

成均館法學

第32卷 第2號



成均館大學校 法學研究院

2020.06

발 간 사

2020년 올해 봄도 어느덧 제 갈 길을 떠나고 그 빈자리를 이룬 무더위와 함께 여름이 채워주기 시작했습니다. 여전히 혼란스러운 사회 분위기 속에서도 정성 어린 논문을 투고해주신 모든 분들께 진심으로 감사드립니다. 코로나 바이러스(COVID-19)로 인하여 푸른 신록의 계절을 마음껏 누리기가 어렵겠지만 지난 계절의 근심과 걱정을 모두 잊으시고 일상 속에서 매 순간 행복한 나날을 만들어 나가시길 바랍니다.

이번 「성균관법학」 제32권 제2호에도 많은 연구자분들이 관심과 성원을 보내 주셨고, 엄정한 심사 과정을 통해 7편의 옥고를 게재하게 되었습니다. 존 피니스의 대표 저작인 '자연법과 자연권'의 구성과 중심 요소에 대한 연구를 다루는 법철학 분야의 논문, 데이터의 활용과 그 가치가 부각되는 가운데 데이터 이동권 도입의 실익과 입법적 방안을 다루는 지식재산권법 분야의 논문, 그리고 미세면지법을 분석한 행정법 분야의 논문이 게재되었습니다. 또한, 유치권의 성립과 행사 범위 제한을 다룬 논문, 미국 연방 민·형사 소송 절차에서의 E-discovery와 국내 재판 절차에의 시사점을 다룬 논문, 미국 연방판사 탄핵에 관한 논문, 노동정책 실현을 위한 공공조달의 활용과 제3자 규제를 다룬 논문 등 민법, 민사소송법, 헌법, 노동법 등 다양한 분야의 논문들이 게재되었습니다. 정성 어린 옥고임에도 불구하고 일부 논문은 게재하지 못한 점을 아쉽게 생각하며 「성균관법학」을 향한 변함없는 관심과 애정을 보내주시길 부탁드립니다.

이번 호에 게재된 논문들이 독자 여러분들의 학문 연구와 저술에 큰 도움이 되길 바라며 앞으로도 「성균관법학」이 다양한 분야의 연구와 논의에 더욱 일조할 수 있도록 노력하겠습니다. 무엇보다도 바쁘신 와중에도 옥고를 보내주시신 분들과 귀중한 시간을 내어 정성스러운 의견을 주신 심사위원분들의 노고에 감사드립니다. 그리고 발간을 위해 힘써주신 편집위원님들과 법학연구원 구성원 모두에게 감사드립니다.

「성균관법학」의 발전을 위해 여러분의 적극적인 지지와 성원을 부탁드립니다. 항상 건강하시길 기원합니다. 감사합니다.

2020. 6. 30.
법학연구원장
고 동 원

目 次

[研究論文]

- | | | |
|--|-----|-----|
| • 미국 연방관사 탄핵에 관한 연구 | 이준범 | 1 |
| • 존 피니스의 「자연법과 자연권」의 구성과
중심 요소에 대한 연구 | 이상영 | 33 |
| • 데이터 이동권 도입의 실익과 입법적 방안 모색 | 정원준 | 69 |
| • 미세먼지법에 대한 분석적 고찰 | 강현호 | 113 |
| • 노동정책 실현을 위한 공공조달의 활용 그리고
제3자 규제 | 강주리 | 145 |
| • 미국 연방 민형사소송절차에서의 E-discovery와
국내 재판절차에의 시사점 | 한애라 | 179 |
| • 유치권의 성립과 행사범위 제한을 위한 몇 가지
고찰 | 노수환 | 225 |

CONTENT

Articles

- A Study on the Impeachments of U.S. Federal Judges Joon Buhm Lee 1
- On the Structure and Focal Aspects of J. Finnis's 'Natural Law & Natural Rights' LEE SANGYOUNG 33
- A Study on the Practical Benefits and Legislative Measures of The Right to Data Portability WONJUN CHUNG 69
- Eine analysierende Studie über das Feinstaub-Spezialgesetz Kang, Hyun Ho 113
- The Using of Public Procurement for Realization of Labor Policy And Third-Party Regulation Kang Joo Ri 145
- Civil and Criminal E-discovery in the United States Federal Procedure and its Ramifications to the South Korean Trial Procedure Han, Aera 179
- A Study on the Establishment and the Scope of Exercise of the Right of Retention Su Hwan, Roh 225

미국 연방법관 탄핵에 관한 연구

이준범*

【목 차】

I. 서론	
II. 미국 연방의 탄핵 절차	
III. 미국 연방법관 탄핵 사건의 주요 쟁점	3. 연방법관이 전 직위 중 한 행위를 현 직위의 탄핵사유로 할 수 있는지
1. 탄핵사유의 범위	4. 법관의 직무와 무관한 행위
2. 관련 형사사건과 탄핵 사건의 관계	IV. 검토
	V. 결론

【국 문 요 약】

현재 사법농단 사건들에 관하여 많은 법관들이 기소되어 그들에 대한 형사사건들이 계속 중이다. 그러나 법관들 누구에 대하여도 탄핵소추가 이루어지지 않았다. 만약 탄핵이 적극적으로 검토될 경우 이미 수차례 법관을 탄핵한 미국의 경험이 참고가 될 수 있다.

미국 상원은 탄핵심판에 대한 판단 이유를 문서로 남기지 않는다. 상원에 주어지는 질문은 사실의 인정과 법리에 대한 판단을 둘 다 요하므로 인용에 반대한 이유가 소추사실이 인정되지 않기 때문인지 아니면 소추사실은 인정되나 그 사실이 법리상 탄핵사유가 아니라고 판단했기 때문인지 구별하기 어렵다. 다만 탄핵이 인용된 경우 이는 소추사실이 인정되고, 그 사실이 탄핵사유에 해당한다고 판단하였다고 평가할 수 있다.

이 논리에 의하면 미국 상원은 특정 법률을 위배한 사실이 인정되지 않더라도 공적인 신뢰를 위반한 사실만으로 탄핵을 인용할 수 있고, 관련 형사사건에서 무죄가 선고되었더라도 탄핵을 인용할 수 있으며, 연방

* 한국 및 미국 뉴욕주 변호사, 펜실베이니아대학교 법과대학원 S.J.D. 과정 중.

법관 직 이전에 있었던 일에 대하여도 탄핵을 인용할 수 있고, 직무와 관련이 없는 행위에 대하여도 탄핵을 인용할 수 있다는 각 법리를 인정하였다고 할 것이다. 만약 법관들에 대한 탄핵 사건이 개시된다면 이러한 미국 법리들은 한국의 헌법, 법률 및 대통령에 대한 탄핵심판에 관하여 헌법재판소가 인정한 법리들에 비추어 함께 참고할 수 있다.

I. 서론

대한민국 헌법은 국회가 법관이 그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 때에는 탄핵의 소추를 의결할 수 있다고 규정한다.¹⁾ 나아가 법관은 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 않는다고 규정한다.²⁾ 한국 역사상 2010년까지 법관의 탄핵을 시도한 사건은 두 번 있었으나 둘 다 탄핵소추에 이르지 못하였다.³⁾ 그러나 2017년 이른바 사법농단 사건들(이하 ‘사법농단 사건들’이라 한다)을 계기로 법관에 대한 탄핵요건 및 절차, 사법행정권 남용에 대한 연구들이 진행되고 있다.⁴⁾ 또한, 2020년 4월 국회의원 선거에서 사법농단 사건들에 관여한 판사들에 대한 탄핵을 주장하는 당선자들이 소속된 정당이 과반수를 차지하여 법관 탄핵에 관한 연구의 중요성이 더 커지고 있다.⁵⁾

1) 대한민국 헌법 제65조 제1항.

2) 대한민국 헌법 제106조 제1항.

3) 윤정인/김선택, “법관 탄핵의 요건과 절차-사법농단 사태와 관련하여-”, 「공법연구」 제47집 제3호 (한국공법학회, 2019), 190면.

4) 윤정인/김선택, 앞의 글, 190면; 조영승, “현행 헌법상 권력분립과 사법부의 독립-사법행정권 남용과 관련하여-”, 「한국부패학회보」 제23권 제4호 (한국부패학회, 2018), 147면. 이 논문은 현재 드러난 사실들에 의하면 양승태 대법원장을 중심으로 다수의 법관들이 다양한 역할을 한 일련의 사건들을 통칭하여 사법농단 사건들이라 한다. 사법농단 사건들이 드러나기 전 미국의 대통령을 중심으로 한 탄핵사유 연구도 있다. 이명용, “미국 연방헌법의 탄핵사유”, 「미국헌법연구」 제16권 제2호 (미국헌법학회, 2005).

5) 박태인, “이탄희·이수진이 띄운 법관 탄핵... 양승태 의혹 판사들 겨눈다.”, 중앙일보 (2020. 5. 3. 05:00), <https://news.joins.com/article/23767867>. (2020. 5. 3. 방문).

사법농단 사건들에 관하여 다수의 법관들이 기소되어 형사사건들이 계속 중이다.⁶⁾ 그러나 일부 법관들에 대하여 1심에서 무죄가 선고되기도 하였다.⁷⁾ 그리고 아직 법관들 누구에 대하여도 탄핵소추는 이루어지지 않았다.

미국 연방은 한국과 달리 8명의 연방법관들을 탄핵심판을 통하여 파면하였다.⁸⁾ 미국 연방헌법은 법관을 포함한 연방 공무원들에 대하여 배반, 뇌물수수, 또는 다른 중대한 범죄들 및 경죄들(“other high Crimes and Misdemeanors”)을 이유로 탄핵이 인용되면 그들은 파면된다고 규정하고 있다.⁹⁾ 법관들에 대하여는 법관들이 품위를 유지하는(“Good Behaviour”) 한 그 직을 유지한다고 별도로 규정하고 있다.¹⁰⁾ 연방헌법 제정 이후 탄핵 절차가 60번 이상 개시되었다.¹¹⁾ 상원에 도달한 사건 수는 19건인데 이 중 연방법관이 대상인 사건 수는 15건이다.¹²⁾ 상원이 인용한 8건은 모두 연방법관들에 대한 것이었다.¹³⁾ 연방법관에 관한 탄핵심판들 중 3건에 대하여는 탄핵이 기각되었다.¹⁴⁾ 연방법관에 대하여 탄핵소추가 의결된 사건들을 정리하면 표1과 같다.

만약 한국에서도 법관에 대한 탄핵소추가 의결이 현실화된다면 이미 수차례 연방법관을 탄핵한 미국의 경험은 비록 두 나라의 관련 헌법에 다른 점이 있더라도 한국의 탄핵심판 사건을 준비하는데 많은 참고가 될 것이다.¹⁵⁾ 이러한 목적으로 이 논문은 미국의 연방법관 탄핵 사건들을 검토한다.

이 논문의 순서는 다음과 같다. 우선 미국 연방의 탄핵심판 절차를 살

6) 서울중앙지방법원 2018고합1088 사건 등.

7) 이기성, “‘사법농단’ 3연속 무죄...임성근 판사, ‘재판 개입 혐의’ 무죄”, SBS (2020. 2. 14. 11:33), https://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news_id=N1005648975 (2020. 5. 3. 방문).

8) Charles W. Johnson, John V. Sullivan & Thomas J. Wickham, Jr., *House Practice: A Guide to the Rules, Precedents, and Procedures of the House*, House Practice 604 (2017).

9) U.S. Const. art. II, Section 4.

10) U.S. Const. art. III, Section 1.

11) Charles W. Johnson, John V. Sullivan & Thomas J. Wickham, Jr., *supra* note 8, at 603.

12) *Id.* at 605.

13) *Id.* at 604.

14) 표1 참조.

15) 이상윤, “미국탄핵제도의 헌법적 연구”, 「공법학연구」 제7권 제4호 (한국비교공법학회, 2004), 236면.

핀다. 그 후 연방법관들에 대한 탄핵 사건들 중 논리적으로 상원의 판단 이유를 도출할 수 있는 사건들을 쟁점별로 소개한다. 그 후 위 사건들을 통하여 도출할 수 있는 법리를 검토한다. 이를 정리하면 다음과 같다. 상원은 연방법관이 특정 법률을 위배한 사실이 인정되지 않더라도 그가 공적인 신뢰를 위반하였다면 탄핵을 인용할 수 있다.¹⁶⁾ 또, 상원은 어떤 연방법관의 행위에 대하여 관련 형사사건에서 무죄가 선고되었다 하더라도 동일한 사실에 관하여 그 연방법관에 대한 탄핵을 인용할 수 있다.¹⁷⁾ 상원은 연방법관에 대하여 그 연방법관의 직무와 직접적으로 관련이 없이 한 행위를 이유로 탄핵을 인용할 수 있다.¹⁸⁾ 마지막으로 상원은 연방법관에 대하여 그가 연방법관에 임명되기 전에 한 행위에 대하여도 탄핵을 인용할 수 있다.¹⁹⁾ 이와 같이 정리한 미국의 탄핵에 관한 법리들을 한국 헌법, 법률 및 대통령에 관한 탄핵심판에 대한 헌법재판소 결정들의 법리들과 비교한다. 그 후 논문을 마무리한다.

II. 미국 연방의 탄핵 절차

미국 연방헌법 제1장 제2조 제5호는 연방 하원만이 탄핵소추를 할 권한을 갖는다고 규정한다.²⁰⁾ 또, 헌법은 하원에 탄핵소추 절차를 규정할 권한을 부여한다.²¹⁾ 하원은 특정한 사안에 대하여 탄핵소추를 의결할지 여부 및 탄핵소추를 의결할 경우 어떠한 내용을 그 사유로 할지를 정할 수 있다.²²⁾ 하원은 탄핵소추장(“Article of Impeachment”)안에 대한 의결을 한다.²³⁾ 탄핵소추장안에 대한 의결은 탄핵소추 의결과 동시에 이루

16) 아래 III.1. 참조.

17) 아래 III.2. 참조.

18) 아래 III.3. 참조.

19) 아래 III.4. 참조.

20) U.S. Const. art. I, Section 2(5).

21) Michael J. Gerhardt, *The Federal Impeachment Process*, The University of Chicago Press 25 (3d ed. 2019).

22) Jared P. Cole & Todd Garvey, *Impeachment and Removal* 2 (2015).

어진다.²⁴⁾ 탄핵소추가 의결되면 하원은 상원에서 하원의 입장을 대리할 소추위원(“Manager”)들을 선정한다.²⁵⁾ 소추위원들은 하원의원들로 구성한다.²⁶⁾

연방 상원은 주 당 2명의 상원의원으로 구성되는데 각 의원은 1표를 행사한다.²⁷⁾ 상원이 유일하게 탄핵심판을 할 권한을 갖는데 탄핵소추의 인용은 출석 의원의 2/3 이상을 요한다.²⁸⁾ 연방헌법은 상원에 탄핵심판 절차를 정할 권한을 부여한다.²⁹⁾ 상원은 상원탄핵심판절차규칙(“Rules of Procedure and Practice in the Senate When Sitting on Impeachment Trials”)을 제정하여 원칙적으로 이를 따르나, 상원 과반의 의결로 이와 달리 진행할 수 있다.³⁰⁾

상원의 역할은 하원으로부터 탄핵소추장을 수령할 때로부터 시작된다.³¹⁾ 상원은 전체 회의에서 증거조사를 할 수도 있고, 상원의원들로 구성된 위원회를 구성하여 그 위원회로 하여금 증거조사를 하도록 할 수도 있다.³²⁾ 공개회의 중에는 원칙적으로 토론이 허용되지 않고, 절차 진행 중 발의된 안건들은 토론 없이 표결된다.³³⁾ 최후변론이 끝난 후 상원은 비공개 상태로 토론을 진행하는데, 위원회가 임명된 경우 그 위원들이 자리에서 그 의견을 밝힐 수 있다.³⁴⁾ 토론이 끝난 후 표결한다.³⁵⁾ 표결은 각 소추원인 별로 이루어진다.³⁶⁾ 표결방법은 상원의원 별로 각 소

23) Michael J. Gerhardt, *supra* note 21, at 26. 다만 마크 데라헤이(Mark W. Delahay) 판사의 경우와 같이 탄핵소추장을 작성하지 않고 탄핵소추가 의결된 사례도 있다. Steven W. Fischen, *Impeaching Federal Judges: A Covenantal and Constitutional Response to Judicial Tyranny*, 10 Regent U. L. Rev. 111, 126 (1998).

24) Michael J. Gerhardt, *supra* note 21, at 26.

25) *Id.*

26) Charles L Black, Jr. & Philip Bobbitt, *Impeachment: A Handbook*, Yale University Press 11 (New ed. 2018).

27) U.S. Const. art. I, Section 3(1).

28) U.S. Const. art. I, Section 3(6).

29) Michael J. Gerhardt, *supra* note 21, at 33.

30) *Id.* at 33.

31) *Id.*

32) *Id.*

33) *Id.* at 33~34.

34) *Id.* at 35.

35) *Id.* at 35.

36) Charles L Black, Jr. & Philip Bobbitt, *supra* note 26, at 13.

추원인에 대하여 이를 인용하는데 찬성하는지 반대하는지 밝히는 방식이다.³⁷⁾ 각 상원의원은 각 소추원인별로 탄핵소추장의 주장사실이 입증되었는지 여부 및 만약 그 주장사실이 입증되었다면 그 주장사실을 이유로 법리상 탄핵을 인용할 수 있는지를 함께 판단한다.³⁸⁾ 즉, 상원의원은 탄핵심판의 법관이자 배심원이다.³⁹⁾ 상원은 사실관계를 심리하면서 법관이 나 배심원들보다 더 많은 재량권을 행사할 수 있다.⁴⁰⁾ 모든 소추원인이 인용 요건을 못 채우면 탄핵이 기각되지만 하나 이상의 소추원인이 2/3 이상의 찬성표를 얻으면 탄핵이 인용된다.⁴¹⁾ 탄핵이 인용되면 헌법상 자동적으로 파면되므로 탄핵이 인용된 후 파면을 위한 별도의 투표 절차를 거칠 필요가 없다.⁴²⁾ 그러나 파면된 공직자가 앞으로도 공직에 취임할 수 없도록 그 자격을 박탈하려면 별도로 의결을 하여야 하고, 이는 과반을 요한다.⁴³⁾

*Nixon v. United States*는 미국 연방대법원이 상원의 탄핵 인용 결정에 대한 심사를 할 수 있는지 여부를 다룬 사건이었다.⁴⁴⁾ 이 사건에서 탄핵이 인용되었던 연방법관은 탄핵심판 과정 중 상원이 위원회를 구성하여 증거 조사를 한 후 그 위원회가 상원 전체회의에 결과를 보고하도록 할 수 있게 한 상원규칙 규정이 탄핵심판에 관한 연방헌법 규정을 위

37) Rule of Procedure and Practice in the Senate when Sitting on Impeachment Trials XXIII (“The Presiding Officer shall first state the question; thereafter each Senator, as his name is called, shall rise in his place and answer: guilty or not guilty.”).

38) Charles L Black, Jr. & Philip Bobbitt, *supra* note 26, at 14.

39) Michael J. Broyde, *Expediting Impeachment: Removing Article III Federal Judges after Criminal Conviction*, 17 Harv. J. L. & Pub. Pol’y 157, 195 (1994). 미국 연방헌법 제정 당시 상원의원 수는 26명이었으나 현재 상원의원 수는 100명이다. Howell T. Heflin, *The Impeachment Process: Modernizing an Archaic System*, 71 Judicature 123, 123 (1987). 배심원이 100명인 배심제는 운영이 쉽지 않다. Mellisa H. Haxman, *In Defense of the Constitution’s Judicial Impeachment Standard*, 86 Mich. L. Rev. 420, 421 n.13 (1987).

40) Joseph R. Thysell, *Senate Rule XI and the Impeachment of Federal Judges*, 29 S.U.L. Rev. 77, 89~90 (2001).

41) Charles L Black, Jr. & Philip Bobbitt, *supra* note 26, at 13.

42) Charles W. Johnson, John V. Sullivan & Thomas J. Wickham, Jr., *supra* note 8, at 620. 그러나 소추원인에 대한 유·무죄 여부를 판단하고 유죄가 인정된 후 사안의 중대성에 관하여 별도의 투표를 한 사례도 있다. III.1. 참조.

43) Charles W. Johnson, John V. Sullivan & Thomas J. Wickham, Jr., *supra* note 8, at 620.

44) *Nixon v. United States*, 506 U.S. 224, 226 (1993).

반하였다고 주장하였다.⁴⁵⁾ 그러나 연방대법원은 위 쟁점에 관하여 판단하기 전에는 먼저 연방대법원이 위 쟁점에 관한 판단을 할 권한이 있는지 여부를 판단하여야 하는데, 연방대법원은 이러한 권한이 없다고 판단하였다.⁴⁶⁾ 즉, 연방헌법상 연방법원은 탄핵심판 절차에 관한 어떠한 역할도 없다는 것이다.⁴⁷⁾

Nixon 판결은 탄핵심판에 관한 한 연방의회만 탄핵심판의 범위나 절차에 관한 헌법적 법리를 만들 권한이 있고 이와 같이 만들어진 법리는 연방헌법을 개정하거나 연방의회가 스스로 나중에 그 입장을 변경하는 방법으로만 바뀔 수 있다는 의미로 이해된다.⁴⁸⁾ *Nixon* 판결 이후에도 연방법원이 탄핵심판에 관한 심리를 할 수 있는지 여부에 대한 이론적 논의는 계속되었다.⁴⁹⁾ 그러나 이하에서는 *Nixon* 판결의 법리에 따라 연방의회의 탄핵 사건들을 중심으로 탄핵심판에 관한 법리를 검토한다.

45) Id.

46) Id.

47) Id. at 234.

48) Michael J. Gerhardt, *supra* note 21, at 120; Cass R. Sunstein, *Impeachment: A Citizen's Guide*, Harvard University Press 154~55 (2017).

49) Michael J. Gerhardt, *supra* note 21, at 125. *Nixon* 판결이 선고되기 전에는 연방대법원에 게 탄핵사유가 있는지 여부에 대한 연방의회의 판단을 심리할 권한이 있다는 견해가 있었다. John D. Feerick, *Impeaching Federal Judges: A Study of the Constitutional Provisions*, 39 *Fordham L. Rev.* 1, 57 (1970). 연방의회 양원의 다수를 장악한 정당이 그 정당의 정치적 입장에 반하는 판결을 한 법관을 탄핵하는 등의 방법으로 사법부의 독립성을 해할 우려를 표한 견해도 있다. Michael Abramowicz, *Impeaching Judges at the Fringe*, 106 *Yale L.J.* 2293, 2294-98 (1997).

Ⅲ. 미국 연방법관 탄핵 사건의 주요 쟁점

1. 탄핵사유의 범위

연방법관에 관한 최초의 탄핵 사건은 피커링(Pickering) 판사에 대한 것이었다.⁵⁰⁾ 이 사건에서 피커링 판사에 대하여 정부가 압류한 배를 보증금도 받지 않고 위법하게 압류 해제하였고 만취상태로 재판을 진행하였다는 등의 이유로 탄핵이 인용되었다.⁵¹⁾ 이 사건의 쟁점은 상원의 판단 기준이 무엇인지였다.⁵²⁾ 화이트(White) 상원의원은 각 탄핵사유에 대하여 각 사유 별로 그 행위가 중대한 범죄들 및 경죄들(“High crimes and misdemeanors”)에 해당하는지 물어야 한다고 주장한 반면, 앤더슨(Anderson) 상원의원은 중대한 범죄들 및 경죄들이라는 표현을 각 표결 안에서 삭제하여야 한다고 주장하였다.⁵³⁾ 상원은 표결을 거쳐 앤더슨 상원의원의 안을 따르기로 하였다.⁵⁴⁾ 이 후 상원은 각 탄핵사유에 대하여 각 인용 의결을 한 후 마지막으로 피커링 판사를 파면해야 하는지 표결하였고, 결국 파면이 가결되었다.⁵⁵⁾

체이스(Chase) 대법관에 대한 탄핵심판 사건에서는 탄핵사유의 범위가 더 집중적으로 다투어졌다.⁵⁶⁾ 체이스 대법관은 탄핵 사실의 준부보다 탄핵에 관한 법리를 주로 다투었다.⁵⁷⁾ 체이스 대법관의 대리인들은 탄핵사

50) Bethel B. Kelley & Daniel G. Wyllie, *The Congressional Impeachment Power as it Relates to the Federal Judiciary*, 46 Notre Dame Lawyer 678, 678 (1971).

51) Id.

52) Id.

53) Annals of Congress, Senate, 8th Congress, 1st Session, 364, <https://memory.loc.gov/cgi-bin/ampage?collId=llac&fileName=013/llac013.db&recNum=2> (2020. 5. 2. 방문). 화이트 상원의원이 제안한 안은 다음과 같다. Id. (“Is John Pickering, district judge of the district of New Hampshire, guilty of high crimes and misdemeanors upon the charges contained in the article of impeachment, or not guilty?”). 앤더슨 상원의원이 제안한 안은 다음과 같다. Id. (“Is John Pickering, district judge of the district of New Hampshire, guilty as charged in the article of impeachment exhibited against him by the House of Representative?”).

54) Id.

55) Id. at 367~368.

56) Bethel B. Kelley & Daniel G. Wyllie, *supra* note 50, at 680.

유는 형사상 기소가 가능한 사실이어야만 한다고 주장하였다.⁵⁸⁾ 비록 체이스 대법관에 대한 탄핵은 인용되지 않았으나 이 사실만으로 위 사건이 형사상 기소가 가능한 행위만 탄핵사유가 된다는 선례를 남겼다고 볼 수는 없다.⁵⁹⁾ 왜냐하면 이 사건에서 상원의 표결 결과 탄핵이 부결되었을 뿐 각 상원의원들은 인용을 반대한 이유를 기재하지 않았으므로 각 상원의원이 어떠한 이유로 탄핵 인용을 찬성하지 않았는지 알 수 없기 때문이다.⁶⁰⁾ 즉, 각 상원의원의 인용반대 표결은 주장사실이 인정되지 않았다고 해석될 수도 있고, 그 사실은 인정되나 법리상 탄핵사유가 되지 않는다고 판단하였다고 해석될 수도 있는 것이다.⁶¹⁾

아치발드(Archibald) 판사에 대한 탄핵심판은 탄핵사유의 범위가 쟁점이었던 사건 중 탄핵이 인용된 최초의 사건이었다.⁶²⁾ 아치발드 판사는 본인이 재판 중인 사건에 관여한 자와 계약을 체결하여 금전적 이익을 얻었다는 등의 이유로 탄핵소추가 의결되었는데 그 당시는 이러한 행위를 형사상 처벌할 수 있는 조항이 없었다.⁶³⁾ 하원은 탄핵소추장안을 의결하면서 형사 가벌 여부를 불문하고 사법상 품위유지의무를 위반한 것 그 자체를 소추사유로 하였다.⁶⁴⁾ 탄핵위원회 의장(“Chairman of the Impeachment Committee”)도 이 사건의 소추사유 중 형사상 기소가 가능한 사유는 없다고 인정하였다.⁶⁵⁾ 이 사건에서 상원이 아치발드 판사에 대한 탄핵을 인용함으로써 인하여 연방의회는 연방법관이 형사사건에 해당하지 않는 사유로 탄핵될 수 있는지 여부에 대한 유권해석을 하였다고 평가된다.⁶⁶⁾

리터(Ritter) 판사는 1936년경 법원을 스캔들에 휩싸이게 해 명예를

57) *Impeachment in America 1635-1805*, Yale University Press 238 (1984).

58) *Id.* at 238~239.

59) Bethel B. Kelley & Daniel G. Wyllie, *supra* note 50, at 682.

60) *Id.* at 682~683.

61) *Id.*

62) *Id.* at 686.

63) 이상훈, 위의 글, 262면.

64) Bethel B. Kelley & Daniel G. Wyllie, *supra* note 50, at 686 (“In adopting the article of impeachment, the House of Representatives took the position that a breach of judicial ‘good Behaviour,’ regardless of its criminality, was impeachable.”).

65) *Id.*

66) Brown, *The Impeachment of the Federal Judiciary*, 26 Harv. L. Rev. 684, 704~705 (1913).

실추하고 재판소의 사법운영을 저해하였다는 등의 이유로 탄핵소추가 의결되었다.⁶⁷⁾ 소추위원들은 연방법관이 그의 정합성(“Integrity”)에 대한 의심을 가져오는 행위를 한 것이 탄핵사유가 된다고 주장하였다.⁶⁸⁾ 상원은 리터 판사에 대한 탄핵을 인용하였다.⁶⁹⁾ 리터 판사의 대리인은 탄핵심판 중 소추위원이 주장하는 법리를 다투지 않는 대신 리터 판사의 행위가 적절하였음을 입증하려 노력하였는데, 이러한 사정에 리터 판사에 대한 탄핵이 인용된 점을 종합하여 보면 상원은 위와 같은 하원의 법리를 연방법관에 대한 탄핵사유로 받아들였다고 볼 수 있다.⁷⁰⁾ 이 사건에서 상원은 리터 판사가 한 구체적인 불법행위들을 내용으로 하는 6개의 점들에 대하여는 모두 탄핵을 인용하지 않았다.⁷¹⁾ 상원은 오로지 그가 개인으로서 또는 연방법관으로서 한 일련의 행위들이 법원의 위신을 해하고, 법원에 대한 공공의 신뢰를 저해하며, 연방사법부에 대한 신뢰를 해치고, 그가 판사의 직위를 유지하기 적절하지 않게 하였다는 제7점에 대하여만 탄핵을 인용하였다.⁷²⁾ 이 사건에서 상원은 표결 후 4일 이내에 각 상원의원이 본인이 표결한 이유를 설명하는 의견서를 제출할 수 있도록 하였다.⁷³⁾ 표결 후 몇몇 상원의원들은 본인들이 투표한 이유를 설명하는 서면들을 제출하였는데 일부는 탄핵 인용을 찬성한 이유를, 일부는 탄핵 인용을 반대한 이유를 각 기재하였다.⁷⁴⁾

67) 이상윤, 위의 글, 262면.

68) Bethel B. Kelley & Daniel G. Wyllie, *supra* note 50, at 689 (“The managers insisted that conduct on the part of a federal judge which casts doubts as to his integrity constitutes impeachable misbehavior.”).

69) *Id.*

70) *Id.*

71) *Id.*

72) *Id.* at 689~690 (“His conviction and removal were based on article seven which charged that: The reasonable and probable consequences of the actions or conduct of Halsted L. Ritter... since he became judge of said court, as an individual or as such judge, is to bring his court into scandal and disrepute, to the prejudice of said court and public confidence in the Federal judiciary, and to render him unfit to continue to serve as such judge.”).

73) Proceedings of the United States Senate in the Trial of Impeachment of Halsted L. Ritter, S. Doc. No. 200, 74th Cong., 2d Sess. 611 (1936) at 625.

74) *Id.* at 642~68. 위 서면들을 상원의 다수의견이나 소수의견이라 보기는 어렵다. 상원은 포르테우스 판사에 대한 탄핵심판 사건에서도 각 상원의원들에게 투표 결과에 대한 의견을 제시할 기회를 제공하였다. Impeachment of Judge G. Thomas Porteous, Jr., Proceedings a

클레이본(Claiborne) 판사는 탈세죄로 유죄 판결을 받았다.⁷⁵⁾ 그러나 그는 사직을 거부하여 수형 중에도 급여를 받고 있었다.⁷⁶⁾ 그러자 하원은 4개의 점에 관하여 탄핵소추를 하였다.⁷⁷⁾ 탄핵소추장 내용 중 제1점과 제2점은 각 세금 탈루 사실이었고, 제3점은 형사재판에서 유죄판결을 받은 사실, 제4점은 세금 탈루로 연방사법부에 대한 신뢰를 실추하였다는 사실이었다.⁷⁸⁾ 상원은 제1점, 제2점 및 제4점에 대하여 각 2/3 이상이 찬성하여 탄핵을 인용하였다.⁷⁹⁾

닉슨(Nixon) 판사도 연방대배심 절차 중 위증을 한 죄로 유죄 판결을 받았다.⁸⁰⁾ 그러나 닉슨 판사가 사임을 거부하자 하원은 3개의 점에 대하여 탄핵소추를 의결하였다.⁸¹⁾ 제1점과 제2점은 각 위증죄에 관한 것이었고, 제3점은 연방사법부에 대한 신뢰를 실추하였다는 사실이었다.⁸²⁾ 상원은 제1점과 제2점에 대하여는 각 탄핵을 인용하였으나, 제3점에 관하여는 탄핵을 인용하지 않았다.⁸³⁾

미국 상원은 위와 같은 일련의 탄핵심판 사건들을 통하여 차츰 형사가별 여부와 별개로 연방법관이 사법상 품위유지의무를 위반하거나 사법부에 대한 신뢰를 실추하는 행위를 한 경우 이를 독자적인 탄핵사유로 인정하였다고 할 것이다.

nd Debates of the 111th Congress, Second Session, 156 Cong. Rec. S8607, S8608 (2010).

75) Mitch McConnell, *Reflections on the Senate's Role in the Judicial Impeachment Process and Proposal for Change*, 76 Ky. L.J. 739, 740 (1987).

76) Id.

77) Id.

78) Impeachment of Judge Harry E. Claiborne, 132 Cong. Rec. 29870, 29870~29872 (1986).

79) Id. at 29873.

80) Steven W. Fitschen, *supra* note 23, at 127.

81) 이상윤, 위의 글, 247면.

82) 이상윤, 위의 글, 247면.

83) 이상윤, 위의 글, 247면.

2. 관련 형사사건과 탄핵 사건의 관계

헤이스팅스(Hastings) 판사에 대한 탄핵 사건에서 관련 형사사건에 대하여 무죄가 선고된 경우 그 피고인을 탄핵할 수 있는지 여부가 위 직접적으로 다투어졌다. 헤이스팅스 판사는 1983년경 뇌물요구죄로 기소되었으나 무죄 판결을 선고 받았다.⁸⁴⁾ 그러나 하원은 1988년경 그에 대하여 형사사건에서 이미 무죄 판결을 받은 뇌물요구의 점을 포함한 17개의 점들에 관하여 탄핵소추를 하였다.⁸⁵⁾ 제1점은 헤이스팅스 판사가 그가 재판 중인 형사사건의 피고인에 대하여 구금을 면할 수 있는 형을 선고해주는 대가로 그 피고인으로부터 돈을 수수하려 하였다는 것이었는데 상원은 이 사실을 이유로 탄핵을 인용하였다.⁸⁶⁾ 제2점 내지 제9점은 헤이스팅스 판사가 그의 뇌물요구죄에 대한 형사사건에서 각 본인이 뇌물을 수수하려 하지 않았다는 취지로 및 그 뇌물을 요구하는 과정에 대한 각 사실관계에 관하여 각 위증하였다는 것이었다.⁸⁷⁾ 상원은 그 중 제2점 내지 제5점, 제7점 내지 9점에 대하여 각 탄핵을 인용하고, 제6점에 대해서는 탄핵을 기각하였다.⁸⁸⁾ 상원은 결국 8개의 점에 관하여 탄핵을 인용하였다.⁸⁹⁾

제16점은 뇌물요구 사실 및 뇌물요구죄 사건 중 위증 사실들과 다른 사실관계에 관한 것이었다. 헤이스팅스 판사는 미국 연방이 수사 중인 어떤 사건 중 진행한 감청을 감독하는 지위에 있었다.⁹⁰⁾ 헤이스팅스 판사는 그 과정에서 감청을 통하여 수사기관이 획득한 비밀 정보를 알게 되었다.⁹¹⁾ 제16점은 그가 이와 같이 알게 된 정보를 제3자에게 부적절

84) Harry T. Edwards, *Regulating Judicial Misconduct and Dividing Good Behavior for Federal Judges*, 87 Mich. L. Rev. 765, 768 (1989).

85) Id. at 768~769.

86) Impeachment of Judge Alcee L. Hastings at 25330.

87) Id. at 25330~25333; The Impeachment Trial of Alcee L. Hastings (1989) U.S. District Judge, Florida, United State Senate, Art & History, https://www.senate.gov/artandhistory/history/common/briefing/Impeachment_Hastings.htm#8 (2020. 5. 6. 방문).

88) Impeachment of Judge Alcee L. Hastings at 25330~25333. 상원은 제10점 내지 제15점에 대해서는 각 투표하지 않기로 의결하였다. Id. at 25333.

89) 이상훈, 위의 글, 245면.

90) Impeachment of Judge Alcee L. Hastings at 25333.

하게 제공하여 수사를 방해하였다는 것이다.⁹²⁾ 상원은 위 사실에 대하여 탄핵을 인용하지 않았다.⁹³⁾

반면, 클레이본 판사는 위에서 본 바와 탈세죄에 대하여 유죄를 선고 받았다.⁹⁴⁾ 그리고 그에 관한 탄핵소추 제3점은 그가 형사재판에서 유죄 판결을 받은 사실이었다.⁹⁵⁾ 상원의원들은 클레이본 판사가 탈세행위 자체에 대해서는 각 탄핵을 인용하였음에도 불구하고, 그가 형사재판을 받은 사실에 관하여 탄핵을 인용하지 않았다.⁹⁶⁾

이와 같은 일련의 사건들을 종합하여 보면 미국 상원은 관련 형사사건의 결과와 별개로 탄핵사유를 판단한다고 할 것이다.

3. 연방법관이 전 직위 중 한 행위를 현 직위의 탄핵사유로 할 수 있는지

하원은 1912년 아치발드 판사에 대하여 총 13점에 관하여 탄핵소추를 의결하였다.⁹⁷⁾ 그 주된 내용은 그가 지위와 영향력을 이용하여 기업들에게 혜택을 주었다는 것이었다.⁹⁸⁾ 상원은 결국 13점 중 5점에 대하여 탄핵을 인용하였다.⁹⁹⁾

이 사건에서 하원은 아치발드 판사가 과거 연방 지방법원 판사일 때 한 행위들에 대하여도 탄핵소추를 의결하였다.¹⁰⁰⁾ 그러나 상원은 이 행위들에 대하여는 탄핵을 인용하지 않았다.¹⁰¹⁾ 다만, 이 결과만으로는 상원이 전 공직에 있을 때 한 행위를 이유로 탄핵을 인용할 수 있는지 여

91) Id.

92) Id. at 25333~25334.

93) Id. at 25334. 한편, 제17점은 제1점 내지 제16점을 종합하여 볼 때 헤이스팅스 판사가 사법부의 중립성에 대한 신뢰를 훼손하고 국민의 믿음을 배신하였다는 취지였는데 상원은 이 부분에 대한 탄핵을 인용하지 않았다. Id. at 25334~25335.

94) Mitch McConnell, *supra* note 75, at 740.

95) Impeachment of Judge Harry E. Claiborne, 132 Cong. Rec. 29871 (1986).

96) Id. at 29873.

97) Bethel B. Kelley & Daniel G. Wyllie, *supra* note 50, at 679.

98) Id.

99) Id.

100) Alex Jr. Simpson, *Federal Impeachment*, 64 U. Pa. L. Rev. 803, 814 (1915-1916).

101) Id.

부에 대한 법리를 정립하였다고 보기 어렵다.¹⁰²⁾ 왜냐하면 위에서 본 바와 같이 탄핵심판 투표 절차상 이유를 기재하지 않기 때문에 상원의원들이 탄핵을 찬성하는 투표를 하지 않은 이유를 알기 어렵기 때문이다.¹⁰³⁾

포르테우스 판사는 최초로 그가 연방 공직을 시작하기 전에 했던 행위에 대하여 탄핵이 인용되었다.¹⁰⁴⁾ 그는 연방 지방법원 판사로 임용되기 전 주 법원 판사였는데 상원은 그가 주 법원 판사이던 당시부터 연방 지방법원 판사가 될 때까지 한 일련의 보석보증절차에 관한 부패 행위들을 이유로도 탄핵을 인용하였다.¹⁰⁵⁾

포르테우스 판사 사건의 결과에 비추어보면 미국 상원은 현 직위 이전에 한 행위를 적법한 탄핵사유로 인정한다고 할 것이다.

4. 법관의 직무와 무관한 행위

스웨인(Swayne) 판사에 대한 탄핵심판 중 중요한 쟁점은 법관의 의무와 직접적으로 관련 없는 부정행위를 이유로 탄핵을 인용할 수 있는지 여부였다.¹⁰⁶⁾ 결국 스웨인 판사에 대한 탄핵은 인용되지 않았다.¹⁰⁷⁾ 그러나 이 결과만으로 상원이 법관이 한 직무와 무관한 행위에 관한 법리를 세웠다고 보기 어렵다.¹⁰⁸⁾ 왜냐하면 상원이 탄핵을 인용하지 않은 이유는 여러 가지로 해석이 가능하기 때문이다. 각 상원의원들이 탄핵에 찬성하는 표결을 하지 않은 이유는 탄핵사유가 입증되지 않았다고 판단하였기 때문일 수도 있고, 인정된 행위가 헌법상 탄핵사유가 되지 않는다고 판단했기 때문일 수도 있으며, 그 인정된 행위가 헌법상 탄핵사유에 해당하더라도 그 행위가 과면할 만큼 중대하지 않다고 판단했기 때문

102) Id.

103) Id.

104) Jared P. Cole & Todd Garvey, *supra* note 22, at 15.

105) Id. 탄핵소추장 제2점은 다음과 같이 주 판사시절부터 부패한 관계를 유지하였음을 적시하고 있다. Proceedings and Debates of the 111th Congress, Second Session, 156 Cong. Rec. S8609. 제2점에 대하여 상원은 탄핵을 인용하였다. Id.

106) Bethel B. Kelley & Daniel G. Wyllie, *supra* note 50, at 683.

107) Id. at 686.

108) Id.

일 수도 있다.¹⁰⁹⁾

그러나 이 쟁점은 클레이본 판사 사건에서 정리가 된 것으로 여겨진다. 클레이본 판사는 위에서 본 바와 같이 탈세죄에 대하여 유죄 판결을 받았다.¹¹⁰⁾ 하원은 그 후 클레이본 판사에 대한 탄핵소추를 하였는데 그 중 제1점과 제2점은 각 세금 탈루를 원인으로 하였다.¹¹¹⁾ 상원은 이들에 대하여 각 탄핵을 인용하였다.¹¹²⁾ 그런데 위 탈세 행위는 클레이본 판사의 직무와 관련이 없다고 할 것이므로 결국 미국 연방 상원은 직무와 관련이 없는 행위도 탄핵사유로 인정한다고 할 것이다.

비록 탄핵이 인용되기까지 이르지 않았으나 켄트(Kent) 판사에 대한 탄핵심판 사건도 참고할 만하다. 켄트 판사는 2001년부터 2007년까지 사이에 2명의 법원 직원들에 대하여 반복적으로 성폭행을 행하였음을 인정하고 형사상 처벌을 받았다.¹¹³⁾ 켄트 판사는 복역 중에도 사직하기를 거부하였다.¹¹⁴⁾ 하원은 성폭행 및 수사과정에서의 허위진술 등을 이유로 켄트 판사에 대한 탄핵소추를 의결하였다.¹¹⁵⁾ 비록 피해자들은 법원 직원이었으나 그들에 대한 성폭행은 법관의 직무와 직접적인 관련이 없다고 할 것이다. 그럼에도 불구하고 하원이 탄핵소추를 의결하였는바, 최소한 하원은 직무와 무관한 행위에 대하여 탄핵소추 의결이 가능하다고 판단하였다고 할 것이다.

109) Id.

110) Mitch McConnell, *supra* note 75, at 740.

111) Impeachment of Judge Harry E. Claiborne, 132 Cong. Rec. 29870~29872 (1986).

112) Id. at 29873.

113) 111th Cong. 1st Session, H. Res. 520 (2009); Impeaching Judge Samuel B. Kent, 155 Cong. Rec. H7055, H7055 (2009).

114) Impeaching Judge Samuel B. Kent, 155 Cong. Rec. at H7055.

115) Id. at H7064~H7067.

IV. 검토

하원의 경우 상원과 달리 탄핵소추를 할 때 탄핵소추장을 작성하고 탄핵소추를 의결한 사건에 대하여 소추위원들이 상원에서 탄핵심판 중 변론을 하므로 하원의 탄핵소추 사유를 파악하기 더 쉽다. 예를 들어 하원은 켄트 판사가 한 성폭행 행위나 헤이스팅스 판사의 수사정보 유출 행위를 각 탄핵소추의 사유로 인정하였다고 할 것이다.

하원이 인정한 탄핵소추 사유들은 (1) 부적절하게 공직의 권한을 남용하거나 넘어선 행위, (2) 공직의 목적과 기능에 부합하지 않는 행태 및 (3) 개인적 이익을 위하여 공직을 부적절하게 이용하는 행위 등으로 크게 분류할 수 있다.¹¹⁶⁾ 하원의 탄핵소추 사유 중 1/3 미만이 명시적으로 형사벌칙 조항 위반을 이유로 기재하거나 형사벌이나 범죄라는 단어를 사용하였다.¹¹⁷⁾ 더 흔한 탄핵소추 사유는 공무원이 특정한 의무 또는 선서를 위반하였거나 공무원의 그 공무를 할 능력에 대한 대중의 신뢰를 현저하게 침해하였다는 것이었다.¹¹⁸⁾ 어떤 법관들은 공직자가 아닌 시민이었다면 형사 기소조차 되지 않았을 만한 행위를 원인으로 탄핵소추가 의결되었고, 그 중 일부는 탄핵이 인용되기까지 하였다.¹¹⁹⁾

더글러스(Douglas) 연방대법관에 대하여 1970년경 탄핵소추 여부를 조사한 사법부 소위원회는 연방법관에 대한 탄핵소추가 적절한지 여부에 대한 판단기준으로 만약 그가 한 행위가 사법 공직에 관한 것이거나 사법 권한의 행사와 관련이 된 것이라면 형사벌이 가능한 행위 뿐 아니라 공적의무의 중대한 직무태만 행위도 마찬가지로 탄핵소추 사유가 되어야 할 것이라는 의견을 제시하였다.¹²⁰⁾ 또, 사법 공직의 의무와 책임과 무관한 행위라도 형사벌이 가능한 행위라면 역시 탄핵소추 사유가 되어야 한다고 하였다.¹²¹⁾ 다만 공적의무의 중대한 직무태만에 해당하나 그 행

116) Jared P. Cole & Todd Garvey, *supra* note 22, at 11.

117) Charles W. Johnson, John V. Sullivan & Thomas J. Wickham, Jr., *supra* note 8, at 612.

118) *Id.* at 612~613.

119) Harry T. Edwards, *supra* note 84, at 774.

120) Associate Justice William O. Douglas, Final Report by the Special Subcommittee on H. Res. 920 of the Committee on the Judiciary, House of Representatives, U.S. Government Printing Office 38 (1970).

위가 사법 공직에 의한 의무나 책임과 관련이 없고 형사상 처벌 대상이 아닌 행위의 경우에 대해서는 이를 탄핵소추 사유가 될지 여부에 대해서는 의견을 제시하지 않기로 하였다.¹²²⁾

미국 연방 상원은 탄핵심판의 판결 이유를 문서로 남기지 않으므로 그 결론에 이른 원인을 쉽게 파악하기 어렵다.¹²³⁾ 이는 탄핵 사건의 결론에 이른 이유를 설시하는 한국의 헌법재판소 결정과 다르다.¹²⁴⁾ 즉, 탄핵심판절차 중 상원의원들은 최종 표결을 할 때 표결이유를 설명하지 않고 표결을 하는데, 논리구조상 그 표결은 사실의 인정과 법리에 대한 판단을 모두 할 것을 요하므로, 만약 탄핵에 찬성하지 않을 경우 그 이유가 사실이 인정되지 않기 때문인지 사실은 인정되나 법리상 탄핵사유가 아니기 때문인지 구별하기 어렵다.¹²⁵⁾ 탄핵이 가결된 경우 상원이 적어도 소추사실이 인정되고, 그 인정된 사실이 법리상 탄핵사유에 해당한다고 판단하였다고 평가할 수 있을 뿐이다.¹²⁶⁾

이 논리에 의하여 미국 연방의 탄핵심판에 관한 법리를 정리하면 다음과 같다. 우선, 리터 판사에 대한 탄핵이 인용된 점을 보면 미국 연방은 연방법관이 특정 법률을 위배한 사실이 인정되지 않더라도 그가 공적인 신뢰를 위반하였다는 탄핵을 인용할 수 있다는 법리를 인정하였다고 할 것이다.¹²⁷⁾ 또, 헤이스팅스 판사에 대한 탄핵이 인용된 점을 보면 미국 연방은 어떤 연방법관의 행위에 대하여 관련 형사사건에서 무죄가 선고되었다 하더라도 동일한 사실에 관하여 그 연방법관에 대한 탄핵을 인용할 수 있다는 법리를 인정하였다고 할 것이다.¹²⁸⁾ 클레이본 판사에 대한 탄핵이 인용된 점을 보면 미국 연방은 연방법관에 대하여 그 연방법관의 직무와 직접적으로 관련이 없이 한 행위를 이유로 탄핵을 인용할 수 있다는 법리를 인정하였다고 할 것이다.¹²⁹⁾ 프로테우스 판사에 대한 탄핵

121) Id. at 38; Jared P. Cole & Todd Garvey, *supra* note 22, at 8.

122) Jared P. Cole & Todd Garvey, *supra* note 22, at 8.

123) Charles L Black, Jr. & Philip Bobbitt, *supra* note 26, at 14.

124) 헌법재판소 2017. 3. 10. 2016헌나1 결정.

125) Charles L Black, Jr. & Philip Bobbitt, *supra* note 26, at 14.

126) Jared P. Cole & Todd Garvey, *supra* note 22, at 8.

127) Id. at 9.

128) Joseph R. Thysell, *supra* note 40, at 86.

129) Jared P. Cole & Todd Garvey, *supra* note 22, at 12-13.

이 인용된 점을 보면 미국 연방은 연방법관에 대하여 그가 연방법관에 임명되기 전에 한 행위에 대하여도 탄핵을 인용할 수 있다는 법리를 인정하였다고 할 것이다.¹³⁰⁾

미국에서 탄핵은 형사상 처벌이 목적이 아니다.¹³¹⁾ 이는 공직에 적합하지 않은 개인의 직위를 해제함으로써 헌법에 의한 정부를 유지하기 위한 것이다.¹³²⁾ 이미 수차례 연방법관을 탄핵한 미국의 경험은 향후 한국에서 법관에 대한 탄핵소추가 이루어져 탄핵심판을 하게 된다면 참고가 될 수 있다.¹³³⁾

다만 이를 참고할 때 두 나라의 헌법과 법률상 탄핵 사유상의 차이점을 고려하여야 한다. 대한민국 헌법 제65조 제1항은 법관 등이 그 직무 집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 때에는 국회는 탄핵의 소추를 의결할 수 있다고 명시적으로 규정한다.¹³⁴⁾

즉, 대한민국 헌법은 “헌법이나 법률을 위배한 때” 탄핵의 소추를 의결할 수 있다고 규정하고 있다. 이는 미국 연방헌법이 법관을 포함한 연방 공무원들에 대하여 배반, 뇌물수수, 또는 다른 중대한 범죄들 및 경죄들을 이유로 탄핵이 인용되면 그들이 파면된다고 규정하고 있는 것과 다르다.¹³⁵⁾ 미국 하원은 미국 연방헌법의 탄핵소추 사유를 차츰 확대하여 형사상의 가벌 여부와 상관없이 사법부의 신뢰를 실추하는 행위도 포함시켰고 미국 상원도 이를 탄핵사유로 인정하였다. 헌법재판소는 한국의 대통령에 대한 탄핵심판 사건에서 탄핵소추사유에 해당하는 법률은 형사법에 한정되지 아니한다고 판단한 바 있다.¹³⁶⁾

130) Id. at 15

131) Id.

132) Id.

133) 이상윤, 위의 글, 236면.

134) 대한민국 헌법 제65조 제1항. 헌법재판소법 제48조는 “위반한 경우”로 표현하고 있으나 이는 헌법 제65조의 “위배한 때”와 동일한 내용이라는 견해가 있다. 김진욱, “탄핵요건으로서 헌법이나 법률 위반의 중대성 -헌법 제65조 제1항과 헌법재판소법 제53조 제1항의 해석을 중심으로-”, 「저스티스」 통권 제161호 (한국법학원, 2017), 7-8면.

135) U.S. Const. art. II, Section 4.

136) 헌법재판소 2017. 3. 10. 2016헌나1 결정. 헌법재판소가 위 결정의 사실관계에 관하여 피청구인에 대한 형사법 위반 여부에 대한 직접적인 판단을 하지 않고 오로지 헌법 및 비(非)형사법률 위반의 관점에서 평가하였다는 견해가 있다. 김하열, “대통령 탄핵 -헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1 결정-”, 「법조」 제66권 제2호 (법조협회, 2017), 416-417면.

나아가 대한민국 헌법상 탄핵사유를 미국의 경우와 가깝게 넓힐 수 있을까? 이는 법관에 대한 탄핵 제도의 필요성에 관한 민주적 합의에 의하여야 할 것이나, 헌법상 근거를 부여하려면 법관이 위배한 헌법이나 법률을 제시할 수 있어야 할 것이다. 생각건대 그 근거는 법관징계법 제2조에서 찾을 수 있을 것이다. 법관징계법 제2조 제2호는 법관이 그 품위를 손상하거나 법원의 위신을 떨어뜨린 경우 법관을 징계할 수 있도록 하고 있는바,¹³⁷⁾ 국회는 만약 법관의 행위가 이 조항을 위반하였고 그 정도가 매우 심하다고 판단한다면 탄핵소추를 의결할 수 있을 것이다.

또한, 대한민국 헌법 제65조는 “직무집행에 있어서” 헌법이나 법률을 위배하여야 한다고 규정하고 있다. 헌법재판소는 대통령에 탄핵심판 사건에서 직무란 법제상 소관 직무에 속하는 고유 업무와 사회통념상 이와 관련된 업무를 말하고, 법령에 근거한 행위뿐만 아니라 대통령의 지위에서 국정수행과 관련하여 행하는 모든 행위를 포괄하는 개념이라고 판시하였다.¹³⁸⁾ 미국 상원은 위에서 본 바와 같이 직무와 무관한 행위도 탄핵사유로 인정한 것으로 여겨진다. 그러나 대한민국 헌법은 직무집행에 관할 것을 명시하고 있으므로 미국의 예를 그대로 따르기는 어려울 것이다.¹³⁹⁾

헌법재판소는 대통령의 탄핵심판 사건에서 대한민국 헌법 제65조를 해석하면서 대통령으로 취임하기 전에 일어난 사실에 바탕을 두고 있는 것은 대통령으로서의 직무집행과 무관함이 명백하므로 탄핵사유에 해당하지 않는다고 판단하였다.¹⁴⁰⁾ 이는 연방법관으로 선임되기 전에 한 일련의 행위를 탄핵사유로 한 미국과 다르다고 할 것이다.

헌법재판소법 제53조 제1항은 탄핵심판청구가 이유 있는 때에는 헌법재판소는 피청구인을 당해 공직에서 파면하는 결정을 선고한다고 규정하

137) 법관징계법 제2조 제2호.

138) 헌법재판소 2017. 3. 10. 2016헌나1 결정.

139) 개인으로서의 사생활은 원칙적으로 직무관련성이 부정되어 탄핵의 사유로 삼을 수 없으나, 대통령의 행위가 ‘대통령의 지위에서’ 행한 것인지, 아니면 순수한 개인으로서의 행위인지 구분하기 모호할 수 있음을 지적한 견해가 있다. 윤정인, “대통령 탄핵사유의 범위 -2016헌나1 대통령(박근혜) 탄핵사건을 중심으로-”, 「공법연구」 제45집 제3호 (한국공법학회, 2017), 200면.

140) 헌법재판소 2004. 5. 14. 2004헌나1 결정.

고 있는바,¹⁴¹⁾ 한국 헌법재판소는 이 조항 중 “탄핵심판청구가 이유 있는 때”를 해석하면서 중대성 요건을 인정하였다.¹⁴²⁾ 왜냐하면 헌법재판소가 직무행위로 인한 모든 사소한 범위만을 이유로 파면한다면 이는 피청구인의 책임에 상응하는 헌법적 징벌의 요청 즉, 법익형량의 원칙에 위반한다고 보았기 때문이다.¹⁴³⁾ 이를 헌법 제65조 제1항로부터 도출되는 심판대상자에게 직무를 계속 수행하게 할 이익이 존재하지 않을 것이라는 요건을 판단하는 한 요소로 이해하기도 한다.¹⁴⁴⁾ 이와 달리 미국 상원은 적어도 명시적으로는 소추사유의 중대성을 탄핵 요건으로 고려하지 않는다.¹⁴⁵⁾

탄핵 절차의 특징도 고려하여야 한다. 미국의 탄핵 절차가 한국의 탄핵 절차와 비슷한 점은 하원만 탄핵 절차를 개시할 권한이 있을 뿐 상원은 이를 개시할 수 없다는 것이다.¹⁴⁶⁾ 이는 국회만 탄핵 절차를 개시할 수 있을 뿐 헌법재판소가 먼저 탄핵 절차를 개시할 수 없는 한국과 유사하다.¹⁴⁷⁾

절차상의 차이점으로는, 우선 미국은 탄핵심판을 의회가 담당하는 정치기관형인 반면, 한국은 탄핵심판을 헌법재판소가 담당하는 사법기관형에 해당한다.¹⁴⁸⁾ 즉, 미국 탄핵 절차는 시작부터 끝까지 연방의회 내에서 이루어지고 연방법원은 이를 심사하지 않는다.¹⁴⁹⁾ 이는 헌법상 탄핵의 권한을 국회와 헌법재판소가 나누어 갖는 한국과 다르다.¹⁵⁰⁾ 또, 하원은 탄핵소추절차에 관한 규칙을 스스로 정하고, 상원은 탄핵심판절차

141) 헌법재판소법 제53조 제1항.

142) 헌법재판소 2004. 5. 14. 2004헌나1 결정.

143) U.S. Const. art. I, Section 2(5).

144) 정중섭, “彈劾審判에 있어 憲法裁判所의 彈劾與否決定權”, 서울대학교 법학 제46권 제1호 (2005), 538-539면.

145) 위에서 본 바와 같이 파면 여부에 대한 별도의 표결 절차를 거친 사례가 있었다. III.1. 참조. 이와 별개로 ‘중대한 범죄(high crimes)’의 판단기준에 관한 이론적 논의는 활발하다. 정영화, “대통령 탄핵, ‘중대한’ 범위만 -미국과 한국의 비교”, 「미국헌법연구」 제27권 제3호 (미국헌법학회, 2016), 268면.

146) U.S. Const. art. I, Section 2(5).

147) 대한민국 헌법 제65조 제1항.

148) 손상식, “현행 헌법상 탄핵심판의 본질과 그 책임의 성격에 대한 일고찰”, 「헌법학연구」 제26권 제1호 (한국헌법학회, 2020), 311면.

149) Nixon v. United States, 506 U.S. 224, 226 (1993).

150) 대한민국 헌법 제65조 제1항; 제111조 제1항 제2호.

에 관한 규칙을 스스로 정할 수 있을 뿐 서로 관여할 수 없다.¹⁵¹⁾ 이는 국회가 헌법재판소법을 제·개정할 수 있고 헌법재판소는 법률에 저촉하지 아니하는 범위 안에서 심판에 관한 절차 등을 제정할 수 있는 한국과 다르다.¹⁵²⁾ 미국 상원은 위에서 본 바와 같이 개별 상원의원들에게 표결 이유를 문서로 제출할 기회를 제공할 뿐 상원의 결론에 대한 이유를 작성하지 않는다. 이는 한국 헌법재판소가 그 결론에 이른 이유를 글로 남기는 것과 다르다.¹⁵³⁾

위와 같은 차이점들은 중대성 요건에 관한 함의가 있다. 즉, 미국 상원은 한국 헌법재판소와 달리 결론에 대한 이유를 작성하지 않으므로 각 상원의원들이 표결할 때 탄핵소추사유의 중대성을 고려하는지 여부를 알기 어렵다. 즉, 각 상원의원은 표결의 근거를 논리적으로 방어할 필요가 없으므로 각 상원의원이 탄핵사유가 중대하지 않다는 이유만으로 탄핵을 반대하였는지 구별할 수가 없다. 따라서 탄핵사유가 명시적으로 중대할 것을 요하지 않는다는 사실만으로 그 요건이 실제로 영향이 없다고 보기 어렵다.

미국 상원은 미국 하원이 탄핵소추사유에 중대성 요건을 들지 여부에, 미국 하원은 미국 상원이 탄핵심판사유에 중대성 요건을 들지 여부에 각 관여할 수 없다. 이와 달리 대한민국 국회는 최소한 현 헌법재판소 결정 하에서는 헌법재판소법을 개정하여 중대성 요건을 삭제할 수 있다고 할 것이다.¹⁵⁴⁾ 다만 이 경우 헌법재판소가 그 조항에 대하여 헌법에 반한다는 판단을 할 수도 있다.

151) U.S. Const. art. I, Section 5(2); Michael J. Gerhardt, *supra* note 22, at 25, 33.

152) 대한민국 헌법 제113조 제2항.

153) 헌법재판소 2017. 3. 10. 2016헌나1 결정.

154) 중대성 요건에 관하여 객관적인 기준 또는 수준을 제시하는 것이 거의 불가능하다는 의견이 있다. 김용훈, “탄핵심판제도의 입헌 취지 및 심리 방향성 소고 -노무현 대통령 탄핵심판 결정문을 소재로-”, 「법학논총」 제37집 (숭실대학교 법학연구소, 2017), 6면. 헌법에 명문규정이 없고, 중대성 요건을 통하여 헌법재판소가 판단 재량을 행사하는 것은 민주적 법치주의 원리와 사법적 자제 원칙에 맞지 않는다는 이유로 중대성 요건을 폐기하여야 한다는 견해도 있다. 김문수, “법치주의 관점에서 본 탄핵결정요건으로서 헌법·법률 위배의 중대성”, 「연세 공공거버넌스와 법」 제9권 제1호 (2018), 74면.

V. 결론

미국 연방법관들에 대한 탄핵심판 사건의 법리를 연구하기 위해서는 미국 연방대법원의 판결보다 미국 연방의회의 탄핵심판 사건들에 대한 각 의결 결과를 연구하여야 한다. 미국 상원이 연방법관들에 대한 탄핵을 인용한 사건들에 비추어보면, 미국 상원은 특정 법률을 위배한 사실이 인정되지 않아도 공적인 신뢰를 위반한 사실이 있으면 이를 이유로 탄핵을 인용할 수 있고, 관련 형사사건에서 무죄가 선고되었다더라도 탄핵을 인용할 수 있으며, 연방법관 직 이전의 행위에 대하여도 탄핵을 인용할 수 있고, 직무와 관련이 없는 행위에 대하여도 탄핵을 인용할 수 있다는 각 법리를 인정하였다고 할 것이다.

앞으로 사법농단 사건들에 관한 사실관계가 정리되면 국회는 관련 법관들에 대한 탄핵소추 여부를 구체적으로 검토할 것이다. 각 법관들의 행위들이 충분히 공개되었을 때 그 내용에 비추어 미국 연방법관들에 대한 탄핵 심판 사건들의 법리가 더 세밀하게 연구될 수 있을 것이다.

표 1 미국 연방법관 탄핵 사례¹⁵⁵⁾

순번	이름	직위	소추 연도	탄핵사유	상원 재판 일시	결론
1	존 피커링 (John Pickering)	뉴 햄셔(New Hampshire) 지구 지방법원 판사	1803	만취 상태로 재판 진행 및 불법적 재판 진행	1803.3.3.~ 1804.3.12.	탄핵 인용.

155) Cass R. Sunstein, *supra* note 48, 108~113의 표를 재구성.

2	사 무 엘 체 이스 (Samuel Chase)	연방대법원 대 법관(Associat e Justice)	1804	재판 중의 임 의적이고 억압 적인 행위	1804.12. 7.~1805.3. 1.	탄 핵 기 각.
3	제 임 스 팩 (Jam es H. P eck)	서 테네시 지 구(Western D istrict of Te nnessee) 지 방법원 판사	1830	징계권의 남용	1830.4.2 6.~ 1831.1.31.	탄 핵 기 각.
4	웨 스트 험프리스 (West H. Hum phreys)	서 테네시 지 구(Western D istrict of Te nnessee) 지 방법원 판사	1862	재판 진행 거 부 및 미국 연 방 정부에 대 한 전쟁행위	1862.6.9.~ 1862.6.26.	탄 핵 인 용.
5	마크 데 라 해 이 (Mark H. Dela hay)	캔사스(Kansa s) 지구 지방 법원 판사	1873	음주 상태 재판 진행	해당 없음	심 판 전 사 직.
6	찰스 스 웨인 (C harles Swayn e)	북 플로리다 지구(Norther District of Fl orida) 지방법 원 판사	1876	공직 임명 대 가 금전 수수 및 직위에 대 한 형사벌에 해당하는 무시 행위	1876.3.3.~ 1876.8.1.	탄 핵 기 각.

7	로버트 아치발드 (Robert W. Arch bald)	상사법원(U.S. Commerce C ourt) 부판사	1912	사건 당사자들 과의 부적절한 사업관계	1912.7.1 3.~ 1913.1.13.	탄 핵 인 용.
8	조지 잉 글리시 (George W. Engl ish)	동 일리노이 지구 (Eastern District of Ill inois) 지방법 원 판사	1926	권한 남용	1926.4.2 3.~ 1926.12.13.	심 판 중 사 임.
9	해롤드 라우더백 (Harold Louderb ack)	북 캘리포니아 지구(Norther n district of California) 지 방법원 판사	1933	파산관재인 선 임 과정에서 특혜제공	1933.3.1 5.~ 1933.3.24.	탄 핵 기 각.
10	할스테드 리터 (H alsted L. Ritte r)	남 플로리다 지구(Souther n district of Florida) 지방 법원 판사	1936	파산관재인 선 임 과정에서 특혜제공, 판 사직 중 변호 사 업무 수행	1936.3.1 0.~1936.4. 17.	탄 핵 인 용.
11	해리 크 레이 본 (Harry E. Claib orne)	네바다(Nevad a) 지구 지방 법원 판사	1986	탈세 및 형사 재판 유죄 선 고 후 판사직 유지.	1986.10. 7.~ 1986.1 0.9.	탄 핵 인 용.
12	알시 헤 이스팅스 (Alcee L. Hasti ngs)	남 플로리다 지구(Souther n district of Florida) 지방 법원 판사	1988	위증 및 뇌물 요구.	1989.10.1 8.~1989.1 0.20.	탄 핵 인 용.

13	윌터 닉슨 (Walter L. Nixon)	남 미시시피 지구(Southern district of Mississippi) 지방법원 판사	1989	대 배심 절차 중 위증.	1989.11.1.~ 1989.11.3.	탄핵 인용.
14	사무엘 켄트 (Samuel B. Kent)	남 텍사스 지구(Southern district of Texas) 지방법원 판사	2009	성폭행, 공무집행 방해 등.	2009.6.24.~ 2009.7.22.	심판중사임.
15	토마스 포르테우스 (G. Thomas Porteous, Jr.)	동 루이지애나 (Eastern district of Louisiana) 지방법원 판사	2010	뇌물 수수 및 위증.	2010.12.7.~2010.12.8.	탄핵 인용.

(논문투고일: 2020.05.06, 심사개시일: 2020.06.01, 게재확정일: 2020.06.15)



▶ 이준범

헌법, 탄핵, 법관, 미국, 비교법.

【참 고 문 헌】

I. 국내문헌

1. 논문

- 김문수, “법치주의 관점에서 본 탄핵결정요건으로서 헌법·법률 위배의 중대성”, 「연세 공공거버넌스와 법」 제9권 제1호 (2018).
- 김진욱, “탄핵요건으로서 헌법이나 법률 위반의 중대성 -헌법 제65조 제1항과 헌법재판소법 제53조 제1항의 해석을 중심으로-”, 「저스티스」 통권 제161호 (한국법학원, 2017).
- 김용훈, “탄핵심판제도의 입헌 취지 및 심리 방향성 소고 -노무현 대통령 탄핵심판결정문을 소재로-”, 「법학논총」 제37집 (숭실대학교 법학연구소, 2017).
- 김하열, “대통령 탄핵 -헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1 결정-”, 「법조」 제66권 제2호 (법조협회, 2017).
- 손상식, “현행 헌법상 탄핵심판의 본질과 그 책임의 성격에 대한 일고찰”, 「헌법학연구」 제26권 제1호 (한국헌법학회, 2020).
- 윤정인, “대통령 탄핵사유의 범위 -2016헌나1 대통령(박근혜) 탄핵사건을 중심으로-”, 「공법연구」 제45집 제3호 (한국공법학회, 2017).
- 윤정인·김선택, “법관 탄핵의 요건과 절차-사법농단 사태와 관련하여-”, 「공법연구」 제47집 제3호 (한국공법학회, 2019).
- 이상운, “미국탄핵제도의 헌법적 연구”, 「공법학연구」 제7권 제4호 (한국 비교공법학회, 2004).
- 이명웅, “미국 연방헌법의 탄핵사유”, 「미국헌법연구」 제16권 제2호 (미국헌법학회, 2005).
- 정영화, “대통령 탄핵, ‘중대한’ 범위반 -미국과 한국의 비교”, 미국헌법연구 제27권 제3호(미국헌법학회, 2016).
- 정종섭, “彈劾審判에 있어 憲法裁判所의 彈劾與否決定權”, 「서울대학교 법학」 제46권 제1호 (서울대학교 법학연구소, 2005),
- 조영승, “현행 헌법상 권력분립과 사법부의 독립-사법행정권 남용과 관

런하여-”, 「한국부패학회보」 제23권 제4호 (한국부패학회, 2018).

2. 기타 자료

정지용, 이탄희 “법관탄핵 추진...사법농단 연루 판사 해결해야”, 한국일보, 정치 (2020. 1. 20.), <https://www.hankookilbo.com/News/Read/202001201066034729?did=DA&dtype=&dtypecode=&prnewsid=>.

박태인, “이탄희·이수진이 띄운 법관 탄핵...양승태 의혹 판사들 겨눈다.”, 중앙일보 (2020. 5. 3. 05:00), <https://news.joins.com/article/23767867>.

이기성, “‘사법농단’ 3연속 무죄...임성근 판사, ‘재판 개입 혐의’ 무죄”, SBS (2020. 2. 14. 11:33), https://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news_id=N1005648975.

II. 외국문헌

1. 단행본

Cass R. Sunstein, *Impeachment: A Citizen's Guide*, Harvard University Press (2017).

Charles L Black, Jr. & Philip Bobbitt, *Impeachment: A Handbook*, Yale University Press (New ed. 2018).

Michael J. Gerhardt, *The Federal Impeachment Process*, The University of Chicago Press (3d ed. 2019).

Peter Charles Hoffer & N.E.H. Hull, *Impeachment in America 1635-1805*, Yale University Press (1984).

2. 논문

- Alex Jr. Simpson, *Federal Impeachment*, 64 U. Pa. L. Rev. 803 (1915-1916).
- Bethel B. Kelley & Daniel G. Wyllie, *The Congressional Impeachment Power as it Relates to the Federal Judiciary*, 46 Notre Dame Lawyer 678 (1971).
- Brown, *The Impeachment of the Federal Judiciary*, 26 Harv. L. Rev. 684 (1913).
- John D. Feerick, *Impeaching Federal Judges: A Study of the Constitutional Provisions*, 39 Fordham L. Rev. 1 (1970).
- Joseph R. Thysell, *Senate Rule XI and the Impeachment of Federal Judges*, 29 S.U.L. Rev. 77 (2001).
- Harry T. Edwards, *Regulating Judicial Misconduct and Dividing Good Behavior for Federal Judges*, 87 Mich. L. Rev. 765 (1989).
- Howell T. Heflin, *The Impeachment Process: Modernizing an Archaic System*, 71 Judicature 123 (1987).
- Mellisa H. Haxman, *In Defense of the Constitution's Judicial Impeachment Standard*, 86 Mich. L. Rev. 420 (1987).
- Michael Abramowicz, *Impeaching Judges at the Fringe*, 106 Yale L. J. 2293 (1997).
- Michael J. Broyde, *Expediting Impeachment: Removing Article III Federal Judges after Criminal Conviction*, 17 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 157 (1994).
- Mitch McConnell, *Reflections on the Senate's Role in the Judicial Impeachment Process and Proposal for Change*, 76 Ky. L.J. 739 (1987).
- Steven W. Fitschen, *Impeaching Federal Judges: A Covenantal and Constitutional Response to Judicial Tyranny*, 10 Regent U. L. Rev. 111 (1998).

3. 기타 자료

111th Cong. 1st Session, H. Res. 520 (2009).

Annals of Congress, Senate, 8th Congress, 1st Session, 364 <https://memory.loc.gov/cgi-bin/ampage?collId=llac&fileName=013/llac013.db&recNum=2>.

Associate Justice William O. Douglas, Final Report by the Special Subcommittee on H. Res. 920 of the Committee on the Judiciary, House of Representatives, U.S. Government Printing Office (1970).

Charles W. Johnson, John V. Sullivan & Thomas J. Wickham, Jr., House Practice: A Guide to the Rules, Precedents, and Procedures of the House, House Practice (2017).

Impeaching Judge Samuel B. Kent, 155 Cong. Rec. H7055 (2009).

Impeachment of Judge Alcee L. Hastings, 135 Cong. Rec. 25329 (1989).

Impeachment of Judge G. Thomas Porteous, Jr., Proceedings and Debates of the 111th Congress, Second Session, 156 Cong. Rec. S8607 (2010).

Impeachment of Judge Harry E. Claiborne, 132 Cong. Rec. 29870 (1986).

Jared P. Cole & Todd Garvey, Impeachment and Removal (2015).

Proceedings of the United States Senate in the Trial of Impeachment of Halsted L. Ritter, S. Doc. No. 200, 74th Cong., 2d Sess. 611 (1936).

The Impeachment Trial of Alcee L. Hastings (1989) U.S. District Judge, Florida, United State Senate, Art & History, https://www.senate.gov/artandhistory/history/common/briefing/Impeachment_Hastings.htm#8.

Abstract

A Study on the Impeachments of U.S. Federal Judges

Joon Buhm Lee

Many Korean judges were indicted because of their roles regarding the recent judicial scandal. But so far no judge was impeached. If any judge is impeached, then the U.S. history of impeaching federal judges may be informative.

Because U.S. Senate does not write a formal opinion about why the Senate chose to, or chose not to, convict an impeached civil officer, in other words, because the Senate decides on both the facts and the law without giving its reasoning, it is difficult to figure out why the Senate chose, or chose not, to do so. But when the Senate does decide to convict, it is possible to infer from the conviction that the Senate not only found the alleged facts have been proven but also the proven facts are facts that, by law, could be a ground for conviction.

Under this logic, the following rules can be inferred. The fact that Judge Ritter was convicted shows that the Senate decided that a federal judge can be convicted for betraying public confidence even though the judge may not have violated a specific statute. The fact that Judge Hastings was convicted shows that a federal judge can be convicted even though the judge was acquitted in a related criminal trial. The fact that Judge Porteous was convicted shows that a federal judge can be impeached for conducts by the judge conducted before the judge became a federal judge. Lastly, the fact that Judge Claiborne was convicted shows that a judge may be convicted for conducts not directly related to the office.



▶ **Joon Buhm Lee**

Constitution, Impeachment, Judge, United States, Comparative Law.

존 피니스의 「자연법과 자연권」의 구성과
중심 요소에 대한 연구*
-실천적 합당성의 자연법론을 이해하기-

이상영**

【목 차】

I. 서론	IV. 자연, 이성, 신
II. 「자연법과 자연권」의 배경과 동기	V. 형상과 반론
III. 「자연법과 자연권」의 구성	VI. 법에 대한 평가와 기술(記述)
	VII. 맺음말

【국 문 요 약】

아퀴나스의 윤리학과 자연법론을 계승하여 현대법철학의 틀 내에서 발전시킨 피니스(J. Finnis)의 대표저작인 「자연법과 자연권Natural Law & Natural Rights」를 이해하고자 한다. 이 글에서는 「자연법과 자연권」의 저술 배경과 동기, 그리고 이 책의 전체적인 구성의 기본 틀이 되는 피니스의 논증 방법과 도달하고자하는 목표에 대해서 살펴보고자 한다. 그리고 피니스의 자연법론에서 제시되는 가정과 주장, 명제와 논증, 평가와 가치 등등을 가능한 한 분명하게 파악해본다. 현대의 법이론에서 법에 대한 기술(記述)에 앞서 어떻게 기술하는 것이 좋은가에 대한 평가의 필요성을 주장한 피니스는 자신의 자연법론으로 올바른 실천적 추론과 적절한 질서가 무엇인가에 대해 답변을 제공하고자 시도하였다. 자연법론의 목표가 결코 기술에 앞선 평가 작업에만 있지는 않지만, 자연법론은 그와 같은 평가 작업에 필수불가결할 뿐만 아니라 사람들의 실

* 이 논문은 2018년 4분기 한국방송통신대학교 학술연구비의 지원을 받아 작성된 것임

** 한국방송통신대학교 법학과 교수

천적 성찰에 도움을 준다는 것이다. 피니스는 사실에 대한 지식이 있어야 올바른 평가를 내릴 수 있고, 평가가 없으면 어떠한 기술이 올바른 기술인지 알 수 없을 것이라고 주장한다.

I. 서론

1980년에 출간된(제2판은 2011년) 존 피니스(J. Finnis)의 「자연법과 자연권」은 아마도 현대 자연법론(또한 법철학)의 대표적 저작들 중 하나일 것이다.¹⁾ 현대(대략 최소한 지난 한 세기 동안)의 상대적으로 지배적인 법이론 경향이 법실증주의(혹은 비자연법론)라는 것을 쉽게 부인할 수는 없다. 또한 조금은 지나치게 솔직하게 말하자면, 법실무(주로는 사법(司法) 영역이지만, 입법과 행정 영역까지도)에서는 물론이고, 결과적으로 법철학과 법이론 연구의 결과물들의 출현 빈도나 양에 있어서, 그리고 그것들에 대한 관심도에 있어서도 아무래도 법실증주의적 경향을 띠는 저작들이 더 큰 비중을 가지고 있었다는 것도 사실일 것이다.

이런 상황에서 자연법에 대한 매력, 자연법적 성향, 자연법의 가치와 평가, 자연법적 주장과 논의와 논증, 등등을 거론하는 것이 점점 더 드물어졌다. 자연법(론)에 대한 관심이나 연구도 따라서 상당히 위축되거나 몇몇의 경우(예를 들면, 풀러의 ‘절차적 자연법론’, 드워킨의 ‘원리주의’, 라드브루흐의 ‘비실증주의적 상대주의’, 페를만의 ‘논증이론’, 맥코믹의 ‘제도적 법이론’, 등등)처럼 현대적 용어를 포함하는 논리와 논증으로 다양한 모습을 띠고 전개되어왔다.²⁾ 단적으로 말해서, 이제는 전통적 자

1) J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Clarendon Press, 1980; 2nd ed., 2011. 이 글에서 이 책을 인용할 때 피니스가 본인의 저서들과 논문들에서 인용하는 방식으로 NLNR으로 표기하고자 한다. 그리고 이 글에서 인용하는 모든 쪽수와 기타의 부분들은 특별히 초판(1980)을 거론해야할 경우를 제외하고는 2011년도에 제2판으로 출간된 NLNR을 기본으로 하고 있다.

2) 이러한 예들에 대해서 피니스는 NLNR의 제1부(‘제1장 법에 대한 평가와 기술(記述)’의 ‘제4절 관점의 선택’, 그리고 주로는 ‘제2장 형상과 반론’, 특히 ‘제1절 자연법과 자연법론’과 ‘제2절 법의 효력과 도덕성’)에서 자연법론의 문제 상황을 설명하면서 집중적으로 다루고

연법론 혹은 정통 자연법론 혹은 고전적 자연법론 혹은 보편적 자연법 가치 등을 주장하는 것은 말할 것도 없이 그것을 거론하는 것 자체가 한편으로는 매우 고리타분한 것이며 다른 한편으로는 전혀 비현실적인 혹은 비이성적인 것으로 여겨지기도 한다. 더 나아가 그러한 자연법론에 ‘비합리적’ 혹은 ‘불명확한’ 혹은 ‘종교적’ 혹은 ‘인식불가능한’ 등의 수식어를 붙여서 그 수식어의 의미가 자연법론의 본질적 요소인 양 하기도 한다.³⁾

피니스의 이 「자연법과 자연권」은 이러한 상황 한가운데에서 1980년에 출간되었다. 그리고 이러한 경향이 더 심화되는 상황에 굴하지 않고,⁴⁾ 다시 2011년에 제2판(본문은 큰 변화는 없지만, 제2판 후기로 66쪽을 새롭게 첨가해서)을 출간하였다.⁵⁾ 그리고 미리 말하자면, 피니스는 이 책에서 전통적이고 정통의 고전적 자연법론을 통해 보편적 자연법 가치를 확인해주려고 한다.⁶⁾ 이러한 확인을 통해서 피니스는 ‘이성적’이고

있다. 물론 NLNR의 전반에 걸쳐서 곳곳에서(좀 더 집중된 부분으로는 ‘제12장 부정의한 법’) 각 주제들의 논증과정 속에서 반복하여 이 예들을 비판적으로 거론한다. Brian Bix, “Natural Law Theory: The Modern Tradition”, OXFORD HANDBOOK OF JURISPRUDENCE AND PHILOSOPHY OF LAW, Jules L. Coleman & Scott Shapiro, eds.,(Oxford University Press, 2002), 66~68.

