

成均館法學

第32卷 第3號



成均館大學校 法學研究院

2020.09

目 次

[研究論文]

- | | | |
|-----------------------------------|------------|-----|
| • 뉴스 기사 스크랩의 저작권 제한에 대한 검토 | 신상진 | 1 |
| • 지능정보사회에서 헌법의 역할과 기능 | 김일환 | 37 |
| • 정보주체의 권리보장과 ‘동의’제도의 딜레마 | 김현경 | 93 |
| • 탄핵심판의 측면에서 본 현행 재판관 제도의 문제점과 해법 | 이황희 | 135 |
| • 낙태죄에 대한 가톨릭 관점의 제언 | 김문정
신효성 | 171 |

CONTENT

Articles

- A Study on the Limitations on Author's Economic Rights to Scraping News Shin Sang jin 1
- The Role and Function of the Constitution in Intelligence Information Society Il Hwan Kim 37
- The Dilemma of Guaranteeing Information Subject's Rights and 'Consent' System Hyun-Kyung, Kim 93
- Problems and Solutions of the Current Constitutional Justice System in Terms of Impeachment Trial Hwanghee Lee 135
- On Abortion from Catholic Perspective Kim, Munjeong
Shin, Hyosung 171

뉴스 기사 스크랩의 저작권재산권 제한에 대한 검토

신상진*

【목 차】

I. 서 론	IV. 공표된 저작물의 인용·공정이용
II. 기사의 저작물성 및 스크랩의 의의	1. 공표된 저작물의 인용
1. 저작권법상 보호대상인 기사	2. 공정이용
2. 기사 스크랩의 의의 및 유형	V. 공표된 저작물의 인용·공정이용에 의한 기사 저작권재산권의 제한
III. 기사 스크랩에 의한 저작권재산권 침해 및 제한사유	1. 공표된 저작물의 인용에 의한 제한
1. 기사 스크랩에 의해 침해되는 저작권재산권	2. 공정이용에 의한 제한
2. 기사 저작권재산권의 제한	VI. 결 론

【국 문 요 약】

뉴스 기사는 인터넷의 등장과 디지털 기술의 발달로 인해 다양한 매체를 통한 신속한 전파가 가능하게 되었으며, 이는 곧 뉴스 기사의 저작권재산권 침해 가능성을 증대하는 결과를 초래하였다. 특히 뉴스 기사 ‘스크랩’은 저작권재산권 침해가 가장 빈번히 발생하는 행위로서, 법적 보호를 위한 정책적인 고민에 앞서 그 유형에 대한 분석 및 현행 저작권법제 하에서의 저작권재산권 제한사유에 대한 실질적인 검토가 필요하다.

뉴스기사 스크랩은 기사의 ‘추출’ 방식에 따라 크게 기사를 직접 이용하는 방식, 기사 링크를 이용하는 방식으로 분류할 수 있다. 또한 추출된 기사의 이용방식에 따라 기사를 책이나 게시판 공간에 직접 모으는 형태, 기사나 링크를 별도의 디지털 매체에 저장하는 형태, 인터넷 기사나 링크를 다른 온라인 공간에 게시하는 형태, 기사 또는 링크를 애초에 이메일과 같은 개인 저장 공간으로 발송하는 형태로 나누어 볼 수 있다.

* (주)동아일보사·(주)채널에이 사내변호사

기사를 직접 이용하는 추출 방식에 의해 기사의 복제권 침해가 발생할 수 있으며, 추출 기사를 다른 온라인 공간에 게시하거나 동일 기사를 다수인에게 이메일로 발송할 경우 전송권 침해가 가능하다. 링크를 이용하는 방식의 경우 기사의 일부를 함께 제공하지 않는 한 링크 자체만으로는 저작권 침해가 발생한다고 보기 어렵다.

기사 스크랩은 저작권법상 저작권재산권 제한사유인 언론기관의 전재, 사적이용을 위한 복제 등에 해당할 경우 저작권재산권 침해가 발생하지 않을 것이며, 특히 위 제한사유 중 공표된 저작물의 인용, 공정이용은 침해 분쟁에 있어 주요한 항변사유로 고려될 수 있다. 저작권법상 공정이용 조항의 도입 이후 공표된 저작물의 인용 조항은 인용저작물과 피인용저작물의 주종관계를 요건으로 하여 제한적으로 적용할 필요가 있는 바, 그렇다면 기사 스크랩 결과물의 경우 인용저작물의 모음에 불과하거나 스크랩 기사를 제하면 나머지 부분으로서 기사에 비해 월등한 가치를 갖는다고 보기 어려운 경우가 많아 위 조항에 의한 저작권재산권 제한을 예상하기 어렵다고 본다. 결국, 기사 스크랩에 의한 저작권재산권 침해 분쟁에 있어 공정이용 조항의 적용 여부가 다투어질 것인데, 이 때 저작권법상 공정이용 여부 판단의 각 고려요소에 대하여는 LA 타임즈 대 프리리퍼블릭, AP 대 멜트웨어 판결 등 앞선 미국 법원의 판단에서 제시된 기준을 참고할 수 있을 것이다. 특히 시장 대체성과 관련하여서는 기사의 거래현실을 감안하고 기사 이용자의 역할과 스크랩의 이용방식에 따른 특성을 반영한 합리적 판단이 필요하다.

I. 서론

뉴스(news)는 단순한 사실(fact), 사건(event)으로 그 자체로는 누구나 이용할 수 있는 공유재산에 해당하며 이러한 뉴스를 소재로 작성한 뉴스 콘텐츠, 즉 기사는 저작권법의 보호 대상인 뉴스 저작물(news work)이 될 수 있다.¹⁾ 인쇄물이 정보 유통의 주요한 수단이던 과거에는 종이 신문이 소위 저널

1) 문재완, 「언론법」, 늘봄, 2008, 334쪽.

리즘을 구현한 전통매체로서 사실에 대한 수집과 전달행위의 근간을 이루었으나,²⁾ 인터넷의 등장과 디지털 기술의 발달로 정보의 유통방식이 변화함에 따라 다양한 매체를 통해 사실 전달이 가능해지게 되었는데, 뉴스 기사콘텐츠는 과거와는 비교할 수 없을 만큼 신속하고 용이하게 접근이 가능한 자원이 되었다. 나아가 스마트폰과 태블릿 등 이동성이 향상된 전자매체의 보급으로 인해, 이제 기사는 그야말로 누구나가 손에 쥘 수 있는 것이 되었다.

기억의 한계에 의해 또는 타인과의 공유를 위해, 범람하는 정보 중 특정한 것을 선별하여 저장할 필요성은 뉴스 콘텐츠의 경우에도 동일하게 존재한다. 디지털 기술의 발달로 이제 기사의 수집과정인 ‘스크랩’ 역시 손으로 종이 신문을 오리는 형태에서 클릭 하나로 인터넷 기사를 저장하는 쉽고 간편한 방식으로 변화하였으며, 이와 같이 쉽게, 또한 많이 가져갈 수 있는 편의성은 필연적으로 기사의 저작권산권과의 충돌문제를 심화하게 되었다. 특히나 기사의 경우 이용자 인식조사에서 저작권의 존재 자체를 인지하지 못하고 있는 경우가 36%로 결코 낮지 않게, 공익·비영리 목적의 사용이라면 저작권자의 허락이 필요하지 않다고 생각하는 비율이 61.3%로 높게 조사된 바 있고,³⁾ 뉴스 신탁 및 대리중개 단체(언론진흥재단)의 뉴스저작권 서비스 이용률이 민간 상장기업의 16%, 뉴스 모니터링·스크랩 서비스를 사업적으로 제공하는 홍보대행사 조차 26.1%에 불과한 것으로 조사된 바 있다는 점을 고려할 때⁴⁾, 여타의 어문, 영상 등 저작물에 비해 저작권산권의 침해위험이 상대적으로 높다고 보여지며, 따라서 그 이용행위의 하나인 ‘스크랩’에 관하여 저작권산권의 제한사유에 대한 실질적인 검토의 필요성이 있다고 생각된다.

본고는 기사의 저작물성과 기사 스크랩의 의의 및 그 유형, 기사 스크랩으로 침해 가능한 저작권산권이 무엇인지를 살펴보고 그 다양한 제한사유에 대해 검토하며, 특히 공표된 저작물의 인용과 공정이용에 의한 제한에 비중을 두어 살피고자 한다.

2) 김기태, 「저널리즘과 저작권」, 이채, 2011, 82쪽.

3) 나낙균/이호홍/최숙, 「뉴스저작권에 대한 인식조사 및 뉴스저작권 마케팅 방안 연구」, 한국언론진흥재단, 2014, 121쪽.

4) 현영복, “민간기업, 뉴스저작권 인식 부족…뉴스 불법이용 만연”, 연합뉴스, 2017. 11. 29. 자, <<https://www.yna.co.kr/view/AKR20171129075000033?input=1195m>>, 최종방문일 2020. 6. 27.

II. 기사의 저작물성 및 스크랩의 의의

1. 저작권법상 보호대상인 기사

가. 사실 전달에 불과한 기사

저작권법은 저작물을 “인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물”(제2조 제1호)로 규정하고 있는 바, 뉴스 기사 역시 창작성, 인간의 사상이나 감정이라는 성립요건을 충족하지 않는다면 저작권법에 의해 보호될 수 없음이 당연하다. 또한, 저작권법 제7조 제5호는 보호받지 못하는 저작물로 “사실의 전달에 불과한 시사보도”를 별도 명시하고 있다. 해당 규정은 인사발령, 부고(訃告), 간단한 사건사고 기사와 같이 단순한 사실의 전달에 불과한 기사는 저작권에 의한 보호 대상이 될 수 없다는 것으로⁵⁾, 「문화·예술 작품의 보호를 위한 베른 협약」 제2조 제8항이 시사보도(news of the day) 또는 단순한 언론보도의 성격을 가지는 기타 사실(miscellaneous facts having the character of mere items of press information)에는 협약의 보호가 미치지 아니한다고 규정하고 있는 것과 그 궤를 같이 한다. 위 제7조 제5호의 경우 “보호받지 못하는 저작물”의 각호중 하나로 규정되어있어 그 문언만을 살펴보면 창작성이 인정된 ‘저작물’이지만 공익을 위해 예외적으로 보호받지 못하는 기사들을 대상으로 한다고 해석될 소지가 있다. 그러나 해당 조항은 저작물성이 없는 기사의 경우 저작권법에 의한 보호를 받지 못한다는 원칙을 확인한 주의적 규정으로 해석된다.⁶⁾ 이는 위 베른협약 제2조 제8항이 저작물성이 없는 보도물을 대상으로 한 것으로 주의적 규정이라는 견해 하에, 그 해석론의 적용에 따라 우리의 저작권법 제7조 제5호에 대하여도 동일한 해석을 취하는 것이다.⁷⁾

5) 오승중, 「저작권법」 제4판, 박영사, 2016, 315쪽.

6) 오승중, 앞의책, 70쪽.

7) 박준우, “신문기사의 저작물성과 사실의 전달에 불과한 시사보도”, 「계간 저작권」 2007년 여름호 (한국저작권위원회, 2007) 58~59쪽. 동일한 해석론 적용의 근거로, 우리나라가 베른협약 가입국인 점, 베른협약이 TRIPS 협정을 통해 그 해석론까지 적용되는 점, 2006년 전 부개정된 저작권법이 저작물인 신문기사에 대해서는 베른협약 제10조의2 제1항과 같은 효력제한규정을 제27조에 두었다는 점을 고려.

대법원은 ‘사실의 전달에 불과한 시사보도’에 대해 “시사보도는 여러 가지 정보를 정확하고 신속하게 전달하기 위하여 간결하고 정형적인 표현을 사용하는 것이 보통이어서 창작적인 요소가 개입될 여지가 적다는 점 등을 고려하여, 독창적이고 개성있는 표현 수준에 이르지 않고 단순히 ‘사실의 전달에 불과한 시사보도’의 정도에 그친 것은 저작권법에 의한 보호대상에서 제외할 것”이라고 그 취지를 설시한 바 있으며,⁸⁾ ‘연합뉴스 사건’에서는 정치계나 경제계의 동향, 연예·스포츠 소식을 비롯해 각종 사건이나 사고, 수사나 재판상황, 판결 내용, 기상 정보 등 언론매체의 전형적인 표현형식으로 작성된 간결한 문체의 기사에 대한 복제권 침해를 부정한 바 있다.⁹⁾

결국, 저작권법의 보호대상이 되는 기사란 육하원칙에 따라 단순한 사실을 전달한 단신 스트레이트(straight) 기사가 아닌, 나아가 사건의 정보나 분석을 더한 스트레이트 기사, 심층적인 탐구와 이야깃거리를 제공하는 피쳐(feature) 기사, 칼럼이나 논설과 같이 필자의 생각을 담은 에디토리얼(editorial) 기사 등을 의미한다고 볼 수 있을 것이다.

다만, 사실의 전달에 불과하여 저작물성이 없는 기사라 하더라도 언론사가 막대한 비용과 노력을 투자한 결과물에 대하여는 일정한 법적 보호의 필요성이 제기되기도 하는데, 미국 연방대법원의 INS 대 AP 판결(International News Service v. Associated Press.)¹⁰⁾에서 처음 제시된 핫 뉴스 원칙(hot news doctrine)이 대표적이다. 이는 경쟁 뉴스 사업자가 시사 뉴스와 같이 시급을 요하는 정보를 훔쳐가는 것을 방지하기 위하여 도입된 것으로 사실(fact)을 짧은 시간 동안 발견자 또는 뉴스 수집가의 준재산(quasi-property)으로 인정하여 무임승차를 막자는 데 그 의의가 있다.¹¹⁾ 위 원칙은 1997년 미국 연방항소법원의 NBA 대 모토롤라 판결(National Basketball Ass’n v. Motorola Inc)¹²⁾ 판결에서 그 요건이 구체화되었고, 국내에서도 일부 도입 견해¹³⁾ 및 신문협회 차원의 도입 요구가 있기까지 하였으

8) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2007다354 판결.

9) 대법원 2006. 9. 14. 선고 2004도5350 판결.

10) 248 U.S. 215(1918)

11) 문재완, “미국의 뉴스 저작권”, 『LAW & TECHNOLOGY』 제3권 제5호 (서울대학교 기술파법센터, 2007) 71쪽.

12) 105 F.3d 841 (2d Cir. 1997)

13) 문철수/지성우/문효진, 「뉴스저작물 이용활성화 및 이용자 인식 개선방안 연구」, 한국언

나,¹⁴⁾ 어디까지나 부정경쟁행위의 한 유형인 부당이용(misappropriation)으로 보아 그 보호가 논의되고 있고, 저작물성을 결한 기사를 대상으로 하고 있다는 점에서 적어도 현재의 저작권법 체계 내에서의 도입 논의는 어렵다고 본다.

나. 기사의 구성요소와 저작물성

저작물성이 인정된 뉴스기사라면 저작권법상 제한사유에 해당하지 않는 한 법의 보호를 받게 될 것이나, 기사 전문의 형태가 아닌 분해된 일부의 구성요소에 대하여는 동일한 보호를 인정하기 어려울 것이다. 온라인에서 이루어지는 기사 스크랩의 경우 기사의 전문을 이용하는 데서 나아가 기사의 제목 등 일부만을 게시하며 링크를 제공하는 경우가 많기 때문에, 기사의 각 구성요소에 대해 저작물의 보호대상으로서 어떠한 평가가 가능한지를 살피는 것은 권리 침해의 구체적인 양상에 대응하여 스크랩 이용자의 예측가능성을 높일 수 있다는 데 의의가 있다.

뉴스 콘텐츠의 전체를 놓고 보면 통상 종이신문과 인터넷 신문의 경우 제호(○○일보, ○○신문), 기사, 제목, 사진, 광고 등으로 구성되어 있고, 방송은 제호, 제목, 기사, 사진, 광고, 음성, 음악, 동영상 등으로 구성된다(인터넷 신문의 경우에도 기사에 따라 음성, 음악, 동영상이 포함되기도 함).¹⁵⁾ 이러한 구성요소에 있어 광고, 사진, 음성, 음악, 동영상은 각 독립된 내용에 저작물성이 판단될 것이다. 통상 뉴스 콘텐츠에 있어 ‘제목’과 ‘기사’를 하나의 뉴스 기사로 지칭하며, 이를 더 구체화하여보면 뉴스 기사는 ① 제목(headline) ② 리드(lead 또는 lede) ③ 본문(body) ④ 바이라인(byline)으로 그 구성요소를 나누어볼 수 있다. 제목의 경우 간결한 하나의 문장이나 단어의 나열로 이루어지며, 기사에 따라 이를 조금 더 풀어 쓴 형태의 소재목을 추가하기도 한다. 리드는 통상 제목 다음, 즉 기사의 앞부분에 배치되는 것으로 기사 본문의 핵심을 담은 수개의 문장을 의미한다. 기사 본문의 압축적인 요약, 소재 중 흥

론진흥재단, 2010, 38~39쪽.

14) 안경숙, 신문협회 “뉴스도 저작권 대상으로 보호해야”, 미디어오늘, 2010. 9. 9. 자, <<http://www.mediatoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=90678>>, 최종방문일 2020. 6. 25.

15) 김창화/손승우/최민식/박신욱, 「국내외 뉴스 저작권 판례분석 및 저작권 정책 동향연구」, 한국언론진흥재단, 2019, 18-19쪽.

미로운 내용의 부각 등 다양한 내용의 리드가 존재할 수 있으나, 결국 기사 본문으로의 유인을 제공하는 기능을 수행한다는 점에서 그 공통된 특징을 찾을 수 있다. 기사는 본 내용적인 본문에 이어, 기사를 작성한 기자의 이름을 밝히는 바이라인을 끝으로 구성된다.

먼저 기사 제목과 바이라인의 경우 창작성을 결한 바, 저작권법의 보호대상으로 보기 어렵다. 기사 제목은 단순한 작성기자의 정보만을 담은 바이라인에 비해 일정한 내용이 담겨있기는 하나 대부분 사실관계나 인터뷰 내용을 압축적으로 담은 한 개의 문장이나 짧은 단어의 나열로 구성되어 있어 여전히 창작성을 인정하기 어렵다. 우리 법원 역시 ‘크라운 출판사 사건’¹⁶⁾, ‘행복은 성적순이 아니잖아요 사건’¹⁷⁾ 등에서 저작물의 제호에 대해 저작자의 사상과 감정을 창작적으로 표현한 부분으로 볼 수 없다는 이유로 저작물성을 부인한 바 있다.¹⁸⁾ 뉴스 기사제목의 경우 역시, 커뮤니티 사이트 ‘세이테마’에서 뉴스 목록과 정보를 제공하는 서비스를 운영하면서 스포츠신문 기사의 제목과 3줄 가량의 내용, 심층링크를 게재한 사안에 대하여 법원은 이를 창작성이 표현된 어문저작물로 인정하지 않았는 바, 동일한 입장을 견지하였다.¹⁹⁾

기사 본문의 경우 단순한 사실전달에 그친 것이 아니라면 저작물성이 인정될 수 있을 것이나, 리드의 경우는 상대적으로 짧은 분량으로 구성되어 있고 본문의 내용을 압축하여 전달하는 경우가 많은 바, 저작물성을 인정받기 어렵다는 평가가 내려질 수 있다. 그러나 기사의 리드 역시 본문과 같이 일률적으로 판단할 수는 없으며, 독립적인 창작성을 갖추고 있다면 저작물로서 보호받을 수 있다고 본다. 한 예로, 2020. 6. 25.자 동아일보 종합면의 “쿠팡 덕평 물류센터서 확진…증상후 이틀간 근무” 기사의 리드를 살펴보면, “경기 의정부의 신종 코로나바이러스 감염증(코로나19) 확진자가 의정부역 인근 유흥주점에서 근무했던 사실이 확인돼 방역당국이 추가 접촉자 파악에 나섰다”로, 본문을 압축적으로 전달한 사실적인 내용만으로 구성되어 있는 반면, 같은 날 게재된 문화면의 “건물의 표피에서 깊이를 발견하다” 기사의 리드는 “표피라

16) 대법원 1996. 8. 23. 선고 96다273 판결

17) 서울민사지방법원 1990. 9. 20. 선고 89가합62247 판결.

18) 제호가 충분히 길고 독특하다면 창작성을 인정받을 수 있는 가능성이 있는 바, 일률적으로 부정하기 어렵다는 견해로 이해한 「저작권법」 제4판, 박영사, 2019, 342쪽, 정상조/박준석 「지적재산권법」 제2판, 홍문사, 2011, 272쪽.

19) 서울중앙지방법원 2006. 7. 21. 선고 2004가합76058 판결.

는 단어와 대상은 쉽게 오해받곤 한다. 아마 ‘표피적’이라는 표현 때문일 것이다. 무엇에든 깊이 파고들 짬이 쉽사리 허용되지 않는 사대를 허겁지겁 지나고 있으면서도 이 말에 대한 선입견은 좀처럼 바뀌지 않는다”와 같이 사상과 감정을 담은 문장으로 쓰여진 바, 리드라 하더라도 어문저작물로서의 창작성을 충분히 인정받을 수 있는 내용으로 판단될 수 있는 것이다. 미국 연방대법원의 경우 AP 대 멜트워터(Associated Press v. Meltwater)²⁰⁾ 판결에서 뉴스 애그리게이터(aggregator)의 공정이용(fair use) 판단 중 “이용된 부분의 양과 실질성(Amount and Substantiality of the Copying)”을 살피는데 있어 기사의 리드는 유의미한 저널리즘적인 기술(significant journalistic skill)이 포함된 것이라고 보아, 리드가 독자의 단순한 흥미를 끄는 것(teaser)으로 기능 할 뿐이라는 멜트워터 측의 항변을 배척한 바 있다.

2. 기사 스크랩의 의의 및 유형

뉴스 기사를 스크랩한다는 표현에 있어 ‘스크랩’은 사전적 의미로 “필요한 자료만 모아 나중에 쉽게 찾아보기 위해 신문, 잡지 따위에서 글이나 사진을 오려 모음. 또는 그렇게 모아진 자료”²¹⁾를 뜻한다. 고전적인 의미로 통용되어왔던 기사 스크랩이라 함은 인쇄된 신문지면 중 필요한 기사를 오려내어 노트나 게시판에 부착하는 등 다른 공간에 옮기는 행위를 의미하였을 것이나, 인터넷신문, 전자문서의 등장 등 매체환경의 변화로 인해 기사의 생산과 추출 방식이 다양해진 현재 스크랩 행위에 대해 일의적으로 정의하기에는 어려움이 있다. 스크랩에 대한 명확한 정의나 범주화 역시 현재까지는 이루어지지 않은 것으로 보인다. 다만, 기사를 그대로든 복제하든 내용의 전부 또는 일부를 그대로 ‘추출’해 다른 공간에 ‘ 옮겨 모으는 ’ 행위요소들에 주목하여 유형을 분류하여 본다면 스크랩 행위가 무엇인지 좀 더 구체화해볼 수 있을 것이다.

20) 931 F. Supp. 2d 537 (S.D.N.Y. 2013).

21) 국립국어원, 표준국어대사전, <https://stdict.korean.go.kr/search/searchView.do?word_no=201638&searchKeywordTo=3>, 최종방문일 2020. 6. 23.

가. 기사의 추출 방식에 따른 분류

과거 선행된 뉴스 저작권 침해실태 분석에 대한 연구에 있어 미디어 업계에 통상 인식되는 의미가 반영되었던 온라인 기사 스크랩의 유형을 살펴보면, 이는 링크(link)와는 분명히 구분되는 것으로서 ① 기사를 일반적인 텍스트 형태로 게재하는 경우 ② 인터넷 기사를 이미지로 저장하거나 신문지면을 스캔하여 업로드하는 경우 ③ 기사의 텍스트 파일 자체를 업로드하는 경우로 나뉘어진 바 있다.²²⁾ 그러나 이러한 유형화는 기사를 온라인 공간에서 활용하는 경우만을 예정한 것으로, 여기에 온라인 기사를 출력하거나 지면 기사를 그대로 또는 복제하여 오프라인 공간에서 활용하는 경우까지 포괄한다면 스크랩으로 지칭할 수 있는 행위 유형을 정확히 파악하는데 더욱 근접할 수 있을 것이다. 아울러 현재 미디어 업계에서 링크(link) 방식에 의한 기사 연결 방식 역시 스크랩으로 지칭하여 통용되고 있는 바, 스크랩을 링크와 엄격히 분리하는 것은 부자연스러워 보인다. 예컨대 포털사이트 네이버나 조선일보 온라인 판의 뉴스 페이지에서 기사 스크랩 기능을 사용하면 기사 자체를 별도의 공간에 저장하는 것이 아니라 이용자 아이디의 가상폴더 공간에 원 기사로 접근이 가능한 기사 제목 링크만이 저장될 뿐이며, 블로그나 소셜네트워크서비스(SNS) 이용자들 역시 기사의 제목 링크만을 게시하는 행위를 기사 스크랩으로 인지하여 지칭하고 있다. 이 같은 현실을 고려한다면, 온라인상에서 기사의 제목이나 요약 등 일부 정보를 제공하면서 그 연결통로를 제시하는 게시물의 모습 역시 충분히 스크랩의 범주로서 파악할 수 있다고 생각한다. 링크의 종류는 단순링크(simple link), 심층링크(deep link), 프레임링크(frame link), 임베디드 링크(embedded link)로 구분할 수 있으며, 이를 각 뉴스 콘텐츠에 대한 이용방식에 대입하여 기술한다면, ① 단순링크는 원하는 웹사이트의 메인페이지로의 링크를 의미하는 것으로 인터넷신문사의 홈페이지 또는 초기화면으로 연결, ② 심층링크는 웹사이트의 특정한 하위페이지로의 링크를 의미하는 것으로 개별 뉴스기사 페이지로의 직접 연결,²³⁾ ③ 프레임링크는 링크 연결시 타인의

22) 권희춘/최민식/김석훈/이성환, 「뉴스 저작권 침해실태 분석을 통한 잠재 유료시장 예측 연구」, 한국언론진흥재단, 2011, 94쪽.

웹사이트 정보가 특정 프레임 속에 들어가도록 함으로써 이용자 입장에서 마치 링크제공자의 웹사이트 정보의 일부인 것처럼 보이는 효과가 발생할 수 있는 방식으로 스크랩 주체의 웹페이지 내 일정 프레임이 인터넷신문사의 메인페이지나 특정 기사페이지로 노출되는 방식의 연결, ④ 임베디드 링크 또는 인라인(inline) 링크는 링크 연결을 위한 별도의 행위 없이 링크제공 정보를 포함한 웹페이지에 접속하기만 하면 자동으로 링크정보인 이미지가 화면에 나타나거나 동영상, 음악이 바로 재생되게 하는 방식으로,²⁴⁾ 가장 많이 쓰이는 예로 스크랩 주체의 블로그에서 언론사의 뉴스 동영상이 직접 재생되도록 노출된 형태를 들 수 있다.

이러한 점들을 종합적으로 고려하여 기사 스크랩을 새롭게 살펴볼 필요가 있는바, 우선 기사의 추출 행위에 초점을 맞춘 스크랩의 유형을 정리해보면 아래와 같다.

(1) 기사를 직접 이용하는 방식

- ① 인쇄된 문서(hard copy) 형태로서 기사를 추출
 - a. 신문지에 인쇄된 기사(지면 기사)를 오리거나 복사
 - b. 온라인 또는 전자 문서화된 기사를 출력
- ② 온라인 기사나 전자 문서화된 형태로서 기사를 추출
 - a. 인터넷 브라우저의 드래그(drag), 복사(copy) 기능을 이용하여 원 기사의 텍스트와 이미지만을 추출.
 - b. 지면 기사를 스캔하거나 온라인 기사를 촬영(스크린샷) 또는 전자 문서 파일화 하는 방식으로 전자화하여 추출.

23) 김창화/손승우/최민식/박신욱, 앞의책, 10-11쪽.

24) 김현경, “구글의 뉴스저작물 정책에 대한 고찰”, 「강원법학」 제49권 (강원대학교 비교법학연구소, 2016) 878쪽.

(2) 기사 링크를 이용하는 방식

- ① 기사 일부 정보(제목, 요약, 주제 등) 및 기사 자체가 아닌 단순링크(simple link), 심층링크(deep link) 소스만을 추출.
- ② 기사 일부 정보 및 기사 자체가 아닌, 프레임링크(frame link), 임베디드 링크(embedded link) 소스만을 추출.

〈표 1: ‘추출’ 행위에 따른 스크랩 기사 유형〉

나. 추출기사의 이용방식에 따른 분류

종이, 전자문서 등으로 추출된 기사는 이용자의 의도에 따라 다양한 방식으로 ‘ 옮겨 모아짐 ’으로서 중국적으로 저마다 다른 형태의 기사 스크랩이 된다. 첫째로, 가장 고전적인 방식으로 추출된 기사를 책이나 게시판 공간에 직접 모으는 형태를 생각해볼 수 있다. 인터넷의 발달 이전에는 공공기관이나 기업체 등에서 업무와 관련된 신문기사의 일부를 오려 종이파일에 편철하거나 내부 게시판에 붙여 두고 임직원들이 열람케 하는 경우가 많았다. 굳이 과거의 경우까지 거슬러 올라가지 않더라도, 개인이 시험 준비 등 사적인 참고를 위해 필요한 지면 기사를 오리거나 온라인 기사를 출력하여 노트에 붙여 모아두는 등의 방식으로 기사를 이용하는 행위는 현재도 많이 이루어지고 있다. 물론, 이러한 이용방식은 앞선 ‘추출’ 행위에 따른 기사 유형에 있어 인쇄된 문서(hard copy) 형태로서 기사가 추출된 경우에만 대응될 수 있을 것이다.

둘째로 추출된 기사나 링크를 별도의 디지털 매체에 저장하는 방식을 생각해볼 수 있다. 이는 지면 신문을 종이파일에 편철하는 첫 번째 방식에서 그 수단만을 전자화한 것으로 가장 간단한 예로는 지면 기사를 스캔하여 개인 컴퓨터의 하드 디스크 공간에 분류 및 저장하는 스크랩 형태를 들 수 있을 것이다. 온라인 기사를 스크린샷 프로그램을 통해 촬영하거나 아예 전자 문서로 출력하는 등 기사를 전자화할 수 있는 추출방식이 있다면 클라우드 서비스, 개인 메일함 등 온라인 공간까지 포함해 다양한 저장매체로의 저장이 가능하다. 특히 앞서 네이버와 조선일보를

예로 들었던 바와 같이 인터넷뉴스서비스 사업자나 인터넷신문의 경우 회원인 이용자에게 자체 제공하는 뉴스 스크랩 서비스를 살펴보면, 아래 <그림 1>과 같이 개별 이용자에게 제공된 가상폴더에 원기사로의 하이퍼링크가 삽입된 기사 제목만을 저장하도록 하는 방식을 취하고 있는 경우가 많다. 아울러 ‘스크랩 마스터’, ‘아이서퍼’와 같이 전문적으로 신문 스크랩 서비스를 제공하는 국내 대표적인 프로그램을 살펴봐도, 추출한 기사들을 모아 전자문서로 출력하거나 추출 기사들 전체를 이미지로 한눈에 열람하는 등의 서비스와 함께, 아래 <그림 2>와 같이 각 원래 기사의 열람 페이지로 연결될 수 있는 기사 제목 목록 편집을 스크랩 서비스의 하나로써 제공하고 있다.



<그림 1: 네이버 뉴스 스크랩 서비스>

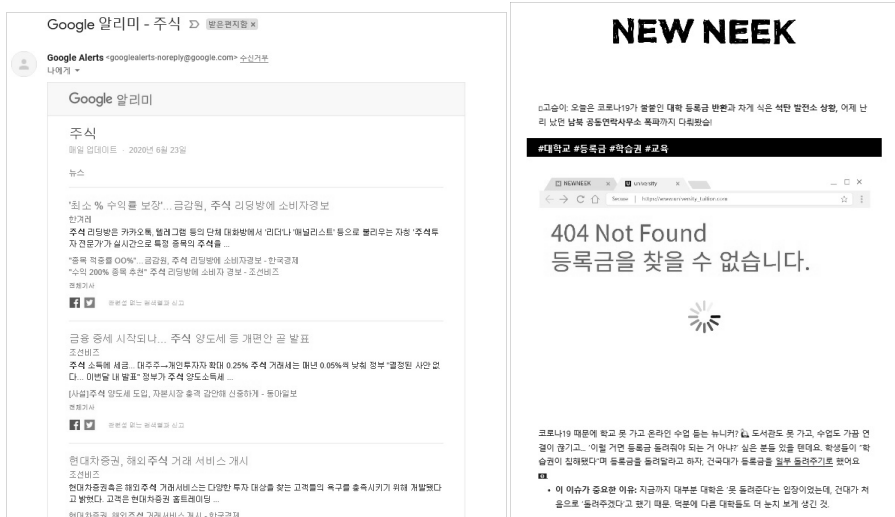


〈그림 2: ‘스크랩 마스터’ 스크랩 목록 서비스〉

셋째로 온라인에서 가장 빈번히 이루어지는 스크랩 방식으로서, 인터넷 기사나 링크를 다른 온라인 공간에 게시하는 형태가 있다. 공공기관이나 기업에서 홈페이지 게시판에 자신들의 업무와 관련된 기사를 홍보 목적으로 게시하는 것이 대표적인 예라 할 것이며, 그 외 블로그나 SNS와 같이 개인화된 온라인 공간에서의 게시와 특정 TV 프로그램, 스포츠 중목, 주식종목 등 세분화된 주제에 대한 관심분야 공유의 목적으로 기사가 게시되는 등 다양한 목적과 공간에서 기사 스크랩이 이루어진다. 이러한 게시는 인쇄된 문서 형태로서 추출된 기사 외 온라인 기사나 전자 문서화된 형태, 링크 방식 모두에 있어 가능한 이용방식으로 접근과 이용의 편의성 및 기사의 보관과 게시를 동시에 함께 할 수 있다는 이점으로 인해 널리 활용되어지고 있는데, 그 활용도가 높은 만큼 저작권 침해에 관한 다수의 분쟁이 발생하고 있는 유형이기도 하다.

넷째는 추출된 기사 또는 링크를 애초에 이메일과 같은 개인 저장 공간으로 발송하는 방식으로, ‘뉴스 클리핑(clipping)’ 서비스를 대표적인 예로 들 수 있는 스크랩 방식이 있다. 이러한 방식의 스크랩은 기사 스크랩의 주체가 이용자 또는 이용자의 보조자였던 기존의 방식과 달리 전문적인 스크랩 서비스를 제공하는 사업자가 스크랩의 주체가 되며, 이용

자는 서비스 제공자에게 자신의 관심분야에 대한 정보를 제공하는 소극적인 역할을 한다는 점에서 특징이 있다. 한 예로 ‘구글 알리미(Google Alerts)’ 서비스를 살펴보면, 계정 이용자가 관심 있는 검색어를 지정하고 수신빈도와 지역, 검색결과 개수 등을 지정하면서 그 출처를 뉴스로 설정하면 자신이 설정한 수신빈도에 맞춰 지정메일주소로 <그림 3>과 같은 뉴스 모음을 수신할 수 있다. 이용자의 메일함에는 자신이 지정한 검색어가 포함된 기사의 제목, 해당 기사에서 검색어가 포함된 문장 일부 모음이 전송되고, 해당 제목을 클릭하게 되면 원래의 인터넷기사 페이지로 연결된다.²⁵⁾ 최근 주목받는 뉴스레터 메일링 서비스인 ‘뉴닉(NEW NEEK)’의 경우 <그림 4>와 같이 사회 이슈에 대해 직접 작성한 알기 쉬운 설명과 함께, 설명 문장 일부에 관련 기사로 접속 가능한 심층링크(deep link)를 삽입하는 방식을 취하여 뉴스를 제공하고 있다.



<그림 3(좌) : ‘구글 알리미’ 뉴스 수신화면>

<그림 4(우) : ‘뉴닉’ 서비스 레터 화면>

이와 같은 뉴스 스크랩 방식은 인쇄된 문서 형태로서 추출된 기사 외

25) “구글 알리미”의 경우 수신정보의 출처를 블로그, 웹으로도 설정할 수 있어 기사 스크랩에만 한정된 클리핑 서비스는 아니라 할 것이나, 뉴스 클리핑 서비스 툴로서 많이 이용되고 있다.

온라인 기사나 전자 문서화된 형태, 링크 방식 모두에 있어 가능한 이용 방식이기는 하나, 통상 기사의 일부 정보와 함께 원기사의 심층링크를 제공하는 방식이 가장 많이 이용되어진다. 근래에는 메일 뿐 아니라 개인 스마트 기기의 어플리케이션 프로그램을 통해 대기화면상에 편집된 이미지의 기사링크 구성을 띄우는 등 편의성을 높인 새로운 방식으로도 제공되고 있다.

III. 기사 스크랩에 의한 저작권 침해 및 제한사유

1. 기사 스크랩에 의해 침해되는 저작권

기사 스크랩에 의해 침해될 수 있는 저작권으로 복제권, 전송권, 전시권을 들 수 있다. 위 권리의 침해는 스크랩의 유형에 따라 다를 수 있는바, 이하 앞서 분류한 스크랩의 각 유형에 따른 권리의 침해에 대하여 살펴본다. 아래의 서술에 있어 기사에 대해 실질적 개변을 주어 이용할 경우 2차적 저작물 작성권의 침해가 발생할 수 있음은 동일하다.

가. 기사를 직접 이용하는 방식

신문지, 온라인 또는 전자문서화 된 기사를 출력하여 인쇄된 문서 형태로 기사를 추출할 경우 기사의 복제권 침해가 발생할 수 있으며, 이는 온라인 기사나 전자 문서화된 형태로서 기사를 추출하는 경우도 마찬가지이다. 추출기사의 이용형태에 따라서는 침해되는 권리가 상이할 수 있는데, 인쇄형태의 기사를 편철하여 회람하는 방식의 경우 추출단계에서의 복제권 침해 외 별도의 침해를 예상하기는 어려우나, 해당 기사 지면 또는 출력물을 회사 내 등 일정한 집단의 공개 게시판에 게시할 경우 기사에 포함된 보도사진의 성질에 따라 전시권 침해가 발생할 수 있다. 온라인 기사나 전자 문서화된 형태의 추출 기사의 경우 이를 단순히 디지털 매

체에 저장하거나 개인에게 메일로 보낸다면 복제권 침해만 문제가 될 것이나, 추출 기사를 다른 온라인 공간에 게시하거나 동일한 기사를 반복하여 다수인에게 이메일로 발송한다면 이에 더해 전송권 침해가 발생할 수 있다.

나. 링크를 이용하는 방식

링크를 이용하는 방식에 의한 저작권의 침해에 관하여, 추출된 링크를 어떠한 방식으로 이용하든 우선 살펴봐야 할 점은, 기사의 링크를 이용하는 행위 자체가 저작권의 침해를 구성할 수 있는지의 문제이다.

이와 관련, 대법원은 단순링크에 비해 뉴스 기사에 대해 더 직접적인 연결방식인 심층링크에 대하여 “인터넷에서 이용자들이 접속하고자 하는 웹페이지로의 이동을 쉽게 해주는 기술을 의미하는 인터넷 링크 가운데 이른바 심층링크(deep link) 또는 직접링크(direct link)는 웹사이트의 서버에 저장된 저작물의 인터넷 주소(URL)와 하이퍼텍스트 태그(tag) 정보를 복사하여 이용자가 이를 자신의 블로그 게시물 등에 붙여두고 여기를 클릭함으로써 위 웹사이트 서버에 저장된 저작물을 직접 보거나 들을 수 있게 하는 것으로서, 인터넷에서 링크하고자 하는 저작물의 웹 위치 정보 내지 경로를 나타낸 것에 불과”하다고 보았는 바,²⁶⁾ 해당 링크 행위는 단지 저작물의 전송의뢰를 하는 지시 또는 의뢰의 준비행위로서 저작권법이 규정하는 복제 및 전송에 해당하지 않는다는 명확한 입장을 취하고 있다. 이러한 입장은 프레임 링크에 대하여 동일하며,²⁷⁾ 임베디드 링크에 대하여도 해외 불법 동영상 공유 사이트에 게시된 지상파 방송사들의 방송 프로그램 임베디드 링크를 사이트에 게재하여 시청할 수 있도록 한 사안에서 직접 전송권을 침해했다고 볼 수 없다는 판단을 하였는 바,²⁸⁾ 같은 입장을 취하고 있다.

26) 대법원 2009. 11.26. 선고 2008다77405 판결

27) 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다4343 판결

28) 대법원 2017. 9. 7. 선고 2017다222757 판결, 원심인 서울고등법원 2017. 3. 30. 선고 2016다2087313은 “전송권을 직접 침해하는 행위로는 보기 어려우나, 해외 동영상 공유 사이

미국의 경우 제9 연방항소법원은 아마존닷컴(amazon.com)이 회원제 사진 열람사이트 퍼펙트텐(Perfect10)의 불법유출사진을 썸네일 형식의 링크로 제공하고 링크를 클릭하면 불법유출 사이트의 사진을 열람할 수 있도록 한 사안에 대해 단지 원본 사진의 위치정보만을 송신하는 것이라는 이유로 전시권, 배포권의 직접 침해를 부정하는 등,²⁹⁾ 링크에 대해 우리 법원과 유사한 입장을 취하고 있다고 보인다. 최근 유럽사법재판소(ECJ, European Court of Justice)는 지에스미디어 대 사노마 미디어 사건(GS Media v. Sanoma Media Netherlands)³⁰⁾에서 링크에 의한 저작권산권의 직접침해를 인정하는 취지의 결론을 내린 바 있다. 해당 사안은 잡지사에 게재가 예정된 원고 사진의 무단 유출본이 업로드된 사이트에 대해 지에스미디어사가 자신의 웹사이트에서 링크를 제공한 사건으로, 네덜란드 대법원이 유럽사법재판소에 링크에 의해 저작물 무단 게시 웹사이트로의 접근을 유도하는 행위가 유럽저작권지침 제3조 제1항³¹⁾의 ‘공중에의 전달(communicaion to the public)’에 해당하는가 해석에 관한 선결판결(preliminary ruling)을 요구한 것이다. 유럽사법법원은 ‘공중에의 전달’에 해당하려면 공중을 상대로 한 저작물의 송신행위가 있어야 한다는 점을 확인하면서, 링크설정행위는 공중이 저작물에 접근할 수 있도록 하는 행위(making available to the public of works)로서 송신행위에 해당하고, 링크 설정의 고의성, 불특정 다수への 노출, 수익을 목적으로 한 것인지를 살펴 ‘공중에의 전달’로 인한 침해를 판단할 수 있다고 보았는 바, 피고의 수익 목적 및 요청에도 불구하고 링크를 삭제하지 않은 점에 주목하여 공중전달권 침해를 인정하였다. 유럽사법재판소는 위 지에스미디어 사건에 앞선 스벤손 대 리트리버 스베리에

트 게시자의 공중송신권(전송권) 침해행위에 대한 방조에는 해당한다”고 보았다.

29) 487 F.3d 701 (9th Cir. 2007). 다만, 항소법원은 아마존이 사진의 불법적 이용을 인지하였는지, 퍼펙트텐의 삭제고지가 적절하였는지에 대한 판단 없이 기여침해(contributory infringement)를 인정하지 않은 지방법원의 판단을 지적하며 파기환송하였고, 지방법원은 퍼펙트텐의 고지가 불충분하였고 기여책임의 요건이 입증하지 못하였다는 이유로 원고의 청구를 기각하였다.

30) Case 160/15, GS Media BV v Sanoma Media Netherlands BV and Others, (2016)

31) Article 3(1) Member States shall provide authors with the exclusive right to authorise or prohibit any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them.

사건(Nills Svensson and Others v. Retriever Sverige AB)³²⁾에서도 링크설정행위를 ‘공중에의 전달’에 포함될 수 있다고 본 바 있다.

이러한 유럽사법재판소의 판결은 링크 유형을 떠나 링크행위 자체가 저작권 침해에서 자유로울 수 없다는 점을 보여준 사례로 의미가 있으나,³³⁾ 유럽 저작권지침상의 개념인 ‘공중에의 전달’의 적극적인 해석에 의한 것인바, 우리의 저작권법 체계 하 이를 바로 적용할 수 있다고 보기는 어려울 것이다.

결국, 링크의 경우 어떠한 스크랩 이용형태를 취하든 그 자체만으로는 저작재산권을 직접 침해한다고 보기 어렵고, 링크와 함께 게시된 기사의 일부에 의한 복제권, 전송권 침해가 문제될 뿐이다. 아울러, 불법 저작물 게시 사이트로의 링크를 제공한 자에 대하여 저작재산권 침해의 방조책임 정도의 인정이 가능할 것이다.³⁴⁾

2. 기사 저작재산권의 제한

위와 같이 스크랩의 이용유형에 따라 뉴스 기사에 대한 저작재산권 침해 가능성이 있으나, 저작권법에 명시된 바에 따른 저작재산권의 제한사유에 의해 침해가 인정되지 않을 수 있다. 이하 기사 스크랩 행위에 대해 적용될 수 있는 저작재산권 제한에 관하여 살펴본다.

32) Case 466/12, Nills Svensson and Others v. Retriever Sverige AB, (2014), 위 사건은 리트 리버 스베리예사가 자신들이 운영하는 웹사이트 고객에게 스벤손 등이 작성한 기사의 심층링크를 제공한 사안에 대한 것으로, 합법적으로 게시되어 공중이 접근할 수 있었던 저작물에 대한 링크 설정행위에 대하여는 저작권 침해가 아니라는 판단을 내렸다.

33) 신현철, “링크행위의 저작권 침해 가능성- 한국 대법원 2017다222757 판결과의 비교법연구”, 「법학연구」 제59권 제1호 (부산대학교 법학연구소, 2018) 467쪽.

34) 대법원은 2015. 3. 12. 선고 2012도13748 판결에서 링크설정행위가 침해행위의 실행 자체를 용이하게 한다고 볼 수는 없는 바, 방조책임도 부정하는 것으로 보이는 취지의 판시를 내린 바 있다. 이에 대하여는 대법원이 불법복제물 링크 이후의 링크 클릭에 의해 발생하는 침해행위(사후적 침해행위)가 아닌, 그 이전에 불법복제물을 업로드한 행위에 관한 침해 방조행위만을 판단한 것이므로, 사후적 침해행위에 대한 대법원의 입장을 단정하기 어렵다는 견해(이해완, 앞의 책, 582~583쪽)가 타당한 것으로 보인다.

가. 언론기관의 전재(轉載)

저작권법 제27조는 정치·경제·사회·문화·종교에 관하여 신문, 인터넷신문, 뉴스통신에 게재된 시사적인 기사나 논설은 이용금지의 표시가 없는 한 다른 언론기관이 복제·배포 또는 방송할 수 있다고 규정하고 있다. 베른협약 제10조의2 제1항을 원용한 해당 규정은 공공성이 강한 저작물에 대해 국민의 알권리 충족을 위한 언론기관의 전재를 허용 것으로, 건전한 토론문화와 여론형성에 기여하는데 도입의 취지가 있다.³⁵⁾ 다만, 해당 규정은 언론기관만을 주체로 한정하고 있고, ‘전송’을 이용 가능한 방식으로 포함하지 않고 있으며, 이용금지 표시(예컨대, 전재금지 문구)에 의해 적용이 어려운 경우가 존재하는 바, 기사 스크랩 행위가 해당 조항의 저작권 제한사유에 해당하는 경우는 많지 않을 것이다.

나. 사적이용을 위한 복제

저작권법 제30조는 공표된 저작물을 비영리 목적이 아닌, 개인적으로 이용하거나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서 이용하는 경우 그 이용자는 이를 복제할 수 있음을 규정하고 있다. 먼저, 해당 규정은 ‘복제’에만 한정한다는 점에서 스크랩의 이용 유형에 있어 전송행위, 예컨대 온라인 블로그, SNS 등 온라인 공간의 게시(단, 해당 게시 과정의 복제는 별론), 그리고 애초에 ‘복제’로 볼 수 없는 링크 이용방식에 있어서는 적용이 없다. 그 외의 스크랩 방식의 경우 또는 ‘전송’을 포함하는 경우의 준비 내지 동시에 이루어지는 행위로서 ‘복제’의 경우 적용을 생각해 볼 수 있을 것이다. 여기서 영리 목적은 소극적으로 저작물 구입비용을 절감한다는 의미가 아니라 복제물을 타인에게 판매하거나 대행하는 등 복제행위를 통하여 직접 이득을 취할 목적을 의미하는 바,³⁶⁾ 스크랩 결과물 자체를 판매하거나 온라인 유료 서비스 형태로 제공하는 사업자의 복제행위에 대하여도 본조를 적용할 수 없다.

사적이용의 범위를 어디까지로 볼 수 있을지의 문제는, 언론 기사가 정보

35) 임원선, 「실무자를 위한 저작권법, 한국저작권위원회」, 2014, 195쪽.

36) 이해완, 「저작권법」, 박영사, 2019, 746쪽.

를 포함하고 있는 이상 스크랩 행위가 기사 내용을 다른 사람과 공유하거나 상업적인 홍보를 위한 목적으로 이루어지는 경우가 많을 수 밖에 없는 바, 이러한 이용행위를 저작권권과 조화를 이룰 수 있는 어떤 선에서까지 용인해야 하는가의 문제와 맞닿아있다. 수험준비를 위해 기사를 개인 컴퓨터 하드 드라이브에 저장하는 것과, 서너명의 수험 스터디 회원간의 온라인 카페에 게시하는 것과, 수천명이 이용하는 수험 커뮤니티 사이트의 게시판에 올리는 것은 이용의 범위에 분명한 차이가 있을 수 밖에 없다. 독일과 같이, 사적 이용을 위한 복제에 관한 저작권법 조항(제53조)의 해석에 있어 최대 7부로 한정되어 있다는 판례상 해석이 이루어지는 경우도 있으나,³⁷⁾ 우리의 경우 그와 같은 해석의 판례 기준을 도출하기는 어려우며, 법원은 ‘리프리놀 사건’에서 “기업 내부에서 업무상 이용하기 위하여 저작물을 복제하는 행위는 이를 ‘개인적으로 이용’하는 것이라거나 ‘가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서 이용’하는 것이라고 볼 수 없다”는 판단,³⁸⁾ “복제를 하는 이용자들이 다수집단이 아니어야 하고, ‘소리바다 사건’에서 그 이용자들 서로간에 어느 정도의 긴밀한 인적 결합의 존재할 것이 요구된다고 할 것”이라는 판단³⁹⁾을 내린 바 있다.

기사의 경우, 저작물이 담고 있는 내용의 공공성을 인정한다 하더라도 저작권법 내 여타의 저작권권 제한규정이 존재하는 한 다른 저작물과의 평가를 달리하여 사적이용의 범위를 확장할 이유는 없다. 디지털 기술의 발전으로 저작물의 광범위한 복제에 의해 저작권자의 정당한 이익이 침해될 위험이 증대되었음은 기사 저작물의 경우도 마찬가지라 할 것인 바, 순수하게 사적인 이용으로 평가될 수 있을만한 경우에 한해 제한사유 조항을 적용해야 할 것이다. 친구와 같이 인적인 결합관계에 있는 소규모의 집단 간 공유를 위한 스크랩은 문제가 없을 것이나, 그러한 공유 목적이라 하더라도 블로그든, SNS든 온라인 공간으로의 게시과정의 복제는 그 소규모의 구성원만이 열람할 수 있는 폐쇄적인 방식이 아니라면 본 조항의 적용이 어려울 것이다. 아울러, 기업 내부에서 업무 목적으로 기사를 스크랩 하는 경우의

37) 안효질, “개정 독일 저작권법에 비추어 본 저작권의 제한”, 『디지털재산법연구』 3권 1호 (한국디지털재산법학회, 2004) 48쪽.

38) 대법원 2013. 2. 15. 선고 2011도5835 판결.

39) 서울고등법원 2005. 1. 12. 선고 2003나21140 판결.

복제행위는 이용자가 소수라 하더라도 단체의 일원으로서의 활동을 사적 영역 내에서의 활동으로 보기 어렵고, 폐쇄적인 사적 영역에서의 소규모적인 영세한 복제를 허용하고자하는 본 규정의 취지를 고려할 때,⁴⁰⁾ 마찬가지로 본 조의 적용이 어렵다고 보아야 할 것이다.

다. 그 외 제한사유

위 살펴본 외 기사 스크랩이 저작권법상 재판절차 등에서의 복제(제23조), 학교교육 목적 등에서의 이용(제25조), 공표된 저작물의 인용(제28조), 도서관등에서의 복제 등(제31조), 시각·청각장애인 등을 위한 복제(제33조, 제33조의2), 문화시설에 의한 복제 등(제35조의4), 저작물의 공정한 이용(제35조의5)의 경우로서 이루어지는 경우에는 기사의 저작권재산권이 제한된다.

이 중 공표된 저작물의 인용(제28조), 저작물의 공정한 이용(제35조의5)의 경우, 기사의 공익적인 성질과 공중에 의한 이용의 필요성에 기인하여 스크랩 행위에 따른 저작권재산권 침해의 주요 항변사유로 다루어질 수 있는 바, 구체적으로 살펴본다.

IV. 공표된 저작물의 인용·공정이용

1. 공표된 저작물의 인용

가. 의의 및 법 제35조의5 공정이용과의 관계

법 제28조는 “공표된 저작물은 보도·비평·교육·연구 등을 위하여는 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있다”고 규정하고 있다. 저작물의 인용 역시 원칙적으로 저작권재산권자의 동의가 없다면 저작권재산권 침해가 이루어지는 것이나, 법은 선행 학문과 예술을 기초로 한 학문, 예

40) 오승중, 앞의책, 782쪽.

술의 발전을 고려해 일정 요건 하에 인용목적의 이용을 허용한 것이다.

이러한 인용조항은 2011년 한미 FTA 체결에 따라 개정 저작권법에 제 35조의5 공정이용 조항이 도입되기 전까지 법원에 의해 그와 유사한 기능을 수행하기도 하였다. ‘썸네일 이미지 사건’⁴¹⁾에서 법원은 ‘인용’과 관련하여 피인용저작물이 인용저작물에 대해 부종적(附從的)성질을 가져야 한다는 점을 요건으로서 분석하지 않고, “인용의 목적, 저작물의 성질, 인용된 내용과 분량, 피인용저작물을 수록한 방법과 형태, 독자의 일반적 관념, 원저작물에 대한 수요를 대체하는지의 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것”이라고 보아 제한사유 적용 여부를 살폈는바, 이는 공정이용의 영역의 사안에 대해 ‘인용’이라는 문구를 ‘이용’ 전반을 뜻하는 것으로 확장 해석한 사례로 평가된다.⁴²⁾ 그러나, 공정이용 조항의 도입 이후 내려진 ‘리프 리놀’ 사건 판례는 다시 인용저작물과 피인용저작물의 주종관계를 적용 조항의 요건으로 하고 종합적인 고려를 함께 살피는 입장을 명확히 하고 있는 바, 이는 법제28조를 위 경우에 한정하여 제한적으로 해석하고 나머지 공정이용의 영역은 법제35조3에 의해 판단코자 하는 취지에 기한 것으로 볼 수 있다.⁴³⁾ 공정이용 조항이 명문으로 도입된 이상, 그간 지나치게 확장되어 온 것으로 보이는 법제28조는 법 조항의 취지와 문언적 의미에 맞도록 제한적으로 적용되어야 함이 타당하다고 보이며, 포괄적인 의미의 공정이용 조항은 인용조항과의 관계에서 보충적으로 적용될 수 있다고 보아야 할 것이다.⁴⁴⁾

나. 적용요건

법 제28조의 적용을 위하여는 “공표된 저작물일 것”, “보도·비평·교육·연

41) 대법원 2006. 2. 9. 선고 2005도7793 판결.

42) 박준석, “저작권법 제28조 인용조항 해석론의 변화 및 그에 대한 비평”, 「서울대학교 법학」 제57권 제3호 (서울대학교 아시아태평양법연구소, 2016) 190쪽.

43) 이해완, 앞의책, 693쪽.

44) 이해완, 앞의책, 816쪽; 박성호, “인터넷 환경 하에서 저작권의 제한에 관한 연구-저작권법 제28조 및 제30조를 중심으로”, 「정보법학」 제19권 제3호 (한국정보법학회, 2015) 135쪽; 정진근, “저작권의 공정사용원칙의 도입에 따른 문제와 개선방안”, 「계간저작권」 2013년 여름호 (한국저작권위원회, 2013), 61쪽.

구등을 위한 인용일 것”, “정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용할 것”임을 요한다.

“보도·비평·교육·연구”는 예시적인 의미로 저작권법의 목적인 문화 및 관련 산업의 향상·발전의 취지에 반하는 것이 아니라면 이에 부합할 수 있을 것이며, 영리적인 목적이 포함되어 있다 하더라도 그 적용이 부정되는 것은 아니다. 다만, 법원은 ‘대입 본고사 입시문제’ 사건에서와 같이 영리적인 목적을 위한 이용은 비영리적 목적을 위한 이용의 경우에 비해 자유이용이 허용되는 범위가 상당히 좁아진다고 보고 있다.⁴⁵⁾

“정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용” 요건에 관하여, 앞서 언급한 바와 같이 법원은 인용저작물과 피인용저작물의 주종관계 요건에 더해 인용 목적, 저작물의 성질, 인용된 내용과 분량(인용저작물에서 피인용저작물의 비중), 피인용저작물을 수록한 방법과 형태, 이용자의 일반적 관념, 원저작물에 대한 수요 대체 여부를 종합적으로 살펴 “정당한 범위”, “공정한 관행”을 함께 판단하고 있다. 인용저작물과 피인용저작물의 주종관계의 경우 공표여부와 함께 공정이용과는 구별되는 인용의 요건으로, 인용저작물이 양적으로 피인용저작물에 비해 주체가 되어야 할 것이며, 피인용저작물을 제외하더라도 인용저작물이 독자의 존재가치를 갖는 수준으로서 피인용저작물에 비해 높은 존재가치를 가져야 한다. 다만, 양적 측면의 경우, 사진이나 짧은 시와 같이 저작물의 성질상 전부 인용의 경우에도 정당한 범위를 인정하여야 할 경우가 존재한다.

특히 피인용저작물을 수록한 방법과 형태에 있어, 피인용저작물을 요약하여 인용하는 경우 이를 공정한 관행에 합치된 이용으로 볼 수 있을지의 문제가 있는데, 이는 기사 스크랩 행위에 있어 기사의 본문이나 링크와 함께 기사의 요약을 제공하는 경우가 다수 있어 살펴볼 필요가 있다. 법제36조가 법제28조에 대하여는 개작에 의한 이용이 가능한 경우에서 제외하고 있는 바, 개작을 수반하는 경우가 많은 요약에 대해 본조를 적용하는 것은 법문의 해석을 벗어나는 것으로서 인정되기 어렵다고 본다. 결국, 요약인용은 본조가 아닌, 공정이용 조항에 의한 제한사유 적용의 여지가 검토될 수 있을 것이다.

45) 대법원 1997. 11. 25. 선고 97도2227 판결.

2. 공정이용

가. 의의

법제35조의5 공정이용 조항은 2011년 한미FTA이행을 위한 저작권법 개정에서 도입된 것으로, 저작물의 디지털화와 유통환경의 변화에 따라 기존 저작권법상의 열거적인 저작재산권 제한규정으로는 다양한 상황 하에서의 저작물 이용을 모두 아우르기 어려운 한계가 있는 바, 포괄적인 저작재산권 제한 규정의 필요에 의해 신설되었다.⁴⁶⁾ 해당 조항은 제1항에서 베른협약 제9조 제2항의⁴⁷⁾ 3단계 테스트를 법문에 반영하면서, 제2항에서 미국 저작권법 제107조의 공정이용 판단요소 4가지를 거의 동일하게 규정하고 있다.

앞서 살펴본 바와 같이 법제28조와의 관계에 있어 보충적으로 적용될 수 있다고 보여진다. 즉, ‘공표된 저작물’로서 피이용저작물이 이용저작물과 ‘인용’의 관계에 있는 사안의 경우 법제28조에 따른 적용될 것이며, 그에 의한 저작재산권 제한에 해당하지 않는 경우에 대하여는 나아가 포괄적인 공정이용 조항의 적용 여부 역시 살필 수 있을 것이다.

나. 적용 요건

본조의 적용을 위해서는 제1항에 따라 “저작물의 통상적인 이용방법과 충돌하지 아니하고 저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 아니하는 경우”여야 하며, 그 판단에 있어 제2항의 고려요소를 살펴야 한다.

먼저, 이용의 목적 및 성격의 경우, 영리성이 있다고 해서 공정이용이 부정되는 것은 아니나 그 허용범위가 상당히 좁아질 수 있음은 법제28조의 경우와 같으며, 영리목적은 직접적인 대가의 취득 뿐 아니라 이윤창출의 기

46) 문화체육관광부/한국저작권위원회, 「한·미FTA 이행을 위한 개정저작권법 설명자료」, 2011, 8쪽.

47) Article 9(2) It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works in certain special cases, provided that such reproduction does not conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.

여와 같이 간접적인 경우를 포함한다. 공익적 목적의 이용은 유리한 판단요소가 될 수 있고, 아울러 저작물의 이용이 ‘변용적 이용(transformative use)’에 해당하는지도 주요한 고려사항인데, 미국 연방대법원은 저작물의 이용이 원저작물을 대체(supersede)하는 것인지, 새로운 표현, 의미나 메시지로 변형하는 것인지(altering the original with new expression, meaning, or message)를 살펴야 한다고 보았다.⁴⁸⁾ 즉, 피이용저작물과 이용되는 원래의 목적이나 기능과 동일하게 저작물이 이용되는 것이라면 공정이용 판단에 불리하게 작용할 것이며, 예를 들어 신문기사를 언론 비평의 목적으로 이용하거나 학술적인 분석의 대상으로 이용하는 경우와 같이 새로운 양식으로서 활용하는 경우라면 유리한 고려사항이 될 수 있는 것이다. 고려요소인 ‘저작물의 종류 및 용도’에 있어 저작물이 사실적이고 정보적인 성격이라는 점은 공정이용의 유리한 요소로 작용하며, 미국 연방대법원의 하퍼앤로 대 네이션(Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises) 사건⁴⁹⁾에서 판시한 바와 같이 저작물의 공표여부는 공정이용 판단에 있어 중요한 요소가 될 수 있다.

이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 비중과 그 중요성은 피이용저작물이 피이용저작물 전체에서 차지하는 양적, 질적 측면의 비중을 살펴는 것이다. 피이용저작물에서 높은 비중의 양을 이용하였다면 공정이용에 불리한 요소로 작용할 것이며, 다만 적은 양을 이용했다 하더라도 질적인 가치를 살펴 판단을 달리할 수 있다. 위 하퍼앤로 대 네이션 사건에서 미국 연방대법원은 20만 단어로 이루어진 피이용저작물 중 피고가 양적으로는 300여 단어를 이용한 것에 불과하지만, 그 부분이 피이용저작물 중 “가장 흥미롭고 감동적인 부분(the most interesting and moving parts)”이라는 점에 주목하여 공정이용 항변을 배척한 바 있다.⁵⁰⁾ 저작물의 이용이 현재 또는 잠재적인 시장이나 가치에 미치는 영향, 즉 원저작물에 대한 수요대체성은 공정이용 여부의 판단에 있어 핵심적인 요소이다. 이용저작물의 등장으로 피이용저작물의 가치가 가장 많은 영향을 받는 경우는 두 저작물의 성질, 소비

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

49) 471 U.S. 539 (1985).

50) 해당 판결에서 미국연방대법원은 피이용저작물이 이용저작물에서 차지하는 비중이 높다는 점도 공정이용에 불리한 고려요소로 삼은 바 있다.

자충, 가격이 비슷하여 서로를 대체하는 관계로서, 실질적으로 두 저작물이 경쟁관계에 있는 경우이며, 이 경우 공정이용 인정에 불리하게 작용할 것이다.⁵¹⁾ 법문상 “잠재적인 시장이나 가치”를 명시하고 있는 바, 경쟁관계의 판단은 피인용저작물이 장래 진출할 가능성이 있는 시장을 포함해야 한다.

V. 공표된 저작물의 인용·공정이용에 의한 기사 저작권재산권 제한

1. 공표된 저작물의 인용에 의한 제한

공표되지 않은 기사에 대한 스크랩 행위는 예상하기 어려운 바, 공표된 기사를 ‘인용’의 방식으로 스크랩하는 행위에 대하여 법 제28조에 의한 제한 사유를 검토해 볼 수 있다.

우선, 어떤 형태의 스크랩이든 기사의 전부를 이용하는 형태라면 법 제28조의 제한사유에 해당하기 어려울 것이다. 먼저, 기사의 경우 사진과 같은 저작물과는 달리 그 성질상 원문 전부를 가져와야만 인용이 가능하다고 보긴 어렵다. 기사의 내용 자체에 대한 비평이나 분석의 목적으로 이를 인용하는 경우를 예상해 볼 수는 있겠으나, 대상이 되는 부분만을 인용하거나 링크를 이용하는 등 전부의 이용이 아니더라도 가능한 방식이 존재한다는 점에서 제한사유의 적용이 쉽지는 않을 것으로 보인다. 물론, 전체를 인용할 수 밖에 없는 짧은 스트레이트 기사의 경우 애초에 저작물성의 인정이 쉽지 않을 것이다.

결국, 본조의 적용은 기사의 제목, 리드, 본문 일부 등 필요한 부분만을 발췌하여 이를 저장, 게시 또는 발송하거나 링크와 함께 이용하는 방식의 스크랩의 경우가 될 것인데, 애초에 기사의 발췌 일부가 창작적인 부분이 아니라면 저작권재산권의 침해가 발생하지 않게 된다. 법 제 28조의 적용은 기사 중 창작성 있는 리드나 본문의 일부를 추출하여 이를 각 유형의 이용 방식에 따라 스크랩하는 경우 고려할 수 있을 것이다.

51) 이규호, 「공정이용 판단기준 도출을 위한 사례연구」, 한국저작권위원회, 2009, 34쪽.

다만, 법 제28조가 인용의 주체인 자기 저작물의 존재, 즉 인용저작물의 존재를 전제로 허용여부를 판단할 수 있는 것이고,⁵²⁾ 아울러 공정이용 조항 도입 후 법 제28조의 적용에 있어 인용저작물에 대한 부종성을 요건으로 하는 입장에서 본다면, 하나 또는 다수의 기사모음으로 구성된 스크랩 결과물은 결국 그 자체가 인용저작물의 모음에 불과하거나 스크랩 기사를 제한하면 나머지 부분으로서 기사에 비해 월등한 가치를 갖는다고 보기 어려운 경우가 대부분일 것인 바, 기사 스크랩에 있어 법제28조에 의한 저작권제한을 적용해야 하는 사례를 찾기는 어려울 것으로 보인다.

2. 공정이용에 의한 제한

기사 스크랩에 있어 저작권제한사유로는 위 살펴본 바와 같이 적용 가능한 사례를 상정하기에 한계가 있고, 인용저작물과의 주종관계 요건의 충족이 어려운 바, 법제28조 보다는 법제35조의5의 적용이 주요한 항변으로서 고려되어질 수 있을 것이다.

