

成均館法學

第32卷 第1號



成均館大學校 法學研究院

2020.03

발 간 사

올 해 겨울은 예년보다 다소 포근한 날씨를 보이기는 했지만, 최근 급속도로 확산되고 있는 코로나바이러스 감염병으로 완연한 봄은 찾아오지 않은 것 같습니다. 사회적으로나 경제적으로 어려운 상황에 처해 있는 이때에 슬기롭게 잘 극복해나가길 바라겠습니다.

이번 「성균관법학」 제32권 제1호에도 많은 분들이 투고를 해주셨고 엄정한 심사 절차를 거쳐 총 7편의 옥고를 게재하게 되었습니다. 4차 산업혁명에 의한 사회 변화와 함께 정보의 중요성이 대두되고 있는 가운데 ‘공공 분야 정보’ 활용과 관련된 공공정보법의 개선 방안, 개인정보보호 감독기구에 의한 약관 규제 방안, 그리고 국내 통신망 정책과 관련된 통신망 접속통신료 정산 방식의 쟁점을 다루는 논문 등이 게재되었습니다. 또한 지방재정투자사업 심사 제도를 분석한 논문과 함께 민사법과 상사법 분야의 주제를 다루는 예금주 명의신탁약정이 사해행위 취소의 대상이 되는지 여부에 대한 논문과 국제물품매매계약에서 본질적 계약 위반을 다루는 논문 등이 게재되었습니다. 바쁘신 일정 중에서도 원고 심사를 맡아주신 심사위원님들께 감사드립니다. 그리고 발간을 위해서 애써 주신 편집위원님들과 법학연구원 구성원 모두에게 감사의 말씀을 드립니다.

「성균관법학」에 게재된 논문들은 올해 말 시상될 제7회 송암학술상(松巖學術賞)의 심사 대상이 됩니다. 송암학술상은 성균관대학교 법학전문대학원에 봉직 하였고 현재 법무법인 울촌에 근무하는 임재연(林在淵) 변호사님이 출연하여 조성된 기금으로 시상하고 있습니다. 올해도 예년과 마찬가지로 네 분의 송암 학술상 및 두 분의 송암신진학술상 수상자를 선정하여 상패와 소정의 상금을 수여할 예정입니다. 여러분들의 많은 관심 부탁드립니다.

「성균관법학」은 앞으로도 학문의 다양성과 전문성을 추구하면서 시대적 흐름에 적절한 새로운 법 영역의 논문들이 게재될 수 있도록 노력하려고 있습니다. 「성균관법학」이 학문적으로 가치 있는 성과물을 담아낼 수 있도록 여러분의 뜨거운 관심 부탁드립니다.

2020. 03. 31.

법학연구원장

고 동 원

目 次

[研究論文]

- 공공 오픈데이터 EU Directive 개정 동향과 시사점 김민호, 이보옥 1
- 민간부문 개인정보보호에 대한 약관 통제 박주희 31
- 예금주 명의신탁의 법리에 대한 비판적 검토 : 사해행위 취소의 대상과 원상회복을 중심으로 이재명, 김제완 61
- 국제물품매매계약에 관한 국제연합 협약(CISG) 제25조상 본질적 계약위반의 의미에 관한 소고 - 우리나라의 하급심판례를 중심으로 - 남궁주현 101
- 인터넷 접속통신료 정산방식의 국제규범 조화방안에 대한 소고 김현경 129
- 미국의 명예훼손법상 추정적 손해배상의 동향에 대한 관견(管見) 이승현 171
- 지방재정법상 지방재정투자사업 심사제도에 관한 입법평가 배병호 213

CONTENT

Articles

- Recent Trends of the Amendment of the Public Sector Information Directive in EU and Its Implications to the Republic of Korea
Kim, Min Ho 1
Lee, Bo Ok
- Control of Terms on the Personal Information Protection in Private Sector
Park, Ju Hee 31
- Critical review on legal theory of the nominal trust of depositor: regarding an object of cancellation of deceptive act and restoration to the original
Lee, Jae Myung 61
Kim, Je Wan
- Consideration of the meaning of inherent breach of contract under Article 25 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
-Focusing on District Court Cases in Korea-
Namgung, juhyun 101
- A Study on Conformity with International Standards of Domestic Internet Interconnection Fee Settlement Method
Kim, Hyun Kyung 129
- Observations on the Tendency of Presumed Damages under Defamation Laws in the United States of America
Lee, Seung Hyun 171
- A Study on the legislative evaluation of the investment appraisal system of the Local Finance Act
Bae, Byung Ho 213

공공 오픈데이터 EU Directive 개정 동향과 시사점

김민호*

이보옥**

【목 차】

I. 서론

II. EU 공공 분야 정보의 재사용에 관한 지침(2003 지침)

1. 연혁 및 의의
2. 주요내용

III. EU 오픈데이터 및 공공 분야 정보의 재사용에 관한 지침(2019 지침)

1. 개정 배경
2. 주요내용

IV. 우리나라 공공데이터 관련 법제와의 비교분석

1. 개방 대상 관련 적용범위
2. '고 부가가치 데이터셋' 선정 및 요건
3. 수수료 부과 방식

V. 결론

【국 문 요 약】

전자정부 정책 추진을 기반으로 우리나라는 방대한 '공공 분야 정보'를 축적하였고, 이러한 '공공 분야 정보'는 4차 산업혁명과 함께 대두되는 인공지능, 빅데이터 등의 신기술 활용의 핵심적인 수단이라고 할 수 있다. 국가가 보유하고 있는 '공공 분야 정보'를 민간으로 최대한 개방하여 다양한 데이터 혁신을 통한 부가가치 창출이 필요하다.

그러나 '공공 분야 정보'의 개방 및 활용을 위한 적극적인 정책 추진에도 불구하고 국내 관련 법제인 「공공데이터의 제공 및 이용 활성화에 관한 법률」(이하 "공공데이터법"이라 한다)에는 여전히 '활용'에 있어 법제도적 한계가 존재하고 이와 관련하여 개선이 필요하다. 최근 EU에

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 주저자

** 성균관대학교 법학전문대학원 박사과정 수료, 교신저자

서는 ‘공공 분야 정보’의 법적 기준이 되는 ‘오픈데이터 및 공공 분야 정보의 재사용에 관한 지침’이 2019년 개정을 통하여 정립되었다.

주목할 점은 ‘공공 분야 정보’의 적극적인 활용을 위하여 ‘적용범위 확대’, ‘수수료 무료 원칙 선언’, ‘고 부가가치 데이터셋’ 선정 등과 함께 지침의 명칭 변화까지 혁신적인 개정으로 적극적인 ‘공공 분야 정보’의 재사용을 추진하고자 하였다는 점이다. 따라서 본 지침과의 비교법적 검토를 통해 국내 관련 법제인 「공공데이터법」상 법제도적 개선 사항을 도출하는 것이 중요할 것으로 사료된다.

본고에서는 2003년 EU 공공 분야 정보의 재사용에 관한 지침을 살펴보고 2019년 개정된 지침의 주요 내용을 살펴보았다. 그리고 개정 주요 사항과 관련하여 국내 법제인 「공공데이터법」과 비교를 통해 법적 한계를 도출하고 법제도 개선 방안을 제안하였다. ‘대상 기관의 확대’, ‘고 부가가치 데이터셋 선정’, ‘수수료 무료 원칙 선언’ 등 규정을 중심으로 ‘공공 분야 정보’ 활용 활성화의 기반 조성을 위하여 국내 법제인 「공공데이터법」의 개선 방안을 제안하였다.

I. 서론

국가가 보유하고 있는 정보인 ‘공공 분야 정보’는 오랜 기간 전자정부 정책의 추진으로 인하여 대량의 ‘공공 분야 정보’가 축적되었으며 이에 대한 활용 논의가 지속적으로 있어 왔다. ‘공공 분야 정보’는 4차 산업혁명 시대에 있어서 주요기술인 인공지능, 빅데이터 등의 핵심 수단이 되는 ‘데이터’로서 활용될 수 있다. 따라서 국가와 사회 전반적으로 데이터를 기반으로 한 경쟁력 확보와 혁신적인 부가가치 창출을 위해서라도 ‘공공 분야 정보’의 활용 활성화를 위한 법제도 개선이 매우 중요하다.¹⁾

1) 김민호, 차세대 전자정부의 공법적 과제, 한국토지공법학회 토지공법연구 제48집, 2010, 347면; 김민호/이규정/김현경, 지능정보사회의 규범설정 기본원칙에 대한 고찰, 성균관대학교 법학연구소 성균관법학 제28권 제3호, 2016, 297~299면.

그러나 ‘공공 분야 정보’의 민간 활성화를 목적으로 하는 국내 법제인 「공공데이터법」은 여전히 ‘공공 분야 정보’의 개방 및 활용 활성화에 있어서 법제도적인 한계에 부딪히고 있다. 최근 EU에서는 ‘공공 분야 정보’의 법적 토대가 되는 ‘공공 분야 정보의 재사용에 관한 지침’을 2019년에 개정한 바 있다. EU는 ‘공공 분야 정보’의 잠재적인 활용 가치에 관하여 지속적인 연구를 통해 ‘공공 분야 정보’의 중요성을 인지하고 해당 정보의 활용 활성화를 위하여 적극적인 정책과 제도적인 변화를 꾀하고자 노력하고 있다.

그 변화의 큰 축이 바로 앞서 언급한 EU의 2019년 ‘오픈데이터 및 공공 분야 정보의 재사용에 관한 지침’(Open Data PSI Directive 2019/1024/EU)(이하 “2019년 오픈데이터 및 PSI 지침”이라 한다)이다. 본 지침은 2003년 지침의 제정 후 2013년 한차례의 개정 이래로 약 6년만의 개정이며, 주요 내용을 ‘공공 분야 정보’의 활용 활성화에 중점을 두고 있다. 지침의 명칭 역시 이번 개정을 통하여 ‘오픈데이터’라는 단어가 신설되었다는 점을 미루어 볼 때, ‘공공 분야 정보’와 함께 ‘오픈데이터’의 본질적인 속성을 담아 ‘공공 분야 정보’ 범위를 넓혀 보다 혁신적인 발전을 꾀하고자 추진한 개정으로 볼 수 있다. 그러므로 본 지침의 주요 개정사항과 비교를 통하여 국내 관련 법제인 「공공데이터법」의 한계 및 개선 방안을 도출하여 ‘공공 분야 정보’의 활용 활성화를 도모하고자 한다.

본고에서는 2003년 EU ‘공공 분야 정보의 재사용에 관한 지침’의 연혁 및 의의와 주요내용을 살펴보고 2019년 개정된 ‘오픈데이터 및 PSI 지침’의 주요 개정사항을 비교해보고 마지막으로 현행법으로서 「공공데이터법」과 비교를 통하여 법적 한계를 파악하고 개선 방안을 모색해보고자 한다.

II. EU 공공 분야 정보의 재사용에 관한 지침(2003 지침)

1. 연혁 및 의의

EU는 1989년부터 공공 분야에서 생산 및 수집된 정보를 상업적 용도로 자유롭게 활용할 수 있도록 정책을 추진하였으나 ‘공공 분야 정보’의 제공 및 활용 등에 관하여 법적 기준이 부재하였다. 따라서 ‘공공 분야 정보’를 대상으로 상업적 활용을 포함하여 보다 자유롭고 광범위한 정보 접근을 목적으로 EU 역내의 구체적인 법적 기준을 마련하고자 지속적인 노력을 통하여²⁾ 2003년 ‘공공 분야 정보의 재사용에 관한 지침’(PSI Directive 2003/98/EC)(이하 “2003년 PSI 지침”이라 한다)을 제정하였다.³⁾ 본 지침을 통해서 EU 회원국의 ‘공공 분야 정보’를 재사용의 목적으로 개방하고 해당 정보를 사용하고자 하는 모든 사용자가 상업적으로 자유롭게 활용할 수 있는 법적 기준을 마련하였으며, 이를 통해 EU 회원국 시민의 정보자유권(rights to freedom of information)을 보장하였다는 점에서 큰 의의가 있다.⁴⁾

2) EU는 1989년 ‘정보시장에서의 공적 및 사적 분야의 시너지를 위한 가이드라인’(Guideline for improving the synergy between the public and private sectors in the information market)을 시작으로 1996년 ‘공공 분야 데이터베이스에 관한 상업적인 접근 권리를 위한 지침 초안’(A Draft Directive for a Commercial Right of Access to Public Sector Database)을 통해 상업적 접근에 관하여 범위를 확대하였고, 1998년에는 ‘공공 분야 정보 : 유럽의 핵심 자원’이라는 논서를 발표하면서 ‘공공 분야 정보’의 개념, 접근, 제공 등에 관한 내용을 담는 등 지속적인 노력을 추진해왔다; 최진원, 공공정보 이용활성화를 위한 법제도적 과제에 대한 연구, 한국정보법학회 정보법학 제16권 제1호, 2012, 242면.

3) 본 지침에서 ‘재사용’(Re-use)의 의미는 정부가 보유하는 ‘공공 분야 정보’를 공공 간 교환하는 것이 아닌 상업 및 비상업적으로 해당 정보가 생산된 목적 외로 활용되는 것을 뜻한다; ‘2003년 PSI 지침’ 원문은 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:32003L0098> (2020.1.3. 방문) 참조.

4) 이시직, 공공데이터 제공 및 이용 활성화를 위한 법·제도적 개선방안, 정보통신정책연구원 정보통신방송정책 제26권 제3호, 2014, 7~8면; 이상윤, 빅데이터법제에 관한 비교법적 연구 -종합보고서-, 한국법제연구원 지역법제 연구 14-16-7-1, 2014, 72면, 83~85면; 김정현, 빅데이터법제에 관한 비교법적 연구 -유럽연합-, 한국법제연구원 지역법제연구 14-16-7-3, 2014, 25~26면.

‘2003년 PSI 지침’ 제정 이래로 제한된 적용 범위와 ‘공공 분야 정보’ 재사용에 관한 구체적 절차 부재 등 다양한 문제가 제기되었다. 따라서 국가가 보유하는 정보를 기계가 관독할 수 있는 형태로 추진하여 체계적인 활용을 도모하는 등 경제적인 관점에 초점을 맞추어 EU 집행위원회(European Commission)는 본 지침의 실효성에 관한 검토를 추진하였다.⁵⁾ 이를 통해 지침의 적용범위를 박물관, 도서관 등이 보유한 정보까지 확대하는 등 ‘2003년 PSI 지침’의 개정으로 2013년 ‘공공 분야 정보의 재사용에 관한 지침’(PSI Directive 2013/37/EU)(이하 “2013년 PSI 지침”이라 한다)이 마련되었다.⁶⁾

EU에서는 지침(Directive)은 규정(Regulation)과 달리 EU 회원국으로 하여금 이에 상응하는 법률 또는 규정 등 도입 방식과 상관없이 해당 지침을 준수하도록 회원국 내에 도입할 의무가 있다.⁷⁾ 따라서 본 지침은 EU 회원국 전체를 대상으로 하는 ‘공공 분야 정보’의 재사용에 관한 주요 원칙을 선언하고 있는 법적 기준으로서 매우 중요한 지침이라고 볼 수 있다.

‘2013년 PSI 지침’ 이후 최근에 ‘공공 분야 정보’의 재사용에 있어서 완전한 재사용을 방해하는 문제로서 공공요금 및 운송 분야의 PSI 지침 적용 제한으로 인한 문제로 관련 데이터 개방 요구, 실시간 데이터 활용성이 높은 분야의 핵심 데이터 제공 서비스 미비 등이 대두되었다. 이에 따라 ‘공공 분야 정보’ 재사용의 장벽을 극복하고자 ‘2013년 PSI 지침’ 개정이 지속적으로 요구되었고, 2019년 7월 16일 해당 지침이 개정되어 새로운 지침이 발효되었다.

2003년과 2013년에는 ‘공공 분야 정보의 재사용에 관한 지침’이라는

5) Carrara, Wendy, et al. "Creating value through open data: Study on the impact of re-use of public data resources", European Commission(2015), pp.38~39.

6) ‘2013년 PSI 지침’ 원문은 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX:32013L0037> (2020.1.3. 방문) 참조.

7) EU 법 체계에 따르면 앞서 설명한 규정(Regulation)의 경우 해당 규정(Regulation)의 제정과 동시에 EU 회원국 전체에 강제성을 부여하는데, 지침(Directive)은 규정(Regulation)과는 달리 회원국 내의 법률, 규정 등 다양한 방법을 통해 준수하도록 하고 있다; 김현경, 공공데이터베이스 이용법리의 재검토, 성균관대학교 법학연구소 성균관법학 제24권 제3호, 2012, 570~571면.

명칭에서 이번 개정을 통해 ‘오픈 데이터 및 공공 분야 정보 재사용에 관한 지침’으로 변경되어 발표되었다는 점을 미루어 볼 때 매우 의미 있는 개정이 있었다고 할 수 있다.⁸⁾

2. 주요내용

‘2019년 오픈데이터 및 PSI 지침’을 검토하기 전에 해당 지침이 ‘2003년 PSI 지침’을 기준으로 하여 개정이 이루어졌으므로 ‘2003년 PSI 지침’의 제정 배경과 주요 내용에 대해 먼저 알아볼 필요가 있다.

‘2003년 PSI 지침’의 제정 배경으로 EU 회원국 간 국경을 초월하여 신기술 발전에 따른 정보서비스 등 다양한 서비스를 창출하고 활성화하고자 ‘공공 분야 정보의 재활용’을 핵심 수단으로 보고 본 지침의 제정을 추진하였다. 본 지침은 ‘공공 분야 정보의 재활용’에 관하여 기존에 부재하였던 일반적인 원칙과 함께 재사용 신청 등 절차적 사항 등을 규정하는 EU 역내의 ‘공공 분야 정보’에 관한 법적 기준이 되었다.⁹⁾

크게 5개 장과 15개 조문으로 구성되어 제1장에서는 일반조항으로서 본 지침의 적용 대상 및 범위, 정의, 일반 원칙을 규정하고 있으며 제2장에서는 재사용 목적에 관한 신청, 재사용 신청시 적용되는 요건 등을 구체적으로 규정하고 제3장에서는 재사용을 위한 요건으로서 이용 가능한 형식, 수수료 관리 등을 규정하였다. 그리고 제4장에서는 ‘공공 분야 정보’ 재사용에 있어서 비차별과 공정거래를 위하여 독점 계약 등을 금지하고 마지막 제5장에서는 본 지침의 시행, 폐지, 심사, 발효 규정 등 절차적 사항을 규정하고 있다. 이 지침을 바탕으로 현재 EU에서는 ‘EU 오픈데이터 포털’(EU Open Data Portal)을 구축 및 운영하여 지침의 실효성을 더욱더 확보하고자 하였다.¹⁰⁾

8) ‘2019년 오픈데이터 및 PSI 지침’의 개정 요구에 관한 자세한 사항은 이보옥, EU-PSI Directive 개정안 제안, 한국정보화진흥원 Open Data Now 제10호, 2018, 6면 참조; ‘2019년 오픈데이터 및 PSI 지침’의 원문상 명칭은 ‘Open Data and the Re-use of Public Sector Information’이며 본 개정 지침의 원문은 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1561563110433&uri=CELEX:32019L1024> (2020.1.3. 방문) 참조.

9) 최진원, 앞의 논문, 242~243면.

그러나 ‘2003년 PSI 지침’이 EU 회원국이 적용받는 ‘공공 분야 정보의 재사용’에 관한 기본적인 원칙만을 선언하고 있었기 때문에 지침 적용시 한계가 발생하게 되었다. 특히, ‘2003년 PSI 지침’의 대표적인 문제점으로 제기되었던 사항이 해당 지침에서 규정하고 있는 주요내용에 관하여 EU 회원 개별 국가가 규정하는 상이한 법적 체계로 회원국 간 ‘공공 분야 정보의 재사용’에 큰 장벽으로 작용된다는 점이다.

따라서 이러한 문제점을 극복하고 사회적 변화에 발맞추고자 ‘2013년 PSI 지침’으로 개정이 이루어지게 되었다.¹¹⁾ 본 지침의 개정을 통하여 ‘공공 분야 정보의 접근’에 관한 ‘주체’에 있어서 ‘개인과 기업의 권리 보장 뿐만 아니라 이를 ‘상업적 재사용’에 관한 권리까지 함께 보장하고 있다는 점이 주요한 특징이라고 볼 수 있다.¹²⁾

Ⅲ. EU 오픈데이터 및 공공 분야 정보의 재사용에 관한 지침(2019 지침)

1. 개정 배경

앞서 살펴본 ‘2013년 PSI 지침’과 관련하여 ‘공공 분야 정보 재사용’에 관한 미래 경제적 가치에 관한 연구와 함께 영향평가가 이루어졌다. 본 영향평가에서는 ‘공공 분야 정보’의 미래 경제적 가치가 2030년 1,940억 유로로 증가할 것으로 예상하였다. 이에 따라 EU에서는 향후 ‘공공 분야

10) EU 오픈데이터 포털의 사이트는 <https://open-data.europa.eu> (2020.1.3. 방문) 참조; 해당 포털은 European Commission Decision 2011/833/EU on the reuse of Commission documents에 따라 결정되어 설립되었다; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32011D0833> (2020.1.3. 방문) 참조.

11) 김규빈, 과학데이터관리에 관한 해외 법제의 비교법적 고찰, 충북대학교 법학연구소 과학기술과 법 제6권 제1호, 2015, 5면.

12) 이상윤, 앞의 보고서, 72면, 83~85면; 김정현, 앞의 보고서, 25~26면.

정보 재사용'의 가치가 더욱 중요해지면서 해당 정보가 디지털 상품 및 서비스 시장의 성장 연료로서 고품질의 '고 부가가치' 데이터를 자유롭게 보다 광범위하게 이용할 수 있도록 하는 것이 바로 4차 산업혁명 시대에 고품질 데이터가 필요한 인공지능, 빅데이터 등 주요산업 분야에 혁신을 가져오는 핵심 요소라고 판단하였다.¹³⁾ 또한, 경제적 가치를 넘어 '공공 분야 정보'는 정부의 투명성을 높이고 데이터를 기반으로 하는 공공 토론 등을 지원하는 기능을 수행하는 등 사회적 가치를 높이는 데에도 큰 기여를 할 수 있다고 평가하였다.¹⁴⁾

이에 따라 '공공 분야 정보의 재활용'을 방해하는 장벽을 극복하고자 EU 집행위원회(European Commission)에서 해당 지침의 개정을 제안하고, 의견수렴 과정을 거치는 등 지속적인 검토 절차 끝에 2019년 1월 22일 EU 의회(The European Parliament) 및 EU 집행위원회(European Commission) 등은 '공공 분야 정보의 재사용' 가능성과 활용 촉진을 위하여 본 지침을 총 6개 장과 21개 조문으로 구성하여 개정에 합의를 이루었다.¹⁵⁾

13) European Commission, "Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the re-use of public sector information", European Commission staff working document evaluation, 2018, p.23; EU 집행위원회(European Commission)에서 수행한 PSI 지침 영향평가 보고서에서는 2018년도 기준으로 '공공 분야 정보'의 미래 경제적 가치가 520억 유로에서 2030년 기준 1,940억 유로의 가치를 가지게 될 전망이라고 언급하였다; 보고서 원문은 <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/impact-assessment-support-study-revision-public-sector-information-directive> (2020.1.3. 방문) 참조.

14) European Commission, "Digital Single Market: EU negotiators agree on new rules for sharing of public sector data", European Commission Press, 2019.1.22 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_525 (2020.1.3. 방문) 기사 참조.

15) 해당 지침의 경우 개인 데이터 재사용의 경우 EU의 일반 데이터 보호 규정(General Data Protection Regulation; GDPR)을 완전히 준수하하고 오픈데이터 및 공공 분야 정보의 재사용과 관련하여 검토하도록 하였다; Directive (EU) 2019/1024 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 20 June 2019 on open data and the re-use of public sector information.

2. 주요내용

가. 적용 대상 확대

‘2019년 오픈데이터 및 PSI 지침’의 주요개정 사항 중 하나는 지침 적용 대상 범위의 확대이다. 본 지침은 영향평가 등을 통해 공공사업자(public undertakings)(이하 “공공사업자”라 한다) 및 운송 분야(transport sector)에서 생산되는 ‘공공 분야 정보’ 활용의 잠재적인 가치를 높게 판단하였고 이에 따라 지침의 적용 범위를 확대하게 되었다.

구체적으로는 적용 대상과 관련하여 지침에서는 일반조항(general provisions)을 다루는 제1장제1조에서 이를 규정하고 있다.¹⁶⁾ 제1조제1항에서는 ‘재사용 데이터 셋’에 대한 적용 범위를 규정하고 있는데 제1항의 (b)공공사업자¹⁷⁾와 (c)연구데이터(research data)¹⁸⁾를 새롭게 신설하여 ‘공공사업자’가 보유한 정보 및 ‘연구데이터’(research data)까지 대상을 넓혀 지침의 적용을 받도록 하여 데이터셋 대상 범위를 확대하였다는 것을 알 수 있다. 다만, ‘공공사업자’가 보유한 모든 정보를 적용 대상으로 보는 것이 아니라 적용 예외 규정을 별도로 두어 적용 범위를 명확히 하였다.¹⁹⁾

‘2003년 및 2013년 PSI 지침’과 비교해 본다면 ‘2003년 PSI 지침’은 선언적 지침으로서 해당 내용에 관한 규정은 부재하였다. ‘2013년 PSI 지침’ 역시 적용 범위를 별도로 규정하고 있으나 그 범위를 이번 개정과 같이 확대하지는 않았다. 향후 본 지침의 시행에 따라 EU 회원국이 별도의 법률, 규정 등으로 이와 관련한 내용을 이행할 시에 회원국의 관련

16) Directive (EU) 2019/1024 CHAPTER I GENERAL PROVISIONS Article 1 Subject matter and scope 1.

17) ‘공공사업자’란 공공서비스 운영자 역할, 공공 서비스 의무를 이행하는 지역 활동 등을 이행하는 사업자로 본 지침의 개정을 통하여 적용 대상이 되었다; Directive (EU) 2019/1024 CHAPTER I GENERAL PROVISIONS Article 2 Definitions (3)에서 ‘공공사업자’에 대한 정의를 내리고 있다.

18) ‘연구데이터’(research data)의 경우 본 지침 제10조(Article 10)에서 별도로 규정하고 있다.

19) Directive (EU) 2019/1024 Article 1 (2) (b)에서 ‘공공사업자’의 보유 문서에 대한 적용 예외를 두고 있다.

규정에 따라 해당 데이터의 이용 가능 여부가 결정될 수 있다. 만일 해당 정보를 EU 개별 회원국이 재사용이 가능하다고 규정할 경우에는 본 지침의 적용을 받는다는 점에서 큰 의의가 있다고 볼 수 있다.

나. 고 부가가치 데이터셋 선정 및 요건

‘2019년 오픈데이터 및 PSI 지침’의 개정사항 중 두 번째는 바로 ‘고 부가가치 데이터셋’을 선정하고 이에 관한 요건을 마련하였다는 점이다. 즉, ‘고 부가가치 데이터셋’에 대한 정의와 함께 요건을 지침상 명시하였으며 주요 카테고리를 특정하여 ‘공공 분야 정보’의 활용을 하도록 개정하였다.

자세히 살펴보면, ‘고 부가가치 데이터셋’ 목록과 관련하여 지침 제5장 제13조제1항에서는 ‘고 부가가치 데이터셋’을 재사용하기 위한 조건을 규정하고 선정한 데이터 카테고리 목록을 지침 부속서I에 명시하였다. 또한 제2항에서는 PSI 지침상 위원회(The Commission)에게 새로운 ‘고 부가가치 데이터셋’에 관해 기술 및 시장 발전에 따라 적극적으로 대응하기 위하여 해당 데이터를 추가로 선정할 수 있도록 권한을 부여하였다.²⁰⁾

지침의 부속서I에서 규정하는 ‘고 부가가치 데이터셋’의 목록을 살펴보면 지리공간(Geospatial), 지구관측 및 환경(Earth observation and environment), 기상(Meteorological), 통계(Statistics), 회사 및 회사 소유권(Companies and company ownership), 이동수단(Mobility)으로 총 6가지로 카테고리를 두었고 삶의 질을 높이고 사회에 긍정적인 영향을 미치는 분야를 특정함으로써 ‘오픈데이터 및 공공 분야 정보’의 재사용을 활성화하도록 하였다.²¹⁾

20) Directive (EU) 2019/1024 CHAPTER I GENERAL PROVISIONS CHAPTER V HIGH-VALUE DATASETS Article 13 Thematic categories of high-value datasets 1. In order to provide for conditions to support the re-use of high-value datasets, a list of thematic categories of such datasets is set out in Annex I. 2. The Commission is empowered to adopt delegated acts in accordance with Article 15 in order to amend Annex I by adding new thematic categories of high-value datasets in order to reflect technological and market developments.

21) Directive (EU) 2019/1024 CHAPTER I GENERAL PROVISIONS ANNEX I.

또한 지침 제14조제1항에서는 ‘고 부가가치 데이터셋’²²⁾이 되기 위한 요건으로서 해당 데이터셋은 (a)무료로 제공되어야 하고 (b)기계가 판독이 가능한 형태여야 하며 (c)APIs를 통한 제공이 있어야 하고 (d)관련이 있는 묶음 다운로드(bulk download)를 제공하도록 하고 있다. 제2항에서는 ‘고 부가가치 데이터셋’의 식별을 위한 데이터 잠재성 평가의 기준을 정해두었는데 (a)해당 데이터가 상당하게 사회 경제적 또는 환경적 이익과 혁신적 서비스 생성에 기여하고 (b)다수의 사용자가 활용되, 특히 중소기업에 혜택 제공이 가능하며 (c)수익창출 효과가 있고 (d)다른 데이터 셋과의 높은 결합 가능성 등을 기준으로 두어 앞서 언급한 ‘고 부가가치 데이터셋’ 판단을 위하여 ‘공공 분야 정보’를 보유한 기관을 대상으로 영향평가를 하도록 하고 있다.²³⁾

‘2003년 및 2013년 PSI 지침’과 비교해 본다면, 양 지침 모두 ‘고 부가가치 데이터셋’에 대한 규정이 부재하였다. 따라서 본 지침의 개정을 통하여 ‘고 부가가치 데이터셋’ 정의와 선정 목록 및 요건을 추가하여 ‘고 부가가치 데이터셋’ 활용의 근거를 마련하였다. 특히, 데이터 활용도를 범주화하고, 가치가 높은 데이터 셋을 집중적으로 활용을 가속 시킬 수 있다는 점과 ‘고 부가가치 데이터 셋’에 대한 구체적인 판단 기준을

22) ‘고 부가가치 데이터셋’의 경우 동 지침 제2조(Article 2) 제10항에서 별도로 규정하고 있다.

23) Directive (EU) 2019/1024 Article 14 Specific high-value datasets and arrangements for publication and re-use. 1. The Commission shall adopt implementing acts laying down a list of specific high-value datasets belonging to the categories set out in Annex I and held by public sector bodies and public undertakings among the documents to which this Directive applies. Such specific high-value datasets shall be: (a) available free of charge, subject to paragraphs 3, 4 and 5; (b) machine readable; (c) provided via APIs; and (d) provided as a bulk download, where relevant. (중략) 2. The identification of specific high-value datasets pursuant to paragraph 1 shall be based on the assessment of their potential to: (a) generate significant socioeconomic or environmental benefits and innovative services; (b) benefit a high number of users, in particular SMEs; (c) assist in generating revenues; and (d) be combined with other datasets (이하 생략); ‘고 부가가치 데이터셋’에 관한 영향평가에는 비용 편익 분석과 공공 업무 수행과 관련한 비용의 상당 부분을 충당하기 위해 수익을 창출해야 하는 공공 분야 기관이 무료로 고가의 데이터 셋을 제공하는지에 대한 분석이 포함되도록 하고 있으며 영향평가에 관해서는 동 지침 제18조 PSI 지침상 위원회(The Commission) 평가 부분과 동조 제2항에서 사회적 경제적 영향을 다루도록 규정하고 있다.

마련하였으며 또한, 절차적인 부분에서 PSI 지침상 위원회(The Commission)에게 영향평가 권한을 부여하는 등 체계를 마련하였다는 점에서 큰 의의가 있다고 할 수 있다.

그리고 앞서 언급한 6가지 카테고리의 ‘고 부가가치 데이터 셋’은 경제적 잠재력이 높고 다양한 상품 및 서비스 출현 등 부가가치를 발생시킬 수 있는 주요 목록이다. 이러한 주요 ‘고 부가가치 데이터셋’의 재사용을 통하여 사회, 환경 및 경제적 가치로서 서비스 창출과 새로운 고품질 데이터 생성이 수반됨에 따라 양질의 일자리 등 데이터 셋에 기반한 부가가치 서비스가 혁신적으로 증가 될 수 있다는 점에서 본 개정사항 또한 매우 의미가 크다고 할 수 있다.

다. 수수료 부과방식 변화

‘2019년 오픈데이터 및 PSI 지침’의 개정사항 중 세 번째는 바로 수수료 부과 방식의 변화라고 할 수 있다. ‘공공 분야 정보’의 재사용시 기존에는 수수료를 부과하는 것이 원칙이었으나 개정을 통하여 ‘재사용의 무료 제공 원칙’을 두었다. 해당 사항은 지침 제6조제1항에서 살펴볼 수 있는데 문서의 재사용은 무료(free of charge)라고 원칙을 명시하고, 제2항에서는 적용 예외 규정을 두어 개정하였다.²⁴⁾

재사용에 관하여 원칙상 수수료를 무료로 선언함으로써 투명성을 강화시키고 수요자로 하여금 ‘공공 분야 정보’ 재사용의 부담을 감소시켰다. 추후 EU 회원국이 해당 사항과 관련하여 반영할 경우, 예를 들어 수수료 비용 청구를 한 개 이상 하는 공공기관의 목록을 공개하는 등의 강제적 규정을 두어 ‘재사용의 무료 원칙’의 실효성을 확보할 것으로 사료된다.

‘2003년 및 2013년 PSI 지침’과 비교해 본다면 ‘2003년 PSI 지침’의 경우 ‘2019년 오픈데이터 및 PSI 지침’과 동일하게 제6조에서 규정하고

24) Directive (EU) 2019/1024 Article 6 Principles governing charging 1. The re-use of documents shall be free of charge.(이하 생략); 동조 제2항에서는 개인정보의 익명화 및 상업적 기밀정보를 보호하기 위한 조치 뿐만 아니라 문서의 재생산, 제공 및 배포에 대해 발생하는 한계 비용의 복구시에는 무료 원칙의 적용 예외가 될 수 있다고 명시하고 있다.

있지만, 수수료 부과에 관한 구체적 절차가 없이 단순히 재사용 및 문서 제공 등 총 수입이 수집, 생산, 재생산, 보급 비용을 초과하지 않아야 한다고 규정하는 선언적 규정에 지나지 않았다.²⁵⁾ 이후 세부적 절차에 대해서는 ‘2013년 PSI 지침’의 개정을 통하여 마련되었는데, 지침 제6조제1항에서는 서류의 재사용에 대한 비용이 청구되는 경우 그 비용은 복제, 제공 및 보급에 대해 발생하는 한계 비용으로 제한된다고 규정하였다.²⁶⁾

따라서, 이번 지침의 개정을 통하여 ‘문서의 재사용이 무료’라는 것을 지침상 명시하였다는 점은 매우 혁신적이라 할 수 있다. 이는 EU 회원국의 문서 접근 규정에 따라 접근할 수 있는 모든 공공 분야의 정보에 대하여 원칙적으로 무료로 자유롭게 재사용을 가능하게 하였다는 점이 많은 중소기업과 스타트업 등 데이터 기반의 제품 및 서비스를 제공하는 기업에게 새로운 시장에 진입할 수 있도록 장벽을 제거해주었다는 점에서 큰 의의가 있다고 할 수 있다.

라. 실시간성 데이터 및 응용프로그래밍 인터페이스(APIs)

본 지침의 주요개정 사항 중 네 번째는 바로 ‘개방성을 고려한 설계 및 기본 설정 원칙’(open by design and by default)(이하 “개방성 설정 원칙”이라 한다)을 설정하고 있다. 해당 원칙은 설계 과정에서부터 ‘개방성’이 고려되어야 하고 설계 외에도 기본적으로 ‘개방성’을 기본으로 두어야 함을 설정하는 원칙이다. 해당 원칙에 근거하여 지침 적용을 받는 기관에서 정보 활용성을 높이도록 사용 가능한 형태로 규정하고 동적 데이터(dynamic data)를 재사용할 수 있도록 하여 ‘공공 분야 정보’의 활용성을 높이도록 개정하였다.

자세히 살펴보면 지침 제5조제2항에서는 회원국은 공공 분야 기관과 ‘공공사업자’가 ‘개방성 설정 원칙’에 따라 동 지침의 범위에 해당하는 문서를 생산하고 활용할 수 있도록 장려해야 한다는 규정을 새롭게 신설하였다.²⁷⁾ 제1항에서는 재사용 할 수 있는 형식을 규정하고 있는데, 공

25) Directive 2003/98/EC on the re-use of public sector information Article 6.

26) Directive 2013/37/EU of European Parliament and of the Council of 26 June 2013 amending Directive 2003/98/EC on the re-use of public sector information Article 6.

공 분야 기관과 ‘공공사업자’는 보유하고 있는 문서를 가능한 한 적절한 방법으로 기존에 존재하는 형식이나 언어로 ‘메타데이터’를 가지고 공개가 가능 하여야 한다고 규정하고 있다. 그리고 기계가 관독할 수 있고 쉽게 검색하여 접근과 정보의 재사용이 가능하도록 전자적 방법을 통하도록 하고 있다. 형식적 측면에서 ‘메타데이터’ 역시 가능하면 공식적인 공개 표준 형식(formal open standards)을 준수하도록 규정하고 있다.²⁸⁾

또한 제5항에서는 공공 분야 기관은 적절한 응용프로그램 인터페이스(Application Programming Interfaces ;APIs)(“이하 APIs라 한다”) 활용을 통하여 묶음 다운로드(bulk download)로 수집 이후 즉시 동적 데이터(dynamic data)를 재사용할 수 있도록 신설하여 동적 데이터(dynamic data)의 활용성을 높였다.²⁹⁾ 제8항에서는 앞서 살펴본 지침 제14조제1항에서 열거하고 있는 ‘고 부가가치 데이터셋’ 역시 제5항과 같이 적절한 APIs를 통해 기계 관독 가능한 형식으로 묶음 다운로드(bulk download)가 가능하도록 신설하였다.³⁰⁾

‘2003년 및 2013년 PSI 지침’과 비교해 본다면 ‘2003년 PSI 지침’의 경우 해당 사항에 관한 규정이 부재하였다. ‘2013년 PSI 지침’에서는 제5조 제1항에서 공공 분야 기관에 한해 기존의 형식이나 언어로 적절한 경우 ‘메타데이터’와 함께 공개적이고 기계가 읽을 수 있는 형식으로 문서를 제공해야 하며 ‘메타데이터’는 가능한 한 공개 표준 형식(formal open standards)을 준수해야 한다고 규정하였다. 이를 비교하였을 때³¹⁾

27) Directive (EU) 2019/1024 Article 5 Available formats 2. Member States shall encourage public sector bodies and public undertakings to produce and make available documents falling within the scope of this Directive in accordance with the principle of ‘open by design and by default’.

28) Directive (EU) 2019/1024 Article 5 Available formats 1.

29) Directive (EU) 2019/1024 Article 5 Available formats 5. Public sector bodies shall make dynamic data available for re-use immediately after collection, via suitable APIs and, where relevant, as a bulk download; 동적 데이터(dynamic data)에 관한 정의는 본 지침 제2조 제8항에서 규정하고 있으며 변화성이 크고 빠른 주기 변화로 인하여 빈번하게 또는 실시간으로 업데이트가 필요한 디지털 형식의 정보를 의미한다; APIs(Application Programming Interfaces)는 응용프로그램 인터페이스로 데이터 활용시 매우 중요한 요소로 볼 수 있다.

30) Directive (EU) 2019/1024 Article 5 Available formats 8.

31) Directive 2013/37/EU Article 5.

‘2019년 오픈데이터 및 PSI 지침’은 공공 분야 기관 뿐만 아니라 ‘공공 사업자’까지 확대하여 해당 형식을 준수하도록 개정하였다는 점이 특징이다.

앞서 살펴보았듯이 APIs를 통하여 제공되는 수많은 실시간 데이터를 통해 기존 회사 뿐만 아니라 데이터 관련 스타트업도 모바일 앱과 같은 혁신적인 서비스를 개발할 수 있게 된다. 특히 공공 분야 기관 뿐만 아니라 ‘공공사업자’가 보유한 동적 데이터(dynamic data)까지 적용 범위가 확대되어 EU 역내의 실시간 데이터의 활용성을 더욱 극대화 시킬 수 있다는 점에서 큰 의의가 있다고 할 수 있다.

마. 재사용 활용 촉진을 위한 실질적인 조치

본 지침의 주요개정 사항 중 다섯번째는 바로 재사용 활용 촉진을 위한 ‘실질적인 조치’에 관한 사항이다. 해당 규정은 ‘2019년 오픈데이터 및 PSI 지침’ 제9조에서 규정하고 있다. 자세히 살펴보면 제1항에서는 회원국이 관련 메타데이터가 있는 주요 정보 목록과 가능한 적절한 온라인과 기계 판독 가능한 형태의 접근 가능하도록 보유 목록을 연계하는 ‘포털사이트’와 같이 재사용을 실질적으로 가능하도록 하는 조치를 취하도록 의무 규정을 두고 있다. 이번 개정을 통하여 제1항에서는 ‘특히 연합 차원에서의 메타데이터가 결합이 가능하도록’이라는 문구를 추가하였고 EU 회원국에게 ‘공공 분야 기관이 재사용이 가능한 문서의 보존을 촉진할 수 있도록 실질적인 조치를 취해야 한다’는 의무를 추가하였다.³²⁾

동조 제2항에서는 회원국이 PSI 지침상 위원회(The Commission)와 협력하여 본 지침이 적용되는 정보에 관하여 EU 회원국 뿐만 아니라 공공 분야 기관에 의해 적절한 데이터셋을 발전시켜 활용이 가능하도록 함으로써 접근을 단순화하여 데이터셋에 대한 접근을 용이하도록 노력하여야 한다는 의무 조항이 신설되었다.³³⁾

‘2003년 및 2013년 PSI 지침’과 비교해 본다면, ‘2003년 PSI 지침’의

32) Directive (EU) 2019/1024 Article 9 Practical arrangements 1.

33) Directive (EU) 2019/1024 Article 9 Practical arrangements 2.

경우 제9조에서 ‘실질적인 조치’에 관해 회원국은 재사용이 가능하도록 정보의 검색을 활성화하도록 하여야 한다고 선언적으로 규정하고 있다.³⁴⁾ 이후 ‘2013년 PSI 지침’은 기존 지침보다 구체적으로 선언하여 제9조에서 규정하고 있다. ‘2019년 오픈데이터 및 PSI 지침’은 ‘2013년 PSI 지침’과 거의 유사하다고 볼 수 있다.³⁵⁾ 하지만 앞서 살펴본 바와 같이 제9조제1항의 후문에서 EU 차원의 메타데이터 결합과 공공 분야 기관이 재사용이 가능한 문서 보존에 대한 의무를 추가하고 제2항을 추가로 신설하여 개정하였다는 점이 다르다고 할 수 있다.

이는 회원국 차원에서 오픈데이터와 공공 분야 정보의 재사용을 촉진하고 활성화를 시키려면 ‘개방성 설정 원칙’에 따라 문서의 가용성을 장려하고 EU 차원에서 메타데이터를 결합할 수 있는 환경을 만들었다. 이는 기존의 개별 회원국이 보유한 정보 간 결합의 장벽을 극복하고자 도입된 점에서 매우 중요한 의무 규정이라고 할 수 있다. 또한 이를 통해 생성된 정보 등으로 고품질 정보의 양을 극대화 하고 해당 정보에 대한 접근을 보다 단순화시켜 접근의 용이성을 두어 공공 분야 정보 활용의 활성화를 추구하고자 하였다는 점에서 의의가 있다.

바. 지침의 명칭의 변화

본 지침의 주요개정 사항 중 여섯번째는 바로 지침 명칭의 변화이다. 2003년 및 2013년에는 ‘공공 분야 정보의 재사용에 관한 지침’이었으나, 2019년 개정을 통하여 ‘오픈데이터 및 공공 분야 정보의 재사용에 관한 지침’으로 새로운 명칭을 갖게 되었다. 여기서 주목해야 할 점은 바로 ‘오픈데이터’(open data)를 명칭에 새롭게 추가하였다는 점이다. ‘오픈데이터’(open data)가 가지고 있는 의미 그대로 비용 없이 완전히 무료로 (fully free) 그리고 공개적이고 개방적인 재사용(open re-use)을 도모하고자 본 지침의 명칭 변경을 통해 EU의 ‘공공 분야 정보 활성화’의 의지를 담았다고 볼 수 있다.

34) Directive 2003/98/EC Article 9.

35) Directive 2013/37/EU Article 9.

IV. 우리나라 공공데이터 관련 법제와의 비교분석

앞서 살펴본 바와 같이 ‘2019년 오픈데이터 및 PSI 지침’은 EU 회원국에게 공통으로 적용되는 ‘공공 분야 정보’ 재활용에 대한 법적 기준으로 작용하는 중요한 지침이다. 이번 2019년 개정을 통해 EU의 ‘공공 분야 정보 및 오픈데이터 활용 활성화’에 관한 강력한 의지를 담은 개정이라고 볼 수 있는 만큼 국제적으로도 시사하는 바가 매우 크다고 할 수 있다.

국내에서는 ‘공공 분야 정보’와 관련하여 「공공데이터법」에서 이를 규정하고 있으며, 이에 관한 비교 분석이 필요할 것으로 사료된다. 이하에서는 앞서 살펴본 ‘2019년 오픈데이터 및 PSI 지침’의 주요 개정사항과 관련하여 국내 관련 법제인 「공공데이터법」과 비교 분석을 하도록 하겠다.

1. 개방 대상 관련 적용범위

앞서 살펴본 ‘2019년 오픈데이터 및 PSI 지침’에서 적용 대상 확대 부분과 관련하여 살펴보면 ‘공공 분야 정보’ 재사용 데이터 셋에 대한 적용 대상에 관하여 지침 제1조에서 규정하고 있다. 이번 개정을 통하여 제1조제1항에서 ‘공공사업자’ 부분이 새롭게 신설되었다. 제공주체 확대를 위하여 기존 지침에서 규정하고 있는 ‘공공 분야 기관’ 뿐만 아니라 ‘공공사업자’가 보유한 정보까지 ‘공공성’이 있다고 보아 본 지침의 적용 대상인 ‘공공 분야 정보’ 개방의 범위를 넓혔다는 것을 알 수 있다.

그렇다면 ‘2019년 오픈데이터 및 PSI 지침’에서 규정하고 있는 ‘공공사업자’에 대해 좀 더 구체적으로 살펴볼 필요가 있다.³⁶⁾ EU에서는 ‘공

36) Commission Directive 2006/111/EC of 16 November 2006 on the transparency of financial relations between Member States and public undertakings as well as on financial transparency within certain undertakings에서 이를 규정하고 있다. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32006L0111> (2020.1.3. 방문) 참조.

공사업'에 관하여 공공기관이 직접 또는 간접적으로 공공기관의 소유권 소유와 자금 조달 등 재정적 지원을 통해 이를 지배하는 구조로서 영향력을 행사할 수 있는 모든 사업으로 정의하고 있고 '공공기관의 지배적 영향력'을 주요한 판단 기준으로 보고 있다.³⁷⁾ 따라서, '공공사업자'란 앞서 언급한 '공공사업'을 수행하는 모든 사업자가 이에 해당한다고 볼 수 있다.

국내 관련 법제인 「공공데이터법」을 검토해보면 법 제17조에서 제공 대상인 공공데이터의 범위에 관하여 규정하고 있다. 제1항에서는 공공기관의 장은 해당 공공기관이 보유·관리하는 공공데이터를 국민에게 제공하여야 한다고 규정하고 적용 예외에 관한 사항을 각 호에서 두고 있다.³⁸⁾ 공공데이터 제공 주체인 '공공기관'을 살펴보면 법 제2조 정의 규정 제1호에서 '공공기관'이란 국가기관, 지방자치단체 및 「국가정보화 기본법」 제3조제10호에 따른 공공기관으로 규정하고 있다.³⁹⁾ 여기서 검토하여야 할 점은 이번 지침 개정을 통하여 새롭게 신설된 EU의 '공공사업자' 개념이 국내 「공공데이터법」의 적용 대상으로 적용되고 있는지 여부이다.

대표적으로 '공공기관'의 정의에 관해서는 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 공공기관, 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제2조제3호에 따른 공공기관, 「공공기록물 관리에 관한 법률」 제3조제

37) FX Camenen, "Public undertakings and public service activities in the european union", European Parliament, 1996, pp.10~11; EU에서 '공공사업자'의 비율이 특히 운송 및 통신, 에너지, 금융서비스 분야에서 주로 높으며 EU 지침 개정을 통하여 해당 산업과 관련한 공공성 있는 정보의 개방을 높이하고자 '공공사업자'까지 적용 대상을 확대 하였다는 것을 알 수 있다; https://www.europarl.europa.eu/workingpapers/econ/w21/sum-1_en.htm (2020.1.20.) 참조; '공공사업자'가 국내의 특수법인과 유사하다고 볼 수 있으나 '공공성'을 더욱 강하게 보고 있다는 점에서 상이하다고 볼 수 있다; 김민호/김현경, 국가기준정보 제도 도입을 위한 입법과제, 성균관대학교 법학연구소, 성균관법학 제30권 제3호, 2018, 15면.

38) 「공공데이터법」(법률 제14839호, 2017. 7. 26., 타법개정) 제17조.

39) 「국가정보화 기본법」(법률 제15369호, 2018. 2. 21., 일부개정) 제3조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. (중략) 10. "공공기관"이란 다음 각 목의 기관을 말한다. 가. 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 따른 공공기관 나. 「지방공기업법」에 따른 지방공사 및 지방공단 다. 특별법에 따라 설립된 특수법인 라. 「초·중등교육법」, 「고등교육법」 및 그 밖의 다른 법률에 따라 설치된 각급 학교 마. 그 밖에 대통령령으로 정하는 법인·기관 및 단체.

1호에 따른 공공기관 등 관련 법제에서 이를 규정하고 있다. 현행 「공공데이터법」은 제2조제1호에서 공공기관을 국가기관, 지방자치단체 및 국가정보화기본법 제3조제10호에서 규정하는 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 따른 공공기관, 「지방공기업법」에 따른 지방공사 및 지방공단, 특별법에 따라 설립된 특수법인, 「초·중등교육법」, 「고등교육법」 및 그 밖의 다른 법률에 따라 설치된 각급 학교, 그 밖에 대통령령으로 정하는 법인·기관 및 단체를 적용 범위로 두고 있다.

여기에서 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조제2항제2호를 살펴보면 지방자치단체가 설립하고 그 운영에 관여하는 기관은 공공기관 지정의 예외 조항에 해당 되어⁴⁰⁾ 지방자치단체의 지배적인 영향력을 받으며 공공성이 높음에도 불구하고 현행 「공공데이터법」 적용 대상인 공공기관에서 제외된다. 또한, 공공성이 매우 높지만 공공기관 지정에서 해제된 한국거래소, 금융감독원과 함께 사실상 공공성이 높아 공공기관이나 마찬가지로 간주할 수 있는 법령정보관리원, 금융보안원 등은 현행 「공공데이터법」에 따르면 적용 대상이 되지 않고 있다.⁴¹⁾

따라서 EU ‘2019년 오픈데이터 및 PSI 지침’ 개정을 통하여 새롭게 신설된 ‘공공사업자’ 부분과 관련하여 비교하여 검토하였을 때 국내 「공공데이터법」은 공공데이터 제공 주체인 ‘공공기관’의 범위를 2019년 지침의 적용대상 보다 좁게 보고 있다는 것을 알 수 있다. 따라서 「공공데이터법」에서 현재 정의하고 있는 ‘공공기관’의 범위를 법 목적에 맞게 고려하여 개정할 필요가 있다.

2. ‘고 부가가치 데이터셋’ 선정 및 요건

앞에서 살펴본 ‘2019년 오픈데이터 및 PSI 지침’에서는 ‘고 부가가치 데이터셋’을 선정하고 ‘고 부가가치 데이터셋’의 요건을 지침 제13조제1항에서 규정하고 있다. 이번 지침 개정을 통해 ‘고 부가가치 데이터셋’이

40) 「공공기관의 운영에 관한 법률」(법률 제16092호, 2018. 12. 31., 일부개정) 제4조제2항제2호.

41) 김현경/김민호, 「지능정보사회 기본법」 제정에 관한 연구, 경북대학교 IT와 법 연구소 IT와 법 연구 제15집, 2017, 78면.

라는 개념이 새롭게 도입되어 그에 관한 요건을 명시하고⁴²⁾ 선정된 데이터 카테고리 목록을 지침 부속서I에 명시하고 있다. 또한 제2항에서는 PSI 지침상 위원회(The Commission)로 하여금 기술과 시장의 발전에 신속히 대응하기 위하여 새로운 ‘고 부가가치 데이터셋’을 선정할 수 있도록 권한을 부여하고 있다.⁴³⁾

이와 관련하여 「공공데이터법」에서 ‘2019년 오픈데이터 및 PSI 지침’의 ‘고부가가치 데이터셋’과 비교하여 검토해볼 수 있는 규정은 공공데이터의 품질관리와 관련한 법 제22조제3항이라 할 수 있다.

해당 규정에서는 사회적·경제적 파급효과가 큰 제공대상 공공데이터에 대한 품질 진단·평가를 실시하고 그 결과를 공표할 수 있다고 규정하고 있다.⁴⁴⁾ 이와 관련하여 구체적으로는 법 제7조 공공데이터의 제공 및 이용 활성화에 관한 기본계획 규정에 근거하여 최근 발표된 제3차 공공데이터의 제공 및 이용 활성화 기본계획에서 유사한 개념을 살펴볼 수 있다.⁴⁵⁾ 수요자가 원하는 사회 이슈 및 미세먼지, 일자리 등 영역의 데이터 개방 부족에 따라 고가치 데이터로서 ‘국가중점데이터’라는 명칭으로 데이터 개방 확대에 관한 계획이 담겨 있다. ‘국가중점데이터’에는 건축 정보, 교통사고정보, 국민건강정보 등 15가지 분야로 규정하고 있다.

이는 공공데이터의 사회적 영향력보다 수요자가 요구하는 주요 분야를 카테고리화 개념으로 융·복합, 비정형 데이터 등 데이터 품질관리 차원에서 ‘국가중점데이터’를 접근하고 있다는 점이 ‘2019년 오픈데이터 및 PSI 지침’의 ‘고 부가가치 데이터셋’과 다르다고 할 수 있다.

즉, 정리하자면 현 「공공데이터법」에서는 EU 지침의 ‘고 부가가치 데이터셋’과 비교하여 볼 때 ‘고 부가가치 데이터’ 개방을 위하여 이를 정의하는 정의 및 요건 규정 등 명확한 법적 규정이 부재하다. 또한, 사

42) ‘2019년 오픈데이터 및 PSI 지침’의 ‘고 부가가치 데이터셋’의 요건을 동 지침 제14조제1항에서 규정하고 있는데 (a)무료로 제공되어야 하고 (b)기계가 판독이 가능한 형태여야 하며 (c)API를 통한 제공이 있어야 하고 (d)관련이 있는 묶음 다운로드(bulk download)를 제공하도록 두고 있다.

43) Directive (EU) 2019/1024 CHAPTER I GENERAL PROVISIONS CHAPTER V HIGH-VALUE DATASETS Article 13.

44) 「공공데이터법」(법률 제14839호, 2017. 7. 26., 타법개정) 제22조제3항.

45) 「공공데이터법」(법률 제14839호, 2017. 7. 26., 타법개정) 제7조; 공공데이터전략위원회, 제3차 공공데이터 제공 및 이용 활성화 기본계획(‘20~’22), 2019.12. 10면, 17면 참조.

회적 파급 효과가 큰 데이터에 관한 영향평가 등을 통해 선정된 것이 아닌 수요자 요구 중심의 데이터 선정으로서 공공기관에게 품질 진단과 평가 차원의 의무 부여에 지나지 않는다는 부분이 큰 차이라고 볼 수 있다.

따라서 수요자 요구 중심의 데이터에 관한 선정 뿐만 아니라 ‘2019년 오픈데이터 및 PSI 지침’의 ‘고 부가가치 데이터셋’과 같이 명확한 법적 근거를 두고 해당 데이터를 통해 사회적으로 혁신적인 영향성을 발휘할 수 있는지 등을 평가하는 ‘데이터 잠재성 평가’⁴⁶⁾와 같은 영향평가 제도를 도입하여 ‘고 부가가치 데이터셋’의 활용을 활성화 할 수 있도록 개정할 필요가 있다.

3. 수수료 부과 방식

앞서 살펴본 ‘2019년 오픈데이터 및 PSI 지침’에서의 수수료 부과방식과 관련하여 살펴보면 지침 제6조에서 수수료 부과 방식에 관하여 규정하고 있다. ‘공공 분야 정보’의 재사용시 기존에는 수수료를 원칙적으로 부과하도록 하였으나 이번 개정을 통하여 ‘재사용의 무료 제공 원칙’을 두었다. 지침 제6조제1항에서는 문서의 재사용 무료(free of charge)라는 원칙을 명시하고 개인정보 익명화 및 상업적 영업비밀을 보호하기 위한 조치 뿐만 아니라 문서의 재생산, 제공 및 배포에 대한 한계 비용에 해당될 경우에만 제한적으로 수수료를 부과하도록 하고 있다.

제2항에서는 적용 예외 조항을 두었는데⁴⁷⁾ 구체적으로 살펴보면 공공 업무 수행과 관련하여 비용의 상당한 부분을 충당하기 위해 수익을 창출

46) Directive (EU) 2019/1024 제14조제2항에서 규정하는 바와 같이 ‘고 부가가치 데이터셋’의 식별을 위한 데이터 잠재성 평가 기준을 정하고 있는데 (a)해당 데이터는 상당히 사회 경제적 또는 환경적 이익과 혁신적 서비스 생성에 기여하고 (b)다수의 사용자가 활용하되, 특히 중소기업에 제공하는 혜택이 높으며 (c)수익 창출 효과가 있고 (d)다른 데이터셋과 높은 결합가능성을 기준으로 두고 있다.

47) Directive (EU) 2019/1024 Article 6 Principles governing charging 1.; 지침 제6조제2항에서는 개인정보의 익명화 및 상업적 기밀 정보를 보호하기 위한 조치 뿐만 아니라 문서의 재생산, 제공 및 배포에 대해 발생하는 한계 비용의 복구시에는 무료 원칙의 적용 예외가 될 수 있다고 명시하고 있다.

해야 하는 (a)공공 분야 기관, (b)대학 도서관, 박물관 및 아카이브를 포함한 도서관, (c)‘공공사업자’의 경우에만 원칙상 ‘무료’의 예외 경우로 한정하고 제4항 및 제5항에서는 수수료 산정 원칙에 대한 사항을 규정하고 있다. 주목할 점은 제6항에서는 앞서 살펴본 ‘고 부가가치 데이터셋’과 ‘연구데이터’에 관하여 무료라고 명시하고 있다는 점이다.

「공공데이터법」을 검토해보면 법 제35조에서는 비용부담에 관하여 규정하고 있는데, 제1항에서 공공기관의 장 및 활용지원센터는 공공데이터의 제공에 드는 필요최소한의 비용을 이용자에게 부담시킬 수 있다고 규정하고 있으며 제2항에 따라 비용의 범위에 대한 사항에 관하여 시행령에 위임하고 있다.⁴⁸⁾

법 시행령 제28조제1항에서는 공공데이터 제공에 드는 전자기록매체 비용 등 일반경비(제1호), 공공데이터 제공을 위하여 필요한 정보시스템 및 네트워크 증설, 유지보수 비용(제2호), 제3자 권리 정보가 포함된 공공데이터의 제공에 대한 정당한 권리이용 비용(제3호)을 고려하여 사용자 하여금 비용을 부담하도록 하고 있다. 또한 제2항에서는 공공기관 장 및 활용지원센터가 공공데이터 제공에 드는 비용이 동조 제1항 각 호의 비용 외 추가로 발생할 경우 이용목적, 데이터 양, 제공기간 및 횟수 등 종합적으로 고려하여 사용자와 협의하여 비용을 결정하도록 하고 있다고 규정하고 있다.⁴⁹⁾

이와 관련하여 「공공데이터법」 관리지침을 살펴보면⁵⁰⁾ 2016년 개정을 통해 제공비용 산정기준을 보완하였는데, 원칙상 무료제공으로 명시하고 있으나 비용 부과에 관해 데이터 제공 비용을 데이터 가공 비용과 데이터 전송 비용을 합산하여 산정하도록 하고 해당 기관에서 비용 부담에 대한 기준을 내부 규정으로 마련하도록 하였다는 것을 알 수 있다.⁵¹⁾

앞선 검토를 통해 ‘2019년 오픈데이터 및 PSI 지침’은 수수료에 관한 개정을 통하여 ‘공공 분야 정보’의 활용에 있어 원칙 자체를 ‘수수료 무료’라는 점을 선언하여 시사하는 바가 크다. 즉, 단편적으로는 수요자로

48) 「공공데이터법」(법률 제14839호, 2017. 7. 26., 타법개정) 제35조.

49) 「공공데이터법」시행령(대통령령 제28211호, 2017. 7. 26., 타법개정) 제28조.

50) 「공공데이터법」(법률 제14839호, 2017. 7. 26., 타법개정) 제11조; 「공공데이터 관리지침」(행정안전부고시 제2019-71호) 참조.

51) 「공공데이터 관리지침」(행정안전부고시 제2019-71호) 42면.

하여금 비용 부담을 완화하였다는 점과 함께 궁극적으로는 ‘원칙’ 자체를 ‘무료’로 설정함으로써 지침상 ‘개방성을 고려한 설계 및 기본 설정 원칙’(open by design and by default)을 실현시켜 ‘공공 분야 정보’ 활용 촉진을 높이하고자 하였다는 점이다. 반면에, 국내 「공공데이터법」에서는 ‘수수료 무료’ 원칙 설정이 아닌 필요 최소한의 비용을 이용자에게 부담시킬 수 있도록 법률상 규정함으로써 원칙상 수수료 발생 비용을 유료로 하고 있어 사실상 데이터 개방 활용 활성화를 위한 장벽으로 작용하게 되었다는 점이 근본적으로 다르다고 볼 수 있다.

또한, 「공공데이터법」 관리지침을 통해 비용 부담 기관이 사용자에 대한 비용을 청구할 수 있도록 자체적으로 내부 규정을 제정하도록 하고 있다. 이는 오히려 사용자의 비용부담을 더 증가시킬 수 있는 여지가 있다고 볼 수 있다. 따라서 ‘2019년 오픈데이터 및 PSI 지침’과 같이 법적으로 원칙상 수수료 무료를 선언하면서 ‘고 부가가치 데이터셋’과 같이 사회적으로 영향성이 높은 데이터 분야를 특정하여 ‘수수료 무료’ 원칙을 구체적으로 실현할 수 있도록 「공공데이터법」의 수수료 부과에 관한 규정을 개정할 필요가 있다.

V. 결론

본 연구에서는 EU의 ‘공공 분야 정보’ 활용의 법적 기준이 되는 2003년 EU 공공 분야 정보의 재사용에 관한 기존 지침과 함께 2019년 새롭게 개정된 ‘오픈데이터 및 공공 분야 정보의 재사용에 관한 지침’의 주요 개정사항을 알아보고 이와 관련하여 우리나라 관련 법제인 「공공데이터법」과 비교 분석을 통해 현행법상 한계와 법제도 개선 방안 등을 제안하였다.

EU에서는 전자정부를 통해 방대한 양의 ‘공공 분야 정보’가 생산 및 축적되었고 이를 통해 수많은 부가가치 창출과 함께 국가 산업의 혁신을 가져다주는 ‘공공 분야 정보’의 잠재적 가치를 높게 평가해왔다. 따라서

‘공공 분야 정보’를 적극적으로 활용할 수 있는 방법을 모색하고자 정책 뿐만 아니라 법적 체계 마련 등 법제도 정비를 통해 지속적인 노력을 기울여 왔다.

이러한 노력 중 하나가 바로 2019년에 개정한 ‘오픈데이터 및 공공 분야 정보 재사용에 관한 지침’이다. 본 지침은 ‘2003년 PSI 지침’ 제정 이래로 2013년에 걸쳐 개정이 한차례 이루어졌었고 최근에 다시 개정이 되었다. 본 지침은 EU에서 ‘공공 분야 정보’의 광범위한 재사용에 관해 지속적으로 문제 제기가 되고 있고, 향후 장벽으로 작용할 문제들을 극복하기 위한 연합 차원의 조치이다. 이를 통해 회원국이 보유하고 있는 ‘공공 분야 정보’를 회원국 간 활용성을 증대시켜 데이터 경제에 혁신적인 이익을 가져다주는 상호 작용을 지원할 뿐만 아니라 EU의 ‘공공 분야 정보’와 관련하여 EU 회원국 전체를 수범하도록 하는 법적 체계를 디지털 기술 발전에 따라 정립하고 있다는 점에서 의의가 크다고 할 수 있다.

앞서 살펴본 바와 같이 주요 개정사항 중 ‘공공 분야 정보’의 잠재력을 충분히 활용하고 극대화하고자 ‘고 부가가치 데이터 셋’을 선정하여 특정 분야를 중점적으로 발전시키고자 하였으며, ‘공공 분야 정보’ 사용에 있어 수수료를 원칙상 무료로 선언하여 사용자 하여금 부담을 완화시키고자 하는 등 개정사항을 비추어 볼 때 본 지침은 매우 혁신적인 개정이라고 볼 수 있다. 또한, 지침 명칭에서 ‘오픈데이터’라는 단어가 새롭게 추가되었다는 점을 고려해 볼 때 EU 차원에서 ‘오픈데이터’가 가지는 본래적 의미로서 ‘공공 분야 정보’의 상호 호환성을 최대한 높이고 ‘공공 분야 정보’ 개방을 극대화하기 위한 의지를 지침 명칭 개정을 통해 입법 취지를 담고 있다는 것을 알 수 있다.

본고에서는 국내 관련 법제인 「공공데이터법」과 비교 분석을 통해 동법이 ‘공공 분야 정보’의 재사용 활성화를 목적으로 하는 법임에도 불구하고 비교분석 결과 EU ‘2019년 오픈데이터 및 PSI 지침’과 비교해볼 때 매우 소극적인 태도를 취하고 있다는 것을 알 수 있다. 특히, 「공공데이터법」상 공공데이터 제공 주체인 ‘공공기관’ 적용범위에 있어 공공성이 높음에도 불구하고 법 적용의 사각지대가 발생하여 양질의 공공데이터임에도 불구하고 적용에 제외되었다. EU ‘2019년 오픈데이터 및

PSI 지침'의 '고 부가가치 데이터셋' 개념과 유사한 규정을 검토해 보더라도 단순히 품질관리 차원에서의 접근을 하고 있는 등의 한계가 존재하였다.

향후 EU '2019년 오픈데이터 및 PSI 지침'에 대해 EU 회원국이 2년 이내로 해당 사항을 이행하여야 하기 때문에 우리도 이에 대응하기 위하여 '공공 분야 정보' 관련 해당 법제도를 검토하고 조속히 개선해 나가는 것이 불가피할 것으로 사료된다.

앞서 언급한 우리 「공공데이터법」이 내재하는 한계 및 문제점 뿐만 아니라 공공 부문 기관 간 데이터 공유 관련 법적 근거 부재 등 공공 부문의 데이터 활용 활성화를 저해시키는 많은 장애 요인이 선결적으로 해결되어야 할 것이다. 이러한 공공 부문 데이터 활용 활성화를 위한 법제도적 개선은 '공공 분야 정보'의 활용 활성화로 내부시장을 개선하고 4차 산업혁명에 따른 인공지능 등 신기술에 필요한 지능형 데이터 사용을 도모하여 사회 전반에 혁신과 함께 공공 분야의 투명성과 책임성을 향상할 수 있도록 하는 가장 기본적인 토대가 될 것이다.

(논문투고일: 2020.02.19, 심사개시일: 2020.03.13, 게재확정일: 2020.03.20)



▶ 김민호 · 이보옥

EU 공공 분야 정보 재사용에 관한 지침, 공공데이터법, 공공 오픈데이터, 공공데이터, 행정정보

【참 고 문 헌】

I. 국내 문헌

- 김민호, 「행정법」, 박영사, 2020.
- 김민호, 차세대 전자정부의 공법적 과제, 한국토지공법학회 토지공법연구 제48집, 2010.
- 김민호/김현경, 국가기준정보 제도 도입을 위한 입법과제, 성균관대학교 법학연구소, 성균관법학 제30권 제3호, 2018.
- 김민호/이규정/김현경, 지능정보사회의 규범설정 기본원칙에 대한 고찰, 성균관대학교 법학연구소 성균관법학 제28권 제3호.
- 김현경, 공공데이터베이스 이용법리의 재검토, 성균관대학교 법학연구소 성균관법학 제24권 제3호, 2012.
- 김현경/김민호, 「지능정보사회 기본법」 제정에 관한 연구, 경북대학교 IT와 법 연구소 IT와 법 연구 제15집, 2017.
- 김정현, 빅데이터법제에 관한 비교법적 연구 -유럽연합-, 한국법제연구원 지역법제연구 14-16-7-3, 2014.
- 김규빈, 과학데이터관리에 관한 해외 법제의 비교법적 고찰, 충북대학교 법학연구소 과학기술과 법 제6권 제1호, 2015.
- 이보옥, EU-PSI Directive 개정안 제안, 한국정보화진흥원 Open Data Now 제10호, 2018.
- 이상윤, 빅데이터법제에 관한 비교법적 연구 -종합보고서-, 한국법제연구원 지역법제 연구 14-16-7-1, 2014.
- 이시직, 공공데이터 제공 및 이용 활성화를 위한 법·제도적 개선방안, 정보통신정책연구원 정보통신방송정책 제26권 제3호, 2014.
- 최진원, 공공정보 이용활성화를 위한 법제도적 과제에 대한 연구, 한국정보법학회 정보법학 제16권 제1호, 2012.
- 최창수, 공공데이터 개방에 관한 유럽연합, 영국, 미국의 입법례와 국내 법제의 개선방향, 홍익대학교 법학연구소 홍익법학, 19권 2호, 2018
- 국회도서관, 공공데이터 개방 관련 외국 입법례Ⅱ(EU·영국·미국), 최신 외국입법정보 제73호 및 제74호 통합본, 2018.

II. 외국 문헌

Carrara, Wendy, et al. "Creating value through open data: Study on the impact of re-use of public data resources", European Commission, 2015.

European Commission, "Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the re-use of public sector information", European Commission staff working document evaluation, 2018.

FX Camenen, "Public undertakings and public service activities in the european union", European Parliament, 1996.

III. 관련 지침

Directive (EU) 2019/1024 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 20 June 2019 on open data and the re-use of public sector information.

Directive 2013/37/EU of European Parliament and of the Council of 26 June 2013 amending Directive 2003/98/EC on the re-use of public sector information.

Directive 2003/98/EC of the European Parliament and of the Council of 17 November 2003 on the re-use of public sector information.

Commission Directive 2006/111/EC of 16 November 2006 on the transparency of financial relations between Member States and public undertakings as well as on financial transparency within certain undertakings

IV. 기타 자료 및 웹사이트

공공데이터전략위원회, 제3차 공공데이터 제공 및 이용 활성화 기본계획
(‘20~’22), 2019.12.

「공공데이터 관리지침」(행정안전부고시 제2019-71호).

European Commission, “Digital Single Market: EU negotiators agree
e on new rules for sharing of public sector data”, European
Commission Press, 2019.1.22.

<https://open-data.europa.eu> (2020.1.3. 방문).

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_525 (2
020.1.3. 방문)

Abstract

Recent Trends of the Amendment of the Public Sector Information Directive in EU and Its Implications to the Republic of Korea

Kim, Min Ho

Lee, Bo-oK

Korea has accumulated vast amounts of “public sector information” through the e-government policy. In addition, 'public sector information' is a key means of representative new technologies of the fourth industrial revolution such as artificial intelligence and big data. It is necessary to open up 'public sector information', a large amount of information held by the state, to the private sector as much as possible to create various data innovations.

Despite the active policy for the opening and utilization of “public sector information,” there is still a legal system limitation in the related ‘act on promotion of the provision and use of public data’ in Korea, which requires the improvement of ‘public sector data’.

Recently, in the EU, the Directive on the Reuse of the Public Sector Information Directive, which is the legal standard for Public Sector Information, was amended in 2019. The key point is that there have been innovative amendments to the change of the naming of directive, along with enlarge the scope of the Directive, the declaration of free charges, and the selection of high-value data sets for the active use of public sector information.

Through these innovative amendments, the government actively promoted the reuse of public sector information. Therefore, it is important to derive the legal systemic improvement under the act on promotion of the provision and use of public data, which is a related domestic law in Korea, through comparative legal review.

This study examines existing directives on the reuse of EU public sector information and highlights the main points of the recently revised directive. In relation to the major amendments, the legal limits were drawn through the comparison with the act on promotion of the provision and use of public data, which is a related domestic law in Korea

In conclusion, this study proposed the improvement of the public data law in Korea which focuses on main regulations such as 'selection of high-value data sets' and 'declaration of free charge principle' in order to lay the groundwork for vitalizing the utilization of public sector information.



▶ **Kim, Min Ho · Lee, Bo-oK**

Open Data Directive, public sector data, public sector information, The Directive on open data and the re-use of public sector information, Act on promotion of the provision and use of public data in Korea

민간부문 개인정보보호를 위한 약관 통제

박 주 희*

【목 차】

| | |
|----------------------------------|-------------------------------|
| I. 서론 | IV. 개인정보보호 감독기구의 약관 통제 필요성 |
| II. 개인정보보호법 개정과 해외 동향 | 1. 개인정보보호 감독체계 일원화 |
| 1. 개정 개인정보보호법의 특징 | 2. 개인정보처리방침과 약관의 연계성 |
| 2. 개인정보 수집·이용 관련 주요 해외 동향 | 3. 기술진화와 약관의 변화 |
| III. 민간부문 개인정보보호에서 동의와 약관의 통제 | 4. 양립가능성의 합리적 판단 |
| 1. 개인정보 동의와 약관 | 5. 국외사업자에 대한 실효적 통제 |
| 2. 개인정보 약관 통제 | V. 개인정보보호 감독기구의 약관 통제 방안 |
| 3. 개인정보보호법과 약관규제법 | VI. 결론 |

【국 문 요 약】

데이터 3법의 개정으로 데이터산업은 도약의 전기를 마련하고, 개인정보보호 감독체계의 일원화라는 성과를 낳았다. 민간부문 데이터 활용이 기대되는 가운데, 정보주체 보호를 위한 보다 실효적인 방안도 고민해야 한다. 특히 민간부문 개인정보의 처리는 사적자치와 계약자유의 원칙에 따라 당사자 간 자발적 동의만으로 가능하고, 비교적 간편한 약관의 형태로 계약체결이 이루어지고 있다. 그렇기에 ‘약관의 공정성’이 담보될 수 있도록 공적인 기구에 의한 약관통제가 개인정보보호의 중요한 수단이 될 것이다. 비록 개인정보처리방침은 동의를 통한 계약 형태는 아니나, 개인정보처리자와 정보주체간 그 내용에 대한 신뢰가 구축된다는 점과 이용약관에서 개인정보보호 내용을 개인정보처리방침에 위임한다는

* 사단법인 개인정보보호법학회 총무간사, 법학 박사

점 등에서 약관통제 대상에 포함되어야 한다.

한편 약관규제를 총괄하는 공정거래위원회가 현재까지 약관내 개인정보 내용이나 개인정보처리방침에 대한 심사 및 시정조치도 담당했다. 이제 개인정보보호법 개정으로 개인정보보호위원회의 법적 지위가 확보되고 처분권 행사가 가능해진 가운데, 개인정보처리방침과 이용약관이 매우 긴밀한 관계이고, 그리고 기술진화에 따른 개인정보 수집·활용의 허용수준 판단 또는 개인정보 이용에서의 양립가능성 도입 등에서 개인정보처리방침이나 이용약관에 대한 일관된 통제가 필요하고, 또한 약관규제를 이용한 국외사업자 통제가 실효적 수단으로 인정되는 등 향후 개인정보보호 감독기구가 약관 등을 통제하는 임무를 수행해야 할 것이다.

따라서 개인정보보호 감독기구에 의한 약관통제 방안으로 두 가지를 제시한다. 첫 번째, 개인정보 관련 약관이나 개인정보처리방침의 심사를 청구받거나 재량적 판단에서 여러 정보주체에게 피해발생 우려가 큰 경우, 그 내용의 공정성을 심사하는 것이다. 두 번째는, 공정거래위원회가 약관 심사를 하되 개인정보보호 감독기구 소속 관계자가 공정거래위원회 약관심사 또는 현장조사 등에 참여하여 두 기관이 공조체계를 갖추는 방법이다.

