

成均館法學

第30卷 第1號



法學研究院
2018

발 간 사

입춘을 넘어 춘분인데 남부지역에 많은 눈이 내리고, 서울도 흐리다는 일기예보와 달리 눈발이 날렸습니다. 그래도 봄은 가까이 왔습니다. 남쪽 지방에서 편형형색색의 꽃들의 향연이 곧 서울에서 펼쳐질 것입니다.

지난 3월 15일 성균관대학교 법학관 201호에서 토지공법학회와 함께 “한국과 독일에서의 법정립 작용의 문제점”이란 주제로 제8회 한·독 비교행정법 국제학술대회를 공동 개최하였습니다. Wolf Rüdiger Schenke 교수를 비롯한 독일 교수 세 분과 독일에서 공부하신 한국 교수님들의 적극적인 참여로 성황을 이루었습니다. 연세가 많은 Schenke 교수님과 참여 교수님들의 정열적인 발표와 토론으로 이제는 공통되는 주제를 놓고 한국과 독일의 비교법적인 연구가 가능하다는 것을 확인하였습니다.

이번 호에도 여러 선생님들께서 겨울방학 동안 준비하신 옥고를 많이 보내주셨습니다. 심사위원님들의 엄격한 심사로 이번 호에는 6편만 신게 되었습니다. 좋은 논문을 보내주신 여러 선생님들과 정성껏 심사하여 주신 여러 심사위원님들의 노고에 감사를 표합니다. 성균관 법학의 발전을 위하여 더욱 더 격려해주시기 바랍니다.

항상 어려운 작업을 하고 계신 편집위원님들에게 감사를 드립니다. 학교 행정의 변화로 새로 선임된 법학연구원 조교들과 전임 조교들의 수고를 치하합니다.

2018. 3. 31.

법학연구원장

배 병호

目 次

[研究論文]

- 지능정보사회에서 개인정보 법제정비에 관한
비교법적 검토 이한주·권건보·김일환 1
- 난민소송의 특수성과 ‘박해를 받을 충분한 근거가
있는 공포’에 관한 증명책임 문영화 41
-대법원 2013. 12. 12. 선고 2011두12689 판결-
- 비영리법인에 있어서 이사의 선관주의의무
-사립학교법인 이사의 취임승인취소 등에 나타난 사례를
중심으로- 이선희 93
- 우리민법상 전자파일(electronic file)의 물건성
인정 여부에 관한 연구 정차호·이승현 127
- ‘고위공직자 범죄수사처’ 신설의 필요성과 위헌성
극복 방안 김성돈 171
- 기소유예처분의 헌법소원에 관한 형사사법적인
평가 이경렬 211
-헌법재판소 2017헌마384 결정의 평석을 중심으로-

CONTENT

Articles

- The Recent Trend of Major Nations' Personal Information Legislations in Intelligence Information Society Lee, Han Joo
Kwon, Geon Bo 1
Kim, Il hwan
- The particularities in the asylum process and the burden of establishing 'well-founded fear of being persecuted' Moon, Young Hwa 41
- Director's Duty of Care in Nonprofit Corporations Lee, Sun Hee 93
- A Study on Whether an Electronic File Can be Considered As Product under the Korean Civil Act Jung, Cha Ho
Lee, Seung Hyun 127
- Necessity and constitutional Implementation Plan of Special State Agency for Investigation and Prosecution of Crime of High Rank Public Official Kim, Seong Don 171
- A Criminal Justice Review of Constitutional Petitions Against Suspension of Prosecution -Focused on a case Review of Constitutional Court Decision 2017 HeonMa 384- Lee, Kyung Lyul 211

지능정보사회에서 개인정보 법제정비에 관한 비교법적 검토

이한주*
권건보**
김일환***

【목 차】

I. 서론	1. EU
II. 지능정보사회의 의의와 개인정보의 법적 논의 필요성	2. 독일
1. 지능정보사회의 의의	3. 프랑스
2. 지능정보사회에서 정보의 법적 보호 필요성	4. 영국
III. 국가별 개인정보의 보호와 이용 법제 동향	5. 미국
	6. 캐나다
	7. 일본
	IV. 결론

【국 문 요 약】

지능정보사회에서 빅데이터, 사물인터넷, 인공지능 등 다양한 기술을 통하여 과거에는 전혀 현실이 될 것으로 인식하지 않았던 것들이 현실에서 구현되거나 가까운 미래에는 구현될 것으로 확신할 수 있게 되었다. 이러한 기술을 통해 우리의 사회·경제 구조가 획기적으로 변화될 것이라는 점에서는 의심의 여지가 없다. 그러나 방대한 정보의 이용을 필연적으로 가져오는 다양한 기술들은 개인정보의 침해 문제에서 자유로울 수 없다. 그렇다고 개인정보의 보호 측면만 강조하거나, 보호가 이용보다 항상 우선해야 한다는 주장은 현실을 전혀 인식하지 못한

* 경희대학교 법학전문대학원 학술연구교수, 주저자

** 아주대학교 법학전문대학원 교수, 공동저자

*** 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 교신저자

다는 점에서 한계를 가질 수밖에 없다. 균형적으로 개인정보의 보호와 이용이 가능하도록 규율하는 것이 입법자의 책임이라 할 수 있으므로 신중한 접근이 필요하다. 이러한 고민은 각 국가별로 정도의 차이는 있지만 동일하다 할 것이고, 이런 점에서 다른 국가들의 개인정보의 보호 및 이용 법제들을 검토하는 것은 유의미한 작업이라 할 수 있다. 본 논문에서는 지능정보사회에서 EU, 독일, 프랑스, 영구, 일본에서 개인정보의 보호와 이용에 관한 법제 동향을 검토하여 우리나라 법제개선을 위한 시사점을 얻고자 한다.

I. 서론

오늘날 우리는 급변하는 시대에 살고 있다. 그 변화의 중심에는 빅데이터(Big Data), 인공지능(AI), 사물인터넷(IoT) 등이 있으며, 이 새로운 변화의 시대를 4차 산업혁명이라 한다. 4차 산업혁명은 고도화된 지능정보기술을 기본으로 하는 완전한 디지털화, 인공지능화의 시대로 접어들게 되었다는 점에서, ‘지능정보사회’로 이해할 수 있다. 지능정보사회는 지금까지와는 전혀 다른 패러다임의 형성으로 미래에 대한 예측과 급속한 변화에 대한 선제적 대비가 중요하다. 따라서 각 국가들이 새로운 시장에서 주도권을 잡기 위해 사활을 걸고 있다. 우리도 당연히 범정부적 차원에서 미래를 위한 준비가 필요한 상황이다. 특히 빅데이터 등을 이용한 다양한 기술을 현실화하여 국민들의 삶의 질 향상을 위한 다양한 방안들을 마련하고자 한다. 그러나 빅데이터 등의 기술은 방대한 정보의 이용을 전제로 하는 것이고, 이는 결국 개인정보의 침해로 가져올 수 있다는 점에서 우려의 시각이 존재한다. 물론 정보주체의 입장에서는 개인정보 보호정책은 긍정적으로 판단할 수도 있지만, 정보의 이용과, 이를 통해 획득할 수 있는 방대한 이익, 그리고 국가경쟁력 제고에 부정적인 결과를 가져올 수 있다. 반대로 후자를 강조하게 된다면 정보주체의 기본권에 대한 심각한 침해를 가져올 수 있다. 이런 점에서 개인정보의 보호와 이용은 상호 긴장관계 속에서 어느 쪽을 우선할 것인가가 항상 중요한 문제로 남게 된다.¹⁾ 우리나라의 경우 개인정보보호법, 정보통신망법, 신용정보보호법 등을 통해서 개인정보의 보호와 이용에 대해서 규율하고 있으나 여러 문제점들을 갖고 있으며²⁾, 이는 다른 국가들도 마찬가지이다. 이에 따

1) 이에 관하여는 김일환, “개인정보의 보호와 이용법제의 분석을 위한 헌법상 고찰”, 「헌법학연구」 제17권 제2호, 2011 참조.

라서 지능정보사회에서 개인정보의 침해 가능성이 높아졌으나 이용 측면도 고려할 수밖에 없는 상황에서 균형점을 찾기 위한 입법자의 역할이 중요하다고 할 것이다. 본 논문에서는 지능정보사회의 도래에 따른 국가별 개인정보 보호 및 이용 법제 동향에 대해 살펴보고 우리나라의 관련 법제의 개선을 위한 시사점을 얻고자 한다.

II. 지능정보사회의 의의와 개인정보의 법적 논의 필요성

1. 지능정보사회의 의의

최근 정보통신기술과 인공지능(AI) 기술이 서로 접목되면서 이른바 4차 산업혁명, 지능정보사회에 대한 논의가 모든 분야에서 활발히 진행되고 있다. 여기서 지능정보기술이란 인공지능 기술과 데이터 활용기술³⁾을 융합하여 기계에 인간의 고차원적 정보처리 능력(인지, 학습, 추론)을 구현하는 기술을 말하며, 인공지능⁴⁾ 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 행태정보, 비정형 정보 등)도 기계 학습 과정을 거쳐 의미 추출 가능⁵⁾ 등을 들 수 있다.

2) 권건보, “개인정보보호의 입법체계와 감독기구 정비 방안”, 『헌법학연구』 제20권 제2호, 2014, 51면 이하; 김민호 외, “개인정보보호 관련 법률간 정합성 제고방안”, 개인정보보호위원회 연구보고서, 2015; 김민호 외, “개인정보보호 규제 합리화 방안”, 개인정보보호위원회 연구보고서, 2013; 이인호, “한국의 개인정보보호 수행체계 발전방안 연구”, 개인정보보호위원회 연구보고서, 2017; 이희정, “개인정보보호법과 다른 법과의 관계 및 규제기관 사이의 관계”, 『개인정보보호의 법과 정책』(고학수 편) (박영사, 2014) 참조.

3) 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.

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

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.⁶⁾

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.⁷⁾

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 더욱 증가하고, 지능정보기술이 실생활의 모든 사물과 사람에 직접 연결되면 해킹 등 기존 사이버공간의 보안위험이 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.⁸⁾ 이처럼 지능정보사회의 도래는 지금까지와는 다른 새로운 차원의 이슈를

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

6) 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.

7) 김상훈, “4차 산업혁명-주요 개념과 사례-”, 「KIET 산업경제」 2017. 5, 68면.

8) 김민호/이규정/김현경, “지능정보사회의 규범설정 기본원칙에 대한 고찰”, 「성균관법학」 제28

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.

2. 지능정보사회에서 정보의 법적 보호 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”⁹⁾이므로, 개인정보자기결정권은 개인관련정보의 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.¹⁰⁾

지능정보사회에서 인간의 개입이 필요 없이 스스로 생각하고, 판단하고, 결정하여 행동하는 기계들의 세상이 된다면 인간, 곧 정보주체의 의사결정이 배제된 사물들의 연결, 기계들의 판단과 결정에 의하여 바로 그 인간, 정보주체의 생활 방식과 형태가 결정된다. 그렇다면 이제 우리는 우리가 통제할 수 없는 “모든 것이 완벽하게 연결된” 초연결사회에서 살고 싶은가, 아니면 불완전하게 연결되거나 스스로 연결여부를 결정할 수 있는 on off 스위치가 있고, “일정부분” 끊어진 초연결사회에서 살고 싶은지를 판단해야 한다.¹¹⁾ 이처럼 개인정보자기결정권을 진지하게 논의하는 이유는 과거나 지금처럼 “앞으로도” 민주법치국가의 존립근거인 인간의 존엄성과 자율을 보호하기 위해서이다. 이제 중요한 것은 두려움의 대

권 3호, 2016. 9. 287면.

9) 헌재 2005. 5. 26. 99헌마513등, 판례집 17-1, 668, 682; 헌재 2009. 10. 29. 2008헌마257, 판례집 21-2하, 372, 384; 헌재 2011. 12. 29. 2010헌마293, 판례집 23-2하, 879, 888 등.

10) “이러한 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다.” 헌재 2005. 7. 21. 2003헌마282, 판례집 17-2, 81, 90 참조.

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

상인 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.¹²⁾ 따라서 입법자는 다양한 사회적 요구 속에서 개인정보의 보호와 이용양자 간에 발생하는 긴장관계를 적절히 조정하여 최적의 방안을 제시하는 것이 필요하다. 빅데이터 분석기술의 활성화라는 목적을 위해 개인정보보호의 측면이 침해되어서는 아니 되지만, 동시에 관련 기술과 혁신의 발전이 개인정보의 보호를 위한다는 이름하에 언제나 거부되어서도 아니 된다. 그동안 빅데이터 분석기술과 개인정보보호를 대립적인 관계로 보는 경향도 있었지만, 이제는 개인정보보호를 빅데이터 분석기술의 내재적인 기본적 가치로 이해하여 개인정보보호를 빅데이터 분석기술에 포함하는 상호 통합의 관계로 이해해야 한다는 주장이 설득력을 갖게 된다.¹³⁾

빅데이터, 인공지능, 사물인터넷 등의 기술을 이용한 새로운 서비스 창출과 산업 활성화에 개인정보의 이용은 일정부분 필요하다. 그러나 개인정보의 대규모 처리과정에서 지능정보기술의 발전은 개인정보자기결정권에 대한 심각한 침해를 가져올 수 있다. 이러한 침해로 인한 피해 규모는 과거와 비교할 수 없을 정도로 클 것으로 예상된다. 따라서 개인정보보호를 위한 안전장치의 준비가 필요할 것이다.¹⁴⁾ 이러한 문제에 대한 우리뿐만 아니라 여러 국가들에서도 동일한 고민을 할 수밖에 없다. 이하에서는 여러 국가들의 개인정보 보호 및 이용과 관련한 법제에 대해서 살펴보고자 한다.

12) 이에 관하여는 김일환, “정보자기결정권의 헌법상 근거와 보호에 관한 연구”, 「공법연구」 제 29집 제3호, 2001, 87면 이하 참조.

13) ENISA, Privacy by design in big data: An overview of privacy enhancing technologies in the era of big data analytics, (Dec. 2015), pp. 17~18.

14) 권건보 외, “지능정보사회 대응을 위한 개인정보보호 법제 정비방안”, 개인정보보호위원회 연구 보고서, 2017. 12, 65~66면.

Ⅲ. 국가별 지능정보사회 대비 개인정보 보호와 이용 법제 동향

21세기 정보통신기술(ICT), 특히 인공지능, 빅데이터, 사물인터넷, 클라우드 컴퓨팅 등의 발달과 함께 국가별로 이와 관련한 다양한 법제들을 구축하고 있다. 결국 이러한 정책들은 정보의 보호뿐만 아니라 이용의 측면도 고려함으로써 개인 정보의 침해는 최소화하고 정보의 적극적 이용을 위한 다양한 노력들을 보여주고 있는 것이다.

최근 EU를 비롯하여 주요 국가와 국제기구는 개인정보보호제도를 개혁하고 있는데, 이는 지난 30년 넘게 급속하게 발전한 인터넷 등 관련 정보통신기술의 개인정보보호와의 합리적인 균형을 이루기 위한 것으로 이해된다. 특히 EU는 2016년 5월 ‘일반개인정보보호규정’(General Data Protection Regulation, 이하 GDPR 이라 함)을 제정하여 1995년 개인정보보호지침(Directive 95/46/EC, 이하 1995년 지침이라 함)을 대체하였고, 이후 EU 회원국들도 각국의 법제를 정비하는 노력들을 기울이고 있다. 한편 일본에서는 2015년에 「개인정보보호에 관한 법률」(個人情報の保護に関する法律, 이하 개인정보보호법이라 함)을 개정하여 2017년 5월 30일 발효되었다.¹⁵⁾

1. EU

가. 개인정보 보호 법제

최근까지 EU에서 1995년 지침이 일반법으로서의 지위를 지니고 있었다. 물론 그 법형식이 ‘지침’이었기 때문에 동 지침이 가이드라인 역할을 할 수밖에 없다는 지적도 있었다. 물론 각 회원국별로 구체적인 개인정보보호 법제도가 전부 다르므로 개인정보 보호영역에서 EU 전체의 통일된 집행이라는 점에서는 이러한 지침이 나름대로의 의미를 지니고 있었으나 단편화와 법적 불확실성으로 인해 보다 강력하고 통일적인 개인정보 보호제도가 필요하다는 주장이 꾸준히 제기되었다.

이에 EU 집행위원회(European Commission)는 EU 회원국에 포괄적으로 적용할 수 있는 개인정보보호법 제정을 위하여 2009년 7월 ~ 2011년 1월에 2차례

15) 박노형·정명현, “빅데이터 분석기술 활성화를 위한 개인정보보호법의 개선 방안-EU GDPR과의 비교 분석을 중심으로-”, 「고려법학」 제85호, 2017, 3~4면.

의 의견수렴 절차를 거쳐 2011년 11월 29일에 새로운 규정을 마련하였고, 2012년 1월 25일에 GDPR 초안을 공표하였다. 그 이후 유럽의회, EU 이사회, 유럽위원회가 몇년간의 협의를 통해 2016년 5월 24일에 EU GDPR이 발효되었다.¹⁶⁾ GDPR은 기존의 1995년 지침을 대체하는 법규적 효력을 가지게 되었고, 2년의 유예기간을 거쳐 2018년 5월 25일부터 각 회원국에서 시행될 예정이다.¹⁷⁾

EU GDPR의 기본적 목적과 원칙은 1995년 지침과 동일하지만, ICT 발전에 따라 새로이 등장한 개인정보보호 쟁점에 대하여 보다 강력하고 통일적인 법체계로 작용하며, EU 회원국들뿐만 아니라 EU 회원국들의 개인정보를 취급·처리하는 비 유럽 국가들에 대해서도 의무적으로 적용되는 국제적 기준의 역할을 하게 된다.¹⁸⁾

나. 개인정보 이용 법제 동향

1990년대는 R&D 부문에서 미국과 유럽 간의 격차가 커지고 신흥 경제 강국들의 출현과 일본의 입지가 굳어지는 양상을 보이면서, 이러한 분위기를 쇄신하고자 EU는 2000년 3월 23~24일 리스본에서 ‘리스본 전략(Stratégie de Lisbonne)’¹⁹⁾을 수립하고 2010년까지 EU를 세계에서 가장 경쟁력 있고 역동적인 지식 기반 경제를 갖추고, 고용의 양적, 질적 향상과 함께 사회적 통합을 동반한 지속적인 경제개발이 가능하도록 만드는 것을 목표로 하였다. 그러나 이 계획은 지나치게 많은 목표와 프로젝트를 주도해가는 주요 인물이 없고, 재정지원 수단이 부족한 등이 이유로 실패하였다. 이후 EU는 2010년 3월 ‘유럽 2020 전

16) 동 규정안은 2012년 1월 27일에 EU의 입법기관인 유럽의회(European Parliament)와 EU 이사회(Council of the European Union)에 제출되었다. 유럽의회는 2014년 3월 12일에 그에 대한 제1독회(first reading)의 입법적 결의(7427/14)를 하였고, 2015년 6월 24일부터 유럽의회, 유럽이사회, 유럽위원회의 3자간 협의를 시작하여 2015년 12월 15일에 최종합의안을 공표하기에 이르렀다. 2016년 4월 8일에 유럽이사회가, 그리고 2016년 4월 14일에 유럽의회가 각각 최종법안을 채택하였다. - 함인선, “EU의 2016년 일반정보보호규칙(GDPR)의 제정과 그 시사점”, 「법학논총」 제36권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2016. 9, 414 ~ 415면.

17) 그 내용에 관하여는 박노형 외, 「EU 개인정보보호법-GDPR을 중심으로-」, (박영사, 2017) 참조.

18) 김인석 외, “국제적 상호운용성 강화 및 지능정보화 시대에 부응한 발전방안 연구”, 개인정보보호위원회 연구보고서, 2016. 12, 5면; 함인선, 앞의 논문, 411면.

19) 2000년 3월 포르투갈의 수도 리스본에서 유럽연합(EU) 15개국 정상들이 합의, 서약한 유럽연합의 장기적인 발전전략. 2010년까지 미국과의 경제격차를 만회하자는 것을 골자로 함. 100년 이상 추진되어온 유럽통합을 완성하자는 구상으로, 2010년까지 3%대의 경제성장률과 70%대의 고용률을 이룩하는 것을 목표로 세움. 또한 금융과 유통 등 서비스시장을 하나로 통합한다는 내용을 담고 있다. - 출처 : 네이버 두산백과(<http://terms.naver.com/entry.nhn?docId=1233699&cid=40942&categoryId=31863>) (2018.02.12. 검색)

략(stratégie Europe 2020)'을 수립하였다. 이 전략은 스마트하고 지속 가능한 포괄적인 성장(croissance intelligente, durable et inclusive)을 목표로 혁신, 고용률의 증가, 지속적인 성장이라는 3개의 축을 중심으로 하였다.²⁰⁾

유럽집행위원회는 '2015년 디지털단일시장전략'(2015 Digital Single Market Strategy)을 통해서 빅데이터, 클라우드 컴퓨팅, 사물인터넷이 EU 경쟁력의 핵심임을 확인하였다. 이와 함께 빅데이터 분석기술이 정보의 최대한의 수집과 이용이라는 점에서 개인정보보호의 기본원칙 중에서 '개인정보 최소화'(data minimization) 원칙을 위반할 가능성이 높기 때문에 빅데이터 분석기술 차원에서 개인정보의 광범위한 수집과 추가 처리는 대규모의 전자적 감시, 프로파일링 및 개인정보의 공개와 관련하여 심각한 사생활 침해의 우려가 있음을 제기하였다.²¹⁾ 아직까지 EU 차원에서 개별적으로 빅데이터 등의 기술에 대한 법제는 확인되지 않으나, EU GDPR 제5조 제1항 (b)는 빅데이터 관련조항이다.²²⁾

2. 독일

가. 개인정보 보호 법제

독일은 EU의 GDPR 제정 이후 2017년 6월 일괄 개정 법률인 “EU 데이터보호 적용 및 구현을 위한 법률(DSAnpUG-EU)”을 통해서, 연방정보보호법(Bundesdatenschutzgesetz: BDSG)을 개정하였다.²³⁾ 구체적으로는 DSAnpUG-EU 제7조에 의하여, BDSG 제42b조와 제22조 제5a항을 신설하였다. 제42b조는 유럽집행위원회 결정에 대한 감독기관의 사법적 신청에 대한 것인데 6개의 조항으로 구성되었다.²⁴⁾ 그리고 제22조 제5a항은 “연방위원이 영향을 미치지 않는 한,

20) '리스본 전략부터 유럽 2020 전략까지(De la stratégie de Lisbonne à la stratégie Europe 2020)'. 2018.01.27. 검색 :<http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/union-europeenne/approfondissements/strategie-lisbonne-strategie-europe-2020.html>

21) 박노형·정명현, 앞의 논문, 2~3면.

22) 동 조항에 의하면 공익을 위한 기록보존 목적·과학 또는 역사 연구 목적·통계 목적의 개인정보 처리의 경우에는 정보주체의 동의가 없어도 추가적 처리(further processing)가 가능하다. 다만 가명처리(pseudonymisation) 등 안전장치가 있어야 한다.

23) <https://www.buzer.de/gesetz/3669/1.htm> (2018.01.26. 검색)

24) (1) 감독기관(Aufsichtsbehörde)은 유럽위원회의 적합성 결정, 표준 보호 조항의 인정 결정 또는 감독기관의 결정과 관련된 승인된 행동 규범이 일반적인 타당성에 의해 불법이라고 판단하는 경우, 감독기관은 그 절차를 중지하고 사법적 결정 신청을 할 수 있다.

인사 행정 및 인사 관리 업무를 다른 기관에 위임할 수 있다. 배당된 임무를 완수하기 위해 필요한 전문지식이 있는 기관에 위임할 수 있다.”는 내용이다. 이는 집행기관의 독립성이 전제되어야 함을 강조하면서도, 구성원 및 해당업무의 전문성 확보를 위해서 전문기관에 위임할 수 있도록 하였다. 그 외에 GDPR 제88조에서 회원국별로 임직원 정보의 수집 및 이용에 대하여 다양한 접근을 허용하고 있는데, 이와 관련하여 제26조에서 임직원 개인정보처리의 법률적 근거로 사용되는 동의에 대한 정의를 좀 더 명확히 하였다. 그리고 GDPR 제9조 제2항의 개방조항과 관련하여 제27에서 과학적 또는 역사적 연구 목적 및 통계목적으로 동의 없이 민감정보를 처리할 수 있도록 허용하였고,²⁵⁾ 정보주체의 이익을 보호하기 위한 적절한 보호조치가 취해져야 하며, 정보 주체의 이익에 반하지 않는 한 민감정보는 익명화 처리하도록 하였다.

나. 개인정보 이용 법제 동향

독일 연방정부는 경제·사회·의학 등 모든 영역의 혁신을 추구하기 위해 2006년 ‘신(新) 하이테크 전략(die neue Hightech-Strategie)’을 채택하였고, 2010년과 2014년에 계속해서 새로운 전략을 발표했으며, 모든 부처 간의 긴밀한 협력 관계를 통해 혁신정책을 추진하고 있다.²⁶⁾ 이 전략을 수행하는데 있어서 중요한 원칙을 우선적인 미래의 과제²⁷⁾, 학문과 경제 분야의 협력, 혁신의 가속화, 법적

(2) 동조 제1항의 절차는 행정절차(Verwaltungsrechtsweg)에 의해 규율된다. 행정법원규칙(Verwaltungsgerichtsordnung)은 제3항부터 제6항에 적용되어야한다.

(3) 연방행정재판소(Bundesverwaltungsgericht)는 최초와 최종 소송 절차에서 제1항의 규정에 따라 감독기관의 신청을 받아들여야 한다.

(4) 감독기관은 제1항에 따른 소송절차에 참가할 자격이 있다. 감독기관은 신청인으로서 제1항에 따른 절차에 관여할 수 있다. 행정재판소규칙(Verwaltungsgerichtsordnung) 제64조 제3항과 제4항의 규정을 적용받지 않는다. 연방행정법원은 유럽 집행위원회에 특정 기간 내에 진술 할 수 있는 기회를 부여 받는다.

(5) 제1항의 규정에 의한 유럽위원회의 결정의 타당성을 검증하기 위하여 유럽 연합 재판소의 재판절차가 진행 중인 경우, 연방 행정재판소는 법원절차가 중지되지 않도록 명령할 수 있다.

(6) 행정재판소규칙(Verwaltungsgerichtsordnung) 제47조 제5항 제1문 및 제6항은 동조 제1항에 따라 준용된다. 연방 행정 재판소는 유럽 집행위원회의 결정이 제1항에 따라 유효하다고 판단하는 경우에는 결정시 이를 진술해야한다. 그렇지 아니하면 EU의 기능에 관한 조약 제267조에 따라 결정의 타당성에 대한 진술을 EU 재판소(Gerichtshof der Europäischen Union)에서 해야 한다.

25) 하지만 정보컨트롤러의 이익이 정보주체의 이익을 심각하게 침해하지 않아야 한다.

26) http://www.bundesregierung.de/Webs/Breg/DE/Themen/Forschung/1-HightechStrategie/hauptartikel/_node.html (2018.01.22. 검색)

토대의 개선, 참여자 간의 원활한 대화로 정하고 있다. 이 과정에서 연방정부는 2011년 정보통신기술 분야의 통합을 지향하는 전략, ‘인더스트리 4.0(Industrie 4.0)’²⁸⁾을 채택하였다. 제4차 산업혁명으로서의 인더스트리 4.0의 실현을 위해서 2012년 “인더스트리 4.0 플랫폼(Plattform Industrie 4.0)”을 설립하였고, 여기서 독일 산업계의 주요 단체들이 공동으로 연구개발하면서 네트워크를 형성하고 있다.²⁹⁾ 또한 하이테크 전략의 지속적인 개발을 위해 2015 - 2017년에 혁신정책 (Innovationspolitik) 관련 자문위원회인 ‘하이테크-포럼(Hightech-Forum)’을 발족·운영하고 있다.³⁰⁾

3. 프랑스

가. 개인정보 보호 법제

프랑스는 2016년에 의결된 EU GDPR의 발효에 대비하여 ‘2016년 10월 7일 디지털공화국에 관한 법률(이하, 디지털공화국법)’³¹⁾을 제정하였다. 동법은 인터넷에서 개인의 권리보호, 인터넷 접근 강화, 행정의 투명성, 행정정보의 공개, 비식별 처리된 판결 결정문의 공개, 인터넷에서 지식의 순환 촉진, 연구 및 혁신 관련 직업의 장려 등에 관한 사항을 정하고 있다. 한편으로는 정보통신기술의 이용과 확산을 촉진하고, 다른 한편으로는 그에 대한 일정한 한계를 정하여 자유와 권리를 보호하는 것을 목적으로 한다.

디지털공화국법의 주요내용은, 1) 정보 및 지식의 제공과 관련하여 행정정보의 재이용을 허용하여 공공데이터의 개방을 확대하고, 공익적 목적의 정보를 효과적

27) ‘새로운 하이테크전략의 일환으로 설정된 10개의 미래 프로젝트는, 1) 이산화탄소가 적고 에너지 효율성이 높은 도시 만들기, 2) 석유 대체 자원인 재생 가능 자원 사용, 3) 에너지 공급과정의 스마트화, 4) 개인 맞춤형 의학으로 병을 효과적으로 치료하기, 5) 예방과 영양섭취를 통한 건강 유지, 6) 노년에도 독립적인 생활 유지, 7) 지속가능한 교통 인프라, 8) 인터넷을 기반으로 한 경제 분야 서비스, 9) Industrie 4.0, 10) 인터넷 상의 개인정보보호이다.
http://www.bmbf.de/pub_hts/HTS_Broschure_Web.pdf(2018.01.22. 검색)

28) www.plattform-i40.de/I40/Navigation/DE/Industrie40/WasIndustrie40/was-ist-industrie-40.html (2018.01.18. 검색)

29) 독일의 4차 산업혁명에서 대표적인 정책으로 표현되는 ‘인더스트리 4.0’과 관련된 법령은 특별법이나 개별 법률로서 하나의 법령이 아니라, EU법, 저작권법, 부정경쟁방지법 등 여러 가지 법령을 포함하고 있다.

30) http://www.hightech-forum.de/ (2018.01.22. 검색)

31) LOI n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

으로 이용하기 위하여 공익데이터 개념을 도입하고, 지식경제의 발전 차원에서 공공기금으로 조달된 학술논문의 경우 자연과학분야는 6개월, 인문사회과학분야는 12개월이 지나면 연구자가 자유롭게 발간할 수 있도록 하고 있으며, 공공기금으로 조달된 연구과제에서 도출된 자료는 연구자 및 연구기관이 자유롭게 재사용할 수 있도록 하고, 2) 디지털사회에서 시민의 보호와 관련하여, 망 중립성과 데이터 호환성, 디지털 서비스 플랫폼의 공정성, 데이터 회수권을 인정함과 동시에 개인정보 분야에서 미성년자의 잊힐 권리(droit à l'oubli), 개인 전자우편의 기밀유지(confidentialité des correspondances privées)와 같은 새로운 권리들을 도입하며, 3) 공공인터넷서비스에 대한 접속가능성, 장애인의 전화서비스 및 인터넷 사이트 접속과 같이 모든 사람들을 위한 인터넷 액세스권을 보장하는 것 등이다.³²⁾

한편 개인정보보호와 관련하여 기존의 '정보처리, 문서, 자유에 관한 1978년 1월 6일 법 제78-17호'(이하 정보자유법)³³⁾가 있으며, 개인정보보호의 이행 및 감독은 국가정보자유위원회(CNIL)가 담당한다. 지능정보기술의 발전에 따라 빅데이터, 사물인터넷·자율주행차, 스마트 의료·헬스케어, 핀테크, 인공지능, 생체인식 기반 인증·보안, 드론 등 다양한 분야에서 개인정보보호의 문제가 제기됨에 따라 그 개정이 요구되었고, 디지털공화국법 제정 이후 정보자유법을 개정하여 제63조에서 미성년자의 잊힐 권리(droit à l'oubli des mineurs)³⁴⁾와 디지털 사망(mort numérique)³⁵⁾의 내용을 추가하였다.³⁶⁾

32) 이에 관하여는 유재홍, “프랑스의 디지털 공화국 법의 추진 동향”, 「월간 SW중심사회」 2017년 1월호; 윤혜선, “디지털 공화국을 위한 법률”, 「KISO저널」 제26호, 2017, 참조.

33) Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

34) 당사자가 미성년자일 때 수집된 정보의 삭제를 요청하는 경우 정보처리책임자는 그 정보를 삭제하여야 하며, 요청 후 1개월 내에 삭제조치가 되지 않는 경우 프랑스 국가정보자유위원회(CNIL)에 문제의 해결을 요구할 수 있으며, 이 경우 국가정보자유위원회(CNIL)는 요청서류를 수령한 날로부터 3주 이내에 해당 요청에 대한 의사를 표명할 수 있다.

35) 온라인 통신서비스 이용자가 사망한 후 문제되고 있는 사자(死者) 개인정보보호와 관련하여, 온라인 통신서비스업자가 온라인상에 게시된 개인정보의 사후처리방식을 통보하고, 그가 지정하는 자에게 본인의 정보를 전달하는 기능을 제공할 의무를 부과한다.

36) 권건보 외, “지능정보사회 대응을 위한 개인정보보호 법제 정비방안”, 개인정보보호위원회 연구보고서, 2017. 12, 19면.

나. 개인정보 이용 법제 동향

1) 빅데이터

프랑스는 정부나 기관에서 개별적으로 주도하는 빅데이터 정책보다 대규모 프로젝트 내에 빅데이터 정책이 포함되어 있는 경우가 많았다. 디지털 경제의 중요성을 인식한 프랑스 정부는 ‘디지털 프랑스 2012-2020(France Numérique 2012-2020)’³⁷⁾을 비롯하여 전국 초고속 광대역망(Le Plan France Très Haut Débit) 계획³⁸⁾, 새로운 산업 프랑스(La nouvelle France industrielle) 프로젝트에 따른 디지털 기술관련 계획³⁹⁾, 프랑스 기술(French Tech)⁴⁰⁾과 같은 프로젝트를 통해 다양한 노력을 해오고 있다.

2013년 4월 올랑드 대통령은 경제·산업·디지털 기술부 장관과 중소기업·혁신 및 디지털 경제 담당 장관의 후원 하에 ‘2030 혁신위원회(Commission Innovation 2030)’를 창설하였다. 이 위원회는 2030년의 세계적으로 중요한 도전 과제를 채택했으며 프랑스 경제에 특히 큰 잠재력을 가진 분야에 기초하여 장기적으로 프랑스의 번영과 고용을 보장하는 중요한 축이 될 수 있는 8가지 전략 목표를 규정하고, 이러한 관점에서 ‘글로벌 혁신 경진 대회(Concours Mondial d’Innovation)’를 개최하였다.⁴¹⁾

37) 2011년 7월 21일 프랑스 경제금융산업부는 '디지털 프랑스 2012'에 이어 통신, 인터넷산업, 방송, IT 및 온라인 서비스를 총괄하는 '디지털 프랑스 2020(France numérique 2020)' 추진계획을 발표하고 의견수렴을 실시하였다. '디지털 프랑스 2020'에서는 특히 모바일 브로드밴드 구축 확대 및 DTV 전환을 주요 이슈로 하고 있다. -

<https://www.entreprises.gouv.fr/observatoire-du-numerique> (2018.01.23. 검색)

38) 프랑스 정부는 2022년까지 프랑스 전역에 초고속 광대역망(Très haut débit, THD)을 배치하기로 결정하였으며, 이를 위해 200억 유로의 공공 및 민간자금이 투자될 예정이다. - <http://www.gouvernement.fr/action/le-plan-france-tres-haut-debit> (2018.01.23. 검색)

39) 2013년 대통령이 세운 목표로 프랑스의 경쟁력을 세계 최고 수준으로 끌어 올리겠다는 것이다. 새로운 산업 프랑스는 디지털 방식으로 경제 모델을 변화시키고 산업 도구를 현대화하는 것을 주요 내용으로 한다. - <http://www.gouvernement.fr/action/la-nouvelle-france-industrielle> (2018.01.23. 검색)

40) 프랑스를 디지털 공화국으로 만들기 위해 정부는 프랑스 디지털 신생 기업(start-up)의 성장과 영향력을 위한 대규모 합동 캠페인을 시작하였는데, 메트로폴 프렌치테크(Métropoles French Tech)라 명명한 이 캠페인을 통해 프랑스의 환경시스템을 파리와 13개 기타 환경 시스템의 망으로 조직하여, 프렌치테크 허브(French Tech Hubs) 주변, 모스크바와 케이프타운을 통해 뉴욕에서 도쿄까지 전 세계 12개 도시로 네트워크를 조직하였다. - <http://www.gouvernement.fr/action/la-french-tech-une-ambition-collective-pour-les-start-up-francaises> (2018.01.23. 검색)

41) 글로벌 혁신 경진 대회의 일환으로 제출되는 기업 프로젝트는 에너지 저장, 금속 재활용, 해양 자산의 가치, 식물성 단백질 및 식물 화학, 개별화된 의학, 실버 경제, 빅데이터의 가치, 공동 보안 및 악의적인 행동으로부터 보호라는 8가지 전략 목표 가운데 하나에 부합해야 한다. -

가) 프랑스 정부의 오픈데이터 플랫폼

프랑스 정부는 ‘에타랩(Etalab)’이라는 총리실 산하 부서에서 공공 데이터 공개 및 프랑스 정부의 오픈데이터 플랫폼인 ‘data.gouv.fr’ 개발을 담당하고 있었다. 빅데이터만을 위한 플랫폼은 아니지만, 정부가 확보하고 있는 데이터들을 디지털화하여 공공에 투명하게 공개하여 행정의 효율화를 꾀하였다. ‘data.gouv.fr’ 정보를 사용하여, 질문에 대한 응답을 하거나, 본인이나 지역사회 혹은 협회나 기업관련 결정을 하고 일상에 유용한 서비스를 이용함은 물론 투명한 민주주주에 기여할 수 있었다.⁴²⁾

나) 기업 내 빅데이터

프랑스에서 소프트웨어, 하드웨어 및 서비스 관련 빅데이터 시장은 크게 성장할 것으로 예상하였다. IDC(International Data Corporation)에 의하면, 2014년 2억 8,500만 유로에서 2018년 6억 5,200 유로로 성장할 것으로 예측하였다. 실시간 데이터 분석이 주요 비즈니스 분야로 인식되었고, 정보의 화상처리 방식은 건강, 행정 또는 유통과 같은 분야에서 상당히 유망할 것으로 보았다.⁴³⁾ 프랑스 기업의 클라우드 컴퓨팅(Cloud computing)과 빅데이터(big data) 활용 현황에서, 2016년을 기준으로 프랑스에서 10인 이상 고용 기업 가운데, 17%가 클라우드 컴퓨팅 서비스를 구매하였는데, 이는 유럽 지역 평균인 21% 보다 적은 수치이다. 250인 이상 고용한 대기업의 경우, 2014년에 36%였으나 2016년에는 48%가 사용하는 것으로 예측하였다. 기업들은 파일 저장 및 메시지 기능을 가장 빈번하게 사용하는 것으로 조사되었다. 한편 2015년 기업의 11%가 빅데이터를 사용하였는데, 이 가운데 대략 2/3는 위치 정보 빅데이터를 이용하였으며, 빅데이터를 활용한 기업의 3/4은 회사 직원들이 데이터 처리업무의 일부를 담당하였다. 그리고 기업의 절반가량은 전자 계산서를 발행하지만 이 가운데 극히 일부 기업만 자동 처리가 가능한 양식을 사용하였다.⁴⁴⁾

<https://www.entreprises.gouv.fr/innovation-2030/huit-ambitions-strategiques> (2018.01.23. 검색)

42) <https://www.data.gouv.fr/fr/faq/> (2018.02.05. 검색)

43) <https://www.usine-digitale.fr/article/le-big-data-un-marche-de-652-millions-d-euros-en-france-en-2018.N347188> (2018.02.05. 검색)

44) <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2672067#graphique-Figure3> (2018.02.05. 검색)

다) 의료분야의 빅데이터⁴⁵⁾

보건 시스템 근대화 관련 2016년 1월 26일 법 193조(article 193 de la loi du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé)에 의해 ‘국립 보건데이터 시스템(Système national des données de santé, SNDS)’을 구축하였다. 직장인 건강 보험 국립기금(Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés, CNAMTS)에서 관리하는 국립 보건데이터 시스템은 건강 보험 데이터, 병원 데이터, 의학적 사망 원인 데이터, 장애 데이터, 보완적인 기구의 데이터 샘플을 통합함. 기존의 주요 공중 보건 데이터베이스를 통합하여, 의료 지식을 향상시키고 건강 연구, 연구 및 평가의 범위를 넓히는 것을 목표로 한다.

라) 교육분야의 빅데이터⁴⁶⁾

교육분야와 관련해서 빅데이터를 다루고 활용하는 일은 5년 이내에 프랑스에서 13만 개의 일자리를 창출할 수 있을 것으로 예상하였다. 프랑스 전역에서 2017년 기준, 약 40여개의 석사교육과정이 있으며, 기업 자체 교육과정과 산학연대 과정도 늘고 있는 추세이다.

마) 빅데이터에 기반을 둔 스마트시티

파리시는 NUMA와 공동으로 DataCity라는 개방형 혁신 프로그램을 개발하였다. 이는 데이터를 사용하여 미래 도시의 이익을 위해 맞춤형 된 솔루션을 설계하는 것이 목적이다.⁴⁷⁾ 2017년 2번째 ‘challenge DataCity’를 개최하였는데 여기서의 원칙은 수상자들이 같은 주요 프랑스 회사(EDC, SFR, Suez, Setec, La Poste 또는 Bouygues Energies & Services)와 공동 작업을 하는 것이고, 각

45) <http://drees.solidarites-sante.gouv.fr/etudes-et-statistiques/acces-aux-donnees-de-sante/mise-en-oeuvre-du-systeme-national-des-donnees-de-sante-et-nouveau-cadre-d/article/mise-en-oeuvre-du-systeme-national-des-donnees-de-sante-et-nouveau-cadre-d> (2018.02.05. 검색)

46) http://www.lemonde.fr/campus/article/2017/02/08/la-fievre-des-diplomes-de-big-data_5076480_4401467.html (2018.02.05. 검색)

47) <http://www.datacity.paris/> (2018.02.05. 검색)

회사는 DataCity와 파트너 관계를 맺기 위해 수만 유로를 지불한다는 것이다. 파리와 대기업은 선정된 신생 기업이 새로운 서비스를 창출하는데 필요한 데이터를 제공하며, 각 프로젝트에는 10,000 유로의 보조금이 할당된다.⁴⁸⁾

2) 사물인터넷

사물인터넷은 모바일 터미널과 다양한 연결 개체 및 빅데이터의 개발과 밀접한 관계가 있는데, 특히 건강 부문에 많은 영향이 있을 것으로 기대된다.⁴⁹⁾ 2017년 오피니언웨이(OpinionWay)의 조사에 의하면 프랑스인 2명 가운데 1명이상이 최소 1개의 사물인터넷을 소유하고 있는 것으로 조사되어 2016년 35%보다 큰 폭으로 증가하였는데, 프랑스 국민의 29%가 TV를(2016년 22%), 12%는 경보 시스템/카메라 혹은 스포츠 밴드를(2016년 5%), 11%가 시계 혹은 연기 감지기를, 10%는 차량을 인터넷과 연결한 것으로 조사되었다. 이 가운데에서도 건강분야가 73%로 가장 큰 비중을 차지하였다.⁵⁰⁾

3) 자율주행자동차

2015년 8월 17일 제정된 ‘녹색성장을 위한 에너지전환법률’⁵¹⁾은 공공도로에서의 자율주행차(véhicules à délégation partielle ou totale de conduite)의 운행을 허가하기 위한 법률영역에 해당하는 모든 조치를 법률명령(ordonnance)으로 제정할 것을 규정하였다(제37조). 동조는 법률명령에서 실험 목적의 개인용 자동차, 화물운송 자동차 또는 대중교통 수단의 자동화에 대한 규정과 이용자의 안전을 보장하기 위한 조건 및 필요한 경우 적절한 책임배상에 대한 내용을 상기 법

48) http://www.lemonde.fr/smart-cities/article/2017/04/27/datacity-quelques-projets-originaux-en-ges-tation-a-paris_5118949_4811534.html (2018.02.05. 검색)

49) 오랑주 헬스케어(Orange Healthcare)에 따르면 건강 데이터는 유전자학, 모바일 의료 기기 개발, 환자 기록의 진산화 및 모바일 건강앱 및 활동 센서 사용 등을 통해 2020년까지 50배 증가 할 것으로 예상하였고, 몽테뉴 인스티튜트(Institut Montaigne)와 미국 컨설턴트 회사인 A.T. 키니(A.T. Kearney)는 프랑스의 사물인터넷 매출 예상액이 2020년에 152억 유로에 이를 것으로 예상하였다. - http://www.blog-ericssonfrance.com/2017/04/14/la-progression-de-linternet-des-objets-en-france/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed%3A+LeBlogEricssonFrance+%28Le+Blog+Ericsson+France%29 (2018.02.05. 검색)

50) 오피니언웨이(OpinionWay). - 프랑스인과 사물 인터넷(Les Français et les objets connectés). 9.

51) LOI n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

를 공포 시부터 1년 이내에 제정하도록 하였다. 이에 따라 ‘2016년 8월 3일 공공도로에서의 자율주행차 시험운행에 관한 법률명령’⁵²⁾이 제정되었고, 2017년 2월 1일 동 법률명령의 추인법률안(un projet de loi de ratification)이 국회에서 통과되었다.⁵³⁾

4) 드론

프랑스는 물류의 운반과 사람의 수송에 관한 전반적인 사항을 규율하는 ‘운송법전(Code des transports)’에서 자동차와 항공기 및 선박을 망라한 운송수단에 대한 규제 및 그 규제기관에 대하여 규정하고 있다. 동 법전에서 공중을 비행할 수 있는 모든 기기는 운송법전의 적용을 받는 항공기(aéronef)라고 규정하고 있으므로(제L6100-1조), 드론도 운송법전의 적용 대상이 되며, 드론의 용도에 따라 민간용 드론의 경우 ‘민간항공법전(Code de l’aviation civile)’의 적용 대상이 된다. 새로운 기술의 발전과 드론이 민간용, 군용 또는 여가활동을 목적으로 점점 더 많이 이용됨에 따라 영공의 안전성을 확보하기 위하여 프랑스는 초경량비행장치 조정(aéromodélisme)에 대한 ‘2015년 12월 17일 무인항공기의 개념 및 사용조건, 이용자에게 요구되는 능력에 관한 2015년 무인항공기에 관한 명령’⁵⁴⁾ 및 ‘2015년 12월 17일 무인항공기의 영공활용에 관한 명령’⁵⁵⁾을 제정하였다. 두 명령이 2016년 1월 1일 발효됨에 따라 드론 규제에 관하여는 위의 명령의 규정이 적용되며, 명령에서 규정하지 않은 사항이 있는 경우에는 운송법전 및 민간항공법전의 내용이 적용된다.

이 외에도 ‘2008년 2월 20일 민간항공분야 공통규칙에 관한, 그리고 유럽항공안전청(Agence européenne de la sécurité aérienne)을 설립하는 유럽규칙(Règlement (CE) No 216/2008)’이 있고,⁵⁶⁾ 민간드론 사용 시 안전을 강화하기

52) Ordonnance n°2016-1057 du 3 août 2016 relative à l'expérimentation de véhicules à délégation de conduite sur les voies publiques.

53) <https://www.senat.fr/leg/pjl16-355.html>(2018.02.05. 검색)

54) Arrêté du 17 décembre 2015 relatif à la conception des aéronefs civils qui circulent sans personne à bord, aux conditions de leur emploi et aux capacités requises des personnes qui les utilisent.

55) Arrêté du 17 décembre 2015 relatif à l'utilisation de l'espace aérien par les aéronefs qui circulent sans personne à bord.

56) 회원국의 국내법으로의 수용절차를 거치지 않고 직접 적용되기 때문에 프랑스 국내에서도 민간항공기 규제에 있어 동 규칙이 직접 적용된다. 동 규칙 제4조(기본원칙 및 적용 가능성)는

위하여 2016년 10월 24일 ‘민간드론 사용에 대한 안전성 강화에 관한 법률 제 2016-1428호’가 제정되었다.⁵⁷⁾

4. 영국

가. 개인정보보호 법제

영국에서는 ‘1998년 개인정보보호법(Data Protection Act of 1998)’이 오랫동안 개인정보 보호를 위한 일반법의 역할을 수행해왔다. 그러나 EU GDPR 제정으로 새로운 디지털 시대에 맞는 법제를 개편하고자 하였고, 그 영향으로 2017년 9월 13일 ‘상원법안 제66호(House of Lords Bill 66)’가 발의되었다.⁵⁸⁾ 동 법안은 정부 발의 법안으로, 담당부처는 ‘문화·미디어·스포츠부(Department for Culture, Media and Sport)’이다.

동 법안의 주요 내용은 1) 기본적인 입법 목적은 일반인들이 자신의 개인정보를 보다 안전하게 통제할 수 있도록 하고⁵⁹⁾, 2) 일반인들이 소위 ‘잊힐 권리(right to be forgotten)’를 포함하여 개인정보를 보다 강력하게 관리할 수 있도록 하고, 소셜 미디어 플랫폼이 아동용 혹은 성인용 정보를 삭제하도록 요구할 수 있도록 하며⁶⁰⁾, 3) 기업이나 공공기관 등에 대해서는 일반인들의 개인정보를 보다 적합하게 관리하고 보안을 유지해야할 의무를 부과하고, 이를 위반한 경우 엄격하게 제재를 가할 수 있도록⁶¹⁾ 정보커미셔너국(Information Commissioner’s

안전규칙에 관하여 150kg을 넘지 않는 무인항공기에는 적용되지 않는다고 규정하고 있으므로, 150kg 이상의 민간드론은 항공기와 동일하게 취급하여 동 규칙에 의하여 규율되지만, 150kg 미만의 민간드론은 동 규칙이 아닌 「2015년 무인항공기에 관한 명령」 및 「2015년 민간항공기의 영공활용에 관한 명령」에 의해 규율된다.

57) LOI n° 2016-1428 du 24 octobre 2016 relative au renforcement de la sécurité de l’usage des drones civils.

58) 영국 의회 인터넷 홈페이지 관련 정보 참조 <<https://services.parliament.uk/bills/2017-19/dataprotection.html>>. 영국 입법과정의 특징에 따라 현재 상원에서 독회(reading)의 과정을 거치고 있으며, 상원 의결 시 다시 하원의 의결 거쳐 ‘국왕의 재가(Royal Assent)’를 받아 공포될 수 있다.

59) <https://www.gov.uk/government/consultations/general-data-protection-regulation-call-for-views> (2018.01.16. 검색)

60) ‘개인 데이터(personal data)’의 개념을 보다 명확히 하며, 그 개념에 IP 주소, 인터넷 쿠키, DNA도 포함시키고, 일반 개인들은 관련 사업자들이 자신의 개인정보를 보유하고 있는지 여부에 대한 공개를 보다 쉽게 요구할 수 있도록 하였다.

61) 사업자들이 익명화된 데이터에서 고의적으로 개인들을 식별할 수 있는 환경을 조작하는 행위를 금지하기 위해, 새로운 형사상 범죄유형들을 적시하였다.

Office)에게 권한을 부여한다는 것 등이다. 그러나 동 법안에서 인공지능, 빅데이터, 사물인터넷 등에 대한 명시적인 규정은 없다.⁶²⁾

나. 개인정보 이용 법제 동향

영국은 지능정보사회 또는 4차 산업혁명에서 인공지능, 빅데이터, 사물인터넷 등을 정의하거나 명시하고 있는 별도의 입법례를 두고 있지는 않다.

1) 빅데이터 정책

가) 오픈데이터

2017년 10월 기준 영국의 정부 데이터 홈페이지(DATA.GOV.UK)에는 42,962개의 데이터 세트가 올라와 있으며, 이는 기업·경제, 환경, 지리, 범죄·사법, 정부, 사회, 국방, 정부지출, 지자체, 교육, 보건, 교통 등으로 분류되어 제공된다. 여기에 데이터 활용을 위한 소프트웨어 애플리케이션도 함께 제공되는 바, 이러한 오픈데이터는 정부기관과 공공기관 및 지자체에서 발간했으며, 오픈데이터를 통해 정부가 어떻게 운영되고, 어떠한 서비스를 제공하는지 알 수 있다.

오픈데이터 연구소(Open Data Institute)에서 발표한 ‘2015년 영국 오픈데이터 로드맵(Open Data Roadmap for the UK 2015)’의 주요 내용은 3단계로 구성되어 있으며, 1단계는 일관성 있는 오픈데이터 전략 수립(Continue to Build a coherent open data strategy), 2단계는 더 많은 데이터 공개(Open up more data), 3단계는 오픈데이터의 재활용 지원(Support even more reuse of open data)이다.⁶³⁾

62) <https://ico.org.uk/media/for-organisations/documents/2013559/big-data-ai-ml-and-data-protection.pdf> (2018.01.28. 검색); 2017년 9월 영국 ‘정보커미셔너국(Information Commissioner’s Office)’은 “Big data, artificial intelligence, machine learning and data protection”이라는 제목의 보고서를 발표하였는데, 여기서는 비록 영국의 현행 개인정보보호법과 EU의 GDPR에서 인공지능, 빅데이터, 사물인터넷 등에 대해 직접 취급하고 있지는 않지만, 이러한 기술혁신을 위하거나 이로부터 파생되는 문제점에 현행 법제가 적용될 수 있는지에 대해 설명하고 있다. 그런데 현행 법제들은 인공지능, 빅데이터, 사물인터넷 등의 기술혁신을 촉진하기 위한 것이 아니고, 이에 따른 개인정보나 사생활을 보다 적합하게 보호하기 위한 것이라는 것 등을 주요 내용으로 한다.

63) 각 단계별 정부과제가 세분화되어 있는데, 1단계는 데이터 전략의 넓은 범위 안에 오픈데이터를 포함, 최고데이터관리자(Chief Data Officer) 임명, 정부의 모든 데이터 출판을 디지털 서비스

나) 빅데이터

2016년 10월에는 영국통계청(Office for National Statistics) 본부에 과학캠퍼스(Data Science Campus)를 개설하고, 2년간의 데이터 분석관 직업연수과정(Apprenticeship in Data Analytics)을 새롭게 시작하였고, 2017년 2월에는 시민서비스국장(Chief Executive of the Civil Service)인 존 만조니의 연설문 ‘정부차원의 빅데이터: 위기와 기회(Big data in government: the challenges and opportunities)’에서는 영국 정부의 빅데이터 이용을 통한 행정서비스의 개선방안을 제시하였다.⁶⁴⁾

2017년 2월 영국 내각사무처(Cabinet Office) 산하의 정부디지털서비스(Government Digital Service)는 시민과 국가 간의 관계 변혁을 위해 정부가 어떻게 디지털을 사용할 것인지에 관한 정책보고서인 ‘2017-2020 정부 혁신 전략(Government Transformation Strategy 2017 to 2020)’을 발표하였다. 동 전략에 나타난 정부의 목표는, 1) 세계 최고 수준의 디지털 서비스를 지속적으로 제공하고, 정부의 운영방식을 현대적이고 효율적인 방식으로 혁신, 2) 시민과 정부 간의 소통을 위한 기술과 문화를 개발하고, 시민들의 요구에 적절히 대응할 수 있는 정부서비스 환경제공, 3) 공무원이 효과적으로 업무를 수행할 수 있도록 더 나은 ICT 환경과 업무 프로세스 구축, 4) 정부 투명성 제고와 공공·민간 간의 혁신적 협업을 위해 데이터 적극 이용, 5) 표준화 등을 통해 구축된 공유플랫폼을 적극 이용하여 디지털 혁신 가속화이다. 그리고 동 전략에서는 데이터 이용 개선방안에 대한 내용도 담고 있었다. 따라서 1) 개인정보를 담고 있는 데이터가 적절한 거버넌스 내에서 안전하고 윤리적으로 취급되어야 하고, 2) 공공 서비스의 부처 내, 부처 간 데이터 공유와 활용을 적극 추진하며, 3) 정부부처의 최고데이터관리자(Chief Data Officer) 임명을 통해 데이터 활용 관련 업무를 관장하도록 하며, 4) 데이터 자문위원회(Data Advisory Board)를 설립하여 데이터의 효율적 활용을 위한 정책을 조정하며, 5) 데이터 등록 기관과 같은 국가데이터 인프라를

화이고, 2단계는 아직 공개되지 않은 데이터의 공개를 위한 투자 필요, 국가정보화기반(National Information Infrastructure)을 향후 데이터 톨로서 활용, 정부조달 관련 데이터 공개이며, 3단계는 정부, 기업, 시민을 대상으로 하는 데이터 교육, 오픈데이터 활용 위한 인센티브 제공, 오픈데이터 관련 연구·개발(R&D) 투자이다. - Open Data Institute. (2015). Open data roadmap for the UK. <https://theodi.org/roadmap-uk-2015> (2018.01.27. 검색)

64) <https://publications.parliament.uk/pa/cm201516/cmselect/cmsctech/468/468.pdf> (2018.01.28. 검색)

구축하여 정부 데이터를 총괄 관리하며 적절히 보호한다.⁶⁵⁾

2) 클라우드

영국 정부는 클라우드 서비스 전문스토어인 디지털 마켓플레이스(Digital Marketplace)와 클라우드 조달 프레임워크(G-Cloud)를 운영하고 있다. 공공부문의 클라우드 서비스 채택을 장려하기 위한 전략적 이니셔티브에 따라 2012년 2월 온라인 마켓플레이스를 개설했으며, 클라우드 스토어의 온라인 카탈로그를 통해 정부기관, 지자체, 공공기관 등에서 공급자와 서비스 관련 정보를 살펴보고 구매할 수 있도록 하였다.⁶⁶⁾

3) 자율주행차

영국은 도로교통법(Road Traffic Act), 도로안전법(Road Safety Act), 도로교통령(Highway Code) 등에서 차량의 안전한 운행(safe use of vehicles)에 관련된 요건들을 규정하고 있다. 2015년에 영국 정부는 시험운행의 책임이 수반되는 명확한 지침을 마련하고 안전성을 증진하기 위해 「자율주행차 기술 테스트 시행지침」(Code of practice for testing of automated vehicle technologies)을 마련하였다. 2015년의 「자율주행차 기술 테스트 시행지침」에 의하면 시험운전자를 위한 보험 가입, 운전면허 소지자의 탑승, 시험운전자 사전교육 실시, 차량검사증(MOT)의 소지 등이 요구된다. 또한 위 시행지침에 따라 시험운행 관계자들은 개인정보의 공정하고 적법한 처리를 위한 일반원칙들을 준수하여야 한다. 자율주행차의 운행에 따른 교통사고 발생 시 그 운행자는 원칙적으로 손해배상법에 따라 손해배상의 책임을 지며, 자율주행차의 제조자도 소비자보호법 제1장의 제조물책임(Product Liability) 규정에 따라 책임을 질 수 있다. 또한 자율주행차는 도로교통법(Road Traffic Act) 제143조에 따라 제3자에 대한 책임보험에 가입되어 있어야 한다.⁶⁷⁾

65) GOV.UK. (2017). Government Transformation Strategy: better use of data. <https://www.gov.uk/government/publications/government-transformation-strategy-2017-to-2020> (2018.01.28. 검색)

66) 권건보 외, “지능정보사회 대응을 위한 개인정보보호 법제 정비방안”, 개인정보보호위원회 연구 보고서, 2017. 12, 20면.

67) 권건보, “영국의 포스트 휴먼 기술법제에 관한 비교법적 연구-드론과 자율주행차를 중심으로

4) 드론

영국에서는 민간의 무인항공기 이용에 대해 민간항공법(Civil Aviation Act)과 항공운항명령(Air Navigation Order 2009) 등이 규율하고 있으며, 특히 민간의 드론 이용과 관련한 사항은 항공운항명령(ANO)과 유럽연합 관련 드론 규정(EU Regulation 216/2008)에 의해 규율되고 있다. 영국에서 드론은 이륙 시 최대 중량(MTOM)을 기준으로 그 이용의 조건이나 절차가 다르게 적용된다. 먼저 20kg 이하의 소형 드론은 등록, 감항승인, 비행허가 등에 관한 요건의 적용이 배제되어, 민간항공관리국(CAA)의 승인을 받아야 하는 상업용 드론을 제외하고는 누구든 자유롭게 구입하여 이용할 수 있다. 다만 소형 드론은 가시권 내에서만 비행하여야 하며, 데이터 수집 장비를 갖춘 경우에는 원칙적으로 밀집지역이나 집회 장소 등으로부터 일정 거리 내의 비행이 금지된다. 20kg 초과 150kg 이하의 중형 드론은 항공운항명령의 일반 규정에 따라 등록, 감항증명, 비행허가, 안전점검, 비행구역 등의 요건들을 충족하여야 하지만, 일정한 조건 하에 CAA로부터 적용의 면제를 받을 수 있다. 150kg을 초과하는 대형 드론은 유럽연합의 드론 관련 규정에 따라 등록, 안전성의 보증, 감항성 인정, 조종사 면허 획득 등의 요건을 충족하여야 한다. 상업용 드론이 개인정보를 처리하는 경우에는 개인정보보호법(DPA)과 「감시카메라에 대한 시행지침」이 적용되므로, 드론 이용 시 개인정보보호의 일반원칙을 준수하여야 하며, 특히 드론의 촬영 사실을 일반인들이 알 수 있도록 표시하여야 한다. 드론에 의한 사고 발생 시 드론의 소유자나 운영자는 민간항공법에 따라 무과실책임의 엄격한 배상 책임을 지게 되고, 드론의 제조자와 수입업자는 유럽연합의 제조물책임지침과 영국의 소비자보호법에 따라 제조물 책임을 질 수 있다. 유럽연합의 항공기 보험 규정(EU Regulation 785/2004)에 따라 500kg 미만의 상업용 드론 운영자는 의무적으로 제3자책임보험에 가입하여야 하나, 20kg 이하의 소형 드론과 500kg 미만의 비상업용 드론에 대해서는 제3자책임보험의 가입이 면제된다.⁶⁸⁾

-, 한국법제연구원 보고서, 2016. 9, 77면 이하 참조.

68) 권건보, “영국의 포스트 휴먼 기술법제에 관한 비교법적 연구-드론과 자율주행차를 중심으로-”, 한국법제연구원 보고서, 2016. 9, 43면 이하 참조.

5. 미국

가. 개인정보보호 법제

미국은 개인정보보호와 같은 법률문제가 새로운 기술과 관련하여 문제가 되는 경우에도 일단은 기존의 관련 법제 내에서 해결하고 있으며 특별히 이에 관한 법률을 제정하고 있지는 않다.⁶⁹⁾ 다만 빅데이터와 관련해서, 익명성을 유지하고 있는 기존의 데이터들로부터 빅데이터 분석에 의해 개인을 특정할 수 있게 되는 문제가 발생할 수 있는데, 개인의 동의와 목적의 사전고지라는 기존 법률의 규율방법이 빅데이터 환경에서도 적절한 것인지에 관하여 의문이 제기되고 있다. 특히 익명성을 유지하고 있는 데이터에 대하여도 빅데이터 분석에 의해 개인을 특정할 수 있게 됨을 이유로 개인정보보호 법제의 규제영역에 포함시킬 것인지 등이 논의되고 있다.⁷⁰⁾

나. 개인정보 이용 법제 동향

1) 빅데이터 정책

가) 오픈데이터

2017년 10월 기준 DATA.GOV에는 197,885개의 데이터 세트가 올라와 있으며, 데이터는 농업, 기후, 소비, 생태계, 교육, 에너지, 재정, 의료, 지자체, 제조업, 해양, 공공안전, 과학기술 등의 분야로 분류되어 제공된다. DATA.GOV에서 데이터 활용을 위한 소프트웨어 애플리케이션을 함께 제공한다.

미국연방 오픈데이터(U. S. Federal Open Data)는 누구나 제한 없이 무료로 접근 및 사용이 가능하며, 전략적인 국가자원으로 인정되고 있다. 따라서 미국 기업들은 기업 활동과 마케팅 증진 및 새로운 상품과 서비스 개발을 위해 정부

69) 이에 관하여는 김일환, “미국 개인정보보호 관련 기관의 역할과 권한에 대한 비판적 고찰”, 「미국헌법연구」 제22권 제3호, 2011 참조.

70) Paul Ohm, Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization, 57 UCLA L. Rev. 1701 (2010).

데이터를 활용할 수 있고, 연방 오픈데이터는 기업투자에 대한 방향제시, 혁신 증진, 고용기회 확대 및 경제성장 진작 등의 역할을 한다.

미국 상무부(U.S. Department of Commerce)의 분석에 따르면, 인터넷 출판, 컨설팅, 시장조사 기업들은 오픈데이터를 활용하여 연간 2천억 달러 이상의 수익을 창출하며, 오픈데이터의 날씨, 위성항법장치(GPS), 인구조사(Census), 보건자료 활용을 통해 수십억 달러의 수익이 창출된다.⁷¹⁾

나) 빅데이터

현재 미국법상 빅데이터를 명시적으로 규율하고 있지는 않으나, 연방차원에서 빅데이터에 대한 연구지원을 하고 있다. 2012년 3월 백악관 산하 과학기술정책실(OSTP)이 주도하여 ‘빅데이터 연구개발 계획(Big Data Research and Development Initiative)’을, 2016년 5월 ‘연방 빅데이터 연구개발 전략계획(Federal Big Data Research and Development Strategic Plan)’을 발표하였다.⁷²⁾ 이 계획은 연방정부에서 2억 달러의 연구자금을 지원하는 것이며 「기술, 교육, 과학 분야에서 미국의 선진성 촉진 기회를 창출하기 위한 법률(America COMPETES Reauthorization Act of 2010) 제103조에 근거한 것이다.⁷³⁾ 또한 동법 제524조에서 ‘클라우드 컴퓨팅(cloud computing)’에 관한 국가적 연구계획을 수립하도록 규정하고 있다.⁷⁴⁾

2) 사물인터넷

2017년 7월 회계검사원(Government Accountability Office, GAO)은 사물인

71) DATA.GOV. (2017). The home of the U.S. Government's open data. <https://www.data.gov/> (2018. 02. 04 검색)

72) 이 계획은 빅데이터 연구·개발 분야의 7개 전략을 제시하며, 이러한 전략 추구를 통해 과학, 의학 및 안보 분야에 관한 인간의 이해 증진, 연구·개발 분야에서 미국의 리더십 유지, 미국과 전 세계가 직면한 사회와 환경현안에 대한 대응력 증진 등의 목표를 달성하고자 하는 것이다. - <https://obamawhitehouse.archives.gov/blog/2016/05/23/administration-issues-strategic-plan-big-data-research-and-development> (2018. 01. 24. 검색).

73) 동조는 디지털데이터에 관한 장기간의 연구 및 그 연구결과와 관리를 위하여 실무반(working group)을 설립하고 연방자금을 지원하도록 규정하고 있다. - 42 U.S.C. § 6623(a).

74) 권건보 외, “지능정보사회 대응을 위한 개인정보보호 법제 정비방안”, 개인정보보호위원회 연구 보고서, 2017. 12, 21~22면.

터넷과 관련하여 연방기관에서 추진 중인 정책에 대한 분석 보고서인 ‘연방지원, 기타 기금 및 전문성을 통한 지역사회의 사물인터넷 관련 사업운영(Internet of Things, Communities Deploy Projects by Combining Federal Support with Other Funds and Expertise)’을 발표하였다.⁷⁵⁾

연방 상무부(DOC), 에너지부(DOE), 보건복지부(HHS), 국토안보부(DHS), 사법부(DOJ), 교통부(DOT) 등 11개 연방기관이 사물인터넷 관련 정책을 추진 중이다. 연방기관의 정책은 주로 사물인터넷 관련 연구를 촉진하거나 사물인터넷 기술 보급을 지원하는 방식이며, 11개 연방기관 중 8개 기관에서 사물인터넷 관련 연구를 수행 및 지원하고 있고, 9개 기관들은 데이터 보안, 개인정보보호 등 사물인터넷 관리지침에 관한 검토를 수행하고 있다.

연방기관의 지원을 받은 도시들은 스마트 가로등, 감시 카메라 등에 사물인터넷 기술을 적용하는 정책을 추진하고 있다. 반면에 정부부처별 분리된 형태, 기술의 독점적인 소유구조, 제한된 자원, 급변하는 기술 등이 지역사회의 사물인터넷 기술통합에 대한 장애요인으로 지적되고 있다.⁷⁶⁾

3) 클라우드 컴퓨팅

2010년에 연방정부는 데이터센터 통합과 클라우드 컴퓨팅 이용, 정부기관 간의 서비스 공유 등을 통해 IT 비용을 절감하겠다는 계획을 발표했으며, 회계감사원(GAO)은 이러한 연방정부의 노력이 직접적인 비용절감과 새로운 비용발생 회피 등을 통해 2011~2014회계연도에 36억 달러의 IT 비용을 절감했다고 발표

75) 이 보고서에는, 1) 연방 상무부(DOC), 에너지부(DOE), 보건복지부(HHS), 국토안보부(DHS), 사법부(DOJ), 교통부(DOT) 등 11개 연방기관이 사물인터넷 관련 정책을 추진 중이고, 2) 연방기관의 정책은 주로 사물인터넷 관련 연구를 촉진하거나 사물인터넷 기술 보급을 지원하는 방식이고, 11개 연방기관 중 8개 기관에서 사물인터넷 관련 연구를 수행 및 지원하고 있으며, 9개 기관들은 데이터 보안, 개인정보보호 등 사물인터넷 관리지침에 관한 검토를 수행하며, 3) 연방기관의 지원을 받은 도시들은 스마트 가로등, 감시 카메라 등에 사물인터넷 기술을 적용하는 정책을 추진하고 있으며, 4) 지역사회의 사물인터넷 기술통합에 대한 장애요인으로서는 정부부처별 분리된 형태, 기술의 독점적인 소유구조, 제한된 자원, 급변하는 기술 등에 대한 내용 등이 기술되어 있다. - GAO. (2017.7.26). Internet of Things: Communities Deploy Projects by Combining Federal Support with Other Funds and Expertise. : <https://www.gao.gov/products/GAO-17-570> (2018.01.25. 검색)

76) GAO. (2017.7.26). Internet of Things: Communities Deploy Projects by Combining Federal Support with Other Funds and Expertise. <https://www.gao.gov/products/GAO-17-570> (2018.01.25. 검색)

하였다. 정부기관의 비용절감 중 일부는 감축 및 재투자(cut and reinvestment) 전략을 통해 구현한 것으로, IT 비용의 10%를 줄여서 이를 더 많은 비용을 절감할 수 있는 IT 프로젝트에 재투자하는 방식이며 이러한 전략을 실행한 기관은 26곳에 이른다.⁷⁷⁾⁷⁸⁾

6. 캐나다

가. 개인정보보호 법제

캐나다는 개인정보보호와 관련하여, 정부기관에 대한 규제는 ‘프라이버시법’(Privacy Act)에서, 민간조직에 대한 규제는 ‘개인정보보호 및 전자문서법’(Personal Information Protection and Electronic Documents Act : PIPEDA)에서 규정하고 있다. 프라이버시법은 캐나다 연방정부가 보유하고 있는 개인정보와 관련된 접근권한, 수정권한 및 그 이용과 공개를 규정하는 법률이다. 따라서 이 법률은 일정한 캐나다 연방정부기관에 한하여 적용되는 법률이다.⁷⁹⁾ 한편 PIPEDA는 민간조직들이 그들의 상업 활동 중에 개인정보를 수집·이용·공개하는 경우, 또는 연방에서 규정하는 사업체(은행, 항공사 등)에 적용된다.⁸⁰⁾

‘스마트시티’(Smart city)는 모니터링, 실시간 교통지도, 주차 및 운송 관리, 등으로 구성되므로 각종 모니터링을 위한 다양한 센서작동 및 연결이 이루어져야

77) 가장 많은 비용을 절감한 연방기관은 가장 규모가 큰 국방부, 국토안전부, 재무부, 사회보장국으로, 전체 비용 절감액의 69%(약 25억 달러)를 차지하고 있다. 36억 달러 중 절반 가까이는 데이터센터 통합(Data Center Consolidation and Optimization)을 통해 절감되었으며, 세부 절감항목으로는 데이터센터 폐쇄 등 하드웨어 수요 감소, 가상화(virtualization) 사용 증가, 라이선스 통합, 분석 툴 사용 확대, 웹 기반 관리 플랫폼으로의 이전, 정부의 클라우드 우선 정책(Cloud First policy) 추진 등을 통해서이다. - GAO Report to Congressional Requesters. (2015.9). Billions of Dollars in Savings Have Been Realized, but Agencies Need to Complete Reinvestment Plans. : <http://www.gao.gov/assets/680/672916.pdf> (2018.01.25. 검색)

78) 권건보 외, “지능정보사회 대응을 위한 개인정보보호 법제 정비방안”, 개인정보보호위원회 연구보고서, 2017. 12. 22면.

79) 따라서 각 주(province)에서도 주법으로 주정부기관의 개인정보에 대하여 규정하는 법률을 두고 있음. 예를 들면 Ontario주의 경우 “Freedom of Information and Protection of Privacy Act”(FIPPA) 및 “Municipal Freedom of Information and Protection of Privacy Act”(MFIPPA)가 있다. <https://www.ontario.ca/laws/statute/90f31>, <https://www.ontario.ca/laws/statute/90m56> (2018.01.28. 검색)

80) PIPEDA와 실질적으로 유사한 주법이 없는 주의 경우는 PIPEDA가 적용된다. Manitoba, New Brunswick, Newfoundland and Labrador, Northwest Territories, Nova Scotia, Nunavut, Ontario, Prince Edward Island, Saskatchewan, or Yukon 등에 PIPEDA가 적용된다.

하며, 그 운영에 있어서 필연적으로 방대한 양의 데이터에 대한 (실시간) 수집 및 분석·전송이 이루어지게 된다. 따라서 스마트시티 정책은 오픈데이터 및 빅데이터와도 연결되는데, 이 경우 대량의 정보 수집 등에 있어서 개인의 동의, 개인 정보보호, 일반 대중의 액세스권 등의 인정여부와 관련해서 법적 문제가 발생할 수 있다. 이러한 문제들에 대해서 ‘캐나다 프라이버시위원회’(Office of the Privacy Commissioner of Canada : OPC)에서 PIPEDA 적용과 관련하여 다양한 가이드 및 가이드라인을 제공하고 있다.

EU의 GDPR 발효 이후 캐나다는 금융회사를 포함한 기업 및 단체들이 사이버 보안 관련 유출 사건을 어떻게 신고 및 기록하고, 잠재적 피해를 파악하고 개별적 피해자들에 대한 통보방법 등의 내용을 포함하는 개정을 준비하고 있다. 캐나다 산업성(Department of Industry)에 의해 9월 발의된 보안보호장치위반규정(Breach of Security Safeguards Regulation)은 데이터 유출 사건보고, 피해자에 대한 통보와 관련된 최소 의무사항을 규정하고 있으며 관련 자료보관의 범위 및 기간을 명확하게 규정하고 있다.⁸¹⁾

나. 개인정보 이용 법제 동향

캐나다는 ‘4차 산업혁명’ 시대에 다양한 국가 정책을 추진하고 법률로 이를 지원하고 있는데, 특히 인공지능 분야 및 스마트시티 정책 추진에 적극적이다.⁸²⁾ 이에 따라 인공지능 분야 및 스마트시티 등을 지원하기 위한 기금조성을 위한 예산정책 및 관련 입법을 추진하고 있으며, 관련 개인정보보호를 위해서 다양한 가이드라인을 제공하고 있다.⁸³⁾

1) 인공지능

캐나다 정부는 4차 산업 분야 중 인공지능 분야의 정책을 중시하기에 ‘2017년 예산서’(Budget 2017)⁸⁴⁾에서 1억 2,500만 달러를 “Pan-Canadian 인공지능전

81) 권건보 외, “지능정보사회 대응을 위한 개인정보보호 법제 정비방안”, 개인정보보호위원회 연구 보고서, 2017. 12, 25면.

82) 캐나다 연방정부의 “2016년 예산서” 및 “2017년 예산서” 참조.

83) 권건보 외, “지능정보사회 대응을 위한 개인정보보호 법제 정비방안”, 개인정보보호위원회 연구 보고서, 2017. 12, 23면.

략”(Pan-Canadian Artificial Intelligence Strategy)을 위한 기금으로 요청하였다. 이 전략은 캐나다첨단연구원(Canadian Institute for Advanced Research : CIFAR)에서 기금운영을 수행하도록 하고 있다. 동 전략의 목적은 1) 캐나다 내 인공지능 분야에서 많은 연구자 및 수련 기술 전공자들을 양산하고, 2) 캐나다 내 3지역(Edmonton, Montreal, Toronto-Waterloo)에 주요 인공지능 센터를 건립하며, 3) 인공지능 분야 발전에 대한 경제적·윤리적·정책적·법적 영향에 있어서 국제적 리더십을 개발하고, 4) 인공지능 분야 연구 커뮤니티를 지원하는 것을 목적으로 한다.⁸⁵⁾

이 전략은 1) 딥러닝과 강화학습 등을 연구하는 Edmonton, Montreal, Toronto-Waterloo에 소재한 3개의 인공지능 연구센터를 지원하며, 연구센터를 통해 산학연 협력(work with researchers, industry and other stakeholders)을 추진하고, 2) (딥러닝 및 강화학습 등 분야의) 대학원생이나 포닥(postdoctor)등을 포함한 젊은 연구자를 훈련하고 채용하는 것을 지원하며, 3) 인공지능의 발전이 경제나 정부, 사회에 미치는 영향을 검토하는 정책관련 워킹그룹을 지원하고, 공공 및 정책결정자에게 정보를 제공하며, 4) 인공지능 관련 여름학교, 겨울학교를 기반으로 한 전국적 활동을 수행하는 등의 프로그램을 진행하며, 이를 위해 CIFAR는 인공지능 연구소, 연구기관 등과 협력하게 된다.

2) 드론 및 자율주행자동차

교통은 캐나다에서 최근에 많은 주목을 받는 분야이다. 캐나다 정부 역시 ‘무인드론’과 ‘자율주행자동차’에 대한 법률 규정을 두고 있다. 드론에 대해서는 연방규정인 “캐나다항공규정”(Canadian Aviation Regulations)⁸⁶⁾에서 규정하고 있다. 제101.01조, 제602.41조 등을 통해 그 운행에 대해 일정한 자격증(certification)을 요건으로 한다.

자율주행자동차에 대해서는 연방차원에서 법률로 규정하고 있지는 않으나⁸⁷⁾,

84) <http://www.budget.gc.ca/2017/docs/plan/budget-2017-en.pdf> (2018.01.26. 검색)

85) 향후 5년 동안 캐나다첨단연구원은 캐나다 연구진들과의 협력을 통해 인공지능 연구 및 교육에 있어서 캐나다의 국제적 위치를 강화하고 인공지능 학계 연구의 생산성을 증대하며, 세계적인 연구혁신 능력을 갖추게 될 것을 기대하고 있다. - <https://www.cifar.ca/assets/pan-canadian-artificial-intelligence-strategy-overview/> (2018.01.26. 검색)

86) <http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/SOR-96-433.pdf> (2018.01.26. 검색)

87) <https://lop.parl.ca/Content/LOP/ResearchPublications/2016-98-e.pdf> (2018.01.26. 검색)

‘2016 예산서’⁸⁸⁾에서 자율주행자동차관련 기술 및 규율체계 개발을 위하여 730만 달러의 관련 예산을 제안하는 등 연방정책 차원에서 관심을 가지고 있다. 또한 Ontario(온타리오)주의 경우에는 2015년 ‘고속도로교통법(Highway Traffic Act)’에 따른 온타리오규정(Ontario Regulation) 306/15’을 통하여 자율주행자동차에 대한 시험프로젝트(Pilot Project)를 규정하여 자율주행자동차 및 자율주행시스템에 대하여 정하고 있다.⁸⁹⁾

3) 스마트시티(Smart City) 계획

캐나다는 스마트시티 분야에 대해서도 많은 관심을 갖고 있는데, 지난 2016년 ‘중산층을 위한 계획’ 관련 “2016년 추계경제검토서”(Fall Economic Statement 2016)⁹⁰⁾에서 ‘스마트시티 도전’ 정책을 처음으로 공표하였다. 이 검토서에서는 현재 캐나다 도시들이 급속도로 발전하고 있으므로 ‘스마트 기반시설’(smart infrastructure)에 대한 투자가 필요한 시점이라고 밝히고 있다. 이에 따라 ‘2017년 예산서’(Budget 2017)⁹¹⁾에서 캐나다 정부는 ‘스마트도시 도전’(Smart Cities Challenge)을 위한 혁신을 명시하면서, ‘스마트시티 기금’(Smart Cities Challenge Fund) 조성을 위하여 11년간 3억 달러의 예산을 제안하였다.⁹²⁾

7. 일본

가. 개인정보보호 법제

일본의 개인정보보호법은 2003년 제정되어 2005년부터 전면 시행되어왔으나 그 이후 기술 발전에 비해 개인정보의 보호를 위한 법제도의 준비가 미비하였고,

88) http://www.budget.gc.ca/2016/docs/plan/ch5-en.html#_Toc446106820 (2018.01.26. 검색)

89) “Ontario Regulation 306/15 made under the Highway Traffic Act” https://www.ontario.ca/laws/regulation/r15306?search=automated+vehicles&_ga=2.214803797.33065541.1508996692-1394231386.1508996692 (2018.01.26. 검색)

90) <http://www.budget.gc.ca/fes-eea/2016/docs/statement-enonce/toc-tdm-en.html> (p.26) “Smart Cities Challenge” (2018.01.26. 검색)

91) <http://www.budget.gc.ca/2017/docs/plan/budget-2017-en.pdf> (p.118) “Encouraging Innovation with the Smart Cities Challenge” (2018.01.26. 검색)

92) 그러나 2017년 실행예산법에 바로 추가되지는 않았다. <http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/B-9.859.pdf> (2018.01.26. 검색)

새로운 기술에 맞는 새로운 법제도의 도입이 필요하게 되었다. 이에 기업이나 정부의 ICT 이용을 높이고 동시에 개인정보 보호를 강화시키기 위한 목적으로 개인정보보호법 개정을 추진하였고, 2015년 9월 3일 중의원 본회의 가결을 거쳐 2017년부터 전면 시행되었다.⁹³⁾

1) 개인정보 정의의 명확화

IT 기술의 진보에 따라 ‘개인정보보호법’이 제정될 당시에 상정하지 못한 데이터가 ‘개인정보’에 해당하는지의 여부가 애매한 영역에 해당하는 것이 증가했기 때문에 이번 개정에 의해 개인정보의 정의가 명확해지게 되었다. 예를 들면 안면 인식 데이터나 지문데이터 등의 ‘신체적 특징’이나 개인번호, 운전면허증번호, 여권번호 등이 ‘개인 식별 부호’로 추가되었다.

2) 개인정보 이용 시의 규정의 정비와 강화

개인정보의 이용과 전 세계에서 취급되는 개인정보의 증가로 인해 국제적으로 개인정보보호가 중요 관심사로 부각하고 있다. 그러한 분위기를 반영하여 범죄이력이나 병력 등 부당한 차별이나 편견을 받을 가능성이 있는 정보를 ‘배려를 요하는 개인정보’로 규정하고 취득할 경우는 원칙적으로 본인의 동의가 필요하도록 하였고, 5000명 이하의 소규모 사업도 대상이 되도록 확대했으며, 개인정보를 제3자에게 제공할 때의 기록 작성을 의무화하며, 개인정보취급사업자가 부당하게 이익을 얻을 목적으로 정보를 제공하거나 취득하면 처벌되도록 하는 규정 등이 있다.⁹⁴⁾

93) 이에 관하여는 김인석 외, 앞의 연구보고서, 67면; 손영화, “사물인터넷 시대의 개인정보 보호의 과제-일본의 2015년 9월 개정 개인정보보호법을 중심으로-”, 『기업법연구』 제31권 제1호 (통권 제68호), 2017; 손형섭, “일본 개정 개인정보보호법과 우리법의 나아갈 방향”, 『공법연구』 제46집 제2호, 2017; 한귀현, “일본 개정 개인정보보호법의 주요내용과 그 시사점”, 『공법학연구』 제18권 제4호, 2017 참조.

94) 이 외에도 ‘opt out 규정’에서 개인정보보호위원회에 신고가 의무화되고, 외국의 제3자에게 개인정보를 제공할 경우의 조건의 정비 등의 내용도 있다.

3) 개인정보의 익명화 활용

‘익명가공정보’가 신설되었는데, 일정한 조건 하에서 특정 개인을 식별하지 못하도록 가공된 정보는 본인의 동의 없이 제3자에게 제공하는 것이 가능하도록 하였다.⁹⁵⁾ 익명가공정보를 이용하면 신규 서비스가 생성될 것으로 예상되고, 이미 휴대전화 위치정보를 이용한 서비스, 스마트 마케킹을 이용한 고객응대 등 다양한 실험 및 검증이 실시되고 있다.

나. 개인정보 이용 법제 동향

일본은 제4차 산업혁명에 대비한 인공지능, 빅데이터, IoT 등 기술혁신에 대하여 새로운 추진법률의 제정과 관련 입법례의 정비로 대응하고 있다. 2016년 일본재흥전략(제4차 산업혁명의 지향)⁹⁶⁾에서는 향후 생산성 혁명을 주도하는 최대의 열쇠는 사물인터넷, 빅데이터, 인공지능, 로봇센서의 기술 진보를 이용한 제4차 산업혁명으로, 기술의 원천수단인 데이터 확보의 중요성을 역설하고 있다. 그리고 데이터 확보를 위해 개인정보의 비식별화 조치를 「개인정보보호법」에 포함시킨 법 개정작업과 동시에 국가 전체 데이터 이용 기반을 구축하기 위해 동년 12월 의원입법으로 국가·지자체·기업이 보유한 데이터의 적절하고도 효율적인 이용을 위한 「관민데이터 활용 추진기본법」⁹⁷⁾을 제정하였다.

