처 법안의 공수처장 등 임명절차는 집권여당에 유리한 것임이 분명하므로 공수처는 정치적으로 집권여당에 편향된 수사기관으로 전락할 위험이 높다.

88) 김태우, “고위공직자비리수사처 입법론 검토 -현재 발의된 관련 법안의 합헌성을 중심으로-”, 「형사법의 신동향」 통권 제54호(대검찰청 검찰미래기획단, 2017. 3.), 114면.

89) 공수처는 다수당의 의도대로 공수처 처장이 임명되고, 공수처의 검사도 탄핵을 제외하고는 어떠한 견제장치도 없기 때문에 정치적 입지를 다지기 위해 정치적 편향성을 나타낼 우려가 있으므로 수사의 중립성을 확보할 수 없을 것으로 보는 견해(정웅석, “검찰개혁의 바람직한 방향”, 48,49면).

90) 정웅석, 앞의 “고위공직자범죄수사처의 신설에 관한 비판적 고찰”, 288면.

91) 정웅석, 위 논문, 282,285면.

어 있지 않는 독립기관이다. 그런데 공수처는 권익침해적 행정작용(또는 준사법작용)을 하는 상설기관이므로 현행 헌법의 통치구조상 헌법의 명문규정이 없이 법률로써 이러한 독립기관을 신설하는 것은 헌법이 규정하는 입법부·행정부·사법부의 권력분립에 위배되어 위헌 여지가 있다는 견해[92]가 있다. 이 견해에 따르면 공수처를 설립하더라도 행정부 산하부(部)의 장관 소속으로 설치해야만 위헌이 되지 않는다. 프랑스 대혁명 이래 탄핵주의 체제에서는 소추권(수사·기소·공소유지권)은 행정부에 속하므로[93] 일리 있는 주장이다. 따라서 특별 수사기관을 신설하더라도 그 소속은 법무부 산하가 되어야 하고, 다만 직무상의 독립성 보장을 위하여 독립된 외청으로 설치할 수밖에 없을 것이다. 현재의 검찰청도 그러한 지위에 있는 기관이다.

공수처의 설치를 찬성하는 견해 중에는 기존의 제도특검(즉, 「특별검사의 임명 등에 관한 법률」에 의한 특별검사)은 국회의결 등을 거친 사건에 한하여 일시적으로 활동하는 기관이므로 상시적 부패범죄 감시를 위해서는 상설특검에 해당하는 공수처를 설치할 필요가 있다는 주장[94]도 있다. 그러나 상설기관의 경우에는 위와 같은 위헌문제를 야기할 뿐만 아니라, 상시적인 권력기관은 부패할 수 있지만 일시적 권력기관은 오히려 부패하지 않을 수 있는 장점이 있다. 일시적인 제도특검이 현직 대통령에 대한 수사까지 해치운 전례를 보면 그 기관으로서의 위력과 효용성을 과소평가할 수는 없을 것이다.

## Ⅴ. 검찰개혁의 방향

### 1. 수사의 정치적 중립성 확보

그동안 검찰이 국민의 신뢰를 잃어 왔다는 말을 듣게 된 것은 검사의

92) 정웅석, 위 논문, 294면.
93) 이완규, 앞의 논문, 82면.
94) 윤동호, 앞의 논문, 71면; 김병수, “국민을 위한 고위공직자비리수사처 설치방안”, 「동아법학」 제80호(동아대학교 법학연구소, 2018), 3면.

경찰관에 대한 사건수사지휘가 부당하였기 때문이 아니다. 오히려 국민들은 형사사건의 고소장을 일부러 경찰이 아닌 검찰에 제출하면서 이를 경찰에 보내지 말고 직접 수사해 달라고 탄원하는 경우가 많은데,[95] 이는 검찰의 수사관여를 보다 더 신뢰하기 때문이다. 대부분 검사들이 그 많은 사건들을 제대로 처리하느라 연일 고생하고 있는 현실은 잘 드러나지 않고, 검사의 과로사가 있을 때만 잠시 보도되었다가 잊혀지고 말 뿐이다. 그럼에도 불구하고 검사가 직접 수사하는 중요사건 중 살아있는 권력의 관심사건 처리에서는 정치적 중립을 지키지 못한 실망스러운 모습을 보이기도 하였다.[96] 이러한 폐해는 경찰의 경우에도 마찬가지였으며, 정권을 장악한 정치인이 수사기관의 보직 등 인사권을 좌지우지하는 인사시스템 아래에서는 언제든지 발생할 수밖에 없는 인사시스템의 문제이다. 검사들도 다른 행정조직과 마찬가지로 검사장·검찰총장에 이르는 승진과 보직의 사다리를 무시할 수 없을 것이다. 그런데 이러한 고위직 인사를 정치인인 민정수석비서관 등 청와대 비서실 구성원이 '인사검증' 명목으로 사실상 결정하거나 법무부장관이 정치적 영향력을 행사한다면,[97] 정치적으로 민감한 사건을 수사하는 검사에게 인사상 불이익을 각오하고 살아있는 권력에 불리한 중립적 수사를 기대하는 것이 쉬운 일일 리가 없다. 이러한 점에서 근자에 현직 법무부장관 관련 비위사건의 수

95) 정웅석, 앞의 "검찰개혁의 바람직한 방향", 7면("국민은 고소·고발사건을 경찰이 아닌 검찰에 접수하기를 더 원한다").

96) 그러므로 '검찰의 정치·정권으로부터의 독립'이야말로 진정한 검찰개혁이라고 하는 견해가 유력하다(김성룡, 앞의 논문, 24면). 같은 입장에서 2008년 개정 헌법에서 검사의 지위를 헌법기관으로까지 격상시킨 오스트리아와 비교해 볼 때, 오스트리아와 마찬가지로 검사가 수사나 형사절차에 시종 관여하고 있는 우리나라의 경우 검사를 영장청구의 주체로만 규정되어 있는 헌법 규정은 검사의 준사법적 지위를 담보함에 불충분하다고 평가하고, 검사의 지위를 헌법상 신분보장을 받는 법관과 마찬가지로 승격시킴으로써 검사의 정치적 중립성 및 독립성을 입법적으로 보장할 필요가 있다는 주장도 있다[이경렬, "오스트리아 검찰의 헌법상 지위와 수사절차에서의 검·경관계", 「형사법의 신동향」 통권 제59호(대검찰청 검찰미래기획단, 2018. 6.), 132,134면].

97) "행정부 각료인 법무부장관이 모든 검찰인사에 대한 실질적 권한을 보유하면서도 이에 대한 감시와 견제장치가 부재한 반면, 검찰총장·검사장 등 검찰 핵심간부의 인사에 대하여는 과도한 정치적 고려와 입김이 작용함으로써 인사시스템의 불안정을 초래할 뿐더러 소신 있는 검찰권 행사에도 장애가 되고 있다."고 하는 견해[정웅석, "검찰의 정치적 중립성 확보방안", 「형사법의 신동향」 통권 제37호(대검찰청 검찰미래기획단, 2012. 12.), 72면].

사에서 검사의 직을 걸고 수사하고 있는 최근 검찰의 모습은 신선한 충격이었고, 진작에 이런 모습을 보였더라면 국민들의 박수를 받아왔을 것이라는 아쉬움도 남는다.

정치인은 미래를 예측하고 국민 다수의 여론에 귀를 기울이는 사람이지만, 검사 등 법조인은 과거의 실체적 진실을 규명하여 사회정의를 세워야 할 책임이 있다. 진실규명에 있어서는 권력이나 금력 앞에 굴하지 않아야 하고, 비록 국민 다수가 원치 않는 결과가 될지라도 사실을 왜곡해서는 안 된다. 그러므로 검사나 법관은 그 직무의 성격상 언제든지 정치권력의 이해와 대립할 수 있고, 그 경우 정치권력은 검사나 법관의 직무를 존중해 주어야 한다. 앞에서 말한 유럽회의의 47개 국가들도 그 중 32개국이 헌법이나 법률에 검찰·검사의 독립성에 관한 명문규정을 두고 있으며, 행정조직상 검사가 법무부 등 중앙 행정부에 속해 있는 국가는 13개국에 불과하고, 검사에게 기소 여부 등 구체적인 지시를 하는 것을 금지하는 제도를 갖추고 있는 국가도 25개국이나 된다고 한다.[98] 이러한 현상은 어느 국가이든 검사의 정치적 중립성 및 독립성 보장이 보편적 당위(當爲)임을 나타내는 것이다. 우리나라의 법률에도 "검사는 그 직무를 수행할 때 국민 전체에 대한 봉사자로서 정치적 중립을 지켜야 한다."고 명시하고는 있다(검찰청법 제4조 제2항). 그러나 검사의 임명·보직 등 인사권에 관하여 정치인인 법무부장관이 그 제청권을 갖고 있고 검찰총장에게는 그 의견만 제출하도록 하고 있으며(검찰청법 제34조 제1항), 정치인인 청와대 참모진이 대통령의 인사권을 구실로 검찰인사에 개입하는 상황 아래에서는 도저히 검사의 정치적 중립을 기대할 수 없을 것이다.

따라서 비록 검사 인사권이 대통령에게 있지만, 이러한 인사권은 국가원수로서 국가이익을 위해 행사해야만 하고 정권이익을 위해 행사해서는 안 된다. 검사의 임명과 보직에 대하여 대통령에 대한 제청권을 갖고 있을 뿐인 법무부장관도 마찬가지이다. 이러한 견지에서 보면 대통령이나 법무부장관은 검사 인사에 관한 검찰총장의 의견에 특별히 부당한 점이 없는 한 그대로 승인하는 정도로 인사권을 행사해야 할 것이다. 대통령

98) 김성룡, 앞의 논문, 26면.

