成均館法學 第34卷 第3號 2022 成均館大學校 法學研究院

成均館法學

第 34 卷 第 3 號

研究論文

- 혐오표현의 개념과 판단 기준에 관한 연구 — 최경미, 지성우 — 1
- 자동화된 의사결정과 행정절차법에 관한 검토 — 김민호, 윤금낭 — 39
- 도로교통법상 필요적 운전면허취소 규정의 위헌성에 관한 소고 - 개인형 이동장치의 음주운전을 중심으로 - — 노수환 — 63
- 변제자대위의 부담액 산정방식 재검토와 민법 제482조 제2항의 개정제안 — 정상현 — 101
- 공동소송적 보조참가에 관한 연구 - 참가인의 소송상 지위를 중심으로 - — 김동현 — 137
- 법인의 대표자의 위반행위 관련 양벌규정의 해석론 - 중대재해처벌법과 병역법의 면책규정을 중심으로 - — 이성일 — 183
- 전기통신사업자에 의한 통신사실확인자료저장에 대한 법적 제한의 필요성 — 박소현 — 221
- 회복적사법 프로그램으로써 한국 형사조정제도 발전방안에 관한 제언 — 김재희 — 247
- 국가관할권이원지역 해양유전자원의 규제대상에 관한 이해관계자 설문조사 결과와 정책적 함의 — 서진웅, 김진영, 진상기 — 281
- 특허권 침해에 대한 손해배상액 산정을 위한 특허발명의 기여도(apportionment ratio) 산정방법 — 정차호, 정여단 — 309

成均館法學

第 34 卷　第 3 號

成均館大學校 法學硏究院

2022. 9.

발 간 사

아름다운 수확의 계절을 맞이하여 「성균관법학」에 관심을 가져 주시는 학자 여러분들의 연구와 저술 활동에도 많은 결실이 있기를 바라며, 기쁜 마음으로 「성균관법학」 제34권 제3호의 발간 소식을 알려 드립니다.

이번 호의 발간을 위한 원고 모집에도 많은 연구자분들이 많은 관심과 성원을 보내 주셨고, 엄정한 심사를 거쳐 총 10편의 옥고를 게재하게 되었습니다. 이번 호에는 최근 많은 관심을 모으고 있는 헌법상의 쟁점인 혐오표현의 규제에 대한 논문과 제4차 산업혁명의 물결 속에서 새롭게 부각되는 자동화된 행정행위에 관한 행정법상의 문제를 다룬 논문 등을 비롯하여, 헌법, 행정법, 민법, 민사소송법, 형법, 형사소송법, 국제법, 지식재산법 등 다양한 분야의 귀중한 논문들이 게재되었습니다. 정성 어린 옥고임에도 불구하고 일부 논문은 게재하지 못한 점을 아쉽게 생각하며 「성균관법학」을 향한 변함없는 관심과 애정을 보내주시길 부탁드립니다.

무엇보다도 바쁘신 와중에도 훌륭한 옥고를 작성하여 보내주신 연구자분들의 노고에 감사드리며, 귀중한 시간을 내어 정성스러운 의견을 주신 심사위원분들께도 감사드립니다. 그리고 발간을 위해 힘써주신 편집위원님들과 법학연구원 구성원들에게도 감사드립니다.

앞으로도 「성균관법학」이 다양한 분야의 연구와 논의를 통한 한국법학의 발전에 기여할 수 있도록 노력할 것을 다짐하며, 여러분들의 지속적인 관심과 성원을 부탁드립니다.

감사합니다.

2022.9.30.

성균관대학교 법학연구원 원장 이해완

目　次

[硏究論文]

• 혐오표현의 개념과 판단 기준에 관한 연구	최경미 지성우	1
• 자동화된 의사결정과 행정절차법에 관한 검토	김민호 윤금낭	39
• 도로교통법상 필요적 운전면허취소 규정의 위헌성에 관한 소고 - 개인형 이동장치의 음주운전을 중심으로 -	노수환	63
• 변제자대위의 부담액 산정방식 재검토와 민법 제482조 제2항의 개정제안	정상현	101
• 공동소송적 보조참가에 관한 연구 - 참가인의 소송상 지위를 중심으로 -	김동현	137
• 법인의 대표자의 위반행위 관련 양벌규정의 해석론 - 중대재해처벌법과 병역법의 면책규정을 중심으로 -	이성일	183
• 전기통신사업자에 의한 통신사실확인자료저장에 대한 법적 제한의 필요성	박소현	221
• 회복적사법 프로그램으로써 한국 형사조정제도 발전방안에 관한 제언	김재희	247
• 국가관할권이원지역 해양유전자원의 규제대상에 관한 이해관계자 설문조사 결과와 정책적 함의	서진웅 김진영 진상기	281
• 특허권 침해에 대한 손해배상액 산정을 위한 특허발명의 기여도(apportionment ratio) 산정방법	정차호 정여단	309

CONTENT

Articles

• A Study on the Concept and Criteria of Hate Speech	Choi kyungmi Ji seongwoo	1
• Review of Automated decision with Artificial Intelligence and Adiministrative Procedure Act	Kim, Min Ho Yoon, Geum Nang	39
• A Study on the Unconstitutionality of the Mandatory Revocation of Driver's License Provision under the Road Traffic Act - Focusing on Drunk Driving of Personal Mobility Device -	Roh Su Hwan	63
• A Review on the Calculating of Burden in Subrogation and the Revision Proposal on the Korean Civil Code 482 (2)	Sang Hyun JUNG	101
• Die prozessrechtliche Stellung des streitgenössischen Nebenintervenienten	Kim Donghyeon	137
• A Study on Joint penal provision applied to Type of violation by representative of corporation - Focus on absolving provisions of the Serious Accidents Punishment Act and Military Service Act -	Sungil Lee	183

- Die Notwendigkeit gesetzlicher Beschränkungen der Speicherung von Verkehrsdaten durch die Telekommunikationsdiensteanbieter — Sohyun Park — 221

- A Study on Korean Criminal Mediation as Restorative Justice Programmes — Kim, Zaehee — 247

- Stakeholders Survey Results on the Subject of Regulation about Marine Genetic Resources in the Areas Beyond National Jurisdiction and its' Policy Implications — SEO Jinwoong, KIM Jin Young, Jin Sanggi — 281

- A Method for Calculating the "Apportionment Ratio" of a Patented Invention When Calculating Damages for Patent Infringement — Chaho JUNG, Rudan ZHENG — 309

성균관대학교 법학연구원『성균관법학』 10.17008/skklr.2022.34.3.001
제34권 제3호(2022. 9.)
Sungkyunkwan Law Review Vol.34. No.3 (September 2022) pp. 1 - 38

혐오표현의 개념과 판단 기준에 관한 연구

최 경 미* · 지 성 우**

【목 차】

Ⅰ. 서설
Ⅱ. 혐오표현 논의의 배경 및 중요성
Ⅲ. 혐오표현의 규범적 의미에 대한 각국에서의 정의
1. 혐오표현 용어 사용의 적절성
2. 각 국의 혐오표현에 대한 규범적 정의
3. 소결
Ⅳ. 혐오표현의 성립요건
1. 혐오표현 규제의 주체(누가 규제할 것인가?)
2. 온라인에서도 규제할 것인가
3. 혐오표현 관련 규범의 적용 대상
4. 표현의 형식 및 내용과 효과
5. 제한의 한계
6. 소결
Ⅴ. 결론 및 시사점

【국 문 요 약】

혐오표현에 관한 논의는 국제적으로는 이미 반세기 이상 지속되어 오고 있지만, 우리나라에서는 최근 온라인상의 혐오표현 문제를 계기로 새롭게 논의하여 왔다. 이 연구는 우리나라에서 혐오표현이 어떠한 방식으로 규범화되는 것이 바람직하고 현실적인지에 관한 것이다. 각국의 혐오표현에 대한 규범적 정의에 있어서 독일, 캐나다, 프랑스, 영국, 미국은 각각 차이가 있고, 일본도 독자적인 방식으로 점차 혐오표현을 규율해나가고 있다. 그렇다면 우리나라는 어떠한 방식으로 혐오표현을 규율하여

* 용인대학교 AI융합대학 경찰행정학과 강사(법학박사), 주저자
** 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 교신저자

야 하는가? 「형법」상 사실 및 허위사실적시 명예훼손과 모욕죄를 두고 있는 우리나라에서 표현의 자유의 내용규제에 해당하는 혐오표현을 「형법」으로 규율하는 것은 표현의 자유의 위축이 크게 우려된다. 한편, 우리나라가 최근 2021년 12월 30일에 법무부와 국가인권위원회 공동으로 「인권정책 기본법안」을 제출하였지만, 영국 또는 캐나다와 같이 인권기본법상에 혐오표현 관련 조항을 둘 수 있을 것인가? 이러한 방안은 선뜻 수긍하기가 쉽지 않다. 왜냐하면 한 연구 결과에서 플랫폼의 자율규제 방식을 통해서도 80% 정도의 혐오표현이 감소되는 효과를 볼 수 있었다고 하는 것처럼 가급적 내용 규제를 피하고, 대신 플랫폼 이용자들이 자기 정보를 가지고 한 플랫폼에서 다른 플랫폼으로 용이하게 이동할 수 있게 하는 등의 형식적 규제를 도모하는 것이 바람직한 방향으로 보이기 때문이다.

그러나 우리나라 차별금지법 성격의 개별 법률에서 표현의 자유 침해를 최소화하는 범위 내의 혐오표현 규제를 두는 것은 필요할 것으로 생각된다. 우리나라에서는 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」은 물론이고,「근로기준법」및 「교육기본법」에서 다양한 대상 집단에 대한 차별금지 조항을 두고 있다. 그러나 현재 이 조항들로 혐오표현이 충분히 규제되고 있다고 보기에는 어렵다. 특히 국제인권규범이나 세계 각 국의 혐오표현 또는 차별금지 조항의 수준에 비하여 우리나라에서는 외국인에 대한 혐오표현 제한 관련 조항이 부족한 편이다. 따라서 현행 차별금지법상의 괴롭힘 관련 조항에서 혐오표현을 포함시켜 규율하는 개정을 시도할 수 있을 것이다. 나아가 미국의 차별금지법과 비교해 보면, 우리나라의 차별금지법은 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」을 제외하고는 근로와 교육의 범위 정도에서 차별금지 범위를 설정하고 있는데, 재화 및 용역의 공급이나 법령 또는 정책 집행 분야 등에서도 차별금지가 적용되도록 범위의 확장을 지향해 나가야 할 것으로 생각된다.

혐오표현의 개념은 모호하거나 합의가 부족한 채로 입법될 경우에 오히려 합법적인 표현들까지 그 규제 범위에 포함될 위험이 높아진다. 이 연구에서는 우리나라가 소위 '자유권 규약'인「시민적 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights,

ICCPR)」을 비준한 점, 2011년의 「의사·표현의 자유의 보호와 증진을 위한 특별보고관의 보고서(Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression)」, 2019년 UN 총회의 「의견과 표현의 자유권 증진 및 보호(Promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression)」보고서 등을 근거로 우선적인 혐오표현 규제의 대상은 '민족, 인종, 종교'가 되는 것이 타당하다고 하였다. 또한 혐오표현의 내용에 관한 요건으로는 '모욕, 비방, 혐오' 등을 들 수 있을 것이다. 그리고 표현의 효과에 관해 규율하는 다양한 방식 중에서 「시민적 정치적 권리에 관한 국제규약(ICCPR)」 제20조 제2항이 "차별, 적의, 또는 폭의 선동이 될"이라는 효과 발생을 명시하고 있음을 근거로 해악의 정도에 대한 판단은 엄격한 기준(strict tests)으로 하여야 할 것으로 보인다. 즉, 민족, 인종, 종교를 대상으로 하는 단순한 모욕·비하 발언이 있었다고 해서 혐오표현으로 규제될 수 있는 것이 아니라 엄격한 의미에서의 해악인 차별, 적의, 폭력의 선동의 효과발생이 인정될 때에만 규제되는 혐오표현에 해당되게 하여야 할 것이다. 그리고 이와 같은 효과는 실질적 위험이 있는 정도, 즉 도발적 언사(fighting words)에 해당하는 수준일 때 규제되도록 엄격히 판단함으로써 표현의 자유의 위축을 최소화하는 것이 바람직해 보인다. 마지막으로 규제되는 혐오표현의 예외는 공론에 기여할 목적으로 하는 표현, 정치적 표현, 학문적·예술적·과학적 목적의 발언 등이 될 수 있다.

Ⅰ. 서설

높은 수준의 민주국가라면 어느 사회에서이든지 약한 갈등의 차원을 법으로 규제하거나 처벌하지는 않을 것이다. 하지만 어떤 언어적 표현이 갈등과 분열을 넘어 특정집단에 대한 괴롭힘에 이르는 정도라면 규제할 필요성이 있지 않은가? 에 관한 논의는 최근 우리사회의 핵심 논제 중 하나라 할 수 있다. 우리나라 법제에서는 기본적으로 피해자가 특정될 수 있을 때에만 비로소 법적 처벌 가능성이 생기기 때문에 "피해가 희석

되므로 직접적 피해를 인정하기 어려운 집단의 피해"를 인정하는 선례는 거의 없다.[1] 하지만 혐오표현의 제한이 피해자가 특정되기 어려운 대규모 집단에 대한 명예훼손적 성격(Group Libel)이라고 하더라도, 특정 집단이 반복·지속적으로 무시, 경시, 괄시되는 탓에 인간으로서의 최소한의 권리인 인간의 존엄성을 보호 받지 못하는 데에 이른다면 입법의 필요성을 인정할 수 있다 할 것이다.

우리나라는 홀로코스트와 같은 비극을 겪지 않았고, 단일민족을 기반으로 하고 있다. 그러나 남북분단으로 인한 탈북민 집단이 존재하는 특수성이 있고, 초고령사회를 앞두고 있어 적극적 이민 수용 정책이 요청된다. 게다가 근래에는 전세계적으로 전염병 발생의 빈도가 높아진 탓에 특정 집단에 대한 혐오가 극에 달하는 현상은 얼마든지 재현될 수 있다.[2] 또한 헌법의 사회국가원리 실현과 평등에 대한 인지감수성이 높아지는 현실에 부응하기 위해서라도 장애를 공통분모로 하는 집단 외의 다른 고통 받는 집단의 인권에 대해 묵인과 방관으로만 일관하는 것은 바람직하지 않다.

현재 우리나라와 전 세계는 4차산업혁명, 코로나19, 기후변화 등으로 많은 혼란과 고통을 겪고 있어서 집단과 개인의 갈등이 무력 충돌 등으로 유형화될 잠재적 가능성을 내재하고 있는 상태라 진단할 수 있다. 그러므로 "특정 집단 대상이 혐오표현으로 인해 차별받지 않는 환경을 구

1) 집단 표시 명예훼손과 관련해서 명예훼손을 인정한 사건으로는 1. ○○대학교 사회대 ◇◇학번 여학생이 49명에 불과함에도 불구하고 이를 지칭해서 사실이 아닌 내용의 기사를 작성한 사건(서울지법 1996.5.14.선고 94가합91515판결), 2. 특정 고등학교 교사 66명 중 37명이 해당 동지회 소속 교사인 상황에서 이 단체에 대한 허위 사실을 적시하였을 때, 동지회 소속 교사 모두에 대한 명예훼손을 인정한 사건(대법원 2000.10.10. 선고 99도5407판결), 3. 이른바 '대전 법조 비리' 사건에서 '대전 지역 검사들'이라는 표현으로 해당 기간에 대전에 있는 대전지방검찰청 및 대전고등검찰청에 근무한 31명의 검사들에 대해 명예훼손을 인정한 사건(서울고법 2002.10.10. 선고 2001나42662 판결), 4. 기무사 현역 장성이 모두 8명에 불과한데도 '기무사 현역 장성'이라는 직업과 직위를 특정하여 병무 비리를 보도한 사건에서 장성들 개개인의 명예훼손을 인정한 사건(서울지법 2000.10.18.선고 99가합95970 판결)이 있다. 자세한 사항은 심석태, 사례와 쟁점으로 본 언론법의 이해, 컬쳐룩 미디어 총서, 2016, 284-292면 참조

2) 자세한 내용은 양천수 편, 코로나 시대의 법과 철학, 박영사, 2021 中 정채연, 코로나19와 혐오: 팬데믹의 역사를 통한 반성적 성찰, 113-131면 참조

축한다."는 목적 등으로 관련 규범을 마련할 필요성과 타당성은 인정된다 할 것이다.

2021년 12월 30일, 우리나라 법무부와 국가인권위원회는 공동으로 「인권정책 기본법안」을 제출하였다. 이 법안은 그동안 우리나라가 2007년부터 5년마다 수립하고 시행해온 '국가인권정책 기본계획'에 대한 법률적 근거가 미비한 점을 보완하고, 국가인권정책을 통합적이고 효율적으로 추진함으로써 모든 사람의 인권 보장 수준을 향상시키고자 하는 목적으로 제안된 것이다. 하지만 아직까지는 우리나라에서 이러한 인권 기본법 성격의 법률상에 혐오표현 관련 조항을 두는 것은 적용 범위가 지나치게 넓어질 수 있는 위험성이 있으므로 위헌 논란을 일으킬 수 있을 것이라 생각된다. 따라서 우선은 개별 법률들에서 혐오표현 관련 조항의 입법 가능성을 계속 검토하는 방안이 선행되어야 할 것이라고 본다. 본 연구는 혐오표현은 괴롭힘으로써 차별효과를 발생시킨다는 관점에서, 새로운 고찰과 견해를 제시하고자 하였다. 이하에서는 Ⅱ장에서 혐오표현 논의의 배경 및 중요성, Ⅲ 혐오표현의 규범적 의미에 대한 각국에서의 정의를 알아본 다음, Ⅳ장에서 혐오표현의 성립요건을 논의하고, Ⅴ장 결론 및 시사점의 순서로 서술하도록 하겠다.

Ⅱ. 혐오표현 논의의 배경 및 중요성

1919년, 미국의 홈즈(Holmes) 재판관은 "표현의 자유는 진실을 촉구하는데 기여한다."며 '사상의 자유시장 이론'을 주창하였다. 그런데 인터넷이 없던 시대에서의 표현의 자유 제한과 인터넷을 기반으로 하는 시대의 표현의 자유 제한은 환경적 차이에 따른 규제 변화가 요청될 수 있다. 즉, 규제를 최소화하고 자유시장경쟁의 원리에 맡겨두면 최선의 결과가 도출된다는 것이 기본원칙은 될 수 있지만, 경제법에서도 과도한 경쟁의 부작용인 독점이나 부정경쟁을 규제하는 것처럼 인터넷 시대의 표현의 자유는 사상의 자유시장에만 맡겨두기에는 역부족이라는 주장이 제기될 수 있다.

물론 표현의 자유 보장은 대사인 관계에서 보다 대국가 관계에서 더욱

큰 의미를 가진다고 할 수 있다. 국가에 대하여 자유로운 말할 권리가 잘 보장되는 나라인가 여부는 그 나라의 민주주의 수준과 직결되는 척도일 만큼 중요하다. 역사에서 알 수 있듯이 권력은 남용되거나 부패하기 쉬운 속성이 있으므로 대국가적 표현의 자유는 제한의 정도가 0으로 수렴될수록 바람직하지만, 대사인적으로는 명예 보호와 평등에 대한 요구를 수용해야할 필요성이 있기 때문에 혐오표현 제한에 대한 논의는 섬세한 접근이 필요하다.

그런데 국제사회에서는 혐오표현 제한에 관한 논의가 최근에 불거진 것만이 아니고, 이미 반세기 이상 동안 논의되어 온 주제이다. 유엔(UN)은 인종에 대한 혐오표현이 집단학살(genocide)의 결과로까지 이어진 역사적 경험을 바탕으로 인종차별철폐협약(International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 이하 ICEAFRD)과 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights, 이하 ICCPR)에서 혐오표현을 규제하는 국제인권법 규범을 확립하였고, 해외 각국에서도 곧이어 혐오표현에 관한 입법이 이루어졌다.[3]

반면에 미국에서는 다수의 반유대범죄(Anti-Semitic Crimes) 사건들[4]과 반아시아 혐오 범죄(Anti-Asian hate crimes)에도 불구하고[5], 혐오표현 그 자체에 대한 직접적인 규제를 두지 않은 차별금지법만으로 대응

3) 혐오표현이 집단학살로 확대된 대표적인 사례는 1994년의 르완다 집단학살 사건이다. 당시 르완다의 후투족은 소수부족에 해당하는 투치족 및 이들에게 동조하는 자들 약 100만 명을 학살하였는데, 이 학살이 시작될 때에 라디오에서 인종청소 등에 관한 혐오선동 표현이 있었기에 급속도의 집단학살이 일어났다고 알려져 있다.

4) 샌버나디노 캘리포니아 주립대학교의 증오와 극단주의 연구센터(Center for the Study of Hate and Extremism at California State University, San Bernardino)에 따르면, 미국 주요 20개 도시에서 반유대주의 증오범죄가 2021년 373건으로 2020년보다 59% 증가했다고 밝히고 있다. Antisemitic Incidents Set All-Time High in US in 2021, Vocie of America, April 26, 2022(https://www.voanews.com/a/antisemitic-incidents-set-all-time-high-in-us-in-2021-/6545852.html, 2022.09.25. 최종확인)

5) 증오와 극단주의 연구센터(Center for the Study of Hate and Extremism at California State University)의 데이터 연구에 따르면, 반아시아 증오범죄는 2020년 대비 2021년에 124% 증가했다. Report to the Nation: Anti-Asian Prejudice & Hate Crime - City Data Chart (June 1, 2021), (https://www.csusb.edu/hate-and-extremism-center/data-reports/original-reports-hate-and-terrorism-center-staff, 2022.09.25. 최종확인)

하고 있다. 이처럼 현대에 우리나라가 혐오표현을 규제하는 데 있어서 혼란을 겪는 이유는 유럽 국가들과 미국의 태도가 다르고, 과거에 비해 인터넷이 보편화되었다는 큰 차이가 있기 때문인 것으로 생각된다.

우리나라에서 혐오표현이 사회문제로 등장한 것은 인터넷 커뮤니티 '일간베스트 저장소'[6]에서 집단에 대한 혐오, 적대적 표현으로 사용되던 용어[7]들이 널리 알려지고 통용된 시기부터이며, 일본에서의 재일조선인에 대한 혐오시위 사건 등이 국내에 알려졌을 때 본격화 되었다고 할 수 있다.[8] 또한 비교적 최근에는 성전환 수술 뒤에 숙명여대 법학부에 합격했지만, 학내 커뮤니티와 대자보 등의 반대 여론 등에 대한 부담으로 입학을 포기한 사례도 보도된 바 있다.[9]

Ⅲ. 혐오표현의 규범적 의미에 대한 각국에서의 정의

1. 혐오표현 용어 사용의 적절성

혐오표현의 법적인 의미는 아직 학계와 기관에서 일관되게 합의되었다고 보기 어렵다. 우리나라의 혐오표현 연구 및 실무에서는 적의적 표현[10], 혐오언론,[11] 혐오발언,[12] 증오언론,[13] 증오발언,[14] '증오표현',[15]

---

6) 방송통신심의위원회의 '최근 5년간 차별·비하 시정요구 상위 5개 사이트 현황'에 따르면, 2015년부터 2019년 7월까지 5개 사이트에서 시정 요구를 받은 차별·비하 관련 건수는 약 6,500건이며, 특히 일베저장소가 받은 시정요구 건수는 2,810건(43.3%)으로 가장 많은 비중을 차지한 것으로 조사되었다. 최근 5년간 '일베', '워마드' 등의 차별·비하 표현 6,500건 달해, 디지털투데이, 2019. 09. 25.

7) 특정 집단의 성격을 차용하여 비하하는 표현의 예로는 똥남아, 똥꼬충, 급식충, 틀딱충, 난민은 쓰레기 등이 있다. 김지혜, 모욕적 표현과 사회적 차별의 구조: 일상의 언어와 법적 접근 방향, 법과 사회, 55호, 2017, 2면

8) 제러미 월드론/홍성수·이소영, 혐오표현, 자유는 어떻게 해악이 되는가?, 도서출판 이후, 2017, 8면; 박미숙· 추지현, 혐오표현의 실태와 대응방안, 형사정책연구원 연구총서, 2017, 35면

9) 숙대 트랜스젠더 합격생 결국 입학 포기 "신상유출 등 무서움 컸다", 한겨레, 2020. 02. 07 (https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/927386.html, 2022.09.25. 최종확인)

10) 조소영, 표현의 자유의 현대적 쟁점에 대한 헌법적 고찰, 공법연구 제45집 제1호, 2016

11) 이재진, 가상공간에서의 혐오표현의 문제-미국의 경우를 중심으로-, 사이버커뮤니케이션학보 통권 제6호, 2000

12) 이정념, 2016년 유럽연합의 불법 온라인 혐오발언에 대응하기 위한 행동기준(Code of

혐오표현,[16], 차별·혐오 표현[17]의 용어가 사용되어 왔다.

'혐오'는 꺼림이나 기피의 뜻을 가지고 있어 차별이나 배제의 효과를 잘 표현해준다. 따라서 극심하고 강렬한 감정의 상태를 나타내는 '증오'보다는 '혐오'라는 용어의 사용이 더 적절해 보인다.[18] 마찬가지로 '적의적' 또는 '적대적'이라는 용어도 사전적으로 적으로 대한다는 의미상 폭력이나 괴롭힘을 표현할 수 있지만, 비하의 의미가 더욱 강하게 담겨있는 '혐오'가 더욱 적절하다고 생각된다. 한편, '발언'이나 '언론'에 비해서는 '표현'이 언어적 표현뿐만 아니라 비언어적 표현까지도 포괄할 수 있기 때문에 '표현'이라는 용어 사용이 적합하다.[19] 그러므로 학술적으로나 실무적으로 혐오표현(hate speech)을 보편적으로 쓰는 것은 적절하다고 생각된다.

2. 각 국의 혐오표현에 대한 규범적 정의

유럽연합에서 혐오표현에 관한 가장 중요한 문서로 꼽히는 「1997년 유럽이사회의 혐오표현에 대한 권고」에서는 혐오표현을 "반유대주의, 제노포비아, 인종적 증오를 확산시키거나 선동하거나 고취하거나 정당화하는 모든 형태의 표현 또는 소수자, 이주자, 이주 기원을 가진 사람들에

Conduct on Countering Illegal Hate Speech Online)이 지니는 법적 의미와 쟁점 검토, 법과사회 제53권, 2016; 이정념, 온라인 혐오표현과 의사표현의 자유-유럽인권재판소의 최근 판결을 중심으로-, 저스티스, 제153권, 2016

13) 심경수, 증오언론(Hate Speech)과 십자가 소각(Cross Burning)에 관한 판례 경향, 미국헌법연구 제18권 제1호, 2007

14) 배연관, 인터넷상의 증오발언에 관련된 법적 문제점에 관한 고찰, KHU 글로벌 기업법무리뷰 제8권 제1호, 2015

15) 박용숙, 미국에서의 증오표현행위의 규제에 관한 판례 경향, 강원법학 제41권, 2014

16) 김민정, 일베식 '욕'의 법적 규제에 대하여, 언론과 법 제13권 제2호, 2014; 박지원, 혐오표현의 제재 입법에 관한 소고, 미국헌법연구 제27권 제3호, 2016; 이상경, 온라인 혐오표현 등 혐오표현의 새로운 양상에 관한 연구, 헌법재판연구, 제4권 제2호, 2017; 이승현, 혐오표현 규제에 대한 헌법적 이해, 공법연구 제44권 제4호, 2016; 이주영, 혐오표현에 대한 국제인권법적 고찰, 국제법학회 논총 제60권 제3호, 2015

17) 서울시 학생인권조례 제3조 제1항 등 위헌확인(헌재 2019. 11. 28. 2017헌마1356) 결정

18) 김민정, 일베식 '욕'의 법적 규제에 대하여, 언론과 법 제13권 제2호, 2014, 135면

19) 상게논문, 135면

대한 공격적인 민족주의, 자민족중심주의, 차별, 적대 등에 의해 표현되는 불관용에 근거한 증오를 포함하는 것"이라고 하였다.[20] 그리고 「2008 유럽프레임워크 결정(2008/913/JHA)」에서는 혐오표현을 "인종, 피부색, 종교, 출신, 국적, 민족에 따라 정의된 집단 또는 그러한 집단의 구성원"에 대하여 "폭력이나 혐오를 공개적으로 선동하는 행위-공중에 대한 전파 또는 책자, 그림 또는 다른 매체를 통한 배포-"라고 정의하였다.[21]

한편, 독일 「형법」 제130조 국민선동(Volksverhetzung) 제1항은 "공공의 평온을 교란하기에 적합한 방법으로 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 한 자는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다. 1. 일부 주민에 대한 증오심을 선동하거나 그에 대한 폭력적 · 자의적 조치를 촉구하는 행위, 2. 일부 주민을 모욕 또는 악의로 비방하거나 허위사실에 의하여 명예를 훼손함으로써 인간의 존엄을 침해하는 행위"라고 규정하고 있다. 또한 「형법」 제130조 제2항은 공공의 평온에 위해가 되는지 여부에 관계없이 "일부 주민, 민족적 · 인종적 · 종교적 집단 또는 민족성에 의하여 분류된 집단에 대하여 혐오를 선동하거나 그들에 대한 폭력적·자의적 조치를 촉구하거나, 일부 주민 또는 위 집단을 모욕 또는 악의로 비방하거나 허위사실에 의하여 명예를 훼손함으로써 인간의 존엄을 침해하는 것을 그 내용으로 하고 있는 문서에 관하여" 제한하는 처벌규정을 둔 것으로써 그 규제 범위가 광범위하다.[22] 다만, 독일 법원은 「형법」 제130

20) Recommendation No. R(97) 20 on "hate speech" adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 30 October 1997.; 홍성수, 표현의 자유의 한계: 혐오발언 규제의 정당성과 방법, 차별의 표현, 표현의 차별-혐오에 대한 규제와 표현의 자유- 발제집, 표현의자유를위한연대, 차별금지법제정연대 공동주최, 2013, 8면 재인용

21) Framework Decision 2008/913/JHA of 28 November 2008 on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by means of criminal law; Evelyn Aswad, The Role of U.S. Technology Companies as Enforcers of Europe's New Internet Hate Speech Ban, HRLR Online 1, no. 1, Fall 2016, p.3

22) (1) Wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören,
1. zum Haß gegen Teile der Bevölkerung aufstachelt oder zu Gewalt-oder Willkürmaßnahmen gegen sie auffordert oder
2. die Menschenwürde anderer dadurch angreift, daß er Teile der Bevölkerung beschimpft, böswillig verächtlich macht oder verleumdet, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.
(2) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

조 제1항 제2호과 「형법」 제130조 제2항에서 경멸과 악의적 표현 또는 명예훼손의 내용이 그 피해자의 인간존엄을 침해하는 정도에 이를 때에 한하여 적용되는 것으로 모욕적인 발언이라 하더라도 피해자가 사회에서 공존하는데 필요한 권리나 인격의 핵심을 침해하지 않는 것이라면 위 조항의 규율을 받지 않도록 하고 있다.[23]

프랑스도 「언론과 자유에 관한 법(Loi sur la libertéde la presse du 29 juillet 188)」 제24조에서 “민족, 국가, 인종, 종교, 성별, 성적 지향, 성 정체성, 장애를 이유로 개인 또는 집단에 대해 차별, 증오, 폭력을 유발한 자에 대하여 징역 1년 또는 45,000유로의 벌금의 처벌”로 규제하고 있다.[24] 한편, 온라인 혐오표현을 규율하는 소위 ‘아비아 법률안’ 제

---

1. Schriften (§ 11 Abs. 3), die zum Haß gegen Teile der Bevölkerung oder gegeneine natio nale, rassische, religiöse oder durch ihr Volkstum bestimmte Gruppeaufstacheln, zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen gegen sie auffordern oder die Menschenwürde anderer dadurch an greifen, daß Teile der Bevölkerung oder einevorbezeichnete Gruppe beschimpft, böswillig v erächtlich gemacht oder verleumdetwerden,

a) verbreitet,

b) öffentlich ausstellt, anschlägt, vorführt oder sonst zugänglich macht,

c) einer Person unter achtzehn Jahren anbietet, überläßt oder zugänglich macht oder

d) herstellt, bezieht, liefert, vorrätig hält, anbietet, ankündigt, anpreist, einzuführen oder aus zuführen unternimmt, um sie oder aus ihnen gewonnene Stückeim Sinne der Buchstaben a bis c zu verwenden oder einem anderen eine solche Verwendung zu ermöglichen, oder

2. eine Darbietung des in Nummer 1 bezeichneten Inhalts durch Rundfunk, Medien-oderTele dienste verbreitet.

지성우, 독일의 혐오표현 관련 규범 및 판례에 대한 헌법적 평가, 성균관법학, 제31권 제4호, 2019, 408면; 이준일, 혐오표현과 차별적 표현에 대한 규제의 필요성과 방식, 고려법학, 제72호, 고려대학교 법학연구원, 2014, 75면

23) 국가인권위원회, 혐오표현 실태조사 및 규제방안 연구, 2016년도 인권상황 실태조사 연구용역보고서, 2016, 63면; 한위수, 혐오표현의 규제에 대한 인권법적 고찰-국제조약상 입법화 의무를 중심으로-, 법학논집, 30, 2019, 163면

24) Ceux qui, par l'un des moyens énoncés à l'article 23, auront provoqué à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une na tion, une race ou une religion déterminée, seront punis d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ou de l'une de ces deux peines seulement.

Seront punis des peines prévues à l'alinéa précédent ceux qui, par ces mêmes moyens, au ront provoqué à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de per

1조 Ⅱ는 헌법재판소가 사전적 규범통제를 통하여 표현의 자유 및 통신의 자유를 침해하는 위헌적 조항이라고 보았다.[25]

캐나다 「형법(Criminal Code)」에서는 제318조 내지 제320.1조의 혐오 선전(Hate Propaganda)에서 식별 가능한 집단이란 “피부색, 인종, 종교, 국적 또는 민족, 연령, 성별, 성적 취향, 성 정체성 또는 표현, 또는 정신적 신체적 장애로 구별되는 대중”을 의미한다고 한다. 또한 동법 제319조 제1항 공공에서의 혐오 선동(Public incitement of hatred)은 “공공장소에서 진술하는 모든 사람은 그러한 선동이 평화의 위반으로 이어질 가능성이 있는 식별 가능한 그룹에 대한 증오를 선동하는 것에 해당될 때에 유죄로 처벌한다(2년 이하의 징역).”, 그리고 동법 제319조 제2항 고의적인 혐오 조장(Wilful promotion of hatred)은 “사적인 대화 이외의 다른 방식으로 진술을 전달함으로써 식별 가능한 그룹에 대한 증오를 고의적으로 조장하는 모든 사람은 유죄이다(2년 이하의 징역).”라고 명시하고 있다.[26]

「캐나다 인권법(Canadian Human Rights Act)」에서는 금지되는 차별사유 11개 항목을 “인종, 종교, 출신국·민족적 출신, 연령, 성별, 피부색, 성적지향 또는 성적 정체성, 혼인상황, 가족상황, 심신장애, 범죄경력”으로 열거하고 있다.[27] 그리고 동법 제12조는 “어떤 공지, 사인, 상징, 표징, 다른 설명이 (a) 차별 또는 차별의 의도를 표시 또는 암시하거나 (b) 차별을 선동하거나 선동하기 위해 계산된 것으로써 대중에 게시 또는 전시, 출판 또는 전시되도록 하는 것은 차별적 관행(discriminatory practice)”이라고 하였다.[28] 이 법에 따라 설치된 독립행정기관은 캐나

---

sonnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou identité de genre ou de leur handicap ou auront provoqué, à l'égard des mêmes personnes, aux discriminations prévues par les articles 225-2 et 432-7 du code pénal. https://www.legifrance.gouv.fr/loda/article_lc/LEGIARTI000038313302/2020-11-04(2022.08.30. 검색)

25) 자세한 관련 내용은 전학선, 프랑스에서 인터넷상의 혐오표현에 대한 규제- 헌법재판소 2020. 6. 18. 아비아법률 결정을 중심으로 -, 외법논집 제44권 제3호, 2020, .57-59면 참조

26) Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, Last amended on June 23, 2022; 김지혜, 차별선동의 규제-혐오표현에 관한 국제법적 비교법적 검토를 중심으로, 법조, Vol.708, 2015, 60면

27) Canadian Human Rights Act(R.S.C., 1985, c. H-6) 2

28) Canadian Human Rights Act(R.S.C., 1985, c. H-6) 12

다 인권위원회에 차별행위를 신고할 수 있고, 캐나다 인권위원회에서 조정이 성립되지 않을 경우에는 캐나다 인권심판소에 위탁된다.[29] 캐나다 인권심판소는 차별행위 중지 및 차별행위의 시정을 위한 프로그램 책정, 손해배상금의 지불 명령을 할 수 있으며, 이를 따르지 않는 경우에는 법원에서 법정모욕죄로 자유형 및 벌금형을 부과할 수 있다.[30]

영국은 「공공질서법(Public Order Act 1986)」 제17조에서 인종에 대한 혐오란 "피부색, 인종, 국적 또는 민족으로 구분하는 집단에 대한 혐오"를 의미한다고 정의하였다.[31] 그리고 「평등법(Equality Act 2010)」 제26조 제1항 및 제5항에서는 "(a) 연령, 장애, 성전환, 인종, 종교 또는 신앙, 성별, 성적 지향의 속성과 관련하여 (b) (ⅰ) 존엄성 침해 또는 (ii) 위협, 적의, 굴욕, 모욕적 또는 공격적 환경의 조성"을 괴롭힘(Harassment)으로 정의하고 있다.[32]

한편, 미국은 「혐오범죄예방법(Hate Crimes Prevention Act)」 및 「혐오범죄통계법(Hate Crime Statistics Act)」을 마련하고 있어[33] 혐오를 매개로 하는 범죄에 대한 법률은 두고 있지만, 직접적으로 혐오표현을 규제하는 입법은 하지 않고 있다. 다만, 미국은 「민권법(Civil Rights Act of 1964)」 제201조에서 "모든 사람은 인종, 피부색, 인종, 종교 또는 국적을 이유로 한 차별이나 분리 없이 이 조항에 정의된 대

29) 모로오카 야스코/ 조승미·이혜진 역, 증오하는 입-혐오발언이란 무엇인가, 오월의봄, 2015, 157면

30) 상게서, 157면

31) Meaning of "racial hatred". In this Part "racial hatred" means hatred against a group of persons…defined by reference to colour, race, nationality (including citizenship) or ethnic or national origins.

32) (1) A person (A) harasses another (B) if—
(a) A engages in unwanted conduct related to a relevant protected characteristic, and
(b) the conduct has the purpose or effect of—
(i) violating B's dignity, or
(ii) creating an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment for B.
(5) The relevant protected characteristics are— age; disability; gender reassignment; race; religion or belief; sex; sexual orientation.

33) 자세한 내용은 이정념, 혐오범죄의 형사법적 규율에 관한 제언 - 미국의 혐오범죄예방법(Hate Crimes Prevention Act) 및 혐오범죄통계법(Hate Crime Statistics Act)을 중심으로, 경찰법연구, 제9권 제2호, 2011, 249- 274면 참조

로 모든 공공시설의 상품, 서비스, 시설, 특권, 이점 및 숙박 시설을 완전하고 평등하게 향유할 자격이 있다."는 규정[34] 등을 두고 있다. 또한 최근에는 「민권법(Civil Rights Act of 1964)」에 성소수자도 그 대상으로 포함시키는 개정안이 발의되고 있다. 미국에서 소위 평등법(Equality Act)이라고도 불리는 이 「민권법(Civil Rights Act of 1964)」 개정안은 2019년에 민주당이 다수인 하원을 통과했지만, 공화당이 다수인 상원에서 부결된 바 있었는데, 민주당이 2년 만에 다시 추진하여 2021년 2월 25일 하원은 통과한 상태이다. 이 법은 성적지향 또는 성정체성에 따른 고용, 주거, 공공시설의 접근, 서비스 등에 대한 차별을 금지하는 것을 내용으로 한다.[35] 그리고 각 주별 인권법상에서 차별금지 대상이나 영역이 확대되기도 하고, 또는 판례를 통하여 성소수자에 대한 차별금지가 선언되기도 하였다. 이와 관련해서 두 가지 최근 연방대법원의 판례가 있는데, 2020년 6월 15일 미국 연방대법원은 「민권법(Civil Rights Act of 1964)」 제7조상의 성별에 근거한 직장내 차별금지 조항에서의 '성별'을 광의로 해석하여 '성적 지향'도 포함되는 것으로 판단한 것이다. 즉, "고용인이 성적 지향이나 성 정체성에 근거하여 직원을 차별하는 것은 금지하여야 한다."는 판결이다.[36] 다른 하나는 펜실베이니아주 필라델피아시가 민간위탁양육기관인 가톨릭소셜서비스(CSS)의 동성커플은 위탁부모로 받지 않는다는 운영 원칙을 차별로 보고 위탁계약을 중단하자, CSS가 종교적 신념에 따른 운영원칙이라며 소송을 제기한 사건이다. 연방대법원은 이 사건에서 "필라델피아시의 결정은 수정헌법 제1조상의 종교의 자유에 위배되는 것이므로 시의 이 위탁계약 중단 결정은 위법하다."고 판단하였다.[37] 이러한 미국 연방대법원의 결정은 미국 수정헌법

34) SEC. 201. [42 U.S.C. 2000a] (a) All persons shall be entitled to the full and equal enjoyment of the goods, services, facilities, privileges, advantages, and accommodations of any place of public accommodation, as defined in this section, without discrimination or segregation on the ground of race, color, religion, or national origin.

35) 미 성소수자 권리 확대법안 하원 통과…고용·주거 등 차별금지, 연합뉴스, 2021.02.26(https://www.yna.co.kr/view/AKR20210226080600009?input=1195m, 2022.09.25. 최종확인)

36) Bostock v. Clayton County, Georgia, 140 S.Ct.1731(2020); 관련 평석으로는 김영진, 성소수자의 성적지향에 따른 고용차별-미국 연방대법원 Bostock v. Clayton County 판결의 평석을 중심으로-, 외법논집 제45권 제1호, 2021 참조

제1조가 종교의 자유를 강하게 보호하고 있기 때문에 차별금지에 관한 법률도 종교의 자유를 침해하지 않는 범위 내에서 인정될 수 있다는 법리를 따르는 것으로 해석될 수 있다.[38] 이처럼 미국에서는 고용 등의 한정적인 영역에서는 성소수자에 대한 차별금지가 대법원의 판결에 따라 인정되고 있는 것으로 보인다. 그러나 혐오표현에 관한 내용을 「민권법(Civil Rights Act of 1964)」 등의 차별금지에 관한 기본법에 규정하는 것은 미국 수정헌법 제1조의 표현의 자유의 강한 보호를 사유로 거의 불가능할 것으로 전망된다.

일본은 「본방외출신자에 대한 부당한 차별적 언동 해소를 위한 대책 추진에 관한 법률(本邦外出身者に対する不当な差別的言動の解消に向けた取組の推進に関する法律)」 제2조에서는 "본국 외 출신자에 대한 부당한 차별적 언동이란 오로지 본국의 역외에 있는 국가 또는 지역의 출신자 또는 그 자손이며 적법하게 거주하는 사람에 대한 차별적 의식을 조장하거나 또는 유발할 목적으로 공공연하게 그 생명, 신체, 자유, 명예 또는 재산에 위해를 가하는 내용을 고지하거나 또는 본국 외 출신자를 현저하게 모욕하는 등 본국의 역외에 있는 국가 또는 지역출신임을 이유로 본국 외 출신자를 지역사회에서 배제할 것을 선동하는 부당한 차별적 언동을 말한다."로 혐오표현을 정의하고 있다.[39]

우리나라의 경우 국가인권위원회가 2019년에 발간한 「혐오표현 리포트」에서는 혐오표현을 "성별, 장애, 종교, 나이, 출신지역, 인종, 성적지향 등을 이유로 어떤 개인·집단에게 모욕, 비하, 멸시, 위협 또는 차별·폭력의 선전과 선동을 함으로써 차별을 정당화·조장·강화하는 효과를 갖는 표현"이라고 정의하고 있다. 또한 여기에서 모욕, 비하, 멸시, 위협은 "어떤 집단에 대한 부정적인 편견을 드러내거나 혐오스러운 것에 비유하

37) 미 대법, 만장일치로 "가톨릭 기관의 성소수자 차별은 정당", 경향신문, 2021.06.18.(https://www.khan.co.kr/world/america/article/202106181613011, 2022.09.25. 최종확인)

38) 미국 수정헌법 제1조는 다음과 같다. "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances."

39) https://www.moj.go.jp/JINKEN/jinken04_00050.html; 김연진·지성우, 일본에서의 혐오표현 규제에 관한 연구, 성균관법학, 제32권 제4호, 2020, 186면

여 모욕, 비하, 멸시하거나 욕설 등으로 위협하는 행위"를 의미한다고 설명하였고, 차별·폭력의 선전과 선동은 "어떤 집단에 대한 차별과 폭력을 널리 알리거나 부추기는 행위"를 뜻한다고 밝히고 있다.[40] 사견으로는 우리나라에서의 혐오표현은 "특정 집단을 대상으로 하는 모욕, 비방, 혐오가 차별, 적의 또는 폭력의 선동이 될 수 있는 표현"이라고 정의할 수 있을 것으로 생각된다.

3. 소결

각국의 혐오표현에 대한 규범적인 정의에 있어서 독일, 캐나다와 영국, 미국은 각각 차이가 있고, 일본도 독자적인 방식으로 점차 혐오표현을 규율해나가고 있다. 독일, 캐나다는 혐오표현을 「형법」에 두고 처벌하고 있다. 프랑스는 「언론과 자유에 관한 법」에 처벌규정을 두고 규율한다. 그리고 혐오표현은 영국 「평등법(Equality Act 2010)」상 괴롭힘(Harassment)으로, 「캐나다 인권법(Canadian Human Rights Act)」상에서는 차별적 관행(discriminatory practice)으로 규제하고 있다. 반면에, 미국의 경우에는 주별로 다양한 차별금지법 성격의 법률 및 판례들을 통해서 차별행위들을 금지하고 있지만, 혐오표현에 대한 직접적 내용 규제와 관련한 입법은 부재하다. 또한 대부분의 각 국가들은 혐오표현의 단순 발화를 제한하는 입법을 마련하고 있는 것이 아니라 선동, 차별 등의 부정적인 해악의 효과가 나타날 때에 비로소 규제를 하는 것으로 보인다.

비교법적인 분석으로 살펴볼 때에 우리나라에서의 혐오표현도 "특정 집단을 대상으로 하는 모욕, 비방, 혐오가 차별, 적의 또는 폭력의 선동이 될 수 있는 표현"이라고 정의할 수 있을 것이다. 또한 영국에서는 괴롭힘(Harassment), 캐나다는 차별적 관행(discriminatory practice) 하에 혐오표현을 규율하고 있으나, 차별적 관행(discriminatory practice)으로 규율하게 되면 지나치게 적용범위가 넓어지는 점, 우리나라에서 이미 차별금지법상 괴롭힘을 입법하여 온 점을 들어 국내의 차별금지법상에서 괴롭힘의 일환으로 혐오표현을 규율하는 것이 바람직할 것으로 생

40) 국가인권위원회, 혐오표현(Hate Speech) 리포트, 2019.10., 12면

각된다.

만일 미국처럼 차별금지법의 다른 내용은 확대하되, 표현의 자유에 관련한 혐오표현 제한 규정은 두지 않는 것이 우리나라의 법체계 및 현실에 부합하는가를 가정해본다면, 그렇지 않다고 할 것이다. 왜냐하면 표현의 자유 관련 조항을 제외하고 국제인권규범을 승인하는 미국과 달리 우리나라는 국내법적 효력을 가지는 자유권 규약(ICCPR)을 예외 조항 없이 승인하였다는 차이점이 있다.[41] 또한 연방대법원이 Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003) 판결로 동성애를 인정하고, Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644 (2015) 판결로 동성결혼을 기본권으로 인정한 미국과 비교하여 우리나라의 동성애 관련 인권 보호 수준은 현저히 낮다고 할 수 있다. 그러나 우리나라가 동성애 또는 동성결혼을 인정해야한다는 국제인권규범상의 의무를 지는 것은 아니므로 비교적 덜 급진적인 방식의 인권보호 조항의 하나로 혐오표현 입법을 생각해볼 수 있다. 물론 이 조차도 우리는 사회적 합의에 충분히 이르지 못하였기 때문에 처음부터 혐오표현 입법의 대상을 '성적 지향' 등으로 정하기에는 어려움이 따를 수 있어 자유권 규약(ICCPR)의 대상을 시작으로 하여 적용 대상을 확대해 나가는 방법을 상정해볼 수 있을 것이다.

앞서 살펴본 바와 같이 미국에서 반유대주의 증오범죄가 2021년 373건으로 2020년보다 59% 증가, 반아시아 증오범죄는 2020년 대비 2021년에 124% 증가했다는 통계[42]에서 얻을 수 있는 시사점은 감염병 등의 혼란이 가중되는 시기에는 증오범죄가 폭발적으로 증가할 수 있다는 점이다. 수정헌법 제1조에 의해 절대적으로 표현의 자유 제한을 금지하는 미국과는 상이한 우리나라 헌법 하에서는 증오범죄의 예방차원으로도 혐오표현을 엄격한 방식으로 법제화하는 것을 고려해볼만하다고 할 수 있다.

41) 자유권규약위원회 일반논평 18호(1989): 차별금지, 유엔 인권조약기구 일반논평 및 일반권고, 2021, 국가인권위원회, 41면

42) 이 논문의 각주 4, 각주 5

Ⅳ. 혐오표현의 성립요건

1. 혐오표현 규제의 주체(누가 규제할 것인가?)

혐오표현 규제의 주체는 규제의 영역에 따라 달라진다. 예를 들어, 미국은 처음에 차별금지조항을 규정할 때 민권(Civil Rights)의 속성을 가지는 투표권, 고용, 공교육, 주거, 공공시설, 연방정부의 보조 프로그램의 영역에 한정하여서 「민권법(Civil Rights Act of 1964)」상에 관련 조항을 두었다. 이 경우에는 특정 집단이 그 집단에 속했다는 이유로 민사적 기본생활 영위의 범위에서 차별받지 않는 것을 목적으로 하였다. 이와 같이 첫 번째로는 고용이나 교육 또는 주요 공공시설 이용 등의 생활영역에서 혐오표현으로 인해 받는 피해를 민사적으로 구제받을 수 있도록 민법이 규제의 주체가 되어 일반조항을 두는 방법을 상정할 수 있다. 두 번째는 국가가 주체가 되어 혐오표현을 형사 처벌하는 입법례인 독일, 캐나다의 방식 또는 개별 「언론과 자유에 관한 법」등에 처벌 규정을 두는 프랑스의 방식이 있다. 그리고 세 번째는 인권법적인 규율이다. 이 방식은 선언적이고 포괄적인 규율 방법이라 할 수 있는데, 인권법 성격의 법률이 국가의 전범위에 적용될 수 있는 기본법으로 작용하여 개별 법률에서 이를 근거로 구체적인 조항을 신설하게 하는 것이다.

우리나라에서는 첫째, 독일, 캐나다와 같이 혐오표현을 형법으로 규율하는 것은 지양하여야 할 것으로 보인다. 두 번째, 인권법적 성격의 기본법으로 혐오표현 금지 조항을 두게 되면 대부분의 영역에서 관련 입법의 신설을 촉구 받을 수 있다. 따라서 온라인상에서도 혐오표현에 대해 자율규제를 하는 방향으로 규율할 수 없게 될 수 있고, 인권 기본법에 따른 관련 조항을 신설해야 한다는 압박을 받을 수 있는 것이다. 이러한 경우에는 표현의 자유를 위축시킬 위험성을 최소화시키는 방식이라고 할 수 없다. 미국의 경우에도 각 주별 인권법에서는 자치적으로 지역 특성에 맞는 관련 조항을 법제화하고 있지만, 이것을 연방법으로 통일 조항을 만드는 것의 합의는 어렵다는 전망을 한다. 우리나라에서도 정부가 2021년 12월 30일 「인권정책 기본법안」을 제출하였지만, 그 내용은 국가인권정책을 통합적이고 효율적으로 추진하고자 함을 목적으로 '국가

인권정책 기본계획'에 관한 법률적 근거 조항을 마련하는 등의 수준이다. 이와 같은 인권법 성격을 가지는 기본법에 혐오표현 제한에 관한 법률 조항을 두는 것은 위헌 가능성이 우려되므로 바람직하지 않다고 생각된다. 따라서 혐오표현에 대해서는 「형법」을 제외한 다른 개별 법률 차원에서의 규제가 고려되어야 할 것이라고 판단된다.[43] 즉, 개별 법률 단위에서의 차별금지법상에서 혐오표현을 괴롭힘의 일환으로 포함시킬 수 있을 것이다.[44] 또한 차별금지행위에 대한 조사는 차별시정기구에 맡기고 조정, 화해, 시정권고 등의 유연하고 다양한 구제방안을 가질 수 있도록 관련 조항을 명시하여야 할 것이다.[45]

2. 온라인에서도 규제할 것인가

인터넷은 의사표현의 가장 촉진적인 매개체로서 자유·민주·번영의 가치를 드높일 수 있는 매체이다. 그러나 과연 무제한의 자유가 최적의 환경을 구축할 것인가에 대한 심각한 문제제기가 지속되고 있어서 우리나라와 세계 각국은 표현의 자유의 위축을 가져오지 않으면서도 온라인상의 혐오표현을 제한할 수 있을 합헌적 입법방안을 모색할 책무를 진다. 이와 관련하여 미국의 이쉬와르 찬드라세카란(Eshwar Chandrasekharan) 연구진은 "소셜 미디어 플랫폼내부에서의 조치로도 독일 네트워크 시행법상의 혐오표현 규제와 유사한 효과를 낼 수 있다."는 연구결과를 내놓은 바 있다. 즉, "2015년에 미국의 소셜뉴스에 관한 대형 커뮤니티 사이트인 레딧(Reddit)이 폭력에 관한 자사 정책을 어긴 서브레딧을 폐쇄하였더니, 폐쇄된 서브레딧을 자주 이용하던 사용자들의 혐오표현이 80%까지 감소했다."는 것이다.[46] 또한 이러한 연구결과를 근거로 MIT 데이

43) 기존의 차별금지와 관련된 특별법상에 '핀셋형 조치'방안을 통해 차별금지법을 개선할 수 있다는 동지의 연구로는 김종헌·이승길, 차별금지법안의 쟁점과 개선방안, 사회법연구 제42권, 2020, 427-428면 참조

44) 혐오표현이 개념 필연적으로 차별이라는 동지의 대표적 견해로는 한상희, 헌법의 눈으로 본 차별금지법-혐오표현의 문제와 함께-, 민주법학, 통권 74호, 2020, 154면 참조

45) 홍성수, 표현의 자유의 한계: 혐오표현 규제의 정당성과 방법, 대법원·법무부 국제인권법연구회 공동학술대회, 2013, 301면

46) Eshwar Chandrasekharan et al., You Can't Stay Here: The Efficacy of Reddit's 2015 Ban Examined Through Hate Speech, Proceedings of the ACM on Human Computer Interaction

터과학 교수인 시난 아랄(Sinan Aral)은 “소셜 미디어 플랫폼 이용자들 스스로가 도움이 되는 플랫폼을 분별 있게 이용함으로써 소셜 미디어 플랫폼이 자정능력을 갖추고 경쟁을 하도록 압박을 하는 것이 중요하다. 그러기 위해서는 이용자들이 자기 정보를 가지고 한 소셜 미디어 서비스에서 다른 서비스로 쉽게 옮겨갈 수 있도록 해야 한다.”는 해결 방안을 제시하기도 하였다.[47] 이처럼 온라인상 혐오표현 제한에 대한 법적 규제보다는 자율규제를 찬성하는 사람들은 한 사람의 저속함이 다른 사람에게는 서정시(One man’s vulgarity is another’s lyric.)가 될 수 있으며,[48] 집단의 명예를 훼손하는 혐오표현이라 하더라도 공공의 관심사에 대한 의견이나 생각을 전달하는 내용이 포함될 수 있기 때문에 설사 혐오표현이라 하더라도 보호되어야 한다고 한다.[49] 또한 로버트 포스트(Robert Post)가 지적했듯이 어떤 발언이 제한을 받을 것인지를 식별하는 것은 매우 큰 어려움이 따른다고 한다.[50]

그러나 우리나라에서 온라인상의 혐오표현은 직접적인 내용규제가 아니라 소셜 미디어 플랫폼의 자율규제를 유도하는 방향으로 규제하는 것과 별개로 혐오표현을 차별금지(괴롭힘)의 법리로 풀어가야 할 필요성은 있다. 표현의 자유 위축에 대한 경계로 혐오표현에 관한 직접 입법을 두지 않는 미국도 「민권법(Civil Rights Act of 1964)」에서 개인의 인종, 피부색, 종교, 성별 또는 국적을 사유로 투표권, 고용, 공교육, 주거, 공공시설, 연방정부의 보조 프로그램에 대한 차별을 금지하는 조항을 두고 있음은 물론, 주별로 인권법을 두어 차별금지 대상 또는 영역을 확대하고 있으며, 판례를 통해 고용영역에서 성소수자에 대한 차별금지를 선언

1, no. 2, 2017, p.1-22, http://eegilbert.org/papers/cscw18-chand-hate.pdf(2022.08.28. 검색)

47) 시난 아랄/엄성수 역, 하이프 머신-소셜 미디어는 인류를 어떻게 바꿔놓았나?-, 쌤앤파커스, 2022, 520면

48) Cohen v. California 403 US 15, 25 (1971).; Robert Post(edited by Ivan Hare and James Weinstein), Extreme Speech and Democracy, Oxford University Press, 2009, p.133

49) Nadine Strossen, Regulating Racist Speech on Campus: A Modest Proposal, Duke Law Journal 1990, no. 3, June 1990, p.518

50) Lynn Adelman; Jon Deitrich, Extremist Speech and the Internet: The Continuing Importance of Brandenburg, Harvard Law and Policy Review 4, no. 2, Summer 2010, 361-374 ; pp.371-372

하기도 하였다.[51]

반면에, 우리나라는 「근로기준법」 제6조(균등한 처우)에서 "사용자는 근로자에 대하여 **남녀의 성(性)**을 이유로 차별적 대우를 하지 못하고, **국적·신앙 또는 사회적 신분**을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다."고 규정하며, 제76조의2(직장 내 괴롭힘의 금지)에서 "사용자 또는 근로자는 직장에서의 지위 또는 관계 등의 우위를 이용하여 업무상 적정범위를 넘어 다른 근로자에게 **신체적·정신적 고통을 주거나 근무환경을 악화시키는 행위**(이하 "직장 내 괴롭힘"이라 한다)를 하여서는 아니 된다."고 명시하고 있다. 또한 「교육기본법」 제4조 제1항은 "모든 국민은 **성별, 종교, 신념, 인종, 사회적 신분, 경제적 지위 또는 신체적 조건 등**을 이유로 교육에서 차별을 받지 아니한다."고 규정한다.[52] 이와 같이 우리나라도 고용 영역이나 교육 영역에서는 차별금지(괴롭힘) 관련 조항을 두고 있지만, 미국의 차별금지에 관한 연방법 및 주법과 비교했을 때에 우리나라에서 미국 「민권법(Civil Rights Act of 1964)」 수준으로 차별금지 영역이 넓은 대상은 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」 뿐이다. 또한 현행법 규정만으로는 차별금지 및 괴롭힘에 혐오표현이 포함되는지 여부도 불분명하다.

사견으로는 온라인상에서 혐오표현을 규제하는 법률은 입법기술상 위헌 소지 없이 제정하는 것이 어렵고, 온라인상의 표현의 자유를 위축시킬 우려가 크다고 생각된다. 따라서 표현에 대한 직접적인 내용 규제를 하기 보다는 자율규제를 유도하고, 플랫폼의 독과점을 방지할 수 있도록 하는 경쟁적 환경을 조성하는 접근이 바람직할 것이다. 그러나 특정한 집단을 대상으로 하는 혐오표현이 차별효과를 가져올 수 있다는 점에서는 개별 차별금지법상에서 규율하여야 할 것으로 생각된다.

---

51) Bostock v. Clayton County, Georgia, 140 S.Ct.1731(2020)

52) 소수자 인권 보호를 위한 외국인과 관련된 그밖의 제도로는 외국인 관련 형사사건 전담재판부 설치, 형사재판의 국선변호제도 및 민사사건의 소송구조제도의 활용 기회를 자국민과 동등하게 보장, 당사자 또는 증인으로 참여하는 외국인을 위한 형사절차 안내문, 국선변호인 청구서 등 재판관련 안내서류와 신청서류의 외국어 번역본 제공, 재판장이 선정하는 통역인제도 운영, 외국인을 위한 사법정보 홈페이지 운영을 통한 영어, 중국어, 베트남어, 몽골어 등 14개언어 서비스 등이 있다. 대법원 국제인권법연구회 회원 공동집필, 국제인권법의 국내이행과 법원, 대법원·법무부 국제인권법연구회 공동학술대회, 2013, 82면

3. 혐오표현 관련 규범의 적용 대상

혐오표현으로 인정될 수 있는 유형은 무엇인가에 대한 언론진흥재단 미디어연구센터의 설문조사에서 응답자들은 인종·민족에 의한 차별적 표현(71.4%), 성적취향(64.7%), 출신지역(61.5%), 성별(60.3%), 종교(52.8%) 순으로 인정된다고 답하였다고 한다.[53] 혐오표현 대상을 규정하는 방식은 크게 세 가지로 구분해 볼 수 있다. 첫 번째는 「시민적 정치적 권리에 관한 국제규약(ICCPR)」에 따라 '민족, 인종, 종교'를 대상으로 하는 방식, 두 번째는 '성적 지향' 등을 포함하는 넓은 범위를 대상으로 하는 방법, 마지막으로 단순히 '특정한 집단'이라고 규율하는 경우 등이다. 혐오표현의 규제 대상을 설정하는 것은 매우 중요하지만 그 경계를 선택하는 것은 쉽지 않다. 왜냐하면 피해자의 보호에 초점을 두고자 하면 규제 대상이 지나치게 확대되어서 자칫하면 표현의 자유가 침해될 수 있고, 규제 대상 설정 방식에 대한 법적 근거가 부족한 경우에는 특정 집단만을 보호하는 자의적이고 차별적인 입법이라는 비난을 받을 수 있기 때문이다.

피해자를 특정할 수 있는 경우에는 현행법상의 명예훼손죄 또는 모욕죄로 규율할 수 있다. 따라서 혐오표현의 규율 대상은 피해자를 개인이나 소규모 집단으로 특정할 수 없는 경우에 해당하는 특정한 정체성을 공유하는 넓은 범위의 집단이라 할 것이다. 그리고 이때에는 인종, 민족, 성별, 성적지향, 종교, 장애, 출신지역, 피부색, 인종, 출신국, 국적, 성정체성, 성적 지향 등과 같이 자신이 선택할 수 없는 불변의 특징(immutable characteristic)을 대상으로 할 수 있다.[54] 여기에서 종교와 같이 귀속을 바꾸는 것이 어려운 경우에는 불변의 특징(immutable characteristic)과 동일하게 취급될 수 있다.[55]

한편, 혐오표현의 대상은 반드시 '소수자'에 한정되는가를 살펴볼 필요성이 있다. 혐오표현 규범 적용 대상의 소수자성을 강조하는 견해에서는 혐오표현을 "소수자에 대한 편견 또는 차별을 확산시키거나 조장하는 행

53) 박아란·양정애, 혐오표현과 여성혐오에 대한 인식, 미디어 이슈, 2권 7호, 2016, 2면
54) 박지원, 혐오표현의 제재 입법에 관한 소고, 미국헌법연구, 제27권 제3호, 2016, 104면
55) 한위수, 혐오표현의 규제에 대한 인권법적 고찰-국제조약상 입법화 의무를 중심으로-, 법학논집, 30, 2019, 145면

위 또는 어떤 개인, 집단에 대해 그들이 소수자로서의 속성을 가졌다는 이유로 멸시, 모욕, 위협하거나 그들에 대한 차별, 적의, 폭력을 선동하는 표현”이라고 정의하기도 하기 때문이다.[56] 그런데 소수자에 대한 혐오표현만을 금지하고, 소수자가 아닌 자들에 대한 혐오표현은 허용된다고 하면, 표현의 자유의 차별적인 내용규제라는 비난을 받을 수 있다. 그리고 “혐오표현을 제한하는 법률의 대상을 소수자에 한정하지 않고, 다수자를 대상으로 하는 혐오표현에 대해서도 적용하는 것은 독일, 영국, 프랑스 3개국의 공통점”이기도 하다.[57] 소수자의 경우에 혐오표현으로 인한 권리의 침해 및 피해의 정도가 더욱 심각할 것은 합리적 예상이 가능하지만, 그렇다고 하여 혐오표현의 대상을 소수자로 한정하면 역차별 논란을 피할 수 없을 것으로 생각된다. 가령, 최근 우리나라에서 남녀 간의 갈등이 극심한데도 불구하고 여성에 대한 혐오표현은 규제하고 남성에 대한 혐오표현은 규제하지 않는다면, 우리 헌법이 소수자에 대한 평등을 강조하고 있다고 하더라도 비현실적인 차별적 내용규제라는 비난을 받을 수 있다.

여기에서는 ‘성적 지향’을 공통으로 하는 집단에 대한 혐오표현과 관련한 차별금지법을 마련할 수 있는가에 대한 첨예한 논의 대립이 예상된다.[58] 그런데 성적 지향 등으로 인한 사회적 배제와 편견으로 극심한 고통을 받고 있는 대상을 고려했을 때에는 우리 사회도 점차 헌법상의 종교의 자유를 인정하는 범위 내에서 충분한 사회적 합의를 이루어 관련 조항을 마련할 필요가 있다. 예를 들어, 성적 지향에 대한 혐오표현이 괴롭힘 또는 차별로 규제된다면, 자유로운 교회 설교를 못하게 되는 것 아닌가에 대한 우려와 관련하여서는 종교의 자유와 양심의 자유에 따른 표현에 해당하는 경우에는 혐오표현 규제의 예외가 되도록 하는 등의 방법이 있다. 다만, 혼인을 제도적으로 보장하고 있는 우리 헌법 제36조 제1

56) 홍성수, 말이 칼이 될 때, 어크로스, 2019, 31면

57) 조규범, 헌법상 혐오표현 규제 가능성과 입법방향, 법학논총 제24권 제3호, 2017, 164면; 성중탁, Hate Speech에 대한 비교법적 검토와 우리 법제의 대응방향. 세계헌법연구 24권1호, 2018, 165면

58) 성적 지향을 차별금지 사유로 채택하는 포괄적 차별금지법의 부적절성에 대한 대표 연구로는 이상현, 성적지향을 포함한 차별금지법안에 대한 비판적 접근 : 영미법제 연구를 중심으로, 법학논총(숭실대), 제39집, 161-194면 참조

항에 위배될 수 있는가에 대하여도 살펴보면서 다양하고 깊은 논의를 통한 합의가 요구된다 할 것이다.[59]

우리나라가 1990년에 비준한 「시민적 정치적 권리에 관한 국제규약(ICCPR)」 제20조 제2항은 “차별, 적의 또는 폭력의 선동이 될 민족적, 인종적 또는 종교적 증오의 고취는 법률에 의하여 금지된다.”고 명시하고 있다. 여기에서는 혐오표현 금지의 대상으로 ‘민족, 인종, 종교’를 들고 있는데, 이 국제규약을 비준한 다른 국가들의 혐오표현 법제에서도 공통적인 규제 대상으로 명시되고 있다. 또한 2011년의 「의사·표현의 자유의 보호와 증진을 위한 특별보고관의 보고서」에서도 “혐오표현(hate speech)과 차별, 적대 또는 폭력의 선동을 구성하는 민족적, 인종적 또는 종교적 혐오의 주창”은 정당하게 제한될 수 있는 유형의 정보라고 하였다.[60] 따라서 우리나라가 「시민적 정치적 권리에 관한 국제규약(ICCPR)」에 비준을 한 점과 2011년의 「의사·표현의 자유의 보호와 증진을 위한 특별보고관의 보고서」를 근거로 하여 혐오표현 규제의 대상은 ‘민족, 인종, 종교’로 설정하는 것이 일차적으로는 가장 타당할 것이라고 생각한다. 그밖에 2019년 UN 총회의 「의견과 표현의 자유권 증진 및 보호(Promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression)」 보고서[61]에서의 정보의 자유를 위한 제한 원칙 등을 참고할 수 있을 것이다.

4. 표현의 형식 및 내용과 효과

표현의 형식에는 구두, 문자 및 비언어적 행위인 상징적 표현 등이 있다. 상징적 표현(Symbolic Speech)은 미국에서 나온 개념으로 비언어적인 행위를 표현으로 취급하는 것을 뜻하는 관용어이다.[62] 혐오표현에서

---

59) 헌법 제36조 ①혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.

60) Frank La Rue, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, A/HRC/17/27, 2011.5.16. https://digitallibrary.un.org/record/706331(2022.08.28.검색)

61) https://digitallibrary.un.org/record/3833657 참조

62) John E. Nowak/ Ronald D. Rotunda 저/ 이부하 역, 표현의 자유와 미국헌법, 한국학술정보(주), 2007, 18면

규제될 수 있는 표현의 형식에는 구두, 문자, 비언어적 행위인 상징적 표현이 모두 포함될 수 있을 것이다.

이제 어떤 표현의 내용과 효과가 나타날 때에 혐오표현으로 규제할 수 있는가를 살펴보자. 사람들이 특정 대상 또는 집단에게 도덕적 비난과 모욕감을 주는 것이 사회질서 유지에 필요하다고 정당화하면서 선동하고 타인을 공격하는 경우에 그 표현의 내용은 혐오, 비방, 모욕 등으로 유사하다. 또한 표현의 효과는 조장, 선동, 차별 등으로 나타난다. 그런데 예를 들어, 소위 '일베식 욕'이라고 하는 '홍어', '김치녀', 같은 용어들은 표현의 내용으로서는 혐오, 비방, 모욕에 모두 해당될 수 있을 것으로 보이지만, 조장, 선동, 차별 중 어떤 효과를 가져 오는 것인가를 면밀하게 구별하기란 매우 어렵다고 생각된다.

우선, 혐오표현의 내용에 관한 요건으로 무엇이 적절할지 살펴보자. 현행 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」 제32조 제3항은 "누구든지 장애를 이유로 학교, 시설, 직장, 지역사회 등에서 장애인 또는 장애인 관련자에게 집단따돌림을 가하거나 모욕감을 주거나 비하를 유발하는 언어적 표현이나 행동을 하여서는 아니 된다."고 규정하고 있다.

따라서 기존의 법률과 균형을 맞추는 차원에서 '민족, 인종, 종교'를 대상으로 혐오표현을 규제할 때에도 학교, 시설, 직장, 지역사회 등의 범위를 정하여 혐오표현을 제한해야 할 것이다. 그리고 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」에 준하여 모욕, 비하 등을 표현의 내용에 관한 성립요건으로 정하거나, 비방 또는 혐오 등을 표현의 내용적 요건으로 두는 것도 무방하다고 생각된다.

다음으로 표현의 효과를 규율하는 방식은 세 가지가 있다. 첫 번째는 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」과 같이 효과를 성립요건에서 규율하지 않는 것이다. 이 법에서는 표현이나 행동의 내용이 모욕 또는 비하를 유발하는 성격이면 혐오표현에 해당하는 것으로 보았고, 특별한 효과의 발생을 요건으로 하지 않았다. 두 번째 방식은 조장, 선동, 차별 중 어느 하나의 효과라도 있으면 혐오표현에 해당하는 것으로 인정하는 방식이다. 마지막으로는 도발적 언사(fighting words)에 해당하는 선동의 효과까지 나타나야 한다거나 단순 조장이나 선동이 아니라 반드시 차별 효과까지 나타나는 경우여야만 혐오표현으로 규제할 수 있도

록 요건을 엄격하게 구성하는 방법이 있다.[63] 이와 같은 표현의 효과 규율 방식 세 가지 중에서 민족, 인종, 종교를 이유로 하는 혐오표현 규제에 적합한 것은 도발적 언사(fighting words)에 해당하는 선동의 효과까지 나타나거나 차별 효과까지 나타나는 경우여야만 혐오표현으로 규제할 수 있도록 요건을 정하는 방법이 타당하다고 판단된다.