그 외 금융분야에서 전자결제시스템의 변화를 반영해 「은행법」 및 「자금결제법」이 개정되었고, 인공지능을 통한 로봇정책을 구현하기 위해 「전과법」 및 「도로교통법」 등의 개정작업 등이 진행되고 있다.⁹⁸⁾

95) 이에 관한 내용은 <http://www.pipc.go.kr/cmt/not/ntc/selectBoardArticle.do> 참조.

96) 内閣官房, “日本再興戦略2016-第4次産業革命に向けて-(일본재흥전략 2016, 제4차 산업혁명의 지향)”, 2016. 6. 2. <https://www.kantei.go.jp/jp/singi/keizaisaisei/pdf/2016_zentaihombun.pdf> (2018.01.19. 검색)

97) 官民データ活用推進基本法 <http://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/detail?lawId=428AC1000000103> (2018.01.06. 검색)

98) 久保田正志, “パーソナルデータの利活用と個人情報保護法改正(퍼스널 데이터의 이용 및 활용과 개인정보보호법의 개정)” 参議院 立法と調査 No. 360, 2015. <http://www.sangiin.go.jp/japanese/annai/chousa/rippou_chousa/backnumber/2015pdf/20150114003.pdf>(2018.01.14. 검색); 笠井 彰吾, “金融サービスのオープン・イノベーションに向けた環境整備(금융서비스 오픈이노베이션을 위한 환경정비)”, 参議院 立法と調査 No. 391, 2017. <http://www.sangiin.go.jp/japanese/annai/chousa/rippou_chousa/backnumber/2017pdf/20170801059.pdf>(2018.01.14. 검색); 조경희, “일본의 로봇산업 지원과 검토 입법례”, 국회도서관 외국법률 이슈브리핑 제28호, 2016.4.25.

1) 사물인터넷

다량으로 수집되는 데이터의 이용 및 이용이 새로운 가치를 창조하고 그 성과가 일본에 결정적으로 중요하다는 문제의식 하에 일본 총무성에서는 2015년 9월 ‘사물인터넷 시대를 향한 새로운 정보통신정책의 방향’에 대해서 정보통신 심의회에 자문하였고, 동 심의회는 정보통신정책부회 및 IoT정책위원회의 조사를 거쳐 2015년 12월에 제1차, 2016년 7월에 제2차, 2017년 1월에 제3차까지 3차례에 걸쳐 중간답신⁹⁹⁾이 발표되었다.¹⁰⁰⁾ 특히 제3차 중간답신(2017년 1월 27일)으로 공표된 ‘IoT 종합전략’에서는 ① 네트워크층, 플랫폼층, 서비스(데이터 유통층, 단말층 별도¹⁰¹⁾) 임해야 하는 시책과 레이어 중단형 시책으로 크게 나누며 동시에, ② PDCA¹⁰²⁾ 사이클을 확보하는 관점에서 시책의 목적, 검토·실증의 주체, 스케줄 등에 대해 정리하고 밝히고 있다. 2017년 2월 이후 당 심의회나 총무성을 비롯한 관계 부처에서 구체적인 시책의 실시·검토와 계획의 책정 등이 실시하였다.¹⁰³⁾

2017년 6월 일본 정부의 ‘미래투자전략 2017 - Society 5.0 실현을 위한 개혁 -’이 국무회의를 통과했는데, 본 전략은 사물인터넷·빅데이터·인공지능·로봇 등을 축으로 한 제4차 산업혁명 이노베이션을 모든 산업이나 사회생활에 도입하는 것이 일본 경제의 장기 정체를 타파하고 중장기적인 성장을 실현해 나가는 핵

99) http://www.soumu.go.jp/main_content/000461289.pdf (2018.01.14. 검색)

100) 특히 제3차 중간답신에서는 IoT정책위원회 아래 설치된 기본전략, 인재육성 등 2개의 워킹그룹의 보고에 의거하여 데이터 주도사회를 실현하는 구체적인 시책을 시책목표, 검토·실시주체·스케줄 등을 명확히 한 후에 계층별로 정리한 ‘IoT 종합전략’ 등을 발표하였다. 또한 향후의 과제로 특히 ① 인재육성책의 구체화, ② 데이터 거래시장 등의 방향성 검토, ③ 블록체인의 비금융분야에 대한 활용 등을 들고 있으며 새로운 검토의 장도 마련하여 계속적으로 검토하고 있다. - <http://www.soumu.go.jp/johotsusintokei/whitepaper/ja/h29/html/nc271220.html>(정보통신백서 2017년도판) (2018.01.14. 검색)

101) 네트워크층에는 데이터 전송기능이 포함되며 고정·이동의 다양한 전송로로 구성된다. 플랫폼층에는 단말기나 개인을 식별하는 인증기능 외에 각종 데이터를 상호 연계시키기 위한 기능이 포함됨. 서비스(데이터 유통)층에는 위의 플랫폼을 매개로 연결(連接)된 데이터나 데이터를 이용하여 제공되는 서비스가 포함됨. 단말층에는 센서나 액추에이터 등 다양한 단말이 포함된다.

102) PLAN DO Control Action(Plan 계획, Do 실행, Control 제어, Action 조치). 목표를 달성하기 위해 계획을 세우고, 실행하고, 실행한 내용과 결과를 분석하고, 분석한 결과를 이용하여 조치를 취하는 사고방식.

103) 2017년 6월 개정된 ‘IoT 종합전략’에서는 각각의 움직임 중에서 실시된 개별 시책에 대해 ‘① 1월의 IoT종합전략에서 제언된 시책내용과 진척상황, ② 해당 시책에 관한 향후의 일정, 상정되는 과제’ 등을 가능한 한 명확히 드러나도록 하였다. 특히 각각의 시책에 대해 진척상황의 확인과 더불어서 계속적으로 PDCA 확보 관점에서 향후의 시책의 주체, 목표, 내용, 스케줄을 명확히 밝히고 있다.

심으로 규정하였다. 4차 산업혁명은 데이터 주도사회(Data Driven Society)를 실현하는 것이며 데이터의 생성·수집·유통·분석·이용을 철저하게 피하여 제조과정은 물론 모든 사회경제 활동을 재설계하여 사회가 안고 있는 문제 해결을 도모하는 Society 5.0¹⁰⁴⁾을 지향해야 한다는 것이다.¹⁰⁵⁾

2) 클라우드 정책

일본 총무성에서는 특정비영리활동법인 ASP¹⁰⁶⁾·SaaS¹⁰⁷⁾·사물인터넷 클라우드 컨소시엄(ASPIC : ASP-SaaS-IoT Cloud Consortium)과 공동으로 설립한 ‘ASP·SaaS·클라우드 보급촉진협의회28’에서 사회자본 분야 등의 분야별 ASP·SaaS·클라우드 서비스를 제공, 이용할 때의 유의사항 등을 검토하였다.

총무성은 지방활성화를 위한 ICT 투자를 더욱 촉진하게 하기 위한 구체적 정책을 검토하기 위해 2015년 1월에 ‘클라우드 등을 이용한 지방 ICT 투자 촉진에 관한 검토회 29’를 개최하였고 같은 해 7월에 보고서를 완성하였다.¹⁰⁸⁾

지방공공단체가 클라우드를 추진하기도 했는데, 시스템의 하드웨어, 소프트웨어, 데이터 등을 청사에서 관리 운용하는 것을 대신하여 외부의 데이터센터에서 관리, 운용하고 네트워크 경유로 이용할 수 있도록 하는 사업을 말한다. 장점으

104) 미래투자회의 ‘우선적으로 임해야 하는 아젠다에 대해’(2016년 11월), 과학기술기본계획(2016년 1월) - ‘Society 5.0’은 ① 수렵사회, ② 농경사회, ③ 공업사회, ④ 정보사회로 이어지는 인류사상 5번째의 새로운 사회, 이른바 Society 5.0(초스마트사회)을 세계보다 앞서 실현하는 것을 말한다.

105) 미래투자회의 ‘우선적으로 임해야 하는 아젠다에 대해’(2016년 11월) - 제4차 산업혁명과 Society 5.0의 관계에 대해서는 “기업 측의 제4차 산업혁명(사물인터넷, 인공지능, 빅데이터, 로봇)과 개인의 라이프 스타일 변혁에 의해 생산·유통·판매, 교통, 건강의료, 금융, 공공서비스 등 모든 장면에서 쾌적하고 풍요롭게 생활할 수 있는 사회, 이른바 ‘Society 5.0’의 실현을 지향한다.”고 되어 있다.

106) Application Service Provider, 개인이나 기업이 응용 프로그램을 직접 설치하는 방식이 아니라 인터넷을 이용해 응용프로그램을 임대, 관리해 주는 사업자를 말함. ASP는 프로그램 제공업자, 네트워크 제공업자, 보안관리 사업자, 데이터베이스(DB) 사업자, 포털 사업자 등으로 구성된다.

107) Software as a Service, ‘on-demand software’로도 불리며, 소프트웨어 및 관련 데이터는 중앙에 호스팅되고 사용자는 웹 브라우저 등의 클라이언트를 통해 접속하는 형태의 소프트웨어 전달 모델이다. 기존의 ASP를 확장한 개념으로 차세대 ASP이다.

108) 보고서에서 클라우드 서비스 등에 의한 비즈니스로의 전환에 의한 생산성 및 수익성 향상이나 지방 활성화를 목적으로 한 추진체제의 정비가 제언되어 같은 해 12월 취지에 동참한 민간기업 8사에 의해 ‘일반사단법인 클라우드 활용·지방 ICT 투자촉진협의회 30’이 설립되었다. 동 협의회는 2016년 2월부터 지방의 소규모사업자 등을 대상으로 클라우드 활용을 촉진하기 위해 세미나를 개최하는 등 홍보 계발 활동을 전개하고 있다.

로는 시스템의 운용경비 삭감(약 30%), 업무 부담의 경감, 업무의 공통화 및 표준화, 보안수준의 향상, 재해에 강한 기반구축(데이터 백업의 확보, 업무의 계속성) 등을 들 수 있다.

IV. 결론

지능정보기술이 발전하면서 개인정보의 유출이나 오·남용은 심각한 문제가 될 수 있다. 그러나 개인정보의 보호와 이용 문제는 쉽게 해결할 수 있는 것이 아니라 많은 점에서 많이 고민이 생긴다. 앞에서 살펴본 바와 같이 국가별로 개인정보의 보호와 이용의 법제는 차이가 있으나, 2016년 EU GDPR 제정 이후, 원칙적으로 개인정보 보호에 대한 원칙을 지키면서도 개인정보 이용을 위한 다양한 분야에서 대책을 마련하려는 움직임을 볼 수 있다. 우리나라도 이러한 추세에 맞춰서 개인정보보호법제나 정책, 제도를 국제적 수준과 균형을 이룰 수 있도록 하여 조화롭게 공존할 수 있도록 해야 할 필요가 있다. 특히 EU GDPR은 유럽 내에서 뿐만 아니라 많은 국가의 개인정보 보호법제에 많은 영향을 끼치고 있다는 점에서 우리나라 개인정보보호법제 개선을 위해 고려해야 할 부분들이 많다. 2018년 5월 EU GDPR이 시행되면 많은 변화가 예상되므로 조속한 시일 내에 우리 개인정보 보호 법제의 문제점을 파악하고, GDPR 등 외국 법제의 내용 중에서 지능정보사회에 대비할 수 있는 제도들을 우리 법에의 적용 가능성을 검토하여 법제를 정비할 필요가 있다.

(논문투고일 : 2018.02.16., 심사개시일 : 2018.02.22., 게재확정일 : 2018.03.14.)



▶ 이 한 주 · 권 건 보 · 김 일 환

지능정보사회, 인공지능, 빅데이터, 개인정보,
EU 개인정보보호일반규정

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 고학수 편, 「개인정보보호의 법과 정책」(박영사, 2014)
- 관계부처 합동, 「제4차 산업혁명에 대응한 지능정보사회 중장기 종합대책」, (2016)
- 박노형 외, 「EU 개인정보보호법-GDPR을 중심으로-」(박영사, 2017)
- 이희정, “개인정보보호법과 다른 법과의 관계 및 규제기관 사이의 관계”, 『개인정보보호의 법과 정책』(고학수 편)(박영사, 2014)

II. 논문

- 권건보, “개인정보보호의 입법체계와 감독기구 정비 방안”, 「헌법학연구」 제20권 제2호, 2014.
- _____, “영국의 포스트 휴먼 기술법제에 관한 비교법적 연구-드론과 자율주행차를 중심으로-”, 한국법제연구원 연구보고서, 2016. 9.
- 권건보 외, “지능정보사회 대응을 위한 개인정보보호 법제 정비방안”, 개인정보보호위원회 연구보고서, 2017. 12.
- 김민호 외, “개인정보보호 관련 법률간 정합성 제고방안”, 개인정보보호위원회 연구보고서, 2015.
- 김민호 외, “개인정보보호 규제 합리화 방안”, 개인정보보호위원회 연구보고서, 2013.
- 김민호/이규정/김현경, “지능정보사회의 규범설정 기본원칙에 대한 고찰”, 「성균관법학」 제28권 3호, 2016.
- 김상훈, “4차 산업혁명-주요 개념과 사례-”, 「KIET 산업경제」 2017. 5.
- 김인석 외, “국제적 상호운용성 강화 및 지능정보화 시대에 부응한 발전방안 연구”, 개인정보보호위원회 연구보고서, 2016.
- 김일환, “개인정보의 보호와 이용법제의 분석을 위한 헌법상 고찰”, 「헌법학연구」 제17권 제2호, 2011.
- _____, “미국 개인정보보호 관련 기관의 역할과 권한에 대한 비판적 고찰”, 「미

- 국헌법연구」 제22권 제3호, 2011
- _____, “정보자기결정권의 헌법상 근거와 보호에 관한 연구”, 「공법연구」 제29집 제3호, 2001
- 박노형·정명현, “빅데이터 분석기술 활성화를 위한 개인정보보호법의 개선 방안 -EU GDPR과의 비교 분석을 중심으로-”, 「고려법학」 제85호, 2017.
- 손상영/이원태/김희연/문정욱, “안전한 초연결사회를 위한 사회문화적 조건 - 초연결사회의 지속가능성을 위한 사회문화적 조건과 한국사회의 대응(II)”, 정보통신정책연구원, 2016. 12.
- 손영화, “사물인터넷 시대의 개인정보 보호의 과제-일본의 2015년 9월 개정 개인정보보호법을 중심으로-”, 「기업법연구」 제31권 제1호(통권 제68호), 2017.
- 손형섭, “일본 개정 개인정보보호법과 우리법의 나아갈 방향”, 「공법연구」 제46집 제2호, 2017.
- 유재홍, “프랑스의 디지털 공화국 법의 추진 동향”, 「월간 SW중심사회」 2017. 1.
- 윤혜선, “디지털 공화국을 위한 법률”, 「KISO저널」 제26호, 한국인터넷자율정책기구(KISO), 2017.
- 이인호, “한국의 개인정보보호 수행체계 발전방안 연구”, 개인정보보호위원회 연구보고서, 2017.
- 이호영 외, “초연결사회의 지속가능성을 위한 사회문화적 조건과 한국사회의 대응(I)”, 정보통신정책연구원, 2015.
- 조경희, “일본의 로봇산업 지원과 검토 입법례,” 「국회도서관 외국법률 이슈브리핑」 제28호, 2016.
- 한귀현, “일본 개정 개인정보보호법의 주요내용과 그 시사점”, 「공법학연구」 제18권 제4호, 2017.
- 함인선, “EU의 2016년 일반정보보호규칙(GDPR)의 제정과 그 시사점”, 「법학논총」 제36권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2016.
- 久保田正志, “パーソナルデータの利活用と個人情報保護法改正” 参議院 立法と調査 No. 360, 2015.
- 笠井 彰吾, “金融サービスのオープン・イノベーションに向けた環境整備”, 参議院 立法と調査 No. 391, 2017.
- ENISA, Privacy by design in big data: An overview of privacy enhancing

technologies in the era of big data analytics, 2015.

Paul Ohm, “Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization”, 57 UCLA L. Rev. 1701, 2010.

Abstract

**The Recent Trend of Major Nations' Personal
Information Legislations in Intelligence Information
Society**

Lee, Han Joo
Kwon, Geon Bo
Kim, Il Hwan

Recently, the so-called 'intelligent information society' means that ICT(information communication technology) and AI(artificial intelligence) have been combined with each other, and it will makes paradigm of the whole world changed totally. In particular, the intelligent information technologies such as Big Data, AI and IoT(Internet of Things) are expected to play a key role in developing our life rapidly, namely culture, industries, transportation, medical treatment, and so on.

However, these developments are not always affirmative sides. It seems to be negative sides as well. The reason is that the intelligent information technologies are developing by use enormous amount of information, including personal information. In the course of using information, it is an inevitable consequence to infringe personal information. Therefore, it is most important to balance between use and protection of personal information.

In this context, many countries have started to consider seriously legislative measures to prepare for protecting information in the intelligent information society. Japan revised the Personal Information Protection Act

in September 2015. In the amendment, clarification of the definition of personal information, new information type for providing third party without agreement, establishment of third party organization on personal information, and so on, are included. And EU enacted 2016 General Data Protection Regulation(GDPR) in May 2016. It shall apply from 25. May, 2018. Therefore, EU requires each of its member states to harmonize data protection rights for each citizens at a equal legal levels.

This study focuses on examining the legal trends of each country about protection and use of personal protection, and suggesting measures for improving our personal information protection laws.



▶ **Lee, Han Joo · Kwon, Geon Bo · Kim, Il Hwan**

Intelligent Information Society, AI(artificial intelligence), Big Data,
Personal Information, EU GDPR

난민소송의 특수성과 ‘박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포’에 관한 증명책임

- 대법원 2013. 12. 12. 선고 2011두12689 판결 -

문영화*

【목 차】

I. 사안의 개요

- | | |
|-------------|---------------------------------|
| 1. 사실관계 | 4. 난민신청인과 난민인정국가의 협력의무 |
| 2. 원심판결의 요지 | 5. 난민신청인의 진술 |
| 3. 대상판결의 요지 | 6. 난민인정절차에서 ‘유리한 해석에 의한 이익’의 원칙 |

II. 평석

- | | |
|--------------------------------------|------------------------------------|
| 1. 시작하면서 | 7. ‘박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포’에 관한 증명책임 |
| 2. ‘박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포’의 의미 | 8. 대상판결의 타당성에 관한 검토 |
| 3. ‘박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포’에 관한 증명의 정도 | |

III. 맺음말

【국 문 요 약】

난민인정절차와 난민소송에서는 난민신청인에게 난민인정의 요건사실에 관한 증명책임이 있다고 전제하면서도, 증거법적으로 일반 민사소송과는 다른 법리가 적용된다. 이는 난민신청인이 난민인정의 요건사실, 특히 ‘박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포’와 관련하여 자신의 주장을 증명하는 데에 곤란함이 있을 수밖에 없다는 사정과 난민신청을 잘못 거부하였을 경우 난민신청인에게 극단적으로는 죽음이라는 중대한 결과가 초래될 수 있기 때문이다. 비교법적으로 난민소송에서는 각국의 일반 민사소송보다 낮은 증명의 정도가 채용되고, 난민신청인과 심사관(난민인정기관) 사이에는 사실발견 또는 사실조사에 관한 협력의무가 인정되며, 난민신청인의 진술이 중요한 부분에서 일관되고 설득력이 있으며 일반적으로 알려진 사실과 상충되지 않는 경우에는 신빙성이 인정되어, 다른 증거에 의하여 뒷받침되지 않는 난

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수

민신청인의 주장사실도 ‘박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포’를 추단하는 사실로서 인정될 수 있다.

대법원은 2007두3930 판결과 2010두27448 판결을 통하여 ‘박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포’의 사실인정과 관련하여 난민소송의 특수성을 고려한 의미 있는 판시를 하였었다.

대상판결은 위 판결들과는 달리 난민소송에서 난민신청인인 원고에게 증명책임이 있다는 점에만 근거하여 (i) 원고 진술의 일관성 내지 신빙성을 부정할 만한 근거가 되기 어려운 세부적인 내용이나 (ii) 사실에 관한 발견·확인 의무를 공유하고 있는 심사당국인 피고가 난민인정절차나 사실심의 심리과정에서 확인하였어야 할 증거의 진정성립 등에 관한 사항 및 (iii) 피고가 원고에게 지적하여 해당 부분에 관한 진술을 보충하게 하였어야 할 사항 등에 관하여 심리가 부족함을 이유로 피고의 상고를 받아들여 원심을 파기하였는바, 위와 같은 대상판결의 판단이 난민소송의 특수성을 고려한 것이었는지에 관하여는 의문이 든다.

국내에서는 난민정책과 관련하여 정치학, 사회학 분야에서 활발한 연구가 진행되고 있지만, 난민인정절차나 난민소송에서의 법률적인 문제와 관련하여서는 난민법 제정 이후에 연구가 활발하지 못한 상황이다. 난민에 대한 실질적인 보호는 결국 난민인정절차를 통하여 이루어질 수밖에 없고 그 과정에서는 난민신청인의 난민인정요건에 관련된 사실을 인정하는 작업이 중심이 될 것인바, 증거법적 측면에서 — 특히, 난민신청인 진술의 신빙성과 관련하여— 실무적으로 심도 있는 연구와 논의가 이루어지기를 희망한다.

I. 사안의 개요

1. 사건관계

원고는 콩고민주공화국(이하 ‘콩고’라 함) 국민으로서, 2006. 8. 2. 콩고를 떠나서 같은 달 4. 대한민국에 단기종합(C-3) 체류자격으로 입국한 후, 같은 달 24. 피고(법무부장관)에게 구 출입국관리법(2010. 5. 14. 법률 제10282호로 개정되기 전의 것) 제76조의2 제1항의 규정에 따라 난민인정신청을 하였는데, 피고는 2009. 4. 16. 원고가 난민의 지위에 관한 협약(이하 ‘난민협약’이라 함) 제1조 및 난민의 지위에 관한 의정서(이하 ‘난민의정서’라 함) 제1조에서 규정하는 ‘박해를 받을 충

분한 근거 있는 공포’를 가진 난민이 아니라는 이유로 원고의 난민인정신청을 불허하였다.

원고는, 2006년 콩고 대통령 선거 과정에서 야당인 콩고해방운동(MLC)의 산하 단체인 콩고청년해방운동의 회원으로 가입하여 조셉 카빌라(Joseph Kabila) 대통령의 경쟁자인 장 피에르 뱌바(Jean Pierre Bemba)를 지지하고 그를 위한 선거운동음악단에서 민중가요를 부르는 가수로 활동하였고, 이로 인하여 경찰의 수배를 받고 도피하던 중 음악단장 귀도(Guido)의 도움으로 콩고를 탈출할 수 있었으며, 원고 가족들도 콩고에서 정부군을 피해 숨어 지내던 중 현재 그 행방을 알 수 없는 상태이어서, 원고에게는 콩고로 돌아갈 경우 바로 체포되는 등 콩고 정부로부터 ‘박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포’가 있으므로 피고의 난민인정불허가처분은 위법하다고 주장하면서, 그 처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였다. 제1심인 서울행정법원은 인정사실에 근거하여 원고에게 콩고 정부로부터 ‘박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포’가 있다고 보기 어렵고 피고의 처분이 적법하다고 판단하여, 원고의 청구를 기각하였다(서울행정법원 2010. 1. 15. 선고 2009구합29387 판결).

2. 원심 판결(서울고등법원 2011. 5. 12. 선고 2010누5990 판결)의 요지

인정사실과 증거¹⁾에 의하여 인정되는 다음과 같은 여러 사정에 비추어 보면 원고에게는 콩고 정부로부터 정치적 이유로 ‘박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포’가 있다고 봄이 타당하다.

1) 원고가 면담과정에서 진술한 내용과 변론 과정에서 주장하는 내용 중에 일부 일치하지 않거나 모순되는 부분이 있기는 하지만, 콩고를 출국한 이유에 관하여 “뱌바²⁾의 연설을 듣고 감동하였고 뱌바는 콩고인이나 조셉 카빌라³⁾는 그렇지 않기 때문에 뱌바를 지지하게 되었는데, 뱌바의 선거운동팀장의 권유로 뱌바의 선거

1) 판결문에는 원고가 소송과정에서 “원고가 콩고청년해방운동의 회원이었고 원고가 뱌바의 선거운동음악단에서 활동하였기 때문에 카빌라 정부의 추적을 받았으며 그로 인해 대한민국으로 피신하였다”는 취지의 확인서(갑 제3호증)와 그 당원증(갑 제14호증), “2010. 4. 3. 망제이 타와바(Manzeyi Tawaba)가 실종되었는데, 그녀는 뱌바와 MLC를 지지하는 노래를 작곡했던 켈리 무켄디의 배우자이고, 켈리 무켄디는 그와 같은 노래 때문에 수배되어 비밀리에 콩고를 떠났다”는 내용의 콩고신문인 ‘La Manchette’ 2010. 4. 9.자 기사(갑 제6호증)를 제출하였다고 기재되어 있다.

2) 대상판결(대법원 2013. 12. 12. 선고 2011두12689 판결)의 판결문에는 소외 2로 표시되어 있다.

3) 대상판결의 판결문에는 소외 1로 표시되어 있다.

운동음악단에서 뱀바와 콩고를 위한 애국적인 노래를 작곡하여 불렀기 때문에 콩고 군인들이 원고를 체포하기 위해 원고의 집으로 자주 찾아오는 등 수배대상이 되었다. 그 때문에 선거운동팀장의 도움으로 콩고를 출국하여 한국으로 입국하였다”는 취지로 전체적으로 일관되게 진술하고 있고, 원고와 함께 입국한 소외 3이나 소외 4도 위와 같은 점에 있어서는 동일한 취지로 진술하고 있으므로, 일부 사항의 불일치만을 문제 삼아 원고의 진술 전체가 신빙성이 없다고 볼 수 없다(오히려 통역의 어려움과 기억의 한계 등을 감안하면 세부 사항이 다른 것은 자연스러운 현상으로 보인다).

2) 조셉 카빌라로서는 뱀바의 선거운동음악단에서 뱀바와 콩고를 위한 애국적인 노래를 작곡하여 연주하였던 원고와 같은 사람들을 주목하여 박해할 만한 동기가 있었다고 보인다.

3) 원고가 콩고를 출국한 직후인 2006. 8. 20. 조셉 카빌라를 지지하는 군인들이 뱀바를 향해 포격을 하였고, 조셉 카빌라 지지자들과 뱀바 지지자들 사이에 교전이 발생하는 등 갈등이 있었던 점, 2007. 3.경 조셉 카빌라 정부가 뱀바에게 민병대를 무장 해제하라고 지시하였다가 뱀바가 이를 무시하였다는 이유로 뱀바를 지지하는 민병대원들과 사이에 교전이 발생하였는데, 그로 인해 600여 명이 사망하였던 점, 이후 조셉 카빌라 정부에 의해 많은 콩고해방운동(MLC) 측 인사들이 죽거나 불법 체포되어 고문을 당하는 등 탄압을 받은 점 등에 비추어 보면, 콩고 정부군에 의한 생명과 신체에 대한 위협을 느껴 콩고를 출국하였다는 원고 주장은 상당히 신빙할 만하고, 달리 원고에게 콩고를 출국하여 대한민국에 입국할 만한 동기가 있었음을 찾아볼 수 없다.

4) 원고가 자신의 주장을 뒷받침하는 증거로 제출하는 콩고 현지의 신문기사와 원고의 당원증, 원고가 작사, 작곡하여 연주하였다는 노래 등이 위조되었거나 조작되었다고 볼 자료가 없고, 피고도 이를 반박할 만한 뚜렷한 자료를 제출하지 못하고 있다.

5) 원고가 제출한 콩고신문인 ‘La Manchette’ 2010. 4. 9.자에는 “2010. 4. 3. 망제이 타와바(Manzeyi Tawaba)가 실종되었는데, 그녀는 뱀바와 MLC를 지지하는 노래를 작곡했던 켈리 무켄디의 배우자이고, 켈리 무켄디는 그와 같은 노래 때문에 수배되어 비밀리에 콩고를 떠났다”는 내용의 기사가 게재되었는데, 위 기사의 켈리 무켄디(Kelly Mukendi)는 원고를 가리키는 것으로 보인다.

3. 대상판결(대법원 2013. 12. 12. 선고 2011두12689 판결)의 요지

난민인정의 요건이 되는 '박해'는 '생명, 신체 또는 자유에 대한 위협을 비롯하여 인간의 본질적 존엄성에 대한 중대한 침해나 차별을 야기하는 행위'를 의미하는 것으로서, 난민인정의 신청을 하는 외국인은 그러한 박해를 받을 '충분한 근거 있는 공포'가 있음을 증명하여야 한다.

원심의 판단은 다음과 같은 이유로 수긍할 수 없다.

가. ① 원고가 제출한 신문기사는 원고가 콩고를 출국한 때로부터 상당 기간이 지난 후 이 사건 소송 과정 중에 보도가 되었다는 것이고, 콩고청년해방운동 대표가 작성하였다는 확인서 역시 그 작성 주체가 누구인지를 확인할 수 있는 자료가 없어 모두 신빙하기 어려운 점, ② 원고의 여권과 한국 입국사증의 발급 경위나 시기, 정당 가입 등 정치활동을 했는지 등에 관하여 이 사건 소송에서 한 원고의 진술이 2008. 2. 서울출입국관리사무소 난민면담실에서 한 원고 진술과 일치하지 않는 부분이 있는 점, ③ 원고와 함께 입국한 소외 3은 서울출입국관리사무소에서 면담할 때 '1차 대통령 선거가 끝난 후 결과가 발표되고 2차 선거를 위한 유세 중에도 선거운동에 참여하였고 1차 선거 투표일로부터 1 ~ 2개월 후 출국하였다'고 진술하였으나, 이는 1차 선거결과가 원고 일행의 입국 후인 2006. 8. 20. 발표된 것보다도 맞지 않을 뿐 아니라 원고와 소외 3 등의 진술에도 어긋나는 부분이 있는 점, ④ 원고는 반군단체인 콩고청년해방운동에 가입하였다는 증거로 회원증을 제출하였는데, 그 회원증 작성일자는 이 사건 소를 제기하기 얼마 전인 2009. 5. 16.로 되어 있는 점, ⑤ 원고와 소외 3 등 일행이 뱀바의 선거운동음악단에서 활동한 것 외에 별다른 반정부활동을 하지 않았고, 선거운동에 참여하였다는 이유로 체포, 구금, 고문 등의 부당한 처우를 당한 경험도 없으며, 수배 대상이라고 하면서도 출국 과정에서 별다른 제지가 없었던 점, ⑥ 원고 일행에 대한 출국 보증을 한 소외 5는 원고 일행을 사천시의 세계타악축제에 데려다 주고 자취를 감춘 점 등의 사정을 고려하여 보면, 원고가 콩고 정부로부터 박해를 받게 될 것이라는 충분한 근거가 있는 공포를 가지고 있다고 인정하는 데에는 신중하여야 한다.

나. 그럼에도 원심은, 원고가 제출한 문서의 진정성립을 인정하거나 그 내용을 그대로 믿을 수 있는지, 원고의 진술에 일관성과 설득력이 있는지, 원고가 실제로 콩고청년해방운동에 가입하였는지 등에 관하여 충분히 심리하지 아니한 채 원고가 제출한 자료의 기재 내용을 그대로 믿어 원고가 난민에 해당한다고 판단하였는바,

이는 난민 개념에 관한 법리를 오해하여 심리를 다하지 아니함으로써 판단을 그르친 것이다.⁴⁾

II. 평석

1. 시작하면서

2012. 2. 10. 제정·공포된 난민법 제2조 제1호는 "난민"이란 '인종, 종교, 국적, 특정 사회집단의 구성원인 신분 또는 정치적 견해를 이유로 박해를 받을 수 있다고 인정할 충분한 근거가 있는 공포로 인하여 국적국의 보호를 받을 수 없거나 보호받기를 원하지 아니하는 외국인 또는 그러한 공포로 인하여 대한민국에 입국하기 전에 거주한 국가로 돌아갈 수 없거나 돌아가기를 원하지 아니하는 무국적자인 외국인'으로 정의하고 있다. 우리나라에서 외국인이 난민법에 따른 난민으로 인정받기 위하여는 ① '인종, 종교, 국적, 특정사회집단의 구성원 신분, 정치적 견해 중 하나 이상의 이유'로 인하여, ② '박해'를 받을 것에 대한 공포가 있어야 하는데, ③ 그것은 '충분한 근거가 있는 공포'이어야 하고, ④ 그로 인하여 '국적국으로부터 보호를 받을 수 없거나 보호받기를 원하지 않을 것'이라는 요건을 갖추어야 한다.⁵⁾⁶⁾ 위 요건 중에서 '박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포'⁷⁾는 난민 정의의 핵심일 뿐만 아니라, 실제 난민인정절차 및 난민소송에서 난민지위의 인정 여부는 '박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포'라는 요건을 중심으로 이루어지고 있다.⁸⁾⁹⁾

4) 파기환송심인 서울고등법원 2014. 7. 25. 선고 2014누511 판결은 대법판결의 판시를 그대로 인용하여 원고의 항소를 기각하였다.

5) 안승훈, "2012. 2. 10. 법률 제11298호로 제정·공포된 「난민법」의 몇 가지 쟁점", 행정재판실무연구 IV, 재판자료 제125집(법원도서관, 2013), 704면에서는 난민법상 난민으로 인정받기 위해서는 '첫째, 충분한 근거 있는 공포(well-founded fear)가 있을 것, 둘째, 그 공포가 박해(persecution)에 관한 것일 것, 셋째, 그 박해가 인종(race), 종교(religion), 국적(nationality), 특정 사회집단의 구성원 신분(membership of a particular social group), 정치적 의견(political opinion)이라는 5가지 이유로 인한 것일 것, 넷째, 그러한 공포로 인하여 국적국이나 상주국의 보호를 받을 수 없거나 보호를 받는 것을 원하지 않을 것이라는 요건이 인정되어야 한다'고 한다.

6) 이 글에서는 무국적자에 관한 부분은 논의에서 제외한다.

7) 난민법 제2조 제1호에는 '박해를 받을 수 있다고 인정할 충분한 근거가 있는 공포'라고 규정하고 있으나, 대법원 판례에 따라 동일한 의미로 '박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포'라는 용어를 사용한다.

8) 서울행정법원, 난민재판의 이해(2013)[이하 '난민재판의 이해'라고 함], 105면.

9) 2010. 5. 14. 법률 제10282호로 개정되기 전 출입국관리법 제2조 제2의 2호 및 위와 같이 개정된 출입국관리법 제2조 제3호는 "난민"을 「난민의 지위에 관한 협약」 제1조나

대법원은 2008. 7. 24. 선고 2007두3930 판결(이하 ‘2007두3930 판결’이라 함)에서, ‘박해’란 ‘생명, 신체 또는 자유에 대한 위협을 비롯하여 인간의 본질적 존엄성에 대한 중대한 침해나 차별을 야기하는 행위’라고 정의하고, ‘박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포’가 있음은 난민신청신청을 하는 외국인이 증명하여야 한다고 하면서, ‘난민의 특수한 사정을 고려하여 그 외국인에게 객관적인 증거에 의하여 주장사실 전체를 증명하도록 요구할 수는 없고, 그 진술에 일관성과 설득력이 있고 입국 경로, 입국 후 난민 신청까지의 기간, 난민 신청 경위, 국적국의 상황, 주관적으로 느끼는 공포의 정도, 신청인이 거주하던 지역의 정치·사회·문화적 환경, 그 지역의 통상인이 같은 상황에서 느끼는 공포의 정도 등에 비추어 전체적인 진술의 신빙성에 의하여 그 주장사실을 인정하는 것이 합리적인 경우에는 그 증명이 된 것이다’고 판시함으로써, 난민신청절차에서 중심이 되는 ‘박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포’에 관한 법리를 최초로 제시하였다.¹⁰⁾

대법원은 또 2012. 4. 26. 선고 2010두27448 판결(이하 ‘2010두27448 판결’이라 함)에서는, ‘박해의 경험에 관한 난민신청인의 진술을 평가할 때 그 진술의 세부내용에서 다소간의 불일치가 발견되거나 일부 과장된 점이 엿보인다고 하여 곧바로 신청인 진술의 전체적 신빙성을 부정하여서는 아니 되고, 그러한 불일치·과장이 진정한 박해의 경험에 따른 정신적 충격이나 난민신청인의 궁박한 처지에 따른 불안정한 심리상태, 시간의 경과에 따른 기억력의 한계, 우리나라와 서로 다른 문화적·역사적 배경에서 유래한 언어감각의 차이 등에서 비롯되었을 가능성도 충분히 염두에 두고 진술의 핵심내용을 중심으로 전체적인 일관성 및 신빙성을 평가하여야 하며, 특히 난민신청인이 여성으로서 심각한 박해의 피해자라고 주장하는 경우에는 그 가능성과 이에 따른 특수성도 진술의 신빙성을 평가하는 과정에서 염두에 두어야 한다. 그리고 만일 위와 같은 평가에 따라 난민신청인이 주장하는 과거의 박해사실이 합리적으로 수긍되는 경우라면 그 출신국의 상황이 현저히 변경되

「난민의 지위에 관한 의정서」 제1조에 따라 난민협약의 적용을 받는 사람으로 규정하고 있었는바, 난민법의 난민의 정의와 다르지 않았다. 대상판결은 2010. 5. 14. 법률 제 10282호로 개정되기 전 출입국관리법 제2조 제2의 2호가 적용되는 사안에 관한 것이나, 난민법의 난민의 정의에 관한 논의와 차이가 없을 것이므로 이 글은 난민법의 난민에 관하여 검토한다.

10) 같은 날자에 선고된 2007두19539 판결도 동일하다. 두 대법원 판결은 구 출입국관리법이 적용되는 사안에 관한 것이나, 대법원 2016. 3. 10. 선고 2013두14269 판결 등에 의하면 현행 난민법상 난민의 지위 및 난민인정에 관하여도 동일한 법리가 적용된다고 할 수 있다.

어 박해의 가능성이 명백히 소멸하였다고 볼 만한 특별한 사정이 인정되지 아니하는 한, 난민인정의 요건인 박해에 관한 충분한 근거 있는 공포가 있다고 보아야 한다'고 하여 난민신청인 진술의 신빙성 평가와 관련한 법리를 판시하였다.

2007두3930 판결에 대하여는 이미 몇 편의 평석이 발표되었을 뿐만 아니라, 위 판결은 난민법 또는 난민의 지위에 관한 연구문헌 등에서도 자주 인용되고 있다. 선행연구에서는 2007두3930 판결에 대하여 난민의 주요 구성요건인 '박해'의 개념 정의를 최초로 제시한 선도적 판결로서 생명 또는 신체의 자유에 대한 위협이라는 전형적인 의미의 박해뿐만 아니라 인간의 존엄과 가치를 심각하게 훼손하는 행위까지 박해에 포함시킴으로써 국제법과 인권 그리고 인도주의에 대한 우리 대법원의 선진적인 입장을 잘 나타낸 것이고, '박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포'와 관련하여는 급박하게 탈출할 수밖에 없는 난민의 특수사정을 배려하여 원칙적으로 난민신청인이 자신이 난민임을 밝힐 증명책임을 부담하되, 그 증명의 정도를 완화시켜줌으로서 난민협약이 추구하는 인도적 정신을 행정소송법적 차원에서 구체화시켰다고 평가한다.¹¹⁾¹²⁾

2010두27448 판결에 대하여는, 난민의 요건을 인정하는 데에 중요한 근거가 되는 신청인의 진술이 다소 불일치하거나 과장된 것으로 보이더라도 그 진술 전체의 신빙성을 부정할 것이 아니라 난민의 특수성을 고려하여 전체적인 신빙성을 평가하여야 한다는 내용이라고 평가하거나,¹³⁾ 2007두3930 판결 이후에도 난민소송의 핵심인 박해의 위험성에 관한 사실인정에서 법원이 지나치게 엄격한 태도를 취하여 난민신청인에게 과도한 입증의 부담을 지움으로써 난민보호에 소극적이라는 비판이 있었는데, 2007두3930 판결에서 한 걸음 더 나아가 난민협약의 정신에 충실

11) 주진열, “출입국관리법 제2조 제2의 2호 소정의 난민의 의미”, 사법, 제6호(사법연구지원재단, 2008), 319~320면.

12) 2007두3930 판결은 ‘출입국관리법 제2조 제2의2호, 제76조의2 제1항, 난민의 지위에 관한 협약 제1조, 난민의 지위에 관한 의정서 제1조의 규정을 종합하여 보면, 법무부장관은 인종, 종교, 국적, 특정 사회집단의 구성원 신분 또는 정치적 의견을 이유로 박해를 받을 충분한 근거 있는 공포로 인해 국적국의 보호를 받을 수 없거나 국적국의 보호를 원하지 않는 대한민국 안에 있는 외국인에 대하여 그 신청이 있는 경우 난민협약이 정하는 난민으로 인정하여야 한다'고 판시하였는바, 임재홍, “출입국관리법상 난민인정행위의 법적 성격과 난민인정요건”, 행정판례연구, XV-1(한국행정판례연구회, 2010), 61~62면에서는 위 판결 이전에 논란이 있었던 난민인정행위의 법적 성질에 관하여 기속행위임을 명백히 하였다는 점에서 큰 의의가 있다고 한다.

13) 김명수, “난민소송에 관한 우리나라 법원의 현황”, 2016년 국제난민컨퍼런스 자료집 I (2016), 17면.

하고 국제적 보호수준에 맞는 사실인정의 방법과 기준을 제시함으로써 향후 전형적인 난민소송의 발전을 기대할 수 있게 하였다는 점에서 큰 의미가 있다고 평가한다.¹⁴⁾

대상판결은, 난민신청인이 박해를 받을 ‘충분한 근거가 있는 공포’가 있음을 증명할 책임이 있다고 하면서, 원심이 난민신청인인 원고가 제출한 문서의 진정성립 및 그 신빙성, 원고의 진술의 일관성과 설득력, 객관적 사실(원고가 실제로 콩고청년해방운동에 가입하였는지) 등에 관하여 충분히 심리하지 아니한 채 원고가 제출한 자료의 기재 내용을 그대로 믿어 원고를 난민에 해당된다고 판단한 것은 난민개념에 관한 법리오해 및 심리미진에 해당된다고 하였다.

우리나라는 1992. 12. 3. 난민협약과 난민의정서에 모두 가입하였는데, 난민협약과 난민의정서에는 난민인정절차에 관한 규정이나 난민인정의 전제가 되는 사실의 증명에 관련된 규정이 없다. 난민협약의 적용을 감독하는 책무를 지고 있는 유엔난민기구(UNHCR)는 1979년에 난민인정에 관계되는 공무원의 지침서로 사용되도록 하기 위하여 ‘난민지위에 관한 1951년 협약과 1967년 의정서에 의한 난민지위 인정기준 및 절차편람’(Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees)¹⁵⁾을, 1998. 12. 16. ‘난민신청에 있어서 증명책임과 증명의 정도에 관한 문서’(Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims)¹⁶⁾를 발간하였다. 한편, 유럽연합의회와 이사회는 2004. 4. 29. 난민협약의 실현과 회원국들 사이에 난민인정절차에서 공통기준의 적용 등을 목적으로 ‘국제적 보호의 수혜자로서의 제3국 국민 또는 무국적자의 자격 기준, 난민 또는 보충적 보호를 받을 사람에 대한 통일적인 지위 및 승인된 보호 내용에 대한 기준에 관한 지침’(Directive 2004/83/EU of the european parliament and of the council on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for

14) 김성수, “난민인정 요건인 ‘박해에 관한 충분한 근거가 있는 공포’의 증명과 관련하여, 박해 경험에 관한 난민신청인 진술의 신빙성을 판단하는 방법”, 대법원판례해설, 제91호(법원도서관, 2012), 107~108면.

15) 번역은 2014년 유엔난민기구 한국대표부에서 발간한 한글판에 따랐다. 1979년 발간된 것은 1992년 1월에 개정되었는데, 이하 개정된 것을 ‘유엔난민기구 편람’이라 한다.

16) 번역은 난민재판의 이해, 305면에 따랐다. 이하 ‘유엔난민기구 노트’라 한다.

subsidiary protection, and for the content of the protection granted)을 제정·시행하고 있다.¹⁷⁾¹⁸⁾ 위 유엔난민기구 편람 등은 난민협약과 같은 구속력은 없지만 난민인정절차에서 난민의 특수성을 고려한 사실인정의 일정한 원칙 및 방법을 제시한 것으로서 국제난민법의 내용이 된다.

이 글은 난민인정절차 및 난민소송의 특수성의 관점에서 ‘박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포’의 증명에 적용되는 국제난민법의 일반원칙을 일반 민사소송에서의 증명책임 및 증명의 정도와 대비하여 살펴보고, 난민소송에서의 증명책임에 근거하여 원심판결을 파기한 대상판결의 타당성에 관하여 검토해보려고 한다.

2. ‘박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포’의 의미

가. 두 가지 요소

‘박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포’의 의미에 대하여는, 유엔난민기구 편람 제37, 38항에 근거하여 ‘공포’라는 주관적 요소와 ‘충분한 근거가 있는’이라는 객관적 요소로 구성되어 있고, 난민인정에 있어서는 두 가지 요소를 모두 고려하여야 한다는 것이 전통적 견해이다.¹⁹⁾

대법원은 2007두3930 판결에서 ‘박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포’의 개념(의미)에 관하여 판시를 하지는 않았지만, 그에 관한 난민신청인의 진술의 신빙성을 판단함에 있어서 난민신청인이 주관적으로 느끼는 공포의 정도 이외에 신청인이 거주하던 지역의 정치·사회·문화적 환경과 그 지역의 통상인이 같은 상황에서 느끼는 공포의 정도를 고려하도록 판시하였는바, 2007두3930 판결의 판시가 위와 같은 전통적 견해와 어긋나지 않는다고 평가된다.²⁰⁾

17) 2011. 12. 13. DIRECTIVE 2011/95/EU로 개정되었다. 이하 2011년 개정된 것을 ‘EU지침’이라 한다.

18) 난민인정절차와 관련하여 국제난민법판사회의(IARLJ)에서 2013년 발간한 ‘유럽연합지침 하에서 난민과 보충적 보호 신청에서 신빙성 평가 - 사법적 척도와 기준’(Assessment of Credibility in Refugee and Subsidiary Protection Claims under the EU Qualification Directive-Judicial Criteria and Standards)과 유엔난민기구가 2013년 발간한 ‘증거를 넘어서 - 유럽연합 난민체계에서 신빙성 평가’(Beyond Proof - Credibility Assessment in EU Asylum Systems) 등의 문헌이 있다.

19) James C. Hathaway and Michelle Foster, *The Law of Refugee Status: Second Edition*, Cambridge University Press(2014), pp.91~92; 이러한 전통적 견해에 대하여는 ‘충분한 근거가 있는 공포’는 본래 객관적 개념이라는 입장, 이에 대하여 부정적인 입장, 절차적 기준으로서 공포를 의의를 강조하는 견해 등 비관적인 논의가 전개되었는바, 이에 관하여 자세히는 황필규, “난민지위협약상 공포의 의미”, 난민의 개념과 인정절차(서울대학교 법학연구소 공익인권법센터, 2011), 60~72면을 참조.

나. 증명의 대상으로서 '충분한 근거가 있는' 공포의 의미

1) 번역상의 문제

난민법 제2조의 '박해를 받을 수 있다고 인정할 충분한 근거가 있는 공포'는 난민협약의 'well-founded fear of being persecuted'의 번역문이다.²¹⁾ '충분한 근거가 있는 공포'라는 용어는 난민인정절차에서 증명의 문제와 관련하여 마치 박해의 가능성을 충분히 증명해야 한다거나 박해의 가능성이 충분히 높아야 한다는 오해를 불러일으키기 때문에 'well-founded'를 '합리적인 근거가 있는' 정도로 번역하는 것이 타당하다는 견해가 있다.²²⁾²³⁾

2) 비교법적 고찰

유엔난민기구 편람 제42항은 '난민신청인이 국적국으로 돌아간다면 난민협약에서 규정한 이유로 견딜 수 없게 될 것이라는 것이 상당한 정도로(to a reasonable degree) 증명이 되면 신청인의 공포는 충분한 근거가 있는 것으로 판단되어야 한다'고 기술하고 있고, 유엔난민기구 노트 제18항에서는 난민신청에 있어서 '충분한 근거'의 증명에 적용될 증명의 정도에 관하여는 영미법 국가에서 많은 판례가 집적되었는데, 그 판례들은 대개 의심을 넘어설 정도로 결정적으로(conclusively beyond doubt) 충분한 근거 있음을 증명할 것을 요구하거나 박해가 일어나지 않을 것보다 더 개연적일 것(more probable than not)을 요구하지는 않는다고 하면

20) 난민재판의 이해, 107~108면과 주진열, 전게서, 317면 및 안승훈, 전게서, 705~706면에서는 2007두3930 판결의 판시에 따르면 공포는 원칙적으로 난민신청인 개인이 주관적으로 느끼는 심리상태를 말하는 것이지만, 난민신청인 자신이 주관적인 공포를 갖고 있다고 주장하더라도 난민신청인이 살았던 지역의 정치·사회·문화적 환경에 비추어 공포를 느낄 수밖에 없는 객관적 상황이 인정되지 않거나 난민신청인이 살았던 지역에 거주하고 있는 통상인이 난민신청인과 같은 처지에 있었다면 국적국 송환 시에 박해가능성에 대한 공포를 갖고 있지 않을 것이라고 불만한 사정이 있으면 난민으로 인정되지 않을 것이라고 한다.

21) 난민협약상의 위 용어와 관련하여, 독일 난민법 제3조는 '박해에 대하여 근거가 있는 공포(begründete Furcht vor Verfolgung)', 일본 출입국관리 및 난민인정법 제2조에서는 '박해를 받을 우려가 충분히 이유가 있는 공포(迫害を受するおそれ十分に理由のある恐怖)'라는 용어를 사용하고 있다.

22) 김종철, "난민정의에 대한 한국 판례의 비판적 고찰- 합리적인 근거 있는 우려를 중심으로-", 서울국제법연구, 제21권 제2호(서울국제법연구원, 2014. 12.), 55~56면.

23) 김성수, "난민의 요건과 출입국관리법상 난민인정에 관한 검토", 난민의 개념과 인정절차(서울대학교 법학연구소 공익인권법센터, 2011), 160면 이하에서는 'fear'는 '공포심' 이외에 예측이나 가능성의 의미로 '걱정', '염려', '우려'의 의미가 있고, 난민협약상 난민의 취지에 비추어 박해의 위험에 대한 예측으로서 두려움이 강조되어야 한다는 입장에서 '박해에 대한 충분한 근거 있는 두려움'으로 번역하고 있다.

서, 충분한 근거가 있음을 보여주기 위하여는 박해가 합리적으로 가능하다(reasonably possible)는 것이 증명되어야 한다는 취지를 기술하고, 아래의 판결례를 국가별로 정리해 놓았다.²⁴⁾

미국 연방대법원은 1987년 Cardoza-Fonseca 사건에서, 미국 이민 및 국적법 제243조 (h)항에 의하여 생명 또는 자유가 위협될 수 있다는 이유로 국외추방을 제지하려는 외국인인 귀국 시에 받을 박해의 명확한 개연성(a clear probability of persecution)을 증명하여야 하지만, 같은 법 제208조 (a)항에 의한 난민신청인에게는 충분한 근거가 있는 공포의 기준(the ‘well-founded fear’ standard)이 적용되는데, 이는 객관적인 상황이 증거에 의하여 증명되는 한 그러한 상황이 필시(probably) 박해의 결과에 이른다는 것을 제시할 필요는 없고, 박해가 합리적으로 가능하다는 것으로 충분하다(it is enough that persecution is a reasonable possibility)는 의미라고 하였다.²⁵⁾ 영국 최고법원도 1987년 Sivakumaran사건에서 난민신청인이 박해에 대한 충분한 근거가 있는 공포를 가지고 있다는 것은 박해를 받을 가능성이 합리적인 정도로(a reasonable degree of likelihood that he would be so persecuted) 증명되는 것을 의미한다고 하였고,²⁶⁾ 호주에서는 1989년 Chan 사건에서 난민신청인이 귀국하여 박해를 받을 실질적인 가능성(a real chance of persecution)이 있다면 박해에 대한 공포는 근거가 있는 것이라고 하였다.²⁷⁾

3) ‘충분한 근거가 있는’ 공포의 의미

유엔난민기구 편람과 유엔난민기구 노트 및 위 미국 연방대법원의 판결 등은 ‘박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포’에서 ‘충분한 근거’의 의미를 난민신청인이 증명책임을 부담하는 박해에 관한 증명의 정도와 연결시키고 있다.

‘박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포’는 과거에 발생한 사실에 관한 것이 아니라, 발생하지 않은 가정적 사실, 즉 난민신청인이 국적국으로 귀국할 경우에 발생

24) 고기복, “난민인정절차에 있어서 입증책임에 관한 연구”, 아·태공법연구, 제12집(아세아태평양공법학회, 2004), 101~108면에 각국의 판결례가 자세히 소개되어 있다.

25) 480 U.S. 421(1987).

26) R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Sivakumaran [http://www.refworld.org/cases,GBR_HL,3ae6b67f40.html에서 검색할 수 있다. 2018. 1. 16. 방문]

27) Chan Yee Kin v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs [http://www.refworld.org/cases,AUS_HC,3ae6b70a4.html에서 검색할 수 있다. 2018. 1. 16. 방문]

할 박해로 인한 공포를 의미하는 것인데, 난민인정절차에서 난민신청인이 국적국으로부터 박해를 받을 것이라는 근거가 (양적으로) 충분히 증명되어야 한다거나, 박해를 받을 것이라는 (질적으로) 확실하고도 명백한 근거가 증명되어야 한다는 의미로 이해한다면, 난민의 인정범위가 지극히 좁게 되어 난민협약이나 난민법의 취지에 어긋나게 되고, 앞에서 본 국제적인 기준과 동떨어지게 된다.²⁸⁾

난민인정의 요건사실(증명의 대상)으로서 ‘박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포’는 박해를 받을 명백한 개연성으로 인한 것이 아니라, ‘박해를 받을 합리적 혹은 상당한 가능성에 근거한 공포’의 의미로 해석되어야 하고,²⁹⁾ ‘박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포’에서 ‘충분한 근거’는 박해를 받을 ‘합리적 또는 상당한 가능성’ 또는 박해를 예상할 수 있는 ‘합당한 또는 타당한 이유’를 의미를 하는 것으로 이해하여야 한다.³⁰⁾

다. ‘박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포’를 인정하기 위한 간접사실

1) 일반조항으로서 ‘박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포’의 증명

난민인정의 요건사실로서 ‘박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포’를 ‘박해를 받을 합리적(상당한, 합당한, 타당한) 가능성에 근거한 공포’라는 의미로 이해하더라도, ‘합리적 혹은 상당한 가능성’과 관련하여는 권리남용, 정당한 사유, 과실 등과 마찬가지로 일반적·추상적으로 정해진 일반조항으로 취급될 수밖에 없다.³¹⁾ 난민

28) 주진열, 전게서(각주 11), 318면에서도 난민협약의 교섭과정을 보더라도 충분한 근거는 난민신청인이 박해를 두려워하는 ‘합당한 이유’를 의미한다고 한다.

29) 김성수, 앞의 글, 167면에서는 난민에 대한 국제적 보호의 필요성을 불러일으키는 박해의 가능성은 가공의, 꾸며진 위협이 아닌 실제적이고, 합리적인 가능성이면 충분하다고 한다.; 고기복, 앞의 글, 108면에서도 난민신청인은 박해를 받을 개연성이 받지 않을 개연성보다 높다는 것을 증명할 필요가 없고, 박해가 현실화하는 확실성이나 명백하게 현실화하는 개연성을 증명할 필요도 없다고 한다.

30) James C. Hathaway and Michelle Foster, op. cit., p.114에서는 ‘현실적’(real) 또는 ‘실질적’(substantial) 이라는 것은 ‘환상적’(fanciful) 이거나, ‘있을 법하지 않은’(remote) 것이 아니라는 의미이고, 난민인정 결정자는 ‘확실한 위험’(a clear risk)을 확인할 필요가 없으며, 가정적인 위험 발생이 사소하더라도 식별할 수 있다면(slight, though discernible) 충분한 근거가 있는 공포에 해당되고, 박해를 받을 예상 또는 위험이 순수한 추측(sheer speculation)이거나, 그럴 듯함에 지나지 않거나(no more than plausible), 단순히 아주 희박한 가능성(only a bare possibility)이 있는 정도이거나, 고려하지 않아도 될 정도로 사소한(so slight that it could be discounted) 정도인 경우에는 ‘충분한 근거가 있는 공포’에 해당되지 않는다고 설명한다.

31) 주관적이고 정서적 요소인 공포가 상당한 가능성, 합리적 이유 등 객관적 요소에 의해서 뒷받침되어야 한다는 점에서, 평가개념이 아니라 사회적·역사적 개념으로 취급되는 선의, 악의 등과는 차이가 있다.

인정의 법률요건으로서 불확정 개념인 ‘박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포’의 존재 여부는 난민신청인의 진술과 증거조사결과에서 인정되는 구체적인 사실이 난민신청인이 귀국 후에 박해를 받을 것이라고 예상하는 것에 대한 ‘합리적 혹은 상당한’ 근거가 될 수 있는지에 관한 규범적 평가를 거쳐 판단할 수밖에 없다.³²⁾

2) 구체적으로 증명되어야 할 사실

UNHCR문서 제8항, 제19항, 제20항 등을 참고하면, 난민인정절차에서 ‘박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포’와 관련하여 증명되어야 할 사실은 난민신청인에게 박해에 대한 공포를 야기했고 그에 따라 국적국의 보호를 받기를 원하지 않게 만들었던 개인적인 경험과 배경에 관한 사실이고, 충분한 근거가 있는 공포에 대한 평가는 국적국 상황과 관련된 요소 및 난민신청인의 개인적 환경에 관하여 인정된 사실을 기초로 하여야 하는데, 신청인의 개인적인 환경에는 신청인의 배경, 경험, 개인적인 특성과 그 밖에 신청인을 박해에 빠뜨릴 수 있는 개인적인 요소들, 특히 신청인이 이전에 당한 박해의 경험, 신청인과 비슷한 상황에 있는 사람들이나 신청인의 친구, 친척의 경험이 이와 관련하여 고려해야 할 의미 있는 요소가 된다. 국적국의 상황과 관련한 의미 있는 요소들은 일반적인 사회·정치적 조건, 그 국가의 인권 상황 및 기록, 그 국가의 법률, 박해를 하는 기관의 정책 또는 관행, 특히 신청인과 비슷한 사람들에 대한 정책 또는 관행 등이 된다.³³⁾

32) 황필규, “난민의 지위에 관한 협약상 충분한 근거가 있는 공포”, 박사학위논문, 서울대학교(2010), 91면에서는 ‘충분한 근거가 있는 공포’의 개념 자체는 미래 예측적 성격을 가지기 때문에 이를 직접 증명할 길이 없고 결국 간접사실에 대한 증거가 제시되고, 그 증거를 바탕으로 개별 사실의 존재에 대한 확정과 확정된 간접사실들에 의하여 주요사실인 ‘충분한 근거가 있는 공포’의 존재를 추론하고, 그 박해가능성의 정도를 평가하여 그 요건이 충족되었는지 여부를 최종적으로 확정하게 된다고 한다.

33) EU지침 제4조 제2항은 신청인이 제출하여야 자르는 ‘신청인의 진술서, 그리고 신청인의 나이, 배경, 가까운 친인척 정보, 신원, 국적(들), 이전에 거주했던 국가(들) 및 장소(들), 과거 난민 신청, 여행경로, 여행 서류, 국제적 보호를 요청하는 이유에 관한 모든 서류를 포함 한다’고 규정하고, 제3항은 ‘국제적 보호의 신청에 대한 평가는 개별적으로 다음 사항을 고려하여 이행되어야 한다’고 하면서 고려할 사항으로서는 ‘(a) 신청에 대한 결정할 당시 국적국의 법과 규정 및 그 적용방식을 포함하여 국적국과 관련된 모든 관련 사실들, (b) 신청인이 박해나 중대한 위해를 받았었는지 또는 받을 수 있는지에 관한 정보를 포함하여 신청인에 의하여 제시된 관련 진술과 서류들, (c) 신청인의 개인적 환경에 근거하여 신청인이 겪어왔거나 겪을 수도 있었던 행위들이 박해 또는 중대한 위해에 이를 수 있는지를 평가하기 위하여 배경, 성별, 나이 등의 요소를 포함한 신청인 개인적 지위와 인적 환경, (d) 신청인이 국적국으로 귀국하였을 경우에 박해 또는 중대한 위해를 입게 할 행위들을 평가하기 위하여, 신청인이 국적국을 떠난 이후에 한 행위들이 국제적 보호의 신청을 위하

3. ‘박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포’에 관한 증명의 정도

가. 엄격하지 않은 증명의 기준

유엔난민기구 편람 제197항은 ‘난민신청인이 처해 있는 특별한 상황에 기인하는 증명의 어려움을 고려할 때 난민인정과 관련된 증거의 요건(the requirement of evidence)을 너무 엄격하게 적용하여서는 안 된다’고 하면서, 그와 같이 증거가 부족할 수 있다는 점을 양해한다고 하여 신청인의 전체적인 진술과 일치하지 않고 증명되지 않은 진술까지 반드시 진실로 받아들여져야 함을 의미하는 것은 아니라고 기술하고 있다.

아래에서는 국제난민법상으로 난민인정절차 및 난민소송에서 난민인정의 요건인 ‘박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포’에 관하여 허용되는 증명의 정도를 일반 민사소송에서의 증명의 정도와 비교하여 살펴본다.

나. 일반 민사소송에서 증명의 정도

1) 자유심증주의와 증명의 정도에 관한 국내 통설적 입장

민사소송법은 제202조에서 자유심증주의라는 제목 하에 ‘법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 참작하여 자유로운 심증으로 사회정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따라 사실주장이 진실한지 아닌지를 판단한다’고 규정하고 있는바, 민사소송법 교과서에서는 대체로 자유심증주의와 관련하여 증명의 정도를 설명하고 있다. 통상 민사소송에서 법관이 어떤 사실을 인정하기 위해서는 그 사실의 진실에 관한 ‘확신’이 필요하고, 그 확신은 의심을 완전히 배제할 수는 없지만, 의심에 침묵을 명할 수 있을 정도의 정확성, 즉 통상인이 일상생활에서 진실하다고 믿고 의심하지 않을 정도의 ‘고도의 개연성’을 의미하며, 이는 모든 증거를 검토하여 심증팔구까지는 확실하다는 확신에 이르는 것을 의미하는데, 어떤 사실에 대한 증명은 그러한 고도의 개연성을 증명하는 것이라고 설명하는 것³⁴⁾이다수설의 입장이라고 할 수 있다.³⁵⁾ 이에 대하여 민사소송에서 증명의 정도를 확

여 필요한 조건을 만들어 낼 유일하거나 중요한 목적에 관련된 것인지, (e) 신청인이 시민권을 주장할 수 있는 다른 국가의 보호를 합리적으로 기대할 수 있는지 여부’를 규정하고 있다.

34) 이시윤, 신민사소송법, 제9판(박영사, 2015), 527~528면.

35) 오용호, “민사소송에 있어서의 입증의 정도와 개연성에 관한 이론(상)”, 인권과 정의, 제165호(대한변호사협회, 1990), 101면; 김능환/민일영 편집대표, 주석 민사소송법 III, 제7판(한국사법행정학회, 2012), 204면에서는 ‘민사소송에서 사실의 증명은 특별한 사정이 없

신에 가까운 개연성이라고 보는 것은 필연적으로 증명책임을 부담하는 당사자의 상대방을 보다 유리한 지위에 서도록 함으로써 결과적으로 증명책임을 부담하지 않는 당사자의 이익을 증명책임을 부담하는 당사자의 이익보다 훨씬 높이 평가하고 강하게 보호하게 되는데, 실체법에서는 증명책임을 부담하지 않는 당사자를 일반적으로 유리한 지위에 서도록 하는 것이 입법자의 의사임을 시사하는 규정을 찾아볼 수 없으므로 사실관계의 확정은 원칙적으로 우세한 개연성에 따라 이루어져야만 한다는 견해³⁶⁾도 있고, 고도의 개연성을 증명책임 부담자에게 요구하는 것은 무리이나 무조건 증거의 우월이론에 터잡아 증명의 수준을 개연성 정도로 낮추는 것도 불합리하므로 증명책임 부담자가 제출한 증거와 변론 전체의 취지만을 종합했을 때는 주장을 믿을 만한 고도의 개연성이 인정되지만 상대방의 증거까지 종합해서 볼 때에는 합리적인 의심의 여지가 있을 수 있는 정도의 증명의 우월을 요구하는 것이 바람직하다는 견해³⁷⁾도 있다.³⁸⁾

는 한 경험칙에 비추어 모든 증거를 종합 검토하여 어떠한 사실이 있었다는 점을 시인할 수 있는 고도의 개연성을 증명하는 것이고, 그 판정은 통상인이라면 의심을 품지 않을 정도일 것을 필요로 한다'고 설명하고, 호문혁, 민사소송법, 제11판(법문사, 2013), 510면에서는 '법관이 사실을 인정함에는 확신에 따라 심증을 형성하여야 하고, 여기서 확신이란 합은 고도의 개연성의 믿음, 심증판구의 확신, 실제 생활에 적용될 수 있는 정도의 정확성, 의심에 침묵을 명할 수 있을 정도의 확실성을 말한다'고 설명한다.

36) 오용호, “민사소송에서 입증의 정도”, 사법논집, 제15집(법원행정처, 1984), 226면; 정동윤/유병현/김경옥, 민사소송법, 제6판(법문사, 2017), 546면도 심증형성의 정도는 증거의 우월로 족하다는 취지이다; 오석락, 신판 입증책임론(박영사, 1995), 232~240면에서는 민사소송에서는 형사소송과 달리 합리적 의심의 여지가 없는 정도보다는 낮은 이른바 증거의 우월로서 족하다고 하면서, 우리 민사소송법은 증명과 소명을 구별하고 있고 60% 이상의 심증을 얻을 수 있는 경우라야 비로소 소명이 있다고 할 수 있게 되므로 증거의 우월에 의한 증명이 있다고 하려면 적어도 70% 이상의 심증을 얻어야 한다고 하고, 증명의 정도를 수치화할 경우 증거의 우월에 의한 증명의 정도를 70~80% 또는 80%로 보는 일본 학자들의 견해를 소개한다.

37) 한충수, 민사소송법(박영사, 2016), 439면.

38) 난민재판의 이해, 73~74면에는 2007두3930 판결에 관하여 ‘합리적 가능성의 원칙(reasonable possibility rule)’을 채용한 것으로 평가된다고 하면서, “일반 민사소송이나 행정소송에 있어서는 이른바 ‘우세한 증거의 원칙(preponderance of the evidence)’이 적용되어 사실이 존재할 가능성이 존재하지 않을 가능성보다 큰 정도, 즉 50% 이상을 요구하지만, 난민소송에서는 합리적 가능성의 원칙이 적용되어 50% 미만이라도 합리적으로 생각할 때 그럴듯하다는 정도이면 증명이 된 것으로 본다는 점, 그리고 난민의 특성에 비추어 객관적인 증거에 의하여 증명하도록 요구할 수 없기 때문에 당사자본인의 진술이 주된 증거방법이 되고 그 증명력을 판단함에 있어 어떤 요소를 고려하여야 하는지 선언하였다는 점에서 큰 의미가 있다”고 기술하고 있는바, 우리 민사소송이나 행정소송에서 일반적으로 ‘우세한 증거의 원칙(preponderance of the evidence)’이 적용된다는 취지라면 위 기술은 잘못된 것이다.

2) 판례

대법원은 1960. 3. 31. 선고 4292민상247 판결에서 사실인정을 ‘고도의 개연성에 대한 확신’이라고 판시하였고, 1990. 6. 26. 선고 89다카7730 판결에서 인과관계의 존재에 관하여 ‘민사소송에 있어서의 인과관계의 입증은 추호의 의혹도 있어서는 아니 되는 자연과학적 증명은 아니고 경험칙에 비추어 모든 증거를 종합 검토하여 어떠한 사실이 어떠한 결과발생을 초래하였다고 시인할 수 있는 고도의 개연성을 증명하는 것이며 그 판정은 통상인이라면 의심을 품지 아니할 정도로 진실성의 확신을 가질 수 있는 것임이 필요하고 또 그것으로 족하다 할 것이다’고 판시하였으며, 1999. 8. 24. 선고 99다27293 판결에서는 장래 일실수익의 증가와 관련하여 고도의 개연성이 있는 경우에는 고려하여야 한다고 하였다. 또 2000. 6. 27. 선고 2000다17346 판결에서는 채권자취소소송에서 장래 발생할 채권이 피보전채권이 되기 위해서는 가까운 장래에 채권이 발생하리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있어야 한다고 하였고, 2010. 10. 28. 선고 2008다6755 판결에서는 ‘민사소송에서 사실의 입증은 추호의 의혹도 있어서는 아니 되는 자연과학적 증명은 아니나, 특별한 사정이 없는 한 경험칙에 비추어 모든 증거를 종합 검토하여 어떠한 사실이 있었다는 점을 시인할 수 있는 고도의 개연성을 증명하는 것이고, 그 판정은 통상인이라면 의심을 품지 않을 정도일 것을 필요로 한다’고 하였으며, 2016. 11. 24. 선고 2015두54759 판결에서는 행정소송에서의 사실의 증명에 관하여도 동일한 판시를 하였다.³⁹⁾

한편, 대법원은 1980년대부터 불법행위로 인한 손해배상소송에서 장래 얻을 수 있는 소득액의 증명과 관련하여는 증명의 정도를 완화하여 왔는데, 대법원 1986. 3. 25. 선고 85다카538 판결에서는 ‘향후의 예상소득에 관한 증명에 있어서 그 증명도는 과거 사실에 대한 증명에 있어서의 증명도 보다 이를 경감하여 피해자가 현실적으로 얻을 수 있을 구체적이고 확실한 소득의 증명이 아니라, 합리성과 객관성을 잃지 않는 범위 내에서의 상당한 개연성이 있는 소득의 증명으로서 족하다’고 하면서, 법원의 석명권행사와 증명촉구의 노력에도 불구하고 향후소득의 예측이 불가능한 경우에는 법원은 합리적이고 객관성 있는 노동능력상실율(수익상실율)을 가

39) 박찬주, “자유심증에 대한 새로운 이해”, 법학논총, 제14집 제1호(조선대학교 법학연구원, 2007), 39면에서는 민사소송에서 고도의 개연성이 존재하지 않는다는 이유로 요증사실에 대하여 증명이 없다고 하는 것은 증명책임을 부담하지 아니하는 자를 지나치게 보호하는 것이고, 이것은 위헌적 사법운영이라고 비판한다.

려낼 수 있는 한 직권으로 이를 적용하여서라도 일실이익을 산정하여야 할 것이며 향후소득의 예측이 불가능하다고 하여 바로 원고의 청구를 배척하여서는 안 된다고 하였다.⁴⁰⁾⁴¹⁾ 이러한 대법원판례에 대하여는 불법행위소송에 있어서 향후의 일실수익에 대한 증명의 정도를 다른 민사소송에 있어서의 증명의 정도와 똑같다고 보아 온 종전 판례의 태도를 근본적으로 변경하는 것이라고 하면서, 장래의 일실수익에 대한 증명의 정도를 통상의 민사소송에 있어서의 증명의 정도와 다르게 ‘개연성’으로 보는 경우에는 피해자가 장래에 그와 같은 수익을 얻을 것이라는 사실이 그렇지 않을 것 보다 더 개연적일 때에는 그 증명의 정도에 이르렀다고 할 것이라는 견해⁴²⁾가 있다.

3) 비교법적 고찰

가) 미국⁴³⁾

영미법에서는 증명의 정도와 관련하여, 민사사건에 대한 기본적인 증명의 정도

-
- 40) 대법원 1986. 3. 25. 선고 85다카538 판결, 대법원 2016. 9. 30. 선고 2015다19117, 19124 판결 등도 같은 취지이다; 대법원은 공해소송에서의 인과관계의 증명과 관련하여 1974. 12. 10 선고 72다1774 판결에서 ‘공해로 인한 손해배상청구소송에 있어도 가해행위와 손해발생 사이에 있어야 할 인과관계의 증명에 관하여도 이른바 개연성이론이 대두되어 대소 간에 그 이론이 사실인정에 작용하고 있음을 부인할 수 없는 추세에 있다고 하겠다. 개연성이론 그 자체가 확고하게 정립되어 있다고는 할 수 없으나 결론적으로 말하면 공해로 인한 불법행위에 있어서의 인과관계에 관하여 당해 행위가 없었더라면 결과가 발생하지 아니 하였으리라는 정도의 개연성이 있으면 그로써 족하다는 다시 말하면 침해행위와 손해와의 사이에 인과관계가 존재하는 상당정도의 가능성이 있다는 입증을 함으로써 족하고 가해자는 이에 대한 반증을 한 경우에만 인과관계를 부정할 수 있다고 하는 것으로 이는 손해배상을 청구하는 원고에 입증책임이 있다는 종래의 입증책임 원칙을 유지하면서 다만 피해자의 입증의 범위를 완화 내지 경감하는 반면 가해자의 반증의 범위를 확대하는 것을 그 골자로 하고 있는 것으로 이해된다. 무릇 불법행위로 인한 손해배상에 있어서 불법행위의 성립요건으로서의 인과관계는 현실로 발생한 손해를 누구에게 배상책임을 지울 것인가를 가리기 위한 개념이므로 자연과학의 분야에서 말하는 인과관계가 아니라 법관의 자유심증에 터 잡아 얻어지는 확신에 의하여 인정되는 인과관계를 말한다 할 것인데 이런 확신은 통상인이 일상생활에 있어서 그 정도의 판단을 얻을 때는 의심을 품지 않고 안심하고 행동할 것이라는 정도를 일컬어 말함이니 이런 관점에서 볼 때 개연성이론을 수긍할 할 바 아니다’고 하였는바, 위 판시는 증명의 대상으로서 인과관계의 내용에 관한 것이지, 인과관계에 관한 증명의 정도를 완화한 판시라고 것이라고 보기는 어렵다고 생각한다.
- 41) 2016. 3. 29. 신설된 민사소송법 제202조의2는 ‘손해가 발생한 사실은 인정되나 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 매우 어려운 경우에 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 의하여 인정되는 모든 사정을 종합하여 상당하다고 인정되는 금액을 손해배상 액수로 정할 수 있다’고 규정하고 있다.
- 42) 오용호, “일실수익과 그 입증의 정도”, 법조, 제38권 제2호(법조협회, 1989), 42~44면.
- 43) 아래의 기술은 오용호, 전제서(각주 36), 219~222면과 설민수, “민사·형사재판에서의 입증의 정도에 대한 비교법적·실증적 접근”, 인권과 정의, 제388호(대한변호사협회, 2008. 12.), 81~87면의 내용을 요약한 것이다.

인 ‘증거의 우위’(preponderance of the evidence), 형사소송에서의 증명의 정도로서 ‘합리적 의심을 초월하는 증명’(proof beyond a reasonable doubt)과 일정한 특수 민사사건에 있어서 요구되는 것으로서 일반적인 증명의 정도와 형사소송의 증명의 정도의 중간에 위치한 ‘명백하고도 설득력 있는 증거에 의한 증명’(clear and convincing evidence)이라는 개념을 발전시켜 왔다.

미국에서 민사사건에 대한 기본적인 증명의 정도는 ‘증거의 우위’인데, 이는 ‘개연성의 우월’(preponderance of probability)이라고도 일컬어지고, 증거에 비추어 주장된 사실이 존재할 가능성이 그렇지 않을 가능성보다 높다(more likely than not 또는 more probable than not)는 의미이다. 이는 일반적으로 모든 민사사건에 적용되기 때문에, 법률에서 증거의 우위를 넘어 상당한 정도의 증명이 필요하다고 언급한 경우에도 위 언급은 당해 조항에 그치는 것으로 해석된다고 한다.⁴⁴⁾ ‘명백하고도 설득력 있는 증거에 의한 증명’은 주장사실이 진실일 가능성이 아주 높다는 확신(firm belief or conviction of truth)을 사실판단자에게 줄 수 있는 정도에 이르러야 한다. ‘명백하고도 설득력 있는 증거에 의한 증명’을 필요로 하는 영역은 대체로 헌법적 신체의 자유나 언론의 자유와 같은 권리의 보호영역이다.⁴⁵⁾⁴⁶⁾

형사사건에서는 ‘합리적 의심의 여지가 없는 증명’(beyond reasonable doubt)을 요구되는데, 그 구체적인 기준, 즉 합리적인 의심이 무엇인지에 관하여 통일된 견해나 판례는 없다.⁴⁷⁾

44) 오용호, 전게서(각주 36), 220면에서는 ‘입증정도설은 개연성의 우월이라는 증명의 정도는 사실관계의 존재를 확정하는 것이 잘못됨으로 인한 손실과 사실관계의 존재를 불확정하는 것이 잘못됨으로 인한 손실이 동일하다는 것을 그 이론적 근거로 삼고 있다’고 한다.

45) 설민수, 전게서, 83~84면에서는 법원이 명백하고도 설득력 있는 증거에 의한 증명을 필요로 하는 것으로 인정한 영역으로는 정신질환자에 대한 부정기간 강제입원을 명하는 경우에 그 필요성, 부모에 대한 친권의 박탈, 출판업자의 명예훼손적 출판물에서 악의적 의도 등이 이에 속하고, 일종의 상대방에 대한 법률상의 권리 추정이 존재하는 영역, 즉 이미 등록된 특허권의 무효에 대한 증명, 추방대상자가 적법하게 입국하였음을 증명하였을 때 추방의 필요성, 취득시효를 주장하는 경우 점유의 공개·명백성 등이 이에 속한다고 한다.

46) 권혁재, “미국 민사증거법상 증명책임과 증거제한에 관한 일고찰”, 법학논고, 제19집(경북대학교 법학연구소, 2003.), 55~56면에서는 ‘민사소송에서 설득의 정도’라고 설명하면서, 각 원칙들은 각 증거의 신빙성의 정도에 관한 고려와 사실관계 판단자의 심증형성에 작용하는 설득적 효과를 동시에 고려한 것으로 이해할 수 있다고 한다.

47) 오용호, 전게서(각주 36), 220면에서는 형사소송에서의 증명의 정도는 독일법에서의 일반적인 증명의 정도, 즉 확신에 가까운 개연성과 다르지 않다고 한다.

나) 독일48)

독일에서는 자유심증주의에 관한 민사소송법 제286조의 해석론과 관련하여 ‘증명의 정도’(증명도, Beweismaß)가 논의되고, 증명의 정도와 관련하여 확신(Überzeugung), 개연성(Wahrscheinlichkeit), 진실(Wahrheit), 확실(Gewissheit) 등의 용어가 사용되는데, 그 개념이 불분명한 상황이다. 법관의 확신(Überzeugung)에 의한 사실의 확정을 증명의 목표라고 할 때, 이러한 확신이 객관적 요소의 표지인가, 주관적 요소의 표지인가, 또 그 확신의 척도(기준)가 진실인가, 고도의 개연성(sehr hohe Wahrscheinlichkeit)인가 등의 문제가 오랫동안 논쟁의 대상이 되어 왔다.

BGH는 유명한 Anastasia판결에서 ‘법률은 모든 의심으로부터 자유로운 확신(Überzeugung)을 전제하지는 않는다. 다른 의심 또는 다른 주장이 성공을 하더라도 재판을 하는 판사 자신의 확신이 중요하다. 판사는 사실에 관한 문제에 대하여 의문이 있는 사안에서 의심을 완전히 배제하지는 않더라도 그것을 침묵하게 할 수 있는, 실제 생활에서 사용할 수 있는 확실(Gewissheit)의 정도에 만족하여야 한다’고 하였다.

독일의 통설은 일반적인(보통의) 증명도에 관하여 독일 민사소송법 제286조에 근거하여 법관의 확신에 대하여 매우 높은 수준을 요구하고, 법관이 단지 우월한 개연성(überwiegende Wahrscheinlichkeit)으로 만족하거나, 증명도를 개개 사건의 구체적인 사정에 따라 선택하는 것 역시 허용되지 않다고 한다.

한편, 독일 민사소송법 제286조에 근거한 일반적인 증명도에 대한 예외로서는 법률에서 소명(Glaubhaftmachung)을 요구하고 있는 경우, 독일 민사소송법 제287조에 의한 손해산정의 경우, 제조물책임법 등과 같이 실체법에 의한 증명책임의 전환 등이 거론된다.

48) 아래의 기술은 반홍식, “민사소송법에 있어서 증명도”, 민사소송, 제18권 제2호(한국민사소송법학회, 2014. 11.), 179~220면과 오용호, 전게서(각주 36), 216~218면 및 Wolfgang Krüger·Thomas Rauscher(Hrsg.), *Münchener Kommentar Zivilprozessordnung* Band 1, 4.Aufl., Verlag C.H. Beck München(2013), SS.1777~1782의 내용을 참고하여 정리하였다.

다) 일본⁴⁹⁾

일본에서도 민사소송에 있어서 증명의 정도는 독일 및 우리나라와 마찬가지로 자유심증주의에 관한 일본 민사소송법 제247조와 관련하여 논의된다.

일본 최고재판소 1975(昭和 50). 10. 24. 판결은 ‘소송상의 인과관계의 증명한 점의 의심도 허용하지 않는 자연과학적증명이 아니라 경험칙에 비추어 전체 증거를 종합·검토하여 특정한 사실이 특정한 결과발생을 초래한 관계를 시인할 수 있는 고도의 개연성을 증명하는 것이며, 그 판정은 통상인이 의심을 품지 않을 정도로 진실성의 확신을 가질 수 있는 것임을 필요로 하고, 또한 그것으로서 충분하다’고 하였고, 통설도 증명도는 쟁점사실에 관한 고도의 개연성의 존재를 증명하여 법관이 그러한 인식을 할 수 있는 데에 성공한 정도라고 한다.

한편, 소수설로서 민사소송에서 증명도는 증거의 우월로 충분하다고 하는 ‘증거의 우월설’, 실제적 진실발견의 요청과 조화를 위하여 상당한 개연성을 가지는 증명도가 되어야 한다는 ‘우월적 개연성설’, 공해소송, 의료소송 등 특정의 영역에서는 일정의 개연성으로 족하다는 ‘개연성설’, 일반적으로는 고도의 개연성이 있는 명백하고 설득적인 증명이 요구되지만, 예외적인 사건유형에 관하여는 증거의 우월로 충분하다는 견해 등이 있다.

다. 난민소송에서 증명의 정도에 관한 비교법적 고찰

1) 미국

미국 연방법원은 앞에서 본 것처럼 1987년 Cardoza-Fonseca 사건에서, 이민판사와 이민국이 난민사건에서 ‘증거의 우위’의 기준(more likely than not standard of proof)을 적용한 것은 잘못이고, 그보다 더 관대하게 여겨질 수 있는 ‘충분한 근거가 있는 공포’의 기준(the ‘well-founded fear’ standard)을 적용했어야 한다고 하였다.⁵⁰⁾

49) 아래의 기술은 秋山幹男 外, *コンメンタル 民事訴訟法 V* (日本評論社, 2014), 69面の 내용을 정리한 것이다.

50) Karen Musalo/Jennifer Moore/Richard A. Boswell, *Refugee Law and Policy - A comparative and international approach*, Carolina Academic Press(2007), p.208에서는 위 판결은 증명의 정도와 증명의 대상의 문제를 구분하지 않았고, 이민사건과 난민사건에서의 박해의 가능성에 대한 상대적 기준을 명확히 한 것일 뿐, 증명의 정도에 관한 설명은 하지 않은 것이라고 한다.

2) 영국

영국에서는 2003년 이후 난민인정절차의 개선을 위한 정책을 시행해오면서 2009. 11. 19. 난민정책지침(Asylum Policy Instruction: API)을 제정하였는데, 그 중에 ‘충분한 근거가 있는 공포’에 관한 사실인정과 관련한 내용에서는 ‘난민인정기관이 과거의 사실을 배제하기 위해서는 그 사실이 존재하지 않았다는 것에 대하여 의심이 없는 상태이어야 한다’고 하면서, ‘난민인정기관이 어떠한 믿음이라도 부여할 수 없는 사실만이 난민신청의 전체적인 고려에서 오류 없이 배제될 수 있다’고 한다. 또 난민신청인이 국적국에서 박해를 받을 것인지 아닌지를 난민인정기관이 확신을 가지고 판단할 수 있는 것은 전혀 불가능하다고 하면서, 이 과정에서는 ‘합리적인 예상(reasonable likelihood)의 기준’이 적용되고, 50% 이상의 증명도를 요하는 개연성의 균형(balance of probability) 기준⁵¹⁾은 적용되지 않는다고 하면서, 출신국 정보에 의하여 신청인이 국적국에서 박해 또는 중대한 위해를 직면할 것에 대한 합리적인 예상이 계속되는 경우에는 통상 난민으로 인정하여야 하고, 신청인이 과거에 박해 또는 중대한 위해를 받았거나 또는 위협을 받은 사실은 그러한 박해 또는 위해가 다시 발생할 중대한 지표로 될 수 있다고 한다.⁵²⁾

3) 독일

독일 난민법 제3조 제1항은 외국인이 인종, 종교, 국적, 정치적 확신 또는 특정 사회집단의 구성원이라는 이유로 박해를 받을 근거가 있는 공포(begründete Furcht vor Verfolgung)로 인하여 국적국의 밖에 있는 외국인이 국적국의 보호를 받을 수 없거나 보호를 받으려고 하지 않거나, 무국적자로서 종전의 주거지에 돌아갈 수 없거나 돌아가려고 하지 않는 때에는 난민협약에 따른 난민이 된다고 규정하고 있는데, 독일에서도 난민인정절차에서 박해에 대한 ‘근거가 있는 공포’의 개념이 중요하게 다루어진다.