I. 서론

일명 ‘데이터 3법’ 개정안이 2020년 1월초 국회 본회의를 통과하면서 데이터산업 활성화의 촉매제 역할을 하게 되었다. 가명정보 활용과 개인정보 이용·제공의 유연화는 기존의 엄격한 보호에만 머물렀던 개인정보 보호법제를 빅데이터시대에 조응하도록 한 단계 발전시켰다. 개인정보 보호와 활용의 균형추가 작동했다는 측면에서 그 의미가 크다. 이렇게 민간부문 데이터 활용의 길을 열어주었지만, 한편으로는 현재 민간부문 개인정보 보호체계에 대한 진단도 병행해야 한다. 빅데이터 시대의 진입과 동시에 사업자는 점차 정보주체 개인의 서비스이용 성향이나 소비습

관, 관심사 등을 궁금해하고 분석하려 할 것이기 때문이다. 또한 민간부문 개인정보 처리는 사인간 동의 하나만으로 충분히 가능한데, 정작 개인정보처리자가 개인정보 처리에 모두 동의를 받거나, 정보주체가 그 동의내역을 충분히 이해하고 동의버튼을 누르는 것이 현실적으로 쉽지 않다. 게다가 점차 기술측면에서의 개인정보처리자와 정보주체 간 정보격차로 인해¹⁾, 정보주체는 자신이 이해하지 못한 내용에 동의를 할 가능성도 갈수록 높아질 것이다.

따라서 민간부문의 개인정보 활용에서는 개인정보처리방침 또는 개인정보처리자와 정보주체 사이 체결되는 이용약관의 공정성 확보가 중요해지고, 향후 개인정보보호 감독기구도 그 내용통제로 정보주체의 개인정보를 보호해야 한다. 이런 관점에서 본 논문은 개인정보보호 감독기구의 약관 등에 대한 통제 필요성과 그 통제방안에 대하여 논의하고자 한다.

II. 개인정보보호법 개정과 해외 동향

1. 개정 개인정보보호법의 특징

가. 개인정보보호위원회의 법적 지위 및 독립성 확보

개인정보보호 감독기구가 행정조직으로서 독립성과 집행력, 실효성을 담보하려면 통상적으로 독립행정기관에서 요구되는 처분권한과 하위법령 제정권한을 가져야 한다.²⁾ 2020년 개정 개인정보보호법은 그 동안 심의

1) 계속 진화하는 정보기술로 개인정보 수집과 활용에 이용하는 사업자는 자신들은 이해할 수 있지만 평균적인 이용자의 이해도를 넘는 전문적인 기술 용어를 사용할 것이고, 또한 이용자는 사업자의 개인정보 활용 사업모델의 작동원리를 충분히 인지하지 못하는 경우가 많기 때문이다.

2) 김민호, “개인정보보호법의 시행실태와 입법과제” 학술세미나 주제발표문, (국회 입법조사처, 2012) 67~69쪽.

· 의결 기구에만 그쳤던 개인정보보호위원회의 법적 지위를 합의제 중앙행정기관으로 격상시키고, 실질적인 집행과 처분, 조사를 행사할 수 있도록 ‘독립행정기관’으로서의 권한을 부여한 점에서 큰 의미가 있다.³⁾

그리고 개인정보보호위원회의 독립성을 보장하기 위해⁴⁾ 비록 국무총리 소속 행정기관이지만, 정보주체의 권리침해에 대한 조사 및 이에 따른 처분에 관한 사항, 개인정보의 처리와 관련한 고충처리·권리구제 및 개인정보에 관한 분쟁조정, 개인정보 침해요인 평가에 관한 사항을, 국무총리의 지휘·감독에서 배제하도록 법에 명시하였다. 또한 보호위원회 위원의 신분보장 규정을 두어 각 위원이 외압으로부터 법률과 양심에 따라 독립적으로 직무를 수행할 수 있게 하였다. 이러한 개인정보보호위원회의 조사·처분, 인사·예산부문 독립성 확보는 EU GDPR 적정성 평가의 핵심적 요건을 충족시킴으로써, 향후 EU내 진출한 우리나라 기업들의 개인정보 역외이전 및 활용도 도울 것이다.

나. 공공·민간부문 감독체계 일원화

일반법인 개인정보보호법과 특별법상 개인정보보호 규정이 공존하며 다중으로 규율하던 법체계가, 이번 개정법에 정보통신서비스 개인정보처리 특례규정을 이전해옴으로써 개인정보보호의 일원화가 이루어졌다. 이로 인해 민간부문 정보통신서비스상 개인정보처리에 대한 감독업무도 방송통신위원회에서 개인정보보호위원회로 이관되었다. 그 동안 노정되어 왔던 중복규제나 감독책임 분산, 비효율적 집행, 제재 불균형 등의 문제가 상당부분 해결 될 것으로 기대된다.

3) 이전까지 개인정보보호위원회는 처분을 행사할 권한이 없는 합의제 행정위원회이어서, 행정청인 행정안전부와 관계 중앙행정기관들이 개인정보보호에 대한 처분과 조사를 실질적으로 수행해왔다. 이러한 개인정보보호위원회의 모호한 법적 지위 때문에 개인정보보호 기능이 분산되는 혼란도 초래되어 왔었다.

4) 개인정보보호 감독기구의 독립성 확보는 정보주체의 인격권 보호와 개인정보자기결정권 보장, 프라이버시를 위한 가장 중요한 요소이다. 세계 국가마다 개인정보보호법체 체계와 감독기구의 구성·법적지위는 서로 다르더라도, 공통된 특징으로 감독기구가 법으로 보장된 독립된 권한을 행사할 수 있도록 한 것도 바로 이런 이유와 연결된다.

다. 가명정보 도입으로 개인정보 활용 확대

세계적인 자유로운 정보흐름과 개인정보 활용이라는 시류에 보조를 맞출 방안으로, 개정법은 ‘가명정보’ 개념을 도입하여 데이터 활용의 길을 열어주었다. 가명정보는 개인정보의 일부를 삭제하거나 일부·전부를 대체하는 등의 방법으로 추가정보 없이는 특정 개인을 식별할 수 없도록 가명처리한 정보이다. 안전성 확보에 필요한 기술·관리·물리적 조치의 의무를 전제로, 가명정보는 통계작성이나 연구, 공익적 기록보존 목적에 정보주체의 동의없이 이용·제공할 수 있다. 여기서 과연 통계작성, 과학적 연구에 상업적 통계나 산업적 연구도 포함되는지가 개인정보 활용 가능성의 범위를 결정짓는 관건이 되는데⁵⁾, 가명정보 처리에 관한 기준은 향후 시행령과 지침을 통해 구체화되겠지만, 개인정보 침해 우려가 심각한 영역을 제외하는 네거티브식의 형태로 규정된다면 민간부문 개인정보 활용영역이 확대될 것으로 예상된다.

라. 개인정보 개념 명확화 및 이용범위 확대

개정 개인정보보호법은 매우 넓게 해석되어 온 개인정보의 개념을 보다 명확히 하기 위해 기준을 추가 명시하였다. 기존의 ‘결합의 용이성’에 ‘다른 정보의 입수 가능성 등 개인을 알아보는 데 소요되는 시간, 비용, 기술 등’을 추가로 고려하도록 한 것이다.⁶⁾ 빅데이터시대 점차 개인과

5) 신용정보법은 “통계작성에는 시장조사 등 상업적 목적의 통계작성을 포함하며, 연구에는 산업적 연구를 포함한다”라고 명확히 명문화했지만, 개정 개인정보보호법은 상업적 통계와 산업적 연구에의 가명정보 활용가능성에 대한 논란이 크다. 하지만 개인정보보호법이 규정한 과학적 연구의 정의와 가명정보의 개념을 신선했던 개정법의 입법취지를 종합하면 산업적 활용을 위한 산업적 연구 및 상업적 통계작성이 포함되는 것으로 적극적으로 해석하는 것이 타당하다. 황창근, “데이터 3법의 개정과 향후 입법과제 모색” 세미나 토론문, (개인정보보호법학회, 2020) 27~28쪽.

6) 한편, 개정 개인정보보호법은 보칙으로 제58조의2(적용제외) “이 법은 시간·비용·기술 등을 합리적으로 고려할 때 다른 정보를 사용하여도 더 이상 개인을 알아볼 수 없는 정보에는 적용하지 아니한다”를 추가하였다. 사실상 이는 익명정보로서 익명정보가 이 법의 적용대상이 아니라는 점을 분명히 하였다. 이인호, “데이터 3법의 개정과 향후 입법과제 모색” 세미나 토론문, (개인정보보호법학회, 2020) 7~8, 13쪽.

관련한 많은 데이터가 범람하면서 결합의 용이성만으로는 개인정보의 범주가 너무 넓어 수범자가 법률준수에 혼란을 느꼈던 것이 사실이다.

또한 정보주체의 동의없이 개인정보의 수집·이용·제공이 가능하도록 그 활용범위를 확대하였다. 개인정보처리자는 ‘당초 목적과 합리적으로 관련된 범위’에서 정보주체의 불이익 발생여부, 안전성 조치여부 등을 고려해 동의를 받지 않고 개인정보를 처리할 수 있게 되었다. 처음 수집목적과의 ‘합리적 관련성’에 대해 향후 구체적 논의가 진행되겠지만, 정보주체가 추가 처리를 충분히 예측가능하거나 기존 목적에 부가적인 처리인 경우 등에서 허용될 듯하다. 우리나라 개인정보보호법이 데이터산업 활성화에 대비할 수 있도록 동의 및 처리의 유연화가 이루어진 셈이다.

2. 개인정보 수집·이용 관련 주요 해외 동향

가. EU GDPR

1) 정당한 이익과 양립가능성 도입

2016년 제정된 EU GDPR은 사전동의를 원칙으로 두며, 특히 그 동의가 유효하기 위해 GDPR 작업반은 자유로운 선택 상황에서 범위의 특정화, 충분한 고지, 명시적 동의일 것 등 매우 세부적인 지침을 별도로 제시했다.⁷⁾ 하지만 엄격한 동의요건에 비해 GDPR은 제6조에서 처리의 적법성 요건을 명시하며 동의 외 개인정보 처리의 가능성을 열어두었다.⁸⁾ 그 중 ‘정당한 이익’(legitimate interests)의 추구를 위해 필요한 경우의 처리가 있는데, 개인정보처리자와의 관계를 바탕으로 정보주체가 합리적으로 예상하는 바를 고려하여 정보주체의 이익 또는 기본권 및 자유가 우선시 되지 않는다면 적법한 처리가 된다.⁹⁾ 한편, GDPR 규정에서 개인

7) Article 29 Data Protection Working Party, “Guidelines on Consent under Regulation 2016/679”, (2018).

8) GDPR 제6조의 적법한 개인정보 처리에 대한 요건들은 개인정보 수집·이용뿐 아니라 제3자 제공 등 전체 처리단계에 포괄적으로 적용된다. 우리나라 개인정보보호법 조문이 수집·이용과 제3자 제공을 분리 명시하여 그 적법성 요건을 각각 두는 것과는 차이가 있다.

정보 처리의 주목할 만한 또 다른 점은 ‘양립가능성’(compatibility) 개념이다. 원래의 수집목적과 양립가능한 범위라면 추가 처리에 있어서 별도 동의나 다른 적법처리 요건이 필요하지 않다.¹⁰⁾ 정보주체의 개인정보를 수집한 상태임을 전제로 추가처리시 양립가능성을 판단하기 때문에, 개인정보처리자의 개인정보 목적외 이용·제공을 폭넓게 허용하는 것이다.

2) 프로파일링을 포함한 자동의사결정의 통제

알고리즘의 투명성과 책임성을 규범화하려는 시도들이 진행된 가운데, EU GDPR의 프로파일링 등 자동화된 개별적 의사결정 규정은 정보주체에게 프로파일링 자동의사결정에 반대할 권리를 부여함으로써 알고리즘 규제에 대한 논의를 법제화한 것이다.¹¹⁾ GDPR 제21조에선 직접 마케팅 목적 개인정보 처리를 언급하며 정보주체가 이에 언제든지 반대하면 그 처리가 중단되어야 함을 규정한다. 하지만 자동화된 처리인 프로파일링 그 자체를 규제하려는 것은 아니고 그 자동화된 의사결정이 정보주체에게 법적효력이나 이와 유사하게 중대한 영향을 미치는 결정일 경우에 한한다.¹²⁾ 또한 정보주체와 개인정보처리자 간 계약 체결 또는 이행에 필요하거나, 정보주체의 명백한 동의에 근거하면 예외적으로 허용된다.

9) GDPR Recital 47.

10) GDPR Article 6 (4)에 따르면, 양립가능성은, 수집목적과 추가처리 목적 사이의 연관성, 정보주체와 개인정보처리자간 관계를 고려하여 개인정보가 수집된 상황, 민감정보 및 범죄 기록 처리여부 등 처리되는 개인정보의 성격, 추가 처리가 정보주체에게 미칠 결과, 암호 처리 또는 가명처리 등 적절한 안전성 조치 여부를 고려하여 인정된다.

11) 알고리즘 규제와 관련해 ‘프로파일링 반대권’ 뿐만 아니라 ‘알고리즘 설명요구권’에 대해서도 EU 작업반에서 논의되었다. 하지만 GDPR에는 Recital 71에 언급만 될 뿐 본문의 정식 규정에는 명시되지 않았다. 작업반의 프로파일링과 자동의사결정에 관한 가이드라인에서도 알고리즘 설명요구권에 대한 설명은 없는 것으로 보아, 정보주체에 대한 정식적인 권리로 인정하기엔 아직 시기상조라 판단된다. 설명요구권에 대한 국내의 의견 및 연구에 대한 자세한 내용은 박상돈, “헌법상 자동의사결정 알고리즘 설명요구권에 관한 개괄적 고찰”, 「헌법학연구」 제23권 제3호(한국헌법학회, 2017) 194쪽 이하; 이원태, “EU의 알고리즘 규제 이슈와 정책적 시사점”, (한국정보통신정책연구원, 2016) 19~20쪽 참고.

12) 예를 들면 계약이나 복지혜택, 대출자격, 고용기회, 대학입학 등 개인의 법적 지위나 권리에 변동을 주거나 정보주체에 지속적인 영향을 미치는 결정들이다. The Article 29 Data Protection Working Party, “Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation”, (2017) pp.23~24.

나. 미국

1) 데이터처리의 전후상황 존중

2012년 백악관이 발표한 소비자 프라이버시 권리장전에는 ‘전후상황의 존중’(respect for context)의 원칙이 포함되었다. 소비자는 자신의 데이터가 제공된 전후상황과 이어질 수 있는 범위에서 기업이 데이터를 처리할 거라 기대한다는 것이다. 따라서 데이터 이용은 데이터 사용자와의 관계 또는 데이터 수집환경과 일치될 경우 가능해지므로, 소비자가 데이터 이용범위를 예상할 수 있는 범위까지는 데이터의 활용이 가능함을 의미하고 있다.¹³⁾

2) 데이터보호의 초점을 이용으로 전환

빅데이터가 중심이 되는 사회에서 개인정보보호 패러다임 전환에 대한 논의도 이어졌는데, 데이터의 수집과 동의에 의존하는 것보다 책임있는 ‘이용’에 대한 통제로 그 보호의 초점을 맞추자는 주장이다.¹⁴⁾ 2014년 백악관도 빅데이터 관련 보고서를 발표하며¹⁵⁾, 빅데이터 환경에서는 개인정보의 ‘수집’보다는 ‘이용’과 ‘재가공’에 정책의 방점이 주어져야 한다고 강조했다.¹⁶⁾

13) 이대회, “빅데이터와 개인정보 보호”, 「정보법학」 제19권 제2호(한국정보법학회, 2015) 144~146쪽; The White House, “Consumer Data privacy in a Networked World: a Framework for Protecting Privacy and Promoting Innovation in the Global Digital Economy”, (2012) pp. 15~19.

14) OECD는 1980년 가이드라인을 개정하기 위한 논의에서 데이터 이용의 책임으로 전환될 필요성을 설득하였다. Fred H. Cate, Peter Cullen, Viktor Mayer-Sc hönberger, “Data Protection Principles for the 21st Century Revising the 1980 OECD Guidelines”, (2014) p16.

15) The White House, “Big Data and Privacy: A Technological Perspective”, “Big Data: Seizing Opportunities, Preserving Values”, (2014).

16) 정찬모, “개인정보보호에 있어 정보주체의 동의”, 「법학연구」 제18집 제1호, (인하대 법학연구소, 2015) 76~77쪽.

Ⅲ. 민간부문 개인정보보호에서 동의와 약관의 통제

1. 개인정보 동의와 약관

가. 동의와 약관

민간부문은 기본적으로 각 개인이 인간으로서의 존엄과 가치를 바탕으로 누구나 자기의사에 따라 법률관계를 자유롭게 형성할 수 있는 사적자치의 원칙이 적용된다.¹⁷⁾ 그러한 법률관계는 외부로의 의사를 표출하는 의사표시로 구현되는데, 바로 그 의사표시가 ‘동의’이다. 그래서 법률유보의 제약을 받는 공공부문과 달리, 민간부문에서 개인정보의 처리는 사적자치와 계약자유 원칙에 따라 당사자 간 자발적 동의만으로 가능해진다.¹⁸⁾ 개인정보보호법상 개인정보의 수집·이용과 제공, 목적외 이용·제공 그리고 민감정보 처리를 가능케하는 조항마다 그런 처리의 전제조건 중 하나로 정보주체의 동의를 요하는 것도, 정보주체의 동의권 혹은 개인정보자기결정권을 최대한 존중하려는 데에 있다.¹⁹⁾ 따라서 민간부문의 개인정보 처리는 개인정보처리자와 정보주체의 의사표시의 합치라는 ‘계약’에 근거한 행위인 것이다.²⁰⁾

17) 양형우, 「민법의 세계」(피앤씨미디어, 2019) 4쪽; “사적자치의 원칙이란 자신의 일을 자신의 의사로 결정하고 행하는 자유뿐만 아니라 원치 않으면 하지 않을 자유로서, 헌법 제 10조의 행복추구권에서 파생되는 일반적 행동자유권의 하나이고, 법률행위의 영역에서는 계약자유 원칙으로 나타난다.” 헌재 2016. 9. 29. 2015헌바28.

18) 김민호, “공공부문 개인정보보호법제의 현황과 과제”, 「토지공법연구」 제37집 제1호(한국토지공법학회, 2007) 212~214쪽; 김일환/김민호, “민간영역에서 개인정보의 처리와 이용에 관한 비교법적 고찰”, 「토지공법연구」 제46집(한국토지공법학회, 2009) 305쪽; 김현경, “미국 ‘데이터 브로커’ 제도의 국내법적 함의”, 「경제규제와 법」 제11권 제2호(서울대 공익산업법센터, 2018) 264쪽.

19) 물론 현실적으로 개인정보처리자와 정보주체의 관계는 완전히 동등한 위치에 설 수 없기 때문에, 개인정보보호법에서는 동의의 합리적인 절차와 방식을 규정하고 있는데, 개인정보처리자는 동의사항을 구분하여 정보주체가 명확하게 인지하도록 알리고 각각 동의를 받도록 하고 있다.

20) 일반적으로 계약은 일정한 사법상의 법률효과의 발생을 목적으로 하여 서로 상대하는 당

한편, 정보통신기술을 활용한 신규산업이 등장하고 거래가 다양화·대량화되면서, 인터넷서비스를 통한 계약이 주를 이루자, 시간과 비용 측면에서 계약체결을 효율적으로 처리하기 위한 유용한 도구로서 ‘약관’이 등장하였다. 당사자들이 개별교섭을 거치지 않고 체결하고자 하는 계약의 내용이나 거래조건을 약관의 형식으로 사전에 마련해 이를 거래체결시 일률적으로 적용하는 것이다.²¹⁾ 통상적으로 계약체결에 계약자의 개인정보가 포함되고 인터넷서비스를 통하는 경우엔 주소, 연락처, 은행계좌, 신용카드정보 등이 더 요구되기도 하며, 특히 지능정보사회에서 대두되는 자율주행자동차, 드론, 스마트홈, 사물인터넷, AI스피커 등은 기기가 자동으로 수많은 개인정보를 수집·처리하게 된다. 이러한 이유로 거의 대부분 약관에는 개인정보의 수집·이용에 관한 방침과 개인정보보호정책을 담고 있다.

나. 개인정보 수집·이용 동의 체계

앞서 민간부문에서의 동의의 의미와 약관의 역할에 대하여 살펴보았는데, 그렇다면 개인정보처리자와 정보주체 간에 개인정보 수집·이용의 동의 및 계약은 어떤 구조로 체결되는지 들여다볼 필요가 있다. 일반적으로 인터넷서비스를 이용하기 위해 회원가입을 하려면 적어도 서너 개 이상의 동의체크 항목을 접하게 된다.²²⁾ 그 중에서 정보통신서비스 제공자가 이용자의 개인정보를 수집·이용하기 위해 반드시 받아야 하는 필수동의를 ‘이용약관’과 ‘개인정보 수집 및 이용’에 대한 동의이다. 그리고 이와 별도로 비록 동의요구사항은 아니지만, 개인정보처리자는 ‘개인정보 처리방침’을 해당 인터넷 홈페이지에 지속적으로 게재하는 등 이용자가

사자의 의사표시의 합치인데, 일정한 내용의 계약을 체결하려는 의사표시인 청약과, 그 청약에 대해 승인하는 의사표시인 승낙이 합치할 때 성립한다. 김용담 외, 「주석 민법-채권 각칙1」(한국사법행정학회, 2014) 102쪽.

21) 최병규, “약관과 소비자보호의 쟁점 연구”, 「경제법연구」 제14권 2호(한국경제법학회, 2015) 247쪽.

22) 포괄적 동의의 금지로, 정보주체는 이용약관, 수집·이용 동의, 위치정보 동의, 제3자 제공 동의, 재화나 서비스를 홍보·판매 권유 동의, 국외 제3자 제공 동의 등 각각에 별도 동의를 해야 한다.

쉽게 확인 가능하도록 의무적으로 공개해야 한다. 정리하자면 민간부문에서 개인정보 수집·이용 동의는 이용약관, 수집·이용, 개인정보처리방침으로 분리되어 각각 규율되는 체계이다. 이는 과거 이용약관 안에 개인정보 처리에 관한 모든 사항을 포함시켰을 때 이용자들이 정작 중요하게 확인하고 이해해야 할 개인정보 수집·이용 부분을 놓친 채 쉽게 동의버튼에 클릭하게 되는 문제점을 개선한 결과이다.²³⁾

그 체계를 보다 자세히 살펴보면 ‘개인정보 수집 및 이용’에 관한 동의에서는 개인정보의 수집·이용 목적, 수집항목, 보유·이용 기간을 알리고 동의를 받아야 하며²⁴⁾ ‘개인정보처리방침’에는 이용자 개인정보의 처리목적, 처리·보유기간, 제3자 제공 관련 사항, 파기절차, 개인정보처리의 위탁 관련 사항, 정보주체등 권리·의무와 행사방법, 인터넷 쿠키등 개인정보 자동수집 장치 설치·거부 관련 사항, 개인정보보호 담당 부서·연락처, 안전성 확보 조치 등을 포함한 내용을 공개해야 한다.²⁵⁾ 마지막으로 서비스이용 계약체결에서 가장 중요한 부분인 ‘이용약관’에는, 개인정보에 대한 내용뿐만 아니라 다른 여러 서비스이용을 위한 당사자간 권리나 의무 사항들이 포함되고, 또한 별도로 개인정보 수집 및 이용 동의를 받고 개인정보처리방침이 구체화되어 홈페이지 등을 통해 이용자에게 상시 공개되기 때문에²⁶⁾, 상대적으로 ‘이용약관’에서의 개인정보 처리와 보호 내용은 매우 간략한 내용만 명시되는 정도이다.

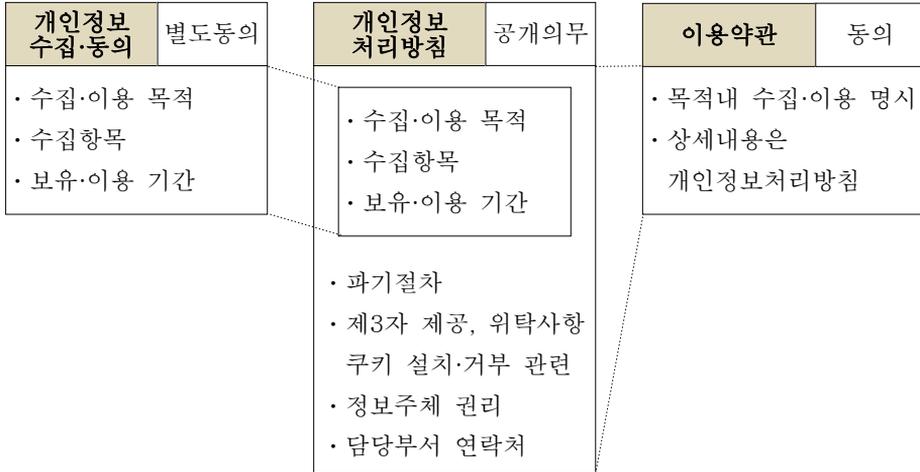
23) 2020년 개인정보보호법 이전 정보통신서비스상 개인정보보호 규정을 담고 있던 정보통신망법은 2007년 개정을 통해 ‘약관, 수집·이용, 처리방침’ 체계를 갖추게 되었다. 개정 전 제22조(개인정보의 수집)에서는 1.개인정보관리책임자의 성명·소속부서·직위 및 전화번호 기타 연락처 2.개인정보의 수집목적 및 이용목적 3.개인정보를 제3자에게 제공하는 경우의 제공받는 자, 제공목적 및 제공할 정보의 내용 등을 이용자에게 고지하거나 이용약관에 명시하도록 해 이용약관에서 한 번의 동의만 받으면 되었다. 그러다가 2007년 개정법에서는 제22조(개인정보의 수집·이용 동의)를 통해 이용약관과 별도로 수집·이용 동의를 받도록 했고, 제27조의2(개인정보취급방침의 공개)를 신설하여 개인정보취급방침을 이용자가 쉽게 확인하도록 공개를 의무화 했다.

24) 2020년 8월 시행될 개인정보보호법 제39조의3(개인정보의 수집·이용 동의 등에 대한 특례).

25) 개인정보보호법 제30조(개인정보 처리방침의 수립 및 공개).

26) 개인정보보호법 시행령 제31조 제2항에서 “개인정보처리자는 법 제30조제2항에 따라 수립하거나 변경한 개인정보 처리방침을 개인정보처리자의 인터넷 홈페이지에 지속적으로 게재하여야 한다”라고 규정하고 있다.

<개인정보 수집·이용 동의 체계>



다. 개인정보처리방침의 성격 및 약관과의 관계

이용약관이나 개인정보 수집·이용과 달리 개인정보처리방침은 공개의 무만 있지 동의를 필요로 하지 않는다. 하지만 정작 개인정보처리방침에 개인정보처리에 관한 구체화된 내용이 다수 포함되다 보니²⁷⁾, 그 개인정보처리방침의 성격을 규명하려는 논의도 이어졌다. 이는 개인정보처리 관련 ‘이용약관의 불공정성’을 판단하는 대상범위에 개인정보처리방침이 포함되느냐의 문제, 즉 개인정보처리방침이 약관규제법에 의해 통제될 수 있느냐의 문제이기도 하다. 개인정보처리방침의 약관성을 제한적으로

27) 개인정보처리방침이 개인정보보호와 정보주체의 권리보장을 위해 매우 중요한데, 네이버의 ‘개인정보처리방침 의의’가 이를 잘 표현하고 있다. “네이버가 어떤 정보를 수집하고, 수집한 정보를 어떻게 사용하며, 필요에 따라 누구와 이를 공유(‘위탁 또는 제공’)하며, 이용목적을 달성한 정보를 언제·어떻게 파기하는지 등 ‘개인정보의 한살이’와 관련한 정보를 투명하게 제공합니다. 정보주체로서 이용자는 자신의 개인정보에 대해 어떤 권리를 가지고 있으며, 이를 어떤 방법과 절차로 행사할 수 있는지를 알려드립니다. 이미 발생한 피해를 복구하기 위해 누구에게 연락하여 어떤 도움을 받을 수 있는지 알려드립니다. 그 무엇보다도, 개인정보와 관련하여 네이버와 이용자간의 권리 및 의무 관계를 규정하여 이용자의 ‘개인정보자기결정권’을 보장하는 수단이 됩니다.” <https://policy.naver.com/policy/privacy.html>

인정할 수 있다는 견해로는, 개인정보보호법 제30조 제3항에서 “개인정보 처리방침의 내용과 개인정보처리자와 정보주체 간에 체결한 계약의 내용이 다른 경우에는 정보주체에게 유리한 것을 적용한다”라는 규정은 개인정보처리방침이 계약내용에 편입될 가능성을 인정한 것이라는 등의 이유로 약관성을 인정하자는 주장이다.²⁸⁾ 이와 반대로 개인정보처리방침의 약관성을 부정하는 입장에서는, 청약과 승낙의 계약성립 요건을 갖추지 못한 점과 개인정보 처리방침을 변경하는 경우 정보주체의 동의를 요하지 않는다는 점 등을 근거로 제시하고 있다.²⁹⁾

개인정보처리방침의 수립과 공개는 우리나라에선 2007년 정보통신망법에서 강행규정으로 등장했지만, 그 출발은 2000년대 초반 미국의 민간부문 개인정보보호 자율규제의 일환인 개인정보보호 인증마크 부여의 중요 기준으로 개인정보처리방침(Privacy policies)의 작성 및 공개가 보편화되는 데에서 시작했다.³⁰⁾ 이러한 미국식 모델은 개인정보처리자와 정보주체 간의 정식 계약이라고 보기는 힘들며, 우리나라 개인정보처리방침 또한 당사자 간의 청약과 승낙에 의해 이루어지는 계약의 형식적인 틀을 갖추지 않아 사실 통상적인 약관이라 해석하는 것도 무리이다.

하지만 개인정보 수집·이용 동의 체계가 이용약관, 수집·이용, 처리방침으로 분리되면서, 이용약관 내 개인정보보호 내용은 점차 개인정보처리방침에 간접적으로 위임하는 방향으로 가고 있다.³¹⁾ 또한 개인정보처리방침에 대한 별도동의를 받지 않더라도 정보주체는 해당 서비스의

28) 백경일/이병준, “개인정보 관련 약관·서식과 그 내용통제”, 『외법논집』 제36권 제1호(한국외대 법학연구소, 2012) 206~207쪽.

29) 이정운, “개인정보 처리방침의 법적성격과 활용방안”, 『가천법학』 제10권 제1호(가천대 법학연구소, 2017) 61~67쪽. 여기서 저자는 개인정보처리방침의 공개는 개인정보 보호와 이용자의 선택권 보장을 위해 마련된 ‘공법적 규제의 결과’라고 제시하고 있다.

30) 이정운, 위의 논문, 2017, 47~49쪽. 미국은 개인정보처리방침 공개가 자율적인 관행으로 자리잡게 되었고, 일부 법률들에서 특정 산업분야, 특정 정보를 처리를 보호하기 위해 그 개인정보처리방침의 공개를 강제하는 경우도 있으나 일반적으로 자율규제의 하나로 시행되고 있다. 미국의 개인정보처리방침 공개에 대한 상세한 내용은 Daniel J.Solove & Woodrow Hartzog, “The FTC and The New Common Law of Privacy”, (2014) pp.592~597 참고.

31) 네이버와 카카오-다음의 이용약관에는 “개인정보를 안전하게 처리하기 위하여 기울이는 노력이나 기타 상세한 사항은 개인정보 처리방침에서 확인하실 수 있습니다.” 구글 이용약관은 “Google 개인정보처리방침은 귀하가 Google 서비스를 사용할 때 Google이 개인정보를 어떻게 취급하고 보호하는지에 대해 설명합니다.”

개인정보보호 정책이 개인정보처리방침임을 인지하고 이를 신뢰하는 상황이다. 그리고 개인정보보호법 제30조에서 개인정보처리방침에 들어갈 구체적 항목을 정해 이용자가 항상 지속적으로 쉽게 확인할 수 있도록 의무화한 점, 이의 수립·변경시 또는 공개 의무를 위반할 경우 1천만원 이하의 과태료를 부과하는 점 등을 볼 때 개인정보처리방침은 개인정보보호에 대한 실질적인 약속이다. 약관이 서비스제공자 일방에 의해 작성되듯이 개인정보처리방침 또한 유사하다. 따라서 적어도 개인정보처리방침이 갖는 법적 구속력을 완전히 부인하기는 힘들며 그 약관성을 제한적으로 인정하는 것이 바람직하다.

2. 개인정보 약관 통제

가. 개인정보 약관의 공정성 확보 필요성

아무리 민간부문에서 사인 간 맺어진 동의 또는 계약이라도 계약당사자들의 관계는 동등하지 않을 수 있기 때문에 그 계약내용의 공정성을 담보하지 못한 계약은 무효가 되어야 마땅하다. 이는 개인정보 수집·이용에서도 마찬가지이며, 민간기업의 서비스를 이용하려는 소비자인 정보주체를 보호하는 차원에서도 개인정보 수집·이용 관련 계약내용은 공정해야 한다. 왜냐하면 우리나라 개인정보보호법이 개별적·사전적·명시적 동의 원칙하에 형벌이나 과태료 부과 등으로 엄격히 제재하다보니, 개인정보처리자에게 동의가 면죄부나 다름없게 되어 ‘무조건 동의’를 요구하게 되고, 정보주체는 ‘무의식적 동의’를 행사하는 경우가 빈번해졌다. 게다가 정보주체가 무심코 동의한 약관은 본질적으로 사업자에게 유리한 방향일 수밖에 없는데, 동의 이후 과도한 정보수집 등 문제가 발생하더라도 개인정보처리자의 위법행위가 없는 한, 계약자유에 따라 이는 동의버튼을 클릭해버린 정보주체의 책임으로만 남게 되기 때문이다.

따라서 동의만능주의와 동의의 형해화에 갇힌 상황에서 개인정보보호를 위한 보다 실질적 방법은, 지금까지의 엄격한 동의절차를 밟는 것 보다 계약당사자 간의 ‘공정한 약관’의 내용을 창출하는 일인 것이다.³²⁾ 특

히 인공지능기술이 보편화되는 지능정보사회는 동의제도의 유연화로 전환되고, 이제는 동의보다는 책임있는 이용을 위한 통제로 개인정보보호의 초점이 맞춰지고 있으므로, 공정한 계약체결을 위한 약관에 대한 통제가 점차 중요해진다.³²⁾

나. 공정거래위원회의 개인정보 약관 통제

지금까지 개인정보 관련 약관에 대한 통제는 공정거래위원회가 맡아오고 있다. 소비자 보호 및 권익 제고를 담당하는 공정거래위원회가 불공정 약관을 규제하는데³⁴⁾, 민간부문에서 개인정보처리자와 정보주체 간의 개인정보 수집·이용에 대한 거래가 바로 약관체결 형태로 이루어지기 때문이다. 공정거래위원회는 약관의 심사를 비롯해 시정명령권과 현장조사권 발동을 근거로 개인정보 관련 불공정 약관을 통제해왔고, 지난 10년간 개인정보 관련 불공정 약관 시정내역을 보더라도 실제로 많은 성과도 이루었다. 한편, 공정거래위원회는 기본적으로 이용약관을 대상으로 심사하지만 동의나 계약이 아닌 개인정보처리방침도 약관의 규제대상에 포함시켜왔다. 개인정보 불공정 약관의 일종의 중요한 준거를 마련한 2011년과 2015년도 공정거래위원회의 시정조치에는 개인정보처리방침이 약관심사의 대상임을 명시한 바 있다.³⁵⁾

32) 김현경, “개인정보보호제도의 본질과 보호법익의 재검토”, 「성균관법학」 제26권 제4호(성균관대 법학연구소, 2014) 290~292쪽.

33) 물론 책임있는 이용을 위한 통제에는, 상품이나 서비스 설계단계부터 개인정보보호를 위한 기술적 안전성 조치를 취하도록 하는 Privacy by Design 도입, 또는 프로파일링을 포함한 완전히 자동화된 의사결정에 대한 제재, GDPR의 정당한 이익이나 양립가능성 개념처럼 수집·이용에서의 합리적 이익형량 등이 포함된다고 볼 수 있다.

34) 불공정 약관의 작성·통용을 방지해 소비자를 보호하고자 1987년 ‘약관의 규제에 관한 법률’이 제정되었고, 공정거래위원회는 1992년부터 불공정한 내용의 약관을 심사·통제하는 역할을 담당해 오고 있다.

35) 공정거래위원회, “과도한 개인정보 수집, 동의 없는 고객정보의 마케팅 활용은 불공정” (2011. 11. 16일자 보도자료); 공정거래위원회, “온라인 사업자의 개인정보 관련 불공정 약관 조항 시정” (2015. 5. 19일자 보도자료) 참고.

<개인정보 불공정 약관 주요 시정내용>

| 날짜 | 대상 | 시정조치 |
|-------------|---------------------|--|
| 2011. 11.15 | 포털,쇼핑몰, SNS 등 14개업체 | -주민등록번호, 신용카드번호 등 과도한 개인정보 수집 금지 -개인정보 유출에 대한 사업자 전적책임 배제 삭제 -탈퇴 회원정보 즉시 파기 -마케팅 목적 활용시 별도 동의 받도록 수정 -수집·활용·제3자제공시 별도 동의 받도록 약관과 개인정보 취급방침을 수정 -정보주체의 개인정보 열람권 보장 -개인정보취급방침 변경시 30일 전부터 공개 |
| 2015. 5.19 | 포털,쇼핑몰 등 21개업체 | -회원가입시 개인정보 최소 수집 -통합 아이디 사용여부 선택, 제3자 제공 동의 받도록 수정 -구체적 사유없이 개인정보 보유 금지 -개인정보 유출사고 귀책사유 없음을 입증해야 면책 |
| 2017. 6.7 | 지식·재능공유 14개업체 | -주민등록번호 수집 금지, 보유기간경과·목적달성시 파기 -개인정보 보호·관리에 사업자 고의·중과실시 책임부여 |
| 2019. 3.15 | 구글·페북·네이버·카카오 | -가입시 약관과 개인정보처리방침에 대한 포괄적 동의 금지 -개인정보 최소수집 위해 추상적·자의적 수집사유 금지 -개인정보 유출시 사업자의 포괄적 면책 금지 |
| 2019. 6.27 | 게임서비스 10개업체 | -게임중 교신내용은 제한된 사유에 한해 열람 |
| 2020. 1.16 | 넷플릭스 | -일방적인 회원 계약의 양도·이전 금지. 개인정보보호법에 따라 양도한다는 사실과 양도 원치 않을시 조치 등을 공지 |

※ 2011~2020.1월 기준, 공정거래위원회 보도자료 참고

3. 개인정보보호법과 약관규제법

개인정보 관련 약관의 불공정여부에 대한 판단은 원칙적으로 약관규제법에 규율된다. 약관규제법은 제6조에서 신의성실의 원칙 위반 등 일반적으로 불공정한 약관조항을 무효로 한다는 일반규정을 두고, 제7조부터 제14조까지는 개별사항별 불공정 약관조항을 금지하여 약관을 무효화시키고 있다. 상당한 이유없이 사업자의 책임을 제한하거나, 고객에게 부당

하게 과중한 손해배상 의무를 부담지우거나, 계약의 해제로 고객에게 부당한 불이익을 주거나, 상당한 이유없이 급부의 내용을 사업자가 일방적으로 변경하거나, 고객의 권리·이익을 부당하게 제한하는 등의 내용의 약관은 무효이다. 그런데 앞서 공정거래위원회가 개인정보 약관에 대해 내린 시정조치 기준들을 보면, 주로 개인정보보호법상 개인정보 최소 수집과 목적구속원칙 등 개인정보보호 기본원칙을 위반하거나, 포괄적 동의 금지와 제3자 제공·마케팅 목적 권유시 별도 동의 그리고 피해발생시 기술적·관리적 안전성 조치에 대한 입증책임 등 개인정보 처리과정에서 개인정보보호법상 개인정보처리자가 의무 행위를 위반한 경우이다.³⁶⁾ 결국 개인정보 관련 약관이나 개인정보처리방침 등은 개인정보보호법과 약관규제법에 동시에 규율되는 것이다.

두 법이 정보주체 또는 서비스이용자의 개인정보를 보호하는 체계로 함께 향하고 있지만, 개인정보보호법은 구체적·형식적인 절차규제로서 사전예방에 초점을 두고 위반시 공법상 처벌이 가해지는 반면, 약관규제법은 추상적·실질적인 내용통제로서 약관의 사후적·개별적 조치와 사법상 효력유무를 결정한다는 측면에서 차이가 있다.³⁷⁾ 다시 말해, 개인정보보호법은 개인정보처리자를 수범자로 하여 개인정보 수집·이용·제공에서의 적법한 처리 또는 안전한 조치를 위한 구체적이고 절차적인 기준을 상세히 명시하고 그런 의무규정을 벗어난 행위에 대해 처벌을 가하고, 또한 정보주체가 열람·정정·삭제 등 권리를 행사하는 방법과 절차 등을 규정함으로써 정보주체 권리를 법으로 보장하는 것이다. 약관규제법은 민간부문 개인정보 관련 사인 간 맺은 계약내용에 초점을 두어, 정보주체에게 부당하게 불이익을 준다거나 개인정보처리자의 책임을 상당한 이유없이 배제·제한한 내용의 계약을 무효화하는 데에 목적을 둔다.

36) 물론 개인정보보호법에 따르지 않더라도 공정거래위원회가 약관 심사를 통해 불공정성을 판단할 수 있다. 약관규제법 제6조부터 제14조의 규율을 받기 때문이다. 이렇게 약관 심사를 거쳐 불공정성이 문제된 개인정보 수집·이용 내용은 이후 개인정보보호법에 그런 문제를 미리 예방할 새로운 규정으로 반영되기도 한다. 마케팅 목적으로 홍보·판매를 권유 하려면 별도 동의 받도록 한 것이 그런 경우이다.

37) 이병준, “온라인 사업자의 개인정보관련 약관 분석 및 활용방안 연구”, (공정거래위원회, 2011) 95~98쪽; 공정거래위원회, “공정거래백서”, (2019) 423~424쪽.

IV. 개인정보보호 감독기구의 약관 통제 필요성

1. 개인정보보호 감독체계 일원화

2011년 제정된 일반법인 개인정보보호법은 주로 개인정보 처리 단계별 의무사항과 정보주체의 권리 보장을 위한 기틀 마련에 법제정비의 초점을 두었다. 그래서 민간부문에서 적법한 개인정보 처리로 더 이상 개인정보보호법상 위법행위는 아니지만 불공정한 계약내용으로 정보주체가 피해를 보는 경우는, 공정거래위원회의 불공정 약관 통제를 통해 보충적으로 개인정보보호가 이루어져 왔다. 무엇보다 이전의 개인정보보호위원회는 시정조치를 내릴 처분권이나 현장조사권이 없는 심의·의결기구에 머문 반면, 건전한 거래 질서를 바로잡는 기능을 수행하는 공정거래위원회는 조사권 및 처분권 행사로 실질적인 규제와 통제 권한을 가지고 있기에 약관 통제가 가능했다. 그러다가 2020년 개인정보보호법 개정으로 개인정보보호위원회가 중앙행정기관으로 행정청의 법적 지위를 확보하고 민간부문 정보통신서비스의 개인정보보호 업무가 이관되는 등, 이제 개인정보보호위원회도 조사권과 처분권을 행사할 수 있고 기존에 흩어져있던 개인정보보호에 대한 감독체계가 일원화되었다.

개인정보처리와 연결된 문제는 점차 민간부문에서 확대되고, 그 처리 절차의 적법성뿐 아니라 개인정보처리 내용의 정당성·공정성도 매우 중요해질 것이다. 이는 인터넷서비스산업의 급속하면서도 폭넓은 성장이 개인정보 이용·활용 영역을 예측할 수 없게 하며, 점차 대중화되는 사물인터넷과 모바일기기들의 정보수집 방식 및 처리가 다양한 형태로 이루어지기 때문이다. 또한 갈수록 개인정보처리자와 정보주체 간의 정보기술과 정보처리과정에서의 지식 및 인식의 격차는 벌어질 수밖에 없다. 이런 상황에서 정보주체가 동의했으면 그만이라는 식으로 치부해버리거나 개인정보처리자의 법률위반행위 여부만 체크한다면, 이는 정보주체를 위한 진정한 보호가 아니다. 개인정보보호 감독기구의 개인정보보호 역

활이 동의체결 이후에도 이어져야 하는 이유가 바로 여기에 있으며, 그 역할은 약관내 개인정보 내용이나 개인정보처리방침에 대한 통제도 포함 되어야 하는 것이다.

2. 개인정보처리방침과 약관의 연계성

개인정보처리자가 개인정보를 어떤 목적하에 처리하고 어느 범위로 이용·제공하고 언제까지 보유하는지 등 정보주체와의 개인정보 처리 및 보호에 대한 약속이라는 점에서, 개인정보처리방침과 이용약관은 서로 유사한 역할을 지닌다. 물론 이용약관은 개인정보처리를 포함해 서비스와 관련된 여러 내용들에 대해 서로 명시적 의사표시를 통한 약속이고, 개인정보처리방침은 법이 상시 게재를 강제해 정보주체가 쉽게 확인 가능하도록 함으로써 암묵적 수용을 통한 약속이다. 또한 개인정보보호법상 규정들은 개인정보처리방침과 이용약관내 개인정보 처리 및 보호에 있어서 기준이 되기 때문에 개인정보보호법제 개정으로 인한 개인정보처리 추가·변경 규정은 개인정보처리방침과 이용약관을 같이 구속한다.³⁸⁾

그러나 개인정보처리방침과 이용약관에 대한 통제는 서로 다른 기관에게 권한이 주어진 상황이다. 개인정보처리방침은 개인정보보호법 제30조를 통해 규율되는데 이에 포함될 내용을 정하거나 이의 작성지침을 정해 개인정보처리자에게 그 준수를 권장하는 임무는 개인정보보호위원회에 있다. 한편 불공정 약관심사를 담당하는 공정거래위원회는 약관규제법에 따라 약관을 심사하거나 표준약관을 제·개정할 수 있는데, 개인정보 관련 약관내용도 민간부문 개인정보처리자에게 권장할 수 있게 된다.³⁹⁾ 따라서 개인정보처리방침과 이용약관내 개인정보 처리 및 보호 내용이 서

38) 반대로 이용약관의 심사결과도 개인정보보호법제와 개인정보처리방침의 조정을 불러올 수 있는데, 심사결과 약관이 불공정하여 소비자 피해의 발생 우려가 클 것으로 예상되는 경우엔 개인정보보호법제와 개인정보처리방침도 그런 피해를 예방하도록 법제정비나 방침변경 등 노력을 기울이게 된다.

39) 공정거래위원회는 2014년 개인정보보호법이 주민등록번호 수집을 금지하는 내용으로 개정되자, 표준약관상 개인정보 수집 근거 조항들을 모두 개정하여 권장한 바 있다. 공정거래위원회, “표준약관상 주민등록번호 수집 조항 일괄 개정”, (2014. 10. 2일자 보도자료).

로 밀접하게 연계되어 있으며, 이용약관 내 개인정보보호 내용은 점차 개인정보처리방침에 간접적으로 위임하는 방향으로 간다는 점과, 공정거래위원회도 개인정보처리방침의 약관성을 인정해왔다는 점 등을 감안할 때, 이제 개인정보보호위원회가 이용약관내 개인정보 처리 및 보호 내용과 개인정보처리방침의 내용까지도 통제할 수 있어야 한다.

3. 기술진화와 약관의 변화

인공지능기술의 진화 또는 정보통신망의 초고속화는 사업자가 데이터를 활용해 새로운 사업모델을 개발하거나 사업간 서로 연계시킬 수 있는 기회를 열어주게 되었다. 기술발달의 도움을 빌려 과거보다 쉽게 개인정보를 수집하고 이를 활용할 수 있게 되자, 약관이나 개인정보처리방침에 포함되는 개인정보처리 내용도 변화가 일어날 수밖에 없다. 쿠키의 등장 이 대표적 예이다. 이용자의 접속사이트와 상품구매 등의 인터넷서비스 이용 정보를 담은 쿠키가 마케팅에 유용한 정보가 되자, 약관이나 개인정보처리방침에 자동화된 수집 기술을 활용한다는 내용이 포함되기 시작했다. 또한 자동수집된 정보는 알고리즘에 기반한 프로파일링이나 자동 의사결정기술을 통해 분석되어 온라인 맞춤형 광고, 타게팅 서비스 등에 이용된다는 내용도 포함되게 되었고, 그렇게 수집·분석된 정보가 해당 이용서비스 외 관련 사업자와의 연계를 통해 이용자 분석 및 광고 등에 활용될 수 있음도 추가되었다.⁴⁰⁾ 이처럼 기술의 빠른 진화로 개인정보 수집·활용 가능성이 높아지면서 약관이나 개인정보처리방침도 이를 반영하게 된 것이다.⁴¹⁾

40) 예를 들어, 에어비앤비 개인정보처리방침에는 “당사가 판단하기에 회원님이 관심을 가질 만한 홍보 메시지, 마케팅, 광고 및 기타정보를 회원님에게 전송하기 위하여 (회원님이 당사에게 제공한 정보, 회원님과 Airbnb 플랫폼간 소통, 제3자들로부터 취득한 정보 및 회원님의 검색/예약 이력에 근거한) 회원님의 성격과 선호사항에 대한 프로파일링을 수행함”이라고 적혀있다. 또한, 구글의 개인정보처리방침에는 “Google은 개인 식별이 불가능한 정보를 대중 및 파트너(예: 게시자, 광고주, 개발자 또는 권리 보유자)와 공유할 수 있습니다. Google 서비스의 일반적인 사용 트렌드를 보여주는 정보를 대중과 공유합니다. 또한 특정 파트너가 광고 및 측정 목적으로 자체 쿠키나 유사한 기술을 사용하여 사용자의 브라우저나 기기에서 정보를 수집하는 것을 허용합니다.”이라 적혀있다.

그런 가운데 개인정보 수집·활용에 있어서 기술의 수준을 어디까지 허용할 것인지도 개인정보보호법이나 약관 및 개인정보처리방침 모두에서 매우 중요한 논의가 되고 있다. 그런데 지능정보사회에서 개인정보보호법이 모든 정보기술을 쫓아 규율하는 데에는 한계점을 지니기 때문에, 개인정보보호 감독기구가 점점 변화하는 정보기술에 반응하며 그 기준이 될 지침이나 유권해석을 내놓아야 할 것이다. 그렇다면, 보다 전문화된 기술을 통한 개인정보 수집·활용의 가능성과 그 통제 범위를 결정함에 있어서 그 허용수준은 법이나 약관 등에서 서로 일관된 합리적 기준으로 적용되어야 하므로, 기술진화에 따른 약관 또는 개인정보보호방침에서의 개인정보 처리 기준은 개인정보보호 감독기구의 결정하에 체계적으로 판단될 필요가 있다.

4. 양립가능성의 합리적 판단

2020년 개정된 개인정보보호법은 제15조 제3항과 제17조 제4항을 통해 개인정보 수집·이용·제공에서 “개인정보처리자는 당초 수집 목적과 합리적으로 관련된 범위에서 정보주체에게 불이익이 발생하는지 여부, 암호화 등 안전성 확보에 필요한 조치를 하였는지 여부 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 정보주체의 동의 없이 개인정보를 제공할 수 있다”라는 규정을 신설하였다. 이는 EU GDPR의 ‘양립가능성’ 개념 또는 2012년 미국의 소비자 프라이버시 권리장전에서서의 ‘전후상황의 존중’과 유사하다. 정보주체의 동의를 얻어 수집한 정보를 어느 목적의 범위까지 추가 별도의 동의 없이 처리가능한가의 논의인데, 이에 대한 일차적인 판단은 개인정보보호 감독기구에 주어질 수밖에 없다. 그런데 데이터를 활용하는 사례가 매우 다양하고 그 수집목적과 수집된 정보 등이 모두 다르므로 사실상 기준을 설정하더라도 추상적일 수밖에 없어 사안마다 개인정보보호 감독기구의 검토의견이 필요하게 된다. 이러한 합리적 기준과 의견들은, 개인정보 이용·활용 범위를 미리 규정하는 각

41) 신유형기술을 반영한 개인정보 약관 조항에 대한 자세한 분석은 이금노, “신유형기술 관련 개인정보 소비자권리 강화방안 연구”, (한국소비자원, 2019) 195~224쪽.

민간사업체의 개인정보처리방침이나 이용약관의 불공정성 여부를 평가하는 기준이 되기도 한다. 따라서 개인정보 처리에서의 양립가능성 판단 여부는 개인정보처리방침이나 이용약관과 연결되므로, 약관 등은 개인정보보호 감독기구의 규율 하에 통제되는 것이 바람직하다.

5. 국외사업자에 대한 실효적 통제

페이스북이나 구글 등 다국적 기업들의 확산으로 무분별한 개인정보 수집 및 유출 문제가 일자, 세계 국가들은 이들을 상대로 벌금부과나 소송을 통해 적극적으로 대응하고 있다.⁴²⁾ 반면 우리나라는 해외기업과의 역차별 문제가 심각할 정도로 국외사업자에 대한 규제가 힘들다. 그래서 2019년 3월부터 ‘국내대리인 지정제도’를 도입해, 우리나라 국민의 개인정보 관련 고충처리를 신속히 대응하게 하고 개인정보 침해사고 발생 시 규제 집행력을 강화시켰다. 개인정보보호법상 정보주체의 권리 보장과 개인정보처리자의 의무위반행위에 대한 규제인 것이다. 한편, 다국적 IT 기업 특성상 데이터를 활용한 서비스가 주를 이루다보니, 이용자의 개인정보 수집·이용·제공의 범위는 활용사업이나 물리적공간 측면에서 상당히 확대되고 있다. 그에 비해 정보주체는 국외사업자의 데이터활용 사업모델의 구조 및 작동원리를 더 이해하기 힘들다.

따라서 국외사업자에 대한 합리적 통제가 필요한데, 실효적인 제재 수단은 이용약관이나 개인정보처리방침에 대한 불공정성 심사와 시정조치이다. 실제로 2019년 공정거래위원회로부터 약관 시정권고를 받은 구글은 그 권고내용을 이행하였다.⁴³⁾ 이제 개인정보보호위원회가 개인정보보

42) 유럽은 GDPR 시행 이후 자국민에 대한 다국적 기업의 개인정보 처리 행위가 GDPR을 준수하고 있는지 촉각을 세우고 있다. 많은 미국 대형 IT 기업들이 유럽본사를 둔 아일랜드에서 데이터보호위원회(DPC)는 2019년 페이스북과 트위터, 애플, 구글 등에 대해 GDPR 위반여부를 적극적으로 조사해왔으며, DPC는 페이스북의 왓츠앱과 트위터가 위반했다는 혐의에 대한 조사도 마쳤다. “페이스북, 유럽서 정보보호법 위반으로 벌금 2조원 물 수도”, (연합뉴스, 2019. 10. 8일자 기사) <http://yna.kr/AKR20191008002600091?did=1195m>

43) 이미 2012년 개인정보보호위원회가 구글의 개인정보처리방침이 개인정보의 과다수집 또는 오남용 소지가 크다며 이를 개선할 것을 권고한 바 있지만, 당시 개인정보보호위원회는 출범한 지 얼마되지 않은 감독기구이고 조사권이나 시정명령권, 처분권 등을 가지고

호 감독기구로서의 법적 위상과 실질적 권한을 갖추었고, 국내대리인을 통해 국외사업자와의 유기적인 협조체제를 구축하게 되므로, 국외사업자에 대한 효율적인 통제를 위해 약관 및 개인정보처리방침에 대한 시정권고 업무도 개인정보보호위원회로 이관하는 것을 고려해볼 만하다.

V. 개인정보보호 감독기구의 약관 통제 방안

개인정보보호법 개정으로 개인정보보호위원회의 법적 지위가 확보되고 처분권 행사가 가능한 가운데, 개인정보처리방침과 이용약관의 긴밀성이나, 기술진화에 따른 개인정보 수집·활용의 허용수준 판단 또는 개인정보 이용에서의 양립가능성 해석 등에서 개인정보처리방침이나 이용약관에 대한 일관된 통제가 이루어져야 하고, 약관규제를 이용한 국외사업자 통제가 실효적·효율적인 수단으로 인정된 점에서 결국 개인정보보호 감독기구가 약관 등을 통제하는 임무를 수행해야 한다. 그렇다면 약관통제 방안으로 크게 두 가지를 생각할 수 있으며 두 방법은 병행도 가능하다.

첫 번째는, 개인정보보호 감독기구도 공정거래위원회처럼 개인정보 관련 약관과 개인정보처리방침에 대하여 내용통제권을 갖는 것이다. 약관 조항 관련 법률상 이익이 있는 자 또는 소비자단체 등이 개인정보 관련 약관이나 개인정보처리방침의 심사를 청구하면, 개인정보보호 감독기구는 해당 내용이 개인정보보호법 또는 약관법에 위반되는지를 심사한다. 물론 감독기구는 심사 청구가 없더라도 재량적 판단에서 여러 정보주체에게 피해가 발생하거나 발생할 우려가 있는 경우, 약관 등을 심사할 수 있어야 한다. 여기서 심사의 기준은 최소수집 및 목적 명확성·구속성 등 개인정보보호 기본원칙과, 정보주체의 열람권 등 권리보장, 가명정보 처리·활용과 양립가능에 따른 이용범위 등이 될 것이다. 심사과정에서 필요할 경우 사실확인을 위한 조사를 실시할 수도 있다. 이러한 심사 결

있지 않았다. 개인정보보호위원회, “주식회사 구글(Google Inc.)의 개인정보 취급방침 개선 의견”, (2012. 6. 11일 의견).

과가 만약 불공정에 해당한다면 개인정보보호 감독기구는 사업자에게 해당 약관 및 개인정보처리방침의 삭제·수정 등 시정에 필요한 조치를 권고하고 그 권고내용을 공표할 수 있는데, 만약 시정권고가 이행되지 않으면 시정명령을 내리고 이를 위반할 경우 처벌하도록 하는 것이다.

두 번째는, 현재처럼 공정거래위원회가 약관 심사를 하되 개인정보보호 감독기구와 공조체계를 갖추는 방법이다. 이용약관에서 개인정보 처리규정이 여러 다른 이용자서비스와 복잡하게 얽혀 개인정보 부분만 별도로 떼어내 심사하기 힘든 경우가 있을 수 있다. 이런 경우엔, 이용약관 심사의 주관기관을 공정거래위원회로 하되 개인정보보호 감독기구 소속 관계자가 공정거래위원회의 약관심사 또는 현장조사 등에 참여하는 형태로 진행하는 것이다. 심사결과 불공정성이 확인된 약관조항에 대하여는 개인정보보호 감독기구가 시정권고 등 후속조치를 취할 수도 있다.

VI. 결론

데이터 흐름의 장벽이 사라진 지금의 세계는 국가 간 개인정보 보호수준에서 통일성을 갖춰, 더 많은 데이터 활용과 실효적인 보호 체계를 마련하는 데에 분주하다. 특히 개인정보 처리의 전제로 정보주체 동의만을 고집하지 않고, GDPR의 정당한 이익이나 양립가능성 그리고 미국의 전후상황의 존중처럼 개인정보 동의·활용에 대한 패러다임도 변화하고 있다. 우리나라도 2020년 개인정보보호법 개정으로 유연하게 대응하고 있는 점에서 매우 긍정적인데, 그러한 개인정보 처리범위의 확대와 현재 개인정보 동의 형해화 문제는 또 다른 고민을 낳는다. 바로 민간부문에서의 동의는 당사자 간 의사합치로 이루어지므로, 그 동의내용이 과연 공정하고 건전한 계약관계를 형성하는가이다. 그래서 공적 기구에 의한 약관내 개인정보 내용과 개인정보처리방침에 대한 내용통제가 개인정보보호의 중요한 수단이 될 수밖에 없다.

이제 개인정보보호위원회의 법적 지위가 확보되고 처분권 행사가 가능

해졌고, 개인정보처리방침과 이용약관이 매우 긴밀한 관계이고, 그리고 기술진화에 따른 개인정보 수집·활용의 허용수준 판단 또는 개인정보 이용에서의 양립가능성 도입 등에서 개인정보처리방침이나 이용약관에 대한 일관된 통제가 필요하고, 또한 약관규제를 이용한 국외사업자 통제가 실효적 수단으로 인정되는 등 향후 개인정보보호 감독기구가 약관 등을 통제하는 임무를 수행해야 할 것이다.

(논문투고일: 2020.02.29, 심사개시일: 2020.03.02, 게재확정일: 2020.03.20)



▶ 박주희

개인정보, 개인정보보호 감독기구, 개인정보처리방침, 약관규제, 양립가능성

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 김민호, 「행정법」(박영사, 2020)
김용담 외, 「주식 민법-채권 각칙1」(한국사법행정학회, 2014)
양형우, 「민법의 세계」(피앤씨미디어, 2019)

II. 논문

- 김민호, “공공부문 개인정보보호법제의 현황과 과제”, 「토지공법연구」 제37집 제1호(한국토지공법학회, 2007)
김일환/김민호, “민간영역에서 개인정보의 처리와 이용에 관한 비교법적 고찰”, 「토지공법연구」 제46집(한국토지공법학회, 2009)
김현경, “개인정보보호제도의 본질과 보호법익의 재검토”, 「성균관법학」 제26권 제4호(성균관대 법학연구소, 2014)
김현경, “미국 ‘데이터 브로커’ 제도의 국내법적 함의”, 「경제규제와 법」 제11권 제2호(서울대 공익산업법센터, 2018)
박상돈, “헌법상 자동의사결정 알고리즘 설명요구권에 관한 개괄적 고찰”, 「헌법학연구」 제23권 제3호(한국헌법학회, 2017)
백경일/이병준, “개인정보 관련 약관·서식과 그 내용통제”, 「외법논집」 제36권 제1호(한국외대 법학연구소, 2012)
이대회, “빅데이터와 개인정보 보호”, 「정보법학」 제19권 제2호(한국정보법학회, 2015)
이정운, “개인정보 처리방침의 법적성격과 활용방안”, 「가천법학」 제10권 제1호(가천대 법학연구소, 2017)
정찬모, “개인정보보호에 있어 정보주체의 동의”, 「법학연구」 제18집 제1호, (인하대 법학연구소, 2015)
최병규, “약관과 소비자보호의 쟁점 연구”, 「경제법연구」 제14권 2호(한국경제법학회, 2015)

Ⅲ. 보고서·발표문

- 김민호, “개인정보보호법의 시행실태와 입법과제” 학술세미나 주제발표문, (국회 입법조사처, 2012)
- 이원태, “EU의 알고리즘 규제 이슈와 정책적 시사점”, (한국정보통신정책연구원, 2016)
- 이인호/황창근, “데이터 3법의 개정과 향후 입법과제 모색” 세미나 토론문, (개인정보보호법학회, 2020)
- 공정거래위원회, “공정거래백서”, (2019)
- 공정거래위원회, “온라인 사업자의 개인정보관련 약관 분석 및 활용방안 연구”, (2011)
- 한국소비자원, “신유형기술 관련 개인정보 소비자권리 강화방안 연구”, (2019)

Ⅳ. 외국 문헌

- Fred H. Cate, Peter Cullen, Viktor Mayer-Schönberger, “Data Protection Principles for the 21st Century Revising the 1980 OECD Guidelines”, (2014)
- Daniel J. Solove & Woodrow Hartzog, “The FTC and The New Common Law of Privacy”, (2014)
- The Article 29 Data Protection Working Party, “Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation”, (2017)
- The Article 29 Data Protection Working Party, “Guidelines on Consent under Regulation 2016/679”, (2018)
- The White House, “Consumer Data privacy in a Networked World: a Framework for Protecting Privacy and Promoting Innovation in the Global Digital Economy”, (2012)
- The White House, “Big Data and Privacy: A Technological Perspective” (2014)

The White House, “Big Data: Seizing Opportunities, Preserving Values”, (2014)

Abstract

Control of Terms for the Personal Information Protection in Private Sector

Park Ju-Hee

The revision of the three data-related laws resulted in the data industry providing a turning point for the leap forward, and the integration of the monitoring system for personal information protection. Data utilization in the private sector is expected, and more effective measures to protect the data subject should be considered. In particular, the processing of personal information in the private sector is possible only with voluntary consent between the parties in accordance with the principle of private autonomy and freedom of contract, and the conclusion of the contract is made in the form of relatively simple terms and conditions. Therefore, in order to ensure that the “fairness of the terms” is guaranteed, the control of the terms by public institutions will be an important means of protecting personal information. Although the Privacy Policy is not a form of terms by agreement. However, trust is established between the personal data controller and the data subject, and the terms of service entrust the personal information protection policy to privacy policy. Therefore, privacy policy should be included in the terms of control.

Meanwhile, until now, the Fair Trade Commission, which is in charge of regulating the terms and conditions, has been in charge of reviewing and taking corrective measures for privacy policy and personal information processing policies within the terms and conditions. Now, with the revision

of the Privacy Act, the Personal Information Protection Commission has secured its legal status, and the right to dispose of it can be exercised. And the privacy policy and terms of service are very connected. In order to determine the level of acceptance of use of personal information in accordance with technological evolution, or to determine compatibility with the use of personal information, consistent control of the privacy policy and terms of service is necessary. In addition, the control of foreign businesses using the terms is recognized as an effective means. In this regard, in the future, the Personal Information Protection Supervisory Authority should perform the task of controlling the terms.

Therefore, there are two ways to control the terms and privacy policy by the Personal Information Protection Supervisory Authority. First, when a request is made for a review of a personal information related policy or privacy policy, or if there is a high risk of damage to various data subjects at the discretion of the supervisory authority, the content is reviewed for fairness. Second, the Fair Trade Commission examines the terms, but the two parties have a cooperative system in which the person in charge of the Personal Information Protection Supervisory Authority participates in the review of the Fair Trade Commission terms or field surveys.



▶ **Park Ju-Hee**

Personal Information, Personal Information Protection Supervisory Authority, Privacy Policy, Control of Terms, compatibility

예금주 명의신탁의 법리에 대한 비판적 검토 :
사해행위 취소의 대상과 원상회복을 중심으로
 - 대상판례 : 대법원 2018. 12. 27.선고, 2017다290057 판결,
 대법원 2012. 7. 26.선고, 2012다30861 판결

주저자 이 재 명*
 교신저자 김 제 완**

【목 차】

| | |
|---|---|
| <p>I. 대상판결</p> <p>1. 제1대상판결 가. 사안의 개요 나. 쟁점 다. 판시사항의 요지</p> <p>2. 제2대상판결 가. 사안의 개요 나. 쟁점 다. 판시사항의 요지</p> <p>II. 평 석</p> <p>1. 문제의 제기</p> <p>2. 관련 법리에 관한 판례의 동향 가. 타인명의 예금에 있어서 예금주의 결정 나. 채권양도가 사해행위인 경우 원상회복 방법 다. 부동산 명의신탁과의 비교</p> | <p>3. 대상판결 법리에 대한 검토 가. 예금주 명의신탁에서 사해행위 취소의 대상 나. 원상회복의 방법으로서 채권양도와 가액배상 다. 송금행위가 사해행위가 될 수 있는지 여부 라. 사해신탁과의 관계 : 신탁법상의 사해성 있는 신탁에 해당 하는지 여부 마. 채권자취소권 제도의 법적 성질 : 상대적 무효설에 대한 재검토 필요성 바. 토론 : 금융기술 발전에 따른 향후 명의신탁 개념에 대한 전망</p> <p>III. 결 론</p> |
|---|---|

* 수원대학교 객원교수
 ** 고려대학교 법학전문대학원 교수/법학박사

【국 문 요 약】

제1대상판결(대법원 2018. 12. 27.선고, 2017다290057 판결)과 제2대상판결(대법원 2012. 7. 26.선고, 2012다30861 판결)에서는 송금행위가 증여에 해당하는지 여부와 예금주 명의신탁계약이 사해행위에 해당할 경우 원상회복의 방법과 범위, 그리고 증명책임에 관하여 판시하고 있다.

대상판결은 송금행위가 증여라고 볼 수 없다고 하면서 타인명의 계좌로 송금한 것이 증여가 되기 위해서는 객관적으로 명확한 증여에의 의사가 인정되어야 한다고 하고, 입증책임 또한 취소를 주장하는 채권자가 부담한다고 한다. 그리고 예금주 명의신탁에 관하여는 예금주 명의신탁계약이 사해행위로 인정되어 취소될 때, 원상회복의 방법으로 지명채권양도방식을 제시한다. 예금주 명의신탁계좌에서 예금이 인출된 경우에는 위와 같은 원상회복이 어려우므로 가액배상만이 문제된다고 한 후, 원상회복의 범위와 증명책임에 관하여는 기본적으로 예금명의자인 수탁자에게 신탁자가 예금을 지배·관리하였다는 것에 대한 입증책임이 있다고 하였다.

이에 대한 관련 판례를 살펴보면, 타인명의 예금에 있어서 예금주의 결정은 금융실명제 시행 이전과 이후를 기준으로 나눌 수 있다. 먼저 금융실명제 이전에는 객관설의 입장에서 출연자를 예금주로 보았고, 금융실명제 이후에는 원칙과 예외를 구분하여 예금명의자가 일반적인 예금주이지만, 특별한 사정으로서 명시적·묵시적 약정이 있는 경우에는 출연자가 예금주가 될 수 있다고 판시하였다. 이후 전원합의체판결로 인해 출연자가 예금주가 될 수 있는 경우는 극히 예외적인 상황이 되었는데, 2014년 금융실명제법의 일부개정으로 입법적으로도 예금명의자가 예금의 소유자로 추정이 되도록 하였다. 반면 2009년의 전원합의체판결에서 금융실명제가 효력규정이기 때문에 이에 위반한 예금주 명의신탁약정은 강행규정 및 민법 제103조 위반으로 무효가 되어야 한다는 별개의견이 있었고, 이 의견이 타당하다고 본다. 그리고 판례는 채권양도가 사해행위로 취소되었는데, 그 채권자가 당해 채권에 대하여 채권압류 및 추심명령도 받아놓았던 경우에는 채권양도의 당사자가 아닌 ‘별개의 법률관계 당사자’ 즉, 별도의 압류 및 추심명령을 받은 채권자의 지위에서 채권을

배당받는 것이 가능하다고 한다.

필자는 예금주 명의신탁약정이 사해행위 취소의 대상이라는 대상판결의 판시에 의문을 제기한다. 금융실명제법 하에서 예금주 명의신탁약정은 무효가 되어야 하고, 이 경우 신탁자는 수탁자에게 예금반환청구권의 양도를 청구할 수 없다. 그리고 예금주 명의신탁약정은 사해행위취소제도에 적합하지 않다. 압류 또는 가압류의 방법으로 책임재산을 확보할 수도 있고, 채권자대위권이나 강제집행 등을 통해 채권자취소권 보다 간편하고 법리적으로도 합당한 해결을 할 수 있기 때문이다. 또한 대상판결은 사해행위취소 후 원상회복에 있어 지명채권 양도방식을 제시하는데, 애초에 신탁자는 예금채권을 가지고 있었던 것이 아니고 출연할 금전만을 보유하고 있었으므로 오히려 가액배상이 원상회복으로서 타당하다. 예금의 양도 역시 예금약관에 의해 금지되므로 무기명 증서인 양도성 예금증서(CD)와 같은 경우를 제외하고는 현실적이지도 적절하지도 않다.

나아가 가액배상시 예금의 출금과 잔존의 법적의미 및 증명책임에 관하여 대상판결은 2014년 금융실명법 개정사항을 반영하지 않은 일종의 유형별 설시를 하여 금융실명제법의 취지에 부합하지 않게 되었다. 예금주 명의신탁에서 취소의 대상이 되는 것은 사해성 있는 송금행위라고 보아야 한다. 사해성 있는 송금행위는 법률행위로서 이를 취소하게 되면 원상회복의 문제나 타인계좌에 자금을 은닉하는 경우의 해결로서 가액배상을 명하는 것이 가능하고 또한 이 법리가 합리적이라고 생각한다.

마지막으로 채권자취소권의 법적성질에 대하여 다수설·판례의 입장인 상대적 무효설은 취소되는 법률행위와 취소의 효과에 대한 귀속관계에 있어 오해와 혼란을 야기한다는 비판을 받고 있고, 대상판결에서도 동일한 비판이 가능하다.

대상판결은 비교적 간단한 법리로 해결할 수 있는 사안을 복잡하고 어렵게 풀어나갔다는 점에서 아쉬움이 있다. 이미 지금까지와는 법리의 양상이 달라질 수 있는 핀테크(FinTech) 금융시대에 접어든 이상 예금주 명의신탁에 관한 일관성 있고 설득력 있는 법리가 필요하다고 본다.

I. 대상 판결

1. 제1대상판결 : 대법원 2018. 12. 27.선고, 2017다290057 판결

가. 사안의 개요

대상판결의 사실관계를 간략히 정리하면 다음과 같다. 소외1이 소외2에게 남양주시의 토지(답)를 매도하여 소외2 앞으로 소유권이전등기를 마쳤다. 하지만 소외1은 이 사건 토지의 양도에 따른 양도소득세 신고를 하지 않고, 피고1(소외1의 배우자)과 피고2(소외1의 아들) 명의의 계좌로 매매대금의 일부를 각각 이체하였다. 이에 원고인 대한민국(북광주세무서장)은 소외1이 양도소득세를 탈루하기 위하여 자신의 배우자와 아들인 피고1과 피고2에게 토지매매대금의 일부를 각각 송금하는 방식으로 증여하였다고 보아 이러한 증여를 사해행위로서 취소하여 달라는 소를 제기한 것이다. 원심판결은 소외1의 피고1, 2로의 각 이체행위가 금전이 중국적으로 무상 귀속되는 증여에 해당한다고 보기는 어렵다고 하였고, 이에 원고는 상고하였다.

나. 쟁점

대상판결의 쟁점사항은 1) 송금 등의 금전지급행위(이하 송금행위)가 증여에 해당하는지 여부와 2) 예금주 명의신탁계약이 사해행위에 해당할 경우 원상회복의 방법과 범위, 그리고 증명책임이라고 할 수 있다.

채무자의 타인 계좌로의 송금행위가 증여에 해당한다면, 이 송금행위는 채권자의 공동재산을 감소시키는 사해행위가 되어 그 증여계약이 취소 대상이 될 것이다. 그러나 만일 송금행위가 증여가 아니라면 예금에 관한 명의신탁이 문제되는데, 이른바 예금주 명의신탁계약 자체의 사해행위성 유무가 문제될 것이다. 그리고 예금주 명의신탁계약이 사해행위로서 취소된다면 원상회복의 문제가 발생하게 되는데, 예금계좌에서 예

금이 인출되어 사용되어 원물반환이 불가능 하다면 가액반환만이 가능할 것이다. 이 경우 신탁자와 수탁자 중 누가 예금을 인출하여 사용하였는지에 따라 결론이 달라질 수 있고, 신탁자가 예금을 관리·이용하여 왔다면 이에 대한 증명책임은 누구에게 있는지가 사안의 핵심이다.

다. 판시사항의 요지

대상판결은 원심판결의 견해를 유지하면서 송금행위가 증여라고 볼 수 없다는 입장을 유지하였다. 즉, ‘송금 등 금전지급행위가 증여에 해당하기 위해서는 객관적으로 채무자와 수익자 사이에 금전을 무상으로 수익자에게 중국적으로 귀속시키는 데에 의사의 합치가 있어야 한다’고 전제한 후, ‘다른 사람의 예금계좌에 금전을 이체하는 등으로 송금하는 경우 다양한 원인이 있을 수 있는데, 과세 당국 등의 추적을 피하기 위하여 일정한 인적 관계에 있는 사람이 그 소유의 금전을 자신의 예금계좌로 송금한다는 사실을 알면서 그에게 자신의 예금계좌로 송금할 것을 승낙 또는 양해하였다거나 그러한 목적으로 자신의 예금계좌를 사실상 지배하도록 용인하였다는 것만으로는 특별한 사정이 없는 한 송금인과 계좌명의인 사이에 송금액을 계좌명의인에게 무상으로 증여한다는 의사의 합치가 있었다고 쉽사리 추단할 수 없다.’고 설시하였다. 나아가 예금주 명의신탁인 경우에도 이와 같은 법리를 그대로 적용하였다. 즉, ‘이는 금융실명제 아래에서 실명확인절차를 거쳐 개설된 예금계좌의 경우에 특별한 사정이 없는 한 명의인이 예금계약의 당사자로서 예금반환청구권을 가진다고 해도, 이는 계좌가 개설된 금융회사에 대한 관계에 관한 것으로서 그 점을 들어 곧바로 송금인과 계좌명의인 사이의 법률관계를 달리 볼 것이 아니다.’라고 판시하였다.¹⁾

다음으로 대상판결은 예금주 명의신탁에 관하여, 예금주 명의신탁계약이 사해행위로 인정되어 취소될 때 원상회복의 방법으로 지명채권 양도 방식을 제시하였다. 즉, ‘출연자와 예금주인 명의인 사이의 예금주 명의신탁계약이 사해행위에 해당하여 취소되는 경우 그 취소에 따른 원상회

1) 대법원 2012. 7. 26.선고, 2012다30861 판결 인용.

복은 수탁자인 명의인이 금융회사에 대한 예금채권을 출연자에게 양도하고 아울러 금융회사에 대하여 양도통지를 하도록 명하는 방법으로 이루어져야 한다'고 판시하였다.

한편, 만일 예금주 명의신탁계좌에서 예금이 인출된 경우에는 위와 같은 원상회복이 불가능하므로 가액배상만이 문제된다는 점을 실시한 후, 원상회복의 범위와 증명책임에 관하여는 기본적으로 예금명의자인 수탁자에게 신탁자가 예금을 지배·관리하였다는 것을 입증하여야 한다고 판시하였다. 즉, '신탁자와 수탁자 중 누가 예금을 인출·사용하였는지에 따라 결론이 달라진다'고 실시한 후, ① 신탁자가 수탁자의 통장과 인장, 접근매체 등을 교부받아 사용하는 등 사실상 수탁자의 계좌를 지배·관리하고 있을 때에는 신탁자가 통상 예금을 인출·사용한 것이라고 볼 수 있고, 반면 ② 신탁자가 사실상 수탁자의 계좌를 지배·관리하고 있음이 명확하지 않은 경우에는 신탁자가 명의인의 예금계좌에서 예금을 인출하거나 이체하여 사용했다는 점을 수탁자가 증명하지 못하면 수탁자가 예금을 인출·사용한 것으로 보아야 한다고 실시하였다. 그 논거로는 '예금을 인출·이체하는 데 명의인 본인 확인이나 본인 인증 등을 거쳐야 한다는 점에 비추어 일반적으로는 명의인이 예금을 사용했다고 보는 것이 보다 자연스럽기 때문'이라는 점을 들었다.