기사 스크랩의 공정이용에 있어, 먼저 미국 캘리포니아 지방법원의 LA타임즈 대 프리리퍼블릭(Los Angeles Times v. Free Republic.)⁵³⁾ 판결을 참고할 만하다. 해당 사안은 인터넷 신문(LA Times, Washington Post)의 기사가 회원제 정치평론 웹사이트(Free Republic)에 무단으로 게시되어 비평할 수 있도록 제공된 사안으로, 법원은 위 복제행위가 공정이용에 해당하는지 판단하였다. 법원은 4가지 각 고려요소에 대해 ① 피고 사이트가 영리성이 없기는 하나 이용 목적 및 성격에 있어 기사의 원문 그대로가 복제되어 변용적 이용이 없다는 점에서 원고에 유리 ② 기사가 주로 사실적인 저작물이라는 점에서 피고에 유리 ③ 비평에 있어 불필요하게 기사 전체의 복사가 이루어졌는 바, 그 필요성이 없다는 점에서 원고에 유리 ④ 신문사가 독자에게 기사를 온라인으로 보여주고, 아카이브된 기사를 판매하고, 제3자에게 기사열람과 판매에 대한 라이선싱을 제공하고 있는 바, 기사 원문을 그대로 제공하는 피고 사이트가 이러한 시장을 위협할 수 있어 원고에 유리

52) 오승중, 앞의책, 730쪽.

53) No. CV 98-7840, 2000 U.S. Dist. LEXIS 5669 (C.D. Cal. Mar. 31, 2000).

하게 보아 피고의 공정이용 항변을 배척하였다.

기사스크랩 행위에 대한 법 제35조의5 적용에 있어, 우선 “저작물의 종류 및 용도” 요소의 경우 위 판례와 같이 기사가 사실적인 저작물에 가깝다는 점에서 저작재산권자에게 불리하게 판단될 여지가 크다.

“이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 비중과 그 중요성” 요소의 경우, 기사의 전체를 추출하여 이용하는 스크랩 형태라면 비평 등 다른 목적을 위해 전체의 이용이 꼭 필요한 경우가 아닌 한 제한사유에 불리할 수 있으며, 이같이 원문을 그대로 이용하는 것은 수요 대체성 및 변형적 이용에 해당하지 않을 수 있다는 점에서 “이용의 목적 및 성격” 요소에서도 이용자에게는 불리하게 작용할 수 있다. 반면, 리드와 기사 본문 중 기사의 창작성 있는 일부를 추출하여 이용하는 경우라면 이용자에 유리할 수는 있겠으나, 앞서 AP 대 멜트워터 판결에서 살펴본 바와 같이 창작적 특성을 갖는 기사의 리드 이용은 질적인 비중 측면에서 이용자에게 불리하게 판단될 수 있을 것이다.⁵⁴⁾ 기사에 대한 요약정보의 경우에도, 미국 제2 연방항소법원은 새로운 추가내용 없이 기사의 요약문을 무단으로 유료제공한 사안에 대해 이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 비중 요소에 이용자에게 불리하게 판단한 바 있으며, 변용적 이용이 없다는 점에서 이용의 목적과 성질, 수요대체성에서도 불리하게 본 바 있다.⁵⁵⁾ 이러한 미국 법원의 판단은 기사의 일부가 함께 제시되는 링크를 이용하는 다수의 스크랩 행위에 대한 공정이용 적용 여부에 있어 유용한 기준이 될 수 있을 것이다.

“이용의 목적 및 성격” 요소에 있어 기사 스크랩 서비스 자체에 대가를 받는 등 영리의 수단으로 이용할 경우 이용자에게 불리하게 작용될 것이며, 앞서 LA 타임즈 대 프리리퍼블릭 사건과 같은 정치 포럼 게시판이나 국가기관의 정책관련 기사 게시 등 비영리적인 목적이라면 이와 다른 판단이 가능할 것이다. 아울러 기사의 이용에 있어 단지 기사의 내용을 그대로 전달하는 차원의 이용이라면 변용적 이용이 있다고 보기 어려운 바, 대다수 이루어지는 단순 정보공유나 보관 차원에서의 스크랩 행위는 이용자에게 불리

54) 해당 사안에서는 멜트워터가 기사의 4.5%에서 61% 범위내로 이용한 점을 근거로 양적 측면 역시 이용자에 불리하게 보았다.

55) Nihon Keizai Shinbun, Inc. v. Comline Business Date, Inc., 166. F.3d 65(2d Cir. 1999)

하게 작용할 수 있다.

특히 시장 대체성 관련, 라이트헤이븐 대 호엔(Righthaven, LLC v. Hoehn)⁵⁶⁾ 판결에서 비영리 목적의 온라인 포럼 유저가 신문 기사를 게시한 사안에 대해 수요 대체성을 인정하지 않은 사안과 같이, 단순한 기사 제공과는 다른 목적에서 이루어진 개인의 스크랩에 대하여는 이용자에 유리한 평가가 내려져야 할 것이나, 위 LA타임즈 대 프리리퍼블릭 사건과 같이 포럼이나 특정 커뮤니티의 운영주체로서 기사를 스크랩하여 구성원에게 제공하는 사안에 대하여는 언론사를 대체하는 경쟁관계가 될 수 있다는 점에서 다른 접근이 필요하다. 우리의 경우 과거 2012. 10.부터 2014. 1. 까지 언론사의 허락 없이 자신들의 홈페이지에 기사를 무단으로 게재한 국회의원에 대해 법률소비자연맹이 저작권법 위반을 이유로 고발한 사안에서, 185회에 걸쳐 기사의 무단 게시를 한 피고발인까지 있었음에도 불구하고 전원에 대하여 공정이용에 의한 무혐의 처분이 내려진 바 있다. 의원 개개인이 사이트의 운영자로서 위 LA타임즈 대 프리리퍼블릭 사건에서의 프리리퍼블릭과 유사한 지위에 있을 가능성이 있는 바, 방문자의 열람을 위해 기사 그대로를 게시하는 등 변용적 이용이 없었다는 점까지 고려한다면, 다량의 기사 게시의 경우에도 수요대체성이 부정된 것은 다소 납득하기 어려운 결과로 보인다. 기사 스크랩의 수요대체성을 판단함에 있어 기사의 열람, 판매, 제3자에 대한 라이선스 거래를 충분히 감안하고, 이용자의 역할과 스크랩의 이용방식에 따른 특성을 반영하여 시장에 미칠 수 있는 영향이 합리적으로 판단되어야 한다.

VI. 결 론

사실 전달에 불과한 기사나 창작성을 결한 기사 부분 외의 뉴스 기사는 저작권법의 보호를 받으며, 그 침해를 가장 빈번히 야기하는 행위로

56) 792 F. Supp. 2d 1138 (D. Nev. 2011)

서 ‘스크랩’에 대하여는 명확한 정의 내지 범주화의 필요성이 있다. 기사 스크랩은 기사의 추출과 추출된 기사의 이용에 따라 각 다양한 유형화가 가능할 것으로 보이며, 향후 뉴스 전송 환경이나 기술의 발달에 의해 전혀 다른 방식의 유형화나 개념 정의도 예상해 볼 수 있을 것이다. 자유로운 기사 스크랩 행위는 저작권법상 각 저작재산권 제한사유에 의해 가능하며, 특히 주요 항변사유의 하나인 공정이용에 의한 제한은 공표된 저작물의 인용에 비해 적용 여지가 크다. 위 공정이용에 관하여는 앞선 미국 법원의 판단에서 제시된 기준을 참고할 수 있을 것이며, 이 때 기사의 추출 형태나 이용 방식과 함께 기사의 거래현실, 기사 이용자의 역할을 고려한 합리적 판단의 축적을 통해 저작권 침해에 대한 스크랩 행위자의 예측가능성을 높일 필요가 있다.

최근 기사 저작권의 보호를 목적으로 한국디지털뉴스협회와 한국언론진흥재단이 「디지털 뉴스콘텐츠 이용 규칙」을 제정한 바 있다(2017. 1. 1. 제정, 2018. 6. 1. 개정). 해당 규칙은 강제력이 없는 언론사간 자율적인 규제에 불과하기는 하나 주요 일간지를 포함하여 105개에 이르는 언론매체가 참여(2019. 6. 기준)하고 있고, 사실의 전달에 불과한 시사보도의 범위나 상업적 목적의 링크행위에 대한 민법상 부당이득 내지 불법행위 책임을 명시하는 등 기사의 재산적 가치를 보호하기 위한 시장의 노력으로서 충분히 평가될 수 있다. 그 외 이와 유사한 입장에서 저작권법상 독자적인 뉴스저작물 보호규정을 신설하자는 적극적인 주장⁵⁷⁾도 존재하며, 언론사, 출판사, 잡지사(언론출판사, Presseverleger)에게 상업적 목적의 공중전달에 관한 배타적 권리(최소한의 발체의 경우 제외)로서 저작인접권(Verwandte Schutzrechte)을 부여한 독일 저작권법 제87조⁵⁸⁾와 같이, 저작재산권의

57) 권희춘/최민식/김석훈/이성환, 앞의책, 36-38쪽.

58) §87f Presseverleger

(1) Der Hersteller eines Presseerzeugnisses (Presseverleger) hat das ausschließliche Recht, das Presseerzeugnis oder Teile hiervon zu gewerblichen Zwecken öffentlich zugänglich zu machen, es sei denn, es handelt sich um einzelne Wörter oder kleinste Textausschnitte. Ist das Presseerzeugnis in einem Unternehmen hergestellt worden, so gilt der Inhaber des Unternehmens als Hersteller.

(2) Ein Presseerzeugnis ist die redaktionell-technische Festlegung journalistischer Beiträge im Rahmen einer unter einem Titel auf beliebigen Trägern periodisch veröffentlichten Sammlung, die bei Würdigung der Gesamtumstände als überwiegend verlagstypisch anzusehen is

한계를 보완할 수 있는 새로운 방식의 도입을 통해 권리보호를 강화하는 방안도 제시되고 있다.

다만, 이와 같은 장기적인 안목의 논의에 앞서 현재 저작권법 체계 하에서 기사에 대한 저작권의 보호대상과 저작권재산권의 제한사유를 더욱 상세히 규명하는 작업이 필요하며, 이러한 필요성 하에서 기사 스크랩 행위에 대한 유형화와 그에 따른 저작권재산권 침해 가능성 및 제한사유 검토는 그 의의를 가질 수 있을 것이다.

t und die nicht überwiegend der Eigenwerbung dient. 2) Journalistische Beiträge sind insbesondere Artikel und Abbildungen, die der Informationsvermittlung, Meinungsbildung oder Unterhaltung dienen.

(논문투고일: 2020.08.25, 심사개시일: 2020.09.05, 게재확정일: 2020.09.17)



▶ 신상진

기사 스크랩, 기사의 저작물성, 저작권재산권 제한, 공표된
저작물의 인용, 공정이용

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 권희춘/최민식/김석훈/이성환, 「뉴스 저작권 침해실태 분석을 통한 잠재 유료시장 예측 연구」, 한국언론진흥재단, 2011.
- 김기태, 「저널리즘과 저작권」, 이채, 2011.
- 김창화/손승우/최민식/박신욱, 「국내외 뉴스 저작권 판례분석 및 저작권 정책 동향연구」, 한국언론진흥재단, 2019.
- 나낙균/이호홍/최숙, 「뉴스저작권에 대한 인식조사 및 뉴스저작권 마케팅 방안 연구」, 한국언론진흥재단, 2014.
- 문재완, 「언론법」, 늘봄, 2008.
- 문철수/지성우/문효진, 「뉴스저작물 이용활성화 및 이용자 인식 개선방안 연구」, 한국언론진흥재단, 2010.
- 문화체육관광부/한국저작권위원회, 「한·미FTA 이행을 위한 개정저작권법 설명자료」, 2011.
- 오승중, 「저작권법」 제4판, 박영사, 2016.
- 이규호, 「공정이용 판단기준 도출을 위한 사례연구」, 한국저작권위원회, 2009.
- 이해완, 「저작권법」 제4판, 박영사, 2019.
- 임원선, 「실무가를 위한 저작권법」, 한국저작권위원회, 2014.
- 정상조/박준석, 「지적재산권법」 제2판, 홍문사, 2011.

II. 논문

- 김현경, “구글의 뉴스저작물 정책에 대한 고찰”, 「강원법학」 제49권 (강원대학교 비교법학연구소, 2016).
- 문재완, “미국의 뉴스 저작권”, 「LAW & TECHNOLOGY」 제3권 제5호 (서울대학교 기술과법센터, 2007).
- 박성호, “인터넷 환경 하에서 저작권의 제한에 관한 연구-저작권법 제28조 및 제30조를 중심으로”, 「정보법학」 제19권 제3호 (한국정

- 보법학회, 2015).
- 박준석, “저작권법 제28조 인용조항 해석론의 변화 및 그에 대한 비평”, 「서울대학교 법학」 제57권 제3호 (서울대학교 아시아태평양법연구소, 2016).
- 박준우, “신문기사의 저작물성과 사실의 전달에 불과한 시사보도”, 「계간 저작권」 2007년 여름호 (한국저작권위원회, 2007).
- 신현철, “링크행위의 저작권 침해 가능성- 한국 대법원 2017다222757 판결과의 비교법연구”, 「법학연구」 제59권 제1호 (부산대학교 법학연구소, 2018).
- 안효질, “개정 독일 저작권법에 비추어 본 저작권의 제한”, 「디지털재산법연구」 3권 1호 (한국디지털재산법학회, 2004).
- 정진근, “저작권의 공정사용원칙의 도입에 따른 문제와 개선방안”, 「계간저작권」 2013년 여름호 (한국저작권위원회, 2013).

III. 웹사이트

- 국립국어원, 표준국어대사전, <https://stdict.korean.go.kr/search/searchView.do?word_no=201638&searchKeywordTo=3>, 최종방문일 2020. 6. 23.
- 안경숙, 신문협회 “뉴스도 저작권 대상으로 보호해야”, 미디어오늘, 2010. 9. 9. 자, <<http://www.mediatoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=90678>>, 최종방문일 2020. 6. 25.
- 현영복, “민간기업, 뉴스저작권 인식 부족…뉴스 불법이용 만연”, 연합뉴스, 2017. 11. 29. 자, <<https://www.yna.co.kr/view/AKR20171129075000033?input=1195m>>, 최종방문일 2020. 6. 27.

Abstract

A Study on the Limitations on Author's Economic Rights to Scraping News Articles

Shin Sangjin

These days news articles could be spread quickly through diverse mass media in accordance with the growing use of digital technology and the internet, which resulted in the increased possibility of the infringement of the author's economic rights of news articles. Especially the infringement could occur most frequently while scraping news articles. Therefore analysis on the pattern of the scraping news articles and the grounds for the limitation on author's economic rights under the current Copyright act is required.

The pattern of scraping news articles could be categorized by the way how to extract news articles into types ; the way to use the article itself directly and the way to use the link of the article. Also the pattern could be categorized by the way how to use the extracted articles into types ; the way to collect the news articles directly in the book or in the bulletin board, the way to store the news articles in the separate digital storage, the way to post the news articles or the link of the articles in the separate website, the way to send the articles to the individual online space such as E-mail.

A Right to reproduction would be violated by the way to use the article itself directly. A Right of interactive transmission could be violated by the way posting the news article on the website or sending the articles to the multiple individual through Email. The way to use the article's link alone is not a violation of the Author's Economic Rights as long as it does not

provide some parts of articles together with the link.

The conduct of scraping news articles does not infringe Author's Economic rights if it falls in the limitations on Author's Economic rights such as Free Use of Public Works(Article 24-2), Reproduction for private Use (Article 30). Especially the use for Quotation from Works made Public(Article 28) or Fair Use of Works(Article 35-5) could be used as major defense in the copyright infringement litigation. After the introduction of the Article 35-5 ; Fair use of Works in the copyright act, The Article 28; Quotation from Works made Public should be applied restrictively on the condition that there should be master-servant relationship between works made by quotation and the works being quoted. Therefore the application of the Article 28 could hardly be applied in scraping news article because the work products of the news scraping would be the simple collection of the works made by quotation. Also remaining parts except for the scraped article does not have higher value than the scraped article.

Accordingly the application of the Fair Use article(Article 35-5) would be the main issue in copyright infringement litigation in relation to the news scraping and when judging the standards for Fair Use article under Copyright act, the case of Los Angeles Times v. Free Republic and the case of Associated Press v. Meltwater would be a good reference. Especially when judging the market substitutability, reasonable approach is required considering the news market situation, news user's role and the way to use scraped news articles.



▶ Shin Sangjin

scraping news articles, copyright ability of news articles, limitations on author's economic rights, the use for quotation from works made public, fair use of works.

지능정보사회에서 헌법의 역할과 기능*

김일환**

【목 차】

I. 문제제기

IV. 지능정보사회를 규율하기 위한 국가의 책무

II. 지능정보사회의 의의와 특징

V. 지능정보기술의 발전에 따른 새로운 분쟁해결절차의 강화필요성

III. 지능정보사회에 대응하는
법제정비현황 논의

VI. 결론

【국 문 요 약】

지능정보기술이란 인공지능 기술과 데이터 활용기술을 융합하여 기계에 인간의 고차원적 정보처리 능력(인지, 학습, 추론)을 구현하는 기술을 말하며, 인공지능 기술은 인간 정보처리 활동의 원리를 분석하는 기초 기술과 ICT를 통해 이를 구현하는 인공지능 SW 및 HW 기술을 말한다. 이처럼 지능정보기술에 기반을 둔 지능정보화의 급속한 진전으로 인해 전 세계적으로 경제시스템과 사회구조는 근본적으로 변화하는 패러다임의 전환기에 있다고 할 수 있다. 이러한 지능화된 서비스는 인간 삶의 질을 향상시키고 새로운 지식에 접근성을 향상 시키는 등 새로운 기회를 제공할 것으로 예상된다. 그러나 지능정보화의 진전은 다양한 사회문제를 노출할 가능성도 동시에 갖고 있다. 이처럼 지능정보사회의 도래는 지금까지와는 다른 새로운 차원의 이슈를 제기하면서 새로운 규범체계의 정립을 요구하고 있다. 지능정보기술 및 지능정보기술과 다른 기술이나

* 이 논문은 성균관대학교의 2019학년도 삼성학술연구비에 의하여 연구되었음

** 성균관대학교 법학전문대학원 교수

서비스 등의 융합을 바탕으로 정치·경제·사회·문화를 포함한 모든 분야에서 새로운 가치를 창출하고 발전을 이끌어가는 사회가 지능정보사회이어야만 한다면, 이제 우리는 어떠한 지능정보사회에서 살아야 하는지에 대한 진지한 고민이 필요하다. 지능정보사회에 대응하는 법제정비방안 논의가 활발히 진행되고 있는 바, 이 논문에서는 지능정보사회에서 헌법의 역할과 기능이란 관점에서 검토한 결과, 지능정보사회를 규율하기 위한 국가의 책무로 지속가능성보장, 인공지능기술의 발전에 따른 투명성확보, 자율규제기구를 통한 지능정보사회 문제의 일차적 해결, 국가의 정보기반시설구축 책임, 지능정보사회의 신뢰기반 구축, 지능정보기술의 발전에 따른 새로운 분쟁해결절차의 강화를 제시하고자 한다.

“마지막 나무를 베었던 사람은 무슨 생각을 했을까? 한 사회가 붕괴하는 까닭 ... 어떻게 한 사회가 전적으로 의지하고 있던 나무들을 모조리 베어내는 재앙과 같은 결정을 내릴 수 있는가 하는 점이었다.”¹⁾

“문제는 이 시스템을 우리 이익에 맞게 설계할 기회가 단 한 번 밖에 없을지도 모른다는 사실이다. 다시 해볼 기회는 없을 가능성이 크다. 결국에는 허용되는 것과 허용되지 않는 것, 따라야 할 규칙을 결정하는 주체가 인공지능이 될지도 모른다. ... 이 새로운 전성기가 막 태동하는 시기인 지금 우리는 선택의 문제에 직면해 있다. 기본적인 조건은 우리가 정할 수 있다. 하지만 그 이후로는 인간이 통제할 수 있는 부분이 거의 없거나 아예 사라질 것이며, 결정에 따른 결과대로 살아갈 수 밖에 없다. 시스템들이 점점 자율화하고 인간이 관리할 필요성은 갈수록 줄어드는데, 일부 시스템들은 자기가 정한 목적을 위해서(혹은 뚜렷한 목적 없이) 자신의 후대를 계획할지 모른다.”²⁾

“모든 것이 연결되면서 모든 것이 위험해졌다. 그렇다고 완전히 끝난 것은 아니다. 아직 우리가 할 수 있는 일이 남아 있다.”³⁾

1) 제레드 다이아몬드 지음 / 강주현 옮김, 문명의 붕괴, 김영사, 2013, 572면 이하.

2) 제리 카플란 지음 / 신동숙 옮김, 인간은 필요없다, 한스미디어, 2016년, 273면 이하.

3) 마크 그넷 지음 / 박세연 옮김, 누가 우리의 미래를 훑치는가, 북라이프, 2016, 606면.

"나는 인공지능(AI)이 컴퓨터에 인간처럼 생각하는 능력을 부여하는 것은 걱정하지 않지만, 인간이 컴퓨터처럼 생각하는 것에는 더 걱정된다."⁴⁾

I. 문제제기

최근 정보통신기술과 인공지능(AI) 기술이 서로 접목되면서 이른바 4차 산업혁명, 지능정보사회에 대한 논의가 모든 분야에서 활발히 진행되고 있다. 여기서 지능정보기술이란 인공지능 기술과 데이터 활용기술⁵⁾을 융합하여 기계에 인간의 고차원적 정보처리 능력(인지, 학습, 추론)을 구현하는 기술을 말하며, 인공지능⁶⁾ 기술은 인간 정보처리 활동의 원리를 분석하는 기초 기술과 ICT를 통해 이를 구현하는 인공지능 SW 및 HW 기술을 말한다. 이러한 인공지능기술의 특징으로는 1) 무인 의사결정 : 인간의 고차원적 판단기능을 수행함으로써 기계가 독립된 주체로 활동하여 자동화 및 무인화 확산, 2) 실시간 반응 : 정보수집, 데이터 분석, 판단 추론 등 일련의 과정들이 ICT 기술(IoT, Cloud, Big Data, Mobile)을 통해 즉각 처리되어 실시간 응답 반응, 3) 자율 진화 : 딥러닝 등 기계 학습을 통해 스스로 진화하여 기계의 성능이 기하급수적으로 향상, 4) 만물의 데이터화 : 과거에는 보관 활용이 곤란했던 데이터(생체 행태

4) "팀 쿡 애플 최고경영자(CEO)는 "기술이 항상 해법이 되는 것은 아니다."라며 '인격을 지닌 기술'을 강조했다. 쿡 CEO는 9일(현지시간) 미 매사추세츠공과대학(MIT) 졸업축사에서 이 같이 말하면서 회사 주주들은 투자에 대한 이익을 얻어내려 하지만, 엔지니어들은 옳을 것을 추구하는 용기를 지니고 있어야 한다고 말했다. 그는 "대체로 기술은 좋은 일을 행하는 힘이 되지만 결과는 과거보다 훨씬 빠르게 확산하고, 깊은 상처를 낸다"면서 기술 때문에 안전이 위협받고, '가짜 뉴스'가 양산되고, 소셜미디어서비스(SNS)가 반사회적으로 돌변하는 경우를 예시했다. 그러면서 기술에는 '품위와 친절'이 스며 있어야 한다고 강조했다."(연합뉴스 2017. 6. 10)

5) 인공지능의 빠른 성능 향상과 보급 확산을 위한 핵심 기반인 데이터를 수집·전달·저장·분석하는 필수적인 ICT 기술로서 각종 데이터를 수집하고 실시간으로 전달하며(IoT·Mobile), 수집된 데이터를 효율적으로 저장하고 그 의미를 분석(Cloud·Big Data)한다.

6) 현재까지 발전된 인공지능은 특정 영역에서 인간의 인지능력 일부를 모사하는 약한 인공지능을 의미하며 인간의 모든 지적 업무를 창조적으로 학습 수행하는 강한 인공지능은 아니다.

정보, 비정형 정보 등)도 기계 학습 과정을 거쳐 의미 추출 가능⁷⁾ 등을 들 수 있다.

인공지능이란 위에서 설명한 것처럼 인간이 고유하게 보유하고 있다고 생각되었던 인지 능력, 추론 능력, 학습 능력, 이해 능력 등이 가능한 기계나 SW로 만들어진 지능을 말하는 바, 약한 인공지능은 특정 분야에서만 활용 가능하고, 알고리즘은 물론 기초 데이터·규칙을 입력해야 이를 바탕으로 학습 가능하며, 규칙을 벗어난 창조는 불가하며, 인간의 마음을 가질 필요 없이 한정된 문제를 해결하는 수준이라고 한다. 이에 비하여 강한 인공지능은 알고리즘을 설계하면 스스로 데이터를 찾아 학습하고, 정해진 규칙을 벗어나 능동적으로 학습하며 인간과 같은 마음을 가지는 수준이라고 한다.⁸⁾

이와 연결되는 소위 4차 산업혁명은 20세기 후반 이후 정보통신기술을 기반으로 한 인터넷 확산과 정보처리 능력의 획기적 발전을 기초로 하며, IoT, 클라우드, 빅데이터 및 인공지능 등의 디지털화를 기반으로 물리적·생물학적 영역을 포함한 모든 영역의 경계가 없어지고 연결성이 극대화되는 한편, 융합이 가속화되어 기존과 완전히 다른 체계의 생산-소비 패러다임의 디지털 경제를 일컫는다고 한다.⁹⁾

이처럼 지능정보기술에 기반을 둔 지능정보화의 급속한 진전으로 인해 전 세계적으로 경제시스템과 사회구조는 근본적으로 변화하는 패러다임의 전환기에 있다고 할 수 있다. 이러한 지능화된 서비스는 인간 삶의 질을 향상시키고 새로운 지식에 접근성을 향상 시키는 등 새로운 기회를 제공할 것으로 예상된다. 그러나 지능정보화의 진전은 다양한 사회문제를 노출할 가능성도 동시에 갖고 있다. 정보처리자가 정보지능기술을 활용한 대량의 개인정보를 수집·분석·이용함으로써 사생활 침해의 위험이

7) 관계부처 합동, 제4차 산업혁명에 대응한 지능정보사회 중장기 종합대책, 2016. 12. 27, 3면.

8) 이에 관하여 자세한 것은 한국법제연구원, 인공지능 기술 관련 국제적 논의와 법제 대응방안 연구, 2016, 25면 이하 참조. 머신 러닝은 기본적으로 알고리즘을 이용해 데이터를 분석하고, 분석을 통해 학습하며, 학습한 내용을 기반으로 판단이나 예측을 하는 것이고, 딥 러닝은 큰 틀에서 사람의 사고방식을 컴퓨터에게 가르치는 기계학습의 한 분야라고 이야기 할 수 있다.

9) 4차 산업혁명 - 주요 개념과 사례 -, KIET 산업경제, 2017. 5, 68면.

더욱 증가하고, 지능정보기술이 실생활의 모든 사물과 사람에 직접 연결 되면 해킹 등 기존 사이버공간의 보안위협이 현실세계까지 전이·확대되어 정보보안의 부담이 가중될 수 있다. 그리고 지능정보기술의 도입·활용 역량에 따라 개인 간에는 고용·소득의 양극화와 정보의 격차를 야기하고, 기업 간에는 승자에 의한 부가가치 독식이라는 심각한 경제·사회문제를 노출할 우려도 있다.¹⁰⁾ 이처럼 지능정보사회의 도래는 지금까지와는 다른 새로운 차원의 이슈를 제기하면서 새로운 규범체계의 정립을 요구하고 있다. 지능정보기술 및 지능정보기술과 다른 기술이나 서비스 등의 융합을 바탕으로 정치·경제·사회·문화를 포함한 모든 분야에서 새로운 가치를 창출하고 발전을 이끌어가는 사회가 지능정보사회이어야만 한다면, 이제 우리는 어떠한 지능정보사회에서 살아야 하는지에 대한 진지한 고민이 필요하다.

II. 지능정보사회의 의의와 특징

1. 정보화사회

공업화가 진행되고 난 뒤에 오는 정보 중심의 사회로, 정보의 가치가 높고 정보의 생산이 산업계의 중심이 되는 사회를 말한다. 인류 문명사가들에 의하면 인류의 역사는 수렵 사회에서 농경 사회, 산업 사회와 정보화 사회를 거치며 점차 발전해 오고 있는데, 수렵 사회와 농경 사회에서는 물질이 주로 인류 생활을 지배했으며, 산업 혁명 이후의 산업 사회에서는 물질과 에너지가 인류의 생활을 지배해 왔다는 것이다. 그러나 1950년대에 컴퓨터가 일으킨 정보 혁명을 계기로 시작된 새로운 인류 사회에서는 물질과 에너지도 물론 인류 생활을 지배하지만, 특히 정보가 인류 생활을 지배하게 되는데 바로 이처럼 정보가 인류 생활을 지배하는 사회를 정보화 사회라는 것이다. 그러나 정보화 사회는 정보화 사회의

10) 김민호·이규정·김현경, 지능정보사회의 규범설정 기본원칙에 대한 고찰, 성균관법학 제28권 제3호, 2016. 9, 287면.

실체를 모두 드러내지 않은 여전히 진행 과정에 있는 미완(未完)의 사회라는 뜻을 내포한다.¹¹⁾

2. 정보사회

이러한 정보화사회를 거쳐 우리들에게 잘 알려진 것처럼 정보사회란 정보 그 자체의 중요성이 엄청나게 증대하고 이를 바탕으로 하여 정보의 생산, 유통 및 이용이 기존사회를 새롭게 바꾸는 그러한 사회를 말한다. 물론 과거에도 정보는 중요하였다. 예전부터 생산수단이나 무기 등을 가진 사람이 그에 필요한 정보를 가짐으로써 그들의 권력이나 부(富)가 증대되었다. 그러나 과거에는 사람들이 주로 각자의 고유한 경험에 바탕을 두고 어떤 결정을 내렸던 반면에 오늘날에는 사람들이 중요한 결정을 내릴 때 자신의 경험보다는 구체적이고 확실한 정보에 근거한다. 다시 말하자면 과거에는 물질적이고 유형적인 것이 무형적인 정보보다 중요하였다. 하지만 정보사회에서는 정보가 유일하거나 가장 중요한 부(富)의 원천이자 권력의 중심¹²⁾에 있다. 결국 정보 그 자체가 가치를 가질뿐더러 또 다른 새로운 가치를 만들어내는 사회, 그래서 정보화 내지는 전산화를 통하여 근본적인 변화를 받고 있는 사회가 바로 정보사회인 것이다.

3. 지식정보사회

정보사회의 발전형태로서 지식정보사회¹³⁾가 부각되었다. 곧 ‘지식의 정보화’와 ‘정보의 지식화’를 기반으로 “정보기반의 지식사회”와 “지식기반의 정보사회”가 통합되는 “지식정보사회”(knowledge-information-society)가 언급된다.¹⁴⁾ ‘지식의 정보화’, ‘정보의 지식화’과정¹⁵⁾속에서 사

11) Daum 백과

12) 토플러/이규형 번역, 권력이동, 韓國經濟新聞社, 1990 참조.

13) 이에 관하여 자세한 것은 임현진·서이중, 21세기 한국사회 : 지식사회나 정보사회나, 문화정책 창간호, 5면 이하 참조.

14) 임현진·서이중, 전계논문, 23면.

15) 여기에서 ‘지식의 정보화’란 정보화의 주요 특성인 디지털화·네트워크화·하이퍼텍스트화 등을 통하여 새로운 지식이 재창출되는 것을 말한다. 곧 지식은 문자·음성·영상정보의 형태

회 전 부문에 걸친 ‘지식정보화’가 구현되는 사회가 진정한 ‘지식정보화 사회’라고 할 수 있다.¹⁶⁾ 결국 지식정보사회는 정보통신기술기반 위에서 지식을 생산하고 창조하는 사회로서 지식정보에 의해서 개인과 조직의 주요한 의사결정이 주도되는 사회라 할 수 있다. 곧 지식정보사회란 정보가 상호 연계되어 지식이 되고, 지식이 富와 가치 창출의 원동력이 되는 사회를 말한다.¹⁷⁾

이러한 지식정보사회의 특성을 간략하게 검토해보면 다음과 같다 : 먼저 고도화된 지식생산체제는 시간과 공간을 압축하고, 지역과 국경이라는 기존의 경계를 뛰어넘는다. 다음으로 지식생산체제의 대중화가 이루어진다. 따라서 시민사회의 다양한 비전문가들도 상이한 형태의 ‘원초적인’ 지식생산에 참여할 수 있게 된다. 그 결과 전통적인 지식전문가들의 독점적 지위는 점차 개방화되고 상호영향을 받게 됨으로써 지식창조를 위한 경쟁압력은 증가한다. 그리고 지식생산체제가 거대화, 고도화된다. 따라서 지식생산체제는 범세계적인 네트워크 형태로 거대화되고 최신의 정보통신기술에 기반을 두어 고도화된다.¹⁸⁾

4. 지능정보사회

위에서 설명한 것처럼 지능정보기술이란 인공지능 기술과 데이터 활용 기술을 융합하여 기계에 인간의 고차원적 정보처리 능력(인지, 학습, 추론)을 구현하는 기술을 말하며, 인공지능기술은 인간 정보처리 활동의 원

로 디지털화되어 인터넷으로 대표되는 전 지구적 네트워크를 통하여 놀랄만한 수준의 양과 속도로 세계 곳곳에 전송될 뿐만 아니라 이용자들은 네트워크상의 하이퍼링크기능을 통하여 자신이 요구하는 다양한 정보를 수집하거나 타인에게 전송함으로써 새로운 지식이 재창출되게 되는데, 이것을 ‘지식의 정보화’라고 한다. 그리고 ‘정보의 지식화’란 개인 또는 단체, 더 나아가 국가가 소유하고 있는 다수의 무의미하거나 무의미하였던 정보가 지식창조와 유통과정을 거치면서 의미 있는 지식으로 전환되는 것을 말한다. 또한 지식정보화사회는 ‘사회’라는 용어가 의미하듯이 국가, 기업, 개인의 차원에 이르기 까지 사회를 구성하는 전부문의 ‘지식정보화’를 의미한다.(金昌奎, 知識情報化社會에 對備한 法制整備方向, 법제연구 제17호, 74면 이하)

16) 金昌奎, 知識情報化社會에 對備한 法制整備方向, 법제연구 제17호, 72면.

17) 김민호·김정준, 지식정보사회에서 행정법학의 새로운 패러다임 모색, 公法學研究 제8권 제3호, 444면.

18) 임현진·서이중, 전계논문, 20면.

리를 분석하는 기초 기술과 ICT를 통해 이를 구현하는 인공지능 SW 및 HW 기술을 말한다.¹⁹⁾

이러한 지능정보사회가 우리가 알고 있는 정보사회의 고도화에 해당하는지, 아니면 지능정보기술에 기반을 둔 지능정보화의 급속한 진전으로 인해 과거와는 다른 새로운 정보사회인지를 검토해야 한다. 왜냐하면 어느 입장을 택하느냐에 따라 지능정보사회에 대한 규범적 해결의 방법과 강도가 달라질 수 있기 때문이다.²⁰⁾

결국 지능정보사회에서 가장 핵심이 되며, 과거 정보사회와 구별짓는 것이 바로 인공지능인 바, 이는 기계가 인간이 고유하게 보유하고 있다고 생각되었던 인지 능력, 추론 능력, 학습 능력, 이해 능력 등이 가능하다는 것이다. 이는 결국 기계가 인간의 고차원적 판단기능을 수행함으로써 독립된 주체로 활동하고 스스로 진화하여 기계의 성능이 기하급수적으로 향상됨을 의미한다. 곧 정보통신기술이 비즈니스와 일상생활에서 인간의 정보활동을 지원하는 보조적 도구 역할을 했다면, 지능정보기술은 인간을 지원할 뿐만 아니라 스스로 작동·판단해 작업을 수행한다. 이에 따라서 지능정보기술은 체스·장기·바둑 등 정형화된 분야에서는 이미 인간의 능력을 추월한 부분도 있으며, 지능정보기술의 발전 추세를 볼 때 머지않은 장래에 인간의 능력을 완전히 대체하거나 뛰어넘을 수도 있다는 전망도 나오고 있다.²¹⁾

이제 지능정보사회의 도래에 따른 진지한 분석이 필요하다. 이를 위하여 먼저 지능정보사회가 과거의 정보화나 정보사회, 지식정보사회의 고도화인지, 아니면 다른 새로운 정보사회인지에 대한 검토가 필요하다. 다음으로 지능정보사회의 기술적 발전에 대한 규범적 평가와 통제에 대한 고민이 필요하다. 지능정보사회는 기존 정보사회의 고도화이면서, 동시에 새로운 정보사회로 우리를 밀어 넣고 있다. 곧 인간이 만든 기계에 의하

19) 이에 관하여는 한국정보화진흥원, 지능정보사회의 새로운 과제와 대응 방안, 2017 ; 김운정·윤혜선, 인공지능 기술의 활용과 발전을 위한 제도 및 정책 이슈, 한국과학기술기획평가원, 2016 참조.

20) 2020년 6월 9일 제정된 지능정보화기본법은 ““지능정보사회”란 지능정보화를 통하여 산업·경제, 사회·문화, 행정 등 모든 분야에서 가치를 창출하고 발전을 이끌어가는 사회를 말한다.”고 규정하고 있다.

21) 김민호·이규정·김현경, 전개논문, 285면.

여 인간이라는 종 자체가 사라질 가능성이 있는 지능정보사회에서 개발 가능한 모든 기술적 발전이 규범적으로 허용되어야만 하는지라는 고민은 인간에 의한 자연파괴, 인간에 의한 인간살육 등에 대한 고민과 차원이 다른 문제이다. 후자의 고민이 규범적으로 더 가볍게 다루어져야 한다는 뜻이 아니라, 전자의 고민은 한 번의 잘못된 결정으로 인하여 인류 전체에 돌이킬 수 없는 결과를 낳을 수 있다는 점에서 인류 전체가 같이 결정해야 할 지구공동체에 속하는 우리의 문제인 것이다.

사물인터넷, AI 비서, 자율주행차 등의 발전에 따른 자유롭게 경쟁하는 고부가가치 경제, 누구나 기회를 갖는 복지사회, 개인맞춤형 서비스 사회 등이 지능정보사회의 장밋빛 청사진이라면, 그 이면에는 인간에 의하여 만들어졌으나, 스스로 생각하고, 판단하고, 결정하여 행동하는 기계들에 의하여 인간의 개입이 더 이상 필요 없고, 궁극적으로는 인간 자체가 굳이 필요 없는 사회가 도래할 것이라는 우울한 전망 또한 도사리고 있다. 지능정보사회에서 과연 인간이 존엄하고 가치 있게 살아남을 수 있는지에 대한 규범적 고민을 이제 함께 해야 한다.

III. 지능정보사회에 대응하는 법제정비현황 논의

1. 지능정보사회규율원칙에 관한 검토

가. 비교법적 검토

지능정보사회를 규율하는 원칙에 관한 논의는 먼저 국제적 논의와 개별 국가 안에서 논의가 있다.

먼저 OECD는 인간 중심의 가치를 추구하는 인공지능에 관해 논의를 지속해왔으며, 2019년 5월 개최된 OECD 각료이사회에서 신뇌 가능한 인공지능을 위한 가이드라인인 ‘OECD AI 권고안’을 회원국 만장일치로 공식 채택하였는데, 이는 국제 수준의 합의가 이뤄진 최초의 AI 권고안이다.²²⁾ 해당 권고안은 인공지능이 불러올 위험에 대비하고 인류 삶에

기여할 수 있는 신뢰 가능한 인공지능을 만들기 위한 것으로서, OECD AI 권고안은 신뢰 가능한 인공지능에 대한 포괄적인 기본원칙을 천명하고, 이러한 원칙을 지키기 위한 구체적인 국가별 인공지능 정책 수립 가이드라인을 제시한 것이다.

OECD AI 권고안의 초점 중 하나는 인공지능 연구·개발 및 적용현황을 측정하고 신뢰 가능한 인공지능 구현의 진전을 평가하기 위한 지표의 개발에 있다. 또한 OECD AI 권고안은 혁신적이고 신뢰할 수 있으며 인권과 민주적 가치를 존중하는 인공지능을 원칙을 담은 것으로서, 인공지능에 대한 책임 있는 책무를 추진하여 국제적 혁신과 신뢰 형성을 목표로 하였다. OECD AI 권고안의 원칙은 빠르게 변화하는 인공지능 분야에서 오랜 시간 동안 적용될 수 있을 수 있을 만큼 실용적이고 유용하도록 작성하였으며, 해당 권고안에는 신뢰 가능한 인공지능에 대한 지표 개발과 그 구현의 진척도를 평가할 수 있는 근거 기반을 만들기 위한 조항도 포함되어 있다.²³⁾

계속해서 OECD AI 권고안은 인공지능과 관련된 용어를 우선 정의했으며, 신뢰 가능한 인공지능 구현을 위한 5가지 원칙과 5가지 정책 및 국제협력 방향으로 구성되어 있다. 특히 이 권고안은 신뢰 가능한 AI 구현을 위한 5가지 원칙으로 1) 포용 성장, 지속가능 발전, 복지 증진, 2) 인간중심 가치 지향, 공정성 지향, 3) 투명성 확보, 설명 가능성 확보, 4) 견고성 확보, 보안 및 안전성 확보, 5) 책임 완수를 제시하고 있다.²⁴⁾

다음으로 유럽연합(EU) 또한 인공지능 및 데이터 전략을 최근 제시하였다. 이러한 전략수립을 위한 추진배경으로는 AI·데이터를 둘러싼 패권 경쟁 심화, 데이터 자본주의 시대로 돌입을 들 수 있으며, 혁신성장을 위한 핵심정책으로 AI·데이터경제 활성화 적극 추진 등이 있다.²⁵⁾ 이를 바탕으로 EU AI 정책과 전략방향은 디지털 단일시장(Digital Single

22) 한국정보화진흥원, 신뢰 가능 AI 구현을 위한 정책 방향 - OECD AI 권고안을 중심으로 -, 2019, 2면.

23) 한국정보화진흥원, 신뢰 가능 AI 구현을 위한 정책 방향 - OECD AI 권고안을 중심으로 -, 2019, 6면 이하.

24) 자세한 것은 한국정보화진흥원, 신뢰 가능 AI 구현을 위한 정책 방향 - OECD AI 권고안을 중심으로 -, 2019, 29면 이하 참조.

25) 한국정보화진흥원, EU 인공지능 백서와 데이터 전략, 2020, 3면.

Market)을 위한 디지털 전환을 추진하여, 범국가적 생태계 조성에 초점을 맞춰 AI, 로봇 등 기술 활용과 관련한 사회변화 대응 전략을 마련하고자 한다. 다음으로 인공지능, 로봇 등이 인간 사회의 법률이나 도덕 기준에 따라 작동할 수 있도록 선제적으로 가이드라인을 마련하고, 대규모 실업, 인권침해, 역내 정보보호 등 신기술이 인간에 미칠 영향과 급격한 사회변화에 대비한 정책적 대응도 적극 추진하고자 한다.²⁶⁾ 결국 EU의 이러한 정책들은 유럽 내 단일 AI 생태계를 조성을 위한 정책 및 규제 프레임워크를 제시하여 EU의 강점에 기반을 둔 AI 개발 및 EU 경제와 공공 행정에서 활용 활성화에 초점을 맞추고, 인간중심, 공정성, 투명성 등 EU의 가치를 지키고 위험을 통제할 수 있어야 함을 요구하는 것이다.²⁷⁾

한편, EU 집행위원회(European Commission)는 2019년 4월 8일 AI 윤리와 관련하여 ‘신뢰할 수 있는 인공지능 윤리 가이드라인’을 발표하였는바, 이 가이드라인은 인간의 주체성과 감독권 보장, 기술적 견고성과 안전성, 개인정보보호와 데이터에 대한 인간의 통제권, 투명성, 다양성과 비차별성, 공정성, 환경적·사회적 행복, 책임성 등 7개항으로 구성되어 있다.²⁸⁾ EU는 이 가이드라인을 통해 신뢰할 수 있는 인간중심 인공지능 분야에서 글로벌 리더십을 확보하고 윤리적 인공지능(ethical AI)의 기준을 제시함으로써 글로벌 인공지능 경쟁에서 입지를 강화한다는 목표를 제시하고 있다.²⁹⁾ EU의 신뢰할 수 있는 AI 윤리가이드라인에 담긴 기본이념은 1) 인간의 기본권 존중, 2) 민주주의 정의 법규 존중, 3) 평등 비차별 및 소수집단보호, 4) 시민의 권리이며³⁰⁾, 이를 위한 기본원칙으로 자율성 원칙, 무해성 원칙, 공평의 원칙, 설명가능성의 원칙(The Principle of Explicability : “Operate transparently”)을 제시하고 있다.³¹⁾

26) 한국정보화진흥원, EU 인공지능 백서와 데이터 전략, 2020, 4면 이하.

27) 한국인터넷진흥원, EU 인공지능 백서(White Paper on Artificial Intelligence) 주요 내용 분석(해외 개인정보보호동향 보고서), 2020, 7면.

28) 이러한 내용들은 법적 구속력이 없는 가이드라인으로 제시되었으나, 인공지능 개발 및 사용과 관련하여 고려할 사항을 제시하고, 향후 인공지능 관련 법제화의 프레임워크로 활용 가능하다.

29) 한국인터넷진흥원, AI·디지털 윤리 표준화 및 지침 관련 해외 동향 분석(해외 개인정보보호동향 보고), 2019, 7면

30) 한국정보화진흥원, 인공지능 윤리가이드라인 - 일본과 사례를 중심으로 EU -, 2019, 22면 이하.

삶의 미래 연구소(Future of Life Institute, FLI)³²⁾가 2017년 1월 개최한 컨퍼런스인 ‘유익한 AI, 2017’ (Beneficial AI 2017)에서 아실로마 원칙(Asilomar AI Principles)을 발표하였는데, 아실로마 원칙은 연구 관련 쟁점³³⁾, 윤리와 가치, 장기적 이슈³⁴⁾ 세 가지 범주로 나뉜다. 이중 윤리와 가치에 관하여 이 원칙은 1) 안전 : AI 시스템은 작동 수명 전 기간에 걸쳐 안전하고 안정적이어야 하며, 검증할 수 있어야 한다, 2) 오류 투명성 : AI 시스템이 손상을 일으킬 경우 그 이유를 확인할 수 있어야 한다, 3) 사법적 투명성 : 사법적 의사결정에 자율 시스템이 개입할 경우 권한 있는 인간 기관이 감사할 수 있는 충분한 설명을 제공해야 한다, 4) 책임성 : 첨단 AI 시스템 설계자와 제조자는 그것의 사용, 오용 및 행위의 도덕적 영향을 미치는 이해관계자다, 5) 가치의 준수 : 고도로 자율적인 AI 시스템은 그것이 작동하는 동안 목표와 행동이 인간의 가치

31) 한국정보화진흥원, 인공지능 윤리가이드라인 - 일본과 사례를 중심으로 EU -, 2019, 24면 이하.

32) 이 컨퍼런스를 주관한 FLI는 스카이프 창업자인 얀 탈린(Jaan Tallinn) 등 5인이 주도로 설립한 민간단체이다. FLI는 기술이 인간을 번성하게 하는 동시에 자멸하게 만드는 잠재력을 가지고 있으니, 다른 미래를 만들기 위해 노력하자고 강조하는 단체이다. 바이오 기술, 핵, 기후, 그리고 AI를 주된 논의 과제로서 삼고 있다.(이에 관하여는 <https://brunch.co.kr/@kakao-it/53>)

33) 연구 관련 쟁점으로는 1) 연구 목표 : 인공지능(AI) 연구의 목표는 방향성 없는 지능이 아니라 인간에게 유용한 지능을 개발하는 것이다, 2) 연구비 지원 : AI에 대한 투자에는 다음과 같이 컴퓨터과학, 경제, 법, 윤리 및 사회 연구 같은 어려운 문제들을 포함해 유용하게 사용할 수 있도록 보장하기 위한 연구비 지원이 수반돼야 한다, 3) 과학·정책 관계 : AI 연구자와 정책 입안자 사이에 건설적이고 건전한 교류가 있어야 한다, 4) 연구 문화 : AI 연구자와 개발자 사이에 협력, 신뢰, 투명성의 문화가 조성돼야 한다, 5) 경쟁 회피 : AI 시스템을 개발하는 팀들은 안전 기준을 부실하게 만들지 않도록 적극적으로 협력해야 함을 제시하였다.

34) 장기적 이슈로는 19) 역량 주의 : 합의가 없는 상태에서 미래 AI 역량의 상한에 대한 강한 가정은 삼가야 한다, 20) 중요성 : 고도화된 AI는 지구 생명체의 역사에 중대한 변화를 가져올 수 있다. 그에 상응하는 관심과 자원을 계획하고 관리해야 한다, 21) 위험 요소 : AI 시스템이 초래하는 위험, 특히 치명적이거나 실존적 위험으로 예상되는 것에 대비하고, 이를 완화하려는 노력을 해야 한다, 22) 재귀적 자기 개선 : 스스로 시스템을 개선하거나 복제해 질과 양을 빠르게 증가시킬 수 있도록 설계된 AI 시스템은 엄격한 안전 관리 및 통제 조치를 받아야 한다, 23) 공동선 : 초지능은 윤리적 이상을 널리 공유하는 방식으로 발전돼야 한다. 한 국가 또는 한 조직보다 모든 인류의 이익을 위해 개발돼야 함을 제시하였다.

와 반드시 일치하도록 설계돼야 한다, 6) 인간의 가치 : AI 시스템은 인간의 존엄성, 권리, 자유 및 문화적 다양성의 이상에 적합하도록 설계되고 운영돼야 한다, 7) 개인정보 보호 : AI 시스템이 개인정보 데이터를 분석하고 활용할 수 있는 경우 사람들은 자신이 생성한 데이터에 접근해 관리 및 통제할 권리를 가져야 한다, 8) 자유와 개인정보 : 인공지능을 개인정보에 적용할 때도 사람들의 실제 또는 인지된 자유를 부당하게 침해해서는 안 된다, 9) 이익 공유 : AI 기술은 가능한 한 많은 사람에게 혜택을 주고 그들의 역량을 강화해야 한다, 10) 공동 번영 : AI에 의해 만들어진 경제 번영은 모든 인류에게 이익이 되도록 널리 공유돼야 한다, 11) 인간 통제 : 인간은 인간이 선택한 목적을 달성하기 위해 의사 결정을 AI 시스템에 위임할 것인지 여부와 위임 시 방법에 대해 선택할 수 있어야 한다, 12) 사회전복 방지 : 고도로 발전된 AI 시스템을 통제함으로써 부여된 힘은 건강한 사회를 위해 필요한 시민적·사회적 절차들을 존중하고 개선하는 데 쓰여야 한다, 13) AI 무기경쟁 : 치명적인 AI 무기의 군비경쟁은 피해야 함을 언급하였다.³⁵⁾

2016년 4월 일본에서 열린 주요 7개국(G7) 정보통신장관 회의에서 일본 정부는 인공지능 연구 및 개발에 관한 국제규칙 제정 및 산학관 회의 창설을 제안하면서 G7 인공지능 연구개발 통일기준을 마련할 계획을 발표하였다. 일본 정부가 발표한 G7 인공지능 연구개발 원칙은 8원칙으로 구성되어 있는데, 이 8원칙은 1) 투명성의 원칙(Principle of Transparency : AI 네트워크 시스템의 동작을 설명하고 검증하는 기능 확보), 2) 사용자 지원의 원칙(Principle of User Assistance : AI 네트워크 시스템은 사용자를 지원하고 적절하게 선택하는 기회를 사용자에게 제공할 수 있도록 배려), 3) 통제력의 원칙(Principle of Controllability : 인간이 AI를 제어할 수 있어야 함), 4) 보안성의 원칙(Principle of Security : AI 네트워크 시스템의 안정성과 신뢰성을 확보), 5) 안전성의 원칙(Principle of Safety : AI가 사람의 생명과 신체에 위해를 가하지 않도록 할 것), 6) 프라이버시의 원칙(Principle of Privacy : AI가 인간

35) 이에 관하여는 <https://brunch.co.kr/@kakao-it/53>. 인공지능윤리에 관한 국제적 동향은 한국 정보화진흥원, 미래신호 탐지 기법으로 본 인공지능 윤리 이슈 -글로벌 동향과 전망, 2017 참조.

프라이버시를 침해하지 않도록 할 것), 7) 윤리의 원칙(Principle of Ethics : 네트워크에 연결되는 AI 연구 및 개발(R&D)을 실시하면서 인간의 자주성과 존엄성을 존중), 8) 책무의 원칙(Principle of Accountability : 네트워킹된 AI 연구자/개발자에 의해 사용자와 같은 관련 이해 관계자에 대한 책무를 달성)으로 구성되어 있다.³⁶⁾

나. 국내법적 검토

지능정보사회 법제정비와 관련하여 이러한 사회를 규율하는 규범설정의 기본원칙으로 1) 인본중심 기술구현, 2) 인간의 권리유일성, 3) 무차별·공정서비스, 4) 사회책임의 강화, 5) 사생활의 존중, 6) 인간의 일할 권리 보장을 제시하는 주장도 있다.³⁷⁾

방송통신위원회와 정보통신정책연구원은 2019년 11월 11일 이용자 중심의 지능정보사회를 실현하기 위한 원칙을 발표했다.³⁸⁾ ‘이용자 중심의 지능정보사회를 위한 원칙’은 신기술의 도입이 초래할 수 있는 기술적, 사회적 위험으로부터 안전한 지능정보서비스 환경을 조성하기 위해, 지능정보사회의 모든 구성원들이 고려할 공동의 기본 원칙으로 사람 중심의 서비스 제공, 투명성과 설명가능성, 책임성, 안전성, 차별금지, 참여³⁹⁾, 프라이버시와 데이터거버넌스를 제시하였다.

마지막으로 정보화 혁명을 성공적으로 뒷받침한 「국가정보화 기본법」을 전면 개정하여 4차 산업혁명 지원을 위한 범국가적 추진체계를

36) 이원태, 4차 산업혁명과 지능정보사회의 규범 재정립, 정보통신정책연구원, 2017, 22면

37) 김민호·이규정·김현경, 전개논문, 294면 이하. 인공지능 윤리에 대한 연구로는 양천수, 인공지능과 윤리 - 법철학의 관점에서 -, 조선대학교 법학연구원 法學論叢 제27집 제1호, 2020; 김미리·윤상필·권현영, 인공지능 전문가 윤리의 역할과 윤리 기준의 지향점, 국민대학교 법학연구소, 법학논총 32(3), 2020 등 참조.

38) 이는 AI 시대 이용자의 권리와 이익이 충분히 보호될 수 있도록 정부·기업·이용자 등 구성원들이 함께 지켜가야 할 기본적인 원칙으로, 주요 기업과 분야별 전문가들이 자문에 참여했다. 2018년에는 지능정보화 이용자 포럼을 통해 원칙 마련을 위한 기초 연구가 이루어졌으며, 2019년 10월까지 원칙의 주요내용에 대한 ICT 기업과 전문가 의견수렴 과정을 거쳐 완성되었다.

39) 지능정보사회의 구성원들은 공적인 이용자 정책 과정에 차별 없이 참여할 수 있으며, 공적 주체는 제공자와 이용자가 실질적으로 의견을 제시할 수 있는 정기적인 통로를 조성해야 한다.

마련함으로써 데이터·인공지능 등 핵심기술 기반과 산업생태계를 강화하는 한편, 정보통신에 대한 접근성 품질인증 등을 실시함으로써 4차 산업혁명 과정에서 발생할 수 있는 부작용에 대한 사회적 안전망을 마련하여 국가경쟁력을 강화하고 국민의 삶의 질 향상에 기여하고자 2020년 6월 9일 제정된 지능정보화기본법은 제3조에서 인간의 존엄과 가치 등 지능정보사회 기본원칙을 제시하고 있다. 지능정보화기본법 제3조는 먼저 인간의 존엄·가치를 바탕으로 자유롭고 개방적인 지능정보사회를 실현하고 이를 지속적으로 발전시킬 국가 등의 책무를 선언하고, 지능정보기술을 개발·활용하거나 지능정보서비스를 이용할 때 역기능을 방지하고 국민의 안전과 개인정보의 보호, 사생활의 자유·비밀을 보장하며, 국가는 지능정보기술을 활용하거나 지능정보서비스를 이용할 때 사회의 모든 구성원에게 공정한 기회가 주어지도록 노력하며, 지능정보기술의 개발·활용이 인류의 공동발전에 이바지할 수 있도록 국제협력을 적극적으로 추진하는 내용 등을 담고 있다. 지능정보화기본법 3조에서 기본원칙을 제시하고 있는 것은 일정부분 긍정적으로 평가되나 다소 선언적이고, 아래에서 설명되는 투명성원칙, 지속가능성, 자율규제 등에 관한 내용 등이 제시되고 있지 않아 추가 보완이나 수정이 필요하다고 판단된다.

2. 법제정비논의

가. 비교법적 검토

지능정보사회의 발전에 대응하는 법제정비방안 논의가 위에서 설명한 것처럼 국제적으로는 물론 국내외적으로 지금 활발히 진행되고 있는 바⁴⁰⁾, 미국 백악관은 2016년 10월 'AI의 미래를 위한 준비(Preparing for the Future of Artificial Intelligence)'라는 제목의 인공지능(AI) 특별 보고서를 발표한데 이어 12월말 인공지능이 향후 수십 년 동안 미국 경제에 끼칠 영향을 예측한 "인공지능과 자동화가 경제에 미치는 영향(Artificial Intelligence, Automation and the Economy)" 보고서를 발

40) 이에 관하여는 한국정보화진흥원, 2019 지능정보사회 해외 법제 동향, 2019; 한국정보화진흥원, 영국의 공공분야 AI 활용 가이드 주요 내용, 2019 등 참조.

표하였다. 두 보고서는 미국의 대통령실과 백악관 직속 기관인 경제자문위원회(CEA), 국가과학기술위원회(NTSC)가 주도적으로 나서 AI 기술이 가져올 명암을 분석하고 향후 대책 수립에 나선 것이다.

이 위원회가 위 보고서에서 정부와 기관들에게 제시한 권고안을 보면, 권고안 1 : 민간 및 공공 기관은 AI와 머신러닝의 사회적 혜택을 높이고 이 기술들을 책임 있게 활용할 수 있는 방법을 연구할 것, 권고안 2 : 연방 기관은 AI 공개 훈련 데이터(open training data)와 공개 데이터 표준화(open data standards)에 우선순위를 두어야 함, 권고안 3 : 연방 정부는 주요 기관들이 AI를 적용하여 그들의 역량을 개선하기 위한 방법을 모색해야 함, 권고안 4 : 국가과학기술위원회(NSTC) 머신러닝 및 인공지능(MLAI) 소위원회는 정부 내 AI 실무자들을 위한 학습 공동체(a community of practice)를 구축해야 함, 권고안 5 : 기관은 AI 활용 제품에 대한 규제 정책을 설정할 때 적절한 고위급의 기술전문가를 활용해야 함, 권고안 6 : 기관은 기술 현황에 대한 좀 더 다양한 관점을 가진 연방기관 인력을 양성하기 위해 폭넓은 인력 배치 및 교환 모델(personnel assignment and exchange models)을 사용해야 함, 권고안 7 : 교통부(The Department of Transportation)는 관련 업계 및 연구자들과 협업하여 안전, 연구, 기타 목적을 위한 데이터 공유를 확대하는 방안을 모색해야 함, 권고안 8 : 미국 정부는 확장 가능성이 높고 자율비행 항공기 및 유인 항공기 모두 충분히 수용할 수 있는 첨단, 자동 항공 교통관리시스템을 개발하고 실행하는데 투자해야 함, 권고안 9 : 교통부(The Department of Transportation)는 완전자율주행차량(fully automated vehicles)과 무인항공시스템(UAS)을 교통시스템에 안전하게 통합하는 작업을 가능케 하는 규제 프레임워크의 개발을 지속해야 함, 권고안 10 : 국가과학기술위원회(NSTC)의 머신러닝 및 인공지능(MLAI) 소위원회는 AI의 발전을 모니터링하고 그 현황을 주요 단계(milestones)별로 고위 관리자에 정기적으로 보고해야 함, 권고안 11 : 정부는 다른 국가의 AI 현황을 모니터링해야 함, 권고안 12 : 산업계는 곧 도달할 주요 단계(milestones)의 가능성 등 산업계 내 AI의 발전에 대해 정부가 항상 최신 정보를 인지할 수 있도록 협업해야 함, 권고안 13 : 연방 정부는 기초 및 장기적 AI 연구에 우선순위를 두어야 함, 권고안 14 : 국

과학기술위원회(NSTC) 소속 머신러닝 및 인공지능(MLAI) 소위원 회와 과학기술공학교육위원회(CoSTEM)는 공동으로 AI 연구자, 전문가, 사용자 등 AI 인력의 규모, 우수성, 다양성을 적절히 증가시키는 조치를 개발하기 위한 AI 인력 공급방안(AI workforce pipeline) 연구를 시작해야 함, 권고안 15 : 대통령실은 미국 고용 시장에 AI와 자동화가 끼치는 영향을 추가 조사하고 권고 정책들의 대응 개요를 제시하는 후속 보고서를 금년말까지 발표해야 함, 권고안 16 : AI 기반 시스템을 사용하여 개인에 대한 결과 결정을 내리는 의사 결정 지원을 하거나 증거 기반 검증 시스템은 효율성 및 공정성을 보장하기 위해 특별한 주의를 기울여야 함, 권고안 17 : 개인에 대한 중대한 결정에 AI 기반 시스템을 이용하는 주 정부, 그리고 지방 정부에게 보조금을 주는 연방 기관은 연방 보조금으로 구입한 AI 기반 제품이나 서비스가 매우 투명한 방식으로 성과를 내며 효율성과 공정성에 기반한 지원이 이뤄지도록 보조금 조건을 검토해야 함, 권고안 18 : 학교와 대학은 AI 커리큘럼의 핵심 부분에 윤리학과 보안, 프라이버시, 안전과 관련된 주제들, 머신러닝, 컴퓨터 사이언스, 그리고 데이터 사이언스를 포함시켜야 함, 권고안 19 : AI 전문가, 안전 전문가, 각 전문가 단체는 성숙한 AI 안전 공학 분야를 목표로 계속 협력해야 함, 권고안 20 : 미국 정부는 AI 관련 국제적 참여를 위한 범정부 차원의 전략을 수립하고, 국제적 참여 및 모니터링이 필요한 AI 분야 목록을 작성해야 함, 권고안 21 : 미국 정부는 AI R&D에 대한 정보를 교환하고 협력을 촉진하기 위해 주요 국제 이해당사자와 긴밀히 교류해야 함, 권고안 22 : 기관의 계획과 전략은 AI가 사이버 보안에 미치는 영향과 사이버 보안 이 AI에 미치는 영향을 설명해야 함, 권고안 23 : 미국 정부는 국제인도법(international humanitarian law)에 부합하는 자율 및 반 자율 무기(autonomous and semi-autonomous weapons)에 대한 정부 차원의 단일 정책을 개발해야 함을 내용으로 하고 있다.⁴¹⁾

다음으로 미국 AI 이니셔티브('19.12)가 있는 바, 트럼프 정부에서 최초로 발표된 전 연방 차원의 AI 전략으로, 미국 경제와 안보를 지키기 위해 미국이 AI 분야를 선도해야 한다는 트럼프 대통령의 생각을 반영한

41) 이는 카카오 정책지원팀의 번역문을 인용한 것임.(이에 관하여는 <https://brunch.co.kr/@kaka-it/42> 참조)

것이다. 그 주요내용으로는 ① 연구개발 투자(연방기관들은 장기적 관점으로 AI R&D 최우선 투자), ② 인프라 개방(데이터, 모델, 컴퓨팅 리소스 연구자 개방 및 정부 데이터법 시행), ③ 거버넌스 표준화(인공지능 시스템 개발 지침 및 기술표준 개발), ④ 전문인력 확충(펠로우십 및 연수프로그램, STEM 교육 확대 등), ⑤ 국제협력(미국의 이익을 보호하고, 경제안보를 지키기 위한 액션플랜 개발)이 있다.⁴²⁾ 또한 트럼프 행정부는 AI '행정명령 13859'⁴³⁾의 후속조치로 AI 어플리케이션 규제에 관한 가이드('20.1)를 만들었는데, 이는 연방정부 기관이 AI 어플리케이션에 대한 규정 또는 정책을 고려할 때, 기술발전과 혁신성장을 우선하고, AI 기술의 개발과 활용을 저해하는 규제장벽을 줄이는 방향으로 접근할 것을 강조하고 있다. 이 가이드의 특징으로는 '시장 통제' 보다는 '시장 활성화', '사전규제'보다는 '사후규제' 접근을 들 수 있으며, 또한 개인정보 보호, 시민의 자유와 인권, 법치주의와 지적재산권 등에 대한 존중 등 미국의 핵심가치를 보호할 것을 요구하고 있다.⁴⁴⁾

일본은 AI 편익 증진과 위험방지를 위해 AI 연구개발에서 유의할 사항을 G7이나 OECD 등에서 국제적으로 논의 할 때 기초 자료로 활용하기 위해 AI 개발 가이드라인('17.7)을 만들었다. 그 주요 내용인 개발원칙으로 ① 연계의 원칙⁴⁵⁾, ② 투명성의 원칙, ③ 제어 가능성의 원칙, ④ 안전의 원칙, ⑤ 시큐리티의 원칙, ⑥ 프라이버시의 원칙, ⑦ 윤리의 원칙⁴⁶⁾, ⑧ 이용자 지원의 원칙⁴⁷⁾, ⑨ 책임(accountability)의 원칙⁴⁸⁾을 들고 있다. 계속해서 일본은 인간중심의 AI사회 원칙('18.3)을 민간 전문가로 구성된 '인간 중심의 AI 사회 원칙 회의'에서 발표하였으며, 이후 'AI 전략 2019'의 기본 관점으로 반영하였다. 일본은 AI사회 원칙으로 7대

42) 제4차산업혁명위원회 지원단, 글로벌 AI 정책(전략, 권고안, 가이드라인 등) 동향, 2020, 9면.

43) 이는 AI 분야에서 미국의 리더십 유지를 위한 명령으로, '미국 AI 이니셔티브'를 공개하고, 관련 행정기관이 해야 할 여러 가지 후속 조치 제시를 담고 있다.

44) 제4차산업혁명위원회 지원단, 글로벌 AI 정책(전략, 권고안, 가이드라인 등) 동향, 2020, 9면 이하; 김규리, 미국 인공지능(AI) 관련 최신 정책 동향, 한국정보화진흥원, 2019 참조.