종래 독일 연방행정법원은 ‘근거가 있는 공포’에 관한 개연성과 관련하여, 난민신청인이 국적국에서 박해를 받고 출국을 하였는지, 박해를 받지 않고 독일에 도착하였는지에 따라 다른 기준을 적용해왔었다. 즉, 과거에 박해를 받은 경험이 없이 출국한 난민신청인에 대하여는 귀국 시에 박해를 받을 우려에 관하여 ‘상당한 개연

51) 영국에서 ‘증거의 우위의 기준’과 동일한 의미로 사용된다.

52) 難波滿, “事實の立證め關する國際難民法の解釋適用のあり方に關する一考察”, 日本における難民訴訟の發展と現在 (現代人文社, 2010), 234~235面.

성'(beachtlicher Wahrscheinlichkeit)의 기준을 적용하였고, 국적국에서 박해를 받고 출국한 난민신청인에 대하여는 소위 경감된 예측기준을 적용하여 그가 박해로부터 충분히 안전하지 않을 때, 즉 충분한 개연성의 기준에 의하여 박해를 배제할 수 없을 때 난민으로 보호하였다.⁵³⁾

종래 출국 전에 박해를 받았던 난민신청인에게 적용되었던 기준은 EU지침 제4조 제4항⁵⁴⁾에 의하여 대체되었는데, EU지침 제4조 제4항은 추정에 의하여 박해를 받았던 자 또는 피해자를 우대한다. 이는 반증이 없는 한 난민신청인이 이미 박해를 받았었거나, 중대한 위해를 받았었거나, 그러한 박해 또는 위해와 관련하여 직접적으로 위협을 받았다는 사실은 난민신청인의 박해에 대한 공포가 근거가 있고, 난민신청인이 위해를 받을 사실상 위험에 처해있다는 사정에 대한 중대한 표지가 되기 때문이라고 한다.⁵⁵⁾ 이전에 박해를 받고 출국을 한 난민신청인에게 적용된 '박해로부터 충분한 안전'(die hinreichende Sicherheit vor Verfolgung)의 기준은 새로운 박해의 개연성이 우세하거나 상당한 정도가 아니라, 경미한 개연성의 정도로도 충분하다고 한다. 이러한 경감된 기준에 따르면 박해에 대한 안전에 관하여 의문이 있는 때에는 보호의 필요가 존재하게 된다. 집적된 독일 연방행정법원의 판례에 따르면 '상당한 개연성'의 기준은 종합적 평가에 의하여 박해를 예상할 수 있는 사정이 박해를 예상할 수 없는 사정보다 우세할 것을 요구한다. 근거가 있는 공포에 관한 판단을 위하여 독일 연방행정법원이 적용해왔던 '상당한 개연성'의 심사기준은 영미국가의 개연성이론(probabilities-Ansatz)과의 균형을 맞추는 의미에서 '우월한 개연성'(überwiegende Wahrscheinlichkeit)로서, 'harm more likely than not'의 의미로 오해되거나, 실무에서는 박해를 받을 사정의 우월(Überwiegen der für eine Verfolgung sprechenden Umstände)을 의미하는 것으로서 수학적으로 50%를 초과하는 정도의 특정한 기준으로 오해되기도 한다. 그러나 독일 연방

53) Bergmann/Dienelt, *Ausländerrecht*, 11.Auflage, C.H.BECK(2016), S.1140.

54) 4. The fact that an applicant has already been subject to persecution or serious harm, or to direct threats of such persecution or such harm, is a serious indication of the applicant's well-founded fear of persecution or real risk of suffering serious harm, unless there are good reasons to consider that such persecution or serious harm will not be repeated.(난민신청인이 이미 박해 또는 중대한 위해를 받았거나 그에 대한 직접적 위협이 있었다는 사실은 박해에 대한 충분한 근거가 있는 공포 또는 중대한 위해를 당할 실질적 위험에 대한 중대한 지표이다. 단, 박해나 중대한 위해가 앞으로 반복되지 않을 것이라는 것을 고려하는 데에 합리적 근거가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.)

55) Bergmann/Dienelt, a.a.O., SS.1140~1141.

행정법원은 상당한 개연성의 개념을 수학적 또는 통계적으로 사용한 것이 아니라 법학적인 개념으로 사용하였고, 예상할 수 있는 박해의 발생과 그 의미의 중요성을 검토하는 데에는 질적인 고려방법이 사용되어야 한다고 밝혀왔다. 독일 연방행정법원이 사용하는 개연성개념에 대하여는 진정한 난민을 구별하는 데에 있어서 개념적으로 명확하지 못하다는 점과 인도주의적 필요의 전제(presumption of humanitarian need)에서 난민신청인에게 적용되는 유리한 증명규정을 배제하고 있다는 것을 문제점으로 지적하는 견해도 있다.⁵⁶⁾ 학계에서는 개연성기준의 불명확성을 없애기 위한 새로운 방향으로서 박해에 대한 실질적인 가능성(reale Möglichkeit)의 개념을 사용할 것을 권하는 견해도 있다.⁵⁷⁾

4) 일본

일본 출입국관리 및 난민인정법 제2조의 ‘박해를 받을 우려(おそれ)가 충분히 이 유가 있는 공포’에 관하여 일본의 법원은 일반적으로, 난민신청인이 박해를 받을 우려가 있다는 데에 대하여 공포를 가지고 있다는 주관적 사정 이외에 통상인이 난민신청인의 입장에 처했을 경우에 박해의 공포를 가지는 것과 같은 객관적인 사정이 존재할 필요가 있다고 해석한다. 일본 법무성은 현재 소추를 당하였는지, 또는 이미 체포되었는지 등의 사정에 의하여 장래 소추될 것이라는 우려가 있는 등, 개별적 구체적으로 박해를 받을 우려를 포함하는 객관적인 사정이 존재하는 것이 필요하다는 입장이고, 법원에 따라서는 ‘박해를 받을 우려’는 장래의 예측이 아니라 확실성이 있을 것을 요구하면서, 개별 사정에 근거하지 않으면 안 된다고 하는 판결례도 있다.⁵⁸⁾

56) Berlitz, *Die Bestimmung der "Gefahrendichte" im Rahmen der Prüfung der Anerkennung als Flüchtling oder subsidiär Schutzberechtigter*, ZAR(2017), SS.113~114.

57) Hruschka/Löhr, *Der Prognosemaßstab für die Prüfung der Flüchtlingseigenschaft nach der Qualifikationsrichtlinie*, ZAR(2007), SS.182~183.

58) 杉本大輔, “日本における難民訴訟の成果と課題”, 難民研究ジャーナル, Vol.2(難民研究フォーラム, 2012). 53면에 의하면 일본에서 최초로 소송을 통하여 난민이 인정된 것은 1997. 10. 29. 나고야지방법관소의 판결에 의한 것이었고, 그 후 수년간 난민신청인의 승소판결이 없다가 2002년에 지방재판소에서 다시 난민신청인의 승소판결이 선고되었으나, 고등재판소에서 피고측의 항소를 받아들여 중국에는 난민신청인이 패소하였고, 2005년부터 고등재판소에서 난민신청인이 승소하는 사건이 선고되었다고 한다. 같은 글, 57면에서는 현재 소추되었거나 이미 체포된 적이 있어야 한다는 것을 조건으로 한다면 박해를 받을 개연성이 100%가 아니라면 난민의 지위를 인정받을 수 없게 된다고 비판한다.

난민불인정처분을 취소한 판결례 중에서도 ‘박해를 받을 우려가 충분히 이유가 있는 공포’에 관한 증명의 정도에 대하여 통상의 경우와 비교하여 완화할 이유가 없다고 명시적으로 판단을 한 것⁵⁹⁾도 있고, 증명의 정도에 대하여 고도의 개연성이 있어야 하고 그것을 완화할 법적 근거가 없다고 한 제1심의 판단을 인용한 것⁶⁰⁾도 있다. 학계에서는 난민소송에서 민사소송의 ‘합리적인 의심을 허용하는 것이 가능하지 않을 정도의 증명’의 기준을 적용하는 것은 국제기준에 부합하지 않는다고 비판하고 있다.⁶¹⁾

한편, 학계에서는 일본 법원이 ‘박해를 받을 우려가 충분히 이유가 있는 공포’가 있다고 할 객관적 사정의 유무에 관하여 고도의 개연성에 의하여 사실인정을 한다고 하면서도, 그 증거를 반드시 물적 증거나 제3자의 증언 등에 한하지 않고, 신청인 본인에 의한 진술 그 자체의 신빙성을 판단자료로 사용하는 관대한 입장을 취하고 있고, 판결례 중에는 고도의 개연성을 증명의 기준으로 명시하면서도, 원고가 귀국 후 조사를 받을 가능성이 높다는 것에서 박해의 존재에 관한 고도의 개연성을 인정하는 등으로 논리적 정합성을 결여하고 있는 것이 있는데, 이는 일본 법원에서도 박해의 존재와 그것에 대한 공포의 존재를 실질적으로는 고도의 개연성과는 별도의 기준, 즉 국제난민법의 기준에 따라 신청인 진술의 신빙성(증명력)을 통하여 박해의 근거가 되는 사실을 인정을 하고 그 사실로부터 추정되는 박해의 존재를 인정하고, 나아가 충분히 이유가 있는 공포를 인정하여 난민인정에 연결하는 사례가 생기고 있다고 평가하는 견해도 있다.⁶²⁾

59) 東京地裁 2014(平成 26). 4. 15. 판결; 山本哲史, “難民認定審査における事実認定(信ぴょう性評価)”, 新・判例解説 Watch 國際公法, No.3(2015. 4.), 333면에서는 위 판결이 종래 판례에 기초하여 사실인정을 하는 취지를 선언하고 있지만, 그 기본적인 입장과는 달리, 판결에서의 사실인정은 원고의 진술의 신빙성평가에 중점을 두고 있다고 한다.

60) 名古屋高裁 2016(平成 28). 7. 28 판결; 中坂恵美子, “難民該当性の判断において供述の信憑性を認めた事例”, 新・判例解説 Watch 國際公法, No.38(2017. 2.), 3면에서는 위 판결이 실제에는 고도의 개연성 보다 완화된 기준을 적용하고, 난민신청인에게 유리한 해석에 의한 이익의 원칙을 적용한 것으로 볼 수 있다고 한다.

61) 安藤由香里, “法務大臣が難民の認定をする義務”, 新・判例解説 Watch 國際公法, No.2(2016. 4.), 318면; 杉本大輔, 전개서(각주 58), 55면에서는 ‘박해’에 관하여는 협의로 해석하고, ‘박해를 받을 우려’에 관하여는 고도의 개연성을 요구하여 난민으로 인정받을 수 있는 장벽을 비정상적으로 높게 하고 있는 다수 하급심 법원의 태도에 대하여 강한 비판을 제기한다.

62) 山本哲史, “難民認定審査の多段階的構造と各段階における判断の性質 : 「灰色の利益」論の位置づけと機能”, 國際法外交雜誌, Vol.112 No.4(國際法学会, 2014), 73~74면.

라. 2007두3930 판결의 판시의 의미

2007두3930 판결은, ‘난민신청인의 진술에 일관성과 설득력이 있고 (중략) 전체적인 진술의 신빙성에 의하여 그 주장사실을 인정하는 것이 합리적인 경우에는 그 증명이 된 것이다’고 판시를 하였다.

2007두3930 판결의 위 판시에 대하여는, 이른바 합리적 가능성의 원칙(reasonable possibility rule)을 채용한 것으로 평가된다고 하면서, 민사소송이나 행정소송에서의 일반론과 비교하여 볼 때 일반 민사소송 내지 행정소송에서는 ‘우세한 증거의 원칙(preponderance of evidence)’이 적용되어 사실이 존재할 가능성이 존재하지 않을 가능성보다 높은 정도(흔히 말하는 more likely than not), 즉 50% 이상이 요구되지만, 난민소송에 있어서는 ‘합리적 가능성의 원칙(reasonable possibility rule)’이 적용되어 50% 미만이라도 ‘합리적으로 생각할 때 그럴 듯하다’는 정도이면 증명이 된 것으로 본다는 점에서 의미가 있다고 하거나,⁶³⁾ 하급심이 난민 사건의 경우 박해의 발생 가능성과 관련한 사실인정에 있어서 이른바 ‘우세한 증거의 원칙’을 반드시 따라야 하는 것은 아님을 대법원이 간접적으로 밝힌 것으로도 볼 수 있고, 이는 충분한 근거에 관한 미국, 영국, 캐나다 등 영미계 국가의 관행은 난민인정절차에서의 증명의 수준을 일반 민사 및 형사소송절차에서의 증명의 수준 보다 훨씬 낮게 설정하고 있다는 점에 비추어 볼 때 국제적 기준에 부합하는 것이라고 평가한다.⁶⁴⁾⁶⁵⁾ 한편, 2007두3930 판결에서 난민신청인의 ‘주장사실을 인정하는 것이 합리적인 경우’가 일반 민사소송 또는 행정소송에서의 주요사실에 대한 증명의 정도와 어떠한 차이가 있는지에 관하여 구체적인 언급이 없다는 점에서 비판을 하는 견해도 있다.⁶⁶⁾

2007두3930 판결이 증명의 대상으로서 ‘박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포’

63) 난민재판의 이해, 73~74면; 안승훈, 전게서, 707면; 위 기술 중 일반 민사소송 내지 행정소송에서는 ‘우세한 증거의 원칙’(preponderance of evidence)이 적용된다는 내용은 우리 판례 및 통설에 대한 잘못된 이해에 근거한 것이라고 생각된다.

64) 주진열, 전게서, 318면.

65) 임재홍, 전게서, 57~60면에서는 이전의 행정법원은 박해의 공포에 대한 충분성을 요구하여 진술의 전체적인 신빙성과 이를 뒷받침할 진술의 일관성과 설득력을 요구하였는데, 2007두3930 판결은 박해의 가능성에 대한 판단에 있어서 합리성을 중요기준으로 삼았고, 이러한 대법원의 합리성 기준은 행정법원에 비하여 입증책임을 완화하였다고 평가한다.

66) 이석태/한인섭, 한국의 공익인권소송(경인문화사, 2010), 1248면에서는 ‘기존의 일반소송의 증명의 정도와 구체적으로 어떠한 차이가 있을 수 있는지에 대한 구체적인 언급과 그 특수한 원칙에 대한 확인이 필요하다’고 한다.

의 의미에 대한 법리를 전개한 것인지, 그에 관한 증명의 정도를 판시한 것인지, 아니면 난민신청인 진술의 독자적인 증명력을 판시한 것인지는 불명확하다. 문언상으로 2007두3930 판결의 판시는 신빙성이 있는 난민신청인의 진술에 의하여 ‘박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포’를 인정하는 것이 합리적인 경우에는 그것을 인정할 수 있다는 것이어서, 다른 증거에 의하여 뒷받침이 되지 않더라도 신빙성 있는 난민신청인 진술에 의하여 ‘박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포’의 존재를 인정할 수 있음을 선언한 점에서 증명의 기준을 완화한 것이라고 할 수 있다. 나아가 증명의 대상으로서 난민신청인이 가지는 공포의 근거인 ‘박해를 받을 가능성’의 존재를 인정하는 데에는 합리적 또는 상당한 가능성이 있는 경우로도 충분하다는 취지로 이해를 하면, 위 대법원의 판시가 난민인정요건에 관하여 일반 민사사건 또는 행정사건과 달리 실질적으로 완화된 증명의 정도에 관하여 판시를 한 것이라고 이해할 수도 있다고 생각된다.

마. 난민소송에서 증명의 정도에 관한 문제

국내에서도 난민이 처한 상황의 특수성에서 난민인정절차 또는 난민소송에서 증명의 정도를 일반 민사소송이나 행정소송에서 보다 낮추어야 한다는 주장이 강하게 제기되고 있는바,⁶⁷⁾ 결론적으로 이 주장은 타당하다. 다만, 이에 대한 논의가 실질적인 의미를 갖기 위해서는 난민인정절차 및 난민소송에서의 증명의 대상이 무엇인지에 관한 논의가 우선되어야 한다.⁶⁸⁾

67) 김종철, 전게서, 57~58면에서는 ‘난민소송에서 입증정도를 이렇게 낮게 보는 이유는 난민이 처한 상황이 특수하기 때문이다. 즉 난민의 경우 객관적인 증거를 구하기 힘들고, 난민인지 여부를 판단하는 자는 물리적·언어적·문화적으로 증거로부터 떨어져 있으며, 난민인정이라는 것이 미래의 박해 위험을 예측하는 판단이고, 잘못 판단할 때 초래될 결과가 심각하기 때문이다. 거기다가 난민협약의 인권 보호라는 목적과 취지를 고려할 때 난민정의의 입증정도는 높아서는 안된다. 입증정도, 즉 어느 정도로 입증을 해야 하는가 하는 것은 난민인지 여부를 판단하는 사람의 입장에서는 어느 정도의 확신을 가져야 하는가라는 문제로 치환될 수 있는데, 입증이 되기 위해서 판단자가 진리라는데 의심이 전혀 없는 상태나 합리적인 의심 없는 상태, 혹은 개연성이 있다고 믿는 상태에 반드시 이를 필요는 없다’고 하고, 황필규, 전게서(각주 19), 80~81면에서는 ‘80% 내지 90% 이상의 가능성을 의미하는 고도의 개연성을 사실판단을 위한 입증의 정도 혹은 심증의 정도로 하고 있는 국내의 경우, 50% 이상의 가능성을 의미하는 사실이 존재할 가능성이 사실이 존재하지 않을 가능성 보다 높은 정도(more probable than not)의 기준보다도 훨씬 낮은 합리적 가능성(reasonable possibility)을 난민인정의 기준으로 하기 위해서는 질적으로 상당한 두 단계에 걸친 입증의 정도 혹은 심증의 정도의 완화가 필요하며, 이를 충분히 고려하고 반영하지 아니한 판단은 그 위법을 면하기 어렵다’고 한다.

68) 황필규, 전게서(각주 32), 92면에서는 충분한 근거가 있는 공포에 대한 간접사실의 확정 문제로서의 증명책임 및 증명의 정도의 문제와 ‘충분한 근거가 있는 공포’, 즉 박해가능성

국제난민법에 있어서 증명의 기준 또는 증명의 정도의 문제는 두 가지 측면에서 사용된다. 하나는 박해의 공포에 충분한 근거가 있다는 평가를 하는 경우이고, 다른 하나는 그러한 평가를 하는 요소가 되는 사실을 증명하는 경우이다. 전자에 관해서는 영미법의 각국의 판결례가 축적되어 있고, 그 다수는 박해의 개연성이 우월함에 대한 증명을 요하는 것이 아니라고 한다. 후자는 난민신청에 있어서 신청인의 사실에 관한 주장(진술)의 신빙성에 대한 판단의 문제와 중복되는 면이 있다.⁶⁹⁾

난민인정절차 또는 난민소송에서의 증명의 정도의 문제는 아래에서 검토할 난민신청인 진술의 신빙성 평가 및 유리한 해석에 의한 이익의 원칙 등과 함께 고려되어야 한다.

4. 난민신청인과 난민인정국가의 협력의무

가. 유엔난민기구 편람 등의 내용

유엔난민기구 편람 제196항은 난민신청인이 증명책임을 지는 것이 일반적인 법원칙이라고 하면서도, ‘관련사실을 확인하고 평가할 의무는 신청인과 심사관이 공유한다’고 하고, ‘실제로 경우에 따라서는 심사관이 이용가능한 모든 수단에 의하여 신청을 뒷받침하는데 필요한 증거를 제출할 수도 있다’고 기술하고, 유엔난민기구 노트 제7항 역시 ‘증거법의 일반적인 법원리에 따르면 난민 신청사건의 경우 자신의 주장이 진실함과 난민신청이 기초하고 있는 사실의 정확함을 증명할 책임은 신청인에게 있고, 신청인이 신청과 관련된 사실을 진실하게 설명하여, 그 사실에 기초해서 타당한 결정에 이를 수 있다면 신청인은 증명책임을 이행한 것이 된다’고 하면서도, ‘난민의 상황의 특수성에서 볼 때 심사관이 모든 관련된 사실을 평가하고 확인할 의무를 공유한다’고 하면서, ‘이러한 의무는 관계된 국제국의 객관적인 상황에 익숙하고, 일반적으로 알려진 관련 지식을 알고 있는 심사관이 관련된 정보를 제공하고 주장된 사실 중에서 진실 여부를 알아 볼 수 있는 것들을 적절하게 확인해 주는 식으로 신청인을 안내함으로써 이행될 수 있다’고 기술하고 있다.

나. 사실발견의무의 공유(Shared duty of fact-finding)의 의미

유엔난민기구 편람 제196항과 관련하여는, 사실발견에 관한 의무를 신청인과 난

과 그 위협의 정도의 문제는 별도로 검토할 필요가 있다고 한다.

69) 難波滿, 전게서, 228面.

민심사국이 공유하는 것은 난민인정절차의 기본적인 원칙이라고 하거나,⁷⁰⁾ 사실발견의무를 공유한다는 것은 난민심사국이 신청인에 의해서 제출되는 증거에 대하여 대응하면서 단순히 수동적인 자세를 취해서는 안 된다는 것을 의미하고, 이는 신청인이 사실을 오인하고 있거나 진술을 적절하게 하지 못하더라도 난민지위를 인정해야하는 의무가 있다는 것을 의미한다고 설명한다.⁷¹⁾ 또 관련사실을 확인하고 평가할 의무가 신청인과 심사관 사이에 분담된다는 것은 난민인정절차에서 직권탐지주의를 부분적으로 도입한 것이고 결과적으로 증명책임의 부분적 전환 혹은 완화를 가져오게 된다고 설명하는 견해도 있다.⁷²⁾

다. 석명의 기회 보장

난민인정절차의 적정성을 보장하기 위하여 난민신청인에게 불리한 증거는 그에게 제시되어야 하고 석명(변명)의 기회를 보장해 주어야 함을 강조하는 견해⁷³⁾도 있다. 이는 사실인정의 오류를 방지하기 위한 것이고, 증거에 대한 검증이 이루어지지 못할 경우에 결론이 부정확하게 될 우려가 있기 때문이며, 신청인에게 불리한 증거에 대하여 변명·방어할 기회가 보장되어야 한다는 것은 영국, 미국, 캐나다의 사법 및 행정관행에서도 인정되고 있다고 한다.⁷⁴⁾

라. 난민법 제9조의 의미

난민법 제9조는 '난민신청인에게 유리한 자료의 수집'이라는 제목 하에 '법무부장관은 난민신청인에게 유리한 자료도 적극적으로 수집하여 심사 자료로 활용하여야 한다'고 규정하고 있다. 난민법 제9조는 통상적으로 난민신청인에게 객관적인 증거의 수집을 기대하기 어렵기 때문에 난민신청인에게 유리한 자료를 수집할 의무를 법무부장관에게 부여하였고, 법무부장관이 위와 같이 난민심사절차에서 수집한 자료는 난민소송에서 난민신청인의 주장을 증명할 수 있는 자료로 활용할 수 있다고 설명한다.⁷⁵⁾⁷⁶⁾

70) James C. Hathaway and Michelle Foster, op. cit., p.118.

71) James C. Hathaway and Michelle Foster, op. cit., p.120.

72) 황필규, 전게서(각주 32), 97면.

73) 新垣修, "難民認定における適正手續", 法律時報, 75卷 3號(2003. 3. 1.), 62面.

74) 新垣修, 전게서, 63面.

75) 난민재판의 이해, 76면.

마. 난민소송에서 석명의무 및 직권심리의무

행정소송법 제26조는 ‘직권심리’라는 제목 하에 ‘법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다’고 규정하고 있다. 행정소송법 제26조의 의미에 대하여는, 직권탐지주의 원칙설, 변론주의 보충설, 직권탐지주의 가미설, 변론주의와 직권주의 절충설 등이 있다.⁷⁷⁾

우리 판례는 ‘행정소송법 제26조는 행정소송의 특수성에 연유하는 당사자주의, 변론주의에 대한 일부 예외 규정일 뿐 법원이 아무런 제한 없이 당사자가 주장하지 아니한 사실을 판단할 수 있는 것은 아니고, 일견 기록에 현출되어 있는 사항에 관하여서만 직권으로 증거조사를 하고 이를 기초로 하여 판단할 수 있을 따름이고 그것도 법원이 필요하다고 인정할 때에 한하여 청구의 범위 내에서 증거조사를 하고 판단할 수 있을 뿐이다’고 하여⁷⁸⁾ 기록에 나타난 사실은 당사자가 명백히 주장을 하지 않더라도 판단을 할 수 있다는 입장이고, 나아가 ‘당사자가 제출한 소

76) 일본 2005. 5. 16. 시행 전 출입국관리 및 난민법 제61조의2의3 제1항은 난민신청절차에서 제출된 자료만으로는 적절한 난민의 인정을 할 수 없는 우려가 있는 경우, 그 난민인정 또는 그 취소처분을 하기 위하여 필요한 경우에는 난민조사관에게 사실의 조사를 하도록 할 수 있다고 규정하고 있었다. 난민불인정처분을 받았던 원고가 그 취소를 구하는 소송을 제기한 후 난민인정처분을 받은 다음, 위법한 난민불인정처분에 의하여 손해를 입었다고 주장하면서 국가배상청구소송을 제기한 사안에 대하여, 東京地裁 2003(平成 15). 4. 9. 판결(判例時報 1819號 24面)은 위 규정은 난민신청인에 대하여 소송에 있어서도 동일한 의미로 증명책임을 부과하는 것이고 난민의 요건에 관한 증명무가 전적으로 해당 난민신청인에게 있고, 그 의무를 다하지 않는 한은 난민인정을 받을 수 없다고 해석하는 것은 상당하지 않고, 법무부장관도 난민신청인의 진술이나, 그 제출 자료에 비추어 필요한 범위에서 조사를 행할 의무가 있다고 하여 원고의 청구를 일부 인용하였다. 반면, 그 항소심인 東京高裁 2004(平成 16). 1. 14. 판결(判例時報 1863號 34面)은 위 규정이 법무부장관에게 적극적으로 또 충분한 조사의무를 부과하는 것이라는 피항소인의 주장에 대하여 그 규정은 난민조사관에게 필요한 자료의 수집을 하게 하는 것에 의하여 난민인정의 판단이 보다 적절하게 행하여지는 것을 기대하기 위한 규정으로 해석될 수 있는 이상, 법무부장관에게 일반적인 조사의무가 있다는 것을 정한 규정으로 해석될 수는 없다고 하여 제1심 판결을 취소하고 원고의 청구를 기각하였다. 難派滿, 전게서, 240面에서는 난민인정절차에서 사안의 해명에 협력해야할 난민신청인과 난민인정기관의 의무는 어떤 것인가의 관점에서 보면, 신청인에 관한 사실, 특히 출신국의 인권상황에 관한 증거에 관하여는 난민인정기관도 자료를 수집할 의무를 부담한다고 할 수 있다고 하면서, 법무부장관의 일반적인 조사의무를 부정한 위 東京高裁 판결의 해석에 대하여 국제난민법의 관점에서 의문을 제기한다.

77) 자세한 것은 김창조, “항소소송에서 입증책임”, 법학논고, 제48집(경북대학교 법학연구원, 2014. 11.), 50~53면; 배병호, “행정소송법상 직권심리주의의 한계”, 공법연구. 제43집 제3호(한국공법학회, 2015. 2.), 342~344면에서는 변론주의 보충설, 직권탐지주의 원칙설, 절충설 내지 입법정책설로 구분한다.

78) 대법원 1975. 5. 27. 선고 74누233판결, 대법원 1981. 3. 24. 선고 80누493판결, 대법원 1985. 2. 13. 선고 84누467 판결 등.

송자료에 의하여 법원이 처분의 적법 여부에 관한 합리적인 의심을 품을 수 있음에도 단지 구체적 사실에 관한 주장을 하지 아니하였다는 이유만으로 당사자에게 석명을 하거나 직권으로 심리·판단하지 아니함으로써 구체적 타당성이 없는 판결을 하는 것은 행정소송법 제26조의 규정과 행정소송의 특수성에 반하므로 허용될 수 없다'고 하여 행정소송법 제26조에 근거하여 석명의무 및 직권심리판단의무를 부과하고 있다.⁷⁹⁾

난민소송은 법무부장관을 상대로 난민불인정결정의 취소를 구하는 취소소송이므로 행정소송법 제26조가 적용되고, 법관은 난민신청인이 주장을 하지 않더라도 기록에 나타난 사실에 대하여 직권으로 심리·판단하여야 하여 난민불인정결정의 적법 여부를 따져보아야 하며, 난민불인정결정에 관하여 합리적인 의심을 품을 수 있는 경우에는 당사자에게 구체적인 사실에 관하여는 석명할 의무가 있다. 난민법 제9조는 난민신청인이 난민소송에서 사용할 수 있는 유리한 자료의 수집의무를 법무부장관에게 부여하고 있는바, 이는 난민소송에서도 구체적인 사실에 관한 증거제출책임이 전적으로 난민신청인에게 부과되는 것이 아니라는 의미로 이해할 수 있다. 난민소송에서 국적국의 객관적인 상황이나 일반적으로 알려진 관련 정보에 관한 증거제출책임뿐만 아니라, 난민신청인이 제출한 증거의 진정성립 및 신빙성에 관한 증거의 제출책임을 전적으로 난민신청인에게 부과할 수는 없고, 오히려 사실발견의무를 공유하고 있는 피고 법무부장관에게 관련된 증거를 제출하도록 하여야 한다.

5. 난민신청인의 진술

가. 유엔난민기구 편람 등의 내용

유엔난민기구 편람 제196항은 신청을 한 사람이 증명책임을 지는 것이 일반적인 법원칙이라고 하면서도, 신청인이 모든 진술을 증거로 뒷받침하는 경우는 오히려 예외이고, 대부분의 경우 박해를 피해 피난을 온 사람은 최소의 필수품만을 가지고, 대개 신분증조차 없이 도착하며, 심사관이 이용가능한 모든 수단에 의하여 신청을 뒷받침하는데 필요한 증거를 제출해야 할 수도 있으나, 그러한 독립적인 조사조차도 성공하지 못할 수 있으며, 진술에 따라서는 증명할 수 없는 성격인 것도 있다는 내용을 기술하면서, 그러한 경우에 '신청인의 주장이 신빙성이 있는 것으로

79) 대법원 2006. 9. 22. 선고 2006두7430 판결, 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009두18035 판결, 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010두20980 판결 등.

판단되면, 달리 불만한 상당한 이유가 없는 한 심사관은 신청인에게 유리한 해석에 의한 이익을 부여하여야 한다'고 기술하고 있다. 유엔난민기구 노트 제11항은 난민 신청인이 신분증조차도 없이 도피한 등의 특별한 상황을 고려할 때 필요한 증거 모두를 난민신청인에게 제출할 것을 요구하여서는 아니 된다고 하면서, '진술을 뒷받침할 서증을 제출하지 못한다고 하더라도, 그러한 진술이 알려진 사실과 일치하고 신청인을 일반적으로 믿을 수 있다면(the general credibility of the applicant is good), 신청이 인용되는 것을 막아서는 안 된다'고 기술하고 있다.

나. 난민신청인 진술의 소송법적 의미

2007두3930판결은 '박해를 받을 충분한 근거 있는 공포'가 있음은 난민신청인이 증명해야 한다고 하면서도, 난민의 특수한 사정을 고려하여 그 외국인에게 객관적인 증거에 의하여 주장사실 전체를 증명하도록 요구할 수는 없다고 하면서, 그 진술에 일관성과 설득력이 있고 전체적인 진술의 신빙성에 의하여 그 주장사실을 인정하는 것이 합리적인 경우에는 그 증명이 된 것이라고 함으로써 난민신청인의 신빙성 있는 진술만에 의하여 '박해를 받을 충분한 근거 있는 공포'가 증명될 수 있다고 선언하였다.

2007두3930판결의 위 판시에 대하여, ① 난민신청인이 자신이 난민임을 증명할 수 있는 어떤 객관적인 증거 내지 자료를 제시하지 못하더라도 '일관성이 있고 설득력 있는 진술'이 있으면 이것만으로 난민임을 인정할 수 있는 여지를 열어놓았다고 평가하는 견해,⁸⁰⁾ ② 일반 민사소송 내지 행정소송의 이론에 의하면 당사자본인의 진술은 자족적인 증거가 되지 못하고 다른 보강증거(corroboration)가 반드시 있어야 하지만, 난민인정의 요건에 관하여는 관례를 통하여 그에 대한 예외를 인정한 것으로 볼 수 있다고 평가하는 견해,⁸¹⁾ ③ 난민소송에서 난민신청인의 진술만으로 요건사실이 인정되고, 그 반증의 제출책임이 행정당국(난민심사당국)에 넘어간다는 점에서 사실상 증명책임의 전환을 가져오는 것일 뿐만 아니라, 난민신청인

80) 주진열, 전게서, 317면, 이 글에서는 대법원판결의 위와 같은 판시는 난민이 박해가능성을 증명할 수 있는 자료를 전혀 갖추지 못하고 급박하게 국적국에서 탈출해야만 하는 특수한 사정이 있음을 적극 고려한 결과라고 한다.

81) 안승훈, 전게서, 707~708면; 2002년 전면 개정 전의 구 민사소송법 제339조과 달리 개정 민사소송법 제367조는 종전 규정에서 '증거조사에 의하여 심증을 얻지 못한 때에는' 부분을 삭제하였는데, 학계에서는 위 개정에 의하여 당사자신문결과는 다른 증거와 종합하지 않고 독립적인 사실인정의 자료가 될 수 있게 되었다고 평가한다(이시윤, 전게서, 515면).

의 진술에 의하여 형성된 낮은 정도의 확신에 의하여 증명이 된 것으로 본다는 점에서 증명의 정도를 완화하게 되는 것이라고 평가하는 견해,⁸²⁾ ④ 박해를 받을 충분한 근거 있는 공포가 있다는 점을 난민신청인이 증명하여야 한다고 하면서도 난민신청인이 자신이 난민임을 증명할 수 있는 객관적인 증거 내지 자료를 제시하지 못하더라도 진술이 일관성이 있고 설득력이 있는 등 신빙성이 있으면 증명책임을 다한 것임을 판시한 것이라는 견해⁸³⁾가 있다.

2007두3930판결의 위 판시는 객관적인 증거가 없는 경우에도 소송에서 주장, 당사자신문결과, 난민인정신청서, 난민면접조서, 진술서 등에 포함된 난민신청인의 진술이 일관성과 설득력이 있고 전체적인 진술의 신빙성이 있는 경우에는 그것만을 근거로 난민의 요건을 인정할 수 있다는 것이다.

다. 난민신청인 진술의 신빙성

1) 내용

유엔난민기구 노트 제9항은 ‘심사관은 신청인의 개개의 모든 사실 주장의 진실성에 관하여 완전히 확신을 가질 필요는 없다. 심사관은 신청인의 진술의 정직성(veracity)뿐만 아니라 제출된 증거에 기초해서 신청인의 주장이 신빙성이 있다고 보이는지 여부를 결정하면 된다’고 기술하고, 제12항에서는 ‘신청인의 주장에 대한 전반적인 신빙성의 평가에 있어서, 심사관은 주장된 사실의 합리성(reasonableness), 신청자의 이야기의 전반적인 일관성(coherence)과 정합성(consistency), 신청인의 주장을 지지해주는 신청인이 제출한 확정적인 증거, 일반적으로 알려진 사실 내지 상식과의 일치, 국제국의 알려진 상황 등과 같은 요소들을 고려해야 한다. 신청인의 주장이 일관되고 그럴 듯하며, 일반적으로 알려진 사실과 상충되지 않아서, 결국 믿을 만하다면, 신빙성은 인정된다(Credibility is established where the applicant has presented a claim which is coherent and plausible, not contradicting generally known facts, and therefore is, on balance, capable of being believed)’고 기술하고 있다. 유엔난민기구 노트는 난민신청인 진술의 신빙성 평가에 있어서 일관성(coherent), 설득력(그럴 듯함, plausibility), 일반적으로 알려진 사실과의 일치(consistency with generally

82) 황필규, 전게서(각주 32), 103~104면.

83) 난민재판의 이해, 108면.

known facts)를 강조한다.⁸⁴⁾

2) 난민신청인 진술의 신빙성의 두 가지 의미

난민신청인 진술의 신빙성은 두 가지의 다른 주제와 관련하여 사용된다는 지적이 있다. 광의의 해석은 신청이 받아들여질 만한 것인가, 결과적으로 그 신청이 성공적인가와 관련되고, 협의의 해석은 신청인의 특정한 진술을 믿을 수 있는가에 관한 것인데, 후자의 경우 신청인의 진술이 명백히 진실이라는 확신을 주지도 않고 비록 증거에 의하여 뒷받침 되지 않더라도, 일관성이 있고, 설득력이 있으며 일반적으로 알려진 사실을 반영하고 있으면, 그 진술은 신빙성이 있고, 그러한 신청인의 진술은 박해를 받을 충분한 공포가 있는지를 평가함에 있어서 배제되어서는 안 된다는 것이다. 현재는 협의의 해석이 법적 개념으로서 명확하기 때문에 선호된다고 한다.⁸⁵⁾ 이 입장에서는 광의의 해석을 신청인이 신빙성 있는 충분한 근거 있는 공포(credible well-founded fear)를 가졌는가 또는 신빙성 있는 주장(credible claim)을 하는가, 바꾸어 말하면 신청인이 난민소송에서 성공할 수 있는가와 관련한 것이라고 지적하면서, 난민신청인 진술의 신빙성은 난민인정절차에서 신청인의 진술과 관련하여 사용되어야지, 그가 실제 난민인지에 관한 결정과 관련하여 사용되어서는 안 된다고 한다.⁸⁶⁾⁸⁷⁾

84) Michael Kagan, "Is truth in the eye of the beholder? Objective credibility assessment in refugee status determination", Georgetown Immigration Law Journal(Spring, 2003), p.381.

85) James A. Sweeney, "Credibility, Proof and Refugee Law", IJRL(2009), p.708.

86) Michael Kagan, op. cit., pp.369~370; IARLJ, *Assessment of Credibility in Refugee and Subsidiary Protection claims under the EU Qualification Directive-Judicial criteria and standards*, 2013, p.12에서도 '신빙성'은 신청인의 과거와 현재의 사실적 배경과 관련하여 제출된 증거의 신빙성을 평가하는 의미로 사용되기도 하고, 신청인이 난민으로 인정받기 위한 주장과 관련된 모든 것의 신빙성을 의미하는 것으로 사용되기도 한다고 구분하면서, 위 책에서는 전자의 의미로 사용한다고 한다.

87) 난민재판의 이해, 111면 이하에서는 박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포에 관한 난민신청인의 진술의 신빙성에 관하여 여러 가지 간접사실을 종합하여 추론할 수밖에 없다고 하면서, 그러한 간접사실로서 입국 및 난민신청의 동기, 대한민국을 선택한 사정, 입국 후 상당한 기간을 지난 후의 신청, 난민신청인 본인 또는 가족에 대한 박해, 출국과정의 적법성, 제재 중 난민인지 등을 들고, 부정적 요소로 고려될 수 있는 몇 가지 사실이 인정된다는 이유만으로 설불리 난민의 지위를 부정하여서는 아니 되고 체반사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다고 기술하고 있는바, 위와 같은 기술은 난민신청인 진술의 신빙성 문제를 광의로 해석하는 입장을 취한 것이라고 생각된다.

3) 신빙성 평가의 기준 및 방법

난민신청인 진술의 신빙성 평가는 기술적으로 통상 내적 신빙성(internal credibility), 외적 신빙성(external credibility), 설득력(그럴 듯함, plausibility)의 세 가지를 검토하는 것으로 이루어진다고 설명하거나,⁸⁸⁾ 난민신청인 진술의 신빙성 평가는 일관성 평가와 태도 평가로 나누어지고, 전자는 신청인 진술의 상호 모순이 없는 것을 의미하는 진술의 내적 일관성(internal coherency)과 신청인의 진술이 출신국(국적국)의 정보와 같은 객관적 정보와 일치됨을 의미하는 외적 일관성(external coherency)으로 나누어진다고 설명하는 견해가 있다.⁸⁹⁾ 영국에서는 신빙성 평가에 있어서 심사관의 개인적인 경험을 신념으로 한 근거 없는 추인이 개입되는 위험을 최소화하기 위하여 본질적으로 사실의 평가를 내적 신빙성, 외적 신빙성, 유리한 해석에 의한 이익의 순서로 하도록 제시하고 있다고 한다. 내적 신빙성(internal credibility)은 신청인의 진술이 일관성이 있는가, 증인 또는 부양자의 진술, 서증과 일치하는가의 문제이고, 그러한 신빙성에 의심이 있는 경우에는 신청인에게 지적을 하고 설명의 기회를 부여하지 않으면 안 된다고 한다. 외적 신빙성(external credibility)은 신청인의 진술이 배경이 되는 객관적 사정과 일치하는가의 문제인데, 신청인의 진술이 출신국의 객관적 사정과 모순이 되는 경우에는 신빙성이 부정될 가능성이 있고, 객관적인 출신국의 정보가 없는 경우에는 난민인정기관은 유리한 해석에 의한 이익의 원칙을 부여할지를 검토하여야 한다고 한다.⁹⁰⁾⁹¹⁾

88) James A. Sweeney, op. cit., pp.704~705.

89) 山本哲史, 전게서, 69~70面.

90) 難波滿, 전게서, 236~237面.

91) IARLJ, op. cit., pp.33~34에 의하면 국제난민법판사회의는 신빙성 평가에서 객관성을 담보하기 위한 기준으로서 다음과 같은 것을 제시한다. ① 내적 일관성(초기면담, 신청서 등 각 단계에서 신청인의 진술 및 신청인에 의하여 제시된 증거의 일치성 또는 차이에 관한 사실), ② 외적 일관성[신청인의 진술과 충분히 평가된 국가정황정보(COI), 전문가 또는 다른 중요한 증거와의 일치성 또는 차이에 관한 사실], ③ 불가능성(Impossibility, 객관적인 내적 또는 외적 증거와 배치되고, 신청인이 제시한 사실을 믿을 수 없는 것으로 하는 사실), ④ 그럴듯함(예를 들어 불충분하거나 세밀한 논리가 결여된 설명, 가짜이거나 오해할 소지가 있는 증거서류를 이용한 설명, 신청의 지연 등의 유형과 관련된 것으로서, 신청인에 의하여 주장되는 과거 또는 현재의 사실에 관한 설명을 포함하여 주장의 그럴듯함에 관한 사실), ⑤ 전체적 판단(In the round, 전체적인 신빙성에 대한 결론은 중요하지 않거나, 부분적으로 관련되거나, 별로 관련이 없는 주장 요소에만 근거하여서는 안 된다), ⑥ 충분한 구체성(Sufficiency of detail, 신청인의 불가능에 기초한 드문 예외가 있을 수 있지만, 주장은 최소한 가장 중요한 내용에서는 날조된 것이 아니라는 것을 보여주기 위하여 실질적으로 제시되고 충분히 자세하여야 한다), ⑦ 신청의 적시성(Timeliness of claim, 합리적인 해명이 없는 한, 진술의 지연 제출이나 증거의 지연 제시는 일반적인 신빙성에 부정적인 영향을 줄 것이다), ⑧ 개인적 관련성(Personal involvement, 위의 모든 기준이 충족되

4) 신빙성 평가에서 유의할 사항

유엔난민기구 편람 제199항은 난민신청인이 객관적인 사실과 다른 진술을 하더라도 그것만으로 난민지위인정을 거부하는 이유가 되지 않고, 심사관이 최초의 면접, 이어지는 후속 면접 등을 통하여 일치하지 않는 부분이나 객관적인 사실과의 모순점, 허위사실이나 중요한 사실의 은폐를 찾아내어서 확인하는 것이 필요하고, 그러한 난민신청인의 진술을 모든 사정에 비추어 평가하는 것이 심사관의 책임이라고 기술하고 있다.

대법원 2012. 4. 26. 선고 2010두27448 판결은 ‘박해의 경험에 관한 난민신청인의 진술을 평가할 때 그 진술의 세부내용에서 다소간의 불일치가 발견되거나 일부 과장된 점이 엿보인다고 하여 곧바로 신청인 진술의 전체적 신빙성을 부정하여서는 아니 되고, 그러한 불일치·과장이 진정한 박해의 경험에 따른 정신적 충격이나 난민신청인의 궁박한 처지에 따른 불안정한 심리상태, 시간의 경과에 따른 기억력의 한계, 우리나라와 서로 다른 문화적·역사적 배경에서 유래한 언어감각의 차이 등에서 비롯되었을 가능성도 충분히 염두에 두고 진술의 핵심내용을 중심으로 전체적인 일관성 및 신빙성을 평가하여야 하며, 특히 난민신청인이 여성으로서 심각한 박해의 피해자라고 주장하는 경우에는 그 가능성과 이에 따른 특수성도 진술의 신빙성을 평가하는 과정에서 염두에 두어야 한다’고 하였다.⁹²⁾

라. 난민신청인 진술의 신빙성 평가의 소송법적 의미

외국 문헌에서는 난민신청인 진술의 신빙성 평가의 의미에 관하여 아래와 같이 설명한다. 난민인정절차 및 난민소송에서 난민신청인 진술의 신빙성 평가는 합법적이고 중요한 절차로서, 신빙성의 기준은 증거법에서 논의되는 증명의 기준보다 훨씬 낮은데, 난민소송에서 증명되지는 않으나 신빙성이 있는 신청인의 진술은 통상 소송에서의 증명의 기준을 만족시키는 중요한 역할을 하게 된다.⁹³⁾ ‘신빙성이 있다 (Being credible, 믿을 만하다)’는 것은 ‘증명되었다(being proven)’거나 ‘진실이다

더라도 신청인이 제시된 사연과 증거에 개인적으로 관련이 있다는 것을 확신시키는 것이 여전히 중요하다)

92) 난민재판의 이해, 109면~110면에서 난민신청인의 진술의 신빙성을 평가함에 있어서 난민신청인이 가지는 여러 가지 특수성을 충분히 고려할 필요가 있고, 난민신청인의 진술을 평가할 때 진술의 일관성 등이 부족하다는 이유로 그 진술의 신빙성을 배척할 것이 아니라, 난민신청인에게 해명이나 반박의 기회도 충분히 제공하여야 한다고 기술하고 있다.

93) James A. Sweeney, op. cit., p.700.

(being true)’는 것과는 다른 것으로서, 난민소송에서 신빙성이 있다(믿을 만하다)는 기준은 증명의 낮은 기준 보다도 더 낮은 것이라고 할 수 있고, 이는 난민소송에서 증거에 의하여 뒷받침되지 않는 진술도 신빙성이 있다면 증거로서 허용된다는 의미이다.⁹⁴⁾⁹⁵⁾

6. 난민인정절차에서 ‘유리한 해석에 의한 이익’의 원칙

가. 유엔난민기구 편람 등의 내용

유엔난민기구 편람 제196항은 ‘신청인의 주장이 신빙성이 있는 것으로 판단되면, 달리 볼만한 상당한 이유가 없는 한 심사관은 신청인에게 “유리한 해석에 의한 이익”(the benefit of the doubt)을 부여하여야 한다’고 기술하고, 제203항은 ‘신청인이 그의 진술을 증명하려고 성실히 노력을 하였음에도 일부 진술에 관하여는 이를 뒷받침할 증거가 부족할 수 있다. 진술하였듯이(제196항) 난민이 주장 사실 전부를 증명하는 것은 거의 불가능하고, 만약 이를 요구하면 대다수의 난민이 난민으로 인정받을 수 없을 것이다. 이로 인하여 종종 난민신청인에게 유리한 해석을 내림으로써 이익을 부여하는 것이 필요하다’고 기술하고, 제204항은 ‘유리한 해석에 의한 이익의 부여는 모든 입수 가능한 증거를 모두 입수하여 검토한 후에 심사관이 신청인의 전반적인 신빙성을 인정할 경우에만 적용된다. 신청인의 진술은 일관성이 있고 납득할 만한 것으로서 일반적으로 알려진 사실과 상반되지 않아야 한다’고 기술하고 있다. 유엔난민기구 노트 제13항은 ‘유리한 해석에 의한 이익이라는 용어는 신청인이 주장한 사실에 관한 증명의 정도와 관련해서 사용된다’고 하면서, ‘난민신청에 있어서, 신청인은 심사관이 사실에 관한 자신의 모든 주장이 진실하다고 충분히 확신할 수 있을 정도까지 모든 사실을 증명할 필요는 없다는 점을 고려해 볼 때, 신청인에 의해서 주장된 사실에 관해서는 심사관의 마음에 의심의 요소가 있는 것이 보통이고, 심사관이 신청인의 이야기가 전체적으로 일관되고 그럴듯하다면, 설령 의심의 요소가 있다고 하더라도 그것이 신청인의 신청을 불리하게 해서는 안 된다. 즉 신청인은 유리한 해석에 의한 이익을 받아야 한다’고 기

94) James A. Sweeney, op. cit., p.713.

95) James A. Sweeney, op. cit., p.711에서는 신빙성에 대한 광의적 접근은 신빙성(credibility)을 진실(truth)로 보게 되고, 믿을 만하다는 것과 증명되었다는 것의 차이를 불명확하게 해서 결과적으로 신빙성의 기준을 올리고, 보다 쉽게 ‘유리한 해석에 의한 이익’의 원칙을 적용하는 것을 부정하게 된다고 한다.

술하고 있다.

EU지침 제4조 제5항은 ‘회원국이 신청인이 국제적 보호의 신청을 증명할 의무를 지는 원칙을 적용하고 있고, 신청인의 진술이 서류 또는 기타 증거들로 뒷받침되지 못할 때, 다음과 같은 조건이 만족된다면 확증이 필요하지 않을 것이다. (a) 신청인이 그의 신청을 증명하기 위하여 진실된 노력을 다했을 때, (b) 신청인이 입수할 수 있는 모든 관련 자료들이 제출되었고, 다른 관련 자료의 부족과 관련하여 납득할만한 설명이 있을 때, (c) 신청인의 진술이 일관성 있고, 그럴 듯하며, 신청인과 관련된 특정되고 일반적인 정보에 어긋나지 않을 때, (d) 신청이 불가능했던 합리적 이유를 증명하는 것을 제외하고, 신청인이 할 수 있었던 가장 이른 시기에 국제적 보호에 대한 신청을 하였을 때, (e) 신청인에 대한 일반적인 신빙성이 갖추어졌을 때’라고 규정하고 있다.⁹⁶⁾

나. ‘유리한 해석에 의한 이익’(the benefit of the doubt)⁹⁷⁾의 원칙의 의미⁹⁸⁾

‘유리한 해석에 의한 이익’의 원칙은 형사절차에서 친숙하게 사용되는 용어로서, 형사소송절차에서 법원에 제출된 모든 증거를 바탕으로 합리적인 사람이 피고인의 유죄에 대하여 품을 수 있는 의심이 남아있지 않다는 것을 증명할 책임이 검찰(국가)에 있다는 것을 반영한 것이다. 난민인정절차에서 유리한 해석에 의한 이익의 원칙은 형사소송절차와는 전혀 다르게 사용되는데, 난민의 요건에 관하여 기본적인 증명책임을 지는 신청인이 국적국을 떠난 상황, 신청인에 대한 비밀 유지가 필요한 경우 또는 증거를 제출할 수 없는 다른 사정 때문에 신청인이 자신의 주장을 확실한 증거를 통하여 증명하지 못할 수 있다는 난민사건의 특수성에 기초한 것이다.⁹⁹⁾

96) EU국가에서는 신청인이 가능한 한 빨리 난민신청을 하였을 것 및 신청인에 관한 일반적인 신빙성이 갖추어질 것이라는 요건이 부가되기 때문에 유리한 해석에 의한 이익의 원칙이 적용되는 영역이 비교적 좁다고 할 수 있다.

97) ‘TBOD’로 약칭되고, 일본에서는 ‘灰色の利益(회색의 이익)’이라고 번역한다.

98) 법무부 출입국·외국인정책본부, 2014 축조식 난민법 해설(2015), 41면에는, 최초 난민법 제정안 제9조는 ‘증명책임 및 증명정도’라는 제목 하에 “난민신청인은 본인이 난민임을 증명하여야 한다. 다만, 신청자의 진술이 거짓이라고 의심할 만한 상당한 이유가 없는 한 그 진술을 뒷받침할 증거가 없다는 이유로 난민인정을 거부하여서는 아니된다.”라고 규정하였는데, 실무상 난민사유가 진실한지 여부에 대하여는 난민신청인 본인의 진술 이외에 기타의 사실 확인 방법이 존재하는 경우가 거의 없고, 대법원 역시 이러한 취지에서 난민신청인의 주장이 진실되고 일관성이 있는 경우 증명책임을 완화해주고 있음에 비추어 볼 때, 제정안과 같은 정도로 증명책임을 완화 및 전환을 인정하는 것은 대한민국의 주권과 사법권을 지나치게 제한할 우려가 있다는 지적이 있어 현행과 같이 난민신청인에 대한 유리한 자료수집의무를 선언하는 것으로 규정되었다고 설명되어 있다.

‘유리한 해석에 의한 이익’의 원칙은 난민신청인의 진술을 뒷받침하기 위하여 진지한 노력을 한 후에도, 받아들여지기도 어렵고 배척하기도 어렵거나, 심사관의 마음에 의심의 요소를 남기는 어떤 중요한 사실이 있을 수 있을 때, 이러한 사실과 관련하여 적용되는 것으로 설명된다. 즉, ‘유리한 해석에 의한 이익’의 원칙은 신청인의 진술 중 뒷받침하는 증거가 없거나 어떤 의심이 남는 사실을 받아들이기 위한 근거가 되고, 심사관으로 하여금 사실을 뒷받침할 다른 증거가 없는 경우에도 신청인의 진술을 신빙성 있는 것으로 받아들이고, 그 결과 주장 사실에 관한 명백한 결론에 이르는 것을 허용한다. ‘유리한 해석에 의한 이익’의 원칙을 고려하여야 할 때 염두에 두어야 할 것은 유엔난민기구 편람에서 지적하듯이 신청인의 진술이 전체적으로 일관성이 있고 그럴듯하며, 일반적으로 알려진 사실과 배치되지 않아야 한다는 것이다.¹⁰⁰⁾ ‘유리한 해석에 의한 이익’의 원칙은 모든 가능한 한 증거가 획득되고 조사되고 심사관이 신청인 진술의 일반적인 신빙성에 만족하는 경우에만 적용되어야 하는 것으로서, 신청인이 자신의 증명책임(심사관으로 하여금 진술의 일반적인 신빙성을 갖도록 하는 것)을 충족하지 못하는 경우에는 적용되지 않는다.¹⁰¹⁾

유엔난민기구 편람의 내용은 난민신청인의 진술이 증명될 수 없거나 증거가 없다고 하더라도 믿을 수 있으면, 그것에 반대할 분명한 이유가 없는 한, 난민신청인에게 ‘유리한 해석에 의한 이익’이 부여되어야 한다는 것으로서, 증거에 의해서 뒷받침되지 않는 진술이 신빙성이 없으면 증거로 허용될 수 없지만, 심사관이 신청인의 진술이 일반적으로 신빙성이 있다고 평가한다면 그러한 진술은 ‘유리한 해석에 의한 이익’의 원칙을 적용하여 박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포가 상당한 정도로 증명되었는지를 판단함에 있어서는 고려되어야 한다. 이것은 과거의 사실도 개연성의 균형보다 낮은 정도로 증명될 수 있다는 것을 확인하는 것이고, 과거의 사실은 미래의 위험에 대한 증거와 기계적으로 분리될 수 있는 것은 아니라는 의미이며, 과거의 사실과 미래의 위험은 동일한 문제의 부분이기 때문에 동일하게 낮은

99) IARLJ, op. cit., p.50.

100) *Beyond Proof-Credibility Assessment in EU Asylum System* (UNHCR, 2013. 5.), pp.247~248.

101) Regina Germain, *AILA'S Asylum Primer Sixth Edition*, AILA(2010), pp.101~102; Michael Kagan, op. cit., pp.372~373에서는 ‘유리한 해석에 의한 이익’의 원칙은 신청인의 진술이 일반적으로 신빙성이 있는 경우에만 적용되는 것으로서, 이 원칙을 적용함에 있어서, 첫째 신빙성에 대한 부정적인 결정은 신청인의 진술은 이기주의적이라는 확정되지 않은 의심에 근거하여서는 안 된다는 점, 둘째 난민인정절차는 난민신청인이 진실을 말한다는 가정에서 출발하여야 한다는 두 가지 점을 유의하여야 한다고 지적한다.

증명의 정도가 양 요소에 적용되어야 한다는 것이라고 설명하는 견해도 있다.¹⁰²⁾

7. ‘박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포’에 관한 증명책임

가. 유엔난민기구 편람 등의 내용

유엔난민기구 편람 제196항은 신청을 한 사람이 증명책임(burden of proof)을 지는 것이 일반적인 법원칙이라고 기술하고 있고, 유엔난민기구 노트 제6항은 난민신청을 이유 있게 하기 위하여 주장된 사실을 적극적으로 증명하기 위하여 증거를 제출할 의무를 “증명책임”이라고 정의하면서, 제7항에서는 ‘증거법의 일반적인 법 원리에 따르면 증명책임은 주장을 하는 사람에게 있다. 따라서 난민신청의 경우, 자신의 주장의 진실함과 난민신청이 기초하고 있는 사실의 정확함을 증명할 책임은 신청인에게 있다’고 기술하고 있다. 이러한 UNHCR의 입장은 미국연방규정,¹⁰³⁾ EU지침¹⁰⁴⁾ 등과 차이가 없고, 미국, 영국, 캐나다, 호주 등의 판결례도 이에 따르고 있다.¹⁰⁵⁾ 2007두3930판결도 ‘박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포’의 존재에 관하여 난민인정의 신청을 하는 외국인이 증명하여야 한다고 선언하였다.

나. 민사소송에서 증명책임의 의미

증명책임(거증책임, Beweislast, burdern of proof or burdern of persuasion)은 소송상 증명을 요하는 사실의 존부가 확정되지 않을 때 당해 사실이 존재하지 않는 것으로 취급되어 법률판단을 받게 되는 당사자 일방의 위험 또는 불이익을 말하는 것으로서, 이를 ‘객관적 증명책임’이라고도 한다. 객관적 증명책임은 심리의 최종 단계에 주장사실이 증명되지 않을 때 누가 불이익을 받느냐의 문제로서, 변론주의에 의한 절차뿐만 아니라 직권탐지주의에서도 문제가 된다. 이에 대하여 증명책임의 부담자가 종국적인 패소를 면하기 위하여 증거를 제출하는 증명활동을 해야 하는 행위책임을 ‘주관적 증명책임’(증거제출책임, Beweisführungslast, burdern of producing evidence)이라고 한다.¹⁰⁶⁾

102) James A. Sweeney, op. cit., p.722.

103) 8 U.S.C.A. § 1158 (b)(1)(i).

104) EU지침 제4조 제1항은 ‘회원국은 신청자가 그 국제적 보호의 신청을 증명하는데 필요한 모든 자료를 가능한 한 빨리 제출하도록 의무화 할 수 있다. 신청자의 협조가 있으면, 회원국은 신청에 관련된 자료들을 평가해야만 하는 의무가 있다’고 규정하고 있다.

105) 이에 관하여 상세히는 황필규, 전게서(각주 32), 97~100면.

증명책임은 사실의 진위가 명확하지 않은 경우에 재판을 가능하게 하기 위한 법 기술적 개념이기 때문에, 어떤 사실에 관하여 증명책임을 부담하는 당사자는 반드시 일방이어야 하고, 쌍방이어서는 안 된다는 점, 법률의 적용은 주요사실에 대한 것이기 때문에 증명책임을 부담 역시 주요사실에 그친다는 점이 전제가 된다.¹⁰⁷⁾ 한편, 증명책임은 사실의 존부 또는 진위가 확정되지 않을 때 적용되는 것이기 때문에 증명도와 관련이 있다. 즉, 증명도가 낮추어지면 증명책임에 의하여 재판을 하는 영역은 줄어들게 된다.¹⁰⁸⁾

다. 난민소송에서 증명책임의 의미

난민인정절차와 난민소송에서 난민인정의 요건사실, 특히 ‘박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포’에 관한 증명책임의 문제와 관련하여서는 원칙적으로 증명책임이 난민신청인에게 있다고 하면서도, 신청인에게 그 증명의 부담을 경감하는 방법에 관한 논의가 중심을 이룬다. 즉, 난민인정절차나 난민소송에서는 난민신청인이 자신의 주장을 증명하는 데에 곤란함이 있다는 것과 난민신청을 잘못 거부하였을 경우 난민신청인에게 극단적으로는 죽음이라는 중대한 결과가 있을 수 있다는 사실을 전제로, 난민사건에서는 일반 민사나 형사사건보다 낮은 증명의 정도가 채용되고, 난민신청인과 심사관 사이에 사실조사에 관한 협력의무가 인정되며, 심사관은 종국적으로 유리한 해석에 의한 이익의 원칙에 의지하여 사실인정을 할 수 있다.¹⁰⁹⁾ 난민인정절차에서는 과거에 발생한 사실에 대한 직접적인 인식을 가지고 있는 당사자가 신청인이고, 심사관(난민인정기관)은 신청인의 진술 중에서 난민인정의 중요한 요소를 형성하는 사항에 관하여 직접적으로 알지 못한다는 점에서 증명책임이 신청인에게 있다는 것이기 때문에, 심사관은 신청인의 어떤 진술이 받아들여질 수 있고 어떤 진술이 다루어질 수 있는지를 명확히 하여야 한다.¹¹⁰⁾

106) 이시운, 전게서, 532~534면; 정동윤/유병현/김경욱, 전게서, 555면에서는 증거제출책임(Beweisführungslast, burden of producing evidence)을 한쪽 당사자가 증명책임을 지는 사실에 관하여 유력한 증거를 제출하여 법관이 확신을 갖게 되면 다른 쪽 당사자가 반대의 증거를 제출하여 법관의 확신이 흔들리게 할 필요가 있게 되는 것이라고 설명하면서, ‘증명의 필요’라고 하여 증명책임과 구별하고 있다.

107) 高橋宏志, 重點講義 民事訴訟法, 第2版(上) (有斐閣, 2013), 523~524面.

108) 高橋宏志, 전게서, 584面.

109) Hugo Storey, “The Benefit of the Doubt” in Asylum Law, p.1 [http://www.reflaw.org/the-benefit-of-the-doubt-in-asylum-law/, 2018. 1. 16. 방문]

110) IARLJ, op. cit., p.83.

유엔난민기구 편람 등 국제난민법에서 증명책임의 개념은 난민인정절차에서 증거의 제출 및 조사자의 자세라고 하는 장면을 염두에 두고, 난민인정절차에서 사실의 해명에 협력해야 할 신청인과 심사관의 의무는 어떠해야 하는가의 관점이 중심이 되며, 심리를 마친 후에 사실의 진위가 불명한 경우에 그 사실의 부존재로 인하여 당사자 일방이 받게 되는 위험 내지 불이익이라는 객관적 증명책임의 문제는 논의의 대상이 되지 않고 있다. 즉, 국제난민법에서 증명책임과 관련한 논의의 대세는 난민인정절차에서 신청인이 자신이 난민이라는 것을 증명할 증거를 제출할 의무가 있다는 것을 원칙으로 하면서도, 주장사실, 특히 출신국의 인권상황에 관한 증거에 관해서는 심사관도 자료를 수집할 의무를 부과하고 있다고 말할 수 있다.¹¹¹⁾

난민인정절차 및 난민소송에서 난민신청인은 박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포에 대하여 증명책임을 부담하지만, 신빙성 있는 진술을 하면 증명책임을 다한 것이 되고, 진술을 뒷받침하는 자료까지 제출할 의무는 없으며, 오히려 심사관이 반증을 제시하여야 한다. 유리한 해석에 의한 이익의 원칙에 따를 경우, 난민신청인의 진술이 일관되고 납득할 만하며 일반적으로 알려진 사실과 상반되지 않는 등 그 진술에 일반적인 신빙성이 있으면 존부가 불분명하거나 의심스러운 사실도 난민신청인에게 유리하게 그 사실이 존재하는 것으로 판단하여야 한다.¹¹²⁾

8. 대상판결의 타당성에 관한 검토

원심은, 원고의 면담과정에서의 진술 및 변론 과정에서의 주장 내용 중 일부 일치하지 않거나 모순되는 부분이 있기는 하지만, 원고가 콩고를 출국한 경위에 관하여 전체적으로 일관되게 진술하고 있고, 원고와 함께 입국한 소외 3, 4의 진술에 의하여 뒷받침되어 원고의 전체 진술에 신빙성이 있고, 원고의 출국 후 콩고의 내전 등 상황에 비추어 보면 선거운동음악단에서의 활동으로 인하여 콩고정부군으로부터 생명과 신체에 대한 위협을 느껴 출국하였다는 원고의 주장이 상당히 신빙성이 있으며, 원고가 제출한 증거(신문기사, 당원증, 원고가 작사·작곡한 노래) 등이 조작되었다고 볼 자료가 없고 피고가 이를 반박할 자료를 제출하지 못하고 있다는 데에 근거하여, 원고에게 콩고정부로부터 정치적 이유로 박해를 받을 충분한 근거가 있다는 공포가 있다고 봄이 상당하다고 판단하였다.

111) 難波滿, 전게서, 225~226面.

112) 난민재판의 이해, 77면.

반면 대상판결은, 난민인정의 신청을 하는 외국인이 박해를 받을 ‘충분한 근거 있는 공포’가 있음을 증명하여야 한다고 전제하면서, ① 원고가 제출한 증거(신문 기사, 확인서)의 신빙성이 없는 점, ② 원고의 여권과 한국 입국사증의 발급 경위나 시기, 정당 가입 등 정치활동에 관한 원고의 진술이 일관되지 않은 점, ③ 원고의 출국시기에 관련된 증인의 진술이 객관적 사실과 일치하지 않고 원고의 진술과도 어긋나는 부분이 있는 점, ④ 원고의 정치활동과 관련한 증거(당원증)가 소 제기 직전에 작성된 점, ⑤ 원고 일행이 선거과정에서 음악활동 외에 반정부활동을 한 것이 없고 그로 인하여 출국 전에 체포, 구금, 고문 등의 부당한 처우를 당한 경험도 없고 별다른 제지 없이 출국한 점, ⑥ 원고 일행에 대한 출국 보증을 한 소외 5는 원고 일행을 사천시의 세계타악축제에 데려다 주고 자취를 감춘 점 등의 사정에 근거하여, 원심이 원고가 제출한 문서의 진정성립을 인정하거나 그 내용을 그대로 믿을 수 있는지, 원고의 진술에 일관성과 설득력이 있는지, 원고가 실제로 콩고청년해방운동에 가입하였는지 등에 관하여 충분히 심리하지 아니한 채 원고가 제출한 자료의 기재 내용을 그대로 믿어 원고를 난민에 해당한다고 판단한 것은 난민 개념에 관한 법리오해 및 심리미진의 위법이 있다고 판단하였다.

원심은 원고 진술의 일관성과 설득력에 의하여 신빙성을 인정하고 이에 근거하여 원고에게 콩고정부로부터 정치적 이유로 박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포가 있다고 판단하였는바, 이러한 원심의 판단은 2007두3930 판결의 취지에 따른 것이라고 이해할 수 있고, 이는 난민소송의 증명책임에 관한 국제적인 기준에 어긋나지 않는 것이다.

그런데 대상판결이 지적하는 ① 내지 ④의 각 사항은 2010두27448 판결이 제시하는 난민신청인 진술의 일관성 및 신빙성의 평가의 기준을 고려할 때, 전체적인 원고 진술의 일관성 내지 신빙성을 부정할 만한 근거가 되기 어려운 세부적인 내용에 관한 것일 뿐만 아니라, 오히려 사실에 관한 발견·확인 의무를 공유하고 있는 피고가 난민인절절차 또는 사실심의 심리과정에서 위조 또는 조작의 여부를 확인하였어야 할 보조사실에 관한 것이거나(①, ④), 원고에게 지적을 하여 해당 부분에 관한 진술을 보충하게 하였어야 할 사항(②, ③)에 해당한다.

또, 대상판결에서 출국 전에 체포, 구금, 고문 등의 부당한 처우를 당한 경험이 없거나, 콩고정부의 제지 없이 출국한 점과 원고 일행이 사천시의 세계타악축제에의 참가를 이유로 입국한 점(⑤, ⑥)에 근거하여 ‘박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포’의 존재를 인정한 원심의 판단에 난민의 개념에 대한 법리의 오해가 있다고

한 것은, 난민협약이 난민을 장래의 박해위험으로부터 보호하려는 것이고 과거의 피해를 전제로 하지 않기 때문에, 난민신청자가 과거에 국적국에서 박해를 받은 사실이 없다고 하여 장래 박해가능성이 없다고 단정할 수 없으므로 이를 난민인정의 부정적 요소로 삼을 수는 없다는 일반적인 견해에도 배치된다.¹¹³⁾

또한, 대상판결이 심리미진을 이유로 원심을 파기하면서 지적한 위 각 사항은 국적국을 떠나 있는 원고가 그러한 사항을 뒷받침할 객관적 증거를 추가적으로 제출하기 어려운 것들인바, 결과적으로 파기환송심에서는 대상판결의 판시를 그대로 인용하여¹¹⁴⁾ 원고의 청구를 기각한 제1심 판결이 정당하다고 하여 원고의 항소를 기각하였다.

대상판결이 ‘박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포’의 존재에 관하여 원고에게 증명책임이 있다는 데에만 근거하여 원심을 파기한 것은 2007두3930판결이나 2010두27448 판결이 제시한 난민소송에서의 증명책임과 난민신청인 진술의 신빙성 평가의 법리와 차이가 있다. 이는 일반 민사소송 또는 행정소송에서 사실관계가 명확하지 않은 경우에 사용되는 증명책임이라는 법기술적 개념을 난민소송에 그대로 적용한 것으로서, 난민소송에서의 증명책임에 관한 국제적인 이해와도 큰 차이가 있다고 생각된다.

Ⅲ. 맺음말

재판에서 증명책임의 문제는 앞에서 본 바와 같이 증명이 필요한 사실의 존재 또는 부존재가 확정되지 않은 때 그 사실이 존재하지 않는 것으로 취급됨으로써 어느 당사자 일방이 불이익을 입을 것인지에 관한 것이다. 증명책임은 사실의 존재 여부가 불분명하더라도 재판을 가능하게 하기 위한 법기술적 개념으로서, 증명의 정도(증명도)와 밀접한 관련이 있다.

난민인정절차와 난민소송에서는 통상 난민신청인에게 난민인정의 요건사실에 관한 증명책임이 있다고 전제하면서도, 증거법적으로 일반 민사소송 또는 행정소송과는 다른 법리가 적용된다. 이는 난민신청인이 난민인정의 요건사실, 특히 ‘박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포’와 관련하여 자신의 주장을 증명하는 데에 곤란함이

113) 난민재판의 이해, 131면; 같은 책, 133면에서는 난민이라고 하더라도 합법적으로 출국할 수 있는 방법이 봉쇄되어 있지 않기 때문에 출국과정의 적법성을 다른 사유에 비하여 우월적인 지위를 갖는 결정적인 요소로 취급하는 데에 대하여 신중하여야 한다고 한다.

114) 판결문에는 추가 제출된 증거에 관한 판단이 없다.

있을 수밖에 없다는 사정과 난민신청을 잘못 거부하였을 경우 난민신청인에게 극단적으로는 죽음이라는 중대한 결과가 초래될 수 있기 때문이다.¹¹⁵⁾ 비교법적으로 대륙법계 국가와 영미법계 국가 사이에 다소 차이가 있기는 하지만, 각국의 일반 민사사건보다 낮은 증명의 정도가 채용되고, 난민신청인과 심사관(난민인정기관) 사이에는 사실발견 또는 사실조사에 관한 협력의무가 인정되며, 난민신청인의 진술이 중요한 부분에서 일관되고 설득력이 있으며 일반적으로 알려진 사실과 상충되지 않는 경우에는 신빙성이 인정되어, 다른 증거에 의하여 뒷받침되지 않는 난민신청인의 주장사실도 ‘박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포’를 추단하는 사실이 되며, 난민신청인의 주장만에 의하여 난민인정의 요건사실인 ‘박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포’를 인정할 수 있다. 결국, 난민인정절차 및 난민소송에서 난민신청인이 ‘박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포’의 존재에 대한 증명책임을 부담하지만, 이는 과거에 발생한 사실에 대한 직접적인 인식을 가지고 있는 당사자가 난민신청인이고, 심사관은 ‘박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포’의 존재를 판단하는데 중요한 요소를 형성하는 사항에 관하여 직접적으로 알지 못한다는 점에서 난민신청인에게 증명책임을 있다는 의미일 뿐이다. 따라서 난민신청인으로서 ‘박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포’의 존재와 관련하여 신빙성 있는 진술을 하면 증명책임을 다한 것이 되고, 그 진술을 뒷받침하는 자료(증거)까지 제출할 의무는 없으며, 오히려 심사관이 반증을 제시하여야 한다.

대법원은 2007두3930 판결과 2010두27448 판결을 통하여 ‘박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포’의 사실인정과 관련하여 난민소송의 특수성을 고려한 의미 있는 판시를 하였다.

대상판결은 위 판결들과는 달리 난민소송에서 난민신청인인 원고에게 증명책임을 있다는 점에만 근거하여 (i) 원고 진술의 일관성 내지 신빙성을 부정할 만한 근거가 되기 어려운 세부적인 내용이나 (ii) 사실에 관한 발견·확인 의무를 공유하고 있는 심사당국인 피고가 난민인정절차나 사실심의 심리과정에서 확인하였어야 할 증거의 진정성립 등에 관한 사항 및 (iii) 피고가 원고에게 지적하여 해당 부분에 관한 진술을 보충하게 하였어야 할 사항 등에 관하여 심리가 부족함을 이유로 피고의 상고를 받아들여서 원심을 파기하였는바, 위와 같은 대상판결의 판단이 난민소송의 특수성을 고려한 것이었는지에 관하여는 의문이 든다.

115) 新垣修, 전제서, 62面에서는 證明環境의 특수성과 보호법익의 성질에 배려를 한 관점에서 난민인정에 있어서는 독자적인 증명원칙이 개발되고 있다고 설명한다.

최근 들어 국내에서 난민에 관한 관심이 급증하여 정책적인 측면에서 정치학, 사회학 분야에서 활발한 연구가 진행되고 있고 그 성과물도 적지 않게 축적되고 있지만, 난민인정절차나 난민소송에서의 법률적 문제와 관련하여서는 난민법 제정 이후에 연구가 활발하지 못한 상황이다. 난민에 대한 실질적인 보호는 결국 난민인정절차를 통하여 이루어질 수밖에 없고 그 과정에서는 난민신청인의 난민인정요건에 관련된 사실을 인정하는 작업이 중심이 될 것인바, 증거법적인 측면에서 -특히, 난민신청인 진술의 신빙성과 관련하여- 실무적으로 심도 있는 연구와 논의가 이루어지기를 희망한다.

(논문투고일 : 2018.01.16., 심사개시일: 2018.03.02., 게재확정일 : 2018.03.14.)



▶ 문 영 화

난민인정절차, 난민소송, 박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포, 증명책임, 증명의 정도

【참 고 문 헌】

I. 국내문헌

1. 주석서

김능환/민일영 편집대표, 주석 민사소송법 III, 제7판(한국사법행정학회, 2012)

2. 단행본

이석태/한인섭, 한국의 공익인권소송(경인문화사, 2010)

이시윤, 신민사소송법, 제9판(박영사, 2015)

정동윤/유병현/김경욱, 민사소송법, 제6판(법문사, 2017)

한충수, 민사소송법(박영사, 2016)

호문혁, 민사소송법, 제11판(법문사, 2013)

2014 축조식 난민법 해설(법무부 출입국·외국인정책본부, 2015)

난민재판의 이해(서울행정법원, 2013)

3. 학술논문

고기복, “난민인정절차에 있어서 입증책임에 관한 연구”, 아·태공법연구, 제12집 (아세아태평양공법학회, 2004)

권혁재, “미국 민사증거법상 증명책임과 증거제한에 관한 일고찰”, 법학논고, 제 19집(경북대학교 법학연구소, 2003)

김성수, “난민의 요건과 출입국관리법상 난민인정에 관한 검토”, 난민의 개념과 인정절차(서울대학교 법학연구소 공익인권법센터, 2011)

_____, “난민인정 요건인 ‘박해에 관한 충분한 근거가 있는 공포’의 증명과 관련하여, 박해 경험에 관한 난민신청인 진술의 신빙성을 판단하는 방법”, 대 법원관례해설, 제91호(법원도서관, 2012)

김창조, “항고소송에서 입증책임”, 법학논고, 제48집(경북대학교 법학연구원, 2014. 11.)

김종철, “난민정의에 대한 한국 관례의 비판적 고찰- 합리적인 근거 있는 우려를 중심으로-”, 서울국제법연구, 제21권 제2호(서울국제법연구원, 2014. 12.)

박찬주, “자유심증에 대한 새로운 이해”, 법학논총, 제14집 제1호(조선대학교 법

- 학연구원, 2007)
- 반홍식, “민사소송법에 있어서 증명도”, 민사소송, 제18권 제2호(한국민사소송법학회, 2014. 11.)
- 배병호, “행정소송법상 직권심리주의의 한계”, 공법연구, 제43집 제3호(한국공법학회, 2015. 2.)
- 설민수, “민사·형사재판에서의 입증의 정도에 대한 비교법적·실증적 접근”, 인권과 정의, 제388호(대한변호사협회, 2008. 12.)
- 안승훈, “2012. 2. 10. 법률 제11298호로 제정·공포된 「난민법」의 몇 가지 쟁점”, 행정재판실무연구 IV, 재판자료 제125집(법원도서관, 2013)
- 오용호, “민사소송에서 입증의 정도”, 사법논집, 제15집(법원행정처, 1984)
- _____, “일실수익과 그 입증의 정도”, 법조, 제38권 제2호(법조협회, 1989)
- _____, “민사소송에 있어서의 입증의 정도와 개연성에 관한 이론(상)”, 인권과 정의, 제165호(대한변호사협회, 1990)
- 임재홍, “출입국관리법상 난민인정행위의 법적 성격과 난민인정요건”, 행정판례연구, XV-1(한국행정판례연구회, 2010)
- 주진열, “출입국관리법 제2조 제2의 2호 소정의 난민의 의미”, 사법, 제6호(사법연구지원재단, 2008)
- 황필규, “난민의 지위에 관한 협약상 충분한 근거가 있는 공포”, 박사학위논문, 서울대학교(2010)
- _____, “난민지위협약상 공포의 의미”, 난민의 개념과 인정절차(서울대학교 법학연구소 공익인권법센터, 2011)

II. 외국문헌

1. 영국·미국

- Beyond Proof-Credibility Assessment in EU Asylum System*, UNHCR(2013. 5.)
- IARLJ, *Assessment of Credibility in Refugee and Subsidiary Protection claims under the EU Qualification Directive-Judicial criteria and standards*, 2013
- James C. Hathaway and Michelle Foster, *The Law of Refugee Status: Second Edition*, Cambridge University Press(2014)
- Karen Musalo/Jennifer Moore/Richard A. Boswell, *Refugee Law and Policy*

- *A comparative and international approach*, Carolina Academic Press(2007)

Regina Germain, *AILA'S Asylum Premier Sixth Edition*, AILA(2010)

James A. Sweeney, *Credibility, Proof and Refugee Law*, IJRL(2009)

Michael Kagan, *Is truth in the eye of the beholder? Objective credibility assessment in refugee status determination*, Georgetown Immigration Law Journal(spring, 2003)

2. 독일

Bergmann/Dienelt, *Ausländerrecht*, 11.Auflage, C.H.BECK(2016)

Wolfgang Krüger·Thomas Rauscher(Hrsg.), *Münchener Kommentar Zivilprozessordnung* Band 1, 4.Aufl., Verlag C.H. Beck München(2013)

Berlit, *Die Bestimmung der "Gefahrendichte" im Rahmen der Prüfung der Anerkennung als Flüchtling oder subsidiär Schutzberechtigter*, ZAR(2017)

Hruschka/Löhr, *Der Prognosemaßstab für die Prüfung der Flüchtlingseigenschaft nach der Qualifikationsrichtlinie*, ZAR(2007)

3. 일본

高橋宏志, 重點講義 民事訴訟法, 第2版(上) (有斐閣, 2013)

秋山幹男 外, コンメンール 民事訴訟法 V(日本評論社, 2014)

新垣修, "難民認定における適正手續", 法律時報, 75卷 3號(2003. 3. 1.)

難波滿, "事實の立證め關する國際難民法の解釋適用のあり方に關する一考察", 日本における難民訴訟の發展と現在(現代人文社, 2010)

杉本大輔, "日本における難民訴訟の成果と課題", 難民研究ジャーナル, Vol.2(難民研究フォーラム, 2012.)

山本哲史, "難民認定審査における事實認定(信ぴょう性平價)", 新·判例解説 Watch 國際公法, No.3(2015. 4.)

山本哲史, "難民認定審査の多段階的構造と各段階における判断の性質 : 「灰色の利益」論の位置づけと機能", 國際法外交雜誌, Vol.112 No.4(國際法学会, 2014)

中坂恵美子, “難民該当性の判断において供述の信憑性を認めた事例”, 新・判例解説
Watch 國際公法, No.38(2017. 2.)

安藤由香里, “法務大臣が難民の認定をする義務”, 新・判例解説 Watch 國際公法,
No.2(2016. 4.)

Abstract

The particularities in the asylum process and the burden of establishing ‘well-founded fear of being persecuted’

Moon, Young Hwa

The burden of proof lies on the person submitting a claim in the refugee status determination process. But it is generally accepted that formal roles of evidence are not appropriate for asylum cases, because an applicant may have difficulties in proving his allegation about ‘well-founded fear of being persecuted’ and wrongly refusing refugee protection status could ultimately result in grave consequence like an applicant’s death. Courts adopt a lower standard of proof in the asylum process than in other civil or criminal process, even though there is a somewhat different gap between common law and civil law jurisdictions. And there should be a shared burden of proof or a shared duty of cooperation between the claimant and decision maker. The applicant’s own statements can suffice, where they are believable, consistent, and sufficiently detailed to provide a plausible and coherent account of the basis of the applicant’s alleged fear. Therefore, an applicant for asylum will not have to prove each fact with evidence, and the credible statements of an applicant may be sufficient to sustain the burden of proof without corroboration. That the burden of proof is upon an asylum seeker is based on the fact that a person with a direct perception of the facts of the past is an applicant, and the decision maker is not directly informed of the substantive elements in determining the existence of the well-founded fear of being persecuted.

The Supreme Court made an important decision regarding the burden of

establishing ‘well-founded fear of being persecuted’ in 2008 and the assessment of the credibility of the applicant’s statements in 2012.

But the Supreme Court made a new decision in 2013 that appears contrary to the previous judgments. The Supreme Court said that the hearing regarding ‘the well-founded fear of being persecuted’ was incomplete on the base of the principle that the burden of proof is upon an asylum applicant and overturned the High Court ruling. But the facts that the Supreme Court pointed out were detailed matters which could not make the statements of the applicant unbelievable, and the validity of evidences which the examiner should have ascertained and evaluated.

Recently, many research accomplishments related to the refugee policy have been published in the field of political and social studies. However, the research on the legal issues is insufficient. It is necessary to engage actively in practical discussions particularly on the assessment of credibility of an applicant’s statements.



▶ **Moon, Young Hwa**

refugee status determination process, burden of proof, asylum case, well-founded fear of being persecuted, standard of proof

비영리법인에 있어서 이사의 선관주의의무

-사립학교법인 이사의 취임승인취소 등에 나타난 사례를 중심으로-*

이선희**

【목 차】

I. 序	3. 회사법상 이사의 의무와의 비교
II. 우리나라 비영리법인의 이사제도	4. 신탁에 있어서 수탁자의 의무와의 비교
1. 비영리법인제도와 사립학교법인	
2. 이사제도	
III. 비영리법인 이사의 선관주의의무	IV. 사립학교법인 이사의 선관주의의무
1. 민법상 선관주의의무 관련규정과 선관주의의 내용	1. 개설
2. 신인의무와의 관계	2. 누구에 대한 선관주의의무인가?
	3. 선관주의의무의 내용
	4. 선관주의의무 위반의 효과
	V. 結

【국 문 요 약】

본고는 비영리법인에 있어서 이사의 선관주의의무를 다루었다. 그 중에서도 비교적 법집행 사례가 많은 사립학교법의 적용을 받는 사립학교법인의 이사와 관련하여, 감독관청인 교육부나 교육청이 행한 이사취임승인취소사례를 중심으로 살펴보고자 하였다.

민법상 법인의 업무를 집행하는 이사는 선량한 관리자의 주의로 그 직무를 행하여야 한다. 또한 민법상 법인과 이사와의 관계는 위임자와 수임자의 법률관계와 같으므로 위임의 본지에 따라 위임사무를 처리하여야 한다. 이러한 점에서 사

* 이 논문은 2017년 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구(NRF-2017S1A5A2A01024607)이다.

**성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사, 변호사

립학교 법인에 있어서 이사의 선관주의의무의 내용은 해당 법인의 목적 및 처리하는 사무의 성질에 따라 결정된다.

이에 먼저 사립학교법인이 재단법인의 일종이라는 점에 착안하여, 재단법인 이사로서의 의무 일반론과 관련시켜 보았다. 재단목적달성의무, 재산관리의무 등이 선관주의의무의 내용을 구성함을 확인할 수 있었다. 또한 사립학교법상 임원의 취임승인취소사유로부터 이사의 선관주의의무의 내용을 살펴보았다. 자금횡령 등 회계부정이나 사립학교에 관한 법령 위반이 주를 이루고 있는 가운데, 이러한 일을 주도한 이사의 선관주의의무 위반 및 이를 방관한 이사의 감시의무위반에 대하여 살펴보았다. 또한 이사의 선관주의의무 위반을 확정함에 있어서 교육의 공공성과 사립학교의 자주성의 관계도 고려하였다. 그리고 이러한 선관주의의무 위반을 이유로 해당 이사에 대한 민사책임추궁을 활성화하기 위한 입법론은 다음의 연구과제로 남겨두었다.