이러한 요건 구성 방식은 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」상의 혐오표현 규제에 비하면 매우 엄격한 것으로 보일 수 있다. 그럼에도 불구하고 엄격한 방식의 효과를 요건으로 하여야 하는 근거는 「시민적 정치적 권리에 관한 국제규약(ICCPR)」 제20조 제2항에서 "차별, 적의, 또는 폭력의 선동이 될"이라는 효과 발생을 명시하고 있다는 점을 들 수 있다. 즉, 민족, 인종, 종교를 대상으로 하는 단순한 모욕·비하 발언이 있었다고 해서 규제될 수 있는 것이 아니라, 엄격한 의미에서의 부정적 효과들(차별, 적의, 폭력 등의 선동)이 인정될 수 있을 때의 좁은 범위로써 규제되어야 할 것으로 생각된다. 또한 차별, 적의, 폭력 등의 선동을 판단할 때에는 도발적 언사(fighting words) 정도의 실질적 위험이 나타나는 때에 규제할 수 있는 혐오표현이 될 수 있도록 엄격한 판단을 하는 것이 표현의 자유 위축을 최소화하는 방안이 된다.

다른 한편, 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」 제49조 제1항은 "이 법에서 금지한 차별행위를 행하고 그 행위가 악의적인 것으

63) 영국에서 1987년에 설립된 표현의 자유 관련 국제인권단체인 'ARTICLE 19'은 표현의 자유를 천명한 '세계인권선언 제19조'에서 착안하여 단체명을 작명하였다고 한다. 이 단체의 혐오표현 해설 보고서에서는 '혐오'란 단순한 '편견'과는 다르므로, 반드시 '차별적'이어야 한다고 명시하고 있다. 또한 'ARTICLE 19'은 '선동'은 소위 '미확정 범죄'이므로 해당 발언이 차별행위 또는 폭력 등의 침해 결과로 이어질만한 합리성인 개연성이 있을 때에만 이 규제의 정당성이 생긴다고 한다. 김대엽·김주민 역, 혐오표현 해설, 서울대학교 인권센터, 2015, 13면; ARTICLE 19, Towards an interpretation of article 20 of the ICCPR: Thresholds for the prohibition of incitement to hatred Work in Progress, organized by the Office of the High Commissioner for Human Rights, Vienna, 8-9 February 2010, p.15, 이 입장은 '즉각적인 불법행위를 선동·유도 또는 그 발생을 목적으로 하면서 그 행위를 유도 또는 실행시킬 가능성이 클 때에는 제한가능하다.'는 미국의 '브란덴버그 선동·유도에 관한 판별법'과 '해당 표현이 물리적 폭력 등으로 연결될 가능성'을 판단하는 '도발적 언사(fighting words)' 심사에서 착안된 것으로 보인다.

로 인정되는 경우 법원은 차별을 한 자에 대하여 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처할 수 있다.”고 명시하고 있다. 반면에, 「근로기준법」 제114조 제1호는 제6조(균등한 처우) 위반에 대하여 “500만원 이하의 벌금에 처한다.”고 한다. 또한 동법 제76조의 3(직장 내 괴롭힘 발생 시 조치)에서는 제4항에서 “직장 내 괴롭힘 발생 사실이 확인된 때에는 피해근로자가 요청하면 근무 장소의 변경, 배치전환, 유급휴가 명령 등 적절한 조치”, 제5항에서는 “직장 내 괴롭힘 발생 사실이 확인된 때에는 지체 없이 행위자에 대하여 징계, 근무 장소의 변경 등 필요한 조치를 하여야 한다. 이 경우 사용자는 징계 등의 조치를 하기 전에 그 조치에 대하여 피해근로자의 의견을 들어야 한다.”고 명시하고 있다. 그리고 「교육기본법」 제4조(교육의 기회균등 등) 제1항은 선언적 성격의 조항으로 이 법에서 벌칙 조항은 마련하고 있지 않다. 이처럼 차별금지에 관한 개별법상 관련 조항들은 그 내용과 성격의 차이에 기인하여 행정 제재 수위도 크게 차이가 난다. 장애인에 대한 차별을 가장 엄격히 제재하는 것은 그 필요성에 대한 인정과 사회적 합의가 가장 잘 이루어지는 범위이기 때문에 가능한 것으로 생각된다. 그러나 다른 대상 집단에 대한 혐오표현 및 괴롭힘은 입법 목적의 달성에 유의미하면서도 과도하지 않으며, 사회적 수용이 가능한 정도의 행정 제재 부과만이 가능할 것으로 판단된다.

5. 제한의 한계

정치적 표현에 대한 표현의 자유는 폭넓게 보장된다는 사회적 신뢰는 매우 중요하고, 이는 표현의 자유 기본권의 본질에 해당한다. 따라서 공론에 기여할 목적으로 하는 표현 또는 정치적 표현을 판단할 때는 구체적 맥락과 상황의 세밀한 판단을 통해서 판단하여야 하는데, 만일 공론에 기여할 목적으로 하는 표현 또는 정치적 표현이라면 혐오표현의 요건에 해당되더라도 규제의 예외 사항이 되어야 한다. 또한 학문적, 예술적, 과학적 목적의 발언 역시 혐오표현 규제의 예외 조항으로 두어야 할 것이다. 나아가 후일 성적 지향에 관한 혐오표현 규제 조항이 마련된다면 종교적 표현 역시 예외 사유로 인정되어야 할 것으로 생각된다.

6. 소결

혐오표현의 성립요건을 언급하기에 앞서 가장 중요한 논의의 하나는 혐오표현의 규제 주체가 누가 될 것인지, 그리고 온라인에서도 규제를 할지의 여부이다. 우리나라에서는 표현의 자유 위축 최소화와 표현으로 인한 해악의 축소를 위하여 「형법」 보다는 개별 차별금지법 상에서 “핀셋형 조치”로 혐오표현을 관련 규정을 확대하는 것이 바람직하다고 보인다. 또한 플랫폼의 자율규제에 맡기더라도 80% 정도의 온라인 혐오표현 감소 효과를 볼 수 있다는 한 연구 결과가 암시하듯이, 온라인에서의 혐오표현은 자율규제의 방향으로 나아가는 것이 표현의 자유 보장과 혐오표현으로 인한 사회적 해악의 축소를 균형·조화적으로 해결하는 방안이 될 것이다.

다른 한편, 우리나라에서는 이미 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」은 물론이고「근로기준법」과 「교육기본법」에서 다양한 대상 집단에 대한 차별금지 조항을 두고 있다. 그러나 혐오표현이 이 조항만으로 규제될 수 있다고 보기에는 부족한 형태로 입법이 되어 있는 점을 보완하여야 한다. 즉, 현행법 규정에서는 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」을 제외하고는 차별금지(괴롭힘)에 혐오표현이 포함되어 있지 않는 점, 근로와 교육 이외에 재화와 용역의 공급 또는 법령이나 정책 집행 등의 영역에서도 충분하게 차별금지에 관한 입법을 마련하지 않고 있는 점을 개선해 나가야 한다.

이 연구에서는 혐오표현 관련 규범의 적용 대상을 우리나라가 「시민적 정치적 권리에 관한 국제규약(ICCPR)」에 비준을 했다는 점과 2011년의 「의사·표현의 자유의 보호와 증진을 위한 특별보고관의 보고서」, 2019년 UN 총회의 「의견과 표현의 자유권 증진 및 보호 보고서」를 근거로 하여 우선적인 혐오표현 규제의 대상은 ‘민족, 인종, 종교’로 설정하는 것이 타당할 것이라고 하였다. 또한 어떤 표현의 내용과 효과가 나타날 때에 혐오표현으로 규제할 수 있는가에 대해서는 혐오표현의 내용에 관한 요건으로 ‘모욕, 비방, 혐오’ 등을 들 수 있다고 하였다. 그리고 표현의 효과에 관해 규율하는 다양한 방식 중에서 시민적 정치적 권리에 관한 국제규약(ICCPR)」 제20조 제2항이 “차별, 또는 폭력의 선동

이 될"이라는 효과 발생을 명시하고 있음을 근거로 발생되는 효과에 대해서는 엄격한 판단(strict tests)을 하여야 한다고 했다. 즉, 민족, 인종, 종교를 대상으로 하는 단순한 모욕·비하 발언이 있었다고 해서 혐오표현으로써 규제될 수 있는 것이 아니라 엄격한 의미에서의 부정적 효과들(차별, 적의, 폭력 등의 선동)이 인정될 수 있을 때에만이 규제되는 혐오표현에 해당될 것이며, 이러한 부정적 효과들에 대한 판단도 실질적 위험이 있는 경우에 규제 가능한 표현으로 보아야 한다고 언급하였다. 마지막으로 공론에 기여할 목적으로 하는 표현 또는 정치적 표현, 학문적, 예술적, 과학적 목적의 발언은 혐오표현 규제 조항의 적용 예외사항이 되어야 할 것이며, 추후 성적 지향에 관한 혐오표현 입법이 마련된다면 필연적으로 종교적 표현은 예외 사유가 되어야 할 것이다.

Ⅴ. 결론 및 시사점

지금 우리는 4차산업혁명, 코로나 19, 기후변화 등 혼돈의 시기를 겪고 있다. 사회가 불안할수록 갈등과 반목의 수위는 높아지며, 범죄로 확산될 수 있는 위험도 커질 수 있는데, 이 연구는 우리나라에서는 혐오표현이 어떠한 방식으로 규범화되는 것이 바람직한지를 탐색하고자 하였다. 각국의 혐오표현에 대한 규범적인 정의에 있어서 독일, 캐나다, 프랑스, 영국과 미국은 각기 다른 방향성을 지향하고 있고, 일본도 독자적인 방식으로 점차 혐오표현을 규율해나가고 있다. 독일, 캐나다는 혐오표현을 「형법」에 두고 처벌하고 있다. 또한 프랑스는 「언론과 자유에 관한 법」상에 처벌규정을 두어 규율하며, 영국은 혐오표현을「평등법(Equality Act 2010)」상 괴롭힘(harassment)으로, 캐나다는 「형법」 이외에도 「캐나다 인권법(Canadian Human Rights Act)」에서 차별적 관행(discriminatory practice)에 해당하는 것으로 규제하고 있다. 반면에, 미국은 수정헌법 제1조의 표현의 자유의 강한 보호로 인하여 연방의 차별금지에 관한 기본법 성격의 법률에서 혐오표현을 규율하는 것은 거의 불가능하다고 전망된다. 따라서 미국의 경우에는 주별 차별금지법 성격의 법률 및 판례들을 통해서 차별행위를 금지할 따름이다. 그렇다면

우리나라는 세계 각 국의 어떠한 방식을 따라 혐오표현을 규율하여야 하는가? 「형법」상 사실적시 및 허위사실적시 명예훼손과 모욕죄를 두고 있는 우리나라에서 표현의 자유의 내용규제에 해당하는 혐오표현을 「형법」으로 규율하는 것은 표현의 자유의 위축이 매우 우려되는 방식의 접근이다. 또한 우리나라가 최근 2021년 12월 30일에 법무부와 국가인권위원회 공동으로 「인권정책 기본법안」을 제출하였지만, 그렇다고 하여 향후에 영국 또는 캐나다와 같이 인권 기본법적인 성격의 법률에 혐오표현 관련 조항을 둘 수 있을 것인가? 이러한 방안은 바람직하다고 보기만은 어렵다. 왜냐하면 플랫폼의 자율규제에 맡기더라도 80%정도의 혐오표현 감소 효과를 볼 수 있다는 한 연구 결과에서 알 수 있듯이, 온라인상의 혐오표현은 자율규제로서 표현의 자유 보장과 혐오표현으로 인한 사회적 해악 축소를 균형·조화적으로 해결할 수 있을 것으로 기대되기 때문이다.

그러나 개별 차별금지법 성격의 법률에서 표현의 자유 침해를 최소화하는 범위 내의 혐오표현 규제를 두는 “핀셋형 조치”는 필요하다고 보인다. 우리나라에서는 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」은 물론이고「근로기준법」과 「교육기본법」에서 다양한 대상 집단에 대한 차별금지 조항을 두고 있지만, 혐오표현이 이 조항들로 충분히 규제될 수 있다고 보기에는 어렵다. 특히 외국인에 대한 혐오표현 관련 규정이 마련되어 있지 않은데, 현행법의 관련 조항에서 차별금지(괴롭힘)의 일환으로 제한되도록 개정할 수 있을 것이다. 그리고 근로와 교육 이외에도 재화와 용역의 공급 또는 법령이나 정책 집행 등으로 차별금지의 적용영역이 확대되어야 할 필요도 있다.

혐오표현 규범의 적용 대상은 불변의 특징(immutable characteristic)을 가진 특정한 정체성을 공유하는 넓은 범위의 집단이면서, 민족, 인종, 종교를 대상으로 하는 방식, 성적 취향을 포함시키는 방법, 단순히 특정한 집단을 규율하는 방법이 있겠으나, 첫 번째 대상에 대한 혐오표현 규범의 입법을 시작으로 하여야 할 것으로 생각된다. 왜냐하면 우리나라가 「시민적 정치적 권리에 관한 국제규약(ICCPR)」에 비준을 했다는 점과 2011년의 「의사·표현의 자유의 보호와 증진을 위한 특별보고관의 보고서」, 2019년 UN 총회의 「의견과 표현의 자유권 증진 및 보호 보고

서」를 근거로 하여 새로운 혐오표현 규제의 대상은 '민족, 인종, 종교'가 우선되는 것이 국제적 수준에 부합되는 방식이면서도 비교적 빠른 사회적 합의와 수용이 가능할 것으로 보이기 때문이다.

한편, 어떤 표현의 내용과 효과가 나타날 때에 혐오표현으로 규제할 수 있는가에 대해서는 혐오표현의 내용에 관한 요건으로 '모욕, 비방, 혐오' 등을 들 수 있다고 하였다. 그리고 표현의 효과에 관해 규율하는 다양한 방식 중에서는 시민적 정치적 권리에 관한 국제규약(ICCPR)」 제20조 제2항의 "차별, 적의, 또는 폭력의 선동이 될"이라는 규정을 근거로 들어 표현의 자유 위축이 최소화되는 방향으로 해석하는 것이 바람직하다고 판단된다. 따라서 민족, 인종, 종교를 대상으로 하는 단순한 모욕·비하 발언이 있었다고 해서 혐오표현으로 규제될 수 있는 것이 아니고, 엄격한 의미에서의 해악(차별, 적의, 폭력 등의 선동)이 인정되고, 세부적으로는 도발적 언사(fighting words) 정도의 위험이 나타났을 때 규제되는 방식이 적합하다고 판단된다. 마지막으로 공론에 기여할 목적으로 하는 표현 또는 정치적 표현, 학문적, 예술적, 과학적 목적의 발언은 혐오표현 규제 조항의 적용 예외사항이 되어야 할 것이다.

정리하자면, 본 연구는 괴롭힘의 일환으로 혐오표현을 포함시켜 규율하자고 주장하지만, 영국의 「평등법(Equality Act 2010)」이나 「캐나다 인권법(Canadian Human Rights Act)」 같이 인권 기본법상에 규정하는 것이 아니라, 개별 차별금지법 조항에서 규율한다는 큰 차이에 기인하여 영국이나 캐나다의 입법 방식과는 다른 것을 의미한다. 한편, 국제 상호주의에 따르면서도 국제인권을 옹호하는 차원에서 외국인에 대한 혐오표현 제한 입법을 마련하는 것은 우리나라의 현 시점에서 가능하고 바람직한 대안이라고 생각된다. 그러므로 우리나라에서 혐오표현 제한의 입법 필요성은 인정된다고 보이는 바, 개별 차별금지법에서 괴롭힘의 일환으로써 혐오표현 제한 규정을 두되, 표현의 자유 기본권의 위축을 최소화하기 위해서는 미국의 엄격한 판단방법(strict tests)을 적용하자고 제언하였다.

(논문투고일: 2022.8.31, 심사개시일: 2022.9.4, 게재확정일: 2022.9.19)

최경미 · 지성우

혐오표현, 괴롭힘, 차별금지법, 인권정책 기본법안, 시민적 정치적 권리에 관한 국제규약

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

John E. Nowak/ Ronald D. Rotunda 저/ 이부하 역, 「표현의 자유와 미국헌법」, 한국학술정보(주), 2007

모로오카 야스코/ 조승미·이혜진 역, 「증오하는 입-혐오발언이란 무엇인가」, 오월의봄, 2015

시난 아랄/엄성수 역, 「하이프 머신-소셜 미디어는 인류를 어떻게 바꿔 놓았나?-」, 쌤앤파커스, 2022

심석태, 「사례와 쟁점으로 본 언론법의 이해」, 컬쳐룩 미디어 총서, 2016

양천수 편, 「코로나 시대의 법과 철학」, 박영사, 2021

제러미 월드론/홍성수·이소영, 「혐오표현, 자유는 어떻게 해악이 되는가?」, 도서출판 이후, 2017

홍성수, 「말이 칼이 될 때」, 어크로스, 2019

Robert Post(edited by Ivan Hare and James Weinstein), 「Extreme Speech and Democracy」, Oxford University Press, 2009

Ⅱ. 논문

김민정, "일베식 '욕'의 법적 규제에 대하여-온라인상에서의 혐오 표현에 대한 개념적 고찰", 언론과 법 제13권 제2호, 2014, 131-163면

김연진·지성우, "일본에서의 혐오표현 규제에 관한 연구", 성균관법학, 제32권 제4호, 2020, 165-209면

김영진, "성소수자의 성적지향에 따른 고용차별-미국 연방대법원 Bostock v. Clayton County 판결의 평석을 중심으로-", 외법논집 제45권 제1호, 2021, 49-75면

김종헌·이승길, "차별금지법안의 쟁점과 개선방안", 사회법연구 제42권, 2020, 383-444면

김지혜, "모욕적 표현과 사회적 차별의 구조: 일상의 언어와 법적 접근 방향", 법과 사회, 55호, 2017, 1-29면

_____, “차별선동의 규제-혐오표현에 관한 국제법적 비교법적 검토를 중심으로”, 법조, Vol.708, 2015, 36-77면

박아란·양정애, “혐오표현과 여성혐오에 대한 인식”, 미디어 이슈, 2권 7호, 2016, 1-15면

박용숙, “미국에서의 증오표현행위의 규제에 관한 판례 경향”, 강원법학 제41권, 2014, 467-509면

박지원, “혐오표현의 제재 입법에 관한 소고”, 미국헌법연구 제27권 제3호, 2016, 103-136면

박현아·이재진, “온라인게임 공간의 혐오표현 규제 가능성-시론적 연구-”, 언론과법, 18(2), 2019, 225-263면

배연관, “인터넷상의 증오발언에 관련된 법적 문제점에 관한 고찰”, KHU 글로벌 기업법무 리뷰 제8권 제1호, 2015, 163-198면

성중탁, “Hate Speech에 대한 비교법적 검토와 우리 법제의 대응방향”, 세계헌법연구 24권1호, 2018, 149-177면

심경수, “증오언론(Hate Speech)과 십자가 소각(Cross Burning)에 관한 판례 경향”, 미국헌법연구 제18권 제1호, 2007, 39-80면

이상경, “온라인 혐오표현 등 혐오표현의 새로운 양상에 관한 연구”, 헌법재판연구, 제4권 제2호, 2017, 123-147면

이상현, “성적지향을 포함한 차별금지법안에 대한 비판적 접근 : 영미법제 연구를 중심으로”, 법학논총(숭실대), 제39집, 161-194면

이승현, “혐오표현 규제에 대한 헌법적 이해”, 공법연구 제44권 제4호, 2016, 133-166면

이재진, “가상공간에서의 혐오표현의 문제-미국의 경우를 중심으로-”, 사이버커뮤니케이션학보 통권 제6호, 2000, 104-146면

이정념, “2016년 유럽연합의 불법 온라인 혐오발언에 대응하기 위한 행동기준(Code of Conduct on Countering Illegal Hate Speech Online)이 지니는 법적 의미와 쟁점 검토”, 법과 사회 제53권, 2016, 137-157면

_____, “온라인 혐오표현과 의사표현의 자유-유럽인권재판소의 최근 판결을 중심으로-”, 저스티스, 제153권, 2016, 37-56면

_____, “혐오범죄의 형사법적 규율에 관한 제언 - 미국의 혐오범죄예방법(Hate Crimes Prevention Act) 및 혐오범죄통계법(Hate Crime

Statistics Act)을 중심으로", 경찰법연구, 2011, 제9권 제2호, 249-274면

이주영, "혐오표현에 대한 국제인권법적 고찰", 국제법학회 논총 제60권 제3호, 2015, 195-227면

이준일, "혐오표현과 차별적 표현에 대한 규제의 필요성과 방식", 고려법학, 제72호, 고려대학교 법학연구원, 2014, 65-90면

전학선, "프랑스에서 인터넷상의 혐오표현에 대한 규제- 헌법재판소 2020. 6. 18. 아비아법률 결정을 중심으로 -", 외법논집 제44권 제3호, 2020, pp.51-78면

조규범, "헌법상 혐오표현 규제 가능성과 입법방향", 법학논총 제24권 제3호, 2017, 141-171면

조소영, "표현의 자유의 현대적 쟁점에 대한 헌법적 고찰-온라인에서의 적의적 표현행위(Hate Speech)에 대한 규제를 중심으로-", 공법연구 제45집 제1호, 2016, 239-262면

지성우, "독일의 혐오표현 관련 규범 및 판례에 대한 헌법적 평가", 성균관법학, 제31권 제4호, 2019, 407-444면

한상희, "헌법의 눈으로 본 차별금지법-혐오표현의 문제와 함께-", 민주법학, 통권 74호, 2020, 149-196면

한위수, "혐오표현의 규제에 대한 인권법적 고찰-국제조약상 입법화 의무를 중심으로-", 법학논집, 30, 2019, 141-200면

Eshwar Chandrasekharan et al., "You Can't Stay Here: The Efficacy of Reddit's 2015 Ban Examined Through Hate Speech", Proceedings of the ACM on Human Computer Interaction 1, no. 2, 2017, p.1-22, http://eegilbert.org/papers/cscw18-chand-hate.pdf

Evelyn Aswad, "The Role of U.S. Technology Companies as Enforcers of Europe's New Internet Hate Speech Ban", HRLR Online 1, no. 1, Fall 2016, pp. 1-14

Lynn Adelman; Jon Deitrich, "Extremist Speech and the Internet: The Continuing Importance of Brandenburg", Harvard Law and Policy Review 4, no. 2, Summer 2010

Nadine Strossen, "Regulating Racist Speech on Campus: A Modest

Proposal", Duke Law Journal 1990, no. 3, June 1990

Ⅲ. 연구보고서·학술대회

박미숙· 추지현, "혐오표현의 실태와 대응방안", 형사정책연구원 연구총서, 2017

국가인권위원회, "혐오표현 실태조사 및 규제방안 연구", 2016년도 인권상황 실태조사 연구용역보고서, 2016

국가인권위원회, "혐오표현(Hate Speech) 리포트", 2019.10.

김대엽·김주민 역, "혐오표현 해설", 서울대학교 인권센터, 2015

대법원 국제인권법연구회 회원 공동집필, "국제인권법의 국내이행과 법원", 대법원·법무부 국제인권법연구회 공동학술대회, 2013, 3-90면

자유권규약위원회 일반논평 18호(1989): 차별금지, 유엔 인권조약기구 일반논평 및 일반권고, 2021, 국가인권위원회

홍성수, "표현의 자유의 한계: 혐오표현 규제의 정당성과 방법", 대법원·법무부 국제인권법연구회 공동학술대회, 2013, 276-317면

ARTICLE 19, "Towards an interpretation of article 20 of the ICCPR: Thresholds for the prohibition of incitement to hatred Work in Progress, organized by the Office of the High Commissioner for Human Rights", Vienna, 8-9 February 2010.

Frank La Rue, "Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression", A/HRC/17/27, 2011.5.16.

Ⅳ. 신문기사

"최근 5년간 '일베', '워마드' 등의 차별·비하 표현 6,500건 달해", 디지털투데이, 2019. 09. 25.

"미 성소수자 권리 확대법안 하원 통과…고용·주거 등 차별금지", 연합뉴스, 2021.02.26.

“미 대법, 만장일치로 “가톨릭 기관의 성소수자 차별은 정당””, 경향신문, 2021.06.18.

“미국 대법원 “직장내 성소수자 차별 금지””, 한겨레, 2020.06.16.

“Antisemitic Incidents Set All-Time High in US in 2021”, Vocie of America, April 26, 2022

“숙대 트랜스젠더 합격생 결국 입학 포기-신상유출 등 무서움 컸다-”, 한겨레, 2020. 02. 07

Abstract

A Study on the Concept and Criteria of Hate Speech

This thesis was written for the purpose of researching how it is desirable to standardize hate speech in Korea. There are differences in the way European countries such as Germany, France, and the United Kingdom regulate hate speech in the United States, Canada, and Japan. In Germany, France, and Canada, hate speech is punishable under the “Criminal Code”. In addition, the UK and Canada regulate hate speech as part of ‘harassment’ under the Equality Act 2010 and the Canadian Human Rights Act, respectively. Then, in what ways should Korea regulate hate speech in each country in the world? In Korea, where there are defamation of facts, defamation of false facts and insults under the 「Criminal Law」, it is concerned that the restriction of the freedom of expression will be weakened by the 「Criminal Law」.

Also, on December 30, 2021, the Republic of Korea recently submitted the ‘Basic Act on Human Rights Policy’ jointly with the Ministry of Justice and the National Human Rights Commission. However, it is difficult to say that it is desirable to ask if, in the future, provisions related to hate speech can be placed in laws that are fundamental to human rights such as the United Kingdom and Canada. Because, as one study shows that 80% of hate speech can be reduced even if it is left to the platform's self-regulation, it is desirable that hate speech online go in the direction of self-regulation.

However, offline hate speech regulation is not unnecessary. Even in the United States, where it is predicted that it is almost impossible to regulate hate speech in laws with the nature of the Basic Human Rights Act, offline hate speech is indirectly regulated as part of harassment through various

federal and state anti-discrimination laws and precedents. In Korea, as well as the 「Act on the Prevention of Discrimination against Persons with Disabilities」, the 「Labor Standards Act」 and 「Basic Education Act」 have provisions against discrimination against various target groups. However, the legislation is insufficient to believe that hate speech can be regulated by this article. In addition, other than labor and education, legislation on anti-discrimination has not been sufficiently prepared in each area such as ‘supply of goods and services’ or ‘enforcement of laws and policies’.

On the other hand, it is most appropriate to set the subject of hate speech related norms as "ethnic, race, and religion" in accordance with the 2011 Special Rapporteur's Report on the Protection and Promotion of Freedom of Mind and Expression, as Korea ratified the International Covenant on Civil and Political Rights.

In addition, regarding the content and effect of a certain expression that can be regulated as hate speech, it is said that ‘insults’, ‘depreciation’, ‘slander’, and ‘hate’ can be placed as the requirements for the content of hate speech. And, among the various ways of regulating the effect of expression, Article 20(2) of the International Covenant on Civil and Political Rights defines ‘discrimination’, ‘hostility’, ‘violence’ is specified. Finally, it concluded that hate speech would be regulated only when negative effects(discrimination, hostility, violence, etc.) in a strict sense can be recognized. ‘political expression’ and ‘remarks for academic, artistic, scientific purposes’ should be an exception to the application of the hate speech regulation clause.

Choikyungmi · Jiseongwoo

Hate Speech, Harassment, Anti-Discrimination Law, Bill of Human Rights Policy, International Covenant on Civil and Political Rights

성균관대학교 법학연구원『성균관법학』 10.17008/skklr.2022.34.3.002
제34권 제3호(2022. 9.)
Sungkyunkwan Law Review Vol.34. No.3 (September 2022) pp. 39 - 61

자동화된 의사결정과 행정절차법에 관한 검토

김민호*
윤금낭**

【목 차】

Ⅰ. 서론

Ⅱ. 자동화된 의사결정에 관한 검토
1. 자동화된 의사결정 개요
2. 완전히 자동화된 의사결정
3. 논의되는 쟁점

Ⅲ. 해외 주요국의 입법례
1. 독일
2. 미국
3. 시사점

Ⅳ. 행정절차법 상에서의 검토
1. 처분의 사전 통지
2. 처분의 이유 제시
3. 처분의 방식
4. 처분 오류에 따른 책임 및 배상

Ⅴ. 결론

* 주저자, 성균관대학교 법학전문대학원 교수
** 교신저자, 성균관대학교 일반대학원 행정법 전공 박사과정

【국 문 요 약】

전 세계적으로 인공지능(AI), 블록체인, 빅데이터 등 정보통신기술(ICT)이 사회경제학적 발전의 핵심적인 요소로 대두되는 4차산업혁명이 큰 이슈가 되고 있다. 우리나라도 4차산업혁명의 변화에 대응하기 위해 국가 단위의 발전 전략을 마련하고 있다. 초연결시대에서는 산업, 행정, 문화영역의 데이터의 수가 폭발적으로 증가하고, 인공지능이 이러한 데이터를 스스로 학습하여 인간의 육체노동을 대체할 뿐만 아니라, 지적 판단기능도 수행이 가능해진다. 이에 따라 인공지능은 각국의 행정에까지 사용되고 있으며, 우리나라도 국가의 행정에 점점 진화되는 자동화된 시스템을 사용하기 위해 행정기본법에 그 근거를 마련했다. 이렇듯 많은 국가들이 행정에 자동화된 시스템을 도입하고, 자동화된 시스템에 의한 의사결정 영역을 넓혀가고 있다.

이러한 상황에서 특히 행정작용의 중심으로서 중요개념으로 인지되는 행정행위(처분)에 대해 절차적으로 검토할 필요가 있다. 따라서 본 논문에서는 행정기본법에 근거한 자동화된 의사결정에 대한 개념과 근거, 완전히 자동화된 의사결정, 비교법적 고찰로서의 해외 주요국 입법사례, 행정절차법상 쟁점 등을 중점적으로 검토해 본다.

Ⅰ. 서론

전 세계적으로 인공지능(AI), 블록체인, 빅데이터 등 정보통신기술(ICT)이 사회경제학적 발전의 핵심적인 요소로 대두되는 4차산업혁명[1]이 큰 이슈가 되고 있으며, 우리나라도 이에 발맞춘 국가 단위의 전략을 수립[2]했다. 특히, 코로나 19의 시대를 지나며 사람들은 점차 생활영역에

1) 정준화, “4차 산업혁명 시대, 일상의 디지털 전환이 초래한 사회갈등의 현황과 대응 방안”, 국회입법조사처, NARS 입법·정책 Vol.104, 2022.3, 3면; ‘4차 산업혁명’은 2016년 1월 ‘4차 산업혁명의 이해(Mastering the Fourth Industrial Revolution)를 주제로 스위스 다보스(Davos)에서 열린 제46회 세계경제포럼을 통해 전 세계에 소개되었다.

2) 과학기술정보통신부, “인공지능(AI) 국가전략 발표, 대한민국정책브리핑, 2019; 관계부처 합동,

서의 비대면 방식을 선호하고, 이를 가능하게 하는 기술에 열광하고 있다. 감염병으로 인해 대면이 부담스러운 상황에서 인간의 직무영역을 대신해 줄 수 있는 인공지능은 특히 그 발전 가능성을 무한대로 보고, 관련 시장규모도 가파르게 성장하고 있다.[3] 초연결시대에서는 산업, 행정, 문화영역의 데이터의 수가 폭발적으로 증가하고, 인공지능이 이러한 데이터를 스스로 학습하여 인간의 육체노동을 대체할 뿐만 아니라, 지적 판단기능도 수행이 가능해진다.[4] 이러한 인공지능은 각국의 행정에까지 사용되고 있다.

독일, 미국 등 해외 주요국에서 행정의 영역에 자동화된 시스템을 도입하고 있으며, 우리나라도 국가의 행정에 점점 진화하는 자동화된 시스템을 사용하기 위해 행정기본법에 그 근거를 마련했다. 이렇듯 점점 많은 국가들이 행정에 자동화된 시스템을 도입하고, 자동화된 시스템에 의한 의사결정 영역을 넓혀가고 있다. 행정의 자동화된 의사결정이란, 기존의 사람이 하던 행정행위 전반에 걸친 의사결정을 자동화된 시스템(컴퓨터, 로봇 등)이 대신 하는 것을 의미한다. 이는 완전 자동화된 의사결정과 비교해서 검토해 볼 수 있다. 완전 자동화된 의사결정은 인간의 개입 없이 인공지능 스스로가 알고리즘을 수정하여 발전시킬 수 있다는 점에서 결이 다르고, 논의해야 할 쟁점이 다르다고 볼 수 있다. 특히 행정법은 행정작용의 중심으로서 중요개념으로 인지되는 행정행위(처분)에 대해 AI(로봇)가 자동적으로 의사결정을 할 수 있는지 여부가 중요하다[5]고 볼 수 있다.

이하에서는 우리 행정기본법에 근거한 자동화된 의사결정에 대한 개념과 근거, 완전히 자동화된 의사결정, 비교법적 고찰로서의 해외 주요국 입법사례, 행정절차법상 쟁점 등을 중점적으로 검토해 본다.

사람이 중심이 되는 인공지능을 위한 신뢰할 수 있는 인공지능 실현 전략(안), 2021 https://www.korea.kr/news/pressReleaseView.do?newsId=156366736(최종방문 2022.8.18.)

3) 통계청, “AI(인공지능) 산업 통계 개발”, 통계청(통계교육원) 홈페이지 http://sti.kostat.go.kr/window/2021a/main/2021_sum_03.html(최종방문, 2022.8.18.)

4) 관계부처 합동, 4차 산업혁명 대응계획, 2017, 16면.

5) 김중권, “인공지능시대에 완전자동적 행정행위에 관한 소고”, 법론, 2017.6, 148면.

Ⅱ. 자동화된 의사결정에 관한 검토

1. 자동화된 의사결정 개요

"자동화된 행정행위"에 대해 법학분야에서는 "자동화된 행정결정", "행정의 자동결정", "자동적 행정행위"와 같은 개념정의를 사용하고 있다.[6] 즉, 기존의 문헌에서 다양한 용어로 사용되어 왔던 법적 쟁점에 대해 아직까지 명확하게 일치된 용어로 정의된 바는 없는 것으로 보인다. 따라서 본 논문에서는 "자동화된 행정행위"라는 용어정의를 사용하도록 한다.

우리 행정기본법은 인공지능 시대를 맞아 미래 행정 수요에 대비하기 위하여, 행정청은 처분에 재량이 있는 경우를 제외하고 법률로 정하는 바에 따라 완전히 자동화된 시스템으로 처분을 할 수 있도록 규정하고 있다.[7] 이에 따라 완전히 자동화된 시스템에 의한 행정행위의 처분성이 인정된다[8]고 보여진다. 해당 규정에는 완전히 자동화된 시스템이라고 정하면서 '인공지능 기술을 적용한 시스템을 포함한다'라는 문구를 포함시키고 있다. 따라서 '인공지능 기술을 적용한 시스템'에 대해서도 검토해야 할 필요가 있다.

< 행정기본법 제20조 자동적 처분 >

> **제20조(자동적 처분)** 행정청은 법률로 정하는 바에 따라 완전히 자동화된 시스템(인공지능 기술을 적용한 시스템을 포함한다)으로 처분을 할 수 있다. 다만, 처분에 재량이 있는 경우는 그러하지 아니하다.

자동화된 행정행위는 완전히 자동화된 행정행위와 구분하여 살펴볼 수 있다. 자동화된 행정행위는 데이터처리부터 최종 결정까지 전체 결정

6) 진성만, "AI행정에 관한 법제 동향과 시사점", AI TREND WATCH, 2021-23호, 2021.3, 2면.
7) 법제처, 행정기본법 제20조 제정이유(https://www.law.go.kr/LSW/lsInfoP.do?lsiSeq=230457&lsId=&efYd=20210924&chrClsCd=010202&urlMode=lsEfInfoR&viewCls=lsRvsDocInfoR&ancYnChk=0#)
8) 진성만, 앞의논문, 2면.

과정이 자동화되어 있는 행정자동절차에 의해 내려진 결정으로서, 컴퓨터에 의한 학교배정, 공공시설의 사용료결정, 교통신호 등을 비롯한 도로교통상의 조치를 예로 들 수 있다.[9] 이에 반해 완전히 자동화된 행정행위는 인간의 개입 없이 강한 인공지능(Hard AI) 스스로가 알고리즘을 수정하여 발전시킬 수 있다는 점에서 기존의 자동적 행정행위 개념에 대체되는 개념은 아니다.[10]

< 자동화된 행정행위와 완전 자동화된 행정행위 개념 비교 >

자동화된 행정행위	완전히 자동화된 행정행위
· 행정자동절차의 최종산물 · 자동화 절차에 따른 데이터처리에서 부터 최종결정까지 전체적인 결정과정의 결정 · 디지털화에 따라 제한적 조건 하에서 사실상 행정행위에 개입하는 결정	· 다시 '완전 자동화된 행정행위'와 '부분 자동화된 행정행위(=자동장치를 이용하여 발해진 행정행위)'로 구분 · 공무원의 의사결정·사실활동을 보완·대체하기 위해 사물인터넷, 인공지능 등 ICT 기술과 결부된 행위 · 인간의 의사작용이 전혀 개입되지 않은 상태에서 전적으로 자동화 설비만을 통해 발령되는 행정작용

출처: 홍민정·강현호(2019), "지능정보사회에서의 완전자동 행정행위", 성균관법학, 148면

2. 완전히 자동화된 행정행위

완전히 자동화된 행정행위란, 인공지능 기술을 활용한 "자동화된 행정행위"를 의미하며, 행정의 합리성·효율성 향상, 비용 최소화 등 단순하고 반복적으로 행해지는 행정을 중심으로 하고 있다.[11] 다시 말해, 인공지능 기술을 적용한 컴퓨터에 의해 행정이 자동으로 결정되는 것으로서 엄밀하게 검토해 보면 인공지능 기술을 활용하여 공무원이 직접 행정상 결정을 내리는 것과 구분할 수 있지만, 공무원이 개입하더라도 인공지능

9) 김중권, "인공지능시스템에 의한 행정행위가 허용되는가?", 「법제」, 2016.9, 법제처, 3-4면.
10) 홍민정·강현호, "지능정보사회에서의 완전자동 행정행위", 성균관법학, 2019.3, 147-148면.; 김중권, 앞의논문, 154면 재인용.
11) 진성만, 앞의 논문, 2면.

에 의해 이루어진 결정은 그 부분에 한해 인공지능에 의한 행정상 자동결정이 될 수 있다.[12] 우리 행정기본법은 이러한 '인공지능 기술을 적용한 시스템을 포함한다'라고 하고 있으므로, 완전히 자동화된 행정행위 또한 행정행위로서 그 처분성이 인정된다고 볼 수 있다. 이러한 완전히 자동화된 행정행위는 절차를 신속화하는데 그 장점이 있으며, 절차형성에 있어 간단성, 합목적성, 용이성의 원칙을 더 잘 준수하는데 이바지할 수 있다.[13] 반면 관련인을 보호하는 절차권이 제한될 수 있으며, 복잡한 시스템의 경우 그 조종비용이 늘어날 수 있고, 과실이 생겼을 경우 그 절차에 대한 부분이 문제가 되어 단점으로 작용할 수 있다.[14]

완전히 자동화된 행정행위의 핵심은 인공지능이라고 볼 수 있다. 인공지능이란, "인간의 개입과 조작이 통제된 상태에서도 인간의 사고(思考)와 유사한 결과를 도출할 수 있는 컴퓨터 프로그램 혹은 디지털 시스템"을 의미[15]한다. 이러한 인공지능이 인간의 사고와 유사한 결과물을 도출한다고 하더라도 그것이 인간의 통제범위 내에서 발생한 것인지 여부를 기준으로 '약한 인공지능'과 '강한 인공지능'으로 구분할 수 있다.[16] 약한 인공지능은 인간과 같은 자율적 사고와 감성을 갖추고 있다고 할 수 없지만 특정한 분야에서 작업을 수행할 수 있는 것을 의미하고, 강한 인공지능은 인간을 완벽하게 모방하여 자율적 사고와 감성을 갖춘 인공지능을 의미한다.[17] 우리 행정에 사용되는 인공지능은 약한 인공지능으로서 특정한 분야에서 작업을 수행해 낼 수 있는 것을 의미한다고 생각한다. 인간을 완벽하게 모방하여 자율적 사고와 감성을 갖춘 인공지능을 사용한다면 인공지능의 학습과정, 내용 등에 따라 행정에 큰 영향을 미칠 것이기 때문이다.

이러한 인공지능을 활용한 행정은 정책의 입안과 결정 단계에서 특히

12) 김휘식, "인공지능에 의한 행정상 자동결정에 대한 규율과 권리구제", IT와 법연구 제22집, 2021.2, 306면.

13) 김중권, 앞의 논문, 148면.

14) 김중권, 앞의 논문, 148면.

15) 조재혁·나영식, "인공지능 분야 국내외 동향분석 및 투자전략 수립", 한국과학기술기획평가원, 연구보고 2018-035, 2017, 9면.

16) 조재혁·나영식, 앞의 논문, 9면.

17) 김휘식, 앞의 논문, 304면.

효용성이 클 것으로 예상되며, 인공지능이 방대한 데이터를 기반으로 다양한 정보는 연계 및 분석함으로써 인간이 가지는 인지능력의 한계를 뛰어넘어 정책결정의 과학화를 도모함은 물론 평균지향 정책에서 사실기반 정책으로 정밀화할 수 있어 정부혁신의 유력한 수단으로 활용될 것이다.[18]

하지만, 인공지능 알고리즘에 따른 자동결정은 비정형적으로 볼 수 있고, 알고리즘에 의한 복잡한 구조적인 특징이 있기 때문에 결과의 예측이 매우 어려우며, 인공지능을 구성하고 있는 알고리즘의 안전성과 적법성이 확보되지 않은 상태에서 단순 행정자동화와 인공지능에 따른 결정을 동일한 '처분'으로 본다면, 인공지능에 의한 자동화 결정의 타당성을 둘러싼 논란이 지속될 것이다.[19]

3. 논의되는 쟁점

자동화된 행정행위에 대해 개인정보에 대한 이슈, 행정절차상의 이슈, 인공지능 알고리즘의 신뢰성 이슈 등의 쟁점들이 지속적으로 제기되고 있다. 첫 번째로 개인정보 보호 이슈이다. 자동화된 행정행위는 알고리즘에 의한 의사결정을 의미하기 때문에 당연히 개인정보처리를 전제로 하고 있지만, 행정기본법에는 이러한 내용이 포함되어 있지 않고, 우리 개인정보보호법에서도 이러한 정보 주체의 권리는 규정되어 있지 않다.[20] 두 번째로 인공지능 알고리즘의 신뢰성 이슈이다. 앞서 논의했듯이 인공지능은 "인간의 개입과 조작이 통제된 상태에서도 인간의 사고(思考)와 유사한 결과를 도출할 수 있는 컴퓨터 프로그램 혹은 디지털 시스템"으로서 스스로 알고리즘을 통해 학습하고 발전해 나간다. 문제는 이러한 과정에서 사용되는 알고리즘의 불투명성과 정보수집의 편향성으로 인해 신뢰성이 떨어진다는 것이다. 차별이 현존하는 사회의 데이터를 학습하

18) 황종성, "인공지능시대의 정부", 한국정보화진흥원 IF Strategy 보고서 제3권, 2017.6, 12-15면.

19) 정보인권연구소, "행정기본법 제정안 제20조에 대한 반대의견 국회제출", 2020, https://idr.jinbo.net/634(최종방문, 2022.8.18.)

20) 김경환, "인공지능에 의한 행정처분이 가능해졌다." 전자신문(2021.3.3.) https://m.etnews.com/20210302000156(최종방문, 2022.8.18.)

게 되면 편향적인 결과를 내놓기도 하고 개인의 권리를 해치는 결정을 내릴 수도 있다.[21] 이는 인공지능의 학습방식에 대한 문제로서 향후 행정에서의 인공지능의 활용도를 높이기 위해서는 법제도적으로 보완되어야 할 부분이다. 마지막으로 기존 행정절차법과의 정합성 이슈를 논할 수 있다. 본 논문은 많은 쟁점 중 행정절차법을 중심으로 검토한다. 기존의 행정절차법은 행정절차에 관한 공통적인 사항을 규정하는데 있어 전통적인(공무원 등 사람이 주체가 되는 법률규정) 의미로 해석할 수 있다. 따라서 행정절차법을 개정하여 자동화된 의사결정 부분을 반영하는 방법이든, 자동화된 의사결정에 대한 별도의 행정절차를 마련하는 방법이든 어떤 식으로든 보완하는 방법이 필요하다고 생각한다.

Ⅲ. 해외 주요국의 입법례

1. 독일

독일은 1970년대부터 전자적 행정행위를 시작으로 자동화된 행정행위에 대한 실체법적 규율을 지속적으로 발전시켜왔으며, 최근에는 연방행정절차법의 개정을 통해 완전히 자동화된 행정행위의 법적근거를 마련했다.[22]

독일 연방행정절차법 제35조a조는 완전히 자동화된 행정행위에 관해 규율하고 있다. 즉, 법규정이 허용하거나 재량이나 판단여지가 없는 한, 행정행위가 완전히 자동화된 장치로 발급될 수 있다고 규정하고 있다.[23] 해당 규정에서는 기존에 확립된 개념인 '자동장치(automatische Einrichtungen)'를 채용하였는데, 이는 다른 인간적 영향이 미치지 않게 기능하는 기계장치, 즉 컴퓨터를 사용하는 것을 의미한다.[24]

---

21) 박태우, "투명성·공정성·신뢰성...AI 면접 믿을 만할까?" 한겨레21(2020.10.23.) https://h21.hani.co.kr/arti/economy/economy_general/49403.html (최종방문, 2022.8.18.)

22) 최승필, "공행정에서 AI의 활용과 행정법적 쟁점; 행정작용을 중심으로", 공법연구, 제49집 제2호, 2020.12, 212면.

23) 정남철, "인공지능 시대의 도래와 디지털화에 따른 행정자동결정의 법적 쟁점; 특히 행정기본법상 자동적 처분의 문제점을 중심으로", 공법연구 제50집 제2호, 2021.12, 234면.

24) 김중권, 앞의 논문, 159면.

< 독일 연방행정절차법(VwVfG) 제35a조 >

§35a (Vollstäig automatisierter Erlass eines Verwaltungsaktes)
Ein Verwaltungsakt kann vollständig durch automatische Einrichtungen erlassen werden, sofern dies durch Rechtsvorschrift zugelassen ist und ㉢ weder ein Ermessen noch ein Beurteilugsspielraum besteht.

제35a조(행정행위의 완전자동 발령)
행정행위는 법이 허용하고 재량이나 재량권이 없는 경우 완전히 자동적인 수단으로 발령될 수 있다.

출처: 독일 연방 법무부(http://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/BJNR012530976.html)

또한 제24조(조사의 원칙) 제1항을 보면 행정청이 행정행위를 발하기 위해 자동장치를 사용할 때에는, 행정청은 당사자와 관련된 중요한 사실정보를 고려해야 함을 규정하고 있다.

< 독일 연방행정절차법(VwVfG) 제24조 >

§ 24 (Untersuchungsgrundsatz)
(1) Die Behörde ermittelt den Sachverhalt von Amts wegen. Sie bestimmt Art und Umfang der Ermittlungen; an das Vorbringen und an die Beweisanträge der Beteiligten ist sie nicht gebunden. Setzt die Behörde automatische Einrichtungen zum Erlass von Verwaltungsakten ein, muss sie für den Einzelfall bedeutsame tatsächliche Angaben des Beteiligten berücksichtigen, die im automatischen Verfahren nicht ermittelt würden.

§ 24 (조사원칙)
… 당국이 행정행위를 발령하기 위해 자동장치를 사용하는 경우, 자동절차에서 결정되지 않은 당사자와 관련된 중요한 사실 정보를 사례별로 고려해야 한다.

출처: 독일 연방 법무부(http://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/BJNR012530976.html)

한편, 독일은 행정절차법 제정 당시부터 컴퓨터행정행위를 중심으로 서면형식, 청문, 이유제시 등과 관련하여 자동장치를 이용하여 발해진 행정행위에 대해 서면형식, 이유제시 및 청문과 관련한 절차완화를 규정하였는데, 즉, 일반규율과 달리 행정청장의 서명과 이름표기를 하지 않을

수 있고, 첨부된 설명에서 그 의미가 분명하면 내용진술에서 약식표현(숫자, 알파벳표시, 상징 등)을 사용할 수 있고, 개별적 사건의 상황에서 특별히 요청되지 않으면 근거를 명시하지 않을 수 있으며, 사전 청문을 요하지 않도록 규정하고 있다.(제28조, 제37조, 제39조 등)[25] 하지만 이러한 규정들도 침익적 행정작용에 있어서는 행정절차법상 사전통지 및 의견제출절차 또는 청문을 거치도록 하고 있으며, 이를 위반할 경우 위법하여 취소할 수 있도록 하고 있다.[26] 다만 우리 행정기본법 제20조에 대한 행정절차법 적용 논의가 지속되듯이, 독일에서도 전통적인 행정절차법을 완전 자동화된 행정행위에 그대로 적용할 수 있는가에 대한 논의가 지속[27]되고 있으며, 명확하게 규정되어 있지는 않는 것으로 보인다.

< 전통적인 행정행위에 적용되는 행정절차법 조문 >

§ 28 Anhörung Beteiligter
(2) Von der Anhörung kann abgesehen werden, wenn sie nach den Umständen des Einzelfalls nicht geboten ist, insbesondere wenn
4. die Behörde eine Allgemeinverfügung oder gleichartige Verwaltungsakte in größerer Zahl oder Verwaltungsakte mit Hilfe automatischer Einrichtungen erlassen will;
제28조 이해관계자의 청문회
② 개별 사건의 상황에 따라 생략될 수 있는 경우
4. 당국이 상당한 수의 일반명령 또는 이와 유사한 행정행위 또는 자동장비를 사용하는 행정행위를 발령하고자 하는 경우

§ 37 Bestimmtheit und Form des Verwaltungsaktes; Rechtsbehelfsbelehrung
(5) Bei einem schriftlichen Verwaltungsakt, der mit Hilfe automatischer Einrichtungen erlassen wird, können abweichend von Absatz 3 Unterschrift und Namenswiedergabe fehlen. Zur Inhaltsangabe können Schlüsselzeichen verwendet werden, wenn derjenige, für den der Verwaltungsakt bestimmt ist oder der von ihm betroffen wird, auf Grund der dazu gegebenen Erläuterungen den Inhalt des Verwaltungsaktes eindeutig erkennen kann.
제37조 행정행위의 확정성과 형식
⑤ 자동장비에 의한 행정행위의 경우에는 위3항에서 요구하는 서명과 성명을

25) 김도승, "인공지능 기반 자동행정과 법치주의", 미국헌법학회 제30권 제1호, 2019.4, 119면.
26) 최승필, 앞의 논문, 219면.
27) 최승필, 앞의 논문, 219면.

생략할 수 있다. 행정행위의 대상 또는 영향을 받는 자가 주어진 설명을 통해 내용을 명확하게 이해할 수 있는 경우 내용을 표시하기 위해 기호를 사용할 수 있다.

§ 39 Begründung des Verwaltungsaktes
(2) Einer Begründung bedarf es nicht,
3. wenn die Behörde gleichartige Verwaltungsakte in größerer Zahl oder Verwaltungsakte mit Hilfe automatischer Einrichtungen erlässt und die Begründung nach den Umständen des Einzelfalls nicht geboten ist;
제39조 행정행위의 정당성
② 정당화가 요구되지 않는 경우
3. 당국이 자동장비를 이용하여 상당한 수의 동일한 행정행위를 발령하고 개별 사례가 정당화 할 필요가 없는 경우

출처: 독일 연방 법무부(http://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/BJNR012530976.html), 세계법제정보센터 독일 행정절차법(영문본)

2. 미국

인공지능 기술을 선도하는 국가 중 하나인 미국에서는 연구개발은 정부를 중심으로 하고, 나머지는 민간 분야에 맡기는 방향으로 정책을 추진하고 있다.[28] 미국에서 논의되는 알고리즘 자동행정결정은 알고리즘을 활용한 행정결정의 가능과 절차적 문제, 활용에서 나타나는 규제이론상의 문제에 초점이 맞춰져 있어 유럽이나 우리나라에서 주로 논의되고 있는 완전자동행정결정과 처분성 또는 국가배상 인정여부에 관한 논의와 초점이 다르다.[29] 즉, 미국의 알고리즘 자동행정결정은 데이터에 기반한 알고리즘 자동행정결정의 가능성과 규제 타당성, 투명성 및 신뢰성 증진 문제, 불확실한 편견과 의도치 않은 결과의 발생 가능성, 기본권과 적법절차 침해 가능성 등 알고리즘을 활용한 자동행정행위의 유형과 절차적 정당성 논의가 주된 쟁점으로 논의된다.[30]

미국의 자동행정결정은 1960-1970년대 의사결정 모델 결정에 관하

28) 김휘식, 앞의 논문, 306면.
29) 김재선, "알고리즘 자동행정결정에 대한 행정법적 해석방안에 관한 연구; 미국 행정법상 입법방안 논의를 중심으로", Dankook Law Review Vol.45 No3, 2021.9, 83면.
30) 김재선, 앞의 논문, 83면.

여 연구한 허버트 사이먼(Herbert Simon)에 의해 모델화 되었는데, 문제 상황을 감지(sensing)하고, 문제해결을 위한 정책을 구조화(policy structuring)하고, 해결방안을 모색(solving)하는 과정에서 정책결정과정을 지침화(메뉴얼을 통한 지침 작성)하여 행정결정에 이를 수 있으며, 이 경우 행정청은 시간 및 비용적 한계, 정보의 양과 질, 행정청으로서의 본질적 성격, 행정행위의 목적적 요소, 대안모색, 행정청의 결정 능력 등을 고려해야 한다.[31]

미국은 최근 자동결정의 경우 이유부기 측면에서 조건없는 반대사실에 대한 설명(unconditional counter-factual explanations)을 요구할 권리를 인정하고 있으며, 이를 통하여 국민의 행정결정에 대한 정보접근권을 확대하고 있다.[32]

한편, 뉴욕시 행정법전에 따르면 데이터 처리 시스템을 사용하는 경우에 한하여 자동행정결정이 가능하도록 규정하고 있으며, 제502조 공공데이터셋의 접근가능성에서 자동행정결정의 전제가 되는 데이터 관리 절차와 행정청의 관리의무에 관한 규정을 구체적으로 명시하고 있다.[33]

< 뉴욕시 행정법전 제23절 제5장 제502호 공공데이터셋 접근성 >

New York City Administrative Code 23-502 Public data set availability. b. Such public data sets shall be made available in accordance with technical standards published by the department pursuant to section 23-505 of this chapter and shall be in a format that permits automated processing and shall make use of appropriate technology to notify the public of all updates. (이하 생략) 뉴욕시 행정법전 제23절 제5장 제502조 공공데이터셋 유용성 b. 데이터셋은 동법 제505조에서 규정한 기술표준에 따라 제공되어야 하며, 자동화된 처리를 허용하는 형식이어야 하며, 모든 업데이트 상황을 대중에게 알리기 위해 공개하는데 적절한 기술을 사용하여야 한다.

출처: American Legal Publishing, 뉴욕시 행정법,
https://codelibrary.amlegal.com/codes/newyorkcity/latest/NYCadmin/0-0-0-42733

31) 김재선, 앞의 논문, 97면.
32) 김재선, 앞의 논문, 100면.
33) 진성만, 앞의 논문, 8면.

미국은 연방행정절차법에서 행정규칙의 경우 의견청취절차가 불필요하거나 공익에 반한다는 합리적인 이유가 있는 경우에 의견청취절차를 생략할 수 있으나, 자동적 처분에 관한 의사청취절차의 생략절차는 별도로 규정하지 않고 있다.[34]

3. 시사점

우리 행정기본법 제20조는 독일의 연방행정절차법 제35a조를 모델로 도입했다. 다만 독일이 자동장치를 이용하여 발해진 행정행위에 대한 절차완화를 규정하고, 개별적 사건의 상황에서 특별히 요청되지 않으면 근거를 명시하지 않을 수 있으며, 사전 청문을 요하지 않도록 규정한 것에 비해 국내에서는 아직 이러한 절차에 대한 논의만 지속적으로 이루어지고, 입법은 이루어지지 않고 있다. 따라서 독일에서 이미 이루어진 논의의 쟁점, 시사점 등을 참고하여 국내 행정절차법을 보완하는 방법을 마련해야 할 것이다.

미국의 경우 기존의 우리나라와 논의의 결은 다르지만, 최근 자동결정의 경우 이유부기 측면에서 조건없는 반대사실에 대한 설명을 요구할 권리를 인정하고 있으며, 이를 통하여 국민의 행정결정에 대한 정보접근권을 확대하고 있는 부분은 참고하여 국내 행정절차법에서도 행정결정에 대한 정보접근권을 자동결정에까지 확대할 수 있도록 해야 한다고 생각한다.

Ⅳ. 행정절차법 상에서의 검토

우리 행정절차법은 행정행위(처분)를 할 경우 일정한 절차를 규정하고 있다.[35] 사전통지, 의견청취, 이유제시, 방식, 정정, 고지 등이 그것인데, 우리 행정기본법 제20조와 관련하여 행정절차법과의 관계가 명확히 규정되어 있지 않다. 따라서 인공지능 기술이 적용된 자동적 처분에는

34) 김재선, “미국 행정절차법상 행정입법절차와 그 사법적 통제”, 행정법학, 제17권, 2019.9, 9면.

35) 행정절차법 제26조(고지) 행정청이 처분을 할 때에는 당사자에게 그 처분에 관하여 행정심판 및 행정소송을 제기할 수 있는지 여부, 그 밖에 불복을 할 수 있는지 여부, 청구절차 및 청구기간, 그 밖에 필요한 사항을 알려야 한다.

그 기능이나 본질에 비추어 절차적 권리가 충분히 보장되지 않을 수 있으며, 인공지능의 편견이나 차별 등에 의해 왜곡된 행정결정이 내려질 수도 있다.[36] 하지만, 자동적 처분도 행정행위로서 행정법의 이러한 원칙을 적용해야 할 것이[37]라는 의견도 있다. 행정기본법상 처분개념과 행정절차법상 처분개념에 차이가 없는 이상 행정절차법 상 규정된 주요 규정들(사전통지, 이유제시 등)의 적용이 배제될 수는 없고, 다만, 개별 자동적 처분의 성격을 고려하거나 실질적 형평을 기하기 위하여 절차를 차별화 또는 보완할 필요성은 있다.[38]

< 자동적 처분 관련 행정절차법 상 고려되어야 하는 규정 >

행정절차법상 관련 조문	내용
제21조 (처분의 사전 통지)	① 행정청은 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 다음 각 호의 사항을 당사자등에게 통지하여야 한다.
제22조(의견청취)	② 행정청이 처분을 할 때 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 공청회를 개최한다.
제23조 (처분의 이유 제시)	① 행정청은 처분을 할 때에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 한다.
제24조(처분의 방식)	① 행정청이 처분을 할 때에는 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 문서로 하여야 하며, 전자문서로 하는 경우에는 당사자등의 동의가 있어야 한다. 다만, 신속히 처리할 필요가 있거나 사안이 경미한 경우에는 말 또는 그 밖의 방법으로 할 수 있다.

36) 정남철, 앞의 논문, 241면.

37) 김대인, “행정기본법과 행정절차법의 관계에 대한 고찰”, 법제연구 제59호, 2021.6, 19면.; 자동적 처분이 불이익처분에 대해서 인정될 경우도 있다는 점, 독일과 달리 기속행위에 대해서도 우리나라 판례나 학설은 절차상 하자를 독립적인 취소사유로 보고 있다는 점 등을 고려할 때 자동적 처분이라고 하더라도 원칙적으로 행정절차법상의 사전통지, 의견청취 등을 거쳐야 할 것으로 보인다.

38) 권은정, “자동적 처분의 행정법적 제 문제; 처분의 형식·절차 및 구제에 관한 쟁점을 중심으로”, 법학논총 제38권 제3호, 2021, 96면.

제27조(의견제출)	① 당사자등은 처분 전에 그 처분의 관할 행정청에 서면이나 말로 또는 정보통신망을 이용하여 의견제출을 할 수 있다.
제33조(증거조사)	제33조(증거조사) ① 청문 주재자는 직권으로 또는 당사자의 신청에 따라 필요한 조사를 할 수 있으며, 당사자등이 주장하지 아니한 사실에 대하여도 조사할 수 있다.

출처: 권은정(2021), “자동적 처분의 행정법적 제 문제; 처분의 형식·절차 및 구제에 관한 쟁점을 중심으로”, 법학논총 제38권 제3호, 96면 재구성

1. 처분의 사전 통지

행정절차법 제21조는 처분의 사전 통지에 대해 규정하고 있다. 행정청은 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분(침익적 처분)을 하는 경우에는 미리 법률로 정한 사항[39]을 당사자등에게 통지하여야 한다. 행정법원도 ‘처분의 사전통지 및 의견제출제도(제22조 제3항[40])는 행정청이 당사자에게 침익적 행정처분을 함에 있어 그 처분의 사유에 대하여 당사자에게 변명과 유리한 자료를 제출할 기회를 부여함으로써 위법사유의 시정가능성을 고려하고 처분의 신중과 적정을 기하려는 데 그 취지가 있으므로, 행정청이 침익적 행정처분을 함에 있어 사전통지 등을 실시하지 않아도 되는 예외적인 경우에 해당하지 않는 한 반드시 위 절차를 거쳐야 하고, 이를 결여한 처분은 위법한 처분으로서 취소대상에 해당한다.’[41] 고 판단하여 침익적 행정처분에 대한 사전 통지의 절차적 정당성을 명확히 하고 있다. 한편, 행정절차 상 사전 통지 예외 사유도 행정절차법에 명시[42]되어 있는데, 자동적 처분이 절차법상에서 정한 사

39) 행정절차법 제21조 제1항 각호, 1.처분의 제목, 2. 당사자의 성명 또는 명칭과 주소, 3. 처분하려는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거, 4. 제3호에 대하여 의견을 제출할 수 있다는 뜻과 의견을 제출하지 아니하는 경우의 처리방법, 5. 의견제출기관의 명칭과 주소, 6. 의견제출기한, 7. 그 밖에 필요한 사항

40) 행정절차법 제22조 제3항 행정청은 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 할 때 제1항 또는 제2항의 경우 외에는 당사자등에게 의견제출의 기회를 주어야 한다

41) 서울행정법원 2009.7.23., 선고 2009구합3248

42) 행정절차법 제21조 제4항 각호, 1. 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우, 2. 법령등에서 요구된 자격이 없거나 없어지게 되면 반드시 일정한 처분

전 통지의 예외사유에 해당된다고 보기는 어려울 것이다. 다만, 자동적 처분의 형식에 비추어 볼 때, 절차법상 사전 통지 규정을 그대로 적용하는 것도 적합하지 않고, 침익적 처분의 사전통지가 당사자의 의견제출을 위한 절차라는 점을 감안하여, 자동적 처분에 관한 통지 내용과 방식을 별도로 규정할 필요가 있을 것이다.[43]

2. 처분의 이유 제시

행정절차법 제23조는 법에서 정한 경우를 제외하고는 처분의 근거와 이유를 제시하도록 하고 있다. 이 때 법에서 정한 경우는 대량행정에서 단순하고 반복적인 처분 또는 경미한 처분에 해당하거나 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우를 말한다(동법 제23조 제1항 각호). 즉, 통상의 경우에는 행정청 등에서 처분을 하게 된 이유 등을 제시하고, 행정청은 사인의 이의제기, 질의 등에 대해 답변할 의무가 있지만 자동화된 행정처분의 경우에는 프로그램에서 판정할 뿐 이에 대하여 인간과 같이 이유제시를 하기는 어렵다.[44] 하지만, 자동적 행정처분은 처분 시점의 관계 법령, 로직 등이 적용된 알고리즘 시스템을 통해 발급되는 것이므로, 침익적 처분과 수익적 처분을 불문하고 원칙적으로 시스템에 입력된 개별 데이터와 처분 도출 원리 등이 처분의 이유로서 제시되고 확인되어야 할 필요가 있다.[45]

3. 처분의 방식

행정절차법 제24조는 처분의 방식을 규정하고 있는데, 행정청이 처분을 할 때 다른 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 문서로 하여야 하며, 전자문서로 하는 경우 당사자등의 동의를 필요로 하고 있

을 하여야 하는 경우에 그 자격이 없거나 없어지게 된 사실이 법원의 재판 등에 의하여 객관적으로 증명된 경우, 3. 해당 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우

43) 권은정, 앞의 논문 96면.

44) 박훈민, “전자정부와 자동화된 행정결정에 대한 법도그마틱상 검토필요성”, 행정법 연구, 제52권, 2018.2, 69면.

45) 권은정, 앞의 논문, 100면.

다. 전자문서에 의한 처분은 독일의 전자적 행정행위에 상응하는 것으로서 전자문서의 형식으로 발급되는 행정처분에는 동의를 얻어야 하지만, 대량으로 이루어지는 완전자동화된 처분(행정행위)에는 동의에 관한 예외규정을 마련할 필요가 있다.[46]고 규정하고 있다. 국내법에도 완전히 자동화된 처분에 대해 예외 규정으로서 근거마련을 생각해 볼 시점이라고 생각한다.

4. 처분 오류에 따른 책임 및 배상

완전히 자동화된 행정행위는 사람(공무원)의 판단이 개입되지 않고 인공지능에 의한 자동장치가 직접 결정을 내릴 수 있기 때문에 행정행위의 처분주체가 누구인지에 대한 논란과 더불어, 잘못된 처분으로 인해 피해가 발생했을 경우 그 책임을 누구에게 물을 것인지에 대한 논란이 있을 수 있다. 예를 들어 알고리즘에 따른 신호등이나 스마트운영시스템 등의 오작동으로 인해 차량의 충돌사고가 발생했을 경우, 프로그램을 잘못 설정한 설계자에게 책임을 물을 것인지, 이를 관리하는 행정주체에게 책임을 물을 것인지에 대해 문제가 될 수 있는 것이다.[47] 우리 국가배상법 제2조 제1항은 “국가나 지방자치단체는 공무원 또는 공무를 위탁받은 사인(이하 “공무원”이라 한다)이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입히거나, 「자동차손해배상 보장법」에 따라 손해배상의 책임이 있을 때에는 이 법에 따라 그 손해를 배상하여야 한다.“라고 규정하고 있다. 따라서 행정처분을 한 주체가 인공지능인지, 단순한 프로그램인지를 떠나서 공무원인지 내지는 이에 준하는 위치로 볼 수 있는지를 먼저 판단하여야 하며, 동조에서 고의 또는 과실을 요구하고 있으므로 해당 처분이 과실에 의해 내려진 것인지 먼저 검토해야 할 것이다.[48] 처분의 주체가 공무원으로 인정이 되는지 아닌지, 처분이 고의 또는 과실인지 아닌지에 따라 국가배상을 논할 수 있을 것이다.

---

46) 정남철, 앞의 논문, 231면.

47) 정남철, 앞의 논문, 246면.

48) 박훈민, 앞의 논문, 71면.

Ⅴ. 결론

이상과 같이 국내에서 자동화된 행정행위에 대한 행정절차상의 쟁점에 대해 알아보았다. 국내에서도 자동화된 의사결정에 대해서는 행정기본법 제20조를 근거하여 정당성이 확보되었다고 볼 수 있다. 다만, 자동적 처분에 대한 행정기본법은 그 세부적인 절차에 있어 기존의 행정절차법과의 관계가 아직은 정비되지 않아 이에 대한 논의가 지속되고 있는 상황이다. 이는 행정기본법에 자동적 처분이 도입되는 시점에서 논의되었고, 법에도 명시되어 있듯이 개별법에서 근거입법을 마련하는 등 세부적인 내용을 정하여 입법적으로 보완하는 수밖에 없을 것이다. 이와 함께 적법절차의 보장을 위해 자동화된 행정처분에 대한 불복절차(이의신청, 행정심판 등) 규정을 마련할 필요도 있는데, 이는 미국처럼 자동행정결정의 전제가 되는 데이터 관리 절차와 행정청의 관리의무에 관한 사항을 구체적으로 규정하는 방식을 참고할 수 있을 것이다[49]

향후 자동화된 행정서비스는 점점 더 확대될 것이고, 공무원(사람)의 통제에서 벗어나는 의사결정이 점점 더 많아질 것이다. 따라서 행정에서의 의사결정이 점점 더 많은 영역으로 확대되는 만큼 그에 대한 법률의 보완작업도 지속적으로 이루어져야 한다고 생각한다. 또한 이러한 자동화된 의사결정의 확대는 인공지능행정에 대한 행정법 이론의 충분한 평가와 적응이 선행되어야 할 것이다.[50]

마지막으로, 행정절차에서의 논의 외에도 앞서 말한 개인정보보호 이슈, 알고리즘의 신뢰성 확보 이슈 등 현재 논란이 되고 있는 쟁점에 대해서도 입법적으로 절차를 보완하여 선제적으로 대응하는 방법도 필요하다고 생각한다.

---

49) 진성만, 앞의 논문, 10면.

50) 김도승, 앞의 논문, 132면.

(논문투고일: 2022.8.20, 심사개시일: 2022.9.2, 게재확정일: 2022.9.19)

김민호 · 윤금낭

AI와 행정, 자동화된 의사결정, 완전히 자동화된 의사결정, 자동적 처분, 행정기본법

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

김민호, 「행정법」, 박영사, 전면개정판, 2022.

Ⅱ. 논문

권은정, 자동적 처분의 행정법적 제 문제; 처분의 형식·절차 및 구제에 관한 쟁점을 중심으로, 법학논총 제38권 제3호, 2021

김대인, 행정기본법과 행정절차법의 관계에 대한 고찰, 법제연구 제59호, 2021.6

김도승, 인공지능 기반 자동행정과 법치주의, 미국헌법학회 제30권 제1호, 2019.4

김재선, 알고리즘 자동행정결정에 대한 행정법적 해석방안에 관한 연구; 미국 행정법상 입법방안 논의를 중심으로", Dankook Law Review Vol.45 No3, 2021.9

김재선, 미국 행정절차법상 행정입법절차와 그 사법적 통제, 행정법학, 제17권, 2019,9

김중권, 인공지능시대에 완전자동적 행정행위에 관한 소고, 법론, 2017.6

김중권, 인공지능시스템에 의한 행정행위가 허용되는가?, 법제, 2016.9

김휘식, 인공지능에 의한 행정상 자동결정에 대한 규율과 권리구제, IT와 법연구 제22집, 2021.2

박훈민, 전자정부와 자동화된 행정결정에 대한 법도그마틱상 검토필요성, 행정법 연구, 제52권, 2018.2

정남철, 인공지능 시대의 도래와 디지털화에 따른 행정자동결정의 법적 쟁점; 특히 행정기본법상 자동적 처분의 문제점을 중심으로, 공법연구 제50집 제2호, 2021.12

정준화, 4차 산업혁명 시대, 일상의 디지털 전환이 초래한 사회갈등의 현황과 대응 방안, 국회입법조사처, NARS 입법·정책 Vol.104., 2022.3

조재혁·나영식, 인공지능 분야 국내외 동향분석 및 투자전략 수립, 한국과학기술기획평가원, 연구보고 2018-035, 2017

진성만, AI행정에 관한 법제 동향과 시사점, AI TREND WATCH, 2021-23호, 2021.3

최승필, 공행정에서 AI의 활용과 행정법적 쟁점; 행정작용을 중심으로, 공법연구, 제49집 제2호, 2020.12

홍민정·강현호, 지능정보사회에서의 완전자동 행정행위, 성균관법학, 제31권 제2호, 2019.3

황종성, 인공지능시대의 정부, 한국정보화진흥원 IF Strategy 보고서 제3권, 2017.6

Ⅲ. 판결

서울행정법원 2009.7.23., 선고 2009구합3248

Ⅳ. 홈페이지

과학기술정보통신부, 인공지능(AI) 국가전략 발표, 대한민국정책브리핑, 2019

관계부처 합동, 사람이 중심이 되는 인공지능을 위한 신뢰할 수 있는 인공지능 실현 전략(안), 2021

관계부처 합동, 4차 산업혁명 대응계획, 2017

법제처(https://www.law.go.kr/LSW/lsInfoP.do?lsiSeq=230457&lsId=&efYd=20210924&chrClsCd=010202&urlMode=lsEfInfoR&viewCls=lsRvsDocInfoR&ancYnChk=0#)

정보인권연구소(https://idr.jinbo.net/634(%EC%B5%9C%EC%A2%85%EB%B0%A9%EB%AC%B8)

통계청, AI(인공지능) 산업 통계 개발, 통계청(통계교육원) 홈페이지 http://sti.kostat.go.kr/window/2021a/main/2021_sum_03.html (최종방문, 2022.4.12.)