- 3) Raymond Wacks, Jurisprudence fifth edition,(London: Blackstone Press, 1999), 96~100. Brian Bix, 앞의 논문, 95~98.
- 4) 이러한 상황과 그에 대한 피니스의 인상과 대처에 관해서는 NLNR, 후기에서 개요 부분의 2와 3에서 볼 수 있다. NLNR, 415~419.
- 5) NLNR, 414~479. 사실 초판과 제2판 사이의 20여년의 기간은 피니스의 자연법연구의 본격적인 작업이 이루어진 시기라고 할 수 있다. 다시 말해서 초판에서의 동기와 목적 그리고 각 주제에 대한 논증 등등에서 제기된 여러 문제들에 대해서 독립된 형태로 혹은 연결된 형태로 많은 다양한 저술 작업이 이 시기에 이루어졌다. 따라서 제2판이 출간 될 때는 그동안의 이런 연구결과들을 포함해서 좀 더 완성된 모습을 갖추려고 하였을 것이다. 그럼에도 제2판에서는 초판의 본문에는 거의 수정을 가하지 않고, 후기의 형식으로 보완하는 방식을 취했다. 특히 주목할 만한 것은 이 기간 동안에(초판 출간 전후 기간을 포함하여) 작업했던 여러 연구결과들이 피니스의 5권짜리 Collected Essays(이하 CEJF임)에 수록되었다. 따라서 제2판은 CEJF의 논문들과 긴밀하게 연관관계를 갖고 출간되었다. NLNR, 제2판 서문, ix.
- 6) 자연법(론)에 형용된 ‘전통적’, ‘정통의’, ‘고전적’ 그리고 ‘보편적 가치’ 등의 용어의 함의에 대한 여러 논쟁적 논의가 있을 수 있을 것이다. 이 문제는 이 글의 본문에서 다룰 피니스의 자연법론에 대한 이해를 위한 해설을 전개하면서 풀려나갈 것이라 생각한다. 그러나 좀 더 쉬운 접근을 위해 피니스 자연법론을 관통하는 하나의 관념을 제시한다면, 그것은 ‘자

‘합리적’인, 따라서 ‘설명가능하고’ ‘인식가능한’, 그리고 결국에는 ‘보편적’ 가치로서의 자연법을 그려내고자 하는 자연법론을 제안하는 것이다.

이 글의 가장 우선되는 목표는 피니스의 「자연법과 자연권」에 대한 ‘있는 그대로의’ 이해라고 할 수 있다. 물론 특정 법이론과 법사상 혹은 특정 경향의 법리학(Jurisprudence)을 대표하는 어떤 연구결과물을 그 자체의 가정과 명제 그리고 논증과정에 따라 이해한다는 것은 일반적으로 의미 있는 일이지는 않지만,⁷⁾ 굳이 이 글이 피니스의 「자연법과 자연권」에 대한 이해를 우선적인 목표로 삼는 나름대로의 이유가 있다. 인상적으로든 실질적으로든 이 책, NLNR이 매우 난해해서 접근하기가 쉽지 않기 때문이다.⁸⁾ 그 난해함의 원인은 또한 다양한 방향에서 찾을 수 있을 것이다. 필자는 피니스가 그토록 난해하게 저술하면서 구사한 복잡한 논증 방식이 기본적인 원인이라 생각한다.⁹⁾ 따라서 이 글의 목표는 피니스의 논증하는 방식과 거기에 채용한 근거들이 피니스의 자연법론에 어떻게 관계되며 구성되는가를 이해하는 것이라고 할 수 있다. 우선 이 글에서는 「자연법과 자연권」의 저술 배경과 동기, 그리고 이 책의 전체적인 구성의 기본 틀과 목표에 대해서 살펴보고자 한다.

이 글의 또 하나의 목표라고 할 수 있는 것은, 피니스의 법이론을 중

연법론에서의 보편적 가치’일 것이다. 따라서 일단은 ‘보편적 가치’를 그 핵심으로 하는 자연법론을 전통적 혹은 정통의 혹은 고전적 자연법론이라고 생각하는 것은 크게 문제가 되지 않을 것이다.

- 7) 법이론, 법철학, 법학 등의 다양한 번역의 예들이 있고, 법리학이라는 용어의 낯설이 있기는 하지만, legal theory, philosophy of law, science of law, legal science 등과 구분하여 ‘Jurisprudence’를 법리학이라고 번역한다.
- 8) 필자의 독해력과 이해력이 미천함을 완전히 인정한다고 하더라도, ‘읽혀져야 책이다’라는 생각과 평가를 강하게 갖고 있는 필자에게 피니스의 이 책의 난해함은 참으로 많은 괴로움을 주었고 주고 있다. 영어로 쓴 이 책이 현재까지 비영어권 나라들 중 어느 곳에서도 그들의 언어로 번역되었다는 소식이 전혀 들리지 않는 것은 아마도 이 책의 난해함으로 인한 것이 아닌가 우겨서 생각하며 필자의 괴로움을 달랠 위로로 삼는다.
- 9) 그럼에도 최근에 한국 법철학계에서 존 피니스에 대한 연구논문이 점차적으로 나타나고 있다. 피니스와 현대 자연법론에 대한 이해에 도움이 된다. 오병선, “신토마스주의 자연법론의 방법과 논변 -존 피니스의 법철학을 중심으로-”, 법철학연구 10권2호, 한국법철학회, 2007.; 이정훈, “존 피니스(John Finnis)의 실천적 합당성(Practical Reasonableness)에 관한 연구”, 법철학연구 16권3호, 한국법철학회, 2013.; 오민용, “존 피니스(John Finnis)의 웰빙(well-being) 이론에 관한 연구”, 법철학연구 23권1호, 한국법철학회, 2020.

심으로, 아리스토텔레스와 아퀴나스의 윤리학과 자연법론을 계승하여 현대 법철학에서 그 지위를 확인받고자 하는 자연법론에서 제시되는 가정과 주장, 명제와 논증, 평가와 가치 등등을 가능한 한 분명하게 파악해보는 것이라고 할 수 있다.¹⁰⁾ 물론 두 번째의 이 목표는 앞선 첫 번째 목표에 따른 글 전개과정에서 얻어질 수 있는 연속된 목표라고 하는 것이 좋을 것이다.

II. 「자연법과 자연권」의 배경과 동기

이해를 돕기 위해서 조금은 도움이 될 수 있는 필자 나름의 전략적인 접근방법 중 하나를 미리 말하자면, 피니스의 이 책, 「자연법과 자연권」의 저술 배경과 동기를 알기 위해서는 제2판 후기의 개요를 먼저 읽어보는 것이 편할 것 같다. 물론 이 책의 제1장 제1절의 첫 문단에서 피니스 자신만의 독특한 관심과 취지를 매우 간략하고 단호하게 표현하고 있지만, 제2판 후기의 개요를 함께 읽어보면 피니스의 의도와 목적을 좀더 구체적으로 분명하게 알 수 있으리라 생각한다. “인간선(human good)과 실천적 합당성(practical reasonableness)의 문제에 대한 답변을 제시하는 것!”¹¹⁾

피니스의 이 책은 하트의 권유로부터 시작했다.¹²⁾ 하트는 피니스에게

10) 이러한 피니스의 노력과 기대 혹은 열망은 NLNR의 근거에 굳게 자리 잡고 있다. 특히 ‘제1장 제5절’, ‘제2장 전반’, ‘제13장 전반’ 등에서는 드러나게 표현한다. Brian Bix, “Natural Law Theory”, A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory, Second edition, Dennis Patterson eds.,(Blackwell, 2010), 228~230.

11) NLNR, 3.

12) 이 책의 출간의 역사에 관해서는 2011년 제2판의 후기에서 밝히고 있다. 1966년 옥스퍼드 클라레튼 법학 시리즈의 편집인이었던 하트(피니스의 박사학위논문 지도교수였다)는 이 시리즈의 일환으로 자연법에 관한 책을 피니스에게 의뢰하였다. 기쁘게 응낙한 피니스는 4-5년 정도면 완성하리라 했지만, 결국 15년 동안 작업을 해서 1980년에 비로소 출간하게 되었다. 하트의 제안과 권유, 그리고 저술과정에서 하트와의 교류관계와 하트의 조언 등에 관한 내용도 후기에 기록하였다. NLNR, 후기의 개요 부분 1. 참조. 참고로 피니

책의 내용(자연법에 대한 논의)을 결정할 수 있는 책 제목도 「자연법과 자연권 Natural Law & Natural Rights」로 정해주었다. 그러나 하트의 제안은 포괄적이었고 이후에도 책과 관련해서 그 어떤 최소한의 언질도 하지 않았으며, 이 책에 포함될 구체적인 내용에 대해서는 거의 완전히 피니스의 의도에 따라 이루어졌다.¹³⁾

이 책을 준비하고 저술해나갈 때, 피니스가 먼저 대적하고 싶었던 것은 흄과 러셀의 입장,¹⁴⁾ 현대 회의주의 관점, 과학적 결정론, 유물론, 논리실증주의 등이었다. 피니스의 고백에 따르면, 당시 자연법 전통의 경향을 갖는 당시의 자연법 연구자들이 앞의 이러한 입장과 관점들을 가진 학자들이나 그들의 학생들을 응대할 능력도 없고 응대하는 것조차 꺼려하는 상황이 피니스를 당황케 만들고 힘들게 만들었다고 한다.¹⁵⁾ 말하자면 피니스는 자신이 맞서고 논박하고자하는 그런 다양한 법 이론과 법철학의 지배적인 경향들보다 오히려 한편으로는 큰 틀에서 자신과 같은 경향에 속한다고 하는 (전통적) 자연법론의 무력함에 더 큰 충격과 자극을 받은 것이라 할 수 있다. 비록 ‘자연법 전통 내부에 있던 철학자들뿐만 아니라 자연법 전통으로부터 아주 먼 철학자들까지도 모두에게’ 이 책이 유익하고 의미가 있기를 기대하고 있었기는 하지만 말이다.¹⁶⁾

어쨌든 일반적으로 자연법을 다루는 연구서들에서 거의 빠짐없이 포함되는 두 가지의 영역이 있다면, 그 하나는 자연법론의 역사에 대한 설명일 것이고, 나머지 하나는 자연법론에서 중요성을 띠는 주제들에 대한 정리일 것이다. 피니스도 이 두 영역을 자신의 방식으로 모두 아우르며

스의 박사논문은 Finnis, John Mitchell, The idea of judicial power, with special reference to Australian law. ora.ox.ac.uk (PhD thesis). (University of Oxford, 1965)이다.

13) NLNR, 후기의 개요 부분 1., 415.

14) NLNR에서 가장 많은 비판의 대상 중 하나인 흄, 그리고 당시 철학계에서 지배적인 영향력을 갖고 있는 입장 중 하나인 러셀, 이들의 입장은 아마도 당시 피니스에게 크고 어려운 대적 상대이었을 것이다. 특히 아퀴나스로 대표되는 자연법 전통에 대한 러셀의 비판적 입장은 “결론이 어디로 갈지 개방성에 근거하지 않고 모든 논증의 결론을 전제하고 있었다. 모든 논증에서 결론이 정해져있는 논증은 철학이 아니다.”라는 것으로 단적으로 말할 수 있다. Bertrant Russell, Human Society in Ethics and Politics (London: 1954), 56-59, 84; NLNR, 132, 293에서 재인용. Brian Bix, 앞의 논문, 74-75.

15) NLNR, 후기의 개요 부분 1., 415~416.

16) NLNR, 후기의 개요 부분 2., 416.

자신이 근거하는 개념과 관념들로 구성되는 자신의 논증을 펼쳐보려고 하였다. 이것이 제대로 성공한다면, “고전적 또는 주류 자연법론의 주된 원리들을 재현하거나 발전시키는 데 관심을 가진 사람들뿐만 아니라 이념사를 이해하고자 하는 사람들에게 유용하게 될 것”이라고 기대하였다.¹⁷⁾

그런데 피니스는 사실상 자연법의 오랜 역사와 이론들에 대하여 정리하거나 설명하려고 하지 않는다. 굳이 역사적 혹은 이론사적 정리나 설명에 해당하는 부분이라고 한다면 아리스토텔레스와 아퀴나스의 이론을 중심축으로 하여 나머지의 부분들을 이에 따라 수용하고 채택하고 있다.¹⁸⁾ 거의 모든 주제들에 대해서 그렇지만, 예를 들자면, 피니스가 흄과의 대결에서 가장 선명하게 반박과 논증을 이어갔던 ‘존재is와 당위 ought’의 문제에 있어서, 피니스가 근거하고 있는 것은 아리스토텔레스와 아퀴나스, 혹은 아리스토텔레스적인 아퀴나스라고 할 수 있다.¹⁹⁾ ‘존재와 당위’의 문제에서 논의되고 가정되고 명제화 되는 대상들, 즉 사물, 사물의 본성, 인간의 행위와 실천이성, 인간의 목적, 인간선, 인간의 행복 등등의 일련의 대상들에 대한 결정적인 설명은 아리스토텔레스와 아퀴나스의 인식론적 공리에 근거하고 있다.²⁰⁾

결국 이 책의 집필동기는 피니스 자연법론의 목적이라고 할 수 있고, 그것은 다음과 같다. “인간 본성에 대한 적절한 지식은 인간의 목적, 인간선, 혹은 인간의 행복을 이해할 수 있게 하는 원천이 아니다. 오히려 반대로 그 지식은 인간의 의지와 행동의 이해가능한 목적, 즉 이해가능한 선인 목적에 대한 우리의 이해의 결과인 것이다.”²¹⁾ 피니스가 목적으

17) NLNR, 서문, v~vi.

18) 물론 플라톤(국가, 법률)의 자연법론, 아우구스티누스(신국), 키케로(법률론, 최고선악론), 수아레즈와 그로티우스 등등의 근대 초기 이전까지의 여러 자연법론에 대해서 곳곳에서 해당 주제와 관련해서 깊이 있는 논의도 포함하고는 있지만, 아리스토텔레스와 아퀴나스에 집중하려는 기획 속에서 부분 선택되어 포함하고 있을 뿐이다. 피니스도 “(모든 자연법론을 다루는) 그런 작업은 (집중해야 할) 주제에 대한 관심을 자극(촉진)하기보다는 누그러뜨리게 한다”고 지적하며 자신의 기획의 장점을 말한다. NLNR, 서문, v.

19) Brian Bix, 앞의 논문, 74-75.

20) M. C. Murphy, *Natural Law and Practical Rationality*, (Cambridge University, 2001), 162~172.

21) 논란의 여지가 분명 있을 것이라고 필자는 생각하고 있지만, 피니스는 굳건하게 자신의 책과 자신의 자연법론이 존재론적이기보다는 인식론적이라는 것을 밝힌다. 이에 관한 것

로 하는 ‘건설한 자연법론’은 ‘실천 이성과 실천적 합당성의 원리들을 정확하게 확인하는 것이며 또한 그 원리들의 진리에 대한 정당성을 입증하는 것이며, 그리고 그 원리들 간의 상호관계의 정당성을 입증하는 것이며 또한 기타의 인간의 지식과 지식집합체 내에서 우리에게 알려진 실체들의 이 원리들과의 상관관계의 정당성을 입증하는 것’이다.²²⁾

그러면 과연 피니스는 자신이 명시적으로 밝힌 목적에 이르기 위해 그리고 자신의 자연법론에 대한 온갖 반론을 방어하기 위해 채택한 방법론적 혹은 이론적 토대는 무엇인가? 필자는 피니스가 반복해서 단호하게 말하고 있는 이 선언이라고 생각한다. “나의 책 「자연법과 자연권」은 결단코 주지주의적이다. 도덕적(법적) 서술, 의무와 당위를 포함하는 모든 규범적 서술, 책임성의 개념과 덕/악덕의 개념에 대한 서술, 등등을 설명하고 정당화함에 있어서 주의주의 방식에 반대한다. 그것이 합리적 이든 아니든 주의주의적 본성에 대한 이해가 아니라, ‘인간선에 대한 이해’와 ‘인간선을 추구하고 통합적으로 실현함에 있어서 필수적 혹은 적절한 수단에 대한 이해’를 목적으로 하는 주지주의적 이해를 목적으로 한다.”²³⁾ 한마디로 말하자면, 「자연법과 자연권」, 이 책은 ‘선을 확인하는 원리’와 ‘어떤 한 차원의 원리를 넘어서는 그 무엇’을 이성적으로 설명하려는 것이다.

은 제3장 제5절의 후주에서 참조를 달고 설명하고 있다. 그리고 NLNR, 후기의 개요 부분 2., 416.

22) NLNR, 제1장 제1절, 특히 23~24, 그리고 NLNR, 후기 제2장 제1절에 대한 것, 437.

23) 여기에서 피니스는 다음과 같이 자신의 곳곳한 다짐을 밝힌다. “이러한 접근은 ‘후기 칸트주의적 윤리학과 후기 공리주의적 윤리학, 그리고 현대 정치철학에서 만연되어 있는 근거도 없고 통합적이지도 않은 ‘도덕적 직관’에 호소’로부터 벗어나야 하는 과제를 안고 있다.” J.Finnis, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory* (OUP, 1998), 312~314; NLNR, 후기의 개요 6. 425.

III. 「자연법과 자연권」의 구성

피니스의 「자연법과 자연권」은 3개의 부로 이루어진다. 제1부는 제 1,2장, 제2부는 제3장부터 제12장, 그리고 마지막 제3부는 제13장으로 구성된다.²⁴⁾ 피니스가 ‘이 책의 핵심은 제2부이다’라고 하듯이,²⁵⁾ 차지하는 그 양만을 언뜻 보기에 이 책의 본론은 제2부이다. 제2부는 다시 크게 보면 두 부분으로 나뉜다. 첫째 부분은 제3,4,5장에 해당하는 것으로 피니스의 자연법론의 구체적인 각 주제들을 접근해나가기 위한 철학적 혹은 이론적 논증 근거를 마련하기 위한 토대가 되는 부분이다.²⁶⁾ 둘째 부분(제6장부터 제12장까지)은 앞선 논증 근거에 따라 법리학 혹은 법이론에서 중요한 각 주제들을 다루는 부분이다.²⁷⁾

24) 이 책에서는, 서문(제2판 서문 포함), 목차, 약어표기(제2판 약어표기 포함), 참고문헌, 색인 등등의 필수적 부분들 이외에도, 앞서 말한 것처럼 제2판 후기가 길게 포함되어있다. 그 후기의 구성은 개요(1~6)와 제1장~제13장에 속하는 각 절에 대한 후기로 되어있다. 후기의 개요에서, 1.은 저술의 동기와 집필과정, 2~4.는 책 출간이후의 여러 비평과 반론에 대한 적절한 응대와 반론, 5.는 여전히 중요한 몇 가지의 개념들(자유 선택과 성향, 덕과 원리, 통약불가능성, 정의와 법과 권리, 신의 본성 등)에 대한 설명과 보완, 6.에서는 이 책의 목적에 대한 재확인, 등등의 내용을 담고 있다. NLNR, 후기의 개요, 414~425.

25) NLNR, 서문, v.

26) 각 장의 내용은 다음과 같다.

제3장 선의 기본형태: 앎 - 제1절 한 가지 예시, 제2절 성향에서 가치 파악으로, 제3절 실천 원리, 그리고 가치에의 참여, 제4절 앎이 선이라는 것의 자명성, 제5절 “욕구의 대상”과 객관성, 제6절 앎이라는 기본가치에 대한 회의론은 옹호될 수 없다

제4장 다른 기본가치들 - 제1절 ‘보편적’ 가치에 대한 이론적 연구, 제2절 인간선의 기본 형태: 실천적 고찰 A. 생명 B. 앎 C. 놀이 D. 미적 경험 E. 사교성(우정) F. 실천적 합당성 G. ‘종교’, 제3절 이것이 전부인가?, 제4절 이 기본가치들은 모두 동등하게 근본적이다, 제5절 쾌락이 이 모든 것의 요점인가?

제5장 실천적 합당성의 기본 요건 - 제1절 실천적 합당성(이라는 선)이 우리에게 선을 추구하는 틀을 지어준다, 제2절 종합적 인생계획, 제3절 가치에 대한 자의적 선호의 배제, 제4절 사람에 대한 자의적 선호의 배제, 제5절 중립과 투신, 제6절 (제한적) 결과 고려: 합리성 안에서의 효율 추구, 제7절 매사에 모든 기본가치 존중하기, 제8절 공동선의 요건들, 제9절 자신의 양심에 따르기, 제10절 실천적 합당성 요건의 산물: 도덕성

27) 제6장 공동체와 공동선, 제7장 정의(正義), 제8장 권리, 제9장 권위, 제10장 법, 제11장 의무, 제12장 부정의한 법, 등이다.

제1부(제1,2장)와 제3부(제13장)를 피니스는 호위병(outriders)이라고 표현한다. 그리고 피니스는 ‘그저 하나의 윤리학으로서 자연법에 관심을 갖는 사람은 제1장을 건너뛰어도 되고, 법리학에 관심이 한정된 사람은 제13장을 읽지 않아도 된다’고 미리부터 말하고 시작한다.²⁸⁾

그런데 이 책의 독자가 ‘자연법에 대한 포괄적 전체적 관심’을 갖고 있든 아니든, 혹은 ‘법리학을 넘어서는 관심’을 갖고 있든 아니든, ‘읽지 않아도 된다’ 혹은 ‘생략해도 된다’라고 미리부터 얘기하는 그 부분에 더 흥미를 느끼게 되는 것은 필자의 독특한 호기심만은 아닐 것이다. 가는 길을 안내하고 외부의 방해자들로부터 방어를 하고 더 나아가 위용을 보여주는 호위병이 없는 왕의 행차는 없다. 제1부와 제3부는 제2부가 진행되도록 길을 놓아주고 방향을 안내하고 시종일관해서 방해자들로부터 방어를 해주고 결국 목적지에 도착하는 위업을 달성하도록 도와준다고 필자는 생각한다.²⁹⁾ 따라서 이 책의 독서를 위해서, 피니스의 자연법론에 대한 좀 더 흥미로운(물론 약간의 오독의 위험은 있겠지만) 이해를 위해서, 그리고 이 책의 체계적 이해를 위해서, 오히려 제1부와 제3부를 ‘제13장³⁰⁾ → 제2장³¹⁾ → 제1장³²⁾’의 순서로 먼저 읽고, 본론인 제2부로 들어가는 것이 훨씬 효율적이라고 필자는 생각한다. 그리고 이렇게 책 전체를 읽고 난 후, 다시 제1부와 제3부로 돌아가 다시 들여다보면 좀 더 온전한 이해에 도움이 될 수 있으리라 생각한다.

28) NLNR, 서문, v.

29) 필자가 이렇게 느끼고 여기는 것을 피니스도 의도한 것은 아닐까 생각한다. ‘이성의 시대에 다가가는 혹은 이성의 시대를 이루는 모든 이들에게 진정으로 유효한 답변’으로 결론적 성찰을 마무리하는 피니스에게 제1,2,13장은 오히려 우선적인 관심을 받고 싶었던 부분이었을 것이라고 필자는 생각한다. NLNR, 후기의 제13장 제5절 부분, 479.

30) ‘제13장 자연, 이성, 신’은 제1절 인간존재의 의의에 대한 추가질문, 제2절 질서, 무질서, 그리고 존재의 설명, 제3절 신의 본성과 ‘영구법’: 사변과 계시, 제4절 ‘영구법의 참여’로서의 자연법, 제5절 실천적 합리성의 요점과 힘에 대한 결론적 성찰, 등등으로 구성된다.

31) ‘제2장 형상과 반론’은 제1절 자연법과 자연법론, 제2절 법의 효력과 도덕성, 제3절 인간의 의견과 실천의 다양성, 제4절 사실로부터 규범의 부당한 추론, 제5절 존재와 당위에 관한 흄과 클라크의 논의, 제6절 클라크에 앞선 논의, 제7절 ‘능력 도착’ 논변, 제8절 자연법, 그리고 신의 존재와 의지, 등등으로 구성된다.

32) ‘제1장 법에 대한 평가와 기술(記述)’은 제1절 기술 사회과학을 위한 개념 형성, 제2절 실천적인 면에 대한 관심, 제3절 중심 사례와 핵심 의미의 선택, 제4절 관점의 선택, 제5절 자연법론, 등등으로 구성된다.

피니스의 자연법론의 구체적인 주제들에 대한 이해를 안내하는 길잡이 역할이 필요하다는 생각에서, 앞서 제시한 순서에 따라 필자는 ‘자연법과 자연권’의 처음과 끝까지 견지하고 있는 문제의식, 관점, 방법론, 논증의 근거, 그리고 목표에 대해서 살펴볼 것이다.

IV. 자연, 이성, 신

‘자연, 이성, 신’은 이 책의 맺음말의 주제이다. 일반적으로 맺음말 부분에서는 글의 결론을 말하고, 여전히 연구에서 다루지 못했거나 미비한 부분들과 앞으로 과제로 남는 것들을 덧붙여서 마무리된다. 그러면 피니스는 맺음말에서 어떤 결론을 내리고 있는가? 필자가 보기에 아마도 다음과 같은 ‘자명한’ 명제에서 그 결론을 볼 수 있을 것 같다.

결국, 인간 번영의 기본 형태는, 그 자신의 성향을 통해서든지 혹은 다른 사람들의 인품과 업적을 대리경험해서든지, 그 누구에게나 인간적 기회의 범위에서 명백하게 숙지되어있다. 또한 합당성의 일반적 요청(그 자체로 선의 기본 형태 중 하나)은, 우리의 실천적 맥락에서든지 아니면 자연과학 혹은 분석철학에서든지, 마찬가지로 합리성의 규범, 논리 원리, 그리고 모든 설명에 전제된 설명의 근본원리 등과 마찬가지로 명백하다.³³⁾

합당성의 일반적 요청이 근본원리처럼 명백하다는 것이다. 그러면 다음과 같은 질문으로 이어질 수 있을 것이다.³⁴⁾ 인간선, 인간의 번영과 행복, 실천이성과 실천적 합당성, 공동선, 등등의 명백한 근거들을 아무리 인정한다고 하더라도, 인간 존재의 한계(예를 들면 죽음), 온 세상의

33) NLNR, 371.

34) 이를테면 이 책을 독서하면서 필자에게 끊임없이 떠올려진 질문, 즉 ‘피니스는 결국 영성적인, 혹은 신적인 자연법을 옹호하는가 아닌가?’, 이 질문과 같은 것이다. 물론 반복해서 피니스는 ‘나는 자연법 혹은 실천적 합당성의 원리를 신의 의지의 표현으로 제시하지 않았다’라고 강조하고는 있음에 불구하고 말이다. NLNR, 403.

질서와 무질서 그리고 존재의 의의, 신의 본성과 영원법, 그리고 이러한 더 근원적인 것에 대한 자연법의 관계 등의 질문은 연속될 것이고, 어떠한 방식과 내용이라 하더라도 이에 대한 논의와 답변은 있어야 할 것이 아닌가?

이 질문에 대해 피니스는 어떠한 답변을 할 수 있을까? 피니스는 맺음 말에 이르러서 비로소 이에 대한 답변을 제시한다. 필자가 판단하기로는, 이 질문에 대한 피니스의 답변이 앞서 제시한 명제들보다 피니스의 자연법론을 이해하는 데 도움이 될 수 있을 것이다. 피니스는 ‘오직’ 이성적 추론을 통해서 이 모든 질문에 대해 답을 내릴 수 있다고 말하고 있다.

진리 추구의 추론이 사물들의 존재함(사물의 질서도 포함해서, 그리고 우리의 선택, 행위, 기획, 투여(commitment) 등을 통해 우리가 만들어 낼 수 있는 선도 포함해서, 그리고 우리가 이러한 질서와 선을 이해하는 그런 이해하는 행동도 포함해서)에 대한 설명을 제공할 수 있다는 것을 보여주는 것이고, 질서와 선으로부터 초월적인 지성과 지혜로 직접적으로 추론하는 것을 주장하는 논의보다 좀 더 확실하게 근거 있는 설명을 제공할 수 있다는 것을 보여주는 것이다.³⁵⁾

그러나 이렇게 온전한 이성적 추론을 해나간다고 하더라도, 결국에는 막다른 곳이 있기 마련이다. 존재하는 것, 존재하는 것의 원인과 그 원인들의 원인, 원인들 간의 관계의 원인, 그리고 원인들의 질서의 원인으로 질문은 이어질 수밖에 없지 않는가. 이 지점에서 피니스는 이 모든 질문의 중심축이라 할 수 있는 관념, 즉 ‘더 이상 원인이 없는 원인(uncaused cause)’이라는 관념을 자신의 이성적 추론의 영역 안에서 정리하고자 한다.³⁶⁾

‘최고의 지성은 가장 현명한 목적에 따라 모든 사물을 질서 지었다’(칸트),³⁷⁾ ‘사물들의 질서의 질서지움과 그 질서의 순수한 존재’(그리세즈),³⁸⁾

35) NLNR, 388.

36) 피니스는 다음과 같이 설명한다. “원인이 없는 원인 사태는, 그것의 존재의 전제조건으로서, 어떤 사태를 포함하는데, 즉 그것 자체이기 때문에 존재하는 다시 말해서 그것이 그것 자체이기 때문에 존재하는 그런 사태를 포함한다.” NLNR, 387.

37) 임마누엘 칸트, 순수이성비판Critique of Pure Reason [1781, 1787], B854, B651, B728: NLNR 381.

38) 저메인 그리세즈, Beyond the New Theism: A Philosophy of Religion (Notre Dame and Lon

‘충족 이유의 원리(충족이유율)’(라이프니츠를 비롯한 17,8세기 합리주의자들),³⁹⁾ 등의 논의들을 피니스는 ‘원인이 없는 원인’ 관념에 대한 근거로 채용한다.

그러나 여전히 남는 문제는 ‘원인이 없는 원인’과 ‘신의 본성’의 관계이다. 플라톤과 아리스토텔레스, 아퀴나스, 히포의 아우구스티누스 등등에서 바로 이 둘의 관계가 한편으로는 직접적으로(특히 아우구스티누스) 다른 한편으로는 추론과정을 통해서(아리스토텔레스와 아퀴나스) 연결된다.⁴⁰⁾ 그럼에도 피니스는 “나는 자연법 혹은 실천적 합당성의 원칙을 신의 의지의 표현으로 제시하지 않았다”고 단언하면서, ‘신의 본성 혹은 계시적 자연법론’에 대한 분명한 거부를 밝힌다.⁴¹⁾ 피니스는 다음과 같은 정도로 마무리 하고 싶었을 것이다.

이 세상의 모든 선한 것(그것들을 이해할 수 있는 우리의 능력을 포함하여)에서의 원인이 없는 원인성은 그 자체로 하나의 선, 즉 개인적으로 우리가 닮고 싶은 방식으로 우리가 사랑할 수도 있는 하나의 선이고, 또한 하나의 지침, 즉 우리가 준수해야 하는 지침이고, 혹은 모든 이의 실천적 합당성의 보증인이다.⁴²⁾

그리고 피니스는 ‘제13장의 제5절 ‘실천적 합리성의 요점과 힘’에 대한 결론적 성찰’에서 다시금 다음과 같은 말로 끝을 맺는다. “인간 개인이 신과의 친교(우정)를 실현하는 길은 인간선의 기본 형태에 대한 추구하고 그것에 대한 존경 속에서의 실천적 합당성의 요청들의 기반 위에서 이루어진다.”⁴³⁾

don: 1975), chs 4 and 5: NLNR, 382.

39) 라이프니츠Leibniz, 단자론Monadology, [1714], sec. 32.: NLNR 384.

40) 플라톤, 법률Laws, X: 888d~889d; 아리스토텔레스, 형이상학Meta. I. 3: 948b7~24: NLNR, 393.; 플라톤, 법률Laws VI: 713a, 716c; VII: 803c; VI: 762e; 아리스토텔레스, 에우데모스 윤리학 Eud. Eth. VIII.3: 1249b6~21: NLNR, 394~397; 아퀴나스 Thomas Aquinas, S.T. I-II q. 19 a. 10c; q. 91 a. 3 ad 1; q. 93 a. 2.: NLNR, 391.; 아우구스티누스Augustine, 신국De Civitate Dei, VIII, c. 11.: NLNR, 393.

41) NLNR, 403. 이 점은 여러 형태로 반복된다. 예를 들면 “나는 신의 의지에 대해서 아무런 단언도 하지 않았다.” NLNR, 405.

42) NLNR, 398.

43) NLNR, 410.

V. 형상Images과 반론

이 정도로 맺음말, 즉 피니스는 굳이 안 읽어도 좋다고 한 제13장에서 피니스의 속뜻을 슬쩍 보았다면, 이러한 목적지까지 갈 수 있도록 갖춰야 할 준비 작업과 준비물들을 살펴보아야 할 것이다. 피니스는 이러한 준비를 제1부, 즉 제1장과 제2장에서 마련한다. 필자는 피니스의 자연법론을 ‘실천적 합당성의 자연법론’으로 이름을 붙였다.⁴⁴⁾ 그러면 과연 그것은 수없이 다양한 형식과 내용을 갖는 기존의 자연법 이론들과 어느 정도의 동일성을 띠며 어떠한 차별성을 갖는가?⁴⁵⁾ 동일성은 ‘자연법’에 있는 것이고, 차별성은 ‘실천적 합당성’에 있다. 한편으로 피니스는 큰 틀에서 자신이 속하는 ‘자연법론’에 대한 옹호와 성찰을 전개하고, 다른 한편으로 자신의 자연법론을 제시하려는 것이다.

‘형상과 반론’의 제목으로 제2장에서는 그동안 자연법(론)에 부여되거나 낙인되거나 평가되어온 이미지들 그리고 자연법(론)을 반대해온 논의들에 대해 피니스의 방식으로 몇 가지의 주제별로 정리한다. 물론 이러한 정리는 제2부 본문에서 자세하고 체계적으로 온전한 자연법론(실천적 합당성의 자연법)을 제안하려는 기초 논증작업이다. 피니스는 우선 자신이 근거하고자 하는 전제를 명확하게 제시한다. 분명히 해야 할 것은 ‘이론, 원리 또는 설명’과 ‘이론, 원리, 설명에 관한 설명’을 구분해야 한다는 것이고,⁴⁶⁾ ‘자연법 대한 이론들, 원리들, 설명들의 역사는 있을 수 있지만, 자연법 그 자체는 역사성을 가지지 않는다’는 것이다. 정통 자연법

44) 피니스는 “이 책은 자연법에 관한 책으로 하나의 자연법론을 제시하려고 한다. 이 책은 자연법론에 대해 설명하거나 다른 어떤 자연법론들에 대해 설명하려는 것은 아니다”고 단언한다. 필자는 ‘이 하나의 자연법’을 ‘실천적 합당성의 자연법론’으로 부른 것이다. NLNR, 25.

45) 그러나 주의할 것은 이 책은 ‘자연법(론)의 역사’를 본격적으로 다루는 책은 아니다. 피니스도 다음과 같이 강조한다. “여기서 설명되는 다른 자연법론들은 나의 이론을 조명하거나 또는 자연법에 관한 진리가 무슨 연유로 다양한 시대에 다양한 방식으로 간과되었는가 또는 대두되지 못하였는가를 설명하기 위해 참조될 뿐이다.” NLNR, 25.

46) 피니스는 “불행히도 사람들 중에는 이러한 구별을 하지 못하는 사람들이 많다”라고 지적하면서, 그 예로, A. P. D’Entreves, *Natural Law* (London: 1951, rev. edn 1970), 13, 18, 22, etc.; Julius Stone, *Human Law and Human Justice* (London: 1965), 제2장과 제7장. 등을 든다. NLNR, 25. 주)1.

이론가다운 명쾌한 전제이다.

자연법의 원리들은 비록 실천적인 사고에서 간과되었고, 잘못 적용되었고, 무시되었다고 하더라도, 또한 인간의 사유에 관해 성찰하여 이론화하는 사람들에 의해 별로 인정받지 못했다고 하더라도 옳바를 수 있다. 예를 들어 중세의 금융업계에서 회계에 관한 수학적 원리들이 알려져 있지 않거나 오해되었다고 하더라도 그 원리들은 옳바를 수 있다. 따라서 이러한 원리들이 얼마나 널리 사용되었는가에 대한 역사적인 연구가 존재할 수 있다. 또한 성찰력을 가진 이론가들이 이러한 원리들을 얼마만큼 타당하거나 옳바른 것으로 인정해 왔는가에 대한 역사적인 연구가 존재할 수 있다. 그리고 이러한 원리들이 각 이론에서 차지한 지위에 관해 고찰하는 이론사가 존재할 수 있다. 그러나 엄밀히 말해 자연법은 그 자체의 역사를 가지지는 않는다. 자연법이란 발생하거나, 쇠퇴하거나, 부활하거나, ‘영원히 회귀하는’ 성질의 것은 아니다. 자연법은 자신의 이름으로 역사에서 성취될 수는 없다. 자연법은 인간정신의 재양이나 인간실천의 잔혹성에 대해서도 책임이 없다.⁴⁷⁾

본격적으로 자연법에 대한 이미지를 살펴보자. 먼저 켈젠, 하트, 라즈와 같은 대표적인 현대 법철학자들이 생각한 자연법의 이미지는 과연 적절하고 타당한가?⁴⁸⁾ 필자의 생각으로는, 자연법의 이미지 중에서 가장 강력한 것, 그리고 그동안 법리학과 법(철학)이론에서 일반적으로 자연법(론)에 대한 가장 강력하고 널리 받아 들여져온 반대논거의 주제는 ‘법의 효력과 도덕성’의 문제일 것이다. 피니스는 이 주제와 관련해서 켈젠⁴⁹⁾과 라즈⁵⁰⁾의 핵심적 주장이 자연법의 이미지를 왜곡하는 것이라고 주장

47) NLNR, 25.

48) 이 질문에 답하기 전에 우선 다음과 같은 피니스의 지적은 매우 의미 있다고 생각된다. “이들이 자연법의 이미지를 말하려면 자연법론자를 직접적으로 인용하고 그에 대한 이미지를 말해야 하는데, 그들은 그들의 말로 그 이미지를 표현한다. 그들은 자연법론의 내용을 직접 인용하지도 않고, 그들이 자연법론의 견해라고 제시하는 것이 누구의 견해인지조차 밝히지 않는다. 심지어 라즈는 자연법론의 이미지를 켈젠을 차용하여 정리하고 채택한다.” J. Raz, “Kelsen’s Theory of the Basic Norm” (1974) 19 Am. J. Juris. 94, 100: NLNR, 26.

49) 피니스는 켈젠이 갖고 있던 자연법론에 대한 이미지를 다음과 같이 지적한다. 즉 켈젠은 “자연법론이 실정법을 자연법의 단순한 복사로 본다,” “논리적으로 불가능한 것, 즉 실정법을 자연법의 위임에 근거 짓는 것을 한다,” “실정법은 강제질서인 반면에 자연법은 비강제적일 뿐만 아니라 이상주의적 내용을 가진다”라는 생각을 갖고 있다는 것이다. H. Kelsen, General Theory, 416, 412~413, 411: NLNR, 26~29.

한다. 그리고 피니스는 견실한 자연법론은 실천적 합당성의 요건과 이상을 성찰하여 표현하려는 시도라고 선언한다. 그동안 자연법(론)에 가해진 총체적인 이미지에 대해 ‘법과 도덕’이라는 본질적인 법이론적 주제를 중심으로 반론을 하고 자연법론의 온전한 모습을 제시한 것이다.

자연법론에 대한 그릇된 이미지나 오해 그리고 비판이나 비난들 중에서 또 하나는 ‘인간의 다양성의 문제’이다. 자연법론은 인간의 다양성에 관심을 두고 있지 않거나 외면한다는 것이다. 그러나 세상의 모든 사태들의 무한한 다양성, 그리고 인간 존재의 다양성을 일응 인정하지 않는 사회이론이나 철학이론이 온전하다고 평가를 받을 수는 없을 것이며 더 나아가서 가능하지도 않을 것이다. 필자가 생각하기에, 이 주제는 새로운 질문으로 바꾸어서 답변을 찾는 것이 좋을 것 같다. 즉, “인간의 다양성을 어떻게 확인하고 어떻게 이해하고 또 그것은 어떤 의미를 갖는가?”

이 질문에 대한 답변을 피니스는 제2장 제3절 ‘인간의 의견과 실천에서 다양성’에서 전개한다. 먼저 이 주제와 관련된 자연법론에 대한 하트의 비판을 보자. “자연법론은, 사람들이 생존의 관념보다는 (지식의 추구나 동료 인간에 대한 정의의 추구하고 같은) 목적의 관념에 모두 동등하게 헌신하며 그러한 점에서 공통점을 가진다고 단언하려한다.”⁵¹⁾ 또한 “고전적 자연법론자들이 생각한 인간 목적에 대한 관념 내지 인간을 위한 선의 관념은 복잡하고, 논란의 여지가 있고, 반박가능하다.”⁵²⁾ 이러한 하트의 견해에 대하여 피니스는 필자가 앞에서 제시한 새로운 질문방식으로 논의를 전환시켜서 답변을 시도한다. 생각건대, 필자가 전환시킨 질문으로 자연법론의 이미지를 올바르게 복구시켜주면, 자연법론은 다양성을 부인하지 않고, 오히려 다양성은 자연법론을 풍부하게 해줄 것이다.

피니스는 레오 스트라우스의 다음과 같은 선명한 주장으로 시작한다. “옳고 그름에 대해 무한히 다양한 관념이 있다는 것을 인정하는 것은 자연권론과 양립 불가능한 것이 아니라 자연권의 발생에 필수불가결한 조

50) 피니스는 라즈가 ‘자연법론자란 모든 법이 도덕적으로 가치 있다는 명제를 법이론의 적정성에 대한 판단기준으로 생각하는 철학자’라는 입장을 갖고 있다고 지적한다. J. Raz, *Practical Reason*, 162.: NLNR, 26.

51) H.L.A. Hart, ‘Positivism and the Separation of Law and Morals’ (1958) 71 *Harv. L. Rev.* 593, Dworkin (ed.), *Philosophy of Law* (Oxford: 1977), 17, 36.: NLNR, 29.

52) H.L.A. Hart, *Concept of Law*, 187 [191].: NLNR, 29.

건이다: 다양한 권리관념이 존재한다는 것을 자각함으로써 보다 자연권에 대한 추구에 헌신할 수 있다.”⁵³⁾

그리고 피니스는 아퀴나스의 세 단계의 자연법의 원리나 교훈을 근거로 하트의 주장을 반박한다.⁵⁴⁾ 아퀴나스의 이 세 가지 원리나 교훈이 과연 이 문제에 대한 정확하고 훌륭한 답변이 될 수 있는가에 대해서 필자는 완전히 인정하지는 않는다. 다만, 피니스가 아퀴나스의 이 부분을 언급한 것이 인간 견해와 실천의 다양성의 문제가 전통적인 자연법론에서도 마땅히 인식되고 논의에 중요하게 포함된다는 점을 지적하는 정도의 의미는 갖는다고 필자는 생각한다.

다양성에 대해 피니스는 이렇게 마무리한다. “도덕성과 인간존재의 의미의 진정한 문제는 행복의 기본적인 요소들을 분별하는데 있는 것이 아니라 행복의 다양한 측면들을 현명하고 합당한 입장, 계획, 행동으로 통합하여 찬탄할만한 무수한 삶의 모습을 만들어내는데 있다.”⁵⁵⁾ 그리하여 인간 견해와 실천의 다양성은 자연법론의 중요한 기초이며 그것은 가치에 관한 논의에 크게 기여한다. 그리고 이 지점에서 드디어 중요한 개념인 ‘자명함’에 대한 논의가 이루어지는데, ‘자명함’ 개념은 피니스 자연법론에서 가장 중요한 개념들 중에 하나이다.⁵⁶⁾

앞서 설명한 ‘법효력과 도덕성’과 ‘다양성’의 문제와 연속된 관련성을 갖고 있는 주제가 ‘존재와 당위’ 문제이다. 간단히 결정적으로 말하자면, ‘자연법론은 윤리적인 규범(당위)를 사실(존재)로부터 도출한다’의 이미지의 문제이다. 자연법론에 대한 바로 이 오해는 매우 강고하기 때문에, 이 오해의 내용에 벗어난 답변을 하거나 반론하거나 불식시키려는 시도와

53) Leo Strauss, *Natural Right and History* (Chicago: 1953), 10.: NLNR, 29.

54) 첫째로 “인간 존재와 관련된 기본적인 측면에서 그 자체로 선선한 것 또는 그 자체로 가치인 것이 있다”, 둘째로 “사람들에게 다양한 사정과 이유로 그 선과 가치는 모호해지기도 하고 왜곡되기도 하는 등 여러 모습으로 나타난다”, 셋째로 “오로지 현명하고 치열하게 숙고하는 사람들에 의해서만 올바르게 답변될 수 있는 도덕적인 문제들이 있다.” 아퀴나스, 신학대전 S.T. I-II q. 93 a. 2c; q. 94 a. 2c, a. 4, a. 5 ad 1, a. 6c; q. 99 a. 2 ad 2; q. 100 a. 1c, a. 3c, a. 6c, a. 11c.: NLNR, 30.

55) NLNR, 30~31.

56) 이 개념에 대한 설명은 이 책의 전반에 걸쳐서 언급되고 설명되고 또는 유사한 다른 개념들로 변용해서 제시되기도 한다. 특히 제3장 제4절, 제12장 제2절에서 본격적으로 다루고 있다.

노력이 쉽지 않다는 점을 피니스는 인정한다. 심지어 이러한 시도와 노력이 성공한다면, “자연법의 대중적인 이미지는 포기되어야 하고, 자연법론에 대한 반대는 포기되어야 할 것이고, 자연법에 관한 문제는 다시 생각되어야 할 정도의 사태”가 벌어질 지도 모른다고 피니스는 꼬집는다.⁵⁷⁾

이렇게 사태가 심각한 만큼 피니스는 이 주제에 대하여 다양한 학자들의 입장을 인용하면서 여러 방식으로 바뀌가며 단호하게 답변한다.

“(자연법론자들은) 그렇게 하지도 않았고, 그렇게 할 필요도 없었으며, 그런 시도를 할 꿈조차 꾸지 않았다. 자연법론이 인간의 책무와 의무에 관한 명제를 인간의 본성에 관한 명제로부터 추론할 수 있다고 믿는다는 것은 전혀 사실이 아니다. 옳고 그름의 원리는 사실로부터 추론되지 않으며, 실천적 합당성의 전(前)도덕적인 제1원리로부터만 추론된다. 재차 말하지만 추론과정은 없다. 사람들은 ‘나는 사물에 대해 알아낼 수 있는 성향을 가지고 있다’고 판단한 후에 ‘지식은 추구할만한 선한 것이다’라고 추론하지는 않는다. 오히려 사람들은 추론과정이 없이 자신이 경험하는 성향의 대상이 자신(그리고 타인)을 위한 선의 일반적인 형태의 일레라는 것을 이해한다.”⁵⁸⁾

이렇게 명백함에도 불구하고 자연법론에 대한 이러한 잘못된 이미지가 끊임없이 고착되어 나타나는 이유는 무엇일까? 피니스가 보기에 세 가지의 이유가 있다. 첫째, ‘자연법’ 용어에 ‘자연’이 있기 때문이고, 둘째, (이러한 이미지에 적합한) 스토아 자연법론, 그리고 일부 르네상스의 자연법론 등의 영향 때문이고, 셋째, 아퀴나스의 윤리학(‘자연법의 윤리학’과 ‘형이상학과 세계질서에 관한 일반이론’ 간의 관계를 예리하게 설명한 윤리학)의 영향 때문이다.⁵⁹⁾

이것들이 납득할 만한 것인가? 필자의 생각은 그렇지 않다. 첫 번째

57) NLNR, 33.

58) D. J. O'Connor, *Aquinas and Natural Law* (London: 1967), 68; Noberto Bobbio, “Quelques arguments contre le droit naturel” (1959) 3 *Annales de philosophie politique* 180 그리고 Locke e il Diritto Naturale (Turin: 1963), 70~71.; Aquinas, in *Eth. V. lect. 12*, para. 1018 그리고 S.T. I-II q. 94. a. 2; q. 91 a. 3c; q. 58 aa. 4c, 5c.: NLNR, 33~34.

59) J.S. Mill, “Nature”, *Three Essays on Religion* (London and New York: 1874), 8~15; Aquinas, S.T. I-II q. 1 a. 2c.: NLNR, 35.

이유는 물론 전혀 근거가 합당하지 않고 대체로 의미심장하지도 않다고 생각된다. 중요한 것은 과연 아퀴나스의 논증이 이런 오해를 불러올 수 있다는 세 번째 이유인데, 이에 대한 피니스의 반박, 즉 아퀴나스 윤리학에 대한 올바른 이해를 통한 설명은 매우 중요하고 필요하다고 생각한다.

“아퀴나스의 윤리 담론은 처음부터 끝까지 일차적인 범주는 ‘선’과 ‘합당성’이고, 그의 윤리학적 관점에서 볼 때 ‘자연’은 형이상학적인 성찰에 의해 첨부된 사변적인 부록에 불과하며, 실천적인 일차적 원리를 도출하거나 그러한 원리로부터 발생한 장치는 아니다. 아퀴나스는 아리스토텔레스의 ‘사변적’ 이성과 실천적 이성 간의 구별을 수용하였고, 이는 (비록 근대에 한하는 것은 아니지만) ‘사실’과 ‘규범’, ‘존재’와 ‘당위’ 간의 근대적인 구별과 (개략적으로!) 상응한다.”⁶⁰⁾

앞선 세 가지 이유 중에 두 번째에 대한 비평 또는 반박은 역사적으로 좀 더 앞선 고찰을 필요로 한다. 자연법론이 ‘존재와 당위’ 구별을 근본적으로 무시한다고 오해하게 된 역사적 과정을 살펴보기 위해, 피니스는 이를 위해 ‘존재와 당위’에 대한 흄과 클라크의 주장에 대한 비평을 전개한다.⁶¹⁾ 역사적으로도 그렇고 논의의 순서로 보자면 클라크가 먼저 나오고 흄에 관한 논의가 이어져야 하는데, 피니스는 흄의 핵심적인 주장을 먼저 인용하면서 논의를 전개한다. 정작 피니스가 반박하고자 하는 목표 그리고 보다 중요한 비평의 대상은 흄이라는 이야기다. 흄의 주장의 핵심은 “미덕과 악덕을 구별하는 기초는 단지 사물들의 관계에 기초하는 것이 아니고, 이성에 의해 지각되는 것도 아니다”이다.⁶²⁾

근대 초기 150년 이상을 지배해왔던 18세기 합리주의자들의 근대 자연법론의 중심이론을 격파하고 이후 19세기를 주도했던 흄의 주장을 어떻게 평가하고 반박할 것인가?⁶³⁾ 피니스의 논증의 방식과 순서는, (i) 클

60) Aquinas, S.T. I-II q 94 a. 3 ad 2; q. 18 a. 5.: NLNR, 36.

61) 데이비드 흄 Hume(1711~1776), 클라크 Samuel Clarke(1675~1729).

62) David Hume, 인간본성론 A Treatise of Human Nature (1740), Book III, Part I, sec. 1 (Raphael, British Moralists) para. 504.: NLNR, 37.

63) “흄의 역사적 중요성은 그의 활약을 통해 당시까지 150년간 또는 그 이상 자연법론의 중심 이론을 지배해왔던 논의의 행진을 끝장냈다는 것이다.” 피니스는 현대 자연법론이 넘어서야 하는 큰 산으로 흄을 생각한다. NLNR, 42.

라크로 대표되는 18세기 자연법론의 이론의 내용은 무엇이고 이것은 과연 적절하거나 온전한가,⁶⁴⁾ (ii) 흄이 당시까지의 자연법론자인 합리주의 자들에 대해 비판한 핵심은 무엇인가,⁶⁵⁾ (iii) 자연법에 대한 흄의 비판은 적절하고 온전한가 등이다.⁶⁶⁾

64) 흄은 합리주의자들의 핵심적인 입장을 다음과 같이 단적으로 정리한다. “미덕이란 이성과 합치하는 것이고, 사물들에는 영구한 합목적성과 비합목적성이 있고, 이는 그러한 사물들을 고찰하는 모든 합리적인 존재에게도 마찬가지이다. 옳고 그름의 불멸의 척도들은 피조물인 인간뿐만 아니라 신 그 자체에게도 의무를 부과한다.” David Hume, *인간본성론 A Treatise of Human Nature*, III, I, 1 (British Moralists) para 634 (흄이 허치슨 Francis Hutcheson에게 보낸 1740년 3월 16일자 편지), NLNR, 38.

그리고 이와 관련하여 피니스는 클라크의 결정적인 주장을 다음과 같이 인용하고 있다. “그러므로 나는 도덕의 근원적인 의무를 필연적이고 영원한 이성과 사물의 비례성으로부터 추론하려고 노력하였다. … 다른 사람과 교류할 때 모든 사람이 지속적으로 모두를 파괴하려고 획책하는 것보다 보편적인 선과 복지를 증진하려고 하는 것이 더욱 적절하고 절대적으로 사물의 본성에 부합한다. … 정의의 규칙은 의무를 부과한다. 왜냐하면 그 규칙을 어기는 사람은 ‘사물을 그렇지 않은 것 그리고 그렇게 될 수 없는 것으로 만들려고 노력하기 때문이다. 그러한 시도는 뻔뻔하고 무례하며, 이해와 이성과 판단에 반하며, 우주의 질서를 파괴하려는 시도이며, 무엇보다도 ‘수의 비례관계를 변경하려고 하는 것이며’ 빛을 어둠이라 부르려고 하는 것으로 어리석은 것이다.” David Hume, *인간본성론 A Treatise of Human Nature*, III, I, 1 (British Moralists) para. 230, 232; Clarke, *A Discourse concerning the Unchangeable Obligations of Natural Religion*, 232; NLNR, 39~40.

65) 그 핵심을 표현하는 수없이 많은 인용문을 찾을 수 있지만, 피니스는 흄의 *인간본성론*에서 다음과 같은 문단을 제시한다. “미덕을 아는 것과 미덕에 대한 의지에 따르는 것은 별개이다. 그러므로 모든 합리적인 정신을 구속하는 옳고 그름의 기준이 영구법이라는 것을 증명하기 위해서는 그 기준이 근거한 관계를 보이는 것은 충분하지 않다. 또한 우리는 관계와 의지 사이의 연관성을 지적해야 하고, 그 연관성은 필연적이고, 모든 잘 정돈된 정신에 있어 그러한 연관성은 발생하고 영향력을 미치며, 이제 인간본성에 있어 그러한 관계는 그 자체로만 어떤 행동일지라도 산출할 수 없다는 것을 증명해야 한다. 우리는 옳고 그름의 관계들이 만약 존재하고 지각된다고 하더라도 보편적으로 강제적이고 구속적이라는 것을 선형적으로 증명할 수 없다.” David Hume, *인간본성론 A Treatise of Human Nature*, III, I, 1 (British Moralists) para 500; NLNR, 41.

66) 흄에 대한 피니스의 비판은 다음과 같다. “‘강제’와 ‘의무’ 간의 구분 그리고 의지를 움직이는 것과 의지를 (예를 들어 필연적으로) 움직이게 하지 않을 수 없는 것 간의 구분에 대해 흄은 무관심했다. 존재와 당위의 문제에서 흄의 문제점은 다음과 같다. 흄이 말하는 가교될 수 없는 간격이란 사실과 규범 간의 간격이 아니라, (규범적인 진리, 즉 무엇이 좋은가, 나쁜가, 옳은가, 그른가에 관한 진리명제를 포함하여) 진리와 무엇이 행해져야 하는가에 관한 동기를 부여하는 결론 간의 간격이다. ‘도덕은 사람으로 하여금 행동에 옮기게 하지만 이성만 그렇게 하지 못한다’는 흄의 인간본성론의 결론적 단언은 의무와 영향력 간의 논리적 차이에 대한 흄의 무관심을 드러낸 것이고 흄은 아무런 방어도 못할 것이

클라크(합리주의자들을 포함해서)는 도덕적 진리가 행동을 위한 (종국적인) 이유를 제시한다는 것을 입증하려고 하였다. 그러나 그는 이 문제를 푸는데 실패했다 왜냐하면 근본적인 범주가 추구되어야 하고 실현되어야 할 선good이 되는 그런 실천적 추론의 논리를 무시했고, 그 대신에 클라크는 무엇이 사실인가가 근본적인 범주가 되는 그리고 모순의 배제가 근본원리가 되는 그런 오로지 사변적 또는 이론적인 추론의 논리에만 주의를 기울였기 때문이다.

그리고 흄은 클라크의 해결하고자 한 문제는 하나의 실제의 문제이고 따라서 클라크는 잘못된 방향으로 해결하려고 하였다고 비판하였다. 그러나 흄 그 자신은 실행 가능한 실천적 이성과 실천적 원리의 관념을 가지고 있지 않았다. 따라서 흄은 그 문제에 대해, 한편으로는 풀려고 하면서 다른 한편으로는 문제 자체를 해체하려는 매우 일관되지도 않고 수수께끼 같은 답변의 편린들만을 제시할 수 있었다.⁶⁷⁾

그런데 근대 합리주의 전통의 자연법론의 불완전한 기획과 실패, 이에 대한 냉철하고 단호한 흄의 이론에서의 부족함과 미흡함 등을 분명하게 지적하면서도, 피니스는 존재로부터 당위가 추론되지 않는다는 원리는 여전히 효력을 가진다고 다시 한 번 확인한다.⁶⁸⁾

생각건대, 클라크(그리고 18세기 자연법론적인 합리주의자들에 대한 흄의 비판에 관한 피니스의 비평은 정면대결을 피하면서 약간 복잡하면서도 이중적(혹은 절충적)이다. 피니스는 자신의 주장과 근대 합리론자들의 주장을 섞어가면서 흄의 이론에 대하여 비평을 한 것이라고 생각된다.

그리고 논의를 좀 더 이전으로 이끌어간다. 그러나 클라크의 앞선 논의를 다룬다고 해서 멀리 고대 그리스 시대의 법사상들까지 거슬러가는 것은 물론 아니고, 또한 역사상 중요한 의미를 갖는 법사상들을 다양하게 다루지는 않는다. 피니스는 그로티우스의 법이론을 중심으로 지금까지의 자신의 논의 주제, 즉 실천적 합당성의 자연법에서 벗어나지 않으

다.” *NLNR*, 41~42. 그리고 이 비평은 제2판 후기 제2장 제5절 부분에서 좀 더 설명하고 있다. *NLNR*, 441.

67) *NLNR*, 42.

68) *NLNR*, 42.

려 한다.⁶⁹⁾

논의는 앞 절의 주제들(존재와 당위의 문제, 그리고 당위의 근거로 실천 이성과 실천적 합당성의 정당화)과 연관되어 이어진다. 말하자면 여기에서 의도한 목적 또는 결론은 ‘아퀴나스 이후 그 계승자들이 의도적이든 아니든 벗어버리려고 애썼던 아퀴나스의 진정하고 본래의 입장을 발전시킬 수 있는 근거와 자료를 제시하는 것이다.’⁷⁰⁾ ‘인간에게 어떠한 것이 동의할만하거나 해로운지에 대한 판단’, ‘어떤 행위가 합리적인 본성에 적합한 것인가 아닌가에 비추어, 그 행위가 도덕적으로 사악한 행위인지 도덕적으로 필연적인 행위인지에 대한 판단’, ‘도덕적 옳고 그름의 규범적 중요성이나 동기제공의 중요성 특히 옳음과 그름의 규범의 의무로서의 구속력’ 등등의 추론은 어떻게 가능할 것인가에 대한 답변을 찾으려는 것이다.⁷¹⁾

이 부분에서도 피니스는, 한편으로는 아퀴나스와 관련성(아퀴나스의 핵심을 적절하게 이해하고 진정하게 근거하는가에 대한 평가를 중심으로)을 새롭게 제시하면서, 다른 한편으로는 흠에 의해 무차별적으로 공격을 받은 내용들이 과연 적절하고 타당한 것인가에 대해 성찰하면서, 클라크 이전의 학자들의 윤리학에 대해 피니스는 자신의 논의를 근거로 하는 요약 평가를 통해 흠의 공격을 균형 있게 바라볼 수 있을 것이라고 주장한다.⁷²⁾ 그리고 다시 한 번 이 책의 원대한 야망을 분명하게 말한다. “아

69) 피니스는 클라크가 직간접적으로 영향을 받았던 법사상가들 중에 중요한 사람이라고 생각되는 그로티우스(1583~1645), 그리고 수아레즈Suarez(1548~1617)와 가브리엘 바스케스 Gabriel Vazquez(1549~1604)를 함께 살펴보는 데, 물론 이 두 사상가들의 견해도 그로티우스와의 관계 속에서 설명한다.

70) *NLNR*, 후기 제2장 제6절 부분, 441~442.

71) 이성적 추론에 관심을 갖게 된 14세기 스콜라 철학자들, 그리고 이성적 추론의 방식이 지배적이었던 16~17세기 자연법론 사상가들에게, ‘신의 존재에 대한 질문’ 그리고 ‘신의 명령에 대한 질문’ ‘신에 의한 의무에 대한 질문’ 등은 가장 중요한 주제 중 하나였다. 이러한 사유 경향은 그로티우스의 단언적 표현으로 제시한다. “비록(*etiāmsi daremus*) 신의 명령이 존재하지 않는다고 가정할지라도 해야 할 것과 해서는 안 될 것이 존재하지만 ‘해야 할 행위와 해서는 안 될 행위는 필연적으로 신에 의해 명령되거나 금지된 것으로 이해되어야 한다.’”Hugo Grotius, *De Jure Belli ac Pacis*, I, c. I, sec. 10, paras 1, 2 (trans, Kelsey, Oxford: 1925): *NLNR*, 4.

72) (i) (흠이 존재와 당위의 관계에 관한 원리를 정식화하고 따랐는가에 관계없이) 아리스토텔레스와 아퀴나스는 당위는 존재로부터 추론될 수 없다는 점을 기꺼이 인정할 것이다. (i

퀴나스의 계승자가 되고자 한 사람들이 포기했던 것, 그러나 아퀴나스가 주장했고 지지했던 것, 바로 이것을 온전하게 발전시키고 종합하는 작업!”⁷³⁾

이렇게 해서 피니스는 자연법론에 대한 여러 형상과 반론들에 대한 비평을 대략 다 했다. 그럼에도 또 다시 슬쩍 거론되는, 그러나 그 무게는 그저 결코 가벼운 것이 아닌, 주제가 남았다. 지금까지의 논의들은 결국 제2장 제8절의 주제, 즉 ‘자연법, 그리고 신의 존재와 의지’에 이르게 된다.⁷⁴⁾ ‘자연법, 그리고 신의 존재와 의지!’ “신의 존재는 인간에게 자명한가?”, “신과의 친교는 추론을 통해 아니면 계시를 통해 가능한가?”, “신과의 친교는 오직 초자연적인 은총에 의해서만 가능한가?”, “신의 의지는 (인간과 같은) 피조물의 추론에 의해서는 발견될 수 없는가?”

그렇지만 피니스는 이제 막 출발하는 자신의 기획에 따라 이 문제들에 대한 답변 혹은 논증을 하지 않고 맺음말에 이를 때까지 꼭 참는다. “이 책의 논의과정에 등장할 이러한 이유나 다른 이유로 이 책의 제3부

i) ‘영원한 관계들’, 그리고 ‘인간의 본성에의 적합성’의 관계들, 이에 대한 사변적인 분별력에는 그 관계들에 일치되는 행동을 하는 동기에 대한 질문을 포함할 수 있다는 흠의 견해에 아리스토텔레스와 아퀴나스도 동의할 것이다. (iii) 아퀴나스는 의무를 충동이나 영향으로 혼동하는 것(흠과 수아레스)을 개탄할 것이고, 또한 (흠이) 이성이 ‘적극적인 원리’라는 점을 이해하지 못한 것에 대해 개탄할 것이다. 왜냐하면, 아퀴나스에 따르면, 인간은 선택과 행동을 할 때 지적인 성찰과 합당성을 고려하여 기회를 선하고 바람직하게 활용하고자 하는 마음에 따라 동기를 형성하기 때문이다. (iv) 자연법의 본래의 자명한 원리들은 (근대적 의미에서의) 도덕적 원리들이고, 그 원리들이 인간의 본성과의 합치 내지 불합치에 대한 자명한 관계와 관련된 원리로 우선적으로 파악된다는 클라크, 그로티우스, 수아레스와 바스케스의 가정을 아퀴나스는 거부할 것이다. (v) 클라크나 흠과 마찬가지로, 아퀴나스는 의무란 상급자의 의지나 명령과 관련하여 설명된다는 견해를 반대할 것이고; 흠과 마찬가지로, 아퀴나스는 의무란 근본적으로 지적인 모순을 회피하는 것이라는 클라크의 견해를 배격할 것이며; 마지막으로 의무란 감정의 문제이거나 본질적으로 감정에 관련된 문제라고 보는 흠의 견해, 그리고 의무를 말하는 것이 일종의 약속이나 결정을 표현하는 지침일 뿐이라고 하는 근자의 신희주의자들의 견해, 이 모든 것을 아퀴나스는 반대할 것이다. *NLNR*, 44.

73) *NLNR*, 후기 제2장 제6절 부분, 442.

74) ‘제2장 제7절 ‘능력 도착’ 논변’은 ‘자연적 기능’, ‘인간 능력’, ‘자연(본성)적 목적’ 등등에 관한 아퀴나스의 논변으로, 이 후의 자연법론(자연법론에 대한 현대적 이미지까지)에서 거론되기도 하는 논변이다. ‘그것은 자연적 기능은 결코 좌절될 수 없다거나 인간의 능력은 그들의 자연적인 목적으로부터 벗어날 수 없다’는 것이다. 그러나 그러나 피니스는 ‘이 논거는 일반적인 전제로서 도덕적인 결론을 산출하기에 충분히 강하기는 하지만, 이 논거는 터무니없다.’고 정리해버린다. *NLNR*, 48.

에서는 그러한(신의 존재와 의지의) 문제들을 간략하게 살필 것이다. 그러한 문제들은 실천적인 것이 아니라 이론적이거나 형이상학적인 것이다. 그러나 그에 대한 설명과 그로부터 얻어지는 답변 그리고 그 답변에 담겨진 질문들이 모든 것은 실천적인 합당성의 통합적인 선에 중요성을 첨가하고 따라서 그와 같은 선의 추구에 포함된 도덕적 원칙들에 중요성을 첨가한다.”⁷⁵⁾ 이 글에서는 그 부분을 앞서서 다루었다.

VI. 법에 대한 평가와 기술(記述)⁷⁶⁾

지금까지 피니스 「자연법과 자연권」에서 큰 배경에 있는 호위병인 기존의 자연법론에 대한 이미지와 반론에 대한 비평과 재반박을 살펴보았다. 이제는 대열을 인도하는 직접적인 안내 호위병에 대한 설명이 필요하다. 이 책의 제1장에 관한 것이다. 피니스는 자신의 자연법론을 본격적으로 전개하기 전에 ‘방향과 목적’을 제시한다. 그 논의의 폭은 넓어진다.

한편으로는 기존의 법리학이나 법이론이 취하고 있는 방향과 목적의 불완전함(또는 미흡함이나 적절치 못함)을 지적하면서, 다른 한편으로는 피니스 자신의 방향과 목적이 의미 있고 타당하다는 것을 말한다. 법과

75) *NLNR*, 49. 그리고 피니스는 제2판 후기의 개요 부분에서 중요한 개념(또는 관념)에 대해서 설명한다. 여기에서 이 문제를 다루었던 자신의 논문집essay 제5권 13.을 인용하여 ‘신의 본성’에 대하여 분명한 자신의 입장을 밝힌다. *NLNR*, 후기 개요, 424~425.

76) 피니스는 제1장을 ‘법에 대한 평가(evaluation)와 기술(記述)(description)’으로 이 책을 시작한다. 필자가 생각하기에 이 제목에 피니스의 기획의 기초와 방향이 다 들어가 있다고 보여진다. 이 책의 독자들에게 ‘평가’와 ‘기술(記述)’ 사이에 간격두기를 먼저 염두에 두라는 선언이다. ‘법의’, ‘법에 대한’, ‘법에 있어서’, ‘법을 향한’...등등에서 ‘평가와 기술’의 구분을 말하는 것이다. 필자가 (약간의 도식적이지만 이해를 돕기 위해서) 미리 이해를 돕는 조언을 하자면, 피니스는 “법과 관련해서 기존의 만연된 법리학 혹은 법이론들은 ‘법을 기술하는 것’에 머물고 있으며, 피니스 자신의 ‘자연법과 자연권’은 ‘법(에서)의 평가’로 나아간다”는 점을 밝히고 있다는 것이다. 백보 양보해서 법을 기술하는 것이 조금이라도 의미가 있으려면 결국 평가가 수반되지 않으면 안 된다는 것이다.

법이론과 법학 일반과 대결을 하겠다는 것을 선포하는 것이다.⁷⁷⁾ 피니스도 잘 알고 있는 당연한 과제이고 목표이겠지만, 이 책으로, 그리고 우리가 이 책을 통해서, 법에 대한 진정한 인식 또는 이해를 얻으려고 하는 것이다. 그러면 ‘법에 대한 진정한 이해’는 어떻게 얻을 수 있는가?

그 모두부터 피니스는 이 질문을 구체화 한다. “이론가는 법을 하나의 사회제도로 기술(설명)하고자 한다. 그동안의 분석적 법리학이나 사회학적 법리학은 도대체 법이라고 여겨질 수 있는 것이 무엇인지 어떻게 결정하는가? ... 행동, 실천 및 그에 상응하는 개념들은 사람에 따라, 사회에 따라, 시간과 장소에 따라 크게 다를 것이다. 그렇다면 이렇게 다양한 특수한 것들에 대한 일반기술이론은 어떻게 가능하겠는가?”⁷⁸⁾ 이러한 질문들에 대해서 벤담, 오스틴, 켈젠, 베버, 하트와 라즈, 그리고 풀러는 적절한 답을 갖고 있지 못하다고 지적한다. 피니스는 법이라는 사회제도에 대한 현재의 다양하고 지배적인 이론들을 정면으로 두고, 그것들의 핵심(물론 피니스의 판단에 따른 그들의 핵심이다)이 불충분한 이유에 대해 설명하고 있다.

‘법에 있어서 실제 요소’라는 사실에 입각하여 ‘단순성과 명확성’을 얻고자 한 벤담과 오스틴, ‘법의 일반이론’에서 가치중립적 혹은 기술(記述)적 일반이론을 제시한 켈젠, 그리고 시대적 장소적 문화적 다양성과 차이 속에서 ‘실제 사실’ 혹은 ‘법이라는 언어’를 통해 공통점을 찾으려 하는 사회학적 법리학, 이들 이론들은 ‘법적 경험에 대한 설명에서 단조롭고 빈약하다’고 피니스는 지적한다.⁷⁹⁾

그리고 벤담과 오스틴과 켈젠 등의 ‘소박한 방법론’⁸⁰⁾의 문제점을 지적한 하트와 라즈 그리고 풀러에 대해서도 피니스는 설명한다. ‘그들(벤담, 오스틴, 켈젠)의 이론은 사실에 부합하지 않는다’(하트),⁸¹⁾ ‘사회질서

77) 다양한 ‘법에 대한 이론적 연구들’의 대부분을 포함하겠지만, 피니스는 벤담, 오스틴, 켈젠, 베버, 하트와 라즈 등으로 대표되는 가장 지배적이고 만연된 ‘분석적 법리학’과 ‘사회학적 법리학’을 우선적으로 거론한다. *NLNR*, 제1장 제1절, 특히 3~6.

78) J. Bentham, *Of Laws*, 1; ‘실제 요소’real elements와 ‘실제 실체’real entity에 관해서는 같은 책, 2~3, 251~252, 278, 294와 *A Fragment on Government* (1776), ch. V, para vi, note 1 (6); J. Austin, *Province of Jurisprudence*, 77-78.; H. Kelsen, *General Theory*, 19, 392, 399; *NLNR*, 3~4.

79) *NLNR*, 4~6.

80) *NLNR*, 6.

에 있어서 중요한 기능들(또한 목적과 기술(技術)), 그리고 그 기능들 사이의 상호 연관성'(라즈),⁸²⁾ “규칙의 일반성’과 ‘협력과 상호성이라는 핵심요소’(풀러)⁸³⁾ 등등은 ‘법이 무엇인가’에 대해 좀 더 나아간 설명이라고 피니스는 인정한다. 법에 대한 기술(記述) 이론에서 중요한 측면이 바로 ‘실천적인 면에 대한 관심’인데, 이들의 이론에서는 어느 정도 실천적인 면에 관심을 두고 있다는 점에서 인정한다.⁸⁴⁾

그러나 하트와 라즈와 풀러의 이러한 견해에 대한 피니스의 인정은 제한적이다. 더 정확히 말하자면, 제한적이라기보다는 여전히 피니스는 불만이다. 왜냐하면 ‘이 모든 이론들의 입장은 기술(記述)하려는 의도에 근거하며’ 또한 ‘이들은 오직 비평가적인non-evaluative 특징에만 근거하여 법이 무엇인지 밝히려고 하기’⁸⁵⁾ 때문이다. 그래서 법의 정체를 설명하는데 조금도 더 나아가지 않고 평가적 방법에 다가가지 않는 법리학 혹은 법이론에 대해 피니스는 ‘법에 대한 일반 이론으로서 될 수 있는 철학적 도구’를 제시한다. ‘중심 사례central case’와 ‘핵심 의미focal meaning’!⁸⁶⁾

너무도 당연한 것이지만, 인간사에서 수없이 다양한 모습으로 나타나는 사태들에 있어서 ‘법’과 같은 어떤 특정 연구대상을 탐구한다는 것은 궁극에는 일반이론을 제시하고자 하는 것이다. 일반이론을 제시하려면, 또는 일반이론이 타당하려면, 선택한 대상이 중요성과 의미심장함을 띠고 있어야 한다. 피니스는 바로 이 ‘중요함과 의미심장함’ 평가에서 관건이 되는 것이 바로 ‘중심 사례와 핵심 의미’라는 철학적 도구라고 말한

81) H.L.A. Hart, *Concept of Law*, 78 [80]: *NLNR*, 6.

82) J. Raz, *Practical Reason*, 158~159: *NLNR*, 8~9.

83) Fuller, *Morality of Law*, 210, 214, 216; 39~40, 61, 155; 20: *NLNR*, 9.

84) “가장 우선되는 것은, 실천적 의미(관념), 즉 사적이든 혹은 공적이든 특정 사회에 속한 특정 개인들이 그들 혹은 우리가 입법과 법집행을 수행함에 있어서 실제로 생각하거나 생각해 왔던 바로 그 실천적인 측면에 관한 사고이다. 기술(記述) 사회이론이 일반화를 시작할 때에도, 실천적 측면에 대한 우선적 관심은, 이론가들의 생각에 대해서가 아니라, 일반 사람들, 즉 그들의 행위와 성향이 사회이론에게 연구 주제대상이 되는 그런 사람들의 생각에 대해서가 되어야 한다.” *NLNR*, 후기 제1장 제2절 부분, 428~429. 그리고 *NLNR*, 제1장 제2절 6.

85) J.Raz, *Practical Reason*, 165.: *NLNR*, 9.

86) 이 주제는 제3절에서 다룬다. *NLNR*, 제1장 제3절 9 이하.

다. 아리스토텔레스의 ‘핵심적 의미의 확인’과 베버의 ‘유형론’은 이러한 도구와 방법론의 활용의 경우이다.⁸⁷⁾ 피니스는 중심 사례와 핵심 의미 논의를 구체화함에 있어서 성찰해야하는 몇 가지의 이론적 개념들, 즉 ‘한 가지 공통점’, ‘전형적’, 또는 ‘통계적 빈도’ 등등에 대한 설명을 통해서, ‘그 핵심적 의미에서의 이론적 개념에 의해 지칭된 사태들을 중심적 사례’라고 부르고자 한다.⁸⁸⁾ 결국 개념적으로 풍부하고 복잡한 중심 사례와 핵심 의미는 그 내용을 주변 사례들에게 비추고 부수적인 사태들을 설명할 수 있는 ‘원리와 근거’로 작동한다는 것이다.⁸⁹⁾

사례와 의미에서 그것이 ‘중심’과 ‘핵심’의 자격을 얻기 위한 선택은 과연 어떻게 이루어질까? 피니스는 ‘관점’의 중요성을 제4절에서 다시⁹⁰⁾ 제기한다. “어떠한 기준에 의해 어떤 의미는 핵심적이 되고 다른 의미는 부차적이 되며, 또한 어떤 사태는 중심적인 것이 되고 다른 사례는 주변적인 것이 되는가? 어떤 관점에서 그리고 어떤 관심에 관련하여 중요성이나 의미심장함이 평가되어야 할 것인가?⁹¹⁾” 이 지점에서 피니스는 ‘실천적’ 관점과 ‘실천적 합당성’에 대해서 설명한다.

“‘실천적’이라는 말을 ‘결과와 행동에 관한 시각’을 뜻하는 것으로 한다. 실천적 사고는 무엇을 (해야) 할 것인가에 관해 생각하는 것이다.” 그리고 “실천적 합당성이란 결정에 있어서의 합당성, 투신에 있어서의 합당성, 기획을 선택하거나 집행하는데 있어서의 합당성, 그리고 일상적으로 행동을 하는데 있어서의 합당성을 말한다. 실천적

87) *NLNR*, 9~10.

88) 피니스는 중심 사례와 핵심 의미의 모습을 이러한 구분으로 표현한다. 성숙한 것(미숙한 것이 아님), 정교한 것(원시적인 것이 아닌 것), 번영된 것(부패된 것이 아닌 것), 표준적인 것(일탈된 것이 아닌 것), 그리고 ‘단순명료하게’, ‘간단히 말해서’(simpliciter), ‘무조건적으로’(‘어떤 의미에서’, ‘말하기에 따라’, ‘상대적으로’(secundum quid) 등등이 아닌 것). *NLNR*, 10-11.

89) *NLNR*, 11.

90) 여기서 ‘다시’라고 말한 것은, 이미 제1장 제2절에서 ‘실천적 관점’의 중요성을 말하면서 ‘관점’에 대해서 거론했기 때문이다. 그러니 제1장 제4절은 앞의 제2절에서 마무리 짓지 못한 질문에 대한 답변을 하는 것이다. *NLNR*, 11.

91) 피니스는 ‘중요성과 의미심장함’에 대한 평가에 대하여 이렇게 지적한다. “이론이 수많은 통약불가능한 전문용어들로 기술된 잡다한 사실들의 거대한 쓰레기더미 이상이고자 한다면 의미심장함과 중요성에 대한 판단이 내려져야만 한다는 이론적 요청을 피할 수 없다.” *NLNR*, 17.

철학이란 인간행동에서 실현될 수 있는 선과 실천적 합당성의 요건에 대한 혼란된 비판적 성찰이다.”⁹²⁾

‘실천적’이라는 것의 의미는 ‘평가’를 말하는 것이다. 따라서 “이론가 자신의 평가는 법이나 법질서와 같은 인간사의 양상들을 기술하는 데 사용되는 개념의 선정 혹은 형성에서 불가피하고 결정적인 요인이다. 왜냐하면 이론가는 그가 인간사와 인간의 관심의 이러한 전체적인 양상들에 관련하여 진정으로 실천적 합당성의 요건이 무엇인가를 결정하지 않는다면, 그의 탐구대상에서의 중심적 사례들을 설명하기 위해 사용하는 바로 그 실천적 관점의 중심적 사례가 무엇인가를 밝혀낼 수 없기 때문이다.”⁹³⁾ 그래서 법과 관련해서 이론가가 이해하고 설명해야 할 가장 중요한 것은 ‘법을 가진다는 것을 실천적 관점에서 중요하게 해주는 것, 바로 그것’이 된다는 것이다.

그럼에도 피니스는 오직 ‘실천적’ 평가만으로 사회이론이 이루어져야 하는 것을 고집하지는 않는다. ‘인간선과 그것의 실천적 요건에 대한 평가’ 그리고 ‘다양한 인간적 사태들에 대한 설명적 기술’, 이 양자 간에 왕복 운동이 분명히 존재한다는 것이다.⁹⁴⁾ 다만 중요한 것은, “인간적 상황의 사실들로부터의 추론에 의해 인간의 가치들과 실천적 합당성의 요청들에 대한 기본적 판단을 이끌어 내는 것은 결코 있을 수 없듯이, 기술(記述) 사회과학을 그 어떤 윤리적 또는 정치적 판단에 대한 변론으로 되게 만

92) 피니스는 자신의 ‘실천적’이라는 것의 의미를 하트와 라즈가 채용하였던 그것과 구분하면서 다음과 같이 설명한다. “기술(記述) 이론가가 인간사의 어떤 영역에 관해 기술함에 있어서 어떤 특징이나 특징들에 ‘중심적인 역할을 부여하기로 결정하려고 한다면’(라즈), 하나의 특정한 실천적 관점(또는 유사한 관점들의 집합)에 ‘관심을 가지거나’(라즈), 그것을 ‘참조하거나’(하트), 또는 ‘재현’(하트)해야 한다는 점을 하트와 라즈는 분명히 한다. 이 책에서 전반적으로 그런 것처럼 바로 여기에서도 필자는 ‘실천적’이라는 용어를, 실행불가능함에 반대되는 ‘실행가능한’이라든가, 비효율적인에 반대되는 효율적인이란 의미로 사용하지 않는다.” *NLNR*, 12. ‘실천적’의 의미를 하트와 라즈처럼 이해하는 것에 대하여 피니스는 다음과 같이 정리해버린다. “이러한 (하트와 라즈의) 모든 고려와 태도는 법을 사회질서의 의미심장하게 분화된 유형으로 존재하게끔 하고 그렇게 유지하게끔 하는 실천적 관점에 대한 명백히 일탈되고, 희석되고 혹은 약화된 경우들이다. 정말로 이러한 관점들은 참된 실천적 관점에 기생하는 관점들이다.” *NLNR*, 12~14.

93) *NLNR*, 16쪽 참조.

94) *NLNR*, 17쪽 참조.

드는 것, 또는 인간적 삶의 무대 안의 배우들에게 칭찬 혹은 비난을 나누어주는 기획이 되게 만드는 것도 결코 있을 수 없다”는 것이다.⁹⁵⁾ 그리고 관점에 대한 피니스 자신의 결론을 제시한다. “기술(記述)사회과학에서의 성찰적 평형점은 데이터에 대한 광범위한 지식 그리고 타인의 실천적 관점과 관심에 대한 통찰적 이해가 진정한 인간의 번영과 진정한 실천적 합당성의 모든 양상에 대한 건전한 판단과 함께 할 때에만 도달될 수 있다는 것이다.”⁹⁶⁾

그러면 ‘자연법의 자격’은 무엇인가? 「자연법과 자연권」의 본론으로 진입하는 직전에, 피니스는 ‘자연법의 자격’을 분명히 한다.