I. 序

민법상 법인의 업무를 집행하는 이사는 선량한 관리자의 주의로 그 직무를 행하여야 한다(제58조, 제61조). 민법상 법인과 이사와의 관계는 위임자와 수임자의 법률관계와 같으므로 수임인의 선관주의를 규정한 제681조가 법인과 그 기관인 이사 간에도 적용되고, 따라서 위 제61조는 당연한 내용을 주의적으로 규정한 것이다. 또한 상법에서 이사와 회사와의 관계에 대한 규정에도 민법상 위임에 관한 규정이 준용되므로(제382조 제2항), 회사의 이사에게도 선관주의의무가 있다.

선관주의는 매우 추상적이어서, 법인의 종류나 법인 및 이사의 업무에 따라 매우 다양하다. 영리법인인 회사관계를 규율하는 상법에는 이사의 의무위반과 관련된 법제도가 정비되어 있고 이에 대한 우리나라의 학설, 판례도 풍부하지만, 비영리법인 이사의 의무와 관련하여서는 그러하지 아니하다. 그나마 사립학교법의 적용을 받는 학교법인과 관련하여, 이사선임과 관련한 이사취임승인취소처분에 불복하여 제기하는 행정소송에서 이사의 선관주의의무에 대한 판시를 발견할 수 있는 정도이다.

이에 본고에서는 민법상 비영리법인에 있어서 이사의 선관주의의무에 대하여 연구하되, 법집행이 활발한 사립학교의 경우를 중심으로 살펴보기로 한다.

II. 우리나라 비영리법인의 이사제도

1. 비영리법인제도와 사립학교법인

비영리법인은 법인의 존립목적이 영리추구에 있지 않고, 사원 등에 대한 이익 분배가 금지되어 있는 법인이라고 정의된다.¹⁾

우리나라의 비영리법인제도는 민법을 근간으로 한다. 민법상 법인은 비영리 재단법인과 사단법인을 의미하는데, 특별법으로서 비영리 법인 중 공익법인에 대해서는 공익법인의 설립·운영에 관한 법률이 있고, 그 외 의료법인, 학교법인, 사회복지법인에 대해서는 각 의료법, 사립학교법, 사회복지사업법이 있다. 그런데 현행 민법은 물론, 법무부가 2013. 7. 정부안으로 국회에 제출한 민법 일부개정 법률안²⁾도 비영리법인의 법률관계에 대한 상세한 규정을 두지 못하고 많은 부분을 해석론에 맡겨두었다. 우리나라에서는 영리법인인 회사제도에 비해서 비영리법인 제도가 사회에 미치는 영향은 그리 크지 않은데, 그나마 비영리법인 중 비교적 파급효과가 큰 의료법인이나 학교법인 등에 대하여 위와 같이 특별법에 의하여 규율함으로써, 비영리법인과 관련하여 민법이 작용하는 영역은 매우 제한적이다. 그러나 일부 특수법인에 대하여 규율하고 있는 법률은 민법을 포괄적으로 준용하는 규정을 두는 경우가 있다. 공익법인의 설립·운영에 관한 법률 제1조, 의료법 제50조와 사회복지사업법 제32조가 이에 해당한다.

한편 사립학교법은 이러한 포괄적인 준용규정을 두지 않고, 개별 사항에 대하여 민법을 준용하는 별도의 규정을 두고 있다. 이러한 규정의 형식으로부터 사립학교법에 규정되지 않은 사항에 대하여 민법의 규정을 준용할 것인지에 대한 논란이 있을 수 있다. 그러나 사립학교법이 학교법인을 규율하기 위한 특별법이라고 하더라도, 사립학교법에 특별히 규정하고 있지 않은 사항으로서 그것이 법인의 성격과 관련된 것이라면, 재단법인의 일종인 학교법인에 있어서는 기본법인 민법으로 돌아가 민법의 규정을 유추적용하는 것이 원칙일 것이다.³⁾ 그 점에서 여전히 민법상 법인에 대한 규정은 중요한 의미를 가진다.

1) 김용담 편집대표 「주식민법[총칙(1)], 제4판, 한국사법행정학회, 2010, 508면(송호영); 松元暢子, “非營利法人の役員の信認義務”, 私法 第77号, 2015, 247頁.

2) 의안번호 1906019인데, 2016. 5. 19대 국회의원의 임기만료로 자동폐기되었다.

3) 주영달, “학교법인 임시이사의 선임 및 권한에 관한 연구”, 교육법학연구, 제24권 3호, 2012, 151-152면.

사립학교법 제2조 제2항이 정의한 바와 같이, 학교법인은 사립학교만을 설치·경영할 목적으로 사립학교법에 의하여 설립되는 법인이다. 즉, 학교법인은 학교교육을 위하여 출연된 재산을 관리하게 하는 재단법인을 의미한다.

그런데 최근 논의 중에서 학교를 재단으로만 보지 말고 사단적 성격을 동시에 가진다는 점을 인정하는 것이 사립학교법 개정을 둘러싼 갈등을 해결하는데 출발점이 될 수 있을 것이라는 견해가 있다. 사립학교의 설립에 있어서 출연자의 기여가 결정적임은 부인할 수 없으나, 설립 당시의 출연을 제외하고는 그 후 학교의 성장발전이 학생들의 등록금과 졸업생 및 지역사회나 지방자치단체, 국가의 후원, 교수들의 모금 활동 등에 의한 경우가 많으므로 학생이나 교수를 단순한 시설의 이용자나 수익자로 볼 것이 아니라 단체의 구성원으로서 지위를 인정하는 것이 필요하다는 취지이다.⁴⁾ 재단과 사단의 중간 형태의 법인⁵⁾을 인정하는 것은, 우리 민법이 법인의 형식을 강제하는 법인법정주의를 채택하여 법인을 사단과 재단으로만 규정하고 있기 때문에 현행법 하에서는 허용될 수 없다고 할 것이다.⁶⁾ 그러나 이사의 의무를 새롭게 정립함에는 위와 같은 견해가 도움이 될 수 있을 것이다.

2. 이사제도

앞서 본 바와 같이 우리나라의 비영리법인제도는 민법을 근간으로 하고, 특수한 비영리법인을 규율하는 특별법에도 포괄적으로 또는 개별적으로 민법의 법인 규정을 준용하는 규정을 두거나 해석론에 의하여 민법을 유추적용하고 있다. 그러므로 비영리법인의 이사제도를 알아보기 위해서는 먼저 민법의 내용을 먼저 살펴볼 필요가 있다. 그 다음으로, 본고의 관심인 사립학교법상 이사제도의 특징을 살펴보기로 한다.

4) 김재환, "단체법리의 재조명", 인권과 정의 제355호, 2006, 156면.

5) 강학상 중간법인이라고 불리는 것으로서, 종교법인, 학교법인, 의료법인 등이 이에 해당한다. - 고상룡, 민법총칙, 법문사, 1990, 179면; 송호영(주 1), 507면.

6) 편집대표 권윤직, 민법주해 I 총칙 (1), 박영사, 1992, 473면(이주홍)

가. 민법상 이사에 관한 규정

민법상 이사는 법인의 필요기관이며(제57조), 사무집행기관(제58조)이다. 또한 이사는 법인의 모든 사무에 대하여 법인을 대표한다. 이사가 수인 있어도 각 이사가 단독으로 대표할 수 있는 단독대표가 원칙이다(제59조).

반면 이사회는 민법상 필요기관이 아니다. 법인들이 정관의 규정으로 이사들의 회의체인 이사회를 설치하고 일정한 사항에 대해서는 반드시 이사회에 부의하도록 하며, 이사 중에서 특정한 자를 선출하여 이사장 또는 회장이라는 명칭으로 법인의 사무를 총괄하여 집행하고 법인을 대표하도록 하는 조직형태를 취하는 경우가 많지만⁷⁾ 이는 정관의 규정에 의한 것일 뿐, 법률이 요구한 것은 아니다.

사단법인은 필요적 의사결정기관으로서 사원총회를 두고 있으나, 재단법인에는 사원총회가 존재하지 않는다. 따라서 정관에 별도의 의사결정기관을 두는 등 특별한 사정이 없는 한, 재단법인에서는 이사 또는 이사회가 의사결정기관이다.⁸⁾

나. 사립학교법상 이사제도

우리나라 사립학교법은 사학운영의 중심으로 이사회제도를 채택하고 있다. 민법상의 비영리법인과는 달리 사립학교법인의 이사회는 필요기관(제15조)으로서 i) 법인의 예산, 결산, 차입금 및 재산의 취득·처분과 관리에 관한 사항, ii) 정관의 변경에 관한 사항, iii) 법인의 해산 및 합병에 관한 사항, iv) 임원의 임면에 관한 사항, v) 수익사업에 관한 사항, vi) 학교법인이 설치한 사립학교의 장 및 교원의 임면에 관한 사항, vii) 학교법인이 설치한 사립학교의 경영에 관한 중요사항, viii) 그밖에 법령이나 정관에 따라 그 권한에 속하는 사항을 심의·의결사항으로 하고 있다.

사립학교법은 이사장이 학교법인을 대표하고 위 법과 정관에 규정된 직무를 행하며 기타 학교법인 내부의 사무를 통할한다고 규정한다(제19조 제1항). 또한 이사는 이사회에 출석하여 학교법인의 업무에 관한 사항을 심의·결정하며, 이사회는 이사장으로부터 위임받은 사항을 처리한다(제19조 제3항)고 규정하고 있다. 즉, 이사장에게 학교법인의 대표권, 직무수행권, 내부사무의 통할권을 부여한 반

7) 김용담 편집대표 주석민법[총칙(1)], 제4판, 한국사법행정학회, 2010, 712면(주기동).

8) 김태선, “비영리법인 이사의 선관주의의무”, 민사법학 제69호, 2014, 375면.

면, 이사에게는 이사회 내에서의 심의권과 위임받은 사항에 한정된 사무처리권을 부여하고 있다는 점이 특징이다.

한편, 민법상 법인의 경우와 마찬가지로, 학교법인의 경우에도 이사의 임기만료 후 남아 있는 다른 이사만으로는 정상적인 법인운영이 불가능한 경우에는 후임이사 선임시까지 종전의 이사에게 직무를 수행할 수 있는 긴급처리권(민법 제 691조)을 인정한다. 실무상으로는 이사회가 반목하여 후임이사를 선임하지 못하는 등의 사유가 있을 때 위 긴급처리권이 사용되는 경우가 많다.⁹⁾

민법상 이사가 없거나 결원이 있는 경우에 이로 인하여 손해가 생길 염려 있는 때에는 법원은 이해관계인이나 감사의 청구에 의하여 임시이사를 선임한다(제 63조). 그런데 민법상 임시이사와는 달리 사립학교의 임시이사는 관할청이 선임하는데, 이해관계인의 청구가 있는 경우는 물론이고 관할청이 직권으로도 선임할 수 있다(사립학교법 제25조 제1항). 사립학교법상 임시이사 선임사유는 i) 학교법인이 이사의 결원보충을 하지 아니하여 학교법인의 정상적 운영이 어렵다고 판단될 때, ii) 제20조의2에 따라 학교법인의 임원취임 승인을 취소한 때(다만, 제18조 제1항에 따른 이사회 의결정족수를 초과하는 이사에 대하여 임원취임 승인이 취소된 때에 한한다), iii) 위 법 제25조의2의 규정에 의하여 임시이사를 해임한 때이다. 이와 같이 관할청의 개입정도가 큰 것은 학교법인이 가지는 공공성이 크기 때문이다.¹⁰⁾ 임시이사는 임시적으로 학교법인의 운영을 담당하는 위기관리자로서, 민법상의 임시이사와는 달리 일반적인 학교법인의 운영에 관한 행위에 한하여 정식이사와 동일한 권한을 가질 뿐이고 정식이사를 선임할 권한은 없다(대법원 2007. 5. 17. 선고 2006다19054 전원합의체 판결)

사립학교는 교육의 본래적 속성인 공공성과 더불어 사학의 자주성이 강조된다.¹¹⁾ 그런데 우리나라에서는 사립학교가 차지하는 비중이 그 어느 나라보다 크다.¹²⁾ 이는 국가나 지방자치단체가 수행하여야 할 공교육의 상당부분을 사립학교

9) 대법원 2005. 3. 25. 선고 2004다65336 판결, 대법원 2007. 7. 19. 선고 2006두19297 판결의 사안 등.

10) 주영달(주 3), 148면.

11) 오영호 외, 비영리법인제도의 개선방안에 관한 연구(1년차), 한국보건사회연구원, 2011, 494면. 교육의 공공성과 사학의 자주성에 관련한 상세한 내용은 김하열, “사립학교의 자주성과 공공성 - 학교법인의 사학의 자유를 중심으로”, 고려법학 제52권, 2009, 65-102면; 박만/이시우, “사립학교의 공공성과 자율성에 관한 연구”, 공법연구 제39집 3호, 2011, 143-168면 등.

12) 한국교육개발원의 2010년 교육통계 분석자료에 의하면, 학교 수를 기준으로 사립학교가 차지하는 비율은 초등학교 1.3%, 중학교 20.9%, 고등학교 41.5%, 전문대학 94%, 대학 81.1%이다. 한편 미국의 경우에 학교 수와 학생 수를 기준으로 한 각각의 수치는 초등학교 24.6%와 11.8%, 중등학교는 10.6%와 8.5%, 대학은 2년제의 경우 39.4%와 4.5%, 4년제의 경우 76%와 38.4%이다. - 오

가 대신 맡아서 행함을 의미하는 것이고, 그러한 이유에서 사학의 공공성이 강조된다. 또한 학교 운영에 있어서 재단전입금의 비율이 높지 않으며 등록금의 의존율이 크고 국가로부터의 보조금이 많은 것도 특징이다.¹³⁾ 이러한 우리나라 사립학교의 실정으로 인하여, 사립학교법상 이사의 의무는 사학의 자주성 뿐 아니라 공공성의 측면도 반영하고 있다.

III. 비영리법인 이사의 선관주의의무

1. 민법상 선관주의의무 관련규정과 선관주의의 내용

민법상 법인의 업무를 집행하는 이사는 선량한 관리자의 주의로 그 직무를 행하여야 한다(제58조, 제61조). 민법상 법인과 이사와의 관계는 위임자와 수임자의 법률관계와 같으므로¹⁴⁾ 수임인의 선관주의를 규정한 제681조가 법인과 그 기관인 이사 간에도 적용되고 따라서 위 제61조는 당연한 내용을 주의적으로 규정한 것에 불과하다.¹⁵⁾

‘선량한 관리자의 주의’는 1890년 제정된 일본의 구민법에서 프랑스 민법상의 家父長의 注意(제1137조 제1항) 그리고 독일민법상의 ‘거래상 주의’를 번역한 용어로 사용된 이래, 일본과 우리나라의 사법거래에서 계약의 의무이행을 위해 채무자가 일반적으로 준수하여야 하는 기본적인 행위규범¹⁶⁾으로서의 역할을 수행해왔다.¹⁷⁾ 이러한 선관주의는 제681조에서 수임인에게 요구되는 주의의무의 내용이 되었다.

위 선관주의의무는 일본 민법의 제정 후 我妻 榮 교수가 “채무자의 직업, 그가 속하는 사회적 지위 등에 있어서 일반적으로 요구되는 주의”라고 한 이래, 위 정의는 일본과 우리나라에서 정형적으로 사용되고 있다. 그런데 최근 산업사회, 정

영호 외(주 11), 551면, 601-602면.

13) 감사원, 2012 감사원 대학감사백서, 31면에 의하면, 2010년의 경우에 사립대학의 재정수입 중 재단의 법정전입금의 비율은 3.1%에 불과하고 등록금은 48.8%, 국고보조금은 13.1%를 차지한다.

14) 대법원 1996. 1. 26. 선고 95다40915 판결.

15) 주기동(주 7), 737면

16) 우리 민법상 선관주의의무에 대한 원칙을 규정하고 있는 조문은, 특정물채권의 채무자에 대한 제374조이다. 학자들은 위 374조가 민법상 주의의무의 원칙을 규정한 것으로 이해한다. - 송덕수, 신민법강의, 박영사, 2013, 828면.

17) 이철송, “선관주의의무와 충실의무에 관한 이론의 발전과 전망”, 비교사법 제22권 1호, 2015, 2면.

보화 사회로 나아가면서 위임관계를 비롯하여 타인의 조력을 얻는 생활관계는 역무제공자 측에 고도의 직업적 분화가 이루어짐에 따라 한 가지 내용으로 단정하기 어렵게 되었다.¹⁸⁾

이와 같이 선관주의의무의 내용을 확정하기 어렵지만, 비영리법인에 있어서 이사는 법인의 수임인으로서, 위임의 본지 - 즉 위임계약의 목적과 그 사무의 성질 - 에 따라 선량한 관리자의 주의로써 위임사무를 처리하여야 한다는 공통점이 있다.¹⁹⁾

2. 신인의무와의 관계

가. 영미법상 수탁자 등의 신인의무

일찍이 신탁의 법리가 발달한 영미법은, 연혁적으로 신탁자와 수탁자의 관계를 신인관계로 파악하고, 그러한 신인관계에서 수탁자가 신탁자에 대하여 신인의무(fiduciary duty)를 부담한다는 판례법을 발전시켰다. 신인관계는 신분관계나 계약관계와는 구별되어,²⁰⁾ 일방이 타방을 신인하거나 또는 타방에 의존하고, 타방은 의존하고 있는 상대방에 대하여 그 이익을 도모할 의무를 부담하는 관계 일반을 지칭한다고 설명된다.²¹⁾

신인관계의 전형적인 예는 신탁에 있어서 신탁자와 수탁자의 관계이지만, 법인의 이사도 법인과 신인관계에 있다고 해석된다. 미국 회사법상 일반적으로 이사가 부담하는 주의의무(duty of care)와 충실의무(duty of loyalty)는 수탁자의 신인의무에 기초를 두고 있다고 한다.²²⁾

미국법의 주류적 입장은 신인의무를 구성하는 주의의무와 충실의무를 구별한다. 주의의무와 충실의무에 대한 논의가 가장 활발한 회사법 영역에 있어서, 이사의 주의의무란 이사가 회사를 위하여 자기의 의무를 성실하게 수행할 것을 요구하는 것이다. 반면 충실의무란 이사가 회사의 이익과 상반되는 행위를 하지 않을

18) 編輯代表 谷口知平 外, 新版 注釋民法(16), 有斐閣, 1989, 226頁(中川高男).

19) 이주홍(주 6), 695면; 주기동(주 7), 737면.

20) 그러나 우리법상 신탁은 단독행위 또는 계약이라고 하는 법률행위의 하나이다. - 新井誠/안성포 역, 신탁법(제3판), 전남대출판부, 2011, 217면.

21) Restatement (Third) of Trusts, § 2. Definition of Trust (2003), American Law Institute.

22) 가정준, “미국법상 이사의 책임과 의무 : Fiduciary Duty를 중심으로”, 비교사법 제14권 1호, 2007, 2면.

것, 회사 및 주주의 이익보다 자신의 이익을 우선시하지 않을 것을 요구하는 것이다.²³⁾ 그러나 미국에서도 이사의 신인의무를 구성하는 주의의무와 충실의무를 구분하는 경계선이 분명하지 않고, 게다가 동일한 행위가 이사의 주의의무와 충실의무를 동시에 위반하는 경우도 있다고 한다. 그럼에도 불구하고 이를 개념적으로 구분하는 것은 주의의무에는 경영판단의 원칙이 적용되지만 충실의무에는 그렇지 않다는 점에서 현실적인 의미가 있다는 입장이 제시된다.²⁴⁾

한편 영국법의 주류적 입장은 신인의무란 미국법에서 말하는 충실의무를 가리키는 것이고 주의의무는 신인의무가 아닌 별개의 의무라고 파악한다. 충실의무로서의 신인의무는 형평법에서, 주의의무는 보통법에서 그 기원을 찾는다.²⁵⁾

미국의 모범 비영리법인법(Model Nonprofit Corporation Act)²⁶⁾은 1987년 개정판에서 이사의 주의의무와 충실의무에 대하여 영리법인에 적용되는 규정과 거의 동일한 규정(§8.30.)을 두었다.²⁷⁾ 위 신인관계상의 법리들은 대강 우리 위임관계의 법리와 유사하고, 이들이 사무처리상 부담하는 주의의무는 수임인의 선관주의의무와 비슷한 역할을 수행한다.²⁸⁾

나. 충실의무

미국법의 입장에 따라 충실의무를 주의의무와 구별한다고 할 때, 충실의무란 신탁에 있어서 수탁자, 회사에 있어서 이사 등이 그 신인관계상의 지위를 이용하여 이익을 취하지 않을 의무로 이해된다. 충실의무의 내용은 대체로 회사와의 경쟁금지, 회사기회유용금지, 내부자거래금지, 소수주주에 대한 억압금지, 지배권의 매각과 소수주주의 보호, 임원의 보수와 관련된 것이다.

23) 가정준(주 22), 11-12면; 문상일, “미국법의 현대적 과제 : 미국법상 이사 의무론의 전개와 신의의무의 독자성”, *홍익법학* 제16권 1호, 2015, 54면.

24) 권재열, “상법 제382조의3(이사의 충실의무)의 존재의의”, *상사판례연구* 제22집 제1권, 2009, 10면.

25) 이중기, *충실의무법*, 삼우사, 2016, 9면; 장근영, “영미법상 신인의무의 법리와 이사의 지위”, *비교사법* 제16권 1호, 2009, 281면.

26) 위 모범법은 2008년 3차로 개정되었으나, 이사의 신인의무에 관한 핵심적인 내용들은 종전과 같다.

27) 松元暢子(주 1), 248頁.

28) 이중기(주 25), 133면에 의하면, 영국법에는 사무의 처리와 관련하여 추상적인 계약법의 일종으로서 위임법이 없고, 따라서 우리 위임법에 존재하는 수임인의 ‘선량한 관리자의 주의의무’의 개념도 존재하지 않는다고 한다. 그 대신 독자적 성질을 갖는 다양한 사무처리관계인 대리관계, 신탁관계, 조합관계, 회사관계 등에 대하여 대리법, 신탁법, 조합법, 회사법 등을 독립적으로 발전시켰고 그들 개별법에서 대리인, 수탁인, 조합원, 이사의 사무처리에 관한 개별적인 주의의무를 발전시켰다.

우리 상법은 1998년 개정시 제382조의3에 충실의무에 관한 규정을 두었다. 이는 일본 상법 제254조의3의 충실의무에 대한 규정을 그대로 본뜬 것인데,²⁹⁾ 일본의 다수설 및 판례는 위 충실의무가 선관주의의무의 일부에 불과하며 동조는 주의적인 규정에 불과하다는 입장이라고 한다.³⁰⁾ 우리 상법의 충실의무에 대한 규정(제382조의3)은 추상적이어서, 일본에서의 논의와 마찬가지로 동질설과 이질설로 나누어 있다. 선관주의의무와 충실의무와의 관계에 대한 이질설은 상법상 회사와 이사 간의 관계가 통상적인 위임관계와는 다르다는 것으로부터 출발한다.³¹⁾ 반면 동질설은 양자를 동질적인 것으로 보거나 충실의무가 선관주의의무를 구체화한 것에 불과하다는 견해이다.³²⁾ 판례는 ‘이사가 선관주의의무 내지 충실의무를 위반하였다’는 표현을 사용하고 있어 동질설의 입장에서 있는 것으로 파악된다. 충실의무에 대한 상법 제382조의3에 큰 의의를 두지 않고, 위 제382조 제2항에서 준용하는 민법상 위임관계에 의한 선관주의의무를 부여한 것이라고만 이해하는 것이다.³³⁾

우리 민법의 법인편에는 충실의무에 대한 규정이 없다. 그러나 일본은 민법에서 규정하고 있던 공익법인제도를 근본적으로 개정하여 새로운 비영리법인제도를 두는 세 개의 법률, 즉 “일반사단법인 및 일반재단법인에 관한 법률(이하 ‘일반법인법’이라 한다)”과 “공익사단법인 및 공익재단법인의 인정 등에 관한 법률(이하 ‘공익법인법’이라 한다)” 및 “일반사단법인 및 일반재단법인에 관한 법률 및 공익사단법인 및 공익재단법인의 인정 등에 관한 법률의 시행에 따르는 관계 법률의 정비 등에 관한 법률”을 2008. 12. 1. 부터 시행하고 있는데, 그 중 일반법인법에서 충실의무에 관한 규정을 두었다.³⁴⁾ 일반법인법의 제정에 영향을 준 것은 일본 회사법의 제정(2006. 5. 1. 시행)³⁵⁾과 신탁법의 개정(2007. 9. 시행)으로서, 회사법

29) 임법경위는 이홍욱, “판례를 통해 본 이사의 충실의무”, 비교사법 제12권 4호, 2005, 440-445면.

30) 이철송(주 17), 9면.

31) 정동윤, 회사법, 제7판, 법문사, 2001, 432면; 정경영, “주식회사 이사의 선관주의의무와 책임”, 성균관법학 제28권 4호, 2016, 295-301면; 장근영(주 25), 294면.

32) 이철송(주 17), 9-18면; 송옥렬, 상법강의, 제6판, 홍문사, 2016, 1000-1001면.

33) 대법원 2002. 3. 15. 선고 2000다9086 판결, 대법원 2002. 6. 14. 선고 2001다52407 판결, 대법원 2003. 4. 11. 선고 2002다70044 판결. 그러나 최근 대법원 2016. 1. 28. 선고 2014다11888 판결에서 선관주의에 관한 언급 없이 충실의무 위반을 인정하여 충실의무 개념을 독자성을 인정하였다고 볼 여지가 생겼다.

34) 권철, “일본의 새로운 비영리법인제도에 관한 소고-최근 10년간의 동향과 신법의 소개-”, 비교사법 제14권 4호, 2007, 117-118면; 송호영(주 1), 491-503면.

35) 권철(주 34), 135-136에 의하면, 2005년 회사법이 제정될 때까지 일본에서 회사에 대한 규율은 1899(明治 32)년에 제정된 상법에 포함되어 있었는데, 위 회사법은 상법 중에서 회사에 관한 부

상 이사 및 신탁법상의 수탁자의 신인의무가 일반법인법상 이사의 신인의무의 내용에 영향을 끼쳤다고 한다.³⁶⁾ 일반법인법에 위 규정을 둠으로써 일본에서의 충실의무는 모든 영리법인 및 공익법인이 아닌 비영리법인에서 업무집행자의 의무로서 자리 잡게 되었다. 일본의 비영리법인법에 충실의무에 대한 규정이 들어온 것을 보면, 우리나라에도 조만간 입법화될 여지는 있다.

개인적인 견해로는 선관주의의무에 대한 충실의무의 독자성을 강조하는 이질설에 찬동한다. 그러나 사립학교법 이사의 선관주의의무를 고찰하는 본고에서는 충실의무에 대하여 본격적으로 논하기보다는 기본적으로 동질설의 입장에서 논하기로 하되, 특별히 이사와 학교법인 간의 이해충돌의 상황에서는 충실의무에 대해서도 언급하기로 한다.

3. 회사법상 이사의 의무와의 비교

이사의 선관주의의무 중 가장 논의가 활발한 분야는 상법상 주식회사 이사의 주의의무이다. 우리 상법은 이사의 의무에 대하여 경업금지의무(제397조), 회사의 기회·자산유용 금지의무(제397조의2), 이사의 자기거래에 관한 규제(제398조), 충실의무(제382조의3)를 규정하고 있다. 선관주의의무는 따로 규정하고 있지는 않지만 회사와 이사와의 관계에 민법상 위임규정이 준용되기 때문에(제382조 제2항) 이사는 당연히 선관주의의무가 있다고 해석된다. 그리하여 이사는 자신의 직무를 수행함에 있어서 법령 또는 정관의 규정을 위반하여서는 안 될 소극적 의무는 물론, 적극적으로 회사에 최선의 이익이 되는 결과를 추구할 의무를 부담한다.³⁷⁾ 또한 다른 이사의 업무집행이 법령 또는 정관에 위반됨이 없이 적절하게 이루어지고 있는지를 감시하고 부적절한 행위가 이루어지지 않도록 필요한 조치를 할 감시의무도 선관주의의무의 하나에 해당한다.³⁸⁾ 회사는 영리를 목적으로 하며 특히 주식회사는 유한책임제 등 그 특성에서 비롯되는 각종의 이념을 지도

분을 빼내고 유한회사법(1938년 제정)과 주식회사의 감사 등에 관한 상법의 특례에 관한 법률(1974년 제정)을 포함하여 한 법률로 통합한 것이다. 새로운 비영리법인제도는 이들과 함께 새로운 법인제도·재산관리제도를 구성한다.

36) 松元暢子, 非營利法人の役員の信認義務: 營利法人の役員の信認義務との比較考察, 商事法務, 2014, 10頁.

37) 정경영(주 31), 292면.

38) 이철송, 회사법강의, 제22판, 박영사, 2014, 709면; 송옥렬(주 32), 1012면; 정경영(주 31), 292면.

원리로 하고 있다. 그리고 이사가 이익을 추구하기 위하여 필요한 리스크를 취하는 것을 주저하지 않도록 이사에 대하여 광범위한 재량을 부여한다.

이에 비하여 민법의 적용을 받는 비영리법인은 사원 등에 대한 이익분배가 금지되고 법인이 추구하는 특정 목적의 실현을 그 존재이유로 한다. 비영리법인의 목적은 이익을 최대화하는 것이 아니다. 따라서 비영리법인의 이사가 부담하는 선관주의의무의 구체적인 내용은 주의의 정도·방법·범위 등에 있어서 영리법인의 이사가 부담하는 선관주의의무의 내용과는 같지 않을 것이다.³⁹⁾ 그리고 비영리법인의 이사의 주의의무위반의 유무를 심사함에 있어서 영리법인의 이사에게 주어지는 것만큼의 광범위한 재량에 기초한 고려를 할 필요는 없을 것이다. 비영리법인의 이사는 무보수의 명예직이 대부분인바, 당해 이사의 임무위반의 경위 및 임무위반행위의 태양 등을 고려하여 구체적인 사안에서 선관주의의무의 위반 여부를 판단하게 될 것이다.

4. 신탁에 있어서 수탁자의 의무와의 비교

신탁은 원래 법인격을 갖지 않고 수탁자의 인격을 차용하는 제도로서, 재단법인이나 영리법인 등의 법인격체와는 구별된다. 신탁은 위탁자(설정자)가 수탁자에게 신탁재산을 이전하고, 수탁자는 신인관계에 기하여 수익자의 최선의 이익을 위하여 신탁재산을 관리할 의무가 있으며, 법원이나 수익자가 수탁자의 권한남용을 통제하는 구조이다. 그리하여 신탁법은 수탁자의 재량권 남용행위를 견제하고 수익자를 위해 최선의 이익을 도모하도록 다양한 의무를 수탁자에게 부여하고 있는데, 대표적인 것이 선관주의의무와 충실의무이다.

신탁법상 신탁 사이에는 ‘위임’의 요소가 있기 때문에 민법상 수임인에게 요구되는 선관주의의무가 신탁법상 수탁자에게도 인정된다. 그러나 신탁법상 신탁에서는 민법상 위임과는 달리, 위탁자 뿐 아니라 수익자에 대해서도 수탁자가 선관주의의무를 부담한다.⁴⁰⁾ 이 점에서 사립학교를 운영하는 학교법인과 이사와의 관계를 단순한 위임관계가 아닌 신탁관계로 보는 경우에, 학생을 학교법인의 목적사업에 대한 수익자라고 본다면, 학생에 대해서도 선관주의의무를 부담한다고 볼 여지가 있다.

39) 松元暢子(주 33), 3頁; 이철송(주 38), 753면.

40) 이연갑, “위임과 신탁: 수임인과 수탁자의 의무를 중심으로”, 비교사법 제22권 1호, 2015, 29-30면.

IV. 사립학교법인 이사의 선관주의의무

1. 개설

앞서 본 바와 같이 사립학교법인 이사의 선관주의의무는 위임관계라는 특성에서 오는 일반적인 속성이 있는가 하면, 사립학교법에 고유한 내용으로서의 교육 목적과 우리나라에서 사립학교가 공교육의 일부를 수행하고 특히 중·고등학교의 경우에는 국가로부터 재정지원을 받는 등의 특색이 있다. 이러한 특색들은 이사의 선관주의의무의 내용에도 영향을 끼친다.

또한 학교법인이 재단의 일종이라는 점이 사립학교법인 이사의 의무내용에 영향을 끼친다. 재단은 구성원이 없고, 이익을 향유하는 제3자인 수익자는 구성원이나 기관으로서의 법적 지위를 갖지 못하며, 설립자가 정한 목적을 그 실현을 위하여 바쳐진 재산에 의하여 달성하여야 하므로 이사의 의무로서 목적달성의무나 재산관리의무가 큰 비중을 차지한다.

2. 누구에 대한 선관주의의무인가?

가. 설립자와의 관계

우리나라에서 정규의 사립학교를 설치·경영하는 법률적 주체는 학교법인이다. 이 경우에 학교법인만이 권리능력을 가져 권리와 의무의 귀속체가 되고, 학교는 법인이 설치한 시설물 즉 법인격 없는 영조물의 지위를 갖는 것에 불과하다.⁴¹⁾

그리고 학교법인의 설립자가 일단 학교법인을 설립하고 난 다음에는 학교법인과 구체적인 권리 내지 법률관계가 성립될 수 없다.⁴²⁾ 사립학교를 위하여 출연된 재산에 대한 소유권은 학교법인에 있고, 설립자는 학교법인이 설립됨으로써 그리고 종전이사는 퇴임함으로써 각각 학교운영의 주체인 학교법인과 더 이상 구체적인 법률관계가 지속되지 않게 된다. 따라서 설립자나 종전이사가 사립학교 운영에 대하여 가지는 재산적 이해관계는 법률적인 것이 아니라 사실상의 것이며, 가정적 또는 경제적 이해관계에 불과하다.⁴³⁾ 즉, 법적으로는 학교법인과 절연된다.

41) 오영호 외(주 11), 528면

42) 대법원 1989. 2.14. 선고 88다카4710 판결.

학교법인의 이사제도의 본질에 대해서는 약간의 시각 차이가 존재한다. 대법원은, 이른바 상지대 판결에서, 학교법인의 설립목적은 그 의사결정기관 및 의사집행기관을 구성하는 자연인인 이사들에 의하여 실현되는 것이므로 학교법인의 설립목적이 영속성 있게 실현되도록 하는 것이 학교법인의 이사제도의 본질이라고 파악하였다.⁴⁴⁾ 한편 헌법재판소는 학교법인의 정체성은 설립자로부터 이어지는 이사의 인적 연속성보다는 설립 목적이 화체된 정관을 통하여 유지·계승된다고 보았다.⁴⁵⁾ 이와 같은 차이에도 불구하고, 학교법인의 이사로서는 정관에 화체되어 있는 설립자의 설립 목적과 건학 이념에 따라 선량한 관리자의 주의의무로써 업무를 수행하여야 하는 것이지, 설립자를 위하여 업무를 처리하는 것은 아니라고 파악하는 점에 있어서는 차이가 없다.

이와 같이 이사는 설립자의 지배나 감독 하에 있는 것이 아니고, 사단법인의 사원총회와 같은 구성원에 의한 통제를 받지 않는다. 주무관청의 감독을 받을 뿐, 업무집행에 있어서 상당한 재량을 가지고 학교법인에 대해서 선관주의의무를 부담한다. 따라서 이사가 학교법인을 위하여 선량한 관리자로서의 주의를 가지고 그 임무를 수행하는 것이 중요한 의미를 가진다.

나. 학생 및 교수·교직원과의 관계

그런데 이사가 학교법인에 대하여 선관주의의무를 가진다고 할 때 학교법인이 구체적으로 무엇을 의미하는지는 명백하지 않다.

이는 주식회사의 이사가 누구를 대상으로 신인의무를 부담하는지에 대한 논의와 관계가 있다. 회사법에서는 이사가 위임관계에 있는 상대방은 개별주주가 아니라 회사이므로 이사는 오직 회사에 대해서만 의무를 부담한다는 것이 통설이

43) 헌법재판소 2013. 11. 28. 선고 2011헌바136·180, 2012헌바279 전원재판부 결정; 헌법재판소 2004. 4. 13. 선고 2004헌마258 결정.

44) 대법원 2007. 5. 17. 선고 2006다19054 전원합의체 판결. 위 판결의 다수의견에 대하여, 이사는 학교법인에 대한 관계에서 관계 법령과 설립자의 설립목적이 화체된 정관에 따라 선량한 관리자의 주의의무로써 업무를 처리하면 될 뿐 그 권한을 설립자로부터 위임받거나 설립자를 위하여 업무를 처리하여야 하는 것은 아니라는 이유로, 학교법인의 설립목적을 영속성 있게 실현되도록 하는 것이 이사 제도의 본질이라는 대법관 김영란, 박시환, 김지형, 이홍훈, 전수안의 반대의견이 있었다.

45) 헌재 2013. 11. 28.자 2009헌바206, 2010헌바101(병합) 결정. 위 결정 후 선고된 대법원 2014. 1. 23. 선고 2012두6629 판결은 위 결정의 내용을 인용하고 있다.

다.⁴⁶⁾ 이에 따르면 이사는 회사에 이해관계를 가지는 주주, 피용인, 기타 구성원들에 대해서 신인의무를 부담하지 않는다.

이러한 통설에 대하여, 최근 미국에서는 이사의 신인의무는 주주에 대하여 부담하는 것이라고 보는 입장이 제기되고 있다고 한다. 법인으로서의 회사라는 추상적 개념을 구체화하는 것을 반대하고, 그 대신 주주가 회사를 소유한다고 보면서 주주에 대한 이사의 신인의무를 강조하는 것이다. 그러나 이러한 주장은 아직까지 이론적인 논의에 머물고 있으며, 여전히 현행법의 태도는 이사가 신인의무를 지는 상대방은 회사인 것으로 파악된다고 한다.⁴⁷⁾ 개별적 구성원의 개별적 이익과는 구별되는 집단적 이익을 가지는 법적 실체(entity)로서의 회사를 의미하는 것이다.

이와 같이 본다면, 학교법인은 재단법인의 일종이고 재단은 일정한 목적을 위하여 바쳐진 재산에 부여된 법인격이므로, 결국 출연자가 설정한 설립목적에 맞도록 행동하는 것이 학교법인에 대한 선관주의의무의 내용이 아닐까 생각한다. 다만, 우리나라의 사립학교의 실태 및 교육의 공공성을 강조한다면, 이사의 선관주의의무는 단순히 이사회에 의해 운영되는 학교법인에 대해서 뿐만 아니라 학생, 나아가 교수나 교직원에 대한 관계에서도 선관주의의무를 부담한다고 할 여지는 있다.

학교법인에서 종종 문제되는 회계유용의 경우를 보자. 만일 회계유용이 이사 개인을 위한 목적으로 행해졌다면 학교법인에 대한 선관주의의무 위반을 구성함은 의문의 여지가 없다. 그런데 학교를 운영하는 과정에서 학생 측과 재단 측의 분규로 인한 법률문제가 발생하였을 때 교비를 이사 등의 변호사비용으로 사용한 것이라면 어떻게 되는가? 법률의 규정을 차치하고⁴⁸⁾ 학교법인으로부터의 위임 측면을 강조한다면, 선관주의의무 위반으로 보기 어려울 수도 있다. 그러나 학생을 학교법인의 목적사업에 대한 수익자라고 본다면, 이사가 학생의 이익을 위해서도 일하여야 함에도 불구하고 - 특히 교비는 학생을 위하여 사용하여야 함에도 불구하고 - 위와 같은 용도로 사용하였다는 점에서 선관주의의무를 해태한 것으로 볼 수 있다.

46) 송옥렬(주 32), 1003면.

47) 장근영(주 25), 283-284면.

48) 사립학교법 시행령 제13조 제2항은 교비회계의 세출을 학교운영에 필요한 인건비 및 물건비(1호), 학교교육에 직접 필요한 시설·설비를 위한 경비(2호), 기타 학교교육에 직접 필요한 경비(5호) 등으로 규정하고 있어, 그 외 목적의 지출은 위법을 구성한다.

위와 같은 논의는 향후 비영리법인 이사의 선관주의의무위반을 이유로 손해배상청구를 하는 조문을 신설할 경우에 누구에게 원고적격을 부여할 것인지 하는 문제와 관련될 수 있다.

3. 선관주의의무의 내용

가. 개설

비영리법인의 이사가 수입인의 지위에서 부담하는 선관주의의무의 구체적 내용과 범위는 국내의 문헌이나 실무에서 아직 본격적으로 다루어진 바 없다.

일반적으로 비영리법인에 있어서, 보수를 받고 직무를 수행하는 상임이사는 법인과 의사이의 유상계약인 임용계약이 체결되고, 그 계약에 따라 그 의무의 내용이 정해질 것이다. 그러나 이와 같은 별도의 임용계약이 없는 경우에는 민법 제 61조 및 위임에 대한 규정이 적용된다. 그에 따라 이사가 직무를 수행함에 있어서 선관주의의무의 내용과 범위는 기본적으로 그가 위탁받은 사무의 내용이나 성질에 따라 결정된다. 위임에 대한 일반원칙들은 정관이나 법률의 규정에 의하여 수정될 수는 있지만 전적으로 배제될 수는 없다고 할 것이다.⁴⁹⁾

민법에 이사의 선관주의의무의 모든 내용을 구체적으로 규정하기는 어렵다. 미국의 모범 비영리법인법도 이해상반거래(\$8.60.)나 사업기회(\$8.70.) 등 충실의무와 관련되는 사항에 대해서는 비교적 구체적인 규정을 두고 있지만, 선관주의에 관하여서는 매우 추상적인 규정을 두고 있을 뿐이다.⁵⁰⁾

범위를 좁혀 학교법인의 경우를 보자.

미국을 포함한 영미법계에서는 학교 자체가 법인이고 출연된 재산은 따로 신탁의 형태로 관리되는 체제가 흔하다. 이 때 학교경영업무는 법인으로서의 학교에 맡겨져 있고, 수탁자는 주로 출연된 재산의 관리업무를 수행할 뿐이다.⁵¹⁾ 따

49) 김진우, “재단법인 이사의 내부책임”, 민사법학 제51호, 2010, 14면.

50) §8.30. 이사의 행위기준

(a) 각 이사는 업무를 수행함에 있어서 (1) 신의성실로 (2) 법인의 최선의 이익에 부합한다고 합리적으로 믿는 바에 따라 행위하여야 한다.

(b) 이사회회의 구성원은, 동일한 지위의 사람이 유사한 제반 사정 하에서 의사결정사항과 관련된 정보를 인지한 상태라면 적절하다고 합리적으로 믿는 주의를 기울여 업무를 수행하여야 한다.

(c) -(f) 생략

51) 오영호 외(주 11), 520, 529면.

라서 학교법인의 이사에게는 학교경영과 관련된 주의의무가, 신탁재산의 수탁자에게는 이해충돌에서 오는 충실의무가 중요한 의미를 가진다.

반면 우리나라에서는 사립학교의 설치·운영을 목적으로 하는 학교법인의 설립을 요구하며, 학교법인과 분리되는 신탁재산을 상정하지 않는다. 학교를 설치·경영하기 위한 재산의 출연자 또는 그 친족이 학교를 설치·경영하는 사람과 동일할 경우가 대부분이다. 법적으로는 재산의 출연자와 출연된 재산으로 설립된 학교법인은 별도의 주체이며 법률상 어떠한 관계도 존재하지 않는다. 그러나 학교법인의 최고 의사결정기구인 이사장과 이사회를 임명 또는 구성할 권한이 재산출연자 그리고 출연자가 구성한 이사회에 있기 때문에, 사실상으로는 재산출연자가 학교 설립 뿐 아니라 그 후 학교의 학사운영에 관여하는 경우가 많다.⁵²⁾ 그리고 이와 같이 출연자가 학교 설립 이후에도 영향력을 가지는 이사회를 통하여 학교법인의 재산을 마치 자신의 재산인양 운용하는 경우도 많다. 사립학교법상 이사의 자격에 제한을 두어, 이사 선임시 이사 상호 간에 친족관계에 있는 자가 이사 정수의 4분의 1을 초과할 수 없도록 규정하고 있는데(제21조 제2항), 이는 족벌경영의 방지, 즉 특정 집안이 이사회를 장악함으로써 학교법인 전체를 사유화하는 것을 막기 위한 것이다. 그러나 위 규정으로도 친족관계 없는 자에 대한 실질적 영향력을 막지는 못한다. 위와 같은 구조에서는 학교법인에 대하여 지배력을 행사할 수 있는 설립자 및 그와 친족관계인 이사들에게는 충실의무가, 그 외 이사들에게는 설립자의 수임자가 아니라 학교법인의 수임자로서의 선관주의의무가 강조될 수 있을 것이다.

학교법인은 재단법인의 일종으로서, 일반적으로 재단 이사의 의무의 내용으로 논의되는 바는 사립학교법인 이사의 선관주의의무를 구성한다고 할 것이다. 또한 사립학교법은 이사의 위법행위를 이유로 임원취임승인을 취소할 수 있는 규정을 두고 있는데, 위와 같은 임원취임승인 취소사유들은 이사의 선관주의의무의 내용을 간접적으로 담고 있다고 볼 수 있다.

여기에서는 재단법인 이사의 의무로 거론되는 일반적인 내용을 살펴본 다음, 사립학교법상 임원취임승인 취소사유로부터 사립학교법인 이사의 선관주의의무의 내용을 추출해 보기로 한다.

52) 오영호 외(주 11), 694-695면.

나. 재단법인 이사로서의 일반적인 의무와 사립학교법인 이사의 의무

학교법인은 재단법인의 일종이므로, 이사가 재단의 기관이라는 지위에 기하여 일반적으로 부담하는 의무는 선관주의를 구성하는 주요한 내용이 될 것이다. 위 의무는 일반적으로 재단목적달성의무, 재산관리의무, 충실의무로 구성되는바,⁵³⁾ 이를 차례로 살펴보기로 한다.

1) 재단목적달성의무

재단목적달성의무는 이사의 최우선적이면서도 최고의 의무라고 할 수 있다.

재단의 목적달성방법에는 여러 가지가 있을 수 있으므로 이사는 재단목적의 달성과 관련하여 재량의 여지를 가진다. 재단설립과 함께 설립자의 재단에 대한 영향력의 행사가능성이 원칙적으로는 차단되기 때문에, 재단목적의 달성을 위한 방법 내지 수단 선택은 객관적으로 결정될 문제가 아니라 이사의 주관적 판단에 의하게 되기 때문이다.

위와 같은 재량은 사립학교법인 이사의 선관주의의무 위반여부를 판단함에 고려되어야 한다.

2) 재산관리의무

이사는 재단의 목적을 지속적으로 달성하기 위하여 재단의 자산을 보전하여야 할 뿐 아니라 자산으로부터 발생하는 수익을 재단목적의 달성을 위하여 사용해야 할 재산관리의무를 부담한다. 이 의무를 이행함에 있어서는 재산보전의 원칙과 수익사용의 원칙에 유의해야 한다.

가) 재산보전의 원칙

재산보전의 원칙은 이사가 재단의 자산을 관리함에 있어서 재단의 목적을 달성하기 위한 원천이 되는 자산을 지속적으로 보전하여야 함을 의미한다. 사립학

53) 김진우(주 49), 14-24면의 내용에 따른 것이다.

교법 및 그 시행령의 규정을 보면 앞서 본 이사의 재산관리에 대한 재산보전원칙을 확인할 수 있다.

학교법인이 기본재산을 매도·증여·교환 또는 용도변경하거나 담보에 제공하고자 할 때에는 관할청의 허가를 받아야 한다(제28조 제1항). 학교법인의 재산은 교육용 기본재산과 수익용 기본재산으로 구분되는바(시행령 제4조 제2항), 허가에 의하여 처분이 가능한 재산은 수익용 재산에 한하고, 교지나 교사(강당 포함), 체육장(실내체육장 포함), 실습 또는 연구시설, 기타 교육에 직접 사용되는 시설·설비 및 교재·교구 등 교육용 기본재산은 허가를 받더라도 이를 매도하거나 담보에 제공할 수 없다(제28조 제2항). 이와 같은 기본재산 처분의 제한은 사립학교의 설치·경영을 위하여 설립된 학교법인이 학교존립의 교육적 또는 재정적 기초가 되는 기본재산을 부당하게 감소시키는 것을 방지함으로써 사립학교의 건전한 발달을 도모하고자 하는 데 그 목적이 있다.⁵⁴⁾ 이러한 의무를 위반한 경우⁵⁵⁾에는 당연히 선관주의의무 위반을 구성한다.

학교법인 및 학교의 회계 등에서 법령상 확보하여야 하는 당해 학교법인의 수익용 기본재산의 30퍼센트 이상(고등학교 이하의 학교법인의 경우에는 50퍼센트 이상)에 대하여 회계부정한 사실이 법원의 판결 또는 관할청의 감사에 의하여 명백히 확인된 경우, 임원이 학교법인의 재산을 횡령한 사실이 법원의 판결 또는 관할청의 감사에 의하여 명백히 확인된 경우에는 시정을 요구함이 없이 임원승인을 취소할 수 있다(제9조의2 제1항).

통상의 임원승인취소가 관할청의 시정요구 후에 이루어지는 반면, 위 사유에 해당하는 경우에는 시정요구 없이 임원승인취소사유가 된다. 이는 위 사유가 이사의 재산보전원칙을 위배한 심각한 선관주의의무 위반에 해당하기 때문일 것이다.

나) 수익사용의 원칙

재단은 일반적으로 기본재산으로부터 발생하는 수익에 의하여 그 목적을 실현

54) 대법원 1999. 3. 12. 선고 98다12669 판결.

55) 교육과학기술부(교육과학기술부는 2013. 3. 교육부로 이름이 바뀌었다, 이하 ‘교육부’라고 한다), 2009 감사백서(2010.8.), 204-208면에는 이에 해당하는 다수의 사례를 소개하고 있다.

해 간다. 이 때 재단의 기본재산으로부터 가급적 많은 수익을 창출하여야 한다는 요청과 재산을 가급적 온전하게 보전하여야 한다는 요청이 상호 긴장관계를 형성한다. 수익사용의 원칙은 재단의 관리에 의하여 발생한 수익은 전적으로 재단목적의 달성을 위하여 사용되어야 하고, 기본재산으로부터 수취하게 되는 수익은 정당한 이유 없이 축적되어서는 안 된다는 것을 의미한다. 이는 한편으로 재단활동의 엄격한 목적관련성을 표현하고 있으며, 다른 한편으로 재단의 자산이 재단의 목적에 이바지하는 기능을 가진다는 점을 보여준다.

대통령령인 “대학설립·운영규정”은 학교법인으로 하여금⁵⁶⁾ 일정 수준 이상의 수익용 기본재산을 확보하고, 위 수익용 기본재산으로부터 일정 금액 이상의 연간 수익을 발생시켜(제7조) 수익용 기본재산에서 생긴 소득의 100분의 80이상에 해당하는 가액을 대학운영에 필요한 경비로 충당하도록 의무지우고 있다(제8조). 위 기준 또는 의무부담의 충족여부는 매년 교육부가 시행하는 대학평가항목에 포함되어 있다(제9조). 또한 “고등학교 이하 각급 학교 설립·운영 규정”도 유사한 내용의 규정을 두고 있다(제13조, 제14조). 이러한 기준 또는 의무부담을 충족하지 못한 경우,⁵⁷⁾ 이사의 선관주의의무 위반이 성립할 수 있다.

3) 충실의무

재단법인의 이사는 경업 또는 자기거래행위가 금지되며, 무단으로 재단재산을 이용하거나 재단과 거래하는 제3자로부터 어떤 명목으로든 금품을 받아서는 안 된다. 또한 이사는 재단에 불리한 내용을 가진 법률행위를 해서도 안 되고, 이사의 법률행위는 재단에 대하여 공정성을 견지하여야 한다.⁵⁸⁾

앞서 본 바와 같이 충실의무와 선관주의의무의 관계를 동질설에 의하여 파악하든 이질설에 의하여 파악하든 간에, 이러한 의무를 위반한 경우에는 현행법상으로도 이사가 학교법인에 대하여 위임계약위반 또는 불법행위에 기하여 손해배상 의무를 부담하게 된다.

56) 대학설립·운영규정은 사립학교 뿐 아니라 국가나 지방자치단체가 설립·경영하는 학교에도 적용되지만, 수익용 재산에 관한 규정은 사립학교에 한하여 적용된다. - 고등교육법 제3조, 대학설립·운영규정 제2조 1항 제3호.

57) 교육부(주 55), 69-76면에는 그와 같은 다수의 사례를 소개하고 있다.

58) 재단법인은 아니지만, 민법상 법인 이사의 충실의무위반과 관련하여 민법 제64조를 적용한 판례로는 대법원 2013. 11. 28. 선고 2010다91831 판결.

다. 사립학교법상 임원취임승인취소사유에 나타난 선관주의의무의 내용

1) 임원취임승인 취소사유

사립학교법은 이사의 위법행위를 이유로 임원취임승인을 취소할 수 있는 규정을 두었다.

사립학교법 제20조의2 제1항이 취소사유로 규정하고 있는 것은 “사립학교법, 초·중등교육법 또는 고등교육법의 규정을 위반하거나 이에 의한 명령을 이행하지 아니한 때(제1호), 임원간의 분쟁·회계부정 및 현저한 부당 등으로 인하여 당해 학교운영에 중대한 장애를 야기한 때(제2호), 학사행정에 관하여 당해 학교의 장의 권한을 침해하였을 때(제3호), 관할청의 학교의 장에 대한 징계요구에 불응한 때(제6호)”이다.⁵⁹⁾

위 제1호, 제3호, 제6호의 경우와는 달리, 제2호의 임원간의 분쟁·회계부정 및 현저한 부당은 그로 인하여 당해 학교운영에 중대한 장애를 야기한 때에 한하여 임원취임승인취소사유가 된다. 이는 기본적으로 사적 단체에 해당하는 사립학교법인에 있어서 재단의 자치를 존중하되 앞서 본 사유로 인하여 학생의 교육권을 침해하는 정도에 이른 경우에 행정청이 개입함을 의미하는 것이다.

임원취임승인취소사유가 존재하는 경우에도 실제로 위 취임승인을 취소하는 행정청의 처분에 재량의 일탈 남용이 있어 위법하다고 본 대법원 판례도 있다.⁶⁰⁾ 그러나 임원취임승인취소처분이 재량권 일탈남용으로 위법하다는 판결이 선고되었다고 하더라도, 문제가 된 이사의 행위가 선관주의의무위반이 아니라고는 단정하기 어렵다. 선관주의의무 위반의 정도와 제반사정을 고려해 볼 때 임원취임승인 취소처분이 비례의 원칙에 위반된다는 정도로 이해하여야 할 것이다.⁶¹⁾

59) 제4, 5호 및 7호는 2007년 법 개정 시 삭제되었다.

60) 대법원 2003. 5. 30. 선고 2002두11073 판결, 대법원 1991. 12. 10. 선고 90누7609 판결 등.

61) 김태선(주 8), 383면.

2) 유형별 고찰

가) 임원간 분쟁

임원간 분쟁으로 인하여, 이사가 결원되었음에도 보충하지 않아 의사정족수나 의결정족수에 미달되는 상태가 되었으나 여전히 후임이사를 선임하지 못하거나, 학교운영과 관련된 주요 안건이 계속 부결되는 등으로 학교법인의 운영에 지장이 있는 경우이다.

임원간 분쟁은 학교의 경영주도권을 둘러싼 파벌싸움인 경우가 많다. 그런데 이것이 단순한 분쟁에 그치지 않고 이사회의 기능을 마비시켜 사립학교의 운영에 지장을 초래하게 되는 경우에, 이는 학교법인에 대한 관계에서 선관주의의무 위반을 구성한다.

임원간의 분쟁을 취임승인취소사유로 삼은 것은 학교법인의 특성에 기한 것이 아닌가 싶다. 즉, 임원간 분쟁으로 가장 지장을 받는 자는, 영리법인이나 비영리 법인을 막론하고 통상은 당해 법인 또는 그 구성원일 것이다. 이러한 경우에 행정청이 바로 개입할 것은 아니다. 그러나 학교법인의 경우에 해당 학교의 정상적인 운영이 저해되면 이로 인하여 해당학교 다수의 학생들이 학습에 지장을 받게 된다. 사립학교가 공교육의 일부를 수행하고 있는 우리나라의 현실에서, 사립학교를 조속히 운영을 정상화시키기 위해 위와 같은 임원취임승인취소제도가 존재한다고 볼 것이다.

나) 회계부정

이사(주로 이사장)가 사적인 용도로 교비를 부당하게 사용하거나, 이사회 의결 없이 부당하게 집행하여 학교운영에 중대한 장애를 야기한 경우이다. 이 경우에 관할청에서 감사를 실시하여 횡령액 보전 등의 시정요구를 한 뒤 시정기간 내에 시정이 이루어지지 않으면 임원승인취소를 하게 된다.

교비회계와 법인회계 간 예산의 부당전용이 이루어진 경우도 이에 해당한다. 학교회계 중 특히 교비회계에 속하는 수입은 학교가 학생으로부터 징수하는 입학금·수업료 등으로 이루어지는데⁶²⁾ 그 용도가 법정되어 다른 회계에 진출하거나 대여할 수 없다.⁶³⁾ 그런데 학교법인의 법인회계에서 지출하여야 할 비용 - 예를

들어 수익용 기본재산의 관리운영비, 법인차입금이자, 차량유지비 등 - 을 교비 회계에서 지출한 경우는 사립학교법 제20조의 2에서 규정하고 있는 회계부정에 해당한다.⁶⁴⁾ 이사장 개인의 소송과 관련한 변호사선임비로 사용한 경우도 종종 발생하는 예에 해당한다.⁶⁵⁾

이사 등이 학교법인의 재산을 횡령한 경우는, 학교법인의 이익으로 귀속되어야 할 이익을 개인적으로 부당하게 취득한 경우로서 재산관리의무와 관련된 선관주의의무 위반에 해당한다. 반면 교비회계와 법인회계 간 예산의 부당전용은 학생으로부터 징수하는 수입을 법정의 지출에 사용하지 않고 법인재산의 수입이나 운용에 관계되는 법인회계로 전용하는 것으로서, 교육의 공공성에 기한 의무가 아닌가 생각된다.

회계전용에 있어서는 고의적인 경우 외에 과실에 의한 경우도 적지 않다. 교비 회계로 법인세 환급금이 들어오는 경우에는 이를 전출하여야 한다든지, 법인적립금이 있을 경우에는 교비사용이 불가능함에도 불구하고 이를 간과한 경우 등이다.⁶⁶⁾ 사립학교법상 교비회계 등에 있어서 규정의 복잡성에도 일부 기인한다. 그러한 이유에서 회계부정 및 현저한 부당은 이로 인하여 당해 학교운영에 중대한 장애를 야기한 때에 한하여 임원취임승인사유로 삼은 것이라고 생각된다.

이사 등이 적극적으로 회계부정을 저지르지 않았다고 하더라도, 학교장이 편성하여 제출한 예산안이 교비회계와 법인회계 간의 부당전용을 내용으로 하는 것을 알고도 이를 묵인한 경우도 회계부정에 해당한다. 이사 등으로서 이러한 예산안을 승인하지 말아야 할 뿐 아니라 직무를 수행하는 과정에서 위와 같은 예산의 부당전용사실을 알게 된 때에는 그 시정을 요구하는 필요한 조치를 강구해야할 선관주의의무가 있기 때문이다.⁶⁷⁾

62) 시행령 제13조 제1항에 의하면, 법령 또는 학칙에 의하여 학교가 학생으로부터 징수하는 입학금·수업료 및 입학수험료, 학사관계증명수수료, 학교시설의 사용료 및 이용료, 다른 회계로부터 전입되는 전입금, 학생의 실험실습에서 생기는 생산품등의 판매대금, 교비회계의 운용과정에서 생기는 이자수입, 교육용 기자재등의 불용품 매각수입, 교비회계의 세출에 충당하기 위한 차입금, 학교가 학교교육에 사용할 목적으로 받은 기부금, 기타 학교법인의 수입으로서 다른 회계에 속하지 아니하는 수입으로 이루어진다.

63) 시행령 제13조 제2항에 의하면, 학교운영에 필요한 인건비 및 물건비, 학교교육에 직접 필요한 시설·설비를 위한 경비와 교원의 연구비, 학생의 장학금, 교육지도비 및 보건체육비 및 교비회계의 세출에 충당하기 위한 차입금의 상환원리금 기타 학교교육에 직접 필요한 경비로 사용된다. 이러한 제한에 대해서는 비판론도 적지 않다.

64) 대법원 2007.12.27. 선고 2005두9651 판결; 교육부, 2013 감사백서 및 업무편람(2013. 7.), 145면.

65) 학교법인이 아닌 협회에 관한 사안으로는 대법원 2009. 2. 12. 선고 2008다74895 판결.

66) 교육부(주 55), 241-242면; 교육부(주 64), 333-334면.

또한 총장의 교수임용이나 교장의 교사임용과 관련된 금품수수나 회계부정행위에 대하여 이사들의 일부 가공행위가 인정되고, 학교법인에 대한 행정청의 시정요구에 대하여 대부분의 시정요구사항을 이행하지 못한 경우에도, 총장이나 교장의 위법적인 행위를 저지하지 못하고 교비전용에 동조하였다는 점에서 이사의 선관주의의무 위반이 인정된다.⁶⁸⁾

회계부정 등을 주요한 임원취임승인취소사유로 삼는 것은 재단법인의 이사로서의 의무일 뿐 아니라, 우리나라 사립학교의 재단전입금의 규모가 크지 않고 학교 운영을 등록금수입에 대부분 의존하고 있는 점, 국가로부터 많은 보조를 받고 있는 점과 관련이 깊다.

다) 학사행정관여

학사행정은 당해 학교의 장의 권한에 속한다. 교육기본법 제16조 제2항은 “학교의 장 및 사회교육시설의 설립자·경영자는 법령으로 정하는 바에 따라 학습자를 선정하여 교육하고 학습자의 학습성과 등 교육의 과정을 기록하여 관리한다”고 규정하고 있다. 이는 사립학교에서의 교육활동이 학교법인으로부터 부당한 개입을 받지 않고 자주적으로 이루어지도록 보장하기 위한 것이다.⁶⁹⁾ 이와 관련하여 사립학교법은 이사가 감사 또는 당해 학교법인이 설치·경영하는 사립학교의 교원 기타 직원(다만, 학교의 장은 예외)을 겸할 수 없도록 규정하고 있다(제23조 제2항). 학교법인이 학교의 학사행정에 관여하지 못하도록 하는 제도적 장치라고 할 것이다. 그럼에도 불구하고 학사행정에 관여하여 학교의 장의 권한을 이사장 등 이사가 침해하였을 때 이사취임승인취소사유가 된다.

그런데 사립학교법은 이사회의 심의·의결 대상의 하나로서 ‘사립학교의 경영에 관한 중요사항’(제16조 제1항 제6호)을 규정하고 있고, ‘학교법인이 설치한 사립학교의 장 및 교원의 임용에 관한 사항’(제16조 제1항 제5호)도 포함되어 있다. 따라서 교원의 임면이 학교법인의 권한에 속한다는 점에서 학교의 장의 인사권은 상당한 정도 제한될 수밖에 없고, 학교법인이 학교의 학사운영에 어느 정도 관여할 수 있는가 하는지는 명확하지 않다. 대체로 학교법인이 교직원인사에 지나치

67) 대법원 2013.1.24. 선고 2012두18875 판결.

68) 대법원 2007.7.19. 선고 2006두19297 전원합의체 판결(경기대 사건).

69) 오영호 외(주 11), 402면.

게 관여하여 학교 운영 전반에 대한 부당한 지배력을 행사하는 경우가 임원취임 승인사유에 해당하는 것으로 보고 있다.⁷⁰⁾

라) 사립학교법이나 정관 등 법령 위반

이사회를 전혀 개최하지 않았는데도 이사회를 개최한 것같이 기재하거나 불참자를 참석자로 기재하는 등 허위의 이사회 회의록을 작성하는 경우,⁷¹⁾ 이사회를 개최하지 않았거나 적절한 소집통지 없이 이사회를 개최하여 적법하게 이사를 선임한 것처럼 꾸미는 경우⁷²⁾ 등이다.

그 외에도 학교법인의 예산심의에 대한 법정기일(제31조 제1항)을 준수하지 못한 경우⁷³⁾, 대학설립·운영규정에서 요구되는 수익용 기본재산 확보기준을 충족하지 못한 경우⁷⁴⁾ 등도 이에 해당한다.

3) 실태자료 분석

사학분쟁조정위원회 내부 자료에 의하면, 사립학교법 제25조 제1항 제2호에 의하여 임원취임승인을 취소하고 임시이사가 선임된 바 있는 사립학교법인의 수는 2016. 7. 기준으로 아래와 [표]와 같이 누적 70개(위 기준시점에서는 23개)에 이른다.⁷⁵⁾

임원간의 분쟁과 회계부정이 대부분을 차지한다.⁷⁶⁾

70) 오영호 외(주 11), 671-673면.

71) 교육부(주 55), 65-66면; 교육부(주 64), 332면.

72) 수원지방법원 1997. 10. 31. 선고 96가합24791 판결 등.

73) 그런데 이 경우는 대법원 1991.12.10. 선고 90누7609 판결과 같이 처분의 사실관계가 인정된다 고 하더라도 전원의 취임승인을 모두 취소할 정도로 중하지 않을 수 있다.

74) 교육부(주 64), 333면.

75) 교육부, 사학분쟁조정위원회 운영핸드북(2014. 2.), 52면의 표에 같은 운영핸드북(2016. 8.), 5-6면)의 자료 등을 반영하여 보완하였다.

76) 실제로 임원승인취임사유는 하나 이상인 경우가 많다(예를 들어 임원간 분쟁으로 관할청에 투서가 접수되고 관할청의 종합감사결과 회계부정 등이 드러나는 등이다). 따라서 위 통계는 대표적인 사유만을 집계한 것으로 보인다.

[표]

사유	초·중등	전문대학	일반대학 및 대학원, 대학등	합계
임원간 분쟁	16	2	8	26
회계부정	14	6	9	29
학사행정관여			1	1
사립학교법등 법령위반	7	5	2	14
합계	37(11)/5,769	13(3)/131	20(9)/244	70(23)/6,144

*괄호 안 숫자는 2016. 7. 현재 임시이사가 선임된 법인, /이하 숫자는 총 학교법인

가) 고의적 비리와 감시의무 위반

임원취임승인취소사유는 주도적 이사의 고의적 비리와 나머지 이사의 방관이 결합된 유형이 많다.⁷⁷⁾ 회계부정 중 횡령, 입학이나 교사임용과 관련된 금품수수가 대표적으로 그러한 유형에 해당한다. 학교시설공사의 부당수의계약 및 공사계약금액의 부당집행의 경우도 그러하다. 임원간 분쟁으로 인한 이사회 기능마비에 있어서도 주도자 측의 고의적 행위에 나머지 이사들이 이사회 불출석 또는 의결권 불행사나 반대 등으로 동조 또는 방관하는 형태를 띤다. 허위 이사회 회의록 작성 등 법령 등 위반의 경우도 마찬가지이다.

주도적 이사의 고의적 비리는 주로 설립자가 친족관계에 있는 이사에 의하여 이루어지는 경우가 많다. 나머지 이사의 방관이라 함은 감시의무위반으로 볼 수 있는데, 다른 이사의 업무집행이 법령 또는 정관에 위반됨이 없이 적절하게 이루어지고 있는지를 감시하고 부적절한 행위가 이루어지지 않도록 필요한 조치를 할 감시의무도 선관주의의무의 하나에 해당하기 때문이다.⁷⁸⁾

회사의 이사에 대해서는 감시의무위반을 이유로 손해배상청구가 인용된 다수의 사례들이 있다. 정당한 이유 없이 이사회에 참석하지 않고 사후적으로 이사회 의 결의를 추인하기만 하는 등 실질적으로 이사의 임무를 전혀 수행하지 않은 경우, 업무담당이사의 업무집행이 위법하다고 의심할 만한 사유가 있음에도 이를 방치한 경우 등이 이에 해당한다.⁷⁹⁾ 그런데 회사의 이사 개인에 대한 손해배상의

77) 교육부(주 64), 30면, 45면.

78) 송옥렬(주 32), 1012면.

79) 대법원 2008. 12. 11. 선고 2005다51471 판결, 대법원 2005. 10. 28. 선고 2003다69638 판결, 대법원 2004. 12. 10. 선고 2002다60467·60474 판결, 대법원 1985. 6. 25. 선고 84다카1954 판결 등.

무를 인정함에 있어서는, 당해 이사의 임무위반의 경위 및 임무위반행위의 태양, 회사의 손해 발생 및 확대에 관된 객관적인 사정이나 그 정도, 평소 이사의 회사에 대한 공헌도, 임무위반행위로 인한 당해 이사의 이득 유무, 회사의 조직체계의 흠결 유무나 위험관리체제의 흠결 등 제반사정을 참작하게 된다.⁸⁰⁾ 이러한 이유에서 업무집행이사나 사외이사 등에 있어서 손해배상책임의 유무나 정도에 차이가 발생할 수 있다.

사립학교의 이사에게는 어느 경우에 감시의무위반을 인정할 것인지는 일의적으로 말하기 어렵다. 다만, 대부분이 무보수의 명예직이라는 점이 고려하더라도,⁸¹⁾ 주도적 이사의 위법행위를 알거나 알 수 있었음에도 불구하고 이를 방관하였다면 감시의무위반이 인정된다고 할 것이다.

나) 재단법인 이사로서의 의무

이사의 재단목적달성의무에 있어서는 재량이 허용되므로 이와 관련하여 선관주의의무위반을 문제 삼은 예를 찾기는 어렵다.

따라서 주로 재산관리의무위반이 문제되는데, 이에 대한 사항은 앞서 본 임원취임승인사유 중 회계부정이나 사립학교법 등 법령위반에 해당한다. 회계부정의 경우, 학교법인 기본재산 운용상 수익용 기본재산의 관리 및 처분이 문제되는 재산보전원칙위반의 예가 많았다. 관할청 허가 없이 수익용 기본재산을 처분하는 경우도 있었으나, 그 외에 수익용 기본재산의 관리를 제대로 하지 않아서 임대료 등을 제대로 징수하지 않는 경우, 교육용기본재산에 허가 없이 근저당권을 설정한 예 등도 있었다.⁸²⁾ 소극적인 관리부실의 예는 임원간 분쟁으로 학교법인이 정상적으로 기능하지 않거나 학교이전 또는 운영권양도 과정에서 과실에 의하여 이루어진 경우 등으로 보였다.

한편, 학교시설공사의 부당수의계약 및 공사계약금액의 부당집행에 있어서, 공사계약의 상대방이 이사 개인 또는 그와 일정한 관계있는 경우는 충실의무 위반의 대표적 유형에 해당한다.

80) 위 2002다60467, 60474 판결의 판시.

81) 사립학교법 제26조 제1항에 의하면, 학교법인의 임원중 정관에서 정한 상근하는 임원을 제외한 임원에 대하여는 실비의 변상의 경우를 제외하면 보수를 지급하지 않는다.

82) 교육부(주 64), 89-90면.

4. 선관주의의무 위반의 효과

이사의 선관주의위반은 민사적으로 법인에 대한 손해배상청구사유가 되지만, 사립학교법은 이를 이유로 관할청이 이사취임승인취소를 할 수 있고, 임시이사를 선임함으로써 종전 이사들에 의한 학교운영을 저지할 수 있다.

그런데 구체적인 사안에서 사립학교법인의 이사가 선관주의의무를 위반하였는가를 판단함에 있어서는 신중을 요한다. 주식회사의 이사에서와 같은 경영판단의 원칙을 정면으로 사용할 수는 없겠지만, 미국의 모범 비영리법인법은 이사의 행동기준(§8.30.)을 규정함에 있어서 경영판단의 원칙을 인정한 것으로 평가되고 있다.⁸³⁾ 그렇다면 우리나라 사립학교법인의 이사에 있어서도 그의 직무를 수행함에 있어서 상당한 재량을 가진다는 점이 고려되어야 할 것이고, 이사가 그의 재량한계를 현저히 유월한 경우에만 의무위반이 인정되어야 할 것이다. 그러나 앞서 본 바와 같이 주도적 이사의 고의적 비리와 나머지 이사의 방관이 결합된 경우에, 위 나머지 이사의 감시의무위반을 어느 경우에 인정할 것인지는 여전히 어려운 문제로 남는다.

선관주의의무와 구별되는 충실의무의 독자성을 인정할 경우, 양자의 구별의 실익은 구체수단에 있고, 특히 법률에 특별히 규정하지 않은 경우일 것이다. 선관주의의무는 손해배상에 의하여, 충실의무는 원칙적으로 원상회복에 의한다. 우리나라에서는 신탁법에 충실의무위반행위에 대한 회복수단으로서 원상회복의무를 부과하고 있다(제43조). 그러나 우리 민법이나 상법에는 영미법상의 광범위한 원상회복의무나 신탁법에서와 같은 구체수단에 대한 규정이 없으므로 결국 선관의무위반이든 충실의무위반이든 이사에겐 손해배상책임을 지을 만한 의무위반이 있었는지 여부를 인정하는 것이 주안점이다.

문제는, 주식회사에서 이사책임을 추궁하는 주주대표소송제도를 구비하고 있는 상법과는 달리, 민법이 규율하는 비영리법인의 경우에는 이사의 선관주의의무위반을 이유로 손해배상청구소송을 제기할 만한 유인을 가지는 주체가 뚜렷하지 않다는 점이다.⁸⁴⁾ 특히 사립학교의 경우에 설립자 측이 학교법인을 장악하고 있을 경우에 학교법인이 나서서 이사의 선관주의의무를 문제 삼을 가능성은 매우 희박

83) 김진우(주 49), 25면.

84) 대법원 2016. 8. 18. 선고 2016다200088 판결의 경우, 재단법인의 채권자인 대한민국이 법인을 대위하여 이사장에게 손해배상책임을 묻고 있다.

하다.

비영리법인이 비교적 활발하게 활동하는 미국의 경우에도 이 점은 마찬가지로 보인다. 이러한 점을 보완하기 위하여 미국에서는 각 주의 법무장관(attorney general)이 비영리법인 이사의 신인의무 위반을 추궁하기 위한 원고적격을 가지고 있으며, 실제로 많은 재판례에서 소송에 관여하고 있다.⁸⁵⁾ 우리나라에서 행정청이 임원취임승인취소와 같은 행정처분을 하는 것도 같은 맥락에서 볼 여지는 있다. 나아가 행정청, 학교법인의 수익자에 해당하는 교수나 교직원 또는 학생에게 손해배상청구소송의 원고적격을 인정하는 입법론에 대해서는 향후 연구과제로 남겨두기로 한다.⁸⁶⁾

V. 결

본고에서는 이제까지 민법분야에서 연구가 활발하지 않았던 비영리법인에 있어서 이사의 선관주의의무를 다루었다. 그 중에서도 범위를 좁혀 사립학교법의 적용을 받는 사립학교법인의 이사와 관련하여, 감독관청인 교육부나 교육청이 행한 이사취임승인취소사례를 중심으로 살펴보았다.

먼저 사립학교법인 이사의 선관주의의무를 파악함에 있어서는 학교법인이 재단법인의 일종이라는 점에 착안하여, 재단법인 이사로서의 의무와 관련시켜 보았다. 재단목적달성의무, 재산관리의무 등이 선관주의의무의 내용을 구성함을 확인할 수 있었다.

사립학교법상 임원의 취임승인취소사유는 법령위반, 임원간의 분쟁이나 회계부정 등으로 인한 학교운영의 중대한 장애야기, 학사행정에 관하여 당해 학교의 장의 권한침해 등인데, 위 취소사유를 중심으로 이사의 선관주의의무의 내용을 살펴보았다.

이제까지 나타난 사례에서는 이사의 학교법인의 자금횡령 등 회계부정이나 사립학교에 관한 법령 위반이 주를 이루고 있는데, 이러한 일을 주도한 이사가 선

85) Henry B. Hansmann, Reforming Nonprofit Corporation Law, 129 U. Pa. L. Rev. 600-601(1981); James J. Fishman, Nonprofit Organizations in the United States, in Klaus J. Hopt and Thomas Von Hippel (eds.), Comparative Corporate Governance of Non-Profit Organizations, Cambridge University Press, 2010, pp. 155-158; 김태선(주 8), 391-392면.

86) 松元暢子(주 33), 361-372頁에 의하면, 공익법인법이 제정된 일본에서도 행정청에 공익법인의 임원에 대한 신인의무위반을 추궁하기 위한 원고적격은 부여되고 있고, 이에 대한 입법론이 전개되고 있다고 한다.

관주의의무를 위반한 것으로 보는 데에는 별다른 어려움이 없다. 그런데 이를 방관한 이사에 대해서도 취임승인을 취소함에 있어서는 선관주의의무를 구성하는 감시의무의 위반이 유용한 도구가 된다. 다만, 이 경우에는 사안에 따라서 여러 사정을 고려하여야 한다. 또한 이사의 선관주의의무 위반을 확정함에 있어서 교육의 공공성과 사립학교의 자주성 중 강조점을 어디에 둘 것인지도 사안에 따라 차이가 있다.

이러한 선관주의의무 위반을 이유로 해당 이사에 대한 민사책임추궁을 활성화하기 위한 입법론은 다음의 연구과제로 남겨두었다. 부족하나마 본고가 향후 비영리법인에 있어서 이사의 선관주의의무에 관한 논의의 발전에 조금이라도 기여할 수 있기 바란다.

(논문투고일 : 2018.02.14., 심사개시일 : 2018.02.22., 게재확정일 : 2018.03.14.)



▶ 이선희

비영리법인, 재단법인, 사립학교, 이사, 선관주의의무, 충실의무, 신인의무, 임원승인취임취소

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 편집대표 김용담, 「주석민법 총칙(1)」, 한국사법행정학회, 2000.
 편집대표 곽윤직, 「민법주해 I 총칙 (1)」, 박영사, 2005.
- 고상룡, 「민법총칙」, 법문사, 1990.
 송덕수, 「신민법강의」(제10판), 박영사, 2017.
 송옥렬, 「상법강의」(제7판), 홍문사, 2017.
 오영호 외, 「비영리법인제도의 개선방안에 관한 연구(1년차)」, 한국보건사회연구원, 2011.
 이증기, 「충실의무법」, 삼우사, 2016.
 이철송, 「회사법강의」(제25판), 박영사, 2017.
 정동윤, 「회사법」(제7판), 법문사, 2001.
 新井誠/안성포 역, 「신탁법」(제3판), 전남대출판부, 2011.
 松元暢子, 「非營利法人の役員の信認義務：營利法人の役員の信認義務との比較考察」, 商事法務, 2014.

II. 논문

- 가정준, “미국법상 이사의 책임과 의무:Fiduciary Duty를 중심으로”, 비교사법 제14권 1호, 2007.
 권재열, “상법 제382조의2(이사의 충실의무)의 존재의의”, 상사판례연구 제22집 1권, 2009.
 권철, “일본의 새로운 비영리법인제도에 관한 소고 - 최근 10년간의 동향과 신법의 소개-”, 비교사법 제14권 4호, 2007.
 김제완, “단체법리의 재조명”, 인권과 정의 355호, 2006.
 김진우, “재단법인 이사의 내부책임”, 민사법학 51호, 2010.
 김태선, “비영리법인 이사의 선관주의의무”, 민사법학 69호, 2014.
 김하열, “사립학교의 자주성과 공공성-학교법인의 사학의 자유를 중심으로”, 고려법학 52호, 2009.
 문상일, “미국법의 현대적 과제 : 미국법상 이사 의무론의 전개와 신의의무의 독자성”,
 홍익법학 제16권 1호, 2015.
 박만-이시우, “사립학교의 공공성과 자율성에 관한 연구”, 공법연구 제39집 3호, 2011.
 이연갑, “위임과 신탁: 수임인과 수탁자의 의무를 중심으로”, 비교사법 제22권 1호, 2015.
 이철송, “선관주의의무와 충실의무에 관한 이론의 발전과 전망”, 비교사법 제22권 1호, 2015.
 이홍욱, “판례를 통해 본 이사의 충실의무”, 비교사법 제12권 4호, 2005.

장근영, “영미법상 신인의무의 법리와 이사의 지위”, 비교사법 제16권 1호, 2009.
주영달, “학교법인 임시이사의 선임 및 권한에 대한 연구”, 교육법학연구, 제24권 3호, 2012.

編輯代表 谷口知平 外, 新版 注釋民法(16), 有斐閣, 1989.

松元暢子, “非營利法人の役員の信認義務”, 私法 第77号, 2015.

中田裕康, “公益法人・中間法人・NPO”, JURIST 1126號, 1998.

Abstract

Director's Duty of Care in Nonprofit Corporations

Lee, Sun Hee

This article addresses what constitutes directors' duty of care in nonprofit corporations governed by the Civil Code. In particular, this article focuses on the directors of private schools, to which the Private School Act is applied.

Under the Civil Code, nonprofit directors shall execute their duties in good faith as delegates of nonprofit corporations. For this reason, directors of private schools shall handle delegated affairs in accordance with the purpose of the corporations as well as the nature of the delegated affairs.

In determining what constitutes directors' duty of care, this article first establishes that a private school corporation is an incorporated foundation and analyzes the director's duty of care in terms of achieving the purpose of and managing the property of the foundation. Secondly, this article analyzes the director's duty of care in relation to grounds for revocation of a director's assumption of office as listed in the Private School Act — typical grounds for revocation include fraudulent accounting and violation of the Private School Act. In particular, in contrast to the directors who actively go against their duty of care, this article considers a number of factors when determining whether the directors who did not actively participate in such acts also violate their duty to observe. Finally, the public nature of education and independence of private schools is taken into account when determining a director's violation of duty of care.

Further research is required for the topic of legislation necessary for bringing civil liability action against directors for violation of duty of care.



▶ **Lee, Sun Hee**

nonprofit corporation, incorporated foundation, private school, director, duty of care, duty of loyalty, fiduciary duty, revocation of approval of director's assumption of office

우리민법상 전자파일(electronic file)의 물건성 인정 여부에 관한 연구

정 차 호 *

이 승 현 **

【목 차】

I. 서 설	III. 전자파일을 민법상 '물건'으로 포섭하는 이론구성
II. 민법상 물건의 개념에 정보가 포섭 될 수 있는지 여부	1. '정보'에서 '전자파일'로의 관심의 전 환
1. 우리나라에서의 논의	2. 전자파일의 특수성 및 개념 정립
2. 주요국의 법리	3. 우리민법상 전자파일을 물건으로 보 기 위한 해석론
3. 검토	IV. 결 어

【국 문 요 약】

현대사회는 전자파일(electronic file)로 유지된다. 즉 현대사회를 유지하기 위한 대부분의 정보(information)가 전자파일의 형태로 저장, 전송되는 것이다. 그런 견지에서 민법상 전자파일의 성격을 규명하는 것이 매우 중요하다. 이 글은 전자파일을 현행 민법상 '물건(product)'으로 해석할 수 있음을 논증하는 것을 목표로 한다. 만약 전자파일을 물건으로 볼 수 있다면 정보통신망을 통한 전자파일의 거래를 물건의 거래로 포섭할 수 있으므로 법적 해석이 간명해질 것이다. 그러한 논증에 앞서 이 글은 전자파일이 내장하고 있는 정보 그 자체를 물건으로 볼 수 있는지 여부를 먼저 검토하였다. 그 검토의 결과 이 글은 현행 민법의 해석으로는

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사(주저자).

** 성균관대학교 법학연구원 선임연구원, 법학박사(교신저자).

정보 그 자체를 물건으로 볼 수 없다고 보았다. 즉 정보가 비록 경제적 가치를 가지더라도 정보 그 자체를 유체물로 볼 수는 없으며 자연력으로는 더더욱 볼 수 없다고 판단하였다. 필자들은 입법론으로도 정보 그 자체를 물건으로 포섭하는 법 개정이 용이하지 않을 것이라고 판단하였다. 여러 상황을 염려하여야 하는 그래서 보수적인 민법학계에서 정보 그 자체를 물건으로 받아들이기가 쉽지 않을 것이다.

현행 민법 제98조는 물건을 ‘유체물’ 및 ‘관리 가능한 자연력’으로 규정한다. 전자파일은 어떤 정보를 하나의 묶음(unit)으로 (통상은 반도체의) 기록매체에 보관하는 도구이므로, 요리방법을 종이에 기록한 종이책과 요리방법을 반도체에 기록한 전자책을 달리 볼 필요가 없다. 즉 정보의 묶음인 전자파일이 유체물인 기록매체에 부착된다는 점에서 전자파일을 유체물로 볼 수 있을 것이다. 그렇게 정적인 상태의 전자파일은 기록매체에 부착되어 존재하므로 기록매체와 더불어 유체물로 볼 수 있을 것이다. 그림이 종이에 그려진 경우 그 그림을 그 종子和 더불어 물건인 미술품으로 보는 바와 다르지 않다. 적어도 유체물인 기록매체에 기록된 전자파일을 유체물로 ‘의제’할 수는 있을 것이다. 다만 그림과 종이(기록매체)는 일체의 미술품으로 판매되는데 반해, 전자파일이 정보통신망을 통하여 판매되는 경우에는 전자파일은 그 기록매체를 벗어나서 독자적으로 판매된다. 전자파일을 정보통신망에서 주고받는 과정에서는 전자파일이 운반파(carrier wave)에 실려서 구매자에게 순간적으로 전달된 후 다시 구매자가 보유한 기록매체에 저장되는데, 그 전달 순간의 동적인 상태에서의 전자파일은 (운반파와 더불어) 관리 가능한 자연력으로 볼 수 있을 것이다. 전파는 자연력에 포함되는 것이다. 그런 견지에서 정적인 상태에 있든 동적인 상태에 있든 전자파일이 물건인 점은 변하지 않는 것이다. 우리 민법 제98조가 전자파일의 출현을 예상하기라도 한 듯이 (1960년 제정되던 때부터) 절묘하게도 정적인 상태의 전자파일은 물론 동적인 상태의 전자파일까지도 이미 물건으로 포섭하여 왔던 것이다. 전자파일을 물건으로 해석하게 되면 많은 상황에서의 법적 어려움이 해소된다. 필자들은 그러한 해소의 사례를 후속 연구를 통하여 특허법 및 저작권법의 영역에서 개별적으로 살펴보고자 한다.