Abstract

Review of Automated decision with Artificial Intelligence and Administrative Procedure Act

Kim, Min Ho
Yoon, Geum Nang

The 4th industrial revolution, in which information and communication technology (ICT) such as artificial intelligence (AI), blockchain, and big data, is emerging as a key factor in socioeconomic development around the world, is becoming a big issue. In response to the 4th industrial revolution, Korea is preparing a national development strategy. The hyper-connected era of 4th industrial revolution see an explosion in the number of data from industrial, administrative and cultural domains, and AI will be able to learn this data on its own, replacing human labor, as well as performing intellectual judgment functions. Many countries have begun to apply AI to their administrative domains, and Korea has also laid its legal basis in the Basic Administrative Act to utilize an AI-based administrative system. Accordingly, artificial intelligence is being used even in the administration of each country, and Korea has also prepared the basis for the Basic Administrative Act to use the increasingly automated system for national administration. As such, many countries are introducing automated systems to their administration and expanding the scope of decision-making by automated systems.

In this situation, it is necessary to review administrative (dispositions), which is an important concept in administrative action. Therefore, this paper

will discuss the concept and rationale for automated decision-making based on the Framework Act on General Act On Public Administration, fully automated decision-making, legislative cases in major foreign countries as a comparative study, and issues under the Administrative Procedure Act.

Kim, Min Ho · Yoom Geum Nang

AI and Administration, Automated decision, Fully automated decision, Automatic disposition, Basic administrative law

성균관대학교 법학연구원『성균관법학』 10.17008/skklr.2022.34.3.003
제34권 제3호(2022. 9.)
Sungkyunkwan Law Review Vol.34. No.3 (September 2022) pp. 63 - 99

도로교통법상 필요적 운전면허취소 규정의 위헌성에 관한 소고
- 개인형 이동장치의 음주운전을 중심으로 -

노 수 환 *

【목 차】

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. 도로교통법상 개인형 이동장치에 대한 규율
1. 도로교통법상 필요적 면허취소 처분의 대상
2. 개인형 이동장치 관련 규정의 연혁
3. 검토
Ⅲ. 개인형 이동장치에 관한 비교법적 검토
1. 일본
2. 독일
3. 그 밖의 유럽국가들
4. 검토
Ⅳ. 필요적 운전면허취소처분 관련 도로교통법 규정의 위헌성
1. 헌법재판소의 선례 및 개인형 이동장치와의 차이점
2. 비례원칙 위반
3. 평등원칙 위반
Ⅴ. 나오며

【국 문 요 약】

개인형 이동장치는 그 운동능력 등에 비추어 자동차와는 현저한 차이가 있다. 개인형 이동장치가 도로교통의 안전에 미치는 영향이 경미하다는 점을 고려하여 도로교통법은 개인형 이동장치에 대한 면허제도 부활 등 규제강화의 노선을 택하면서도 여전히 음주운전이나 무면허운전에 있

어 자동차와 개인형 이동장치에 대한 형사처벌의 강도를 확연하게 구분하고 있다. 따라서 개인형 이동장치에 관한 형벌과 행정제재에 있어서는 자동차와 구별되는 규율이 필요하다. 그런데 도로교통법이 행정제재의 차원에서는 자동차와 개인형 이동장치의 도로교통법 위반행위를 전혀 구분하지 않고 있는 것은 국민의 기본권을 매우 심하게 제한하는 결과를 초래한다. 나아가 도로교통법이 개인형 이동장치의 운전에 관하여 과거 20년이 넘는 매우 오래 전의 음주운전 경력이 있다는 이유만으로 개인형 이동장치의 음주운전을 한 자에 대해 그가 보유한 운전면허 전부를 행정청의 재량의 여지 없이 필요적으로 취소처분을 하도록 규정한 것은, 외국의 입법례에서도 찾아보기 어려운 과잉규제라고 하지 않을 수 없다.

결론적으로 20년이 넘는 오래 전의 자동차 음주운전 경력이 있는 자가 단순히 개인형 이동장치의 음주운전을 한 경우에도 필요적으로 모든 운전면허를 취소하도록 한 도로교통법 규정은 헌법상 비례원칙과 평등원칙을 위반한 것으로서 정당화되기 어려운 것이므로 위헌적인 법률이라고 하지 않을 수 없다.

I. 들어가며

개인적인 이동수단으로 새롭게 등장한 전동킥보드가 공유서비스로 제공되면서 도심 내에서 운동, 여가, 오락, 통근 등 도시교통수단의 하나로 활용되고 있다. 전기 배터리를 사용하여 주행의 편의성, 위치정보 기반의 접근의 편의성 및 휴대폰 어플을 통한 대여·반납·결제 등의 편의성 확보가 그 활성화의 토대이다. 그러나 전동킥보드 사용자의 급증으로 인한 교통사고가 증가하고 있고 다양한 불편 신고도 늘어나고 있다. 전동킥보드를 편리와 위험을 동시에 주는 양날의 검이라고 부르는 이유이기도 하다.[1] 이에 도로교통법은 전동킥보드를 새롭게 개인형 이동장치로 규정하면서 그 안전과 활용을 모색하고 있다.[2]

---

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수

1) 임규철, “도로교통법상 개인형 이동장치에 대한 개선방향에 있어서의 비판적 연구 - 전동킥보드를 중심으로 -”, 비교법연구 제21권 제1호, 동국대학교 비교법문화연구원, 2021, 372쪽.

도로교통법상 ‘자동차등’이란 자동차와 원동기장치자전거를 말하고(법 제2조 제21호), ‘개인형 이동장치’란 원동기장치자전거 중 시속 25㎞ 이상으로 운행할 경우 전동기가 작동하지 아니하고 차체 중량이 30㎏ 미만인 것으로서 안전확인의 신고가 된 전동킥보드, 전동이륜평행차, 전동기의 동력만으로 움직일 수 있는 자전거를 말한다(법 제2조 제19의2호, 제21호 및 도로교통법 시행규칙 제2조의3). 한편 음주운전의 전력이 있는 자가 다시 술에 취한 상태에서 자동차등을 운전한 경우 형벌이 부과될 뿐만 아니라 필요적 면허취소처분의 대상(도로교통법 제93조 제1항 제2호)이 된다. 이러한 필요적 면허취소처분은 자동차 음주운전 경력이 있는 자가 다시 ‘자동차’의 음주운전을 한 경우라면 수긍할 여지가 있다. 거듭하여 ‘자동차’의 음주운전을 하였다는 점에서 교통법규 준수의식이 현저히 부족한 자라고 할 수 있고, 따라서 이에 대한 필요적 면허취소처분을 하여 교통안전을 유지할 공익이 크다고 볼 수 있기 때문이다.

그런데 ‘자동차’의 음주운전 경력이 있는 자가 다시 ‘개인형 이동장치’를 음주운전 한 경우라면 상황이 다르다. 개인형 이동장치는 최고속도가 25㎞ 미만으로 제한되고, 2021년 도로교통법 개정 전에는 심지어 면허가 필요 없는 것이라고 할 정도로 도로교통에 미치는 영향력이 자동차에 비하여 현저히 적기 때문이다. 따라서 자동차 음주운전 경력이 있는 자가 단지 ‘개인형 이동장치’의 음주운전만 했다면 그 운전자를 과연 필요적 면허취소처분이 내려져야만 하는 자동차 통행관련 교통법규 준수의식이 현저히 부족한 자라고 볼 수 있을지 의문이다. 나아가 현행 도로교통법상 2001. 6. 30. 이후의 음주운전 경력이 있기만 하면 그 이후의 음주운전시 필요적 면허취소처분의 대상으로 정하고 있는 것도 문제가 된다. 예를 들어 2001. 7. 1. 자동차를 음주운전한 자가 그로부터 20년이 흐른 2022년경 단순히 ‘개인형 이동장치’의 음주운전을 했다고 해서 그를 과연 교통법규 준수의식이 현저히 부족하여 행정청의 어떠한 재량도 허용되지 아니하고 필요적으로 운전면허가 취소되어야 하는 자로 보아야 하는지 의문이다.

---

2) 구체적인 이용행태는 조항훈·노한승·유호찬·강지은·정지은·김홍순, “전동킥보드 이용행태 및 안전에 관한 연구 – 전동킥보드 소유자에 대한 설문을 중심으로 –”, 국토지리학회 vol. 55 no 1, 국토지리학회, 2021, 43-55쪽.

이러한 문제의식에서 아래에서는 개인형 이동장치에 관한 도로교통법상 형벌·행정제재의 규율현황을 살펴보고(아래의 II), 주요 국가들의 입법례를 통해 우리의 현행 도로교통법상 개인형 이동장치에 관한 내용이 국제적 표준에 부합하는 것인지 검토한 뒤(아래의 III), 음주운전 경력이 있는 자가 개인형 이동장치의 음주운전을 한 경우 필요적 면허취소처분의 대상으로 삼고 있는 현행 도로교통법 규정의 위헌성을 고찰하여(아래의 IV), 결론에 이르고자 한다.

II. 도로교통법상 개인형 이동장치에 대한 규율

1. 도로교통법상 필요적 면허취소처분의 대상

도로교통법 제156조 제11호는 술에 취한 상태에서 개인형 이동장치를 운전한 경우 20만원 이하의 벌금이나 구류 또는 과료에 처하도록 규정하고 있다. 이러한 형사처벌 가능성 외에, 음주운전을 한 사람이 다시 음주운전을 하여 운전면허 정지 사유에 해당하면, 이는 필요적 면허취소처분의 대상이 된다.[3] 이에 따라 술에 취한 상태에서 자동차등을 운전한 사람이 다시[4] 술에 취한 상태에서 '개인형 이동장치'를 운전할 경우에도 그가 보유한 자동차 운전면허는 필요적 면허취소처분의 대상으로 되는 것이다(도로교통법 제93조 제1항 제2호). 그리고 이 경우 음주운전의 경력은 2018. 12. 24. 개정된 도로교통법 부칙 제2조에 따라서 2001. 6. 30. 이후의 위반행위이면 모두 포함된다.

---

3) 자동차 운전면허 처분과 음주운전으로 인한 취소처분의 법적 성질에 관해서는, 오준근, "음주운전으로 인한 자동차 운전면허 취소처분의 행정법적 주요 쟁점", 법조 통권 729호, 법조협회, 2018, 798-803쪽; 이상만, "음주운전에 의한 복수 운전면허취소처분 판례의 문제점과 관련법제의 개선방안", 홍익법학 제19권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2018, 534-536쪽 참조.

4) 원래는 음주운전 또는 음주측정 거부를 '2회 이상' 위반한 사람이 다시 음주운전을 했을 경우 필요적 면허취소처분의 대상으로 하였으나, 2018. 12. 24. 개정된 도로교통법(법률 제16037호)에 의하여 음주운전 또는 음주측정 거부 경력이 '1회' 있는 사람이 다시 음주운전을 하면 필요적 면허취소처분의 대상이 되는 것으로 변경하였다.

2. 개인형 이동장치 관련 규정의 연혁

가. 2020. 6. 9. 법률 제17371호로 개정되기 전의 상황

2020. 6. 9. 도로교통법이 개정되기 전에는 '개인형 이동장치'에 관한 별도의 규정이 없었으나, 새롭게 등장한 전동킥보드 등 개인형 이동장치의 이용자가 증가하는 데 비해 이를 규율한 규정이 미비하였다. 개인형 이동장치의 음주운전시 형사처벌이나 행정처분(운전면허 취소·정지)은 원동기장치자전거로 보아 자동차와 동일하게 도로교통법 제93조 제1항 제1호, 제2호(운전면허 취소·정지) 및 제148조의2 제1항, 제3항(음주운전 형사처벌)을 적용하였다. 다만 그 당시에는 국가기술표준원 고시인 '안전확인대상생활용품의 안전기준'에 따라 전동킥보드의 최고속도가 25㎞/h를 넘지 않아야 한다는 규제가 존재했을 뿐이었다. 그러나 기존의 원동기장치자전거와 전혀 다른 새로운 형태의 간이한 교통수단에 대한 예상 없이 규정된 도로교통법을 그대로 적용하는 것은 여러 측면에서 형평성에 맞지 않는 결과를 초래할 수밖에 없었다.

이에 도로교통법은 2020. 6. 9. 법률 제17371호로 개정(이하 '1차 개정'이라 함)할 때 기술의 발달로 최근 수년 사이 새롭게 등장한 이동수단인 '개인형 이동장치'를 별도로 정의하고, 형사처벌이나 행정처분에 있어 어떻게 취급할 것인지 구체적인 기준을 마련하였고, 다시 2021. 1. 12. 법률 제17891호 개정(이하 '2차 개정'이라고 함)할 때 일부를 변경하였다.[5)]

나. 개인형 이동장치 관련 1차 개정(2020. 6. 9.)의 주요 내용

1차 개정 도로교통법은 전동킥보드, 세그웨이 등 개인형 이동장치(Personal Mobility)의 친환경성과 수요증가에 대응하여 도로교통법상 개인형 이동장치에 대한 정의 규정을 신설함으로써(법 제2조 제19의2), 일반적인 원동기장치 자전거와 개인형 이동장치를 구분하여 규율하였다. 특히 개인형 이동장치는 25㎞/h 미만으로 속도가 제한되고 차체 중량도

---

5) 입법과정에 관한 간략한 소개로는, 국회도서관, "전동킥보드 등 '개인형 이동장치'의 법제화", 현안입법 알리기 2020-11호(통권 제11호), 2020; 최미경·배재현, "전동킥보드 관련 「도로교통법」 개정현황과 향후 과제", 이슈와 논점 제1794호, 국회입법조사처, 2021,

30㎏ 미만이므로, 일반적인 자동차, 원동기장치자전거와 비교할 때 그 운동능력이나 위험성 등에 있어 현격한 차이가 있다는 점을 감안하면 이러한 규율은 새로운 이동수단의 기능에 대응한 것으로 타당성을 확보하였다고 할 수 있다.

1차 개정 도로교통법은 원동기장치자전거와 별도로 개인형 이동장치에 대한 규제완화를 주요 내용으로 하며, 특히 원동기장치자전거와 달리 면허를 요구하지 아니하였다. 1차 개정 도로교통법을 통하여 13세 이상이기만 하면 운전면허가 없더라도 개인형 이동장치를 운전할 수 있도록 하게 된 것이다(법 제11조 제4항, 제80조 제1항). 그리고 1차 개정 도로교통법에 의하면 개인형 이동장치의 음주운전시 그 밖의 자동차등과 달리 자전거와 마찬가지로 가볍게 처벌하며(법 제156조 제11호, 제12호), 면허 취소·정지처분의 대상이 되는 것도 아닌 것으로 규정하고 있었다(법 제93조 제1항 각호). 즉 1차 개정 도로교통법에서는 원동기장치자전거에서 개인형 이동장치를 별도로 분리하여 이를 자전거와 거의 동일하게 취급하는 입법을 하였던 것이다.

특히 음주운전의 형사처벌에 있어, 1차 개정 전 도로교통법은 술에 취한 상태에서 개인형 이동장치를 운전한 경우 별도의 처벌 기준을 정한 바가 없이 원동기장치자전거와 동일하게 제148조의2 제1항 또는 제3항을 적용하여 음주수치 및 횟수에 따라 최대 5년 이하의 징역이나 2천만원 이하의 벌금형에 처하게 되었다. 그런데 1차 개정 후에는 개인형 이동장치에 대하여 제148조의2의 적용을 배제하고, 제156조 제11호를 적용하도록 하면서 자전거와 동일하게 음주 수치나 횟수와 무관하게 벌금 20만 원 이하 등에 처하는 것으로 처벌의 종류 및 정도가 변경된 것이다.

우리 법원은 위와 같이 도로교통법 제148조의2 및 제156조 제11호를 개정한 취지에 대해, 개인형 이동장치의 경우 자동차등에 비해 도로교통상 위험성이 낮고 운송용 외에도 레저·스포츠 용도로 많이 사용되고 있는 실정임에도 자동차등과 동일한 처벌규정을 적용하여 과잉처벌의 소지가 있었기에 개인형 이동장치를 원동기장치자전거 또는 이륜차와 동일하게 처벌하는 구 도로교통법 규정의 과형이 과중하였다는 반성적 고려에 따라, 저속, 저중량의 원동기를 단 차로서 안전이 확인되는 전동킥보드

등을 따로 떼어 ‘자전거등’에 포함된 개인형 이동장치로 정의하여 그 처벌의 정도를 달리한 것이라고 판시하였다.[6]

다. 개인형 이동장치 관련 2차 개정(2021. 1. 12.)의 주요 내용

그 후 도로교통법은 2021. 1. 12. 다시 개정되었는데, 이러한 2차 개정에서는 개인형 이동장치의 정의 규정은 유지하되(즉, 1차 개정시와 마찬가지로 개인형 이동장치는 시속 25㎞ 미만, 차체 중량은 30㎏ 미만인 전동킥보드 등을 가리킴), 면허의 필요 대상, 음주운전시 면허 취소·정지 대상에서 제외하도록 한 규정을 삭제하고 자전거와 동일하게 취급하던 것을 다시 원동기장치자전거와 유사하게 취급하도록 하였다. 다만, 음주운전시 형사처벌 규정은 1차 개정 내용을 유지하여, 개인형 이동장치의 음주운전시 형사처벌은 ‘자동차등’이 아닌 ‘자전거’와 같이 취급하도록 하였다.

그 밖에 무면허 운전시 형사처벌과 관련하여, 자동차의 무면허운전시에는 1년 이하의 징역이나 300만 원 이하의 벌금에 처하고(법 제152조 제1호), 원동기장치자전거의 경우에는 30만 원 이하의 벌금이나 구류에 처하는 것(법 제154조 제2호)과 달리, 무면허로 개인형 이동장치를 운전하는 경우 벌금 20만 원 이하 등에 처하는 규정을 신설하였다(법 제156조 제13호).

---

6) 서울중앙지방법원 2021.11.23. 선고 2021노981 판결에서는 “구 도로교통법은 저속, 저중량의 전동킥보드와 같은 개인형 이동장치의 경우 도로교통법상의 위험도가 낮고 운송용 외 레저 및 스포츠 용도로 많이 사용되는 실정임에도 고속, 고중량의 원동기장치자전거와 동일하게 처벌하도록 규정하고 있었으나, 이후 개정 도로교통법은 개인형 이동장치의 이용자 증가 등 도로교통환경의 변화에 따라 이와 같은 과잉처벌 상태를 해소하기 위하여 개인형 이동장치에 관한 규정을 신설하고 개인형 이동장치 음주운전행위에 대한 법정형을 대폭 낮추었는데, 이러한 개정 도로교통법의 취지 및 경위 등을 고려하면 이러한 법률 개정은 단순히 개인형 이동장치의 이용자 증가라는 현상에 대처하기 위한 법률의 변경에 그치는 것이 아니라 개인형 이동장치에 해당하는 원동기장치자전거에 대한 종전 처벌규정이 지나치게 무겁다는 반성적 고려에서 한 법률 개정으로 보는 것이 타당하다.”고 판시하였다. 같은 취지의 하급심 판결로는 서울동부지방법원 2021.11.12. 선고 2021노443 판결; 서울남부지방법원 2021.6.3. 선고 2020노2260 판결; 의정부지방법원 2021.10.28. 선고 2021노90 판결 등 참조

<개인형 이동장치 관련 1차 및 2차 개정의 주요 내용>

대상분야	주요 내용	
	1차 개정(2020.6.9.)	2차 개정(2021.1.12.)
무면허 운전대상 포함 여부	개인형 이동장치를 무면허운전 대상에서 제외함(제43조)	개인형 이동장치를 무면허운전 대상에 포함함(제43조)
운전면허 필요성	개인형 이동장치를 운전면허 대상에서 제외(제80조)	개인형 이동장치를 운전면허 대상에 포함(제80조), 원동기장치자전거 면허가 필요하도록 함
행정처분	개인형 이동장치 음주운전시 운전면허 취소·정지의 대상에서 제외(제93조 제1항 제1호)	개인형 이동장치 음주운전시 운전면허 취소·정지의 대상에서 제외하였던 규정을 삭제함(제93조 제1항 제1호)
음주운전 형사처벌	개인형 이동장치 음주운전시 제148조의2 제1항, 제3항의 적용 대상에서 제외(제148조의2 제1항)하되, 자전거와 동일하게 20만원 이하의 벌금이나 구류 또는 과료에 처하도록 함(제156조 제11호)	좌동
무면허운전 형사처벌	-	개인형 이동장치의 무면허운전시 벌금 20만원 이하나 구류 또는 과료에 처하도록 함(제156조 제13호)

그 외에도 2차 도로교통법 개정시 개인형 이동장치 운행과 관련하여, 운전자가 인명보호 장구를 착용하지 않거나 동승자에게 착용하도록 하지 않은 경우, 승차정원을 초과하여 탑승한 경우, 야간에 전조등·미등을 등화하지 않거나 발광장치를 착용하지 않고 운전한 경우, 약물 등의 사유로 운전이 곤란한 상태에서 운전한 경우, 어린이의 보호자가 도로에서 어린이가 개인형 이동장치를 운전하게 한 경우 처벌할 수 있도록 하고, 이를 위반한 경우 도로교통법 제156조 제1호나 제6호에 따라 20만원 이하의 벌금 등에 처하도록 하거나, 제160조 제2항 제3호나 제9호에 따라 500만원 이하의 과태료를 부과하도록 하였다.

그런데 개인형 이동장치 관련 도로교통법 개정 과정을 보면, 개인형 이동장치의 면허제도 부활 등을 주요 내용으로 하는 개정 법률안[7]들은 본회의에 부의되지 못하고 다만 위 내용을 통합한 대안이 제안되었는데, 본회의에서는 위 대안과 관련하여 개인형 이동장치의 면허제도 부활에 대한 여러 가지 법적 쟁점에 대한 아무런 토론이 이루어지지 못한 것으로 보인다.[8]

라. 현행 도로교통법상 음주·무면허 운전에 따른 형사처벌시 개인형 이동장치와 그 외 자동차등에 대한 취급

개인형 이동장치 관련 2차 개정 이후의 현행 도로교통법은 개인형 이동장치의 속도(시속 25㎞ 미만)와 무게(30㎏ 미만)를 법률로써 엄격하게 제한하고, 개인형 이동장치의 운전을 위해서는 운전면허가 필요한 것으로 규정하고 있다. 그러면서도, 개인형 이동장치가 고속, 고중량의 그 외 자동차등(이하 '그 외 자동차등'은 개인형 이동장치를 제외한 '자동차등'을 말함)에 비해 도로교통상 위험성이 낮고, 이용자가 증가하고 있으며 용도가 다양한 점 등을 고려하여 과잉처벌이 이루어지지 않도록 입법을 정비하고 있다. 구체적으로 보면, 음주운전 형사처벌의 경우 그 외 자동

---

7) 제21대 국회 박성민의원안(2020.11.13. 의안번호: 5320), 천준호의원안(2020.11.18. 의안번호: 2105480), 박완수의원안(2020.11.20. 의안번호: 2105613) 등.

8) 제382회 국회본회의회의록(2020. 12. 9.), 17쪽, 19쪽 참조; 도로교통법 대안은 경찰법 전부개정법률안 등과 함께 심사되었는데, 그 과정에서 '경찰 권력을 어떻게 통제할 것인가'라고 하는 점에 대한 토론만이 이루어졌을 뿐이다(위 회의록, 18쪽 이하의 이은주 의원 발언 내용).

차등에 대하여 최고 5년 이하의 징역이나 다액 2천만원 이하의 벌금(법 제148조의2 제1항, 제3항)에 처하는 것과 달리 개인형 이동장치는 자전거와 동일하게 20만원 이하의 벌금이나 구류 또는 과료(법 제156조 제11호)만으로 처하도록 하였다. 그리고 무면허운전 형사처벌의 경우에도 자동차의 경우에는 1년 이하의 징역이나 300만원 이하의 벌금(법 제152조 제1호)에 처하고, 원동기장치자전거의 경우 30만원 이하 벌금이나 구류에 처하는 것과 달리, 개인형 이동장치는 자전거와 동일하게 20만원 이하의 벌금이나 구류 또는 과료(법 제156조 제13호)에 처하도록 하여 개인형 이동장치와 그 외 자동차의 형사처벌에 현저한 차이를 두고 있다.

마. 현행 도로교통법상 음주·무면허 운전에 따른 행정처분시 개인형 이동장치와 그 외 자동차등에 대한 취급

도로교통법은 1차 개정시(2020. 6. 9) 개인형 이동장치의 경우 운전면허를 받아야 하는 대상에서 제외하면서 운전면허의 취소·정지 규정(법 제93조) 및 운전면허의 결격사유 규정(법 제82조)에서 “개인형 이동장치는 제외한다”는 문구를 추가하여, 무면허 또는 술에 취한 상태로 개인형 이동장치를 운전하였더라도 운전면허를 취소·정지하지 않고 결격사유에서 제외하였다. 그런데 2차 개정시(2021. 1. 12) 개인형 이동장치도 운전면허를 받아야 하는 대상으로 규정하면서, 도로교통법 제93조 및 제82조의 “개인형 이동장치는 제외한다”는 문언을 삭제하였다.

그런데 무면허 또는 술에 취한 상태로 개인형 이동장치를 운전한 경우, ① 1차 개정시 행정처분 대상에서는 제외하고, 형사처벌에 있어서는 개인형 이동장치의 위험성, 용도 등을 고려하여 그 외 자동차 등과 차이를 두고 이를 현재까지 유지하고 있는 것과 달리, ② 2차 개정에서는 형사처벌 규정은 그대로 유지하면서도, 행정처분에 있어서는 제93조 및 제82조 중 “개인형 이동장치는 제외한다”는 문언을 단순히 삭제하고 달리 자동차 등과 달리 취급하는 내용의 규정을 적절하게 신설·개정한 바가 없어, 도로교통법 제2조 제21호, 제19호 나목, 제19호의2에 따라 ‘자동차등’에 ‘개인형 이동장치’가 포함되면서 무면허 또는 술에 취한 상태로 개인형 이동장치를 운전한 경우에는 자동차등과 동일하게 운전면허의 취

소·정지 대상이 될 뿐만 아니라 결격사유에도 해당하게 되었다.

현행 도로교통법은 ① 음주운전(1회)시 운전면허 취소·정지와 관련하여, 자전거는 처벌하지 않으면서 개인형 이동장치는 그 외 자동차등과 같은 기준으로 취소·정지할 수 있도록 하고(법 제93조 제1항 제1호), ② 음주운전(2회)시 운전면허 취소·정지와 관련하여, 자전거는 처벌하지 않으면서 개인형 이동장치는 그 외 자동차등과 같은 기준으로 필요적으로 취소하도록 하였으며(법 제93조 제1항 제2호), ③ 음주운전시 운전면허 결격 여부는 자전거에 대하여는 별도로 규정하지 않으면서 개인형 이동장치는 그 외 자동차등과 같이 2년간 운전면허 취득을 제한하고(법 제82조 제6호 가목), ④ 무면허운전시 운전면허 결격 여부는 자전거에 대하여는 별도로 규정하지 않으면서 개인형 이동장치는 그 외 자동차등과 같이 1년간 운전면허 취득을 제한하여(법 제82조 제2항 제1호), 형사처벌에서 개인형 이동장치를 자전거와 같이 취급하면서 그 외 자동차등과 달리 취급하였던 것과 달리, 행정처분에서는 개인형 이동장치는 그 외 자동차등과 동일하게 취급하고 있다.

바. 음주운전(2회 이상)에 대한 행정처분시 가중요건이 되는 과거 위반행위의 기산점

2005. 5. 31. 법률 제7545호 개정된 도로교통법 부칙 제3조(이하 '이 사건 부칙'이라 함)는 제93조 제1항 제2호의 적용시 가중요건이 되는 과거 위반행위의 시적 기산점을 이 사건 부칙의 제정시로부터 약 4년 전인 '2001. 6. 30. 이후'로 규정하였고, 위 부칙은 현재까지 유효하다. 따라서 2001. 7. 1. 음주운전으로 적발된 이후 2022. 8. 1. 현재 또 다시 음주운전으로 적발되었다면 21년이 넘은 시점임에도 음주운전 '2회 이상'에 해당되어 행정처분시 매우 중한 가중요건에 해당하게 된다. 이에 대해서는 최초의 음주운전과 2회째 음주운전이 시간적으로 현저히 떨어져 있음에도 형식적으로 2회 이상에 해당하는 점을 들어 행정처분을 가중하는 것이 타당한 것인지의 여부가 문제된다.

3. 검토

개인형 이동장치에 관한 도로교통법의 태도는, '규제(2020년 개정전)[9] → 비규제 내지 규제완화(2020년 개정법) → 규제강화(2021년 개정후)'로 변화되었다. 그런데 위와 같이 규제강화의 노선을 채택한 2021년 도로교통법 개정의 과정에서, 개인형 이동장치에 대한 규제에 따라 수반되는 수범자의 불이익, 예컨대 법위반 행위에 따른 면허취소처분으로 인한 직업의 자유 내지 일반적 행동의 자유에 대한 중대한 제약에 관한 면밀한 고민이 있었는지는 의문이다. 앞서 보듯이 국회 법제사법위원회 내지 본회의의 입법 자료를 살펴보면, 입법자가 도로교통법의 규제강화에 따른 수범자의 기본권 제한 문제를 전혀 고민하지 않은 것으로 드러나기 때문이다.

III. 개인형 이동장치에 관한 비교법적 검토

주요 국가들이 개인형 이동장치에 대해 어떠한 규율을 하고 있는지 살펴보는 것도 개인형 이동장치에 관한 현행 도로교통법 규정의 정당성을 판단함에 있어 주요한 참고자료가 될 수 있다.[10]

1. 일본

일본의 현행 도로교통법은 우리의 현행 도로교통법과 유사하게, 전동킥보드를 운전하기 위해서는 원동기장치자전거를 운전할 수 있는 면허[11]가 필요한 것으로 규정하고 있다. 그리고 전동킥보드를 타고 음주운전을 한 경우 형사처벌의 대상이 되고(일본 도로교통법 제117조의2 제1

9) 다만 이 규제는 원동기장치 자전거인 오토바이에 대한 것이고 새로운 유형인 킥보드와 같은 개인형 이동장치를 염두에 둔 법률이라고 보기는 어렵다. 따라서 전혀 새로운 이동수단인 개인형 이동장치에 대한 규정을 실질적으로 존재하지 않았다고 볼 수 있다.

10) 개인형 이동수단의 법적 규율에 관한 비교법적 개관으로는 신희철·정경옥·이재용·박성용·이동윤, 개인형 이동수단 활성화 및 안전에 관한 연구, 한국교통연구원, 2019, 9-13쪽 참조.

11) 일본 도로교통법상 대형면허, 중형면허, 준중형면허, 보통면허, 대형특수면허, 대형이륜면허, 보통이륜면허, 원부原付면허 등이 여기에 해당한다.

호, 제117조의2의2 제3호, 제65 제1항),[12] 일정한 벌점에 달하는 경우 면허정지나 취소처분의 대상이 된다(일본 도로교통법 제103조, 도로교통법 시행령 제38조).

한편, 벌점제도와 관련하여 최후의 교통위반이나 교통사고일로부터 기산하여 '과거 3년'간의 누적점수에 따라서 면허정지나 취소처분이 이루어지고, 만일 과거 전력이 없다면 누적점수 6점-14점까지는 면허정지, 15점 이상의 경우 취소처분의 대상이다. 참고로, 정상적인 운전이 불가능한 상태에서 음주운전을 한 경우 벌점은 35점이고, 다른 한편 호흡측정기준 0.25 이상의 상태에서 음주운전시 25점, 호흡측정기준 0.25 미만의 상태에서 음주운전시 13점의 벌점이 부여된다.[13]

그런데 2022. 4. 19. 도로교통법 개정안이 일본 의회를 통과했다. 다만, 이 개정안은 아직 시행된 것은 아니며. 시행일은 공포일로부터 기산하여 2년을 초과하지 않는 범위 내에서 정령(政令)으로 정하기로 하였다. 이 도로교통법 개정의 주요목적은 전동킥보드 중 차체의 크기 및 구조가 차량의 통행을 방해할 우려가 없고, 또한 그 운전에 관해 높은 기능을 요하지 않는 차로서 일정의 기준(원동기장치자전거 중 최고속도 20킬로미터 이하 등)에 해당하는 것을 '특정소형원동기장치자전거'라고 정의하고 관련 규정을 정비하는 것이었다. 여기서 특정소형원동기장치자전거란 우리의 개

12) 일본 도로교통법상 음주운전은 크게 ① 酒酔운전(알콜농도 수치와는 관계없이 알콜의 영향으로 정상적 운전을 할 수 없는 우려가 있는 상태에서 운전하는 것), ② 酒氣운전(호흡측정기준 알콜농도 0.15를 넘은 상태에서 운전하는 것)으로 나뉜다. 전자의 경우 도로교통법 제117조의2 제1호에 따라 5년 이하의 징역 또는 100만엔 이하의 벌금에 처하고, 후자의 경우 도로교통법 제117조의2의2 제3호에 따라 3년 이하의 징역 또는 50만엔 이하의 벌금에 처한다. 일본의 도로교통법령의 음주운전 처분기준에 관해서는, 최철호, "음주운전에 대한 행정처분 및 처벌기준에 관한 입법평가 – 일본의 도로교통법령의 처분기준 강화를 중심으로 –", 한국경찰학회보 13권 1호, 2011, 176-183쪽 참조.

13) 예컨대, 과거 3년간 범죄전력 0회를 기준으로 6점 이상은 면허정지, 15점 이상은 면허취소 대상인데, 알콜의 영향에 의해 정상적인 운전을 할 수 없는 상태로 운전한 경우 벌점 35점이므로 면허취소의 대상이 되고, 호흡측정기준 0.25 이상으로 운전한 경우 벌점 25점이므로 역시 면허취소의 대상이며, 만일 호흡측정기준 0.15 이상 0.25 미만으로 운전한 경우 벌점 13점이므로 면허정지의 대상이 된다(일본 도로교통법 제103조, 도로교통법 시행령 제38조). 벌점제도에 관한 자세한 내용은 경시청 홈페이지 설명자료 참조. <https://www.keishicho.metro.tokyo.lg.jp/menkyo/torishimari/gyosei/seido/tensu.html>

인형 이동장치에 상응하는 개념이다. 특히 위 개정 도로교통법은 특정소형원동기장치자전거에 대한 규제완화를 주요 내용으로 하고 있다.[14] 이에 의하면, 특정소형원동기장치자전거에 대해서는 운전면허가 필요 없고 다만 운전자가 16세 이상이면 된다(개정 도로교통법 제64조의2). 한편 특정소형원동기장치자전거는 차도로 통행하는 것이 원칙이지만, 일정 속도 이하로 제한되어 있고 그에 관한 표시가 부착된 것의 경우 자전거 통행이 허가된 보도 등을 통행할 수도 있다(개정 도로교통법 제17조의2).[15]

이러한 일본 도로교통법의 개정 내용은, 우리가 2021년 도로교통법 개정으로 면허제도를 부활시키는 등 개인형 이동장치에 대한 규제를 강화한 것과는 상당히 대조적인 것이다.

2. 독일

독일에서는 개인형 이동장치를 소형전동차(Elektro kleinkraftahrzeuge)라 부른다. 독일에서 소형전동차는 2019. 6. 6. 제정된 '소형전동차의 도로교통 참여에 관한 규칙'[16](이하 '소형전동차규칙'이라 함)에 의하여 규율되고 있다. 소형전동차규칙 제1조 제1항은 소형전동차를 최저속력 6㎞ 이상 최고속력 20㎞ 이하의 전기동력장치를 갖춘 차로서 조향장치, 최대중량 55㎏ 미만 등의 일정한 요건을 갖춘 차라고 명시하고 있다. 소형전동차는 소형전동차규칙 제2조 내지 제7조에 명시되어 있는 기준을 충족하는 경우에만 도로에서 사용할 수 있다. 물론 도로에서 소형전동차를 운전하는 경우에는 원칙적으로 도로교통법의 규정들이 적용된다(소형전동차규칙 제9조). 14세 이상의 사람은 소형전동차를 운전할 수 있다. 소

14) 참고로 대만 도로교통관리처벌조례(道路交通管理処罰条例) 역시 최고속도 25㎞ 이하로 일정한 기준을 갖춘 이륜차량을 '경형전동이륜차(微型電動二輪車)'으로 규정하면서(동 조례 제69조 제1항), 일정한 검사에 합격하고 등록한 후 번호판을 붙이고 주행할 것을 요구하긴 하지만, 원칙적으로 운전면허를 요구하고 있지 않다(동 조례 제69-1조 제2항). 다만, 책임보험을 가입해야 하고(동 조례 제69-1조 제4항), 운전자는 14세 이상이어야 한다(동 조례 제72-2조 제2항).

15) 일본 도로교통법 개정의 주요내용에 관해서는 일본 참의원 설명자료 참조. <https://www.sangiin.go.jp/japanese/joho1/kousei/gian/208/pdf/580208520.pdf>

16) Verordnung über die Teilnahme von Elektrokleinstfahrzeugen am Straßenverkehr vom 6. Juni. 2019. BGBl. I S. 756.

형전동차를 등록하지는 않지만 보험가입이 의무화되어 있다.[17] 이에 반해 헬멧을 착용할 의무는 없다. 사람의 도로교통 허가에 관한 규칙[18] 제4조 제1항 제1a조 및 소형전동차규칙 제3조에 따라서 소형전동차 운전을 위한 면허증은 필요하지 않다.

독일의 경우 음주운전의 금지는 소형전동차에도 그대로 적용된다. 즉, 도로교통법과 형법에 따른 음주운전 금지의 기준(혈중알콜농도)은 통상적인 차의 경우 뿐만 아니라 소형전동차에도 적용된다. 이에 따라 혈중알콜농도가 0.05%부터 0.109%까지에 이르고 정상적인 운전이 불가능한 상황이 아니었던 경우에는 질서위반행위에 해당하여 과태료 처분의 대상이 된다. 이 경우 과태료는 500유로와 벌점 2점이 부과된다. 그러나 소형전동차운전자가 혈중알콜농도 0.11% 이상임에도 소형전동차를 운전한 경우에는 형사처벌의 대상이 된다. 또한 혈중알콜농도 0.03% 이상의 상태에서 정상적인 운전이 불가능했던 경우에도 형사처벌의 대상이 된다. 형사처벌의 대상이 되는 경우에는 모두 벌점이 부과된다. 한편 벌점은 최고가 8점인데, 8점 이상에 이른 경우 운전면허 소유자는 자동차를 운행하기에 부적합한 것으로 간주되어 운전면허가 박탈된다(도로교통법 제4조 제5항 제3호).[19] 벌점에 합산되는 점수의 실효기간은 그 위반행위의 내용에 따라 2년 6개월, 5년, 10년 등 세 유형으로 나뉘는데, 벌점 2점 이상이 부과되는 음주운전의 경우 5년으로 규정되어 있다(도로교통법 제29조 제1항 제2호).

3. 그 밖의 유럽국가들

전동킥보드 등 개인형 이동장치의 운행을 원칙적으로 금지하고 있는 네덜란드나 영국[20]과 같은 경우를 제외하면, 개인형 이동장치의 운행을 허용하

17) 박광동, 개인형 이동장치 관련 법제 개선방안 연구, 한국법제연구원, 2021, 55쪽.

18) Verordnung über die Zulassung von Personen zum Straßenverkehr vom 18. August 1998, BGBl. I S. 2214.

19) 벌점이 4점 또는 5점에 이른 경우 운전면허소유자에 대해 서면으로 훈계(ermahnen)하고, 6점 또는 7점에 이른 경우 서면으로 경고(verwarnen)하며, 8점 이상이 되면 운전면허를 박탈한다(도로교통법 제4조 제5항 제1호 내지 제3호).

20) 영국의 경우 친환경(녹색)교통 수단의 증대 등을 위해 전동킥보드를 허용해야 한다는 사회적 요구가 커지면서, 전동킥보드의 공유서비스 시범사업이 실시되

고 있는 국가들의 대부분은 이에 대한 별도의 면허를 요구하고 있지 않다. 다만, 개인형 이동장치의 최고속도제한, 보험가입의무, 운전자의 최소나이 등에 대해 차이가 존재한다. 그 개괄적인 내용은 아래 표 기재와 같다.[21]

<유럽국가들의 개인형 이동장치에 대한 규율>

2021. 5. 기준

	오스트리아	스위스	프랑스	이탈리아	스페인
최고속도	25km 및 600W	20km 및 500W	25km	20km	25km
혈중알콜농도	0.08	0.05	0.05	0.05	0.025-0.05
최소나이	12세	16세	12세	18세	없음
보험가입의무	없음	없음	있음	없음	없음
면허	불요	불요[22]	불요	불요[23]	불요

4. 검토

위에서 보듯이 우리나라를 제외한 대부분의 국가들은 개인형 이동장치의 운전에 있어 기본적으로 면허를 요구하고 있지 않다. 한편 운전면허 소지자가 술에 취한 상태에서 개인형 이동장치를 운전하더라도 곧바로 운전면허 취소·정지의 대상이 되는 것이 아니라, 위 독일의 입법례에서 보듯이 5년 이내에 일정한 벌점 수준 이상의 점수가 쌓여야 한다. 이처

고 있기도 하다. <https://www.gov.uk/government/publications/e-scooter-trials-guidance-for-local-areas-and-rental-operators/e-scooter-trials-guidance-for-local-areas-and-rental-operators>

21) 오스트리아, 스위스, 프랑스, 이탈리아, 스페인의 입법례에 대해서는 <https://www.adac.de/verkehr/recht/verkehrsvorschriften-ausland/e-scooter-regeln-ausland/> 참조

22) 다만, 14세 이상의 자인 경우 M 면허(스위스 운전면허 중 원동기장치자전거 면허를 말함)를 소지할 경우 운전가능하다.

23) 다만, 14세 이상의 자인 경우 AM 면허(이탈리아 운전면허 중 최고속도 45킬로미터 이하의 소형오토바이 등에 대한 운전면허를 말함)를 소지할 경우 운전가능하다.

럼 대부분의 국가들이 개인형 이동장치에 대해 면허를 요구하고 있지 않고 운전 연령을 자동차와 달리하는 등으로 그 규제를 완화하고 있는 이유는 개인형 이동장치의 최고속도가 상당히 제한되어 있으므로 도로교통의 안전에 미치는 영향이 매우 적다는 점을 고려했기 때문이다.

그런데 우리 도로교통법상 개인형 이동장치는 최고속도가 25㎞/h 미만으로 제한되는 것으로서 도로교통의 안전 등에 미치는 영향이 크다고 보기 힘들다. 그럼에도 2021년 도로교통법 개정으로 면허제도를 부활시키고 규제를 강화한 것이 비교법적 관점에서 볼 때 과연 타당성을 갖춘 것이라고 할 수 있을지, 다시 말해 개인형 이동장치에 대한 규제완화라는 글로벌 스탠다드에 반하는 것은 아닌지 의문이 제기된다.

IV. 필요적 운전면허취소처분 관련 도로교통법 규정의 위헌성

운전면허의 필요적 취소처분은 운전을 업으로 하지 않는 사람들에 대해서는 일반적 행동의 자유를 제한하는 것이고, 운전을 업으로 하는 자 내지 자동차의 운전을 필수불가결한 요소로 하는 일정한 직업군의 사람들에 대하여는 직업의 자유를 중대하게 제한하는 것이다. 이 점에서 필요적 운전면허취소처분을 입법하거나 시행함에 있어서는 수범자에 대한 지나친 기본권 제한이 되지 않도록 헌법 제37조 제2항의 비례원칙을 준수해야 한다.[24]

1. 헌법재판소의 선례 및 개인형 이동장치와의 차이점

헌법재판소는 몇몇의 사건을 통하여 도로교통법 제93조 제1항 제2호에 대한 결정례를 내놓았는데 모두 도로교통법 제93조 제1항 제2호가 합헌이라고 판시하였다. 헌법재판소가 지금까지 2회 이상 음주운전 경력자의 음주운전시 운전면허를 필요적으로 취소·정지하도록 하는 도로교통법 제93조 제1항 제2호에 대한 위헌성 여부를 판단한 선례들을 개관하면 아래와 같다.

---

24) 운전면허에 대한 필요적 취소처분이 직업의 자유 또는 일반적 행동의 자유에 대한 제한을 초래한다는 점에 대해서는, 헌법재판소 2005.11.24. 선고 2004헌가28 결정; 헌법재판소 2020.6.25. 선고 2019헌가9등 결정 참조.

<헌법재판소의 도로교통법 제93조 제1항 제2호에 대한 선례>

필요적 취소 사유	사건 번호	심판대상 조항	결정 내용의 요지	위헌 여부
2회 이상 음주 운전 경력자의 음주 운전	2005 헌바 91	구 도로교통법 제78조 제1항 제14호	•과잉금지원칙에 위배하여 직업의 자유 내지 일반적 행동의 자유를 침해하지 않음 •운전중 고의 또는 과실로 교통사고를 일으킨 자 및 교통사고로 사람을 사상한 후 필요한 조치 또는 신고를 하지 아니한 자에 대하여 운전면허를 취소 또는 정지할 수 있도록 규정하고 있다고 하여 심판대상조항이 평등원칙에 반한다고 볼 수 없음	합헌
	2009 헌바 83	도로교통법 제93조 제1항 제2호	•과잉금지원칙에 반하여 원고의 직업의 자유 및 일반적 행동의 자유를 침해하지 않음 •누범기간을 3년으로 제한하고 있는 형법 제35조와 달리 운전행위 사이의 기간제한을 두지 않은 것이 평등원칙에 반한다고 볼 수 없음	합헌
	2013 헌바 197 2015 헌바 204 2017 헌바 132	도로교통법 제93조 제1항 제2호	•과잉금지원칙에 위배되지 아니하여 직업의 자유 내지 일반적 행동의 자유를 침해하지 않음 •각 운전면허 취소·정지 사유 간의 체계정합성을 파괴할 만큼 형평성을 상실하여 평등원칙에 반한다고 볼 수 없음	합헌

그러나 위 헌법재판소 선례들은 2020. 6. 9. 이전에 선고된 것으로서, 개인형 이동장치의 경우와는 그 사안을 달리한다. 즉, 개인형 이동장치는 도로교통법 1차 개정시(2020. 6. 9.) 신설된 것으로서, 여기서는 개인형 이동장치 운전자에 대하여 그 외 자동차등 운전자와 같은 수준으로 행정처분을 부과하는 도로교통법 제93조 제1항 제2호가 헌법에 위반되는지가 여부가 문제로 되는 것이다.

2. 비례원칙 위반

가. 목적의 정당성 및 수단의 적합성

입법목적의 정당성은 입법자가 사회적 문제를 해결하고자 하는 입법목적이 어느 정도로 공익성을 갖추고 있는지에 관한 것이다. 입법자의 관점에서 볼 때 규율하고자 하는 사항이 공공복리에 해당한다고 생각되는 한 광범위한 선택의 자유를 누리기 때문에 헌법이 명시적으로나 내재적으로 금지하고 있는 사항 이외에는 입법목적이 정당화될 수 있겠다. 음주운전 경력이 있는 자가 개인형 이동장치에 대해 음주운전을 했을 때 필요적 면허취소처분을 하는 것은 안전하고 원활한 교통의 확보라는 정당한 입법목적을 위한 것이며, 음주운전에 대한 상당한 억지효과를 발생시킬 수 있어 수단의 적합성이 있다고 볼 여지가 전혀 없는 것은 아니다.

나. 침해의 최소성 위배

어떤 법률의 입법목적이 정당하고 그 목적을 달성하기 위해 선택한 수단이 어느 정도 적합하다고 하더라도 입법자가 임의적 규정으로 법의 목적을 실현할 수 있음에도 불구하고 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 가능성을 일체 배제하는 필요적 규정으로 법의 목적을 실현하려 한다면 이는 비례원칙의 한 요소인 피해의 최소성원칙에 위배된다고 할 것이다.[25] 특히 아래에서 언급하는 내용들에 주목해보면 음주상태에서 개인형 이동장치를 운전한 경우 필요적 운전면허취소를 규정하고 있는 도로교통법 제93조 제1항 제2호는 피해최소성원칙에 반한다는 결론에 이르게 된다.

---

25) 헌법재판소 2005. 11. 24. 선고 2004헌가28 결정

1) 행위의 불법성의 정도

현행 도로교통법은 음주운전 경력이 있는 자가 다시 개인형 이동장치의 음주운전을 한 경우 '운전자가 받은 모든 범위의 운전면허'가 취소되도록 규정하고 있다. 이러한 행정제재가 헌법적으로 정당화되기 위해서는 그 제재의 수준이 행위 태양, 그 행위의 위법성의 정도 등을 고려하여 불법의 정도에 상응하는 것임이 인정되어야 할 것이다. 그런데 개인형 이동장치는 최고속도가 25㎞/h 미만으로 제한되어 다른 사람의 교통안전에 미치는 영향이 매우 경미하다. 개인형 이동장치는 법 제2조 제20호에서는 자동차등에 포함되어 있으나, 다른 한편 제2조 21의2호에서는 자전거등에 포함되어 있다. 이에 따라 개인형 이동장치는 자전거도로가 있는 경우에는 자전거와 마찬가지로 자전거도로로 통행하여야 하고 차도를 통행하여서는 아니된다(법 제13조의2 제1항). 자전거도로가 설치되지 아니한 곳에서는 자전거와 마찬가지로 도로 우측 가장자리에 붙어서 통행하여야 한다(법 제13조의2 제2항). 따라서 기존에 음주운전 경력이 한 차례 있다는 이유만으로 개인형 이동장치의 음주운전이 당연히 필요적 면허취소처분의 대상이 되는 자동차 또는 원동기장치자전거와 마찬가지의 중대한 불법성을 가진 행위라고 보기는 어렵다. 다시 말하면, 개인형 이동장치는 속도와 무게가 엄격하게 제한되어 있어, 고속, 고중량의 그 외 자동차등(자동차 및 개인형 이동장치를 제외한 원동기장치자전거)에 비해 도로교통상 위험성이 현저히 낮고, 실제로 통행도 자전거와 동일한 방법으로 통행한다. 현행 도로교통법도 이러한 점을 고려하여 무면허 또는 술에 취한 상태로 개인형 이동장치를 운전한 경우의 형사처벌시 그 외 자동차등을 운전한 경우와 현저한 차이를 두고 있고 음주운전의 경우에는 자전거와 동일하게 처리하고 있는 것이다.

본래 도로교통법은 술에 취한 상태에서 자동차등을 운전한 경우에는 음주수치 및 횟수에 따라 최대 5년 이하의 징역이나 다액 2천만원 이하의 벌금형에 처하고(법 제148조의2 제1항, 제3항), 무면허운전시 자동차의 경우에는 1년 이하의 징역이나 300만원 이하의 벌금에 처하며(법 제152조 제1호), 원동기장치자전거의 경우 30만원 이하의 벌금이나 구류에 처한다(법 제154조 제2호). 그런데 술에 취한 상태에서 개인형 이동장치를 운전한 경우에는 음주수치나 횟수, 음주측정 거부 등과 무관하게

벌금 20만원 이하 등에 처하도록 하여 자전거와 동일한 수준으로 형사처벌 하고(법 제156조 제11호), 무면허운전의 경우에도 벌금 20만원 이하 등에 처하도록 하여(법 제156조 제13호), 양자 모두 그 외 자동차등보다 현저히 낮은 형벌을 부과하고 있다. 경찰은 실제 처벌에 있어서는 개인형 이동장치의 무면허운전의 경우에는 범칙금 10만 원(도로교통법시행령 별표8 1의5호), 음주운전의 경우에도 범칙금 10만 원(별표8 64의2호)에 처하여 현장에서 사건을 종결하고 별도로 입건하여 수사를 하거나 공소를 제기하는 절차를 취하지 아니하고 있다. 한편 우리 법원은 현행 도로교통법이 개인형 이동장치에 대한 형사처벌의 정도를 그 외 자동차등과 달리 취급하는 것에 대하여, 저속, 저중량의 원동기를 단 차로서 안전이 확인되는 개인형 이동장치는 고속, 고중량의 '자동차등'에 비해 상대적으로 도로교통상 위험성이 낮으므로, 개인형 이동장치를 원동기장치자전거 또는 이륜차와 동일하게 처벌하는 구 도로교통법 규정은 과형이 과중하여 과잉처벌의 소지가 있었다는 점에서 반성적 고려에 의한 것이라고 보고 있다.[26]

그럼에도 불구하고 현행 도로교통법은 행정처분에 있어서는 개인형 이동장치와 그 외 자동차등을 구분하지 않고 있다. 도로교통법 제93조 제1항 제2호는 술에 취한 상태에서 개인형 이동장치를 포함한 자동차등을 운전한 경력이 있는 사람이 다시 정지 수준(혈중알코올농도 0.03% 이상 0.08% 미만)의 술에 취한 상태에서 개인형 이동장치를 포함한 자동차등을 운전한 경우, 필요적으로 운전자가 받은 모든 범위의 운전면허가 취소되도록 규정하고 있다. 그런데 형사처벌과 행정처분에 있어서 불균형성은 그 세부적인 내용을 들여다보면 확연하게 드러난다. 위에서 본 것처럼 개인형 이동장치의 무면허운전이나 음주운전의 형사처벌은 범칙금 10만 원이다. 이는 승합자동차등의 속도위반(40km/h 초과 60km/h 이하)의 범칙금 액수와 동일하고, 승합자동차등의 신호·지시위반, 앞지르기 금지 시기·장소 위반의 범칙금 액수 7만 원과 유사하다(도로교통법시행령 별표8 2호, 4호, 9호). 운전면허에 있어서 위의 속도위반에 대하여는

26) 서울중앙지방법원 2021. 11. 23. 선고 2021노981 판결, 서울동부지방법원 2021. 11. 12. 선고 2021노443 판결, 서울남부지방법원 2021. 6. 3. 선고 2020노2260 판결, 의정부지방법원 2021. 10. 28. 선고 2021노90 판결 등

벌점 30점, 신호·지시위반, 앞지르기 금지 시기·장소 위반에 대하여는 벌점 15점이 부과될 뿐인데, 개인형 이동장치의 음주운전의 경우에는 자동차와 동일하게 벌점 100점이 부과되어, 다른 법규위반에 대한 형사처벌 및 행정처분과 비교하여 너무 과중한 행정처분이 이루어지고 있음을 알 수가 있다. 자동차등 중 개인형 이동장치는 시속 25㎞ 미만, 차체 중량이 30㎏ 미만으로 제한되어 안전에 미치는 영향이 자동차와 비교하였을 때 큰 차이가 있는 점, 이러한 점을 고려하여 도로교통법은 형사처벌에 있어 개인형 이동장치와 그 외 자동차등을 엄격히 구분하여 달리 취급하고 있고 음주운전은 실질적으로는 자전거 음주운전의 경우와 동일하게 취급하고 있는 점, 자전거음주운전의 경우에는 별도로 운전면허의 행정처분을 당하지는 아니하는 점 등을 고려하였을 때, 저속, 저중량의 개인형 이동장치를 고속, 고중량의 자동차나 원동기장치자전거와 구별하지 아니하고 술에 취한 상태에서 개인형 이동장치를 운전한 경우 술에 취한 상태에서 자동차나 원동기장치자전거를 운전한 것과 동일하게 보고 형사처벌은 경미하게 하고 있는 것과 달리 매우 과중한 행정처분을 하고, 나아가 과거 음주운전 전력이 있는 자가 정지 수준(혈중알코올농도 0.03% 이상 0.08% 미만)의 술에 취한 상태에서 개인형 이동장치를 운전한 경우에 불과한 경우에는 행정청의 어떠한 내용의 재량권을 행사할 여지도 없이 필요적 운전면허 취소사유로 정한 이 사건 근거 규정은 피해의 최소성 원칙에 위배된다고 하지 않을 수 없다.

한편, 앞에서 본 바와 같이 2차 개정 당시 국회 회의록을 보아도 무면허 또는 술에 취한 상태로 개인형 이동장치를 운행한 경우 행정처분에 있어 개인형 이동장치의 취급을 그 외 자동차등과 같이 할 것인지, 형사처벌처럼 차이를 둘 것인지에 관하여 전혀 논의된 바가 없다. 즉 1차 개정시 형사처벌에 있어 현저한 차이를 두고 2차 개정시에도 유지하고 있는 점을 고려하면, 행정처분시 그 외 자동차등과 차이를 두지 않는 것은 입법자가 이를 간과하였던 것으로 입법자의 진정한 의사가 아니라고 봄이 타당하다.

2) 장기간의 과거 경력 포함의 문제

현행법상 필요적 면허취소처분은 기존에 음주운전 경력이 있는 자일

것을 요구하는데, 그 경력에 대해 2001. 6. 30. 이후의 것이면 아무런 차등 없이 모두 포함된다는 것(2018. 12. 24. 개정법의 부칙 제2조)도 문제가 있다.

헌법재판소는 2021. 11. 25. 2019헌바446등 사건[27]에서 술에 취한 상태에서 2회 이상 음주운전 한 사람을 가중처벌하는 도로교통법 제148조의2 제1항에 관한 위헌 결정을 하면서, "심판대상조항(도로교통법 제148조의2 제1항)은 그 구성요건을 '제44조 제1항을 2회 이상 위반'한 경우로 규정함으로써 가중요건이 되는 과거 음주운전 금지규정 위반행위와 처벌대상이 되는 재범 음주운전 금지규정 위반행위 사이에 아무런 시간적 제한이 없고, 과거 위반행위가 형의 선고나 유죄의 확정판결을 받은 전과일 것을 요구하지도 않는다. 과거 위반행위가 예컨대 10년 이상 전에 발생한 것이라면, 처벌대상이 되는 음주운전이 재범에 해당된다고 하더라도 그것이 교통법규에 대한 준법정신이나 안전의식이 현저히 부족한 상태에서 이루어진 반규범적 행위라거나 사회구성원에 대한 생명·신체 등을 '반복적으로' 위협하는 행위라고 평가하기 어려워 이를 일반적 음주운전 금지규정 위반행위와 구별하여 가중처벌할 필요성이 있다고 보기 어렵다....범죄 전력이 있음에도 다시 범행한 경우 재범인 후범에 대하여 강화된 범죄추진력에 따른 가중된 행위책임을 인정할 수 있(으나)....어느 경우이든 전범에 대한 형의 '집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년 내' 또는 '누범(累犯)으로 처벌하는 경우' 등과 같이 정하여 가중요건이 되는 전범으로부터 일정 기간 내에 행해진 후범만을 가중처벌할 뿐, 전범을 이유로 아무런 시간적 제한 없이 무제한 후범을 가중처벌하지는 않는다.....또한 범죄를 범한 경우에도 공소시효 기간이 경과하면 범죄에 대한 사회적 감정 또는 범인의 범죄적 성격이 소멸한 것으로 보아 국가형벌권 행사가 제한되고(형사소송법 제249조 제1항), 범죄로 기소되어 형을 받은 경우에도 형의 집행이 종료된 후 자격정지 이상의 형을 받지 아니하고 2년에서 10년의 기간이 경과하면 그 형이 실효되어(형의 실효 등에 관한 법률 제7조 제1항) 형을 받은 사람이 장래 그 전과로 인한 법률상 불이익을 받지 않게 되며, 그 결과 위와 같이 전범을 이유로 후

27) 헌법재판소 2021. 11. 25. 선고 2019헌바446, 2020헌가17, 2021헌바77 결정(병합)

범을 가중처벌하는 특별법에 의한 전과에도 해당하지 않게 된다. 그런데 심판대상조항은 음주운전 금지규정 위반 전력을 가중요건으로 삼으면서 해당 전력과 관련하여 형의 선고나 유죄의 확정판결을 받을 것을 요구하지 않는데다 아무런 시간적 제한도 두지 않은 채 재범에 해당하는 음주운전행위를 가중처벌하도록 하고 있어, 예컨대 10년 이상의 세월이 지난 과거 위반행위를 근거로 재범으로 분류되는 음주운전 행위자에 대해서는 책임에 비해 과도한 형벌을 규정하고 있다고 하지 않을 수 없다."고 판시하였다.

위 헌법재판소 결정은 제148조의2 제1항(2회 이상 술에 취한 상태에서 자동차등을 운전한 사람을 가중처벌 하도록 함)은 위반행위가 교통법규에 대한 준법정신이나 안전의식이 현저히 부족한 상태에서 이루어진 반규범적 행위 또는 사회구성원에 대한 생명·신체 등을 '반복적으로' 위협하는 행위라고 평가되는 경우 가중처벌 하는 것인데, 이전 위반행위로부터 10년 이상 경과한 경우 과연 위와 같이 가중처벌할 필요가 있는지 의문이라고 보고 있다. 즉, 과거 위반행위가 예컨대 10년 이상 전에 발생한 것이라면 처벌대상이 되는 음주운전이 재범에 해당된다고 하더라도 그것이 교통법규에 대한 준법정신이나 안전의식이 현저히 부족한 상태에서 이루어진 반규범적 행위라거나 사회구성원에 대한 생명·신체 등을 '반복적으로' 위협하는 행위라고 평가하기 어려워 이를 일반적 음주운전 금지규정 위반행위와 구별하여 가중처벌할 필요성이 있다고 보기 어렵다는 것이다.

이 연구의 대상이 되는 도로교통법 제93조 제1항 제2호 역시 위 헌법재판소의 심판대상 조항인 도로교통법 제148조의2 제1항과 입법목적이 동일하다고 할 수 있는데, 2005. 5. 31. 도로교통법을 개정하면서 이 사건 부칙에서 도로교통법 제93조 제1항 제2호의 과거 위반행위의 시적 기산점을 '2001. 6. 30. 이후'로 정하였고 현재까지 변경된 바가 없다. 따라서 만약 2001. 7. 1. 음주운전의 경력이 있는 행위자가 20년이 넘은 2022. 7. 1.에 이르러 음주운전을 한 경우 과거의 음주운전 행위에 대한 불법의 비난가능성은 사라졌거나 현저히 감소했다고 볼 수 있다. 그럼에도 불구하고 21년 전의 위반행위가 현재의 위반행위에 대한 매우 절대적인 가중요건이 되어 현재의 위반행위보다 훨씬 더 중한 처분을 받게

되는 불합리가 발생한다. 더욱이 도로교통법 부칙은, 제재대상이 되는 위반행위시를 기준으로 과거 전력에 대하여 가중요건을 산정한 것이 아니라, 과거 특정 시점인 2001. 6. 30.을 가중요건의 기산점으로 삼고 있어 앞으로 세월이 흐를수록 가중요건의 산정 대상 기간은 더욱 길어질 수밖에 없다.

한편 반복되는 음주운전행위에 대해 가중된 제재처분을 할 필요가 있다고 하더라도, 행정처분시 10년 이상이 경과한 선행 위반행위를 이유로 후행 위반행위에 가중된 제재처분을 하는 예는 찾기 어렵고[28], 이는 형사처벌에서도 마찬가지이다. 운전면허 취소처분은 행정처분에 불과하므로 죄형법정주의가 적용되는 형사처벌과는 차원이 다르다고 생각할 수도 있다. 그러나 운전면허 취소처분은 오히려 벌금이나 징역형의 집행유예의 형사처벌보다도 훨씬 더 국민의 기본권에 밀접하게 관련되어 있고, 국민이 체감하는 불이익의 정도가 실질적으로는 훨씬 더 크다. 생각해 보라. 20년이 넘은 과거 젊었을 때의 단 한번의 음주운전 전력이 있으나 그 이후 20년 동안 성실하게 택시운전으로 생계를 유지해 온 사람이 단 한번 킥보드 음주운전을 하였다는 이유만으로 반드시 그가 소지하고 있는 모든 운전면허를 2년간 취소하여 사회에서 실질적으로 완전히 격리하여 버린다면 이는 합당한 처분인가 말이다.

한편 도로교통법을 보아도 운전면허 취소·정지처분의 기초자료로 활용하기 위한 벌점의 경우 과거 3년간만 누산한다.[29] 그 외 행정처분의 가중요건을 고려하는 경우에도 최근 1년 혹은 2년간의 전력을 고려하는 것이 일반적이고, 최근 3년의 전력을 고려하는 것조차 상당히 드문 예에 해당한다.[30]

---

28) 예를 들어 미국의 경우 캘리포니아, 버지니아 등 25개 주에서 10년의 재범기간을 정하고 있다. 박준환·김선화, “상습적 음주운전자의 가중처벌에 대한 위헌결정례 분석과 개선과제”, 이슈와 논점 제1961호, 국회입법조사처, 2022.6.14.

29) 도로교통법 시행규칙 별표 28 운전면허 취소·정지처분 기준 참조

30) 위반행위의 횟수에 따른 행정처분의 기준시에 대한 입법례를 보면 다음과 같다.
① 환경오염피해 배상책임 및 구제에 관한 법률 시행령 [별표 7] 1. 가. 위반행위의 횟수에 따른 행정처분의 기준은 최근 **3년간** 같은 위반행위로 행정처분을 받은 경우에 적용한다. 이 경우 위반횟수별 부과기준의 적용일은 위반행위에 대하여 행정처분을 한 날과 다시 같은 위반행위(행정처분 후의 위반행위만 해당한다)를 적발한 날로 한다.

② 도시교통정비 촉진법 시행규칙 [별표 2] 1. 나. 위반행위의 횟수에 따른 행정처분 기준은 그 위반행위가 있는 날 이전의 최근 **2년간**(제2호다목의 경우에는 **3년간**) 같은 위반행위로 행정처분을 받은 경우에 적용하며, 위반횟수 산정은 위반행위를 한 날을 기준으로 한다.

③ 환경오염시설의 통합관리에 관한 법률 시행규칙 [별표 14] 1. 나. 위반행위의 횟수에 따른 행정처분기준은 최근 **2년간**[제2호가목8)나) 중 매연의 경우, 제2호가목 중 법 제2조제2호가목·라목 또는 바목의 시설의 경우 및 제2호나목의 경우에는 최근 **1년간**] 같은 위반행위로 행정처분을 받은 경우에 적용한다.

④ 자동차관리법 제21조제2항 등의 규정에 따른 행정처분의 기준과 절차에 관한 규칙 제5조(처분의 기준) ③ 위반행위의 횟수에 따른 행정처분의 기준은 최근 **2년간** 같은 위반행위로 행정처분을 받은 경우에 적용한다.

⑤ 건설기계관리법 시행규칙 [별표 22의4] 1. 가. 위반행위의 횟수에 따른 행정처분의 기준은 최근 **2년간** 같은 위반행위로 행정처분을 받은 경우에 적용한다.

⑥ 화학물질관리법 시행규칙 [별표 7]1. 나. 위반행위의 횟수에 따른 행정처분 기준은 최근 **2년간** 같은 위반행위로 행정처분을 받은 경우에 적용한다.

⑦ 의료법 시행령 [별표] 행정처분기준 1. 다. 위반사항의 횟수에 따른 행정처분(가중처분)의 기준은 최근에 행한 행정처분을 받은 후 **1년**(제2호가목16)의 위반행위는 **5년**) 이내에 다시 개별기준의 같은 위반행위를 하여 행정처분을 행하는 경우에 적용한다.

⑧ 의약품 등의 안전에 관한 규칙 [별표 8] Ⅰ. 2. 위반사항의 횟수에 따른 행정처분(가중처분)의 기준은 최근에 한 행정처분을 받은 후 **1년**(품질부적합은 **2년**, 법 제47조제2항을 위반한 경우는 **5년**) 이내에 다시 개별기준 같은 호 또는 같은 목의 위반행위를 하여 행정처분을 받은 경우에 적용한다.

⑨ 의료기기법 시행규칙 [별표 8] Ⅰ. 2. 가. 위반사항의 횟수에 따른 행정처분(가중처분)의 기준은 최근에 행한 행정처분을 받은 후 **1년**[품질부적합은 **2년**, 법 제13조제3항(법 제15조제6항에 따라 준용되는 경우를 포함한다) 또는 법 제18조제2항을 위반한 경우는 **5년**] 이내에 다시 Ⅱ. 개별기준의 같은 위반행위를 하여 행정처분을 행하는 경우에 적용한다.

⑩ 식품위생법 시행규칙 [별표 23] Ⅰ.5. 위반행위의 차수에 따른 행정처분의 기준은 최근 **1년간**(법 제4조부터 제6조까지, 법 제8조, 법 제19조 및 「성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률」 제4조 위반은 **3년간**으로 한다) 같은 위반행위(법 제7조제4항 위반행위의 경우에는 식품등의 기준과 규격에 따른 같은 기준 및 규격의 항목을 위반한 것을 말한다)를 한 경우에 적용한다.

⑪ 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 시행규칙 [별표 10] Ⅰ.마. 위반행위의 횟수에 따른 행정처분(가중처분) 기준은 최근 **1년간** 같은 위반행위로 행정처분을 받은 경우에 적용한다.

⑫ 건강기능식품에 관한 법률 시행규칙 [별표 9] Ⅰ2. 위반행위의 차수에 따른 행정처분의 기준은 최근 **1년간**(법 제23조의 위반은 3년간) 같은 위반행위(품목류의 경우에는 같은 품목에 대한 같은 위반행위를 말한다. 이하 같다)로 행정처분을 받은 경우에 적용한다.

⑬ 다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법 시행규칙 [별표 3] 1. 나. 위반행위의 횟수에 따른 행정처분기준은 최근 **1년간**[제2호(10)의 경우에는 **3년간**] 같은 위

따라서 위에서 언급한 내용들을 종합하면, 2001. 6. 30. 이후 단 한 차례라도 음주운전 전력이 있는 사람이 향후 정지 수치에 해당하는 혈중알코올농도의 상태에서 개인형 이동장치를 1회 운전하였다고 하여, 개인형 이동장치의 특성이나 음주수치, 운전 내용 등에 대한 고려 없이 보호법익에 미치는 위험 정도가 비교적 낮은 유형의 음주운전 행위에도 일률적으로 운전면허를 필요적으로 취소하도록 한 도로교통법의 현행 규정은 피해의 최소성 원칙에 위배된다고 하지 않을 수 없다. 과거 음주운전이 예컨대 10년 전에 발생한 것이라면 개인형 이동장치의 음주운전을 다시 하더라도 그것만으로는 과연 교통법규에 대한 준법정신이나 안전의식이 현저히 부족한 자라고 보아 운전면허를 필요적으로 취소해야 한다는 결론에 이를 수 있는지는 의문이기 때문이다.[31] 나아가 운전면허 벌점제도와 관련하여 '과거 3년'간의 경력만을 문제 삼는 일본[32]의 입법례[33] 내지 - 위반행위별로 일부 차이는 있으나 - 음주와 관련하여 '과거 5년'간의 경력만을 문제 삼는 독일 도로교통법 제29조 제1항을 고려하면, 우리나라 도로교통법상 요구하는 종래의 음주운전 경력 요건은 지나치게 과도한 것이다.

과거 헌법재판소의 합헌결정은 구 도로교통법상 음주운전으로 '3회' 단속되었을 경우에는 음주운전행위 사이의 기간에 관계없이 운전자에게 교통법규에 대한 준법정신이나 안전의식이 현저히 결여되어 있음을 충분히 인정할 수 있는 점을 주요한 근거로 삼고 있는 것이다. 그리고 실제 문

반행위로 행정처분을 받은 경우에 적용한다.

⑭ 화재예방, 소방시설 설치·유지 및 안전관리에 관한 법률 시행규칙 [별표 8] 1. 다. 위반행위의 차수에 따른 행정처분의 가중된 처분기준은 최근 **1년간** 같은 위반행위로 행정처분을 받은 경우에 적용한다.

31) 헌법재판소도 이 점에 착안하여 -비록 벌칙규정에 대한 것이기는 하지만- 음주운전 경력에 대한 아무런 시간적 제한을 두지 않고 2006. 6. 1. 이후의 경력이 있기만 하면 가중처벌을 하는 도로교통법 제148조의2 제1항에 대하여 거듭 위헌결정을 내렸다(헌법재판소 2021. 11. 25. 선고 2019헌바446등 결정; 헌법재판소 2022. 5. 26. 선고 2021헌가32 결정).