이나 법무부장관 등 정치권력이 국민에 의해 선출된 권력에 의한 '민주적 통제'라는 이름으로 정권이익을 위하여 검사의 보직 등 인사권을 행사한다면, 이는 검찰의 정치적 중립을 근본적으로 뒤흔드는 일이 된다. 따라서 진정으로 검찰의 정치적 중립을 지켜주기 위해서라면 대통령을 보좌하는 청와대 민정수석비서관 등 비서실 구성원이 검사장 승진 등 검사 인사에 실질적으로 관여해서는 안 되며, 정치인인 법무부장관도 검사들의 보직 등 인사권을 정치적으로 행사해서는 안 된다. 나아가 법무부장관의 검사 인사 제청권(검찰청법 제34조 제1항)이나 검사에 대한 일반적 지휘·감독권 및 검찰총장에 대한 구체적 사건의 지휘·감독권(검찰청법 제8조)을 폐지하는 것이 사건처리의 정치적 중립성 및 독립성을 위하여 바람직하다.[99] 그리고 검사 인사 제청권은 검사를 지휘·감독하는 검찰총장에게 부여하고, 현재 법무부에 설치되어 검사 인사의 원칙과 기준만 심의하고 있는 검찰인사위원회도 대검찰청 산하로 옮기되 그 위원 과반수 이상을 검찰 구성원이 선출한 직급별 대표로 구성해야 하며, 구체적인 검사 인사안도 심의사항에 포함함으로써 검찰인사위원회가 능력과 실적에 따른 인사를 위해 실질적으로 기능할 수 있도록 제도개편을 할 필요가 있다.[100][101] 그렇게 되면 법무부는 산하 기관인 검찰청에 대한 감

99) 검찰권 행사의 정치적 중립성 및 독립성 보장을 위해서는 법무부 검찰국의 인사기능을 검찰로 이관시키고(정웅석, "검찰개혁의 바람직한 방향", 57면), 법무부장관의 검찰총장에 대한 구체적 사건 지휘권 규정을 폐지해야 한다는 견해(정웅석, 앞의 "수사지휘에 관한 쟁점과 과제", 49,50면).

100) 현재 법무부에 설치된 검찰인사위원회는 위원장을 포함하여 11인의 위원으로 구성되지만 검사의 신규임용 외 보직 등 인사에 관해서는 9인의 위원이 심의에 참여하고, 그 중 법무부장관이 위원장을 포함하여 5인의 위원을 실질적으로 임명·위촉할 수 있고, 위원회는 재적 과반수의 찬성으로 의결하므로, 구성의 정치적 독립성이 보장되고 있지 않으며, 심의사항도 검사 인사에 관해서는 "검찰인사행정에 관한 기본계획의 수립 및 검찰인사 관계 법령의 개정·폐지에 관한 사항, 검사의 임용·전보의 원칙과 기준에 관한 사항"에 그치고 있어서 구체적인 검사 인사안에 대한 심의는 할 수 없다(검찰청법 제35조).

101) 프랑스의 경우 사법관에 속하는 검사나 판사의 인사는 정치적 독립성을 보장하기 위하여 법무부와 완전히 독립된 최고사법관회의에서 그 임명 및 징계를 담당하고, 독립된 승진심사위원회에서 그 승진을 담당하며, 검사 등 사법관들이 직급별로 선출한 대표가 각 위원회의 대다수를 이루고 있는데, 이를 우리나라의 검사 인사제도에 반영하는 제도개선을 함으로써 검찰의 정치적 중립성 및 독립성을 기할 필요가 있다고 하는 견해[전윤경, "프랑스 사법관의 인사시스템과 그 시사점(2) -승진심사위원회(Commission d'avancement)를 중심으로-", 「형사법의 신동향」 통권 제61호(대검찰청 검찰미래기획단, 2018. 12.), 3

찰 및 검찰행정사무의 지휘·감독과 출입국관리 등 그 밖의 법무행정에 주력하게 될 것이고, 이러한 제도개편으로 법무부는 행정부로서의 기능에 충실하게 되며 검찰의 사건처리에 대한 정치적 개입 여지를 차단할 수 있게 될 것이다.[102] 위와 같이 집권자인 여권의 정치세력을 위한 정치검찰이 될 우려가 다분한 공수처의 설치는 이러한 노력과 현행 「특별검사의 임명 등에 관한 법률」에 따른 일시적인 특검제도를 구성의 독립성을 보완하여 활용해 본 후[103] 최후의 수단으로 선택할 일이다.

그리고 범죄의 규명과 형벌 부과에 있어서 공익을 대표하는 검사는 사법경찰의 수사력이 광범위하고 가동되고 있으므로 그 수사의 적정과 인권보호 기능에 치중하여 수사지휘는 강화하되, 이러한 견제기능과 충돌할 수 있는 직접수사는 필요최소한으로 줄이고 공소유지를 위한 공판업무에 주력하는 것이 바람직하다.[104] 이를 위해서는 검찰이 그동안 범죄인지·직구속 등 직접수사 실적을 우선시하고, 신속한 사건처리실적 중심으로 검사를 평가하여 온 내부제도나 검찰문화도 적정한 수사지휘, 인권보장 및 신중하면서 정확한 사건처리를 중시하는 방향으로 고쳐나갈 필요가 있을 것이다.

---

1,32,34,35면].

102) 정웅석, "검찰의 정치적 중립성 확보방안", 80,82면에서도 검사 인사권이 검찰 내부에 있지 않고 대통령과 법무부장관에게 일임된 상황에서는 정치적 중립을 지키기 어렵다고 보고, 적어도 검사 인사의 1차적 권한(심사권, 추천권 등)은 검찰총장 직속의 독립된 검찰인사위원회에 부여하고, 검찰의 인사권은 검찰에, 검찰에 대한 감찰권은 법무부에 전속시킬 것을 제안하고 있다.

103) 현행 「특별검사의 임명 등에 관한 법률」의 특별검사는 특별검사후보추천위원회에서 추천한 2명의 특별검사 후보자 중 1인을 대통령이 임명하며, 특별검사후보추천위원회는 위원장 1인을 포함하여 7명의 위원으로 구성하되 법무부 차관, 법원행정처 차장, 대한변호사협회장 및 국회에서 추천한 4명으로 구성하고 재적위원 과반수의 찬성으로 의결하도록 하였으므로(같은 법률 제3조, 제4조), 공수처의 경우와 마찬가지로 대통령 등 집권 여당측 인사가 특별검사가 될 수 있는 구조이다. 그러므로 특별검사의 정치적 중립성 및 독립성 보장을 위해서는 특별검사후보추천위원회의 위원 구성을 개선할 필요가 있다.

104) 이에 대하여, 검찰의 직접수사는 줄이되, 정치인이나 고위공직자의 부패사범, 경제사범, 조직범죄, 대규모 보건·환경범죄 등은 검찰의 직접수사에 맡기는 것이 바람직하다는 견해[정웅석, 앞의 "검찰의 정치적 중립성 확보방안", 83면]가 있으나, 필자는 후술하는 것처럼 이러한 범죄는 별도의 독립적인 전문수사청을 신설하여 그 수사대상으로 함이 현대의 전문수사 요청, 검찰청에 대한 견제 및 검찰의 전문수사청 등 다른 수사기관에 대한 견제기능의 충실화를 위해서 바람직하다고 본다.

## 2. 전문수사청 설치의 필요성

오늘날 경제구조가 복잡해지고 국제교류가 활발하게 이루어지며 IT·AI 등 첨단기술이 발달함에 따라 범죄도 전문화·국제화·기업화되는 경향이 강해지고 있다. 이에 대처하기 위해서는 일반범죄를 다루는 수사기관과 별도로 전문화되고 국제수사공조 역량을 갖춘 특별한 수사기구가 필요하다. 그러므로 해외 선진국들은 앞다투어 그 나라 실정에 맞게 이러한 전문수사기구를 설치하고 있는 추세이다. 미국의 법무부 산하 사기범죄과, 조직범죄과, 공직자비리조사과, FBI, DEA, 독일의 경제사범전담부(Sonderwirtsc-haftsabteilung), 프랑스의 경제검찰(procureur de la Republique financ-ier), 영국의 SFO 등이 그 사례이다.[105]

미국은 경찰이 수사하기 어려운 복잡하고 전문성이 강한 경제·부패범죄 등에 대한 효율적 수사를 수행하기 위하여 미국 법무부(Department of Justice) 산하에 다양한 특별수사기구를 두고 있다.[106] 미국은 사인소추제를 원칙으로 하는 영미법계에 속하지만 검사제도를 두고 있고, 법무부는 화이트칼라범죄, 조직범죄 및 부패범죄를 비롯한 연방법위반 범죄를 수사하고 기소해야 할 책임을 맡고 있다.[107] 법무부 산하의 주요 수사기구로는 화이트칼라범죄를 다루는 사기범죄과(Fraud Section), 조직범죄를 다루는 조직범죄과(Organized Crime and Racketeering Section), 중요한 부패사건을 다루는 공직자비리조사과(Public Integrity Section), 연방법위반 범죄에 대한 일반적 수사권을 가진 FBI(Federal Bureau of Investigation), 마약범죄를 다루는 DEA(Drug Enforcement Administration) 등이 있다.[108]

독일은 검사가 주로 수사지휘만 할 뿐 직접 수사하는 경우는 드문

---

105) 정웅석, “고위공직자범죄수사처의 신설에 관한 비판적 고찰”, 270~275면.