“구슬이 서말이라도 꿰어야 보배다.”

I. 서론

권리의 객체는 권리의 종류에 따라 다양하지만¹⁾ 우리민법은 그 중에서도 물건을 보다 일반적 의미가 있는 것으로 이해하여 총칙편 제98조 이하에서 그에 대한 규정을 두고 있다.²⁾ 이러한 물건에 관한 규정은 로마법 시대로부터 근세 자연법을 거쳐서 현대법에 이르기까지 물건, 특히 소유권과 밀접한 관련을 가지면서 이어져 왔으며, 소유권의 객체적 범위를 유체물로 한정하는 기능을 수행해 왔다. 그러나 과학기술이 발전함에 따라 유체물 이외에도 전기와 같이 경제적 가치가 인정되는 무체물이 거래의 대상에 편입되면서 그에 대한 법적 규제가 필요하게 되었고, 그 결과 이에 대한 문제는 해석론에 의하거나 입법론에 의한 해결이 필요하게 되었다. 그에 따라 우리민법 제98조는 “본법에서 물건이라 함은 유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력을 말한다”고 정의함으로써 일정한 범위에서 경제적 가치가 인정되는 무체물을 물건으로 인정할 수 있는 토대가 마련되었다고 평가할 수 있다.³⁾

단언컨대, 현대생활에서 가장 중요한 행위는 정보통신망을 통하여 정보(information)를 주고받는 것이다. 그래서 현대사회를 정보화 사회라고 부른다. 그런데 특정 정보는 명칭 및 확장자를 가지는 전자파일(electronic file)로 묶음(unit) 처리되므로,⁴⁾ 그런 측면에서 우리가 저장(보관)하고,⁵⁾ 주고받는 것은 정보가 내장

1) 일반적으로 물권의 객체는 물건이며, 채권의 객체는 채무자의 행위(금부)이고, 형성권에 있어서는 권리나 법률관계, 지식재산권에 있어서는 지적 창작물(예컨대 저작이나 발명), 인격권에 있어서는 권리주체 자신, 친족권에 있어서는 친족적 신분, 상속권에 있어서는 상속재산이 각각 권리의 객체가 된다.

2) 우리민법이 권리의 객체 중 물건에 관해서만 규정을 둔 이유는 권리의 객체에 대한 통칙적 규정을 둔다는 것은 입법기술상 거의 불가능할 뿐만 아니라 필요하지 않기 때문이라고 설명하는 견해가 있다. 최경진, “민법상 물건에 관한 연구”, 성균관대학교 박사학위논문, 2003, 1-2면 참조.

3) 이러한 우리민법의 입법태도에 대하여 곽윤직·김재형, 민법총칙, 제9판, 박영사, 2013, 220면은 과학이 발달함에 따라서 사람이 관리할 수 있는 자연력이 거래의 객체가 되고 있음은 주지의 사실이므로, 민법이 무체물을 물건에 포함시키고 있는 것은 이러한 재산거래상의 실제의 필요에 응할 수 있는 점에서 타당하다고 한다. 같은 맥락에서 사람이 관리할 수 있는 전자파일을 물건에 포함시키는 것이 거래상의 필요에 부응하는 해석인 것이다.

4) *Suffolk Technologies LLC v. AOL Inc.*, 2013 WL 1700938 (E.D. Va. 2013) (construing the term “file” to mean “a collection of information that is treated as a unit and stored on, or created by, a server”).

된 전자파일이라고 볼 수 있다.⁶⁾ 그렇다면 전자파일은 (디지털 및 인터넷으로 대변되는) 현대생활의 가장 중요한 수단이며, 그것이 없이는 현대생활이 하루는 커녕 단 한순간도 온전하게 영위될 수 없다.⁷⁾ 아래 표는 (예를 들어) 소설이라는 동일한 정보가 판매되는 양태가 기술발전에 따라 변화하여 온 상황을 보여준다. 즉 ① 소설을 종이에 기재하여 종이책으로 판매하던 아날로그 시대, ② 소설을 전자파일로 묶음(unit) 처리하여 반도체에 저장하고⁸⁾ 디스켓 등의 전자책으로 판매하던 디지털 시대 및 ③ 소설을 전자파일로 묶음 처리하여 기록매체(반도체)에 저장한 후 판매 시에는 전자파일만을 판매하는 웹(World-Wide Web) 시대를 보여준다.

〈정보를 기록하고 판매하는 양태의 변천〉

시대	정보의 예	중간과정	기록매체	판매품
① 아날로그 시대	소설	잉크	종이	종이책(유체물)
② 디지털 시대	소설	전자파일	반도체 ⁹⁾	전자책 디스켓(유체물)
③ 웹 시대	소설	전자파일	반도체	전자책 전자파일(유체물?)

기술의 발전에 따라 판매품의 성격이 달라졌는데, 아날로그 시대에 판매되던 종이책과 디지털 시대에 판매되던 디스켓이 둘 다 유체물(물건)이라는 점에서 민법상 물건 개념에서는 차이가 없었다. 그래서 (예를 들어) 종이책과 디스켓 전자책에 판매 후 권리소진원칙을 적용하는 점에도 크게 다른 점이 없었다. 그런데 웹 시대에서는 전자책이 일반적으로는 전자파일의 형태로 판매된다. 전자파일 전자책을 기존의 종이책, 디스켓 전자책과 법적으로 다르게 취급할 필요가 없으므로, 그 세 가지를 동일하게 취급하는 방안이 모색되었다. 그러한 방안으로 첫째,

5) PageMelding, Inc. v. ESPN, Inc., 2013 WL 843190, at 6-7 (N.D. Cal. 2013) (giving “file” its plain meaning of “a collection of information capable of being stored”). 전자파일은 ‘저장’된다는 면이 매우 중요하다.

6) 전자파일로 ‘저장’되기 전의 정보는 페이지지 않은 구슬에 해당하고 전자파일로 저장된 정보는 페이지진 구슬이라고 볼 수 있다. 정보는 전자파일로 저장됨으로써 가치가 보존된다.

7) 따라서 도로를 달리는 자동차가 20세기 경제의 근간이었다면 21세기 경제의 근간은 정보통신망을 달리는 전자파일이 되었다고 해도 과언이 아니다.

8) 전자파일과 유사인 컴퓨터 파일의 정의 중 하나는 “컴퓨터가 읽을 수 있는 매체에 저장된 파일”이다. “a file maintained in computer-readable form.” 매체에 저장된 정적 상태가 일반적이고 운반파에 실려 이동되는 동적 상태도 존재한다.

<<https://www.thefreedictionary.com/Electronic+file>>.

9) 기록매체는 자기테이프, 플로피디스크, 광기록매체, 하드디스크, USB 등 다양할 수 있으나, 디지털 시대의 기록매체 중 가장 대표적인 것은 반도체이므로 여기에서는 반도체만 표시하지만, 필요에 따라 당연히 다른 기록매체로 대체될 수 있을 것이다.

정보 자체를 물건으로 포섭하는 방안과 둘째, 전자파일을 물건으로 해석하는 방안이 제기될 수 있다. 그에 따라 이 글은 정보를 민법상 물건으로 포섭할 수 있는지 여부를 우선 살펴본다. 정보화 시대(information age)라는¹⁰⁾ 용어가 유행처럼 사용되던 시기에 경제적 가치를 가진 정보를 아예 물건으로 포섭하여야 한다는 주장이 강하게 제기된 적이 있었다.¹¹⁾ 만약 정보를 물건으로 포섭할 수 있다면 위 표에서 보여주는 세 가지 상황이 동일하게 취급될 수 있으므로 더 이상 논의할 필요가 없다. 연구의 결과, 이 글은 현행 민법의 해석으로는 정보를 물건으로 볼 수 없을 뿐만 아니라 입법론적으로도 정보를 물건으로 간주하는 규정을 도입하기가 용이하지 않을 것이라고 판단한다. 그에 대하여 II.에서 상술할 것이다.

정보를 물건으로 포섭할 수 없다면, 전자파일을 물건으로 포섭할 수 있을까? 만약 전자파일을 물건으로 포섭할 수 있다면 현대 상거래에 대한 민법적 해석이 매우 용이해진다. 즉 현대 상거래에서는 소설, 음악, 사진, 동영상, 3D 스캐닝 데이터, 빅데이터, 컴퓨터 프로그램,¹²⁾ 소프트웨어 등의 많은 정보가 전자파일의 형태로 거래되는 것이 일반적이므로 전자파일을 물건으로 포섭할 수 있다면 그 전자파일을 기존의 종이책, 디스켓과 동일하게 물건으로 취급할 수 있으므로 법적 취급이 동일·단순해진다. 특히 무체재산인 저작물, 발명 등을 보호하는 저작권법, 특허법 등 지식재산권법에서는 전자파일을 물건으로 보는 법리가 매우 편리할 것이다. 그러한 견지에서 이 글은 (III.에서) 현행 민법의 해석론으로 전자파일을 물건으로 볼 수 있는지 여부를 고찰한다. 만약 현행 민법의 해석론으로는 전자파일을 물건으로 볼 수 없다면 입법론으로 물건이 전자파일을 포함하도록 하는 민법 개정안을 제안하게 될 것이다.

10) 산업혁명이 전통적 산업시대를 열었고 디지털혁명이 정보화 시대를 열었다고 평가된다. Mathias Humbert, *Technology and Workforce: Comparison between the Information Revolution and the Industrial Revolution*, University of California, Berkeley, 2007.

<<http://infoscience.epfl.ch/record/146804/files/InformationSchool.pdf>>.

11) 배대현, “거래대상으로서 디지털 정보와 ‘물건’ 개념 확대에 관한 검토”, 상사판례연구, 제14권, 한국상사판례학회, 2003, 346면. 그리고 최경진, “민법상 정보의 지위”, 산업재산권, 제15권, 한국산업재산권법학회, 2004, 20면은 정보의 물건성은 인정할 수 있지만, 소유권과 관련된 물건의 특별요건은 충족시키기 어렵다고 한다. 이와 달리 경제적 가치를 가진 정보를 물건으로 포섭할 수 없다는 반대견해로 양환정, “권리객체로서 정보의 법적 지위: 정보는 소유권의 대상이 될 수 있는가?”, LAW & TECHNOLOGY, 제5권 제4호, 서울대학교 기술과법센터[Center for Law & Technology], 2009; 118면 이하; 오병철, “컴퓨터 프로그램의 물성에 관한 재검토”, 재산법연구, 제26권 제3호, 한국재산법학회, 2010, 314면 이하 참조.

12) 프로그램은 방법을 수행하기 위한 일련의 지시·명령으로 표현된 것인데, 종이에 표현될 수도 있고, 펀치카드에 표현될 수도 있지만, 요즘은 전자파일에 표현된다. 프로그램의 내용이 표현되는 매체라는 점에서는 종이, 펀치카드, 전자파일은 동일한 기능을 수행한다.

II. 민법상 물건의 개념에 정보가 포섭될 수 있는지 여부

1. 우리나라에서의 논의

가. 민법 제98조가 규정하는 물건 개념의 개요

민법 제98조 소정의 물건에 해당하려면 ① 유체물 또는 자연력에 해당되며, ② 관리가능성(배타적 지배가능성)이 있고, ③ 독립성 및 ④ 비인격성을 갖추어야 한다는 것이 일반적 견해이다.¹³⁾ 이들 요건 중 정보 등과 같은 경제적 가치가 있는 무체물이 민법상의 물건에 포섭이 가능한지 여부와 관련하여 살펴보아야 할 요건은 ①과 ②의 요건이다.

우선 ①과 관련하여서는 우리민법 제98조에 따라 민법상 물건에는 유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력이 포함될 수 있다. 여기에서 유체물이란 형체를 가지고 공간의 일부를 차지하며 사람의 오감에 의하여 지각될 수 있는 물질(고체·액체·기체 등)을 말하며, 무체물은 형체가 없는 물질을 말한다.¹⁴⁾ 이러한 일반적인 정의에 따라 보통의 물건은 유체물이지만, 전기·열·빛·음향·에너지·진파·공기 등의 자연력은 무체물이다.¹⁵⁾¹⁶⁾ 우리민법에 의하면 이들 중 유체물은 모두 물건에 해당되지만, 무체물의 경우에는 관리할 수 있는 자연력만이 물건으로 될 수 있다. 여기에서 '관리'란 지배의 대상이 되어 일반인 사이에서 '거래'하기에 적합한 성질을 가지는 것을 말한다.¹⁷⁾ 그리고 관리할 수 있다는 것은 배타적 지배가 가능하다는 의미이다.¹⁸⁾ 물론 민법 제98조는 이 요건을 자연력에 관해

13) 강태성, 민법총칙, 제6판, 대명출판사, 2016, 400면 이하; 박윤직·김재형, 앞의 책(2013), 220면 이하; 김대정, 민법총칙, 도서출판 fides, 2012, 539면 이하; 김상용, 민법총칙, 제2판, 화산미디어, 2013, 298면 이하; 김준호, 민법총칙-이론·사례·판례-, 제12판, 법문사, 2018, 175면 이하; 김중환·김학동, 민법총칙, 제9판, 박영사, 2001, 231면 이하; 김형배·김규완·김명숙, 민법학강의, 제14판, 신조사, 2015, 409면 이하; 노종친, 민법총칙, 동방문화사, 2017, 264면 이하; 송덕수, 민법총칙, 제4판, 박영사, 2018, 648면 이하; 양형우, 민법의 세계 : 이론과 판례, 제8판, 피앤씨미디어, 2016, 148면 이하; 이상원, 주석민법 [총칙(2)] §97~§113 (편집대표 : 김용담), 한국사법행정학회, 2010, 253면 이하; 홍성재, 민법총칙, 제6판, 대영문화사, 2016, 419면 이하.

14) 박윤직·김재형, 앞의 책(2013), 220면; 지원원, 민법강의, 제15판, 홍문사, 2017, 148면; 홍성재, 앞의 책, 420면.

15) 송덕수, 앞의 책, 648면; 박윤직·김재형, 앞의 책(2013), 220면; 양창수·권영준, 민법Ⅲ(권리의 변동과 구제), 제3판, 박영사, 2017, 26면.

16) 전기는 자연력으로서 에너지를 가진다. 그렇다면 에너지는 그 자체로 자연력이 되는 것이 아니라 자연력이 가지는 특성 중의 하나라고 생각된다.

17) 양창수·권영준, 앞의 책, 26면.

서만 요구하고 있지만, 유체물에도 필요하다고 보는 것이 일반적 견해이다.¹⁹⁾²⁰⁾

나. ‘권리’의 물건 여부

이와 관련하여 권리가 물건에 포함될 수 있는지가 문제될 수 있다. 이에 대해서 일반적 견해는 물권의 객체가 모두 물건이라고 단정할 수 없으며,²¹⁾ 민법은 물건을 유체물에 국한하지 않고 관리 가능한 ‘자연력’에까지 그 범위를 확대할 것을 밝히고 있음에 지나지 아니하므로, 권리를 물권의 객체로 하는 경우에도 이는 단지 그러한 권리의 배타적 지배가능성을 인정하여 예외적으로 편의상 권리에 대한 물권의 객체적격성을 인정한 것에 지나지 않는다고 보아야 함을 이유로 권리는 물건에 해당되지 않는다고 본다.²²⁾

다. ‘물건’ 개념의 확장 필요성

그런데 사회경제의 변화와 새로운 기술의 출현은 물건 개념의 범위를 확장해야 할 필요성을 유발하였고, 이에 따라 물건의 개념을 새롭게 정립하여야 한다는 주장도 제기되었다.²³⁾ 이러한 시각은 물건의 요건 중 ② ‘관리가능성’의 탄력적인 해석의 문제와도 관련되는 것이다. 즉 관리가능성은 기술과 사회의 변천에 따라 유연하게 파악되어야 한다는 사고에 입각해서 물건 개념의 재정립을 요구하는 것이다.²⁴⁾ 그러한 요구에 대응하여 학설상으로는 정보통신망을 통하여 전달되는 디지털 정보는 물리적으로 전기신호이므로, 이때에는 물건이 된다는 견해,²⁵⁾²⁶⁾ 정보

18) 강태성, 앞의 책, 400면.

19) 강태성, 앞의 책, 400면; 박윤직·김재형, 앞의 책(2013), 220면; 김상용·박수근, 민법개론, 화산미디어, 2015, 142면; 김준호, 앞의 책, 175면; 송덕수, 앞의 책, 648면; 양형우, 앞의 책, 148면; 지원립, 앞의 책, 148면.

20) 즉 유체물은 그 속성상 본질적으로 배타적 지배가 가능하고, 무체물은 일반적으로는 배타적 지배가 가능하지 않은데, 배타적 지배가 가능한 것에는 물건의 지위를 부여하자는 것이다.

21) 물론 예외적으로 권리를 물권의 객체로 하는 경우도 있다(민법 제345조 이하, 제371조 참조).

22) 김성수, “한국민법에서의 물건(재물)과 재화”, 민사법학, 제77호, 한국민사법학회, 2016, 328면 이하; 김준호, 앞의 책, 175면; 송덕수, 앞의 책, 648면; 이상원, 앞의 책, 255면; 김병재, 민법주해 제2권 총칙(2) 제98조~제113조 (편집대표: 박윤직), 박영사, 2010, 28-29면.

23) 김상용, 앞의 책, 299면; 최경진, “물건 개념의 변화에 따른 담보 및 공시제도의 개선에 관한 연구”, 중앙법학, 제9집 제3호, 중앙법학회, 2007, 416면 이하; 양창수·권영준, 앞의 책, 27면은 앞으로 과학기술의 발달과 더불어 인간의 지배력이 넓어지면 물건의 범위도 넓어질 것이므로, 그러한 의미에서 물건의 범위는 장래를 향하여 열려 있다고 한다.

24) 박윤직·김재형, 앞의 책(2013), 221면; 김상용, 앞의 책, 299면; 양창수·권영준, 앞의 책, 26면.

25) 김관식, “컴퓨터프로그램의 특허법상 보호에 관한 특허법 제2조 개정시안의 법적 의의 및 과제”, 법학연구, 제23권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2012, 562면은 특별히 컴퓨터프로그램이 인터넷 망 등을 통하여 전송되는 경우에는 컴퓨터프로그램이 궁극적으로는 전기로 구성되어

나 지식, 발명, 표현 등도 물건의 개념에 포함시켜야 한다는 입법론을 제시하는 견해²⁷⁾ 등이 주장되었다. 그러나 디지털정보나 디지털콘텐츠는 유체물이라고 할 수도 없고 자연력이라고도 할 수 없어서 민법상 물건에 포함되지 않는다는 반대 견해도²⁸⁾ 제시된 바 있다.

라. ‘정보’를 물건의 개념에 포함시킬 것인지 여부의 논의

정보 자체를 물건의 개념에 포함시키자는 주장은 2004년 법무부 민법개정안이 제출되는 과정에서 민법 제98조 소정의 물건의 정의와 관련하여 무체물의 개념을 확장하는 논의에도 포함되기에 이르렀다.²⁹⁾ 즉 권리의 객체는 사회가 발전함에 따라 점차 증가하고 있는데, 특히 정보화 사회로의 진입에 따라 권리의 객체를 규정한 물건 개념에 ‘정보’를 추가할 필요성이 증가하고 있으며, 이러한 ‘정보’의 추가는 물건에 관한 규정을 총칙편에 둔 근거를 강화한다는 점을 이유로 이를 물건의 정의에 추가시켜야 한다는 의견이 주장되었다.³⁰⁾ 그러나 이에 대해서는 정보를 일반적으로 물건으로 보는 것은 정보의 개념 그 자체를 법률적으로 어느 정도나 특정할 수 있는지 여부와 관련하여 어려운 문제를 야기할 수 있으므로, 정보를 물건에 포함시키는 데에 소극적이면서도 온라인상의 정보 또는 컴퓨터프로그램 그 자체를 물건으로 볼 수 있는지 여부나 이에 관한 규정을 둘 필요가 있는지 여부는 검토를 요하지만, 특별한 규정이 없더라도 물건에 관한 민법 규정을 유추 적용함으로써 해결할 수도 있을 것이라는 의견도 주장되었다.³¹⁾ 이러한 논의 후에 물건에 정보를 추가하는 것은 법률체계에 관한 문제로서 개정의 필요성

있다는 점을 상기하면 컴퓨터프로그램이 우리나라 민법상 관리 가능한 자연력으로서 물건의 개념에 포함된다고 볼 수 있다고 주장하였다.

26) 오병철, 디지털정보거래의 성립에 관한 연구, 한국법제연구원, 2001, 16면; 송대중, “디지털콘텐츠의 특허법적 보호에 관한 연구”, 지식재산연구, 제6권 제1호, 한국지식재산연구원, 2011, 55면.

27) 배대현, 앞의 논문, 308면 및 347면 참조.

28) 이상원, 앞의 책, 256면; 양창수·권영준, 앞의 책, 26면은 현행법상 위 대상들은 저작권이나 특허권 등 지식재산권의 객체로 되거나 불법행위법에 의하여 보호되는 이익이 될 수는 있어도 민법상 물건의 객체인 물건에 해당되지는 않지만, 위 대상들이 민법상 물건처럼 소유되고 거래되는 실정에 비추어 물건에 관한 민법의 규정을 ‘유추’ 적용하거나 참고하여야 하는 경우도 있을 수 있다고 한다.

29) 민법상 물건에 정보가 포함될 수 있는지 여부에 대한 2004년 법무부민법개정안의 논의에 대한 이하의 소개는 법무부민법개정자료발간담 편, 2004년 법무부민법개정안 총칙·물권편(민법개정총서3), 법무부, 2012, 156면 이하를 참조하였다.

30) 예컨대 서민·소제선 위원의 개정의견이다. 이와 관련하여 하경효 위원은 제조물책임과 관련 ‘온라인상의 정보’를 동산으로 볼 수 있는지에 대한 논의가 필요하다는 입장을 개진하였다.

31) 예컨대 윤진수 위원의 검토의견이다.

여부에 관하여 전체회의에 회부되었지만, 결국 민법개정에 반영되지 못하였고,³²⁾ 이러한 상태는 현재까지 지속되고 있다.

2. 주요국의 법리

가. 서 언

유체물만을 물건으로 할 것인지, 무체물도 물건의 개념에 포함시킬 것인지에 대해서는 입법례가 나누어져 있다. 예컨대 로마법·프랑스민법(제516조, 제526조, 제529조)·오스트리아민법(제353조)은 유체물뿐만 아니라 무체물도 물건의 개념에 포함시키지만, 독일민법(제90조)이나 일본민법(제85조)은 유체물만을 물건으로 규정하고 있다. 그리고 스위스민법은 제713조에서 유체물 외에 무체물 가운데 법적 지배가 가능한 자연력을 물건에 포함시키고 있는 바, 우리민법은 이러한 스위스민법의 태도를 따라 양 극단에 치우치지 않은 절충적인 입장을 취한 것이다.³³⁾

그러나 정보 등 경제적 가치가 있는 무체물의 법적 성질 및 법적 규율에 대해서는 각국이 취하는 입법주의의 영향으로 각국마다 다르다. 이러한 점을 감안하여 이하에서는 유체물만을 민법상 물건으로 인정하는 독일·일본의 입법주의(이하 ‘유체물 한정주의’라고 한다), 유체물은 물론이고 무체물 중 자연력을 물건의 개념에 포함시키는 스위스의 입법주의(이하 ‘자연력 포함주의’라고 한다), 유체물뿐만 아니라 무체물도 물건의 개념에 포함시키는 프랑스의 입법주의(이하 ‘무체물

32) 2004년 법무부민법개정안이 제출된 이후인 2009년 민법개정안이나 2014년 민법개정안에 물건에 관한 개정사항은 없다. 다만 2009년 민법개정위원회에서는 물건에 대한 규정을 물건법에 두는 문제, 물건의 정의에 정보를 추가하는 문제, 물건의 정의에서 전기를 생략하는 문제, 동물에 대한 특별한 규정을 두는 문제, 온천수와 광천수를 광물과 동일하게 취득하는 문제, 토지와 건물도 소유자가 원하면 하나의 부동산으로 합병하고 2개의 부동산으로 분할할 수 있도록 하는 방법을 강구하여 거래상 하나의 객체로 매매될 수 있도록 새로운 제도를 신설하는 문제가 논의되었으나, 전체회의 등에서 모두 개정하지 않기로 하였다. 이와 달리 2014년에는 물건에 대한 개정 논의는 전혀 없었다.

33) 스위스민법이 우리민법상 물건 규정의 제정과정에 어떠한 영향을 미쳤는지에 대해서는 이를 명확하게 알 수 없지만(민의원법제사법위원회법안심의회법안심의회소위원회, 민법안심의회(상권), 1957, 67면), 우리민법 학계에서는 일반적으로 스위스민법 제713조의 “자연력(Naturkräfte)”이라는 법률상 개념을 우리민법에 영향을 미친 독일민법이나 일본민법에서는 찾아볼 수 없는 점에서 우리민법 제98조의 “자연력”이라는 개념은 스위스민법 제713조를 참조하여 입법되었다고 이해하고 있다(최경진, 앞의 박사학위논문, 38면; 송덕수, 앞의 책, 648면; 이영준, 민법총칙, 개정중보판, 박영사, 2007, 986면; 명순수, 실록 대한민국민법 I, 법문사, 2008, 296면 등). 이러한 우리민법의 태도에 대하여 학설은 타당하다는 견해(곽윤직·김재형, 앞의 책(2013), 220면), 관리할 수 있는 자연력을 포함시킨 것은 타당하나 지식재산권과 같은 권리를 포함시키지 않은 것은 유감스럽다는 견해(이영준, 앞의 책, 986면)로 나누어져 있다.

포함주의'라고 한다)로 나누고, 각국의 입법주의 하에서 물건의 개념, 특히 전자파일 안에 내재되어 있는 정보 등 경제적 가치가 있는 무체물을 어떤 시각에서 파악하여 운용되고 있는지를 중심으로 고찰해 보고자 한다. 다만 유체물 한정주의를 취하는 국가에서도 정보 등 경제적 가치가 있는 무체물이 물건의 개념에 포함되는지 여부에 대해서 논의가 있다. 이러한 논의는 우리민법 하에서 전자파일의 민법상 물건성 인정 여부를 판단하는 데에 적지 않은 단서 또는 시사점을 제공할 것으로 생각한다.

나. 유체물 한정주의를 취하는 입법례(독일·일본)

1) 독일

가) 독일에서는 민법 제90조에서 “물건의 개념(Begriff der Sache)”이라는 표현 하에 “이 법률에서 물건이라 함은 유체물만을 말한다”고 규정함으로써³⁴⁾ 민법상 물건(Sache)의 개념을 유체물로 한정한다.³⁵⁾ 이러한 현행 독일민법 제90조 소정의 물건의 개념은 19세기 보통법학을 통해서 매개된 로마법상의 물건의 개념, 즉 물건의 원칙적 유체성 관념을 바탕으로 형성된 것이다.³⁶⁾ 그런데 현행 독일민법이 유체주의적 물건의 개념을 입법화하였음에도 불구하고 학설상으로는 종래부터 독일민법 제90조 소정의 물건의 개념을 확대하고자 하는 견해가 주장되고 있었다.

예컨대 경제계의 재화가 물건에 한정되지 않는다는 점을 전제로 재화주의적 물건관을 그대로 물건개념의 확대의 논거로 제시하는 견해,³⁷⁾ 현대적 의미에서의

34) Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände. 이러한 현행 독일민법 제90조 소정의 물건 개념은 19세기 보통법학을 통해서 매개된 로마법상의 물건 개념, 즉 물건의 원칙적 유체성 관념을 바탕으로 형성된 것이다.

35) Dieter Leipold, BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil Ein Lehrbuch mit Fällen und Kontrollfragen, 8.Aufl., Mohr Siebeck, 2015, S.518.

36) 이러한 현행 독일민법상의 물건 개념은 로마법의 res corporales에 대응한다(Paul Oertmann, Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Bd.1, Allgemeiner Teil, 3.Aufl., Heymann, 1927, S.251).

37) Justus Wilhelm Hedemann, Grundriß der Rechtswissenschaft, Bd. 3, Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Walter de Gruyter, 1950, S.2f.에 의하면 물건의 대상을 유체물에 한정하는 것은 독일민법 체계 내에서 가장 중요한 결점 중의 하나이며, 경제영역에서는 하나의 개념(즉 재화)으로 취급되는 것이 민법영역에 들어와서는 법적 구성을 위하여 (유체물 한정성 때문에) 분열된다고 한다. 즉 물건법의 규율범위 내에서도 유체물을 넘는 경제적 가치를 가진 것, 예컨대 권리 위의 질권이나 용익권도 존재하며, 정신적 재화에 관해서도 정신적 소유권론이 존재하고, 조세법에서도 유체물과 무체물은 동일하게 취급된다는 것이다. 뿐만 아니라 광의의 물건 개념을 채택함으로써 경제학설과의 대응이 가능한 점, 유가증권도 물건 개념에 포함시킬 수 있는 점, 나아가 전기를 물건으로 취급하지 않은 것은 경제적 요충에 배치되는 점 등이 근거로 제시

소유권은 가치, 특히 교환가치를 파악하는 것일 뿐이라는 전제 하에 물건 개념이 자연과학적 의미에서의 물건 개념이 아니라 동적, 즉 교환가치 파악적인 것이라는 견해,³⁸⁾ 독일민법상의 유체적 물건의 개념을 비판하면서 오스트리아민법에서와 같이 넓은 물건의 개념만이 법의 현실적 임무에 답하는 것이며, 법의 대상은 물체세계의 물리적 정돈이 아니라 공동체의 사회질서이기 때문에 권리, 기업, 에너지도 유체물과 동등한 기능가치를 가진다는 견해,³⁹⁾⁴⁰⁾ 권리를 그 객체적 대상과 분리하여 그 대상에 무체물이라고 명명함으로써 유체물과 동질의 개념을 형성하는 것으로 보고, 이러한 유체물과 무체물의 상위개념으로서의 물건의 개념을 단순한 자연과학적 개념이나 경제적 개념에 머물지 않고 법적 개념으로 파악하는 견해⁴¹⁾ 등이 그것이다.

나) 한편 현행 독일민법 제90조 소정의 물건은 고체, 액체 또는 기체를 의미하며, 물건은 윤곽이 드러나야 할 뿐만 아니라 파악이 가능하여야 한다. 예컨대 공기, 지하수, 유동하는 전기 에너지는 그 자체로는 물건이 아니지만, 깡통 속의 벤젠, 압력병 속의 가스는 물건이라고 해석한다.⁴²⁾ 또한 프로그램이 기록된 기록매체(floppy) 등은 물건이지만, 이와 달리 순수하게 사고상의(정신적인) 내용을 나타내는 프로그램 그 자체는 물건이 아니라고 해석한다.⁴³⁾ 다만 독일연방대법원 판

된다(Hedemann, a. a. O., S.2f. 참조).

38) Kurt Chesne, "Dynamisches Eigentum", Archiv für Rechts-und Wirtschaftsphilosophie, Bd. 18, 1924.5, S.447f.

39) 이 견해에 의하면 모든 법질서는 재산법적으로 지배 가능한 객체의 영역을 규정하여야 하며, 광의의 물건 개념을 출발점으로 하여 현재의 물권법은 재산법을 대신하여야 한다고 한다(Franz Wieacher, "Sachbegriff, Sacheinheit, Sachzuordnung", AcP 148, 1943, S.58ff.). 이 견해는 독일민법 제90조가 유체물만을 절대적 재산권의 객체로 파악한 법적 전통에 따르는 것으로 이해한 점에 바탕을 두고 있다(Wieacher, a. a. O., S.59.).

40) 이 견해에서의 '기능적' 물건의 개념은 결국 경제적 기능의 관점에서 파악된 개념에 불과하며, 경제계에서의 재화가 유체물에 한정되지 않는다는 인식에 기초한 것이다. 이에 따라 물건의 개념은 경제적·문화적 가치내용으로부터 파악되는 것이며, 이러한 것이 바로 재산권의 대상이 된다고 한다(Wieacher, a. a. O., S.73.). 결국 토지, 동산, 권리나 지배 가능한 자연력, 정신적 작품, 기타 여러 대상으로 재산법적 지배의 대상이 확대되어야 한다는 것이다.

41) Otto von Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd.I., Duncker & Humblot, 1895, 269ff. 이 견해에 의하면 유체물과 무체물은 모두 객체적 대상으로서의 추상적 동질성을 가진다는 측면에서는 물건으로 포섭되지만, 무체물과 유체물을 완전히 동일하게 보려는 시각은 아니므로, 개개의 물건 유형에 있어서는 다양성과 비동질성을 인식함으로써 각각의 성질에 맞게 법규범이 변용된다고 한다(Otto von Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd.II., Duncker & Humblot, 1905, S.3. 참조).

42) Leipold, a. a. O., S.518.

43) Leipold, a. a. O., S.518. 다만 이와 관련하여 독일에서는 매체와 독립한 컴퓨터프로그램을 '무체 재산(immaterielles Gut)'으로 보는 견해(Frank Lenhard, Vertragstypologie von Softwareüberlassungsverträgen, München, 2006, S.22ff.; Mehrings, Computersoftware und Gewährleistungsrecht, NJW 1986, 1905 등)와 유형의 매체와 결합하는 것을 전제로 컴퓨터프로

례는 이러한 일반적 해석이 물건의 인도에 관한 각종 계약에 직접 적용되는 여러 민법규정을 유추 적용하는 것을 방해하는 것은 아니라는 입장을 취한다. 예컨대 판매된 컴퓨터프로그램의 내용상의 하자에 대한 책임은 (물건의 하자에 대한 책임을 규정한) 제434조(물건의 하자)에 따라서 판단된다고 한다.⁴⁴⁾⁴⁵⁾ 한편 독일에서 목적물(Gegenstand)은 물건과 함께 권리(예를 들면 채무법상의 채권, 인격권, 저작권, 특허권)를 포함하는 상위개념으로 파악된다.⁴⁶⁾

2) 일본

일본의 경우, 구 일본민법은 로마법의 전통에 의거하면서 채권이나 지식재산권 등 ‘무체물’도 포함하여 광의의 ‘물건’ 개념을 채용하고 있었다(구 민법재산편 제6조).⁴⁷⁾ 그러나 현행 일본민법 제85조는 “정의”라는 표제 하에 “이 법률에서 ‘물건’이라 함은 유체물을⁴⁸⁾ 말한다”고 규정함으로써 유체물 한정주의를 취하였으며,⁴⁹⁾⁵⁰⁾ 이러한 태도는 2017년 일본민법 개정에서도 그대로 유지되었다.⁵¹⁾

그램을 ‘유체물’로 보는 견해(Christoph A. Baus, *Verwendungsbeschränkungen in Softwareüberlassungsverträgen*, Köln, 2004, S.24ff.; Wolfgang Krauß, *Die Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf Softwareverträge*, Münser, 2004, S.16ff. 등)가 주장된다. 이에 대한 자세한 내용은 허명국, “표준 컴퓨터 프로그램 거래의 법적 성질-라이선스설 및 혼합계약설에 대한 비판적 입장에서-”, *비교사법*, 제16권 제3호(통권 제46호), 한국비교사법학회, 2009, 35면 이하 참조. 이와 관련하여 김관식, 앞의 논문, 563면 주40은 여기에서 유형의 매체와 결합하여 유체물로 인정하는 것은 현재 우리나라 특허 실무에서 컴퓨터프로그램의 청구항 형식으로 인정되고 있는 매체형식 청구항에 대응하고, 무체재산으로 보는 견해는 컴퓨터프로그램을 무체물로서의 물건으로 보는 견해에 대응하는 것으로 이해할 수 있다고 한다.

44) BGHZ 102, 135., NJW 1988, 406; BGHZ 109, 97., NJW 1990, 320., JZ 1990, 236.

45) 전자파일을 물건으로 포섭하여야 제조물책임법 등에서 현실적이고 합리적인 결론을 도출할 수 있다. 즉 프로그램을 담은 전자파일을 구동하였는데, 컴퓨터가 오작동 되어 고장난 경우, 제조물책임법으로 규율할 수 있어야 한다. 또, 3D 스캐닝 파일을 담은 전자파일을 수입하는 경우 대외무역법으로 규율할 수 있어야 한다.

46) Leipold, a. a. O., S.518.

47) 일본의 구 민법은 인스티튜티오넨시스(Institutionensys) 방식을 채용하고 있었기 때문에 물건에 관한 규정은 재산편에 있었다(구 민법재산편 총칙 제6조 내지 제29조 참조).

48) 이러한 유체물의 개념에 대해서 일본에서는 역사적으로 오감으로 지각할 수 있는지 여부를 기준으로 하는 사고방식과 공간의 일부를 차지하는지 여부를 기준으로 하는 사고방식이 있었으며, 이 중 구 민법은 전자의 사고방식을 취하고 있었음(구 민법재산편 제6조 제2항 참조)에 비하여 현행 일본민법의 기초자는 후자의 사고방식을 취하였다. 富井政章, *訂正増補民法原論*第1卷總則上, 有斐閣, 大正9年(1920年), 327頁 이하 참조. 그리고 그 후의 학설도 (인간 이외의) 공간의 일부를 차지하는 물건을 유체물로 보는 점에서 견해가 일치되어 있다.

49) 현행 일본민법이 물건을 유체물에 한정된 이유에 대해서 학설상으로는 ① 물건(특히 소유권)은 물건을 배타적으로 완전히 지배할 수 있어야 하는 점(소유권 절대의 원칙)과 ② 물건을 무체물까지 확장하면 물건이나 채권 그 자체도 무체재산인 점에는 변함이 없으므로, “소유권에 대한 소유권”이나 “채권에 대한 소유권”(즉 권리 위의 권리)을 인정할 수 밖에 없게 되어서 권리관계가 복잡하게 된다고 생각되었기 때문이라고 설명하는 것이 일반적 견해이다(中舎寛樹, *民法*

이러한 현행 일본민법 하에서 정보 등 경제적 가치를 가지는 무체물을 민법상의 물건에 포섭시키는지 여부에 대해서 학설상 다양한 견해가 주장되었다. 예컨대 유체물 개념을 확대해서 이를 “법률상 배타적 지배 가능성”으로 해석하고, 이를 통하여 ‘물건’의 개념을 확장함으로써 정보를 일본민법상의 물건에 포섭시키고자 하는 견해,⁵²⁾ 입법론으로 지식재산권법 일반에 통하는 기본적인 부분에 대해서는 “권리의 객체”로 보고 ‘정보’에 대한 규정을 일본민법에 신설하자는 견해,⁵³⁾

總則, 日本評論社, 2010, 55頁; 梅謙次郎, 訂正增補民法要義卷之-總則編 [明治44年版復刻板], 有斐閣, 昭和59年(1984年), 180-181頁). 한편 학설 중에는 물건의 개념과는 별개로 권리 등 무체물도 포함하여 거래할 수 있는 물건을 나타내는 의미로 “재(財)” 또는 “재화”라는 용어를 사용하는 견해가 있으며(田中整爾, 新版注釈民法(2), 總則(2) 法人・物 §§ 33-89 (林良平・前田達明編集), 有斐閣, 平成23年(2011年), 587頁 이하 참조), “재화” 관념에 대해서 거래대상인지 여부에 한정하지 않고 법률상 보호되어야 할 재산적 이익을 널리 재화로 파악하는 등 종래와 다른 관점에서 재화를 파악하려는 견해도 존재한다(吉田克己, “財の多様化と民法学の課題-理論的考察の試み”, 日本私法学会シンポジウム資料 財の多様化と民法学の課題, NBL No.1030, 商事法務, 2014, 11-12頁 참조).

- 50) 이는 구 일본민법전의 ‘물건’의 개념을 의도적으로 부정한 결과이나, 그렇다고 해서 당시 일본민법의 기초자들이 무체물 개념을 인식하지 못했던 것은 아니었다. 기초자에 따르면 현행 일본민법은 권리를 중심으로 하는 판덱텐(Pandekten) 체계를 채용하였는데, 유체물은 물건의 객체일 뿐만 아니라 채권의 목적에도 간접적으로 관계가 있으므로, 그러한 의미에서 유체물은 권리의 객체 중에서도 중요한 위치를 차지함을 고려하여 일본민법 제85조를 권리의 객체에 관한 조문으로 정하였다고 한다(横山美夏, “物概念の現代的課題”, 민사법학 제77호, 한국민사법학회, 2016, 351면; 梅謙次郎, 前掲 訂正增補民法要義卷之-總則編 [明治44年版復刻板], 165頁). 그런데 물건의 목적을 유체물에 한정한 점에 대해서 실제로 기초자 자신은 물건의 개념이 “지나치게 협소한 것으로 볼 수 밖에 없다”는 의문을 제기하였고, 이에 따라 이 문제를 제기하였고, 이에 따라 향후 검토해야 할 과제라고 하고 있었다(富井政章, 前掲 訂正增補民法原論第1卷總則上, 327頁; 大村敦志, 民法読解 總則編, 有斐閣, 2009, 240頁 참조). 그 후의 학설에서도 일본의 민법총칙은 유체물을 대상으로 권리의 객체 일반을 논하고 있는 것은 아니어서 유체물이 권리의 객체가 될 수 있는 것의 일반적인 성격을 나타내는 것은 아니라고 해석되고 있다(田中整爾, 前掲 新版注釈民法(2), 575頁 이하). 다만 이에 대해서 川島武宜, 民法總則, 有斐閣, 昭和40年(1965年), 142頁은 일본민법 제85조 이하의 모델이 된 독일민법 제1조안 제778조 규정은 소유권의 객체에 관한 규정이었으며, 따라서 제85조도 본래는 물건에 두어져야 했었지만, 제86조 이하는 물건만에 관한 규정이 아니므로, 통합하여 총칙에 두어졌다고 해석한다. 한편 당시의 기초자들이 주로 염두에 두고 있었던 무체물은 물건·채권 등 ‘권리’이며(구 민법재산편 제6조 제3항 제1호), 오늘날 무체물의 대표적 예가 되는 지식재산은 권리의 일종으로 상정되고 있었지만(구 민법재산편 제6조 제3항 제2호), 오늘날과 같이 ‘정보’라는 형태로는 파악되고 있지 않았다(野村豊弘, “情報-總論”, JURIST, No.1126, 有斐閣, 1998, 176頁; 大村敦志, 新しい日本の民法学へ, 東京大学出版会, 2009, 271頁).
- 51) 최근 일본의 민법상 물건에 대한 개정경위에 대한 자세한 내용은 民法改正研究会(代表 加藤雅信), 日本民法典改正案 I 第一編 總則 -立法提案・改正理由-, 信山社, 2016, 372頁 이하 참조.
- 52) 我妻榮, 新訂民法總則(民法講義 I), 岩波書店, 昭和40年(1965年), 202頁; 河上正二, 民法總則講義, 日本評論社, 2009, 205頁 이하.
- 53) 星野英一, 民法改正国民・法曹・学界有志案(民法改正研究会(代表・加藤雅信)編), 法律時報増刊, 日本評論社, 2009, 23頁; 大村敦志, 新基本民法 1 總則編, 有斐閣, 平成29年(2017年), 238頁; 片山直也, 民法改正国民・法曹・学界有志案(民法改正研究会(代表・加藤雅信)編), 法律時報増刊, 日本評論社, 2009, 67頁은 한 걸음 더 나아가 21세기 사회의 특성에 주목하여 ‘물건’의 정

정보나 ‘무체물’을 권리의 객체로 하여 일본민법에 규정하면, 민법총칙이 지식재산권법도 포함하는 “사법 일반의 총칙”으로서의 성격을 갖게 되어서, “민법각론의 총칙”으로 되어 있는 현행 일본민법과 성격을 달리하게 됨을 이유로 정보를 일본민법에 두는 것에 반대하는 견해,⁵⁴⁾ ‘유체물’이란 공간의 일부를 차지하는 것이라는 극히 상식적인 이해를 전제로 하여, 일본민법이 상정하는 전형적인 물건의 개념을 유지한 뒤에 이를 무체물 중 어디까지 유추 내지 확장할 수 있는가라는 형태로 문제를 파악하는 것이 타당하다는 점을 이유로 정보를 물건의 개념에 포함시키지 않는 견해⁵⁵⁾ 등이 그것이다.

다. 자연력 포함주의를 취하는 입법례(스위스)

1) 스위스민법(Schweizerisches Zivilgesetzbuch, ZGB) 제713조는 물건을 “동산소유권의 객체는 그 성질상 가동의 유체물 및 법적 지배가 가능하고 토지에 속하지 아니하는 자연력”이라고 규정하고 있다.⁵⁶⁾ 이러한 스위스민법상의 물건 개념은 독일민법상의 물건 개념을 초월하면서 로마법과 프랑스민법상의 물건 개념을 받아들인 것이다.⁵⁷⁾ 즉 독일민법상의 유체적 제한에서 벗어나 동산을 성질상 가동적인 ‘유체물(körperlichen Sachen)’과 법적 지배가 가능하고 토지에 속하지 않는 ‘자연력(Naturkräfte)’, 즉 에너지(Energien)로 구분하여 규정하면서 무체적 대상에 까지 물건 개념의 범위를 확대하였다.⁵⁸⁾

의규정에 무체물뿐만 아니라 포괄재산, 금전적 가치 등도 포함시키자고 주장한다.

54) 水津太郎, “民法体系と物概念”, 日本私法学会シンポジウム資料 財の多様化と民法学の課題, NBL No.1030, 商事法務, 2014, 31頁; 加藤雅信, 民法改正国民・法曹・学界有志案(民法改正研究会(代表・加藤雅信)編), 法律時保増刊, 日本評論社, 2009, 23頁. 나아가 加藤雅信은 만약 민법총칙을 사법 전체의 총칙으로 생각하면 무체재산법 등의 민사입법도 염두에 두어서 지식재산권 등도 권리의 객체로 하여 민법총칙에 규정해야 할 것이지만, 민법개정연구회에서는 민법총칙은 어디까지나 일본민법전의 총칙이라고 생각하여 민법전에 규정이 없는 지식재산권 등을 염두에 둔 정의규정을 두어서는 안된다고 설명하였다(同, 전개 民法改正国民・法曹・学界有志案(民法改正研究会(代表・加藤雅信)編), 67頁 참조).

55) 内田貴, 民法 I 総則・物権總論, 第3版, 東京大学出版会, 2007, 348頁; 新井誠・岸本雄次郎, 民法總則, 日本評論社, 2015, 210頁; 滝沢昌彦, 民法がわかる民法總則 [第3版], 弘文堂, 2015, 71頁; 潮見佳男, 民法(全), 有斐閣, 2017, 37頁; 佐久間 毅・石田 剛・山下純司・原田昌和, 民法 I 総則, 有斐閣, 2010, 102頁 등.

56) ZGB §713. Gegenstand des Fahrniseigentums sind die ihrer Natur nach beweglichen körperlichen Sachen sowie die Naturkräfte, die der rechtlichen Herrschaft unterworfen werden können und nicht zu den Grundstücken gehören.

57) Hans Leemann, Sachenrecht, I, Abteilung, BERN, 1920, S.409.

58) Leemann, a. a. O., S.409.

2) 스위스민법상 물권의 객체는 원칙적으로 물건(Sachen)에 한하며,⁵⁹⁾ 물건은 물권의 객체로서의 의미를 가진다.⁶⁰⁾ 다만 물건에 관한 규정이 다른 권리객체에도 적용될 수 있는지 여부, 적용되어야 하는지 여부 및 그것이 어느 범위까지 적용될 수 있고 적용되어야 하는지 여부 등은 유추적용(Analogieverfahren)의 문제이다.⁶¹⁾ 다만 물리적인 의미에서의 동력(Energie)이란 저장된 작용 또는 작용능력을 의미하며, 사람에 의해서 지배(관리)되고 이용될 수 있는 한, 즉 그와 같은 지배와 이용을 통해서 금전적 가치가 있는 인적 작용을 대신할 수 있는 한 법질서의 보호를 요하는 경제적 가치를 나타낸다. 이러한 점을 바탕으로 하여 스위스민법의 입법자는 제713조를 통하여 법적으로 지배될 수 있고 토지에 속하지 않는 자연력을 동산소유권의 객체로 규정함으로써 위와 같은 유추적용을 명시적으로 의도하고 있었다.⁶²⁾ 이러한 배경 하에 자연력은 토지에 속하지 않고 법적 지배가 가능한 한 독립적이며 계속적인 권리, 특히 소유권의 객체로서 (유체)물건과 동일한 법적 지위에 놓여지게 되었다. 즉 자연력은 본래의 물건으로서의 성질을 가지는지 여부에 대해서 학설상 견해의 대립이 있었지만, 동산에 속하는 것으로서 물건성을 부여받게 되었고, 소유권의 객체가 되었다.⁶³⁾

3) 이러한 스위스민법상 물건 개념은 독일민법이나 일본민법과는 달리 물건 개념을 자연력이라고 하는 무체적 대상에까지 확장한 점에서는 의의가 있지만, 물건 규정의 물건편 규정방식을 취함으로써 민법상 물건의 의의는 물건편에 머무르게 되었고, 결과적으로 물권의 배타적 지배권으로서의 특성의 영향을 받아서 물건의 범위 내지 요건도⁶⁴⁾ 다소 제한적일 수밖에 없다는 한계가 있다.⁶⁵⁾

59) Arthur Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Band IV, Verlag Stämpfli & Cie AG, BERN, 1981, S.96.

60) 스위스민법은 물건에 관한 제713조를 물건편에 두고 있다.

61) Arthur Meier-Hayoz, a. a. O., S.96f.

62) Arthur Meier-Hayoz, a. a. O., S.98.

63) Arthur Meier-Hayoz, a. a. O., S.85. 이와 관련하여 Robert Haab, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV, Bd. Das Sachenrecht, 2. umgearb. Aufl., Schulthess, 1929, S.23.은 스위스민법 제713조에 의하여 “동력이 물건은 아니라고 하더라도 이에 대한 물건법적 규정의 적용은 그것이 사람에 의하여 지배될 수 있다는 당연하고도 또한 자연물(Naturkörper)에 타당한 전제 하에서는 애초에 배제되는 것은 아니”라고 한다.

64) 스위스민법상 물건의 요건으로는 대체로 유체성(Körperlichkeit), 공간한계성(Abgegrenztheit), 법적 지배성(rechtlichen Beherrschbarkeit) 및 비인격성(Unpersönlichkeit)을 든다(Arthur Meier-Hayoz, a. a. O., S.68ff. 참조).

65) 최경진, 앞의 박사학위논문, 41면.

라. 무체물 포함주의를 취하는 입법례(프랑스)

1) 프랑스민법 제516조는 “모든 재산은 동산 또는 부동산이다”라고 규정하고 있다.⁶⁶⁾ 여기에서 재산이라는 개념은 일반적으로 그 경제적인 교환가치에 방점을 두어 설명되고 있으므로, 유통물만이 재산이라고 할 수 있고, 유통물이 아닌 경우에는 재산이라고 할 수 없다는 설명도 가능할 수 있다. 다른 한편으로 논자에 따라서는 물건이라는 개념에는 유통물이 아닌 경우도 있을 수 있고, 반드시 유체물만을 의미하는 것은 아니라고 설명되기도 한다. 즉 프랑스에서는 사람(personne)이 아닌 것을 물건(choses)이라고 할 수 있으므로, 물건에는 유체물뿐만 아니라 무체물도 포함될 수 있으며, 양도성이 없는 것도 물건이 될 수 있다.⁶⁷⁾ 이러한 설명에 따르면 프랑스민법에서는 재산보다는 물건이 더 포섭범위가 큰 개념이라고 평가할 수 있다.

2) 한편 프랑스민법 제517조에서는 부동산을 성질에 의한 부동산, 용도에 의한 부동산, 객체에 의한 부동산으로 구분한 후 제518조 이하에서 부동산의 유형을 제한적으로 열거하고 있다. 그리고 제527조에서는 동산은 성질에 의한 동산과 법률규정에 의한 동산이 있음을 밝힌 후, 제528조에서는 한 곳에서 다른 곳으로 이동할 수 있는 것은 그것이 스스로 이동하는 것인지, 외부의 힘에 의해서 이동하는 것인지를 묻지 않고 성질에 의한 동산이라고 하고 있다. 결국 이러한 규정 체계에 비추어 보면, 프랑스민법상 동산과 부동산의 원칙적인 구별기준은 “물리적인 기준”에 입각하고 있는 것으로 평가할 수 있다.⁶⁸⁾

3) 그런데 전술한 동산과 부동산을 구별하는 물리적 기준은 물건의 경우에는 그대로 적용될 수 있지만, 무체재산권의 경우에는 다소간의 조작이 필요하다. 즉 무체재산권은 토지에 부착되어 있지 않으므로 전통적으로 동산으로 다루어져 왔다. 즉 일정액의 금전채권, 영업자본(fonds de commerce), 다양한 유형의 지식재산권(특허권, 저작권, 상표권 등) 등이 그러하다. 그런데 오늘날에는 토지에 부착되지 않은 무체재산으로 보아야 하는 것 중에서 특히 부동산으로 다루는 것도 있는데, 그 대표적인 것이 ‘용적(volume)’ 또는 ‘구분공간’이다. 즉 종래에는 토지상의 것에 관한 권리는 기성의 공작물만을 대상으로 하는 것으로 이해되었지만, 현재

66) Tous les biens sont meubles ou immeubles.

67) 프랑스민법상 물건 개념에 대한 이하의 설명은 W. DROSS, *Droit des biens*, Montchrestien, 2012, p.11, n°1 et s.를 주로 참조하였다.

68) F. TERRE et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 8e éd., Dalloz, 2010, p.36 et s., n°30 et s.

에는 건축 이전의 단순히 건축을 할 수 있는 권리 또한 그 물건성을 인정할 수 있다고 한다.⁶⁹⁾⁷⁰⁾

4) 전술한 물건에 대한 프랑스민법의 태도는 이후 민법개정안⁷¹⁾에서도 기본적으로 동일하게 유지되었다. 즉 개정안 제530조⁷²⁾에서는 물건을 유체물과 무체물로 구분할 수 있다는 전제에 서서 유체물 중 부동산에 속하지 않는 모든 유체물은 동산이며, 그 밖의 무체물도 모두 동산임을 천명하고 있다. 이러한 개정안의 태도는 현행 프랑스민법 제527조를 통하여 이루어지는 동산에 대한 구별을 그대로 반영하고 있다고 볼 수 있다.⁷³⁾ 왜냐하면 현행 프랑스민법 제527조에서는 동산을 “성질에 의한 동산”과 “법률규정에 의한 동산”으로 나누고 있는데, 대체로 전자는 유체물(choses corporelles)이며, 후자는 무체물(choses incorporelles)이기 때문이다.⁷⁴⁾

3. 검토

(1) 우리민법과 동일한 판택텐 체계를 취하면서도 유체물 한정주의를 취하는 독일민법의 경우에는 명문규정이 존재함에도 불구하고 물건 개념의 범위를 확대하고자 하는 학설상의 노력이 오래전부터 주장되어 왔음을 알 수 있다. 그리고 일본민법을 살펴보면 일본민법의 기초자는 채권과 물권의 준별을 도모하기 위해서 물권의 목적을 유체물에 한정하려고 하였다. 그러나 이에 대해서는 현행 일본민법상의 유체물 한정주의는 하나의 입법적인 입장에 불과하며 소유권의 대상이

69) Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, 4e éd., Defrénois, 2010, p.290, n°905; DROSS, *op. cit.*, p.279, n°340. 이러한 경우에 지표상의 일정 공간에서 건축할 권리를 인정할 수 있게 되는데, 이것이 바로 용적 또는 구분공간에 대한 권리라는 것이다. 따라서 이러한 용적에 대한 권리 또한 부동산물권으로 양도가 가능하다(박수곤, “프랑스민법상 물건의 개념-동산과 부동산의 구별-”, 민사법학 제63-2호, 한국민사법학회, 2013, 19면 참조).

70) 특허를 받기 전 “특허를 받을 수 있는 권리” 또한 무체재산권으로 인정하는 바와 유사하다.

71) 여기에서 말하는 프랑스민법 개정안은 앙리카삐땅 협회에서 2006년 봄에 파리 제2대학의 Hugues PERINET-MARQUET 교수를 위원장으로 하여 결성한 “물권법개정을 위한 준비위원회”가 약 2년간의 활동을 거쳐 2008년 4월에 제출한 개정안을 이후에 유관기관의 의견을 청취하여 동 위원회가 2009년 5월 중순에 다소의 수정을 가한 것을 가리킨다.

72) Article 530: Toutes les choses corporelles, autres que celles visées aux articles 527 et 528, ainsi que toutes les choses incorporelles, sont meubles. 제530조(신설): 제527조 및 제528조에서 규정하는 것 이외의 모든 유체물 그리고 모든 무체물은 동산이다.

73) 다만 동 민법 개정안이 제출된 이후에는 프랑스의 “재화법개정준비초안”에서는 무체채, 집합체라는 관점을 포함하여 개정문제가 논의되고 있다고 한다(民法改正研究会(代表 加藤雅信), 前掲日本民法典改正案 I 第一編 総則 -立法提案·改正理由-, 375頁 참조).

74) 박수곤, 앞의 논문, 36면.

유체물이어야 한다는 경직적 사고는 적당하지 않고, 오히려 무체물을 중심으로 한 각종의 이익을 배타적으로 지배할 권리를 구상할 수 있게 한 구 일본민법전의 입장이 지극히 현대적인 입장이었다고 하면서 현행 일본민법 제85조의 해석으로 구 일본민법의 발상을 참고해야 한다는 비판적 견해도 주장되고 있음을 주목할 필요가 있다.⁷⁵⁾ 또한 현행 일본민법상의 여러 조문에서도 물권의 목적을 유체물에 한정하지 않고 있을 뿐만 아니라 채권상의 물권도 인정하고 있다.⁷⁶⁾ 그리고 채권법 분야에서는 매매의 하자담보책임에 관한 일본민법 제570조를 비롯하여 무체물을 포함하는 의미에서 ‘물건’이란 용어가 사용되고 있는 예가 적지 않다.⁷⁷⁾ 그렇다면 이를 통하여 실제로 일본민법은 기초자의 의도와는 달리 물건을 반드시 유체물의 의미로 한정하고 있는 것은 아니며, 채권과 물권을 준별하기 위해서 필요하게 된 채권 위의 물권의 부정도 반드시 관철되고 있는 것은 아님을 알 수 있다. 게다가 무체물이라 할지라도 그 종류는 다양해서, 각각의 구체적인 경우에 유체물과 동일시해야 하거나 동일시해서는 안되는 이유로 고려되는 관점은 다르다. 이러한 점을 고려하여 최근 일본의 학설상으로는 일본민법의 물건 개념에 대해서 무체물도 포함한 물건 개념을 구상한 후 무체물의 성질이나 법형식(권리의 형식을 취하는지 여부)에 따라서 유체물에 준하여 취급하여야 하는지 여부를 검토하는 것도 가능하다고 보는 견해도 주장되고 있다.⁷⁸⁾ 나아가 채권의 양도담보를 비롯하여 무체물의 재산적 가치가 증대되고 있는 오늘날에는 채권과 물권의 준별을 철저히 관철하려는 시도는 더욱더 비현실적으로 되어 가고 있다. 오히려 현대사회에서는 물권의 목적을 무체물로 확대해야 할 필요성이 점점 높아지고 있다.⁷⁹⁾ 이러한 사정은 우리민법에서 정보 등 경제적 가치가 있는 무체물의 물건성 인정 여부를 검토함에 있어서도 기본적으로 고려되어야 할 사항이라고 여겨진다.

(2) 전술한 바와 같이 유체물만을 물건으로 할 것인지, 무체물도 물건의 개념에 포함시킬 것인지에 대해서는 유체물 한정주의, 자연력 포함주의, 무체물 포함주의의 입법례로 나누어짐을 알 수 있었으며, 우리나라의 경우에는 양자를 절충한 자

75) 四宮和夫·能見善久, 民法總則, 第7版, 弘文堂, 平成20年(2008年), 136頁.

76) 예컨대 준점유(일본민법 제205조)나 채권질(일본민법 제362조, 제363조), 지상권이나 영소작권을 목적으로 하는 저당권(일본민법 제398조) 등을 들 수 있다.

77) 大村敦志, 前掲 民法読解 總則編, 240頁 참조.

78) 橫山美夏, 前掲 “物概念の現代的課題”, 358頁.

79) 이에 따라 일본에서는 만약에 물건을 유체물로 한정하지 않는 것이 채권과 물권을 준별하는 판택텐 체계와 양립하지 않는 것이라면 판택텐 체계를 유지하는 것의 타당성 여부도 재검토되어야 한다는 견해까지 주장되고 있다(橫山美夏, 前掲 “物概念の現代的課題”, 359頁 참조).

연력 포함주의를 채택하고 있다. 그런데 어느 입법주의를 취하는 IT화된 사회에서는 정보나 데이터 그 자체를 ‘물건’에 준해서 취급하는 것이 타당하게 보이는 경우가 있음은 부인하기 어렵다. 이러한 인식은 전통적인 물건의 개념에 대한 재정립을 요구하는 주장과도 연결된다. 이에 따라 정보와 같이 경제적 가치가 있는 무체물의 경우에도 민법상 물건의 개념에 포섭시키려고 하거나, 입법론으로 민법전에 포섭시키자는 견해도 주장되고 있다. 그리고 이러한 견해가 물건을 유체물에 한정하는 입법주의를 취하는 국가에서도 주장되고 있음은 주목할 만하다고 생각한다.

물론 논자에 따라서는 유체물이라는 개념을 좁게 파악하여 일정한 공간을 점유하고 있는 물질이 ‘물건’이라고 하며, 그 이외의 권리의 대상에 대해서는 필요에 따라서 유체물에 대한 규정이 유추 적용된다고 설명하거나 여전히 유체물 개념을 사람의 지배 가능한 대상이라는 식으로 넓게 해석하더라도 결과에서는 거의 차이가 없다고 주장되기도 한다.⁸⁰⁾ 그러나 정보와 같은 경제적 가치가 있는 무체물을 물건으로 본다면 이들이 침해된 경우에 소유권에 관한 규정(특히 민법 제213조, 제214조 및 제201조 이하)이 직접 적용될 수 있는 반면, 이를 물건으로 보지 않는다면 소유권에 관한 규정이 직접 적용될 수 없고, 유추 적용이나 불법행위법 등에 의한 채권법에 의한 보호만을 고려할 수 있으므로, 전자정보 자체가 물건에 포함되는지 여부에 따라 보호의 정도에 차이가 있을 수 있는 점은 부인할 수 없다.⁸¹⁾ 게다가 이들을 물건으로 보지 않고 유체물에 대한 규정의 유추 적용만이 가능하다고 하더라도 구체적으로 어떤 범위에서 유추 적용해야 하는지를 추가적으로 해결하여야 하는 어려운 문제도 발생한다.

(3) 그렇지만 현대 거래사회의 요청과 이를 반영한 학계의 동향만을 강조하여 정보 등 경제적 가치가 있는 무체물을 민법상 물건으로 인정하는 것은 무리이며 우리민법 제98조에서 도출되는 요건론을 전적으로 무시하는 해석을 취하는 것은 타당하지 않다. 그리고 이러한 요건론에 따라 정보의 물건성 인정 여부를 검토해

80)鈴木祿弥, 物權法講義 五訂版, 創文社, 2007, 437頁.

81) 이와 관련하여 양창수·권영준, 앞의 책, 26-27면은 물건에 대한 우리민법의 정의는 한편으로 채권 기타의 권리 및 정보 등을 그로부터 배제함으로써 이들에 대해서 소유권에 관한 규정(특히 민법 제213조, 제214조 및 제201조 이하)을 적용하는 것을 원칙적으로 부인하고(소극적 기능), 다른 한편으로 그것이 유체물이 아니더라도 유체물과 같이 거래될 수 있는 성질을 가지는 실체이면 그에 관한 법률관계를 물건과 같은 법리에 의하여 처리하도록 하는(적극적 기능) 이중의 기능을 가진다고 하면서, 물건의 개념은 바로 이러한 법적 관점에서 정해지는 것이라고 한다.

보아도 이를 민법상 물건으로 인정하는 데에는 여러 가지 장애사유가 존재한다. 즉 정보의 경우에는 소비되어 없어지거나 감가되는 성질을 가지지 않으므로, 정보를 이전한 경우에도 동일한 정보가 판매자에게 그대로 남아 있게 된다는 점에서 종래의 유체물과는 다른 특성을 가지며, 정보는 복제를 통하여 동시에 다수의 사람이 이용할 수 있다는 점(소비의 공동성) 등으로 인하여 물건의 요건 중 배타적 지배가능성, 특정성 및 독립성의 요건을 갖추기가 매우 어렵다.⁸²⁾

또한 전자정보의 경우에도 디지털 기술의 특성상 정보의 공유를 기본으로 하므로, 배타적 지배가능성이 충족되지 않는 경우가 많으며, 특정성이나 독립성 요건의 경우에도 전자정보의 특성상 복제·배포·전송이 매우 쉽기 때문에 그 요건들이 충족되지 못하는 경우가 대부분이어서 민법상 물건의 요건을 충족하기가 어렵다.⁸³⁾

요컨대 우리민법상 물건에 대한 제98조라는 정의규정에서 도출되는 요건론을 무시하는 해석을 취하기는 어려울 것으로 생각한다. 즉 정보나 디지털콘텐츠 등은 비록 경제적 가치가 있는 무체물이라고 하더라도 유체물이라고 볼 수 없으며, 그렇다고 자연력이라고 볼 수도 없어서 민법상 물건에 해당된다고 해석하기는 어렵다.⁸⁴⁾⁸⁵⁾

82) 정보의 공공재적 성격은 프랑스민법상의 공공물 개념에 유래하는 것인데, 프랑스민법을 보면 공공물 위에 소유권이 성립하지 않는 이유로 종래부터 독점(배타적 지배)의 불가능성, 무익성(inutile) 및 부당성(injuste)이 거론되어 왔지만(William Dross, Droit civil, Les choses, LGDJ, 2012, n°319 참조), 최근에는 공공물이란 만인에게 그 이용이 열려 있어야 하므로 독점이 부정되는 물건을 의미하고, 따라서 공공물의 인정 여부는 규범적으로 정해진다는 견해도 유력하게 주장되고 있다. 이 견해에 따르면 자연자원이나 동식물의 종류, 과학기술 등 사적 소유권의 성립을 부정하고 공공적 관점에서 물건의 이용을 법령 등에 의해서 규율하여야 하는 물건이 그에 해당된다(Marie Alice Chardeaux, Les choses communes, LGDJ, 2006, n°137 참조). 즉 프랑스 민법상 공공물 개념은 배타적 지배가 가능한 물건에 대하여 공공성의 관점에서 규범적으로 이를 허용하지 않는 점에 의미가 있다. 또한 정보가 이러한 공공물 개념에 해당되는지 여부에 대해서도 동일한 논의가 적용된다(橫山美夏, 前掲 “物概念の現代的課題”, 358頁).

83) 이와 동일한 취지로 최경진, 앞의 박사학위논문, 174면 참조.

84) 물론 정보가 디지털화 되어 전기신호로 변환된 것으로 본다면 정보를 관리 가능한 자연력으로 볼 여지도 있다. 그렇지만 요리방법이 전자책의 형태로 판매되는 경우 정보인 요리방법을 자연력으로 보기는 어렵다. 그 요리방법이 담긴 전자책이 판매의 대상이고, 그것이 전자파일의 형태로 거래된다면 그 전자파일을 물건으로 포섭하는 것이 더 타당하다고 생각된다. 왜냐하면 요리방법만으로 거래의 대상이 된다면 그 정보(요리방법)를 물건으로 포섭할 필요성이 높는데, 현실적으로 요리방법만이 거래의 대상이 되는 것이 아니라 요리방법을 담은 그릇인 전자파일이 거래의 대상이 되기 때문이다. 이에 대해서는 III.에서 상술한다.

85) 참고로 EC 디자인 규칙(2002) 제3(b)조에 따르면 컴퓨터 프로그램은 물건(product)에 포함되지 않는다. COUNCIL REGULATION (EC) No 6/2002 of 12 December 2001 on Community designs Article 3(b) (“‘product’ means any industrial or handicraft item, including inter alia parts intended to be assembled into a complex product, packaging, get-up, graphic symbols and

(4) 그렇지만 이러한 해석은 결과적으로 실제 거래현실을 전혀 반영하지 못하게 되므로, 이러한 문제를 최소화하기 위한 방안이 마련될 필요가 있다.⁸⁶⁾ 그러한 방안으로 이 글에서 주목하는 것은 정보가 내재된 전자파일을 민법상 물건으로 인정하는 방안이다. 물론 전술한 결론과 다르게 정보 자체를 민법상 물건으로 인정한다면 전자파일을 민법상 물건으로 인정하는 방안을 고려할 실익은 현저히 떨어질 것이다. 그러나 경제적 가치가 있는 정보를 민법상의 물건으로 볼 수 없는 이상 정보가 내재된 전자파일의 물건성 인정 여부를 민법적 차원에서 요건론과 결부시켜서 검토할 실익은 충분히 있다고 생각한다. 이하에서는 전자파일을 민법상 물건으로 포섭하기 위한 이론구성을 시도해 보고자 한다.

III. 전자파일을 민법상 ‘물건’으로 포섭하는 이론구성

1. ‘정보’에서 ‘전자파일’로의 관심의 전환

전술한 바와 같이 정보는 무체물이기는 하지만, 일정한 재산적 가치가 인정되는 경우가 많으므로(책, 사진 등의 진정한 가치는 그것이 내포하는 정보에 있다), 기본적으로 민법상의 권리나 보호의 대상이 될 수는 있다. 뿐만 아니라 이러한 정보가 유체물인 종이·자기(磁氣)·테이프·메모리칩 등 기록매체에 내재되어 있다면 이러한 정보가 저장된 기록매체가 물건이므로 그 기록매체에 부착된 권리를 인정하면 된다. 요리방법이 기재된 종이책이 물건인 바와 유사하다. 그러나 인터넷상에서 올리기·내려받기의 대상이 되는 프로그램·소프트웨어 등 정보 자체는 전술한 바와 같이 민법상 물건의 개념에 바로 포섭될 수 없는 어려움이 존재한다. 그렇지만 이러한 어려움을 이유로 이들 무체물을 민법상 물건에 주어지는 보호에 차별을 두는 것 역시 오늘날의 거래 현실에 적합하지 않다. 즉 오늘날 IT 사회에서는 오히려 정보 그 자체를 ‘물건’에 준해서 취급하는 것이 논리적으로 타당한 경우도 적지 않을 것이다. 이러한 점을 고려한다면 여기에서 중요한 문제

typographic typefaces, but excluding computer programs.”).

86) 예컨대 민법 이외의 다른 법 영역에서 거래 현실에 따른 거래 대상물의 특수성을 고려하여 물건의 개념을 민법상의 물건 개념과 다르게 탄력적으로 해석하거나, 특별법에서 이러한 무체물들을 규율하는 입법을 통하여 이를 물건에 준하여 보호하는 방안 등을 고려해 볼 수 있을 것이다.

는 정보를 민법상 물건 개념에 포섭하여 직접적으로 보호할 수는 없더라도 구체적으로 민법상 물건에 준하는 보호를 어떠한 방법으로 부여할 것인지를 고찰하는데에 있다.⁸⁷⁾ 이러한 문제를 해결하기 위한 방안은 여러 가지가 있을 수 있지만, 이 글에서 주목하는 것은 정보가 내재된 전자파일에 민법상의 물건성을 인정하는 방안의 모색이다. 이하에서는 이러한 방안을 구체적으로 모색하기 위하여 전자파일의 개념을 확정하고, 그 특수성을 고찰하는 작업을 수행한다. 그 후 전자파일을 민법상 물건으로 해석할 수 있는지 여부를 검토한다. 다만 이 문제는 현행 민법상 물건의 요건과 결부시켜서 검토되어야 할 것이다. 구체적으로는 그 요건 중 전자파일의 유체성 인정 여부와 관리가능성이 인정되는지 여부를 검토하여야 한다. 그리고 실제 거래계에서 빈번하게 발생하는 어떤 기록매체에 저장된 전자파일이 정보통신망을 통하여 다른 기록매체로 이동하는 동안에 순간적이기는 하지만 전자기적 신호로 변환된 후 운반파(carrier wave)에 실려져 이동하게 되는데, 이러한 상태의 전자파일을 민법상의 물건의 요건과 결부시켜서 법적으로 어떻게 설명할 것인지를 검토할 필요가 있다. 이러한 작업을 통하여 궁극적으로는 전자파일을 민법상 물건으로 포섭하는 이론구성을 시도해 보고자 한다.

2. 전자파일의 특수성 및 개념 정립

(1) 오늘날 컴퓨터를 통하여 문서를 작성하는 경우에 해당 프로그램에서 관련 정보를 입력한 후 특정 이름을 가지는 전자파일로 저장(save)을 하거나⁸⁸⁾ 다른 기록매체(media)에 복사(copy)를 하거나 다른 사람에게 그 전자파일을 전송(send or transmit)하기도 한다. 종이에 기록된 정보에 어떤 명칭을 부여하면 종이파일이 되는 것처럼 기록매체에 기록된 정보의 묶음에 어떤 명칭을 부여할 때 전자파일이 된다고 본다면 전자파일(electronic file)을 종이파일(paper file)과 동일하게 물건

87) 이를 위해서는 민법상 물건의 개념과 다른 물건의 개념을 정립함으로써 이들 무체물을 보호하는 방법, 특허법 등의 특별법 영역에서 관련 규정을 정비함으로써 보호하는 방법, 정보나 데이터가 수록된 기록매체에 물건성을 인정하여 보호하는 방법 등 여러 가지 방안을 종합적으로 모색할 수 있다.

88) Mark D. Robins, *Computers and the Discovery of Evidence-A New Dimension to Civil Procedure*, 17 J. Marshall J. Computer & Info. L. 411, 417 (1999) ("Specifically, computer files are stored in magnetic media, such as hard disks, floppy diskettes, and magnetic tapes, or in optical media, such as CD-ROMs.").

으로 볼 수 있다.⁸⁹⁾⁹⁰⁾

일반적으로 전자파일은 정보통신망을 통해서 주고받게 되는데,⁹¹⁾⁹²⁾⁹³⁾ 이러한 전자파일은 전자신호의 형태로 변조된(modulation) 후 운반과에 실려서 다른 사람의 컴퓨터에 전달되고 그 후 다시 복조된(demodulation) 후 수신자가 지정하는 기록매체에 저장된다. 여기에서 과연 전자파일은 구체적으로 무엇을 의미하는지가 문제될 수 있다. 즉 전자파일이 정보인지, 전자신호인지 등을 명확히 구별할 필요가 있다. 이 문제와 관련하여 논자에 따라서는 정보를 전자파일과 동일하게 이해하는 경우가 있다. 즉 전자파일을 어떤 매체(medium)에 저장된 특정 정보(information)로 보는 것이다.⁹⁴⁾⁹⁵⁾ 그러나 전자파일 안에는 데이터, 음악, 사진, 동영상, 프로그램⁹⁶⁾⁹⁷⁾ 등의 정보가 저장되는 것이므로, 정보와 전자파일은 구별되어

89) James J. Brown, *FORM 11-2A Preservation Hold Notice*, JDENF FORM 11-2A (“By this letter, you/your client are/is hereby given notice, with respect to this dispute, not to destroy, conceal, or alter any paper or electronic files and other data generated by and/or stored on business and personal computers and storage media (e.g., hard disks, floppy disks, CDs, DVDs, backup tapes, flash drives, PDAs, hard drives, laptops, PCs, servers, cell phones), or any other electronic data, including, but not limited to, e-mail, chat logs, IM and voice mail. As you know, you/your client's failure to comply with this notice can result in severe sanctions being imposed by a court for spoliation of evidence or potential evidence.”).

90) *Aviation Discovery in the Electronic Age: How to Successfully Navigate the New Rules on Electronic Discovery*, Ann.2007 AAJ-CLE 1359 (“You are hereby directed to preserve and not to destroy, conceal or alter any paper or electronic files and . . .”).

91) Sarah B. Deutsch et. al., *Copyright & Privacy-Through the Copyright Lens*, 4 J. Marshall Rev. Intell. Prop. L. 212, 241 (2005) (“P2P file sharing software . . .”).

92) Richard Swope, *Peer-to-Peer File Sharing and Copyright Infringement: Danger Ahead for Individuals Sharing Files on the Internet*, 44 Santa Clara L. Rev. 861, 862 (2004) (“File sharing is, as its name implies, the practice of sharing files between users connected to the Internet.”).

93) Client Page, *P2p File-Sharing: Evaluate the Risks*, 73 Tex. B.J. 154 (2010).

94) Catherine Palo, 71 *Am. Jur. Trials* 111 (Originally published in 1999) (“A file is the designation used to identify a finite amount of stored information on a storage medium, such as a diskette, a hard disk, or electromagnetic tape.”).

95) Mark P. McKenna & Lucas S. Osborn, *Trademarks and Digital Goods*, 92 Notre Dame L. Rev. 1425, 1470 (2017) (“Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc., 934 F.Supp.2d 640 (S.D.N.Y. 2013) (holding that “phonorecords” under the Copyright Act referred only to a physical medium on which a file is stored, and that the only way a lawfully purchased iTunes file could be lawfully transferred to another is by physically transferring the consumer's hard disk).”).

96) EC 디자인 규칙(2002) 제3(b)조에 따르면 컴퓨터 프로그램은 물건(product)에 포함되지 않는다. COUNCIL REGULATION (EC) No 6/2002 of 12 December 2001 on Community designs, Article 3(b) (“‘product’ means any industrial or handicraft item, including inter alia parts intended to be assembled into a complex product, packaging, get-up, graphic symbols and typographic typefaces, but excluding computer programs;”).

97) “What programs should be in the Program Files folder?”

<<https://www.computerhope.com/jargon/p/progfile.htm>>.

야 한다.⁹⁸⁾ 또한 소프트웨어는 매체에 기록된 정보라고 보아야 하며,⁹⁹⁾ 프로그램도 소프트웨어와 거의 유사한 의미로 사용되므로, 이 역시 매체에 기록된 정보라고 보아야 한다. 그리고 데이터도 매체(media)¹⁰⁰⁾에 기록된 정보(information)로 보아야 한다.¹⁰¹⁾

(2) 한편 전자파일의 개념을 법적으로 정의함에 있어서는 기록매체와의 관계가 문제될 수 있다. 즉 전자파일이 기록매체에 저장되는 것인지¹⁰²⁾ 그렇지 않으면 정보가 디지털 형태로 기록매체에 저장된 것이 전자파일인지가 문제될 수 있다. 이를 위해서는 우선 전자파일의 개념을 법적으로 정립할 필요가 있는 바, 이 글에서는 전자파일을 정보가 디지털 형태로 저장매체에 저장된 단위(unit)라고 정의하고자 한다.¹⁰³⁾ 이에 따르면 정보가 방만히 저장되는 경우에는 정보의 가치가 없거나 낮아질 것이므로 정보를 하나하나의 단위로 묶게 되고 그 묶음이 기록매체에 저장되면 전자파일이 된다.¹⁰⁴⁾ 이러한 전자파일은 평상시에는 기록매체 상에 존재하지만, 전송 시에는 전자기적 신호의 형태로 정보통신망을 통과하게 된다.¹⁰⁵⁾ 이

98) 정보의 묶음: *Pacing Technologies, LLC v. Garmin Intern., Inc.*, 2013 WL 5651403, at 5 (S.D. Cal. 2013) (construing “data file” to mean a “complete, identifiable collection of information that enables a computer to distinguish one set of information from another”).

99) Louis A. Lehr, Jr., 1 *Premises Liability* 3d § 21A:2 (2017 ed.) (“E-Discovery definitions, Software: Any set of instructions stored on a computer-readable media that tells a computer what to do. Includes operating systems and applications.”).

100) 매체(media)에는 테이프, 플로피 디스크, CD-ROM은 물론 하드 디스크(hard disk)도 포함된다 (Louis A. Lehr, Jr., 1 *Premises Liability* 3d § 21A:2 (2017 ed.) (“Magnetic or Optical Storage Media: Include but are not limited to hard drives (also known as “hard disks”), backup tapes, CD-ROMs, DVD-Roms, JAZ and Zip drives, and floppy disks.”) 참조. 전자파일의 경우에는 이것이 하나의 기록매체에서 다른 기록매체로 이동 저장될 수 있다(¶ 48,212 *Hilgrave Corp. v. Symantec Corp.*, Guide Computer L. p. 48212 (“The software may be used, for example, to scan a file for viruses as the file is transferred from a floppy disk to a hard disk of a computer system, or as the file is transferred over the Internet from one computer system to a storage medium of another computer system.”) 참조).

101) Louis A. Lehr, Jr., 1 *Premises Liability* 3d § 21A:2 (2017 ed.) (“Data: Any and all information stored on media that may be accessed by a computer.”).

102) R. Anthony Reese, *The First Sale Doctrine in the Era of Digital Networks*, 44 B.C. L. Rev. 577, 612–13 (2003) (“When a consumer downloads a file, she might store it directly on a removable medium such as a diskette or a CD, rather than on her hard disk, in which case her lawfully made copy, which section 109(a) allows her to transfer, would be far more easily transferable than if it were on a hard disk.”).

103) *TV Interactive Data Corp. v. Sony Corp.*, 2011 WL 1466070, at 6–7 (N.D. Cal. 2011) (construing “file” “according to its ordinary meaning in the art as: a complete, identifiable collection of information, constituting a basic unit of storage that enables a computer to distinguish one set of information from another”).

104) “구슬이 서말이라도 꿰어야 보배다.”

105) 컴퓨터 간에 파일을 전송할 때 사용하는 파일전송규약(FTP, file transfer protocol).

러한 전자파일의 특수성으로 인하여 전자파일은 그 자체로는 존재의 의미가 없고 반드시 어떤 기록매체에 저장되어야 한다. 그리하여 전자파일은 한 매체에 저장되고 또 필요한 경우 다른 매체로 이동된다. 물론 전자파일이 저장하는 내용은 정보가 되고, 전자파일이 저장되는 매체가 유형물(물건)인 점에는 이견이 없다. 문제는 전자파일 그 자체를 물건으로 볼 수 있는지 여부이다.

3. 우리민법상 전자파일을 물건으로 보기 위한 해석론

가. 개 관

우리민법상 물건으로 인정되기 위해서는 ① 유체물이거나 전기 기타 자연력이어야 하며, ② 관리가 가능하고 ③ 사람의 신체가 아니며(외계의 일부·비인격성), ④ 독립성을 갖추어야 한다. 이러한 물건의 요건 중 전자파일의 물건성 인정 여부를 결정함에 있어서 고찰해야 할 요건은 ①과 ②의 요건이다. ①과 관련해서는 정보가 수록된 책이나 정보가 저장된 CD, 비디오테이프 등은 정보가 이들 기록매체에 저장되어 있고, 이러한 기록매체는 인간이 지배(관리) 가능한 물질이 공간을 차지하여 존재하고 있으므로 유체물이다. 그런데 전자파일의 경우에는 정보가 저장되어 있지만, 전자파일 자체가 유체물인지 여부가 문제될 수 있다. 그리고 ②와 관련해서는 컴퓨터 하드디스크에 저장된 전자파일이 정보통신망을 통하여 다른 컴퓨터의 하드디스크로 이동하는 동안에 순간적으로 발생하는 전자기적 운반파(carrier wave)에 관리가능성을 인정할 수 있는지 여부, 이러한 전자기적 운반파를 통하여 전송 중인 전자파일의 경우에도 관리 가능한 자연력에 해당될 수 있는지 여부가 문제될 수 있다. 그런데 이에 대해서 현재 우리 민법학계에서는 아무런 언급이 없는 실정이므로, 전자파일의 물건성 인정 여부와 관련된 외국의 입법례를 아울러 참고하면서 이에 대한 해석론을 구축할 필요가 있다.

나. 전자파일의 물건성 인정 여부와 관련된 주요국의 법리

1) 미국에서는 변호사가 의뢰인을 위하여 정보를 기재한 종이(변호사작업물(Attorney work product) 원칙에 의하여 보호되는 것처럼 정보를 기재한 전자파일도 이와 동일하게 변호사작업물로 인정되어야 한다는 견해가 있다.¹⁰⁶⁾¹⁰⁷⁾¹⁰⁸⁾ 이

106) Formal Opinion 2005-01, Orange County Law., April 2006, at 37, 38 ("Nonetheless, whatever rule is followed regarding core work product, the attorney may and should treat such core

견해에 의한다면 전자파일은 종이와 동일하게 기록매체이자 유체물인 물건으로 해석할 수 있다. 그리고 물건을 3차원 스캐닝 한 3D 프린팅 (전자)파일도 당연히 물건으로 취급되어야 한다는 견해도 있다.¹⁰⁹⁾ 또한 어떤 물건이 운수회사에 접수 되면 그 물건이 고속도로를 통해 운반되는 것처럼 전자시대에는 전자파일이 정보 통신망을 통해 운반되는 것으로 볼 수 있고, 따라서 이러한 견지에서 전자파일과 물건을 동등하게 볼 수 있다는 견해나¹¹⁰⁾ 종이책을 물건으로 보는 것처럼¹¹¹⁾ 전자책을 물건으로 보는 것이 가능하기도 하고 자연스럽기도 하다는 해석론도 보인다.¹¹²⁾ 미국의 실무에서도 전자파일이 물건인 하드디스크의 일부를 점유한다는 측

work product (metadata or otherwise) found in his electronic files the same as he would treat core work product contained in his paper files.”).