45) 개발자는 AI시스템의 상호접속성과 상호운용성에 유의

46) 개발자는 AI시스템 개발에 있어서 인간의 존엄과 개인의 자율을 존중

47) 개발자는 AI시스템이 이용자를 지원해 이용자에게 선택의 기회를 적절히 제공하는 것이 가능하도록 배려

48) 개발자는 이용자를 포함한 이해관계자에 대해 책임을 완수하도록 노력

기본원칙을 제시하였는바, 인간중심, 교육·교양, 개인정보보호, 보안 확대, 공정경쟁, 공정성·책임성, 투명성, 혁신을 들고 있다.⁴⁹⁾ 또한 일본 정부는 AI 전략 2019(‘19.3)을 발표하였는바, AI 도입을 통해 포용성과 지속가능성이 실현되는 사회로 변화’를 목표로 설정하고, 4대 전략목표⁵⁰⁾와 7대 분야에서 전략을 제시하였다.⁵¹⁾

나. 시사점

지능정보사회 규율을 위한 외국의 법제도들을 검토해 보면, 기술과 산업적인 영역에서 인공지능 활용을 촉진하고 경제적 성장 동력을 삼기 위한 규제 개선 과제를 도출할 수 있는 반면, 사회적인 영역에서는 인공지능의 역기능에 대비할 수 있는 방안의 강구를 과제로 삼을 수 있다.⁵²⁾ 세계 각국의 인공지능 전략도 산업 진흥 목적에서 규제 체계 및 법제도 개선, 사회 정책에 대한 제도적 접근 및 인공지능에 대한 윤리적 접근으로 구분할 수 있다. 먼저 산업 진흥 목적의 규제 개선으로서 인공지능 기술 개발 및 산업 발전에 저해가 되는 규제를 발굴하여 선제적으로 개선하려는 모습을 찾아볼 수 있다. 인공지능의 사용과 관련한 접근으로서 인공지능 윤리 대응을 위한 거버넌스 구축과 윤리 원칙 수립이라는 경향을 찾아볼 수 있다.⁵³⁾

다음으로 지능정보사회에 대한 각국의 정책 및 입법을 종합적으로 검토해 보면 인공지능 기술의 발전 수준이 가장 높은 미국과 중국의 경우에는 규제 정책이 인공지능의 발전과 혁신의 촉진에 기울어져 있다. 따

49) 제4차산업혁명위원회 지원단, 글로벌 AI 정책(전략, 권고안, 가이드라인 등) 동향, 2020, 14면.

50) ① AI 시대의 인재 육성 및 유입 유도, ② AI 응용분야에서 세계 최고 수준의 기술력 확보를 통한 산업 경쟁력 강화, ③ 다양성, 포용성, 지속가능성을 갖춘 사회를 실현하기 위한 AI 기술 체계 확립, ④ 글로벌 AI 연구·교육·사회 기반 네트워크 구축

51) 제4차산업혁명위원회 지원단, 글로벌 AI 정책(전략, 권고안, 가이드라인 등) 동향, 2020, 15면 이하; 한국정보화진흥원, 인공지능 윤리가이드라인 - 일본과 사례를 중심으로 EU -, 2019, 10면 이하 참조.

52) 선지원, 인공지능 관련 국가법의 현황과 문제점 한국국가법학회 학술대회 발표집, 2020, 125면.

53) 선지원, 전계논문, 126면.

라서 인공지능의 발전을 위한 법제와 규제, 거버넌스 조직을 적극적으로 마련하거나(중국), 또는 기술 혁신을 위한 공간을 마련함과 동시에 공공의 이익을 보호하기 위하여 기존 체제를 유지하되 필요최소한의 변화를 가하고, 규제 수요가 발생하였을 때 리스크 관리의 방식으로 대응적으로 접근하는 방식을 지향한다(미국). 윤리의 문제도 국가 주도의 제도적 규범적 접근보다는 기술적 설계적 접근을 선호하는 것으로 보인다.⁵⁴⁾ 인공지능 기술의 발전 및 활용에서 다양한 수준을 가진 국가들의 연합인 유럽연합의 경우에는 인공지능규제 정책의 제도화와 적절한 수준의 규범력 확보에 다른 나라에 비해 상대적으로 더 많은 노력을 기울이고 있는 것으로 파악된다. 인공지능 기술의 발전 수준에서 우리나라와 유사한 위치에 있는 일본의 경우에는 인공지능 규제에 대하여 연구·개발 가이드라인 개발을 중심으로 한 연성적 접근을 하고 있는 것으로 파악된다.⁵⁵⁾ 계속해서 인공지능 규제 정책의 국제적 동향을 정리하면 1) 인공지능 규제의 논의가 윤리기준이나 연구·개발 가이드라인과 같이 법적 구속력이 없는 행위기준이나 코드 및 자율규제 정립의 논의로 대체되고 있다.⁵⁶⁾ 2) 규제의 형식 (가이드라인 또는 코드에 의한 자율규제) 외에도 인공지능의 연구·개발, 배치, 이용 등 생애주기 과정에서 준수되어야 할 원칙과 가치에 대하여도 일정한 범위 내에서 의견의 일치가 이루어지고 있다. 각국이 인공지능의 신뢰성, 윤리, 투명성, 설명가능성, 통제가능성, 책무성, 공정성, 안전성, 보안 등을 원칙으로 정립해 나가고 있는 현황이 이를 잘 보여준다. 3) 대부분의 국가에서 인공지능 기술과 그 기술이 적용된 제품이나 서비스를 안전하게 테스트할 수 있는 제도적 환경을 조성하고 확대하는 전략을 채택하고 있다. 넷째, 개인정보와 프라이버시 보호의 중요성에 대한 인식과 더불어 인공지능 발전의 핵심은 데이터에 있다는 데에 각국이 깊이 공감하고 있다. 이에 데이터 거버넌스를 중심으로 한 인공

54) 윤혜선, 인공지능 규제 정책에 관한 연구 : 주요국의 규제 정책 사례를 중심으로, 정보통신정책연구 제26권 제4호, 2019, 165면.

55) 윤혜선, 전개논문, 165면.

56) 윤혜선, 전개논문, 167면 : “이러한 양상에 대해서는 한편으로는 규제를 회피하기 위한 시도라는 비판이 가해지기도 하지만, 다른 한편으로는 불확실성과 정보의 부재로 쉽게 접근할 수 없는 인공지능 규제의 문제를 선불리 다루기 전에 그 기초가 되는 윤리규범, 행위규범 등 사회규범을 형성한다는 차원에서 바람직한 접근이라는 긍정적인 평가도 존재한다.”

지능 발전 기반 내지 생태계 조성이 필요하다는 인식과 더불어 데이터 거버넌스가 현시점에서 인공지능에 대한 적절한 규제수단으로 기능할 수 있다는 인식이 확산되고 있다. 마지막으로 인공지능 규제를 위한 정보·지식 구성 체계에 대한 제도적 접근이 모색되고 있다. 여기에는 인공지능 기술에 대한 다양한 측정과 평가 및 모니터링체계, 인공지능의 생애주기와 일련의 행위에 대한 추적 및 기록 체계, 인공지능에 적용되는 현행 법제와 규제의 적절성 검토 체계, 미래 규제 이슈 탐색 체계 구축 등이 포함된다.⁵⁷⁾

다. 국내법적 검토

1) 논의현황

국내에서 법제정비논의를 검토하면 먼저 한국정보화진흥원에서 발간한 보고서에 따르면 단기적 법제도 추진 과제로 1) 데이터 활용 촉진(a. 장애제거 : 개인정보보호법 개정, 통계법 등 비밀보호조항 개선 b. 활용촉진 : 정부가 데이터 공급 지원, 데이터 경제적 가치 보장), 2) 지능플랫폼 구축(a. 플랫폼 연계 활용을 위한 개방성 확보 : 법적 근거와 추진체계, b. 선도적 리빙랩(특별규제완화지역) 구축 및 공동개발 등 법적 근거), 3) 지능기술 투자 촉진(a. 비생산적인 보조금 등 인센티브 개선 및 생산성 제고 투자에 대한 지원 확대, b. 기술도입에 따른 고용 상실 및 고용 불안에 대한 대책 강화, 4) 지능기반 서비스 규제 완화(a. 드론, 무

57) 윤혜선, 전계논문, 167면 이하; “인공지능이 단순한 연구·개발 분야의 하나가 아닌 ‘내일의 세계를 여는 열쇠 중 하나이며, 기술뿐 아니라 경제, 사회, 윤리, 정치 혁명’으로 이해된다면, 그리하여 우리나라도 이 기술의 개발과 활용을 위해 전력질주 하는 것이라면, 이러한 노력이 왜 필요하고, 무엇을 위한 것인지에 대한 근본적인 성찰이 필요하다. 인공지능 기술과 그 활용을 규제하는 것이, 이를 테면, 미국과 같이 제품과 서비스의 안전을 보장하고 공정한 시장질서 확립을 위한 것인지, 유럽연합과 같이 기본권과 사회적 가치 존중에 강조점이 있는 것인지, 인공지능 규제의 목적과 정책 목표, 그에 따른 또는 그를 위한 규제 철학을 넓고 깊게 논의하여 확고히 세울 필요가 있다. 인공지능 기술의 위상이 인류사의 혁명으로 이해되고 예견되는 것이라면 그에 상응하는 인간상과 생활관계상에 대한 근본적인 공동체적 고민 위에 인공지능이라는 도구를 담을 수 있는 안전한 그릇인 규제의 문제를 검토하는 지혜가 요청된다.”(윤혜선, 전계논문, 170면)

인/스마트 자동차, VR/AR, 의료(케어, 수술, 진단)로봇, 핀테크 등 주요 서비스별 규제 완화, 5) 인공지능 신뢰성 확보(a. 인공지능, 로봇의 정확성, 안전/안정성, 중립성 기준 및 인증 (의료, 금융 등 우선), b. 데이터 분석 활용의 투명성 확보, 6) 인공지능 법기반 마련(a. 이용자/소비자 권리 보호, b. 인공지능 저작물의 저작권 체계 수립, 7) 공공 활용체계 마련(a. 인공지능 발주 : 빅데이터 사업, 인공지능 구축 사업 등은 R&D와 시스템 개발의 혼합형, b. 인공지능, 로봇 사업의 대기업 참여제한 등 시장 구조개선, c. 정부 민원서비스상 인공지능/로봇 활용 제약 개선, d. 데이터 관리와 활용을 총괄하는 CDO(Chief Data Officer) 제도 운용), 8) 지능정보사회 거버넌스 체계 수립(a. 정부 내 인공지능/로봇 전담 부처 지정, 공기업 설립, b. 새로운 지능격차에 대한 정책 개발 : 현황조사, 데이터 관리, 이론화 등, c. 지능사회 대비 기금마련 : 촉진사업 및 역기능 대응)이 있다.⁵⁸⁾

다음으로 이 보고서는 중장기 법제도 추진 과제로 1) 지능경제 신패러다임 정립(a. 소유와 공동활용의 조화, 재산세 중심 조세제도, 소득제도 개편 등), 2) ‘지능복지제도’ 정립(a. (노동) 일할 수 있는 권리 보장(노동권의 새로운 해석기준 제시, 직장 노동자에서 프리랜서로 전환 gig economy), b. (복지) 기본소득제도 도입 등 복지지원제도 개편 c. (교육) 지능정보기술 활용교육, 지능정보사회 윤리교육 등 교육제도 개편), 3) 인공지능의 법 정체성 확립(인간-비인간의 경계설정)(a. 인공지능의 공권력 행위(치안, 국방, 재판, 부과 및 징수 등), b. 로봇 등록제 및 보험제도 도입), 4) 국가의 귀환 : 지능시스템 실패 대응, 5) 사회 자원으로 데이터 정립(a. 데이터 거버넌스(데이터 활용 추진체계) 정비), 6) 지능정보사회 격차 예측 및 격차해소방안(시장(독점), 개인)(a. 지능정보격차의 개념 및 유형 정립, b. 지능정보격차 해소를 위한 지능정보기술의 보편적 활용정책 추진)을 제시하고 있다.⁵⁹⁾

정보통신정책연구원에서 발간한 보고서에 따르면 인공지능 시대에는 새로운 규범체계 모색이 불가피한 바, 이와 관련되는 주요 쟁점으로 1)

58) 한국정보화진흥원, 정보화 법제연구 지능사회 법제도 이슈 전망 : 2017 지능정보사회로의 안착을 위한 법제도 개선방안 연구, 제2016-07호 (2016. 12. 31), 27면 이하.

59) 한국정보화진흥원, 전게서, 27면 이하.

인간의 존엄성과 권리 주체 문제(인공지능, 로봇, 사물인터넷 등 초연결 사회의 도래에 따라 인간 이외의 사물이나 기계의 융복합적 권리 및 책임문제와 관련해서 인간을 넘어선 인격성에 관한 법철학적 연구가 다각적(personhood beyond human) 으로 선행되어야 함)⁶⁰⁾, 2) 책임배분의 문제(인공지능을 갖춘 로봇의 등장은 스스로의 판단 하에 움직이는 새로운 개체 또는 주체의 출현을 의미하는데 이러한 로봇이 타인의 생명 신체 및 재산권 등을 침해하는 경우에 대한 책임을 누구에게 지울 것인지 여부를 규범적 차원에서 정립해야 함), 3) 적법절차의 원리 문제(적법절차의 원리는 기본적으로 신체의 자유와 밀접한 관련성을 가지는 것으로 국가 작용은 실질적으로 적법한 절차에 근거해야 한다는 것인데, 인공지능 및 로봇을 통한 데이터 분석 결과 특히 예측결과 등이 범죄수사 및 국가작용에 활용되는 경우 전통적인 관점에서의 적법절차를 보장하기 힘든 측면이 있음. 따라서 단순한 빅데이터 분석을 넘어서는 인공지능 사회에서는 적법 절차의 원리를 어떠한 형태로 변형시켜 발전시킬 수 있을 것인지 아니면, 그러한 원리를 포기하고 새로운 기본권 패러다임을 수용해야 하는지 등에 대한 논의가 이루어질 필요가 있음)⁶¹⁾, 3) 규범적 법적 판단의 자동화 문제(인공지능 그 자체를 활용한 자동화된 규범적, 법적 판단의 문제도 논의할 필요가 있는 바, ... 규범적 법적 판단의 자동화는 합법과 불법의 명확한 형식 논리적 구분을 전제로 하는 것이 아니라 궁극적으로 경합 또는 충돌하는 가치간의 형량을 통해 이루어지는 것이기 때문에 인공지능이 이러한 형량에서 어떤 기능을 할 수 있는지 여부에 대한 검토가 필요함)⁶²⁾, 4) 인공지능 알고리즘 또는 아키텍처의 시민적 통제권한 확보(인공지능은 설계단계에서 설정된 알고리즘을 통해 각종 판단을 자율적으로 수행하며 더 나아가 그 알고리즘조차 스스로의 학습을 통해 구성해 나가는 기술이기 때문에 알고리즘에 대한 통제권을 어떻게 확보 하고 활용할 것인지가 매우 중요한 규범이슈로 대두)를 제시하고 있다.⁶³⁾

60) 정보통신정책연구원, 인공지능의 규범이슈와 정책적 시사점, 2015, 18면.

61) 정보통신정책연구원, 전개서, 2015, 19면.

62) 정보통신정책연구원, 전개서, 2015, 20면.

63) 정보통신정책연구원, 전개서, 2015, 21면.

2016년 12월 관계부처 합동으로 발표한 제4차 산업혁명에 대응한 지능정보사회 중장기 종합대책에 따르면 지능정보사회에 대응하는 법제 정비방향과 내용으로 1) 지능정보사회 방향 제시를 위한 기본법 마련(국가·사회 전반의 지능정보화 방향 제시를 위해 국가정보화 기본법을 (가칭)지능정보화 기본법으로 개정하는 방안 마련), 2) 데이터 수집 및 AI 알고리즘 개발사용 시 인간 중심 윤리 정립(개발자 및 이용자의 윤리적 사고를 통해 지능정보기술의 오작동 남용을 최소화하기 위한 지능정보기술 윤리헌장 제정 추진⁶⁴⁾, 지능정보사회 역기능 예방 및 이용자 지원을 위해 기술 영향 및 위험성 등을 상시 모니터링·연구하는 민관 합동 협의체 설치, 장애인 등 취약계층에 대한 교육 등으로 지능정보 격차를 해소하고 기술과 인문학·예술 등을 융합하는 인간 중심 기술문화 확산 추진⁶⁴⁾, 3) 지능정보 기술기반 확보를 위한 법제 정비(민간이 대규모로 수집한 데이터의 재산권적 가치를 부동산·동산에 준하도록 인정하고 제3자의 무단사용 금지 및 손해배상 청구 방안 검토, 자동차 부품, 의료기기 등 각 분야별 지능정보기술의 신뢰성·안전성 인증체계 고도화를 위해 SW산업진흥법 개정 등 법적 근거 마련, 4) 산업의 지능정보화 추진을 위한 법제 정비(지능정보기술 결합에 따른 사고시 제조물책임법상 제조사의 책임을 명확화하고 피해자 보상 강화를 위한 지능정보 특화 보험 신설 검토, 인공지능에 의해 창작된 소설·음악 및 반도체 배치설계 등의 권리를 인정하는 관련 법령 개정 추진, 현행 법제도로 인한 지능정보기술 산업화 지연을 방지하기 위해 임시허가제도 강화), 5) 사회변화에 대한 선제적 대응을 위한 법제 정비(자동화 등 산업구조 변화에 대비하여 SW교육 강화 및 개인맞춤형·창의융합교육 실현을 위한 관련 법제 정비 검토, 비전형 근로 등 다양한 고용형태를 포괄할 수 있도록 근로자 개념을 정립하고 고용·산재보험 적용을 확대하는 근로기준법 등 개정 검토 - 자동화 및 플랫폼 산업구조로 노동시장의 탄력성이 요구되므로 유연근무제 확대, 근로시간계좌제 도입 등 유연한 근무환경 조성을 위한 법적 근거 마련, 지능정보사회 도래에 따른 실업·전직 증가, 소득 양극화, 고령화 심화에 대비하여 사회보장제도 개선을 위한 법적 근거 마련⁶⁵⁾를 제

64) 관계부처 합동, 제4차 산업혁명에 대응한 지능정보사회 중장기 종합대책, 2016. 12. 27, 44면.

시하고 있다.

마지막으로 한국법제연구원이 발간한 보고서는 제4차 산업혁명시대 ICT 법제 주요 현안으로는 1) 노동/고용이슈, 2) 행정법적 이슈, 3) ICT 추진체계(거버넌스) 이슈, 4) 책임법제 관련 이슈, 5) 저작권 관련 이슈, 6) 데이터 활용 및 보호 이슈를 제시하면서 이에 대한 대응방안을 제시하고 있다.⁶⁶⁾

2) 지능정보사회 대비 주요 정책과 지능정보화기본법의 핵심내용

정부는 2019년 12월 17일 문재인 대통령 주재로 열린 제53회 국무회의에서, 과학기술정보통신부를 비롯한 전 부처가 참여하여 마련한 「인공지능(AI) 국가전략」을 발표하였는바, 여기서 경제·사회 전반의 혁신을 위한 3대 분야 9대 전략, 100대 실행과제 제시하였다. 이 전략에 따르면 AI 반도체 세계 1위, 전국 단위 AI 거점화 등 세계를 선도하는 AI 생태계 조성, 전 생애·모든 직군에 걸친 AI교육 실시 및 세계 최고의 AI인재 양성, 현 전자정부를 차세대 지능형 정부로 대전환하여 국민 체감도 향상, 사회보험 확대 등 일자리 안전망 확충 및 AI 윤리 정립으로 사람 중심 AI 실현을 위하여, [1] AI 인프라 확충, [2] AI 기술경쟁력 확보, [3] 과감한 규제혁신 및 법제도 정비, [4] 글로벌을 지향하는 AI 스타트업 육성, [5] 세계 최고의 AI 인재 양성 및 전 국민 AI 교육, [6] 산업 전반의 AI 활용 전면화, [7] 최고의 디지털 정부 구현, [8] 포용적 일자리 안전망 구축, [9] 역기능 방지 및 AI 윤리체계 마련을 주요 내용으로 제시하였다.⁶⁷⁾

65) 관계부처 합동, 제4차 산업혁명에 대응한 지능정보사회 중장기 종합대책, 2016. 12. 27, 45면.

66) 한국법제연구원, 제4차 산업혁명 시대의 ICT법제 주요 현안 및 대응방안, 2016, 235면 이하 ; 이 논문에서 언급된 문헌 이외 다른 연구로는 이원태, 4차 산업혁명과 지능정보사회의 규범 재정립, 정보통신정책연구원, 2017 ; 이시직, 4차 산업혁명 시대 지능정보기술의 사회적 영향과 법적 과제, 연세 공공거버넌스와 법 제8권 제1호, 2017; 정원준·선지원·김정언, 인공지능시대의 법제정비방안, 정보통신정책연구원, 2019; 한국정보화진흥원, 지능정보사회 법제도 포럼 보고서, 2017 참조.

67) 과학기술정보통신부 보도자료(2019. 12. 17.); 그 외 관계부처 합동, 지능정보사회 구현을 위한 지능정보사회구현을 위한 제6차 국가정보화 기본계획 2018~2022년, 2018; 행정안전

최근 우리 사회는 인공지능, 데이터, 5G 등 첨단기술의 혁신적 발전으로 초연결·초지능 기반의 4차 산업혁명 패러다임에 접어들고 있고, 4차 산업혁명에 따른 사회·경제적 변화에 선제적으로 대응하기 위한 범국가적 추진체계 구축과 기술혁신을 위한 규제체계 정비의 필수적이며, 또한 세계 최고 수준으로 평가받는 우리나라 정보통신 분야의 경쟁력을 지속적으로 유지·발전시키기 위해서는 정부와 민간의 역량을 모아 가장 효율적인 집행체계를 만드는 것이 시급한 과제이므로, 정보화 혁명을 성공적으로 뒷받침한 「국가정보화 기본법」을 전면 개정하여 지능정보화기본법을 2020년 6월 제정하였다.⁶⁸⁾ 우리나라 정보화정책의 기본법제는 1986년 5월 12일 제정된 전산망보급확장과이용촉진에관한법률(1987.1.1. 시행), 1995년 8월 4일 제정된 정보화촉진기본법(1996.1.1. 시행), 2009년 5월 22일 전부개정된 「국가정보화 기본법」(시행 2009.8.23.)으로 변화하였다. 그리고 2020년 12월 10일부터는 「국가정보화 기본법」을 전부개정한 「지능정보화 기본법」(법률제17344호, 2020.6.9. 전부개정)이 시행될 예정이다.⁶⁹⁾ 지능정보화는 지능정보기술을 바탕으로 정보화가 고도화되는 것으로서 국가정보화와 배치되는 것이 아니라 국가정보화를 보완·발전하는 것이며, 국가정보화의 연장선에 있다고 할 수 있다.⁷⁰⁾ 지능정보화 기본법은 지능정보사회 정책의 수립 및 추진체계 도입, 지능정보기술의 고도화 및 서비스의 이용촉진, 지능정보화 기반구축 등 지능정보사회를 촉진하기 위한 제도를 도입하는 한편, 일자리·노동 환경 변화에 대한 대책, 안전성 보호조치 등 지능정보사회화 과정에서 나타날 수 있는 부작용을 방지하기 위한 대책을 균형적으로 규정하였다는 점에서 그 의미가 있다. 정보통신기술(ICT)과 인공지능의 결합·융합을 촉진하기 위한 조치뿐만 아니라 지능정보기술 사용에 따른

부, 지능형 정부 기본계획, 2017 참조.

68) 주요 내용에 관하여는 이규정, 지능정보사회를 위한 법제 정비의 방향과 내용, 지능정보사회에서 헌법의 역할과 기능(한국헌법학회 학술대회), 2020, 45면 이하 참조.

69) 이에 관하여는 이규정, 전제논문, 31면 이하; 김일환, 지식정보사회 관련 기본법제의 개정 방향과 내용에 관한 연구, 成均館法學 第21卷 第1號, 2009, 41면 이하 참조.

70) “이에 따라 「지능정보화 기본법」은 현재 국가정보화의 기본방향을 정하고 관련 정책을 수립·추진하는 「국가정보화 기본법」에 지능정보사회와 관련된 정책이나 제도 등을 반영하는 전부개정의 방식으로 이루어졌다.”(이규정, 전제논문, 50면)

고용변화, 인공지능 기술개발에서 파생되는 윤리문제, 지능정보기술 오·남용에 따른 새로운 형태의 법적 분쟁, 지능정보기술 기기의 사용에 따른 사이버 위험 및 개인정보 보호 등 다양한 문제를 규율하는 지능정보사회 대비 기본 법제로 작동할 것으로 기대된다.⁷¹⁾

IV. 지능정보사회를 규율하기 위한 국가의 책무

1. 지능정보사회에서 국가역할의 재정립필요성

위에서 설명한 것처럼 정보화사회, 정보사회의 발전형태로서 지식정보사회가 언급되더니 이제 우리는 지능정보사회의 도래를 토론하고 있다. 위에서 언급한 것처럼 지능정보사회는 과거의 정보(화)사회와는 질적으로 다른 점이 있으므로, 현재 우리가 이용할 수 있는 모든 과학·정보기술을 다 사용할 수도 없고, 사용해서도 안 된다. 그러므로 어떤 과학기술·정보기술은 사용해도 되는지, 또는 사용하면 안 되는지에 관하여 헌법적으로 검토해야만 한다. 곧 지능정보사회가 헌법과 조화되는 방향으로 발전되어야만 한다. 곧 지능정보사회의 구성원들을 억압하고 구속하는 게 아니라 존중하고 보호하는 방향으로 전개되어야만 한다는 원칙 하에서 과학기술, 정보기술의 도입이나 사용여부에 관하여 판단해야만 한다. ‘헌법’과 어울리는 지능정보사회구축 바로 이것이 우리가 추구해야만 하는 목표이며, 이러한 추상적인 목표를 바로 우리나라에서 구체적으로 파악하고 실현해야만 한다.

그렇다면 결국 우리가 지향해야만 하는 정보질서는 인간지향적 정보질서이어야만 한다. 곧 인간 우호적이고 인간이 통제할 수 있는 정보시스템이어야만 한다는 것이다. 이러한 정보시스템을 구축하기 위하여 사후적으로 개인의 권리를 보호할 뿐만 아니라 이러한 시스템을 계획하고 구축할 때부터 관련자의 포괄적 참여와 협조가 필요하다. 따라서 정보기술을 통제하고자 하는 것은 새로운 정보통신기술의 발전을 가로막고 서서 훼방놓자는 것이 아님을 반드시 기억해야만 한다.⁷²⁾

71) 이규정, 전제논문, 50면.

72) 결국 법제정과 법 적용에서 이러한 토론과 분석을 통하여 법이 과학기술발전에 적응하도록

지금까지 언급된 설명들을 쫓아간다면 정보사회에서 헌법 및 국가에게는 과거와는 질적으로 다른 새로운 책임이 등장한다. 곧 과거와는 달리 정보사회에서 국가와 헌법에게는 더욱 더 강력하게 개인의 자유와 권리가 성립하고 행사되기 위한 전제조건들을 형성하고 유지하는 게 요구된다. 이에 따라서 정보사회에서는 국가의 역할과 기능이 국가의 직접적인 ‘이행책임’ 및 이에 따라 발생하는 ‘결과책임’으로부터 이제는 정보질서의 기능과 작용을 가능하게 하는 ‘보장책임’으로 옮겨간다.⁷³⁾ 이제 국가는 정보사회의 ‘틀(윤곽)’에 관한 조건들을 보장하고, 이 속에서 개인의 자유로운 행위들이 가능하도록 하기 위한 구조들을 설정해야만 하는 것이다.⁷⁴⁾

2. 지속가능성 보장

가. 헌법상 지속가능성의 의미

과거 산업혁명 이후 인류는 양적인 성장에 치중하여 경제발전을 거듭하였지만 동시에 환경위기·경제위기·사회위기·에너지위기 등 수많은 위기들이 전 세계 각 국가의 다양한 분야에서 나타났다. 이 같이 여러 분야에서 나타나고 있는 심각한 위기로 인해 인류의 삶의 질이 낮아지고 있음은 물론 인류의 생존마저 위협받고 있다. 이러한 급격히 변화하는 상황에서 “앞으로 인류에게 펼쳐질 미래는 어떻게 변화될 것인가?” 또는 “미래세대가 현재 보다 더 나은 삶을 누릴 수 있을 건가?”에 대한 궁금증과

록 할뿐만 아니라 이를 넘어서서 새로운 정보기술을 도입하려고 하는 사회와 국가에게 이에 관하여 다시 한 번 생각하고 결정할 수 있는 기회를 제공하게 되는 것이다. 정보통신기술의 발전이 가질 수 있는 위험에 관하여 발하는 이러한 경고는 이러한 기술의 적용보다 앞서거나 최소한 동시에 이루어지는 경우에만 비로소 의미를 가질 수 있다. 결과적으로 나중에 이러한 경고가 미리 사서 하는 걱정이었다면 오히려 다행일 것이다. 그러나 이미 새로운 정보통신기술의 적용을 통하여 이미 예상되었던 위험한 결과가 발생한다면 나중에 이러한 경고를 고려한다는 것은 이미 때늦은 자책에 불과할 뿐이다.

73) 이에 관하여는 金日煥, 憲法上 새로운 情報秩序確立을 위한 序說의 考察, 憲法學研究 제7권 제1호, 2001, 207면 이하 참조.

74) 이에 관하여 자세한 것은 홍석한, 국가역할의 변화에 따른 규제된 자율규제에 관한 연구, 성균관대학교 박사학위논문, 2008 참조.

함께 위기의식이 커지고 있다. 무엇보다 전 세계는 지금까지의 기존 성장방식과 대처방법으로는 인류의 미래를 더 이상 담보할 수 없다는 반성이 나타났다.⁷⁵⁾ 이로 인하여 심각한 환경오염으로 인한 환경위기의 출현과 함께 그 피해가 대형화·다양화됨에 따라 이를 극복하기 위해 지속가능성에 대한 논의가 등장하였다. 더욱이 지구생태계의 심각한 환경오염에 대한 대응책으로 시작된 지속가능성에 대한 논의는 점차 경제 및 사회의 전 영역까지 진전되었다. 더 나아가 지속가능성에 관한 논의는 그 필요성에 따라 환경 분야뿐만 아니라 경제, 에너지, 문화, 재정 등 다양한 분야로 확대되고 있다. 이러한 시급한 문제가 앞으로 해결되지 않고 지속적으로 유지된다면 현재 세대는 물론 미래 세대의 삶의 질은 물론 생존도 장담할 수 없게 될 것이다. 뿐만 아니라 사회갈등이 더욱 심화될 수밖에 없다. 이로 인하여 사회적인 통합을 이룰 수 없게 되어 종국적으로는 국가의 발전에 부정적인 결과를 낳게 될 것으로 전망되고 있다. 이러한 지속가능성에 관한 논의는 1992년 리우회의를 통해서 인류의 국제적인 공통과제로 널리 확산되었다. 그 후 지속가능성은 여러 국제협약들에서 그 규범력을 인정받기 시작했으며, 국제사법재판소의 여러 사건들에도 준용되고 있다. 더 나아가 전 세계 각국이 자국의 헌법 및 법규에 지속가능성을 수용하면서 지속가능성은 현재 인류가 당면하고 있는 위기들을 극복하기 위한 중요한 가치로 부각되었다.⁷⁶⁾

여기서 ‘지속가능성’이란 현재 세대와 미래 세대의 삶의 질 향상을 위해 통합적인 관점에서 환경, 경제, 사회, 재정, 에너지, 문화 등 다양한 분야가 서로 조화와 균형을 이룰 수 있도록 하는 것에 더 잡아 각 주체들 간의 형평성과 자원의 적절한 이용을 고려함으로써 장기적 안목에서 부정적인 측면을 사전에 미리 제거하거나 최소화하고 긍정적인 측면을 지속적으로 유지·활성화시키는 것을 추구하는 개념이다.⁷⁷⁾

처음에 지속가능한 개발이라는 관점에서 문제가 되었던 환경 분야를 넘어 다양한 분야에서 많은 문제가 급증하는 상황에서 지속가능성을 실현해야 하는 필요성도 커졌다. 헌법이 중요한 국가질서와 환경적·경제적·

75) 장인호, 헌법상 과제로서 지속가능성에 관한 연구, 성균관대학교 박사학위논문, 2012, 1면

76) 장인호, 전제논문, 2면

77) 장인호, 전제논문, 392면

사회적·재정적 발전을 위한 규범적인 기초적인 틀이라고 할 때, 사회의 변화가 헌법에 규정된 목표와 조화되어야 한다.⁷⁸⁾ 위에서 설명한 것처럼 지능정보사회에서 가장 핵심이 되며, 과거 정보사회와 구별짓는 것이 바로 인공지능인 바, 이는 기계가 인간이 고유하게 보유하고 있다고 여겨지는 인지 능력, 추론 능력, 학습 능력, 이해 능력 등이 가능하다는 것이다. 지능정보사회에 대한 규범적 고민이 필요한 이유는 지능정보기술에 대한 잘못된 결정으로 인하여 인류 전체에 돌이킬 수 없는 결과를 낳을 수 있다는 점에서 인류 전체가 같이 결정해야 할 지구공동체에 속하는 우리의 문제이기 때문이다. 그렇다면 공동체 구성원의 관점에서 지능정보기술로 인하여 지속가능한 사회에 부정적인 측면을 사전에 미리 제거하거나 최소화하고 긍정적인 측면을 지속적으로 유지·활성화시키는 것을 추구해야 하는 책무와 과제를 국가가 담당해야 한다.

나. 지능정보사회에서 지속가능성의 내용

인공지능 기술, 역량, 데이터세트, 컴퓨팅 성능과 같은 인공지능 자원이 일부 기업과 국가에 집중되어 있어 국가 간 격차가 심화되고 불평등이 커지고 있다는 우려가 제기되면서 지속가능성은 점점 더 중요한 요소로 부각되고 있다. 인공지능은 지속가능개발목표의제를 증진시킬 수 있는 중요한 잠재력을 가지고 있다. 인공지능은 공익에 활용되고 특히 교육, 보건, 운송, 농업 및 지속 가능한 도시 등에서 지속가능개발목표 달성을 도울 수 있다. 세계은행, 국제연합 산하 기구, OECD를 포함한 많은 공공 및 민간 조직이 지속가능개발목표 달성에 인공지능을 활용하기 위해 노력하고 있다. 따라서 공정하고 포용적인 성장에 기반을 둔 인공지능 개발을 보장하고, 공정하고 포용적 성장에 기반을 둔 인공지능 개발을 확보해야 한다.⁷⁹⁾

78) 장인호, 전계논문, 396면

79) 한국정보화진흥원, 사회 속의 인공지능(OECD 보고서), 2019, 82면 이하.

3. 투명성 확보

가. 헌법상 투명성 원칙의 의의와 내용

투명성은 의사결정과정에 이질적이고 비합리적인 요소들이 개입하는 것을 배제하고, 이해관계인들이 특히, 정보와 관련하여 대등한 지위에서 협상이나 의사결정과정에 참여할 수 있도록 함으로써 그 결정의 민주적 정당성과 신뢰를 확보하는 기능을 수행한다. 이러한 투명성의 요청은 주로 관련된 정보의 공개와 의사결정과정에 대등한 참여를 주된 내용으로 하는 것으로서 공공부문은 물론이고 사인 간의 관계에서도 의사결정의 정당성을 확보하기 위한 핵심적 요소로 간주되어 왔다. 더 나아가 오늘날 정당을 매개로 한 의회와 정부의 결탁과 그에 따른 권력분립의 원리의 형식화, 국정에 대한 국민적 참여욕구의 증대, 선거와 대의제가 가지는 한계에 대한 인식, 민간에 대한 정부권한의 위임과 그에 따른 투명성의 위기, 각종 정보를 광범위하게 보유하고 있는 국가권력에 대응하여 국민의 대등한 지위를 확보할 필요성 증대, 그리고 사회가 다원화·분권화됨에 따라 정의 내지 공익의 내용을 결정하는 것이 더더욱 어려워지는 현실에서 공개와 참여를 통해 결정의 정당성을 보완할 필요성이 증대하는 현상 등은 국가권력의 행사와 관련하여 투명성이 새롭게 조명을 받도록 만들고 있다.⁸⁰⁾ 현대 민주국가의 헌법은 기본권 보장에 기여하기 위한 통치구조와 통치작용을 합리적으로 수행하기 위한 민주적 정당성과 절차적 정당성의 확보를 필수적인 요소로 한다. 곧, 헌법은 국가권력행사의 결과를 비롯하여 그 절차와 내용 나아가 그에 따른 책임관계에서도 투명성이 보장될 것을 요구하며, 이러한 요청이 기본권을 통해 구체화될 것을 요구하는 것이다.⁸¹⁾

헌법상 투명성 원칙은 a) 기초적으로 국가의사결정이나 그에 따른 권력행사의 결과가 투명해야 한다는 결과의 투명성, b) 국가기관의 의사결

80) 이에 관하여 자세한 것은 백수원, 헌법상 투명성 원칙에 관한 연구, 성균관대학교 박사학위논문, 2011 참조

81) 김일환·백수원, 헌법상 투명성원칙에 관한 試論的 考察, 公法研究 第39輯 第2號, 2010, 385면 이하.

정이 이루어지는 방식이 투명해야 한다는 절차의 투명성, c) 결과만의 공개나 형식적 절차만의 준수가 아닌 전체 결정과정이 정당하게 공개된 상태에서 이루어지는 것과 열람권이 확실하고 충분하게 보장되는 것을 의미하는 내용의 투명성, d) 일정한 국가적 의사결정과 그에 따라 발생하는 결과에 대하여 책임의 소재를 분명하게 하고, 나아가 그에게 책임을 물을 수 있는 제도적 장치를 마련하는 것을 의미하는 책임의 투명성을 그 내용으로 한다.⁸²⁾

나. 지능정보사회에서 투명성 원칙의 강화필요성

오늘날 투명성은 단순히 기술적으로 결과를 보고하는 의미를 넘어 정책 결정과정에서 국민의 참여와 정보공개 및 감시를 가능하게 하는 전제조건으로서, 나아가 공공기관의 사회적 책임성을 확보하는 원리로서 그 지위를 인정받아야 한다. 이처럼 투명성 개념이 확대·발전되어야 할 필요성은 우선 새로운 정보사회의 도래에서 찾아진다. 정보통신기술의 발전은 인간 생활에 많은 편익을 주고 있음에도 불구하고 무엇보다 국가에 의한 전방위적 감시장치의 구축에 대한 우려를 낳고 있다. 곧, 국가와 국민의 관계에서 국가는 광범위한 정보통신기술을 바탕으로 확실한 정보망을 구축하고 그 권한을 통해 국민의 엄청난 정보를 수집·활용하게 된다. 이로써 국민은 점점 더 투명해지는 반면, 국가의 정보처리는 점점 불투명해지는 현상이 야기될 수 있다. 지능정보사회의 도래와 함께 개인정보자기결정권, 사이버 공간에서 표현의 자유, 알 권리 등이 새롭게 강조되고 있는 것도 투명성을 중심으로 하여 국민만의 일방적인 투명화에 대한 거부와 국가권력행사의 투명화에 대한 요청을 반영한다. 다음으로, 오늘날 국가는 자신의 재정적 부담을 경감시키고, 행정의 비효율성을 극복한다는 목적으로 점차 자신이 이행하던 공적 과제를 민간에 이양하고, 많은 영역에서 민관협력을 통해 의사를 결정하는 경향을 보이고 있는바, 이 역시 투명성의 관점에서 새로운 문제를 제기한다. 국가가 민간부문 상호간의 이해관계를 조절하는 역할을 담당하거나 민간부문과 대등한 입

82) 이에 관하여 자세한 것은 김일환·백수원, 전게논문, 375면 이하 참조

장에서 협력하는 주체로 등장하게 되면서 국가에 의한 일방적인 정책결정과 실행에 비해 의사결정의 수립과정과 실행과정이 매우 다층적이고 복잡해지는 경향을 보인다. 이러한 상황은 그러한 의사결정의 영향을 받는 국민에게 뿐만 아니라 당해 결정에 참여하는 자들에게도 그 결정절차와 내용에 대한 이해와 공감, 책임관계의 명확화, 대등한 참여조건의 확보 등과 같은 투명성의 요구를 확대시키는 환경을 의미한다. 나아가 투명성은 사회적으로 새로운 규제나 기존 규제의 도입과 집행의 효율을 높이고 내실을 다지는 도구의 기능을 한다는 점에서 민영화와 함께 논의되는 규제완화의 측면에서도 중요한 의미를 가진다. 투명성은 규제의 목적을 명확히 하는데 도움이 되고, 규제대상의 순응성을 확보하며, 불필요한 규제에 대한 논의를 촉발시킬 수도 있는 것이다.⁸³⁾

따라서 새로운 지능정보기술의 도입으로 인하여 인류 전체의 삶이 근본적으로 바뀔 수 있는 상황 하에서 위에서 언급한 투명성원칙의 내용에 따라서 이러한 기술의 도입과 평가에 대한 평가가 절차와 내용, 결과와 책임측면에서 이뤄질 수 있어야 한다. 특히 지능정보기술의 발전과정에서 자동화된 시스템의 작동 방식에 대한 투명성을 제고하고, 인공지능의 의사결정과정에 사람이 더 많이 관여하여 시스템 디자인에 따른 결과를 책임질 수 있는 절차와 방식을 사전적으로, 사후적으로 강구해야 한다.⁸⁴⁾ 이와 관련하여 위에서 설명한 삶의 미래 연구소가 제시한 아실로마 원칙(Asilomar AI Principles)중 연구 문화와 관련하여 AI 연구자와 개발자 사이에 협력, 신뢰, 투명성의 문화가 조성돼야 한다는 원칙이 포함되어 있고, 윤리와 가치에 관한 원칙 중 AI 시스템이 손상을 일으킬 경우 그 이유를 확인할 수 있어야 한다는 오류투명성원칙과 사법적 의사결정에 자율 시스템이 개입할 경우 권한 있는 인간 기관이 감사할 수 있는 충분한 설명을 제공해야 한다는 사법적 투명성원칙 등이 포함되어 있음에 주목할 필요가 있다.⁸⁵⁾

83) 이에 관하여 자세한 것은 김일환·백수원, 글로벌 IT기업의 투명성 활동에 관한 헌법적 검토, 法學論叢 제23권 제1호, 조선대학교 법학연구소, 2016 참조

84) 한국정보화진흥원, 미래신호 탐지 기법으로 본 인공지능 윤리 이슈 - 글로벌 동향과 전망, 2017-제1호(2017. 3. 10.) 18면

85) 이에 관하여는 <https://brunch.co.kr/@kakao-it/53>

다. 지능정보사회에서 투명성내용

지능정보사회에서 인공지능 사용과 인공지능 시스템 운영 방식에 대한 투명성이 핵심이다. "투명성"은 기술적 그리고 정치적으로 서로 다른 의미를 가지고 있다. 정책결정자는 전통적으로 의사결정 방법, 의사결정 과정에 참여할 대상, 의사 결정에 사용되는 요소 등에 투명성의 초점을 맞춰왔다. 이러한 관점에서 투명성 측정으로 예측, 추천 또는 의사결정 시 인공지능이 사용되는 방법이 공개될 수 있다. 기술자의 경우 인공지능 시스템의 투명성은 프로세스 문제에 맞춰져 있다. 이는 인공지능 시스템이 개발, 훈련 및 배치되는 방법을 이해하는데 도움이 된다. 또한 특정 예측 또는 결정에 영향을 미치는 요소에 대한 통찰력을 포함할 수 있다.⁸⁶⁾

2019년 5월 개최된 OECD 각료이사회(MCM)에서 신뢰 가능한 인공지능을 위한 가이드라인인 'OECD AI 권고안'을 OECD 회원국 만장일치로 공식 채택하였는바, OECD AI 권고안에서는 인공지능과 관련된 용어를 우선 정의했으며, 신뢰 가능한 인공지능 구현을 위한 5가지 원칙과 5가지 정책 및 국제협력 방향으로 구성되어 있다. 신뢰 가능한 AI 구현을 위한 5가지 원칙중 하나가 투명성 확보, 설명 가능성 확보 (Transparency and explainability)이다. 이를 구체적으로 설명하면 AI 행위주체는 AI 시스템에 대한 이해를 증진시키고 감춰진 것이 없도록 투명성과 설명 가능성을 확보하여야 한다. 이를 위해 AI 행위주체는 AI 시스템의 전체 맥락을 잘 설명하는, 최신의, 의미가 있는 정보를 제공해야 한다. 이를 통하여 이해관계자가 AI 시스템에 대한 이해를 촉진하고, 일터에서 이뤄지는 AI 시스템과의 상호작용을 인식하게 하고, AI 시스템의 결과에 대하여 의의를 제기할 수 있어야 하며 이해하기 쉬운 정보와 예측 또는 결정의 근거로 사용된 논리 등 설명을 요구할 수 있어야 한다.⁸⁷⁾

다음으로 EU 집행위원회(European Commission)는 2019년 4월 8일 AI 윤리와 관련하여 '신뢰할 수 있는 인공지능 윤리 가이드라인'을 발표하였는바, 이 가이드라인에 담긴 기본원칙에서 요구하는 투명성원칙에

86) 한국정보화진흥원, 사회 속의 인공지능(OECD 보고서), 2019, 91면.

87) 한국정보화진흥원, 신뢰 가능 AI 구현을 위한 정책 방향 - OECD AI 권고안을 중심으로 -, 2019, 29면 이하.

따르면 투명성과 추적 가능성을 높이기 위해 데이터와 프로세스는 최상의 표준으로 문서화 되어야 하며(추적 가능성), AI 시스템 기술적 프로세스 관계자의 의사결정을 설명할 수 있어야 하며, 조직 의사결정 프로세스에 영향을 미치는 정도·시스템 설계 선택 사항 및 시스템 배치 근거를 제공하여야 하고(설명 가능성), AI 시스템은 이용자에게 스스로를 사람이라고 표현하지 않으며 시스템이라는 것을 사람이 인지할 수 있어야 한다.(의사소통)⁸⁸⁾

4. 자율규제기구를 통한 지능정보사회 문제의 일차적 해결

가. 자율규제의 의의와 구성요소

자율규제에 대하여 하나의 통일된 정의는 없다. 적용분야의 수와 그 다양한 형태를 고려하면 자율규제의 개념 자체가 불분명하고 다의적이라는 것은 당연하다. 또한 각 영역별, 국가별로 문화적 전통 또는 정치적, 경제적 이해관계에 따라 자율규제를 정의하고 평가하는 것은 다르게 나타난다.⁸⁹⁾ 이와 관련하여 규제가 '자율'적으로 이루어지고 있다고 평가되는 요소는 우선 공익을 위한 행위의 내용을 결정하는데서 자율성이 인정된다는 것이다. 다음으로 조직법적인 측면에서 자율규제는 행위를 결정하는 주체가 행정주체가 아니라는 점에 특성이 있다. 자율규제의 구성단위는 개개의 私人인 경우도 있고, 그 집합체로서 단체인 경우도 있다. 결국 그 속성은 행정주체가 아니기 때문에 '자율'인 것이다. 곧 자율규제는 "민간이 자발적으로 또는 국가의 위임에 의하여, 일정한 규율을 필요로 하는 영역 안에서 공익을 수호하기 위한 하나의 질서를 내부적으로 창출하는 것"이라고 할 수 있다.⁹⁰⁾ 특히 자율규제는 수범자 자신들을 통한 규범의 제정으로서 그 기본이념은 행위기준을 스스로 결정할 수 있는 가능성의 부여에 있다.⁹¹⁾ 그러나 자율규제가 이러한 규범의 자치적 정립만

88) 한국정보화진흥원, 인공지능 윤리가이드라인 - 일본과 사례를 중심으로 EU -, 2019, 26면 이하.

89) Manuel Puppis · Patrick Donges(Hrsg.), Selbstregulierung und Selbstorganisation, IPMZ · ZIK, Universität Zürich, 2004, 9면.

90) 이와 유사한 견해로는 Albrecht Langhart, Rahmengesetz und Selbstregulierung, 97면 참조.

을 의미하는 것은 아니다. 자율규제도 국가규제와 마찬가지로 전통적인 권력 분립의 삼요소인 입법, 행정, 사법의 형태로서 나타날 수 있다. 따라서 자율규제는 자율규범의 정립, 자율규범의 집행, 그리고 자율적 분쟁 해결을 포함한다고 할 것이다.⁹²⁾ 다만 자율규제에서 가장 핵심이 되는 것이 수범자 자신을 위한 규범의 제정인 만큼 자율규제를 협의로 사용할 경우는 내부적으로 정립된 자율규범을 의미하게 된다.

나. 보장국가에서 자율규제의 재설정

국가역할의 이념적 상징으로서 보장국가는 법현실에 직접적으로 나타나는 것이 아니라 법적인 전환을 필요로 한다. 개별 영역 또는 각 영역을 포괄하는 법적 규정들을 통해서만 보장국가의 구상이 드러나게 된다. 그렇기 때문에 국가의 보장책임은 입법책임이며, 국가의 보장책임에는 우선적으로 입법이 뒤따른다. 보장국가는 법적인 준비구조를 통해 사회적 차원의 문제가 적절하게 해결될 수 있도록 도움을 준다는 의미에서 책임을 진다. 보장국가가 비록 민간의 자율규제에 무게를 두고 있지만 그 방향이 공익을 중요시하는 것에 맞추어지는 그러한 질서의 형성이 필요하며 이것은 구조적인 구상이 없이 이루어질 수 없다.⁹³⁾ 보장국가에서는 공익을 위한 국가와 민간의 기여가 상호간의 협력을 통해 이루어지는 것을 핵심으로 하는데 이것은 규범의 제정과 운용에서 특히 두드러진다. 곧 이는 국가의 법규범과 사회적 자율규제 간 협력을 말한다. 따라서 자율규제는 결과책임 및 이행책임을 지는 개입국가에서 점점 더 많은 책임을 민간에 이양하는 보장국가로 이행하는 과정에서 사회적 지식과 노력

91) Alexander Roßnagel, Handbuch Datenschutzrecht, 389면~402면. 따라서 자율규제는 탈규제, 곧 결정기제로서 시장 및 경쟁 강화를 위해 행해지는 규제의 포기를 목표로 하는 것이 아니다.

92) 다만 자율규제를 수행하는 주체는 규범의 정립과 그 시행의 강제 그리고 규범의 해석과 제재에 이르기까지 그 기능을 모두 수행하게 된다는 점에서 권력분립의 이념에 반한다는 위험이 있다. Anthony Ogus, Rethinking Self-Regulation, Oxford journal of legal studies Vol.15 No.1, OXFORD UNIVERSITY PRESS, 1995, 99면.

93) Claudio Franzius, Der Gewährleistungsstaat -Ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?, 514면.

을 이용하기에 적합한 수단이 되며⁹⁴⁾ 단체에 의한 자율규제의 경우 그 구성원들의 직업적 행위에 적절한 한계를 설정하고 이를 관철하는 방식으로 공익을 수호하게 된다.⁹⁵⁾ 이처럼 보장국가는 국가의 독점적인 법규범 생산이라는 좁은 틀은 포기되고 그 대신 잠재적 혹은 실제적 규범생산자들의 다원화에 기초하여 시작되는 것이다. 보장국가에서는 그 특유의 규제필요성을 받아들이고, 국가가 구조적 기반을 마련하고 사회적 자율규제가 작용하도록 하는 규제의 구상이 필요해진다. 이러한 규제의 구상에서 보장국가를 위한 전형적인 규제방안으로 등장하는 것이 바로 ‘규제된 자율규제’이다. 규제된 자율규제의 구상과 보장국가는 직접적인 연관성을 가지는 것으로 평가되는데 특히 책임을 분배하는 보장국가에서 입법의 중심개념이 된다.⁹⁶⁾ 국가의 보장책임은 규제를 자율규제에 완전히 위임하는 것이 아니다. 다만 자율규제가 이루어지는 영역은 그 내부적으로 만들어지는 자치적 규범이 보장국가의 입법체계에 있어서 중심적인 구성요소가 되고 동시에 입법에 관한 원칙들과 법적인 틀을 통하여 국가는 자치적 규범이 공익조화적 성격을 확보하고 있을 것을 담보한다. 과거 국가가 일방적으로 권력을 행사하던 영역에서도 점점 사회의 자율규제능력을 믿으며 또 믿어야 한다는 것은 새로이 나타나는 경향이라고 할 수 있다. 그러나 사회적 자율규제가 그 능력을 발휘하기 위해 국가는 불가피하게 민간의 자율규제가 공익을 지향하도록 하기 위한 최소한의 기준을 마련해야 한다. 보장국가의 이러한 이념에 따라 이루어지는 자율규제가 바로 ‘규제된 자율규제’라고 할 수 있다.⁹⁷⁾

94) Alexander Roßnagel, Handbuch Datenschutzrecht, C. H. Beck, 2003, 396면.

95) Lauren M. Bloom, Succeeding at Self-Regulation: an Analysis of the Legal and Cultural Principles Applicable to the Effective Promulgation and Enforcement of Professional Standards by the Actuarial Profession, 3면.

96) Gunnar Folke Schuppert, Das Konzept der regulierten Selbstregulierung als Bestandteil einer als Regelungswissenschaft verstandenen Rechtswissenschaft, Die Verwaltung Beiheft 4, Duncker & Humblot, 2001, 222면.

97) Wolfgang Hoffmann-Riem, Das Recht des Gewährleistungsstaates, in: Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), Der Gewährleistungsstaat -Ein Leitbild auf dem Prüfstand, Nomos, 2005, 91면~92면.

다. 민간 자율규제기구를 통한 규제된 자율규제의 구체적 내용

지능정보사회의 발전에 따라 발생하는 문제를 해결하기 위한 규제된 자율규제 체제는 국가와 산업의 협력을 제공한다. 국가는 법적 기초와 그에 상응하는 구조를 일차적으로 제공한다. 이러한 틀에 기초하여 그 내용을 채우는 것은 제공자(산업)들의 개별적인 책임이다. 바람직하지 못하다고 생각되는 내용들은 국가가 입법과 다른 규제들을 통하여 통제할 수 있다. 특히 콘텐츠의 빠른 변화 및 글로벌한 파급력 등으로 인하여 인터넷 영역에서 제공자들에 의한 자율규제시스템은 불가피하다. 이러한 자율규제는 위와 같은 변화들에 대해서 시간이 많이 소모되는 입법절차를 통해서 국가가 규제하는 것보다 좀 더 융통성 있고 빠르게 반응할 수 있도록 한다. 사회의 변화하는 도덕적인 이상들과 가치들에 지속적인 적응은 또한 기술혁신에서도 필요한 것이다.

이에 따라서 자율규제가 행해지는 영역에서는 국가가 감독하는 직접적인 간섭기회가 축소된다. 왜냐하면 해당 영역에서는 자율규제기구에 의한 회원관련 분쟁해결이 우선시되기 때문이다. 해당 자율규제기구의 결정이 법률상 부여받은 권한의 범위 안에 있다면, 관련 국가기구가 개입하거나 또 다른 제재를 부과하는 것이 인정되지 않는다.

자율규제기구의 회원이, 당해 자율규제기구가 규정하고 있는 금지된 행동강령들을 위반하게 되면, 당해 자율규제기구는 자체적으로 시정조치 및 징계를 하거나 벌금이나 제명과 같은 기구 자체의 징벌수단을 행사할 수 있도록 하고 있다. 만일 촉구받은 시정명령에도 불구하고 위반사항을 시정하지 않거나 또는 재차 징계조치를 따르지 않을 경우에는, 동 자율규제기구의 회원자격을 박탈당한다. 이러한 자율규제기구는 해당 분야의 전문가위원회나 법적으로 보장된 보호 서비스를 회원들에게 제공하며, 해당 분야에서 행동지침을 만들어 글로벌 인터넷기업들을 포함하는 자율규제시스템을 구축하는 것이다.⁹⁸⁾

이를 통하여 지능정보사회의 발전에 따라 나타나는 문제점의 규제에 관하여 국가와 민간이 공동으로 역할을 분담하여 집행해야 함을 확인하

98) 이에 관하여는 김일환, 청소년보호를 위한 독일 규제기구에 관한 헌법적 고찰, 成均館法學 第28卷 第1號, 2016 참조

였다. 이는 국가에 의한 직접적 규제, 형벌에 의한 처벌보다는 해당 영역에서 자율규제를 통한 통제, 과태료부과 등을 통하여 관련 문제를 우선적으로 해결해야 함을 뜻한다.⁹⁹⁾

5. 국가의 정보기반시설구축 책임, 정보격차 및 양극화 해소

국가는 지능정보사회에서 국민들의 자유로운 의사소통절차를 가능하게 하고, 개인 간 정보불평등에 따라 나타나는 ‘정보격차’를 해소할 의무를 지고 있다. 여기서 언급된 정보격차문제 등과 관련하여 국가는 정보하부구조에 관한 일정한 책임을 져야만 한다. 물론 국가가 구체적이고 직접적으로 정보시설이나 그 내용(콘텐츠)에 관한 국민의 접근이나 이용을 보장하고 책임질 수는 없지만, 적어도 국민들이 불편 없이 정보에 접근하고 이용할 수 있기 위한 정보망을 구축하고 그에 따르는 각종 정보하부구조를 건설해야만 하는 책무에서는 벗어날 수 없다.¹⁰⁰⁾

정보통신기술의 획기적 발전은 정보통신의 공급을 원활하게 하여 정보사회의 기반을 제공하게 되었다. 현행 법률에서는 정보통신의 공급을 원활히 하는 기초이자 정보사회의 기반이 되는 대상들을 통칭하는 용어로서 ‘정보통신기반’이 사용되고 있는 바, 정보통신기반의 유형은 정보통신망, 정보통신기기, 소프트웨어, 데이터베이스, 정보통신표준이라고 할 수 있으며, 이들은 정보통신기반이라는 총체적·추상적 개념의 구성요소로서

99) “세계최초 인공지능 협의회, GPAI 공식 창립 - 책임성 있는 인공지능을 위한 공동선언문 발표 - 과학기술정보통신부(장관 최기영, 이하 ‘과기정통부’)는 책임성 있는 인공지능의 발전과 활용을 촉진하기 위한 ‘인공지능에 대한 글로벌 파트너십(Global Partnership on AI, GPAI)’ 협의회가 15일(한국시각 기준) 공식 창립되었다고 밝혔다. GPAI는 인권, 포용성, 다양성, 혁신 및 경제성장에 근거하여 다양한 인공지능 관련 이슈를 다루는 국제적 다중이해관계자적 협의체로, 우리나라를 포함하여 프랑스, 캐나다, 호주, 독일, 미국, 일본, 유럽연합(EU), 뉴질랜드 등 총 15개 창립회원국이 함께 발족하였다. GPAI는 위 목표의 실현을 위하여 업계·시민사회·정부기관·학계 등 다방면의 전문가가 참여하는 1)책임성 있는 인공지능, 2)데이터 거버넌스, 3)미래의 일자리, 4)혁신과 상업화 주체의 전문가그룹을 운영할 계획이다. 특히, 단기적으로 코로나19 극복을 위한 인공지능의 활용방안을 모색하는 전문가그룹을 구성하여 논의를 진행할 예정이다.”(과학기술정보통신부 보도자료 2020. 6. 16.)

100) 金日煥, 憲法上 새로운 情報秩序確立을 위한 序說的 考察, 憲法學研究 제7권 제1호, 2001, 225면.

규범적 의미를 부여받는 범위가 된다. 정보통신기반은 안전과 질서유지 향상, 지식과 정보의 발전, 국가·공공기관의 업무효율 증대, 경제활동의 혁신, 인적 관계의 확장, 공론장의 부활과 발전, 문화와 교육의 확대 등 다양한 파생효과를 발생시킨다.¹⁰¹⁾

오늘날 보장국가의 관념에 의하면 국가과제의 수행에 필요한 책임은 종래에 국가가 직접 이행하던 것에서 국가가 다른 주체의 이행을 보장하는 것으로 변화하고 있으며, 정보통신기반에 대한 책임도 그러한 상황은 동일하게 적용된다. 정보통신기반의 변화에 따라 정보통신기반에 대한 국가의 책임은 종전보다 더 확장되고 새로운 의미가 더해지게 된다. 지능정보사회의 등장에 대응하기 위하여 관련 하부구조를 구축할 책임이 국가에게 지워진다. 또한 위험사회에서 나타나는 위험을 제거하고 안전을 확보하는 활동의 하나로서 국가는 정보통신의 안전에 대한 책임을 지게 된다. 그리고 정보통신을 통한 공유와 참여가 보편화되면서 공유와 참여의 여건을 마련하고 민주적 생활의 기반을 향상시키는 책임도 국가에게 부여된다. 헌법상 정보통신기반에 대한 국가의 책임이란 정보통신기반에 대한 모든 책임 중에서 특히 헌법에 근거하여 국가가 정보통신기반에 대하여 지는 책임을 지칭하는 것이다. 헌법상 정보통신기반에 대한 국가의 책임은 헌법에 근거한 책임이라는 점에서 다른 법적 책임과 차별성이 있으며, 사회변동 대응과 공공성 확보를 지향하여야 한다. 지능정보사회는 중대한 사회변동이고 정보통신기반은 중대한 사회변동의 기초이다. 정보통신기반은 상당부분 공공성을 지니며, 특히 정보통신망은 정보사회의 토대를 이루는 기반으로서 국가적·공공적 성격이 강하다. 따라서 헌법과 각종 법률은 정보통신기반 관련 사안에서 상호 충돌하는 다양한 이해관계의 올바른 균형을 추구하고 공공성을 확보하여야 한다. 정보통신기반에 대하여 국가에게 요구되는 책임의 내용으로서 보편적 역무의 질적 향상, 중립성의 조화로운 실현, 정보통신기반 보호체계 구축 등의 규범적 근거로 기능할 수 있어야 한다.¹⁰²⁾

이에 따라서 지능정보서비스는 모든 국민이 공정하고 비차별적으로 향

101) 박상돈, 헌법상 국가책임으로서 정보통신기반책임에 관한 연구, 성균관대학교 박사학위 논문, 2016, 188면

102) 박상돈, 전제논문, 194면

유할 수 있어야 한다. 지능정보사회가 고도화되면 지능정보서비스는 전기·가스·수도 등과 같은 기초생활서비스 못지않게 인간 생활의 필수적 기반이 될 것이다. 국가가 이러한 공공서비스를 제공할 때에는 이른바 공공서비스의 기본원칙을 준수하여야 한다. 지능정보사회가 고도화되면 이러한 공공서비스의 원칙, 보편적 의무 등의 법리를 충분히 고려하여, 인간이 인간다운 생활을 할 수 있는 생활밀착적 지능정보서비스는 모든 국민이 공정하고 비차별적으로 향유할 수 있도록 제도를 설계하고 법제를 정비해야 한다.¹⁰³⁾ 특히 이를 통하여 장애인이나 사회적 약자 등이 지능정보기술이나 서비스에서 차별받거나 소외받지 않도록 국가가 일정한 역할을 반드시 해야 한다.

6. 지능정보사회의 신뢰기반 구축

가. 인간존엄의 보장

우리 헌법질서가 예정하는 인간상은 “자신이 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자의 생활을 자신의 책임 아래 스스로 결정하고 형성하는 성숙한 민주시민”¹⁰⁴⁾인바, 이는 사회와 고립된 주관적 개인이나 공동체의 단순한 구성분자가 아니라, 공동체에 관련되고 공동체에 구속되어 있기는 하지만 그로 인하여 자신의 고유가치를 훼손당하지 아니하고 개인과 공동체의 상호연관 속에서 균형을 잡고 있는 인격체라 할 것이다.¹⁰⁵⁾ 따라서 인간은 인간이라는 단순한 사실 때문에 존엄한 존재, 가치 있는 존재로 존중받아야 한다. 헌법 제10조에서 보장되는 “인간의 존엄성”보장이 의미하는 것이 무엇인지를 적극적으로 개념 정의하려고 시도하는 경우도 있지만, 인간을 단순히 국가의 단순한 객체로 만드는 것이 인간존엄에 반한다는 정도로 해석하고, 그 내용은 개개 경우에 구체화시켜야만 한다.¹⁰⁶⁾

103) 김민호·이규정·김현경, 전제논문, 297면

104) 헌재 1998. 5. 28. 96헌가5, 판례집 10-1, 541, 555 ; 헌재 2000. 4. 27. 98헌가16 등, 판례집 12-1, 427, 461

105) 헌재 2003. 10. 30. 2002헌마518

106) “인간의 존엄성은 최고의 헌법적 가치이자 국가목표규범으로서 모든 국가기관을 구속하

그렇다면 인간에 의하여 만들어졌으나, 스스로 생각하고, 판단하고, 결정하여 행동하는 기계들에 의하여 인간의 개입이 더 이상 필요 없고, 궁극적으로는 인간 자체가 굳이 필요 없는 사회가 될지도 모르는 지능정보사회에서 과연 인간이 존엄하고 가치 있게 살아남을 수 있는지에 대한 규범적 고민이 필요하다.¹⁰⁷⁾

지능정보사회 이전 사회에서 인간존엄 문제는 인간이 다른 인간을 ‘객체’나 ‘수단’으로 다루는 것을 엄격히 금지하는 것에 관한 것이었다면, 인간이 만든 기계에 의하여 인간이라는 종 자체가 사라질 가능성이 있는 지능정보사회에서 인간존엄에 대한 고민은 기계에 의한 인간의 ‘객체화’나 ‘수단화’라는 전혀 다른 새로운 차원의 문제인 것이다.

지능정보기술은 인간의 지능에 근접해 가는 기술이다. 따라서 지금까지 존재하던 그 어떤 기술보다 인간의 존엄과 가치에 대한 본질적 문제와의 충돌이 불가피할 것으로 보인다. 하지만 지능정보기술이 인간의 자유로운 의식과 결단을 방해하거나 대체하여 인간의 주체성을 훼손해서는 안 된다. 기술은 인간의 행복추구활동의 도구일 뿐, 기술이 인간의 주체성을 대체할 수는 없다. 따라서 어떠한 경우에도 인간이 기술에 대한 자율적 통제권을 상실해서는 안 된다. 또한 기술은 인간의 존엄성을 유지할 수 있는 윤리적 가치를 벗어나서는 안 된다. 지금까지 인류가 발전시킨 기술은 인간의 명령(입력)을 기반으로 하기 때문에 윤리적 가치의 문제는 기술에 대해 명령(입력)하는 인간의 몫이었다. 하지만 지능정보기술이 고도화되면 매번 기술이 구동될 때마다 인간의 명령(입력)을 필요로 하지 않고 기술 스스로 구동되는 수준까지 진화될 것으로 예상된다. 인간의 윤리적 가치를 벗어나거나 벗어날 수 있는 가능성이 있는 지능정보기술은 처음부터 사전에 철저히 배제되어야 한다.¹⁰⁸⁾

며, 그리하여 국가는 인간존엄성을 실현해야 할 의무와 과제를 안게 됨을 의미한다. 따라서 인간의 존엄성은 ‘국가권력의 한계’로서 국가에 의한 침해로부터 보호받을 개인의 방어권일 뿐 아니라, ‘국가권력의 과제’로서 국민이 제3자에 의하여 인간존엄성을 위협받을 때 국가는 이를 보호할 의무를 부담한다.”(헌재 2011. 8. 30. 2006헌마788)

107) 이에 관하여는 백수원, 헌법상 인공지능 규제 of 범위와 방향에 대한 시론적 고찰, 미국헌법연구 제29권 제2호, 2018, 98면 이하 참조.

108) 김민호·이규정·김현경, 전제논문, 295면 ; 이 논문에서 필자들은 계속해서 “지능정보기술을 기반으로 하는 로봇 등 기계의 권리주체성에 대한 문제제기가 충분히 있을 수 있다.