대상판결의 원심에서는 수탁자의 예금을 신탁자가 인출·사용하였다는 전제에서 '피고(= 수탁자 겸 수익자)들이 이 사건 각 계좌에 입금된 돈을 인출하여 사용하였다는 점을 인정할 증거가 없는 이상 사용된 금액에 대한 가액반환을 구할 수는 없다'고 판시하는 한편, '예금채권(= 인출 후 잔액)양도 방법으로 원상회복을 구해야 하는데, 이 사건 계좌의 잔액이 남아 있지 않아 피고들이 해당 예금채권을 보유하고 있지 않은 점에 비추어 원상회복을 구할 수도 없다.'고 판시한 것인데, 이에 대하여 대상판결은 결론은 타당하지만 증명책임 등 논리 구성은 적절하지 않다는 점을 지적한 것이다. 즉, 원심이 '가액반환의 요건에 관해서 채권자인 원고가 항상 피고들이 이 사건 계좌에 입금된 돈을 인출해서 사용하였다는 점에 관해서 증명책임을 지는 것처럼 판단한 것은 적절하지 않다'고 실시하는 한편, '소외 1(= 신탁자 겸 채무자)이 이 사건 계좌를 지배·관리하면서

출금하여 사용한 사실이 인정됨을 이유로 소외 1에게 원상회복의 대상이 되는 돈이 반환되었다고 보아 원고의 가액반환 청구를 배척한 원심의 결론은 옳다'고 판시하여, 결국 원고의 상고를 모두 기각하였다.

2. 제2대상판결 : 대법원 2012. 7. 26.선고, 2012다30861 판결

가. 사안의 개요

제2대상판결도 위 제1대상판결(대법원 2018. 12. 27.선고, 2017다 290057 판결)의 사실관계와 크게 다르지 않은데, 그 개요는 다음과 같다.

소외인은 자신의 부동산이 대한주택공사에 수용(이하 토지수용)됨으로 인해 토지보상금을 지급받게 되었다. 이로 인해 소외인은 시흥세무서장으로부터 양도소득세 납부를 고지받았고, 소외인은 이를 체납하였다.²⁾ 이 양도소득세의 납부기간 중 소외인은 피고1(소외인의 아내)과 피고2(소외인의 처형) 명의의 계좌에 각각 금전을 송금하였고, 원고(대한민국)는 이러한 소외인의 송금행위가 피고1, 2에 대한 증여에 해당하여 이러한 사해성 있는 송금행위를 채권자취소권으로 취소하고 원상회복을 청구하였던 것이다.

원심판결은 원고의 주장을 인용하여 송금행위를 증여계약으로 보아 이를 취소하고, 원상회복으로 증여받은 금전 및 이에 대한 연5%의 지연이자의 지급을 명령하였다. 이에 피고1, 2는 채권자취소권의 제척기간이 도과하였다는 것과 증여계약의 성립에 관한 법리오해가 있음을 이유로 상고하였다.

2) 소외인은 토지보상금에 대하여 대토 감면으로 예정 신고하였으나 세금을 납부하지 아니하여 시흥세무서장은 소외인에게 양도소득세 82,505,823원을 2008. 11. 30.까지 납부하라는 고지를 하였고, 이후 위 감면 신고사유가 인정되지 아니하여 소외인에게 양도소득세 257,996,006원을 추가로 2009. 1. 31.까지 납부하는 고지를 하게 된 것이다.

나. 쟁점

제2대상판결의 쟁점 역시 제1대상판결의 쟁점과 거의 동일하다고 할 수 있는데, 1) 채무자가 다른 사람의 예금계좌로 송금한 금전에 관하여 통정허위표시에 의한 증여계약이 성립한다고 인정하기 위한 요건 및 이에 대한 증명책임의 소재에 관한 부분과 2) 과세 당국 등의 추적을 피하기 위하여 자신과 일정한 인적 관계에 있는 사람이 그 소유의 금전을 자신의 예금계좌로 송금한다는 사실을 알면서 이를 승낙 또는 양해하였다거나 그러한 목적으로 자신의 예금계좌를 사실상 지배하도록 용인하였다는 사정만으로, 객관적으로 송금인과 계좌명의인 사이에 송금액을 계좌명의인에게 무상 공여한다는 의사의 합치가 있었다고 추단할 수 있는지 여부에 관한 것이다.

다. 판시사항의 요지

대상판결은 증여계약의 성립에 관하여, 타인명의 계좌로 송금한 것이 증여가 되기 위해서는 객관적으로 명확한 증여에의 의사가 인정되어야 한다고 하고, 입증책임 또한 취소를 주장하는 채권자가 부담한다는 견해를 취하였다. 즉, ‘채무자가 다른 사람의 예금계좌로 송금한 금전에 관하여 통정허위표시에 의한 증여계약이 성립하였다고 하려면, 무엇보다도 우선 객관적으로 채무자와 다른 사람 사이에서 그와 같이 송금한 금전을 다른 사람에게 종국적으로 귀속되도록 증여하여 무상 공여한다는 데에 관한 의사 합치가 있는 것으로 해석되어야 한다’고 실시한 후, ‘그에 관한 증명책임은 위와 같은 송금행위가 채권자취소권의 대상이 되는 사해행위임을 주장하는 채권자에게 있다’라고 판시하였다.

이어서 예금의 명의인이라 하여 자신의 계좌에 입금된 금액에 대한 증여를 단정할 수 없다는 취지로 판시하고 있다. 즉, ‘다른 사람의 예금계좌에 금전을 이체하는 등으로 송금하는 경우 그 송금은 다양한 법적 원인에 기하여 행하여질 수 있는 것으로서, 과세 당국 등의 추적을 피하기 위하여 일정한 인적 관계에 있는 사람이 그 소유의 금전을 자신의 예금계좌로 송금한다는 사실을 알면서 그에게 자신의 예금계좌로 송금할 것

을 승낙 또는 양해하였다거나 그러한 목적으로 자신의 예금계좌를 사실상 지배하도록 용인하였다는 것만으로는 다른 특별한 사정이 없는 한 객관적으로 송금인과 계좌명의인 사이에 그 송금액을 계좌명의인에게 위와 같이 무상 공여한다는 의사의 합치가 있었다고 추단된다고 쉽사리 말할 수 없다.’고 실시하였다. 나아가 예금주 명의신탁인 경우에도 이와 같은 법리를 그대로 적용하였다. 즉, ‘금융실명제 아래에서 실명확인절차를 거쳐 개설된 예금계좌의 경우 특별한 사정이 없는 한 명의인이 예금계약의 당사자로서 예금반환청구권을 가진다고 하여도, 이는 그 계좌가 개설된 금융기관에 대한 관계에 관한 것이므로 그 점을 들어 곧바로 송금인과 계좌명의인 사이의 법률관계를 달리 볼 것이 아니다’고 판시하였다.

결론적으로 대상판결은 소외인의 송금행위를 증여로 볼 수 없다는 취지로, 원심을 파기하고 사건을 고등법원에 환송하기에 이른 것이다.

II. 평 석

1. 문제의 제기

대상판결들은 실명제법에 위반한 예금에 관하여 사해행위취소제도가 어떻게 적용될 수 있는지에 관한 법리를 규율하고 있다. 제1대상판결은 이른바 예금주 명의신탁이 사해행위에 해당하는 경우에 그 원상회복 방법에 관하여 실시하면서, 원상회복방법으로서 예금채권의 양도와 가액배상에 관하여 판시하는 한편, 특히 명의신탁된 예금의 사용자에 대한 증명책임 문제에 관하여 판시하고 있다. 이 판결에서는 또한 타인 계좌에 송금한 경우 그 법적 성격에 관하여도 실시하고 있는데, 이 쟁점은 제2대상판결에서 이미 좀 더 상세히 논의된 바 있다.

이 글에서는 대상판결의 논지 중에서 다음 쟁점을 중심으로 살펴보고자 한다.

첫째, 예금주 명의신탁이 사해행위에 해당하는 경우, 취소의 대상이 되는 법률행위가 구체적으로 무엇인지 살펴본다. 여기에서 예금주 명의신탁 약정의 의의와 법적 효력을 금융실명제법의 맥락에서 함께 살펴본다.

둘째, 예금주 명의신탁이 사해행위에 해당되는 경우, 원상회복의 방법으로서 대상판결에서 실시하고 있는 예금채권의 양도와 가액배상의 요건과 효과에 관한 법적 쟁점을 살펴본다.

셋째, 대상판결은 수탁자가 신탁자를 위하여 자기 명의로 예금계좌를 개설하는 방식의 예금주 명의신탁이 주요 쟁점이 되고 있지만, 수탁자가 스스로 개설한 계좌에 신탁자가 사해의 의사로 책임재산인 금전을 송금하는 행위는 어떻게 볼 것인가에 관하여 살펴보기로 한다.

이와 같은 쟁점들을 살펴보기 전에, 검토의 기초가 되는 관련 법리에 관한 판례의 동향을 먼저 살펴보기로 한다. 여기에서는 타인 명의 예금에 있어서 예금주의 결정에 관한 법리, 채권양도가 사해행위인 경우 원상회복 방법에 관한 법리를 살펴보고, 나아가 예금주 명의신탁과 비교하여 부동산 명의신탁에서는 사해행위취소와 관련하여 어떤 법적 쟁점이 있는지에 관하여도 양 제도의 비교를 위한 참고로서 살펴보고자 한다.

2. 관련 법리에 관한 판례의 동향

가. 타인명의 예금에 있어서 예금주의 결정

1) 예금계약의 성질

일반적으로 우리가 금융기관(대표적으로 은행)에 예금(預金)을 하는 것은 ‘예금계약’을 체결하는 것이다.³⁾ 이러한 예금계약은 민법 제702조에 의한 금전의 소비임치계약에 해당한다는 것이 일반적인 견해⁴⁾이고, 판례

3) 예금(預金)이란, ‘금융기관에 금전을 맡기는 것’ 내지 ‘맡긴 금전 자체’를 의미한다. 한편, 예금계약이란, ‘예금자가 은행 기타의 금융기관에 대하여 금전의 보관을 위탁하여 금융기관이 예입금의 소유권을 취득하고 예금자에게 이와 동액을 반환할 것을 약정하는 계약’이다.

4) 박 준/한 민, 「금융거래와 법」(박영사, 2018), 26면.

도 이와 다르지 않다.⁵⁾ 민법은 제693조에서 임치를 낙성계약으로 구성하고 있어 이에 따라 소비임치도 낙성계약이라고 볼 수 있으나 학계에서는 예금계약의 성립에 당사자 사이의 의사합치 외에 현실로 금전의 지급을 요하는지에 대하여 요물계약설, 낙성계약설의 대립이 있다.⁶⁾ 판례⁷⁾는 “일반적으로 예금계약은 예금자가 예금의 의사를 표시하면서 금융기관에 금전을 제공하고 금융기관이 그 의사에 따라서 그 금전을 받아서 확인을 하면, 그로써 예금계약은 성립한다.”라고 하여 요물계약설의 입장을 견지하고 있다. 그런데 학설의 대립에 있어서도 금전의 교부가 없으면 애초에 은행의 예금반환채무가 발생하지 않는다는 점에서 동일한 결론에 이르게 되므로 은행과 예금자 간의 권리의무에 실질적인 차이를 가져오는 것은 아니라고 생각한다. 또한 예금계약이 성립한 후에 이루어지는 추가적인 입금은 기존의 예금계약을 바탕으로 그 계약의 내용을 변경하는 개별적인 예금계약이라고 파악하는 견해도 있는데, 이는 뒤에서 논의할 송금행위의 성질과 관련하여 시사점이 있다.⁸⁾

2) 금융실명제 이전 타인명의 예금에서 예금주의 결정

타인명의 예금에 있어서 예금주의 결정은 특히 차명예금이나 공동명의 예금 등에서 문제의 소재를 찾을 수 있을 것이고, 크게 금융실명제 실시 이전과 이후로 나누어서 살펴보아야 한다. 먼저 금융실명제 실시 전의 예금주 결정에 관하여 학설은 객관설, 주관설, 절충설이 대립하고 있었는데 다수설은 객관설을 취하고 있었다.⁹⁾ 판례 또한 객관설의 입장에서

5) 대법원 1985. 12. 24.선고, 85다카880 판결.

6) 은행실무상으로는 금전을 수수하지 않는 예금자의 의사표시만으로는 예금계약을 성립시키지 않기에 예금계약은 요물계약이라고 할 수 있다.

7) 대법원 1977. 4. 26.선고, 74다646 판결; 대법원 1984. 8. 14.선고, 84도1139 판결; 대법원 1996. 1. 26.선고, 95다26919 판결; 대법원 2005. 12. 23.선고, 2003다30159 판결; 대법원 2007. 9. 7.선고, 2005다30832 판결 등.

8) 전경근, “예금계약에 관한 연구”, 「서울대학교 박사학위논문」(1999), 70~71면. 판례도 예금계좌에 금전이 입금된 때에는 그 입금액 상당의 예금계약이 성립하고 예금주가 그 입금액 상당의 예금채권을 취득하는 것으로 본다. (대법원 2007. 11. 29.선고, 2007다51239 판결)

9) 객관설은 출연자를, 주관설은 명의자 또는 예금행위자를, 절충설은 원칙적으로 출연자를

“기명식 예금에 관하여 그 명의가 누구 앞으로 되어 있는지를 묻지 않고 또 금융기관이 누구를 예금주로 믿었는가에 관계없이 예금을 실질적으로 지배하고 있는 자로서 자기의 출연에 의하여 자기의 예금으로 한다는 의사를 가지고 스스로 또는 사자, 대리인을 통하여 예금계약을 한 자를 예금주로 보아야 한다”고 판시하여 예금명의자가 아닌 출연자를 예금주로 인정하였다.¹⁰⁾

위와 같이 학설과 판례가 출연자를 예금주로 인정하게 된 이유는 금융실명제 이전의 시대적·사회적 상황과 관련이 있다. 당시 예금을 수령한 금융기관으로서 예금자 명의가 누구로 되어 있느냐를 전혀 문제 삼지 않고 다만 예금을 하려는 자가 그 명의자를 자신의 편의에 따라 실명, 가명, 차명 여부를 선택할 뿐이었으므로,¹¹⁾ 예금계약의 체결 당시 금융기관의 의사는 특별한 사정이 없는 한 그 명의에 관계없이 예금을 실질적으로 지배하고 그 이익을 향유하려는 자와의 사이에서 예금계약을 체결하려는 의사라고 해석함이 타당하다는 것이다.¹²⁾

3) 금융실명제 이후 타인명의 예금에서 예금주의 결정

하지만 1993년 8월 12일부터 “실지명의¹³⁾에 의한 금융거래를 실시하

예외적으로 예금행위자를 예금주로 본다. (윤진수, “계약당사자의 확정에 관한 고찰 - 특히 예금계약을 중심으로”, 「판례실무연구」(비교법실무연구회, 1998) 374면).

10) 대법원 1987. 10. 28. 선고, 87다카946판결; 대법원 1992. 6. 23. 선고, 91다14987 판결; 대법원 1995. 8. 22. 선고, 94다59042 판결; 대법원 1996. 6. 14. 선고, 94다57084 판결.

11) 달리 말하면, 명의인의 표시가 당사자를 특정하는 기능을 가지고 있지 않았다고 할 수 있다.

12) 임상민, “예금 명의신탁계약에 대한 채권자취소권의 행사 : 대법원 2014다218320 판결 및 그 원심인 서울고등법원 2013나2015584 판결을 중심으로”, 「판례연구」 27집 (부산판례연구회, 2016) 416면.

13) 대통령령 제3조 소정의 실지명의는 판례에서 아래와 같이 해석된다. (대법원 1995. 7. 14. 선고, 94다44262 판결)

① 개인인 경우에는 주민등록표에 기재된 ‘성명’ 및 주민등록번호

② 법인(국세기본법에 의하여 법인으로 보는 법인격 없는 사단 포함)인 경우에는 법인세법에 의하여 교부받은 사업자등록증에 기재된 법인명 및 등록번호(사업자등록증을 교부받지 아니한 법인은 법인세법에 의하여 납세번호를 부여받은 문서에 기재된 법인명 및 납세번호)

고 그 비밀을 보장하여 금융거래의 정상화를 기함으로써 경제정의 실현하고 국민경제의 건전한 발전을 도모”할 것을 목적으로 한 「금융실명거래 및 비밀보장에 관한 긴급재정경제명령」이 시행된 이후로 결과적으로 우리 법원은 타인명의 예금의 예금주 결정에 관하여 이전과 확연히 다른 판시를 하고 있다.¹⁴⁾

금융실명제 실시 이후 판례는 타인명의 예금의 예금주 결정에 관하여 다음과 같은 원칙과 예외를 구분하는 판시를 하였다. 즉, ① 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률 제3조 제1항에 따라 금융기관은 거래자의 실지 명의를 의하여 금융거래를 하여야 하므로, 원칙적으로 예금명의를자를 예금주로 보아야 하지만, ② 특별한 사정으로 예금의 출연자와 금융기관 사이에 예금명의인이 아닌 출연자에게 예금반환채권을 귀속시키기로 하는 명시적 또는 묵시적 약정이 있는 경우에는 그 출연자를 예금주로 하는 금융거래계약이 성립된다는 견해를 취하였다.¹⁵⁾ 그러나 그 후 이 판례는 다시 전원합의체 판결로 그 예외의 인정을 더욱 엄격하게 제한하는 것으로 변경되었다.¹⁶⁾ 즉, 본인인 예금명의자의 의사에 따라 예금명의자의 실명확인 절차가 이루어지고 예금명의자를 예금주로 하여 예금계약을 작성하였음에도 불구하고 예금명의자가 아닌 출연자 등을 예금계약의 당사자라고 볼 수 있으려면, ‘금융기관과 출연자 등과 사이에서 실명확인 절차를 거쳐 서면으로 이루어진 예금명의자와의 예금계약을 부정하여 예금명의자의 예금반환청구권을 배제하고 출연자 등과 예금계약

③ 법인 아닌 단체의 경우에는 당해 단체를 대표하는 자의 실지명의(다만 부가가치세법에 의하여 고유번호를 부여받거나 소득세법에 의하여 납세번호를 부여받은 단체의 경우에는 그 문서에 기재된 단체명과 고유번호 또는 납세번호)

14) 물론 1997년 12월 29일에 위 긴급재정경제명령의 대체입법인 “금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률”이 제정되었고 긴급재정경제명령은 폐지되었지만 그 핵심내용에는 변함이 없다고 할 것이다. 긴급재정경제명령에 의하면, 모든 금융기관은 거래자의 실지명의로 하여 금융거래를 하여야 한다(제3조 제1항). 그리고 금융기관은 이 명령이 시행되기 전에 금융거래좌가 개설된 금융자산의 명의인에 대하여는 이 명령 시행 후 최초의 금융거래가 있는 때에 그 명의가 실명인지를 확인하여야 하며(제3조 제2항), 실명임을 확인하지 않았거나 실명이 아닌 것으로 확인된 금융자산은 지급하지 못하도록 되어 있다(제3조 제3항). 만일 금융기관의 임원 및 직원이 이들을 위반하면 그들에 대하여 500만원 이하의 과태료의 제재를 가한다(제13조).

15) 대법원 2005. 6. 24. 선고, 2005다17877 판결.

16) 대법원 2009. 3. 19. 선고, 2008다45828 전원합의체 판결.

을 체결하여 출연자 등에게 예금반환청구권을 귀속시키겠다는 명확한 의사의 합치가 있는 극히 예외적인 경우로 제한되어야 한다'고 실시하였다. 그리고 이러한 의사의 합치는 '금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률에 따라 실명확인 절차를 거쳐 작성된 예금계약서 등의 증명력을 번복하기에 충분할 정도의 명확한 증명력을 가진 구체적이고 객관적인 증거에 의하여 매우 엄격하게 인정하여야 한다'고 판시하였다. 이러한 판결의 변경은 대법원이 계약당사자의 확정에 관하여 기존에 취해 온 입장을 모두 변경한 것이라기보다는, 계약당사자의 해석에 관한 일반론을 견지하면서 금융실명제에 따른 예금계약의 특수성을 고려하여 예금계약서의 증명력을 깨뜨리기 위하여는 더 높은 정도의 증명력을 갖춘 반증이 필요하다는 점을 명시하였다는 의미가 있다.¹⁷⁾ 이와 같이 예금주의 확정에 관한 의사표시 해석의 문제라고도 할 수 있는 타인명의 예금에 있어서 예금주의 결정은 금융실명제 실시 이후 실명제의 입법목적에 관철하는 방향으로 판례법리가 형성되어 왔음을 알 수 있다. 참고로, 금융실명제 하에서 금융실명거래의무의 법적 성질에 관하여 단속규정이라는 견해와 효력규정(다수설)이라는 견해가 대립하고 있었는데, 위와 같이 명시적 또는 묵시적 합의가 있는 경우에 출연자를 예금주로 본다는 판례는 단속규정설을 취하고 있다고 할 수 있다.¹⁸⁾

학설은 기본적으로 실명확인을 거친 예금명의자를 예금주로 보면서도, 어떠한 경우에 예외를 인정하여 출연자를 예금주로 볼 수 있는가에 관하여 견해대립이 있었다. 예를 들어 계약당사자가 예금명의자가 아닌 출연자에게 예금반환채권을 귀속시키기로 하는 명시적 또는 묵시적 약정을 한 경우에는 출연자가 예금주가 된다는 견해,¹⁹⁾ 금융기관이 예금계약을 체결할 당시에 실명확인을 한 명의인이 아닌 제3자가 실제 출연자임을

17) 조민혜, “예금명의신탁계약에 대한 사해행위취소와 원상회복 방법”, 「민사판례연구」 제39권 (박영사, 2017), 507~508면.

18) 이상민, “예금 명의신탁계약에 대한 채권자취소권의 행사 : 대법원 2014다218320 판결 및 그 원심인 서울고등법원 2013나2015584 판결을 중심으로”, 「판례연구」 27집 (부산판례연구회, 2016), 417면.

19) 김재형, “금융거래의 당사자에 관한 판단기준”, 「판례실무연구IX」 (박영사, 2010), 312~313면; 이충상, “금융실명제 시행 이후 예금의 출연자(지배자)와 명의자가 다를 경우 누구를 예금자로 볼 것인가”, 「대법원판례해설」 제30호 (법원도서관, 1998), 145~146면.

안 경우에는 출연자를 예금주로 보아야 한다는 견해,²⁰⁾ 금융기관이 실제 출연자가 존재함을 안 경우뿐만 아니라 알 수 있었을 경우에도 출연자가 예금주가 된다는 견해 등이 있다.²¹⁾ 금융실명제 실시 이후 학설은 더 이상 예전의 객관설을 고수하지는 않지만, 여전히 ‘조건’을 두어 일종의 ‘조건적 객관설’을 취하고 있다고 평가할 수 있을 것이다.²²⁾

4) 금융실명제가 효력규정이라는 취지에서의 별개의견

한편, 박시환 대법관은 위 전원합의체판결에서 금융실명제 법규가 효력규정(다수설)이라는 견지에서, 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률 제3조 제1항은 실명확인 절차를 거칠 것을 예금계약의 효력요건으로 규정한 것이고, 위 규정의 취지에 반하는 예금계약의 효력을 부정하는 강행규정이라고 보아야 한다는 별개의견을 제시한 바 있다. 이에 따르자면, 출연자 등이 예금명의자 명의로 실명확인 절차를 거쳐 예금계약을 하면서 금융기관과의 합의하에 출연자 등을 예금계약상의 예금반환청구권을 갖는 예금계약의 당사자로 하기로 별도로 약정한 경우 등에는, ‘그 별도의 약정에 관하여 당사자들이 명확한 증명력을 가진 구체적이고 객관적인 증거를 남겨 두었는지 여부와 관계없이’ 그러한 별도의 약정 자체는 강행규정인 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률 제3조 제1항에 위반되어 효력이 없는 것으로 보아야 한다는 것이다. 결국 이 견해에 따르자면, 이러한 경우에는 금융기관과 예금명의자 사이의 예금계약만이 유효하게 성립할 뿐이어서, 예금반환청구권을 갖는 예금계약의 당사자는 예금명의자가 되는 것이다. 필자는 이 별개의견이 금융실명제의 근본 입법 취지에 가장 부합하는 해석이라고 생각하는데, 자세한 사항은 뒤에서 살펴보고자 하겠다.

20) 윤진수, “계약 당사자의 확정에 관한 고찰-특히 예금계약을 중심으로-”, 「민법논고 I」 (박영사, 2007), 311~313면.

21) 송덕수, “금융실명제하에 있어서 예금계약의 당사자 내지 예금채권자의 결정”, 「판례실무연구II」 (박영사, 1998), 354면.

22) 어느 입장에서 바라보느냐에 따라 ‘조건적 주관설’이 될 수도 있다. 여기에서의 ‘조건’은 명시적·묵시적 합의 이외에도 금융기관의 선·약의 및 과실유무가 될 것이다.

나. 채권양도가 사해행위인 경우 원상회복 방법

일반적으로 채권자취소권 행사요건에 있어서의 ‘사해성’이란, 채무자의 재산처분행위로 인하여 그의 일반재산이 감소하고 채권의 공동담보에 부족이 생기거나 이미 부족한 공동담보의 부족이 더욱 심화되어 그 때문에 채권자에게 완전한 변제를 할 수 없게 되는 것을 말한다.²³⁾ 다만 사해성의 유무는 대차대조표상 객관적으로 나타나는 재산상태의 변화에 의하여서만 정하여질 것은 아니고, 총 채권자를 위한 공동담보가 실질적으로 위태롭게 되는지를 따져 보아야 한다.²⁴⁾ 채권양도에 위와 같은 사해성이 인정되어 취소될 경우, 우리 판례는 원상회복에 관하여 사안에 따라 몇 가지 갈래를 제시하고 있다.

먼저 채무자가 제3채무자에 대한 채권을 특정 채권자에게 양도한 후 그 채권양도가 사해행위라는 이유로 판결로써 취소되었는데, 그 채권자가 당해 채권에 대하여 채권압류 및 추심명령도 받아놓았던 경우에는, 당해 채권에 대한 제3채무자의 혼합공탁에 따른 배당절차에서 그 채권자가 사해행위의 수익자인 당해 채권의 양수인의 자격으로는 배당을 받을 수 없겠지만 별도의 압류 및 추심명령을 받은 채권자의 지위에서 채권을 배당받는 것이 가능하다는 법리를 채택하고 있다.²⁵⁾ 그리고 당해 채권양도의 당사자가 아닌 ‘별개의 법률관계 당사자’라는 위치에 있어서 판례는 고의의 불법행위로 인한 손해배상채권의 양도의 경우에도 채무자 즉 고의의 불법행위자에게 ‘별도의 채권자 지위’에서 사해성 있는 채권양도를 취소하고 원상회복을 청구할 수 있도록 하고 있다.²⁶⁾

23) 「주석민법 채권총칙(2)」 제4관 (한국사법행정학회, 2013), 242~243면.

24) 양창수, “채권자취소권의 피보전채권과 사해행위”, 「고시계 36(4)」(1991), 34~35면.

예컨대, 채무초과의 상태에 있는 채무자가 적극재산을 채권자 중 일부에게 대물변제 조로 양도하는 행위는 채무자가 특정 채권자에게 채무 본지에 따른 변제를 하는 경우와는 달리 원칙적으로 다른 채권자들에 대한 관계에서 사해행위가 될 수 있으나, 이러한 경우에도 사해성의 일반적인 판단 기준에 비추어 그 행위가 궁극적으로 일반채권자를 해하는 행위로 볼 수 없는 경우에는 사해행위의 성립이 부정될 수 있다. (대법원 2012. 9. 13. 선고, 2012다43546 판결; 대법원 2010. 9. 30. 선고, 2007다2718 판결)

25) 대법원 2014. 3. 27. 선고, 2011다107818 판결.

26) 고의의 불법행위로 인한 손해배상채권의 채무자는 그 채권을 수동채권으로 한 상계로 채권자에게 대항하지 못하고(민법 제496조), 그 결과 채권이 양도된 경우에 양수인에게도

한편 사해행위 취소의 효과에 관해서는 소급효가 없어 양도된 채권이 채무자의 책임재산으로 복구하는 것이 아니라는 일관된 판시를 하고 있다.²⁷⁾ 즉, 채권자가 사해행위 취소와 함께 수익자 또는 전득자로부터 책임재산의 회복을 구하는 사해행위취소의 소를 제기한 경우 그 취소의 효과는 채권자와 수익자 또는 전득자 사이의 관계에서만 생기는 것이므로, 수익자 또는 전득자가 사해행위 취소로 인한 원상회복 또는 이에 갈음하는 가액배상을 하여야 할 의무를 부담한다고 하더라도 이는 채권자에 대한 관계에서 생기는 법률효과에 불과하고, 채무자와 사이에서 그 취소로 인한 법률관계가 형성되는 것은 아니고, 그 취소의 효력이 소급하여 채무자의 책임재산으로 회복되는 것도 아니라는 것이다.²⁸⁾

다. 부동산 명의신탁과의 비교

명의신탁이란, 소유명의는 수탁자 앞으로 하여 두되, 위탁자와 수탁자 사이의 내부관계에 있어서는 위탁자가 여전히 소유권을 보유하기로 하는 것을 말한다. 명의신탁의 경우 위탁자가 신탁재산을 관리, 처분하고 수탁자는 단지 이를 용인할 의무를 부담하는 것이어서 수탁자에게 신탁재산에 대한 관리·처분 등의 권한이 있다고 보기 어렵다.²⁹⁾³⁰⁾

상계로 대항할 수 없게 되나(민법 제451조 제2항 참조), 채권양도가 사해행위에 해당하는 경우 불법행위로 인한 손해배상채권의 채무자가 채권양도인에 대한 별도의 채권자 지위에서 채권양수인에게 채권자취소권을 행사하여 채권양도의 취소를 구함과 아울러 취소에 따른 원상회복 방법으로 직접 자신 앞으로 가액배상의 지급을 구하는 것 자체는 민법 제496조에 반하지 않으므로 허용된다. (대법원 2011. 6. 10. 선고, 2011다8980, 8997 판결)

27) 전부명령 당시 피전부채권이 이미 채무자인 피고Y로부터 제3자에게 양도되어 대항요건까지 갖추었다면, 원고의 전부명령은 무효라 하겠고, 그 후의 사해행위취소소송에서 피전부채권에 대한 채권양도계약이 취소되고 그 채권의 복귀를 명하는 판결이 확정되었다고 하더라도, 위 채권이 소급하여 피고Y에게 복귀하거나 이미 무효로 된 전부명령이 다시 유효하게 되는 것은 아니라고 할 것이다. (대법원 2007. 4. 12. 선고, 2005다1407 판결)

28) 대법원 2001. 5. 29. 선고, 99다9011 판결; 대법원 2002. 5. 10.자 2002마1156 결정.

29) 박 준/한 민, 「금융거래와 법」(박영사, 2018), 220면.

30) 신탁은 “믿고(信) 맡긴다(託)”는 의미를 가지고 있다. 신탁법 제2조에 의하면, “신탁”이란 “(i) 신탁을 설정하는 자(위탁자)와 신탁을 인수하는 자(수탁자) 간의 신임관계에 기하여, (ii) 위탁자가 수탁자에게 특정의 재산(영업이나 저작재산권의 일부를 포함)을 이전하거나 담보권의 설정 또는 그 밖의 처분을 하고, (iii) 수탁자로 하여금 일정한 자(수익자)의 이익 또는 특정의 목적을 위하여 그 재산의 관리, 처분, 운용, 개발, 그 밖에 신탁 목적의

명의신탁은 신탁법상의 신탁과는 별개로 판례를 통해 법리가 형성되어 왔다고 할 수 있는데,³¹⁾ 예금주 명의신탁과 부동산 명의신탁의 가장 큰 차이점은 각각을 규율하는 법률규정에 있다. 먼저 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조는 부동산 명의신탁 약정은 무효이고, 명의신탁 약정에 따른 등기로 이루어진 부동산에 관한 물권변동은 무효로 한다고 규정하고 있다. 하지만 예금주 명의신탁에 관해 규정하고 있는 금융실명 거래 및 비밀보장에 관한 법률 제3조 제1항에서는 이러한 명의신탁 약정에 따른 타인명의 예금의 유효성 여부에 대하여는 언급함 없이, 실명으로 거래할 것만을 당위규정으로 두고 있다.

우리 법리는 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조 제2항 본문으로 인해 중간생략등기형 내지 3자간 명의신탁 약정으로 인한 소유권이전등기를 원인무효로 보고 있으므로, 명의신탁 부동산에 관하여 사해행위가 문제되는 경우, 채무자의 책임재산 판단 시 해당 부동산의 소유권 귀속에 유의하여야 한다. 예컨대, 판례 중에는 ‘채무자가 이른바 중간생략등기형 명의신탁 또는 3자간 명의신탁 약정에 따라 명의수탁자로서 부동산에 관하여 그 명의로 소유권이전등기를 마쳤다면 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조 제2항 본문이 적용되어 채무자 명의의 위 소유권이전등기는 무효이므로 위 부동산은 채무자의 소유가 아니기 때문에 이를 채무자의 일반 채권자들의 공동담보에 공하여지는 책임재산이라고 볼 수 없다’고 실시하면서, ‘채무자가 위 부동산에 관하여 제3자와 매매계약을 체결하고 그에게 소유권이전등기를 마쳐주었다 하더라도 그로써 채무자의 책임재산에 감소를 초래한 것이라고 할 수 없으므로 이를 들어 채무자의 일반 채권자들을 해하는 사해행위에 해당한다고 할 수 없다’고 판시한 사례가 있다. 반면, 이와 달리 계약명의신탁 약정에 관한 사례에서는 소유권의 귀속이 달라진다. 예컨대, 판례 중에는 ‘명의신탁자와 명의수탁자가 이른바 계약명의신탁 약정을 맺고 명의수탁자가 당사자가 되어 명의신탁 약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자와 부동산에 관한 매매계약을 체결한 후 그 매매계약에 따라 당해 부동산의 소유권이전등기를 명의수탁자 명의로 마친 경우에는, 명의신탁자와 명의수탁자

달성을 위하여 필요한 행위를 하게 하는 법률관계”를 말한다.

31) 최수정, 「신탁법」(박영사, 2016), 12면.

사이의 명의신탁 약정의 무효에도 불구하고 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조 제2항 단서에 의하여 그 명의수탁자는 당해 부동산의 완전한 소유권을 취득하게 되고 다만 명의신탁자에 대하여 그로부터 제공받은 매수자금 상당액의 부당이득반환의무를 부담하게 되는바, 위와 같은 경우에 명의수탁자가 취득한 부동산은 채무자인 명의수탁자의 일반 채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산이 된다'고 실시한 후, '명의신탁자는 명의수탁자에 대한 관계에서 금전채권자 중 한 명에 지나지 않으므로, 명의수탁자의 재산이 채무의 전부를 변제하기에 부족한 경우 명의수탁자가 위 부동산을 명의신탁자 또는 그가 지정하는 자에게 양도하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 다른 채권자의 이익을 해하는 것으로서 다른 채권자들에 대한 관계에서 사해행위가 된다'고 판시한 사례가 있다.³²⁾

한편 부동산 명의신탁에서 부부간의 명의신탁약정은 특별한 사정이 없는 한 유효하다는 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제8조에 따라 책임재산의 귀속을 판단하여 사해행위를 인정한 사례도 있다.³³⁾

32) 대법원 2008. 9. 25. 선고, 2007다74874 판결. 같은 취지의 판례로 대법원 2015. 12. 23. 선고, 2012다202932 판결이 있다.

33) 부부간의 명의신탁약정은 특별한 사정이 없는 한 유효하고(부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제8조 참조), 이때 명의신탁자는 명의수탁자에 대하여 신탁해지를 하고 신탁관계의 종료 그것만을 이유로 하여 소유 명의의 이전등기절차의 이행을 청구할 수 있음은 물론, 신탁해지를 원인으로 하고 소유권에 기해서도 그와 같은 청구를 할 수 있는데, 이와 같이 명의신탁관계가 종료된 경우 신탁자의 수탁자에 대한 소유권이전등기청구권은 신탁자의 일반채권자들에게 공동담보로 제공되는 책임재산이 된다. 그런데 신탁자가 유효한 명의신탁약정을 해제함을 전제로 신탁된 부동산을 제3자에게 직접 처분하면서 수탁자 및 제3자와의 합의 아래 중간등기를 생략하고 수탁자에게서 곧바로 제3자 앞으로 소유권이전등기를 마쳐 준 경우 이로 인하여 신탁자의 책임재산인 수탁자에 대한 소유권이전등기청구권이 소멸하게 되므로, 이로써 신탁자의 소극재산이 적극재산을 초과하게 되거나 채무초과상태가 더 나빠지게 되고 신탁자도 그러한 사실을 인식하고 있었다면 이러한 신탁자의 법률행위는 신탁자의 일반채권자들을 해하는 행위로서 사해행위에 해당한다. (대법원 2016. 7. 29. 선고, 2015다56086 판결)

3. 대상판결 법리에 대한 검토

가. 예금주 명의신탁에서 사해행위 취소의 대상

대상판결에서는 예금주 명의신탁약정이 사해행위 취소의 대상이라는 논지에서 있다. 즉, “명의수탁자는 명의신탁자와의 관계에서 상대방과의 계약에 의하여 취득한 권리를 명의신탁자에게 이전하여 줄 의무를 지는 것이고, 출연자와 예금주인 명의인 사이에 예금주 명의신탁계약이 체결된 경우 그 명의인은 출연자의 요구가 있을 때에는 금융기관에 대한 예금반환채권을 출연자에게 양도할 의무가 있다고 보아야 할 것”이라고 하고 있다.³⁴⁾

필자가 의문을 제기하고자 하는 문제점은 다음과 같다.

1) 예금주 명의신탁약정의 유효성 인정여부

첫째, 금융실명제법 하에서 예금주 명의신탁약정은 계약법상 유효한가 하는 점이다. 부동산실명제법과 달리 금융실명제법에서는 명의신탁약정이 무효라는 명문의 규정은 없다. 하지만 두 제도 모두 그와 같은 명의신탁 행위를 금하고 있는 것은 분명하다. 그렇다면 예금주 명의신탁약정을 강행규정 위반으로 무효라고 볼 소지는 없는가 하는 것이다. 대상판결에서는 이를 무효로 보지 아니하는 한편, 더 나아가 “명의수탁자는 명의신탁자와의 관계에서 상대방과의 계약에 의하여 취득한 권리를 명의신탁자에게 이전하여 줄 의무를 지는 것이고, 출연자와 예금주인 명의인 사이에 예금주 명의신탁계약이 체결된 경우 그 명의인은 출연자의 요구가 있을 때에는 금융기관에 대한 예금반환채권을 출연자에게 양도할 의무가 있다고 보아야 할 것”이라고 실시하고 있는데, 이와 같은 법리가 금융실명제법 하에서 타당한 것인지 의문이다. 만일 사해행위가 문제되는 사안이 아니라 예금주 명의신탁을 한 사안을 가정할 때, 신탁자가 수탁자에게 금융기관에 대한 예금반환채권의 양도를 청구할 경우 우리 법

34) 대법원 2015. 7. 23.선고, 2014다212438 판결.

원이 이를 받아들일 수 있을까?

판례는 예금명의자를 예금주로 볼 경우, 신탁자(출연자)와 수탁자(명의자) 사이의 내부관계를 ‘계약명의신탁’으로 파악하면서, 신탁자(출연자)와 수탁자(명의자)의 명의신탁약정으로 인해 수탁자는 신탁자의 요구가 있을 때에는 금융기관에 대한 예금반환채권을 신탁자에게 양도할 의무가 있다고 인정하고, 따라서 신탁자는 명의신탁계약을 해지하면서 예금명의자인 수탁자에 대하여 금융기관에 대한 예금채권의 반환을 청구하고 아울러 금융기관에 대한 양도통지를 청구할 수 있다고 판시하고 있다.³⁵⁾ 이는 금융실명제법의 해당 규정이 단속규정임을 확인한 것이고, 따라서 명의신탁의 형식을 빌린 차명금융거래가 유효함을 선언한 것이라고 이해되어야 할 것이다.³⁶⁾ 하지만 앞서 살핀 2009년 대법원의 전원합의체 판결(2009. 3. 19. 선고, 2008다45828)에 따르자면, 출연자를 예금계약의 당사자로 보기 위해서는 ① 명확한 의사의 합치가 있는 극히 예외적인 경우와 ② 예금계약서 등의 증명력을 번복하기에 충분할 정도의 명확한 증명력을 가진 구체적이고 객관적인 증거에 의하여 매우 엄격하게 인정되어야 한다는 두 조건이 동시에 충족되어야 하는 사실상 불가능에 가까운 반증(反證)이 필요하게 되었다.³⁷⁾ 그럼에도 불구하고 대상판결들은 위 전원합의체 판결 이전의 판시들을 답습하고 있다. 사건으로는 이와 같은 예금주 명의신탁약정은 강행규정인 금융실명제법 제3조 제1항에 위반한 것일 뿐 아니라 사회질서에도 반하는 것으로서 민법 제103조 위반 무효라고 보는 것이 타당하다.

2) 예금주 명의신탁약정의 무효 시 예금반환청구권자

둘째, 만일 이와 같이 예금주 명의신탁 약정이 무효라고 본다면, 신탁

35) 대법원 2001. 1. 5. 선고, 2000다49091 판결.

36) 박종미, “차명예금과 차명대출의 차별적 취급에 대한 단상”, 『법학논총』 제35집 제1호 (전남대학교 법학연구소, 2015), 170면.

37) 전원합의체 판결 이후 판례는 실명확인을 거친 명의자의 모(母)가 통장의 관리, 비밀번호의 등록·관리, 예금개신 등을 한 것만으로 그 모(母)에게 예금반환청구권을 인정할 수 없다고 판시하여 예외에 해당하는 경우의 인정을 상당히 제한하고 있음을 알 수 있다. (대법원 2011. 9. 29. 선고, 2011다47169 판결 참조)

자는 수탁자에게 금융기관에 대한 예금반환채권의 양도를 청구할 수 없다고 보아야 한다. 다만 신탁자는 수탁자에게 지급한 금전에 관하여 부당이득반환청구권을 가지는지가 문제된다. 그런데 이는 명의신탁된 예금에 있어서 금융기관에 대하여 예금에 대한 반환청구권을 누가 가지는지에 따라 결정될 것이다. 참고로 부동산명의신탁에 있어서도 부당이득반환청구권 여부는 명의신탁된 부동산의 소유권 귀속에 따라 달라진다. 그런데 앞서 살핀 바와 같이 차명예금에 있어서 금융기관에 대하여 반환청구권을 누가 가지는지에 관하여 우리 판례의 입장은, ① 특별한 사정이 없는 한, 주민등록증을 통하여 실명확인을 한 예금명의자를 같은 명령제3조 제1항 소정의 거래자로 보아 그와 예금계약을 체결할 의도라고 보아야 할 것이지만, ② 특별한 사정으로서 출연자와 금융기관 사이에 예금명의인이 아닌 출연자에게 예금반환채권을 귀속시키기로 하는 명시적 또는 묵시적 약정이 있는 경우에는 출연자를 예금주로 보아야 한다고 실시하였고, ③ 나아가 위 전원합의체판례에서 이와 같은 예외에 대해서 엄격히 제한하고 있다고 볼 수 있다. 이는 부동산실명제법의 경우 수탁자에게 소유권이 귀속되는지 여부가 원칙과 예외가 따로 있다거나 증명에 따라 달라지는 것이 아니라, 명의신탁의 유형에 따라 비교적 간명하게 판단되어, 부당이득반환문제에 관한 판단도 비교적 용이하다는 점과는 사뭇 다르다. 결국 차명예금에 있어서는 원칙적으로 예금반환청구권자가 수탁자이지만 예외적으로 출연자가 될 수도 있는 것이다. 전자의 경우는 신탁자가 수탁자에 대하여 출연금 상당의 부당이득반환청구권이 인정될 것이지만, 후자의 경우는 수탁자에 대한 부당이득반환청구권이 성립될 여지가 없고, 예금주는 금융기관에 대하여 예금에 대한 반환청구권을 가지는 것이다.

3) 예금주 명의신탁약정과 사해행위취소제도

셋째, 그렇다면 예금주 명의신탁약정이 사해성이 인정되는 거래라고 하더라도 사해행위로 이를 취소하여야 할 실익이 있는지 의문이다. 전자의 경우에는 신탁자가 수탁자에 대하여 가지는 부당이득반환청구권이 책임재산으로 존재하기 때문에 이를 압류 또는 가압류하면 된다. 나아가

압류 후 발생하는 전부금 또는 추심금을 보전하기 위하여 다시 제3채무자인 수탁자가 금융기관에 대하여 가지는 예금채권에 대하여 가압류한 후 집행하는 방안도 생각해 볼 수 있을 것이다. 후자의 경우에는 신탁자가 금융기관에 대하여 가지는 예금반환청구권이 곧 책임재산이므로, 이를 곧바로 압류하면 되는 것이다. 필자로서는 어느 경우이든 예금주 명의신탁 사안에서 신탁자의 채권자가 사해행위취소제도를 활용하여야 할 실익이 있는지에 관하여 의문을 가지고 있다.

마지막으로, 예금주 명의신탁약정은 그 자체로 사해행위취소제도에 적합한 것이 아니라고 생각된다. 예금주 명의신탁약정은(만일 그것이 유효하다면) 그 자체에서 명의수탁된 예금을 반환받는 권리를 포함하고 있다. 달리 말하자면, 그와 같은 약정이 유효하게 존재하여야 이를 반환받을 수 있다는 의미이다. 그런데 사해행위취소제도는 수익자에게 유효하게 넘어간 책임재산의 반환을 위하여 그 처분행위를 취소하는 제도이다. 예금주 명의신탁약정은 명의가 넘어갔지만 언제든지 반환을 청구할 수 있는 제도라면, 채권자로서는 굳이 이를 사해행위로 취소할 필요가 없다. 오히려 유효하게 둔 채 채권자대위권 등을 행사하거나 그 권리에 대해 적절히 강제집행을 하는 것이 더 나아 보인다. 필자로서는 대상판결에서 사해행위취소의 대상을 예금주 명의신탁약정으로 파악한 논리에 대하여 그 타당성이나 합리성에 의문을 가지고 있다.

나. 원상회복의 방법으로서는 채권양도와 가액배상

다음으로, 대상판결에서 사해행위취소 후 원상회복에 관하여 “예금주 명의신탁계약이 사해행위에 해당하여 취소될 경우 그 취소에 따른 원상회복은 명의인이 예금계좌에서 예금을 인출하여 사용하였거나 그 예금계좌를 해지하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 명의인에 대하여 금융기관에 대한 예금채권을 출연자에게 양도하고 아울러 금융기관에 대하여 양도통지를 할 것을 명하는 방법으로 이루어져야 할 것이다.”라고 설시하고 있다. 하지만 이러한 원상회복의 방법이 적절한 것인지에 대해서 필자는 다음과 같은 이유로 의문을 제기한다.

첫째, 원상회복의 목적은 사해행위 전으로 돌리는 것인데, 예금주 명의

신탁의 경우 사해행위 전에 신탁자가 예금주였던 것이 아니다. 채권양도가 사해행위인 경우의 법리에 대해서는 원상회복에 관하여 이와 같은 법리를 취하고 있음은 위에서 살펴보았지만, 예금주 명의신탁은 예금채권을 사해의 의사로 양도한 것이 아니므로 이와 같은 법리가 적용될 수 없다. 처음부터 수탁자 명의로 예금계좌를 개설한 것이다. 예금주 명의신탁에서 원상회복을 상정한다면, 이른바 ‘원상’에 신탁자는 출연할 돈을 가지고 있었을 뿐, 은행에 대한 예금채권을 가지고 있었던 것은 아니다. 따라서 예금채권을 양도하는 것이 원상회복이라고 할 수 없다. 오히려 가액배상이 원상회복 방법으로 적절한 것이라고 생각한다.

둘째, 예금의 양도가 일반적으로 가능한지도 의문이다. 통상적으로는 예금의 양도는 약관에 의하여 금지된 경우가 많다.³⁸⁾ 특히 실명제 하에서 예금의 양도가 자유롭게 인정되기는 어려울 것으로 생각된다. 일반적으로 기명인 예금의 양도는 허용되지 않으며, 제3자에게 양도가 가능한 무기명 증서인 양도성 예금증서(Certificate of Deposit)의 경우가 오히려 예외에 속한다.³⁹⁾ 대상판결을 포함하여 그동안의 관련 판례들은 모두 기명 예금의 양도가 가능함을 전제로 판시하고 있는데, 대상사안의 예금들이 양도 가능한 것인지에 대한 심리가 이루어지지 않은 것으로 보이며, 이에 대한 부연설명이나 특별한 사정이 없는 이상 판례의 태도는 현실성과 설득력이 떨어진다고 할 수 있다. 결국 매우 예외적인 특단의 사정이 없는 한 예금채권의 양도는 원상회복 방법으로 현실적이지도 않고 적절하지 않다.⁴⁰⁾

셋째, 가액배상시 예금의 출금과 잔존의 법적 의미 및 증명책임에 관하여 대상판결은 금융실명제법의 입법취지에 부합한다고 보기 어렵다.

38) 예금약관은 대출채권이 있는 경우 이를 자동채권으로 하여 상계하기 위한 목적이거나 은행의 승낙없이 양도된 경우 예금주의 확인이 어렵다는 취지에서 무기명식 예금을 제외하고는 양도나 담보제공을 금지하고 있으나, 이를 가지고 선의의 제3자에 대항할 수는 없다. (「금융거래법」(사법연수원, 2013), 29면)

39) 은행의 정기예금에 양도성을 부여한 무기명 증권이다. 발행기관은 은행이고 유통기관은 증권사와 종합금융회사이다. 양도성예금(CD)의 경우 중도에 해지가 불가능하며 만기일에 양도성예금증서를 은행에 제시하면 누구나 예금인출이 가능하다.

40) 예금거래기본약관은 예금을 입출금이 자유로운 예금, 거치식예금 및 적립식예금으로 분류하고 있다. 양도성 예금증서의 경우에는 거치식 예금약관이 적용되는 예금 가운데 예금반환청구권을 증서에 의하여 양도가 가능하도록 한 예금상품이다.

2014년 5월 금융실명법이 일부 개정되면서 신설된 법 제3조 제5항은 “제1항에 따라 실명이 확인된 계좌 또는 외국의 관계법령에 따라 이와 유사한 방법으로 실명이 확인된 계좌에 보유하고 있는 금융자산은 명의자의 소유로 추정한다”라는 규정을 명시적으로 추가하였다. 이로써 적어도 차명예금의 귀속주체에 대하여는 어느 정도 논의를 입법적으로 마무리하게 되었다고 평가된다.⁴¹⁾ 명의자의 소유로 추정된다면, 나아가 특단의 사정이 없는 한 소유자로 추정되는 자가 그 예금을 사용한 것으로 추정하는 것이 합리적인 것이다. 그런데 대상판결은 “신탁자와 수탁자 중 누가 예금을 인출 사용하였는지에 따라 결론이 달라진다. 신탁자가 수탁자의 통장과 인장, 접근매체 등을 교부받아 사용하는 등 사실상 수탁자의 계좌를 지배 관리하고 있을 때에는 신탁자가 통상 예금을 인출 사용한 것이라고 볼 수 있다.” 라고 판시한 것이다. 사건으로는, 최소한 금융실명법이 개정된(2014년 5월) 이후에는 가액배상 시 예금의 출금과 잔존에 있어서 예금반환청구권자는 예금명의자인 수탁자로 추정되어야 하며, 그 예금의 사용자 또한 수탁자로 추정하는 것이 타당하다고 생각한다. 대상판결에서 증명책임에 관하여 실시한 것은 그와 같은 추정을 반복하는 방안을 제시한 것으로 선택할 수도 있지만, 원칙과 예외를 분명히 하지 않은 채 그와 같은 일종의 유형별 실시를 한 것 자체가 금융실명제법 개정의 취지를 제대로 반영하지 못하고 있는 것이라고 생각된다.

다. 송금행위가 사해행위가 될 수 있는지 여부

예금주 명의신탁에 있어서 사해행위 취소의 대상을 명의신탁약정으로 보는 것이 타당하지 않다면, 무엇을 취소대상으로 삼는 것이 옳은지에 대해 살펴보기로 한다. 사건으로는, 일단 예금주 사해행위가 문제되는 경우, 취소의 대상이 되는 사해행위는 명의신탁 약정이라기보다는 송금행위에서 찾는 것이 타당하다고 생각한다.

대상판결에서는 송금행위는 증여로 단정할 수 없다는 점을 실시하는데, 그것은 일부 옳은 지적이지만 충분한 지적은 아니다. 증여가 아니라

41) 박종미, “차명예금과 차명대출의 차별적 취급에 대한 단상”, 「법학논총」 제35집 제1호 (전남대학교 법학연구소, 2015), 168면.

는 점만으로 그것이 사해행위 취소대상이 아니라고 단정할 수 있는 이유가 될 수는 없기 때문이다. 다만, 송금행위는 법률행위가 아니라 사실행위로서의 성격이 있기 때문에 법률행위를 대상으로 하는 사해행위 취소의 대상이 될 수 없는 것이 아닌가 하는 문제점도 있다. 그러나 그와 같은 점만으로 취소대상이 아니라고 단정하기 어렵다. 사해성 있는 송금행위는 단순히 사실행위에 그치는 것은 아니기 때문이다. 송금행위의 근저(根柢)에는 임치(任置)의 의사가 있다. 상호 합의에 의하여 사해의 의사로 송금행위가 이루어졌다면, 신탁자와 수탁자간에 일종의 임치계약이 체결된 것으로 보아야 한다. 그리고 그와 같은 임치계약의 이행으로 송금이 이루어지는 것이다. 이 임치계약은 법률행위이며, 예금주 명의신탁이 사해행위에 해당할 경우 취소되어야 할 대상이 되는 법률행위라고 보는 데 부족함이 없다고 생각된다. 이와 같이 예금주 명의신탁에서 사해행위로 임치계약을 취소하는 것으로 논리구성을 한다면, 취소로 인한 원상회복의 문제도 매우 간단하게 설명된다. 송금된 금원의 반환이 원상회복이기 때문이다. 위에서 살핀 대상판결에 대한 복잡한 논란이 제기될 필요도 없다. 만약 송금된 금원이 이미 송금자에 의해 인출되었다면, 이는 대상판결에서의 ‘신탁자가 수탁자의 통장과 인장, 접근매체 등을 교부받아 사용하는 등 사실상 수탁자의 계좌를 지배·관리하여 신탁자가 통상예금을 인출·사용한 것’이라고 볼 수 있다. 따라서 송금자는 자신이 금원을 인출·사용함으로써 반환받은 것이기 때문에 이 경우 원상회복의 문제는 발생하지 않을 것이다.

나아가 이와 같이 예금주 명의신탁에서 사해행위로 임치계약을 취소하는 것으로 논리구성을 하는 것은 또 다른 장점도 있다. 예금주 명의신탁이 아닌 유효 적법하게 개설된 타인계좌에 자금을 은닉하는 행위에 대해 사해행위 취소를 하는 경우에 관하여도 해결방안을 제시할 수 있기 때문이다. 예컨대, 예금주 명의신탁이 아니라 타인이 유효 적법하게 개설한 실명계좌에 대하여 채무자가 자신의 돈을 일부 송금하여 은닉하는 경우, 이것도 사해성 있는 거래이므로 사해행위취소의 대상이 되어야 함은 예금주 명의신탁의 경우와 마찬가지로이다. 그러나 대상판례와 같은 논지에 의한다면 무엇을 취소하여야 할지, 원상회복은 어떻게 하여야 할지, 일관성 있는 논리구성이 용이하지 않다. 그러나 예금주 명의신탁에서 사해행

위로 임치계약을 취소하는 것으로 논리구성을 한다면, 개별적인 송금행위에 포함되어 있는 임치계약을 취소하고, 원상회복으로 송금액 상당의 가액배상을 명하는 것이 가능한데, 이는 대상판결의 법리보다 합리적이고 유용하다고 생각된다. 그리고 이 경우에도 위에서 짚어보았던 송금자가 이미 송금된 금원을 인출·사용하였을 시의 원상회복 법리가 그대로 적용된다. 단지 예금주 명의신탁이 아닌 타인명의 계좌에 금전을 은닉하였다는 것이 차이일진대, 예금주 명의신탁은 신탁자가 예금의 관리·처분 권한이 있는 것이고, 수탁자는 단지 이를 용인할 의무를 지는 것이지만, 이 경우에는 계좌 명의인이 기본적으로 예금의 소유주로서 관리·처분 권한이 있는 상태에서 송금자(은닉자)에게 그 권한을 부여한 것이라고 할 수 있다. 그런데 송금자가 송금된 금원을 인출·사용하였다면 명의신탁과 같이 원상회복은 구할 수가 없는 것이다.

대상판결에서는 사해행위 취소의 대상을 찾으면서, 송금행위가 증여에 해당하는지 여부에만 집착한 나머지 그것이 임치에 해당하는지 여부를 심리 판단하지는 않았다. 이는 변론주의의 한계에 기인한 것으로서 재판부를 탓할 수 없는 것일 수도 있을 것이다. 그러나 향후 예금주 명의신탁과 사해성 송금에 있어서의 사해행위 취소가 문제되는 사안에서 논리구성을 함에 있어서는 반드시 검토해 보아야 할 논리라는 것이 필자의 제안이다.

라. 사해신탁과의 관계 : 신탁법상의 사해성 있는 신탁에의 해당여부

신탁법 제8조에서는 채무자가 채권자를 해함을 알면서 설정한 신탁을 사해신탁이라고 하고, 제1항에서 채권자에게 민법 제406조 제1항의 취소 및 원상회복을 청구할 수 있는 권리를 수여한다.

그리하여 사해신탁의 취소에 있어서는 채권자취소권에 관한 일반적인 법리를 바탕으로 하여 신탁법의 특칙이 적용되고 이에 따른 신탁의 특수성이 반영되어 있기도 하다.⁴²⁾

일견 사해신탁은 채권자취소권과 동일한 성질을 가지고 있기 때문에

42) 최수정, 「신탁법」(박영사, 2016), 207면.

대상판결에 있어서 채권자취소권의 법리로 사해신탁취소권⁴³⁾을 행사할 수 있다고도 볼 여지가 없지 않지만, 이 경우를 신탁법상의 사해신탁으로 한정할 이유가 없다고 생각한다. 기본적으로 우리 판례가 단순한 명의신탁의 경우는 신탁법상의 신탁이 아니라고 판시⁴⁴⁾하고 있고, 대상판결에서의 명의신탁계약 자체에서 사해의 의사가 전적으로 인정된다고 볼 수 없기 때문이다. 다시 말해 명의신탁약정은 선의이지만, 송금행위에 사해성이 있는 경우를 사해신탁의 법리로 규율할 수는 없는 것이다. 대상판결에서는 채권자취소권 제도가 적합하지 않다고 하더라도, 이외의 사안에서 신탁법상의 사해신탁에 부합하는 경우 결국 채권자취소권을 통하여 원상회복이 되어야 함은 규정상 자명하다.

마. 채권자취소권 제도의 법적 성질 : 상대적 무효설에 대한 재검토 필요성

1) 채권자취소권의 법적 성질에 대한 학설

채권자취소권의 법적인 성질로서 먼저 다수설·판례의 입장으로 채권자취소권의 본질을 사해행위의 취소와 재산의 반환청구가 합쳐진 것으로 본다는 ① 물권적 상대무효설이 있다. 이 견해는 채권자는 사해행위의 취소와 동시에 재산반환 원상회복을 청구할 수 있다고 하며, 사해행위의 취소가 확정된 때에 원상회복으로 인한 새로운 반환청구권이 발생하는 것은 아니라고 한다.⁴⁵⁾ 반면 ② 채권적 상대무효설은 기본적으로는 다수설·판례의 물권적 상대적 무효설에 동조하면서도 사해행위의 취소는 재산반환청구의 전제에 불과하므로 판례의 입장처럼 청구취지에서 사해행위의 취소 및 원상회복을 모두 구할 필요는 없고 판결의 주문에서도 취소를 명할 필요는 없다고 한다. 수익자 또는 전득자만을 피고로 하여 원

43) 사해신탁취소권은 채권자취소권과 같이 재판상으로만 행사가 가능하다.

44) 대법원 1971. 1. 29.선고, 70도2716 판결; 대법원 1993. 4. 27.선고, 92누8163 판결; 대법원 1996. 10. 15.선고, 96다17424 판결 등.

45) 전득자가 있는 경우에 수익자와 전득자 중 누구를 상대방으로 하여 채권자취소권을 행사할 것인가는 채권자의 자유로운 선택에 달려 있다고 하며, 사해행위의 취소는 재산반환의 상대방인 수익자 또는 전득자에 대한 관계에서만 상대적으로 효력이 있을 뿐 그 밖의 자에게는 영향을 없다고 한다.

상회복을 구하면서 사해행위의 취소는 청구원인에서 선결문제로 주장하면 족하다는 견해이다.

한편, ③ 책임설에서는, 채권자취소권은 사해행위 자체의 취소나 면탈 재산 자체의 반환을 목적으로 하는 권리가 아니라 면탈재산에 대한 집행가능성을 회복하는 권리 내지는 책임법적 무효의 효과를 발생시키는 권리라고 한다. 책임설에서는 상대적 효력설이 일탈재산을 반환받지 않으면 채무자의 책임재산으로 하여 그에 대한 강제집행을 할 수 없다는 사고를 전제로 하는데, 그것은 채권자취소권의 목적을 넘는 불필요한 효과를 요구하는 것이라고 비판한다. 또한 상대적 무효설에 따르면 채권자와 수익자 사이에서만 취소의 효력이 발생하고 채무자와 수익자 사이 및 수익자와 전득자 사이의 법률행위는 여전히 유효하므로 취소의 결과 일탈 재산이 채무자에게 반환된다고 하더라도 취소 및 원상회복의 효과는 채무자에게는 미치지 아니하는 것으로 되어 취소채권자와 채무자 사이에서 이루어지는 채무자의 책임재산에 대한 강제집행을 이론적으로 설명할 수 없는 난점이 있다고 비판한다.

마지막으로 ④ 신형성권설에서는 채권자취소권의 행사에 의한 법률행위의 취소는 민법의 일반적인 법리에 따라 통상의 법률행위 취소의 효과를 발생시킨다고 한다. 법률행위의 취소란 일응 유효하듯이 존재하는 법률관계를 소급적으로 소멸케 하는 제도로서 그 소급적 소멸의 효과는 누구에 대한 관계에서나 법률행위를 없었던 것으로 만든다.⁴⁶⁾ 채권자는 취소의 결과 원상회복된 채무자의 재산에 대하여만 강제집행할 권리가 있기 때문에 채무자는 취소의 효과를 받아야 하는 자라고 한다. 그리하여 채무자에게 취소판결의 효력이 미치게 하기 위하여는 채무자를 언제나 수익자와 함께 취소소송의 공동피고로 하여야 한다고 한다. 그리하여 채권자취소의 소는 고유필수적 공동소송이라고 한다.

46) 하지만 착오로 인한 의사표시 취소의 경우에서 선의의 제3자와 같이 선의의 거래상대방을 보호할 필요가 있는 경우에는 예외적으로 그에 대한 관계에서 취소의 소급적 소멸로 대항할 수 없게 되는데(민법 제109조 제2항), 채무자는 선의의 제3자처럼 취소의 효과로부터 보호되어야 할 자는 아니므로 취소의 효력범위에서 제외하는 것은 부당하다고 한다.

2) 상대적 무효설에 대한 비판

이 밖에도 채권자취소권의 법적 성질에 대해서 다른 견해가 있을 수 있으나, 위의 학설들 중에서 다수설·판례인 물권적 상대무효설(이하 상대적 무효설)은 다음과 같은 비판을 받고 있다. 상대적 무효설에 의하면 채무자명의로 회복된 재산에 대하여 채권자가 채무자에 대한 집행권원으로 강제집행을 할 때 그 회복된 재산은 채권자와 수익자 사이의 관계에서만 채무자의 재산이지 채권자와 채무자 사이의 관계에서는 채무자의 재산이 아니므로 채권자가 채무자에 대한 집행권원으로 채무자의 회복된 재산에 강제집행을 할 수 있는 것을 이론적으로 설명할 수 없다는 것이다. 즉 복귀재산이 채무자의 책임재산이 되는 점 자체가 상대적 효력설 상으로는 명쾌히 설명되지 않는다는 것인데,⁴⁷⁾ 매우 타당한 비판이라고 할 수 있겠고, 상대적 무효설의 이러한 단점은 채권양도가 사해행위로 취소되는 경우에 더욱 두드러지게 나타난다.⁴⁸⁾

이와 같은 비판은 대상판결의 경우에도 그대로 유효하다. 대상판결에서는 예금주 명의신탁이 사해행위로 취소될 경우 상대적 무효설에 입각하여 취소에 따른 원상회복은 수탁자(수익자)인 명의인이 금융회사에 대한 예금채권을 출연자에게 양도하고 아울러 금융회사에 대하여 양도통지를 하도록 명하는 방법으로 이루어져야 한다고 한다. 즉 취소되는 법률행위는 출연자와 명의인 사이의 명의신탁계약인데, 이 취소의 효과는 출

47) 이에 대하여 전원열 교수는 ‘상대적 효력설 즉 사해행위취소의 효력이 채무자에게는 미치지 않고 취소채권자에게만 미친다는 입장을 일관하려면, 그 취소판결 이후의 처리에 있어서 채무자를 개입시키지 않아야 한다’라고 한다.

48) 채무자의 수익자에 대한 채권양도가 사해행위로 취소되는 경우, 수익자가 제3채무자로부터 아직 그 채권을 추심하지 아니한 때에는, 채권자는 사해행위취소에 따른 원상회복으로서 수익자가 제3채무자에 대하여 채권양도가 취소되었다는 취지의 통지를 하도록 청구할 수 있다. 그런데 사해행위의 취소는 채권자와 수익자의 관계에서 상대적으로 채무자와 수익자 사이의 법률행위를 무효로 하는 데에 그치고, 채무자와 수익자 사이의 법률관계에는 영향을 미치지 아니한다. 따라서 채무자의 수익자에 대한 채권양도가 사해행위로 취소되고, 그에 따른 원상회복으로서 제3채무자에게 채권양도가 취소되었다는 취지의 통지가 이루어지더라도, 채권자와 수익자의 관계에서 그 채권이 채무자의 책임재산으로 취급될 뿐, 채무자가 직접 그 채권을 취득하여 권리자로 되는 것은 아니므로, 채권자는 채무자를 대위하여 제3채무자에게 그 채권에 관한 지급을 청구할 수 없다. (대법원 2015. 11. 17. 선고, 2012다2743 판결 참조)

연자의 채권자와 명의인(수익자 겸 수탁자) 사이에서만 발생하고 출연자와 명의인 사이에서의 명의신탁약정은 여전히 유효하다는 결론이 나오게 된다. 일반인들로서는 납득이 가지 않는 구조가 아닐 수 없으며, 금융거래에 혼란을 야기할 것으로 우려된다. 특히 대상판결의 법리와 같이 취소의 대상을 예금주 명의신탁약정으로 하고 원상회복의 방법으로 유형에 따라 예금채권의 반환 또는 가액배상, 그리고 가액배상의 경우도 유형에 따라 최초 예금액 또는 잔여 예금액으로 보는 경우, 이러한 일반인들의 오해와 금융거래상의 혼란은 더욱 클 것으로 생각된다. 필자가 제안한 바와 같이 송금행위에 내재한 임치계약을 취소하고 해당 금원의 반환을 명하는 것은 이와 같은 오해와 혼란을 줄이는 데에도 도움이 된다고 생각한다. 이와같이 채권자취소권제도에 있어서 상대적 무효설의 모순과 혼란은 과거 우리가 독일과 프랑스로부터 이 실체법상의 권리를 수입하면서 그와 한 묶음(set)으로 되어 있는 집행방법은 도입하지 않았고, 채무자에게로의 책임재산 복귀 방식을 선택하였기 때문이라는 근본적인 비판이 가해지고 있다.⁴⁹⁾

바. 토론 : 금융기술 발전에 따른 향후 명의신탁 개념에 대한 전망

지금까지 부동산실명제 및 부동산명의신탁과 더불어 오랜 논의대상이었던 금융실명제와 예금주 명의신탁계약에 대해서 살펴보았다. 법률규정과 함께 판례 또한 비교적 분명한 태도로서 방향을 제시하는 부동산명의신탁과는 대조적으로 예금주 명의신탁은 금융실명제법 시행 전과 후의 학설 및 판례의 동향에 유의하여야 하고, 2009년 대법원 전원합의체 판결과 2014년 금융실명제법 일부개정 등 작지 않은 변화를 초래하는 기준들로 인해 현재까지 논의가 착종(錯綜)되어 있다고 할 수 있다.

이러한 상황에 더하여 이미 핀테크(FinTech)가 우리사회에 금융거래의 수단으로 이용되기 시작하였다. 핀테크란, 금융(finance)과 정보기술(technology)의 합성어로, 인터넷·모바일 공간에서 결제·송금·이체, 인터넷 전문 은행, 클라우드 펀딩, 디지털 화폐 등 각종 금융 서비스를 제공

49) 전원열, “채권자취소권의 효력론 비판 및 개선방안”, 「저스티스」 통권 제163호 (한국법학원, 2017), 214면.

하는 산업을 뜻한다. 우리 주변에서의 대표적인 예로 ‘인터넷 은행’을 들 수 있다. 우리는 은행 예금계좌에서의 출금을 ‘ATM 기기’라는 현금자동 지급기에서 하고 있다. 과연 자신의 계좌에 있는 예금을 출금할 때에 직접 창구에서 은행원과 대면(對面)하여 현금을 지급받는 사람이 몇이나 될까? 우리가 지금까지 살펴보았던 대상판결의 법리는 카드와 비밀번호만 확보하면 누구나 ATM 기기를 통해 타인명의 예금을 인출할 수 있는 현재의 상황에 과연 부합하는 것일까? 이와 같이 향후 어느 순간에는 이 핀테크가 편리성과 효율성으로 말미암아 금융거래의 대부분을 차지하게 될 수가 있는 것이다. 문제는 예금주 명의신탁계약의 유효성 및 원상회복의 방법 등에 관하여 명확하고 통일된 법리가 구축되어 있지 않다는 것이다. 현재 예금주 명의신탁계약에 관한 논쟁은 핀테크의 세상에서는 전혀 다른 양상으로 전개될 수도 있다. 핀테크의 핵심요소 중 하나인 개인의 생체정보 인식기술로 인하여 타인의 예금통장이나 인장, 카드 및 비밀번호와 같은 접근매체 등을 교부받는 경우가 사라질 것이기 때문이다.

이와 같은 금융시스템 하에서 금융실명제법 제3조 제5항과 같이 금융자산을 명의자의 소유로 추정하는 추정력은 지금까지의 그것과는 판이하게 달라질 것이다.⁵⁰⁾

50) 정도의 차이는 있지만, 부동산에 있어서도 사정은 크게 다르지 않다. 금융기술의 발전에 비해 변화의 속도가 더딘 것으로 평가받았던 부동산 관련 기술은 현재 오히려 금융보다 더 창의적인 방향으로 진화하고 있다. 대표적으로 프롭테크(PropTech)를 들 수 있는데, 프롭테크는 부동산(property)과 기술(technology)의 합성어로, 모바일 채널과 빅데이터 분석, 가상현실(VR) 등 정보통신기술(ICT)을 접목해 혁신적인 부동산 관련 서비스를 제공하는 것을 뜻한다. 스마트폰이나 인터넷을 통한 부동산 거래는 물론 부동산 가치 평가, 임대 관리, 프로젝트 개발, 투자 및 자금 조달 등이 프롭테크의 사례다.

Ⅲ. 결 론

지금까지 예금주 명의신탁의 법리에 있어서 대상판결들을 중심으로 사해행위 취소의 대상과 원상회복에 대해서 살펴보았다. 대상판결들에서의 쟁점은 1) 송금행위가 증여에 해당하는지 여부와 2) 예금주 명의신탁이 사해행위에 해당할 경우 원상회복의 방법과 범위, 그리고 증명책임에 관한 것으로 간략히 정리할 수 있다.

필자는 대상판결이 비교적 간단한 법리로 해결될 사안을 굳이 비현실적이고 적합하지 않은 법리로 복잡하게 풀어냈다고 생각한다. 결론에 있어서는 동일할지라도 대상판결의 설시를 앞으로도 적용한다면, 법리에 대한 오해와 금융거래상의 혼란이 지속될 것으로 보인다. 따라서 필자는 다음과 같이 쟁점사항들에 대한 의견을 밝히고자 한다.

먼저 현재의 금융실명제법 하에서 예금주 명의신탁약정은 계약법상 유효하지 않다고 보는 것이 타당하다. 이는 부동산명의신탁이 무효인 것과 같은 취지와 맥락에 있으며, 부동산명의신탁과 같이 무효로 하는 규정이 없더라도 달리 볼 것이 아니다. 따라서 금융실명제법은 단속규정이 아닌 효력규정이라고 보아야 하며, 이를 위반한 명의신탁약정은 민법 제103조 위반으로 무효가 되어야 한다고 생각한다. 만약 명의신탁약정이 무효라면, 신탁자는 수탁자에게 금융기관에 대한 예금반환채권의 양도를 청구할 수 없게 된다.

그리고 예금주 명의신탁약정은 그 자체로 사해행위취소제도에 적합한 것이 아니다. 예금반환청구권자가 수탁자 혹은 신탁자이든 압류·가압류의 방법을 통해 책임재산을 확보할 수 있음에도 불구하고, 사해행위취소제도를 이용하여 예금주 명의신탁약정을 취소한다는 논리는 그 타당성이나 합리성에 의문을 낳게 한다.

또한 원상회복의 방법으로서 대상판결이 판시한 예금채권을 양도하는 것이 아닌, 가액배상이 적절하다. 왜냐하면 애초에 신탁자는 예금채권을 보유하고 있었던 것이 아니고 출연금만을 가지고 있었기 때문이다. 뿐만

아니라 일반적인 경우 예금의 양도는 약관상 금지되기에 원상회복의 방법으로서 예금채권의 양도는 비현실적이라고 할 수 있다.

한편 원상회복으로서 가액배상 시 예금의 출금과 잔존의 법적의미 및 증명책임에 관하여 대상판결의 판시는 금융실명제법의 입법취지에 부합하지 않는다는 생각이다. 2009년의 전원합의체판결에 이어 최소한 2014년 금융실명법의 일부개정 이후로는 이에 대한 원칙과 예외를 구분함이 없이 예금반환청구권자와 예금의 사용자 모두 수탁자로 추정하는 것이 합당할 것이다.

다음으로 예금주 명의신탁에 있어서 사해행위취소의 대상은 명의신탁 약정이 아닌, 사해성 있는 송금행위라고 보아야 한다. 송금행위는 신탁자와 수탁자 간의 임치계약이 체결된 것이고, 따라서 사해성 있는 송금행위는 사실행위가 아닌 법률행위라고 할 수 있다. 그리하여 이러한 임치계약의 취소로 인한 원상회복에 있어서도 송금된 금원을 반환하기만 하면 되는 것이고, 예금주 명의신탁이 아닌 타인이 유효 적법하게 개설한 실명계좌에 채무자가 자신의 돈을 송금·은닉하는 경우에도 마찬가지로 법리로 해결할 수가 있는 것이다.

마지막으로 본고에서 대상판결과 관련하여 살펴본 채권자취소권의 성질에 관한 학설 중 다수설이자 판례인 상대적 무효설이 있다. 상대적 무효설에 대한 비판은 대상판결에도 적용될 수 있는데, 취소되는 법률행위는 출연자와 명의인 사이의 명의신탁계약임에도, 이 취소의 효과는 출연자의 채권자와, 수익자 겸 수탁자인 명의인 사이에서만 발생하고 출연자와 명의인 사이에서의 명의신탁약정은 여전히 유효하다는 결론이 나오게 된다는 것이다. 위에서 언급한 바와 같이 송금행위에 내재한 임치계약을 취소하고 금원의 반환을 명하는 것이 오해와 혼란을 방지할 수 있을 것이다.

대상판결에서는 사해행위 취소의 대상을 찾으면서, 송금행위가 증여에 해당하는지 여부에만 집중한 나머지 그것이 임치에 해당하는지 논의조차 되지 않은 것이 아쉽다. 다만 이것이 변론주의의 한계에서 비롯된 것일 수는 있으나, 결론적으로 비교적 간단한 법리로 해결될 수 있는 사안을 복잡하고 무리한 논리로 풀어나갔다는 느낌을 지울 수가 없다.

예금주 인식에 있어 이미 생체정보 인식기술을 이용하는 핀테크 (FinTech) 금융시스템이 시작되는 이 시점, 예금주 명의신탁계약에 관한 일관되고도 설득력 있는 판시를 기대해 본다.