106) 전승수, “미국의 특별수사기구”, 「형사법의 신동향」 통권 제6호(대검찰청 검찰미래기획단, 2007. 2.), 51면; 정웅석, “검찰의 정치적 중립성 확보방안”, 83면.

107) 전승수, 위 논문, 51면.

108) 상세한 구성 및 업무내용은 전승수, 위 논문, 51~58면; 김태형, “미국의 경찰제도 및 검사와 경찰의 관계 연구 : 조직 및 법령상의 근거를 중심으로”, 「국외훈련검사 연구논문집(Ⅱ)」 제29집(법무연수원, 2014), 342,343면 참조.

데,[109] 1960년대 말부터 각 주 검찰청의 경제부를 확대·개편하여 경제사범전담부(Sonderwirtschaftsabteilung)를 조직하고 사기·배임·횡령·주식법위반·상법위반·파산범죄·금융증권범죄 등의 비즈니스범죄, 독점 등의 경제범죄, 특허 등 지적재산권 침해범죄, 조세·관세범죄, 뇌물수수 등 부패범죄 등을 인지·수사하는 기구로 활용하고 있다.[110] 각 주마다 조직형태는 상이하지만 대체로 경제사범 전담검사와 경제전문요원 및 회계검사원을 집중배치하여 수사하고 전담검사는 소추까지 담당하고 있다고 한다.[111]

프랑스는 2013년부터 파리고등검찰청 소속으로 전국적 관할권을 가지면서 고등검사장의 지휘는 받지 않는 독립된 경제검찰(procureur de la Republique financier)을 신설하여 중요한 경제·증권·조세·부패범죄 및 자금세탁범죄 등을 수사하게 하였다.[112] 이러한 경제검찰은 전문성을 갖춘 검사들로 구성되고, 유관기관의 원활한 협력 및 국제형사사법공조 등을 활용하여 성공적 수사활동을 해오고 있는 것으로 평가받고 있다.[113]

영국은 복잡하고 전문적인 중요한 경제범죄에 대한 경찰의 수사역량이 한계를 보이게 되자 1987년경 그 수사권 및 기소권을 가진 SFO(Serious Fraud Office)를 신설하였다.[114] SFO는 그 청장을 법무부장관이 임명하지만 어느 중앙 행정기관에도 속해 있지 않은 독립된 기구로서 사기[115]·횡령 등의 경제범죄뿐만 아니라 부패범죄, 조세범죄도 다루고 있다.[116]

---

109) 김무형, 앞의 논문, 140면.

110) 정웅석, 앞의 "고위공직자범죄수사처의 신설에 관한 비판적 고찰", 273,274면; 한생일, "독일 검찰청 조직과 검찰공무원의 역할", 「형사법의 신동향」 통권 제22호(대검찰청 검찰미래기획단, 2009. 10.), 171,172면.

111) 최기식, "독일의 중점검찰청 제도", 「해외연수검사연구논문집(Ⅱ)」 제22집(법무연수원, 2006), 113면; 정웅석, 위 논문, 273면.

112) 김종민, "프랑스 금융경제범죄 수사시스템 개혁에 관한 소고", 「법조」 제63권 제12호(법조협회, 2014. 12.), 197,198면.

113) 김종민, 위 논문, 194,195,198면.

114) 이정수, 앞의 논문, 29면.

115) 영미법계에서는 배임죄가 독립된 범죄로 인정되지 않으므로 우리나라에서는 배임죄에 해당하는 사안을 사기죄(Fraud)로 의율하게 되는 경우가 있다[한석훈, 「비즈니스범죄와 기업법」 제2판(성균관대학교 출판부, 2019), 110면].

116) 이정수, 위 논문, 29,32면.

일본의 경우에도 2011년부터 경제범죄의 전문성에 대비하기 위하여 동경·오사카·나고야지방검찰청의 각 특수부에 재정·경제범죄 수사 전문반을 편성하고 금융·증권분야의 전문위원회, 국세청, 증권거래등감시위원회 등과의 연대관계를 강화하고 있다.[117]

우리나라의 경우에도 대표적인 비즈니스범죄인 배임죄, 횡령죄, 배임수재죄, 회사범죄, 금융·증권범죄나 경제범죄인 불공정거래범죄·조세범죄 등은 회사법·자본시장법·공정거래법·세법 등의 민·상사 법리와 밀접한 관련이 있는 범죄로서 경제의 복잡화·고도화 경향에 따라 그 수사에 있어서도 사실인정이나 법리판단에 관한 고도의 전문성이 필요하다. 특히 증권범죄의 경우에는 현재 서울남부지방검찰청에 「증권범죄합동수사단」이 전문수사 역량을 갖춘 검사들과 증권 유관기관으로부터 파견받은 전문가들로 편성되어 상당한 성과를 내고 있다.[118] 또한 전국적 규모의 수사나 국제수사공조가 필요한 자금세탁·마약·테러범죄 등도 이에 대처하기 위한 전문수사기구를 수도 서울에 설치할 필요가 있다. 그런데 공수처 법안에 따라 설치되는 공수처는 위와 같은 해외 선진국의 입법례와는 달리 비즈니스범죄, 경제범죄 또는 전국적 규모의 수사나 국제수사공조가 필요한 범죄에 관한 민간부문 범죄에 대한 수사권이 없으므로 이러한 전문범죄에 대처할 전문수사기구의 수요에 부응할 수 없는 점도 문제가 된다.[119]

그 동안 이들 범죄 중 중요범죄는 주로 검찰청에서 검사의 직접수사를 통하여 해결하여 왔는데, 최근 정부는 검찰청의 직접수사를 축소하는 쪽으로 정책의 방향을 정하고 위 증권범죄합동수사단마저 폐지할 움직임을 보이고 있다.[120] 그러므로 일반수사를 담당하는 경찰청이나 주로 사법경찰관에 대한 수사지휘 및 공소유지를 담당하게 될 검찰청과는 별도로,

---

117) 문희태, 앞의 논문, 80면.

118) 증권범죄합동수사단은 2013. 5. 설치된 이래 2019. 9. 현재까지 자본시장법위반 사범 965명을 기소하고 이 중 346명을 구속했다고 한다[“ ‘여의도 저승사자’ 증권범죄합수단, 검찰개혁 리스트 오른 까닭”, 비즈한국(2019. 10. 7.), ‘이슈’면, http://www.bizhankook.com/bk/article/18687, (2019. 12. 7. 확인) ].

119) 김태우, 앞의 논문, 113면.

120) “법무부, 증권범죄합수단 폐지 겨냥하나”, 동아일보(2019. 10. 7.), A2면, http://www.bizhankook.com/bk/article/18687, (2019. 12. 7. 확인).

위와 같은 전문범죄에 대한 전문화·국제화된 수사역량을 갖춘 수사기구(가칭 '전문수사청')를 법무부의 외청으로 신설할 필요가 있을 것이다. 이러한 전문수사청으로 하여금 검찰청 소속 검사의 부패사건도 수사할 수 있게 한다면, 이러한 수사를 위하여 앞에서 설명한 것처럼 조직의 구성상 정치적 중립성을 지키기 어렵고 수사대상을 부패수사로 한정함으로써[121] 과잉수사의 위험이 있는 공수처를 신설할 필요도 없게 될 것이다. 이러한 전문수사청은 검사와 사법경찰관 및 그 밖의 전문가들로 구성하게 될 것인데, 소속 검사는 수사권을 보유하지만 기소권은 행사할 수 없도록 해야 할 것이다. 검찰총장 및 검사제도는 헌법상 제도인데,[122] 검사의 주요 업무인 기소권 및 공소유지권은 검찰총장이 수장(首長)인 검찰청에 부여하고자 함이 헌법의 입법취지로 보아야 할 것이고, 전문수사청의 수사권 행사, 증거수집 또는 법리판단이 적정하였는지 여부는 타 기관인 검찰청이 다시 한번 판단하는 것이 기소권의 신중한 행사나 인권보호 면에서 필요하기 때문이다. 전문수사청의 청장 및 수사 검사의 임명·보직 등 인사제도도 검찰청의 경우와 마찬가지로 능력과 실적에 따르는 직업공무원제도로 운영되도록 하는 것이 공수처 법안처럼 국회 등 외부기관에 의하여 정치적으로 구성되어 운영되는 것보다 정치적 중립성 및 독립성을 위하여 바람직하다. 따라서 청장은 그 자격과 능력을 공정하게 평가할 수 있도록 조직된 청장후보추천위원회에서 추천된 후보자들 중에서 국회의 인사청문회를 거쳐 대통령이 임명하고, 수사 검사의 인사는 수사청인사위원회의 실질적 심의를 거쳐 청장이 제청하면 대통령은 그 인사안에 특별히 부당한 점이 없는 한 이를 승인함으로써 국가원수로서의 인사권을 행사하게 될 것이다. 다만, 전문수사청은 검사를 구성원으로 두고 있는 한 검찰청 검사의 수사지휘를 받을 필요는 없게 된다.[123]

---

121) 공수처는 그 수사대상을 고위공직자의 부패범죄에 한정함으로써 비즈니스범죄(즉, 기업범죄)에 대한 수사권이 제한되어 있으므로 기업 관련 고위공직자의 비리를 전면적·포괄적으로 수사해야 할 필요에 부응하기 어려운 점이 있다고 지적하는 견해(장영수, 앞의 논문, 133면).