나. ‘불’완전한 초연결사회를 위한 개인정보자기결정권 확보의 필요성

“개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리이다. 즉 정보주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리”¹⁰⁹⁾이므로 개인정보자기결정권은 개인정보의 사용과 공개에 대하여 원칙적으로 개인 스스로 결정할 권리이다. 그래서 누가, 무엇을, 언제 그리고 어떠한 경우에 자기에 관하여 아는지를 시민들이 더 이상 알 수 없는 사회질서 및 이를 가능하게 하는 법질서는 개인정보자기결정권과 조화되지 못한다.¹¹⁰⁾

지능정보사회에서 인간의 개입이 필요없이 스스로 생각하고, 판단하고, 결정하여 행동하는 기계들의 세상이 된다면 인간, 곧 정보주체의 의사결정이 배제된 사물들의 연결, 기계들의 판단과 결정에 의하여 바로 그 인간, 정보주체의 생활방식과 형태가 결정된다. 그렇다면 이제 우리는 우리가 통제할 수 없는 “모든 것이 완벽하게 연결된” 초연결사회에서 살고 싶은가, 아니면 불완전하게 연결되고 나 스스로 연결여부를 결정할 수 있는 on off 스위치가 있고, “일정부분” 끊어진 초연결사회에서 살고 싶은지를 판단해야 한다.¹¹¹⁾ 이처럼 개인정보자기결정권을 진지하게 논의

사법관계에서의 문제뿐만 아니라 지능정보기술을 기반으로 하는 로봇 등 기계에게 형법상 행위책임 물을 수 있는 것인지 또는 행정법상 행정객체로서 행정명령 등의 수령자가 될 수 있는 것인지 등의 문제도 발생할 수 있다. 따라서 지금까지는 불필요했던 작업일 수 있으나 지능정보기술이 고도화되고 있는 상황에서는 인간만이 유일한 권리주체가 될 수 있다는 명제를 법령상 구체화할 필요가 있다. 종래 당연히 되었던 것이라도 지능정보기술이 더 고도화되기 전에 미래의 혼란을 미리 방지하기 위해서라도 ‘인간의 권리 유일성’을 명확히 천명해야한다는 것이다.”라고 하면서 인간의 권리유일성을 지능사회유지를 위한 규범원칙중 하나로 주장한다.(전계논문, 295면 이하)

109) 현재 2005.05.26. 2004헌마190

110) “이러한 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다.”(현재 2005.05.26. 2004헌마190)

111) 초연결사회의 의의 및 정보주체의 보호 등에 관하여는 이호영 외, 초연결사회의 지속가능성을 위한 사회문화적 조건과 한국사회의 대응(I), 정보통신정책연구원, 2015. 12 ; 손상영/이원태/김희연/문정옥, 안전한 초연결사회를 위한 사회문화적 조건 - 초연결사회의 지속가능성을 위한 사회문화적 조건과 한국사회의 대응(II), 정보통신정책연구원, 2016. 12 참조.

하는 이유는 과거나 지금처럼 “앞으로도” 민주법치국가의 존립근거인 인간의 존엄성과 자율을 보호하기 위해서이다. 이제 중요한 것은 두려움의 대상인 정보처리를 가능한 한 투명화함으로써 기술적 발전에 관하여 ‘규범적으로’ 판단하고 예측함으로써 인간의 존엄성과 자율을 계속해서 보호해야만 한다는 것이다. 그러므로 개인정보자기결정권의 목표는 지능정보사회에서 특히 인간의 자율적 의사소통능력을 보장하는 데에 있다. 여기서 우리가 분명히 인식해야만 하는 것은 지능정보사회에서 개인자기결정권의 보호를 단순히 개인의 권리보호문제로만 파악해서는 안 된다는 것이다. 바로 이러한 문제는 국가와 사회의 구성 및 조직과 직접적으로 관련되는 문제이기도 하다. 이는 결국 간단히 말하자면 국민의 기본권을 침해하지 않는 기술체계들이 발전될 수 있도록 헌법이 과학기술사회, 정보사회에 어떻게 작용, 반응해야만 하는지를 생각해 보아야만 한다는 것을 뜻한다.¹¹²⁾

다. 기본권 친화적 지능정보기술도입의 확보

지능정보사회에서 개인의 기본권보호와 국가의 투명성보장이 요구된다. 먼저 지능정보사회에서 개인이 국가의 객체나 수단으로 전락되지 않기 위해서는 개인의 사생활이 적극적으로 보호되어야만 할뿐만 아니라 더 나아가서 개인의 자율과 자유를 보장하는 여러 기본권들을 통하여 ‘국가의 투명성’ 또한 담보할 수 있어야만 한다. 이에 따라서 지능정보사회의 발전에 따라 인공지능의 개발이 편향되지 않으며 궁극적으로 인류에 혜택을 주는 “윤리적 디자인”을 추구해야 한다는 목소리가 커지고 있다.¹¹³⁾

이를 위하여 먼저 인간의 존엄과 가치를 구현하는 기술개발에 대한 헌법의 원칙으로서 첫째, 새로운 기술을 연구·개발하고 이를 활용하여 새로운 서비스를 제공하는 때에 인간의 존엄과 가치를 훼손하여서는 안

112) 이에 관하여는 김일환, 情報自己決定權의 憲法上 根據와 保護에 관한 研究, 公法研究 제 29집 제3호, 2001, 87면 이하 참조

113) 한국정보화진흥원, 미래신호 탐지 기법으로 본 인공지능 윤리 이슈 - 글로벌 동향과 전망, 2017-제1호(2017. 3. 10.) 18면

된다는 점을 천명하고, 둘째, 국가는 새로운 기술의 연구·개발과 이를 활용한 새로운 서비스의 제공이 인간의 존엄과 가치를 훼손하지 않도록 필요한 계획과 정책을 수립·시행하도록 국가의 책무를 명확히 규정할 필요가 있다.¹¹⁴⁾

지능정보사회에서 수집되는 정보의 양이 확대됨에 따라 사생활 침해가 우려되고 전력, 교통 등 지능정보 서비스망에 해킹 발생시 국가시스템에 대한 위해가 가능한 바, 사이버 위협, AI 오작동 등으로 발생할 수 있는 역기능을 효과적으로 차단하여 지능정보사회에서 나타날 수 있는 불안감을 해소해야 한다. 이를 위하여 강화된 사이버 위협에 대응한 지능형 자율 방어체계를 구축하고, 인공지능기계 스스로 판단하고 행동하여 소유자나 관리자 등에게 손해를 가할 우려가 있거나 권한없는 다른 자에 의하여 통제될 가능성이 있거나, 초기화할 필요가 있는 경우에 물리적으로 그러한 기계를 파괴, 초기화하기 위한 인간의 통제방법으로서 로봇활동 중단을 위한 Kill Switch 등을 도입해야 한다.¹¹⁵⁾

이와 관련하여 지능정보기술 발전에 대한 검토가 필요하다는 인식을 바탕으로, 이러한 모든 문제를 기존 법제도의 후진성이라는 시각에서 법제도의 정비를 통하여 해결해야만 하는지, 아니면 해당 분야의 기술적 발전을 통하여 해결하거나 해결하도록 지원을 하는 법제정비를 해야 하는지에 대한 고민이 기술의 발전에 대한 법학의 역할이라는 관점에서 필요하다.

V. 지능정보기술의 발전에 따른 새로운 분쟁해결절차의 강화필요성

1. 사전적(事前的)·절차적 보호의 강화

법치국가와 기본권보호의 출발점은 바로 “절차적 정의”이다. 곧 국가는 모든 관련자들에게 그들의 사정과 의견을 주장할 수 있는 공정하고

114) 김민호·이규정·김현경, 전계논문, 300면 이하

115) 이에 관하여는 한국정보화진흥원, 인공지능 Kill Switch 관련 해외 동향, 2017 ; 관계부처 합동, 제4차 산업혁명에 대응한 지능정보사회 중장기 종합대책, 2016. 12. 27, 46면 이하 참조.

객관적인 절차들을 보장한 이후에 어떤 결정을 내려야만 한다. 결국 이러한 공정하고 객관적인 절차를 통하여 국가는 국가권력행사의 정당성을 확보할 수 있다. 특히 오늘날 기본권보호경향은 최대한 기본권을 보호하는 것인데, 이러한 경향중 하나가 바로 기본권을 절차보장으로 파악하는 것이다. 따라서 오늘날 기본권과 조직, 절차를 연결하는 것이 기본권의 실현과 보장을 위하여 아주 중요한 의미를 갖는다. 그러므로 과학기술사회·정보사회에서 개인의 기본권보호는 물론 국가권력행사의 정당성을 위해서도 실체적 기본권은 절차영역에서부터 보호되어야만 한다.¹¹⁶⁾

물론 지금까지 전통적인 기본권보호제도에서는 국가의 공권력작용으로 인하여 국민의 권리가 침해된 경우에 재산상 손해를 전보해 주거나 당해 행정작용을 취소, 변경해 주는 사후적 구제제도가 핵심이었다. 그러나 원자력발전소나 무수히 많은 사람들이 동시에 개인의 사적인 정보를 저장, 전달할 수 있는 정보처리기술이 등장하는 과학기술사회, 정보사회에서 이러한 전통적인 사후구제제도로는 개인의 권리를 충분히 보호할 수 없다. 오히려 과학기술사회, 정보사회에서는 국가의 공권력작용으로 인하여 국민의 권리침해가 발생하기 이전에 처음부터 위법하거나 부당한 공권력작용이 행하여지지 아니하도록 예방하는 사전적·절차적 제도를 통한 권리보호가 훨씬 더 효율적이다. 따라서 아직까지는 사전적 구제제도가 사후적 구제제도를 보완, 보충하는 역할을 맡고 있으나 앞으로는 그 중요성이 사후적(事後的) 구제제도에 준할 만큼 중요한 몫을 차지할 것이다.¹¹⁷⁾

2. 재판 외 분쟁해결제도의 부각

어느 국가, 어느 사회나 갈등에 의한 분쟁은 존재한다. 종래에 이용되어 왔던 국가 공권력에 의한 분쟁해결 방식은 사법부를 통한 소송으로서의 해결을 의미하며, 제기된 분쟁에 대하여 종국적이고 강제적으로 해결

116) 지능정보사회에서 사법(司法) 및 법률서비스에 관한 논의는 한국정보화진흥원, 인공지능이 바꾸는 법률서비스, 2017 ; 정채연, 법패러다임 변화의 관점에서 인공지능과 법담론, 법과사회 53호, 2016 ; 양종모, 인공지능을 이용한 법률전문가 시스템의 동향 및 구상, 仁荷大學校 法學研究 第19輯 第2號, 2016 참조.

117) 김일환, “첨단과학기술사회에서 효율적인 기본권보호에 관한 예비적 고찰”, 헌법학연구 8-3(2002), 82.

할 수 있는 장점을 가지고 있다. 그러나 소송에 의한 갈등해결 방식은 시간이 오래 걸리고 비용이 많이 소요되며, 소송 당사자들 간의 갈등이 완전하게 해소되지 않고, 사법적인 절차만으로 강제적 합의가 이루어진다는 제도적 단점도 가지고 있다. 이에 따라서 분쟁의 형태가 다양화되고 있는 현대사회에서 새로운 분쟁해결방식으로 재판 외 분쟁해결제도가 부각되고 있다.¹¹⁸⁾ 이러한 분쟁해결제도가 헌법상 재판을 받을 권리를 침해하는 것이 아닌지 다투어지고 있으나 기본권의 효율적 보호를 위하여 다양한 권리보호수단을 마련하는 것은 법치주의 원리상 타당하다.¹¹⁹⁾ 우리나라에서도 현재 다양한 형태의 재판 외 분쟁해결제도가 시행되고 있는 바, 이에 관한 논의도 활발하다.¹²⁰⁾ 그 중 특히 많이 이용되고 있는 행정형 분쟁조정제도의 경우에는 행정기관 소속으로 존재하거나 행정기관 산하에 분쟁조정위원회 등의 이름으로 설치·운영되고 있다.¹²¹⁾

3. 재판 외 분쟁해결제도의 헌법적 의의

이러한 관점에서 본다면 재판 외 분쟁절차의 한 종류인 분쟁조정제도는 현대사회에서 생겨나는 다양한 갈등을 재판에 비하여 보다 신속하고 저렴한 비용으로 해결할 수 있는 절차이다. 이에 대하여 이러한 분쟁조정제도는 헌법상 보장된 재판을 받을 권리를 침해할 위험성이 있다는 견

118) 김상수, “바람직한 ADR운영기관”, 중재 제329호, 대한상사중재원, 2009 ; 김상수, “우리나라 ADR법제의 운영현황과 발전방향”, 국회입법조사처, 2012 ; 김상태, “행정법상 대체적 분쟁해결제도의 허용성에 관한 연구”, 법학연구 제35집 제35호 2009 ; 김연, “소송 외 분쟁해결제도에 관한 서론적 연구”, 사회과학연구 제13집, 1997 ; 김유환, “행정형 ADR 정비방안- 모델절차법(안)”, 사법제도개혁추진위원회, 2006 등에서 이에 관하여 논의하고 있다.

119) 김일환, “개인정보의 보호와 이용법제의 분석을 위한 헌법상 고찰”, 헌법학연구 제17권 제2호2011. 6, 353-389면

120) 김경배, “한국 대체적 분쟁해결제도의 제도화 및 발전방안에 관한 연구”, 산업경제연구 제18권 제1호, 2005, 251면; 유병현, “ADR의 발전과 법원 외 조정의 효력”, 법조협회 제53권 6호, 2004, 27면; 김상찬, “ADR기본법의 입법론에 관한 연구”, 중재연구 제13권 제2호, 2004, 157면; 김상수 “ADR제도의 활성화를 위한 현행제도의 문제점” JURIST, 통권. 제393호, 2003, 31면

121) 이에 관하여 자세한 것은 권수진, 헌법적 관점에서 본 재판의 분쟁해결제도(ADR)에 관한 연구, 성균관대학교 박사학위논문, 2019 참조.

해도 존재한다.¹²²⁾ 그러나 재판제도가 현실적으로 모든 분쟁을 해결할 수 없을 경우, 그 최종적인 분쟁해결수단은 재판제도를 이용한다 하더라도, 사전에 제3자의 협력에 따른 재판 외 분쟁해결절차를 통해서 갈등을 해결하고 권익을 보장해주는 것이 기본권 보장의 원리에 충실하며, 오히려 법치주의를 확장할 수 있다.¹²³⁾

법원을 통한 재판을 전통적 또는 주된 분쟁해결제도라고 한다면 재판 외 분쟁해결제도(Alternative Dispute Resolution, 이하 'ADR'이라 함)로는 협상, 조정, 중재 등이 있다. 이러한 재판 외 분쟁해결제도는 재판에 비하여 그 해결이 신속하고, 그 비용이 상대적으로 저렴하며, 누구나 쉽게 접근할 수 있는 권리보호 수단을 제공함으로써 보다 효율적인 분쟁해결방법을 제공할 뿐 아니라, 궁극적으로 법원의 사건부담도 경감시킬 수 있다는 장점을 가지고 있다. 현대사회, 첨단과학기술사회에서 갈등의 형태와 양상이 매우 다양하게 나타나고 있는 바, 기존의 소송과 같은 갈등 해결 수단만으로는 헌법상 보장된 기본권을 충분히 보호할 수 없음이 드러나고 있다. 재판 외 분쟁해결제도의 헌법상 재판청구권 침해나 분쟁조정제도의 실효성 등에 관한 논의가 존재하나, 기본권의 효율적 보호를 위하여 다양한 권리보호수단을 마련하는 것은 법치주의 원리상 타당하며, 새로운 형태의 권리 보호수단인 분쟁조정제도의 필요성이 높아지고 있다.

현대사회에 있어 행정기관에 의한 분쟁조정제도는 새로운 권리보호 수단으로서 그 논의가 점점 확대되고 있다. 이는 소송의 대안제도에 관한 논의가 활성화되고 있는 것과 무관하지는 않다. 그러나 행정형 분쟁조정제도에 대해서 비판적 입장도 주장되고 있다. 즉 행정형 분쟁조정제도의 지나친 확대는 법적 분쟁해결의 주체가 행정부가 되어 사법부의 입지가 약화된다는 비판, 조정기관이 양 당사자의 자유로운 의사에 맡기지 않고 조정기관이 일반적으로 정한 내용을 양 당사자에게 강요하는 것은 강제조정이 되어, 법관이 아닌 자의 재판을 받는 경우와 마찬가지로의 결과가

122) 이러한 견해에 따르면 분쟁조정제도는 분쟁해결을 협의하는 과정에서 헌법상 법관에 의한 재판을 받을 헌법상 권리를 침해할 소지가 있다.

123) 이동찬, “재판 외 분쟁해결수단으로서의 공법상 조정”, 한국비교정부학보 제11권 제2호, 2007. 12, 8면

될 수 있다는 비판, 그리고 조정결과의 효력을 재판상 화해로 인정한다면 행정부가 법원만이 할 수 있는 판결을 한 것으로 되어 헌법상의 기본권인 재판을 받을 권리를 침해하게 된다는 비판 등이 존재한다. 그러나 기존의 분쟁해결수단인 재판제도로는 현실적으로 모든 분쟁을 해결할 수 없으므로 최종적으로는 재판제도를 이용한다 하더라도 사전에 제3자의 협력에 따른 재판 외 분쟁해결절차를 통해서 갈등을 해결하고 권익을 보장해주는 것이 기본권 보장의 원리에 충실하며, 오히려 법치주의를 확장할 수 있다. 현행 행정형 분쟁조정제도에 대한 입법개선 및 분쟁조정제도의 활성화 노력을 통하여 당사자의 분쟁에 대한 신속한 해결을 지향하여야 한다.¹²⁴⁾

VI. 결론

1. 지능정보기술이란 인공지능 기술과 데이터 활용기술을 융합하여 기계에 인간의 고차원적 정보처리 능력(인지, 학습, 추론)을 구현하는 기술을 말하며, 인공지능기술은 인간 정보처리 활동의 원리를 분석하는 기초 기술과 ICT를 통해 이를 구현하는 인공지능 SW 및 HW 기술을 말한다. 결국 지능정보사회에서 가장 핵심이 되며, 과거 정보사회와 구별짓는 것이 바로 인공지능인 바, 이는 기계가 인간이 고유하게 보유하고 있다고 생각되었던 인지 능력, 추론 능력, 학습 능력, 이해 능력 등이 가능하다는 것이다. 이는 결국 기계가 인간의 고차원적 판단기능을 수행함으로써 독립된 주체로 활동하고 스스로 진화하여 기계의 성능이 기하급수적으로 향상됨을 의미한다. 이러한 기술을 바탕으로 하는 지능정보사회가 우리가 알고 있는 정보사회의 고도화에 해당하는지, 아니면 지능정보기술에 기반을 둔 지능정보화의 급속한 진전으로 인해 과거와는 다른 새로운 정보사회인지를 검토해야 한다. 왜냐하면 어느 입장을 택하느냐에 따라 지능정보사회에 대한 규범적 해결의 방법과 강도가 달라질 수 있기 때문이다.

124) 이에 관하여는 권수진·김일환, 분쟁조정제도에 관한 법제정비 방안, 成均館法學 第28卷 第24號, 2016, 1면 이하 참조.

2. 사물인터넷, AI 비서, 자율주행차 등의 발전에 따른 자유롭게 경쟁하는 고부가가치 경제, 누구나 기회를 갖는 복지사회, 개인맞춤형 서비스 사회 등이 지능정보사회의 장밋빛 청사진이라면, 그 이면에는 인간에 의하여 만들어졌으나, 스스로 생각하고, 판단하고, 결정하여 행동하는 기계들에 의하여 인간의 개입이 더 이상 필요 없고, 궁극적으로는 인간 자체가 굳이 필요 없는 사회가 도래할 것이라는 우울한 전망 또한 도사리고 있다. 지능정보사회에서 과연 인간이 존엄하고 가치 있게 살아남을 수 있는지에 대한 규범적 고민을 이제 함께 해야 한다. 지능정보사회 이전 사회에서 인간존엄 문제는 인간이 다른 인간을 ‘객체’나 ‘수단’으로 다루는 것을 엄격히 금지하는 것에 관한 것이었다면, 인간이 만든 기계에 의하여 인간이라는 종 자체가 사라질 가능성이 있는 지능정보사회에서 인간존엄에 대한 고민은 기계에 의한 인간의 ‘객체화’나 ‘수단화’라는 전혀 다른 새로운 차원의 문제인 것이다.

3. 지능정보사회에 대응하는 법제정비방안 논의는 먼저 지능정보사회를 규율하는 원칙에 관한 논의가 있다. 이에 관하여 투명성, 안전성, 개인정보자기결정권을 포함한 신뢰기반 보호, 인간존엄보장, 책임성 등이 국내외적으로 논의되는 원칙의 주요 내용으로 다루어지고 있다. 다음으로 지능정보사회의 발전에 대응하는 법제정비방안 논의가 국내외적으로 활발히 진행되고 있는 바, 이러한 내용에는 경제, 사회, 교육 등 다양한 영역에서 단기적 입법과제에서부터 중장기적 입법과제들이 포함되어 있다.

4. 이러한 법제정비방안을 다루기 위해서는 지능정보사회를 규율하기 위한 국가의 책무가 헌법상 제시될 필요가 있는 바, 이 논문에서는 헌법친화적 지능정보사회구축을 위하여 지속가능성보장, 인공지능기술의 발전에 따른 투명성확보, 자율규제기구를 통한 지능정보사회 문제의 일차적 해결, 국가의 정보기반시설구축 책임, 지능정보사회의 신뢰기반 구축, 지능정보기술의 발전에 따른 입법자의 역할 재인식 및 새로운 분쟁해결 절차의 강화를 그 주요 책무로 설정하였다. 이와 관련하여 지능정보기술 발전에 대한 검토가 필요하다는 인식을 바탕으로, 이러한 모든 문제를 기존 법제도의 후진성이라는 시각에서 법제도의 정비를 통하여 해결해야

만 하는지, 아니면 해당 분야의 기술적 발전을 통하여 해결하거나 해결하도록 지원을 하는 법제정비를 해야 하는지에 대한 고민이 기술의 발전에 대한 법학의 역할이라는 관점에서 필요하다.

(논문투고일: 2020.08.26, 심사개시일: 2020.09.06, 게재확정일: 2020.09.17)



▶ 김일환

지능정보사회, 초연결사회, 헌법, 인공지능, 개인정보

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 손상영/이원태/김희연/문정옥, 「안전한 초연결사회를 위한 사회문화적 조건 - 초연결사회의 지속가능성을 위한 사회문화적 조건과 한국 사회의 대응(II)」, 정보통신정책연구원, 2016
- 이원태, 「4차 산업혁명과 지능정보사회의 규범 재정립」, 정보통신정책연구원, 2017
- 이호영 외, 「초연결사회의 지속가능성을 위한 사회문화적 조건과 한국 사회의 대응(I), 정보통신정책연구원」, 2015
- 정보통신정책연구원, 「인공지능의 규범이슈와 정책적 시사점」, 2015
- 한국법제연구원, 「인공지능 기술 관련 국제적 논의와 법제 대응방안 연구」, 2016
- 한국법제연구원, 「제4차 산업혁명 시대의 ICT법제 주요 현안 및 대응방안」, 2016
- 한국인터넷진흥원, 「AI·디지털 윤리 표준화 및 지침 관련 해외 동향 분석(해외 개인정보보호동향 보고)」, 2019
- 한국인터넷진흥원, 「EU 인공지능 백서(White Paper on Artificial Intelligence) 주요 내용 분석(해외 개인정보보호동향 보고서)」, 2020
- 한국정보화진흥원, 「지능정보사회의 새로운 과제와 대응 방안」, 2017
- 한국정보화진흥원, 「미래신호 탐지 기법으로 본 인공지능 윤리 이슈 - 글로벌 동향과 전망」, 2017-제1호. 2017
- 한국정보화진흥원, 「인공지능 Kill Switch 관련 해외 동향」, 2017
- 한국정보화진흥원, 「정보화 법제연구 지능사회 법제도 이슈 전망 : 2017 지능정보사회로의 안착을 위한 법제도 개선방안 연구」, 제2016-07호, 2016
- 한국정보화진흥원, 「인공지능시대의 정부 - 인공지능이 어떻게 정부를 변화시킬 것인가?」 [IT&Future Strategy 2017-3], 2017
- 한국정보화진흥원, 「인공지능이 바꾸는 법률서비스」, 2017
- 한국정보화진흥원, 「2019 지능정보사회 해외 법제 동향」, 2019

- 한국정보화진흥원, 「영국의 공공분야 AI 활용 가이드 주요 내용」, 2019
- 한국정보화진흥원, 「사회 속의 인공지능(OECD 보고서)」, 2019
- 한국정보화진흥원, 「신뢰 가능 AI 구현을 위한 정책 방향 - OECD AI 권고안을 중심으로 -」, 2019
- 한국정보화진흥원, 「인공지능 윤리가이드라인 - 일본과 사례를 중심으로 EU -」, 2019
- 한국정보화진흥원, 「EU 인공지능 백서와 데이터 전략」, 2020

II. 논문

- 관계부처 합동, “제4차 산업혁명에 대응한 지능정보사회 중장기 종합대책”, 2016
- 권수진, “헌법적 관점에서 본 재판외 분쟁해결제도(ADR)에 관한 연구”, 성균관대학교 박사학위논문, 2019
- 김민호·이규정·김현경, “지능정보사회의 규범설정 기본원칙에 대한 고찰”, 성균관법학 제28권 제3호, 2016
- 김민호·김정준, “지식정보사회에서 행정법학의 새로운 패러다임 모색”, 公法學研究 제8권 제3호
- 김윤정·윤혜선, “인공지능 기술의 활용과 발전을 위한 제도 및 정책 이슈”, 한국과학기술기획평가원, 2016
- 김일환, “憲法上 새로운 情報秩序確立을 위한 序說的 考察”, 憲法學研究 제7권 제1호, 2001
- 김일환, “지식정보사회 관련 기본법제의 개정방향과 내용에 관한 연구”, 成均館法學 第21卷 第1號, 2009
- 金昌奎, “知識情報化社會에 對備한 法制整備方向”, 법제연구 제17호
- 문명재, “제4차 산업혁명과 초연결 지능형 미래정부”, 행정포커스 2017 05/06, 한국행정연구원
- 박상돈, “헌법상 국가책임으로서 정보통신기반책임에 관한 연구”, 성균관대학교 박사학위논문, 2016
- 백수원, “헌법상 투명성 원칙에 관한 연구”, 성균관대학교 박사학위논문, 2011

- 백수원, “헌법상 인공지능 규제 범위와 방향에 대한 시론적 고찰”, 미
국헌법연구 제29권 제2호, 2018
- 서용석, “행정에서의 인공지능의 역할”, 행정포커스 2017 05/06, 한국행
정연구원
- 서용석·김동원, “인공지능기술의 발전에 따른 미래의 정부모습과 관료
제”, KIPA 조사포럼 Vol.17, 2016, 한국행정연구원
- 선지원, “인공지능 관련 국가법의 현황과 문제점”, 한국국가법학회 학술
대회 발표집, 2020
- 심우민, “지능정보사회 입법 동향과 과제”, 연세 공공거버넌스와 법, 제8
권 제1호, 2017
- 양종모, “인공지능을 이용한 법률전문가 시스템의 동향 및 구상”, 仁荷大
學校 法學研究 第19輯 第2號, 2016
- 윤혜선, “인공지능 규제 정책에 관한 연구 : 주요국의 규제 정책 사례를
중심으로”, 정보통신정책연구 제26권 제4호, 2019
- 이규정, “지능정보사회를 위한 법제 정비의 방향과 내용”, 지능정보사회
에서 헌법의 역할과 기능(한국헌법학회 학술대회), 2020
- 이시직, “4차 산업혁명 시대 지능정보기술의 사회적 영향과 법적 과제”,
연세 공공거버넌스와 법 제8권 제1호, 2017
- 임현진·서이중, “21세기 한국사회 : 지식사회나 정보사회나”, 문화정책
창간호
- 장인호, “헌법상 과제로서 지속가능성에 관한 연구”, 성균관대학교 박사
학위논문, 2012
- 정채연, “법패러다임 변화의 관점에서 인공지능과 법담론”, 법과사회 53
호, 2016
- 제4차산업혁명위원회 지원단, “글로벌 AI 정책(전략, 권고안, 가이드라인
등) 동향”, 2020
- 홍석한, “국가역할의 변화에 따른 규제된 자율규제에 관한 연구”, 성균관
대학교 박사학위논문, 2008

Abstract

The Role and Function of the Constitution in Intelligence Information Society

Il Hwan Kim

(Sungkyunkwan University School of Law)

“Intelligence Information Technology(IIT)” is a technology that realize high level information processing ability of machine such as recognition·learning·reasoning·etc. of human by integrating artificial intelligence technology and data utilization technology. And It means artificial intelligence SW and HW technology that realize the analysis of principle information processing activity through basic technology and ICT.

Due to the rapid progress of intelligent informatization based on intelligent information technology, the economic system and social structure around the world are at the turning point of paradigm that fundamentally change. These kind of intelligent services are expected to provide new opportunities, such as improving the quality of human life and improving access to new knowledge. However, the progress of intelligent informatization has the possibility of exposing various social problems at the same time. The emergence of intelligent information society calls for the establishment of new normative system by raising new issues. If the society that creates new values and drives development in all fields including politics·economy·society·culture based on the fusion of intelligence information technology and intelligence information technology and other technologies or services should be intelligent information society, now we

need to seriously consider how we do live in information society. There is an active discussion on legal measures to deal with intelligence information society. In this study, I intend to strengthen the new dispute settlement procedure as responsibility of the government for the regulation of the intelligence information society from the perspective of role and function of the constitution in the intelligence information society according to the guarantee of sustainability, transparency through the development of artificial intelligence technology, primary resolution of the intelligence information society problem through self-regulatory organization, establishment of national intelligence infrastructure, building trust of intelligence information society development of intelligence information technology.



▶ **Il Hwan Kim**

Intelligence Information Society, Hyper-connected Society, Constitutional Law, Artificial Intelligence, Personal Information)

정보주체의 권리보장과 ‘동의’제도의 딜레마

김현경*

【목 차】

I. 서론	IV. 개선과제
II. 정보주체 ‘동의’의 의미	1. 개인정보 자기관리와 후견주의 (Paternalism)의 조화
1. ‘동의권’의 근원	2. 옵트인방식의 제한적·차별적 운용
2. 현행법상 ‘동의’의 의미	3. 개인정보처리자의 프라이버시 관리능력 향상
III. ‘동의’의 딜레마	4. 개인정보에 대한 결정 ‘시기’ 조정
1. ‘동의’의 유효요건	5. 동의방식의 재검토
2. ‘동의’의 유효요건 충족 곤란	
3. 프라이버시·개인정보 자기관리의 곤란	V. 결론

【국 문 요 약】

우리나라를 비롯한 미국, 유럽에서 정보주체의 권리를 보호하기 위한 법률의 기본적 접근 방식은 정보주체에게 자기의 프라이버시 또는 개인정보 관리에 대한 결정을 내릴 수 있는 일련의 권리를 제공하는 것이고 그 핵심이 ‘동의’권이다. 그러나 온라인상의 다양한 서비스에서 실제 동의가 진정성 있게 본연의 역할을 수행하고 있는가에 대하여는 부정적이다. 본 연구에서는 이러한 ‘동의’ 규범이 지니는 한계에 대하여 분석하고 개선과제를 도출하고자 하였다. 현행 동의 규정의 한계를 요약하면 다음과 같다. 첫째, 빅데이터·인공지능·사물인터넷 환경에서 데이터가 처리되고 분석되는 방식과 목적이 사람의 개입 없이 계속 변화한다. 따라서 데이터 처리 목적과 범위를 특정하는 현행법상의 ‘고지-동의’ 방식은 그

* 서울과학기술대학교 IT정책전문대학원 부교수, 법학박사

유효요건을 충족하기 곤란하다. 둘째, 그 결과 '동의'의 실질적 목적이라고 할 수 있는 '프라이버시·개인정보 자기관리'가 곤란해졌다. 처리되는 개인정보의 광범위성, 물이해적 고지사항, 정보주체와 개인정보처리자간 정보의 비대칭성 등은 동의과정에서 정보주체의 진정한 참여를 불가능하게 만들었다.

이러한 '동의'의 한계를 해결하기 위하여 '프라이버시·개인정보 자기관리'를 전적으로 동의에 기반한 개인의 책임하에 두는 것이 아니라, 국가의 후견주의적 개입을 통해 보장할 필요가 있다. 그 구체적 방안으로 옵트아웃과 국가 후견주의를 적절히 조화시키면서, 옵트인은 예외적 경우에만 허용하는 방안이 고려될 수 있다. 또한 정보주체의 프라이버시·개인정보 관리능력을 향상시키는 것은 지금까지 그렇듯 한계가 있으므로, 오히려 개인정보처리자의 프라이버시·개인정보 관리능력을 향상시키는 방안을 모색하여야 한다. 그밖에 개인정보의 가치는 수집 당시가 아니라 각종 이용과정에서 더 적절히 평가될 수 있으므로 개인정보 보호의 초점을 수집 중심에서 '이용'중심으로 전환하여야 한다.

I. 서론

빅데이터, 인공지능, 각종 데이터 분석 및 추적 기술의 발달 및 확산은 다양하고 편리한 서비스를 제공하는 한편 개인정보 혹은 프라이버시 침해와 관련된 문제도 발생시키고 있다. 이에 대응하여 우리나라를 비롯한 미국, 유럽의 정책 입안자들이 중요하고도 새로운 규제를 입법화하는 것 같지만, 실상 개인정보 보호에 대한 기본 접근 방식은 1970년대 이후 크게 변한 바 없다. 법률의 기본설계는 정보주체에게 자기의 개인정보 관리에 대한 결정을 내릴 수 있는 일련의 권리를 제공하는 것이고 그 핵심이 '동의'권이다. 개인정보의 수집, 이용 및 제공과 관련하여 고지받고 동의할 수 있는 권리를 부여함으로써 정보주체에게 자기의 정보에 대한 통제권을 부여하는 것이다.

동의가 본연의 역할을 하기 위해서는 동의하는 자가 선호하는 결과가

발생하도록 동의의 목적이 이행되어야 한다. 즉 동의의 결과가 동의를 한 자에게 유리할 수도 있지만 그렇지 않을 수도 있다는 것을 혹은 앞으로 잠재적 위험이 있을 수 있다는 것을 인식하고 그 선택의 결과를 수용하는 것이다. 그러나 인터넷을 기반으로 하는 각종 서비스에서 실제 동의가 진정성 있게 본연의 역할을 수행하고 있는가에 대하여 묻는다면 그 답은 당연히 부정적이다. 악성코드를 제거하는 연구소인 Malwarebytes Labs는 2019년 2월 66개국 4000명의 인터넷 이용자를 대상으로 정보 프라이버시 우려에 대한 조사를 시행했다.¹⁾ 조사결과에 의하면 압도적 다수라 할 수 있는 응답자의 96%가 온라인 프라이버시가 중요하다고 응답하였다. 또한 97%가 온라인상에서 자신들의 개인정보를 보호하기 위한 조치를 취한다고 대답하였다. 그러나 이러한 우려와는 상반되게 대다수의 응답자들은 매일매일 일상에서 그들의 개인정보를 침해할 수 있는 다양한 형태의 앱과 기술을 사용하고 있었으며, 정보주체는 자신들의 개인정보가 어떻게 사용될지 이해하지 못하고 있었다. 국내에서도 개인정보보호위원회·행정안전부가 2019년 실시한 개인정보보호 실태조사에 따르면 개인정보 제공 시 동의서를 확인하지 않는다는 이용자가 59.7%로 약 60% 수준에 근접한다. 다시 말해 10명 중 6명은 동의서를 읽지 않는다는 것이다. 동의서 미확인 이유 1순위로 ‘동의서 내용에 상관없이 서비스를 반드시 이용해야 해서’가 36.7%로 가장 많았다.²⁾

그럼에도 불구하고 우리의 개인정보 보호 법규는 지금까지 개인정보 자기관리 혹은 프라이버시 자기관리라는 프레임 속에서 이러한 권리를 구현하기 위한 가장 쉬운 법적 수단으로서 ‘동의’를 당연히 해왔다. 그러나 현행의 ‘동의’가 개인정보 규제프레임의 핵심으로서 혹은 정보주체의 권리보장수단으로서 그 역할을 다하고 있는지 검토할 필요가 있다. 이를 위하여 본 연구는 정보주체 ‘동의권’ 부여의 근원이 되는 헌법상 개인정

1) Jovi Umawang, "Labs Survey Finds Privacy Concerns, Distrust of Social Media Rampant with all Age Groups" <<https://biog.malwarebytes.com/security-world/2019/03/labs-survey-finds-privacy-concerns-distrust-of-social-media-rampantwith-all-age-groups/>> (2020.8.5. 최종확인).

2) 그 다음으로 ‘확인하는 것이 귀찮고 번거롭다’가 33.6%, ‘내용이 많고 이해하기 어려워서’가 24.6%를 차지한다. 특징적인 점은 ‘동의서와 상관없이 서비스의 이용’의 이유가 전년대비 6.0%p 증가폭이 높은 항목이면서 동시에 작년 2순위에서 1순위로 순위가 변동되었다는 것이다. 개인정보위원회, 행정안전부, 2019 개인정보보호 실태조사, 2020

보자기결정권에 대하여 검토하고(Ⅱ) 이를 실현하기 위한 핵심수단으로서 현행의 ‘동의’가 가지는 한계를 살펴본다(Ⅲ). 그리고 개인정보 보호와 정보의 부가가치를 높이는 활용 모두 양보할 수 없는 중요한 가치이므로 앞서 분석한 ‘동의’제도의 한계를 극복하기 위해 검토해야 할 과제를 제안하고자 한다(Ⅳ).

Ⅱ. 정보주체 ‘동의’의 의미

1. ‘동의권’의 근원

가. 프라이버시권과 프라이버시 자기관리(Privacy Self-Management)

프라이버시에 대한 입장이나 시각은 각각 다르지만, Warren과 Brandeis 이후 20세기 후반 프라이버시 개념은 이미 단순히 간섭받지 않을 권리를 벗어나고 있다. 즉, ‘어떤 상황에서 어느 정도까지 다른 사람에게 자신을 노출시킬 것인지 또는 자신의 행동과 태도를 드러낼 것인지를 자유롭게 결정할 수 있는 권리’³⁾가 강조되기 시작되었다. 프라이버시가 이렇게 적극적인 의미로 변화하면서 오히려 그 개념정의는 더욱 어려워졌다. 그리고 대부분의 학자들은 프라이버시를 상당히 폭넓은 개념으로 이해하고 있다. 여기에는 개인정보에 대한 통제권뿐만 아니라 개인의 신체에 대한 통제권과 개인적 선택을 포함한다고 보는 입장⁴⁾, 자신에 관한 내적인 정보를 보호하고 접근을 통제하는 것은 물론, 사적으로 친근한 관계를 보호하고 사적 행동에 관한 결정을 자유로이 내릴 수 있는 모든 것을 프라이버시의 범주에 포함시키는 입장⁵⁾, 다른 사람의 정보나 사적 결정 과정에 대한 지나친 사회적 통제로부터의 보호를 프라이버시

3) A. F. Westin, “Privacy and Freedom”, Privacy and Freedom Atheneum, N. Y. 1967, at 10.

4) Kupfer, J., Privacy, autonomy and self-concept. American Philosophical Quarterly, 24, 1987, at 81~89.

5) Inness, J., *Privacy, intimacy and isolation*. Oxford University Press. 1992

로 보는 입장⁶⁾ 등 다양한 견해가 있다. 미연방대법원은 헌법상의 프라이버시권이 두 가지 내용의 보호 법익을 가지고 있는 것으로 판시하였다. 그 하나가 “사적인 사항이 공개되는 것을 원치 않는 이익(interest in avoiding disclosure of personal matters)”이며, 다른 하나는 “자신의 중요한 문제에 대하여 자율적이고 독자적으로 결정을 내리고자 하는 이익(interest in independence in making certain kinds of important decisions)”이다.⁷⁾

이러한 프라이버시의 법적 보호는 크게 진화한 것 같지만 1970년대 이후 프라이버시 보호 법률의 기본설계는 정보주체에게 개인정보의 관리 방법에 대한 결정을 내릴 수 있는 일련의 권리를 제공하는 것이고, 그 기저는 현재도 여전하다. 이러한 권리의 핵심이 ‘동의’권이다. 개인정보의 수집, 이용 및 제공과 관련하여 고지받고 동의할 수 있는 권리를 부여함으로써 정보주체에게 프라이버시에 대한 통제권을 부여한다. 동의권의 목적은 자기 정보에 대한 통제권을 부여하는 것이고 이러한 통제권을 통해서 정보주체는 자신의 개인정보에 대한 공개, 이용, 수집의 대가와 혜택이 주는 가중치나 부가가치에 대하여 스스로 결정할 수 있다. 이를 ‘프라이버시 자기관리(privacy self-management)’라고 한다.⁸⁾ 우리 법은 헌법상 ‘개인정보자기결정권’에 근거하여 정보주체의 권리를 보호하므로 이를 ‘개인정보 자기관리’와 유사하다고 볼 수 있다. 즉 후술하는 우리나라의 개인정보자기결정권과 유사하게 미국에서는 프라이버시 자기관리에서 ‘동의’가 비롯된다. “ ‘고지-동의(informed consent)’는 프라이버시 자기관리를 가능하게 하는 피난처처럼 여겨져 왔다”⁹⁾는 표현 역시 이를 반영한다.

프라이버시 자기관리는 공정정보관행원칙(Fair Information Practice Principles)에서 언급된 공정정보관행(Fair Information Practices, 이하 “FIPs”라 한다)을 근거로 한다.¹⁰⁾ FIPs는 1973년 미국 건강의료복지국

6) Schoeman, F., *Privacy and social freedom*. Cambridge University Press. 1992.

7) Whalen v. Roe, 429 U.S.589, 599~600, 1977.

8) Daniel J. Solove, Privacy Self-management and the Consent Dilemma, Harvard Law Review Vol. 126, 2013, at 1880

9) Id, at 1880

10) Robert Gellman, Fair Information Practices: A Basic History, BOB GELLMAN 9-10, Oct 72,

이 데이터의 디지털화가 증가하는 것에 대한 우려를 언급하면서 등장하였다. 이 관행은 (1) 개인정보 기록시스템의 투명성, (2) 그러한 기록시스템에 대하여 고지받을 권리, (3) 개인정보를 동의 없이 목적외 사용하는 것을 금지할 권리, (4) 자신의 기록을 수정 또는 교정할 권리, (5) 정보보유자가 오남용을 방지할 책임을 포함한다.¹¹⁾ 이 원칙은 추후 미국내에서 여러 법령에 반영되었으며, OECD Privacy Guideline of 1980과 최근의 GDPR에 반영되었다고 보기도 한다.¹²⁾ FIPs하에서 대부분 형태의 개인정보 수집, 이용, 공개가 ‘고지-동의’만 주어진다면 가능하다. 즉 프라이버시 자기관리 능력을 거의 ‘고지-동의’와 동일시 해왔다.¹³⁾

프라이버시 자기관리는 너무나 넓게 받아들여져서 프라이버시 보호와 관련된 해석과 적용에 대한 논쟁도 분분하다. 일례로 2012년에 미국 연방 통상 위원회(the Federal Trade Commission, 이하 “FTC”라 한다)와 백악관은 프라이버시 보호를 위한 새로운 규제프레임워크를 제안하고자 하였으나, 결국 기존의 방식의 한계, 즉 ‘동의’모델을 뛰어넘지 못했다. FTC 프레임워크는 정보의 수집과 사용관행의 투명성을 목적으로 하고 소비자가 자신의 개인정보에 대하여 결정할 능력이 있음을 인정하였다.¹⁴⁾ 백악관이 제안한 소비자 권리 장전의 중심도 결국 소비자가 그들의 개인정보에 대한 적절한 통제권을 실행할 권리를 인정하는 것이다. 즉 소비자가 개인정보의 수집, 이용, 공개에 대하여 유의미한 결정을 가능하게 하도록 하는 것이다.¹⁵⁾ 최근 미국 내에서 소비자의 개인정보 관련 권리를 강하게 규정하고 있는 법으로 평가되고 있는 2020년 1월에 시행(2018년 6월 제정)된 캘리포니아주 소비자 프라이시법(California Consumer Privacy Act, CCPA)도, 소비자의 권리로서 옵트-아웃 권리(right to opt-out or say no),¹⁶⁾ 삭제권(rights to delete),¹⁷⁾ 차별금지

2019. at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2415020. (2020.8.18.최종확인)

11) Robert Gellman, supra note, at 4-5

12) Gellman, supra note, at 10~12

13) Daniel J. Solove, supra note, at 1882

14) FED. TRADE COMM’N, PROTECTING CONSUMER PRIVACY IN AN ERA OF RAPID CHANGE, at I, 2012, available at <http://ftc.gov/os/2012/03/120326privacyreport.pdf>. (2020.8.18.확인)

15) THE WHITE HOUSE, CONSUMER DATA PRIVACY IN A NETWORKED WORLD 47, 2012.

16) 소비자는 개인정보를 제3자에게 판매하는 사업자에게 자신의 개인정보를 판매하지 말 것을 지시할 권리(opt out)를 가지고 제3자에게 판매하는 사업자는 정보가 판매될 수 있고

또는 서비스평등권리(right to equal service or not to be discriminated), 개인정보 유출에 대한 법적 의무 등을 규정하고 있다. 결국 정보주체의 '고지-동의'에 기반한 제도의 범주 내에서 소비자의 권리를 열거하고 있다.

그러나 이처럼 프라이버시 자기관리의 피난처처럼 여겨져 온¹⁸⁾ '고지-동의'는 더이상 정보주체에게 자신의 개인정보에 대한 의미 있는 관리를 제공하지 못하고 있다. 미국 내에서도 이러한 동의 중심의 프라이버시 자기관리는 변화된 환경에 적합하지 않음을 지적하는 논의가 진행되고 있다. 이에 대하여는 후술한다.

나. 개인정보자기결정권

미국의 프라이버시권(right of privacy)이라는 용어에 대한 우리의 번역어로는 “사생활권”이라는 표현이 그 다의성을 함께 나타내는 가장 적절한 것으로 판단된다. 서구의 프라이버시(privacy)라는 말은 사생활적 이익을 총칭하는 가장 넓은 개념이다. 우리 헌법이 상정하고 있는 주거의 자유(제16조), 사생활의 비밀과 자유(제17조), 통신의 비밀(제18조)은 모두 프라이버시의 개념에 포섭된다.

전통적인 프라이버시권이 개인의 사적 영역을 외부의 침입이나 개입으로부터 소극적으로 보존하고자 하는 데에 초점이 맞추어져 있었다면, 개인정보자기결정권은 타인에 의한 개인정보의 무분별한 수집·축적·처리·가공·이용·제공에 대해 정보 주체에게 적극적인 통제권을 부여하고자 하는 데에 그 핵심이 있으므로¹⁹⁾ 그 보호의 맥락과 보호 범위, 그리고 보호 내용이 완전히 동일하지는 않다고 할 수 있다.

우리나라 헌법재판소는 개인정보자기결정권과 관련하여 “개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고

소비자는 이를 거부할 권리가 있음을 사전 고지할 의무가 있다(§1798.120·130).

17) 소비자는 사업자에게 수집한 자신의 개인정보 삭제를 요구할 권리를 갖는다. 요청받은 사업자는 자신이 보유한 정보뿐만 아니라 모든 서비스 제공업체에 대해 해당 소비자의 개인정보를 삭제할 것을 지시해야 한다(§1798.105).

18) Daniel J. Solove, *supra* note, at 1880.

19) 성낙인, 행정상 개인정보보호, 공법연구 22권 3호, 1984, 288쪽.

또 이용되도록 할 것인지를 그 정보 주체가 스스로 결정할 수 있는 권리이다. 즉, 정보 주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리를 말한다. (...중략...) 또한 그러한 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다. 새로운 독자적 기본권으로서의 개인정보자기결정권을 헌법적으로 승인할 필요성이 대두된 것은 다음과 같은 사회적 상황의 변동을 그 배경으로 한다고 할 수 있다. (...중략...) 개인정보자기결정권의 헌법상 근거로는 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유, 헌법 제10조 제1문의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에 근거를 둔 일반적 인격권 또는 위 조문들과 동시에 우리 헌법의 자유민주주의적 기본 질서 규정 또는 국민주권 원리와 민주주의 원리 등을 고려할 수 있으나, 개인정보자기결정권으로 보호하려는 내용을 위 각 기본권들 및 헌법 원리들 중 일부에 완전히 포섭시키는 것은 불가능하다고 할 것이므로, 그 헌법적 근거를 굳이 어느 한두 개에 국한시키는 것은 바람직하지 않은 것으로 보이고, 오히려 개인정보자기결정권은 이들을 이념적 기초로 하는 독자적 기본권으로서 헌법에 명시되지 아니한 기본권이라고 보아야 할 것이다.”²⁰⁾라고 하였다.

20) 2005. 5. 26. 2004헌마190. 그러나 헌법재판소는 2007. 5. 31. 2005헌마1139 결정에서 “사람의 육체적·정신적 상태나 건강에 대한 정보, 성생활에 대한 정보와 같은 것은 인간의 존엄성이나 인격의 내적 핵심을 이루는 요소이다. 따라서 외부 세계의 어떤 이해관계에 따라 그에 대한 정보를 수집하고 공표하는 것이 쉽게 허용되어서는 개인의 내밀한 인격과 자기 정체성이 유지될 수 없다. ‘공직자등의 병역사항 신고 및 공개에 관한 법률’ 제8조 제1항 본문 가운데 ‘4급 이상의 공무원 본인의 질병명에 관한 부분’(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)에 의하여 그 공개가 강제되는 질병명은 내밀한 사적 영역에 근접하는 민감한 개인정보로서, 특별한 사정이 없는 한 타인의 지득(知得), 외부에 대한 공개로부터 차단되어 개인의 내밀한 영역 내에 유보되어야 하는 정보이다. 이러한 성격의 개인정보를 공개함으로써 사생활의 비밀과 자유를 제한하는 국가적 조치는 엄격한 기준과 방법에 따라 섬세하게 행하여지지 않으면 아니된다”라고 하면서 내밀한 사적 영역에 근접하는 민감한 개인정보의 공개는 개인정보자기결정권이 아닌 사생활의 비밀과 자유를 제한한다고 결정하여 개인정보 보호에 관한 헌법상 근거 조항을 구별하고 있다. 또한 헌법재판소는 2010. 9. 30. 2008헌바132 결정에서는 “개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보 주체가 스스로 결정할 수 있는 권리로서, 헌법 제10조 제1문에서 도출되는 일반적 인격권 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 의하여 보장된다”라고 하면서 계속해서 “청구인이 그 침해를 주

2. 현행법상 '동의'의 의미

가. 개인정보 생애주기별 '동의' 현황

개인정보 영역에서 '동의'는 지금까지 프라이버시권 또는 개인정보자기결정권을 구현하기 위한 핵심수단으로 여겨져 왔다. 혹자는 「개인정보 보호법」의 여러 법적 장치들 중에서도 동의제도는 개인정보자기결정권을 가장 직접적이고 구체적으로 구현하여 주는 제도라고 한다.²¹⁾

개인정보의 수집·이용-제공-보관·파기 등 개인정보의 생성에서 파기에 이르는 생애주기관점에서 볼 때 동의는 모든 생애주기에 걸쳐 영향을 미친다.

우선 수집 단계에서 '고지-동의'는 민간에서 개인정보의 수집을 합법화·정당화 시키는 핵심 절차이다(법 제15조제1항제1호). 단순히 동의하는 것이 아니라 동의와 관련하여 일련의 부가적 조치들이 취해져야 한다. 첫 번째 조치는 동의여부를 결정하는데 있어서 판단기준이 되는 내용의 사전고지이다. 정보주체는 '동의'에 앞서서 i)개인정보의 수집·이용 목적, ii)수집하려는 개인정보의 항목, iii)개인정보의 보유 및 이용 기간, iv)동의를 거부할 권리가 있다는 사실 및 동의 거부에 따른 불이익이 있는 경우에는 그 불이익의 내용을 고지받아야 한다(제15조제2항). 고지받은 사항을 기반으로 개인정보의 제공 여부를 판단하고 수집에 대한 동의 여부를 결정한다. 두 번째 조치는 정보주체가 필요 최소한의 정보에만 동의하여도 재화나 서비스의 제공이 거절되지 않는다는 사항에 대한 고지이다(제16조제1항 및 제2항).

동의 외 수집의 정당화 요소는 법률의 규정, 법령상 의무준수, 공공기관의 업무수행, 정보주체 또는 제3자의 급박한 이익 등이다. 이는 개인

장하는 인격권, 사생활의 비밀보장권은 모두 개인정보자기결정권의 헌법적 근거로 거론되는 것들로서 그 보호영역이 개인정보자기결정권의 보호영역과 중첩되는 범위에서만 이 사건과 관련되므로, 특별한 사정이 없는 이상 개인정보자기결정권에 대한 침해 여부를 판단함으로써 위 기본권들의 침해 여부에 대한 판단이 함께 이루어지는 것으로 볼 수 있어 그 침해 여부를 별도로 다루지 아니한다"라고 하였다.

21) 권영준, 개인정보 자기결정권과 동의 제도에 대한 고찰, 법학논총 36(1), 2016.3.697쪽

적 의사보다 공익적 가치가 우선시 되는 경우로 주로 공공영역에 해당된다. 즉 민간영역에서는 실질적으로 개인정보의 ‘수집’이 전적으로 정보주체의 동의에 의존하고 있다고 해도 과언이 아니다.

개인정보의 이용 단계에서 역시 ‘동의’는 중요하다. 개인정보는 수집 당시 고지된 목적과 범위 내에서 이용되어야 한다. 그러나 사물인터넷, 빅데이터 환경은 불가피하게 목적 내 이용의 범위를 불분명하게 만들 수 있다. 일례로 전력공사가 A의 전력사용정보를 지능형 전력망을 통해 자동으로 수집하는 목적은 서비스제공에 필요한 최소한이어야 하므로 목적 내 사용범위는 ‘전기로 부과’이어야 한다. 따라서 전력공사는 전기로 부과의 목적 범위 내에서 필요최소한의 처리만 허용된다. 그 이상의 이용을 위해서는 정보주체에게 별도의 동의를 받아야 한다(법령에 다른 규정이 없음을 전제로 한다). 그러나 전력공사가 전력 절감을 위해 A를 포함한 전력소비자의 5년간 전력사용 시간대, 공간별 사용현황 등을 분석, 추출하여 전력 절감방안을 도출할 경우 목적 외 사용이 문제 될 수 있다. 그러나 이러한 분석은 궁극적으로 전력비용을 절감하는 방안을 도출하므로 전력소비자에게 이익이 된다. 그렇다면 더 저렴한 전기를 부과하고 전력효율성을 높이기 위한 목적의 개인정보 처리는 수집 당시 고지해야 하는 개인정보의 수집 목적에 해당된다고 할 수 있는가?(수집당시의 기술적 상황은 이러한 데이터 처리가 불가능했다고 가정해 보자.) 그리고 전기로 부과를 위한 필요최소한의 범위에 해당되는가? 아무리 구체화 하여도 이용과정에서 목적 내 범위인지 문제 되는 경우가 발생할 수밖에 없으며, 목적 내 필요최소한의 범위는 데이터처리기술의 발달에 따라 특정하기 어렵다. 현행법은 개인정보처리자가 개인정보를 목적 외의 용도로 이용할 경우 정보주체의 ‘별도의 동의’를 받도록 규정하고 있다(제18조제2항제1호). 추가적 이용의 정당화 사유 역시 ‘정보주체의 동의’이다. 정보주체는 목적 외 사용의 동의에 앞서 수집과 거의 유사하게 사전고지를 받게 된다. 개인정보처리자는 i) 개인정보를 제공받는 자, ii) 개인정보의 이용 목적(제공 시에는 제공받는 자의 이용 목적을 말한다), iii) 이용 또는 제공하는 개인정보의 항목, iv) 개인정보의 보유 및 이용기간(제공 시에는 제공받는 자의 보유 및 이용 기간을 말한다), v) 동의를 거부할 권리가 있다는 사실 및 동의 거부에 따른 불이익이 있는 경우에

는 그 불이익의 내용을 정보주체에게 미리 알려야 한다(제18조제3항).²²⁾

한편 개인정보처리자가 수집목적 및 범위 내에서 즉 정보주체의 동의의 내용대로 이용한다 할지라도 정보주체는 이러한 이용에 대하여 언제든지 처리정지를 요구할 수 있다(제37조제1항). 처리정지 요구권은 개인정보처리 활동에 대한 정지를 요구하는 것으로 동의 철회권보다는 그 개념이 넓다. 동의 철회권은 정보주체 자신이 동의한 것에 대해서만 동의를 철회할 수 있으나, 처리정지 요구권은 정보주체 자신이 처리에 동의하지 않았더라도 개인정보처리자가 처리하고 있는 정보주체에 관한 모든 개인정보의 처리에 대하여 처리정지를 요청할 수 있는 것을 말한다. 정보주체는 처리정지 요구의 이유를 알릴 필요가 없으며 언제든지 가능하다.²³⁾

개인정보의 제3자 제공 역시 ‘동의’는 필수요건이다. 개인정보처리자는 정보주체의 동의를 받아야 개인정보를 제3자에게 제공할 수 있다(제17조제1항). 동의를 받을 시 사전 고지사항은 ‘수집’시와 거의 대동소이하다. 개인정보를 제공받은 자가 제공받은 목적 외 용도로 이용하거나 또 다른 제3자에게 제공하고자 하는 경우에도 정보주체로부터 ‘별도의 동의’를 받아야 한다(제19조제1호).

개인정보의 파기단계에서는 동의를 구하는 규정은 없다. 다만 ‘수집’ 단계에서 보유 및 이용기간을 특정하여 동의를 받아야 하므로 수집시 동의한 기간이 경과하면 파기는 당연한 의무가 된다. 따라서 파기는 수집시 동의받는 보유기간과 연동하여 정보주체의 동의 의사가 간접적으로 반영된다고 볼 수 있다.

개인정보의 일련의 생애주기에 있어서 그 처리는 정보주체의 ‘동의’에 의해 영향을 받는다. 수집단계의 구체적 ‘고지-동의’에 이어, 이용단계에

22) 다만 최근 개정된 개인정보 보호법에 의할 경우 “개인정보처리자는 당초 수집 목적과 합리적으로 관련된 범위에서 정보주체에게 불이익이 발생하는지 여부, 암호화 등 안전성 확보에 필요한 조치를 하였는지 여부 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 정보주체의 동의 없이 개인정보를 이용할 수 있다”(제15조제3항)고 규정하여 추가적 이용에 대한 규정을 신설하였다. 또한 “개인정보처리자는 통계작성, 과학적 연구, 공익적 기록보존 등을 위하여 정보주체의 동의 없이 가명정보를 처리할 수 있다(제28조의2제1항)”고 규정하였다. 따라서 별도의 동의를 받지 않고 목적 외 사용할 수 있는 여지가 넓어졌다고 볼 수 있다.

23) 행정안전부, 개인정보 보호법 해설서, 2016.

서도 추가적 동의가 지속적으로 발생하며, 하물며 이미 실행중인 동의를 철회할 수 있을 뿐만 아니라 처리중지요청도 가능하다. 수집 시 동의한 기간에 연동되어 파기의무가 발생하며, 제3자 제공의 경우에도 ‘동의’가 필요하다.

나. 동의를 받는 방법

현행법은 동의를 받는 방법에 대하여도 구체적으로 규정하고 있다.

첫째, 포괄동의의 금지를 규정하고 있다. 개인정보처리자가 개인정보 처리에 대하여 정보주체의 동의를 받을 때에는 각각의 동의 사항을 구분하여 받아야 하며, 정보주체가 동의를 구분해서 할 수 있다는 사실을 명확하게 인지할 수 있도록 알리고 동의를 받아야 한다(제22조 제1항).

둘째, 개인정보처리자는 정보주체의 동의가 필요 없는 개인정보와 정보주체의 동의가 필요한 개인정보를 구분하여야 한다(제22조 제3항). 정보주체의 동의가 필요 없는 개인정보에는 계약의 체결 및 이행을 위해 필수적인 정보, 법령상 의무준수를 위해 불가피한 정보, 급박한 생명·신체·재산상 이익보호를 위해 필요한 정보, 개인정보처리자의 정당한 이익달성을 위해 필요한 정보 등이 해당되며, 이런 경우에는 동의를 받을 필요가 없다. 동의가 필요하지 않다는 입증책임은 개인정보처리자가 부담한다.

셋째, 마케팅 광고에 대하여는 별도의 구분 동의를 받아야 한다(제22조 제4항). 상품의 판매권유 또는 홍보를 목적으로 개인정보처리에 대한 동의를 받을 때는 정보주체에게 판매권유 또는 홍보에 이용된다는 사실을 다른 동의와 구분하여 정보주체가 이를 명확히 인지할 수 있게 알린 후 (검토)동의를 받아야 한다.

넷째, 정보주체가 선택정보의 처리에 대한 동의(제3항), 직접마케팅에 대한 동의(제4항), 목적외 이용·제공에 대한 동의를 거부하였다는 이유로 개인정보처리자는 재화 또는 본질적인 서비스의 제공을 거부하지 못한다(제22조제5항). 또한 개인정보 수집에 동의하지 않는다는 이유로 재화 또는 본질적인 서비스의 제공을 거부하는 것도 금지된다(제16조제2항).

그러나 합리적인 사유에 근거를 둔 거부는 가능하다.

3. 소결

프라이버시는 기본적으로 양도할 수 없는 인격권이라는 측면에서 보호받는다. 마찬가지로 개인정보가 저작물(저작권)이나 발명(특허권) 등의 지식처럼 재산권의 일 유형으로 법률상 규명된 것은 아니므로 개인정보 자기결정권을 재산권으로 보는 것은 한계가 있다. “우리나라의 법제 내에서는 개인정보를 활용하여 얻는 재산적 이익이 있다고 하여 개인정보 자체가 재산인지 의문이 있고, 이러한 권리를 물권/채권의 재산권 체계 속에 포함시키기가 이론적으로 곤란하므로 개인정보자기결정권은 인격권이며 재산권이라고 이야기하는 것은 논리적 비약”이라는 견해 역시 같은 맥락이라고 할 수 있다.²⁴⁾ 그러나 이러한 견해도 개인정보의 재산적 가치를 부정하는 것은 아니라고 한다.

개인정보는 이미 데이터베이스 형태로 다양한 유상 거래의 대상이 되고 있으며, 정보주체의 동의 없는 가명정보의 처리 허용, 금융영역에 도입된 ‘마이데이터’제도 등은 점차 개인정보가 인격적 속성뿐만 아니라 거래의 대상으로 재산적 속성을 가지게 됨을 보여준다. SNS를 비롯한 대부분의 인터넷 기업에서 ‘개인정보’는 인격의 지표이기보다는 중요한 영업자산이다. 이러한 상황에서 개인정보에 대한 각종 동의권이 개인정보 자기결정권의 실현수단임을 이유로 전적으로 인격권적 성격만을 지닌다고 보는 것은 한계가 있다. 즉 개인정보의 수집 등 처리를 정당화 시켜주는 동의를 정보주체의 인격권에 대한 통제권적 성격으로만 보기에는 무리가 있다. 하물며 프라이버시를 일종의 공유재로 이해하는 견해는 프라이버시는 공통적 가치(common value), 공공적 가치(Public value), 집합적 가치(collective value)를 지니고 있기 때문에 이를 단순히 개인적 가치로만 환원할 수는 없다고 한다.²⁵⁾ 이러한 견해에 의하면 공유 자원은 그것을 사용함으로써 얻게 되는 혜택을 누릴 수 있는 잠재적 수혜자

24) 권영준, 앞의 논문, 682쪽

25) Regan, P., Privacy as a common good in the digital world. *Information, Communication & Society*, 5(3), 2002, at 382~405.

들을 배제하는 것이 매우 어려운 큰 규모의 자연적 혹은 인공적 자원이며 인터넷 또한 공유 자원 체계에 해당된다. 이러한 견해는 인터넷상의 데이터 패킷과 컴퓨터 파일 등과 같은 정보재 즉 개인정보도 공유재적 성격이 존재하는 것으로 파악한다.²⁶⁾

결국 개인정보를 둘러싼 정보주체의 권리는 내밀한 인격권의 보호 영역과 정신적 자유의 사적 영역, 또 전통적인 물리적 공간의 사생활 보호의 자유권적 특성뿐만 아니라, 적극적으로 정보 처리 과정에서 참여권 및 청구권, 그리고 자신의 개인정보의 재산적 가치에 대한 이용권이 포함되어 있다고 본다.²⁷⁾ 따라서 개인정보의 처리에 대한 바람직한 동의제도를 모색하기 위해서는 이러한 개인정보의 속성이 모두 고려되어야 한다. 이렇게 볼 때 개인정보의 처리에 있어서 ‘동의’는 인격권으로서 개인정보자기결정권을 제한하는 것에 대한 위법성을 조각하는 승낙일 뿐만 아니라, 데이터 거래의 계약관계로서 개인정보처리자의 청약에 대한 승낙의 의사표시로 볼 수 있다. 또한 데이터 자체의 공공재로서의 성격은 각종 공익적 사유에 의한 동의권의 제한을 정당화시키게 된다.²⁸⁾

26) Ostrom, E., *Governing the commons: The Evolution of institutions for collective action*, Cambridge: Cambridge University Press, 1990, at 30.

27) 정영화, 개인정보침해에 대한 사전·사후적 구제제도. 개인정보보호 정책포럼(정부혁신지방분권위원회) 자료집, 2004.6.16., 8쪽

28) 권영준, 앞의 논문, 710쪽 : 권영준 교수는 “개인정보처리자가 개인정보의 수집과 이용에 동의를 구하고 정보주체가 이에 동의하는 것을 법적으로 계약 또는 약관에 해당한다고 할 수 있는가에 대하여 논란의 여지가 있다..(중략)..만약 정보주체의 동의를 개인정보처리자의 동의요청과 무관하게 개인정보 수집과 이용을 정당화해주는 일방적 의사표시로 파악한다면 이를 계약 또는 약관이라고 할 수 없다..(중략)..오히려 이는 인격권의 일종인 개인정보자기결정권의 영역을 침해하는 것에 대한 승낙, 즉 위법상조각사유로서의 피해자의 승낙에 가깝다..(중략)..결국 정보주체의 ‘동의’를 계약관계로 획일적으로 파악할 것이 아니라 승낙의 구체적인 모습에 따라 결정할 문제이다...”고 언급하여 ‘동의’를 계약의 승낙으로서의 성격과 인격권 침해에 대한 위법성 조각사유로서의 성격을 모두 지니고 있으며 사안에 따라 판단해야 한다고 한다.

Ⅲ. '동의'의 딜레마

1. '동의'의 유효요건

통상 정보주체의 개인정보를 처리함에 있어 '고지-동의'가 유효하다고 여겨지기 위해서는 정보주체가 정확히 무엇에 동의하는지, 그리고 그러한 동의의 결과가 어떠한지 예측하고 결정할 수 있어야 한다. 대부분 자동화된 동의 과정에서 동의가 유효하기 위한 몇 가지 중요한 기준이 제안되며, 이를 범주화 하면 다음과 같다.²⁹⁾

〈표 1〉 동의의 유효성 판단 기준

구분		주요 기준
동의의 결과와 관련된 요건	정보주체 에 대한 요건	- 법령상 동의연령에 도달했는지 여부, 그렇지 않다면 법정대리인 필요 - 행위능력자 여부/행위무능력자라면 법정대리인 필요 - 동의자격이 있는지 여부
	동의의 방식에 대한 요건	- 서면동의 여부 - 부분동의가 가능한지 여부(부분동의의 경우에도 목적달성이 가능한지) - 동의결정에 대한 확신은 합리적으로 확고한지 여부 - 동의가 독립적 결정인지 여부 - 최신의 동의인지 여부
동의의 결정을	동의에 제공되는	- 수집되는 데이터의 항목이 명확한지 여부 - 처리의 목적이 명확한지 여부

29) Bart Custers et al., Consent and privacy, Leiden University No 2018/008 - eLaw Working Paper Series- 24 April 2019, at 249; Bart Custers et al., Informed Consent in Social Media Use. The Gap between User Expectations and EU Personal Data Protection Law ,” SCRIPTed, Journal of Law, Technology and Society 10 (4) 2013, at 435-457.