(논문투고일: 2020.03.05, 심사개시일: 2020.03.06, 게재확정일: 2020.03.20)



▶ 이재명, 김제완

예금주 명의신탁, 금융실명제, 사해행위취소, 송금행위, 원상회복

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 박 준/한 민, 「금융거래와 법」(박영사, 2018)
최수정, 「신탁법」(박영사, 2016)
「금융거래법」(사법연수원, 2013)
「주식민법 채권총칙(2)」 제4판 (한국사법행정학회, 2013)

II. 논문

- 김재형, “금융거래의 당사자에 관한 판단기준”, 「판례실무연구IX」(박영사, 2010)
박종미, “차명예금과 차명대출의 차별적 취급에 대한 단상”, 「법학논총」 제35집 제1호 (전남대학교, 2015)
송덕수, “금융실명제하에 있어서 예금계약의 당사자 내지 예금채권자의 결정”, 「판례실무연구II」(박영사, 1998)
양창수, “채권자취소권의 피보전채권과 사해행위”, 「고시계 36(4)」(1991)
윤진수, “계약당사자의 확정에 관한 고찰-특히 예금계약을 중심으로”, 「판례실무연구」(비교법실무연구회, 1998)
이충상, “금융실명제 시행 이후 예금의 출연자(지배자)와 명의자가 다를 경우 누구를 예금자로 볼 것인가”, 「대법원판례해설」 제30호 (법원도서관, 1998)
임상민, “예금 명의신탁계약에 대한 채권자취소권의 행사 : 대법원 2014다218320 판결 및 그 원심인 서울고등법원 2013나2015584 판결을 중심으로”, 「판례연구」 27집 (부산판례연구회, 2016)
전경근, “예금계약에 관한 연구”, 「서울대학교 박사학위논문」(1999)
전원열, “채권자취소권의 효력론 비판 및 개선방안”, 「저스티스」 통권 제 163호 (한국법학원, 2017)
조민혜, “예금명의신탁계약에 대한 사해행위취소와 원상회복 방법”, 「민사판례연구」 39권 (박영사, 2017)

Abstract

Critical Review on Legal Theory of the Nominal trust
of Depositor : Regarding an object of cancellation of
deceptive act and restoration to the original

– A Critical Review on the Supreme Court Case –

Jaemyung Lee*

Jewan Kim**

The first case judgment (Supreme Court Dec. 27, 2018. Sentence 2017Da290057 Ruling) and the second case one (Supreme Court Jul. 26. Sentence 2012Da30861 Ruling) decreed about whether the act of remittance is equivalent to donation and about the method and scope of the restoration to the original state and the burden of proof assuming that the contract for a nominal trust of the depositor's name corresponds to a deceptive act.

The supreme court rulings see to it that the act of remittance cannot correspond to donation, and therefore, that if a remittance to an account of a nominal name should correspond to a donation, a clear will of donation should be admitted, and that the burden of proof should be borne by the creditor who claims for the cancellation of the remittance as a deceptive act. The rulings also suggest that if the remittance should be admitted as a deceptive act to be canceled, the proper method of the restoration to the original state would be the transfer of the nominative claim for the deposit. In case the deposit has been withdrawn from the nominal trust account, the

* Guest Professor, Suwon University

** Professor, Korea University Law School

restoration to the original state may well be difficult. Then, the supreme court decreed that the problem would be indemnification of the amount. Thus, the supreme court ruled that the nominal trustee should prove that the trustor had controlled and managed the deposit.

Upon reviewing the relevant judicial cases regarding this issue, the confirmation of the depositor in case of nominal trust differ before and after the real-name financial transaction system. Before the system, the actual depositor had been regarded as the real depositor, and after the system, the actual depositor was regarded in principle as the real depositor only when an explicit or implicit agreement was preceded. Later, the supreme court rule would change. The case where the actual depositor could be regarded as the real depositor would be extremely exceptional. As the Real-Name Financial Transaction Act was amended in 2014, the nominal depositors would be assumed as the actual depositor. In contrast, some of the supreme court judges opined in 2009 that as the articles of the Real-Name Financial Transaction Act were compulsory, the agreement of the nominal trust agreement violating them should be invalid according to the Act and Article 103 of Civil Act. The researcher opines that the minority opinion of the supreme court is reasonable. Meanwhile, the courts decreed that the bond transfer should be canceled because it was a deceptive act. But in case a creditor has the bond seized or collected by the court, the other interested parties or ‘the legally interested other parties’ can be entitled to receive dividends on their bonds.

On the other hand, unlike the Article 4 of the Real Estate Real-Name Registration Act, no article of the Real-Name Financial Transaction Act stipulates the effects of the deposits in the nominal names. However, if there is an agreement about the trust of account name, the ownership of the account would be clear.

The researcher doubts the court ruling that the agreement of the nominal depositor should be canceled as a deceptive act. Under the current Real-Name Financial Transaction Act, the agreement of the nominal depositor

should be invalidated, and in such a case, the trustor could not ask the trustee to return the deposit to him or her. Moreover, the agreement of the nominal depositor does not well conform to the system of canceling the deceptive act. The system of seizure or provisional seizure can serve to secure the properties for the repayment of the bonds, while such systems as creditor's subrogation right or compulsory execution may well be used to have the bonds repaid more conveniently and appropriately. Moreover the supreme court rulings suggest the method of nominative claim transfer for restoration to the original state, but the compensation of the amount would be deemed more appropriate because the trustor had only the money, not the deposit credit. Since the transfer of the deposit is prohibited by the deposit terms between depositor and bank, the transfer of the deposit should be neither realistic nor proper except for the CDs.

Moreover, the supreme court rulings do not conform to the cause of the Real-Name Financial Transaction Act of 2014 in terms of the legal nature of the deposit and the burden of proof; they do not seem to reflect on the amendments of the Act in 2014. In the nominal trust of the deposit, the act that may be canceled is deemed the act of transmittance. The deceitful transmittance is a legal act, and if it should be canceled, the problems of the restoration to the original state or the fund concealing would remain. Then, the decree for compensation of the amount would be more realistic and reasonable.

Lastly, the majority theory and judicial ruling about the legal nature of creditor's right of cancellation or the theory of relative void has been criticized because it serves to cause misunderstanding and confusion about the effects and attribution of the legal acts. The supreme court rulings of this research may not well avoid such criticism.

The supreme court rulings of this research seem to solve the problems in complex and difficult ways despite they could be resolved with relatively simple legal theories. As we face the financial age called 'FinTech', we need a more consistent and persuasive legal theory about the nominal trust of deposit.



▶ **Jaemyung Lee, Jewan Kim**

Nominal trust of deposit, Cancellation of the deceptive act, Restoration to the original, Real-Name Financial Transaction Act, Creditor's right of cancellation.

국제물품매매계약에 관한 국제연합 협약(CISG)
제25조상 본질적 계약위반의 의미에 관한 소고
-우리나라 하급심판결의 동향을 중심으로-

남궁주현*

【목 차】

| | |
|----------------------|-------------------------------------|
| I. 서설 | III. 본질적 계약위반의 의미에 관한 하급심 판례의 검토 |
| II. 본질적 계약위반에 관한 일반론 | 1. 문제의 소재 |
| 1. 의의 | 2. 하급심 판례의 동향 |
| 2. 요건 | 3. 소결 |
| 3. 증명책임 | IV. 결론 |
| 4. 효과 | |

【국 문 요 약】

국제연합은 1980. 4. 11. 국제물품매매계약에 관한 국제연합 협약 (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods : CISG)을 채택하였다. 우리나라는 2004. 2. 17. 유보선언을 하지 아니하고 협약에 가입하여 2005. 3. 1.부터 발효되었다.

위 협약 제25조는 “당사자 일방의 계약위반은, 그 계약에서 상대방이 기대할 수 있는 바를 실질적으로 박탈할 정도의 손실을 상대방에게 주는 경우에 본질적인 것으로 한다.”라고 정하고 있다. 협약 제25조가 정하는 본질적 계약위반의 요건은 ① 계약의 위반이 있을 것, ② 계약위반행위가 상대방이 기대할 수 있는 바를 실질적으로 박탈할 정도의 손실을 초래할 것, ③ 계약위반의 결과를 예견할 수 있었을 것 등이다. 본질적 계약위반은 그 효과로서 계약해제권이 인정되는 등 다른 부수적 계약위반

* 전주지방법원 판사

에 비하여 강력한 효과를 가지고 있다는 점에서 거래 당사자의 이해관계에 중대한 영향을 미친다. 그럼에도 그 문언의 추상성으로 말미암아 당사자 일방의 계약 위반행위가 본질적인 부분에 관한 것인지에 관하여 개별 사안에서 치열하게 다투어질 수밖에 없다.

우리나라에서 협약이 발효된 이래 약 15년이라는 시간이 흐른 지금 개별 사안에 관한 판례가 적지 않게 누적되기는 하였으나 이를 유형화하여 각 조항별 해석의 예를 정립하기에는 아직 절대적인 사건의 수가 부족하다. 더 나아가 협약 제25조로 범위를 좁히면 ‘본질적 계약위반’의 실질적 의미를 유형화하거나 그 구체적인 해석방법을 확인하기 위한 유의미한 판례는 더욱 적어진다. 그러나 현재까지의 판례들만을 기준으로 그 의미를 정립하더라도 그 자체로 앞으로 발생할 사건들에 대한 해석의 방향성을 제시해줄 수 있다는 점에서 의미가 있으므로 그 논의의 실익은 충분하다.

I. 서설

20세기 초반에 들어와 세계 각국의 기업들 사이에서 재화에 관한 거래가 계속적으로 확대되어 왔고, 그 과정에서 물품거래계약을 둘러싼 기업들의 국제거래 관련 분쟁 역시 급격하게 증가하였다. 그러나 이러한 분쟁들에 관하여 통일적으로 적용할 수 있는 규칙이 존재하지 아니함에 따라 분쟁의 효율적인 해결이 쉽지 아니하였고, 그 결과 기업들은 다툼의 대상인 계약 위반의 내용에 관한 실체적인 주장보다는 자신에게 유리한 국제재판관할권이나 준거법의 적용을 이끌어내는데 더 많은 노력을 기울이는 것이 현실이었다.

이러한 사정을 고려하여 국제연합(United Nations, UN)은 1980. 4. 11. 국제물품매매계약을 규율하고 상이한 사회적·경제적·법적 제도를 고려한 통일규칙을 마련함으로써 국제거래상의 법적 장애를 제거하는데 기여하고 국제거래의 발전을 증진하고자 ‘국제물품매매계약에 관한 국제

연합 협약'(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods : CISG, 이하 '협약'이라고 한다)을 채택하였다. 위 협약은 최초 10개국이 비준, 가입함으로써 1988. 1. 1.부터 효력이 발생하였다. 2020. 2. 25. 현재 미국, 중국, 일본 등 93개의 세계 주요 무역국들이 가입하였고, 우리나라는 2004. 2. 17. 유보선언을 하지 아니하고 협약에 가입하여 2005. 3. 1.부터 발효되었다.¹⁾

협약의 세부적인 구성을 보면, 제1편 적용범위와 총칙(제1장 적용범위(제1조에서 제6조), 제2장 총칙(제7조에서 제13조)), 제2편 계약의 성립(제14조에서 제24조), 제3편 물품의 매매{제1장 총칙(제25조에서 제29조), 제2장 매도인의 의무(제30조에서 제52조), 제3장 매수인의 의무(제53조에서 제65조), 제4장 위험의 이전(제66조에서 제70조), 제5장 매도인과 매수인의 의무에 공통되는 규정(제71조에서 제88조)}, 제4편 최종 규정(제89조에서 제101조)으로 구성되어 있다.

우리나라에서 협약은 국제물품매매계약²⁾에 관하여 국내법과 같은 지위를 가지고(헌법 제6조 제1항), 민·상법에 대한 특별법에 해당한다. 따라서 우리나라는 국제물품매매계약에 관한 분쟁에 있어서 당사자가 협약을 배제하기로 합의하지 아니하는 한 협약을 준거법으로 우선 적용한다. 다만 협약은 매매계약의 성립 및 그 계약으로부터 발생하는 매도인과 매수인의 권리의무만을 규율하므로(제4조), 위 협약이 규율하지 아니하는 사항에 관해서는 국제사법에 의하여 지정되는 법을 준거법으로 하여 판단한다.

협약은 그 적용 범위, 계약의 성립부터 당사자별 계약상의 의무, 그 의무위반에 따른 효과 등 국제물품매매계약 전반에 관한 내용을 정하고 있다. 그중 본질적 계약위반은 그 효과로서 계약해제권이 인정되는 등 다른 부수적 계약위반에 비하여 강력한 효과를 가지고 있다는 점에서 거래

1) https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status 참조(2020. 2. 25. 기준).

2) 협약은 '물품'의 매매계약에 관하여 적용되는 규칙이나, 물품을 공급하는 당사자의 의무의 주된 부분이 노무 그 밖의 서비스의 공급에 있는 계약에는 적용되지 아니한다(제3조 제2항). 계약의 주된 내용이 제품의 독점판매권 상표의 사용권에 관한 경우에는 협약이 적용되지 아니한다(서울중앙지방법원 2017. 6. 23. 선고 2015가합560535(본소), 2016가합537822(반소) 판결).

당사자의 이해관계에 중대한 영향을 미친다. 그러나 그 문언의 추상성으로 말미암아 협약 자체만으로는 본질적 계약위반의 구체적 내용이 무엇인지 정확하게 파악하기 어렵다.³⁾ 결국 개별 분쟁의 사안별로 본질적 계약위반의 모습이 어떻게 나타나는지를 확인하여 계약위반의 구체적인 태양, 위반의 정도 등을 분석하고 이를 유형화한 후 그 결과를 장래의 사례에 적용함으로써 어떠한 의무위반이 본질적 계약위반에 해당할 수 있는지를 판단하는 작업을 할 필요가 있다.⁴⁾ 협약의 해석에 관하여 가장 중요한 기준은 대법원 판례가 될 것이나 사안마다 사실관계가 다르다는 점을 감안하면, 사실심의 개별적 판단을 확인함으로써 그 실무적 기준을 가늠하는 것 역시 중요하다. 이러한 필요에 따라 이 글에서는 국제물품매매계약상 의무불이행 중 본질적 계약위반의 의미와 그 하급심판결의 실무적 판단을 중심으로 논의를 전개한다.

II. 본질적 계약위반에 관한 일반론

1. 의의

본질적 계약위반(fundamental breach of contract)이란 “계약에서 상대방이 기대할 수 있는 바를 실질적으로 박탈할 정도의 손실을 상대방에게 주는 경우”를 말한다(협약 제25조 본문).⁵⁾ 다만 위반 당사자가 그러한 결과를 예견하지 못하였고, 동일한 부류의 합리적인 사람도 동일한 상황에서 그러한 결과를 예견하지 못하였을 경우에는 본질적인 계약위반에 해당하지 아니한다(협약 제25조 단서). 협약은 계약위반이 본질적인 경우에 한하여 계약의 해제가 가능하도록 제한하고 있고, 계약이 해제된

3) 광민희, “CISG에 있어서 물품의 부적합과 계약해제 - CISG-AC Opinion no.5의 해석에 있어서 본질적 계약위반의 의미를 중심으로-”, 『국제거래법연구』 21집 1호(2012), 118면.

4) 위의 논문, 118면.

5) 서울중앙지방법원 2017. 12. 8. 선고 2016가합528163 판결.

경우 민법과 유사한 원상회복의무를 인정하고 있다.⁶⁾

2. 요건

가. 계약의 위반이 있을 것

협약은 계약위반의 대상이 되는 계약의 내용에 관하여 별도로 정하고 있지 아니하나, 협약의 적용범위가 영업소가 서로 다른 국가에 있는 당사자간의 물품매매계약인 만큼 당연한 전제로서 협약이 적용되는 매매계약상의 의무위반을 의미한다고 봄이 타당하다. 협약은 채무불이행책임에 관하여 계약위반유형(이행지체, 이행불능, 불완전이행 등)과 무관하게 하자담보책임과도 구별함이 없이 모두 계약위반이라는 일원적, 포괄적인 개념으로 규율하고 있으며, 채무불이행 책임에 관하여 무과실책임을 채택하고 있다.⁷⁾

나. 계약위반행위가 상대방이 기대할 수 있는 바를 실질적으로 박탈할 정도의 손실을 초래할 것

협약 제25조는 계약위반이 본질적인지에 관하여 ‘계약에서 상대방이 기대할 수 있는 이익’과 이를 ‘실질적으로 박탈할 정도의 손실’을 상대방에게 줄 것을 그 판단 요소로 하고 있다. 구체적으로 전자의 경우에는 ① 계약의 내용, ② 물품의 구입목적, ③ 계약을 통하여 얻고자 하는 궁극적인 이익⁸⁾ 등이, 후자의 경우에는 ① 추완가능성, ② 해제로 인해서 발생할 추가적 비용 내지 불편, ③ 손실의 정도 등이 본질적 계약위반인가의 여부를 결정하는데 고려할 수 있다.⁹⁾ 계약상 기대되는 이익의 실질적 박탈이란 계약위반으로 인한 손해의 크기를 말하기 보다는 계약위반 내용에 관하여 피해당사자가 가지는 개별적 이해관계의 중요성에 더 방

6) 국제거래재판실무편람 집필위원회, 국제거래재판실무편람, 법원행정처, 2015, 96면.

7) 창원지방법원 진주지원 2018. 7. 18. 선고 2017가합10544 판결.

8) 다만 이러한 내용까지 확장할 수 있는지에 관해서는 이견이 있을 수 있다.

9) 박민희, 앞의 논문, 119면.

점이 있는 개념이라고 할 것이다.¹⁰⁾

협약은 ‘본질적인’ 계약위반을 판단함에 있어서 거래당사자가 위반한 의무의 내용이 주된 것인지, 부수적인 것인지를 기준으로 구별하지 아니하고, 그 의무 위반 내용의 실질을 기준으로 본질적인 것인지 여부를 가리고 있다. 우리 민법상 급부의무는 주된 급부의무와 종된 급부의무로 나눌 수 있는데, 주된 급부의무의 불이행 시에는 손해배상청구권뿐만 아니라 계약의 해제권이 발생할 수 있는 반면, 종된 급부의무의 불이행 시에는 손해배상청구권은 발생하지만, 계약의 해제권은 원칙적으로 발생하지 아니한다.

그러나 협약에 의하면, 물품매매계약상 종된 급부의무위반이라도 그것이 본질적 계약위반이면, 계약의 해제권이 발생할 수 있다는 점에서 차이가 있다. 다만 협약 내용의 추상성으로 인하여 종된 급부의무의 위반이 본질적인 부분에 관한 것인지를 명확하게 판단하기 어렵기 때문에 이를 일반적으로 정의하기 보다는 개별 사안별로 구체적인 판단을 시도해야 하는 점은 앞서 살펴보았다. 같은 맥락에서 주된 급부의무의 위반이 있더라도 그로 인하여 결과가 발생하지 않았거나 사소한 결과만이 초래된 경우에는 본질적 계약위반이라고 볼 수 없다.¹¹⁾ 일반적으로는 의무 내용의 특성상 종된 급부의무의 위반 보다는 주된 급부의무의 위반이 발생한 경우가 본질적 계약위반에 해당할 가능성이 더 높을 것이다.

다. 계약위반의 결과를 예견할 수 있었을 것¹²⁾

위반 당사자가 계약위반의 결과를 예견하지 못하였을 것이라는 주관적 기준과 그와 동일한 부류의 합리적인 사람이 동일한 상황에서 그러한 결과를 예견할 수 없었을 것이라는 객관적 기준이 모두 충족되어야 본질적 계약위반에 대한 책임을 면한다.¹³⁾

10) 최성수, “우리나라 판례에 나타난 CISG상의 본질적 계약위반”, 「가천법학」 제8권 제1호(2015. 03), 35면.

11) 국제거래재판실무편람 집필위원회, 앞의 책, 96면.

12) 이 글을 작성할 때까지를 기준으로 국제물품매매계약상 계약위반의 결과에 관한 예견가능성의 존재 여부를 직접 판단한 하급심판결은 확인되지 않는다.

13) 석광현, “국제물품매매계약에 관한 국제연합협약(CISG)상의 본질적 계약위반”, 「법학논

예견가능성을 판단함에 있어서 주관적 기준을 적용하면, 위반 행위자의 경험, 능력, 나이 등에 따라 그 인정 정도가 달라지고 신중한 행위자가 그렇지 못한 행위자에 비하여 더 불리해지는 상황이 발생하므로, 결국 예견가능성의 유무를 판단함에 있어서는 사실상 객관적 기준을 중심으로 규정을 적용하거나 해석할 수밖에 없을 것이다. 그런데 협약 제25조는 객관적 기준에 더하여 주관적 기준을 규정하였는데, 앞서 언급한 것처럼 위 요건에 관한 법원의 판단은 특별한 사정이 없으면 객관적 기준의 충족 여부를 중심으로 이루어질 가능성이 높다.¹⁴⁾ 다만, 매우 영리하거나 상황 파악이 빠른 거래 당사자들은 다른 당사자들보다 더 많은 정보를 알고 예견할 수 있으므로, 이러한 당사자들에 대해서는 위 주관적 요건이 의미를 가진다는 점에서 검토의 실익은 있다.¹⁵⁾¹⁶⁾

예견가능성의 객관적 기준과 관련하여 ‘동일한 부류의 합리적인 사람’이 동일한 상황에서 그러한 결과를 예견할 수 있었는지를 판단하여야 하는데, 이때 ‘동일한 부류’의 의미를 어떻게 해석해야 하는지가 문제된다.¹⁷⁾ 국문상으로는 ‘부류’라는 단어가 ‘동일한 범주에 속하는 대상들을 일정한 기준에 따라 나누어 놓은 갈래’라고 정의되는데,¹⁸⁾ 이러한 용어는 우리 법률 또는 소송실무상으로 잘 사용하지 아니하는 것이다. 협약 원문은 ‘reasonable person of same kind’라고 규정하고 있다.¹⁹⁾

‘동일한 부류’의 해석과 관련하여 문언해석에 의하면, 동일한 ‘부류’의 사람이라는 것이 위반 행위자의 주관적인 사정을 반영한 것이라고 볼 여지도 있으나, 위 규정 바로 뒤에 ‘동일한 상황’의 문언, 국제물품매매계약을 규율하는 협약의 체계, 그 규정 취지 및 성격 등을 종합적으로 고려하면, 행위자의 주관적인 사정을 고려한 개념이라기 보다는 동일한 ‘업무, 분야 또는 업종’²⁰⁾에 종사하는 객관적인 사정을 반영한 개념이라고

총」 제23집 제2호(2006. 10), 443면.

14) Robert Koch, “The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods”, Review of the Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG)(1998), p. 264.

15) 석광현, 각주 13)의 논문, 448면.

16) Koch(주14)), p. 264.

17) Koch(주14)), p. 264.

18) 국립국어원 표준국어대사전상 ‘부류’에 관한 찾기 결과 참조.

19) 협약은 제25조 뿐만 아니라 제8조에서도 동일한 용어를 사용하고 있다.

보아 ‘동일한 업무, 분야 또는 업종에 종사하는 합리적인 사람’으로 해석하는 것이 타당하다.²¹⁾ 협약은 예견가능성의 기준시점에 관하여 규정하고 있지 아니하나, 계약체결 당시를 기준으로 한다는 견해가 다수의 견해인 것으로 보인다.²²⁾²³⁾

3. 증명책임

적극적 요건인 계약의 위반 사실, 그 계약의 위반으로 인하여 기대가 실질적으로 박탈될 정도의 손실을 입었다는 점에 관하여는 계약 위반의 피해당사자가 증명책임을 부담한다. 소극적 요건인 예견가능성이 존재하지 아니한다는 점에 관하여는 계약의 위반 당사자가 증명책임을 부담한다는 견해가 다수인 것으로 보인다.²⁴⁾

4. 효과

협약은 본질적 계약위반 외의 계약위반에 관해서도 규정하고 있는데, 본질적 계약위반에 대해서만 적용되는 효과에 관하여는 제46조 제2항(대체물 인도청구)²⁵⁾, 제49조 제1항(매수인의 계약해제)²⁶⁾, 제51조 제2항

20) 이에 관하여 동일한 계통의 영업에 종사하고, 동일한 기능을 수행하는 자이어야 한다고 표현하기도 한다(석광현, 각주13)의 논문, 448면).

21) 최창렬, “유엔 물품매매법(CISG)에서의 계약의 해석”, 「국제거래법연구」 21집 2호(2012), 56면; 김진우, “CISG에서의 의사표시의 해석”, 「국제거래법연구」 21집 2호(2012), 29면.

22) 석광현, 국제물품매매계약의 법리, 박영사, 2010, 106면; 국제거래재판실무편람 집필위원회, 앞의 책, 96면.

23) 이와 관련해서는 당사자간의 계약내용이 정해지는 계약체결 시로 보아야 한다는 견해, 계약체결이후에도 채무자에게 알려진 사실을 고려에 넣을 여지가 필요하다는 면에서 계약체결 이후도 예견가능성의 범위에 포함시켜야 한다는 견해, 어느 시점으로 고정시키지 말고 문제된 사건의 모든 요소를 고려하여 재판부가 적절하게 판단할 수 있도록 놔두자는 견해 등이 있다(최성수, 앞의 논문, 36면).

24) 석광현, 앞의 책, 107면; 국제거래재판실무편람 집필위원회, 앞의 책, 96면.

25) 제46조

(2) 물품이 계약에 부적합한 경우에, 매수인은 대체물의 인도를 청구할 수 있다. 다만, 그 부적합이 본질적 계약위반을 구성하고, 그 청구가 제39조의 통지와 동시에 또는 그

(일부 인도 또는 일부 부적합과 계약해제)²⁷⁾, 제64조 제1항(매도인의 계약해제)²⁸⁾, 제70조(위험부담의 이전과 매수인의 구제수단)²⁹⁾, 제72조 제1항(이행기 전 계약위반과 계약해제)³⁰⁾, 제73조 제1항(분할공급계약에서의 계약해제)³¹⁾ 등이 있다. 그러므로 협약의 적용에 있어 본질적 계약위반과 비본질적 계약위반을 구분하는 것은 그 적용의 효과 측면에서 실익이 있다.³²⁾

계약이 해제되면 당사자는 손해배상을 제외한 계약상 모든 의무로부터 면제되고, 계약의 해제 당시 당사자가 계약의 전부 또는 일부를 이미 이행한 경우 상대방에게 자신이 계약상 공급 또는 지급한 것의 반환을 청구할 수 있는데, 계약의 해제에 따른 양 당사자의 반환의무는 동시이행

후 합리적인 기간 내에 행하여진 경우에 한한다.

26) 제49조

(1) 매수인은 다음의 경우에 계약을 해제할 수 있다.

(가) 계약 또는 이 협약상 매도인의 의무 불이행이 본질적 계약위반으로 되는 경우

(나) 인도 불이행의 경우에는, 매도인이 제47조 제1항에 따라 매수인이 정한 부가기간 내에 물품을 인도하지 아니하거나 그 기간 내에 인도하지 아니하겠다고 선언한 경우

27) 제51조

(2) 매수인은 인도가 완전하게 또는 계약에 적합하게 이루어지지 아니한 것이 본질적 계약위반으로 되는 경우에 한하여 계약 전체를 해제할 수 있다.

28) 제64조

(1) 매도인은 다음의 경우에 계약을 해제할 수 있다.

(가) 계약 또는 이 협약상 매수인의 의무 불이행이 본질적 계약위반으로 되는 경우

(나) 매수인이 제63조 제1항에 따라 매도인이 정한 부가기간 내에 대금지급 또는 물품 수령 의무를 이행하지 아니하거나 그 기간 내에 그러한 의무를 이행하지 아니하겠다고 선언한 경우

29) 제70조 매도인이 본질적 계약위반을 한 경우에는, 제67조, 제68조 및 제69조는 매수인이 그 위반을 이유로 구할 수 있는 구제를 방해하지 아니한다.

30) 제72조

(1) 계약의 이행기일 전에 당사자 일방이 본질적 계약위반을 할 것이 명백한 경우에는, 상대방은 계약을 해제할 수 있다.

31) 제73조

(1) 물품을 분할하여 인도하는 계약에서 어느 분할부분에 관한 당사자 일방의 의무 불이행이 그 분할부분에 관하여 본질적 계약위반이 되는 경우에는, 상대방은 그 분할부분에 관하여 계약을 해제할 수 있다.

32) 국제거래재판실무편람 집필위원회, 앞의 책, 98면; 김화, “CISG에서의 본질적 계약위반의 확정 -매도인의 물품적합성 의무 위반의 경우를 중심으로”, 『민사법학』 64호(2013.9), 567면.

의 관계에 있다(협약 제81조).³³⁾³⁴⁾ 계약해제의 결과 매도인이 대금을 반환하여야 하는 경우에는 매도인은 대금 지급일부터의 이자를 지급하여야 한다(협약 제84조 제1항).³⁵⁾ 계약해제의 결과 매수인이 물품의 전부 또는 일부를 반환하여야 하는 경우, 매수인은 물품의 전부 또는 일부로부터 발생된 모든 이익을 매도인에게 지급하여야 한다(협약 제84조 제2항).

Ⅲ. 본질적 계약위반의 의미에 관한 하급심 판례의 검토

1. 문제의 소재

협약 제25조는 “당사자 일방의 계약위반은, 그 계약에서 상대방이 기대할 수 있는 바를 실질적으로 박탈할 정도의 손실을 상대방에게 주는

33) 제81조

(1) 계약의 해제는 손해배상의무를 제외하고 당사자 쌍방을 계약상의 의무로부터 면하게 한다. 해제는 계약상의 분쟁해결조항 또는 해제의 결과 발생하는 당사자의 권리의무를 규율하는 그 밖의 계약조항에 영향을 미치지 아니한다.

(2) 계약의 전부 또는 일부를 이행한 당사자는 상대방에게 자신이 계약상 공급 또는 지급한 것의 반환을 청구할 수 있다. 당사자 쌍방이 반환하여야 하는 경우에는 동시에 반환하여야 한다.

34) 해제는 계약상의 분쟁해결조항 또는 해제의 결과 발생하는 당사자의 권리의무를 규율하는 그 밖의 계약조항에 영향을 미치지 아니한다(협약 제81조 제1항 단서).

35) 제84조

(1) 매도인은 대금을 반환하여야 하는 경우에, 대금이 지급된 날부터 그에 대한 이자도 지급하여야 한다.

(2) 매수인은 다음의 경우에는 물품의 전부 또는 일부로부터 발생된 모든 이익을 매도인에게 지급하여야 한다.

(가) 매수인이 물품의 전부 또는 일부를 반환하여야 하는 경우

(나) 물품의 전부 또는 일부를 반환할 수 없거나 수령한 상태와 실질적으로 동일한 상태로 전부 또는 일부를 반환할 수 없음에도 불구하고, 매수인이 계약을 해제하거나 매도인에게 대체물의 인도를 청구한 경우

경우에 본질적인 것으로 한다. 다만, 위반 당사자가 그러한 결과를 예견하지 못하였고, 동일한 부류의 합리적인 사람도 동일한 상황에서 그러한 결과를 예견하지 못하였을 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 정하고 있다.³⁶⁾ 본질적 계약위반에 관한 협약의 구성 체계를 보면, 협약 제25조는 본질적 계약위반의 의미 또는 요건에 관해서만 규정하고 있고, 이에 따른 효과에 관해서는 협약 내 개별규정을 통하여 규율하고 있다. 규정의 적용과정을 보면, 우선 개별적인 규정, 예를 들어, 매수인은 협약 제49조 제1항 a호에 의한 계약해제권을 주장하기 위하여 매도인의 의무불이행이 본질적 계약위반임을 주장·증명하여야 하는데, 그 과정에서 “본질적 계약위반”의 의미가 무엇인지에 관하여 다투어질 수밖에 없다. 이때 법원은 당연한 전제로서 협약 제25조에 따른 “본질적 계약위반”의 의미를 확인한 후 매도인의 의무불이행이 이에 해당하는지를 구체적으로 판단하여야 한다. 그렇다면, 협약 제25조는 정의규정으로서의 기능과 동시에 계약위반에 관한 개별규정과 함께 요건규정(즉, 그 계약에서 상대방이 기대할 수 있는 바를 실질적으로 박탈할 정도의 손해를 상대방에게 주는 경우인지를 판단하여야 함)으로서의 기능을 한다.³⁷⁾

협약은 채무불이행책임에 관하여 그 유형(이행지체, 이행불능, 불완전 이행 등)이나 하자담보책임과도 구별함이 없이 단순히 계약위반(breach of contract)이라는 포괄적인 개념으로 규정하고 있고, 이와 더불어 무과

36) Article 25 A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result.

37) 서울고등법원 2018. 8. 17. 선고 2018나2000849(본소), 2018나2000846(반소) 판결은 “이 사건 외주거래계약이나 이 사건 매매계약에 원고가 피고에게 공급한 물품의 하자가 있는 경우의 계약해제권 발생과 관련된 약정은 존재하지 않는다. 따라서 이 사건 매매계약에 적용되는 CISG에 의하여 피고에게 해제권이 인정되는지를 살펴야 한다. CISG에 의하면, 매도인은 계약에서 정한 수량, 품질 및 종류에 적합한 물품을 인도하여야 하고(제35조 제1항), 이러한 매도인의 의무불이행이 본질적 계약위반에 해당하는 경우 매수인은 계약위반을 알았거나 알 수 있었던 때로부터 합리적인 기간 내에 계약을 해제할 수 있으며(제49조), 여기에서 본질적 계약위반이라 함은 그 계약에서 상대방이 기대할 수 있는 바를 실질적으로 박탈할 정도의 손해를 상대방에게 주는 경우를 의미한다(제25조).”라고 판시하고 있다.

실책임주의를 채택하였다.³⁸⁾ 이러한 점에서 영미법의 원칙과 유사한 반면, 우리나라의 과실책임주의 원칙과는 다른 입장을 취하고 있다.³⁹⁾ 협약은 계약위반의 중요성을 책임 유무의 기준으로 삼는다.⁴⁰⁾

이처럼 국제물품매매계약상 본질적인 계약의 위반이 거래 당사자들에게 계약해제권과 같은 강력한 권리를 부여함에도 불구하고, 그 개념의 추상성으로 말미암아 개별 사안별로 당사자 일방의 계약위반행위가 본질적인 부분에 관한 것인지에 관하여 치열하게 다투어질 수밖에 없는 한계가 있다. 위 협약이 국제물품거래에 관하여 통일적으로 적용되는 것을 목적으로 채택된 것인 만큼 국제거래 당사국의 모든 사정을 반영한 구체적 개념을 사용하여 규칙을 만드는 것은 사실상 불가능하다. 이러한 측면에서 보면, 위와 같은 일반적·추상적 개념의 용어를 통하여 국제물품매매계약을 규율하는 것은 지극히 합리적인 사고에 기초한 방법이라고 볼 수 있다.⁴¹⁾ 협약의 제정 과정 중 본질적 계약위반이라는 개념에 관해서는 상당한 합의가 이루어졌으나 이를 인정하기 위한 구체적 요건의 의미에 관해서는 치열한 논쟁이 있었고, 이러한 논쟁 끝에 본질적 계약위반은 당해 계약을 기준으로 그로부터 정해지는 채권자의 이익을 기준으로 판단하여야 한다는 점에 관해서는 결론이 내려진 것으로 보인다.⁴²⁾ 협약상 본질적 계약위반의 문언은 영국법상의 ‘조건’(condition)의 위반 또는 ‘무명조항’(innominate term)의 위반과 유사한 면이 있으나, 협약 제25조의 본질적 계약위반은 협약상의 독자적인 개념이므로 독자적이고 통일적으로 해석해야 한다.⁴³⁾

‘본질적 계약위반’이라는 추상적인 법률용어는 각 국가마다 그 나라의

38) 국제거래재판실무편람 집필위원회, 앞의 책, 95면; 김화, 앞의 논문, 565면.

39) 석광현, 앞의 책, 177면; 홍석모, “국제물품매매협약(CISG) 면책조항의 분석 및 관련분쟁 대비책”, 「법학연구」 제52집(2013. 12), 384면.

40) 김화, 앞의 논문, 563면.

41) 협약은 다양한 국가들의 법체계의 혼합체이고, 대륙법계와 영미법계라는 서로 다른 법 전통을 가진 국가들의 외교적 타협의 산물이라고 하면서, 그 중의 하나가 대륙법계에 속한 우리 법체계의 시각에서 생성한 법개념인 ‘본질적 계약위반’이라는 개념이라고 보는 견해도 있다(김화, 앞의 논문, 563면).

42) Schlechtriem/Schwenzer/Schmidt-Kessel, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods(CISG), 2nd ed., Oxford 2005, Art 25 para 2.

43) 석광현, 각주 13)의 논문, 443면.

역사적·사회적 배경, 거래관행, 법 제도의 특징, 상거래의 관행 및 가치관 등을 기반으로 하여 독자의 기준을 적용하여 해석할 수 있을 것이나, 이러한 해석의 결과는 협약의 제정취지에 역행하는 결과를 초래할 우려가 있다.⁴⁴⁾ 협약은 조약이고, 협약에 관해서 해석의 통일성을 최종적으로 담보하는 최고법원이 없으므로 각국 법원에서 협약을 적용함에 있어서 해석상의 통일성을 확보하는 것은 매우 중요하다.⁴⁵⁾ 그렇지 아니하면, 협약의 국제적 성격을 고려하여 국내법 또는 특정한 지역의 정의나 개념에 의하여 해석할 것이 아니라 협약의 독자적인 해석을 해야 한다는 견해도 있다.⁴⁶⁾

2. 하급심 판례의 동향

가. 매도인의 의무위반

1) 채무불이행

매도인이 계약상의 의무를 중국적으로 불이행하는 경우가 본질적 계약위반에 해당함에는 특별한 의문이 없다. 따라서 일방 당사자가 그 의무를 불이행하는 경우에도 그 위반 상태가 일시적이거나 피해당사자의 양해 또는 당사자 사이의 합의를 통하여 의무를 이행할 수 있는 상태에 놓이게 된다면, 본질적 계약위반에 해당한다고 보기 어렵다.

하급심법원은 피고가 물품매매계약에 따라 원고에게 제품을 인도하기 위해서는 생산설비의 해체 및 철거작업을 한 후 제3자로부터 기계를 유효하게 취득하는 것이 선행되어야 하는데, 피고가 제3자로부터 위 생산설비 작업현장에서 작업 중단 및 철수를 요청받았고, 이후 제3자가 피고

44) 김선옥, “CISG에서 물건 또는 서류의 적합성과 계약해제”, 『통상법률』 114호(2013. 12.), 126; 이해민, “국제물품매매에 관한 UN협약(CISG) 발효 후 10년, 우리 판결례의 동향과 시사점”, 『사법논집』 제61집(2016), 268면.

45) 석광현, “매매협약(CISG)이 적용되는 국제물품매매계약상 손해배상의 몇 가지 논점: 통화와 증명도로 본 통일 실질법의 사정범위(射程範圍)와 흠결의 보충”, 『국제거래법연구』 27권 1호(2018. 7), 8면.

46) 석광현, 위의 논문, 9면.

에게 철거계약을 해제한다고 통지한 사안에서 법원은 이러한 사정들로 인하여 피고가 원고에게 기계를 인도할 의무는 사회통념상 더 이상 실현될 수 없는 이행불능의 상태에 빠졌고, 이는 본질적 계약위반에 해당한다고 보아 원고의 계약해제권을 인정한 바 있다.⁴⁷⁾

2) 인도의 지체

매도인이 물건의 인도를 지체한 경우 추후 동일한 내용의 의무를 이행할 여지가 있다는 점에서 원칙적으로 본질적 계약위반으로 보기 어렵다. 그러나 협약 제49조 제1항 a호가 매도인의 의무 불이행이 본질적 계약위반으로 되는 경우 매수인은 계약을 해제할 수 있다고 규정하고 있는 점을 고려할 때, 계약의 성질이나 당사자의 합의에 따라 인도시기의 무조건적인 준수가 그 계약에 있어 본질적인 의미를 가지는 정기행위와 같은 경우에는 이행기의 미준수는 계약의 본질적인 위반이 되어 매수인은 계약을 해제할 수 있다.⁴⁸⁾

하급심법원은 태양광전지소재에 관한 물품매매계약과 관련하여 피고 측에서 제품에 대한 인도를 지체한 사안에서 협약 제49조 제2항 a호에 따르면 매수인은 매도인의 의무불이행이 본질적 계약위반으로 되는 경우 계약을 해제할 수 있고, 매매계약서 제8조에서 매도인(피고)의 사유로 7일 이상 선적이 지연되는 경우 매수인(원고)은 주문을 취소할 권리를 가진다고 규정하고 있었는데, 매매계약은 피고의 선적 지연을 이유로 이 사건 매매계약을 해제하고, 이에 선급금을 반환하겠다는 원, 피고의 의사 표시가 서로 교환된 시점에 적법하게 해제되었다고 판시한 바 있다.⁴⁹⁾

47) 서울중앙지방법원 2014. 2. 14. 선고 2013가합528629 판결.

48) 서울고등법원 2013. 7. 19 선고 2012나59871 판결.

49) 서울고등법원 2014. 10. 17. 선고 2012나29719 판결.

3) 물품의 부적합⁵⁰⁾

가) 서언

협약 제35조는 매도인이 어떠한 물품을 매수인에게 인도하여야 하는지와 같은 물품의 성상에 관한 기준을 정하고 있다.⁵¹⁾ 물품매매계약의 목적 달성에 영향을 미칠 수 없는 물건의 하자라고 하더라도 협약 제35조에 따라 물품의 부적합으로 평가될 수 있고, 이에 따라 매수인에게 협약상의 구제수단이 부여될 수 있다.⁵²⁾ 즉 계약에서 정한 수량, 품질 및 종류에 따르지 않았거나, 계약에서 정한 방법으로 용기에 담기지거나 포장되지 않은 물품을 인도한 경우에는 물품은 계약에 부적합한 것이 된다. 이때 물품의 계약부적합의 근거가 된 당사자의 합의된 내용이 계약에 본질적인 것인가의 여부는, 당사자가 그 내용을 계약의 본질적 내용으로 삼고자 했는가의 의사해석의 문제이다.⁵³⁾

협약은 인도한 물품이 계약에 적합한지 여부에 관하여 먼저 계약의 내용에 따라 판단하도록 하고 있으므로, 매도인은 인도하는 물품의 수량, 품질, 상품의 명세 등이 계약의 내용과 일치하도록 하여야 하고, 계약에서 정한 방법에 따라 용기에 담거나 포장하여 매수인 측에 인도하도록 하고 있다(협약 제35조 제1항).⁵⁴⁾ 그러나 계약당사자가 합의한 내용이 명확하지 아니할 때에는 협약 제35조 제2항에 따라 그 적합성을 판단하도록 하고 있다.

매도인은 매수인에게 계약에 적합한 물품을 인도하여야 하므로 물품의 부적합 또는 하자가 심하여 통상의 업무상 사용할 수 없는 것과 같이 계약에 부적합한 물품을 인도하면 본질적 계약 위반에 해당한다.⁵⁵⁾

50) 하급심판결의 사안들을 살펴봤을 때 국내에서 다뤄지는 국제물품매매계약에 관한 분쟁 중 상당수는 물품의 부적합 부분이 문제되는 것으로 보인다.

51) 김화, 앞의 논문, 567면.

52) 위의 논문, 567면.

53) 광민희, 앞의 논문, 119면.

54) 문성제, “국제물품매매계약에 관한 유엔협약(CISG)과 매도인의 담보책임”, 「재산법연구」 28권 3호(2011.11), 249면.

55) 창원지방법원 진주지원 2018. 7. 18. 선고 2017가합10544 판결.

나) 본질적 계약위반 여부에 따른 검토

(1) 본질적 계약위반에 해당한다고 본 하급심판결

제품 공급계약에 따라 비계장치를 납품하면서 안전인증을 받지 못한 사안에서 관할관청으로부터 비계장치의 사용중지명령을 받은 사실, 한국가설협회의 제품심사에서 (원자재시험성적서) 미제출 및 수수료 미입금의 사유로 신청이 반려 조치된 이후 피고가 별다른 조치를 취하지 아니한 사실 등을 종합하여 본질적 계약위반이라고 판단하였다.⁵⁶⁾⁵⁷⁾

원고가 화장품을 미국 내에서 판매하기 위하여 피고로부터 매수하였고, 피고도 이러한 사정을 잘 알고 있었는데, 피고가 이 사건 화장품의 용기 디자인을 변경하는 과정에서 라벨 표기 등에 문제가 발생하여 원고가 이를 미국에 반입하여 판매하는 것이 불가능하게 된 사안에서, 법원은 화장품 매매계약의 매도인인 피고는 미국의 화장품 관련 규정을 준수하여 제품을 생산하고 성분 등을 표기할 책임이 있고, 나아가 잘못된 표기 등이 있으면 시정될 수 있도록 적극적으로 협조할 의무를 부담하는 것을 전제로 피고가 원고에게 공급한 화장품 세트는 미국 내 반입되어 판매되기에 적합한 포장 및 성분 표기 등이 이루어지지 않은 탓에 매매계약 체결 시 매도인인 피고에게 명시적으로 알려진 목적인 미국 내 소비자 대상 판매용이라는 목적에 맞지 아니하고, 이는 원고가 이 사건 매매계약을 체결하면서 기대한 바를 실질적으로 박탈할 정도에 이르는 것이어서 본질적인 계약위반에 해당한다고 판시한 바 있다.⁵⁸⁾

원고가 생강매매계약과 관련하여 생강을 인도한 후 피고에게 대금을 청구한 사안에서 “기인도한 생강이 피고가 특정한 목적물인 생강의 사용 목적에 일치하지 아니하는 종자로서 그 품질에 하자가 있는 점, 매매계약에서 계약의 목적물로 특정된 생강은 절편생강이 아니라 원형생강이고, 절편생강은 종자용으로 적합하지 아니함에도 이 사건 기인도 생강에는 절편생강의 비율이 67%에 이르고 있어 이 사건 기인도 생강에는 하

56) 창원지방법원 진주지원 2018. 7. 18. 선고 2017가합10544 판결.

57) 이 사안에서 법원은 피고의 계약위반이 본질적 계약위반에 해당함을 이유로 원고가 해당 제품공급계약을 해제할 수 있다고 판단하였다.

58) 서울중앙지방법원 2017. 1. 13. 선고 2016가합515860 판결.

자가 있는 점, 이 사건 기인도 생강 중 위와 같이 구 식품위생법이 정한 한도를 초과하는 BHC를 함유하고 있거나 그럴 위험성이 매우 높은 21개 컨테이너에 보관된 생강에는 이 사건 매매계약을 위반한 하자가 있는 점 등을 고려하면, 위와 같은 하자는 그 각각만으로도 이 사건 기인도 생강을 종자용으로 사용할 수 없게 하는 하자에 해당하는데 더구나 위와 같은 하자가 중첩되고 있으므로 피고가 이 사건 기인도 생강을 종자용으로 사용할 수 없음이 분명하다. 이는 피고가 이 사건 매매계약을 체결하면서 기대한 바를 실질적으로 박탈할 정도에 이르는 것이므로 본질적인 계약위반에 해당한다.”고 판시한 바 있다.⁵⁹⁾⁶⁰⁾

(2) 본질적 계약위반에 해당하지 아니한다고 본 하급심판결

베트남 법인이 외주거래계약에 따라 국내 법인에게 공급하기로 한 여성용 다운점퍼 5,000장 중 국내 법인이 보관하고 있던 1,212장의 약 15%에 해당하는 185장에 대하여 하자 여부를 검사한 결과 그 37.8%에서 주머니 불량 하자가 있었던 사실이 인정된 사안에서 하자의 수선 가능 여부, 수선 시간, 비용, 수선 후 미관, 국내 법인이 불량 하자를 통지하기 전까지 판매한 위 제품의 수량(2,593장), 제품 판매 후 소비자로부터

59) 서울고등법원 2013. 8. 16. 선고 2012나78117(본소), 2012나78125(반소) 판결.

60) 원고는, 피고가 이 사건 생강의 인수를 거부한 것은 위와 같은 형태적 특징을 갖추지 못한 것 때문이 아니라 농민들이 원하는 생강 품종은 소강(小姜)이었는데 생강을 수입해 본 경험이 없는 피고가 대강(大姜) 또는 면강(面姜)인 이 사건 생강을 매수한 데다가 미리 매매계약을 체결하지 아니하고 파종기가 다되어 급하게 이 사건 계약을 체결하는 바람에 가격도 비싸 결국 농민들이 이 사건 생강의 인수를 거부하였고, 이에 따라 피고도 당초 피고 스스로 하자로 인식하지 아니한 위와 같은 사유를 들어 매매대금의 지급을 거부하고 있을 뿐이므로, 위 각 하자는 하자가 아니거나 이 사건 매매계약의 본질적인 위반에 해당하지 않는 것이라고 주장하였다. 법원은 이에 대하여 이 사건 매매계약은 위와 같은 크기에 따라 매매목적물을 특정한 것이 아니라 형태적인 특성에 따라 특정한 것이고 설사 농민들이 원하는 생강이 소강이었다고 하더라도 이는 이 사건 매매계약의 내용에 편입된 내용이 아니므로 원고로서는 이 사건 매매계약에서 정한 바에 따라 이행하면 충분하고 계약의 본질적 위반인지 여부 역시 이 사건 매매계약에서 정한 바에 따라 판단하면 충분하다고 하면서 이 사건 기인도 생강에는 위와 같은 하자가 있어 피고가 이를 종자용으로 사용할 수 없게 되었으므로, 농민들이 실제로 이 사건 생강의 인수를 거절한 동기와 무관하게 원고가 이러한 하자 있는 생강을 공급한 것은 본질적인 계약위반에 해당한다고 판시하였다.

터 주머니 불량 하자를 이유로 수선을 의뢰받은 적이 없는 점 등을 종합하여 본질적 계약위반이 아니라고 판단한 바 있다.⁶¹⁾

이 사안에서 제1심법원은 위와 같은 하자의 존재만으로는 본질적 계약위반이 아니라고 판단하는데 고려한 사정들로 “① 이 사건 주머니 불량 하자는 ‘주머니 부분의 모서리에 바텍 처리 및 주머니의 윗부분과 아랫부분에 스티치 처리’ 등의 방법으로 수선이 가능한 것으로 보이고, 감정인은 위와 같은 방법으로 수선할 경우 이 사건 제품 1장당 약 8분의 수선시간 및 3,000원 상당의 수선비용이 소요된다는 취지의 감정결과를 도출한 점, ② 원고가 제출한 동영상의 영상을 보더라도 위와 같이 감정인이 제시한 수선방법을 통한 수선이 불가능한 것으로 보이지 않는 점, ③ 피고는 위와 같은 방법으로 이 사건 제품 주머니를 수선할 경우 미관상 보기가 좋지 않고 걸옷 밑단이 당겨 올라가는 등 도저히 판매할 수 없는 상태가 된다고 주장하나, 이 사건 제품과 유사한 패딩 제품의 경우 주머니 부분에 스티치 또는 바텍 처리를 하여 마감한 경우도 있는 것으로 보이는 점 등을 인정할 수 있으므로, 이 사건 주머니 불량 하자는 수선이 가능한 것으로 보이는 점, 이에 더하여, ④ 이 사건 주머니 불량 하자는 피고가 제품을 검수할 당시 바로 눈으로 확인할 수 있는 부분인데, 피고는 이 사건 제품을 수령한 이후 즉시 이 사건 주머니 불량을 원고에게 통지한 사실이 없는 점, ⑤ 오히려 피고는 이 사건 제품을 인수받은 후 퍼(FUR) 부분의 하자 또는 배색원단 미어짐 현상 등 다른 부분을 하자라고 주장하면서 대금 감액을 요구하였고, 원고가 위 대금 감액 청구를 거절하고 난 후 다시 이 사건 주머니 불량을 주장한 점, ⑥ 피고는 이 사건 주머니 불량을 통지하기 이전까지 이 사건 제품을 2,593장 상당 판매했다고 진술하고 있고, 위와 같이 판매된 상품이 이 사건 주머니 불량을 이유로 반품되었다고 볼 만한 증거가 없는 점” 등을 들었다.⁶²⁾

61) 서울고등법원 2018. 8. 17. 2018나2000839(본소), 2018나2000846(반소) 판결.

62) 서울중앙지방법원 2017. 12. 8. 선고 2016가합528163(본소), 2017가합558628(반소) 판결.

다) 협약 제35조 제2항의 문제

협약 제35조 제2항은 당사자가 달리 합의한 경우를 제외하고, 물품이 계약 체결 시 매도인에게 명시적 또는 묵시적으로 알려진 특별한 목적에 맞지 아니한 경우 그 물품은 계약에 적합하지 아니한 것으로 한다고 규정하고 있다. 매도인이 계약 체결 시에 해당 물품의 특정한 사용목적을 명시적 또는 묵시적으로라도 인지하고 있어야만 이를 근거로 협약 제35조 제1항을 적용할 수 있다.⁶³⁾

협약 제35조 제1항과 제2항의 관계를 살펴보면, 물품의 계약적합성 판단은 단계적 구조를 이루고 있다. 협약 제35조 제1항은 물품의 계약적합성은 일차적으로 당사자 사이의 합의를 기준으로 판단하는 반면,⁶⁴⁾ 같은 조 제2항은 이러한 합의가 없는 경우를 전제로 객관적 기준에 따라 물품의 계약적합성을 판단한다.⁶⁵⁾

하급심법원은 “원고와 피고는 1차 계약에서 파이프를 발전소에 납품하기 위하여 폴리브덴 함량이 국제기준인 0.25~0.35%를 충족하도록 합의하였고, 폴리브덴의 함량은 파이프의 강도를 결정짓는 가장 중요한 요소인 사실, 피고가 제공한 검사증명서에도 이 사건 파이프의 폴리브덴 함량이 위 기준을 충족한다고 기재되어 있는 사실, 그런데 이 사건 파이프의 폴리브덴 함량은 0.001%에 불과한 사실 등을 종합하면, 파이프는 매수인인 원고가 매도인인 피고에게 명시적으로 알린 특별한 용도나 목적에 맞지 아니하므로 파이프에는 이 사건 1차 계약에 적합하지 아니한 하자가 있다.”고 판단한바 있다.⁶⁶⁾

위 사안에서 법원은 제35조 제2항의 위반이 있음을 판단한 후 이러한 계약위반이 본질적인 것인지 여부를 별도로 판단하지는 아니하였다. 위 제품이 원고가 피고에게 명시한 특별한 용도나 목적에 맞지 아니하는 하자가 있었다는 점에서 이는 본질적인 계약위반에 해당할 여지가 매우 큰

63) 하강현, “CISG상의 매도인의 본질적 계약위반에 관한 최근의 사례고찰”, 「국제거래법연구」 제21집 제1호(2012), 82면.

64) Stefan Kröll, et al., UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods(CISG), C. H. Beck, 2011, p.499.

65) 김화, 앞의 논문, 568면.

66) 서울고등법원 2012. 9. 27. 선고 2011나31258(본소), 2011나31661(반소) 판결.

만큼 위 법원은 이러한 점을 당연한 전제로 하여 별도의 판단을 하지 아니한 것으로 보인다. 다만 이러한 판단의 구조만으로 위 판결이 협약 제 35조 제2항을 위반하면 당연히 본질적 계약위반에 해당한다고 판단하였다고 보기에는 무리가 있다.

나. 매수인의 의무위반

매수인의 중국적인 대금 미지급은 본질적 계약위반이 된다.⁶⁷⁾

하급심법원은 피고가 물품판매계약 체결 이후 3영업일 이내에 원고를 수령인으로 한 취소불능신용장을 제출하는 방법으로 물품대금을 지급하기로 하였음에도 약정 기한 내에 신용장을 개설하지 못한 사안에서 판매계약 및 그 후의 분할거래약정에서 합의된 조건에 따라 신용장을 개설할 의무가 있음에도 이를 이행하지 아니하였을 뿐 아니라 회생절차 개시를 신청하기까지 하였는바, 이는 적어도 이 사건 판매계약 중 피고가 그때까지 신용장을 개설하여 인수하지 않은 부분에 대하여는 계약에서 매도인이 기대할 수 있는 바를 실질적으로 박탈하는 것으로서 국제물품판매협약 제25조가 규정한 본질적 계약위반에 해당한다 할 것이므로, 매도인인 원고는 계약을 해제할 수 있다고 판시한 바 있다.⁶⁸⁾

대법원은 당사자가 대금의 지급을 신용장에 의하기로 한 경우 매수인은 계약에서 합의된 조건에 따라 신용장을 개설할 의무가 있고, 매수인이 단순히 신용장의 개설을 지체한 것이 아니라 계약에서 합의된 조건에 따른 신용장의 개설을 거절한 경우 이는 매수인의 본질적 계약위반에 해당한다고 판시한 바 있다.⁶⁹⁾

3. 소결

‘본질적 계약위반’에 관한 하급심판결은 주로 매도인이 매수인에게 인도한 물품이 부적합한 것인지 여부에 집중되는 경향이 있었다. 하급심법

67) 국제거래재판실무편람 집필위원회, 앞의 책, 98면.

68) 서울중앙지방법원 2016. 6. 24. 선고 2016가합510780 판결.

69) 대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다103977 판결.

원은 ‘본질적 계약위반’의 존부를 판단하면서 매수인이 인도받은 물품을 매수인의 영업지에서 적법하게 사용할 수 있는지 여부, 매수인이 물품을 구매하면서 이를 활용하려고 한 목적에 부합하는 성능을 가졌는지 여부, 해당 물건에 하자가 존재하는지 여부 등을 고려한 것으로 보인다. 이러한 점들을 기준으로 매수인이 인도받은 해당 물품을 자신의 영업지에서 사실상 사용할 수 없는 경우에는 본질적 계약위반이라고 판단하는 경향이 있었다. 반면, 해당 물품에 하자가 있더라도, 매수인이 이를 인도받은 후 상당 수량을 원래의 목적대로 사용한 경우, 하자에 관한 문제제기가 적거나 없었던 경우, 하자에 대한 보수가 가능한 경우 등에는 본질적 계약위반이 아니라고 판단하였다. 그 외의 매도인의 인도지체, 매수인이 대금을 중국적으로 지급할 수 없게 된 경우에서 추가적인 조치 없이 곧바로 본질적 계약위반으로 본 경우는 해당 계약 자체에서 당사자 사이의 그 의무의 이행에 관하여 개별적인 합의를 하였다고 볼 수 있거나 중국적으로 의무의 이행이 불가능하게 되었다고 볼 수 있는 때이다.

하급심법원이 매도인의 본질적 계약위반을 인정한 경우를 검토해보면, 물품의 부적합, 목적물의 인도 지체로 인하여 결과적으로 계약의 목적을 실현할 수 없게 되었음을 확인할 수 있다. 그렇다면, 본질적 계약위반에 관한 판단의 핵심은 매도인의 채무불이행으로 인하여 당사자 사이에 합의(세부적으로는 매도인이 매수인이 해당 물품을 매수하려던 목적을 인식하고 있었는지 여부)된 계약의 목적을 달성할 수 없게 되었는지 여부로 귀결될 것이라고 생각한다. 본질적 계약위반 여부를 판단함에 있어서 검토되어야 할 구체적인 사정들은 개별 사안별로 상이하겠지만, 그 사정들로 인하여 판단하여야 하는 핵심 쟁점은 ① 매도인의 채무불이행으로 매수인이 해당 물품계약을 통하여 실현하고자 하였던 목적을 달성할 수 있는지 여부, ② 매도인이 계약의 이행 중에 매수인의 위와 같은 목적을 인식하고 있었는지 여부 등에 집중될 것으로 생각된다. 이러한 결론은 협약 제25조 즉, ① 그 계약에서 상대방이 기대할 수 있는 바를 실질적으로 박탈할 정도의 손실을 상대방에게 주는 경우(계약 목적의 실현가능성), ② 매도인이 그러한 결과를 예견할 수 있었을 것(매도인이 매수인의 계약 목적을 인식하였는지 여부)이라는 협약의 문언에도 부합하는 해석이다.

IV. 결론

하급심판결을 기초로 본질적 계약위반의 내용을 검토하면, ① 물품의 부적합 또는 하자가 심하여 통상의 업무상 사용할 수 없는 경우, ② 매매계약 체결 시 매도인에게 명시적으로 알려진 목적인 용도에 맞지 아니하여 실제로 해당 물품을 용도대로 사용할 수 없게 된 경우, ③ 매수인이 매매대금을 중국적으로 지급할 수 없게 된 경우, ④ 매도인이 매매목적물을 인도하지 아니하였고, 제반사정에 비추어 이를 인도할 의사도 없었던 것으로 보이는 경우, ⑤ 매도인이 매매목적물을 인도할 의무가 이행불능의 상태에 빠진 경우, ⑥ 계약의 성질이나 당사자의 합의에 따라 인도시기의 무조건적인 준수가 그 계약에 있어 본질적인 의미를 가지는 정기행위에서 그 이행기를 준수하지 아니한 경우 등으로 나누어볼 수 있다.⁷⁰⁾ 위와 같은 판단은 법원이 개별사안의 사실관계 및 기타 해당 물품 거래에서 발생한 여러 사정들을 종합한 결과물이다.

협약이 2005. 3. 발효된 이래 우리 법원은 국제물품매매계약에 있어서 협약을 직접 적용하여 당사자 사이의 거래관계를 규율하였다. 약 15년이라는 시간이 흐른 지금 개별 사안에 관한 판례가 적지 않게 누적되기는 하였으나 이를 유형화하여 각 조항별 해석의 예를 정립하기에는 아직 절대적인 사건의 수가 부족한 것으로 생각된다. 더 나아가 협약 제25조로 범위를 좁히면 ‘본질적 계약위반’의 실질적 의미를 유형화하거나 그 구체적인 해석방법을 확인하기 위한 유의미한 판례는 더욱 적어진다. 그러나 앞서 살펴본 것처럼 현재까지의 판례들만을 기준으로 그 의미를 정립하더라도 그 자체로 앞으로 발생할 사건들에 대한 해석의 방향성을 제시해 줄 수 있다는 점에서 그 자체의 의미는 있다고 생각한다. 이전까지의 연구에 부족하나마 현재의 연구를 더하여 앞으로 발생할 문제들에 관하여 효과적으로 대응할 수 있는 진전된 연구가 계속적으로 이루어지기를 기대한다.

70) 요약하면, 물품의 부적합 관련해서는 계약에 정해진 용도로 사용할 수 없게 된 경우, 매도인, 매수인의 의무 관련해서는 주된 의무를 중국적으로 이행할 수 없게 된 경우 등으로 정리할 수 있다.

(논문투고일: 2020.03.05, 심사개시일: 2020.03.12, 게재확정일: 2020.03.20)



▶ 남궁주현

국제물품매매계약에 관한 유엔협약 제25조, 본질적 계약위반, 물품의 부적합, 인도의 지체, 대금의 미지급

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 석광현, 「국제물품매매계약의 법리」(박영사, 2010)
이기수/신창섭, 「국제거래법 제3판」(세창출판사, 2005)
최준선, 「국제거래법 제7판」(삼영사, 2012)
법원행정처, 「국제거래재판실무편람」(법원행정처, 2015)

II. 논문

- 곽민희, “CISG에 있어서 물품의 부적합과 계약해제 - CISG-AC Opinion no.5의 해석에 있어서 본질적 계약위반의 의미를 중심으로-”, 「국제거래법연구」 21집 1호(2012)
- 김선옥, “CISG에서 물건 또는 서류의 적합성과 계약해제”, 「통상법률」 114호(2013.12)
- 김진우, “CISG에서의 의사표시의 해석”, 「국제거래법연구」 21집 2호(2012)
- 김 화, “CISG에서의 본질적 계약위반의 확정”, 「민사법학」 제64호(2013.9)
- 문성제, “국제물품매매계약에 관한 유엔협약(CISG)과 매도인의 담보책임”, 「재산법연구」 28권 3호(2011.11)
- 석광현, “국제물품매매협약(CISG)을 적용한 우리 판결의 소개와 검토”, 「국제거래법연구」 제20집 제1호(2011)
- 석광현, “국제물품매매계약에 관한 국제연합협약(CISG)상의 본질적 계약위반”, 「법학논총」 제23집 제2호(2006.10)
- 석광현, “매매협약(CISG)이 적용되는 국제물품매매계약상 손해배상의 몇 가지 논점: 통화와 증명도로 본 통일 실질법의 사정범위(射程範圍)와 흠결의 보충”, 「국제거래법연구」 27권 1호(2018.7)
- 오석웅, “CISG에 있어서 본질적 계약위반과 매수인의 계약해제권”, 「법학연구」 제22집(2006.5)

- 이혜민, “국제물품매매에 관한 UN협약(CISG) 발효 후 10년, 우리 판결
례의 동향과 시사점”, 「사법논집」 제61집(2016)
- 최성수, “우리나라 판례에 나타난 CISG상의 본질적 계약위반”, 「가친법
학」 제8권 제1호(2015.03)
- 최창렬, “유엔 물품매매법(CISG)에서의 계약의 해석”, 「국제거래법연
구」 21집 2호(2012)
- 하강현, “CISG상의 매도인의 본질적 계약위반에 관한 최근의 사례고찰”,
「국제거래법연구」 제21집 제1호(2012)
- 홍석모, “국제물품매매협약(CISG) 면책조항의 분석 및 관련분쟁 대비
책”, 「법학연구」 제52집(2013.12)

Ⅲ. 외국문헌

- Enderlein, F.M, Dietrich, International Sales Law : United Nations
Convention on Contracts for the International Sale of Good
s. Oceana Publications (1992)
- Koch, Robert, “The Concept of Fundamental Breach of Contract un
der the United Nations Convention on Contracts for the Inte
rnational Sales of Goods”, Review of the Convention on Co
ntracts for the International Sales of Goods (CISG) (1998)
- Stefan Kröll, et al., UN Convention on Contracts for the Internatio
nal Sale of Goods(CISG), C. H. Beck (2011)
- Schlechtriem/Schwenzer/Schmidt-Kessel, Commentary on the UN C
onvention on the International Sale of Goods(CISG), 2nd ed.,
Oxford (2005)
- Williams, Alison E., “Forecasting the potential Impact of the Vienn
a Sales Convention on International Sales in the United Kin
gdom”, Pace Review of the Convention on Contracts for the
International Sale of Goods 2000-2001 (2002)

Abstract

Consideration of the meaning of fundamental
breach of contract under Article 25 of the
United Nations Convention on Contracts for the
International Sale of Goods

—Focusing on the trend of Korea's district court cases—

Namgung, Juhyun*

The United Nations adopted the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, April 11, 1980. Korea entered into the Convention without declaration of reservation on February 17, 2004 and entered into force on March 1, 2005.

Article 25 of the Convention states that "A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract" The requirements of fundamental breach of contract as provided for in Article 25 of the Convention shall include (1) there shall be a breach of the contract, (2) the breach of the contract will result in substantial loss of what the other party can expect, and (3) predict the consequences of the breach. It might have been. Intrinsic contractual violations have a significant impact on the interests of trading partners in that they have a stronger effect than other incidental contractual violations, such as the recognition of the right to release a contract. Despite

* Judge, Jeonju District Court

the fact that the breach of an essential contract in an international merchandise trade agreement gives the parties a strong right, such as the right to terminate the contract, the abstraction of the concept makes it fierce as to whether or not it is about the essential part of either party's breach of contract on a case by case basis. There is no choice but to fight it.

After about fifteen years, there have been a considerable number of precedents on individual issues, but the number of absolute cases is still insufficient to type and establish an example of interpretation for each clause. Furthermore, narrowing the scope to Article 25 of the Convention further reduces the number of significant cases to typify the actual meaning of 'intrinsic contractual violation' or to identify its specific interpretation. However, even if the meaning is established based on the precedents to date, it is meaningful in that it can present the direction of interpretation on future events.



▶ **Namgung, Juhyun**

CISG, Article 25, fundamental breach of contract, substantial loss of what the other party can expect, the right to terminate the contract

인터넷 접속통신료 정산방식의 국제관행 조화방안에 대한 소고*

김 현 경**

【목 차】

| | |
|---|-----------------------|
| I. 서론 | 2. paid peering 논쟁 대두 |
| II. 인터넷 상호접속의 의의 | 3. 현행 「상호접속고시」의 문제점 |
| 1. 상호접속을 둘러싼 당사자 유형 | IV. 상호접속 제도 개선방향 |
| 2. ‘상호접속’의 개념 | 1. ISP간 피어링 무정산 방식 회복 |
| 3. 「상호접속고시」 규정현황 | 2. CAP에 대한 망 비용 전가 신중 |
| III. 해외 상호접속 동향 및 문제점 | 3. 네트워크 국제경쟁력 확보 |
| 1. Peering vs. Transit : 비(非)규제, 상호 자율 협정 | V. 결론 |

【국 문 요 약】

정부는 2016년부터 개정된 「상호접속고시」를 시행하였다. 개정을 통해 정산하지 않았던(무정산) 동일계위 ISP간 접속통신료의 정산방식을 ‘상호정산’ 방식으로 변경하였다. 기존에도 과다했던 망 비용이 이러한 개정 이후 더욱 증가하였고, 우리나라는 세계에서 드물게 망 비용이 증가하는 나라가 되었다. 본 연구에서는 이러한 상호접속고시의 개정 타당성을 국제적 기준에 비추어 검토하였다. 그 결과 우선 「상호접속고시」의 동등계위 ISP간 접속통신료 정산은 ‘무정산’방식으로 회귀하는 것이 바람직하다. 2016년도 PCH(Packet Clearing House)의 조사에 의하면

* 본 연구는 2019년 11월 7일 (사)체감규제포럼과 (사)오픈넷이 공동개최 하였던 「‘자유’롭고 ‘공정’한 인터넷 생태계 조성을 위한 ‘상호접속고시’ 개정방안 특별세미나」에서 본인이 발표하였던 내용을 수정, 보완한 것입니다.

** 서울과학기술대학교 IT정책전문대학원, 부교수, 법학박사

전 세계 동일계위 ISP간 피어링의 99.98 %가 ‘무정산’방식으로 이루어지고 있다. 뿐만 아니라 상호정산방식으로 변경함으로 인해 국내 CAP에 대한 유치경쟁이 억제되고, CAP가 지불하는 접속통신료를 증액시켜 구글·유튜브·페이스북 등 해외 글로벌 CAP와의 경쟁에서도 불리한 구조를 만들었다. 국제기준과의 정합성뿐만 아니라 시장의 공정경쟁 환경조성을 위해서도 동등계위 ISP간 피어링은 ‘무정산’방식으로 회귀하는 것이 바람직하다. 둘째, 네트워크의 국제경쟁력 확보를 위한 정책적 지원이 필요하다. 국내 ISP는 국제적으로 1계위 사업자가 아니므로 구글 등 글로벌 서비스를 이용자에게 원활히 제공하기 위해서는 과도한 국제통신접속료를 지불할 수밖에 없다. 그 결과 글로벌 CAP를 위한 ‘캐시서버’ 설치를 통해서 대안을 찾을 수밖에 없었다. 글로벌 CAP를 서비스 할 수밖에 없는 인터넷 경제의 탈국경성을 고려할 때 국내 ISP의 1계위 국제망 진입을 위한 네트워크 정책이 절실히 요구된다. 셋째, CAP에 대한 네트워크 비용 전가는 신중해야 한다. 이는 망중립성 위배가능성이 내포되어 있을 뿐만 아니라, ISP가 CAP를 차별적으로 대우할 경우 공정한 경쟁 환경이 왜곡될 수 있다. 따라서 이에 대한 규제필요성이 검토되어야 한다.

I. 서론

인터넷 서비스 제공자(Internet Service Provider, 이하 “ISP”라 한다)와 콘텐츠사업자(Content Provider & Application Provide, 이하 “CAP”라 한다)간 인터넷망을 둘러싼 갈등이 논의된 기제를 살펴보면 처음에는 국내와 해외 사업자간 불공정한 망사용료, 즉 역차별 중심으로 쟁점화 되었다. 트래픽양은 글로벌 사업자가 더 많은데도 불구하고 ISP가 구글 등 글로벌 CAP에게는 접속통신료를 부과하지 않거나, 부과하더라도 적은 금액인 반면 국내 CAP에게는 과도한 요금을 부과한다는 것이다. 이러한 상황에 대하여 2019년 4월 24일 ‘경제정의실천시민연합’은 KT등 국내 ISP를 불공정거래행위(차별적 취급)로 공정거래위원회에 신

고하기도 하였다.¹⁾

그러나 구글·페이스북 등 영향력 있는 글로벌 CAP를 이용하고자 하는 ‘가입자’의 수요에 부응하기 위해서 ISP는 값비싼 국제망 사용료를 지불해야 한다. 구글·페이스북을 이용할 수 없거나 속도 등 품질이 낮다면 이용자는 ISP(통신기업)에 가입하여 그 비싼²⁾ 이용요금을 지불할리 만무하다. 우리나라의 ISP는 국제적으로 1계위 사업자가 아니기 때문에 이들의 서비스를 제공하기 위해서는 국제망과 접속하여야 하고 중계접속 비용 등 값비싼 접속통신료를 부담하여야 한다. 그러나 국내 ISP입장에서는 이러한 국제망접속료를 고스란히 부담할 수 없다. 그렇다고 구글·페이스북 등 인기 있는 글로벌 CAP서비스를 제공함에 있어 지연이나 끊김 등 이용자 불편을 초래해서도 안 된다. 그 결과 국내 ISP는 캐시서버³⁾라는 타협안을 찾은 것이다. 캐시서버로 인해 글로벌 CAP는 접속료를 거의 부담하지 않거나 소액 부담하게 된다. 그러나 동일한 서비스를 제공하는 국내 CAP는 과도한 접속료를 부담하게 된다. 결국 더 근본적 문제는

1) ‘경제정의실천시민연합’ 신고서는 “해외 CP와 경쟁해야 할 국내 CP의 차별적인 망 접속료 비용은 경쟁을 저해하는 요소입니다. 매년 증가하는 트래픽을 감당하기 위한 망 투자비용을 국내 CP에게만 전가하는 2중 차별이라는 심각한 위법행위를 자행하고 있습니다.”라고 기술하고 있다.

2) 일 총무성의 조사결과 데이터 용량이 2GB인 경우 뉴욕이 5990엔(약 5만9900원)으로 가장 높았으며 서울은 3504엔(약 3만5040원)으로 두 번째였다.(<http://www.ddaily.co.kr/news/article/?no=172954> 2019.10.25. 확인) 핀란드 경영 컨설팅 업체 리휠은 최근 ‘2018년 상반기 LTE 가격 책정 상황’ 보고서에서 지난달 한국의 LTE 데이터 요금은 핀란드의 70배 수준이며 세계 41개국 중 2위라고 발표했다. 조사 대상은 유럽연합(EU)과 경제협력개발기구(OECD) 회원국 등 총 41개국 내 모바일 요금제 수 천 개다. 무료 음성통화 1000분 이상을 제공하면서 속도가 3Mbps(초당 메가비트) 이상인 데이터를 제공하는 LTE 요금제를 조사했다.(<http://news.kmib.co.kr/article/view.asp?arcid=0923945348&code=11151400&cp=nv> 2019.10.25. 확인)

그러나 이러한 외국의 조사결과에 대하여 통신사는 비교기준이 잘못되었다는 등 부정확한 조사라고 반박하고 있으며, 시민단체는 한국의 통신요금이 해외에 비해 비싼것은 사실이라는 주장을 하고 있다.

3) 구글 글로벌 캐시(Google Global Cache; 이하 GGC)’는 우리나라 통신 3사에 설치하여 운영 중이다. 해외망이 부족했던 LG U+가 2012년, 그 뒤로 2013년에 SK텔레콤과 SK브로드밴드가, 이후 2015년에 KT가 GGC를 도입하였다. 이미 상호접속고시 개정 전에 구글은 국내 통신3사에 GGC를 모두 설치, 운영되고 있는 상황이다. GGC의 설치·유지비용/소유권 등에 대하여는 알려진 바 없으며, 이러한 캐시서버로 인해 접속통신료를 지불할 필요가 없다.

‘역차별’이 아니라 ISP가 부과하는 과도한 접속통신료이다. 특히 이러한 갈등상황이 악화된 것은 정부가 ISP로 하여금 접속통신료를 올릴 수 있도록 관련 고시를 개정한 데서 비롯되었다. 바로 2016년 시행된 「전기통신설비의 상호접속기준」(이하 “상호접속고시”라 한다)의 접속통신료 정산방식의 변경이다. 우리나라는 2014년 「상호접속고시」를 개정하여⁴⁾ 접속통신료 정산 방식을 기존 동일계위 간 ‘무정산’에서 ‘상호정산’으로 변경하였다.⁵⁾ 즉 SK브로드밴드, KT, LG유플러스 간 접속통신료를 정산하지 아니하였으나 상호 정산하는 방식으로 변경한 것이다. 기존에도 과도했던 망 비용이 이러한 「상호접속고시」 개정 이후 더욱 증가하였고 우리나라는 세계에서 드물게 망 비용이 증가하는 나라가 되었다. 또한 전 세계적으로 거의 유례없는 동일계위 상호정산 방식을 채택하고 있다.

인터넷망의 공공재적 성격에 비추어 볼 때 ‘상호접속’, ‘접속통신료’ 등은 어느 누구의 이익이 아닌 사회 전체 효용의 최대화라는 공익적 가치가 우선되어야 한다. 또한 인터넷을 기반으로 하는 비즈니스의 탈국경성에 비추어 볼 때 국제규범과의 부합성은 인터넷 경제의 국제경쟁력 확보를 위해 매우 중요하다. 그럼에도 불구하고 이러한 고시의 개정이 타당했는지에 대하여는 신중한 검토나 이해관계자의 의견수렴 조차 없었다.⁶⁾ 따라서 이하에서는 이러한 ‘상호접속’이 인터넷 경제에서 가지는 의미를 살펴보고(Ⅱ), 해외 상호접속 정산방식을 검토한 후 국내 문제점을 도출하고자 한다(Ⅲ). 이어서 우리나라의 상호접속 관련 제도의 개선방향을 모색해 보고자 한다(Ⅳ).

4) 시행 2014. 11. 5, 미래창조과학부고시 제2014-73호, 2014. 11. 5., 일부개정. 다만 정산방식의 변경을 규정한 제46조의 시행은 2016년 1월 1일부터 시행하도록 하였다.

5) 국내에선 통신망 규모와 가입자 수, 트래픽 교환비율을 기준으로 계위를 평가한다. KT와 SK브로드밴드, LG유플러스가 1계위고, 나머지는 상대 평가한다. 계위가 작은 쪽이 망 외부 효과에 따른 이익을 보기 때문에 중계접속은 하위계위가 상위계위에 일방 정산하는 구조였고, 동일계위간은 무정산이었다.