32) 일본 도로교통법 시행령 별표 제3 등 참조

33) 영국의 경우에도 음주운전 기준을 넘은 상태에서 운전시 3점 내지 11점의 벌점을 부과하는데, 과거 '3년'의 벌점만을 합산하여 12점 이상의 벌점을 받은 경우 운전면허를 박탈하고 있다. <https://www.gov.uk/penalty-points- endorsements/endorsement-codes-and-penalty-points>

제되는 사안에서도 음주운전의 간격이 되는 기간이 이와 같이 장기간에 해당하지 아니하였다. 그러나 현행 도로교통법상 음주운전으로 '2회'[34] 단속된 자의 경우에는, 당연히 이러한 교통법규에 대한 준법정신이나 안전의식을 현저히 결여했다고 볼 수 있을지 의문이다. 또한 자동차 운전과 개인형 이동장치의 운전에는 상당한 차이가 있고 실제로 도로교통법은 음주운전이나 무면허운전에 있어 자동차 운전과 개인형 이동장치의 운전의 형사처벌의 수준을 명확하게 구분하고 있기에 더욱 그러하다(법 제148조의2, 제152조, 제156조 제11호, 제13호). 그렇다면 자동차 음주운전 경력이 있는 자가 다시 개인형 이동장치의 음주운전을 한 경우, 각 음주운전으로 인한 교통안전의 위험성의 경중은 대단히 다른 것이기 때문에 과거의 자동차 음주운전 경력이 있다는 이유만으로 그가 가진 모든 운전면허를 필요적 면허취소처분의 대상으로 삼는 것은 정당하지 않다.

3) 위반행위와 밀접한 관련있는 최소한의 제재수단의 선택 문제

운전면허는 도로에서의 운전을 허용하는 대인적 허가로서 그 효력이 일신전속적이고 발급과 관리도 1인 1면허로 행해지는 것이 원칙이기는 하지만, 운전면허의 범위를 일부만 삭제하는 것도 가능하다(법 제85조 제4항).[35] 그리고 자동차와 개인형 이동장치는 그 속도, 교통사고 발생 시 부상의 정도 등에 있어 현저한 차이가 있으므로 음주운전 경력이 있는 자가 개인형 이동장치를 운전하였을 경우 개인형 이동장치를 운전할 수 있는 원동기장치자전거의 운전에 관한 면허가 아니라 자동차 운전 등

34) 과거에는 총 '3회' 이상 음주운전에 대해 필요적 면허취소처분의 대상으로 하였으나, 2018. 12. 24. 도로교통법 개정에 따라 '2회' 이상 음주운전에 대해 필요적 면허취소처분을 하는 것으로 변경된 것이다. 그런데 과거 헌법재판소 판례의 대상 사안인 3회 이상의 음주운전의 경우에는 3회의 각각의 음주전력의 간격이 5년 내지 10년 이내에 있을 수밖에 없었는데, 2회 음주의 경우로 변경된 현재는 그 간격이 최대 20년이 훌쩍 넘어갈 수가 있게 된다는 점에 큰 차이가 있다.

35) 거짓이나 그 밖의 부정한 수단으로 운전면허를 받은 경우 모든 범위의 운전면허를 필요적으로 취소하도록 한 도로교통법 규정에 대한 헌법재판소의 위헌결정(헌법재판소 2020. 6. 25. 선고 2019헌가9등 결정)에 따라, 현행 도로교통법은 거짓이나 그 밖의 부정한 수단으로 운전면허를 받은 자에 대한 필요적 면허취소처분을 할 때 운전자가 거짓이나 그 밖의 부정한 수단으로 받은 그 운전면허로 한정하여 그 취소범위를 정하도록 규정하고 있다(법 제93조 제1항 제8의2).

다른 범위의 면허까지 당연히 취소하는 것은 지나친 제재이다. 오히려 이 경우 개인형 이동장치를 운전할 수 있는 원동기장치자전거의 면허 부분만 취소하는 것이 불법의 정도에 상응하는 정당한 제재라고 볼 수 있는 것이다.

물론 음주운전 경력이 있는 자가 개인형 이동장치의 음주운전을 했을 때 개인형 이동장치를 운전할 수 있는 원동기장치자전거에 대한 면허만을 취소할 경우 음주운전을 방지하기 위한 위협효과가 충분하지 않다는 반론도 있을 수 있다. 그러나 이러한 위협효과는 기본적으로 행정제재가 아니라 형벌이 가지는 하나의 기능으로 이해되어야 하는 것이고, 현행법상으로는 이미 개인형 이동장치의 음주운전시 도로교통법 제156조 제11호에 따른 형사처벌(20만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료)에 의한 일정한 위협효과가 있는 것이기 때문에, 위 형벌에 덧붙여 반드시 그가 보유한 운전면허 전체에 대한 필요적 취소처분이 있어야만 한다고 보기는 어렵다.

나아가 현행법과 같이 행위자가 보유한 운전면허 전체에 대한 필요적 취소처분을 하는 것은, 모든 국가적 제재의 최후수단(ultima ratio)으로서 작동하는 형벌의 수준보다도 오히려 훨씬 상회하는 행정제재를 가하는 결과에 이를 수 있다. 즉, 개인형 이동장치의 음주운전에 대해서는 앞서 보듯이 비교적 경미한 형벌(20만원 이하의 벌금, 구류, 과료)이 부과될 뿐이다. 반면에 음주운전 경력이 있다는 이유만으로 개인형 이동장치의 음주운전에 있어 필요적 면허취소처분을 가하게 되면, 특히 자동차 운전을 불가결의 요건으로 하는 직업을 수행하는 자들에게 직업을 박탈하는 것과 다름없는 중대한 제한을 가져온다. 이와 같이 형벌보다도 더 중한 행정제재를 가져오게 되는 현행 도로교통법의 규정은 문제가 있으며, 이는 실질적으로 헌법상 이중처벌금지원칙에 반하는 것이라고 볼 수도 있다.[36]

---

36) 물론 헌법재판소는 음주운전시 형벌과 면허취소처분은 서로 다른 목적과 기능을 가지고 있기 때문에, 양자를 병과하더라도 헌법상 이중처벌금지원칙에 위반되는 것은 아니라고 판시하고 있기는 하다(헌법재판소 2010. 3. 25. 선고 2009헌바83 결정 참조). 그러나 개인형 이동장치의 음주운전에 대한 행정처분의 침익적 내용(그 행위자가 보유한 면허 전체에 대한 필요적 취소)이, 형벌(20만원 이하의 벌금, 구류, 과료)의 정도를 훨씬 상회한다는 점에서 과연 양자가 이

다. 법익의 균형성

현행 도로교통법상 음주운전 또는 음주운전 경력이 있는 자가 개인형 이동장치의 음주운전으로 인해 운전면허가 필요적으로 취소될 경우 그 취소일로부터 2년간 운전면허를 취득할 수 없다(법 제82조 제2항 제6호 가목). 따라서 자동차 운전을 생업으로 하거나 그 운전을 불가결의 요건으로 하는 직업을 수행하는 자들의 경우 실질적으로 직업을 박탈하는 것과 다름없는 직업의 자유에 대한 중대한 제한을 가져온다.

반면에 필요적 면허취소처분을 통해 달성하려는 공익은 도로교통의 안전인데, 반복하여 보듯이 자동차 음주운전 경력이 있는 자가 – 다시 '자동차'의 음주운전을 한 경우는 별론으로 하더라도 – 단순히 개인형 이동장치의 음주운전을 했다면 그러한 운전이 도로교통 안전에 미치는 영향은 매우 경미하다고 할 것이다. 따라서 이와 같은 경우에는 필요적 면허취소처분을 통해 달성하려는 공익이 그로 인해 제약되는 사인의 기본권 침해의 정도를 상회한다고 볼 수 없으므로, 법익의 균형성 원칙에도 위배된다.

3. 평등원칙 위반

이 연구의 대상이 되는 조항인 도로교통법 제93조 제1항 제2호는 본질적으로 다른 것을 자의적으로 동일하게 취급하고 있어, 평등의 원칙에 위반된다. 현행 도로교통법상 개인형 이동장치의 속도(25㎞/h 미만)와 무게(30㎏ 미만)가 엄격하게 제한되어 있어, 고속, 고중량의 그 외 자동차등(자동차 및 개인형 이동장치를 제외한 원동기장치자전거)에 비해 도로교통상 위험성이 현저히 낮다. 개인형 이동장치에 대하여 면허를 요구하거나 음주운전을 처벌하는 규정을 두게 된 주요한 이유는 개인형 이동장치를 운행하는 자가 그 운행 중의 교통사고로 타인을 다치게 하는 등의 피해를 예방하기 위한 측면보다 개인형 이동장치를 운행하는 운전자 본인을 사고의 위험으로부터 보호하기 위한 측면이 강하다.

이에 도로교통법도 이러한 점을 반영하여 무면허 또는 술에 취한 상태로 개인형 이동장치를 운전한 경우의 형사처벌시 그 외 자동차등을 운전

중처벌이 아니라고 단언할 수 있을지 의문이다.

한 경우와 현저한 차이를 두고 있다. 도로교통법은 술에 취한 상태에서 개인형 이동장치를 운전한 경우 - 술에 취한 상태에서 자동차등을 운전한 경우와는 달리 - 음주수치나 횟수와 무관하게 벌금 20만원 이하 등에 처하도록 하여 자전거와 동일한 수준으로 형사처벌 하고(법 제156조 제11호), 무면허운전의 경우에도 벌금 20만원 이하 등에 처하도록 하여(법 제156조 제13호), 양자 모두 그 외 자동차 등보다 현저히 낮은 형벌을 부과하고 있다.

그리고 현행 도로교통법이 개인형 이동장치에 대한 형사처벌의 정도를 그 외 자동차등과 달리 취급하는 것에 대해 우리 법원은 저속, 저중량의 원동기를 단 차로서 안전이 확인되는 개인형 이동장치는 고속, 고중량의 '자동차등'에 비해 상대적으로 도로교통상 위험성이 낮으므로, 개인형 이동장치를 원동기장치자전거 또는 이륜차와 동일하게 처벌하는 구 도로교통법 규정은 과형이 과중하여 과잉처벌의 소지가 있었다는 점에서 반성적 고려에 의한 것이라고 판시하고 있다. 즉 저속, 저중량의 개인형 이동장치는 고속, 고중량의 그 외 자동차등과 본질적으로 다르므로, 다르게 취급할 필요가 있다는 것이다.

그런데 도로교통법은 개인형 이동장치의 운전을 위해 운전면허가 필요한지에 관하여, 1차 개정시 필요하지 않다고 보아 규정을 개정하였다가, 2차 개정시 필요하다고 보아 다시 규정을 개정하였는데, 2차 개정 당시 무면허 또는 술에 취한 상태에서 개인형 이동장치를 운전한 경우 운전면허에 관한 행정처분, 즉 운전면허의 취소·정지나 운전면허의 결격사유에 있어 그 취급을 어떻게 할 것인지를 별도로 정하지 않았고, 결국 '자동차등'에 포함되게 된 결과로 그 외 자동차등과 동일한 취급을 받고 있는데, 이는 개인형 이동장치가 그 외 자동차등과 본질적으로 다름에도 동일하게 취급한 것이어서 현저히 불합리하거나 헌법상 입법부에 부여된 입법권의 범위를 넘어서 자의적인 입법에 해당한다고 하지 않을 수 없다. 앞에서 언급한 바와 같이 2차 개정 당시 국회 회의록을 보아도 무면허 또는 술에 취한 상태로 개인형 이동장치를 운행한 경우 행정처분에 있어 개인형 이동장치의 취급을 그 외 자동차등과 같이 할 것인지, 형사처벌처럼 차이를 둘 것인지에 관하여 전혀 논의된 적이 없다. 즉 1차 개정시 형사처벌에 있어 차이를 현저한 차이를 두고 2차 개정시에도 유지하고

있는 점을 고려하면, 행정처분시 그 외 자동차등과 차이를 두지 않는 것은 입법자의 진정한 의사가 아니라고 봄이 타당한다.

그리고 도로교통법 제93조 제1항 제2호 보다 교통상의 위험성이 큰 경우도 임의적 취소사유임에 반해, 도로교통법 제93조 제1항 제2호는 필요적 취소사유를 규정하고 있어, 평등원칙에 위반된다. 도로교통법 제93조 제1항 단서는 도로교통법 제93조 제1항 제2호의 필요적 취소사유로 규정한 것과 달리, 임의적 운전면허 취소사유로 규정하고 있다. 이 점을 고려해보면 개인형 이동장치를 음주운전한 경우 도로교통법 제93조 제1항 제4호(약물의 영향으로 인하여 정상적으로 운전하지 못할 우려가 있는 상태에서 자동차등을 운전한 경우), 제5호(제46조제1항을 위반하여 공동 위험행위를 한 경우), 제5호의2(제46조의3을 위반하여 난폭운전을 한 경우), 제5호의3(최고속도보다 시속 100킬로미터를 초과한 속도로 3회 이상 자동차등을 운전한 경우), 제6호(교통사고로 사람을 사상한 후 제54조제1항 또는 제2항에 따른 필요한 조치 또는 신고를 하지 아니한 경우)에 비하여 현저히 그 위험성이 적은 것으로 평가할 수 있고, 특히 위 도로교통법 제93조 제1항 각호를 운전면허의 임의적 취소사유로 하고 있는 점에 주목해보면, 과거 음주운전 전력이 있는 자가 정지 수준(혈중알코올농도 0.03% 이상 0.08% 미만)의 술에 취한 상태에서 개인형 이동장치를 운전하였다는 점만으로 필요적 운전면허 취소사유로 한 것은 면허취소·정지 사유 간의 체계를 파괴할 만큼 형평성에서 벗어나 평등원칙에 반한다고 보아야 한다.

V. 나오며

개인형 이동장치는 그 속도나 운행방법이 자동차나 오토바이와는 현격한 차이가 있어 자전거와 마찬가지로 자전거도로를 통행하여야 하고 저전거도로가 없는 경우에는 도로의 우측 가장자리로 통행하여야 하는 이동수단이다. 현행 도로교통법이 개인형 이동장치에 대한 면허취득 요구 등 규제강화의 노선을 택하면서도 여전히 음주운전이나 무면허운전에 있어 자동차와 개인형 이동장치에 대한 형사처벌의 강도를 확연하게 구분

하고 있는 점에 비추어보면 개인형 이동장치가 도로교통의 안전에 미치는 영향이 경미하다는 점을 고려한 것이다. 따라서 개인형 이동장치에 관한 형벌과 행정제재에 있어서는 자동차와 구별되는 규율이 필요하다. 문제는 현행 도로교통법이 행정제재의 차원에서는 자동차와 개인형 이동장치의 도로교통법 위반행위를 전혀 구분하고 있지 않고 있다는 점이다. 설령 자동차 음주운전 경력이 있는 자라고 하더라도 - 특히 그와 같은 경력이 예컨대 10년 이상의 과거의 것이라고 한다면 - 이후에 '개인형 이동장치'의 음주운전을 했다고 하더라도 그 행위자가 자동차 통행 관련 도로교통 규범의 준수의식이 희박한 자로서 그가 가진 자동차 운전면허 전체를 필요적으로 취소해야만 한다는 결론이 당연히 도출된다고 볼 수 없다.

한편, 우리 도로교통법은 2020년 개인형 이동장치에 관한 규제를 완화한 후 1년이 채 지나지 않아 다시 규제를 강화하는 방향으로 돌아섰는데, 이러한 법개정이 과연 수범자에게 가해지는 중대한 기본권 제한과 관련한 고민 등을 충분히 한 것으로서 사회적 공감대 하에 이루어진 것인지 심각한 의문이 제기된다. 또한 현행 도로교통법이 개인형 이동장치의 운전에 관하여 운전면허를 요구하고 나아가 과거 음주운전 경력이 있다는 이유로 개인형 이동장치의 음주운전을 한 자에 대해 그가 보유한 운전면허 전체의 필요적 취소처분을 하도록 규정한 것은, 전동킥보드에 관하여 면허 자체를 요구하고 있지 아니하고 있는 외국의 입법례와도 상충되는 것으로 합리적인 근거를 찾기 어렵다.

결론적으로 2001. 6. 30. 이후의 자동차 음주운전 경력이 있는 자가 단순히 개인형 이동장치의 음주운전을 한 경우에는 그 경력이 언제의 것인지 여부와 상관없이 그가 가진 모든 운전면허를 필요적으로 취소처분하도록 하는 현행 도로교통법 규정은 그 과거 위반행위의 시기와 내용, 대상 위반행위태양이나 행위의 위법성의 경중을 전혀 고려하지 않은 채 수범자인 국민에게 매우 침익적인 행정제재를 가하는 것으로서 헌법상 정당화되기 어려운 것이므로 위헌적인 법률이라고 아니할 수 없다.

(논문투고일: 2022.8.31., 심사개시일: 2022.9.2., 게재확정일: 2022.9.19.)

노수환
개인형 이동장치, 운전면허 취소, 도로교통법,
음주운전, 위헌

[참고문헌]

국회도서관, “전동킥보드 등 ‘개인형 이동장치’의 법제화”, 현안입법 알리기 2020-11호(통권 제11호), 2020.

김남철, “도로교통법상 범칙금 및 벌점 부과의 법적과제”, 공법연구 제47집 제4호, 2019.

박광동, 개인형 이동장치 관련 법제 개선방안 연구, 한국법제연구원, 2021.

박준환·김선화, “상습적 음주운전자의 가중처벌에 대한 위헌결정례 분석과 개선과제”, 이슈와 논점 제1961호, 국회입법조사처, 2022.6.14.

신희철·정경옥·이재용·박성용·이동윤, 개인형 이동수단 활성화 및 안전에 관한 연구, 한국교통연구원, 2019.

오준근, “음주운전으로 인한 자동차 운전면허 취소처분의 행정법적 주요 쟁점”, 법조 통권 729호, 법조협회, 2018.

이상만, “음주운전에 의한 복수 운전면허취소처분 판례의 문제점과 관련 법제의 개선방안”, 홍익법학 제19권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2018.

임규철, “도로교통법상 개인형 이동장치에 대한 개선방향에 있어서의 비판적 연구 – 전동킥보드를 중심으로 –”, 비교법연구 제21권 제1호, 동국대학교 비교법문화연구원, 2021.

조항훈·노한승·유호찬·강지은·정지은·김흥순, “전동킥보드 이용행태 및 안전에 관한 연구 – 전동킥보드 소유자에 대한 설문을 중심으로 –”, 국토지리학회 vol. 55 no 1, 국토지리학회, 2021.

최미경·배재현, “전동킥보드 관련 「도로교통법」 개정현황과 향후 과제”, 이슈와 논점 제1794호, 국회입법조사처, 2021,

최철호, “음주운전에 대한 행정처분 및 처벌기준에 관한 입법평가 – 일본의 도로교통법령의 처분기준 강화를 중심으로 –”, 한국경찰학회보 13권 1호, 2011.

Abstract

A Study on the Unconstitutionality of the Mandatory Revocation of Driver's License Provision under the Road Traffic Act – Focusing on Drunk Driving of Personal Mobility Device –

Personal mobility device differs significantly from motor vehicle with regard to its athletic abilities. Considering the minor impact of personal mobility device on road traffic safety, the Road Traffic Act partially strengthens regulations such as the revival of the driver's license for personal mobility device, but still clearly distinguishes the intensity of criminal punishment for auto mobile and personal mobility device in driving while intoxicated and driving without a license. Therefore, in punishment and administrative sanctions for personal mobility device, it is necessary to have a different discipline from auto mobile. However, in terms of administrative sanctions, the fact that the Road Traffic Act does not distinguish between violations of auto mobile and violations of personal mobility device results in very severe restrictions on the basic rights of the people. Furthermore, the Road Traffic Act stipulates that a person who drove personal mobility device while intoxicated should cancel all his driver's licenses without the discretion of the administrative agency just because she or he had a history of driving while intoxicated more than 20 years ago. However, this is an overregulation that is difficult to find even in foreign legislation.

In conclusion, the Road Traffic Act, which requires those who have

history of driving while intoxicated more than 20 years ago to revoke all driver's licenses even if they simply drive personal mobility device while intoxicated, is difficult to justify as a violation of the proportional and equality principles under the Constitution.

Roh Su Hwan

Personal Mobility Device, Revocation of Drivers' Licenses, Road Traffic Act, Driving While Intoxicated, Violation of the Constitution

성균관대학교 법학연구원『성균관법학』 10.17008/skklr.2022.34.3.004
제34권 제3호(2022. 9.)
Sungkyunkwan Law Review Vol.34. No.3 (September 2022) pp. 101 - 136

변제자대위의 부담액 산정방식 재검토와 민법 제482조 제2항의 개정제안*

정 상 현(鄭相鉉)**

【목 차】

I. 서 설
II. 제도의 취지와 외국 입법례
1. 제도의 취지
2. 외국 입법례
III. 담보물의 제3취득자 및 물상보증인의 부담액 산정
1. 민법규정의 문제점
2. 해석론의 전개
3. 개정제안
IV. 이중지위자의 부담액 산정
1. 민법규정의 부재
2. 학설의 대립
3. 판례의 입장
4. 지위병존 1인설과 이중지위설의 검토
5. 개정제안
V. 결 어

【국 문 요 약】

민법은 타인 채무를 담보하는 보증인이나 물상보증인 또는 담보물 제3취득자의 변제에 따른 구상권 확보를 위하여 상호간에 채권자를 대위하는 법리를 규정한다. 대위 방법으로 채권자의 승낙을 얻어야 하는 임의대위(제480조)와 변제할 정당한 이익이 있는 자의 법정대위(제481조)를 인정한다. 대위 범위는 담보제공자가 구상 가능한 한도에서 채권자의 채권 및 그 담보에 관한 권리를 행사할 수 있도록 하는데(제482조 제1항), 이것은 결국 담보제공자가 부담하는 채무액과 직접적으로 관련된다. 민법 제482조 제2항은 보증인의 담보물 제3취득자에 대한 대위를 인정(제1호)하는 반면, 그 반대의 경우 대위 불가(제2호)를 규정하고, 담보물 제3취득자와 물상보증인 사이에는 담보물 가액에 비례하는 대위(제3호, 제4호), 그리고

* 이 논문 또는 저서는 2020년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 인문사회분야 중견연구자 지원사업의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2020S1A5A2A01042297).

** 성균관대학교 법학전문대학원 교수・법학박사.

다수의 보증인과 물상보증인 사이에는 먼저 인원수로 나눈 후 물상보증인 사이에는 그들의 부담액 합계액에 대하여 담보물 가액 비례의 대위(제5호)를 규정한다.

그러나 민법 제482조 제2항은 부정확한 내용으로 공평하지 못한 부담액 산정 결과를 야기하거나 규정의 미비로 해석상의 논란을 초래하기도 한다. 즉 제3호와 제4호는 제3취득자 또는 물상보증인이 제공한 담보물 가액의 합계가 채무액보다 작은 경우를 고려하지 않았고, 제5호는 보증인의 지위와 물상보증인의 지위를 겸하는 자에 대한 부담액 산정방법을 규정하지 않았다. 그 외 제1호에서 보증인의 담보물 제3취득자에 대한 대위를 위하여 부기등기가 필요한지, 제2호의 담보물 제3취득자에 물상보증인으로부터 담보물을 취득한 제3자도 포함시킬 것인지 논의가 있으나 이들은 부담액 산정과 관련이 없어 이 글에서는 제외한다.

수인의 제3취득자나 물상보증인이 있는 경우 그들이 제공한 담보물 가액의 합계가 채무액을 초과하는 경우는 현행 민법 제482조 제2항 제3호와 제4호의 산정방식에 따르면 되지만, 그 반대의 경우, 즉 제공된 담보물 가액의 합계가 채무액에 미달하는 경우는 위 규정에 따른 산정방식이 불합리한 결과를 야기한다. 마땅히 후자의 경우에 물상보증인과 담보물 제3취득자는 그들이 제공한 담보물 가액을 한도로 대위해야 한다는 내용을 추가해야 한다.

제5호와 관련하여 보증인과 물상보증인은 전체 채무액에 대한 책임부담 한도를 달리 인식하고 있다는 점을 간과해서는 안 된다. 보증인은 채무 전액에 대한 보증의사를 가진 것으로 보아야 하겠지만, 물상보증인은 스스로 제공한 담보물 가액을 초과하는 담보의사를 갖지는 않을 것이기 때문이다. 나아가 보증인과 물상보증인을 겸하는 이중지위자는 어떤 법적 지위로 파악하여 부담액을 산정할 것인지 민법은 침묵하고 있다. 그를 보증인으로 파악할 것인지, 물상보증인으로 파악할 것인지, 아니면 보증인과 물상보증인의 지위를 모두 인정할 것인지, 이들 각각의 법적 지위에 따른 민법규정의 적용으로 합리적인 부담액 산정이 이루어질 것인지 많은 의문을 내포하고 있다. 따라서 보증인과 물상보증인 사이의 부담액 산정기준과 이중지위자의 법적 지위 및 처리 방안에 대한 새로운 인식과 해결방안을 모색해야 한다. 이 글은 민법 제482조 제2항 제3호와 제4호, 제5호의 해석론에 대한 한계를 지적하고 새로운 개정안을 제시하기 위하여 작성되었다.

I. 서 설

(1) 채권담보를 위하여 채무자 소유 또는 타인 소유 재산에 물적 담보를 설정하거나 제3자가 채권자와의 (연대)보증계약을 통하여 인적 담보를 설정하는 것은 채권의 확실한 실현에 대한 채권자의 불안을 해소하기 위한 법적 장치이다. 채무자 외의 제3자가 타인의 채무를 담보하기 위하여 자기 소유 재산에 (근)저당권을 설정하거나 저당권이 설정된 부동산을 양수함으로써 동일한 지위에 처하기도 한다. 이러한 제3자는 한 사람인 경우도 있고 두 사람 이상인 경우도 있다. 인적 담보로서 연대채무자나 보증채무자 또는 물적 담보로서 물상보증인이든 담보물의 제3취득자이든, 채권자 입장에서는 그러한 담보가 많을수록 채권회수 가능성이 커지므로 그 확실성을 보장받기 위한 다수의 담보제공을 마다할 이유가 없다. 물론 채권의 실현은 채무자에 의한 변제 등이 일반적으로 고려되겠지만, 현실적으로 보증인이나 물상보증인 또는 담보물 제3취득자의 변제 등을 통하여 이루어지기도 한다.

(2) 보증인이 채무를 변제하여 채권이 소멸되면(제469조) 그는 채무자에 대하여 구상권을 취득한다(제441조, 제444조). 이러한 구상권 확보를 위하여 타인 채무의 변제자는 채권자를 대위하여 채무자에 대한 채권[1] 및 담보권[2]을 행사할 수 있고, 다수의 담보제공자가 있는 경우에는 그들에게도 채권자를 대위하여 위와 같은 권리를 행사할 수 있다. 이를 '변제자대위' 또는 '변제에 의한 대위'라고 한다. 즉 변제자대위는 채무자에 대하여 채권자를 대위할 뿐만 아니라 다른 담보제공자인 물상보증인이나 담보물의 제3취득자에 대해서 그들의 부담액 한도에서 채권자를 대위할

1) 채권자의 채무자에 대한 이행청구권, 손해배상청구권, 채권자대위권, 채권자취소권 등을 포함한다. 강현중(편집대표 박준서), 주석민법 채권총칙(3), 한국사법행정학회, 2000, 301면.

2) 채권자가 갖는 질권, 저당권 등 물적 담보와 보증인에 대한 권리 등 인적 담보를 포함한다. 변제자대위권을 행사하더라도 채무자에 대한 구상권이 소멸하는 것은 아니며, 구상권과 변제자대위권은 그 성질이 서로 다른 별개의 권리이므로, 청구권의 경합이 발생한다(곽윤직, 채권총론, 박영사, 1997, 495면; 김증한·김학동, 채권총론, 박영사, 1998, 365면; 장재현, 채권법총론, 현암사, 1998, 290면; 김준호, 민법강의, 법문사, 2022, 488면; 양형우, 민법의 세계, 정독, 2022, 1139면; 이인재(편집대표 곽윤직), 민법주해[XI], 채권(4), 박영사, 2004, 202면; 대법원 1997. 5. 30. 선고 97다1556 판결; 대법원 2015. 11. 12. 선고 2013다214970 판결).

수 있다. 그 구체적인 대위 방법으로 민법은 채권자의 승낙을 얻어야 하는 임의대위(제480조)와 변제할 정당한 이익이 있는 자의 법정대위(제481조)를 규정한다.

(3) 변제자대위는 담보제공자 사이에 구상할 수 있는 범위, 즉 부담액을 한도로 채권 및 담보에 관한 권리를 행사할 수 있다(제482조 제1항).[3] 대위할 수 있는 부담액의 범위를 확정하기 위하여 민법 제482조 제2항은 보증인, 물상보증인, 담보물의 제3취득자 사이 또는 그들 상호간의 대위 가능성과 그 부담액의 산정방법을 규정한다.[4] 동항 제1호는 보증인은 담보 부동산의 제3취득자에 대하여 채권자를 대위할 수 있지만 설정된 담보권 등기에 미리 대위의 부기등기를 해야 함을 규정한다. 제2호는 담보물의 제3취득자는 보증인에게 채권자를 대위할 수 없음을 규정한다. 제3호와 제4호는 제3취득자 상호간 또는 물상보증인 상호간에는 그들이 제공한 담보물 가액에 비례하여 채권자를 대위하는 것으로 규정한다. 제5호는 다수의 보증인과 물상보증인 사이에는 그 인원수에 비례하고(인원

3) 민법 제482조 제1항에서는 "전 2조의 규정에 의하여 채권자를 대위한 자는 자기의 권리에 의하여 구상할 수 있는 범위에서 채권과 그 담보에 관한 권리를 행사할 수 있다."고 규정하여 권리의 '행사'임을 명시한다. 그러나 변제자대위의 법적 성질과 관련하여 채권자의 권리가 변제자에게 이전된다는 견해(권리이전설)와 채권자의 권리를 변제자가 채권자 이름으로 대위 행사한다는 견해(대위행사설)가 대립한다. 전자가 다수설이고(김증한, 채권총론, 박영사, 1988, 134면; 김기선, 한국채권법총론, 법문사, 1963, 349면; 이태재, 채권총론신강, 진명문화사, 1964, 380면; 김석우, 채권법총론, 박영사, 1977, 386면; 김주수, 채권총론, 삼영사, 1999, 467면; 김형배, 채권총론, 박영사, 1998, 702면; 이호정, 채권법총론, 한국방송통신대학출판부, 1993, 179면; 김상용, 채권총론, 법문사, 2000, 476면; 송덕수, 신민법강의, 박영사, 2022, 1006면; 김대정, 채권총론, fides출판, 2006, 368-369면; 김대정・최창렬, 채권총론, 박영사, 2020, 428면; 곽윤직, 앞의 책, 494면; 김준호, 앞의 책, 488면; 양형우, 앞의 책, 1135면), 후자가 소수설이다(장경학, 채권총론, 교육과학사, 1994, 523면; 이은영, 채권총론, 박영사, 2000, 716-717면). 판례는 다수설을 따른다(대법원 2011.1.27. 선고 2008다13623 판결; 대법원 2006.2.10. 선고 2004다2762 판결; 대법원 2004. 6. 25. 선고 2001다2426 판결; 대법원 1996. 12. 6. 선고 96다35774 판결). 이에 대한 법사학적 연구로 자세한 것은 김형석, "변제대위 제도의 연혁에 관한 소고", 사법연구 제8집, 청헌법률문화재단(2003), 7면 이하 참조.

4) 그 외 다수의 연대채무자나 보증인 사이의 변제자대위는 각각 특별규정(제425조, 제447조, 제448조)에 따른 구상권 범위에서 가능하다. 다수의 연대채무자와 이들을 위한 연대보증인이 있는 경우 연대보증인은 어느 연대채무자에 대해서도 대위가 가능하지만, 연대채무자 중 1인이 자신의 부담부분을 초과하는 변제를 하더라도 위 연대보증인에 대해서는 채권자를 대위할 수 없다(대법원 1992. 5. 12. 선고 91다3062 판결).

수 비례), 그 중 물상보증인 사이에는 보증인의 부담부분을 제외한 잔액에 대하여 담보물 가액에 비례하여(담보가액 비례) 대위하며, 이때 담보물이 부동산이면 제1호를 준용하여 대위의 부기등기를 해야 하는 것으로 규정한다.

(4) 그런데 위 규정에는 내용이 명확하지 못하여 해석상 논란을 야기하는 부분도 있고, 요건 미비로 부담액이 불공평하게 산정되는 부분도 있다. 첫째, 제1호와 관련하여 보증인이 제3취득자에게 채권자를 대위하기 위하여 저당권등기 등에 대위의 부기등기를 미리 해야 하는데, 여기서 '미리'가 어느 시기를 의미하는지 분명하지 않다. 나아가 부기등기 자체가 과연 필요한지 의문이다. 둘째, 제2호와 관련하여 보증인에게 채권자를 대위할 수 없는 제3취득자는 채무자로부터 담보물을 취득한 제3자만 의미하는지, 물상보증인으로부터 취득한 제3자도 포함하는지 불명확하다. 셋째, 제3호와 제4호는 다수의 제3취득자 또는 물상보증인에 의하여 제공된 담보물 가액의 합계가 채무액보다 작은 경우를 고려하지 않았다. 즉 제3취득자나 물상보증인 상호간에는 제공된 담보물의 가액에 비례하여 대위함을 규정하지만, 이러한 원리에 따를 경우 그들은 자기 소유인 담보물 가액보다 큰 책임을 지지 않는다는 전제에 비추어 부당한 결론에 이를 수 있다.[5] 법률규정은 가능한 한 모든 경우의 수를 고려하고 그 의미를 명확하게 전달하여야 한다는 측면에서 수정 또는 재편될 필요가 있다. 넷째, 제5호는 제3호와 제4호의 문제점을 그대로 안고 있을 뿐만 아니라, 특히 보증인의 지위와 물상보증인의 지위를 겸하는 자(이하 '이중지위자'라고 한다)에 대한 부담액 산정방법을 전혀 규정하지

5) 부당한 결론에 이르는 구체적 사례는 이후 관련 부분에서 자세하게 다룰 것이다. 다만 간단하게 언급하면, 乙의 甲에 대한 전체 채무 6억 원을 담보하기 위하여 乙이 자기 소유인 2억 원 상당의 X부동산과 1억 원 상당의 Y부동산에 근저당권을 설정한 후 A와 B가 각각 X부동산과 Y부동산을 乙로부터 양수하였고, A가 채권자의 저당권실행을 막고자 채무 6억 원을 전부 변제하였다고 가정하자. 이때 민법 제482조 제2항 제3호에 따르면 담보물의 제3취득자 사이에는 담보물의 가액에 비례하여 대위 가능하므로 담보물 X의 가액 2억 원 : 담보물 Y의 가액 1억 원은 2 : 1의 비율이다. 채무 6억 원에 대하여 A와 B는 2:1의 비율로 각각의 부담액은 4억 원, B의 부담액은 2억 원이다. 따라서 A는 B를 상대로 2억 원의 범위에서 채권자를 대위할 수 있다. 그러나 이러한 결과는 B가 제공한 담보물 가액 1억 원을 초과하는 것으로 현실성도 없고 불합리하다. A와 B가 물상보증인이라도 마찬가지이다.

않았다. 그리고 제1호에서와 같이 부기등기의 필요성이나 제2호에서와 같이 담보물 제3취득자의 구분 필요성 역시 문제된다.

(5) 이러한 문제점으로 민법 제482조 제2항은 새로운 해석 내지 개정 가능성을 검토해야 한다. 규정의 취지는 당사자의 공평한 부담을 확보하는 것이므로, 보증인, 물상보증인, 제3취득자의 상호 대위 가능성과 부담액 산정에 불공평이 없어야 한다. 과연 현행 민법규정의 해석만으로 이들 사이의 공평을 보장할 수 있는가? 그렇지 않다면 현행 민법을 전제로 한 해석론은 한계가 있다. 이 글은 위 규정에 따른 담보제공자의 부담액에 대한 해석론의 재검토와 새로운 개정안 제시를 목적으로 한다. 다만 위의 (4)에서 제시한 논란 중 첫째와 둘째는 부기등기의 필요성과 대위 가능성에 관한 것으로 이 글의 목적인 담보제공자의 부담액 산정과는 거리가 있으므로 제외하고, 셋째와 넷째 문제에 집중하기로 한다.

II. 제도의 취지와 외국 입법례

1. 제도의 취지

(1) 우리 법문화에서 근대적 의미의 변제자대위 제도를 발견하기는 쉽지 않다. 다만 일제강점기의 조사로 전통적 관습에서 변제자대위의 단서가 발견된다. 즉 "타인을 위하여 채무를 변제한 자는 그 채무에 담보물이 있는 때에는 자기 구상권 범위 내에서 채권자와 동일한 권리를 가진다."는 법원리였다.[6] 그러나 이것은 급하게 조사하여 불비함이 있을 뿐만 아니라 이후의 조사에서 견해를 달리하는 사항도 많아 그 정확성을 담보할 수는 없다.[7] 정부수립 후 1958년 완성된 민법전에서는 변제자대위를 제482조에 규정하여 오늘에 이르고 있다. 이와 관련하여 제정 당시 주로 참고한 외국법은 일본민법 제501조를 계수한 만주민법 제470조[8]였다.[9] 변제자대위에 관한 일본민법 제501조는 프랑스민법을 본받은 것

6) 朝鮮總督府, 慣習調査報告書, 1913, 207-208頁.

7) 朝鮮總督府中枢院, 民事慣習回答彙集, 1933, 序 1-2頁.

8) 자세한 것은 柚木馨, 滿州民法読本, 有斐閣, 1934, 138-139頁 참조.

9) 민의원법제사법위원회민법안심의소위원회, 민법안심의록(상권), 1957, 283-284면.

으로 평가된다.[10] 그런데 안타깝게도 우리민법 제정과정에서는 그 입법 이유를 밝히지 않아 결국 일본민법을 참조하여 그 취지를 추측할 수밖에 없다.

(2) 제정 당시 일본민법 제501조는 프랑스민법의 해석론에 바탕을 둔 봐소나드(Boissonade)의 일본 민법전 초안(Projet de Code civil pour l'empire du Japon) 제505조[11]와 일본구민법 제483조[12]에 근거하였다.[13] 구민법에 대한 학계의 법전논쟁으로 그 시행이 연기되자 일본정부는 1893년 3월 25일 '법전조사회'를 구성하여 구민법의 전면적인 수정작업에 착수하였다.[14] 민법전 제정을 위한 기초위원 토미이 마사아키라(富井政章)는 변제자대위와 관련하여, 선취특권이나 저당권 등기에 미리 부기등기를 해야 하고, 제3취득자에 대한 대위를 규정하며, 물상보증인을 제3취득자와 동일하게 취급해야 하고, 수인의 보증인 및 물상보증인 사이의 대위에 관한 규정을 제안하였다.[15] 법전조사회는 이러한 내용을 담은 수정안 제500조를 완성하였고, 그 제5호에서 다수의 보증인과 물상보증인 사이의 대위에 관하여 두수(頭數)비율과 담보재산가액비율에 따른 부담액 산정방법을 규정하였다. 1896년 1월 14일 법전조사회에서 수정안이 최종적으로 확정되었고, 같은 해 1월 31일 정부제출의 '민법중 수정안'으로서 제9회 제국의회에 제출되었다.[16] 제국회의에서 기초위원 우메 겐지로(梅謙次郎)가 수정안 제500조 제5호와 관련된 예를 설명하였

---

10) 제철웅, "프랑스법의 법정변제자대위-우리 법에의 원용가능성의 모색-", 고시계 제48권 제3호, 고시계사(2003.2), 35면 이하; 곽윤직, 앞의 책, 492면; 이호정, 앞의 책, 179면; 이은영, 앞의 책, 715면; 강현중, 앞의 책, 293면; 이인재, 앞의 책, 188면.

11) Gustave-Emil Boissonade de Fontarabie, Projet de Code civil pour l'empire du Japon accompagné d'un commentaire, t.II, Des droit personnels ou obligations, 2^{e}éd., Tokio, 1883, p.567-577.

12) 자세한 것은 仁井田益太郎, 旧民法(法学叢書6), 日本評論社, 1943, 87-88頁 참조.

13) 船月隆司(編輯代表星野英一), "弁済者の代位", 民法講座4 債権総論, 有斐閣, 1985, 337-338면.

14) 岡孝, "法典論争から明治民法成立・注釈時代", 日本民法学史・通史, 信山社, 1997, 86頁 이하.

15) 法務大臣官房司法法制調査部, 法典調査会 民法議事速記錄(三), 日本近代立法資料叢書3, 商事法務研究会, 1984, 308頁, 302-321頁.

16) 중의원은 1896년 2월 7일부터 심의하여 3월 16일 가결하고 17일 귀족원에 송부하였으며, 귀족원은 1896년 3월 19일과 21일 통과시켰다(広中俊雄, 第九回帝國会議の民法審議, 有斐閣, 1986, 47頁, 54頁, 78頁).

다.[17] 내용의 변동 없이 조문 배열에 따라 수정안 제500조는 1896년 4월 27일 공포된 현행 일본민법 제501조[18]로 탄생하였다. 이는 조문의 형식만 다를 뿐 내용은 우리민법 제482조와 거의 동일하다. 법전조사회가 구민법을 참조하여 원안을 작성할 때 고려한 이념은 공평성이다. 대위의 순환을 방지하고 특정인에게 불공평한 결과를 야기하지 않도록 이들 사이에 대위의 우선순위와 그 정도를 정한 것이라고 한다.[19]

(3) 일본민법은 제정 후 60여 차례의 개정이 있었는데, 변제자대위와 관련된 것은 두 번이었다. 그 중 첫 번째는 2004년 12월 1일 법률 제147호에 의한 '민법의 일부를 개정하는 법률'을 통해서였다.[20] 중요한 것은 2018년 6월 20일 법률 제59호에 의한 개정이었다.[21] 당초 우치다 다카시(内田貴)의 '민법(채권법)개정검토위원회'[22]는 2008년 9월 23일과 12월 23일의 전체회의에서 변제자대위에 관한 개정안을 제안하였다.[23]

---

17) 広中俊雄, 앞의 책, 223頁.

18) 일본민법 제501조(변제에 의한 대위의 효과) 전2조의 규정에 의하여 채권자에게 대위하는 자는 자기의 권리에 기하여 구상을 할 수 있는 범위 내에서 채권의 효력 및 담보로서 그 채권자가 가진 모든 권리를 행사할 수 있다. 다만 아래 규정에 따라야 한다. 1. 보증인은 미리 선취특권, 부동산질권 또는 저당권의 등기에 그 대위를 부기하지 않으면 그 선취특권, 부동산질권 또는 저당권의 목적인 부동산의 제3취득자에 대하여 채권자에게 대위하지 못한다. 2. 제3취득자는 보증인에 대하여 채권자에게 대위하지 못한다. 3. 제3취득자의 1인은 각 부동산의 가액에 따르지 않으면 다른 제3취득자에 대하여 채권자에게 대위하지 못한다. 4. 전호의 규정은 자기 재산을 타인 채무의 담보로 제공한 자 사이에 이를 준용한다. 5. 보증인과 자기 재산을 타인 채무의 담보로 제공한 자 사이에는 그 두수에 따르지 않으면 채권자에게 대위하지 못한다. 다만 자기 재산을 타인 채무의 담보로 제공한 자가 수인이 있는 때에는 보증인의 부담부분을 공제한 그 잔액에 대하여 각 재산의 가격에 따르지 않고서는 이에 대하여 대위할 수 없다. 위 경우에 그 재산이 부동산인 때에는 제1호의 규정을 준용한다.

19) 広中俊雄, 民法中修正案(第三編)の理由書, 有斐閣, 1987, 414-415頁.

20) 제501조 제1호부터 제4호는 그대로 두고 제5호의 제3문을 별도로 독립시켜 제6호로 하였다.

21) 이는 독일민법(2002년), 프랑스민법(2016년) 등 서구 민법전 개정과 EU계약법원칙(PECL, 2000년), 공통참조기준초안(DCFR, 2009), EU공통매매법안(CESL, 2011) 등에 힘입은 민법 현대화의 일환이었다.

22) 2006년 10월 7일 시작된 우치다(内田貴)의 '민법(채권법)개정검토위원회'가 2009년 10월 법무대신의 자문기구인 '법제심의회'에 민법개정을 위한 연구결과를 제공한 것이 계기가 되어, 2009년 11월 24일 법무성은 '민법(채권관계)부회'를 설치하고 개정작업을 시작하였다.

23) 民法(債権法)改正検討委員会, 第7回 全体会議 第5準備委 報告資料 第5-②, 2008.9.23, 15-19頁; 同, 第11回 全体会議 参考資料, 2008.12.23, 9-10頁.

이에 대하여 법제심의회는 2010년 4월 27일부터 심의에 돌입하여 2015년 3월 31일 법무성의 '민법일부를 개정하는 법률안'[24]을 의회에 제출하여 2017년 6월 2일 법률로서 공포되었고 2022년 4월 1일 시행되었다.[25] 일본 개정민법의 특징은 제1호와 제5호를 수정하여 부기등기를 삭제하고 보증인으로부터 담보물을 취득한 제3자를 물상보증인과 동일하게 취급한 점이다.[26]

2. 외국 입법례

(1) 변제자대위의 유래는 연대채무자와 보증인이 채무변제 후 채무자에 대하여 취득하는 '소권양도의 이익'(beneficium cedendarum actionum)[27]

---

24) 法務省, 民法の一部を改正する法律, 2015.3.31, 70-71頁.

25) 법제심의회 제8회 채권법 부회의 심의를 거쳐(法制審議会, 民法(債権關係)の改正に関する検討事項(5), 部会資料 10-2, 2010.4.27, 8-10頁), 2011년 4월 12일 제26회 부회의 '중간적인 논점정리'(法制審議会, 民法(債権関係)の改正に関する論点整理, 2011.4.12, 63-64頁), 2013년 2월 26일 71회 부회의 '중간시안'(法制審議会, 民法(債権関係)の改正に関する中間試案, 2013.2.26, 43-44頁), 2014년 6월 24일 제91회 부회의 '요강가안 원안'(法制審議会, 民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案の原案(その2), 民法(債権関係) 部会資料 80-1, 2014.6.24, 19頁)과 2014년 8월 5일 제95회 부회의 '제2차 요강가안'(法制審議会, 民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案の第二次案, 部会資料 82-1, 2014.8.5, 40頁), 2014년 8월 26일 제96회 부회의 '확정 요강가안'(法制審議会, 民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案, 2014.8.26, 40-41頁), 2015년 2월 10일 제99회 부회의 '요강안'(法制審議会, 民法(債権関係)の改正に関する要綱案, 2015.2.10, 41-42頁)을 확정하였고, 2017년 4월 14일 중의원 본회의와 2017년 5월 26일 참의원 본회의를 통과하였다.

26) 제2호부터 제4호는 그대로 두고 제6호는 삭제하였다. 제501조(변제에 의한 대위의 효과) ① 전2조의 규정에 의하여 채권자에 대위한 자는 채권의 효력 및 담보로서 그 채권자가 가지는 일체의 권리를 행사할 수 있다. ② 전항의 규정에 의한 권리행사는 채권자에 대위한 자가 자기의 권리에 기하여 채무자에 대하여 구상할 수 있는 범위 내(보증인의 1인이 다른 보증인에 대하여 채권자에 대위하는 경우에는 자기의 권리에 기하여 당해 다른 보증인에 대하여 구상을 할 수 있는 범위 내)에 한하여 대위할 수 있다. ③ 제1항의 경우에는 전항의 규정에 의하는 외에 다음에 규정하는 바에 의한다. 1. 제3취득자(채무자로부터 담보를 목적으로 한 재산을 양수한 자를 말한다. 이하 이 항에서와 마찬가지이다)는 보증인 및 물상보증인에 대하여 채권자에 대위하지 못한다. 2.-4.(개정 전 규정과 동일) 5. 제3취득자로부터 담보의 목적이 된 재산을 양수한 자는 제3취득자로 보아 제1호 및 제2호의 규정을 적용하고, 물상보증인으로부터 담보의 목적이 된 재산을 양수한 자는 물상보증인으로 보아 제1호, 제3호 및 전호의 규정을 적용한다. 6.(개정 전 규정 삭제)

27) 현승종・조규창, 로마법, 법문사, 1996, 885면; Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, Juta & Co. Ltd., 1996, p.132-137.

이라는 로마법 제도에서 찾을 수 있다고 한다.[28] 로마법의 전통은 독일민법과 프랑스민법에서 다른 양상으로 승계되었다. 보통법의 법정채권양도를 거쳐,[29] 현행 독일민법은 변제자대위에 관한 임의대위나 법정대위를 엄격하게 구분하지 않았고 일반규정을 두는 대신 변제자에 따라 개별적으로 규정하였다.[30] 이러한 태도는 규정의 형식이나 대위의 범위에 관한 내용이 없다는 점에서 우리민법과 상당한 차이를 보인다.

(2) 프랑스민법은 제정 당시 일반규정으로 임의대위(subrogation conventionnelle)와 법정대위(subrogation légale)를 구분하고(제1249조),[31] 그 중에서 특히 법정대위에 관한 제1251조에서 대위 가능한 인적 구성을 규정하였다. 이 규정에서 열거하고 있는 변제자대위의 범위에는 선취특권[32]이나 저당권을 갖고 있는 채권자에게 변제한 자(제1호),[33] 저당권부 채권자에게 변제한 부동산양수인

---

28) 자세한 것은 제철웅, "구상관계와 변제자대위: 그 상호관계의 비교법적 검토", 민사법학 제23호, 한국민사법학회(2003.3), 703면; 박석일, "변제자대위에 관한 일본민법의 개정과 우리 민법의 시사점", 법학연구 제30권 제2호, 연세대학교 법학연구원(2020.6), 39-44면 이하 참조; Max Kaser, Das römisches Privatrecht, 2.Abschnitt, C. H. Beck, 1975, S.456f.

29) 김재형, "조세채권과 변제자대위", 저스티스 제110호, 한국법학원, 2009, 34면.

30) 제3자 변제로 인한 대위(제268조 제3항), 연대채무자 중 1인의 변제로 인한 대위(제426조 제2항), 보증인의 변제로 인한 대위(제426조 제2항), 공동보증인의 변제로 인한 대위(제774조, 제426조 제2항 준용), 저당물 제3취득자의 변제로 인한 대위(제1143조), 공동저당물 제3취득자의 변제로 인한 대위(제1173조), 채무자의 변제로 인한 대위(제1174조 제1항), 질권설정자의 변제로 인한 대위(제1225조)

31) 프랑스민법 제1249조는 "변제에 따른 제3자의 이익에 대한 채권자의 권리를 대위하는 것은 임의적이거나 법적이다"(La subrogation dans les droits du créancier au profit d'une tierce personne qui le paie est ou conventionnelle ou légale)라고 명시하고, 이어서 임의대위(제1250조), 법정대위(1251조), 보증인에 대한 대위와 일부대위(제1252조)를 규정하였다. 특히 프랑스 대심원은 법정대위에 관한 제1251조의 적용범위를 공동불법행위 등 부진정연대채무에 대해서도 확장하였다(Cass. civ., 3 déc. 1888, D. P. 1890. I. 71; Cass. civ., 21 déc. 1943, D. C. 1944. 39).

32) 채권자가 경매권과 우선변제권을 가지고 있는 법정담보물권의 하나로 저당권자보다 우선하여 변제를 받을 수 있고, 우선순위는 등기일이 아니라 채권발생일을 기준으로 한다. 자세한 것은 Philippe Simler et Philippe Delebecque, Droit civil: Les sûretés, la publicité foncière, 7^{e}éd., Dalloz, 2016, n^{o}249 참조.

33) Gabriel Marty, Pierre Raynaud et Philippe Jestaz, Droit civil: Les obligations, Sirey, 1989, n^{o}399; François Chabas et Michel de Juglart, Leçon de droit civil, Obligation: théorie générale, 8^{e}éd., Montchrestien, 1991, n^{o}855; 백경일, "보증인과 후순위저당권자 간의 변제자대위-대법원 2013. 2. 15. 선고 2012다48855 판결-", 민사법학 제64호, 한국민사법학회(2013.9), 231면.

(제2호),[34] 채무를 변제한 연대채무자나 보증인 등(제3호)[35], 상속채무를 변제한 한정승인자(제4호)가 명시되었고,[36] 상속인을 대신하여 장례식 비용을 변제한 자에 관한 제5호는 프랑스민법 제정 당시에 없었던 내용으로 2006년 6월 23일 포함되었다.[37] 그 후 2016년 대폭적으로 개정된 현행 프랑스민법은 제1346-1조와 제1346-2조에서 임의대위를, 제1346-3조부터 제1346-5조까지 법정대위를 규정하면서, 법정대위에 관한 이전의 열거주의를 버리고 일반규정을 도입하였다. 프랑스민법 제1346조는 개정 전 제1251조 제3호를 바탕으로 변제에 관한 법정의 이해관계를 가지고 있는 자라면 누구나 변제자대위가 가능하도록 법정대위를 확장하였다. 변제자에게 변제할 필요성과 유용성이 있어야 하고 변제 후 채무자를 괴롭힐 의도가 없으면 변제자대위가 가능하다.[38] 이러한 측면에서 프랑스민법이 우리민법이나 일본민법과 유사한 것으로 보인다. 특히 이 글의 주제와 관련된 내용을 중심으로 보면, 일반적인 견해와 판례는 보증인과 물상보증인의 동등한 지위를 인정하고,[39] 보증인과 물상보증인의 제3취득자에 대한 변제자대위는 인정하지만, 그 반대의 경우는 인정하지 않는다.[40] 나아가

34) 독일 보통법에서 인정되었던 저당권 승계(hypothekarische Sukzession)와 같은 유형으로 저당권의 피담보채권이 일정한 요건에 따라 다른 채권으로 교체되는 현상을 지칭하는 것이다. 자세한 것은 Bernhard Windscheid・Theodor Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd.II., 9.Aufl., Rütten & Loening, 1906, §233 b 2 참조. 이때 부동산양수인은 제3취득자 가운데서도 담보물권 설정에 관하여 선의였던 자를 말한다(William Dross, Droit Civil: Les Choses, L.G.D.J., 2012, n°126; François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, Droit civil: Les Obligations, 11ᵉéd., Dalloz, 2013, n°1376; 박수곤, "프랑스민법상의 저당권의 효력 개관", 민사법학 제49-2호, 한국민사법학회(2010.6), 262-265면 참조.

35) François Laurent, Principes de droit civil français, t.XVIII., 2ᵉéd., Bruylant-Christophe, 1876, n°96.

36) Jean Carbonnier, Droit civil, t.IV., Les obligations, 15ᵉéd., 1991, n°334; Alain Bénabent, Droit civil, Les obligations, 10ᵉéd., Montchrestien, 2005, n°742.

37) 법률 n°2006-728에 따른 개정으로 2007년 1월 1일 시행되었다.

38) Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier, Réforme du droit des contrats, Du régime général et de la preurve des obligations, Art.1346, LexisNexis, 2016, p.751.

39) Charles Aubry et Charles-Frédéric Rau, Droit civil français, 7eéd., Librairies techniques, 1968, n°240; François Grua, Le cautionnement réel, J.C.P., 1984, I., n°3167; Cass. civ., 23 nov. 1954, Bull. civ. I., n°331; Cass. civ. 2e, 5 mai 1976, Bull. civ. II., n°143; Paris, 27 avr. 1936, D. H. 1936. 382.

40) Joseph Soulié, Essai sur la nature juridique et les effets du cautionnement réel sous la forme hypothécaire, Cléder, 1913, p.104; Cass. civ., 16 mars 1938, D. P. 1939. 1. 41.

물상보증인이 제공한 담보물 가액이 채무액보다 많은 때에는 보증인은 인원수에 비례하여 물상보증인에게 채권자를 대위하지만, 그 담보물 가액이 채무액보다 적을 경우 보증인은 물상보증인에게 그에 비례하여 감액된 한도로 채권자를 대위한다.[41] 이것은 보증인의 주채무에 대한 담보의사가 채무액 전액임에 반하여 물상보증인의 담보의사는 담보물 가액을 한도로 한다는 의미이다. 그리하여 물상보증인이 채무액에 미달하는 담보물을 제공한 경우 채무액과 비교하여 그 비율만큼 감액된 부담을 진다. 이는 채무액에 대한 보증인과 물상보증인의 담보의사가 동일하지 않다는 전제를 표현한 것으로 대위의 범위와 관련된 우리민법의 논의에 중요한 참고가 될 것이다.

III. 담보물의 제3취득자 및 물상보증인의 부담액 산정

1. 민법규정의 문제점

(1) 민법 제482조 제2항 제3호는 수인의 제3취득자가 있는 경우이고, 제4호는 수인의 물상보증인이 있는 경우인데, 이들은 각자 '부동산의 가액에 비례'[42]하여 채권자를 대위하는 것으로 규정한다. 예를 들어 乙의 甲에 대한 전체 채무 6억 원을 담보하기 위하여 乙이 자기 소유인 8억 원 상당의 X부동산과 4억 원 상당의 Y부동산에 근저당권을 설정한 후, A와 B가 각각 X부동산과 Y부동산을 양수하여 소유권을 취득하였다고 가정하자. 이 때 담보물의 제3취득자인 A가 6억 원을 전부 변제한 후 다른 담보물의 제3취득자인 B에게 채권자를 대위할 수 있는 범위, 즉 그의 부담액은 위 민법 규정에 따라 다음과 같이 산정된다. A는 B에 대하여 담보물 가액에 비례하여 채권자를 대위하므로, A 제공 담보물 X 8억 원 : B 제공 담보물 Y 4억 원 = 2 : 1이고, 이 비율을 채무액 6억 원에

41) Philippe Simler, Cautionnement: Garanties autonomes-garanties indemnitaires, LexisNexis, 2008, n°622.

42) 담보물을 부동산에 한정할 필요는 없으므로, '담보물의 가액' 내지 '담보재산의 가액'으로 해야 한다. 제5호에서는 '재산의 가액'이라고 명시하였다. 제4호는 제3호를 준용하므로 그대로 두면 될 것이다. 현행 일본민법 역시 종래 제501조 제3호에서 '부동산의 가액'이라고 되어 있던 것을 제2호로 옮기면서 '재산의 가격'으로 수정하였다.

대입하면, A의 부담액은 4억 원, B의 부담액은 2억 원이다. 그러므로 A는 2억 원 범위에서 B에게 채권자를 대위하므로, 甲을 상대로 Y부동산에 대한 근저당권의 이전을 청구할 수 있고, 이를 실행하여 2억 원의 우선변제를 받을 수 있다. 마찬가지로 B가 6억 원을 전부 변제하였다면 A에 대하여 X부동산에 대한 근저당권을 실행하여 4억 원의 우선변제를 받을 수 있다. 담보물 가액의 합계가 12억 원으로 채무액 6억 원보다 많고 그 비율이 2 : 1이라면 담보물의 제3취득자인 A와 B의 부담액은 항상 4억 원과 2억 원으로 동일하다. A와 B가 물상보증인이어도 위 규정 제4호에 따라 같은 결론에 이른다.

(2) 그러나 위 규정 제3호와 제4호는 담보로 제공된 목적물 가액의 합계가 채무액보다 적은 경우를 상정하지 않았다. 즉 위의 예에서 X부동산 가액이 2억 원이고 Y부동산 가액이 1억 원이라고 가정하자. 이러한 상황이 비현실적이라고 생각할 수 있겠지만 채권자 입장에서는 그나마 이런 상황의 담보제공이라도 없는 것보다는 낫다고 위안을 삼을 것이다. 담보물 X와 Y의 가액 비율은 2 : 1로 동일하다. 이때에도 과연 (1)에서와 같은 합리적 결론이 도출될까? 담보물의 제3취득자 A 또는 B가 6억 원의 채무를 모두 변제한 경우, 채권자를 대위하기 위한 위 민법규정에 따르면 담보물 X : 담보물 Y = 2 : 1이고, 이 비율을 채무액 6억 원에 대입하면, A의 부담액은 4억 원이고 B의 부담액은 2억 원이므로, A는 B에 대하여 2억 원의 범위에서 채권자를 대위하고 B는 A에 대하여 4억 원의 범위에서 채권자를 대위할 수 있어야 한다. 그런데 실제로는 A가 甲으로부터 Y부동산에 대한 근저당권을 이전받아 실행하더라도 부동산 가액인 최대 1억 원을 우선변제받을 수 있을 뿐이다. 나아가 B는 채무를 부담하지 않고 책임만 있으므로 나머지 1억 원은 변제받을 방법이 없다. B 역시 X부동산에 대한 근저당권 실행으로 2억 원을 우선변제받을 수 있을 뿐, 나머지 2억 원은 변제받을 방법이 없다. 결국 A 또는 B가 변제자대위에 의하여 이전받은 근저당권을 실행하더라도 각자 대위할 금액의 합계는 3억 원으로 채무액 6억 원의 절반에 불과하다. 그럼에도 위 규정 제3호와 제4호의 산정방법에 따르면 담보물의 가액에 비례하므로 그 비율에 따라 A는 (2 / 3) X 6억 원 = 4억 원, B는 (1 / 3) X 6억 원 = 2억 원을 부담하는 것으로 계산되고, 각각 그만큼 채권자를 대위하여 담

보권을 행사할 수 있다고 해야 한다. 이것은 담보물 가액의 비율만 고려하였을 뿐 부담액의 한도를 도외시한 탓으로 민법규정의 명백한 오류이다.

2. 해석론의 전개

(1) 민법 제482조 제2항 제3호와 제4호에 관해서는 여러 해석이 가능하다. 즉 채권자가 담보를 부족하게 설정하였으므로 그 책임은 채권자에게 있다는 주장도 가능하다. 그러나 채권자는 작은 담보라도 제공하는 물상보증인을 꺼릴 이유가 없으므로 채권자에게 책임을 지우기는 곤란하다. 또한 위의 예에서 담보물의 제3취득자 A와 B는 제공한 담보물 가액, 즉 2억 원 또는 1억 원의 한도에서 책임을 지기 때문에 채무액 6억 원을 전부 변제할 이유가 없고, 따라서 변제자대위가 일어날 여지가 없다는 주장도 가능하다. 그러나 A나 B는 자기 소유인 X 또는 Y 부동산의 주관적 가치를 지키기 위하여 채무액 전부를 변제할 가능성이 없지는 않다. 오히려 현실적으로는 물상보증인이나 제3취득자가 자신의 담보물 가액에 해당하는 금액을 변제하면서 채권자에게 담보권 등기의 말소를 요구하겠지만, 채권자가 채무액에 부족한 변제를 받고 이를 수용할 지는 의문이다.

(2) 그렇다고 A는 Y부동산으로부터 1억 원을 우선변제 받고 나머지 1억 원은 B가 일반채무로 부담해야 한다든가, B는 X부동산으로부터 2억 원을 우선변제 받고 나머지 2억 원은 A가 일반채무로 부담해야 한다는 논리는 곤란하다. 왜냐하면 물상보증인과 제3취득자는 '채무' 없이 담보물을 한도로 하여 '책임'만 지는 자이므로 담보물 외의 일반채무를 부담하지 않기 때문이다. 그렇다면 대위변제한 A나 B는 채무를 지지 않음에도 변제를 근거로 채권자에게 비채변제에 의한 부당이득반환을 청구할 수 있다고 해야 할 것인가? 그러나 민법 제742조에 의하면 비채변제라도 채무 없음을 알고 변제한 경우에는 부당이득반환청구가 불가하다. 이때 채권자는 6억 원의 채권이 유효한 변제에 의하여 소멸되었다고 생각할 것이다.

(3) 결론적으로 보면 채무액 전부를 변제한 A는 B가 제공한 담보물 Y

의 실행으로 1억 원의 범위에서 채권자를 대위하여 우선변제를 받을 수 있고, B는 A가 제공한 담보물 X의 실행으로 2억 원의 범위에서 채권자를 대위하여 우선변제를 받을 수 있을 뿐 나머지 부분에 대한 채권자대위는 불가하다. 그럼에도 민법 제482조 제2항 제3호와 제4호는 위의 예에서 A가 2억 원의 범위에서 채권자를 대위할 수 있도록 하고, B가 4억 원의 범위에서 채권자를 대위할 수 있는 것처럼 규정한 것은 이해되지 않는다. 어떤 해석론으로도 물상보증인이 제공하거나 담보물의 제3취득자에 의하여 제공된 담보물 가액 합계가 채무액에 미달하는 상황에 대처할 수 없다. 개정이 필요한 이유이다.

3. 개정제안

(1) 담보물 가액의 합계가 채무액에 미달하는 경우는 결국 담보물로 담보되는 채무와 담보가 없는 신용채무로 나뉠 수밖에 없다. 앞서 본 예는 실무적으로 채권자 甲과 채무자 乙 사이에서 담보물 X와 Y의 가액 합계 3억 원은 담보채무가 되고 나머지 3억 원은 신용채무가 될 뿐이다. 자신의 담보물 한도에서 책임을 지는 담보물의 제3취득자나 물상보증인은 담보물 가액 합계 3억 원의 한도에서만 상대방에 대하여 채권자를 대위할 수 있다. 이들은 채무액 6억 원을 전부 변제하더라도 채무 없이 책임만 지므로 나머지 신용채무 3억 원은 채무자에게 구상을 청구할 수 있을 뿐 서로 채권자를 대위하여 채권 및 담보권을 행사할 수는 없다. 물론 이러한 결론은 너무나 당연하기 때문에 민법 제482조 제2항 제3호와 제4호에서 담보물 가액의 합계가 채무액에 미치지 못하는 경우를 특별히 규정하지 않았을 것으로 추측된다. 대부분의 교과서나 논문에서 제시하는 예도 담보물 가액의 합계가 채무액과 동일하거나 초과하는 경우를 상정하고 있기 때문에 별다른 문제의식을 갖지 않는다.

(2) 법률규정은 의미를 명확하게 전달할 수 있어야 하고 가능한 모든 경우의 수를 고려하여 당면 가능한 문제를 합리적이고 타당하게 해결해야 한다. 민법 제482조 제2항 제3호와 제4호에서 담보물의 제3취득자 또는 물상보증인이 제공한 담보물 가액의 합계가 채무액에 미달하는 경우는 대위범위에 대한 모순적인 계산방법으로 오류를 양산하므로 개정하

지 않으면 안 된다. 적어도 그러한 경우에 담보물의 제3취득자 또는 물상보증인은 제공한 담보물 가액의 한도에서 채권자를 대위할 수 있다는 내용이 새롭게 추가되어야 한다. 민법 제482조 제2항 제3호에 이어 "다만 재산의 가액을 합한 금액이 채무액에 미달하는 경우에는 각 재산의 가액 범위에서 채권자를 대위할 수 있다."는 내용의 단서를 달아야 할 것이다. 이러한 문제는 일본민법의 경우에도 동일하게 발생할 터인데 앞서 개정된 현행 일본민법 제501조에서도 이러한 내용을 발견할 수 없다.

IV. 이중지위자의 부담액 산정

1. 민법규정의 부재

(1) 민법 제482조 제2항 제5호는 보증인과 물상보증인이 다수인 경우, 인원수에 비례하여 각자의 부담액을 정한 후, 물상보증인 사이에는 보증인의 부담액을 공제한 잔액에서 담보물 가액에 비례하여 최종 부담액을 산정한다. 이 규정에 대하여 '인적 무한책임을 지는 보증인과 물적 유한책임을 지는 물상보증인 사이의 형평을 위한 법기술'이라고도 표현한다.[43] 예를 들어 甲에 대하여 乙이 부담하는 6억 원의 채무를 담보하기 위하여, 보증인 A와 B가 있고 물상보증인 C는 2억 원 상당의 X부동산에 관하여 그리고 D는 3억 원 상당의 Y부동산에 관하여 근저당권을 설정해주었다고 가정하자. 이때 변제자대위에 따른 각자의 부담액은 먼저 민법 제482조 제2항 제5호 제1문에 따라 보증인과 물상보증인 전체가 인원수에 따라 6억 원의 채무를 4인으로 나누어 각자 1억 5,000만 원씩 부담한다. 그 다음 제2문에 따라 보증인의 부담액을 제외한 물상보증인의 부담액 합계 3억 원에 관하여 각 물상보증인의 담보가액 2억 원(X) : 3억 원(Y) = 2 : 3이고, 이 비율에 그들의 부담액 합계 3억 원을 대입하면 C는 1억 2,000만 원, D는 1억 8,000만 원을 부담한다. 이때 D가 전체 채무 6억 원을 전부 변제하면 보증인 A와 B에 대하여 각 1억 5,000만 원의 범위에서 채권자를 대위할 수 있고, 채권자 甲을 상대로 C가 제공한 X부동산에 대한 근저당권의 이전을 청구할 수 있다. 물론 근저당권

43) 지원림, 민법강의, 홍문사, 2020, 990면.

을 이전받으면 D는 X부동산에 대한 경매를 신청할 수 있고, 경매대가에서 C의 부담액인 1억 2,000만원의 범위에서 우선변제를 받을 수 있다.

(2) 그런데 이러한 상황 중에는 보증인이 물상보증인을 겸하는 경우도 있다. 위의 예에서 물상보증인 C와 D가 저당권을 설정한 X와 Y 부동산의 가액 합계 5억 원은 채무액 6억 원에 미치지 못하므로, 채권자는 물상보증인 C에게 추가적으로 보증계약의 체결을 요구할 수도 있다. 이때 보증인과 물상보증인을 겸하는 C의 부담액은 어떻게 산정해야 할까? 이에 대하여 민법은 어떠한 기준도 제시하지 않는다. C를 보증인으로 파악할 것인지, 물상보증인으로 파악할 것인지, 아니면 보증인과 물상보증인 2인으로 파악할 것인지 다양한 해석이 가능하다.

2. 학설의 대립

(1) 우리 학설은 이중지위자를 1인으로 파악할 것인지 이중의 지위를 모두 인정할 것인지에 따라 '단일지위설'과 '이중지위설'로 나뉜다. 단일지위설은 다시 이중지위자를 보증인 1인으로 보아 부담부분을 계산하지만 물상보증인의 지위도 인정하여 담보권 실행도 가능하다는 '지위병존 1인설'(보증인 겸 물상보증인 1인설)[44], 이중지위자가 보증인 또는 물상보증인의 지위 중 하나를 선택하고 일단 선택을 하면 나머지 지위는 소멸한다는 '선택설'[45]로 나뉜다.[46] 한편 이중지위설은 보증인과 물상보증인의 지위를 모두 인정하여 한 번의 계산으로 각자의 부담액을 산정한 후 그 두 지위에서 부담하는 금액을 모두 합산하는 것이 바람직하다는

44) 박병대, "물상보증인 겸 보증인의 책임범위", 민법학논총 · 제2(후암곽윤직교수고희기념), 박영사, 1995, 262-263면; 김창종, "연대보증인의 구상권과 변제자대위", 사법논집 제20집, 법원도서관(1989), 143면; 손흥수, "연대보증인이 물상보증인을 겸하고 있는 경우 대위의 비율과 그 관련 문제들", 법조 제648호, 법조협회(2010.9), 299-300면; 노유경, "보증인과 물상보증인 상호간 변제자대위", 민사판례연구[XXXIV], 박영사, 2012, 385-387면.

45) 곽윤직, 앞의 책, 498면; 김형배, 앞의 책, 711-712면; 이은영, 앞의 책, 725면; 김상용, 앞의 책, 484면.

46) 그 외 보증인 1인으로만 파악하여 부담부분을 계산하고 물상보증인의 지위는 부정하므로 대위의 방법으로 담보권을 실행할 수 없다는 견해(보증인 1인설)도 있다(지원림, 앞의 책, 991면). 이 견해에 의하면 이중지위자는 보증인으로서 다른 물상보증인에 대한 담보권에 관하여 채권자를 대위할 수 있지만, 다른 물상보증인은 이중지위자에 대하여 채권자를 대위할 수는 있으나 그가 제공한 담보물에 대하여 채권자를 대위할 수 없다는 결론에 이른다.

견해이다.[47] 선택설은 그 선택의 근거와 기준 및 선택 후 다른 지위의 소멸 근거가 없다는 비판으로 현재는 지위병존 1인설이 다수설이고 이중지위설을 주장하는 입장 역시 유력하게 주장되고 있다.

(2) 우리와 동일한 문제를 안고 있는 현행 일본민법 제501조에 대한 해석으로도 이 문제는 해결될 기미가 없다. 일본의 다수설과 판례 입장은 '두수 1인설'이라고 하는데, 이 견해는 보증인으로서 부담액을 산정하지만 제공된 담보물로부터 우선변제를 받는다는 점에서 우리의 지위병존 1인설과 사실상 동일하다.[48] 그 외 물상보증인 1인설[49]이나 선택설[50], 책임경합설[51]도 주장되지만, 최근에는 이중지위설[52]이 증가하고 있다.

---

47) 어인의, "변제에 의한 대위", 책임법에 있어서 자유와 책임(김형배교수화갑기념논문집), 박영사, 1994, 383면; 김천수, "2010년 민사(채권법) 중요 판례", 인권과 정의 제415호, 대한변호사협회(2011.3), 45면; 이진만, "변제자대위에 있어서 대위자 상호간의 관계", 사법논집 제27집, 법원도서관(1996), 97-99면; 배성호, "보증인과 물상보증인의 지위를 겸하는 자의 변제자대위의 비율", 재산법연구 제35권 제1호, 한국재산법학회(2018.5), 147면; 이인재, 앞의 책, 207면; 강현중, 앞의 책, 306면.