- 107) Stephen Zovickian & Geoffrey Howard, *Electronic Discovery in Construction Litigation*, Constr. Law., JULY 1998, at 8, 11 (“As with documents printed on paper, electronic files can be subject to the work product privilege. It is therefore prudent to identify and discuss treatment of databases compiled for purposes of litigation.”).
- 108) Justin Fong, *Bringing Guns to A Gun Fight: Why the Adversarial System Is Best Served by A Policy Compelling Attorneys to Ethically Mine for Metadata*, 7 Wash. U. Jurisprudence Rev. 107, 124 (2014) (“Accordingly, the court held that notes and summaries that are work product are shielded from disclosure under Rule 16, and if the work product is opinion work product, such as electronic files with metadata, it is protected from disclosure under Brady.”).
- 109) James M. Beck & Matthew D. Jacobson, *3D Printing: What Could Happen to Products Liability When Users (and Everyone Else in Between) Become Manufacturers*, 18 Minn. J.L. Sci. & Tech. 143, 169 (2017) (“Courts may now be willing to stretch the definition of ‘product’ to include electronic files used to make bespoke 3D-printed objects…”).
- 110) David R. Johnson & Kevin A. Marks, *Mapping Electronic Data Communications Onto Existing Legal Metaphors: Should We Let Our Conscience (and Our Contracts) Be Our Guide?*, 38 Vill. L. Rev. 487, 504 (1993) (“In the trucking industry, once the carrier picks up a product, the product is transported along a federally created and funded interstate highway system. A similar process occurs within the electronic data communications industry. Once a ‘product’ is picked up by a BBS, it may also be transported along a federally created and funded interstate electronic highway system.”); fn 73 (“In this case, the ‘product’ would be any electronic mail message, electronic file, or any of the numerous types of data.”).
- 111) 또한 유리 표면에 그림을 그린 후 그 유리를 판매하면 그 유리는 물건이고 그 유리에 그려진 그림은 정보가 된다. 그리고 반도체 표면에 음악정보를 저장한 후 그 반도체를 판매하면 그 반도체는 물건이고 그 반도체에 저장된 음악은 정보가 된다. 여기에서 반도체와 유리가 동일한 재료(규소)로 제조된다는 점에 근거하면 그림이 그려진 유리를 물건으로 보듯이 음악정보가 저장된 반도체를 물건으로 볼 수 있다. 그리고 그 반도체의 어떤 구획에 어떤 전자파일이 저장되어 있다고 보면 전자파일을 물건으로 볼 수 있는 것이다. 따라서 전술한 견지에 의한다면 전자파일은 유체물(반도체)로 볼 수 있다. 유리가 유체물인 것처럼 반도체(하드디스크)도 유체물인 것이다.
- 112) David Hamilton, *It's My Copy and I'll Sell It If I Want to: Capitol Records, LLC v. Redigi Inc.*, 97 J. Pat. & Trademark Off. Soc'y 232, 248 (2015) (“courts have simultaneously found that material objects include, but are not limited to, books, hair care products, and electronic files.”).

면에서 전자파일 그 자체를 물건으로 보는 데에 아무런 지장이 없다는 관점에서 법원은 전자파일을 하드디스크의 한 조각(segment)으로 보았다.¹¹³⁾

유럽의 경우 우선 공정거래법의 견지에서 컴퓨터프로그램은 판매의 대상이 되는 물건이고 그러한 물건 2개를 결합하여(tying) 판매하는 행위는 불법이 될 수 있다고 본 사례가 있다. 즉 유명한 *Microsoft* 사건에서 Microsoft는 PC를 구동하는 Windows 구동 프로그램에 Internet Explorer 프로그램을 결합하여 판매하였으나, 유럽 경쟁당국은 그러한 결합판매가 반독점법을 위반하는 행위일 수 있다고 보았다.¹¹⁴⁾

한편 유럽사법재판소(Court of Justice of EU, CJEU)가 프로그램을 저장한 CD 또는 DVD와 전자파일을 구분하여야 하는지 여부에 대해서 검토한 바 있었다. 이 문제에 대해서 CJEU는 프로그램을 CD 또는 DVD와 같은 디스크의 형태로 판매하는 것과 온라인으로 전송(transmission)하여 판매하는 것은 경제적인 측면에서 동일하다고 판단하였다.¹¹⁵⁾ 나아가 CJEU는 전자파일을 물건과 동일하게 보아야 하는 또 하나의 근거를 제시하였다. 즉 유럽 소프트웨어 지침¹¹⁶⁾ 제4(2)조는 프로그램 사본(copy)에 대한 권리소진을 규정하고 있는데,¹¹⁷⁾ 동 사본을 유형의 매체(tangible media)에 한정되는 것으로 해석한다면 저작권자는 무형의 매체인 전자파일을 판매한 후에도 계속하여 그 전자파일에 중고판매를 통제할 수 있게 된다. 그러한 통제는 저작권 소진원칙과 정면으로 충돌하는 것이고, 따라서 그러한 충돌을 방지하기 위하여 CJEU는 전자파일도 사본(copy)에 포함되는 것으로 해석하였다.¹¹⁸⁾

113) *London-Sire Records, Inc. v. Doe* 1, 542 F. Supp. 2d 153,171 (D. Mass. 2008) (“The electronic file (or, perhaps more accurately, the appropriate segment of the hard disk) is therefore a ‘phonorecord’ within the meaning of the statute.”).

114) EU Commission, press release, 17th Jan. 2009 (“The European Commission can confirm that it has sent a Statement of Objections (SO) to Microsoft on 15th January 2009. The SO outlines the Commission’s preliminary view that Microsoft’s tying of its web browser Internet Explorer to its dominant client PC operating system Windows infringes the EC Treaty rules on abuse of a dominant position (Article 82).”). <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-09-15_en.htm>.

115) *UsedSoft GmbH v Oracle International Corp* [2012] ECDR 19 CJEU, para. 61.

116) 정식 명칭: DIRECTIVE 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs.

117) Software Directive Article 4(2) (“The first sale in the Community of a copy of a program by the rightholder or with his consent shall exhaust the distribution right within the Community of that copy, with the exception of the right to control further rental of the program or a copy thereof.”).

118) *UsedSoft*, supra, para. 63. 또한 음악정보를 담은 전자파일을 물건으로 보는지 그렇지 않으면 음반(phonorecords)으로 보는지에 대해서 학설상 견해의 대립이 있지만(*David Hamilton, It's My Copy and I'll Sell It If I Want to: Capitol Records, LLC v. Redigi Inc.*, 97 J. Pat. & Trademark

2) 중국의 경우 2017년 민법총칙을 개정하여 동년 10월 1일부터 시행되었으며¹¹⁹⁾ 중국민법총칙 제115조에서 물건의 개념에 대해서 규정하고 있는 바,¹²⁰⁾ 전자파일과 관련하여 주목되는 것은 인터넷가상재산(網絡虚拟財產)¹²¹⁾에 대한 규정이다. 이러한 인터넷가상재산(網絡虚拟財產) 규정에 대한 연구는 과거에도 매우 다양하게 전개되었지만¹²²⁾ 최근 민법총칙 개정을 계기로 중국의 학계에서 더 많은 관심이 기울여지고 있다.¹²³⁾ 이를 소개하면 다음과 같다.

2015년 중국 민법총칙 초안(이하 ‘초안’이라고 한다)¹²⁴⁾은 중국인민으로부터 민사 권리 장에 인터넷가상재산에 대한 규정을 두어야 한다는 의견을 청취하였다. 이를 반영하여 초안 제102조에는 “물건(物)은 부동산 및 동산을 포함한다. 법률이 규정한 구체적인 규정이거나 인터넷가상재산을 물권의 객체로 간주한 것은 그에 대한 규정에 의거한다”고 규정되었다.¹²⁵⁾ 이에 대한 설명에 의하면 민법상 새로운 권리의 객체로 인터넷가상재산, 데이터정보에 대해서 명문규정을 두었다고 한다. 즉 이에 대한 입법취지로 인터넷가상재산, 데이터 정보를 물권의 객체로 간주한

Off. Soc'y 232, 248 (2015) (“Although digital music files are not physical objects, they are nevertheless phonorecords because they are material objects under the Copyright Act—MP3s can be ‘perceived . . . with the aid of a machine or device.’”), 전자파일을 하드디스크의 일부라고 본다면 물건으로 보는 데에 아무런 문제가 없다고 생각한다.

119) 2017년 3월 15일 중국전국인민대표대회 제5차 회의 통과, 동년 10월 1일부터 시행.
<http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2017-03/15/content_2018907.htm>.

120) “물건(物)은 부동산과 동산을 포함한다. 법률이 규정한 권리를 물권의 객체로 간주한 것은 그에 대한 규정에 의거한다.”(《中华人民共和国民法总则 第一百一十五条》(“物包括不动产和动产。法律规定权利作为物权客体的, 依照其规定。”).

121) 중국의 학설상 인터넷가상재산에 대한 개념 정의는 통일되어 있지 않다. 예컨대 인터넷가상재산 개념에 대해서 엄밀하게는 법률용어라고 볼 수 없지만 법학적 개념으로서 묘사적으로 해석하여야 한다는 견해(灵敏, “虚拟财产的概念共识与法律属性——兼论《民法总则》第127条的理解与适用”, 东方法学, 第6期, 2017, 67页), 인터넷환경에서 현실물을 모의하며 디지털화 형식으로 존재하고 독립되면서도 배타성을 가지고 있는 정보 자원이라는 견해(林旭霞, “虚拟财产性质论”, 中国法学 第1期, 2009, 88页), 넓은 의미로 가상재산 개념은 디지털화 환경 하에 민사재산권 객체의 총칭이라고 정의하는 견해(王竹, “〈物权法〉视野下的虚拟财产二分法及其法律规则”, 福建师范大学学报(哲学社会科学版) 第5期, 2008, 30页) 등이 그것이다.

122) 중국 학술사이트(cnki.net)에서 “网络虚拟财产”로 검색하여 2004년-2018년까지 총1,187건이다.

123) 중국에서 전자파일이 물건으로 인정될 수 있는지 여부에 대한 논의로 马承源, “网络虚拟财产的民法典立法保护”, 中国高新区, 第3期, 2018, 廖煦升, “浅谈民法总则规定网络虚拟财产的含义及重要价值”, 法制博览, 2018, 瞿灵敏, “虚拟财产的概念共识与法律属性——兼论《民法总则》第127条的理解与适用”, 东方法学, 第6期, 2017, 杨立新, “民法总则规定网络虚拟财产的含义及重要价值”, 东方法学, 第3期, 2017, 陶颢予, “论网络虚拟财产的物权法保护”, 兰州教育学院学报, 第10期, 2017, 温世物, “民法总则中‘权利客体’的立法考量——以特别‘物’为重点”, 法學, 第4期, 2016 등 참조.

124) 民法总则草案(2015年8月28日民法室内稿).

125) 中华人民共和国民法总则(草案)(2016.6.27.) 第102条(“物包括不动产和动产。法律规定具体权利或者网络虚拟财产作为物权客体的, 依照其规定。”).

다고 하였다.¹²⁶⁾ 그 후 2016년 9월 13일 제1차 초안 수정에서는 인터넷가상재산을 제102조에 추가하였다. 즉 “민사주체에 대하여 수입, 저축, 건물, 생활용품, 생산도구, 투자, 인터넷가상재산 등에 대한 재산권은 법률에 의하여 보호를 받는다”고 하였다.¹²⁷⁾ 그런데 이에 대해서 중국의 학계는 본조가 인터넷가상재산 등에 대한 실질적 의의를 규정하지 않은 것이라는 비판을 하였다.¹²⁸⁾ 그래서 제2차 수정안 제124조 및 현행 중국민법 제127조에서 “법률에서 데이터, 인터넷가상재산에 대한 보호 규정이 있으면 그 규정에 의거한다”고 규정하였다.¹²⁹⁾ 이러한 중국민법 규정에 의하면 인터넷가상재산은 민법상 물건에 해당된다.¹³⁰⁾ 그러나 이러한 명문 규정에도 불구하고 중국의 학설은 인터넷가상재산의 법적 지위는 민사권리의 객체에 해당되지만 이것이 명문으로 어떤 종류의 권리의 객체인지 표명되지 않았기 때문에 인터넷가상재산이 여러 가지 권리의 객체가 된다는 해석론이 전개될 수 있어서 통일성이 결여될 수 있다는 비판적 견해,¹³¹⁾ 가상재산은 “가상인터넷 아이디(예컨대 QQ아이디, 웨이썬아이디, 메일아이디 및 게임아이디), 아이디 내에 가상물품”이라고 할 수 있지만, 아직 컴퓨터파일(전자파일이 포함됨)¹³²⁾이 가상재산에 속하는지는 의문이라는 견해,¹³³⁾ 컴퓨터파일은 가상재산으로 볼 수 있고 따라

126) 李适时, 「关于《中华人民共和国民法总则(草案)》的说明」, 2016年6月27日在第十二届全国人民代表大会常务委会员第21次会议(“四是为了适应互联网和大数据时代发展的需要, 草案对网络虚拟财产、数据信息等新型民事权利客体作了规定(草案第一百零四条、第一百零八条第二款第八项)。”) http://www.npc.gov.cn/npc/lfzt/rlyw/2016-07/05/content_1993422.htm.

127) 中华人民共和国民法总则(草案)(2016.9.13.) 第102条(“民事主体对收入、储蓄、房屋、生活用品、生产工具、投资、网络虚拟财产等享有的财产权利受法律保护。”).

128) 杨立新, “民法总则规定网络虚拟财产的含义及重要价值”, 东方法学, 第3期, 2017, 66页(“这一修改意见, 遭到多数专家的反对, 而且对这一条文本身也提出质疑, 因为这一条文并没有实质意义, 内容也过于具体。”).

129) 中华人民共和国民法总则 第一百一十五条(“物包括不动产和动产。法律规定权利作为物权客体的, 依照其规定。”).

130) 杨立新, “民法总则规定网络虚拟财产的含义及重要价值”, 东方法学, 第3期, 2017, 65页(“网络虚拟财产的物权客体说认为, 网络虚拟财产的法律属性是物, 即虚拟物, 是互联网时代的物的特殊形式。正因为网络虚拟财产是虚拟物, 可以建立物权, 因而网络虚拟财产是物权的客体。这种意见, 以笔者提出的意见作为代表。”).

131) 瞿灵敏, “虚拟财产的概念共识与法律属性——兼论《民法总则》第127条的理解与适用”, 东方法学, 第6期, 2017, 67页(“《民法总则》第127条将虚拟财产定位为民事权利的客体, 但并未指明其属于何种权利的客体, 这为虚拟财产作为多种权利客体的定位提供了解释论的基础。司法实践中法院在处理虚拟财产权纠纷时应根据个案被侵害的法益判断被侵害的虚拟财产是作为何种权利之客体进而选择相应的裁判规范。”).

132) 计算机文件(或称文件、电脑档案、档案), 是存储在某种长期储存设备上的一段数据流。所谓“长期储存设备”一般指磁盘、光盘、磁带等。其特点是所存信息可以长期、多次使用, 不会因为断电而消失。

<<https://baike.baidu.com/item/%E8%AE%A1%E7%AE%97%E6%9C%BA%E6%96%87%E4%BB%B6/5687396?fr=aladdin>>.

서 이를 물건에 대한 법률규정에 도입하여야 한다는 견해¹³⁴⁾ 등으로 나누어져 있다.

요컨대 중국 민법총칙은 인터넷가상재산이 권리의 객체로 볼 수 있으면 물건성을 가진다고 규정하였고, 학설상 아직 인터넷가상재산 개념에 대한 정의는 통일되어 있지 않지만 전자파일도 물건으로 볼 수 있다는 견해가 주장되고 있는 점은 주목할 만하다.

다. 전자파일을 민법상 물건으로 보는 해석론

1) 원칙적으로 물건은 특정·독립된 ‘물건’을 직접 지배해서 이익을 얻는 것을 내용으로 하는 권리이고,¹³⁵⁾ 물건은 원칙적으로 유체물을 전제로 한다. 그러나 예외적으로 물건이 아닌 권리를 객체로 하여 성립하는 물건도 인정된다.¹³⁶⁾ 이는 재산거래상 실제의 필요를 반영하여 ‘물건’ 개념의 범위가 확장될 수 있음을 의미하는 것이다.¹³⁷⁾ 그렇다면 이러한 물건개념의 확장 가능성은 구체적으로 어떠한 모습으로 실현될 수 있는지가 문제될 수가 있다. 이는 특히 이 글에서 주목하는 전자파일을 민법상 물건으로 인정하기 위한 해석론 구축에도 동일하게 문제될 수 있다.

생각건대 물건 개념의 확장 가능성은 유체물 개념과 관리가능성의 탄력적 내지 완화적 해석을 통하여 실현될 수 있다. 이를 보다 자세하게 고찰하면 다음과 같다.

첫째, 일반적으로 유체물이란 공간의 일부를 차지하고 오감에 의해서 지각할 수 있는 형태를 가진 물질을 의미하지만, 이러한 유체물의 일반적 정의는 오늘날 경제적 거래 현실에 부합되지 않는다. 따라서 이러한 불일치를 해소하기 위해서는 유체물 개념을 법률상의 것으로 파악하고 과학기술의 발달과 거래형태의 변화에 따라 유체물 개념도 변화될 수 있다는 탄력적 해석이 필요하다.¹³⁸⁾ 즉 유체물 개념을 종래의 물리학상 개념에 구애되지 않고 “법률상 배타적 지배가능성”으로

133) 马一德, “网络虚拟财产继承问题探析”, 法商研究 NO. 5, 2013, 76-77页.

134) 王竹, “〈物权法〉视野下的虚拟财产二分法及其法律规则”, 福建师范大学学报(哲学社会科学版) 第5期, 2008, 32页 이하.

135) 김항식, 민법주해 제IV권 물건(1) 제185조~제210조(편집대표: 곽윤직), 박영사, 1992, 7면.

136) 재산권을 객체로 하는 물건이 과연 순수한 물건이냐에 관하여는 논의될 여지가 있으나, 권리질권(제345조), 재산권의 준점유(제210조), 지상권 또는 전세권을 목적으로 하는 저당권(제371조) 등을 인정하는 민법의 태도로부터 재산권을 객체로 하는 물건이 인정된다(곽윤직·김재형, 물권법, 제8판(전면개정), 박영사, 2014, 12면).

137) 곽윤직·김재형, 앞의 책(2013), 220면.

138) 이상원, 앞의 책, 257면은 이와 유사한 취지에서 유체물 또는 자연력 요건은 기술의 발달에 따라 완화되어야 한다는 요청을 받고 있으며, 이러한 과학기술의 발달은 인간의 지배가능성을 넓혀 왔으므로, 관리가능성의 개념 역시 시대와 장소에 따라 다른 상대적 개념이라고 한다.

이해할 필요가 있다. 이와 함께 유체물의 인정 여부를 판단함에 있어서 일반적인 거래관념을 기준으로 삼을 필요가 있다.¹³⁹⁾

둘째, 전술한 관점을 기초로 전자파일의 물건성 인정 여부를 검토하면 정보 자체는 법률상 배타적으로 지배 가능하지 않지만, 이들이 저장된 전자파일은 사용자가 법률상 배타적으로 지배 가능한 것으로 보아야 한다. 나아가 이러한 시각이 오늘날 전자파일이 정보통신망을 통하여 거래되고 있는 현실에 부합되며, 일반적인 거래관념에도 부합되는 것으로 보인다.¹⁴⁰⁾ 그렇다면 우리민법상 전자파일을 정보 등이 기록매체에 고정된 것으로 봄과 동시에 전자파일을 물건으로 해석할 필요가 있다.¹⁴¹⁾ 물론 전자파일이 허공에 관리 불가능한 상태로 존재하는 경우에는 그것의 물건성을 인정하기 어렵다. 그렇지만 이와 달리 전자파일이 기록매체에 저장(고착)된 경우에는 그 전자파일이 유체물화 된다고 볼 수 있다. 이는 그림이 종이에 그려지는(고착되는) 경우, 그 그림이 종子和 함께 유체물화 된다고 보는 것과 상응된다.

2) 또한 컴퓨터 하드디스크에 저장된 전자파일이 정보통신망을 통하여 다른 컴퓨터의 하드디스크로 이동하는 동안에 비록 순간적이기는 하지만 전자파일이 전

139) 같은 의견: 허명국, 앞의 논문, 44면.

140) 상식적으로 보아도 컴퓨터프로그램 등 정보를 담은 전자파일을 물건으로 보아야 한다. 예컨대 요리방법을 담은 요리책을 물건으로 보아야 하는 것처럼(Winter v. G.P. Putnam's Sons, 938 F.2d 1033 (9th Cir.1991): 버섯에 관한 책을 구매한 자가 그 책의 잘못된 내용으로 인하여 독 버섯을 먹고 피해를 입은 후 제조물책임법에 따라 출판사를 상대로 소를 제기한 사건), 컴퓨터를 구동하는 방법을 담은 전자파일도 물건으로 보아야 하는 것이다. 종이책이 물건인 것처럼 전자책도 당연히 물건으로 보아야 하고, 따라서 전자책의 판매에도 권리소진 원칙이 적용되어야 한다. 전자책은 책의 내용을 담은 파일의 형태로 판매되는데, 그 파일이 전자책 자체이고 물건인 것이다. 요리사로부터 요리비법을 직접 전해들은 경우에는 해당 물건이 없으므로 제조물책임법에 기댈 수가 없지만(물론 일반적인 불법행위 이론에 따라서 손해배상청구소송을 제기하는 것은 가능할 것이다(Noriko Kawawa, *Comparative Studies on the Law of Tort Relating to Liability for Injury Caused by Information in Traditional and in Electronic Form: England and the United States*, 12 Alb. L.J. Sci. & Tech. 493, 586 (2002) ("Therefore, in some cases, there is no difference in terms of causing injury, whether there is a product involved or not.")), 요리책을 판매한 경우 그 책이 물건이 되므로 제조물책임법에 기댈 수 있을 것이다.

141) 이러한 기록매체에 고정된 전자파일에 대해서 제1저자는 전자파일이 기록매체에 고착되어 정적 상태에 있는 것으로서 기록매체와 더불어 유체물에 해당된다고 보지만, 제2저자는 민법상 물건의 요건인 유체물이나 배타적 지배가능성은 법적인 개념이며, 그 인정 여부도 그에 따라 상대적으로 파악되므로, 전자파일에 민법상의 물건성을 인정한다면 이는 법적으로 유체물이나 배타적 지배가 가능한 것에 해당된다고 볼 수 있다는 의미에서 전자파일을 '의제된' 유체물로 해석한다. 이와 같이 전자파일을 바로 유체물로 보는지 아니면 의제된 유체물로 보는지에 대해서 저자들 사이에 이견이 있지만, 결과적으로 전자파일을 유체물로 이해하는 점은 공통되며, 이에 따른 법률효과도 기본적으로 동일할 것이다.

자기적 운반파(carrier wave)의 형태로 전송된다.¹⁴²⁾ 전자파일이 운반파에 올리는(enveloped, embedded) 과정을 변조(modulation)라고 칭하고 운반파에 올려진 전자파일을 내리는 과정을 복조(demodulation)라고 칭한다. 예전에는 아날로그 신호를 디지털 신호로 변조하고 다시 아날로그 신호로 복조하는 것이 중요하였으나, 현대에서는 저주파 신호를 고주파 신호에 싣는(변조) 과정 및 다시 내리는(복조) 과정이 중요하다.

여기에서 전자기적 운반파를 통하여 전송되는 전자파일에 대해서는 민법상 물건의 요건인 관리 가능한 자연력 측면에서 이론구성할 필요가 있다. 이를 위해서는 거래현실에서 컴퓨터 하드디스크에 저장된 전자파일이 정보통신망을 통하여 다른 컴퓨터의 하드디스크로 이동되어 거래되는 경우를 조망하고 각각에 대한 물건성 여부를 아울러 검토할 필요가 있다.

우선 프로그램이 고객 컴퓨터의 유체물인 C 드라이브에 전자파일로 저장되면 그 전자파일은 물건이 된다. 즉 C 드라이브라는 기록매체와 일체화가 된 프로그램은 전자파일의 형태로 특정 및 관리가 되므로, 이러한 전자파일 자체가 물건이 되는 것이다. 그리고 프로그래머가 프로그램을 개발한 후 특정 이름을 가진 전자파일로 본인의 컴퓨터에 저장한 경우, 그 프로그램이 저장된 기록매체는 물건이 되고, 따라서 그 C 드라이브를 물건으로 판매할 수 있는 것이다. 또한 전자파일이 정보통신망을 통하여 전송되어 타인의 컴퓨터의 C 드라이브에 저장되는 경우 그 드라이브도 물건이 된다. 그리고 C 드라이브에 저장되어 있는 전자파일도 물건으로 보는 것이 합리적이다.¹⁴³⁾ 이러한 해석은 무체물인 공기를 담은 병을 판매하는 경우 그 병이 담고 있는 공기가 무체물임에도 불구하고 판매되는 대상을 물건(병)으로 볼 수 있는 것과 같은 이치이다.¹⁴⁴⁾

다만 컴퓨터 하드디스크에 저장된 전자파일이 정보통신망을 통하여 다른 컴퓨터의 하드디스크로 이동되는 동안에는 전자파일이 전자기적 운반파(carrier wave)를 통하여 전송되는데, 이러한 상태에서의 전자파일이 물건에 해당되는지를 규명할 필요가 있다. 즉 전자파일이 송신자의 하드디스크에서 수신자의 하드디스크로

142) 전자용어사전: 파일 전송(file transmission)(“컴퓨터 시스템 간 또는 시스템과 단말 장치 간에 서 통신 회선을 거쳐 파일 단위로 데이터를 전송하는 것”).

143) 이와 대비하여 일본의 경우에는 기록매체를 유체물의 매체에 한정되는 것으로 보는 상황에서 매체로부터 떨어져 프로그램이 온라인에서 송수신되는 것을 매체의 양도라고 볼 수 없는 난점을 극복하기 위하여 프로그램을 물건으로 포섭하는 특허법 개정을 단행하였다.

144) 영국시골의 깨끗한 공기를 담은 용기를 중국에서 115달러에 판매하는 사업이 진행된 바 있다. <<http://edition.cnn.com/2016/02/08/world/fresh-air-britain-china-bottles/>>.

전송되는 그 순간에도 물건으로 볼 수 있는지를 검토할 필요가 있다.

이와 관련하여 우리민법 제98조는 물건을 “유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력”으로 규정함으로써 관리 가능한 자연력도 물건으로 인정하고 있다. 그리고 이러한 관리 가능한 자연력 역시 배타적 지배가 가능해야만 물건성이 인정될 수 있다.

생각건대 배타적 지배 가능성은 과학기술의 발전에 따른 유동적이고 상대적으로 해석될 수 있는 개념이다.¹⁴⁵⁾ 이에 따라 전자기적 운반파의 경우 과거에는 대기 속에 방송되어 있는 전파와 같이 배타적 지배가능성의 한계를 벗어난 무체의 자연력으로서 물건의 개념에 해당되지 않는 것으로 볼 여지가 있었지만, 오늘날에는 정보통신망 제공 사업자의 제어 내지 관리 하에 배타적 지배를 할 수 있는 것으로 해석될 수 있다고 생각한다. 그렇다면 전자기적 운반파는 무체물로서 현행 민법상 관리 가능한 자연력에 해당하여 물건이 될 수 있고, 따라서 순간적으로 전자기적 운반파를 통하여 전송되는 상태에 있는 전자파일의 경우에도 관리 가능한 자연력에 해당되어 물건성이 상실되지 않는다.¹⁴⁶⁾

요컨대 전자파일이 전자기적 기록매체에 부착되어 있는 상태에서는 그 전자파일(이른바 ‘정적 상태에 있는 전자파일’)은 (기록매체와 함께) 유체물로서 물건에 해당되며, 전자기적 운반파를 통하여 전송되는 상태에서의 전자파일(이른바 ‘동적 상태에 있는 전자파일’)은 관리 가능한 자연력으로서 물건에 해당된다.

IV. 결 어

이 글에서는 전자파일이 민법상 물건에 해당되는지 여부를 검토하기 위한 전제 작업으로 우선 정보가 민법상 물건에 해당되는지 여부를 고찰하였다. 왜냐하면 만약 정보가 민법상 물건에 해당된다면 정보를 수록한 전자파일 역시 물건에 당연히 해당되어서 전자파일의 물건성 인정 여부를 별도로 고찰할 실익이 없기 때문이다. 이에 대해서 필자들은 정보화 사회에서 정보의 중요성은 인정하지만, 정보 그 자체를 물건으로 보기에는 여러 가지 이론적 어려움이 있다고 보며, 그럼

145) 같은 의견: 김병재, 앞의 책, 29면.

146) 즉 우리민법 제98조는 전기 기타 관리할 수 있는 자연력을 물건으로 포섭함으로써, 전기 외에 ‘기타’ 관리할 수 있는 자연력을 예정하고 있는데, 여기에서 기타 관리할 수 있는 자연력에 우선 또는 무선 통신에서 사용하는 운반파가 포함된다고 생각된다. 즉 운반파는 전파의 일종인 것이다. 각주 15) 참고.

에도 불구하고 우리민법 제98조에서 도출되는 요건론을 전적으로 무시하는 해석을 취하는 것은 타당하지 않다고 보았다. 즉 현재까지는 우리민법상 물건에 대한 제98조라는 정의규정에서 도출되는 요건론을 무시하는 해석을 취해서는 안된다고 보았다. 이러한 시각을 기초로 이 글에서는 정보가 비록 경제적 가치가 있는 무체물이라고 하더라도 이들을 유체물로 볼 수는 없으며, 그렇다고 자연력이라고 볼 수도 없어서 민법상 물건 개념에 포섭하는 해석을 취하기는 어렵다고 판단하였다.

그렇지만 필자들은 이러한 해석이 결과적으로 실제 거래현실을 전혀 반영하지 못하게 되므로, 이러한 문제를 해결하기 위한 다른 법적 해석이 필요하다는 문제의식을 공유하였고, 그러한 문제의식을 해결하기 위한 방안으로 정보가 내재된 전자파일을 민법상 물건으로 인정할 수 있는지 여부를 검토해 보았다. 이에 대해서 필자들은 전자파일이 기록매체에 저장되어 있는 상태에서는 유체물로서 물건에 해당되며(이른바 ‘정적 상태에 있는 전자파일’), 전자기적 운반파(carrier wave)를 통하여 전송되는 상태에서의 전자파일은 관리 가능한 자연력으로서 물건에 해당된다(이른바 ‘동적 상태에 있는 판매대상으로서의 전자파일’)는 이론구성을 시도해 보았다.

이 글의 핵심은 전자파일이 기록매체에 부착되어 있는 상태에서는 그 전자파일은 (기록매체와 함께) 유체물이므로 물건에 해당되고, 전자파일이 운반파에 실려 전송되는 상태에서는 그 전자파일은 (운반파와 함께) 관리 가능한 자연력이므로 물건에 해당된다는 것이다. 이러한 이론구성은 오늘날 전자파일이 거래되는 현실을 충실하게 반영하기 위하여 현행 민법 제98조 소정의 물건 개념에 대한 탄력적 해석에 기초한 것으로 해석론적 측면에서 시도한 것이다. 그런데 이러한 이론구성이 향후 민법 학계에서 논란을 불러일으킬 가능성이 높으므로 그러한 논란을 종식시키기 위해서 민법상 물건규정의 개정도 시도할 필요가 있을 것이다.¹⁴⁷⁾ 애초 정보를 물건으로 포섭하기 위한 시도가 실패하였는데, 정보를 바로 물건으로 보기 어렵다면 전자파일을 물건으로 포섭하는 것이 최선의 해결책이 될 수 있다.

그렇지만 이러한 민법적 차원에서 전자파일을 물건으로 포섭하는 방안이 여의치 않을 수 있다. 여러 상황을 염려하여야 하는 민법에서 그러한 결단을 내리기 쉽지는 않을 수 있는 것이다. 민법적 차원에서 이러한 개정이 여의치 않다면, 전

147) 즉 민법 제98조를 다음과 같이 개정하는 방안을 고려할 수 있다: “유체물(전자파일을 포함한다) 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력”.

자파일의 성격이 더 중요한 지식재산권법에서 먼저 전자파일을 물건으로 포섭하고, 그 법의 운용상황을 지켜본 후 민법을 개정하는 것이 현실적 방안일 수 있다. 무체재산인 저작물과 발명이 전자파일에 담겨져 정보통신망을 통하여 유통되는 현실을 감안하면, 저작권법 및 특허법에서 전자파일을 물건으로 포섭하는 개정 방안을 연구하고 그 결과를 제시할 필요가 있다. 저작권법에서 음악정보를 담은 전자파일을 물건으로 보느냐 아니면 음반(phonorecords)으로 보느냐를 두고 이견이 있는데,¹⁴⁸⁾ 전자파일을 (이 글이 제안한 바와 같이) 하드디스크의 일부 또는 음반과의 일부라고 본다면 물건으로 보는 데에 아무런 문제가 없다. 향후 저작권법 및 특허법의 차원에서 전자파일을 물건으로 포섭하는 방안에 대한 연구를 다짐한다.

148) David Hamilton, *It's My Copy and I'll Sell It If I Want to: Capitol Records, LLC v. Redigi Inc.*, 97 J. Pat. & Trademark Off. Soc'y 232, 248 (2015) ("Although digital music files are not physical objects, they are nevertheless phonorecords because they are material objects under the Copyright Act-MP3s can be 'perceived ... with the aid of a machine or device.'").

(논문투고일: 2018.02.21., 심사개시일: 2018.02.22., 게재확정일: 2018.03.14.)



▶ 정 차 호 · 이 승 현

전자파일, 물건, 정보, 기록매체, 유체물, 관리가능성

【참 고 문 헌】

I. 국내문헌

1. 단행본

- 강대성, 민법총칙, 제6판, 대명출판사, 2016.
- 곽윤직·김재형, 민법총칙, 제9판, 박영사, 2013.
- 곽윤직·김재형, 물권법, 제8판(전면개정), 박영사, 2014.
- 김대정, 민법총칙, 도서출판 fides, 2012.
- 김병재, 민법주해 제2권 총칙(2)(편집대표: 곽윤직), 박영사, 2010.
- 김상용, 민법총칙, 제2판, 화산미디어, 2013.
- 김상용·박수곤, 민법개론, 화산미디어, 2015.
- 김준호, 민법총칙-이론·사례·판례-, 제12판, 법문사, 2018.
- 김중환·김학동, 민법총칙, 제9판, 박영사, 2001.
- 김형배·김규완·김명숙, 민법학강의, 제14판, 신조사, 2015.
- 김항식, 민법주해 제IV권 물권(1)(편집대표: 곽윤직), 박영사, 1992.
- 노종천, 민법총칙, 동방문화사, 2017.
- 명순구, 실록 대한민국민법I, 법문사, 2008.
- 민의원법제사법위원회민법안심의소위원회, 민법안심의록(상권), 1957.
- 법무부민법개정자료발간팀 편, 2004년 법무부민법개정안 총칙·물권편(민법개정총서3), 법무부, 2012.
- 송덕수, 민법총칙, 제4판, 박영사, 2018.
- 양창수·권영준, 민법III(권리의 변동과 구제), 제3판, 박영사, 2017.
- 양형우, 민법의 세계: 이론과 판례, 제8판, 피앤씨미디어, 2016.
- 오병철, 디지털정보거래의 성립에 관한 연구, 한국법제연구원, 2001.
- 이상원, 주식민법 [총칙(2)] §97~§113 (편집대표: 김용담), 한국사법행정학회, 2010.
- 이영준, 민법총칙, 개정증보판, 박영사, 2007.
- 지원림, 민법강의, 제15판, 홍문사, 2017.
- 홍성재, 민법총칙, 제6판, 대영문화사, 2016.

2. 논문

- 김관식, “컴퓨터프로그램의 특허법상 보호에 관한 특허법 제2조 개정시안의 법적 의의 및 과제”, 법학연구, 제23권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2012.
- 김성수, “한국민법에서의 물건(재물)과 재화”, 민사법학, 제77호, 한국민사법학회, 2016.
- 박수곤, “프랑스민법상 물건의 개념-동산과 부동산의 구별-”, 민사법학 제63-2호, 한국민사법학회, 2013.
- 배대현, “거래대상으로서 디지털정보와 ‘물건’ 개념 확대에 관한 검토”, 상사판례연구, 제14권, 한국상사판례학회, 2003.
- 송대중, “디지털콘텐츠의 특허법적 보호에 관한 연구”, 지식재산연구, 제6권 제1호, 한국지식재산연구원, 2011.
- 양환정, “권리객체로서 정보의 법적 지위: 정보는 소유권의 대상이 될 수 있는가?”, LAW & TECHNOLOGY, 제5권 제4호, 서울대학교 기술과법센터 [Center for Law &Technology], 2009.
- 오병철, “컴퓨터 프로그램의 물성에 관한 재검토”, 재산법연구, 제26권 제3호, 한국재산법학회, 2010.
- 최경진, “물건 개념의 변화에 따른 담보 및 공시제도의 개선에 관한 연구”, 중앙법학, 제9집 제3호, 중앙법학회, 2007.
- 최경진, “민법상 정보의 지위”, 산업재산권, 제15호, 한국산업재산권법학회, 2004.
- 허명국, “표준 컴퓨터 프로그램 거래의 법적 성질-라이선스설 및 혼합계약설에 대한 비판적 입장에서-”, 비교사법 제16권 제3호(통권 제46호), 한국비교사법학회, 2009.

3. 학위논문

- 최경진, “민법상 물건에 관한 연구”, 성균관대학교 박사학위논문, 2003.

II. 외국문헌

1. 동양문헌(일본·중국)

- 加藤雅信, 民法改正国民·法曹·学界有志案(民法改正研究会(代表·加藤雅信)編), 法律時保増刊, 日本評論社, 2009.
- 瞿灵敏, “虚拟财产的概念共识与法律属性——兼论《民法总则》第127条的理解与适用”, 东方法学, 第6期, 2017.
- 吉田克己, “財の多様化と民法学の課題-理論的考察の試み”, 日本私法学会シンポジウム資料 財の多様化と民法学の課題, NBL No.1030, 商事法務, 2014.
- 内田貴, 民法 I 総則·物権総論, 第3版, 東京大学出版会, 2007.
- 大村敦志, 民法読解 総則編, 有斐閣, 2009.
- 大村敦志, 新しい日本の民法学へ, 東京大学出版会, 2009.
- 大村敦志, 新基本民法 1 総則編, 有斐閣, 平成29年(2017年).
- 陶颢予, “论网络虚拟财产的物权法保护”, 兰州教育学院学报, 第10期, 2017.
- 灵敏, “虚拟财产的概念共识与法律属性——兼论《民法总则》第127条的理解与适用”, 东方法学, 第6期, 2017.
- 滝沢昌彦, 民法がわかる民法総則 [第3版], 弘文堂, 2015.
- 廖煦升, “浅谈民法总则规定网络虚拟财产的含义及重要价值”, 法制博览, 2018.
- 马承源, “网络虚拟财产的民法典立法保护”, 中国高新区, 第3期, 2018.
- 马一德, “网络虚拟财产继承问题探析”, 法商研究 NO. 5, 2013.
- 梅謙次郎, 訂正増補民法要義卷之-総則編 [明治44年版復刻板], 有斐閣, 昭和59年(1984年).
- 民法改正研究会(代表 加藤雅信), 日本民法典改正案 I 第一編 総則 -立法提案·改正理由-, 信山社, 2016.
- 富井政章, 訂正増補民法原論第1卷総則上, 有斐閣, 大正9年(1920年).
- 四宮和夫·能見善久, 民法総則, 第7版, 弘文堂, 平成20年(2008年).
- 水津太郎, “民法体系と物概念”, 日本私法学会シンポジウム資料 財の多様化と民法学の課題, NBL No.1030, 商事法務, 2014.
- 新井誠·岸本雄次郎, 民法総則, 日本評論社, 2015.
- 星野英一, 民法改正国民·法曹·学界有志案(民法改正研究会(代表·加藤雅信)

- 編), 法律時保増刊, 日本評論社, 2009.
- 我妻栄, 新訂民法總則(民法講義 I), 岩波書店, 昭和40年(1965年).
- 野村豊弘, “情報-總論”, *ジュリスト*, No.1126, 有斐閣, 1998.
- 杨立新, “民法总则规定网络虚拟财产的含义及重要价值”, *东方法学*, 第3期, 2017.
- 鈴木祿弥, 物權法講義 五訂版, 創文社, 2007.
- 温世扬, “民法总则中‘权利客体’的立法考量——以特别‘物’为重点”, *法學*, 第4期, 2016.
- 王竹, “〈物權法〉視野下的虚拟财产二分法及其法律规则”, *福建师范大学学报(哲学社会科学版)* 第5期, 2008.
- 林旭霞, “虚拟财产性质论”, *中国法学* 第1期, 2009.
- 田中整爾, 新版注釈民法(2), 總則(2) 法人・物 §§ 33~89 (林良平・前田達明 編集), 有斐閣, 平成23年(2011年).
- 潮見佳男, 民法(全), 有斐閣, 2017.
- 佐久間 毅・石田 剛・山下純司・原田昌和, 民法 I 總則, 有斐閣, 2010.
- 中舎寛樹, 民法總則, 日本評論社, 2010.
- 川島武宜, 民法總則, 有斐閣, 昭和40年(1965年).
- 片山直也, 民法改正国民・法曹・学界有志案(民法改正研究会(代表・加藤雅信) 編), 法律時保増刊, 日本評論社, 2009.
- 河上正二, 民法總則講義, 日本評論社, 2009.
- 橫山美夏, “物概念の現代的課題”, *민사법학 제77호*, 한국민사법학회, 2016.

2. 서구문헌

- Arthur Meier-Hayoz, *Berner Kommentar, Band IV*, Verlag Stämpfli & Cie AG, BERN, 1981.
- Aviation Discovery in the Electronic Age: How to Successfully Navigate the New Rules on Electronic Discovery*, Ann.2007 AAJ-CLE 1359.
- Catherine Palo, 71 *Am. Jur. Trials* 111 (Originally published in 1999).
- Christoph A. Baus, *Verwendungsbeschränkungen in softwareüberlassungsverträgen*, Köln, 2004.
- Client Page, *P2p File-Sharing: Evaluate the Risks*, 73 *Tex. B.J.* 154 (2010).
- David Hamilton, *It's My Copy and I'll Sell It If I Want to: Capitol Records, LLC*

- v. Redigi Inc.*, 97 J. Pat. & Trademark Off. Soc'y 232, 248 (2015).
- David R. Johnson & Kevin A. Marks, *Mapping Electronic Data Communications Onto Existing Legal Metaphors: Should We Let Our Conscience (and Our Contracts) Be Our Guide?*, 38 Vill. L. Rev. 487 (1993).
- Dieter Leipold, BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil Ein Lehrbuch mit Fällen und Kontrollfragen, 8.Aufl., Mohr Siebeck, 2015.
- F. TERRE et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 8e éd., Dalloz, 2010.
- Formal Opinion 2005-01, Orange County Law., April 2006.
- Frank Lenhard, *Vertragstypologie von Softwareüberlassungsverträgen*, München, 2006.
- Franz Wieacher, "Sachbegriff, Sacheinheit, Sachzuordnung", AcP 148, 1943.
- Hans Leemann, *Sachenrecht, I, Abteilung*, BERN, 1920.
- Hilgraeve, Symantec Settle Software Patent Case for \$62.5 Million*, 16 Software L. Bull. 9 (2003).
- James J. Brown, *FORM 11-2A PRESERVATION HOLD NOTICE*, JDENF FORM 11-2A.
- James M. Beck & Matthew D. Jacobson, *3D Printing: What Could Happen to Products Liability When Users (and Everyone Else in Between) Become Manufacturers*, 18 Minn. J.L. Sci. & Tech. 143, 169 (2017).
- Justin Fong, *Bringing Guns to A Gun Fight: Why the Adversarial System Is Best Served by A Policy Compelling Attorneys to Ethically Mine for Metadata*, 7 Wash. U. Jurisprudence Rev. 107 (2014).
- Justus Wilhelm Hedemann, *Grundriß der Rechtswissenschaft*, Bd. 3, *Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Walter de Gruyter, 1950.
- Kurt Chesne, "Dynamisches Eigentum", *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, Bd. 18, 1924.5.
- Louis A. Lehr, Jr., 1 *Premises Liability* 3d § 21A:2 (2017 ed.).
- Marie Alice Chardeaux, *Les choses communes*, LGDJ. 2006.
- Mark D. Robins, *Computers and the Discovery of Evidence-A New Dimension to Civil Procedure*, 17 J. Marshall J. Computer & Info. L. 411, 417 (1999).
- Mark P. McKenna & Lucas S. Osborn, *Trademarks and Digital Goods*, 92 Notre

- Dame L. Rev. 1425 (2017).
- Mehring, Computersoftware und Gewährleistungsrecht, NJW 1986, 1905.
- Noriko Kawawa, *Comparative Studies on the Law of Tort Relating to Liability for Injury Caused by Information in Traditional and in Electronic Form: England and the United States*, 12 Alb. L.J. Sci. & Tech. 493 (2002).
- Otto von Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd.I., Duncker & Humblot, 1895.
- Otto von Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd.II., Duncker & Humblot, 1905.
- Paul Oertmann, Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Bd.1, Allgemeiner Teil, 3.Aufl., Heymann, 1927.
- Ph. MALAURIE et L. AYNES, Les biens, 4e éd., Defrénois, 2010.
- R. Anthony Reese, *The First Sale Doctrine in the Era of Digital Networks*, 44 B.C. L. Rev. 577 (2003).
- Richard Swope, *Peer-to-Peer File Sharing and Copyright Infringement: Danger Ahead for Individuals Sharing Files on the Internet*, 44 Santa Clara L. Rev. 861 (2004).
- Robert Haab, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV, Bd. Das Sachenrecht, 2. umgearb. Aufl., Schulthess, 1929.
- Sarah B. Deutsch et al., *Copyright & Privacy-Through the Copyright Lens*, 4 J. Marshall Rev. Intell. Prop. L. 212 (2005).
- Stephen Zovickian & Geoffrey Howard, *Electronic Discovery in Construction Litigation*, Constr. Law., JULY 1998.
- W. DROSS, *Droit des biens*, Montchrestien, 2012.
- William Dross, *Droit civil, Les choses*, LGDJ, 2012.
- Wolfgang Krauß, *Die Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf Softwareverträge*, Münser, 2004.

Abstract

A Study on Whether an Electronic File Can be Considered As Product under the Korean Civil Act

Jung, Cha Ho
Lee, Seung Hyun

In this paper, we, authors, firstly examine whether information can be considered as product under Korean Civil Act. If so, an electronic file which contains information also may be considered as product. This paper finds that under current interpretation of the Civil Act, information cannot be interpreted as product. Even though information has some economic value, it cannot be a tangible matter nor maintainable natural power. These authors believe that it would not be easy to amend Article 98 of the Korean Civil Act.

This paper suggests that an electronic file could be defined as a unit of information which can be maintained and saved in a recording medium. A paper book which contains a cooking method is not different from an electronic book which contains the same. In an electronic book, a cooking method can be saved as an electronic file which is fixed onto a recording medium. The electronic file which is fixed onto a recording medium (product) can be considered as product.

In the meantime, an electronic file is transmitted, over a carrier wave, to a receiver. In the very time when an electronic file is suddenly transmitted to a receiver, the file can be considered as maintainable natural power. In that sense, an electronic file, regardless of whether fixed to a recording medium or transmitted over a carrying wave, could be considered as product.



▶ **Jung, Cha Ho · Lee, Seong Hyun**

electronic file, product, information, recording medium, tangible matter,
maintainability

‘고위공직자 범죄수사처’ 신설의 필요성과 위헌성 극복 방안*

김성돈**

【목 차】

I. 들어가는 말

1. 역사와 배경
2. 논의지점

II. 목표로서의 독립성과 독립의 정도

1. 왜 독립인가: 중립성에서 독립성으로
2. 검찰 자체의 독립성을 확보하는 방안?
3. 독립성의 의의와 정도
4. 비대화된 검찰권력의 분산 방안과 공수처의 권한
5. 비상설 특검제도의 문제점과 한계

III. 공수처 설치안에 대한 반대론 검토

1. 공수처는 위헌적인 기관인가?

2. 행정권의 핵심영역인 시원적 행정영역은
분리독립적일 수 없는가?

3. 공수처는 현재의 검찰과 다를 바
없이 ‘옥상옥’에 불과한가?

IV. 공수처 설치 법안에서 포기되어서는 안 될 몇 가지 내용

1. 기능적 독립성의 보장
2. 인적조직적 차원의 민주적 정당성 보완
3. 내용적·실질적 차원의 민주적 정당성 보완
4. 법의 공정성 및 사법적 정의를 관철시키기
위한 구체적인 내용
5. 비대화된 검찰권력의 분산과 통제

V. 나오는 말

【국 문 요 약】

최근 한국 사회는 검찰개혁을 바라는 국민적 요구 수준에 부응하기 위한 방안의 하나로 공수처 신설여부를 두고 입법전쟁을 치르고 있다. 이 글은 신설될 공수처가 외부권력으로부터 ‘독립성’ 유지하는 동시에 무소불이의 권력으로 비대화된 검찰권력을 ‘분산’시킨다는 두 가지 목표를 동시에 실현할 수 있는가라는 물음에 초점을 맞추어 공수처 신설 필요성을 강조하였다. 뿐만 아니라 신설될 특별기

* 이 논문은 2016년 9월 26일 ‘헌법과 형사법’을 주제로 한 제13회 월송 유기천 교수 기념 학술심포지엄에서 발표된 것을 수정·보완한 것임.

** 성균관대학교 법학전문대학원 교수.

구가 독립기관이라고 할 때 그 독립성은 어떤 의미를 가지고 어느 정도로 어떤 권한을 가지고 독립되어야 하는지에 대해 살펴보았다. 더 나아가 공수처 신설에 대한 반대논거들 가운데 가장 널리 알려진 ‘옥상옥론’과 공수처 신설에 치명적인 결립들이 될 수 있을 ‘위헌론’의 논거를 잠재울 수 있는 공수처 신설 방안을 모색하였다.

I. 들어가는 말

1. 역사와 배경

2017년 촛불혁명 이후 시민사회에서 고위공직자 범죄수사처(이하 ‘공수처’라 한다)의 신설요구가 그 어느 때보다 높고 널리 확산되어 있다. 공수처는 고위공직자 범죄의 수사과 기소를 담당하는 독립된 특별기관을 지칭한다. 공수처는 검찰총장의 지휘와 감독을 받는 검사가 아니라 공수처장의 지휘와 감독을 받는 기존 검찰 외의 검사가 수사와 기소를 담당한다는 점에서 이른바 ‘특별검사제도’와 맥락을 같이 하는 제도이다. 종래 특별검사제도가 특정 사안에 대해 한시적으로만 기능하였던 사안별 특별검사제도였음에 반해, 공수처는 고위 공직자 범죄 등에 대한 수사와 기소를 상시적으로 맡기 위한 상설 특별검사제도의 일종이라고 할 수 있다. 이와 같은 검찰 외의 독립된 상설 특별기구인 공수처를 제도화하려는 노력은 오랜 역사와 배경을 가지고 있다.

이른 바 권력형비리사건이 사회의 이목을 집중할 때마다 ‘특별검사’의 투입이 해법으로 주장된 것은 주지의 사실이다. 거악척결이라는 역할과 책무를 뒤로 한 채 오히려 정치권력과 자본권력의 영향력을 떨쳐 버릴 수 없었거나 심지어 자신의 내부에서 거악을 배출하기도 한 검찰이 당해 사건을 법과 정의에 따라 처리할 것이라는 믿음과 신뢰를 주지 못했기 때문이었다. 그러나 긴급 투입된 특별검사라는 구원투수도 판세를 바꾸지는 못했다. 1999년 처음 투입되었던 - 2014년까지 11차례 - 특별검사도 그다지 만족스러운 승물을 안겨주지 못했다. 검찰에 의해 배반당한 기대와 꺾인 희망이 실망과 분노로 표출될 때 마다 특별검사 보다 더 특별한, 그리고 검찰과 별도의 상설 특별기구를 만들려는 시도가 등장한 것도 이 때문이었다.

검찰개혁의 차원에서 공수처와 같은 상설 특별기구를 설치하려는 노력은 1999년 김대중 정부에서 시작되었지만, 검찰의 반발로 무산되었다. 이러한 노력이 보다 가시화된 것은 2004년 참여정부 시절이라고 할 수 있다. 당시 참여정부는 고위공직자 비리조사처(공비처) 내지 공직부패수사처(공수처)라는 이름의 특별수사기구를 검찰이 아니라 부패방지위원회(현재 국민권익위원회) 산하에 신설하려는 계획을 수립하였으나,¹⁾ 현실의 벽을 넘지 못하고 무산되고 말았다.

검찰 외 상설 특별기구의 신설이라는 미완의 개혁과제를 실현하려는 논의는 특히 2012년 이후 일련의 검사비리사건을 겪으면서 재점화 되었다. 2012년 유력한 대선후보들이 한결 같이 검찰 외 독립된 특별기구를 상설화시킬 것을 내용으로 하는 방안을 검찰개혁과제로 공약으로 내놓았다. 검찰의 중립화를 후퇴시키는 일련의 사건을 거치면서 권력형비리사건은 더 이상 기존의 검찰에 맡길 수 없다는 점에 대한 광범위한 사회적 공감대가 형성되기 시작하였다. 그로부터 ‘공직자 비리수사처’의 신설방안 또는 상설특별검사제도(이하 ‘상설특검’이라 한다)의 도입방안 등이 다수 등장하였고,²⁾ 2013년 즈음에 와서는 드디어 당선된 대통령의 공약사항이었던 상설특검제도의 도입을 눈앞에 두는 듯 했다.³⁾

그러나 2014년 국회를 통과한 ‘특별검사의 임명 등에 관한 법률(법률 제12423호, 2014.3.18.)’에 의해 도입된 특검제도는 상설특검제도와는 거리가 멀어도 한참 멀었다. 인적 물적 재원을 갖춘 조직화된 기구를 갖춘 상설기구가 아니기는 기존의 사안별 특검제도와 마찬가지로였다. 뿐만 아니라 2016년 ‘박근혜 정부의 최순실 등 민간인에 의한 국정농단 의혹 사건규명을 위한 특별검사의 임명 등에 관한 법률(법률 제14265호, 2016.11.22.)’에 의한 특검도 - 12번째의 - 사안별 특검에 불과하였다.⁴⁾

1) 18대 국회에서는 공수처 설치에 관한 법률안이 3개가 발의되었다.

2) 19대 국회에서는 공수처 설치에 관한 법률안이 4개 발의되었다.

3) 박근혜 대통령 당선 이후에는 대통령공약사항에 기초하여 민변과 참여연대가 공동으로 상설특검제도의 도입을 제안하였다.

4) 2016년 국정농단사건을 처리하기 위해 만들어진 이 법률은 한시법으로서 사건이 종국처리되어 특별검사가 퇴직하는 날까지만 유효하도록 되어 있었을 뿐 아니라 진상규명 대상 사건이 법률에 미리 못박혀 있었기 때문이다.

물론 2016년 국정농단사건 특검은 가시적으로는 종래의 어느 특검보다 중립성과 독립성을 가지고 수사와 기소를 하였다는 평가를 내릴 수 있다. 하지만 이는 어디까지 예외적인 현상이라고 평가할 수 밖에 없다. 특별검사 임용 추천권 자체를 당시 집권당의 반대당인 더불어민주당과 국민의당만 가졌다는 점 뿐 아니라, 살아있는 권력이 촛불 앞에서 소멸되기 일보직전의 상황에서 전 국민적 지지를 등에 업고 있었다는 점 때문에 특검이 눈치 볼 권력이 부존재하였다는 특수성이 인정될 수 있기 때문이었다. 그럼에도 불구하고 2016년 특검의 활약은 결코 과소평가되어서는 안될 소중한 경험이었다. 기존의 검찰로는 안된다는 점을 다시 한번 자각⁵⁾시켜 주었고, 따라서 강도 높은 검찰개혁은 더 이상 미루어질 수 없을 만큼의 최우선 과제로 삼아야 하는 것임을 확인시켜 주었기 때문이다. 무엇보다 2016년 특검의 기소에 따라 일부 이루어진 재판결과⁶⁾는 검찰 외에 강력한 독립성을 가진 특별기구가 필요함을 입증시켜 주고도 남음이 있었다. 2017년 촛불혁명에 의해 들어선 문재인 정부에서 법무부 산하 법무·검찰개혁위원회가 강력한 공수처 법률시안(이하 ‘개혁위 권고안’이라 한다)을 제안하였고, 그 이후 법무부는 그 내용에 대한 수정과 변경을 가한 공수처법안을 정부안(이하 ‘법무부안’이라 한다)으로 국회에 상정하였다. 법무부안은 2017년까지 20대 국회에서 발의된 다른 3개의 공수처 법안과 함께 현재 국회에 계류 중이다. 지난 20여년 간 10차례 이상 추진과 무산을 반복해 오던 공수처의 신설을 둘러싼 주사위는 2018년 현재 국회에 던져졌다.⁷⁾

2. 논의지점

이 글은 최근 민주화의 바람을 타고 이제는 더 이상 미룰 수 없게 된 검찰개혁 과제 가운데, 결정판이라고 할 수 있는 공수처의 신설 필요성과 그 구체적 방안을 모색하는데 초점을 맞춘다. 그 동안 등장한 다양한 검찰개혁방안들은 크게 두

5) 이러한 자각은 특히 검찰조직내에서 권력형비리사건을 수사하고 기소하는 역할을 한 대검 중수부의 정치검찰화 내지 중수부를 통한 검찰정치의 폐해를 방지하기 위한 차원에서 전격 이루어진 중수부 폐지(2013년 4월 23일)로 나타났다.

6) 2017년 8월 25일 서울중앙지법 삼성전자 부회장에 대한 공소제기가 이루어지기전까지의 과정을 보면 정경유착에 대한 종래 검찰의 미온적 태도와 특검의 전향적 태도가 극명하게 대비된다.

7) 2018년 1월 현재까지 공수처 관련 법안은 법무부안을 포함하여 더불어 민주당 박범계 의원과 국민의당 이용주 의원이 공동발의한 안(이하 박범계 의원안), 정의당 노회찬 의원이 발의한 안(이하 노회찬 의원안), 더불어 민주당 양승조 의원이 발의한 안(이하 양승조 의원안), 바른정당 오신환 의원이 개별 발의한 안(이하 오신환 의원안) 등 다섯 개가 있다.

갈래로 나눌 수 있다. 하나는 검찰권력의 정치권력과 자본권력(이하에서는 ‘외부 권력’이라고 부른다)에의 예속화를 타개해야 한다는 갈래이고, 다른 하나는 검찰 권력의 비대화에 대한 수술을 해야 한다는 갈래이다. 공수처 신설 방안은 이 두 가지 갈래가 만나는 접점에 위치하고 있다. 한편으로는 공수처는 행정부소속으로 정치권력의 파이프라인에 직간접적으로 연결되어 있었던 기존의 검찰과는 달리 높은 수준의 독립성을 구가하면서 권력형비리사건의 수사와 기소에 있어서 외부 권력의 영향력을 차단할 수 있기 때문이고, 다른 한편으로는 이로써 비대화된 검찰 권력의 분산이라는 개혁과제가 실현될 수 있기 때문이다.

이같은 검찰이 고위공직자가 관련된 권력형비리사건을 수사하고 기소함에 있어서 외부권력에의 예속성을 보여준 많은 사례들은 여기서 일일이 나열하지 않는다. 뿐만 아니라 그동안 검찰이 보여준 수많은 기대실추 사례를 통해 공수처가 신설되기를 바라는 국민적 염원이 얼마나 높은지도 이에 관한 실증자료들을 여기에 굳이 제시하지도 않는다. 이러한 검찰이 보여준 기대실추 사례들의 면면과 검찰개혁을 바라는 국민적 요구 수준은 익히 알려져 있기 때문이다. 대신에 이 글은 다음과 같은 두 가지 물음에 답하는데 주력한다. 신설될 공수처가 외부권력으로부터 독립성 유지하는 동시에 무소불이의 권력으로 비대해진 검찰권력을 분산시킨다는 두 가지 목표를 동시에 실현할 수 있는가? 만약 그렇다면 공수처의 구체적 모습은 어떠해야 하는가? 이하에서는 이러한 물음에 답하기 위해 신설될 특별기구가 독립기관이라고 할 때 그 독립성은 어떤 의미를 가지고 어느 정도로 어떤 권한을 가지고 독립되어야 하는지에 대해 살펴 본 후(이하 II), 공수처 신설에 대한 반대논거들 가운데 헌법적 관점에서의 위헌주장을 집중적으로 검토한다(이하 III). 마지막으로 신설될 공수처가 독립성을 유지하는 동시에 민주적 정당성을 확보하기 위해 공수처 설치 법안에서 포기되어서는 안 될 몇 가지 내용들을 제시하기로 한다(이하 IV).

II. 목표로서의 독립성과 독립의 정도

1. 왜 독립인가: 중립성에서 독립성으로

권력형비리사건이 터질 때 마다, 늘 상 기존의 검찰은 제쳐놓고, 특별검사의

투입을 유일한 해법인 양 시도한 이유는 무엇인가? 특별검사의 특별한 점은 무엇인가? 미국에서 수입된 특별검사의 명칭이 ‘독립’검사(independent council)라는 점에 해답이 있다. 주지하다시피 미국은 검찰이 행정부에 속해 있고, 검사가 중앙 정부나 주정부의 공무원이므로, 검찰과 검사는 필연적으로 정치적 영향력 하에 있다. 기소법정주의가 아닌 기소편의주의를 원칙으로 삼고 있는 기소정책은 기소 여부의 판단에서 검찰과 검사의 기소에 외부영향력을 흡수할 수 있는 제도적 기반이다. 이러한 상황에서 대통령과 고위 공무원에 의한 권력형비리사건에서 대통령과 법무부의 지휘와 감독을 받지 않게 하려면 검찰청 소속의 검사의 개입이 처음부터 배제되어야 한다. 정부로부터 독립적 지위를 가지고 공정한 수사와 기소 및 공소유지를 하도록 투입된 ‘검사 아닌 자’를 특별검사, 즉 ‘독립’검사라고 부른 것이다.

후술하듯이 유럽에서도 물론 검찰의 정치적 영향력이 문제되지 않는 것은 아니다. 그러나 법제상 기소법정주의를 원칙으로 하고 있고, 검찰이 준사법적기관성이 강화되어 있어 정치적 종속성이 상대적으로 약화되어 있는 유럽에서는 미국식 ‘특별검사’ 내지 ‘독립검사’라는 관념은 없다. 그럼에도 불구하고 유럽에서는 특히 최근 독일에서도 검찰의 정치적 ‘독립성’ 문제가 중요한 이슈로 등장하고 있다.⁸⁾ 독일에서는 ‘검찰 자체’의 독립성이 강조되고 있는 반면에, 미국과 한국에서는 ‘검찰 외’ 특별기구의 독립성이 문제되고 있는 점에서 결정적으로 차이가 난다.

검찰 외 특별기구의 독립성은 검찰 자체의 정치‘중립성’과는 차원을 달리하는 지평을 가지고 있다. 종래 검찰 개혁방안을 논의함에 있어서 정치검찰이 검찰정치에 의해 도구화되고 있었음을 비판하면서 검찰의 정치‘중립성’을 개혁의 목표로 삼아왔다. 특별검사제도를 둘러싼 논의는 물론이고 공수처 신설 논의에서도 핵심 키워드는 검찰의 중립성이었다. 하지만 중립성은 검찰이 그 본연의 역할과 기능을 수행함에 있어 태도 내지 입장의 중립성을 의미하는 것일 뿐, 검찰이 조직체계상 독립적 지위를 획득하여야 한다는 차원과는 의미차원이 다르다. 검찰이 조직상 행정부에 소속되어 있어 수사정책과 기소정책에 있어 법무부장관의 지휘와 감독을 받으면서도 구체적인 사건의 수사과 기소에 있어서 중립성을 유지하기 위

8) Christian Trentmann, “Der politische Staatsanwalt?”, ZIS 2/2016, S. 130ff.

한 몇 가지 제도적 장치도 마련되어 있다. 검찰청법에서 검사의 중립성을 선언하고 있고, 형사소송법에 요구된 검사의 객관의무를 통해서 - 그 실현정도와는 무관하게 규범적으로나마 - 중립적인 태도를 견지할 수도 있다. 개별사건에서 검사가 법무부장관의 지휘와 감독을 받지 않고 오직 검찰총장만 지휘 감독할 수 있도록 한 것도 검찰의 중립성을 보장하기 위한 방안이라는 측면도 있다.⁹⁾

하지만 개인이 입장주의를 청산할 수 없듯이 조직의 중립성도 그 조직을 지휘 감독하는 상부와 무관하게 보장되기는 어렵다. 지위가 독립적이 않은 채 중립성은 애시당초 불가능하다고 할 수 밖에 없다. 이 때문에 중립성을 보장하기 위한 왕도는 독립성에 있다고 해도 과언이 아니다. 미국과 같이 검찰이 법무부 소속이고, 대통령이 임명하는 법무부장관이 개별사건과 관련하여 검찰총장에 대한 지휘 감독권을 인정하며, 기소편의주의를 채택하고 있는 우리나라에서 검찰이 중립적이기는 어렵다. 이 때문에 중립성을 위해서는 수사권과 기소권이라는 검찰권을 중립적으로 행사할 수 있는 독립된 주체를 내세워야 한다는 발상의 전환이 필요한 것이다. 따라서 사안별 특검이든 제도특검이든 또는 상설특검이든 공수처든 그 이름이 무엇으로 불리워지든 핵심 키워드는 ‘중립성’에서 ‘독립성’으로 바뀌어져야 하는 것이다. 독립성이 보장되지 않으면 중립성은 공염불에 불과하기 때문이다.

2. 검찰 자체의 독립성을 확보하는 방안?

독립성이 관건이라면 기존의 검찰에게 이러한 의미의 독립성을 보장하는 방안이 먼저 일 수 있다. 만약 검찰 조직 자체를 내·외부권력(정치권력과 자본권력)의 영향력으로부터 가장 멀리 이격시킬 수 있는 방안이 있다면 이러한 방안은 굳이 새로운 독립된 특별기구를 만들어야 할 이유 자체를 없앨 수 있을 만큼 강력하고도 근본적이어서 검찰개혁 논의의 물질을 완전히 바꿀 수 있을 것이다. 검찰 자

9) 이러한 관점에서 “법무부장관이 형사사건의 수사와 관련하여 국회에 대해 정치적인 책임을 지는 만큼 그 범위 내에서 검찰수사에도 개입할 여지를 주어야 한다”고 하면서 검찰에 대한 정부(정치)권력의 영향력을 오히려 긍정적으로 생각하는 입장(노명선, “검찰의 중립성제고를 위한 상설 특검의 신설방안 연구”, 성균관법학, 제26권 제1호, 2014, 84면)도 있다. 하지만 후술하겠지만 구체적 사건에 대한 법무부장관의 검찰총장의 지휘감독권 인정이 검찰의 독립성보장에 결정적인 장애물이라고 할 수 있고, 이러한 지휘감독권이 존재하는 한 독립성 보장을 위해서는 검찰 외의 특별기구의 신설이 오히려 필연적인 결론이라고 말할 수 있다.

체의 독립성을 확보하는 방안으로는 두 가지 방안을 생각해 볼 수 있다.

1) 검찰을 사법기관화하는 방안

검찰 자체를 독립시키는 방안으로 가장 급진적인 방안은 검찰을 조직상 법원과 함께 사법부소속으로 만드는 방안이다.¹⁰⁾ 사법부 소속으로 된 검찰은 기능적으로 법원과 분리되어, 법원은 법선언적 재판기능을 하고, 검찰은 수사와 공소유지를 담당하게 하는 것이다. 이 방안은 검찰을 행정부로부터 독립시키는 방안이기 때문에 가장 강력한 검찰개혁방안이 될 수 있다. 뿐만 아니라 이 방안은 검찰제도 자체에 대한 전면적 개혁을 내용으로 하고 있기 때문에 독립된 검찰은 권력형비리사건과 일반 형사사건 모두에 대해 수사권과 기소권을 행사하게 된다.

이와 같이 검찰을 행정부 소속이 아니라 사법기관으로 인정하는 입법례로는 이탈리아의 모델을 눈여겨 볼 만하다.¹¹⁾ 이탈리아에서 검찰을 최고사법회의 아래 두어 법원(Corte Suprema di Cassazione인 대법원은 순수 재판업무만 담당)과 병존시킴으로써 검찰의 독립성을 보장한 것은 파시스트 정권이 끝난 1948년 헌법 개정이었다. 통일이후 이탈리아 검찰은 중앙집권적 검찰로 행정부에 완전히 소속된 상명하복 구조로 출발하였다. 그러나 2차대전 당시 파시스트 정권 때에는 검찰이 정권의 도구로 이용되는 역사적 경험을 거치면서 1946년 사법권 보장에 관한 법률로 법무부장관의 검찰 지휘권을 폐지하고 감독권으로 대체하였다. 1948년 헌법 제107조 제4항에 “검사는 사법조직법이 정하는 바에 따른 보장을 받는다”라고 규정하면서부터 검사가 사법부에 소속되면서 판사와 완전히 동등한 지위를 가지게 되었다. 정부(법무부)로부터 독립된 이탈리아 검찰은 1992년부터 시작된 마니폴리테(깨끗한 손) 바람을 일으켜 정권의 비리를 파헤친 결과 당시 기민당 기사당 연립정권을 붕괴시켰으며, 2010년에는 현직 총리 베를루스코니 총리를 기소하기도 하였다.¹²⁾

10) 이현환, “검찰개혁-원인과 처방”, 헌법학연구, 제16권 제1호, 2010, 94면.

11) 이탈리아는 이미 1908년 사법부를 국가권력으로부터 독립시키기 위해 최고사법회의(Consiglio Superiore della Magistratura)를 설립했다. 이에 관해서는 Antoinette Perrodet, “The public prosecutor”, European Criminal Procedures(Mireille Delmas-Marty and J.R.Spencer(Ed), Cambridge university press, 2002, pp. 429.

12) 판사와 검사의 임명과 인사이동은 모두 최고사법회의의 관할이다. 판사가 검사가 되기도 하고 검사가 판사가 되기도 한다. 최고사법회의는 위원 33명으로 구성된다. 그 중 3분의 2는 다양한 심급에 속한 모든 평법관들에 의해 선출되고, 3분의 1은 15년 이상의 경력을 가진 법학교수와 변호

물론 이와 같이 검찰을 사법부에 소속시킴으로써 정치적 영향력으로부터 독립시키는 검찰개혁방안은 헌법개정을 요한다. 현행 헌법은 법원만을 사법기관으로 하고 있기 때문이다. 만약 헌법상 검찰을 법원과 나란히 사법부로 독립시키고 검찰과 법원을 통괄하는 ‘최고사법회의’ 같은 기구를 두면서 그 최고사법회의에서 검사와 판사의 임용 및 신분보장을 하고, 기능적으로만 검찰과 법원이 분리되도록 설계한다면, 검찰의 독립성이 가장 강하게 보장될 수 있을 것이다.

그러나 그 조직체계상 검사와 판사를 같은 사법부에 소속시키는 내용의 헌법개정을 통해 검찰의 독립성을 확보방안이 긍정적인 효과만을 가져오지는 않는다. 가장 우려되는 것은 재판의 공정성이다. 물론 검찰과 법원의 기능적 분리를 철저히 제도화한다면, 탄핵주의의 시계를 규문주의의 시대로 되돌리는 일까지는 없을 것이다. 그렇더라도 소추와 심판의 대립 및 상호 통제관계가 유지될 때의 장점이 왜소해질 우려는 불식시키기 어렵고, 이러한 우려는 검찰과 법원의 인력간 상호 이동이 자유로운 상황이 생기면 더욱 커질 수도 있다. 이렇게 되면 재판이 - 옷은 다르게 입었지만 마음은 하나인 - 원님재판으로 변질될 가능성도 배제하기 어렵다.

무엇보다도 검찰을 사법기관으로 만들어져 검사와 법관이 법적으로나 사실상 지위의 동일성이 보장될 경우 독립성 차원의 장점을 무색케 할 수 있는 부작용이 생길 우려도 배제하기 어렵다. 즉 수사권과 기소권 등 적극적인 권력을 가진 검사가 소극적인 재판기능만 하는 판사와 동등한 차원의 독립성을 누린다면, 검찰 권력의 비대화를 막을 길이 없어서 검찰은 명실상부 무소불위의 권력기관으로 자리잡게 될 위험성이 그만큼 커지기 때문이다. 사법부가 된 검찰은 권력형비리사건 뿐 아니라 일반형사사건에서도 수사권과 독점적 기소권을 가지게 되는데, 이렇게 되어서는 권력분산이라는 차원의 검찰개혁 목표는 요원해지기 때문이다. 뿐만 아니라 소극적 권력인 법원과는 달리 적극적 권력을 행사하는 검찰을 사법부

사 중에서 국회의 상하원 합동회의에서 선출된다. 위원회는 국회에서 선출된 위원중에 위원회의 부의장을 선임한다. 선출직 위원의 임기는 4년이고, 연임할 수 없다. 위원(33인) 중 3인은 대법원장, 검찰총장, 그리고 대통령(의장이 된다)이다(이상 헌법 제104조). 이탈리아 검찰은 제도적으로 외부(정부)로부터 독립되어 있을 뿐 아니라 내부적으로도 독립적 단위로 움직인다. 즉 159개 지방검찰 당국도 자율성을 가지고 있기 때문에 검사동일체의 원칙이 적용되지 않는다. 전국적 수사를 할 수 있는 조직은 마피아수사국(DNA) 정도이다.

에 두어 독립시킨다면, 막강하고도 독립된 검찰권력을 견제할 권력이 없어서 기존 검찰권력에 대한 통제에 비해 더욱더 어려워질 수 있다.

2) 검찰의 준사법기관성을 강화하는 방안

검찰 자체를 사법부에 소속시키지 않고 실질적으로 독립성을 부여하는 방안, 즉 기존의 검찰에 비해 높은 정도의 독립성 확보를 위해 검찰의 준사법기관성을 강화하는 중도적 개혁방안을 생각해 볼 수 있다.¹³⁾ 개별사건에 대한 법무부장관의 검찰총장 지휘권을 폐지하고, 검찰에게 객관의무를 인정하는 외에 기소법정주의를 채택하며, 검찰의 불기소에 대한 통제장치로서 기소대배심제를 도입하거나 고발자에게도 재정신청권을 전면 부여하는 방안 등이 이러한 개혁방안에 해당할 수 있다. 더 나아가 인사제도에서도 독립성을 강화하는 등 기존의 검찰에 비해 독립성을 강화함으로써 검찰을 명실상부 준사법기관으로 탈바꿈 시킬 수 있다면, 조직상의 완전 독립 대신에 종속 및 감독관계를 유지한 채 ‘자율성’ 보장의 정도를 높이는 차선책을 관철시킬 수 있기 때문이다. 예컨대, 법관 뿐 아니라 검사의 인사행정을 입법부와 행정부, 나아가 대법원으로부터도 분리시킨 이탈리아 사법최고위원회와 같은 별도의 독립기관(법관인사행정위원회)에서 담당하게 하는 방안이 기능적 자율성을 담보해줄 수 있을 것이다.¹⁴⁾ 검찰조직을 행정부에서 완전히 분리하지 않은 채, 독립적인 검찰인사위원회에서 검사의 인사를 전담케 하는 방안도 여기에 포함된다. 이 방안은 새로운 국가기관의 설립과 관련한 경제성, 효율성, 그리고 전문성이라는 관점에서 볼 때 목적합리적이라 할만하다. 무엇보다 이 방안은 검찰을 사법기관화하는 방안과는 달리 헌법개정까지 나아가지 않아도 되는 체계내적인 개혁방안이라고 할 수 있다. 기소법정주의의 채택을 위해서는

13) 법무장관의 구체적 사건에 대한 지휘권폐지, 검사의 기소재량을 통제하기 위한 국민참여제도 도입 등 공수처와 동일한 정도로 검찰에 대한 독립성을 다양하게 보장하는 등 검찰의 준사법기관성을 회복하는 것을 전제로 권력형비리사건의 경우 검찰청을 독립된 외청으로 만들어 수사를 맡기거나 대검 산하의 중수부를 부활시키는 방안을 제안하는 견해로는 정용석, “검찰개혁의 바람직한 방향, 형사법의 신동향, 통권 54호, 2017, 50면, 58면 등.

14) 법원 뿐 아니라 검찰의 인사행정시스템을 근본적으로 수술하는 것이 독립성 보장의 핵심이라고 할만큼 중요하다. 주지하다시피 우리나라는 인사시스템에 관한 한, 법원의 독립성도 사실상 취약하다. 대법원장과 대법관 임명은 국회의 동의를 요하지만 우리나라 헌정역사에서 대통령의 소속 정당은 국회의 다수당이다. 국회의 단순 다수에 의한 동의절차는 실질적으로 정권의 대법관 인사권에 대한 견제 기능을 발휘하기 어렵다. 법관의 인사권은 대통령에 의해 임명된 대법원 산하의 법원행정처에 집중되어 있다. 제2공화국 헌법 제78조에는 대법원장과 대법관은 법관의 자격이 있는 자로 조직되는 선거인단이 이를 선출하고 대통령이 확인한다고 할 만큼 개혁적이었다.

형사소송법을 개정하고, 개별사건에 대한 법무부장관의 지휘권폐지를 위해서는 검찰청법을 개정하는 것으로 족하기 때문이다.

검찰의 준사법기관성을 강화함으로써 정치독립성을 확보하려는 방안은 우리나라에 비해 훨씬 강화되어 있는 유럽국가 및 유럽연합에 의해 추진되고 있는 방향이다. 최근 유럽국가들 가운데에는 검찰에게 법률의 파수꾼으로서의 객관의무를 지우는 외에도 기소법정주의의 지배를 받게 하는데 만족하지 않는 국가들이 늘어나고 있다. 구체적 사건과 관련하여 법무부장관의 지휘감독권 폐지 움직임이 결정적인데, 유럽연합은 유럽위원회 의원총회(PACE)에서 이미 2009년 9월 30일 만장일치로 만들어진 결의안(Nr.1685/2009)을 통해 유럽연합 회원국에 대해 이와 같은 방향의 검찰독립성 방안을 채택할 것을 권고해 오고 있다. 유럽의 검찰제도에 가장 큰 영향력을 끼친 프랑스 검찰도 2013년 7월 25일 형사소송법 제30조의 개정을 통해 이러한 개혁방안을 채택하였다. 독일에서도 현재 법무부장관의 구체적 사건에 대한 지휘권만 삭제하면 ‘독립’검찰이 될 수 있음을 강조하면서 이에 반대하는 견해를 오히려 개혁저항세력으로 치부하는 분위기가 조성되고 있는 실정이다.¹⁵⁾

이러한 관점에서 보면 만약 상설특검이나 공수처 신설 등과 같은 검찰의 독립된 특별기구의 신설이라는 개혁방안을 거부한다면, 검찰의 준사법기관성을 강화하는 방향의 제도론적 개혁이나마 수용할 태세를 갖추어야 할 것이다. 이 방안은 최선책은 아니지만 검찰의 독립성에 관한 한 진일보 발전적 모습을 담보할 수 있는 차선책은 될 수 있기 때문이다. 물론 이미 우리나라 검찰의 준사법기관성을 긍정하는 입장¹⁶⁾에서 보면 위와 같은 체계내적인 개혁조차도 불필요하다는 주장도 있을 수 있다. 기소법정주의를 채택하고 있지 않더라도 최근 모든 범죄에 대해 재정신청제도가 활용될 수 있도록 형사소송법이 개정되어 독일식 기소강제주의가 이미 사실상 관철되어 있다고도 말할 수 있기 때문이다. 뿐만 아니라 개별사건에 대한 법무부장관의 검찰총장의 지휘권도 역사적으로 사실상 한번밖에 발

15) Erardo C. Rautenberg, “Deutscher Widerstand gegen weisungsunabhaengige Staatsanwaltschaft”, ZRP 2016/38, S. 39.

16) 우리나라 검찰의 준사법기관성을 긍정하는 견해가 통설이라고 한다. 이준보/이원규, 한국의 검찰과 검찰청법, 박영사, 2017, 248면 각주 19 참조.

동되지 않았기 때문에 오히려 개별사건에 대해 검찰총장만 지휘할 수 있도록 하고 있음은 오히려 검찰의 독립성 확보를 위한 장점으로 작용한다고 평가되기도 한다.¹⁷⁾

그러나 우리나라의 검찰이 독립성 보장을 위한 기본토대를 구축하고 있다고 볼 만큼 준사법기관화되어 있다고 말하기는 여전히 곤란한 수준이다. 우리나라 검찰의 준사법기관성을 증명하는 입장은 검찰제도를 탄생시킨 이념 및 연혁을 근거로 삼아 긍정적인 해석론을 전개하거나 희망사항에 대한 의견개진인 측면이 강하다. 검찰이 법치국가실현을 지향하고 적법절차를 준수하는데 초점이 맞추어져 있다고는 하지만 그러한 역할과 기능이 제도론적으로 충분히 뒷받침되고 있지 못하기 때문이다. 재정신청제도가 확대되었다고 하더라도 이로써 기소편의주의의 약점을 충분히 보완하게 되었다고 말하기 어렵다.¹⁸⁾ 검찰청법상의 정치적 독립성 선언도 선언적 프로그램에 불과하고, 형사소송법상의 객관의무에 관한 규정도 마찬가지이다. 검사의 임명, 조직운영, 인사가 행정부(대통령과 법무장관)에 의해 완전히 종속되어 있기 때문이다. 뿐만 아니라 검찰청법상 구체적 사건에 대한 법무부장관의 지휘권이 존재하는 한, 그리고 법무부장관에 대한 임명권을 대통령이 좌지우지 할 수 있는 한, 법무부장관을 매개로 한 정부(정치)로부터의 외풍을 검찰이 막을 방도는 거의 없다.¹⁹⁾ 공식적인 지휘권 발동 이전에 사전에 ‘조율’이나 ‘비공식적 보고’를 통해 영향력을 받고 있는 것임을 부인할 수 없는 한, 우리나라 검찰은 독립성은 고사하고 중립성조차도 확보되기 어려운 처지에 놓여 있다. 독

17) 그러나 이러한 낙관론은 사실이 아니다. 그 동안 검찰실무상 사실상 구체적인 사건에 관해 법무부장관이 검찰총장만을 통제할 수 있다고 하는 것은 명목에 불과했다. 실무상 방대한 사건에 대해 법무부장관에게 사전보고 하도록 하는 『검찰보고사무규칙』 제2조 및 제3조가 엄연히 존재하기 때문이다. 1989년부터 존재하였던 이 실무규칙은 검찰이 광범위한 특정사건에 대해 정치적·외부적 영향을 받는 일이 일상화되어 있음을 알 수 있다.

18) 권력형비리사건 가운데 피해자 없는 범죄가 많고, 이는 통상 고발을 통해 수사가 개시되는 바, 이러한 사건에 대해 검사가 불기소처분을 내리면, 고발자는 - 직권남용죄와 피의사실공표죄를 제외하면 - 재정신청을 할 수가 없다.

19) 정치문화적 배경을 전혀 달리하고 있는 우리나라의 검찰과 유럽의 검찰을 단순 비교하는 것은 적절하지 못하다. 특히 독일의 검찰을 지휘하는 법무부장관은 우리나라 법무부장관과 다르다. ‘법무부’장관은 검사와 법관의 인사를 자율적으로 행사하고 그 자체로 정치적 영향을 차단할 수 있는 독립성을 가지고 있다. 이 때문에 일찍이 에버하르트 슈미트는 그의 명저 독일형사사법사에서 독일의 ‘법무부장관’의 지위에 관해 독일 검찰의 정치적 영향력을 배제할 수 있는 희망의 끈으로 표현한 바 있다(Eberhard Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 1947, 1. Aufl., S. 302(앞의 논문 재인용). 반면에 우리나라의 법무부장관은 정무직 공무원으로서 임명권자인 대통령의 직접적인 영향아래 있다.

립성은 여전히 지극히 낮은 수준에 있다. 개별 구체적 사건에서 법무부장관의 지휘감독권은 - 공식적으로는 드문 케이스일지 모르지만 암암리에 여전히 막강한 힘을 발휘하고 있다. 뿐만 아니라 검찰보고사무규칙에는 방대한 사건과 관련하여 검찰의 법무부장관에 대한 사전보고의무가 명문화되어 있다. 이러한 공식적 및 비공식적 보고 라인이 검찰총장을 정점으로 하는 내부적 지휘감독권과 연결되면, 개별사건에서 검찰은 구조적으로 정치적 영향력의 자장아래 끌려가는 쇠가루와 같은 운명에 처하게 된다.

이러한 관점에서 보면 검찰의 준사법기관성 주장은 공염불에 불과하고 오히려 검찰의 준사법기관성을 강화하는 개혁방안이 보다 강력하게 추진해야 하는 것이 현실을 올바르게 직시하는 태도로 보인다. 그럼에도 불구하고 준사법기관성 강화방안은 공수처와 같은 검찰 외 독립된 특별기구의 신설을 불필요하게 만들 정도로 성공적인 검찰개혁방안으로 수용하기는 부족하다. 준사법기관성의 강화로 독립성은 종전에 비해 상당부분 확보할 수 있겠지만, 검찰권력의 비대증에 대한 수술은 전혀 이루어지지 않고 독립성을 확보한 검찰권력이 무소불위의 권력으로 그대로 남게 되기 때문이다. 검찰이 모든 사건에 다른 외부세력의 통제까지 받지 않고 수사권과 기소권의 행사를 독점하도록 놔두는 것은 절반의 검찰개혁에 그친다. 이와 같은 절반의 개혁방안은 검찰이 사용하는 정의의 칼이 외부를 향하게 할 수는 있지만, 검찰 자신을 겨냥하지 못하게 되는 한계를 가지고 있다. 권력형 비리사건이나 고위공직자부패사건에 검찰이 연관되어 있을 경우 또는 정치권력과 자본권력의 어두운 결탁에 검찰의 동료나 상급자가 개입되어 있을 경우에도 검찰이 자신의 심장부를 향하여 칼을 겨누도록 하려면, 그러한 특정사건들에 한해서라도 그 칼을 더 이상 검찰에게 맡겨서는 안된다. 공수처 신설의 결정적 의미는 바로 여기에 있다.