6) 당시 고시의 개정은 ‘비중요규제’로 분류되어 실질적으로 규제심사위원회에서 본격 논의조차 되지 못했다.

II. 인터넷 ‘상호접속’의 의의

1. 상호접속을 둘러싼 당사자 유형

인터넷 생태계 참여자들은 ISP, IBP(Internet Backbone Provider), CDN(Contents Delivery Network), CAP, 최종 이용자(End-Users 또는 Eyeballs) 등이다.

ISP는 개인, 가정, 기업에게 브로드밴드액세스 서비스를 제공한다. 다른 ISP에게 접속서비스를 제공하여 수익을 창출하는 도매사업자인 IBP, 개인 및 기업에게 인터넷 액세스서비스를 제공하는 소매사업자인 IAP(Internet Access Provider)도 있으나, 국내 ISP들은 양자를 통합하여 서비스를 제공하고 있기 때문에 사실상 구분의 실익이 없다. 따라서 본 고에서는 ISP로 통합하여 기술한다. 이들은 “기간통신역무”를 제공하는 것을 주된 기능으로 한다. 기간통신역무는 “전화·인터넷접속 등과 같이 음성·데이터·영상등을 그 내용이나 형태의 변경 없이 송신 또는 수신하게 하는 전기통신역무 및 음성·데이터·영상 등이 송신 또는 수신이 가능하도록 전기통신회선설비를 임대하는 전기통신역무”를 말한다.⁷⁾ 기간통신역무는 국가가 제공하여야 하는 공공서비스로 오랫동안 국영기업 또는 공기업의 형태로 운영되어 왔다. 민영화의 과정을 거친 후에는 정부가 소수의 사업자에게만 진입을 허용하여 독점을 보장해 주되, 강력한 사전, 사후 규제를 하고 있다. 진입규제는 허가제로 그 실질은 강학상 특허로 가장 강력한 진입규제라고 할 수 있다.⁸⁾ 그밖에 주식취득에

7) 전기통신사업법 제2조제11호.

8) 전통적인 견해에 따르면 허가라 함은 법규에 의해 일반적·상대적으로 금지되어 있는 것을 특정경우에 해제시켜주는 행위로서 자연적 자유를 행정목적상 법규에 의하여 금지시키고 특정한 경우에 한하여 그 금지를 해제시켜줌으로써 이를 회복하는 것을 의미한다. 반면, 특허란 행정주체가 행정객체에게 새로운 권리를 설정하여 주는 행정행위로서 원칙적으로 특정인에 대한 처분의 형식을 취하지만 경우에 따라서는 개별법을 통해 공법인을 설립하거나 이들에게 공용수용권을 부여하는 등 법규형식을 취하기도 한다고 한다. 김민호, 「행정법」, 박영사(2018. 2.), 140~141면.

대해서는 공익성심사, 합병 인가 등의 행위규제와 역무 제공의무, 보편적 역무, 이용약관규제, 이용자불만 처리의무 등 강력한 이용자 보호에 관한 규제가 정당화된다.⁹⁾

CAP는 콘텐츠와 애플리케이션을 제작하여 인터넷이용자(End-users)에게 제공하고 이를 기반으로 수익을 창출하는 사업자다.¹⁰⁾ 이들의 법적 성격은 ‘부가통신사업자’이다. 부가통신역무는 “기간통신역무 외의 전기통신역무”로 정의되어 있다¹¹⁾. 반면 부가통신역무는 기간통신의 회선을 이용하여 다양한 방식으로 추가적인 가치를 창출하는 것으로 그 본질상 언제든지 새로운 서비스가 창출될 수 있다. 따라서 정형화된 분류체계를 구성하는 것이 현실적으로 어렵고 바람직하지도 않다.¹²⁾ 부가통신사업에 대한 진입규제는 가장 완화된 규제형식이라 할 ‘신고’가 원칙이다. 최소한의 진입규제인 ‘신고’를 택한 것은 망을 기반으로 규모 등이 다양한 주체가 다양한 서비스를 창안할 수 있어서 사전에 규제대상 서비스의 유형을 확정하기도 어렵고, 부가통신서비스 전체로는 진입단계에서 통제할 위험이 적거나 오프라인에서 제공되는 같은 서비스에 적용되는 규제가 적용될 수 있으며, 자유로운 진입·퇴출이 오히려 부가서비스산업의 발전을 촉진할 것이라는 취지인 것이다.¹³⁾

그밖에 CDN(Cloud포함)사업자가 있다. CDN은 주요 ISP의 CDN서버에 콘텐츠를 분산시키고 이용자가 네트워크 경로상 가장 가까운 곳의 서버로부터 콘텐츠를 전송 받도록 하여 트래픽이 특정 서버에 집중 되지 않고 각 지역 서버로 분산되도록 하는 기술이다. CP가 보유하고 있는 원본 콘텐츠를 CDN 사업자가 전송하되 이용자를 보유하고 있는 각 ISP 인근에 둔 서버에 복사본을 저장함으로써 이용자가 해당 콘텐츠를 반복적으로 문의 할 때 복사본이 저장되어 있는 서버의 콘텐츠를 제공하도록

9) 김현경, “플랫폼 사업자 규제법안에 대한 비판적 검토”, 法曹 2018·4(Vol. 728), 2018, 151-152면.

10) BEREC(2016), BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules, BoR (16) 127, 2016.8.

11) 전기통신사업법 제2조제12호.

12) 이민영, “인터넷포털 규제입법의 현황과 과제”, 인터넷법연구(제5권 제1·2호 통합호), (2008. 10.), 160면.

13) 이희정, “인터넷상 부가서비스 규제에 대한 일고(一考)”, 경제규제와 법(제8권 제1호, 통권 제15호), 156면.

한다. 이는 네트워크 활용을 현저히 줄이고 병목구간을 회피하는 결과를 가져와 효율적인 콘텐츠 전송이 이루어지도록 한다.¹⁴⁾ CDN은 동영상과 같은 대용량 트래픽을 유발하는 콘텐츠를 제공하는 CP가 전송품질을 확보하면서도 비용을 절감할 수 있도록 하기 위한 네트워크 솔루션으로서 등장하였다. CDN은 ISP의 네트워크계층에서 운용되지 않는다는 점 때문에 BEREC은 CDN을 애플리케이션 계층으로 분류하고 있다.¹⁵⁾

CDN사업은 CAP 스스로 하는 경우도 있으며, ISP가 하는 경우도 있다.

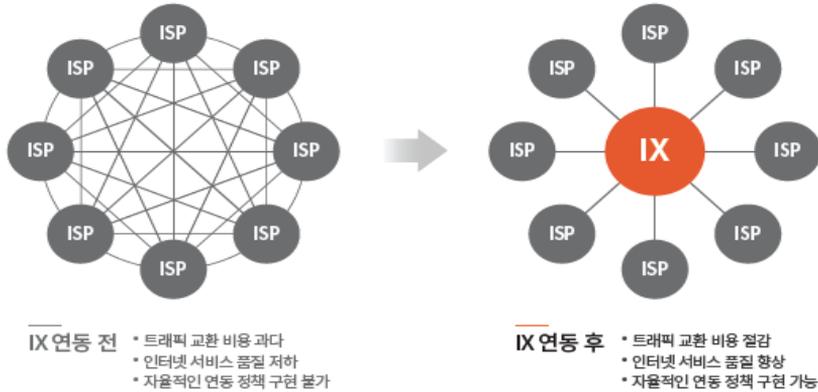
인터넷연동노드(Internet eXchange, 이하 “IX”라 한다) 함은 인터넷 트래픽을 상호 교환시켜주는 역할을 수행하는 인터넷 계층구조의 최상부 네트워크를 의미한다. IX를 이용하지 않는다면 ISP는 서비스를 제공하기 위해 국내 약 80여개 ISP 업체는 물론, 해외 ISP와도 직접 회선을 연결해야 한다. 막대한 회선 비용을 투자해 직접 연결했다 하더라도 트래픽이 급증하면 다시 모든 회선과 장비를 증설해야 하는 문제점이 있어, IX는 이런 비용 및 운영의 문제를 해결하고자 만들어졌다. 현재 국내 IX는 케이아이엔엑스(KINX), 한국정보화진흥원(KIX), KT(KT-IX), LG유플러스(DIX)를 중심으로 구축, 운영되고 있다.¹⁶⁾

14) 권오상외, “인터넷전용회선 및 IDC 요금에 대한 사후 규제 방안 연구”, 방통융합정책연구 KCC-2018-43, (사)미디어미래연구소, 21-22면.

15) Ofcom, IP Interconnection: trends and emerging issues, 2012.6.20, slide 16, 권오상 외, 앞의 보고서 22면 재인용.

16) https://www.kinx.net/wp-content/uploads/2017/07/Network-brochure_국내외IX현황_KINX_2016_cmp_.pdf (2019.10.25.확인).

그림 1. IX연동 전·후 비교



출처 : KINX, 국내외 IX 현황_The Status of Global IX,

표 1. 국내 상호접속 관련 당사자

| 분류 | | 사업자 | CPND 구분 |
|--------|-------|--|----------------------------------|
| ISP | 1계위 | KT, SKB, LGU+ | Network |
| | 2계위 | 드림라인, 온세텔레콤, 세종텔레콤 | |
| | 3계위 | 유선방송사업자(CJH, T-Broad, HCN 등 SO) | |
| IX | | 케이아이엔엑스(KINX), 한국정보화진흥원(KIX), KT(KT-IX), LG유플러스(DIX) | Network 지원 |
| CAP | | 네이버, 카카오 아프리카TV, Pooq, 와차플레이, 기타 OTT | Contents |
| 기 타 | CDN | GSN, STX, KINX | Contents 와 Network 간 연결 지원 |
| | Cloud | KT, SKB, LGU+, 네이버 클라우드 등 | |

2. '상호접속'의 개념

"접속"이라 함은 "사업자 또는 서비스 유형이 다른 통신망 상호간 전기통신역무의 제공이 가능하도록 전기통신설비를 물리적, 전기적, 기능적으로 연결하는 것"을 말한다.¹⁷⁾ 과거 정부가 운용하던 단일 백본망에 의할 경우 상호접속이 불필요하였다.¹⁸⁾ 1990년대 상용사업자가 등장하였고 ISP들이 제각각 네트워크를 구축하고 가입자를 모집하면서 IP 상호접속의 필요성 및 수요가 증가하게 되었다. 국가 전역에 네트워크를 구축하는 대형 ISP도 있지만 지역 단위 또는 그 이하의 지역에서 이용자들에게 액세스 서비스를 제공하는 중소 ISP들의 경우 자사 가입자에게 끊임 없는 서비스를 제공하기 위해서는 대형 ISP와의 접속이 반드시 필요하게 되었다. 인터넷 상호접속에 있어 사업자간 계위 구분을 통한 계층적 접속은 망이용 효율 증대, 비용 절감, 트래픽의 원활한 소통 등을 위해 필수적이다. 만일 계층적 접속 없이 전 세계 망사업자들이 서로 직접접속을 한다면 과도한 회선 비용으로 인해 투자비 증가가 불가피할 것이며, 트래픽 전송을 위한 방대한 라우팅 정보 관리가 필요하여 네트워크 운용에 애로가 발생하게 될 것이다.¹⁹⁾ 이러한 계층적 접속은 각 사의 상호접속정책에 따른 역학관계를 고려하여 대등한 가치를 가진 사업자간의 협정인 피어링(peering) 협정과 망의 가치에 차이가 있는 사업자간의 트랜짓(transit) 협정의 두 유형으로 구분할 수 있다.²⁰⁾ 통상 대형 백본을 보유한 사업자간에는 직접 접속하되 정산을 하지 않는 피어링(peering)을 하고, 지역 ISP나 그 이하의 사업자에게는 접속을 제공하는 대신 대가를 받는 트랜짓(transit)을 해왔다.

17) 상호접속고시 제3조 제1항 제1호.

18) 미국 국방성 주도로 추진되어 오던 ARPANet(the Advanced Research Projects Agency Net), 1986년 NSFNET(NSF National Science Foundation, 1988년 ARPANet을 흡수하였다)등이다.

19) 이상우·고창열·최선미, 비대칭적 네트워크 가치 환경에서의 인터넷망 대가정산 모형, Journal of Internet Computing and Services(JICS) 2014. Oct.: 15(5), 123-124면.

20) 통상 피어링(peering)을 동등접속, 트랜짓(transit)을 중계접속이라 표기하기도 하나, 본 고에서는 원어를 그대로 사용한다.

가. 피어링(Peering)

1) 협약 당사자 간에만 트래픽 교환

피어링(Peering)이란 접속당사자 상호간 또는 접속당사자 각 사가 보유한 이용자 간 트래픽을 교환하도록 하는 협정방식으로 교환트래픽을 제3자에게 전송할 의무를 가지지 않는 것이다.²¹⁾ 아래 그림에 의할 경우 WestNet과 Midnet간 접속 또는 MidNet과 EastNet간 접속은 피어링에 해당한다. 그러나 WestNet의 고객이 EastNet으로 전송을 원할 때 MidNet은 Eastnet이 자사의 고객이 아니기 때문에 전송의무를 지지 않는다.²²⁾ 즉 피어링은 인터넷망간 접속 협정에 참여한 ISP간에 자사 고객의 트래픽만을 상호 전송하는 것을 목적으로 한 접속방식을 말한다. 따라서 피어링은 “유사한 규모의 수익에 대한 중립적인 상호접속을 하는 수평적인 관계”,²³⁾ “인터넷 서비스 제공자끼리 서로 네트워크를 연결하고 트래픽을 교환하는 것”²⁴⁾을 의미한다. 다만 후술하는 대로 통상 규모가 작은 ISP는 규모가 더 큰 ISP를 상대로 트랜짓(Transit)을 하나, 대형 ISP의 트랜짓 서비스를 이용하지 않고 소형 ISP간에 직접 피어링 협정을 맺는 상호접속 방식인 SP(Secondary Peering)도 존재한다.

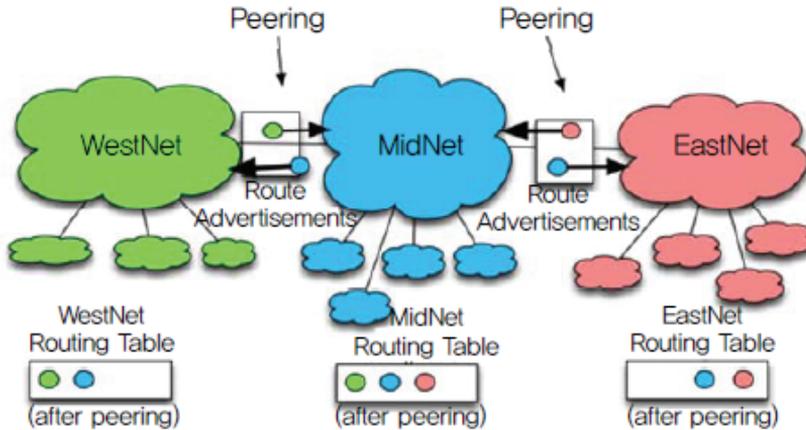
21) Report of the NRIC V Interoperability Focus Group, "Service Provider Interconnection for Internet Protocol Best Effort Service", p. 7.

22) Drpeering International. <http://drpeering.net/core/ch2-Transit.html>, 변재호·조은진, 인터넷 정산모델 발전동향 및 전망, 전자통신동향분석 제28권 제5호 2013년 10월, 한국전자통신연구원 222면 재인용.

23) Faratin, P., Clark, D., Bauer, S., & Lehr, W.. Complexity of Internet interconnections: Technology, incentives and implications for policy. working paper.2007.

24) <https://ko.wikipedia.org/wiki/%ED%94%BC%EC%96%B4%EB%A7%81> (2019.10.20. 확인).

그림 2. 피어링 서비스 개념도



출처 : DrPeering(2012), The 21st Century Internet Peering Ecosystem

Peering은 Private Peering과 Public Peering으로 나뉜다. 전자는 IX(Internet Exchange) 필요 없이 두 네트워크 간에 직접적으로 회선을 연결하는 방식이다. 각 ISP는 접속을 위한 라우터를 전용회선으로 연동시키고 이때 접속을 위해 BGP(Border Gateway Protocol)²⁵⁾를 이용한다.²⁶⁾ ISP 입장에서는 트래픽이 증가하여 네트워크 증설이 필요할 때

25) BGP는 서로 다른 종류의 AS에서 동작하는 라우터가 라우팅 정보를 교환할 수 있도록 해 주는 프로토콜을 말한다. 인터넷은 여러 개의 자율 시스템(autonomous system, AS)으로 구성되어 있다. 현재 시점에는 64000여 개 정도 된다. 각각의 자율 시스템에는 '자율 시스템 번호(ASN)'라는 것이 할당된다. 이 번호를 할당하는 건 인터넷 할당 번호 관리 기관(Internet Assigned Numbers Authority, IANA)이다. ISP들마다 최소 한 개 이상의 AS를 보유하고 있다. 구글처럼 큰 회사의 경우는 자신들만의 경계 경로 설정을 위한 기반시설과 고유의 ASN을 보유하고 있다. AS는 옆에 있는 AS들과 연결된다. 이렇게 이웃에 있는 AS를 '피어(peer)'라고도 부른다. 이런 '피어들과의 연결'을 통해 AS들은 자신들이 보유하고 있는 경로를 바깥으로 알린다. 이렇게 각 AS가 보유하고 있으며, 다른 AS에 알려주는 경로를 '네트워크 프리픽스(network prefix)'라고 부른다. AS가 네트워크 프리픽스를 이웃 AS인 피어들에 전파하면, 전파를 받은 피어들은 이 정보를 다시 자신들의 피어에 전달한다. 이렇게 해서 인터넷 상의 경로들이 이어진다.

26) Group, B. I. T. A. (2014). Interconnection and Traffic Exchange on the Internet. <https://www.bitag.org/documents/Interconnection-and-Traffic-Exchange-on-the-Internet.pdf>

두 사업자간에 합의만 있다면 언제든지 시행할 수 있다는 장점이 있다. 후자는, 스위치가 위치한 IX까지 각 ISP가 회선을 구축해 와서 해당 스위치를 이용하여 각 ISP가 보유한 AS를 교환하는 것이다. 이 때 ISP는 다수의 ISP와 피어링(Peering) 접속을 동시에 할 수 있다는 장점이 있다.

2) 원칙적 무정산

피어링은 인터넷 초기부터 인터넷망간 접속모델로써 활용되어 왔으며, 현재에도 가장 많이 활용되고 있는 인터넷망 접속모델이다. 피어링 당사자 간에는 접속료를 정산하지 않으며(무정산), 자체설비비용 및 상호접속을 위한 전송설비 비용은 협정당사자가 각자 부담하게 된다. 피어링 협정은 기본적으로 협정의 양 당사자가 협정을 통해 동등한 가치(value)를 획득할 수 있을 때 성립되는 관계로 만약 어느 한쪽의 주관적인 판단에 의해 협정을 통해 동등한 가치 도출이 어렵다고 판단할 경우 협정이 이루어지지 않거나 협정의 중도 파기가 가능하다.²⁷⁾

Peering의 순수한 정의는 "결제-없이(settlement-free)"²⁸⁾ 상호무료로 접속하는 것을 의미한다.²⁹⁾ 어느 당사자도 트래픽 전송과 관련하여 상대방을 지불하지 않음을 의미한다. 대신, 각각은 자체 고객으로부터 수익을 창출, 보유한다.³⁰⁾³¹⁾ 피어링은 비용지불관계가 아니기 때문에 협정 위반시에도 금전적 페널티 조항은 없는 것이 일반적이며, 협정 위반 시 취할 수 있는 조치는 협정파기(de-peering) 또는 당사자 간 합의를 통한 협정조건 변경 등이 있을 수 있다. 협정파기시 고객 불만 제기, 상대방

27) 변제호 외, 앞의 논문, 222면.

28) "bill-and-keep," or "sender keeps all," 이라는 표현을 쓰기도 한다.

29) 정훈, IP 상호접속과 접속료 제도, 초점 제25권 12호 통권 557호, 정보통신정책연구원, 2013, 7.1, 8면.

30) <https://en.wikipedia.org/wiki/Peering> (2019.10.20. 확인).

31) The second distinctive characteristic of peering is that peering partners exchange traffic on a settlements-free basis. The only costs that backbones incur to peer is that each partner pays for its own equipment and the transmission capacity needed for the two peers to meet at each peering point. 출처: Kende, M. (1999). The Digital Handshake: Connecting Internet Backbones, p.5.

고객에 접근하기 위해 별도의 협정이 필요하므로 협정파기 대신 트래픽 전송에 따른 추가비용을 부담하는 paid-peering이 활용되기도 한다. 이러한 결제행위 즉 '상호 정산'을 하는 상황과 구분하고 피어링 개념상의 모호성을 분명히 하기 위해 순수 무정산 방식의 피어링을 "settlement-free peering"이라 칭하기도 한다.

나. 트랜짓(Transit)

1) 트랜짓 제공자와 연계된 모든 당사자에게 트래픽 교환

트랜짓(Transit)은 “규모가 더 작은 ISP가 규모가 더 큰 ISP에게 대가를 지불하고 자신 이외의 인터넷네트워크에 액세스할 수 있도록 하는 수직적 관계”³²⁾를 의미한다. 대형 ISP는 트랜짓 계약을 맺은 소형 ISP에게 국제적인 접근성(global connectivity)을 제공하는 도매공급사업자 역할을 담당하게 된다.³³⁾ 피어링의 경우 피어링 당사자 간 트래픽만 교환하며 제3의 ISP로의 트래픽은 전송하지 않으나, 트랜짓 협정을 통해 소형 ISP는 대형 ISP가 피어링 협정을 맺고 있는 모든 ISP로 트래픽 전송이 가능하다. 트랜짓은 상용 인터넷 망이 등장한 1990년대 중반부터 활용되기 시작한 접속모델로 상호정산을 원칙으로 한다.³⁴⁾

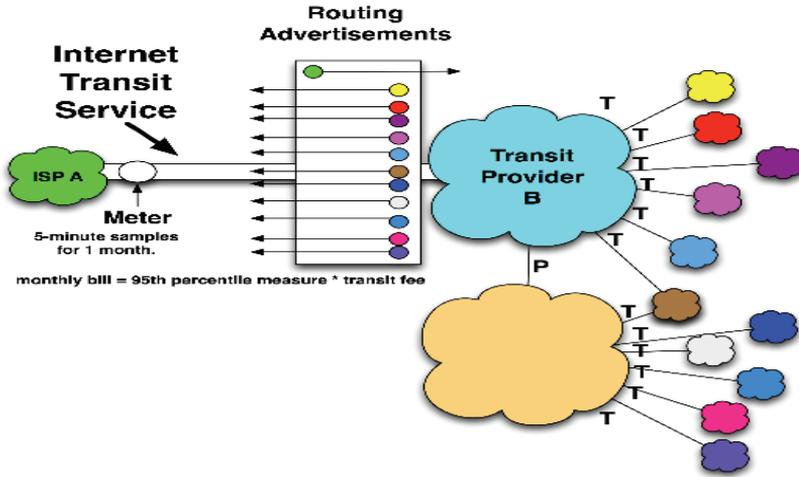
아래 그림에서와 같이 Transit 서비스 제공자는 트랜짓 이용사업자에게 모든 라우팅 정보를 공개해야 하고, (여러 색깔의 동그라미가 ISP A에게 전달됨), 반대로 이용자의 루팅 정보를 모든 인터넷에 대해 공개(연두색 동그라미가 모든 인터넷에게 전달됨)하여야 한다.

32) P. FARATIN et al, The Growing Complexity of Internet Interconnection, COMMUNICATIONS & STRATEGIES, no. 72, 4th quarter 2008, p. 54.

33) 변재호 외, 앞의논문, 223면.

34) 트랜짓 요율은 트래픽 측정을 통한 per-megabitper-second(Mbps) 방식이 통상적으로 사용된다. 트래픽 측정은 '95th percentile traffic sampling technique'이 사용되는데 약 한 달간 5분 간격으로 트래픽을 측정 후 트래픽량이 적은 것부터 큰 것까지 나열하고 95%에 해당하는 샘플의 트래픽량(즉 상위 5%가 되는 트래픽 측정값)을 해당 월의 트랜짓 요율 산정기준으로 활용하는 방식으로 '95/5 model'이라 한다. 변재호 외, 앞의 논문, 224면.

그림 3. 트랜짓 서비스 개념도



출처: Dr.Peering(2016)(<http://drpeering.net/core/ch2-Transit.html>
2019.1021 확인)

2) '정산'이 원칙

트랜짓 제공 ISP와 트랜짓 이용 ISP간에 상호 대칭적인 원가를 유발할 수 없으며 또한 상호 유사한 편익을 기대할 수 없다. 따라서 작은 ISP가 큰 ISP를 통해 보다 큰 편익을 확보하며, 더 큰 ISP에게 더 큰 원가를 유발하므로 그에 따른 대가를 지불하여야 한다.³⁵⁾

3. 「상호접속고시」 규정현황

「상호접속고시」를 최초로 제정하도록 법률에서 정한 것은 1996년 12월

35) P. Faratin etc, Complexity of Internet Interconnections: Technology, Incentives and Implications for Policy, 2007. 트랜짓 협정은 트래픽량에 따라 전송 대가를 지불하기 때문에 피어링과 달리 고객에게 적절한 QoS 및 신뢰성 보장을 위해 SLA(Service Level Agreement)를 제공하는 것이 일반적이다. SLA에는 고장 수리, 서비스 복구, 일상적 운영조건하에서 성능 유지 등이 포함된다.

전기통신사업법 개정(법률 제5220호, 시행 1997.1.31)을 통해서다. 당시 고시의 위임근거가 되는 전기통신사업법 제34조의 개정 이유에 대하여 “전기통신자원의 효율적 사용과 전기통신사업자간의 공정한 경쟁환경을 조성하기 위함”이라고 밝히고 있다. 「상호접속고시」는 법령 위계상 ‘행정규칙’이다. 훈령·예규나 고시·공고와 같은 행정규칙은 행정기관 내부의 규범에 지나지 않는 것이어서 법규사항³⁶⁾과는 관련이 없으나, 법령에 따라서는 법규사항에 관해 행정규칙에 위임(수권)하는 수가 있다.³⁷⁾ 이처럼 법규사항을 행정규칙에 위임하는 것은 그 내용이 지나치게 전문적이거나 순전히 기술적인 사항으로서 수시로 개정할 필요가 있는 경우 등에 속하는 것이어서 총리령·부령으로 정하는 것조차 적절하지 않다고 인정되는 경우에 한하여 극히 예외적으로 허용된다.³⁸⁾

「상호접속고시」의 주요내용은 다음과 같다.

첫째, 인터넷망의 접속과 관련하여 “동등접속”, “접속료”, “접속료의 정산방식”등의 주요 개념 정의를 규정하고 있다. “동등접속”이라 함은 동일하거나 유사한 통신망에 대한 접속에 있어서 통신망간의 접속방법, 접속설비 구성형태, 접속호 처리, 통신품질 및 접속료 산정방식 등에 있어서 접속사업자간 차별이 없도록 접속하는 것을 말한다.³⁹⁾ “접속료”라 함은 사업자의 통신망간 접속과 관련하여 접속사업자 상호간에 수수되는 대가로서 접속설비비, 접속통화료, 접속통신료⁴⁰⁾ 및 부대서비스비를 말한다.⁴¹⁾ 접속료에 대하여 시내, 시외, 공중전화, 이동전화(셀룰러, 개인휴대통신, 아이엠티이천, 엘티이)망 등 전화의 접속통화료는 「상호접속고시」에서 정하는 계산방식에 의해 산정하도록 하나, ‘접속료’는 이 기준에서 별도로 정한 경우를 제외하고는 접속사업자간 상호 정산하는 것을 원칙

36) 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 행정작용에 대한 사항을 의미하며, 원칙적으로 법률의 근거가 요구된다.

37) 이른바 행정규칙의 형식을 취하는 법규명령(법령보충적 행정규칙)의 문제인데, 대법원과 헌법재판소는 이러한 행정규칙에 대해 법규로서의 효력을 인정하고 있다(대법원 1996. 4. 12. 95누7727 판결, 헌법재판소 2004. 10. 28. 99헌바91).

38) 법제처, 법령해석심사기준, 2007, 33-34면.

39) 상호접속고시 제3조 제1항 제2호.

40) 전화계망과 데이터망간 또는 인터넷망간 접속에 따른 통신망의 이용대가를 말한다.(상호접속고시 제3조제1항 제9호).

41) 상호접속고시 제3조 제1항 제7호.

으로 한다.⁴²⁾

둘째, 접속사업자 간 계위를 구분하는 기준을 정하고 있다. 과학기술정보통신부장관은 인터넷망 상호접속시 접속사업자간 계위를 구분하기 위하여 통신망 규모, 가입자 수, 트래픽 교환비율 등을 고려하여 표준인터넷접속조건을 정한다.⁴³⁾ 이에 따라 접속사업자를 3개 계위로 구분하여 운영하고 있다.

셋째, 계위 간 정산방식을 규정하고 있다. 동일계위간은 “상호정산”으로 그렇지 않은 경우 하위계위의 사업자가 상위계위에게 접속통신료를 지불하도록 규정하고 있다. 전자는 피어링이라고 할 수 있으며, 후자는 트랜짓이라고 할 수 있다. 피어링과 트랜짓의 접속통신료에 대하여 법령에서 규율하고 있는 것이다. 특히 동일계위간의 정산방식과 관련하여 이미 언급하였듯이 미래창조과학부(현 과학기술정보통신부)는 2014년 11월 5일 동 고시 제46조의 개정을 통해⁴⁴⁾ 접속통신료 정산 방식을 기존 “동일계위간 : 정산하지 않음”에서 “동일계위간 : 상호정산”으로 변경하였다.⁴⁵⁾ 다만 정산방식의 개정에 대한 부분은 2016년 1월 1일부터 시행하도록 하였다.

표 2. 국내 인터넷망 접속료 부담방식

| 구분 | 동일계위간 | 다른 계위 간 |
|--------|-------------------|------------------|
| 접속회선비용 | 접속사업자 간 1/2 부담 | 낮은 계위 사업자가 부담 |
| 접속통신료 | 상호정산 | |

42) 상호접속고시 제7조.

43) 상호접속고시 제42조제1항.

44) 미래창조과학부고시 제2014-73호, 2014. 11. 5., 일부개정.

45) 국내에선 통신망 규모와 가입자 수, 트래픽 교환비율을 기준으로 계위를 평가한다. KT와 SK브로드밴드, LG유플러스가 1계위고, 나머지는 상대 평가한다. 계위가 작은 쪽이 망 외부효과에 따른 이익을 보기 때문에 중계접속은 하위계위가 상위계위에 일방 정산하는 구조였고, 동일계위간은 무정산이었다.

국내 1계위 사업자는 KT, SKB, LGU+ 이며, 2계위 사업자는 드림라인·온세텔레콤·세종텔레콤 등이고, 3계위사업자는 CJH, T-Broad, HCN 등 유선방송사업자이다. 접속의 속성에 비추어 볼 때 동일계위 상호간에는 전술한 바와 같이 무정산 peering 협정이 원칙이나, 우리나라는 동일계위, 비동일계위 할 것 없이 모두 ‘정산할 것’을 규정하고 있다.

Ⅲ. 해외 상호접속 동향 및 국내 문제점

1. Peering vs. Transit : 비(非)규제, 상호 자율 협정

ISP간 인터넷 상호접속은 비 규제 하에서 당사자 간 자율협상을 바탕으로 이루어져왔다. NSFNET시절에는 대학, 연구기관 등의 자발적인 피어링으로 접속이 이루어졌고, 상용 인터넷이 등장한 이후에도 협상당사자간 접속협정을 통해 얻게 되는 가치(value)의 균형을 주관적으로 판단하여 피어링, 트랜짓 또는 변형된 피어링 및 트랜짓 접속모델이 활용되어 왔다.

가. 피어링

2016년 PCH(Packet Clearing House)⁴⁶⁾는 148개국, 10,794개 통신네트워크의 상호 협정 1,935,822건을 분석했다. 본 조사는 트랜짓은 제외하였고 오직 피어링에 한한다. 148개국에는 35개의 OECD국가와 UN이 지정한 21개의 후발개발도상국도 포함됐다. 그 결과 피어링 협정의 99.93%가 비공식적 구두합의로, 글로벌하게 통용되는 조건을 양측이 준

46) 600여개 이상의 기업이 참여하고 있는 PCH는 25년 이상 운영된 NGO 단체다. 인터넷 정책 규제에 관해 의견을 이야기하고, 조정하는 역할을 해오고 있다. 이하 조사결과는 Woodcock & Frigino, 2016 Survey of Internet Carrier Interconnection Agreements!, November 21, PHC(Packet Clearing House), 2016, 11.21 참조.

수하겠다고 합의하는 형태를 띠고 있다. 이들은 별도의 계약서나 협정서는 존재하지 않는다. 2011년의 99.51% 보다 상승한 수치를 기록했다. 협정 당사자들이 서로 동일한 조건을 주고받았으며 고객의 패킷 외에는 금전이나 그 외 어떤 것도 교환되지 않았다. 즉 ‘무정산’방식으로 이루어졌다.

한편 상호 대칭적 조건, 즉 동일한 조건으로 계약(구두/서면 포함)한 비율은 99.98%(1,935,111건)로 나타났다. 따라서 공식적 서면합의에 해당되는 0.07% 중 0.05%는 비공식적 구두합의의 내용과 동일하게 서로 대등한 조건으로 계약을 한 것으로 보인다. 즉 일반적인 대칭 관계에서 계약 당사자는 합의 또는 기타 요구 사항 없이 단순히 고객 경로를 서로 교환한다. 그렇다면 2016년 0.02%(403건)만이 비대칭적 조건으로 피어링 계약을 한 것인데 이는 2011년 0.27%에서 현격히 감소한 수치다. 우리나라가 조사대상에 포함되었는지는 확인할 수 없으나, 현행의 「상호접속고시」대로 라면 우리나라는 조사대상 중 지극히 예외라 할 수 있는 0.02%의 유형에 해당된다.

나. 트랜짓

해외의 경우, 인터넷망 상호접속은 대부분 정부의 규제 없이, 사업자 간 협정에 의해 이루어진다. 접속모델 선택의 기준은 협정당사자가 비용 절감, 접속품질 향상 등에 대한 자율적인 판단에 의존한다. ‘트랜짓’에서 상호접속의 대가인 ‘접속료’ 역시 시장에서 자율적으로 결정된다. 특히, ISP간 자율협상과 무정산(peering) 접속 방식이 확대되고 있으며, 트랜짓 비용은 갈수록 인하되는 것이 글로벌 추세다. 세계평균은 2015-2018사이 27% 떨어졌고 조금 비싼 싱가포르는 30% 떨어졌다. 상파울로처럼 비싼 곳은 45% 떨어졌다.⁴⁷⁾ 특히 2015년 싱가포르는 런던의 4배였으나, 2018년 2배로 낮아졌으며, 상파울로는 2015년 뉴욕의 13배 였으나, 2018년 4배로 떨어졌다. 최근 김성수 의원실 자료에 의하면 국내대형 CAP인터넷접속료가 2015-2018사이에 16%떨어졌다고 나오는데 원래 인터넷접속료는 매년 떨어지게 마련이다.⁴⁸⁾ 그러나 해당 자

47) <https://blog.telegeography.com/outlook-for-ip-transit-prices-in-2018> (2019.10.23.확인).

료의 산출근거 등이 정확하지 않아, 실제로 트랜짓 비용이 전가되어 CAP가 부담하는 접속통신료인지, ISP에 지불하는 비용만 추산한 것인지, CDN에게 지불하는 비용까지 합산한 것인지는 불분명하다.⁴⁹⁾

2. paid peering 논쟁 대두

가. 유럽통신사업자협회(ETNO:European Telecommunications Network Operators' Association)의 발신자 지불방식(SPNP: Send Party network Pay)

1) 주요내용

2012년 유럽통신사업자협회(ETNO)는 발신자지불방식(SPNP) 접속료 정산 모델을 제안한 바 있다. ETNO는 2012년 9월 ITU의 국제통신규제 조약(ITRs: International Telecommunication Regulations) 개정 논의⁵⁰⁾를 위한 회의(WCIT:World Conference on International Telecommunications)에서 QoS 기반 접속모델과 발신자지불방식(SPNP)을 중심으로 한 새로운 인터넷 상호접속모델을 제안하였다.⁵¹⁾ SPNP는 상업적 협상을 통해 인터넷 트래픽 발신자가 접속료를 착신 측에 지불하는 정산 모델이다. 유럽통신사업자협회(ETNO)는 SPNP방식을 주장하는 이유에 대하여 i)인터넷 접속료 정산이 이루어질 경우 비디오 스트리밍 등 비대칭 트래픽에 의존하는 CP들이 트래픽 효율화에 노력할 것이며, ii)망 사업자는 트래픽 처리를 위한 투자에 대한 적정 수익률을 기대할 수 있게

48) <https://n.news.naver.com/article/138/0002078078> (2019.10.23. 확인).

49) 또한 Telegeography 2018 자료에 의하면 실제 우리나라의 망 사용료는 Mbps당 9.22달러로서 미국의 4.3배, 유럽의 7.2배 정도이고, 일본의 2달러, 싱가포르의 1달러 39센트보다도 현저히 높다.

50) ITRs는 정보통신 및 서비스의 국제간 상호접속과 상호연동을 촉진하기 위한 구속력 있는 조약(treaty)으로서 국제적인 정보 흐름에 관한 일반적인 원칙을 담고 있으며 2015년 1월 개정안 발효를 목표로 개정논의가 진행중이었다.

51) ETNO, ITRs Proposal to Address New Internet Ecosystem, ETNO paper on Contribution to WCIT, 2012. 9.

된다고 하였다. 아울러 IP 상호접속 방식으로 무정산 기반 피어링을 사용하는 것은 트래픽 패턴이 대체로 대칭적일 때 가능하나, 이를 계속 사용할 경우 전송용량에 대한 투자 및 망의 품질에 악영향을 미치게 될 것이며, SPNP 확산 시 이러한 문제에 대응할 수 있게 된다고 한다. SPNP 방식은 비용발생에 책임이 있는 의사결정을 한 주체(인터넷의 경우 라우팅 테이블을 결정한 주체)를 분명히 함으로써 비용과 수익을 연계시키는 과금원칙을 촉진하게 될 것이라는 주장이다. ETNO는 SPNP 방식 도입을 강제화하자는 주장은 아니며 상업적 협상을 통해 적용되어야 한다고 주장하였다.

2) 진행경과

OECD는 2013년 1월 OECD 가맹국을 대상으로 한 인터넷 상호접속 협정체결 관행을 분석한 보고서를 발표한바 있다.⁵²⁾ 본 보고서에서는 회선교환(PSTN)에 적용되고 있는 발신자지불방식과 같은 규제방식이 인터넷 상호접속모델에 적용되는 것을 반대하고 있다. 본 보고서에 의하면 142,000여개의 피어링 협정을 분석한 결과 99.5%의 협정이 문서화된 계약이 없이 상호합의에 의한 것으로 밝혀지고 있다. 이와 같은 자발적 협정이 전세계적 보편적 연결을 가능하게 하였으며, 자발적인 협상에 기반을 둔 인터넷 상호접속(피어링, 트랜짓) 모델은 현재까지 아주 잘 작동되고 있다고 평가했다. 특히 각국 규제당국은 전통적인 회선교환에 적용되는 규제방식과 인터넷에 적용되는 자율규제방식 간에 분명한 선(bright line)을 그어야 하며, 인터넷 투자재원 확보를 이유로 강제적인 접속료 부과와 같은 규제개입을 피해야 한다고 했다.

EU의 전자통신규제기구 BEREC(Body of European Regulators for Electronic Communications)은 인터넷 상호접속에 관한 보고서(2012.12)을 발표하면서 트래픽 방향에 따른 접속료 지불방식 즉, “발신자부담방식(Sending Party Network Pays)”의 도입은 인터넷의 분산화되고 효율적인 라우팅 방식을 통한 정보전달에 근본적으로 충돌한다고

52) OECD, Internet Traffic Exchange Market Developments and Policy Challenges(Working Paper on Communication Infrastructure and Services Policy), Jan. 31st, 2013.

하였다.⁵³⁾ 동 보고서에 의하면 SPNP방식이 도입될 경우 첫째, 접속(access)을 제공하는 ISP는 설비를 이용하여 독점적 이윤을 추구할 것이고, 이는 규제개입을 필요로 하게 된다. 둘째 기술적으로는 인터넷망에서 트래픽 흐름을 정밀하게 측정·분석하는 시스템 추가 설치가 필요하게 된다. 셋째, SPNP 방식 도입은 인터넷 트래픽을 추적하여 과금해야 하고, 이러한 트래픽 측정 및 과금이 전체 가치사슬(value chain)에 걸쳐 일어나기 때문에 거래비용을 증가시키게 된다.

나. Netflix vs. Comcast

페이드 피어링(paid peering) 사례로, 특히 CAP가 ISP에게 망사용료를 쓴 만큼 많이 지불하여야 한다는 예시로 국내에 가장 많이 소개되는 사례이다. 따라서 사실관계에 대한 정확한 파악이 필요하다. 사실관계는 다음과 같다. 비디오 스트리밍 서비스를 제공하는 넷플릭스는 자신들이 제공하는 콘텐츠의 화질이 떨어지자 컴캐스트와 같은 ISP가 고의로 온라인 동영상 제공자의 트래픽 속도를 낮추었고 그 결과 동영상의 질이 저하되었다고 고소하였다. 이에 ISP는 동영상 화질의 저하는 컴캐스트에 의해 발생된 것이 아니라 넷플릭스의 과도한 트래픽으로 인한 혼잡이라고 주장하였다. 넷플릭스의 트래픽이 피크 시간대에 ISP트래픽의 34%에 이른다고 설명하였다.⁵⁴⁾ 이 주장은 옳다고도 할 수 있고 옳지 않다고도 할 수 있다. 어쨌든 넷플릭스는 결과적으로 넷플릭스와 컴캐스트를 직접 연결하여 정상적인 동영상서비스를 제공하는 것을 조건으로 컴캐스트에게 접속사용료를 지불하는 데 동의하였다. 넷플릭스는 컴캐스트와 이러한 ‘직접 연결 지불 약정(paid direct interconnection agreements)’을

53) IP 상호접속료는 접속점에서의 용량(capacity)기준으로 결정되며 용량기준 접속료는 착신지나 발신지를 구분하지 않는다. 이러한 관점에서 end-to-end SPNP 방식을 데이터 전송에 적용하자는 것은 분산화를 기반으로 효율적 라우팅을 추구하는 인터넷의 데이터전송 원칙에 완전히 위배되는 제안이라고 하였다. BEREC, An assessment of IP interconnection in the context of Net Neutrality, 6 Dec. 2012.

54) <https://www.usatoday.com/story/tech/columnist/komando/2014/09/05/3-netflix-secrets-you-need-to-know/14916013/> and <https://www.nytimes.com/2014/02/24/business/media/comcast-and-netflix-reach-a-streaming-agreement.html> (2019.10.22.확인).

한 뒤, 버라이즌(Verizon)과 다른 중요 ISP들과도 넷플릭스의 동영상 서비스가 정상적으로 제공되도록 이러한 약정을 체결하였다. 이후 컴캐스트 및 넷플릭스와 약정을 체결한 다른 ISP 모두로 부터 제공되는 넷플릭스의 동영상의 화질이 월등히 향상되었다. 2013년 말에 넷플릭스의 화질은 최하였으나, 넷플릭스가 ISP들과 직접 접속약정을 체결한 뒤 화질은 지속적으로 향상되었다.⁵⁵⁾

중요한 것은 넷플릭스의 콘텐츠가 최종이용자에게 전달되는 과정이다. CAP의 콘텐츠는 ISP를 통해 최종 소비자에게 전달된다. 그 과정은 크게 두 가지 방식이다. 우선 CDN(Content Delivery Networks)를 이용하는 것이다. 또는 ISP와 직접 접속하는 것이다.

CDN을 이용하는 방식에 의할 경우 CAP는 CAP의 콘텐츠를 호스팅하는 서비스를 제공하는 Akamai와 같은 CDN제공자들에게 비용을 지불한다. CDN은 ISP로 CAP의 콘텐츠를 전달해 준다. 이러한 약정 하에서 CDN은 그들이 보내주는 콘텐츠를 송신하는 대가를 ISP에게 지불한다. 즉 ‘CAP(ex.넷플릭스)- CDN(ex.Akamai, level 3) - ISP(ex.컴캐스트) - 이용자’ 방식이다. 비용 지불 계약은 두 단계로 이루어진다. CAP(ex.넷플릭스)와 CDN(ex.Akamai)간에(CAP가 CDN에게 비용 지불), 그리고 CDN(ex.Akamai)과 ISP(ex.컴캐스트)간에(CDN이 ISP에게 비용지불) 이루어진다.

‘넷플릭스 - 컴캐스트’사례의 경우, ‘레벨3’라는 CDN사업자가 존재한다. ‘레벨3’라는 ISP는 CDN기업을 인수하여 넷플릭스의 콘텐츠를 호스트 하였다. 컴캐스트는 다른 CDN에게 요구하듯이 레벨3(level 3)에게 넷플릭스 콘텐츠를 호스팅하여 부하된 트래픽에 대한 접속비용을 요구한 것이다. 그런데 레벨3는 이러한 지불 요청을 수용하지 않았고 컴캐스트는 망을 단절시켰다. 이후 넷플릭스는 여러 전략을 시도한 후에, 결국 컴캐스트의 서버에 넷플릭스의 콘텐츠 제공을 직접 연결하는 조건으로 넷플릭스와 지불계약을 합의하였다. 즉 넷플릭스가 자체 구축한 CDN(Content Delivery Network)인 오픈커넥트(OpenConnect)를 직접 ISP와 연결한 것이다. 여기서 넷플릭스는 CAP가 아닌, CDN제공자로서 계약이다.

55) <https://qz.com/256586/the-inside-story-of-how-netflix-came-to-pay-comcast-for-internet-traffic/>(2019.10.22. 확인).

우리나라 현행 「상호접속고시」에서 규정하고 있는 ISP 간의 상호정산이 ‘무정산’에서 ‘상호정산’으로 변경된 것을 뒷받침하기 위한 사례로 이 사례는 적절하지 않다. 우리나라도 CDN와 ISP간의 망 이용계약은 유효하며 현재까지 정부 개입 없는 완전한 사적자치, 계약자유다. 다만, 과거 정통부가 이용약관의 신고 또는 인가를 통해 간접적으로 관여할 뿐이다. CAP 또는 CDN과의 망 이용계약과 동등계위 ISP간의 피어링은 다른 문제이다. 본 고에서는 우리나라 동등계위간 ISP에 대하여 ‘상호 정산’이라고 규정한 것이 바람직한지에 대하여 검토하고자 한다. 일각에서는 이러한 사례를 근거로 “해외 사례처럼 ISP가 망 접속을 단절할 수 있는 권한도 부여돼야 한다”⁵⁶⁾는 주장을 하기도 한다. 그러나 이에 대해 마치 우리나라는 그렇지 않은 것처럼 오해하는 것은 잘못된 발언이다. CAP든 최종 이용자든 간에 인터넷 이용요금을 납부하지 않으면 접속이 차단된다. 다만 이러한 주장이 ISP와 ISP간의 상호접속의 단절권한 부여를 의미하는 것이라면 정말 신중해야 할 문제다. 국가로부터 특허를 통해 독점력을 부여받은 소수의 ISP 즉 기간통신사업자의 속성상, 기간통신사업자에게 상호접속 의무를 부여한 전기통신사업법을 전면 부정하는 것이기 때문이다. 우리 전기통신사업법은 “기간통신사업자의 획정된 단위시장에서 전년도 매출액을 기준으로 한 시장점유율이 가장 높은 기간통신사업자로서 과학기술정보통신부장관이 시장규모, 이용자 수, 경쟁상황 등을 고려하여 고시로 정하는 사업자는 전기통신설비의 상호접속을 요청받으면 협정을 체결하여 상호접속을 허용하여야 하는 의무”를 진다.⁵⁷⁾

56) <http://www.ddaily.co.kr/news/article/?no=185600> (2019.10.22. 확인).

57) 전기통신사업법 제39조(상호접속) ① 전기통신사업자는 다른 전기통신사업자가 전기통신설비의 상호접속을 요청하면 협정을 체결하여 상호접속을 허용할 수 있다.

② 과학기술정보통신부장관은 제1항에 따른 전기통신설비 상호접속의 범위와 조건·절차·방법 및 대가의 산정 등에 관한 기준을 정하여 고시한다.

③ 제1항과 제2항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 기간통신사업자는 제1항에 따른 요청을 받으면 협정을 체결하여 상호접속을 허용하여야 한다.

1. 다른 전기통신사업자가 전기통신역무를 제공하는 데에 필수적인 설비를 보유한 기간통신사업자
2. 기간통신역무의 사업규모 및 시장점유율 등이 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 기간통신사업자

3. 현행 「상호접속고시」의 문제점

피어링의 본질은 당연히 ‘무정산’방식이다. 피어링은 접속에 따른 비용이 유사함을 전제로 하는 것이기 때문이다. 동일 계위의 경우 상호접속 과정에서 접속사업자가 향유할 수 있는 상대사업자의 보유 가입자 수, IP address, 교환 트래픽 양 등 상호 편익이 거의 유사하다. 피어링이 대부분 동일 계위의 ISP간에 이루어지는 이유다. 따라서 통신 접속료는 무정산이며, 별도의 규정이 없는 한 피어링을 하기로 한 각 ISP는 직접접속점 구성과 유지에 수반되는 설비비용의 50%를 부담하도록 하여 결국 상호무정산하는 것을 권장하고 있다. 그러므로 실제 피어링을 하려는 사업자들은 자사와 피어링을 할 수 있는 사업자의 자격을 사전적(ex-ante)으로 Peering Policy를 통해 정해 놓는다. 피어링을 위한 가치의 동등성 판단을 위한 기준을 peering policy라고 하며 peering policy는 사업자가 주관적으로 판단하여 결정하나 대체로 망의 규모를 주요 평가요소로 하며 망 규모가 동등하다고 판단될 경우 피어링 후보로 간주하게 된다. 망 규모의 동등성 판단기준은 i)지리적 범위(geographic Spread),⁵⁸⁾ ii) 트래픽 양, iii) 트래픽 비율,⁵⁹⁾ iv)가입자 수, v)마케팅 측면⁶⁰⁾ 등이다.

일각에서는 “무정산은 Peering의 정의라기보다는 Peering의 결과적인 속성을 반영한 것이며 정산을 하는 것과 하지 않는 것으로 인한 수익성에서의 결과는 동일하다. 즉 정산을 하지 않아도 순수익은 0이고 정산을 하여도 순수익이 0이기 때문에 결과는 동일하다”고 한다.⁶¹⁾ 그러나 이는 우리나라 ISP측의 주장과 상반된다. 방송통신위원회가 발주하고, (사)미디어미래연구소에서 수행한 「ISP-CP간 분쟁 이슈에 대한 이해관계자 입장」 연구결과 중 'ISP-CP간 분쟁 이슈에 대한 이해관계자 입장'에서 국내 ISP의 인터뷰 결과를 정리한 'ISP 입장'은 다음과 같이 기술하고 있다.⁶²⁾

58) 잠재적 피어링 대상자에게 지리적으로 다양한 장소에 복수의 link 구축을 요구하는 것이다.

59) 일정수준의 트래픽 비율 요구가 일반적이며, 트래픽 비율은 일반적으로 2:1~1.5:1이다.

60) 현재 트랜짓 고객이거나 잠재적인 트랜짓 고객은 피어링 거부하는 것이 일반적이다.

61) 권오상 외, 인터넷전용회선 및 IDC 요금에 대한 사후 규제 방안 연구, 24면, 방통융합정책 연구 KCC-2018-43, (사)미디어미래연구소, 24면.

“(상호정산방식으로) 제도 개정 이후, CP 시장의 과도한 단가 인하 경쟁은 완화되었으나,……과거 동일 계위 간 접속료 무정산 방식 적용으로 인해 망 투자비 회수 불가능, 시장질서 혼란, 도소매 가격 왜곡 및 사업자 간 부당한 차별 등의 다양한 문제가 발생한 바 있다. 현재 트래픽 기반 정산 방식(상호정산)은 접속제공 대한 정당한 대가 수취를 통해 ISP의 망 투자비 회수 기반이 관련되어 망 투자 요인을 제공하고 네트워크 인프라 강화를 유도하는 등 긍정적인 측면이 존재한다.”

위 ISP 입장에 의하면, 정산구조의 변경(무정산→상호정산)으로 ISP간 CAP에 대한 단가인하경쟁은 완화되었다고 한다. 즉 정산구조 변경 전에는 ISP간에 CAP유치를 위해 단가인하 경쟁이 존재했음을 의미한다. CAP입장에서는 트래픽 비용 인하를 의미한다. 단가인하경쟁이 완화되었다는 것은 결국 CAP에 대한 요금인상을 의미하는 것이므로 이는 정산구조의 변경(무정산→상호정산)으로 CAP에 대한 접속통신료가 인상되었음을 스스로 인정하는 것이다.

또한 현재의 ‘상호정산’방식으로 인해 접속제공에 대한 정당한 대가 수취가 가능하고 망 투자비 회수기반이 마련되었다고 한다. 결국 상기 보고서 ISP 인터뷰 결과에 의하면 ‘무정산방식’에서 ‘정산방식’으로 변경됨으로서 ISP의 수익성을 높여 주었다는 것이다. 이론적으로 피어링 관계에 있는 ISP간 상호정산을 하든 안하든 정산결과가 “0”일 수밖에 없는 데도 불구하고, ISP의 수익성이 「상호접속고시」의 개정으로 향상되었다면, 이는 ISP가 ‘상호정산’을 빌미로 CAP의 접속통신료를 올렸다는 추측이 가능하다. ISP의 수익성은 이용자(end-user)에게 부담시키는 과금(통신료)가 증가되지 않는 한, CAP의 접속통신료 상승으로부터 비롯될 수밖에 없다(ISP가 별도 부가통신사업을 통해 수익구조를 현격히 향상시키지 않았다는 것을 전제로 함). 정산구조의 변경(무정산→상호정산)이 결국 국내 사업자의 접속통신료(망사용료) 인상에 영향을 미친 것이다. 이와 관련하여 2016년 국감에서 박홍근 의원이 미래부를 통해 제출받아 제시한 자료에 의하면, 통신 3사는 고시 개정 전인 2015년 한 해 동안

62) 권오상외, 앞의 보고서, 88면.

416억 원의 인터넷 접속료 수익을 득하였으나, 개정고시가 시행된 2016년 7월 이미 2015년의 97% 수준에 해당되는 401억 원의 수익을 기록하였다고 밝힌바 있다.⁶³⁾

‘무정산’이 피어링의 보편타당한 개념적 속성이 아니고 결과적 속성에 불과하다 할지라도 시장의 본질상 이러한 속성에 위배되는 규범을 정부가 강제로 설정하는 데에는 타당한 이유가 있어야 한다. 그러나 정부가 주도적으로 고시를 개정하여 ISP간 상호정산방식을 강제한 이유가 오로지 ISP의 수익보전이어서는 안 되며 더 강력한 공익적 이유가 담보되어야 한다. 과거 미래창조과학부(현 과학기술정보통신부)가 상호접속을 무정산에서 상호정산 구조로 전환한 것은 대용량 트래픽을 유발하는 CP에게 적절한 대가를 받을 수 있는 구조를 만들기 위함인 것이다.⁶⁴⁾ 그러나 대가의 ‘적절성’에 대한 합리적 검증방식을 규율하지 않았다. 또한 ISP가 브로드밴드시장에 우위를 차지하기 위해 전략적 차원에서 손실을 감수하고 특정 CAP를 유치할 수 있다는 변수도 감안하지 않았다. 그 결과 ISP는 구글/유튜브, 페이스북 등에 대하여는 손실을 감수하고 유치한 뒤, 오히려 국내사업자 중심의 트래픽 대가에서 그 손실을 보존하고자 한 것이다. 결국 국내·외 CAP간 공정한 경쟁에 있어서 왜곡이 발생하게 된다. 그러나 글로벌 대형 CAP를 유치함으로써 가계 통신비의 과다에도 불구하고 ISP는 가입자 유치에 성공했으므로, ISP가 손실을 감수한 것인지는 의문이다. 그 결과 국내 CAP가 겪어야 하는 불공정 경쟁은 부인할 수 없다. 결국 어떠한 나라도 규제하지 않는 피어링에 대하여 정부가 적극 개입하여, 피어링의 본질적 속성에 위배되는 ‘상호정산(paid peering)’방식을 규정함으로써 반경쟁적 환경을 조성한 것이다.

63) http://m.zdnet.co.kr/news_view.asp?article_id=20161007084520&re=zdk#imadnews (2019.10.25. 확인) 박홍근 의원에 따르면 올 초 고시 시행 이후 기간통신3사들은 트래픽 사용량이 많은 국내외 CDN업체와 CP 업체들을 1차 타깃으로 삼아 가격 인상을 압박하고 나선 것으로 알려졌다. 기간통신망 3사들이 올해부터 시행된 전기통신설비의 상호접속기준 고시 개정안을 근거로 약 60~70% 인상된 망 비용을 요구한다는 것이다. 특히 “미래부가 제대로 된 의견수렴이나 영향분석 없이 고시를 개정하는 바람에 국내 동영상 사업자들이 고사 위협에 직면하게 됐다”고 지적했다.

64) 법제처 법령정보시스템에는 제개정 배경에 그 사유가 명시되어 있지 않다. [http://www.law.go.kr/행정규칙/전기통신설비의상호접속기준/\(2014-73,20141105\)](http://www.law.go.kr/행정규칙/전기통신설비의상호접속기준/(2014-73,20141105)) (2019.10.25. 확인).

특히 국내 ISP는 CDN사업에서도 고전을 면치 못하고 있다. CAP들은 국내 ISP보다는 국내·외 CDN을 이용한 트래픽 처리를 원하고 있어 ISP의 인터넷전용회선 및 IDC 포트 매출 하락의 원인이 되고 있다.⁶⁵⁾ 결국 ISP는 CAP의 트래픽을 유치한 CDN으로부터 지불받는 대가를 인상하게 되고 초기시장의 자본력이 부족한 국내 중소 CDN은 이러한 압박을 이기지 못하고 시장퇴출이나 고사 할 수밖에 없다. 결국 거대 자본을 가진 AWS, Akamai 등에게 국내 CDN시장이 주도되는 결과를 초래하게 된다. 현행 고시의 ‘상호정산’방식은 ‘무정산’이라는 피어링의 결과적 속성에 위배되며 궁극적으로 CAP간 공정한 시장경쟁에 왜곡을 가져왔다.

IV. 상호접속제도 개선방안

1. ISP간 피어링 무정산 방식 회복

상호접속과 관련하여 사업자는 통신망 간 접속 시 동등·투명·적시 및 합리적인 접속을 구현함으로써 이용자의 편익 및 통신사업의 효율성 증진을 도모하여야 한다.⁶⁶⁾ 이를 가장 잘 반영한 접속방식이 피어링이다. 대등한 관계에서 구두만으로도 합의가 가능하므로 그 투명성은 어떠한 접속방식보다도 우수하다. 트랜짓 접속형태의 경우 불평등 관계를 전제로 하므로 독점과 불공정의 위험이 내재되어 있고 이와 관련해서는 분명히 규제의 필요성이 인정된다.⁶⁷⁾ 따라서 트랜짓(중계)접속료에 대한 분쟁 시 최대한 시장 자율적 해결을 유도하되, 중계접속에 따른 원가의 산정

65) 권오상 외, 앞의 보고서, 85면.

66) 상호접속고시 제4조(접속의 기본원칙).

67) Philip Smith, Session 11: IP network interconnections, peering, and transit, ITU Asia-Pacific Centre of Excellence Training On “Traffic engineering and advanced wireless network planning”, 17-19 October 2018, Suva, Fiji, p.46 https://www.itu.int/en/ITU-D/Regional-Presence/AsiaPacific/SiteAssets/Pages/ITU-ASP-CoE-Training-on-itu-asp-coe-te-session11_peerिंग_transit_network_design.pdf (2019.4.27. 확인).

과 관련된 기준검토 등 정부의 조정기능이 작동되는 매커니즘의 마련이 필요하다는 주장⁶⁸⁾이 제기되기도 한다.

우리나라는 동등계위 ISP간 접속통신료 정산에 대하여 처음에는 전혀 규제하지 않았다. 이후 2008년 제정된 「상호접속고시」⁶⁹⁾에서 접속통신료 정산방식에 대하여 동일계위 간 정산하지 않는 ‘무정산방식’을 규정하였다(제46조제1항). 피어링의 속성에 비추어 볼 때 굳이 법령에 규정하지 않아도 협정에 의하여 무정산방식을 채택하였을 것이라고 추측하겠지만 이렇게 ‘무정산’방식을 행정규칙에 명확히 규정한 것은 당시 시장상황이 동등계위 ISP간 공정 경쟁이 곤란한 상황이었을 것으로 추측된다. 이러한 상황은 고시 제정 배경에는 나와 있지 않으나 일부 연구자료 의하면 “국내 인터넷 상호접속제도는 고속인터넷이 기간통신역무로 편입(04.7월)되어 시장이 확대되고, 사업자간 경쟁심화에 따른 접속거부, 회선단절 등 불공정행위로 인한 사업자간 분쟁이 지속됨에 따라 05년 1월 인터넷망간 상호접속 의무부여, 접속호 및 접속조건에 따른 접속료 정산방식 등을 규정한 인터넷망 상호접속기준을 마련하였다”고 기술하고 있다.⁷⁰⁾ 즉 실질적으로 동등계위의 요건을 충족하는 복수 ISP가 자율적으로 존재하기 보다는 ISP간 접속거부, 회선단절 등 불공정행위에 대한 규제필요성이 더 시급했던 것이다. 우리나라의 경우 통신업 자체가 시장자율이 아니라 국가가 그 시장형성에 적극 관여한 특성이 있는 바, 특정 ISP의 지배력이 강력하여, 유효경쟁을 형성해 가는 과정에서 공정한 경쟁환경 조성을 위해 ‘무정산’ 방식을 행정규칙인 「고시」에 규정한 것이라고 생각된다. 따라서 다른 나라와는 달리 무정산 방식을 법령에 규정해 놓은 것은 일응 그 타당성이 인정된다. 그러나 2014년 개정(2016년 시행)을 통해 이러한 무정산 방식을 폐기하고 동등계위 ISP간 상호정산방식으로 변경한 것은 앞서 언급하였듯이, ISP간 CAP에 대한 유치경쟁을 억제시키고, CAP가 지불하는 접속통신료를 증액시켜 ISP의 수익구조를 향상시키고자 정부가 특단의 조치를 취한 것으로밖에 이해될 수 없다.

68) G. H. Lee, “Network Neutrality Regulation in the Broadband Market in Korea”, Korean tele communications policy review, 14, 4, 2007.

69) 시행 2008. 6. 4. 방송통신위원회고시 제2008-86호, 2008. 6. 4., 제정.

70) 이상우 외, 앞의 논문, 125면.

이는 다음과 같은 측면에서 타당하지 않다. 첫째, 정부가 인위적으로 개입하여 CAP의 유치경쟁을 인하시킨 것이다. ISP는 인기 있는 CAP를 유치해야 가입자에게 만족스런 서비스를 제공할 수 있다. 최종소비자는 콘텐츠서비스를 누리기 위해 통신비를 지급하는 것이고, 고품질 혹은 인기 있는 콘텐츠 서비스는 경쟁을 통해 생성된다. 그러나 동등계위 ISP간 상호정산방식으로 규정함으로써, 인기 있는 CAP를 유치한 ISP는 오히려 더 많은 정산료를 다른 ISP에게 지불해야 한다. 이러한 상황에서 ISP는 당연히 인기 있는 CAP의 접속을 꺼리고, 결국 망 접속이 필요한 CAP는 그 지불비용의 협상에서 '을'로 전락하게 된다. 정부가 인위적으로 개입하여 특정 시장의 경쟁을 억제할 때에는 특히 국제적 관행과 다른 규범을 설정할 때에는 그 타당성이 인정되어야 한다. 정부가 ISP의 수익구조를 향상시키는 데에만 치중하여 이러한 경쟁구조를 왜곡시킨 것이다. 둘째, 국내 CAP의 접속통신료만 증가시켜 동일서비스를 제공하는 해외 사업자와 공정한 경쟁을 할 수 없는 환경이 조성되었다. 결국 비용부담으로 인한 피해는 고스란히 국내사업자에게만 전가되면서 CAP간 공정경쟁을 저해하였다. 따라서 현재의 동등계위간 ISP 정산방식을 과거의 무정산 방식으로 회귀하는 것이 타당하다.⁷¹⁾

2. CAP에 대한 망 비용 전가 신중

Netflix vs. Comcast 사례는 앞서 언급하였듯이 ISP간의 paid peering사례가 아니라 CAP가 CDN으로서 ISP와 '직접 연결 지불 약정(paid direct interconnection agreements)'을 체결한 사례이다. 이에 대하여 미국에서도 페이드 피어링을 뒷받침하는 사례라기 보다는 오히려 '망중립성'이나 '반경쟁'적 쟁점으로 논의되는 것 같다. 2017년 12월 FCC에 의해 망중립성 원칙이 폐기되기 전에 망중립성 하에서 이러한 직

71) 최근 과기정통부는 개선안으로 ISP 간 접속대가 산정 기준인 트래픽 비용 기준을 1:1.8로 바꾸며 ISP간 상호접속에 따른 접속료 발생 가능성을 낮추었다. 최근 1년간 대형 통신사 간 월 별 트래픽 교환비용은 모두 1:1.5를 밑돌았으므로 1:1.8로 바꿀 경우 거의 무정산 방식으로 회귀하는 것이라고 하나, 그렇다면 무정산방식으로 변경하면 되지, 왜 굳이 '정산방식'을 유지하는지 의문이다.

접지불약정의 규제될 필요가 있는지에 대하여 많은 논쟁이 있었다.⁷²⁾ 다만 망중립성 원칙이 폐기되기 전에도 이러한 '직접 연결 지불 약정(paid direct interconnection agreements)'을 규제하고 있지는 않았다. 그 이유로 망중립성 원칙은 백본산업이 아니라 단대단(in the last mile) 차별을 규율하는 것이기 때문이다. 또한 백본산업에서 '접속'은 전형적인 재화나 서비스로 분류되었고, 서비스의 혜택을 누리는 자가 대가를 지불하는 것은 당연한 것으로 여겨졌다. 그러나 '직접 연결 지불 약정(paid direct interconnection agreements)'은 잠재적으로 반경쟁 이슈를 야기할 수 있다. 대부분의 CAP는 ISP에 대한 협상력이 약할 수밖에 없다. 따라서 '직접 연결'이 CAP가 제공하는 콘텐츠를 이용하지는 않지만 ISP의 인터넷 서비스를 이용하는 다른 이용자들에게도 혜택이 되는 경우, 즉 CAP의 콘텐츠와 무관한 경우조차도 CAP는 비용을 기꺼이 지불할 수밖에 없다. 더욱이 ISP가 '직접 연결 지불 약정(paid direct interconnection agreements)'의 대상을 선정함에 있어서 특정 CAP와는 체결하지 않는다면 즉 ISP가 자기 마음에 드는 CAP하고만 체결한다면 궁극적으로 망중립성을 무용화시킬 수 있다. ISP시장에서 경쟁의 결핍은 그러한 상황을 악화시킬 수 있다. '직접 연결 지불 약정(paid direct interconnection agreements)'에서 사용료는 CAP의 부담이며 이는 콘텐츠의 질을 악화시킬 수 있다. 특히 중소 또는 신규 CAP들은 '직접 연결 지불 약정(paid direct interconnection agreements)'에서 더 높은 비용을 지불할 수밖에 없고, 결국 이들의 콘텐츠 시장진입을 막아 혁신과 콘텐츠 다양성에 부정적 영향을 미치게 될 것이다.

FCC의 망중립성 철회결정에도 불구하고 망중립성을 부활시키려는 미국 내의 움직임은 적극적이다. 일례로 캘리포니아는 더 강력한 망중립성을 목표로 하는 법안(law S.B. 822)을 통과시켰다. 이 법은 ISP가 상호 접속비용을 부담한 CAP와 그렇지 않은 CAP간 차별에 대하여 망중립성 원칙 위반으로 규제하고 있다. 또한 CAP에게 망 비용을 전가하는 '직접 연결 지불 약정(paid direct interconnection agreements)'이 네트워크

72) Level 3 Communications의 Michael Mooney 역시 유사한 주장을 하였다 <https://gigaom.com/2014/03/18/level-3-gets-the-problems-of-peering-fights-so-right-and-then-so-wrong/> (2019.10.25. 확인)

투자유인 및 콘텐츠 다양성에 미치는 영향과 이러한 영향이 사회복리에 기여하는가에 대하여 경제학적으로 분석한 연구결과에 의하면,⁷³⁾ 이러한 약정이 ISP의 ‘망 투자 유인’에는 긍정적일 수 있으나, CAP의 콘텐츠 다양성에 대한 투자는 저하시킨다고 한다. 그리고 전체적으로 사회복리에 미치는 영향은 모호하고 불확실하다.

3. 네트워크 국제경쟁력 확보

현재 대형 글로벌 CAP에게 국내 사업자와 동일 수준으로 망 이용 대가를 지불토록 요청하는 것은 거의 불가능하다고 본다. 앞서 언급하였듯이 글로벌 대형 CAP의 서비스의 경우 통신사들은 국제회선 비용 부담을 회피하기 위해 캐시서버 설치를 지원하며 우대하고 있기 때문이다.⁷⁴⁾ 이러한 현상이 발생하게 된 근본적 원인중 하나는 국내 ISP의 국제망이 부족하기 때문이다. 국제망 1계위(Tier-1) ISP는 자신의 인터넷 백본 네트워크 망을 가진 사업자로 자체 백본망을 이용하여 글로벌하게 트래픽을 제공할 수 있는 사업자를 의미한다.⁷⁵⁾ 소위 국제 1계위 ISP는 자사의 가입자에게 서비스를 제공함에 있어 타 ISP에게 Transit 서비스를 비롯 일정한 대가를 지불 하고 접속할 필요가 없으며, 자사의 필요에 따라 Peering 접속만으로 완전한 연결(Full Connectivity)이 가능하다. 반면

73) Kim, Soo Jin, Direct Interconnection and Investment Incentives for Network Capacity and Content Diversity (December 24, 2018). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2872908> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2872908> (2019.10.22. 확인).

74) 실제 국내 앱서비스 데이터 사용량 상위 5개 업체인 유튜브, 페이스북, 토렌트, 크롬, 인스타그램 등 해외에 기반을 둔 사업자 다수 포함되어 있다. 그 중에서 유튜브는 15만 TB로 압도적이다. 이는 나머지 2위~25위 사업자들의 트래픽을 모두 합한 양보다 많으며, 트래픽 비중 높은 동영상분야 광고 수익도 유튜브와 페이스북이 국내 포털사를 압도하고 있다.

75) 국제망 Tier-1 ISP가 가지는 특징은 다음과 같다. 1) 비슷한 규모의 네트워크를 통해 트래픽을 전달할 때에는 비용을 지불하지 않는다. 즉, 피어링에 있어서 무정산 방식이다. 2) 그들은 피어링 관계를 통해서만 전체 인터넷 라우팅 테이블에 액세스 한다. 즉 트랜짓을 할 필요가 없다. 3) 그들은 하나 이상의 대륙에서 피어링한다. 4) 그들은 대양 횡단 해저 광케이블을 소유하거나 임대한다. 5) 그들은 전 세계에 있는 고객 및 피어 사업자와 패킷을 주고받는다. Winther M. Tier 1 ISPs: What they are and why they are important, 2006 IDC, 2006.5, p.4.

국제망 2계위(Tier-2) ISP는 자신의 인터넷 백본 네트워크 망을 가지고 있지 않지만 1계위와 연결되어 최종이용자에게 네트워크를 제공하는 사업자라고 할 수 있다. 이러한 사업자는 Peering 접속을 하면서도 일부는 Transit구매를 하여 완전한 연결을 확보하는 사업자이다. 우리나라의 KT가 여기에 해당된다. 국제망 3계위(Tier-3) ISP는 2계위와 같이 인터넷 백본 네트워크 망을 가지고 있지 않으며, 1계위와 2계위에 연결되어 최종 이용자에게 네트워크를 제공하는 로컬 사업자라고 할 수 있다. 이들은 Transit 구매를 통해서만 서비스를 제공할 수 있다.

국내 ISP가 글로벌 CAP의 서비스를 제공하기 위해서는 국내 서버에서의 트래픽 전송형태 대신 자체적으로 해외에서 트래픽을 유입하여야 하는데, 국내 ISP들의 해외망 용량은 매우 부족하다. 캐시서버를 국내에 두기 전 구글 등 글로벌 CAP의 트래픽을 가져오기 위해서는 국내 ISP가 미국 1계위(Tier 1)사업자에게 Transit 비용을 지불해야 하는 구조였다. 예를 들어 글로벌 대형 CAP의 경우, 미국에서 발신하여 국내에 착신하려면 미국 대형 ISP와 CAP의 IDC간 연동을 하고 미국 대형 ISP에게 Transit 서비스를 요청한 대역으로 한국 ISP가 구축한 해외망을 통해 국내에 착신하게 된다. 트래픽이 증가하게 되면 한국 ISP의 해외망에 혼잡이 발생할 수 있으며 트랜짓 비용은 한국 ISP가 부담하게 된다. 그러나 글로벌 대형 CAP를 위해 국내에 캐시서버를 두면 해당 트래픽만큼은 국제회선을 이용하지 않아도 되기 때문에 국제회선비용 절감 효과 있게 된다. 2009년 스마트폰 출시 이후 글로벌 동영상사이트 이용의 확산으로 트래픽이 급증하였고 결국 현재는 국내 캐시서버를 두어 국제 회선 이용에 따른 부담을 줄이고 있는 상황인 것이다.⁷⁶⁾

이러한 상황에 비추어 볼 때 네트워크의 국제경쟁력 확보를 위한 정책의 우선순위를 다시 고민해야할 시기라고 볼 수 있다. 5G의 세계최초 상용화도 중요하지만, 1계위 국제망 진입을 위한 네트워크 정책이 절실히 요구된다. 아시아에서 일본과 싱가포르, 홍콩, 인도 등은 각각 1계위 국제망 사업자를 보유하고 있다. 인터넷의 탈국경성에 비추어 볼 때 1계위 국제망 사업자도 없는 대한민국이 과연 세계 최고의 IT강국/네트워크 강

76) 권오승 외, 앞의 보고서, 68면.

국이라고 할 수 있을지 의문이다.

표 3. 국제망 1계위 사업자 목록

| 사업자 | 소속국가 | AS number |
|---|------|------------------------------|
| AT&T | 미국 | 7018 |
| CenturyLink (formerly Level 3, Qwest, Savvis, Global Crossing, TW Telecom and Exodus) | 미국 | 209 3356 3549 4323 |
| Deutsche Telekom Global Carrier | 독일 | 3320 |
| GTT Communications, Inc. (formerly Tinet, nLayer, Hibernia Atlantic and Interoute) | 미국 | 3257 4436 5580 8928 |
| KPN International | 네덜란드 | 286 |
| Liberty Global | 영국 | 6830 |
| NTT Communications (America) (formerly Verio)[| 일본 | 2914 |
| Orange (OpenTransit) | 프랑스 | 5511 |
| PCCW Global | 홍콩 | 3491 |
| Sprint (SoftBank Group) | 일본 | 1239 |
| Tata Communications (formerly Teleglobe) | 인도 | 6453 |
| Telecom Italia Sparkle (Seabone) | 이탈리아 | 6762 |
| Telxius (Subsidiary of Telefónica) | 스페인 | 12956 |
| Telia Carrier | 스웨덴 | 1299 |

| | | |
|--|----|------|
| Verizon Enterprise Solutions (formerly UUNET and XO Communications)[| 미국 | 701 |
| | | 702 |
| | | 703 |
| | | 2828 |
| Zayo Group (formerly AboveNet)[| 미국 | 6461 |

출처: https://en.m.wikipedia.org/wiki/Tier_1_network# (2019.10.25. 확인)

한편 미국의 경우 과거에 CAP는 통상 자체 네트워크를 보유하고 있지 않았기 때문에 인터넷에 접속하기 위해서는 ISP로부터 액세스를 제공받았다. 그러나 최근에는 글로벌 대형 CAP가 자체적으로 글로벌 네트워크를 구축한다.⁷⁷⁾ 특히 구글은 2021년까지 클라우드 서비스를 위해 새 해저케이블 3개와 5곳의 데이터센터를 추가하기로 했는데 새로 구축되는 케이블 3곳 중 칠레와 로스 앤젤레스를 연결하는 길이 6200마일(9978 km)의 전용 케이블 ‘퀴리’는 통신사가 아닌 기업이 설치한 최초의 대륙간 케이블이다.⁷⁸⁾ 페이스북 역시 구글과 손잡고 새로운 아시아 해저 케이블에도 투자한 바 있으며, 마이크로소프트는 1초당 테라비트 이상의 데이터를 전송할 수 있는 태평양 횡단 광케이블을 장기 임대했고 새로 자체 광케이블망도 구축하고 있다. 아마존도 클라우드 시장이 급성장하면서 지난해 26억 달러를 망 구축에 썼다고 한다.⁷⁹⁾⁸⁰⁾

우리나라에서는 앞서 언급하였듯이 망사업 자체가 허가(강학상 특허)

77) 구글은 2008년 일본~미국 캘리포니아를 연결하는 해저케이블 구축에 투자한 이후 현재까지 구축한 망은 10만마일 이상이라고 한다. 미국 4위 통신사인 스프린트가 운영하는 망보다 6만마일 이상 길며, 구글이 구축한 망은 이미 전 세계 인터넷 트래픽의 25%를 처리하고 있고 그 중 절반 이상이 유튜브 트래픽이라고 한다.http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?art_id=201801171646001#csidx5c2bc5d31116e97976f3533a993dcbc (2019.10.24. 확인.).