48) 於保不二雄, 債権総論, 有斐閣, 1972, 391頁; 奥田昌道, 債権総論, 悠々社, 1992, 545頁; 内田貴, 民法Ⅲ, 債権総論・担保物権, 東京大学出版会, 1996, 75頁; 鈴木正和, "物上保証人兼連帯保証人の地位による請求権の範囲", 月刊手形研究 第333号, 経済法令研究会, 1982.11, 33頁; 安永正昭, "保証人・物上保証人の兩資格を兼ねる者と弁済による代位の割合", 金融法務事情 第1152号, 1987, 6頁; 日本 大審院判決 1934. 11. 24, 民集 第13巻 第23号, 2153頁; 日本 最高裁判所判決 1986. 11. 27, 民集 第40巻 第7号, 1205頁.

49) 寺田正春, "連帯保証人と物上保証人を兼ねる者と代位の割合", 春壽夫外編, 担保法の判例 Ⅱ, 有斐閣, 1994, 236頁 이하.

50) 石田喜久夫, "保証人・物上保証人の兩資格を兼ねる者と弁済による代位の割合", 昭和61年重要判例解説76, ジュリスト臨時增刊 第887号, 有斐閣, 1987.6, 77頁.

51) 이중지위자가 보증인의 지위에서 부담하는 금액과 물상보증인의 지위에서 부담하는 금액을 별도로 계산 한 후 금액이 경합하는 부분을 부담액으로 확정하는 견해이다. 談路岡久, 債権総論, 有斐閣, 2002, 563-564頁; 塚原朋一, "保証人・物上保証人の兩資格を兼ねる者と弁済による代位の割合", 法曹時報 第41巻 第10号, 最高裁判所判例解説, 1987.10, 144頁 이하.

52) 潮見佳男, 債権総論Ⅱ, 信山社, 2005, 311頁; 水本浩, 債権総論, 有斐閣, 1989, 129頁; 野田宏(遠藤浩・林良平・水本浩), "保証と法定代位", 現代契約法大系, 第6巻, 担保・保証・保險契約, 有斐閣, 1984, 98-99頁; 森田英雄, "保証人・物上保証人の兩資格を兼ねる者と弁済による代位の割合", 判例タイムズ 第643号, 1987.10, 83-84頁; 川上弘一, "弁済による法定代位の範圍について", 判例タイムズ 第283号, 1973.1, 94頁; 玉田弘毅, "代位弁済における代位資格の重複", 民事研修 第213号, 法務研修所民事研修編集室, 1975.2, 13頁; 松岡久和, "保証人と物上保証人の地位を兼ねる者の責任", 現代民事法の實務と理論(上巻), 田原陵夫先生古稀・最高裁判所判事退官記念論文集, 金融財政事情研究会, 2013, 373頁; 山下孝之, "保証人の代位請求", 法律時報 第45巻 第9号, 日本評論社, 1973.8, 189頁.

(3) 최근 우리나라나 일본에서 주로 다툼이 되는 학설은 '지위병존 1인설'(보증인 1인설)과 '이중지위설'이므로, 이 두 견해가 실제로 어떤 차이를 보이는지 예를 들어 살피기로 한다. 乙의 甲에 대한 채무액 6억 원, 보증인 A와 B, 물상보증인 C가 제공한 2억 원 상당의 X부동산, 물상보증인 D가 제공한 3억 원 상당의 Y부동산, 보증인과 물상보증인을 겸하는 이중지위자 E가 제공한 5억 원 상당의 Z부동산이 있다고 가정하자. ① '지위병존 1인설'에 의하면 이중지위자 E를 보증인 1인으로 본다. 민법 제482조 제2항 제5호 제1문에 따라 채무액 6억 원을 담보제공자의 '인원수' 5인으로 나누면 각각 1억 2,000만 원씩 부담한다. 그 다음 제2문에 따라 보증인 A, B, E가 부담하는 합계액 3억 6,000만 원을 제외한 2억 4,000만 원을 물상보증인 C와 D가 제공한 '담보물 가액' 비례로 나누면 2억 원의 X : 3억 원의 Y = 2 : 3의 비율을 2억 4,000만 원에 대입하면, C의 부담액은 9,600만 원이고, D의 부담액은 1억 4,400만 원이 된다. 결국 A, B, E는 각각 1억 2,000만 원, C는 9,600만 원, D는 1억 4,400만 원을 부담한다. 이 때 보증인 A가 채무 전액을 변제하면 다른 보증인 B와 E에게 1억 2,000만 원의 범위에서 채권자를 대위할 수 있다. 또한 甲을 상대로 甲이 C와 D에 대하여 갖고 있는 X부동산과 Y부동산에 대한 근저당권의 이전을 청구할 수 있고, 근저당권을 이전받으면 이를 실행하여 경매대가로부터 각각 9,600만 원과 1억 4,400만 원의 우선변제를 받을 수 있다. 나아가 E의 물상보증인 지위가 소멸하는 것은 아니기 때문에 甲에 대하여 Z부동산에 설정된 근저당권의 이전을 청구할 수 있고, 이를 실행하여 경매대가로부터 1억 2,000만 원을 우선 변제받을 수도 있다.[53] ② '이중지위설'에 의하면, E를 연대보증인(E')과 물상보증인(E")의 지위를 모두 인정하여 2인으로 보고, 여기에 단순한 보증인 A와 B, 물상보증인 C와 D를 추가하여 6인으로 계산한다. 채무액 6억 원을 '인원수'(?) 6으로 나누어 보증인 A, B, C, D, E', E"는 각각 1억

53) 일본의 '두수 1인설'도 동일한 결론에 이른다. 다만 이중지위자를 '보증인 1인'으로만 보는 견해에 따르면 이때 A는 Z부동산 담보권에 관하여 채권자를 대위할 수도 없고 이를 경매하여 우선변제를 받을 수도 없다. 그러나 E가 보증인이면서 Z부동산을 담보로 제공하였다면 그의 담보의사는 채무액 전액에 관하여 책임을 질 수 있다는 것이고, 제공한 Z부동산에 대한 경매실행의 위험을 감수한 것으로 보아야 할 것이므로 이 견해에 대해서는 타당성에 의문이 있다.

원을 부담하고, 이들 중 보증인 A, B, E'의 합계액 3억 원을 공제한 나머지 금액 3억 원을 물상보증인 C, D, E"가 제공한 담보부동산 X, Y, Z의 가액비율 2 : 3 : 5의 비율에 대입하면 C가 6,000만 원, D가 9,000만 원, E"가 1억 5,000만 원을 부담한다. 결국 E는 E' 1억 원과 E'' 1억 5,000만 원을 합산하여 2억 5,000만 원을 책임진다. 보증인 A가 6억 원의 채무 전액을 변제하면 B에 대하여 1억 원, C에 대하여 6,000만원, D에 대하여 9,000만 원, E에 대하여 2억 5,000만 원의 범위에서 채권자를 대위할 수 있다. 나아가 甲을 상대로 C, D, E가 제공한 담보물 X, Y, Z 부동산에 대한 근저당권의 이전을 청구한 후 이를 실행하여 각각 6,000만 원, 9,000만 원, 1억 5,000만 원의 우선변제를 받을 수 있다.

3. 판례의 입장

(1) 우리 대법원의 판시사항으로는 이중지위자를 1인으로 본다고 할 뿐 그가 보증인인지 물상보증인인지 명확하지 않다. 즉 담보제공자의 평등한 취급을 위하여 이중지위자를 '1인으로 보아 산정'함이 상당하다고 판시하였다.[54] 그러나 구체적인 사실관계를 파악하면 보증인 1인으로 보았음을 알 수 있다.

(2) 소외 A, B, C 주식회사가 S은행에 대하여 부담하는 400억 원 채무를 담보하기 위하여 그 회사의 각 대표이사인 피고 1, 2, 3이 연대보증인 겸 물상보증인이 되고, 그들의 부친인 K 역시 물상보증인이 된 사례였다. C주식회사의 재산으로 약 300억 원[55]의 채무가 변제되었고, K는 자기 소유 부동산을 담보로 제공한 후 사망하였는데 그 부동산의 경매로 약 90억 원[56]의 채무가 소멸되었다. 원고들은 K의 전처와 그 자녀, 재혼 배우자, 혼인 외의 자 7인으로, K가 담보로 제공한 부동산이 그 사망으로 원고들에게 상속된 상태에서 채무가 변제되었다고 주장하면서, 이중지위자인 피고들을 상대로 대위변제금의 상환을 청구하는 한편 S은행을 상대로 피고들이 제공한 담보부동산에 대하여 저당권설정등기의

54) 대법원 2010. 6. 10 선고 2007다61113・61120 판결.

55) 실제로는 29,760,037,210원이었다.

56) 실제로는 8,926,990,691원이었다.

이전을 청구하였다.[57]

(3) 대법원은 전체 채무액 400억 원에서 C주식회사의 변제액 300억 원을 제외한 100억 원을 잔존 채무액으로 정하고, 그 중 피고 1, 2, 3과 K의 부담부분은 민법 제482조 제2항 제5호에 따라 인원수 비율로 각각 25억 원인데, K의 담보물 실행에 따른 변제액이 90억 원이므로 그 상속인인 원고들의 변제자대위가 가능하다고 전제하였다. 그러면서 민법 제482조 제2항 제5호는 인원수 비례로 공평하고 법률관계를 간명하게 처리할 수 있어 합리적이며 대위자의 통상 의사 내지 기대에 부합하므로, 이러한 취지는 '보증인과 물상보증인의 지위를 겸하는 자가 포함되어 있는 경우에도 동일하게 참작'되어, '보증인과 물상보증인의 지위를 겸하는 자도 1인으로 보아 산정'함이 상당하다고 판시하였다.[58] 이에 앞서 항소취하로 확정된 다른 하급심판결 역시 동일한 결론이었다.[59] 대법원 판결에서 이중지위자가 보증인 1인을 의미하는지, 물상보증인 1인을 의미하는지는 명시하지 않지만, 사안의 해결과정을 보면 그를 보증인 1인으로 취급한 것임을 알 수 있다. 만일 피고 1, 2, 3이 물상보증인이었다면 그들과 K가 제공한 담보물 가액 비율로 부담액을 산정하였을 것이기 때문이다.

4. 지위병존 1인설과 이중지위설의 검토

(1) 다수설과 판례 입장인 지위병존 1인설에 대해서는 다음 비판이 가능하다.

첫째, 이중지위자가 물상보증인으로서 제공하는 담보물 가액이 그의 부담액 산정에 전혀 영향을 미치지 않는다는 것은 이해하기 어렵다. 이중지위자가 아무리 가액이 큰 담보를 제공하더라도 그보다 가액이 작은

57) 망 K는 7남 5녀를 두었는데, 망 전처와 사이에 7명, 즉 장남(피고1), 장녀, 차남(피고2), 3남(피고3), 차녀, 5남, 6남(원고1)이 있었고, 재혼한 배우자(원고2)와 사이에 2명, 즉 7남(원고3)과 4녀(사망하여 그 상속인으로 배우자와 원고6과 원고7인 자녀가 있었음)가 있으며, 소실1과 사이에 2명, 즉 3녀(원고5)와 4남(제1심 소송에서 원고5였으나 항소심에서 취하), 소실2와 사이에 1명, 즉 5녀(원고4)가 있었다.

58) 대법원 2010. 6. 10 선고 2007다61113・61120 판결.

59) 서울지방법원북부지원 1988. 5. 18. 선고 87가합361 판결.

담보를 제공한 물상보증인에 비하여 부담액이 적다는 것은 불공평한 결과이기 때문이다. 앞에서 본 예에 비추어 보면, 지위병존 1인설에 의할 때 이중지위자 E는 보증인인 동시에 가액 5억 원의 담보물을 제공한 물상보증인임에도 1억 2,000만 원을 부담하는데 반하여, 가액 3억 원의 담보를 제공한 단순 물상보증인 D는 1억 4,400만 원을 부담한다. 이중지위자가 제공한 담보물 가액이 단순 물상보증인이 제공한 담보물 가액보다 큼에도 변제자대위 가능액, 즉 부담액이 적다는 것은 이해되지 않을 뿐만 아니라, 민법 제482조 제2항 제4호에 반하는 결과를 초래한다.

둘째, 이 견해에 따르면 가액이 큰 담보물을 제공하여 부담액이 큰 물상보증인이 보증인의 지위를 추가하여 이중지위자가 됨으로써 부담액을 감소시키고, 그보다 작은 가액의 담보물을 제공한 물상보증인의 부담액 증가를 악의적으로 연출할 수 있다. 위 예에서 1억 4,400만 원을 부담하는 물상보증인 D가 채권자 甲과 보증계약을 체결하여 이중지위자가 되면, 지위병존 1인설에 따라 보증인으로 취급되어 그의 부담액은 1억 2,000만 원으로 감소하는 반면, 그 감소한 만큼 다른 물상보증인 C의 부담액이 당초 9,600만 원에서 1억 2,000만 원으로 증가한다. 이러한 결과는 이 견해에 따른 위 첫째 문제점을 악용한 것이다. 물론 위 예는 물상보증인과 이중지위자가 제공한 담보물 가액의 합계가 10억 원으로 채무액 6억 원을 초과하므로 물상보증인이 추가로 채권자와 보증계약을 체결하는 경우는 드물 것이다. 그러나 채권자 입장에서 추가적인 보증계약 체결을 꺼릴 이유가 없고, 나아가 물상보증인과 이중지위자가 제공한 담보물 가액 합계가 채무액에 미달하는 경우에는 더욱 그러할 것이다.[60]

(2) 이중지위설에 대해서도 다음과 같은 비판이 가능하다.

첫째, 이 견해는 이중지위자의 부담액 산정에 그의 채무담보 범위를 제대로 반영하지 못한다. 이중지위자의 전 재산이 2억 원인 경우, 보증

60) 다른 예를 들어 보자. 乙의 甲에 대한 채무 6억 원을 담보하기 위하여 보증인 A, 물상보증인 B(담보물 가액 3억 원), 물상보증인 C(담보물 가액 1억 원)가 있었는데, 그 후 B가 연대보증인의 지위를 겸하였다. 지위병존 1인설에 의할 때 당초에는 A가 2억 원, B가 3억 원, C가 1억 원을 부담하였으나, B가 이중지위자로 되면 A, B, C 모두 각각 2억 원으로 부담액이 산정된다. 단순한 물상보증인으로서 3억 원을 부담하였던 B가 후에 보증인의 지위를 겸함으로써 부담액이 1억 원 감소하는 반면, 단순 물상보증인 C의 부담액은 1억 원이 증가한다.

인으로서 부담하는 채무범위가 2억 원이고, 그 중 물상보증인으로서 가액 1억 원의 부동산을 담보로 제공하였더라도, 그가 부담하는 보증채무액을 이들의 합계액 3억 원이라고 할 수는 없다. 마찬가지로 이중지위자가 담보로 제공한 부동산이 경매되어 1억 원의 경매대가로 변제되었다면, 그가 부담해야 할 나머지 금액은 2억 원이 아니라 1억 원 밖에 남지 않는다. 그러나 이 견해는 보증인과 물상보증인의 지위를 별도로 취급하여 이중지위자의 부담액을 산정하므로, 위와 같은 경우 각각 보증채무액을 3억 원이라고 해야 하고 남는 담보금액은 2억 원이라고 해야 한다. 이것은 결국 이중지위자의 부담액이 다른 담보제공자에 비하여 상대적으로 과도하게 산정되어 공평하지 못한 결과를 가져온다.

둘째, 이 견해는 현행 민법규정의 해석한계를 넘어섰다는 비판이 가능하다. 민법 제482조 제2항 제5호 제1문과 제2문에 비추어 보면, 보증인과 물상보증인 사이의 대위는 인원수에 따르고 물상보증인 사이에는 담보물 가액에 비례한다. 이들 규정은 그 적용 순서가 정해져 있다. 우선 제1문에서 보증인과 물상보증인의 '인원수'가 확정된 후, 제2문에서 그 중 2인 이상의 물상보증인 사이에 부담액을 '담보가액비율'로 확정한다. 그런데 이중지위설은 이러한 민법규정의 형식을 어기고, 제1문과 제2문이 겹치는 스펙트럼을 전제로 한다. 즉 제1문에 따른 보증인의 수에도 이중지위자를 포함시키고, 제2문에 따른 물상보증인의 수에도 이중지위자를 포함시켜서 부담액을 산정한다. 그것은 결과적으로 이중지위자를 '한 사람'이 아닌 '두 지위'로 취급한 것이다. 제1문의 '인원수'를 '지위'로 치환하는 해석이 가능한지 의문이다.

5. 개정제안

(1) 생각건대 이중지위자의 부담액은 상대적으로 결정되어야 한다. 이중지위자는 보증인 1인으로 계산해서도 안 되고 보증인과 물상보증인의 지위를 모두 계산한 후 이를 합산해서도 안 된다. 인적 담보로서 보증과 물적 담보로서 물상보증의 특성만 고려하면 부담액의 공평한 산정을 방해할 수 있기 때문이다. 앞서 본 바와 같이 변제자대위에 관한 민법 규정의 취지는 담보제공자의 공평을 이루기 위한 것이다. 담보제공자의 공

평한 취급을 위하여 이들의 각 부담액은 다음과 같이 산정하여야 함을 제안한다. 우선 담보제공자의 전체 채무에 대한 담보의사를 고려하여 각자에게 '기준금액'을 부여하고, 그 기준금액의 합계액에서 각자의 기준금액이 차지하는 비율로 '부담액'을 확정하는 것이 공평하다고 생각한다.

(2) '기준금액'을 정하는 방법은 다음과 같다. ① 보증인은 채무액[61]을 기준금액으로 한다. 보증인은 무한의 인적 담보를 제공한 자이므로 그의 담보의사는 보증하고자 하는 채무액 전부를 기준으로 해야 하기 때문이다. ② 물상보증인은 제공한 담보물 가액을 기준금액으로 한다. 물상보증인은 채무 없이 책임을 지는 자로서 유한의 물적 담보를 제공한 자이므로 담보물 가액의 한도에서 우선적으로 채무를 담보할 뿐 이를 초과하는 채무액에 관하여 담보의사를 가졌다고 볼 수는 없기 때문이다. ③ 이중지위자는 경우를 나누어서 보아야 한다. 이중지위자는 보증인과 같이 인적 담보로서 채무액을 담보하기도 하고 물상보증인과 같이 물적 담보로서 담보물 가액을 한도로 책임을 지므로, 채무액과 담보물의 가액을 비교하여 담보물 가액이 채무액을 초과하는 경우에는 그 담보물 가액을 기준금액으로 하고 담보물 가액이 채무액에 미달하는 경우에는 보증인의 지위로서 채무액을 기준금액으로 한다.

(3) '부담액'의 산정은 다음과 같은 방법으로 한다. ④ 위에서 정한 각자의 기준금액을 합산하여 그 합계액으로 각자의 기준금액을 나눈 비율에 따라 부담액을 산정한다. 이를 수식으로 표현하면 '부담액 = (각자의 기준금액 / 기준금액의 합계) × 채무액'이 된다.

(4) 이러한 계산방법에 따라 앞서 본 예를 가정하여 변제자대위를 위한 각자의 부담액을 산정해보자. 乙의 甲에 대한 채무액 6억 원, 보증인 A와 B, 물상보증인 C가 제공한 2억 원 상당의 X부동산, 물상보증인 D가 제공한 3억 원 상당의 Y부동산, 보증인과 물상보증인을 겸하는 이중지위자 E가 제공한 5억 원 상당의 Z부동산이 있다. 이때 우선 보증인 A와 B의 기준금액은 각각 채무액 6억 원이고, 물상보증인 C와 D는 담보물 가액 각각 2억 원과 3억 원이다. 이중지위자 E는 제공한 담보물 가액

61) 일부 보증의 경우 보증인이나 이중지위자가 보증인으로서 담보하는 것은 채무액의 일부이므로 엄격한 의미에서 '보증채무액'으로 해야 하지만, 전부 보증의 경우를 상정하여 '채무액'으로 한다.

이 5억 원으로 채무액에 미달하므로 기준금액은 채무액 6억 원이다. 각자의 기준금액은 A, B, E는 6억 원, C 2억 원, D 3억 원이다. 이 기준금액의 합계액은 23억 원이므로, 각자의 부담액을 산정하면, 보증인 A와 B, 이중지위자 E의 부담액은 각각 (6 / 23) × 6억 원 = 1억 5,650만 원,[62] 물상보증인 C는 (2 / 23) × 6억 원 = 5,210만 원,[63] 물상보증인 D는 (3 / 23) × 6억 원 = 7,820만 원[64]이 된다. 보증인 A, B와 이중지위자 E의 부담액은 동일하지만 E는 제공한 5억 원 상당의 Z부동산이 경매되어 물상보증인과 동일한 책임을 질 수 있는 차이가 있다. 한편 만일 E가 제공한 담보물 가액이 7억 원이라면 E의 기준금액은 7억 원이 되고 기준금액의 전체 합계액이 24억 원이 된다. 각자의 부담액은 위와 같은 계산에 따라 A와 B는 (6 / 24) × 6억 원 = 1억 5,000만 원, C는 (2 / 24) × 6억 원 = 5,000만 원,[65] D는 (3 / 24) × 6억 원 = 7,500만 원,[66] E는 1억 7,500만 원을 부담하게 될 것이다.

(5) 한편 2020년 4월 시행된 현행 일본민법에서도 이중지위자를 어떻게 취급할 것인지에 대한 개정내용은 없다. 당초 2006년 시작된 우치다(内田貴)의 '민법(채권법)개정검토위원회'가 법제심의회에 제출한 연구결과에는 이중지위자를 보증인 1인으로 보는 내용이 포함되어 있었다. 그 전체자료 V-1-12(변제에 의한 대위) 제3항 (カ)는 "보증인(물상보증인을 겸하는 경우를 포함)과 물상보증인은 그 수에 따라 채권자를 대위한다."고 제안하였다.[67] 그 후 법무부 산하 법제심의회의 2011년 '논점정리'[68], 2013년 '중간시안'[69], 2014년 '요강가안 원안'[70]과 '제2차 요강

62) 정확한 금액은 1억 5,652만 1,739원이다.

63) 정확한 금액은 5,217만 3,913원이다.

64) 정확한 금액은 7,826만 869원이다.

65) 정확한 금액은 4,999만 9,999원 98전이다.

66) 정확한 금액은 1억 7,500만 2전이다.

67) 民法(債権法)改正検討委員会, 第7回 全体会議 第5準備委 報告資料 第5-②, 2008.9.23, 15頁, 19頁; 同, 第11回 全体会議 参考資料, 2008.12.23, 21頁, 25頁.

68) 法制審議会, 民法(債権関係)の改正に関する論点整理, 2011.4.12, 63頁.

69) 法制審議会, 民法(債権関係)の改正に関する中間試案, 2013.2.26, 44頁.

70) 法制審議会, 民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案の原案(その2), 民法(債権関係) 部会資料 80-1, 2014.6.24, 19頁.

가안'[71]에서도 같은 내용이 규정되었다. 그러나 위 '논점정리'와 관련하여 마쯔오카 히사카즈(松岡久和) 위원이 이미 의문을 제기한 바 있고, 오키노 마사미(沖野眞已) 간사 역시 이에 동조하였다.[72] 특히 2014년 요강가안과 관련하여 마쯔오카 위원은 "이중지위자를 보증인 1인으로 보는 개정안은 엄격한 의미에서 일본의 다수설인 두수 1인설과 다르고,[73] 판례를 일반화한 것도 아니며, 학설도 다양하게 주장되고 있어서, 입법화는 다음의 과제로 남기고 명문으로 규정하지 않기를 바란다."고 강력하게 주장하였다.[74] 그 후 같은 해 8월 26일 '확정 요강가안'에서 이중지위자에 관한 내용은 삭제되었다.[75] 그 '보충설명'에서도 반대견해가 복수로 나왔고 실무적으로도 이를 명문으로 규정할 필요성이 높지 않다는 의견이 있어서 이를 삭제하고 해석에 맡기기로 하였다는 의견을 표명하였다.[76] 결국 이에 대해서는 판례법리가 일반화될 정도로 논의가 성숙되지 못하였고, 담보제공자의 이해관계에 미치는 영향이 크며, 이러한 제안에 관한 반대의견도 만만치 않아 최종적인 민법개정안에서는 제외되었다. 이중지위자에 대한 일본민법의 개정실패와 앞에서 자세한 설명은 피하였으나 변제자대위를 위한 부기등기 내용을 삭제한 것은 이를 거울삼아 선도적으로 우리 민법의 시급한 개정으로 공평하고 타당한 결론을 얻을 수 있다는 반면교사가 될 수 있음을 시사한다.

---

71) 法制審議会, 民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案の第二次案, 部会資料 82-1, 2014.8.5, 40頁.

72) 法制審議会, 民法(債権関係)部会 第47回会議 議事録, 2012.5.22, 20-21頁.

73) 마쯔오카 위원이 개정안의 내용을 다수설인 두수1인설과 다르다고 한 것은 이중지위자를 단지 보증인 1인으로 파악하면 그에 대한 담보권실행을 할 수 없다는 점에서 차이가 있기 때문이다.

74) 松岡久和, "弁済による代位の効果に関する意見", 法制審議会 民法(債権関係)部会 第92回 議事資料, 2014.6.24, 2-3頁; 法制審議会, 民法(債権関係)部会 第95回会議 議事録, 2014.8.5, 27-28頁(松岡久和); 法制審議会, 民法(債権関係)部会 第95回 会議議事録, 2014.8.5, 28-29頁(潮見佳男).

75) 法制審議会, 民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案(案), 部会資料 83-1, 2014.8.26, 40-41頁.

76) 法制審議会, 民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案(案) 補充説明, 部会資料 83-1, 2014.8.26, 31頁.

V. 결 어

(1) 앞서 살펴본 문제점과 해결방안을 기초로 민법 제482조 제2항에서 개정되어야 할 내용은 다음과 같다. ① 제3호 및 제4호와 관련하여 "수인의 제3취득자 또는 수인의 물상보증인이 제공한 담보물 가액의 합계가 채무액에 미치지 못하는 경우는 그 담보물 가액을 한도로 한다."는 내용이 추가되어야 한다. 부담액의 결정기준을 '부동산 가액'으로 명시하지만 담보물을 부동산에 한정할 필요는 없으므로 '담보재산 가액'으로 해야 한다. ② 제5호와 관련하여, 담보제공자의 부담액은 다음의 기준에 따라 산정되어야 한다. 보증인은 채무액, 물상보증인은 담보물 가액, 이중지위자는 담보물 가액과 채무액을 비교하여 큰 금액으로 정하고, 각각의 기준금액을 이들의 합산액으로 나눈 비율에 따라 부담액을 산정한다.

(2) 우리민법은 제정 후 50여 년간 변제자대위에 관한 민법 제482조의 개정에 큰 관심이 없었다. 대폭적인 변화가 예상되었던 2004년에도 변제자대위에 관하여 어떠한 논의도 없었고,[77] 그 개정안은 결국 2008년 제17대 국회의원의 임기만료로 폐기되었다. 2009년 다시 발족한 민법개정위원회의 논의에서 변제자대위와 관련된 두 가지 제안이 있었다. 그 중 하나는 제1호의 부기등기 시점과 관련하여, "보증인은 변제 후 전세권이나 저당권의 등기에 그 대위를 부기하지 아니하면 그 부기등기 전에 전세물이나 저당물에 권리를 취득한 제3자에 대하여 채권자를 대위하지 못한다."로 수정하는 것이었다. 다른 하나는 제6호를 신설하여, "6. 제5호의 경우에 자기의 재산을 타인의 채무의 담보로 제공한 자와 보증인을 겸한 자는 보증인 1인으로 계산한다."를 추가하는 것이었다.[78] 이 둘은 모두 현재의 다수설을 입법에 반영하려는 시도로 보인다. 그 외의 변제자대위에 관한 제482조에 대해서는 계속 '논의 중'이라고 할 뿐 별다른 의견은 없다.[79]

---

77) 법무부, 민법(재산편) 개정 자료집, 법무자료 제260집, 2004.11, 737-738면.

78) 서희석, 일본 "민법(채권관계) 개정요강안"의 검토, 2014년도 법무부연구용역과제보고서, 2014, 203면.

79) 법무부, 2013년 법무부 민법개정시안(조문편), 민법개정총서6, 민법개정자료발간팀, 2013, 155면.

(3) 다만 2022년 초 한국민사법학회가 학회 차원의 민법개정 의견을 마련하기 위하여 '민법개정검토위원회'(위원장 수석부회장 정병호)를 발족시킨 것은 매우 고무적이다. 민법개정검토위원회 산하에 5개 분과위원회로, 제1분과 민법총칙(위원장 김상중교수), 제2분과 물권법(위원장 이준형교수), 제3분과 채권총론(위원장 권영준교수), 제4분과 채권각론I(전형계약 및 신종계약, 위원장 김진우교수), 제5분과 채권각론II(계약총론 및 법정채권, 위원장 안병하교수)를 두었다. 각 분과위원회별로 개정이 필요한 주제에 대한 연구를 진행한 후 그 연구에 기초하여 입안된 개정안 초안을 민사법학회 정기학술대회에서 발표하여 회원의 의견을 수렴하고, 이를 반영하여 민법개정검토위원회에서 최종 개정안을 확정하는 방식으로 학회 명의의 민법개정 의견을 만들어갈 예정이라고 한다. 변제자대위에 관해서는 채권총론 부분인 제3분과에서 논의를 시작하였다고 하고 그 연구는 서울대학교 법학전문대학원 이성범교수가 맡았다고 한다. 다수의 담보물 제3취득자 사이 또는 다수의 물상보증인 사이, 그리고 이중지위자가 포함된 부담액 산정에 관한 한 현행민법 제482조 제2항 제3호와 제4호, 제5호의 해석으로는 합리적이고 공평한 결과를 도출할 수 없다. 이 문제가 '페넬로페(Penelope)의 베짜기'로 악순환을 거듭하지 않도록 타당하고 납득 가능한 연구결과와 개정안의 출현을 기대한다.

(논문투고일: 2022.8.22., 심사개시일: 2022.9.2., 게재확정일: 2022.9.19.)

정 상 현

변제자대위, 보증인, 물상보증인, 제3취득자, 이중지위자

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 국내문헌

강현중(편집대표 박준서), 주석민법 채권총칙(3), 한국사법행정학회, 2000

곽윤직, 채권총론, 박영사, 1997

김기선, 한국채권법총론, 법문사, 1963

김대정, 채권총론, fides출판, 2006

김대정・최창렬, 채권총론, 박영사, 2020

김상용, 채권총론, 법문사, 2000

김석우, 채권법총론, 박영사, 1977

김재형, “조세채권과 변제자대위”, 저스티스 제110호, 한국법학원, 2009

김주수, 채권총론, 삼영사, 1999

김준호, 민법강의, 법문사, 2017

김증한, 채권총론, 박영사, 1988

김증한・김학동, 채권총론, 박영사, 1998

김창종, “연대보증인의 구상권과 변제자대위”, 사법논집 제20집, 법원도서관(1989)

김천수, “2010년 민사(채권법) 중요 판례”, 인권과 정의 제415호, 대한변호사협회(2011.3)

김형배, 채권총론, 박영사, 1998

김형석, “변제대위 제도의 연혁에 관한 소고”, 사법연구 제8집, 청헌법률문화재단(2003)

노유경, “보증인과 물상보증인 상호간 변제자대위”, 민사판례연구[XXXIV], 박영사, 2012

민의원법제사법위원회민법안심의소위원회, 민법안심의록(상권), 1957

박병대, “물상보증인 겸 보증인의 책임범위”, 민법학논총・제2(후암곽윤직교수고희기념), 박영사, 1995

박석일, “변제자대위에 관한 일본민법의 개정과 우리 민법의 시사점”, 법

학연구 제30권 제2호, 연세대학교 법학연구원(2020.6)
박수곤, “프랑스민법상의 저당권의 효력 개관”, 민사법학 제49-2호, 한국민사법학회(2010.6)
배성호, “보증인과 물상보증인의 지위를 겸하는 자의 변제자대위의 비율”, 재산법연구 제35권 제1호, 한국재산법학회(2018.5)
백경일, “보증인과 후순위저당권자 간의 변제자대위-대법원 2013. 2. 15. 선고 2012다48855 판결-”, 민사법학 제64호, 한국민사법학회(2013.9)
법무부, 2013년 법무부 민법개정시안(조문편), 민법개정총서6, 민법개정자료발간팀, 2013
법무부, 민법(재산편) 개정 자료집, 법무자료 제260집, 2004.11
서희석, 일본 “민법(채권관계) 개정요강안”의 검토, 2014년도 법무부연구용역과제보고서, 2014
손흥수, “연대보증인이 물상보증인을 겸하고 있는 경우 대위의 비율과 그 관련 문제들”, 법조 제648호, 법조협회(2010.9)
송덕수, 신민법강의, 박영사, 2022
양형우, 민법의 세계, 정독, 2022
어인의, “변제에 의한 대위”, 책임법에 있어서 자유와 책임(김형배교수화갑기념논문집), 박영사, 1994
이은영, 채권총론, 박영사, 2000
이인재(편집대표 곽윤직), 민법주해[XI], 채권(4), 박영사, 2004
이진만, “변제자대위에 있어서 대위자 상호간의 관계”, 사법논집 제27집, 법원도서관(1996)
이태재, 채권총론신강, 진명문화사, 1964
이호정, 채권법총론, 한국방송통신대학출판부, 1993
장경학, 채권총론, 교육과학사, 1994
장재현, 채권법총론, 현암사, 1998
제철웅, “구상관계와 변제자대위: 그 상호관계의 비교법적 검토”, 민사법학 제23호, 한국민사법학회(2003.3)
제철웅, “프랑스법의 법정변제자대위-우리 법에의 원용가능성의 모색-”, 고시계 제48권 제3호, 고기계사(2003.2)
지원림, 민법강의, 홍문사, 2020

현승종・조규창, 로마법, 법문사, 1996

Ⅱ. 일본문헌

岡孝, “法典論爭から明治民法成立・注釈時代”, 日本民法学史・通史, 信山社, 1997

広中俊雄, 民法中修正案(第三編)の理由書, 有斐閣, 1987

広中俊雄, 第九回帝國会議の民法審議, 有斐閣, 1986

内田貴, 民法III, 債権総論・担保物権, 東京大学出版会, 1996

談路岡久, 債権総論, 有斐閣, 2002

民法(債権法)改正檢討委員会, 第11回 全体会議 参考資料, 2008.12.23

民法(債権法)改正檢討委員会, 第7回 全体会議 第5準備委 報告資料 第5-②, 2008.9.23

法務大臣官房司法法制調査部, 法典調査会 民法議事速記錄(三), 日本近代立法資料叢書3, 商事法務研究会, 1984

法務省, 民法の一部を改正する法律, 2015.3.31.

法制審議会, 民法(債権關係)の改正に関する検討事項(5), 部会資料 10-2, 2010.4.27

法制審議会, 民法(債権關係)の改正に関する論点整理, 2011.4.12

法制審議会, 民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案(案) 補充説明, 部会資料 83-1, 2014.8.26

法制審議会, 民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案(案), 部会資料 83-1, 2014.8.26

法制審議会, 民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案, 2014.8.26

法制審議会, 民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案の原案(その2), 民法(債権関係) 部会資料 80-1, 2014.6.24

法制審議会, 民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案の第二次案, 部会資料 82-1, 2014.8.5

法制審議会, 民法(債権関係)の改正に関する要綱案, 2015.2.10

法制審議会, 民法(債権関係)の改正に関する中間試案, 2013.2.26

法制審議会, 民法(債権関係)部会 第47回会議 議事録, 2012.5.22

法制審議会, 民法(債権関係)部会 第95回会議 議事録, 2014.8.5

寺田正春, “連帶保証人と物上保証人を兼ねる者と代位の割合”, 春壽夫外編, 担保法の判例 II, 有斐閣, 1994
山下孝之, “保証人の代位請求”, 法律時報 第45卷 第9号, 日本評論社, 1973.8
森田英雄, “保証人・物上保証人の兩資格を兼ねる者と弁済による代位の割合”, 判例タイムズ 第643号, 1987.10
石田喜久夫, “保証人・物上保証人の兩資格を兼ねる者と弁済による代位の割合”, 昭和61年 重要判例解說76, ジュリスト臨時增刊 第887号, 有斐閣, 1987.6
船月隆司(編輯代表 星野英一), “弁済者の代位”, 民法講座4 債権総論, 有斐閣, 1985
松岡久和, “弁済による代位の効果に関する意見”, 法制審議会 民法(債権関係)部会 第92回 議事資料, 2014.6.24.
松岡久和, “保証人と物上保証人の地位を兼ねる者の責任”, 現代民事法の實務と理論(上卷), 田原陵夫先生古稀・最高裁判所判事退官記念論文集, 金融財政事情研究会, 2013
水本浩, 債権総論, 有斐閣, 1989
安永正昭, “保証人・物上保証人の兩資格を兼ねる者と弁済による代位の割合”, 金融法務事情 第1152号, 1987
野田宏(遠藤浩・林良平・水本浩), “保証と法定代位”, 現代契約法大系, 第6卷, 担保・保証・保險契約, 有斐閣, 1984
於保不二雄, 債権総論, 有斐閣, 1972
鈴木正和, “物上保証人兼連帶保証人の地位による請求権の範圍”, 月刊手形研究 第333号, 経済法令研究会, 1982.11
奥田昌道, 債権総論, 悠々社, 1992
玉田弘毅, “代位弁済における代位資格の重複”, 民事研修 第213号, 法務研修所民事研修編集室, 1975.2
柚木馨, 満州民法読本, 有斐閣, 1934
仁井田益太郎, 旧民法(法学叢書6), 日本評論社, 1943
潮見佳男, 債権総論II, 信山社, 2005

朝鮮総督府, 慣習調査報告書, 1913
朝鮮総督府中枢院, 民事慣習回答彙集, 1933
川上弘一, “弁済による法定代位の範囲について”, 判例タイムズ 第283号, 1973.1
塚原朋一, “保証人・物上保証人の兩資格を兼ねる者と弁済による代位の割合”, 法曹時報 第41巻 第10号, 最高裁判所判例解說, 1987.10

III. 서구문헌

Alain Bénabent, Droit civil, Les obligations, 10eéd., Montchrestien, 2005
Bernhard Windscheid・Theodor Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd.II., 9.Aufl., Rütten & Loening, 1906
Charles Aubry et Charles-Frédéric Rau, Droit civil français, 7eéd., Librairies techniques, 1968
François Grua, Le cautionnement réel, J.C.P., 1984
François Chabas et Michel de Juglart, Leçon de droit civil, Obligation: théorie générale, 8eéd., Montchrestien, 1991
François Laurent, Principes de droit civil français, t.XVIII., 2eéd., Bruylant-Christophe, 1876
François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, Droit civil: Les Obligations, 11eéd., Dalloz, 2013
Gabriel Marty, Pierre Raynaud et Philippe Jestaz, Droit civil: Les obligations, Sirey, 1989
Gustave-Emil Boissonade de Fontarabie, Projet de Code civil pour l'empire du Japon accompagné d'un commentaire, t.II, Des droit personnels ou obligations, 2eéd., Tokio, 1883
Jean Carbonnier, Droit civil, t.IV., Les obligations, 15eéd., 1991
Joseph Soulié, Essai sur la nature juridique et les effets du cautionnement réel sous la forme hypothécaire, Cléder, 1913
Max Kaser, Das römisches Privatrecht, 2.Abschnitt, C. H. Beck,

1975

Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier, Réforme du droit des contrats, Du régime général et de la preurve des obligations, Art.1346, LexisNexis, 2016

Philippe Simler, Cautionnement: Garanties autonomes-garanties indemnitaires, LexisNexis, 2008

Philippe Simler et Philippe Delebecque, Droit civil: Les sûretés, la publicité foncière, 7eéd., Dalloz, 2016

Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, Juta & Co. Ltd., 1996

William Dross, Droit Civil: Les Choses, L.G.D.J., 2012

Abstract

A Review on the Calculating of Burden in Subrogation and the Revision Proposal on the Korean Civil Code 482 (2)*

Sang Hyun JUNG**

The guarantor or the property guarantor who repay others' debts acquire the compulsory right against the debtor. In order to secure these rights, they can exercise the rights of creditors against another guarantee providers. This is called a payment with subrogation. If there are several guarantors and insured persons each, in order to determine the burden between them, Article 482 (2) of the Korean Civil Code(KCC) provides the possibility of their mutual correspondence and how to calculate them.

However, Article 482 (2) of the KCC has a part that cause controversy in interpretation because contents are unclear, and a part where the burden is not calculated fairly due to lack of requirements. The first, Article 482 (2) 3 and 4 do not take into account the case where the sum of the collateral value provided by the third party or the property guarantor is less than the main debt amount. This is not reasonable in the light of the premise that the third-party acquirer or property guarantor can not assume greater liability than its own collateral value. The second, in case of a person who acts as both a guarantor and a property guarantor, the KCC does not provide any criteria for estimating the his burden.

Therefore, the rule on payment with subrogation should be revised as follows. This is beyond the scope of interpretation, so it must be

* This work was supported by the Ministry of Education of the Republic of Korea and the National Research Foundation of Korea(NRF-2020S1A5A2A01042297).

** Professor, SungKyunKwan University Law School · Dr. Jur.

accompanied by a revision of the Article 482 (2) of the KCC. Japan has promulgated the Civil Code, which revised Article 501 on payment with subrogation in 2018, and have come into effect on April 1, 2020.

In the Article 482 (2) No.3 and 4, if the sum of the value of the collateral provided by the third party acquirer or the property guarantor is less than the amount of the main debt, it shall be added that the amount of the collateral should be capped at the expiration amount. In No.5, the amount of burden of person who acts as both a guarantor and a property guarantor shall be determined in the following criteria. We set the base amount of the guarantee providers, and then calculate the burden of them.

① The guarantor shall use the amount of the main debt as the base amount. ② The property guarantor shall use the price of the property provided as the base amount. ③ The base amount of dual status person is as fallows. If the price of property provided is less than the amount of the debt, he shall use the amount of the principal debt as the base amount as the position of the guarantor. And if the price of property provided is more than the amount of the debt, he shall use the amount of the price of property as the base amount. ④ After that, each burden is calculated by dividing the each base amount by the sum of the base amount.

Sang Hyun JUNG

compulsory right, payment with subrogation, guarantor, property guarantor, third-party acquirer

성균관대학교 법학연구원『성균관법학』 10.17008/skklr.2022.34.3.005
제34권 제3호(2022. 9.)
Sungkyunkwan Law Review Vol.34. No.3 (September 2022) pp. 137 - 181

공동소송적 보조참가에 관한 연구*
- 참가인의 소송상 지위를 중심으로 -

김 동 현**

【목 차】

Ⅰ. 서론

Ⅱ. 공동소송적 보조참가제도
1. 공동소송적 보조참가의 의의
2. 참가의 성격 결정

Ⅲ. 공동소송적 보조참가의 성립
1. 공동소송적 보조참가가 성립하는 경우
2. 특히 문제되는 경우

Ⅳ. 공동소송적 보조참가인의 소송상 지위
1. 총설
2. 보조참가인으로서의 지위
3. 필수적 공동소송인으로서의 지위
4. 특히 문제되는 경우

Ⅴ. 결론

* 이 글은 2022년 2월 19일 한국민사소송법학회 동계학술대회에서 발표한 내용을 수정·보완한 것입니다.
** 충남대학교 법학전문대학원 조교수, 법학박사

【국 문 요 약】

이 글은 제3자의 소송참가제도 가운데 특히 공동소송적 보조참가에 관하여 연구한 것이다. 공동소송적 보조참가는 본소송의 판결의 효력이 제3자에게 미치는 경우에 그 제3자가 당사자의 승소를 돕기 위하여 계속중인 소송에 참가하는 것인데, 우리 민사소송법은 제78조에서 “재판의 효력이 참가인에게도 미치는 경우에는 그 참가인과 피참가인에 대하여 제67조 및 제69조를 준용한다.”라고만 규정하여 구체적으로 어느 경우에 공동소송적 보조참가가 성립하는지, 그리고 참가인은 어떠한 소송상 지위를 가지는지와 관련하여 많은 해석의 여지를 남기고 있다.

이 글을 통해 공동소송적 보조참가인의 소송상 지위를 좀 더 체계적으로 정립해 보고자 하였는데, 그 전제로서 공동소송적 보조참가가 성립하는 경우를 먼저 검토한 뒤에, 참가인의 소송상 지위를 보조참가인으로서의 지위와 필수적 공동소송인으로서의 지위로 나누어 구체적으로 살펴보았다. 이 과정에서 각각의 쟁점마다 학설 및 판례의 입장을 분석하여 그 이론적 뒷받침 내지 비판을 하고자 하였으며, 필요한 경우에는 사견을 밝히기도 하였다.

이 글이 통상의 보조참가(제71조) 및 공동소송참가(제83조) 등 다른 참가제도와의 관계에서 공동소송적 보조참가가 성립하는 경우를 유기적으로 이해하고, 특히 참가인의 소송상 지위에 관하여 좀 더 체계적으로 정리하는 데 조금이나마 도움이 되기를 바란다.

Ⅰ. 서론

제3자가 자기의 법률상 지위를 보호하기 위하여 다른 사람 사이의 계속중인 소송에 참가하는 것을 널리 제3자의 소송참가(Beteiligung Dritter am Rechtsstreit)라고 한다(민사소송법 제71조 이하).[1] 여기에는 ① 제3자가 '당사자의 지위'를 가지고 참가하는 독립당사자참가(제79조) 및 공동소송참가(제83조)와 ② 당사자의 승소를 돕기 위하여 '당사자에 종된 지위'로 참가하는 통상의 보조참가(제71조) 및 공동소송적 보조참가(제78조)가 있다.

이 가운데 본 연구에서는 본소송의 판결의 효력이 제3자에게 미치는 경우에 그 제3자가 당사자의 승소를 돕기 위하여 계속중인 소송에 참가하는 공동소송적 보조참가제도와 관련하여 특히 참가인의 소송상 지위를 체계적으로 정립하는 것을 목적으로 하였다.

우리 민사소송법은 제78조에서 "재판의 효력이 참가인에게도 미치는 경우에는 그 참가인과 피참가인에 대하여 제67조 및 제69조를 준용한다."라고만 규정하여 어느 경우에 공동소송적 보조참가가 성립하는지, 그리고 참가인은 어떠한 소송상 지위를 가지는지와 관련하여 많은 해석의 여지를 남기고 있다.

그리하여 먼저 공동소송적 보조참가제도의 개념 및 입법취지를 간단히 보고(Ⅱ), 다음 공동소송적 보조참가가 성립하는 경우를 살펴본 뒤에(Ⅲ), 마지막으로 참가인의 소송상 지위를 보조참가인으로서의 지위와 필수적 공동소송인으로서의 지위로 나누어 구체적으로 검토하였다(Ⅳ). 이 과정에서 각각의 쟁점마다 학설 및 판례의 입장을 분석하여 그 이론적 뒷받침 내지 비판을 하고자 하였으며, 필요한 경우에는 사견을 밝히기도 하였다.

1) 이하 괄호 안에 민사소송법 조문을 인용할 때에는 법명을 생략한다.

Ⅱ. 공동소송적 보조참가제도

1. 공동소송적 보조참가의 의의

(1) 개념

공동소송적 보조참가(streitgenössische Nebenintervention)란 본소송의 판결의 효력이 제3자에게 미치는 경우에 그 제3자가 계속중인 소송에 보조참가하는 경우를 말한다(제78조). 예컨대 파산재단에 관한 소송에서 파산선고를 받은 채무자는 당사자적격이 없고 파산관재인에게 당사자적격이 있는데(「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」 제359조), 파산관재인이 소송을 수행하여 받은 판결의 효력은 파산선고를 받은 채무자에게도 미치게 되므로(제218조 제3항), 이 경우에 파산선고를 받은 채무자가 파산관재인의 승소를 돕기 위하여 파산재단에 관한 소송에 참가를 하면, 이는 공동소송적 보조참가가 된다.[2)]

(2) 취지

공동소송적 보조참가는 본래 판결의 효력을 받는 참가인의 이익을 보호하기 위하여 통상의 보조참가(제71조)와는 달리 필수적 공동소송인에 준하는 강력한 소송수행의 권능을 부여하기 위하여 학설 및 판례에 의하여 인정되어 온 제도인데, 2002년 개정 민사소송법에서 이를 명문으로 규정하였다(제78조).

제3자가 공동소송참가(제83조)를 할 수 있는 경우에는 이러한 형태의 보조참가를 인정할 실익이 적지만, 제3자가 당사자적격을 가지지 아니하여 보조참가를 할 수밖에 없는 경우에는 공동소송적 보조참가를 인정함으로써 제3자로 하여금 자기의 이익을 해치는 본소송의 진행을 견제할 수 있도록 하는 것이 필요하다.[3)]

---

2) 파산관재인이 수행하는 파산재단에 관한 소송에 파산자가 참가하는 경우 단지 파산자에게 재판의 효력이 미친다는 이유만으로 공동소송적 보조참가로 보아 파산자에게 파산관재인의 소송수행을 견제할 수 있는 강력한 권한을 인정할 필요는 없고 '통상의 보조참가'를 인정하면 충분하다는 견해로 전병서, "파산관재인에 의한 파산재단에 관한 소송에서 파산자의 참가를 공동소송적 보조참가로 볼 것인가", 법률신문 4528호(2017. 7. 20.자).

3) 정동윤·유병현·김경욱, 민사소송법(제8판), 법문사(2020), 1074면.

2. 참가의 성격 결정

청구의 병합(단순병합, 선택적 병합, 예비적 병합)이나 공동소송(통상공동소송, 필수적 공동소송, 예비적 공동소송)의 경우에 그 형태에 따라 심판방법이 달라지는 것과[4] 마찬가지로, 참가소송의 경우에도 참가형태에 따라 참가인의 소송상 지위가 달라지기 때문에 참가의 성격을 정하는 것은 중요한 문제이다.

참가의 성격이 공동소송적 보조참가(제78조)인지 아니면 통상의 보조참가(제71조) 또는 공동소송참가(제83조)인지는 '당사자의 신청'에 의하여 정할 것이 아니라 법원이 '법령의 해석'에 의하여 결정하여야 한다.[5] 판례도 행정소송에 보조참가를 하고 있으나 행정소송의 성질에 비추어 공동소송적 보조참가인의 지위에서 소송을 수행하고 피참가인이 받은 확정판결의 기판력을 받는다고 하거나,[6] 제3자가 행정소송에 보조참가신청을 하고 법원이 이를 허가하였더라도 판결의 효력이 제3자에게 미치는 경우이면 공동소송적 보조참가로 보아야 한다고 하여[7] 같은 입장인 것으로 보인다.[8]

다음과 같이 ① 공동소송적 보조참가와 통상의 보조참가 그리고 ② 공동소송적 보조참가와 공동소송참가의 경우로 나누어 좀 더 구체적으로 살펴볼 필요가 있다.

(1) 공동소송적 보조참가와 통상의 보조참가 사이

1) 대법원은 "소송결과에 이해관계가 있는 제3자는 한쪽 당사자를 돕

4) 판례는 청구의 병합의 형태가 선택적 병합인지 예비적 병합인지는 당사자의 의사가 아닌 병합청구의 성질을 기준으로 판단하여야 한다는 입장이다(대법원 2014. 5. 29. 선고 2013다96868 판결). 이때 병합청구의 성질이란 병합된 청구 사이의 양립가능성을 의미하는 것으로 해석된다.

5) 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책(註 3), 1074면; 이시윤, 신민사소송법(제15판), 박영사(2021), 795면; 김홍엽, 민사소송법(제10판), 박영사(2021), 1124면; 정영환, 신민사소송법(개정신판), 법문사(2019), 951면.

6) 대법원 1962. 5. 17. 선고 4294행상172 판결.

7) 대법원 2013. 3. 28. 선고 2011두13729 판결.

8) 판례도 같은 입장이라는 것에 김홍엽, 앞의 책(註 5), 1124면.

기 위하여 법원에 계속 중인 소송에 보조참가를 할 수 있고(민사소송법 제71조), 특히 재판의 효력이 제3자에게 미치는 경우 그 제3자는 그 해당 소송에 공동소송적 보조참가를 할 수 있으므로(민사소송법 제78조), 파산관재인이 파산재단에 관한 소송을 할 때 그 재판의 효력을 받게 되는 채무자는 통상의 보조참가는 물론 공동소송적 보조참가를 할 수 있다."고 판시함으로써[9] 본소송의 판결의 효력을 받는 제3자는 공동소송적 보조참가를 할 수 있지만 그 선택에 따라 통상의 보조참가를 할 수도 있는 것으로 보았다. 이러한 대법원의 입장에 찬동하면서 판결효가 미치는 제3자 전부가 반드시 피참가인에게 종속하지 않은 상태로 소송을 수행하는 것을 원한다고 볼 수는 없고 참가인은 사적 자치의 원칙상 분쟁해결 방식에 대한 선택의 자유를 가진다는 이유로 참가인에게 선택권을 부여하여야 한다는 견해도 있다.[10]

그러나 다수의 견해는 이에 반대하는 입장이다.[11] 살펴보면, 통상의 보조참가와 공동소송적 보조참가는 참가인이 선택하는 것이 아니라 그에게 판결의 효력이 미치는지 여부에 의하여 객관적으로 결정된다고 하거나,[12] 공동소송적 보조참가는 보조참가의 한 형태이지만 참가인의 종된 지위를 일정한 경우에 수정하여 그의 이익을 보호하기 위해서 인정된 것이므로 제3자가 통상의 보조참가를 신청하였더라도 공동소송적 보조참가

9) 대법원 2012. 11. 29 선고 2011다109876 판결은 A가 B를 상대로 1억 원의 지급을 구하는 소를 제기하였다가 소송 도중 A와 B 모두 파산선고를 받음에 따라 A의 파산관재인 甲(원고)과 B의 파산관재인 乙(피고)이 소송을 수계하고 甲이 B에 대하여 1억 원의 파산채권이 있음을 확정하는 것으로 청구취지를 변경한 사건에서, 甲이 B의 파산관재인 乙을 상대로 하는 재판의 효력이 B에게 미치므로 B는 乙을 위해 통상의 보조참가는 물론 공동소송적 보조참가를 할 수도 있고 따라서 B의 보조참가를 허가한 원심판결에 위법이 없다고 하였다. 대법원 2015. 10. 29. 선고 2014다13044 판결도 같은 취지이다.

10) 김일룡, "공동소송적 보조참가인의 소송법상 지위에 관한 고찰", 서울법학, 제24권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소(2016), 345-346면. 참가인의 소송상 지위의 차이에 대하여 참가인이 제대로 인지하지 못하고 있는 경우에는 법원이 석명을 하여 처리하면 족하다고 한다.

11) 대표적으로 김홍엽, 앞의 책(註 5), 1124-1125면 註 5는 이 경우에 대법원이 통상의 보조참가도 허용될 수 있다고 본 것은 의문이라고 한다.

12) 박재완, 민사소송법강의(제4판), 박영사(2021), 683면. 전원열, 민사소송법 강의(제2판), 박영사(2021), 673면은 판결의 효력이 미치는 제3자가 보조참가신청을 하면 이는 자동적으로 공동소송적 보조참가에 해당하게 된다고 한다.

의 요건을 갖추었으면 필수적 공동소송인에 준하는 지위를 보장하는 것이 타당하다고 한다.[13] 나아가 위 대법원 판결의 취지는 종래 판례의 입장에 비추어 보면[14] 판결의 효력을 받는 제3자의 보조참가는 공동소송적 보조참가이지만 그 '참가신청'은 통상의 보조참가든 공동소송적 보조참가든 어떤 형식으로든 할 수 있다는 의미에 불과하다고 보고 따라서 파산채무자가 파산재단에 관한 소송에 통상의 보조참가신청을 했어도 공동소송적 보조참가로 보아야 한다는 유력한 견해도 주장된다.[15]

생각건대 보다 강력한 소송상 지위가 인정되는 공동소송적 보조참가를 할 수 있음에도 통상의 보조참가를 하는 경우는 법률지식의 부족에 기인하는 때가 많을 것이고(특히 본인소송의 경우라면), 우리 민사소송법이 판결의 효력을 받는 제3자의 이익을 보호하기 위하여 특별히 공동소송적 보조참가제도를 신설한 취지에 비추어, 위의 경우에 통상의 보조참가를 인정할 수는 없다고 본다. 따라서 본소송의 판결의 효력이 미치는 제3자가 통상의 보조참가신청을 한 경우에도 법원은 공동소송적 보조참가의 신청을 한 것으로 선해하여 그에 따른 소송수행의 권능을 인정할 것이다.

2) 소송결과에 이해관계는 있지만 본소송의 판결의 효력을 받지 않는 제3자가 '보다 강력한 소송상 지위를 부여받기 위하여' 통상의 보조참가를 하지 아니하고 공동소송적 보조참가를 할 수는 없다. 판례도 판결의 효력이 참가인에게 미치지 아니함에도 참가인이 피참가인의 소송행위와 어긋나는 소송행위를 유효하게 할 필요가 있다는 사정만으로(예컨대 피고측에 통상의 보조참가를 하였지만 원고의 채권이 허위채권으로 보여지

13) 김상균, "공동소송적 보조참가에 관한 고찰", 법조, 통권 제570호, 법조협회(2004), 84-85면.

14) 대법원 1962. 5. 17. 선고 4294행상172 판결; 대법원 2013. 3. 28. 선고 2011두13729 판결 등.

15) 유병현, "공동소송적 보조참가와 피참가인의 재심의 소 취하-대법원 2015. 10. 29. 선고 2014다13044 판결을 중심으로", 법학논총, 제29권 제2호, 국민대학교 법학연구소(2016), 278면. 같은 취지에서 민일영 편집대표, 주석 민사소송법[Ⅰ](제8판), 한국사법행정학회(2018), 575-576면(장석조 집필부분)도 참가신청인은 객관적으로 보면 공동소송적 보조참가의 이익이 있는 경우라도 처음부터 이와 같은 형태를 지정하여 참가신청을 하는 것은 드문 일이고 통상의 보조참가로만 신청하는 것이 보통인데, 이 경우 공동소송적 보조참가로 취급할 것인가의 여부는 당사자의 신청이나 의사에 구애될 것이 아니고 법원이 법률해석에 의하여 결정할 것이라고 한다[이하 '주석(Ⅰ)/장석조'로 인용한다].

는데도 피고가 원고의 주장사실을 자백하여 원고를 승소시키려 하기 때문에 피참가인의 자백을 유효하게 다툴 필요가 있다는 사유) 공동소송적 보조참가로 볼 수는 없다고 하였다.[16]

(2) 공동소송적 보조참가와 공동소송참가 사이

1) 공동소송참가란 소송목적이 한쪽 당사자와 제3자에게 합일적으로 확정되어야 할 경우에 그 제3자가 계속 중인 소송에 공동소송인으로서 참가하는 것을 말한다(제83조). 제3자는 공동소송인(당사자)으로서 참가하는 것이므로 당사자적격을 갖추어야 하고, 참가가 적법하다고 인정되면 참가인은 피참가인과 필수적 공동소송인으로 되어 민사소송법 제67조의 적용을 받게 된다.

이와 관련하여 재판의 효력이 미치는 제3자가 당사자적격이 있음에도 공동소송참가를 하지 않고 선택에 따라 공동소송적 보조참가를 할 수 있는지 문제된다. 예컨대 혼자서도 주주대표소송을 제기할 요건(발행주식의 1/100 이상. 상법 제403조)을 갖추어 당사자적격이 있는 주주가 먼저 제기된 주주대표소송에 참가할 때에는 공동소송참가를 할 수 있지만[17] 스스로의 선택에 따라 공동소송적 보조참가를 할 수 있는지 문제된다. 이를 긍정하는 견해가 다수이다.[18] 그 주장하는 이유는 다양한데, 사적 자치의 원칙상 당사자는 분쟁해결방식을 선택할 자유를 가지고 대(大)는 소(小)를 겸하는 것이므로 당사자로서의 지위를 행사할 수 있다고 하여도 자신의 선택에 따라 더 약한 지위를 행사할 수 있다고 한다.[19] 또는, 보다 강력한 참가형태의 요건을 충족하는 경우에 그보다 효력이 약한 참가형태를 선택하는 것은 참가를 신청하는 자의 자유이며 새로운 소제기의 실질에 해당하는 공동소송참가를 신청하지 않고 공동소송적 보조참가

16) 대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다59333 판결.

17) 전원열, 앞의 책(註 12), 663, 673면.

18) 정영환, 앞의 책(註 5), 951, 954면; 전원열, 앞의 책(註 12), 673면; 박재완, 앞의 책(註 12), 682-683면; 유병현, 앞의 논문(註 15), 279면; 김상균, 앞의 논문(註 13), 84면.

19) 정영환, 앞의 책(註 5), 953-954면. 다만, 이 경우 공동소송적 보조참가를 함으로써 생기는 불이익은 감수하여야 하는데, 예컨대 공동소송참가가 가능함에도 자신의 편의를 위하여 공동소송적 보조참가를 하여 절차진행 중 본소가 부적법각하되는 경우에 제소기간의 도과로 직접 소를 제기하는 기회를 상실하는 경우가 있을 수 있다고 한다.

를 신청하는 것은 처분권주의 원칙상(제203조) 허용된다고 한다.[20] 그밖에 공동소송적 보조참가를 규정한 우리 민사소송법 제78조가 참가인에게 재판의 효력이 미치는 경우일 것 이외에 당사자적격의 흠을 요구하고 있지 않기 때문이라는 견해도 있다.[21]

생각건대 다른 사람 사이의 소송에 당사자로서 참가할 것인지 단순히 승소보조자로서 참가할 것인지는 법률상 중요한 문제로서 제3자가 두 요건을 모두 갖추었다면 이를 선택할 수 있어야 하며, 참가인이 그 법률상 지위를 옹호하기 위하여 '독립당사자참가 또는 공동소송참가'(공동소송적 보조참가는 제외)가 가능함에도 '통상의 보조참가'를 하는 것이 허용된다고 해석함에[22] 비추어, 공동소송참가를 할 수 있는 제3자가 그 선택에 따라 공동소송적 보조참가를 하는 것도 허용된다고 본다. 이와 같이 제3자에게 선택의 자유를 인정하면 - 뒤에서 다시 살펴보겠지만 - 법원이 법령을 해석하여 참가의 성격을 결정함에 있어 공동소송적 보조참가의 성립범위는 재판의 효력이 미치는 '당사자적격을 가진' 제3자가 보조참가를 하는 경우까지 확대되게 된다.

2) 재판의 효력을 받지만 당사자적격이 없는 제3자는 공동소송참가를 할 수 없고 공동소송적 보조참가를 할 수밖에 없다.[23] 민사소송법 교과서에서 공동소송적 보조참가가 성립하는 것으로 언급되는 전형적인 경우이다. 예컨대 파산재단에 관한 소송에서 파산관재인이 받은 판결의 효력은 파산선고를 받은 채무자에게 미치지만(제218조 제3항) 파산채무자는 당사자적격이 없기 때문에(「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」 제359조) 파산관재인이 수행하는 소송에 공동소송참가를 할 수 없다. 또한 소수주주의 요건을 갖추지 못한 주주가 주주대표소송에 참가할 때에는 당사자적격이 없어 공동소송참가는 할 수 없고 공동소송적 보조참가만 할 수 있다.[24]

---

20) 김상균, 앞의 논문(註 13), 84면.

21) 유병현, 앞의 논문(註 15), 279면.

22) 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책(註 3), 1065면; 이시윤, 앞의 책(註 5), 788면.

23) 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책(註 3), 1083면; 이시윤, 앞의 책(註 5), 820면; 박재완, 앞의 책(註 12), 683면; 유병현, 앞의 논문(註 15), 267면.

24) 전원열, 앞의 책(註 12), 673면.

‘공동소송참가’신청을 하였지만 그 요건에 흠이 있는 경우에는 종국판결로 각하하여야 할 것이지만, 그것이 ‘공동소송적 보조참가’의 요건을 갖추었으면(예컨대 주주총회결의취소소송의 제소기간이 경과한 다른 주주) ‘소송행위의 전환의 법리에 의하여’ 공동소송적 보조참가로 인정할 것이다.[25]

Ⅲ. 공동소송적 보조참가의 성립

공동소송적 보조참가는 “재판의 효력이 참가인에게도 미치는 경우에” 성립한다(제78조). 독일 민사소송법 제69조는 좀 더 구체적으로 “본소송에서 선고된 재판의 기판력이 보조참가인과 상대방 사이의 법률관계에 미치는 경우”라고 규정하고 있다.[26] 민사소송법 제78조에서 말하는 “재판의 효력”이란 판결의 본래적 효력인 기판력, 집행력, 형성력을 의미한다.[27] 여기서 ‘집행력’은 판결 등으로 명한 이행의무를 강제집행절차에 의하여 실현할 수 있는 효력으로서 집행력이 미치는 주관적 범위는 원칙적으로 기판력의 그것에 준하므로,[28] 이하에서는 공동소송적 보조참가가 성립하는 경우를 ① ‘기판력’이 미치는 경우와 ② ‘형성력’이 미치는 경우로 나누어 살펴본다.

그 밖에 참가인에게 반사적 효력이 미치는 경우에도 공동소송적 보조참가가 성립하는지에 관하여 다툼이 있으나,[29] 본 연구에서 이에 관한 논의는 제외한다.

---

25) 정동윤・유병현・김경욱, 앞의 책(註 3), 1084면; 이시윤, 앞의 책(註 5), 822면; 정영환, 앞의 책(註 5), 910면. 이 경우에 민법상 무효행위의 전환 규정(동법 제138조)을 소송행위에 유추적용할 수는 없으므로 ‘법령의 해석상’ 공동소송적 보조참가신청으로 볼 것이라는 견해로는 김홍엽, 앞의 책(註 5), 1114, 1171면. 법원실무제요 민사소송[Ⅰ], 법원행정처(2017), 318면도 이 경우 공동소송적 보조참가신청으로 취급하여도 무방하다고 한다.

26) ZPO § 69 (Streitgenössische Nebenintervention)
Insofern nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Rechtskraft der in dem Hauptprozess erlassenen Entscheidung auf das Rechtsverhältnis des Nebenintervenienten zu dem Gegner von Wirksamkeit ist, gilt der Nebenintervenient im Sinne des § 61 als Streitgenosse der Hauptpartei.

27) 김홍엽, 앞의 책(註 5), 1123면.

28) 정동윤・유병현・김경욱, 앞의 책(註 3), 832면; 이시윤, 앞의 책(註 5), 671면.

1. 공동소송적 보조참가가 성립하는 경우

(1) 기판력이 미치는 경우

기판력이 참가인에게도 미치는 경우란 소송의 당사자 이외에 참가인에게 기판력이 확장되는 경우를 말한다. 제3자의 소송담당의 경우에 제3자(소송담당자)가 소송을 수행하여 받은 판결의 기판력은 권리주체(피담당자)에게 미치는바(제218조 제3항), 경우를 나누어 살펴본다.

(가) 법정소송담당 중 갈음형의 경우

권리주체에 갈음하여 배타적으로 당사자적격을 갖는 제3자가 소송을 수행하여 받은 판결의 기판력은 권리주체에게 미치는데(제218조 제3항), 이때 권리주체는 당사자적격이 없으므로 공동소송참가(제83조)를 할 수는 없고 공동소송적 보조참가(제78조)를 하여 제3자의 불성실한 소송수행을 견제함으로써 자기의 이익을 보호할 수 있다. 즉 법정소송담당 중 갈음형의 경우에 제3자가 수행하는 소송에 당사자적격을 상실한 권리주체가 참가하면 이는 공동소송적 보조참가로 된다.

그리하여 ① 파산관재인의 파산재단에 관한 소송에 파산선고를 받은 채무자가 참가하는 경우(「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」 제359조), ② 관리인이 수행하는 회생채무자의 재산에 관한 소송에 회생채무자가 참가하는 경우(「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」 제78조), ③ 압류 및 추심명령을 받은 집행채권자의 제3채무자에 대한 추심소송에 채무자가 참가하는 경우(민사집행법 제229조), ④ 유언집행자의 유증목적물에 관한 소송에 상속인이 참가하는 경우에는(민법 제1101조)[30] '공동소

29) 이에 관하여 상세한 것은 김상균, 앞의 논문(註 13), 103면 이하 참조.

30) 대법원 2010. 10. 28. 선고 2009다20840 판결: 유언집행자는 유증의 목적인 재산의 관리 기타 유언의 집행에 필요한 모든 행위를 할 권리의무가 있으므로(민법 제1101조), 유증목적물에 관하여 마쳐진, 유언의 집행에 방해가 되는 다른 등기의 말소를 구하는 소송에 있어서는 유언집행자가 이른바 법정소송담당으로서 원고적격을 가진다고 할 것이고, 유언집행자는 유언의 집행에 필요한 범위 내에서는 상속인과 이해상반되는 사항에 관하여도 중립적 입장에서 직무를 수행하여야 하므로, 유언집행자가 있는 경우 그의 유언집행에 필요한 한도에서 상속인의 상속재산에 대한 처분권은 제한되며 그 제한 범위 내에서 상속인은 원고적격이 없다.

송적 보조참가가 성립한다'고 본다.

(나) 법정소송담당 중 병행형의 경우

1) 권리주체와 병행하여(함께) 당사자적격을 갖는 제3자가 소송을 수행하여 받은 판결의 기판력도 권리주체에게 미치는데(제218조 제3항), 이때 권리주체에게도 당사자적격이 있으므로 공동소송참가를 할 수 있고 앞서 살펴보았듯이 그 선택에 따라 공동소송적 보조참가를 할 수도 있다.[31] 즉 법정소송담당 중 병행형의 경우에 당사자적격을 가지는 권리주체는 제3자가 수행하는 소송에 공동소송참가 대신 공동소송적 보조참가를 할 수도 있다.

그리하여 채권질의 질권자가 수행하는 소송에 채권자가 참가하는 경우에(민법 제353조) 그 선택에 따라 당사자로서 참가하지 아니하고 단순히 승소보조자로서 참가하는 때에는 '공동소송적 보조참가가 성립할 수 있다'고 본다.

이와 관련하여 채권자의 대위소송에 채무자가 참가하는 경우(민법 제404조)와 주주의 대표소송에 회사가 참가하는 경우(상법 제403조, 제404조)에 그 참가의 법적 성격에 관하여는 뒤에서 별도로 논의한다.

(다) 임의적 소송담당의 경우

임의적 소송담당이란 권리주체로부터 그의 의사에 따라 소송수행권을 수여받음으로써 제3자에게 당사자적격이 인정되는 경우이다. 현행법상 임의적 소송담당이 인정되는 대표적인 예로는 선정당사자제도가 있다(제53조).[32]

---

31) 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책(註 3), 227-228면도 권리주체와 함께 당사자적격을 가지는 제3자가 소송을 수행하는 경우 권리주체는 '공동소송참가 또는 공동소송적 보조참가'를 하여 자기의 이익을 보호할 수 있다고 한다.

32) 명문의 규정이 없는 경우에도 임의적 소송담당이 허용되는가에 관하여, 원칙적으로는 허용되지 않지만, 변호사대리의 원칙(민사소송법 제87조)이나 소송신탁의 금지(신탁법 제6조) 등을 회피하기 위한 탈법적인 것이 아니고 이를 인정할 합리적인 이유와 필요가 있는 경우에는 예외적·제한적으로 허용될 수 있다는 것이 통설 및 판례이다[이시윤, 앞의 책(註 5), 160면; 대법원 2016. 12. 15. 선고 2014다87885,87892 판결; 대법원 2017. 3. 16. 선고 2015다3570 판결].

선정당사자가 수행하는 소송에 선정자가 공동소송적 보조참가 또는 공동소송참가를 할 수 있는지 문제된다. 이와 관련하여 공동소송적 보조참가를 할 수 있다는 견해,[33] 법정소송담당과 달리 선정자 스스로의 행위에 의하여 소송수행권이 배제되어 있으므로 선정자가 공동소송참가를 할 수는 없다는 견해[34] 등이 주장되고 있다.