위한 고려사항	정보(고지) 의 요건	- 어떤 보안조치가 명확히 취해졌는지 여부 - 누가 데이터를 처리하며, 누가 책임을 지는지가 명확한지 여부 - 어떤 권리가 보장되는지, 그러한 권리가 어떻게 실행될 수 있는지에 대한 명확성 여부
	고지의 방법에 대한 요건	- 고지내용이 자세히 그리고 충분히 제공되었는지 여부 - 고지내용은 이해할 수 있는지 여부 - 고지내용은 신뢰할만하며 정확한지 여부 - 고지내용에 접근할 수 있는지 여부

진정한 의미의 동의가 실행되기 위해서는 본 항목 요건을 모두 충족하여야 한다. ‘고지-동의’ 자체는 정보주체가 위의 모든 요소를 잘 고려하여 결정할 수 있다는 확신이 전제되었을 때 유효하다. 정보주체가 고지사항을 제대로 이해할 수 없거나 의미를 정확히 전달받지 못했다면 이러한 ‘고지-동의’가 유효하다고 볼 수 없다. 근대 사법 분야에서 인간상은 자유롭고 합리적 인간상을 전제로 한다고 하면서 사적자치에 기반한 계약의 자율 패러다임이 수긍되려면 1) 계약당사자에게 충분한 정보가 제공되어야 하고(정보의 토대), 2) 계약 당사자가 그 정보를 제대로 인식, 이해하고 합리적으로 판단할 수 있어야 하며(인지와 판단의 토대), 3) 그 판단의 토대 위에서 대등하게 상대방과 협상할 수 있어야 한다(협상력의 토대)는 견해³⁰⁾ 역시 위와 같은 동의의 실행항목 유효요건의 전제와 일맥상통한다고 볼 수 있다.

30) 권영준, 앞의 논문 694쪽

2. 동의의 유효요건 충족 곤란

가. 기술적 측면

인공지능에 기반한 데이터 환경은 필연적으로 동의 기반의 개인정보 보호 제도와 충돌할 수밖에 없다.³¹⁾ 동의의 유효요건을 충족하기 어려운 이유를 기술적 측면에서 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 전통적인 사전 고지방식으로 정보 주체에게 수집 정보의 '처리 범위'를 미리 설명하는 것이 쉽지 않다. 그 이유로 우선 동의라는 행위는 일시적·순간적 행위이나, 빠른 기술변화에 연동되는 서비스는 한 번의 동의로 상당 기간 지속된다. 빅데이터에서 데이터 처리과정은 계속 진화하며 미래의 데이터처리기술은 예측하기 어렵다. 따라서 수집 당시에 개인정보를 어떻게 이용할 것인지 그 이용범위를 특정하는 것이 곤란하다. 예를 들어 정보주체는 웹사이트나 SNS를 가입할 때 통상 한 번의 동의로 서비스를 지속한다. 서비스를 탈퇴할 때까지 가입 시 제공한 정보를 일부러 업데이트 하지 않으며 본인의 데이터를 과기시키지 않는다. 그러나 기술과 서비스는 계속 바뀌면서 개인정보 처리관행도 상당 부분 변화된다. 따라서 '동의 당시 제공된 정보(고지)의 요건'을 충족하기 어렵다. 수집되는 대상 정보를 특정하기 어렵고, 해당 정보의 처리목적 역시 수집 당시 특정하기 어렵다.

또한 인공지능은 심층 학습(deep learning) 기술을 사용하는데 관련 데이터의 양이 방대하고, 그 처리 과정이 매우 복잡해서 이른바 '블랙박스 효과(black-box effect)'가 나타나게 된다. 즉 데이터 처리 과정이 불투명하고, 왜 이런 결정이 내려졌는지 그 이유를 설명하기 어렵다. 따라서 인공지능·빅데이터 환경에서는 데이터를 수집하는 시점에서 그 데이터가 어떤 목적으로 어떻게 이용될 것인지를 확정하는 것이 기술적으로 어려운 경우가 많다.³²⁾ 그러므로 '고지'를 통해 처리의 범위를 확정하는 것이 쉽지 않다.

31) ICO. Big data, artificial intelligence, machine learning and data protection, 2017, at 10-12.

32) 이인호, 앞의 발표문, 2-3쪽

둘째, 수집 당시 ‘수집 목적’을 확정하는 것이 곤란하다. 빅데이터 분석의 특징은 데이터를 처음 수집할 때의 목적과 다른 목적으로 사용하고, 여러 정보처리자로부터 그 데이터가 공급될 수 있다는 점이다. 즉 데이터 처리 목적을 재설정(repurposing data)한다. 일례로 DataShift 같은 회사는 트위터, 페이스북 등 SNS로부터 공개된 데이터를 가져와 마케팅 등 다양한 목적을 위한 분석에 활용한다. 그러나 SNS를 통해 수집할 당시 수집목적이 제3자의 마케팅 목적으로 사용될 수 있는지는 불분명하였을 것이다. 학교 홈페이지에 공개된 저자의 개인정보 역시 정보주체인 저자가 제공한 당시의 목적범위 내에서 사용되고 있을 리 만무할 것이다.

셋째, 정보주체가 의식적으로 개인정보를 제공하는 방식은 이미 정보 수집의 주된 방식이 아니게 될 수 있다. 사물인터넷과 같은 기술의 발전과 빅데이터의 결합은 사람들이 의식하지 못하는 가운데 실시간 새로운 유형의 데이터를 양산해 내고, 개인정보처리자에 의해 수집된다. 즉 개인정보처리자는 데이터를 반드시 정보 주체로부터 수집하는 것이 아니라, 수집 혹은 생성자체가 정보 주체와 무관하거나 관련성이 적은 경우도 발생하게 된다. 다른 데이터로부터 비교적 간단한 방식으로 생성된 파생 데이터(derived data)³³⁾의 경우 또는 미래의 신용 점수나 건강을 예측하는 등 사람을 분류하거나 프로파일링하기 위해 생성되는 추론 데이터(inferred data)는 엄격히 정보 주체로부터 직접 생성 혹은 수집된 정보는 아니다. 따라서 정보의 지배관리권이 정보주체에게 있는 것이 아니라 해당 정보를 생성한 개인정보처리자에게 있다는 논란도 다분히 제기된다.

넷째, 실질적으로 동의가 유효하기 위해서는 특별한 사정이 없는 한 동의를 ‘취소’할 수 있어야 한다. 동의 취소 후에 처리된 개인정보는 더 이상 계약관계에 해당 되어서는 안 되며, 일단 완전히 계약관계에서 소멸되어야 한다. 그러나 개인정보에 대한 동의는 기술적으로 완전한 취소가 어렵다. 개인정보가 이미 공개되었을 때 동의의 취소를 이유로 공개된 개인정보의 삭제를 요구할 수 있는가? 일명 ‘잊힐권리’가 논의되고 있지만 모든 국가가 권리로 인정하고 있지는 않다. 개인정보보호 정책의 변경, 개인정보 오남용에 대한 우려, 상황에 따른 변경(일례로, 프라이버

33) 일례로 매장 방문 횟수와 구매 품목에서 고객의 수익성을 계산해 낸 데이터이다.

시 친화적 기술 또는 관행의 실행)을 포함하여 동의의 취소 사유는 다양할 수 있다. 따라서 개인정보를 삭제해야 하는 새로운 의무가 발생하게 된다.³⁴⁾ GDPR 역시 개인정보를 삭제하지 아니할 합법적 이유가 없는 한 동의의 취소 후 즉각적인 개인정보 삭제를 요구하고 있다. 그러나 관행적으로 이러한 의무가 항상 쉽게 준수될 수 있는 것은 아니다. 또한 이러한 의무는 데이터의 자유로운 흐름을 전제로 개방성을 중요 요소로 하는 인터넷의 기본구조를 크게 손상시킬 수 있다.

한편 동의의 거절이 반드시 더 나은 프라이버시의 보호를 의미하지 않는다. 빅데이터는 동의한 자로부터 추출한 정보를 통해 동의를 하지 않은자의 특징을 예측할 수 있다. 많은 사람들이 개인정보의 이용에 동의할수록 동의하지 않은 사람에 대한 연결점을 예측하는 것이 가능하다.³⁵⁾ 이는 정확성이 매우 높아서 매우 민감한 개인적 특징(성적 취향, 종교, 정치적 견해, 개인적 특징, 지능, 행복감, 중독성 물질의 사용, 부모 이혼 등)을 정확하게 예측할 수 있다고 한다.³⁶⁾ 부분적 동의만 제공한 경우나, 부정확하거나 불완전한 데이터를 제공한 경우(의도적이건 그렇지 않건 간에)에도 연결점을 찾아낼 수 있다. 그러나 부정확·불완전 정보는 오히려 부정확한 결과를 야기하면서 정보주체에 대한 잘못된 결론에 이를 수 있다.

인공지능에 기반한 데이터 처리의 특징은 데이터가 처리되고 분석되는 방식과 목적이 사람의 개입 없이 계속 변화할 수 있다는 것이다. 이로 인해 법이 상정하고 있는 구체적 동의를 받는 것은 점점 힘들게 된다. 개인정보처리자가 개인정보를 가지고 무엇을 할 것인지를 정보주체에게 세세히 그리고 정확히 알려주어야 하는 현행의 ‘고지-동의’모델은 인공지능·빅데이터 기술 환경에서 현실성이 없다.³⁷⁾ 그럼에도 불구하고

34) 그러한 관점에서 잊힐 권리는 ‘삭제권(the right to erasure)’으로 언급하는 것이 더 적절하다는 견해도 있다. Bart Custers et al., *supra* note(Consent and privacy) at 252

35) Bart Custers, “Predicting Data that People Refuse to Disclose: How Data Mining Predictions Challenge Informational Self-Determination,” *Privacy Observatory Magazine*, Issue 3. 2012

36) Michal Kosinski, David Stillwell, and Thore Graepel, Private Traits and Attributes Are Predictable from Digital Records of Human Behavior . *PNAS* . 2013, at www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.1218772110 (2020.8.18.확인)

37) 이인호, 앞의 발표문, 7쪽.

우리의 현행법은 포괄적 동의를 받을 수 없으며, 수집목적, 대상정보, 처리범위 등을 세부적으로 특정하고, 각각 별개로 구분동의를 받도록 규정하고 있다. 유럽연합의 GDPR이나 일본의 개인정보보호법은 우리나라와 같은 개별적·선택적 동의 방식을 채택하고 있지 않다.

나. 법적·사회적 측면

이미 개인정보처리과정에서 ‘고지-동의’모델은 정보주체의 결정권을 보장하는 수단으로서 법적, 사회적 측면에서 많은 도전을 받고 있다.³⁸⁾

첫째, 정보주체가 법적 의미에서 동의의 과정에 참여하고 있는지에 대한 의구심이다. 우선 인터넷을 이용하면서 너무나 많은 동의 요청을 받게 된다. 대부분의 경우 그냥 자동적으로 동의를 클릭한다.³⁹⁾ 이용자들이 인터넷 서핑을 하면서 동의 요청에 직면할 때 선택은 오직 동의하거나, 그렇지 않거나 둘 뿐이다. 동의를 거절한다는 것은 해당 웹사이트나 인터넷 서비스에 대한 접근이 거부되거나 방해되는 것을 의미한다. 이용자들은 자신들의 프라이버시에 대하여 우려하지만 결국 개인정보를 제공하게 된다. 할인, 정보제공 등 서비스의 편리함을 위해 동의로 인해 발생할 결과에 대하여 완전히 이해하지 못하였음에도 개인정보를 제공한다.⁴⁰⁾ 동의의 조건과 내용을 받아들여야 법적으로 유효한 동의라고 할

38) Pollach, I., “ What’s Wrong with Online Privacy Policies? ” Communications of the ACM 50 (9), 2007 at 103-8; Acquisti, A., “ Nudging Privacy: The Behavioral Economics of Personal Information ,” Security & Privacy Economics 7(6) 2009, at 72-5 ; Adjerid , I. , A. Acquisti , L. Brandimarteand G. Loewenstein, “Sleights of Privacy: Framing, Disclosures, and the Limits of Transparency,” Proceedings of the Ninth Symposium on Usable Privacy and Security. Newcastle, 24-6 July 2013; Solove, D.J., “Privacy Self-Management and the Consent Dilemma ,” Harvard Law Review 126, 2013 at 1880-903.

39) Böhme, R.and S. Köpsell, “Trained to Accept? A Field Experiment on Consent Dialog ,” P roceedings of the SIGCHI Conference on Human Factors in Computing Systems, 2010, at 2 403-6

40) Dutton, W. H. and G. Blank, Cultures of the Internet: The Internet in Britain. Oxford Internet Survey 2013.; Regan, P., “Privacy and Commercial Use of Personal Data: Policy Developments in the US,” Paper Presented at the Rathenau Institute Privacy Conference . January 17, 2002.

수 있으나, 위와 같이 물이해적인 동의는 '동의'의 법적 또는 실질적 효과에 의문을 제기할 수밖에 없다.

둘째, 정보의 비대칭성이다. 이용자 입장에서는 높은 수준의 개인정보 보호를 하는 서비스에 대하여 '동의'라는 결정을 선호할 것이다. 그러나 어떤 서비스가 높은 수준의 개인정보 보호조치를 취하고 있는지에 대하여 정보주체는 정확히 알 수가 없다. 이러한 상황에서 개인정보처리자들로 하여금 정보보호에 대하여 서로 경쟁을 하도록 하는 것은 매우 어렵다.⁴¹⁾ 이는 설사 경제적 관점에서 "레몬시장"에 비유된다. 양질의 제품이 그렇지 못한 제품보다 경쟁력이 있으나 구매자 입장에서는 먹어보기 전에는 실제 어떠한 것이 양질의 제품인지 구분하기 힘들다. 높은 수준의 프라이버시 보호조치와 낮은 수준의 보호조치를 이용자가 외견상 구분하는 것은 매우 어렵다.⁴²⁾ 궁극적으로 '고지-동의 모델'은 정보주체의 자기결정권 보장을 위한 적절한 보호를 제공하는데 실패할 수밖에 없다.

결국 현행 정보주체의 동의는 동의가 유효하기 위한 본질적 사항을 충족하지 못하고 있는바, 동의의 목적인 프라이버시·개인정보 자기관리의 실행에 적합하지 않다. 이에 대하여 이어서 기술한다.

3. 프라이버시·개인정보 자기관리의 곤란

가. 인지적 문제

프라이버시 혹은 개인정보 자기관리는 개인정보의 처리에 대하여 정통한 합리적 정보주체를 전제로 한다. 정보주체는 개인정보의 수집, 이용, 공개 등 처리의 다양한 형태에 대하여 자신의 동의가 가지는 의미를 파악하고 결정할 수 있어야 한다. 그러나 다양한 경험적·사회과학적 연구에 의하면 정보주체의 실질적 능력은 프라이버시 자기관리가 고려하고 있는 정보주체의 합리적 의사결정 능력에 전혀 근접하지도 못하고 있다

41) Anderson, R., Why Information Security Is Hard—an Economic Perspective, Proceedings of the 17th Annual Computer Security Applications Conference (ACSAC) . IEEE, 2001.

42) Custers B.H.M. et al., supra note(Consent and privacy) at 253-254.

고 한다. 그 주요 내용은 다음과 같다.

1) 고지사항의 인지 미흡

프라이버시 자기관리의 가장 중요한 요건은 i)정보주체가 자기정보의 수집 및 이용내용에 대하여 잘 알아야 한다는 것과 ii)이러한 인지를 전제로 자신의 정보에 대한 처리내용을 결정하도록 허락되어야 한다는 것이다. 이를 실현하기 위해 수많은 규범 방식은 ‘고지-동의’모델을 채택하였다. 그러나 대부분의 사람들은 프라이버시정책(개인정보처리방침)과 고지내용을 읽지 않는다. 동의의 내용이 되는 고지사항은 지나치게 광범위하고, 개인정보 처리방침과 고지사항을 모두 읽고 동의를 하기에는 너무나 많은 시간이 걸린다. 사람들이 실제로 이러한 사항을 모두 읽는다면 연간 244시간을 소요해야 한다는 연구결과⁴³⁾도 있으며, 동의요청시 고지 및 개인정보 처리방침을 읽지 않고 그냥 동의하거나,⁴⁴⁾ 극소수의 정보주체만이 고지사항을 읽는다⁴⁵⁾는 조사결과도 다수다. 하물며 미국에서는 옵트아웃의 기회 즉 정보수집 등에 대한 사후 거절권이 주어졌을 때 거의 어떠한 정보주체들도 옵트아웃의 선택을 하지 않는다⁴⁶⁾는 연구결과도 있다. 대부분의 사람들은 웹사이트 이용 시 초기 세팅된 프라이버시 상태를 변경하려 하지 않는다. 오죽하면 FTC의장 조차도 “대부분의 케이스에서 소비자들은 프라이버시정책을 읽거나 이해하지 않는다”고 언

43) McDonald, A. M. and L. F. Cranor, “The Cost of Reading Privacy Policies,” I/S Journal for Law and Policy for the Information Society 4(3). 2010 at 543-68. www.aiecia.com/authors-drafts/readingPolicyCost-AV.pdf

44) Custers, B., S. Van der Hof, B. Schermer, S. Appleby-Arnold and N. Brockdorff, supra note at 435-57

45) Omri Ben-Shahar & Carl E. Schneider, The Failure of Mandated Disclosure, 159 U. PA. L. REV. 647, 665-78 (2011); Florencia Marotta-Wurgler, Will Increased Disclosure Help? Evaluating the Recommendations of the ALI’s “Principles of the Law of Software Contracts,” 78 U. CHI. L. REV. 165, 178 (2011) (discussing a study that revealed that people accessed contract boilerplate terms far less than 1% of the time).

46) Edward J. Janger & Paul M. Schwartz, The Gramm-Leach-Bliley Act, Information Privacy, and the Limits of Default Rules, 86 MINN. L. REV. 1219, 1230 (2002) (본 연구의 조사결과에 의하면 은행 고객의 0.5%만이 그들의 옵트아웃 권리를 실행해 왔다.)

급한 바 있다.⁴⁷⁾ 즉 대부분의 상황에서 정보주체는 프라이버시 혹은 개인정보 자기관리에 참여하지(개입하지) 못하고 있다.

2) 빠뜨려진 의사결정

앞서 언급된 고지 인식의 문제로 인해 정보주체는 개인정보의 처리가 가져올 손익에 대한 합리적 선택을 할 수 없다. 설사 정보주체가 개인정보 처리방침을 읽는다 할지라도 제공된 내용이 너무 어려워 그 내용을 이해하기 힘들다. 즉 대부분의 사람들이 프라이버시 정책을 읽었다 할지라도 자신의 개인정보의 처리에 동의한 결과를 적절히 평가할 만큼 충분한 전문성을 가지고 있지 못하다. 내용 자체가 본질적으로 상세한 법적 내용으로 기술될 수밖에 없으며, 기술적 세부사항들을 포함하고 있는 경우가 대부분이기 때문이다. 이는 평균 이용자가 이해할 수 있는 범위를 넘어 선다.⁴⁸⁾ 이 문제는 지식의 비대칭성과 연결된다. 데이터를 수집하고 처리하는 자들은 일반 이용자에게 부족한 전문 지식을 가지고 있다.⁴⁹⁾ 반면 정보주체들은 통상 소소한 편익을 위해 자신의 개인정보를 제공하는 것만 보더라도 그러한 전문성 부족은 명확하다. 그래서 어떤 연구는 소비자들이 자기의 프라이버시 가치를 높게 여기지 않는다고도 한다. 그러나 연령고하를 불구하고 사람들은 일상적으로 자신들의 프라이버시에 대하여 상당한 관심으로 가지고 있다는 상반된 연구결과도 있다.⁵⁰⁾

47) Jon Leibowitz, Comm'r, Fed. Trade Comm'n, So Private, So Public: Individuals, the Internet & the Paradox of Behavioral Marketing, Remarks at the FTC Town Hall Meeting on Behavioral Advertising: Tracking, Targeting, & Technology (Nov. 1, 2007), available at <http://www.ftc.gov/speeches/leibowitz/071031ehavior.pdf>.

48) Toubiana, V. and H. Nissenbaum, "An Analysis of Google Logs Retention Policies," Journal of Privacy and Confidentiality 3(1) Article 2, 2011, at 3-26.

49) Acquisti, A. and J. Grossklags "Privacy and Rationality in Decision Making," IEEE Security and Privacy 3(1) 2005, at 26-33; LaRose, R. and N. Rifon, "Promoting i-Safety: Effects of Privacy Seals on Risk Assessment and Online Privacy Behaviour," Journal of Consumer Affairs 41 (1), 2007 at 127-49.

50) e Chris Jay Hoofnagle et al., How Different Are Young Adults from Older Adults When It Comes to Information Privacy Attitudes & Policies? (Aug. 14, 2010)

결국 이러한 인지적 문제는 프라이버시 혹은 개인정보 자기관리에 있어서 장애가 된다. 그 단계를 정리하면 다음과 같다. (1) 정보주체는 프라이버시정책을 비롯한 고지사항을 읽지 않는다 (2) 읽는다 할지라도 그 내용을 이해하지 못한다. (3) 정보주체가 읽고 이해한다 할지라도 그 결정이 야기할 수 있는 결과에 대한 충분한 배경지식을 가지고 있지 않다. (4) 정보주체가 읽고, 이해하고, 선택한다 할지라도, 그러한 선택은 결정 과정에 있어서 존재하는 다양한 어려움들 때문에 왜곡될 수 있다. 결국 ‘인지적 문제’는 프라이버시 자기관리의 실현을 곤란하게 한다.

나. 구조적 문제

개인정보에 매우 정통한 합리적 정보주체조차도 구조적 문제로 인해 자기의 프라이버시 혹은 개인정보를 적절히 관리할 수 없다. 개인정보를 수집·이용하는 자가 방대하며, 정보주체는 이들로부터 개별적으로 각각 따로 자신의 프라이버시를 관리하여야 한다. 그러나 실제로 정보주체가 일일이 개인정보 처리의 혜택과 위험을 판단하고 동의를 하는 것은 거의 불가능에 가깝다. 이러한 구조적 문제를 자세히 분석하면 다음과 같다.

1) 개인정보 처리 규모의 문제

개인정보를 수집, 이용하는 개인정보처리자가 너무나 많아서, 각각 개별적으로 개인정보를 관리할 수가 없다. 평균 일 인당 월 수백 개의 웹사이트에 방문한다. 셀 수 없이 많은 기업과 온/오프라인으로 교류한다. 정보주체는 자신이 알고 있는, 즉 직접 온라인으로 방문하는 기업 혹은 사이트에 대하여 자신의 프라이버시를 관리하기 위해 고분분투해야 한다. 뿐만 아니라 정보주체가 알지 못하는 사이에 개인정보 트래픽을 야기하는 수 많은 기업들이 있다. 하루에 촬영되는 CCTV만 가정해도 더 이상의 설명이 필요 없다. 정보주체는 이러한 광범위한 개인정보처리자들에 대하여 일일이 자신의 프라이버시 혹은 개인정보를 관리할 수 없다.⁵¹⁾

2) 데이터 조합 및 집계(Aggregation)의 문제

대부분의 프라이버시 침해는 일정한 기간동안 각각 다른 개인정보처리자에 의한 데이터 집적의 결과다. 개별적 데이터의 처리에 대하여 합리적 결정을 한 정보주체라 할지라도 장래 그들의 개인정보가 어떻게 집계될지는 정확히 알 수 없다. 어떤 사람이 특정시점에 특정 개인정보를 제공했다고 가정해 보자. 그 개인정보는 정보주체에 대한 민감한 사항을 반영하고 있지는 않았다. 그런데 이 데이터가 결합, 분석되어 정보주체에 대한 민감한 사항을 밝히게 될 수 있다. 빅데이터를 기반으로 하는 데이터 마이닝은 광범위한 정보를 추출해 낼 수 있으며, 소소하고도 무해한 데이터가 결합으로 인해 많은 사항을 밝혀낼 수 있다. 이를 “집계 효과”라고도 한다.⁵²⁾ 기존 정보를 분석하여 얻을 수 있는 새로운 정보의 유형과 예측의 종류는 너무 광범위하고 복잡하며, 빠르게 진화한다. 따라서 사람들은 이와 관련된 위험과 혜택을 완전히 평가할 수 없다. 어떤 정보를 공개할 경우 다른 정보와 결합하여 어떠한 민감한 사항을 드러낼지 예측할 수 없으므로 해당 정보의 처리에 대한 위험과 혜택을 평가하기가 매우 어렵다.⁵³⁾ 정보주체가 자신의 데이터 처리에 대한 합리적 결정 즉 유효한 동의를 하기 위해서는, 데이터 처리가 가져올 비용편익분석 즉 그 손해와 이익의 범위를 파악할 필요가 있으나 ‘집계효과’는 정보주체로 하여금 정확한 편익분석을 거의 불가능하게 한다.

3) 프라이버시 침해시 손해의 평가 문제

위에서 언급한 ‘집계효과’는 결국 장기간의 정보관리 문제이나, 대부분 ‘동의’는 단기 혜택과 관련해서 이루어진다. 프라이버시 자기관리가 되기 위해서는 정보주체가 개인정보 수집 당시 동의할 때 자기에게 야기될 잠재적 위험을 평가할 수 있어야 한다. 그러나 정보주체는 ‘동의’할

51) Danielle Keats Citron, Reservoirs of Danger: The Evolution of Public and Private Law at the Dawn of the Information Age, 80 S. CAL. L. REV. 2007 at 241, 243-51

52) Daniel J. Solove, THE DIGITAL PERSON, 2004 at 44-47.

53) Daniel J. Solove, supra note(Privacy Self-management) at 1890.

당시 장래의 손해를 평가할 수 없다. 본질적으로 대부분의 프라이버시 침해는 누적되며, 정보주체는 많은 형태의 데이터 수집·이용에 동의하고 그 동의의 기간은 오래 지속된다. 중요한 손해는 통상 동의 당시 즉각적으로 나타나기 보다는 데이터 조합의 끝단에서 나타나게 된다.⁵⁴⁾ ‘동의’ 당시와 근접한 시기에 나타나는 개별적 프라이버시 침해는 대부분 작고 사소하다. 물론 나체사진이나 큰 혼란을 야기할 수 있는 가짜 뉴스 등도 있지만 이는 예외적인 경우다. 프라이버시 침해로 인한 손해는 시간이 지나면서 천천히 커지게 되나, 프라이버시에 대한 개별적 ‘동의’를 통한 결정은 미래의 손해보다는 개별적인 사소한 손해를 염두해 두고 이루어진다. 즉 프라이버시 또는 개인정보 자기관리는 통상 특정 개인이 유도하는 일련의 격리된 거래과정에서 평가된다. 그러나 프라이버시 비용 및 혜택은 개인 수준이 아닌 누적적 및 전체적으로 볼 때 더 적절하게 평가된다. 따라서 프라이버시 자기관리를 위한 손해의 평가는 이러한 구조적 문제로 적절히 이루어지기 힘들다. 그러므로 정확한 손해의 평가에 기반하여 ‘동의’가 이루어지는 것 역시 곤란하다.

IV. 개선과제

1. 개인정보 자기관리와 후견주의(Paternalism)의 조화

동의를 프라이버시뿐만 아니라 많은 다른 법적 영역에서도 중요한 기본 개념이다. 불법으로 여겨질 수많은 행위들이 ‘동의’에 의해 합법화된다. 그러나 앞서 언급한 바와 같이 개개인은 ‘동의’를 가지고 자신의 프라이버시를 적절히 관리할 수 없다. 따라서 「개인정보 보호법」은 새로운 접근이 필요하다. 그 대표적 방안이 개인적 차원의 ‘동의’와 ‘국가 후견주의(paternalism)’를 적절히 조화시키는 것이다. 특히 동의 규칙은 합리적이고 능력이 있으며 자신의 이익을 보호할 수 있는 권리자를 암묵적

54) Id, at 1891

으로 상정하고 있는 규칙이므로, 이러한 전제가 충족되는 경우에만 개인 정보에 관한 법적 관계를 시장의 주체들에게 온전히 맡겨야 있다.⁵⁵⁾

통상 많은 사람들은 프라이버시를 고려할 때, 자신들에게 그리고 사회에 유익한 방향으로 자신들의 데이터가 수집 등 처리되기를 원한다. 정보주체가 개인정보의 처리를 반대한다면 당연히 거부할 권리가 부여되어야 한다. 그러나 대부분 자신들의 프라이버시에 대한 미세한 세부적 부분까지 관리하기를 원하지 않는다. 단지 정보주체는 자신의 개인정보가 유해한 이용으로부터 보호받기를 원할 뿐이다. 마치 우리가 음식이나 자동차를 구매할 때와 유사하다. 우리는 이러한 제품들이 어떠한 합리적 기준의 안전성 요건을 충족한다고 신뢰한다. 자동차의 모든 부품이나 우유의 세부적 살균과정 등에 대하여 전문가가 될 필요가 없다. 마찬가지로 모든 정보주체가 프라이버시에 대하여 전문가가 되길 원하는 것은 아니다. 정보주체는 종종 특별한 상황에서 프라이버시를 관리할 수 있기를 원하며 그렇게 할 수 있어야 한다. 그러나 글로벌하게 그리고 다양하게 개인정보를 수집하는 모든 기업 혹은 단체에 대하여 정보주체가 자신의 개인정보를 ‘자기관리’ 할 수 있는가. 이는 거의 불가능하다. 정보주체가 모든 기업/단체로부터 자신의 개인정보를 관리할 수 있는 한 가지 방법은 모든 개인정보처리자에 대한 관리가 단일화되는 것이다. 그러나 개인정보처리자별로 단일하게 개인정보에 대한 선택메뉴를 적용하는 것은 쉽지 않다. 각각의 개인정보처리자별로 데이터 수집, 이용, 제공의 결과가 모두 다르기 때문이다.

즉 정보주체 입장에서는 전면적 프라이버시 자기관리 보다는 핵심적 사항에 대한 ‘부분적’ 프라이버시 자기관리가 보다 적절하다. 그렇다면 ‘부분적’ 프라이버시 관리를 보장하면서 그 외의 부분에 대하여 국가가 신뢰를 제공하는 관리·감독기능이 마련되어야 한다. 정보주체가 ‘고지내용’을 다 꼼꼼히 읽고 숙지하지 않아도, 정보주체와 개인정보처리자간의 권익 혹은 편익에 있어서 최소한의 균형추가 맞추어져 있다는 신뢰를 제공하는 방향으로 법이 개선되어야 한다. 동의 제도를 완화하면서 사후적 통제를 강화하는 것⁵⁶⁾도 후견주의와의 조화방안이라고 볼 수 있다.

55) 권영준, 앞의 논문, 703쪽

56) 권영준, 앞의 논문, 722면

다만 후견주의에 대하여는 그 부작용을 우려하는 견해들이 있다. 첫째, 데이터 이용에 대해 국가가 하는 선택이 항상 효율적인지는 명백하지는 않다는 것이다. 일례로 많은 SNS에 광범위한 개인정보의 공개 혹은 노출이 해로운 결과를 초래하기도 하지만, 때로는 매우 성공적·생산적 결과를 가져오기도 한다. ‘폭식증’으로 고통받는 여자가 그들의 경험과 의료정보를 전 세계와 공유하길 원한다고 가정해 보자. 그녀는 프라이버시 침해로 고통을 겪을 수도 있지만, 같은 질환으로 고생하는 사람들과 소통하고 서로 정보를 교류하면서 상호 도움이 될 수 있다. 후견주의적 법은 프라이버시 보호를 위해 그녀가 자신의 이야기를 공유하는 것을 막을 수 있다. 그러나 그녀의 데이터 공개를 막는다면, 그녀의 프라이버시에 대한 자율권을 보장한다는 명목하에, 그녀의 또 다른 자유를 제한하는 것이다. 둘째, 후견주의는 데이터 분석의 사회적 편익을 저해할 수 있다. 데이터는 수집, 이용, 제공되어야 개인과 사회의 부가가치를 높일 수 있다.⁵⁷⁾ 빅데이터 환경에서 개인정보의 처리는 프라이버시의 위협이면서⁵⁸⁾ 기술 및 서비스 혁신의 원동력이기도 하다. 따라서 많은 사람들이 데이터 제공에 동의하지 않는다면 우리에게 유익한 콘텐츠와 서비스를 제공하는 수많은 기업들은 존재하기 힘들 것이다. 그러나 국가가 후견주의 관점에서 이러한 콘텐츠 비즈니스 모델에 지나친 제한을 가하기도 한다. 그러므로 후견주의가 전통적인 후견주의처럼 제한적이고 절대적이어서는 안될 것이다.

2. 옵트인방식의 제한적·차별적 운용

현행법은 동의의 문제점들을 해결하는 방안으로서 동의를 얻는 더 명백하고 적극적인 방법, 즉 옵트인(opt-in)을 옵트아웃(opt-out)보다 선호한다. 옵트인 방식은 정보주체의 권리 강화를 위해 선의로 도입되었을

57) Omer Tene & Jules Polonetsky, Big Data for All: Privacy and User Control in the Age of Analytics, 11 NW. J. TECH. & INTELL. PROP. (forthcoming 2013) (manuscript at 6-12). ; Schwartz & Solove, The PII Problem: Privacy and a New Concept of Personally Identifiable Information, New York University Law Review, Vol. 86, 2011, at 1866-68.

58) Julie E. Cohen, What Privacy Is For, 126 HARV. L. REV., 2013. at 1918-27,

것이다. 그러나, 실제 적극적 동의방식인 옵트인은 더 잦은 클릭, 더 많은 서명을 유발함에도 불구하고 프라이버시 보호에 있어서 그다지 의미 있는 효과를 보여주지 못하고 있음은 앞서 검토하였다.

오히려 다음과 같은 문제점을 드러내고 있다. 우선, 대부분 기업의 면책수단으로 작용하고 있다. 소비자는 비용이 수반되는 계약에는 민감하나, 비용지불이 필요 없는 거래에 대하여는 관대하다. 일례로 예금통장의 개설조건 등 비용과 관련된 계약에는 민감하나, 금융기관의 프라이버시 정책과 같은 비용지불 혹은 가격과 상관없는 계약에는 덜 민감하다.⁵⁹⁾ 따라서 당장 특별한 비용이 수반되지 않는 개인정보 제공에 대하여 그다지 민감하지 않다. 개인정보처리자는 이러한 점을 옵트인 방식에 활용하고자 할 것이다. 많은 기업들이 옵트인 방식을 채택할 경우 그들이 설계한 조건에 따라 상품, 서비스, 접근을 허용할 수 있다. 옵트인 방식은 동의과정에서 어떠한 협상이나 선택의 여지가 없다. 옵트인 설계의 구체적 내용을 법이 규율하지 않는 한 설계방식은 개인정보처리자의 자유이며, 결국 수많은 복잡한 책임문제를 옵트인 방식을 통해 면책받고자 할 것이다.

한편 기업이 데이터의 새로운 이용을 하고자 할 경우 적극적 동의를 요구하는 것은 불필요한 비용을 소모시키며, 사회적으로 유익한 사용을 방해할 수도 있다.⁶⁰⁾ 동의를 하는 것이 번거롭거나 비용이 드는 경우 실제 데이터의 사용이 제약될 수 있다. 그 이유는 사람들이 동의를 철회해서가 아니라 동의를 구하는데 드는 비용 때문에 기업 등이 데이터를 옵트인을 통해 수집하지 않을 수 있기 때문이다. 그 결과 데이터의 해로운 이용과 이로온 이용을 구분하지 않고 데이터의 이용을 제한하는 결과를 초래할 수 있다. 누군가는 데이터를 덜 수집하고 덜 이용하는 것이 마치 프라이버시와의 관계에서 항상 유익한 것이라 여기나 이는 잘못된 판단이다. 데이터를 이용했을 때의 이익이 프라이버시 비용보다 더 크다면 데이터가 이용되는 것이 바람직하다. 또는 개인이 자신의 개인정보가 이용되길 원하지만 개인정보처리자가 동의비용을 이유로 이용에 대한 요구를 아예 하지 않는다면 덜 사용되는 것이 항상 바람직한 것은 아니다.⁶¹⁾

59) Paul M. Schwartz, Privacy Inalienability and the Regulation of Spyware, 20 BERKELEY TECH. L.J. 2005, at 1269, 1274.

60) Daniel J. Solove, *supra* note(Privacy Self-management) at 1899

대체로 옵트인의 유용성에 대하여 정보주체로 하여금 그들의 데이터가 어떻게 처리되는지에 대하여 고지받음으로써 더 주의할 수 있으며, 옵트아웃 시스템에서는 이러한 사항을 알 수 없다고 한다. 그러나 옵트인의 속성으로 인해 기업은 장래 새로운 동의를 받는 번거로움을 피하고자 더 넓고 모호한 잠재적 미래 이용을 위한 동의로 그 범위를 확장하게 된다.⁶²⁾ 이는 ‘동의’가 가지는 프라이버시 자기관리의 한계를 그대로 노출시킨다. 그리고 앞서 언급한 ‘고지-동의’의 ‘인지’의 한계문제는 여전히 옵트인에서 심각하다. 오히려 모든 서비스에 대한 옵트인 방식은 옵트인과 옵트아웃의 구별 필요성을 무용하게 만들어 버렸다. 따라서 현재의 모든 개인정보처리에 대한 원칙적 옵트인 방식은 수정될 필요가 있다. 고비용을 유발하는 서비스 라든지, 민감성이 높은 정보를 처리하는 서비스 등 옵트인 방식이 실질적으로 운영될 필요성과 실효성이 있는 서비스에 대하여만 예외적으로 옵트인 방식이 유용할 수 있다. 즉 현행과 같이 전면적 옵트인이 아니라 제한적·부분적으로 운영될 필요가 있다.

3. 개인정보처리자의 프라이버시 관리능력 향상

프라이버시 혹은 개인정보 자기관리로서 ‘동의’가 유용하지 않다는 것은 이미 입증되었지만 그럼에도 불구하고 프라이버시 혹은 개인정보 자기관리를 포기할 수는 없다. 지금까지 소비자 교육, 고지를 분명히 하기 위한 표시방식의 개선, 더 많은 클릭선택(구분선택동의) 등 ‘동의’의 유용성을 부각시키려는 수많은 법정정책적 노력들이 정보주체의 권익보호를 위한 방식으로 도입되어 왔다. 그러나 이러한 조치들은 프라이버시 자기관리 노력을 몇 배로 늘리면서도 프라이버시 보호 효과는 미약하다. 특히 동의제도는 정보주체 스스로 정보를 통제한다는 ‘느낌’만 주면서 개인정보처리자의 행위를 형식적으로 정당화해주는 수단이 될 수 있다.⁶³⁾

61) Id at 1899

62) 우리나라에서는 포괄동의가 금지되어 있으므로 현실적으로 불가능하나, 해외 거대 데이터 기업들의 프라이버시정책은 대부분 내용이 포괄적이다.

63) Omer Tene & Jules Polonetsky, "Privacy in the Age of Big Data : A Time for Big Decision", 64 Stan.L.Rev. Online 2012, at 63, 67~68.

모순되게도 프라이버시 자기관리의 가장 실질적 효과는 정보주체에게 과도한 정보를 제공하는 등 정보주체의 프라이버시 관리능력을 향상시킴으로서 나타나는 것이 아니라, 오히려 기업의 프라이버시 관리능력을 향상시킴으로서 나타나게 될 수 있다.⁶⁴⁾ 개인정보 처리의 고지사항을 작성함에 있어서 정보주체 친화적 프로세스를 개선하기 위한 자발적 노력이 일례가 될 수 있다. 또한 프라이버시 책임자(CPO)는 직원들에게 프라이버시를 염두해 두고 보다 프라이버시 친화적인 소프트웨어, 제품 및 서비스를 고안하도록 교육할 수 있다. 그 결과 바람직한 프라이버시 보호 및 기업 내부의 책임 구조를 창출함으로써 프라이버시 자기관리는 실질적인 효과를 발휘하게 된다.⁶⁵⁾ 또한 이러한 개인정보처리자의 프라이버시 관리능력 향상은 시장의 경쟁구조에 의해 자발적·능동적으로 이루어져야 할 문제이며, 국가의 규제적 정책이 우선시 되어서는 안 된다. 「개인정보 보호법」은 보호위원회가 개인정보처리자의 개인정보 처리 및 보호와 관련한 일련의 조치가 이 법에 부합하는지 등에 관하여 인증할 수 있도록 규정하고 있다(제32조의2). 또한 개인정보 영향평가는 공공기관의 경우 의무이나, 그 외의 개인정보처리자는 재량이다(제33조). 인증을 받거나, 개인정보 영향평가를 수행한 개인정보처리자는 스스로 프라이버시 관리능력을 향상시킨 경우이다. 이러한 자율적 조치에 대한 충분한 인센티브가 필요하다. 예를 들어 인증을 받은 개인정보처리자, 혹은 자발적 개인정보 영향평가를 통해 확인을 받은 개인정보처리자의 경우 옵트인/옵트아웃 방식의 선택권을 부여하는 것이다. 개인정보처리자로 하여금 일률적 '사전동의'가 아닌 스스로 프라이버시 관리능력을 향상시킬 유인책을 부여하는 것이, 즉 경쟁 관계에 있는 개인정보처리자들간에 더 좋은 서비스의 하나로서 프라이버시 보호를 위한 경쟁을 유발하는 것이 정보주체의 권리보호를 위한 더 현실적 방안이다.

64) Peter P. Swire, "The Surprising Virtues of the New Financial Privacy Law," 86 MINN. L. REV. 1263, 1316, 2002. ("[A] principal effect of the notices has been to require financial institutions to inspect their own practices. . . . In order to draft the notice, many financial institutions undertook an extensive process, often for the first time, to learn just how data is and is not shared between different parts of the organization and with third parties.").

65) Kenneth A. Bamberger & Deirdre K. Mulligan, "Privacy on the Books and on the Ground," 63 STAN. L. REV. 247, 2011.

4. 개인정보에 대한 결정 ‘시기’ 조정

대부분 「개인정보 보호법」상 개인정보 자기관리를 결정할 수 있는 시기는 개인정보의 ‘수집’시기에 집중되어 있다. 그러나 수집 당시 정보주체는 자신의 ‘수집등’에 대한 동의 행위가 앞으로 프라이버시에 미칠 영향에 대하여 판단하기는 매우 어렵다. 그러므로 개인정보에 대한 정보주체의 결정권을 최초 수집 당시보다는 ‘이용’에 초점을 맞출 필요가 있다.⁶⁶⁾

많은 경우에 개인정보를 수집할 당시 수집으로 인한 이익은 명확하지 않다. 그러나 데이터가 결합되는 과정에서 새로운 아이디어들이 창출되고, 데이터의 집계·분석과정에서 새로운 발견들이 이루어지게 된다. 새로운 데이터 분석기술과 기법들은 데이터가 가져오는 혜택을 크게 변화시킬 것이다. 그러나 새로운 데이터 처리에 대하여 또다시 사전 동의를 받게 하는 갱신동의를 과도한 비용이 소모될 뿐만 아니라 이러한 새로운 사용을 사실상 막는 것이다. 그 결과는 사회적으로 바람직하지 않으며 대부분의 정보주체가 원하는 방식이라고 보기 어렵다. 반면 실질적으로 무제한적인 데이터의 새로운 이용을 허용하는 동의 역시 바람직하지 않다. 더욱이 특정 형태의 수집, 이용, 제공에 대한 비용을 측정하는 것은 지극히 어려운 일이다. 프라이버시 침해로 인한 손해 역시 정의하기가 매우 어렵기 때문이다. 궁극적으로 개인정보 이용의 혜택과 위험 비용을 산출하는 것은 미래지향적 사안이며 신중하고도 공정한 심사숙고를 요한다. 결국 개개인이 이러한 결정을 미리 할 수 없으며, 이는 ‘법’도 마찬가지다. 따라서 그러한 결정은 데이터를 ‘수집’할 당시가 아니라 수집 이후 ‘이용’하는 시기에 더 잘 이루어질 수 있다. 법은 이러한 특성을 반영하여야 한다. 일례로 어떠한 새로운 이용은 완전히 제한될 수도 있으며, 어떤 이용은 부분적으로 제한될 수도 있다. 또한 어떤 이용은 새로운 동의를 받아야 할 수 있으며, 어떠한 이용은 후발적으로 거절할 수 있는 권리를 유보한 채 동의 없이 허용될 수도 있다. 또한 어떤 이용은 새로운 동의가 없어도 허용되어야 하는 경우도 있을 수 있다. ‘수집’시 동의

66) Daniel J. Solove, *supra* note(Privacy Self-management) at 1902

에 포커싱하는 현행 법규에서 벗어나 '이용'에 대한 합리적 규율방안을 모색하여야 한다.

5. 동의방식의 재검토

가. 필수·선택 동의의 개선

전 세계적으로 '고지-동의'모델을 선호하고 있으나 특히 앞서 언급하였듯이 우리 법은 단순히 '고지-동의'에 더하여 포괄 동의 금지, 즉 필수·선택 동의를 의무화하고 있다. 우리 「개인정보 보호법」은 개인정보처리자(기업 등)가 정보 주체로부터 사전 동의를 받을 때, 수집·이용·제공에 대한 포괄 동의(혹은 일괄 동의)를 금지하고 각 동의 사항을 분리해서 별도로 받도록 하는 동의 방식('개별적 동의 방식') 및 처리 목적에 필요한 최소 정보만을 수집하게 하면서 최소 정보 외에는 '선택'으로 동의를 받도록 하는 동의 방식('선택적 동의 방식')을 요구하고 있다.

이러한 규율 체계가 자리 잡게 된 것은 2001년에 전문 개정된 온라인상에 있어서의 개인정보보호법인 「정보통신망법」(2001. 1. 16. 법률 제6360호)에서부터 비롯된 것으로 보인다. 그러나 「정보통신망법」이 이렇게 동의 요건을 절대적인 합법성 기준으로 설정한 것은 회원 가입 시 이용자가 직접 제공해 주는 정보(이름, 주민등록번호, 전화번호, 이메일 주소, 우편 주소, 직업, 직장명, 학력, 결혼 여부 등)를 수집하는 경우만을 상정한 때문인 것으로 보인다.⁶⁷⁾

그러나 현재의 빅데이터·인공지능·사물인터넷의 기술적 상황에서 이러한 규범은 사실상 실효성이 의심된다. 앞서 언급한 바와 같이 '수집목적', '처리범위', '대상 정보' 등을 구체적으로 특정하기 어렵다. 필수·선택 동의 기반의 개인정보 규율 체계의 입법 배경에는 이러한 동의가 가능하고 합리적인 상황이 전제되어 있다. 회원 중심의 인터넷 서비스 제공 및 운영이 그러하다. 그러나 부지불식간에 실시간으로 정보가 생성되

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

고 전달되는 현재의 기술적·구조적 환경에서는 적합하지 않다.⁶⁸⁾

나. 고지방식의 개선

고지된 프라이버시 정책을 숙지(읽지)하지 않는 이유에 대하여 많은 연구는 프라이버시 정책이 이해하기에 너무 길고 어렵다고 한다. 종종 고지내용을 짧고 간략하고 그래픽 혹은 시각적으로 표현하자는 주장도 있다. 이러한 견해는 동의 절차에 있어서 정보의 제공을 단순화할 필요가 있으며 그러한 예로 긴 텍스트 중심으로 열거하기 보다는 프라이버시 아이콘, 색깔 등으로 압축, 요약할 것을 제안한다.⁶⁹⁾ 이러한 경우 사용자는 여전히 각각의 서비스에 대해 개별적으로 동의해야 하지만, 단순화된 표현의 의미가 사용자에게 명확하거나 시스템에 익숙해 진다고 가정할 때, 개별 동의 표시는 시간이 덜 걸릴 수 있다고 한다.⁷⁰⁾

그러나 그러한 고지는 암 등 질병을 경고하는 흡연경고에나 효과적일 수 있으며, 개인정보와 관련된 고지에는 적절하지 않다. 개인정보 침해의 결과는 매우 추상적이기 때문에 오히려 시각적으로 표현할 경우 그 결과를 해석하기가 더 어려울 수도 있다.⁷¹⁾ 또한 충분히 그리고 자세히 설명하여도 개인정보 제공의 결과 혹은 발생할 갈등에 대하여 완벽하게 고지 받기는 어렵다. 그런데 그러한 고지를 시각적으로 혹은 그래픽화하여 단순화 시킨다면 단순화 과정에서 일부 개인정보보호 정책, 위험 프로파일 등의 미세하지만 중요한 부분이 누락 될 수 있다. 따라서 고지방식의 단순화 보다는, 앞서 언급한 바와 같이 고지 내용의 신뢰성에 대한 국가의 감독기능 강화가 더 현실적일 수 있다고 본다.

68) 김현경, '개인정보'와 '사물정보'의 규제 차별성에 관한 연구: 사물인터넷 환경 하에서 서비스를 중심으로. 『성균관법학』, 27권 3호, 2015, 45~47쪽.

69) Holtz et al. "Privacy Policy Icons," in J.Camenisch, S.Fischer, Hübner and K. Rannenberg(ed.), Privacy and Identity Management for Life. Heidelberg : Springer, 2011, at 279-85 .

70) Id at 279-85 .

71) Daniel J. Solove, supra note(Privacy Self-management) at 1885

V. 결론

빅데이터 환경에서 개인정보의 처리, 사람들의 소비성향에 대한 추적 등은 프라이버시의 위협이 되기도 하지만, 인류를 이롭게 하는 기술 및 서비스 혁신의 기반이기도 하다. 정보주체의 프라이버시 보호와 데이터 기술의 혁신을 상호 갈등, 상충관계로 봐서는 안 된다. 혁신적 데이터 기술은 정보주체의 편익을 증진시킬 수 있으며, 오히려 프라이버시 자기관리 능력을 향상시킬 수 있다. 그간 정보주체의 프라이버시 보호 수단으로 우리나라뿐만 아니라 국제적 추세 역시 '동의'의 강화에 매진해 왔음을 부인할 수 없다. 그럴수록 정보주체의 '동의'는 본질적 의미를 상실하고 형해화 되었다. 이제 '동의'에 대하여 다시 고민할 시기이다. 본 연구는 이러한 문제의식을 바탕으로 동의의 법적 의미와 한계, 그리고 개선과제를 검토하였다. 그 결과는 다음과 같다.

첫째, 동의는 기술적 그리고 법 사회적 측면에서 그 유효요건을 충족하는 것이 곤란해 졌다. 데이터처리기술의 발달은 수집되는 대상 정보, 해당 정보의 처리목적 등을 수집 당시 특정하기 어려운 환경을 야기하였다. 인공지능에 기반한 데이터 처리의 방식과 목적은 사람의 개입 없이 계속 변화할 수 있기 때문이다. 이로 인해 구체적 동의를 받는다는 것은 점점 힘들게 된다. 또한 정보의 비대칭성으로 동의과정에서 정보주체의 진정한 참여가 불가능하다. 그 결과 '동의'의 실질적 목적이라고 할 수 있는 '프라이버시·개인정보 자기관리'가 곤란해지는 상황에 이르렀다.

둘째, 동의를 둘러싼 제도 개선과제를 제안하였다. 우선 동의를 통한 완전한 개인정보 자기관리가 불가능하므로, 일정부분 후견주의의 도입이 필요하다. 즉 '프라이버시·개인정보 자기관리'를 전적으로 동의에 기반한 개인의 책임하에 두는 것이 아니라, 국가가 후견주의적 개입을 통해 보장할 필요가 있다. 그 구체적 방안으로 전면적 옵트인의 폐지가 필요하다. 옵트인은 '프라이버시·개인정보 자기관리'를 전적으로 개인적 사안, 즉 오로지 정보주체 개인이 선택하고 책임지는 사안으로 전략시켰다. 옵트아웃과 국가 후견주의를 적절히 조화시키면서, 옵트인은 예외적 경우에만 허용하는 것이 바람직하다. 또한 정보주체의 프라이버시·개인정보 관리능력을 향상시키는 것은 지금까지 그렇듯 한계가 있다. 이제, 개인정

보처리자의 자율적 노력에 대한 인센티브 부여 등을 통해 개인정보처리자의 프라이버시·개인정보 관리능력을 향상시키는 방향으로 제도를 선회하여야 한다. 그밖에 개인정보 수집 중심의 규제를 '이용'중심으로 포커싱을 변화하여야 한다. 개인정보의 가치는 수집 당시가 아니라 각종 이용과정에서 더 적절히 평가될 수 있기 때문이다.

(논문투고일: 2020.08.29, 심사개시일: 2020.09.06, 게재확정일: 2020.09.17)



▶ **김현경**

프라이버시·개인정보 자기관리, 고지, 동의, 옵트아웃, 후견 주의

【참 고 문 헌】

I. 단행본

개인정보위원회·행정안전부, 2019 개인정보보호 실태조사, 2020
행정안전부, 개인정보 보호법 해설서, 2016.

II. 논문

권영준, 개인정보 자기결정권과 동의 제도에 대한 고찰, 법학논총 36(1),
2016.3.
김민호·김일환, 민간영역에서 개인정보의 처리와 이용에 관한 비교법적 고
찰, 토지공법연구 46권, 2009.
김민호, 공공부문 개인정보보호법제의 현황과 과제, 토지공법연구 제37집 제
1호 2007년 8월
김현경, 개인정보보호제도의 본질과 보호법익의 재검토, 성균관법학 제
26권 제4호, 2014. 12.
_____, 개인정보와 '사물정보'의 규제 차별성에 관한 연구: 사물인터넷
환경 하에서 서비스를 중심으로. 『성균관법학』, 27권 3호, 2015.
성낙인. 행정상 개인정보보호. 『공법연구』, 22권 3호, 1984.
이인호. 개인정보보호법제 개선을 위한 정책연구보고서 중 “개인정보처
리(수집 이용 제공)의 법적 기준에 대한 타당성 분석” 2013.2, 프
라이버시 정책연구 포럼, 2013.2,
정영화, 개인정보침해에 대한 사전·사후적 구제제도. 『개인정보보호 정책
포럼(정부혁신지방분권위원회) 자료집』, 2004.6.16.

Acquisti, A., “Nudging Privacy: The Behavioral Economics of Person
al Information ,” Security & Privacy Economics 7(6), 2009.
Anderson, R., Why Information Security Is Hard—an Economic Pers
pective, Proceedings of the 17th Annual Computer Security
Applications Conference (ACSAC) . IEEE, 2001.
Böhme, R.and S. Köpsell, “Trained to Accept? A Field Experiment
on Consent Dialog ,” Proceedings of the SIGCHI Conference

- on Human Factors in Computing Systems, 2010.
- Cohen, J. E., What Privacy Is For, 126 HARV. L. REV. 1904, 1918-27, 2013.
- Custers B.H.M. et al., Consent and privacy, Leiden University No 2018/008 - eLaw Working Paper Series- 24 April 2019.
- Custers B.H.M., Hof S. van der, Schermer B.W., Appleby-Arnold S., Brockdorff & N. 2013, Informed Consent in Social Media Use. The Gap between User Expectations and EU Personal Data Protection Law, Script-ed: A Journal of Law and Technology 10(4).
- Custers, B., “Predicting Data that People Refuse to Disclose; How Data Mining Predictions Challenge Informational Self-Determination,” Privacy Observatory Magazine, Issue 3. 2012.
- Dutton, W. H. and G. Blank, Cultures of the Internet: The Internet in Britain. Oxford Internet Survey 2013.
- Gellman, R., Fair Information Practices: A Basic History, BOB GELMAN 9-10, Oct 72, 2019. at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2415020. 2020.8.18.
- Kupfer, J. Privacy, autonomy and self-concept. American Philosophical Quarterly, 24, 1987.
- Kosinski, M., D. Stillwell and T. Graepel, Private Traits and Attributes Are Predictable from Digital Records of Human Behavior . PNAS . 2013, at www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.1218772110
- McDonald, A. M. and L. F. Cranor, “The Cost of Reading Privacy Policies ,” I/S Journal for Law and Policy for the Information Society 4(3). 2010.
- Ostrom, E., Governing the commons: The Evolution of institutions for collective action, Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- Pollach, I., “ What’s Wrong with Online Privacy Policies? ” Commu

- nications of the ACM 50 (9), 2007.
- Regan, P., "Privacy and Commercial Use of Personal Data: Policy Developments in the US," Paper Presented at the Rathenau Institute Privacy Conference . January 17, 2002.
- Regan, P., Privacy as a common good in the digital world. Information, Communication & Society, 5(3), 2002.
- Schwartz, P. M. Privacy Inalienability and the Regulation of Spyware, 20 BERKELEY TECH. L.J. 1269, 1274, 2005.
- Solove,D.J., Privacy Self-management and the Consent Dilemma, Harvard Law Review Vol. 126, 2013.
- Westin, A. F., "Privacy and Freedom", Privacy and Freedom Athenaeum, N. Y. 1967.

Abstract

The Dilemma of Guaranteeing Information Subject's Rights and 'Consent' System

Hyun-Kyung, Kim

The basic approach of the law to protect the rights of data subjects in the United States and Europe, including Korea, is to provide data subjects with a set of rights to make decisions about their privacy or personal information self- management, and the core is 'consent'. However, if you ask whether real consent truly plays its role in various online services, the answer is negative. This study attempted to analyze the limitations of these “consent” norms and derive improvement tasks. The limitations of the current consent regulations are summarized below. First, in the environment of big data, artificial intelligence, and Internet of things, the way and purpose of data processing and analysis continues to change without human intervention. Therefore, the 'notice-consent' method in the current law that specifies the purpose and scope of data processing is difficult to meet its validity requirements. Second, as a result, it became difficult to “privacy and personal information self-management,” which is the practical purpose of “consent”. The widespreadness of the personal information being processed, incomprehensible notices, and the asymmetry of information between the data subject and the personal information controller made it impossible for the data subject to truly participate in the consent process.

In order to solve this limitation of “consent”, it is necessary to ensure that “privacy and personal information self-management” is not entirely under

the responsibility of individuals based on consent, but through the intervention of the state's guardianism, 'Paternalism'. As a concrete measure, an appropriate harmonization between opt-out and Paternalism, while allowing opt-in only in exceptional cases can be considered. In addition, there is a limit to improving the privacy and personal information self-management ability of the data subject, as so far, so rather, a method of improving the privacy management ability of the personal information controller should be sought. In addition, since the value of personal information can be more accurately evaluated during various use processes rather than at the time of collection, the protection of personal information should be shifted from 'collection-centered' to 'use-centered'.



▶ **Hyun-Kyung, Kim**

privacy and personal information self-management, not
ice, consent, opt-out, Paternalism

탄핵심판의 측면에서 본 현행 재판관 제도의 문제점과 해법

이황희*

【목 차】

I. 서론

II. 재판관 결원의 문제

1. 탄핵심판에서의 문제점
2. 해법

III. 재판관 구성방식의 문제

1. 탄핵심판에서의 문제점
2. 해법

IV. 결론

【국 문 요 약】

현행 헌법재판소 재판관 제도에 대해서는 여러 문제점들이 지적되어 왔다. 본고는 그중에서도 결정의 정당성에 보다 직접적으로 부정적 영향을 끼칠 수 있는 재판관 결원의 문제와 재판관 구성방식의 문제에 주목했다. 이들 문제의 심각성이 탄핵심판과 관련하여 가장 뚜렷하게 부각된다는 점에서, 탄핵심판이라는 구체적 절차 속에서 이 문제들이 어떻게 발생하고, 왜 심각한 문제가 되며, 이를 어떤 방식으로 해결해야 할 것인지를 살펴보았다.

탄핵심판은 헌법재판소의 어느 다른 심판보다도 정치적 성격이 크므로, 탄핵심판 진행 중 재판관의 퇴임 등 결원이 발생하면 그 후임 재판관을 임명하기가 매우 어렵다. 또 재판관에 대한 탄핵사건에서는 필연적으로 재판관의 결원이 발생한다. 탄핵심판이 정치적 이유에서든 법적 이유에서든 재판관의 결원 문제와 긴밀히 연결되어 있는 이유이다. 본고에서는 이 문제의 해법으로 재판관 직무계속제도, 예비재판관제도를 검토

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

했으나 모두 미흡하다고 판단해 재판부 확대와 구조변경을 대안으로 제시했다.

재판관 구성방식의 문제와 관련하여, 대법원장의 지명권에 대해서는 약한 민주적 정당성이, 대통령의 지명권에 대해서는 국민의 정치적 의사 비율과 비례하는 재판관 구성비율의 실현을 저해한다는 점이 비판을 받아 왔다. 본고에서는, 이에 더하여, 탄핵심판의 대상자인 대통령과 대법원장이 자신에 대한 탄핵심판을 수행할 재판관의 지명권을 가지는 것이 탄핵심판제도의 원활한 작동과 이 제도에 대한 국민의 신뢰를 훼손할 우려가 크다는 측면에서 상당한 문제를 초래한다고 보았다. 국회가 재판관 전원을 선출하는 방안은 이 측면에서도 가장 합당하다는 것이 본고의 관점이다.

I. 서론

1987년 민주화 항쟁을 통해 현행 헌법을 탄생시킨 국민들은 민주주의와 기본적 권리 등 헌법이 추구하는 바를 보장하고 실현하기 위해 헌법재판소를 설립했다. 헌법재판소는 지난 30여 년 간 우리의 민주주의와 인권의 신장을 위해 크게 노력해 왔다. 여러 부족함이 있었음에도 국내·외적으로 많은 찬사를 받아온 것은 그 때문이다.

그러나 헌법재판소가 처음부터 지금의 모습처럼 작동했던 것은 아니다. 현행 헌법 이전에는 헌법재판이 실질적으로 이루어지지 못한 터라 헌법재판이라는 제도가 아직 국민들에게 친숙하지 않았던 점, 헌법재판소 이전에 헌법재판을 담당했던 헌법위원회가 사실상 유명무실한 기관이었기 때문에 그를 대체한 헌법재판소라는 신생 기관에도 큰 기대가 없었던 점 등 여러 이유가 있었다. 헌법재판소의 성장이 극적이었던 이유는 바로 이러한 초기의 악조건을 스스로 극복하고 현재의 역사를 이룩했다는 사실에 있다. 민주주의와 국민의 기본적 권리를 향상시키는 결정들 한건 한건이 쌓여 국민들로부터 자신의 삶에 꼭 필요한 국가기관이라는 신뢰를 얻게 된 것이다.

이 과정은 제도상 드러난 문제점을 교정하려는 끊임없는 노력들이 없었다면 불가능했다. 우리 사회는 설립 당시 완전하지 못했던 이 기관을 꾸준히 개선함으로써 헌법재판소가 사회에서 요구하는 역할을 더욱 효과적으로 수행할 수 있도록 뒷받침해 주었다. 예컨대, 국선대리인의 선임사유를 계속 확대해 왔고, 형벌법규에 대한 위헌결정의 소급효 범위를 일부 제한해 종전의 합헌결정이 존재하는 상황에서 사정변경으로 위헌결정을 할 경우 종전의 합헌결정에 기초한 법질서의 안정성도 함께 도모했다. 재판관 제도에 관해서도 변화가 있었다. 설립 초기에 사건이 많지 않을 것으로 예상해 일부 재판관을 비상임으로 두었으나 이후 보다 신속하고 심도 깊은 재판을 위해 모든 재판관을 상임화한 것이 대표적이다.

그러나 지금의 헌법재판제도 역시 완벽한 것은 아니다. 현행 제도의 개선을 위한 논의가 여전히 필요하고 또 가치가 있는 이유이다. 재판관 제도도 마찬가지이다. 현행 재판관 제도의 문제점에 관한 상당한 지적들이 있어 왔으나, 아직 많은 부분들이 제도 개선으로 이어지지 못했다. 헌법재판의 정당성을 강화하기 위해 재판관의 자격을 법관의 자격을 가진 자 외의 자에게도 확대해야 한다는 지적,¹⁾ 재판의 독립성과 중립성을 강화하기 위해 재판관 연임 제도를 폐지해야 한다는 지적,²⁾ 재판의 전문성과 독립성을 강화하기 위해 현행 헌법상 6년으로 되어 있는 재판관의 임기를 늘려야 한다는 지적,³⁾ 현재 대통령이 임명하도록 되어 있는 헌법재

1) 양건/김문현/남복현, 「헌법재판소법의 개정방향에 관한 연구용역보고서」, 헌법재판연구 제10권 (헌법재판소, 1999), 11~13면; 김문현/정재황/한수웅/음선필, 「현행 헌법상 헌법재판제도의 문제점과 개선방안」, 헌법재판연구 제16권 (헌법재판소, 2005), 108~111면 등을 포함해, 한동훈/안민영/정영훈/임기영, 「헌법재판소 재판관의 자격, 구성방식 및 임기」, 헌법이론과 실무 2011-A-1 (헌법재판연구원, 2011), 27~30면에 소개된 문헌들 참조. 가장 최근에 있었던 개헌안은 대통령이 2018년 3월 6일 제안한 제10차 헌법개정안(의안번호 2012670)이었는데, 이 안은 재판관의 자격을 '법관의 자격을 가지는 자'로 국한하지 않았다(제111조 제2항).

2) 양건/김문현/남복현, 앞의 책, 17~19면을 포함해, 한동훈/안민영/정영훈/임기영, 앞의 책, 76면과 그 면의 주 252에 소개된 문헌들 참조.

3) 비교법적으로 본다면 9년 임기제를 채택한 국가들이 많다(스페인, 프랑스, 이탈리아, 포르투갈, 리투아니아, 불가리아, 폴란드, 루마니아, 우크라이나, 태국 등). 독일과 남아프리카 공화국, 헝가리는 12년 임기제를 취하고 있다. 각국 재판관의 임기에 관해서는 정종섭, 「헌법소송법」 제9판 (박영사, 2019), 94~101면. 우리 학계에서 9년 임기제를 지지하는

판소장을 재판관들의 호선으로 선출하도록 해야 한다는 지적⁴⁾ 등이 대표적이다.

본고에서는 재판관 제도와 관련하여, 헌법재판소 결정의 정당성에 대한 사회적 신뢰를 위해 반드시 보완되어야 할 지점으로, 재판관 결원의 문제와 재판관 구성방식의 문제에 초점을 둔다. 재판관 결원의 문제란 퇴임 등으로 재판관의 공석이 발생해 재판관 9인에 의한 심리가 이루어지지 못하는 상황을 일컫는데,⁵⁾ 이는 지난 헌법재판소 역사에서 드물지 않게 발생한 현상이었다.⁶⁾ 재판관 9인이 모두 관여하지 않는 재판은 재판관 9인에 의한 재판을 상정한 헌법의 취지에 어긋나고,⁷⁾ 결원이 발생한 자리는 사실상 청구인에게 불리하게 계산된다는 측면이 문제로 지적된다. 헌법은 법률의 위헌결정, 탄핵의 결정, 정당해산의 결정 또는 헌법소원에 관한 인용결정(이하 ‘위헌결정 등’으로 약칭한다)의 요건을 재판

입장으로는 예컨대, 양건/김문현/남복현, 앞의 책, 19면; 이명웅, “헌법재판관의 임기 연장 필요성”, 「법률신문」, 2006. 9. 4.자 입력기사(<https://m.lawtimes.co.kr/Content/Opinion?serial=21819>); 한동훈/안민영/정영훈/임기영, 앞의 책, 88~89면. 2009년 국회의장 자문기구 헌법연구자문위원회 개헌안도 9년 임기제를 제안했다. 적어도 8년 이상으로 연장해야 한다는 입장으로, 허영, 「헌법소송법」 제15판(박영사, 2020), 112면.