78) 최근 구글 클라우드 코리아 커스터머 엔지니어링 총괄은 "하나의 리전(특정 지역 클라우드 데이터센터)이 만들어지면 모든 리전을 전용망으로 연결하는 것이 구글의 표준"이라고 밝힌바 있다.

<https://www.hankyung.com/it/article/201909253376Y> (2019.10.24. 확인.).

79) http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?art_id=201801171646001#csidx67d13b33e62f2ec881586ab64ddd2f5

80) http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?art_id=201801171646001 (2019.10.24.).

사업이기 때문에 실제로 구글과 같은 글로벌 CAP가 하듯이 국내 CAP가 망 구축하는 것 자체가 곤란하다. 글로벌 CAP의 이러한 비즈니스 강세에 비추어 볼 때 현재 통신사 수익 보호 중심의 네트워크 정책으로는 우리나라의 CAP산업뿐만 아니라 '네트워크' 산업도 위태로와 질 수 있다.

V. 결론

본 논문은 ISP간 접속통신료 정산과 관련된 「상호접속고시」 규정의 적합성에 대하여 국제적 기준과의 정합성 차원에서 고찰하였다. 우선 동일계위의 ISP 간 접속통신료는 국제적 기준으로 볼 때 정부가 적극적으로 규정하는 경우는 극히 예외적이며 약 99%이상이 자율적 '무정산'방식으로 이루어진다. 피어링의 본질적 혹은 결과적 속성을 그대로 따르고 있는 것이다. 그러나 우리나라의 경우 2008. 6. 4. 「상호접속고시」의 제정 당시부터 접속통신료의 정산방식에 대하여 법령으로 규정하였다. '동일계위간'은 '무정산'이라고 명확히 규정하였고, 2014년에는 '상호정산'으로 개정하였다. 즉 2008년 이전에는 사업자 간 자율이었던지 확인할 수 없으나,⁸¹⁾ 2008년부터는 정부가 피어링의 정산방식을 특정방식으로 강제한 것이다. 물론 우리가 반드시 국제적 기준을 따라야 하는 것은 아

81) 상호접속고시의 법적 근거는 1991. 8. 10., 전부개정된 전기통신사업법(시행 1991. 12. 11, 법률 제4394호) 제34조 이다. 당시 제34조의 내용은 다음과 같다. 그러나 법제처의 '상호접속고시' 법령 연혁에 의하면 2008년 제정된 것으로(시행 2008. 6. 4, 방송통신위원회고시 제2008-86호, 2008. 6. 4., 제정) 확인되는 바, 1991년 제정된 고시의 내용이 동일계위 ISP간 접속통신료에 대하여 규정하고 있는지는 확인이 불가능하다.

제34조 (상호접속 또는 공동사용) 전기통신사업자는 다른 전기통신사업자와 전기통신설비의 상호접속 또는 공동사용에 관한 협정을 체결하고자 하는 경우에는 체신부장관의 인가를 받아야 한다. 이를 변경 또는 폐지하고자 하는 경우에도 또한 같다. 다만, 대통령령이 정하는 협정에 대하여는 그러하지 아니하다.

②제1항의 규정에 의한 상호접속 또는 공동사용에 관한 협정은 체신부장관이 정하여 고시하는 상호접속 또는 공동사용기준에 적합하여야 한다.

니다. 그러나 인터넷 경제의 탈국경성을 감안한다면 우리나라만의 고유한 규제에는 충분히 타당한 근거가 뒷받침 되어야 한다. 그나마 2016년 이전에는 국제적 기준에 부합하는 ‘무정산’방식을 규정 하였다. 국제적 기준과 다른 ‘상호정산’방식으로 개정한 이유 또한 불분명하다. 종종 그 타당성으로 관련 업계나 정부가 제시하는 외국사례 역시 CDN사업자와 ISP간의 망사용료 계약이며, ISP간 피어링에 대한 사례가 아니다. 앞서 언급한 대로 CDN은 망을 보유하고 있는 ISP가 아니라 어플리케이션 사업자로 분류된다.

해당 고시의 규정 및 정산방식의 개정이 인터넷 경제에 그리고 이용자에게 이롭게 작용하였는지에 대한 명확한 증거가 없다. 오히려 동일계위 간 상호정산의 특성상 수익은 ‘0’에 가까워야 정상임에도 불구하고, 해당 고시의 개정으로 CAP의 비용인하 경쟁을 막아, ISP의 수익을 향상시켰다는 것이 밝혀졌다. 결국 ISP에게만 유익으로 작용한 것이다. 그런데 그러한 ISP의 수익증대는 국내 CAP로부터 비롯된 것이다. 즉 글로벌 서비스와의 경쟁하는 국내CAP는 경쟁에 있어서 불리한 입장이 될 수밖에 없다. 국내 ISP는 국제적으로 1계위 사업자가 아니므로 구글 등 글로벌 서비스를 이용자에게 원활히 제공하기 위해서는 과다한 통신접속료를 지불할 수밖에 없었고, 글로벌 CAP를 위한 ‘캐시서버’ 등의 설치를 통해서 대안을 찾을 수밖에 없었다. 글로벌 CAP 서비스를 제공할 수밖에 없다는 인터넷 경제의 탈국경성을 고려하지 않고 내수 중심의 근시안적 네트워크 정책이 가져온 결과다.

이렇게 우리나라의 네트워크 정책은 ISP를 지원하고, ISP의 수익을 담보해주는 ISP를 위한 정책 중심이었다. 정부의 강력한 진입규제로 독점적 시장을 영위하였을 뿐만 아니라, 지금까지 검토한 「상호접속고시」의 접속통신료 정산방식 역시 그러하다. 이제는 거시적으로 인터넷 경제의 부흥을 고려하는 네트워크정책이 모색되어야 할 것이다. 일례로 상호정산의 ‘피어링 규제’보다는 국제망 1계위 사업자 확보를 위한 정책적 지원이 더 신중히 고려되어야 할 것이다.

(논문투고일: 2020.03.07, 심사개시일: 2020.03.09, 게재확정일: 2020.03.20)



▶ 김현경

접속통신료, 상호접속고시, 무정산방식, 상호정산방식, 국제
망 1계위 사업자

【참 고 문 헌】

I. 국내자료

1. 단행본

김민호, 「행정법」, 박영사, 2018.

2. 논문

김현경, “플랫폼 사업자 규제법안에 대한 비판적 검토”, 法曹 2018·4 (Vol.728), 2018.

변재호·조은진, “인터넷 정산모델 발전동향 및 전망”, 전자통신동향분석 제28권 제5호, 한국전자통신연구원, 2013.

이민영, “인터넷포털 규제입법의 현황과 과제”, 인터넷법연구(제5권 제1·2호 통합호), 2008.

이희정, “인터넷상 부가서비스 규제에 대한 일고(一考)”, 경제규제와 법 제8권 제1호(통권 제15호), 2015.

이상우·고창열·최선미, “비대칭적 네트워크 가치 환경에서의 인터넷망 대가정산 모형”, Journal of Internet Computing and Services(JICS) 2014. Oct.: 15(5)

정 훈, “IP 상호접속과 접속료 제도”, 초점 제25권 12호 통권 557호, 정보통신정책연구원, 2013.

II. 해외자료

BEREC, An assessment of IP-interconnection in the context of Net Neutrality, Draft report for public consultation, 2012.

BEREC, An assessment of IP interconnection in the context of Net Neutrality, 6 Dec. 2012.

- Centr(council of European National Top Level Domian Registries),
World Conference on International Telecommunication (WCIT) 3 - 14, Dec. 2012.
- DrPeering, The 21st Century Internet Peering Ecosystem, 2012.
- ETNO, ITRs Proposal to Address New Internet Ecosystem, ETNO paper on Contribution to WCIT, 2012.
- Faratin P., etc, The Growing Complexity of Internet Interconnection, Communications & Strategies, no. 72 2008
- Faratin P., etc, Complexity of Internet Interconnections: Technology, Incentives and Implications for Policy, 2007
- Group, B.I.T.A.. Interconnection and Traffic Exchange on the Internet. Retrieved from <https://www.bitag.org/documents/Interconnection-and-Traffic-Exchange-on-the-Internet.pdf>, 2014.
- Kende, M., Overview of recent changes in the IP interconnection ecosystem, 2011. http://www.analysismason.com/About-Us/News/Insight/Internet_exchange_points_Feb2011/Related-report-download/
- Kim, Soo Jin, Direct Interconnection and Investment Incentives for Network Capacity and Content Diversity, December 24, 2018.
- OECD, Internet Traffic Exchange Market Developments and Policy Challenges(Working Paper on Communication Infrastructure and Services Policy) Jan. 31st, 2013.
- Ofcom, IP Interconnection: trends and emerging issues, 2012.
- Pankert, G., Faggiano, A., & Taga, K., The Future of the Internet Innovation and Investment in IP Interconnection. 2014.5.
- Winther M. Tier 1 ISPs: What they are and why they are important, 2006 IDC, 2006.5.
- Woodcock & Frigino, 2016 Survey of Internet Carrier Interconnection Agreements, November 21, PHC(Packet Clearing House), 2016.

Abstract

A Study on Conformity with International Standards of Domestic Internet Interconnection Fee Settlement Method

Hyunkyung Kim

Seoul National University of Science and Technology

The government has implemented a revised 「Administrative Rule on Internet Interconnection standard of telecommunication equipment」 since 2016. Through the amendment, the settlement method of interconnection charges between ISPs of the same rank was changed from settlement-free peering to mutual settlement peering. Internet access charges have been excessive in the past, which has increased since this revision, and Korea has become a country with increased network costs, which is very rare in the world. In this study, the validity of the revision of the settlement method was examined in the light of international standards. As a result, first of all, it is desirable that Internet interconnection fees between ISPs of the same rank are not settled with each other. According to a 2016 PCH(Packet Clearing House) survey, 99.98% of peering among ISPs worldwide is settlement-free peering. 99.98% had symmetric terms, in which each party gave and received the same conditions as the other. In addition, the change to the mutual settlement method prevented the competition for attracting the CAP and increased the access fee paid by the CAP, which caused an unfavorable structure in the competition of the overseas CAP. In order not only to be consistent with international standards but also to create a fair

competitive environment in the market, peering between ISPs should be returned in settlement-free peering manner. Second, policy support is needed to secure international competitiveness of global networks. Domestic ISPs are not tier 1 operators internationally, so they have to pay excessive Internet Interconnection fee to smoothly provide global services such as Google to end-user. As a result, there was no choice but to find an alternative by installing a cache server for the global CAP. Considering the de-border of the Internet economy, which has no choice but to service the global CAP, a network policy for entering the first-tier international network is urgently needed. Third, the network cost transfer to the CAP should be prudent. This implies the possibility of net neutrality violation and therefore the regulatory need for the ISP to treat CAP differently should be considered.



▶ **Hyunkyung Kim**

Internet Interconnection fee, Administrative Rule on Internet Interconnection Standard of Telecommunication Equipment, Settlement-free Peering, Mutual Settlement, Global tier 1 ISPs

미국의 명예훼손법상 추정적 손해배상의 동향에 대한 관견(管見)*

이 승 현**

【목 차】

I. 서설

II. 연방대법원에 의한 추정적 손해배상에 대한 규제

1. 의의
2. 공직자에 의한 손해배상청구의 경우
3. 사인에 의한 손해배상청구의 경우

III. 각 주(州) 법원에 의한 추정적 손해배상에 대한 규제

1. 의의

2. 연방대법원 판결과 조화를 이루는 범위에서 추정적 손해배상을 존속시킨 주(州)
3. 연방대법원 판결을 계기로 추정적 손해배상을 완전히 폐지한 주(州)
4. 연방대법원 판결에 독자적인 추가적 제한을 가한 주(州)

IV. 결어

1. 정리
2. 관견(管見)의 결과 및 장래의 연구과제 제시

【국 문 요 약】

본고는 명예훼손에 기한 손해배상에 있어서 실손해를 바탕으로 공평한 손해배상액의 산정을 지향하는 점에서는 우리나라와 미국이 동일함에도 불구하고, 인용되는 손해배상액은 미국이 우리나라에 비해서 비교적 고액인 점에 주목하여 미국의 명예훼손법상 손해배상제도를 비교법적 연구 대상으로 채택하였다. 다만 이에 대한 연구는 미국의 명예훼손법에서 손

* 본 논문의 심사를 통하여 따끔한 지적과 주옥같은 가르침을 주신 익명의 심사위원님들께 고개 숙여 깊이 감사드리는 바이다. 아울러 익명의 심사위원님들의 수정요구사항을 모두 반영하여 본 논문을 수정 및 보완하려고 최대한 노력하였으나, 필자의 능력 부족으로 수정요구사항을 제대로 반영하지 못한 부분에 대해서는 익명의 심사위원님들께 널리 양해를 구하고자 한다.

** 순천대학교 강사 · 법학박사

해배상의 고액화가 이루어진 제도적 사정, 즉 추정적 손해배상 제도의 존재와 그 제도에 내포된 문제를 분석하는 데에 초점을 맞추어서 진행되었다.

그 결과 미국의 추정적 손해배상 제도에 대한 연방대법원의 경향을 파악할 수 있었으며, 이와 함께 장래의 연구과제도 도출할 수 있었다. 이를 간략하게 밝히면 다음과 같다.

첫째, 본고가 연구 대상으로 삼은 추정적 손해배상이 미국에서는 전보배상의 범위 내에서 자리매김하고 있으므로, 향후 이에 대한 연구를 보다 심화하여 수행함에 있어서는 미국의 경우에 전보배상만으로도 고액의 손해배상액이 인정될 수 있는 점을 항상 염두에 두어야 한다.

둘째, 최근 미국에서는 실제로 추정적 손해배상이 제도 본래의 목적에서 크게 이탈하여 피고(가해자)에 대한 사실상의 제재로 기능하고 있다는 문제의식 하에 연방대법원 판결을 통하여 전체적으로 전통적인 추정적 손해배상을 제한하고 있다.

셋째, 실제로 추정적 손해배상이 피고에 대한 엄격한 제재로 기능하는 문제가 발생하는 원인은 추정적 손해배상액을 적절하게 평가하여 적절한 손해배상액을 산정하기 위한 지침이 배심원에 제시되어 있지 않은 점에 있다.

넷째, 그럼에도 불구하고 연방대법원 판결은 이를 간과하고 원고가 공인 내지 공직자인지 사인인지 여부를 불문하고 원고에게 피고의 현실적 악의에 대한 증명을 요구함으로써 추정적 손해배상의 인정 자체를 제한하였으므로, 결국 현재까지도 추정적 손해배상에 대한 연방대법원의 제한에는 한계가 있다.

다섯째, 실제로 연방대법원 판결이 선고된 이후 대다수의 주(州) 대법원 판결은 사인의 사적 관심사에 대한 명예훼손소송에서 기존과 같은 형태로 추정적 손해배상을 유지하고 있으므로, 이 경우에 추정적 손해배상이 그 목적을 이탈하여 피고에 대한 사실상의 제재로 기능할 여지는 여전히 남아 있다.

여섯째, 이에 따라 향후 이에 대한 연구는 장래에 미국의 연방대법원이나 각 주(州) 대법원 등 실무적 차원 및 학계의 차원에서 추정적 손해를 적절한 손해배상액으로 산정하기 위한 지침 마련에 대한 논의 내지

움직임이 있는지 여부, 만약 그러한 지침이 향후에 미국의 연방대법원 내지 각 주(州) 대법원 등 실무나 학계의 차원에서 마련된다면 이러한 지침이 우리민법상 명예훼손에 있어서 피해자에게 적절한 손해배상액 산정에 어떠한 시사점을 제시할 수 있는지를 고찰하는 방향으로 이루어져야 하며, 이는 필자의 장래의 연구과제가 된다.

일곱째, 미국에서는 사실심 법원에서 고액의 손해배상이 인용된 경우에도 이에 대한 항소심 법원의 심사에 의해서 손해배상액이 감액되는 경우가 있는데, 향후에는 이러한 심사에 있어서 손해배상액의 감액에 대한 구체적 판단기준이 무엇인가에 대한 고찰이 필요하다. 그리고 평판 손해와 정신적 손해를 명확하게 구별하는 미국법에서 이러한 2개의 손해가 손해배상의 인정 여부에 대한 판단을 함에 있어서 구체적으로 어떠한 영향을 미치는가에 대해서도 고찰해야 한다. 이들 역시 필자의 장래 연구과제가 된다.

I. 서설

명예훼손적 표현으로 인하여 인격권 침해의 불법행위가 성립하는 경우에 민법상의 구제수단으로 재산적 손해배상청구권(제750조) 및 정신적 고통에 대한 위자료로서의 손해배상청구권(제751조)¹⁾ 외에 명예훼손의

1) 위자료란 정신상의 고통을 금전으로 위자(慰藉)하기 위하여 지급되는 금원을 말하는데, 이러한 위자료의 본질 및 기능과 관련하여 독일에서는 활발한 논의가 이루어졌으며(이에 대하여는 Julius von Staudinger und Julius von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 249-254(Schadensersatzrecht), de Gruyter, 2017, §253 Rn. 28ff.(부록 참조). 한편 미국에서의 비재산적 손해의 배상에 대해서는 이동진, “미국 불법행위법상 비재산적 손해의 배상과 그 한계”, 민사법학, 제66호, 한국민사법학회, 2014, 277면 이하 참조), 국내에서도 위자료의 기능으로 전보기능, 만족기능, 예방기능, 보완적 기능이 인정되고 있다. 이 중 전보기능은 위자료를 손해배상으로 보는 입장에서 피해자에게 발생한 손해를 전보하여 불법행위가 없었던 상태로 회복하는 기능을 말하며, 만족기능은 위자료의 본질을 사적 제재로 보고 일종의 사형벌(私刑罰)적인 요소를 부여하는 것을 말한다. 다만 다수설은 위자료의 만족기능을 전보기능의 부수적인

특칙으로서 법원은 피해자의 청구에 의하여 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있으며(제764조), 명문 규정은 없지만 인격권 침해와 관련하여 예방적 구제수단으로 판례상 금지청구권도 인정된다.²⁾ 이 중에서 실무상 가장 많이 활용되면서도 언론을 비롯하여 명예훼손을 한 자에게 실질적인 제재를 할 수 있는 민법상 구제수단이 바로 정신적 고통에 대한 위자료로서의 손해배상청구권이다.³⁾ 여기에서 위자료의 액수를 산정함에 있어서 대법원 판례는 “기본적으로 사실심 법원이 제반 사정을 참작하여 그 직권에 속하는 재량에 의하여 이를 확정할 수 있다”고 판시함으로써 정신적 고통이나 무형의 손해 등 다양하게 발생할 수 있는 손해를 엄격하게 구별하지 않고 포괄적인 형태로 위자료에 기한 손해배상을 인정한다.⁴⁾ 이는 위자료를 산정함에 있어서 적용될 수 있는 객관적 기준이 없

것으로 이해한다(예컨대 서광민, “위자료에 관한 몇 가지 문제점”, 서강법학연구 제2권, 서강대학교 법학연구소, 2000, 137면 이하; 박동진, 주석민법[채권각칙8](편집대표 김용담), §750~§766, 제4판, 한국사법행정학회, 2016, 239면 등 참조). 또한 위자료의 법적 기능과 성질에 대해서는 이창현, 위자료에 관한 연구, 경인문화사, 2011, 259면 이하 참조.

- 2) 비방광고로 인한 인격권 침해가 문제된 사안에서 대법원 1996. 4. 12. 선고 93다40614, 40621 판결은 인격권에 기한 금지청구권을 인정하였다. 또한 명예권에 대한 침해를 예방하기 위한 사전금지청구권의 인정 여부와 관련하여 대법원 2005. 1. 17. 선고 2003마1477 결정 참조. 한편 언론에 의한 명예훼손의 경우에는 ‘언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률’(2005년 1월 제정. 이하 ‘언론피해구제법’이라고 한다)상 정정보도청구권(동법 제14조 제1항) · 반론보도청구권(동법 제16조 제1항) · 추후보도청구권(동법 제17조 제1항)이 인정되며, 언론중재위원회의 조정 · 중재절차에 대한 규정도 언론피해구제법에 마련되어 있다(동법 제18조 제2항).
- 3) 명예훼손에 대한 구제수단 중 하나인 손해배상청구권의 경우에 재산적 손해 및 정신적 손해의 배상이 인정되지만, 실제로 명예훼손행위로 인한 재산적 손해에 대한 증거가 어렵기 때문에 정신적 고통에 대한 위자료로서의 손해배상청구권이 중심적 구제수단으로 되어 있다. 참고로 2019년 7월 1일 언론중재위원회가 발간한 ‘2018년도 언론관련판결 분석보고서’에 따르면 2018년 한해 원고가 손해배상을 단독으로 청구한 경우가 142건(39.1%)으로 가장 많았으며, 정정보도와 손해배상을 병합하여 청구한 경우가 133건(36.6%)으로 뒤를 이었다. 또한 하나의 사건에 여러 청구가 함께 제기된 사건을 청구권별로 나누어 재합산하여 살펴본 결과 손해배상청구가 335건(55.3%)으로 과반을 차지하였다(2018년도 언론관련판결 분석보고서, 언론중재위원회, 2019, 10-11면 참조). 또한 2018년 한해 소송 건수를 기준으로 원고가 주장하는 침해 법익을 유형별로 분류한 결과 명예훼손이 183건(81.7%)으로 가장 높은 비중을 차지하였다(2018년도 언론관련판결 분석보고서, 12면 참조).
- 4) 예컨대 대법원 1999. 4. 23. 선고 98다41377 판결; 대법원 2002. 11. 26. 선고 2002다43165 판결; 대법원 2007. 7. 27. 선고 2007다10245 판결; 대법원 2009. 4. 9. 선고 2005다65494 판결은 “불법행위로 인한 손해배상에 있어서 피해자가 입은 정신적 고통에 대한 위자료

으며, 정신적 고통을 금전적으로 산정하는 작업이 어려운 점을 고려한 것으로 보인다. 물론 대법원 판례는 법원이 위자료를 산정할 때에 고려하는 사항으로 당사자 쌍방의 사회적 지위, 직업, 자산상태, 가해의 동기, 가해자의 고의·과실 등을 들고 있으며, 명예훼손의 경우에는 피해자 측과 가해자 측의 사정을 고려하여 위자료를 산정하고 있다.⁵⁾

그럼에도 불구하고 이러한 대법원 판례에 대해서 학설상으로는 국민의 예측가능성이 현저하게 낮을 뿐만 아니라 위자료를 적정하게 산정하지 못한다는 관점⁶⁾에 입각한 비판과 함께 이를 개선하기 위한 보완책들이

액수의 인정은 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되지 않는 한 사실심의 전권사항에 속한다”고 판시하였다. 이러한 대법원 판결의 경향은 일본의 최고재판소 판결과 대체로 유사하다(예컨대 最判 昭和32年 2月 7日 裁判集民 25号 383頁; 最判 昭和38年 4月 30日 裁判集民 65号 761頁 등. 또한 이에 대해서는 升田純, “名譽と信用の値段に関する考察(1)”, NBL 627号, 商事法務, 平成9年(1997年), 42頁, 鬼頭季郎, “名譽毀損事件の損害額の審理と認容額について”, 判例タイムズ 1070号, 判例タイムズ社, 平成13年(2001年), 28頁, 升田純, “名譽侵害・プライバシーの侵害”, 慰謝料算定の理論(齊藤修 編), ぎょうせい, 平成22年(2010年), 121頁, 吉村顯真, “アメリカ名譽毀損法における推定的損害賠償の現代的動向-損害推定の機能に着目して-”, 青森法政論叢 17号, 青森法学会, 平成28年(2016年), 67頁 등 참조).

- 5) 예컨대 대법원 1997. 9. 30. 선고 97다24207 판결은 “이 사건 기록에 의하여 살펴보면 원심이 원고의 나이와 지위, 생활관계와 그간 원고가 입은 불이익의 성질 및 규모, 이 사건 기사의 내용과 체제, 허위의 정도 등과의 대비, 그 게재 경위와 사후 정정보도가 된 점 등 변론에 나타난 모든 사정을 참작하여 피고가 지급할 위자료액을 그 판시와 같은 금액으로 결정한 조치는 정당한 것으로 수긍이 되고, …”라고 판시하였다. 또한 대법원은 비방광고에 대한 사건에서 “원고 회사가 입은 손해의 종류 및 성격, 원고 회사의 지명도 및 영업상의 신용도, 회사의 규모 및 영업실적의 규모, 이 사건 광고의 허위성 및 비방성의 강도, 피고의 광고형태 전반에서 드러나는 악의성의 정도, 조제분유 제품을 선택하는데 있어서의 소비자들의 보수성, 부정적 광고가 미치는 영향의 즉각성 및 지속성, 부정적 영향으로부터의 회복의 곤란성”을 고려하고 있다(대법원 1996. 4. 12. 선고 93다40614, 40621 판결 참조).
- 6) 우리나라의 경우에는 명예훼손이 제기된 사건 수가 많지만(참고로 2013년 기준으로 명예훼손죄(형법상 또는 정보통신망법상)로 기소된 사건은 3,446건이었다(정진수·강태경·김형길, 명예훼손죄, 모욕죄에 대한 판례의 판단 기준 연구: 최근 10년간(2005~2015)의 판례를 중심으로, 한국형사정책연구원, 2015, 8면 참조)), 이에 대한 법원의 인용율은 높지 않으며, 설사 인용되더라도 인용금액이 적은 편이다. 예컨대 2015년부터 2017년까지의 민사사건 승소율의 경우에 언론기관을 상대로 한 명예훼손 손해배상청구소송의 인용율은 2015년에는 47.3%, 2016년에는 38.8%, 2017년에는 49%였다. 이와 달리 인용액은 원고가 개인인 경우에는 50~300만 원, 원고가 언론기관인 경우에는 200~3,000만 원 정도가 대부분이었다(이러한 수치는 2015년도 언론관련판결 분석보고서, 언론중재위원회, 2016, 2016년도 언론관련판결 분석보고서, 언론중재위원회, 2017, 2017년도 언론관련판결 분석보고서, 언론중재

주장되고 있다. 예컨대 위자료를 산정하는 기준이 모호하여 당사자로서는 어느 정도의 위자료가 인정될지 짐작하기 어렵다는 비판이 제기되며⁷⁾, 위자료 산정이 사실심 법원의 재량에 속하는 것이라 하더라도 위자료의 참작사유는 충분히 심리되어야 하는데, 실제로 실무에서는 가해자 측 사정에 대한 심리가 충분하게 이루어지지 못하는 면이 있다는 비판이 제기되기도 한다.⁸⁾ 또한 우리나라의 재판 실무에서는 명예 또는 평판에 대한 고도로 추상화, 규범화된 취급을 하고 있으며, 구제수단에서도 손해배상의 액수나 범위도 획일적으로 처리되고 있음을 지적하고, 위자료의

위원회, 2018의 관련 내용을 참조하여 정리한 것이다). 그리고 2018년 민사사건 승소율의 경우에 언론기관을 상대로 한 명예훼손 손해배상청구소송의 인용율은 대체로 높았는데, 인터넷 매체를 상대로 49.0%, 뉴스통신을 상대로 55.6%였다. 그러나 청구액과 인용액의 격차는 매우 컸다. 즉 원고의 평균 손해배상 청구액은 1억 9,468만 원이었지만, 평균 손해배상 인용액은 1,420만 원이었다. 원고의 손해배상 청구가 인용된 경우에 손해배상 인용 최고액은 약 4억 2,730만 원이었지만, 법원이 가장 빈번하게 선고한 액수는 250만 원이었다(2018년도 언론관련판결 분석보고서, 28-29면 참조). 이러한 위자료 현황을 보면 손해배상청구소송에서 원고의 손해배상청구액과 법원의 실제 손해배상인용액의 차이가 매우 컸는데(2005년부터 2017년까지의 원고의 손해배상청구액과 법원의 손해배상인용액의 차이에 대해서는 장태영, “언론의 자유와 자율성 보장을 위한 사법의 노력과 제언-오해와 언론소송의 통계·이슈 및 해외사례로 본 진실-”, 2018년 언론과 사법 심포지엄, 법원행정처, 2018, 37면 참조), 이는 소송 결과에 대한 국민의 예측 가능성을 현저하게 떨어뜨릴 뿐만 아니라 피해자를 효과적으로 구제하기 위하여 필수적으로 요구되는 적절한 손해배상액 산정에도 역행하는 문제점을 우리 법원이 여전히 가지고 있음을 나타내는 것으로 보인다.

- 7) 김재형, 주석민법[채권각칙6](편집대표 김용담), §750, 제4판, 한국사법행정학회, 2016, 415면.
- 8) 노만경, “언론보도관련 판결의 위자료 산정 현황 및 특징”, 언론중재 2011년 겨울호, 언론중재위원회, 2011, 12면에 따르면 실제로 우리 실무에서는 가해자 측 사정인 발행 부수 및 회사의 규모·재산·재정상태 등에 관하여 충분한 심리가 이루어지지 못하고 있는 면이 있음을 지적하면서 대법원 1990. 2. 27. 선고 89다카12775 판결을 인용하고 있다. 참고로 이 판결은 “피고 중증이 발간한 대동보 및 경주김씨 백촌공 중통고증록에 소의 망 김문기, 김현석이 피고 중증의 선조라는 주장사실을 게재함에 그치지 않고 원고중증을 비방하는 내용을 게재한 경우에는 원고 중증의 명예를 훼손한 것으로 불법행위를 구성하는 것이지만 그 책자에 적시된 내용이 진실인지의 여부는 그 행위에 대한 위법성이나 피해 감정의 정도를 판단함에 있어 매우 중요한 자료가 되는 것이고, 이에 대한 판단의 결과는 위자료를 산정함에 있어 마땅히 참작되어야 하는 것인데도, 원심이 위 책자에 적시된 내용이 진실인지 여부를 가리지 아니하고 만연히 피고중증의 행위가 불법행위가 된다고 판단하여 그 판시의 위자료를 산정하였음은 심리미진이나 위자료 산정에 관한 법리오해의 잘못이 있다”고 판시하였다.

구체적 산정에 있어서는 상한액 설정을 통하여 피해자가 실질적인 구제를 받을 수 있도록 하면서도 위자료의 하한액 설정이 필요하다는 견해⁹⁾, 비교법적으로 볼 때 위자료의 인용 액수는 여전히 낮은 편이므로, 위자료를 증액해야 한다는 견해¹⁰⁾ 등도 주장된다.

이러한 대법원 판례에 대한 학설의 비판들은 그 구체적 내용은 다르지만, 명예훼손이 문제되는 개별 사안에서의 피해 상황을 구체적으로 고려하여 합리적이고 공평한 위자료, 즉 피해자를 효과적으로 구제할 수 있는 적정한 위자료를 산정해야 한다는 문제의식을 공유하고 있다. 이를 합리적으로 해결하기 위한 방안을 모색함에 있어서 주로 참고되는 입법례가 미국의 명예훼손법상의 손해배상이다. 즉 미국에서도 명예훼손이 인정되면 피해자에 대한 구제수단으로서 일반적으로 손해배상이 인정된다.¹¹⁾ 이와 관련하여 과거 미국의 명예훼손법은 당연히 명예훼손의 성립이 추정되는 ‘구두에 의한 명예훼손(slander per se)’과 ‘문서에 의한 명예훼손(libel per se)’에 해당되는 경우¹²⁾에 원고는 실제로 발생한 금전

- 9) 김법진, “명예훼손법상 명예, 평판 개념과 그 시사점”, 저스티스, 통권 제161호, 한국법학원, 2017, 301면.
- 10) 이동진, 위자료 산정의 적정성에 관한 사법정책연구, 서울대학교 산학협력단, 2013, 3면; 표성수, 언론과 명예훼손, 육법사, 1997, 402면; 허만, “언론보도에 대한 실제적 구제수단”, 민사판례연구, 제21집, 민사판례연구회, 1999, 690면 이하 등 참조.
- 11) 미국 판례에 의하여 인정되는 명예훼손에 기한 손해배상은 ① 명목적 손해배상(nominal damages), ② 특별 손해배상(special damages), ③ 일반적 손해배상(general damages), ④ 징벌적 손해배상(punitive damages) 등 네 가지가 있다. 이 중에서 징벌적 손해배상은 배심원에 의하여 인정되는 것으로서 손해의 증명 여부와 관계없이 악의의 가해자에게 막대한 금액의 배상을 명함으로써 악의의 가해자를 응징하고 유사한 해악의 재발을 방지하는 것이 사회적 이익에 부합된다는 논리에 근거를 두고 있다(허만, “언론보도에 대한 구제수단으로서의 위자료”, 청구법률논단, 1집, 충북법률실무연구회, 2000, 111-112면 참조). 연방대법원도 징벌적 손해배상은 비난받을 만한 행위를 처벌하고 장래의 재발을 방지하기 위하여 민사배심원에 의해서 부과되는 벌금이라고 판시한 바 있다(*Gerts v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 349 (1974)). 다만 연방대법원은 명예훼손 사건의 추정적 손해배상(presumed damages)과 징벌적 손해배상에 대하여 헌법적 제한을 두고 있다. 즉 피해자가 공적자나 공적 인물인 경우와 피해자가 사적 인물이지만 표현 내용이 공적 관심사인 경우에는 현실적 악의(actual malice)의 증명이 있어야 추정적·징벌적 손해배상이 가능하며, 피해자가 사적 인물이고 그 내용이 공적 관심사가 아닌 경우에는 현실적 악의를 요하지 않는다는 것이 연방대법원의 입장이다(*Gerts v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 349 (1974); *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.*, 472 U.S. 749 (1985) 등).
- 12) 구두에 의한 명예훼손에 해당되는 경우로 ① 금고형으로 처벌할 수 있는 범죄를 저질렀

적 손해를 증명할 필요도 없이 단순히 명예훼손적 허위표현이라는 사실에서 보통은 평판에 대한 물질적 손해 및 정신적 손해가 발생하는 것이며 이러한 손해는 법률상 추정되므로¹³⁾, ‘일반적 손해배상(general damages)’이라는 항목에서 ‘추정적 손해배상(presumed damages)’에 의한 손해의 회복이 인정되었다.¹⁴⁾ 그렇지만 20세기 후반 이후 미국에서는 증명이 곤란한 손해를 추정함으로써 피해자를 구제한다는 제도 본래의 목적과 달리 추정적 손해배상에 의해 고액화된 손해배상이 오히려 피고(가해자)에 대한 사실상의 제재로 기능하는 것으로 인식되었다. 그 결과 추정적 손해배상에 대하여 여러 가지 규제를 두어서 명예훼손에 해당되

다는 공표를 통하여 비방한 경우, ② 혐오스러운 질병에 걸렸다고 비방한 경우, ③ 직업상의 적성 능력이 부족하다고 비방한 경우, ④ 여성의 순결을 의심하게 하는 비방을 한 경우 등 네 가지 유형을 들 수 있다. 이 네 가지 유형 이외의 구두에 의한 명예훼손에 대해서는 특별손해를 증명할 필요가 있다(이에 대하여 American Law Institute, *Restatement Second of Torts*, Vol.3., §§504-707A, St Paul, MN, American Law Institute Publishers, 1977, §§570-574; T. Michael Mather, *Experience with Gertz "Actual Injury" in Defamation Cases*, 38 Baylor L. Rev., 1986, pp.920 and seq.도 참조). 한편 문서에 의한 명예훼손의 손해 추정에 대해서는 미국과 영국 간에 차이가 있음을 알 수 있다. 즉 애초에 영국에서 문서에 의한 명예훼손은 모두 손해 추정의 대상이 되었지만, 미국에서는 법 계수과정에서 ‘당연히 명예훼손의 성립이 추정되는 문서에 의한 명예훼손(libel per se)’과 ‘당연히 그 성립이 추정되지 않는 문서에 의한 명예훼손(libel per quod)’으로 구분하는 주(州)가 많았다. 이에 대한 자세한 내용은 松井茂記, “名譽毀損と表現の自由(1)-憲法的名譽毀損法の展開に向けて-”, 民商法雜誌 87卷 4号, 弘文堂書房, 昭和58年(1983年), 52-56頁, 松井茂記, 表現の自由と名譽毀損, 有斐閣, 平成25年(2013年), 41頁 이하 등 참조.

13) Charles T. McCormick, *The Measure of Damages for Defamation*, 12 N.C.L. Rev., 1934, p.120-127. 다만 손해의 추정에 대해서 피고는 손해가 발생하지 않았다는 증거의 제출을 통하여 반증할 수 있으며, 이에 대하여 원고도 다시 평판에 대한 현실적인 금전적 손해가 발생하였다는 증거를 제출할 수 있다. H. Hulme James, *Vindicating Reputation: An Alternative to Damages as a Remedy for Defamation*, 30 Am. L. U. Rev., 1981, p.375., pp.380-381.

14) 이와 달리 당연히 그 성립이 추정되지 않는 문서에 의한 명예훼손(libel per quod)에 대해서는 원고가 명예훼손으로 인하여 자신에게 특유의 경제적 금전적 손해(예컨대 의료비나 상실된 수익)가 발생하였음을 증명한 경우에만 ‘특별 손해배상(special damages)’이라는 항목에서 손해의 회복이 인정되었다(Jean C. Love, *Presumed General Compensatory Damages In Constitutional Tort Litigation: A Corrective Justice Perspective*, 49 Wash. & Lee L. R. Rev., 1992, pp.67-70). 그리하여 특별 손해배상은 ‘현실적 손해배상(actual damages)’이라고도 한다(James, supra note, p.381). 또한 만약 특별손해가 증명된 경우에는 추정적 손해에 대한 배상도 받을 수 있다고 한다(American Law Institute, supra note, §621 comment a).

더라도 최대한 실손해에 대한 증거에 기초해서 공평한 손해배상액을 산정할 것을 요구하는 움직임이 나타났다.

이와 같이 손해배상액을 둘러싼 미국의 전반적인 상황을 보면 실손해를 바탕으로 공평한 손해배상액의 산정을 지향하는 점에서는 우리나라와 동일함에도 불구하고¹⁵⁾, 인용되는 손해배상액은 미국이 우리나라에 비해서 비교적 고액이다. 이러한 점을 주목하면 미국 명예훼손법상의 손해배상제도를 비교법적 연구 대상으로 채택하여 고찰하는 데에는 일정한 의의가 있다. 다만 이에 대한 고찰을 함에 있어서는 단순히 손해배상액의 측면에만 주목할 것이 아니라 미국의 명예훼손법에서 손해배상의 고액화가 이루어진 제도적 사정, 즉 추정적 손해배상 제도의 존재와 그 제도에 내포된 문제를 항상 염두에 두어야 할 것이다.

이에 따라 본고에서는 전술한 문제의식에 기초하여 우선 현재 미국에서 손해배상이 고액화된 원인으로 지목되는 추정적 손해배상 제도에 대하여 연방대법원이 명예훼손에 대한 손해배상액의 적정화를 위해서 어떠한 방법으로 규제하고 있는지를 그 동향을 중심으로 분석한다. 즉 연방대법원이 주(州) 명예훼손법의 추정적 손해배상 제도에 개입해서 규제하는 과정을 분석한다. 그 다음으로 이러한 연방대법원 판결에 대하여 각 주(州)의 대법원이 어떻게 반응하여 추정적 손해배상 제도를 운용하였는지를 고찰한다. 마지막으로 전술한 고찰을 통하여 미국의 추정적 손해배상 제도 및 이에 대한 제한에 대하여 필자의 관견(管見)의 결과를 밝힘과 동시에 장래의 연구과제를 제시하고자 한다.

15) 우리나라에서는 평판 손해(actual reputational harm)나 정신적 손해가 위자료라는 항목에서 일괄적으로 인정되는데, 이는 미국법상으로는 일반적 손해배상에 해당된다. 또한 구체적으로 발생한 손해에 대해서는 개별 증명에 의한 것이 인정되는데, 이는 미국법상 특별 손해배상에 해당된다.

II. 연방대법원에 의한 추정적 손해배상에 대한 규제

1. 의의

미국의 경우에는 20세기 중반까지 특정 유형의 명예훼손소송에서 원고에게 피고의 과실, 표현의 허위성, 실손해에 대하여 증명할 것을 요구하지 않았다.¹⁶⁾ 그렇지만 20세기 후반 이후 배심원이 손해를 법률상 추정함으로써 손해배상액을 평가하는 추정적 손해배상이 하나의 원인이 되어서 고액의 손해배상이 인정된 사례가 눈에 띄게 증가하였다.¹⁷⁾ 이러한 상황에서 미국에서는 실제로 원고에게 전보배상액을 초과한 추정적 손해배상이 인정된다는 인식이 고조되었다.¹⁸⁾ 이를 심각하게 받아들인 연방대법원은 각 주(州)의 명예훼손법제 운용에 적극적으로 개입하였고, 그 결과 각 주(州)의 전통적인 커먼 로(common law)상의 명예훼손법, 특히 손해의 추정을 인정하는 명예훼손 유형은 연방수정헌법 제1조의 ‘표현의 자유’에 의한 보장의 대상으로 고려할 수 있게 되었다.¹⁹⁾ 또한 이에 수

16) Dan B. Dobbs, *The Law of Torts*, West Group, 2000, §402 pp.1119-1120., §417 p.1169.

17) 허만, “언론보도에 대한 구제수단으로서의 위자료”, *청주법률논단*, 1집, 충북법률실무연구회, 2000, 112면에 따르면 “미국에서는 1964년 이전까지 언론사를 상대로 한 명예훼손소송에서 배심원이 내린 손해배상액의 평균액은 1건당 평균 5만 달러 이하였지만, 1964년 표현의 자유를 획기적으로 보장하는 연방대법원의 *New York Times, Co. v. Sullivan* 판결 이후 1977년까지 평균 18만 달러로 증가하였고, 1980년 이후 100만 달러 이상의 평결을 내린 경우가 30회를 넘어 1980년부터 1995년까지의 평균 평결액수가 220만 달러에 이르게 되었다고 한다. 배심원의 평결액 중 징벌적 손해배상액이 평균 60% 이상을 차지하고 있는데, 미국 배심원들이 대체로 언론을 불신하며 원고에 대하여 호의적이라는 점이 지적되기도 한다. 다만 법관이 과도한 평결액을 삭감할 권한이 있고 평결 후 당사자 사이에서 화해가 성립하는 등 실제 확정된 배상액은 1980년부터 1995년까지 평균 24만 달러로서 1심 평결액의 11%에 불과하다고 한다. 오히려 문제는 피고측에서 응소하기 위하여 지출하는 변호사비용이 엄청나다는 데 있다고 한다. 20만 달러 이상의 비용이 든 사건이 드물지 않고, 한 조사에 따르면 소송의 최저방어비용이 95,000달러에 이른다고 한다.”

18) Melinda J. Branscomb, *Liability and Damages in Libel and Slander Law*, 47 *Tenn. L. Rev.*, 1980, pp.814-824.

19) G. Franco Mondini, *Casenotes : Libel-Damages-A Public Official May Be Granted Punitive Damages Without Seeking or Recovering Actual Damages if the Statement is Libelous Per*

반하여 전통적인 명예훼손법에서는 요구되지 않았던 실손해, 피고의 유책성, 표현의 허위성에 대한 증명책임을 원고에게 부과하게 되었다.²⁰⁾

이하에서는 각 주(州)의 명예훼손법상 손해배상 제도에 대하여 연방대법원 차원에서 어떠한 규제를 하였는지를 구체적으로 살펴본다.

2. 공직자에 의한 손해배상청구의 경우

가. 현실적 악의 법리를 통한 규제

1) 연방대법원이 각 주(州)의 명예훼손법에서 인정된 손해배상, 특히 추정적 손해배상을 적극적으로 규제한 계기가 된 것이 1964년 *New York Times, Co. v. Sullivan* 판결이었다.²¹⁾ 이 판결에서 연방대법원은 우선 “이 사건으로 비로소 우리들은 공직자가 자신의 공적 행위에 대해서 비판받음으로 인하여 자신의 명예가 훼손되었음을 이유로 제기한 문서에 의한 명예훼손 소송에서 헌법상 언론이나 출판에 대한 보호의 정도에 따라 주(州)의 명예훼손법이 손해배상을 인정할 권한이 제한되는 정도에 대하여 판단할 필요가 있다”고 실시²²⁾한 후에 주(州) 커먼 로의 손해배상 제도에 대하여 일정한 규제가 필요하다고 판시하였다. 이러한 판

Se., 15 St. Mary's L.J., 1983, p.197; Kevin P. Allen, *The Oddity and Odyssey of "Presumed Damages" in Defamation actions under Pennsylvania Law*, 42 Duq. L. Rev., 2004, pp.495-496. 참고로 같은 영미법이라도 영국법은 '표현의 자유'보다도 '개인의 평판 보호'를 중시하는 반면 미국법은 '개인의 평판 보호'보다도 '표현의 자유'를 중시하는 경향에 있다 (望月礼二郎, 英米法, 新版, 青林書院, 平成13年(2001年), 249頁).

20) Dobbs, *supra* note, §401 pp.1119-1120.

21) *New York Times, Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964). 이에 대하여 앨라배마(Alabama) 주(州) 사실심 법원은 배심원에 이 사건에서 문제된 문서의 표현이 '당연히 명예훼손의 성립이 추정되는 문서에 의한 명예훼손(libel per se)'이기 때문에 표현 자체로부터 손해가 법률상 추정되는 점, 허위와 손해가 추정되는 점, 통상손해가 주장·증명되지 않아도 손해가 법률상 추정되며, 실손해액이 인정·증명되지 않아도 징벌적 손해배상을 인정할 수도 있는 점 등 전통적인 주(州)법상의 법리에 따라 판시하였다. 그 결과 원고 '설리번'의 피고 '뉴욕타임즈'에 대한 손해배상청구권이 인정되었으며, 주(州) 대법원도 이를 받아들였다. 이에 불복하여 '뉴욕타임즈'가 연방대법원에 상소하였는데, 헌법상의 문제와 관련되어 있다고 보아 재량 상소가 인정되었다.

22) *New York Times, Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 256 (1964).

단이 내려진 이유는 추정적 손해배상에 의해서 주(州) 형법상 인정되는 벌금의 상한을 초과하는 고액의 손해배상이 인정된다는 비판이 제기되었기 때문이다.²³⁾

2) 이와 같이 전통적 법리에 따라 배심원이 실손해에 대한 증거가 없어도 손해를 법률상 추정하여 손해배상액을 결정하기 때문에 ① 실제로는 형법상의 벌금을 훨씬 뛰어넘는 고액의 손해배상액이 인정되고, ② 벌금보다 고액의 손해배상이 인정되는 상황에서는 헌법상 피고(언론이나 출판)를 제대로 보호할 수 없다는 비판이 제기되었다. 이러한 피고에 대한 사실상의 제재로 지목되는 고액의 추정적 손해배상에 피고인 미디어(뉴욕타임즈)가 노출되는 문제는 기타 명예훼손 사건에서도 마찬가지로 문제되었다.²⁴⁾ 이러한 문제에 직면하자 연방대법원은 우선 공직자 개인의 직무행위에 대해서 이루어진 명예훼손 사건에 한정하여 손해배상의 고액화의 원인이 된 추정적 손해배상액의 구체적인 산정기준을 제시하지 않고, 오히려 피고의 명예훼손적 표현이 ‘현실적 악의’에 기초한 것이었다는 점에 대한 증명책임을 원고에게 부과함으로써 손해배상의 인정 자체를 억제한다고 판시하였다(이른바 ‘현실적 악의 법리’).²⁵⁾

23) *New York Times, Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 277 (1964). 이 점에 대하여 연방대법원은 다음과 같이 판시하였다. “아마도 이 제정법[Alabama Code, Tit. 14, §350] 위반으로 기소된 자는 정식 기소 및 합리적인 의심을 뛰어넘는 증거이라는 요구와 같은 당연한 형법상의 세이프가드(safeguard)를 향유한다. [이와 달리] 민사소송에서의 피고는 이러한 세이프가드를 이용할 수 없다. 어떤 현실적인 금전배상의 증명도 필요하지 않은 상태에서 이 사건에서 인정된 판단은 앨라배마(Alabama) 형법에 의해서 규정된 벌금의 상한보다도 1,000배가 크며, 선동법(Sedition Act)에서 규정된 벌금의 상한보다도 100배가 컸다. 그리고 민사소송에는 이중의 위험에 따른 제한이 적용되지 않으므로, 이것[이 사건과 같은 손해배상]이 동일한 공표에 대해서 신청인에 대하여 부여된 유일한 판결은 아니다(*New York Times, Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 277-278 (1964)).” 한편 본 각주의 []는 필자에 의한 보충이다.

24) *New York Times, Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 278 n.18 (1964).

25) 이 점에 대하여 연방대법원은 다음과 같이 판시하였다. 즉 “우리는 그 표현이 ‘현실적 악의’, 즉 허위임을 알았거나 허위임을 부주의하게 무시하면서 이루어졌다는 점을 증명하지 않는 한 공무원이 공적 행위와 관계되는 명예훼손적 표현에 대하여 손해배상을 받는 것을 금지하는 연방헌법상의 법리를 요구하는 것으로 생각한다”(*New York Times, Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 279-280 (1964) 참조). 이를 바탕으로 연방대법원은 ‘뉴욕타임즈’에게 현실적 악의가 있었다고 인정할 수 있을 정도의 사실이 없었다고 보아 최종적으로 앨라배마(Alabama) 주(州) 대법원 판결을 기각하였다. 한편 미국의 현실적 악의 법리와 관련하여

3) 이 판결은 명예훼손소송의 전통적인 추정적 손해배상 제도에 내포된 잠재적 문제를 확인하고, 이를 해결하기 위하여 연방수정헌법 제1조가 요구하는 ‘현실적 악의 법리’를 통하여 손해배상을 인정하는 것 자체를 억제하는 방안을 제시한 점에서 일응의 의의가 있었다. 그렇지만 이러한 현실적 악의 법리는 ‘공직자의 직무행위’에 대한 명예훼손소송을 대상으로 한 손해배상의 인정 자체를 억제하는 조치였을 뿐, 구체적으로 어떤 방법으로 손해배상액을 공평하게 산정하는가라는 문제, 또한 추정적 손해배상에 의하여 손해배상액이 고액화되는 근본적 문제에 대해서 직접적인 해결책을 제시한 것은 아니었다. 그리하여 이 판결은 공직자인 원고가 피고에게 현실적 악의가 있었음을 증명한 경우에만 원고가 피고로부터 고액의 손해배상을 받을 여지를 남겨 놓았다.²⁶⁾ 다만 이 판결은 손해배상 자체에 대한 문제와 별개로 주(州)의 전통적 명예훼손법과 연방수정헌법 제1조 소정의 ‘표현의 자유’를 조정하기 위해서 주(州) 명예훼손법에 ‘현실적 악의 법리’라는 연방 차원의 법리를 개입시킴으로써 주(州)법상 발생된 문제를 연방헌법상의 문제로 비화시킨 점도 유의할 필요가 있다.²⁷⁾

나. 현실적 악의 법리의 적용 범위 확장을 통한 규제 강화

New York Times, Co. v. Sullivan 판결을 계기로 그 후 현실적 악의 법리의 적용 범위가 ‘공직자’ 이외의 자인 경우에도 확장되었다. 우선 1967년 *Curtis Publishing Co. v. Butts* 판결에서 연방대법원은 *New York Times, Co. v. Sullivan* 판결에서 제시된 현실적 악의 법리가 공직자가 아니라도 그와 마찬가지로 공적 문제와 관련된 ‘공적 인물’에 확장 적용된다고 판시하였다.²⁸⁾ 나아가 1971년 *Rosenbloom v.*

여 김시철, “언론출판의 자유와 인격권의 대립과 조화에 대한 비교법적 검토: 미국의 언론출판의 자유에 관한 우월적 지위이론, 현실적 악의 원칙 등에 관하여”, 저스티스, 제147호, 한국법학원, 2015, 110면은 “우리 판례의 기본 입장을 살펴보면, 언론·출판의 자유의 중요성을 강조한 미국 판례의 논거 중 상당 부분을 실질적으로 수용하면서도 우리 헌법 체계에 조화될 수 있는 수정된 법리를 형성한 것이라고 평가할 수 있다”고 한다.

26) Branscomb, supra note, p.824.

27) Branscomb, supra note, p.824.

28) *Curtis Publishing Co. v. Butts*, 388 U.S. 130, 155 (1967).

Metromedia, Inc. 판결에서는 ‘공적 또는 일반적 관심사와 관계된 사인’에게도 현실적 악의 법리가 적용되는지 여부가 문제되었는데²⁹⁾, 이에 대하여 연방대법원 판결에서 제시된 상대적 다수 의견은 현실적 악의 법리를 적용함에 있어서 원고가 공인인지, 사인인지가 이 법리 적용의 중요한 판단요소가 될 수 없으며, 오히려 ‘공적 관심사’인지 여부가 중요한 판단요소가 된다고 판단하였고, 이 사건에서도 이 법리가 적용된다고 판시하였다.³⁰⁾ 결국 이러한 연방대법원 판결에 따라 공직자·공적 인물뿐만 아니라 공적 관심사와 관계된 사인에 의해서 제기된 명예훼손소송의 경우에 피고는 연방수정헌법상 두터운 보호를 받게 되었다.

3. 사인에 의한 손해배상청구의 경우

가. 현실적 악의 법리의 적용 제한

1) 공직자와 달리 사인에 의한 손해배상청구의 경우에 연방대법원은 1974년 *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 판결에서 현실적 악의 법리의 적용 기준을 ‘공적 관심사’에서 ‘공인인지 사인인지 여부’로 바꾸었다.³¹⁾ 이 판결에서 연방대법원은 명예훼손을 당한 ‘사인’이 손해배상(추정적 손해배상 및 징벌적 손해배상을 제외한다)을 청구하는 때에는 현실적 악의 법리가 적용되지 않는다고 판시함으로써 이 법리의 적용 범위가 확장되는 경향에 대하여 일정한 제동을 걸었다.

이 판결의 사안은 다음과 같다. 즉 가족을 사살한 경찰에 대하여 시민권을 이유로 소송을 제기한 유족 측 대리인을 담당한 변호사 X는 Y가 출판한 모 잡지를 통하여 자신(X)이 ‘경찰을 곤경에 빠트린 공산당원’으로 표현되었기 때문에 법률가 및 시민으로서의 평판이 침해되었음을 이유로 Y에 대해서 문서에 의한 명예훼손에 기한 손해배상을 청구한 사건이었다. 여기에서 쟁점이 된 것은 피고(미디어)가 공직자도 공적 인물도 아닌 ‘공적 관심사와 관계된 사인’에 대해서 명예훼손적 표현을 한 경우

29) *Rosenbloom v. Metromedia, Inc.*, 403 U.S. 29 (1971).

30) *Rosenbloom v. Metromedia, Inc.*, 403 U.S. 29, 44 (1971)(opinion of J. Brennan).

31) *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974).

에도 피고에게 *New York Times, Co. v. Sullivan* 판결을 적용하여 헌법상 보호를 부여할 수 있는지 여부였다.³²⁾ 이에 대하여 연방지방법원은 X가 공직자도 공적 인물도 아니라고 인정하면서도 이 사건에 *New York Times, Co. v. Sullivan* 판결이 적용된다고 판시하였고, 이에 따라 X가 Y에게 현실적 악의가 있었음을 증명하지 못했기 때문에 X를 지지한 배심원의 판단을 무시한 평가무시판결을 내렸다. 이러한 판결이 선고되자 X가 상고하였는데, 연방 제7순회항소법원도 연방지방법원의 판단을 지지하였다.³³⁾

2) 이에 대해서 연방대법원은 이 사건이 공직자나 공적 인물의 경우와 다름을 강조하여 이 사건 항소법원 판결을 파기환송하였다. 연방대법원은 그 이유로 사인은 공직자나 공적 인물과 비교할 때 허위표현에 대항할 현실적 기회가 없으며, 명예훼손적 표현으로 인하여 공직자나 공적 인물보다 더욱더 상처를 받기 쉬운 만큼 주(州)는 사인의 이익을 보호할 필요성이 높은 점(사인이 입은 손해를 회복할 가치가 있는 점)을 제시하였다.³⁴⁾ 그리하여 연방대법원은 “우리는 주(州)가 사인의 평판에 손해를 입히는 명예훼손적 허위표현에 대해서 법적 구제를 강제하는 대응을 함에 있어서 충분한 자유재량을 유지해야 한다고 결론 내린다”고 판시함으로써³⁵⁾ 명예훼손으로부터 사인을 구제하는 경우와 공직자를 구제하는 경우가 다름을 밝혔다. 이를 전제로 연방대법원은 이 사건과 현실적 악의 법리의 관계, 나아가 이에 따른 추정적 손해배상과의 관계에 대해서 다음과 같이 판시하였다.

“사인에 의하여 제기된 명예훼손소송의 경우에 경합하는 가치를 조정에 있어서 우리는 *New York Times, Co. v. Sullivan* 판결에서 요구하는 것보다 엄격하지 않은 증명을 기초로 하는 주(州)의 조치, 즉 명예훼손적 표현을 한 출판사나 방송국에 책임을 인정하는 조치를 인정한다. 이러한 결론은 공직자 및 공적 인물의 명예를 훼손한 사건에 대한 연방대법원 판결인 *New York Times, Co. v. Sullivan* 판결을 통하여 피고

32) *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 332 (1974).

33) *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 331-332 (1974).

34) *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 344-345 (1974).

35) *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 345-346 (1974).

에게 부여된 특권의 채택을 촉진한 판단이 사인에는 완전하게 적용될 수 없다는 사고에 기초한 것은 아니다. 오히려 우리는 평판 손해(actual reputational harm)로 인하여 사인이 입은 손해를 배상하는 강고하고 정당한 주(州)의 이익을 감안하여 이러한 주(州)의 조치를 지지하는 것이다. 그러나 이러한 주(州)의 대립하고 있는 이익은 실손해에 따른 손해배상액의 범위를 확장하지 않는다. 우리는 이상에서 실시한 이유로 적어도 원고(사인)에 대한 명예훼손에 기한 손해배상책임이 허위성의 인식에 대한 증명이나 진실에 대하여 무분별하게 무시하였다는 점에 대한 증명에 기초하지 않은 경우에 주(州)는 원고(사인)에게 추정적 손해배상이나 징벌적 손해배상을 인정할 수 없다고 판단한다.³⁶⁾”

3) 이와 같이 연방대법원은 공직자나 공적 인물과 비교하면 사인은 명예훼손적 표현에 대항할 기회가 적고, 명예훼손적 표현으로 인하여 공직자나 공적 인물보다 더욱더 상처를 받기 쉽기 때문에, ‘표현의 자유’보다도 ‘사인의 평판에 대한 보호’가 중시된다고 판시하였다. 이를 위하여 연방대법원은 사인의 경우에 그에 상응하는 완화된 기준, 즉 과실(fault)에 기초해서 피고의 손해배상책임의 인정 여부를 판단한다고 판시하였다.³⁷⁾

다만 연방대법원은 이러한 완화된 기준에 기초해서 ‘사인의 평판에 대한 보호’를 중시하는 주(州)의 이익은 실손해의 전보라는 범위 내에서 인정되지만, 추정적 손해배상을 인정함에 있어서는 사인에 대한 명예훼손과 관련된 사건에서도 *New York Times, Co. v. Sullivan* 판결이 제시한 ‘현실적 악의 법리’가 여전히 적용된다고 판시하였다.³⁸⁾

36) *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 348-349 (1974).

37) Charles W. Ehrhardt, *Reputation and Character in Defamation Actions*, 64 Wash. U. L. Q., 1986, pp.867-883.

38) 그 이유에 대해서 연방대법원은 다음과 같이 실시하였다. 즉 “커먼 로의 명예훼손은 현실적 손해의 증명이 없는 상태에서 거짓으로 전보배상의 회복을 인정하므로, 기묘한 성질을 가진 불법행위법이다. 문서에 의한 명예훼손소송과 관련된 전통적 법리 하에서는 공표 사실로부터 손해의 존재가 추정된다. 배심원들은 그러한 손해가 실제로 발생한 증거도 전혀 없는 상태에서 평판에 대하여 추정되는 손해에 대해서 보상으로 충분한 금액을 인정할 수 있다. 손해가 없는 경우에도 배심원의 거의 제약이 없는 재량으로 손해배상을 인정하는 것은 명예훼손적 표현에 대한 책임 제한의 가능성을 연방수정헌법 제1조에서 보장하는 표현의 자유라는 기본권의 적극적 행사를 불필요하게 방해하는 것일 뿐만 아니라 이러한 방해 상태를 악화시킨다. 나아가 추정적 손해배상의 원리는 허위 사실의 발언으로 인해서 입은 손해에 대하여 개인의 손해를 전보하기보다 환영받지 못한 의견(unpopular o

또한 전술한 바와 같이 연방대법원은 문서에 의한 명예훼손의 경우에 실손해에 대한 증명 여부와 관계없이 배심원이 재량으로 손해의 추정에 의해서 손해배상을 인정하므로, ① 손해배상 제도에 의해서 ‘표현의 자유’의 행사가 필요 이상으로 방해되고 있으며, ② 실손해를 전보하는 기능을 담당해야 할 추정적 손해배상이 실제로는 실손해의 전보가 아니라 오히려 명예훼손을 한 피고를 징벌하기 위한 손해배상으로 전락한 문제점을 지적하였다. 그리고 연방대법원은 ③ 피고에 대하여 이러한 실손해를 초과하는 제재적 성격을 갖는 추정적 손해배상책임을 인정하는 것은 ‘사인의 평판 보호’라는 주(州)의 이익에서 벗어나므로, 추정적 손해배상을 인정함에 있어서 원고는 피고의 ‘현실적 악의’를 증명해야 한다는 엄격한 제한을 인정하였고, 이것이 증명될 수 없는 경우에는 손해배상을 ‘실손해’로 제한한다고 판시하였다.³⁹⁾ 이에 따라 이 사건과 같이 사인이 명예훼손을 이유로 손해배상을 청구하는 경우에도 추정적 손해배상을 인정하는 데에는 일정한 헌법적 제한이 작용하는 점이 연방대법원을 통하여 제시되었다.

나. 실손해 배상에 대한 증명책임 부과 및 피해자 구제에 대한 배려

1) 한편 연방대법원은 실손해의 배상에 대해서 증거에 의한 근거 제시가 필요함을 표명하였다. 그러나 연방대법원은 실손해에 대하여 구체적으로 정의하지 않고 오히려 실손해에는 다양한 손해가 포함된다고 판시함으로써 피해자 구제에 일정한 배려를 베풀고 있다.⁴⁰⁾

pinion)에 대하여 제재를 가하도록 배심원을 유발한다. 더욱더 중요한 것은 이 사건 신청인과 같이 원고가 현실적 손해를 훨씬 뛰어넘을 근거가 없는 손해배상액을 확보하는 점에 대하여 주(州)에게는 이를 인정하기 위한 충분한 이익이 없다(Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323, 349 (1974)).”

39) Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323, 349 (1974).

40) 이 점에 대하여 연방대법원은 다음과 같이 설시하였다. 즉 “우리는 불법행위소송에서 배심원에 의하여 적절하게 ‘실손해(actual injury)’에 대한 정의가 내려지는 점에 대하여 폭넓게 경험하고 이를 토대로 ‘실손해(actual injury)’에 대한 정의를 내리는 사실심 법원과 같이 ‘실손해(actual injury)’를 정의할 필요는 없다. 실손해는 실제로 입은 손해(out-of-pocket loss)로 제한되는 것이 아니라는 판단으로 충분하다. 실제로 명예훼손적 표현으로 인하여 입은 손해로서 일반적인 유형의 실손해(actual harm)에는 생활 공동체(communit) 안

이와 같이 연방대법원이 원고가 실손해에 대한 배상을 받는다고 하더라도 손해와 관계되는 정당한 증거에 의해서 손해배상액을 증명할 것을 요구하고 있는 점에 비추어 보면, 연방대법원은 대체로 손해배상을 엄격하게 인정하는 경향에 있음을 알 수 있다.⁴¹⁾ 다만 연방대법원은 ‘실손해’에 대한 정의를 명확하게 내리지 않았기 때문에⁴²⁾, 이에 대한 정의는 각 주(州) 법원의 해석에 위임된다.⁴³⁾ 그 대신 연방대법원은 실손해의 구성요소가 무엇인가에 대해서는 입장을 표명하였는데, 거기에는 정신적 고통 등이 폭넓게 포함된다고 판시하였다. 그렇지만 이러한 구성요소들 간의 상호 관계, 즉 정신적 고통에 대한 손해배상을 인정하는 전제로서 평판 손해에 대한 증거가 필요한지 여부에 대하여 연방대법원은 그 입장을 명확하게 표명하지 않았다.

또한 이 사건에서 연방대법원은 최종적으로 “*New York Times, Co. v. Sullivan* 판결이 제시한 기준보다 완화된 기준에 따라서 책임을 증명하는 명예훼손소송에서 사인인 원고는 실손해를 충분히 배상하는 손해배상의 회복만을 청구할 수 있다⁴⁴⁾”고 실시한 후에 “배심원은 피고에 대하여 무과실책임을 인정하거나 실손해에 대한 증거가 없는 상태의 손해 추정을 인정하였으므로, 재심리가 필요하다”고 판시하였다.⁴⁵⁾

2) 전술한 바와 같이 *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 판결은 사인에게 추정적 손해배상을 인정하려면 현실적 악의에 대한 증거를 요구하였다.

에서의 평판 및 지위에 대한 손해, 개인적 굴욕, 그리고 정신적 고통 및 고통이 포함되어 있다. 물론 배심원의 판단은 적절한 실시에 의해서 제한되어야 한다. 그리고 손해에 대해서 실제의 금전적 가치를 할당하는 증거까지 제시할 필요는 없지만, 모든 금액은 손해와 관계되는 정당한 증거에 의해서 뒷받침되어야 한다(*Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 349-350 (1974)).”

41) 전통적 명예훼손법상 이루어지는 손해배상의 방법을 비판하는 움직임은 학설에서도 보이며, 각 주(州) 법원에 대해서 일정한 영향력을 가지고 있었던 것 같다. 이와 관련하여 원고가 평판에 대한 손해를 증명할 것이 필요하다는 견해로 예컨대 David A. Anderson, *Reputation, Compensation, and Proof*, 25 Wm. & Mary L. Rev., 1984, p.747를 참조.

42) 또한 여기에서의 실손해는 커먼 로상의 ‘특별손해’와 다른 것이다(望月礼二郎, 前掲書(英米法), 252頁).

43) Eileen Lunga & Rosamond S. Mandell, *Hearst Corporation v. Hughes—the Presumption of Injury to Reputation in Per se Defamation Actions is not Dead*, 44 Md. L. Rev., 1985, pp.688-694.

44) *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 350 (1974).

45) *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 352 (1974).

그렇지만 이 판결에서 연방대법원은 ‘현실적 악의 증명’이라는 제한이 공적 관심사와 관계된 사인의 명예훼손소송에 한정해서 적용되는지, 그렇지 않으면 사인에 대한 명예훼손적 발언이 공적 관심사를 포함하지 않는, 즉 사적 관심사인 경우에도 적용되는지에 대해서는 판시하지 않았다.

이 문제에 대한 연방대법원 판결의 입장이 제시된 것이 1985년 *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.* 판결로⁴⁶⁾, 여기에서는 명예훼손적 표현이 공적 관심사와 관계된 것이었는지 여부라는 판단기준이 다시 동원되었다.⁴⁷⁾

사안의 내용 및 소송 경위는 다음과 같다. 건설업자 X가 자주적으로 파산신청을 하였다는 A의 보고를 받은 Y가 그 내용의 진위를 확인하지 않은 채 X와 계약관계에 있는 5건의 정보구독자에게 건설업자 X가 스스로 파산신청을 하였다고 통지하였다. 그 후 Y는 이러한 통지 내용이 허위임을 알았기 때문에 이를 시정하기 위하여 X와 계약관계에 있는 5건의 정보구독자에게 정정 통지를 발송하는 조치를 취하였지만, X는 이에 만족하지 않고 Y를 상대로 명예훼손에 기한 손해배상을 청구하였다. 이에 대하여 연방대법원은 “우리는 *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 판결에서의 재량이 명예훼손적 발언이 공적 관심사와 관계없는 경우를 포함하고 있는지 여부에 대해서 검토한 적이 없다⁴⁸⁾”고 실시한 후 이 사건의 쟁점에 대하여 다음과 같이 판시하였다. 즉 “커먼 로상 법리의 합리성은 심각한 손해가 발생한 점은 거의 확실하지만 명예훼손적 표현의 특징 및 제반 사정으로 인하여 대부분의 경우에 실손해를 증명하는 것이 불가능하다는 역사적 경험과 판단에 있었다. 그 결과 몇 세기 동안 법원은 대부분의 명예훼손적 발언 및 발표로부터 손해가 발생한다는 배심원의 손해 추정에 대한 판단을 인정해 왔다. 이 법리는 이러한 구제가 효율적이라는 점을 분명히 함으로써 명예훼손으로 인한 손해에 대하여 구제하는 주(州)의 이익을 촉진한다. 공적 관심사와 관계없는 내용을 보도한 언론의 경우에는 이러한 언론을 보호할 헌법상의 가치가 감소되는 점에 비추

46) *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.*, 472 U.S. 749, 751 (1985).

47) 山田隆司, “アメリカにおける憲法的名誉毀損法の展開と課題-『現実的悪意の法理』についての連邦最高裁判所判決を手がかりに-”, 阪大法学 55卷 6号, 大阪大学法学会, 平成18年(2006年), 211頁.

48) *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.*, 472 U.S. 749, 757 (1985).

어 볼 때 우리는 ‘현실적 악의’가 증명되지 않은 경우에도 추정적 손해배상 및 징벌적 손해배상을 인정하는 주(州)의 이익을 지지한다.⁴⁹⁾”

“우리는 명예훼손소송에서 명예훼손적 발언이 공적 관심사와 관계없는 경우에 ‘현실적 악의’에 대한 증거가 없는 상태로 추정적 손해배상 및 징벌적 손해배상을 인정하는 것은 연방수정헌법 제1조에 위반하지 않는다고 결론 내린다.⁵⁰⁾”

3) 이와 같이 연방대법원은 사적 관심사와 관계된 사인에 대한 명예훼손의 경우에는 ‘표현의 자유’보다도 ‘개인의 보호’라는 주(州)의 이익이 중시된다는 전제 하에 사인인 원고가 추정적 손해배상이나 징벌적 손해배상을 포함하여 손해배상을 청구하는 때에는 연방수정헌법 제1조가 요청하는 ‘현실적 악의’에 대한 증거가 요구되지 않는다고 판시하였다. 따라서 이 사건과 같은 명예훼손소송에서는 전통적인 추정적 손해배상의 방식이 유지되고 있으므로⁵¹⁾, 추정적 손해배상이 가해자에 대한 사실상의 제재로 기능할 여지가 남게 되었다.

III. 각 주(州) 법원에 의한 추정적 손해배상에 대한 규제

1. 의의

대다수의 주(州) 대법원은 전술한 연방대법원의 입장을 받아들여 이와 조화를 이루는 범위에서 추정적 손해배상의 존속을 인정하고 있었다. 그 결과 대다수의 주(州)에서는 사적 관심사와 관계된 사인의 명예훼손소송의 경우에 전통적인 커먼 로의 형태로 추정적 손해배상이 인정되었다. 이와 달리 연방대법원의 입장을 받아들이지 않고 추정적 손해배상을 완전하게 폐지한 소수의 주(州) 대법원도 있었고, 피고의 유형에 따라서 또

49) Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc., 472 U.S. 749, 760 (1985).

50) Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc., 472 U.S. 749, 763 (1985).

51) Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc., 472 U.S. 749, 763 (1985); Ehrhardt, supra note, pp.867-883.

는 손해배상액의 측면에서 독자적으로 추가적인 제한을 인정한 주(州) 대법원도 있었다. 이하에서는 각 주(州) 대법원이 연방대법원 판결을 접한 후 추정적 손해배상을 구체적으로 어떻게 규제하였는지를 살펴본다.

2. 연방대법원 판결과 조화를 이루는 범위에서 추정적 손해배상을 존속시킨 주(州)

가. 우선 *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 판결이 선고된 직후에 이 판결과 조화를 이루는 범위에서 추정적 손해배상을 존속시킨 주(州) 대법원 판결로, 1978년 콜로라도(Colorado) 주(州) 대법원의 *Rowe v. Metz* 판결⁵²⁾을 들 수 있다.⁵³⁾ 여기에서 콜로라도(Colorado) 주(州) 대법원은 오늘날에도 특별한 경우에 손해를 추정하는 데에는 합리성이 있다는 전제하에 *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 판결의 적용 범위를 가능한 한 축소하려고 하였다. 즉 콜로라도(Colorado) 주(州)대법원에서는 *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 판결을 사인이 피고 ‘미디어’에 의해서 명예훼손을 당한 경우에 대한 판결로 자리매김하고, 미디어가 아닌 피고에 대해서 추정적 손해배상을 청구하는 경우에 *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 판결에 의한 제한(현실적 악의의 증명)은 적용되지 않는다고 해석함으로써

52) *Rowe v. Metz*, 195 Colo. 424 (1978).

53) 이 판결의 사안 및 소송 경위는 다음과 같다. 즉 X(사인)는 Y(미디어가 아닌 사인)가 자신의 평판에 대해서 허위임을 부주의하게 무시하면서 구두로 명예훼손하였다고 주장하여 구두에 의한 명예훼손(*slander per se*)을 이유로 Y에 대하여 손해배상을 청구하였다. 이때 X는 Y의 구두에 의한 명예훼손에 대한 증거를 법원에 제출하였지만, 이 사건이 당연하게 성립하는 구두에 의한 명예훼손에 해당되어 손해가 추정되므로, 손해에 대한 증거를 제출하지 않았다(*Rowe v. Metz*, 195 Colo. 425 (1978)). 이에 대해서 Y는 이 사건에서 피고가 미디어가 아닌 경우에도 피고가 미디어였던 *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 판결을 적용해야 한다고 주장하였다(*Rowe v. Metz*, 195 Colo. 425 (1978)). 그리하여 여기에서는 피고가 미디어가 아닌 경우에도 *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 판결을 적용하여 원고(X)에게 현실적 악의의 증명을 요구함으로써 추정적 손해배상을 제한할 수 있는지 여부가 문제되었다. 이에 대하여 주(州) 항소법원은 이 사건에도 *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 판결이 적용됨을 전제로 Y에게 과실이 없다고 보아 Y의 손해배상책임을 부정하였다(*Rowe v. Metz*, Colo. App., 564 P.2d 425, 428 (1977)). 이와 달리 주(州) 대법원은 이 사건에 *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 판결이 적용되지 않는다고 판시하였다(*Rowe v. Metz*, 195 Colo. 425 (1978)).

손해 추정에 대한 합리성이 있다고 판시하였다. 따라서 콜로라도(Colorado) 주(州) 대법원 판결에 따르면 *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 판결을 통하여 추정적 손해배상을 제한할 수 있는 것은 피고가 미디어인 경우로 한정된다. 이러한 사고는 특히 미디어에 의한 ‘표현의 자유’의 중요성과 그렇지 않은 경우의 차이를 의식한 것이다.⁵⁴⁾

나. 1998년 *Touma v. St. Mary's Bank* 판결⁵⁵⁾에서 뉴햄프셔(New Hampshire) 주(州) 대법원도 연방대법원 판결과 조화를 이루는 형태로 추정적 손해배상을 존속시켰다.⁵⁶⁾ 여기에서 뉴햄프셔(New Hampshire) 주(州) 대법원은 공적 관심사와 관계된 사인의 명예훼손 사건으로 대상을 한정하여 해석하였다. 나아가 이 사건이 사인의 사적 관심사와 관계된 명예훼손 사안이므로, 여기에서는 *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.* 판결에 따라야 한다고 판시하였다. 그리고 사적 관심사와 관계된 사인의 명예훼손 사건과 공적 관심사와 관계된 사인의 명예훼손 사건을 비교한 후 이 사건은 ‘표현의 자유’를 보호해야 할 헌법적 가치가 낮으므로, 추정적 손해배상이 인정된다고 판시하였다.⁵⁷⁾

다. 이상으로 *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 판결이 선고된 후에 그에 따른 형태로 추정적 손해배상 제도를 존속시킨 주(州) 대법원의 주요 견해를 살펴보았다.⁵⁸⁾ 이들 주(州)에서는 특정 명예훼손의 경우에 원고(피

54) 또한 이 견해는 그 후의 판결, 예컨대 사인 X의 가족에 대하여 ‘덴버(Denver)에서 가장 중대한 범죄가족’이라는 제목의 기사를 공표한 신문사 Y를 상대로 X가 명예훼손 및 프라이버시 침해로 소송을 제기한 2002년 *Denver Pub. Co. v. Bueno* 판결에서도 유지되었다(Denver Pub. Co. v. Bueno, 54 P.3d 893, 900 (2002) 참조).

55) 이 판결의 사안 및 소송 경위는 다음과 같다. 즉 X(레스토랑)는 Y가 자신에 대한 담보권이 실행되었다고 광고함으로써 자신이 도산하기에 이르렀다고 주장하여 Y에 대해서 명예훼손에 기한 손해배상을 청구하였다. 이에 대하여 사실심 법원은 이 사건에도 *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 판결이 적용되므로, 추정적 손해배상을 이용할 수 없다고 판시하였다. 그러나 주(州) 대법원은 이 사건이 사인의 사적 관심사에 대한 명예훼손소송인 점에 주목하여 “공적 관심사와 관련 없는 표현은 헌법상 보호 가치가 감소되는 점을 감안하면 이러한 명예훼손소송에서는 추정적 손해배상을 이용할 수 있다”고 판시하였다(*Touma v. St. Mary's Bank*, 142 N.H. 762, 766 (1998)).

56) *Touma v. St. Mary's Bank*, 142 N.H. 762, 766 (1998).

57) 뉴햄프셔(New Hampshire) 주(州) 대법원은 이후에도 후속 판결을 통하여 추정적 손해배상을 유지하였다(*Lassonde v. Stanton*, 956 A.2d 332, 342 (2008)).