122) 헌법상 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 검사가 법관에게 영장발부를 신청하도록 규정하고 있고(헌법 제12조 제3항 본문), 대통령이 검찰총장을 임명할 때에는 국무회의의 심의를 거치도록 규정하고 있다(헌법 제89조 제16호).

123) 이와 관련하여, 검사의 직접수사를 폐지하는 대신 그 동안 사법경찰이나 검사가 직접 수

## Ⅵ. 맺음말

최근 정부와 여당은 군소정당과 연합하여 이른바 패스트트랙법안을 '검찰개혁'이란 이름을 앞세워 국회 본회의에서 통과시키려 하고 있다. 패스트트랙법안에는 문제점이 적지 않은 공직선거법 개정안도 있지만, 위 '검찰개혁'과 관련된 법안은 수사권조정 법안과 공수처 신설 법안이다. 현재 이들 패스트트랙법안에 대하여는 제1야당이 전면적으로 반대하고 있지만 국회에서 그 내용에 대한 충분한 논의가 이루어지지 않고 있으므로, 이 논문에서는 위 수사권조정 법안이나 공수처 신설 법안의 내용과 문제점을 비판적으로 분석하였다.

이들 법안은 검찰에 대한 두 가지 비판에 기인하고 있다. 하나는 그동안 검찰이 사회의 이목이 집중되는 정치적 사건을 직접 수사하면서 정치적 중립을 지키지 못하고 살아있는 권력 편에서 불공정하게 사건처리를 해 왔다는 지적이다. 다른 하나는 검찰이 기소권과 공소유지권을 갖고 있으면서 수사권을 보유하고 있을 뿐만 아니라 적지 않은 자체 수사인력을 보유하여 적극적인 직접수사를 하고 있는 무소불위의 권력기관이므로 그 권력을 분산해야 한다는 지적이다.

그런데 최근 현직 법무부장관이 자신과 가족에 대한 서울중앙지검 특수부의 수사에 대항하여 '검찰개혁'을 앞세우며 장관직을 유지하다가 결국 수사의 진전에 따라 사임하였던 사건은 무엇이 검찰의 문제점이고 '검찰개혁'의 바른 방향이 무엇인지를 다시 생각해 보게 한다. 그 수사과정에서 검찰이 외압에 굴하지 않고 정치적 중립을 지키며 수사해 왔고, 검찰이 수사를 위하여 청구한 구속영장 청구나 압수수색영장 청구가 기각되었다가 재청구시 발부되기도 하는 등 검찰의 수사권이 법원에 의하여 충분히 견제되고 있음을 알 수 있었기 때문이다.

---

사해 왔던 수사기능을 전담하는 가칭 '국가수사청'을 법무부 산하에 설치하자는 의견도 있는데, 그러한 수사기관에 대하여도 검찰청 소속 검사의 수사지휘가 필요하다는 견해[정웅석, "검경 수사권조정 개정안의 주요 내용에 대한 비교 분석 및 대안", 「형사법의 신동향」 통권 제62호(대검찰청 검찰미래기획단, 2019. 3.), 272면]가 있다. 그러나 국가수사청을 설치하더라도 비즈니스범죄, 경제범죄, 국제적인 범죄 등 특별한 수사역량이 필요한 전문범죄에 대처하기 위한 특수수사부서는 별도로 설치하지 않으면 안 될 것이다.

수사권조정 법안이란 사법경찰관이 검찰로 수사사건을 송치하기 전에 검사의 사전 수사지휘를 받던 제도를 완전히 폐지하고, 사법경찰관이 수사 후 범죄혐의가 인정되지 않는 사건은 검찰에 송치하지 않고 자체종결할 수 있도록 허용하며, 검사가 조사하여 작성한 피의자신문조서는 공판기일에 피고인이 그 기재내용을 부인하면 비록 진정하게 작성된 것일지라도 증거로 사용할 수 없도록 형사소송법을 개정하고, 검사의 직접수사 대상을 특정 범죄로 제한하는 내용으로 검찰청법을 개정한다는 것이다. 공수처 신설 법안이란 국회의원·판사·검사·경찰간부 등 고위공직자의 뇌물수수·직무유기·직권남용 기타 부패범죄를 수사하기 위하여 입법·행정·사법부 어디에도 소속되지 않는 수사기관인 공수처를 검찰청과 별도로 신설하는 법률을 제정한다는 것이다.

위 수사권조정 법안에 대하여는 법학계의 다수 견해가 이를 반대하면서 사법경찰관 수사의 적정과 국민의 인권보장을 위해서는 사건송치 전 수사과정에서 행하여지는 검사의 수사지휘는 유지되어야 한다는 의견이다. 그리고 공수처 설치 법안에 대하여는 권력을 가진 고위공직자에 대한 공정한 수사를 검찰에 기대할 수 없는 것으로 보고 이를 긍정하는 견해도 있지만, 오히려 공수처가 견제수단이 없는 정치검찰이 될 것을 우려하는 부정적 견해도 만만치 않다.

검사제도를 채택한 우리나라의 경우에는 대부분의 대륙법계 국가와 마찬가지로 검사는 공익의 대표자로서 국가의 형벌권을 행사하기 위하여 준사법작용에 속하는 수사를 담당해야 할 권한과 책임이 있다. 그러므로 사법경찰관에게 수사권을 인정하고 검사의 직접수사를 제한하더라도, 사법경찰관 수사의 적정 및 수사과정의 인권보호를 위해서는 검사의 사법경찰관에 대한 수사지휘는 유지되어야 한다. 오히려 현재의 수사지휘 제도는 사법경찰관에게 과도한 전결권을 부여하고 있다고 평가할 수 있다. 그러므로 현재보다 검찰송치 전 수사지휘 대상을 더욱 확대해야 하고, 사법경찰관의 내사사건 종결처리의 경우에도 검사의 수사지휘를 받도록 해야 한다.

수사의 객관성·공정성의 문제는 수사기관이 정치적 중립성을 지키지 못하는 인사제도를 갖고 있다거나 무리한 실적경쟁을 시키는 업무시스템을 운영한다거나 사건청탁이나 외압으로부터 자유롭지 못한 조직관리를

한다거나 구성원의 자질 등에 좌우되는 것이지, 수사기관이 기소권을 갖고 있는지 여부와는 아무런 상관이 없다. 수사는 기소 여부 결정을 위한 일련의 과정이므로 수사권과 기소권을 다른 기관으로 분리시켜야 할 이유가 없고, 수사기관에 대한 견제는 법원이나 상대방 당사자인 피고인 및 변호인에 의해 이루어져야 한다. 그러나 검사의 직접수사 대상 범죄를 제한하는 것은 검찰의 수사지휘 및 인권보호 기능을 확대한다면 그 직무의 충실을 기하기 위하여 필요하다고 본다. 다만, 수사권이 준사법작용으로서 원래 준사법기관인 검사에게 속한다는 점, 사법경찰관의 수사방기 등 권한남용의 견제를 위해서는 검찰의 수사권을 부정해서는 안된다는 점에서 이를 법률로서 제한할 것이 아니라 검찰의 내규를 통하여 스스로 자제하게 함이 타당하다.

사법경찰관에게 1차적 수사권 외에 불송치 수사종결권을 부여하는 것은 사실상 사법경찰관에게 불기소 결정권을 인정하는 것이다. 검사의 기소 여부 결정권한은 그 개념자체에 불기소 결정권한도 포함하고 있는 것이므로 위 불송치 수사종결권은 검사의 본질적 권한인 기소권을 침해하는 것이 되므로 부당하다. 그뿐만 아니라, 사법경찰관의 불송치 종결에 대하여는 고소인·고발인·피해자 등의 이의신청이 있어야만 검사에게 사건을 송치하도록 하고 있으나, 피해자가 자연인으로 특정되지 않는 국가적 법익이나 사회적 법익 침해사건의 경우에는 이의신청을 할 사람이 없으므로 사건이 부당하게 처리되더라도 그대로 암장될 우려가 있다. 또한 그밖의 불송치 종결 사건에 대하여는 검사가 재수사 지휘를 하더라도 사법경찰관이 재수사한 후 다시 불송치 수사종결을 하는 경우에 검사는 더 이상 이를 견제할 방법이 없으므로 충실한 재수사를 기대할 수도 없게 되는 문제가 있다.

검사 작성 피의자신문조서의 증거능력을 약화시키는 법안내용은 영미법계 국가의 경우처럼 유죄답변협상, 사법방해죄, 허위진술죄 등과 같은 실체적 진실발견과 재판의 효율성을 높이는 제도가 없는 현행 사법제도에는 맞지 않는다. 이러한 개정이 이루어지면, 현재도 과중한 재판업무량에 시달리는 법원은 이를 감당할 수 없게 될 것이고 형사절차의 실체적 진실발견 기능은 급격히 위축하게 되어 재판이 지연되고 사법정의가 구현되지 못하는 결과가 될 수 있다.