4) 양건/김문현/남복현, 앞의 책, 27~28면; 김문현/정재황/한수웅/음선필, 앞의 책, 159~162면; 한동훈/안민영/정영훈/임기영, 앞의 책, 73면.

5) 여기서 말하는 재판관의 결원이란, 퇴임이나 자진사임 같이 해당 재판관의 직 자체가 비어 있는 경우뿐만 아니라, 제척·기피·회피가 적용되거나 병가 혹은 장기출장 등으로 일시적으로 심리에 참여하지 못하는 경우까지 포괄한다. 즉, 재판관 9인 전체가 참여하지 못한 채로 재판이 이루어지는 모든 상황을 총칭한다.

6) 임기만료로 퇴임한 조대현 전 재판관의 후임자를 선출하지 않은 국회의 부작위의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판이 청구된 적도 있다(헌재 2014. 4. 24. 2012헌마2). 이 공석 상태는 약 1년 2개월 간(2011. 7. 11. ~ 2012. 9. 19.) 지속되었다.

7) 헌법재판소는 9인의 재판관에 의한 헌법재판의 의미에 관하여 이렇게 설명한다. “헌법 제111조 제2항은 헌법재판소는 법관의 자격을 가진 9인의 재판관으로 구성한다고 규정하고 있다. 이는 단순히 9인의 재판관으로 헌법재판소를 구성한다는 의미가 아니라 다양한 가치관과 헌법관을 가진 9인의 재판관으로 구성된 합의체가 헌법재판을 담당함으로써, 헌법재판에서 헌법의 해석에 관한 다양한 견해가 제시되고 그 견해들 간의 경쟁 기능이 충분히 발휘될 수 있도록 하기 위한 것이다.” 헌재 2014. 4. 24. 2012헌마2. 헌법재판소 같은 최고사법기관을 복수의 재판관으로 구성하는 이유를 설명한 글로는, Conrado Hübner Mendes, *Constitutional Courts and Deliberative Democracy* (Oxford University Press, 2013), pp. 63-64. 멘데스는, 결정의 탈인격화, 정치적 신중성, 다양성의 포용과 해석상 불일치에 대한 상징적 승인, 인식론적인 오류의 회피가능성을 그 이유로 든다.

관 6인 이상의 찬성으로 규정하고 있기 때문이다(제113조 제1항). 재판관 구성방식의 문제란 현재 국회와 대통령, 대법원장이 각각 3인의 재판관을 선출 혹은 지명하도록 한 것이 대법원장의 약한 민주적 정당성과 대통령 소속정파에게 유리한 방식이라는 측면 등에서 약점이 있다는 비판이다.

지금까지 재판관 결원의 문제와 재판관 구성방식의 문제를 다루어 온 연구들이 적지 않았지만, 본고는 이들 문제를 탄핵심판이라는 구체적인 절차 속에서 살펴보는 방식을 취했다는 특색이 있다. 탄핵심판이라는 특정한 유형의 재판을 배경으로 삼은 이유는 다음과 같다. 우선, 현행 재판관 제도의 문제점을 망라해서 언급하는 것 대신 하나의 특정한 심판의 측면에서 검토할 때 이 논의의 구체성이 강화될 수 있다고 본다. 또한 그 하나의 특정한 심판이 탄핵심판인 이유는, 탄핵심판은 헌법재판소의 관할 중에서도 정치적으로 매우 민감한 재판인 까닭에 다른 심판보다 재판관 결원의 문제나 재판관 구성방식의 문제가 더욱 명료하게 드러날 수 있기 때문이다. 문제가 잘 드러날수록 개선의 필요성을 인식하기도 수월하다. 마지막으로, 가장 최근 있었던 탄핵심판(헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1, 이하 ‘박 대통령 탄핵심판’)에서 현행 재판관 제도의 문제점이 생생하게 불거진 바 있기 때문에, 탄핵심판을 중심으로 한 논의가 문제의식을 전달하고 공유하는 데 적합할 것이라는 생각도 이유가 되었다.

본고는, 현행 재판관 제도에 관한 그간의 지적들을 재차 확인하는데 그치는 것이 아니라, 탄핵심판이라는 구체적인 소송절차를 배경으로 현행 제도가 노정하는 문제의 심각성을 밝히고 그에 관한 해결책들을 검토함으로써, 더 나은 헌법재판소를 가지기 위해 우리 사회가 취해야 할 제도적 실천의 내용을 탐색하고자 한다. 이하에서는 재판관 결원의 문제(Ⅱ)와 재판관 구성방식의 문제(Ⅲ)를 탄핵심판 절차와 관련하여 살펴보고 그 해법을 모색한다.

II. 재판관 결원의 문제

1. 탄핵심판에서의 문제점

가. 심판과정 중 재판관의 퇴임

박 대통령 탄핵심판 사건은 2016. 12. 9. 국회에서 탄핵소추가 의결되어 헌법재판소에 접수됨으로써 시작되었다. 이 사건은 약 90여 일의 심리를 거쳐 2017. 3. 10. 선고되었다. 탄핵소추가 이루어지면 피소추인은 탄핵심판이 있을 때까지 그 권한행사가 정지된다(헌법 제65조 제3항). 따라서 대통령 탄핵심판절차는 신속히 진행되어야 할 필요가 있었고, 헌법재판소 역시 최대한의 인력과 역량을 동원해 사건을 처리했다.⁸⁾

그러나 박 대통령 탄핵심판 사건의 선고일이 2017. 3. 10.로 정해진 데에는 재판부의 자유로운 판단보다 다른 요인이 더 결정적으로 작용했다. 그것은 일부 재판관의 임기만료 상황 때문이었다. 2016. 12. 9. 탄핵심판청구가 접수될 무렵 재판관 9인이 모두 재직 중이었으나, 2017. 1. 31. 헌법재판소장인 박한철 재판관이, 2017. 3. 13. 이정미 재판관이 각각 퇴직할 예정이었다. 이는 자칫하면 헌법재판소가 2017. 2. 1.부터는 8인 재판관 체제로, 2017. 3. 14.부터는 7인 재판관 체제로 운영될 우려가 있음을 의미했다.

물론 법적으로만 보면 임기가 만료된 두 재판관의 후임자가 시간적 공백 없이 임명될 것이므로, 9인 재판관 체제가 유지되는 데에는 별 문제

8) 박 대통령 탄핵심판 결정의 선고일 재판부가 밝힌 진행경과와 그 결정문의 내용(“3. 이 사건 심판 진행과정”)에 따르면, 3차례의 준비기일과 17차례의 변론기일을 열어 청구인 측 증거인 갑 제174호 증에 이르는 서증과 열두 명의 증인, 피청구인 측 증거인 을 제60호 증에 이르는 서증과 열일곱 명의 증인을 통한 증거조사를 했으며, 증거로 조사된 자료는 48,000여 쪽에 이르렀다. 또한, 많은 분량의 기록과 복잡한 쟁점을 다루기 위해 헌법재판소는 이 사건에 상당한 수의 헌법연구관을 투입했고, 사건 접수 이후 거의 매일 같이 재판관 평의를 진행했다. “현재 ‘쟁점 많아 노무현 전 대통령 탄핵 심판 때 없었던 준비절차 밝기로’”, 「조선일보」, 2016. 12. 12.자 인터넷 입력기사(https://news.chosun.com/site/data/html_dir/2016/12/12/2016121201852.html) 및 탄핵결정 선고 당시 이정미 헌법재판소장 권한대행의 모두 발언 참조.

가 없다. 그러나 이는 이론상의 이야기일 뿐, 현실의 상황은 달랐다. 대통령 탄핵심판이 매우 첨예한 정치적 대립 속에서 진행되다 보니 탄핵심판에 영향을 줄 후임자 임명이 쉽게 이루어질 것으로 여겨지지 않았다. 특히 박한철 소장의 후임자는 이른바 대통령 지명 몫으로 분류되는 자리였기 때문에 대통령의 뜻에 따라 정해져야 했는데, 탄핵소추가 의결되어 대통령의 권한행사가 정지된 상태였기 때문에 재판관 임명에 어려움이 있을 수밖에 없었다. 권한대행의 권한범위에 재판관 지명이 포함되는지 여부부터가 문제되었고, 설사 포함된다고 해도 대통령과 가장 가까운 정치적 동지라 할 국무총리에 의한 재판관 임명이 현재 진행 중인 탄핵심판과 관련하여 공정성을 담보할 수 있을 것인지의 문제도 있었다.⁹⁾ 무엇보다도 탄핵심판을 진행하는 재판부의 재판장을 임명하는 일인 만큼 정치적으로 더욱 예민할 수밖에 없었다. 탄핵소추를 추진한 야권의 동의를 얻을 수 있을지 심히 불확실했다.

여러 현실적인 어려움으로 인해 박한철 소장의 퇴임 후 그 후임 재판관이 임명되지 못했고, 2017. 2. 1.부터는 8인 재판관 체제로 탄핵심판 절차가 진행되었다. 상황이 이렇게 흘러가자, 2017. 3. 13.로 예정된 이정미 재판관의 퇴임 이후에는 7인 재판관 체제로 탄핵심판절차가 진행될 것이라는 예상이 지배적이었다.

문제는, 우리가 재판관 결원 상황에 대한 제도적 해결책을 마련하고 있지 않다보니, 임기만료로 인한 재판관의 결원이 발생하면 그 만큼 인용결정의 의결정족수(6인 이상의 찬성) 달성이 더욱 어려워진다는 것이다. 헌법(제113조 제1항)과 헌법재판소법(제23조 제2항)은 탄핵의 결정에 필요한 정족수를 심리에 참여한 재판관 중 일정한 비율 이상의 찬성으로 정하지 않고 6인 이상의 찬성으로 고정해 두었기 때문이다. 심판의 인용가능성이라는 관점에서 볼 때, 임기가 만료되어 재판부에서 빠지는 재판관은 기각의견(혹은 각하의견)을 가진 재판관과 동일하게 취급된다. 탄핵심판청구의 기각결정(혹은 각하결정)을 원하는 피청구인 측의 입장에서 본다면, 재판관 9인 중에서 4인 이상으로부터 기각의견(혹은 각하의견)을 얻어내어야 하는 조건이 2017. 2. 1.부터는 8인 중 3인 이상으

9) 이 부분은 본고의 “Ⅲ. 재판관 구성방식의 문제” 부분에서 다시 설명한다.

로부터만, 2017. 3. 14. 이후에는 7인 중 2인 이상으로부터만 확보하면 되는 조건으로 유리하게 변하는 것이다. 박 대통령 탄핵심판 사건에서 청구인인 국회 측이 절차를 최대한 서두르고자 한 것도, 피청구인인 대통령 측이 절차를 최대한 지연시키고자 한 것도 이 문제 때문이었다.¹⁰⁾ 더 나아가, 재판관 임명시기가 인접해 있는 우리 상황에서 재판관 여러 명이 동시에 퇴임할 경우 심판절차의 진행이 매우 힘들어질 위험도 있다.¹¹⁾ 현재 헌법재판소는 재판관 5인이 거의 동시에 임기가 만료되어 교체되고 있기 때문이다.

탄핵심판은 헌법재판소의 어떤 관할사건보다도 정치적 성격이 크다. 탄핵심판청구가 인용되면 여당은 곧 있을 대선에서 패배가 확실해 지고 한 동안 정치적으로 핀치에 몰릴 수밖에 없다. 야당은 대선에서 비교적 어렵지 않게 승리할 수 있고, 기존 집권세력의 도덕적 결함을 강조하면서 향후 상당한 기간 동안 정치적 성공을 거두게 될 것이다. 반면, 탄핵심판청구가 기각되면 공수가 뒤바뀌어 탄핵을 주도한 측이 수세에 몰리게 되고, 여당이 정치적 주도권을 행사할 수 있게 된다. 우리는 이러한 흐름을 두 차례의 대통령 탄핵심판 사건에서 충분히 확인할 수 있었다. 따라서 대통령 탄핵심판 사건의 결론은 앞으로 전개될 정치상황에 지배적인 영향을 끼치는 까닭에, 탄핵을 주도한 측이나 이를 방어하는 측이나 모두 최대한의 정치적 역량을 투입하려 할 것이다. 탄핵심판의 절차 진행 중에 새로이 임명될 재판관으로 인한 정치적 득실계산도 빠를 수밖에 없고, 이로써 한 치의 양보도 없는 치열한 대립국면으로 접어들 확률이 크다. 양 측이 공히 동의하는 인물을 찾기란 그래서 매우 힘들다.¹²⁾

10) 피청구인 측은 8인 재판관에 의한 탄핵심판 결정이 '9인으로 구성된 재판부로부터 공정한 재판을 받을 권리'를 침해하는 것이라고 문제를 삼았으나, 헌법재판소는 이를 인정하지 않았다. 현재 2017. 3. 10. 2016헌나1.

11) 헌법재판소는 1988년 9월 재판관의 임기개시와 동시에 출범했다. 지난 30여 년 동안, 재판관의 중도 자진사직, 낙마, 임명절차의 지연 등의 사유로 재판관들의 임기 시작일이 제법 달라지기도 했지만, 여전히 7인의 재판관이 약 6개월 내의 기간 동안 교체되는 상황이다. 현 재판부 중 이석태 재판관, 이은애 재판관은 2018년 9월 21일, 이종석 재판관, 이영진 재판관, 김기영 재판관은 2018년 10월 18일 임명되었다. 즉 한 달이 채 안 되는 기간 동안 5인의 재판관이 새로 임명된 것이다. 또한, 문형배 재판관, 이미선 재판관이 앞선 5인과 6, 7개월 간격을 두고 2019년 4월 19일 임명되었다.

12) 박 대통령 탄핵심판 사건에서, 당시 탄핵소추를 추진했던 더불어민주당의 원내대표(우상

이는 대통령 탄핵심판에만 해당되는 이야기가 아니다. 통상 탄핵 사건은 정치적 갈등을 수반하므로, 탄핵소추 대상이 누구이든 간에 이를 추진하는 측과 반대하는 측의 충돌구도가 있기 마련이다. 헌법재판소의 결론에 의해 한 쪽은 정치적 성공을, 다른 쪽은 정치적 실패를 맞볼 수밖에 없다. 이처럼 탄핵심판은 그 결론에 따라 향후의 정치적 성공과 실패가 뚜렷하게 갈릴 것이라는 인식하에 진행될 공산이 크므로, 다른 어떤 심판보다도 탄핵심판의 절차 중에 퇴임한 재판관의 후임자를 임명하기가 어려워진다. 그 만큼 재판관 결원 문제가 발생하기 쉽다는 것이다.

나. 재판관에 대한 탄핵심판

혹자는 후임 재판관의 임명지체로 인해 발생하는 재판관의 결원 문제는 현행 재판관 제도의 하자로부터 연유한 필연적 문제라기보다, 퇴임 재판관의 후임자를 제 때 임명하지 못한 낙후된 정치현실의 문제일 뿐이라고 여길지도 모른다. 이 관점에서 본다면, 이 문제에 대한 제도적 보완책이 존재하지 않는다 해도 성숙한 정치를 통해 법이 요구하는 임명절차를 잘 이행한다면 아무런 문제가 발생하지 않는다. 이에 따르면, 박 대통령 사건에서도 대통령 권한대행과 대법원장이 지명권을 행사해 후임 재판관을 지명하고 정치권이 재판관 임명절차를 조속히 이행했다면 재판관 결원의 문제는 발생하지 않았을 것이다. 다시 말해, 후임 재판관의 임명지체는 본질적으로 법제도 자체의 문제라기보다 그 법제도를 제대로 따르지 못하는 법현실의 문제일 뿐이라는 관점이다.

법제도가 현실에서 발생 가능한 문제에 제대로 대비하지 못한 것을 오히려 법현실의 문제로만 치부할 수 있는지에 관해 의문이 있음은 별론으로, 설사 이 부분 주장이 타당하다 할지라도 정해진 임명절차의 충실한 이행만으로는 재판관 결원 문제가 온전히 해결되지 않는 경우가 있다는

호)는 박한철 소장과 이정미 재판관의 후임자 문제로 한 방송과 인터뷰를 하면서, 대통령 권한대행이 “국회에서 동의하지 않을 인사권을 행사할 것으로는 보이지 않는다.”고 하면서도, 만약 “헌법재판관을 임명한다면 국회에서 인준하지 않을 것”이라고 전망했다. “민주당 ‘黃총리, 헌법재판관 임명하면 인준 거부’”, 『법률신문』, 2016. 12. 21.자 인터넷 일력기사(<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=106787>).

사실에 주목해야 한다. 재판관 결원 문제가 법제도상의 결함으로부터 필연적으로 발생하는 경우가 존재한다는 것이다. 재판관에 대한 탄핵심판이 바로 여기에 해당한다.

재판관 탄핵은 기실 여러 까다로운 문제를 야기하는 문제이다.¹³⁾ 헌법재판소가 규범통제권한으로 입법부의 입법을 통제하고 있는 상황에서, 헌법재판소의 위헌통제를 받는 입법부에 의한 재판관 탄핵소추는 재판관에 대한 정치적 압박수단으로 남용될 위험이 있다. 또, 재판관에 대한 탄핵심판 역시 헌법재판소에서 재판관들이 담당하게 되는데, 재판관들이 동료 재판관에 대한 사건에서 중립적으로 공정하게 판단할 수 있는지에 관해서도 일정한 의문이 뒤따를 수 있다.

그러나 재판관 제도와 관련하여 가장 심각한 문제는, 탄핵소추가 이루어진 재판관은 권한행사가 정지되므로 그에 상응하는 재판관의 결원이 발생한다는 사실이다. 이는 임명절차 지연 등의 현실적 문제가 아니라, 재판관에 대한 탄핵심판에서 반드시 발생하게 되는 제도적 문제이다.

재판관 탄핵심판에서 발생하는 필연적인 재판관 결원 문제는 우리 법상 인용결정에 필요한 의결정족수 기준과 결합하여 더욱 기묘한 상황을 낳는다. 앞서 지적한 대로, 탄핵심판의 인용결정을 위해서는 재판관 6인 이상의 찬성 필요하다. 따라서 재판관 결원이 발생하면 인용결정은 더욱 힘들어진다. 대통령조차도 재판관 9인 중 6인 이상이 인용의견을 가지면 파면결정이 가능하지만, 재판관은 재판관 8인 중 6인 이상이 인용의견을 가져야만 파면결정이 가능해진다. 이는 대통령과 재판관이 가지는 민주적 정당성의 크기를 비교해 볼 때 타당하다고 보기 어렵고, 또한 재판관과 비교해 대통령에 대한 탄핵소추요건을 더욱 엄격하게 정해 둔 헌법의 취지에도 맞지 않는다. 헌법은 재판관을 포함한 다른 공직자에 대해서는 국회재적의원 1/3 이상의 발의와 국회재적의원 과반수의 찬성으로도 탄

13) 아직까지 실제로 발생한 적은 없지만 재판관 탄핵심판의 문제점은 그간 지속적으로 제기되어 왔다. 대표적으로, 김하열, “탄핵심판에 관한 연구”, 고려대학교 대학원 박사학위논문(고려대학교, 2005), 111~112면; 음선필, “헌법재판소 재판관에 대한 탄핵심판제도”, 「사회과학연구」 제11권 제2호(순천향대학교 사회과학연구소, 2005), 284~295면; 권건보, “헌법재판소 재판관 탄핵제도의 문제점”, 「헌법학연구」 제15권 제3호(한국헌법학회, 2009), 159~164면. 재판관 탄핵제도의 문제점에 관한 본문의 서술은 이황희, “헌법재판소에 대한 견제”, 「법학연구」 제22집 제3호(인하대학교 법학연구소, 2019), 435~437면 참조.

핵소추를 의결할 수 있도록 하는 반면, 유일하게 대통령에 대해서는 국회재적의원 과반수의 발의와 국회재적의원 2/3 이상의 찬성을 요구하고 있다(제65조 제2항). 헌법의 취지는 탄핵절차에서 대통령의 파면이 다른 어떤 공직자의 파면보다도 어려워야 한다는 것이다.

그러나 이것도 재판관 1인이 탄핵소추를 당했을 때의 이야기이다. 재판관 2인이 동시에 탄핵소추를 당하면 재판관 7인 중 6인 이상이 인용 의견을 가질 때 파면결정이 가능해진다. 더욱 큰 문제는, 재판관 3인 이상에 대하여 탄핵소추가 이루어질 때, 탄핵심판 자체가 불가능해진다는 사실이다. 재판부의 사건 심리가 가능하려면 재판관 7인 이상이 있어야 하는 까닭이다(헌법재판소법 제23조). 이는 현실적으로 발생할 확률이 지극히 낮은 사안이었지만, 그 가능성을 0으로 단정할 수 없다면 그에 대한 대비 역시 필요한 일이다.

요컨대, 재판관에 대한 탄핵심판은 재판관 결원 문제가 우리 법상 필연적으로 발생하게 되는 문제이므로 이에 대한 제도적 보완이 반드시 필요함을 명확하게 보여준다.

2. 해법

가. 임기만료 재판관의 직무계속제도

재판관 결원 문제에 대한 해법으로서 가장 먼저 검토될 수 있는 것은, 후임 재판관이 임명되기 전까지 전임 재판관이 당분간 직무를 계속하도록 하는 제도를 도입하는 것이다. 이 제도는 현재 독일과 스페인 등 여러 국가들이 도입한 제도이어서¹⁴⁾ 재판관 결원이 문제될 때 가장 먼저 언급되는 대안이다. 임기가 만료되더라도 후임 재판관이 임명되기 전까지 임시적으로 직무를 계속하게 한다면, 재판관 임명이 지체됨으로써 발생하는 공백 사태를 막을 수 있다는 것이다.

이 제도에 대해서는 몇 가지 비판이 제기된다. 먼저, 이 제도는 재판관의 임기를 6년으로 못 박아 둔 헌법에 위반된다는 비판이 있다.¹⁵⁾ 그러

14) 독일 연방헌법재판소법 제4조 제4항, 스페인 헌법재판소법 제17조 제2항이다.

나 필자는 다음의 이유에서 이것이 헌법상 임기조항에 위배되는 것은 아니라고 본다. 첫째, 이 제도는 ‘재판관 9인에 의한 재판’이라는 헌법의 기본입장을 관철하기 위한 것이다. 재판관 9인에 의한 재판이 되어야 하는 이유는, 한편으로 우리 헌법이 위헌결정을 위해 재판관 6인 이상의 찬성을 필요로 하므로 9인에 이르지 못하는 재판관에 의한 재판은 청구인 측에 현저히 불리하기 때문이기도 하지만, 다른 한편으로 앞서 보았듯이 9인의 현존을 통해 다양한 가치관과 헌법관이 헌법재판에 반영되도록 함으로써 이 재판이 여러 생각들이 경합하는 이성적 논의의 공간으로 작동할 수 있도록 하기 위함이기도 하다. 헌법은 헌법재판이 9인의 재판관에 의해 이루어져야 한다는 것과 재판관의 임기가 6년이어야 한다는 것을 요구하고 있는데, 이 둘이 충돌해 어느 하나의 요구를 우선시해야 한다면, 전자의 요구가 더 중시되어야 한다. 재판관 임기제도는 그 자체가 목적이 되기보다는, 후술한 바와 같이 결국 헌법재판제도를 더욱 합리적으로 만드는 수단에 해당하므로, 임기조항의 준수를 위해 헌법재판에 지장이 초래되는 것을 감내하는 태도는 온당하지 않다.

둘째, 이 제도는 임기제를 훼손하는 것이 아니라 그 취약성을 보완하는 것이다.¹⁶⁾ 재판은 기존 법리와의 일관성과 외부로부터의 독립성이 강조되다보니, 재판관의 상식이 공동체의 상식으로부터 유리될 위험이 늘 존재하는데, 재판관 임기제는 재판부의 주기적 교체를 통해 이 간극을 조정해 준다.¹⁷⁾ 그러나 이러한 장점에도 불구하고 임기제는 임기가 끝난 재판관을 새로운 재판관으로 교체하는 반복적 과정을 전제로 하므로, 필연적으로 재판관 결원이 발생할 위험을 수반한다. 이러한 위험을 안정적으로 관리할 수 있는 제도적 장치가 없다면, 임기제의 장점을 충분히 살리지 못하게 된다. 임기제의 원활한 작동을 위해서 직무계속제도와 같은 보완책이 필요한 이유이다.¹⁸⁾

15) 양건/김문현/남복현, 앞의 책, 16면; 한동훈/안민영/정영훈/임기영, 앞의 책, 61면.

16) 같은 취지로, 한수웅, “제6조”, 「주석 헌법재판소법」 (헌법재판연구원, 2015), 126면.

17) Víctor Ferreres Comella, *Constitutional Courts and Democratic Values: A European Perspective* (Yale University Press, 2009), p. 100 참조

18) 베니스위원회도 같은 취지를 표현한 바 있다. “재판관의 임기와 연임에 관한 결점 없고 신뢰할만한 조항들도 재판소에 대한 정치적 반대가 있을 때에는 무용한 것으로 드러날 수 있다. 헌법재판권한의 안정성과 생존 자체를 보장하는 장치가 있어야 한다.” Venice C

셋째, 우리 현행법이 헌법상의 재판관 임기를 예외 없이 준수되어야 할 절대적인 가치로 여기지 않는다는 측면도 지적할 수 있다. 헌법은 재판관의 임기를 6년으로 정하고 있지만, 헌법재판소법은 정년제를 규정해 재판관이 헌법상 임기를 마치기 전에 정년을 맞이할 경우 헌법상 임기를 다 채우지 못한 채로 퇴직하도록 하고 있다. 물론 정년제 역시 헌법상 임기조항에 위반되어 위헌이라는 입장이 있을 수 있다.¹⁹⁾ 그러나 정년제는 헌법상 임기조항에 위배되지 않는다고 여기면서도 재판관의 직무계속 제도는 거기에 위배된다고 본다면 논리의 일관성이 부족하다. 오히려 재판관 정년제의 오랜 역사에 비추어 보면, 어떤 정당한 공익상의 필요가 있다면 헌법이 규정한 임기에 일정한 가감이 있을 수 있다는 것이 우리 법질서의 재판관 제도에 관한 기본적 이해라고 보인다. 재판관이 공익적 필요에 따라 임기보다 덜 일하게 될 수 있다면(정년제도), 마찬가지로 공익적 이유로 더 일하게 될 수도 있다(직무계속제도). 즉 재판관 임기의 가감은 그것을 정당화할 수 있는 충분한 공익적 근거가 존재하는가에 따라 위헌 여부가 가능되는 문제이지, 일체의 정당화사유에 대한 고려 없이 반드시 위헌이 되는 것이라고 할 수는 없다.

실사 재판관의 직무계속제도가 재판관의 임기를 6년으로 정해 둔 헌법 조항에 위반된다고 보더라도 방법이 전혀 없는 것은 아니다. 후임 재판관이 임명될 때까지 전임 재판관이 직무를 계속 할 수 있도록 하되 그의 신분과 관련해서는 일시적으로 재판관직을 연임한 것으로 간주하는 방법도 있다. 실제로 박 대통령에 대한 탄핵소추안이 가결된 날로부터 3일이 지난 2016. 12. 12. 곧 있을지 모르는 재판관 결원 문제를 해결하기 위해 임기가 만료된 재판관으로 하여금 그 후임자가 임명될 때까지 직무를 계속 수행할 수 있게 하되 이 경우 그 재판관이 연임된 것으로 보는 헌법재판소법 개정안이 발의된 적이 있었다.²⁰⁾ 이에 대해서는 재판관 임명에 관한 헌법상 절차조항에 위반된다는 비판이 가능하지만, 직무계속의

ommission, *The Composition of Constitutional Courts*, CDL-STD(1997)020, p. 14.

19) 재판관 정년제의 문제점에 관해서는, 김문현/정재황/한수웅/음선필, 앞의 책, 149~150면.

20) 제안자는 박용진 의원 등 10인이며, 헌법재판소법 제7조에 다음과 같은 제3항을 신설하는 것을 내용으로 했다. “재판관의 임기가 만료될 때까지 후임자가 임명되지 아니한 경우 임기가 만료된 재판관은 후임자가 임명될 때까지 직무를 수행할 수 있으며 이 경우 연임된 것으로 본다.” 이 안은 20대 국회의 임기만료로 폐기되었다.

임시적·잠정적 성격을 고려한다면 이를 위헌이라고 단정적으로 말하기는 어려울 것이다.²¹⁾

오히려, 재판관 직무계속제도가 재판관 결원 문제에 적합한 해법이 될 수 없는 결정적인 이유는, 이 제도가 재판관 결원 문제에 대하여 부분적인 해결책만을 제공할 뿐이라는 점이다. 재판관 결원은 다양한 이유로 발생한다. 임기만료로 인한 퇴임이 대표적이겠으나, 임기 중에도 사망, 사고, 사직, 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의한 파면 등이 재판관 결원의 원인이 되고, 제적·기피·회피 제도의 적용을 받는 경우나 장기출장 등 일시적으로 심리에 참여하지 못하는 상황도 재판관 9인에 의한 재판을 불가능하게 한다.²²⁾ 재판관 직무계속제도는 이 중 임기만료로 인한 퇴임에 의해 재판관의 결원이 발생하는 상황에 대해서만 해법이 될 수 있을 뿐, 그 밖의 상황에서는 해법이 되지 못한다.

이 제도는 재판관 결원 문제에 대한 부분적 해법에 불과하다는 약점 외에, 남용의 위험도 있다. 연임으로 간주되는 형식이든 아니든 간에, 임기가 만료된 재판관이 후임자 임명 전까지 직무를 계속할 수 있게 되다 보니, 후임자 임명절차를 추진할 동력이 약화될 수 있고, 나아가 재판관 지명권자가 지명권을 행사하지 않는 상태를 의도적으로 유지해 나간다면 이는 해당 재판관의 임기를 연장하는 수단으로 악용될 수도 있다.

요컨대, 이 제도는 재판관 결원 문제에 ‘입법적으로’ 대처할 수 있다는 장점이 있으나, 앞서 본 바와 같은 분명한 한계를 가진다.

나. 예비재판관 제도

개헌사항까지 포함해 생각할 때, 예비재판관 제도는 재판관 결원 문제를 해결하기 위해 논의되어 온 대표적인 방안이다. 이 제도는 오스트리아 헌법재판소에서 채택하고 있다. 오스트리아 헌법재판소는 소장, 부소

21) 같은 취지로, 윤진수, “헌법재판소 재판관 임기 만료 후의 직무 계속 수행에 관한 고찰”, 「법률신문」, 2016. 12. 26.자 인터넷 입력기사(<https://m.lawtimes.co.kr/Content/Opinion?serial=106915>).

22) 이 부분에 관한 상세한 설명은 정재황, “예비재판관 제도 및 그 도입 타당성에 대한 연구”, 「성균관법학」 제26권 제3호 (성균관대학교 법학연구원, 2014), 5~10면; 김문현/정재황/한수웅/음선필, 앞의 책, 301~305면.

장과 12명의 재판관 그리고 6인의 예비재판관으로 구성된다(오스트리아 연방헌법 제147조 제1항).²³⁾

우리 학설 중에는 헌법재판소의 사무처·차장 또는 헌법연구부장을 예비재판관으로 활용하자는 주장도 있으나,²⁴⁾ 예비재판관은 역할이 ‘예비적’일 뿐, 재판관이라는 점에서는 동일하므로 그 임명방식과 자격 등에서 다른 재판관과 동일해야 할 것이다.²⁵⁾

예비재판관 제도는 임기만료 외에 발생할 수 있는 다양한 재판관 결원 상황에 포괄적으로 대처할 수 있다는 장점이 있다.²⁶⁾ 그러나 이 제도에도 약점이 없지 않다. 대표적인 문제는 예비재판관의 간헐적이고 비정기적인 재판참여로 인한 것이다. 한편으로, 예비재판관은 재판관의 결원이 발생할 때에만 임시적으로 재판에 참여하다보니, 다른 재판관과 비교해 헌법재판의 실무적 감각이나 경험, 전문성이 떨어질 수 있다. 늘 헌법재판을 해 오던 재판관과 가끔 참여한 재판관 간에는 평의에서 행하는 발언의 권위나 설득력의 측면에서 차이가 있을 수 있다. 이 글에서 반론을 펴기는 했으나, 예비재판관으로 헌법재판소의 사무처·차장, 헌법연구부장 등을 검토하는 견해의 의중에는 이 문제에 대처하기 위한 목적이 있을 것이다. 헌법재판에 대한 실무적 감각과 경험, 전문성 문제를 위해서는, 전직 재판관 중에서 예비재판관을 임명하는 것이 하나의 방안이 될 것이다.

다른 한편으로, 헌법재판 사건은 매우 오랜 심리과정을 거쳐 선고되는

23) 과거의 입법례들까지 포함하자면, 우리나라의 경우에도 제1공화국의 헌법위원회에 관한 예비위원제도와 탄핵재판소에 관한 예비심판관제도를 두고 있었고(구 헌법위원회법 제2조, 구 탄핵재판소법 제4조), 제3공화국의 탄핵심판위원회에 관한 예비심판위원제도를 마련하고 있었다(구 탄핵심판법 제10조). 해외의 경우는 2010년 헌법개정 전의 터키를 언급할 수 있다. 종래 터키는 헌법재판소를 11인의 재판관과 4인의 예비재판관으로 구성했으나(제146조), 개헌을 통해 예비재판관제도를 폐지했다. 이에 관한 상세한 설명은 정재황, 앞의 논문, 18면 이하.

24) 남복현, “헌법개정시 헌법재판을 포함한 사법구조의 개편방향”, 「헌법학연구」 제12권 제5호 (한국헌법학회, 2006), 408면.

25) 같은 취지로, 김문현/정재황/한수웅/음선필, 앞의 책, 308면; 한동훈/안민영/정영훈/임기영, 앞의 책, 61면; 권건보, 앞의 논문, 169면.

26) 재판관 결원 문제를 위한 해법으로 예비재판관제도의 도입을 지지하는 글로는 한동훈/안민영/정영훈/임기영, 앞의 책, 61면. 반면 ‘지위감’, ‘일시적 재판참여’ 등의 측면에서 예비재판관제도의 실효성에 의문을 표하는 글로는 정재황, 앞의 논문, 28~29면.

경우가 일반적이는데, 그 과정의 ‘일부’에만 ‘임시적으로’ 참여하게 되는 예비재판관이 다른 재판관들과 같은 수준으로 해당 사건을 이해하고 검토해 결론을 내릴 수 있을 것인지도 의문스럽다. 지금까지 재판관의 결원 상황은, 조대현 재판관의 후임자 임명 사례를 제외하고는, 매우 짧은 기간에 그치는 경우가 대부분이었다. 정치권에서 의도적으로 후임자를 임명하지 않는 경우처럼 장기 공백이 예상되는 사안이나, 특정 재판관이 제척·기피·회피의 대상이 되는 사안, 그리고 재판관에 대한 탄핵소추가 이루어진 사안처럼 예비재판관이 특정 사건을 처음부터 끝까지 온전히 처리할 수 있는 경우가 아니라면, 곧 끝날 임시적 역할을 수행하는 예비재판관으로서의 자신이 대체하고 있는 해당 재판관의 자리가 채워질 때까지 소극적인 태도를 취할 가능성도 적지 않다. 이러한 측면들은 재판관 결원 문제를 위한 해법으로서 예비재판관제도 역시 완전하지 않다는 점을 보여준다.

다. 재판부의 확대 및 구조변경

재판관 직무계속제도와 예비재판관제도는 재판관 결원 문제를 해결하기 위한 대안으로서 가장 빈번히 논의되는 것들이다. 아쉽게도, 두 제도는 대안으로서 부족함이 있었다. 문제해결의 포괄성 측면에서 본다면 예비재판관제도가 직무계속제도보다 더 우수했다. 다만, 예비재판관의 그 ‘예비’적인 속성이 예비재판관의 재판관으로서의 역할에 의문을 가져왔다. 따라서 우리는 세 번째 대안으로서 예비재판관에서 ‘예비’적인 속성을 제거하는 방안, 즉 예비재판관을 예비적으로만이 아니라 다른 재판관과 동등하게 활용하는 방안을 검토해 볼 수 있다. 바로 재판관의 증원, 다시 말해 재판부의 확대이다. 이 역시 예비재판관제도처럼 개헌사항에 해당한다.

재판관을 증원한 다음에도, 현재처럼 위헌결정 등을 위해서는 전체 재판관 중 일정한 수 이상의 재판관의 찬성을 필요로 하는 방식으로 재판부를 운영한다면 재판관 결원 문제는 다시 고스란히 반복될 것이므로 이는 타당한 해법이 아니다. 따라서 필자가 말하는 바는, 재판관을 증원한 후 재판부의 구조를 변경하는 것까지를 포함한다.²⁷⁾

재판부 구조의 변경은 재판부를 부분과 전체로서 부분화 혹은 중층화하는 것이다. 첫 번째 방안은 사건별로 유동적인 부분적 재판부를 구성하는 방식이다. 이를테면 재판관을 9인에서 15인으로 증원한 후,²⁷⁾ 재판부를 일반재판부와 전원재판부로 재구성하는 것이다. 일반재판부는 15인 중 9인으로 구성되는 재판부이다. 현재의 재판관 구성방식이 유지되는 것을 전제로 할 때, 재판관 증원은 재판관을 선출 혹은 지명하는 각 기관에서 2인씩 더 선출 혹은 지명함으로써 이루어질 것이다. 그리고 일반재판부는 국회와 대통령, 대법원장이 선출 혹은 지명한 각 5인 중 각 3인으로 구성한다. 각각의 사건마다 재판부를 구성하는 9인의 면면이 달라질 수 있다는 데 특징이 있다. 입법부, 행정부, 사법부에 의한 선출과 지명은 재판관 임명의 계기일 뿐 일단 임명되고 나면 모두 동일한 재판관이므로, 일반재판부를 구성할 때 선출권자 혹은 지명권자에 따른 동등한 비율을 유지할 필요가 없다는 주장도 있을 수 있다. 필자는 원론적으로 이 주장이 타당하다고 본다. 다만 특정한 선출권자 혹은 지명권자에 의해 임명된 재판관의 비율이 높을 때 결정의 정당성에 대한 비판이 있을 수 있으므로, 본고에서는 불필요한 논란을 피하고자 하는 의도로 일단 임명경로별 재판관의 동등한 비율을 맞추는 방식을 취했다. 그러나 비율을 고려하지 않는 방식도 큰 문제는 없다고 본다.

기본적으로 모든 사건은 일반재판부에서 처리한다. 그리고 일반재판부에서 재판관 결원이 발생하면, 원칙적으로 동일한 경로로 임명된 다른 재판관이 그의 공백을 채운다. 물론 이는 원칙론이므로 현실적으로 불가능할 때에는 다른 경로로 임명된 재판관이 그 자리를 대체할 수도 있다. 전원재판부는 특별한 필요성이 있을 때 소집된다. 특별한 필요성에 관해서는 입법사항으로 남겨둬야 상당할 것이다. 예컨대, 판례를 변경하는 경우나, 특별한 헌법적 중요성이 있는 사건으로서 일반재판부를 구성하는

27) 예비재판관제도에 대한 대안으로서 재판부의 확대 및 구조변경 안은 정제황, 앞의 논문, 30면 이하에서 선행적으로 검토된 바 있다. 본고는 이 방안을 더욱 세분화하여 다각도로 검토하고자 한다.

28) 현행 재판관 구성방식을 고려하면 재판관의 증원은 3의 배수로 이루어질 것이다. 따라서 12인, 15인, 18인 등으로의 증원이 고려될 수 있다. 본고에서는 15인 증원을 가정해 논의할 것인데, 이는 설명을 위한 하나의 예시일 뿐, 15인 증원이 가장 타당하다는 취지의 당위를 포함하고 있지는 않다.

9인 중 가령 과반수나 6인 이상이 해당 사건을 전원재판부에서 논의하고자 할 경우와 같은 요건을 설정할 수 있다. 전원재판부 사건이 늘어나면 이처럼 재판부 구조를 변경한 취지가 흐려지므로, 반드시 재판관 전원이 심리해야 할 이유가 있는 사건으로 국한함이 옳다. 재판소장은 모든 사건의 평의에 참석해야 할 것이나, 업무적인 부담이 크다면 부소장직을 신설하고 그 자리에 1인 혹은 2인을 임명해 재판장 역할을 분담하는 방안도 고려해 볼직하다.

이 방식은 우리에게 비교적 낯설지만, 벨기에 헌법재판소로부터 이와 유사한 모델을 발견할 수 있다.²⁹⁾ 벨기에 헌법재판소는 모두 12인의 재판관으로 구성되는데, 대부분의 사건은 12인 중에서 그때그때 선정된 7인의 재판관이 구성하는 재판부에서 처리한다. 다만, 7인 재판부에서 2인의 의장 중 1인, 혹은 5인의 재판관 중 2인 이상의 재판관이 필요하다고 생각해 소장에게 요청하는 경우에는 사건이 전원재판부에서 심리될 수 있다. 전원재판부는 재판관 12인 중 10인 이상으로 구성되는 재판부를 말한다.

두 번째 방안은, 고정된 부분적 재판부를 구성하는 것이다. 현행 재판관 구성방식을 유지한다고 할 때, 가령 재판관을 18인으로 증원한 후, 일반재판부 2개를 만들어 제1재판부와 제2재판부를 각각 9인의 재판관으로 구성한 다음, 사건을 주제별로 나누든 혹은 또 다른 기준으로 나누든 간에 각각 절반씩 처리하는 것이다. 다만 재판관 18인은 다른 국가들과 비교할 때 다소 많은 숫자인데,³⁰⁾ 이는 현재와 같은 재판관 구성방식을 따른다면 재판관의 증원은 3의 배수로 이루어져야 논란이 덜할 것으로 보이는 점, 재판부를 2개 운영하려면 전체 재판관의 숫자가 짝수여야

29) 벨기에 헌법재판제도에 관해서는, 이황희, “벨기에의 헌법재판제도”, 「성균관법학」 제31권 제2호 (성균관대학교 법학연구원, 2019), 1~32면 참조. 벨기에 헌법재판소는 사회 내에 존재하는 다양한 정체성 집단들을 고려해 법적으로 재판부의 다양성과 균형을 보장하고 있다. 법조인 출신 재판관과 비법조인 출신 재판관 간의 균형, 출신 어권별 재판관의 균형, 남녀 재판관의 균형이 그것이다. 어권별 균형과 관련하여, 네덜란드어권 출신과 불어권 출신 재판관을 절반씩 임명하고, 각 어권별로 의장을 둔다. 본문에서 언급한 7인 재판부에는 이들 의장 2인이 반드시 참여한다.

30) 이와 유사한 규모로는 러시아 연방헌법재판소(재판관 19인)와 우크라이나 헌법재판소(재판관 18인) 정도가 있다.

하는 점에서 9를 3의 배수로 늘리되 짝수가 되는 숫자인 12와 18 중 후자를 택한 것일 뿐이다. 후술하듯이 현재의 재판관 구성방식을 변경한다면(예컨대 국회에서 재판관 전원을 임명하는 방식을 취한다면), 재판관 증원이 반드시 3의 배수로 이루어질 필요가 없으므로, 14인이나 16인도 가능한 대안의 범위에 들어온다.

전체 재판관을 반으로 나누어 일반재판부 2개를 운영하는 곳으로는 독일 연방헌법재판소가 가장 유명하며, 우크라이나 헌법재판소도 이 유형으로 분류할 수 있다. 독일은 전체 재판관을 16인으로, 일반재판부(Senat)의 재판관을 8인으로 한다. 재판관이 18인인 우크라이나도 각 9인의 재판관이 배속된 일반재판부(senate) 2개를 두고 있다. 독일은 원칙적으로 모든 사건을 일반재판부에서 처리하지만, 우크라이나는 전원재판부와 일반재판부의 관할영역을 나누어, 규범통제 사건은 전원재판부에서, 헌법소원 사건은 일반재판부에서 처리한다(우크라이나 헌법재판소법 제53조, 제55조). 다만 일정한 경우 일반재판부가 사건을 전원재판부로 넘길 수 있도록 하고 있다(동법 제61조).

재판관의 일반재판부 배정을 헌법재판소 내의 자율적 사무분담에 맡길 것인지, 아니면 임명권자의 몫으로 할 것인지는 정책적 판단에 달려 있다. 전자는 우크라이나의 방식이다. 우크라이나 헌법재판소는 내부의 추첨을 통해 재판관이 배속될 일반재판부를 정하고, 이를 재판소의 의결로 승인한다(동법 제20조). 후자는 독일의 방식이다. 우리가 전자의 방식을 택한다면, 일반재판부 구성은 헌법재판소의 내부 업무이므로 재판관회의를 통해 일정한 시기(예컨대 2년)를 정해 구성을 변경할 수 있을 것이다. 후자의 방식대로 한다면 임명권자가 처음부터 일반재판부를 특정해 재판관을 임명하게 될 것이며, 재판소 차원에서 임의로 재판관의 소속 일반재판부를 변경하는 것은 허용되지 않는다. 일반재판부 구성 권한을 헌법재판소가 자체적으로 행사하느냐, 아니면 외부의 임명권자가 행사하느냐의 차이이다.

이 경우에도 전체 재판관으로 구성된 전원재판부가 있으므로, 앞서 본 바와 같이 전원재판부 사건의 기준을 정해 특별히 전원재판부에서 처리하는 것이 타당한 사건들로 국한해 처리한다. 그리고 어느 한 일반재판부에서 재판관의 결원이 발생하면 임시적으로 옆의 재판부 소속 재판관

으로 대체하는 것이 가능하다.

라. 검토

재판관 결원 문제에 대한 해법으로 직무계속제도, 예비재판관제도, 재판부 확대 및 구조변경에 관한 각각의 내용들을 살펴보았다. 직무계속제도는 다양한 재판관 결원 상황에 대처하지 못한다는 약점이, 예비재판관 제도는 예비적인 지위로 인한 재판관으로서의 실무적 감각 저하와 역할의 소극성 등에서 문제가 지적될 수 있었다. 이에 필자는 재판부의 확대 및 구조변경 방안이 가장 바람직한 대안이 된다고 생각한다.

이 방안의 미덕은 단순히 재판관 결원 문제만을 해결하는 데 그치지 않는다는 점이다. 현재 우리 헌법재판소는 갈수록 증가하는 사건 속에서 상당한 업무적 부담을 받고 있는 중이다. 1988년 39건이 접수된 이래, 2001년에 1,060건이 접수되어 처음으로 1천 건을 넘겼고, 그 후 1천 건대 후반의 수치를 유지해 오다가 2017년 2,626건, 2018년 2,427건, 2019년 2,730건을 기록해 비약적인 사건 수 증가를 겪고 있다. 특히 2020년은 6월 말을 기준으로 1,744건이 접수되어, 이 비율이 유지된다면 재판소 창립 이래 최초로 연간 3천 건을 넘길 것으로 관측된다. 이는 재판소원을 다루지 않는 헌법재판소로서는 매우 높은 수치에 해당한다. 재판관의 증원이 없는 상태에서 설립 당시보다 사건 수가 거의 100배 정도 증가한 셈이다. 헌법재판제도가 이미 오늘날과 같은 궤도에 오른 상태라 할 2001년과 비교해 보더라도 3배가 증가한 수치이다. 미제사건이 증가할 수밖에 없고,³¹⁾ 사건 한 건 당 투입될 수 있는 시간이 현저히 줄어들었을 가능성도 다분하다. 헌법재판은 단순히 과거에 일어난 분쟁

31) 헌법재판소 통계에 따르면, 헌법재판소의 미제사건(각 연도의 연말 기준)은, 2001년 462건, 2005년 739건, 2010년 660건, 2015년 746건, 2016년 721건, 2017년 922건, 2018년 902건, 2019년 1,113건에 이르고 있다. 미제사건의 수는 시기별로 등락이 있었지만 증가추세를 보이는 것은 분명하다. 특히 2019년 7월, 헌법재판소는 1988년 개소한 이래 처음으로 '180일 이내 선고되지 않은 사건'이 1,000건을 넘겼다. 사건 수의 증가로 인한 업무부담의 과중이 주요한 원인으로 거론된다. "헌법소원 미제사건 999건...헌법재판소 개소 이후 최다", 「헤럴드경제」, 2019. 8. 8.자 인터넷 입력기사(<http://news.heraldcorp.com/view.php?ud=20190808000166>).

을 해결하는 데 그치지 않고 장래의 국가권력 작용을 위한 지침을 제공하는 역할도 수행하므로, 개개의 결정이 우리 법공동체에 지대한 영향을 끼친다. 이 같은 사건 수의 증가, 업무부담의 증대는 헌법재판의 기능을 위해 결코 바람직하지 않은 현상이다. 재판부의 증원 및 구조변경 방안은 개별 재판관이 처리해야 할 사건 부담을 경감시켜 사건 하나하나를 더욱 심도 있게 다룰 수 있도록 할 것이다. 이를 통해 사건을 바라보는 다양한 관점들이 폭넓게 검토됨으로써 심리가 더욱 충실해질 수 있다.

그러나 이 방안에도 약점이 있다. 가장 대표적인 것이 바로 비용이다. 9인의 재판관이 증원되면, 증원된 만큼 비용도 증가할 것이다. 그러나 현재 갖추어진 연구부 인력(헌법연구관들)과 사무처 인력을 그대로 유지한다면, 재판관 9인의 증원으로 인한 비용이 국가예산 전체에 비추어 볼 때 그렇게 부담스러울 것이라고 보이지는 않는다. 또한 그렇게 증가할 비용과 재판관의 증원으로 우리 사회가 얻게 될 이익을 비교해 본다면, 결코 이 비용을 낭비라고 말할 수 없다. 재판관 9인의 증원비용만으로 우리 헌법재판의 수준을 질적으로 한 단계 더 높일 수 있다면, 그리하여 장래 우리 사회가 보다 향상되고 공고화된 헌정적인 환경 속에서 합리화된 삶을 영위할 수 있게 된다면 그것만으로도 충분한 이득이 될 것이다.

앞서 언급한 바와 같이 재판관 구성방식을 후술할 내용처럼 변경한다면, 18인보다 적은 수의 재판관을 두는 안도 고려될 수 있다. 가령 독일 연방헌법재판소와 같이 16인의 체제로 변경해 2개의 일반재판부를 각 8인의 재판관으로 구성할 수 있고, 혹은 14인이나 12인 체제로 구성해 각 일반재판부를 7인이나 6인으로 운영하는 방법도 배제되지 않는다. 사건으로는, 14~16인 정도의 규모가 우리에게 좋은 대안이 될 것이라고 생각하는 편이다.

비교법적으로 보자면, 15인 안팎의 재판관을 임명하고 있는 국가로는, 독일(16인), 이탈리아(15인), 폴란드(15인), 체코(15인), 터키(15인), 오스트리아(14인), 포르투갈(13인) 등이 있다. 독일, 체코 등 재판소원을 허용하는 국가들은 재판소원이 사건의 대부분을 차지하고 또한 건수도 많아서 우리와 직접 비교하기 어려운 점이 있다. 최근 몇 년 간, 독일 연방헌법재판소는 해마다 약 6,000건, 체코 헌법재판소는 약 4,000여 건 정도가 접수되었다.³²⁾ 따라서 1년에 약 2,500건 정도가 접수되는 우리

재판소를 그와 대등한 규모로 운영해야 할 필요가 있는지 의문이 들지도 모른다. 그러나 우리는 통상 재판소원 사건보다 더 많은 시간과 노력이 투입되는 규범통제 사건을 위주로 한다는 점에서 사건 수의 단순비교로는 한계가 있다. 또 독일이나 체코의 재판소는 지정재판부의 역할이 커서 전원재판부(혹은 일반재판부)에서 처리하는 사건 수가 많지 않다는 점에서도 우리와 차이를 보인다. 지정재판부(Kammer)가 인용결정권한을 포함해 폭넓은 권한을 갖는 독일의 경우(연방헌법재판소법 제93c조 등) 근 몇 년간 두 일반재판부(Senat)에서 해마다 처리하는 사건 수의 합이 약 40~60건 수준이고,³²⁾ 마찬가지로 지정재판부(panel)의 권한이 큰 체코도 전원재판부(plenum) 사건이 매년 30~50건 정도이다.³⁴⁾ 반면, 심판청구가 부적법해 지정재판부에서 각하되는 헌법소원 사건이 아니면 모든 사건을 전원재판부에서 처리하는 것이 원칙인 우리의 경우 전원재판부에서 선고되는 사건이 연간 400~500건에 이른다.³⁵⁾ 모든 재판관이 참여하는 심리방식은 논의진행, 논거교환, 의견조율 등을 위하여 더 많은 시간과 노력이 요구되기 마련이다.³⁶⁾ 반면 지정재판부는 규모가 작아 사건

32) 최근 3년을 보면, 독일은 2017년 5,982건, 2018년 5,959건, 2019년 5,446건이(https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2019/gb2019/A-I-2.pdf?__blob=publicationFile&v=14), 체코는 2017년 4,180건, 2018년 4,379건, 2019년 4,200건이 접수되었다. Constitutional Court of the Czech Republic, *Yearbook 2019, 2020*, p. 91(https://www.usoud.cz/fileadmin/user_upload/ustavni_soud_www/Rocenky/Rocenka_US_2019_EN.pdf).

33) 독일은 2017년 39건, 2018년 33건, 2019년 54건을 전원재판부에서 처리했다(https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/jahresstatistiken_node.html). 독일의 경우 지정재판부의 역할이 매우 커져 연방헌법재판소가 지정재판부화(Verkammerung)될 위험에 관한 지적이 있을 정도이다. Klaus Schlaich/Stefan Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 9. Aufl. C. H. Beck, 2012, Rn. 265.

34) 체코는 2017년 47건, 2018년 48건, 2019년 28건을 전원재판부에서 처리했다. Constitutional Court of the Czech Republic, 앞의 책, p. 91 참조. 체코 헌법재판소의 지정재판부는 고유한 관할권을 가진다. 체코 헌법재판소법에 따르면, 지정재판부는 전원재판부의 관할에 해당하지 않는 사건을 관할하는데, 헌법소원심판, 일부 권한쟁의심판 등이 지정재판부의 관할에 해당한다(제11조, 제15조).

35) 헌법재판소 통계에 따르면, 2017년 369건, 2018년 601건, 2019년 455건 정도이다.

36) 흥미롭게도, 체코 헌법재판소는 전원재판부에서 처리한 사건과 지정재판부에서 처리한 사건의 평균 사건처리기간을 밝히고 있는데, 2019년에 선고된 사건을 보면 전원재판부에서 심리한 사건은 평균 10개월 17일이, 지정재판부에서 심리한 사건은 평균 4개월 22일이 걸렸다고 한다. Constitutional Court of the Czech Republic, 앞의 책, p. 89.

처리의 효율이 높을 뿐 아니라, 여러 지정재판부가 동시에 가동된다는 점에서도 그 효율이 더욱 커진다. 재판소 내의 분업화인 셈이다. 이 점을 감안하면, 비록 표면상 사건 수의 차이가 있어도 우리 재판소의 규모를 독일, 체코처럼 15인 안팎의 수준으로 확대하자는 생각이 불합리한 것은 아니다.

이는 재판소원이 없는 국가들과 비교해 볼 때 좀 더 분명해진다. 예컨대, 15인의 재판관으로 구성되는 이탈리아 헌법재판소는 매년 300건 내외를 처리하고 있고,³⁷⁾ 매년 1,200 내외의 사건이 접수되는 포르투갈 헌법재판소에는 재판관이 13인이 있다.³⁸⁾ 12인의 재판관을 두는 벨기에 헌법재판소는 매년 200건에 못 미치는 수의 사건들을 처리하는 편이다.³⁹⁾ 이들과 견주어 보면, 우리 헌법재판소의 사건부담이 결코 가볍지 않음을 알 수 있다. 물론 사건 수와 업무부담을 단순히 동일시할 수는 없을 것이나, 사건 수가 많으면 업무부담도 어느 정도 그에 상응하는 것 역시 사실이다. 이러한 부담을 우리 재판관들의 성실함과 유능함에 의지해 관리하는 것도 가능한 해법일 것이나, 이에 관하여 제도적 차원의 개선을 모색하는 것도 필요한 일이다.

III. 재판관 구성방식의 문제

1. 탄핵심판에서의 문제점

현행 재판관 구성방식의 문제점을 탄핵심판의 측면에서 고찰하자면, 무엇보다도 재판관에 대한 지명권을 가지는 자(대통령, 대법원장)가 탄핵심판의 피청구인이 되는 상황이 야기하는 문제에 주목하지 않을 수 없다. 이 같은 상황 또한 여러 문제를 야기하기 때문이다.

37) 최근 3년을 보면, 2017년 281건, 2018년 250건, 2019년 291건 정도이다(https://www.corte costituzionale.it/documenti/relazione_cartabia/4_servizio_studi_stat.pdf).

38) 최근 3년을 보면, 2017년 1474건, 2018년 1171건, 2019년 1243건 정도이다(<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/en/tribunal-estatisticas.html>).

39) 이황희, 앞의 논문(주 29), 4면, 10면의 주 18 참조.

우선, 재판관 지명권자가 탄핵심판의 피청구인이 될 경우 그가 지명한, 그래서 그에게 소위 신세를 입었다는 느낌을 가지고 있을 것으로 추측되는 재판관들이 해당 탄핵심판에서 공정하게 판단할 수 있을 것인가에 관한 의심의 문제가 발생한다. 물론, 현재 우리 재판관들이 탄핵심판에서 자신의 지명권자를 의식해 공정한 판단을 하지 못할 것이라고 생각하지 않는다. 실제로 박 대통령 사건에서 이른바 대통령 몫으로 임명된 재판관들이 지명권자를 의식해 탄핵에 대한 인용의견을 취하지 않을 것이라는 관측도 적지 않았으나, 결과는 그렇지 않았다. 그러나 재판관이 자신을 지명해 준 피청구인을 의식해 중립적인 판단을 하지 못할 것이라는 세간의 의혹을 전적으로 불합리하다고 치부하기 어렵다. 엄격한 인선과정을 거쳐 지명권자를 의식하지 않고 헌법과 양심에 따라 재판업무에 매진하는 책임자를 찾는 것이 가능한 일이라 해도, 이런 과정이 늘 일체의 오류 없이 수행될 것이라고 확신할 수는 없는 까닭이다.

이처럼 재판관 지명권자가 탄핵심판에서 피청구인이 되는 상황은, 국민들이 그에 의해 지명된 재판관이 공정하고 중립적으로 판단하지 못할 것이라고 불신하게 되는 원인을 제공한다는 점에서 문제가 되지만, 그로 인한 더 큰 문제는 이것이 앞서 언급한 대로 박 대통령 사건에서처럼 재판관 결원 문제를 초래할 결정적인 원인이 된다는 점에 있다. 재판관 결원 문제는 권한대행에 의한 후임자 지명으로 충분히 해결될 수 있다는 생각도 있을 수 있지만, 재판관 지명권자에 대한 탄핵소추가 이루어졌을 때 권한대행이 후임 재판관을 지명하는 것은 여러 측면에서 어려움을 야기한다.

첫째, 피소추인의 권한행사가 정지된 상태에서 그 직무대행의 권한범위에 재판관 지명권 행사가 포함되는지부터가 논란의 대상이 된다. 대통령 권한대행의 직무범위가 어디까지인지에 관해서는 견해가 대립하지만,⁴⁰⁾ 법적 차원에서든, 정책적 차원에서든 간에 권한대행의 잠정적 지

40) 법적으로 볼 때 권한대행의 직무범위는 대통령의 그것과 동일하다는 견해로는 정종섭, 「헌법학원론」 제12판 (박영사, 2018), 1335~1336면. 다만 실제로 권한을 행사할 때에는 국정운영에 필요한 적정 수준의 직무에 대하여 권한을 행사하는 것이 바람직하다고 평가한다. 그러나 이 견해는 국정운영상 필요한 경우에는 권한대행이 현상유지 이상의 직무까지 권한을 행사할 수 있다는 가능성을 남겨 두고 있기 때문에, 상황에 따라 인사를 단행해야 할 필요가 있는 경우에는 그렇게 할 수 있다고도 본다(1136면). 권한대행은 원칙적

위를 고려해 그의 권한행사범위는 기본적으로 대통령의 그것에 미치지 못한다는 것이 대체적인 입장이다. 대통령에게 헌법상 크나 큰 권한이 인정되는 것은 그가 강력한 민주적 정당성을 보유하기 때문인데, 권한대행은 그러한 민주적 정당성이 없기 때문이다. 따라서 권한대행이 대통령의 지명권을 직접 행사한다면, 이에 대하여 상당한 논란과 정치적 공방이 초래될 것이 분명하다. 이러한 상황이라면, 권한대행이 지명권을 쉽게 행사하기 어렵다.

둘째, 설사 권한대행이 후임 재판관에 대한 지명권을 행사한다 해도 그가 공정한 인물을 지명할 수 있는가라는 의문을 불식시키기 어렵다는 문제가 발생한다. 일반적으로 볼 때, 대통령의 권한대행은 그 대통령이 임명한 국무총리일 것이고(헌법 제71조), 대법원장의 권한대행은 선임대법관으로서, 현직 대법원장이 직접 제청권을 행사했거나 혹은 전직 대법원장이 제청권을 행사한 경우라 해도 바로 직전까지 현직 대법원장의 지근에서 함께 일했고 우리 법조문화의 특성상 오랜 기간에 걸쳐 긴밀한 사적·공적 인연을 맺어왔을 동료 대법관일 것이다(법원조직법 제13조 제3항). 이러한 배경 속에서 권한대행이 탄핵심판 도중에 새로운 재판관을 지명할 경우, 자신을 임명하거나 제청해 준 피소추인에게 우호적인 사람을 신임 재판관으로 지명했을 것이라는 의혹이 불거질 것은 너무나 자명하다. 이 의혹은 지명권을 행사하는 권한대행과 피소추인 간의 긴밀한 인적 관계에 기인한 것이므로, 설사 권한대행이 전적으로 객관적이고 중립적인 인물을 지명한다 해도 사회로부터 제기되는 의혹 자체를 불식시

으로 권한을 행사할 때 소극성을 유지해야 하나, 필요한 경우에는 적극적인 권한행사도 가능하다고 보는 견해로는 김하열, 「헌법강의」 제2판 (박영사, 2020), 838~839면. 이 견해는 권한대행이 대통령의 지명권을 직접 행사할 수는 없지만, 국회에서 선출하거나 대법원장이 지명하는 자를 재판관으로 임명하는 행위는 할 수 있다고 본다(같은 책). 반면, 대통령 권한대행의 직무범위는 임시대리의 성질에 따라 잠정적인 현상유지에만 국한된다는 견해로는, 김철수, 「헌법학개론」 제19개정판 (박영사, 2007), 1423면; 허영, 「한국헌법론」 전정16판 (박영사, 2020), 1039면; 한수웅, 「헌법학」 제8판 (법문사, 2018), 1229면. 대통령이 궐위된 경우와 사고로 인해 직무를 행사할 수 없는 경우를 구분해 전자의 경우에는 대통령의 권한과 동일하지만 후자의 경우에는 현상유지를 위한 범위에 국한된다는 견해로, 권영성, 「헌법학원론」 개정판 (법문사, 2008), 966~967면. 박 대통령 사건 당시에도 이 문제가 크게 부각되었다. “황교안, 박한철 후임 지명권 있다? 엇갈린 헌법학계”, 「중앙일보」, 2017. 1. 26.자 인터넷 기사(<https://news.joins.com/article/21178765>).

키는 것은 사실상 불가능하다. 다시 말해, 권한대행에 의한 지명권 행사의 가부도 첨예한 정치적 공방의 대상이지만, 실제로 지명권을 행사할 경우에는 더욱 심각한 정치적 갈등을 불러일으키게 된다는 것이다. 앞서 본 바와 같이, 박 대통령 탄핵심판 사건에서 당시 야당 측은 만약 권한대행이 박한철 헌법재판소장의 후임자를 지명해 임명하고자 하더라도 그 임명동의안은 국회를 통과하지 못할 것이라고 단언했다. 자신들이 동의해 주지 않겠다는 뜻을 명확히 한 것이다.

그렇다면, 권한대행으로서는 굳이 정치적 논란과 갈등을 무릅쓰거나, 혹은 정치적 비난이나 오명을 받아가면서까지 지명권을 행사하려고 하지는 않을 가능성이 크다. 박 대통령 탄핵심판 사건에서처럼 재판관 결원 상황이 불가피해지는 것이다.

권한대행에 의한 후임 재판관 지명 문제는, 전술한 여러 제도들(재판관 직무계속제도, 예비재판관제도, 재판부 확대 및 구조변경)이 시행된다면 해결될 것이다. 그러나 특정 재판관들을 지명한 자를 피소추인으로 하는 탄핵심판에서, 그로부터 지명된 재판관들이 인연에 흔들리지 않고 공정하게 판단할 수 있겠는가라는 사회적 의심과 대중적 불신의 문제는 여전히 남는다. 지금까지는 필요한 자질과 소명의식을 갖춘 재판관들에 의해 이런 문제가 크게 부각되지 않았다 할지라도, 앞으로도 계속 그러할 것이라고 쉽게 생각하는 것은 지나치게 낙관적인 그래서 위험스러운 태도이다.

2. 해법

많은 학자들이 현행 재판관 구성방식에 문제가 있다는 입장을 보여주었지만, 각자가 느끼는 문제의 원인과 심각성에 따라 그에 대한 해법이 달랐다. 가장 많은 비판이 있었던 부분은, 단연 대법원장의 지명권 부분이다. 약한 민주적 정당성, 독립적 지명제도의 문제, 대통령 소속정파에 유리한 방향으로 지명권이 행사되어 다양성이 약화될 것이라는 우려 등이 주요 논거로 거론되어 왔다.⁴¹⁾

41) 대법원장의 지명권에 대한 학계의 비판들은 한동훈/안민영/정영훈/임기영, 앞의 책, 33~3

우선, 현재의 방식을 근본적으로 수정할 필요는 없다는 입장에 선다면, 현행 방식을 큰 틀에서 유지하되 대법원장의 약한 민주적 정당성을 보완하기 위해 그가 지명한 재판관에 대하여 국회 동의를 요구하거나 대법원장의 지명을 대법관회의의 선출로 변경하는 방식이 해법일 수 있다.

반면 대법원장의 지명은 민주적 정당성이 없고 이는 어떠한 다른 명분으로도 만회될 수 없는 정당성의 흠결이라는 입장에서 본다면, 위에서 본 방식들은 여전히 선출되지 않은 자(들)에 의한 지명 혹은 선출이라는 점에서 만족스러운 해법이 되지 못한다. 이 관점에 따르면, 대법원장으로 상징되는 사법부가 재판관 임명절차에 관여하는 것 자체가 부당하므로, 국민으로부터 직접 선출되는 대통령과 국회만이 재판관을 지명 혹은 선출할 수 있도록 해야 한다.