“건전한 자연법론은, 방금 기술한 방법론적 상황을 충분히 인식을 갖고, 실천적인 관점들에 대한 비판을 명쾌하게 착수하는데, 이는 실천적으로 합당한 것을 실천적으로 합당하지 않은 것으로부터 구분해내기 위한 것이고, 그렇게 해서 실제로 중요한 것을, 실제로 중요하지 않은 것 혹은 실제로 중요한 것에 반대할 때에만 중요한 것 혹은 실제로 중요한 것의 부당한 이용으로만 중요한 것 등등으로부터 구별해내기 위한 것이다. 자연법론은 실천적으로 올바른 마음가짐의 조건과 원칙, 사람들 사이에서 그리고 한 개인에게 있어 선하고 적절한 질서의 조건과 원칙을 확인시켜줄 수 있다고 주장한다. 만약 그러한 주장이 정당화되지 않는다면, 특별하게는 분석 법리학 그리고 모든(적어도 대부분의) 사회과학은 일반적으로 일반개념의 형성을 위한 어떤 비판적인 정당화 기준도 결코 가질 수 없을 것이고, 또한 특정한 사람들 또한/혹은 그런 사람들에게 관심을 갖는 특정한 이론가들 특유의 다양한 개념들을 표명하는 정도로 만족해야 할 것이다.”⁹⁷⁾

그리고 나중에(제2판 후기에서) 피니스는 제1장과 관련해서 자신의 ‘자연법과 자연권’ 기획의 처음부터 끝까지 지지해줄 수 있는 버팀목이 되는 자신의 논증을 다음과 같이 정리한다. (1) 기술(記述)적인 이론이 인간 행위들에 관심을 갖는다면, 그것은 방법에 있어서 평가적이어야만

95) NLNR, 17쪽 참조.

96) NLNR, 18.

97) NLNR, 18. 그리고 제2판 후기 제1장 제5절 부분에서 ‘건전한 자연법’을 좀 더 명확하게 제시한다. ‘...(건전한 자연법론) 즉 실천적 관점의 비판으로서의 자연법론, 그리고 비판적으로 정당화 된 분석적 기술적 법리학이나 사회과학에서 없어서는 안 되는 것으로서의 자연법론.’ NLNR, 후기 제1장 제5절 부분, 434.

한다. (2) 법리학은 ‘개념 분석’의 문제는 아니다. 법리학의 주제대상은 인간 개인, 즉 평화와 정의와 번영의 보장이라는 지적인 목적의 주제와 객체로서의 인간 개인이라는 실체이다. (3) 사회이론은 자연과학을 본떠서 만들어진 것은 아니고, 또한 개념 분석을 적절하게 대신하는 것이 ‘자연주의’는 아니다.⁹⁸⁾

VII. 맺음말

피니스의 집요한 요청과 주장은 가끔은 매우 신경질 날 정도로 반복되기도 하고 복잡난해하다. 그럼에도 피니스의 기획은 그만큼의 매력이 있다. 그 매력 중 하나는 ‘근거에 대한 질문’이다. 다음의 글은 피니스가 아퀴나스에 대한 논문에서 연구자 혹은 법이론가 혹은 법철학자에게 요청되는 가장 기본적이고 결정적인 내용을 적시한 것이다.

“누구나, 행위하는 사람들이 행위할 때의 그들의 행위 근거들을 이해한다면 그 사람들이 무엇을 하고 있는지를, 이해하고 또한 기술할 수 있다. 사람들이 하는 그 무엇을 하는데 그들이 갖고 있는 근거들은 사회과학을 구성하는 것과 잘 들어맞는데, 이는 선한 근거들-행위의 근거들처럼 선한 근거들-은 원칙과 결론, 일반적 혹은 전략적 근거들, 그리고 개별적 혹은 전술적 적용 등등의 일관된 집합체 속에서 잘 들어맞는다는 바로 그 의미에 있어서 그렇다. 명확한 생각의 이론가로서-기본적으로 설명적 기술로 의도된 이론조차도-누구든 성찰적 사회 이론에서 인간 사태들을 숙고할 때 선한 것으로 여기는 근거들은 개인이 무엇을 해야 하는가를 숙고할 때 선한 근거들로 여기는 바로 그런 근거들이다.”⁹⁹⁾

그리고 피니스의 매력 중 또 하나는 ‘원리’에 대한 추구이다. 법과 관련하여 모든 이에게(특별하게는 판사, 변호사, 법학교수, 법학도) 가장 중

98) NLNR, 후기 제1장 제1절 부분, 426~427.

99) J. Finnis, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory* (OUP:1998), 42: NLNR, 후기 제1장 제4절 부분, 434.

요한 핵심적인 관점은 ‘법 명제 바로 그대로, 법은 가장 실질적으로 경험적으로 실제로 인정하는 것’이고, 결국에 “법에 있어서” 이 사회와 체계의 ‘원천’과 ‘원리’에게 합당하게 주어지는 것은 무엇인가에 대하여 숙고하는 것’이다.¹⁰⁰⁾

이 글의 우선적인 목표는 피니스가 그토록 난해하게 저술하면서 구사한 논증하는 방식과 채용한 근거들이 피니스의 자연법론에 어떻게 관계되며 구성되는가를 살펴보는 것이었다. 우선 피니스의 ‘실천적 합당성의 자연법’의 배경, 동기, 목표, 그리고 이론적 추론 방법 등을 중심으로 살펴보았다. 이 글이 충분히 수행했는가에 자신은 없다. 혹시 이 글이 도움이 된다면 피니스의 매력을 조금이라도 알릴 수 있는 기회를 만든 것일지도 모른다. 그리고 이 글에 후속되는 글에서는 피니스 자연법론의 구체적인 주제들에 대해서도 이해를 돕는 작업이 이루어질 것이라 생각한다.

(논문투고일: 2020.05.20, 심사개시일: 2020.06.04, 게재확정일: 2020.06.15.)



▶ 이상영

자연법, 자연권, 법리학, 실천 이성, 실천적 합당성

100) NLNR, 후기 제1장 제5절 부분, 436.

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- J. Austin, 「The Province of Jurisprudence Determined」, ed. W. E. Rumble, (Cambridge University Press, 1995).
- J. Bentham, 「Of Laws in General」, (University of London, Athlone Press, 1970).
「A Fragment on Government」 (Cambridge University Press, 1988).
- R. M. Dworkin, 「Law 's Empire」, (Cambridge, MA : Harvard University Press, 1986).
- J. Finnis, 「Natural Law and Natural Rights」, (Clarendon Press, 1980; 2nd ed., 2011).
「Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory」, (Oxford University Press, 1998).
「The Collected Essays of John Finnis」, 5 vols, (Oxford University Press, 2011).
「The idea of judicial power, with special reference to Australian law」. ora.ox.ac.uk (PhD thesis). (University of Oxford, 1965).
- Lon L. Fuller, 「The Morality of Law」, (Yale University Press, 1969).
- R. George, Red., 「Natural Law Theory」, (Clarendon Press, 1992).
「In Defense of Natural Law」, (Clarendon Press, 1999).
- Germain Grisez, 「Beyond the New Theism: A Philosophy of Religion」, (Notre Dame and London, 1975).
- H. Grotius, 「De Jure Belli ac Pacis Libri Tres」, tr. F.Kelsen. (Clarendon Press, 1925).
- H.L.A. Hart, 「Concept of Law」, (Oxford University Press, 1961).

- David Hume, 「A Treatise of Human Nature」 (1740), (Hard Press, 2006).
- I. Kant, 「Critique of Pure Reason」 [1781, 1787].
- H. Kelsen, 「General Theory of Law and State」, Translated by Anders Wedberg.(Harvard University Press, 1945).
- Leibniz, 「Monadology」, [1714], (Edinburgh University Press, 2014).
- M. C. Murphy, 「Natural Law and Practical Rationality」, (Cambridge University, 2001).
- D. J. O'Connor, 「Aquinas and Natural Law」, (Macmillan & Co Ltd, 1967).
- J. Raz, 「Practical Reason and Norms」, (Oxford University Press, 1999).
- Bertrand Russell, 「Human Society in Ethics and Politics」, (Routledge Classics, 1954).
- Julius Stone, 「Human Law and Human Justice」, (Stanford University Press, 1965).
- Leo Strauss, 「Natural Right and History」, (University of Chicago Press, 1953).
- Raymond Wacks, 「Jurisprudence fifth edition」, (Blackstone Press, 1999).

II. 논문

- 오민용, “존 피니스(John Finnis)의 웰빙(well-being) 이론에 관한 연구”, 법철학연구 23권1호, 한국법철학회, 2020.
- 오병선, “신토마스주의 자연법론의 방법과 논변 -존 피니스의 법철학을 중심으로-”, 법철학연구 10권2호, 한국법철학회, 2007.
- 이정훈, “존 피니스(John Finnis)의 실천적 합당성(Practical Reasonableness)에 관한 연구”, 법철학연구 16권3호, 한국법철학회, 2013.

Randy E. Barnett, "A Law Professor's Guide to Natural Law and Natural Rights", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 20, 1997.

Brian Bix, "Natural Law Theory: The Modern Tradition", *OXFORD HANDBOOK OF JURISPRUDENCE AND PHILOSOPHY OF LAW*, Jules L. Coleman & Scott Shapiro, eds., (Oxford University Press, 2002).

"Natural Law Theory", *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Second edition, Dennis Patterson eds., (Blackwell, 2010).

Noberto Bobbio, "Quelques arguments contre le droit naturel" 3 *Annales de philosophie politique*, 1959.

H.L.A. Hart, 'Positivism and the Separation of Law and Morals' (1958) 71 *Harv. L. Rev.* 593, Dworkin (ed.), *Philosophy of Law* (Oxford, 1977).

J.S. Mill, "Nature", *Three Essays on Religion* (London and New York: 1874).

J. Raz, "Kelsen's Theory of the Basic Norm," *American Journal of Jurisprudence*: Vol. 19:Iss.1, Article 6.(1974).

Abstract

On the Structure and Focal Aspects of J. Finnis's 「Natural Law & Natural Rights」

LEE SANGYOUNG

John Finnis's *Natural Law and Natural Rights*(1980, 2011) is one of the representative books on the classic natural law theory. In this paper I would like to articulate the theoretical background and motive, the whole constitution and overall scheme of Finnis's argumentation in this book. Also this paper attempts to arrange and situate Finnis's critical evaluation of descriptive methodology and conception of analytical or sociological jurisprudence, and to propose some guide to identify Finnis's significant concepts, 'the Good(s) and its requirements of practical reasonableness'.

Finnis adopts the Aristotelian question and ground-point, that is “what constitutes a worthwhile, valuable, desirable life?” and proposes his list of ‘basic forms of human flourishing’, which constitutes the universal and immutable ‘principles of natural law’.

Also Finnis seeks to build a modern reconstruction of St. Thomas Aquinas's theory, but he propose a secular theory and a theory of individual natural rights. Finnis argues that the basic goods and the basic methodological requirements are to constitute the universal and self-evident principles of natural law.

Although in this essay could not implied all the expounded identifications of every ideas of this book, but the least this paper would propose some instructions to read Finnis's book ‘Natural Law & Natural Rights’ and to und

erstand with a holistic view Finnis's conception of law on the requirements of practical reasonableness.



▶ **LEE SANGYOUNG**

natural law, natural right, jurisprudenc, practical reason,
practical reasonableness

데이터 이동권 도입의 실익과 입법적 방안 모색*

정 원 준**

【목 차】

I. 서론	
II. 데이터 이동권 도입의 필요성과 그 실익	IV. 국내 도입을 위한 주요 법률 쟁점 및 선결과제
1. 데이터 이동성의 개념 및 의의	1. 개정법상 개인신용정보 전송요구권의 주요 내용
2. 데이터 이동권의 법이론적 근거와 해석 범주	2. 데이터 이동권의 수용에 관한 필요성 검토
3. 데이터 이동권 도입의 실익과 정책 목표	3. 데이터 이동권에 관한 입법 설계 시 고려사항
III. EU와 미국의 데이터 이동권에 관한 접근 방식	V. 입법 방향에 관한 제언
1. EU	
2. 미국	
3. 각국 입법례의 비교법적 시사점	

【국 문 요 약】

EU GDPR은 새로운 정보주체의 권리로서 ‘데이터 이동권(Right to Data Portability)’을 창설하여 주목받고 있다. 구글, 페이스북 등 디지털 플랫폼 기업들이 데이터 사용 권한을 독점하고 있는 상황에서, 데이터 이동권은 정보주체의 선택권을 근거로 개인정보를 자유롭게 이전하여 시장 경쟁을 촉진할 것으로 기대하며 설계된 권리라 할 수 있다. 이러한 이동권의 법적 성격을 두고 여러 이견이 있을 수 있으나, 이를 인센티브 차원의 권리로 보기보다는 헌법상 개인정보자기결정권에 기인하는 것으로

* 이 논문은 2020년 5월 29일 한국데이터법정책학회가 개최한 제1회 정기학술대회에서 발표한 내용을 수정 및 보완한 것임.

** 정보통신정책연구원(KISDI) 전문연구원, 법학박사.

로 보아야 한다. 이에 따라 개인의 자유의사 및 선택권을 최대한 보장하는 방향으로 제도를 설계할 필요가 있다.

국내에서도 본격적인 논의를 거쳐 데이터 이동성 확보를 위한 개정 신용정보법상 ‘전송요구권’이 도입되었다. 그러나 본 권리는 개인신용정보를 대상으로 하고 있어 개인정보 일반에 적용되는 포괄적 권리의 필요성에 대한 논의는 여전히 유효하다고 할 수 있다. 특히 금융 분야에 한정된 권리 부여만으로는 해외 플랫폼 사업자로의 쏠림 현상을 약화시키거나 경쟁을 촉진시키는 등의 기대효과를 달성하기 어렵다는 한계가 있기 때문이다.

이에 본 연구는 데이터 이동권의 도입에 따른 실익을 산업·경제적·권리 보장적 측면 등 다양한 시각에서 면밀히 검토하였다. 또한 주요국의 입법례를 비교법적 시각에서 분석한 바, 이동권을 전면적으로 보장하는 EU의 GDPR, 12개월 이내 2회 이내로 제한하는 미국의 CCPA, 산업 정책 차원에서 별도의 근거 법률을 두는 영국과 일본의 접근 방식이 각각 상이함을 파악하였다. 향후 국내에 이동권 도입 시 시장 환경을 충분히 고려하여 권리 범위를 명확하게 설정하여야 할 것이다. 가령 권리 범위가 지나치게 넓으면 기존 개인정보처리자들은 적법한 이익(legitimate interests)을 명분으로 빠져나가게 되어 제도적 실효성이 감소될 수 있다. 결론적으로 포괄적인 권리로서 데이터 이동권을 도입하되, 입법 초기에는 법률상 요건을 엄격하게 규정하여 제한적인 권리 형태로 수용하게 되면 그에 따른 수범자들의 법적 혼란을 최소화할 수 있을 것이다.

I. 서론

오늘날 디지털 경제의 확산으로 인터넷 기반의 정보화 사회를 지나 온·오프라인이 융합된 초연결 사회에 진입하고 있다. ICT 기술의 고도화는 수집된 데이터양의 증가와 정보처리 속도의 향상으로 이어져 개인데이터의 활용성과 잠재적 가치를 증진시키는 요인으로 작용하였다. 이에 따라 산업계 전반에서 품질 좋은 개인데이터를 최대한 많이 확보하고, 이를 활용하여 새로운 가치를 창출하려는 움직임이 부각되고 있다. 그러나 개인정보의 유통과 활용을 진작시키기 위한 영업 활동에는 개인정보 규제라는 법률적 제약이 따른다. 이에 EU를 중심으로 한 해외 주요국은 정보주체가 개인정보 활용에 대한 의사를 스스로 결정하도록 유도하는 정책을 취하고 있다. 그 유력한 실행방안 중의 하나가 바로 ‘데이터 이동권(Right to Data Portability)’을 보장하는 것이다. 이동권을 보장함으로써 개별 서비스에 분산되어 있는 데이터에 대해 통합적이고 실질적인 권리 행사가 가능해진다. 다시 말해 데이터 이동권은 정보주체의 선택권을 근거로 개인정보를 자유롭게 이전하여 시장 경쟁을 촉진할 것으로 기대하며 설계된 권리라 할 수 있다.

특히 일부 디지털 플랫폼으로의 쏠림 현상으로 인해 구글, 페이스북 등 글로벌 ICT 기업이 데이터 시장에서 독과점 지위를 차지하고 있어 데이터의 이동성 확보는 국가경쟁력 차원에서도 중요하다. 이처럼 몇몇 기업이 데이터에 따른 인센티브를 전유하고 있는 상황에서, 정보주체로 하여금 본인 이를 재사용하거나 제3자에게 이전하도록 하여 실질적인 통제 권능을 강화시킬 수 있다. 곧 기업이 주체가 되는 데이터 활용 생태계가 정보주체 중심으로 변모할 가능성이 생긴 것이다. 반면에 이동권이 확립되지 못하면 이용자는 서비스 변경을 위해 데이터를 일일이 다시 입력하거나 재구축해야 하는 번거로움을 감수해야 한다. 이는 결과적으로 디지털 자산인 데이터의 손실로 이어지거나 개인의 부담으로 작용해 기존 서비스에 예측되는 상황을 초래할 수 있다.

그런데 플랫폼 기업과 소비자 사이의 힘의 불균형 문제를 기존의 동의 제도로 시정하기에는 한계가 있다. 동의 절차에서 수동적인 지위만을 갖

는 정보주체로 인해 기업은 최대한 많은 내용을 동의서에 담고자 하고, 동의의를 취득한 이후에는 기업에 일종의 면제부를 주는 이른바 ‘동의규제의 역설(paradox)’ 문제가 있기 때문이다. 이러한 배경에서 EU 개인정보보호 규칙(General Data Protection Regulation, 이하 ‘GDPR’이라 함)¹⁾은 새로운 권리로서 데이터 이동권²⁾을 창설하여 주목받고 있다.³⁾ 이후 국내에서도 본격적인 논의를 거쳐 데이터 3법⁴⁾의 개정의 일환으로 신용정보법상 ‘개인신용정보 전송요구권’이 신설되었다. 다만 본 권리는 개인신용정보만을 대상으로 하고 있어 개인정보 일반에 적용되는 포괄적 권리의 필요성에 대한 논의는 여전히 유효하다고 할 수 있다.

이에 본고는 먼저 데이터 이동권의 도입에 따른 실익에 대해 산업·경제적 관점, 권리 보장 측면 등 다양한 시각에서 살펴본다(Ⅱ). 이어서 EU와 미국의 접근 방식을 비교법적으로 분석하고(Ⅲ), 국내법상 ‘개인신용정보 전송요구권’이 도입된 상황에서 통합적인 권리로서 데이터 이동권을 추가로 논의할 실익에 대해 규명해보도록 하겠다(Ⅳ). 끝으로 새로운

1) REGULATION (EU) 2016/679 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation).

2) 학계 일반에서는 데이터 이동권과 개인정보 이동권, 정보이동권 등의 용어가 혼재되어 사용되고 있다. GDPR상의 ‘Data’를 표현 그대로 쓰거나, 우리법상 ‘개인정보’ 혹은 ‘정보’로 치환하여 번역하는 경우가 있기 때문이다. 개인적으로는 해당 용어를 ‘개인데이터 이동권’으로 지칭하는 것도 고려할 수 있다고 생각되나, 이 글 전반에서 논의하고 있는 이동권이 GDPR의 ‘Right to Data Portability’의 권리 범주를 상정하고 있으므로 용어 사용상의 혼란을 방지하기 위하여 ‘데이터 이동권’으로 통일하여 사용하고자 한다.

3) 다만 Blair Stewart(2016)에 의하면 이동권을 최초로 입법화 한 것은 2012년 필리핀 개인정보보호법(Data Protection Act of 2012)인데, 이 법 제18조는 데이터 이동권(Right to Data Portability)을 “전자적 수단이나 구조화되고 통상적으로 사용되는 형식으로 개인정보를 처리하는 경우 정보주체가 추가적 사용을 허용하거나 컨트롤러로부터 전자적 또는 구조화된 형식으로 처리 중인 데이터 사본을 취득할 수 있는 정보주체의 권리”로 정의한다. National Privacy Commission 웹사이트, <www.privacy.gov.ph/data-privacy-act>(최종 접속일: 2020. 5. 11).

4) 여기서 ‘데이터 3법’이라 함은 「개인정보보호법」, 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」(이하 ‘정보통신망법’이라 함), 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」(이하 ‘신용정보법’이라 함)을 통칭하는 것으로 2020년 1월 9일 국회 본회의를 통과한 개인정보에 관한 세 가지 법률개정안을 의미한다.

권리의 창설이 어떻게 입법화되어야 할지에 대해 제언하면서 본 연구의 결론을 맺도록 하겠다(Ⅴ). 이를 통해 향후 입법화 논의 단계에서 제도상·실무상 문제점 해결을 위한 유의한 시사점을 도출할 수 있을 것이다.

Ⅱ. 데이터 이동권 도입의 필요성과 그 실익

1. 데이터 이동성의 개념 및 의의

‘데이터 이동성(data portability)’은 여러 맥락에서 정의될 수 있는 유동적인 개념이다. 게다가 우리 개인정보 규범은 ‘이동’이라는 용어를 법문에 적시하고 있지 않아 명확한 해석이 어렵다. 다만 개정 신용정보법에서 데이터 이동권에 해당하는 전송요구권을 규정하고 있을 뿐이다. 추측컨대, 이동은 말 그대로 특정 대상을 당사자 간에 온전히 이전시키는 것을 의미하므로 해석상 다양한 양태⁵⁾를 포괄할 뿐만 아니라 신용정보법상 이동의 방식이 자동화된 처리 수단에 의한다는 점에서 전송이라는 협의의 개념이 차용된 것이 아닌가 싶다.

국내에서는 이미 정보 이동을 보장하는 모델이 제도화된 바 있다. 2004년 통신서비스 시장에 도입된 번호이동성 제도와 2015년부터 금융 부문에서 도입된 계좌이동서비스가 그것이다. 먼저 번호이동성(number portability) 제도는 “가입자가 전기통신사업자 또는 이동전화서비스의 변경에도 불구하고 종전의 전기통신번호를 유지하는 것”이다(「이동전화서비스 번호이동성 시행 등에 관한 기준」 제2조). 이는 소비자에게 선택권을 부여함으로써 편익 증진 및 시장의 경합성(contestability)을 확대하는 데 목적이 있다.⁶⁾ 또한 통신사를 전환할 때마다 개인데이터를 제

5) ‘이동성’을 사전적 의미로만 해석하면, 전송, 이전, 유통, 거래, 신탁, 수탁, 계약, 제공 등 이동이 발생하는 모든 양태를 포괄하는 광의의 개념으로 해석될 수 있다.

6) 이홍재, “번호이동성 제도 도입의 현황 및 성과 검토”, 「KISDI 이슈리포트」, 04-19, 2004,

공해야 하는 반복성을 없애고, 고착화를 약화시킴으로써 경쟁 업체의 진입 장벽을 완화하는데 기여한다. 한편 계좌이동 서비스는 ‘기존의 계좌에 연결되어 있는 자동이체 항목을 출금 및 입금 이체 정보와 함께 신규 계좌로 일괄 이동시키는 것’이다.⁷⁾ 이 두 제도는 당해 정보를 다른 정보처리자에게 고스란히 이전시키는 사실, 그리고 그것이 현재의 구매 상태와 과거 투자 사이의 호환성(compatibility)에 관한 소비자 요구에 기인하는 점, 정보 이전에 대한 전환비용(switching cost)을 낮춰 공급자의 고착화(lock-in)를 약화시킴으로써 시장 경쟁을 촉진하는 점 등에서 공통된다.⁸⁾ 이는 데이터 이동권의 정책적 목표와도 궤를 같이 하는 것이다.

데이터 이동성은 비식별 처리 기술의 한계 및 재식별 위험과 데이터 취급 기업에 대한 불신이 팽배한 현실에서 소비자의 선택권에 근거한 데이터 활용이라는 점에서 의미가 있다. 따라서 마이데이터 산업 등 데이터 이동 생태계를 구축할 때 정보주체의 자율적인 권리행사에 기인하여 전환비용을 최소화하는 형태로 이전되도록 제도를 설계할 필요가 있다. 이러한 맥락에서 데이터 이동성을 “정보주체의 자기결정권에 근거하여 서로 다른 플랫폼 및 서비스 간 이동을 통해 데이터를 획득 또는 재사용하는 것”으로 해석하여야 한다. 다만 이는 각 국가별로 상이한 입법모델에서 알 수 있듯이 정책 방향의 설정에 따라 달리 정의될 수 있을 것이다.

5쪽.

7) 김우진·이순호, “계좌이동서비스 도입에 따른 주요 이슈와 시사점 : 영국 사례를 중심으로”, 한국금융연구원, 48쪽.

8) 일반적으로 전환비용은 공급자로부터 기존 고객을 고착화하여 시장 경쟁을 저해하는 요인으로 작용한다고 하는데, 사전 단계에서 전환비용이 오히려 초기 가입자 확보 차원에서 사업자간 경쟁을 촉진시키는 기능을 한다는 견해도 있다. See Paul Klemperer, Competition when Consumers have Switching Costs: An Overview with Applications to Industrial Organization, Macroeconomics, and International Trade, 62 The Review of Economic Studies 515 (1995).

2. 데이터 이동권의 법이론적 근거와 해석 범주

가. 개인정보자기결정권과 데이터 이동권의 법적 성격

우리나라에서 개인정보자기결정권은 헌법에 명시되어 있지 않지만, 헌법상 권리라는데 이견이 없다. 다만 그 헌법상 근거에 대하여 대법원은 제10조(일반적 인격권)와 제17조(사생활 비밀과 자유)에서 찾고 있지만,⁹⁾ 헌법재판소는 일관되게 설명하고 있지 못하다. 즉 제10조에서 찾는 견해, 제17조에서 찾는 견해, 헌법 제10조와 제17조 모두 근거가 된다는 견해,¹⁰⁾ 헌법에 명시되지 않은 독자적 기본권이라는 견해¹¹⁾ 등의 해석이 분분하다. 생각건대, 개인정보자기결정권을 헌법 제17조에 근거한 기본권으로 파악하기는 어렵다고 본다.¹²⁾ 개인정보자기결정권은 사적인 영역에 대한 소극적인 보호보다는 개인이 공적 영역으로 나아갔을 때 자기정보의 공개와 사용에 대한 적극적인 통제권을 갖는 것이 핵심인데, 이는 일반적 인격권으로부터 도출된다고 봄이 상당하기 때문이다.

현재에 의하면, 개인정보자기결정권은 “자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 이용되도록 할 것인지를 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리”를 의미한다. 그런데 데이터 이동권이 이와 같은 개인정보자기결정권으로부터 기인하는 것인지 혹은 그 법적 성격이 무엇인지가 불분명하다. 이에 관하여 데이터 이동권이 개인정보자기결정권에 근거하여 이미 주장될 수 있는 권리라는 견해,¹³⁾ 인격권으로부터 파생된 권리가 아닌 정보주체의 서비스 선택권 보장과 사업자간 경쟁을 촉진하고자 하는 정책적 목적에 의한 권리라는 견해,¹⁴⁾ 권리 이전의 요

9) 대법원 1998. 7. 24. 선고 96다42789 판결.

10) 현재 2016. 3. 31.자 2015헌마668; 현재 2014. 8. 28. 선고 2011헌마28; 현재 2009. 9. 24.자 2007헌마1092 등.

11) 현재 2005. 5. 26. 선고 99헌마513, 2004헌마190; 해당 판결에서 현재는 개인정보자기결정권의 헌법적 근거는 어느 하나에 국한되지 않는다고 하면서, 이는 독자적 권리로서 헌법에 명시되지 않은 기본권이라고 판시하였다.

12) 동지(同旨)의 견해로 한수웅, 『헌법학』, 제4판, 법문사, 2014, 550쪽; 문재완, 『잊혀질 권리: 이상과 실현』, 집문당, 2016, 166쪽.

13) 손경호·이수안·고수윤, 「데이터 이동권 도입 방안 연구」, 한국데이터산업진흥원, 2019, 142쪽.

구로 제3자에게 의무를 부담시키고 비용이 발생하므로 법률 규정 없이 곧바로 헌법상 개인정보자기결정권으로부터 당연히 도출되는 권리가 아니라는 견해¹⁵⁾가 있다.

개인적인 의견으로는 데이터 이동권을 시장 경쟁을 촉진하기 위한 인센티브 차원의 권리로 보기 보다는 헌법상 개인정보자기결정권에 기초하는 권리로 이해할 필요가 있다고 본다. 그 이유는 이동권이 산업 활성화 차원에서 일종의 보상을 부여하는 것으로 인식될 경우 여러 이해당사자들로부터 적절한 합의를 이끌어내기 어렵기 때문이다. 하지만 개인정보자기결정권에 기반하여 데이터 이동 제도를 설계한다면 철저히 개인의 자유의사와 선택권을 보장하는 방향으로 다양한 서비스의 구현이 가능해질 것이다.

또한 역사적으로도 1880년 Thomas Cooley 판사가 원용한 ‘혼자 있을 권리(Right of be Alone)’¹⁶⁾에서 출발한 전통적인 프라이버시권과 달리 개인정보자기결정권의 이념은 적극적인 권리행사에 방점이 있다. 따라서 데이터의 이동을 구체적으로 요청하는 것을 내용으로 하는 데이터 이동권은 헌법상 개인정보자기결정권에 근거하는 것으로 보는 것이 바람직하다. 본고는 이러한 맥락에서 개인의 선택 권한을 최대한으로 확보하는 가운데, 준수 비용의 확대로 기업의 영업권을 크게 해하지 않는 범위에서 데이터 이동권의 개념을 정립해 나가고자 한다.

나. 데이터 이동권의 권리 범주

데이터 이동권은 정보주체 본인과 본인 이외의 다른 주체에게 데이터를 전송하고 공유할 수 있게 함으로써 자신의 데이터를 통제할 수 있는 권리이다.¹⁷⁾ 즉 이동권의 본래 모습은 이용자가 원하는 온라인 서비스간의 이동을 특별한 제약 없이 자유롭게 하는 것이다. 이를테면 eBay 사

14) 박원일, “정보이동권의 국내 도입 방안”, 『경희법학』, 제52권 제3호, 2017, 200쪽.

15) 고환경·손경민·주성환, “정보이동권과 마이데이터산업”, 『BFL』, 제93호, 2019, 27쪽.

16) Thomas M. Cooley, *The General Principles of Constitutional Law in the United States of America*, BOSTON: LITTLE, BROWN AND COMPANY (1880), p.238.

17) Barbara Van der Auwermeulen, *How to attribute the right to data portability in Europe: A comparative analysis of legislations*, 33 Com. L. & Sec. Rev. 57 (2017), p.59.

용자가 자신의 경매 내역을 요청하는 것뿐만 아니라, 판매자 프로필을 다른 온라인 경매서비스로 이전시키도록 요구할 수 있어야 한다. 이러한 맥락에서 데이터 이동권은 다음과 같이 두 가지 권리 범주를 갖는다.

첫째, 개인정보처리자로부터 개인정보를 수령할 권리(이하 ‘정보환수요구권’이라 함)이다. 곧 정보주체는 개인정보를 되돌려 받아 다른 정보처리자의 서버(집중형)로 이전하거나, 본인 계정의 기기 또는 클라우드(분산형)에 저장할 수 있다. 이처럼 개인정보를 본인 계정의 저장 공간에 축적시킨 후 데이터를 관리할 수 있는 저장 공간을 ‘PDS(Personal Data Store)’라고 한다. 국내에는 이러한 서비스가 활발하지 않지만, 영국과 미국에서는 이미 다양한 형태의 서비스가 출현하고 있다.¹⁸⁾

둘째, 기술적으로 가능한 경우 개인정보처리자로 하여금 다른 개인정보처리자에게 직접 이전하도록 요구하는 권리(이하 ‘정보이전요구권’이라 함)이다. 이러한 권리 행사는 동종 업종의 경쟁 업체로의 정보 이동을 가

18) PDS는 ‘분산형’과 ‘집중형’으로 나뉘는데, 전자는 PLR(Personal Life Repository)과 같이 데이터를 개인클라우드 스토리지에 축적하고 동의에 근거하여 사업자가 데이터를 활용하는 방식이고, 후자는 사업자가 제공하는 서버에 데이터의 축적 및 관리까지 위탁하는 형태이다. 해외에서는 이미 대상 데이터, 서비스 영역(공공/민간), 수익 모델, 보안인증 방식 등의 측면에서 매우 다양한 형태의 서비스가 제공되고 있다.

<해외 주요 PDS 플랫폼 서비스 비교>

기업명	주요 특징	대상 데이터	수익모델
Mydex	공공서비스 위주/ 보안 인증 다수	자동차, 전기, 세금 등 공공서비스 및 여행, 쇼핑 등 민간서비스	개인: 무료(수수료) 기업: 유료
Digi.me	블루버튼 연계 예정	SNS 데이터, 금융, 의료데이터 등	개인: 무료/유료(프라이엄) 기업: 무료(신생)/유료
CitizenMe	differential privacy 방식 활용	자기기록데이터, 외부 서비스 연계데이터, AI 기반 특성데이터	개인: 무료 기업: 유료
OpenPDS	SafeAnswers 통해 보안기능 강화/ 본인인증 위한 OpenID Connect 기능 추가	신용카드 거래, 센싱 데이터, 사용자의 위치, 웹 검색 기록 등 자동 생성되는 로그 형식의 메타데이터	개인: 무료 기업: 무료
Streamr	이더리움 기반의 Data 토큰 거래 방식	차량 주행데이터, 건강데이터 등 실시간 IoT 생성데이터	개인: 무료 기업: 유료
Datacoup	기존 온라인 서비스와 계정 연결 기능/예상 가격 측정	금융 거래 내역, SNS 계정 및 온라인 활동 수집 데이터	개인: 무료 기업: 유료
Cozy	Store 구축하여 SaaS 형태의 다양한 서비스 런칭	사진, 파일, 청구서, 은행명세서, 전자송장, 계약서, 의료 보험료 환급내역(health refund)	개인: 유료 기업: 유료

능하게 한다. 가령 음원 스트리밍 서비스에서 현재 재생 목록이나 검색 내역, 특정 트랙의 재생 횟수 등에 관한 정보를 다른 스트리밍 서비스에 이전시키는 것을 예로 들 수 있다.¹⁹⁾ 그러나 그 이전의 발생이 지배적 사업자 간에만 이루어질 경우 오히려 독점력을 강화하는 수단(담합 또는 불공정거래행위)으로 악용될 여지가 있는데, 가령 Google, Microsoft, Facebook의 플랫폼 간 데이터 전송을 위해 설계한 오픈소스 SW 프로젝트인 ‘Data Transfer Project’²⁰⁾의 경우 공정 경쟁에 반할 우려가 의심된다.²¹⁾

다. 다른 유사 권리와와의 관계

우리 개인정보보호법은 정보주체의 권리로서 열람(제35조), 정정·삭제(제36조), 처리정지(제37조)에 관한 권리를 인정하고 있다. 이 중에서 데이터 이동권과 가장 유사한 권리는 열람요구권일 것인데, 정보통신망법은 개인정보의 열람뿐만 아니라 제공까지 요청할 수 있는 열람제공요구권을 규정하였다(법 제30조).²²⁾ 본 권리는 알 권리 차원에서 개인정보의 이용 및 제3자 제공 현황, 동의 취득 현황 등 전반적인 개인정보 처리 현황을 파악하기 위함이다. 특히 추가적인 정정 요구나 동의 철회 등의 적극적인 권리행사로 나아가기 위한 전제 조건으로서의 성격을 가지므로 개인정보의 재사용을 목적으로 하는 데이터 이동권과는 다른 취지의 권리라 할 수 있다.

문제는 개정 개인정보보호법(법률 제16930호, 2020. 2. 4., 일부개정)이 정보통신망법을 흡수·통합하는 과정에서 해당 조항이 제외된 것인데,

19) ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, Guidelines on the right to data portability, p.5.

20) 프로젝트에 관한 보다 상세한 설명은 Data Transfer Project 웹페이지, <www.datatransferproject.dev>(최종 접속일: 2020. 5. 11) 참조.

21) 물론 Google, Microsoft, Facebook은 각 사의 홈페이지에 개인이 보편적인 데이터 포맷 형식(HTML/JSON, vCard, MBOX 등)의 데이터를 다운로드하여 언제든지 다른 서비스에서 사용할 수 있도록 하는 “내 데이터 다운로드” 서비스도 함께 제공하고 있다.

22) [정보통신망법] 제30조 ② 이용자는 정보통신서비스 제공자등에 대하여 본인에 관한 다음 각 호의 어느 하나의 사항에 대한 **열람이나 제공을 요구**할 수 있고 오류가 있는 경우에는 그 정정을 요구할 수 있다.

이에 의하면 정보주체는 정보통신서비스 제공자 등에게 정보의 제공까지는 요구할 수 없게 된다. 개정 취지에서 이에 대해 특별히 설명하고 있지 않은데, 신용정보법상 전송요구권 등의 권리²³⁾가 신용정보에 한한다는 점을 감안하면 이는 엄연히 입법상의 흠결에 해당된다고 보인다.

한편 EU GDPR에서도 이동권과 유사한 개념이 발견된다. 먼저 GDPR 제13조 및 제14조에 의하면 컨트롤러²⁴⁾는 공정하고 투명한 처리를 보장하기 위해 추가적 정보를 정보주체에게 제공하여야 한다고 한다. 다만 이는 기본적인, 추가적, 이용 목적 변경 시 고지사항을 알려야 할 의무를 규정하고 있는 것이어서 개인정보를 이전하는 것은 아니다.

다음으로 GDPR 제15조의 접근권(The Right of Access)을 주목해볼 필요가 있다.²⁵⁾ 접근권은 “컨트롤러로부터 개인정보가 처리되고 있는지에 대해 확인받을 권리”를 의미한다(GDPR §15). 처리과정에 있는 데이터 사본을 전자적 방식으로 요구할 수 있고(동조 제3항), 이렇게 수령한 개인정보를 지재권 침해와 같은 법적 제한 사유가 없는 범위 내에서 ‘방해 없이 자유롭게’ 이전시킬 수 있다는 점이 이동권과 유사하다. 다만 접근요구권 또한 다른 유사 개념과 마찬가지로 개인정보를 제3자에게 이전하도록 요구할 수 없다는 점에서 차이가 있다.

라. 마이데이터 서비스와 데이터 이동권 : 영국과 일본의 사례 중심

데이터 이동권 논의에서 가장 많은 관심을 일으키는 쟁점은 아마도 마이데이터 서비스에서의 역할과 기능에 관한 부분일 것이다. 곧 데이터

23) [신용정보법] 제39조의3(신용정보주체의 권리행사 방법 및 절차) ① 신용정보주체는 다음 각 호의 권리행사 (이하 “열람등요구”라 한다)를 서면 등 대통령령으로 정하는 방법·절차에 따라 대리인에게 하게 할 수 있다.

1. 제33조의2제1항에 따른 전송요구...(중략)...

6. 제38조제1항 및 제2항에 따른 열람 및 정정청구

24) 여기서 컨트롤러(controller)라 함은 국내법상 개인정보처리자에 해당하며, EU GDPR 제4조에 의하면 개인정보 처리 목적 및 수단을 단독 또는 제3자와 공동으로 결정하는 자연인 또는 법인, 공공기관, 관청, 기타 단체 등을 의미한다.

25) Gauthier Chassang, Tom Southerington, Olga Tzortzatou, Martin Boeckhout & Santa Slokenberga, Data Portability in Health Research and Biobanking: Legal Benchmarks for Appropriate Implementation, 4 Eur. Data Prot. L. Rev. 296 (2018), pp.297-299.

이동권이 마이데이터 서비스를 구현하기 위한 필수적인 권리인가 하는 문제이다. 결론부터 말하면 이동권은 마이데이터 사업을 위해 입법적으로 고려할 수 있는 여러 방편의 하나에 지나지 않는다. 각국의 입법례를 보아도 포괄적인 권리를 보장하는 EU, 12개월 이내 2회 이내로 제한적인 권리를 인정하는 미국의 California Consumer Privacy Act(이하 ‘CCPA’라 함),²⁶⁾ 권리 규정을 두지 않고 산업 정책 차원에서 별도의 근거법을 마련한 영국과 일본의 접근 방식이 각각 상이하다. EU와 미국으로 대표되는 권리부여형 입법모델은 후술하여 검토하기로 하고, 이하에서는 권리의 설정과 무관하게 마이데이터 생태계를 구축한 영국과 일본의 사례를 살펴보도록 한다.

먼저 영국에서 마이데이터의 도입은 2013년 「기업규제개혁법(Enterprise and Regulatory Reform Act, 이하 ‘ERRA’라 함)」을 제정하면서 추동되었다. 동 법에 의하면 고객의 요청이 있을 경우 기업은 기계적으로 인식할 수 있고 이동가능한 안전한 방식으로 데이터를 이전시켜야 할 의무가 있다(ERRA §89-91). 다만 이 법은 의무대상자를 에너지, 통신, 금융 등 특정 사업자로 제한한 점, 입법의 취지가 중소기업 지원에 필요한 기업규제 환경 개선에 있는 점, 고객에게 정보제공에 따른 비용을 청구하고 있는 점 등으로 비추어보아 ERRA의 정보 이전 의무는 기업 간 데이터 유통에 초점한 것으로 개인의 선택권 내지 개인정보자기 결정권을 확보하기 위한 의도로 보기 어렵다.

다만 2018년 영국 개인정보보호법(Data Protection Act of 2018)은 GDPR의 영향을 받아 데이터 이동권 규정을 신설하였으나(DPA §1(2)), “영국에서 데이터 이동권은 본인의 거래 내역을 파일 형식으로 다운로드할 수 있는 ‘Midata’ 서비스를 통해 이미 구현되고 있다”라는 정보보호청(ICO)의 언급에서 알 수 있듯이 산업 정책의 맥락에서 접근하고 있는 것으로 보인다.

한편 일본은 정보주체와 신탁계약을 맺은 기업(정보은행)이 개인정보 관리 및 활용에 관한 업무를 대리 수행하는 방식의 ‘정보은행 제도’를 두

26) 주요국의 입법 방식 차이에 관한 보다 구체적인 비교법적 분석은 조성은 외, 「개인주도 데이터 유통 활성화를 위한 제도 연구」, 기본연구 19-01, 정보통신정책연구원, 2019 참조.

고 있다. 정보은행의 기본 구상은 고객과 사전에 합의된 범위 내에서 정보 보관 및 관리서비스, 보관 정보에 대한 분석에 근거한 신용평가 등의 서비스, 제3자 제공 서비스, 데이터 분석 및 가공서비스, 본인 확인 서비스 등을 제공하고 수익의 일부를 고객에게 환원해주는 것이다.²⁷⁾

일본은 2015년 「개인정보보호법」을 대대적으로 개정하고, 2017년 「관민데이터 활용 추진기본법」(이하 ‘관민데이터법’이라 함)을 제정하여 정보은행의 법적 근거를 마련하였다. 먼저 개정 개인정보보호법은 제3자 제공에 대한 옵트아웃 방식을 부분적으로 인정하는 대신, 데이터 처리의 투명성 강화를 위해 그 허용 요건을 강화하고 있다.²⁸⁾ 또한 개정법은 최초 수집 당시의 동의 내용과 상당한 관련성을 요구하던 것에서 ‘상당한’이라는 요건을 배제함으로써 사실상 포괄 동의의 범주를 확대하고 있다(법 제15조 제2항). 이에 따라 정보은행 사업자는 정보주체와의 최초 계약 당시의 동의만으로도 포괄적인 사항을 위임할 수 있다.²⁹⁾ 아울러 관민데이터법 제12조는 “다양한 주체가 개인데이터를 당사자의 참여 하에 적절히 활용될 수 있는 기반 정비와 필요한 조치를 강구하여야 한다”는 근거규정을 두고 있다.³⁰⁾

다만 일본에서도 산업 활성화를 위하여 데이터 이동권의 도입이 필요하다는 논의가 진행 중이다.³¹⁾ 가령 이동권을 행사하여 정보은행 A에서

27) 日本 内閣官房 I T 総合戦略室, データ流通環境整備検討会 AI・IoT 時代におけるデータ活用ワーキンググループ、中間取りまとめ, 2017.3.

28) 개정법은 제3자 제공시 제공 목적, 대상 데이터 항목 및 처리 방식, 정보주체가 식별 가능 정보의 이용을 금지할 권리를 보유가 있다는 사실과 그 요청의 접수 및 수리 방법에 대해 고지하거나 정보주체가 쉽게 알아볼 수 있도록 고지할 의무를 규정하고 있다(법 제2조 제2항). 또한 해당 사항을 개인정보보호위원회에 신고하고 자사의 웹사이트에 공표하는 경우에도 동의 없이 고지로 대체 가능하다(법 제2조 제4항).

29) 물론 일본에서도 정보은행 운영을 위하여 포괄 동의가 필요하다는 점을 인식하면서도 금융, 의료 등의 영역에서 민감한 데이터에 대한 리스크가 있으므로 개인데이터의 특성에 따라 개별 동의를 취하자는 의견도 있다. 日本 内閣官房 I T 総合戦略室, 官民データ活用推進基本計画実行委員会 データ流通・活用ワーキンググループ、第二次とりまとめ, 2019. 6.

30) 일본 법률 안내 페이지, <<http://www.shugiin.go.jp/internet/in dex.nsf/html/index.htm>>(최종 접속일, 2020. 5. 11).

31) 2017년 일본 경제산업성과 총무성은 데이터 이동권 연구반을 구성하여 의료, 금융, 전기 분야에서 이동권 도입에 따른 효과 및 데이터 취득에 따른 잠재적 문제 등에 대하여 검토하였다. 그러나 워킹그룹의 중간보고서에 의하면, 데이터 이동권과 관련한 기술 환경 및 표준 설정 문제 등의 문제가 진전되고 있지 않아 적절한 시기가 아니라는 결론이 내

B로 정보를 이전시킬 수 있는 이점이 있기 때문이다. 일본 개인정보보호법 제28조에 의하면, 정보주체는 본인이 식별되는 데이터의 개시(開示)를 청구할 수 있다. 본 권리의 행사는 서면 교부가 원칙이나, 본인이 동의한 별도의 방법 즉, 이메일이나 전자적 방식의 형태로도 전송받을 수 있다. 하지만 제3자에게 이동을 요구할 수 없고 일정한 거부 사유³²⁾를 두고 있어 데이터 이동권과는 근본적으로 차이가 있다.

3. 데이터 이동권 도입의 실익과 정책 목표

데이터 이동권의 도입 문제는 산업·경제적 측면에서의 이점뿐만 아니라, 정보주체의 실질적인 권리 보장이라는 측면에서도 중대한 의의를 갖는다.

가. 시장 경제적 영향 및 파급 효과

데이터 이동성은 경제적 측면에서 크게 데이터의 전송 비용 절감과 다른 출처의 데이터와의 결합 가능성이라는 두 가지 측면에서 이점이 있다. 그 결과, 다음과 같이 여러 가지 긍정적 효과를 확인할 수 있다.³³⁾

첫째, 데이터 이동성의 주요 효과는 고객 기반이 확립되지 않은 신규 또는 기존 조직이 더 낮은 비용으로 데이터를 획득할 수 있어 데이터 시장의 진입 장벽을 낮춘다는 점이다. 이로 인해 정보주체가 관심 있는 다양한 서비스 사이에서 개인데이터의 재사용과 전송을 촉진시킬 수 있다. 이러한 영향은 데이터가 중요한 리소스이거나 조직이 어떠한 비용으로도

려졌다. 또한 보고서는 GDPR에서도 상세한 기술적 조치를 개별 기업에 전가하고 있어 실질적인 진척이 없다는 점을 지적하였다. 日本 内閣官房 I T総合戦略室, 官民データ活用推進基本計画実行委員会 データ流通・活用ワーキンググループ、第二次とりまとめ, 2019. 6.

32) 개인정보보호법은 개인정보취급사업자가 개인정보의 개시에 관한 요구를 거절할 수 있는 사유로 ① 본인 또는 제3자의 생명, 신체, 재산 기타의 권익을 해할 우려가 있는 경우, ② 당해 개인정보취급사업자의 업무의 적절한 실시에 현저한 지장을 초래할 우려가 있는 경우, ③ 다른 법령에 위반되는 경우를 들고 있다(법 제28조 제1항).

33) See Personal Data Protection Commission, Discussion paper on Data Portability, Feb. 25. 2019, pp.8-9.

그러한 데이터를 획득할 수 없는 상황에서 특히 중요한 가치가 있을 것이다.³⁴⁾

둘째, 데이터 이동성은 잠재적으로 전환 비용을 낮추어 소비자가 서비스 제공업체를 보다 쉽게 변경할 수 있게 한다. 즉 디지털 플랫폼 간의 전환을 촉진하여 시장 지배적 기업의 독점력을 완화하는 기능을 한다. 새로운 서비스 제공자가 고객의 과거 거래 데이터에 접근하는 즉시 더 많은 개인화된 서비스와 연계 할 수 있어 경쟁적인 제안을 통해 업체를 변경할 만한 원동력을 얻을 수 있다. 이처럼 데이터 이동성은 동종 업체 간의 경쟁을 유발함으로써 서비스 혁신을 통해 소비자의 이익을 배가시키며, 특정 대규모 플랫폼에 집중되어 있는 고착화 현상을 약화시킴으로써 기업 간 경쟁을 촉발할 것으로 예상된다.

셋째, 데이터 이동성은 개인 의사에 따라 기업에 더 많은 데이터를 제공하게 되면서 생태계 차원에서 데이터 사용 증가로 인해 외부 편익이 확대될 것이다. 예를 들어 서로 다른 소스의 데이터를 쉽게 결합하여 데이터 지원 제품 및 서비스의 생산 비용을 절감함으로써 생산성이 향상될 수 있다. 또한 데이터 규모의 확대는 더 큰 변수 집합에 기초하여 보다 정밀한 예측을 통해 혁신적인 이익을 창출한다. 이러한 과정을 통해 데이터 가치에 대한 가시성이 높아지면 기업이 다양한 데이터 셋에서 더 큰 가치를 창출하고 소비자의 이익을 위해 추가적인 통찰력을 도출할 수 있는 보다 활발한 데이터 공유 환경이 구축될 가능성이 높다.

넷째, 특정 조직과 산업계 전반에 걸쳐 새로운 방식으로 데이터를 결합함으로써 얻는 데이터 혁신을 전략적으로 촉진할 것이다. 곧 데이터 이동성은 새로운 비즈니스 모델 및 데이터 흐름과 접근 용이성을 향상시켜 혁신적인 서비스를 창출하는 효과가 있다. 특히 정보주체가 그들이 제공한 정보를 얻거나 재사용하는 것뿐만 아니라, 동일한 사업 부문 내의 다른 서비스 제공업체에게 자유롭게 전송할 수 있는 기회를 부여한다. 이는 디지털 공간에 집적된 유희 정보를 빅데이터 분석, AI 등에 유용하게 활용될 수 있어 서비스 제공자에 유익할 것이다. 아울러 서비스 증진과 이용자 경험을 확장시켜 주어 소비자에게도 편익을 부여한다.

34) WP29, *supra* note 19, p.5.

나. 정보주체의 개인정보자기결정권과 통제권 관념의 강화

데이터 이동권은 정보주체의 헌법상 개인정보자기결정권을 강화함으로써 정보주체와 개인정보처리자 간의 힘의 균형을 재조정한다. 이에 따라 개인데이터의 활용 체계를 기업 위주에서 정보주체 중심으로 개편할 수 있다. 현재 대부분의 데이터 이동은 기업이 정보주체로부터 제3자 제공에 대한 동의를 취득하여 활용하거나 개인정보처리자가 비식별 처리를 거쳐 직접 이용하거나 제3자에게 제공하는 것이 일반적이다. 그러나 이동권 도입 시 생태계 전반에서 정보주체 스스로가 데이터를 적극적으로 통제·관리하여 능동적인 주체로 변모하게 된다.

이처럼 이동권에 바탕을 둔 데이터 활용 체계는 철저히 개인의 의사결정에 의거하여 원하는 자에게 원하는 만큼의 정보만을 전송한다는 점에서 제3자 제공과 구별된다. 제3자 제공의 경우 사업자가 동의서에 제안한 내용에 대해 일방의 의사표시 즉, 허용 여부만을 결정하므로 후속적으로 파생되는 다양한 개인화 서비스의 확산과 같은 생태계 차원의 변화를 기대하기 어렵다. 결국 데이터 이동권은 정보주체가 소극적인 동의를 하는데 그치는 현행 제도의 한계를 넘어 정보주체의 통제권 관념을 강화하는 방향으로 전환시킬 것이다.

다. 데이터 이동권의 주요 정책적 목표

데이터 이동권의 도입은 다음과 같이 네 가지 측면에서 정책적으로 추진할 만한 실익을 갖는다.

첫째, 경쟁 정책 차원에서의 접근이 가능할 것이다. 데이터는 기본적으로 비경합성 또는 비배제성의 특징을 가지므로 특정 기업이 데이터를 독점하고 있다고 해서 또 다른 기업이 그와 유사한 지배력을 확보하는 것이 불가능하지 않다. 따라서 경쟁 정책 관점에서 독점적 플랫폼 사업자에게 데이터 이동을 강제하기에는 무리가 있다. 그러나 통상의 데이터 활용 환경에서 데이터를 주고받을 상호 기업 간의 관계에 따라 데이터 이동이 갖는 의미는 다를 수 있다. 예를 들어 두 기업이 대체 관계라면 데이터 이동에 비협조적일 것이고, 보완 관계에 있다면 협조적일 가능성

이 크다. 데이터 이동의 권리화는 이처럼 독과점 기업의 비협조로 인해 공정 경쟁을 해치는 것을 방지하는 법적 근거가 된다.³⁵⁾

둘째, 산업 정책 측면에서는 개인정보가 특정 사업자에게 종속되는 것을 방지하고, 정보통신서비스 제공자들 간 품질 제고 경쟁을 유도하는 효과가 있다. 일부 기업에서 독점해 온 정보에 대한 처리권한을 정보주체에게 귀속시킴으로써 개인 동의를 얻은 정보를 적법하게 유통할 수 있다는 이점이 있다. 데이터 이동권은 디지털 플랫폼 기업이 전유하는 데이터 시장에 중소·벤처 기업들이 시장을 창출할 수 있는 단초를 제공한다. 이에 따라 마이데이터 사업자를 비롯하여 데이터 산업 종사자를 늘려 신규 일자리 창출에 기여할 것이다.

셋째, 데이터 이전을 위해 이용자가 부담해야 하는 사회적 비용을 절약할 수 있다. 상당한 기간 동안 기존 플랫폼에 구축해 놓은 이력을 포기한 채 다른 서비스로 이전하는 것은 많은 비용과 리스크를 야기한다. 데이터 이동권이 보장되면 그 간의 기록, 이용자 성향 및 선호도 등의 정보를 새롭게 구축해야 할 필요가 없기 때문에 편익을 그대로 향유할 수 있다.

넷째, 데이터의 자유 이동을 제고하는 것은 데이터 현지화를 촉진하는 기능이 있을 수 있다. 그 이유는 데이터의 유동성이 증진되어 막대한 비용이 발생하는 해외로의 이전을 장려하기 어려워지기 때문이다. 즉, 데이터 이동권의 도입으로 데이터 서버와 클라우드 서비스 등 저장 공간이 용량이 크게 증가할 것인데, 이 때문에 국가 차원에서 현지화를 시도하는 판단이 증가할 것으로 예상된다.

35) Barbara Engels, "Data Portability and Online Platforms The Effects on Competition[Extended Abstract]", BLED 2016 Proceedings. 2016, p.39.

III. EU와 미국의 데이터 이동권에 관한 접근방식

1. EU

가. 데이터 이동권의 도입 과정에서의 논의 배경

2012년 EU 집행위원회가 발표한 보고서에 의하면, 온라인 서비스에서 이용자가 데이터 권리를 충분히 통제하지 못하고 있고, 각 서비스별로 사용되는 정보를 인수하거나 취합하기 쉽지 않아 권리 침해 시 효과적인 구제가 어렵다고 하였다.³⁶⁾ 보고서는 EU에서 개인정보처리자가 개인정보 보호 지침을 공시하고 업데이트하는 비중이 낮고,³⁷⁾ 회원국 간 개인정보 보호 수준이나 법체계가 일관성이 없어 개인정보처리자에 대한 신뢰도가 낮다고 지적하였다.³⁸⁾ 또한 주목할 부분은 개인정보 권리 행사의 장애요인 중 하나로 개인데이터의 인수와 전송의 어려움을 꼽은 점이다. 개인이 특정 플랫폼이나 그와 연계된 응용서비스를 이용할 때 다른 응용 프로그램으로 개인정보를 추출하여 전송할 수 있는 권리가 없다는 이유에서이다.³⁹⁾

이러한 배경 하에 EU 내 통일된 법률(regulation)을 마련하고자 도입된 GDPR 제정안에 데이터 이동에 관한 조항이 포함되었다. 데이터 이동권의 도입에는 EU 영내의 개인정보 이동 및 유통을 확대하여 EU 기업들에 새로운 혁신의 기회를 제공하고 미국의 ICT 플랫폼 기업이 장악한 데이터 시장을 탈환하고자 하는 목적이 내포되어 있다. 다만 입법화 논

36) See EU COMMISSION STAFF WORKING PAPER Impact Assessment(SEC(2012) 72 final.

37) *Id.* at 22. 2008년 진행된 정보주체의 인식조사에 의하면 온라인 서비스 이용 시 개인정보 방침을 읽는 것은 58%에 불과하고, 25%는 아예 읽지도 않았으며, 완전히 이해하지 못한다는 입장(24%)도 다수 나타났다.

38) *Id.* at 23. Eurobarometer 조사에 의하면 SNS나 공유사이트에 공개된 정보에 대한 개인의 통제 가능성(데이터의 변경·삭제·수정 등)에 대해 일부 통제(52%), 완벽 통제(26%), 통제불가(20%) 순으로 조사되었고, 온라인 쇼핑은 일부 통제(50%), 통제불가(30%), 완벽 통제(18%)로 나타나 전반적으로 온라인 서비스에서 개인의 주체성이 미약하다는 결과를 보였다.

39) *Id.* at 21-27.

의 단계에서 이동권의 부여가 중소기업에 경제적인 부담으로 작용할 수 있다는 우려가 제기되었는데, 정보주체가 원하는 방식대로 이행하기 위한 컨트롤러의 시스템 구축 의무를 면제하는 것을 전제로 도입이 결정되었다.

나. GDPR에서 데이터 이동권의 주요 권능

GDPR 제20조는 데이터 이동권을 i) 정보주체가 컨트롤러에게 제공한 본인 개인정보를 체계적이고 통용되며 기계판독이 가능한 형태로 수령하거나, ii) 컨트롤러의 방해 없이 다른 컨트롤러에게 해당 정보를 직접 이전할 수 있는 권리라고 규정한다. 데이터 이동권은 i) 정보주체의 동의에 근거하거나(§6.1.(a)), ii) 특정 범주의 개인정보인 경우 반드시 명백한 동의에 근거하거나(§9.2.(a)), iii) 정보주체가 당사자인 계약의 이행 또는 계약 체결 전 정보주체의 요청에 따른 경우(§6.1.(a)), iv) 자동화된 기기를 통해 처리가 수행되는 경우에 행사할 수 있다. 다만 이 권리는 GDPR 제17조상의 삭제권(Right to Erasure)을 침해하지 않는 범위에서 행사되어야 하며, 공익상 업무를 수행하기 위하여 혹은 컨트롤러에게 부여된 공식 권한의 행사를 위하여 필요한 처리는 배제된다(GDPR §20.3).

한편 2017년 4월 5일 EU 제29조 작업반(WP29, Article 29 Working Party)은 ‘데이터 이동권에 관한 가이드라인’을 발표하여 권리 실현을 위한 구체적인 이행 지침을 마련하였다.⁴⁰⁾ 동 가이드라인은 데이터 이동권의 핵심 요소, 이동권이 적용되는 상황, 정보주체의 이동성 통제를 위한 일반 원칙, 이동권 보장을 위해 제공되는 정보의 유형 및 방법 등에 대해 권고 사항을 제시하고 있다. 특히 가이드라인은 개인데이터를 수령할 권리, 컨트롤러가 다른 컨트롤러에게 이전시킬 권리, 통제권(controllership), 데이터 이동과 다른 정보주체 권리와의 관계를 이동권의 핵심 요소로 꼽았다.⁴¹⁾

구체적으로 살펴보면 첫째, 데이터를 수령한 정보주체는 개인 기기나

40) WP29, *supra* note 19.

41) *Id.* at 4-8.

클라우드에 저장할 수 있다. 둘째, 정보주체는 컨트롤러로 하여금 다른 컨트롤러에게 방해 없이 이전할 수 있도록 요구할 권리를 가진다. GDPR 전문(recital) 제68항에서는 데이터 이동을 위해 상호운용 가능한 형식을 개발하도록 권장하고 있으나, 컨트롤러에게 데이터 처리 시 기술적으로 호환되는 시스템을 채택하거나 유지해야 하는 의무가 발생하는 것은 아니다. 셋째, 컨트롤러는 데이터 이전을 위해 필요한 준비를 사전에 갖추어야 한다. 다만 컨트롤러는 GDPR 제20조에 규정된 조건에 따라 데이터 이동에 관한 요구에 응할 때 정보주체 또는 제3의 기업이 정보를 처리하거나 수신 컨트롤러(a receiving data controller)의 법률 위반에 대한 책임을 면한다. 또한 이 과정에서 컨트롤러는 전송되는 정보가 자신의 것임을 보장하는 동의나 확인 등의 안전 절차를 설정하는 것이 권장된다. 여기서 대상이 되는 데이터는 GDPR 제5조 제1항에 명시된 원칙에 따라 정확하고 최신의 것이어야 하나, 컨트롤러가 데이터 전송 이전에 데이터의 품질을 확인하고 검토해야 할 의무는 없다. 따라서 잠재적인 데이터 이동 요구에 대응하여 개인정보의 법정 보관 기간(retention period)을 초과하여 관리할 필요가 없다. 아울러 수신 컨트롤러는 새로운 데이터 처리와 관련하여 과도하거나 관련성이 있는지 확인할 책임이 있다.⁴²⁾ 만약 해당 정보가 수신 컨트롤러의 서비스 제공 즉, 새로운 처리 목적과 관련되지 않는다면 데이터 이동에 대한 요청을 반드시 수용하거나 처리할 의무가 없기 때문이다.

2. 미국

가. 개별 법률에서 정보 접근권의 인정

개인정보에 관한 일반법이 없는 미국에서는 각 산업 영역에 적용되는 개별 법률에 근거 규정을 두고 있다.⁴³⁾

42) *Id.* at 6-7.

43) 미국의 경우 개별법에서 정보 접근권을 부여하는 것 이외에 2010년을 전후하여 공공데이터 개방 정책의 일환으로 개인데이터를 직접 이전받을 수 있는 '스마트 공개(Smart Disclosure)' 정책을 적극 추진하였다. 예를 들어 미 연방 정부는 2010년 'Mydata Initiatives 201

먼저 금융 분야에서 2010년 제정된 「Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act」(이하 ‘금융 개혁 및 소비자보호법’이라 함)⁴⁴⁾은 ‘정보에 접근할 수 있는 소비자 권리(Consumer Rights to Access Information)’를 두고 있다(\$5333). 본 권리는 소비자의 요청이 있으면 제품 및 서비스 제공자로부터 비용, 요금, 사용데이터, 거래내역, 계정 관련 정보 등을 전자적 형식으로 이용 가능한 형태로 제공 받는 것을 골자로 한다. 접근 권한을 가진 제3자는 소비자가 선택한 제품 및 서비스를 제공하는데 필요한 데이터에 한하여 일정 기간 동안 권한이 부여된다. 특징적인 부분은 신용점수 혹은 다른 위험점수, 예측변수를 도출하기 위한 알고리즘을 포함한 모든 상업상 기밀정보, 사기 또는 자금세탁을 방지·감지하거나 불법적인 혹은 잠재적으로 불법인 상품에 관한 보고서를 만들기 위해 수집된 모든 정보, 다른 법률에 따라 기밀로 유지되어야 하는 정보, 일반적인 업무상 회수 불가능한 정보에 대해 제공의무를 면제하고 있다(\$5533(b)).

다음으로 의료 분야의 ‘Blue Button’ 서비스는 의료보험책임법(HIPAA, Health Insurance Portability and Accountability Act)과 의료정보기술법(HITECH, Health Information Technology for Economic and Clinical Health Act)에 근거하고 있다. HIPAA Privacy Rule 에 의하면 환자 개인의 요청에 따라 의료정보의 사본을 점검하고 이전받을 수 있는 접근권(Right to Access)을 가진다(45 CFR §164.524). 대상 기관은 개인에게 접근 요청에 대응하기 위해 전자적 수단을 사용하는 옵션을 제공하여야 할 의무가 있다. 여기서 이동의 대상은 일반적으로 대상 기관에서 지정된 기록 내에 존재하는 정보에 한한다. 동 조항의 ‘지정된 기록 세트’라 함은 의료서비스 제공자로부터의 의료기록 및 청구 내역, 의료 계획의 등록, 지급, 청구 결정, 사례 또는 의료관리기록 시스템, 대상 의료기관이 환자에 대한 결정을 내렸거나 내리기 위해 전부 또는 일부 사용되는 모든 정보를 포함한다(45 CFR §164.501). 또한 개인의 정보

0'을 발표한 이후 재향군인 및 취약계층을 대상으로 의료 및 건강 정보를 내려 받을 수 있는 ‘Blue Button’, 소비자가 에너지 사용 내역을 확인할 수 있는 ‘Green Button’, 개인학습 자료나 학자금 지원 관련 데이터를 제공하는 ‘Mydata Button’ 등을 제공하고 있다.

44) Pub. L. 111-203, title X, §1033, July 21, 2010, 124 Stat. 2008.

제공 요청으로 발생하는 복제로 인한 노동력, 사본 복제에 드는 물자, 우송료, 설명문 준비비 등의 범위 내에서 합리적인 수수료를 부과하도록 정하고 있다(45 CFR §164.524(C)(4)).

나. CCPA의 공개요구권과 접근요구권

2018년 미국 캘리포니아주는 개인정보 일반에 대해 규율하는 최초의 법률인 「캘리포니아 소비자 프라이버시법(California Consumer Privacy Act, 이하 'CCPA'라 함)」을 제정하였다. CCPA는 GDPR의 영향을 받아 정보주체의 권리를 대폭 강화하고 있는데, 그 일환으로 소비자⁴⁵⁾는 개인정보 공개요구권(Right to Disclose)과 접근요구권(Right to Access)⁴⁶⁾을 가진다.

먼저 소비자는 개인정보 수집 사업자에게 수집 대상 정보의 범주, 출처, 개인정보를 수집 및 판매하는 사업상·영업상 목적, 공유 가능한 제3자의 범위, 대상 정보의 구체적인 항목 등의 공개를 요구할 수 있다 (§1798.100(a), 1798.110.(a)). 그리고 개인정보를 판매하는 사업자에게 수집 및 판매한 개인정보의 범주, 이를 구매한 제3자의 범위, 사업상 목적 하에 공개한 개인정보의 항목 및 범주 등의 공개를 요구할 수 있다 (§1798.100(a), 1798.115(a)).

소비자는 공개 요구에서 나아가 본인 정보에 대한 접근을 요구할 권리를 가진다(§1798.100(d)). 이는 소비자 본인에게 개인정보 사본을 제공하거나 수령한 정보를 소비자가 지정한 제3자에게 이전하는 형태로 행사될 수 있다. 앞서 정보 공개요구권이 정보주체의 알 권리로부터 기인하는 것인 반면에 접근요구권은 사본을 제공받고 이전을 요구할 수 있다는 점에서 GDPR의 데이터 이동권에 가깝다. 다만 다른 개인정보처리자에게 이전하는 것에 대해서는 특별히 언급하고 있지 않아 제3자에게 이전하도

45) Lydia F de la Torre, What is a 'consumer' under the CCPA?, Dec. 5. 2018, <<https://medium.com/golden-data/what-is-a-sale-under-ccpa-b27f8e8a527>>(최종 접속일: 2020. 5. 11).

46) 참고로 'Right to Access'는 보통 접근요구권 내지 열람청구권으로 번역된다. 해당 용어는 사전적 해석으로는 접근권에 가깝지만 내용상으로는 국내법상 열람청구권과 같은 개념이다. 다만 본 고에서는 국내법상 열람청구권 개념과의 구분을 위해 '접근요구권'으로 표기하도록 한다.

록 직접 청구하는 것은 불가하다고 해석된다.

이 권리의 행사 대상은 사업자가 소비자로부터 수집한 개인정보에 한하는데, 제3자로부터 수집하거나 공개된 자료로부터 수집한 개인정보는 제외된다. 정보주체의 명시적 동의를 취득한 정보이거나 계약의 체결 및 이행을 위해 처리된 정보, 자동화된 수단으로 처리되는 개인정보일 것을 요구하지 않아 GDPR의 인정 범위보다 넓은 범주의 정보를 대상으로 한다. 다만 개인정보처리자가 직접 분석 또는 가공해서 생성한 정보의 적용 여부는 해석이 불분명한데, 소비자로부터 직접 수집한 정보만을 대상으로 보는 것이 타당해 보인다.

접근요구권의 행사 방법은 최소한 무료의 전화번호와 웹사이트 주소를 포함하여 두 개 이상의 연락 방법을 제공해야 하고, 필요한 경우 주 법무부 장관은 ‘지정된 권리행사 방법’을 추가로 승인할 수 있다. 또한 개인정보 사업자는 대상 정보를 신속하게 무료로 제공·이전하여야 한다. 다만 소비자가 명백히 아무런 근거가 없고 과도한 요구(manifestly unfounded or excessive)를 하는 경우 합리적인 비용을 부과하거나 소비자 요청을 거부할 수 있다(§1798.145(g)(3)). 특히 해당 권리는 12개월 동안 2회를 넘어 청구할 수 없어 GDPR의 이동권 보다 권리 범위가 제한적이다(§1798.100(d)).

3. 각국 입법례의 비교법적 시사점

위에서 살펴본 바에 의하면 EU GDPR의 데이터 이동권과 미국 캘리포니아주 CCPA의 개인정보 접근요구권은 전자적 수단으로 휴대할 수 있고 쉽게 이용 가능한 포맷으로 정보를 제공해야 하는 점, 합리적 범위 내에서 무료로 이전을 요구할 수 있는 점, 다른 사업자에게 방해받지 않고 이전할 수 있는 점에서 공통된다.⁴⁷⁾ 그러나 GDPR이 정보환수요구권과 정보이전요구권을 모두 인정하는 반면 CCPA의 접근요구권은 정보환수요구권만을 청구할 수 있으며, 12개월 이내에 2회까지만 행사할 수 있다. CCPA의 접근 방식은 사업자 부담과 정보주체의 권리 보장 사이에

47) 조성은 외, 앞의 보고서(주 26), 119쪽.

균형점을 찾으려 한 것으로 보이는데, 이는 국내법상 도입 시 사업자의 부담을 최소화할 수 있는 방편으로 고려해볼 만하다. 생각건대, GDPR과 같이 ‘기술적 실행 가능성’을 요구하여 관련 시스템의 구비 의무가 있는 대상자 자체를 좁게 해석하는 방안과 CCPA처럼 권리 행사가 가능한 횡수에 제한을 두는 방안을 우리 법에 담아내는 것을 다각도로 고민해 볼 수 있을 것이다.

IV. 국내 도입을 위한 주요 법률 쟁점 및 선결과제

1. 개정법상 개인신용정보 전송요구권의 주요 내용

2018년 7월 금융위원회는 「금융 분야 마이데이터 도입방안」을 통해 개인정보자기결정권의 보장과 금융소비자의 선택권 확보 차원에서 마이데이터 산업을 도입하겠다는 구체적인 정책 방향을 발표하였다. 이후 마이데이터 산업의 육성에 있어서 핵심적인 권리인 개인신용정보 전송요구권이 포함된 신용정보법 일부개정법률안(김병욱 의원 대표 발의, 의안번호-16636)이 2020년 1월 9일 국회 본 회의를 통과하면서 동 법률안은 2020년 8월 5일부로 시행될 예정이다. 개정 신용정보법이 인정하고 있는 전송요구권의 주요 내용을 정리하면 다음과 같다.

가. 신용정보관리업의 신설 및 업무 범위

먼저 개정법은 신용정보주체의 신용관리를 지원하기 위하여 일정한 정보를 통합하여 신용주체에게 제공하는 행위를 영업할 수 있는 ‘본인신용정보 관리업’을 신설하였다. 신용정보관리회사는 ‘본인 신용정보 통합조회 서비스’를 고유 업무로서 주된 서비스로 제공한다. 이 밖에도 업무 개시 7일 전까지 신고하여 허가 받은 영업에 부수하는 업무⁴⁸⁾를 영위할

수 있고, 겸영업무로서 투자자문업 또는 투자일임업, 그 밖의 신용정보주체 보호 및 건전한 거래질서를 해할 우려가 없는 업무로서 대통령령으로 정하는 경우 관련 업무를 영위할 수 있다(법 제11조 제1항 및 제6항).⁴⁹⁾ 이는 마이데이터 사업자가 시너지를 창출할 수 있는 업무를 겸업할 수 있도록 고려한 것이다.

나. 개인신용정보 전송요구권의 주요 내용

개정 신용정보법에서 전송요구권은 “본인으로부터 개인신용정보의 전송요구를 받은 신용정보제공·이용자 등에게 해당 정보의 정확성 및 최신성이 유지될 수 있도록 정기적으로 같은 내역의 개인정보를 전송하여 줄 것을 요구할 수 있는 권리”로 정의하고 있다(법 제33조의2 제4항). 물론 정보주체는 이러한 요청을 철회할 권리도 갖게 되며, 신용정보주체의 본인 여부가 확인되지 아니하는 경우 등 대통령령으로 정하는 경우에는 전송요구를 거절하거나 전송을 중지·중단할 수 있다(동조 제7항 및 제8항).

여기서 전송요구권 이행의 객체(상대방) 즉 정보를 제공받을 수 있는 곳은 신용정보주체 본인, 본인신용정보관리회사(이하 ‘마이데이터 사업자’에 해당), 대통령령으로 정하는 신용정보제공·이용자, 개인신용평가회사, 기타 대통령령으로 정하는 자에 한하여 인정된다(동조 제1항). 그리고 전송의 대상은 신용정보제공·이용자등이 신용정보주체로부터 수집한 정보, 신용정보주체가 신용정보제공·이용자등에게 제공한 정보, 신용정보주체와 신용정보제공·이용자등 간의 권리·의무 관계에서 생성된 정보이며, 이는 컴퓨터 등 정보처리장치로 처리된 것이어야 한다(동조 제2항).

48) 신용정보법상 본인 신용정보관리회사는 ① 해당 신용정보주체에게 제공된 본인의 개인신용정보를 기초로 그 본인에게 하는 데이터 분석 및 컨설팅 업무, ② 신용정보주체 본인에게 자신의 개인신용정보를 관리·사용할 수 있는 계좌를 제공하는 업무, ③ 제39조의3제1항 각 호의 권리를 대리 행사하는 업무, ④ 그 밖에 신용정보주체 보호 및 건전한 신용질서를 저해할 우려가 없는 업무로서 대통령령으로 정하는 업무를 부수업무로서 영위할 수 있다(법 제11조 제6항).

49) 2020년 5월 14일 금융위원회에서 발표한 「마이데이터 산업 허가방향」에 따르면 상기와 같이 법률에 규정된 업무 외에도 금융상품자문업, 대출의 중개·주선, 핀테크와 관련된 전자금융업, 신용정보업, P2P사업과 비금융 업무의 경우 개별 법령에서 허용하는 한 자유로운 겸업을 허용할 것이라는 추진 방향을 담고 있다.

다만 개인신용정보를 기초로 하여 별도로 생성하거나 가공한 신용정보는 제외된다(동조 동항).

다. 향후 주요 법률적 쟁점

개정 신용정보법은 실무적으로 중요한 많은 부분을 시행령에 위임하고 있어 2020년 8월 5일부로 시행될 하위 법령의 세부 내용에 따라 많은 부분이 결정될 것으로 보인다. 개정법은 전송의 주체와 객체의 범주, 전송요구권의 행사범위, 전송 요구에 대한 구체적인 거부 사유 등이 불분명한 문제가 있다. 다만 입법예고 된 동법 시행령 개정안은 (i) 권리 행사의 대상은 금융회사, 전자금융업자, 전기통신사업자 중 기간통신사업자, 한국전력공사, 한국수자원공사 등으로 정하고, (ii) 권리 행사 범위는 금융거래내역, 국세 및 지방세 납부정보, 고용보험, 산업재해보상보험, 국민건강보험 등에 따른 보험료 납부 정보, 통신료 납부정보 등으로 규정하고 있다. 이에 따라 신용정보주체는 상기 기관들로부터 각 정보를 정보주체 본인, 금융회사, 개인신용평가회사 및 마이데이터 사업자에게 전송하도록 요구할 수 있다.

이 밖에도 논란이 될 만한 쟁점으로 본인신용정보 관리업의 허가 대상으로 금융그룹 및 지주사의 계열사를 포함할 것인지가 문제된다. 이에 대해 당초에는 핀테크사를 위주로 허가가 이뤄질 것으로 예상되었으나, 금융위는 단일 금융그룹 및 지주사 내에서 복수의 사업자 허가도 가능하도록 시행령을 개정할 계획이라고 발표하였다.⁵⁰⁾ 이는 방대한 고객데이터를 보유한 금융 지주사에 생태계 참여 유인을 부여하는 취지로 볼 수 있다.

다음으로 개정 신용정보법 제33조의2 제5항 본문의 “전자문서나 그 밖에 안전성과 신뢰성이 확보된 방법”을 어떻게 해석할 것인지가 불분명하다. 특히 안전성과 신뢰성이 확보된 방법에 통상적으로 사용해 온 스크래핑 방식(데이터 추출 기술)을 포함시킬지가 문제된다. 이와 관련하여 금융위는 ‘신용정보법 설명회 및 의견수렴 간담회(2020.2.20)’를 통해 마

50) 금융위원회 보도자료, 「마이데이터 산업 허가방향」, 2020. 5. 14, 5쪽.

이데이터 사업자에 한하여 스크래핑 방식을 제한하겠다는 방침을 밝혔다. 이는 전자금융거래법상 접근 매체를 통해 고객의 개인신용정보를 수집하는 행위를 금지하겠다는 취지이다. 즉 그동안 핀테크 기업들이 개별 금융사에 흩어져 있는 정보를 통합할 때 공인인증서나 계정정보(ID, 비밀번호) 등을 활용해 자산관리 서비스를 제공하던 방식을 금지하고, API 연계방식을 강제하겠다는 것이다. 금융권 전체가 아닌 마이데이터 사업자에 한하여 스크래핑을 금지하는 이유는 아마도 신용정보 전송요구권을 도입한 본래 취지를 감안하여 보다 효율적인 API 방식을 권장하기 위함인 것으로 추측된다.

2. 데이터 이동권의 수용에 관한 필요성 검토

우리 개정 신용정보법은 GDPR의 데이터 이동권과 유사한 권능을 가진 개인신용정보 전송요구권을 수용하였다. 그러나 이는 개인신용정보에 한정하고 있어 데이터 이동성에 따른 여러 실익을 고려할 때 충분하다고 볼 수 없다. 따라서 다음과 같은 네 가지 맥락에서 개인정보 전반에 적용되는 보다 확장된 데이터 이동권을 창설할 필요가 있다고 생각한다.

첫째, 데이터 이동권의 헌법상 근거인 개인정보자기결정권의 보호 대상은 개인정보 일체를 대상으로 하여야 한다. 개인정보자기결정권은 본래 개인정보 그 자체를 보호하는 것보다는 개인정보를 처리하는 활동에 대해 자율적인 통제력을 확보해주는 수단으로 인식된다.⁵¹⁾ 그렇다면 개인정보의 유형에 따라 권리의 행사에 차이를 두어서는 안 되고 그 위험성 수준에 따라 달리 취급하여야 한다. 따라서 개인정보자기결정권의 대상인 개인정보는 개인의 신체, 신념, 사회적 신분 등 개인의 특성을 식별할 수 있게 도와주는 모든 일체의 정보를 포함하여야 한다.⁵²⁾ 이러한 맥락에서 개인정보 일반에 적용되는 데이터 이동권을 수용하여 잠재적인 개인정보를 모두 보호의 범주에 포함시킬 필요가 있다. 다만 의료정보

51) 권건보, “정보접근권의 실효적 보장에 관한 고찰”, 『미국헌법연구』, 제29권 제2호, 2018, 6쪽.

52) *Id.*

혹은 생체인식정보 등과 같이 민감도 혹은 위험성이 높은 특성을 가진 개인정보에 대하여는 개인정보자기결정권의 행사를 일부 제한하는 것, 즉 데이터 이동권의 권리행사 요건을 엄격히 정하는 것을 고려해 볼 수 있을 것이다.

둘째, 장기간에 걸쳐서 모은 정보를 금융 분야뿐만 아니라 의료, 통신, 에너지 등의 다른 타 산업으로 확장하여 다양한 주체들이 혁신의 이익을 향유하도록 할 필요가 있다. 우리나라는 잘 구축된 정보시스템을 바탕으로 양적으로나 질적으로 풍부한 전산화된 데이터를 보유하고 있다. 대표적으로 의료 분야는 건강보험공단과 건강보험심사평가원이 보유한 의료 빅데이터가 각각 3조 4,000억 건, 3조 건이 누적될 정도로 데이터 보유량이 월등히 높은 분야이므로, 개인데이터 활용을 통해 국민 건강의 증진과 관련한 산업 활성화에 기여할 것이다. 한편으로는 금융 산업에서만 데이터 이동성을 보장하게 되면 대기업 그룹 및 지주사들이 계열사 분사를 통해 자사에 유리한 방향으로 전략적 모색이 가능하여 제도의 취지가 변질될 수 있다. 예컨대 신용정보법 개정으로 금융사는 고객이 원하는 경우 신용정보 일체를 마이데이터 사업자에게 제공해야 하는데, 네이버는 네이버파이낸셜을 분사시킴으로써 방대한 데이터를 지키면서도 일부 결제 정보만 공유한다는 비판을 받고 있다.⁵³⁾ 따라서 생태계의 균형적인 성장을 위해서는 결국 이동권을 개인정보 일반에 적용하도록 입법화하여야 할 것이다.