그동안 때때로 검찰이 국민에게 실망을 주곤 하였던 것은 일반사건에서 검사의 사법경찰관에 대한 수사지휘가 부당하였기 때문이 아니다. 검사가 직접수사를 하는 일부 중요사건에서 살아있는 권력의 눈치를 보고 수사의 공정을 기하지 못하는 것처럼 보였기 때문이다. 오히려 국민들은 형사고소장을 일부러 경찰이 아닌 검찰에 제출하면서 이를 경찰에 보내지 말고 검사가 직접 수사해 달라고 탄원하는 경우가 많은데, 이는 국민이 검찰의 수사를 보다 더 신뢰하고 있다는 반증이다. 그러므로 검찰의 문제점은 수사의 정치적 중립성이라고 봄이 법학계의 중론이다.

그런데 수사권조정 법안은 검찰수사의 정치적 중립성 보장과는 아무런 관계가 없고 오히려 사법경찰관 수사의 공정성이나 인권보장에 역행하는 결과가 된다. 공수처는 그 처장·차장 및 수사처검사가 정치적으로 추천되는 여권 인사로 구성되는 구조이므로 집권 여당의 정치적 영향에서 자유로울 수 없을 뿐만 아니라, 검사·고위경찰관 및 판사 등 수사기관이나 사법기관의 직권남용죄도 그 수사대상으로 하고 있으므로 그 운용에 따라서는 살아있는 권력의 정적이나 사법부에 대한 통제수단으로 전락할 위험조차 내포하고 있다. 만약 검찰의 정치적 중립성이 확보된다면 이처럼 위험한 공수처를 신설해야 할 이유가 없다. 그러므로 공수처를 설치하기에 앞서 검찰의 정치적 중립성이 흔들릴 수 있었던 이유가 무엇인지를 검토할 필요가 있음에도, 정작 이 점에 관하여는 일부 문제제기가 있었을 뿐 그 동안 국회나 학계에서 본격적인 논의와 실효적인 개선이 없었다.

필자는 검찰의 정치적 중립성 보장을 위해서는 검사의 보직 등 인사제도가 관건이라고 보았다. 현재 검사의 보직 등 인사는 법무부장관이 검찰총장의 의견을 듣고 대통령에게 제청하면 대통령이 인사권을 행사하는 구조이므로, 정치인인 대통령과 법무부장관이 장악하고 있는 셈이다. 정치인은 미래를 예측하고 국민 다수의 여론에 귀를 기울여야 하는 사람이지만, 검사 등 법조인은 과거의 실체적 진실을 규명해야 하는 사람이다. 그러므로 검사나 법관은 그 직무의 성격상 언제든지 정치권력의 이해와 대립할 수 있고, 그 경우 정치권력은 검사나 법관의 직무를 존중해 주어야 한다. 따라서 비록 검사의 임명·보직 등 인사권이 대통령에게 있지만, 이러한 대통령의 검사 인사권은 국가원수로서 국가이익을 위해 행사해야만 하고 자신이 속한 정파의 이익을 위해 행사해서는 안 된다. 그런데

검찰인사에 관하여 정치인인 법무부장관이 인사권을 실질적으로 행사하고, 모든 검사들이 선망하는 검사장 이상 인사에 대통령의 인사권을 구실로 정치인인 청와대 비서실 구성원이 정치적 영향력을 행사하는 것은 검찰의 정치적 중립성 및 독립성을 심각하게 훼손하는 일이다. 그러므로 이러한 검사 인사제도를 전면 개편하여 살아있는 권력도 비위사실이 있으면 공정하고 철저하게 수사할 수 있는 검사 인사시스템을 갖추는 것이 우선되어야 한다. 그 제도개혁의 방향으로 검사 인사 제청권은 검사를 지휘·감독하는 검찰총장에게 이양하고, 검찰인사위원회도 대검찰청 산하로 옮기며, 검찰인사위원회의 위원 과반수 이상을 검찰 구성원이 선출한 직급별 대표로 구성되도록 하고 구체적인 검사 인사안도 그 심의사항에 포함함으로써 검찰인사위원회가 실질적으로 기능할 수 있도록 제도개편을 할 것을 제안하였다. 공수처의 설치는 이러한 노력과 현행 특검제도를 보완하여 활용해 본 후 최후의 수단으로 선택할 일이다.

검찰도 직접수사는 필요최소한으로 줄이고 사법경찰관에 대한 수사지휘와 인권보장, 그리고 공소유지를 위한 공판업무에 주력하는 것이 바람직하다. 이를 위해서는 검찰이 그동안 범죄인지·직구속 등 직접수사 실적 및 신속한 사건처리실적 중심으로 검사를 평가하여 온 내부제도나 검찰문화도 적정한 수사지휘, 인권보장 및 신중하면서 정확한 사건처리를 중시하는 방향으로 고쳐나갈 필요가 있을 것이다.

그리고 오늘날 경제구조의 복잡화, 국제교류의 활발 및 IT·AI 등 첨단기술의 발달에 따라 범죄도 전문화·국제화·기업화되는 경향이 증가하고 있다. 이에 대처하기 위해서 해외 선진국들은 앞다투어 그 나라 실정에 맞게 비즈니스범죄, 경제범죄, 전국적·국제적 범죄 등 전문적 범죄를 수사하는 전문수사기구를 설치하는 추세이다. 그러므로 정치적으로 편향될 수 있고 부패범죄만 다루는 수사기관인 공수처의 설치를 두고 정쟁을 벌일 것이 아니라, 이러한 전문적 범죄에 대처할 수 있는 전문화되고 국제수사공조 역량을 갖춘 특별한 전문수사기구를 설치하는 것이 국가이익을 위하여 바람직하다. 특히 최근 정부는 검찰의 직접수사 기능을 축소하는 정책을 추진하고 있으므로, 그 동안 검찰이 주로 담당하여 왔고 전문 수사역량이 필요한 배임·횡령, 금융·증권·조세·공정거래범죄, 국제수사공조가 필요한 자금세탁·마약·테러 등의 전문적 범죄에 대처하기 위한 전문수

사청을 법무부의 외청으로 신설할 필요가 있다. 이러한 전문수사청의 수사범위에 검찰이나 고위공직자의 부패범죄도 포함하게 되면 검찰에 대한 견제기능을 수행할 수 있으므로 이를 공수처의 대안으로 활용할 수 있을 것이다. 또한 능력과 실적에 따르는 직업공무원제도에 의한 인사시스템으로 운영되는 전문수사청이 외부에서 정치적으로 구성되는 공수처보다 정치적 중립성 및 독립성을 위하여 바람직하다.

(논문투고일: 2019.12.08, 심사개시일: 2019.12.16, 게재확정일: 2019.12.19)

한석훈

수사권조정, 고위공직자범죄수사처, 공수처, 전문수사청, 비즈니스범죄

# 【참 고 문 헌】

## Ⅰ. 단행본

법무연수원, 「2018 범죄백서」(2019)
한석훈, 「비즈니스범죄와 기업법」 제2판(성균관대학교 출판부, 2019)

## Ⅱ. 논문

강성용, “한국 형사사법제도에서의 견제와 균형 원칙에 대한 비교법적 연구 -수사권 조정 논의에 즈음하여-”, 「형사정책」 제30권 제2호(한국형사정책학회, 2018. 8.)
강성용, “바람직한 경・검 관계에 대한 연구 -미국 형사사법제도에 대한 미시적 분석-”, 「외법논집」 제43권 제3호(한국외국어대학교 법학연구소, 2019. 8.)
김무형, “독일 경찰과 검찰의 상호관계”, 「문화·미디어·엔터테인먼트법」 제12권 제1호(중앙대학교 법학연구원 문화·미디어·엔터테인먼트법연구소, 2018. 6.)
김문호, “형사소송법 제196조 개정이후의 수사권 조정의 과제”, 「한국경찰학회보」 제14권 제6호(한국경찰학회, 2012)
김병수, “국민을 위한 고위공직자비리수사처 설치방안”, 「동아법학」 제80호(동아대학교 법학연구소, 2018)
김성룡, “청와대의 ‘수사권 조정안’과 검찰 개혁”, 「형사정책」 제30권 제2호(한국형사정책학회, 2018. 8.)
김인회, “검찰의 수사권 및 공소권 남용 연구 -한명숙 전총리 뇌물 수수 사건을 중심으로-”, 「법과 사회」 제39권(법과사회이론학회, 2010)
김재훈, “미국지방검찰청의 조직운영과 수사실무”, 「해외연수검사연구논문집(Ⅰ)」 제22집(법무연수원, 2006)
김종민, “프랑스 금융경제범죄 수사시스템 개혁에 관한 소고”, 「법조」 제63권 제12호(법조협회, 2014. 12.)

김태우, “고위공직자비리수사처 입법론 검토 -현재 발의된 관련 법안의 합헌성을 중심으로-”, 「형사법의 신동향」 통권 제54호(대검찰청 검찰미래기획단, 2017. 3.)

김태형, “미국의 경찰제도 및 검사와 경찰의 관계 연구 : 조직 및 법령상의 근거를 중심으로”, 「국외훈련검사 연구논문집(Ⅱ)」 제29집(법무연수원, 2014)

김형만, “일본의 형사소송법제와 수사구조의 변천”, 「법과 정책연구」 제18집 제3호(한국법정책학회, 2018. 9.)

문봉규, “수사권내에서의 권력분립의 필요성에 관한 연구”, 「외법논집」 제37권 제1호(한국외국어대학교 법학연구소, 2013. 2.)

문희태, “합리적인 수사권조정에 대한 논의의 검토 -일본의 국가수사구조(검찰ㆍ경찰)와 개혁방향을 중심으로-”, 「비교형사법연구」 제21권 제1호(한국비교형사법학회, 2019. 4.)