이 문제는 다음과 같이 생각해 볼 수 있다. 먼저, 선정당사자가 소송을 수행하여 받은 판결은 선정자에 대하여도 그 기판력이 미친다(제218조 제3항). 다음, 선정당사자를 선정한 경우에 선정자가 그 소송에 관한 소송수행권(당사자적격)을 상실하는가에 관하여는 다툼이 있다. 소송수행권을 상실한다는 판례의 입장에 따르면[35] 선정자는 당사자적격이 없으므로 선정당사자가 수행하는 소송에 공동소송참가는 할 수 없고 자기의 이익을 지키려면 공동소송적 보조참가를 할 수밖에 없다. 그러나 이 경우에 선정자가 당사자적격을 상실하지 않는다는 입장에 서면[36] 선정자는 그 선택에 따라 공동소송참가 또는 공동소송적 보조참가를 할 수 있다고 할 것이다. 다만, 이 경우에도 선정당사자를 선정한 선정자가 공동소송참가를 하는 것은 '중복된 소제기'에 해당하여(제259조) 허용되지 않는다고 하지만,[37] 중복된 소제기를 금지하는 취지를 고려할 때 공동소송참가는 '동일한 소송절차'에서 이루어지므로 소송경제에 반한다거나 판결이 모순·저촉될 위험이 없어 중복된 소제기의 문제는 발생하지 아니한다고 본다. 다른 관점에서, 선정당사자가 소송수행을 잘못하는 경우에는 선정자가 언제든지 선정을 취소하고(제53조 제1항) 소송수행권을 회복하여 당사자가 될 수 있으므로 두 입장 사이에 실제적인 차이는 없다고 볼 수도 있다.[38]

33) 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책(註 3), 1075면.

34) 전원열, 앞의 책(註 12), 662면.

35) 대법원 2013. 1. 18.자 2010그133 결정. 판례와 같은 입장으로는 김홍엽, 앞의 책(註 5), 1093면; 전원열, 앞의 책(註 12), 693면.

36) 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책(註 3), 1046면; 이시윤, 앞의 책(註 5), 768면.

37) 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책(註 3), 1083면; 이시윤, 앞의 책(註 5), 820면.

38) 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책(註 3), 1046면; 김홍엽, 앞의 책(註 5), 1093면.

(2) 형성력이 미치는 경우

1) 형성의 소를 인용하는 형성판결(예컨대 이혼판결이나 주주총회결의 취소판결 등)에는 형성력이 인정된다. 형성력(Gestaltungswirkung)이란 형성판결의 확정에 의하여 판결내용대로 새로운 법률관계의 발생이나 종래의 법률관계의 변경·소멸을 생기게 하는 효력을 말한다. 형성판결에 의한 법률관계 변동(예컨대 이혼판결에 의한 혼인관계의 해소)의 효과는 당사자 사이에서만이 아니라 누구에게나 인정되어야 하므로, 일반 제3자에게도 형성력이 미친다(대세적 효력).[39] 예컨대 가사소송(가류 또는 나류 가사소송사건. 가사소송법 제21조), 회사관계소송[상법 제190조(설립무효 또는 취소의 소), 제376조 제2항(주주총회결의취소의 소), 제380조(주주총회결의무효 또는 부존재확인의 소), 제381조 제2항(부당결의취소 또는 변경의 소), 제430조(신주발행무효의 소) 등], 행정소송(행정소송법 제29조) 등이 그러하다.

한편 법률관계의 변동을 구하는 형성의 소의 경우에는 보통 법률에서 원고 또는 피고로 될 사람을 정하고 있으며, 이 경우에는 여기서 정하여진 사람이 원고적격 또는 피고적격을 가진다. 예컨대 혼인무효 및 취소의 소(민법 제817조, 제818조; 가사소송법 제23조, 제24조), 이혼무효 및 취소의 소(가사소송법 제23조, 제24조), 아버지를 정하는 소(가사소송법 제27조), 친생부인의 소(민법 제847조), 인지청구의 소(민법 제863조), 입양취소의 소(민법 제885조), 합병무효의 소(상법 제236조), 설립무효의 소(상법 제328조), 주주총회결의취소의 소(상법 제376조), 신주발행무효의 소(상법 제429조), 감자(減資)무효의 소(상법 제445조) 등이 그러하다. 그러나 형성의 소라도 법률이 당사자적격에 관하여 명문의 규정을 두고 있지 아니한 경우가 있다. 주주총회결의취소·무효확인·부존재확인의 소의 피고(상법 제376조, 제380조), 이사해임의 소의 피고(상법 제385조) 등이 그 예이다. 이 경우에는 제3자에게 판결의 대세적 효력이 발생함에 비추어 당해 소송물에 관하여 가장 밀접한 이해관계를 가지고 있고 충실한 소송수행을 기대할 수 있는 사람이 당사자적격을 가진다고 본다.[40] 판례는 주주총회결의취소·무효확인·부존재확인의 소는 회사를

39) 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책(註 3), 834면.

40) 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책(註 3), 225면; 이시윤, 앞의 책(註 5), 157면.

피고로 하여야 한다고 보았다.[41]

이와 같은 형성의 소에 당사자적격이 없는 제3자가 보조참가하면 공동소송적 보조참가로 된다.[42] 예컨대 A주식회사의 주주 甲이 乙을 이사로 선임한 주주총회결의에 대하여 A회사를 상대로 무효확인의 소를 제기하였다면, 이 판결의 대세적 효력을 받지만 피고적격이 없는 당해 이사 乙은 A회사의 승소를 돕기 위하여 그 소송에 공동소송적 보조참가를 할 수 있다.[43] 행정소송에서 피고적격(행정소송법 제13조)이 없는 자가 피고 행정청에 보조참가하는 경우에도 판결의 효력이 그에게 미치므로(동법 제29조 제1항) 참가의 성격은 공동소송적 보조참가에 해당한다.[44]

판례는 행정소송 사건에서 참가인이 한 보조참가가 행정소송법 제16조가 규정한 제3자의 소송참가에 해당하지 않는 경우에도 판결의 효력이 참가인에게 미치는 점에 비추어 그 참가는 민사소송법 제78조에 규정된 공동소송적 보조참가라고 한다.[45] 그리하여 행정청이 A에게 한 사업시행인가처분에 대하여 甲이 그 취소를 구하는 행정소송을 제기하자 乙이 甲의 승소를 돕기 위하여 민사소송법 제71조의 보조참가신청을 하였고 법원이 그 허가결정을 한 경우에도 행정소송법 제16조의 참가요건은 갖추지 못했지만 甲이 승소하면 乙은 사업시행인가처분 취소판결의 효력을 받게 되므로 그 법적 성격은 공동소송적 보조참가로 보았다.[46]

2) 한편, 형성의 소의 경우에는 법률상 제소기간에 제한을 두는 경우가 많다(상법 제376조, 행정소송법 제20조). 판결의 효력이 미치는 제3자가 당사자적격을 가지는 경우에도 - 제소기간 내라면 공동소송참가를

41) 대법원 1982. 9. 14. 선고 80다2425 전원합의체 판결: 주주총회결의 취소와 무효확인판결은 대세적 효력이 있으므로 그와 같은 소송의 피고가 될 수 있는 자는 그 성질상 회사로 한정된다.

42) 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책(註 3), 1075면; 이시윤, 앞의 책(註 5), 796면; 김상균, 앞의 논문(註 13), 101면.

43) 이시윤, 앞의 책(註 5), 796-797면. 이에 반대하는 견해로는 전병서, 강의 민사소송법(제3판), 박영사(2021), 598면 註 17(A회사뿐만 아니라 이사 乙에게도 피고적격을 인정하여 乙의 공동소송참가를 허용하는 것이 타당하다고 한다).

44) 김홍엽, 앞의 책(註 5), 1125면; 대법원 2017. 10. 12. 선고 2015두36836 판결.

45) 대법원 2013. 3. 28. 선고 2011두13729 판결; 대법원 2017. 10. 12. 선고 2015두36836 판결 등.

46) 대법원 2013. 3. 28. 선고 2011두13729 판결.

할 수 있으나 - 제소기간이 경과된 후라면 더 이상 소를 제기할 수 없으므로 공동소송참가를 할 수는 없고 공동소송적 보조참가를 할 수밖에 없다.[47] 예컨대 주주 甲이 제기한 주주총회결의취소소송에 다른 주주 乙은 원고적격이 있으므로(상법 제376조 제1항) 원고측에 공동소송참가를 할 수 있지만, 만일 결의의 날로부터 2월이 경과된 후라면(동항) 공동소송참가가 아닌 보조참가를 할 수밖에 없고 이때의 보조참가는 대세적 효력이 미치는 경우이므로 공동소송적 보조참가로 된다.

3) 위와 같이 일반 제3자에게 형성력이 미치는 경우에도 공동소송적 보조참가를 할 수 있는바, 이와 관련하여 대법원 2010. 10. 14. 선고 2010다38168 판결을 살펴본다. 대한아마추어복싱연맹의 구성원 甲은 대한체육회를 상대로 '乙에게 그를 복싱연맹 회장으로 인준한 것을 취소한다는 통지를 할 것'을 구하는 소를 제기하여 제1심에서 인용되었고, 이에 乙이 피고측에 보조참가신청과 함께 항소를 제기하였으며, 이후 대한체육회는 항소심법원에 항소포기서를 제출하였다. 원심은 위 제1심판결에 포함된 형성력은 제3자에게 확장되고 분쟁의 실질적 당사자인 乙에게도 판결의 효력이 미치는 것으로 보아 乙의 참가를 통상의 보조참가가 아닌 '공동소송적 보조참가'로 인정하여 대한체육회(피참가인)가 항소를 포기하여도 乙의 항소는 그 효력이 지속되는 것으로 판단하였으며(제67조 제1항), 다만 甲의 회장인준취소청구는 형성의 소에 해당하는데 이를 제기할 수 있는 법적 근거가 없으므로 부적법하다고 보았다.[48] 그러나 대법원은 위 회장인준취소통지청구의 소는 甲이 대한체육회에 대하여 직접 회장인준의 취소를 청구하는 것이 아니라 대한체육회의 회장인준취소를 전제로 회장인준을 취소하였다는 사실을 乙에게 통지할 것을 청구하는 것이므로 형성의 소로 볼 수 없고, 그 승소판결이 확정되더라도 대세적 효력이나 형성력은 없어 그 판결의 효력이 乙에게 직접 미치지는 않으므로 乙의 참가는 공동소송적 보조참가가 아니라 '통상의 보조참가'에 불과하여, 대한체육회가 항소를 포기함으로써 乙이 제기한 항소는 취하되어(제76조 제2항) 그 소가 종료되었다고 보았다.[49]

---

47) 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책(註 3), 1075면; 이시윤, 앞의 책(註 5), 797면; 김홍엽, 앞의 책(註 5), 1125면; 김상균, 앞의 논문(註 13), 102면.

48) 서울고등법원 2010. 4. 21. 선고 2010나4167 판결.

2. 특히 문제되는 경우

(1) 채권자대위소송에 채무자가 참가하는 경우

채권자대위소송에 채무자가 자기의 이익을 보호하기 위하여 참가하는 경우 그 참가의 성격을 둘러싸고 다툼이 있다. ① 채권자대위소송은 제3자의 소송담당이 아니라는 전제에서 '통상의 보조참가'로 보거나[50] ② 채무자에게 당사자적격이 있으므로 '공동소송참가'를 인정할 것이라는 견해도 있지만,[51] ③ '공동소송적 보조참가'로 보는 것이[52] 타당하다고 생각된다.

다만 그 이유에 관하여, 만일 채권자대위소송의 계속중에 채무자가 당사자적격을 가진다고 하여(병행형) 공동소송참가를 하면 공동소송참가는 신소제기의 성질을 가지는 것이어서 채권자대위소송의 계속중에 채무자가 후소를 제기한 경우와[53] 마찬가지가 되어 '중복된 소제기'에 해당하므로(제259조) 이 경우 채무자는 공동소송적 보조참가를 할 수밖에 없다고 설명하는 것은[54] 적절하지 아니하다. 왜냐하면 중복된 소제기를 금지하는 취지는 소송경제를 도모하고 판결의 모순·저촉을 방지하기 위함인

---

49) 대법원 2010. 10. 14. 선고 2010다38168 판결.

50) 호문혁, 민사소송법(제14판), 법문사(2020), 969면. 채권자대위소송은 제3자의 소송담당이 아니라 채권자가 자기의 대위권을 행사하는 것이어서, 채권자대위소송의 기판력이 채무자에게 미치지 않으므로, 채무자는 공동소송적 보조참가를 할 수 없고 통상의 보조참가를 할 수 있다고 한다.

51) 김일룡, 앞의 논문(註 10), 359면; 한충수, 민사소송법(제3판), 박영사(2021), 773면; 이태영, "채권자대위소송에 대한 채무자의 소송참가", 강원법학, 제35권, 강원대학교 비교법학연구소(2012), 330면 이하; 임소연, "채권자대위소송과 이해관계인의 소송참가", 아주법학, 제10권 제1호, 아주대학교 법학연구소(2016), 132면.

52) 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책(註 3), 1075면; 이시윤, 앞의 책(註 5), 820면; 정영환, 앞의 책(註 5), 909면; 전원열, 앞의 책(註 12), 663면; 김홍엽, 앞의 책(註 5), 1126면; 전병서, 앞의 책, 598면(註 43); 주석(Ⅰ)/장석조(註 15), 577면; 김상균, 앞의 논문(註 13), 92면; 강현중, 민사소송법(제7판), 박영사(2018), 860면; 나현, "채권자대위소송에 관한 대법원 판례의 문제점", 법학논집, 제16권 제4호, 이화여자대학교 법학연구소(2012), 193-194면.

53) 이 경우 전소와 후소는 비록 당사자가 다를지라도 실질적으로 동일한 소송이므로 채무자의 후소는 중복된 소제기에 해당한다는 것이 판례의 입장이며(대법원 1974. 1. 29. 선고 73다351 판결; 대법원 1995. 4. 14. 선고 94다29256 판결), 이에 동조하는 견해가 다수이다.

54) 이시윤, 앞의 책(註 5), 820면; 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책(註 3), 1083면; 정영환, 앞의 책(註 5), 909면; 강현중, 앞의 책(註 52), 860면.

데, 공동소송참가는 별개의 소송절차가 아닌 '동일한 소송절차'에서 이루어지므로 상대방 당사자에게 과도한 이중 응소의 부담을 지우고 본안 심리가 중복되는 것이 아니어서 소송경제에 반한다거나 판결이 모순·저촉될 위험이 없고 따라서 중복된 소제기에 해당한다고 볼 수는 없기 때문이다.[55]

채무자가 채권자대위소송의 원고측에 참가한다는 것은 대위소송의 제기사실을 알고 참가하는 것이므로 채무자는 '재판의 효력이 미치는 제3자'(제78조)에 해당한다.[56] 그리고 채무자가 대위소송의 제기사실을 안 이후에는 채권자로부터 통지를 받은 경우와 마찬가지로 보아 그 권리를 처분할 수 없으므로(민법 제405조 제2항)[57] 피대위권리의 처분권을 상실하는데 소송법상 소송수행권은 실체법상 처분권을 당연한 전제로 하는 것이어서[58] 결국 '당사자적격이 없는' 채무자의 참가는 공동소송적 보조참가에 해당한다고 보는 것이 타당하다.[59]

(2) 주주대표소송에 회사가 참가하는 경우

주주가 회사를 위하여 이사의 책임을 추궁하는 대표소송(상법 제403조)에 회사가 참가하는 것(동법 제404조)은 '공동소송적 보조참가'가 된

55) 대법원 2013. 12. 18. 선고 2013다202120 전원합의체 판결도 채무자가 제3채무자를 상대로 이행의 소를 제기하여 계속중에 압류 및 추심명령을 받은 집행채권자가 제3채무자를 상대로 추심의 소를 제기한 경우에 그것이 소송경제에 반한다거나 판결의 모순·저촉의 위험이 크다고 볼 수 없다면 중복된 소제기에 해당하지 아니한다고 하였다.

56) 대법원 1975. 5. 13. 선고 74다1664 전원합의체 판결: 채권자가 채권자대위권을 행사하는 방법으로 제3채무자를 상대로 소송을 제기하고 판결을 받은 경우에는 어떠한 사유로 인하였든 적어도 채무자가 채권자대위권에 의한 소송이 제기된 사실을 알았을 경우에는 그 판결의 효력은 채무자에게 미친다.

57) 대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다27343 판결; 대법원 2007. 9. 6. 선고 2007다34135 판결 등.

58) 판례는 "재산권상의 청구에 관하여는 소송물인 권리 또는 법률관계에 관하여 관리처분권을 갖는 권리주체에게 당사자적격이 있음이 원칙"이라고 하였는데(대법원 2012. 5. 10. 선고 2010다87474 판결 등), 바꾸어 말하면 실체법상 당해 권리에 관하여 관리처분권이 없는 권리주체는 원칙적으로 소송법상 당사자적격(소송수행권)이 없다고 할 것이다.

59) 이러한 설명으로 김홍엽, 앞의 책(註 5), 1126면; 주석(Ⅰ)/장석조(註 15), 577면; 전병서, 앞의 책(註 43), 613-614면; 김상균, 앞의 논문(註 13), 92면. 이에 반대하며 채무자는 당사자적격을 상실하지 아니한다는 견해로는 김경욱, "채권자대위소송에서의 공동소송참가", 고려법학, 제90호, 고려대학교 법학연구원(2018), 144면 이하.

다는 견해도 있으나,[60] 판례는 '공동소송참가'로 보았다.[61] 즉 대법원은 "주주의 대표소송에 있어서 원고 주주가 원고로서 제대로 소송수행을 하지 못하거나 혹은 상대방이 된 이사와 결탁함으로써 회사의 권리보호에 미흡하여 회사의 이익이 침해될 염려가 있는 경우 그 판결의 효력을 받는 권리귀속주체인 회사가 이를 막거나 자신의 권리를 보호하기 위하여 소송수행권한을 가진 정당한 당사자로서 그 소송에 참가할 필요가 있으며, 회사가 대표소송에 당사자로서 참가하는 경우 소송경제가 도모될 뿐만 아니라 판결의 모순·저촉을 유발할 가능성도 없다는 사정과, 상법 제404조 제1항에서 특별히 참가에 관한 규정을 두어 주주의 대표소송의 특성을 살려 회사의 권익을 보호하려 한 입법 취지를 함께 고려할 때, 상법 제404조 제1항에서 규정하고 있는 회사의 참가는 공동소송참가를 의미하는 것으로 해석함이 타당하고, 나아가 이러한 해석이 중복된 소제기를 금지하고 있는 민사소송법 제259조에 반하는 것도 아니"라고 판시하였다.

생각건대 주주의 대표소송에 있어 그 판결의 효력을 받는 권리주체인 회사는 소송수행권을 가진 당사자로서 '공동소송참가'를 할 수 있고, 앞서 검토하였듯이[62] 그 선택에 따라 당사자가 아닌 단순히 승소보조자로서 '공동소송적 보조참가'를 할 수도 있다고 보는 것이 타당하다. 참고로 일본 회사법은 명문으로 "주주 또는 주식회사는 공동소송인으로서 또는 당사자 일방을 보조하기 위하여 책임추궁 등에 관한 소송에 참가할 수 있다."고 규정하여(동법 제849조 제1항 본문), 당사자의 선택에 따라 공동소송참가 또는 공동소송적 보조참가를 할 수 있도록 하고 있다.[63]

---

60) 이시윤, 앞의 책(註 5), 796면.

61) 대법원 2002. 3. 15. 선고 2000다9086 판결. 판례의 입장에 찬동하는 견해로 김홍엽, 앞의 책(註 5), 1167면.

62) 본고 Ⅱ. 2. 참가의 성격 결정 참조.

63) 주주대표소송과 소송참가 전반에 관하여 보다 상세한 것은 염미경, "주주대표소송의 구조와 소송참가", 외법논집, 제46권 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소(2022), 303면 이하 참조.

Ⅳ. 공동소송적 보조참가인의 소송상 지위

1. 총설

공동소송적 보조참가인은 소송상 이중적 지위(Doppelstellung)를 가진다.[64] 공동소송적 보조참가인은 당사자적격을 가지지 아니하는 점에서 형식적으로는 보조참가인(Streithelfer)이지만, 본소송의 판결의 효력을 받는다는 점에서 실질적으로는 (유사)필수적 공동소송인(notwendiger Streitgenosse)에 가까운 지위를 가지고 있다. 그리하여 우리 민사소송법은 공동소송적 보조참가의 경우에 필수적 공동소송에 대한 특별규정(제67조 및 제69조)을 준용하도록 하고 있다(제78조).

공동소송적 보조참가인은 당사자보다는 약하지만 통상의 보조참가인보다는 강력한 권한을 가진다.[65] 보조참가인이 통상의 보조참가인인지 아니면 공동소송적 보조참가인인지의 문제는 그가 통상의 보조참가인에게는 속하지 아니하는 권한을 주장하는 경우에 특히 의미가 있다.[66] 이와 관련하여 대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다59333 판결을 살펴본다. 丙은 乙로부터 부동산을 매수하였는데 그 앞으로 소유권이전등기를 미루고 있는 사이에, 甲이 乙에 대한 구상금채권이 있다 하여 당시 乙 명의로 남아있던 부동산에 대하여 가압류를 하였고, 丙은 위 가압류등기가 마쳐진 이후에 乙로부터 소유권이전등기를 마쳤다. 이후 甲이 乙을 상대로 위 가압류에 대한 본안소송(구상금청구)을 제기하자, 丙은 만일 甲이 승소하면 위 가압류에 기하여 부동산에 대한 강제집행에 나설 것이고 그렇게 되면 자신은 이미 소유권이전등기를 마친 부동산의 소유권을 상실하게 되는 손해를 입게 된다고 주장하며 乙을 위하여 '보조참가'를 하였다. 그러면서 丙은 다음과 같이 주장하였다: 甲이 乙에게 구하는 구상금채권은 허위채권으로 보여지는데도(甲과 乙은 과거 부부였던 사이) 乙은 甲

64) Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., 2018, §50 Rn. 69; Musielak/Voit/Weth, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 18. Aufl., 2021, §69 Rn. 6; Zöller/Vollkommer, ZPO Kommentar, 31. Aufl., 2016, §69 Rn. 5.

65) Musielak/Voit/Weth, §69 Rn. 6; Zöller/Vollkommer, §69 Rn. 5.

66) Stein/Jonas/Jacoby, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Aufl., 2018, §69 Rn. 8ff.

의 주장사실을 자백하여 甲을 승소시키려 하고 있으며 이에 丙이 乙의 보조참가인으로 참가하여 甲의 승소를 막으려 하는바, 이와 같은 경우에는 판결의 효력이 참가인에게도 미친다고 보아서 '공동소송적 보조참가'에 해당하여 피참가인 乙과 어긋나는 소송행위를 할 수 있다고 보아야 하고,[67] 그렇다면 甲의 주장사실을 乙이 자백하였더라도 丙이 다투는 이상 甲의 청구를 乙의 자백에 따라 그대로 인용할 수는 없는 것이다. 그러나 대법원은 丙이 주장하는 위 사유만으로는 丙의 참가가 공동소송적 보조참가에 해당하여 참가인 丙이 피참가인 乙과 어긋나는 소송행위를 할 수 있는 지위에 있다고 할 수 없고, 따라서 乙이 甲의 주장사실을 자백한 이상 丙이 이를 다툴 수는 없다고 보았다.[68][69]

2. 보조참가인으로서의 지위

공동소송적 보조참가인은 원래 당사자(Partei)가 아니라 보조참가인(Streithelfer)의 성질을 가지므로, 소송을 수행함에 있어 다음과 같은 제약을 받게 된다.

(1) 소송상태 수인의무

공동소송적 보조참가인은 보조참가인의 지위에서 '다른 사람(피참가인)의' 소송을 수행한다.[70] 따라서 공동소송적 보조참가인도 통상의 보조참가인과 마찬가지로 그가 참가할 당시에 존재하는 소송의 상태를 수인하여야 한다(소송상태 수인의무).[71] 독일 민사소송법 제67조 제1문은 통상의 보조참가인의 법적 지위와 관련하여 이를 명시적으로 규정하고 있

67) 뒤에서 자세히 보겠지만, 공동소송적 보조참가에 해당하면 필수적 공동소송에 대한 특별규정을 준용하므로(제78조, 제67조 제1항), 불리한 소송행위인 자백은 피참가인과 참가인 모두가 함께 하여야 효력이 있으며 피참가인은 참가인에게 불리한 자백을 단독으로 할 수 없다.

68) 대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다59333 판결.

69) 이 경우에 丙은 차라리 독립당사자참가신청에서 사해방지참가가 적합할 것이라는 견해로 주석(Ⅰ)/장석조(註 15), 575면 註 1.

70) Musielak/Voit/Weth, §69 Rn. 7; Rosenberg·Schwab·Gottwald, §50 Rn. 70; Zöller·Vollkommer, §69 Rn. 7.

71) Musielak/Voit/Weth, §69 Rn. 7; BeckOK ZPO·Dressler, §69 Rn. 9; Zöller·Vollkommer, §69 Rn. 7.

다.[72] 그리하여 참가할 때의 소송의 진행정도에 따라 피참가인이 할 수 없는 소송행위는 공동소송적 보조참가인도 할 수 없다(제76조 제1항 단서). 그러므로 공동소송적 보조참가인은 참가 이전에 이미 피참가인이 한 자백을 철회할 수 없고,[73] 참가 당시에 이미 진행된 기간에 구속되며, 이미 당사자의 불이익으로 발생한 실권효의 적용을 받아 시기에 늦은 공격방어방법을 제출할 수 없다.[74]

판례도 "공동소송적 보조참가인은 판결의 효력을 받는 점에서 민사소송법 제78조, 제67조에 따라 필수적 공동소송인에 준하는 지위를 부여받기는 하였지만 원래 당사자가 아니라 보조참가인의 성질을 가지므로, 공동소송적 보조참가인 또한 통상의 보조참가인과 마찬가지로 참가할 때의 소송의 진행정도에 따라 피참가인이 할 수 없는 행위를 할 수 없다."고 한다.[75] ① 그리하여 피참가인인 파산관재인이 재심대상판결의 정본을 송달받음으로써 판단누락의 재심사유를 알게 되었음에도 항소를 제기하지 아니하여 재심대상판결이 그대로 확정됨으로써 피참가인이 재심의 소를 제기할 수 없게 된 이상(제451조 제1항 단서) 통상의 보조참가인도 위와 같은 판단누락을 재심사유로 하여 재심의 소를 제기할 수 없으며(제76조 제1항 단서) 이는 재심대상판결의 효력이 미치는 채무자가 재심의 소에 적법하게 공동소송적 보조참가를 하였더라도 마찬가지라고 하였다.[76] ② 또한 판결이 확정된 뒤라도 재심사유가 있으면 공동소송적 보조참가인은 참가신청과 함께 재심의 소를 제기할 수 있지만(제72조 제3항 참조), 공동소송적 보조참가인의 재심청구 당시 피참가인인 재심청구인이 이미 사망하여 당사자능력을 상실함으로써 재심청구를 할 수 없다면 이를 허용하는 규정 등이 없는 한 공동소송적 보조참가인의 재심청구

72) ZPO §67 (Rechtsstellung des Nebenintervenienten)
Der Nebenintervenient muss den Rechtsstreit in der Lage annehmen, in der er sich zur Zeit seines Beitritts befindet; er ist berechtigt, Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend zu machen und alle Prozesshandlungen wirksam vorzunehmen, insoweit nicht seine Erklärungen und Handlungen mit Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei in Widerspruch stehen.

73) 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책(註 3), 1076면.

74) BeckOK ZPO·Dressler, §69 Rn. 9.

75) 대법원 2015. 10. 29. 선고 2014다13044 판결; 대법원 2018. 11. 29. 선고 2018므14210 판결.

76) 대법원 2015. 10. 29. 선고 2014다13044 판결.

도 허용되지 않는다고 하였다.[77]

(2) 소송물 처분의 제한

1) 공동소송적 보조참가인은 당사자(Partei)가 아니므로 소송물(Streitgegenstand)을 처분할 수 없다.[78] 따라서 공동소송적 보조참가인은 청구를 변경 내지 확장하거나 소를 취하할 수 없으며,[79] 반소[80] 또는 중간확인의 소를[81] 제기할 수 없다. 마찬가지로 공동소송적 보조참가인은 피참가인이 제기한 상소를 취하할 수 없다.[82]

2) 한편 공동소송적 보조참가인은 이의제기에 의하여 피참가인이 소를 취하하는 것을 막을 수 없다.[83] 특히 독일의 뮌헨고등법원은 피참가인이 소를 취하하면 공동소송적 보조참가인에게 기판력이 미칠 수 있는 판결이 선고되지 않고 소송이 종료된다는 점에서 피참가인의 소취하에 공동소송적 보조참가인의 동의를 요하지 아니한다고 하였다.[84] 피참가인이 소를 취하하면 공동소송적 보조참가인은 더 이상 독자적으로 소송을 수행할 수 없다.[85]

(3) 본소송에의 종속

공동소송적 보조참가도 제3자의 소송참가의 한 형태이므로 통상의 보조참가와 마찬가지로 다른 사람 사이에 소송이 계속중일 것을 전제로 한다. 이와 같이 공동소송적 보조참가는 본소송의 소송계속에 의존하는 것이므로, 본소가 부적법각하되면 공동소송적 보조참가도 소멸한다.[86]

---

77) 대법원 2018. 11. 29. 선고 2018므14210 판결.

78) Musielak/Voit/Weth, §69 Rn. 7; BeckOK ZPO/Dressler, §69 Rn. 10.

79) Musielak/Voit/Weth, §69 Rn. 7; BeckOK ZPO/Dressler, §69 Rn. 10; Zöller/Vollkommer, §69 Rn. 7; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO Kommentar, 42. Aufl., 2021, §69 Rn. 6.

80) Musielak/Voit/Weth, §69 Rn. 7; BeckOK ZPO/Dressler, §69 Rn. 10; Zöller/Vollkommer, §69 Rn. 7.

81) Musielak/Voit/Weth, §69 Rn. 7; Thomas/Putzo/Hüßtege, §69 Rn. 6; Zöller/Vollkommer, §69 Rn. 7.

82) Musielak/Voit/Weth, §69 Rn. 7; Zöller/Vollkommer, §69 Rn. 8.

83) Musielak/Voit/Weth, §69 Rn. 7; BeckOK ZPO/Dressler, §69 Rn. 10; BGH GRUR 2014, 911.

84) OLG München NZG 2000, 654.

85) BeckOK ZPO/Dressler, §69 Rn. 10; Musielak/Voit/Weth, §69 Rn. 7; BGH NJW 1965, 760; BGH GRUR 2014, 911.

(4) 참가적 효력

1) '본소송의 승패와 관계없이' '피참가인의 상대방과의 관계에서' 공동소송적 보조참가인에게 기판력이 미친다.[87] 그러므로 공동소송적 보조참가인은 피참가인의 상대방을 상대로 다시 동일한 후소를 제기하지 못하며, 피참가인의 상대방도 공동소송적 보조참가인을 상대로 동일한 후소를 제기할 수 없다.

2) 한편 공동소송적 보조참가인도 형식적으로는 보조참가인이기 때문에 '피참가인과의 관계에서' 참가적 효력(제77조)을 받는다고 할 것이다.[88] 참가적 효력이란 보조참가인이 피참가인을 보조하여 공동으로 소송을 수행하였으나 피참가인이 그 소송에서 패소한 경우에 형평의 원칙상 보조참가인이 피참가인에게 그 패소판결이 부당하다고 주장할 수 없도록 하는 구속력을 말한다(통설 및 판례).[89] 따라서 본소송에서 '피참가인이 패소한 경우' 공동소송적 보조참가인은 '피참가인과의 후소에서' 전소판결이 부당함을 주장하지 못한다.

다만, 참가적 효력의 배제와 관련하여 통상의 보조참가와 다른 점이 있다. 통상의 보조참가의 경우에는 참가인이 소송수행에서 제약을 받아 피참가인의 패소에 대하여 책임을 분담시킬 수가 없는 경우, 즉 패소에 대하여 피참가인에게 단독책임을 지울 사정이 있는 경우에는 보조참가인에 대하여 참가적 효력이 배제된다(제77조 제1호 내지 제3호). 특히 참가인의 소송행위가 피참가인의 소송행위에 어긋나서 효력을 가지지 아니하는 경우, 예컨대 참가인이 상소를 제기하였지만 피참가인이 상소를 취하하였기 때문에 상소의 효력이 발생하지 않고 패소판결이 확정된 경우에는 뒤에 참가인과 피참가인 사이의 소송에서 피참가인이 참가적 효력

86) 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책(註 3), 1076면; 정영환, 앞의 책(註 5), 953면; 대법원 2002. 3. 15. 선고 2000다9086 판결 참조.

87) 김경욱, "보조참가 · 공동소송적 보조참가 · 공동소송참가의 비교적 검토", 고시계, 제46권 10호(2001), 66면.

88) 김경욱, 앞의 논문(註 87), 66면; 김상균, 앞의 논문(註 13), 116면. 독일의 경우에도 보조참가인으로서의 지위를 가지는 공동소송적 보조참가인에 대하여 참가적 효력(독일 민사소송법 제68조)이 적용된다고 한다(Musielak/Voit/Weth, §69 Rn. 7; Rosenberg/Schwab/Gottwald, §50 Rn. 70; Zöller/Vollkommer, §69 Rn. 8).

89) 대법원 1965. 4. 27. 선고 65다101 판결 등.

을 주장할 때 참가인은 피참가인이 자신의 소송행위와 어긋나는 소송행위를 하지 않았더라면 재판결과가 달라질 수 있었다는 것을 주장하여 참가적 효력에서 배제될 수 있다(제77조 제1호 후단 및 제76조 제2항). 그러나 공동소송적 보조참가의 경우에는 통상의 보조참가와 달리 참가인이 피참가인의 소송행위와 어긋나는 유리한 소송행위를 할 수 있기 때문에(제67조 제1항 준용에 의한 제76조 제2항의 배제), 공동소송적 보조참가인은 위와 같이 민사소송법 제77조 제1호 후단 및 제76조 제2항의 사유를 주장하여 참가적 효력을 면할 수 없다고 생각된다. 또한 통상의 보조참가의 경우에는 피참가인이 참가인의 소송행위를 방해한 경우(제77조 제2호), 예컨대 피참가인이 청구의 포기·인낙을 하여 참가인의 소송수행 가능성이 박탈된 경우에는 참가적 효력이 배제되지만, 공동소송적 보조참가의 경우에는 위의 경우에 청구의 포기·인낙을 피참가인이 단독으로 할 수 없기 때문에 참가적 효력이 배제되지 않는다고 할 것이다.[90]

3. 필수적 공동소송인으로서의 지위

(1) 필수적 공동소송에 관한 제67조 제1항의 준용

1) 민사소송법 제67조 제1항은 필수적 공동소송에 대한 특별규정으로서 “소송목적이 공동소송인 모두에게 합일적으로 확정되어야 할 공동소송의 경우에 공동소송인 가운데 한 사람의 소송행위는 모두의 이익을 위하여서만 효력을 가진다”고 규정하고 있는데, 공동소송적 보조참가의 경우에는 그 참가인과 피참가인에 대하여 위의 필수적 공동소송에 관한 제67조 제1항을 준용한다(제78조).

2) 먼저 ‘피참가인의 입장에서’ 보면, 피참가인의 소송행위는 모두의 이익을 위하여서만 효력을 가지고 공동소송적 보조참가인에게 불이익이 되는 것은 효력이 없다.[91] 즉 피참가인은 공동소송적 보조참가인에게 ‘불리한 소송행위’를 그의 동의 없이 단독으로 할 수 없다. 그리하여 자

90) 김상균, 앞의 논문(註 13), 116면도 참가적 효력의 배제사유 가운데 참가인의 소송행위가 피참가인의 소송행위에 어긋나서 효력을 가지지 아니하는 경우와 피참가인이 참가인의 소송행위를 방해한 경우는 공동소송적 보조참가인에게 적용되지 않는다고 한다. 김홍엽, 앞의 책(註 5), 1122면도 같다.

91) 대법원 2015. 10. 29. 선고 2014다13044 판결; 대법원 2017. 10. 12. 선고 2015두36836 판결.

백, 청구의 포기·인낙, 화해·조정은 불리한 소송행위이기 때문에 피참가인이 혼자서는 할 수 없다.[92] 마찬가지로 공동소송적 보조참가인이 상소를 제기한 뒤에 피참가인이 그 상소를 취하하거나 포기하는 것은 원심의 패소판결을 확정시키는 것이어서 불리한 소송행위이므로 허용되지 아니한다.[93]

피참가인이 공동소송적 보조참가인의 동의 없이 단독으로 소의 취하 또는 재심의 소 취하를 할 수 있는지에 관하여는 뒤에서 자세히 살펴본다.

3) '참가인의 입장에서' 바꾸어 말하면, 통상의 보조참가의 경우에는 참가인의 소송행위가 피참가인의 소송행위에 어긋나면 효력이 없지만(제76조 제2항),[94] 공동소송적 보조참가의 경우에는 참가인이 한 '유리한 소송행위'는 그것이 피참가인의 소송행위에 어긋나더라도 효력이 있다. 즉 민사소송법 제67조 제1항의 준용에 의하여 제76조 제2항의 적용이 배제된다. 예컨대 통상의 보조참가인은 피참가인이 자백한 사실을 다툴 수 없지만,[95] 공동소송적 보조참가인은 피참가인이 상대방의 주장사실에 대하여 자백하였다 하더라도 이를 다툴 수 있다.[96] 또한 공동소송적 보조참가인이 상소를 제기한 경우에 그것은 패소한 원심판결의 확정을 차단시키는 유리한 소송행위이므로 피참가인이 그 상소를 취하하거나 포기하여도 상소의 효력은 지속된다.

(2) 소송절차의 중단·중지

통상의 보조참가인은 당사자의 승소를 위한 보조자일 뿐 자신이 당사자가 되는 것이 아니므로 소송계속중 보조참가인이 사망하더라도 본소의 소송절차는 중단되지 아니하지만,[97] 공동소송적 보조참가인에게 소송

92) 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책(註 3), 1076면; 이시윤, 앞의 책(註 5), 797면.

93) 대법원 1952. 8. 19. 선고 4285행상4 판결; 대법원 1967. 4. 25. 선고 66누96 판결; 대법원 2016. 7. 27. 선고 2013두17923 판결; 대법원 2017. 10. 12. 선고 2015두36836 판결.

94) 민사소송법 제76조 제2항의 취지는 피참가인의 소송행위와 보조참가인의 소송행위가 서로 어긋나는 경우에는 피참가인의 의사가 우선하는 것을 뜻하는 것이다(대법원 2010. 10. 14. 선고 2010다38168 판결 등).

95) 대법원 1981. 6. 23. 선고 80다1761 판결; 대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다59333 판결.

96) 김상균, 앞의 논문(註 13), 116면.

97) 대법원 1995. 8. 25. 선고 94다27373 판결.

절차의 중단 또는 중지의 사유가 발생한 때에는 소송절차가 정지된다(제78조, 제67조 제3항).

이와 관련하여 다수의 견해는 민사소송법 제67조를 준용하는 제78조의 법문언에 충실하게 위와 같이 해석하지만,[98] 위 사유가 발생한 때에도 참가인을 제외한 소송절차의 진행이 '참가인의 이익을 해할 우려'가 있는 경우에만 소송절차가 정지된다는 견해가 주장되고 있다.[99] 그 이유에 관하여 만약 '무조건' 소송절차의 정지를 인정하는 강력한 지위를 참가인에게 부여하게 되면 참가인의 당사자적격을 부정한 취지가 몰각되기 때문이라고 한다.

생각건대 절차의 중단 또는 중지사유의 발생 자체로 이미 참가인은 소송에 관여할 수 없는 불이익을 입는 것이어서 그에 더하여 참가인의 이익을 해할 우려가 있는지 또다시 판단할 필요가 없으며, 법이 제67조를 준용하여 필수적 공동소송인 사이의 관계와 마찬가지로 참가인에게 피참가인과 대등한 지위를 인정하려 한 취지를 고려할 때, 참가인에게 소송절차의 중단 또는 중지의 사유가 발생하면 '무조건' 소송절차가 정지된다고 본다.

(3) 상소

(가) 상소기간

통상의 보조참가인의 경우와 마찬가지로, 공동소송적 보조참가인에게도 피참가인과 별도로 판결서를 송달하여야 한다.

그러나 상소기간과 관련하여 통상의 보조참가의 경우에는 참가인이 피참가인의 상소기간 내에 한하여 상소를 제기할 수 있지만,[100] 공동소송

98) 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책(註 3), 1076면; 호문혁, 앞의 책(註 50), 970면; 전원열, 앞의 책(註 12), 674면; 정영환, 앞의 책(註 5), 953면; 강현중, 앞의 책(註 52), 862면; 한충수, 앞의 책(註 51), 766면. 특히 유병현, "공동소송적 보조참가와 피참가인의 소취하", 법학논총, 제33집 제3호, 한양대학교 법학연구소(2016), 155면은 소송절차의 중단·중지사유는 법률에 따라 일률적으로 판단하는 것이 '소송절차의 안정'과 관련하여 타당하다고 한다.

99) 이시윤, 앞의 책(註 5), 797-798면; 김홍엽, 앞의 책(註 5), 1129면; 김상균, 앞의 논문(註 13), 115면; 김원태, "공동소송적 보조참가", 민사소송, 제14권 제1호, 한국민사소송법학회(2010), 268면.

적 보조참가인의 상소기간은 피참가인과 무관하게 참가인에 대하여 판결 정본이 송달된 때로부터 독자적으로 계산한다.[101] 그리하여 피참가인의 상소기간이 지났다 하더라도 공동소송적 보조참가인은 자신의 상소기간 내라면 적법하게 상소를 제기할 수 있으며, 판결이 확정되기 위해서는 피참가인과 참가인 양자 모두의 상소기간이 도과되어야 한다.[102]

(나) 상고이유서 제출기간

공동소송적 보조참가인의 상고이유서 제출기간 및 상고이유 주장과 관련하여 대법원은 참가인이 패소부분에 대하여 상고를 제기하였는지 여부에 따라 달리 판단하고 있다.

1) 공동소송적 보조참가인이 그 상고기간 내에 적법하게 상고를 제기하고 피참가인은 상고를 제기하지 않은 경우에 참가인이 그의 상고이유서 제출기간 내에 상고이유서를 제출하였다면 설령 '피참가인의 상고이유서 제출기간이 지난 후라 할지라도' 그 상고이유서의 제출은 적법하다고 하였다. 즉 상고이유서는 소송기록 접수의 통지를 받은 날부터 20일 이내에 제출되어야 하는데(제427조), 상고기록접수통지서가 피참가인에게 2011. 12. 8.에, 참가인에게 2011. 12. 9.에 각 송달된 경우에 참가인이 2011. 12. 29. 상고이유서를 제출한 것은 적법하다고 하였다.[103]

2) 그러나 공동소송적 보조참가인은 상고를 제기하지 않고 피참가인만이 상고를 제기한 경우에 참가인은 '피참가인의 상고이유서 제출기간 내에만' 피참가인이 상고한 부분에 대하여 상고이유서를 제출할 수 있으며, 따라서 참가인이 피참가인의 상고이유서 제출기간이 지난 후에 상고이유서를 제출하였다면 적법한 제출이라고 볼 수 없다고 하였다. 그리고 이러한 법리는 상고이유의 주장에 대해서도 마찬가지여서, 피참가인의 상고이유서에서 주장되지 않은 새로운 내용을 참가인이 피참가인의 상고이

100) 대법원 2007. 9. 6. 선고 2007다41966 판결. 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책(註 3), 1067면은 상고이유서의 제출도 마찬가지라고 한다.

101) 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책(註 3), 1076면; 전원열, 앞의 책(註 12), 674면; 김원태, 앞의 논문(註 99), 268면.

102) 한충수, 앞의 책(註 51), 766면.

103) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011두30069 판결.

유서 제출기간이 지난 후 제출한 서면에서 주장하였더라도 이는 적법한 기간 내에 제출된 상고이유의 주장이라고 할 수 없다고 하였다. 나아가 공동소송적 보조참가인과 피참가인은 서로 원심에 대해 불복하는 부분을 달리하여 각각 상고할 수 있고, 이때 피참가인만이 불복한 부분에 대하여 참가인이 피참가인의 상고이유서에서 주장되지 않은 새로운 상고이유를 주장하려면 피참가인의 상고이유서 제출기간 내로 제한된다고 하였다.[104]

패소부분에 대하여 피참가인만이 상고를 제기한 경우 '상고하지 않은 참가인'은 단순히 합일확정의 요청 때문에 소송관계가 상고심으로 이심되는 특수한 지위에 있게 되고, 원래 보조참가인의 성질을 가지므로 참가할 때의 소송의 진행정도에 따라 피참가인이 할 수 없는 행위를 할 수 없다는 점(제76조 제1항 단서)을 고려하여, 피참가인의 상고이유서 제출기간이 지났다면 상고하지 않은 참가인의 새로운 상고이유 주장을 제한한 것으로 보인다.

(다) 상소의 효력

공동소송적 보조참가인이 그 상소기간 내에 상소를 제기하였으면 이는 유리한 소송행위로서 피참가인에게도 상소의 효력이 미치므로(제78조, 제67조 제1항) 판결의 확정이 차단되고 소송 전부가 상소심으로 이심된다.

공동소송적 보조참가인과 피참가인이 서로 원심에 대해 불복하는 부분을 달리하여 각각 상고하는 경우에는 '피참가인만이 불복한 부분'에 대하여 참가인은 '상고하지 않은 참가인'의 지위에 있게 된다.[105]

(4) 증거조사

공동소송적 보조참가인에 대하여 증거조사를 할 때 증인신문을 할 것인가 당사자신문을 할 것인가 문제된다. 참가인은 당사자적격이 없으므로 증인신문의 방식에 의할 것이라는 견해도 있으나,[106] 당사자에 준하

104) 대법원 2020. 10. 15. 선고 2019두40611 판결.

105) 대법원 2020. 10. 15. 선고 2019두40611 판결.

106) 한충수, 앞의 책(註 51), 766-767면; 김상균, 앞의 논문(註 13), 116면.

여 당사자신문을 하여야 한다고 해석할 것이다.[107]

(5) 제69조의 준용

민사소송법 제69조는 "필수적 공동소송인 가운데 한 사람이 상소를 제기한 경우에 다른 공동소송인이 그 상소심에서 하는 소송행위에는 제56조 제1항의 규정을 준용한다"고 규정하고 있다.[108] 따라서 상소를 제기하지 아니한 다른 공동소송인의 법정대리인(후견인)은 상소심에서 하는 소송행위에 관하여 후견감독인으로부터 특별한 권한을 받을 필요가 없다.

위 필수적 공동소송에 대한 특별규정인 제69조는 공동소송적 보조참가에도 준용된다(제78조). 따라서 피참가인이 원심에서 패소하여 피참가인만이 상소를 제기한 경우에 상소하지 않은 공동소송적 보조참가인이 제한능력자이어서 그 법정대리인(후견인)에 의하여 대리되는 때에 상소심에서 대리인으로서 소송행위를 함에 있어서는 후견감독인으로부터 특별한 권한을 받을 필요가 없다.

4. 특히 문제되는 경우

(1) 피참가인의 소 취하

공동소송적 보조참가에서 피참가인인 원고가 참가인의 동의 없이 단독으로 소의 취하를 할 수 있는지 문제된다. 이와 관련하여 대법원 2013. 3. 28. 선고 2011두13729 판결을 살펴본다.[109]

(가) 대법원 2013. 3. 28. 선고 2011두13729 판결

1) 사실관계 및 소송의 경과

① 乙(서울특별시 종로구청장)은 丁회사에 대하여 도시환경정비사업시행인가처분을 하였다.

---

107) 정영환, 앞의 책(註 5), 953면; 김원태, 앞의 논문(註 99), 270면.

108) 민사소송법 제56조(법정대리인의 소송행위에 관한 특별규정) ① 미성년후견인, 대리권 있는 성년후견인 또는 대리권 있는 한정후견인이 상대방의 소 또는 상소 제기에 관하여 소송행위를 하는 경우에는 그 후견감독인으로부터 특별한 권한을 받을 필요가 없다.

109) 이에 관하여 상세한 평석으로는 유병현, 앞의 논문(註 98), 143면 이하 참조.

② 이에 甲은 乙을 상대로 위 인가처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였으며, 丙은 위 행정소송의 제소기간이 도과된 이후인 2010. 3. 16. 원고측에 보조참가신청을 하였다.

③ 피고 보조참가인 丁이 丙의 보조참가에 대하여 이의를 하였으나, 제1심법원은 丙에게 민사소송법 제71조의 보조참가신청을 허가하면서 행정소송법 제16조의 보조참가는 불허하는 결정을 하였고 그 결정은 그대로 확정되었다.

④ 그 후 甲은 제1심에서 이 사건 소를 취하하자, 피고 乙 및 피고 보조참가인 丁은 甲의 소취하에 동의하였다.

⑤ 이에 대하여 원고 보조참가인 丙은 자신의 보조참가는 공동소송적 보조참가(제78조)이므로 민사소송법 제67조 제1항이 준용되고, 따라서 자신의 동의 없이 한 甲의 소취하는 효력이 없다고 주장하면서 기일지정신청을 하였다(민사소송규칙 제67조).

⑥ 제1심은 丙의 참가신청은 민사소송법 제71조의 참가요건은 갖추었으나 행정소송법 제16조의 참가요건은 갖추지 않았기 때문에 그에 대한 참가허가결정은 민사소송법 제71조의 보조참가허가 결정을 한 것이지만, 그 법적 성격은 민사소송법 제78조의 공동소송적 보조참가로 보아야 한다고 한 다음, 이 사건 소송은 甲의 위 소취하에 의하여 종료되었다고 하여 소송종료선언을 하였다.[110]

⑦ 이에 반하여 항소심은 丙의 보조참가는 그 성질상 공동소송적 보조참가로 보아야 한다는 점에 대하여는 제1심과 동일하게 판단하면서도, 공동소송적 보조참가에 민사소송법 제67조 제1항이 준용되는 이상 甲이 丙의 동의 없이 한 소취하는 丙에게 불리한 행위이므로 그 효력이 없다고 하여 제1심판결을 취소하였다.[111]

2) 대법원 판결요지

[1] 행정소송 사건에서 참가인이 한 보조참가가 행정소송법 제16조가 규정한 제3자의 소송참가에 해당하지 않는 경우에도, 판결의 효력이 참

110) 서울행정법원 2010. 10. 21. 선고 2009구합27602 판결.

111) 서울고등법원 2011. 5. 27. 선고 2010누38747 판결.

가인에게까지 미치는 점 등 행정소송의 성질에 비추어 보면 그 참가는 민사소송법 제78조에 규정된 공동소송적 보조참가이다.

[2] 공동소송적 보조참가는 그 성질상 필수적 공동소송 중에서는 이른바 유사필수적 공동소송에 준한다 할 것인데, 유사필수적 공동소송에서는 원고들 중 일부가 소를 취하하는 경우에 다른 공동소송인의 동의를 받을 필요가 없다. 또한 소취하는 판결이 확정될 때까지 할 수 있고 취하된 부분에 대해서는 소가 처음부터 계속되지 아니한 것으로 간주되며(민사소송법 제267조), 본안에 관한 종국판결이 선고된 경우에도 그 판결 역시 처음부터 존재하지 아니한 것으로 간주되므로, 이는 재판의 효력과는 직접적인 관련이 없는 소송행위로서 공동소송적 보조참가인에게 불이익이 된다고 할 것도 아니다. 따라서 피참가인이 공동소송적 보조참가인의 동의 없이 소를 취하하였다 하더라도 이는 유효하다. 그리고 이러한 법리는 행정소송법 제16조에 의한 제3자 참가가 아니라 민사소송법의 준용에 의하여 보조참가를 한 경우에도 마찬가지로 적용된다.

3) 이 사건의 경우

대법원은 원심이 제1심판결과 마찬가지로 丙의 참가신청을 '공동소송적 보조참가'로 본 것은 옳지만(위의 판결요지 [1] 부분), 공동소송적 보조참가는 성질상 유사필수적 공동소송에 준하는 것이며 소의 취하는 참가인에게 불이익이 된다고 할 수 없다는 이유로 피참가인 甲이 참가인 丙의 동의 없이 한 소의 취하도 유효하다고 보았다(위의 판결요지 [2] 부분).

(나) 검토

1) 살피건대 판례는 다음의 두 가지 이유에서 공동소송적 보조참가의 경우에 피참가인인 원고가 참가인의 동의 없이 단독으로 한 소의 취하도 유효하다고 하였다. ① 하나는 유사필수적 공동소송에서 공동원고 가운데 일부가 다른 공동원고의 동의 없이 한 소의 취하는 유효한데 공동소송적 보조참가는 성질상 유사필수적 공동소송에 준한다는 것이며, ② 다른 하나는 소의 취하는 '재판의 효력과는 직접적인 관련이 없는 소송행위'로서 공동소송적 보조참가인에게 불이익이 된다고 할 수 없다는 것이다.

학설은 위의 판례와 마찬가지의 입장을 취하는 견해가 다수이다.[112] 이에 대하여 공동소송적 보조참가인은 판결의 효력은 받지만 당사자적격이 없어 피참가인의 소취하 후에는 단독으로 동일한 소를 제기할 수 없으므로 피참가인의 소취하는 참가인에게 회복할 수 없는 피해를 줄 우려가 크다는 점에서 피참가인은 참가인의 동의 없이 단독으로 소취하를 할 수 없다는 견해도 있다.[113] 그러나 당사자적격이란 특정한 소송물에 관하여 당사자로서 소송을 수행하고 본안판결을 구할 수 있는 자격을 말하므로 당사자적격이 없는 자가 단독으로 소를 제기할 수 없는 것은 당연한 일이다.

생각건대 위 판례 및 다수설의 입장이 타당하며 그 이유는 다음과 같다. ① 먼저, 공동소송적 보조참가인은 원래 보조참가인이지 당사자가 아니므로 소송물을 처분할 수 없으며 소송물 자체의 처분권한은 당사자인 피참가인에게 있다.[114] 따라서 참가인은 피참가인이 소를 취하하는 것을 막을 수 없고 피참가인이 소를 취하하면 참가인은 더 이상 독자적으로 소송을 수행할 수도 없다.[115] 하급심 판결 가운데 이와 같은 취지로 판시한 것이 있다.[116] ② 다음, 우리 민사소송법상 공동소송적 보조참가에는 필수적 공동소송에 관한 규정이 준용되기 때문에(제78조, 제67조 제1항), 피참가인은 참가인에게 '불리한 행위'를 그의 동의 없이 단독으로 할 수 없다. 그렇다면 '통상의 소 취하'가 참가인에게 불리한 행위에 해당하는지 문제된다. 참가인은 자기에게 재판의 효력이 미치는 경우에 자기의 이익을 지키기 위하여 공동소송적 보조참가를 하는 것인데(제78

112) 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책(註 3), 1076면; 이시윤, 앞의 책(註 5), 797면; 김홍엽, 앞의 책(註 5), 1128면; 전원열, 앞의 책(註 12), 674면.

113) 한충수, 앞의 책(註 51), 766면.

114) 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책(註 3), 1076면도 소의 제기 및 소송계속의 유지 여부는 당사자의 고유 권한이라고 한다.

115) Musielak/Voit/Weth, §69 Rn. 7; BeckOK ZPO/Dressler, §69 Rn. 10; BGH NJW 1965, 760; BGH GRUR 2014, 911.

116) 서울중앙지방법원 2004. 8. 19. 선고 2001가합548 등 판결: 소의 원고는 소를 제기할 수 있을 뿐 아니라 이미 제기한 소를 취하하여 처음부터 소가 계속되지 않은 것으로 할 수 있는 권리도 있는 것이고 이러한 권리는 그 소의 피고가 변론한 경우에 그에 의하여서만 저지될 수 있는 본질적인 처분권이어서, 참가인에 불과한 공동소송적 보조참가인은 이러한 당사자의 처분권을 침해할 수 없다.

조), 피참가인이 소를 취하하면 참가인에게 기판력이 미칠 수 있는 판결이 선고되지 않고 소송이 종료된다는 점에서[117] 소의 취하로 인하여 참가인에게 불이익을 가져온다고 할 수 없다.

2) 나아가, 위와 같은 판례의 결론을 형식적으로 따른다면 해석상 채권자대위소송 및 재소금지(제267조 제2항)와 관련하여 다음과 같은 문제가 제기될 수 있다.

종래 판례는 채권자대위소송을 제기한 채권자가 본안에 대한 종국판결이 있은 뒤에 소를 취하한 경우에 '채무자가 대위소송이 제기된 사실을 안 이상' 채무자도 재소금지규정의 적용을 받아 그 대위소송과 동일한 소를 제기하지 못한다는 입장이다.[118][119] 이는 '채무자가 대위소송이 제기된 사실을 알았다면' 그 대위소송에 '참가'하여 채권자의 불성실한 소송수행을 견제함으로써 자기의 이익을 보호할 수 있으므로 채무자에게 절차참여권이 보장되었다는 것이다.[120]

그러나 위 대상판결에 따르면 채무자가 자기의 이익을 지키기 위하여 적극적으로 채권자대위소송에 '공동소송적 보조참가'를 한 경우에도[121] 채권자(피참가인)는 항소심에서 – 가령 제3채무자와 통모하여 채무자를 해할 목적으로 – 채무자(공동소송적 보조참가인)의 동의 없이 일방적으

117) Musielak/Voit/Weth, §69 Rn. 7; OLG München NZG 2000, 654.

118) 대법원 1981. 1. 27. 선고 79다1618,1619 판결; 대법원 1996. 9. 20. 선고 93다20177,20184 판결.

119) 이와 같은 판례의 입장에 찬동하는 견해가 다수이다[정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책(註 3), 708면; 이시윤, 앞의 책(註 5), 575면; 김홍엽, 앞의 책(註 5), 787면 등]. 이에 대하여 채권자대위소송은 채권자가 채무자의 권리를 행사하는 것이 아니라 자기의 실체법상 권리인 채권자대위권을 행사하는 것이어서 제3자의 소송담당이 아님을 전제로, 재소금지의 효력이 채무자에게 미치지 아니한다는 견해로는 호문혁, 앞의 책(註 50), 808면.

120) 이러한 법리는 채권자대위소송의 '기판력'에 관한 판례의 입장을 따른 것으로 보인다. 판례는 일찍이 '채무자가 대위소송이 제기된 사실을 알았을 경우에 한하여' 채무자에게 채권자대위소송의 기판력이 미친다고 하였다(대법원 1975. 5. 13. 선고 74다1664 전원합의체 판결).

121) 채무자는 대위소송이 제기된 사실을 알고 참가하는 것이므로 대위소송의 '판결의 기판력을 받는 자'이고(제218조 제3항. 대법원 1975. 5. 13. 선고 74다1664 전원합의체 판결) 또한 채무자가 대위소송의 제기사실을 아는 이상 피대위권리를 처분할 수 없어(민법 제405조 제2항) 실체법상 처분권을 상실하여 소송법상 '소송수행권(당사자적격)도 인정되지 않으므로' 대위소송에 공동소송참가를 할 수는 없고 공동소송적 보조참가를 할 수밖에 없다고 본다.

로 대위소송을 취하할 수 있고, 이 경우 대위소송의 취하로 당사자적격을 회복한 채무자는 피대위채권에 기한 소를 다시 제기할 수 없는 재소금지의 불이익을 입는다는 결론에 이르게 된다.

그리하여 채무자가 대위소송이 제기된 사실을 알고 공동소송적 보조참가를 한 경우에도 채권자(피참가인)의 소취하를 막을 소송법적 권한이 없는 이상 재소금지의 효력은 채무자가 대위소송의 제기사실을 알았는지 여부를 불문하고 채무자에게 미치지 않는 것으로 봄이 타당하다고 하거나,[122] 더 나아가 만약 대법원이 재소금지에 관한 현재의 입장을 고수한다면 채무자에게 '공동소송참가'가 가능하도록 해석함으로써 대위채권자가 소를 취하하더라도 당사자로서 소송수행을 할 수 있도록 하는 방안이 강구되어야 할 것이라는 견해도 있다.[123]

생각건대 재소금지제도의 취지가 소취하권의 남용에 대한 제재임을 고려할 때,[124] 채무자가 적극적으로 채권자대위소송에 공동소송적 보조참가를 하여 소송수행을 하였음에도 불구하고 채권자가 종국판결 선고 후 그의 동의 없이 일방적으로 소를 취하하였다면, 채무자에 의하여 법원이 농락당한 것이라 할 수 없고 채무자에게 소취하에 대한 책임이 있다고 할 수도 없으며 채무자는 다시 소를 제기할 필요(새로운 권리보호의 이익)가 있다고 보아, 채무자는 재소금지규정의 적용을 받지 않는다고 해석할 것이다. 참고로, 최근에 대법원은 乙이 丙에 대하여 가지는 정산금채권에 대하여 乙의 채권자 甲이 압류 및 추심명령을 받아 丙을 상대로 추심금청구의 소(전소)를 제기하였다가 항소심에서 소를 취하하였는데 그 후 乙의 다른 채권자 丁이 위 정산금채권에 대하여 다시 압류 및 추심명령을 받아 丙을 상대로 추심금청구의 소(후소)를 제기한 사안에서, 甲이 전소에서 패소판결을 회피할 목적 등으로 종국판결 후 소를 취하하였다거나 丁이 소송제도를 남용할 의도로 소를 제기하였다고 보기 어려운 사

122) 나현, 앞의 논문(註 52), 187-188면.

123) 김일룡, 앞의 논문(註 10), 361-362면.

124) 대법원 2009. 6. 25. 선고 2009다22037 판결: 민사소송법 제267조 제2항은 소취하로 인하여 그동안 판결에 들인 법원의 노력이 무용화되고 종국판결이 당사자에 의하여 농락당하는 것을 방지하기 위한 제재적 취지의 규정이므로, 본안에 대한 종국판결이 있은 후 소를 취하한 자라 할지라도 이러한 규정의 취지에 반하지 아니하고 소제기를 필요로 하는 정당한 사정이 있다면 다시 소를 제기할 수 있다.

정 등을 감안할 때, - 실질적으로 당사자와 소송물이 동일하더라도 - 丁은 전소와 별도로 자신의 乙에 대한 채권의 집행을 위하여 후소를 제기한 것이므로 '새로운 권리보호이익'이 발생한 것으로 볼 수 있어 재소금지 규정에 반하지 않는다고 판시하였다.[125]

(2) 피참가인의 재심의 소 취하

판례는 통상의 소 취하와 재심의 소 취하를 달리 보아 재심의 소에 공동소송적 보조참가인이 참가한 후 피참가인이 참가인의 동의 없이 재심의 소를 취하하는 것은 무효라고 하였는바, 이와 관련된 대법원 2015. 10. 29. 선고 2014다13044 판결을 살펴본다.[126]

(가) 대법원 2015. 10. 29. 선고 2014다13044 판결

1) 사실관계 및 소송의 경과

① 丙회사와 그 대표이사 丁이 공동으로 乙에게 약속어음을 발행하면서 강제집행 인낙의 취지가 기재된 공정증서를 작성하였는데, 丙회사가 乙을 상대로 위 공정증서에 기한 강제집행의 불허를 구하는 청구이의의 소(이하 '재심대상사건'이라 한다)를 제기하였다가 제1심 계속 중 파산선고를 받았고, 변호사인 甲이 파산관재인으로 선임되어 소송을 수계하였다.

② 파산채무자 丙회사의 대표이사 丁은 위 약속어음 공정증서의 공동발행인으로 소송결과에 이해관계가 있다고 주장하며 파산관재인 甲의 승소를 보조하기 위하여 재심대상사건에 보조참가를 신청하였다.

③ 甲은 일부승소의 판결(이하 '재심대상판결'이라 한다)을 받았으며,[127] 이 판결에 대하여 甲과 乙은 항소를 제기하지 아니하고 甲의 보조참가인 丁이 공동소송참가를 신청함과 동시에 항소를 제기하였으나 피

125) 대법원 2021. 5. 7. 선고 2018다259213 판결.

126) 이 판결에 관한 평석으로는 유병현, 앞의 논문(註 15), 247면 이하; 이종환, "재심의 소에 공동소송적 보조참가인이 참가한 후 피참가인이 공동소송적 보조참가인의 동의 없이 한 재심의 소 취하의 효력", 대법원판례해설 제105호[2015년 하](2016), 280면 이하; 한충수, "공동소송적 보조참가인의 법적 지위-대법원 2015. 10. 29. 선고 2014다13044 판결", 법조 최신판례분석, 통권 제718호, 법조협회(2016), 583면 이하 참조.

127) 서울남부지방법원 2010. 9. 7. 선고 2009가단45362 판결.

참가인 甲이 항소취하서를 제출하였다.

④ 항소심은 보조참가인 丁의 공동소송참가신청과 항소는 모두 부적법하다고 보아 이를 각하하고 항소기간 만료일에 재심대상판결 확정으로 소송이 종료되었음을 선언하는 판결을 선고하였고,[128] 이에 丁이 상고를 제기하였지만, 대법원이 상고기각판결을 선고함으로써[129] 재심대상판결이 그대로 확정되었다.

⑤ 재심대상사건에 보조참가를 했던 丁이 재심대상판결의 취소 등을 구하는 재심의 소를 제기하였는데, 丁이 주장한 재심사유는 재심대상판결에 일부 쟁점에 관한 판단누락이 있다는 것이었다(제451조 제1항 제9호).

⑥ 이에 파산채무자 丙회사는 甲의 승소를 보조하기 위한 공동소송적 보조참가신청서를 제1심법원에 제출하였고, 그 신청서가 甲과 乙에게 송달되었다.

⑦ 그러자 甲은 제1심법원에 재심의 소 취하서를 제출하였고, 乙은 그 소취하에 동의하였다.

⑧ 제1심은 판단누락의 재심사유가 있다고 보아 재심대상판결을 취소하고 위 약속어음 공정증서에 기한 강제집행을 불허한다는 판결을 선고하였고, 이에 乙이 항소를 제기하였다.[130]

⑨ 항소심은 甲의 재심의 소 취하로 인하여 보조참가인 丁이 제기한 재심의 소가 부적법하게 되었다는 이유로 제1심판결을 취소하고 재심의 소와 丙회사의 공동소송적 보조참가신청을 모두 각하하는 판결을 선고하였다.[131]

⑩ 이에 丙회사가 상고를 제기하며, 상고이유로 재심의 소에 丙회사가 공동소송적 보조참가신청을 한 후에는 피참가인 甲이 재심의 소를 취하할 수 없다고 주장하였다.

2) 대법원 판결요지

[1] 재심의 소를 취하하는 것은 통상의 소를 취하하는 것과는 달리 확

128) 서울고등법원 2011. 4. 20. 선고 2010나90519 판결.

129) 대법원 2012. 6. 28. 선고 2011다63758 판결.

130) 서울남부지방법원 2013. 8. 20. 선고 2012재가단60 판결.

131) 서울남부지방법원 2013. 12. 20. 선고 2013나11398판결.

정된 종국판결에 대한 불복의 기회를 상실하게 하여 더 이상 확정판결의 효력을 배제할 수 없게 하는 행위이므로, 이는 재판의 효력과 직접적인 관련이 있는 소송행위로서 확정판결의 효력이 미치는 공동소송적 보조참가인에 대하여는 불리한 행위이다. 따라서 재심의 소에 공동소송적 보조참가인이 참가한 후에는 피참가인이 재심의 소를 취하하더라도 공동소송적 보조참가인의 동의가 없는 한 효력이 없다. 이는 재심의 소를 피참가인이 제기한 경우나 통상의 보조참가인이 제기한 경우에도 마찬가지이다. 특히 통상의 보조참가인이 재심의 소를 제기한 경우에는 피참가인이 통상의 보조참가인에 대한 관계에서 재심의 소를 취하할 권능이 있더라도 이를 통하여 공동소송적 보조참가인에게 불리한 영향을 미칠 수는 없으므로 피참가인의 재심의 소 취하로 재심의 소 제기가 무효로 된다거나 부적법하게 된다고 볼 것도 아니다.

[2] 통상의 보조참가인은 참가 당시의 소송상태를 전제로 하여 피참가인을 보조하기 위하여 참가하는 것이므로 참가할 때의 소송의 진행정도에 따라 피참가인이 할 수 없는 행위를 할 수 없다(민사소송법 제76조 제1항 단서 참조). 공동소송적 보조참가인 또한 판결의 효력을 받는 점에서 민사소송법 제78조, 제67조에 따라 필수적 공동소송인에 준하는 지위를 부여받기는 하였지만 원래 당사자가 아니라 보조참가인의 성질을 가지므로 위와 같은 점에서는 통상의 보조참가인과 마찬가지이다.

3) 이 사건의 경우

대법원은, 위의 판결요지 [1]과 관련하여, 파산관재인 甲이 받은 재심대상판결의 효력이 파산채무자 丙회사에게 미치는 이상 丙회사는 재심의 소에 적법하게 공동소송적 보조참가를 하였다고 할 것이므로, 그 후 피참가인 甲이 재심의 소를 취하하는 것은 참가인 丙회사에게 불리한 행위로서 그 효력이 없고, 이는 재심의 소를 통상의 보조참가인 丁이 제기한 경우에도 마찬가지이며, 그로 인하여 재심의 소 제기가 무효로 된다거나 부적법하게 된다고 할 수 없다고 하였다.

그러나, 위의 판결요지 [2]와 관련하여, 甲은 특별한 사정이 없는 한 재심대상판결의 정본을 송달받음으로써 丁이 주장하는 판단누락의 재심사유를 알게 되었다고 할 것인데, 甲이 재심대상판결에 대하여 항소를

제기하지 아니하고 丁이 제기한 항소도 취하함에 따라 재심대상판결이 그대로 확정된 이상 甲으로서는 위와 같은 판단누락을 재심사유로 하여서는 재심의 소를 제기할 수 없게 되었다고 할 것이고,[132] 이와 같이 피참가인 甲이 재심의 소를 제기할 수 없는 이상 통상의 보조참가인 丁도 위와 같은 판단누락을 재심사유로 하여 재심의 소를 제기할 수 없으며, 이는 丙회사가 재심의 소에 공동소송적 보조참가를 하였더라도 마찬가지이므로, 결국 재심의 소는 적법한 재심사유에 해당하지 아니하는 사유만을 재심사유로 주장한 것이어서 부적법하다고 하였다.

(나) 검토

통상의 보조참가의 경우 피참가인은 참가인의 소송행위에 어긋나는 소송행위를 할 수 있으므로(제76조 제2항) 통상의 보조참가인이 재심의 소를 제기한 경우에 피참가인은 단독으로 그 재심의 소를 취하할 수 있는 권능이 있지만, 위 재심의 소에 재심대상판결의 효력이 미치는 제3자가 적법하게 공동소송적 보조참가를 한 이후에도 과연 공동소송적 보조참가인의 동의 없이 피참가인이 단독으로 재심의 소를 취하할 수 있는지가 쟁점이다.

공동소송적 보조참가에는 필수적 공동소송에 관한 규정이 준용되기 때문에(제78조, 제67조 제1항), 피참가인은 참가인에게 '불리한 행위'를 그의 동의 없이 단독으로 할 수 없다. 그렇다면 이 사건에서 '재심의 소 취하'가 불리한 행위에 해당하는지가 문제되는데, 판례는 통상의 소 취하와 달리 재심의 소 취하는 확정판결(재심대상판결)에 대한 불복의 기회를 상실하게 하여 더 이상 확정판결의 효력을 배제할 수 없게 하는 행위로서 '재판의 효력'이 미치는 제3자가 소송에 참가하는 공동소송적 보조참

132) 민사소송법 제451조 제1항 단서는 당사자가 상소에 의하여 재심사유를 주장하였거나 이를 알고도 주장하지 아니한 때에는 재심의 소를 제기할 수 없다고 규정하고 있다. 여기서 '이를 알고 주장하지 아니한 때'는 재심사유가 있는 것을 알았음에도 상소를 제기한 후 상소심에서 그 사유를 주장하지 아니한 경우뿐만 아니라 상소를 제기하지 아니하여 판결이 그대로 확정된 경우까지도 포함하는 것이다(대법원 1985. 10. 22. 선고 84후68 판결, 대법원 1991. 11. 12. 선고 91다29057 판결 등 참조). 그리고 판단누락과 같은 재심사유는 특별한 사정이 없는 한 당사자가 판결정본의 송달에 의하여 이를 알게 되었다고 볼 것이다(대법원 1989. 5. 23. 선고 88누5570 판결 등 참조).