58) 참고로 본문에서 든 주(州) 외에 추정적 손해배상을 존속시킨 주(州)로는 앨라배마(Alabama) 주(州) : *Liberty Nat'l Life Ins. Co. v. Daugherty*, 840 So.2d 152, 162 (2002), Delta Heal

해자)의 손해에 대한 증명 곤란을 구제하려는 추정적 손해배상의 목적은 오늘날에도 여전히 합리성이 있다는 입장을 취하고 있다. 다만 다른 한편으로 연방대법원 판결이 추정적 손해배상을 규제한 사정도 어느 정도는 고려하고 있다. 그 결과 공직자, 공적 인물, 공적 관심사와 관계된 명예훼손과 비교할 때 사인의 사적 관심사와 관계된 명예훼손의 경우에는 헌법상 ‘표현의 자유’를 보호할 가치가 낮다고 보기 때문에, 전통적 커먼 로상의 추정적 손해배상을 존속시켰다.

th Grp., Inc. v. Stafford, 887 So.2d 887, 896 (2004); 알래스카(Alaska) 주(州) : MacDonald v. Riggs, 166 P. 3d 12, 18-19 (2007); 코네티컷(Connecticut) 주(州) : Gaudio v. Griffin Health Servs. Corp., 249 Conn. 523, 551-552 (1999); 일리노이(Illinois) 주(州) : Bryson v. News Am. Publ'ns, Inc., 174 Ill.2d 77, 87-88 (1996), Tuite v. Corbitt, 866 N.E.2d 114, 121 (2006); 인디애나(Indiana) 주(州) : Baker v. Tremco Inc., 917 N.E.2d 650, 657 (2009); 켄터키(Kentucky) 주(州) : Stringer v. Wal-Mart Stores, Inc., 151 S.W.3d 781, 795 (2004); 루이지애나(Louisiana) 주(州) : Costello v. Hardy, 864 So.2d 129, 140-141 (2004); 메인(Main) 주(州) : Marston v. Newavom, 629 A.2d 587, 593 (1993), Morgan v. Kooistra, 941 A.2d 447, 455 (2008); 미시간(Michigan) 주(州) : Mitan v. Campbell, 706 N.W.2d 420, 421 (2005); 미네소타(Minnesota) 주(州) : State v. Crawley, 819 N.W.2d 94, 104 (2012); 미시시피(Mississippi) 주(州) : Foster v. Noel, 715 So.2d 174, 184 (1998), Speed v. Scott, 787 So.2d 626, 632 (2001); 몬타나(Montana) 주(州) : Blue Ridge Homes, Inc. v. Thein, 191 P. 3d 374, 382 (2008); 네브래스카(Nebraska) 주(州) : McCune v. Neitzel, 457 N.W.2d 803, 810 (1990); 네바다(Nevada) 주(州) : Chowdhry v. NLVH, Inc., 109 Nev. 478, 483-484 (1993), Bongiovi v. Sullivan, 122 Nev. 556, 557 (2006); 뉴욕(New York) 주(州) : Geraci v. Probst, 15 N.Y.3d 336, 334-345 (2010); 노스캐롤라이나(North Carolina) 주(州) : Ellis v. N. Star Co., 388 S.E.2d 127, 129-130 (1990); 오리건(Oregon) 주(州) : Brown v. Gatti, 145 P.3d 130, 133 (2006); 로드아일랜드(Rhode Island) 주(州) : Nassa v. Hook-SupeRx, Inc., 790 A.2d 368, 374 (2002); 사우스캐롤라이나(South Carolina) 주(州) : Constant v. Spartanburg Steel Prods., Inc., 316 S.C. 86, 91 (1994), Fountain v. First Reliance Bank, 730 S.E.2d 305, 309 (2012); 텍사스(Texas) 주(州) : Salinas v. Salinas, 365 S. W. 3d 318, 320 (2012); 유타(Utah) 주(州) : Larson v. SYSCO Corp., 767 P.2d 557, 560 (1989); 버지니아(Virginia) 주(州) : Askew v. Collins, 722 S.E.2d 249, 251 (2012); 위스콘신(Wisconsin) 주(州) : In re Judicial Disciplinary Proceedings Against Gableman, 784 N.W.2d 605, 624-625 (2010); 와이오밍(Wyoming) 주(州) : Hoblyn v. Johnson, 55 P.3d 1219, 1233 (2002) 등이 있다(이상의 내용은 吉村顕真, 前掲論文(アメリカ名誉毀損法における推定的損害賠償の現代的動向-損害推定の機能に着目して-), 85頁 注66을 참조하여 정리한 것이다).

3. 연방대법원 판결을 계기로 추정적 손해배상을 완전히 폐지한 주(州)

가. *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 판결을 계기로 추정적 손해배상을 완전히 폐지한 주(州)도 소수이지만 존재하였다. 이들 판결은 *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 판결이 공적 관심사와 관계된 사인의 명예훼손소송을 대상으로 한 것인지, 그렇지 않으면 사인의 명예훼손소송 전반을 대상으로 한 것인지를 명확하게 밝히지 않았다는 문제의식을 공유한다. 이에 따라 추정적 손해배상을 완전하게 폐지한 주(州) 대법원의 입장은 *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 판결의 적용 대상을 어떻게 해석하는지에 따라서 그 입장이 주(州)마다 각각 달랐다.

예컨대 추정적 손해배상을 폐지한 소수의 주(州) 대법원 중에는 *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 판결이 선고된 직후에 그 판결이 명예훼손소송 전반에서 추정적 손해배상을 완전히 폐지한 것으로 해석한 주(州) 대법원이 있었다.⁵⁹⁾ 또한 *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 판결이 선고된 후 후속적으로 판시된 *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.* 판결을 통하여 추정적 손해배상이 인정될 여지가 남아 있음에도 불구하고 그 판결(*Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.* 판결)을 명확하게 부정함으로써 어떠한 명예훼손에서도 추정적 손해배상이 인정되지 않는다고 판시한 주(州) 대법원도 있었다.⁶⁰⁾

나. 추정적 손해배상을 폐지한 주(州) 대법원 중 *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 판결이 선고된 직후에 이 판결이 명예훼손소송 전반에서 추정적 손해배상을 완전히 폐지한 것으로 해석한 주(州) 대법원 판결의 대표적 예로 *Gobin v. Globe Publishing Co.* 판결⁶¹⁾을 들 수 있다. 이 판결의 사건 및 소송 경위는 다음과 같다. 즉 X가 동물 학대의 혐의에 대하여 자신의 죄를 인정하였다는 허위의 신문 기사를 공표한 Y 회사에 대

59) 예컨대 이러한 입장을 취한 주(州) 대법원 판결로 캔자스(Kansas) 주(州) 대법원 판결(*Gobin v. Globe Publishing Co.*, 232 Kan. 1 (1982)), 테네시(Tennessee) 주(州) 대법원 판결(*Memphis Publ'g Co. v. Nichols*, 569 S.W.2d 412, 419 (1978)) 등이 있다.

60) 예컨대 이러한 입장을 취한 주(州) 대법원 판결로 미주리(Missouri) 주(州) 대법원 판결(*Nazeri v. Mo. Valley Coll.*, 860 S.W.2d 303 (Mo. 1993)), 뉴멕시코(New Mexico) 주(州) 대법원 판결(*Smith v. Durden*, 276 P.3d 943 (N.M. 2012)) 등을 들 수 있다.

61) *Gobin v. Globe Publishing Co.*, 232 Kan. 1 (1982).

하여 X가 문서에 의한 명예훼손에 기한 손해배상을 청구하였다.⁶²⁾ 이 사건은 사인(X)에 대한 명예훼손과 관련된 소송이므로 *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 판결에 따라 원고(X)가 피고(Y 회사)의 현실적 악의를 증명하면 원고(X)에게 추정적 손해배상이 인정될 여지가 있었다. 그러나 이 판결에서 캔자스(Kansas) 주(州) 대법원은 *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 판결의 영향을 받은 결과 이 사건의 제반 사정을 불문하고 이미 손해의 추정은 인정되지 않고, 따라서 손해배상은 증거에 기초해서 인정되어야 한다고 판시하였다. 또한 추정적 손해배상이 폐지됨에 따라 명예훼손으로 인한 정신적 손해에 대해서도 원고가 자신에 대하여 실제로 발생한 평판 손해를 증명해야만 정신적 손해배상(위자료)을 인정할 수 있다고 판시하였다.⁶³⁾

이와 같이 이 사건 주(州) 대법원은 *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 판결이 제시한 것 이상으로 추정적 손해배상에 대해서 엄격한 태도를 취하였지만, 이러한 태도의 근거에는 연방대법원이 실시한 바와 같이 추정적 손해배상이 피고(가해자)에 대한 사실상의 제재로 기능할 우려가 있으므로, 손해의 추정을 전면적으로 부정한 것이다. 그리고 이 사건에서 캔자스(Kansas) 주(州) 대법원은 최종적으로 X가 평판 손해에 대한 증거와 거기에서 발생한 손해나 경제적 손해에 대한 증거를 제출하지 않았기 때문에 정신적 고통에 대한 손해배상은 인정되지 않는다고 판시하였다.⁶⁴⁾⁶⁵⁾

62) *Gobin v. Globe Publishing Co.*, 232 Kan. 1, 2 (1982).

63) 이 사건 캔자스(Kansas) 주(州) 대법원을 참고한 뉴욕(New York) 주(州) 대법원 상소심에 의한 1981년 *Salomone v. Macmillan Publishing* 판결 및 동(同) 상소심에 의한 *France v. St. Clare's Hospital* 판결은 *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 판결이 평판 손해의 추정을 폐지한 것으로 해석하였으므로, 정신적 고통으로 인한 손해만의 배상은 인정되지 않으며, 정신적 손해가 평판 손해에 부수하는 경우에만 그에 대한 배상이 인정된다고 판시하였다(*Salomone v. Macmillan Publishing*, 429 N.Y.S.2d 441 (1981); *France v. St. Clare's Hospital*, 441 N.Y.S.2d 79 (1981)). 다만 뉴욕(New York) 주(州)의 *Salomone v. Macmillan Publishing* 판결 및 *France v. St. Clare's Hospital* 판결은 다른 주(州)에 어느 정도 영향을 주었다. 그러나 그 후 이러한 영향을 받은 주(州)는 다시 전통적 법리를 고수하였다. 물론 캔자스(Kansas) 주(州)와 같이 뉴욕(New York) 주(州)의 두 판결을 계속 지지한 주(州)도 몇 개 존재하였다. 이상의 내용은 吉村顯真, 前掲論文(アメリカ名誉毀損法における推定的損害賠償の現代的動向-損害推定の機能に着目して-), 86頁 注73을 참조하여 정리한 것이다.

64) 또한 이러한 법정의견에 대해서 Mary Murphy Schroeder 수석판사는 종래의 커먼 로에 따

다. 추정적 손해배상을 폐지한 주(州) 대법원 중 *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 판결이 선고된 후 후속적으로 판시된 *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.* 판결을 통하여 추정적 손해배상이 인정될 여지가 남아 있음에도 불구하고 그 판결(*Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.* 판결)을 명확하게 부정함으로써 어떠한 명예훼손에서도 추정적 손해배상이 인정되지 않는다고 판시한 주(州) 대법원 판결도 몇 개 있다.

1) 1993년 *Nazeri v. Mo. Valley Coll.* 판결⁶⁶⁾에서 미주리(Missouri) 주(州) 대법원은 어떠한 명예훼손소송에서도 추정적 손해배상이 부정된다고 판시하였다. 이 판결의 사안 및 소송 경위는 다음과 같다.

즉 종교계 사립대학 부학장 Y는 당해 주(州) 교육부의 교원 육성부 과장 X가 무능력하며 이 사건 대학에 대해서 편견을 가지고 있는 점, X가 학내 종교교육에 반대하고 있으며 동성애자와 생활하고 있는 점 등을 신문사에 공공연하게 이야기하였다. 그 내용은 공표된 적이 없었지만, 일반인에게 널리 알려졌기 때문에 X는 개인 및 전문가로서의 평판이 손상되었고 이로 인하여 정신적 고통을 입었음을 이유로 Y에 대해서 구두에 의한 명예훼손소송을 제기하였다. *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.* 판결에 따르면 ‘당연히 명예훼손의 성립이 추정되는 구두에 의한 명예훼손(slander per se)’과 ‘당연히 명예훼손의 성립이 추정되지 않는 구두에 의한 명예훼손(slander per quod)’을 구별할

라서 실제로 원고가 자신의 평판이나 명성에 대하여 손해를 입었는지 여부에 관계없이 손해배상의 회복에는 원고의 손해에 대한 증거가 필요 없다는 취지의 반대의견을 제시하였다(*Gobin v. Globe Publishing Co.*, 232 Kan. 1, 8 (1982)).

65) 그 밖에 *Gobin v. Globe Publishing Co.* 판결과 동일한 입장을 취한 주(州) 대법원 판결로 *Memphis Publ'g Co. v. Nichols* 판결을 선고한 테네시(Tennessee) 주(州) 대법원 판결이 있다(*Memphis Publ'g Co. v. Nichols*, 569 S.W.2d 412, 419 (1978)). 또한 아칸소(Arkansas) 주(州) 대법원 판결(예컨대 *Little Rock Newspapers v. Dodrill*, 281 Ark. 25, 30-31 (1983); *K ARK-TV v. Simon*, 280 Ark. 228, 233 (1983); *United Ins. Co. of America v. Murphy*, 331 Ark. 364, 370 (1998) 등), 메릴랜드(Maryland) 주(州) 대법원 판결(*Metromedia, Inc. v. Hillman*, 285 Md. 161, 163, 173 (1979)), 펜실베이니아(Pennsylvania) 주(州) 대법원 판결(*Agriss v. Broadway Exp., Inc.*, 334 Pa. Super. 295, 318 (1984))도 *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 판결이 선고된 직후에 모든 명예훼손소송에서 추정적 손해배상을 폐지하고 손해배상의 전제로 실손해에 대한 증거를 제출할 것이 필요하다는 입장을 채택하였다.

66) *Nazeri v. Mo. Valley Coll.*, 860 S.W.2d 303 (Mo. 1993).

여지가 남아 있으므로, 전자에 따라서 추정적 손해배상을 인정할 여지가 있었지만, 이 사건 주(州) 대법원은 피고가 미디어인지 여부 등 사건의 제반 사정을 불문하고 추정적 손해배상을 완전히 폐지한다고 판시하였다.⁶⁷⁾

2) 또한 2012년 *Smith v. Durden* 판결⁶⁸⁾에서 뉴멕시코(New Mexico) 주(州) 대법원도 *Nazeri v. Mo. Valley Coll.* 판결과 동일한 입장을 취하였다. 이 판결의 사안 및 소송 경위는 다음과 같다.

즉 모 지구 교회의 전직 사제 X를 그 지위에서 해임되기를 원하는 교구 신자 Y들이 X에게는 미성년 교구 신자와 원조교제의 의심이 있다는 취지의 문서를 공표하였기 때문에 X가 Y들을 상대로 명예훼손소송을 제기하였다. 이 사건 역시 사인의 사적 관심사와 관계된 명예훼손소송인 점에서 보면 *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.* 판결에 따라 추정적 손해배상이 인정될 여지가 있었다. 그러나 뉴멕시코(New Mexico) 주(州) 대법원은 ‘당연히 명예훼손의 성립이 추정되는 문서에 의한 명예훼손’과 ‘당연히 그 성립이 추정되지 않는 문서에 의한 명예훼손’의 구별을 배제한 주(州)의 경향에 따라서 “이와 마찬가지로 우리는 사적 관심과 관계된 명예훼손소송에서 사인인 원고가 추정적 손해배상을 회복함을 인정하는 문제에 대하여 *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.* 판결에 따르지 않는다”고 판시하여⁶⁹⁾ 사인의 사적 관심사에 대한 경우에 추정적 손해배상이 부정된다는 입장을 취하였다.⁷⁰⁾

67) 즉 미주리(Missouri) 주(州) 대법원 판결은 ‘당연히 명예훼손의 성립이 추정되는 구두에 의한 명예훼손’ 및 ‘당연히 명예훼손의 성립이 추정되지 않는 구두에 의한 명예훼손’과 같은 전통적 구별 자체가 의미가 없으며, 특히 ‘당연히 명예훼손의 성립이 추정되는 구두에 의한 명예훼손’의 경우에는 증거가 없는 상태로 피고에게 책임을 부담시키는 불공평이 발생하는 점에 문제가 있으므로, *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.* 판결에 따르지 않는다고 실시하고 명예훼손소송에서의 원고에게 일률적으로 실손해에 대한 증명을 요구한다고 판시함으로써 미주리(Missouri) 주(州) 법에서의 추정적 손해배상을 폐지하였다(*Nazeri v. Mo. Valley Coll.*, 860 S.W.2d 303, 313 (Mo. 1993)).

68) *Smith v. Durden*, 276 P.3d 943 (N.M. 2012).

69) *Smith v. Durden*, 276 P.3d 943, 948 (N.M. 2012).

70) 그리고 뉴멕시코(New Mexico) 주(州) 대법원은 추정적 손해배상을 폐지함에 따라 원고에게 평판 손해를 증명할 것을 요구하였는데, 그 이유에 대해서 동(同) 대법원은 다음과 같이 실시하였다. 즉 “우리는 뉴멕시코(New Mexico) 주(州) 법이 모든 명예훼손소송에서 손

이러한 뉴멕시코(New Mexico) 주(州) 대법원 판결에 따르면 애초에 손해전보의 불완전성은 명예훼손소송에 한정된 것이 아니라 전제 하에 명예훼손소송의 경우에만 원고에게 자신의 평판 손해에 대한 증거가 없는 상태에서 손해배상을 인정하는 것을 부정하였다. 또한 이 판결은 손해의 증명에 대해서는 소송의 유형을 묻지 않고 통일적으로 손해의 증거가 필요하다는 입장을 취하면서도 명예훼손이 연방수정헌법상 ‘표현의 자유’와 관련되는 점을 고려하여 다른 유형의 사건과 동일하게 취급하지 않았으므로, 명예훼손에 의한 손해배상에 대해서는 보다 신중하게 판단하는 입장이 제시되었다고 볼 수 있다.

라. 요컨대 추정적 손해배상을 폐지한 주(州)라 하더라도 연방대법원의 입장을 해석하는 방식에 대하여 각각의 주(州) 대법원의 입장이 반드시 일치하지 않았지만, 추정적 손해배상의 폐지를 통하여 증거에 기초한 손해배상의 인정으로 변경한 점은 공통적이다. 즉 소수의 주(州)에서는 대다수의 주(州)와 달리 연방대법원이 추정적 손해배상을 제한한 점을 계기로 추정적 손해배상을 완전히 폐지하였다. 그 결과 손해배상에서의 증명책임의 일반원칙에 따라서 원고에게 명예훼손에 의한 평판 손해를 증명할 것을 요구하였다. 그리고 추정적 손해배상이 폐지됨에 따라서 정신적 손해에 대한 회복에 대하여 원고에게 자신의 평판 손해에 대한 증거를 요구함으로써 명예훼손에 기한 손해배상책임의 인정 여부에 대한 판단도 다른 불법행위와 마찬가지로 엄격해졌다.

해배상을 받기 위해서는 평판 손해를 증명할 것을 원고에게 요구하고 있음을 분명하게 규정하는 때에 실손해를 증명하는 것이 대부분의 경우에 불가능한 점을 인식하고 있다. 손해배상을 실손해로 제한하는 제도에는 불완전성이 있음은 사실이지만, 이러한 사실은 사람의 손해를 금전으로 보상하려는 제도라면 모두 존재한다. 그렇지만 명예훼손에 기한 손해배상을 인정함으로써 얻을 수 있는 이익은 평판 손해에 대해서 개인을 보상한다는 이익이다. ‘원고의 평판 손해를 구제하기 위하여 명예훼손에 기한 불법행위소송이 있는 경우에’ 단순히 평판을 침해하는 경향이나 정신적 고통을 증명하는 것만으로 손해배상을 인정하는 것은 정말로 너무나도 의심스러울 뿐만 아니라 헌법상 보호에 의해서 정당하게 제한되는 불법행위인 명예훼손과 기타 소송원인을 부적절하게 뒤섞는다”고 판시하였다(Smith v. Durden, 276 P.3d 943, 952 (N.M. 2012)).

4. 연방대법원 판결에 독자적인 추가적 제한을 가한 주(州)

가. 전술한 추정적 손해배상을 유지하거나 폐지한 주(州) 대법원 이외에 추정적 손해배상에 독자적으로 추가적인 제한을 인정한 주(州) 대법원도 있었다. 그 중 하나가 아이오와(Iowa) 주(州) 대법원이다. 아이오와(Iowa) 주(州) 대법원은 기본적으로 당연히 성립하는 문서에 의한 명예훼손을 유지하였지만, 미디어가 피고인 명예훼손소송에 한정하여 문서에 의한 명예훼손 및 그에 따른 추정적 손해배상을 인정하지 않는 내용의 독자적인 제한 방식을 채택하였다. 이러한 입장을 표명한 주(州) 대법원 판결로 1998년 *Schlegel v. Ottumwa Courier* 판결을 들 수 있다.⁷¹⁾

이 판결에서 아이오와(Iowa) 주(州) 대법원은 추정적 손해배상을 완전하게 폐지하지는 않았다. 특히 이 판결은 피고가 미디어인 경우에 ‘실손해를 훨씬 뛰어넘는 부당한 금전적 손해배상액’으로 이어지기 쉬운 추정적 손해배상을 인정함으로써 인하여 ‘표현의 자유’가 위축되는 사태를 우려하였다.⁷²⁾ 그리하여 이 판결은 이러한 우려를 불식시키기 위해서 추정적 손해배상을 제한한 *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 판결을 고려하여 손해에 대한 증거가 필요하다고 판시하였다.⁷³⁾ 또한 정신적 손해배상에 대해서도 원고가 그 전제가 되는 평판 손해를 증명하지 않으면, 정신적 손해배상은 인정되지 않는다고 판시함으로써⁷⁴⁾ 피고(미디어)에 대한 손해배상청구를 보다 엄격하게 제한하였다.⁷⁵⁾ 이러한 엄격한 입장은 2013년 *Bierman v. Weier* 판결에서도 유지되었다.⁷⁶⁾

71) *Schlegel v. Ottumwa Courier*, 585 N.W.2d 217 (1998).

72) *Schlegel v. Ottumwa Courier*, 585 N.W.2d 217, 222 (1998) 및 *Schlegel v. Ottumwa Courier*, 585 N.W.2d 217, 224 (1998). 또한 *Johnson v. Nickerson*, 542 N.W. 2d 506 (1996)도 참조.

73) *Schlegel v. Ottumwa Courier*, 585 N.W.2d 217, 223 (1998).

74) *Schlegel v. Ottumwa Courier*, 585 N.W.2d 217, 224 (1998).

75) *Schlegel v. Ottumwa Courier*, 585 N.W.2d 217, 226 (1998).

76) *Bierman v. Weier*, 826 N.W. 2d 436, 454-455 (2013). 이 판결의 사안 및 소송 경위는 다음과 같다. 즉 Y1이 자신의 영혼 편력(遍歷) 등을 바탕으로 타인에게 조언하는 책을 출판사 Y2를 통하여 출판하였는데, 그 책에는 X1·Y1의 딸과 X1의 부친 X2에 대한 비판, 나아가 X2가 X1에게 성폭행을 하였기 때문에 X1이 정신병에 걸렸다는 점이 서술되어 있었으므로, X들은 그 책의 내용이 허위이고 자신들의 명예를 훼손하였다고 주장하여 Y1과 출판사 Y2에 대해서 당연히 성립하는 문서에 의한 명예훼손, 프라이버시 침해, 정신적 손

나. 한편 뉴저지(New Jersey) 주(州) 대법원은 추정적 손해배상의 측면에서 독자적으로 추가적인 제한을 두는 입장을 취하였다. 이를 밝힌 것이 뉴저지(New Jersey) 주(州) 대법원에 의한 2012년 *W. J. A. v. D. A.* 판결이다.⁷⁷⁾ 이 판결에서 나타난 뉴저지(New Jersey) 주(州) 대법원의 입장에 따르면 애초에 불법행위법은 손해 전보에 유일한 목적이 있는 것은 아니며, 불법행위의 억제나 권리 옹호라는 측면도 있는 점에서 볼 때 반드시 ‘손해’의 엄격한 증명에 구애될 필요는 없다고 판시하였다. 다만 이는 손해의 존재에 대한 무시를 의미하는 것이 아니라 절차적으로 손해에 대한 증명을 완화할 뿐이라고 판시하였다.⁷⁸⁾

특히 이 판결은 인터넷에 의해서 사인의 명예가 훼손된 경우에 실손해

해를 입었음을 이유로 손해배상을 청구하였다. 이에 대하여 주(州) 대법원은 피고가 미디어인 경우에 추정적 손해배상이 제한된다고 판시하였는데, 그 내용은 다음과 같다. “우리는 피고가 미디어의 일원인 경우에 ‘당연히 성립하는 문서에 의한 명예훼손’에서의 손해 추정이 적용되지 않음을 재확인하였다. 즉 원고는 실손해를 증명할 필요가 있다. 우리는 *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 판결이 굴욕과 정신적 고통을 포함한 실손해에 대한 넓은 정의에 따라서 피고 미디어에 대하여 손해배상을 청구하는 것을 사인(원고)에게 인정함을 승인하였다. 그렇지만 우리는 아이오와(Iowa) 주(州)에서 원고가 미디어를 상대로 소송을 제기한 경우에 개인적 굴욕이나 정신적 고통과 같은 어떤 기생적 손해에 대해서도 원고가 배상을 받기 전에는 단순한 감정적 고통이나 굴욕을 증명해야 할 뿐만 아니라 실제로 자신이 입은 평판 손해에 대해서도 증명하여야 한다고 결론 내렸다.”

77) *W.J.A.v.D.A.*, 210 N.J. 229 (2012).

78) 이를 전제로 뉴저지(New Jersey) 주(州) 대법원 판결은 추정적 손해배상의 의의에 대해서 다음과 같이 판시하였다. 즉 “오늘날의 세계에서 사람의 신용은 인터넷에서 허위이고 명예훼손적 표현을 공표하는 행위를 통하여 너무나도 간단하게 침해된다. 실제로 인터넷이라는 현대적 수단에 의해서 명예를 훼손당한 사인은 자신의 정신적 고통을 극복할 수 없는 것은 아니지만, 전보배상을 받기 위하여 자신의 평판에 대한 손해를 증명하기가 매우 어렵다. 우리는 뉴저지(New Jersey) 주(州)의 오랜 세월에 걸친-공적 관심사와 관계없는 사건에서 시민이 제기하는 명예훼손소송에서-추정적 손해배상이라는 커먼 로의 전통이 무슨 이유로 인터넷상 사인에 대한 명예훼손에 대하여 세계 속에 잠재하는 열람자 중 누군가로부터 평판 손해에 대한 증거를 찾는 일을 일반시민에게 강제하는 것으로 변경해야 하는지 의문이다. 우리는 당해 주(州)에서의 커먼 로가 소송원인에 기초해서 시작하기 때문에 이러한 피해자에게 배상되는 손해를 제시할 것을 요구하도록 변경할 필요가 있다는 점에 대하여 납득할 수 없다. …… 추정적 손해배상은 인터넷의 악용을 통하여 훼손될 수 있는 그 사람의 평판에 대한 위엄과 마음의 평화라는 이익을 정당화한다. 이러한 상황에서 제기하는 명예훼손소송에서 평판 손해가 추정됨을 인정하는 것은 정당한 이익에 부합되므로, 우리의 커먼 로에서 제거되어서는 안된다(*W.J.A.v.D.A.*, 210 N.J. 229, 248-249 (2012)).”

를 증명하는 것은 매우 어렵기 때문에 사인의 권리 옹호라는 점에서 손해배상을 추정하는 데에는 여전히 의의가 있음을 인정하고 있으므로, 이를 즉시 폐지하는 것에 대해서는 부정적이다. 이 판결에서 나타난 뉴저지(New Jersey) 주(州) 대법원의 입장에 따르면 추정적 손해배상 제도의 존재 자체에 문제가 있는 것이 아니라 오히려 “배심원에 추정적 손해배상을 평가하기 위한 통일적인 방법이 마련되어 있지 않다”는 점에 문제가 있다고 하였다.⁷⁹⁾ 그리하여 뉴저지(New Jersey) 주(州) 대법원은 추정적 손해배상 제도에는 추정적 손해배상액 산정에 대한 배심원의 명확한 지침이 존재하지 않기 때문에 추정적 손해배상을 전보배상과는 다른 ‘명목적 손해배상’으로 자리매김하지만, 금전적으로 회복이 필요한 손해에 대해서는 다른 경우와 마찬가지로 전보배상의 범위에서 실손해에 대한 증명에 기초하여 배상액을 산정할 필요가 있다고 판시하였다.⁸⁰⁾

다. 결국 아이오와(Iowa) 주(州) 대법원이든 뉴저지(New Jersey) 주(州) 대법원이든 여전히 추정적 손해배상에 합리성이 있는 점은 인정하지만, 추정적 손해배상이 내포한 손해배상의 고액화 문제에 대해서는 다소 다른 접근방식을 취하고 있다. 예컨대 아이오와(Iowa) 주(州) 대법원은 피고가 미디어인 경우에 ‘표현의 자유’가 중시되기 때문에 이 경우에는 원고의 손해 추정을 인정하지 않는다고 판시하였다. 확실히 피고가 미디어인 경우에는 손해배상청구를 억제하는 효과가 어느 정도는 존재하지만, 여전히 추정적 손해배상의 고액화라는 본질적 문제에 대하여 직접적인 해결책을 제시하지는 못한 것으로 보인다. 또한 뉴저지(New Jersey) 주(州) 대법원도 추정적 손해배상이 내포한 손해배상의 고액화

79) W.J.A.v.D.A., 210 N.J. 229, 247 (2012). 따라서 이러한 산정기준을 마련하는 문제를 해결하기 위한 방법으로 뉴저지(New Jersey) 주(州) 대법원 판결은 다음과 같은 방법을 채택한다고 판시하였다. 즉 “정식 사안 심리에서 ... 명목적 손해배상액을 받는 것을 원고에게 인정함으로써 추정적 손해배상의 원리는 계속 존속할 것으로 생각한다. 이러한 접근 방법은 전보적 손해배상액을 배제함으로써 추정적 손해배상의 원리를 분명하게 구분할 수 있기 때문에 배심원 판결에 지침이 없다는 비판을 잠재운다. 평판 손해에 대한 전보배상액을 받기 위해서 원고에게는 증거의 제출을 통하여 자신의 평판에 대한 현실적 손해, 금전적 손해 또는 기타 손해를 증명할 것이 요구된다(W.J.A.v.D.A., 210 N.J. 229, 249 (2012)).”

80) 또한 이러한 판단을 전제로 뉴저지(New Jersey) 주(州) 대법원은 원고가 전보되어야 할 손해를 증명하지 않았기 때문에 원고는 전보배상액을 받을 수 없지만, 명목적 손해배상액은 받을 수 있다고 판시하였다(W.J.A.v.D.A., 210 N.J. 229, 249 (2012)).

라는 본질적 문제를 가지고 있다. 물론 뉴저지(New Jersey) 주(州) 대법원과 같이 추정적 손해배상을 명목적 손해배상으로 자리매김함으로써 추정적 손해배상의 존속을 인정하면서도 추정적 손해배상이 내포하고 있는 손해배상액의 고액화를 어느 정도는 억제할 수 있을 것이다. 다만 추정적 손해배상을 명목적 손해배상으로 자리매김함에 따라 손해에 대한 증명이 곤란한 경우에도 손해의 추정을 통하여 금전에 의한 현실적 구제를 인정해 온 전통적인 추정적 손해배상 제도는 실질적으로 폐지한 것으로 보인다. 그러므로 아이오와(Iowa) 주(州) 대법원과 뉴저지(New Jersey) 주(州) 대법원에 따르면 금전에 의한 현실적 구제를 받기 위해서는 결국 모든 실손해를 증명해야 하고, 따라서 이러한 점에서 보면 명예훼손의 피해자들에게는 엄정한 대응이었던 것으로 보인다.

IV. 결 어

1. 정리

미국에서 명예훼손이 인정되면 피해자에 대한 구제수단으로서 일반적으로 손해배상이 인정된다. 이와 관련하여 과거 미국의 명예훼손법은 당연히 명예훼손이 성립하는 ‘구두에 의한 명예훼손’과 ‘문서에 의한 명예훼손’에 해당되는 경우에 원고가 실제로 발생한 금전적 손해를 증명할 필요도 없이 보통은 단순히 명예훼손적 허위표현이라는 사실에서 평판에 대한 물질적 손해 및 정신적 손해가 발생하는 것으로 법률상 추정되므로, ‘일반적 손해배상’이라는 항목에서 추정적 손해배상에 의한 손해의 회복이 인정되었다. 그러나 20세기 후반 이후 미국에서는 증명이 곤란한 손해를 추정함으로써 피해자를 구제하려는 제도 본래의 목적과는 달리 추정적 손해배상에 의해 고액화된 손해배상이 피고(가해자)에 대한 사실상의 제재로 기능하게 되었다. 그 결과 미국에서는 추정적 손해배상에

대해서 여러 가지 규제를 두어서 명예훼손에 해당되더라도 최대한 실손해에 대한 증거에 기초해서 손해배상액을 공평하게 산정할 것을 요구하는 움직임이 나타났다. 즉 20세기 후반에 배심원이 손해를 법률상 추정하고 이에 대한 손해배상액을 평가하는 추정적 손해배상을 인정함으로써 고액의 손해배상이 인정되는 사례가 눈에 띄게 증가하였으며, 그 중에는 실제로 전보배상 이상으로 고액의 추정적 손해배상을 원고에게 인정하는 사례가 발생하였다. 그 결과 연방대법원은 각 주(州)의 명예훼손법에 적극적으로 개입하게 되었으며, 각 주(州)의 전통적인 커먼 로상의 명예훼손법, 특히 손해의 추정을 인정하는 명예훼손의 유형은 연방수정헌법 제 1조의 ‘표현의 자유’에 의한 보호의 대상으로 고려할 수 있게 되었다. 또한 이에 수반하여 원고에게 전통적인 명예훼손법이 요구하지 않았던 실손해, 피고의 유책성, 표현의 허위성에 대하여 증명할 것을 요구하게 되었다.

그리고 전술한 연방대법원 판결의 입장을 수용하는지 여부에 대하여 대다수의 주(州) 대법원은 연방대법원 판결의 입장을 받아들여 이와 조화를 이루는 범위에서 추정적 손해배상을 존속시키고 있었으므로, 사적 관심사와 관계된 사인의 명예훼손소송의 경우에만 전통적 커먼 로 본래의 형태로 추정적 손해배상을 인정하였다. 이와 달리 연방대법원 판결을 계기로 추정적 손해배상을 완전하게 폐지한 소수의 주(州) 대법원뿐만 아니라 피고의 유형에 따라서 또는 손해배상액의 측면에서 독자적으로 추가적인 제한을 둔 주(州) 대법원도 있었다.

2. 관견(管見)의 결과 및 장래의 연구과제 제시

이상으로 미국의 명예훼손법상 추정적 손해배상 제도에 대한 연방대법원 판결 및 각 주(州)의 대법원 판결의 입장을 통하여 추정적 손해배상 제도에 대한 미국의 동향을 관견(管見)하였다. 그 결과 미국의 추정적 손해배상 제도에 대한 실무의 경향을 파악할 수 있었으며, 이와 함께 장래의 연구과제도 도출할 수 있었다. 이하에서는 그 내용을 밝히는 것으로 본고의 마무리에 갈음하고자 한다.

첫째, 본고가 관견(管見)의 대상으로 삼은 추정적 손해배상이 미국에서는 전보배상의 범위 내에서 자리매김하고 있으므로, 향후 이에 대한 연구를 보다 심화하여 수행함에 있어서는 미국의 경우에 전보배상만으로도 고액의 손해배상액이 인정될 수 있는 점을 항상 염두에 두어야 한다.⁸¹⁾

둘째, 최근 미국에서는 추정적 손해배상이 현실적으로는 제도 본래의 목적에서 크게 이탈하여 가해자(피고)에 대한 사실상의 제재로 기능하고 있다는 문제의식 하에 연방대법원 판결을 통하여 전체적으로 전통적인 추정적 손해배상을 제한하는 움직임을 감지할 수 있었다. 다만 이러한 움직임은 일반적으로 명예훼손소송에서 추정적 손해배상이 더 이상 합리성이 없는 것으로 받아들여지고 있음을 의미하는 것은 아니다. 오히려 이러한 움직임은 손해에 대한 증명책임의 완화를 통하여 피해자의 구제를 우선시한 전통적인 추정적 손해배상의 방식을 또 하나의 중요한 권리인 ‘표현의 자유’와의 관계에 비추어서 다시 조정하는 태도를 표명한 것으로 이해할 수 있었다. 물론 연방대법원이 이러한 조정 가운데 추정적 손해배상에 대해서 일정한 제한을 두었다는 점에서는 의의가 있었다.

셋째, 당초에 추정적 손해배상이 손해 전보의 범위를 넘어서 현실적으로는 피고에 대한 엄격한 제재로 기능한다는 문제의식 하에 연방대법원에 의해서 서서히 그 제한이 시작되었다. 그런데 이 문제의 근거에는 추정적 손해배상액을 적절하게 평가하여 적절한 손해배상액을 산정하기 위한 지침이 배심원에 제시되어 있지 않은 문제점이 있었다.

넷째, 그럼에도 불구하고 연방대법원 판결은 이를 간과하고 원고가 공인 내지 공직자인지 사인인지 여부를 불문하고 원고에게 피고의 현실적 악의에 대한 증명을 요구함으로써 추정적 손해배상의 인정 자체를 제한하였다. 이러한 연방대법원의 제한은 명예훼손 중 일부의 유형에서만 손해에 대한 증명책임의 완화에 따른 피해자 구제라는 제도 본래의 목적을 부정하였을 뿐이며, 명예훼손으로 인한 손해를 추정한 후에 그 손해에 대해서 금전적 평가를 어떠한 방법으로 적절하게 실시하는가라는 근본적

81) 이와 관련하여 미국에서 고액의 전보배상이 인정되는 원인으로 배심원이 추정적 손해배상 제도를 통하여 손해배상액을 산정하는 데에 있다는 이해로 山地修, “名譽毀損の損害額の算定について-諸外国の状況の実証的分析”, 判例タイムズ 1055号, 判例タイムズ社, 平成13年(2001年), 15頁 및 20頁 참조.

문제를 전혀 해결하지 못하고 있다. 결국 현재까지도 추정적 손해배상에 대한 연방대법원의 제한에는 한계가 있음을 알 수 있었다.

다섯째, 실제로 연방대법원 판결이 선고된 이후 대다수의 주(州) 대법원 판결은 사인의 사적 관심사에 대한 명예훼손소송에서 기존과 같은 형태로 추정적 손해배상을 유지하고 있으므로, 이 경우의 추정적 손해배상이 그 목적을 일탈하여 피고(가해자)에 대한 사실상의 제재로 기능할 여지가 남아 있음을 알 수 있었다.

여섯째, 그러므로 향후 이에 대한 연구는 원고의 유형에 따라서 추정적 손해배상을 제한하는 미국 실무의 동향을 확인하기보다는 장래에 미국의 연방대법원이나 각 주(州) 대법원 등 실무적 차원 및 학계의 차원에서 추정된 손해를 적절한 손해배상액으로 산정하기 위한 지침 마련에 대한 논의 내지 움직임이 있는지 여부, 만약 그러한 지침이 향후에 미국의 연방대법원 내지 각 주(州) 대법원 등 실무나 학계의 차원에서 마련된다면 이러한 지침이 우리민법상 명예훼손에 있어서 피해자에게 적정한 손해배상액 산정에 어떠한 시사점을 제시할 수 있는지를 고찰하는 방향으로 이루어져야 하며, 이는 필자의 장래의 연구과제가 될 것이다.

일곱째, 다만 미국에서는 사실심 법원에서 고액의 손해배상이 인용된 경우에도 이러한 손해배상에 대한 항소심 법원의 심사에 의해서 손해배상액이 감액되는 경우가 있지만⁸²⁾, 이러한 심사에 있어서 손해배상액의 감액에 대한 판단기준의 구체적 내용이 무엇인가에 대해서는 향후에도 고찰할 필요가 있다. 또한 평판 손해와 정신적 손해를 명확하게 구별하는 미국법에서 이러한 2개의 손해가 손해배상의 인정 여부에 대하여 판단할 때에 구체적으로 어떠한 영향을 미치는가에 대해서도 고찰해야 한다. 이들 역시 필자의 장래의 연구과제가 될 것이다.

82) 법관에 의한 심사를 통하여 배심원 평결에 의한 손해배상액을 증감할 수 있지만, 전보배상액에 대해서는 배심원의 평결이 존중되므로 실제로 배상액의 변경이 이루어지는 경우는 별로 없다고 한다(山地修, 前掲論文(名譽毀損の損害額の算定について-諸外国の状況の実証的分析), 18頁).

(논문투고일: 2020.03.08, 심사개시일: 2020.03.13, 게재확정일: 2020.03.20)



▶ 이승현

구두에 의한 명예훼손, 문서에 의한 명예훼손, 일반적 손해배상, 추정적 손해배상, 현실적 악의

【참 고 문 헌】

I. 국내문헌

1. 단행본

- 김재형, 주석민법[채권각칙6](편집대표 김용담), §750, 제4판, 한국사법행정학회, 2016.
- 박동진, 주석민법[채권각칙8](편집대표 김용담), §750~§766, 제4판, 한국사법행정학회, 2016.
- 이동진, 위자료 산정의 적정성에 관한 사법정책연구, 서울대학교 산학협력단, 2013.
- 이창현, 위자료에 관한 연구, 경인문화사, 2011.
- 정진수 · 강태경 · 김형길, 명예훼손죄, 모욕죄에 대한 판례의 판단 기준 연구: 최근 10년간(2005~2015)의 판례를 중심으로, 한국형사정책연구원, 2015.
- 표성수, 언론과 명예훼손, 육법사, 1997.

2. 논문

- 김범진, “명예훼손법상 명예, 평판 개념과 그 시사점”, 저스티스, 통권 제161호, 한국법학원, 2017.
- 김시철, “언론출판의 자유와 인격권의 대립과 조화에 대한 비교법적 검토: 미국의 언론출판의 자유에 관한 우월적 지위이론, 현실적 악의 원칙 등에 관하여”, 저스티스, 제147호, 한국법학원, 2015.
- 노만경, “언론보도관련 판결의 위자료 산정 현황 및 특징”, 언론중재 2011년 겨울호, 언론중재위원회, 2011.
- 서광민, “위자료에 관한 몇 가지 문제점”, 서강법학연구 제2권, 서강대학교 법학연구소, 2000.

- 이동진, “미국 불법행위법상 비재산적 손해의 배상과 그 한계”, 민사법학, 제66호, 한국민사법학회, 2014.
- 장태영, “언론의 자유와 자율성 보장을 위한 사법의 노력과 제언-오해와 언론소송의 통계·이슈 및 해외사례로 본 진실-”, 2018년 언론과 사법 심포지엄, 법원행정처, 2018.
- 허 만, “언론보도에 대한 구제수단으로서의 위자료”, 청주법률논단, 1집, 충북법률실무연구회, 2000.
- 허 만, “언론보도에 대한 실체적 구제수단”, 민사판례연구, 제21집, 민사판례연구회, 1999.

3. 기타 자료

- 2015년도 언론관련판결 분석보고서, 언론중재위원회, 2016.
- 2016년도 언론관련판결 분석보고서, 언론중재위원회, 2017.
- 2017년도 언론관련판결 분석보고서, 언론중재위원회, 2018.
- 2018년도 언론관련판결 분석보고서, 언론중재위원회, 2019.

II. 외국문헌

1. 일본문헌

- 鬼頭季郎, “名譽毀損事件の損害額の審理と認容額について”, 判例タイムズ 1070号, 判例タイムズ社, 平成13年(2001年).
- 吉村顕真, “アメリカ名譽毀損法における推定的損害賠償の現代的動向-損害推定の機能に着目して-”, 青森法政論叢 17号, 青森法学会, 平成28年(2016年).
- 望月礼二郎, 英米法, 新版, 青林書院, 平成13年(2001年).
- 山田隆司, “アメリカにおける憲法的名譽毀損法の展開と課題-『現實的惡意の法理』についての連邦最高裁判所判決を手がかりに-”, 阪大法

- 学 55卷 6号, 大阪大学法学会, 平成18年(2006年).
- 山地修, “名誉毀損の損害額の算定について-諸外国の状況の実証的分析”, 判例タイムズ 1055号, 判例タイムズ社, 平成13年(2001年).
- 松井茂記, “名誉毀損と表現の自由(1)-憲法的名誉毀損法の展開に向けて-”, 民商法雑誌 87卷 4号, 弘文堂書房, 昭和58年(1983年).
- 松井茂記, 表現の自由と名誉毀損, 有斐閣, 平成25年(2013年).
- 升田純, “名誉と信用の値段に関する考察(1)”, NBL 627号, 商事法務, 平成9年(1997年).
- 升田純, “名誉侵害・プライバシーの侵害”, 慰謝料算定の理論(齊藤修 編), ぎょうせい, 平成22年(2010年).

2. 서구문헌

- American Law Institute, *Restatement Second of Torts*, Vol.3., §§504-707A, St Paul, MN, American Law Institute Publishers, 1977.
- Charles T. McCormick, *The Measure of Damages for Defamation*, 12 N.C.L. Rev., 1934.
- Dan B. Dobbs, *The Law of Torts*, West Group, 2000.
- David A. Anderson, *Reputation, Compensation, and Proof*, 25 Wm. & Mary L. Rev., 1984.
- Eileen Lunga & Rosamond S. Mandell, *Hearst Corporation v. Hughes-the Presumption of Injury to Reputation in Per se Defamation Actions is not Dead*, 44 Md. L. Rev., 1985.
- G. Franco Mondini, *Casenotes: Libel-Damages-A Public Official May Be Granted Punitive Damages Without Seeking or Recovering Actual Damages if the Statement is Libelous Per Se.*, 15 St. Mary's L.J., 1983.
- H. Hulme James, *Vindicating Reputation: An Alternative to Damages as a Remedy for Defamation*, 30 Am. L. U. Rev., 1981.

Jean C. Love, *Presumed General Compensatory Damages In Constitutional Tort Litigation: A Corrective Justice Perspective*, 49 Wash. & Lee L. Rev., 1992.

Julius von Staudinger und Julius von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB – Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 249–254(Schadensersatzrecht), de Gruyter, 2017.

Kevin P. Allen, *The Oddity and Odyssey of “Presumed Damages” in Defamation actions under Pennsylvania Law*, 42 Duq. L. Rev., 2004.

Melinda J. Branscomb, *Liability and Damages in Libel and Slander Law*, 47 Tenn. L. Rev., 1980.

T. Michael Mather, *Experience with Gertz “Actual Injury” in Defamation Cases*, 38 Baylor L. Rev., 1986.

Abstract

Observations on the Tendency of Presumed Damages under Defamation Laws in the United States of America

Lee, Seung Hyun

This paper aimed to analyze the institutional circumstances in which damages have become large under the United States of America(US) defamation laws, that is, the existence of the presumed damages system and the problems inherent in the system. The results showed the Supreme Court's tendency on the presumed damages system in the US, and drew the future study tasks. They are briefly described as follows.

Firstly, since the presumed damage that is the study subject of this paper is positioned within the scope of the compensatory damage in the US, it is to be always kept in mind that it is possible to recognize a large amount of damages only with the amount of the compensatory damage.

Secondly, in recent years, the US generally limits traditional presumed damages through the ruling of the Supreme Court under the recognition that the presumed damage practically deflects from the original purpose of the system and actually sanctions.

Thirdly, the reason of the problem that the presumed damage actually performs a strict sanction against the defendant is that guidelines for estimating appropriate damages through the proper evaluation of the presumed damage of the jury are not presented.

Fourthly, nevertheless, the Supreme Court adjudicated overlooking it and

limited the recognition itself of the presumed damages by requiring the plaintiff to prove the actual malice of the defendant when the plaintiff is an official or a private person. After all, to date, the Supreme Court's limit has limitations on the presumed damage.

Fifthly, after the Supreme Court sentences, rulings of the majority of state Supremes Court retain their existing presumed damages in the defamation lawsuits on the private interests of a private person. In this case, there is still room that the presumed damage deflects from the purpose and actually imposes sanctions.

Sixthly, accordingly, future studies should aim to consider whether there is any discussion or movement to prepare guidelines to make the presumed damages appropriate damages in US and to consider what implications can be suggested in estimating appropriate damages to victims in defamation of the Korean civil laws if such guidelines are prepared.

Seventhly, in the US, a large amount of damages cited in the trial court may be reduced by the review of an appellate court, and it is necessary to consider what the specific criteria for judging reductions of damages in this review are and how the reputation damage and mental damage specifically affect in judging whether these two damages can be recognized as damages in the US law that clearly makes discrimination between the reputation damages and the mental damages.



▶ **Lee, Seung Hyun**

slander per se, libel per se, general damages, presumed damages, actual malice

지방재정법상 지방재정투자사업 심사제도에 관한 입법평가

배 병 호*

【목 차】

I. 머리말

II. 지방재정법상 지방재정투자사업 심사제도와 문제점

1. 지방재정투자사업심사제도의 의의
2. 지방재정법상 투자심사와 문제점
3. 지방재정법상 사전 타당성
조사와 문제점

III. 지방재정투자사업 심사제도에 관 한 입법평가

1. 입법평가의 의의
2. 투자심사제도의 위헌성 또는
위법성
3. 사전 타당성 조사의 위법성
4. 입법개선외무 위반

IV. 맺음말

【국 문 요 약】

본 연구의 목적은 지방재정의 건전성확보방안으로 도입된 지방재정법상 지방재정투자사업에 대한 투자심사와 사전 타당성 조사제도를 공법적 시각에서 사후적 입법평가를 하면서 다음과 같은 문제를 제기하는 것이다. 지방재정투자사업 심사제도는 지방자치단체장의 재정지출에 대한 예산편성권을 규제하는 것으로 규제의 목적이 정당하더라도 수단의 적합성과 피해의 최소성 및 법익의 균형성에 반한다고 할 것이다. 제도의 도입 당시와 다르게 변한 입법환경, 즉 각 지방자치단체의 지가의 현저한 차이를 반영하지 않은 일률적인 사업비 기준은 제도의 취지에 반하고 나아가 평등의 원칙과 비례원칙에 반할 수 있다. 특히 지방자치단체의 자체재원만으로 구성된 지방재정투자사업도 국비지원사업과 같이 처리하여 그 차이를 인정하지 않는 것은 지방자치단체의 자치재정권 침해와 연결

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수

이 된다.

첫 번째 장에서는 지방재정의 건전성확보방안으로 지방재정투자사업에 대한 투자심사와 사전 타당성 조사가 도입된 배경을 간략하게 소개하면서 위에서 지적한 문제점을 제기하였다. 도입 배경으로 지방자치단체의 복지비용 확대, 지방자치단체장의 선심성 행정, 지방공기업의 부실경영, 지방의회의 예산 및 결산에 대한 통제 미흡, 대규모 사회기반시설(SOC) 사업, 국제행사유치 등으로 인한 재정의 악화를 들고 있다. 최근에 국회를 통과하여 제정된 지방이양일괄법과 지방분권법 일부 개정법은 지방자치단체의 권한과 사무범위를 확대하고 있다.

두 번째 장에서는 지방재정법 제37조의 투자심사와 타당성조사를 설명하고 있다. 지방자치단체의 장이 일정사항에 대하여 대통령령이 정하는 바에 따라 그 필요성과 타당성에 대한 심사를 받아야 하고, 그 중에서 총 사업비 500억원 이상인 신규사업에 대해서는 행정안전부장관이 정하여 고시하는 전문기관으로부터 타당성 조사를 받고 그 결과를 토대로 투자심사를 하여야 한다는 것이다. 즉 지방자치단체의 장은 일정 사항에 대하여 대통령령이 정하는 기준에 따라 사전에 투자심사를 받아야 하는데, 특정 금액이상인 사업인 경우 투자심사를 받기 이전에 전문기관으로부터 타당성 검사를 받고 그 결과를 토대로 투자심사를 받아야 한다는 것이 지방자치분권이 강조되고 있는 상황에서 문제가 있다는 것이다.

세 번째 장에서는 지방재정법상 지방재정투자사업 심사제도에 대한 입법평가를 하고 개선방안을 제시하고 있다. 지방자치단체마다 사업비를 구성하는 토지가의 차이가 현격하게 다름에도 불구하고 일률적인 사업비를 기준으로 중앙정부의 투자심사를 받게 하거나 일정금액 이상의 총 사업비를 초과하는 사업에 대하여 사전 타당성 조사를 받은 후 투자심사를 하게 한 것은 평등의 원칙과 비례원칙에 반하는 것이다. 또한 그 재원이 국비가 아닌 자체재원인지 여부를 떠나 금액에 따라 의뢰투자심사를 받아야 하는 것은 재정분권강화 추세를 침해하는 부분이 있으므로 개선되어야 한다. 투자심사제도와 타당성 조사 대상에 대하여 토지를 반영한 실질적이고 탄력적인 기준을 강구하거나 아니면 현제도를 유지하더라도 토지를 별도로 취급하는 방법을 강구할 것과 전액 자체재원 사업의 경우에 지방자치단체의 독자적인 투자심사를 강화하는 등 다양한 방법을

제시할 필요가 있다.

I. 머리말

1948년 제정헌법에 규정된 지방자치가 현재의 체제로 재가동된 것은 1987년 10월 29일 제9차 헌법개정이 발효되면서 부터이다. 1991년 초에 실시된 지방의회의원 선거를 통해 지방의회가 구성되었고, 그로부터 4년이 지난 1995년 6월에 기초지방자치단체와 광역지방자치단체의 장의 선거가 있었다. 본격적으로 지방자치제를 도입한 이후 지방자치단체의 복지비용 확대, 지방자치단체장의 선심성 행정, 지방공기업의 부실경영, 지방의회의 예산 및 결산에 대한 통제 미흡, 대규모 사회기반시설(SOC) 사업, 국제행사유치 등으로 인한 재정의 악화¹⁾가 있었다. 사회기반시설의 경우 그 수요와 유지비 등에 관한 엄격한 수요 예측과 타당성 검사를 한다고 하였지만, 정책결정과정에서 유권자인 주민들에게 필요하다는 정치적 요구가 강하게 반영되어 제대로 평가되지 않아 실패한 사례가 적지 않다.²⁾ 이에 대한 사전적 건전성확보방안으로 지방재정법에 지방재정투자사업에 대한 투자심사와 사전 타당성 조사가 도입되었다. 근래에는 저출산·고령화 사회로의 변화와 지속적인 인구감소로 일부 지방자치단체의 소멸 위험까지 거론되고 있다.

현 정부는 “지방재정의 자립기반을 위한 강력한 재정분권”을 국정과제로 선정하였다. 2018년 10월에 발표된 재정분권추진방안은 단계적으로 재정분권을 추진하면서 국세와 지방세의 비율을 현재 8 대 2 수준에서 7 대 3으로 개선하고 지역 간 재정격차를 완화하는 내용을 강조하고 있다. 지역의 자율성 및 책임성 강화와 국가균형발전촉진이란 목표를 달성

1) 재정위기를 세입측면에서 재정자립도의 하락, 재정자주도의 하락을, 세출측면에서 국고보조금의 지방비부담, 사회복지비 지출의 급증, 지방자치단체의 경전철 사업, 청사의 신·증축, 축제·행사 등 이벤트성 경비 등으로 분석하기도 한다. 박기영, 한국재정, 법우사, 2014. 89 6~901면.

2) 강기홍, “지방SOC사업의 예비타당성조사에 관한 법리,” 지방자치법연구, 제19권 3호, 2019. 9. 274면.

하기 위하여 “지역의 일은 지역의 권한·책임·재원으로 스스로 해결”할 수 있도록 지방재정제도를 혁신한다는 것이다.³⁾ 이는 지방자치법 제122조 제2항⁴⁾에서 강조하고 있는 지방재정의 자주성과 건전한 운영에 지역 간 재정격차 완화를 추가한 것이다.

2020년 1월 9일 국회본회의에서 「중앙행정권한 및 사무 등의 지방일괄이양을 위한 물가안정에 관한 법률 등 46개 법률 일부개정을 위한 법률안(이하 ‘지방이양일괄법’이라 한다)」과 「지방자치분권 및 지방행정체제개편에 관한 특별법 일부개정법률안」이 통과되었다.⁵⁾ 국가의 권한 및 사무의 지방이양을 위해 필요한 법률들을 한 개의 법률안으로 종합하여 개정하는 지방이양일괄법에 따라 16개 중앙부처 소관 46개 법률에 명시된 400개 사무가 지방에 이양될 것인데, 시행일은 2021년 1월 1일이다.⁶⁾ 해양수산부 135개, 국토교통부 70개, 여성가족부 51개 순으로 많은 사무가 이양되는데, 349개 사무가 국가에서 지방으로, 51개 사무가 시·도에서 시·군·구로 이양될 것이다. 그러면 지방자치단체가 관장하는 사무가 더 늘어날 것이고, 인력 및 재정도 그만큼 확대될 것이다.⁷⁾

2004년 1월 제정된 「지방분권특별법」은 2008년 2월 「지방분권추진에 관한 특별법」으로 전부 개정되었는데, 이도 2013년 5월 「지방분권 및 지방행정체제개편에 관한 특별법(약칭; 지방분권법)」이 제정·시행되면서 폐지되었다. 그러다가 성숙한 지방자치와 국민의 삶의 질 향상을 강조하면서 2018년 3월 법명이 「지방자치분권 및 지방행정체제개편에

3) 류영아, “재정분권추진의 의의와 주요 쟁점,” 이슈와 논점 제1646호, 국회입법조사처, 2020. 1.3. 2면.

4) 국가는 지방재정의 자주성과 건전한 운영을 조장하여야 하며, 국가의 부담을 지방자치단체에 넘겨서는 아니 된다.

5) 지방분권법 개정이유 및 주요내용은 ‘국가가 지방자치단체에 권한 및 사무를 이양하는 경우 지방자치단체는 이양 받은 권한 및 사무를 원활히 처리할 수 있도록 기구·인력의 효율적인 배치 및 예산 조정 등의 조치를 하도록 하고, 자치분권위원회의 심의·의결 사항에 국가가 지방자치단체에 이양하는 권한 및 사무의 원활한 처리에 필요한 인력 및 재정 소요 등에 관한 사항을 추가하려는 것이다.’

6) 제정 의의와 과정에 대한 압축된 소개는 하해영, “지방이양일괄법의 주요 내용과 향후 과제,” 이슈와 논점 제1651호, 국회입법조사처, 2020.2.3. 1~2면.

7) 2020년 1월 29일 일부 개정되고 당일부터 시행된 지방분권법 제45조 제2의2호에서 지방자치단체에 이양하는 권한 및 사무의 원활한 처리에 필요한 인력 및 재정소요 등에 관한 사항은 대통령 소속의 자치분권위원회에서 심의·의결한다고 규정하고 있다.

관한 특별법(약칭; 지방분권법)」으로 개정되었는데, 목적은 “지방자치분권과 지방행정체제 개편을 종합적·체계적·계획적으로 추진하기 위하여 기본원칙·추진과제·추진체제 등을 규정함으로써 성숙한 지방자치를 구현하고 지방의 발전과 국가의 경쟁력 향상을 도모하며 궁극적으로는 국민의 삶의 질을 제고하는 것”이다. 지방자치분권은 국가 및 지방자치단체의 권한과 책임의 합리적인 배분으로 인한 국가 및 지방자치단체의 기능의 조화와 지방자치단체의 정책결정 및 집행과정에 주민의 직접적 참여를 확대를 의미한다. 따라서 지방자치단체는 자치분권정책에 부응하여 재정의 책임성과 효율성을 높이는 등의 개선조치를 마련하여야 하고 국가도 지방자치단체의 개선조치를 존중하여야 한다. 국가가 사무를 배분하는 경우 지역주민생활과 밀접한 관련이 있는 사무는 원칙적으로 시·군 및 자치구(이하 "시·군·구"라 한다)의 사무로, 시·군·구가 처리하기 어려운 사무는 특별시·광역시·특별자치시·도 및 특별자치도(이하 "시·도"라 한다)의 사무로, 시·도가 처리하기 어려운 사무는 국가의 사무로 각각 배분하여야 한다.

위와 같이 지방자치단체장의 재정의 책임성과 효율성을 높이는 재정분권이 강조되는 것은 주민복지의 원칙을 효율적으로 달성하기 위한 것이다. 건전재정은 수지균형의 원칙 외에 효율성의 원칙, 주민복지의 원칙을 포함한다.⁸⁾ 이러한 입법환경의 변화에 따라, 지방재정법 제37조의 투자심사제도와 사전타당성조사에 대한 입법평가를 하면서 점검할 필요가 있다. 지방자치단체장은 일정사항에 대하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 사전에 그 필요성과 타당성에 대한 심사(이하 "투자심사"라 한다)를 받아야 하고, 그 중에서 총 사업비 500억원 이상인 신규사업에 대해서는 행정안전부장관이 정하여 고시하는 전문기관으로부터 타당성 조사를 받고 그 결과를 토대로 투자심사를 하여야 하는 규정은 지방재정분권 흐름에 문제가 있다는 것이다.

예를 들면 서울시의 공공기관 이전부지(시유지)에 문화복지시설을 건립하는 사업의 경우, 사업비는 서울시비 및 위탁개발비 등으로 구성되고 국비는 포함되지 않았더라도 사업부서는 그 부지인 공유재산 가격 304

8) 홍정선, 지방자치법, 박영사, 2018. 531면.

억원(41.25%)을 포함한 총사업비 737억원을 제시한 이상 총 사업비가 500억원을 초과하기에 지방재정법상 투자심사와 타당성 조사를 받아야 한다. 실제 2016년 3월 개시된 사전 타당성 조사가 2016년 12월까지 이어졌고, 2017년 3월에 1차로 서울시 투자심사(조건부 추진)가, 2017년 8월에 2차로 중앙투자심사(조건부 추진)가 각 완료된 후 사업이 이행되었다. 결국 2016년 3월 타당성 조사 신청 후 투자심사결과 수령한 2017년 8월까지 17개월이 소요되었다. 이에 대하여 2가지 문제점을 제기할 수 있다. 우선, 문화복지시설 건축은 자치사무로서 국비의 지원 없이 지방자치단체의 재원으로만 이루어지는데, 3개월 만에 끝나는 서울시 자체 투자심사 외에 추가로 14개월 동안 사전 타당성 조사와 중앙투자심사 등을 거쳐야 하는 것이 지방자치법이나 지방분권법 및 지방이양일괄법의 변화 흐름에 비추어 타당한가이다. 둘째, 부지인 공유재산 가격을 제외하면 총 공사비가 500억원에 미달하는 433억원에 불과함에도 불구하고 지방재정법 제37조 제2항에 따라 사전타당성조사를 거쳐야 하는 것은 문제라는 것이다. 즉 복잡한 재정투·융자사업이 아닌 문화복지시설 건립에 대하여 총 10개월에 걸쳐 타당성 조사를 하는 것은 적절하지 않다는 것이다. 건설공사의 경우 건설기술진흥법 제35조 이하의 건설기술용역사업의 지도·감독을 받아야 한다. 공유재산을 뺀 사업비만 기준으로 하면 10개월의 타당성검사를 하지 않아도 되므로 복지시설이용 시기를 그 만큼 앞당겨 주민의 복지에 이바지하는 것이다. 지방자치단체마다 사업비를 구성하는 토지나 공유재산의 가격의 차이가 있음에도 불구하고 획일적인 사업비를 기준으로 중앙정부의 투자심사를 받게 하고, 일정금액 이상의 총 사업비를 초과하는 사업에 대하여 사전 타당성 조사를 받게 하는 것은 양 제도의 도입 당시 예상하지 못 한 것이라고 할 것이다. 지방자치단체별 토지가격의 차이를 무시하고 균일한 토지가격을 전제로 한 사업비 기준은 심사제도의 취지에 맞지 않고, 평등의 원칙과 비례원칙에 반하는 것이며, 심사시간을 지연시켜 비용을 증가시키고 그 사업의 효과를 무색하게 할 수 있다.

지방분권법과 지방자치법 및 지방이양일괄법 등의 취지를 종합하여 볼 때, 지방자치단체의 사정을 고려하지 않은 일률적인 기준에 의한 투자심사나 사전 타당성 조사를 근간으로 하는 지방재정법상의 재정투자심사제

도는 문제가 있다. 이러한 시각에서 현행 지방재정법상 지방재정투자사업 심사제도의 연혁과 내용 및 문제점을 살펴보고(Ⅱ), 지방재정투자사업 심사제도에 대한 입법평가를 하면서 개선방안을 검토하고(Ⅲ), 마무리하고자 한다(Ⅳ).

Ⅱ. 지방재정법상 지방재정투자사업 심사제도와 문제점

1. 지방재정투자사업 심사제도의 의의

재정투자사업 심사제도는 지방자치단체장이 재정투자사업에 관한 예산안을 편성하기 전에 지방재정의 건전성과 효율성을 보장하기 위하여 거쳐야 하는 제도로서 일종의 사전적 재정관리제도이다.⁹⁾ 지방재정법상 심사제도는 일정한 사항에 대한 사전적 필요성과 타당성에 대한 투자심사와 특정한 경우에 투자심사 이전에 해야 하는 전문기관의 타당성 조사가 있다. 운용방향은 건전한 지방재정관리제도로의 정착 운영, 투자심사의 객관성·타당성 확보, 각종 지방재정계획과 연계한 계획재정 운영, 사후평가 강화를 통한 엄정한 제도운영이다.¹⁰⁾ 심사제도는 공공재를 공급하는 과정상의 효율성을 극대화하려는 장치로서 의미를 가지나, 경우에 따라서는 공공재 공급을 제한하는 결과를 초래할 수 있다.

2. 지방재정법상 투자심사와 문제점

가. 지방재정법상 투자심사의 의의와 근거

투자심사제도는 지방자치단체 예산의 효율성과 건전성을 보장하기 위하여 지방재정 관리 구조상 신규사업의 예산편성이 이루어지기 전 사업

9) 이창균 외 3인, 건전지방재정을 위한 투자심사제도의 개선방안, 지방행정연구원, 2002.12. 8면.

10) 지방재정투자사업 심사 및 타당성 조사 매뉴얼(2019.7), 행정안전부 재정정책과, 8면.

계획을 수립하는 단계에서 그 필요성과 타당성을 검토하는 것이다. 투자심사제도의 주체는 지방자치단체의 장이고, 절차는 대통령령이 정하는 바에 따라 재정투자사업에 관한 예산안을 편성하기 전과 채무부담행위, 보증채무부담행위, 지방자치법 제39조 제1항 제8호에 따른 예산 외의 의무부담에 대한 지방의회 의결을 요청하기 전에 그 필요성과 타당성을 심사하는 것이다(지방재정법 제37조제1항).

나. 지방재정투자심사제도의 연혁

지방재정투자심사제도는 1991년 제정된 “지방사업투자심사규정”이라는 내무부 훈령을 모태로 하는데, 1992년 지방재정법 시행령에 법적 근거를 두면서 내무부령으로 격상되었다.¹¹⁾ 그러다가 1994년 12월 22일 법률 제4795호로 지방재정법 제30조 제3항에 도입되었는데, 개정 이유는 재정투·융자사업의 효율성을 높이기 위하여 예산편성 전에 그 필요성과 타당성을 심사하도록 하고, 이를 기초로 예산을 편성하도록 하는 것이다. 개정이유에서 보는 바와 같이 지방재정투자심사제도는 지방재정관리구조상 신규 사업의 예산편성이 이루어지기 전 사업계획을 수립하는 단계에서 타당성을 검토하는 것으로서, 이를 통과하면 예산편성기준에 부합하게 지방채 활용여부 및 규모, 보조금 신청 등을 거쳐 예산으로 반영하게 된다. 이러한 과정을 통해 사업의 추진여부 및 해당 사업 간의 우선순위가 결정되며, 투자심사 자료는 이후 예산 편성 시 중요한 기초자료가 된다.¹²⁾

다. 투자심사제도의 대상

지방재정투자사업을 먼저 ‘시·도’와 ‘시·군 및 자치구’로 구분하고, 이어서 사업의 규모와 종류를 나누고 있다(법 시행령 제41조제1항). ‘시

11) 제30조(예산의 편성) ②지방자치단체의 장은 재정투·융자사업에 관한 예산을 편성하고자 하는 경우에는 내무부령이 정하는 바에 의하여 그 사업의 필요성, 계획의 타당성등에 대한 심사를 하여야 한다.[본조신설 1992.3.30]

12) 이회재, “지방투자사업의 유형별 투자심사 도입에 관한 연구,” 지방행정연구 제29권 제1호, 2015. 346면.

·도'와 '시·군 및 자치구'의 사업은 신규 투자사업, 신규 투자사업으로서 외국차관도입사업 또는 해외투자사업, 홍보관 사업, 공연·축제 등 행사성 사업 등으로 나누고 있다. 일반투자사업은 세출예산서의 투자사업비가 이에 해당하며 구체적으로 부동산의 취득, 부동산의 형태·형질 변경, 부동산의 구조 변경, 시설물의 설치 또는 구축, 동산을 취득·변형하는 일체의 사업과 이에 부속되는 사업을 말하며¹³⁾, 재정투자로 인하여 성과를 기대하는 연구·개발 사업 등이 포함된다. 행사성 사업은 자치단체가 예산을 지원하는 시·도, 시·군·구민의 날 행사, 공연·축제·문화행사 등을 말하고, 전국체육대회, 올림픽, 아시안게임 등과 같이 국가주관행사로써 지방자치단체에서 개최되는 행사는 제외한다.

시·도의 사업규모가 시·군·구보다 총사업비가 대략 2배 정도 많다. 시·도 해당사업은 총사업비 40억원 이상의 신규 투자사업, 총사업비 10억원 이상의 신규 투자사업으로서 외국차관도입사업 또는 해외투자사업, 총사업비 5억원 이상의 신규 투자사업으로서 홍보관(弘報館) 사업, 총사업비 3억원 이상의 신규 투자사업으로서 공연·축제 등 행사성 사업 등이다. 시·군·구 해당사업은 총사업비 20억원 이상의 신규 투자사업, 총사업비 5억원 이상의 신규 투자사업으로서 외국차관도입사업 또는 해외투자사업, 총사업비 3억원 이상의 신규 투자사업으로서 홍보관 사업, 총사업비 1억원 이상의 신규 투자사업으로서 공연·축제 등 행사성 사업 등이다. 다만, 재해복구 등 원상복구를 목적으로 하는 사업과 행정안전부령으로 정하는 사업¹⁴⁾은 그러하지 아니하다고 규정하고 있다.

13) 청사도색 및 방수공사와 같이 부동산·동산의 취득·변경 등이 미수반되는 단순 개·보수 및 소모품 교체사업 등은 제외한다.

14) 지방재정투자사업 심사규칙(행정안전부령 제119호) 제3조(투자심사의 구분 등) ② 다음 각 호의 투자사업에 대하여는 이 규칙에서 정한 심사기준 및 절차 등에 관한 규정을 적용하지 아니할 수 있다.

1. 신규투자사업이 아닌 사업
2. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사업
 - 가. 관련 법령에 따라 추진하는 별표에 해당하는 사업
 - 나. 「공유재산 및 물품 관리법」에 따른 공유재산의 대체 취득
 - 다. 「소방장비관리법」에 따른 소방장비의 구매 사업
 - 라. 「지역보건법」에 따른 보건소, 「지방소방기관 설치에 관한 규정」에 따른 소방서 및 119안전센터의 건축 사업

총사업비에는 공사비, 보상비, 설비비(시설부대경비, 장비구축·구입비 등), 용역비(설계비, 감리비, 입찰공고비 등), 제세공과금, 예비비(공사비 + 보상비 + 설비비 + 용역비 + 제세공과금의 10%) 등 투자사업 및 행사성 사업과 관련된 모든 경비를 포함한다.¹⁵⁾ 자치단체 공유재산을 기반으로 사업을 추진하는 경우 사업시행자, 예산편성여부에 관계없이 해당공유재산의 가격¹⁶⁾을 총사업비에 포함한다.¹⁷⁾

라. 투자심사의 구분과 심사대상사업의 범위

투자심사의 주체에 따라 자체심사와 의뢰심사로 구분되고, 의뢰심사는 시·군·구의 시·도의뢰심사와 시·도와 시·군·구의 중앙의뢰심사로 나누어진다.¹⁸⁾ 자체심사는 시·도와 시·군·구의 것으로 이루어져 있으나, 의뢰심사보다 사업의 종류별로 사업비가 작다.¹⁹⁾ 이에 반해 시·군·구

마. 국제행사개최계획의 사전심의·조정을 위한 위원회로서 행정안전부장관이 정하여 고시하는 위원회의 심의 결과 타당성이 인정된 사업

바. 법률 제6655호 국토의계획및이용에관한법률 부칙 제16조제1항제1호에 따른 도시계획시설의 부지로 되어 있는 토지의 매입 사업

사. 사업비 전액이 민간자본 또는 외국자본인 사업

아. 총 사업비의 100분의 80 이상의 재원을 국가에서 지원하는 사업

자. 그 밖에 법령에 따라 부처 간 협의를 거친 사업이나 의무적으로 시행하는 사업으로서 행정안전부장관과 협의를 거친 사업

15) 지방재정투자사업 심사 및 타당성 조사 매뉴얼(2019.7), 행정안전부 재정정책과, 9면.

16) 「부동산 가격 공시에 관한 법률」 제10조에 따른 해당 토지의 개별공시지가로 하며, 해당 토지의 개별공시지가가 없으면 같은 법 제3조에 따른 표준지공시지가를 기준으로 하여 산출한 금액, 단 관련법령 또는 계약에 따라 개별공시지가 또는 표준지공시지가보다 낮은 가격으로 한 경우 그 가격을 포함.

17) 지방재정투자사업 심사 및 타당성 조사 매뉴얼(2019.7), 9면.

18) 지방재정투자사업 심사규칙(행정안전부령 제119호, 2019.5.17.일부개정) 제3조 제1항.

19) 가. 시·군·자치구(이하 "시·군·구"라 한다)의 사업비(용역비 등 각종 부대경비를 포함한다. 이하 같다) 60억원(해당 관할구역에 전년도 말일 주민등록이 되어 있는 주민 수가 2년간 연속하여 100만 이상인 시·군·구는 200억원) 미만의 신규투자사업과 사업비 전액을 자체재원(지방채를 제외한다. 이하 같다)으로 부담하여 시행하는 신규투자사업. 다만, 사업비 전액을 자체재원으로 부담하여 시행하는 시·군·구의 청사 신축사업과 문화·체육시설 신축사업은 제외한다.

나. 특별시·광역시·특별자치시·도·특별자치도(이하 "시·도"라 한다)의 사업비 300억원 미만의 신규투자사업과 사업비 전액을 자체재원으로 부담하여 시행하는 신규투자사업. 다만, 사업비 전액을 자체재원으로 부담하여 시행하는 시·도의 청사 신축사업과 문화·

의 시·도의뢰심사 대상은 자체심사 대상보다 사업비의 규모가 크다. 중앙의뢰심사의 대상범위는 신규투자사업의 사업비가 시·도의 경우 300억 원 이상, 시·군·구의 경우 200억원 이상이다.

생각건대 신규투자사업의 사업비에 토지가액이 포함되므로 서울시와 강원도의 경우 300억원 이상이라는 기준이 실제 투자사업의 규모와 효과에 있어서 현격하게 차이가 나므로 서울시의 경우 중앙의뢰심사를 받는 사업의 실질적인 규모가 강원도와 차이가 날 수밖에 없으므로 형평에 맞지 않다고 할 것이다.

마. 투자심사기준과 투자심사결과의 통보와 반려 등

1) 투자심사기준

투자심사기준은 투자사업의 필요성 및 타당성, 국가의 장기계획 및 경제·사회정책과의 부합성, 중·장기 지역계획 및 지방재정계획과의 연계성, 소요자금조달 또는 원리금 상환능력, 재정·경제적 효율성 등, 일자리 창출 효과 등이다(지방재정투자사업 심사규칙 제2조).

투자심사기준의 1순위인 ‘투자사업의 필요성 및 타당성’은 다양한 정량평가가 가능하나, 대부분 정성평가로 귀착될 것이다. 투자심사는 해당 사업부서의 기초심사와 투융자심사담당부서의 사전실무 심사 및 투자심사위원회의 심사로 이루어지는데, 필요성은 투자사업의 시급성, 주민숙원 및 수혜도, 투자사업의 파급효과 등인바, 주관적인 평가에 기초한 심사위원들의 합의로 확정된다.²⁰⁾

생각건대 복합적인 기준을 제시하고 있으나, 투자사업의 종류가 다양한 만큼 유형별로 기준을 형성해나갈 필요가 있다고 할 것이다.

체육시설 신축사업은 제외한다.

다. 시·군·구의 총사업비 3억원 이상 5억원 미만의 홍보관 사업

라. 시·군·구의 총사업비 1억원 이상 3억원 미만의 공연·축제 등 행사성 사업

마. 시·도의 총사업비 5억원 이상 30억원 미만의 홍보관 사업

바. 시·도의 총사업비 3억원 이상 30억원 미만의 공연·축제 등 행사성 사업

20) 이창균 외 3인, 앞의 책, 67면.

2) 투자심사의 대상과 시기

투자심사는 다음 회계연도부터 시행하는 사업을 대상으로 하되, 해당 사업계획 수립 후 기본설계 용역 전(기본설계를 생략하는 경우에는 실시설계 용역 전을 말한다)에 하여야 한다.