3. 독립성의 의의와 정도

정치권력으로부터의 독립 뿐 아니라 ‘검찰로부터도’ 독립성 확보라는 점을 출발점으로 삼고 보면, 공수처가 획득하여야 할 독립성의 내용이 무엇인지가 관건이 된다. 한시적으로만 투입되었던 특별검사의 경우에는 이 문제가 별도로 쟁점화되지 않았지만 상설특검이나 공수처 등 상설적 특별기구의 신설 논의가 본격화

되면서도 독립성 문제가 전면에 등장하고 있다. 하지만 자세히 들여다보면, 독립성의 '의미'는 물론이고 독립성의 '정도'에서 견해마다 크고 작은 차이를 보여주고 있을 뿐 아니라 독립성을 둘러싼 논의가 공회전되고 있는 양상을 보이기까지 하고 있다.

그동안 공수처 설치를 찬성하는 견해들은 확보해야 할 독립성의 정도를 나름대로 다양하게 제안하고 있다. 입법부/사법부/행정부 어디에도 소속되지 않게 하려는 견해(이하 '전면적 독립성'이라 부르기로 한다)가 가장 높은 정도의 독립성을 요구하고 있다.²⁰⁾ "임명이나 권한행사에 3권의 견제를 받으면서 헌법의 적정 절차원리에 따르도록 한다면 반드시 대통령과 국무총리의 통할을 받는 행정기관으로 설치해야 만 할 것은 아니(라)"²¹⁾고 하는 견해 역시 전면적 독립성을 인정하는 점에서 앞의 태도와 맥락을 같이 한다. 이러한 태도들은 이미 만들어진 국가인권위원회 또는 과거사정리위원회 등을 예로 들면서 헌법상 삼권 중에 어디에도 소속되지 않는 독립된 기구가 가능하다는 주장을 하기도 한다.²²⁾ 이와는 달리 공수처 신설을 주장하면서도 이를 대통령직속으로 두거나 대법원장소속 또는 법무부소속으로 하면서도 직무상 지휘감독권을 배제할 수 있다고 하는 견해(이하에서는 '기능적 독립성'이라 부르기로 한다)도 있다.

생각건대, 독립성의 정도를 달리하는 두 가지 다른 입장들은 결국 독립성을 각자 다르게 이해하고 있는 듯하다. 전면적 독립성을 주장하는 견해가 예로 들고 있는 국가인권위원회의 경우를 보자.²³⁾ 국가인권위원회는 그 권한에 속하는 업무를 독립하여 수행하고(법 제3조 제2항), 위원에 대한 신분보장도 인정되어 있다(법 제8조). 그러나 국가인권위원회는 위원장과 상임위원은 정무직공무원이며, 위원장과 상임위원을 포함한 11명의 위원(국회선출 4명(상임위원 2명), 대통령 지명 4명(상임위원 1명), 대법원장 지명 3명)에 대한 임명권한도 대통령에게 있다. 이

20) 공수처 신설을 찬성하는 대부분의 견해가 이러한 태도를 취한다. 특히 김인희는 "상설 특별검사제 도입 법률안 시론", 법학연구, 제16집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2013에서 "상설특검이나 고비처를 기존의 검찰조직이나 행정조직의 틀 내에서 해결하려는 시도는 상설특검을 좌초 혹은 왜소화시키려는 의도에 지나지 않는다"(344면)고 강조한다.

21) 노명선, 앞의 논문, 97면.

22) 조국, "특별검사제 재론 - 특별검사제의 한시적 상설화를 위한 제언", 형사정책연구, 제14권 제1호, 2002.

23) 과거사정리위원회는 상설기구가 아니므로 논외로 한다.

와 같이 국가인권위원회 정부조직법상 어디에도 편제되어 있지도 않아 3권중 어디에 소속되지 않은 독립기관이라고 말할 수는 있다.

그러나 국가인권위원회를 공수처와 동일한 선상에서 비교대상으로 삼는 것은 적절하지 않다. 국가인권위원회는 국가기관의 인권침해사태에 대해 조사 및 권고 기능을 수행함에 있어 국민에 대해 강제적 조사권한까지 가지고 있지 않기 때문이다. 즉 국가인권위원회는 기본적 제한적 권한 내지 처분권을 가지고 있지 않다는 점에서 수사권과 기소권이라는 적극적 ‘처분권’을 가지게 될 공수처와 비교될 차원이 아닌 것이다. 뿐만 아니라 형식적으로는 행정부에 소속되어 있지 않으면서 동시에 대통령에 의해 임명되는 국가인권위원회의 체계적 지위에 관해서는 행정법학에서도 법리적으로 전혀 해결되지 않은 난제로 취급되고 있는 상황이다. 따라서 전면적 독립성을 주장하는 견해가 국민의 기본권제한을 내용으로 하는 적극적 권력 내지 아무런 처분권을 가지고 있지 않은 국가인권위원회(및 과거사정리위원회)를 예로 든 것은 적절하지 못한 것 같다. 오히려 공수처의 독립성 확보와 관련하여 모델로 삼을 만한 기관은 국가인권위원회 보다 감사원이 적절한 것 같다. 감사원은 형식적으로 대통령에 소속되어 있으면서도 직무상의 독립적 지위를 가지고 있다. 감사원을 독립기관이라고 할 수 있는 이유는 감사원장이 (국회의 동의하에) 대통령에 의해 임명되면서도 대통령의 지휘와 감독을 받지 않는 이른바 직무 내지 업무의 독립성(자율성)에 근거한다. 뿐만 아니라 감사원은 인사와 예산의 독립성까지 보장되어 있고 독자적인 규칙제정권까지 부여된 헌법기관이기도 하다.²⁴⁾

이상의 내용을 살펴볼 때, 어떤 국가기관이 독립적이라는 의미는 두 가지 의미를 가질 수 있다. 하나는 조직체계상 어디에도 속하지 않은 결과 피라미드 구조상 지휘감독을 할 상부가 존재하지도 않아서 업무(직무)수행상 아무런 지휘와 감독을 받음이 없이 독립적이고 자율적인 경우를 의미하고, 다른 하나는 조직체계상으로는 형식적으로 지휘감독할 상부가 존재하지만, 구체적인 업무(직무)수행상 지휘감독을 차단함으로써 기능적으로 독립적이고 자율적인 경우를 의미한다. 독립적이라는 의미의 두 가지 용례를 기준으로 삼고 보면, 전면적 독립성을 주장하

24) 반드시 헌법기구이어야 하는지에 관해서도 후술한다.

는 견해는 물론이고 이에 반대하는 견해가 독립적이라는 용어의 두 가지 의미가운데 전자의 경우만을 의미하는 것인지, 아니면 형식적 조직체계상 입법부/사법부/행정부 어느 하나에 속하면서도 기능적으로 독립적이고 자율적인 경우도 독립적인 것에 포함시키고 있는 것인지는 분명하지 않다. 이하에서는 그 동안 검찰개혁을 위해 제안된 다른 방안들의 문제점 및 공수처의 선구로서 그동안 열두 차례 시행된 비상설 특검의 시행 경험을 되돌아보면서 공수처의 독립성을 확보하는 일과 비대화된 검찰권력의 분산이라는 두 가지 개혁과제를 어떻게 실현할 수 있을 것인지를 생각해 본다.

4. 비대화된 검찰권력의 분산 방안과 공수처의 권한

1) 수사권과 기소권의 분리 내지 분점?

비대해진 검찰권력을 분산하기 위한 개혁방안 가운데 공수처 신설 문제와 별도로 ‘수사권과 기소권 분리’ 방안이 꾸준히 등장하여 왔다. 정권이 바뀔 때 마다 검찰개혁을 위한 메뉴판에서 빠지지 않고 등장해 온 수사과 기소의 분리방안에는 다양한 스펙트럼이 존재한다. 검찰이 가지고 있는 수사권을 경찰에게 합리적으로 배분하자는 차원의 ‘수사권 조정’을 넘어서 검찰이 가지고 있는 영장청구권 등 모든 수사권을 경찰에게 맡기고 검찰은 기소에만 전념하도록 하자는 차원의 이른바 ‘수사권 독립’주장에 이르기까지 다양하다. 수사와 기소의 분리에 반대하는 태도가 반개혁세력으로 매도될 정도로 시민사회에 흡입력이 있는 주장으로 자리잡고 있다.

그러나 검찰권력의 분산을 위해 수사와 기소의 분리를 원칙적 목표로 설정하는 태도²⁵⁾에는 동의하기 어렵다. 시민의 인권보장과 권력통제의 차원에서 보면 특히 검찰의 통제가 부재된 경찰 단독 수사권행사는 인권보장 차원에서 마이너스로 작용할 수도 있으므로 수사와 기소의 단순분리는 결코 목표가 될 수 없기 때문이다. 뿐만 아니라 검찰의 수사지휘권에 대한 경찰의 불만이 검찰 구성원이 연루된 사건의 수사 또는 검찰이 외부권력의 영향하에 있는 사건에 대한 수사의 경

25) 단계적 조정을 제안하면서도 그리고 상설특검이나 공수처의 경우에는 예외적으로 혹은 별도로 수사와 기소가 통합되어야 한다고 하면서도, 여전히 양자의 분리 원칙을 목표점으로 설정하는 태도로는 김인회, 앞의 논문, 349면; 김인회, “견제와 분산을 위한 검찰개혁과제의 재검토”, 민주법학, 제43호, 2010, 404-405면; 면; 이호중, “검찰개혁의 방향, 과제, 전망”, 법과사회 제44호, 2013, 54면.

우 검찰의 부당한 수사개입에 맞추어져 있음을 감안한다면, 이러한 차원의 불만과 문제점은 수사권을 경찰에게 일임한다고 해서 해소될 차원의 것이 아니다. 경찰수사 역시 경찰의 정치중속성 때문에 그와 같은 차원의 문제점을 내포하고 있을 뿐 아니라, 검찰이 여전히 기소유예나 불기소 결정을 내릴 권한을 가지고 소극적인 자세로 공소유지에 임하는 한, 수사권만 독립시키는 것은 근본적인 문제 해결이 될 수 없기 때문이다.

이러한 관점에서 보면, 수사권에만 초점을 맞추어 이를 검찰로부터 독립시키는 방안 보다는 수사 대상사건을 분할하는 전제하에 수사권과 함께 기소권까지도 검찰로부터 독립시켜 이를 공수처에게 인정하는 하는 방안이 오히려 바람직할 것으로 보인다. 공수처 신설을 찬성하는 주장 가운데 공수처가 수사권 또는 기소권 가운데 어느 하나만 가져야 한다는 견해가 드문 것도 이러한 맥락차원에서 재음미 해 볼 필요가 있다.²⁶⁾

2) 권력형 비리와 수사권과 기소권의 통합

공수처 찬성론자의 대부분이 신설될 공수처가 수사권과 기소권(이하 ‘공소유지권’도 포함한다) 모두를 가져야 하는 것임이 당연한 것인 양 전제²⁷⁾하고 있는 이유에는 여러 가지가 있을 것이다.

공수처가 수사권 뿐 아니라 기소권을 모두 가지는 것이 “보다 합리적”²⁸⁾이라는 이유만으로는 이 견해의 수사와 기소의 원칙적 분리 주장을 뒤집을 만큼 설득력이 없다. 수사와 기소를 통합함으로써 목적합리성 내지 효율성의 극대화에 더 다가가는 측면이 없지는 않다. 그러나 보다 중요한 이유는 본질적으로는 기소와 함께 수사도 사법과 불가분적으로 연관되어 있는 속성을 가진 것이라는 인식이 암

26) 참여정부시절에 나온 방안 가운데 부패방지위원회 소속으로 두려고 했던 고위공직자비리수사처 내지 공직부패수사처는 기소권은 기존 검찰에 맡기고 수사권만 부여하는 것으로 계획하였다. 최근 바른정당 오신환 의원의 공수처 설치에 관한 법률안은 검찰과 경찰의 수사권 조정을 전제로 추진되어야 한다는 전제하여 수사권을 검찰에게 떼어내 사법경찰에게 주되, 기소권만 공수처에 부여하는 것을 내용으로 하고 있다.

27) 이 점은 그 동안 우리나라에서 이미 실시되었던 특별검사제도와 관련해서는 물론이고 심지어 미국의 특별검사의 경우에도 마찬가지이다. 이에 관해서는 임병규, “한국과 미국의 특별검사제도”, 인권과 정의, 제379호, 2008, 172면 이하.

28) 이호중, 앞의 논문, 53면.

목적으로 공유되어 있기 때문이다.²⁹⁾ 수사는 기소를, 기소는 다시 법선언(Rechtssprechung)이라는 의미의 판결을 향해 진행되어가는 역동적인 국가권력적 행위라면, 본질상 사법의 일종으로서 불가분의 관계에 있는 것이다. 수사역할을 담당하는 경찰을 ‘사법’경찰이라고 불렀던 것도 이러한 맥락적 차원 때문이다. 이와 같이 수사는 - 기소와 함께 - 사법의 영역이었거나 사법의 영역에 근접해 있는 것이므로 사법과 마찬가지로 다른 권력으로부터의 독립성이 관건이지, 그 수사권을 어느 특정 주체에게 분점시키는 것이 관건이 아닌 것이다. 수사 및 기소와 재판은 긴밀하게 연관되어 있어 따로 분리되기 어려운 속성을 가지고 있기 때문에 기소 뿐 아니라 수사의 독립성이 침식되는 만큼 사법의 독립성도 그만큼 제한된다는 점은 자명하다.

연역적으로 보더라도 수사와 기소는 서로 분리되지 않은 채, 사법의 영역에 속해 있었다. 영미법계 국가에서의 수사와 기소의 분리는 그들 국가의 고유한 역사와 문화를 배경하에서 전개된 필연적인 결과이지 검찰권력의 분산이라는 개혁방향과는 전혀 다른 차원을 가지고 있다.³⁰⁾ 최근에는 영국에서도 검사가 경찰의 수사절차에 개입하고, 경찰 역시 수사상 법률적 자문을 얻기 위해 검찰의 도움을 필요로 하여 경찰과 검찰이 수사단계에서부터 협력적 관계가 강조되는 경향성이 대세가 되고 있는 등 수사와 기소의 엄격한 분리원칙은 과거지사가 되고 있다. 미국에서도 수사권을 둘러싼 경찰과 검찰의 다툼은 없고, 경찰과 검찰은 협력관계 내지 검찰의 “실질적인 수사지휘”를 통해 공소유지 및 유죄판결을 받아내기에 힘쓰고 있다.³¹⁾ 요컨대 영미법계 국가에서 수사와 기소의 분리원칙은 검찰제도가 확립되지 않았던 과거시대에 기소권이 경찰로부터 분리되는 현상을 포착한 것이고, 검찰이 가지고 있었던 수사권을 경찰에게 맡겨 검찰은 오직 소추권만 행사하도록 검찰력을 제한하는 차원이 아니었다. 뿐만 아니라 영미법계에서도 특수범죄 영역을 담당하는 기관 또는 하부조직이 만들어지면 수사와 기소는 분리되기는 커녕 언제나 통합적으로 운용되어 온 전통을 가지고 있다.

29) “재판 뿐 아니라 수사나 기소의 전영역에 불편부당의 공정성과 진실발견으로 정의를 세우고자 하는 사법적 이념이 필요한 것”임을 강조하는 견해로는 정웅석, “검찰개혁의 바람직한 방향, 형사법의 신동향, 통권 54호, 2017, 9면.

30) 이에 관해서는 정웅석, 앞의 논문, 19면 이하.

31) 정웅석, 앞의 논문, 23면.

이와 같이 수사와 기소의 본질적 측면, 연혁적 관점 외에도 현실적·제도론적 차원에서 보더라도 수사와 기소를 분리시켜 수사권을 경찰에게만 일임하는 방향은 목적달성에 더욱 멀어져 간다. 권력형비리사건의 경우 문제해결의 출발점이 (정치 또는 자본) 권력으로부터의 독립이라면 수사의 ‘독립성’은 수사권이 검찰에게서 경찰에게 넘어간다고 해서 조금도 나아질 수 없기 때문이다. 만약 수사권을 경찰에게만 독자적으로 부여한다면, 수사가 검찰로부터만 독립성을 쟁취할 수 있을 뿐, 경찰이 정치적 영향력으로부터 독립될 수 없다는 점에서 볼 때는 수사의 외부적 독립성이라는 목표에는 한 발자욱도 더 나아가기 어렵다. 법제도적인 차원에서 보더라도 경찰은 이러한 차원의 독립성 측면에서 검찰과 비교할 때 훨씬 더 취약성을 보이는 국가기관이라고 해도 과언이 아니다.³²⁾ 경찰 단독수사권보장은 외부권력으로부터의 수사 독립성이라는 목표에는 오히려 멀어져 간다.

뿐만 아니라 공수처에게 수사권만 부여하는 것도 바람직하지 않다. 권력형비리사건의 경우 기소권을 기존의 검찰이 가지는 한, 정치중속적인 검찰이 기소유예나 불기소결정을 내릴 권한을 가지고 있을 뿐 아니라, 기소하더라도 소극적인 자세로 공소유지에 임할 수 있기 때문이다. 이러한 관점에서 보면 권력형비리사건의 경우 수사권 뿐 아니라 기소권까지도 검찰에게서 분리시켜야 할 필요성과 당위성이 더욱 높은 수준으로 인정되는 것임을 알 수 있다. 기소권 뿐 아니라 수사권까지도 외부권력의 영향력으로부터 벗어나게 하여야 한다는 차원의 독립성을 확보하는 방안이 검찰의 비대성과 검찰의 중립성을 모두 해결해주는 방안이라고 할 수 있는 것도 이 때문이다. 검찰이 정치중속성으로부터 벗어날 수 없는 권력형비리사건의 경우에는 사건단위별로 수사권 뿐 아니라 기소권까지도 검찰로부터 분리·독립시켜 이를 독립된 특별기구인 공수처에게 맡겨야 한다. 이렇게 되어야 권력분할과 권력통제를 모두 확보할 수 있다. 검찰권을 할당받은 공수처는 - 문지기에 대한 감시자로서 - 검찰 자체의 권력까지 통제할 수 있기 때문이다.³³⁾

32) 2013년 4월 국정원 직원의 댓글사건과 관련하여 경찰의 태도와 검찰의 태도는 정반대의 태도를 보여주었음이 단적인 사례라고 할 수 있다. 그러나 그 후, 검찰도 결국 대통령과 법무장관의 합세 그리고 국정원의 정치공작 등에 의한 정치적 압력에 굴복하고 말았다. 뒤에서 살펴보겠지만, 경찰과 달리 검사에게는 객관의무가 부과되어 있을 뿐 아니라 검찰의 정치적 중립성을 담보하기 위한 규정도 있으며, 검찰의 수사권과 기소권에 대해서는 법원의 통제장치가 마련되어 있지만, 검찰권을 외부권력으로부터 중립적으로 행사하기 힘든 구조적 문제점을 가지고 있기 때문이다.

33) 공수처의 권한을 통제하는 방안에 관해서는 후술한다.

3) 독립된 수사청?

앞에서 견지한 관점에 따르면 ‘독립된 수사청’을 두는 방안도 무소불위의 검찰 권력에 힘을 빼는 올바른 해법이 될 수 없다. 독립된 수사청은 경찰도 검찰도 아닌 제3의 독립된 기관으로 수사경찰과 검사가 여기에 소속되어 수사를 담당하고, 검찰은 오직 기소만 담당하게 하자는 것이다.³⁴⁾ 하지만 독립된 수사청을 두더라도 검찰의 권한을 축소하는 차원에서 수사권을 검찰로부터 독립시킬 수는 있지만, 외부 정치영향력으로부터의 독립성이라는 차원은 전혀 고려하지 못하는 한계가 있다. 뿐만 아니라 검찰에게 있는 수사권을 수사청으로 이동시키고 그 수사청의 독립성을 어떻게든 보장하는 디자인을 한다고 하더라도 권력형 비위사건에 대한 외부영향력으로부터의 독립성 문제는 여전히 해결되지 않는다. 독점적 기소권을 가진 검찰이 여전히 외부권력에 예속되어 있는 비독립적 기관으로 남아 있는 한, 문제해결은 다시금 원점으로 돌아가고 말기 때문이다. 문제의 소지는 수사와 기소에 있어서 모두 비독립적인 검찰이고, 우리가 도달해야 할 목표는 수사 뿐 아니라 기소의 ‘독립성’이다.

5. 비상설 특검제도의 문제점과 한계

1) 사안별 특검제도의 문제점

이상과 같은 독립된 특별기구로서의 공수처의 설치 의의를 염두에 둔다면 사안별 특검제도를 보완하여 검찰개혁과제를 실현하려는 방안은 시대착오적일 뿐이다. 과거 사안별 특검이 “검찰의 기소독점주의 및 기소편의주에 대한 제도적 견제장치”로 만들어졌고, “권력형 부정사건 및 정치적 성격이 강한 사건”을 대상으로 삼아 “대통령이나 정치권력으로부터 독립”성을 유지하려는 노력의 일환으로 만들어진 것이긴 하다. 사안별 특검의 독립성도 조직적 독립성까지 포함한 전면적 독립성 보다는 기능적 독립성을 의미했던 것으로 보인다. 그동안 12차례 전개된 특검마다 약간씩 차이가 있긴 하지만 대통령은 특검의 임명절차에 관여하는 외에 특검이 수사중인 사건에 대한 지휘와 감독 등을 통해 영향력을 미칠 수 없도록 되어 있었기 때문이었다. 가장 최근의 특검인 2016년 국정농단 특검법에서도 “특별검사는 정치적으로 중립을 지켜야 하며, 독립하여 그 직무를 수행한다”(제5조)는 규정으로 이점을 확인해주고 있다.

34) 정승환, “형사소추기관의 구조개혁과 수사기관의 일원화”, 형사정책, 제24권 제2호, 2012, 22면.

그러나 사안별 특검은 그때그때 국회의 입법과정을 거쳐야 하므로 특검 인정 여부를 둘러싸고 국회에서 정치적 차원의 논란이 계속되고 힘겨루기가 반복되는 문제점을 가지고 있었다. 사건의 중대성이나 사회에 미치는 영향이 특검법 통과 여부에 결정적인 고려사항이 되지 못하였고 오히려 국회의 당리당락 차원의 복잡한 손익계산서가 결정적인 기준이 될 수 밖에 없는 한계가 있었다. 뿐만 아니라 그렇게 만들어진 특검은 사전에 미리 정해진 사건만을 대상으로 삼아 빠듯한 시간 내에서 짜맞추어진 순서에 따라 수동적으로 수사하고 기소여부를 결정하였다. 마치 자율프로그램이 내장된 로봇과 같이 프로그램대로 움직일 수 밖에 없는 한계를 가지고 있어서 기능적 독립성과 자율성 보장을 무색할 정도였다. 더구나 그 로봇은 정해진 미션만 끝나면 자동적으로 스위치가 꺼짐으로서 더 이상 스스로 작동할 수 없는 한계가 있었다. 동일한 과정이 여러 차례 반복됨에 따라 자율성 없는 로봇은 시민들의 피로감과 불신만을 더해주었을 뿐이었다. 이러한 가운데 빙산아래 있는 권력형 비리사건과 고위직 공무원의 부정부패, 뿌리 깊은 정경유착사례들은 건드려지지도 않은 채 도도하게 시간의 강물을 타고 흘러가도록 방치되었다. 빙하가 녹는 날 대한민국을 휩쓸게 될 비리와 부패의 쓰나미를 막을 다른 방책에 대한 요구는 점점 높아져 갔다.

특검의 스위치가 꺼져 있는 동안 권력비리와 고위공직자부정부패 등 권력형 사건을 상시적으로 수사하고 기소하여 법의 공정성과 사법적 정의를 실현해야 할 국가기관은 검찰이다. 하지만 오히려 검찰이 권력형비리 사건의 주체가 되는 사건들이 터지자 사안별 특검제도의 한계를 극복하려는 요구와 검찰개혁의 요구가 서로 맞물려 들어가기 시작하였다. 고비처, 공비처, 공수처 또는 상설특검의 도입 등 다양한 명칭을 가진 검찰의 특별기구를 한시적이 아니라 상시적으로 존재하여 기능하도록 해야 한다는 요구가 끊임없이 분출되고 있는 것도 이 때문이라고 할 수 있다.

2) 제도특검의 문제점

2014년에 제정된 ‘특별검사의 임명등에 관한 법률’에 따른 특검도 상설특검이나 공수처와 같은 차원의 검찰 외 독립된 특별기구가 아닌 것은 마찬가지였다. 이 법률은 목적 조항에 특별검사가 독립적인 지위를 가지는 것임을 인정하고 있을 뿐 아니라(제1조) 정치적으로 중립을 지치고 독립하여 그 직무를 수행한다는

규정(제6조)을 두고 있다. 따라서 구체적인 사건과 관련해서는 외부의 어느 누구의 지휘감독을 받지 않는다는 점에서 특검에게 기능적인 독립성과 자율성이 부여되고 있다. 특검추천위원회가 국회에 있고, 2명의 특검후보 추천자 중에서 1명을 대통령이 임명하도록 되어 있어서 대통령의 임명권이 형식적인 수준에 그치는 것처럼 보이기도 한다.³⁵⁾ 그러나 대통령에게 특검임명 뿐 아니라 해임권까지도 부여하고 있어서 특검의 독립적 직무수행에 대통령이 파행을 가져올 우려가 있고, 특검이 국회에 대해서 서면보고(제12조)만 하도록 되어 있어 특검에 대한 통제수단이 약하다.

무엇보다 이 법률 하에서의 특검도 특검대상 사건과 특검 발동요건, 그리고 특검임명절차와 특검의 수사기간 등을 미리 정하고 있어서 기본적으로 사안별 특검과 다를 바 없다. 특검이 발동 되려면 법률상 정해진 요건들이 충족되고 특별검사의 임명 절차가 개시된 후에야 특검조직이 비로소 갖추어지기 때문이다. 이 때문에 특별검사가 상시로 존재하는 것이 아니라 특별검사에 관한 법률(특검제도)만 상시적으로 존재하고 있다는 점에서 진정한 의미의 상설특검이 아니라 ‘제도 특검’으로 불리워지고 있다. 이와 같은 맥락의 제도특검의 도입 주장은 사안별 특검이 개별사건을 겨냥한 처분적 성격의 법률제정을 통할 수 밖에 없는 취약성을 극복한다는 차원에서 이미 1990년대 중반부터 있어왔다. 당시 여야를 막론하고, 심지어 참여연대와 민변까지도 이러한 형태의 특검을 상정한 법률안을 제안한 바 있다.³⁶⁾ 그러나 당시만 하더라도 그로부터 20여년 동안 검찰이 권력형비리사건과 관련하여 보여준 기대실추의 횡수와 정도를 예상하지 못하였으므로 검찰이 가지고 있는 조직적 차원의 정치종속성을 보완해 제도특검 정도로 보완할 수 있을 것으로만 생각했다. 특히 2012년 이후 일련의 사건에서 드러난 검사비리사건 등은 ‘호미로 막을 것을 가래로도 막기 어려운’ 수준이 되어 버린 바, 제도특검은 목하 시대착오적 개혁방안이라고 하지 않을 수 없게 되었다.

제도특검의 근본적 한계는 권력형비리사건을 특검이 스스로 인지하여 전향적으로 수사하고 기소로 나아가는 일은 원천적으로 차단되어 있다는 점에 있다. 뿐만

35) 그러나 추천위원 7인 중 과반수 이상인 4인을 국회추천 위원으로 하고 있는 국회추천위원을 국회가 추천함에 있어 각 정당과 정파의 이해관계를 어떻게 조율할 것인지에 대해서는 미리 정해져 있지 않다.

36) 이에 관해서는 이호중, 40면의 각주 17.

아니라 특검발동 대상사건과 발동 주체를 국회와 법무부장관으로만 제한하고 있어 특별감찰관이 배제되어 있고, 특히 법무부장관이 특검수사가 필요하다고 판단한 경우에는 검찰총장의 의견도 듣도록 하고 있다. 이 점은 특히 임명권자인 대통령의 직접적인 영향력을 받는 법무부장관이 검찰총장과의 협의를 통해 구체적 사건까지 영향력을 미칠 수 있을 여지마저 주고 있다. 따라서 이로 인해 권력형 비리사건 등의 경우 법의 공정성이나 사법적 정의 실현의 목표를 퇴색시킬 가능성도 생길 수 있다. 뿐만 아니라 국회 본회의의 의결을 통해서도 특검이 발동될 수 있도록 한 것은 국회 다수당의 결정에 따라 특검발동이 원천적으로 봉쇄될 수 있을 뿐 아니라 특검제도가 본래적 취지를 관철시키지 못할 가능성도 내재되어 있다. 더 나아가 기소법정주의가 채택되어 있지 않고 특검이 스스로 기소여부를 결정(제7조 제1항 제1호)할 수 있게 되어 있으므로 특검에게 외부권력의 영향력이 유입될 수 있는 틈새가 여전히 존재한다. 20일의 수사 준비기간을 거쳐 60일 이내에 수사를 완료하고 공소제기 여부를 결정해야 하기 때문에 충분한 시간적 여유가 없을 뿐 아니라 30일 연장 가능하지만, 이를 위해서는 대통령의 승인을 받도록 되어 있어 대통령의 의중에 따라야 하는 문제점도 존재한다.³⁷⁾

37) 이러한 문제점은 2016년 국정농단사건 특검에서도 드러난 바 있다.

Ⅲ. 공수처 설치안에 대한 반대론 검토

1. 공수처는 위헌적인 기관인가?

공수처 신설이 헌법위반이라는 주장은 두 가지 논거에 입각하고 있다. 하나는 권력분립원칙과 삼권분립원칙에 반한다는 것이고, 다른 하나는 민주적 정당성이 결여되어 있다는 것이다.

1) 권력분립원칙과 삼권분립원칙에 대한 위반?

공수처가 입법부/사법부/행정부 어디에도 소속되지 않은 독립된 기관으로 만들어진다면 헌법상 통제와 견제를 본령으로 삼는 권력분립원칙과 삼권분립원칙에 반한다는 비판이다.³⁸⁾ 이러한 반대론은 “...본질적으로 권력통제의 기능을 가진 특별검사제도의 취지와 기능에 비추어 볼 때, 특별검사제도의 도입여부를 입법부가 독자적으로 결정하고, 특별검사 임명에 관한 권한을 헌법기관 간에 분산시키는 것이 권력분립의 원칙에 반한다고 볼 수 없다”³⁹⁾고 결정한 바 있는 헌법재판소 결정을 타겟으로 삼고 있다. 반대론은 이 헌법재판소의 결정에 대해 “단기간에 걸쳐 운영되는 특별검사”에 대해서는 타당할 수는 있어도 “영구적인 인적 물적 조직을 갖추어 대통령과 국무총리, 법무부장관 모두의 지휘감독권을 영구적으로 배제하고, 누구의 통제도 받지 않는 조직형태인 공수처에 그대로 적용할 수는 없다”⁴⁰⁾고 하고 있다. 뿐만 아니라 반대론은 “권력분립원칙이 기본권보장을 위한 도구이지 목적 자체가 아니므로” “국민의 기본권보장이 후퇴”될 수 있는 특별기구의 신설은 허용될 수 없다⁴¹⁾고 한다.

헌법재판소가 기능적 독립성을 넘어서 전면적 독립성까지 누리는 특별검사제도를 허용한 취지였는지는 분명하지 않다. 하지만 분명한 것은 헌법재판소는 물론이고 최근 공수처 신설 찬성론자도 ‘누구의 통제도 받지 않는 조직형태’를 인정하려는 것은 아니다. 국민의 대표기관인 국회의 법률에 근거를 두고 있고, 헌법기관이 그 기관의 장의 임명에 관한 권한을 분산할 뿐 아니라 사후적 책임을 묻는

38) 김태우, “고위공직자비리수사처 입법론 검토”, 형사법의 신동향, 제54호, 2017, 83-85면.

39) 헌법재판소 2008.1.10., 2007헌마1468 결정.

40) 김태우, 앞의 논문, 84면.

41) 김태우, 앞의 논문, 85면.

방식으로 권한통제의 가능성을 인정하고 있다. 이러한 한, 그 기관이 영구적이거나 일시적이냐에 따라 그 민주적 정당성 및 권력분립원칙위반여부를 달리 보는 논리 전개는 설득력이 없다.

뿐만 아니라 공수처 신설이 국민의 기본권보장을 후퇴시킬 수 있다는 논거 역시 수용하기 어렵다. 반대론의 논거는 공수처에 의해 수사 및 기소가 이루어지는 경우가 일반 검찰에 의해 수사되고 기소되는 경우에 비해 기본권보장이 후퇴된다는 가정 위에서 있다. 그리고 이러한 가정은 수사와 재판에서 정치권력과 자본권력의 영향이 개입할 여지가 있는 경우가 그렇지 않을 경우에 비해 보다 강력하게 당사자의 기본권이 보장된다는 식의 논리로 이어지고 있다. 그러나 법의 공정성과 사법적 정의라는 관점에서 보면 외부권력의 영향력을 차단하지 않음으로 인해 당사자에게 보장되는 것은 기본권이 아니라 사적 이익에 불과하다. 뿐만 아니라 권력형 범죄사건 가운데 특히 국민의 기본권에 대한 불법적 제한하거나 침해가 문제되는 사건인 경우에는 오히려 정치권력의 영향력을 배제하는 것이 불법적 권력에 의해 제한되거나 침해된 국민의 기본권보장을 강화하거나 회복을 용이하게 할 수 있다.

2) 공수처는 민주적 정당성을 구비하지 못하는가?

공수처가 헌법상 주권자인 국민에 의해 권력을 부여받은 것이 아니기 때문에 민주적 정당성이 결여되어 있다는 비판⁴²⁾도 존재한다. 즉 공수처가 조직적인 의미에서 고유한 기능과 기관으로 만들어지는 근거를 의회의 광범위한 법률유보에만 맡긴다면, 기능적 제도적 차원에서 법무부장관의 지휘와 감독이 부재하게 되므로 민주적 정당성 측면에 문제가 생길 수 있다고 한다. 조직적 인적 차원에서 대통령의 임명과 국회의 동의 등으로 보완을 하더라도 정당성의 취약성을 결정적으로 보완하기 어렵다고 한다. 그 기관장(특별검사 또는 공수처장 등)의 임명이 어디까지나 형식적인 요식행위에 불과할 수가 있기 때문이라고 한다. 임명차원에서 정당성 결여를 실질적 내용적 차원의 정당성을 확보하는 방안으로도 민주적 정당성의 결여를 보충하기는 어렵다고 한다. 국회의 통제를 통해 보완할 수는 있지만 사후적 통제에 불과하거나 해임건의 등 광범위한 통제가 없는 한, 기존의 검찰에 비해 통제정도가 약하다고 본다.

42) 김태우, 앞의 논문, 81-83면.

그러나 이러한 비판은 신설될 공수처를 어떻게 조직화하고 그 구체적인 내용을 어떻게 법제화할 것인지와 전혀 무관하게 가해지는 비판이므로 사실상 허수아비 논증오류를 범하고 있다. 예컨대 공수처를 제4의 독립기관으로 만드는 것이 아니라 감사원과 같이 조직적으로 대통령 직속하에 편제하면서도 기능적으로만 독립된 기관으로 만든다면 제도적 기능적 정당성에 대한 비판은 논거의 기반을 잃게 된다. 뿐만 아니라 임명절차에서 간접적인 정당성 문제는 직접적인 선거를 통해 선출되는 선출직이 아닌 한 어떤 국가기관의 장 누구도 피해가기 어려운 문제이다. 뒤에서 살펴보겠지만, 공수처장을 국회와 대법원까지 임명절차에 관여한다면 대통령에 의한 직접적 임명방식에 비해 - 간접적이긴 하지만 - 다중적 민주적 정당성으로 보완될 수 있다. 마지막으로 내용적 실질적 정당성 역시 공수처의 권한과 책임을 어떻게 디자인하느냐에 따라 달라진다. 만약 공수처장이 국회의 통제를 받도록 한다면 내용적 실질적 통제가 가능할 수 있기 때문이다. 만약 공수처장이나 특별검사를 선거에 의해 선출하는 방식을 택한다면 민주적 정당성 결여문제가 한꺼번에 해소될 수도 있을 것이다. 요컨대 민주적 정당성 결여를 이유로 한 위헌론은 오해에 기인하여 근거가 없거나 성급한 판단이다.

2. 행정권의 핵심영역인 시원적 행정영역은 분리·독립적일 수 없는가?

수사권과 기소권은 행정부의 본질적 기능행사이므로 이러한 권한을 공수처를 통해 행사하게 할 수 없다는 주장⁴³⁾이 있다. 이에 따르면 수사권과 기소권은 형사절차의 핵심이고, 국가행정목적 달성을 위해 일원적이고 “통일적인 권한행사”⁴⁴⁾가 이루어져야 하는 시원적 행정영역이며, 다른 국가기관에게 행사하도록 하는 것이 기본적으로 부적절하다고 한다.

하지만 이러한 주장 역시 독립성을 보장받게 될 공수처의 본질적 특성에 관한 오해에 기초하고 있다. 왜냐하면 검찰이 행정부 소속되어 수사권과 기소권을 행사하고 있지만, 수사권과 기소권은 앞서 살펴보았듯이 그 본질상 시원적 행정영

43) 독립된 특별기구의 신설이 곤란한 한계영역의 예로는 첫째, 국가행정목적 달성을 위해 일사불란하고 일원적인 정책수립과 행정권 행사가 필요한 영역, 둘째, 이미 행해진 행정행위의 감독업무가 아닌 시원적 행정행위를 행하는 영역, 셋째, 새로운 기술의 발달이나 경제현상의 발생으로 인한 것이 아니라 기존부터 존재하여 왔던 전통적인 전형적인 행정업무의 특징을 보유하고 있는 영역 등을 들고 있다(김태우, 앞의 논문, 85-89면).

44) 정용석, 앞의 논문, 49면.

역이 아닌 사법의 영역으로 분류될 수도 있다. 뿐만 아니라 수사권은 물론이고 기소권을 가진 국가기관이 검찰 외에는 존재해서는 안된다는 단언도 할 수 없다. 예컨대 1987년 신설된 영국의 SFO(Serious Fraud Office)는 검찰(CPS)과 독립된 기구로서 중대한 경제사범에 대해 검찰과 달리 중요한 수사권을 가지고 있을 뿐 아니라 기소권도 가지고 있다.⁴⁵⁾

3. 공수처는 현재의 검찰과 다를 바 없어 ‘옥상옥’에 불과한가?

가장 널리 확산되어 있는 비판은 수사권과 기소권을 가지게 될 공수처의 설치는 불필요하여 옥상옥이 되고 말거나 검찰기관의 이원화를 초해할 뿐이라는 비판이다.⁴⁶⁾ 공수처는 그 기능면에서나 조직구조상 결국 검찰과 다를 바 없고, 검찰이 제대로 하거나 하면 아무런 존재의미가 없게 되기 때문이라고 한다. 그럼에도 불구하고 공수처를 설치하려 한다면, 이는 군대가 제 기능을 발휘하지 못한다고 해서 제2의 군대를 두는 태도와 다를 바 없는 태도라고 깎아내리기도 한다. 입법부도 아니고 사법부도 아닌, 특별기구를 행정부 소속이나 대통령 직속기관으로 한다면 대통령의 눈치를 보는 또 하나의 권력기관만 만든다는 비판도 같은 맥락의 비판이다. 이러한 비판들은 권력기관의 신설로 문제를 해결하기 보다는 존재하는 기관에 대한 통제와 감시가 문제해결의 정공법이라고 한다.

권력통제와 감시가 중요하다는 관점에서만 보면 위의 비판이 타당하다. 그러나 공수처의 권한 수행방식이나 정부(정치)의 영향을 받는 정도를 종래의 검찰과 다르게 만들어진다면 옥상옥 비판은 설자리가 없게 된다. 예컨대, 공수처를 기존의 검찰과는 달리 구체적 사건과 관련하여 법무부장관의 지휘감독을 받지 않게 만들 수도 있다. 뿐만 아니라 기소원칙으로서 기소법정주의를 채택한다면 법 적용상의 평등원칙에 더욱 부합할 수도 있을 것이고,⁴⁷⁾ 기소편의주의에 존재하는 외부세력의 영향력이 유입될 틈새를 차단할 수도 있을 것이다. 더 나아가 공수처장에 대해서 뿐만 아니라 그 소속 검사나 수사관의 인사와 예산에 있어서 독립성을 부여한

45) Antoinette Perrodet, 앞의 논문, pp. 418-419.

46) 정웅석, 앞의 논문, 49면.

47) 공수처의 관할을 행위자를 기준으로 삼을 것이 아니라 사건을 기준으로 삼는다면, 고위공직자 등에게는 기소법정주의가 적용되는 반면 일반인에 대해서는 기소편의주의가 적용되게 될 때 고위공직자 등에게 형사처벌의 가능성이 높아지게 되므로 평등원칙에 반할 수 있다는 주장도 타당할 수 없게 된다.

다면, 정치적인 영향력을 그만큼 축소시킬 수도 있을 것이다. 이렇게 만들어질 공수처라면 그것은 이미 현행 검찰과 동일한 제2의 검찰이 결코 아니다. 만약 옥상옥 주장이나 제2검찰론이 타당하려면, 적어도 현재의 검찰을 공수처와 같은 수준의 독립성과 중립성이 유지되도록 환골탈태시킬 것으로 전제조건으로 해서만 가능할 것이다. 더 나아가 앞서 살펴보았듯이 기존의 검찰이 이와 같이 자체내 개혁을 하더라도 반쪽짜리 개혁에 불과한 것이므로, 독립된 특별기구의 신설에 대한 필요성이 일거에 제거될 수 있는 것도 아니다.⁴⁸⁾ 요컨대 검찰과의 관계에서 공수처는 옥상옥이 아니라 오히려 - 검찰권력의 종속성과 비대증을 제거하기 위한 - 검찰의 숙주 내지 포식자로 비유될 수 있다. 물론 공수처의 권한에 대해서도 통제장치가 없으면 이 역시 사법적 정의라는 생태계를 파괴하는 또 다른 괴물을 탄생시키는 것과 다를 바 없다는 점을 간과해서는 안된다.

IV. 공수처 설치 법안에서 포기되어서는 안 될 몇 가지 내용

신설될 공수처를 한시적 특검과 같이 독립성을 인정하더라도 고전적 의미의 권력분립이 아니라 기능적 독립성을 인정함으로써 위헌시비를 해소시킬 수 있다. 뿐만 아니라 공수처 신설이 옥상옥이 아니라 기존의 검찰권력을 통제하고 상호견제하면서 심지어 검찰권력의 비리까지도 감시하는 감시견과 같은 기능과 역할을 부여한다면, 공수처 신설 반대론은 설자리를 잃게 된다. 문제는 이러한 중차대한 과제를 수행해야 할 공수처의 모습을 어떻게 구체화하여야 할 것인지에 있다.

공수처를 신설함에 있어 최소한 두 가지 점에서 앞서 설명한 특검제도들의 컨셉과 출발점을 달리해야 한다. 첫째, 특검제도와 같이 권력형 비리 유형 속에 들어오는 한 수사대상 사건을 외부에서 수혈받는 데 그치게 해서는 안된다. 공수처가 자율적으로 사건을 인지하여 수사하고 기소할 수 있도록 해야 한다. 둘째, 공수처가 기능적인 차원의 독립성을 부여하는데 만족해서는 안된다. 그 독립성을 지속적으로 관철시킬 수 있는 후속 장치들을 마련해 두어야 한다. 이하에서는 지금까지 제안된 법률(안)들을 검토하면서 신설될 공수처가 헌법적 정당성 뿐 아니

48) 앞에서 확인했듯이 현행 검찰의 준사법기관성을 강화하는 방안을 도입하더라도 이러한 방안은 검찰의 독립성은 어느 정도 확보할 수는 있겠지만, 비대한 검찰권력의 분산이라는 차원의 검찰 개혁은 근처에 접근하지도 못하게 되므로 수용하기 어렵다.

라 기능적합성을 담보할 수 있는 독립된 기구로 자리잡기 위해서 포기되어서는 안 될 핵심적 사항들을 제시하고자 한다.⁴⁹⁾

1. 기능적 독립성의 보장

신설될 공수처가 어느 정도로 독립성을 보유해야 하는지와 관련해서는 조직상의 독립까지 포함하는 전면적 독립성을 확보하게 하는 견해와 기능적 독립성만을 확보하게 하는 견해가 대립한다. 전면적 독립성을 확보하게 하려면 공수처가 입법부/사법부/행정부 어디에도 소속되지 않고, 심지어 대통령 직속기관으로 만들어서도 안될 것이다. 하지만, 이러한 방안은 권력분립원칙 또는 3권분립원칙상 계속해서 위헌시비에 시달릴 것이다. 진정한 의미의 4권분립을 인정하려면 헌법개정을 요하기 때문이다. 뿐만 아니라 이와 같이 조직적으로도 독립된 특별기구를 헌법기관화하려면, 그 민주적 정당성을 위해서는 공수처의 장을 직접 선거방식에 선출하지 않으면 안 될 것이다.

대통령으로부터도 독립된 특별기구이어야 한다고 주장하는 견해들도 자세히 보면, 그 임명에 관한 한, 형식적으로 대통령을 임명권자로 하고 있는 등 조직편제상 대통령직속임을 인정하지 않을 수 없다. 이러한 관점에서 보면 전적으로 독립된 특별기구의 선례로서 국가인권위원회를 거론하고 있는 견해조차도 그 위원장의 임명을 대통령으로 하고 있는 한 형식적으로 대통령 직속임을 인정하지 않을 수 없다. 헌법상 독립기관인 감사원도 대통령직속으로 되어 있으면서 기능적으로만 독립성이 확보되어 있을 뿐이다. 권력분립의 헌법정신에 따르면 기능적 독립성은 현대적 의미의 권력분립원칙과 전적으로 합치된다.

기능적 독립성을 가진 공수처의 조직편제와 관련해서는 사법부에 소속시키는 방안 보다는 수사권과 기소권이 - 연혁적으로는 사법적 권력이기는 하지만 - 현재 국가권력 구조상 처분권적 성격을 가지고 있으므로 행정부에 소속에 두는 것이 바람직하다. 하지만 정치적인 영향력으로부터의 독립 뿐 아니라 그 수사 및 기소 대상자 내지 관할사건과 역할 및 위상적 측면에서 볼 때 대통령직속으로 하

49) 그동안 제안된 법안들은 아래의 기준들을 교차되게 충족시키고 있기는 하지만, 모든 기준들을 동시에 충족시키고 있지는 않다. 공수처장, 검사, 수사관 등의 인력규모나 임기는 법안들마다 상당한 차이를 보여주고 있지만 이 글에서는 논외로 한다.

는 것이 바람직할 것 같다. 가장 최근에 발의된 법무부안도 “입법·행정·사법부 어디에도 속하지 않는 독립적인 부패수사기구”라고 소개되고 있지만,⁵⁰⁾ 공수처장이 대통령에 의해 임명되는 한 조직상으로는 대통령 직속이라고 볼 수 밖에 없다. 물론 조직편제상 대통령직속으로 두면서 기능적 독립성을 확실하게 인정하기 위해서는 임명권자인 대통령에게 구체적 사건에 대한 지휘감독권을 부여해서는 안 된다. 기능적 독립성을 보장하기 위해서는 ‘독립하여 직무를 수행한다’ 또는 ‘구체적 사건과 관련하여 지휘감독을 받지 아니한다’는 것과 같은 명문의 규정이 필요하다.

그러나 이와 같은 규정만으로는 독립성이 명목상의 의미 내지 선언적인 의미에 그칠 수가 있다. 따라서 실제로 직무상 또는 기능적 독립성 내지 자율성을 확보할 수 있는 ‘후속적’ 보장수단들이 있어야 한다. 먼저 인사권의 독립성과 신분보장책이 구체화되어 있어야 한다. 인사권은 독립된 특별기구의 장을 임명한 임명권자인 대통령이 아니라 공수처장에게 부여해야 한다. 뿐만 아니라 공수처장은 탄핵 기타 금고이상의 형을 선고 받는 등이 아닌 한 임기가 보장되도록 되어야 한다. 예산의 독립성을 위해서도 예산과 회계에 관한 사항이 법률상 정해져 있어야 한다.

2. 인적·조직적 차원의 민주적 정당성 보완

하지만 조직상의 편제를 형식적인 것에 그치게 하면서 기능적 독립성을 실질적으로 유지하기 위해서는 조직상의 종속성을 배제하기 위한 보완장치가 필요하다. 공수처를 대통령 직속으로 두면 공수처장의 임명권자가 대통령이 될 수 밖에 없는데, 이로 인해 공수처가 직무수행을 함에 있어 대통령의 영향력을 받지 않게 하거나 대통령에 대한 수사까지도 나아가야 할 책무를 제대로 수행할 수 없게 되는 한계에 직면할 수 있기 때문이다. 이러한 한계상황에 가지 않도록 하기 위해서는 공수처장의 임명절차에 다른 헌법기관을 개입시켜야 한다. 다른 헌법기관의 사전 추천권을 통하여 혹은 사후 동의절차를 통하여 대통령의 임명권을 통제하는 방안이 그것이다.

50) 법률신문 2017.10.16.일자.

대법원장에게 2명의 추천권을 부여한 후 대통령이 그 가운데 한명을 지명하고 국회의 동의를 얻은 후 대통령이 임명하는 방안(노회찬 의원안), 추천위원회(법무부장관, 법원행정처장, 대한변협회장, 국회 추천 4명)에서 단수를 추천하고 인사청문회를 거친 후 대통령이 임명하는 방안(박범계 의원안), 국회추천위원회가 추천한 2명의 후보자 가운데 대통령이 임명하고 인사청문회를 거치도록 하는 방안(개혁위 권고안), 국회의장이 각 원내 교섭단체 대표와 협의해 추천위원회가 추천한 2명 중 1명을 선출한 후 대통령이 거부권 없이 임명하도록 하는 방안(법무부안) 등이 이러한 보완책에 해당한다.

이 가운데 국민의 대표기관인 국회가 대통령의 임명권에 통제를 가하게 하는 것이 ‘인적 조직적 차원’에서 민주적 정당성을 가장 확실하게 보완할 수 있는 방안이다. 그러나 대통령의 임명에 국회가 동의권을 가지는 방안보다는 추천권을 부여함으로써 견제하는 방안이 타당할 것으로 보인다. 국회 동의과정에서 불협화음이 장기화되거나 당리당략이나 정치적인 고려가 개입될 여지가 많기 때문이다. 추천위원회의 인적 구성과 관련해서는 법무부장관이나 대법원장(또는 법원행정처장)을 위원으로 포함시키는 안들이 다수 이지만, 굳이 그럴 필요가 있는지 의문이다. 이들을 추천위원회에 포함시키는 방안은 공수처의 기능적 독립성을 담보하기에 적절하지 않다는 점에서 외형상의 구색 맞추기에 불과한 측면이 있다. 법무부장관이나 대법원장(또는 법원행정처장)은 국회와 같은 차원에서 민주적 정당성을 가지지도 못하고, 대통령의 임명대상에 불과하기 때문에 결국 대통령의 영향력이 대법원장을 통하여 간접적으로 공수처에 미칠 우려가 있기 때문이다.

3. 내용적·실질적 차원의 민주적 정당성 보완

신설될 공수처가 국민의 직접 선거에 의해 선출된 대통령의 지휘와 감독으로부터 독립되어야 한다는 의미의 기능적 독립성은 민주적 정당성 차원에서 보완될 필요가 있다. 공수처가 - 모든 권력은 국민으로부터 나온다는 의미의 - 민주적 정당성이 결여될 수 있기 때문이다. 물론 국가기관이 행사하는 권력 가운데 사법권과 같이 직접적 민주적 정당성이 아니라 간접적인 민주적 정당성만을 가진 권력도 있다. 하지만 공수처의 경우 - 비록 그 임명절차에 국민의 대표기관인 국회가 통제가 가능하도록 만들더라도 - 임명권자인 대통령의 지휘감독이 배제된다는

점 때문에 초래되는 민주적 정당성을 보완해야 하는 것은 헌법적 차원에서 결정적이다. 공수처가 가지고 있는 국민의 기본권을 제한하는 수사권과 기소권은 사법권력과는 달리 소극적인 권력이 아니라 적극적인 권력이기 때문이다.

따라서 공수처의 적극적 권한행사에 대해 사전적·사후적 통제장치를 둠으로써 내용적·실질적 차원에서도 민주적 정당성을 보완해야 하기 때문이다. 이를 위해서는 직접적 민주적 정당성을 가진 대통령과 국회의 사후통제권을 인정할 필요가 있다. 공수처 신설을 내용으로 하는 법안들은 대부분 특별기구의 장이 국회에 출석 및 보고의무를 사후통제 방법으로 두고 있다(개혁위 권고안). 임명절차에 개입된 헌법기관 모두에게 사후통제권을 두는 것이 바람직할 것으로 보인다. 따라서 공수처장은 수사내용과 기소에 관해 대통령과 국회에 대해 ‘사후적으로’ 서면보고를 해야 하고, 국회의 출석요구가 있을 경우에는 출석하여 답변함으로써 국민에 대해 책임질 수 있도록 해야 한다. 이러한 보완장치를 통해 권력통제기능을 수행하도록 하면 공수처의 권한 자체에 대한 통제가 가능하게 된다. 뿐만 아니라 공수처장에 대한 국회 탄핵권을 인정함으로써 권력의 남용을 견제할 수 있도록 해야 한다.

4. 법의 공정성 및 사법적 정의를 관철시키기 위한 구체적인 내용

공수처의 기능적 독립성을 위해서는 외부권력의 영향이 유입될 수 있는 다른 작은 틈새들까지도 차단시킬 수 있는 장치를 마련함으로써 기존의 검찰과는 실질적으로 차별화된 특별기구가 되도록 해야 한다.

1) 기소법정주의의 도입

이를 위해 가장 필요한 장치는 기소권을 독점한 공수처의 권력을 객관적 법질서의 요구에 맞게 그 기소권을 행사하게 하는 것이다. 이는 공정성과 평등원칙을 관철시키기 위해서도 필요불가결한 일이다. 기존의 특검제도는 기소여부에 관해 현행 검찰과 같이 이른바 기소편의주의에 입각하고 있었지만, 이에 따르면 기소가 엄격한 법률의 기준에 따르지 않고 정치적 풍향계에 흔들릴 수 있는 여지가 생긴다. 따라서 법의 공정성과 평등원칙을 철저히 함으로써 사법적 정의를 실현하기 위해서는 공수처의 기소정책이 기소법정주의를 원칙으로 하도록 하는 것이

바람직하다. 다수의 법안들이 기소법정주의의 채택을 내용으로 하고 있음은 기소권이 검찰의 재량으로 이루어지는 것이 아니라 ‘법률’에 의해 이루어지는 것임을 간과하고 있지 않음의 반영인 것으로 보인다. 그러나 최근의 개혁위 권고안이나 법무부 안은 여전히 기소편의주의를 원칙으로 하고 있음에 그치고 있다. 법무부 안이 재량에 따른 기소로 인한 권한남용 견제를 위해 외부위원으로 구성된 ‘불기소심사위원회’를 설치해 불기소 전 사전심사를 의무화하는 방안을 내놓고 있지만, 외부위원으로 심사위원회가 공수처의 재량을 정당화하는 수단으로 동원될 수도 있다는 차원에서 보면, 기소법정주의에 비할 바 못된다.

2) 재정신청권을 고발인에게도 확대

뿐만 아니라 기소법정주의 하에서도 공수처가 알게 모르게 정치적 영향력을 받아 불기소처분을 내릴 것에 대비하여 공수처의 기소권 자체에 대한 또 다른 사후적 통제수단을 두어야 한다. 공수처가 외부권력 - 특히 자본권력 - 의 은밀한 영향력을 받아 혹은 자발적으로 유착하여 사건을 불기소처분할 가능성을 배제할 수 없기 때문이다. 이와 같은 권력형비리사건의 경우 대부분 피해자가 없는 범죄가 많은 바, 현행 재정신청제도에 의하면 고소권자가 아닌 고발자에게는 재정신청권이 원칙적으로 차단되어 있다. 따라서 권력형비리 등 공수처의 수사 대상사건의 경우에는 고발자에게도 재정신청권을 인정함으로써 공수처의 독점적 기소권에 대한 사후적 통제가 필요하다(개혁위 권고안도 특례규정을 두어 이를 인정하고 있다). 어떤 권력이든 통제받지 않는 권력은 위험하다는 진실은 언제나 타당하기 때문이다.

3) 공수처장과 공수처 검사 등의 자격과 수사기간 등

가능한 한 높은 독립성을 담보하기 위해서는 공수처장을 반드시 변호사 자격 있는 자로 제한할 필요는 없다. 구속영장의 청구주체가 검사이어야 한다는 헌법상의 요청을 위해서는 공수처에 소속될 법조경력(특히 특별검사나 특별수사관 등을 검사로 임명하는 것으로 충분하다. 그러나 최근의 법무검찰개혁위안은 공수처장의 자격을 변호사 자격있는 자로 제한하고 있다. 특별수사관의 경우는 유관기관 근무경력(특히 법무부)과 업무수행 능력과 자질 등을 고려하여 전문성을 확보해야 하겠지만, 초창기에는 검찰과 경찰로부터 파견받는 방법도 병행하는 것을 반드시 배제할 이유는 없다.

공수처에게 충분한 수사기간이 부여되어야 한다. 수사기간이 미흡할수록 무리수가 나오고, 피의사실공표 등과 같은 우회적인 방법으로 대상사건에 대한 피의자를 압박함으로써 실체진실에 가까이 가고 싶은 압박 또는 유혹을 받게 되기 때문이다.

5. 비대화된 검찰권력의 분산과 통제

1) 수사와 기소의 통합을 전제로 한 관할의 분리

공수처의 독립성만 보장하는 것은 기존 검찰이 가지고 있는 두 개의 치명적 환부 가운데 권력중속성 하나만 도려낸 것에 불과하다. 검찰이 가진 다른 환부, 즉 검찰권력의 비대증을 건드리지도 못하기 때문이다. 이 부분의 시술을 성공적으로 하기 위해서는 앞서 언급했듯이 수사권과 기소권 가운데 수사권을 분리절개하여 이를 경찰에게 맡기거나 독립된 수사청에 맡기는 수술법은 바람직하지 않다. 비유컨대, 이러한 방안은 검찰권력의 신체의 일부를 - 몸통과 머리로 - 양분하는 식의 외과적 수술로서, 수사와 기소가 유기체적으로 기능해야 할 검찰권 행사 자체를 마비시키는 결과를 초래할 뿐이기 때문이다. 앞서 살펴보았듯이 비대한 검찰권력의 분산이라는 개혁과제를 검찰권력의 - 수사권을 떼어내고 기소권만 남기는 식의 - 분할방식이 아니라 검찰에게 수사권과 기소권은 모두 보유시키면서도 검찰이 처리해야 할 관할 사건을 권력형비리사건과 비권력사건으로 분할하여 이 가운데 권력형비리사건만 검찰에게서 떼내어 이를 공수처에게 맡기는 식의 사건분할방식이 바람직하다. 비유컨대, 이러한 방안은 검찰은 검찰의 몸통과 머리를 그대로 둔 채, 검찰에게 공급되는 자양분을 감축시키는 다이어트 방법이라고 할 수 있다. 이러한 관점에서 보면 공수처 신설은 과격한 개혁방안이라기 보다는 온건하고 합리적인 개혁방안에 지나지 않는다고 볼 수도 있다. 권력형비리사건에 한해서만 - 검찰이 가지는 한계 때문에 - 수사권과 기소권을 검찰외의 독립된 특별기구인 공수처에게 맡기도록 하기 때문이다. 뿐만 아니라 독립성과 권력분산이라는 점을 리트머스 시험지로 삼을 때에는 권력형비리사건의 경우 공수처를 신설하여 이 기구에게 수사권과 기소권을 맡기는 개혁방안은 부패방지라는 사회적 요구의 충족과 강도 높은 검찰개혁의 추진이라는 두 마리 토끼를 모두 잡을 수 있는 방안이기도 하다. 권력형비리사건에서는 한편으로는 독립성을 확보하지 못한 검찰 대신에 독립성을 확보한 특별기구인 공수처를 투입시킴으로써 외부권력의

영향력으로부터 벗어나지 못하고 있는 기존의 검찰권력의 한계를 보완할 수 있고, 다른 한편으로는 무소불위의 검찰을 대신하여 수사권 뿐 아니라 기소권까지 독립적으로 행사하여 비대해질 대로 비대해진 검찰권력을 분산시킬 수 있기 때문이다.

2) 대상범죄와 수사대상

문제는 기존의 검찰이 더 이상 수사대상으로 삼지 말아야 할 권력형비리사건을 구체적으로 어떻게 규정할 것인지에 있다. 이와 관련하여 사건 단위(행위)별로 규율방식과 인적 단위(행위자)별 규율방식이 문제될 수 있다. 미국의 특별검사제도는 수사대상을 “대통령, 영부인, 비서실장, 고위 보좌관, 각부 장관과 약 70여명의 고위공직자들과 국회의원 기타 범법혐의자로서 법무장관의 판단에 법무부가 직접수사를 할 경우 친분상, 재정상 또는 정치적인 이익 충돌이 발생할 우려가 있는 자”로 정해두고, 그와 관련된 모든 사건을 수사대상에 포함시킬 수 있도록 하고 있었다. 이러한 방식에 따르면 예컨대 대통령이 일단 수사대상이 된 대통령의 직무수행 중 성적 행위와 같은 극히 사생활적인 성격의 행위조차도 관련사건으로 추가되어 수사될 수 있다.⁵¹⁾

우리나라의 기존의 사안별 특검법은 사건단위별이라고 하지만, ‘옷로비사건’ 또는 ‘비비케이 사건’ 등과 같이 특정 사건을 수사대상으로 하고 있었을 뿐, 법률규정에서 유형화되어 있는 구성요건적 행위단위가 규정되어 있지 않았다. 뿐만 아니라 수사대상의 인적 범위도 특정되어 있지 않아서 그 수사범위가 특검의 재량에 의해 가변적일 수 있었다. 고위공직자들의 비리 예방 차원에서는 미국식 인적 단위(행위자)별 규율방식이 효과적이라고 할 수 있다. 물론 특검의 재량판단에 따라 수사대상자가 가변적일 수 있었던 기존의 사안별 특검도 수사범위는 원칙적으로 가변적일 수는 있지만, 일반적인 예방효과는 기대할 수 없는 한계가 있다. 다른 한편 특검의 재량을 축소하여 예측가능성을 높이고 죄형법정주의 명확성원칙에 위배되지 않게 하려면 기본적으로 구성요건적 행위를 기준으로 대상범죄를 특정하면서 미국식 인단위별 규율방식을 가미하는 방식이 바람직할 것으로 보인다. 공수처와 검찰의 사물관할을 가능한 한 분명히 하여 충돌과 혼선을 방지하기 위

51) 임병규, 앞의 논문, 178-179면.

해서라도 이러한 혼합방식이 바람직하다.

현재 발의된 법률안들 가운데 “대상자의 모든 범죄”를 수사대상으로 규정하는 안(양승조안)을 제외하고는 사건단위(대상범죄)와 수사대상(인적 범위)을 동시에 규율함으로써 위와 같은 요구조건을 충족시키고 있다. 발의된 법률안에서 사건단위별로 규율된 범죄대상 간에도 큰 차이는 없다. 특히 개혁위 권고안은 혼합방식에 기초하고 있으면서도 공수처가 대상범죄사건을 수사 중에 인지한 사건까지도 ‘관련범죄’로서 대상사건에 포함시키고 있어 사건 단위가 가진 한계를 보완하고 있다. 대부분이 공통적으로 “형법상 공무원의 직무에 관한 죄와 횡령·배임죄, 특경법과 특가법상의 수재 및 알선수재 등의 죄를 비롯하여 정치자금법, 변호사법, 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률위반”을 범죄행위로 규정하고 있다. 대상자의 인적 범위와 관련해서도 발의된 법률안 간에 차이는 없다. 그러나 법무부안은 수사대상에 관한 한 다른 법안들에 비해 상당부분 축소되어 있다. 예를 들면 검사의 경우 직무관련성이 있는 범죄만 수사대상으로 삼고 있어 검찰개혁을 정조준한 공수처 신설 의의를 원점으로 돌릴 가능성이 있다. 법무부안은 정무직 공무원으로 축소하고 있을 뿐 아니라 금융감독원을 제외했고, 장성급 장교의 경우도 현직을 제외하고 있지만, 개혁위 권고안처럼 금융감독원 뿐 아니라 중앙행정기관의 고위공무원단을 포함시켜야 할 뿐 아니라 장성급 장교의 경우에도 현직을 포함시켜야 한다. 대통령의 경우에도 현직이라도 수사는 가능한 것이므로 수사대상에 포함시켜야 한다.

3) 우선적 관할권과 공수처의 권한에 대한 통제 장치

공수처의 존재의 의의와 민주적 정당성을 감안하여 공수처에게 우선적 관할권을 인정하여 검찰은 공수처가 수사에 착수하지 않거나 기소하지 않는 권력형비리 사건에 대한 수사와 기소를 할 수 있도록 하는 것이 바람직하다. 이러한 우선적 관할권이 인정되려면 공수처장에게 사건이첩 요구가 없어도 고위공직자비리 범죄가 있음을 알게 된 다른 수사기관은 사건을 공수처장에게 통지하도록 하는 것이 필수적이다. 이러한 관점에서 보면 통지의무 규정을 포함시키지 않고 공수처장이 이첩을 요구하는 경우에만 공수처에 이첩하도록 하고 있는 법무부 안은 공수처를 사실상 형해화시킬 수 있는 우려를 낳게 한다.

그러나 고위공직자 등이 관련된 특정한 대상범죄를 수사대상으로 삼게 될 공

수처에 대한 통제가능성을 열어두지 않으면 공수처 역시 정치중립성을 유지할 수 없고, 사법적 정의라는 생태계를 파괴하는 또 다른 괴물이 될 가능성이 농후해진다. 이러한 가능성은 공수처에 소속될 구성원의 정치적 편향성 때문에 생길 수도 있고, 공수처가 - 특히 자본권력과 내밀하게 이루어진 혹은 이미 존재하는 부패의 사슬 때문에 - 사건의 수사 자체를 미흡하게 하여 불기소결정을 내리는 현실적인 한계로 인해 나타날 수도 있다. 기소법정주의 및 재정신청권의 확대 등과 같은 권한통제도 이러한 가능성을 막는 데에는 한계가 있다. 공수처 자체도 권력기관이고 그 속에 권한을 가진 인적 구성원도 결국은 권력이 있으면 부패하기 마련이라는 일반론의 예외라고 할 수 없기 때문이다. 따라서 권력기관인 공수처와 그 공수처의 권력자들에 대한 외부통제의 여지를 남겨두어야 한다. 여기서 공수처의 권력형비리사건을 수사하고 기소할 수 있는 권한은 검찰에게 인정되어야 한다(개혁위 권고안). 검찰과 공수처가 경쟁을 통해 상호통제할 수 있도록 할 필요가 있기 때문이다.

V. 나오는 말

권력형 비리와 고위공직자부정부패, 그리고 정경유착이 만들어내는 불법행위를 수사하고 기소함에 있어 기존의 검찰이 보여준 기대실추에 대해 검찰제도는 이제 더 이상 ‘항사실적으로 기대의 안정화’를 요구할 수 없는 상태가 되었다. 검찰내 중수부는 물론이고 대체 투입된 지방검찰청 특수부도 권력형비리사건 앞에는 본색을 드러내기는 마찬가지였다. 마야흐로 기존의 검찰시스템에 대한 반복된 기대실추에 대해 ‘인지적 대응’이 아닌 ‘규범적 대응’이 요구되는 시점이 무르익었다. 잘할 때까지 좀 더 기다려보기, 검찰제도 외적인 요인에 책임전가하기 등이 우리가 견지해 온 인지적 대응이다. 검찰의 기대실추에 대한 ‘규범적 대응’을 위해서는 검찰에게 기대했던 바를 검찰 외의 독립된 특별기구인 공수처에게 옮기는 차원의 개선입법이 요구된다.

목하(目下) 한국사회의 시대정신의 주사위는 권력형비리사건에 대한 수사권과 기소권을 가진 검찰의 독립된 특별기구인 공수처의 신설에 던져졌다. 공수처의 생명은 독립성이다. 문제는 수사권과 기소권과 같은 기본권 제한적 효력을 가지

는 전통적인 공권력의 행사를 입법부/사법부/행정부 그 어디에도 속하지 않은 독립적 지위를 가지게 될 공수처의 신설이 헌법상의 권력구조상 용이하지 않다는 부정적 시각이 여전히 존재한다는 점이 있다. 그러나 이러한 부정적 문제의식은 고전적 권력분립론에 기초한 헌법해석의 결과이다. 권력분립의 헌법정신이 권력간 통제와 견제에 있는 것이라면, 기존의 무소불위의 권력기관인 검찰을 통제하기 위해 조직적 독립성이 아니라 기능적 독립성을 보장하게 하는 차원에서 새롭게 공수처를 신설하더라도 권력분립의 헌법정신에 전혀 배치되지 않기 때문이다.

기능적 독립성을 확실하게 보장받는 공수처의 신설은 검찰개혁방안과 부정부패의 척결이라는 두 마리 토끼를 모두 잡은 방안이다. 공수처의 독립성은 외부권력으로 독립하여 부정부패사건의 수사과 기소를 하게 해 주고, 부정부패 사건을 전담관할로 하는 특별기구의 신설은 비대하고 집중된 검찰권력의 분산을 가능하게 해 준다. 문제는 이와 같은 기능적 독립성을 구체적으로 어떻게 보장하고, 그 독립된 특별권력이 또 다시 그 본래적 과제수행에서 이탈하지 않도록 어떻게 통제할 것인지에 있다. 이 글은 이러한 맥락에서 공수처 신설을 내용으로 하는 법률안에 필수적으로 들어가야 할 가이드라인을 제시하였다. 가이드라인의 주된 내용은 신설될 공수처가 기존의 검찰과 같이 그 권한을 자체 기관의 이름으로 사용하지 않고 국민의 이름으로 사용함으로써 국민주권의 원칙을 최대한 실현하도록 하는데 두었다.

(논문투고일 : 2018.02.12., 심사개시일 : 2018.02.22., 게재확정일 : 2018.03.14.)



▶ 김 성 돈

공직자범죄수사처, 검찰개혁, 특별검사, 수사, 기소, 권력형 비리사건

【참 고 문 헌】

I. 단행본

이준보, 이완규, 「한국의 검찰과 검찰청법」, 박영사, 2017.

II. 논문

김인회, “견제와 분산을 위한 검찰개혁과제의 재검토”, 민주법학 제 43호, 2010.

_____, “상설 특별검사제 도입 법률안 시론”, 법학연구 제16집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2013.

김태우, “고위공직자비리수사처 입법론 검토”, 형사법의 신동향 제54호, 2017.

노명선, “검찰의 중립성제고를 위한 상설특검의 신설방안 연구”, 성균관법학 제 26권 제1호, 2014.

이현환, “검찰개혁-원인과 처방”, 헌법학연구 제16권 제1호, 2010.

이호중, “검찰개혁의 방향, 과제, 전망”, 법과사회 제44호, 2013.

임병규, “한국과 미국의 특별검사제도”, 인권과 정의 제379호, 2008.

정승환, “형사소추기관의 구조개혁과 수사기관의 일원화”, 형사정책 제24권 제2호, 2012.

정웅석, “검찰개혁의 바람직한 방향”, 형사법의 신동향 통권 54호, 2017.

조국, “특별검사제 재론 - 특별검사제의 한시적 상설화를 위한 제언”, 형사정책 연구 제14권 제1호, 2002.

III. 외국문헌

Antoinette Perrodet, “The public prosecutor”, European Criminal Procedures(Mireille Delmas-Marty and J.R.Spencer(Ed)), Cambridge university press, 2002.

Christian Trentmann, “Der politische Staatsanwalt?”, ZIS 2/2016.

Erardo C. Rautenberg, “Deutscher Widerstand gegen weisungsunabhaengige Staatsanwaltschaft”, ZRP 2016/38.

Abstract

**Necessity and constitutional Implementation Plan of
Special State Agency for Investigation and Prosecution
of Crime of High Rank Public Official**

Kim, Seong Don

Korean society is recently battling legislation over whether to newly establish the ‘SAPCP (Special State Agency for Investigation and Prosecution of Crime of High Rank Public Official)’ as a measure of meeting the national demand for reform of the Prosecution System.

This paper emphasizes the necessity of the establishment of the SAPCP with the focus on the question of whether or not it can realize both goals of maintaining ‘independence’ from external authority, and of ‘diffusing the hypertrophied Prosecution’ authority due to its enormous power.

Supposing that the to-be-established SAPCP is an independent agency, the paper further examines what significance this independence constitute, and to what extent and with what authority it should be made independent.

And still furthermore, the paper seeks a SAPCP establishment measure that can overcome the ‘superfluous agency thesis’, the most well-known opposing argument against the establishment of the SAPCP, as well as the ‘violation of the constitution thesis’ which serves as the crucial objection.



Kim, Seong Don

Special State Agency for Investigation and Prosecution of Crime of High Rank Public Official(SAPCP), Prosetution Reform, Independence Council, Investigation, Prosecution, Corruption Case

기소유예처분의 헌법소원에 관한 형사사법적인 평가

-헌법재판소 2017헌마384 결정의 평석을 중심으로-

이경렬**

【목 차】

I. 들어가는 말	
II. 헌법재판소 2017. 12. 28.자 2017헌마384 결정(기소유예처분취소)	3. 헌법재판소 2004. 2. 26.자 2003헌마448 결정의 규범논리와 비교
1. 사건의 개요	IV. 대상사건에의 적용과 검찰실무 개선 방안
2. 피의사실에 대한 헌법재판소의 판단	1. 기소유예처분에 대한 헌법적 통제의 실효성 의문
III. 청구요지에 관한 형사법적 검토	2. 인용결정효력의 내용
1. 재산범죄의 친족간 특례규정과 형 면제 판결의 성격	3. 검찰실무의 개선
2. 사문서위조죄에서 추정적 승낙에 관한 법리 적용	V. 나가는 말

【국 문 요 약】

기소유예처분에 불복하는 피의자의 법적 구제수단은 헌법소원심판이 유일하지만, 그 결정주문의 소극적 형식과 헌법재판에 내재된 사실규명의 제약으로 인하여 기소유예처분의 통제 기능에는 어느 정도 한계가 있다. 이 논문에서는 헌법재판소 2017헌마384 결정을 중심으로 피청구인 검사의 피의사실에 대한 결정과 관련 실무규정 및 청구인의 주장요지에 대하여 형사법이론적인 측면에서 검토하였다.

먼저 재산범죄에 대한 친족간 특례규정의 적용과 관련하여, 실체형법이 형의 필요적 면제와 친고죄로 구분하고 있는데도 사건처리의 편의를 위하여 이를 동일하게 형식적인 ‘공소권없음’의 불기소 결정의 주문 형식으로 기재하도록 정하고 있는 검찰사건사무규칙은 법에 위반하는 것이다.

* 이 논문은 2014년도 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2014S1A5A2A01015828).

** 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

실제로 기소유예처분에 대한 헌법소원의 대다수는 기소유예처분과 공소권없음의 불기소처분간에 존재하는 부당한 구별에 기인하고 있다. 그런데도 헌법재판소는 그 실질적인 판단기준으로 ‘현저히 정의와 형평에 반하는 수사, 헌법해석과 법률적용 또는 증거판단에의 잘못’이 있어 ‘헌법재판소가 관여해야 할 정도의 자의적인 검찰권한의 행사’가 있는지를 제시하며, 형식적 기준으로는 검찰사건사무규칙에 정해진 불기소결정의 주문 각호에 따른 유형구분에 근거하고 있다.

하지만 헌법 제37조 제2항은 기본권제한의 법률유보를 정하고 있는데, 헌법재판소 자체가 형의 필요적 면제사유가 있는 경우에 대해 ‘공소권없음’ 불기소결정하는 검찰사건사무규칙을 이유로 삼아, 검사의 잠정적 사법판단인 기소유예처분의 기본권침해여부 판단기준으로 제시하는 것도 바람직하지는 않다고 생각한다. 이와 같은 이유에서 여기서는 결론적으로 다음과 같은 개선안을 제안하였다.

요컨대, 재산범죄에 대한 친족간 특례규정이나 형의 필요적 면제사유에 기한 면제판결이 죄의 성립은 인정하되 그 처벌에 대해 친족관계의 특수성을 고려하여 국가형벌권 행사를 자제하는 정책적 입법규정이라고 이해한다면, 검찰실무도 절차법상의 재판유형과 일치되도록 또 범죄피해자의 의사를 다양한 형태로 반영할 수 있도록 실체형벌의 이원적 규정태도에 일치하게 정비되어야 한다. 즉 형사소송법이 재판형식에 대해 공소기각 등의 형식재판과 유·무죄의 실체재판을 구별하고 있으므로 필요적 형면제사유에 대해서는 ‘공소권없음’의 불기소가 아니라 오히려 ‘기소유예’의 불기소처분으로 검찰실무규정을 개정하여야 할 것이다.

I. 들어가는 말

기소유예처분은 국가소추주의와 기소편의주의에 입각하여 검사에게 기소재량을 인정한 산물이다.¹⁾ 불기소결정의 하나인 검사의 기소유예는 공소제기를 위한 충분한 혐의가 있고 또 소송조건도 구비되어 있음에도 불구하고 검사가 형법 제51조 양형의 조건 등 제반사항을 고려하여 피의자에 대해 공소를 제기하지 않는 유죄취지의 처분을 말한다. 이는 법원의 유죄판결이 아니나 피의자의 범죄사실이 인정된다는 취지이므로 ‘혐의없음’이나 ‘공소권없음’ 등의 불기소처분보다 피의자

1) 헌법재판소는 검사의 기소유예처분을 “기소편의주의 제도의 핵심”으로 보고 있다(헌법재판소 1991. 4. 1.자 90헌마65 결정 참조); 배종대 외 3인, 형사소송법, 제2판, 홍문사, 2016. 9. 241면.

에게 불리하다는 점에는 이견이 없다. 환언하여 자기가 무죄라고 생각하는 피의 당사자의 입장에서 본다면, 비록 공소가 제기되지는 않았으나 피의사실이 인정된다는 법적 평가를 받는 것이므로 불만이 아닐 수 없다.²⁾ 하지만 기소유예처분에 불만이 있는 피의자가 그 처분에 불복할 수 있는 절차는 검찰청법이나 형사소송법에 마련되어 있지 않다. 헌법재판소는 그와 같은 절차를 마련하지 않은 입법의 부작위가 “입법자의 입법형성재량에 기초한 정책적 판단에 따라 결정할 문제로서” 헌법에 위반되는 것은 아니라고 한다.³⁾

검사의 기소유예처분에 대해 불복하는 유일한 현행법상의 방법으로는 헌법재판소에 기소유예처분이 청구인의 평등권과 행복추구권 등 기본권을 침해하였다고 헌법소원심판을 청구하는 것이다.⁴⁾ 즉, “기소유예처분을 받은 피의자가 범죄혐의를 부인하면서 무고함을 주장하는 경우에는 검찰청법이나 다른 법률에 이에 대한 권리구제절차가 마련되어 있지 아니하므로, 검사의 기소유예처분의 취소를 구하는 헌법소원심판을 청구하는 경우에는 보충성원칙의 예외에 해당한다.”⁵⁾ 위의 헌법재판소 2017헌마384 결정도 그와 같은 경우의 하나에 해당한다.

불기소처분 취소 신청에 대해 헌법재판소는 최근 5년간 1,659건을 처리하고 이 중 191건(11.5%)에 대하여 취소 결정을 내렸는데, 그 대부분이 형사피의자에 대한 기소유예처분으로 191건 중 185건이었다고 한다.⁶⁾ 이러한 통계수치가 말하듯

-
- 2) 한편 피의자가 공직자 등인 경우에는 기소유예처분의 사실관계가 그대로 비위사실로 인정되어 징계사건에 회부될 수도 있고, 다른 한편으로 그 처분사실은 실무상 5년 동안 전산자료에 남아 추후 유사한 피의사실로 입건되는 경우에 형사절차에서 형가중적인 참고자료가 될 수도 있다.
 - 3) 헌법재판소 2013. 9. 26.자 2012헌마562 결정: 헌법은 공소제기의 주체, 방법, 절차나 사후통제 등에 관하여 직접적인 규정을 두고 있지 아니하며, 검사의 자의적인 불기소처분에 대한 통제방법에 관하여도 헌법에 아무런 규정을 두고 있지 않기 때문에 헌법이 명시적인 입법의무를 부여하였다고 볼 수 없다. (중략) 다만, 피의자가 범죄혐의를 다투고 있고, 공소제기에 충분한 범죄혐의가 없음에도 기소유예처분을 한 경우에는 예외적으로 불이익한 처분이 될 수 있으나, 이러한 예외적인 상황에 대응하여 기소유예처분에 관한 법원의 일반적인 재판절차를 마련할 것인지 여부는 입법자의 입법형성재량에 기초한 정책적 판단에 따라 결정할 문제로서 헌법해석상으로도 입법의무가 도출된다고 보기 어렵다.
 - 4) 헌법재판소 1991. 4. 1.차 90헌마65 결정: 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌법소원심판을 청구할 수 있게 되어 있는 바, 검찰의 수사권이나 공소권이 공권력인 것은 의문의 여지가 없고, 수사의 결과에 따라서 행하는 공소의 제기뿐만 아니라, 혐의무·기소중지·기소유예 등 불기소처분도 공권력의 행사에 해당하는 것이며, 따라서 혐의무 처분에 대하여 헌법소원심판청구가 인정되는 것과 똑같은 법리로 기소유예처분에 대하여서도 헌법소원심판청구가 인정되는 것이다.
 - 5) 헌법재판소 2010. 6. 24.자 2008헌마716 결정.
 - 6) 연합뉴스 2017. 10. 12.자 기사: “불기소처분 취소해달라”…헌법소원 해마다 300건 이상 (<http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2017/10/12/0200000000AKR20171012113200004.HTML>); 중앙일보 2017. 10. 12.자 기사: “검사의 불기소처분 억울해” 5년간 1735건 헌법소원

이 헌법소원심판이 검사의 부당한 기소유예처분에 대한 통제장치로서 그 유용성이 있다는 점에는 의심의 여지가 없는 것 같다.⁷⁾ 하지만 헌법소원 청구인용의 결정주문이 “기소유예 처분은 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해하였으므로 이를 취소한다.”라는 소극적 형식을 띠고 있으며, 인용결정의 효력 또한 헌법재판이 지닌 사실규명의 한계로 인하여 그 통제기능에는 어느 정도 제약이 있을 수밖에 없는 것도 사실이다. 즉 헌법재판소의 인용결정에 따르는 검사의 후속조치에는 - 검사가 재기수사를 하든, 그 후에 당해사건을 다시 기소하든 또는 불기소하든 - 제도상 통제장치로서 체계정합성의 측면에서 바람직하지 못한 결과를 초래할 수도 있다.⁸⁾

이하에서는 먼저, 헌법재판소 2017헌마384 결정을 형사법 도그마틱 관점에서 간단하게 살펴본 후에 이 결정요지에 담겨 있는 검사의 조치 내지 사후조치에 관하여 생각해보고, 그와 같은 형사사법실무가 현행법규에 상응하는 체계정합적인 구체성을 지니고 있는지를 검토한다. 다음으로는 위의 논의를 바탕으로 헌법소원심판의 결정에 따라야 하는 검찰실무에 대한 개선방안을 제시하고자 한다. 비록 현행 헌법재판소 제75조 제4항에 의하면 공권력의 불행사에 대한 헌법소원 인용결정에 대하여 피청구인은 그 “결정 취지에 따라 새로운 처분을 하여야 한다.”고 되어 있지만, 이 ‘의무의 부과’가 형사소송법에서 인정되어 있는 검사의 기소독점·편의주의와 관련하여 그 부과된 ‘의무의 내용’에는 여전히 논란의 여지를 남기고 있기 때문이다.⁹⁾

II. 헌법재판소 2017. 12. 28.자 2017헌마384 결정(기소유예처분취소)

1. 사건의 개요

1) 청구인은 2016. 12. 27. 피청구인으로부터 횡령, 사문서위조·동행사의 피의사

(<http://news.joins.com/article/22005193>). (최종검색일: 2018. 1. 25.)

7) 이석연, “불기소처분에 대한 헌법소원제도의 운용 및 개선방안 일고”, 인권과 정의, 대한변호사협회, 1991, 85~86면.

8) 이러한 지적으로는 문채규, “검사의 부당한 불기소처분에 대한 법적 통제와 기소편의주의의 미래”, 안암법학, 제6권, 안암법학회, 1997, 85면 참조.

9) 헌법재판소는 검사의 기소유예 불기소결정을 ‘공권력의 행사’로 보아 아래와 같이 검사의 기소유예를 취소하는 형식의 인용결정을 선고하고 있다. 이에 대해서는 특히 헌법재판소 1989. 4. 17.자 88헌마3 결정 참조.