셋째, 금융 분야에 한정된 권리만으로 국내 시장에서 해외 플랫폼 사업자에의 쏠림 현상을 약화시키거나 이들과의 경쟁을 촉진시키는 효과를 달성하기 어렵다. EU와 마찬가지로 국내 시장에서도 구글, 페이스북, 아마존 등 글로벌 ICT 기업의 플랫폼에 데이터가 편중되는 고착화 현상이 나타나고 있다. 데이터 이동권은 해외 플랫폼에서 국내 플랫폼으로의 이동을 자유롭게 하고 그 디지털 전환 비용을 낮추어 해외 사업자에의 의존도를 낮추는데 기여할 수 있다.⁵⁴⁾ 특히 우리나라는 EU와 달리 다음카

53) 조선비즈, “내 정보는 안주고, 네건 달라는 네이버...금융사 뺄났다”, 2020. 5. 21.

54) 특히 네이버는 국내 플랫폼 시장에서는 지배적 사업자이지만, 세계 시장에서의 점유율은 그다지 높지 않다. 따라서 스타트업과의 관계를 고려하면 경쟁법적 규제의 대상이 될 수 있으나, 구글 등의 플랫폼 기업과의 관계에서는 오히려 보호의 대상이 될 수 있다. 이상

카오, 네이버와 같은 굴지의 대규모 플랫폼 기업을 보유하고 있음에도 불구하고, 그 동안 국내 기업에 적용되는 여러 규범적 제한으로 인해 이렇다 할 혁신적인 서비스를 창출하지 못하였다. 따라서 데이터 이동권을 통해 개인주도의 데이터 활용 생태계를 산업 전반에 확산시킬 필요가 있다. 곧 해외의 지배적 사업자들에 맞서 경쟁의 주도권을 방어하기 위한 전략적 도구로 기능할 수 있다. 그런데 우리 전송요구권은 국내 사업자들로 형성된 금융 산업에 그치기 때문에 데이터 경제 시대의 급진적 변화에 대응하기 위해서는 신용정보 뿐만 아니라 광범위한 영역에서 데이터 창출이 이루어지도록 법률적 토대를 구축해야 할 것이다.

넷째, 데이터 이동권의 법률상 요건을 엄격하게 규정하여 제한적인 권리 형태로 수용하게 되면 그에 따른 수범자들의 법적 혼란을 최소화 할 수 있다. 이동권의 수용 여부 판단에 있어서 개인정보처리자의 비용 부담 증가와 수범자가 겪게 될 실무상 혼란이 큰 문제가 아닐 수 없다. 권리 범위가 지나치게 넓게 설정된다면 기존 개인정보처리자들은 적법한 이익(legitimate interests) 즉, 사업자로서 정당한 절차적 수단과 상당한 비용 및 투자를 통해 취득한 산출물이라는 명분으로 수범주체에서 빠져나오려 하여 제도적 실효성이 감소될 수 있다.⁵⁵⁾ 따라서 GDPR의 데이터 이동권에 상응하는 포괄적 권리를 도입하되 입법 초기 단계에는 법률 요건을 엄격하게 정할 필요가 있다. 또한 이미 국내에서는 정보통신망법상 정보통신서비스 제공자 등이 정보의 제공을 요구할 수 있는 권리를 규정한 바 있어 충분한 논의 과정을 통해 업계의 현실을 반영한다면 특별히 큰 부담을 지우지 않고 국내에 도입할 수 있다. 예를 들어 민감한 정보를 다루거나 과도한 비용이 부과되는 특정 영역의 경우 차별화된 이동 방식을 강구한다거나, GDPR에서 규정하는 권리 제한 사유인 기술적 실현 가능성이 없는 경우, 삭제권 배제 사유가 있는 경우, 타인의 권리와 자유에 부정적인 영향을 끼치는 경우 등의 제한 사유를 폭넓게 인정하는 것도 하나의 방안이 될 수 있다.

기 외, 「글로벌 기업의 데이터 독점 관련 이슈와 대응방안 연구」, 방통융합정책연구 KC C-2018-22, 2018, 17쪽.

55) Robert Madge, GDPR: data portability is a false promise, Jul. 4, 2017, <<https://medium.com/mydata/gdpr-data-portability-is-a-false-promise-af460d35a629>>(최종 접속일: 2020. 5. 11).

3. 데이터 이동권에 관한 입법 설계 시 고려사항

국내에 포괄적 권리로서 데이터 이동권을 도입할 경우 여러 법률적 쟁점을 고려하여 입법으로 나아가야 할 것이다. 이하에서는 그 주요한 고려사항으로서 개념적, 법리적, 실무적 문제에 대해 면밀히 검토해 보도록 한다.

가. 대상 정보의 개념과 권리행사 범위

1) 대상 정보의 범주

먼저 데이터 이동권의 대상이 되는 정보의 범주를 정하여 그 대상에 대해 명확한 정의가 이루어져야 한다. 이와 관련하여 중요하게 고려해야 할 사항은 다음과 같다.

첫째, 데이터 이동권의 대상은 정보주체의 개인정보에 한하여야 한다. 따라서 내부적인 관리나 서비스 제공을 목적으로 사업자가 스스로 생성한 정보는 이동의 대상에서 제외된다.⁵⁶⁾ 이러한 정보는 업무처리를 위한 영업 활동의 일환으로 생성된 정보로 볼 수 있어 개인정보자기결정권의 대상이 되지 않는다. 문제는 개인데이터와 비개인데이터가 결합되어 있는 형태의 혼합데이터를 제공의 대상에 포함할 것인지 여부이다.⁵⁷⁾ 이에 관하여 EU에서 제정한 「비개인데이터의 자유로운 이동체계에 관한 규칙」⁵⁸⁾이 참고가 될 만하다. 동 규칙은 기본적으로 혼합데이터에서 비개인정보 부분에 적용되며, 개인정보인 부분은 GDPR을 적용하도록 하면서 두 데이터가 “불가분하게 연결(inextricably linked)된 경우”에는 개인정보 비율이 낮더라도 GDPR을 따르도록 명시하고 있다. 이에 따라 개인정

56) 이성엽, “개인정보의 개념의 차등화와 개인정보이동권의 대상에 관한 연구”, 「경제규제와 법」, 제12권 제2호, 2019, 202쪽.

57) Helena Ursic, *Unfolding the New-Born Right to Data Portability: Four Gateways to Data Subject Control*, 15 *SCRIPTed* 42 (2018), p.55.

58) REGULATION (EU) 2018/1807 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 14 November 2018 on a framework for the free flow of non-personal data in the European Union.

보와 비개인정보가 상당한 수준으로 연결되어 있는 혼합데이터의 경우 정보이전의 대상으로 봄이 상당하다고 본다.

이 밖에도 추가적 결합과 같은 조치를 하여 보관 상태를 변경하지 않는 한 사업자로서 개인을 특정하기 어려운 정보나, 특정 1인에 귀속시키기 어렵도록 흩어져 있는 정보(예를 들어 SNS상의 콘텐츠에서 자신이 등장하는 화면 등)의 경우 이동권의 대상이 아니라는 견해⁵⁹⁾가 있다. 이는 위에서 주지한 상당한 수준의 연결성이라는 해석 기준에 부합되지 않는 사례로서 타당한 결론이라고 생각된다. 다만 개정 개인정보보호법 제2조 1호 가목은 개인정보를 “성명, 주민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보”로 정의하고 있어 개인을 알아볼 수 있는 정도의 식별력만 있고 특정 1인에 귀속되지 않더라도 개인정보에 해당할 수 있기 때문에 입법 시 이동권의 대상인 개인정보에 대해 별도로 정의할 필요가 있을 것이다.⁶⁰⁾

둘째, 민감정보를 명시적으로 포함시켜야 할 필요성이 인정된다. GDPR의 데이터 이동권은 민감정보의 포함여부를 명시적으로 언급하고 있지는 않으나, 민감정보에 관한 일반조항에 의거하여 명시적 동의를 하였거나, 의무 이행 또는 권리행사를 위하여 필요한 경우 등의 사유에 해당하는 경우 이동권의 행사를 주장할 수 있을 것으로 보인다.⁶¹⁾ 데이터 이동권의 행사가 개인의 의사를 기반으로 이루어진다는 점에서 사실상 명시적 동의에 기반하는 것으로 간주할 수 있다고 보기 때문이다.

셋째, 정보주체가 스스로 제공한 데이터(user provided data)의 해석 범위가 문제되는데, 예를 들어 관측데이터(observed data), 파생데이터(derived data), 추론데이터(inferred data) 등이 포함되는지 여부에 관한 명확해져야 할 것이다.⁶²⁾ 통상적으로 이동권의 대상은 정보주체가 제공한 데이터로 한정되므로 사업자가 추가적으로 생성·가공하여 얻은 2차 정보는 원칙적으로 제외된다. 그런데 여기서 ‘제공한’의 해석이 논란이

59) 이성엽, 앞의 논문(주 56), 201-202쪽.

60) 다만 동조의 나목에서는 그 자체로는 ‘특정 개인’을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 개인을 식별할 수 있는 정보도 개인정보에 속한다고 정의하고 있다(개인정보 보호법 제2조).

61) 이성엽, 앞의 논문(주 56), 203-204쪽.

62) Personal Data Protection Commission, *supra* note 33, p.17.

될 수 있는데,⁶³⁾ 이는 정보주체를 구속하는 데이터로서 개인의 정체성과의 연관성이 있을 것을 내포한다고 해석해야 할 것이다. 이에 의하면 익명정보는 데이터 이동권의 대상에서 배제된다.

반면에 관측데이터는 사업자가 생성한 정보가 아닌 개인 식별이 가능한 개인정보에 속하여 이동권이 대상으로 인정하는 것이 타당하다. 예를 들어 스마트미터 등 IoT 기기에서 생성된 원시데이터나 웹사이트 방문기록, 활동 로그 등이 이에 속한다. 아울러 관측데이터는 개인의 행동을 관찰함으로써 생성된 활동 데이터로서 소비자 관점에서 혁신적인 서비스를 통해 상당한 인센티브와 편익을 부여할 것이다.⁶⁴⁾

다만 추론데이터는 기업이 생성한 2차 정보에 해당하여 이동권의 대상에서 배제된다는 것이 일반적인 해석이다.⁶⁵⁾ 예를 들어 알고리즘 분석을 통해 생성된 데이터는 정보주체와 직접적인 연결성이 없기 때문이다.

2) 이동권 이행의 주체와 객체의 지정

데이터 이동권의 법적 성격을 개인정보자기결정권에 입각한 것으로 보면 권리의 주체는 일차적으로 정보주체라 할 수 있다. 그렇다면 문제는 권리 주체의 요구에 응하여 당해 정보를 이전해야 하는 주체와 이전받을 수 있는 객체는 누구인지 여부이다. 개정 신용정보법은 많은 논란 끝에 지주사의 계열사를 복수로 인정하는 등 이행 주체의 범위를 확대하였다. 데이터 이동권의 경우에도 모든 개인정보처리자를 의무 대상자로 할 것 인지가 문제인데, 개인적으로는 아무리 본 권리의 근거가 개인정보자기결정권에 기인한다고 해도 일정한 요건을 부여하여 규모가 영세한 중소기업들은 정보 이전 의무를 면제해야 한다고 생각한다. 이를테면 일일 방문자수나 정보처리 양을 기준으로 소규모 사업자들을 배제하는 것이 공정한 경쟁의 촉진과 혁신적 중소기업의 육성이라는 제도의 근본적 취지에 부합할 것이다.

다음으로 이동권 행사의 객체(상대방)를 법문에 지정해야 한다. 우리

63) *Id.* at 58.

64) *Id.*

65) WP29, *supra* note 19, p.10.

신용정보법상 33조의2 제1항의 조문을 참고하여 정보주체 본인, 정보주체가 지정하는 마이데이터 사업자(본인개인정보 관리업), 대통령령이 정하는 개인정보 제공·이용자, 그 밖에 대통령령으로 정하는 자로 정하는 것이 바람직하다. 여기서 본인개인정보 관리업의 허가 요건을 어떻게 정할지가 관건이 될 텐데, 우선 인·허가제 중심의 금융업 분야에 신설된 신용정보법상의 본인신용정보 관리업과는 달리, 데이터 이동권 부여 시에는 등록제를 운영하는 것이 충분히 효과적일 수 있다. 왜냐하면 금융 정보를 관리하는 마이데이터 사업자의 경우 자산관리 서비스를 위하여 투자자문업, 투자일임업, 금융상품자문업, 지급결제지시업 등 인허가·등록·승인 등이 필요한 부수·겸영 업무를 영위하기 위해 엄격한 진입 규제가 필요하지만, 일반 개인정보의 경우 개인정보처리자로서의 법률상 의무 외에 별도의 행정행위를 요구하지 않기 때문이다. 다만 위치정보법상 위치정보사업자와 위치기반서비스사업자 등과 같이 다른 법률에서 행정절차상의 요건을 부여하고 있는 경우에는 그러한 절차에 상응하는 진입 요건을 제시할 필요가 있다.

3) 권리 행사의 제한 사유

데이터 이동권은 개인정보 일반에 적용되므로 권리 행사의 범위가 매우 광범위해질 우려가 있다. 따라서 권리 행사에 대한 일정한 제한 사유를 두어야 한다. 이는 다음과 같이 크게 세 가지 측면에서 살펴보도록 한다.

첫째, 기술적 실행 가능성이 없는 경우 이동권의 행사는 제한되어야 한다. 그런데 문제는 개인정보처리자가 의도적으로 관련 기술을 수용하지 않는 경우나 기술적인 실행 가능성에 대한 객관적인 해석 기준이 모호하면 이러한 권리 행사는 유명무실해질 우려가 있다. 따라서 이 문제를 해결하기 위하여 본 권리를 이행해야 하는 주체(정보제공자)의 범위를 일정 규모를 갖춘 기업으로 한정하거나 관련 시스템의 마련에 있어서 필요한 초기 구축 비용을 지원하는 정책적 지원이 필요하다.

둘째, 데이터 이동권을 법정 권리로 규율할 때 삭제권과의 관계를 명확히 해야 할 것이다. 다른 법령상 해당 개인정보가 수집대상으로 명시

되어 있거나(개인정보보호법 제36조 제1항 단서) 공익적 사유 혹은 공적 업무의 집행을 위해 필요한 정보인 경우 권리 행사 시 삭제를 요구할 수 없도록 할 필요가 있다. 특히 개정 신용정보법은 본인 여부가 확인되지 아니한 경우 등 대통령령으로 정하는 경우에는 전송 요구를 거절하거나 정지·중단할 수 있도록 규정하고 있는데(신정법 제33조의2 제8항), 권리 행사에 있어서 삭제권과의 관계를 시행령에 보다 명확히 적시해야 할 것이다.

셋째, 이동권의 행사가 타인의 권리나 자유에 부정적인 영향을 끼치는 경우 정보이전요구권은 허용되지 않을 것이다. 해당 사유는 매우 불분명하기 때문에 시행령에 위임 규정을 두어 구체적인 예시를 규정할 필요가 있다.

나. 데이터 수집 및 이동의 방식과 기술적 표준

데이터의 이동은 전자적 방식이나 기계판독(machine-readable)이 가능한 형태로 제공되어야 한다. 여기서 정보 이전 시 상호운용성을 의무사항으로 할 것인지가 문제된다. 데이터 이동에 따른 데이터 사용 촉진 효과를 극대화하기 위하여는 데이터 상호운용성을 확보하는 것이 중요하다. 여러 출처로부터 생성된 다양한 데이터를 공통된 표준으로 결합하면 그로부터 생성되는 지식을 매우 고품질로 향상시킬 수 있다.⁶⁶⁾ 그러나 기술적으로 실행 가능성이 없는 경우는 대상 범위에 배제하여야 하는 것과 같은 맥락에서 상호운용성을 의무화하는 것은 타당하지 않다. 규범적 관점에서든 입법의 단계에서는 기술 중립성을 유지해야 할 것으로 생각되며, 실제로 전 산업 영역의 시장 참여자에게 공통된 표준을 요구하는 것은 쉽지 않을 것이다.

또한 정보 수집 방식으로서 스크린 스크래핑⁶⁷⁾과 표준 API 방식 중

66) Michal S. Gal & Daniel L. Rubinfeld, Data Standardization, 94 N. Y. Univ. L. Rev. 737 (2019), pp.739-740.

67) 여기서 스크래핑(Scraping)이란 고객의 인증정보를 사용해 특정 시스템 혹은 웹사이트에 있는 개인데이터 중 필요한 데이터를 추출·가공하여 제공하는 기술을 의미한다. 쉽게 말해 기계가 자동으로 특정 웹에 접속하여 개인인증을 통해 화면에 보여지는 정보를 긁어가는 기술로서 각종 비대면 금융서비스에 이용될 수 있다.

어떠한 방식을 선택할 것인지도 관건이다. 금융위원회는 마이데이터 사업자에 한하여 스크래핑 방식에 의한 정보 수집을 금지한다고 발표하였다. 물론 표준 API 방식은 사전에 약정된 API를 활용해 정보를 수집하기 때문에 실시간 처리가 가능하고, 방대한 데이터를 지연 없이 가져올 수 있다는 장점이 있다. 다만 표준 API 방식을 강제하게 되면 정보주체가 본인 정보를 적시에 원하는 곳으로 옮기는 것에는 어려움이 발생할 수 있다. 이는 개인정보 전송권이 개인정보자기결정권에 근거한다는 주장의 설득력을 떨어뜨릴 뿐만 아니라 실무적인 장애요인으로 작용할 가능성도 있다.⁶⁸⁾

또 한편으로는 스크린 스크래핑 방식이 API를 개발하여 공개하지 않은 정보 기관이더라도 웹상의 정보를 입수할 수 있기 때문에 마이데이터 산업의 발전 단계에서 보다 확장성이 좋고 유연한 대응이 가능하다는 장점을 제시하는 견해도 있다.⁶⁹⁾ 생각건대, 전 산업 범위에서 데이터 이동성을 확보하기 위해서는 금융 분야에서 표준 API를 강제하는 것은 관철시키기 어려울 것으로 보인다. 따라서 의료 분야와 같이 민감도가 높거나 안전 조치 강화가 필요한 영역에 한하여 표준 API 방식을 강제화하고 나머지 영역에서는 시장의 자율에 맡기는 것이 바람직할 것이다.

다. 처리기간 및 발생 비용에 관한 부담 문제

정보를 제공하는 자의 처리기간 및 비용 부담을 어떻게 할 것인지 문제된다. 대체로 해외 입법례에서는 15일에서 약 한달 정도의 기한을 두고 있고, 연장을 통해 최대 60일까지 인정되고 있다. 그런데 우리나라는 개인정보보호법상 열람요구권의 경우 10일 이내에 처리하도록 정하고 있다. 동 규정을 고려하여 데이터 이동권의 처리기간을 정한다고 하면, 대략 15일 내외로 정하는 것이 합리적이라고 생각된다.

또한 이동권 논의에서 정보 이동에 발생하는 처리비용을 누가 부담할 것인지 혹은 실제 어느 정도의 금액을 청구하여야 하는 것인지⁷⁰⁾ 여부

68) 고환경·손경민·주성환, 앞의 논문(주 15), 36-37쪽.

69) 상동, 36쪽.

70) 영국의 Open Data Institute and Fingleton Associates(2014)에 의하면, 당시 기준으로 제3자

도 상당히 중요한 문제이다. 개정 신용정보법은 전송요구권에 따라 정보를 제공받는 자들 중 마이데이터 사업자(본인신용정보 관리업)의 경우에만 전송에 필요한 비용을 부담하도록 규정하고 있다(법 제22조의 10 제4항). 해당 비용의 구체적인 산정 기준은 대통령령으로 정하도록 하고 있는데, 다른 주체에 대해서는 비용 부담의 여부에 대해 명시하지 않고 있다. 미국, 영국 등 다른 나라에서도 대체로 정보를 제공하는 자가 합리적인 범위를 넘지 않는 범위 내에서 비용을 부담하는 것으로 미루어보아 우리 법률상 다른 주체에 대해서도 일정한 범위 내에서 개인정보처리자가 부담하는 것으로 해석된다.

또 다른 문제로 정보주체가 정기적으로 전송을 요구하는 경우의 비용 문제가 있다. 이 경우 정보 이전을 요청받은 자는 상당한 비용과 투자가 들어갈 것인데, 그에 대한 실비 부담 문제와 나아가 보상이 이루어져야 한다는 주장이 제기될 수 있다. 이 밖에도 정보주체가 동의 철회권을 행사함으로써 발생하는 비용 부담에 관한 명확한 기준도 필요할 것이다.⁷¹⁾ 따라서 분야별로 상이한 데이터의 유형 및 특성에 따라 비용 부담에 관한 부분을 합리적으로 조율할 수 있도록 구체적인 실무 가이드라인을 마련할 필요가 있을 것이다. 예컨대 미국 HIPAA Privacy Rule에 의하면 개인이 정보 요청을 한 대상 기관은 복제에 들어간 노동력, 사본 생성에 들어간 물자, 우송료, 의료정보 설명이나 요약문 준비 비용 등을 고려하여 합리적인 범위 내에서 수수료를 부과할 수 있도록 규정하고 있는데(45 CFR §164.524(c)(4)), 이와 같이 비용 부담에 관한 세부 내역을 구체적으로 제시할 필요가 있다.

API 접속을 완전히 구현하는데 은행당 100만 파운드 정도가 들 것이고, 해당 비용의 대부분은 기술 비용이라기보다는 법률 준수 비용일 것이라 하였다. 또한 SW 라이선스 비용을 비롯하여 내외부 인건비 등을 고려할 때 지속적인 준수 비용이 연간 약 40만 파운드에 이른다고 발표한 바 있다. Open Data Institute and Fingleton Associates, Data Sharing and Open Data for Banks : A report for HM Treasury and Cabinet Office, Sep. 2014, p.87-88.

71) 고환경·손경민·주성환, 앞의 논문(주 15), 33쪽.

V. 입법 방향에 관한 제언

그 간 개인정보처리자를 중심으로 형성된 데이터 활용 생태계에서 정보주체의 권리에 바탕한 데이터 이동권을 수용하는 것은 전통적 개인정보 규범에 있어서 진일보한 혁신이라 평가할 수 있다. 그러나 신용정보법상 개인신용정보 전송요구권이 도입된 과정을 살펴보면 충분한 검토와 구상이 이루어지지 않아 법적 불명확성 문제가 초래되고 있다. 본 고에서는 앞서 데이터 이동권의 도입으로 얻을 수 있는 여러 경제적, 산업적, 권리적 차원의 실익을 고려할 때 추후 개인정보 일반에 적용될 수 있는 데이터 이동권의 입법화가 필요함을 주지하였다. 다만 이러한 권리 규정의 입법 형태를 GDPR이나 CCPA처럼 일반 규정을 둘 것인지 혹은 미국의 개별법처럼 분야별로 규정할 것인지에 대한 입법 정책의 방향을 설정하여야 한다.

그렇다면 국내법상 고려해볼 수 있는 법률로는 우선 「지능정보화기본법」(시행 2021. 6. 10.)이 있다. 舊국가정보화기본법안(변재일의원안, 의안번호 제11978호)의 제45조 제5항은 데이터 이동권의 명문화화를 최초로 시도한 법안이기도 하다.⁷²⁾ 동 조항은 국가기관 등 법인, 기관과 단체에게 정보처리장치가 쉽게 처리할 수 있는 형태로 정보를 제공할 의무가 있음을 규정하고 있다. 그러나 지능정보화기본법은 법률 명칭 그대로 기본법에 속하므로 구체적인 권리범주, 대상 데이터의 범위, 제공자의 의무 등 실무적인 내용을 다루기에 적합하지 않다고 생각된다.

또한 공공부문에서의 이동성 확보를 위해 「정보공개법」이나 「공공데이터법」상의 규정을 고려하는 견해도 있다.⁷³⁾ 기존에 공공부문은 알 권리 측면에서 정보제공을 요청할 수 있었으나, 민간 기관에 대한 정보제공 및 이동에 관한 권리는 부재하였는 바, 데이터 이동권을 도입하여 향후 공공서비스를 민간 부문에 연계하는 다양한 시스템 개발에 유용할

72) [국가정보화 기본법안] 제43조 제5항 ⑤ 누구든지 자신으로 인해 생성된 데이터를 보유하는 국가기관 등, 법인, 기관과 단체에 대하여 그 **데이터의 제공을 요청**할 수 있으며, 요청을 받은 국가기관 등 법인, 기관과 단체는 이를 **정보처리장치가 쉽게 처리할 수 있는 형태로 제공하여야** 한다. 다만, 다른 법령에 따라 금지된 경우에는 그러하지 아니하다.

73) 손경호·이수안·고수윤, 앞의 보고서(주 13), 160쪽.

것이다. 다만 공공데이터는 민간부문을 아우를 수 없다는 한계가 분명하고, 공개와 동시에 다운로드 등을 통한 제공이 가능한 형태라는 점에서 그 구체적인 실익이 인정되기 어렵다.

또 다른 방안으로는 금융 분야에 이어서 의료법, 전자상거래법 등 다른 영역으로 점차 확대하는 것을 고려할 수 있다. 그러나 특정 영역에서만 데이터 이동을 제고시키는 것은 혁신적 서비스의 창출과 산업적 확산에 한계가 있다. 오히려 포괄적인 권리 신설을 통해 산업 전반에 적용될 수 있도록 하고, 그 이후에 각 영역별로 특화된 데이터 이동 시스템을 구축할 수 있도록 개별 규정을 정비하는 방향으로 접근하는 것이 효과적이다.

결론적으로 데이터 이동권을 도입하기 위한 법률로는 개인정보보호법이 가장 적절하다고 생각된다.⁷⁴⁾ 법률의 수범 대상자가 공공기관과 민간기관을 아우르며, 일반법적인 성격을 가지므로 특정 개인정보의 유형에 국한하지 않고 개인정보 전체를 대상으로 권리를 규정할 수 있기 때문이다. 다만 그러하더라도 산업 분야별로 특성을 고려해야 하거나, 의료정보와 같이 민감도 및 위험 수준에 따라 차별적인 보호 체계가 필요한 경우에는 별도의 개별 입법이 병행되어야 한다.

추가적으로 전향적인 입법 방안의 하나로서 특별법(데이터 거래 및 유통 활성화 법률안) 제정을 통한 이동권의 도입에 대해 제안하고자 한다. 일례로 「콘텐츠산업 진흥법」에서 관련 산업 활성화를 위한 수단으로 콘텐츠 제작자의 권리를 보호하고 있는 것처럼 데이터 활성화 관련 특별법에 이동권을 규정하자는 것이다. 해당 법률에 정보처리자 입장에서 데이터 거래 및 유통 단계에서의 명확한 계약 관계 등을 정의하고, 다른 한편으로 정보주체의 권리로서 ‘이동권’을 규정하는 것도 고려할 수 있는 하나의 방안이 될 수 있다고 생각한다.

74) 우리법상 전송요구권이 도입되기 이전에 학계의 다수 견해는 데이터 이동권이 산업 전반에 적용될 수 있도록 개인정보보호법에 반영해야 한다는 것이었다. 권건보·김일환 “지능정보시대에 대응한 개인정보자기결정권의 실효적 보장방안”, 「미국헌법연구」, 제30권 제2호, 2019; 한국데이터진흥원, 국내개인데이터 이용 환경 분석 연구 보고서, 2017; 권건보, 앞의 책(주 51). 반면에 금융거래와 전자상거래 분야에 우선적인 도입이 필요하므로 정보통신망법이나 신용정보법에 근거 규정을 두자는 주장도 있었다. 박환일, 앞의 논문(주 14) 참조.

이상에서 제시한 다양한 제안 내용은 실제 실무적으로 도출되는 사항 및 후속적인 연구를 통해 좀 더 객관적인 검증이 필요하다고 생각한다. 따라서 정보주체의 권리를 강화하는 차원에서 데이터 이동권의 도입 가능성을 열어두되, 금융 분야에서의 마이데이터 생태계 변화를 지켜본 다음 구체적인 방향을 설정하는 신중한 접근이 필요할 것이다.



▶ **정원준**

데이터 이동권, 개인정보 이동권, 개인신용정보 전송요구권, 마이데이터, 데이터 3법

【참 고 문 헌】

I. 단행본

문재완, 『잊혀질 권리: 이상과 실현』, 집문당, 2016.

한수웅, 『헌법학』, 제4판, 법문사, 2014.

II. 논문 및 보고서

고환경·손경민·주성환, “정보이동권과 마이데이터산업”, 「BFL」, 제93호, 2019.

권건보, “정보접근권의 실효적 보장에 관한 고찰”, 「미국헌법연구」, 제29권 제2호, 2018.

권건보·김일환 “지능정보시대에 대응한 개인정보자기결정권의 실효적 보장방안”, 「미국헌법연구」, 제30권 제2호, 2019.

금융위원회 보도자료, 「마이데이터 산업 허가방향」, 2020. 5. 14.

김우진·이순호, “계좌이동서비스 도입에 따른 주요 이슈와 시사점 : 영국 사례를 중심으로”, 한국금융연구원, 48쪽.

박훤일, “정보이동권의 국내 도입 방안”, 「경희법학」, 제52권 제3호, 2017.

손경호·이수안·고수윤, 「데이터 이동권 도입 방안 연구」, 한국데이터산업진흥원, 2019.

이상기·정준희·이정훈·심우민, 「글로벌 기업의 데이터 독점 관련 이슈와 대응방안 연구」, 방통융합정책연구 KCC-2018-22, 2018.

이성엽, “개인정보의 개념의 차등화와 개인정보이동권의 대상에 관한 연구”, 「경제규제와 법」, 제12권 제2호, 2019.

이홍재, “번호이동성 제도 도입의 현황 및 성과 검토”, 「KISDI 이슈리포트」, 04-19, 2004.

조선비즈, “내 정보는 안주고, 네건 달라는 네이버...금융사 뿔났다”, 2020. 5. 21.

조성은·정원준·이시직·이창범·박규상, 「개인주도 데이터 유통 활성화를

위한 제도 연구」, 기본연구 19-01, 정보통신정책연구원, 2019.

ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, Guidelines on the right to data portability

Barbara Van der Auwermeulen, How to attribute the right to data portability in Europe: A comparative analysis of legislations, 33 Com. L. & Sec. Rev. 57 (2017).

Blair Stewart, “Transplanting a privacy right to data portability into law”, Privacy Laws & Business International Report No.140 (2016).

EU COMMISSION STAFF WORKING PAPER Impact Assessment(SEC(2012) 72 final.

Helena Ursic, Unfolding the New-Born Right to Data Portability: Four Gateways to Data Subject Control, 15 SCRIPTed 42 (2018).

Gauthier Chassang, Tom Southerington, Olga Tzortzatou, Martin Boeckhout & Santa Slokenberga, Data Portability in Health Research and Biobanking: Legal Benchmarks for Appropriate Implementation, 4 Eur. Data Prot. L. Rev. 296 (2018).

Lydia F de la Torre, What is a ‘consumer’ under the CCPA?, Dec. 5. 2018, <<https://medium.com/golden-data/what-is-a-sale-under-ccpa-b27fbe8a527>>(최종 접속일: 2020. 5. 11).

Michal S. Gal & Daniel L. Rubinfeld, Data Standardization, 94 N. Y. Univ. L. Rev. 737 (2019)

Open Data Institute and Fingleton Associates, Data Sharing and Open Data for Banks : A report for HM Treasury and Cabinet Office, Sep. 2014.

Paul Klemperer, Competition when Consumers have Switching Costs: An Overview with Applications to Industrial Organization, Macroeconomics, and International Trade, 62 The Review of Economic Studies 515 (1995).

Personal Data Protection Commission, Discussion paper on Data Portability, Feb. 25, 2019.

Robert Madge, GDPR: data portability is a false promise, Jul. 4, 2017, <<https://medium.com/mydata/gdpr-data-portability-is-a-false-promise-af460d35a629>>.

Thomas M. Cooley, *The General Principles of Constitutional Law in the United States of America*, BOSTON: LITTLE, BROWN AND COMPANY (1880).

Michal S. Gal & Daniel L. Rubinfeld, Data Standardization, 94 N. Y. Univ. L. Rev. 737 (2019).

日本 内閣官房 I T 総合戦略室, 官民データ活用推進基本計画実行委員会 データ流通・活用ワーキンググループ、第二次とりまとめ, 2019. 6.

日本 内閣官房 I T 総合戦略室, データ流通環境整備検討会 AI・IoT 時代におけるデータ活用ワーキンググループ、中間取りまとめ, 2017.3.

III. 웹페이지

National Privacy Commission 웹페이지, <www.privacy.gov.ph/data-privacy-act>(최종 접속일: 2020. 5. 11).

Data Transfer Project 웹페이지, <www.datatransferproject.dev>(최종 접속일: 2020. 5. 11).

일본 법률 안내 페이지, <<http://www.shugiin.go.jp/internet/index.nsf/html/index.htm>>(최종 접속일, 2020. 5. 11).

Abstract

A Study on the Practical Benefits and Legislative Measures of The Right to Data Portability

WONJUN CHUNG

(Research Specialist of The Korea Information Society Development Institute, Ph.D. in Law)

The EU General Data Protection Regulations(GDPR) is drawing attention by creating "The Right to Data Portability" as a new right. With digital platform companies such as Google and Facebook virtually monopolizing the right to use data, Right to Data Portability is a right designed to promote market competition by freely transferring personal information based on the information subject's choice.

Afterwards, after full-fledged discussions in Korea, "The Right to Request Personal Credit Information Transmission" was introduced under the Credit Information Act as part of the revision of three laws about personal information. This right is intended only for personal credit information, so discussions on the need for Right to Data Portability that apply to all personal informations are still valid. In particular, the establishment of limited rights in the financial sector alone cannot achieve the effect of weakening the focus on overseas platform operators in the domestic market or promoting competition with them.

In this study, the actual benefits of the domestic legislation of Right to Data Portability were closely examined from various perspectives, including industrial, economic, and rights-guaranteed aspects. In addition, each country's legislative cases were analyzed from a comparative legal perspective, and the

EU GDPR, which fully guarantees the right to move data, the California Consumer Privacy Act(CCPA), which limits the right to move data within 12 months, and the UK and Japan's approaches, which have separate bases in terms of industrial policy, were different.

If the scope of rights is set too wide when introducing the concept of Right to Data Portability in Korea, existing personal information controller can escape legitimate interests in the name of reducing the effectiveness of the system. Thus, in the early stages of legislation, it is necessary to define legal requirements rather strictly. In conclusion, the possibility of introducing data mobility rights will be left open to strengthening the rights of information subjects, but a cautious approach will be needed to observe changes in the MyData ecosystem in the financial sector and then draw specific directions.



▶ **WONJUN CHUNG**

Right to Data Portability, Right to Personal Information Portability, Right to Personal Credit Information Transmission, Mydata, Three Laws about Personal Information

미세먼지법에 대한 분석적 고찰

강 현 호

【목 차】

I. 서론	
II. 미세먼지법의 주요 내용	3. 계획수립청구권 내지 개별적 조치청구권에 대한 규율
1. 기본적 체제	4. 행정기관 내지 공무원에 대한 직접적 조치에 대한 내용
2. 미세먼지 대응 수단들	5. 기타 개별적 보완사항
III. 미세먼지법에 대한 보완점 모색	IV. 결론
1. 깨끗한 공기를 향유할 권리에 대한 규정	
2. 환경행정법으로서의 완결성 보완	

【국 문 요 약】

우리 국민의 건강에 커다란 영향을 미치는 미세먼지에 대해서 대응하기 위하여 “미세먼지법”이 제정되었는바, 이에 대해서 분석적으로 살펴 보면서, 법리적으로 보완되어야 할 내용들을 고찰하였다. “미세먼지법”은 2018년 제정되어 2019년 2월 15일부터 시행되어 오고 있는 법으로서, 기본적 체제로는 목적, 개념정의, 국제협력을 규정하고 있으며, 타법의 준용을 통해서 총량규제 그리고 상시측정 등을 규정하고 있는 것으로 볼 수 있다. “미세먼지법”의 구체적인 대응수단으로는 행정주체의 조직을 갖추고 있으며, 이러한 행정주체의 조직이 수행하는 계획적, 처분적, 사실적, 의무이행확보적 수단 등을 규정하고 있다. 보완이 필요한 것으로서 주요한 것은 첫째, 깨끗한 공기를 향유할 권리에 대한 규정이 필요하며, 둘째, 환경행정법으로서 완결성이 보다 구비되어야 하며, 셋째, 계획수립청구권 내지 개별적 조치청구권에 대한 규율이 요청되며, 넷째, 행정기관 내지 공무원에 대한 직접적 조치에 대한 내용 그리고 다섯째, 나노미세

먼지에 대한 개념정의와 “미세먼지법”상 자주 등장하는 불확정법개념에 대한 구체화 규정들이 포함되어야 하는 것 등을 들 수 있다.

“미세먼지법”을 고찰하면서, 최종적으로 드는 생각은 “미세먼지법”을 특별법으로서 특별법의 존재목적에 부합하기 위해서는 “미세먼지법”이 기왕에 존재하는 대기환경보전법이나 대기관리권역의 대기환경개선에 관한 특별법과의 차이가 존재하여야 하는 것인데, 이를 위해서는 미세먼지로 인하여 발생할 수 있는 문제 특히 국민의 권리구제와 미세먼지로 인한 피해에 대한 구제까지 포함하는 것이 바람직하다고 사료된다. 미세먼지에 대한 관리와 관련하여 향후 보다 진일보한 미세먼지 규율 법률로 탈바꿈하기를 바라마지 않는다.

I. 서론

본 논문을 작성하는 지금에는 코로나 바이러스로 인해서 우리나라와 세계가 고통을 받고 있다. 그러나 코로나 바이러스보다 더 위험한 존재가 있는데 그것이 바로 미세먼지이다.¹⁾ 코로나 바이러스는 백신이 개발되면 우리의 머리로부터 그 공포나 두려움이 사라지게 될 것이지만, 미세먼지는 계속하여 존재하면서 우리 인류를 괴롭히고 있을 것이기 때문이다. 미세먼지는 침묵의 살인자라는 별명을 지니고 있으며, 한 보도에 따르면 미세먼지 농도가 높은 곳에서 코로나 바이러스로 인한 사망률이 높게 나타났다고 하는바, 미세먼지는 이처럼 기왕의 다른 위험을 가중시키는 역할을 수행한다.²⁾

저자는 미세먼지에 대하여 과학적이거나 사회학적인 접근에 더하여 법

1) 김동영, 건강을 위협하는 미세먼지, 원인과 대책, 경기개발연구원 Issue & Analysis, 2013.1 1., 13면.

2) <https://www.bbc.com/korean/news-52364876>: 코로나19: 대기오염이 치명률을 높인다는 연구 결과가 나왔다. 하버드대 보고서에 따르면 코로나19 사망률은 일반적으로 인구가 높고 미세먼지(PM2.5)가 많은 지역에서 비슷한 패턴을 보이고 있다.

적인 접근을 하고자 시도하였으며 2016년부터 국민의 건강권을 보호하기 위하여 미세먼지에 대해서 연구를 하여 오고 있다.³⁾ 여러 연구들을 통해서 미세먼지가 국민의 건강에 미치는 영향들이 구체화되면서⁴⁾, 미세먼지에 대하여 법적인 측면에서 규율할 필요성을 인지하게 되었고, 국가는 미세먼지가 가져오는 국민의 건강에 대한 위협을 대비하기 위하여 「미세먼지 저감 및 관리에 관한 특별법」(이하 “미세먼지법”이라 함)을 제정하기에 이르렀다.⁵⁾

그렇지만 현행 “미세먼지법”의 제정 후에도 여전히 미세먼지로 인한 고통은 지속되고 있으며, 또한 “미세먼지법”의 주된 수범자인 기업들은 불명확하고 예견가능성이 미비한 미세먼지 규율 법령으로 인하여 직업의 자유와 행동의 자유 등에 있어서 제한을 받고 있다.⁶⁾ “미세먼지법”이 추

3) 강현호, 국민의 건강권 보호를 위한 미세먼지에 대한 법적고찰, 환경법연구 제38권제1호, 한국환경법학회, 2016, 162면 이하; 세계보건기구(WHO) 현장에는 “건강이란 질병이 없거나 허약하지 않은 상태만을 의미하는 것이 아니라 신체적·정신적·사회적으로 온전히 안녕한 상태에 있는 것”이라고 정의를 내리고 있으며, “건강권”을 모든 인간의 기본적 권리의 하나(one of the fundamental rights)로서 긍정하고 있다(Constitution of WHO: Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity. The enjoyment of the highest attainable standard of health is one of the fundamental rights of every human being without distinction of race, religion, political belief, economic or social condition).

헌법재판소 2015. 7. 30. 2014헌바6; 헌재 2014. 9. 25. 2013헌바162; 심판대상조항은 인체에 미치는 잠재적 위해성의 경중에 따라 의료기기의 등급을 분류하여 그에 따른 안전성과 유효성의 기준을 설정하고, 허가 절차를 통해 그와 같은 기준을 갖춘 것으로 검증된 의료기기에 한하여 수입을 허용하고 있는바, 이는 의료기기의 효율적인 관리를 통하여 보건위생상의 위해요소를 사전에 차단함으로써 국민의 생명권과 건강권을 보호하고 국민의 보건에 관한 국가의 보호의무를 이행하기 위한 것으로 입법목적의 정당성이 인정된다.

4) <https://www.sedaily.com/NewsView/1VQVDI2JMP>: '초미세먼지 영향' 조기사망하는 노인 급증...서울서 연간 2,000명 넘어. 서울연구원의 '고령화와 초미세먼지 건강영향' 정책보고서에 따르면 세계보건기구(WHO) 권고 기준을 초과하는 초미세먼지의 건강상 악영향으로 일찍 사망하는 만 65세 이상 고령자 수가 2030년 연간 2,133명에 이를 것으로 분석됐다. 이는 2015년 연간 1,162명에서 83.6%(971명) 늘 것이라는 전망이다.

5) 미세먼지 저감 및 관리에 관한 특별법 (약칭: 미세먼지법) [시행 2019. 2. 15.] [법률 제15718호, 2018. 8. 14., 제정].

6) <https://news.joins.com/article/23403212>: 특별법 지난달 15일 시행됐는데, 미세먼지 왜 해결 안 되지?

<https://www.mk.co.kr/news/society/view/2019/03/143408/>: "지침도 없이 처벌?"...미세먼지법, 기업은 괴롭다.

구하는 목표를 달성하면서도 다른 한편으로는 국민의 기본권에 대한 제한이 비례의 원칙에 부합되어야 할 것이며, 나아가 “미세먼지법”의 법적 규율들이 실질적인 규범력을 가질 수 있도록 하여야 하지 않을까 하는 문제의식 하에 본 논문을 저술하게 되었다. “미세먼지법”이 제정되고 그동안 4차례의 개정이 있었던바, 본고에서는 지금 시행되고 있는 “미세먼지법”의 내용에 대해서 분석적으로 살펴본 후에 법적인 측면에서 보완되어야 할 점들을 찾고자 한다.

II. 미세먼지법의 주요 내용

현재 시행되고 있는 “미세먼지법”은 법률 제17177호로서 2020. 3. 31일에 일부 개정되어 2020. 4. 3일부터 시행되고 있는 법률이다. 먼저 “미세먼지법”의 주된 내용에 대해서 고찰한 후에, 법률의 내용과 관련하여 보완되어야 할 점들을 살펴보기로 한다.

1. 기본적 체제

“미세먼지법”의 기본적 체제로는 “미세먼지법”의 목적, 개념정의, 국제협력, 총량규제 그리고 상시측정 등을 들 수 있을 것이다.

“미세먼지법”은 미세먼지 및 미세먼지 생성물질의 배출을 저감하고 그 발생을 지속적으로 관리함으로써 미세먼지가 국민건강에 미치는 위해를 예방하고 대기환경을 적정하게 관리·보전하여 쾌적한 생활환경을 조성하는 것을 목적으로 한다(제1조). 통상적으로 법률을 제정하면서 목적조항을 두고 있는데, 법률에 규정되어 있는 목적조항이 법적으로 어떤 의미를 지니는 지에 대해서는 별다른 연구가 되어 있지 아니하고 있다. 판례에 의하면 이러한 목적 조항은 법률에서 위임규정을 두는 경우에 위임규정의 예측가능성이나 명확성 등을 판단함에 있어서 의미가 있으며, 또

한 법률 규정의 해석에 있어서 이러한 목적 조항이 반영될 수 있을 것이다.⁷⁾

“미세먼지법”에서 미세먼지에 대해서 법률적 정의를 두고 있는바, “미세먼지”란 「대기환경보전법」 제2조제6호⁸⁾에 따른 먼지 중 다음 각 목의 흡입성먼지를 말한다. 가. 입자의 지름이 10마이크로미터 이하인 먼지(PM-10: 미세먼지) 나. 입자의 지름이 2.5마이크로미터 이하인 먼지(PM-2.5: 초미세먼지). 대기 중에서 미세먼지로 전환되는 미세먼지 생성 물질로는 질소산화물, 황산화물, 휘발성유기화합물 등이 있다.

“미세먼지법”은 미세먼지의 저감 및 관리에 관하여 다른 법률에 우선하여 적용하며, 이 법에서 규정하지 아니한 사항은 「대기환경보전법」, 「대기관리권역의 대기환경개선에 관한 특별법」에서 정하는 바에 따른다(법 제6조). “미세먼지법”은 특별법으로서 미세먼지와 관련하여 다른 일반법보다 우선적 효력을 가지는 것은 법의 일반적 효력과 관련하여 특별법우선의 원칙에 의하여 작동될 수 있을 것이며, 대기관리권역법과의 관계에서는 이 역시 특별법이므로 양자의 관계는 원칙적으로 신법우선의 원칙이 작동할 수 있을 것인데, “미세먼지법”에서 명문으로 다른 법률에 우선하여 적용되는 적용우위의 효력을 긍정하고 있으므로 그에 따라야 할 것이다.⁹⁾

7) 대법원 2004. 1. 29. 선고 2003두10701 판결 [건축허가신청반려처분취소] 위임명령은 법률이나 상위명령에서 구체적으로 범위를 정한 개별적인 위임이 있을 때에 가능하고, 여기에서 구체적인 위임의 범위는 규제하고자 하는 대상의 종류와 성격에 따라 달라지는 것이어서 일률적 기준을 정할 수는 없지만, 적어도 위임명령에 규정될 내용 및 범위의 기본 사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률이나 상위명령으로부터 위임명령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 하나, 이 경우 그 예측가능성의 유무는 당해 위임조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니라 그 위임조항이 속한 법률이나 상위명령의 전반적인 체계와 취지·목적, 당해 위임조항의 규정형식과 내용 및 관련 법규를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하고, 나아가 각 규제 대상의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토함을 요한다.

8) 대기환경보전법 제2조 제6호: 6. "먼지"란 대기 중에 떠다니거나 흩날려 내려오는 입자상 물질을 말한다.

9) 참조: 대법원 2019. 10. 17. 선고 2018두104 판결 [도로점용허가처분무효확인등] 위와 같은 관련 규정들의 내용과 체계에다가 두 법률의 입법 목적 등을 종합하면, 공유재산 및 물품 관리법은 공유재산 및 물품의 취득, 관리·처분에 대한 사항 일반을 규율하는 일반법의 성격을 지니는 반면, 도로법은 일반 공중의 교통에 제공되는 시설이라는 도로의 기능

정부는 미세먼지등의 저감 및 관리를 위하여 국제적 차원의 미세먼지등의 조사·연구 및 연구결과의 보급, 국가 간 또는 국제기구와 미세먼지 관련 분야 기술·인력 및 정보의 국제교류, 국가 간 미세먼지등의 감시체계 구축, 국가 간 미세먼지로 인한 피해 방지를 위한 재원의 조성, 국제사회에서 미세먼지 피해방지를 위한 교육·홍보 활동, 국제회의·학술회의 등 각종 행사의 개최 및 참가, 그 밖에 국제협력을 위하여 필요한 사항들을 관련 국가와 협력하여 추진하도록 노력하여야 하는데(제14조), 이러한 법률의 내용은 미세먼지가 이동성이 높다는 점에서 특정국가만의 문제가 아니라는 점에서 공동의 대응이 필요하다는 점에서 정당화될 수 있을 것이다. 환경부장관은 장거리 이동 미세먼지의 경로·농도등을 파악하기 위하여 관련 행정기관의 장에게 협조를 요청할 수 있고, 항공기·선박 등에 미세먼지 측정 장비를 설치할 수 있도록 관련 사업자등에게 요청할 수 있다(제15조).

“미세먼지법”의 기본적 체제와 관련하여 중요한 내용으로 “미세먼지법”에 규율되지 아니한 것으로는 총량관리와 상시측정이라고 할 수 있다. 이러한 내용은 “미세먼지법”에서는 규율하지 아니하지만, 대기관리권역법 제11조에서 규정되고 있는바 이 총량관리 역시 “미세먼지법”의 주된 내용으로 볼 수 있다.¹⁰⁾ 총량관리란 농도규제로 인하여 발생할 수 있는 오염규제의 사각지대를 보완하기 위하여 일정한 지역을 설정하여 그 지역 내의 오염총량을 관리하는 제도로써, 환경법상 중요한 규제수단의 하나이다. 그리고 상시측정에 대해서 대기환경보전법 제3조에서 환경부장관은 전국적인 대기오염 및 기후·생태계 변화유발물질의 실태를 파악하기 위하여 환경부령으로 정하는 바에 따라 측정망을 설치하고 대기오염도 등을 상시 측정하여야 하며, 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사 또는 특별자치도지사(이하 "시·도지사"라 한다)는 해당 관할 구역 안의 대기오염 실태를 파악하기 위하여 환경부령으로 정하는 바에 따라 측정망을 설치하여 대기오염도를 상시 측정하고, 그 측정 결과를 환

적 특성을 고려하여 그 소유관계를 불문하고 특수한 공법적 규율을 하는 법률로서 도로가 공유재산에 해당하는 경우 공유재산 및 물품 관리법보다 우선적으로 적용되는 특별법에 해당한다고 보아야 한다.

10) 대기권역관리법 제11조(환경친화적인 개발계획의 수립·시행).

정부장관에게 보고하여야 한다고 규정하고 있다.

2. 미세먼지 대응 수단들

“미세먼지법”은 환경행정법의 일종으로 자리매김할 수 있으며, 환경행정법은 국가나 지방자치단체 등 행정주체에게 권리나 의무를 부과하는 법으로서 미세먼지에 대한 규율을 통해서 국민의 건강권을 보호하기 위하여 다양한 법적 수단들을 동원하고 있다. 통상적으로 행정법상 행정주체에게 부여되는 수단은 제일 먼저 조직적 수단이 오게 된다. 조직은 행정의 주체에 대한 것으로서 수단들을 실행하는 기관들에 대한 것이다. 다음으로 구체적인 주체의 작용으로서 계획적, 처분적, 사실적, 의무이행 확보적 수단 등을 들 수 있다.¹¹⁾

가. 조직적 수단

미세먼지의 저감 및 관리와 관련하여 주된 조직은 국가, 지방자치단체, 그리고 공공단체가 있다. 국가와 지방자치단체는 미세먼지가 국민에게 미치는 영향을 파악하고, 미세먼지로부터 국민의 건강과 생명을 보호하기 위하여 필요한 정책을 수립·시행하여야 하고, 국민이 일상생활에서 미세먼지와 미세먼지 생성물질(이하 "미세먼지등"이라 한다)의 배출 저감 및 관리에 참여할 수 있도록 대국민 교육·홍보 등을 강화하여야 한다. 그리고 국가와 지방자치단체는 미세먼지등의 배출 저감 및 관리를 위하여 국제적인 노력에 적극적으로 참여하고 주변국과 협력하여야 한다.

미세먼지 대책의 주된 대상으로는 사업자와 국민들이 있는데, 이들에 대해서 미세먼지등의 배출을 저감하기 위하여 협력의무부터 시작하여 구체적인 조치를 취할 다양한 의무를 부과하고 있다. 이러한 의무의 부과 는 다음에서 보는 처분적 수단들에서 상세하게 규정되어 있다.

미세먼지의 저감 및 관리를 효율적으로 추진하기 위하여 국무총리 소속으로 미세먼지특별대책위원회를 두며, 동 위원회는 1. 종합계획의 수

11) 강현호, 행정법의 이해, 2018, 동방문화사, 3면.

립·변경 2. 시행계획 추진실적의 점검·평가 3. 미세먼지등의 배출 저감 및 관리 4. 미세먼지로 인한 국민의 건강 관리 5. 미세먼지 저감을 위한 대응요령 등 국민제안 및 실천사항 6. 미세먼지 저감 및 관리를 위한 국제협력 7. 미세먼지등의 저감 및 관리를 위하여 필요한 사항으로 대통령령으로 정하는 사항 8. 그 밖에 위원장이 필요하다고 인정하여 부의하는 사항 등에 대해서 심의한다(법 제10조). 이러한 위원회는 일종의 심의기관으로서 기능한다고 볼 수 있다. 그리고 위원회의 기능을 보좌하는 기관으로서 미세먼지개선기획단을 설치하고 있다(법 제12조). 그리고 하나의 정보기관으로서 국가미세먼지정보센터를 설치·운영한다(법 제17조). 환경부장관은 미세먼지로 인한 건강피해의 예방·관리 등을 위한 조사·연구·교육 및 기술개발 등의 업무를 수행하기 위하여 1. 국공립연구기관 또는 「정부출연연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률」에 따른 정부출연연구기관 2. 「고등교육법」 제2조에 따른 학교 3. 「민법」 또는 그 밖의 법률에 따라 설립된 환경 관련 비영리 법인 또는 단체의 어느 하나에 해당하는 기관 또는 법인·단체 중에서 대통령령으로 정하는 요건을 갖춘 자를 미세먼지연구·관리센터로 지정할 수 있다(제25조의2 제1항). “미세먼지법”에 따른 권한은 대통령령으로 정하는 바에 따라 위임 내지 위탁할 수 있다(제29조).

나. 계획적 수단

정부는 「대기환경보전법」 제11조에 따른 대기환경개선 종합계획¹²⁾을 고려하여 5년마다 미세먼지 농도 개선 목표 및 기본방향, 미세먼지 농도 현황 및 전망, 미세먼지등의 배출량 현황 및 전망, 미세먼지등의 배출 저감 목표와 이를 달성하기 위한 분야별·단계별 대책, 미세먼지가 국민건강에 미치는 영향에 관한 조사·연구, 미세먼지 취약계층 보호에 관한 사항 등이 포함된 미세먼지 저감 및 관리를 위한 종합계획을 수립·시행하여야 한다(제7조 제1항). 정부는 종합계획을 수립하거나 변경하기 위하여 필요한 경우 시·도지사에게 종합계획의 수립·변경에 필요한

12) 대기환경보전법 제11조(대기환경개선 종합계획의 수립 등) 제1항.

자료의 제출을 요구할 수 있으며, 이 경우 자료의 제출을 요구받은 시·도지사는 정당한 사유가 없으면 이에 따라야 한다. 시·도지사는 해당 관할구역에서 종합계획을 시행하기 위한 세부 시행계획¹³⁾과 시행계획의 추진실적을 매년 환경부장관에게 보고하여야 한다(제8조). 환경행정에 있어서 실무적으로 이루어지는 과정으로서 먼저 계획에 포함되어 있어야 추후에 계획을 실행하는 수단으로서 구체적인 조치들이 이루어지게 된다. 계획적 수단에 있어서 법적으로 중요한 것은 이러한 계획 내지 계획에 포함되어 있는 조치들에 대해서 불충분하다고 여기는 국민들이 법적으로 어떤 수단을 강구할 수 있는가 하는 점이다. 계획 중에서 특히 세부 시행계획의 내용에 미비점이 있거나 불충분한 경우가 문제될 것인데, 국민들이 이러한 계획에 대해서 어떠한 권리를 주장할 수 있는가가 문제될 수 있을 것이다. 국민들의 권익에 직접적인 영향을 미치지 아니하는 계획들에 대해서는 판례는 처분성을 긍정하지 않고 있거나 또는 원고적격을 부인하고 있다.¹⁴⁾

시·도지사, 시장·군수·구청장은 미세먼지 오염이 심각하다고 인정되는 지역 중 어린이·노인 등이 이용하는 시설이 집중된 지역을 미세먼지 집중관리구역으로 지정할 수 있으며¹⁵⁾, 집중관리구역에서 1. 「대기환경보전법」 제3조에 따른 대기오염도의 상시 측정 2. 살수차·진공청

13) 미세먼지법시행규칙 제4조(시행계획의 수립 및 변경 절차) 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사 또는 특별자치도지사(이하 "시·도지사"라 한다)는 법 제8조에 따른 시행계획(이하 "시행계획"이라 한다)을 수립하거나 변경하려는 경우에는 공청회, 설명회 등을 개최하여 주민, 시민단체, 산업계 및 관계 전문가의 의견을 들어야 한다.

14) 대법원 2011. 4. 21. 자 2010무111 전원합의체 결정 [집행정지] 이 사건 정부기본계획 등은 4대강 정비사업과 그 주변 지역의 관련 사업을 체계적으로 추진하기 위하여 수립한 종합계획이자 '4대강 살리기 사업'(그 중 한강 부분을 '이 사건 사업'이라고 한다)의 기본 방향을 제시하는 계획으로서, 이는 행정기관 내부에서 사업의 기본방향을 제시하는 것일 뿐, 국민의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 것은 아니라고 할 것이어서 행정처분에 해당하지 아니한다.

15) 미세먼지법시행규칙 제13조(집중관리구역의 지정) ① 법 제22조제1항에 따라 시·도지사 또는 시장·군수·구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다)이 지정할 수 있는 같은 조 제1항에 따른 미세먼지 집중관리구역(이하 "집중관리구역"이라 한다)은 다음 각 호의 요건 모두에 해당하는 지역으로 한다. 1. 미세먼지 또는 초미세먼지의 연간 평균 농도가 「환경정책기본법 시행령」 제2조에 따른 환경기준을 초과하는 지역일 것 2. 법 제23조제1항에 따른 취약계층(이하 "취약계층"이라 한다)이 이용하는 시설이 집중된 지역일 것.

소차의 집중 운영 3. 어린이 등 통학차량의 친환경차 전환 4. 학교 등에 공기 정화시설 설치 5. 수목식재 및 공원 조성 등의 사항들을 우선적으로 지원할 수 있다(제22조). 이러한 집중관리구역으로의 지정은 행정의 상대방 특히 통학차량의 운영자나 시설을 설치하여야 하는 사립학교나 수목의 식재를 하여야 하는 자 등에게 구체적이고도 직접적인 영향을 미치므로 처분성을 긍정할 수 있을 것이다.¹⁶⁾

다. 처분적 수단

행정작용에서 처분이라 함은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법 집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 말한다(행정소송법 제2조 제1항 제1호). 처분은 처분의 상대방에게 구체적이고도 직접적인 권리 내지 의무를 부과하는 행정작용으로서, 행정의 상대방에 대해서 강제적인 효과를 지니므로 법적인 근거를 요한다. 시·도지사는 환경부장관이 정하는 기간 동안 초미세먼지 예측 농도가 환경부령¹⁷⁾으로 정하는 기준에 해당하는 경우 미세먼지를 줄이기 위한 다음 각 호 1. 대통령령¹⁸⁾으로 정하는 영업용 등 자동차를 제외한 자

16) 대법원 2020. 1. 16. 선고 2019다264700 판결 [연구개발확인서발급절차이행청구의소] 항고소송의 대상인 '처분'이란 "행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법 집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용"(행정소송법 제2조 제1항 제1호)을 말한다. 행정청의 행위가 항고소송의 대상이 될 수 있는지는 추상적·일반적으로 결정할 수 없고, 구체적인 경우에 관련 법령의 내용과 취지, 그 행위의 주체·내용·형식·절차, 그 행위와 상대방 등 이해관계인이 입는 불이익 사이의 실질적 견련성, 법치행정의 원리와 그 행위에 관련된 행정청이나 이해관계인의 태도 등을 고려하여 개별적으로 결정하여야 한다(대법원 2010. 11. 18. 선고 2008두167 전원합의체 판결 참조).

17) 미세먼지법시행규칙 제7조(비상저감조치의 시행기준) ① 시·도지사는 법 제18조제1항 각 호 외의 부분 본문에서 "환경부령으로 정하는 기준에 해당하는 경우"란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다. 1. 당일(비상저감조치 시행일의 전날을 말한다. 이하 같다) 초미세먼지 평균 농도가 1세제곱미터당 50마이크로그램을 초과하고, 다음 날(비상저감조치 시행일을 말한다. 이하 같다)의 초미세먼지 24시간 평균 농도가 1세제곱미터당 50마이크로그램을 초과할 것으로 예측되는 경우 2. 당일에 「대기환경보전법 시행령」 제2조제3항제2호에 따른 초미세먼지 주의보 또는 경보가 발령되고, 다음 날의 초미세먼지 24시간 평균 농도가 1세제곱미터당 50마이크로그램을 초과할 것으로 예측되는 경우 3. 다음 날의 초미세먼지 24시간 평균 농도가 1세제곱미터당 75마이크로그램을 초과할 것으로 예측되는 경우.

동차의 운행 제한 2. 「대기환경보전법」 제2조제11호에 따른 대기오염 물질배출시설 중 환경부령으로 정하는 시설¹⁹⁾의 가동시간 변경, 가동률 조정 또는 같은 법 제2조제12호에 따른 대기오염방지시설의 효율 개선 3. 비산먼지 발생사업 중 건설공사장의 공사시간 변경·조정 4. 그 밖에 비상저감조치와 관련하여 대통령령²⁰⁾으로 정하는 비상저감조치를 시행할 수 있으며, 시·도지사는 비상저감조치를 시행할 때 관련 기관의 장 또는 사업자에게 대통령령²¹⁾으로 정하는 바에 따라 휴업, 탄력적 근무제도 등을 권고할 수 있다. 비상저감조치의 대상지역, 발령의 기준·기간·절차 등에 필요한 사항은 대통령령²²⁾으로 정하며, 자동차 운행 제한의 방법·대상지역·대상차량·발령시간·발령절차 등에 필요한 사항은 시

18) 미세먼지법시행령 제9조(운행 제한 제외대상 자동차) 법 제18조제1항제1호에서 "대통령령으로 정하는 영업용 등 자동차"란 다음 각 호의 자동차를 말한다. <개정 2019. 3. 26.>

1. 「지방세법」 제127조 및 같은 법 시행령 제122조제1항에 따른 영업용 자동차 중 특별시·광역시·특별자치시·도 또는 특별자치도(이하 "시·도"라 한다)의 조례로 정하는 영업용 자동차 2. 「도로교통법」 제2조제22호에 따른 긴급자동차 3. 「장애인복지법」 제39조에 따라 장애인이 사용하는 자동차 등임을 알아볼 수 있는 표지를 발급받은 자동차 ...

19) 미세먼지법시행규칙 제8조(비상저감조치 시행대상 대기오염물질배출시설) ① 법 제18조제1항제2호에서 "환경부령으로 정하는 시설"이란 다음 각 호의 시설을 말한다. 1. 「통계법」 제22조에 따라 통계청장이 고시하는 한국표준산업분류(이하 "한국표준산업분류"라 한다)의 중분류에 따른 1차 금속 제조업에 해당하는 사업장에 설치하는 소결로(燒結爐) 및 배소로(焙燒爐) 2. 한국표준산업분류의 소분류에 따른 석유 정제품 제조업에 해당하는 사업장에 설치하는 가열시설 ...

20) 미세먼지법시행령 제10조(시·도지사가 시행하는 비상저감조치) 법 제18조제1항제4호에서 "대통령령으로 정하는 사항"이란 다음 각 호의 조치를 말한다. 1. 살수차, 진공청소차 등을 활용한 미세먼지의 제거 2. 공영주차장의 사용 제한 등 교통량 감소를 위한 조치 3. 미세먼지의 측정·분석 및 불법·과다 배출행위에 대한 감시 4. 그 밖에 환경부장관 또는 시·도지사가 미세먼지를 줄이기 위해 필요하다고 인정하는 조치.

21) 미세먼지법시행령 제11조(비상저감조치에 따른 휴업 등 권고) ① 시·도지사는 법 제18조제1항에 따른 비상저감조치(이하 "비상저감조치"라 한다)를 시행할 때 필요한 경우 법 제18조제2항에 따라 다음 각 호의 조치를 관련 기관의 장 또는 사업자에게 권고할 수 있다. 1. 「초·중등교육법」 제64조에 따른 학교의 휴업 또는 수업시간의 단축 2. 「유아교육법」 제31조에 따른 유치원의 휴업 또는 수업시간의 단축 3. 「영유아보육법」 제43조의2에 따른 어린이집의 휴원 또는 보육시간의 단축 4. 「가족친화 사회환경의 조성 촉진에 관한 법률」 제2조제3호에 따른 시차출퇴근제, 재택근무제, 시간제 근무 등 탄력적 근무제도.

22) 미세먼지법시행령 제12조(비상저감조치의 대상지역 및 절차 등) ① 비상저감조치의 대상지역은 비상저감조치를 발령하는 시·도지사가 관할하는 지역으로 하고, 그 지역의 전부 또는 일부에 비상저감조치를 발령할 수 있다.

·도의 조례로 정한다.(제18조). 시·도지사는 비상저감조치의 발령 사유가 없어진 경우에는 환경부령²³⁾으로 정하는 바에 따라서 비상저감조치를 즉시 해제하여야 한다(제19조). 시·도지사는 해당 지역의 미세먼지 등의 배출 저감 및 관리를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 미세먼지 계절관리기간에 다음 각 호의 조치를 시행할 수 있다: 1. 제18조제1항제1호·제3호 및 제4호의 조치²⁴⁾ 2. 농업을 영위하는 과정에서 발생하는 볏짚 등 잔재물(殘滓物)의 수거, 보관, 운반, 처리 등의 조치 3. 그 밖에 미세먼지 등의 배출 저감 및 관리를 위하여 시·도의 조례²⁵⁾로 정하는 조치(제21조 제4항).

“미세먼지법”이 규율하는 가장 강력한 수단의 하나로서 비상저감조치

-
- 23) 미세먼지법시행규칙 제9조(비상저감조치의 해제) ① 시·도지사는 법 제19조제1항에 따라 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 비상저감조치를 해제할 수 있다. 1. 비상저감조치의 발령 후 다시 예측한 비상저감조치 시행일의 초미세먼지 농도가 1세제곱미터당 35마이크로그램 이하일 것으로 예측되는 경우 2. 폭우, 강풍 또는 그 밖의 기상여건 급변 등으로 더 이상 비상저감조치 시행이 필요하지 않다고 판단되는 경우.
- 24) 미세먼지법 제18조(고농도 미세먼지 비상저감조치) ① 1. 대통령령으로 정하는 영업용 등 자동차를 제외한 자동차의 운행 제한 3. 비산먼지 발생사업 중 건설공사업의 공사시간 변경·조정 4. 그 밖에 비상저감조치와 관련하여 대통령령으로 정하는 사항.
- 25) 김남욱, 지방자치단체의 미세먼지 오염방지 및 저감법제에 관한 개선방안, 유럽헌법연구 제25호, 유럽헌법학회, 2017, 485면.

예시: 강원도 미세먼지 저감 및 관리에 관한 조례[시행 2019. 11. 8.] 제7조(고농도 미세먼지 비상저감조치 및 예비저감조치) ① 도지사는 특별법 시행규칙 제7조제1항에 따른 고농도 미세먼지 비상저감조치 시행기준에 해당되는 경우 미세먼지를 줄이기 위한 다음 각 호의 비상저감조치를 시행할 수 있다. 다만, 환경부장관이 2개 이상의 시·도에 광역적으로 비상저감조치가 필요하여 도지사에게 비상저감조치 시행을 요청한 경우 이에 따른다. 1. 공해차량 운행제한 2. 대기오염물질 배출시설 중 특별법 제18조제1항제2호에 따른 시설의 가동시간 변경, 가동률 조정 또는 대기오염방지시설의 효율개선 3. 비산먼지 발생사업 중 건설공사업의 공사시간 변경·조정 4. 그 밖에 도지사가 미세먼지 저감에 필요하다고 인정하는 조치 ② 도지사는 초미세먼지 예측농도가 현저히 높은 경우 차량2부제 등 강화된 조치를 할 수 있다. ③ 도지사는 비상저감조치 효과 제고를 위한 예비저감조치 실시 등 필요한 조치를 할 수 있다. 이 경우 공공부문에 대한 차량2부제 및 사업장·공사장 저감 조치에 한 한다.

서울특별시 강동구 미세먼지로 인한 대기오염 피해 저감 및 지원 조례[시행 2019. 4. 17.] 제12조(미세먼지 비상저감조치) ① 구청장은 일정기간 동안 초미세먼지 예측 농도가 높은 경우 미세먼지를 줄이기 위한 비상저감조치를 시행할 수 있다. <신설 2019. 1. 2.> ② 비상저감조치 시행에 따른 구체적인 기준 및 조치사항은 구청장이 정한다. <신설 2019. 1. 2.>

를 들 수 있다. 비상저감조치의 내용으로는 국민의 기본권을 제한하는 조치들을 포함하고 있는데, 행복추구권, 거주이전의 자유, 직업의 자유 등과 관련이 있는 자동차의 운행제한, 사업시설의 가동제한 등을 할 수 있다. 이러한 기본권에 대한 제한을 수반하는 조치들은 비례의 원칙, 과잉금지의 원칙 등에 의한 심사를 받게 된다.²⁶⁾

환경부장관은 「환경분야 시험·검사 등에 관한 법률」에 따른 형식승인이나 예비형식승인을 받지 아니한 미세먼지 측정기기(이하 "미세먼지 간이측정기"라 한다)에 대하여 성능인증제를 시행하여야 하며, 성능인증을 위하여 성능평가 등에 필요한 인력과 시설을 갖춘 법인이나 단체 중에서 성능인증업무를 수행하는 기관(이하 "성능인증기관"이라 한다)을 지정할 수 있다(제24조). 이러한 승인은 행정작용의 성질상 형성적 행정행위의 일종인 인가라고 볼 수 있을 것이다.²⁷⁾

처분적 수단과 관련하여 경우에 따라서는 행정의 상대방에 대해서 청문절차를 거쳐야 하는바 “미세먼지법” 제28조에 의하면, 환경부장관은 성능인증의 취소, 성능인증기관의 지정 취소, 또는 미세먼지연구·관리센터의 지정 취소 처분을 하려면 청문을 하도록 규정하고 있다. 이러한 청문규정은 행정의 상대방에 대해서 불이익한 처분을 하기 위해서는 적법절차의 원칙에 따라서 미리 통지를 하고 의견제출의 기회를 부여하여야 한다는데 근거를 두고 있다.

26) 대법원 2020. 1. 9. 선고 2018두47561 판결 [영업정지처분취소] 비례의 원칙은 법치국가 원리에서 당연히 파생되는 헌법상의 기본원리로서, 모든 국가작용에 적용된다. 따라서 행정목적의 달성하기 위한 수단은 목적달성에 유효·적절하고, 가능한 한 최소침해를 가져오는 것이어야 하며, 아울러 그 수단의 도입에 따른 침해가 의도하는 공익을 능가하여서는 안 된다(대법원 1997. 9. 26. 선고 96누10096 판결 등 참조). 특히 처분상대방의 의무위반을 이유로 한 제재처분의 경우 의무위반의 내용과 제재처분의 양정(양정) 사이에 엄밀하게는 아니더라도 대략적으로라도 비례 관계가 인정되어야 하며, 의무위반의 내용에 비하여 제재처분이 과중하여 사회통념상 현저하게 타당성을 잃은 경우에는 재량권 일탈·남용에 해당하여 위법하다고 보아야 한다(대법원 2019. 9. 9. 선고 2018두48298 판결 등 참조).

27) 정하중, 행정법개론, 2020, 법문사, 200면 이하; 김유환, 현대행정법강의, 2020, 법문사, 135면; 김남철, 행정법강론, 2018, 박영사, 174면 이하; 강현호, 행정법의 이해, 2018, 동방문화사, 234면.

라. 사실적 수단

“미세먼지법”이 규정하는 사실적 수단으로는 추진실적보고서의 작성, 실태조사, 지원, 행정응원 그리고 보고·검사 등을 들 수 있다. 환경부장관은 시행계획의 추진실적을 종합한 추진실적보고서를 작성하여 국회에 제출하여야 한다(제9조). 환경부장관은 미세먼지 정책 수립에 필요한 미세먼지 배출 실태 등을 파악하기 위하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 실태조사를 할 수 있으며, 이와 관련하여 관계 중앙행정기관의 장 및 지방자치단체의 장에게 필요한 자료의 제출 등을 요청할 수 있다(제13조).

정부는 미세먼지의 측정 및 예보, 미세먼지의 효율적 저감 및 관리, 국민건강 보호 등을 위하여 필요한 연구개발을 직접 수행하거나 지원할 수 있다(제16조).

환경부장관은 계절적인 요인 등으로 초미세먼지 월평균 농도가 특히 심화되는 기간(12월 1일부터 다음 해 3월 31일까지를 말한다. 이하 “미세먼지 계절관리기간”이라 한다)과 대규모 화재 등 비상시적 요인으로 미세먼지 등의 배출 저감 및 관리를 효율적으로 수행하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 관계 중앙행정기관의 장, 지방자치단체의 장 또는 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 공공기관이 운영하는 시설의 운영자에게 환경부령²⁸⁾으로 정하는 바에 따라서 다음 각 호의 조치를 요청할 수 있다: 1. 「대기환경보전법」 제2조제11호에 따른 대기오염물질배출시설의 가동률 조정 및 가동시간 변경 2. 「대기환경보전법」 제2조제12호에 따른 대기오염방지시설의 효율 개선 3. 사업장(「대기환경보전법」 제23조제1항 또는 제38조의2제1항에 따라 허가를 받거나 신고하여야 하는 사업장을 말한다)에서 비산배출되는 먼지 저감 등 미세먼지 등의 배출 저감 및 관리를 위한 조치 4. 「해양환경관리법」 제2조제16호에 따른 선박에 대한 연료 전환, 속도 제한 또는 운행 제한 5. 그 밖에 미세먼지 등의 배출 저감 및 관리를 위하여 대통령령²⁹⁾으로 정

28) 미세먼지법시행규칙 제12조(가동률 조정 등의 요청 방법·절차 등) ① 환경부장관은 법 제21조제1항에 따라 대기오염물질배출시설의 가동률 조정 등의 조치를 요청하려는 경우에는 별지 제1호서식의 대기오염물질배출시설 가동률 조정 등 조치 요청서에 따라 서면으로 해야 한다.

하는 사항(법 제21조 제1항). 이러한 행정작용을 행정응원이라고 할 수 있을 것인바, 문제는 이러한 요청에 대해서 상대방이 요청을 반드시 들어야 할 법적 의무가 있는가 하는 점이다. 행정기관 상호간에는 법적으로 명백하게 규율되지 아니하는 한 하나의 사실적 수단으로서 도움요청에 그친다고 보이며, 이를 강제하기 위해서는 법규정을 보다 명백하게 강제적인 의미를 담아야 할 것이다.

정부는 어린이·노인 등 미세먼지로부터 취약한 계층³⁰⁾의 건강을 보호하기 위하여 일정 농도 이상 시 야외 단체활동 제한, 취약계층 활동공간 중사자에 대한 교육 등 취약계층 보호대책을 마련하여야 한다(법 제23조 제1항 본문). 환경부장관 또는 시·도지사는 이 법의 시행에 필요하다고 인정하는 경우 대통령령으로 정하는 사업자 등에게 자료를 제출하게 하거나, 관계 공무원에게 사업장 등을 출입하여 관계 서류나 시설·장비 등을 검사하게 할 수 있다(법 제26조 제1항).

마. 환경행정상 의무이행확보수단

대기오염물질배출시설의 가동시간 변경 등의 조치를 정당한 사유 없이 위반한 자, 건설공사장의 공사시간 변경·조정 조치를 정당한 사유 없이 위반한 자, 시·도지사의 조치 명령을 정당한 사유 없이 위반한 자, 성능인증을 받지 아니한 미세먼지 간이측정기를 제작·수입한 자, 자료의 제출을 하지 아니하거나 거짓 자료를 제출한 자와 관계 공무원의 출입·검사를 기피·방해 또는 거부한 자, 자동차의 운행 제한 조치를 정당한 사

29) 미세먼지법시행령 제13조(배출시설 등에 대한 가동조정 등) 환경부장관은 법 제21조제1항에 따라 필요한 경우 다음 각 호의 조치를 관계 중앙행정기관의 장, 지방자치단체의 장 또는 시설운영자(「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 공공기관이 운영하는 시설의 운영자를 말한다)에게 요청할 수 있다. 1. 「대기환경보전법」 제2조제11호에 따른 대기오염물질배출시설의 가동시간 변경 및 가동률 조정 2. 「대기환경보전법」 제2조제12호에 따른 대기오염방지시설의 효율 개선 3. 그 밖에 사업장에서 비산배출되는 먼지 저감 등 미세먼지등의 배출 저감 및 관리를 위한 조치.

30) 미세먼지법시행령 제14조(취약계층의 범위) 법 제23조 제1항에 따른 취약계층의 범위는 다음 각 호와 같다. 1. 어린이·영유아·노인·임산부·호흡기질환자·심장질환자 등 미세먼지 노출에 민감한 계층 2. 옥외 작업자, 교통시설 관리자 등 미세먼지 노출 가능성이 높은 계층.

유 없이 위반한 자 또는 자동차의 운행 제한 조치를 정당한 사유 없이 위반한 자 등에 대해서는 과태료를 부과할 수 있다(제31조).

III. 미세먼지법에 대한 보완점 모색

1. 깨끗한 공기를 향유할 권리에 대한 규정

최근 독일을 포함한 유럽에서는 깨끗한 공기를 추구할 권리(Recht auf saubere Luft) 내지 깨끗한 공기를 향유할 권리가 주창되고 있다.³¹⁾ 이러한 점에서 “미세먼지법”에서는 깨끗한 공기를 향유할 권리에 대한 명문의 규정이 포함될 필요가 있다. 이러한 권리를 헌법상 인간의 존엄과 가치, 생명권, 건강권, 행복추구권 등으로부터 도출될 수 있기는 하지만, 적어도 “미세먼지법”에서는 이러한 권리를 명문으로 규정함으로써 “미세먼지법”이 추구하는 목적이 보다 분명하게 될 수 있을 것이다.

예를 들면, “미세먼지법” 제5조의1에서 (깨끗한 공기를 향유할 권리라)는 제목 하에, “모든 국민은 깨끗한 공기를 향유할 권리를 가지며, 이러한 권리를 향유하기 위하여 국가, 지방자치단체 그리고 공공단체에 대

31) 강현호, 한국과 독일에 있어서 미세먼지를 둘러싼 소송법적 쟁점들, 공법연구 제48집 제1호, 2019, 467면: 유럽최고법원이 유럽시민에게 관할행정청을 상대로 미세먼지에 대하여 행동계획을 수립하여 줄 것을 소구할 수 있다고 결정을 내리면서, 이러한 권리를 독일의 환경보호단체는 깨끗한 공기를 추구할 권리(Recht auf saubere Luft)라고 명명하게 되었으며, 이러한 주장에 근거하여 환경권의 일종으로서 깨끗한 공기를 추구할 또는 향유할 권리라는 개념이 전파되었다.

최승필, 미세먼지 대응에 대한 법적 검토, 외법논집 제43권 제2호(2019.5), 226면: 최승필 교수는 Recht auf saubere Luft라는 독일어를 깨끗한 공기를 향유할 권리로 번역하고 있다. EuGH, Urteil vom 25. 7. 2008 - C-237/07: 연방행정법원은 2007년 5월 14일 유럽최고법원에 사전제청을 하였다. 사전제청은 첫째로는 유럽대기질지침(Richtlinie 2008/50/EG) 제7조 제3항의 해석에 대한 것이며, 둘째로는 공동체법적으로 미세먼지 PM10을 위한 허용된 한계를 준수하도록 할 목적으로 규정된 조치들을 규정하는 행동계획이 있는데, 관할행정청에게 대기청정유지를 위한 행동계획의 수립을 의무 지우는지에 대한 것이었다.

하여 법령에서 규정되어 있는 조치들을 취하도록 요청할 수 있다”는 조항을 신설할 필요가 있다고 사료된다. 이러한 조항은 향후 국민의 건강권을 보장하기 위하여 미세먼지 대책의 수립을 요구하는 경우에 국민에게 주관적 공권을 부여할 수 있는 토대가 될 수 있을 것이다.

2. 환경행정법으로서의 완결성 보완

“미세먼지법”은 대표적인 환경행정법의 일종이라고 할 수 있을 것이다. 즉 국가와 지방자치단체 등 행정주체들이 주도적으로 미세먼지의 저감을 관리하여 국민의 건강이라는 공익을 도모하는 법이다. 이러한 환경행정법으로서의 성격을 보다 구체화하기 위해서는 주체, 수단 그리고 쟁송의 측면에서 법률을 고찰할 필요가 있다. 주체의 측면에서 미세먼지의 저감을 관리할 전문성이 있는 기관이 필요하다. 그런데 법률 제10조에서는 미세먼지특별대책위원회를 두고 있는데 위원회의 구성에 있어서 “미세먼지법”시행령 제4조³²⁾에서는 그냥 연관성이 있을 법한 장관들을 단순히 모아 놓기만 하고 있다. 또한 위원의 구성에 성별을 고려하여야 한다는 등 미세먼지를 다룸에 있어서 전문성과는 동떨어진 규정들을 두고 있는바, 미세먼지에 대한 대책을 마련하기 위한 위원회가 도리어 정치에 의하여 지배를 받음으로써 전문성을 충분하게 고려하기 어렵게 되어 있음을 알 수 있다.