가에 있어 '재판(재심대상판결)의 효력과 직접적인 관련이 있는 소송행위'이므로 공동소송적 보조참가인에 대하여 '불리한 행위'로 보았다. 또한 '재심의 소를 통상의 보조참가인이 제기한 경우'라 할지라도 이후 그 재심의 소에 재심대상판결의 효력이 미치는 제3자가 적법하게 공동소송적 보조참가를 한 이상 공동소송적 보조참가인에게 불이익을 줄 수는 없으므로 달리 볼 것은 아니다. 따라서 재심의 소에 공동소송적 보조참가인이 참가한 후에 피참가인이 참가인의 동의 없이 재심의 소를 취하한 것은 효력이 없다고 본 대상판결의 태도는 타당하다고 생각된다.[133]

판례는 일찍이 피참가인이 패소한 행정소송판결에 대하여 공동소송적 보조참가인이 상고한 경우에 피참가인이 상고를 취하하더라도 참가인에 대한 관계에서는 그 효력이 없다고 하였고,[134][135] '공동소송적 보조참가인이 재심의 소를 제기한 경우' 피참가인이 재심의 소를 취하하더라도 위 상고취하에 준하여 참가인에 대한 관계에서는 그 효력이 없다고 하였다.[136] 이때 상소취하에 준한다는 의미는 '상소를 취하'하면 미확정판결을 확정시키는 효력이 생기는 데 비하여 '재심의 소를 취하'하더라도 기존의 확정판결의 효력에 영향을 미치는 것은 아니지만 이는 확정판결에 대한 참가인의 불복신청의 기회를 사라지게 함으로써 확정판결의 효력을 다툴 수 없게 하는 행위이므로 실질적으로 상소취하와 유사하게 참가인에게 불이익을 주는 행위라고 할 수 있다.[137] 대상판결은 공동소송적 보조참가인이 재심의 소를 제기한 것이 아니라 통상의 보조참가인이 재심의 소를 제기하고 이 재심의 소에 공동소송적 보조참가인이 참가한 사안이지만, 피참가인이 공동소송적 보조참가인에게 불리한 행위를 그의 동

133) 이에 대하여 공동소송적 보조참가에서 피참가인의 소의 취하에 대한 참가인의 동의 요부에 관하여 재심의 소와 통상의 소를 구별하지 말고 양쪽을 통합하여 해석하는 것이 바람직하다는 견해로 강현중, "공동소송적 보조참가인의 동의 없이 피참가인이 한 재심의 소 취하 효력", 법률신문 4414호(2016. 5. 16.자).

134) 대법원 1952. 8. 19. 선고 4285행상4 판결; 대법원 1967. 4. 25. 선고 66누96 판결.

135) 이후에도 대법원은 같은 취지에서 공동소송적 보조참가인이 상소를 한 경우에 피참가인이 상소취하나 상소포기를 할 수는 없다고 판시하였다(대법원 2017. 10. 12. 선고 2015두36836 판결).

136) 대법원 1970. 7. 28. 선고 70누35 판결.

137) 이종환, 앞의 논문(註 126), 289면.

의 없이 단독으로 할 수 없는 것은 마찬가지이므로, 위 대법원 1970. 7. 28. 선고 70누35 판결의 연장선에서 판단한 것으로 볼 수 있다.

Ⅴ. 결론

공동소송적 보조참가는 본소송의 판결의 효력이 제3자에게 미치는 경우에 그 제3자가 당사자의 승소를 돕기 위하여 계속중인 소송에 참가하는 것인데, 우리 민사소송법은 제78조에서 “재판의 효력이 참가인에게도 미치는 경우에는 그 참가인과 피참가인에 대하여 제67조 및 제69조를 준용한다.”라고만 규정하여 구체적으로 어느 경우에 공동소송적 보조참가가 성립하는지, 그리고 참가인은 어떠한 소송상 지위를 가지는지와 관련하여 많은 해석의 여지를 남기고 있다.

이 글에서는 먼저 공동소송적 보조참가가 성립하는 경우를 구체적으로 검토하였고, 뒤이어 공동소송적 보조참가인의 소송상 지위를 보조참가인으로서의 지위와 필수적 공동소송인으로서의 지위로 나누어 좀 더 체계적으로 정리해 보고자 시도하였다. 이 과정에서 각각의 문제되는 쟁점마다 학설의 입장 및 관련 판례를 상세히 소개하고 분석하고자 하였으며, 또한 종래의 견해에 대한 이론적 뒷받침을 하거나 필요한 경우에는 비판내지 저자의 견해를 밝히기도 하였다.

이 글이 통상의 보조참가 및 공동소송참가 등 다른 참가제도와의 관계에서 공동소송적 보조참가가 성립하는 경우를 유기적으로 이해하고, 특히 참가인의 소송상 지위에 관하여 체계적으로 정리하는 데 조금이나마 도움이 되기를 바란다.

(논문투고일: 2022.8.5., 심사개시일: 2022.9.5., 게재확정일: 2022.9.19.)

김동현

공동소송적 보조참가, 보조참가, 공동소송적 보조참가인의 지위, 이중적 지위, 필수적 공동소송

【참 고 문 헌】

[국내문헌]

Ⅰ. 단행본

강현중, 민사소송법, 제7판, 박영사, 2018.

김홍엽, 민사소송법, 제10판, 박영사, 2021.

민일영 편집대표, 주석 민사소송법(Ⅰ), 제8판, 한국사법행정학회, 2018

박재완, 민사소송법강의, 제4판, 박영사, 2021.

법원행정처, 법원실무제요 민사소송[Ⅰ], 2017.

이시윤, 신민사소송법, 제15판, 박영사, 2021.

전병서, 강의 민사소송법, 제3판, 박영사, 2021.

전원열, 민사소송법 강의, 제2판, 박영사, 2021.

정동윤·유병현·김경욱, 민사소송법, 제8판, 법문사, 2020.

정영환, 신민사소송법, 개정신판, 법문사, 2019.

한충수, 민사소송법, 제3판, 박영사, 2021.

호문혁, 민사소송법, 제14판, 법문사, 2020.

Ⅱ. 논문

강현중, “공동소송적 보조참가인의 동의 없이 피참가인이 한 재심의 소 취하 효력”, 법률신문 4414호(2016. 5. 16.자).

김경욱, “채권자대위소송에서의 공동소송참가”, 고려법학, 제90호, 고려대학교 법학연구원, 2018.

김경욱, “보조참가 · 공동소송적 보조참가 · 공동소송참가의 비교적 검토”, 고시계, 제46권 10호, 2001.

김상균, “공동소송적 보조참가에 관한 고찰”, 법조, 통권 제570호, 법조협회, 2004.

김원태, “공동소송적 보조참가”, 민사소송, 제14권 제1호, 한국민사소송법학회, 2010.

김일룡, “공동소송적 보조참가인의 소송법상 지위에 관한 고찰”, 서울법학, 제24권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소, 2016.

나 현, “채권자대위소송에 관한 대법원 판례의 문제점”, 법학논집, 제16권 제4호, 이화여자대학교 법학연구소, 2012.

염미경, “주주대표소송의 구조와 소송참가”, 외법논집, 제46권 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2022.

유병현, “공동소송적 보조참가와 피참가인의 소취하”, 법학논총, 제33집 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2016.

_____, “공동소송적 보조참가와 피참가인의 재심의 소 취하-대법원 2015. 10. 29. 선고 2014다13044 판결을 중심으로”, 법학논총, 제29권 제2호, 국민대학교 법학연구소, 2016.

이종환, “재심의 소에 공동소송적 보조참가인이 참가한 후 피참가인이 공동소송적 보조참가인의 동의 없이 한 재심의 소 취하의 효력”, 대법원판례해설 제105호(2015년 하), 2016.

이태영, “채권자대위소송에 대한 채무자의 소송참가”, 강원법학, 제35권, 강원대학교 비교법학연구소, 2012.

임소연, “채권자대위소송과 이해관계인의 소송참가”, 아주법학, 제10권 제1호, 아주대학교 법학연구소, 2016.

전병서, “파산관재인에 의한 파산재단에 관한 소송에서 파산자의 참가를 공동소송적 보조참가로 볼 것인가”, 법률신문 4528호(2017. 7. 20.자).

한충수, “공동소송적 보조참가인의 법적 지위-대법원 2015. 10. 29. 선고 2014다13044 판결”, 법조 최신판례분석, 통권 제718호, 법조협회, 2016.

[외국문헌]

Musielak·Voit, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 18. Aufl., 2021.

Rosenberg·Schwab·Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., 2018.

Stein·Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Aufl., 2018.

Thomas·Putzo, ZPO Kommentar, 42. Aufl., 2021.

Zöller, ZPO Kommentar, 31. Aufl., 2016.

Abstract

Die prozessrechtliche Stellung des streitgenössischen Nebenintervenienten

Kim Dong Hyeon

Zweck der vorliegenden Arbeit ist Voraussetzungen der streitgenössischen Nebenintervention und Rechtsstellung des streitgenössischen Nebenintervenienten ausführlich zu überprüfen. Die nachfolgende Darstellung grundsätzlich legt der Rechtsprechung und herrschender Meinung zugrunde. Im gegebenen Fall wurde meine Stellung zu einzelnem Streitpunkt genommen.

Insofern die Rechtskraft oder Gestaltungswirkung der in dem Hauptprozess erlassenen Entscheidung auf das Rechtsverhältnis des Nebenintervenienten zu dem Gegner von Wirksamkeit ist, entsteht die streitgenössische Nebenintervention(§78 kZPO; §69 dZPO).

Der streitgenössische Nebenintervenient hat eine prozessrechtliche Doppelstellung. Er gilt in erster Linie als notwendiger Streitgenosse der Hauptpartei(§78, 67 kZPO). Hinsichtlich der Angriffs- und Verteidigungsmittel im Prozess stehen daher dem streitgenössischen Nebenintervenienten weitergehende Befugnisse zu. Er kann im Unterschied zum einfachen Nebenintervenienten(§76 Abs. 2 kZPO) Prozesshandlungen auch im Widerspruch zu den ungünstigen Prozesshandlungen der Hauptpartei vornehmen(§78, 67 Abs. 1 kZPO). Er darf vor allem von der Hauptpartei zugestandenes Vorbringen seinerseits bestreiten.

Der streitgenössische Nebenintervenient wird aber nicht Partei. Er bleibt nur Streithelfer der Partei, der er beitritt. Er muss daher den Rechtsstreit in der Lage annehmen, in der er sich zur Zeit seines Beitritts befindet(§76 Abs.

1 kZPO; §67 dZPO). Er kann nicht über den Streitgegenstand als solchen verfügen und daher die Klage nicht ändern und nicht zurücknehmen. Er kann nicht durch Widerspruch verhindern, dass die Hauptpartei die Klage zurücknimmt. Nach der Klagerücknahme durch die Hauptpartei kann er den Prozess nicht selbständig weiterführen. Die Zurücknahme eines Antrages auf Wiederaufnahme des Verfahrens durch die Hauptpartei ist was anderes.

Der streitgenössische Nebenintervenient ist also weniger als eine Partei, aber mehr als ein einfacher Nebenintervenient(s. §76 kZPO). Die Frage, ob der Nebenintervenient einfacher Nebenintervenient oder streitgenössischer Nebenintervenient ist, wird dann von Bedeutung, wenn er Befugnisse in Anspruch nimmt, die dem einfachen Nebenintervenienten nicht zustehen.

Kim Dong Hyeon

Streitgenössische Nebenintervention, Nebenintervention, Rechtsstellung des streitgenössischen Nebenintervenienten, Doppelstellung, notwendige Streitgenossenschaft

성균관대학교 법학연구원『성균관법학』 10.17008/skklr.2022.34.3.006
제34권 제3호(2022. 9.)
Sungkyunkwan Law Review Vol.34. No.3 (September 2022) pp. 183 - 220

법인의 대표자의 위반행위 관련 양벌규정의 해석론

- 중대재해처벌법과 병역법의 면책규정을 중심으로 -

이 성 일*

【목 차】

I. 들어가며
II. 법인의 대표자의 위반행위에 면책 규정이 있는 특별법 및 그 해석과 한계
1. 중대재해처벌법의 양벌규정 및 그 해석과 한계
2. 병역법의 양벌규정 및 그 해석과 한계
III. 일반적 형태의 현행 양벌규정의 구조에 관한 기존의 견해 및 비판적 검토
1. 기존의 견해
2. 비판적 검토
IV. 일반적 형태의 현행 양벌규정 단서의 의미에 관한 학계의 입장 및 비판적 검토
1. 학계의 입장
2. 비판적 검토
V. 법인의 대표자의 위반행위에 면책 규정이 있는 특별법의 해석론
1. 서론
2. 동일시이론이 적용되는 기관의 범위에 관한 기존의 견해
3. 상법상 양벌규정에 관한 해석
4. 개인적 의견
VI. 나가며

【국 문 요 약】

현행 양벌규정의 구조에 관해 기존의 견해는 책임주의와 관련해 종업원의 위반행위와 법인의 대표자의 위반행위를 나누고, 전자는 업무주의 주의감독의무위반을 요구하는 반면, 후자는 대표자는 법인의 기관이므로 대표자의 범죄성립요건이 구비되는 한, 곧바로 법인에게 형사책임이 귀

* 서울남부지방검찰청 중요경제범죄조사단 부장검사. 법학박사. 이 논문의 저자의 견해는 저자가 속한 기관의 공식적 견해와 무관함을 밝혀둔다.

속된다고 해석하였다. 따라서 이런 입장에 의하면 법인의 대표자의 위반행위에 관해 법인은 면책될 수 없다. 그런데 중대재해처벌법과 병역법의 양벌규정은 위반행위의 주체에 법인의 대표자가 포함됨에도 불구하고 면책규정을 마련하였다. 따라서 기존의 견해에 따라 동일시이론을 그대로 적용하면 이들 특별법의 면책규정이 적용될 수 없어 면책규정을 마련한 입법자의 입법재량권을 침해한다. 한편, 대법원은 병역법의 양벌규정 단서에 관해 종업원의 위반행위에 관해 면책규정을 마련한 경우와 같은 판단기준을 적용해 법인의 면책 여부를 판단한다. 그러나 이러한 태도는 대표자와 종업원의 지위와 역할, 권한의 차이 등에 비추어 감독기관이 달라질 수 있다는 점에서 타당하지 아니하다. 또한 상법의 양벌규정 단서에 예시적 사유로 규정된 바와 같은 준법지원인 등 준법통제기준을 준수한 경우에 법인이 면책된다는 입장이 있을 수 있으나, 상법의 양벌규정 단서는 종업원의 위반행위에 관한 규정이어서 법인의 대표자의 위반행위에 유추적용하는 것은 어의의 가능한 한계를 넘는 해석으로서 허용될 수 없다. 결국 법인의 대표자의 위반행위에 면책규정이 있는 경우에 원칙적으로 동일시이론에 의해 법인의 대표자의 범죄성립요건이 구비되는 한, 곧바로 법인에게 형사책임이 귀속되고, 예외적으로 대표자에 대한 감시의무를 부담하는 이사나 감독의무를 부담하는 이사회가 대표자의 위반행위를 방지하는데 필요한 감시의무 내지 감독의무를 이행하는데 잘못(고의 내지 과실)이 없는 경우에 한정해 법인을 면책하게 하는 것이 타당하다고 생각한다.

I. 들어가며

헌법재판소는 2007년 보건범죄의 단속에 관한 특별조치법의 양벌규정 중 종업원의 위반행위에 대해 개인인 업무주에게도 동일한 법정형으로 처벌하도록 하는 규정이 다른 사람의 범죄에 대해 그 책임 유무를 묻지 않고 형벌을 부과함으로써 책임없는 자에게 형벌을 부과할 수 없다는 책임주의에 반한다고 결정[1]한 이래 대부분[2] 양벌규정은 “다만, 법인 또는 개

1) 헌법재판소 2007. 11. 29. 선고 2005헌가10 전원재판부 결정.

인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관해 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다"는 형태의 단서를 신설하는 형태로 개정되어 왔다.[3] 현행 양벌규정은 그러한 형태의 단서를 신설하여 책임주의[4]와 조화를 이루려고 노력하였는데,[5] 기존의 견해는 이른바 '법인의 대표자의 위반행위'에 관해서는 동일시이론(Doctrine of Identification)에 의해 대표자의 고의 또는 과실은 법인의 고의 또는 과실로 간주하여 이러한 단서는 법인에 적용되지 않는다고 이해하는 반면, 이른바 '종업원의 위반행위'에 관해서는 종업원은 법인의 기관이 아니므로 이러한 단서에 의해 업무주[6]의 주의감독의무위반이 인정되어야 비로

2) 신그림, "획일화된 양벌규정 제도의 개선방향에 관한 소고", 법제 통권 제686호, 법제처(2019), 119면은 "모든 양벌규정에 단서가 있고 그 내용도 동일하(다)"고 주장한다. 그러나 예컨대 구직자 취업촉진 및 생활안정지원에 관한 법률 제39조 제1항은 "법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종사자가 그 법인 또는 개인의 업무에 관해 제38조의 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금을 과한다"고 규정하고, 제2항은 "제1항에도 불구하고 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관해 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다"라고 규정하여 본문과 단서로 구성된 일반적인 구조와 다른 구조를 취한다.

3) 현행 최저임금법 제30조 제1항과 제2항은 업무주인 법인과 개인에게 면책규정이 신설되지 아니하여 헌법재판소의 앞선 결정에 의하면 위헌이라고 할 것이다. 같은 견해로 김헌수, 「최저임금법」, 법원사(2018), 277면은 "임금지급에 관한 규정을 위반하였을 경우에 적용되는 근로기준법에서 사업주의 책임을 면제하는 규정을 두고 있고, 사업주에 대하여 무조건 양벌규정을 적용하는 것이 위헌이라는 헌법재판소의 태도를 보면, 최저임금도 결국은 일정한 수준 이상의 임금 지급을 보장하는 법이므로 사업주가 상당한 주의와 감독을 한 경우라면 근로기준법과 동일하게 사업주에게 책임을 묻지 않는 것으로 처리하는 것이 타당하다고 본다"고 주장한다.

4) 헌법재판소는 '책임주의'[예컨대 헌법재판소 2019. 9. 26. 선고 2017헌바265, 2018헌가5(병합) 전원재판부 결정], '책임원칙'(예컨대 헌법재판소 2011. 6. 30. 선고 2009헌바354 전원재판부 결정), '책임주의원칙'(예컨대 헌법재판소 2010. 11. 25. 선고 2010헌가88 전원재판부 결정) 용어를 혼용하는데, 편의상 '책임주의'로 부르기로 한다.

5) 법인은 자연인과 달리 이론적으로 타행위가능성을 전제한 책임능력뿐만 아니라 아래에서 "일반적 형태의 현행 양벌규정 단서의 의미에 관한 학계의 입장 및 비판적 검토" 항목으로 자세히 검토하는 바와 같이 비록 견해의 대립이 있으나 행위능력조차 인정하기 어렵다고 생각하므로 행위능력을 전제한 법인 자신의 고의 또는 과실도 인정하기 어려워 법인과 관련된 '책임주의'는 '책임개별화의 원칙'으로 완화해 이해하는 것이 정확하다고 할 것이다. 김성돈, "양벌규정과 책임주의원칙의 재조명", 형사법연구 제27권 제3호, 한국형사법학회(2015), 126면은 "헌법재판소가 말하는 책임주의원칙이 '법인은 타인(종업원)의 잘못(불법)이 아니라 자신(법인)의 잘못(불법)에 의해서만 책임진다'는 의미의 책임개별화원칙으로 왜소화되어 있는 것임에 불과한 것이라고 평가할 여지가 있(다)"고 주장한다.

소 업무주에게 형사책임이 귀속될 수 있다고 해석하였다. 따라서 기존의 견해에 의하면 법인의 대표자의 위반행위에 관해 법인의 대표자에게 범죄성립요건이 구비되는 한, 법인은 면책규정이 적용될 여지가 없었다.

그러나 2021. 1. 26. 제정된 중대재해 처벌 등에 관한 법률(이하 '중대재해처벌법'이라 함)의 양벌규정인 제7조와 제11조 본문은 위반행위 주체에 실질적으로 법인의 대표자가 포함되는 것으로 해석할 수 있음에도 단서를 마련해 법인이 면책될 가능성에 관한 실정법적 근거를 마련하였다. 따라서 법인의 대표자의 위반행위에 관해 종전처럼 동일시이론을 적용해 법인의 면책가능성을 전면적으로 부정하는 입장을 그대로 고수하기 어렵다고 할 것임에도 아직까지 동일시이론과 중대재해처벌법 등 양벌규정의 위반주체에 법인의 대표자를 포함하면서도 면책규정을 마련한 입법태도를 어떻게 조화롭게 설명할 수 있는지에 관한 논의가 제대로 이루어지지 못한 것으로 이해된다. 따라서 이하에서는 먼저 현행 실정법상 양벌규정의 위반행위 주체에 법인의 대표자를 포함하면서도 면책규정을 마련한 특별법과 이에 대한 기존의 해석과 그 한계를 살펴보고, 일반적 형태의 현행 양벌규정의 구조[7]를 종업원의 위반행위와 법인의 대표자의 위반행위로 달리 이해하는 기존의 견해를 비판적으로 살펴본 다음, 일반적 형태의 현행 양벌규정의 단서의 의미에 법인 자신의 과실이나 고의가 포함될 수 있는지에 관해 검토하고, 법인의 대표자의 위반행위에 법인의 면책규정을 마련한 현행 특별법의 적정한 해석방법에 관해 살펴보도록 한다.

Ⅱ. 법인의 대표자의 위반행위에 면책규정이 있는 특별법 및 그 해석과 한계

1. 중대재해처벌법의 양벌규정 및 그 해석과 한계

중대재해처벌법 제6조 제1항은 중대산업재해에 대해 제4조와 제5조의

6) 업무주란 양벌규정에 의해 행위자가 업무에 관해 위반행위를 한 경우에 형사책임이 귀속되는 자를 의미하고, 현행 법률에는 법인이나 기관뿐만 아니라 법인이 아닌 사단이나 재단으로서 대표자 또는 관리인이 있는 것, 단체(법인격 없는 단체), 조합, 정당, 개인 등이 규정되어 있다.

7) 일반적 형태의 현행 양벌규정의 구조란 헌법재판소가 종업원의 위반행위에 관해 법인 사업주 또는 개인 사업주의 면책규정이 없던 종전 양벌규정이 책임주의에 반한다고 결정한 이후 입법자가 면책규정을 신설 내지 도입한 양벌규정의 구조를 의미한다.

안전 및 보건 확보의무를 위반해 사망자가 1명 이상에 이르게 한 사업주[8] 또는 경영책임자등[9]을 1년 이상의 징역 또는 10억 원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고,[10] 제2항은 제4조와 제5조의 의무를 위반해 6개월 이상의 치료가 필요한[11] 사람 2명 이상 발생에 이르게 한 사업주 또는 경영책임자등을 7년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금에 처한다고 규정한다. 한편, 양벌규정인 제7조는 법인과 기관의 경영책임자등이 그 법인 또는 기관의 업무에 관해 제6조에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 기관에 제6조 제1항의 경우는 50억 원 이하의 벌금, 제6조 제2항의 경우는 10억 원 이하의 벌금으로 규정하여 법인 또는 기관을 위반행위자의 벌금형에 비해 중과하면서도 단서에 "법인 또는 기관이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관해 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다"라는 면책규정을 마련하였다. 또한 중대시민재해에 관하여도 제10조와 양벌규정인 제11조는 중대산업재해에 관한 제6조와 양벌규정인 제7조와 같은 구조와 같은 법정형으로 규정한다.

그런데 중대재해처벌법의 양벌규정의 단서가 법인 내지 기관만 처벌하는 이유는 제7조와 제11조의 양벌규정 본문의 위반행위자에 '사업주'를 제외하고 '경영책임자등'만 처벌하기 때문이다. 그리고 '경영책임자등'의 개념에 포함되는 '사업을 대표하고, 사업을 총괄하는 권한과 책임이 있는

8) 중대재해처벌법 제2조 제8호는 "사업주"란 "자신의 사업을 영위하는 자, 타인의 노무를 제공받아 사업을 하는 자를 말한다"고 규정한다.

9) 중대재해처벌법 제2조 제9호는 "경영책임자등"이란 "다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자를 말한다"고 규정하면서, 가목은 "사업을 대표하고, 사업을 총괄하는 권한과 책임이 있는 사람 또는 이에 준하여 안전보건에 관한 업무를 담당하는 사람", 나목은 "중앙행정기관의 장, 지방자치단체의 장, 지방공기업법에 따른 지방공기업의 장, 공공기관의 운영에 관한 법률 제4조부터 제6조까지의 규정에 따라 지정된 공공기관의 장"이라고 규정한다.

10) 중대재해처벌법 제6조 제1항 제2문은 임의적으로 징역형과 벌금형을 병과할 수 있다고 규정한다.

11) 중대재해처벌법 제2조 제2호 나목과 다목, 제3호 나목과 다목에 각각 치료기간을 근거로 중대재해에 포함시킨 것과 관련해 송인택 외 3명, 「중대재해처벌법 해설」, 박영사(2021), 77면은 "의사의 예상 치료기간으로 정한 것은 엄청난 실수이고, 즉시 개정되지 않으면 법 적용 일선에서는 큰 혼란을 초래할 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 명백히 반하는 규정이다"라고 주장한다.

사람'은 통상 법인의 대표자로 이해할 수 있으나,[12] '또는 이에 준하여 안전보건에 관한 업무를 담당하는 사람'의 개념과 관련해서는 해석상 논란이 제기된다.[13] 다만 '경영책임자등'에 앞서 언급하였듯이 통상 법인의 대표자로 볼 수 있는 자가 포함되고, 중대재해처벌법 제2조 제9호 나목에 기관이나 단체의 장이 규정되어 있어 중대재해처벌법의 위반주체에 일반적 형태의 양벌규정 본문 중 '법인의 대표자'가 포함된다고 볼 수 있음에도 단서를 마련하여 법인 또는 기관의 면책가능성을 열어둔 것이다. 그리고 이와 같이 면책가능성을 규정한 이유에 관해 그 이유를 확인할 수 있는 입법자료를 발견하기 어려우나, 제7조와 제11조의 양벌규정의 적용대상인 업무주인 법인이나 기관에 적용되는 벌금형은 위반행위자인 경영책임자등에게 적용되는 벌금형보다 훨씬 중과되므로 법인이나 기관에게 엄한 법적 책임을 묻는 태도에 상응한 면책가능성을 열어둔 것으로 이해할 수 있다.

한편, 제7조와 제11조의 단서가 구체적으로 적용되는 경우에 관해 "법인 또는 기관이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리한 경우에 한하여 적용되며 기업의 준법 문화가 판단의 중요한 자료 중 하나가 될 수 있(다)"[14]는 견해가 있다. 다른 견해는 "본 법률은 법인을 대표하여 상당한 주의와 감독을 해야 할 의무를 가진 경영책임자등이 그 주의감독 의무를 위반한 경우 처벌하는 규정을 두고 있는 것이므로, 경영책임자등에게 주의감독 의무 위반이 인정되면 법인에게는 면책규정이 적용될 가능성이 매우 낮습니다"[15]라고 주장하면서도 "이러한 면에서 본 법률이 적용되는 경우에는 법인이 주의의무를 준수하기 위한 효과적인 시스템을 갖추고 이를 성실히 운영하였는지 여부가 주의의무 준수 여부 및 이를 통한 양벌규정의 적용에 대해 면책 여부를

12) 오대영, "중대재해처벌법의 적용상 쟁점에 관한 소고 - 중대산업재해를 중심으로 -", 법조 통권 제754호, 법조협회(2022), 336면은 사업을 대표하고 사업을 총괄하는 권한과 책임이 있는 사람은 통상 회사의 대표이사를 지칭한다고 이해한다.

13) '또는 이에 준하여 안전보건에 관한 업무를 담당하는 사람'의 개념에 관한 해석상 논란에 대하여는 오대영, 앞의 논문(각주 12), 337-340면; 한석훈, "중대재해처벌법의 쟁점에 관한 소고(小考) - 중대산업재해의 문제점을 중심으로 -", 법조 통권 제754호, 법조협회(2022), 308-309면.

14) 「중대재해처벌법 해설 : 중대산업재해」, 고용노동부(2021), 114면.

15) 신승욱·김형규, 「중대재해처벌법」, 박영사(2021), 80면.

결정할 유력한 기준이 될 것"[16]이라고 주장하는 견해가 있다. 또한 다른 견해는 "현실적으로 중대재해처벌법 양벌규정의 위반행위자는 법인 또는 기관의 최고 책임자들인 '경영책임자등'이고 이들을 상대로 상당한 주의감독의무를 부담하는 다른 상위기관은 이사회 정도 이외에는 상정하기 어려우므로 '경영책임자등'의 범죄행위가 인정될 경우 법인이 면책조항에 의해 그 책임을 면하기는 쉽지 않을 것으로 생각된다"[17]고 주장한다.

그런데 이러한 견해들은 비록 중대재해처벌법의 양벌규정 단서가 적용될 가능성이 희박하더라도, 위 단서에 의해 법인이나 기관이 면책될 수 있다는 것 자체는 긍정하는 입장으로 이해할 수 있다. 그러나 중대재해처벌법의 양벌규정에는 아래와 같이 대법원과 헌법재판소가 분류하는 양벌규정의 위반행위 유형 중 법인의 대표자의 위반행위가 포함되고, 법인의 대표자의 위반행위에 대해 법인의 대표자는 법인의 기관으로서 대표자의 범죄가 성립하면 곧바로 법인에게 형사책임이 귀속되므로, 이러한 동일시이론을 고수하는 입장에 따르면 법인 또는 기관이 면책될 수 있는 경우가 이론상 발생할 수 없다. 그럼에도 불구하고 중대재해처벌법의 면책규정이 적용될 수 있다는 이 견해들은 법인의 대표자의 위반행위에 적용되었던 기존의 동일시이론을 제한 내지 수정한 것인지, 아니면 동일시이론을 폐기한 것인지에 관해 구체적인 설명이 없어 정확한 입장을 알기 어렵다.[18]

2. 병역법의 양벌규정 및 그 해석과 한계

법인의 대표자의 위반행위에 면책규정을 마련한 특별법이 비단 최근에 제정된 중대재해처벌법만이 아니다. 즉 현행 병역법 제96조는 고용주[19]나 병역지정업체의 장, 공공단체 또는 사회복지시설의 장이 법인의 업무

16) 신승욱·김형규, 앞의 책(각주 15), 85면.

17) 임재동 외 9명, 「중대재해처벌법」, 박영사(2022), 266면.

18) 앞서 언급한 견해들 중 '기업의 준법 문화' 내지 '법인이 주의의무를 준수하기 위한 효과적인 시스템을 갖추고 이를 성실히 운영하였는지 여부'를 판단기준으로 언급하는 견해는 마치 법인이나 기관 자신의 과실 여부를 판단기준으로 삼는 것처럼 이해되어 법인의 대표자의 위반행위에 적용되던 종전 동일시이론을 폐기하는 입장으로 이해될 소지가 있으나, 동일시이론과의 관계에 관해 언급이 없어 명확한 입장을 알기 어렵다.

19) 병역법 제2조 제1항 제5호는 "고용주"란 " 「근로기준법」의 적용을 받는 공·사 기업체나 공·사 단체의 장으로서 병역의무자를 고용하고 있는 자를 말한다"고 규정한다.

에 관하여 제84조, 제92조, 제92조의2 등을 위반하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인도 300만원 이상 3천만 원 이하의 벌금에 처한다고 규정하면서 단서에 "법인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다"라는 면책규정이 있다. 이러한 단서는 2009. 6. 9. 병역법이 개정되면서 새로 마련된 것이다. 한편, 위반행위자에 부과되는 벌금형과 법인에게 부과되는 벌금형을 비교하면 법인에게 부과되는 벌금 300만 원 이상 3,000만 원 이하는 위반행위자에게 부과되는 벌금형보다 더 높거나[20] 같다.[21] 그리고 이렇게 일부 위반행위에 관해 법인을 위반행위자보다 더 엄벌하게 된 경위를 살펴보면 1983. 12. 31. 병역법이 개정되면서 종전에 없던 양벌규정을 병역법 제84조에 신설하였는데,[22] 그 양벌규정에 법인의 벌금형을 200만 원 이상 2천만 이하로 규정하여 위반행위자의 벌금형인 벌금 1,000만 원 이하(제73조 제2항)나 100만 원 이상 1,000만 원 이하(제80조 제1항, 제81조)보다 더 높게 규정하였던 태도를 일정 부분 승계한 태도에서 비롯된 것이다. 그리고 병역법 양벌규정 본문의 고용주나 병역지정업체의 장, 공공단체 또는 사회복지시설의 장은 법인의 대표자에 해당함에도 단서에 면책규정을 마련한 점에서 중대재해처벌법의 양벌규정과 유사한 구조로 이해할 수 있는 반면, 단서가 비단 법인이 법인의 대표자보다 더 높은 벌금형이 부과되는 경우뿐만 아니라 같은 벌금형이 부과되는 경우에도 적용된다는 점에서 차이가 있다. 그리고 병역법 양벌규정 본문이 실질적으로 법인의 대표자의 위반행위임에도 단서를 통해 면책을 허용한 이유를 알 수 있는 입법자료를 발견하기 어렵다.

그런데 병역법 제96조 단서와 관련된 판결이 있으므로 이를 검토할 필요성이 있다. 검사는 피고인 □□□는 산업기능요원 의무종사 지정업체인 ○○정공 주식회사의 대표이고, 고용주는 산업기능요원으로 의무종사 중인 사람을 그 지정업체의 해당 분야에 종사하게 해야 함에도 불구하고,

20) 예컨대 병역법 제84조 제1항 제1호의 벌금형은 2천만 원 이하이다.

21) 예컨대 병역법 제93조 제3항의 벌금형은 300만 원 이상 3천만 원 이하이다.

22) 당시 병역법 제84조는 "고용주가 제73조 제2항·제80조 또는 제81조의 죄를 범한 때에는 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인에 대하여도 200만원 이상 2천만원 이하의 벌금에 처한다"고 규정하였다.

2011. 4. 28.경부터 2011. 8. 30.경까지 사천시에 있는 ○○정공 주식회사 사천공장에서 산업기능요원인 이△△을 지정업체의 해당분야(기계가공 및 조립보조)가 아닌 자재·생산관리 및 전산처리 업무에 종사하게 하였고, 피고인 ○○정공 주식회사는 피고인의 대표이사이자 위 이△△의 고용주인 □□□이 위와 같은 일시, 장소에서 피고인의 업무에 관하여 산업기능요원인 이△△을 지정업체의 해당분야가 아닌 자재·생산관리 및 전산처리 업무에 종사하게 한 혐의[23]로 피고인들을 기소하였다. 제1심 판결은 피고인들에 대해 모두 유죄를 선고하였고,[24] 피고인들의 항소에 대해 항소심은 모두 항소기각하면서 피고인 ○○정공 주식회사에 관하여 "형벌의 자기책임원칙에 비추어 보면, 위반행위가 발생한 그 업무와 관련하여 법인이 상당한 주의 또는 관리감독 의무를 게을리한 때에 한하여 위 양벌규정이 적용된다고 봄이 상당하며, 구체적인 사안에서 법인이 상당한 주의 또는 관리감독 의무를 게을리하였는지 여부는 당해 위반행위와 관련된 모든 사정 즉, 당해 법률의 입법 취지, 처벌조항 위반으로 예상되는 법익 침해의 정도, 그 위반행위에 관하여 양벌규정을 마련한 취지 등은 물론 위반행위의 구체적인 모습과 그로 인하여 실제 야기된 피해 또는 결과의 정도, 법인의 영업 규모 및 행위자에 대한 감독가능성 또는 구체적인 지휘감독 관계, 법인이 위반행위 방지를 위하여 실제 행한 조치 등을 전체적으로 종합하여 판단하여야 한다(대법원 2010. 7. 8. 선고 2009도6968 판결 등 참조)"[25]고 언급한 후 범행기간 피고인 ○○정공 주식회사에 근무한 산업기능요원이 7명 정도였고, 피고인 ○○정공 주식회사에 산업기능요원 사이에 업무 불균형이 발생하지 않도록 관리할 필요가 있었고, 이△△이 해당 분야의 업무 외에 종사한 기간이 장기간이었음에도 이를 시정하지 못한 점, 피고인 ○○정공 주식회사가 이건 범행에 이르게 된 경위를 등에 비추어 보면 피고인 ○○정공 주식회사에 대해 병역법 위반행위 방지를 위한 상당한 주의 또는 감독의무를 다하지

23) 그러한 혐의는 창원지방법원 진주지원 2012. 3. 6. 선고 2012고정20 판결의 범죄사실에 기재된 내용이다.

24) 피고인 □□□에 대해서는 병역법 제92조 제1항, 제39조 제3항을 적용하고, 피고인 ○○정공 주식회사에 대해서는 병역법 제96조 제1호, 제92조 제1항, 제39조 제3항을 적용하였다.

25) 창원지방법원 2013. 2. 6. 선고 2012노566 판결.

아니하였다고 판단하였다. 이에 관하여 대법원은 원심 판결에 "병역법 제96조 단서에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다"[26]고 판단하면서 상고를 기각하였다.

그런데 위 항소심이 언급한 대법원 2009도6968 판결에서 피고인 1은 피고인 2 재단법인과 관련된 학교의 행정실장으로서, 위와 같은 법리는 종업원인 피고인 1과 관련된 피고인 2 재단법인의 형사책임 귀속조건에 관한 것이었다. 따라서 항소심이 인용한 대법원의 사안은 종업원의 위반행위 유형으로서 대표자의 위반행위에 관한 것이 아님에도 두 개 유형에 대해 같은 판단기준을 통해 면책규정의 적용 여부를 판단한 것이다. 그러므로 이러한 법원의 입장을 종합해 보면 법원은 법인의 대표자의 위반행위에 관하여 면책규정이 마련된 경우를 종업원의 위반행위에 관해 면책규정이 마련된 경우와 같은 판단기준으로 그 면책규정의 적용 여부를 판단하는 것으로 이해할 수 있다. 그러나 이러한 항소심 및 대법원의 판단에는 다음과 같은 문제점이 있다. 첫째, 항소심은 피고인 □□□는 피고인 ○○정공 주식회사의 대표자임에도 면책규정이 있다는 이유로 "형벌의 자기책임원칙에 비추어 보면, 위반행위가 발생한 그 업무와 관련하여 법인이 상당한 주의 또는 관리감독 의무를 게을리한 때에 한하여 위 양벌규정이 적용된다"고 판시하였는바, 대법원은 아래에서 언급하는 바와 같이 종래 법인의 대표자의 위반행위는 종업원의 위반행위와 달리, 법인의 대표자의 고의 또는 과실은 곧바로 법인의 고의 또는 과실로 이해하여도 자기책임원칙에 반하지 않는다는 취지였음에도 면책규정이 있는 경우에는 자기책임원칙과 조화를 이루기 위해서 법인의 귀책사유가 필요한 이유에 관한 이론적 근거를 제시하지 못한 한계가 있다. 또한 이 판결에서 법원은 법인의 대표자의 위반행위임에도 면책규정이 마련된 경우에 종래 법인의 대표자의 위반행위에 적용한 동일시이이론과의 관계에 관해 아무런 설명이 없다. 둘째, 항소심이 대법원 2009도6968 판결을 인용하면서 판단기준으로 언급한 "행위자에 대한 감독가능성 또는 구체적인 지휘감독관계"를 살펴보면 종업원의 위반행위와 법인의 대표자의 위반행위는 위반행위자가 종업원 또는 법인의 대표자로서 위반행위자의 지위와 권한 내지 역

26) 대법원 2013. 6. 27. 선고 2013도2487 판결.

할이 차이가 있어 이들을 감독하는 기관이 차이가 발생할 수밖에 없음에도 양자 모두 마치 법인 자신에게 감독가능성과 지휘감독관계를 인정하는 듯한 태도는 타당하지 아니하다. 셋째, 항소심은 “법인이 상당한 주의 또는 관리감독 의무를 게을리한 때에 한하여 위 양벌규정이 적용된다”고 언급하면서 피고인 ○○정공 주식회사가 병역법 위반행위 방지를 위한 상당한 주의 또는 감독의무를 다하지 아니하였다고 판단하나, 법인 자신에게 그와 같은 주의 또는 감독의무를 요구하기 위한 이론적 전제로서 법인의 행위능력이 인정되야 하는데, 법인의 행위능력을 인정할 이론적 내지 실정법적 근거가 무엇인지에 관해 언급이 없다.

Ⅲ. 일반적 형태의 현행 양벌규정의 구조에 관한 기존의 견해 및 비판적 검토

1. 기존의 견해

가. 대법원과 헌법재판소의 입장

우선 대법원은 법인의 대표자의 위반행위와 관련해 구 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(법률 제9407호) 제448조가 종전과 달리 단서에 “다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다”는 면책규정을 2009. 2. 3. 신설하였음에도 “자본시장과 금융투자업에 관한 법률에서 법인은 기관을 통하여 행위하므로, 법인이 대표자를 선임한 이상 그의 행위로 인한 법률효과와 이익은 법인에게 귀속되어야 하고, 법인 대표자의 범죄행위에 대하여는 법인 자신이 책임을 져야 하는데, 법인 대표자의 법규위반행위에 대한 법인의 책임은 법인 자신의 법규위반행위로 평가될 수 있는 행위에 대한 법인의 직접책임이기 때문이다(헌법재판소 2010. 7. 29. 선고 2009헌가25 등 전원재판부 결정 참조)”[27]라고 판단하면서 주식회사 대표이사의 위반행위에 대해 주식회사에게 형사책임을 인정하였다.[28]

---

27) 대법원 2018. 4. 12. 선고 2013도6962 판결.

28) 이러한 입장은 구 폐기물관리법 제67조가 단서를 마련하기 전에 법인의 대표자의 위반행위에 관하여 대법원이 “법인은 기관을 통하여 행위하므로 법인이 대표자를 선임한 이상 그의

반면, 종업원의 위반행위와 관련해서는 구 산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률(법률 제9227호) 제38조가 종전과 달리 “다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다”는 면책규정을 2008. 12. 26. 신설하였는데, “형법의 자기책임원칙에 비추어 볼 때, 위 양벌규정은 법인이 사용인 등에 의하여 위반행위가 발생한 그 업무와 관련하여 상당한 주의 또는 관리감독 의무를 게을리한 때에 한하여 적용된다(대법원 2011. 7. 14. 선고 2009도5516 판결 등 참조). 이러한 양벌규정에 따라 법인은 위반행위가 발생한 그 업무에 관련하여 법인이 상당한 주의 또는 관리·감독 의무를 게을리한 과실로 인하여 처벌된다”[29] 고 판단하면서 원심이 현장 엔지니어인 피고인의 산업기술 부정사용 및 공개행위를 방지하기 위하여 피고인 주식회사가 상당한 주의 또는 관리·감독을 게을리하였다는 점에 대한 증명이 부족하다고 보아 무죄를 선고한 제1심을 그대로 유지한 것은 수긍할 수 있다고 판단하였다. 결국 대법원은 법인의 대표자의 위반행위에 관하여는 법인의 대표자의 고의 또는 과실로 형사책임이 성립하면 곧바로 법인에게 형사책임을 귀속시키는 반면, 종업원의 위반행위에 관하여는 법인이 상당한 주의 또는 관리·감독을 게을리한 과실 여부를 판단해 법인에 대한 형사책임의 귀속 여부를 판단하는 이원적인 입장이라고 할 것이다.

한편, 헌법재판소는 종업원의 위반행위와 관련해 구 산업안전보건법(법률 제9434호) 제71조가 종전과 달리 단서에 “다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독

행위로 인한 법률효과는 법인에게 귀속되어야 하고, 법인 대표자의 범죄행위에 대하여는 법인 자신이 책임을 져야 하는바, 법인 대표자의 법규위반행위에 대한 법인의 책임은 법인 자신의 법규위반행위로 평가될 수 있는 행위에 대한 법인의 직접책임으로서, 대표자의 고의에 의한 위반행위에 대하여는 법인 자신의 고의에 의한 책임을, 대표자의 과실에 의한 위반행위에 대하여는 법인 자신의 과실에 기한 책임을 지는 것이다(헌재 2010. 7. 29. 선고 2009헌가25 전원재판부 결정 참조). 따라서 이 사건 법률조항 중 법인의 대표자 관련 부분은 대표자의 책임을 요건으로 하여 법인을 처벌하는 것이므로 양벌규정에 근거한 형사처벌이 형벌의 자기책임원칙에 반하여 헌법에 위배된다고 볼 수 없다”고 판시한 대법원 2010. 9. 30. 선고 2009도3876 판결의 입장을 그대로 고수한 태도로 해석할 수 있다.

29) 대법원 2018. 7. 12. 선고 2015도464 판결.

을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다"는 면책규정을 2009. 2. 6. 신설하였는데, "헌법상 법치국가의 원리 및 죄형법정주의로부터 도출되는 책임주의 원칙에 의하면, 법인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 법인 업무 수행 중에 범한 위법행위에 대하여 법인에게도 형사책임을 묻기 위해서는 불법의 결과 발생에 관하여 법인에게도 그 의사결정 및 행위구조상의 책임이 인정되어야 한다. 즉, 법인에 대한 양벌규정 조항이 책임주의 원칙에 부합하려면, 법인의 독자적인 책임 유무에 따라 법인에 대한 형사처벌 여부가 결정되도록 하여야 한다(헌재 2010. 5. 27. 2009헌가28; 헌재 2010. 7. 29. 2009헌가18등; 헌재 2010. 10. 28. 2010헌가55등; 헌재 2011. 6. 30. 2011헌가7등 참조).[30] (중략) 이 사건 양벌규정조항은 법인의 독자적인 책임이 인정되지 않는 경우에는 법인에 대한 형사처벌을 과하지 않는 내용의 단서를 두고 있으므로, 책임주의 원칙에 어긋나지 아니한다"[31]고 판단하였다. 헌법재판소는 비록 직접적으로는 종업원의 위반행위에 한정해 판단한 것이나, "법인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원"에 한정해 법인에게도 형사책임을 묻기 위해서는 불법의 결과 발생에 관하여 법인에게도 그 의사결정 및 행위구조상의 책임이 인정되어야 한다는 입장을 표명한 것으로 이해할 수 있고, "법인의 대표자"는 그러한 해석이 배제되는 것으로 해석할 수 있는 점[32]에서 앞서 언급한 대법원의 입장과 궤를 같이한다고 할 것이다.[33]

---

30) 김성돈, 앞의 논문(각주 5), 141면은 헌법재판소 2011. 6. 30. 선고 2011헌가7·10(병합) 전원재판부 결정에서 '종업원 위반행위에 관하여 비난의 근거가 되는 법인의 의사결정 및 행위구조, 즉 종업원 등이 저지른 행위의 결과에 대한 법인의 독자적인 책임'을 언급한 것에 관하여 "이러한 표현은 종래 법인의 독자적 잘못과 관련하여 나온 '법인의 선임감독상의 과실'이라는 표현이나, 양벌규정상의 '종업원의 위반행위를 저지하기 위한 상당한 주의와 감독의무의 위반'이라는 표현보다 훨씬 일반화되고 진일보한 표현"이라고 평가한다.

31) 헌법재판소 2017. 10. 26. 선고 2017헌바166 전원재판부 결정.

32) 이러한 해석에 따르면 헌법재판소는 양벌규정의 단서가 신설되기 전 구 농산물품질관리법(2002. 12. 26. 법률 제6816호로 개정되고, 2009. 6. 9. 법률 9759호로 개정되기 전의 것) 중 "법인의 대표자가 그 법인의 업무에 관하여 제34조의2의 위반행위를 한 때에는 그 법인에 대하여도 해당 조의 벌금형을 과한다"는 부분에 관하여 앞서 언급한 바와 같이 합헌 판단을 한 헌법재판소 2010. 9. 29. 선고 2009헌가25 전원재판부 결정의 입장을 단서가 신설된 이후에도 그대로 유지하는 것으로 이해할 수 있다.

33) 김성돈, 「형법총론」, 성균관대학교 출판부(2020), 159면도 양벌규정의 단서가 신설된 이

나. 학계의 입장

학설 중에는 종래 헌법재판소의 태도를 “개인 사업주와 책임주의”, “법인 사업주와 책임주의”, “법인 대표자와 책임주의”라는 3개 유형으로 나누고,[34] 앞의 2개 유형과 달리, 법인 대표자의 위반행위에 관하여는 책임주의에 반하지 않는다고 판단한 입장으로 설명하면서,[35] “헌법재판소가 양벌규정에도 책임주의가 적용되어야 한다고 결정한 이래 양벌규정의 입법적 정비가 이루어지고 있다. 그 방법으로 대리인·사용인·종업원에 대한 법인 또는 개인 사업주의 선임·감독의무 준수를 명시하여 사업주의 면책가능성을 인정하는 단서조항이 추가되고 있다”[36]고 설명하는 견해가 있다. 이러한 견해는 신설된 양벌규정의 면책규정은 앞의 2개 유형에 한정해 책임주의 위반이라고 판단한 헌법재판소의 입장을 반영한 것으로서 법인의 대표자의 위반행위에는 적용될 수 없다는 입장으로 이해할 수 있다. 그리고 일부 견해는 양벌규정의 처벌구조를 “대표자 위반 행위사례유형”과 “종업원 위반행위 사례유형”으로 구분하고, 전자에 관해서는 후자와 달리, 대표자에게 요구되는 위반행위가 기업의 업무관련성을 가질 것과 그 위반행위가 범죄성립요건이 충족될 것 이외에 별도로 법인에게 요구되는 요건이 없다고 이해하면서 그 이론적 배경을 동일시이론으로 명시한다.[37] 따라서 이러한 학설들에 따르면 일반적 형태의 현행 양벌규정의 면책규정은 법인의 대표자의 위반행위에 관해 적용될 여지가 없다.

2. 비판적 검토

생각건대 일반적 형태의 현행 양벌규정의 면책규정이 신설된 경위에 관해 헌법재판소가 업무주 중 법인 사업주이든 개인 사업주이든 이들의 면책규정을 따로 마련하지 아니한 종전 양벌규정의 형태 중 종업원의 위

후의 대법원과 헌법재판소의 태도를 종업원등위반행위사례유형과 대표자위반행위사례유형으로 나눌 수 있다는 것을 전제로 법인처벌의 처벌근거를 달리 해석한다.

34) 헌법재판소 2007. 11. 29. 선고 2005헌가10 전원재판부 결정(개인 사업주와 책임주의); 헌법재판소 2009. 7. 30. 선고 2008헌가16 전원재판부 결정(법인 사업주와 책임주의); 헌법재판소 2010. 7. 29. 선고 2009헌가25 전원재판부 결정(법인 대표자와 책임주의).

35) 신동운, 「형법총론」, 법문사(2019), 121-123면.

36) 신동운, 앞의 책(각주 35), 124-125면.

37) 김성돈, 앞의 책(각주 33), 166면.

반행위에 한정해 책임주의에 반한다고 판단한 입장을 반영한 것으로 이해하면, 비록 양벌규정에 면책규정이 신설되었더라도, 법인의 대표자의 위반행위에 관하여는 여전히 동일시이론에 따라 법인에게 면책규정이 적용될 수 없다. 이처럼 기존의 견해들은 일반적 형태의 현행 양벌규정의 면책규정이 신설된 역사적 경위를 중시한 연혁적 해석에 따라 그 적용범위를 해석한다. 그리고 연혁적 해석에 충실한 기존의 견해들에 따르면 비록 중대재해처벌법과 병역법에 법인의 대표자의 위반행위에 관해 면책규정이 있어도, 그 면책규정은 법인이나 기관에게 적용될 여지가 없다.

그러나 특별법이 법인의 대표자의 위반행위에 법인이나 기관에 명시적으로 면책규정을 마련하였음에도 불구하고 법인이나 기관에 면책규정이 적용될 수 없다는 해석은 해석이라는 이름으로 명시적으로 면책규정을 마련한 입법자의 입법적 결단을 무시하는 결과를 야기한다. 이러한 결과는 애초 헌법재판소가 면책규정이 전혀 마련되지 아니한 종전 양벌규정 중 합헌적 법률해석이 가능한 법인의 대표자 위반행위 부분은 동일시이론에 의해 최대한 헌법에 부합하게 해석하여 책임주의에 반하지 않는다고 해석해 입법재량권을 최대한 존중하려고 했던 태도와 배치되는 결과를 초래한다. 이렇게 헌법재판소가 입법재량권을 존중하기 위해 최대한 합헌적 법률해석을 한 노력은 일부 헌법재판관이 법인의 대표자의 위반행위에 관해서도 책임주의 위반이라고 해석한 의견[38]을 표명하였으나, 다수의견으로 채택하지 아니한 사실에 의해서도 알 수 있다. 따라서 현행 양벌규정의 면책규정이 마련된 경위에 집착한 연혁적 해석에 의존해 중대재해처벌법과 병역법의 면책규정이 적용될 여지가 없다는 해석은 타당하지 못하다고 생각한다. 그리고 입법자가 법인의 대표자의 위반행위에 관해 면책규정을 명시하였음에도 불구하고 종전의 동일시이론을 그대로 적용해 면책규정이 적용될 수 없다는 입장은 앞서 언급한 병역법의 양벌규정 단서와 관련된 항소심과 대법원의 판단이 비록 앞서 지적한 바와 같은 문제점이 있다고 하더라도, 그 면책규정이 적용될 가능성이 있

38) 앞서 언급한 헌법재판소 2009헌가25 전원재판부 결정에서 김종대 재판관, 목영준 재판관은 대표자 관련 부분에서 법인이 대표자의 범죄에 대해 어떠한 잘못이 있는지 묻지 아니하고 법인에게 대표자와 같은 형을 과하도록 규정한 것은 무조건 다른 사람의 범죄행위를 이유로 처벌하는 것으로 형벌에 관한 책임주의에 반한다고 주장하였다.

다는 입장을 전제한 판단과도 부합하지 아니한다. 결국 중대재해처벌법과 병역법과 같이 양벌규정이 법인의 대표자의 위반행위에 면책규정을 마련한 경우에는 종전의 동일시이론을 그대로 적용시켜 면책규정이 적용될 여지가 없게 하는 해석은 타당하지 못하다. 따라서 그 범위 내에서 종전의 동일시이론을 그대로 적용하는 태도는 수정되거나 폐기되어야 한다. 그렇다면 법인의 대표자의 위반행위에 관해 종전에 적용되던 동일시이론을 수정 내지 제한하는 선에서 위와 같은 면책규정의 적용범위를 이해할 것인지 아니면 동일시이론을 폐기해 법인 자신의 과실을 인정하는 방법에 의해 면책규정의 적용범위를 이해할지가 문제된다. 이러한 문제를 다루기 위해서는 일반적 형태의 현행 양벌규정의 단서의 의미에 관한 기존의 학설의 대립을 살펴볼 필요성이 있다.

Ⅳ. 일반적 형태의 현행 양벌규정 단서의 의미에 관한 학계의 입장 및 비판적 검토

1. 학계의 입장

일반적 형태의 현행 양벌규정의 단서의 의미[39]에 관해 학설은 과실 책임설, 부작위 책임설, 작위책임 포함설로 견해가 대립된다. 먼저 과실 책임설[40]은 양벌규정의 단서를 과실책임으로 이해하고, 과실의 내용은 법인의 기관으로서 법인과 동일시되는 대표자의 과실이나 법인의 종업원에 대한 감독소홀 과실이라고 이해한다. 부작위 책임설[41]은 종업원을 관리·

39) 이순욱, “법인의 양벌규정에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 박사학위논문(2016), 127면은 “단서 규정을 법인에 대한 불법요건으로 본다면 법인에 대한 책임 부분이 없는 규정이고, 단서 규정을 면책규정으로 본다면 법인에 대한 불법요건은 무엇인지 알 수 없다. 따라서 법인 업주 양벌규정의 조문만으로 본다면, 이를 해석함에 있어서 작위/부작위범, 고의/과실, 불법의 연대/책임의 연대 등 해석의 여지가 매우 많은 조문이라고 생각한다”고 언급한다.

40) 김혜정 외 4명, 「형법총론」, 정독(2020), 77면; 박상기·전지연, 「형법학」, 집현재(2021), 47면.

41) 김완기, “행정형벌의 책임주의적 해석론에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 석사학위논문(2016), 86면은 “과실책임설이 타당하고, 필자는 그 가운데 부작위감독책임설을 지지한다”고 언급하나, 체계상 부작위책임설이 과실책임설의 하위 범주가 아니라는 점에서 논리적인 문제가 있다; 이주희, “양벌규정의 개선입법에 관한 고찰”, 한양법학 제28집, 한양법학회(2009), 106면은 “면책규정이 있는 양벌규정에서 사용하고 있는 ‘상당한 주의와 감독’이라는 문언에 비추어 볼 때 양벌규정에 의한 업무주처벌의 근거를 과실책임설에서 찾는 것이

감독해야 할 법인 자신의 보증의무위반 때문에 형사책임을 부담하는 것으로 이해하여 업무주의 과실뿐만 아니라 고의도 포함될 수 있다고 이해한다. 또한 부작위 책임설은 업무주의 처벌근거를 부작위책임에서 찾을 경우 업무주는 종업원의 범죄행위 발생 이전 단계에서 종업원의 범죄행위를 방지할 수 있는 기대가능한 안전조치를 취할 의무를 부담하게 됨으로써 법익보호에 유리한 장점이 있다고 주장한다.[42] 그리고 작위책임 포함설[43]은 양벌규정의 단서를 업무주의 고의·과실 뿐만 아니라 진정부작위범의 형식으로 제한되어야 할 이유가 없기 때문에[44] 부작위 책임설도

틀린 것은 아니지만, 부작위책임에 있다고 보는 것이 형법상의 행위책임원칙에 비추어 볼 때 보다 타당하다"고 주장한다; 임웅, 「형법총론」, 법문사(2021), 110면; 정성근·박광민, 「형법총론」, 성균관대학교 출판부(2020), 92면; 장한철, "양벌규정에 관한 헌재의 위헌결정과 개정 양벌규정에 관한 고찰", 한양법학 제23권 제3집, 한양법학회(2012), 136면; 조명화·박광민, "양벌규정과 형사책임 - 개정된 양벌규정의 문제점을 중심으로 -", 법학논총 제23집, 숭실대학교 법학연구소(2010), 17-18면은 양벌규정의 단서를 과실책임으로 이해하면 업무주가 고의가 있는 경우에 과실책임을 인정하게 되어 책임주의원칙과 조화되기 어렵다고 주장하면서 부작위 책임설이 타당하다고 주장한다.

42) 이주희, 앞의 논문(각주 41), 106면.

43) 김성돈, 앞의 책(각주 33), 162면. 여기서는 저자가 주장하는 학설의 명칭에 관해 명시적으로 언급하지 아니하나, 예컨대 안정빈, "법인형사처벌에 있어서의 양벌규정에 관한 연구 - 법인형사처벌에 있어서 동일시이론 비판을 중심으로 -", 서울대학교 대학원 석사학위논문(2017), 69면은 이러한 입장을 "부작위(감독)책임, 행위책임 이원설"이라고 부르면서 이러한 입장을 법인 기관의 행위에 관하여는 법인이 직접 책임을 부과받지만, 종업원이 위반행위를 한 경우에는 법인은 관리 감독에 관한 부작위책임을 지는 입장으로 이해한다. 그러나 김성돈 교수의 견해는 종업원 위반행위에 관해 업무주의 형사책임이 귀속되는 형태를 부작위에 한정하지 아니므로 "부작위(감독)책임, 행위책임 이원설"로 이해하는 것은 타당하지 아니하다. 즉 김성돈, 「기업처벌과 미래의 형법: 기업도 형법의 주체가 될 수 있는가」, 성균관대학교 출판부(2018), 154면은 "단서 조항이 법인 처벌 근거를 소극적으로 표현한 것으로 이해한다면, 단서 조항에 포섭될 수 있는 법인의 행위는 과실에 국한되지 않는다. 최소한 과실이라도 없으면 법인을 처벌할 수 없음을 선언하고 있는 것일 뿐이다"고 주장하면서 같은 책, 155면은 "양벌 규정은 법인의 과실을 넘어서 고의까지 포섭할 수 있음은 물론, 법인의 부작위뿐 아니라 작위도 포섭할 수 있게 된다"고 언급한다. 따라서 이러한 입장을 부작위 책임설과 대비해 '작위책임 포함설'로 부를 수 있을 것이다.

44) 김성돈, "법인의 형사책임과 양벌규정의 해석과 적용", 저스티스 통권 제168호, 한국법학원(2018), 286면은 양벌규정의 단서가 소극적 형식의 규율방식으로서 단서에 의해 처벌되기 위해서는 최소한 주의감독의무위반이 있을 것을 요구하므로 종업원 위반행위에 관해 법인에게 부과될 수 있는 책임의 종류가 고의범인지, 과실범인지, 진정 부작위범인지 부진정 부작위범인지 판단하는 것은 무의미하다고 주장한다.

한계가 있다고 주장한다. 이 견해는 업무주를 주의의무 위반죄(과실범) 또는 의무에 위반해 종업원의 위반행위를 방지하지 못한 죄(진정부작위범)로만 이해하면 업무주에 대한 법정형이 행위자보다 가벼워야 하는데 이는 대부분의 양벌규정이 업무주와 행위자의 법정형을 동일하게 규정한 것과 부합하지 아니한다고 비판한다.[45]

2. 비판적 검토

생각건대 위 학설들은 모두 양벌규정의 단서에 법인 사업주이든 개인 사업주이든 그 사업주의 과실이 포함된다는 것은 다툼이 없고, 그 사업주의 고의가 포함되는지 여부와 작위까지 포함되는지 여부에 관한 견해의 대립이라고 이해할 수 있다. 한편, 업무주의 과실이 인정되어 업무주의 형사책임이 귀속됨에도 업무주의 고의가 인정되는 경우를 제외해 업무주의 형사책임을 배제시키는 것은 형평에 반한다. 또한 우리나라 형사법체계에서 법위반행위에 관해 과실범만 처벌하고 고의범을 처벌하지 아니하는 경우는 없으므로[46] 체계정당성의 원리[47] 관점에서도 고의를 포함시키는 것이 타당하다. 그리고 상당한 주의와 감독의무위반의 형태를 굳이 부작위에 한정할 실정법적 내지 이론적 근거가 없으므로 일단 단서의 의미에 그 사업주의 고의 또는 과실, 부작위 또는 작위를 모두 포함시키는 작위책임 포함설이 타당하다고 생각한다.

그런데 이러한 학설들은 앞서 언급한 바와 같이 일반적 형태의 현행 양벌규정의 단서를 종업원의 위반행위에 한해 적용하는 것을 전제하므로, 종업원의 위반행위에 관한 법인 사업주나 개인 사업주를 기준으로 한 고의 또는 과실, 부작위 또는 작위를 판단해야 한다. 이러한 관점에서 개인 사업주는 자연인이므로 개인 사업주의 고의나 과실, 작위나 부작위

45) 김성돈, 앞의 책(각주 43), 155면.

46) 예컨대 장물취득죄의 경우에는 고의범(형법 제362조)과 업무상과실범(형법 제364조)을, 상해죄의 경우에는 고의범(형법 제257조), 과실범(형법 제266조), 업무상과실범(형법 제268조)을 처벌한다.

47) 체계정당성(systemgerechtigkeit)의 원리란 동일 규범 내에서 또는 상이한 규범 간에((수평적 관계이건 수직적 관계이건) 그 규범의 구조나 내용 또는 규범의 근거가 되는 원칙 면에서 상호 배치되거나 모순되어서는 아니된다는 헌법적 요청이다(헌법재판소 2005. 6. 30. 선고 2004헌바40 전원재판부 결정).

를 판단하면 되나, 법인 사업주의 경우에는 법인 자신의 고의뿐만 아니라 과실이 인정될 수 있는지에 관한 문제가 발생한다. 이에 관해 과실책임설은 앞서 언급하였듯이 자연인인 '법인 대표자'의 과실을 판단할 뿐만 아니라 '법인' 자신의 종업원에 대한 감독소홀을 판단할 수 있다는 것인데, 법인에게 행위능력을 인정할 수 있는지에 관한 문제가 명확히 해결되지 아니한 상태에서 과연 법인 자신의 과실을 인정할 수 있는 근거에 관한 의문이 제기된다. 그리고 부작위 책임설은 '법인' 자신의 보증의무를 위반한 책임으로 이해하나, 법인에게 행위능력을 전제해야 일정한 보증의무를 부과할 수 있다고 할 것인데, 법인에게 행위능력을 인정할 수 있는 실정법적 근거 내지 이론적 근거가 무엇인지에 관한 의문이 여전히 남는다. 이에 반해 작위책임설은 "양벌규정을 통해 법인에게 고의책임 또는 과실책임을 지울 수 있다는 의미를 법인이 직접 고의 또는 과실행위를 직접 할 수 있는 것으로 이해해서는 안 된다. (중략) 법인에 대해 형사책임을 인정하는 양벌규정의 태도를 설명할 수 있는 방법은 의식을 가지고 직접적으로 행위를 수행한 자연인의 위반행위를 매개로 삼아 그 행위를 법인에게 귀속시키는 이른바 귀속컨셉이다"[48]라고 주장한다. 이러한 견해는 종업원의 위반행위의 경우에 법인에게 형사책임을 귀속하기 위해서 종업원의 업무관련 위반행위와 범죄성립요건 중 종업원의 불법단계까지 인정되면 되고, 법인이 상당한 주의와 감독의무를 게을리할 것을 요구한다.[49] 그런데 작위책임 포함설은 종업원의 위반행위에 관해 법인처벌을 종업원의 위반행위의 불법에 종속시키면서도 여기에 '법인 자신의 잘못'을 추가해 법인의 형사책임을 귀속시키는 것으로 이해하여 결국 법인의 대표자의 위반행위와 종속의 정도를 달리 이해한다.[50] 또한 종업원의 위반행위에 관해 '법인 자신의 잘못'을 요구한다는 점에서 배경이론을 '독자적 조직책임이론'으로 이해한다.[51]

48) 김성돈, 앞의 책(각주 33), 162면.

49) 김성돈, 앞의 책(각주 33), 165면.

50) 김성돈, 앞의 책(각주 33), 168면, 각주 55). 또한 작위책임 포함설이 종업원의 위반행위 유형에 법인에게 형사책임을 귀속시키기 위해 법인 자신의 불법을 요구하는 입장은 "종업원 등의 위반 행위 사례 유형의 경우는 법인의 불법이 종업원 등의 위반 행위의 불법만으로 구성되지 않고, 감독 의무위반이라는 법인 자체의 불법이 추가되기 때문이다"라고 주장하는 데서 명백히 알 수 있다[김성돈, 앞의 책(각주 43), 168면].

그러나 개인적으로 작위책임 포함설이 '법인 자신의 잘못'을 비록 법인에 대한 형사책임 귀속 형태의 하나의 요건으로 이해하더라도, 이러한 논리 구성도 법인의 행위능력을 인정할 실정법적 내지 이론적 근거가 명확하지 아니한 상태에서 쉽사리 수긍하기 어렵다고 생각한다. 따라서 법인의 행위능력을 인정할 수 있는지에 관해 검토할 필요성이 있다. 법인의 행위능력과 관련해 일부 견해는 "현재 법인에 대한 형사처벌의 여지를 열어두고 있는 우리나라 상황에서 법인의 행위능력을 인정하지 않을 수 없다"[52]고 주장한다.[53] 그러나 입법자가 비록 양벌규정을 통해 법인을 처벌한다고 하더라도 이를 통해 법인의 행위능력까지 실정법적으로 인정한 것으로 이해하는 입장은 논리의 비약이라고 생각한다. 왜냐하면 이러한 견해는 입법자가 양벌규정을 통해 법인의 형벌능력을 인정하였으므로 형벌능력의 전제인 법인의 범죄능력까지 인정한 것으로 해석해야 한다는 것이나, 입법자는 법인의 형벌능력을 실정법적으로 해결하기 위한 의도로 양벌규정을 마련한 것에 불과하고, 법인의 범죄능력까지 실정법적으로 해결하기 위한 것은 아니었기 때문이다. 이러한 사실은 조세범처벌법 제정 당시 입법자료에 의해 명확히 확인할 수 있다. 예컨대 조세범처벌법 제정 당시 법제사법위원장이었던 엄상섭은 양벌규정을 마련한 조세범처벌법안 제3조[54]에 관해 "제3조가 법인 처벌 능력에 관한 규정이예요. 법인을 처벌할 수 있느냐, 없느냐가 형법상 많이 문제가 되어 오다가 하여간 이론상 문제를 제쳐 놓고 우리가 법인이라는 것보다도 법인에 관련해서 나오는 범죄를 처벌할 필요가 있는 정도의 처벌 한계에 넣자는 것이 현재 형법학계의 한 주석이라고 할 것입니다"[55]라고 발언하

51) 김성돈, 앞의 책(각주 33), 166면.

52) 신동운, 앞의 책(각주 35), 114면.

53) 한편, 민법상의 법인실재설 또는 형법상의 행위 개념에 관한 사회적 행위개념의 관점에서 법인의 행위능력을 인정하는 견해로 김성규, "법인처벌의 법리와 규정형식", 법조 제53권 제11호, 법조협회(2004), 118면.

54) 당시 조세범처벌법안 제3조는 "법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인, 사용인 기타의 종업인이 그 법인 또는 개인의 업무 또는 재산에 관하여 본법에 규정하는 범칙행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여서도 각 본조의 벌금형에 처한다. 단, 행위자에 대하여서는 정상에 의하여 그 형을 감면할 수 있다"고 규정하였는데, 그 안과 같은 규정으로 입법화되었다.

여 이 규정이 법인의 형벌능력을 실정법적으로 해결하기 위한 의도임을 분명히 밝혔고, 이러한 사실에 비추어 볼 때 법인의 범죄능력까지 입법적으로 해결하고자 한 의도였다고는 보기 어렵다.

그리고 만약 입법자가 양벌규정을 통해 실정법적으로 법인의 행위능력을 부여한 것으로 이해하면 논리적으로 법인에게 행위능력에 근거한 과실책임 이외에 고의책임까지 인정할 수 있다고 보아야 하나, 법인에게 고의책임을 인정하는 것은 고의의 성질상 자연인을 전제로 할 수밖에 없다는 점에서 타당하지 못하다. 앞서 언급한 과실책임설이 종업원에 대한 감독소홀에 관한 법인의 과실을 언급하나, 감독소홀에 관한 법인 자신의 고의를 언급하지 못하는 이유도 이러한 이유에서 기인한 것으로 이해할 수 있다. 또한 설령 입법자가 양벌규정의 단서의 주체를 '법인'으로 규정해 종업원의 위반행위에 관해 법인 사업주 자신의 과실을 인정할 수 있는 범위 내에서 행위능력을 인정한 것으로 해석하더라도 그와 같은 범위 내에서만 행위능력을 인정하는 이론적 근거를 제시하기 어렵다고 생각한다.

다른 견해는 "형법전은 일정한 행위능력이 있고 책임능력 있는 주체에게 형사책임을 인정하기 위해서 일정한 행위(작위 또는 부작위)를 금지하고 있지만, 양벌규정을 통하더라도 법인에게는 금지할 수 있는 일정한 행위를 전제할 수 없다. 이 때문에 양벌규정은 형법전과 달리 법인에게 형사책임을 지우기 위해 행위규범의 형식을 취할 수 없고, 자연인 인간의 행위와 책임을 법인에게 '귀속'시키는 것을 내용으로 하는 귀속규범의 형식을 취할 수 밖에 없다"[56]고 주장한다. 이러한 견해는 앞서 언급한 견해와 달리 입법자가 양벌규정을 통해 법인의 형벌능력을 넘어 행위능력까지 인정한 것으로 해석하는 입장은 아니라고 이해되나,[57] 법인의 행

55) 대한민국국회 인터넷 사이트 의안정보시스템 의안번호 020089 조세범처벌법안 제10회 국회정기회의 속기록 12면.

56) 김성돈, 앞의 책(각주 33), 156면.

57) 김성돈, 앞의 책(각주 33), 155면은 법인의 범죄능력을 부정하는 입장을 지지하면서, 형법전도 양벌규정도 모두 법인의 범죄능력은 부정하지만 양벌규정에서는 예외적으로 법인의 수형능력만 인정하는 것으로 이해하는 견해에 대해 "원칙적으로 범죄능력이 없는 법인에 대해 예외적으로 수형능력만을 인정하는 특별법으로서의 양벌규정의 위상을 재정립할 수 있고, 그로써 서로 모순되는 두 개의 법인본질을 전제로 하는 체계상의 난맥상을 피해갈 수는 있다"고 언급한다.

위능력이 인정되지 아니한 상태에서 아무리 법인에 대한 형사책임 귀속 조건 중 하나로 이해하더라도, '법인 자신의 잘못'을 인정할 수 있는 근거가 무엇인지에 관한 의문이 여전히 남는다.[58] 이는 설령 '법인 자신의 잘못'을 범죄성립요건이 아니라 법인에 대한 처벌조건으로 이해하더라도,[59] 현행 실정법의 해석상 '법인 자신의 잘못'이 가능한지에 관한 의문은 여전히 해소되지 아니한다.