본고는 탄핵심판의 원활한 작동이라는 측면에서, 탄핵심판의 잠재적 대상자가 재판관에 대한 지명권을 행사하는 것에 상당한 문제가 있다고 본다. 재판관 지명권자에 대한 탄핵소추가 이루어질 경우 탄핵심판의 공정성 문제, 재판관의 결원 문제가 발생할 수 있어 탄핵심판이 제대로 작동하기 어렵고, 재판결과의 공정성에 대한 의심은 국민들이 그 심판의 결과를 심리적 저항 없이 수용하는 데에 지장을 초래한다. 이 입장에서 본다면, 대통령이나 대법원장이 재판관 지명권을 행사하는 것은 장래 자신의 파면여부를 결정할 사람을 직접 고를 수 있는 기회가 된다는 측면에서 부당하다고 말할 수 있다. 대법원장을 지명권자로 그대로 인정하면서 국회의 동의를 필요로 하는 안이나, 대법원장에 의한 지명을 대법관회의에 의한 선출로 변경하는 안은 따라서 이 대목에 대한 정확한 처방이 되지 못한다. 대법관 역시 헌법상 탄핵소추의 대상이므로 대법관회의에 의한 선출도 선출자인 대법관과 선출된 재판관과의 관계에서 앞서 대법원장에 의한 지명에서 본 문제들이 유사하게 발생한다. 대법원장의 지명권을 국회와 대통령에 넘기는 안은⁴²⁾ 대통령 역시 탄핵소추의 대상인 사실을 고려할 때 대통령에 의한 지명의 정당성 문제가 여전히 남는다.

현존하는 많은 논의들은 재판관 지명권의 민주적 정당성에 초점을 두어 왔다. 이는 대법원장의 지명권에 대한 비판으로서는 힘이 있었지만,

5면에서 소개된 견해들 및 해당 각주의 문헌들 참조.

42) 위의 책, 45면.

대통령의 지명권에 대한 문제의식을 예리하게 만들지는 못했다. 오히려 민주적 정당성을 가진 대통령이 재판관 구성에서 아무런 관여를 하지 못하는 것은 부당하다는 인식을 낳기도 했다. 그러나 탄핵심판의 측면에서 본다면, 대통령의 지명권 또한 약점이 있을 수밖에 없다. 특히 탄핵심판은 지금까지 우리가 경험한 바와 같이, 대통령을 견제하기 위한 장치로서 그 제도적 의미가 컸다. 국무총리·국무위원·행정각부의 장 등이 행한 법위반 행위는 국회가 해임건의권을 행사하거나 혹은 비판적 여론의 압박 속에서 임명권자인 대통령의 부담을 의식해 자진사퇴하는 등의 방식으로 어느 정도 효과적으로 해결되어 왔기 때문이다. 대통령은 단임제에서 재출마가 금지되므로 차기 대선에서 국민들이 투표로써 심판하는 방식이 불가능함을 고려하면, 대통령에 대한 견제수단으로서 탄핵심판의 의미는 더욱 가중된다.

대통령의 지명권에 대한 비판은 주로 국민의 정치적 의사비율과 비례하는 재판관 구성비율의 실현을 저해한다는 측면에서 제기되어 왔다.⁴³⁾ 대통령 소속정파에게 유리한 재판부 구성을 보장한다는 것이다. 이 글은 이에 더하여 대통령의 지명권이 자신에 대한 견제장치인 탄핵심판제도의 원활한 작동 및 이 제도에 대한 국민의 신뢰를 저해한다는 이유에서도 문제가 있음을 짚고자 했다. 이 측면을 고려할 때에도, 모든 재판관은 국회, 즉 민주적 정당성을 갖추면서도 탄핵소추의 대상이 아닌 자들에 의해 선출되는 것이 합당하다.⁴⁴⁾ 비교법적으로 보면, 독일(연방헌법재판소법 제5조), 헝가리(헌법 제24조), 폴란드(헌법 제194조), 크로아티아(헌법 제122조), 북마케도니아(헌법 제109조) 등이 헌법재판관 전원을 의회에서 선출하고 있다.⁴⁵⁾

한편, 일부 견해들 중에는 대법원장의 대법관 제청권을 감안해 헌법재판소장에게도 재판관 지명권을 부여해야 한다는 주장도 있었다.⁴⁶⁾ 유사

43) 이창민/이황희/홍정민, “헌법재판소 판례에 대한 정치적 영향 분석”, 「법경제학연구」 제16권 제3호 (한국법경제학회, 2019), 328면 이하; 최희수, “헌법재판소 구성·임명 등과 관련한 개정방향”, 「헌법학연구」 제17권 제2호 (한국헌법학회, 2011), 183면.

44) 같은 취지로, 허영, 앞의 책(주 3), 115면; 최희수, 앞의 논문, 178~182면. 다만, 이를 위해서는 헌법개정이 필요한데, 2009년 국회의장 자문기구 헌법연구자문위원회의 개헌안과 2011년 대한변호사협회 산하 헌법개정 연구위원회의 개헌안이 이 방식을 채택한 바 있다.

45) 다만 폴란드는 국사재판소라는 별도의 탄핵심판기관을 두고 있다(헌법 제145조, 198조).

한 입법례가 없는 것은 아니지만,⁴⁷⁾ 이는 여러모로 문제가 있다고 본다. 먼저, 민주적 정당성 측면에서 대법원장의 재판관 지명권이 문제라면, 헌법재판소장의 지명권 역시 문제이다. 또한, 헌법재판소장의 지명권은 지명된 재판관이 헌법재판소장에 대하여 신세를 진 것 같은 느낌을 가지게 해 그 재판관이 재판을 할 때 헌법재판소장을 의식할 것이라는 의심을 불러올 수 있다. 마지막으로, 헌법재판소장 역시 탄핵소추의 대상이므로 이 글에서 앞서 살펴본 문제들이 여기서 또 다시 재현된다.

IV. 결론

현행 재판관 제도에는 개선되어야 할 지점들이 여럿 있다. 그 중에서도 재판관 결원의 문제와 재판관 구성방식의 문제는 헌법재판소 결정의 정당성을 저해할 수 있는 주요한 원인이다. 본고는 이들 문제가 탄핵심판과 관련하여 가장 뚜렷하게 부각된다고 보아, 탄핵심판이라는 구체적인 절차 속에서 위 문제들이 어떻게 발생하고, 왜 심각한 문제가 되며, 이를 어떤 방식으로 해결해야 할 것인지를 살펴보고자 했다.

탄핵심판은 헌법재판소의 어느 다른 심판보다도 정치적 성격이 크다. 탄핵을 추진한 세력과 거기에 반대한 세력은 탄핵심판의 결론에 따라 향후 매우 상반된 정치적 환경을 맞이하게 된다. 특히 대통령에 대한 탄핵심판은 재언을 요하지 않는다. 우리가 익히 경험한 바와 같이, 대통령 탄핵심판의 결론에 따라 대통령의 소속정파와 그 반대정파의 정치적 입지

46) 신봉기, “우리나라의 헌법재판관 선임제도”, 「헌법논총」 제5집 (헌법재판소, 1994), 433면; 김도협, “헌법재판소의 구성에 관한 비판적 고찰”, 「법학논총」 제42권 제2호 (단국대학교 법학연구소, 2018), 166면.

47) 유사한 입법례는 포르투갈 헌법에서 찾아볼 수 있다. 포르투갈 헌법재판소는 모두 13인의 재판관으로 구성되는데, 10인은 의회에서 선출하고, 나머지 3인은 위 10인이 선출한다(헌법 제222조 제2항). 이는 헌법재판소장이 일부 재판관들을 직접 지명하는 것이 아니므로 본문에서 언급한 헌법재판소장의 지명방식과는 차이가 있으나, 외부기관에 의한 재판관 충원이 아니라 헌법재판소 자체에 의한 충원이라는 점에서는 두 방식에 유사함이 있다.

는 크게 달라진다. 그러다보니 탄핵심판 진행 중 재판관의 퇴임 등 결원이 발생하면 그 후임 재판관을 임명하기가 매우 어렵다. 한 치의 양보도 없는 팽팽한 정치적 대립 속에서 탄핵추진 세력과 그 반대 세력 간에 공히 합의할 수 있는 인물을 찾기란 지극히 힘든 일이다. 또한 재판관에 대한 탄핵사건에서는 필연적으로 재판관의 결원이 발생한다. 탄핵심판이 정치적 이유에서든 법적 이유에서든 재판관의 결원 문제와 긴밀히 연결되어 있는 이유이다.

이 글에서는 이 문제에 대한 해법으로 가장 흔하게 거론되는 재판관 직무계속제도, 예비재판관제도를 검토했으나, 전자는 부분적 해결책에 그친다는 점 때문에, 후자는 예비재판관의 역할 수행상의 문제점 때문에 약점이 있다고 보았다. 이에 재판부의 확대와 구조변경을 대안으로 제시했다. 이 대안은 재판관 결원 문제에 포괄적으로 대처할 수 있는 점뿐만 아니라, 현재 점증하는 업무적 부담을 완화해 헌법재판의 질적 도약을 도모할 수 있다는 점에서도 매력이 있다. 다만, 비용 문제가 있을 수 있는데, 재판관의 증원에 따른 비용보다 헌법재판의 질적 향상으로 우리 사회가 향유할 이익이 더 중하다고 볼 이유도 충분하다.

한편, 현행 재판관 구성방식의 문제에 대해서도 많은 지적이 있어 왔다. 특히 대법원장의 지명권에 대해서는 비판적 의견이 지배적이다. 약한 민주적 정당성, 독립적 지명방식의 문제점 등이 거론되어 왔다. 대통령의 지명권은 민주적 정당성의 측면에서 지지되기도 하지만, 대통령 소속정파의 몫이 국회에서 인정됨에도 그에 더해 대통령의 지명권까지 인정하는 것은 대통령 소속정파에게 크게 유리한 재판관 구성을 가능하게 한다는 점, 국민의 정치적 의사비율과 비례하는 재판관 구성비율의 실현을 저해한다는 점에서 비판이 있었다. 본고는, 이들 논거에 더하여, 탄핵심판의 대상자인 대통령과 대법원장이 자신에 대한 탄핵심판을 수행할 재판관을 고를 권한을 가지는 것이 탄핵심판제도의 원활한 작동과 이 제도에 대한 국민의 신뢰를 훼손할 우려가 크다는 측면에서 상당한 문제를 초래한다고 보았다. 국회가 재판관 전원을 선출하는 방안이 가장 합당하다는 결론은, 국회의 구성원들이 민주적 정당성을 갖추고 있으면서도 대통령 및 대법원장과 달리 탄핵의 대상이 아니라는 점에서도 옹호될 수 있다.

이들 문제는 반드시 개선되어야 하는 사항이므로, 관심을 잃지 않고 문제의식을 이어가는 것이 중요하다. 지금까지 꾸준히 지적되어 온 문제이지만, 이 글에서 다시금 살피고 논의해 보려는 이유 역시 여기에 있다.

(논문투고일: 2020.08.31, 심사개시일: 2020.09.05, 게재확정일: 2020.09.17)



▶ **이황희**

헌법재판소 재판관, 탄핵심판, 재판관 제도, 재판관 구성방식, 재판관 결원, 예비재판관, 재판부 확대

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 권영성, 「헌법학원론」 개정판, 법문사, 2008.
- 김철수, 「헌법학개론」 제19전정신판, 박영사, 2007.
- 김문현/정재황/한수웅/음선필, 「현행 헌법상 헌법재판제도의 문제점과 개선방안」, 헌법재판연구 제16권, 헌법재판소, 2005.
- 김하열, “탄핵심판에 관한 연구”, 고려대학교 대학원 박사학위논문, 고려대학교, 2005.
- 김하열, 「헌법강의」 제2판, 박영사, 2020.
- 양건/김문현/남복현, 「헌법재판소법의 개정방향에 관한 연구용역보고서」, 헌법재판연구 제10권, 헌법재판소, 1999.
- 정종섭, 「헌법학원론」 제12판, 박영사, 2018.
- 한동훈/안민영/정영훈/임기영, 「헌법재판소 재판관의 자격, 구성방식 및 임기」, 헌법이론과 실무 2011-A-1, 헌법재판연구원, 2011.
- 한수웅, 「헌법학」 제8판, 법문사, 2018.
- 허영, 「한국헌법론」 전정16판, 박영사, 2020.
- 허영, 「헌법소송법」 제15판, 박영사, 2020.
- Constitutional Court of the Czech Republic, Yearbook 2019, 2020.
- Ferreres Comella, Victor, Constitutional Courts and Democratic Values: A European Perspective, Yale University Press, 2009.
- Mendes, Conrado Hübner, Constitutional Courts and Deliberative Democracy, Oxford University Press, 2013.
- Schlaich, Klaus/Stefan Koriöth, Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 9. Aufl. C. H. Beck, 2012.
- Venice Commission, The Composition of Constitutional Courts, CD L-STD(1997)020.

II. 논문

- 권건보, “헌법재판소 재판관 탄핵제도의 문제점”, 「헌법학연구」 제15권 제3호, 한국헌법학회, 2009.

- 남복현, “헌법개정시 헌법재판을 포함한 사법구조의 개편방향”, 「헌법학연구」 제12권 제5호, 한국헌법학회, 2006.
- 신봉기, “우리나라의 헌법재판관 선임제도”, 「헌법논총」 제5집, 헌법재판소, 1994.
- 음선필, “헌법재판소 재판관에 대한 탄핵심판제도”, 「사회과학연구」 제11권 제2호, 순천향대학교 사회과학연구소, 2005.
- 이창민/이황희/홍정민, “헌법재판소 판례에 대한 정치적 영향 분석”, 「법경제학연구」 제16권 제3호, 한국법경제학회, 2019.
- 이황희, “벨기에의 헌법재판제도”, 「성균관법학」 제31권 제2호, 성균관대학교 법학연구원, 2019.
- 이황희, “헌법재판소에 대한 견제”, 「법학연구」 제22집 제3호, 인하대학교 법학연구소, 2019.
- 정재황, “예비재판관 제도 및 그 도입 타당성에 대한 연구”, 「성균관법학」 제26권 제3호, 성균관대학교 법학연구원, 2014.
- 최희수, “헌법재판소 구성·임명 등과 관련한 개정방향”, 「헌법학연구」 제17권 제2호, 한국헌법학회, 2011.
- 한수웅, “제6조”, 「주석 헌법재판소법」, 헌법재판연구원, 2015.

III. 기타

- 윤진수, “헌법재판소 재판관 임기 만료 후의 직무 계속 수행에 관한 고찰”, 「법률신문」, 2016. 12. 26.자 인터넷 입력기사(<https://m.lawtimes.co.kr/Content/Opinion?serial=106915>)
- 이명웅, “헌법재판관의 임기 연장 필요성”, 「법률신문」, 2006. 9. 4.자 입력기사(<https://m.lawtimes.co.kr/Content/Opinion?serial=21819>)
- “민주당 “黃총리, 헌법재판관 임명하면 인준 거부””, 「법률신문」, 2016. 12. 21.자 인터넷 입력기사(<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=106787>)
- “헌법소원 미제사건 999건…헌법재판소 개소 이후 최다”, 「헤럴드경제」, 2019. 8. 8.자 인터넷 입력기사(<http://news.heraldcorp.com/view.php?ud=20190808000166>)

- “헌재 “쟁점 많아 노무현 전 대통령 탄핵 심판 때 없었던 준비절차 밝기로””, 「조선일보」, 2016. 12. 12.자 인터넷 입력기사(https://news.chosun.com/site/data/html_dir/2016/12/12/2016121201852.html)
- “황교안, 박한철 후임 지명권 있나? 엇갈린 헌법학계”, 「중앙일보」, 2017. 1. 26.자 인터넷 기사(<https://news.joins.com/article/21178765>)

Abstract

Problems and Solutions of the Current Constitutional Justice System in Terms of Impeachment Trial

Hwanghee Lee

Many problems have been raised regarding the current Constitutional Justice(hereinafter referred to as “CJ”) system. This paper focuses on the problems of the vacancy of in the Constitutional Court(hereinafter referred to as “CC”) and the composition of the CC that might cause some adverse effects on the legitimacy of the CC’s decision in a relatively direct way. Since the impeachment trial shows the severity of these problems most clearly, we could understand in this procedural background how these problems arise, why they become critical, and how they could be ameliorated.

The impeachment trial has a greater political character than any other jurisdiction of the CC, so it is very difficult to appoint a replacement when a CJ’s term comes to an end during the trial. In addition, in case of impeachment against a CJ, the CJ should be excluded from the trial, which also leads to the vacancy of the CC. This is why the impeachment trial, whether for political or legal reasons, is closely linked to the problems of the vacancy of the CC. In this paper, we examined the system of temporally continuing the duties of CJ and the substitute CJ system as a solution, but both were insufficient, so increasing CJs and restructuring the CC was suggested as alternatives.

Concerning the composition of the CC, it has been criticized for the weak democratic legitimacy of nomination by the Chief Justice of the Supreme Court and the fact that nomination by the President causes difficulties for realizing the proportion of CJs consistent with that of people's political support. In addition to these arguments, this article shows that nomination by the President and the Chief Justice of the Supreme Court, who are subject to the impeachment trial, could cause some serious problems for the well-functioning of the trial. In this respect, we again come to a conclusion that it is most recommendable that the National Assembly elect all CJs.



▶ **Hwanghee Lee**

Constitutional Justice, Impeachment Trial, Current System of Constitutional Justice, Composition of Constitutional Court, vacancy of in the Constitutional Court, Substitute Justice, Increasing Constitutional Justices

낙태죄에 대한 가톨릭 관점의 제언

김문정*

신효성**

【목 차】

I. 들어가며

II. 현행 낙태금지규범의 내용과 그 구조

1. 낙태 관련 금지규범과 현실
2. 헌법재판소의 낙태죄 헌법불합치결정(2017헌바127)

III. 낙태에 대한 가톨릭의 교리와 그 구조

1. 성경과 인간 생명의 신성성
2. 교황 회칙과 인간 생명 가치의 절대성

3. 「가톨릭 교회 교리서」와 근대형 법적 요소

4. 인간 생명의 환유불가능성

IV. 이익형량에서 죄의 인정과 그 용서로

1. 죄에 대한 과문과 그 사함으로서 용서
2. 규범적 차원의 제언, 자비의 빈자리
3. 실천적 차원의 제언, 용서의 형사법적 전용

V. 나가며

【국 문 요 약】

형법과 모자보건법을 비롯한 현행규범은 원칙적으로 생명을 보호하되, 의학적·윤리적 고려를 통해 임신부의 생명 등을 보호하기 위한 낙태를 허용하고 있다. 최근의 헌법재판소 결정은 이러한 이익형량의 구조의 연장선상에서 인권적 고려를 통해 여성의 자기결정권과 태아의 생명 간 법익균형을 도모하였다고 볼 수 있다. 이러한 결정은 이익형량의 구조 위에 임신한 여성의 자기결정권을 강화시킨 현행법규범의 수정본이라고

* 법학박사, 변호사.

** 송곡대학교 보건의료행정과 외래교수.

평가할 수 있다. 한편, 헌법재판소의 단순위헌의견의 경우, 급진주의 페미니즘의 사유에 힘입어 임신 제1삼분기 내 무조건적인 낙태를 허용하기까지에 이르렀다. 이러한 규범체계 앞에서 가톨릭은 인간 생명의 신성성을 근거로 생명을 그 발생 단계에 따른 차별 없이 절대적으로 보호할 것을 주장하며, 태아의 생명이 지닌 가치에 대한 이익형량의 금지를 요청하고 있다.

이 글은 낙태죄에 대한 허용한계가 확장되는 방향으로의 형법개정을 눈앞에 두고 있는 상황 속에서 낙태죄의 존재필요성을 적극적으로 지지하는 입장, 특히 가톨릭 교리의 관점에서 현행규범, 헌법재판소 결정 그리고 낙태죄 폐지를 주장하는 입장의 논리구조와 그 특징을 살펴보고, 비판하고자 한다. 낙태죄에 대한 가톨릭 관점의 해석은, 자유의 이름으로 행하는 행동들이 오히려 자유의 준거를 흔들고 있음에도 이를 은폐함으로써 권력을 재상산하는 입장을 비판하며, 생명의 침해를 죄로 인정하는 것을 통해서만 다시금 그 규범적 토대를 공고히 할 수 있음을 보여준다. 이러한 가톨릭적 해석의 중심에는 죄의 인정과 그에 대한 용서를 통한 성찰과 자율이 자리 잡고 있다고 할 수 있다.

I. 들어가며

가톨릭의 믿음에 따르면, 인간의 생명은 하느님이 자신의 형상에 따라 만들어진 흙에 생기를 불어 넣음으로써 시작되었다.¹⁾ 이후 인간을 탄생시키는 책무를 남녀 부부에게 부여하고 자녀를 낳으며 대를 잇게 함으로써 하느님의 협력자가 되게 하는 기쁨을 주었다고 한다. 그러나 오늘날 인간은 자연을 이성으로 조정하고 지배할 수 있다는 근대적 믿음 하에 발전된 생명공학 기술을 바탕으로,²⁾ 특히 출생의 영역에서조차 출산 조정이라는 명목으로 ‘인구’를 관리하고 조절하는 시도를 하기에 이르렀다.³⁾

1) 가톨릭출판사편집부 편, 「가톨릭성경」, 가톨릭출판사, 2014, 창세기 1장 27절, 2장 7절.

2) 이와 관련하여 생명공학의 발전이 가져오는 생명문화의 식민지화를 비판하며, 그 발전이 인간다운 생명 문화를 재생산하는 방향으로 수용되어야 한다는 이상돈, “생명공학법: 윤리와 공학 사이에서”, 「현상과인식」 제28권 제1호, 한국인문사회과학회, 2004, 13~14쪽.

그 과정 속에서 결과적으로 수많은 생명들이 희생되어온 것이 사실이며, 그러한 희생을 둘러싸고 사회적 갈등이 증폭되어온 것이 우리 사회의 한 단면이라고 할 수 있다.

우리나라에서 근대법의 생명 영역에의 규범적 개입의 역사를 살펴보면, 인구관리와 직접적으로 연관된 여성의 출산과 관련하여 형법이 1953년에 제정될 당시부터 낙태죄의 입안 자체에 대하여 윤리적 또는 공적 사유를 근거로 제시하는 입장과 사회경제적 적응사유를 근거로 제시하는 입장 간 찬반논의가 격렬하게 있었다.⁴⁾ 이후 1973년에 모자보건법이 제정되면서 인공임신중절 허용사유가 제한적으로 우리 규범체계 안에 들어왔음에도, 낙태죄에 대한 찬반논쟁은 가라앉기는커녕 오히려 재점화되었다.⁵⁾ 낙태죄 찬반논쟁은 그렇게 끊임없는 갈등을 드러내면서 입법적 해결을 넘어 헌법적 해결이 요청되었고, 두 번의 낙태죄 헌법소원으로 이어지게 된다. 그 중 최근의 두 번째 헌법소원에서 헌법재판소는 형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제269조 제1항, 제270조 제1항 중 ‘의사’에 관한 부분은 모두 헌법에 합치되지 아니한다는 헌법불합치 결정을 내림으로써 국회로 하여금 위 조항을 2020년 12월 31일까지 개정하도록 하였다. 이 글은 이렇게 낙태죄에 대한 허용한계가 확장되는 방향으로의 형법개정을 목전에 두고 있는 상황 속에서 낙태죄의 존재필요성을 적극적으로 지지하는 입장, 특히 가톨릭 교리의 차원에서 현행규범, 헌법재판소 결정 그리고 낙태죄 폐지를 주장하는 입장의 논리구조와 그 특징을 살펴보고 비판하고자 한다.

이 시점에서 가톨릭의 입장에서 논의를 살펴보는 실천적 이유는 낙태죄 폐지에 관하여 오래도록 그리고 강력한 비판을 유지해 온 진영이 가톨릭이었고,⁶⁾ 가톨릭이 실제로 낙태와 관련하여 임신부나 버려진 아이들

3) 고유의 리듬과 규칙성을 가진 통계적 구성물로서 ‘인구’ 개념에 대하여 보다 자세히는 조은주, “인구의 출현과 사회적인 것의 구성”, 『경제와사회』 통권 제105호, 비판사회학회, 2015, 17~25쪽.

4) 이석배, “낙태죄 존치론에 대한 반론”, 『한국의료법학회지』 제26권 제1호, 한국의료법학회, 2018, 78~79쪽.

5) 신동운, “형법개정과 관련하여 본 낙태죄 연구”, 『형사정책연구』 제2권 제2호, 한국형사정책연구원, 1991, 354~355쪽.

6) 가톨릭은 낙태죄 폐지 반대 백만인 서명운동에 참여한 1,009,577명의 서명지와 탄원서를 2018년 3월 22일 헌법재판소에 전달하기도 하였다. 한국천주교회의, 2018. 3. 20. 보도자료.

을 돌보는 일을 오래전부터 감당해왔으며, 가톨릭신자들을 포함한 국민을 대표하는 기관인 국회로서도 그만큼 가톨릭의 입장에 대하여 성찰적으로 고려할 필요와 개정조항의 정당성 확보 차원에서 면밀히 검토할 필요가 상당하기 때문이다. 그리고 법학 담론에서 가톨릭 관점의 사유를 살펴보는 이론적 이유는, 실증성이 합법성으로 대체될 수 없다는 전제하에 법의 정당성이 상호주관적 차원에서 전개되는 의사소통적 절차를 통해서만 확보될 수 있는 것이라면,⁷⁾ 법은 낙태규범에 대한 상호이해의 과정에 진정성 있는 태도로 참여한 가톨릭의 입장에 귀를 기울일 일종의 책무가 있기 때문이다.

II. 현행 낙태금지규범의 내용과 그 구조

1. 낙태 관련 금지규범과 현실

가. 현행 법규범 체계와 그 구조

현행 법규범은 낙태 행위에 대하여 형법과 모자보건법에서 다루고 있다. 우선 그리고 원칙적으로 형법은 제269조와 제270조에서 태아의 생명을 보호법익으로 두고 그러한 보호법익을 침해하는 낙태 행위의 불법성을 전제로 그 행위를 금지하고 있다.⁸⁾ 형법 규정의 체계를 간략히 설명하자면, 형법은 크게 부녀 그리고 부녀 이외의 자로서 부녀의 촉탁이나 승낙을 받았는지 여부에 따른 구분을 통해 낙태 행위의 주체를 설정하고 있고, ‘태아’⁹⁾를 그 행위의 객체로 설정하고 있다. 그리고 법정형에 있어 (의사의 직업윤리 위반을 고려한) 업무상 가중, 촉탁이나 승낙의 부재에 따른 가중, 부녀에 대한 상해나 사망의 결과에 따른 가중을 하고

7) 이상돈/홍성수, 「법사회학」, 박영사, 2000, 95-99쪽.

8) 낙태와 관련하여 형법은 1953년에 제정된 이후로 지금까지 그 내용과 구조에는 변화가 없었다.

9) ‘태아’란 대개 수정이 이루어져 생성된 배아가 약 2주 후 자궁점막에 착상된 때부터 분만 개시 전까지의 인간 생명체를 말한다.

있다. 과실이냐 미수¹⁰⁾는 처벌하지 않는다.

낙태 행위의 위법성이 조각되기 위해서는 그 행위가 긴급피난에 해당하여야만 한다. 다시 말해, 임신 자체는 현재의 부당한 침해가 아니기 때문에 낙태 행위는 형법 제21조의 정당방위에 해당할 수 없고, 낙태죄는 그 객체를 태아로 그리고 그 보호법익을 태아의 생명으로 두고 있기 때문에 별개의 법인격을 지닌 부녀나 부녀 이외의 자가 행하는 낙태는 형법 제24조의 피해자승낙에 해당할 수도 없다. 판례도 임신의 지속이 부녀의 건강을 해칠 우려가 현저할 경우 부득이 취하게 된 조치로서 낙태가 긴급피난에 해당할 수 있다고 보고 있다.¹¹⁾

한편, 긴급피난에 의한 정당화 외에도 그보다 우선적으로 낙태죄에 대한 특별법 규정¹²⁾으로서 모자보건법에 의한 정당화도 가능하다. 모성 및 영유아 생명과 건강을 보호하고 건전한 자녀의 출산과 양육을 도모함으로써 국민보건 향상에 이바지함을 목적¹³⁾으로 하는 모자보건법은 태아의 생명을 직접적으로 침해하는 낙태를 태아를 모체 밖으로 배출시키는 ‘인공임신중절수술’이라는 개념을 통해 다소 생명윤리적 또는 도덕적 색채가 열고 의과학적 색채가 짙은 표현을 쓰고 있고,¹⁴⁾ 본인 및 배우자의 동의 하에 동법 제14조 및 동법 시행령 제15조에서 정당화 요건을 규정하고 있다.¹⁵⁾ 동법 제14조 제1항의 인공임신중절수술 허용사유로는

- 10) 독일형법의 경우는 자기낙태죄를 제외하고 낙태의 미수를 처벌하고 있다. 이정원, “낙태죄의 구조와 문제점 -독일형법에서의 낙태죄 규제와의 비교를 중심으로-”, 『법제연구』 제54호, 한국법제연구원, 2018, 206쪽.
- 11) 대법원 1976. 7. 13. 선고 75도1205 판결. 나아가 당해 판례는 태아의 생명 대 부녀가 기형아 내지는 불구아를 출산하고 그 아이를 키우는 부담 사이의 비교형량에 따라 낙태가 정당행위에 해당할 수 있다고 본 것으로 해석할 수 있다.
- 12) 낙태와 관련하여 모자보건법은 제28조를 통해 형법규정의 적용을 배제하고 있다.
- 13) 모자보건법이 건전한 자녀의 출생과 양육이라는 우생학적 관점보다는 모성의 생명과 건강을 보호한다는 보건의학적 시각이 상대적으로 강하게 부각되어 있다고 보는 신동운/최병찬, 「낙태죄 및 간통죄에 관한 연구」, 한국형사정책연구원, 1991, 98쪽.
- 14) 이는 태아의 생명 침해라는 필연적인 결과의 이미지를 은폐하는 환유이자 전략일 수 있다. 환유의 은폐 기능에 대하여 보다 자세히는 김문정, “환유로서 법해석, 은유로서 정의”, 『고려법학』 통권 제91호, 고려대학교 법학연구원, 2018, 121~123쪽. 따라서 화용론적인 차원에서도 낙태죄를 찬성하는 입장은 ‘낙태’라는 개념의 지속적인 사용을, 그 반대 입장은 ‘인공임신중절수술’이나 ‘임신중단’ 등으로의 개념 사용 변화를 주장할 것이다. ‘임신중단’이라는 표현 사용을 주장하는 김정혜, “낙태죄 폐지를 말하는 이유. 임신중단권 보장의 법적 쟁점과 방향”, 『페미니즘연구』 제19권 제1호, 한국여성연구소, 2019, 8~10쪽.

유전학적 사유(1호),¹⁶⁾ 감염학적 사유(2호). 윤리적 사유(3호, 4호) 그리고 보건의학적 사유(5호)¹⁷⁾를 규정하고 있다.

요컨대, 우리나라의 법규범은 낙태에 관하여 형법에서 원칙적으로 금지하되, 모자보건법에서 일정한 정당화 사유를 통해 예외적으로 허용하고 있다. 이는 임신, 출산 등에 관한 산모의 자유(자기결정권)보다 태아의 생명을 원칙적으로 보호하되, 이익형량을 통해 법제화된 의학적·윤리적 사유를 통해 산모의 자유가 우선시될 수 있도록 짜여진 구조라고 평가할 수 있다. 우리나라는 이러한 구조, 다시 말해, 원칙과 그 예외 또는 위법성의 추정과 그 조각의 구조를 통해 낙태 현실에 규범을 적용하고 있는 것이다. 이러한 규범 구조의 배후에는 인구를 관리하고 조절하는 ‘생명정치’¹⁸⁾가 작용하고 있다고 할 수 있다. 국가가, 단순한 인구의 절대적 증가가 아닌, 기존 사회체계에 부응하는 인구를 증가시키는 방향으로 행정정책을 펼침으로써 권력을 재생산하고 있기 때문이다.

나. 낙태 규범과 현실의 간극

한편, 낙태에 대한 양가적인 사회적 평가로 인하여¹⁹⁾ 우리 사회에서

-
- 15) 인공임신중절수술의 허용한계와 관련하여 모자보건법은 1973년 제정(1973. 2. 8. 법률 제 2514호로 제정된 것, 제8조)된 이후로 지금(2020. 3. 24. 법률 제17091호로 개정된 것, 제14조)까지 그 내용과 구조에는 큰 변화가 없었다. 일부 변화로는 모자보건법 시행령(2009. 7. 7. 대통령령 제21618호로 일부개정된 것)에서 중절수술 허용기간의 임신 28주에서 24주로의 단축과 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환 및 전염성 질환의 종류에 대한 축소가 있었다.
 - 16) 유전학적 사유와 관련하여, 유전자 진단 기술의 발전이 장애를 지니는 삶에 대한 진지한 성찰을 어렵게 만든다는 김나경, “태아의 장애를 이유로 하는 임신중절: 사회학적 구조와 형법정책”, 『형사법연구』 제19권 제1호, 한국형사법학회, 2007, 152-161쪽.
 - 17) 이는 앞의 1호 내지 4호의 사유가 없을 때 보충적으로 적용되는 일반조항적 성격을 지니고 있다고 볼 수 있다.
 - 18) 규범이 생물학적 몸에 기입되는 과정이 정당성의 토대를 창출하는 ‘생명정치’에 대하여는 Giorgio Agamben, Daniel Heller-Roazen (tr.), *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*, Stanford, CA: Stanford University Press, 1998, pp.12~13.
 - 19) 앞서 보았듯이 우리나라에서 낙태는 금지되면서도, 한편으로 권고되는 하나의 출산정책이기도 했다. 그러한 현실을 비판하고 낙태가 출산정책의 수단이 될 수 없음을 자세히 논증하는 이인영, “출산정책과 낙태규범의 이념과 현실”, 『페미니즘연구』 제10권 제1호, 한국여성연구소, 2010, 71~80쪽.

낙태가 실제로 얼마나 이루어지고 있는지 정확한 통계를 파악하기는 쉽지 않다. 한국보건사회연구원의 최근 실태조사에 따르면 인공임신중절을 2008년 21.9%(추정건수 약 24만 건)에서 2017년 4.8%(추정건수 약 5만 건)로 감소 추세에 있기는 하다.²⁰⁾ 한편, 대검찰청의 통계에 따르면 수사기관에서 인지한 낙태범죄 건수는 2000년부터 2013년까지 연간 최소 18건에서 최대 53건에 불과하고 나아가 기소까지 되는 사건은 소수에 불과하다.²¹⁾ 비록 위 실태조사가 추정건수에 불과하지만,²²⁾ 법원의 규범적인 재판까지 받게 되는 건수와 비교하여 본다면, 낙태라는 범죄는 규범과 현실 간 간극이 상당한 범죄임을 알 수 있다. 이러한 규범과 현실 간 간극을 반영하듯 이를 둘러싼 지속적인 논쟁과 변화를 위한 운동들이 있어왔고, 낙태 금지규범은 국회에서의 논의를 통한 개정이 아닌 헌법재판소의 결정을 통해 변화를 맞게 된다.

2. 헌법재판소의 낙태죄 헌법불합치결정(2017헌바127)

헌법소원심판의 청구인은 산부인과 의사로 2013년 11월부터 2015년 7월까지 69회에 걸쳐 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 하였다는 공소사실 등으로 기소되었다. 청구인은 주위적으로 형법 제269조 제1항, 제270조 제1항이 헌법에 위반된다고 청구하였고, 예비적으로 위 조항들의 낙태 객체를 임신 3개월 이내의 태아까지 포함하여 해석하는 것이 헌법에 위반된다고 청구하였다. 헌법재판소는 예비적 청구가 위 조항들에 대한 주위적 청구의 양적 일부이므로 주위적 청구를 심판대상으로 삼았고, 나아가 위 조항들 중 청구인에게 적용되는 의사에 관한 부분으로 심판대상을 한정했다. 당해 헌법소원심판에서 논의는 자기낙태죄 조항이 임신한 여성의 자기결정권을 제한하는지 여부를 중심으로 이루어졌다.²³⁾

20) 한국보건사회연구원, 「인공임신중절 실태조사」, 2018, 114~115쪽.

21) 대검찰청, 「범죄분석」, 2001~2014. 참고로 대검찰청은 낙태죄에 대한 통계를 2014년 이후로는 내고 있지 않다.

22) 한국보건사회연구원에서도 스스로 인정하듯이 위 실태조사는 대표성의 한계 및 과소추정의 한계가 있다. 그럼에도 음성적으로 이루어지는 낙태에 대한 조사로서 10,000명이라는 대규모의 최종 표본을 대상으로 이루어졌다는 점에서 법정책의 개선을 위한 기초자료를 제공한다는 데 의미가 있다고 할 수 있다. 한국보건사회연구원, 전게서(각주 20), 261쪽.

가. 헌법재판소 결정의 요지²⁴⁾

당해 헌법소원심판에서 헌법불합치 의견을 낸 재판관 4인은 태아의 발달단계 혹은 독자적 생존능력과 무관하게 임신기간 전체를 통틀어 모든 낙태를 전면적·일률적으로 금지함으로써 여성의 자기결정권을 제한하는 자기낙태죄 조항이 침해의 최소성 및 법익의 균형성을 갖추지 못했다고 판단했다. 이는 임신한 여성의 자기결정권과 태아의 생명을 규범조화적으로 해석하려 한 것으로,²⁵⁾ 다시 말해, 태아가 모체를 떠난 상태에서 독자적으로 생존할 수 있는 시점인 임신 22주 내외에 도달하기 전이면 서 동시에 임신 유지와 출산 여부에 관한 자기결정권을 행사하기에 충분한 시간이 보장되는 시기(이하 착상 시부터 이 시기까지를 ‘결정가능기간’이라 함)까지의 낙태에 대하여는 국가가 생명보호의 수단 및 정도를 달리 정할 수 있다는 전제 하에, 국회로 하여금 결정가능기간과 관련한 개선입법을 할 것을 촉구한 것이다. 아울러 여성의 사회적·경제적 사유로 인한 낙태갈등 상황을 고려하지 않은 현행 모자보건법의 위법성 조각사유들이 매우 제한적이고 한정적이라 보고, 그와 관련된 개선입법까지 촉구하였다.

위 재판관 4인은 단순위헌결정을 할 경우 발생할 규범의 공백을 방지

23) 헌법재판소는 자기낙태죄 조항이 임신한 여성의 자기결정권을 침해한다는 판단으로 당해 조항의 위헌성 판단이 충분하다고 보고, 청구인이 추가적으로 침해를 주장한 여성의 건강권, 평등권, 신체의 완전성에 관한 권리, 모성을 보호받을 권리 등에 대하여는 판단하지 않았다. 논증의 생략을 비판하는 윤진숙, “낙태죄 헌법불합치 결정에 대한 분석 -헌법재판소 2019. 4. 11 자 2017헌바127 결정에 대한 평석-” 『서울법학』 제27권 제4호, 서울시립대학교 법학연구소, 2020, 92쪽. 또한 헌법재판소는 자기낙태죄와 업무상동의낙태죄가 대항범이기에 전자에 대한 판단이 후자에 당연히 영향을 미친다고 보아 자세한 판단을 하지 않았다. 하지만 자기낙태죄와 업무상동의낙태죄의 관계는 대항범이 아니기에 후자에 대한 논증을 생략하였다고 볼 수 있다. 대항범에 대하여 보다 자세히는 류화진, “필요적 공범의 개념과 대항범의 유형 -편면적 대항범을 중심으로-”, 『법학논고』 제30집, 경북대학교 법학연구원, 2009, 196~197쪽.

24) 재판관 이석태, 재판관 이은재, 재판관 김기영이 단순위헌의견(3인), 재판관 유남석, 재판관 서기석, 재판관 이선애, 재판관 이영진이 헌법불합치 의견(4인), 재판관 조용호, 재판관 이종석이 합헌 의견(2인)을 제시하였다. 최종적으로 헌법재판소는 헌법재판소법 제23조 제2항 단서 제1호에 따라 심판대상에 대하여 헌법에 합치되지 아니한다고 선언하였다.

25) 이러한 입장의 평식으로는 윤진숙, 전개논문(각주 23), 94쪽.

하고 국회의 입법재량을 존중하는 차원에서 계속적용 헌법불합치결정이 필요하다고 판단한 반면, 단순위헌의견을 낸 재판관 3인은 위 조항들이 임신한 여성의 자기결정권을 침해한다는 점에서 헌법불합치의견과 견해를 같이하면서도, 한 발짝 더 나아가 이른바 ‘임신 제1삼분기(대략 마지막 생리기간의 첫 날부터 14주 무렵까지)’에는 어떠한 사유를 요구함 없이 임신한 여성이 자신의 숙고와 판단 아래 낙태할 수 있도록 하여야 한다고 판단했다. 또한 위헌인 법률로 인한 피해는 국가가 감수하도록 하는 것이 헌법적 이념에 부합하고, 당해 사건의 경우 헌법적 질서유지와 당사자의 구제 간 이익형량을 통해 후자를 우선적으로 고려해야 한다는 차원에서 단순위헌결정이 필요하다고 판단했다.

한편, 합헌의견을 낸 재판관 2인은 인간의 존엄성과 태아의 생명권은 불가침의 기본적 인권이라는 전제 하에 이를 보호하는 것이 국가의 가장 중요한 의무라고 보고,²⁶⁾ 국가가 회복 불가능한 태아의 생명을 박탈하는 낙태를 금지하는 것이 법익의 균형성에 반하지 않는다고 보았다. 나아가 개념과 범위가 모호한 사회적·경제적 사유에 따른 낙태의 허용이 현실적으로 임신한 여성의 편의에 따른 낙태 허용으로 이어질 수 있는 위험성을 논했다. 형벌이 가중된 업무상동의낙태죄와 관련해서도 작량감경이나 법률상 감경을 하지 않아도 선고유예 혹은 집행유예 선고를 통해 책임에 알맞은 형벌을 부과할 수 있어 책임과 형벌 간 비례원칙을 위배하지 않는다고 보았다.

나. 헌법재판소 결정의 구조

헌법재판소의 결정은 근본적인 차원에서 현행 법규범과 동일한 구조, 이익형량의 구조로 짜여있다고 볼 수 있다. 이익형량의 대상에 대한 판단이 상이할 뿐, 그 구조는 동일하다는 말이다. 풀어 말해, 현행 법규범에 담긴 입법자의 결단과 궤를 같이하는 헌법재판소의 반대의견은 태아의 생명에 대한 보호를 우선하는 원칙으로 설정한 반면, 헌법재판소의 다수의견은 태아의 발달 단계에 따른 차별을 기초로 그 시기에 따라 임

26) 낙태죄와 관련한 국가의 보호의무에 대하여 자세히는, 고봉진, “국가의 보호의무와 낙태 규범”, 「법철학연구」 제15권 제1호, 한국법철학회, 2012, 161-188쪽.

신한 여성의 자기결정권이 우선할 수 있다고 본 것이다. 특히 다수의견은 태아의 생명과 임신, 출산 등에 관한 산모의 자유를 맥락에 따라 다르게 판단할 수 있는, 변동하는 상대적 우위를 갖는 동가치의 기본권으로 본 것이라 할 수 있다. 다수의견이 여성의 자기결정권을 보다 중대한 기본권으로 평가한 데에는, 전자에서의 의학적·윤리적 고려를 넘어선, 인권적 고려가 작용한 것으로 보인다. 즉, 헌법 제10조 제1문이 보호하는 인간의 존엄성이 보장하는 개인의 일반적 인격권과 그리고 그로부터 순차적으로 파생되는 개인(여성)의 자기결정권의 계보를 살펴보면 그 정당성의 연원에는 인간의 존엄성, 인권이 자리 잡고 있음을 알 수 있고, 따라서 2019년 헌법재판소가 2012년 때의 결정과 다른 결정을 내린 데에는 인권적 고려가 작동했다고 말할 수 있다. 나아가 헌법재판소는 인권적 고려의 연장선상에서 기한방식의 새로운 도입이라고 할 수 있는 결정가능기간의 설정, 기존 적응방식의 확장이라고 할 수 있는 사회적·경제적 적응사유의 추가를 촉구한 것으로 이해할 수 있다.²⁷⁾ 요컨대, 헌법재판소의 헌법불합치결정은 이익형량 구조 위에 임신한 여성의 자기결정권이 강화된 현행법규범의 수정본이라고 평가할 수 있다.

한편, 단순위헌의견은 결정가능기간과 적응사유의 조합보다 한 발짝 더 나아가 임신 제1삼분기 이내에는 어떠한 사유의 요구 없이도 여성의 자기결정권을 인정해야 한다고 보았다. 임신 제1삼분기 내에 한정되지만 낙태할 자유의 인정이라고도 할 수 있는 이러한 자기결정권의 보장에 대한 정당화를 위해, 단순위헌의견이, 다수의견에서 드러난 인권으로부터의 계보학적 정당성 확보²⁸⁾를 보다 강화시켜, 임신, 출산 등에 관한 산모의 자기결정권이 여성의 인격권의 핵심을 이루는 매우 중요한 기본권이라고 설정한 것은 지극히 자연스럽다. 이러한 여성의 자기결정권은, 비록 일정 기한 내이지만, 원칙적으로 태아의 생명에 대한 침해와 일절 상관없이 여성 자신의 삶에 근본적이고 결정적인 영향을 미칠 수 있는 요소를 방

27) 낙태에 대한 규제방식의 유형과 그 입법례에 대하여 보다 자세히는 이인영, 전제논문(각주 19), 46~71쪽.

28) 법은 언제나 진리(인권이나 정의 등)에 준거를 둔 계보학적 정체성을 그 수범자에게 재현하고 동일시하게 함으로써 진리를 보증하고 그 수범자가 삶을 살아갈 수 있게 하는 거울로서 작동한다. 김문정, “거울로서 법: 이미지를 통한 삶의 보증”, 『법과사회』 제63호, 법과사회이론학회, 2020, 54~58쪽.

어하기 위해 행사할 수 있는 자유권적 기본권 또는 소극적 성격의 인권으로 일차적으로 이해될 수 있다. 그리고 이는 여성이 자신의 삶을 자신의 결정에 기초해 형성해 나가기 위한 자유를 성취하는 적극적 성격의 인권으로도 이해할 여지가 있고, 보다 나아가 자유권, 평등권, 사회권의 측면이 결합된 포괄적 권리로서 ‘재생산권’ 개념²⁹⁾과도 연결될 가능성까지 보인다. 그럼에도 여성의 자기결정권의 핵심 또는 근원적 토대에는 자유권적 기본권 또는 ‘소유적 권리(property)’³⁰⁾가 자리 잡고 있는 것을 놓쳐서는 안 된다. 자유권적 기본권을 소유적 개인이라는 시민상에 기초하고 있는, 기본권으로 제도화된 인권으로 이해할 수 있다면,³¹⁾ 여성의 자기결정권의 정당성 토대가 여성의 자기 몸에 대한 절대적 소유권임이 드러난다. 이러한 소유적 권리 의식은 “내 자궁은 나의 것”이라는 구호를 통해서도 엿볼 수 있다.³²⁾ 한편, 이러한 규범 구조의 배후에는 여성의 권리를 위한 운동으로서 ‘페미니즘(정치)’가 작용하고 있다고 할 수 있다. 낙태를 태아의 생명권 논의는 배제시키고 여성의 자기결정권 문제에 국한시켜 과잉 젠더문제화함으로써 또 다른 형태로 여성의 몸에 대한 권력을 재생산하고 있기 때문이다.³³⁾

29) ‘재생산권’에 관하여 자세히는 양현아, “여성 낙태권의 필요성과 그 함의”, 『한국여성학』 제21권 제1호, 한국여성학회, 2005, 24~26쪽.

30) 생명, 자유, 재산을 통틀어 ‘소유적 권리’ 개념을 사용하는 John Locke, Mark Goldie (ed.), *Second Treatise of Government and A Letter Concerning Toleration*, Oxford, UK: Oxford University Press, 2016, p.63.

31) 인권 사상의 원형을 서구 근대시민사회에서 유효했던 부르주아의 권리모델에서 찾고, 그로부터 기인하는 인권 사상의 정체성과 구조적 한계를 자세히 논하는 이상돈, 「법의 깊이」, 법문사, 2018, 235~246쪽.

32) “내 자궁은 나의 것”이라는 구호를 여성의 몸에 대한 국가의 개입과 판단 금지로 이해하는 김보명, “페미니즘, ‘사회적인 것’의 위기를 향한 응답”, 『문화과사회』 제33권 제1호, 문학과지성사, 2020, 11쪽.

33) 페미니즘은 낙태죄를 여성의 몸에 대한 남성이데올로기의 개입으로 보고 주된 실천영역 중 하나로 삼아 다양한 방향으로 그 운동을 펼치고 있다. 다양한 방향 중 낙태의 과잉 젠더문제화를 통해 성을 정치적 감옥에 가두는 것은 페미니즘 중에서도 특히 급진주의 페미니즘(Radical Feminism)의 특징이라고 할 수 있다. 급진주의 페미니즘에 대하여 보다 자세히는 이상돈, 전게서(각주 31), 781~788쪽; 이나영, “급진주의 페미니즘과 섹슈얼리티. 역사와 정치학의 이론화”, 『경제와사회』 통권 제82호, 비판사회학회, 2009, 14~18쪽.

III. 낙태에 대한 가톨릭의 교리와 그 구조

낙태죄 폐지에 가장 적극적으로 찬성하는 입장이 급진주의 페미니즘이라면, 그와 대척점에서 낙태죄 폐지에 가장 적극적으로 반대하는 입장은 종교계, 그중에서도 가톨릭이라고 할 수 있다.³⁴⁾ 이러한 가톨릭의 교리에 대하여 살펴보기 위해서는, 가톨릭에서 그 교리가 지닌 정당성의 준거로서 가장 중요한 텍스트인 성서를 우선 검토해야 한다. 그리고 모든 신자들을 대상으로 할 뿐만 아니라 교회 밖에 던지는 메시지의 성격을 지님으로써 현대 문명 전체를 향한 교회의 선언으로서 권위를 지닌 교황의 ‘회칙(Encyclica)’³⁵⁾을 살펴봐야 한다. 나아가 교황청을 정점으로 세계 각지에 퍼져있는 교구를 통해 교리의 통일성을 유지하는 가톨릭교회의 조직적 특징³⁶⁾상 교황청에서 공식적으로 편찬한 교리에 대한 교과서라고 할 수 있는 체계적인 표준 교리서, ‘가톨릭 교회 교리서(*Catechismus Catholicae Ecclesiae*)’³⁷⁾를 살펴볼 필요가 있다.

34) 가톨릭 외의 종교계로 낙태죄에 관하여 원불교의 입장에서 논하는 염승준/김영전, “낙태죄 처벌 헌법불합치 결정과 원불교 생명윤리-태아의 생명권과 영식을 중심으로-”, 『원불교사상과종교문화』 제83집, 원광대학교 원불교사상연구원, 2020, 123~133쪽. 개신교의 경우 각 교단들을 통합할 수 있는 입장을 도출하기 어려워 생명윤리문제와 같은 다양한 쟁점에 대하여 구체적인 입장을 표명하는 데 한계가 있다는 유경동, “생명개념과 생명윤리에 관한 법과 기독교의 입장 비교연구”, 『장신논단』 제47권 제1호, 장로회신학대학교 기독교사상과문화연구원, 2016, 187~188쪽.

35) 교회가 발표하는 문헌 중 교황 회칙의 의미에 대하여 보다 자세히는 장동훈, “회칙 「찬미 받으소서」의 역사적 기원과 의의”, 『누리와말씀』 제42호, 인천가톨릭대학교 복음화연구소, 2018, 192~193쪽.

36) 교황 그레고리우스 7세의 개혁으로 인해 가톨릭교회 조직이 근대관료제의 기원이 될 수 있었다고 보는 Harold J. Berman, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1983, p.521; Suzanne Verderber, *The Medieval Fold. Power, Repression, and the Emergence of the Individual*, New York, NY: Palgrave Macmillan, 2013, pp.31~33.

37) 가톨릭 교리서에 대하여 보다 자세히는 김웅태, “가톨릭교회 교리서의 의의와 활용”, 『신학전망』 제112호, 광주가톨릭대학교 신학연구소, 1996, 87~88쪽.

1. 성경과 인간 생명의 신성성

먼저 성경에서 낙태를 규율하는 구절은 탈출기장에 등장한다. 20장에서 천명되는 십계명 중 다섯째 계명, “살인해서는 안 된다.”가 그것이고,³⁸⁾ 뒤이은 장의 상해에 관한 법 부분에서 “사람들이 서로 싸우다 임신한 여자와 부딪쳤을 경우, 그 여자가 유산만 하고 다른 해가 없으면, 가해자는 그 여자의 남편이 요구하는 대로 벌금형을 받아야 한다. 그는 재판관을 통해서 벌금을 치른다. / 그러나 다른 해가 뒤따르게 되면, 목숨은 목숨으로 갚아야 하고, / 눈은 눈으로, 이는 이로, 손은 손으로, 발은 발로, / 화상은 화상으로, 상처는 상처로, 멍은 멍으로 갚아야 한다.”로 이어진다.³⁹⁾⁴⁰⁾

다섯째 계명에서 규율하는 사람에 태아가 포섭될 수 있는지 여부가 문제되는데, 성경은 정자와 난자가 수정되는 순간부터 독립된 하나의 인간 생명이 시작된다고 보기 때문에,⁴¹⁾ 가톨릭은 낙태를 태아의 사망으로 여성의 신체의 일부가 훼손되는 것이 아니라,⁴²⁾ 완전하고 무고한 인간 생명에 대한 명백한 살인행위로 여긴다. 성경에 따르면 인간은 하느님의 형상을 따라 창조되었기 때문에, 인간의 생명에는 하느님으로부터 계보학적으로 도출되는 신성성이 언제나 보장되고, 이러한 신성성은 정자와 난자가 만나 수정된 때부터 배아, 태아, 출산 이후의 인간까지 구분 없이 동일하게 유지되는 것이다.⁴³⁾ 신성성, 문자 그대로 절대성을 근거로 가

38) 가톨릭출판사편집부 편, 전게서(각주 1), 탈출기 20장 13절.

39) 가톨릭출판사편집부 편, 전게서(각주 1), 탈출기 21장 22~25절.

40) 24절 이하의 내용, 즉 탈리오 법칙이 후대에 삽입되었다는 프랑크 크뤼제만, 박경철 역, “눈에는 눈으로……”(출 21:24 이하) -계약법전의 탈리온법에 대한 사회사적 의미“, 「신학사상」 제112호, 한신대학교 신학사상연구소, 2001, 130~135쪽. 따라서 낙태에 관한 성경의 규율을 살펴보기 위해서는 22절과 23절을 함께 그리고 중심으로 두고 살펴봐야 한다.

41) 태아를 인간으로 바라보는 성경의 구절들로는 가톨릭출판사편집부 편, 전게서(각주 1), 시편 71장 5~6절, 139장 13~16절, 이사야서 49장 1절, 아모스서 1장 13절, 갈라티아 신자들에게 보낸 서간 1장 15절 등을 찾을 수 있다. 루카 복음서 1장 41~44절을 보면 삼위일체의 한 위격인 예수 역시 마리아의 태아로 이 땅에서 인간으로서 생명을 시작했다.

42) 같은 견지에서 낙태에 수반되는 임신여성의 상해는 낙태죄의 독자적인 보호법익이 아님을 간접적으로 말해주는 판례로, 대법원 2007. 6. 29. 선고 2005도3832 판결을 들 수 있다.

43) 이를 잘 보여주는 표현으로서 “인간이 될 자는 이미 인간이다.”, 교황청 신앙교리성성, 「인공임신중절 반대 선언문」, 1974, 13항.

틀릭은 낙태를 포함한 살인의 금지, 즉 인간 생명의 절대적 보호를 주장하는 것이다. 이러한 절대화는 상대화에 반대되는 개념으로 궁극적으로 인간 생명의 가치는 다른 가치와 같은 저울대에 올려 그 무게를 비교할 수 없는, 좁힐 수 없는 다른 차원의 위상을 갖게 된다. 즉, 생명은 신성하기에 이익형량이 금지되는 것이다.

이러한 절대화는 임신부와 태아의 생명에 대한 침해는 그와 동가치의 생명을 통해서 그리고 생명을 한계로 그 책임을 상쇄해야 한다는 다음장의 23절의 내용을 통해서도 드러난다.⁴⁴⁾⁴⁵⁾ 중한 결과가 발생하지 않은 경우와 사망이라는 중한 결과가 발생한 경우를 나누어 규정하는 성경문구를 통해, 전자의 경우는 태아에 대한 유산이 아닌 조산으로 해석하여 조산 자체에 대해서는 금전적 배상으로, 후자의 경우인 임신부의 죽음이나 조산된 (완전한 인간인) 태아의 죽음에 대해서는 목숨으로까지 책임을 져야한다고 해석할 수 있게 된다. 이러한 성경의 내용은 태아의 생명 역시 차별 없이 인간의 생명으로 절대적 보호의 대상이 된다는 것으로 이해할 수 있다.

2. 교황 회칙과 인간 생명 가치의 절대성

성경에 이어 세상을 향한 가톨릭의 메시지이자 가톨릭 교회의 수장으로 교황의 가르침이라 할 수 있는 교황 회칙을 살펴볼 필요가 있다. 특히, 낙태와 관련하여 유의미한 회칙으로서 제262대 교황 바오로 6세의 「인간 생명(*Humanae Vitae*)」⁴⁶⁾과 제264대 교황 요한 바오로 2세의 「생명의 복음(*Evangelium Vitae*)」⁴⁷⁾을 살펴볼 필요가 있다.⁴⁸⁾

44) 태아 역시 완전한 인간이기에 임신부와 태아 모두에게 23절이 적용된다는 해석론에 대하여 보다 자세히는 한춘기, “성경과 낙태”, 「신학지남」 제61권 제1호, 신학지남사, 1994, 226~227쪽.

45) 한편, 가톨릭의 전통적인 해석과 달리 고대근동의 법조문들과 랍비문헌들의 해석에 따라 23절이 임신부에게만 적용된다고 보는 것이 타당하다는 프랑크 크뤼제만, 전계논문(각주 40), 132~133쪽.

46) 교황 바오로 6세, 「인간 생명」, 1968.

47) 교황 요한 바오로 2세, 「생명의 복음」, 1995.

48) 제266대 현 교황 프란치스코의 회칙들 중 「찬미받으소서」 120항에 낙태에 대한 언급이 있지만, 당해 회칙의 주제인 환경과의 연관성, 인간중심주의에 대한 비판 속에서 논한 것

교회 역사상 가장 중요한 공의회였다고 평가받는 제2차 바티칸 공의회⁴⁹⁾를 마무리 지은 교황 바오로 6세는 회칙 「인간 생명」을 통해 생명에 대한 가톨릭의 기본적인 입장을 재천명하였다. 이 회칙은 인간 생명의 존엄성에 대한 가톨릭의 관심과 실천 의지의 필요성에 따라 발표된 최초의 구체적이고도 실천적인 가르침이라는 점에서 의의를 갖는다.⁵⁰⁾ 이 회칙의 주요줄기는 인공적인 방법을 통한 산아 제한의 반생명성에 대한 비판,⁵¹⁾ 신성한 임신과 출산의 책임을 실천하지 못하게 만드는 불신과 퇴폐에 대한 반성⁵²⁾ 그리고 부부들에게는 하느님의 직접적인 협조자로서 중대한 책임을 다할 것, 과학자들, 의료인들, 정부들에게는 올바른 피임 방법의 사용을 가르치고 연구하며 촉진할 것, 사제들에게는 신도들에게 생명의 삶을 권면하고 사목할 것에 대한 영적인 스승의 제안⁵³⁾으로 요약할 수 있다. 성경의 가르침을 따르고 그러한 가르침을 해당 시대의 맥락에 맞게 설파하는 역할을 맡는 이 회칙에서도 인간 생명의 절대적 존엄성은 유지되고 있으며, 생명 현상에 대한 인공적인 개입의 일절 금지⁵⁴⁾를 호소했다는 데 그 특징이 있다고 할 수 있다.

교황 요한 바오로 2세는 전전대 교황보다 한 걸음 더 나아가 모든 생명의 문제를 총괄하는 회칙 「생명의 복음」을 통해 가톨릭의 가르침을 제시하였다. 이 회칙은 무엇보다 기존 가르침을 생명 보존의 소극적 차원이 아닌 생명의 질적 향상을 위한 적극적 차원에서 설파하였다는 점에 의의가 있다.⁵⁵⁾ 비교할 수 없는 인간의 가치를 밝히는 것으로 시작하는

에 그친다. 당해 회칙의 의의에 대하여는 장동훈, 전제논문(각주 35), 213~214쪽.

49) 제2차 바티칸 공의회의 의의에 대하여는 정신철, “제2차 바티칸 공의회와 한국천주교회의 쇄신과 미래”, 「누리와말씀」 제33호, 인천가톨릭대학교 복음화연구소, 2013, 132~142쪽.

50) 맹광호, “교회의 생명 운동 전략”, 「가톨릭신학과사상」 제7호, 신학과사상학회, 1992, 125쪽.

51) 14항, “부부 행위 이전이나 도중에 또는 그 자연적 결과의 발달 중에, 목적으로든 수단으로든 출산을 가로막는 모든 행위도 배제되어야 합니다.”

52) 17항, “피임 행위가 습관이 된 남성이 여성에 대한 존중을 잃어버리고, 더 이상 여성의 신체적·심리적 균형을 돌보지 않으며, 여성을 사랑과 존중을 받는 동반자가 아니라 단순히 이기적인 유희의 도구로 여기게 된다는 것도 우려할 만합니다.”

53) 20항, “분명, 위대하고 유익한 것들이 언제나 그렇듯이 이 가르침은 개인, 가정, 사회의 진지한 관심과 많은 노력을 요구합니다. 더욱이 인간의 선의를 지지하고 확고하게 해 주는 하느님의 도움 없이는 실천이 불가능할 것입니다. 그러나 잘 생각해 보면, 이러한 노력이 인간의 품위를 높이고 인간 사회에 유익하다는 것이 드러나지 않을 수 없을 것입니다.”

54) 자연적 주기에 따른 비가임기의 이용만을 정당하다고 보고 있다. 16항.

이 회칙은 그러한 가치를 상실시키는 자유에 대한 그릇된 개념을 비판하고,⁵⁶⁾ 사형, 낙태, 배아연구, 안락사, 자살 등을 포함하여 인간의 생명에 대한 침해가 자행되는 현실과 규범을 반성하며,⁵⁷⁾ 인간 생명의 새로운 문화를 위하여 생명에 대한 존중과 사랑의 봉사를 제안하고 그 실천을 촉구한다.⁵⁸⁾ 이 회칙에서도 역시 예수가 전파한 메시지의 핵심이 생명에 있음이 반복하여 강조되고 있으며, 생명, 존엄성, 사랑의 불가분한 관계를 위협하는 현실과 규범에 대하여, 특히 낙태죄와 관련하여 태아의 절대적 무고성을 강조함으로써 그에 대한 고의적이고 직접적인 살인행위의 규탄 수준을 높여 어떠한 이유를 통해서든 정당화될 수 없다고 비판하고 있다.⁵⁹⁾

55) 조규만, “신학적 관점에서 본 생명”, 『생명윤리』 제2권 제2호, 한국생명윤리학회, 2001, 40쪽.

56) 19항, “주체성의 개념을 하나의 극단으로 몰아가고 심지어는 왜곡하며, 완전하거나 적어도 초보적인 자율성이라도 지니고 있는 사람만을, 그리고 남에 대한 전적인 의존 상태에서 벗어난 사람들만을 권리의 주체로 인정하는 사고방식을 비롯하여, 문화적 도덕적 특성을 전반적으로 평가함으로써 우리는 그 모순의 뿌리를 찾아낼 수 있습니다.”; 20항, “그러한 관점으로 보면, 모든 것이 협상 가능하고, 모든 것에 대하여 흥정할 수 있습니다. 기본권 가운데 가장 중요한 생명에 대한 권리조차도 말입니다.”

57) 70항, “만일 집단적 양심이 모호해지는 비극적인 결과로 도덕률의 기본 원칙들까지 문제로 삼는 데에 성공하게 된다면, 민주주의 체제 자체의 기초조차 위협에 빠지게 될 것이며, 민주주의 체제는 순수한 경험주의적 토대 위에서 상이하고 대립되는 이익들을 통제하는 단순한 장치로 전락하고 말 것입니다.”; 72항, “무고한 인간 존재를 낙태나 안락사를 통해서 직접적으로 살해하는 것을 합법화하는 법들은, 모든 개인에게 고유한 생명 불가침권에 완전히 위배되는 것입니다.”

58) 98항, “한마디로, 우리가 이루어야 할 문화적 변화는 새로운 삶의 방식을 채택할 용기를 모든 사람에게 요구하고 있다고 말할 수 있습니다. 이 새로운 삶의 방식은 개인, 가정, 사회, 국제적 차원에서, 올바른 가치 기준을 토대로 하여 실제적인 선택들을 실천에 옮기는 것으로 이루어집니다. 올바른 가치 기준이란 소유에 대한 존재의 우월성, 사물에 대한 인간의 우월성입니다. 이러한 쇄신된 생활 방식에는 타인들에 대한 무관심에서 관심으로, 타인들에 대한 거부에서 수용으로 옮겨 가는 일이 포함되어 있습니다. 타인들은 그들로부터 우리를 보호하여야 할 경쟁 상대들이 아니라 지원해 주어야 할 형제자매들입니다. 그들 자신을 위하여 그들을 사랑하여야 하며, 그들의 존재는 우리를 풍요롭게 해줍니다.”

59) 58항 내지 63항.

3. 「가톨릭 교회 교리서」⁶⁰⁾와 근대형법적 요소

마지막으로 가톨릭 신앙 전체를 유기적으로 제시하고자 하는 목적(11항)으로 편찬된 가톨릭 교회 교리서는 가톨릭이 낙태에 대하여 어떠한 체계적인 접근을 하는지 살펴볼 수 있다는 점에서 의의가 있다. 낙태와 관련하여 교리서의 체계를 살펴보자면, ‘제3편 그리스도인의 삶’ 서두에서 신자들에게 그리스도의 길을 따르는 기쁨과 긴요함을 알려야 함을 밝히고(1697항), ‘제1부 인간의 소명: 성령 안의 삶’에서 하느님 사랑과 인간 유대를 통한 구원을(1699항), ‘제2부 십계명’에서 마태오 복음서를 인용하면서 십계명을 크게 하느님에 대한 사랑과 이웃에 대한 사랑이라는 두 계명으로 나누며(2055항) 그 길로 제시한다. 그리고 이 ‘제2장 “네 이웃을 너 자신처럼 사랑해야 한다”’의 ‘제5절 다섯째 계명’에서 인간 생명의 신성성(2258항)을 논하며, 성경 부분 논의에서와 마찬가지로, 낙태에 관한 논의를 다루고 있다. 가톨릭에서 낙태는 예수의 가르침 중 이웃에 대한 사랑 실천과의 체계적인 관련성 속에서 이해할 필요가 있다. 즉, 태아도 규범적으로 공동체의 구성원으로서 이웃인 한 명의 사람인 것이다.