행정작용의 수단 측면에서 미세먼지의 저감을 위한 수단으로서 공법상 계약에 대한 규정이 보완될 필요가 있다. 행정주체의 행정작용이 일방적인 조치들로만 이루어진다면 행정의 상대방의 자발적인 유인을 이끌어내기 어렵게 되고 행정목적 달성을 하는 것도 쉽지 않게 된다. 행정법상 활

32) 미세먼지법시행령 제4조(위원회의 구성) ① 법 제11조제3항에서 "대통령령으로 정하는 관계 중앙행정기관의 장"이란 기획재정부장관·교육부장관·과학기술정보통신부장관·외교부장관·행정안전부장관·문화체육관광부장관·농림축산식품부장관·산업통상자원부장관·보건복지부장관·환경부장관·고용노동부장관·국토교통부장관·해양수산부장관·중소벤처기업부장관·국무조정실장·산림청장·기상청장을 말한다. ② 법 제10조제1항에 따른 미세먼지특별대책위원회(이하 "위원회"라 한다)의 법 제11조제4항에 따른 위촉위원(이하 "위촉위원"이라 한다)을 위촉하려는 경우에는 성별을 고려해야 한다. ...

용되고 있는 계약적 수단을 “미세먼지법”에도 규율하여서 미세먼지를 배출하는 사업장에게 적절한 유인책을 제공할 수 있어야 보다 원활하게 목표를 달성할 수 있을 것이기 때문이다. 나아가 미세먼지의 저감을 위한 행정지도 내지 신사협정과 같은 비정형적인 수단들에 대해서 그 근거규정을 둠으로써 행정부에서 가동할 수 있는 모든 수단들을 가동할 수 있도록 법적 근거들을 마련할 필요가 있을 것이다.

그리고, 미세먼지와 관련된 행정을 수행함에 있어서 행정주체 내지 행정기관이 과실 또는 무과실로 국민에게 피해를 입히는 행정상 불법행위의 경우를 대비하여 미세먼지에 적절한 배상규정도 포함될 필요가 있을 것이다. 예를 들면, “미세먼지법”의 다양한 행정수단들의 실행과 관련하여 재량규정으로 되어 있는데, 이러한 재량규정으로 인해서 법적 규율의 실효성이 담보되기 어려울 수가 있을 것이다. 예를 들면 비상저감조치를 취하여야 할 정도로 미세먼지 농도가 나쁨에도 불구하고 행정기관이 비상저감조치를 취하지 않거나 취하더라도 적절한 조치를 취하지 아니하여 건강상 피해를 입은 국민이 행정주체를 상대로 배상을 청구할 수 있는 규정을 둘 필요가 있을 것이다.

행정쟁송과 관련하여서도 국민의 입장에서 무하자재량행사청구권이나 행정개입청구권의 행사와 관련하여 보다 상세한 규정들을 둘 필요가 있다고 사료된다.

3. 계획수립청구권 내지 개별적 조치청구권에 대한 규율

미세먼지를 저감하는 등의 목표달성과 관련하여 중요한 수단의 하나가 바로 계획적 수단이다. “미세먼지법” 제7조에 의하면 정부는 미세먼지 농도 개선 목표 및 기본방향, 미세먼지 농도 현황 및 전망, 미세먼지 등의 배출량 현황 및 전망, 미세먼지 등의 배출 저감 목표와 이를 달성하기 위한 분야별·단계별 대책, 미세먼지가 국민건강에 미치는 영향에 관한 조사·연구, 미세먼지 취약계층 보호에 관한 사항 등이 포함된 미세먼지 저감 및 관리를 위한 종합계획과 이를 시행하기 위한 세부시행계획을 수립·시행하여야 한다. 그런데, 문제는 정부에서 이러한 계획들을 수립

함에 있어서 게을리 하거나 수립된 계획에 적절한 내용들이 포함되지 못한 경우이다. 우리나라의 종합계획을 살펴보면 이는 법적인 내용이 거의 없는 미세먼지에 대하여 일상적으로 생각할 수 있는 다양한 내용들을 모아놓은 것에 불과하다고 할 수 있다. 종합계획이 “미세먼지법”에 들어오는 경우에 종합계획의 법적 성격과 이러한 종합계획에 포함된 조치들의 준수여부 내지 준수가 되지 않는 경우에 법적으로 어떠한 의미를 지니는지 등에 대해서 규율이 포함되어야 하는데, 우리나라의 종합계획은 - 독일의 미세먼지 계획과 비교하여 볼 때 - 법적으로 무의미한 언어의 나열에 불과하다고 할 수 있다.³³⁾

이와 관련하여 “미세먼지법”시행규칙 제4조에서는 관할행정청이 시행계획을 수립하거나 변경하려는 경우에는 공청회, 설명회 등을 개최하여 주민, 시민단체, 산업계 및 관계 전문가의 의견을 들어야 한다고 규정하고 있다. 물론 행정청이 주민이나 시민단체의 의견을 경청하고 적절하게 수용하면 문제가 없을 것이지만 문제는 행정청이 주민 등의 의견을 충분히 수용하지 못하는 경우이다. 이런 경우에 주민 등은 소송을 통해서 자신의 권리를 실현할 수 있을 것인데, 이러한 조항으로부터 과연 주민 등에게 주관적 공권으로서 계획수립청구권 내지 계획변경청구권 등이 도출될 수 있는지가 문제될 수 있을 것이다.³⁴⁾ 독일의 경우에는 법규정만으로는 공익적 규율이므로 사인의 이익을 보호하기 어렵다고 보고 있었으나³⁵⁾, 유럽법의 적극적인 주관적 공권의 도출 작용으로 인하여 독일에서도 이제는 미세먼지를 규율하는 법령으로부터 주관적 공권의 도출

33) 강현호, “PM10과 PM2.5 미세먼지 대응방안에 대한 법적 고찰 - 독일의 사례와 관련하여 -”, 환경법연구 제41권 제3호, 한국환경법학회, 2019, 118면 이하; 독일의 대기청정유지계획에서는 계획에 대하여 법적인 의미를 부여하는 내용들을 담고 있다.

참조: Luftreinhalteplan Düsseldorf 2019, 2019 Bezirksregierung Düsseldorf Cecilienallee 2 40474 Düsseldorf.

34) 강현호, 국민의 건강권 보호를 위한 미세먼지에 대한 법적고찰, 환경법연구 제38권제1호, 한국환경법학회, 2016, 176면 이하.

독일 연방행정법원의 미세먼지와 관련하여 중요한 두 결정들이 있다: BVerwG, Beschluss vom 29. 3. 2007 - 7 C 9.06; BVerwG, Urteil vom 27. 9. 2007 - 7 C 36.07.

35) Scheidler, Alfred, Der Feinstaub vor dem Bundesverwaltungsgericht, Landes- und Kommunalverwaltung(LKV) 2008, S. 56.

BVerwG, Urteil vom 27. 9. 2007 - 7 C 36.07.

을 긍정하게 되었다.³⁶⁾ 그러므로, “미세먼지법” 자체에 미세먼지종합계획 내지 시행계획의 수립 절차로서 주민의 참여와 그 법적 의미에 대해서 보다 상세한 규정을 둘 필요가 있다고 사료된다. 미세먼지종합계획과 시행계획의 수립과 관련하여 보다 기속적인 규정으로 규율할 필요가 있을 것이다.³⁷⁾ 이러한 법률의 내용에 있어서 보완이 필요한 이유로는 헌법재판소의 결정을 통해서도 보다 명백하게 되는데, 그에 의하면 국가에게 작위의무를 부여하기 위해서는 헌법상 명문으로 공권력 주체의 작위의무가 규정되어 있거나, 헌법의 해석을 통해서 공권력 주체의 작위의무가 도출되거나, 또는 공권력 주체의 작위의무가 법령에 구체적으로 규정되어 있는 경우를 언급하고 있다. 이러한 우리 헌법재판소의 결정에 의거하면 미세먼지와 관련하여 주민이나 국민 등이 국가에게 어떠한 조치를 취하도록 하기 위해서는 법령의 구체적인 규율이 요구된다고 할 것이다.³⁸⁾ 여기서 어떠한 조치에는 미세먼지의 저감과 관련된 계획뿐만 아니라, 예를 들면 차량운행의 제한이나 배출시설의 가동제한 등 구체적인 조치도 포함한다고 볼 것이다. 구체적인 조치와 관련하여 “미세먼지법”에 있어서 가장 핵심적인 수단이 “미세먼지법” 제18조(고농도 미세먼지

36) Klinger, Remo, Luftreinhalteplanung und Verwaltungsrechtsschutz: Rechtsanspruch, Vollstreckung, Dieselfahrverbote ZUR 2018, S. 272: 대기청정유지계획의 수립에 대해서 국민들은 주관적 공권을 지닌다. 대기청정유지계획은 행정소송법 제42조 제2항으로부터 직접적으로 단체소송을 제기할 권리를 연다.

37) 강현호, 독일의 란트후터 알레 미세먼지소송에 대한 법적 고찰, 성균관법학 제29권 제3호, 2017, 14면: 「연방이미션보호법」 제47조 (1) Werden die durch eine Rechtsverordnung nach § 48a Abs. 1 festgelegten Immissionsgrenzwerte einschließlich festgelegter Toleranzmargen überschritten, hat die zuständige Behörde einen Luftreinhalteplan aufzustellen, welcher die erforderlichen Maßnahmen zur dauerhaften Verminderung von Luftverunreinigungen festlegt und den Anforderungen der Rechtsverordnung entspricht(제48a조 제1항에 의하여 법규명령으로 규정된 이미션한계수치가 수인한도를 초과하는 경우에 관할행정청은 지속적인 감소를 위하여 요구되는 조치들을 지정하고, 법규명령의 요청에 상응하는 대기정화계획을 수립하여야 한다). (2) Besteht die Gefahr, dass die durch eine Rechtsverordnung nach § 48a Absatz 1 festgelegten Alarmschwellen überschritten werden, hat die zuständige Behörde einen Plan für kurzfristig zu ergreifende Maßnahmen aufzustellen, soweit die Rechtsverordnung dies vorsieht(제48a조 제1항에 의하여 법규명령으로 규정된 경고수치를 초과하는 위험이 존재한다면, 법규명령이 규정하는 경우에는 관할행정청은 단기간에 취하여야 할 조치들을 위하여 계획을 수립하여야 한다).

38) 헌법재판소 2004. 10. 28. 2003헌마898 등 참조.

비상저감조치)에 의하여 시·도지사가 행하는 비상저감조치를 시행하는 것이다. 그런데 동 규정은 ‘할 수 있다’라는 재량규정으로 되어 있어서 법령상의 요건이 충족된 경우에도 시·도지사 등 관할행정청이 비상저감조치등을 시행하지 아니하는 경우가 문제될 수 있다. 이 외에도 “미세먼지법”상 재량규정으로 되어 있는 규정으로는 제21조(계절적 요인 등으로 인한 집중관리 등) 제1항과 제22조(미세먼지 집중관리구역의 지정 등) 제1항 등을 들 수 있다. 물론 행정의 탄력성과 효율성 등을 고려할 때 특정의 조치를 시행하는 것과 관련하여 재량규정으로 설계를 하는 것이 타당한 면도 있지만, 이런 경우에는 재량의 행사와 관련하여 세부적인 규정을 두는 것도 고려할 수 있을 것이다. 시·도지사가 특정의 조치의 실시와 관련하여 적절한 조치를 취하지 아니하는 경우가 문제될 수 있는 바, 이러한 경우에 사안마다 법적인 판단을 받기보다는 재량과 관련하여 행정법적으로 발전되어 온 무하자재량행사청구권과 행정개입청구권에 대한 근거규정을 두는 것이 보다 합리적이다.³⁹⁾ 행정개입청구권의 성립요건과 관련하여 법률에서 징표들을 규정한다면 보다 진보된 규율이 될 수 있을 것이다. 중요한 두 가지 징표로서 첫째, 피침해법익의 중대성을 들 수 있는데, 이는 사람의 생명, 신체, 건강 및 재산 등의 본질적 법익에 있어서 중대하고 급박한 위협이 존재하는 것이고 둘째, 행정청의 개입에 의한 회피가능성으로서 이러한 위협이 개인의 노력으로는 회피되기 어렵고 오직 행정권의 발동에 의하여 제거될 수 있는 것을 들 수 있을 것이다.

그리고 미세먼지의 저감을 위하여 다양한 조치들을 취하는 경우에 그로 인하여 보호되는 국민의 건강권과 생명권 등이 가치들이 있는 반면에, 그에 상반되는 가치들로서 행동의 자유, 직업의 자유 등이 존재한다. 따라서 이러한 다양한 가치들이 충돌하는 것과 관련하여 “미세먼지법”에서는 형량과 관련하여 기본적인 형량조향을 마련하고 형량과 관련하여 그 적절성이 담보될 수 있는 지표들을 “미세먼지법” 자체에 구체적으로 규율하는 것이 보다 합리적이라고 사료된다.⁴⁰⁾

39) 강현호, 한국과 독일에 있어서 미세먼지를 둘러싼 소송법적 쟁점들, 공법연구 제48집 제1호, 2019, 457면.

40) 강현호, 한국과 독일에 있어서 미세먼지를 둘러싼 소송법적 쟁점들, 공법연구 제48집 제1

시·도지사는 환경부장관이 정하는 기간 동안 초미세먼지 예측 농도가 환경부령⁴¹⁾으로 정하는 기준에 해당하는 경우 미세먼지를 줄이기 위하여 자동차의 운행 제한, 시설의 가동시간 제한, 사업장의 공사시간 제한 등의 조치를 취할 수 있는데, 여기서 환경부령으로 정하는 미세먼지법시행규칙 제7조 제1항의 기준의 법적 성격이 문제될 수 있을 것이다. 미세먼지법시행규칙상의 기준을 법규명령으로 볼 수 있을 것인가 아니면 단순한 행정내부의 사무처리준칙으로 볼 것인가가 문제될 수 있다. 예를 들면, 특정당일의 초미세먼지 평균 농도가 1세제곱미터당 50마이크로그램을 초과하고, 다음 날의 초미세먼지 24시간 평균 농도가 1세제곱미터당 50마이크로그램을 초과할 것으로 예측되는 경우에 다음 날 조치들을 시행할 수 있는바, 먼저 미세먼지법시행규칙 제7조 제1항에 등장하는 50마이크로그램이라는 기준의 법적 성격에 대해서도 보다 상세한 규율이 요청된다.⁴²⁾ 왜냐하면 이러한 요건이 충족된다고 판단됨에도 관할행정청이 아무런 조치를 취하지 아니하는 경우가 위법한 행위로 평가받을 수 있는가의 문제가 있기 때문이고, 또한 다음 날의 예측과 관련하여 잘못된 판단을 내리는 경우에 어떤 법적인 평가를 내릴 수 있는가에 대해서도 보다 구체적인 내용이 포함될 필요가 있기 때문이다. 그리고 관할

호, 2019, 454면 이하.

최승필, 미세먼지 대응에 대한 법적 검토, 외법논집 제43권 제2호(2019.5), 243면 이하.

참조: BVerwG, UrT. v. 27.2.2018 7 C 30/17 Rn. 38: 관할행정청은 대기오염물질이 한계수치를 넘게 되어 발생할 수 있는 건강상의 위험과 차량의 운행중단을 통해서 불이익을 입는 차량소유자, 차량점유자 그리고 차량이용자의 불편과 경제적 손실 등의 이익들을 형량(Abwägung) 하여야 한다.

41) 미세먼지법시행규칙 제7조(비상저감조치의 시행기준) 제1항.

42) 박혁/정혜란, 행정소송을 통한 미세먼지 대책의 시민참여 확대 방안 모색, 환경법연구 제39권제3호, 한국환경법학회, 2017, 298면 이하.

김남욱, 미세먼지 저감을 위한 법적 검토, 토지공법연구, 제85집, 2019, 294면: 미세먼지 특별법, 대기환경보전법, 수도권대기환경법상의 대기오염 배출허용기준은 환경기준을 달성하기 위한 수단이며, 환경기준과 달리 그 준수가 요구되는 법적 구속력이 있는 기준이 되고 있다.

Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011, Verlag C.H.Beck. § 8 Rn. 8 f.: 여기서 중요한 것은 법령이 특정한 국민에게 법적인 이익을 주려고 하였는가 하는 점이다. 문제는 독일에서도 이러한 이익보호의 여부가 법령으로부터 명확하지 아니한 경우에는 법원은 개개의 사안마다 판결을 내려 때로는 혼란스러운 관례법을 형성하였다.

행정청이 어떤 조치를 취하고자 하는 경우에 장래에 대한 예측적인 내용에 의존하기 보다는 이미 확정적인 과거의 수치에 의존하여 미세먼지대책을 시행할 수 있도록 규정하는 것이 예측가능성과 명확성의 원칙에 보다 부합한다고 볼 수 있을 것이다. 이러한 경우에는 미세먼지대책의 시행여부와 관련하여 재량적으로 규율하기 보다는 보다 기속적으로 규율할 수도 있을 것이다.

4. 행정기관 내지 공무원에 대한 직접적 조치에 대한 내용

행정청 내지 행정공무원이 특정한 미세먼지 저감조치의 시행과 관련하여 법원의 확정판결에도 불구하고 이를 이행하지 아니하는 경우가 있을 수 있다. 물론 법원의 판결의 기속력과 관련하여 이를 담보하기 위하여 행정소송법상 간접강제제도가 존재하기는 하지만 이러한 간접강제수단이 라도 효율적으로 작동하지 못하는 경우가 존재할 수 있다.⁴³⁾ 이런 경우를 대비하여 행정청 내지 행정공무원을 강제하기 위한 수단으로서 감치(Haft)에 대한 규정을 보완할 필요가 있다. 법원의 확정판결에도 불구하고 행정기관 내지 공무원이 따르지 아니하는 경우가 있을 수 있는가에 대해서 의문이 들기도 하지만, 독일의 경우를 보면 이런 경우가 있을 수도 있다. 그러므로, 이에 대해서도 보다 실효성이 있는 규정 - 예를 들면 법원의 확정판결에 대해서 담당공무원이나 지휘계통에 있는 상급공무원이 따르지 아니하는 경우에는 감치할 수 있다는 규정 - 을 두는 것이 보다 진일보한 법제로 평가될 수 있다고 사료된다.⁴⁴⁾

43) 강현호, “PM10과 PM2.5 미세먼지 대응방안에 대한 법적 고찰 - 독일의 사례와 관련하여 -”, 환경법연구 제41권 제3호, 한국환경법학회, 2019, 133면 이하: 동 논문에서는 독일에 서조차 법원의 판결이 확정되었음에도 정치가들이 이에 따르지 아니하여 문제가 되는 상황을 언급하였으며, 이에 대해서 강제금의 부과 등으로는 적절한 대책이 되지 못하여 보다 강력한 집행수단이 필요하게 되었다.

44) 강현호, 한국과 독일에 있어서 미세먼지를 둘러싼 소송법적 쟁점들, 공법연구 제48집 제1호, 2019, 467면: 독일의 환경보호단체는 독일 행정법원에 대해서 깨끗한 공기를 추구할 권리에 터잡아 이러한 권리를 보장하기 위한 노력을 기울리 하는 독일 정치가들에 대해서 강제집행의 일종으로서 구금(Beugehaft)을 구하는 소송을 제기하였다. 바이에른 행정고등법원은 유럽최고법원에 주지사에 대해서 강제구금이 유럽연합법에 의할 때 적법한지

5. 기타 개별적 보완사항

“미세먼지법” 제2조에서 미세먼지와 초미세먼지에 대해서만 정의 규정을 두고 있는데, 앞으로는 미세먼지에 대해서 입자의 지름이 0.1마이크로미터 이하인 나노미세먼지(Ultrafine Particles: UFP)라는 개념에 대해서도 정의가 필요하리라 사료된다. 또한 “미세먼지법”상 미세먼지는 사업장으로부터 배출되는 미세먼지에 초점을 맞추고 있는바, 일상생활에서 발생하는 미세먼지 - 예를 들면, 직화구이 음식점으로부터 발생하는 미세먼지나 노천소각, 보일러, 오토바이나 모페드 등 - 에 대해서도 규율이 필요하다는 지적이 있는 바, 이러한 미세먼지가 그 규모에 있어서 작더라도 국민과 직접적인 접촉이 이루어지기 쉽다는 점에서 보다 주의가 필요하다고 사료된다.⁴⁵⁾

“미세먼지법”에 유난히 많이 나오는 문구가 바로 정당한 사유가 없으면 따라야 한다는 문구들을 많이 찾아볼 수 있는데(법 제7조 제4항, 제13조 제3항, 제18조 제1항 및 제3항, 제21조 제2항, 제31조 제1항 제1호에서 제4호, 제31조 제2항 제1호와 제2호 등, 동법시행령 제14조의3 제1호, 동법시행규칙 제11조 제2항), 정당한 사유에 대해서 누가 어떻게 판단할 수 있는가와 관련하여 “미세먼지법”에서 보다 상세한 규율이 필요하다고 사료된다. 무엇보다도 정당한 사유가 무엇인지에 대해서 예시적으로 대강의 사유라도 법률 그 자체에서 보다 자세한 규정을 둘 필요가 있다.

“미세먼지법” 제21조 제4항의 규정은 행정의 상대방에 대해서 그 기본권에 대한 침해가능성이 대단히 큼에도 불구하고 이를 정교하게 설계하지 아니한 문제가 있다. 왜냐하면 제21조 제1항에서는 그 상대방이 관계 중앙행정기관의 장, 지방자치단체의 장 또는 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 공공기관이 운영하는 시설의 운영자가 되는데, 이러한 규율의 상대방에 대한 고려가 없이 제4항이 규정되어 있다는 점

또는 의무적인지에 대한 문제로 사전제청을 하였으며, 유럽최고법원에서 이 사안에 대한 심리가 진행 중이다.

45) 함태성/정성진, 생활미세먼지 배출원으로서의 직화구이 음식점 관리에 대한 법적 쟁점과 개선방안연구, 환경법과 정책 제24권, 2020.2, 117면.

이다. 미세먼지 계절관리기간에는 시·도지사가 국민의 기본권에 대하여 대단히 강력한 규제적 수단을 발하는 법 제18조 제1항 각호의 조치들을 시·도지사가 필요하다고 인정하는 경우에는 시행할 수 있도록 규정하고 있는 점이다. 법 제18조 제1항에서는 환경부령이 정하는 기준이 해당되는 경우라는 제한이 있는데, 제21조 제4항에서는 이러한 제한이 없기 때문이다. 그러므로, 시·도지사가 국민의 기본권을 심각하게 제한하는 조치를 취하기 위하여는 보다 엄격한 기준설정이 선행 되어야 할 것이다.⁴⁶⁾ 법 제21조 제4항에 의하면 시·도의 조례로 정하는 조치를 시행할 수 있도록 하고 있음에 비추어 볼 때 더욱 더 법률에서 합리적인 기준설정이 선행될 필요성이 크다고 할 것이다.⁴⁷⁾

행정상 제재수단으로서 “미세먼지법”에서는 행정상 제재의 일종으로서 행정질서벌에 대해서만 규정을 두고 있는바, 향후 보다 행정상 의무이행을 강제하기 위해서는 다양한 강제수단과 더불어 행정형벌에 대한 규정도 보완되어야 하리라 사료된다.

“미세먼지법”에서 단체소송에 대한 규정을 보완하는 것이 필요하다고 사료된다.⁴⁸⁾ 환경분쟁 조정법 제4장에서는 다수인관련분쟁의 조정(調整)이라는 제목하에 제46조에서 제61조까지 규율을 두고 있으나, 이는 대표당사자가 환경피해에 대해서 조정을 신청하는 것으로서, 미세먼지에 대한 환경분쟁과 관련하여서는 미세먼지와 관련하여 전문적으로 담당하는 단체의 도움을 받을 수 있도록 단체소송을 허용하는 것이 보다 바람직한 것으로 사료된다.⁴⁹⁾

46) BVerfGE 111, 54 (82): 비례원칙은 모든 국가적 작용을 지배하고 헌법적인 지위를 향유한다. 비례원칙은 법치국가원칙과 기본권의 본질로부터 도출된다. 국가에 대한 국민의 일반적 자유권적 청구권의 표현으로서 공권력에 의하여 단지 공공의 이익의 보호를 위하여 필수불가결한 만큼만 제한될 수 있다.

Scheidler, Alfred, Das 13. BImSchG-Änderungsgesetz – Ein (un)tauglicher Versuch, Dieselfahrverboten entgegenzuwirken? NVwZ 2019, S. 751.

47) 최승필, 미세먼지 대응에 대한 법적 검토, 외법논집 제43권 제2호(2019.5), 232면: 조례로 구체적인 사항을 정하는 경우라고 할지라도 국민 일반의 이동의 자유에 대한 제한이므로 최소한의 기준은 전국적 통일성을 기할 필요가 있다는 점에서 시행령과 시행규칙을 통해 그 구체적 범위의 통일성을 유지할 필요가 있다.

48) 박혁/정혜란, 행정소송을 통한 미세먼지 대책의 시민참여 확대 방안 모색, 환경법연구 제39권제3호, 한국환경법학회, 2017, 303면 이하.

IV. 결론

이상에서 “미세먼지법”에 대해서 분석적으로 살펴 보면서, 보완되어야 할 내용들을 고찰하였다. “미세먼지법”은 2018년 제정되어 2019년 2월 15일부터 시행되어 오고 있는 법으로서, 기본적 체제로는 목적, 개념정의, 국제협력, 총량규제 그리고 상시측정 등을 들 수 있다. “미세먼지법”의 구체적인 대응수단으로는 행정주체의 조직을 우선 갖추어야 할 것이고, 이러한 행정주체의 조직이 수행하는 계획적, 처분적, 사실적, 의무이행확보적 수단등을 들 수 있다.

보완이 필요한 것으로서 주요한 것은 첫째, 깨끗한 공기를 향유할 권리에 대한 규정이 필요하며, 둘째, 환경행정법으로서 완결성이 보다 구비되어야 하며, 셋째, 계획수립청구권 내지 개별적 조치청구권에 대한 규율이 요청되며, 넷째, 행정기관 내지 공무원에 대한 직접적 조치에 대한 내용 그리고 다섯째, 나노미세먼지에 대한 개념정의와 “미세먼지법”상 자주 등장하는 불확정법개념에 대한 구체화 규정들이 포함되어야 하는 것 등을 들 수 있다.

“미세먼지법”을 고찰하면서, “미세먼지법”이 제대로 효력을 발하기 위해서는 보다 적절한 이행수단들을 강구하여야 한다는 점을 지적하게 된다. 상당수의 특별법이 그러하듯이 특별한 무엇이 없다는 점이다. 특별하기 위해서는 기존의 법령의 체계를 넘어서는 무엇이 있어야 한다는 점이다. 특히 “미세먼지법”과 같이 환경적 매체에 대한 규율을 보다 적절하게 하기 위해서는 이를 이행하기 위하여 보다 자세한 규정을 둘 필요가 있다. 그렇지 아니하면 화려한 문구에도 불구하고 실제로 국민이 미세먼지로 인하여 피해를 입고 있음에도 법적으로 할 수 있는 것이 별로 없게 되기 때문이다. 그러므로, 미세먼지로 인하여 피해를 입는 자에게 법적으로 주관적 공권을 부여할 수 있도록 상기에서 제시된 점들을 보완하면서 특히 피해구제와 관련하여 법령을 보다 자세하게 규율할 필요가 있다고 사료된다.

49) 환경분쟁조정법 제46조(다수인관련분쟁의 조정신청) ① 다수인에게 같은 원인으로 환경피해가 발생하거나 발생할 우려가 있는 경우에는 그 중 1명 또는 수인(數人)이 대표당사자로서 조정을 신청할 수 있다.

(논문투고일: 2020.05.22, 심사개시일: 2020.06.01, 게재확정일: 2020.06.15)



▶ 강현호

미세먼지, 깨끗한 공기를 향유할 권리, 환경행정법, 계획수립청구권, 개별적 조치 청구권, 나노미세먼지

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 정하중, 「행정법개론」, 2020, 법문사.
김유환, 「현대행정법강의」, 2020, 법문사.
김남철, 「행정법강론」, 2018, 박영사.
강현호, 「행정법의 이해」, 2018, 동방문화사.

II. 논문

- 강현호, “국민의 건강권 보호를 위한 미세먼지에 대한 법적고찰”, 환경법연구 제38권제1호, 한국환경법학회, 2016.
강현호, “독일의 란트후터 알레 미세먼지소송에 대한 법적 고찰”, 성균관법학 제29권 제3호, 2017.
강현호, “한국과 독일에 있어서 미세먼지를 둘러싼 소송법적 쟁점들”, 공법연구 제48집 제1호, 2019.
강현호, “PM10과 PM2.5 미세먼지 대응방안에 대한 법적 고찰 - 독일의 사례와 관련하여 -”, 환경법연구 제41권 제3호, 한국환경법학회, 2019.
김남옥, “지방자치단체의 미세먼지 오염방지 및 저감범제에 관한 개선방안”, 유럽헌법연구 제25호, 유럽헌법학회, 2017.
김남옥, “미세먼지 저감을 위한 법적 검토”, 토지공법연구, 제85집, 2019.
김동영, “건강을 위협하는 미세먼지, 원인과 대책”, 경기개발연구원 Issue & Analysis, 2013.11.
박혁/정혜란, “행정소송을 통한 미세먼지 대책의 시민참여 확대 방안 모색”, 환경법연구 제39권제3호, 한국환경법학회, 2017.
이준서, “미세먼지 규제를 위한 입법적 제안”, 환경법연구 제39권제2호, 한국환경법학회, 2017.
최승필, “미세먼지 대응에 대한 법적 검토”, 외법논집 제43권 제2호(2019.5).
함태성/정성진, “생활미세먼지 배출원으로서의 직화구이 음식점 관리에

대한 법적 쟁점과 개선방안연구”, 환경법과 정책 제24권, 2020.2.
Klinger, Remo, Luftreinhalteplanung und Verwaltungsrechtsschutz:
Rechtsanspruch, Vollstreckung, Dieselfahrverbote ZUR 2018.
Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011, V
erlag C.H.Beck.
Scheidler, Alfred, Der Feinstaub vor dem Bundesverwaltungsgerich
t, Landes- und Kommunalverwaltung(LKV) 2008.
Scheidler, Alfred, Das 13. BImSchG-¹nderungsgesetz – Ein (un)taugl
icher Versuch, Dieselfahrverboten entgegenzuwirken? NVwZ
2019.

Ⅲ. 기타 자료

헌법재판소 2004. 10. 28. 2003헌마898.
헌법재판소 2014. 9. 25. 2013헌바162.
헌법재판소 2015. 7. 30. 2014헌바6.
대법원 2004. 1. 29. 선고 2003두10701 판결 [건축허가신청반려처분
취소].
대법원 2011. 4. 21. 자 2010무111 전원합의체 결정 [집행정지].
대법원 2020. 1. 9. 선고 2018두47561 판결 [영업정지처분취소].
대법원 2020. 1. 16. 선고 2019다264700 판결 [연구개발확인서발급절
차이행청구의소].
BVerfGE 111, 54.
BVerwG, Beschluss vom 29. 3. 2007 – 7 C 9.06.
BVerwG, Urteil vom 27. 9. 2007 – 7 C 36.07.
EuGH, Urteil vom 25. 7. 2008 – C-237/07.
Luftreinhalteplan Düsseldorf 2019, 2019 Bezirksregierung Düssel
dorf Cecilienallee 2 40474 Düsseldorf.
<https://www.bbc.com/korean/news-52364876>.
<https://www.sedaily.com/NewsView/1VQVDI2JMP>.

Abstract

Eine analysierende Studie über das Feinstaub-Spezialgesetz

Kang, Hyun Ho

Das Feinstaub-Spezialgesetz, das zum Schutz der Gesundheit der Bürger erlassen wurde, ist in diesem Aufsatz auf deren Inhalte untersucht, die noch zu ergänzen sind, um das Ziel des Gesetzes zu erreichen. Das Feinstaub-Spezialgesetz wurde 2018 erlassen und ist seit dem 15. Februar 2019 in Kraft. Der Grundrahmen des Feinstaub-Spezialgesetzes umfasst Ziele, Konzeptdefinition, internationale Zusammenarbeit, Gesamtmengenregulierung und regelmäßige Messung. Die spezifischen Maßnahmen des Feinstaub-Spezialgesetzes, um das Problem des Feinstaubes zu bewältigen, sollten zunächst darauf zu basieren, die Organisation der Verwaltungseinheiten aufzubauen, und auch dazu die geplanten, verfügbaren, sachlichen und verpflichtungserfüllenden Maßnahmen, die von den Organisationen der Verwaltungseinheiten durchgeführt werden, zu koordinieren.

Die Hauptanliegen, die dem koreanischen Feinstaub-Spezialgesetz ergänzt werden müssen, sind zum einen dem Feinstaub-Spezialgesetz das Recht auf saubere Luft zu schaffen. Zum anderen muss eine umfassendere Vollständigkeit des Feinstaub-Spezialgesetzes als Umweltverwaltungsgesetz hergestellt werden. Drittens werden die Vorschriften über das Recht auf Inanspruchnahme von Feinstaub-Verwaltungsplanungen oder Feinstaub-Einzelmaßnahmen ergänzt werden. Viertens sind die Regelungen über direkte Maßnahmen so wie Beughaft gegen Regierungsbehörden oder Regierungsbeamte eingefügt werden. Fün

ftens gibt es mehrere kleine Änderungsbedürftigkeiten, die Definition von Konzepten für Nanofeinstaub einzufügen und die spezifischen Bestimmungen für das Konzept der unbestimmten Rechtsbegriffe zu schaffen, die häufig im Feinstaub-Spezialgesetz vorkommen.

Bei der Betrachtung des Feinstaub-Spezialgesetzes besteht der letzte Gedanke darin, das Feinstaub-Spezialgesetz als Sondergesetz bzw. Spezialgesetz selbstständig aufzubauen. Um den Zweck des Sondergesetzes zu erfüllen, sollte sich das Feinstaub-Spezialgesetz vom bestehenden Luftumweltschutzgesetz oder vom Sondergesetz zur Verbesserung der Luftqualität im Luftmanagementbereich unterscheiden. Zu diesem Zweck ist es wünschenswert, alle relevante Probleme einzubeziehen, die aufgrund von Feinstaub auftreten können, insbesondere Abhilfemaßnahmen für die Rechte der Bürger und Schäden, die durch Feinstaubbelastung verursacht werden können. In Bezug auf das Management von Feinstaub hoffen wir, es in Zukunft in ein fortschrittlicheres Gesetz zur Regulierung von Feinstaub umzuwandeln.



▶ **Kang, Hyun Ho**

Feinstaub, Feinstaubgesetz, Recht auf saubere Luft, Umweltverwaltungsrecht, Anspruch auf Planaufstellung, Anspruch auf einzelne Maßnahme, Nano-Feinstaub

노동정책 실현을 위한 공공조달의 활용 그리고 제3자 규제

-미국 노동조건 연계 공공조달 연방법 및 조례를 중심으로-

장주리*

【목 차】

I. 문제의 소재

II. 공계약에서의 노동조항 관련
국제규범

III. 미국의 공공조달을 통한 제3자
규제

IV. 우리나라에의 시사점: 한국의 공
공조달과 제3자 규제의 개선 방안

V. 마치며

【국 문 요 약】

글로벌화에 따른 경쟁 심화로 인해 기업은 네트워크 구조와 외부 노동력을 활용하여 노동력을 사용하고 있다. 근로계약 당사자와의 고용관계, 법인격을 기초로 한 현재의 노동법은 기업이 고용에 따른 책임을 외부화하는 동기로 작용한다. 많은 규범적 문제를 야기하고 있다. 고용의 본질이 변화함에 따라 계약과 법인격을 넘어 고용관계에 영향을 끼치는 제3자에 초점을 맞추어 규제할 필요성이 높아지고 있다. 누가 사용자인가를 다투어 사용자 책임을 지우는 것 외에도, 노동비용이 경쟁의 한 요소로 사용되는 것을 방지하고 고용회피 인센티브를 줄이기 위한 제3자 규제에 대한 논의가 필요하다.

이 글에서는 노동정책의 실현을 위한 제3자 규제의 한 수단으로서 공

* 성균관대학교 법학과 일반대학원 박사과정 수료, 공인노무사

공공조달을 살펴본다. 먼저, 공계약에서의 노동조항에 관한 국제규범을 검토한다. 미국 연방법과 로스앤젤레스시의 노동조건 연계 공공조달 조례가 어떠한 목적으로, 어떠한 근거에 의하여, 사용자 및 제3자를 규제하고 있는지에 초점을 맞추어 살펴본 뒤, 우리나라에의 시사점을 분석한다.

I. 문제의 소재

경제 위기 및 글로벌화에 따른 경쟁 심화로 인해 기업은 네트워크 구조와 외부노동력을 활용하여 노동력을 사용하고 있다.¹⁾ 근로계약 당사자와의 고용관계를 기초로 한 현재의 노동법은 기업이 고용에 따른 책임을 외부화하는 동기로 작용한다.

고용의 본질이 변화함에 따라 계약과 법인격을 넘어 고용관계에 영향을 끼치는 자에 초점을 맞추어 규제할 필요성이 높아지고 있다. 누가 사용자인가를 다루어 사용자 책임을 지우는 것 외에도, 노동비용이 경쟁의 한 요소로 사용되는 것을 방지하고 고용회피 인센티브를 줄이기 위한 제3자 규제에 대한 논의가 필요하다.

공공조달은 노동법 준수 및 노동기준 향상을 도모하기 위한 유용한 수단이 될 수 있다. 국가는 공공조달을 활용하여 규범의 확립, 계약자에 대한 모니터링, 법 위반에 대한 제재 등의 집행을 통해 노동법 준수 및 노동기준 향상을 도모할 수 있다.²⁾ 이 글에서는 노동정책의 실현을 위한

1) 2018년 국가인권위원회의 실태조사에 따르면 파견, 하청, 위장된 도급 등으로 일하는 간접 고용노동자는 347만명으로 전체노동자의 17.4%에 달한다. 사용업체의 사용자 책임·의무 회피로 간접고용 비정규직 노동자들의 노동기본권은 보호되지 않고 있다. 간접고용노동자들은 정규직근로자에 비해 산업 재해, 특히 중대재해를 월등히 더 많이 당하고 있으며, 열악한 노동조건 하에서 심각한 고용불안정을 겪고 있다(조돈문 외, 「간접고용노동자 실태조사 보고서」, 국가인권위원회, 2018, 320-323면, 참조).

2) 공공조달은 국가가 이용할 수 있는 특정 규제 기법 혹은 접근법으로 특징지을 수 있다. 이는 규범의 확립, 감시 및 집행을 통해 행동에 영향을 미치고자 할 때 국가가 이용할 수 있는 규제기법이며, 직접적인 법률 규제나 자발적인 기업의 사회적 책임(Corporate Social Responsibility)과는 구별된다. 노동조건 연계 공공조달의 이니셔티브는 하드로를 회피하기 위

제3자 규제의 한 수단으로서 공공조달을 살펴본다.

우리나라의 공공조달을 규율하는 대표적인 법률로는 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 국가계약법), 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 지방계약법) 등을 들 수 있다. 국가계약법 및 지방계약법은 제정 이래 여러 차례 개정을 거치며 점차 공공조달 과정에서 사회적가치를 반영하도록 발전하고 있다. 그러나, 노동조건 연계 측면에서 여러 비판이 제기되었다.³⁾ 이에 2020. 3. 31. 국가계약법(법률 제17133호, 2020.3.31., 일부개정)이 개정됨에 따라, 중앙정부 및 공공기관이 공공조달 계약체결시 계약당사자로 하여금 계약상대자가 자신의 근로자와 그 하청업체 근로자의 근로조건이 근로관계법령을 준수하도록 하는 내용을 계약서에 포함시킬 수 있도록 하는 조항이 신설되었다(동법 제5조의 4). 그러나, 이번 법 개정은 세 가지 점에서 실효성이 문제된다고 생각된다. 첫째, 개정된 규정은 재량규정에 불과하여 계약서에 명시하지 않은 경우 강제가 어렵다. 둘째, 이번 법 개정은 법 위반에 대한 구체적인 모니터링 및 위반에 대한 제재에 관한 사항이 포함되어 있지 않다. 셋째, 지방계약법 등의 개정이 함께 이루어지지 않아 각 지방자치단체의 특성에 맞는 계약제도를 발전시키는 것이 어렵다.

이러한 문제점들을 해결하고 노동비용이 경쟁의 한 요소로 사용되는 것을 방지하기 위하여 외국의 노동조건 연계 공공조달법제가 어떻게 운

한 행동을 변화시키기 위하여 정부재원을 배치한다. 이러한 이니셔티브에는 조달계약에 조건을 붙이고, 원하는 행동의 대가로 재정적 인센티브를 제공하여 사용자를 규제한다; How e, John. *The regulatory impact of using public procurement to promote better labour in corporate supply chains*. Fair Trade, Corporate Accountability and Beyond: Experiments in Globalising Justice, K. Macdonald and S. Marshall, eds., 2010, pp.4-6.

3) 구체적으로, 첫째, 입찰 및 낙찰자 선정 단계에서 노동조건 향상에 관한 사항과 함께 노동 관련법령 준수 사항이 고려되고 있으나 배점이 크지 않아 제재효과가 미약하다. 둘째, 공공부문의 근로자들에 대한 보호가 「용역근로자 근로조건 보호지침」에 근거하여 한정적으로 이루어지고 있으며, 이러한 지침은 권고에 불과하여 많은 공공기관에서 준수되고 있지 않다. 셋째, 국가기관인 행정안전부에서 지방계약법을 관장하여 전국의 지방계약을 일률적으로 규율하다 보니, 조례 등을 통해 각 지방자치단체의 특성에 맞는 계약제도를 발전시키는 것이 어렵다는 등의 비판이 제기되어 왔다(황선자, 공공조달과 불공정하도급 거래 개선방안, 「노동저널:새로운 노동의 지평을 여는」, 2010, 84-85면, 김대인, “미국의 주 및 지방정부 계약법제에 대한 연구”, 「지방자치법연구」 제18권 1호, 한국지방자치법학회, 2018, 196면, 참조).

용되고 있는지 살펴볼 필요가 있다. 이를 위하여 먼저 공계약에서의 노동조항에 관한 국제규범을 검토하고, 미국 특히, 로스앤젤레스시의 노동조건 연계 공공조달 조례를 살펴보고자 한다. 공계약에서의 노동조건에 관한 국제규범과 로스앤젤레스시의 조례를 살펴보고자 하는 이유는 다음과 같다.

첫째, ILO의 공공계약에 있어서 노동조건에 관한 협약(제94호)와 권고(84호)는 공계약에서의 공정임금에 관한 내용을 규율하고 있는 미국의 공공조달 관련 연방법에 연혁적 기초를 두고 있으며, 회원국의 공공기관들이 모범 사용자로서 행동하도록 장려하고 있다. 한편, UN의 기업과 인권 이행지침에 따라 우리나라를 비롯한 다양한 국가에서 기업과 인권 국가행동계획을 수립·시행하고 있다. 이러한 국제규범들은 공계약에서의 노동조항에 관한 중요한 국제법적 근거가 되므로 검토할 필요가 있다.

둘째, 미국에서는 노동조건 연계 공공조달 관련 연방법과 함께, 연방법상 한계를 극복하기 위하여 각 지방정부 별로 다양한 노동조건 연계 공공조달 조례를 제정하였다. 이를 통해 노동법 준수와 노동조건 향상을 도모한다. 어떠한 근거에서 이러한 조례가 제정되어 사용자와 제3자를 규제하는지 검토할 필요가 있다.

셋째, 로스앤젤레스시의 공공조달 조례는 발주기관 외의 별도의 행정기관을 지정하여 모니터링하고 발주기관과 협력하여 노동법 및 조례 위반에 대한 제재를 가하고 있다. 특히, 로스앤젤레스시의 반착취(Sweat-Free) 공공조달 조례는 발주기관과 계약자가 행동강령에 서명하도록 하고, 민간 NGO를 조례 준수에 대한 독립적인 감시자로 참여시키는 민간 모니터링 모델을 채택하였다. 노동법 준수를 위해 ‘자기 규제(self-regulation)에 대한 규제’ 측면에서 지방정부의 조례가 어떻게 운용될 수 있는지를 살펴봄으로써 우리나라에 시사점을 줄 수 있다.

우리나라의 노동조건 연계 공공조달에 관한 선행연구들⁴⁾은 주로 외국

4) 노동조건 연계 공공조달에 관한 선행연구는 황선자·이철, 「정부의 공공계약정책을 통한 노동조건 개선방안 연구」, 한국노총 중앙연구원, 2009; 황선자·방준식, 「공공조달정책과 노동조건 개선에 관한 연구: EU의 공공조달법제를 중심으로」, 한국노동조합총연맹, 2010; 정영훈, “공계약조례를 통한 생활임금의 확보에 관한 연구-일본의 공계약 조례 제정운동을 중심으로-”, 「노동법논총」 제22집, 한국비교노동법학회, 2011; 김기선·김대인·김대식·전형배·강현주·김근주·최석환, 「공공조달과 노동정책의 연계: 공공조달계약을 통한 저임금근로

의 관련법제와의 비교를 토대로 우리나라의 공공조달계약을 통한 노동조건 개선이나 공공조달계약과 노동정책 연계 방안을 중심으로 이루어졌다. 그러나, 고용의 본질이 변화하고 있는 현재, 고용회피 인센티브를 줄이기 위한 측면에서 제3자 규제의 한 수단으로서의 공공조달에 초점을 맞춘 연구가 필요하다. 이 글에서는 먼저 공계약에서의 노동조항 관련 국제규범을 검토하고(Ⅱ), 미국의 노동조건 연계 공공조달 관련 연방법 및 로스앤젤레스시의 조례가 어떠한 목적으로, 어떠한 근거에 의하여, 사용자 및 제3자를 규제하고 있는지에 초점을 맞추어 검토하고자 한다. 특히 고용회피 인센티브를 줄이기 위한 측면에서 어떻게 기능하는지를 살펴 보고(Ⅲ), 우리나라에의 시사점을 분석하도록 하겠다(Ⅳ).

Ⅱ. 공계약에서의 노동조항 관련 국제규범

1. ILO 공공계약에 있어서 노동조건에 관한 협약(94호 협약)

가. ILO 공공계약에 있어서 노동조건에 관한 협약의 목적과 내용

제2차 세계대전이 끝난 뒤 재건기였던 1949년 ILO는 공공계약에 있어서 노동조건에 관한 협약(94호)과 권고(84호)를 채택하였다. 이 협약은 20세기 초 영국에서 이루어진 공정임금 관련 입법과 월시-힐리 공계약법 등 공계약에서의 공정임금에 관한 내용을 규율하고 있는 미국의 공공조달 관련 연방법에 연혁적 기초를 두고 있다. ILO는 2차 세계대전이 끝난 후 황폐해진 국가를 재건하고 파괴된 경제를 살리기 위해 자금을 투입함에 있어 임금을 비롯하여 노동시간·건강과 안전 등의 사항을 포함한

해소방안」, 한국노동연구원, 2013; 김근주, “영국의 공공조달계약과 노동조건 연계정책”, 「법학논총」 제32권 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2015; 이남신·정홍준·남우근·이정아·최혜인, 「한국형 생활임금 표준모델을 위한 연구」, 민주정책연구원, 2016 등이 있다.

‘공정한 노동관행’의 필요성을 인식하고 이 협약을 채택하였다.⁵⁾

94호 협약 및 84호 권고가 달성하고자 하는 목적은 두 가지이다. 첫째, 공계약의 모든 입찰자에게 지역 내에 확립되어있는 일정한 최저기준을 존중하도록 요구함으로써 노동비용이 경쟁의 한 요소로 사용되는 것을 막는다. 둘째, 계약을 수행하기 위해 고용된 노동자가 노동을 수행하는 지역의 관련 업계 혹은 산업에서 동일한 성격의 노동에 대하여 단체협약, 중재결정, 국내법에 따라 형성된 노동조건보다 불리하지 않은 임금 및 노동조건을 향유하도록 하는 취지의 표준조항을 공계약에 두어 공계약이 임금이나 노동조건을 저하하는 압력을 가하지 않도록 보장한다.⁶⁾

이를 위하여 제94호 협약은 크게 세 가지 사항을 다루고 있다. 첫째, 노동조항이 적용되어야 하는 공계약의 종류와 관련하여, 특정 건설공사·제품의 제조·보급품·비품의 선적, 서비스 공급에 대하여 국가가 발주하는 계약에 노동조항을 포함하여야 한다고 규정하고 있다. 이와 함께, 하청업체·소액계약·육체노동에 종사하지 않는 자에 대한 노동조항의 적용에 관한 원칙도 규정하고 있다(동 협약 제1조). 둘째, 노동조항의 내용에 관하여, 협약은 노동을 수행하는 지역의 관련 업계 혹은 산업에서 동일한 성격의 노동에 대하여 단체협약, 중재결정, 국내법에 따라 형성된 노동조건보다 불리하지 않은 임금, 노동시간, 기타 노동조건을 노동자에게 보장하여야 한다고 규정하고 있다(동 협약 제2조). 셋째, 집행조치와 관련하여, 협약은 적절한 감독제도의 확립 및 유지와 노동조항 조건의 이행을 보장하기 위한 수단으로서 구체적인 구체책과 제재를 부과할 것을 규정하고 있다(동 협약 제4조, 제5조).⁷⁾⁸⁾ 2020년 현재 63개국이 94호 협약을 비

5) ILO, General Survey concerning the Labour Clauses(Public Contracts) convention, 2008, pp. 2-5.

6) ILO, General Survey concerning the Labour Clauses(Public Contracts) convention, 2008.

7) 노동조항(공계약) 권고는 크게 두 가지 사항을 다루고 있다. 첫째, 민간 사용자에게 대한 보조금 교부 및 공익사업 운영 허가시 공계약에서 사용되는 것과 실질적으로 유사한 노동조항을 사용할 것을 권고하고 있다. 둘째, 노동조항에 규정되어야 할 노동조건에 대한 세부사항을 명시하고 있다; ILO, op.cit., pp.5-6; ILO, Labour Clauses(Public Contracts), Commendation(No.84), 1949.

8) ILO는 94호 협약과 84호 권고 외에 동일임금 협약(제100호) 및 권고(제90호)에 공계약의 조건하에서 수행되는 노동에 대하여 남녀 노동자의 동일가치노동 동일임금 원칙의 적용을 보장할 필요성을 명시적으로 언급하였고, 차별대우(고용과 직업)협약(제111호)에 따른

준하고 있다.⁹⁾ 우리나라는 공계약에 적용하는 국가계약법 및 지방계약법 이외의 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우 해당 법률을 준용토록 규정하고 있으며 노동법령에서 근로보호조항을 명시하고 있음에 따라 국가 또는 지방계약법령이 별도로 근로조항을 명시할 필요가 없다는 이유로, 94호 협약을 비준하지 않고 있다.¹⁰⁾¹¹⁾

나. 공공조달 환경의 최근 변화와 94호 협약이 나아갈 방향

정부의 민영화, 업무 외주화가 증가함에 따라 조달규모가 점점 증가하고 있다. 오늘날 치열한 공계약 경쟁이 비용 절감 경쟁을 유발하고 그 과정에서 노동자들의 임금과 노동조건 등의 노동비용을 절감하고자 하는 인센티브가 강화되고 있다. 최근의 변화에 대응하고자 지난 2008년 ILO는 공계약에 있어서 노동조건에 관한 협약 및 권고 종합 조사 보고서를 발간하였다. 이 보고서에서는 최근 변화의 특징에 대하여 다음과 같이 지적한다. 첫째, 건설공사·사회기반시설유지공사를 비롯하여, 물품 제조 영역에서도 하청, 글로벌소싱, 공급망 관리의 복잡성이 증가하고 있다. 둘째, 노동이 수행되고 있는 국가외의 계약에 기초하여 노동을 수행하는 계약자를 사용할 가능성이 증가하고 있으며, 실제로 그 사용이 증가하고 있다. 셋째, 협약에서 다루지 않는 양허와 기타 형태의 관민파트너십이 증가하고 있다. 넷째, 공계약하에서 일하는 자들의 상당수를 협약의 보호

권고 (제111호)에서도 비차별대우 원칙의 준수를 공계약체결의 자격조건으로 하여 고용 및 직업에서의 평등을 확보하는데 있어 공공조달의 중요성을 언급하고 있다; ILO, General Survey concerning the Labour Clauses(Public Contracts) convention, 2008, p.6.

9) https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312239

10) 노동부, 「ILO 제출 보고서 -공공계약에 있어서 근로조항에 관한 협약 및 권고-」, 2007, 33면.

11) 이에 대하여 노동법은 최저기준에 불과하기 때문에 94호 협약이 공계약하에 있는 노동자들의 국내법령이나 단체협약보다 불리하지 않거나 유리해야 한다는 취지를 살리지 못하고 있으며, 국가 및 지방계약법은 용역단가에 대한 기준을 최저기준에서 적정가 기준으로 설정하는 규정으로 노동자의 임금 및 노동조건 보장과는 무관하고 이 법령들이 단순노무 용역에 종사하는 노동자들만을 보호하고 있다는 비판이 제기되고 있다(전국민주노동조합총연맹, 「ILO 공계약 협약(94호)과 정부보고서에 대한 민주노총 의견」, 2007, 2-3면, 참조).

대상에서 제외하는 공공조달정책의 권한이양과 분권화가 증가하고 있다. 다섯째, 특히 민영화의 맥락에서 협약 원칙을 준수하지 않고 비용을 절감할 위험이 높은 서비스 혹은 노동(력)만을 사용하는 계약이 증가하고 있다. 마지막으로 이러한 공공조달 환경의 변화와 함께, 관민파트너십에서 공계약 뿐만 아니라 민간계약에도 노동표준을 적용하려는 국제적인 운동이 증가하고 있다.¹²⁾ 94호 협약 적용 전문가 위원회는 글로벌화로 인해 경쟁이 심화되고 있는 현재, 협약 목적의 유효성은 더 커지고 있다고 지적한다. ILO가 민관 파트너십 역할 증가, 전문직 단체를 포함한 새로운 행위주체의 등장, 공계약 수행에 있어서의 노동조건에 관한 구속력 있는 국내법조항의 부재, 실효성 있는 집행조치 결여와 같은 현재의 과제 및 채택 후의 상황변화에 적절하게 대응할 수 있도록 협약 내용을 재검토할 것을 촉구하였다.¹³⁾

공공조달 환경의 변화에 조응하여 협약이 나아가야할 방향을 제시하고 있는 ILO의 94호 협약 및 권고 종합 조사 보고서는 외환위기 이후 다양한 부문에서 정부의 외주·용역화·민간위탁화가 확산되고 있는 공공조달 환경¹⁴⁾에서 우리나라의 공공조달법제가 나아가야할 방향에 대한 중요한 함의를 갖는다.

2. UN의 기업과 인권에 대한 국가행동계획

1990년대 이후 세계화가 가속화됨에 따라 초국적기업의 활동으로 인한 저임금 및 열악한 노동조건 등의 인권침해가 빈번하게 발생하게 되었다. 국제사회는 이러한 인권침해를 방지하기 위하여 그동안 기업의 사회적 책임에 대한 논의를 비롯하여 다양한 노력을 기울여왔다.¹⁵⁾ 그 일환

12) ILO, *op.cit.*, p.108.

13) ILO, *op.cit.*, p.110.

14) 서수완, “시중노동적용 관련 문제점 및 개선방안”, 공공부문 시중노동단가 전면 적용을 위한 국가·지방계약법 개정 토론회 자료집, 2015, 8-9면, 참조.

15) 기업의 사회적 영향력이 확대되고 인권경영에 대한 관심이 증대함에 따라 전 세계적으로 기업의 인권보호 및 존중에 대한 요구가 증가하게 되었다. 이에 따라 ‘다국적기업과 사회 정책에 관한 ILO 삼자선언’, ‘OECD 가이드라인’, ‘UN 글로벌컴팩트’ 등을 통해 국제사회도 기업과 인권문제에 관심을 갖게 되었다(법무부, 「제3차 국가인권정책기본계획(2018-202

으로 지난 2011년 UN은 ‘기업과 인권 이행지침’(UN Guiding Principles on Business and Human Right)을 발표하였다. 이 지침을 실천하기 위한 방안으로 각 나라에 ‘기업과 인권 국가행동계획(National Action Plan)’을 수립하고 시행하도록 하고 있다. 이 NAP에 기업의 사회적 책임을 고려한 공공조달에 관한 사항을 포함하도록 하고 있다. 우리나라의 국가인권위원회는 2016년 「기업과 인권 국가인권정책기본계획 수립 권고」를 발표하였다. 국가인권위원회는 권고 사항 중 하나로 인권을 고려한 공공조달을 강조하며 정부가 기업과 계약을 체결함에 있어 인권 기준을 적용하여 정부와 거래하는 기업이 인권준중책임을 이행할 수 있도록 유도할 것을 권고하였다. 이를 위해 국가정책방향으로 공공조달의 참가자격에 인권을 포함한 사회적 고려를 반영하는 기준을 「조달 사업에 관한 법률」 등 관련 법률에 반영하여 기업의 인권 준중책의식을 강화하는 것을 목표로 하고, 핵심추진과제로 정부가 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 등에 인권을 고려하는 제도 및 절차를 마련할 것을 권고하였다.¹⁶⁾ 2018년부터 2022년까지 시행되는 우리나라의 제3차 국가인권정책기본계획(NAP)은 ‘인권경영의 제도화’를 목표로 하고 있다. 이를 위한 과제 중 하나로 사회적 책임을 고려한 공공조달을 설정하며, 「조달 사업에 관한 법률」상 사회적책임 장려조항 신설¹⁷⁾에 따른 제도 정비, 기업의 사회적책임 반영 지침 적용을 과제로 하고 있다.¹⁸⁾

2)」, 301면-302면, 참조).

16) 국가인권위원회, 「기업과 인권 국가인권정책기본계획 수립 권고」, 2016, 15면, 참조.

17) 지난 2016. 1. 「조달사업에 관한 법률」이 개정되어 동법 제3조의2에 기업의 사회적 책임 장려 조항이 신설되었다.

18) 구체적으로 물품구매적격심사 세부기준(조달청 지침) 등을 통해 여성·장애인 기업과 일·학습 병행제 참여기업 등에 대하여 신인도 가점을 부여하고, 시설공사적격심사 세부기준(조달청 지침)에 따라 여성·장애인·사회적 기업의 참여 시공비율이 30% 이상인 경우 경영상태 취득점수에 10% 가산 평가를 과제로 하고 있다(법무부, 「제3차 국가인권정책기본계획(2018-2022)」, 2018, 305-306면, 참조).

III. 미국의 공공조달을 통한 제3자 규제

1. 미국 연방법상 노동조건 연계 공공조달과 제3자 규제

1930년대 대공황 시기, 미국 의회는 조달정책이 노동자로 하여금 열악한 노동조건을 야기할 수 있으며 모델 사용자로서 국가가 민간부문에 좋지 않은 선례가 될 수 있다는 점을 고려하여, 공공조달과 노동조건을 연계하는 세 가지 법률을 제정하였다.¹⁹⁾ 의회는 1931년 데이비스-베이컨법(Davis-Bacon Act, DBA)²⁰⁾와 1936년 월시-힐리 공계약법(Walsh-Healey Public Contracts Act, PCA)²¹⁾을 통과시켜, 정부 건설 프로젝트에서 일하는 노동자들과 연방정부를 위해 상품을 생산하는 노동자들이 공정임금 즉, 적정임금(prevaling wage)을 받도록 보장하였다. 이후 의회는 1965년 서비스 분야의 공공조달에서 최저가 입찰계약으로 인해 발생하는 임금과 노동조건에 대한 부정적인 영향에 대응하여, 맥나마라-오하라 서비스 계약법(MacNamara-O'hara Service Contracts Act, SCA)²²⁾을 제정하였다.²³⁾²⁴⁾ 노동조건과 공공조달을 연계한 연방법

19) Christman, A., Masciola, A., Masciola, R., Sperry, S., & Sonn, P., *Taking the Low Road: How the Federal Government Promotes Poverty-Wage Jobs Through its Contracting Practices*, NELP, 2013, p.10.; U.S. Congress, House Committee on Labor, Hours of Labor and Wages on Public Works, Hearings on H.R. 17069, 69th Congress, February 18, 1927.

20) 40 U.S.C. §§ 3141-3148

21) 41 U.S.C. §§ 6501-6511

22) 41 U.S.C. §§ 6701-6707

23) Christman, A., Masciola, A., Masciola, R., Sperry, S., & Sonn, P. op.cit., p.10.

24) 미국의 공공조달 관련 법체계는 공공조달 방식자체를 규율하는 공공조달법령과 노동조건 연계법령으로 각기 제정되어 발달해 왔다. 연방정부의 경우, 공공조달법령은 1970년대 초까지 국방조달과 일반조달로 구분되어 규율되었다. 1984년 양자의 법제를 통합하여 행정입법으로 연방조달규칙(Federal Acquisition Regulation, FAR)이 제정되었다. 법률 차원에서는 1987년 계약분쟁법(Contract Disput Act)과 1994년 연방구매합리화법(Federal Acquisition Streamlining Act, FASA) 등을 통해 통합되어 공공조달 방식을 규율하고 있다. 노동조건 연계법령으로는 위에서 살펴본 데이비스-베이컨법, 월시-힐리 공계약법, 맥나마라-오하라 서비스계약법과 2009년 제정된 미국경기부양법(American Recovery and Reinvestment Act, ARRA) 등이 있다. 미국경기부양법이 제정된 이후 공공조달에 노동조건을 고려하는 행정

들은 기본적인 사회·경제적 목표를 달성하는 방향으로 정부계약이 이행될 수 있도록 계약자들을 유인하기 위하여, 법 위반시 계약자 및 그 하청업체에게 계약을 해지하거나 입찰참가자격을 제한하고 있다.²⁵⁾²⁶⁾ 이와 함께 발주기관과 계약한 주계약자가 하청업체의 법 준수에 대한 책임을 지도록 하고 있다.²⁷⁾

그러나, 20세기 중반에 제정된 공공조달 관련 연방법상 노동자 보호는 21세기의 경제 현실을 따라잡지 못하였다. 2000년대 이후 연방 예산과 인력 감축 압력이 거세짐에 따라 조달규모는 크게 증가하였고 정부와 계약 업체와의 관계는 훨씬 더 복잡해졌다. 특히 연방계약에서 서비스 부문이 차지하는 비중이 압도적으로 증가하고 있다. 맥나마라-오하라 서비스 계약법의 광범위한 면제 조항²⁸⁾과 오분류²⁹⁾로 인해, 수 백만명의 서비스 노동자들이 서비스 계약법상 보호를 받지 못하고 있다. 공공조달

명령이 추가되었다(김기선·김대인·김대식·전형배·강현주·김근주·최석환, 「공공조달과 노동정책의 연계: 공공조달계약을 통한 저임금근로 해소방안」, 한국노동연구원, 2013, 123-124면, 참조).

- 25) 김대인, “미국 부정당업자제제도에 대한 연구”, 「미국헌법연구」 제26권 1호, 미국헌법학회, 2015, 34면, 41면, 참조.
- 26) 그 밖에 미지급 임금 상당의 계약금 지급이 보류되거나, 손해배상금 및 벌금이 부과될 수 있다; U.S. Department of Labor, Fact Sheet #66: The Davis-Bacon and Related Acts(DBR A); U.S. Department of Labor, Fact Sheet #67: The McNamara-O’Hara Service Contract Act(SCA), 참조.
- 27) 29 CFR §5.5(a)(6), 29 CFR §5.5(b)(4); 41 USC §§6701-6707; 29 CFR §4.114(b)
- 28) 맥나마라-오하라 서비스계약법은 연방정부와 2,500달러 이상의 계약을 체결한 계약자와 그 하청업체에만 적용된다. 2,500달러 미만의 계약을 체결한 계약자와 그 하청업체의 근로자들에게는 공정근로기준법상 최저임금이 적용된다. 한편, 서비스 계약법은 공표된 관세율이 적용되는 화물 혹은 여객 운송계약, 통신법의 적용을 받는 라디오, 전화, 전신, 케이블 회사에 의한 서비스 제공계약, 공익사업에 대한 계약, 개인(들)이 연방기관에 직접 서비스를 제공하는 고용계약, 미국(령) 이외의 지역에서 수행되는 서비스 계약 등에는 적용되지 않는다. 이러한 광범위한 면제조항으로 인해, 건축 노동자들·음식 서비스 노동자들, 트럭운전자 등 면제 규정이 적용되는 자들은 기초적인 임금과 노동기준 보호 조차 받지 못하고 있다;U.S. Department of Labor, Fact Sheet #67: The McNamara-O’Hara Service Contract Act(SCA); Christman, A., Masciola, A., Masciola, R., Sperry, S., & Sonn, P., 2013, p12.
- 29) 노동부의 맥나마라-오하라 서비스계약법 설명자료(Fact sheet)는 서비스계약법 적용에 있어서의 대표적인 문제 중 하나로 오분류로 인한 서비스 노동자에 대한 과소지급을 들고 있다.; U.S. Department of Labor, Fact Sheet #67: The McNamara-O’Hara Service Contract Act(SCA), 참조.

환경의 변화로 인해, 연방 계약 노동자들을 빈곤으로부터 보호하기 위해 제정된 연방법제는 제대로 기능하지 못하고 있다.³⁰⁾ 이에 지방정부 차원에서 공공계약을 통한 일자리가 좋은 일자리임을 보장하기 위해 혁신적인 조례를 제정하였다.³¹⁾ 특히, 로스앤젤레스시에서는 노조 조직율이 감소하고 저임금 노동자들이 증가함에 따라, 노동조합과 지역사회 운동가들이 연대하여 캠페인을 통해 고용유지조례 및 생활임금조례(계약자와 그 하청업체를 규제하는 조례), 반착취(Sweat-Free) 공공조달 조례(노동법 준수를 위해 사적 모니터링 창출에 공적권한을 동원하는 조례)를 제정하였다.³²⁾

2. 로스앤젤레스시의 노동조건 연계 공공조달 조례와 제3자 규제

가. 조례 제정 근거

지방정부는 경찰권(police power)에 기초하여 규제할 뿐만 아니라, 거버넌스 과정에서 상품과 서비스를 구매하는 시장참여자로서 다양한 형태의 계약을 체결할 수 있다.³³⁾ 이러한 경찰권, 시장참여자로서의 역할에 기초하여, 지방정부가 직접 사용자로서 역할을 하거나, 보조금 지급 혹은 계약 발주를 통한 지방정부의 독점적 능력을 활용하는 경우, 연방정부와

30) Christman, A., Masciola, A., Masciola, R., Sperry, S., & Sonn, P. op.cit., pp.4-11.

31) Christman, A., Masciola, A., Masciola, R., Sperry, S., & Sonn, P., op.cit., p.2.

32) 이와 함께, 로스앤젤레스시는 토지사용권을 매개로 하여 지역사회이익협정(Community Benefit Agreements:CBA)을 체결하고, 조건부 토지사용허가 조례를 제정하였다. 구체적으로 시정부는 재개발시 자본(개발업자)가 인가를 받는 대가로 건설일자리에 대한 생활임금을 지급하고, 현지 채용에 참여하며, 직업훈련을 제공하는 등 노동기준을 향상하기 위하여 지역정부의 토지사용권을 활용하고 있다. 이와 더불어 토지소유권자가 토지지역법상 허락되지 않는 토지사용허가를 얻을 수 있도록 하는 조건부토지사용허가(CUP) 절차를 활용하여, 대형할인점이 조건부 토지사용허가 전에 '경제적 영향 분석'을 제출하도록 요구하는 조례를 제정하여 실행하고 있다; Cummings, Scott L., and Steven A. Boutcher., *Mobilizing Local Government Law for Low-Wage Workers*, U. Chi. Legal F. 187, 2009, pp.203-217; Stone, Katherine VW, and Cummings. Scott L., *Labor Activism in Local Politics: From CBAs to 'CBAs'*, *The Idea of Labour Law*, 2011, pp.281-285.

33) Scott L., and Steven A. Boutcher., op.cit., p.191.

의 선점권(Preemption)에 저촉되지 않고 노동정책을 수립하는 것이 가능하다.³⁴⁾ 로스앤젤레스시는 지방정부의 계약, 토지 사용, 규제 권한을 활용하여³⁵⁾ 사용자 및 그 하청업체의 노동법 준수를 도모하고 노동기준을 향상시키고 있다.

나. 계약자 적격성 조례(입찰 및 낙찰자 선정단계)

1) 조례 제정 목적

계약자 적격성 조례는 시가 공공재정을 신중하게 지출하기 위하여 계약을 이행할 능력이 있는 적격성 있는 계약자가 선정되어야 하며, 조달 절차는 연방 혹은 주의 조달 규정상 허용되는 범위에서 연방 혹은 주 정부의 보조금 지출에 따라 이루어져야 한다는 점을 고려하여 제정되었다.³⁶⁾

2) 조례의 내용 및 위반시 제재

미국 연방정부와 마찬가지로 지방정부도 입찰 및 낙찰자 선정단계에서 계약을 이행할 능력이 있는 적격성 있는 계약자(responsible contractor)와 계약을 체결하는 것을 원칙으로 하는 계약자 적격성 규정을 두고 있다.³⁷⁾ 로스앤젤레스시도 계약자 적격성 조례를 제정하여 계약을 이행할

34) 연방헌법에 따라 연방정부에 선점권(Preemption)이 인정되나, 이와 동시에 주정부는 자체 경찰력을 보유하고 주 스스로가 시장참여자가 될 수 있다. 이러한 경우 선점권에 저촉되지 않고 노동정책 등을 펼치는 것이 가능하다. 예컨대, 선점권은 연방노동관계법에 노동조합을 결성할 권리가 명시되어 있는 민간부문 노동자들에게 단결할 권리를 부여하는 등 지방(정부)가 민간부문 노동규제에 관여할 때마다 문제가 된다. 일부 생활임금조례와 기타 노동관련조례는 규제기관으로서의 역할보다는 시장행위자(시장참여자)로서 주의 이익을 증진시키기 위해 고안되었기 때문에 선점권에 저촉되지 않았다; 김기선·김대인·김대식·전형배·강현주·김근주·최석환, 앞의 책, 119면, 134면, Stone, Katherine VW, and Cummings. Scott L., op.cit., p.288; Cummings, Scott L., and Steven A. Boutcher., op.cit., pp.188-189.

35) Stone, Katherine VW, and Cummings. Scott L., op.cit., p.278.

36) LA Admin Code §10.40.1

37) 연방조달규칙(FAR)은 “발주기관(Agency)은 적격성이 있는 계약자로부터만 제안서를 받아야 하고, 이러한 계약자들에게만 계약을 체결하여야 하며, 적격성이 있는 계약자와의 하도급 계약에만 동의하여야 한다”고 규정하며, 계약을 이행할 능력이 있는 적격성이 있는

능력이 있는 자만이 시와 계약을 체결할 수 있도록 하고 있다. 적격성이 있는 계약자에 해당하는지 여부를 판단함에 있어, 품질, 경영의 전문성, 기술 등의 요소와 함께 노동관계법령을 준수하였는지 여부를 고려하고 있다.³⁸⁾ 로스앤젤레스시가 위 사항들을 고려하여 ‘적격성이 있는 계약자’에 해당한다고 결정한 자만이 시와 계약을 체결할 수 있다. 한편, 계약자 적격성 조례는 계약이행단계에서 노동 관련 연방법, 주법, 조례를 준수하도록 하고 있다. 노동관련법령을 위반한 경우 고충사항을 조사하는 지정행정기관은 발주기관과 협력하여 계약을 해지할 수 있으며, ‘적격성이 없다’고 선언할 수 있다.

만약 시가 ‘적격성이 없다’고 선언하게 되면, 지정행정기관³⁹⁾이 그 리스트를 관리하게 되고, 발주기관이 리스트에서 제외하지 않는 한 ‘적격성이 없다’고 선언된 날로부터 5년간 리스트에 이름이 남아 시정부와 계약을 체결할 수 없게 된다.

다. 지방정부가 노동조건 향상을 도모하는 조례(계약체결 및 이행단계)⁴⁰⁾

1) 조례 제정 목적

조례들은 공통적으로 시가 공공재정을 지출하는 계약을 발주하는 자로서 최저 수준의 열악한 노동조건하에서 서비스가 제공되면 시와 공중에 게 제공되는 서비스가 저해된다는 점과 시가 사회지원서비스의 주제공자

계약자와의 계약을 낙찰하는 것을 원칙으로 하고 있다; FAR §9.402.

38) LA Admin Code §10.40.2(a),(b),(c)

39) 지정행정기관(Designated Administrative Agency)는 이 조례에 따른 행정 책임을 지도록 시의회가 지정한 시의 부, 위원회, 혹은 국을 의미한다; LA Admin Code §10.40.1(j).

40) 계약체결 및 이행단계에서 노동조건 향상을 도모하는 조례인 고용유지조례 및 생활임금조례는 고충제기 및 모니터링 절차, 조례 위반에 대한 제재, 주계약자 책임에 있어 대체로 유사하나, 조례의 목적에 따라 각각 고용유지조례의 경우 전일계약자·신규계약자·하청업체를, 생활임금조례의 경우 계약자·리스·라이센스 계약을 체결하는 자 및 하청업체·전차인·2차 라이센스 계약자 등 시와 재정적 관련이 있는 계약을 체결한 자를 광범위하게 규제 대상으로 하고 설정하고 있다. 이하에서는 보다 넓은 범위에서 제3자를 규제하고 있는 생활임금조례를 중심으로 고충제기 및 모니터링 절차, 조례 위반에 대한 제재, 주계약자 책임에 관한 사항을 살펴본다.

로서 노동조건 향상을 도모하는 조례들이 안정적인 고용환경을 조성하는 데 도움이 된다는 점을 고려하여 제정되었다.⁴¹⁾

2) 조례의 내용

가) 고용유지조례

고용유지조례는 신규계약자는 이전 12개월 이상, 전임계약자 혹은 그 하청업체에 고용되어 온 근로자가 있다면, 90일 과도고용기간 동안 그 근로자와 고용을 유지하도록 하고 있다. 신규 계약자(혹은 하청업체)는 90일의 과도고용기간 동안 근로자의 성과평가를 서면으로 수행하여야 하고, 근로자의 성과가 만족스러운 경우에는 근로자를 계속 고용하여야 한다.⁴²⁾

나) 생활임금조례

로스앤젤레스시의 생활임금 조례는 임금과 건강수당(health benefit)⁴³⁾을 포함한 최소한의 보상을 사용자가 부담하도록 규정하고 있다. 이와 함께, 근로자는 96시간의 유급휴가와 80시간의 무급휴가를 사용할 수 있다.⁴⁴⁾

생활임금조례는 사용자를 (i) 25,000달러 이상, 최소 3개월의 계약기간을 포함하는 서비스 계약을 체결한 자와 그들의 하청업체, (ii) 시 재

41) LA Admin Code §10.36, LA Admin Code §10.37, LA Admin Code §10.43

42) LA Admin Code §10.36.2. (b), (d)

43) LA Admin Code §10.37.2, §10.37.3 조례안은 매년 물가상승률에 맞춰 조정된다. 매년 7월 1일 자로 생활임금액에 변경되는데, 현재 생활임금은 시간당 14.25달러 이며(2020년 7월 1일 이후 15달러로 인상), 건강수당은 시간당 최소 1.25달러를 지급하도록 되어 있다(근로자와 그 피부양자에 대한 의료보험혜택 제공).

44) 병가, 휴가, 혹은 개인적 필요에 따라 연간 96시간의 유급 휴가가 지급되며, 가족 혹은 개인적 질병에 대하여 추가로 80시간 무급 휴가(time off)를 사용할 수 있다. 휴가의 미사용 일수는 이월되며 최소 80시간으로 제한될 수 있다(사용자는 상한선을 더 높게 설정하거나 설정하지 않을 수 있다). 사용자가 근로자에게 생활임금조례 및 규칙에 따른 휴가를 제공하지 않은 경우, 계약의 효력발생일로부터 소급하여 휴가를 제공하도록 하고 있다; Rule and Regulation Implementing The Worker Retention Ordinance §6(g)(1),(2),(3)

산에 대한 서비스를 수행하기 위한 리스 혹은 라이선스 계약을 체결하는 회사와 그들의 하청업체 혹은 2차 라이선스 계약자(sulicensee), (iii) 조세법을 통한 일반 재정 지원과는 달리, 경제개발 혹은 일자리 창출을 위하여 시로부터 재정적 지원을 받는 자로 광범위하게 정의하며,⁴⁵⁾ 시와 재정적 관련이 있는 계약을 체결한 자를 광범위하게 규제하고 있다.

이 조례가 제정되고 난 뒤 2008년 로스앤젤레스시는 규제를 직접 시행할 수 있는 경찰권을 활용하여⁴⁶⁾, 로스앤젤레스 국제공항 주변에서 운영되는 모든 호텔이 노동자에게 생활임금을 지급하도록 하는 생활임금 조례를 통과시켰다. 시와 계약을 체결하지 않았더라도, 시가 로스앤젤레스 국제공항에 투자를 하고 공항 주변의 호텔들은 이를 통해 사업상 이익을 창출한다는 점에 기하여, 공항 주변의 모든 호텔의 사용자들에게 생활임금을 지급하도록 하고 있다.⁴⁷⁾

3) 고충제기 및 모니터링

고용유지조례 및 생활임금 조례는 근로자가 계약자의 조례 위반에 대한 고충을 제기한 경우 모니터링하도록 하고 있다. 조례 위반에 대한 모니터링은 계약준수관리부(BCA)⁴⁸⁾가 담당한다. 계약준수관리부는 근로자가 사용자의 조례 위반에 대하여 고충을 제기하거나 근로자의 고충제기를 이유로 사용자에게 보복을 당하였다고 주장하는 경우 조사를 실시한다. 사용자는 계약준수관리부에 관련 서류를 제출하여야 한다.⁴⁹⁾ 서류를

45) LA Admin Code §10.37.1.(i)

46) 시는 지역 기준을 설정하기 위한 자치권에 따라 광범위한 법률 혹은 헌법상 권한을 부여 받는다. 로스앤젤레스는 이러한 경찰권을 활용하여 저임금산업에서의 고용기준에 직접적으로 영향을 미치는 법률을 제정해왔다; Scott L. Cummings and Steven A. Boutchert, *op.cit.*, p.187.

47) Stone, Katherine VW, and Cummings. Scott L., *op.cit.*, p.284.

48) BCA는 공공공사부서, 계약관리국 산하의 계약준수관리부를 의미한다.

49) 계약준수관리부는 현장방문과 임금대장 감사를 실시하여 준수여부를 확실하게 하기 위해 사용자의 운영을 모니터링 할 수 있다. 계약준수관리부는 현장 방문의 일환으로 사용자가 임금 및 수당을 제공하였는지 여부를 검토할 수 있다. 사용자는 계약준수관리부가 검토의 일환으로 회의, 현장방문, 혹은 서류를 요청할 때, 계약준수관리부와 협력하여야 한다. 계약준수관리부는 각 현장방문에 대하여 발주기관에 통보하여야 한다; Rule and Regulation Implementing The Worker Retention Ordinance §8(a)(b)

제출하지 않거나 작업장에 접근하지 못하게 하는 등 시의 행정 및 집행 조치에 협조하지 않는 경우, 조례 및 규칙 위반으로 간주된다.⁵⁰⁾

특히 생활임금조례는 계약준수관리부가 사용자의 조례 위반과 함께, 발주기관의 계약도 검토하도록 하고 있다. 발주기관이 계약에 생활임금 조례에 규정된 사항들을 포함시키지 않은 경우, 계약준수관리부는 의회에 제출하는 보고서에 이러한 사항을 기재할 수 있다.⁵¹⁾

4) 위반사항에 대한 제재

사용자가 계약준수관리부가 통지한 기간 내에 위반사항을 시정하지 않은 경우, 계약준수관리부는 발주기관과 협력하여, 계약금 지급 보류, 금전 압류, 계약 해지, 향후 시 계약·리스·라이센스에 대한 입찰 제한(계약자 적격성 조례에 따른 ‘적격성 없음’ 선언) 및 그 밖의 구제책을 강구할 수 있다.⁵²⁾⁵³⁾

5) 하청업체의 조례 위반에 대한 주계약자의 책임

계약자는 하청업체가 조례를 준수하도록 보장(확인)하여야 할 의무를 부담한다.⁵⁴⁾ 주계약자는 계약준수관리부의 시정통지에 명시된 기간 내에 하청업체, 전차인, 2차 라이선스 계약자에 의한 조례 위반이 시정되도록 보장(확인)할 책임이 있다. 만약 하청업체, 전차인, 2차라이선스 계약자가 준수 혹은 시정을 거부하는 경우, 계약준수관리부는 주계약자가 조례

50) Rule and Regulation Implementing The Worker Retention Ordinance §6(i), §8(c)(d); LA Admin Code §10.37.6

51) Rule and Regulation Implementing The Worker Retention Ordinance §8(a)

52) Rule and Regulation Implementing The Worker Retention Ordinance §9(b); LA Admin Code §10.37.6(g)

53) 고용승계조례는 전임 계약자의 조례위반에 대한 제재에 관한 사항을 따로 규정하고 있다. 전임 계약자가 조례 및 규칙에 정해진 바에 따라, 고용유지조례가 적용되는 근로자의 이름을 시 혹은 신규 계약자에게 제공하지 않은 경우, 시는 전임 계약자에게 최종지급을 보류할 수 있으며, 가능한 법적 구제책을 강구할 수 있다; Rule and Regulation Implementing The Worker Retention Ordinance §6

54) Rule and Regulations Implementing the living wage ordinance, regulation §1,2

를 위반하였다고 결정할 수 있다.⁵⁵⁾

라. 지방정부가 사적 모니터링 창출에 공적 권한을 동원하여 법 준수를 도모하는 조례(계약체결 및 이행단계)

1) 반착취 공공조달 조례(Sweat-Free Procurement Ordinance)

반착취 공공조달 조례는 물품을 생산·판매하는 국내(혹은 국외)회사의 노동법 준수를 도모하기 위해 제정되었다.⁵⁶⁾ 법 준수를 도모하기 위해 이 조례는 시와 계약자가 행동강령에 서명하도록 규정하고 있다.⁵⁷⁾

행동강령에는 노동관련법령 및 물품이 만들어지는 국가의 협약, 법률상의 인권·노동의무 준수, 하청업체의 행동강령 준수에 대한 계약자의 조치에 관한 사항, 생활임금 지급에 관한 사항 등이 포함되어야 한다.⁵⁸⁾

55) Rule and Regulations Implementing the living wage ordinance, regulation §9(c)
56) 반착취 공공조달 조례는 25,000달러를 초과하고 3개월 이상 계약을 체결한 계약자에게 적용된다. 시는 장비, 상품, 자재, 물품을 조달하는 시장참여자 역할에 따라, 시가 혐오하는 노동조합 관행 및 고용관행에 종사하는 계약자에 의해 시 조달 과정의 엄격성이 훼손되지 않도록 보장함으로써 시의 이익을 보장하고자 한다.
57) 로스앤젤레스시는 국내 최대 의류산업의 환경을 개선하기 위한 의류산업 노동조합과 지역사회 연합은 10여년 간의 투쟁 끝에 2004년 반착취 공공조달 조례를 제정하였다; Cumings, Scott L., and Steven A. Boutcher., *op.cit.*, p.198.
58) 구체적으로 i. “모든 임금, 건강, 노동, 환경, 안전 관련 법, 결사의 자유에 대한 법적 보장, 건축과 소방법규, 일터와 고용 차별에 관한 법률을 준수한다.” ii. “아동노동, 노예노동, 강제노동, 노동력착취공장노동 등의 학대 형태 등 장비, 물품, 자재, 공급품이 만들어지거나 조립되는 국가의 협약 혹은 법률상 부여되는 모든 인권 및 노동의무를 준수한다”는 내용이 들어가야 한다. 이와 함께, iii. “계약자가 인식하고 있는 한, 계약자의 하청업체도 시의 행동강령을 준수할 수 있도록 선의의 조치를 취한다” iv. “도급업자는 의류, 유니폼, 신발 및 관련 액세서리의 조달을 포함하는 계약의 경우”, “조달 생활임금”을 지급하여야 하며, 미국 이외의 국가에서 제조하는 경우 그 국가의 경제발전 수준을 반영하여 조정하여 국내 제조업자에 대한 임금에 상당하는 조달 생활임금(시의 행정지원부가 책정하는 조달생활임금)을 지급하여야 한다는 사항 등이 포함되어야 한다; LA Admin Code §10.43.3

2) 조례 위반에 대한 모니터링 및 집행

행동강령의 주요 문제는 모니터링과 집행이다. 로스엔젤레스시는 조례 위반에 대한 모니터링을 실시하기 위해 NGO인 노동자 권리 컨소시엄(Workers Rights Consortium)⁵⁹⁾과 협약을 체결하였다.⁶⁰⁾ 시는 노동자 권리 컨소시엄이 독립적인 감시자로서 민간 모니터링을 수행하도록 하는 민간 모니터링 모델을 채택하였다.