박용철, “검·경 수사권조정 합의안의 내용과 의미에 대한 일고”, 「형사정책」 제30권 제2호(한국형사정책학회, 2018. 8.)

성상헌, “화이트칼라범죄에 대한 효율적 대처방안 연구 -영국 사례를 중심으로-”, 「국외훈련검사 연구논문집(Ⅲ)」 제27집(법무연수원, 2012)

승재현, “경찰과 검찰간의 합리적 수사권 조정에 관한 쟁점과 논의”, 「한국경찰학회보」 제11권 제2호(한국경찰학회, 2009)

신태훈, “이른바 ‘수사와 기소 분리론’에 대한 비교법적 분석과 비판”, 「형사법의 신동향」 통권 제57호(대검찰청 검찰미래기획단, 2017. 12.)

안미영, “우리 헌법상 검사의 영장신청권 조항의 의의”, 「형사법의 신동향」 통권 제24호(대검찰청 검찰미래기획단, 2010. 2.)

오병두, “독립적 특별수사기구의 도입방안에 관한 연구 -‘고위공직자비리수사처’ 법안들을 중심으로-”, 「형사정책」 제24권 제2호(한국형사정책학회, 2012. 8.)

오정용·송광섭, “의회에 의한 검찰견제유형과 바람직한 검찰권실현을 위한 통제방안”, 「법학연구」 제52집(한국법학회, 2013)

윤동호, “고위공직자비리수사처 신설의 정당성과 필요성”, 「형사정책연

구」 제22권 제1호(한국형사정책연구원, 2011. 3.)
윤동호, “대선공약, 국정과제 이행을 위한 수사ㆍ기소 분리방안”, 「비교형사법연구」 제19권 제4호(한국비교형사법학회, 2018. 1.)
이경렬, “오스트리아 검찰의 헌법상 지위와 수사절차에서의 검·경관계”, 「형사법의 신동향」 통권 제59호(대검찰청 검찰미래기획단, 2018. 6.)
이경렬, “수사종결 권한의 경찰 부여와 경찰 권력에 대한 통제 -검·경 수사권 조정안들을 중심으로-”, 「형사정책」 제30권 제3호(한국형사정책학회, 2018. 12.)
이근우, “屋上屋, 펜트하우스가 될 것인가 옥탑방이 될 것인가?”, 「형사정책」 제31권 제1호(한국형사정책학회, 2019. 4.)
이상문, “사법(Justiz)내에서의 검사의 법적 지위의 문제”, 「형사법의 신동향」 통권 제31호(대검찰청 검찰미래기획단, 2011. 6.)
이성기, “수사-기소의 분리와 검찰개혁”, 「형사정책」 제29권 제1호(한국형사정책학회, 2017. 4.)
이완규, “민주적 정당성의 관점에서 본 현행법상 수사권 구조와 지휘체계”, 「법조」 제64권 제2호(법조협회, 2015. 1.)
이윤제, “검찰개혁과 고위공직자비리수사처”, 「형사법연구」 제29권 제1호(한국형사법학회, 2017. 3.)
이원상, “스위스 형사사법개혁 취지를 통해 살펴본 한국의 검찰개혁”, 「비교형사법연구」 제19권 제3호(한국비교형사법학회, 2017. 10.)
이원상, “수사절차에서 1차 수사종결권에 대한 고찰”, 「형사정책」 제30권 제2호(한국형사정책학회, 2018. 8.)
이정봉, “오스트리아 개정 형사소송법상의 검사의 지위와 수사절차에 관한 연구”, 「형사법의 신동향」 통권 제24호(대검찰청 검찰미래기획단, 2010. 2.)
이정수, “영국 특별수사청(SFO) 개관”, 「형사법의 신동향」 통권 제6호(대검찰청 검찰미래기획단, 2007. 2.)
이호중, “검찰개혁으로서 고위공직자비리수사처 신설 : 그 의미와 방향”, 「한국형사정책학회 학술대회 논문집」(한국형사정책학회, 2017)

임지봉, “고위공직자비리수사처 법안들에 대한 입법평론”, 「입법학연구」 제15집 제2호(한국입법학회, 2018. 8.)

장영수, “검찰개혁과 독립수사기관(고위공직자비리수사처)의 설치에 관한 검토”, 「형사정책연구」 제28권 제1호(한국형사정책연구원, 2017. 3.)

전승수, “미국의 특별수사기구”, 「형사법의 신동향」 통권 제6호(대검찰청 검찰미래기획단, 2007. 2.)

전윤경, “프랑스 사법관의 인사시스템과 그 시사점(2) -승진심사위원회(Commission d’avancement)를 중심으로-”, 「형사법의 신동향」 통권 제61호(대검찰청 검찰미래기획단, 2018. 12.)

정승환, “검·경 수사권조정 합의안에 대한 평가”, 「법조」 제67권 제5호(법조협회, 2018. 10.)

정우일, “고위공직자비리수사처 설치 방안 검토”, 「한국공안행정학회보」 제67호(한국공안행정학회, 2017)

정웅석, “검경 수사권조정 개정안의 주요 내용에 대한 비교 분석 및 대안”, 「형사법의 신동향」 통권 제62호(대검찰청 검찰미래기획단, 2019. 3.)

정웅석, “검사의 직접수사의 개념과 수사지휘와의 관계 -비교법적 관점에서 본 수사와 기소 분리의 허구성에 대하여-”, 「형사법의 신동향」 통권 제61호(대검찰청 검찰미래기획단, 2018. 12.)

정웅석, “검찰개혁의 바람직한 방향”, 「형사법의 신동향」 통권 제54호(대검찰청 검찰미래기획단, 2017. 3.)

정웅석, “검찰의 정치적 중립성 확보방안”, 「형사법의 신동향」 통권 제37호(대검찰청 검찰미래기획단, 2012. 12.)

정웅석, “고위공직자범죄수사처의 신설에 관한 비판적 고찰”, 「형사법의 신동향」 통권 제57호(대검찰청 검찰미래기획단, 2017. 12.)

정웅석, “수사지휘에 관한 쟁점과 과제”, 「형사법의 신동향」 통권 제58호(대검찰청 검찰미래기획단, 2018. 3.)

조광훈, “사법경찰관의 수사개시권의 통제에 관한 연구 -사법경찰관의 내사의 통제를 중심으로-”, 「형사법의 신동향」 통권 제34호(대검찰청 검찰미래기획단, 2012. 3.)

조기영, “수사권조정과 수사절차개선”, 「비교형사법연구」 제21권 제1호(한국비교형사법학회, 2019. 4.)

조기영, “한국적 수사구조론의 새로운 모색”, 「형사정책」 제31권 제1호(한국형사정책학회, 2019. 4.)

주승희, “검·경 수사권 조정 정부합의안에 대한 비판적 검토 및 합리적 대안 모색”, 「형사정책」 제30권 제2호(한국형사정책학회, 2018. 8.)

차정인, “수사권조정의 주요 쟁점”, 「법조」 제67권 제5호(법조협회, 2018. 10.)

차종진·이경렬, “1970년대 독일의 수사권 조정 논의와 시사점”, 「형사법의 신동향」 통권 제60호(대검찰청 검찰미래기획단, 2018. 9.)

최기식, “독일의 중점검찰청 제도”, 「해외연수검사연구논문집(Ⅱ)」 제22집(법무연수원, 2006)

최영승, “고위공직자범죄수사처 설치에 따른 바람직한 입법방향의 모색”, 「형사법연구」 제29권 제4호(한국형사법학회, 2017. 12.)

한상진, “영국 검찰의 권한 변화와 전망”, 「해외연수검사연구논문집(Ⅱ)」 제22집(법무연수원, 2006)

한생일, “독일 검찰청 조직과 검찰공무원의 역할”, 「형사법의 신동향」 통권 제22호(대검찰청 검찰미래기획단, 2009. 10.)

한희원, “국가 정보와 수사 체계 혁신의 법리 -미국 연방수사국(FBI)과 영국 중대조직범죄청의 사례-”, 「법과 정책연구」 제13집 제1호(한국법정책학회, 2013. 3.)

## Ⅲ. 외국 문헌

Axel Palmer, Countering Economic Crime –A Comparative Analysis –, Routledge(2018)

Hans-Heiner Kühne(안미라 번역), “독일 형사소송법에서의 협상 모델(Das Modell der Absprachen im deutschen Strafverfahrensrecht)”, 「형사법의 신동향」 통권 제29호(대검찰청 검찰미래기획단, 2010. 12.)

Julie R. O'Sullivan, Federal White Collar Crime -Cases and Materia ls-(Sixth Edition), West Academic Publishing(2016)

The Late Kathleen F. Brickey/ Jennifer Taub, Corporate and White Collar Crime --Cases and Materials-(Sixth Edition), Wolters Kluwer(2017)

## Abstract

# Evaluations on A Revised Bill of Investigative Authority and A Bill Establishing a New Office to Investigate the High-Ranking Public Officials' Corruptions

-Focused on creating new investigative office specializing in business crimes-

Han Seok-Hoon

Recently, the government and Democratic Party, with helps of other minor parties, were trying to pass the new fast-track bill under the name of so-called "The Reform of the Prosecutors' Office". It is about a revision of investigative authority between the police and the public prosecutor and establishing a new office to investigate the high-ranking public officials' corruptions. However, since the opposite parties have been firmly against the fast track itself and such a topic has not been publically discussed enough, this article will provide an in-depth discussion on the meaning and the problem of this new bill.