교리서는 인간 생명의 존중이라는 가르침을 필두로 제시하면서도(2259항 이하), 자기 또는 다른 사람의 생명권 존중을 위한 정당방위를 불가피하게 인정하고 있다(2263항 이하). 이는 성경이나 교황 회칙에서는 볼 수 없었던 (살인죄에 대한) 위법성 조각사유의 인정이라는 점에서 규범적으로 일단 중요한 의미를 갖는다. 이는 수직적인 구조 하에 초월적인 차원에서 선언된 성경이나 교황 회칙에서의 가르침이 제도적 차원에서 원칙-예외라는 전형적인 근대법적 사유방식⁶¹⁾ 또는 규범주의적 사유방식⁶²⁾으로 재현된 것이라고 할 수 있다. 물론 다른 정당화 사유도 아

60) 가톨릭 교회, 주교회의 교리교육위원회 역, 「가톨릭 교회 교리서」 개정판, 한국천주교주교회의, 2008.

61) 법의 원칙-예외 구조가 법의 전형적인 형식이자 권위의 무의식적 원천이라는 김문정, “오 이디푸스 콤플렉스와 법률의 착오 -금지의 구조적 효과-”, 「법학논집」 제24권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2019, 167~169쪽.

62) 생명공학을 어디까지 허용할 것인가의 가치 문제에 대해서 펼쳐지고 있는 주장들의 네 가지 이념형 중 원칙-예외 구조로 짜인 규범주의에 관하여는 이상돈, 전계논문(각주 2), 17~18쪽.

닌 정당방위라는 부정 대 정이라는 구조 또는 가장 높은 정당화 요소를 지닌 위법성 조각사유에 국한하여 인정하였다는 점, 체계적으로 앞에 규정된 항이 후속하는 항에 적용될 여지가 아예 없는 것은 아니지만 정당방위를 생명에 대한 의도적인 공격으로부터 생명의 보존 차원에서 행하는 비의도적인 자기 방어라고 한정함으로써 뒤이어 논하는 여러 양태의 살인들에 정당방위의 적용가능성을 원천적으로 봉쇄하고 있다는 점⁶³⁾을 간과해서는 안 된다. 이는 다섯째 계명에 대한 예외의 인정 가능성을 유예하고 최소화함으로써 계명의 권위를 유지시키는 구조라고 할 수 있다.

뒤이어 교리서는 살인의 양태를 나누어 논한다. 직접적인 살인(2268항), 간접적인 살인 및 과실치사(2269항),⁶⁴⁾ 낙태(2270항 이하), 배아에 대한 개입(2274항), 안락사(2276항 이하), 자살(2280항 이하)이 그것이다. 낙태와 관련하여 살펴보자면, 2270항은 인간의 생명은 임신된 순간부터 철저히 존중되고 보호되어야 함을, 2271항은 모든 인위적 낙태가 불변의 도덕적 악임을, 2272항은 낙태에 대한 협력이나 주선 역시 중죄이며 낙태죄와 더불어 교회법에 따라 ‘파문’⁶⁵⁾으로 제재함을, 2273항은 생명은 양도할 수 없는 권리로 시민사회와 그 법률의 토대가 됨을 다시 밝히면서 세속법이 생명권을 보호하고 그에 대한 침해에 법적 제재를 가해야 함을 표명하는 구조로 짜여있다.⁶⁶⁾ 이를 근대형법의 관점에서 이해해보자면, 우선 2270항에서 낙태죄의 보호법익을 밝히고, 2271항에서 낙태죄의 객관적, 주관적 구성요건을 규정하면서, 2272항에서는 낙태

63) 바로 이러한 제한적인 의미에서 2267항이 국가의 사형 제도를 완전히 금지하고 있지는 않는 것으로 이해할 수 있다. 특히, 피해의 최소성이라고도 읽을 수 있는 구절은 규범적으로 의미가 있다. 2267항의 그러한 구절로 “그러나 만일 공격자에게서 사람들의 안전을 방어하고 보호하는 데 사형이 아닌 방법으로도 충분하다면 공권력은 그러한 방법만을 써야 한다.”

64) 직접적인 살인은 작위에 의한 살인으로, 간접적인 살인은 부작위에 의한 살인으로 해석할 여지가 있다.

65) 파문은 교회의 벌 중 가장 엄한 벌이다. 뒤에서 자세히 논의하겠지만, 그럼에도 파문은 고해성사를 통해 풀릴 가능성이 열려있는 벌이다. 1463항.

66) 참고로 교리서는 각 절마다 마지막에 ‘간추림’을 두어 핵심 내용을 종합적으로 재제시하고 있다(22항). 낙태와 관련한 간추림, 2322항 전문은 다음과 같다. “아기는 임신 되는 순간부터 생명에 대한 권리를 가진다. 직접적인 낙태, 곧 목적이거나 수단으로서 행한 고의적 낙태는 도덕률을 크게 어기는 파렴치한 행위이다. 교회는 인간의 생명을 거스르는 이 죄를 교회법적 형벌인 파문으로 제재한다.”

행위에 대하여 축탁·승낙 또는 교사·방조 등의 방식을 통해 가담한 자에게까지 낙태죄의 확장을 규율한 것으로 볼 수 있다. 나아가 범죄에 대한 처벌로서 2272항에서 교회법적 제재를 부과하는 한편, 2273항에서 파문에 상응하는 세속법 차원의 형벌 부과를 촉구하는 구조를 띠고 있다고 볼 수 있다. 요컨대, 가톨릭의 가르침을 제도적 차원에서 재현하는 교리서는 그 부분부분에 원칙-예외 구조와 같은 근대법적 요소들을 지니고 있음에도, 낙태와 관련해서만큼은 여전히, 성경 및 교황 회칙과 같은 입장으로, 정당화 여지가 절대적으로 없는 중대한 도덕률 위반으로 보고 있음을 알려준다.

4. 인간 생명의 환유불가능성

앞서 논의한 바를 종합해보면, 낙태 금지와 관련하여 가톨릭성경, 교황 회칙, 가톨릭 교회 교리서를 관통하고 있는 절대적 가치는 생명의 존엄성이다. 그리고 이러한 절대성은 하느님의 형상을 따라 창조된 인간에게 필연적으로 내재된 신성 또는 신성성에 계보학적인 준거를 두고 있다고 볼 수 있다. 법학적으로 말하자면, 가톨릭에서 생명권은 이익형량이 거부되고 비교형량이 금지된 기본권인 것이다. 위상학적으로 말하자면, 신과 연결된 생명은 직선적이면서도 피비우스 띠의 구조를 취하기 때문에 현행규범에 작용한 의학적·윤리적 고려나 헌법재판소의 다수의견에 작용한 인권적 고려가 개입할 수 있는 여지가 일절 없는 닫힌 구조인 것이다. 언어학적으로 말하자면, 신이 환유될 수 없는 것처럼 생명 또한 그 다른 어떠한 가치로도 환유될 수 없는 것이다.⁶⁷⁾ 그리고 다시 돌아와, 신학적으로 말하자면, 낙태를 포섭하는 인간 생명에 대한 존중으로서 다섯째 계명은 첫째 및 둘째 계명인 우상숭배금지와 특별히 더 긴밀한 한 쌍을 이루는 구조라고도 말할 수 있다. 교리서의 체계를 보면, 이웃에 대한 사랑의 핵심적 실천으로서 생명에 대한 존중은 하느님에 대한 사랑에 대한 핵심적 실천으로서 하느님에 대한 믿음과 연결되어 궁극적으로 구원에 이르는 길로 제시된다고 이해할 수 있기 때문이다.⁶⁸⁾ 텅 빈, 공백

67) 원칙의 위상을 환유불가능성으로 이해하는 김문정, 전제논문(각주 61), 172쪽.

그 자체로서 재현불가능하고 따라서 이해불가능한 유일신의 형상을 따라 창조된 인간은 인간의 생명이라는 점 그 자체만으로 그 외양이나 능력에 따른 차별을 받지 않고 보호 받게 되는 것이다. 하느님의 형상이란 환유 불가능한 인간이라는 생명 그 자체이기 때문이다.

이익형량을 금지하는 가톨릭의 관점에서 생명권과 여성의 자기결정권을 같은 차원에 두고 의학적·윤리적 고려를 하는 현행규범이든 인권적 고려를 하는 헌법재판소 결정이든 이익형량의 구조로 짜여있다는 점에서 비판 가능하다. 인간의 생명이 그 자체로 하나의 인격으로서 인정되고 존중되어야 한다면, 그 어떤 사유로도 제한과 차등적 대우가 정당화될 수 없기 때문이다. 물론 가치관이 다원화된 현대사회에서 이익형량의 법리는 법이 그 활용을 거부하기 힘든 기술일지도 모르나, 그 작동방식은 충돌하는 법익에 대한 전략적 선택과 배제이다.⁶⁹⁾ 그리고 그때그때의 상황에 따른 판단을 한다는 의미에서 전략성은 규범적 차원을 소멸시킨다는 한계, 바꿔 말해 이익형량을 어떻게 수행해야 할지에 대한 메타규칙이 부재한다는 점에서 한계가 있다. 따라서 낙태죄에서 이익형량의 구조 아래 논의가 전개될 경우, 전략적 선택과 배제로 이어질 수밖에 없고, 이는 결과적으로 일부 제한하는 것이 애초에 불가능한, 제한 자체가 반생명적인, 생명의 가치에 대한 훼손으로 이어지게 된다. 그렇기에 가톨릭 관점은 생명에 대한 이익형량적 사고 자체에 대해 비판적인 것이다. 또한 근본적으로는, 이익형량의 구조를 취할 것인지 여부의 문제 자체도 서로 다른 규범적 토대에 관한 믿음에 바탕을 둔 하나의 결단이며, 가톨릭 교리나 현행규범 모두 각자의 결단 위에서 논증 체계를 구축하는 것으로 볼 수 있다면, 이익형량의 구조가 낙태죄에 관한 논의에 있어서 절대필수적인 요소는 아니라고 할 수 있다.

68) 이에 대한 논거로서 십계명의 유기적 단일성과 계명들 간 총체적 긴밀성을 밝히는 교리서 2069항, “십계명은 분리되지 않는 하나의 총체를 이룬다. 각 ‘계명’은 다른 각 계명들과 그리고 계명들 전체와 긴밀하게 연결되어 있다. 이렇듯이 계명들은 상호 불가분의 관계 안에 있다. 두 돌 판은 서로를 비추며, 유기적인 단일성을 이룬다. 한 계명을 어기는 것은 다른 계명 모두를 어기는 것이다. 인간은 자신의 창조주이신 하느님을 찬미하지 않고서는 다른 사람을 존중할 수 없다. 그리고 하느님의 피조물인 모든 사람을 사랑하지 않고서는 하느님을 흠송할 수 없다. 십계명은 신앙생활과 사회생활을 통합시켜 준다.”

69) 이상돈, 전제서(각주 31), 760쪽.

한편, 여성의 재생산권 또는 낙태의 자유를 주장하는 급진주의 페미니즘과 가톨릭의 관계는 서로 방향만 다른 뿐, 마주보고 선 채 서로를 필요로 하며 존재하는 정치적 대립항처럼, 일면, 보일 수 있다. 가톨릭에서 절대화하는 생명 가치의 위상에 급진주의 페미니즘은 낙태의 자유를 위치시킨 것으로 보일 수 있기 때문이다. 하지만 이익형량을 거부한다는 점에서 동일한 면모를 지닌 그 둘은 연속적인 생명 현상에 대한 개입을 도덕적 악으로 볼지 여부에 있어 극단적인 차이를 보인다는 측면이 표면적으로 부각되어있지만, 그에 앞서 무엇보다 규범적인 의미에서 간과하지 말아야 할 것은 낙태를 규범의 영역 안에 둘 것인지 또는 그로부터 자유로운 영역으로 둘 것인지에 있어 근본적인 차이를 보인다는 점이다. 이익형량의 구조로 짜인 현행규범의 변천사를 살펴보면, 특히 이번 헌법재판소의 단순위헌의견을 보면, 그 담론이 범죄의 성립을 부정하고 소위 낙태의 자유가 전면적으로 인정될 수 있는 영역을 확보하는 방향으로 진행되고 있음을 알 수 있다. 오늘날 생명이 여러 법익 중 하나의 법익으로, 나아가 이익형량을 통해 제한될 수 있는 법익으로 인식되어가는 흐름 속에 있긴 하지만, 그럼에도 규범적 토대의 주춧돌로서 생명의 고유한 위상을 얘기하는 가톨릭에 여전히 귀 기울일 필요가 있다. 왜냐하면 가톨릭의 관점은 자유의 이름으로 행하는 행동들이 오히려 자유의 준거를 흔들고 있음에도 이를 은폐함으로써 권력을 재생산하는 입장을 비판할 수 있고, 나아가 역설적이지만, 생명에 대한 침해를 죄로 인정하는 것을 통해서만 다시금 그 규범적 토대를 공고히 할 수 있다는 점을 보여준다는 데 의의가 있기 때문이다. 미리 밝히자면, 가톨릭 관점의 핵심은 죄의 인정과 그에 대한 용서를 통한 성찰과 자율에 있다.

IV. 이익형량에서 죄의 인정과 그 용서로

1. 죄에 대한 파문과 그 사함으로서 용서

용서를 논의하기에 앞서 그 전제로서 파문이라는 교회법⁷⁰⁾상 제재를 살펴볼 필요가 있다. 앞서 교리를 논하면서 논할 수도 있는 교회법 논의

를 뒤로 미룬 이유는 죄와 과문 그리고 다시금 그에 대한 용서라는 중층적인 규범구조를 강조하기 위해서이다. 총 7권으로 구성된 교회법은 ‘제6권 교회 안의 제재’에서 교회법상 범죄와 형벌을 다루고 있고, 각칙이라 할 수 있는 ‘제2편 각종 범죄에 관한 형벌’의 ‘제6장 인간의 생명과 자유를 거스르는 범죄’에서 규정하는 총 2개의 항 중 두 번째 항인 제1398항에서 “낙태를 주선하여 그 효과를 얻은 자는 자동 처벌의 과문 제재를 받는다.”라고 규율하고 있다.⁷¹⁾ 과문이란 제재는 신자를 교회 공동체적 친교로부터 완전히 추방하는 가장 무거운 제재이지만, 구 교회법에서 이를 교정벌의 하나로 두고 있었다는 점에서 알 수 있듯이 궁극적으로는 신앙인으로서 삶의 개선을 목적으로 하고 있다.⁷²⁾ 다시 말해, 과문은 장래의 회귀를 위한 역설적인 추방 또는 자신의 죄를 진정성 있게 성찰하기 위한 계기로서 시련인 것이다.

한편, 과문된 신자, 소위 ‘탕자’⁷³⁾를 다시 공동체적 친교로 받아들이는 유일한 교회법상 방법과 절차는 ‘고해성사’뿐이다.⁷⁴⁾ 7성사 중 하나로서 고해성사는 크게 참회자의 통회, 고백, 보속으로 이루어진 ‘회개’와 교회의 중개를 통한 하느님의 ‘용서’로 이루어져 있다.⁷⁵⁾ 보다 구체적으로, 참회자가 자신이 지은 죄에 대한 진정성 있는 성찰과 죄를 반복하지

70) 가톨릭 교회, 주교회의 교회법위원회 역, 「교회법전: 라틴어-한국어 대역」 수정판, 한국천주교주교회의, 2011. 현행 교회법은 1983. 1. 25. 반포되고, 같은 해 11. 27. 발효되었다. 현행 교회법전의 전반적 성격, 특징, 체계에 대하여는 이경상, 「가톨릭 교회법 입문」, 가톨릭대학교출판부, 2010, 120~123쪽.

71) ‘자동 처벌’이란 법률이나 명령에 형벌이 명시적으로 규정되어있을 때 별도의 선고 없이 형벌이 부과된다는 것을 의미한다. 범죄 사실 자체로 ‘라는 표현을 사용하기도 한다. 제1314항; 보다 자세히는 이정주, “교회법적 제재에 대한 개괄 -광주대교구장 교령에 드러난 과문과 정직 제재에 대한 이해-”, 「신학전망」 제161호, 광주가톨릭대학교 신학연구소, 2008, 32~34쪽.

72) 과문 제재에 대하여 보다 자세히는 이정주, 전제논문(각주 71), 31~32, 35~37쪽.

73) 가톨릭출판사편집부 편, 전제서(각주 1), 루카 복음서 15장 11~32절, 되찾은 아들의 비유.

74) 제959조, “고해성사 중에 합법적인 집전자에게 죄를 고백하면서 그 죄를 통회하고 자기를 바로잡겠다는 결심을 하는 신자들은 하느님으로부터 그 집전자가 베푸는 사죄를 통하여 세례 후 범한 죄의 용서를 받고 동시에 범죄로 손상을 입힌 교회와 화해한다.” 고해성사에 관한 교회법상 문리적, 체계적 해석으로는 김의태, “자비와 화해의 성사인 고해성사 관련 법률들에 대한 재고”, 「가톨릭신학」 제36호, 한국가톨릭신학학회, 2020, 155~182쪽.

75) 고해성사의 기본구조와 그 구성요소에 대하여 자세히는 손희송, “고해성사, 용서하시는 그리스도와 만남”, 「가톨릭신학과사상」 제55호, 신학과사상학회, 2006, 101~107쪽.

않겠다는 진지한 결심이 깃든 자세로 사제에게 죄를 고백하면, 사제는, 회개에 선행하는 하느님의 용서를 근거로, 참회자에게 회개의 증거로서 장차 수행할 적합한 보속을 정해주고 교회를 통한 하느님의 용서를 의미하는 사죄경을 빌어주며, 이후 용서를 받은 참회자는 보속을 실천함으로써 죄에 대한 성찰과 함께 하는 삶을 살아가게 된다. 죄인인 참회자는 진실된 회개를 통해 하느님과의 친교, 자신이 속한 교회 공동체와의 친교, 나아가 자기 자신(의 양심)과의 친교를 회복하고 영적 평화를 맞이하는 것이다.⁷⁶⁾ 물론 고해성사가 죄의 경중에 상관없이 언제나 반복적으로 허용되는 것은 아니며, 사제라면 누구나 집전할 수 있는 것도 아니다. 낙태와 같이 무고한 생명을 직접 침해하는 ‘중죄’⁷⁷⁾에 대하여는 그 죄의 무게와 회개의 진정성에 비례하는 고해성사를 집전할 수 있는 교회법적 권한이 주교와 주교가 권한을 위임한 사제에게만 원칙적으로 국한된다.⁷⁸⁾ 이와 관련하여 현 교황 프란치스코의 칙서 「자비의 얼굴(*Misericordiae Vultus*)」과 교황 교서 「자비와 비참(*Misericordia et Misera*)」에 담긴 연민의 의의에 주목할 필요가 있다.⁷⁹⁾

2015년 4월 11일, 교황 프란치스코는 「자비의 얼굴」을 통해 같은 해 12월 8일부터 2016년 11월 20일까지를 자비의 특별 회년을 선포하면서, 자비가 교회와 신자들의 삶의 방식 그 자체여야 하며, 자비를 경축하고 실천하는 방식으로서 회개의 순례와 고해성사를 권면했다.⁸⁰⁾ 그러면

76) 고해성사의 해방 기능과 치유 기능에 대하여는 베른하르트 헤링, 이동익 역, “고해성사”, 「가톨릭신학과사상」 제28호, 신학과사상학회, 1999, 230~235쪽.

77) 구 교회법의 ‘대죄, 죽을 죄’가 현행 교회법의 ‘중죄’로 개정된 것은 죄에 대한 비난보다 죄 이후의 용서에 방점을 둔 것이라 해석할 수 있다. 고해성사와 관련된 교회법 개정의 새로운 변화로서 사제의 역할이 엄격한 재판관에서 화해를 이끄는 중개자로 그 강조점이 변화했다는 김의태, 전계논문(각주 74), 156~17쪽; 교회법에 담긴 인권 존중적 또는 인격주의적 요소에 대하여 자세히는 이경상, “신앙 공동체와 교회법 -가톨릭 공동체 구성원들의 실천규범으로서 교회법의 의미와 현행 교회법전에 나타난 인간 이해-”, 「가톨릭신학과사상」 제59호, 신학과사상학회, 2007, 157~175쪽.

78) 교회법 제1354조 내지 제1356조.

79) 교황 프란치스코, 「자비의 얼굴」, 2015, 「자비와 비참」, 2016. 칙서는 특전의 부여와 같은 구체적이고 특정한 교회법적 효력을 갖는 교황의 권고나 촉구이다. 교황 교서는 시대 변화에 따라 수정될 수 있는 교회의 전반적인 방향과 비전을 담은, 교회법적 강제력이 없는 교황의 권고나 촉구이다. 장동훈, 전계논문(각주 35), 192쪽.

80) 「자비의 얼굴」의 구조와 그에 담긴 성찰들에 대하여 자세히는 정희완, “자비의 특별 회

서 교황은 일부 사제들에게 유보되어 있는, 중죄를 사해 주는 자신의 권한을 한시적으로 위임했고(18항),⁸¹⁾ 이후 2016년 11월 20일 자비의 특별 회년 폐막에 즈음하여, 「자비와 비참」을 통해 그 위임의 효력을 무기한 연장했다(12항). 이러한 사목 활동은 영적 공동체의 수장으로서 그리고 하느님의 대리자로서 낙태죄로 고통 받고 있는 영혼들이 용기를 내어 하느님의 자비의 은총을 받을 수 있도록 평화와 화해의 장을 열어젖힌 것으로 볼 수 있다. 그리고 바로 이 연민에 기초한 평화에 대한 인식으로부터 가톨릭 교리의 제언은 출발한다.

다소 간략화한 경향이 있지만, 이후의 논의를 위해 각 입장을 표로 정리해보면 다음과 같다.

	가톨릭	현행규범	헌법재판소			급진주의 페미니즘
			합헌	헌법불합치	단순위헌	
가치	생명절대	생명권	법익 균형		자기결정권	자유절대
근거	신성성	국가의 생명보호의무	기본권 실현 최적화		여성의 인격권	소유적 권리
이익 형량	X	O	O			X
고려	X	의학적·윤리적	사회적·경제적		인권적	X
제재	죄-과문	범죄-형벌	범죄-형벌			X
구제	용서	위법성 조각	감경, 유예	기한, 적응 결함	기한 내 무제한	X

년' 선포에 드러난 프란치스코 교황의 사목적 비전과 지향", 「가톨릭신학」 제27호, 한국가톨릭신학회, 2015, 24~35쪽.

- 81) 교황은 당해 칙서에서 낙태를 명시적으로 언급하진 않았지만, 이후 2015. 9. 1.자 서한에서 우리 시대의 가장 심각한 문제의 하나로서 낙태를 언급하면서, 하느님의 용서에는 낙태라는 고통스러운 결정의 상처를 마음 깊이 담고 살아가는 여성들에게도 예외가 없기에 사제들로 하여금 여성들이 통회하는 마음으로 하느님과 화해할 수 있도록 성찰을 권유하며 환대할 것을 요청했다. 교황 프란치스코, 「자비의 특별 회년 대사에 관한 프란치스코 교황 성하의 서한」, 2015.

2. 규범적 차원의 제언, 자비의 빈자리

근대형법의 사유방식에 따르면, 일반적으로 사회유해성을 띠는 행위를 범죄로 규정하고 그 위반에 대한 법적 효과로서 책임에 비례하는 형벌을 부과함으로써 자유를 보호하고 동시에 규범의 효력을 회복, 유지시키는 구조로 짜여 있다. 즉, 자유를 침해하는 행위의 범죄화와 그에 대한 형벌의 부과를 통해 권위를 회복시키고 있는 것이라 할 수 있다. 하지만 가톨릭의 사유방식은 죄와 그에 대한 제재로서 파문 이후에도 고해성사를 통한 용서의 가능성을 예정함으로써 영적 구원을 열어두고 있다는 점에서 차별점이 있다. 이러한 사유방식의 차이는 서로 간 전제하는 인간상의 차이에서 비롯되는 것으로 보인다. 다시 말해, 자신의 행위에 대해 책임을 질 수 있는 합리적 인간 주체를 상정하는 근대형법의 인간상과, 하느님의 용서와 예수의 희생을 통해서만 구원받을 수 있는, 원죄를 짊어진 죄인을 상정하는 가톨릭의 인간상 사이의 차이로부터 무엇을 죄로 보고 어떠한 제재를 부과하며 어떻게 개인의 양심, 사회의 질서, 법규범의 권위를 회복할지에 대한 입장 차이가 파생되는 것으로 보인다. 일면, 소위 세속화를 통해 종교나 형이상학적 윤리적 믿음으로부터 독립된 영역을 확보한 근대인은 자유롭고 합리적이며 근대법의 규범체계는 모순 없이 대칭적이고 비례적인 것처럼 보이지만, 서구 근대성의 바깥 또는 무의식의 차원에서 바라보면 근대형법이 놓쳤던 부분을 발견할 수 있다.

누구나 생활세계 속에서 범죄자가 될 수 있는 가능성이 존재함에도 불구하고, 근대형법체계는 범죄자를 ‘사물화(reification)’⁸²⁾함으로써 맥락에 상관없이 개별적 행위가능성을 기초로 범죄자가 된 것 자체를 비난하고 나아가 낙인까지 찍어 사회구성원으로 복귀할 수 있는 가능성마저 소거시킨다. 사물화된 범죄자에 대한 형사법적 대응은 비난가능성인 책임에 비례하는 형벌의 부과뿐이고, 그렇기에 사회는 반도덕적인 범죄가 수면 위로 등장할 때마다 거의 유일한 수단으로 생각하는 형벌의 강화를

82) 인간의 실제 상호작용이 상품들 사이의 관계로 상징화되는 것을 의미하는 사물화가 지배와 착취를 합법화시킨다. Adam Roberts, *Frederic Jameson*, New York, NY: Routledge, 2000, pp.38~41.

요청하는 것이다.⁸³⁾ 이는 훼손된 공동체의 질서 회복하고, 또 다른 새로운 잠재적 범죄자의 출현을 방지하며, 국가가 자신의 업무를 수행하고 있음을 전시함으로써 권력을 생성하고 유지하는 데 초점을 둔 상징적 행위이다. 따라서 처벌 이후의 회개와 반성을 통한 사회에의 재편입은 여전히 범죄자 개인의 과제로 남겨져 있게 된다. 바로 이 지점에 가톨릭의 통찰이 필요하다고 말할 수 있다.

가톨릭은 죄에 대한 제재로서 파문, 금지, 정직을 규정하고 있고, 가장 강력한 파문은 공동체로부터의 추방으로 근대형법의 형벌 중 사회와 격리되는 징역, 금고, 구류와 유사하다고 할 수 있다. 침해하는 보호법익에 비례하는 법정형의 체계 하에서 범죄자 개인에게 귀속시킬 수 있는 책임에 비례하는 정기형이 부과되면, 범죄자는 (가석방과 같은 제도가 있지만) 원칙적으로 그 기간의 도과로 자동적으로 사회에 복귀하게 된다. 자신이 받은 자유형에 대하여 범죄자가 어떤 반성을 하였는지 여부와 무관하게, 범죄자는 기간의 도과로 자유형에서 벗어나고, 사회는 범죄자를 다시 받아들이게 된다. 이 과정에 부재하는 참회와 용서의 과정이 범죄자로 하여금 재범의 유혹을 쉽게 뿌리치지 못하게 하고 사회로 하여금 범죄자를 포용하지 않고 배척하게 하는 것이라 이해할 수 있다. 가톨릭은 파문 자체보다는 파문 이후의 과정을 더 중요시한다. 죄인으로서 인간은 아무리 성숙하다 할지라도 범죄를 저지를 수 있는 가능성이 있고, 인간이 죄를 저질렀는지 여부도 중요하지만 보다 중요한 것은 죄에 대한 성찰을 했는지 여부라고 할 수 있다. 죄와 제재 그리고 용서의 규범구조는 바로 이러한 성찰, 나아가 자율을 위한 것이다. 단순히 죄에 대해 그에 비례하는 제재를 부과함으로써 죄를 해소하는 규범구조에서, 제재는 타율적인 강제일 뿐이고 그러한 규범구조 하의 인간은 타율적인 존재로 남겨지고 만다. 그리고 그러한 규범구조 하 특정범죄의 범죄성에 반대하는 입장에서는 비범죄화를 통한 자유의 확장에 관심을 둘 뿐이고 제재 이후의 성찰적인 과정에 대해서는 여전히 무관심하고 만다.⁸⁴⁾ 반면, 죄

83) 이와 관련하여 ‘법의 윤리주의적 기능확대’에 대하여는 이상돈, 전게서(각주 31), 334~336쪽.

84) 낙태죄의 비범죄화를 주장하는 입장에 대한 비판적 접근으로는 신동일, “낙태죄 폐지에 대한 법적 이해에 대하여”, 『생명, 윤리와 정책』 제2권 제1호, 국가생명윤리정책원, 2018, 59~63쪽.

와 제재 그리고 용서의 규범구조는 불완전한 인간 존재가 닿을 수 없는 완전성에 도달하도록 끊임없이 노력하게 만들고, 그 과정 속에서 자율을 가능하게 만든다.

용서가 이러한 힘을 지닐 수 있는 데에는, 가톨릭이 보여주는 용서의 고유한 구조적 특징으로 다음 3가지를 들 수 있다. 용서가 평화를 목적으로 한다는 점, 용서가 회개에 선행한다는 점,⁸⁵⁾ 용서가 교회를 매개로 한다는 점이 그것이다.

근대형법에서 형벌은 과거의 범죄행위에 대한 책임을 묻는 응보를 주된 목적으로 삼고 있는 반면, 가톨릭 교리는 제재로서 파문 이후에 하느님, 공동체, 자신과의 친교 회복을 목적으로 하는 고해성사라는 절차를 둬으로써 파문과 고해성사의 절차적 기능을 명확히 구분하고 있다. 가톨릭의 중층적인 규범구조와 달리 근대형법의 규범구조에서는 형벌이 응보와 교화의 기능을 모두 수행해야 하는데, 현실에서 형벌이 특히 교화의 기능까지 수행할 수 있는 역량이 있는지는 의문이 있다.⁸⁶⁾

한편, 일반적으로 범죄가 있고 형벌이 따르고, 회개가 있어야 용서가 가능하다고 보는 것과 달리 가톨릭의 교리에서는 원죄의 삶(또는 죄 없이도 벌이 부과된 삶)에도 하느님의 용서는 언제나 열려 있고 회개에 선행하고 있다고 본다. 그리고 그러한 무한한 자비에 대한 응답으로서 이웃과의 관계 속에서 용서를 계속 전달할 것이 예수의 가르침이었다.⁸⁷⁾ 이웃에 대한 용서의 지속적인 실천은 하느님의 용서에 대한 응답으로서 진실된 회개로 이해할 수 있다. 다시 말해, 가톨릭의 용서는 무조건적이다. 신학적인 요소들을 벗겨 이해해본다면, 이는 불완전성 인간은 누구나 범죄를 저지를 수 있다는 사실에 대한 인정, 나아가 보다 중요한 것으로 비난에서 멈추지 않는, 잘못에 대한 성찰과 자비의 실천에 대한 권면이라고 할 수 있다. 이는 근대형법에서 응보와 교화가 범죄에 비례하는 형벌의 부과를 통해서만 조건적으로 가능하다고 보는 것과는 다르다.

마지막으로, 용서의 주체가 하느님임에도 그 사함이 사제를 매개로

85) 손희송, 전계논문(각주 75), 86~87쪽.

86) 형벌의 예방목적 추구의 한계에 대하여는 변종필, “형벌이란 무엇이며, 무엇을 지향해야 하는가?”, 『강원법학』 제46호, 강원대학교 비교법학연구소, 2015, 16~20쪽.

87) 가톨릭출판사편집부 편, 전계서(각주 1), 마태오 복음서 6장 12절.

한다는 점이다. 이에 대해서는 법정신분석학적 통찰이 도움을 줄 수 있다.⁸⁸⁾ 용서는 참회자 스스로 용서받았다고 주장할 수 있는 것이 절대 아니라, 반드시 제도적 매개가 작동할 수 있는 해석적 공간을 필요로 한다.⁸⁹⁾ 빈자리인 권력은 언제나 이러한 재현불가능성을 매개하는 형상 또는 이미지를 필요로 하고, 그 자리에 위치한 사제를 통해 참회자는 초월적 차원과의 연결되는 구조에서 이탈하지 않을 수 있다.⁹⁰⁾ 풀어 말해, 참회자의 진실된 회개는 인식불가능한 하느님의 무조건적인 용서에 회개의 존재 자체로 무조건적으로 포섭되는 것이 아니라, 영적 공동체를 관리하는 사제의 규범 해석의 통로를 거쳐야만 받아들여지는 것이다. 인간은, 가톨릭 신자로 살아가기 위해서 언제나 영적 평화를 보증하는 형상을 필요로 하는, 죄인이자 참회자인 것이다. 반면, 근대형법에서 전제하는 ‘주체’라는 개념은 인간 존재가 ‘대타자(the Other)’에 필연적으로 종속된 채 자유를 누리며 살아갈 수밖에 없다는 진실을 은폐하고 자유로운 존재라는 이미지만 부각시키는 기능을 한다.⁹¹⁾ 근대법에서, 교회법에 남아있는 용서라는 대타자와의 인격적 만남이 사라지게 된 것은, 세속화를 통해 이 대타자의 이미지를 은폐했기 때문이다. 근대형법을 비롯하여 근대적 사유방식이 은폐하고 부분이 있다면 그것은 이미지에 대한 인간의 불가피한 절대적 의존성이라고 할 수 있다.⁹²⁾ 이러한 이해 하에 7성사

88) 법정신분석학의 학문적 의의와 통찰력에 대하여는 민윤영, “학제적 법학으로서 법정신분석학의 과거, 현재 그리고 미래”, 『법학논총』 제38권 제4호, 단국대학교 법학연구소, 2014, 349~354, 360~372쪽.

89) 용서는 하느님의 영역이며 해석공간의 불확실성 속에 남겨져 있어야만 한다. 사제가 용서를 좌지우지하게 된다면 그것은 원리주의에 불과하다. 평화를 위한 해석공간과 해석자의 필요성에 관하여는 Pierre Legendre, *Leçon VII. Le désir politique de Dieu. Étude sur les montages de l'États et du Droit*, Nouvelle édition, Paris: Fayard, 2005, p.310.

90) 이러한 삼각형 구조가 서구 제도 중 고해성사와 재판에서 가장 두드러지게 반복된다는 Peter Goodrich (ed.), Peter Goodrich/Alain Pottage/Anton Schütz (trs.), *Law and the Unconscious: A Legendre Reader*, London: Macmillan, 1997, p.262.

91) 주체가 지닌 양면성과 그 개념적 분화에 대한 지식고고학적인 연구로는 에띠엔느 발리바르, “주체”, 에띠엔느 발리바르 외 7인, 알리샤 리 존스 편, 강수영 역, 『법은 아무 것도 모른다』, 인간사랑, 2008, 27~51쪽, 특히 43쪽.

92) 근대법에서 이미지가 소멸되고 텍스트적 시각성만 남았다고 보는 김문정, 「이미지의 소멸과 근대형법의 탄생 -라캉(J. Lacan)과 르장드르(P. Legendre)의 이론을 중심으로-」, 고려대학교 대학원 박사학위논문, 2020.

중 (가장 중요하다는 평가를 받는) 성체성사가 일종의 사회화를 수행한다면,⁹³⁾ 고해성사는 (그 다음으로 중요하다고 할 수 있는) 재사회화를 담당하고 있다고까지 말할 수 있다.

3. 실천적 차원의 제언, 용서의 형사법적 전용

형벌을 통한 죄에 대한 책임 부과와 규범의 권위 회복이 가능하다고 본 근대형법의 규범구조 내에서 실천적인 차원에서 용서가 발현될 수 있는 방안을 살펴보도록 하자. 범죄에 대한 수사 단계, 재판이 이루어지는 공판 단계, 형이 선고되어 확정된 이후 형의 집행 단계를 나누어 생각해 볼 수 있다. 논의의 전제로서 낙태가 생명현상에 개입하는 범죄라는 점과 낙태죄의 성립 이후에 범죄자는 죄를 성찰할 필요가 있고 사회는 용서를 통해 포용할 필요가 있다는 점을 염두에 둔다면, 배제되었던 인격적 만남을 통한 용서와 화해의 가능성은 서구 근대의 구조에 있어 사제와 동일한 위상에 있는 법관을 통해서 수행될 가능성을 찾을 수 있을 것으로 보인다. 그런 의미에서 수사 단계에게 검사의 (특히 공소권 없음을 포함한) 불기소처분 등은 참회와 용서의 장으로서 기능하기 힘들다. 검사 단독적인 행정행위로 절차가 종료한다는 점에서 낙태가 범죄라는 점에 대한 낙태죄 행위주체의 성찰과 그 성찰에 대한 공개적인 규범적 승인의 과정이 부재하기 때문이다.

공판 단계에서의 제도적 방안으로는, 헌법재판소의 합헌의견에서도 짧게 언급한, 형의 감경 제도와 유예 제도를 검토해볼 수 있다. 먼저, 형법 제53조의 작량감경과 (법정 사유의 개정을 전제로) 제55조의 법률상 감경을 통해 낙태죄에 대한 처벌 강도를 완화할 경우, 낙태가 태아의 생명이라는 보호법익을 침해한다는 점은 선고되지만, 그 이후에 자비의 빈

93) 사제가 “~의 이름으로” 행하는 고해성사와 달리, 사제가 일인칭 단수와 일인칭 소유격을 사용하며 문자 그대로 예수 자신의 인칭을 극단으로까지 밀고 감으로써 진리와 형상 간 합치를 도모하는 성체성사에 대하여는 Pierre Legendre, Peter Goodrich (tr.), “Id Efficit, Q uod Figuratur (It is the Symbol which Produces Effects): The Social Constitution of Speech and the Development of the Normative Role of Images”, *Legal Studies Forum*, Vol. 20, Iss. 2, 1996, pp.253, 261~262.

자리는 여전히 남아있게 된다. 따라서 용서의 장에 대한 고려가 있을 경우에 한하여 감경 제도는 유의미하다. 한편, 형의 감경에서 그친 채 선고가 되어 실제로 집행될 경우, 낙태죄의 규범과 현실 간 간극을 고려하지 못한다는 점에서 규범의 권위가 유지되기 힘들다는 점에서 한계가 있다. 형집행 단계에서 생각해볼 수 있는 사면⁹⁴⁾이나 가석방도, 형이 집행되었다는 것 자체로 이러한 내재적 한계가 있다. 그런 차원에서 유예 제도를 살펴보면, 형법 제59조 이하의 선고유예의 경우, 낙태의 범죄성에 대한 공개적 선고가 흠결되었다는 점에서 한계가 있다. 입법적인 차원에서 낙태죄와 같이 그 찬반 입장 간 갈등이 상당한 사회적 쟁점의 경우 그에 대한 규범적 판단을 일단 유예하는 하나의 제도적 고안으로서 ‘유보주문’⁹⁵⁾을 생각해볼 수도 있지만, 이 역시 가톨릭의 관점에서 보았을 때 선고유예가 갖는 한계가 그대로 노출된다. 그런 의미에서 형법 제62조 이하의 집행유예가 낙태가 죄라는 점에 대한 인식과 그에 대한 성찰이 가장 잘 구현될 수 있는 가능성이 큰 제도적 방안으로 보인다.

집행유예가 고해성사의 기능까지 수행할 수 있기 위해서는, 낙태죄의 행위 주체가 법관을 매개로 정의라는 초월적 차원에 포섭되는 구조로 재판 과정을 짜야 한다. 특히, 공판 과정에서 낙태가 이웃의 한 사람으로서 태아에 대한 생명 침해라는 점과 재판이 그에 대한 성찰을 통해 죄책감⁹⁶⁾으로부터 벗어남으로써 내면의 양심, 사회와의 관계, 법적 정의를 회복하는 과정이라는 점이 부각되어야 한다. 단 하나의 종교가 없는 오늘날에 이는 자기돌봄의 한 방법이 될 수 있다. 자신을 객관화하고 자기의 서사구조를 말함으로써 자기를 재구성하는 경험은 죄를 지은 자의 죄의식을 덜어줄 수 있기 때문이다. 물론, 이러한 재판은 낙태죄의 행위 주

94) 데리다의 통찰을 통한 사면 제도에 담긴 용서에 대하여는 오민용, “범과 용서 -자끄 데리다의 용서론을 중심으로-”, 『법학연구』 제29권 제2호, 충북대학교 법학연구소, 2018, 37~42쪽.

95) 법의 적용에 대한 과도한 적용의 압박이 있을 경우 이를 해결하기 위한 ‘유보주문’이라는 제도적 제안에 대하여는 이상돈, 『공익소송론』, 세창출판사, 2006, 129~133쪽.

96) 낙태의 경험 자체는 그 행위 주체에게 태아에 대한 죄책감이나 우울증과 같은 정신적 후유증을 남긴다. 이에 대한 심층적 연구로는, 한국보건사회연구원, 전개서(각주 20), 235~245쪽. 낙태가 권리화되더라도 낙태 행위가 생명 현상에 개입한다는 부인할 수 없는 사실은 죄책감의 형태로 남아 있을 것이고, 궁극적으로 법은 용서를 통해 이를 덜어줌으로써 내면의 평온을 회복시켜주는 것이 정의에 부합한다.

체에 대한 양심에 반하는 강제로 이어져서는 안 된다는 점에서 현실적 한계가 존재한다. 하지만 그러한 한계는 자율을 위해서라도 오히려 존재해야 한다. 하나의 성찰을 강요할 경우, 이 역시 근대형법 체계의 한계인 타율적 강제로 회귀하기 때문이다. 따라서 재판은 낙태죄의 행위 주체에 낙태를 범죄로 규정한 규범적 근거를 밝히고 그에 대한 대화적 과정을 통해 자율적 성찰을 할 수 있도록 권면하는 방식으로 이루어져야 한다. 그리고 그러한 자율적 성찰에 대한 사회적 포용의 규범적 선언으로서 집행유예를 선고할 필요가 있다. 나아가 형법 제65조에서 집행유예가 그 유예기간이 경과한 때 형의 선고가 효력을 상실하도록 규정한 것도 집행유예가 용서로서 기능할 수 있도록 한다.

요컨대, 낙태와 같이 규범의 근본적 토대가 되는 생명을 침해하는 범죄와 관련하여, 범죄의 처벌강화는 범죄자를 박멸할 대상으로 설정하고 사물화함으로써 도래할 자율의 시간을 소멸시켜버리는 것이라면, 비범죄화는 중대한 범죄에 대한 성찰의 공간을 소멸시켜버리는 것이라고 할 수 있다. 이 둘은 궁극적으로 시민적 자유(의 토대)를 감소시키는 결과를 가져온다. 이러한 갈림길 속에서 가톨릭 교리가 줄 수 있는 제언은 불완전한 인간에 대한 용서를 잊지 않는 것과 무엇이 범죄인지를 잊지 않는 것을 통한 성찰과 자율의 회복이다. 그리고 그에 대한 실천적인 방안으로서 집행유예 제도의 활용을 고려해볼 수 있다.

V. 나가며

가톨릭 교리의 관점에서 이익형량의 구조로 짜인 현행규범과 낙태할 자유를 주장하는 급진주의 페미니즘에 대하여 할 수 있는 제언은 다음과 같다. 첫째, 낙태 행위가 그 이름이 인공임신중절수술, 임신중단, 재생산 권으로 변경될지라도 임신과 출산이라는 연속적인 생명 현상에 개입하여 새로운 생명의 발달 과정을 침해한다는 점에는 변함이 없고, 따라서 그에 대한 어떠한 정당성을 부여하는 것은 불가능하다는 점이다. 인간의 존엄성이 인간임 그 자체에서 기인하는 것이라면, 이익형량의 구조 그리

고 특히 어떻게든 낙태를 비범죄화하려는 규범구조에는 곤궁한 한계가 남아있을 수밖에 없다. 그리고 둘째, 첫 번째 제언 이상으로 중요한 제언으로, 규범체계는 낙태죄에 대한 책임을 묻는 비난에 초점을 두어선 안 되며, 반드시 한 발짝 더 나아가 성찰과 용서를 통해 생명의 가치를 유지시키고 낙태죄의 행위 주체로 하여금 죄책감 또는 무책임에 종속되거나 함몰되지 않은 채, 삶을 꾸려나갈 수 있는 방향으로 설정되어야 한다. 바꿔 말해, 삶을 특정 의미에 묶어두지 않은 채, 삶이 살아지는 대로 살아가도록 도와야 한다.

따라서, 오히려 범죄라는 전제를 어떻게든 조각시켜 범죄가 아닌 것으로 만들려 했던 논리적 곤궁함을 은폐하는 데 벗어나, 역으로 낙태죄는 범죄라는 전제 하에, 이를 어떻게 성찰하고 용서할지 보다 총체적인 관점에 서서 규범구조를 상상할 필요가 있다. 다원주의 사회에서 다양한 윤리관들 간의 접점을 찾아가는 것이 법의 자신의 위치지음이라고 할 수 있다면, 이는 단순히 정치적인 타협점을 찾는 것이 절대 아니다. 타협이라는 말에는 이익 간의 전략적 조정, 다시 말해 이익형량이라는 의미가 담겨있기 때문이다. 오히려 필요한 것은 용서와 자비와 관용이다.

실천적인 차원에서 중요한 것은 기존 법제도의 새로운 해석과 그를 기반으로 한 새로운 활용에 있다고 할 수 있다. 집행유예라는 시니피앙이 용서라는 시니피에를 담는 방향으로 화용될 수만 있다면, 이는 기존 논의들의 한계, 즉 구성요건에 해당하는지, 위법성 조각 사유로 볼지, 책임을 조각할지 등의 이전투구하는 상황에서 벗어나 보다 큰 틀에서 낙태 문제를 바라볼 수 있게 만든다. 규범인 법은 생명에 대한 침해를 눈감을 수 없다. 다만, 그럴 수밖에 없었음을 이해하고 공감함으로써 용서를 하는 것이다. 물론 실효성의 차원에서 문제 제기가 있을지 모르나, 오히려 낙태가 감소할 수도 있으며, 결국 이는 통계적 조사가 필요한 문제이다. 이러한 안개 속 상황이라면, 용서를 통해 이웃에 대한 사랑이 확장될 수 있다는 가톨릭의 성찰 또는 인간은 대타자를 필요로 한다는 법정신분석학적 통찰은 귀 기울여볼 가치가 있으며, 그러한 관점 교환이 인간 생명의 가치를 보호하고 평화를 지향하는 사회로 나아가는 데 일조할 수 있으리라 생각한다.

(논문투고일: 2020.08.31, 심사개시일: 2020.09.06, 게재확정일: 2020.09.17)



▶ 김문정 · 신호성

낙태죄, 가톨릭, 생명, 이익형량, 용서

【참 고 문 헌】

I. 단행본

1. 국내문헌

- 가톨릭 교회, 주교회의 교리교육위원회 역, 「가톨릭 교회 교리서」 개정판, 한국천주교주교회의, 2008.
- _____, 주교회의 교회법위원회 역, 「교회법전: 라틴어-한국어 대역」 수정판, 한국천주교주교회의, 2011.
- 가톨릭출판사편집부 편, 「가톨릭성경」, 가톨릭출판사, 2014.
- 교황 바오로 6세, 「인간 생명」, 1968.
- 교황 요한 바오로 2세, 「생명의 복음」, 1995.
- 교황 프란치스코, 「자비의 얼굴」, 2015.
- _____, 「자비의 특별 회년 대사에 관한 프란치스코 교황 성하의 서한」, 2015.
- _____, 「자비와 비참」, 2016.
- 교황청 신앙교리성, 「인공임신중절 반대 선언문」, 1974.
- 김문정, 「이미지의 소멸과 근대형법의 탄생 -라캉(J. Lacan)과 르장드르(P. Legendre)의 이론을 중심으로-」, 고려대학교 대학원 박사학위논문, 2020.
- 대검찰청, 「범죄분석」, 2001~2014.
- 신동운/최병찬, 「낙태죄 및 간통죄에 관한 연구」, 한국형사정책연구원, 1991.
- 이경상, 「가톨릭 교회법 입문」, 가톨릭대학교출판부, 2010.
- 이상돈, 「공익소송론」, 세창출판사, 2006.
- _____, 「법의 깊이」, 법문사, 2018.
- 이상돈/홍성수, 「법사회학」, 박영사, 2000.
- 한국보건사회연구원, 「인공임신중절 실태조사」, 2018.

2. 외국문헌

- Agamben, G., Heller-Roazen, D. (tr.), *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*, Stanford, CA: Stanford University Press, 1998.
- Berman, H. J., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1983.
- Goodrich, P. (ed.), Goodrich, P./Pottage, A./Schütz, A. (trs.), *Law and the Unconscious: A Legendre Reader*, London: Macmillan, 1997.
- Legendre, P., *Leçon VII. Le désir politique de Dieu. Étude sur les montages de l'États et du Droit*, Nouvelle édition, Paris: Fayard, 2005.
- Locke, J., Goldie, M. (ed.), *Second Treatise of Government and A Letter Concerning Toleration*, Oxford, UK: Oxford University Press, 2016.
- Roberts, A., *Frederic Jameson*, New York, NY: Routledge, 2000.
- Verderber, S., *The Medieval Fold. Power, Repression, and the Emergence of the Individual*, New York, NY: Palgrave Macmillan, 2013.

II. 논문

1. 국내문헌

- 고봉진, “국가의 보호의무와 낙태규범”, 「법철학연구」 제15권 제1호, 한국법철학회, 2012.
- 김나경, “태아의 장애를 이유로 하는 임신중절: 사회학적 구조와 형법정책”, 「형사법연구」 제19권 제1호, 한국형사법학회, 2007.
- 김문정, “환유로서 법해석, 은유로서 정의”, 「고려법학」 통권 제91호, 고

- 려대학교 법학연구원, 2018.
- _____, “오이디푸스 콤플렉스와 법률의 착오 -금지의 구조적 효과-”, 「법학논집」 제24권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2019.
- _____, “거울로서 법: 이미지를 통한 삶의 보증”, 「법과사회」 제63호, 법과사회이론학회, 2020.
- 김보명, “페미니즘, ‘사회적인 것’의 위기를 향한 응답”, 「문학과사회」 제33권 제1호, 문학과지성사, 2020.
- 김웅태, “가톨릭교회 교리서의 의의와 활용”, 「신학전망」 제112호, 광주 가톨릭대학교 신학연구소, 1996.
- 김의태, “자비와 화해의 성사인 고해성사 관련 법률들에 대한 재고”, 「가톨릭신학」 제36호, 한국가톨릭신학학회, 2020.
- 김정혜, “낙태죄 폐지를 말하는 이유. 임신중단권 보장의 법적 쟁점과 방향”, 「페미니즘연구」 제19권 제1호, 한국여성연구소, 2019.
- 류화진, “필요적 공범의 개념과 대항범의 유형 -편면적 대항범을 중심으로-”, 「법학논고」 제30집, 경북대학교 법학연구원, 2009.
- 맹광호, “교회의 생명 운동 전략”, 「가톨릭신학과사상」 제7호, 신학과사상학회, 1992.
- 민윤영, “학제적 법학으로서 법정신분석학의 과거, 현재 그리고 미래”, 「법학논총」 제38권 제4호, 단국대학교 법학연구소, 2014.
- 발리바르, 에띠엔느, “주체”, 에띠엔느 발리바르 외 7인, 알리샤 리 존스 편, 강수영 역, 「법은 아무 것도 모른다」, 인간사랑, 2008.
- 변종필, “형벌이란 무엇이며, 무엇을 지향해야 하는가?”, 「강원법학」 제46호, 강원대학교 비교법학연구소, 2015.
- 손희송, “고해성사, 용서하시는 그리스도와의 만남”, 「가톨릭신학과사상」 제55호, 신학과사상학회, 2006.
- 신동운, “형법개정과 관련하여 본 낙태죄 연구”, 「형사정책연구」 제2권 제2호, 한국형사정책연구원, 1991.
- 신동일, “낙태죄 폐지에 대한 법적 이해에 대하여”, 「생명,윤리와정책」 제2권 제1호, 국가생명윤리정책원, 2018.
- 양현아, “여성 낙태권의 필요성과 그 함의”, 「한국여성학」 제21권 제1호, 한국여성학회, 2005.

- 염승준/김영전, “낙태죄 처벌 헌법불합치 결정과 원불교 생명윤리 -태아의 생명권과 영식을 중심으로-”, 「원불교사상과종교문화」 제83집, 원광대학교 원불교사상연구원, 2020.
- 오민용, “법과 용서 -자끄 데리다의 용서론을 중심으로-”, 「법학연구」 제29권 제2호, 충북대학교 법학연구소, 2018.
- 유경동, “생명개념과 생명윤리에 관한 법과 기독교의 입장 비교연구”, 「장신논단」 제47권 제1호, 장로회신학대학교 기독교사상과문화연구원, 2016.
- 윤진숙, “낙태죄 헌법불합치 결정에 대한 분석 -헌법재판소 2019. 4. 11자 2017헌바127 결정에 대한 평석-” 「서울법학」 제27권 제4호, 서울시립대학교 법학연구소, 2020.
- 이경상, “신앙 공동체와 교회법 -가톨릭 공동체 구성원들의 실천규범으로서 교회법의 의미와 현행 교회법전에 나타난 인간 이해-”, 「가톨릭신학과사상」 제59호, 신학과사상학회, 2007.
- 이나영, “급진주의 페미니즘과 섹슈얼리티. 역사와 정치학의 이론화”, 「경제와사회」 통권 제82호, 비판사회학회, 2009.
- 이상돈, “생명공학법: 윤리와 공학 사이에”, 「현상과인식」 제28권 제1호, 한국인문사회과학회, 2004.
- 이석배, “낙태죄 존치론에 대한 반론”, 「한국의료법학회지」 제26권 제1호, 한국의료법학회, 2018.
- 이인영, “출산정책과 낙태규범의 이념과 현실”, 「페미니즘연구」 제10권 제1호, 한국여성연구소, 2010.
- 이정원, “낙태죄의 구조와 문제점 -독일형법에서의 낙태죄 규제와의 비교를 중심으로-”, 「법제연구」 제54호, 한국법제연구원, 2018.
- 이정주, “교회법적 제재에 대한 개괄 -광주대교구장 교령에 드러난 파문과 정직 제재에 대한 이해-”, 「신학전망」 제161호, 광주가톨릭대학교 신학연구소, 2008.
- 장동훈, “회칙 「찬미받으소서」의 역사적 기원과 의의», 「누리와말씀」 제42호, 인천가톨릭대학교 복음화연구소, 2018.
- 정신철, “제2차 바티칸 공의회와 한국천주교회의 쇄신과 미래», 「누리와말씀」 제33호, 인천가톨릭대학교 복음화연구소, 2013.

- 정희완, “‘자비의 특별 회년’ 선포에 드러난 프란치스코 교황의 사목적
비전과 지향”, 『가톨릭신학』 제27호, 한국가톨릭신학학회, 2015.
- 조규만, “신학적 관점에서 본 생명”, 『생명윤리』 제2권 제2호, 한국생명
윤리학회, 2001.
- 조은주, “인구의 출현과 사회적인 것의 구성”, 『경제와사회』 통권 제105
호, 비판사회학회, 2015.
- 크뤼제만, 프랑크, 박경철 역, “눈에는 눈으로……”(출 21:24 이하) -계
약법전의 탈리온법에 대한 사회사적 의미“, 『신학사상』 제112호,
한신대학교 신학사상연구소, 2001.
- 한춘기, “성경과 낙태”, 『신학지남』 제61권 제1호, 신학지남사, 1994.
- 헤링, 베른하르트, 이동익 역, “고해성사”, 『가톨릭신학과사상』 제28호,
신학과사상학회, 1999.

2. 외국문헌

- Legendre, P., Goodrich, P. (tr.), “Id Efficit, Quod Figuratur (It is the
Symbol which Produces Effects): The Social Constitution of
Speech and the Development of the Normative Role of
Images”, *Legal Studies Forum*, Vol. 20, Iss. 2, 1996.

III. 보도자료

- 한국천주교회의, 2018. 3. 20. 보도자료. (2020. 8. 31. 최종방문)
<https://cbck.or.kr/Documents/Read?category=K1300&oid=13013252&gb=title&search=%EB%82%99%ED%83%9C>

Abstract

On Abortion from Catholic Perspective

Kim, Munjeong
Shin, Hyosung

The Criminal Law and the Mother and Child Health Act, in principle, protect the life of the fetus, but exceptionally with medical and ethical considerations, the abortion is allowed to protect the life of the pregnant woman. The recent decision of the Constitutional Court promoted a balancing between women's right to self-determination and the life of the fetus with human rights considerations. The opinion on the unconstitutionality of the decision even allowed abortion before the first trimester of pregnancy which seems to be influenced by radical feminism. It can be said that the decision is a revised version of the current legal norms which strengthens the right to self-determination of pregnant women. The Roman Catholic Church insists on absolute protection of life without discrimination according to the stage of occurrence, on the basis of the sacredness of human life. This leads to the ban on weighing the life of the fetus with other values.

From the Catholic point of view, the abortion which undermines the reference of freedom in the name of freedom can be criticized in that the liberty of abortion actually conceals the collapse of its foundation and attains power through such concealment. Only by acknowledging the abortion as the infringement of the life, the life which is the fundamental foundation of legal norms can be strengthened and reconsolidated. It is reflection and autonomy that lies at the heart of the Catholic perspective which concedes abortion as a crime and forgives who has aborted.



▶ Kim, Munjeong • Shin, Hyosung

abortion, Catholic, life, balancing, forgiveness

成均館法學

第32卷 第3號



成均館大學校 法學研究院
2020.09

성균관대학교 「成均館法學」 편집위원회 운영규정

제1조 (목적) 이 규정은 법학연구원 규정 제13조에 따른 편집위원회의 구성 기타 운영에 관한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조 (구성) 편집위원장 및 편집위원은 4년제 대학(법학전문대학원 포함)의 전임 교원 및 법조실무가 가운데서 7인 이상을 법학연구원 원장(이하 "원장"이라 한다)이 위촉한다.

제3조 (편집위원의 임기) ① 편집위원장 및 편집위원의 임기는 2년으로 하며, 연임할 수 있다.

② 원장은 특별히 필요하다고 인정되는 경우에 임기가 종료되지 아니한 위원을 운영위원회의 동의를 얻어 해촉할 수 있다. 또한 원장은 해촉된 위원을 교체하기 위하여, 또는 사임한 위원을 승계하기 위하여, 기타 필요한 경우에 편집위원을 새로 선임할 수 있고, 그 임기는 퇴임한 위원의 잔여임기로 한다.

제4조 (편집위원회 업무 등) ① 편집위원회는 다음 각호의 사항을 처리한다.

1. 『성균관법학』에 게재를 신청한 원고의 심사를 위한 심사위원의 선임
2. 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 하며, 원장이 요구할 경우 임시편집회의를 소집할 수 있다.

② 편집위원회는 재적 과반수 출석과 출석 과반수 찬성으로 의결한다.

③ 필요하다고 인정되는 경우 편집위원장은 서면결정으로 편집위원회 회의에 갈음할 수 있다.

제9조 (비밀준수의무) 편집위원은 편집위원회의 업무에 관하여 얻은 정보를 공개하지 않을 의무가 있다.

제10조 (규정의 개정) 이 규정은 법학연구원 운영위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다. (2019. 6. 3. 신설)

< 부 칙 > 본 규정은 1997년 3월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2002년 3월 2일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규정은 2004년 6월 30일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규정은 2006년 12월 1일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규정은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우 제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월 31일에 각각 발간한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2010년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2011년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2011년 5월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2011년 12월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2012년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2014년 12월 11일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2019년 6월 3일부터 시행한다.

성균관대학교 「成均館法學」 연구윤리규정

제1조 (목적) 이 규정은 성균관법학에 투고된 글에 관하여 연구윤리위반에 대해 판정하고, 더 나아가 연구윤리의 확산과 부정행위 방지를 목적으로 한다.

제2조 (연구윤리위반의 종류) 연구윤리위반에는 아래의 행위가 포함된다.

1. 표절 등 타인의 저작권을 침해하는 행위
2. 논문의 작성에 실질적인 기여 없이 작성자로 기재하는 행위
3. 과거에 출판된 논문 등 저작물을 중복하여 출판하는 행위
4. 상당한 이유 없이 타인의 명예를 침해하는 표현을 사용하는 행위
5. 학계에서 통상적으로 용인되는 범위를 심각하게 벗어난 행위
6. 소속과 직위 등의 저자 정보를 명확하게 기재하지 않거나 거짓된 저자 정보를 기재하는 행위

제3조 (연구윤리위원회의 구성) ① 법학연구원규정 제15조에 따라 구성된 성균관대학교 법학연구원의 연구윤리위원회가 성균관법학 윤리위원회(이하 위원회라 한다)의 업무를 수행한다.

② 위원회는 연구윤리위원장을 포함하여 10인 이내의 위원으로 구성한다.

③ 연구윤리위원장과 연구윤리위원은 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 추가부담금을 납부해야 하며, 추가부담금은 200자 원고지 150매를 초과하는 경우 원고지 1매당 2,000원으로 한다. 이를 이행하지 아니한 논문은 게재하지 아니한다.

② 투고된 논문의 공저인 경우에는 심사료 및 게재료는 인원수에 따라 분담한다. 본교 법학전문대학원의 교수는 제1항의 지급의무를 면제한다.

③ 본교 법학전문대학원의 교수는 제1항의 지급의무를 면제한다. 단, 공저인 경우 본교 법학전문대학원의 교수에 한하여 의무가 면제되며 그 외의 자는 그러하지 아니한다.

제7조 (논문게재예정증명서 및 논문게재확인서) 연구원장은 논문게재예정증명서 또는 논문게재확인서를 발급할 수 있다.

제8조 (저작권) 채택된 원고의 저작권은 채택과 동시에 성균관대학교 법학연구원에 귀속한다.

제9조 (규칙의 개정) 본 규칙은 법학연구원 운영위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다. [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 Goverance”, 27 A.A.L.Rev. 103, 107~109 (1997)]

9. 국문 또는 한자로 표기되는 저서는 「」로, 논문은 “ ”로 표시합니다.
10. 국문 또는 한자로 표시되는 저서나 논문을 인용할 때는 쪽 또는 면으로, 로마자로 표시되는 저서나 논문을 인용할 때는 p. 또는 S. 로 인용면수를 표시합니다.
11. 국내판결은 선고 법원, 선고일, 판결 또는 결정, 사건번호의 순으로 표시하고[예 : 대법원 1995. 1. 1.선고, 1994가1111 판결], 외국의 판결은 그 나라의 표준적인 인용방법에 따릅니다.
12. 외국 인명이나 지명은 우리말로 표기하고 명확히 하고자 할 때에는 ()안에 언어를 표시합니다. [예 : 화이트(James J. White)]
13. 공저자는 ‘/’를 사용하여 표기합니다. [예 : 김갑돌/이을순/박명희]
14. 면수나 연도 등에서 ‘부터 까지’를 나타내는 부호로 ‘-’이 아닌 ‘~’를 사용합니다.
15. 영문 성명, 논문명, 판결명 등에서 첫 자 이외에는 소문자로 표기합니다.
16. 일본어 논문명, 서명 등은 번역하지 않고 그대로 표기합니다.
17. 기념논문집은 「××× 기념논문집」 또는 「○○○-××× 기념논문집」으로 표기합니다.
18. 특별한 의미가 없는 한 각주에서 ‘참조’ 표시를 하지 않습니다.
19. 저자(필자)의 명칭은 본국에서 일상적으로 쓰는 순서대로 표기합니다.

성균관대학교 「成均館法學」 심사규칙

제1조 (목적) 이 규칙은 성균관대학교 법학연구원(이하 ‘연구원’이라 한다)이 간행하는 『성균관법학』에 게재하기 위하여 투고된 논문, 판례평석, 기타 원고 등의 심사절차를 정함으로써 공정한 심사기준을 마련함을 목적으로 한다.

제2조 (심사대상) 투고규칙 제3조에 따라 투고된 논문은 심사대상이 된다. 단, 번역물과 서평 등은 논문심사에서 제외할 수 있다.

제3조 (논문심사의 위촉과 심사절차) 논문심사의 위촉은 편집위원회 운영규정 제5조에 따른다.

제4조 (논문심사기준) ① 논문심사는 다음 각호의 기준에 따른다.

1. 논문의 독창성
2. 논문의 전문성
3. 논문의 형식
4. 논문의 해당분야 이론 및 실무의 관한 발전에 대한 기여도

② 논문에 대한 평가는 다음의 단계로 구분한다. (2019. 6. 3. 개정)

1. 수정이 필요 없을 경우 : “게재가능”
2. 간단한 수정이 필요한 경우 : “수정 후 게재”
3. 전면적인 수정 및 재심이 필요한 경우 : “수정 후 재심”
4. 게재가 가능하지 않는 경우 : “게재불가”

제5조 (개정) 이 규칙은 법학연구원 운영위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다. (2019. 6. 3. 개정)

< 부 칙 > 본 규칙은 1997년 3월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2002년 3월 2일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2004년 6월 30일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2006년 12월 1일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우 제19권 제2
호와 제3호를 8월 31일과 12월 31일에 각각 발간한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2010년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 5월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 12월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2012년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2019년 6월 3일부터 시행한다.

성균관대학교 「成均館法學」 발행규칙

제1조 (목적) 이 규칙은 성균관대학교 『성균관법학』을 발행함에 있어 필요한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조 (학술지명) 법학연구원은 국내학술지로 『성균관법학』 (SungKyunKwan Law Review)을 발행한다.

제3조 (발간시기) ① 성균관법학은 연4회 발간한다.

② 성균관법학의 발간일자는 매년 3월 31일, 6월 30일, 9월 30일, 12월 31일로 한다.

③ 성균관법학에 게재된 저작물에는 논문투고일자(2***년 *월 *일), 심사일자(2***, *월, *일, 게재확정일자(2***, *월, *일)를 표기한다.

④ 편집위원회의 결정에 의하여 기념호 또는 특집호를 발간할 수 있다.

제4조 (전자 발간) ① 성균관법학의 발간은 전자적 방식으로 한다.

② 게재가 확정된 논문에 대해서는 해당 논문을 PDF파일 형태로 하여 게재자에게 무상으로 제공한다.

제5조 (기타) 성균관법학의 발행과 관련하여 본 규칙에 명시되지 아니한 사항은 법학연구원 운영위원회의 결정에 따른다.

< 부 칙 > 본 규칙은 1997년 3월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2002년 3월 2일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2004년 6월 30일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2006년 12월 1일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우 제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월 31일에 각각 발간한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2010년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 5월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 12월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2012년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2018년 11월 20일부터 시행한다.

法學研究院 운영위원회

- 연구원장 정차호
- 운영위원 김재원, 배병호, 이경열, 이선희, 정상현, 정차호

法學研究院 편집위원회

- 편집위원장 이경열(성균관대학교)
- 편집위원 강현호(성균관대학교), 김동준(충남대학교),
박인환(인하대학교), 이기춘(부산대학교),
이창섭(제주대학교), 정차호(성균관대학교),
현소혜(성균관대학교),

法學研究院 윤리위원회

- 윤리위원장 정차호(성균관대학교)
- 윤리위원 김재원(성균관대학교), 배병호(성균관대학교),
이경열(성균관대학교), 이선희(성균관대학교),
정상현(성균관대학교), 정차호(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3號

1판 1쇄 인쇄 2020년 09월 30일

1판 1쇄 발행 2020년 09월 30일

발행인 : 정 차 호

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