로스엔젤레스시와 계약자는 민간 모니터링을 수행하는 노동자 권리 컨소시엄에 공급자 리스트와 상품과 자재 공급에 사용되는 작업장의 위치를 제공하여야 한다. 법 위반이 하청업체 수준에서 발생할 수 있기 때문에 하청업체의 관행에 접근하고 위반에 대한 신빙성 있는 증거를 제공받는 것이 조달의 집행에 있어 매우 중요하다.⁶¹⁾ 시는 계약자에게 감시자가 조례에 따라 설정된 노동표준 준수를 모니터링하기 위해 해당 사업과 현장에 접근할 수 있도록 보장할 것을 요구할 수 있다. 모니터링 체계는 반착취 커뮤니티 조달 ‘툴킷’⁶²⁾에 구축된다. 노동자 권리 컨소시엄이 주요 의류 공급업체의 조례 준수에 관한 모니터링 보고서를 작성하여 로스엔젤레스시를 비롯한 초국가적 노동규제 메커니즘으로서의 조달의 영향에 관한 상세한 평가를 제공한다. 반착취 공공조달 조례는 공공조달에 공공 및 민간 규제 메커니즘을 결합한 엄격하고 포괄적인 모델을 취하고 있다. 반착취 공공조달 조례는 기업의 자기 규제(self-regulation)에 의존하지 않고, 조례와 행동강령을 기반으로 계약자가 기업 안에서 그리고

59) 노동자 권리 컨소시엄은 2000년 미국에서 대학의 공식유니폼이 착취적인 노동조건(sweatshop conditions)으로 생산되고 있었다는 학생들의 항의로 미국에서 형성된 비정부 기구이다. 노동자 권리 컨소시엄은 참가 대학들이 착취가 없는(sweat-free) 글로벌 공급망으로부터 공식유니폼을 공급받도록 보장하기 위해 고안된 행동강령을 개발하고 모니터링한다; Howe, John. *The regulatory impact of using public procurement to promote better labour in corporate supply chains*. Fair Trade, Corporate Accountability and Beyond: Experiments in Globalising Justice, K. Macdonald and S. Marshall, eds., 2010, p.25; <https://www.workersrights.org/>, 참조.

60) Howe, John. op.cit., p.19.

61) Cummings, Scott L., and Steven A. Boutcher., op.cit., p.199.

62) 반착취 커뮤니티 조달 ‘툴킷’과 관련된 더 자세한 사항은 Sweatfree Communities, *Sweatfree Toolkit: How Your Community Can Help End Sweatshop*, Untehere, 2006; WWW.SWEATFREE.ORG, 참조.

그 기업의 글로벌 공급망에 걸쳐 반착취 규범에 참여하도록 강제하는 메커니즘을 형성한다.⁶³⁾

3) 조례 위반에 대한 제재

로스앤젤레스시는 지정행정기관에⁶⁴⁾ 위반에 대한 평가 및 제재 권한을 부여한다. 지정행정기관은 조례 위반 여부를 판단할 때 제조업체, 조립, 서비스 차원에서의 계약자와 하청업자가 제공한 정보, 명망 있는 국가 및 국제기구의 보고서, 문서화된 매체 보고서, 현지 단체 및 그룹으로부터의 신뢰할 수 있는 정보 등 적절하고 신뢰할 수 있는 정보를 고려하여야 한다. 지정행정기관은 발주기관과 협력하여, 계약자가 감독자에 대한 접근을 허용하라는 명령부터, 벌금 부과, 향후 입찰 제한(계약자 적격성 조례에 따른 ‘적격성 없음’ 선언), 계약 해지까지 다양한 제재를 가할 수 있다.⁶⁵⁾

IV. 우리나라에의 시사점: 한국의 공공조달과 제3자 규제의 개선방안

1. 노동법 준수를 위한 공공조달의 활용과 제3자 규제

공공조달은 입찰 및 낙찰자 선정단계, 계약체결 및 이행단계에서 노동 조건과 연계하여 노동법 준수를 위해 활용될 수 있다.⁶⁶⁾ 공공조달은 계약목적물로 구분하였을 때, 크게 공사계약, 용역계약, 물품계약 3가지로 나누어 볼 수 있다. 우리나라의 경우, 입찰 및 낙찰자 선정단계에서 100

63) Howe, John. op.cit., pp.24-28.

64) 지정행정기관(Designated Administrative Agency)은 이 조례에 따른 행정 책임을 지도록 지정된 기관으로, 이 조례에서는 시의 행정지원부를 의미한다; LA Admin Code §10.43.1(e)

65) Cummings, Scott L., and Steven A. Boutcher., op.cit., p.198; LA Admin Code §10.43.5.

66) 김기선·김대인·김대식·전형배·강현주·김근주·최석환, 앞의 책, 245면, 참조.

억 이상의 공사계약을 제외하고, 원칙적으로 최저가 낙찰(예정가격 이상의 최저가낙찰)을 기본으로 하면서 계약이행능력을 심사하여 종합평점이 적격통과점수 이상이면 낙찰자로 선정하고 있다(적격심사낙찰제).⁶⁷⁾ 100억 이상의 공사계약의 경우 (간이)종합평가낙찰제가 적용되고 있다.⁶⁸⁾ 적격심사낙찰제에서 이행실적 등과 함께 고려되는 신인도 항목을 평가함에 있어 노동시간단축, 고용형태 등 노동조건향상에 관한 사항과 함께, 고용관련법령 준수 사항을 고려하고 있다.⁶⁹⁾ 종합평가낙찰제에서 공사수행능력과 함께 고려되는 사회적책임 항목을 평가함에 있어 신규인력고용, 공정거래법 위반을 고려하고 있다.⁷⁰⁾

한편, 지난 2012년 관계부처 합동으로 마련된 「용역근로자 근로조건 보호지침」은 용역업체선정단계에서 근로조건 보호 관련 확약서 제출 여부를 심사하도록 하고, 발주기관이 확약내용의 이행 여부를 수시로 확인하여, 불이행시 계약해지 및 향후 입찰자격을 제한할 수 있도록 하였다. 이러한 지침은 법적 강제성 없는 권고에 불과하여 제재의 효과가 다소 미약하였다. 지침의 대상도 일반용역 중 단순노무용역 및 생활폐기물 수집·운반 용역으로 한정하여 그 밖의 공공계약에는 적용되지 않았다. 지난 2020.3.31. 국가계약법(법률 제17133호, 2020.3.31., 일부개정)이 개정됨에 따라, 중앙정부 및 공공기관이 공공조달 계약을 체결할 때 계약상대자가 자신의 근로자와 그 하청업체 근로자의 근로조건이 근로관계법령을 준수하도록 하는 내용을 계약서에 포함시킬 수 있도록 하는 제5조의4(근로관계법령의 준수) 조항이 신설되었다.⁷¹⁾ 이번 법 개정으로 공공계

67) 국가계약법 시행령 제42조 제1항, 지방계약법 시행령 제42조 제1항

68) (시설)공사계약시 추정가격 100억 미만인 경우 적격심사낙찰제를 통해 낙찰자를 결정하고 있고, 추정가격이 100억 이상인 경우 간이종합심사 내지 종합심사낙찰제를 통해 낙찰자를 결정하고 있다.

69) 입찰 및 낙찰자 선정단계에서 계약이행능력 평가시 평가요소 중 하나인 신인도를 평가함에 근로기준법에 따라 고용노동부장관으로부터 체불사업주 명단이 공개중인 자, 최근 3년 이내에 「최저임금법」 위반으로 유죄 판결이 확정된 자에게 각 2점의 감점을 부여하여, 고용 관련 법령 준수 사항을 고려하고 있다. 일반용역 적격심사 세부기준(조달청공고 제2019-31호, 2019. 2. 21., 일부개정).

70) 건설기술용역 종합심사낙찰제 세부심사기준(조달청 건설용역과-9140호, 2019.12.23., 일부개정)

약부문에서 노동법 준수를 도모하기 위한 기본적 법적 토대가 마련되었다고 생각된다. 다만, 이번 법 개정은 두 가지 점에서 그 실효성이 문제된다고 생각된다. 첫째, 개정된 규정은 개정안은 재량규정에 불과하다. 발주기관에게 계약서에 노동관련법령 준수에 관한 사항 명시에 대한 재량권이 부여되며, 계약서에 명시하지 않은 경우 강제가 어렵다. 둘째, 노동조건 연계 공공조달의 핵심적인 사항은 법 위반에 대한 모니터링 및 제재를 가하는 것이라 할 수 있는데, 이번 법 개정에는 구체적인 모니터링 체계 및 위반에 대한 제재에 관한 사항이 규정되어 있지 않다. 기존 지침에 의하여 모니터링을 발주기관에서 한다 하더라도 독립적인 기관이 아닌 발주기관에서의 모니터링 및 위반에 대한 제재는 한계가 있다.

우리나라의 적격심사낙찰제 및 (간이)종합평가낙찰제의 경우 그 판단 기준을 법률이 아닌 예규에 규정하고 있고, 노동관련법령 위반에 대한 배점이 그리 크지 않다는 점에서 노동법 준수를 도모하기 어렵다고 생각된다. 노동조건 연계 공공조달의 핵심적인 사항인 법 위반에 대한 모니터링 및 제재에 있어서도, 기존 지침에 따라 모니터링 및 제재를 발주기관에서 행하는 것은 한계가 있다. 모니터링을 수행하고 제재를 가할 별도의 전문적인 기관이 필요하다고 생각된다. 적격성 있는 계약자를 판단함에 노동법 준수 위반 여부를 중요한 사항으로 고려하고, 발주기관이 아닌 별도의 행정기관을 지정하여 모니터링 및 제재를 수행하는 미국의 노동조건 연계 공공조달 관련 법률 및 조례는 노동법의 준수를 도모하기 위하여, 우리나라의 공공조달 관련 법률 및 조례가 어떠한 방향으로 변화하여야 하는지에 대하여 시사점을 준다.

71) <표 1> 국가계약법 일부개정법률(법률 제17133호, 2020.3.31., 일부개정)

현행	개정 법률
<신설>	제5조의4(근로관계법령의 준수) 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 계약을 체결할 때 계약상대자로 하여금 해당 계약을 이행하는 근로자(「하도급거래 공정화에 관한 법률」에 따른 수급사업자가 고용한 근로자를 포함한다)의 근로조건이 「근로기준법」 등 근로관계 법령을 준수하도록 하는 내용을 계약서에 포함시킬 수 있다.(밑줄 필자)

2. 노동기준 향상을 위한 공공조달의 활용과 제3자 규제

중앙정부를 비롯하여 지방정부의 시장개입은 일자리의 질에 직간접적인 영향을 미칠 수 있다. 공공조달은 노동기준 향상을 도모하기 위하여 활용될 수 있다.

먼저 중앙정부는 「용역근로자 근로조건 보호지침」을 통해 중앙정부 및 공공기관이 공공조달 계약을 체결할 때, 계약서에 최저임금 이상의 시중노임을 지급하고 고용승계·유지와 관련된 사항을 명시하도록 하여, 노동기준의 향상을 도모한다. 그러나, 정부의 지침은 법적 강제성이 없는 권고라는 이유로 다수의 공공기관이 시중노임단가 이하의 금액을 책정하여 계약을 체결하고 있다.⁷²⁾

한편, 부천시를 시작으로 지방정부는 노동조건 향상을 도모하기 위해 생활임금 조례를 제정하여 공공부문 소속 직접고용 비정규직 노동자, 공공부문의 민간위탁, 용역과 하도급업체 소속 노동자들에게까지 생활임금 적용을 확대하고 있다.⁷³⁾ 서울시는 지난 2014년 「사회적가치 증대를 위한 공공조달에 관한 조례」를 제정하였다. 발주시 사회적 가치고려에 관한 사항과 함께, 근로자 권리보호에 관한 규정을 두고 있다. 계약체결 시 계약자가 ‘근로자 인권보호 서약서’에 제출하도록 하여 노동법령 준수 및 적정임금 수준 보장 등을 도모하고 있다.⁷⁴⁾

72) 이러한 문제점을 지적하며, 용역근로자의 근로조건 보호를 위하여 계약상대자로 하여금 시중노임단가 수준 이상의 임금을 소속 근로자에게 지급하고 고용승계 등 확약서를 제출하도록 하고 이를 이행하지 않을 시 계약을 해제·해지하도록 하는 내용을 골자로 한 국가계약법 일부개정법률안(이정미의원 대표발의, 의안번호 제7020호)이 2017.5.24. 발의되었으나, 국회의원 임기종료로 폐기되었다.

73) 다만, 생활임금 조례를 시행하고 있는 지자체 중 일부에서는 생활임금 적용대상을 직접고용에 한정하거나, 용역·민간 위탁업체 소속 노동자에 대해서는 생활임금 도입을 미루고 있어 공공부문이 선도적으로 나서 민간영역에 만연해 있는 저임금 구조를 해소하겠다는 도입취지에 맞지 않으며 생활임금 도입이 상징적이라는 비판이 제기되고 있다(김건위·최인수, “지방자치단체 생활임금의 쟁점과 적용가능성 탐색”, 「지방자치 FOCUS」 제96호, 한국지방행정연구원, 2015, 12면, 참조).

74) 이 조례는 시장에게 근로자의 권리보호, 법 위반업체에 대한 제재조치, 발주부서의 관리·감독 강화 등을 실현할 수 있는 방안 등을 내용으로 한 공공조달 가이드라인을 마련하도록 하고, 발주 및 계약부서 담당자가 가이드라인을 준수하도록 하고 있다; 이에 대한 자세한 내용은 변서영·이정렬·김효진 편, 「사회적 가치를 반영한 계약실무 매뉴얼」, 서울

이러한 우리나라의 지방정부 차원의 노동조건 연계 공공조달 조례는 입찰자격심사단계, 낙찰자 선정단계, 계약체결 및 이행단계 중 주로 계약 체결 및 이행단계에 기초하여 이루어지고 있다. 국가기관인 행정안전부에서 지방계약법을 관장하면서 전국의 지방계약을 일률적으로 규율하고 있고, 특히 각종 입찰방식이나 절차에 관하여는 지방계약법령 및 행정자치부 예규를 통해 이루어지기 때문에 조례를 통한 규율이 이루어지기 어렵다.⁷⁵⁾ 지방정부차원에서 노동조건 향상을 도모하는 조례는 대다수가 자치조례에 해당한다. 법률의 위임 없이 제정된 조례에 주민의 권리를 제한하거나 의무조항을 규정하는 것은 법률유보원칙 위반 등 위법성 문제가 제기될 수 있다.⁷⁶⁾⁷⁷⁾ 그렇기 때문에 현재 우리나라에서 논의되고 있는 생활임금 내지 적정임금의 접근방식은 공공부문에 직·간접적으로 고용된 노동자에게 지자체 예산으로 생활임금에 미달하는 부분을 직접 보상하는 방식으로 시행되고 있다.⁷⁸⁾ 지방정부가 공공조달을 통해 ‘기업

특별시, 2019, 참조.

75) 김찬동·강기홍·김대인·고상진, 「지방계약제도 개선연구」, 행정자치부, 2016, 206면, 참조.

76) 대다수의 생활임금조례는 지방자치단체가 위탁·용역계약 체결당사자를 선정함에 있어 생활임금 적용기업에 가산점을 주는 등 우대할 수 있도록 하고 있다. 이러한 규정은 지방자치단체와 위탁·용역계약을 체결하려는 업체에 생활임금을 사실상 강제하는 효과를 가져와 재정적 부담을 주기 때문에, 주민의 권리제한 등에 관한 사항에 대하여 법률유보의 원칙을 명시하고 있는 지방자치법 제22조에 위반된다는 점에서 비판이 제기되고 있다(이일세, “생활임금조례의 위법성에 관한 고찰”, 「노동법논총」 제44호, 한국비교노동법학회, 2018, 123면, 참조).

77) 그 밖에 생활임금조례를 통해 「최저임금법」상 최저임금을 상회하는 임금을 지급하도록 하는 것이 법률우위의 원칙에 위배된다는 견해가 있다. 한편, 지방자치단체가 위탁·용역계약을 체결하는 업체와 생활임금 적용에 관한 내용의 계약을 체결하는 것은, 계약상대방이 근로자에게 지급할 임금을 계약조건에 포함시켜 계약상대방의 계약상 이익을 부당하게 제한하게 되므로, 지방계약법 제6조 제1항에 위배된다는 의견이 있다. 이일세 교수는 먼저 법률우위원칙과의 관계에서 생활임금조례는 추가조례로 최저임금제도를 보완하여 근로자의 생활안정과 삶의 질 향상에 기여하는 것을 목적으로 하기 때문에 최저임금법과는 그 입법목적이 다르며, 생활임금조례의 시행으로 인하여 최저임금법이 의도하는 목적을 저해한다고 할 수 없다는 점에서 법률우위의 원칙에 반하지 않는다고 지적한다. 법률유보원칙과의 관계에서 생활임금을 지방자치단체와 민간업체가 계약을 체결함에 있어 당사자간의 자유로운 의사에 기초하여 생활임금적용에 관한 내용을 계약으로 체결하는 것이 가능하기 때문에 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이라고 할 수 없다고 보아, 법률유보원칙에 위배되지 않는다고 주장한다. 필자도 이러한 견해에 찬동한다; 이일세, 앞의 글, 120-124면, 참조.

의 사회적 책임'을 규제할 수 있는 가능성은 거의 없고, 적용대상자는 지나치게 협소하다.⁷⁹⁾ 또한 모니터링 및 제재에 관한 사항이 조례에서 규정되어 있는 경우가 드물고, 매뉴얼 등에 의해 이루어진다는 점에서 강제성이 약하다.

미국의 경우, 지방정부 차원에서 다양한 노동조건 연계 공공조달 조례를 제정하여, 연방법의 한계를 보완하고 있다. 지방정부차원에서 지방정부의 경찰권, 시장참여자로서의 역할에 기초하여, 연방정부와의 선점권에 저촉되지 않고 노동정책을 수립하는 것이 가능하다. 로스앤젤레스시는 지방정부의 계약, 토지 사용, 규제 권한을 활용하여 사용자와 그 하청업체의 노동법 준수 및 노동기준 향상을 도모하고 있다. 조례들은 공통적으로 시가 공공재정을 지출하는 계약을 발주하는 자로서 최저 수준의 열악한 노동조건하에서 서비스가 제공되면 시와 공중에게 제공되는 서비스가 저해된다는 점과 시가 사회지원서비스의 주제공자로서 노동조건 향상을 도모하는 조례들이 안정적인 고용환경을 조성하는데 도움이 된다는 점을 고려하여 제정되었다. 이러한 조례들은 지방정부가 스스로 사용자로서의 역할을 하거나, 보조금 지급 혹은 계약 발주를 통한 지방정부의 독점적 능력과 함께, 사회지원서비스의 주제공자의 측면에 기하여 '기업의 사회적 책임'을 공적으로 규제하는 방식으로 행해지는 것으로 이해된다.⁸⁰⁾

78) 지방정부 수준에서 지자체가 조례를 통해 공공조달계약에 기업에 대한 의무조항을 규정하는 것은 법률유보원칙 위반 및 상위법과의 저촉 문제가 발생할 수 있다. 이에 생활임금을 비롯하여 지자체 차원의 노동기준 향상을 도모하기 위하여 지방자치단체장 등이 사회적 가치를 실현하기 위해 임금 등 근로조건에 관한 사항을 계약조건을 정할 수 있도록 하는 국가계약법, 지방계약법, 최저임금법 개정안이 제출되었으나, 대안 반영되어 폐기되거나(김경협의원 대표발의 국가계약법 일부개정법률안(제200565호)) 국회의원 임기종료로 폐기되었다(김경협의원 대표발의 지방계약법(의안번호 제200563호), 진선미의원 대표발의 국가계약법 일부개정법률안(의안번호 2001805호), 김경협의원 대표발의 최저임금법(의안번호 200562호)).

79) 이남신·정홍준·남우근·이정아·최혜인, 「한국형 생활임금 표준모델을 위한 연구」, 민주정책연구원, 2016, 94면.

80) 특히, 반착취 공공조달 조례는 공공 및 민간 규제 메커니즘을 결합하여 엄격하고 포괄적인 규제 방식을 취하고 있다. 반착취 공공조달 조례는 기업의 자기 규제에 의존하지 않고, 조례와 강령에 의존하여 계약자가 기업내에서 뿐만 아니라 그 기업의 글로벌 공급망에 걸쳐 반착취 규범에 참여하도록 강제하는 메커니즘을 형성하고 있다.

공공조달을 직접적인 법적 규제나 자발적인 기업의 사회적 책임과 구분되는 특정 규제기법으로 이해하였을 때, 정부가 법적 규제, 절차, 제재를 사용하여 민간 행위자의 자기규제 메커니즘을 규제하는 ‘자기규제에 대한 규제’의 틀을 만드는 것이 중요하다.⁸¹⁾ 이러한 의미에서 ‘기업의 사회적 책임’을 공적으로 규제하는 방식으로 ‘자기규제에 대한 규제’의 틀을 만드는 역할을 하는 미국의 노동조건 연계 공공조달 조례는 우리나라의 정부 특히 지방정부의 공공조달 연계 조례가 어떠한 방식으로 변화하여야 하는지에 대하여 시사점을 준다. 지방정부 차원의 노동조건 연계 공공조달 조례는 지방정부가 직접적인 사용자로서 생활임금 등의 노동기준 향상 도모에서 한 걸음 더 나아가, 보조금을 지급하거나 계약을 발주하는 자로서 그리고 사회지원서비스의 주제공자로서 공공부문에 간접적으로 고용된 노동자 그리고 공공부문 소유 토지 등을 임대하는 자 등에 까지 확대 적용하는 방향으로 발전하여야 할 것이다.

81) 지난 10년간 영미권의 학자들 사이에서는 고용회피 현상이 발생하는 하드로의 한계를 극복하기 위한 소프트웨어를 통한 규제에 대한 논의가 이루어져 왔다. 소프트웨어를 통한 규제는 사용자가 행동강령 등을 통해 자신이 기준을 세우고, 사용자가 이를 준수할 인센티브를 마련하여 사용자의 법 준수를 도모한다. 그러나 이러한 소프트웨어를 통한 규제는 법 위반에 대한 하드로적 규제가 불가능하다는 한계가 존재하며, 자칫 규제완화로 이어질 수 있다는 비판이 제기되었다. 새로운 규제이론을 주장하는 학자들은 이를 보완하고자, 사용자들이 행동강령 등을 통해 자신의 기준을 세우고, 사용자가 이를 준수할 인센티브를 마련하는 소프트웨어에 대한 연구에서 한 걸음 더 나아가, 국가가 사용자의 행동강령 준수 여부를 규제하는 ‘자기규제에 대한 규제’를 제안한다. 즉, 노동법 준수를 도모하기 위하여 민간의 자발적 법 준수 모니터링에 공적 규제를 결합한 형태의 규제를 활용할 것을 제안한다. 국가는 민간 행위자와 시스템 간의 상호작용, 영향 및 조정에 초점을 맞추어 법 준수를 도모하고 노동기준을 향상할 수 있다.; Davidov, Guy. The enforcement crisis in labour law and the fallacy of voluntarist solutions. *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 26(1), 2010, p.68; Howe, John. Labour regulation now and in the future: Current trends and emerging themes. *Journal of Industrial Relations* 59.2. 2017, p.212.

V. 마치며

근로계약 당사자와 고용관계, 법인격을 기초로 한 현재의 노동력은 기업이 노동력을 사용한 책임을 외부화하는 동기로 작용한다. 많은 규범적 문제를 야기하고 있다. 노동비용이 경쟁의 한 요소로 활용되는 것을 방지하기 위하여 고용에 영향을 끼치는 제3자를 규제할 필요성이 높아지고 있다. 이를 위해 공공조달을 직접적인 법적 규제나 자발적인 기업의 사회적 책임(CSR)과 구분되는 특정 규제기법으로 이해하고, 국가가 법적 규제, 절차, 제재를 사용하여 민간 행위자의 자기규제 메커니즘을 규제하는 측면에서 접근할 수 있다. 사회적 가치를 고려한 공공조달을 활용함으로써 사용자 및 제3자에게 노동법 준수와 노동기준 향상을 도모할 수 있다. 노동조건과 공공조달을 연계하는 것은 기업의 사회적책임에 따른 자발적인 소프트로 형태의 규제를 활용하는 것 보다 효과적이며, 규제가 어려운 초국적기업의 노동법 준수를 도모하는 좋은 수단이 될 수 있다. 이러한 규제가 잘 기능하기 위해서는 사회적 가치를 반영하는 공공조달이 중앙정부와 지방정부의 특성에 맞게 행해져야 한다. 이를 위해 지방정부차원에서 노동기준향상을 도모하고 실질적 규제가 가능하도록 국가계약법, 지방계약법 등 상위법이 개정되어야 할 것이다. 이와 더불어 ‘자기규제에 대한 규제’의 틀을 마련하기 위하여 공계약의 사법적 성격과 함께 공법적 특수성이 강조되어야 한다. 모니터링과 제재에 대한 사항이 보다 명확하게 규정될 필요가 있다.

(논문투고일: 2020.05.25, 심사개시일: 2020.06.01, 게재확정일: 2020.06.15)



▶ 강주리

공공계약에 있어서 노동조건에 관한 협약(94호 협약), 로스엔젤레스 공공조달조례, 생활임금조례, 반착취공공조달조례, 사회적가치, 기업의 사회적 책임, 노동규제

【참 고 문 헌】

I. 국내 단행본

- 국가인권위원회, 「기업과 인권 국가인권정책기본계획 수립 권고」, 2016.
- 김기선·김대인·김대식·전형배·강현주·김근주·최석환, 「공공조달과 노동정책의 연계: 공공조달계약을 통한 저임금근로 해소방안」, 한국노동연구원, 2013.
- 김찬동·강기홍·김대인·고상진, 「지방계약제도 개선연구」, 행정자치부, 2016.
- 노동부, 「ILO 제출 보고서 -공공계약에 있어서 근로조항에 관한 협약 및 권고-」, 2007.
- 전국민주노동조합총연맹, 「ILO 공계약 협약(94호)과 정부보고서에 대한 민주노총 의견」, 2007.
- 법무부, 「제3차 국가인권정책기본계획(2018-2022)」, 2018.
- 변서영·이정렬·김효진 편, 「사회적 가치를 반영한 계약실무 매뉴얼」, 서울특별시, 2019.
- 심규범·이의섭·전한보미, 「종합심사낙찰제 시행을 위한 건설근로자 고용분야 사회적 책임지수 적정성 평가 및 발전 방향 제시」, 고용노동부, 2014.
- 이남신·정홍준·남우근·이정아·최혜인, 「한국형 생활임금 표준모델을 위한 연구」, 민주정책연구원, 2016.
- 조돈문 외, 「간접고용노동자 실태조사 보고서」, 국가인권위원회, 2018.
- 황선자·이철, 「정부의 공공계약정책을 통한 노동조건 개선방안 연구」, 한국노총 중앙연구원, 2009.
- 황선자·방준식, 「공공조달정책과 노동조건 개선에 관한 연구: EU의 공공조달법제를 중심으로」, 한국노동조합총연맹, 2010.

II. 국내 논문

- 김건위·최인수, “지방자치단체 생활임금의 쟁점과 적용가능성 탐색”, 「지방자치 FOCUS」 제96호, 한국지방행정연구원, 2015.
- 김근주, “영국의 공공조달계약과 노동조건 연계정책”, 「법학논총」 제32권 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2015
- 김대인, “미국의 주 및 지방정부 계약법제에 대한 연구”, 「지방자치법연구」 제18권 1호, 한국지방자치법학회, 2018.
- , “미국 부정당업자제재제도에 대한 연구”, 「미국헌법연구」 제26권 1호, 미국헌법학회, 2015.
- 나현필, “특집 I 노동자의 당연한 권리를 위하여 : 한국에서의 UN 기업과 인권 이행 원칙(UN Guiding Principles on Business and Human Rights)의 적용 가능성”, 「공익과 인권」 제14권, 서울대학교 공익인권법센터, 2014.
- 서수완, “시중노임적용 관련 문제점 및 개선방안”, 공공부문 시중노임단가 전면 적용을 위한 국가·지방계약법 개정 토론회 자료집, 2015.
- 이일세, “생활임금조례의 위법성에 관한 고찰”, 「노동법논총」 제44호, 한국비교노동법학회, 2018.
- 정영훈, “공계약조례를 통한 생활임금의 확보에 관한 연구-일본의 공계약 조례 제정운동을 중심으로-”, 「노동법논총」 제22집, 한국비교노동법학회, 2011
- 최민수·나경연, “적격심사제도의 운영 실태 및 개선방안-실적공시비 도입 이후 수익성 개선을 중심으로-”, 건설이슈포커스 2014-17, 한국건설산업연구원, 2014.
- 황선자, “공공조달과 불공정하도급 거래 개선방안”, 「노동저널:새로운 노동의 지평을 여는」(2010.12), 한국노동조합총연맹, 2010.

III. 외국 단행본

- David, Guy, Langlille Brian, The Idea of Labour Law, Oxford University Press, 2011.

ILO, General Survey concerning the Labour Clauses(Public Contracts) convention, 2008.

National Employment Law Project, Contracted Work Policy Option, 2015.

IV. 외국논문

Christman, A., Masciola, A., Masciola, R., Sperry, S., & Sonn, P., Taking the Low Road: How the Federal Government Promotes Poverty-Wage Jobs Through its Contracting Practices, N ELP, 2013.

Davidov, Guy., The enforcement crisis in labour law and the fallacy of voluntarist solutions, International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, 26(1), 2010.

Howe, John., The regulatory impact of using public procurement to promote better labour in corporate supply chains. Fair Trade, Corporate Accountability and Beyond: Experiments in Globalising Justice, K. Macdonald and S. Marshall, eds., Ashgate, 2010.

, Labour regulation now and in the future: Current trends and emerging themes, Journal of Industrial Relations 59(2), 2017.

Cummings, Scott L., and Steven A. Boutcher., Mobilizing Local Government Law for Low-Wage Workers. U. Chi. Legal F., 187., 2009.

Stone, Katherine VW, and Cummings. Scott L., Labor Activism in Local Politics: From CBAS to 'CBAS', The Idea of Labour Law, 2011.

U.S. Congress, House Committee on Labor, Hours of Labor and Wages on Public Works, Hearings on H.R. 17069, 69th Congress, February 18, 1927.

U.S. Department of Labor, Fact Sheet #66: The Davis-Bacon and Related Acts(DBRA).

U.S. Department of Labor, Fact Sheet #67: The McNamara-O'Hara Service Contract Act(SCA).

ILO駐日事務所, “公契約における労働条項”, トピック解説 第73号, 2008.

Abstract

The Using of Public Procurement for Realization of Labor Policy And Third-Party Regulation

Kang, Joo Ri

Due to intensifying competition caused by globalization, enterprises are using labor force by utilizing network structure and external labor force. The current labor law based on the employment relationship (legal personality) with the parties to the employment contract acts as a motivation for the company to externalize responsibility for employment. It is causing many normative problems. As the nature of employment changes, there is a growing need to regulate it by focusing on the third-party that affect employment relationships beyond contracts and legal personality. In addition to arguing who is the employer and taking responsibility for employers, discussions are needed on third party regulation to prevent labor costs from being used as a factor in competition and to reduce incentives to avoid employment.

This paper looks at public procurement as a means of third-party regulation for the realization of labor law. First, review the international norms on labor clauses in public contracts. Federal law and the Los Angeles City's Labor Condition-linked Public Procurement Ordinance focuses on what purpose and on what grounds it regulates employer and the third parties, and analyzes implications for Korea.



▶ **Kang, Joo Ri**

Labor clause (public contract) convention, Los Angeles Public Procurement Ordinance, Living Wage Ordinance, Sweat-Free Procurement Ordinance, Social Value, Corporate Social Responsibility, Labor Regulation.

미국 연방 민형사소송절차에서의 E-discovery와 국내적 시사점

한애라*

【목 차】

I. 들어가며

1. 우리 재판절차에서 전자적 정보의 개시 실태
2. 미국 E-discovery 제도의 검토 필요성

II. 미국 민사소송절차에서의 E-discovery

1. 미국 연방민사소송규칙(Federal Rules of Civil Procedure)에 따른 디스커버리 절차의 개요
2. 미국 연방민사소송절차에서의 E-discovery

III. 미국 연방형사소송절차에서의 E-discovery

1. 미국 연방형사소송절차에서의 디스커버리 제도
2. 미국 연방형사소송절차에서의 E-discovery

IV. 우리 재판절차에의 시사점

1. E-discovery의 활성화 방안
2. 소송서류 전반의 전자화 필요성

V. 결어

【국 문 요 약】

우리나라의 민사소송법과 형사소송법은 각각 증거개시 규정을 두고 있으나 실제로는 증거개시제도가 제대로 이용되지 않고 있으며, 전자적 정보에 대한 개시는 더욱 그러하다. 소송절차에서 검색, 추출 가능한 전자적 정보의 중요성이 더욱 커져가는 상황에서, E-discovery가 활발히 이루어지는 미국 민사소송절차와 형사소송절차에서의 E-discovery 제도를 검토함으로써 우리 소송절차의 개선방향을 찾을 필요가 있다.

연방민사소송절차에서의 E-discovery는 연방민사소송규칙, EDRM 등 관련 법규와 표준이 정립되어 왔다. 위 규칙과 표준은 쌍방 당사자가 관

* 교수/성균관대학교 법학전문대학원

런 규칙과 표준을 숙지하여 사전적으로 증거를 보전하고 디스커버리의 단계별로 상호 협력하여 불필요한 절차상 분쟁을 방지하며, 전자적 정보가 가능한 한 그 전자적 정보의 특성을 잃지 않은 상태로 상대방에게 개시될 수 있도록 하는 것을 목표로 한다.

연방형사소송절차의 E-discovery는 연방민사소송절차와 달리 연방형사소송규칙에 관련규정이 정비되어 있지 않아 민사소송절차상의 E-discovery 규정과 판례가 상당 정도 참고되고 있으나, 형사소송절차만의 특성도 아울러 고려되어야 한다. 형사소송절차에서의 E-discovery는 대등한 쌍방 당사자로서 검사와 피고인의 상호 협력, 검색, 추출 및 분석이 가능한 전자적 형태의 전자적 정보 개시, 적법절차 보장과 피고인의 방어권 보장을 목표로 한다.

위와 같은 미국의 제도를 참조하여 우리나라에서도 전면적 증거개시 규정이 존재하는 형사소송절차에서부터 시작하여 순차로 민사소송절차에 까지 전자적 정보의 증거개시가 활성화되어야 한다.

I. 들어가며

1. 우리 재판절차에서 전자적 정보의 개시 실태

증거개시는 우리나라에서 그다지 활성화되어 있지 않고, 전자적 정보의 개시는 더욱 그러하며, 이는 민형사 절차 양쪽이 마찬가지이다.

민사소송절차의 경우, 상대방이나 제3자가 소지하는 증거의 획득이 지나치게 어려워 실체적 진실발견에 장애가 되고 있다는 비판이 이어지면서 2002년 민사소송법 전부개정 시에 문서제출명령의 범위가 대폭 확대되었다(민사소송법 제344조). 그러나 실무에서는 문서제출명령의 실효성이 크지 않은 것으로 인식되고 있으며,¹⁾ 법원도 문서제출명령을 발함에

1) 민사소송에서 문서제출명령의 실효성이 대폭 축소된 데에는 두 가지 원인이 있다. 하나는

있어 좋게 보면 신중하고 나쁘게 보면 인색한 태도를 취하고 있다.

더욱이 전자적 정보의 경우, 민사소송법 제344조의 규정 자체가 제출 대상을 ‘문서’라고 하고 있을 뿐 전자적 정보에 관하여는 아무런 언급이 없으며, 민사소송규칙 등에도 이에 관한 규정이 존재하지 않는다. 따라서 어느 일방이 전자문서 형태로 문서를 제출할 것을 신청하더라도, 타방은 이를 출력하여 종이로 제출하거나 OCR이 어려운 그림파일의 pdf 형태로 제출하는 경우가 흔하며, 그 경우 법원이 다시 전자문서 형태로 문서를 제출하라고 명령하기도 여의치 않다.²⁾

형사의 경우, 2007년에 개정된 형사소송법 제266조의3은 피고인·변호인 등이 검사에게 공소제기된 사건에 관한 서류 또는 물건(“서류 등”)의 목록과 공소사실의 인정 또는 양형에 영향을 미칠 수 있는 서류 등의 열람·등사 또는 서면의 교부를 신청할 수 있도록 함으로써, 형사소송절차에서 전면적 증거개시제도를 채택하였다.³⁾ 특히 제266조의3 제6항 본문은 “제1항의 서류 등은 도면·사진·녹음테이프·비디오테이프·컴퓨터용 디스크, 그 밖에 정보를 담기 위하여 만들어진 물건으로서 문서가 아닌 특수매체를 포함한다.”라고 규정하여 증거개시의 범위에 전자증거도 포함됨을 명시하였다.⁴⁾ 그러나 그 증거개시 방법으로는 열람·등사

문서제출명령을 발함에 있어서는 대상 문서의 존재와 소지가 증명되어야 하고 그 입증책임은 원칙으로 신청인에게 있다는 것이고(대법원 1995. 5. 3. 자 95마415 결정 등), 다른 하나는 문서제출명령 불이행 시 그 문서에 의하여 인정하려는 상대방의 주장사실이 바로 증명되었다고 볼 수는 없으며, 그 주장사실의 인정 여부는 법원의 자유심증에 의하여야 한다는 것이다(대법원 2007. 9. 21. 선고 2006다9446 판결).

- 2) 문서제출명령 자체가 쉽게 인용되지 않는 우리나라의 풍토에서, 정보 자체가 어떠한 형태로든 제출되었다면 그 정보를 분석하고 정리하는 것은 문서제출명령 신청자가 알아서 알 일이지, 특별한 사정이 없는 한 분석하기 편한 최선의 형태로 다시 제출하라고 명할 필요까지는 없다고 보는 것이 일반적인 실무계의 인식인 듯하다.
- 3) 과거에는 기소와 함께 ‘일건기록’이 전체로서 법원에 제출되었으나, 공소장일본주의가 2006년부터 전면시행되면서, 검사가 법원에 수사기록을 지연제출하거나 피고인에게 불리한 증거만 선별제출하는 경우가 생겨(대표적인 예로 용산참사사건 등), 형사소송법 제35조만으로는 피고인과 변호인의 방어권 행사에 불충분하게 되었다. 이에 검사가 이미 법원에 제출한 서류뿐만 아니라 검사가 법원에 제출하지 않고 보관중인 일체의 수사기록을 피고인, 변호인이 볼 수 있도록 한 것이다. 이호중, “검사의 증거개시의무와 수사기록 열람·등사의 거부에 대한 규제방안”, 형사법연구 제21권 제2호(2009), 198면 이하.
- 4) 당초 정부 원안에서는 특수매체의 등사범위에 아무런 제한이 없었으나, 국회 법제사법위원회 논의과정에서 특수매체에 대한 등사를 무한정 허용하는 경우 문제가 있다는 견해가 대

또는 서면의 교부만이 규정되어 있을 뿐 디지털 데이터의 전자적 방식에 의한 개시에 관하여는 아무런 구체적인 규정이 없다.⁵⁾ 이에 따라 디지털 데이터에 대한 증거개시를 요청하면 영상을 캡처한 사진을 종이로 출력하여 교부하거나 도면 파일을 출력하여 교부하는 등 데이터 자체가 아닌 물리적 출력물을 교부하는 방식으로 증거개시가 이루어지는 것이 일반적이다.⁶⁾ 법무·검찰개혁위원회의 제10차 권고(2019. 12. 9.)에서는 수사기록을 pdf 포맷 등으로 전자화하여 피고인이나 변호인 등이 수사기록 열람·등사를 신청하는 경우 해당 전자문서를 이메일 등으로 송부할 수 있도록 즉시 검찰사건사무규칙을 개정할 것을 권고하였으나,⁷⁾ 그 밖에 수사기관이 압수하거나 임의제출받아 보관하는 데이터의 증거개시 방법과 절차에 관하여는 위 법무·검찰개혁위원회나 그 이전의 검찰개혁위원회에서도 특별한 논의가 없었다.⁸⁾

2. 미국 E-discovery 제도의 검토 필요성

디지털 데이터는 단순히 출력물을 개시하는 것만으로는 충분하지 않고, 데이터를 전자적으로 검색, 분석할 수 있도록 메타데이터가 포함된 전자파일 형태로 제공되어야만 피고인의 방어권 내지 당사자권이 충분히 보장될 수 있다. 특히 개시될 데이터가 다량인 경우 더욱 그러하다.

미국의 경우 민사소송절차에서는 디스커버리 절차를 통한 광범위한 증거개시가 행해지고 있고⁹⁾, E-discovery에 관한 논의도 일찍부터 시작되

두되어, 논의 끝에 특수매체에 대한 등사는 필요 최소한의 범위에 한한다는 단서가 신설되었다. 법원행정처, 「형사소송법 개정법률 해설(2007)」, 80면.

5) 탁희성, 「전자증거개시제도(E-Discovery)에 관한 연구」, 한국형사정책연구원(2011. 12.), 96면.

6) 권양섭, “형사절차상의 디지털 증거개시(E-Discovery) 제도에 관한 고찰”, 법학연구 제16권 2호(2016), 422면; 김승영, “형사절차상 전자증거개시제도(E-Discovery)의 증거개시 신청 방식에 관한 연구”, 형사정책연구, 29(4) (2018), 58면.

7) 법무·검찰개혁위원회, 『국회의원·관검사·장차관 등 관련 중요사건의 검찰 불기소결정문의 공개, 수사기록 등의 전자문서화·열람·등사범위 확대』 권고 - 법무·검찰개혁위원회 제10차 권고 발표 -(2019. 12. 9. 보도자료), <http://www.korea.kr/news/pressReleaseView.do?newsId=156365359> (2020. 5. 11. 최종확인).

8) 김승영, 전계 논문, 57면.

었다.¹⁰⁾ 2004년 전자증거의 개시에 관한 세도나 원칙 발표에 이어,¹¹⁾ 2006년 연방민사소송규칙 개정 시에 ESI(Electronically stored information, 이하 ‘전자적 정보’로 번역한다.)의 개시에 관하여 여러 조항이 신설되었고,¹²⁾ 2015년 개정 시에도 전자적 정보에 관한 여러 조항이 추가되었으며,¹³⁾ 세도나 원칙도 2017년에 다시 개정되었다.¹⁴⁾ 최근에는 머신러닝 알고리즘에 의하여 전자적 정보를 선별, 분류하는 기술기반 검토(Technology Assisted Review, TAR)도 활발하게 이용되고 있다.¹⁵⁾

한편 형사소송절차에서는 민사소송에서만큼이나 전자적 정보의 중요성이 커지고 있는 반면, 연방형사소송규칙에는 연방민사소송규칙과 같은 전자적 정보에 관한 조항이 없어, 많은 부분에서 민사절차상의 E-discovery 법리에 의존하여 왔다. 그러나 민사절차와 형사절차의 성격이 다르고, 형사절차에서는 피고인의 방어권과 적법절차가 더욱 중하게 고려되어야 하므로, 민사소송에서 축적된 법리를 그대로 가져다 쓰는 것도 적절하지 않다.¹⁶⁾ 이에 미국 연방법무부, 연방법원 사무국 등의 주도로 2012년 전자적 정보의 형사 E-discovery에 관한 프로토콜 및 권고(이하 “ESI Protocol”이라 한다)¹⁷⁾를 발표하였고, 연방사법센터에서도

-
- 9) ‘discovery’는 흔히 증거개시절차로 번역되나, 미국 특유의 절차적인 요소가 강하여 우리나라의 증거개시절차와 구분할 필요가 있으므로 이하에서는 미국에서의 증거개시절차 전체를 일반적으로 지칭할 때에는 ‘디스커버리’라고 하고, 문맥에 따라 ‘증거개시’를 혼용하기로 한다.
- 10) 탁희성, 전계 보고서, 31면 이하.
- 11) 세도나 원칙의 발표 및 개정에 관하여는 김도훈, “전자문서 제출에 관한 세도나 원칙의 개정에 관한 소고”, 미국헌법연구 28(2) (2017. 8.), 132면 이하 참조.
- 12) 김정환/최은정, 「효율적인 증거개시·수집을 위한 제도개선 방안에 관한 연구」, 사법정책연구원(2015), 57면 이하.
- 13) Thomas A. Mauet/David Marcus, *Pretrial*, 10th Ed., Wolters Kluwer (2019), p. 259 이하.
- 14) 김도훈, 전계 논문, 132면 이하.
- 15) TAR 전반에 관하여는 김정환, “기계학습(Machine Learning)과 전자증거”, 법학연구 59(1), 부산대학교 법학연구소(2018. 2.), 405~436면 참조.
- 16) Sean Broderick et al., *CRIMINAL E-DISCOVERY: A Pocket Guide for Judges*, Federal Judicial Center (2015), 1면 이하.
- 17) Department of Justice (DOJ) and Administrative Office of the U.S. Courts (AO) Joint Working Group on Electronic Technology in the Criminal Justice System (JETWG), “Recommendations for Electronically Stored Information (ESI) Discovery Production in Federal Criminal Cases”, February 2012.

2015년에 법관을 위한 포켓가이드(이하 “포켓가이드”라 한다)를 발간하였다.¹⁸⁾ 즉 미국에서는 민사소송절차에서 E-discovery가 먼저 발전하였고, 형사소송절차에서 이를 참고하여 뒤늦게 E-discovery를 발전시키고 있다.

뒤에서 보겠지만, 전자적 정보의 개시는 단순히 조문의 신설이나 법원의 명령만으로 가능해지는 것은 아니며, 이를 뒷받침할 기술적, 제도적 시스템이 갖춰져 있어야 한다. 이에 미국 연방민사소송절차와 형사소송절차에서의 E-discovery 제도를 순차로 검토한 후, 우리 소송절차에의 시사점을 찾고자 한다.

II. 미국 민사소송절차에서의 E-discovery

1. 미국 연방민사소송규칙(Federal Rules of Civil Procedure)에 따른 디스커버리 절차의 개요

미국은 1938년에 제정된 연방민사소송규칙 제26조 내지 제37조에서 디스커버리 제도를 본격 도입하였고, 그 후에도 여러 차례 제도개혁이 이어져 왔다. 이 발표의 주제와 관련된 전자적 정보와 관련된 가장 중요한 개혁은 2006년에 있었고, 2015년에는 비례성을 기준으로 디스커버리의 범위를 종전보다 제한하는 중요한 제도개선이 있었으며, 전자적 정보의 디스커버리에 관한 조항도 추가로 개정되었다.¹⁹⁾

현 연방민사소송규칙상의 디스커버리의 특징으로 꼽을 수 있는 것은 협력과 비례성이다.²⁰⁾ 디스커버리는 전체적으로 쌍방 대리인의 협력에

<https://www.fd.org/sites/default/files/Litigation%20Support/final-esi-protocol.pdf> (2020. 5. 13. 최종확인).

18) Sean Broderick et al., op. cit.

19) 이진규, “미국 연방민사소송규칙의 최근 동향과 우리나라 민사소송제도 운영에 주는 시사점”, 강원법학 50호(2017), 13면 이하.

20) 김도훈, 전제논문, 136면.

의해 자율적으로 수행되는 절차이다. 법원이 적극적으로 디스커버리를 감독하고 심지어 그 순서나 시기를 명할 수는 있으나, 대부분의 영역에서 변호사들은 법원의 사전 허가 없이 상호간의 논의에 따라 어떠한 정보를 어떠한 방식과 형태로 게시할 것인지 협상하며, 법원은 필요한 순간에 개입할 뿐이다.²¹⁾

다음으로 들 수 있는 특징은 비례성(Proportionality)이다. 2015년 개정 전의 연방민사소송규칙 제26조 (b)(1)은 첫째, “어느 당사자의 청구나 방어와 관련된 사항으로서 특권(privilege)²²⁾에 의하여 보호되지 않는 것”은 당연히 게시될 수 있는 것으로 규정하고(권리개시), 둘째, “소송상 청구와 관련이 있는 모든 사항”에 대하여 만약 개시를 요구하는 당사자가 타당한 사유를 보이면 이를 게시할 수 있도록 하였다. 그러나 이에 대해서는 정보 개시의 범위가 지나치게 넓어져 오히려 디스커버리 제도가 남용될 수 있다는 문제가 끊임없이 제기되어 왔다. 이에 2015년 개정된 규칙 제26조 (b)(1)은 둘째 유형을 완전히 삭제하고, 첫째 유형을 “비례성”(proportionality) 요건으로 제한함으로써²³⁾ 특정한 개시요구의 비용과 이익을 형량하도록 하였다.²⁴⁾ 전자적 정보의 보전의무, 손피와 이에 따른 처벌에 관한 규칙 제37조 (e)도 비례성 기준을 반영하여 개정되었다.²⁵⁾

디스커버리 절차에서 상대방으로부터 정보를 얻을 수 있는 방법은 의무적 개시(Required disclosures, 규칙 제26조 (a))²⁶⁾, 질문서(Interrogatories, 규칙 제33조),²⁷⁾ 문서·전자적 정보·물건의 제출요구(규

21) Mauet/Marcus, op. cit., p. 191.

22) 배우자 특권, 변호사 비닉특권 등. 실무에서는 압도적으로 후자에 관한 것이 많이 문제되므로, 이하에서는 privilege를 ‘비닉특권’이라고만 한다.

23) 연방민사소송규칙 제26(b)(1) “당사자는 소송에서 문제되는 쟁점의 중요성, 분쟁의 값, 당사자의 관련된 정보에 대한 상대적 접근성, 당사자의 자원, 쟁점을 해결하는 데 있어 디스커버리의 중요성, 제안된 디스커버리의 부담이나 비용이 그 가능한 이익을 초과하는지 등을 고려하여, 어느 당사자의 청구 또는 방어와 관련성이 있고 사건의 필요에 비례하는 어떠한 비특권적 사항에 관한 디스커버리도 획득할 수 있다.”

24) 이진규, 전개논문, 12면 이하.

25) 규칙 37(e)는 전자적 정보의 손괴(spoilation)를 막을 의무를 당사자에게 부과하면서도, 당사자가 전자적 정보의 보전을 위하여 합리적인 조치를 취하였음에도 불구하고 이를 보전하지 못하였다면 처벌에서 제외한다.

26) 상대방의 개시신청이 없더라도 의무적으로 개시하여야 하는 사항을 가리킨다.

칙 제34조), 선서진술(Depositions, 규칙 제27조 내지 제32조), 신체 및 정신감정(규칙 제35조), 인정요구(Requests for admissions, 규칙 제36조)²⁸⁾의 여섯 가지이다.²⁹⁾ 이러한 방법 중 어떠한 방법으로 어떠한 범위 내에서 디스커버리를 진행할 것인지는 쌍방 대리인의 협의와 법원의 감독 및 명령에 따라 정해진다. 그 진행순서는 획일적으로 말할 수는 없지만 대체로 다음과 같다.³⁰⁾

1. 쌍방 당사자의 디스커버리 계획수립 회의
2. 법원이 주재하는 공판 전 일정수립 회의 및 일정수립명령
3. 1차개시(Initial disclosure)³¹⁾
4. 질문서(Interrogatories) 송부
5. 문서, 전자적 정보, 물건의 제출요구와 소환장(subpoenas)
6. 당사자와 증인의 선서진술
7. 신체 및 정신감정
8. 전문가의 개시 및 선서진술
9. 사실에 대한 인정요구
10. 공판 전 개시³²⁾

이 중 문서 및 전자적 정보의 제출과 관련된 절차를 위주로 살펴본다.

27) 상대방에게 질문사항을 보내 답변하도록 하는 것을 가리킨다.

28) 상대방의 주장사실을 인정하는지 아닌지 입장을 밝힐 것을 요구하는 것을 가리킨다.

29) Mauet/Marcus, op. cit., p. 193.

30) *Ibid.*, p. 204.

31) 상대방이 개시요구를 하지 않더라도 다른 개시에 앞서 특정 정보를 의무적으로 개시하는 것을 말하며(연방민사소송규칙 26(a)(1)), (i) 소답(청구와 항변)의 근거로 사용될 수 있는 정보를 가지고 있을 것으로 보이는 사람의 연락처, (ii) 당사자가 보관 중인 청구와 항변의 근거로 사용될 수 있는 문서, 전자적정보 및 유형물(有形物)의 사본 등, (iii) 청구액 계산의 근거가 된 문서 기타 자료 등, (iv) 금전지급 판결이 선고될 경우 이와 관련한 책임보험 가입 관련 정보 등이 여기에 해당한다.

32) (i) 공판에서 증언할 증인, (ii) "만일 필요하게 되면" 요청될 증인, (iii) 선서진술을 통해 제공될 증인과 그 진술의 녹취록, (iv) 공판에 제공될 각 물증(서증 포함), (v) "만일 필요하게 되면" 제공될 수 있는 물증을 개시하는 것을 말한다(연방민사소송규칙 제26조(a)(3)). 즉 디스커버리 절차를 통해 수집한 여러 정보와 증거 중 실제로 신청하거나 제출할 증인·증거와, 그러한 가능성이 있는 증인·증거를 최종적으로 밝히는 것이다.

먼저, 당사자와 그 대리인은 계속 중인 소송, 고려 중인 소송 또는 제기될 것으로 예상되는 소송에서의 주장 및 항변과 관련된 정보를 보존하기 위하여 “증거보전조치(litigation hold)”를 취하여야 한다. 당사자가 증거 손괴(spoliation)를 한 것으로 인정된다면 그 손괴행위자 전부 패소의 default judgment가 내려질 수도 있다.

소장이 송달되고 상대방이 답변서를 제출하면, 쌍방 당사자는 디스커버리 계획안 수립을 위하여 가능한 한 빨리 회의(discovery planning meeting)해야 한다(연방민사소송규칙 제26조 (f)). 계획안 수립 회의에서 당사자들은 각 디스커버리 종류별로 그 시기, 개시의 범위, 방법, 비특권에 의한 제한 등을 논의한다. 전자적 정보의 개시범위, 보존, 제출방식과 형태 등의 문제도 위 회의에서 논의한다.³³⁾ 회의가 종료되면 쌍방 당사자는 디스커버리 절차와 관련하여 합의된 내용과 최종적으로 합의되지 않은 항목을 밝혀 법원에 디스커버리 계획안 서면보고서를 제출한다.³⁴⁾ 법원은 위 보고서를 받은 후 이를 참고하여 일정수립명령(pretrial scheduling order)을 내리는데(연방민사소송규칙 제16조 (b)), 통상 그 전에 법원 주제로 일정수립회의(pretrial scheduling conference)를 개최하는 것이 일반적이다.³⁵⁾

일정수립명령이 내려진 후에는 본격적으로 1차개시 및 후속 절차가 진행되는데, 각 절차는 동시다발적으로 진행될 수도 있고, 위 3~9의 순서가 달라질 수도 있으며, 후속절차를 위해 다른 절차가 이용될 수도 있다. 예를 들어, 문서 및 전자적 정보를 누가 어느 범위에서 보관하고 있으며 어떤 형태로 보관하고 있는지 확인하기 위하여 상대방 당사자에게 질문서(interrogatories)를 보낼 수도 있고,³⁶⁾ 정보를 보관하는 제3자(IT 담당 직원 등)에 대하여 소환장(subpoena)을 보내 진술을 받을 수도 있으며,³⁷⁾ 이를 통해 문서 및 전자적 정보의 제출요구 범위와 방법을 특정하여 최종적으로 제출요구를 하게 된다.

정보를 어디까지 개시하여야 하는가, 그리고 어느 쪽에서 정보개시의

33) Mauet/Marcus, op. cit., p. 207.

34) *Ibid.*, p. 210.

35) *Ibid.*, pp. 212-213.

36) *Ibid.*, p. 261.

37) 상계서, 262면.

비용과 노력을 부담할 것인지는 항상 민감한 문제인데, 이에 관하여 당사자 사이에 협의가 되지 않으면 법원이 최종적으로 명령을 발할 수 있다(규칙 제26조 (b)(2), 제36조). 또 법원은 어느 정보가 비닉특권이나 작업결과물 원칙에 의하여 보호되는지 여부에 관하여 당사자 사이에 다툼이 있을 경우 Special Master 등을 통한 심사를 거쳐 최종적으로 그 보호 여부를 결정할 수 있다.³⁸⁾ 증거개시의무에 위반하여 자기의 공격과 방어에 사용할 수 있는 자료를 제출하지 않은 당사자는 개시하지 않은 자료나 증인을 법정에서 증거로 사용할 수 없고, 법원은 필요에 따라 기타의 제재를 가할 수 있다(규칙 제37조).

2. 미국 연방민사소송절차에서의 E-discovery

가. 개요

전자적 정보는 문서파일이나 스프레드시트, 전자메일, 사진파일 등 전형적인 것 외에도, 휴대폰 문자, 카톡 메시지, 사진, 메타데이터, 삭제된 파일 조각, 데이터베이스 등 점점 다양한 형태로 새로운 형태의 전자정보가 창출되고 있으며, 증명방법으로서의 중요성도 나날이 높아지고 있다.

이에 2006년 개정된 연방민사소송규칙은 2004년 발표된 세도나 원칙³⁹⁾을 상당 부분 반영하여 전자적 정보의 개시에 관하여 여러 조항을 신설하였고,⁴⁰⁾ 2015년에도 전자적 정보에 관한 여러 조항을 추가하였다.⁴¹⁾ 또한 관련 여러 단체의 협력 하에 2005. 5. EDRM(전자증거개시 참조모델: Electronic Discovery Reference Model)이 발표되었고, 그 후 계속 발전하면서 현재까지도 실무 표준으로 이용되고 있다.⁴²⁾

38) 김도훈, “미국 전자증거개시절차상 법관특별보좌관제도와 조정제도의 활용에 관한 연구”, *홍익법학* 제16권 제1호 (2015), 101면 이하.

39) 세도나 원칙에 관하여는 김도훈, 전계 1 논문, 132면 이하 참조.

40) 김정환/최은정, 전계 보고서, 57면 이하.

41) Mauet/Marcus, op. cit., p. 259 이하.

42) 탁희성, 전계 보고서, 50면 이하.

나. 전자적 정보의 특수성

전자적 정보의 개시의 특수성을 이해하려면 일반적인 문서와 전자적 정보의 차이점을 먼저 이해해야 한다. 전자적 정보의 특성으로는 비공식성,⁴³⁾ 메타데이터의 존재,⁴⁴⁾ 정보의 변경 및 수정가능성,⁴⁵⁾ 삭제의 특수성,⁴⁶⁾ 저장장소의 불명확성,⁴⁷⁾ 용량의 방대성, 매체의존성,⁴⁸⁾ 정보에 대한 접근의 차별성⁴⁹⁾ 등을 들 수 있다.⁵⁰⁾ 이러한 전자적 정보의 특성으로 인하여, 전자적 정보의 개시는 다음과 같이 종이문서의 개시와는 다른 특성을 갖는다.⁵¹⁾

① 전자적 정보는 다양한 포맷과 매체에 저장되므로 외부 기술전문가의 지원이 반드시 필요하다.

② 전자적 정보는 변경과 삭제가 용이하고 주기적으로 정보가 삭제되고 덧씌워지므로, 종이문서와는 달리 보존의무 이행에 추가적인 주의가 요구된다.

③ 전자적 정보는 압도적인 정보량으로 인하여 상당한 처리비용이 든다(단 TAR의 활용 등 기술 발전에 따라 비용은 감소추세에 있다).

④ 전자적 정보를 그림파일 또는 검색불가능한 pdf 형태로 개시할 것인지 아니면 검색 가능한 형태로 개시할 것인지, 메타데이터를 포함할 것인지, 그 경우의 처리비용은 누가 부담할 것인지가 항상 문제된다.

43) 정보생산자 및 이용자는 종이문서와는 달리 공식적인 문서철에 정보를 남기는 것이 아니라 정보가 남는다는 의식도 특별히 없이 일상생활이나 업무 가운데에 다양한 형태의 정보를 남기게 된다.

44) 전자문서의 내용뿐만 아니라 그 문서의 작성자, 수정자, 최초 생성자, 최초 생성시간, 수정시간 등 다양한 메타데이터도 전자적 정보로 남는다.

45) 종이문서는 변조의 흔적이 남으나 전자정보는 흔적 없이 수정할 수 있다.

46) 종이문서 파쇄는 사람이 손으로 하므로 물리적 파쇄의 증거가 남을 수 있는 반면, 정보 자체는 완전히 소멸될 수 있다. 전자정보는 다량을 일시에 지울 수 있는 반면 디지털 포렌식을 통해 일정 부분이 복구될 수 있다.

47) 정보의 주체도 그 정보가 어디에 소재한 어느 서버에 저장되는지 알기 어려운 경우가 많다.

48) 정보의 확인을 위하여 특정 소프트웨어나 하드웨어가 필요할 수 있다.

49) 전자정보의 성격에 따라 접근성이 매우 높은 정보와 매우 어려운 정보 등 접근성이 차별적이다.

50) 탁희성, 전계 보고서, 35~40면.

51) 상계 보고서, 46~50면.

⑤ 특권 등에 의하여 보호되는 정보가 부주의하게 상대방에게 잘못 개시될 가능성이 종이문서보다 높다.

E-discovery에는 실제로 어느 정도의 비용이 소요될까? 법률 관련 컨설팅 펌인 JD SUPRA가 E-discovery 전문가 80명을 대상으로 2019. 11. 실시한 설문조사에 따르면, 포렌식 전문가가 데이터를 수집하는 비용은 시간당으로는 250~350\$(응답자의 62.5%), 장치별 비용은 350\$ 이상(응답자의 51.3%), 데이터 수집 후의 분석 및 전문가 증언 비용은 시간당 350~550\$(응답자의 60%), 데이터의 정보량(1GB)별 처리비용은 투입량 기준 25~75\$(응답자의 52.5%), 최종 처리완료량 기준 100~150\$(응답자의 42.5%), predictive coding 비용은 1GB당 75\$ 이하(응답자의 40%)라고 한다.⁵²⁾ 위 비용은 순수히 기술적 비용만이고, 양 당사자의 변호사가 일단 선별된 정보를 다시 사람의 눈으로 재검토하는 비용은 제외한 것이다.

다. 연방민사소송규칙의 관련규정

연방민사소송규칙은 위와 같은 전자적 정보의 특성을 고려하여 E-discovery에 특유한 몇 개의 규정을 두고 있다.⁵³⁾

먼저, 전자적 정보는 변개나 삭제가 용이하므로, 그 보전에 특별한 주의가 필요하다. 이에 따라 규칙 제26조 (f)는 당사자들이 일정수립회의에서 만나 회의(meet and confer)를 함에 있어 반드시 “디스커버리 가능한 정보의 보전을 위한 모든 주제를 논의하여야 함”을 규정하고 있다. 당사자의 변호사는 소송이 제기될 수 있음을 알게 된 즉시 의뢰인에게 정보가 변경(altered)되거나 파괴(destroyed)되지 않도록 보유 중인 관련 정보의 증거보전조치를 취할 것을 알려야 하며, 이는 통상 “보전서신(preservation letter)”의 형태로 이루어진다.⁵⁴⁾

52) <https://www.jdsupra.com/legalnews/the-cost-of-doing-business-winter-2020-40707/> 2020. 5. 18. 최종확인).

53) 아래 소개하는 조항 외에도 연방민사소송규칙상 전자적 정보가 여러 곳에서 다루어지고 있으나, 형사소송절차에서도 함께 문제되는 부분을 위주로 설명한다.

54) Mauret/Marcus, op. cit., p. 263 이하.

전자적 정보가 제대로 보존되지 않은 경우에 관하여는 규칙 제37조 (e)가 특별규정을 두고 있다. 만약 당사자가 전자적 정보의 보존을 위한 합리적인 조치를 취하지 않아 전자적 정보가 멸실된 경우, 법원은 이로 인하여 상대방이 불이익을 받은 범위에서 이를 치유할 조치를 취할 수 있다. 그러나 상대방이 해당 정보를 소송에서 이용하지 못하게 할 의도로 당사자가 행위하였음이 인정되는 경우에만, 법원이 배심원에게 그 정보가 그 당사자에게 불리한 것이라고 추정하도록 명하거나, 그 당사자의 소를 각하(dismiss)하거나, 그 당사자를 패소시키는 무변론 청구인용판결(default judgment)을 내릴 수 있다. 당사자가 합리적인 조치를 취하였음에도 불구하고 정보를 보존하지 못하였다면 아무런 불이익을 받지 않는다. 이러한 safe harbor 조항 역시 비례의 원칙을 반영한다.⁵⁵⁾

다음으로, 전자적 정보에 관한 디스커버리의 범위를 정하는 핵심적인 기준은 ‘합리적으로 접근 가능한가’이다. 규칙 제26조 (b)(2)(B)는 “일방 당사자는 당사자가 지나친 부담 또는 비용으로 인하여 합리적으로 접근 가능하지 않은 소스에 저장된 전자적 정보의 디스커버리를 제공할 필요는 없다. 디스커버리를 강제하는 명령이나 보호명령(protective order) 시에, 디스커버리를 해야 하는 당사자는 지나친 부담 또는 비용으로 인하여 특정 정보가 합리적으로 접근 가능하지 않음을 제시하여야 한다. 그러한 점에 대한 제시가 이루어졌다 하더라도, 법원은 규칙 제26조 (b)(2)(C)를 고려하여 디스커버리를 요구한 상대방이 정당한 이유(good cause)를 보여주었다면 해당 소스로부터의 디스커버리 명령을 내릴 수도 있다. 법원은 디스커버리에 대한 조건을 붙일 수 있다.”라고 규정하고 있다. 즉 법원은 전자적 정보의 개시요구가 과연 합리적인지를 형량하여야 하며, 경우에 따라서는 규칙 제26조 (c)(1)(B)에 기하여 정보의 개시는 명하되 그 비용은 제출자가 아닌 상대방이 부담하도록 명할 수도 있다.⁵⁶⁾

규칙 제34조 (b)(1)(C)는 전자적 정보의 제출요구 시 그 형식을 특정할 수 있음(“The request ... may specify the form or forms in which electronically stored information is to be produced.”)을 규정

55) *Ibid.*, p. 262.

56) *Ibid.*, p. 274.

한다. 상대방은 요구된 형식에 대하여 이의할 수 있다. 또한 당사자들이 달리 합의하거나 법원이 달리 명령하지 않는 한, 정보제출 요구에서 전자적 정보의 형식이 특정되지 않았다면, 당사자는 통상적으로 저장되는 형식 또는 합리적으로 사용가능한 형식으로 해당 정보를 제출하여야 하며, 동일한 전자적 정보를 여러 형식으로 제출할 필요는 없다.⁵⁷⁾

전자적 정보의 디스커버리에서 발생할 수 있는 또 다른 문제는 비닉특권(privilege)이 적용되는 정보 및 작업결과물 보호(work product protection)를 받는 정보와 관련된 것이다. 전자적 정보의 방대성, 비정형성으로 인하여, 비닉특권 등에 기하여 개시의무가 면제되는 정보가 우연히 잘못 개시되는 상황이 발생할 수 있다. 연방민사소송규칙 제26조 (b)(5)는 그러한 경우, 특권을 주장하는 당사자는 해당 정보를 받은 상대방 당사자에게 즉시 통지하여야 하고, 상대방 당사자는 신속히 자신이 받은 원본과 사본을 반환, 격리, 파쇄하여야 하며, 해당 정보는 동결되어, 그 정보가 비닉특권의 대상인지 여부가 법원에 의하여 결정될 때까지 그 정보를 이용하거나 공개해서는 안 된다고 규정한다. 이러한 상황을 보다 협력적으로 해결하기 위한 방법이 “환수(clawback)” 합의이다.⁵⁸⁾ 쌍방 당사자는 디스커버리 계획안 수립 시에 위 환수 합의를 할 수 있고, 법원의 일정수립명령(scheduling order)에 이를 포함시킬 수도 있다. 연방증거규칙(Federal Rules of Evidence) 제502조에도 관련 내용이 규정되어 있다.

라. EDRM과 TAR

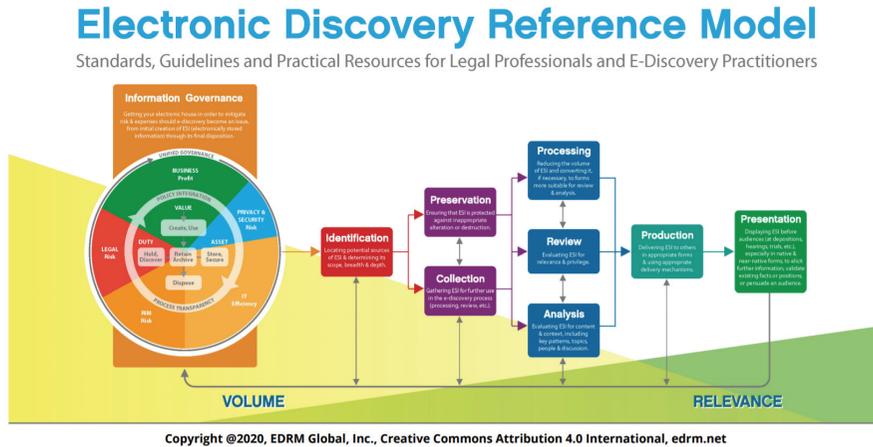
전자적 정보에 대하여 지나치게 광범위하게 개시요구를 한다면 그 디스커버리의 시간과 비용이 합리적 범위를 초과할 수 있으므로, 양 당사자가 각자의 전자적 정보 관리시스템에 관하여 진솔하게 논의하고 표준에 따르는 것이 논란과 비용을 줄이는 방법이다.⁵⁹⁾ 이러한 전자적 정보의 특성을 고려하여 보다 효율적이고 합리적으로 전자적 정보의 개시를

57) *Ibid.*, p. 261.

58) *Ibid.*, pp. 267~268.

59) *Ibid.*, p. 266.

수행하기 위하여 만들어진 표준이 EDRM(Electronic Discovery Reference Model)이며, 그 기본구조는 아래와 같다.⁶⁰⁾



EDRM의 프로토콜은 전자적 정보의 관리(governance), 소송이 제기되거나 예상되는 상황에서의 전자적 정보 식별(identification), 보존(preservation), 수집(collection), 수집된 정보의 처리(processing), 검토(review), 분석(analysis) 및, 최종적인 제출(production)과 법정 등에서의 제시(presentation)의 단계로 나누어지며, 각각의 단계에 대하여 다시 구체적인 가이드가 존재한다.⁶¹⁾ 소송당사자가 전자적 정보의 디스커버리에 관하여 EDRM 프로토콜을 따르는 경우, 전자정보 산출물에 대한 쟁점이 매우 간소화되고 불합리한 논쟁을 최소화할 수 있다는 장점이 있다.⁶²⁾

한편 전자적 정보의 제출요구를 받은 당사자가 “청구 또는 방어와 관련성이 있고 사건의 필요에 비례하는 사항” 일체(연방민사소송규칙 제26조 (b)(1))를 검색하여 찾아내고, 다시 그 중에서 비닉특권이나 작업결과

60) <https://www.edrm.net/wp-content/uploads/2020/04/EDRM-clean-poster-24x36-1.pdf> (2020. 5. 18. 최종확인).

61) <https://www.edrm.net/resources/frameworks-and-standards/edrm-model/> (2020. 5. 18. 최종확인).

62) 탁희성, 전계 보고서, 51면; 강성수/송현정/서용성, 「전자정보의 증거조사 현황과 개선 방안에 관한 기초 연구」, 사법정책연구원(2015), 174면 이하.

물 원칙에 의하여 보호되어 제출의무가 면제되는 정보를 선별하는 데에는 많은 시간과 비용이 소요되며,⁶³⁾ 이를 제공받은 상대방 당사자가 다시 전자적 정보를 검토하여 원하는 자료를 찾아내는 데에도 역시 많은 시간과 비용이 투입되어야 한다. 이에 따라 제출자나 상대방 모두 전문업체가 제공하는 검색과 선별 프로그램의 기술적 도움을 받는 경우가 많다. 이를 TAR(Technology Assisted Review, 기술기반 검토)라고 하는데, 초기에는 키워드 검색 등의 방법이 활용되다가, 최근에는 머신러닝에 의한 predictive coding이 급속도로 영역을 넓히고 있다.⁶⁴⁾ TAR는 필요한 정보나 배제할 정보를 일일이 사람 손으로 찾는 것에 비하여 엄청나게 시간과 비용을 절약할 수 있을 뿐만 아니라, 알고리즘의 정확도가 향상되면서 오히려 사람이 분류하는 것보다 더 정확하게 필요한 정보를 선별할 수 있으므로, 미국 주법원이나 연방법원도 *Da Silva Moore v. Publicis Groupe* 사건⁶⁵⁾ 이래로 TAR의 활용을 대체로 긍정하여 왔다. 대규모 제조물책임소송에서 당사자 쌍방이 기술기반 검토에 합의하여 디스커버리 비용을 줄이기도 하고,⁶⁶⁾ 심지어는 법원이 직권으로 당사자 쌍방에게 TAR를 활용할 것을 명하기도 하는 등,⁶⁷⁾ TAR는 점차 실제 사건에서 활발하게 활용되고 있다. 또한 인공지능 알고리즘에 의하여 E-discovery를 수행하는 Epiq, Exterro, Everlaw, opentext 등의 업체도 다수 등장하고 있다.

전미 변호사협회(American Bar Association) 또한 법조윤리모델규칙(Model Rules of Professional Conduct) 제1.1조에 대한 주석(comment 8)을 개정(amendment)하여, 변호사로 하여금 법조실무영역에서 요구되는 관련 기술(technology)에 대해서도 지속적인 역량을 구비할 것을 요구하고 있다.⁶⁸⁾

63) 일반적인 디스커버리와 마찬가지로, E-discovery에서도 그 정보의 제출자가 제출비용을 부담하는 것이 원칙이다. Maut/Marcus, op. cit., p. 273

64) TAR의 자세한 내용은 김정환, 전제논문, 413면 이하 참조.

65) 287 F.R.D. 182 (S.D.N.Y. 2012).

66) *In re Actos (Pioglitazone) Products Liability Litigation*, No. 6:11-MD-2299, 2014 WL 355955 (W.D.La. 2012). 사건 개요는 김정환, 전제논문, 422면 참조.

67) *EORHB, Inc. v. HOA Holdings*, No. 7409-VCL (Del.Ch. 2012).

68) 변호사의 기술역량구비의무에 관하여는, 김도훈, “미국 전자증거개시절차상 변호사의 기술역량구비의무에 관한 소고”, 이화여자대학교 법학논집 제21권 제1호(2016. 9), 70면 이

마. 소결

E-discovery는 전체 소송비용 중 큰 부분을 차지하는 상당히 비싼 증거수집방법인 반면, 이를 잘 활용할 경우 종이 디스커버리보다 오히려 시간과 비용을 줄일 수도 있다. 민사소송절차의 쌍방 당사자는 관련 규칙과 표준을 잘 알아 사전적으로 증거를 보존하고, 디스커버리의 단계별로 상호 협력하며, 디스커버리 과정에서 관련 쟁점과 기술, 전문업체를 잘 알고 활용함으로써 서로간의 비용과 노력을 최소화할 수 있다. 미국 연방민사소송규칙이나 EDRM도 각 단계별로 매우 구체적인 사항까지 당사자가 협의하고 표준을 따르도록 함으로써 당사자의 협력을 권장하고 불필요한 절차상 분쟁을 방지하며 전자적 정보가 가능한 한 그 전자적 정보의 특성을 잃지 않은 상태로 상대방에게 개시될 수 있도록 하는 것을 목표로 하고 있다.

III. 미국 연방형사소송절차에서의 E-discovery

1. 미국 연방형사소송절차에서의 디스커버리 제도

미국 연방형사소송절차에서는 당초 영국 커먼로 전통에 따라 증거개시에 소극적이었다. 그러나 1960년대에 접어들자, 피고인의 방어권 보장을 위하여 증거개시가 필요하고, 검찰 보관 증거의 개시가 plea bargaining을 촉진하며, 형사소송절차도 민사소송절차에서의 디스커버리 확대에 부응하여 개혁되어야 한다는 주장이 힘을 얻게 되었다.⁶⁹⁾ 또한 증거개시에 관한 리딩케이스라 할 수 있는 *Brady v. Maryland*⁷⁰⁾ 사건에서 미연방대법원은 “피고인에게 유죄 혹은 처벌에서 중요하게 작용되는 증거에 대

하 참조.

69) 탁희성, 「형사증거개시제도에 관한 연구」, 형사정책연구원 연구총서(2003), 41~43면.

70) 373 U.S. 83, 83 S.Ct. 1194, 10 L.Ed.2d 215(1963).

해 피고가 증거개시요구를 했음에도 불구하고 검사가 이를 거부한 경우에는 헌법상 권리인 적법절차보장에 위배된다”고 판시하여, 피고인의 방어권 보호 및 적법절차 원칙상 검사에게 증거개시의무가 있음을 선언하였다.

결국 이러한 논의 및 판례를 반영하여 1966년 연방형사소송규칙(Federal Rules of Criminal Procedure) 제16조가 대폭 개정되어 공판전 증거개시의 범위가 대폭 확대되었다. 그 후 전미변호사협회가 1970년에 피고인의 증거개시요구권을 절차적으로 강조하는 “디스커버리 및 공판전 절차에 관한 기준(Standards Relating to Discovery and Procedure Before Trial)”⁷¹⁾을 발표하면서 1975년에 연방형사소송규칙 제16조가 이를 반영하여 다시 개정되었으며, 그 후에도 수차례 걸친 개정이 있었다.⁷²⁾

현행 연방형사소송규칙에서 E-discovery와 직접 관련 있는 조항은 제 16조 (a)(1)(E)로서, 그 내용은 다음과 같다.

제16조 (a)(1)(E) 서류 및 대상물. 국가는 국가가 점유, 관리 또는 지배하고 있는 책, 서면, 문서, 데이터, 사진, 유체물, 건물 또는 장소, 혹은 그 사본이나 일부가 ① 피고인의 방어에 중요하거나, ② 정부가 이를 공판에서 주된 증거로 사용하고자 하거나, 또는 ③ 피고인으로부터 획득되었거나 피고인 소유인 경우, 피고인이 요구하면 이를 피고인으로 하여금 검사, 복사 또는 촬영하도록 허용하여야 한다.

(E) Documents and Objects. Upon a defendant's request, the government must permit the defendant to inspect and to copy or photograph books, papers, documents, data, photographs, tangible objects, buildings or places, or copies or portions of any of these items, if the item is within the government's possession, custody, or control and:

71) 현행 ABA의 Criminal Justice Standards 중 디스커버리 항목은 아래에서 확인할 수 있다.
https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/publications/criminal_justice_section_archive/crimjust_standards_discovery_blk/ (2020. 5. 19. 최종확인).

72) 가장 최근의 연방형사소송규칙 개정으로는 기소사실 인부절차(Arrest)로부터 14일 이내에 공판전 회의를 열어 공판전 증거개시의 일정과 절차를 협의하도록 한 규칙 제16.1조의 개정이 있다(2019. 4. 25. 개정, 2019. 12. 1. 발효).

- (i) the item is material to preparing the defense;
- (ii) the government intends to use the item in its case-in-chief at trial; or
- (iii) the item was obtained from or belongs to the defendant.