The new reform means this: First, a revision of investigative authority between the police and the public prosecutor. This frees the police from taking prosecutor's orders about investigation prior to sending the case to the prosecutors' office, lets the police self-conclude the case before it reaches prosecutors' office, weakens a probative force of prosecutor's interrogation report so that it can be easily rejected if the defendant claims it has been

fabricated, and restricts the targets of the prosecutor's direct investigation to only few crimes. Second, establishing new office to investigate the high-ranking public officials' corruptions. This creates a new neutral investigative office which will investigate corruptions like bribery, dereliction of duties, abuse of authority, of public officials like congressmen, judges, prosecutors, or police chiefs. The office will be free from any other state organs and is designed to become a completely independent authority. As of criticisms, majority of opinions are against the first proposal, for it is needed for prosecutors to hold their investigative power in order to guarantee a proper investigation and to prevent possible violations of human rights on the investigation procedure. For the second proposal, although some approves this considering that it is hard to expect an impartial investigation from prosecutors when it is about highly political matters, others still show concerns that this will rather create a new uncontested political power.

Bestowing the police a new power to pre-conclude the case as well as an investigative authority, means giving them a power to decide not to prosecute. This ultimately violates prosecutor's own power to decide whether to prosecute or not. Furthermore, the bill states that the early concluded cases can be sent to prosecutors only if there are objections from accusers, or victims, but since cases concerning the violation of national or social benefits don't have anyone to object, the case has no other proper ways to be further investigated. Even if the prosecutor orders a reinvestigation, police can simply reinvestigate and conclude it again, so it will be much harder to expect a thorough investigation.

The bill weakening the probative power of prosecutor's interrogation report, doesn't fit current Korea's legal system which lacks Anglo-American legal systems like Plea Bargaining, Obstruction of Justice, False Statements which helps finding a substantial truth or facilitates the trial process. If the bill passes, the court will be overloaded with cases, will be delayed, and will be harder to make right decisions.

Few disappointing incidents with some political prosecutors were not

because of innate problems of investigation system, but were because of them failing to keep neutral political stance on few important political cases. On contrary, in many ordinary cases, people rather often request the prosecutors to do the investigation by themselves. It shows that people put more faith on prosecutors than the police. Majority of opinions also points out that the real problem of the prosecutors' office is it not completely being politically neutral.

On the contrary, the new bill is not at all related to insuring its political neutrality, but rather undermines an impartiality or protection of the human rights of the police investigation process. the newly proposed investigative office will consist mainly of members recommended by the ruling party, so is still not free from the political strings. Furthermore, the new office can investigate on the other investigative offices, the court officials, and this contains a danger of being misused as a way to threaten an opposing party or to take control over the court. If there are other ways to guarantee a political neutrality of the prosecutors' office, there is no need to pass such a dangerous bill, but there has been no specific discussions on such matter.

I think revamping prosecutor's promoting system could be one answer. To guarantee a political neutrality, old customs on the promotion to the prosecutor general or to other positions, should be cut off. Furthermore, the minister's right of nomination should be handed over to the prosecutor general. Department of Justice should rather focus on it's role as a supervisor of the prosecutors' office, or administration of judicial affairs such as immigrations. Creating new investigative office, should only be considered as a last resort.

Nowadays, crimes are becoming more and more specialized, globalized, and more related to businesses due to complex economy, international trades, and developments of new technologies. To prepare for this, many developed countries tend to create new investigative offices specializing in business crimes. Likewise, we should rather focus on creating new investigative office

specializing in business crimes, not wasting our efforts on this new bill's proposal which not only could be politically misused but also only narrowly targets high-ranking officials. Especially, since the government is trying to minimize the prosecutors' right to investigate by themselves, it would be better to create an independent investigative office under the Department of Justice, specializing in crimes such as the breach of duties, embezzlement, finance/security/tax frauds, illegal monopolies, international crimes such as money laundry, drugs, terrors. This new office can also investigate on high-ranking public officials' corruptions as well, which will be a great alternative solution for the new bill's proposal.

Han Seok-Hoon

revision of investigative authority between the police and the public prosecutor, Office to Investigate the High-Ranking Public Officials' Corruption, Corruption Investigation Office, investigative office specializing in business crimes, business crime

# 成均館法學

第31卷　第4號

成均館大學校 法學研究院
2019.12

# 성균관대학교「成均館法學」편집위원회 운영규정

**제1조 (목적)** 이 규정은 법학연구원 규정 제13조에 따른 편집위원회의 구성 기타 운영에 관한 사항을 정함을 목적으로 한다.

**제2조 (구성)** 편집위원장 및 편집위원은 4년제 대학(법학전문대학원 포함)의 전임교원 및 법조실무가 가운데서 7인 이상을 법학연구원 원장(이하 "원장"이라 한다)이 위촉한다.

**제3조 (편집위원의 임기)** ① 편집위원장 및 편집위원의 임기는 2년으로 하며, 연임할 수 있다.
② 원장은 특별히 필요하다고 인정되는 경우에 임기가 종료되지 아니한 위원을 운영위원회의 동의를 얻어 해촉할 수 있다. 또한 원장은 해촉된 위원을 교체하기 위하여, 또는 사임한 위원을 승계하기 위하여, 기타 필요한 경우에 편집위원을 새로 선임할 수 있고, 그 임기는 퇴임한 위원의 잔여임기로 한다.

**제4조 (편집위원회 업무 등)** ① 편집위원회는 다음 각호의 사항을 처리한다.
1. 『성균관법학』에 게재를 신청한 원고의 심사를 위한 심사위원의 선임
2. 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 개별심사위원의 의견을 종합하여 「성균관법학」심사규칙 제4조 제2항에 따른 심사 결과가 모두 "게재 가능" 또는 "수정 후 게재"인 경우에는 게재를 허용하되, 이에 해당하지 아니하고 심사 의견이 다를 때에는 심사위원의 다수 의견에 따라 결정한다. 심사위원의 다수 의견을 정함에 있어서 "게재가능"은 "수정 후 게재"와 합산하여 "수정 후 게재"로 정하고, "수정 후 재심"은 "게재불가"와 합산하여 "수정 후 재심"으로 정한다. 다만, 심사의 공정성을 우려할 만한 특별한 사정이 있거나 그 밖에 편집 등의 부득이한 사정이 있는 경우에는 편집위원회가 달리 결정할 수 있다. (2019. 6. 3. 개정)
② 편집위원장은 편집위원회 회의 개최 전에 "수정 후 재심" 또는 "게재불가"인 심사의견에 대하여 특별한 사정이 있는 경우에는 당해 논문을 심사하지 않은 다른 1인의 심사위원에게 재심사를 의뢰할 수 있다. (2019. 6. 3. 개정)
③ 편집위원회가 "수정 후 재심" 결정을 한 경우에는 투고자에게 서면 또는 전자우편으로 즉시 통지하며, 투고자는 다음 호에 수정 후 투고하여 재심사를 받을 수 있다. 투고자가 다음 호에 투고하지 않거나 재심사 후에도 게재가 불가하다고 판단될 경우에는 "게재불가"로 처리한다. (2019. 6. 3. 신설)
④ 편집위원회가 "게재불가"로 결정한 경우 투고자에게 서면 또는 전자우편으로 즉시 통지한다. (2019. 6. 3. 신설)
⑤ 동일호에 동일인이 단독 저자 및 제1저자일 경우를 포함하여 2편 이상의 논문을 게재하는 것은 허용하지 아니한다.

**제7조 (게재결정에 대한 이의)** ① 법학연구원 심사규칙 제4조에 의하여 “수정 후 재심” 또는 “게재불가”의 결정을 통고 받은 투고자는 통지를 받은 날로부터 3일 이내에 편집위원장에게 서면 또는 전자우편으로 이의를 제기할 수 있다. (2019. 6. 3. 개정)
② 제1항에 따른 이의가 제기된 경우 편집위원장은 편집위원회를 소집하여 이를 처리하여야 한다.
③ 편집위원장은 제2항에 따른 편집위원회의 결과를 지체 없이 투고자에게 통지하여야 한다.

**제8조 (편집위원회의 운영)** ① 편집위원장은 년4회 정기편집회의를 소집하여야 하

며, 원장이 요구할 경우 임시편집회의를 소집할 수 있다.
② 편집위원회는 재적 과반수 출석과 출석 과반수 찬성으로 의결한다.
③ 필요하다고 인정되는 경우 편집위원장은 서면결정으로 편집위원회 회의에 갈음할 수 있다.

**제9조 (비밀준수의무)** 편집위원은 편집위원회의 업무에 관하여 얻은 정보를 공개하지 않을 의무가 있다.

**제10조 (규정의 개정)** 이 규정은 법학연구원 운영위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다. (2019. 6. 3. 신설)

< 부 칙 > 본 규정은 1997년 3월 1일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규정은 2002년 3월 2일부터 시행된다.
< 부 칙 > 본 규정은 2004년 6월 30일부터 시행된다.
< 부 칙 > 본 규정은 2006년 12월 1일부터 시행된다.
< 부 칙 > 본 규정은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우 제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월 31일에 각각 발간한다.
< 부 칙 > 본 규정은 2010년 3월 2일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규정은 2011년 3월 2일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규정은 2011년 5월 1일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규정은 2011년 12월 1일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규정은 2012년 9월 1일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규정은 2014년 9월 1일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규정은 2014년 12월 11일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규정은 2019년 6월 3일부터 시행한다.