건에 대하여 서울중앙지방법검찰청 2016년 형제119605호로 기소유예처분을 받았다. 서울중앙지검 검사가 인정한 청구인의 피의사실의 요지는 다음과 같다. 즉,

“(1) 청구인 J(망인 A의 3남5녀 중 막내인 8녀)는 광주 동구 ○○동 甲 토지의 공동소유자로, 2015. 2.경 위 장소에서 임차인 K와 임대차계약을 작성하여 월 임대료 및 보증금 차액 등 총 3,790만원을 임의 보관하던 중 공동소유자인 자매들(고소인 E외 1인)로부터 어머니 B의 병원비 사용을 위하여 반환을 요구받았으나 이를 거부하고 임의 소비하여 횡령하였다.

(2) 청구인은 2014. 12. 20.경 어머니 B의 인감증명서를 소지하고 있음을 기회로 B, I(7남)와 J의 공동소유인 乙 건물에 대한 임대료를 횡령할 목적으로 B 명의의 임대료 수령권한 위임장(수임인 청구인)을 작성함으로써 사문서를 위조하고, 임차인 K에게 위 위임장이 마치 진정하게 성립된 것처럼 교부함으로써 위조사문서를 행사하였다.”는 것이다.¹⁰⁾

2) 하지만 청구인은 횡령의 피의사실에 대하여 고소인 등 상속인들 공유의 지상건물 乙에 대한 임대료를 받은 것이 아니라 청구인과 B, I의 공동소유인 甲 토지에 대한 임대료를 받은 것으로 고소인들에게는 횡령이 문제되지 않으며, 설령 고소인등과 공유상속재산인 乙 건물에 대한 임대료를 받은 것으로 보더라도 乙 건물의 공유자들은 청구인의 친족이므로 형법 제361조, 제328조 제2항에 의하여 형면제사유이거나 친고죄인데 고소인인 C(1녀)와 E(3녀)가 고소취소를 하였으므로 ‘공소권없음’의 불기소처분을 하여야 한다. 나아가 청구인이 B의 사전 동의 없이 대리의 위임장을 기재한 것은 사실이나 B는 치매가 심하여 의사결정을 할 수 없는 상태에서 부동산의 관리가 필요한 상황에서 딸인 청구인에게 대리권을 수여할 것으로 당연히 추정되므로 사문서위조·동행사죄는 추정적 승낙이 있는 경우로서 성립하지 않는다는 취지로 헌법소원을 제기하였다.

2. 피의사실에 대한 헌법재판소의 판단

1) 그러나 헌법재판소 전원합의부는 재판관 전원의 일치된 의견으로 청구인의 횡령 부분에 대한 기소유예처분을 취소하고, 나머지 부분에 대해서는 이유 없음

10) 헌법재판소 2017. 12. 28.자 2017헌마384 결정 [2/8]면(익명화조치는 이미 헌법재판소에서 행하였으며 이를 필자가 기호화하였음, 이하 동일함).

기각결정을 하였다. 청구인의 주장을 판단하기 위하여 헌법재판소는 사건기록을 검토하여 먼저 ‘청구인과 고소인들의 가족관계’ 및 상속에 따른 ‘부동산 소유관계’ 등의 사실을 다음과 같이 인정하였다.¹¹⁾

(1) 청구인과 고소인들의 가족관계

청구인의 아버지 망 A는 2013. 2. 17. 사망하였는데, 그 상속인으로는 처인 B, 자녀인 B녀, C녀, D녀, E녀, F녀, G남, H남, I남, J녀가 있다. 청구인(J)과 고소인들(E, C)의 어머니 B는 2011년경부터 요양원에 입원 중이고, 2013. 1. 23. 치매 진단을 받은 이래 현재 중증 치매로 사람을 못 알아보고 인지기능 장애가 매우 심하며 일상생활수행능력도 전적으로 의존적인 상태에 있다.

(2) 부동산 소유관계

망인 A의 상속재산 중 광주 동구 ○○동 지상에 乙 건물이 있는데, 현재 이 건물은 청구인, 고소인들을 비롯한 위 상속인들이 상속지분에 따라 공유하는 것으로 등기되어 있다.

한편 이 사건 건물의 대지인 광주 동구 ○○동 甲 토지와 인접한 같은 동 丙 토지도 원래 망인 소유였는데, 1977년경 증여를 원인으로 甲 토지는 B, I, J의 공유로, 丙 토지는 C, E, H의 공유로 각 등기되었다. 그러나 망인 A는 생전에 이 사건 乙 건물과 광주 동구 ○○동 甲, 丙 토지를 임대하여 함께 관리하여 왔다.

(3) 횡령 피의사실

A는 2012. 11. 20. K에게 이 사건 乙 건물과 광주 동구 ○○동 甲, 丙 토지를 보증금 1,300만원, 월 임대료 160만원으로 2년간 임대하고 임대료를 지급받아 왔는데, A가 2013. 2. 17. 사망한 후 청구인 J는 2015. 2.경 K와 보증금 1,000만원, 월세 120만원에 재계약을 체결하였다. J는 위 임대차계약과 관련하여 K로부터 2015. 1. 13.부터 2016. 1. 9.까지 합계 3,970만 원을 지급받아 그 일부를 I에게 송금한 외에는 乙 건물의 다른 공유자들에 대해서는 돈을 송금하지 않았다.

11) 헌법재판소 2017. 12. 28.자 2017헌마384 결정 [3~4/8]면.

(4) 사문서위조, 위조사문서행사 피의사실

청구인 J는 2014. 12.경 B의 도장 및 신분증을 가지고 집에서 컴퓨터를 이용하여, 'B, I, J 3인 공유인 광주 동구 ○○동 ○○ 대 212.6㎡'에 관한 월 임대수령권한(체납임대료 포함) 및 그에 관련된 부수적 업무 일체를 청구인에게 위임한다는 내용으로 B 명의의 위임장을 작성하여 K에게 송부하였다. B는 당시 중증치매 상태로 위 위임장 작성에 관하여 동의한 바 없다.

2) 위와 같은 '인정사실'을 바탕으로 헌법재판소는, 청구인이 甲 토지에 대해서만 K와 임대차 계약을 체결하고 임대료를 지급받은 것이기 때문에 고소인들에 대해 형령이 성립하지 않는다고 한 주장에 대하여 乙 건물에 관하여 임대료를 지급받았음에도 이를 분배하지 않고 임의로 보관하다가 그 반환을 거부하였으므로 형령죄가 성립한다고 판단하였다.¹²⁾ 다만 그 형령죄에는 형법 제361조에 의하여 제328조가 준용되어 직계혈족이나 동거친족인 경우에 형면제사유, 그 밖의 친족인 경우는 친고죄에 해당하므로 검사는 검찰사건사무규칙 제69조 제3항 제4호에 의거하여 '공소권없음'의 불기소결정을 해야 하였는데 기소유예를 처분하였으므로 사실오인 또는 법리오해의 잘못이 있다고 결론지었다.¹³⁾

그리고 사문서위조 및 동행사의 피의사실에 관해 '추정적 승낙에 의한 행위'라는 청구인의 잇단 주장에 대해서도, 헌법재판소는 관련 대법원 판례¹⁴⁾를 인용하여 청구인 J와 B가 비록 모녀관계라 하더라도 '임대료 수령권한(체납임대료 포함) 및 그에 관련된 부수적 업무 일체'를 위임받은 것은 B보다는 J의 이익을 위한 것이고, 또 乙 건물은 B와 J 외에 고소인들을 포함한 다른 자녀들의 공유상속재산이며 "이미 이 사건 건물의 상속을 둘러싸고 형제들 사이에 법적 분쟁이 있었던 점"을 이유로 제시하면서 B 몫의 임대료 수령권한에도 다른 형제들 사이에 이견이 있을 수 있다는 점 등 객관적 사정을 종합하여, B의 임대료 수령권한에 대한

12) 헌법재판소 2017. 12. 28.자 2017헌마384 결정 [5/8]면: "당초 A가 K와 임대차계약을 체결한 것은 乙 건물 및 대지인 甲 토지와 인접한 丙 토지인 점, 청구인(J)은 K와 임대차계약을 체결하기 전부터 위 땅인(A)이 체결한 임대차계약에 의한 임대료를 지급받았던 점, A로부터 건물과 대지를 임차하여 사용하던 K가 J와 재계약을 체결하면서 乙 건물을 제외하고 그 대지(특히, 甲 토지)만 임대차 목적으로 삼았다고 보기는 어려운 점 등의 사정을 종합해 보면, J가 임차인 K로부터 지급받은 돈은 乙 건물의 임대차계약과 관련한 것이라고 봄이 상당하다."

13) 이 사건 형령의 피해자 중 B는 피의자의 직계혈족으로 형면제사유에, 나머지 피해자들은 피의자 J와 친족관계에 있어 친고죄에 해당하는데 고소인 E와 C는 고소를 취소하였고 나머지 피해자들은 애초에 고소하지 않았다.

14) 대법원 2008. 4. 10. 선고 2007도9987 판결 등 참조.

승낙이 확실히 기대되거나 그와 같은 내용의 위임장 작성행위가 추정적 승낙에 의한 행위로 보기에는 곤란하다고 인정하였다.¹⁵⁾ 결론적으로 이 부분 피의사실에 대한 검사의 기소유예처분은 정당하다고 판단하였다.

Ⅲ. 청구요지에 관한 형사법적 검토

1. 재산범죄의 친족간 특례규정과 형 면제 판결의 성격

가. 친족상도례

1) 친족상도례는 친족 간에 행해진 일정한 재산범죄에 법률이 개입하지 않고 형사정책적인 견지에서 형을 면제하거나 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있도록 규정한 특례를 말한다. 형법은 권리행사방해죄에 규정된 규정(제328조)을, 절도죄(제344조)·사기와 공갈죄(제354조)·횡령과 배임죄(제361조)·장물죄(제365조)에 준용하고 있다. 형법 제328조가 형의 면제(제1항)와 친고죄(제2항)로 이원화하여 정한 것은 의용형법의 영향을 받은 것이지만, 그 대상범죄와 적용범위에는 다소간의 차이가 있다.¹⁶⁾ 형사법실무는 형법 제328조 제1항 소정의 이른바 근친의 경우 형의 면제라는 유죄취지의 실제재판을 선고하는 반면, 동조 제2항의 비 동거친족 이른바 원친에 대해서는 고소가 없으면 공소기각판결의 형식재판을 해야 하는 것으로 정하고 있다.

재산범죄에 대한 친족특례규정의 위와 같은 결과에 대해서는 형사제재의 불균

15) 헌법재판소 2017. 12. 28.자 2017헌마384 결정 [6~7/8]면.

16) 신이철, “친족간의 야간주거침입절도죄와 일부기소”, 형사법의 신동향, 제52호, 대검찰청 미래기획단, 2016. 9, 160~161면. 다만, 여기서 손괴의 경우에는 친고죄의 일반적인 규정(일본형법 제264조)을 두고 있어 이를 친족 간의 특례가 적용되는 친고죄의 경우와 비교하는 것은 적절하지 않다고 본다.

일본형법 제244조 ① 배우자, 직계혈족 또는 동거의 친족 간에 제235조의 죄, 제235조의2의 죄 또는 이들 죄의 미수죄를 범한 자는 그 형을 면제한다. ② 전항에 규정한 친족이외의 친족 간에 범한 같은 항에서 규정한 죄는 고소가 없으면 공소를 제기할 수 없다. ③ 전 2항의 규정은 친족이 아닌 공범에 대하여는 적용하지 않는다.

여기서 제235조는 절도죄, 제235조의2는 부동산침탈죄에 해당한다. 사기와 공갈에 대해서는 제251조(준용)에 의해, 횡령과 배임에 대해서는 제255조(준용), 장물에 대해서는 제257조(친족등간의 범죄에 관한 특례)에서 ① 배우자 간 또는 직계혈족, 동거의 친족 간이나 이들의 배우자 간에 전조의 죄를 범한 자는 그 형을 면제한다. ② 전항의 규정은 친족이 아닌 공범에 대하여는 적용하지 않는다고 정하고 있다.

다른 한편으로 손괴에 관한 제264조(친고죄)는 제259조, 제261조 및 전조의 죄는 고소가 없으면 공소를 제기할 수 없다고 한다.

형을 발생시킬 수 있다고 꾸준히 지적받아 왔다. 하지만 검찰실무에서는 “법률의 규정에 의하여 형이 면제된 경우”나 “친고죄...의 경우에 고소(가) 없거나 그 고소(가) 무효 또는 취소된 때” 모두를 “공소권 없음”의 불기소결정을 하도록 규정하고 있어(검찰사건사무규칙 제69조 제3항 제4호) 별다른 문제가 없다고 한다. 특히, 헌법재판소는 형식적인 측면에서 형법 제328조 제1항의 형 면제가 유죄의 실제판결이고, 제328조 제2항은 친고죄로 규정되어 있어 더 유리한 취급을 하는 경우로 볼 수 있지만 실질적인 측면에서 보면, 피해자의 고소가 있는 경우 동조 제1항은 필요적으로 형을 면제하고, 제2항은 기소하여 처벌할 수 있으므로 형의 면제가 불리하다고 할 수 없다는 점과 검찰실무상 공소권없음의 불기소처분을 하는 점 등을 종합해볼 때, 친족간의 절도죄에 있어서 형법 제328조 ‘제1항의 친족’과 형법 제328조 ‘제2항의 친족’을 법률상 달리 취급하는 데에는 합리적인 이유가 있다고 한다.¹⁷⁾

2) 하지만 위의 실무규정은 ‘사건처리의 편의를 위하여 범죄론체계를 왜곡’¹⁸⁾하였을 뿐만 아니라 형의 면제는 판결로써 선고하도록 한 법률규정(형사소송법 제322조)과 비교하더라도 문제가 있다고 본다. 또한 피해자의 고소가 있는 경우 헌법재판소가 실시하는 바와 같이 형법 제328조 제1항의 친족과 동조 제2항의 친족 간에는 불합리한 차별이 없다고 단정할 수 있지만, 이를 근거로 피해자의 고소가 없거나 취소된 경우의 차등에까지 불합리한 결과가 해소된다거나 정당화되는 걸로 보기에는 곤란한 점이 있다.¹⁹⁾

다른 한편 위와 같은 이유에서 입법론으로는 실무상 법집행의 형평성을 위하여 친족상도례의 적용대상을 제1항의 친족으로 한정하고, 형의 필요적 면제도 임의적 면제로 개정해야 한다는 주장²⁰⁾과 동조 제1항의 근친인 경우에도 피해자의 고소가 없으면 공소기각의 형식재판을 하고, 피해자의 고소가 있는 때에는 현행과 같이 형의 면제판결을 선고하는 것으로 개정하는 것이 타당하다는 견해²¹⁾도

17) 헌법재판소 2012. 3. 29. 자 2010헌바89 결정 참조.

18) 대표적으로는 황태정, “형법상 친족간 특례규정과 피해자의 의사”, 피해자학연구, 제16권 제1호, 2008. 4, 117면.

19) 신이철, 앞의 논문, 164면.

20) 조광훈, “친족상도례의 제한적 적용에 관한 검토”, 성신법학, 제11호, 성신여자대학교 법학연구소, 2011. 12, 65면; 모성준, “형법상 친족상도례 규정의 문제점과 바림직한 개정방향”, 법학논총, 제21집 제2호, 조선대학교 법학연구원, 2014, 515면.

21) 임 응, 형법각론, 개정판보정, 법문사, 2008. 3, 298면.

있다.

요컨대, 재산범죄에 대해 필요적 형 면제사유가 있는 경우 검찰사건사무규칙에 따라 형식적·기계적으로 공소권없음 불기소결정하는 검찰실무에 대해서는 형 면제판결의 성격과 관련지어 재고의 여지가 있다.

나. 형의 면제사유와 면제판결의 성격

1) 형의 면제는 유죄판결의 일종으로서 재판에 의하여 선고된다(형사소송법 제323조). 형의 면제판결은 범죄가 성립되어 형벌권이 발생하였으나 일정한 면제사유로 인하여 형을 부과하지 않는 것을 말한다. 이 면제판결은 무죄판결과 다른 성질이 전혀 다르며, ‘형의 집행면제’와도 구별된다. 전자의 면제판결은 확정판결 전의 사유로 인하여 형이 면제되는 건데 반하여, 후자의 집행면제는 확정재판 후의 사유로 인하여 그 형의 집행을 면제하는 경우이다. 형의 면제사유²²⁾로는 필요적 면제사유와 임의적 면제사유가 있는데, 필요적 면제에는 중지미수(형법 제26조)가 해당되고 또 권리행사방해죄(제323조), 절도죄(제329~333조), 사기와 공갈의 죄(제347~354조), 횡령과 배임의 죄(제355~361조), 장물알선 및 취득죄(제362조) 등이 친족 간에 행해진 경우도 형을 면제한다. 그 나머지는 임의적 면제의 경우에 해당한다. 그러나 임의적 면제이든 필요적 면제이든 모두 법률상의 면제에 국한되고 재판상의 면제는 인정되지 않는다.²³⁾

2) 형 면제판결의 주문은 ‘피고인에 대한 형을 면제한다.’라는 형식을 취하고, 이 경우 형벌 자체가 면제되므로 판결의 ‘주문’에서 면제되는 형의 내용을 표시하지 않음은 물론 그 ‘이유’에서도 면제되는 형의 내용을 적시하지는 않는다. 그러나 유죄판결의 일종이기 때문에 판결이유에는 그 이유되는 사실 및 증거와 근거

22) 예컨대, 형법은 정당방위(제21조), 자구행위(제23조), 중지범(제26조), 불능범(제27조), 자수·자복(제52조), 내란죄 및 내란목적살인죄를 예비·음모한 자로서 실행하기 전에 자수한 경우(제90조), 외국에 대한 사전(私戰)을 실행하기 전에 자수한 경우(제111조), 폭발물에 관한 죄를 실행하기 전에 자수한 경우(제120조), 위증죄와 증거인멸죄를 범한 자로서 재판이 확정되기 전에 자백 또는 자수한 경우(제153조), 방화죄와 실화죄를 실행하기 전에 자수한 경우(제175조), 통화위조죄를 실행하기 전에 자수한 경우(제213조)에는 형을 감경 또는 면제할 수 있도록 규정하고 있다.

23) 대법원 1965. 7. 20. 선고 65도445 판결. 최근에는 대법원 2017. 11. 9. 선고 2017도14769 판결: 형사소송법 제323조 제2항은 ‘법률상 범죄의 성립을 조각하는 이유 또는 형의 가중, 감면의 이유되는 사실의 진술이 있을 때에는 이에 대한 판단을 명시하여야 한다’고 규정하고 있다. 여기에서 ‘형의 가중, 감면의 이유되는 사실’이란 형의 필요적 가중, 감면의 이유되는 사실을 말하고 형의 감면이 법원의 재량에 맡겨진 경우, 즉 임의적 감면사유는 이에 해당하지 않는다. 따라서 피해회복에 관한 주장이 있었다라도 이는 작량감경 사유에 해당하여 형의 양정에 영향을 미칠 수 있을지언정 유죄판결에 반드시 명시하여야 하는 것은 아니다.

규정 등을 실시하여야 한다.²⁴⁾ 형사소송법 제323조 제1항에 의하면, “범죄될 사실” 중 법률상 형의 감면사유는 유죄판결의 이유에서 명시되어야 하기 때문이다. 하지만 형의 임의적 감면사유나 단순한 양형사유인 정상(情狀)에 관한 사실을 명시할 필요는 없다.²⁵⁾

다른 한편 제323조 제2항의 “형의 가중, 감면의 이유되는 사실의 진술”에 대한 판단을 명시하는 경우 판례는 여기서의 ‘형의 가중, 감면의 이유되는 사실’에는 형의 필요적 가중, 감면의 이유되는 사실만을 의미하고, 형의 감면이 법원의 재량에 맡겨진 임의적 감면사유는 해당하지 않는다고 한다.²⁶⁾ 이와 같은 판례의 태도에 찬동하는 일부의 견해²⁷⁾도 있지만 학계의 다수는 과잉피난·자수·작량감경 등과 같은 임의적 가중·감면사유도 포함된다고 보고 있다.²⁸⁾

다. 검찰실무에 대한 의문

재산범죄에 관한 친족간의 특례규정이 앞서 검토한 것처럼, 형의 면제와 친고죄로 이원적으로 규정되어 있음에도 불구하고 검찰실무는 이를 제대로 반영하고 있지 않은 것으로 보인다. 나아가 유죄 취지의 기소유예처분과 다른 사유에 기한 불기소결정과의 차이도 명확하게 구별하지 않는 것으로 여겨진다. 검찰사건사무규칙 제57조에 의한 수사종결의 결정에 따르면, 검사의 기소유예는 같은 조 제1항 제2호의 불기소결정에 해당하는 것으로 인정되며 그 ‘불기소 결정서’에는 “피의사실의 요지와 수사의 결과 및 공소를 제기하지 아니하는 이유를 기재하여야 한다.”²⁹⁾ 반면에 같은 규칙 제69조 제3항에는 불기소결정의 ‘주문’을 제1호의 ‘기소유예’와 제4호의 ‘공소권없음’으로 구분하고 있다. 이와 같은 검찰실무규정의 취지가 위 헌법재판소 2017헌마384 결정에 그대로 반영되어 헌법재판소는 청구

24) 임동규, 주석 형사소송법(III), 한국사법행정학회, 2017. 11, 611면.

25) 임동규, 앞의 책, 616면.

26) 자수에 대해서는 대법원 1991. 11. 12. 선고 91도2241 판결: 자수는 형의 필요적 감경 또는 면제사유가 아니므로 자수사실에 대한 주장은 형의 양정에 영향을 미치는 사유에 지나지 아니하여 유죄판결에 명시할 이유에 해당한다고 할 수 없다. 같은 취지의 판례로는 대법원 1988.11.8. 선고 88도517 판결: 대법원 1989.5.9. 선고 89도420 판결: 대법원 1991.2.26. 선고 90도2906 판결 등 참조.

27) 김기두, 형사소송법, 전정신관, 박영사, 1985, 286면; 백형구, 형사소송법강의, 제8정판, 박영사, 2001, 759면.

28) 강구진, 형사소송법원론, 학연사, 1982, 522면; 신동운, 신형사소송법, 제3판, 법문사, 2011, 979면; 신양균, 형사소송법, 신판, 화산미디어, 2009. 6, 911면; 이재상, 형사소송법, 제9판, 박영사, 2014. 3, 679면.

29) 검찰사건사무규칙 제69조 제1항 참조.

취지를 인용하여 취소결정을 한 것이다. 즉, ‘공소권없음’을 ‘기소유예’한 검사의 결정은 헌법재판소가 정당하게 지적³⁰⁾하였듯이 “그 결정에 영향을 미친 중대한 사실오인 또는 법리오해의 잘못이 있…(는) 자의적인 검찰권의 행사”에 해당한다는 것이다. 같은 조 제2항에서는 검사가 불기소등 사건기록 또는 기소유예사건기록을 작성하는 경우 “피의자는 1, 2, 3의 순으로, 죄명은 가·나·다의 순으로 표시하되, 법정형이 중한 순으로 표시하여야” 하도록 정하고 있기 때문이다.

그런데 유죄취지의 실체재판인 형의 면제판결을 선고하는 ‘법률의 규정에 의하여 형이 면제되는 경우’와 ‘친고죄에 고소가 없거나 그 고소가 무효 또는 취소된 경우’를 동일하게 “공소권없음”이라는 불기소결정의 ‘주문’으로는 기재하는 것은 다분히 문제가 있다고 본다. 헌법재판소에서 이와 같은 불합리를 인지하고 있었다. 즉, “필요적 형면제사유는 실체판단의 전제가 되는 소송조건이 소멸된 것이 아니라, 그 죄가 인정되는 경우에도 형벌을 과할 수 없는 사유가 될 뿐이다. 검사가 필요적 형면제사유를 들어 실체에 관한 판단을 하지 아니하고, 친족관계에 있다는 형식적 이유를 내세워 공소권없음의 불기소처분을 하는 것은 소송조건 내지는 공소권의 법리를 오해한 것”이라는 지적이 그것이다.³¹⁾

다른 한편으로 대상사건에서 검사가 청구인의 횡령의 피의사실에 관하여 사실오인 또는 법리오해로 인하여 ‘공소권없음’을 ‘기소유예’로 결정한 잘못이 있었다고 하더라도, 청구인의 전체 피의사실에 대한 ‘기소유예’라는 그 결정에 중대한 영향을 미친 자의적인 검찰권의 행사라고는 여겨지지 않는다. 즉, 검사가 “현저히 정의와 형평에 반하는 수사를 하였거나, 헌법의 해석, 법률의 적용 또는 증거판단에 있어” 전체적인 수사종결처분의 (기소유예) 결정에 영향을 미친 중대한 잘못이 있다고는 보이지 않는다. 위의 대상사건에서 청구인의 사문서 관련 범죄에 대해서는 그 주장에도 불구하고 범죄가 성립하여 다소의 수사미진이 인정되나 그 결론에는 대과(大過)가 없는 것으로 볼 수도 있기 때문이다.

2. 사문서위조죄에서 추정적 승낙에 관한 법리 작용

1) 문서 관련범죄는 통상 사회적 법익을 침해하는 범죄로 분류되고 있다. 일반적으로는 사회적 법익에 관한 죄에 있어서는 피해자가 위법성을 조각시킬 수 있

30) 헌법재판소 2017. 12. 28.자 2017헌마384 결정 [5~6/8]면.

31) 여기서는 특히 헌법재판소 2004. 2. 26.자 2003헌마448 결정 중 반대의견 참조.

는 유효한 승낙을 할 수 없다고 한다.³²⁾ 피해자에게 처분권이 인정되는 개인적 법익에 대해서만 유효한 승낙을 할 수 있기 때문이다. 하지만 사문서위·변조에 있어서는 명의인의 유효한 승낙이 있는 경우는 문서작성의 권한이 위임되는 것이므로 타인(즉, 승낙자)의 명의를 사용하더라도 위·변조의 개념에 해당하지 않게 된다.³³⁾ 이처럼 위·변조에는 문서작성자의 권한 없음이 범죄의 성립에 필수적 개념의 요소로 설정되어 있어 명의자의 승낙이 있는 경우에는 형법 제24조(피해자의 승낙)와 관련하여 범죄의 성부가 문제된다. 즉, 문서명의인의 사전승낙의 의사 표시가 명시적이건 묵시적이건 불문하고 문서죄의 구성요건해당성을 배제하는 사유(즉, 양해)에 해당하게 된다.³⁴⁾ 나아가 판례는 사후의 승인은 유효한 승낙에 해당하지 않는다고 판시한다.³⁵⁾

한편 판례는 추정적 승낙의 경우에도 사문서위·변조죄의 성립을 부정하고 있다.³⁶⁾ 그러나 작성자가 이미 “명의자의 명시적인 승낙이나 동의가 없다는 것을 알고 있으면서도 명의자가 문서작성 사실을 알았다면 승낙하였을 것이라고 기대하거나 예측한 것만으로는 그 승낙이 추정된다고 단정할 수 없다.”고 실시한다.³⁷⁾

32) 여기서는 특히 김성돈, 형법총론, 제5판, SKKUP, 2017. 2, 319면.

33) 문서의 위조는 작성권한 없는 자가 타인명의를 모용(冒用; 거짓사용)하여 문서를 작성하는 것이고, 변조는 권한 없는 자가 타인명의 문서의 동일성을 해하지 않을 정도로 내용상의 변경을 가하는 것을 말한다. 위조가 ‘부진정문서’를 작성하는 ‘유형위조’를 의미(여기서는 특히 김성돈, 형법각론, 제4판, SKKUP, 2016. 11, 609면 참조)하는데 반해, 변조는 이미 진정하게 성립한 타인 명의의 문서, 즉 ‘진정문서’를 대상으로 한다는 것이 통설·판례의 입장이다(김성돈, 앞의 책, 623면 참조. 공문서변조에 대한 판시로는 대법원 1987. 4. 14. 선고 86도1984 판결 및 사문서변조에 관한 판시로는 대법원 2011. 9. 29. 선고 2010도14587 판결). 이러한 판례의 태도에 반대하는 소수의 견해로는 김성돈, 앞의 책 624면; 오영근, 형법각론, 제2판, 박영사, 2009, 739~740면. 소수설에 의하게 되면, 변조된 문서도 다시 변조의 객체가 될 수 있다고 한다.

34) 대법원 1985.1.22. 선고 84도2422 판결: 사문서변조에 있어서 그 변조 당시 명의인의 명시적, 묵시적 승낙 없이 한 것이면 변조된 문서가 명의인에게 유리하여 결과적으로 그 의사에 합치한다 하더라도 사문서변조죄의 구성요건을 충족한다.

여기서 판례는 명의인의 의사 합치여하를 사문서변조죄의 구성요건 충족여부로 판시하고 있기 때문에 명의인의 명시적 또는 묵시적 승낙의 의사를 구성요건해당성을 배제하는 양해의 의미로 파악할 수 있다.

35) 대법원 1999. 5. 14. 선고 99도202 판결: 사문서위조나 공정증서원본 부실기재가 성립한 후, 사후에 피해자의 동의 또는 주인 등의 사정으로 문서에 기재된 대로 효과의 승인을 받거나, 등기가 실제적 권리관계에 부합하게 되었다 하더라도, 이미 성립한 범죄에는 아무런 영향이 없다. 동지: 대법원 1983. 6. 28. 선고 82도1823 판결; 대법원 1998. 4. 14. 선고 98도16 판결 등.

36) 대법원 2003. 5. 30. 선고 2002도235 판결: 행위 당시 명의자의 현실적인 승낙은 없었지만 행위 당시의 모든 객관적 사정을 종합하여 명의자가 행위 당시 그 사실을 알았다면 당연히 승낙했을 것이라고 추정되는 경우 역시 사문서의 위·변조죄가 성립하지 않는다. 동지: 대법원 1993. 3. 9. 선고 92도3101 판결 등.

37) 대법원 2011. 9. 29. 선고 2010도14587 판결. 동지: 대법원 2008. 4. 10. 선고 2007도9987 판결 등.

이 판시가 바로 정확히 위 헌법재판소 2017헌마384 결정의 이유에서 인용하고 있는 내용에 해당한다.³⁸⁾

2) 그런데 다른 한편에서 판례는 명의자로부터 위임받은 권한을 초월한 경우는 작성권한이 없는 경우와 동일하여 위조에 해당³⁹⁾하지만, 위임받은 권한 범위 안에서 이를 남용하여 문서를 작성한 때에는 위조가 아니라고 한다. 즉, “사문서를 작성함에 있어 그 명의자의 명시적이거나 묵시적인 승낙 내지 위임이 있었다면 이는 사문서위조에 해당한다고 할 수 없을 것이지만, 문서 작성권한의 위임이 있는 경우라고 하더라도 그 위임을 받은 자가 그 위임받은 권한을 초월하여 문서를 작성한 경우는 사문서위조죄가 성립하고, 단지 위임받은 권한의 범위 내에서 이를 남용하여 문서를 작성한 것에 불과하다면 사문서위조죄가 성립하지 아니한다”고 판시하고 있다.⁴⁰⁾ 따라서 사문서위조죄의 성립에는 작성권한의 초월·일탈인지 아니면 권한남용으로 인정할 것인가가 문제해결의 결정적인 관건이 된다. 심지어 판례는 ‘문서위조죄의 구성여부는 그 문서의 작성명의로 타인명의의 모용이라는 형식에 의해 결정할 것으로서 그 문서내용의 진실여부는 특별한 처벌규정이 있는 경우 이외에는 위조죄의 성립에 아무런 지장이 없으며, 여기서 대법원은 작성권한을 남용하여 “단순히 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 마음대로 문서를 작성한 때라고 할지라도 문서위조죄는 성립하지 아니한다.”고 판시하고 있다.⁴¹⁾

3) 헌법재판소 2017헌마384 결정의 대상사안에다가 전술한 사문서 관련범죄에 관한 판례의 태도를 투사해 본다면, 임차인 K와 체결한 임대차계약서에 기재된 대로 - 그리고 청구인의 주장처럼 - 청구인 J가 B 및 I와 공동소유하고 있는 건물 乙의 임대차계약체결에 관한 추정적 승낙의 위임이 있는 경우로 볼 여지도 있다. 나아가 임대차계약서에 기재된 ‘임대료 수령권한’에 “(체납임대료 포함)”도 위임받은 권한을 초월한 것인지 위임받은 권한을 남용한 것으로 판단할 것인지는 구체적인 사실관계에 따라서는 위의 헌법재판소의 결정과 달리 볼 여지도 있다. 헌법재판소에서는 청구인과 자매지간인 고소인들 사이에 이해가 상반되는 점을 부각시켜 사문서위조 및 동행사죄의 성립을 인정한 피청구인의 기소유예처분의

38) 헌법재판소 2017. 12. 28.자 2017헌마384 결정 [6/8]면.

39) 대법원 1997. 3. 28. 선고 96도3191 판결.

40) 대법원 2006.09.28. 선고 2006도1545 판결. 동지: 대법원 1983. 10. 25. 선고 83도2257 판결; 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도6088 판결 등 참조(강조는 필자).

41) 대법원 1983. 4. 12. 선고 83도332 판결 참조(강조는 필자).

결정이 타당한 것으로 보고 있다. 하지만 판례의 태도에는 전술한 바와 같이 작성권한을 남용하여 자기의 이익을 도모할 목적으로 마음대로 문서를 작성한 경우에도 반드시 문서위조죄가 성립하는 것은 아니라는 취지의 판시⁴²⁾도 보이고 있다.

요컨대 구체적인 사실의 인정에 의존하여 사문서위·변조의 범죄성립여부라는 천양지차를 보일 수 있는 사법판단을 - 특히, 피의사실의 일부에 대해서는 수사미진을 이유로 한 사실오인으로 그 처분을 취소하기까지 한 - 헌법재판소가 사건기록만의 검토를 거쳐 규범적인 법리를 판단하기에는 일정한 한계를 지닐 수밖에 없다고 할 것이다.⁴³⁾

3. 헌법재판소 2004. 2. 26자 2003헌마448 결정의 규범논리와 비교

1) 헌법재판소 2017헌마384 결정은 횡령의 피의사실에 대해 형면제사유의 존재 및 친고죄의 고소취하 사실로 인하여 ‘공소권없음’의 불기소결정을 해야 할 사안을 ‘기소유예’로 처분한 검사의 결정에 잘못을 인정하여 취소하고 있다. 나아가 사문서위조의 피의사실에 대해서는 추정적 승낙에 관한 법리 적용을 부정하여 검사의 기소유예처분이 타당하다고 판단하였다.

그러나 망인 A의 처와 자녀들간 가족내부의 상속재산분배를 둘러싼 민사사안일 수도 있는 대상사건에 있어서는 통상적인 사문서위조죄에의 추정적 승낙의 법리 적용과는 달리 즉, 사문서의 위조범죄의 적용범위나 문서의 효력이 친족상도례의 적용이 인정되는 친족간 내부에 그칠 때에는 형사소추할 공공의 이익이 없는 것으로 ‘각하’의 불기소처분을 결정할 수도 있었을 것이다. 검찰사건사무규칙 제69조 제3항 제5호에 따르면, “고소·고발인과 피고소·피고발인의 관계 등에 비추어 피고소·피고발인의 책임이 경미하고 수사와 소추할 공공의 이익이 없거나 극히 적어 수사의 필요성이 인정되지 아니하는 경우”에 해당하는 것으로 볼 수도 있다는 말이다. 요컨대, 대상사건과 같은 경우에 과연 피의사실에 대해 수사할 필요성과 소추해야 할 공공의 이익이 인정될 수 있는가에 관해서는 재고의 여지가 있다고 본다.

42) 대법원 1983. 4. 12. 선고 83도332 판결.

43) 이는 헌법재판소가 증거와 사실관계에 대한 조사를 제대로 할 수 있는 지위에 있지 않고, 대부분 수사기록상 현출된 사실관계 및 법령의 적용만을 자의금지의 측면에서 심사하는데 불과하기 때문에 그러하다(헌법재판소, 헌법재판소 20년사, 2008. 7. 207면 참조).

2) 하지만 위와 같은 생각과 달리 헌법재판소 2017헌마384 결정에서 헌법재판소는 증거와 사실관계를 자체적으로 조사함에 내재적 한계가 있음에도 불구하고, 청구인의 ‘전체’ 피의사실에 관한 피청구인의 ‘정책적’ 판단의 과오에 대해 엄격한 기준을 적용하여 심사·판단하는 입장을 취하고 있다. 그런데 헌법재판소 2004. 2. 26.자 2003헌마448 결정에서는 이러한 엄격한 판단기준과는 어느 정도 차이가 있는 판시를 하고 있어, - 시간의 흐름과 그 사이 재정신청제도의 확대 변화를 감안하더라도 - 그리 바람직하지만은 않은 대조를 이루고 있다.

청구인은 피고소인 1과 피고소인 2(청구인의 딸)을 사기죄 등으로 고소했으나, 피청구인인 검사는 서울지방검찰청 서부지청 2002년 형제35555호 불기소사건 기록에서 피고소인 2의 사문서위조 및 동행사, 피고소인 1, 2 공모의 사문서위조 및 동행사, 소송사기, 2건의 공증증서원본불실기재 및 동행사의 피의사실에 대하여 2002. 12. 27. 혐의없음 또는 공소권없음의 불기소처분을 하였다.⁴⁴⁾ 이에 청구인은 검찰청법이 정하는 절차에 따라 항고·재항고하였고 모두 기각되자 2003. 7. 7. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

이에 헌법재판소는 “피고소인들에 대한 1999. 1. 23.자 공정증서원본불실기재, 불실기재공정증서원본행사 부분은 2004. 1. 22. 그 공소시효가 완성되어 권리보호 이익이 없게 되었으므로⁴⁵⁾ 부적법” 각하하였고, 나머지 피의사실에 대해서는 “기

44) 헌법재판소 2003헌마448 결정에 적시되어 있는 ‘고소사실의 요지’는 다음과 같다.

(1) 피고소인 2는 1996. 3. 14.경 서울 구로구 ○○동에 있는 청구인의 집에서 청구인의 인장을 가져가 이를 절취하고, 행사할 목적으로, 같은 달 16.경 부천시 원미구 ○○동사무소에서 위 인장을 이용하여 청구인 명의의 위임장 1장을 위조하고, 그 정을 모르는 위 사무소 직원인 성명불상자에게 제출하여 행사하고,

(2) 피고소인 1과 2는 공모하여,

(가) 1996. 3.경 청구인이 피고소인 1로부터 금 7,000만원을 차용하면서 그 담보로 청구인 소유의 부천시 오정구 ○○동 畝(A)의 2필지를 제공한다는 등의 내용이 담긴 청구인 명의의 금전대차부동산담보계약서 1매를 위조하고, 그 즈음 피고소인 1이 청구인을 상대로 서울지방법원에 제기한 부동산처분금지가처분신청사건의 증거자료로 제출하여 행사하고,

(나) 1996. 10. 5. 인천지방법원 부천지원에서 위 위조된 담보계약서 등을 자료로 삼아 오정구 ○○동 田(B) 등 3필지에 대하여 대물변제약정을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라는 소를 제기하여 1997. 10. 27. 청구인 패소의 확정판결을 받아 이를 편취하고,

(다) 1999. 1. 23.경 위 판결을 근거로 동 지원 등기과에서 위 畝(A)에 대해 피고소인 1 명의로 소유권이전등기를 신청하여 그 정을 모르는 성명불상의 등기공무원으로 하여금 부동산등기부원본에 피고소인 1을 소유자로 하는 불실의 사실을 기재하게 하고, 그 시경 그곳에 비치하게 하여 이를 행사하고,

(라) 2000. 2. 19.경 위 지원 등기과에서 田(B), 田(C)에 대하여 피고소인 1 명의로 소유권이전등기를 신청하여 그 정을 모르는 성명불상의 등기공무원으로 하여금 같은 등기부 원본에 피고소인 1을 소유자로 하는 불실의 사실을 기재하게 하고, 그 시경 그곳에 비치하게 하여 이를 행사하였다.

45) 형사소송법에 따르면 검사의 공소제기 효과에는 공소시효의 진행이 정지되지만(제253조 제1

록을 자세히 살펴봐도 피청구인이 현저히 정의와 형평에 반하는 수사를 하였거나 증거의 취사선택 및 가치판단 그리고 헌법의 해석과 법률의 적용에 있어 불기소처분의 결정에 영향을 미친 중대한 잘못을 범하였다고 보여지지 아니하며, 달리 피청구인의 위 불기소처분이 헌법재판소가 관여할 만큼의 자의적인 처분이라고 볼 자료도 없으므로, 그로 인하여 청구인의 헌법상 보장된 기본권이 침해되었다고 할 수 없다.”고 ‘본안에 대한 판단’하여 모두 기각하였다.⁴⁶⁾ 즉, “다수의견은, 피고소인 2가 청구인의 딸로써 필요적 형면제사유에 해당하므로 공소권 없다고 판단한 피청구인의 처분이 옳다 하여 심판청구를 기각하고 있다.”

하지만 ‘반대의견’은 형법 제354조, 제328조 제1항의 친족간의 형면제사유와 형사소송법 제321조 제1항을 근거로 제시하면서 ‘필요적 형면제사유가 있는 사건 일지라도 본안을 심리한 후에 그 죄가 인정되지 아니하면 무죄판결을 선고하고, 그 죄가 인정되는 경우에는 유죄의 이유를 실시한 후 형면제판결을 선고하며, 또한 형면제판결을 받은 피고인은 무죄판결을 받기 위해 상소할 수 있는 것이 법원의 실무’라고 한다. 그렇다면, ‘필요적 형면제사유는 실체판단의 전제가 되는 소송조건이 소멸된 것이 아니라 그 죄가 인정되는 경우에도 형을 선고할 수 없는 … 처벌조각사유’가 될 뿐이므로, 검사가 형면제사유를 이유로 실체판단을 하지 않고 친족관계에 있다는 형식적 이유만으로 공소권없음의 불기소처분을 하거나 또는 소추해서 유죄가 인정되더라도 형이 면제되는 점 등을 감안하여 소추가치가 없다는 정책적 판단을 한 것이라면, 피의사실의 혐의가 인정되는 유죄취지의 기소유예처분을 할 것이지, 공소권없음이나 각하의 불기소결정을 할 사안은 아니라고 한다.

항), 불기소의 경우에는 그와 같은 명문의 규정이 없어 검사의 불기소처분에 불복하는 청구인(어 기서는 특히 고소인)이 검찰청고 및 헌법소원심판을 청구하더라도 공소시효는 정지되지 않는다(헌법재판소 1993. 9. 27. 자 92헌마284 결정 참조). 한편 공소시효의 본질에 관해서는 실체법설, 소송법설, 절충설(경합설, 결합설), 신소송법설 등의 견해가 주장되고 있으나 공소권의 소멸사유라는 소송법설이 타당하다고 한다(이재상, 앞의 책, 408면; 최창호, 주석형사소송법(II), 한국사법행정학회, 2017. 11, 502면 등 참조). 헌법재판소는 ‘실체법설의 입장’을 취한 것으로 보인다(헌법재판소 1993. 9. 27. 자 92헌마284 결정).

위 헌법재판소 2003헌마488 결정의 심판대상 피의사실 중 ‘공정증서원본불실기재, 불실기재공정증서원본행사 부분’은 검사의 불기소처분(2002. 12. 27.)이후 헌법소원심판 각하·기각결정(2004. 2. 26.)이전인 ‘2004. 1. 22.’에 “공소시효가 완성되어 권리보호의 이익이 없게 되었다”고 판단하고 있다. (반대의견에서 지적하는 것처럼) 검사의 부적법한 불기소에 의하여 청구인의 권리구제를 위한 수단 내지 국가형벌권의 행사가능성이 부당하게 상실되어 버린 경우라고 할 수 있다.

46) 헌법재판소 2004. 2. 26. 자 2003헌마448 결정.

3) 요컨대, 검사의 불기소결정 중 공소권없음 처분과 기소유예처분은 그 피의사실의 혐의가 인정되는가에 관하여 본질적인 차이가 있다. 피의자가 무고함을 주장하면서 자신에 대한 기소유예처분을 다투는 경우에 권리보호이익이 있다⁴⁷⁾고 판시하였다면, 청구인이 고소인인 경우에도 자신의 피해사실에 대한 피청구인의 공소권없음의 불기소처분은 청구인의 평등권과 재판절차진술권을 침해하는 것이므로 권리보호이익이 있으며 따라서 이를 경시한 검사의 불기소결정은 ‘취소’될 수 있다고 생각한다. 하지만 헌법재판소는 위 2017헌마384 결정에서의 규범적 판단논리와는 달리 2003헌마448 결정에서는 피고소인들의 사기죄와 ‘공소시효기간이 아직 도과하지 않은’ 공정증서원본불실기재 및 동행사죄의 피의사실에 대한 피청구인의 수사미진을 “현저히 정의와 형평에 반하는 수사를 하였거나 증거의 취사선택 및 가치판단 그리고 헌법의 해석과 법률의 적용에 있어 불기소처분의 결정에 영향을 미친 중대한 잘못을 범하였다”고 보여지지 않는다고 - 사건기록을 자세히 살펴봐도 - 납득하기 어려운 판단을 하고 있다.⁴⁸⁾

IV. 대상사건에의 적용과 검찰실무 개선방안

1. 기소유예처분에 대한 헌법적 통제의 실효성 의문

1988년 9월 헌법재판제도가 도입됨으로써 국가공권력에 대한 헌법적 통제가 강화되었고, 우리의 법제도 내지 법체계를 지배해온 일반원리에 대해서도 헌법적 관점에서 재조명되고 있다. 기소독점·편의주의라는 형사소송법적 원리에 기초한 검사의 기소유예처분도 헌법적 차원에서 통제를 받고 있다. 검사의 불기소처분(기소유예포함)에 대하여 ‘고소인’은 검찰청법의 항고제도와 형사소송법상의 재정신청에 의하여 불복할 수 있다. 기소유예처분의 대상자인 ‘피의자’는 자기의 무혐의를 이유로 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 2007년 6월 재정신청의 대상범죄가 확대된 이래로 현재는 기소유예처분에 대한 헌법소원만이 제기될 수 있다. 헌법

47) 헌법재판소 1989. 10. 27.자 89헌마56 결정 참조.

48) 그럼에도 위와 같은 생각이 위 헌법재판소 2017헌마384 결정의 부적법성과 2003헌마448 결정의 부당성을 논구하고자 한 것은 아니다. 오히려 헌법재판소법 제31조(증거조사) 및 제32조(자료제출 요구 등)의 명문규정에도 불구하고 사실상 존재하는 증거 및 사실관계의 조사에 대한 헌법소원심판의 내재적 한계를 부각시킴으로써 헌법재판소의 위상에 일치하는 ‘헌법재판의 제자리 찾기’에 두고 있다.

재판소법은 재판소원을 인정하지 않기 때문이다.

여기서는 특히, 잠정적 사법판단으로서 유죄취지의 불기소결정인 기소유예의 법적 성격 및 재산범죄에 적용되는 친족간의 특례규정에 의하는 형면제판결의 본질에 근거하여 헌법소원심판의 대상이 된 재산범죄와 문서위조 관련 피의사실에 관하여 형사실무는 어떻게 판단하는지를 형법이론적인 관점에서 추론해보았다. 앞에서 살펴본 헌법재판소의 2017헌마384 결정이나 이와 비교된 2003헌마448 결정에서도 헌법재판소의 인용 및 기각결정의 실질적인 판별기준은 그 판단이유에서 명백히 밝힌 것처럼 피청구인 검사가 헌법소원심판의 대상사건에 관하여 ‘현저히 정의와 형평에 반하는 수사를 하였다거나, 헌법의 해석과 법률의 적용 또는 증거의 취사선택이나 가치판단을 함에 있어서 불기소결정(기소유예 포함)에 영향을 미친 중대한 잘못이 있다’거나 또 그와 같은 결정, 특히 ‘기소유예처분이 헌법재판소가 관여해야 할 정도의 자의적인 검찰권의 행사로 볼 자료가 있는지의 여부’이다. 이와 같은 판단을 위하여 헌법재판소법 제31조에는 ‘증거조사’에 관한 규정이 당연히 마련되어 있다. 하지만 동조가 재판부 또는 지정재판관 1인에 의한 당사자 및 증인신문, 증거자료의 제출요구와 영치, 감정과 검증 등의 증거조사만을 정하고 있어 현실의 증거조사는 - 위의 헌법재판소 결정 등에서 명시된 바와 같이 - 주로 수사기관의 초동수사 사건기록의 검토에 크게 의존할 수밖에 없는 것이 실정이다. 이처럼 헌법재판소의 사실조사에는 일정한 한계가 있다

따라서 피의사실에 대한 잠정적 유죄판단인 기소유예처분의 당부를 결정함에 있어서 그 전제가 되는 사실인정의 결정적 문제가 이러한 조사방법만으로 해결되는 것에는 문제가 있다고 할 것이다. 헌법재판소가 헌법소원을 앞두고 당면한 사실인식에는 입법적 사실과 사회적 사실, 단순사실과 규범사실, 평가적 사실과 예측적인 사실 등 다양한 유형의 사실들이 문제되기 때문이다. 실례로 헌법재판소 규범논리의 비교를 위해 소개한 2003헌마488 결정에는 재판관들 사이에 다수의 견과 소수의 반대의견으로 규범적 사실의 인정과 평가 및 판단에 차이를 보이고도 있다. 그러나 헌법재판소이든, 대법원이든 재판부원들 사이에 의견의 차이가 있는 것이 문제가 되는 것은 아니다. 오히려 존재적 사실관계에 대한 가치적·규범적인 판단과 관련된 법적인 규정(여기서는 예컨대 친족상도례 및 형면제판결 규정)과 형사실무가 그 현실 즉 피의사실이 인정된다는 사실과 일치하지 않게끔 정해져 있는 것(검찰사건사무규칙)이 문제의 소지를 남기고 있는 것이라고 판단할 수 있다.

2. 인용결정효력의 내용

나아가 비록 현행 헌법재판소 제75조 제4항은 공권력의 불행사에 대한 인용결정에 대하여 피청구인에게 그 결정 취지에 따라 새로운 처분을 해야 할 의무를 ‘부과’하고 있으나 형사소송법상의 기소독점·편의주의와 관련하여 부과된 의무의 내용 즉, 인용결정의 이유의 구속력에 대해서는 논란의 여지가 있을 수 있다.⁴⁹⁾ 헌법소원심판에서 인용결정은 모든 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다(헌법재판소법 제75조 제1항).⁵⁰⁾ 그 의미에 대해 헌법재판소는, “헌법소원의 인용결정이 있으면 피청구인은 모름지기 그 인용결정의 취지에 맞도록 공권력을 행사하여야 한다는 데 있다”고 하였다.⁵¹⁾ “따라서 검사의 불기소처분을 취소하는 헌법재판소의 결정이 있는 때에는 그 결정에 따라 불기소한 사건을 재기수사하는 검사로서는 헌법재판소가 그 결정의 주문 및 이유에서 밝힌 취지에 맞도록 성실히 수사하여 결정을 하여야 한다. 그럼에도 불구하고 피청구인이 아무런 추가수사를 함이 없이 단지 죄명만을 ... 변경하여 다시 기소유예처분을 한 것은 헌법재판소결정의 구속력을 규정한 헌법재판소법 제75조 제1항에 위배되고, 원 기소유예처분의 법리오해 및 수사미진의 점은 이 사건 기소유예처분에 있어서도 그대로 남아있는 것이라고 보지 않을 수 없다.”고 실시하고 있다.⁵²⁾

헌법재판소가 검사의 기소유예를 취소하는 인용결정을 하는 경우에도 그 결정의 효력에 대해서는 검사에게 당해사건의 재기수사의무만을 부담하도록 해야 할 것이다.⁵³⁾ 따라서 검사가 그 결정의 취지에 따라 수사를 재기하여 청구인의 피의 사실을 조사한 결과 다시 불기소처분사유에 해당한다고 인정하는 때에는 불기소결정을 할 수 있다고 본다.⁵⁴⁾

49) 나아가 검사의 소추제량에 대한 기속제량설(강동욱, “헌법재판소의 결정이 검사기소권 등에 미친 영향”, 법과 정책연구, 제8집 제2권, 한국법정책학회, 2008. 12, 352면; 배종대 외 3인, 앞의 책, 235면; 차용석·최용성, 형사소송법, 제3판, 21세기사, 2008, 306면)과 자유제량설(이재상, 앞의 책, 371면)의 대립도 있다.

50) 구속력의 구체적 내용에 대해서는 먼저, 구속력의 객체인 국가기관 등은 당해 사건의 결론과 관련하여 헌법재판소가 내린 결정에 저촉되는 행위를 해서는 안 되며, 헌법재판소가 내린 결정의 내용을 적극적으로 실현하여야 하고 마지막으로 동일·유사한 후속 사안에서 헌법재판소가 내린 결정 취지에 저촉되는 행위를 해서는 안 된다고 설명하고 있다(김하열, 주석 헌법재판소법, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015. 6, 1212~1213면 참조).

51) 헌법재판소 1993. 11. 25. 자 93헌마113 결정 참조.

52) 헌법재판소 2011. 3. 31. 자 2010헌마312 결정(강조는 필자).

53) 검찰실무에도 헌법재판소로부터 불기소처분의 취소결정을 통지받은 검찰청의 장이 불기소처분된 사건에 대하여 지체 없이 재기수사를 하도록 정하고 있다(검찰사건사무규칙 제156조 제2항 제1호 참조). 이 경우 그 재기사유는 “헌법재판소의 불기소처분취소결정”이다.

3. 검찰실무의 개선

친족간 특례규정의 입법취지는 친밀한 가족간의 정서적 유대관계를 고려하여 국가가 형벌을 통한 가정 내에 개입하는 것을 가능하다면 자제하겠다는 형사정책적 고려에 바탕을 두고 있다. 일반적으로 재산범죄에 대한 피해자의 동의는 구성요건해당성이 배제되는 ‘양해’라고 해석되고 있다. 그런데 피해자와 특별한 친족관계에 있다는 형식적 이유만으로 피해자의 의사와 상관없이 필요적 형면제사유로 정하고, 나아가 공소권없음의 불기소결정이라는 확실적인 법효과를 부여하는 것은 법익주체의 의사가 가장 중하게 고려되어야 할 개인의 재산범죄 영역에서 법익주체의 의사를 거의 고려하지 않는 타당하지 않은 입법의 규정태도이다.⁵⁴⁾

친족상도례를 비롯한 처벌조각사유의 법적인 효과는 유죄판결의 일종인 형의 면제판결이다. 이는 피의사실에 대해 유죄가 인정되나 정책적 판단에 따라 국가의 형벌권행사를 면제하는 것이다.

재산범죄에 있어서 피해자의 의사는 실체법상으로 구성요건해당배제사유인지, 위법성조각사유인지 아니면 소추조건에 해당하는가는 공범의 성립여하와 관련된 중요한 사항이고, 절차법적으로도 무죄와 유죄의 실제판결과 형식재판은 전혀 다른 법효과를 지닌 별개의 문제이다.⁵⁵⁾ 이러한 관점에서 고찰하면 친족간 특례규정이나 필요적 형면제사유에 기한 면제판결이 죄의 성립은 인정하되 그 처벌에서만 밀접한 친족관계의 특수성을 고려하여 국가가 형벌권행사를 자제하는 것으로 입법된 것으로 보아야 한다. 그렇다면, 검찰실무도 절차법상의 재판유형에 일치되게 또한 피해자의 의사를 다양한 형태로 고려할 수 있도록 형법의 이원적 규정취지에 부합하는 방향으로 적절하게 정비될 필요가 있다.⁵⁷⁾

결국, 형의 필요적 면제사유는 ‘공소권없음’의 불기소가 아니라 ‘기소유예’의 불기소가 되어야 할 것이다. 이것이 현행 형사소송법상의 규정태도와도 일치하는 것이라고 하겠다. 형사소송법은 재판의 형식으로 결정과 판결의 구분만이 아니라

54) 종래에도 재기수사이후에 다시 불기소 처분한 경우로는 헌법재판소 1991. 11. 25.자 90헌마124 결정 참조. 제2의 불기소처분에 대한 청구인의 헌법소원심판을 인용하여 다시 이를 취소한 사안에 대해서는 헌법재판소 1997. 7. 16.자 97헌마106 결정; 헌법재판소 1997. 12. 24.자 95헌마181, 97헌마250 병합결정; 헌법재판소 1999. 3. 25.자 98헌마303 결정 등 참조.

55) 황태정, 앞의 논문, 114면.

56) 황태정, 앞의 논문, 111면.

57) 나아가 혐의없음, 죄가안됨, 공소권없음에 해당하는 불기소결정을 받은 형사피의자는 형사보상청구권이 인정되는 반면에 기소유예처분을 받은 피의자에게는 그와 같은 청구권이 인정되지 않는다(헌법 제28조, 형사보상법 제27조 제1항 참조).

공소기각 등의 형식재판과 유무죄의 실체재판을 구별하고 있기 때문이다. 주지하다시피 형의 면제판결은 유죄취지의 실체판결에 해당한다. 아울러 헌법 제37조 제2항에 따르면 법률의 형식으로만 기본권을 제한할 수 있는데, 형의 필요적 면제 사유가 있는 경우 공소권없음의 불기소결정을 규정하고 있는 검찰사건사무규칙 제 69조 제1항 제4호를 근거로 검사의 잠정적 사법판단인 기소유예처분의 기본권침해 여부를 판단하는 기준으로 제시하는 것에도 미흡한 부분이 있다고 생각한다.⁵⁸⁾

V. 나가는 말

이상에서 헌법재판소 2017헌마384 결정을 중심으로 그 심판대상인 청구인의 피의사실 쟁점사항에 대한 이 사건 처분검사의 결정과 관련 실무규정 및 청구인의 주장요지를 형사법이론적인 측면에서 살펴보았다. 기소유예처분에 불복하는 피의자의 법적 구제수단은 헌법소원심판이 유일하지만, 그 결정주문의 소극적 형식과 헌법재판에 내재된 사실규명의 제약으로 인하여 기소유예처분의 통제 기능에는 어느 정도 한계가 있다고 하였다.

여기서는 먼저 재산범죄에 대한 친족간 특례규정의 적용과 관련하여 실제형법이 형의 필요적 면제와 친고죄로 구분하고 있는데도 사건처리의 편의를 위하여 동일하게 형식적인 공소권없음의 불기소 결정하는 검찰실무는 형면제판결의 절차법적인 성격과 비교하여 재고되어야 한다고 본다. 즉 유죄취지의 실체재판인 형면제판결이 선고되는 ‘법률의 규정에 의하여 형이 면제되는 경우’와, 공소기각의 형식재판이 선고되는 ‘친고죄에 고소가 없거나 그 고소가 무효 또는 취소된 경우’를 함께 “공소권없음”이라는 불기소 결정의 주문 형식으로 기재하도록 정하고 있는 검찰사건사무규칙은 위와 같은 법률규정에 반하는 것이다.

실제로도 기소유예처분에 대한 헌법소원의 대다수는 바로 청구인에 의한 기소유예처분과 공소권없음의 불기소처분간의 부당한 구별에 기인하고 있다. 그런데도 헌법재판소가 제시하는 헌법소원의 실질적인 판단기준으로는 ‘현저히 정의와 형평에 반하는 수사, 헌법해석과 법률적용 또는 증거판단에의 잘못’이 있어 ‘헌법재판소가 관여해야 할 정도의 자의적인 검찰권한의 행사’이며, 그 형식적 기준은 바로 검찰사건사무규칙에 정해진 불기소결정의 주문 각호에 따른 유형구분 정도

58) 헌법재판소 2004. 2. 26. 자 2003헌마448 결정 중 반대의견 참조.

이다. 그러나 헌법 제37조 제2항은 기본권제한의 법률유보를 정하고 있는데, 헌법재판소 자체가 형의 필요적 면제사유가 있는 경우에 대해 ‘공소권없음’ 불기소 결정하는 검찰사건사무규칙을 이유로 삼아, 검사의 잠정적 사법판단인 기소유예처분의 기본권침해여부 판단기준으로 제시하는 것도 바람직하지는 않다고 생각한다.

결국 재산범죄에 대한 친족간 특례규정이나 형의 필요적 면제사유에 기한 면제판결이 죄의 성립은 인정하되 그 처벌에만 친족관계의 특수성을 고려하여 국가형벌권 행사를 자제하는 정책적 입법이라면, 검찰실무도 절차법상의 재판유형에 일치되게 또한 범죄피해자의 의사를 다양한 형태로 고려될 수 있도록 실체형법의 이원적 규정태도와도 일치되게 정비되어야 한다. 요컨대 형사소송법이 재판형식에 대해 공소기각 등의 형식재판과 유·무죄의 실체재판을 구별하고 있으므로 필요적 형면제사유에 대해서는 ‘공소권없음’의 불기소가 아니라 오히려 ‘기소유예’의 불기소처분으로 개정되어야 할 것이다.

(논문투고일 : 2018.02.21., 심사개시일 : 2018.02.22., 게재확정일 : 2018.03.14.)



▶ 이 경 령

헌법소원, 기소편의주의, 기소유예, 친고죄, 형의 면제사유, 면제판결, 친족상도례

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 강구진, 「형사소송법원론」, 학연사, 1982.
- 김기두, 「형사소송법(전정신판)」, 박영사, 1985.
- 김성돈, 「형법총론(제5판)」, SKKUP, 2017.
- _____, 「형법각론(제4판)」, SKKUP, 2016.
- 김하열, 「주식 헌법재판소법」, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015.
- 배종대 외 3인, 「형사소송법(제2판)」, 홍문사, 2016.
- 백형구, 「형사소송법강의(제8정판)」, 박영사, 2001.
- 신동운, 「신형사소송법(제3판)」, 법문사, 2011.
- 신양균, 「형사소송법(신판)」, 화산미디어, 2009.
- 오영근, 「형법각론(제2판)」, 박영사, 2009.
- 이재상, 「형사소송법(제9판)」, 박영사, 2014.
- 임동규, 「주식 형사소송법(Ⅲ)」, 한국사법행정학회, 2017.
- 임 용, 「형법각론(개정판보정)」, 법문사, 2008.
- 차용석, 최용성, 「형사소송법(제3판)」, 21세기사, 2008.
- 최창호, 「주식 형사소송법(Ⅱ)」, 한국사법행정학회, 2017.
- 헌법재판소, 「헌법재판소 20년사」, 2008.
- 헌법재판소 헌법재판연구원, 「주식 헌법재판소법」, 21세기사, 2008.

II. 논문

- 강동욱, “헌법재판소의 결정이 검사기소권 등에 미친 영향”, 법과 정책연구 제8집 제2권, 한국법정책학회, 2008.
- 모성준, “형법상 친족상도례 규정의 문제점과 바람직한 개정방향”, 법학논총 제21집 제2호, 조선대학교 법학연구원, 2014.
- 문채규, “검사의 부당한 불기소처분에 대한 법적 통제와 기소편의주의의 미래”, 안암법학 제6권, 안암법학회, 1997.
- 신이철, “친족간의 야간주거침입절도죄와 일부기소”, 형사법의 신동향 제52호, 대검찰청 미래기획단, 2016.
- 이석연, “불기소처분에 대한 헌법소원제도의 운용 및 개선방안 일고”, 인권과

정의, 대한변호사협회, 1991.

조광훈, “친족상도례의 제한적 적용에 관한 검토”, 성신법학 제11호, 성신여자
대학교 법학연구소, 2011.

황태정, “형법상 친족간 특례규정과 피해자의 의사”, 피해자학연구 제16권 제1
호, 2008.

Abstract

**A Criminal Justice Review of Constitutional Petitions
Against Suspension of Prosecution**

—Focused on a case Review of Constitutional Court Decision 2017
HeonMa 384—

Lee, Kyung Lyul

A constitutional petition is the only legal remedy available to a suspect who seeks to object to a suspension of prosecution. However, a constitutional petition is more or less restricted in its ability to provide constitutional control over suspension of prosecution by prosecutors, on account of the negative format employed in the main texts of decisions on constitutional petitions, and the restrictions on fact finding inherent in constitutional court proceedings. This paper reviews Constitutional Court Decision 2017 HeonMa 384 from a criminal justice perspective, focusing on the facts of the case as determined by the prosecutor, who is the respondent in the case, the applicable regulations, and the gist of the petitioner's claims.

Firstly, with regard to the application of the "special rules on crimes and complaints among relatives" to property crimes, the substantive criminal law distinguishes between mandatory exemption of punishment and crimes subject to victim's complaint. However, the Regulations on Prosecutory Affairs provides that the type of the main text of decisions in both cases should be non-prosecution due to a "lack of authority to prosecute," for the sake of convenience of case processing. In this regard, the Regulations on Prosecutory Affairs is in violation of the substantive law.

In fact, most constitutional petitions against suspension of prosecution stem

from the unjustifiable distinction between suspension of prosecution and non-prosecution due to a lack of authority to prosecute. Nevertheless, as the substantive criteria applicable to such cases, the Constitutional Court reviews “whether there exists an exercise of a prosecutor’s power that is so arbitrary as to require an intervention from the Constitutional Court,” on account of “an investigation that is markedly unjust or unfair, or an error in interpretation of the Constitution, application of the law, or judgment on evidence.” As for the formal criteria applicable to such cases, the Constitutional Court relies on the types of the main text of non-prosecution decisions prescribed by the Regulations on Prosecutory Affairs.

However, Article 37, Paragraph 2 of the Constitution provides for statutory reservation of basic rights. Then, it may not be appropriate for the Constitutional Court to lay down the Regulations on Prosecutory Affairs, which requires non-prosecution decision due to a lack of authority to prosecute when there exists a cause for mandatory exemption of punishment, as a criteria to decide whether a suspension of prosecution—which represents the prosecutor’s tentative judicial judgment of the case—violated a petitioner’s basic rights. For this reason, by way of conclusion, this paper proposes the following improvements.

In sum, if the special rules on crimes and complaints among relatives and the exempted adjudication based on the causes for mandatory exemption of punishment can be understood as statutory provisions based on a policy consideration that, even though a suspect’s action constitutes a crime, the state refrains from exercising its power of punishment in consideration of the special nature of the relationship between relatives, the prosecutory practices should be brought to alignment with the dual distinction under the substantive criminal law, so as to match the types of decisions under the procedural law, and allow for the incorporation of crime victims’ intentions in various formats. In other words, as the Criminal Procedure Act distinguishes between formal decisions such as rejection of indictment and substantive guilty/not guilty decisions, the Regulations on Prosecutory Affairs should be revised so that a prosecutor is required to render a decision of suspension of prosecution rather than a decision of

non-prosecution due to “a lack of authority to prosecute” in cases where there exists a cause for mandatory exemption of punishment.



▶ **Lee, Kyung Lyul**

Constitutional petition, Principle of discretionary prosecutions, Suspension of prosecution, Crime subject to victim' s complaint, Cause for exemption of punishment, Exempted adjudication, Rules on crimes and complaints among relatives

成均館法學

第30卷 第1號



法學研究院

2018

성균관대학교 「成均館法學」 편집위원회 운영규정

제1조 (목적) 이 규정은 법학연구원 규정 제13조에 따른 편집위원회의 구성 기타 운영에 관한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조 (구성) 편집위원장 및 편집위원은 4년제 대학(법학전문대학원 포함)의 전임교원 및 법조실무가 가운데서 7인 이상을 원장이 위촉한다.

제3조 (편집위원의 임기) ① 편집위원장 및 편집위원의 임기는 2년으로 하며, 연임할 수 있다.

② 원장은 특별히 필요하다고 인정되는 경우에 임기가 종료되지 아니한 위원을 운영위원회의 동의를 얻어 해촉할 수 있다. 또한 원장은 해촉된 위원을 교체하기 위하여, 또는 사임한 위원을 승계하기 위하여, 기타 필요한 경우에 편집위원을 새로 선임할 수 있고, 그 임기는 퇴임한 위원의 잔여임기로 한다.

제4조 (편집위원회 업무 등) 편집위원회는 다음 각호의 사항을 처리한다.

1. 『성균관법학』에 게재를 신청한 원고의 심사를 위한 심사위원의 선임
2. 심사결과의 평가와 게재 여부의 결정
3. 심사결과에 대한 이의의 처리

제5조 (논문심사의 위촉) ① 투고된 원고는 원칙적으로 편집위원장을 통해 위촉된 심사위원에 의하여 1편당 3인에 의하여 심사된다.

② 심사위원은 원칙적으로 외부 심사위원 2인 이상으로 한다. 단, 부득이한 사정이 있는 경우 이러한 내·외부 심사위원의 비율을 변경할 수 있다.

③ 편집위원장은 당해 논문의 전공분야의 박사학위자 또는 당해 논문제목과 동일 또는 유사한 선행 논문을 발표한 전문가에게 심사를 위촉함을 원칙으로 한다.

④ 논문심사에 있어서 심사위원과 투고자의 인적사항은 밝히지 않는다.

제6조 (게재 결정) ① 편집위원회는 개별심사원의 의견을 종합하여 법학연구원 심사규칙 제4조 제1항 및 제2항에 따른 심사결과가 모두 “수정 후 게재” 이상인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 게재를 허용한다.

② 논문심사의 결과에 “대폭 수정 후 차호 재심사”가 들어있는 경우에는 재심사의 진행가능성 및 수정지시의 준수 여부 등을 고려하여 게재여부를 결정한다.

③ 법학연구원 심사규칙 제4조 제2항에 따른 심사결과가 일치하지 않는 경우 또는 심사결과에 “게재유보”가 포함되어 있는 경우 편집위원장은 당해 논문을 심사하지 않은 다른 1인의 심사위원에게 재심사를 의뢰할 수 있다.

④ 동일인(공동저자포함)은 동일호에 1편의 논문만을 투고/게재할 수 있다.

제7조 (게재결정에 대한 이의) ① 법학연구원 심사규칙 제4조에 의하여 “대폭 수정 후 차호 재심사” 또는 “게재유보”의 결정을 통고 받은 신청인은 통지를 받은 날로부터 3일 이내에 편집위원장에게 서면 또는 전자우편으로 이의를 제기할 수 있다.

② 제1항에 따른 이의가 제기된 경우 편집위원장은 편집위원회를 소집하여 이를 처리하여야 한다.

③ 편집위원장은 제2항에 따른 편집위원회의 결과를 지체 없이 신청인에게 통지하여야 한다.

제8조 (편집위원회의 운영) ① 편집위원장은 년4회 정기편집회의를 소집하여야 하며, 본 연구원의 원장이 요구할 경우 임시편집회의를 소집할 수 있다.

② 편집위원회는 재적 과반수 출석과 출석 과반수 찬성으로 의결한다.

③ 필요하다고 인정되는 경우 편집위원장은 서면결정으로 편집위원회에 갈음할 수 있다.

제9조 (비밀준수의무) 편집위원은 편집위원회의 업무에 관하여 얻은 정보를 공개하지 않을 의무가 있다.

- < 부 칙 > 본 규정은 1997년 3월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2002년 3월 2일부터 시행된다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2004년 6월 30일부터 시행된다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2006년 12월 1일부터 시행된다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우
제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월 31일에 각각 발간한다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2010년 3월 2일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2011년 3월 2일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2011년 5월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2011년 12월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2012년 9월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2014년 9월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2014년 12월 11일부터 시행한다.
- < 부 칙 > _____

성균관대학교 「成均館法學」 연구윤리규정

제1조 (목적) 이 규정은 성균관법학에 투고된 글에 관하여 연구윤리위반에 대해 판정하고, 더 나아가 연구윤리의 확산과 부정행위 방지를 목적으로 한다.

제2조 (연구윤리위반의 종류) 연구윤리위반에는 아래의 행위가 포함된다.

1. 표절 등 타인의 저작권을 침해하는 행위
2. 논문의 작성에 실질적인 기여 없이 작성자로 기재하는 행위
3. 과거에 출판된 논문 등 저작물을 중복하여 출판하는 행위
4. 상당한 이유 없이 타인의 명예를 침해하는 표현을 사용하는 행위
5. 학계에서 통상적으로 용인되는 범위를 심각하게 벗어난 행위

제3조 (연구윤리위원회의 구성) ① 법학연구원규정 제15조에 따라 구성된 성균관대학교 법학연구원의 연구윤리위원회가 성균관법학 윤리위원회(이하 위원회라 한다)의 업무를 수행한다.

- ② 위원회는 연구윤리위원장을 포함하여 10인 이내의 위원으로 구성한다.
- ③ 연구윤리위원장과 연구윤리위원은 법학연구원장이 위촉한다.

제4조 (연구윤리위원의 임기) 연구윤리위원장과 연구윤리위원의 임기는 2년으로 하며, 연임할 수 있다.

제5조 (위원회의 권한) ① 위원회는 투고된 글의 연구윤리위반에 대해 심의하고 의결한다.

- ② 위원회는 연구윤리위반 사안을 검토하기 위해 조사위원을 선임할 수 있다.

제6조 (위원회의 회의) ① 위원장은 위원회를 소집하고 그 의장이 된다.

- ② 위원장은 투고된 글의 연구윤리위반에 관해 의심이 있을 때나 심의 요청이 접수된 때에 회의를 소집하여야 한다.
- ③ 회의는 위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다.
- ④ 당해 사안에 대해 공정성을 기대하기 어려운 사유가 있는 위원은 심의나 의결에

관여할 수 없다.

제7조 (조사위원의 권한과 의무) ① 조사위원은 당해 사안이 심의되는 위원회의 회의에 참석하여 발언할 수 있다.

② 조사위원은 당해 사안에 관해 조사보고서를 작성하여 위원회에 제출해야 한다.

제8조 (피조사자의 권한) ① 피조사자는 회의에 출석하여 진술할 권한을 가진다.

② 피조사자는 위원회의 결정이 있는 날로부터 15일 이내에 그 결정에 대해 통지를 받을 권한을 가진다.

③ 피조사자는 통지를 받은 날로부터 7일 이내에 제심을 청구할 권한을 가진다.

제9조 (연구윤리위반에 대한 조치) 위원회는 제2조의 연구윤리위반에 대하여 다음의 조치를 취한다.

1. 투고된 원고에 대한 게재 거부
2. 게재된 경우라면 성균관법학 논문목록에서 삭제
3. 투고자에 대하여 3년 이상 성균관법학에 논문투고 금지
4. 법학연구원 홈페이지에 위반사항 공고
5. 투고자의 소속 기관장에 위반사항 통보

제10조 (위원의 비밀유지의무) 위원장과 위원은 위원회의 직무와 관련하여 취득한 사항에 대하여 비밀을 유지하여야 한다.

제11조 (연구윤리에 대한 교육) 연구윤리위원장은 법학연구원장과 협의하여 연구윤리를 확산하고 부정행위를 방지하기 위한 교육을 정기적으로 실시한다.

제12조 (운영예산) 위원장은 위원회의 운영 및 조사에 필요한 예산을 책정하여 지급할 수 있다.

제13조 (타규정의 준용) 성균관대학교 ‘연구윤리 및 진실성 확보를 위한 규정’을 준용한다.

< 부 칙 > 이 규정은 2007년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 이 규정은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

성균관대학교 「成均館法學」 투고규칙

제1조 (목적) 이 규칙은 성균관대학교 법학연구원에서 발행하는 성균관법학(이하 학술지)에 게재할 논문 투고에 관한 사항을 정하는 것을 목적으로 한다.

제2조 (투고자격) ① 투고 요청논문은 다음 각 호에 해당하는 자에 한한다.

1. 성균관대학교 법학전문대학원 교수
2. 성균관대학교 법학연구원 연구원
3. 전국의 법과대학 및 법학전문대학원 교수, 판사, 검사, 변호사
4. 법학 박사학위 과정 이상인 자
5. 기타 편집위원회의 승인을 얻은 자

② 상기의 자격을 가진 자는 공동저술이 가능하며, 공동저자의 경우에는 제1저자가 주저자가 된다.

제3조 (투고원고) 학술지에 투고할 원고는 다음과 같다.

1. 발표논문 : 본 연구원 주최 학술모임에서 발표되고 제출된 논문
2. 일반논문: 학술지 게재를 위하여 따로 투고된 논문
3. 판례평석
4. 기타 편집위원회에서 학술적 가치가 있다고 인정한 번역물과 서평 등

제4조 (원고제출) ① 학술지에 논문을 게재하고자 하는 자는 원고를 각각 발간일 60일 전까지 원고파일을 온라인 논문 투고 및 심사 시스템 홈페이지 (<https://icls.jams.or.kr>)에 제출함을 원칙으로 한다. 단, 논문제출 마감일이 공휴일인 경우에는 원고제출은 그 다음날까지 할 수 있다.

② 투고자는 법학연구원이 제공한 논문투고 신청서 및 논문연구윤리 확인서 및 논문사용권 등 위임동의서를 제출하여야 한다. 이를 이행하지 아니한 자는 투고를 철회한 것으로 간주하며, 향후 2년간 성균관법학은 논문투고 신청을 거절할 수 있다.

③ 투고된 논문은 성균관법학 원고작성요령에 따라 제출되어야 한다.

제5조 (원고제출 기일의 연장) 법학연구원장은 논문제출 기일을 연장할 수 있다.

단, 이 기일의 연장은 법학연구원 홈페이지에 공지하여야 한다.

제6조 (심사료 및 게재료) ① 학술지에 원고를 제출할 때에는 심사비 6만원을 납부해야 한다. 게재가 결정된 원고에 대해서는 지정된 기일까지 게재료 20만원과 추가 부담금을 납부해야 하며, 추가부담금은 20자 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 연구원 편집위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다.

제10조 (기타) 성균관법학의 논문투고와 관련하여 본 규칙에 명시되지 아니한 사항은 법학연구원 편집위원회의 결정에 따른다.

< 부 칙 > 본 규칙은 1997년 3월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2002년 3월 2일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2004년 6월 30일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2006년 12월 1일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우

제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월31일에 각각 발간한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2010년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 5월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 12월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2012년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

성균관대학교 「成均館法學」 원고작성요령

1. 원고는 논문, 판례평석, 서평, 자료로 구별하여 작성합니다.
2. 원고의 표지에는 논문제목(국문 및 영문), 필자성명(국문 및 영문), 소속과 직위, 학위, 주소, 전화번호(사무실, 자택, 이동전화), 팩스번호 및 e-mail 주소를 기재하여야 합니다.
3. 원고의 분량은 200자 원고지 100매 내외(A4용지 15매)를 원칙으로 합니다. 다만, 원고가 150매 초과시에는 초과분에 대한 게재료를 추가로 부담하여야 합니다.(추가부담금은 200자 원고지 150매를 초과하는 경우 원고지 1매당 2,000원으로 합니다)
4. 제출하는 원고에는 반드시 목차, 국문요약(외국어 논문인 경우에는 외국어요약), 참고문헌, 외국어초록(외국어 논문인 경우에는 국문초록), 국문 및 외국어 5개 이상의 주제어를 첨부해야 합니다. 단, 2015년 3월호 게재될 논문의 외국어 초록과 외국어 주제어는 영문으로 작성해야 합니다.
5. 주석은 각주로 처리합니다.
6. 논문은 ‘아래한글’ 로 다음의 규격에 따라 작성합니다.
 - 가. 본문 : 왼쪽 여백 25, 오른 여백 25, 들여쓰기 5, 줄간격 170, 글꼴 바탕, 글자크기 10.5
 - 나. 각주 : 왼쪽 여백 3, 오른 여백 0, 들여쓰기 -3, 줄간격 150, 글꼴 바탕, 글자크기 9
7. 직접 인용할 때에는 “ ” 를 사용하고 강조할 때는 ‘ ’ , 방점 또는 밑줄을 사용합니다.
8. 출전은 필자, 논문명, 서명, 판수, (출판사, 간행 년도) 인용면수 순으로 표시합니다.
[예 : 김갑돌, “상법의 이념”, 「成均館法學」 제11호 (법학연구원, 1999) 1쪽]
외국출전은 그 나라의 표준적인 표시방법에 따라 표시할 수 있습니다.
[예 : Joe A. Kim, “Corporate Governance”, 27 A.A.L.Rev. 103, 107~109 (1997)]
9. 국문 또는 한자로 표기되는 저서는 「 」 로, 논문은 “ ” 로 표시합니다.

10. 국문 또는 한자로 표시되는 저서나 논문을 인용할 때는 쪽 또는 면으로, 로마자로 표시되는 저서나 논문을 인용할 때는 p. 또는 S. 로 인용면수를 표시합니다.
11. 국내 판결은 선고 법원, 선고일, 판결 또는 결정, 사건번호의 순으로 표시하고 [예 : 대법원 1995. 1. 1. 선고, 1994가1111 판결], 외국의 판결은 그 나라의 표준적인 인용방법에 따릅니다.
12. 외국 인명이나 지명은 우리말로 표기하고 명확히 하고자 할 때에는 ()안에 언어를 표시합니다. [예 : 화이트(James J. White)]
13. 공저자는 ‘/’ 를 사용하여 표기합니다. [예 : 김갑돌/이을순/박명희]
14. 면수나 연도 등에서 ‘부터 까지’ 를 나타내는 부호로 ‘-’ 이 아닌 ‘~’ 를 사용합니다.
15. 영문 성명, 논문명, 판결명 등에서 첫 자 이외에는 소문자로 표기합니다.
16. 일본어 논문명, 서명 등은 번역하지 않고 그대로 표기합니다.
17. 기념논문집은 「××× 기념논문집」 또는 「○○○-××× 기념논문집」으로 표기합니다.
18. 특별한 의미가 없는 한 각주에서 ‘참조’ 표시를 하지 않습니다.
19. 저자(필자)의 명칭은 본국에서 일상적으로 쓰는 순서대로 표기합니다.

성균관대학교 「成均館法學」 심사규칙

제1조 (목적) 이 규칙은 성균관대학교 법학연구원(이하 ‘연구원’ 이라 한다)에서 간행하는 『성균관법학』에 게재하기 위하여 투고된 논문, 판례평석, 기타 원고 등의 심사절차를 정함으로써 공정한 심사기준을 마련함을 목적으로 한다.

제2조 (심사대상) 투고규칙 제3조에 따라 투고된 논문은 심사대상이 된다. 단, 번역물과 서평 등은 논문심사에서 제외할 수 있다.

제3조 (논문심사의 위촉과 심사절차) 논문심사의 위촉은 편집위원회 운영규정 제5조에 따른다.

제4조 (논문심사기준) ① 논문심사는 다음 각호의 기준에 따른다.

1. 논문의 독창성
2. 논문의 전문성
3. 논문의 형식
4. 논문의 해당분야 이론 및 실무의 관한 발전에 대한 기여도

② 논문에 대한 평가는 다음의 단계로 구분한다.

1. 수정이 필요 없을 경우 : “현행대로 게재”
2. 간단한 수정이 필요한 경우 : “수정 후 게재”
3. 전면적인 수정이 필요하며, 금번호에는 게재가 어려운 경우 : “대폭 수정 후 차호 재심사”
4. 게재가 가능하지 않는 경우 : “게재유보”

제5조 (개정) 이 규칙은 『성균관법학』 편집위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다.

- < 부 칙 > 본 규칙은 1997년 3월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2002년 3월 2일부터 시행된다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2004년 6월 30일부터 시행된다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2006년 12월 1일부터 시행된다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우
제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월31일에 각각 발간한다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2010년 3월 2일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2011년 3월 2일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2011년 5월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2011년 12월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2012년 9월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규칙은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

성균관대학교 「成均館法學」 발행규칙

제1조 (목적) 이 규칙은 성균관대학교 『성균관법학』을 발행함에 있어 필요한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조 (학술지명) 법학연구원은 국내학술지로 『성균관법학』(SungKyunKwan Law Review)을 발행한다.

제3조 (발간시기) ① 성균관법학은 연4회 발간한다.

② 성균관법학의 발간일자는 매년 3월 31일, 6월 30일, 9월 30일, 12월 31일로 한다.

③ 성균관법학에 게재된 저작물에는 논문투고일자(2***년 *월 *일), 심사일자(2***, *월, *일, 게재확정일자(2***, *월, *일)를 표기한다.

④ 편집위원회의 결정에 의하여 기념호 또는 특집호를 발간할 수 있다.

제4조(별쇄본의 제작) ① 성균관법학에 게재가 확정된 논문에 대해서는 별쇄본을 제작하여 이를 각 논문제출자에게 무상으로 제공한다.

② 무상으로 제공되는 별쇄본은 10부로 한다. 다만, 논문제출자의 신청이 있으면 제출자의 비용부담으로 추가 제공할 수 있다.

< 부 칙 > 본 규칙은 1997년 3월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2002년 3월 2일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2004년 6월 30일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2006년 12월 1일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우 제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 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.

法學研究院 운영위원회

- 연구원장 배병호
- 운영위원 김일환, 김천수, 박광민, 성재호, 임건면, 정호열, 최봉철

法學研究院 편집위원회

- 편집위원장 김일환(성균관대학교)
- 편집위원 강혁신(조선대학교), 권건보(아주대학교), 김재범(경북대학교), 김해원(부산대학교), 김홍식(안동대학교), 이경열(성균관대학교), 윤종민(충북대학교), 정경영(성균관대학교), 정차호(성균관대학교)

法學研究院 윤리위원회

- 윤리위원장 최봉철(성균관대학교)
- 윤리위원 노수환(성균관대학교), 오상현(성균관대학교), 이해암(성균관대학교), 정상현(성균관대학교), 정재황(성균관대학교), 패트리샤 게디(성균관대학교), 한석훈(성균관대학교)

- 연락처 : 서울시 종로구 성균관로 25-2 성균관대학교 법학관 303호 법학연구원
- 전 화 : (02) 760-1288 Fax : (02) 760-1289
- Homepage : <http://law.skku.edu/>
- E-mail : icls@skku.edu

이 학술지는 2017년도 정부 자원 (교육부)으로 한국연구재단의
지원을 받아 출판되었음.

This journal was supported by the National Research
Foundation of Korea Grant funded by the Korean Government
(MOE).

成均館法學

第30卷 第1號

1판 1쇄 인쇄 2018년 3월 31일

1판 1쇄 발행 2018년 3월 31일

발행인 : 배병호

발행처 : 성균관대학교 법학연구원

주소 : 110-745 서울특별시 종로구 성균관로 25-2

전화 : (02)760-1288

팩시밀리 : (02)760-1289

E-mail : icls@skku.edu

등록번호 : 1992년 12월 22일 제1-1469호

ISSN 1229-943X