단 정부 소속 변호사나 대리인이 당해 사건의 조사와 관련하여 작성한 리포트, 메모, 내부보고서 등의 작업결과물(work product)은 개시에서 제외된다.

향후 정부측 증인으로 증언할 예정인 자의 진술은 연방형사절차에서는 18 U.S.C. §3500⁷³⁾에 따라 개시에서 제외된다.(제16조 (a)(2)) 다만 주의 형사절차에서는 다르다. 과반수의 주가 증인으로 증언할 예정인 자의 성명, 진술서, 수사보고서를 공판 전에 개시하도록 요구하고 있다.⁷⁴⁾ 또 일부 주는 ‘open-file discovery’, 즉 공판 전에 당해 사건에 관련된 사실상 모든 증거를 피고인에게 개시하는 정책을 채택하고 있다.⁷⁵⁾

한편 개시의무는 상호적으로 작용하므로, 만약 피고인이 정부에 정보 개시를 요구하였다면 정부도 피고인에게 피고인이 점유, 관리 또는 지배 하면서 공판에서 주된 증거로 이용하고자 하는 서류, 유형물, 데이터 등의 개시를 요구할 수 있다(제16조 (b)). 만약 피고인이 정보 개시를 요구 하지 않았다면 정부도 피고인에게 정보 개시를 요구할 수 없다.⁷⁶⁾

요약하자면, 정부(검사)는 피고인의 유죄를 뒷받침할 증거 및 피고인에게서 압수하거나 제출받은 증거는 당연히 개시하여야 하고, 그 외에도 피고인의 방어권 행사에 중요하거나(material evidence to defense) 피고인의 죄를 무죄로 하거나 또는 경감할 수 있는 증거(exculpatory

73) 위 18 U.S.C. §3500 (the Jencks Act)에 의하면, 연방형사절차에서 정부측 증인으로 증언할 예정인 자의 진술은 그 사람이 증언한 후에 비로소 개시될 수 있다. 이 법률은 증인의 진술의 개시시기를 주신문 종료 후로 정하고, 증인의 증언과 무관계한 자료가 무제한적으로 개시되는 것을 막기 위해 법원에 의한 사전심사절차를 두었으며, 개시명령에 거부하는 경우에 있어서의 증인의 증언배제, 공판절차의 무효선언 등을 규정하여 개시명령의 효율성을 담보하고자 하였다. 단 진술의 개시 시기가 주신문 종료 후로 제한됨으로 인하여 피고인 측의 반대신문권이 충분한 효과를 거둘 수 없게 될 우려가 있다는 비판이 제기되고 있다. 탁희성, 전계 2 보고서, 45면 이하 참조.

74) Miriam H. Baer, *Timing Brady*, 115 COLUM. L. REV. 1, at p. 22 (2015).

75) TEX. CODE CRIM. P. § 39.14.

76) 탁희성, 전계 2 보고서, 50면.

evidence)라고 판단될 경우 이를 개시할 의무가 있다. 여기에서 가장 많이 쟁점이 되어 온 것은 “방어에 중요한 증거(evidence material to defense)”에서 ‘material’을 어떻게 해석할 것인가이며, 이는 주로 검사가 피고인에게 유리한 증거를 은폐(suppress)한 사안에서 문제되어 왔다.⁷⁷⁾

Brady 원칙 하에서 ‘중요성’의 기준(materiality standard)은 미국수정헌법 제5조와 제14조에 따른 피고인의 적법절차권이 침해되었는가이다. 보다 구체적으로, 어떠한 증거가 증거조사의 대상이 될 수 있는 증거를 확보하거나(uncovering admissible evidence) 증인 준비를 하는 데 필요하거나(aiding witness preparation), 증언을 보강하기 위한 것이나(corroborating testimony), 탄핵 혹은 반박(assisting impeachment or rebuttal)에 있어서 중요한 역할을 할 수 있는 강한 징표가 될 경우에는 중요한 증거가 된다. 우리 형사소송법 제266의3 제2항과 같이 피고인의 증거인멸 가능성이 있다는 사유로 정부의 증거개시 의무가 면제되지는 않는다.⁷⁸⁾

개시는 피고인의 방어권 행사에 충분한 시간을 확보할 수 있도록 행해져야 한다. 일방당사자가 개시할 의무 있는 정보의 개시요구에 따르지 않을 경우, 법원은 개시명령, 상대방 당사자의 준비를 위한 기일의 연기, 그 불준수 당사자가 개시하지 않은 증거에 대한 제출금지 등을 명할 수 있다.⁷⁹⁾ 또한 검찰 측이 개시를 요청받은 증거를 개시하지 않은 경우, 만약 개시가 행해졌더라면 그 절차의 결과가 달라지게 되었을 것이라는 합리적인 개연성이 존재한다면 그 불개시한 증거가 중요한 것으로 간주되어 공판이 무효로 되고 새로운 재판이 개시될 수 있다.⁸⁰⁾ 통상 개시의 무 불이행이 의도적인 경우에만 새로운 재판이 개시될 수 있으나,⁸¹⁾ *Giglio v. United States* 판결⁸²⁾에서처럼 핵심사항의 불개시가 반드시 의도적

77) 황경환, “형사소송법상 증거개시제도에 대한 법적 소고”, 한양법학, 25(2009), 174면 이하.

78) 상계논문, 177~178면.

79) 탁희성, 전제 2 보고서, 56면.

80) 상계 보고서, 57면.

81) 상계 보고서, 58면.

82) 405 U.S. 150 (1972). 증인이 증언의 대가로서 기소를 면제받기로 하였다는 사실을 검사가 배심원에게 개시하지 않은 경우였다.

인 것이 아니라 하더라도 적법절차 위반에 해당하여 공판무효가 되는 경우도 있다. 만약 검사가 개시대상인 증거의 보존의무를 이행하지 않은 경우 민사와 마찬가지로 검사에게 불이익이 가해져 피고인에게 무죄가 선고될 수 있다.⁸³⁾

2. 미국 연방형사소송절차에서의 E-discovery

가. 문제점

형사사건에서도 컴퓨터나 스마트폰에 저장된 다량의 문서파일이나 메시지, 디지털 음란물 사건의 음란 동영상, 다량의 이메일 등이 점점 많이 증거로 등장하고, 다량의 전자적 정보에 대한 디스커버리는 민사절차에서와 마찬가지로 점점 더 많은 형사사건에서 쟁점이 되고 있다.⁸⁴⁾ 반드시 사이버범죄에만 국한되지 않고, 일반 형사사건에서도 각종 감시카메라, GPS, 인공지능 스피커나 IoT 기기에 저장된 음성이나 영상, 위치정보 등이 증거로 활용되고 있다.

그러나 미국 연방형사소송규칙 제16조는 형사증거개시의 대상을 “books, papers, documents, data,⁸⁵⁾ photographs, tangible objects, buildings or places, or copies or portions of any of these items”으로 규정하여 데이터 또한 증거개시의 대상임을 명시하고 있으나, 정작 전자적 정보에 대한 디스커버리 절차를 어떻게 수행할 것인지에 관하여는 연방민사소송규칙 제26조나 제34조와 같은 구체적인 규정을 두고 있지 않다.⁸⁶⁾

83) U.S. v. Suarez, 2010 WL 4226524(D.N.J. Oct 20, 2010). 상세한 내용은 서주연, “형사절차상 전자증거개시에 관한 비교법적 연구,” 서울법학, 25(1) (2017), 218면 참조.

84) Jenia I. Turner, *Managing Digital Discovery in Criminal Cases*, 109 J. Crim. L. & Criminology 237 (1019), at p. 239. <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol109/iss2/3> (2020. 6. 1. 최종확인).

85) 밑줄과 강조표시는 필자가 한 것이다.

86) *United States v. Warshak* 사건에서 미국 연방제6순회법원은 “연방형사소송규칙은 전자적 정보의 개시형태 문제에 관하여 연방형사소송규칙은 완전히 침묵을 지키고 있고, 문서들이 어떻게 구성되고 색인되어야 하는지에 관하여 아무런 지시도 없다”고 지적한 바 있다.

이에 따라 형사절차상의 E-discovery에서도 민사절차상의 E-discovery 관련 법리나 규정을 참조하는 경우가 많다. 예를 들어 *U.S v. O'keefe* 사건에서 검찰이 압수하여 보관 중인 다수의 전자적 정보의 개시가 적절한지가 문제되자, District of Columbia 연방지방법원은 형사절차에서의 전자적 정보 개시의 형태에 관하여 연방형사소송규칙에 특별한 규정이 없는 이상 연방민사소송규칙 및 연방민사소송절차를 참고하여야 한다고 판시하였다.⁸⁷⁾

그러나 미국 연방형사절차에서의 디스커버리는 연방민사절차와 여러 점에서 다르다. 첫째, 앞서 본 바와 같이 연방민사절차와 연방형사절차에서의 증거개시 범위가 다소 다르다. 둘째, 연방민사절차에서는 쌍방 당사자가 대심적 절차에서의 동등한 당사자이고, 이는 일방 당사자가 정부기관이라도 마찬가지이지만, 연방형사절차에서는 디스커버리 절차에서 정부가 공익의 대표자로서 정의를 실현해야 한다는 비대심적 의무를 부담한다.⁸⁸⁾ 셋째, 피고인은 신속한 재판을 받을 권리 및 변호인의 조력을 받을 권리를 가지나, 피고인의 변호인이 다량의 전자적 정보를 신속하게 검토할 능력과 자원을 가지는 경우는 많지 않다.⁸⁹⁾

이에 따라 연방형사소송규칙 등 형사절차규정이 없다고 해서 무조건 연방민사소송절차에서의 E-discovery 규정을 준용 또는 참조할 것이 아니라,⁹⁰⁾ 연방형사소송절차 고유의 특성을 고려하여 형사 E-discovery를

631 F.3d at 266, 296(6th Cir. 2010).

87) 537 F. Supp. 2d 14 (D.D.C. 2008).

88) ABA Model Rules of Professional Responsibility 3.8, comment [1] “A prosecutor has the responsibility of a minister of justice and not simply that of an advocate. This responsibility carries with it specific obligations to see that the defendant is accorded procedural justice, that guilt is decided upon the basis of sufficient evidence, and that special precautions are taken to prevent and to rectify the conviction of innocent persons. (...)”

https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/rule_3_8_special_responsibilities_of_a_prosecutor/comment_on_rule_3_8/ (2020. 5. 21. 최종확인).

89) Sean Broderick et al., op. cit., p. 3.

90) 위 *United States v. Warshak*는 미국 연방민사소송규칙 제34조 (b)(2)(e)(i)에서의 형식 기준이 형사 디스커버리 절차에서도 그대로 적용되어야 한다는 피고인의 주장을 배척하였다. 631 F.3d at 266, 296.

위한 독자적인 가이드라인을 수립해야 할 필요성이 대두되었다. 2012년의 ESI Protocol 및 2015년의 포켓가이드는 이러한 맥락에서 발표 및 발간되었다. 이하에서는 먼저 ESI Protocol의 개요와 포켓가이드의 내용을 순차로 살펴보고, 형사절차에서의 E-discovery에 관한 미국의 최근 논의도 추가로 소개한다.

나. ESI Protocol

1) ESI Protocol의 취지와 구성

대부분의 정보가 전자적으로 생성되고 저장되는 오늘날, 형사절차에서 보다 큰 효율성과 비용 절감이 가능해질 수 있고, 이는 빈곤한 피고인에게 특히 중요하다. 이러한 효용을 현실화하고 불필요한 비용, 절차의 혼란이나 지연을 피하기 위해서는 형사변호사 및 관계자가 전자적 정보의 디스커버리를 어떻게 수행할 것인지를 스스로 교육시키는 것이 필수적이다. 이에 1998년 미국연방법원 행정처장과 미국 연방법무부장관이 함께 전자기술 공동 워킹그룹[The Joint Electronic Technology Working Group (JETWG)]을 구성하였다. JETWG는 미국연방법원 행정처 변호사 무국[Administrative Office of U.S. Courts' (AOUSC) Office of Defender Services (ODS)], 연방법무부, 연방변호인기구[Federal Defender Organizations (FDO)]의 대표들과 Criminal Justice Act (CJA)⁹¹⁾에 따른 변호인 임명을 수락한 변호사(이하 'CJA 변호인'이라 한다)들로 구성되어, 형사절차에서의 E-discovery에 대한 원칙, 권고, 전략, 체크리스트를 작성하였다. ESI Protocol은 모든 사건을 대상으로 하는 것이 아니라 전자적 정보의 분량이나 성격이 디스커버리 측면에서 사건의 복잡성을 현저히 증가시키는 경우를 대상으로 한다.⁹²⁾

이하에서는 원칙과 권고 부분을 주로 소개한다.

91) Criminal Justice Act, 18 U.S.C. § 3006A. 이 법에 따라 일반 변호사가 국선변호인 명단에 이름을 올리면 법원이 그 중에서 경제적으로 변호인을 선임할 수 없는 피고인을 위하여 필수적 혹은 재량적 국선변호인을 선임하는 것으로, 우리나라에서 국선전담변호사가 아닌 일반변호사 중에서 국선변호인을 선임하는 것과 유사하다.

92) JETWG, ESI Protocol, p. 1.

2) 원칙(Principles)⁹³⁾

제1원칙 : 변호사⁹⁴⁾는 E-discovery에 대한 적절한 이해를 갖출 책임이 있다.

제2원칙 : 당사자들은 전자적 정보에 관하여 충분한 기술적 지식과 경험을 갖춘 전문가를 E-discovery 관련 계획, 개시, 분쟁해결의 과정에 포함시켜야 한다.

제3원칙 : 당사자들은 사건의 개시 단계에 만나서 E-discovery의 성격, 분량 및 기법을 논의해야 한다. E-discovery가 특별히 복잡하거나 단계별로 이루어지는 경우, 지속적인 대화가 도움이 될 수 있다.

제4원칙 : 당사자들은 어떠한 제출포맷이 가능하고 적절한지 및 어떠한 포맷이 생성될 수 있는지 논의하여야 한다. 개시를 위해 선택된 어떠한 포맷이라도 전자적 정보의 온전성을 보전하고, 합리적인 이용가능성을 허용하고, 합리적으로 비용을 한정하고, 가능하다면 포맷의 업계표준에 부합할 수 있어야 한다.

제5원칙 : E-discovery 개시를 함에 있어, 당사자로 하여금 자기 스스로의 사건 준비 및 디스커버리 제출을 위하여 기존에 수행하였거나 향후 수행할 예정인 것 이상의 추가적인 추가적 처리비용 또는 포맷전환 비용이나 부담을 떠안도록 해서는 안 된다.

제6원칙 : 만나서 회의한 후, 당사자들은 E-discovery와 관련하여 사건 진행에 중대한 영향을 미칠 것으로 합리적으로 예상되는 이슈나 문제를 법원에 고지하여야 한다.

제7원칙 : 당사자들은 효율성, 보안성, 비용절감을 촉진하기 위한 E-discovery 전송방법 및 매체를 논의하여야 한다. 정보를 제출하는 당사자는 전송되는 정보의 일반적인 묘사를 제공하여야 하고, 그 기록을 보존하여야 한다.

제8원칙 : 다수당사자 사건에서 피고인들은 한 명 이상의 변호인에게 디스커버리 코디네이터 권한을 부여하거나 별도로 디스커버리 조정 변호사(Coordinating discovery attorney)⁹⁵⁾를 임명하여야 한다.

93) *Ibid*, pp. 1~2.

94) 피고인의 변호인과 정부의 변호사(검사)를 모두 뜻한다.

제9원칙 : E-discovery와 관련된 분쟁이 발생하면, 당사자들은 필요한 기술적 지식을 갖춘 감독자⁹⁶⁾를 관여시키는 등 분쟁을 논의하고 해결하려는 선관주의의 노력을 다해야 하며, E-discovery 관련 분쟁이나 전자적 정보 제출 관련 비행, 남용, 중과실 주장을 하며 법원에 해결을 신청하기 전에 위 감독자와 상의하거나 감독자의 수권을 받아야 한다.

제10원칙 : 모든 당사자들은 제출된 전자적 정보가 전파되는 것을 그 정보가 필요하고 접근이 허용된 소송팀의 구성원에게로 한정하여야 하며, 무권한자의 접근이나 정보 누설을 막기 위해 합리적이고 적절한 수단을 취해야 한다.

3) 연방형사사건에서의 전자적 정보의 개시에 관한 권고⁹⁷⁾

가) 목표

E-discovery 개시에 있어서는 다음의 목표들을 형량하여야 한다.

a) 당사자들은 법적 개시의무를 준수하여야 한다.

b) 많은 사건에서 전자적 정보의 양이 과다하여 변호사가 이를 일일이 검토하는 것이 불가능하고, 이에 따라 검토를 위해 다양한 소프트웨어가 사용되고 있으므로, 전자적 정보의 디스커버리는 전자적 검색, 추출, 정렬, 정보 관리를 촉진하는 방식으로 행해져야 한다.⁹⁸⁾

95) Coordinating Discovery Attorneys (CDA)는 복잡한 전자적 정보와 복수 피고인 사건을 운영할 기술적인 지식과 경험, 인력을 가지고 미국연방법원 행정처(AOUSC)와 계약을 체결한 변호사를 뜻한다. JETWG, ESI Protocol Recommendations, p. 4.

96) 예를 들어 위 coordinating discovery attorney.

97) JETWG, ESI Protocol Recommendations, pp. 1~5. 전문을 번역하지 않고, 이 글의 논의에 필요한 부분을 위주로 발췌하였다.

98) JETWG, ESI Protocol Strategies and Commentary on ESI Discovery in Federal Criminal Cases의 '6. 전자적 정보의 제출' 항목(pp. 7-8)에서는 이에 관하여 보다 상세한 주석을 제공한다.

a. 종이로 된 자료

종이 형태로 받은 자료는 그대로 제출할 수 있고, 해당 자료가 이미 읽고 검색할 수 있는 디지털 포맷으로 변환되었다면 전자파일로 제출할 수도 있다.

b. 종이서류를 전자적으로 제출하는 방법

① 한 페이지씩 스캔하여 각각 별도 그림파일로 저장하고, OCR에 의하여 각 페이지의 텍

c) 당사자는 전자적 정보의 처리와 이용에 있어 불필요한 시간과 노력의 중복을 피할 방법을 찾아야 한다.

d) 아래 e)항에 저촉되지 않는 한, 제출당사자는 업계표준 포맷으로 전자적 정보를 제출하여야 한다.

e) 제출당사자는 자신의 사건준비 혹은 디스커버리 제출의 일부가 아닌 한 수령당사자가 희망하는 바에 맞추어 추가적인 처리를 거칠 의무는 없다.

f) 당사자는 자신의 작업결과물, 특권이 적용되는 정보, 그 밖의 보호대상 정보를 보호하여야 한다.⁹⁹⁾

스트는 OCR로 텍스트 파일을 생성하여 역시 한 페이지당 하나의 파일로 저장한 후, 이미지와 텍스트를 하나로 묶는 Load files을 생성하는 방식이 있고, ② 같은 작업을 페이지별이 아니라 문서별로 하여 한 문서당 하나의 파일을 만드는 방법과, ③ 하나의 종이문서를 검색 가능한 하나의 PDF 파일로 만드는 방법 등이 있다.

c. 전자적 정보의 제출

전자적 정보의 제출방법으로는 ① 어떠한 처리도 하지 않은 채 원래 받은 전자적 정보의 포맷 및 조건 그대로 제출하는 방법, ② 전자 이미지로 전환해서 제출하는 방법, ③ 원래 받은 파일을 처리하여 메타데이터와 함께 제출하는 방법 등이 있다.

②의 경우, 원래의 전자문서에서 이미지로의 전환은 전자적으로 이루어져야 하고, 원래의 전자문서를 종이로 출력한 후 스캔해서는 안 된다. 또한 원래 문서의 텍스트는 추출되어 텍스트 파일로 저장되어야 한다. 원래 전자문서의 메타데이터 및, 이미지와 텍스트, 메타데이터를 함께 묶는 로드 파일도 함께 제출되어야 한다.

③의 경우, 원래의 파일, 원래의 파일에서 추출되어 저장된 텍스트 파일, 업계표준으로 추출되고 저장된 메타데이터, 로드 파일(위 원래의 파일, 텍스트 파일, 메타데이터를 하나로 묶는 파일)이 함께 제출되어야 한다.

d. 디지털 매체의 포렌식 이미지

디지털 매체의 포렌식 이미지는 업계표준의 포렌식 포맷으로 제출되어야 하고, 이용된 포맷이 함께고지되어야 한다.

e. 전자적 정보의 종이출력

쌍방이 합의하지 않는 한, 제출당사자는 전자적 정보(TIFF 이미지나 PDF 파일 포함)를 출력하여 종이로 제출함으로써 전자적 정보의 제출을 대체하여서는 안 된다.

99) 쌍방 당사자는 민사절차에서의 E-discovery와 마찬가지로 보호되는 정보가 잘못 상대방에게 게시된 경우 이를 되찾아올 수 있는 ‘clawback agreement’(환수합의)를 할 수도 있다. JETWGW, ESI Protocol Strategies and Commentary on ESI Discovery in Federal Criminal Cases, p. 6.

나) 기술적인 지식과 경험

복잡한 전자적 정보의 개시를 위해 각 당사자는 전자적 정보의 정연한 디스커버리를 위하여 이를 이해하고 의사교환하고 계획하기 위한 충분한 지식과 경험을 갖춘 사람을 참여시켜야 한다. 변호사는 E-discovery의 적절한 이해를 갖출 책임이 있다.

다) E-discovery 제출계획 - 회의 절차

다량이거나 복잡한 E-discovery가 관련된 사건의 개시 단계에서, 쌍방 당사자가 만나서 E-discovery 제출의 성격, 분량 및 기법을 논의해야 한다. 쌍방 당사자는 공판일정의 신속한 시한으로 인하여 ‘만나서 회의’하는 절차가 무위로 돌아가지 않도록 방법을 강구해야 한다. E-discovery가 특별히 복잡하거나 단계별로 이루어지는 경우, 지속적인 대화가 도움이 될 수 있다. 개시할 전자적 정보를 구금된 피고인에게 제시할 때 발생하는 문제점들은 초기에 논의되어야 한다.¹⁰⁰⁾

라) E-discovery 제출¹⁰¹⁾

E-discovery 제출은 전자적 정보의 소스, 성격, 포맷에 따라 다양한 사항을 고려하여야 한다. 민사사건과 달리, 형사사건에서 당사자는 디스커버리 절차에서 제출되는 전자적 정보의 최초 보관자나 원천이 아닌 경우가 일반적이다. 수사 또는 조사 과정에서 당사자에 의하여 수집되는 전자적 정보는 다양한 요인에 의하여 영향받거나 제한될 수 있다. 이러

100) JETWG는 “구금된 피고인에 대한 전자적 정보의 제공에 관한 안내”(Guidance for the Provision of ESI to Detainees)를 2016년 추가로 발표하였다. Guidance for the Provision of ESI to Detainees, Oct. 25, 2016. <https://www.justice.gov/archives/dag/page/file/913241/download> (2020. 5. 21. 최종확인). 기술적 내용이 많이 포함되어 있어 상세한 소개는 생략한다.

101) 만약 정부가 방대한 분량의 전자적 정보를 제대로 선별하지 않고 일부는 바이러스에 감염되어 재판이 지체되고 이로 인하여 피고인의 자유가 침해되었다면 정부가 그 책임의 일부를 부담하여야 한다는 판결도 있다. U.S. v. Graham, 2008 WL 2098044(S.D. Ohio May 16, 2008).

한 요인으로는 원보관자나 원래의 소스의 정보기술 시스템, 데이터 관리 관행, 자원, 전자적 정보 수집 당시 당사자의 사건에 대한 이해도 등을 들 수 있다. 마찬가지로, 전자적 정보를 제출함에 있어 당사자에 의해 이용되는 전자적 포맷 또한 그 전자적 정보의 원천, 당해 전자적 정보가 최초 획득될 당시의 포맷, 당사자의 개시의무 등 여러 요인에 의해 영향 받거나 제한될 수 있다.(중략)

전자적 정보의 디스커버리에 대한 일반적인 권고사항은 다음과 같다.

a. 쌍방 당사자는 어떠한 포맷의 제출이 가능하고 적절한지 및 어떠한 포맷이 생성될 수 있는지 논의하여야 한다. 디스커버리 제출을 위해 선택된 어떠한 포맷이라도 가능한 한 업계표준에 부합해야 한다.

b. 제3자로부터 받은 전자적 정보는 받았을 당시의 포맷 그대로 또는 합리적으로 이용가능한 포맷으로 제출되어야 한다. 정부 또는 피고인의 업무기록(business record)에서 비롯된 전자적 정보는 그 정보가 원래 보관되던 포맷대로 혹은 합리적으로 이용가능한 포맷으로 제출되어야 한다.

c. 정부 또는 피고인에 의하여 조사 과정에서 생성된 제출의무 있는 전자적 정보(예를 들어 조사보고서, 증인 인터뷰, 동영상이나 사진 등)는 그 정보의 성격이나 적용법규, 변화하는 법적 기준, 당사자의 정책이나 기술적 역량 증가에 따라 개시의무와 관행이 다를 수 있으므로, 위 정보는 위 a.와 b.의 권고와 다르게 취급될 수 있다.

d. 전자적 정보를 제출함에 있어 당사자가 자기 스스로의 사건 준비 및 디스커버리 제출을 위하여 기존에 수행하였거나 향후 수행할 예정인 것 이상의 추가적인 추가적 처리비용 또는 포맷전환 비용이나 부담을 떠안아서서는 안 된다. 예를 들어, 제출 당사자는 법적 개시의무를 충족시키기 위해 요구되는 범위를 넘어 전자적 정보를 한 포맷에서 다른 포맷으로 변환하거나 추가적인 처리를 거칠 필요가 없다. 전자적 정보를 수령하는 당사자가 제출하는 당사자가 의도하는 바와 다른 형태로 전자적 정보를 제공받기를 원한다면, 쌍방 당사자가 비용 및 제출방식 측면에서 무엇이 합리적인지, 누가 추가적인 비용과 노력을 부담할 것인지, 그리고 제출자의 작업결과물이나 특권에 의해 보호받는 정보를 어떻게 보호할 것인지를 논의하여야 한다.(중략)

마) 전자적 정보 디스커버리의 전송

쌍방 당사자들은 효율성, 보안, 비용절감을 촉진하는 전송방법과 매체에 관하여 논의하여야 한다. 전송과 관련하여, 정보를 제출하는 당사자는 전송되는 정보의 일반적인 묘사를 제공하여야 하고, 전송된 정보의 기록을 보존하여야 한다. 어떠한 매체도 명확하게 라벨링되어야 한다.

바) 디스커버리 조정 변호사

다수당사자 사건에서 피고인들은 한 명 이상의 변호인에게 디스커버리 코디네이터 권한을 부여하거나 별도로 디스커버리 조정 변호사(Coordinating discovery attorney)를 임명하여야 하고, 그에게 모든 피고인들을 대표하여 정부가 제출한 전자적 정보를 수락할 권한을 부여하여야 한다. 통상 제출의 포맷은 모든 피고인들에게 동일하여야 하나, 당사자들은 복수 피고인 사건에서 상이한 필요와 이해관계가 있음을 의식하여야 한다.

사) 보안 : 개시된 민감한 전자적 정보의 무권한 접근이나 공개로부터의 보호

형사사건 디스커버리에서는 모든 당사자가 대배심 자료, 피고인의 기록, 증인의 개인정보, 첩보제공자에 관한 정보, 법원의 보호명령이 내려진 정보, 기밀인 사적 또는 업무상 정보 및 특권에 의해 보호되는 정보 등 다양한 민감정보를 주의 깊게 취급할 책임이 있다. 전자적 정보의 디스커버리에서는 이러한 책임이 더 크다. 왜냐하면 전자적 정보는 쉽게 복제되고 전파될 수 있으며, 무권한의 접근이나 공개는 일정한 경우 증인의 안전을 위협하거나, 국가 및 국토의 안보를 해하거나, 민사사건에서 적대적 당사자에게 정보가 유출되거나, 프라이버시, 영업비밀, 기밀로 분류된 세금 정보 또는 재산권으로 보호받는 정보를 손상하거나, 정의의 공평한 실현을 방해하기 때문이다. 민감정보를 무권한의 접근이나 공개로부터 보호하는 충분한 방지장치가 있어야만 전자적 정보의 신속하고

접근가능하고 이용가능한 개시 의욕이 강화될 것이다. 모든 당사자는 개시된 전자적 정보의 전과를 그 정보를 볼 필요가 있고 접근권한을 부여 받은 자신의 송무팀으로 제한하여야 한다. 그들은 또한 무권한의 접근이나 공개를 막기 위한 합리적이고 적절한 조치를 취하여야 한다. 최초로 ‘만나서 회의할 때’, 그리고 전자적 정보의 개시가 실제로 이루어지기 전에, 당사자들은 제출될 전자적 정보 중에 기밀이거나 사적이거나 민감한 정보가 있는지 논의하여야 한다. 만약 그러한 정보가 개시되면, 당사자들은 어떻게 그 정보 수령자가 그 전자적 정보의 무권한 접근 또는 공개를 방지할지 논의하여야 하고, 만약 합의나 적절한 보안조치가 없다면 제출 당사자는 쟁점이 된 특정 전자적 정보의 관리에 관한 법원 보호명령을 신청하여야 한다.(후략)

다. 연방사법센터 포켓가이드

앞서의 ESI Protocol이 실제로 E-discovery를 수행하는 검사와 변호인을 위한 것이라면, 2015년에 발간된 연방사법센터의 포켓가이드는 주로 법관을 위한 것이다.¹⁰²⁾ 포켓가이드는 형사소송절차에서의 E-discovery에 관하여 먼저 ESI Protocol을 참조할 것을 안내하면서, E-discovery에 관하여 흔히 발생하는 문제와 해결방안을 추가로 검토한다. 특히 국가가 빈곤한 피고인에게 CJA 변호인을 임명하여 변호비용을 제공하는 사건에서, 피고인의 E-discovery 관련 방어권을 충분히 보장하기 위하여 법원이 어떠한 점을 고려하여야 하는지 다각도로 살펴보고 있다.

포켓가이드가 지적하는 E-discovery의 문제점 중 위 ESI Protocol과 중복되지 않는 것을 중심으로 살펴보면 다음과 같다.

① 피고인의 E-discovery 비용 문제

다량의 전자적 정보는 더 이상 화이트칼라 범죄에서만 등장하는 것이

102) Broderick et al., op. cit., p. 3 이하.

아니고, 평범한 보통 범죄(마약범죄나 소액 은행사기)에서도 휴대전화 데이터 포렌식 등 다량의 전자적 정보가 등장할 수 있다. 그 경우 빈곤한 피고인이 고액의 E-discovery 비용을 어떻게 마련할 것인가가 문제된다.¹⁰³⁾

법원이 CJA 변호인을 임명하는 경우, CJA 변호인이 지출하는 E-discovery 비용도 CJA 시스템을 통해 지원될 수 있으나,¹⁰⁴⁾ 그 비용이 법적으로 가능한 상한을 초과하는 경우, 법원의 사전허가가 필요하다.¹⁰⁵⁾ 법원은 다량의 E-discovery가 예상되는 사건에서 이 분야에 경험이 있는 변호사를 CJA 변호인으로 임명하는 것이 바람직하고, 그러한 변호사 리스트를 확보하는 것이 필요하다.¹⁰⁶⁾

피고인이 다수이고 개시될 전자적 정보가 중복되는 경우 피고인 간 자료를 공유하는 것이 비용을 절감할 수 있는 방법이며, 그러한 방법 중 하나가 클라우드의 활용이다. 클라우드를 활용할 경우 서류검토 플랫폼을 활용하는 것도 더 용이해질 수 있다.¹⁰⁷⁾ 단 그 클라우드 서비스가 충분한 보안을 제공하는지가 고려되어야 한다.¹⁰⁸⁾

법원은 다량의 E-discovery가 예상되는 사건에서 피고인 방어권 보호를 위한 E-discovery 비용의 추가 지출을 예상해야 하고, 그 비용을 절감하기 위해 사건을 어떻게 합리적이고 사려 깊게 관리할지도 고민하여야 한다.¹⁰⁹⁾

103) 포켓가이드는 비교적 작은 사건인 5박스(12,500장) 분량 서류의 경우 원 전자적 정보를 전자적으로 검토가능한 정보로 재처리하는 비용으로 4,800달러 및 전문가의 3일 비용이 소요된다고 소개한다. 최근의 비용은 앞서 소개한 바 있다.

104) Guide to Judiciary Policies and Procedures, Vol. VII, §310.10. 참조.

https://www.uscourts.gov/rules-policies/judiciary-policies/cja-guidelines/chapter-3-ss-310-general#a310_10 (2020. 5. 21. 최종확인).

105) Guide to Judiciary Policies and Procedures, Vol. VII, §310.20.20.

106) Broderick et al., op. cit., p. 7.

107) 민사 E-discovery에서는 이미 클라우드 서비스가 활발히 이용되고 있다. E-discovery에서의 클라우드 이용에 관한 최근 현황으로는, Cliff Durton, "INSIGHT: Moving Some E-Discovery to the Cloud? Why Not All?", Bloomberg Law April 5, 2019 참조.

<https://news.bloomberglaw.com/e-discovery-and-legal-tech/insight-moving-some-e-discovery-to-the-cloud-why-not-all> (2020. 5. 21. 최종확인).

108) *Ibid.*, pp. 7-8.

109) *Ibid.*, p. 9.

② 변호인의 E-discovery 전문지식과 경험의 부족

다수 CJA 변호인이 단독개업한 변호사이고, E-discovery의 전문지식과 경험이 부족하다. 증거 중 전자적 정보의 비중이 점점 커져가는 상황에서 만약 변호인이 E-discovery 지식과 경험이 부족하다면 E-discovery의 장점이 몰각될 수 있다. 법원은 CJA 변호인 임명 시에 이 점을 염두에 두어야 한다.

③ 소송 지원인력의 필요

일정 분량 이상의 E-discovery 사건에서는 전문인력의 조력이 필수적이다. 전문인력은 IT 전문가, 포렌식 전문가, 데이터 전문가 등이 될 수 있고, 적절한 전문가가 전자적 정보와 메타데이터를 수집, 추출, 처리하는 것은 변호인의 능력과 별도로 E-discovery에 필수적이다. 법원은 E-discovery 지식과 경험을 갖춘 변호인뿐만 아니라 전문가의 추가지원도 필요함을 인식해야 한다.

④ 전자적 정보 처리의 업무흐름

전자적 정보의 처리에는 여러 난제가 존재한다. 많은 정보가 서류분석 소프트웨어에 업로드되기 위해서 추가적인 처리를 거쳐야 하고, 종이 문서는 검색가능한 전자문서로 변환되어야 한다. 또 구글메일 파일처럼 제3자가 소유하는 다른 소프트웨어나 하드웨어를 이용해야 읽을 수 있는 경우도 있는데, 이 또한 업계표준의 분석 프로그램에 업로드되기 위해서는 추가적인 처리가 필요하다. 그렇다 하더라도 분석 소프트웨어를 이용하는 것이 시간과 비용 절약에는 궁극적으로 도움이 된다.¹¹⁰⁾ 법원은 이러한 전자적 정보의 처리비용도 고려하여야 한다.

⑤ 구금 중인 피고인에 대한 E-discovery 접근권 보장

불구속 상태의 피고인은 자신의 컴퓨터를 이용하여 전자적 정보에 접근할 수 있으나, 구속된 피고인의 전자적 정보 접근권은 매우 제한적이다. 많은 교도소가 종이문서 디스커버리에 대한 접근권은 보장하나, 전자문서에 대하여는 그러한 보장이 충분하지 않고, 교도소 내에 관련 컴퓨

110) *Ibid.*, pp. 12-13.

터 등을 갖추지 못한 경우도 많다. 이에 따라 CJA 변호인이 관련 장비나 컴퓨터 렌트비용을 추가로 청구해야 할 수도 있다. 그러나 피고인 자신에게 E-discovery 접근권을 보장하면 오히려 변호인의 시간과 노력을 절약함으로써 궁극적으로 최종적인 변호비용을 절감할 수 있다. 수감자가 컴퓨터에 접근하는 것을 막아야 할 교도소의 정당한 이해와 피고인의 방어권 간에 적절한 형량이 이루어져야 한다.¹¹¹⁾

그 외에도 포켓가이드는 ⑥ 다양한 소프트웨어의 활용에 관한 논의의 필요성, ⑦ 전자적 정보의 포맷 문제, ⑧ 종이문서의 검색 가능한 전자파일로의 변환 문제 등도 언급하고 있다.¹¹²⁾ 끝으로 포켓가이드는 법원이 형사 E-discovery를 효율적으로 관리하기 위해서는 쌍방 당사자의 조기 면담과 협의를 권장하여야 한다고 거듭 강조한다.¹¹³⁾

라. 미국 내 형사 E-discovery의 최근 현황과 논의

E-discovery 과정에서 어느 범위의 전자적 정보를 어떠한 포맷으로 게시할 것이며, 전자적으로 검색과 처리가 가능한 포맷으로 정보를 처리하는 비용은 누가 부담할 것인가, 메타데이터는 함께 제공하여야 하는가 등의 주요 문제에 관하여 미 연방 및 주 형사소송규범은 현재까지도 대체로 침묵하고 있다. 오클라호마주, 워싱턴주 연방지방법원 등 소수의 연방법원은 형사절차에서의 전자적 정보 게시에 관한 법원예규를 제정하였다.¹¹⁴⁾ 다른 법원은 민사 E-discovery 절차를 참고하거나¹¹⁵⁾ 사건별,

111) *Ibid*, pp. 17-18.

112) *Ibid*, pp. 13-17.

113) *Ibid*, pp. 22-23. 최근 개정된 연방형사소송규칙 제16.1조(2019. 4. 25. 개정, 2019. 12. 1. 발효)는 전자적 정보의 디스커버리를 위해 쌍방 당사자의 조기 면담 및 회의가 중요하다고 보아, 당사자 쌍방은 기소사실 인부절차(Arraignment)로부터 14일 이내에 공판전 회의를 열어 공판전 증거개시의 일정과 절차를 협의하도록 하였다.

114) General Order Regarding Best Practices for Electronic Discovery of Documentary Materials in Criminal Cases, G.O. 09-05 (W.D. Okla. 2009); Best Practices for Electronic Discovery in Criminal Cases (W.D. Wash. 2013).

115) 앞서 본 *United States v. O'Keefe*, 537 F. Supp. 2d 14, 18-24 (D.D.C. 2008); *United States v. Warshak*, 631 F.3d 266, 296 (6th Cir. 2010); 그 외에도 *United States v. Briggs*, 83

법관별로 각자 알아서 해결하고 있다. 이러한 규칙의 공백 하에서는 많은 부분을 검사와 변호인 간의 협의로 해결할 수밖에 없으며, 이에 따라 쌍방의 협의가 더욱 중요해지고 있다.¹¹⁶⁾

최근 개정된 연방형사소송규칙 제16.1조(2019. 4. 25. 개정, 2019. 12. 1. 발효)는 기소사실 인부절차(Arraignment)로부터 14일 이내에 공판전 회의를 열어 공판전 증거개시의 일정과 절차를 협의하도록 하였다. 위 개정안의 성안 과정에서, Advisory Committee는 ESI Protocol이 검사나 변호인 양쪽에 잘 알려져 있지 않고, 이에 따라 위 Protocol에 따른 E-discovery 협의도 제대로 이루어지지 않아 왔으나, 일단 검사와 변호인들에게 ESI Protocol을 소개하고 이에 따라 쌍방이 협의를 한 경우에는 E-discovery 절차가 매우 원활하게 진행되었다고 하면서, 연방형사소송규칙도 쌍방의 E-discovery 협의를 촉진하는 방향으로 개정되어야 한다고 건의하였고,¹¹⁷⁾ 이에 따라 위 개정이 이루어졌다. 위 개정 조항은 검사와 피고인이 공판 전에 ‘만나서 회의’(meet and confer)하는 시기를 앞당김으로써 전자적 정보의 개시와 관련하여 특히 중요한 의미가 있다고 설명된다.¹¹⁸⁾

검사와 변호인의 자발적인 협력을 어떻게 유도할 수 있는가는 또 다른 문제이다. 일반적인 형사 디스커버리에서 협력의 유인으로는, 검사가 피고인의 유죄인정을 기대하면서 피고인이 원하는 대로 디스커버리에서 양보하거나, 변호인이 사건에서 보다 온정적인 구형을 기대하면서 검사가 원하는 대로 양보하는 것을 들 수 있다.¹¹⁹⁾ 이에 더하여 E-discovery에서는 엄청난 비용과 노력을 절약하기 위해 추가적인 협력이 더 절실하다.¹²⁰⁾

그런데 민사사건에서는 쌍방이 대등하게 개시할 증거를 가지고 있으므로 자연스럽게 상호협력이 유도되는 반면, 형사사건에서는 일반적으로

1 F. Supp. 2d 623, 628 (W.D.N.Y. 2011) 등.

116) Turner, op. cit., pp. 266~268.

117) Turner, op. cit., pp. 269~270.

118) https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_16.1 (2020. 5. 12. 최종확인).

119) Susan R. Klein et al., *Waiving the Criminal Justice System: An Empirical and Constitutional Analysis*, 52 AM. CRIM. L. REV. 73, 83-85, 109 (2015).

120) Turner, op. cit., p. 272.

검사가 가지고 있는 증거가 훨씬 더 많으므로 피고인이나 변호인보다는 검사의 협력을 어떻게 유도할 것인가가 더 문제된다. 검사가 E-discovery에 협조하지 않을 경우, ① 소송지연을 이유로 공소를 기각하는 방안,¹²¹⁾ ② *Brady* 원칙(검사가 피고인에게 유리한 증거를 개시하여야 한다는 원칙) 위반으로 공소를 기각하는 방안,¹²²⁾ ③ 검사의 E-discovery 비협조가 변호인의 변호를 무력화하여 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하였다는 이유로 공판을 무효화하고 재공판을 명하는 방안¹²³⁾, ④ 법원이 E-discovery 과정에서 적극적으로 개입하여 검사에게 전자적 정보의 제출을 명령하는 방안¹²⁴⁾ 등이 거론되고 있다.¹²⁵⁾

다만 형사소송규칙이 부재하는 상황에서 검사와 변호인 간의 협력만으로 모든 문제가 해결될 수 있는 것은 아니다. 이에 따라 민사 E-discovery에서의 경험을 바탕으로, 법관의 적극적인 디스커버리 절차

121) *United States v. Graham* [2008 WL 2098044 (S.D. Ohio May 16, 2008)] 사건에서 검사는 세금 사기를 밝히기 위해 150만 개의 서류, 300개의 비디오테이프, 500개의 대화녹음, 90개의 하드드라이브, 3,000개의 디스켓을 상당기간에 걸쳐 순차로 제출하였다. 법원은 이러한 검사의 증거제출이 신속한 재판을 받을 권리의 침해라고 보아, 재기소 가능한 공소기각 판결을 하였다.

122) *United States v. Bundy* [Docket No. 2:16-CR-00046 (D. Nev. Jan. 8, 2018)] 사건에서 다량의 음성 및 영상정보가 문제되었는데, 검사는 개시요구를 받은 전자적 정보 중에 민감정보가 있을 것을 우려하여 개시에 협조하지 않았고, 법원은 *Brady* 원칙 위반이라고 보아 공소를 기각하였다. Turner, *op. cit.*, p. 274 각주 205 참조.

123) 다량의 전자적 정보가 관련된 사건에서, 검사가 자신이 보관하는 다량의 전자적 정보를 특별한 선별 없이 전부 제출하는 것이 능사는 아니다. 이 경우 피고인이나 변호인은 해당 정보를 일일이 검토해야 하는데, 정보의 양이 많을 경우 이는 현실적으로 거의 불가능하다. 결국 변호인이 이를 제대로 처리할 능력이나 자원이 없는 경우, 검사는 조사관 등을 통하여 변호인이 전자적 정보를 처리하는 것을 돕거나 변호인이 전자적 정보의 검토를 보다 쉽게 할 수 있도록 중요한 전자문서의 목록을 제공하는 등 변호인에게 도움을 제공하여야 한다. Turner, *ibid.*, pp. 256~257, 274.

124) *Ibid.*, p. 275.

125) 일반적인 디스커버리 의무 위반에 대한 제재로, 연방형사소송규칙 제16조 (d)는 법원이 증거개시의 이행을 명하거나, 재판기일을 연기하거나, 개시되지 않은 해당 증거의 제출을 금지하거나, 기타 적당한 처분을 할 수 있다고 규정하고 있다. 그 밖에 개시되지 아니한 증거를 통하여 인정될 수 있었던 사실의 추정, 법정모욕(contempt), 심리 무효(mistrial) 선언, 공소기각 등이 제재수단으로 가능하다. 장승혁, “미국 법원의 형사상 증거개시의무 위반에 대한 제재조치와 그 시사점”, 청연논총 제14집, 사법연수원(2017), 291면 이하.

관리, 당사자 쌍방의 E-discovery 관련 분쟁을 중재, 조정할 디스커버리 조정 변호사(Coordinating Discovery Attorney) 또는 사법특별보좌관(Special Master)의 임명, 민사 E-discovery와 유사한 상세한 규정의 제정 등이 추가적인 방안으로 논의되고 있다.¹²⁶⁾

마. 소결

위에서 살펴본 미국 연방형사소송절차상 E-discovery의 목표와 특징을 요약하자면 다음과 같다.

첫째, 형사절차와 민사절차의 성격과 디스커버리의 범위가 다르나, 일단 기소된 후에는 정부와 피고인이 대등한 당사자라는 점에서는 민사절차와 큰 차이가 없다. 따라서 정부의 대리인인 검사와 피고인의 변호인은 민사소송절차의 쌍방 대리인과 마찬가지로 원활한 E-discovery의 수행을 위하여 조기에 상호 협력하여야 한다. 상호 협력하여야 E-discovery에 들어가는 비용과 시간을 절약할 수 있으며, 개시의무의 불이행에 대해서는 적절한 제재를 가함으로써 쌍방의 협조를 유도할 수 있다.

둘째, 전자적 정보는 정보의 소실 없이 검색 가능한 전자적 형태로 체계적으로 개시하는 것이 최선이며, 이는 형사절차에서도 마찬가지이다. 전자적 정보를 검색 가능한 형태로 처리하거나, 관련성 있는 전자적 정보를 선별하고 민감정보를 삭제하는 과업을 어느 쪽에서 수행하고 비용은 누가 부담할 것인지가 문제되는데, 민사 E-discovery와 마찬가지로 제출자는 전자적 정보를 보관 중인 상태 그대로 제출하는 것이 원칙이나, 피고인의 방어권이나 변호인의 조력을 받을 권리 등을 고려하여 검사 측이 추가적인 선별과 처리를 수행해야 할 수도 있다.

셋째, 전자적 정보의 디스커버리를 위해서는 검사 및 변호인의 E-discovery에 대한 이해와 기술전문가의 참여가 필수적이다. 기술적인 전문성을 갖춘 디스커버리 조정 변호사(Coordinating Discovery Attorney) 또는 사법특별보좌관이 검사와 변호인의 중간에서

126) Turner, op. cit., pp. 296~308.

E-discovery 과정에서 발생하는 다양한 문제들을 해결하는 역할을 할 경우 전자적 정보의 개시가 보다 원활하게 진행될 수 있다.

넷째, 정부와 법원은 피고인에 대한 전자적 정보 개시를 헌법상의 적법절차 원칙에 따라 보장하여야 하며, 법원은 빈곤한 피고인 또는 구속된 피고인의 디스커버리 권리가 충분히 보장될 수 있도록 변호인, 전문기술인력, 교도소 등 시설과 장비 등을 지원하여야 한다.

IV. 우리 소송절차에의 시사점

1. E-discovery의 활성화 방안

앞서 본 바와 같이, 우리 민사소송절차에서의 증거개시는 그 허용범위 및 효용이 매우 한정적이며 전자적 정보의 개시에 관한 규정이나 제도도 마련되어 있지 않다. 전체적으로 보아 우리 민사소송절차는 전자적 정보이든 종이문서이든 쌍방이 대등하게 자신이 가진 증거를 거의 내놓지 않는 구조라 할 수 있다.

반면 형사절차에서는 수사기관이 압수수색 또는 임의제출을 통해 일방적으로 사건에 관련된 대부분의 증거를 확보한 상태이므로, 이와 대등하게 피고인의 방어권이 보장되려면 피고인 또한 수사기관의 정보력에 상응하는 전면적 증거개시요구권을 가져야 한다. 이에 따라 민사에서 먼저 증거개시제도가 도입되고 형사절차에서 뒤따른 미국과는 달리, 우리나라에서는 형사소송절차에서 먼저 전면적 증거개시제도가 도입되었으며, 전자적 정보도 증거개시의 대상으로 포함되어 있다. 전자적 정보가 개시되면 각종 소프트웨어와 분석 프로그램을 활용하여 증거 검토의 시간과 비용을 절약할 수 있고, 메타데이터 등 출력물만으로는 알 수 없는 추가적인 정보를 입수하여 유기적으로 정보를 분석할 수 있는 등,¹²⁷⁾ 종이문서

127) 김승영, 전제논문, 59면 이하.

의 개시로는 달성할 수 없는 전자적 정보만의 효용이 존재한다.

그러나 앞서 본 바와 같이 우리 형사절차에서도 민사절차에서나 마찬가지로 증거개시제도가 그다지 활발하게 이용되고 있지 않으며, 특히 전자적 정보의 개시제도는 유명무실하다.¹²⁸⁾

그 원인에는 여러 가지가 있겠지만, 위에서 살펴본 미국의 민사 및 형사증거개시제도에서 알 수 있듯이, 전자적 정보의 증거개시는 단편적이고 간헐적인 조문의 신설만으로 이루어질 수 있는 것이 아니다. 검사와 피고인이 대등한 당사자이고 정보의 개시가 실제적 진실발견과 정의의 실현에 이바지하며, 이는 상호 협력에 의하여만 이룩될 수 있다는 근본적인 인식의 전환이 필요하다. 전자적 정보의 개시 과정에서는 결정되어야 할 수많은 세부사항이 존재한다. 상호협약이 원만하게 진행되지 않아 법원이 일일이 어느 전자적 정보는 어느 포맷으로 어떻게 제출하여야 하는지, 어느 부분을 삭제해야 하고 그 삭제에는 어떠한 소프트웨어를 써야 하는지 정해야 한다면 전자적 정보의 개시는 불가능에 가까워진다.

검사와 변호인이 공판 전에 미리 만나 전자적 정보의 개시방법에 관하여 대등하게 협의하는 문화가 정착되기 위해서는, 증거개시 신청양식의 개선,¹²⁹⁾ 증거개시 방법의 유형화와 각 방법별 허용요건 마련¹³⁰⁾ 등 미국의 ESI Protocol과 같이 법원, 검찰, 변호사협회가 공동으로 위 ESI Protocol 및 EDRM과 같은 표준적인 전자적 정보 개시규정을 만드는 것이 바람직하다. 단 위 표준적 규정을 만들기 전에 먼저, 전자적 정보가 관련된 실제 사건을 대상으로 전자적 정보 개시에 관한 파일럿 절차를 시행해 보고, 우리 실정에 맞도록 수정하여야 할 것이다. 특히 우리 형사소송법상 개시의무의 범위와 예외에 맞추어 개시의무 있는 정보를 선별하는 기준을 수립하고,¹³¹⁾ 이러한 선별작업이 소프트웨어적으로 수행될 수 있도록 해야 한다. 일단 표준이 마련되면 그에서 벗어나는 경우에만 법원이 개입하여 심사하면 될 것이다. 법원은 기술전문가의 리스트를 확보하여 변호인에게 제공하고, 국선변호인이 선임된 사건에서는 기술전문

128) 상계논문, 69-70면.

129) 상계논문, 65-67면.

130) 권양섭, 전계논문, 435-436면.

131) 상계논문, 434-435면.

가에 대한 용역비 등 전자적 정보의 처리 및 분석에 소요되는 부수비용도 소송비용으로 지원하여야 할 것이다.¹³²⁾

만약 이러한 표준적 절차규정을 만들어도 검사가 협력을 거부할 경우에는 어떻게 할 것인가? 앞서 보았듯이 미국에서는 법원이 검사에게 전자적 정보의 제출을 명하였는데 검사가 불이행하는 경우, 검사는 해당 증거에 대한 증거신청을 할 수 없으나(형사소송법 제266조의4 제5항), 검사가 제출하지 않은 증거가 피고인의 무죄 입증에 도움이 되는 증거라면 이에 대한 증거신청을 막는 것만으로는 아무런 효과가 없다. 법원으로서의 공판기일 연기, 해당 전자적 정보의 보관장소에 대한 법원의 직권 압수수색, 공소권 남용에 따른 공소기각 판결, 검사가 제출을 거부한 증거 속에 피고인의 무죄를 입증할 증거가 포함되어 있다는 추정에 기한 무죄판결, 검사의 위법한 제출의무 불이행에 따른 국가배상책임 부과¹³³⁾ 등이 구제수단으로 가능할 것이다.¹³⁴⁾

결국 형사절차에서의 E-discovery가 제대로 작동하기 위해서는 법원이 적극적으로 관여하고, 검사가 협조하지 않을 경우 과감하게 불이익을 가할 수 있다는 태도를 갖추어야 한다. 그렇지 않고서는 민사소송절차에서의 문서제출명령제도와 같이 그 효용이 매우 한정적인 것으로 그칠 것이다.

끝으로, 현 형사소송법상의 전자적 정보에 대한 증거개시 범위는 제266조의3 제2항, 제6항 단서, 검찰사건사무규칙 제112조의3 제1항 등의 예외사유로 인하여 상당히 제한적인데, 이미 제266조의3 제2항의 제한이 있는 이상 적어도 제266조의3 제6항 단서의 “이 경우 특수매체에 대한 등사는 필요 최소한의 범위에 한한다.”는 부분은 삭제할 필요가 있다.

위와 같은 과정을 거쳐 형사소송절차에서 형사소송법 제266조의3을 적극 활용하여 증거개시절차가 활발하게 행해진다면 민사절차에서의 증거개시 범위 확대에도 큰 자극이 될 수 있다. 미국 수준의 광범위한 디스커버리가 바람직한지에 관하여는 많은 논란이 있지만, 적어도 현재 수준의 문서제출명령 제도가 지나치게 제한적이라는 점에서는 큰 이견이

132) 상계논문, 438면.

133) 대법원 2012. 11. 15. 선고 2011다48452 판결.

134) 손동권/신이철, 새로운 형사소송법[제4판], 세창출판사(2019), 459면.

없다. 형사소송절차에서 전자적 정보 개시절차가 제대로 이용되면 법원과 법조인들이 전자적 정보의 개시절차에 익숙해질 수 있고, 민사소송절차에서도 민사소송법 제344조의 개정을 통해 전자적 정보의 제출제도를 도입할 수 있을 것이다.¹³⁵⁾

2. 소송서류 전반의 전자화 필요성

전자적 정보의 검색, 추출, 분석의 필요성은 증거뿐만 아니라 당사자 쌍방이 제출하는 각종 소송서면에서도 마찬가지이다.

민사소송절차의 경우, 민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 규칙 제8조 제4항은 “등록사용자가 작성한 전자문서(서증 제외)의 경우 부득이한 사정이 없는 한 문자정보의 검색 및 추출이 가능한 파일로 제출하여야 한다.”고 하여 전자소송에서의 문서를 검색 및 추출이 가능한 파일로 제출할 것을 권장하고 있으나, 실제로는 당사자가 OCR이 원활하지 않은 pdf로 문서를 제출하는 경우도 빈번하고, 판결문 pdf에서 text를 추출하는 것도 용이하지 않다. 이러한 문제는 다소간의 노력만 기울이면 얼마든지 개선될 수 있는 사항이다.

형사소송에서 제출되는 문서의 경우, 수사기관 작성의 각종 피의자신문조서나 진술조서, 공소장 등은 문서작성 프로그램을 이용하여 본래 전자파일로 작성되고, 공소장이나 변론요지서, 법원의 판결문도 마찬가지이며, 이를 전자적으로 관리하는 형사사법정보시스템과 형사사법정보공통시스템도 존재한다. 이미 약식사건에서는 약식절차 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률에 따라 피의자신문조서, 진술조서, 공소장 등 제반 서류를 전자문서로 작성하여 형사사법정보시스템을 통하여 법원에 송부하고 있다. 일반 형사사건에서도 다소의 제도개선만 있으면 형사사법정보시스템을 활용하여 피의자신문조서, 진술조서 등 수사기관 작성의 각종 문서를 검색 및 추출 가능한 전자문서로 법원에 제출하고 이를 검색

135) 민사소송에서의 ‘전자문서’ 및 ‘전자화 문서’ 및 전자정보제출명령 신설 문제에 관하여는, 최영덕, “민사소송에서 전자문서의 문제점과 개선방향”, 법학연구 22(4), 인하대학교 법학연구소(2019), 74면 이하 참조.

가능한 문서파일의 형태로 피고인에게 제공하는 것이 가능하다. 물론 개인정보나 민감한 정보에 대해서는 보호조치가 취해져야겠지만, 피고인의 방어권 보호 측면에서는 수사기록을 포함한 전체 형사기록에 대하여 검색 및 추출 가능한 형태의 전자기록화가 적극적으로 검토되고 진행되는 것이 바람직하다.¹³⁶⁾

V. 결어

이상에서 미국 연방민형사소송절차에서의 E-discovery의 개요를 살펴보고 이에 비추어 우리 재판절차의 개선점을 짚어보았다. 디스커버리 자체가 우리나라 재판절차에서는 생소한 제도이고, 형사소송법에서 먼저 전면적 증거개시제도가 도입되었으나 실제로 제대로 활용되고 있지는 않으며, 하물며 전자적 정보의 개시는 실무상 거의 행해지고 있지 않다. 그러나 이미 실생활에서 압도적인 분량의 전자적 정보가 매일매일 쏟아지고 있고, 그것이 실제로 수사와 재판, 사실의 증명에 활용되고 있는 상황에서, 전자적 정보의 검색 가능한 형태로의 개시는 시간의 문제일 뿐, 곧 실무적인 대세가 될 것이다.

단 이를 위해서는 전자적 정보의 개시에 관한 규정의 마련, 검사와 변호인 간 협력의 촉진, 전자적 정보의 개시를 위한 기술적 인프라와 인력의 완비 등의 선행 조건이 구비되어야 한다. 이러한 준비 없이는 법원 및 소송관계자가 오히려 복잡한 절차적, 비용적 문제를 회피하기 위하여 전자적 정보의 개시를 꺼리는 문제가 발생할 수 있다. 정보를 획득하고 검색하고 분석하는 것을 쉽게 하면 할수록 소송비용은 줄어들고 재판은 신속해지며, 당사자의 방어권 보장과 실체적 진실 발견도 더 용이해진다. 민사소송절차와 형사소송절차 양쪽에서 전자적 정보의 개시절차의 보다 전향적인 개선이 필요하다.

136) 정성민, 「형사 전자소송의 바람직한 발전방향」, 사법정책연구원(2020), 251면 이하.

(논문투고일: 2020.05.28, 심사개시일: 2020.06.01, 게재확정일: 2020.06.15)



▶ 한애라

E-discovery, 연방민사소송규칙, 연방형사소송규칙, 전자적 정보, EDRM, ESI Protocol

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 법원행정처, 「형사소송법 개정법률 해설(2007)」
- 강성수/송현정/서용성, 「전자정보의 증거조사 현황과 개선 방안에 관한 기초 연구」, 사법정책연구원(2015)
- 손동권/신이철, 새로운 형사소송법[제4판], 세창출판사(2019)
- 정성민, 「형사 전자소송의 바람직한 발전방향」, 사법정책연구원(2020)
- 탁희성, 「전자증거개시제도(E-Discovery)에 관한 연구」, 한국형사정책연구원(2011. 12.)
- 탁희성, 「형사증거개시제도에 관한 연구」, 형사정책연구원 연구총서(2003)
- Sean Broderick et al., CRIMINAL E-DISCOVERY: A Pocket Guide for Judges, Federal Judicial Center (2015)
- Thomas A. Mauet/David Marcus, Pretrial, 10th Ed., Wolters Kluwer (2019)

II. 논문

- 권양섭, “형사절차상의 디지털 증거개시(E-Discovery) 제도에 관한 고찰”, 법학연구 제16권 2호(2016)
- 김도훈, “전자문서 제출에 관한 제도나 원칙의 개정에 관한 소고”, 미국헌법연구 28(2) (2017. 8.)
- 김도훈, “미국 전자증거개시절차상 법관특별보좌관제도와 조정제도의 활용에 관한 연구”, 홍익법학 제16권 제1호 (2015)
- 김도훈, “미국 전자증거개시절차상 변호사의 기술역량구비의무에 관한 소고”, 이화여자대학교 법학논집 제21권 제1호(2016. 9)
- 김승영, “형사절차상 전자증거개시제도(E-Discovery)의 증거개시 신청 방식에 관한 연구”, 형사정책연구, 29(4) (2018)
- 김정환, “기계학습(Machine Learning)과 전자증거”, 법학연구 59(1), 부

- 산대학교 법학연구소(2018. 2.)
- 김정환/최은정, 「효율적인 증거개시·수집을 위한 제도개선 방안에 관한 연구」, 사법정책연구원(2015)
- 서주연, “형사절차상 전자증거개시에 관한 비교법적 연구,” 서울법학, 25 (1) (2017)
- 이진규, “미국 연방민사소송규칙의 최근 동향과 우리나라 민사소송제도 운영에 주는 시사점”, 강원법학 50호(2017)
- 이호중, “검사의 증거개시의무와 수사기록 열람·등사의 거부에 대한 규제 방안”, 형사법연구 제21권 제2호(2009)
- 장승혁, “미국 법원의 형사상 증거개시의무 위반에 대한 제재조치와 그 시사점”, 청연논총 제14집, 사법연수원(2017)
- 최영덕, “민사소송에서 전자문서의 문제점과 개선방향”, 법학연구 22(4), 인하대학교 법학연구소(2019)
- 황경환, “형사소송법상 증거개시제도에 대한 법적 소고”, 한양법학 25(2009)
- Department of Justice (DOJ) and Administrative Office of the U.S. Courts (AO) Joint Working Group on Electronic Technology in the Criminal Justice System (JETWG), *Recommendations for Electronically Stored Information (ESI) Discovery Production in Federal Criminal Cases*, February 2012
- Department of Justice (DOJ) and Administrative Office of the U.S. Courts (AO) Joint Working Group on Electronic Technology in the Criminal Justice System (JETWG), *Guidance for the Production of ESI to Detainees*, Oct. 25, 2016
- Miriam H. Baer, *Timing Brady*, 115 COLUM. L. REV. 1 (2015)
- Jenia I. Turner, *Managing Digital Discovery in Criminal Cases*, 109 J. Crim. L. & Criminology 237 (1019)

Abstract

Civil and Criminal E-discovery in the United States Federal Procedure and its Ramifications to South Korea

HAN, Aera

The Korean civil and criminal procedure laws have rules on the production of information or documents, but the production of electronically stored information (ESI) is very rare in actual cases. As the importance of the searchable and extractable ESI is growing rapidly, we need to study the e-discovery system of the United States where the e-discovery is successfully and actively used in order to promote the e-discovery in both civil and criminal trials.

The Federal Rules of Civil Procedure and the EDRM (Electronic Discovery Reference Model) have set the rules and standards of the civil e-discovery. Their aims are for both parties to understand the rules and standards of the e-discovery; to preserve the ESI before the litigation begins; to cooperate at each step during the discovery and avoid unnecessary disputes; and to disclose the ESI with its key features preserved as much as possible.

The Federal Rules of Criminal Procedure do not have specific rules on the criminal e-discovery, and therefore, the civil e-discovery rules are referred to in many aspects, but the unique nature of the criminal procedure should also be considered. The key features of the criminal e-discovery is the cooperation between the prosecutor and the defendant as equal parties, disclosure of the ESI in the searchable, extractable and analyzable format, and the protection of the due process and the defendant's right.

In South Korea, it is more urgent to reform the e-discovery in the criminal procedure where the necessity of the production of the ESI in searchable format is more strong to protect the defendant's right, and then the e-discovery reform should be extended to the civil procedure as well.



▶ HAN, Aera

E-discovery, Federal Rules of Civil Procedure, Federal Rules of Criminal Procedure, electronically stored information, EDRM, ESI Protocol

유치권의 성립과 행사범위 제한을 위한 몇 가지 고찰

노수환*

【목 차】

I. 들어가며	
II. 유치권의 성립과 행사범위 제한과 관련된 판례의 검토	III. 유치권의 성립 및 행사범위의 제한과 그의 적용
1. 경매개시결정 기입등기 이후의 유치권 취득의 제한	1. 유치권자가 점유상실 후 다시 점유를 취득한 경우
2. 동시이행의 항변권과 유치권 성립의 제한	2. 임차인의 연체차임 등의 채무와 유익비상환청구권의 유치권 제한
3. 선행저당권이 설정된 부동산에 상사유치권을 행사하는 경우	3. 임차인의 부당이득반환채무와 유익비상환청구권에 기한 유치권 제한
4. 매수인의 부당이득반환청구권과 유치권자의 유익비상환청구권과의 상계 허부	IV. 나오며
5. 신의칙 또는 권리남용 금지 원칙의 적용	

【국 문 요 약】

유치권자가 점유를 상실하면 유치권은 소멸한다. 후에 다시 소유자로부터 물건의 점유를 임의로 이전받았다고 하더라도 유치권이 다시 부활한다고 보아서는 안된다. 이미 그 사이에 다수의 이해관계인이 생겨서 그 제3자의 이익을 침해할 가능성이 매우 높고 그러한 경우까지 유치권자를 두텁게 보호할 이유는 없다. 유치권자는 자신이 최초 물건을 유치할 권리를 가지는 동안에 이미 자기 채권에 대한 보호조치를 충분히 할 수 있는 기회가 주어졌기 때문이다.

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 변호사

유치권자의 채권과 동시이행 관계에 있는 채무가 존재하는 것이 밝혀진 경우에는 유치권자는 자신의 채무를 이행제공한 후에야 비로소 채권 전액에 대하여 유치권을 행사할 수 있고, 자신의 채무를 이행제공하기 전이라면 그 동시이행 관계에 있는 금전채무를 초과하는 금액에 대해서만 유치권을 행사할 수 있다고 보아야 한다. 그리고 그 유치권의 행사는 채무자가 동시이행의 항변을 하였는지, 또는 상계의 항변을 하였는지 여부에 따라 달라져서는 안된다.

마찬가지로 임대차 종료시에 임차인이 임대인에게 보증금에서 공제하고도 변제하지 아니한 연체 차임 등의 채무가 잔존하고 있는 경우 임차인의 유익비상환청구권에 기한 유치권은 그 대등액을 초과하는 금액의 범위에서만 인정하여야 한다. 임대인의 유익비채무는 임대인의 입장에서는 임대보증금과 같은 역할을 하는 것이므로 연체차임 등은 그 채무에서 당연공제된다고 생각하는 것이 자연스럽고 그렇지 않더라도 하나의 계약에서 발생한 매우 밀접한 건물관계가 있는 채무이기 때문이다.

임차인이 유치권을 행사하면서 임차건물의 보존에 필요한 사용을 하거나 임대인의 승낙을 얻어 임차건물을 사용하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 사용이익 상당은 유치권부 피담보채권에 변제충당되었다고 해석하는 것이 당사자의 의사에 부합한다. 당사자 사이에 변제충당의 의사를 표시하였는지의 여부와 상관없이 건물의 소유자가 제3자인 경우에는 그 사용이익 상당을 초과하는 유익비에 대해서만 유치권을 행사할 수 있다고 하여야 한다. 채권, 채무는 당사자 사이에서 해결하는 것이 최선이고 제3자의 소유권을 제한하는 유치권의 행사는 합리적으로 제한할 필요가 있으며, 채권자와 채무자가 통모하여 제3자의 권리를 해할 우려가 있기 때문이다.

I. 들어가며

유치권은 타인의 물건 또는 유가증권을 점유하는 자가 그 물건, 또는

유가증권에 관하여 생긴 채권의 변제를 받을 때까지 그 목적물을 유치하여 채무자의 변제를 간접적으로 강제하는 담보물권이다(민법 제320조 제1항). 우리 민법은 유치권을 독립의 법정담보물권으로 구성하고 타인의 물건을 점유함으로써 유치권이 성립한다고 규정한다.

유치권은 로마법상 일종의 형성권인 악의의 항변(exceptio doli generalis)으로 인정된 인적 항변권에서 발전한 것이다.¹⁾ 우리 민법이 유치권을 두는 이유는 공평의 원칙 때문으로, 타인 소유 물건의 점유자가 물건에 관한 채권을 가지는 경우에 그가 그 채권을 변제받기 전에 먼저 물건의 점유를 상대방에게 이전하여야 한다면, 채권의 추심이 어렵게 되어 불공평하게 되기 때문이다.²⁾

이처럼 유치권은 공평의 원칙을 실현하기 위하여 인정된 제도이지만 부동산 경매제도의 현실에서 다투어지고 있는 유치권에서는 그렇지 못하다. 부동산 경매절차에서의 허점을 기화로 허위, 가장유치권의 폐해가 적지 않다.³⁾ 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 유치권의 조작이 매우 용이하다. 예컨대 건물에 공사한 내역과 부동산점유만으로 얼마든지 유치권을 조작할 수 있다. 이는 점유가 모호한 공시방법인 결과이기도 하다. ① 대법원은 채권을 취득한 시기와 상관없이 경매개시결정 기입등기 전 언제든지 점유를 넘겨받기만 하면 유치권을 인정하고 있기 때문에 채무자와 유치권자가 통모하고 경매개시 전에 점유를 넘겨주기만 하면 유치권자가 될 수 있다. 이에 대하여 경매개시결정 기입등기가 되는 시기를 알고 그 전에 미리 점유를 넘겨주는 것이 어렵다고 할 수도 있으나, 근저당권자이든 일반채권자이든 예고 없이 경매를 신청하는 경우가 드물기 때문에 채무자 또는 물상보증인은 대부분 경매신청 1~2개월 전에 이미 자신 소유의 부동산이 경매신청될 것이라는 사실을 알게 된다. 대법원판례에서도 경매개시결정 기입등기 전에 점유를 넘겨주고 유치권 주장을 하고 그것이 받아들여진 사례를 다수 볼 수 있다. ② 유치권으로 담보되는 채권, 즉 공사내역을 조작하여 실제

1) 이진기, “담보물권으로서 유치권: 유치권의 비판적 해석”, 안암법학 제8권, 세창출판사(1999), 234쪽.

2) 박윤직·김재형, 물권법 제8판 보정판, 박영사(2015), 375쪽.

3) 지원립, 민법강의 제16판, 홍문사(2019), 731쪽.

로 투입된 공사비를 얼마든지 부풀릴 수 있다. 유치권 소송에서 투입공사비와 현존가액을 감정한다. 보통 이 감정절차에서 실제 지출한 공사비와 현존가액이 정확하게 감정된다고 믿지만, 현실은 그렇지 못하다. 감정신청에 따른 감정비용은 통상 500~1000만 원 정도가 지출되는데 대부분의 감정인은 감정비용을 납부한 신청인의 견적서, 공사계약서, 공사내역서 등을 그대로 받아들여 그 주장과 같은 내용의 공사가 행하여지고 공사비가 지출된 것으로 인정하고 신청인 주장의 경과년수를 계산해서 감가상각하는 방법으로 현존가액을 감정한다.⁴⁾ 그리고 법원은 그러한 감정결과를 거의 대부분 그대로 받아들인다. ③ 과거의 공사사실만 있으면 그 공사시기의 조작이 얼마든지 가능하다. 예컨대 2년 전의 공사이든 5년 전의 공사이든 감정신청인이 모두 2년 전의 공사라고 주장할 경우 이를 감별하기 어렵다. 그리고 감정인은 감정신청인의 주장대로 인정하고 실제로 그 공사시기를 감정하는 경우도 드물다. 나아가 유치권(주장)자가 직접 하지 않은 공사를 그가 최근에 한 공사인 것처럼 함께 주장하여 이를 유익비로 인정받는 경우도 얼마든지 발생할 수 있다.⁵⁾ ④ 실제 지급

-
- 4) 사실 이런 식의 감정이려면 제대로 된 감정이라고 할 수 없다. 감정인이 한 일이라고는 현장에 가서 감정신청인이 주장하는 공사된 부분의 사진 몇 장을 찍고 돌아와서 감정신청인이 제공하는 공사계약서, 공사내역서 등에 의하여 그 주장의 공사비가 투입된 것으로 감정하고 경과년수를 계산하여 감가상각한 것 외에는 없기 때문이다. 그런데 법원은 그러한 감정결과를 그대로 받아들인다. 감정이 없는 상태라면 법원이 당사자의 주장에 불과한 공사내역서, 계약서만으로 실제의 공사에 그 주장의 공사비가 투입되었다는 것을 쉽게 인정하지 못할 것인데, 법원의 입장에서는 감정서가 안이하게 잘못된 사실인정을 하였다는 비난을 벗어날 수 있는 면책증권의 역할을 하는 것 같다.
- 5) 매수인의 유치권자에 대한 채권으로 유치권자의 채무자에 대한 유치권부 채권과 상계할 수 없다고 판시한 대판 2010다101394(원심 전주지판 2009나7130)이 그 대표사례가 될 것이다. 이 사건에서 유치권자(甲)는 경매된 아파트(시가 1억 1500 만원 내외)의 전전 소유자이고 채무자이다. 甲은 자신의 아파트가 경매된 사건(전주지법 2004타경42154)에서 1순위 근저당 채권자인 은행 이외에 10건의 근저당채무 또는 가압류채무가 있을 정도로 파산상태였다. 甲은 그 경매개시 직전에 최우선변제권이 있다고 주장하는 소액임차인 3명이 권리신고 및 배당요구서를 제출하게 하였다(이는 가짜로 여겨지며, 그들은 배당절차에서 배당받지 못했다). 甲은, 그 아파트를 낙찰받아 2007. 1. 31. 대금을 납부하여 소유권을 취득한 전 소유자(乙)로부터 2007. 2. 7. 임차보증금 1500만 원, 임료 월 60만 원에 위 아파트 일부(타에 임대한 방 1칸을 제외한 나머지)를 임차하였는데, 2007. 5.경 소유자의 승낙을 받고 타에 임대중인 방 1칸을 제외한 나머지 부분에 3600만 원에 달하는 공사비를 지출하여 리모델링 공사를 하였다는 것이 원심에서 인정된 사실관계이다. 위 아파트는

한 공사비와 미지급 공사비의 조작이 얼마든지 가능하다. 채무자와 유치권자가 통모하고 공사비를 지급하지 않았다고 주장하면 실제 소송에서 제3자가 그 공사비가 일부라도 지급되었다는 사실을 증명하는 것은 사실상 불가능에 가깝다. 지급한 공사비를 간단히 묵비하여 거액의 공사비채권이 남아 있다고 쉽게 인정받을 수 있는 셈이다.

둘째, 유치권은 사실상 최우선순위의 담보권으로 작용하기 때문에⁶⁾ 유치권자는 일반 채권자는 물론이고 심지어 물적 담보를 취득한 채권자보다도 선순위로 채권 전액에 대해서 변제를 받는 효과를 가진다. 일반채권자는 선순위 담보권자에게 변제하고 남은 금액을 채권자 평등의 원칙에 따라 채권액에 비례하여 배당을 받을 수 있을 뿐이므로 거액의 채권자도 실제 경매절차에서 배당받을 수 있는 금액이 없거나 있더라도 미미한 금액에 지나지 않는다. 유치권부 피담보채권이 건물 가액에 접근하는 금액일 경우에는 경매부동산의 매각가격이 터무니없이 떨어지고, 이 때문에 선순위 담보권자조차도 자기 채권의 변제를 제대로 받지 못하는 경우가 허다하게 발생한다. 이처럼 유치권을 조작하는 경제적 이득은 허위채권을 작출하는 것과 비교할 수 없을 정도로 크다.

셋째, 채무자가 제3자를 내세워서 유치권의 목적이 된 경매대상 부동산을 헐값에 낙찰받을 수 있다.⁷⁾ 유치권이 붙어있는 건물은 매수인이 유

다시 2007. 10. 1.에 경매신청되어 이 사건의 원고가 낙찰을 받자 甲이 유치권을 주장한 것이다. 같은 해 11건의 근저당채무, 가압류채무가 있어 파산상태인 甲이 자신의 아파트를 경매로 잃었고 다시 그 아파트를 겨우 월세로 임대차계약을 체결하였지만 월세도 내지 못할 정도였던 甲이 그가 임차한 아파트에 3600만 원이 넘는 공사비(아파트 시가의 30%)를 지출하여 리모델링 공사를 하고 거주하였다는 것은 이해가 가지 않는다. 게다가 그 아파트에는 그 시가보다 높은 채권최고액 1억 3천만 원이나 되는 근저당권이 설정되어 있었다. 이 사안은 甲이 소유권을 취득했던 1998년 말부터 최초 경매가 신청된 2004년 사이 언제인가 인테리어 공사를 했던 것을 甲이 유치권 주장을 하면서 파산 후 월세로 살게 된 이후인 2007년에 한 공사라고 거짓주장한 경우가 아니라면 합리적인 설명이 어렵다. 이 사안에서 감정인은 피고가 주장한대로 2007년에 공사를 한 것으로 전제하고 그 주장과 같은 비용이 지출된 대로 감정서를 작성하여 제출하였으나 법원은 구체적인 공사시점을 확인하기 위한 현장검증을 하지 않았다. 법원이 감정인에게 공사시점에 대한 감정보완촉탁을 하고 2007년에 한 공사라는 점을 인정할 증거가 없다고 하여 유치권항변을 배척하여야 했다.

6) 대판 2011다84298.

7) 가장유치권자의 등장에 의해 경매절서에 혼란이 야기되는 등의 문제점을 지적하는 글로

치권자의 채무를 사실상 변제해야 할 뿐 아니라 입찰자들이 유치권자와의 법률분쟁을 꺼려하기 때문에 매각대금이 시가에 비추어 현저하게 낮은 금액으로 떨어진다.⁸⁾ 유치권 주장이 허위임을 파악하였다고 하여도 사후의 인도소송에서 승소를 장담할 수 없기 때문에 일반인들은 쉽사리 경매에 참여하려고 하지 않고 유치권 때문에 몇 번 유찰된 건물은 아예 고려대상에서 빠지기도 한다. 이를 기회로 건물에 관한 실제 권리관계를 잘 아는 채무자 또는 유치물소유자는 제3자를 내세워 매각대상 건물을 저가매수할 수 있다. 그 반대급부로 담보권자와 일반 채권자가 본래 자신이 배당받아야 하는 금액을 제대로 받지 못하고 그 돈이 엉뚱한 사람의 품으로 들어가는 결과가 발생하는 것이다.

넷째, 법원의 미온적인 태도이다. 유치권이 신고된 경우 경매법원은 미리 현황조사를 통하여 유치권의 존부를 명확히 확인할 수 있도록 하여야 하지만 현황조사서가 부실한 경우가 많다.⁹⁾ 법원은 단지 유치권 주장자가 있고 유치권이 인정될 가능성이 있다는 정도의 공고만 하는 것에 그친다. 채무자 또는 소유자가 내세운 사람이 부동산을 매수한 경우에는 이미 그 유치권부 채권이 매각대금에 반영된 것이므로 인도소송은 제기될 여지가 없다. 현황을 철저히 조사하여 매수한 제3자가 제기한 인도소송에 대해서 유치권을 부정하게 되면 매수인이 그 만큼의 이득을 추가로 취득하는 셈이어서 구체적 타당성이 없다고 생각하여 법원은 유치권을 넓게 인정하고 있는 것은 아닐까? 이는 경매사건에서 허위, 가장유치권의 신고가 계속되는 이유가 된다.¹⁰⁾ 이른바 악순환의 고리를 끊지 못하

는, 이상현, “부동산 경매과정에서의 유치권의 진정성립(허위유치권)에 관한 제 문제”, 민사법연구 제18권, 대한민사법학회(2010), 169쪽.

8) 우경/장건, “유치권의 인수부담에 관한 문제점과 개선에 관한 연구”, 집합건물법학 제28권, 2018, 집합건물법학회, 128쪽.

9) 매각부동산의 현황조사과정에서 부동산에 관한 유치권에 대한 조사가 누락될 수 있음을 지적하고 있는 글로는, 강봉현, “유치권자의 지위와 관련한 몇 가지 문제점”, 법과정책 제14권 제2호, 제주대학교 법과정책연구원(2008), 16쪽.

10) 김송, “유치권관련 개정안에 대한 재고”, 법학연구 제24권 제1호, 경상대학교 법학연구소(2016), 187쪽. 한편 강봉현, 앞의 논문, 17쪽에서는 전체 유치권 신고 건수의 80~90%가 허위, 가장유치권으로서 그 성립이 부정되었다고 기술하고 있다. 김재형, “부동산유치권의 개선방안 - 2011년 민법개정시안을 중심으로”, 민사법학 제55권 제55호, 한국민사법학회(2011), 343-344쪽에 따르면, 유치권관련 소송은 2005년부터 급증하여 2010년에는 726건

는 것이다.

유치권은 유치목적물의 사용·수익권을 전부 사장한다. 그러한 유치권의 성립은 가능하면 제한되어야 한다.¹¹⁾¹²⁾ 이러한 입장에서 부동산 경매 현실에서 쉽게 볼 수 있는 사례를 제시하고, 그의 합리적 해결을 위하여 기존의 논의와 대법원판례에서 부족한 부분에 대한 의견을 제시한다.

제1 사례

甲은 10억원을 공사대금으로 하여 乙에게 A 호텔의 리모델링 공사를 맡겼다. 공사를 마쳤으나 공사대금 중 4억원을 지급하지 않은 상태에서 甲은 乙로부터 호텔을 인도받아 영업을 재개하고 丙 은행으로부터 10억원을 대출받으면서 채권의 담보로 A 호텔에 근저당권을 설정하였다. 甲은 이중 2억원을 乙에게 공사대금으로 지급하고 나머지는 호텔운영자금으로 사용하였다. 그후 甲은 다시 丁으로부터 3억원을 빌리면서 A 호텔에 근저당권을 설정하였다. 그후 영업부진으로 A 호텔이 가압류되고 근저당권에 기한 임의경매가 신청될 상태에 이른 甲은 乙과 통모하여¹³⁾ 유치권을 행사하게 하기 위하여 乙에게 A 호텔을 인도하였다. 丙이 신청한 임의경매절차에서 乙은 7억원의 공사대금 채권이 미지급되었다고 주장하면서 유치권 신고를 하였다. 乙의 유치권은 일부라도 인정되어야 하는가?