해당 지방자치단체의 장이 투자심사를 의뢰하려면 단위사업계획서, 투자사업우선순위표, 회계별 가용재원판단서 등의 서류를 첨부하여 시·도의 경우 1차 심사는 1월 31일까지, 2차 심사는 4월 30일까지, 3차 심사는 8월 31일까지 행정안전부장관에게, 시·군·구의 경우 1차 심사는 1월 15일까지, 2차 심사는 4월 15일까지, 3차 심사는 8월 15일까지 시·도지사에게 해당 사업의 투자심사의뢰서를 각각 제출하여야 한다.

3) 투자심사결과의 통보와 반려 등

투자심사의뢰를 받은 행정안전부장관 또는 시·도지사는 투자심사결과를 심사완료일부터 14일 이내에 당해 지방자치단체장 및 당해사업과 관련된 중앙행정기관의 장에게 통보하여야 한다. 투자심사결과는 적정·조건부추진·재검토 또는 부적정으로 구분한다. 적정은 사업의 타당성이 인정되고 예산반영 등 자원조달대책이 수립되어 정상적으로 사업추진이 가능한 경우를, 조건부추진은 사업의 타당성은 인정되나 선행절차 이행 및 자원조달대책 등 필요한 조건이 충족되어야만 사업추진이 가능한 경우를, 재검토는 사업의 규모, 시기, 자원조달대책 및 채무상환계획 등에 대한 종합적인 재검토가 필요한 경우를, 부적정은 사업의 타당성 결여로 사업을 추진하여서는 아니 되는 경우를 각 말한다.

행정안전부장관 또는 시·도지사는 반려사유를 명시하여 투자심사의뢰서를 반려할 수 있다. 반려사유는 투자사업의 추진시기·규모 및 자원조달계획 등에 있어 사업의 타당성을 결한 것이 명백하다고 판단되는 경우 등이다.

4) 재심사

투자심사 후 총사업비가 30퍼센트 이상 증가(투자심사 후 물가인상분 및 공익사업의 시행에 필요한 토지 등의 손실보상비 증가분은 총사업비에서 제외한다)한 사업이나 투자심사 후 지방채발행액이 30퍼센트 이상 늘어난 사업 등에 대해서는 해당 사업의 타당성 여부 등에 대한 투자심사를 다시 하여야 한다.

5) 투자심사결과보고서 제출과 지방재정관련 계획 등의 반영

지방자치단체의 장은 투자심사결과보고서를 시·군·구에 있어서는 12월 20일까지 시·도지사에게, 시·도에 있어서는 12월 31일까지 행정안전부장관에게 각각 제출하여야 한다. 행정안전부장관 또는 시·도지사는 지방재정법 제33조에 따른 중기지방재정계획에 포함된 투자심사 관련 사항이 투자심사결과에 따라 변경되는 경우 이를 중기지방재정계획에 반영하여야 한다.

6) 재정지원 또는 중단의 요청 등

행정안전부장관 또는 시·도지사는 투자심사결과 재정지원 등의 조치가 필요한 경우에는 관계중앙행정기관의 장에게 당해 사업에 대한 재정지원 등을 요청할 수 있다. 행정안전부장관 또는 시·도지사는 투자심사를 거치지 아니한 사업에 대하여는 관계 중앙행정기관의 장에게 당해 사업에 대한 재정지원중단 등을 요청할 수 있다.

7) 투자심사의 사후평가와 투자사업 이력관리 등

행정안전부장관은 지방자치단체로부터 의뢰받아 심사한 투자사업에 대하여, 시·도지사는 자체심사 및 시·군·구로부터 의뢰받아 심사한 투자사업에 대하여, 시·군·구는 자체심사한 투자사업에 대하여 매년 1회 이상 예산반영률 및 사업추진상황 등을 점검하여 투자심사의 적정성 여

부에 대한 평가를 하여야 한다. 사업별로 계획대비 총사업비 및 사업기간의 변동에 따른 사업의 집행실패도 검토되고 있다.²¹⁾

지방자치단체의 장은 지방재정법 제37조제2항에 따른 총사업비 500억 원이상 사업의 경우와 중앙의뢰심사 대상인 사업의 경우에 투자사업의 심사, 심사 후 사업 추진 및 추진완료 후 운영의 각 단계별로 그 추진상황에 관한 정보를 기록·관리함으로써 사업추진과정을 관리하고, 사업단계별로 사업비 투입현황, 사업내용, 운영손익 등을 평가하여 사업지연 및 중단, 운영손실 등이 발생한 경우 사업별로 관리계획을 수립하여야 한다.

바. 투자심사에 관한 지방자치단체의 장의 자문기관

1) 지방재정투자심사위원회와 서울특별시 투자심사위원회

투자심사에 관한 지방자치단체의 장의 자문에 응하기 위하여 지방자치단체의 장 소속으로 지방재정투자심사위원회를 둔다. 서울특별시 투자심사위원회 구성 및 운영에 관한 조례는 12조로 구성되어 있다.

2) 지방자치단체의 공공투자관리센터와 서울연구원 공공투자관리센터

가) 지방자치단체의 공공투자관리센터

서울시가 서울공공투자센터를 설립한 이래 시·도는 각자 공공투자관리센터를 두고 있다. 2019년 6월 현재 서울공공투자센터는 24명으로 구성되어 있고, 12명으로 구성된 경기도공공투자관리센터, 9명으로 구성된 부산공공투자관리센터, 대구경북공공투자관리센터, 울산공공투자관리센터, 충북공공투자관리센터, 충남공공투자관리센터, 경남공공투자관리센터, 제주공공투자관리센터 등이 있고 인천은 설립 준비 중에 있는데, 설립모델은 국가재정법의 예비타당성조사 수행과 민간투자사업 지원업무를 하고 있는 한국개발연구원의 공공투자관리센터(PIMAC)이다.²²⁾

21) 양지숙, “지방자치단체 재정투자사업의 집행실패 원인 분석,” 현대사회와 행정 제29권 제3호, 2019. 9. 42면.

나) 서울연구원 공공투자관리센터

서울공공투자관리센터는 “서울특별시 공공투자사업 관리에 관한 조례 (2014.3.20. 제정·시행, 서울특별시조례 제5671호)” 제4조 제1항에 근거하고 있다. 시장은 시가 시행하는 공공투자사업의 전문적·객관적·효율적 관리를 위하여 서울연구원 서울공공투자센터에 타당성조사, 재정 투·융자 심사사업의 사전 검토, 민간투자사업에 대한 타당성분석, 적격성조사 및 업무지원, 타당성조사 및 검토 등과 관련된 연구·교육, 그 밖에 시장이 공공투자사업의 전문적·객관적 결정을 위해 필요하다고 인정하는 사항 등을 의뢰할 수 있다. 서울공공투자관리센터는 많은 실적을 쌓고 있으나, 그 심사내용이 참고용으로 사용될 뿐 아직 독립적인 역할을 하고 있는 것은 아니다.²³⁾ 서울특별시 투자사업심사에 관한 규칙²⁴⁾은 서울특별시 및 자치구의 투자심사의 대상·기준 등에 관한 것으로, 투자사업에 대한 심사기준은 ① 투자사업의 필요성 및 타당성, ② 시 주요시책 및 중장기계획 등과의 부합성, ③ 투자사업의 규모, ④ 재정·경제적 효율성, 일자리 창출효과 등, ⑤ 사업비의 적정성·조달능력 및 원리금 상환능력 등이다.

3. 지방재정법상 사전 타당성 조사와 문제점

가. 사전 타당성 조사기관

지방자치단체의 장은 총 사업비 500억 원 이상인 신규사업에 대한 투자심사를 하기 전에 행정안전부장관이 정하여 고시하는 전문기관으로부터 타당성 조사를 받아야 한다. 다만, 「국가재정법」 제38조에 따른 예비타당성조사²⁵⁾를 실시한 경우 타당성 조사를 받은 것으로 본다.

22) 주재홍, “지방재정자치권강화를 위한 거버넌스체계와 지방공공투자관리센터 역할과 발전 과제,” 지방재정 2019권 3호, 2019.7. 57면.

23) 주재홍, 앞의 글, 62면.

24) 서울특별시규칙 제4270호, 2019.4.11. 일부개정.

25) 2019년 정부의 국가균형발전 프로젝트라는 이름으로 23개 사업에 대한 국가재정법상의 예비타당성조사 면제 발표와 관련한 논의도 활발하다. 고길근, “예비타당성조사 제도의

‘총사업비 500억원 이상 신규사업에 대한 타당성조사 전문기관’²⁶⁾은 「한국지방행정연구원 육성법」에 따라 설립된 한국지방행정연구원이며, 한국지방행정연구원은 2014년 12월 위 타당성조사 업무를 위해 지방투자사업관리센터(LIMAC)를 설립하였다. 현재 신규사업에 대한 타당성 조사, 타당성재조사, 타당성 조사 지침 개발 등 투자심사제도 개선 및 투자심사 운영지원, 투자심사 사후평가에 필요한 조사 및 성과평가, 투자사업이력관리, 지방자치단체 자체타당성 조사 검토 등의 업무를 수행하고 있다.²⁷⁾

나. 타당성 조사 절차와 조사 계약과 비용부담 및 조사 기간 등

타당성 조사는 매년 3회로 나누어 실시하되, 지방자치단체의 장이 특별히 필요하다고 요청하는 경우에는 수시조사를 실시할 수 있다(지방재정투자사업 심사규칙 제11조 제1항). 1차 의뢰는 1월 31일까지, 2차 의뢰는 4월 30일까지, 3차 의뢰는 8월 31일까지 행정안전부장관에게 해당 사업의 타당성 조사 의뢰서를 제출하여야 한다.

타당성 조사는 타당성 조사 전문기관과의 약정을 통해 추진한다. 지방자치단체의 장은 타당성 조사에 소요되는 비용을 타당성 조사 전문기관과의 약정에 따라 납부하며, 비용에 대한 기준은 행정안전부장관이 타당성 조사 전문기관과 협의하여 정한다. 타당성 조사 기간은 약정일부터 6개월 이상을 원칙으로 한다. 다만, 다른 법령이 정하는 바에 따라 타당성 조사를 수행하고 관련 근거자료를 제출한 경우, 법령에 따라 부처간 협의를 거친 사업이나, 의무적으로 시행하는 사업으로서 타당성 조사 전문기관의 타당성 조사를 대체할 수 있는 근거자료를 제출한 경우 등에는 조사수행기간을 단축하여 약정할 수 있다.

합리성과 가치판단.” 한국행정학회 학술발표논문집, 2019.6. 1479면.

26) 지방투자사업 심사규칙(2014.11.29.고시되고, 2018.12.31. 일부개정된 행정안전부고시 제2018-88호). (재검토기한) 행정안전부장관은 「훈령·예규 등의 발령 및 관리에 관한 규정」에 따라 이 고시에 대하여 2019년 1월 1일 기준으로 매 3년이 되는 시점(매 3년째의 12월 31일까지를 말한다)마다 그 타당성을 검토하여 필요한 조치를 하여야 함.

27) 송지영, “LIMAC의 성과와 향후 발전과제,” 지방재정 2019권 3호, 2019.7. 65면.; 「지방재정투자사업 심사 및 타당성조사 매뉴얼(2019.7. 행정안전부 재정정책과)」 참조.

다. 타당성 조사 방법

타당성 조사 전문기관은 타당성 조사 수행 시 사업계획의 타당성 및 대안, 사업 추진과정에서 고려할 사항 등을 분석하여야 하고, 타당성 조사 결과보고서에는 사업편익의 창출정도, 투자자 수익의 창출정도, 지역 균형발전, 안전 및 환경개선 정도 등 정책적 필요성, 그 밖에 사업의 필요성, 적정성 등을 판단하기 위하여 필요한 사항 등이 포함되어야 한다.

생각건대 심사규칙 제2조의 투자심사기준과의 차별성은 사업계획의 타당성 및 대안을 들 수 있으나, 이도 투자사업의 필요성 및 타당성에 포함된다고 할 것이다. 투자심사의 제1호 기준인 타당성과의 차이를 인정하기 어려우므로 사전타당성 조사의 효과에 대한 실증적인 분석이 필요하다. 사업의 적시성과 경제성 또는 정책성 분석을 하여 타당성 조사를 하면 중앙투자심사에서는 관련부분을 하지 않거나 간략히 해야 할 것이다.

Ⅲ. 지방재정투자사업 심사제도에 관한 입법평가

1. 입법평가의 의의

입법평가는 입법의 결과가 정책의 실패를 방지하고 의도한 목표를 효율적으로 달성하면서 경제적·사회적 효율성을 높이는 이른바 ‘좋은 입법’에 기여하고자 연구방식이다.²⁸⁾ 법률이 의도한 그리고 의도하지 않은 결과에 대한 평가는 더 나은 법률제정을 위한 중요한 도구이기 때문이다.²⁹⁾ 입법의 절차는 문제의 제기와 현상태 분석, 해결가능성 개발과 합목적성과 정치적 실현가능성 평가(목표의 구체화), 적절한 행위수단 준비(법일치성, 효과성, 법적 안정성)로 이루어진다.³⁰⁾ 법률의 법일치성과 효

28) 박수철, 입법총론, 한울아카데미, 2012. 714면.

29) Hensel/Bizer/Führ/Lange 편, 김경제 외 3인 역, 입법평가의 적용, 한국법제연구원, 2012. 383면.

과성, 법적 안정성은 법치국가의 비례성원칙의 표현이다. 좋은 입법의 중요한 세 가지 기준으로 목적달성도(efficacy), 집행가능성(effectiveness) 및 비용절감성(efficiency)을 들 수 있다. 결국 입법자의 입법에는 적절한 사실을 발견할 의무, 문제공식화의 의무, 대안들을 평가하고 조정해야 하는 의무, 전망이나 미래상황을 고려해야 할 의무, 회고의무, 교정의무 등이 따른다.³¹⁾ 입법평가는 사전적 입법평가, 병행적 입법평가, 사후적 입법평가로 구분된다.³²⁾ 여기서의 입법평가는 지방재정투자사업 심사제도 시행 이후의 사후적 입법평가로 더 좋은 입법을 위한 것이다.

2. 투자(의뢰)심사제도의 위헌성 또는 위법성

가. 투자(의뢰)심사 제도와 지방자치권 침해문제

시·도의 경우 사업비 300억원 이상인 경우 원칙적으로 국비가 포함되지 않은 자체재원만의 사업이라도 중앙투자심사를 받아야 한다. 적시성 및 효율성이 강조되는 자치사무로서, 문화복지시설건립과 같은 단순한 사업도 사업비 기준으로 중앙심사를 거쳐야 한다는 것은 헌법상 보장된 지방자치의 본질에 반할 뿐 아니라 지방분권법과 지방자치법에서 보장하고 있는 재정고권을 침해한다는 문제 제기가 있다. 또한 구체적 범위를 정하지 않고 대통령령에 일괄 위임한 것은 포괄위임금지의 원칙에 반하고, 토지가격 내지 용역재산가액이 시·도마다 다름에도 불구하고 획일적으로 토지가 등을 포함한 사업비 300억원으로 규정한 것은 지가의 차이를 부인하여 평등의 원칙에도 반한다는 것이다.

1) 지방자치의 근거

우리 헌법 제8장 지방자치는 헌법 제117조와 118조로 구성되어 있다. 제117조는 지방자치단체의 사무 등과 자치입법권을 언급하고 지방자치

30) Kluth/Krings, 박영도 외 4인 공역, 입법, 법문사, 2017. 247~252면.

31) Luc J. Wintgens, *Legisprudence-Practical Reason in Legislation*, 2012. 294~304면.

32) Kluth/Krings, 박영도 외 4인 공역, 입법, 법문사, 2017. 438면.

단체의 종류를 법률에 위임하고, 제118조는 지방의회와 그 조직·권한 등을 언급하고 구체적인 것은 법률로 위임하였다. 지방자치법에서 기본적인 사항을 규정하고, 지방재정법이나 지방분권법 등에서 구체적인 내용을 규정하고 있다.

2) 지방자치의 본질

지방자치란 지역중심의 지방자치단체가 독자적인 자치기구를 설치해서 그 자치단체의 고유사무를 국가기관의 간섭 없이 스스로의 책임으로 처리하는 것을 말한다.³³⁾ 지방자치의 개념이 역사적·경험적인 것이라 나라마다 다르지만 지방자치제도는 지방자치행정의 민주성과 능률성을 제고하고 지방의 균형 있는 발전과 국가의 민주적 발전을 도모하는 자유민주적 통치기구의 중요한 조직원리이다. 지방자치의 본질에 대하여 국가와 사회의 대립적 이원론의 관점, 행정목적적 관점, 민주정치적 관점, 지역발전적 관점, 제도보장적 관점에서 논의가 있었지만, 지방자치는 기본권실현과 긴밀한 헌법상 객관적 가치질서에 속하므로 국가의 기능은 지방자치단체의 기능을 뒷받침해주는 보충적인 역할에 그쳐야 한다는 것이다.³⁴⁾ 지방자치기능에는 지방자치단체가 국가의 지시나 감독을 받지 않고 법이 정하는 바에 따라 독자적인 책임 하에 처리할 수 있는 자치고권이 있다. 자치고권에는 지역고권, 인사고권, 재정고권, 계획고권, 조직고권, 조세고권, 조례고권(자치입법권), 문화고권 등이 있다.

지방자치권의 본질에 관하여 종래 고유권설, 자치위임설, 절충설, 신고유권설 등이 있다.³⁵⁾ 고유권설은 지방자치권이 국가 이전의 지방의 고유한 권리라는 입장이다. 자치위임설은 지방자치제도가 헌법에 의해 승인되고 보장되는 것으로 지방자치권은 국가로부터 나온다는 입장으로 전래설이라고도 한다. 절충설은 지방자치단체가 국가적으로 설치된 행정기관이나 사회적 관련성에서 민주적 정당성을 강조하는 입장이고, 신고유권

33) 허 영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 1999. 1020면.

34) 허 영, 위의 책, 1028~1031면.

35) 홍정선, 지방자치법, 박영사, 2018. 8~11면; 김배원, “헌법적 관점에서의 지방자치의 본질,” 공법학연구 제9권 제1호, 2008.230~232면.

설은 자치권을 실정헌법 해석상의 자연권으로 이해하는 입장이다. 자치 위임설이 지배적인 견해로서 타당하다.

헌법에서 보장하고 있는 지방자치의 제도적 보장의 본질적인 요소는 자치기능보장, 자치단체보장, 자치사무보장이다.³⁶⁾ 헌법재판소도 헌법 제 117조와 제118조의 제도적 보장의 본질적 내용은 자치단체의 보장, 자치기능의 보장 및 자치사무의 보장이라고 한다.³⁷⁾ 따라서 지방자치의 실현을 위한 입법형성권의 행사도 지방자치제도의 본질적인 내용을 침해해서는 안 된다.

3) 지방재정법상 투자심사제도의 위헌성

가) 지방재정법상 투자심사제도의 도입배경

지방재정투자심사제도의 연혁에서 본 바와 같이 관련조항은 내무부훈령, 내무부령을 거쳐 1994년 12월 22일 법률 제4795호로 지방재정법이 개정되면서 재정투·융자사업의 효율성을 높이기 위하여 지방재정법 제 30조 제3항에 도입되었다. 투자심사조항이 제37조로 독립된 것은 2005년 8월 4일 전부 개정이고, 2011년 8월 4일 일부개정하면서 제37조의

36) 제도적 보장의 내용을 포괄적 사무의 보장, 자기책임성의 보장, 자치권의 보장으로 구분하는 견해도 있다, 홍정선, 위의 책, 49면.

37) 현재 2008.5.29. 2005헌라3 [강남구청 등과 감사원 간의 권한쟁의] 1. 감사원법은 지방자치단체의 위임사무나 자치사무의 구별 없이 합법성 감사뿐만 아니라 합목적성 감사도 허용하고 있는 것으로 보이므로, 감사원의 지방자치단체에 대한 이 사건 감사는 법률상 권한 없이 이루어진 것은 아니다.

2. 헌법이 감사원을 독립된 외부감사기관으로 정하고 있는 취지, 중앙정부와 지방자치단체는 서로 행정기능과 행정책임을 분담하면서 중앙행정의 효율성과 지방행정의 자주성을 조화시켜 국민과 주민의 복리증진이라는 공동목표를 추구하는 협력관계에 있다는 점을 고려하면 지방자치단체의 자치사무에 대한 합목적성 감사의 근거가 되는 이 사건 관련규정은 그 목적의 정당성과 합리성을 인정할 수 있다. 또한 감사원법에서 지방자치단체의 자치권을 존중할 수 있는 장치를 마련해두고 있는 점, 국가재정지원에 상당부분 의존하고 있는 우리 지방재정의 현실, 독립성이나 전문성이 보장되지 않은 지방자치단체 자체감사의 한계 등으로 인한 외부감사의 필요성까지 감안하면, 이 사건 관련규정이 지방자치단체의 고유한 권한을 유명무실하게 할 정도로 지나친 제한을 함으로써 지방자치권의 본질적 내용을 침해하였다고는 볼 수 없다.

문장을 “지방자치단체의 장은 재정투·융자사업에 관한 예산을 편성하려면 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 사업의 필요성과 사업계획의 타당성 등에 대한 심사를 하여야 한다.”로 가다듬었다.

지방재정의 건전성을 강화하기 위하여 재정투자사업에 대한 사전·사후관리를 강화 등을 이유로 2014년 5월 28일 일부개정하면서 투자심사 대상에 채무부담행위, 보증채무부담행위, 예산 외 의무 부담을 추가하고, 대규모사업에 대한 타당성 조사는 안전행정부장관이 정하여 고시하는 전문기관에서 수행하도록 일원화하여 현재의 제37조의 내용으로 개정하였다.

나) 투자심사제도의 위헌성 및 자치재정지출권 침해

투자심사제도가 지방재정법에 등장한 시기는 1994년 12월 22일의 일부개정인데, 개정이유는 지방재정의 건전성 확보와 효율적인 운영을 도모하기 위한 것이다. 그 이후 수차례의 개정에서 계속 보완되어 왔다. 이는 투자심사제도가 사전적인 지방재정 건전성 확보방안으로 정착하여 왔다는 것을 의미한다. 투자심사제도에 대한 입법의 목적과 상당성 등에 이의를 제기하지 않았다는 것이다.

지방자치법상 재정고권은 법정의 예산제도에 따라 자기의 책임으로 세입, 세출을 유지하는 지방자치단체의 권한을 말한다. 재정고권의 본질적 내용을 침해하지 않아야 하나, 그 보장방법은 입법자의 입법형성권의 범위에 속한다. 헌법재판소는 서울특별시와 행정안전부장관 간의 권한쟁의 사건³⁸⁾에서 헌법 제117조 제1항은 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한

38) 헌재 2014. 3. 27. 2012헌라4. 피청구인(행정안전부장관)의 2012. 11. 19.자 대여용 차량에 대한 지방세(취득세) 과세권 귀속 결정(이하 ‘이 사건 과세권 귀속 결정’이라 한다)이 헌법 및 지방세기본법에 의하여 부여된 청구인의 자치재정권(지방세 과세권)을 침해하는 것인지 여부 및 피청구인의 이 사건 과세권 귀속 결정이 무효인지 여부가 쟁점인데, 헌법재판소는 “피청구인이 관계 지방자치단체의 장의 청구를 받아 과세권의 귀속에 관한 결정을 할 권한은 있으나 그 결정이 행정적 관여로서 법적 구속력이 없음은 앞서 본 바와 같으므로, 청구인은 피청구인의 이 사건 과세권 귀속 결정에도 불구하고, 자체적인 판단에 따라 이 사건 리스회사에 대하여 과세처분을 할 수 있으며, 이미 한 과세처분을 유지하는 데에 아무런 지장이 없다. 따라서 피청구인의 이 사건 과세권 귀속 결정으로 말미암아 청구인의 자치재정권 등 자치권한이 침해될 가능성이 있다 할 수 없고, 그 밖에 그 침해가

사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.”고 규정하여 지방자치를 제도적으로 보장하고 있다고 하면서, 이에 따라 지방자치단체에게는 법령의 범위 내에서 자신의 지역에 관련된 여러 사무를 자신의 책임하에 수행할 수 있는 지방자치권이 보장되는데, 이러한 권한에는 자치입법권, 자치조직권, 자치인사권, 자치재정권 등이 포함된다고 하였다. 그 중 “자치재정권은 지방자치단체가 법령의 범위 내에서 수입과 지출을 자신의 책임하에 운영할 수 있는 권한으로서, 지방자치단체가 법령의 범위 내에서 국가의 지시를 받지 않고 자기책임하에 재정에 관한 사무를 스스로 관장할 수 있는 권한을 말한다. 자치재정권 중에서 자치수입권은 지방자치단체가 법령의 범위 내에서 자기책임하에 그에 허용된 수입원으로부터 수입정책을 결정할 수 있는 권한을 말하는데, 이에겐 지방세를 부과할 수 있는 권한이 포함된다”고 하였다.

다) 소결

생각건대 자치재정권을 법령의 범위 안에서 행사할 수 있는 것으로 제한한 것은 지방자치단체의 재정여건을 감안한 헌법에 따른 것으로 지방자치의 본질을 침해하지 않는다고 할 것이다. 자치재정권 중 자치지출권도 지방자치단체가 법령의 범위 내에서 자기책임 하에 그에 허용된 지출원의 지출정책을 결정할 수 있는 권한을 말한다. 따라서 지방재정법의 투자심사제도는 도입 배경에 비추어 위헌성을 인정하기 어렵고 지방재정권의 침해라고 할 수는 없다. 다만 투자심사제도의 부작용이 커서 입법취지를 침해하거나 지방자치단체 스스로 투자심사를 제대로 하는 등 입법환경이 변경되면 입법개선 의무가 발생할 수 있을 것이다.

나. 지방재정법 제37조 제1항의 포괄위임금지원칙위반

지방재정법 제37조 제1항에서 재정투자사업에 관한 예산안 편성 등을

능성이 인정될 만한 청구인의 권한도 보이지 아니한다.”고 하면서 권한쟁의심판청구를 각하하였다.

규정하였으나 구체적으로 범위를 정하지 않고 실질적으로 투자심사를 받아야 하는 대상을 대통령령에 위임하였고, 같은 법 시행령 제41조 제1항에서는 4개의 사업별로 시·도와 시·군·구의 기준을 획일적으로 규정하고 있다. 지방재정365의 2019년도 17개 시·도별 세입예산을 비교하면 경기도의 69조8743억원, 서울시의 56조3892억원에서 제주도의 6조323억원, 세종시의 1조7264억까지 편차가 크다.³⁹⁾ 경기도와 서울시를 제외하면 그 다음이 경북으로 25조7314억원이고 10조 이하가 광주, 대전, 울산, 세종, 제주 등이다. 경기도의 예산은 제주도보다 10배가 넘고, 서울시 예산은 세종시보다 55배나 넘는다. 2019년도 시·군·구의 세입예산을 보면 서울 강남구의 경우 1,188,044백만원이고, 부산 중구의 경우 171,123백만원으로 약 7배 정도 차이가 나고, 성남시의 경우 3,454,134백만원이고 계룡시의 경우 205,428백만원으로 약 17배의 차이가 난다. 예산의 차이는 인구와 산업규모 등에 기인하지만 현저한 편차가 있다. 이러한 사정을 무시하고 각 시·도와 각 시·군·구의 규모나 재정능력 등 특성을 반영하지 않은 채 일괄규정을 하고 각 사업의 목적과 수행능력 등의 차이를 무시하고 획일적으로 규정한 것은 위임입법의 명확성과 구체성의 요구를 담보하지 않고 있으므로 포괄위임금지원칙 위반의 문제가 있다.

헌법은 제75조에서 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항 ……에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”고 규정함으로써 위임입법의 근거를 마련함과 동시에, 입법상 위임은 ‘구체적으로 범위를 정하여’ 하도록 함으로써 그 한계를 제시하고 있다. 헌법상 위임입법의 한계인 ‘법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항’이라 함은 법률에 이미 하위법령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적이고 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 하위법령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 한다는 것을 의미한다. 예측가능성의 유무는 관련 법 조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다.⁴⁰⁾

39) http://lofin.mois.go.kr/websquare/websquare.jsp?w2xPath=/ui/portal/gongsi/item/sd002_tg002.xml&year=2019&ix_code=A128

생각건대 지방재정법 제37조 제1항에서 일괄 위임하는 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변하는 성질의 것이 아님에도 불구하고 지방재정법 시행령 제41조 제1항에서 4개의 사업별로 시·도와 시·군·구의 기준을 제시하면서, 각 시·도와 각 시·군·구의 사정을 고려하지 않고 일괄적으로 기준금액을 규정하고 있는 것은 수권법률의 구체성과 명확성 요구에 반한다고 할 것이다. 따라서 대통령령에서 투자심사의 대상을 일체 규정하게 하는 것은 명확성과 구체성을 침해하는 것이므로 포괄위임 금지원칙위반이라고 보아야 할 것이다.

다. 시행령의 획일적인 사업비 기준과 비례·평등원칙 위반

지방재정법 시행령 제41조 제1항과 같이 사업비를 구성하고 있는 토지가격이 각 지역마다 편차가 크에도 불구하고 획일적으로 각 시·도나 각 시·군·구를 동일한 사업비 기준으로 구분한 것은 비례의 원칙이나 평등원칙에 위반한다. 같은 모양과 면적의 건물을 건축하는 신규투자사업의 경우 지가가 월등하게 높은 서울의 경우 그 사업비가 300억원을 넘게 되어 중앙의뢰심사를 하여야 하나, 다른 시·도에서는 지가가 낮아 300억원 미만이므로 자체심사에 해당할 수 있다. 앞의 사례에서 보다시피 중앙의뢰심사를 하면 그만큼 사업완료에 시간과 비용이 많이 들게 된다. 결국 지역에 따라 다른 것을 같게 취급하게 되므로 평등의 원칙에 반한다고 할 것이다.

국민의 기본권과 직접적으로 연결되지 않으나, 재정지출의 효과가 간접적으로 주민들의 기본권에 영향을 미친다. 위에서 본바와 같이 17개 시·도의 세입예산액을 기준으로 할 때 경기도와 서울시는 나머지 시·도와 비교할 수 없을 정도로 현저한 격차가 나고, 각 시·군·구도 현격한 차이가 난다. 그럼함에도 불구하고 각 시·도나 각 시·군·구를 동일한 사업비 기준으로 규정한 것은 좋은 입법의 기준인 효과성과 비례성원칙에 부합하지 않는다고 할 것이다. 경기도나 서울시의 자치사무를 지나치게 규제하는 효과를 낼 수 있다. 지방재정의 건전화를 위한 목적의 정

40) 헌재 2013.10.24. 2012헌바368 ; 헌재 2018. 4. 26. 2015헌가13; 헌재 2019. 8. 29. 2018헌바4.

당성은 인정될 수 있으나, 차별하여 기준을 제시할 수 있음에도 획일적으로 규정한 수단이 적합하지 않고, 침해의 최소성의 원칙에도 반하며 중앙의뢰(투자)심사를 받아서 생기는 이익보다 이로 인하여 입게 되는 피해가 더 큰 경우도 적지 않다고 할 것이므로 법익의 균형성에도 반한다고 할 것이다.

결국 지방자치단체의 의사를 불문하고 각 시·도나 각 시·군·구의 예산과 지가 및 사업수행능력 등의 차이에 따른 기준을 제시하지 않은 획일적인 시행령에 따르도록 규정한 것은 좋은 입법의 기준인 평등의 원칙과 비례의 원칙에 반한다고 할 것이다.

3. 사전 타당성 조사의 위법성

가. 단위 사업별 계획 수립에서의 타당성 조사

1) 타당성 조사의 근거

지방재정법 제37조 제2항에 따라 총 사업비 500억원 이상 신규사업의 경우, 재원이 국비가 아닌 자체재원이든 토지나 공유재산의 가격이 얼마이든 상관없이 지방자치단체의 장은 행정안전부장관이 정하여 고시하는 전문기관인 한국지방행정연구원으로부터 타당성 조사를 받아야 하고, 그 결과를 토대로 그 투자심사(필요성과 타당성 심사)를 하여야 한다.

2) 타당성 조사 수행사업의 재원 문제

국가재정법 제38조 제1항은 기획재정부장관은 총사업비가 500억원 이상이고 국가의 재정지원 규모가 300억원 이상인 신규 사업인 경우 예비타당성검사를 실시하고, 그 결과를 요약하여 국회 소관 상임위원회와 예산결산특별위원회에 제출하여야 한다고 규정하고 있다. 지방재정법은 총사업비가 500억원 이상이면 국가의 재정지원과 관계없이 사전 타당성 조사를 거치게 되어 있다. 그런데 2019년 6월 현재 서울시의 2019년도의 타당성조사 수행사업의 재원비율을 보면 <표>에서 보드시피 총 24건

중 국비 지원이 없는 전액 자체재원 사업은 16건(67%), 국비 20% 이상 사업은 2건에 불과하다. 지방분권법과 지방이양일괄법의 변화의 취지에 따라 지방재정법상 타당성조사에 대한 본격적인 검토가 필요하다고 할 것이다. 타당성 조사 수행사업의 67%가 국비지원이 없는 자체재원이라면 그러한 사업의 경우 지방재정의 자주성과 건전한 운영 조장이란 기준에 비추어 사전타당성 조사를 신중하게 하여 지방자치단체의 자율성을 존중하여야 할 것이다. 국가재정법처럼 지방자치단체장이 사전타당성 조사를 실시하고 그 결과를 요약하여 서울시의회의 소관상임위원회와 예산결산특별위원회에 제출하여야 한다고 규정하는 것도 검토할 필요가 있다.

〈표〉 서울시 지방재정법 타당성조사 수행사업 재원 비율

| 재원 구성 | 전액 자체재원 (국비 0%) | 국비 0% 초과 10% 미만 | 국비 10% 이상 20% 미만 | 국비 20% 이상 | 계 |
|-------|-----------------------|-----------------------|------------------------|--------------|----|
| 건수 | 16건 | 3건 | 3건 | 2건 | 24 |

주: 2019년 6월 현재 집계(서울시 연구원 내부자료)

3) 타당성 조사 대상의 법률로의 격상과 입법의 과오

타당성 조사 내용은 2014년 11월 19일 투자심사 대상 확대 및 타당성 조사기관 일원화를 위하여 지방재정법을 개정하면서 도입한 것이다. 2013년 11월 15일 제출한 정부의 지방재정법 일부 개정안에서는 그 이전의 규정과 같이 전문 조사기관에 의뢰해야 하는 대규모사업을 대통령령으로 규정하고 있었으나, 국회 심의 과정에서 타당성 조사 대상에 관하여 국회의 심의를 받을 수 있도록 법률로 구체적으로 규정하는 것이 보다 바람직하다는 의견을 반영하여 총 사업비 500억원 이상으로 규정하였다.⁴¹⁾ 개정 전에는 지방재정법 제37조(재정투·융자사업에 대한 심사)에서 “지방자치단체의 장은 재정투·융자사업에 관한 예산을 편성하

41) 2014.4. 국회 안전행정위원회의 지방재정법 일부개정법률안의 심사보고서, 52~54면; 위 정부안은 다른 의원안들과 함께 대안반영폐기되었고, 2014.4.10. 안전행정위원장의 대안으로 가결되어 소관위원회를 거쳐 4.28. 법사위원회에서 수정가결되어 2014.4.29. 본회의에서 의결되었다.

려면 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 사업의 필요성과 사업계획의 타당성 등에 대한 심사를 하여야 한다.”고 규정하여 대상 금액을 대통령령에 위임하였다. 2005년 12월 30일 대통령령을 전부개정하면서 “지방자치단체의 장은 신규 투·융자사업으로서 그 소요사업비가 500억원을 넘는 경우에는 제1항의 규정에 의하여 투자심사를 하기 전에 지방행정 또는 재정분야 등의 전문기관에 타당성조사를 의뢰하여야 한다. 이 경우 건축비(소요사업비 중 토지매입비와 설계용역비 등 각종 부대경비를 제외한 것을 말한다)가 100억원 이상인 청사·시민회관·구민회관 등 공용 또는 공공용건물의 건축사업인 경우에는 행정안전부장관이 정하여 고시하는 전문기관에 타당성조사를 의뢰하여야 한다.”고 규정하였다. 위 금액으로 개정되기 전에는 2001년 9월 15일 “지방자치단체의 장은 신규 투·융자사업으로서 그 소요사업비가 100억원 이상인 경우에는 제2항의 규정에 의하여 투자심사를 하기 전에 전문기관에 타당성조사를 의뢰할 수 있다. 다만, 건축비(소요사업비중 토지매입비와 설계용역비 등 각종 부대경비를 제외한 것을 말한다)가 50억원 이상인 청사·시민회관·구민회관 등 공용 또는 공공용건물의 건축사업인 경우에는 지방행정 또는 재정분야 전문기관에 타당성조사를 의뢰하여야 한다.”고 개정하였다.

대통령령에서 규정할 때는 청사·시민회관·구민회관 등 공용 또는 공공용건물의 건축사업인 경우에는 건축비만을 기준으로 하였는데, 이를 법률로 격상하면서 건축비만을 기준으로 하는 것을 없앤 것은 건축비만을 기준으로 한 이유를 무시한 입법의 과오라고 할 것이다.

조사기관 일원화는 대규모 사업에 대한 타당성 조사 시 연구용역 기관을 임의로 선정하여 수요 또는 수익성을 과다 계상하는 등 조사의 객관성을 훼손하는 사례를 방지하고 시정하기 위하여 도입한 것이다.

나. 타당성 조사의 문제점

1) 타당성 조사 대상의 부적정성

2020.1.19. 현재 표준지공시지가를 비교하면 다음과 같다. 서울 강남구 개포동 96 답의 평방미터당 가격은 1,160,000원이고, 논현동 1 대지

의 평방미터당 가격은 46,900,000원이다. 이에 반하여 강원도 강릉시 강동면 모전리 20-10 전의 평방미터당 가격은 21,000원이고, 같은리 287 대지의 평방미터당 가격은 64,000원이다. 서울시의 부동산 가격이 강릉시의 가격보다 55배 또는 732배 이상 높다. 이런 상황에서 토지구입비를 포함한 총 사업비 500억원을 일률적으로 제시하는 것은 부적합하다고 아니할 수 없다. 500억원이 적은 금액이 아니지만, 자치단체의 토지가격이나 물가 등을 감안하지 않은 획일적인 기준은 구체적 타당성이 없다. 그것은 또한 비례·평등의 원칙에도 반한다. 강원도가 타당성조사 없이 결정할 수 있는 실질공사비가 서울시의 실질공사비와 현격하게 차이 나는 것은 평등의 원칙에 반하고, 비례원칙에도 반하는 것이다.

서울시의 경우 논현동 소재 1,000평방미터의 토지 구입가격이 약 469억에 해당하므로 총 사업비가 당연히 500억원을 넘을 것이다. 그러면 서울시 재정투자사업의 경우 토지구입만으로도 사업비가 500억원 정도일 가능성이 많은바, 이러한 경우 타당성 조사를 한다는 것은 의미가 없다. 부동산 가격의 급등의 원인이 무엇이든 사회변화로 인정되면 그에 따른 입법의 변화는 적극적으로 검토되어야 한다.⁴²⁾

또한 2005년 12월 31일 대통령령에 타당성 조사의 대상으로 소요사업비 500억원 이상을 규정한 것이 규범력이 있었다고 하더라도, 그로부터 15년이 지난 현재 폭등한 부동산 가격을 감안하면 현실성 없는 규정이라고 할 것이다. 입법기술적으로도 총 사업비 500억원을 대통령령이 아닌 법률에 규정하고 있으므로 탄력적인 규율이 어렵다. 서울시의 경우 총 사업비 중 토지구입비를 배제하거나 아니면 그것을 감안한 기준을 따로 적용해야 할 것이다.

2) 타당성 조사의 효과

서울시의 경우 토지가의 비중이 40%이상이면 실제 사업규모가 다른 시·도에서와 달리 작게 되거나 사전 타당성 조사를 할 필요성이 사실상 적게 되므로 6개월 이상 걸리는 사전 타당성 조사의 효과도 없다고 할 것이다. 지방재정투자사업의 본질이 국가사무가 아닌 현장의 목소리

42) 최대권 외 15인, 사회변화와 입법, 도서출판 오름, 2008. 15면.

를 담은 자치사무이므로 신속한 결정과 효율성이 강조되는 것을 감안하면 투자심사 외에 사전타당성조사를 받아야 하는 것은 검토되어야 할 것이다.

3) 지방의회의 지방재정행정에 대한 통제

서울시 주민 수는 스웨덴 전체 인구나 핀란드 인구보다 많다. 기본적으로 서울시 의회의 위상은 스웨덴 의회나 핀란드 의회와 유사할 수 있다. 그러나 한국의 수도이자 정치의 중심지가 서울인 것과 국회의원과 지방의회 의원과의 상하 관계 및 중앙집권적인 정당의 역할 그리고 서울시 의회 직원의 서울시장 임명제 등을 고려하면 서울시 의회가 제대로 된 기능을 할 수 없는 요인이 많다. 지방의회가 본연의 기능을 할 수 있도록 하여야 한다. 특히 국가경쟁력이 강조되고 거대 도시권의 역할이 점차 커지고 있는 시점에서 서울시의 재정고권을 보장해야 할 것이다. 일본 동경과 동경을 둘러싸고 있는 11개 현의 총 인구가 5,000만 명이고, 북경과 천진 및 이 두 도시를 둘러싸고 있는 하북성의 총 인구가 1억1천만 명으로, 일본과 중국에서 위 거대도시권이 중요한 역할을 수행하고 있다. 다른 나라에서도 거대도시권이 유사한 기능을 수행하고 그러한 추세가 확장될 것이다. 거대도시권을 중심으로 한 지방자치가 활성화된다면 거대도시의 지방자치권이 존중되어야 한다.

지방자치법상 지방의회는 지방자치단체의 재정투자사업의 계획과 집행 실패를 통제할 수 있다. 서울시 의회는 서울시 예산의 심의·확정, 결산의 승인, 대통령령으로 정하는 중요 재산의 취득·처분, 대통령령으로 정하는 공공시설의 설치·처분 등에 관한 의결권 외 서류제출요구권과 행정사무감사권과 조사권 등을 가지고 있다. 서울시 의회가 서울시 예산의 심의·확정 이전 단계에서 지방재정투자사업에 대한 타당성 조사의 결과를 보고받는다면, 서울시의 각 사업부서가 엄격한 자체심사를 하여 재정 건전성을 해치는 것을 사전에 예방할 수 있을 것이다.

지방분권법과 지방이양일괄법의 개정 취지에 따라 지방의회가 지방자치단체장의 재정지출권 관련 예산 편성 단계에서 통제 기능을 제대로 수행하는 방향으로 개선되어야 할 것이다.

4. 입법개선의무 위반

입법자는 기본권 보호 등 국가적 과제를 수행하기 위한 좋은 입법을 할 입법의무가 있다. 입법과정에서 입법형성권이 인정되나, 입법이 된 후에도 입법자는 입법환경의 변화나 입법의 결함 유무 등을 관찰하여 필요하면 입법취지에 부합하도록 입법을 개선해야 할 의무가 있다.⁴³⁾ 헌법재판소는 헌법불합치결정을 하면서 헌법불합치결정은 위헌적 상태를 제거해야 할 입법자의 입법개선의무를 수반하게 된다고 판시한다.⁴⁴⁾ 입법활동의 궁극적인 지향점은 국민의 실생활에 편의와 효용을 증대하고 올바른 국가 정책목표를 수립하면서 국가정책목표의 원활한 수행에도 기여하는 좋은 법률을 만드는 데 있으므로 입법자는 입법평가 등의 방법으로 법률을 관찰하여 헌법재판소 결정과는 무관하게 입법을 개선해야 할 의무가 있다.⁴⁵⁾ 지방자치단체마다 지가의 차이가 현저해져 투자심사제도와 사전타당성 제도가 본래의 취지에 부합하지 않게 되었다면 입법개선의무가 발생하였다고 할 것이다. 본래의 취지에 부합하지 않는 것을 모르고 있다면 법률관찰의무 위반이라고 할 것이고, 입법개선의무가 발생한 것을 알고도 구체적인 개선안을 찾아내기 위하여 다양한 절차를 거쳐 법률을 개선하지 않는다면 그것은 입법개선의무의 해태라고 할 것이다. 입법정책과 입법내용이 효력을 발휘하기 위하여 입법기술도 중요하다. 입법기술은 입법목적의 달성하기 위한 법률사항의 추출, 입법형식의 선택, 법률요건·법률효과의 세부적인 검토가 필요한바⁴⁶⁾, 사전타당성 조사의 요건에 대한 검토가 필요하다. 또한 각 지방자치단체마다 공공투자센터를 구성하고 본연의 임무를 수행하고 있다면 적당한 역할배분을 위한 적극적인 검토가 필요하다.

앞에서 본 서울시 문화복지시설 건설 사업 사례에서 보다시피 10개월

43) 허 영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 1999. 446면.; 홍완식, “입법자의 법률개선의무에 관한 연구,” 공법연구 제31집 제2호, 2002.12. 282면.

44) 헌재 2001.11.29. 99헌마494[재외동포의출입국과법적지위에관한법률 제2조 제2호 위헌확인] 이 사건 심판대상규정은 헌법에 합치하지 아니하나 입법자의 개선입법이 이루어질 때까지 잠정적으로 적용하도록 함이 상당하여 주문과 같이 결정한다.

45) 박수철, 입법총론, 한울아카데미, 2012. 716면.

46) 大森政輔/鎌田 薫 編, 立法學講義, 商事法務, 2006. 12면.

에 걸친 사전타당성조사를 거치고 자체심사와 같은 결과를 도출한 중앙 투자심사과정이 적용되어야 할 사항인지 먼저 검토되어야 한다. 특별한 어려움이 없는 문화복지시설 건물의 신축사업에 엄청난 시간과 비용을 투자하여 같은 결론을 이끌어 내고 그 동안 문화복지사업을 제공하지 않는 것은 제도의 취지에 부합하지 않다고 할 것이다.

따라서 입법자는 지방재정법상 투자심사제도와 사전타당성 제도를 도입한 취지가 그대로 유지되고 있는지 또는 의도하지 않은 결과가 초래된 것인지 등을 평가하고, 입법환경의 변화가 있다면 이를 검토하여야 하며, 입법개선 의무가 인정된다면 입법자는 지방재정법상 관련 제도를 개선해야 할 것이다.

IV. 맺음말

지방자치단체의 재정투자사업에 대한 투자심사제도와 사전타당성조사 제도는 지방재정의 건전화와 재정투자사업의 실패를 개선하기 위하여 도입되었다. 다수의 건전한 지방재정을 위한 투자심사제도의 연구와 재정 투자사업의 정책실패에 대한 분석 등은 그 중요성을 나타내고 있다. 지방재정법의 개정과정 중에 도입된 투자심사제도와 사전타당성조사제도가 그 후의 수차례의 개정과정에서 계속 보완되어 왔다는 것은 그 필요성이 인정되었다는 것과 제도 자체에 대한 이의는 없었다는 것을 말한다. 지방자치의 국가로부터 위임된 것으로 헌법에서 위임하고 있는 법령의 범위 내에서 인정되고, 지방자치단체의 재정지출권도 관련 법령의 범위 안에서 보호되므로 지방재정권 침해를 이유로 투자심사제도와 사전타당성 조사제도를 폐지하여야 한다는 주장은 받아들이기 어렵다고 할 것이다.

그러나 투자심사제도 등을 도입할 때와 다른 입법환경의 변화가 있다면 지방재정의 자주성과 건전한 운영을 조장할 의무가 있는 국가는 다시 검토할 필요가 있다고 할 것이다. 지방자치단체마다 지가의 차이가 현저해져 제도의 본래의 취지에 부합하지 않게 된 상황을 감안하지 않는다는 것을 입법개선 의무의 해태라고 할 것이다. 특히 적시성이 강조되는 복지

사업이 지방자치단체의 자체재원으로만 이루어진 경우라도 대통령령에서 지방자치단체의 사정을 감안하지 않고 획일적으로 규정한 일정금액 이상이라면 일괄적으로 사전타당성 조사를 하고 중앙의뢰심사를 또 다시 거치게 하는 것은 지방자치의 본질에 반하거나 지방재정권의 침해에 해당할 수 있다.

서울시의 경우 사업비 300억원 이상의 신규투자사업인 경우 투자심사제도 중 중앙의뢰심사의 적용대상이 되고, 총사업비 500억원 이상의 신규사업인 경우 사전 타당성 조사를 받아야 하는바, 토지와 공유재산의 가격을 포함하고 있는 사업비 체제에서 지가가 낮은 다른 지방자치단체에 비하여 형평이 맞지 않는다. 전국적인 토지가격이 균일한 것을 전제로 한 사업비 규정은 토지가격이 현저하게 차이나는 경우 현실적으로 문제가 있다. 이는 서울시에만 국한되는 것이 아니다. 또한 2005년 당시의 총사업비 500억원은 부동산가격이 폭등한 2020년 서울시에서의 총사업비로는 적당하지 않다고 할 것이다. 구체적 타당성을 위하여 중앙투자심사제도 중 사업비를 일괄적으로 규정하는 것은 개선되어야 할 것이다.

나아가 획일적인 사업비 기준은 지방자치단체 사이의 지가의 차이와 심사능력의 차이를 무시하는 것으로 평등의 원칙에 반한다. 또한 실제 투자심사제도의 순기능보다 역기능이 부각될 수 있다. 즉 자치사무의 신속성과 효율성 및 경제성이 강조되는 분야에서 오히려 사전타당성 조사와 투자심사제도는 역기능을 산출할 수 있기 때문이다. 그러므로 사업비 기준에서 토지구입가를 제외하거나 아니면 다양한 기준을 정하여 투자심사제도의 대상으로 결정해야 할 것이다. 대통령령에서 규정할 때는 청사·시민회관·구민회관 등 공용 또는 공공용건물의 건축사업인 경우에는 건축비만을 기준으로 하였는데, 이를 법률로 격상하면서 건축비만을 기준으로 하는 건축사업 규정을 없앤 입법의 과오는 시정되어야 할 것이다.

끝으로 다양한 형태의 사업유형을 6가지로 분류하여 일반적인 심사기준을 적용하는 것은 지양되어야 하며 새로운 심사기준을 모색하여야 한다. 각 지방자치단체에서 설립하고 있는 공공투자센터의 기능을 활성화하고 그 업무의 독립성을 강화하여 지방분권의 추세에 적합한 자치단체의 싱크탱크로 발전시켜야 할 것이다.

(논문투고일: 2020.03.08, 심사개시일: 2020.03.12, 게재확정일: 2020.03.20)



▶ **배병호**

입법평가, 지방재정법, 투자심사, 타당성 조사, 심사기준.
사업비

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 국회법제실, 「법제이론과 실제」, 2016.
국회예산정책처, 「국가재정법」, 2014.
박기영, 「한국재정」, 법우사, 2014.
박수철, 「입법총론」, 한울아카데미, 2012.
최대권 외 15인, 「사회변화와 입법」, 도서출판 으뜸, 2008.
허 영, 「헌법이론과 헌법」, 박영사, 1999.
홍정선, 「지방자치법」, 박영사, 2018.
이창균 외 3인, 「건전지방재정을 위한 투자심사제도의 개선방안, 지방행정연구원」, 2002.12.

II. 논문

- 강기홍, “지방SOC사업의 예비타당성조사에 관한 법리,” 지방자치법연구, 제19권 3호, 2019.9.
고길근, “지방정부 재정사업 관리체계 및 발전방향,” 서울시 공공투자사업의 효율성 및 책임성 향상을 위한 미래 전략(서울공공투자관리센터 설립 5주년 기념 세미나), 2017.5.19.
고길근, “예비타당성조사 제도의 합리성과 가치판단,” 한국행정학회 학술 발표논문집, 2019.6. 1479-1507면.
김배원, “헌법적 관점에서의 지방자치의 본질,” 공법학연구 제9권 제1호, 2008.
김재호, “지방자치단체의 재정위기에 대한 법적 대응,” 토지공법연구 제59집, 2012.
류영아, “재정분권추진의 의의와 주요 쟁점,” 이슈와 논점 제1646호, 국회입법조사처, 2020. 1.3.
박병희, “지방정부의 재정책임성과 재정투자심사제도,” 지방재정 2019권 3호, 2019.7.

- 송지영, “LIMAC의 성과와 향후 발전과제,” 지방재정 2019권 3호, 2019.7.
- 양지숙, “지방자치단체 재정투자사업의 집행실패 원인 분석,” 현대사회와 행정 제29권 제3호, 2019.9.
- 이희재, “지방투자사업의 유형별 투자심사 도입에 관한 연구,” 지방행정 연구 제29권 제1호, 2015.
- 주재홍, “지방재정자치권강화를 위한 거버넌스체계와 지방공공투자관리 센터 역할과 발전과제,” 지방재정 2019권 3호, 2019.7.
- 하혜영, “지방이양일괄법의 주요 내용과 향후 과제,” 이슈와 논점 제165호, 국회입법조사처, 2020.2.3.
- 홍완식, “입법자의 법률개선 의무에 관한 연구,” 공법연구 제31집 제2호, 2002.12.

Ⅲ. 기타자료

- 행정안전위원회 수석전문위원, “지방자치법전부개정법률안{정부제출(2019.3.29./2019472)}검토보고서”, 2019.6.

Ⅳ. 외국문헌

- Kluth/Krings, 박영도 외 4인 공역, 입법, 법문사, 2017.
- Hensel/Bizer/Führ/Lange 편, 김경제 외 3인 역, 입법평가의 적용, 한국법제연구원, 2012.
- Luc J. Wintgens, *Legisprudence-Practical Reason in Legislation*, 2012.
- 大森政輔/鎌田 薫 編, *立法學講義*, 商事法務, 2006.

Abstract

A Study on the legislative evaluation of the investment appraisal system of the Local Finance Act

Bae, Byung Ho

The aim of this study is to raise the legislative problems of the investment appraisal system of the Local Finance Act which was introduced for the way of local financial soundness with the public law perspective. Even allowing for the introduction background of the investment appraisal system of the Local Finance Act, a flat cost criteria that does not apply the difference of local land price has violated the principle of equality and the principle of proportion. Further.

It violate the local autonomous finance right that local finance investment projects composed of local governments own revenue is treated as not exceptional case.

In the first chapter the introduction background of the investment appraisal and a preliminary feasibility study for the way of local financial soundness are explained as follows; the enlargement of welfare cost of local government, the head of a local government's merciful administration, the poor management of local public corporation, insufficient control of local council for budget and final accounts, large social overhead capital project, international event invitation, etc. Recently the legislation of the bundle Act of Local Empowerment and the revision of Local Decentralization Act extend the power and business scope of local government.

The second chapter covered the investment appraisal and the feasibility

study in the Article 37 of the Local Finance Act. The head of a local government should conduct appraisal on the necessity and validity of regular finance investment projects and undergo feasibility study on a new project with the total project cost of at least 50 billion won.

In the third chapter the legislative problems of the investment appraisal system of the Local Finance Act and the improvement plan of those problems are suggested. The local financial project cost includes land cost. In spite of the difference of each local government's land cost is very high, the investment appraisal system of the Local Finance Act provides a flat cost criteria. So the principle of equality and the principle of proportion are violated. Also the local financial project with local governments own revenue is considered sufficiently. As a countermeasures for these problems, local financial project cost should not include land cost and has to consider the local financial project with local governments own revenue.



▶ **Bae, Byung Ho**

legislative evaluation, Local Finance Act, investment appraisal, a preliminary feasibility study, screening criteria, project cost.

成均館法學

第32卷 第1號



成均館大學校 法學研究院

2020.03

성균관대학교 「成均館法學」 편집위원회 운영규정

제1조 (목적) 이 규정은 법학연구원 규정 제13조에 따른 편집위원회의 구성 기타 운영에 관한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조 (구성) 편집위원장 및 편집위원은 4년제 대학(법학전문대학원 포함)의 전임교원 및 법조실무가 가운데서 7인 이상을 법학연구원 원장(이하 "원장"이라 한다)이 위촉한다.

제3조 (편집위원의 임기) ① 편집위원장 및 편집위원의 임기는 2년으로 하며, 연임할 수 있다.

② 원장은 특별히 필요하다고 인정되는 경우에 임기가 종료되지 아니한 위원을 운영위원회의 동의를 얻어 해촉할 수 있다. 또한 원장은 해촉된 위원을 교체하기 위하여, 또는 사임한 위원을 승계하기 위하여, 기타 필요한 경우에 편집위원을 새로 선임할 수 있고, 그 임기는 퇴임한 위원의 잔여임기로 한다.

제4조 (편집위원회 업무 등) ① 편집위원회는 다음 각호의 사항을 처리한다.

1. 『성균관법학』에 게재를 신청한 원고의 심사를 위한 심사위원의 선임
2. 심사결과에 대한 평가와 게재 여부의 결정
3. 심사결과에 대한 이의의 처리

제5조 (논문심사의 위촉) ① 투고된 원고는 원칙적으로 편집위원장을 통해 위촉된 심사위원에 의하여 1편당 3인에 의하여 심사된다.

② 심사위원은 원칙적으로 외부 심사위원 2인 이상으로 한다. 단, 부득이한 사정이 있는 경우 이러한 내·외부 심사위원의 비율을 변경할 수 있다.

③ 편집위원장은 당해 논문의 전공분야의 박사학위자 또는 당해 논문제목과 동일 또는 유사한 선행 논문을 발표한 전문가에게 심사를 위촉함을 원칙으로 한다.

④ 논문심사에 있어서 심사위원과 투고자의 인적사항은 밝히지 않는다.

제6조 (게재 결정) ① 편집위원회는 개별심사위원의 의견을 종합하여 「성균관법학」 심사규칙 제4조 제2항에 따른 심사 결과가 모두 "게재 가능" 또는 "수정 후 게재"인 경우에는 게재를 허용하되, 이에 해당하지 아니하고 심사 의견이 다를 때에는 심사위원의 다수 의견에 따라 결정한다. 심사위원의 다수 의견을 정함에 있어서 "게재가능"은 "수정 후 게재"와 합산하여 "수정 후 게재"로 정하고, "수정 후 재심"은 "게재불가"와 합산하여 "수정 후 재심"으로 정한다. 다만, 심사의 공정성을 우려할 만한 특별한 사정이 있거나 그 밖에 편집 등의 부득이한 사정이 있는 경우에는 편집위원회가 달리 결정할 수 있다. (2019. 6. 3. 개정)

② 편집위원장은 편집위원회 회의 개최 전에 "수정 후 재심" 또는 "게재불가"인 심사 의견에 대하여 특별한 사정이 있는 경우에는 당해 논문을 심사하지 않은 다른 1인의 심사위원에게 재심사를 의뢰할 수 있다. (2019. 6. 3. 개정)

③ 편집위원회가 "수정 후 재심" 결정을 한 경우에는 투고자에게 서면 또는 전자우편으로 즉시 통지하며, 투고자는 다음 호에 수정 후 투고하여 재심사를 받을 수 있다. 투고자가 다음 호에 투고하지 않거나 재심사 후에도 게재가 불가하다고 판단될 경우에는 "게재불가"로 처리한다. (2019. 6. 3. 신설)

④ 편집위원회가 "게재불가"로 결정한 경우 투고자에게 서면 또는 전자우편으로 즉시 통지한다. (2019. 6. 3. 신설)

⑤ 동일호에 동일인이 단독 저자 및 제1저자일 경우를 포함하여 2편 이상의 논문을 게재하는 것은 허용하지 아니한다.

제7조 (게재결정에 대한 이의) ① 법학연구원 심사규칙 제4조에 의하여 “수정 후 재심” 또는 “게재불가”의 결정을 통고 받은 투고자는 통지를 받은 날로부터 3일 이내에 편집위원장에게 서면 또는 전자우편으로 이의를 제기할 수 있다. (2019. 6. 3. 개정)

② 제1항에 따른 이의가 제기된 경우 편집위원장은 편집위원회를 소집하여 이를 처리하여야 한다.

③ 편집위원장은 제2항에 따른 편집위원회의 결과를 지체 없이 투고자에게 통지하여야 한다.

제8조 (편집위원회의 운영) ① 편집위원장은 년4회 정기편집위원회를 소집하여야 하

며, 원장이 요구할 경우 임시편집회의를 소집할 수 있다.

② 편집위원회는 재적 과반수 출석과 출석 과반수 찬성으로 의결한다.

③ 필요하다고 인정되는 경우 편집위원장은 서면결정으로 편집위원회 회의에 갈음할 수 있다.

제9조 (비밀준수의무) 편집위원은 편집위원회의 업무에 관하여 얻은 정보를 공개하지 않을 의무가 있다.

제10조 (규정의 개정) 이 규정은 법학연구원 운영위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다. (2019. 6. 3. 신설)

< 부 칙 > 본 규정은 1997년 3월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2002년 3월 2일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규정은 2004년 6월 30일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규정은 2006년 12월 1일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규정은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우 제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월 31일에 각각 발간한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2010년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2011년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2011년 5월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2011년 12월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2012년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2014년 12월 11일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2019년 6월 3일부터 시행한다.

성균관대학교 「成均館法學」 연구윤리규정

제1조 (목적) 이 규정은 성균관법학에 투고된 글에 관하여 연구윤리위반에 대해 판정하고, 더 나아가 연구윤리의 확산과 부정행위 방지를 목적으로 한다.

제2조 (연구윤리위반의 종류) 연구윤리위반에는 아래의 행위가 포함된다.

1. 표절 등 타인의 저작권을 침해하는 행위
2. 논문의 작성에 실질적인 기여 없이 작성자로 기재하는 행위
3. 과거에 출판된 논문 등 저작물을 중복하여 출판하는 행위
4. 상당한 이유 없이 타인의 명예를 침해하는 표현을 사용하는 행위
5. 학계에서 통상적으로 용인되는 범위를 심각하게 벗어난 행위
6. 소속과 직위 등의 저자 정보를 명확하게 기재하지 않거나 거짓된 저자 정보를 기재하는 행위

제3조 (연구윤리위원회의 구성) ① 법학연구원규정 제15조에 따라 구성된 성균관대학교 법학연구원의 연구윤리위원회가 성균관법학 윤리위원회(이하 위원회라 한다)의 업무를 수행한다.

② 위원회는 연구윤리위원장을 포함하여 10인 이내의 위원으로 구성한다.

③ 연구윤리위원장과 연구윤리위원은 법학연구원장이 위촉한다.

제4조 (연구윤리위원의 임기) 연구윤리위원장과 연구윤리위원의 임기는 2년으로 하며, 연임할 수 있다.

제5조 (위원회의 권한) ① 위원회는 투고된 글의 연구윤리위반에 대해 심의하고 의결한다.

② 위원회는 연구윤리위반 사안을 검토하기 위해 조사위원을 선임할 수 있다.

제6조 (위원회의 회의) ① 위원장은 위원회를 소집하고 그 의장이 된다.

② 위원장은 투고된 글의 연구윤리위반에 관해 의심이 있을 때나 심의 요청이 접수된 때에 회의를 소집하여야 한다.

③ 회의는 위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다.

④ 당해 사안에 대해 공정성을 기대하기 어려운 사유가 있는 위원은 심의나 의결에 관여할 수 없다.

제7조 (조사위원의 권한과 의무) ① 조사위원은 당해 사안이 심의되는 위원회의 회의에 참석하여 발언할 수 있다.

② 조사위원은 당해 사안에 관해 조사보고서를 작성하여 위원회에 제출해야 한다.

제8조 (피조사자의 권한) ① 피조사자는 회의에 출석하여 진술할 권한을 가진다.

② 피조사자는 위원회의 결정이 있는 날로부터 15일 이내에 그 결정에 대해 통지를 받을 권한을 가진다.

③ 피조사자는 통지를 받은 날로부터 7일 이내에 재심을 청구할 권한을 가진다.

제8조의2 (저자 정보 확인을 위한 조치) 투고된 논문의 저자 소속 및 직위 등 저자 정보의 확인이 필요한 경우 위원회는 해당 논문의 저자 혹은 저자의 소속기관에 증빙자료 제출을 요구할 수 있다.

제9조 (연구윤리위반에 대한 조치) 위원회는 제2조의 연구윤리위반에 대하여 다음의 조치를 취한다.

1. 투고된 원고에 대한 게재 거부
2. 게재된 경우라면 성균관법학 논문목록에서 삭제
3. 투고자에 대하여 3년 이상 성균관법학에 논문투고 금지
4. 법학연구원 홈페이지에 위반사항 공고
5. 투고자의 소속 기관장에 위반사항 통보

제10조 (위원의 비밀유지의무) 위원장과 위원은 위원회의 직무와 관련하여 취득한 사항에 대하여 비밀을 유지하여야 한다.

제11조 (연구윤리에 대한 교육) 연구윤리위원장은 법학연구원장과 협의하여 연구윤리를 확산하고 부정행위를 방지하기 위한 교육을 정기적으로 실시한다.

제12조 (운영예산) 위원장은 위원회의 운영 및 조사에 필요한 예산을 책정하여 지급할 수 있다.

제13조 (타규정의 준용) 성균관대학교 ‘연구윤리 및 진실성 확보를 위한 규정’을 준용한다.

< 부 칙 > 이 규정은 2007년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 이 규정은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 이 규정은 2019년 12월 27일부터 시행한다.

성균관대학교 「成均館法學」 투고규칙

제1조 (목적) 이 규칙은 성균관대학교 법학연구원에서 발행하는 성균관법학(이하 학술지)에 게재할 논문 투고에 관한 사항을 정하는 것을 목적으로 한다.

제2조 (투고자격) ① 투고 요청논문은 다음 각호에 해당하는 자에 한한다.

1. 성균관대학교 법학전문대학원 교수
2. 성균관대학교 법학연구원 연구원
3. 전국의 법과대학 및 법학전문대학원 교수, 판사, 검사, 변호사
4. 법학 박사학위 과정 이상인 자
5. 기타 편집위원회의 승인을 얻은 자

② 상기의 자격을 가진 자는 공동저술이 가능하며, 공동저자의 경우에는 제1저자가 주저자가 된다.

제2조의2 (투고 제한) 각 호별로 주저자 기준으로 동일한 기관 소속 투고 비율이 전체 투고자의 3분의 1 이상이 되는 경우에는 투고 순서나 편집위원회가 달리 정하는 기준으로 하여 해당되는 투고 논문에 대하여 심사 절차를 개시하지 않고 반려할 수 있다.

[신설 2018.11.20.]

제2조의3 (투고자 정보의 명확화) 성균관법학에 게재하는 사람은 게재자 정보의 소속과 직위를 명확히 밝혀 기재하여야 한다. 게재자의 정보가 미흡 혹은 확인이 필요한 경우 보완 또는 증빙자료를 요구할 수 있다. [신설 2019.12.27.]

제3조 (투고원고) 학술지에 투고할 원고는 다음과 같다.

1. 발표논문 : 본 연구원 주최 학술모임에서 발표되고 제출된 논문
2. 일반논문: 학술지 게재를 위하여 따로 투고된 논문
3. 판례평석
4. 기타 편집위원회에서 학술적 가치가 있다고 인정한 번역물과 서평 등

제4조 (원고제출) ① 학술지에 논문을 게재하고자 하는 자는 원고를 각각 발간일 60일 전까지 원고파일을 온라인 논문투고 및 심사 시스템 홈페이지 (<https://icls.jams.or.kr>)에 제출함을 원칙으로 한다. 단, 논문제출 마감일이 공휴일인 경우에는 원고제출은 그 다음날까지 할 수 있다.

② 투고자는 법학연구원이 제공한 논문투고 신청서 및 논문연구윤리 확인서 및 논문사용권 등 위임동의서를 제출하여야 한다. 이를 이행하지 아니한 자는 투고를 철회한 것으로 간주하며, 향후 2년간 성균관법학은 논문투고 신청을 거절할 수 있다.

③ 투고된 논문은 성균관법학 원고작성요령에 따라 제출되어야 한다.

제5조 (원고제출 기일의 연장) 법학연구원장은 논문제출 기일을 연장할 수 있다. 단, 이 기일의 연장은 법학연구원 홈페이지에 공지하여야 한다.

제6조 (심사료 및 게재료) ① 학술지에 원고를 제출할 때에는 심사비 6만원을 납부해야 한다. 게재가 결정된 원고에 대해서는 지정된 기일까지 게재료 20만원과 추가 부담금을 납부해야 하며, 추가부담금은 200자 원고지 150매를 초과하는 경우 원고지 1매당 2,000원으로 한다. 이를 이행하지 아니한 논문은 게재하지 아니한다.

② 투고된 논문의 공저인 경우에는 심사료 및 게재료는 인원수에 따라 분담한다. 본교 법학전문대학원의 교수는 제1항의 지급의무를 면제한다.

③ 본교 법학전문대학원의 교수는 제1항의 지급의무를 면제한다. 단, 공저인 경우 본교 법학전문대학원의 교수에 한하여 의무가 면제되며 그 외의 자는 그러하지 아니한다.

제7조 (논문게재예정증명서 및 논문게재확인서) 연구원장은 논문게재예정증명서 또는 논문게재확인서를 발급할 수 있다.

제8조 (저작권) 채택된 원고의 저작권은 채택과 동시에 성균관대학교 법학연구원에 귀속한다.

제9조 (규칙의 개정) 본 규칙은 법학연구원 운영위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다. [개정 2018.11.20.]

제10조 (기타) 성균관법학의 논문투고와 관련하여 본 규칙에 명시되지 아니한 사항은 법학연구원 운영위원회의 결정에 따른다. [개정 2018.11.20.]

< 부 칙 > 본 규칙은 1997년 3월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2002년 3월 2일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2004년 6월 30일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2006년 12월 1일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우 제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월 31일에 각각 발간한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2010년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 5월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 12월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2012년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2018년 11월 20일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2019년 12월 27일부터 시행한다.

성균관대학교 「成均館法學」 원고작성요령

1. 원고는 논문, 판례평석, 서평, 자료로 구별하여 작성합니다.
 2. 원고의 표지에는 논문제목(국문 및 영문), 필자성명(국문 및 영문), 소속과 직위, 학위, 주소, 전화번호(사무실, 자택, 이동전화), 팩스번호 및 e-mail 주소를 기재하여야 합니다.
 3. 원고의 분량은 200자 원고지 100매 내외(A4용지 15매)를 원칙으로 합니다. 다만, 원고가 150매 초과시에는 초과분에 대한 게재료를 추가로 부담하여야 합니다. (추가부담금은 200자 원고지 150매를 초과하는 경우 원고지 1매당 2,000원으로 합니다)
 4. 제출하는 원고에는 반드시 목차, 국문초록(외국어 논문인 경우에는 외국어초록), 참고문헌, 외국어초록(외국어 논문인 경우에는 국문초록), 국문 및 외국어 5개 이상의 주제어를 첨부해야 합니다. 단, 게재될 논문의 외국어 초록과 외국어 주제어는 영문으로 작성해야 합니다.
- 4-2. 초록의 분량은 1-2쪽으로 제한합니다.
5. 주석은 각주로 처리합니다.
 6. 논문은 '아래한글' 로 다음의 규격에 따라 작성합니다.
 - 가. 본문 : 들여쓰기 10, 줄간격 170, 글꼴 바탕, 글자크기 10.5
 - 나. 각주 : 왼쪽 여백 3, 오른 여백 0, 내어쓰기 15, 줄간격 150, 글꼴 바탕, 글자크기 9
 7. 직접 인용할 때에는 “ ” 를 사용하고 강조할 때는 ‘ ’ , 방점 또는 밑줄을 사용합니다.
 8. 출전은 필자, 논문명, 서명, 판수, (출판사, 간행 년도) 인용면수 순으로 표시합니다.
[예 : 김갑돌, “상법의 이념”, 「成均館法學」 제11호 (법학연구소, 1999) 1쪽]
외국출전은 그 나라의 표준적인 표시방법에 따라 표시할 수 있습니다.
[예 : Joe A. Kim, “Corporate Goverance”, 27 A.A.L.Rev. 103, 107~109 (1997)]

9. 국문 또는 한자로 표기되는 저서는 「 」로, 논문은 “ ”로 표시합니다.
10. 국문 또는 한자로 표시되는 저서나 논문을 인용할 때는 쪽 또는 면으로, 로마자로 표시되는 저서나 논문을 인용할 때는 p. 또는 S. 로 인용면수를 표시합니다.
11. 국내판결은 선고 법원, 선고일, 판결 또는 결정, 사건번호의 순으로 표시하고[예 : 대법원 1995. 1. 1.선고, 1994가11111 판결], 외국의 판결은 그 나라의 표준적인 인용방법에 따릅니다.
12. 외국 인명이나 지명은 우리말로 표기하고 명확히 하고자 할 때에는 ()안에 언어를 표시합니다. [예 : 화이트(James J. White)]
13. 공저자는 ‘/’ 를 사용하여 표기합니다. [예 : 김갑돌/이을순/박명희]
14. 면수나 연도 등에서 ‘부터 까지’ 를 나타내는 부호로 ‘-’ 이 아닌 ‘~’ 를 사용합니다.
15. 영문 성명, 논문명, 판결명 등에서 첫 자 이외에는 소문자로 표기합니다.
16. 일본어 논문명, 서명 등은 번역하지 않고 그대로 표기합니다.
17. 기념논문집은 「××× 기념논문집」 또는 「○○○-××× 기념논문집」으로 표기합니다.
18. 특별한 의미가 없는 한 각주에서 ‘참조’ 표시를 하지 않습니다.
19. 저자(필자)의 명칭은 본국에서 일상적으로 쓰는 순서대로 표기합니다.

성균관대학교 「成均館法學」 심사규칙

제1조 (목적) 이 규칙은 성균관대학교 법학연구원(이하 ‘연구원’ 이라 한다)이 간행하는 『성균관법학』에 게재하기 위하여 투고된 논문, 판례평석, 기타 원고 등의 심사절차를 정함으로써 공정한 심사기준을 마련함을 목적으로 한다.

제2조 (심사대상) 투고규칙 제3조에 따라 투고된 논문은 심사대상이 된다. 단, 번역물과 서평 등은 논문심사에서 제외할 수 있다.

제3조 (논문심사의 위촉과 심사절차) 논문심사의 위촉은 편집위원회 운영규정 제5조에 따른다.

제4조 (논문심사기준) ① 논문심사는 다음 각호의 기준에 따른다.

1. 논문의 독창성
2. 논문의 전문성
3. 논문의 형식
4. 논문의 해당분야 이론 및 실무의 관한 발전에 대한 기여도

② 논문에 대한 평가는 다음의 단계로 구분한다. (2019. 6. 3. 개정)

1. 수정이 필요 없을 경우 : “게재가능”
2. 간단한 수정이 필요한 경우 : “수정 후 게재”
3. 전면적인 수정 및 재심이 필요한 경우 : “수정 후 재심”
4. 게재가 가능하지 않는 경우 : “게재불가”

제5조 (개정) 이 규칙은 법학연구원 운영위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다. (2019. 6. 3. 개정)

< 부 칙 > 본 규칙은 1997년 3월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2002년 3월 2일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2004년 6월 30일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2006년 12월 1일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우 제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월 31일에 각각 발간한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2010년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 5월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 12월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2012년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2019년 6월 3일부터 시행한다.

성균관대학교 「成均館法學」 발행규칙

제1조 (목적) 이 규칙은 성균관대학교 『성균관법학』을 발행함에 있어 필요한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조 (학술지명) 법학연구원은 국내학술지로 『성균관법학』 (SungKyunKwan Law Review)을 발행한다.

제3조 (발간시기) ① 성균관법학은 연4회 발간한다.

② 성균관법학의 발간일자는 매년 3월 31일, 6월 30일, 9월 30일, 12월 31일로 한다.

③ 성균관법학에 게재된 저작물에는 논문투고일자(2***년 *월 *일), 심사일자(2***, *월, *일, 게재확정일자(2***, *월, *일)를 표기한다.

④ 편집위원회의 결정에 의하여 기념호 또는 특집호를 발간할 수 있다.

제4조 (전자 발간) ① 성균관법학의 발간은 전자적 방식으로 한다.

② 게재가 확정된 논문에 대해서는 해당 논문을 PDF파일 형태로 하여 게재자에게 무상으로 제공한다.

제5조 (기타) 성균관법학의 발행과 관련하여 본 규칙에 명시되지 아니한 사항은 법학연구원 운영위원회의 결정에 따른다.

< 부 칙 > 본 규칙은 1997년 3월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2002년 3월 2일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2004년 6월 30일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2006년 12월 1일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우 제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월 31일에 각각 발간한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2010년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 5월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 12월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2012년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2018년 11월 20일부터 시행한다.

法學研究院 운영위원회

- 연구원장 고동원
- 운영위원 강현호, 김성용, 문영화, 이전오, 이진기, 정재황, 한석훈

法學研究院 편집위원회

- 편집위원장 한석훈(성균관대학교)
- 편집위원 강혁신(조선대학교), 권건보(아주대학교), 김연미(성균관대학교), 김재범(경북대학교), 김해원(부산대학교), 오성근(제주대학교), 윤종민(충북대학교), 이경열(성균관대학교), 정차호(성균관대학교)

法學研究院 윤리위원회

- 윤리위원장 최봉철(성균관대학교)
- 윤리위원 노수환(성균관대학교), 오상현(성균관대학교), 이해완(성균관대학교), 정상현(성균관대학교), 정재황(성균관대학교), 패트리샤 계디(성균관대학교), 한석훈(성균관대학교)

- 연락처 : 서울시 종로구 성균관로 25-2 성균관대학교 법학관 303호 법학연구원
- 전 화 : (02) 760-1288 Fax : (02) 760-1289
- Homepage : <http://law.skku.edu/>
- E-mail : icls@skku.edu

成均館法學

第32卷 第1號

1판 1쇄 인쇄 2020년 03월 31일

1판 1쇄 발행 2020년 03월 31일

발행인 : 고 동 원

발행처 : 성균관대학교 법학연구원

주 소 : 110-745 서울특별시 종로구 성균관로 25-2

전 화 : (02)760-1288

팩시밀리 : (02)760-1289

E-mail : icls@skku.edu

등록번호 : 1992년 12월 22일 제1-1469호

ISSN 1229-943X

eISSN 26717646