# 성균관대학교 「成均館法學」 연구윤리규정

**제1조 (목적)** 이 규정은 성균관법학에 투고된 글에 관하여 연구윤리위반에 대해 판정하고, 더 나아가 연구윤리의 확산과 부정행위 방지를 목적으로 한다.

**제2조 (연구윤리위반의 종류)** 연구윤리위반에는 아래의 행위가 포함된다.

1. 표절 등 타인의 저작권을 침해하는 행위
2. 논문의 작성에 실질적인 기여 없이 작성자로 기재하는 행위
3. 과거에 출판된 논문 등 저작물을 중복하여 출판하는 행위
4. 상당한 이유 없이 타인의 명예를 침해하는 표현을 사용하는 행위
5. 학계에서 통상적으로 용인되는 범위를 심각하게 벗어난 행위
6. 소속과 직위 등의 저자 정보를 명확하게 기재하지 않거나 거짓된 저자 정보를 기재하는 행위

**제3조 (연구윤리위원회의 구성)** ① 법학연구원규정 제15조에 따라 구성된 성균관대학교 법학연구원의 연구윤리위원회가 성균관법학 윤리위원회(이하 위원회라 한다)의 업무를 수행한다.

② 위원회는 연구윤리위원장을 포함하여 10인 이내의 위원으로 구성한다.

③ 연구윤리위원장과 연구윤리위원은 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 있은 날로부터 15일 이내에 그 결정에 대해 통지를 받을 권한을 가진다.
③ 피조사자는 통지를 받은 날로부터 7일 이내에 재심을 청구할 권한을 가진다.

**제8조의2 (저자 정보 확인을 위한 조치)** 투고된 논문의 저자 정보 (소속과 지위)의 확인이 필요한 경우 위원회는 해당 논문의 저자 혹은 저자의 소속기관에 증빙자료 제출을 요구할 수 있다.

**제9조 (연구윤리위반에 대한 조치)** 위원회는 제2조의 연구윤리위반에 대하여 다음의 조치를 취한다.
1. 투고된 원고에 대한 게재 거부
2. 게재된 경우라면 성균관법학 논문목록에서 삭제
3. 투고자에 대하여 3년 이상 성균관법학에 논문투고 금지
4. 법학연구원 홈페이지에 위반사항 공고
5. 투고자의 소속 기관장에 위반사항 통보

**제10조 (위원의 비밀유지의무)** 위원장과 위원은 위원회의 직무와 관련하여 취득한 사항에 대하여 비밀을 유지하여야 한다.

**제11조 (연구윤리에 대한 교육)** 연구윤리위원장은 법학연구원장과 협의하여 연구윤리를 확산하고 부정행위를 방지하기 위한 교육을 정기적으로 실시한다.

**제12조 (운영예산)** 위원장은 위원회의 운영 및 조사에 필요한 예산을 책정하여 지급할 수 있다.

**제13조 (타규정의 준용)** 성균관대학교 '연구윤리 및 진실성 확보를 위한 규정'을 준용한다.

< 부 칙 > 이 규정은 2007년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 이 규정은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 이 규정은 2019년 11월 21일부터 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 각호에 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 주저자 기준으로 동일한 기관 소속 투고 비율이 전체 투고자의 3분의 1 이상이 되는 경우에는 투고 순서나 편집위원회가 달리 정하는 기준으로 하여 해당되는 투고 논문에 대하여 심사 절차를 개시하지 않고 반려할 수 있다.

[신설 2018.11.20.]

**제2조의3 (투고자 정보의 명확화)** 성균관법학에 투고하고자 하는 자는 투고자의 정보인 소속과 직위를 명확히 밝혀 기재하여야 한다. 투고자의 정보가 미흡 혹은 확인이 필요한 경우 보완 또는 증빙자료를 요구할 수 있다.

[신설 2019.11.21.]

**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 본

교 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. [개정 2018.11.20.]

**제10조 (기타)** 성균관법학의 논문투고와 관련하여 본 규칙에 명시되지 아니한 사항은 법학연구원 운영위원회의 결정에 따른다. [개정 2018.11.20.]

< 부 칙 > 본 규칙은 1997년 3월 1일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2002년 3월 2일부터 시행된다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2004년 6월 30일부터 시행된다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2006년 12월 1일부터 시행된다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우 제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월 31일에 각각 발간한다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2010년 3월 2일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 3월 2일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 5월 1일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 12월 1일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2012년 9월 1일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2014년 9월 1일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2018년 11월 20일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2019년 11월 21일부터 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, 국문초록(외국어 논문인 경우에는 외국어초록), 참고문헌, 외국어초록(외국어 논문인 경우에는 국문초록), 국문 및 외국어 5개 이상의 주제어를 첨부해야 합니다. 단, 게재될 논문의 외국어 초록과 외국어 주제어는 영문으로 작성해야 합니다.

4-2. 초록의 분량은 1-2쪽으로 제한합니다.

5. 주석은 각주로 처리합니다.

6. 논문은 '아래한글'로 다음의 규격에 따라 작성합니다.
 가. 본문 : 들여쓰기 10, 줄간격 170, 글꼴 바탕, 글자크기 10.5
 나. 각주 : 왼쪽 여백 3, 오른 여백 0, 내어쓰기 15, 줄간격 150, 글꼴 바탕, 글자크기 9

7. 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 (법학연구소, 1999) 1쪽]
외국출전은 그 나라의 표준적인 표시방법에 따라 표시할 수 있습니다.
[예 : Joe A. Kim, "Corporate Goverance", 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. 국내판결은 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)이 간행하는 『성균관법학』에 게재하기 위하여 투고된 논문, 판례평석, 기타 원고 등의 심사절차를 정함으로써 공정한 심사기준을 마련함을 목적으로 한다.

**제2조 (심사대상)** 투고규칙 제3조에 따라 투고된 논문은 심사대상이 된다. 단, 번역물과 서평 등은 논문심사에서 제외할 수 있다.

**제3조 (논문심사의 위촉과 심사절차)** 논문심사의 위촉은 편집위원회 운영규정 제5조에 따른다.

**제4조 (논문심사기준)** ① 논문심사는 다음 각호의 기준에 따른다.

1. 논문의 독창성
2. 논문의 전문성
3. 논문의 형식
4. 논문의 해당분야 이론 및 실무의 관한 발전에 대한 기여도

② 논문에 대한 평가는 다음의 단계로 구분한다. (2019. 6. 3. 개정)

1. 수정이 필요 없을 경우 : "게재가능"
2. 간단한 수정이 필요한 경우 : "수정 후 게재"
3. 전면적인 수정 및 재심이 필요한 경우 : "수정 후 재심"
4. 게재가 가능하지 않는 경우 : "게재불가"

**제5조 (개정)** 이 규칙은 법학연구원 운영위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다. (2019. 6. 3. 개정)

< 부 칙 > 본 규칙은 1997년 3월 1일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2002년 3월 2일부터 시행된다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2004년 6월 30일부터 시행된다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2006년 12월 1일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우 제19권 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 2019년 6월 3일부터 시행한다.

# 성균관대학교「成均館法學」발행규칙

제1조 (목적) 이 규칙은 성균관대학교 『성균관법학』을 발행함에 있어 필요한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조 (학술지명) 법학연구원은 국내학술지로『성균관법학』(SungKyunKwan Law Review)을 발행한다.

제3조 (발간시기) ① 성균관법학은 연4회 발간한다.
② 성균관법학의 발간일자는 매년 3월 31일, 6월 30일, 9월 30일, 12월 31일로 한다.
③ 성균관법학에 게재된 저작물에는 논문투고일자(2***년 *월 *일), 심사일자(2***, *월, *일, 게재확정일자(2***, *월, *일)를 표기한다.
④ 편집위원회의 결정에 의하여 기념호 또는 특집호를 발간할 수 있다.

제4조 (전자 발간) ① 성균관법학의 발간은 전자적 방식으로 한다.
② 게재가 확정된 논문에 대해서는 해당 논문을 PDF파일 형태로 하여 게재자에게 무상으로 제공한다.

제5조 (기타) 성균관법학의 발행과 관련하여 본 규칙에 명시되지 아니한 사항은 법학연구원 운영위원회의 결정에 따른다.

< 부 칙 > 본 규칙은 1997년 3월 1일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2002년 3월 2일부터 시행된다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2004년 6월 30일부터 시행된다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2006년 12월 1일부터 시행된다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우 제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월 31일에 각각 발간한다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2010년 3월 2일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 >  본 규칙은 2011년 5월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 >  본 규칙은 2011년 12월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 >  본 규칙은 2012년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 >  본 규칙은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 >  본 규칙은 2018년 11월 20일부터 시행한다.

## 法學硏究院 운영위원회

- 연구원장 고동원
- 운영위원 강현호, 김성용, 문영화, 이전오, 이진기, 정재황, 한석훈

## 法學硏究院 편집위원회

- 편집위원장 한석훈(성균관대학교)
- 편 집 위 원 강혁신(조선대학교), 권건보(아주대학교), 김연미(성균관대학교), 김재범(경북대학교), 김해원(부산대학교), 오성근(제주대학교), 윤종민(충북대학교), 이경열(성균관대학교), 정차호(성균관대학교)

## 法學硏究院 윤리위원회

- 윤리위원장 최봉철(성균관대학교)
- 윤 리 위 원 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

成均館法學
第31卷 第4號

1판 1쇄 인쇄 2019년 12월 31일
1판 1쇄 발행 2019년 12월 31일

발 행 인 : 고 동 원
발 행 처 : 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
eISSN 26717646