제2 사례

甲(임차인)은 건물소유자 乙(임대인)과 임대차계약을 체결하고 임대보증금 1억 원을 지급하고 2억원의 유익비를 지출하여(잔존 증가액도 동일하다고 가정함) 영업하였다. 임대차계약이 종료할 즈음 임차건물에 대한 임의경매가 신청되었는데, 임대차 종료시 甲이 연체한 월차임은 1억 5천만 원에 달하였다. 甲은 경매절

에 이르렀고, 원고승소 판결이 원고패소 판결보다 많다고 설명하고 있다.

- 11) 이진기, 물권법, 박영사(2020), 422쪽.
- 12) 참고로 법무부가 지난 2013년 7월 17일 제19대 국회에 제출한 민법개정안은 등기된 부동산에 대한 유치권을 폐지하는 등 유치권의 폐해를 극복하려고 하였으나, 동 법률안은 제19대 국회를 통과하지 못한 채 무산되었다. 동 법률안에 대한 분석과 평가에 대한 글로는, 권영준, “유치권에 관한 민법 개정안 소개와 분석”, 서울대학교법학 제57권 제2호, 서울대학교 아시아태평양법연구소(2016), 139쪽 이하.
- 13) 단순히 을에게 유치권을 행사하도록 하기 위한 것에서 한 걸음 더 나아가 허위, 과장된 내용의 유치권을 주장하여 갑 또는 을이 제3자를 통하여 저가에 A 호텔을 낙찰받거나 낙찰자로부터 유치권을 근거로 실재하지 않는 채권을 변제받기 위한 내용이다.

차에서 2억 원의 유익비상환청구권에 기한 유치권신고를 하고, 월 차임을 지급하지 않고 영업을 계속하였다. 丙이 매수인으로 소유권을 취득할 때까지 甲이 추가로 연체한 차임 상당의 부당이득액은 2억 원에 이르렀다. 丙은 乙의 유익비상환채무가 소멸하였다고 판단하고 위 건물을 매수하였다. 甲은 乙에게 경매진행 중인 건물의 차임 상당의 사용이익을 변제에 충당하겠다고 통보한 사실이 없고, 甲과 乙이 유익비상환채권과 연체차임 등 채권을 자동채권과 수동채권으로 하여 상계한다는 의사표시를 한 사실도 없다. 甲의 건물유치권이 인정되는가?

II. 유치권의 성립과 행사범위 제한과 관련된 판례의 검토

1. 경매개시결정 기입등기 이후의 유치권 취득의 제한

채무자 또는 제3자 소유의 부동산에 경매개시결정의 기입등기를 마치고 압류의 효력이 발생한 이후에 채무자로부터 그 부동산의 점유를 이전 받은 채권자가 이에 관한 공사 등을 시행함으로써 채무자에 대한 공사대금채권을 취득한 채권자는 유치권을 내세워 그 부동산에 관한 경매절차의 매수인에게 대항하지 못한다.¹⁴⁾ 이 경우, 그러한 점유이전은 목적물의 교환가치를 감소시킬 우려가 있는 처분행위에 해당하여 민사집행법 제92조 제1항, 제83조 제4항에 따른 압류의 처분금지효에 저촉되기 때문이다. 이때 위 부동산에 경매개시결정의 기입등기가 경료되어 있음을 채권자가 알았는지 여부 또는 이를 알지 못한 것에 관하여 과실이 있는지 여부 등은 채권자가 그 유치권을 매수인에게 대항할 수 없다는 결론에 아무런 영향을 미치지 못한다.¹⁵⁾ 강제경매절차에 의하여 진행된 매각절차에서 매수인은 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있고(민사집행법 제91조 제5항), 위 규정은 담보권 실행에 의한 경매절차에도 준용된다(민사집행법 제268조). 대법원은 여기에서 ‘변제할 책임이 있다’는 의미는 부동산상의 부담을 승계한다는 취지로서 인적채

14) 대판 2006다22050; 대판 2005다22688.

15) 대판 2006다22050.

무까지 인수한다는 취지는 아니므로, 유치권자는 경락인에 대하여 그 피담보채권의 변제가 있을 때까지 유치목적물인 부동산의 인도를 거절할 수 있을 뿐이고 그 피담보채권의 변제를 청구할 수는 없다고 한다.¹⁶⁾ 민사집행법 제91조 제5항은 압류의 효력발생시기를 기준으로 그 이전에 취득한 유치권에 대하여만 적용된다. 대법원은 근저당권설정등기 이후에 취득한 유치권이나 가압류등기가 경료된 이후에 취득한 유치권자는 경매절차의 매수인에게 유치권을 행사할 수 있다고 한다.¹⁷⁾ 이는 유치권자가 유치물에 투입한 가치가 그 물건 속에 실재하고 건물의 가액이 증가하여 낙찰가격이 상승하게 되므로 저당권자나 가압류권자의 권리를 크게 해치는 것이 아니라는 인식도 깔려 있다고 볼 수 있다. 그런데 대법원은 국세징수법에 의한 체납처분에 의한 압류가 된 부동산이라 하더라도, 민사유치권을 취득한 유치권자로서는 경매절차의 매수인에게 유치권을 행사할 수 있다고 한다.¹⁸⁾ 국세징수법에 의한 체납처분절차에서는 일반 민사집행절차에서와 달리 체납처분에 의한 압류와 동시에 매각절차인 공매절차가 개시되는 것이 아닐 뿐만 아니라, 체납처분압류가 반드시 공매절차로 이어지는 것도 아니고, 체납처분절차와 민사집행절차는 서로 별개의 절차로서 공매절차와 경매절차가 별도로 진행되는 것이므로 부동산에 관하여 체납처분에 의한 압류가 되어 있다고 하여 경매절차에서 이를 그 부동산에 관하여 경매개시결정에 따른 압류가 행하여진 경우와 마찬가지로 볼 수 없기 때문이라고 한다.¹⁹⁾ 결국 저당권설정등기, 가압류등기, 국세 체납처분등기 이후에 유치권을 취득한 경우에도 압류가 없으면, 유효한 유치권의 성립이 제한되지 않는다.

위와 같이 대법원이 유치권을 부정하는 근거는 일응 압류의 처분금지

16) 대판 95다8720; 대판 95다8713; 대결 2014마1407, 따라서 “유치권자가 유치권 행사 과정에서 제3채무자(낙찰자)로부터 공사대금을 변제받을 수 있다 하더라도, 이는 공사대금에 관한 채권을 소멸시키는 것이고 또한 이 사건 유치권에 의한 목적물의 유치 및 인도 거절 권능에서 비롯된 것에 불과하므로, 이러한 변제에 관한 채무자의 권한은 이 사건 유치권 내지는 그 피담보채권인 이 사건 공사대금 채권과 분리하여 독립적으로 처분하거나 환가할 수 없는 것으로서, 결국 압류할 수 없는 성질의 것이라고 봄이 타당하다.”고 판시하였다.

17) 대판 2008다70763; 대판 2009다19246.

18) 대판 (전합) 2009다60336.

19) 대판 (전합) 2009다60336.

효(민사집행법 제92조 제1항, 제83조 4항)에서 도출할 수 있다. 그러나 체납처분에 의한 압류 이후에 취득한 유치권의 효력을 긍정적인 반대의 판례를 보면, 대법원이 압류의 처분금지효만을 기준으로 삼고 있다고는 보기도 어려워 보인다. 이러한 일련의 판례들에 대하여 대법원이 민사집행절차에서 현실적으로 매각절차가 개시되었다고 볼 수 있는 경매개시결정에 따른 기입등기 시점을 기준으로 유치권과 관련된 이해관계를 고정시키겠다는 정책적 결단을 한 것으로 평가하기도 한다²⁰⁾.

대법원이 부동산에 대한 경매개시결정 기입등기 이후의 유치권의 성립을 제한함으로써 유치권의 남용을 억제하고 있는 것은 긍정적인 측면이 있다. 그러나 체납처분절차에서의 압류는 민사집행절차와 대비하여 볼 때 장래의 강제집행을 보전하기 위한 가압류가 아니라 강제집행 절차의 개시에 따른 본압류에 해당하는 것인데도 부동산에 관한 체납처분절차에서의 압류의 효력을 민사집행절차에서의 압류의 효력과 달리 보고 이를 제한되는 유치권의 범위에서 제외하는 것은 논리적이고 합리적이지 못하다.²¹⁾ 또한 대법원은 경매개시결정 기입등기 이전에는 유치권의 성립을 제한 없이 허용한다. 즉, 대법원은 채권과 부동산과의 견련성과 공사대금 채권의 발생 사실이 인정되기만 하면, 공사를 완료한 채권자가 이를 계

20) 양진수, “유치권과 선순위권리자 및 경매절차상의 매수인 사이의 대항관계에 관하여 형성된 대법원 판례의 법리에 대한 검토”, 재판자료 제131집, 법원도서관(2016), 125쪽 이하.

21) 앞의 대판 (전합) 2009다60336 반대의견, 결국 국제징수법에 의한 체납처분절차는 압류로써 개시되고, 체납처분에 의한 부동산 압류의 효력은 민사집행절차에서 경매개시결정의 기입등기로 인한 부동산 압류의 효력과 같으므로, 조세채납자 소유의 부동산에 체납처분 압류등기가 마쳐져 압류의 효력이 발생한 후에 조세채납자가 제3자에게 그 부동산의 점유를 이전하여 유치권을 취득하게 하는 행위는 체납처분압류권자가 체납처분압류에 의하여 파악한 목적물의 교환가치를 감소시킬 우려가 있는 처분행위에 해당하여 체납처분압류의 처분금지효에 저촉되므로 그 유치권으로써 공매절차의 매수인에게 대항할 수 없다. 나아가 체납처분에 의한 부동산 압류 후 그 부동산에 관하여 개시된 경매절차에서 그 부동산이 매각되는 경우에 마치 공매절차에서 그 부동산이 매각된 것과 같이 매수인이 체납처분압류의 부담을 인수하지 아니하고 체납처분압류등기가 말소되는바, 선행하는 체납처분압류에 의하여 체납처분압류권자가 파악한 목적물의 교환가치는 그 후 개시된 경매절차에서도 실현되어야 하므로, 체납처분압류의 효력이 발생한 후에 채무자로부터 점유를 이전받아 유치권을 취득한 사람은 그 유치권으로써 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다고 보아야 한다. 대법원이 민사집행절차의 경매개시결정 기입등기와 체납처분에 의한 압류등기의 효과를 달리 보고 있는 것은 납득하기 어렵고 구체적 타당성이 있다고 생각되는 결론을 위하여 동일 법리를 달리 해석하고 있다는 느낌을 지울 수 없다.

속 점유하지 않고 부동산을 채무자에게 인도한 경우라도 경매가 개시되기 전에 부동산의 점유를 넘겨받기만 하면 유치권이 성립한다고 하고, 나아가 채무자에게 점유를 이전한 이후 상당 기간이 지나고 그 부동산에 다른 이해관계인이 생긴 경우에도 다시 점유를 이전받기만 하면 유치권이 생긴다고 판시한다²²⁾. 나아가 대법원은 경매절차의 법적 안정성이나 경매절차에 대한 신뢰를 보호하여야 할 필요성을 이야기한다. 이는 경매 개시결정 기입등기 이전에 유치권을 설정하는 경우에도 마찬가지로 필요하므로 유치권의 성립을 신중하게 판단하여야 한다. 그런데 실무상 유치권으로 신고되었으나 소송에서 다툴이 되는 유치권은 경매개시결정 기입등기 이전에 설정된 경우가 대부분이어서 앞의 대법원판결만으로는 허위, 가장 유치권을 효과적으로 통제하기에 충분하지 않다. 이 때문에, 아래에서 설명하는 내용과 같이, 물건을 점유하여 유치권을 가졌던 채권자가 그 물건의 점유를 상실한 후에는 다른 특별한 사정이 없으면 당사자 사이의 합의에 의하는 등으로 다시 적법하게 점유를 취득하였다도 기존의 채권에 기한 유치권이 부활(성립)하지 않는다고 해석할 필요가 있다.

2. 동시이행의 항변권과 유치권 성립의 제한

대법원은, 건물신축 도급계약에서 수급인이 공사를 완성하였다고 하더라도, 신축된 건물에 하자가 있고 그 하자 및 손해에 상응하는 금액이 공사잔대금액 이상이어서, 도급인이 수급인에 대한 하자보수청구권 내지 하자보수에 갈음한 손해배상채권 등에 기하여 수급인의 공사잔대금 채권

22) 대판 2010다84932의 사안은 경매 직전에 소유자가 채권자에게 점유를 이전한 사안이고, 대판 2014다53462의 사안은 공사채권자가 부동산을 채무자에게 인도하여 약 2년 동안이나 채무자가 호텔영업을 하였고 그 사이에 근저당권자와 가압류권자, 조세채권의 압류 등의 이해관계인이 생겼는데도 경매 이전에 채무자가 공사채권자에게 점유를 임의로 이전한 사안이다(위 대판 2014다53462 사건의 전 대법원 사건이 대판(전합) 2009다60336 사건임). 대판 2008다70763 사건은 채권자가 채무자에게 건물을 인도하지 않고 처음부터 유치권을 행사한 사안이다. 대법원은 채권자가 처음부터 부동산을 계속 점유하면서 유치권을 행사하는 경우와 점유를 채무자에게 이전하였다가 상당기간이 지난 후에 점유를 이전받은 경우의 차이점을 별달리 인식하지 못하고 동일하게 처리하는 것으로 보인다.

전부에 대하여 동시이행의 항변을 한 때에는, 공사잔대금 채권의 변제기가 도래하지 아니한 경우와 마찬가지로 수급인이 도급인에게 하자보수의 무나 하자보수에 갈음한 손해배상의무 등에 관한 이행의 제공을 하지 않으면 공사잔대금 채권에 기한 유치권을 행사할 수 없다고 판단하였다.²³⁾ 도급계약에 있어서 완성된 목적물에 하자가 있는 때에는 도급인은 수급인에 대하여 하자의 보수를 청구하거나 하자의 보수에 갈음하여 또는 보수와 함께 손해배상을 청구할 수 있고(민법 제667조), 이들 청구권은 수급인의 공사대금채권과 동시이행관계에 있다.²⁴⁾ 이처럼 수급인의 공사대금채권이 도급인의 하자보수청구권 내지 하자보수에 갈음한 손해배상채권 등과 동시이행의 관계에 있는데 공사대금채권보다 큰 금액의 손해배상채권에 기하여 동시이행의 항변을 한 경우에는 공사대금채권의 이행기가 도래하지 아니한 것과 마찬가지로 보아 이러한 경우 유치권이 성립하지 않는다는 취지이다.

대판 2013다30653에 따르면, 유치권의 피담보채권액보다 큰 금전채권이 유치권의 피담보채권과 동시이행의 관계에 있는데, 당사자가 동시이행의 항변을 한 경우에는 유치권을 행사하지 못한다.²⁵⁾ 이 판결에 대하여 동시이행의 관계에 있는 도급인과 수급인 사이에서 손해배상채무 등의 변제제공은 도급인으로부터 동시이행의 항변권을 박탈하고 이행지체에 빠지도록 하여 그 책임을 묻기 위한 요건임에도 지체책임과 유치권의 요건을 연결한 설시는 수긍하기 어렵고, 변제기의 도래로 동시이행의 항변권의 행사가 가능해지고 유치권 또한 발생하였음에도 불구하고, 동시이행의 항변권을 행사하였다는 사정으로 변제기가 도래하지 않은 경우와 마찬가지로 되어 유치권이 차단된다는 판시내용은 설득력이 없다는 비판이 있다.²⁶⁾ 이는 또한 만약 목적물의 소유권이 제3자에게 이전되었다면 수급인은 도급인을 지체에 빠뜨릴 필요없이, 수급인에게 유치권을 인정하는 취지나 동시이행의 항변권의 행사와 관련한 법률관계는 계약당사자에 국한된다는 점에서 수급인은 제320조의 요건이 충족되는 한 제3자에

23) 대판 2013다30653.

24) 대판 2007다31914.

25) 유치권이 성립하지 않는다고 표현하는 것이 더 정확한 표현이라고 생각한다.

26) 최수정, “유치권과 동시이행의 항변권의 관계 정립을 위한 시론”, 민사법학 제77권, 한국민사법학회(2016), 57쪽.

게 유치권을 행사할 있다고 할 것이라고 한다.²⁷⁾ 나아가 이 견해는 공사대금이 수급인이 도급인에게 지급하여야 하는 금액보다 큰 때에는 수급인은 공사대금 전액을 피담보채권으로 하여 그 불가분성에 의해 채권 전부의 만족을 얻을 때까지 유치권을 행사할 수 있다고 보아야 한다고까지 주장한다. 마지막으로 공사대금이 손해배상액보다 작은 때에도 수급인이 유치권을 행사할 수 있다면, 이는 보다 큰 채무를 부담하는 수급인이 상대적으로 작은 채무를 부담하는 도급인에게 그의 이행을 강제하면서 정작 자신의 채무이행은 회피할 수 있도록 만든다는 측면에서 타당하지 않고, 동시이행 관계에 있는 당사자의 이익균형이 동일한 제도적 취지에 기반한 유치권의 행사에 의해 파괴되어 오히려 그 취지에 반하는 결과가 되므로 수급인의 유치권은 인정되어서는 아니된다고 한다.²⁸⁾

그러나 수급인이 불가분성 때문에 채권 전부의 만족을 얻을 때까지 유치권을 행사할 수 있다는 견해는 옳지 않다. 유치권의 성질에 비추어 보면, 공사대금이 손해배상액보다 큰 경우 도급인은 공사대금과 손해배상의 차액을 제공하여 유치권을 소멸시키고 목적물의 인도를 청구할 수 있고 상계를 한 경우에는 공사대금 잔액을 지급하여야 목적물을 인도받을 수 있다고 새기는 것이 위 판결의 취지에 부합한다. 이에 대하여 유치권자는 채권 전부의 변제를 받을 때까지 유치물 전부에 대하여 그 권리를 행사할 수 있다(민법 제321조)는 유치권의 불가분성에 반한다고 반박할 수 있다. 그러나 처음부터 유치권의 성립범위를 제한하는 것은 유치권의 근거가 되는 공평의 원칙과 모순되지 않고 성립된 유치권의 범위 내에서 차액 전부를 변제받기 전까지는 유치물 전부에 대하여 권리를 행사할 수 있으므로 불가분성이 깨어지지 않는다.

또한 목적물의 소유권이 제3자에게 이전된 경우 수급인은 제320조의 요건이 충족되면 제3자에게 유치권을 행사할 있다는 주장은 옳지 않다. 목적물의 소유자가 채무자인 경우에 그에 대하여 애당초 유치권을 행사할 수 없었다면 물건의 소유자가 변경되어 채무자 아닌 제3자가 소유권을 취득한 때에도 유치권을 행사할 수 없다고 보아야 한다. 이때 제3자인 소유자는 채권·채무관계가 없이 단순히 유치권의 부담을 지는 사람에

27) 최수정, 앞의 논문, 57쪽.

28) 최수정, 앞의 논문, 61쪽.

불과하기 때문이다. 그리고 가능하면 채권자와 채무자 사이에서 분쟁을 해결하도록 하여야 하고,²⁹⁾ 채권자와 채무자 사이에서 공평의 원칙상 유치권을 허용하지 않음이 상당하다면 제3자에 대하여도 유치권을 행사할 수 없도록 하는 것이 공평의 원칙에 부합한다.

언제나 유치권의 인정 근거가 공평의 원칙임을 잊어서는 안된다. 유치권 관련한 모든 법해석과 적용의 중심에 공평의 원칙이 자리잡아야 한다. 도급인의 공사대금채무와 수급인의 손해배상채무가 동시이행의 관계에 있을 때에는 이들은 대등액에 관하여 상계할 수 있다. 민법 제536조 제1항이 규정하는 진정한 의미에서 동시이행의 항변권이 붙은 채권을 자동채권으로 한 상계는 허용되지 않지만 자동채권과 수동채권이 동시에 이행하여야 할 때에는 상계를 인정하는 것이 합리적이다³⁰⁾. 도급인이 상계하면 대등액에서 수급인의 공사대금채권은 소멸하고, 수급인의 공사대금채권이 더 큰 경우에만 그 상계하고 남은 잔액에 대해서 유치권을 행사할 수 있게 된다. 그리고 금전채권 사이에서 동시이행의 관계에 있는 경우에는 자신의 채권액의 범위에서만 채무이행을 거절할 수 있을 뿐 그 금액을 초과하는 나머지 채무에 대해서는 동시이행의 항변으로 지급을 거절하지 못한다.³¹⁾

더욱이 채무자와 목적물의 소유자가 동일한 때에는 채무자는 동시이행

29) 대판 99다66564 판결 등에서 대법원은 자기 책임하에 체결된 계약에 따른 위험부담을 제3자에게 전가시키는 것은 계약법의 기본원리에 반한다고 판시하고 있다.

30) 대판 2004다54633, 상계제도는 서로 대립하는 채권·채무를 간이한 방법에 의하여 결제함으로써 양자의 채권·채무관계를 원활하고 공평하게 처리함을 목적으로 하고 있으므로, 상계의 대상이 될 수 있는 자동채권과 수동채권이 동시이행관계에 있다고 하더라도 서로 현실적으로 이행하여야 할 필요가 없는 경우라면 상계로 인한 불이익이 발생할 우려가 없고 오히려 상계를 허용하는 것이 동시이행관계에 있는 채권·채무관계를 간명하게 해소할 수 있으므로 특별한 사정이 없는 한 상계가 허용된다고 판시한다.

31) 대판 95다12798, “완성된 목적물에 하자가 있어 도급인이 하자의 보수에 갈음하여 손해배상을 청구한 경우에, 도급인은 수급인이 그 손해배상청구에 관하여 채무이행을 제공할 때까지 그 손해배상액에 상응하는 보수액에 관하여만 자기의 채무이행을 거절할 수 있을 뿐이고 그 나머지 보수액은 지급을 거절할 수 없다고 할 것이므로, 도급인의 손해배상채권과 동시이행관계에 있는 수급인의 공사대금채권은 공사잔대금채권 중 위 손해배상채권액과 동액의 채권에 한하고, 그 나머지 공사잔대금채권은 위 손해배상채권과 동시이행관계에 있다고 할 수 없다.”고 판시하는바, 다만 채무 전체에 대하여 이행을 거절할 수 있는 본래의 동시이행관계와는 다르다고 하겠다.

의 항변이나 상계의 항변을 당연히 할 것이므로 문제될 여지가 없다. 채무자와 목적물의 소유자가 다른 경우에는 어떠한가? 채무자와 목적물의 소유자가 다를 때에는 채무자와 채권자가 공모하여 어느 누구도 동시이행을 항변하거나 상계하지 아니하고 채권자가 공사대금채권 전액에 대하여 유치권을 행사하여 목적물 소유자로부터 사실상 우선변제를 받으려고 할 수 있기 때문이다. 목적물의 소유자는 유치권의 부담을 지는 사람일 뿐 채무자가 아니다. 채권·채무는 당사자 사이에서 해결하는 것이 원칙이고 유치권을 통로로 이용하여 다른 제3자(소유자)에게 사실상 채무를 부담하게 하거나, 채무자가 소유자일 때와 비교하여 목적물 소유자에게 더 큰 부담을 지우는 것은 공평하지 않다. 채무자와 목적물 소유자 사이에는 이들 사이의 법률관계에 따라 별도로 처리하면 된다. 그리고 유치권의 행사는 채무자가 동시이행의 항변을 하였는지, 또는 상계하였는지 여부에 따라 달라져서는 곤란하다. 이것이 유치권의 인정근거인 공평의 원칙과 신의성실의 원칙³²⁾의 요구이다. 이러한 법리는 유치권자의 채권과 동시이행의 관계에 있는 채무가 아니더라도 이와 동일시 할 수 있는 채무, 예컨대 동일한 계약관계에서 발생한 채무와 유치권의 행사 중 발생한 채무 등에 대해서도 마찬가지로 적용되어야 할 것이다.

3. 선행저당권이 설정된 부동산에 상사유치권을 행사하는 경우

민사유치권과 달리 상사유치권(상법 제58조)의 경우, 유치권성립 당시에 이미 그 목적물에 대하여 제3자가 권리자인 제한물권이 설정되어 있다면, 상사유치권은 그와 같이 제한된 채무자의 소유권에 기초하여 성립할 뿐이고, 기존의 제한물권이 확보하고 있는 담보가치를 사후적으로 침탈하지 못한다. 그러므로 채무자 소유의 부동산에 관하여 이미 저당권이 설정된 상태에서 채권자의 상사유치권이 성립한 경우, 채권자는 채무자와 그 채무자로부터 부동산을 양수하거나 제한물권을 취득한 사람에게는

32) 이진기, 앞의 논문, 254쪽은 유치권의 인정근거로 신의성실의 원칙을 언급하면서, 설령 민법상 별도의 규정이 없다 하더라도 '신의성실의 원칙(민법 제2조)에 근거하여 인정될 수 있는 성질의 권리라고 설명한다.

대항할 수 있지만, 선순위저당권자 또는 선순위저당권에 기한 임의경매 절차에서 부동산을 취득한 매수인에 대한 관계에서는 그 상사유치권으로 대항할 수 없다.³³⁾ 대판 2010다57350은 상사유치권의 부작용을 해소하여 선순위저당권자를 보호하는 기준을 제시한 의미있는 판결이다. 그렇지만 이는 소유권의 양수인 또는 후순위저당권자에 대한 관계까지 일괄 해결하지 못한 한계가 있으며, 그 부작용은 상사유치권의 적용대상이 되는 ‘상행위’개념을 제한해석하여 줄일 수밖에 없을 것이다.³⁴⁾ 그럼에도 불구하고 상사유치권은 물권 또는 유가증권에 관하여 발생한 채권을 요건으로 하지 않기 때문에 그로 인한 부작용을 완전히 제거하는 것은 어려운 과제이다.

4. 매수인의 부당이득반환청구권과 유치권자의 유익비상환청구권과의 상계 허부

피고(임차인)의 임대인에 대한 유익비상환청구권으로 약 1,300만원의 현존가액의 증가가 인정되고, 원고가 경매절차에서 아파트의 소유권을 취득한 이후에도 피고가 계속 아파트를 점유·사용하여 그 반환할 부당이득액이 약 1,900만 원에 달한 사안에서, 원심은³⁵⁾ “피고의 유익비상환청구권은 소외인과의 임대차계약에 기한 것이어서 원고에 대한 채권이 아

33) 대판 2010다57350, 상사유치권은 민사유치권과 달리 그 피담보채권이 ‘목적물에 관하여’ 생긴 것일 필요는 없지만 유치권의 대상이 되는 물건은 ‘채무자 소유’일 것으로 제한되어 있는바, 상사유치권의 대상이 되는 목적물을 ‘채무자 소유의 물건’에 한정하는 취지는, 상사유치권의 경우에는 목적물과 피담보채권 사이의 견련관계가 완화됨으로써 피담보채권이 목적물에 대한 공익비용적 성질을 가지지 않아도 되므로 피담보채권이 유치권자와 채무자 사이에 발생하는 모든 상사채권으로 무한정 확장될 수 있고, 그로 인하여 이미 제3자가 목적물에 관하여 확보한 권리를 침해할 우려가 있어 상사유치권의 성립범위 또는 상사유치권으로 대항할 수 있는 범위를 제한한 것으로 볼 수 있기 때문이라고 한다.

34) 박양준, “부동산 상사유치권의 대항범위 제한에 관한 법리”, 법과 정의 그리고 사람; 박병대 대법관 재임기념논문집(2017), 964-965쪽. 한편, 상사유치권에 대한 위 대법원 판결이 구체적 타당성만 지나치게 강조한 것으로 향후 민사유치권 해석론과의 통일 내지 입법적 개선이 필요함을 지적하는 글로는, 임윤수/김용, “부동산경매시장에서 상사유치권에 관한 연구”, 법학연구 제17권 제3호, 한국법학회(2017), 75쪽 이하.

35) 전주지판 2009나7130, 위 사안의 자세한 실체에 대해서는 앞의 주 5) 참조.

니라 소외인에 대한 채권이므로 원고가 자신의 피고에 대한 부당이득반환채권과 피고의 소외인에 대한 유익비상환청구권을 상계하는 것은 허용되지 아니한다고 할 것이나, 이 사건과 같이 원고가 피고의 유치권의 대상이 되어 있는 이 사건 아파트를 임의경매절차에서 경락으로 취득함으로써 아파트에 대한 피고의 유치권을 부담하게 되는 경우에는, 원고로 하여금 자신의 피고에 대한 부당이득반환채권과 유치권의 피담보채권인 피고의 소외인에 대한 유익비상환청구권을 상계할 수 있도록 허용하는 것이 형평의 원칙상 타당하다.”고 하여 구체적 타당성을 위한 상계를 예외적으로 허용하였다. 이에 대하여 대법원은 “상계는 당사자 쌍방이 서로 같은 종류를 목적으로 한 채무를 부담한 경우에 서로 같은 종류의 급부를 현실로 이행하는 대신 어느 일방 당사자의 의사표시로 그 대등액에 관하여 채권과 채무를 동시에 소멸시키는 것이고, 이러한 상계제도의 취지는 서로 대립하는 두 당사자 사이의 채권·채무를 간이한 방법으로 원활하고 공평하게 처리하려는 데에 있으므로, 수동채권으로 될 수 있는 채권은 상대방이 상계자에 대하여 가지는 채권이어야 하고, 그 상대방이 제3자에 대하여 가지는 채권과는 상계할 수 없다고 보아야 한다. 그렇지 않고 만약 상대방이 제3자에 대하여 가지는 채권을 수동채권으로 하여 상계할 수 있다고 한다면, 이는 상계의 당사자가 아닌 상대방과 제3자 사이의 채권채무관계에서 상대방이 제3자로부터 채무의 본지에 따른 현실급부를 받을 이익을 침해하게 될 뿐 아니라, 그 상대방의 채권자들 사이에서 상계자만 독점적인 만족을 얻게 되는 불합리한 결과를 초래하게 되므로, 상계의 담보적 기능과 관련하여 법적으로 보호받을 수 있는 당사자의 합리적 기대가 이러한 경우에까지 미친다고 볼 수는 없다.”고 판시하여 원심판결을 파기하였다.³⁶⁾

이미 앞에서 설명한 내용과 같이 이 사건은 피고의 유치권이 인정될 수 없는 사건이었을 뿐 아니라 유치권자가 소유자의 부동산을 계속 점유·사용하여 소유자에게 반환할 부당이득액이 유치권의 피담보채권을 훨씬 넘는 경우였다. 그러나 대법원은 상계의 일반원칙에 따라 유치권자의 채무자에 대한 채권과 유치권의 부담을 인수한 소유자의 유치권자에 대

36) 대판 2010다101394.

한 채권 사이의 상계를 허용할 수 없다는 판시로 끝내서는 안되었다. 이 때에도 유치권을 계속 인정하여야 하고 소유자는 유치권부 채권을 변제하고 부동산을 인도받은 후에야 비로소 무자력자인 유치권자에게 부당이득액의 반환을 구하여야 하는가? 그것은 소유자에게 일방적인 부담만을 지우는 것으로 부당하지는 않는가? 대법원은 이에 관하여 대답을 주어야 하는 사안이었다.

대법원은 임차인인 유치권자가 임대건물을 용법에 따라 계속 사용하는 것은 유치물인 주택의 보존에 필요한 사용이므로 소유자의 승낙을 받을 필요는 없지만 그 사용이익 상당을 부당이득으로 반환하여야 한다고 판시한다.³⁷⁾ 이때 사용이익은 법정과실로서 유치권자는 이를 자신의 채권의 변제에 우선 충당할 수 있으므로(민법 제323조 제1항), 구태여 상계의 법리를 동원할 필요 없이 변제충당 또는 그 이념을 반영하여 채무가 소멸하였다고 하여야 했다. 이러한 해결방안은 특히 서로가 서로에 대하여 부담한 채무가 이행기에 이른 후에 제3자가 임차목적물의 소유권을 취득하거나 그 위에 절대효 있는 권리를 취득한 경우에 실익이 있다. 한편 채무자 또는 소유자는 상당한 담보를 제공하고 유치권의 소멸을 청구할 수 있다(민법 제327조). 그러므로 유치권자가 그 사용이익을 변제에 우선 충당하지 않는다고 하더라도 유치권자는 소유자의 자신에 대한 부당이득반환채권을 담보로 제공받은 것과 다름없기 때문에 그 한도에서 더 이상 유치권을 행사할 수 없다고 보아야 한다. 결국 앞의 사안에서 유치권자의 유치권 행사는 부정되어야 하고, 유치권자의 그러한 유치권 행사는 신의칙에도 반한다고 보아야 하는 것이다.

5. 신의칙 또는 권리남용 금지 원칙의 적용

대법원은 신의칙 또는 권리남용금지 원칙에 의하여 유치권의 효력을

37) 대판 2009다40684. 이는 대판 63다235(동시이행의 항변권 또는 유익비 상환청구권에 의한 유치권을 행사하여 가옥을 사용·수익한 경우에는 임료 상당의 금원을 부당이득한 것으로 본다) 이래 대법원의 일관된 태도이다. 그러나 유치권자의 가옥의 사용·수익이 진정으로 유치물의 보존에 필요한 사용(민법 제324조 제2항 단서)에 해당하는지는 다시 신중하게 따져보아야 할 문제이다.

제한하기도 한다. 이는 유치권이 신의칙을 근거로 하는 제도이기 때문이다. 거래당사자가 고의로 자신의 이익을 위하여 유치권을 작출함으로써 유치권의 최우선순위담보권으로서의 지위를 부당하게 이용하고 전체 담보권질서에 관한 법의 구상을 왜곡할 위험이 내재하기 때문에 개별 사안의 구체적인 사정을 종합적으로 고려할 때 신의성실의 원칙에 반한다고 평가되는 유치권의 남용을 허용하여서는 아니된다. 이러한 이유에서 대법원은, 채무자가 채무초과의 상태에 이미 빠졌거나 그러한 상태가 임박함으로써 채권자가 원래라면 자기 채권의 충분한 만족을 얻을 가능성이 현저히 낮아진 상태에서 이미 채무자 소유의 목적물에 저당권 기타 담보물권이 설정되어 있어서 유치권의 성립에 의하여 저당권자 등이 그 채권 만족상의 불이익을 입을 것을 잘 알면서 자기 채권의 우선적 만족을 위하여 위와 같이 취약한 재정적 지위에 있는 채무자와의 사이에 의도적으로 유치권의 성립요건을 충족하는 내용의 거래를 일으키고 그에 기하여 목적물을 점유하게 됨으로써 유치권이 성립하였다면, 유치권자가 그 유치권을 저당권자 등에 대하여 주장하는 것은 다른 특별한 사정이 없는 한 신의칙에 반하는 권리행사 또는 권리남용으로서 허용되지 아니한다고 판단하였다.³⁸⁾ 그러나 유치권 주장이 신의칙에 반한다는 대판 2011다84298은 극히 예외적인 사정을 전제로 하는 것이어서 유치권에 대한 일반적 제한원리로 삼기 어렵다.³⁹⁾ 나아가 대법원은 경매 직전에 경매절차가 개시될 가능성이 있음을 충분히 인식하면서도 사후적으로 점유를 이전하였다는 사정만으로는 유치권의 행사가 신의성실의 원칙에 반한다고 할 수 없다고 한다.⁴⁰⁾ 그러나 신의칙은 그 자체로서 구체화와 확정을 기

38) 대판 2011다84298. 한편, 위 대법원 2011다84298 판결에 대하여 먼저 신의칙을 내세울 것이 아니라, 우선 공평의 관점에서 유치권 성립을 제한시키고 그럼에도 불구하고 유치권의 행사가 공평에 반하는 결과가 나는 경우에는 신의칙 위반을 이유로 이를 제한하는 것이 바람직하다는 취지로는, 권용두/이근영, “민법상 유치권의 채권과 물건의 관련성에 관한 연구”, 법학논총 제32권 제1호, 국민대학교 법학연구소(2019), 97-99면.

39) 유치권의 신의칙 위반 판결의 분석에 관하여는 송영복, “유치권의 남용에 대한 대처”, 민사판례연구 제38권, 박영사(2016), 225쪽 이하, 저자는 신의칙 위반 주장에 대한 법원 판결의 흐름을 ① 선행 권리자가 존재한다는 사정 또는 그 존재 사실을 알았다는 사정만으로는 신의칙 위반 주장을 받아들이기 어렵고, ② 신의칙 위반 주장이 인용된 사건은 ‘유치권 주장자가 유치권의 요건을 갖추는 방법이 특별히 부당한 경우’ 이거나 ‘유치권 주장자가 유치권을 행사하지 않겠다는 신뢰를 부여한 경우’로 유형화할 수 있다고 한다.

다리는 추상적 개념인 탓에 이로써 유치권의 남용을 효과적으로 제한하기에 모자란다.

III. 유치권의 성립 및 행사범위의 제한과 그의 적용

1. 유치권자가 점유상실 후 다시 점유를 취득한 경우

채권과 목적물 사이에는 견련관계가 있어야 하나, 채권과 목적물의 점유 사이에는 견련관계가 필요하지 않다는 것이 대법원의 일관된 태도이다.⁴¹⁾ 그러므로 채권이 목적물을 점유하는 동안에 또는 점유의 시작과 함께 생겨야만 하는 것은 아니고, 목적물에 관하여 채권을 가진 자가 후에 그 물건을 점유하게 된 때에도 유치권은 성립한다.⁴²⁾ 이와 관련하여 유치권을 가졌던 채권자가 유치물의 점유를 상실하였다가 나중에 다시 같은 물건을 점유하게 된 경우에도 유치권이 다시 성립한다고 보아야 하는지 문제된다. 이에 대하여 대법원은 유치권자가 물건에 대한 점유를 일시 상실하였다가 후에 다시 같은 물건을 점유하게 된 경우에는 점유상실 당시, 유치권을 포기하는 등 특별한 사정이 없으면, 그 채권을 위하여 유치권을 취득한다고 한다.⁴³⁾ 그 이후에도 대법원은 같은 기초 위에서

40) 대판 2010다84932; 대판 2007다10504.

41) 대판 64다1977, “원심은 --- 유치권 성립의 요건으로서 물건의 점유와 채권에 관련이 있음을 필요로 하는 듯이 판단하였으나 현행법상 유치권의 성립에는 채권자의 채권과 유치권의 목적인 물건과에 일정한 관련이 있으면 충분하고 물건점유 이전에 그 물건에 관련하여 채권이 발생한 후 그 물건에 대하여 점유를 취득한 경우에도 그 채권자는 유치권으로써 보호되어야 할것임에도 불구하고 물건의 점유와 채권과에 관련있음을 요하는 것으로 판단한 원판결에는 유치권 성립에 관한 법리를 오해한 위법이 있다”고 판시하였다.

42) 송덕수, 신민법강의 제13판, 박영사(2020), 598쪽.

43) 대판 2004다50853,50860, 이 판결에서 대법원은 “원고가 공사를 완공한 후 이 사건 건물을 채무자에게 인도하였으나, --- 위 사정만으로는 원고가 이 사건 건물에 관한 유치권을 포기하였다거나 그에 기초한 권리행사를 하지 아니하기로 약정하였다고 볼 수 없고, --- 또한, 유치권의 성립에는 채권자의 채권과 유치권의 목적물인 물건 사이에 일정한 관

“목적물에 관하여 채권이 발생하였으나 채권자가 목적물에 관한 점유를 취득하기 전에 그에 관하여 저당권 등 담보물권이 설정되고 이후에 채권자가 목적물에 관한 점유를 취득한 경우 채권자는 다른 사정이 없는 한 그와 같이 취득한 민사유치권을 저당권자 등에게 주장할 수 있다” 판시한다.⁴⁴⁾ 이로써 점유의 회복으로 유치권이 발생한다는 대법원의 견해는 일응 확고하다고 할 수 있고, 학설도 이를 그대로 따른다.⁴⁵⁾

그러나 이러한 대법원의 기본태도는 민법의 규정에 반하는 해석으로 마땅히 변경되어야 한다.

첫째, 민법 제328조는 유치권은 점유의 상실로 인하여 소멸한다고 규정한다. 유치권은 점유를 요건으로 하므로 점유를 상실하면 유치권이 소멸한다는 이는 일견 당연한 내용을 규정한 것으로 여겨질 수 있다. 그러나 이 규정은 점유를 상실하면 유치권이 소멸하고 그 이후 다시 점유를 취득하더라도 유치권을 다시 취득하지 못한다는 규정으로 이해할 때에만 의미를 가지게 된다. 따라서 유치권의 점유를 상실하였더라도 추후 점유를 다시 취득하기만 하면 언제든지 다시 유치권을 취득한다는 해석은 위 민법 규정에 반하는 해석이다.

둘째, 유치권은 공평의 원칙을 근거로 하는 대세적 효력이 있는 물권이다. 그런데 물건을 점유하는 채권자에게 유치권이 한번 인정된 이상 유치권자는 자기 채권의 만족을 얻기 위하여 나름의 충분한 조치를 미리 다 할 수 있다. 채권의 만족을 얻기 위하여 변제할 때까지 유치권을 행

권이 있으면 충분하고, 물건점유 이전에 그 물건과 관련하여 채권이 발생한 후 그 물건에 대하여 점유를 취득한 경우에도 그 채권자는 유치권으로써 보호되어야 할 것이며, 나아가 유치권의 대상이 되는 물건에 대한 점유를 상실한 자가 뒤에 다시 그 물건에 대한 점유를 취득한 경우도 유치권을 취득한다고 할 것이”라고 판시하였다.

44) 대판 2014다53462, 다만 위 판결에서 참고판결로 들고 있는 대판 64다1977 판결은 채권과 물건의 점유 사이의 건련관계가 필요한지 여부에 관한 점이 쟁점이라고 할 수 있고, 대판 2008다70763 판결의 사안은 근저당권설정등기가 경료된 이후에 공사를 시행한 원고가 공사대금을 받지 못하자 유치권을 행사한 사안으로 점유를 상실하였다가 다시 점유를 취득한 사안이 아니어서 대상 판결의 사안과 동일하다고 평가할 수 없어 참고로 들기에 적절한 사안이 아니다. 그럼에도 불구하고 위와 같은 2개의 사안을 참고판례로 들고 있는 위 대법원 판결은 점유상실 후 재점유로 인한 유치권 취득 인정의 폐해를 제대로 직시하지 못하고 있었다고 볼 수 있다.

45) 송덕수, 앞의 책 594쪽; 김용덕 편집대표(홍동기 집필부분), 주석민법(제5판) 물권(3), 한국사법행정학회(2019), 478쪽.

사할 수 있고, 목적물을 넘겨주는 대신에 다른 인적 담보 또는 물적 담보를 얻을 수도 있다. 채권자는 유치권을 토대로 이미 스스로를 충분히 보호할 수 있는 기회를 가진다. 그럼에도 불구하고 채권자가 목적물의 점유를 임의로 채무자에게 이전하였다면 더 이상 그 채권에 대하여 유치권의 보호를 인정하지 않더라도 공평의 원칙에 반하지 않는다. 오히려 점유를 취득할 때마다 유치권의 성립을 인정해 주는 것이 유치물에 대하여 권리를 취득한 제3자 또는 채무자의 일반 채권자들에게 공평의 원칙에 반하는 불이익을 줄 수 있다.

셋째, 유치물의 점유를 상실한 채권자가 다시 점유를 취득하였다는 사정만으로 유치권을 인정하는 것은 선량한 이해관계인의 이익을 침해할 수 있다. 앞의 제1 사례가 바로 그러한 경우이다. 근저당권자들은 이미 리모델링 공사가 끝나서 정상적으로 호텔영업을 하고 있는 채무자에게 돈을 빌려주고 담보를 취득하였다. 리모델링으로 인한 호텔의 가치상승은 담보가치에 반영되었고, 담보를 취득할 때에 현황조사를 하였으나 소유자가 호텔을 점유하고 정상적으로 영업을 하고 있었다. 공사대금의 채권자나 그 미지급 여부를 알 수도 없었고 그 점에 대하여 담보권자를 탓할 수는 없다. 만일 공사대금채권자가 처음부터 유치권을 계속하여 행사하고 있었다면 근저당권자가 담보를 취득할 때에 그 부분이 담보가치에 반영되었을 것이고 채권자들이 불측의 손해를 입는 일은 없었을 것이다. 그런데 점유를 이전한 때부터 2년이나 지났음에도 채무자가 공사대금채권자에게 호텔의 점유를 임의로 이전하였다는 사정만으로 유치권을 인정하게 되면 다른 모든 선순위 채권자들과 일반 채권자들을 제치고 유치권자가 사실상 최선순위의 담보권자가 되어야 한다. 이처럼 다른 권리자들이 책임질 수 있는 사정이 아니라 소유자가 임의로 특정채권자에게 점유를 이전함으로써 그에게 다른 채권자에 앞서는 권리를 부여하는 것은 부당하다. 이러한 사정은 동산의 경우에는 보다 명확하게 된다. 만일 양수인이 수리를 맡긴 중고차에 관하여 20만원의 수리비가 발생하였는데 수리업자가 2년 전에 그 중고차를 수리하고 양도인으로부터 받지 못한 수리비 200만원을 근거로 유치권을 행사한다면 이를 수궁할 수 있는가? 중고차를 구입할 때 제 가격을 다 주고 구입한 양수인은 이전의 수리로 인하여 이익을 얻은 것이 없다. 이는 오로지 그 차량을 임의로 넘겨준

수리업자와 양도인, 즉 전소유자와의 일반 채권·채무관계로 해결되어야 할 문제이다. 대법원은 다른 채권자들의 이익을 침해하게 되는 이 부분 불합리를 도외시한다.⁴⁶⁾

넷째, 유치권은 법정담보물권이다. 그런데 이와 같이 상실했던 점유의 재취득으로 다시 유치권이 성립된다고 해석하면 채권이 잔존하고 있는 이상 채권자와 채무자는 언제든지 점유의 이전만으로 유치권을 취득하게 할 수 있으므로 이는 유치권을 약정담보물권화하는 것과 같은 결과를 초래한다. 이는 앞서의 설명과 같이 선의의 제3자의 이익을 부당하게 침해할 위험을 동반한다.

다섯째, 허위·가장유치권의 범람을 막기 어렵다. 앞서의 설명과 같이 과거의 공사사실만 확인되는 경우 실제 공사내역과 공사대금, 시행시기, 이미 지급한 공사대금 내역 등을 밝혀내는 것이 매우 어렵고, 채권자와 채무자가 통모하면 이를 쉽게 조작할 수 있다. 이로 인한 터무니없는 저가낙찰로 인한 손해는 고스란히 담보채권자와 일반 채권자들에게 돌아간다.

자신의 채권에 대하여 유치권을 행사할 수 있었던 채권자가 점유하고 있던 그 물건의 점유를 채무자에게 임의로 이전하는 등 점유를 상실하였다면 유치권은 종국적으로 소멸하고 그 후에 다시 점유를 취득하였다더라도 유치권은 성립되지 않는다고 해석하여야 한다. 유치권은 점유의 상실로 소멸하는 것이므로 점유를 상실하는 경우에는 채권자에게 유치권을 포기하는 의사가 있었는지 여부는 별도로 필요하지 않다고 보아야 한다. ‘시간에서 앞선 사람은 권리에서도 앞선다’는 일반적 법원칙의 예외로 인정되는 유치권의 범위를 과도하게 확장해서는 안된다. 대법원판례는 당장 변경되어야 마땅하다⁴⁷⁾. 제1 사례에서 乙의 유치권은 인정되어서는

46) 송영복, 앞의 논문(유치권의 남용에 대한 대처)에서는 위와 같은 불합리를 해결하기 위해서 채권자취소권의 행사가 가능하다는 논리를 시도하고 있으나 사실행위인 점유의 이전에 대해서 채권자취소권의 행사가 가능한지도 의문이고, 채권자취소권의 대상이 된다고 보는 데까지 생각이 미치는 이유는 바로 유치권을 인정하는 것 자체가 불합리하기 때문이라고 할 수 있다.

47) 대판 2014다53462의 사안은 피고들이 2005. 2.경 공사를 완료하고 이를 채무자(소외인)에게 인도하여 채무자가 호텔영업을 하면서 2005. 9. 22. 원고로부터 19억 원을 대출받았는데 2006. 11.경 원고로부터 임의경매를 신청한다는 고지를 받아 호텔 인도일로부터 거의

아니된다.

2. 임차인의 연체차입 등의 채무와 유익비상환청구권의 유치권 제한

유익비상환청구권이 있는 임차인이 임대차 종료시에 보증금에서 공제되고도 모자라는 금액의 연체차입이 있다면 위 금액과 유치권과 어떻게 해석하여야 할 것이냐가 문제된다. 결론을 먼저 말하면, 임차인의 유익비상환청구권에 기한 유치권은 임대인의 임차인에 대한 연체차입 등 당해 임대차계약에서 발생한 견련관계 있는 일체의 금전채권액(물론 보증금에서 공제하고도 모자라는 채권액을 말한다)을 초과하는 금액을 한도로 하여서만 행사할 수 있다고 보아야 한다. 임대차계약이 종료한 경우에 임대인의 보증금반환의무와 임차인의 건물반환의무는 동시행의 관계에 있고⁴⁸⁾, 보증금은 임료채무, 목적물의 멸실·훼손 등으로 인한 손해배상채무 등 임대차관계에 따른 임차인의 모든 채무를 담보하는 것으로서 보증금에서 연체차입 등은 당연히 공제되어야 할 대상으로 임대인이나 임차인이 별도로 상계의 의사표시를 할 필요가 없다.⁴⁹⁾ 제2 사례에서 임대차계약의 종료시 연체차입 등이 보증금보다 5천만원이나 초과하였기 때문에 보증금에서 연체차입 등을 당연 공제하면 임대인이 임차인에게 반환

2년이 다 되어가는 2006. 11.경에 채무자가 피고들에게 위 호텔을 인도하여 피고들이 이를 타에 임대하고 임의경매 절차에서 유치권 신고를 한 사안이다. 피고들은 2007. 11. 2. 채무자를 상대로 11억 8천만원의 공사대금 지급소송의 전부 승소판결을 선고받았다고 하나, 위 금액은 유치권신고금액과 동일한 것으로 유치권자와 소유자가 통모하는 경우에는 공사대금 소송에서 전부 승소하는 것은 매우 용이한 일로 그 채권의 진실성을 믿기 어렵다. 오히려 유치권을 가지고 있던 채권자가 건물에 근저당권 설정등기나 담보가등기 등도 받지 아니하고 11억 원이 넘는 거액의 공사대금 채권을 변제받지 못하고 그대로 방치하고 있었다는 점, 거액을 대출받았는데도 그 대출금에서 공사대금을 지급받지 않았다는 점은 설득력이 떨어진다. 위 사안에서 공사대금 채권자는 건물을 인도한 후 2년이 다 지나서 다시 채무자로부터 건물을 넘겨받았는데 위와 같은 기간이 '일시적으로' 점유를 상실한 것이라고 평가할 수 있는 것인지도 의문이다. 대법원은 물건에 대한 점유를 '일시' 상실하였다가 다시 같은 물건을 점유하게 된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 유치권을 취득한다고 하나, 위의 '일시'라는 단어의 삽입은 단지 그럴 듯한 언어의 포장에 불과하다는 생각이다.

48) 대판 98다15545; 대판 95다14664, 14671(반소).

49) 대판 2005다8323, 8330; 대판 99다50729.

할 보증금이 남지 않고, 오히려 임차인이 임대인에게 5천만원의 연체차임을 추가로 지급하고 건물을 반환할 의무가 있다. 이에 대하여 임차인은 임대인에게 2억원의 유익비채권을 가지고 임차건물의 유치권을 행사할 수 있다. 연체차임을 지급할 의무와 유익비를 반환할 의무는 서로 대가관계에 있다고 보기는 어려우므로 동시이행의 관계에 있는 채권채무로 볼 수 없다. 그러므로 각각의 채무에 대하여 별개로 청구권을 행사하고 지체책임은 져야 할 것이다. 그러나 임차인의 임대인에 대한 유익비반환채권은 임대인의 임차인에 대한 연체차임 채권과 마찬가지로 동일한 임대차계약에서 발생한 채권이다. 당해 임대차계약에서 유익비상환과 관련한 내용을 계약조건으로 삽입한 경우는 물론이고 그러한 사항을 계약내용으로 정하지 않았다고 하더라도 다른 특약이 없으면 민법 제626조 제2항이 법정조건으로 임대차계약의 내용으로 포섭되기 때문에 어느 경우이든 유익비상환의무에 관한 조항은 임대차계약의 내용이 되었다고 보아야 한다. 그렇다면 임대차가 종료한 경우 공평의 원칙상 임대인의 보증금반환의무와 임차인의 건물반환의무가 동시이행관계에 있는 것과 비슷하게, 임대인의 유익비반환의무와 임차인의 (보증금에서 공제되기도 모자란) 연체차임 지급의무는 아주 밀접한 건련관계가 있다. 원래 유익비반환채무는 임대차가 종료한 때에 비로소 이행기에 도달하는 것이고, 차임은 임대차기간 중에 약정한 때 시기에 이행기가 도달하는 것이므로 차임지급의무가 선이행되었어야 할 의무이다. 그런데도 임차인이 자신의 선이행의무를 이행하지 아니하고 임대차가 종료할 때까지 연체하였다가 유익비채권액 전부의 지급을 구하면서 유치권을 행사하도록 하는 것은 오히려 공평의 원칙에 반한다. 한편 임대차계약을 체결할 때에 이미 임차인이 고액의 유익비를 투입할 것으로 미리 예정하는 경우 임대인은 임대차가 종료할 때에 상당한 액수의 유익비를 반환해야 하므로 임차인이 투입할 유익비를 각종 연체차임 등의 담보로 생각하고 처음부터 임대보증금의 액수를 적게 하거나 아예 없는 것으로 약정하는 경우도 있을 수 있다. 이때에는 임차인이 건물에 투입하는 유익비를 임대보증금과 마찬가지로 담보처럼 생각하게 되므로 실질적으로는 임대보증금과 유사한 기능을 하게 되는 것이다. 이러한 측면에서 접근하면 동시이행 여부를 따질 것 없이 임대인은 유익비채무에서 연체차임을 공제한 나머지 금액만을

임차인에게 반환하면 된다고 해석하는 것이 당사자의 의사에 부합한다.

따라서 앞의 II. 2.항에서 논한 바와 같이 동시이행 관계가 인정되는 경우에 유치권의 성립 범위를 제한하여야 한다는 논리가 여기에도 적용될 수 있다. 동시이행관계를 인정하기 어렵더라도 동일한 계약관계에서 발생한 채권·채무로서 서로 밀접한 견련관계에 있다고 인정되는 경우에도 같은 법리를 적용하여 그 대등액을 초과하는 금액에 대해서만 유치권이 성립한다고 보아야 한다. 이러한 해석이 공평의 원리에 부합한다는 점은 앞에서 설명하였다.

결국 임차인의 유익비채권과 동일한 임대차 계약관계에서 발생한 연체차임 등의 채무는 밀접하고 견련관계가 높은 채권·채무이므로 임차인이 지급한 보증금에서 공제하고 모자란 연체차임 등의 금전채무가 남아 있다면 임차인의 유익비채권 중에서 연체차임 등의 채무를 초과한 나머지 금액에 대하여만 유치권이 성립한다고 보아야 한다.

3. 임차인의 부당이득반환채무와 유익비상환청구권에 기한 유치권 제한

유치권자는 원칙적으로 유치물을 사용할 수 없지만 예외가 있다. 먼저 유치권자는 채무자의 승낙을 얻어 유치물을 사용할 수 있다(민법 제324조 제2항 본문).⁵⁰⁾ 이때 사용으로 인한 이익은 채권의 변제에 충당된다.⁵¹⁾ 다음으로 유치권자는 보존에 필요한 사용은 채무자의 승낙 없이도 할 수 있다(민법 제324조 제2항 단서). 그런데 이 경우에는 유치권자에게 이익이 생기지 않는다고 보아야 하고, 보존행위로서의 사용에 대해서는 부당이득의 반환의무가 없다고 보는 것이 상당하다.⁵²⁾ 그러나 대법원은 공사대금채권에 기하여 유치권을 행사하는 사람이 스스로 유치물인

50) 여기에서의 채무자는 소유자라고 하여야 한다. 최초의 소유자로부터 승낙을 받고 소유자가 변경된 경우에는 새로운 소유자에게도 승낙을 받아야 하는지 문제되는데, 새로운 소유자로부터 별도의 승낙은 필요없다고 본다. 권순형, “유치물의 사용에 관한 법률관계”, 사법논집, 제54집, 법원도서관(2012), 29쪽에서는 대판 2010다94700 판결을 종전 소유자의 사용승낙의 효과가 신소유자에게도 미친다는 입장으로 해석하고 있다.

51) 지원림, 앞의 책, 제747쪽.

52) 송덕수, 앞의 책, 600쪽.

주택에 거주하며 이를 사용하는 것은, 특별한 사정이 없으면, 유치물인 주택의 보존에 필요한 사용에 해당된다고 하면서 유치권자가 유치물의 보존에 필요한 사용을 한 경우에도, 특별한 사정이 없으면, 차임 상당의 이득을 소유자에게 반환할 의무가 있다고 판시한다.⁵³⁾ 대법원은 보존에 필요한 사용의 범위를 넓게 해석하여 유치권자가 목적물을 사용한 것은 보존에 필요한 행위이므로 소유자의 승낙 없이도 사용할 수 있다고 하고, 다만 그 사용이익 상당을 부당이득으로 반환하도록 하는 것이다.

유치권자는 유치물의 과실을 수취하여 다른 채권자의 채권들에 우선하여 피담보채권의 변제에 충당할 수 있다(민법 제323조 제1항). 유치권자가 선량한 관리자의 주의의무를 부담하여 관리하는 물건에 대하여 우선적 권리를 인정하는 것이 공평하고, 과실을 수취하여 변제에 충당하는 것이 채무자의 이익을 해하지 않는 점을 고려한 것으로 여기의 과실에는 천연과실뿐만 아니라 법정과실도 포함된다.⁵⁴⁾ 유치권자의 과실수취권의 법적 성질에 관하여는 소유권취득설과 유치권취득설로 견해가 나뉘는데,⁵⁵⁾ 유치권자는 유치물로부터 발생한 과실을 수취하여 그 소유권을 취득하는 것이 아니라 그 과실에 대한 유치권을 취득하는 것으로 유치권이 있는 과실을 변제에 우선충당할 수 있다고 보는 것이 타당하다.⁵⁶⁾ 채무자가 승낙한 경우 또는 유치물의 보존에 필요한 경우 유치권자는 스스로 유치물을 사용할 수 있는데, 그러한 사용으로 유치권자가 얻게 되는 사용이익을 어떻게 처리할 것인지, 구체적으로 그 이익을 과실로 보고 변제충당할 수 있는지에 관하여 견해가 나뉜다.⁵⁷⁾ 부당이득이 아니므로 유치권자는 변제충당할 수 있다는 견해, 부당이득으로 반환하여야 하지만 유치권자는 변제충당할 수 있다거나, 부당이득으로 상계할 수 있다는 견해 등이 있다. 대법원은 “유치물의 사용·임대 등에 소유자의 승낙이 있거나 그것이 보존행위에 해당하는 경우에는 민법 제323조에 의해 유치권자에게 과실수취권이 있다”고 하면서,⁵⁸⁾ “유치권자가 유치물을 적법하게

53) 대판 2009다40684.

54) 송덕수, 앞의 책, 600쪽.

55) 자세한 내용은 권순형, 앞의 논문, 33-34쪽.

56) 권순형, 앞의 논문, 34쪽.

57) 자세한 내용은 권순형, 앞의 논문, 37-40쪽.

58) 대판 2005다57523.

사용하여 얻은 차임 상당의 이익을 유치권의 피담보채권의 변제에 우선 충당할 수 있다.”고 하여⁵⁹⁾ 유치권자의 사용이익을 변제충당할 수 있다고 하였다. 이는 대법원이 일관되게 보존에 필요한 사용의 경우에도 그로 인하여 유치권자가 얻은 이익은 부당이득이므로 이를 반환할 의무가 있다고 판시한 결과이다. 대법원은 유치물의 사용을 보존행위로 받아들 이면서 그 대가를 부당이득의 대상으로 파악하는 한편 이를 실질상 과실로 보고 민법 제323조 제1항에 따라 변제충당이 가능하다는 견해를 취한다고 평가된다.⁶⁰⁾ 그러므로 채무자의 승낙을 얻거나 보존을 위하여 필요한 경우 유치물의 사용이익 상당은 어느 경우에도 과실에 준하는 것이므로 유치권자는 당연히 이를 변제에 우선 충당할 수 있다. 그리고 유치권자가 유치물을 장기간 사용하거나 사용료를 받으면서도 그에 상당하는 금액을 유치물의 소유자에게 지급하지 않는 경우, 다른 특별한 사정이 없으면, 이는 민법 제323조 제1항에 의하여 수취한 과실을 그 채권의 변제에 충당한 것으로 보아야 한다. 유치권자가 과실인 금전을 보유하는 때에는 유치권자 외에 채무자나 소유자도 변제충당을 주장할 수 있다고 할 것이다. 유치권자가 반환하지 않은 금전인 과실은 혼화의 대상으로서 유치권자가 이를 이미 보유·사용하였다고 볼 수 있고, 변제충당으로 처리 하더라도 유치권자에게 어떠한 불이익도 없으며, 유치물의 소유자가 채무자가 아닌 경우에도 유치권자는 과실을 수취하여 그 변제에 우선충당할 수 있는 점에 비추어⁶¹⁾ 유치물소유자가 유치권의 부담을 지는 이해관계인의 지위에서 그의 소유물에 대한 과실의 변제충당을 주장할 수 있다고 보는 것이 형평에 부합한다. 유치권자는 유치물의 과실을 통하여 우선변제를 받을 수 있으므로 이와 같이 변제충당을 인정하더라도 다른 제3자의 권리를 해할 우려도 없다. 그러므로 앞의 사안에서 변제충당을 인정하지 않고 채무자는 부당이득반환청구권을 가지고 유치권자는 여전히 피담보채권을 가질 뿐이라고 해석하는 것은 당사자의 의사와 부합하

59) 대판 2009다49117.

60) 권순형, 앞의 논문, 44-45쪽; 주석민법, 앞의 책, 520쪽.

61) 다만 유치권자가 소유자의 승낙을 받지 못하였거나 보존에 필요한 사용에 해당하지 않는 경우에는 유치권자는 변제충당을 주장할 수 없는데, 이 경우에도 채무자나 소유자는 형평의 원칙에 비추어 변제충당을 주장할 수 있다고 할 것이다.

지 아니하고 법률관계를 간명하게 해결하는 방법도 되지 않는다.

따라서 유치권자가 이와 같이 유치물을 장기간 사용하면서도 그에 해당하는 돈을 유치물의 소유자에게 반환하지 않는 경우에는 다른 특별한 사정이 없는 한 이는 민법 제323조 제1항에 의하여 수취한 과실을 그 채권의 변제에 충당한 것으로 보아야 한다. 차임 상당의 변제충당을 받아들이지 않으면 유치물소유권이 채무자로부터 제3자에게 변동된 경우, 유치물의 소유자는 무자력자인 유치권자에 대한 채권만을 가지는 반면 유치권자는 변제에는 충당하지 않으면서 유치물을 계속하여 점유·사용함으로써 이득을 얻고 원래의 채무자가 아닌 소유자에게는 그로 인한 손해가 계속된다. 그리고 새로운 소유자는 결국 유치권자에 대한 부당이득반환청구권을 피보전채권으로 하여 유치권자의 채무자에 대한 유치권부 피담보채권을 가압류한 다음 채권추심 절차를 거쳐 -결국은 소유자가 유치권을 소멸시키기 위하여 그 채무를 대신 변제하게 될 것이므로 자신이 자신에게 변제하는 꼴이 된다 - 채권을 회수하게 될 것인데 이는 효용이 없는 비능률적이고 무용한 절차를 반복하는 결과가 될 뿐이다.

만일 유치권자가 명시적으로 변제충당을 거부하는 경우에는 어떤가⁶²⁾. 이 경우에는 유치권자가 법정과실을 보유하면서 그에 대하여도 유치권을 행사하고 있는 셈이므로 부당이득액은 유치권자의 담보가 된다. 그런데 채무자가 상당한 담보를 제공하면 유치권의 소멸청구를 할 수 있는 점에 비추어(민법 제327조), 유치권자의 부당이득반환채무가 유치권의 피담보채권액을 초과하는 경우에는 유치권은 소멸된다고 보아야 한다. 유치권자의 부당이득반환채무가 유치권의 피담보채권액에 미치지 못하는 경우

62) 당사자 쌍방이 상계적상에 있는 채권, 채무를 상계하지 않는 경우에 경매의 매수인이 채무자(임대인)의 상계권을 대위행사하는 것도 가능하다고 해석할 수 있다. 경매의 매수인은 유치권의 채무자에 대하여 일종의 보증인과 같은, 보증인적 지위를 가지는 사람이며, 민사집행법 제91조 제5항을 통해 이를 확인할 수 있다. 그런데 민법 제434조는 보증채무자는 주채무자의 채권에 의한 상계로 채권자에게 대항할 있음을 규정하고 있는바, 이는 보증채무자의 이익을 보호하기 위함이다. 경매의 매수인은 이전의 채무자와 밀접한 법률상 이해관계를 가진 사람으로 그의 유치권부담은 본래의 채무와 직접 관련성을 가진다. 그러므로 민법 제434조의 입법정신을 반영하여 매수인은 본래의 채무자가 가진 채권을 자동채권으로 하는 상계권을 대위행사할 수 있다고 해석할 여지도 충분하다. 이러한 결론은 또한 유치권의 근거가 신의칙에 있다는 점과도 합치한다.

에는 공평의 원칙상 그 초과금액에 대해서만 유치권을 행사할 수 있다고 보아야 하는 점은 앞의 II. 2.항에서 논한 바와 같다. 따라서 제2 사례에서 임차인 甲이 임대차가 종료한 후 丙이 소유권을 취득하기 전까지 건물을 사용하여 취득한 2억 원 상당의 사용이익은 남은 유익비 1억 5천만 원(2억 원-연체차임 5천만 원)의 변제에 대등액에서 충당되었다고 보아야 하므로, 丙의 소유권 취득 당시 甲의 乙에 대한 유익비상환청구권은 존재하지 않아 甲은 丙에게 유치권을 행사할 수 없다.

IV. 나오며

유치권자가 점유를 상실하면 유치권은 소멸한다. 후에 다시 소유자로부터 물건의 점유를 임의로 이전받았다고 하더라도 유치권이 다시 부활한다고 보아서 안된다. 이미 그 사이에 다수의 이해관계인이 생겨서 그 제3자의 이익을 침해할 가능성이 매우 높고 그러한 경우까지 유치권자를 두텁게 보호할 이유는 없다. 유치권자는 자신이 최초 물건을 유치할 권리를 가지는 동안에 이미 자기 채권에 대한 보호조치를 충분히 할 수 있는 기회가 주어졌기 때문이다.

유치권자의 채권과 동시이행 관계에 있는 채무가 존재하는 것이 밝혀진 경우에는 유치권자는 자신의 채무를 이행제공한 후에야 비로소 채권 전액에 대하여 유치권을 행사할 수 있고, 자신의 채무를 이행제공하기 전이라면 그 동시이행 관계에 있는 금전채무를 초과하는 금액에 대해서만 유치권이 성립한다고 보아야 한다. 그리고 유치권의 행사는 채무자가 동시이행의 항변을 하였는지 또는 상계의 항변을 하였는지 여부에 따라 달라져서는 안된다.

마찬가지로 임대차가 종료할 때에 임차인이 임대인에게 보증금에서 공제하고도 변제하지 아니한 연체차임 등의 채무가 잔존하는 경우 임차인의 유익비상환청구권에 기한 유치권은 그 대등액을 초과하는 금액의 범위에서만 인정하여야 한다. 임대인의 유익비상환채무는 임대인의 입장에

서는 사실상 임대보증금과 같은 역할을 하는 것이므로 연체차임 등은 그 채무에서 당연공제된다고 생각하는 것이 자연스럽고 그렇지 않더라도 하나의 계약에서 발생한 매우 밀접한 견련관계가 있는 채무이기 때문이다.

임차인이 유치권을 행사하면서 임차건물의 보존에 필요한 사용을 하거나 임대인의 승낙을 얻어 임차건물을 사용하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 사용이익 상당은 유치권부 피담보채권에 변제충당되었다고 해석하는 것이 당사자의 의사에 부합한다. 당사자 사이에 변제충당의 의사를 표시하였는지의 여부와 상관없이 건물의 소유자가 제3자인 경우에는 그 사용이익 상당을 초과하는 유익비에 대해서만 유치권을 행사할 수 있다고 하여야 한다. 채권, 채무는 당사자 사이에서 해결하는 것이 최선이고 제3자의 소유권을 제한하는 유치권의 행사는 합리적으로 제한할 필요가 있으며, 채권자와 채무자가 통모하여 제3자의 권리를 해할 우려가 있기 때문이다.

마지막으로 임차인이 임대인에게 임대차계약과 관련하여 지급하여야 하는 연체차임 채무, 부당이득반환채무 등의 채무액수나 새로운 소유자에 대한 부당이득반환채무로 인한 채무액수가 유익비상환채권 액수를 초과함에도 불구하고 임대인과 임차인이 통모하여 변제충당의 의사표시나 상계의 의사표시를 하지 않고 유치물의 새로운 소유자에게 유치권부 피담보채권을 변제받기 위하여 유치권을 행사하는 것은 신의칙에 반하는 것으로 허용될 수 없다고 보아야 한다.

(논문투고일: 2020.06.01, 심사개시일: 2020.06.01, 게재확정일: 2020.06.15)



▶ 노수환

유치권, 동시이행항변권, 유익비, 비용상환청구권,
제3자보호

【참 고 문 헌】

1. 단행본

- 곽윤직·김재형, 물권법 제8판보정, 박영사(2015)
송덕수 신민법강의 제13판, 박영사(2020)
이진기, 물권법, 박영사(2020)
지원림, 민법강의 제16판, 홍문사(2019)
김용덕 편집대표(홍동기 집필부분), 주식민법(제5판) 물권(3), 한국사법행정학회(2019)

II. 논문

- 강봉현, “유치권자의 지위와 관련한 몇 가지 문제점”, 법과정책 제14권 제2호, 제주대학교 법과정책연구원(2008)
권순형, “유치물의 사용에 관한 법률관계”, 사법논집, 제54집, 법원도서관(2012)
권영준, “유치권에 관한 민법 개정안 소개와 분석”, 서울대학교법학 제57권 제2호, 서울대학교 아시아태평양법연구소(2016)
권용두/이근영, “민법상 유치권의 채권과 물건의 관련성에 관한 연구”, 법학논총 제32권 제1호, 국민대학교 법학연구소(2019)
김송, “유치권관련 개정안에 대한 재고”, 법학연구 제24권 제1호, 경상대학교 법학연구소(2016)
김재형, “부동산유치권의 개선방안 - 2011년 민법개정시안을 중심으로”, 민사법학 제55권 제55호, 한국민사법학회(2011)
박양준, “부동산 상사유치권의 대항범위 제한에 관한 법리”, 법과 정의 그리고 사람; 박병대 대법관 재임기념논문집(2017)
송영복, “유치권의 남용에 대한 대처”, 민사판례연구 제38권, 박영사(2016)
양진수, “유치권과 선순위권리자 및 경매절차상의 매수인 사이의 대항관계에 관하여 형성된 대법원 판례의 법리에 대한 검토”, 재판자료 제131집, 법원도서관(2016)

- 우경, 장건, “유치권의 인수부담에 관한 문제점과 개선에 관한 연구”, 집합건물법학 제28권, 집합건물법학회(2018)
- 이상현, “부동산 경매과정에서의 유치권의 진정성립(허위유치권)에 관한 제 문제”, 민사법연구 제18권, 대한민사법학회(2010)
- 이진기, “담보물권으로서 유치권: 유치권의 비판적 해석”, 안암법학 제8권, 세창출판사(1999)
- 임윤수/김웅, “부동산경매시장에서 상사유치권에 관한 연구”, 법학연구 제17권 제3호, 한국법학회(2017)
- 최수정, “유치권과 동시이행의 항변권의 관계 정립을 위한 시론”, 민사법학 제77권, 한국민사법학회(2016)

Abstract

A Study on the Establishment and the Scope of Exercise of the Right of Retention

Su Hwan, Roh

If the holder of right of retention loses his/her possession, that right extinguished. Later, even if the owner arbitrarily transferred the possession of the real estate again, it should not be considered as a resurgence of the already extinguished the right of retention. There is a high possibility that there will be a number of interested parties in the interim, and the right of retention will infringe on the interests of them, so there is no reason to protect the holder of right of retention such cases. Because the former holder of right of retention were able to take various protective measures against the his/her claim while they had the right.

If it is found that a liability is concurrent with the claim of the holder of right of retention, it shall be deemed that the holder of right of retention can exercise his/her right within the full amount of the claim only after he/she has made tender of performance, and before making the tender of performance, it should be considered that the right of retention is only available for amounts exceeding the monetary debt in the concurrent conditions. And the exercise of the right of retention should not depend on whether the debtor make defence of 'exceptio non adimpleti contractus' or set-off.

In the same manner, at the end of the lease, where the lessee has debts, such as overdue debts which have not been reimbursed even after deducting from the deposit, the lessee's right of retention according to his/her right

to demand reimbursement of useful expenditures shall be allowed only within the extent of the amount exceeding that equivalent. Because the lessor's debt to reimburse the useful expenditures of lessee has same function as the deposit from the lessor's perspective, so it is natural to assume that overdue debts and etc. of lessee are deducted from such debt of lessor. Even if not, the debt between lessor and lessee above is very closely related from a single contract.

If a lessee exercises the right of retention and makes use of the building as necessary for its preservation or uses a building with consent of a competent person, unless there are a special circumstances, it is reasonable to interpret the intention of the parties as a amount of the profit of its use has been reimbursed for the claim which is secured with a right of retention. Regardless of whether the parties have expressed their intention to the appropriation of performance or not, if the owner of the building is third party, it shall be deemed that the right of retention is only available for right to demand reimbursement of useful expenditures that exceed the profit of its use. Because it is most reasonable to settle claim and obligation between the contract parties, and the any exercise of the right of retention which restricts the ownership of third parties needs to be properly limited, and also there is a risk that creditors acts in collusion with debtors and harm the rights of third parties.



▶ **Su Hwan, Roh**

The right of retention, Exceptio non adimpleti contractus, useful expenses, claim for Reimbursement of Expenses, third party protection

成均館法學

第32卷 第2號



成均館大學校 法學研究院
2020.06

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 심사 의견에 대하여 특별한 사정이 있는 경우에는 당해 논문을 심사하지 않은 다른 1인의 심사위원에게 재심사를 의뢰할 수 있다. (2019. 6. 3. 개정)

③ 편집위원회가 "수정 후 재심" 결정을 한 경우에는 투고자에게 서면 또는 전자우편으로 즉시 통지하며, 투고자는 다음 호에 수정 후 투고하여 재심사를 받을 수 있다. 투고자가 다음 호에 투고하지 않거나 재심사 후에도 게재가 불가하다고 판단될 경우에는 "게재불가"로 처리한다. (2019. 6. 3. 신설)

④ 편집위원회가 "게재불가"로 결정한 경우 투고자에게 서면 또는 전자우편으로 즉시 통지한다. (2019. 6. 3. 신설)

⑤ 동일호에 동일인이 단독 저자 및 제1저자일 경우를 포함하여 2편 이상의 논문을 게재하는 것은 허용하지 아니한다.

제7조 (게재결정에 대한 이의) ① 법학연구원 심사규칙 제4조에 의하여 “수정 후 재심” 또는 “게재불가”의 결정을 통고 받은 투고자는 통지를 받은 날로부터 3일 이내에 편집위원장에게 서면 또는 전자우편으로 이의를 제기할 수 있다. (2019. 6. 3. 개정)

② 제1항에 따른 이의가 제기된 경우 편집위원장은 편집위원회를 소집하여 이를 처리하여야 한다.

③ 편집위원장은 제2항에 따른 편집위원회의 결과를 지체 없이 투고자에게 통지하여야 한다.

제8조 (편집위원회의 운영) ① 편집위원장은 년4회 정기편집회의를 소집하여야 하

며, 원장이 요구할 경우 임시편집회의를 소집할 수 있다.

② 편집위원회는 재직 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 규정하고, 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 있는 날로부터 15일 이내에 그 결정에 대해 통지를 받을 권한을 가진다.

③ 피조사자는 통지를 받은 날로부터 7일 이내에 재심을 청구할 권한을 가진다.

제8조의2 (저자 정보 확인을 위한 조치) 투고된 논문의 저자 소속 및 직위 등 저자 정보의 확인이 필요한 경우 위원회는 해당 논문의 저자 혹은 저자의 소속기관에 증빙자료 제출을 요구할 수 있다.

제9조 (연구윤리위반에 대한 조치) 위원회는 제2조의 연구윤리위반에 대하여 다음의 조치를 취한다.

1. 투고된 원고에 대한 게재 거부
2. 게재된 경우라면 성균관법학 논문목록에서 삭제
3. 투고자에 대하여 3년 이상 성균관법학에 논문투고 금지
4. 법학연구원 홈페이지에 위반사항 공고
5. 투고자의 소속 기관장에 위반사항 통보

제10조 (위원의 비밀유지의무) 위원장과 위원은 위원회의 직무와 관련하여 취득한 사항에 대하여 비밀을 유지하여야 한다.

제11조 (연구윤리에 대한 교육) 연구윤리위원장은 법학연구원장과 협의하여 연구윤리를 확산하고 부정행위를 방지하기 위한 교육을 정기적으로 실시한다.

제12조 (운영예산) 위원장은 위원회의 운영 및 조사에 필요한 예산을 책정하여 지급할 수 있다.

제13조 (타규정의 준용) 성균관대학교 ‘연구윤리 및 진실성 확보를 위한 규정’을 준용한다.

< 부 칙 > 이 규정은 2007년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 이 규정은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 이 규정은 2019년 12월 27일부터 시행한다.

성균관대학교 「成均館法學」 투고규칙

제1조 (목적) 이 규칙은 성균관대학교 법학연구원에서 발행하는 성균관법학(이하 학술지)에 게재할 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 게재하는 사람은 게재자 정보의 소속과 직위를 명확히 밝혀 기재하여야 한다. 게재자의 정보가 미흡 혹은 확인이 필요한 경우 보완 또는 증빙자료를 요구할 수 있다. [신설 2019.12.27.]

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 논문투고 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 추가 부담금을 납부해야 하며, 추가부담금은 200자 원고지 150매를 초과하는 경우 원고지 1매당 2,000원으로 한다. 이를 이행하지 아니한 논문은 게재하지 아니한다.

② 투고된 논문의 공저인 경우에는 심사료 및 게재료는 인원수에 따라 분담한다. 본교 법학전문대학원의 교수는 제1항의 지급의무를 면제한다.

③ 본교 법학전문대학원의 교수는 제1항의 지급의무를 면제한다. 단, 공저인 경우 본교 법학전문대학원의 교수에 한하여 의무가 면제되며 그 외의 자는 그러하지 아니한다.

제7조 (논문게재예정증명서 및 논문게재확인서) 연구원장은 논문게재예정증명서 또는 논문게재확인서를 발급할 수 있다.

제8조 (저작권) 채택된 원고의 저작권은 채택과 동시에 성균관대학교 법학연구원에 귀속한다.

제9조 (규칙의 개정) 본 규칙은 법학연구원 운영위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다. [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 12월 27일부터 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 Governance”, 27 A.A.L.Rev. 103, 107~109 (1997)]

9. 국문 또는 한자로 표기되는 저서는 「 」로, 논문은 “ ”로 표시합니다.
10. 국문 또는 한자로 표시되는 저서나 논문을 인용할 때는 쪽 또는 면으로, 로마자로 표시되는 저서나 논문을 인용할 때는 p. 또는 S. 로 인용면수를 표시합니다.
11. 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.

法學研究院 운영위원회

- 연구원장 고동원
- 운영위원 강현호, 김성용, 문영화, 이전오, 이진기, 정재황, 한석훈

法學研究院 편집위원회

- 편집위원장 한석훈(성균관대학교)
- 편집위원 강혁신(조선대학교), 권건보(아주대학교),
김연미(성균관대학교), 김재범(경북대학교),
김해원(부산대학교), 오성근(제주대학교),
윤종민(충북대학교), 이경열(성균관대학교),
정차호(성균관대학교)

法學研究院 윤리위원회

- 윤리위원장 최봉철(성균관대학교)
- 윤리위원 노수환(성균관대학교), 오상현(성균관대학교),
이해완(성균관대학교), 정상현(성균관대학교),
정재황(성균관대학교), 패트리샤 게디(성균관대학교),
한석훈(성균관대학교)

- 연락처 : 서울시 종로구 성균관로 25-2 성균관대학교 법학관 303호 법학연구원
- 전 화 : (02) 760-1288 Fax : (02) 760-1289
- Homepage : <http://law.skku.edu/>
- E-mail : icls@skku.edu

成均館法學

第32卷 第2號

1판 1쇄 인쇄 2020년 06월 30일

1판 1쇄 발행 2020년 06월 30일

발행인 : 고 동 원

발행처 : 성균관대학교 법학연구원

주 소 : 110-745 서울특별시 종로구 성균관로 25-2

전 화 : (02)760-1288

팩시밀리 : (02)760-1289

E-mail : icls@skku.edu

등록번호 : 1992년 12월 22일 제1-1469호

ISSN 1229-943X

eISSN 26717646