따라서 비록 입법자가 양벌규정을 통해 법인을 형사처벌함으로써 법인의 형벌능력을 실정법적으로 해결한 사실은 인정되나, 현행 양벌규정의 본문과 단서가 법인의 행위능력을 실정법적으로 인정한 규정이라고 보기에는 논란의 소지가 크므로 비록 현행 양벌규정 단서의 주체가 '법인'이라고 표현되어 있더라도 해석론으로 위 문구는 법인과 동일시할 수 있는 '법인의 대표자'라고 해석함이 상당하다.[60] 그리고 이러한 입장에 의하면 법인의 대표자의 위반행위뿐만 아니라 종업원의 위반행위도 법인의 기관

58) 이순욱, 앞의 논문(각주 39), 154면 각주 301)은 "종래의 조직체모델에 대한 설명이 '고의범'을 상정하기 어렵다는 것이었고, 법인이 자연인을 매개로 하지 않으면서 고의범을 범할 수 있다는 이론은 현재 '법철학적 논의' 단계에 머물러 있다"고 주장하고, 앞의 논문(각주 39), 159면은 "법인에 고의가 있는가 하는 문제에 대하여, 고의는 결국 주관적인 요소가 매우 강하게 드러날 수밖에 없는 것으로 과실범이 객관적인 요소를 가지고 있는 것과 다르고, 그렇다면 과연 법인에 고의를 인정하기 위하여는 결국 법인 자체의 고의로서는 이론 구성을 하기 어렵다는 문제가 생긴다"고 주장한다. 이러한 주장은 작위책임설이 양벌규정의 단서에 업무주의 고의까지 포함시켜 이해하고, 업무주에 법인 사업주까지 포함시키는 입장에 대한 유효한 비판이 될 수 있다. 이에 대해 사회적 행위론에 따라 행위를 사회적으로 의미가 있는 행태로 정의할 수 있고, 사회적 행위론에 따르면 무의식 중의 행위는 제외되며, 의식을 '자극에 대한 조직체의 반응 능력'이라고 정의한다면 법인도 의식을 가진 존재라는 주장에 관하여는 정혜욱, "책임주의 원칙과 법인의 형사책임 – 법인 행위의 일반적 행위요소와 의사자유의 문제를 중심으로 –", 가천법학 제5권 제2호, 가천대학교 법학연구소(2012), 96면.

59) '법인 자신의 잘못'을 처벌조건으로 이해하면 종업원의 위반행위에 관해 법인은 자신의 귀책사유 없이 종업원의 위반행위만으로 범죄구성요건이 성립한다는 점에서 책임주의에 반하게 된다.

60) 같은 취지로 이순욱, 앞의 논문(각주 39), 270면은 "현행 양벌규정 '단서'의 해석론으로도 동일시 이론이 타당한 것으로 보인다. (중략) 위 규정의 감독자가 법인이더라도 실제로는 법인 내 자연인이 그 업무를 수행하는 것이어서 위 규정의 '법인'은 '법인의 대표자(감독자)'라고 읽는 것도 가능하고, 오히려 그렇게 해석하는 것이 더 자연스럽다고 본다"라고 주장한다.

인 대표자의 행위를 매개로 해서 법인에게 형사책임을 귀속시켜야 한다고 생각한다.[61] 그러므로 법인의 대표자의 위반행위는 대표자가 법인의 기관이므로 대표자에게 범죄성립요건이 구비되는 한, 그대로 법인에게 형사책임을 귀속시킬 수 있는 반면, 종업원의 위반행위의 경우에는 종업원은 법인의 기관이 아니므로 종업원의 불법과 더불어 법인 자신의 잘못이 아니라 법인의 기관인 대표자의 종업원에 대한 주의감독의무위반을 매개로 법인에게 형사책임을 귀속시킬 수 있다고 생각한다. 결국 일반적 형태의 현행 양벌규정의 해석론으로는 법인에게 형사책임을 귀속시키려면 종업원의 위반행위 유형이든 법인의 대표자의 위반행위 유형이든, 법인의 기관인 대표자의 행위가 매개되어야 하므로 법인의 대표자의 귀책사유(고의 또는 과실)는 반드시 필요하다고 할 것이다.

Ⅴ. 법인의 대표자의 위반행위에 면책규정이 있는 특별법의 해석론

1. 서론

법인의 대표자의 위반행위에 관해 면책규정이 있는 형태의 양벌규정이 제정된 우리나라의 상황은 다른 나라의 상황과는 사뭇 다르다. 우선 일본에서는 최고재판소가 면책규정이 명시되지 아니한 양벌규정에 관해 책임주의 위반이라고 판단한 바 없어 일반적 형태의 양벌규정에 면책규정이 따로 명시되어 있지 아니하고,[62] 중대재해처벌법이 모티브로 삼는 영국의 기업살인법 내지 기업과실치사법(Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007)은 제1조의 개념상 '기업 등의 운영 내지 조직 방법의 실패로 인하여 사망의 결과가 발생하고, 그러한 운영방법의 실패가 상급관리자에 의한 것으로서 당해 기업이 사망한 자에 대하여 부담하는 주의의무에 대한 중대한 위반이 있는 경우'에 성립하는 것

61) 이와 같이 동일시이론에 의해 법인의 대표자의 행위를 매개로 종업원의 위반행위에 관해서도 법인에게 귀속시킬 수 있다는 견해에 관하여는 樋口亮介, 「法人處罰と刑法理論」, 東京大學出版會(2021), 13-14면; 川崎友巳, 「企業の刑事責任」, 成文堂(2004). 42-46면.

62) 일본에서 양벌규정의 해석을 둘러싼 견해의 대립의 발전과정에 관하여는 이상천, "일본의 양벌규정론에 대한 비교법론적 고찰", 법학논총 제27권 제2호, 국민대학교 출판부(2014), 318-353면.

으로서, 그 죄의 주체는 기업 등의 단체(Organisation)로 제한되고, 그 성립요건으로서 운영실패를 요구한 것은 동일시 이론의 한계를 극복하기 위한 것이며, 그 운영실패란 사고의 직접적인 원인이 된 행위자의 귀책사유와는 전혀 다른 개념으로, 기업의 내부에 적절한 안전관리 시스템이 마련되어 있는지 내지 기업이 위험을 적절히 관리할 수 있도록 운영되고 있는지 여부 등에 의해 판단된다.[63] 따라서 이러한 규율 체계는 앞서 언급한 동일시이론을 전제로 한 우리나라의 양벌규정 체계와는 전혀 다른 구조이다. 그리고 미국에서 1991년 미연방기업양형기준(United States Sentencing Guidelines for Organizations)에 마련된 Compliance Program(법령준수프로그램)은 주로 이사들이 종업원에 대한 적절한 감독의무를 준수하게 하게 함으로써 범죄성립요건이 아니라 기업에 대한 양형상의 참작 사유로 발달되어 온 사실[64]에 비추어 보면 이들 나라의 관련 규정이나 제도 등을 그대로 도입해 적용할 수는 없다.

한편, 법인의 대표자의 위반행위임에도 불구하고 면책규정이 마련된 경우에 종래의 동일시이론을 고수하면 법인이 면책되기 불가능하다. 그리고 앞서 병역법의 양벌규정 단서의 해석에 관한 법원의 판단처럼, 종업원의 위반행위에 적용되는 면책규정에 관한 해석을 그대로 법인의 대표자의 위반행위에 적용하는 것은 종업원과 법인의 대표자의 법인 내 역할과 권한의 차이 등에 비추어 볼 때 단서의 주의의무와 감독의무를 이행할 기관이 달라질 수 있는 등 앞서 언급한 문제점이 있어 타당하지 아니하다. 이와 같은 상황에서 법인의 대표자의 위반행위에 관해 면책규정이 적용되기 위해서는 그 면책규정이 '상당한 주의와 감독의무위반이 없

63) 이러한 영국의 기업살인법 내지 기업과실치사법의 제정 배경과 규율 내용에 관하여는 김재윤, "영국의 기업과실치사법에 대한 고찰과 시사점", 형사정책연구 제25권 제4호, 한국형사정책연구원(2014), 192-198면.

64) 미국에서의 컴플라이언스 제도의 발전과정에 관하여는 육태우, "미국에서의 기업 컴플라이언스의 발전 - 제도적 진화과정 및 최근의 판례법상의 적용 -", 강원법학 제39권, 강원대학교 비교법연구소(2013), 136-166면. 이주희, 앞의 논문(각주 41), 108-109면은 컴플라이언스 프로그램을 종업원의 위반행위에 관한 면책기준으로 언급할 뿐이고, 이를 법인의 대표자의 위반행위에 관한 면책기준으로는 언급하지 아니한다. 같은 취지로 이진국, "기업범죄의 예방수단으로서 준법감시제도(Compliance)의 형법적 함의", 형사정책연구 제21권 제1호, 한국형사정책연구원(2010), 83-84면.

을 것'을 요구하는 점에서 법인의 형사책임을 구성하는 방법으로는 첫째, 예컨대 대표자의 범죄성립요건의 구비 이외에 법인의 대표자의 위반행위에 주의나 감독의무를 담당하는 다른 기관의 귀책사유를 추가적인 귀속조건으로 요구하여 동일시이론을 제한 내지 수정하는 방법과 둘째, 법인의 대표자의 범죄성립요건의 구비 이외에 법인 자신의 과실을 요구하여 동일시이론을 폐기하는 방법을 생각해 볼 수 있으나,[65] 중대재해처벌법과 병역법에 법인의 행위능력을 부여하는 실정법적 근거를 발견하기 어려운 점에서 첫째 방법이 타당하다고 생각한다. 한편 법인의 의사와 행위로 간주될 수 있는 기관의 범위를 살펴보는 의미에서 동일시이론이 적용되는 기관의 범위에 관한 기존의 견해를 살펴볼 필요성이 있다. 아울러 상법의 양벌규정인 제634조의3[66]은 회사의 면책규정이 적용되는 예시적인 사유로 "회사가 제542조의13에 따른 의무를 성실히 이행한 경우"를 규정하므로 이 규정을 살펴볼 필요성이 있다.

2. 동일시이론이 적용되는 기관의 범위에 관한 기존의 견해

기존의 견해 중 일부 견해는 동일시이론은 법인의 대표자에 적용되는데, 여기서 대표자는 실질적인 법인의 의사결정권자도 포함되고,[67] 동일시이론은 법인 내에서 기관 및 임원은 두뇌에, 하위종업원은 손에 해당

65) 법인의 대표자의 위반행위에 관해 법인에 면책규정이 마련된 경우에 면책규정이 적용되기 위해서는 일단 법인의 대표자의 범죄구성요건이 구비되는 것을 전제로 한다. 예컨대 중대재해처벌법 양벌규정인 제7조와 제11조가 적용되기 위해서는 경영책임자등에게 제6조와 제10조에 해당하는 범죄성립요건이 구비되어야 한다. 이는 면책규정을 적용하려면 종전의 동일시이론의 제한 내지 수정하는 방법에 의하든, 동일시이론을 폐기하는 방법에 의하든, 마찬가지이다. 따라서 앞서 작위책임설이 종업원의 위반행위에 법인에 대한 형사책임이 인정되기 위해 종업원의 불법만 인정되면 되고, 책임까지 인정될 필요가 없다는 입장은 면책규정이 있는 법인의 대표자의 위반행위에 관한 법인의 형사책임을 구성하는 데 그대로 적용시킬 수는 없다.

66) 상법 제634조의3은 "회사의 대표자나 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 회사의 업무에 과하여 제624조의2의 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 회사에도 해당 조문의 벌금형을 과한다. 다만 회사가 제542조의13에 따른 의무를 성실히 이행한 경우 등 회사가 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다"고 규정한다.

67) 이순욱, 앞의 논문(각주 39), 155면.

하는 것이며, 두뇌에 해당하는 자연인의 행위만을 법인의 행위로 간주하는 이론이라고 설명한다.[68] 다른 견해는 "각 업무에 관하여 법인으로서의 의사결정의 권한을 가지는 자는 그 업무에 관하여는 법인과 동일시될 수 있기 때문에 그와 같은 의미에서의 동일시이론은 의사결정의 분산화가 진행된 법인에 관하여서도 여전히 타당한 것이다"[69]고 주장하면서 "구체적인 사업에 관하여 법인과 동일시되는 자가 누구인가는 법인의 내부구성 여하에 달려 있다고 말할 수 있다. 일반적으로 말하면 대표이사, (대표권을 가지지 않는) 이사, 부장 등과 같은 법인의 업무집행의 중역기관뿐만 아니라 부장, 경우에 따라서는 계장급의 중간관리자 등도 경우에 따라서는 행위자로 평가될 수 있을 것이다"[70]라고 주장한다. 한편, 대표자의 지시나 위임이 있지 아니한 상급관리자나 말단 종업원의 위법행위에는 법인책임으로 귀속시킬 수 없다는 견해가 있다.[71] 또한 형식적 지위·권한만을 기준으로 동일시주체를 확정하는 것은 문제가 있으므로 실질적 기업지배관리권이 부여되어 있는지 여부와 기업활동과의 관련성이 필요하다는 견해가 있다.[72]

3. 상법상 양벌규정에 관한 해석

상법의 양벌규정인 제634조의3은 회사의 면책규정이 적용되는 예시적 사유로 "회사가 제542조의13에 따른 의무를 성실히 이행한 경우"를 규정한다. 이러한 예시적 사유는 2011. 4. 14. 상법 개정을 통해 신설된 것이다. 그리고 제542조의13은 자산 규모 등을 고려해 대통령령으로 정하는 상장회사에 법령을 준수하고 회사경영을 적정하게 하기 위하여 임직원이 그 직무를 수행할 때 따라야 할 준법통제에 관한 기준 및 절차인 준법통제기준을 마련해야 하고, 이를 담당할 사람으로 준법지원인을 1명 이상

68) 이순욱, 앞의 논문(각주 39), 152면.

69) 김성규, 앞의 논문(각주 53), 122면.

70) 김성규, 앞의 논문(각주 53), 124면 각주 39).

71) 최대호, "법인에 대한 형사책임 귀속의 요건", 법학논문집 제33집 제1호, 중앙대학교 법학연구소(2009), 127면.

72) 김성룡·권창국, "기업·법인의 형사책임법제 도입가능성과 필요성", 형사법의 신동향 통권 제46호, 대검찰청(2015), 129면.

두어야 하고, 준법지원인은 준법통제기준의 준수여부를 점검하여 그 결과를 이사회에 보고해야 한다고 규정한다. 또한 구체적인 준법통제기준에 관하여는 법무부와 한국상장회사협의회가 2012. 4. 3. 제정한 '상장회사 표준준법통제기준'이 규정되었고, 2019. 1. 1. 개정되어 시행 중이다.

그리고 위 양벌규정의 단서에 관해, 위 단서가 종업원의 위반행위에 관해 앞서 언급한 헌법재판소 2005헌가10 전원재판부 결정에 의해 신설된 것이라는 취지로 언급하는 견해가 있다.[73] 그리고 한국 사회에서 기업범죄는 주로 대표이사, 이사, 사실상 이사 등 기업의 실질적 활동방침과 의사결정을 하는 기업의 고위관리자의 법규위반행위가 문제되며, 이들이 이사회를 사실상 지배하고 있는 지배구조 하에서 준법지원인을 이사회에서 선임하여 준법통제기준의 준수 여부를 이사회에 보고하게 하더라도 실효성이 확보될지 의문이기에 준법지원인 제도는 기업의 종업원에 대한 기업범죄를 사전적으로 예방하는데 기여할 수 있을 뿐이라는 견해가 있다.[74] 이와 반하여 상법 제542조의13에 그 근거를 가지게 된 준법통제와 준법지원인제도의 형사정책적 가치는 과소평가해서는 안 된다고 하면서,[75] 회사의 임직원이 양벌규정의 전제가 되는 본조 위반행위를 범한 경우에도 그 회사가 준법감시 프로그램을 실효적으로 운영하여 임직원의 법령위반을 방지하기 위한 필요한 조치를 취했다면 당해 회사는 양벌규정이 정한 책임을 부담하지 않는다고 해석해야 한다는 견해가 있다.[76] 또한 종업원의 위반행위에 관해 '기업시스템과실책임'[77]의 관점에서 위법행위의 방지를 위한 적절한 관리시스템의 구축 및 효과적인 운용을 기업에 대해 요구하는 주의·감독의무의 내용으로 생각할 수 있으므로 준법관리 프로그램은 양벌규정에 해석 및 적용에 있어 법인의 가벌성 내지 처벌 여하의 판단에

73) 임재연, 「회사법 Ⅰ」, 박영사(2022), 229면.

74) 김재윤, "준법지원인제도의 도입에 따른 형사법적 인센티브", 인권과 정의 통권 제425호, 대한변호사협회(2012), 93면.

75) 이진국, "기업범죄 관련 준법지원인의 역할과 형사책임", 사법 제24호, 사법발전재단(2013), 8면.

76) 이진국, 앞의 논문(각주 75), 14면.

77) '기업시스템과실책임'이란 기업이 그 구성원의 위법행위를 방지하기 위해 적절한 관리시스템을 구비하고 효과적으로 운용하는 것이 기업의 고유한 주의·감독의무의 내용이 되고, 그와 같은 주의·감독의무 위반이 인정되는 경우의 책임을 의미한다[김성규, "준법관리 프로그램의 형법적 의의와 기능", 형사정책 제23권 제1호, 한국형사정책학회(2011), 192면].

영향을 미치는 요소로 취급할 수 있다는 견해가 있다.[78]

4. 개인적 의견

생각건대, 먼저 동일시이론이 적용되는 기관의 범위에 관한 기존의 견해들에 따르면 그 기관에 포함되는 범위가 넓을수록 법인에게 귀속되는 형사책임이 넓어질 수 있는데, 위반행위의 주체를 확대해석하는 태도는 자칫 법인의 대표자의 위반행위 유형과 종업원의 위반행위 유형의 구별을 모호하게 할 위험성이 있다는 점에서 타당하지 못하다고 할 것이다. 그런데 여기서 기관의 범위를 살피는 이유는 법인에게 귀속되는 형사책임의 넓고 좁음을 판단하기 위한 전제인 위반행위의 주체 범위를 설정하기 위한 목적이 아니라 법인의 대표자의 위반행위에 적용되는 면책규정의 '상당한 주의와 감독의무'를 부담할 기관을 설정하기 위한 목적과 연관된다. 즉 법인의 기관 중 어떤 기관이 법인의 대표자의 위반행위에 관해 주의(주시 또는 감시)의무를 부담하거나 감독의무를 부담하는지에 관한 문제이다. 그런 의무를 부담하는 기관으로는 예컨대 이사(상법 제382조)와 이사회(상법 제389조 제1항)를 들 수 있다. 우선 이사의 감시의무와 관련해 상법은 이를 명문으로 규정하지 않으나, 이사는 대표이사로 하여금 다른 이사 또는 피용자의 업무에 관하여 이사회에 보고할 것을 요구하고 있고(상법 제393조 제3항) 학설은 이사회의 감독기능이 작동하기 위한 전제로 이사의 감시의무를 인정한다.[79] 대법원도 비록 손해배상과 관련된 판결이나, "주식회사의 이사는 이사회에 상정된 의안에 대하여 찬부의 의사표시를 하는 데에 그치지 않고, 담당업무는 물론, 대표이사를 비롯한 업무담당이사의 업무집행을 전반적으로 감시할 의무가 있으므로, 평이사가 업무담당이사의 업무집행이 위법하다고 의심할 만한 사유가 있었음에도 불구하고, 이를 방치한 때에는 이로 말미암아 회사가 입은 손해에 대하여 배상책임을 면할 수 없다"[80]고 판시하였다. 또한 대법원은 "고도로 분업화되고 전문화된 대규모의 회사에서 공동대표이사와 업무담당이사들이 내

78) 김성규, 앞의 논문(각주 77), 193면.

79) 편집대표 권순일, 김용철 집필 부분, 「주석 상법」[회사 2] , 한국사법행정학회(2021), 22면.

80) 대법원 2002. 5. 24. 선고 2002다8131 판결.

부적인 사무분장에 따라 전문 분야를 전담하여 처리하는 것이 불가피한 경우라 할지라도 그러한 사정만으로 다른 이사들의 업무집행에 관한 감시의무를 면할 수는 없고, 그러한 경우 무엇보다도 합리적인 정보 및 보고시스템과 내부통제시스템을 구축하고 그것이 제대로 작동하도록 배려할 의무가 이사회를 구성하는 개개의 이사들에게 주어진다는 점에 비추어 볼 때, 그러한 노력을 전혀 하지 아니하거나, 위와 같은 시스템이 구축되었다 하더라도 이를 이용한 회사의 운영의 감시·감독을 의도적으로 외면한 결과 다른 이사의 위법하거나 부적절한 업무집행 등 이사들의 주의를 요하는 위험이나 문제점을 알지 못한 경우라면, 다른 이사의 위법하거나 부적절한 업무집행을 구체적으로 알지 못하였다는 이유만으로 책임을 면할 수는 없(다)"[81]고 판단하였다. 한편, 상법 제393조 제2항은 "이사회는 이사의 직무의 집행을 감독한다" 규정하고, 이사회와 그 감독대상인 이사는 동일한 사항에 관해 상하급기관의 관계를 갖고, 회사의 일상적 업무집행은 대표이사가 행하므로 감독의 주된 대상은 대표이사이다. 아울러 이러한 감독권한에는 이사의 업무집행의 방법·내용 등이 위법하거나 정관의 규정·이사회의 결의에 위배되거나 부당할 때에는 그 중단을 명하고 다른 방법·내용으로 할 것을 지시하는 것도 포함된다.[82]

다음으로 상법의 양벌규정 단서에 마련된 예시적 사유와 관련해 그 단서는 위반행위 유형 중 종업원의 위반행위에 관해 적용되는 규정임을 유의할 필요성이 있다. 왜냐하면 그 단서의 주체가 '회사'로 규정된 한편, 본문 중에 '대표자'가 있어 마치 대표자에게도 단서의 면책규정이 적용되는 것처럼 보이나, 본문의 주체는 회사의 대표자를 포함한 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원으로서 일반적 형태의 양벌규정 본문이 규정한 주체와 같다. 그러므로 상법의 양벌규정은 일반적 형태의 양벌규정의 본문과 단서와 같은 구조로 이해할 수 있어 단서는 종업원의 위반행위에 한정해 적용된다. 따라서 비록 그 단서에 예시적 사유가 규정되어 있더라도 이를 법인의 대표자의 위반행위에 적용할 수는 없다. 그리고 이러한 단서의 예시적 사유를 법인의 대표자의 위반행위에 관해 유추적용하려는 입

81) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다6836 판결.

82) 편집대표 권순일, 이완희 집필 부분, 「주석 상법」[회사 3], 한국사법행정학회(2021), 349면.

장이 있을 수 있으나, 그러한 입장은 상법의 양벌규정 본문의 위반행위 주체가 일반적 형태의 양벌규정과 같음에도 마치 법인의 대표자인 것처럼 해석하는 방법을 동원하는 것이어서 문리적 해석의 한계인 어의의 가능한 한계를 넘는 해석이라고 할 것이다.[83] 또한 종업원과 대표자는 법인 내 차지하는 역할이나 비중, 권한 등에 본질적 차이가 있을 뿐만 아니라 법인 중 회사에 한정해 회사의 대표자의 위반행위에 관해 면책규정을 유추적용한다면 대표자의 위반행위라는 점에서 본질적으로 동일함에도 다른 대표자의 위반행위와 차별화하여 법인 중 유독 회사의 대표자만 종업원의 위반행위에 적용되는 면책규정을 유추적용하는 합리적 근거를 제시하기 어려워 평등원칙에 반한다는 비판을 제기할 수 있다.

한편으로 상법의 양벌규정 단서가 법인의 대표자의 위반행위에 적용될 수 없는 이유는 그 예시적 사유에 규정된 준법지원인의 법적 성격에 의해서도 알 수 있다. 즉 일부 견해는 준법지원인이 기업범죄의 사전예방을 위한 역할을 담당해야 하는데, 이러한 준법지원인을 '형법적 준법지원인(Criminal Compliance Officer)'이라고 명명하면서도,[84] "형법적 준법지원인은 기업의 최고경영자 내지 대표이사로부터 권한 위임을 통해 일정한 역할 목록을 부여받는데, 이에 따라 자기 자신보다 상급자인 최고경영자 내지 대표이사를 포함한 고위경영진의 법령위반에 따른 보증의무, 즉 '결과발생방지의무(Erfolgsabwendungspflicht)'가 인정되기 어렵(다)"[85]고 주장한다. 또한 준법감시인[86]에 관해서도 일부 견해는 "대부분의 준법감시인은 최고경영자 아래 간부급의 지위에 있다. 준법감시인은 회사 규율상, 조직 구조상, 재정상 그리고 사무 관할상 독립적으로 업무를 처리한

83) 각주 75)의 견해는 상법의 양벌규정이 종업원의 위반행위에 한정해 적용된다는 는 견해를 비판하면서도 이를 대표자의 위반행위에 관해서도 적용 내지 유추적용하자는 입장인지, 또한 만약 그러한 입장이라면 이를 적용 내지 유추적용할 수 있는 근거가 무엇인지에 관한 입장이 불분명하다고 생각된다.

84) 김재윤, "형법적 준법지원인의 개념과 역할에 관한 고찰", 일감법학 제38호, 건국대학교 법학연구소(2017), 85면.

85) 김재윤, 앞의 논문(각주 84), 94면.

86) 금융회사의 지배구조에 관한 법률 제25조 제1항은 금융회사는 내부통제기준의 준수 여부를 점검하고 내부통제기준을 위반하는 경우 이를 조사하는 등 내부통제 관련 업무를 총괄하는 사람(이하 '준법감시인'이라 한다)을 1명 이상 두어야 하며, 준법감시인은 필요하다고 판단하는 경우 조사결과를 감사위원회 또는 감사에게 보고할 수 있다"고 규정한다.

다. 그러나 최고 경영자와의 관계에서는 그의 지시권에 구속(된다)"[87]고 주장한다. 이에 대해 준법지원인이 "자신에게 위임된 직무와 관련하여 기업의 임직원의 범죄를 방지할 보증인적 지위를 가지고 있다"[88]는 견해가 있고, 일부 견해는 "원래 준법감시인의 경우 최고경영자와 상임이사의 준법까지도 통제한다는 점에서 은행 최고의 법규 통제기관이자 감시자로서 기능을 수행(한다)"[89]고 주장한다. 개인적으로 준법감시제도는 근본적으로 기업 내지 법인의 내부통제제도로서 내부통제의 최종책임자는 최고경영자라고 볼 수 있으므로 준법지원인이나 준법감시인이 최고경영자를 감독할 수 있는 지위에 있다고 보기는 어렵다고 생각한다.[90] 그리고 '기업시스템과실책임'을 근거로 회사의 형사책임을 설명하는 견해에 대하여는 그 견해의 전제는 회사의 행위능력을 인정하는 것인데,[91] 회사에게 형사책임과 관련된 행위능력을 인정할 실정법적 근거가 무엇인지에 관해 제대로 설명하기 어렵다고 할 것이다.

결국 법인의 대표자의 위반행위에 면책규정이 있는 경우에도 원칙적으로 동일시이론에 따라 법인의 대표자의 범죄성립요건이 구비되는 한, 법인에게도 형사책임이 귀속된다. 다만 법인의 대표자에 대한 감시의무를 지는 이사나 감독의무를 지는 이사회가 대표자의 위반행위를 방지하기 위한 감시의무 내지 감독의무를 이행하는데 고의 또는 과실조차 인정하기 어려운 경우에 한해 법인에게 형사책임이 귀속되지 아니한다고 해석하는 것이 타당하다고 생각한다. 그리고 이 경우에 이사의 감시의무나

87) 강지현, "준법감시인의 보증인지위에 관한 연구", 형사법연구 제31권 제1호, 한국형사법학회(2019), 50-51면.

88) 이진국, 앞의 논문(각주 64), 71면

89) 윤상민, "준법감시제도를 통한 기업범죄예방", 법학연구 제53집, 한국법학회(2014), 230면.

90) 강지현, 앞의 논문(각주 87), 51면은 "기업 내부통제 및 준법감시에 대한 최종적인 책임은 최고 경영자에게 있다. 즉 기업내부통제에 대한 보증인적 의무는 1차적으로 최고 경영자에게 있고, 의무와 위임을 통하여 자신의 책임에서 완전히 벗어날 수는 없다"고 주장한다.

91) 김성규, 앞의 논문(각주 77), 192면도 법인의 형사책임 내지 처벌범위를 실질화하고 적정화하기 위해서 그 대표자의 주의의무와는 별도로 법인의 고유한 주의의무를 구체화할 필요성이 있고, 그런 관점에서 법인 내지 기업의 고유한 책임형식을 이른바 기업시스템과실책임으로 파악하는 사고방식이 일리가 있다고 주장한다. 그러나 이러한 견해는 입법론으로는 몰라도 기업 내지 법인 고유의 주의의무를 인정하기 위한 전제인 기업 내지 법인의 행위능력을 인정할 실정법적 근거를 제시하기 어렵다고 생각한다.

이사회의 감독의무는 설령 정관 등 법인의 내부규정이 있더라도 참고사항에 불과할 뿐이고, 법인의 대표자의 위반행위를 효율적으로 방지하기 위해 필요한 수준에 이를 것이 요구되며, 구체적인 기준은 해당 위반행위의 경위, 이사나 이사회가 이를 감시하거나 감독하지 못한 경위, 법인 내 통상적인 의사결정 내지 집행과정에서의 이사나 이사회의 관여 여부 및 정도, 해당 위반행위로 인해 발생한 피해규모 등을 종합적으로 고려할 필요가 있다고 생각한다. 따라서 중대재해처벌법이나 병역법처럼 법인의 대표자의 위반행위에 면책규정이 마련된 특별법의 경우에도 이러한 규정은 일반적 형태의 법인의 대표자의 위반행위에 관한 규율체계의 예외적인 규정인 점, 법인에서 내부통제에 관한 최종적인 책임은 법인의 대표자에게 존재하는 점을 감안해 그 면책규정을 적용함에 있어서 엄격한 판단이 필요하다고 할 것이다. 이러한 입장은 병역법의 양벌규정 단서에 관해 종업원의 위반행위에 관한 면책규정과 동일한 판단기준을 적용한 법원의 입장과 다르고, 상법의 양벌규정에 예시된 준법지원인 등 내부통제기준을 판단기준으로 삼는 입장과도 다르다. 그리고 이러한 입장은 법인의 대표자의 위반행위에 면책규정의 적용 여부를 판단함에 있어 법인 자신의 과실 유무를 기준으로 삼는 견해와도 다르다.

Ⅵ. 나가며

이상의 논의를 종합해 보면, 일반적 형태의 현행 양벌규정의 구조를 법인의 대표자의 위반행위와 종업원의 위반행위로 나누고, 면책규정은 후자에 한해서만 적용된다는 기존의 대법원과 헌법재판소의 입장을 그대로 고수하면, 중대재해처벌법과 병역법과 같이 법인의 대표자의 위반행위에 면책규정을 마련한 경우에 그 면책규정이 적용될 여지가 없다. 그러나 이러한 해석은 입법자의 입법재량권을 침해하는 해석으로서 타당하지 못하다. 반면, 종업원의 위반행위에 적용되는 면책규정에 관한 판단기준을 법인의 대표자의 위반행위에 관해 그대로 적용하는 태도 역시 종업원과 대표자의 역할, 권한의 차이 등에 비추어 볼 때 타당하지 못하다. 한편, 법인에게 행위능력을 인정한 실정법적 근거를 발견하기 어려우므

로 법인 자신의 고의나 과실을 인정하기는 어렵고, 비록 법인 내 준법통제시스템을 마련하더라도 이는 내부적인 시스템으로서 그 최종적인 감독책임은 법인의 대표자가 부담하는 것이 타당하다. 이러한 상황을 종합해 볼 때 법인의 대표자의 위반행위에 관해 면책규정이 있는 경우에도 원칙적으로 법인의 대표자의 범죄성립요건이 구비되는 한, 법인에게 형사책임이 귀속되고, 면책규정의 '상당한 주의와 감독의무를 게을리하지 아니한 경우'란 법인의 대표자에 대한 감시의무를 부담하는 이사나 감독의무를 부담하는 이사회가 존재하고, 이들이 대표자의 위반행위를 방지하는데 필요한 감시의무나 감독의무를 이행하는데 고의나 과실조차 인정하기 어려운 경우를 의미한다고 해석해 그 경우에 한정해 법인에게 면책규정을 적용하는 것이 타당하다고 할 것이다.

(논문투고일: 2022.8.31., 심사개시일: 2022.9.2., 게재확정일: 2022.9.19.)

이 성 일

양벌규정, 법인의 대표자의 위반행위, 주의 및 감독의무, 동일시이론, 중대재해처벌법

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

김성돈, 「기업처벌과 미래의 형법: 기업도 형법의 주체가 될 수 있는가」, 성균관대학교 출판부, 2018.

김성돈, 「형법총론」, 성균관대학교 출판부, 2020.

김헌수, 「최저임금법」, 법원사, 2018.

김혜정 외 4명, 「형법총론」, 정독, 2020.

박상기·전지연, 「형법학」, 집현재, 2021.

송인택 외 3명, 「중대재해처벌법 해설」, 박영사, 2021.

신동운, 「형법총론」, 법문사, 2019.

신승욱·김형규, 「중대재해처벌법」, 박영사, 2021.

임웅, 「형법총론」, 법문사, 2021.

임재동 외 9명, 「중대재해처벌법」, 박영사, 2022.

임재연, 「회사법 Ⅰ」, 박영사, 2022.

정성근·박광민, 「형법총론」, 성균관대학교 출판부, 2020.

편집대표 권순일, 김용철 집필 부분, 「주석 상법」[회사 2] , 한국사법행정학회, 2021.

편집대표 권순일, 이완희 집필 부분, 「주석 상법」[회사 3], 한국사법행정학회, 2021.

「중대재해처벌법 해설 : 중대산업재해」, 고용노동부, 2021.

樋口亮介, 「法人處罰と刑法理論」, 東京大學出版會, 2021.

川崎友巳, 「企業の刑事責任」, 成文堂, 2004.

Ⅱ. 논문

강지현, “준법감시인의 보증인지위에 관한 연구”, 형사법연구 제31권 제1호, 한국형사법학회(2019).

김성규, “법인처벌의 법리와 규정형식”, 법조 제53권 제11호, 법조협회(2004).

김성규, “준법관리 프로그램의 형법적 의의와 기능”, 형사정책 제23권

제1호, 한국형사정책학회(2011).

김성돈, “법인의 형사책임과 양벌규정의 해석과 적용”, 저스티스 통권 제168호, 한국법학원(2018).

김성돈, “양벌규정과 책임주의원칙의 재조명”, 형사법연구 제27권 제3호, 한국형사법학회(2015).

김성룡·권창국, “기업·법인의 형사책임법제 도입가능성과 필요성”, 형사법의 신동향 통권 제46호, 대검찰청(2015).

김완기, “행정형벌의 책임주의적 해석론에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 석사학위논문(2016).

김재윤, “영국의 기업과실치사법에 대한 고찰과 시사점”, 형사정책연구 제25권 제4호, 한국형사정책연구원(2014).

김재윤, “준법지원인제도의 도입에 따른 형사법적 인센티브”, 인권과 정의 통권 제425호, 대한변호사협회(2012).

김재윤, “형법적 준법지원인의 개념과 역할에 관한 고찰”, 일감법학 제38호, 건국대학교 법학연구소(2017).

신그림, “획일화된 양벌규정 제도의 개선방향에 관한 소고”, 법제 통권 제686호, 법제처(2019).

안정빈, “법인형사처벌에 있어서의 양벌규정에 관한 연구 - 법인형사처벌에 있어서 동일시이론 비판을 중심으로 -”, 서울대학교 대학원 석사학위논문(2017).

오대영, “중대재해처벌법의 적용상 쟁점에 관한 소고 - 중대산업재해를 중심으로 -”, 법조 통권 제754호, 법조협회(2022).

육태우, “미국에서의 기업 컴플라이언스의 발전- 제도적 진화과정 및 최근의 판례법상의 적용 -”, 강원법학 제39권, 강원대학교 비교법연구소(2013).

윤상민, “준법감시제도를 통한 기업범죄예방”, 법학연구 제53집, 한국법학회(2014).

이상천, “일본의 양벌규정론에 대한 비교법론적 고찰”, 법학논총 제27권 제2호, 국민대학교 출판부(2014).

이순욱, “법인의 양벌규정에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 박사학위논

문(2016).
이주희, “양벌규정의 개선입법에 관한 고찰”, 한양법학 제28집, 한양법학회(2009).
이진국, “기업범죄 관련 준법지원인의 역할과 형사책임”, 사법 제24호, 사법발전재단(2013).
이진국, “기업범죄의 예방수단으로서 준법감시제도(Compliance)의 형법적 함의”, 형사정책연구 제21권 제1호, 한국형사정책연구원(2010).
장한철, “양벌규정에 관한 헌재의 위헌결정과 개정 양벌규정에 관한 고찰”, 한양법학 제23권 제3집, 한양법학회(2012).
정혜욱, “책임주의 원칙과 법인의 형사책임 – 법인 행위의 일반적 행위요소와 의사자유의 문제를 중심으로 –”, 가천법학 제5권 제2호, 가천대학교 법학연구소(2012).
조명화·박광민, “양벌규정과 형사책임 – 개정된 양벌규정의 문제점을 중심으로 –”, 법학논총 제23집, 숭실대학교 법학연구소(2010).
최대호, “법인에 대한 형사책임 귀속의 요건”, 법학논문집 제33집 제1호, 중앙대학교 법학연구소(2009).
한석훈, “중대재해처벌법의 쟁점에 관한 소고(小考) – 중대산업재해의 문제점을 중심으로 –”, 법조 통권 제754호, 법조협회(2022).

III. 기타

대한민국국회 인터넷 사이트 의안정보시스템 의안번호 020089 조세범처벌법안 제10회 국회정기회의 속기록

Abstract

A Study on Joint penal provision applied to Type of violation by representative of corporation — Focus on absolving provisions of the Serious Accidents Punishment Act and Military Service Act —

Sungil Lee

The traditional view regarding the structure of the joint penal provision distinguishes between violation by an employee and violation by a representative. According to the theory, a corporation is held liable for the former only if it violated its duty of care and supervisory duty. On the other hand, liability for the latter act does not require violation of such duties; since a representative is one of the main organs comprising a corporation, a corporation is held criminally liable for the actions of a representative

provided that the act itself constitutes a crime. This doctrine of identification precludes releasing a corporation from liability for its representative's violation. However, a number of special statutes, such as the Serious Accidents Punishment Act and Military Service Act, have introduced provisions that absolve corporations from acts committed by their representatives; the traditional doctrine of identification cannot explain these absolving provisions. Therefore, the theory needs to be revised to recognize that, even when a corporate representative's act constitutes a crime, the corporation cannot be held criminally liable if director and board of directors

involved in the a corporate representative's decision-making process are not found guilty of faulty decision making.

Sungil Lee

joint penal provision, violation by a representative of corporation, duty of care and supervisory duty, doctrine of identification, the Serious Accidents Punishment Act

성균관대학교 법학연구원『성균관법학』 10.17008/skklr.2022.34.3.007
제34권 제3호(2022. 9.)
Sungkyunkwan Law Review Vol.34. No.3 (September 2022) pp. 221 - 246

전기통신사업자에 의한 통신사실확인자료저장에 대한 법적 제한의 필요성

박 소 현*

【목 차】

I. 들어가며
II. 전기통신사업자에 의한 정보저장의 근거
1. 전기통신분야에서의 개인정보보호시스템
2. 개인정보보호시스템 하에서의 통신사실확인자료의 저장의 근거
III. 전기통신사업자의 정보처리에 대한 법적 제한의 필요성
1. 개인정보보호시스템적 불합치
2. 개인정보보호적 흠결
3. 국가의 기본권 보호의무
IV. 독립된 기관에 의한 관리감독
V. 나오며

【국 문 요 약】

전기통신사업자에 의한 통신사실확인자료의 저장은 수사기관에 의한 요청의 전제조건이자, 이러한 수사방법의 기본권 제한의 정도에 영향을 주는 중요한 요소이다. 개인정보보호법은 예외적인 허용요건 하에서만 개인정보의 처리를 허용하고 있으며, 그러한 경우에도 목적에 부합하는 필요최소한의 원칙을 요구하고 있다. 그러나 전기통신사업영역에서의 정보처리에 대하여는 기본적인 수권규정 외에 최소한의 법적 제한이 마련

* 성균관대학교 강사, 법학박사.

되어 있지 않다. 이는 우리나라의 개인정보보호시스템과도 합치될 수 없을 뿐만 아니라, 개인정보자기결정권의 보호라는 관점에서 국가가 국민의 기본권이 침해되지 않도록 해야 할 기본권 보호의무에도 합치되지 않는다. 따라서 개인정보보호과제를 충실히 이행하기 위해서 법적 제한을 통해 일단 영업목적을 위하여 저장될 수 있는 정보의 범주와 그 기간을 처리되는 개인정보의 의미에 상응하도록 규정하고, 해당 정보가 계약의 체결 및 이행, 요금정산에 필요하지 않은 경우 지체없이 삭제할 의무 역시 명확하게 입법해야 한다. 또한 효과적인 개인정보보호시스템을 구축하기 위해서는 독립된 기관에 의해 개인정보의 수집·저장·이용·제3자 제공이 개인정보보호법이 요구하고 있는 원칙들에 상응하게 이루어지고 있는지가 지속적으로 관리·감독되어야 한다.

I. 들어가며

전기통신사업자가 전기통신서비스를 제공하는 경우 통신자료를 비롯하여 다양한 정보들이 생성, 저장, 이용된다. 이에 대하여 통신비밀보호법 제13조(이하 '통비법'이라 한다)는 전기통신사업자에게 저장되어 있는 통신사실확인자료를 요청할 수 있는 권한을 수사기관에게 부여하고 있다. 이러한 권한에 근거하여 얻어진 통신사실확인자료는 현재 수사에서 매우 중요한 역할을 하고 있다.[1)2)]

이 때 요청되는 정보는 '해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 정보'로서 개인정보보호법상의 개인정보에 해당한다(개인정보보호법 제2조 제1호 나목). 그

1) 차진아, "전기통신사업법상 범죄수사를 위한 통신자료 제공요청의 헌법적 쟁점", 고려법학 제105호, 고려대학교 법학연구원, 2022.6., 258면.

2) 헌법재판소 2018.6.28. 2012헌마538: "통신사실확인자료는 주로 범죄의 수사를 시작하는 초동 수사단계에서 활용되고, 특히 특정 시간 및 장소에서 범죄가 발생하였지만 수사기관이 아무런 단서도 찾지 못하고 있는 경우에 그 특정시간대 특정 기지국에서 발신된 모든 전화번호를 수사의 단서로 삼으면 용의자를 좁혀 검거나 관련 증거를 수집하는 데 유용하게 활용될 수 있다는 점에서, 수사실무상 범죄예방과 사건의 조기해결을 위하여 기지국 수사를 허용할 현실적인 필요성이 있음을 부정하기 어렵다."

리고 이러한 개인정보는 인간의 존엄과 가치, 행복추구권을 규정한 헌법 제10조 제1문에서 도출되는 일반적 인격권 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 의하여 보장되는 개인정보자기결정권[3]을 통해 보호된다. 따라서 개인정보보호법은 개인의 자유와 권리 보호를 위하여 예외적인 허가요건 하에서만 개인정보의 처리를 허용하고 있다. 또한 허용되는 개인정보처리라 할지라도 처리목적을 명확히 하고, 그 목적에 필요한 범위에서 최소한의 개인정보만을 수집할 것, 이용과정에서 개인정보의 처리방법 및 종류 등에 따라 정보주체의 권리가 침해받을 가능성과 그 위험정도를 고려하여 안전하게 관리할 것 등을 개인정보보호원칙으로 세우고 있다. 이러한 개인정보보호원칙은 개인정보가 처리되는 각 단계에서 처리되는 정보의 의미와 상응하게 처리가 이루어질 것을 요구하고 있는 것이다.

이로써 통비법 제13조에 따른 수사기관의 통신사실확인자료요청권한은 수사기관의 강제수사권한을 근거지우고 있을 뿐만 아니라, 수사기관에 의한 개인정보의 처리를 허용하는 근거규정이라는 이중적인 의미를 가진다. 이러한 이중적 의미에서 통비법 제13조상의 수사기관의 강제수사권한의 요건이 요청되는 정보의 의미에 상응하지 않는다거나,[4] 개인정보의 처리를 허용하는 근거규정으로서 개인정보보호법상의 필요최소한으로 제한되어 있지도 않다[5]는 비판의 목소리가 끊이지 않고 있다. 그러나 필요

3) 헌법재판소 2018.6.28. 2012헌마191: “개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리로서 헌법 제10조 제1문에서 도출되는 일반적 인격권 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 의하여 보장된다. 이와 같은 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보라고 할 수 있다. 이러한 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다.”

4) 박혜림, “범죄수사를 위한 통신사실확인자료 수집에 대한 소고”, 법학연구 통권 제64집, 전북대학교 법학연구소, 2020. 12., 356면 이하; 박현준, “비식별화된 통신사실확인자료의 제공절차 도입을 통한 기본권 침해 최소화 방안”, 형사정책연구 제30권 제1호, 한국형사법무정책연구원, 2019. 3., 105면 이하; 박종현, “「통신비밀보호법」상 통신사실 확인자료 제공관련 조항들에 대한 헌법적 검토”, 헌법학연구 제25권 제2호, 한국헌법학회, 2019. 6., 10면 이하.

5) 박소현, “개인정보보호적 관점에서의 통신사실확인자료요청제도”, 형사법연구 제34권 제2호, 한국형사법학회, 2022.6. 206면 이하.

최소한의 개인정보의 처리를 보장하고 있어야 하는 것은 수사기관에 의한 통신사실확인자료요청 및 이용만이 아니다. 그러한 요청권한의 근거가 되는 전기통신사업영역에서의 정보처리 역시 필요최소한의 정보처리를 담보할 수 있어야 한다. 그럼에도 불구하고 전기통신사업영역에서의 정보처리에 대하여는 기본적인 수권규정 외에 이러한 개인정보보호원칙이 구체화되는 최소한의 법적 제한이 마련되어 있지 않다. 즉 수권규정에 따른 개인정보의 처리의 구체적인 내용에 관하여는 시장자율에 맡겨져 있는 것이다. 그러나 이러한 태도는 개인정보보호법이 요구하고 있는 개인정보보호시스템에도 부합하지 않을 뿐 아니라, 통신영역에서의 정보보호의 의미가 날로 커지고 있는 현대사회의 정보기술수준을 고려할 때 개인의 기본권 보호에 충실하기도 어렵다. 이는 사회의 발전수준과 위험성의 정도에 상응하는 안전장치들을 마련함으로써, 개인의 자유로운 삶의 영위를 위한 최소한의 기초를 마련해 주어야 할 국가의 책무를 다하지 않는 것이다. 이로 인해 수사기관에 의한 통신사실확인자료의 요청과 이용의 기본권 제한의 정도를 평가함에도 그 전제조건으로서 영향을 줄 수밖에 없다.

따라서 이하에서는 전기통신사업자에 의하여 통신사실확인자료가 어떠한 근거에 의하여 저장이 되는지를 살펴보고, 이 때에 정보저장이 필요최소한도에 그칠 수 있도록 하는 최소한의 안전장치인 법적 제한이 흠결되어 있다는 것을 먼저 확인한다(II). 그리고 이러한 입법태도는 우리나라의 개인정보보호시스템과 합치되지 않으며, 개인정보자기결정권 보호에도 기여하기 어렵다는 것을 비교법적으로 검토함으로써, 이에 대한 법적 제한이 이루어져야 할 필요성을 논증하고자 한다(III). 마지막으로 실질적인 개인정보보호를 위하여 절차적·조직적 시스템으로서 개인정보보호위원회에 의한 지속적인 관리·감독구조가 만들어질 것을 제안한다(IV). 이 글은 현대사회에서 정보통신망 이용이 차지하고 있는 비중이나 여기에서 생성되는 정보가 유출 또는 남용되었을 때에 생길 수 있는 손해의 막대함을 보건대, 개인정보보호는 전기통신영역에서 특히 더 중요하다는 인식에 근거하고 있다. 이러한 인식은 통신영역에서 개인정보보호가 가지는 특별한 의미를 고려하여 일반적인 개인정보보호규정 외에 정보통신영역에 적용되는 특례규정을 두고 있는 우리나라의 개인정보보호법이나

개인정보를 일반적인 개인정보보호와 전기통신영역에서의 개인정보보호라는 두 개의 트랙에서 보호하고 있는 EU의 규정태도에 상응하는 것이다.

II. 전기통신사업자에 의한 정보저장의 근거

수사기관에게 통신사실확인자료에 대한 일반적 수집권을 규정하고 있는 독일의 형사소송법[6]과는 달리 우리나라에서 수사기관이 통신비밀보호법(이하 '통비법'이라 한다) 제13조에 근거하여 전기통신사업자에게 열람이나 제출을 요청하는 통신사실확인자료요청은 전기통신사업자에 의한 해당 정보의 저장을 전제로 한다. 이 때 수사기관이 전기통신사업자에게 요청하는 정보가 어떠한 근거로 저장되어 있는가를 통비법 제13조는 언급하고 있지 않다. 다만 수사기관의 열람·제공요청에 대한 전기통신사업자의 협조의무(통비법 제15조의2)를 구체화하고 있는 통비법 시행령 제41조는 각 정보별 최소보관기간을 규정하고 있어 이 규정의 성격을 어떻게 해석하여야 하는가라는 문제가 제기된다. 이 규정이 전기통신사업자에게 저장의무를 부과하고 있는 것으로 보게 되면, 이것이 정당화될 수 있는 기본권 제한인가, 정당화될 수 있다면 그 요청요건이 기본권 제한의 정도에 부합하는가라는 여러 가지 문제들이 제기될 수 있다.[7] 이러한 통비법 시행령 상의 최소보관기간규정의 문제와 결부되어, 수사기관이 전기통신사업자에게 요청할 수 있는 정보의 저장에 관하여 통비법 제13조가 별다른 언급을 하지 않는 원인은 전기통신사업자가 영업목적을 위하여 처리할 수 있는 정보의 범위나 기간에 대하여 개인정보보호법 또는 전기통신사업법이 정보주체의 동의 또는 영업적 목적에 있어서의 필요라는 요건 아래 '온전히' 시장자율, 즉 전기통신사업자의 재량에 맡기고 있다는 데에서 기인한다.

---

6) 박희영, "독일 형사소송법상 통신데이터 수집권과 한국 통신비밀보호법상 통신사실확인자료제공 요청권의 비교 및 시사점", 경찰학연구 통권 제21호, 경찰대학, 2009, 35면.

7) 박소현, 앞의 논문, 199면: 이러한 관점에서 해당 규정의 성격에 관한 논의가 요구되며, 기본권 제한의 정당화 여부에 따라 보관기간규정을 삭제하거나 그 기본권 제한에 부합하는 요청요건이 마련되어야 한다.

1. 전기통신분야에서의 개인정보보호시스템

우리나라는 공공부문과 민간부문에 모두 적용되는 포괄적인 개인정보보호법에 따라 개인정보의 수집, 저장, 이용, 제3자 제공 등의 처리를 원칙적으로 금지하고, 동법 제15조와 제17조에서 예외적으로 개인정보의 처리를 허용하는 요건을 규정하고 있다. 개인정보는 개인정보가 처리되는 모든 단계에서, 즉 수집·저장·이용·제3자 제공 또는 수집 목적 이외의 이용 및 삭제 단계에서 정보주체의 권리가 침해받을 가능성과 그 위험정도를 고려하여 적절하게 관리되어야 한다. 이 때의 개인정보처리는 처리목적을 명확히 함으로써 그 목적에 필요한 최소한의 개인정보만이 수집·이용될 수 있도록 하여야 하며(목적구속성의 원칙), 개인정보처리가 허용된다 하더라도 그 목적에 필요한 최소한의 개인정보만이 처리될 수 있어야 한다(필요최소한의 원칙). 필요최소한의 원칙은 처리가 허용되는 정보의 범위 뿐만 아니라 처리가 허용되는 기간, 그리고 그에 대한 명시적인 삭제의무와도 관련된다. 뿐만 아니라 열람청구권, 개인정보이용내역에 관한 정보주체에의 주기적 통지의무 등을 통하여 정보주체의 권리가 실질적으로 보호될 수 있는 법적 기반이 마련되어야 있어야 한다. 이러한 개인정보보호원칙들에 비추어 볼 때, 전기통신사업자에 의한 통신사실확인자료 저장에 관한 법제가 현재의 IT 발전의 수준에 맞게 개인정보, 궁극적으로 정보주체의 정보자기결정권을 효과적으로 보호하고 있는가를 검토해 보아야 한다.

이러한 개인정보보호원칙에 따르면, 개인정보의 수집·이용을 위해서는 구체적인 수권근거가 필요하다. 이에 대하여 「정보통신망법」은 정보통신망을 이용하는 영역에서 정보를 안전하게 활용하면서, 동시에 정보주체의 개인정보보호수준을 높이는 것을 목적으로 정보통신서비스제공자[8] 등에 대한 개인정보보호원칙들을 별도로 규정하고 있었다. 그러나 일반법인 「개인정보보호법」과 특별법인 「정보통신망법」을 체계적으로 통합정비해야 할 필요성을 인식하면서, 정보통신서비스제공자를 의무주체로 하는 「정보통신망법」의 개인정보보호규정을 「개인정보보호법」 제

8) "정보통신서비스제공자"란 「전기통신사업법」 제2조 제8호에 따른 전기통신사업자와 영리를 목적으로 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 자를 말한다(정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제2조 제1항 제3호).

39조의3 이하에 편입시킴으로써[9] 정보통신사업자에 대하여는 먼저 특례규정이 적용되고, 일반규정이 특례규정에 존재하지 않는 사항을 담고 있는 경우에만 해당 일반규정이 적용된다.

2. 개인정보보호시스템 하에서의 통신사실확인자료의 저장의 근거

통비법 제13조의 통신사실확인자료요청에 대하여 제공의무를 지는 전기통신사업자는 원칙적으로 정보주체에게 개인정보 수집과 이용에 대하여 수집·이용목적, 수집되는 개인정보의 항목, 보유·이용기간을 알리고 그의 동의를 받은 경우에만 해당 정보를 수집·저장할 수 있다. 그러나 개인정보보호법 제39조의3 제2항에 따라 정보통신서비스제공계약을 이행하기 위하여 필요하지만, 경제적·기술적 사유로 통상적인 동의를 받는 것이 뚜렷하게 곤란하거나 정보통신서비스의 제공에 따른 요금정산을 위하여 필요한 경우 또는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 정보주체의 동의없이도 개인정보를 수집·이용할 수 있다. 즉 통비법 제13조에 따라 수사기관이 전기통신사업자에게 요청하는 통신사실확인자료는 통비법 시행령 제41조가 저장의무부과가 아니라는 전제 하에[10] 전기통신사업자가 정보주체에게 동의를 얻어 수집·저장한 정보이거나 계약이행을 위해 필요하여 정보주체의 동의없이 수집·저장한 정보이다.[11]

그러나 개인정보보호법이나 전기통신사업법은 정보주체의 동의를 얻거나 계약이행에 필요하여 정보주체의 동의없이 통신사실확인자료를 수집한 경우, 전기통신사업자가 이를 저장하는 것과 관련하여, 처리가 허용되는 최대기간에 대하여 구체적인 제한규정을 두고 있지 않다. 전기통신사업자가 정보주체의 동의를 받아 개인정보를 처리하는 것은 개인정보자기

9) 법률 제16930호, 2020. 2. 4. 공포, 2020. 8. 5. 시행.

10) 만약 통비법 시행령 제41조가 저장의무부과규정이라면, 수사기관이 통비법 제13조에 근거하여 전기통신사업자에게 요청하는 통신사실확인자료는 개인정보보호법 제39조의3 제2항 제3호에 따른 '다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우'에 해당하여, 정보주체의 동의없이 수집·저장이 가능한 정보가 된다.

11) 이러한 근거에 의하여 수집된 정보를 수집목적 외의 목적(수사목적)을 위하여 제공하는 것은 개인정보보호법 제18조 제2항에 따른 개인정보의 목적외 이용 또는 제3자 제공에 해당된다. 이에 관하여는 박주희, "수사목적의 개인정보 제공·이용에 대한 규범적 통제수사", 홍익법학 제21권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2020.6. 참조.

결정권이라는 관점에서 매우 중요하고, 또 필수적인 요건이다. 그러나 정보주체의 동의는 개인정보처리에 관한 수권근거가 될 수 있다 하더라도, 그것으로 효과적인 개인정보보호에 충분한가는 별개의 문제이다. 뿐만 아니라 그러한 동의가 있는 경우에도 실생활에서 자신에 관한 어떠한 정보가, 어떻게, 얼마동안이나 처리되고 저장되고 이용되는지에 관하여 정보주체가 제대로 파악하고 있는 경우는 매우 드물다. 이러한 사정을 보건대 정보주체의 동의에만 맡겨둔 채 아무런 법적 제한을 하지 않고 있는 것은 실질적인 개인정보보호에 기여하기 어렵다. 더욱이 계약이행에 필요하지만, 특별한 사유에 의해 동의를 받기 어려울 경우에 이루어지는 개인정보의 처리는 정보주체의 동의에 기반하고 있는 것도 아니다.

통신내용에 관한 정보는 아니지만 언제, 누구와, 얼마나 자주 통신하고 있는가 또는 특정 시각에 그 사람이 어떤 장소에 드나드는가 등의 개인의 생활패턴이나 취향 등을 분석할 수 있는 기반이 될 수 있다[12]는 점에서 통신사실확인자료는 통신내용과 함께 통신의 자유를 구성하는 본질적 요소에 해당하는 매우 민감한 정보이다.[13] 또한 개인정보보호는 전기통신영역에서 더욱 특별한 의미를 가질 수밖에 없다. 전기통신망 이용이 이미 보편일상화되었을 뿐만 아니라, 이를 활용할 때에 생기는 다양한 정보들의 오·남용으로 인하여 생길 수 있는 피해의 규모나 이러한 정보에 내재되어 있는 정보적 잠재력 등이 더 이상 예측가능한 수준에 머물 수 없기 때문이다.[14] 그럼에도 불구하고 정보통신망 영역에서 전기통신사업자의 개인정보의 처리에 관하여 수권근거를 규정하면서 필요최소한의 원칙, 목적구속성의 원칙 등만을 천명하고 있을 뿐, 실질적인 권리보

12) Bundestag-Drucksache 18/5088, S. 27 ; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO § 100g Rn. 21; Wolte/Greco, in: SK-StPO § 100a Rn. 41; 이호중, "통신사실확인자료제공제도의 문제점과 개선방향", 경찰법연구 제17권 제1호, 한국경찰법학회, 2019, 40면 참조.

13) 헌재 2018.6.28. 선고 2012헌마538 결정.

14) 개인정보유출사례로는 SK 브로드밴드가 몇 년에 걸쳐서 수백만 명의 개인정보를 텔레마케팅 회사에 제공한 사건에서부터 중국발 해킹으로 네이트닷컴 가입자의 개인정보 3500만건이 유출되어 스팸이나 피싱을 우려케 한 사건을 거쳐 KT 영업시스템이 해킹당해 휴대전화 가입자 870만명의 개인정보가 유출되었고, 그 전부터 해킹당하고 있었다는 사실이 그제서야 밝혀진 것이어서 정확한 유출규모나 기간조차 확인하기 어려웠던 사건에 이르기까지 논란이 된 사건만 해도 수없이 많다.

호를 위한 구체적인 제한은 하지 않은 채 시장자율에만 맡기는 것은 전기통신영역에서의 개인정보보호의 의미와 필요성을 제대로 평가하지 못하고 있는 태도이다.[15]

III. 전기통신사업자의 정보처리에 대한 법적 제한의 필요성

전기통신사업자에 의한 개인정보처리에 대하여 구체적인 제한을 두지 않은 채 온전히 시장자율에 맡기는 것은 우리나라의 개인정보보호시스템과도 합치될 수 없을 뿐만 아니라, 개인정보자기결정권의 보호라는 관점에서 국가가 국민의 기본권이 침해되지 않도록 해야 할 기본권 보호의무에도 합치되지 않는다.

1. 개인정보보호시스템적 불합치

우리나라는 개인정보자기결정권을 헌법상의 기본권으로 보호하고, 이러한 개인정보를 보호하기 위하여 개인정보의 처리를 원칙적으로 금지하되, 예외적인 수권근거 하에서만 필요최소한도의 개인정보처리를 허용하고 있다. 그러나 전기통신사업자가 영업적 목적을 위하여 처리하는 것이 허용되는 정보의 종류와 처리허용기간에 대한 법률적 제한을 두지 않는 것은 우리나라의 개인정보보호시스템과 실질적으로 조화되기 어려운 면이 있다.

이러한 시스템적인 부조화를 다른 나라의 법제와의 비교를 통해 살펴보자면, 우리나라는 개인정보보호원칙에 있어서는 독일과 유사하지만, 개인정보가 처리되는 구체적인 영역에서는 미국과 유사한 입법방식을 취하고 있다. 즉 개인정보 처리의 원칙적 금지, 예외적 허용이라는 측면에서

15) 통신사실확인자료요청제도가 헌법상의 영장주의, 적법절차의 원칙, 과잉금지원칙에 부합하는가는 이미 선행연구들이 이루어졌으나, 통신사실확인자료의 요청에 앞서 이루어지는 전기통신사업자가 영업적 목적을 위하여 수집·저장에 관한 규정이 특히 헌법상의 과잉금지원칙과 개인정보보호법상의 필요최소한의 원칙에 부합하는가에 대한 논의가 부족하다. 통신사실확인자료요청제도의 헌법합치성에 관하여는 황성기, “현행 통신비밀 보호법제의 헌법적 문제점”, 언론과 법 제14권 제1호, 한국언론법학회, 2015, 17면 이하.

는 독일의 개인정보보호시스템과 동일한 구조를 가지고 있으면서도, 통신사실확인자료 저장실무와 이에 대한 수사기관의 수집권한 등에 관하여는 미국의 법제와 유사한 측면을 가지고 있는 것이다. 그러나 문제는 미국의 개인정보보호시스템은 우리나라의 개인정보보호시스템과 매우 상이하다는 데에 있다.

독일은 사생활과는 별도로 개인정보자기결정권을 헌법상 보호하고 있고, 이러한 헌법적 기반 위에서 개인정보가 처리되는 모든 영역, 즉 공공부문과 민간부문을 규율하는 포괄적 개인정보보호법을 두고 있다. 이러한 개인정보보호법에 따라 민간부문에서의 개인정보처리 역시 원칙적으로 금지되고, 정보주체의 동의 등 예외적인 경우에만 허용이 된다는 점에서 개인정보보호시스템상 독일의 법제는 우리나라의 법제와 동일한 원칙에 기반하고 있다.[16] 그러나 전기통신사업자에게 개인정보처리를 허용하는 개인정보보호법상의 예외규정에 의하여 전기통신사업자가 개인정보처리를 할 때에 필요최소한의 원칙에 부합할 수 있는 구체적 제한규정이 있는가라는 관점에서 보면, 독일은 그에 대한 구체적 제한규정을 두고 있고, 이에 따라 통신사실확인자료요청의 경우에도 수사기관의 요청권한 규정과 함께 전기통신사업자가 영업적 목적을 위하여 저장할 수 있는 정보와 그 최대허용기간에 관한 규정을 두고 있다.[17] 통신사실확인자료가 가진 정보적 잠재력과 저장실무의 오남용 위험성을 고려하여 전기통신사업자의 영업목적을 위한 정보처리를 매우 구체적으로 제한하고 있는 것이다. 독일 전기통신 및 텔레미디어에서의 개인정보와 사생활보호에 관

16) Art. 6 Verordnung (EU) 2017/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtliniie 95/68/EG (Datenschutz-Verordung).

17) 영업적 목적을 위하여 이미 전기통신사업자가 법률에 정해 둔 최대저장기간동안 처리할 수 있는 정보를 요청하는 경우와는 달리, 전기통신사업자에게 만일의 수사목적을 위하여 일정한 정보의 사전적 저장의무를 부과하는 규정과 이에 대한 수사기관의 수집권에 관한 규정이 입법화되어 있으나, 통신사실확인자료의 이유없는 예비적 저장의무부과규정은 현재 유럽법, 즉 유럽기본권헌장과 일반개인정보보호규정(GDPR) 및 전기통신영역에서의 개인정보보호지침에 합치되는가와 관련하여 유럽사법재판소에 선결재판청구가 제기됨으로써 (Bundesverwaltungsgericht, Beschluss vom 25. September 2019, Aktenzeichen 6 C 12.18), 유럽사법재판소의 최종결정이 내려질 때까지 전기통신사업자에 대한 이유없는 정보저장의무와 그에 따른 수사기관의 정보요청은 현재 실무상 적용이 중지된 상태이다.

한 법률(TTDSG) 제9조[18]에 따르면, 전기통신구축 및 유지관리, 요금정산 또는 계속해서 이루어지는 통신을 설정하기 위하여 전기통신사업자가 처리할 수 있는 일정한 통신사실확인자료를 명시하면서, 통신이 종료되고 난 후 지체없이 이를 삭제[19]하도록 요구하고 있다. 또한 동법 제10조 제2항에 따르면, 제9조에 의해 처리가 허용되어 있는 일정한 통신사실확인자료 중에서 요금정산에 필요한 정보를 지체없이 결정하여 요금정산에 필요하지 않은 통신사실확인자료는 지체없이 삭제해야 한다. 요금정산에 필요한 통신사실확인자료는 요금청구서를 발부한 후 최대 6개월까지 해당 정보를 저장할 수 있도록 하고 있다. 6개월이 도과되기 전에 이용자가 요금액에 대하여 이의를 제기한 경우, 이의신청이 최종적으로 해결될 때까지 해당 정보를 저장하는 것이 허용된다. 이와는 별도로 동법 제12조는 전기통신설비의 장애나 결함이 발생한 경우 이를 제거하기 위하여 통신사실확인정보를 처리할 수 있는 권한을 전기통신사업자에게 부여하고 있고, 이 경우 장애제거를 위해 더 이상 필요하지 않게 되면 즉시 삭제할 의무 역시 함께 규정하고 있다.

이러한 법률상의 구체적인 제한규정에도 불구하고 각각의 전기통신사업자들은 여전히 '필요최소한'의 개인정보처리라는 관점에서 부담을 가질 수 밖에 없다. 이에 따라 전기통신사업자들의 발안으로 연방개인정보보호위원회(BfDI)와 연방통신위원회(BNetzA)에 의해 "Best Practices"라는 의미에서 가이드라인이 작성되었다. 이러한 가이드라인은 전기통신법의 개인정보보호의 준수와 통일적인 해석을 위한 것이며, '필요성'이라는 요건을 평가하기 위한 척도가 된다. 이 가이드라인은 이용된 전기통신서

18) 2021년 6월 23일 전기통신코드에 관한 2018년 12월 11일 유럽의회 및 이사회의 지침(EU) 2018/1972의 국내법 전환과 전기통신법 현대화를 위한 법률(BGBl. 2021 I 1858)을 통해 전기통신·전기미디어정보보호법(TTDSG: Gesetz über den Datenschutz und den Schutz der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien)이 새로이 제정되면서, 제9조가 2021년 12월 1일부터 이전의 전기통신법(TKG: Telekommunikationsgesetz) 제96조를 대체하게 되었다.

19) Bär, BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra, Graf, TTDSG § 9, 43. Aufl., 2022, Rn. 16에 따르면, 이러한 지체없는 삭제의무는 통신종료와 시간적으로 매우 근접할 것을 요구하며, 통상 1일 이내에 삭제되는 경우 의무에 합치되는 것이긴 하지만, 일반적으로 의무이행이 가능한 한 더 빠르게 이루어져야 할 것이라고 한다.

비스별로 법률에 규정되어 있는 기한을 각 수집목적에 따라 개인정보보호에 합치되게 해석할 때 도출되는 구체적인 기한을 명시하였다.[20] 예를 들어 전화서비스나 단문메시지 서비스의 경우, 이용자가 정액요금제를 이용하고 있는 한 요금정산과의 비관련성을 확인한 후 지체없이 삭제하여야 한다거나, 통신을 시도하였으나 이루어지지 못한 경우에는 법적 근거가 없기 때문에 어떠한 정보의 저장도 적법하지 않다. 가이드라인에 따라 독일의 전기통신사업자는 통신사실확인자료를 정보의 종류에 따라 통상 7일에서 180일간 저장한다. "정액요금제의 경우 유동아이피주소가 요금정산을 위해 필요하지 않다 하더라도, 통신장애나 오류를 감지하고 제거하기 위해 7일간 저장하는 것은 적법한 목적을 달성하는 데에 필요한 정도에 제한된 것이다"라는 연방대법원의 판시내용[21]을 보더라도 영업목적을 위하여 통신사실확인자료가 저장되는 경우에도 그 저장기간은 매우 짧은 것을 알 수 있다.

반면 미국은 개인정보자기결정권을 별개의 헌법적 권리로 보지 않고, privacy에 대한 합리적인 기대가 있는가라는 관점에서 접근한다.[22] 제3자 법리에 의하여 은행, 전화회사, 인터넷서비스제공자와 같은 제3자에게 자발적으로 정보를 제공한 사람들은 "사생활에 대한 합리적 기대"가 인정되지 않는다. 개인정보자기결정권을 헌법상의 기본권으로 보호하는 경우, 자신에 관한 개인정보를 제3자에게 제공하였더라도 그 정보가 얼마동안, 어느 범위까지 알려지게 할지를 여전히 정보주체가 결정할 수 있어야 하는 반면, 미국의 법리에 따르면 이미 제3자에게 공개가 된 정보에 대하여는 원칙적으로 더 이상 '사생활에 대한 합리적 기대'가 인정될 수 없어 그에 대한 보호가 미흡할 수밖에 없는 것이다. 이러한 의미에서 사생활의 자유와는 별개로 개인정보자기결정권을 보호한다는 것은 특별한 의미를 가진다. 예를 들어 사생활과 별개로 개인정보자기결정권을 보호하지 않게 되면, 공공장소에 있던 사람의 위치정보는 사람의 체

20) Leitfaden des BfDI und der BNetzA für eine datenschutzgerechte Speicherung von Verkehrsdaten, Stand 19.12.12.

21) BGH, Urteil vom 03.07.2014 - III ZR 391/13.

22) Genz, 「Datenschutz in Europa und USA」, 2004, Springer, S. 39; Solove/Schwartz, 「PRIVACY LAW」: FUNDAMENTALS, 2011, IAP, S. 635.

구를 고려할 때 의도적으로 얼굴을 가린 채로 움직이지 않는 한 누구나 볼 수 있는 정보로서 원칙적으로 사생활에 대한 합리적 기대에 의해 보호되지 않는다. 이러한 논리에서 미국 대법원은 사람이나 사물(예를 들어 자동차)에 GPS를 장착하는 경우, 이 때 알게 되는 위치정보가 누구나 볼 수 없는 장소에까지 이르는가에 따라 영장의 필요성이 달라질 수 있다고 한다.[23] 따라서 자동차에 GPS를 장착하여 자동차의 위치정보를 확보하는 것은 경찰이 직접 따라가면서 위치를 확인하는 것과 동일하기 때문에 영장이 필요하지 않다고 한다.[24]

이러한 시스템을 취하고 있는 미국에서는 개인정보가 처리되는 모든 영역에 적용될 수 있는 포괄적 개인정보보호법이 존재하지 않고, 개인정보가 처리되는 민간부문에 있어서는 원칙적으로 시장자율규제방식에 따르되, 일부 영역에 있어서만 부문별로 입법하는 방식을 채택하고 있다. 이에 따라 전기통신사업자는 정보주체의 동의에 의하여 제공받은 정보를 저장하거나, 이용하거나 심지어 제3자에게 판매하는 데에 있어 별다른 제한을 받지 않는다.[25] 미국 내에서는 개인정보보호에 있어 가장 강력하고 선구적이라 평가되는 캘리포니아의 소비자 프라이버시 보호법(CCPA)도 소비자의 알 권리와 옵트아웃 방식으로 제3자에 대한 판매를 중지시킬 수 있는 권리 등을 부여하고 있을 뿐이어서, 우리나라나 독일과 같이 개인정보자기결정권이라는 적극적 의미에 있어서의 보호로 평가되기엔 어려움이 있다. 이러한 미국의 법제 하에서는 전기통신사업자가 영업적 목적을 위해 정보를 처리하는 것에 관한 법률적 제한이 없고, 수사기관이 해당 정보를 요청할 때에 별도의 저장의무를 언급할 실익이 거의 없다.[26]

---

23) United States v. Karo, 468 U. S. 705 (1984).

24) U. S. v. Moran, 349 F. Supp.2d 425 (N. D. N. Y. Jan 05, 2005). 이와 동일한 맥락에서 열화상카메라로 내부장소의 위치를 확인하기 위해서는 영장을 얻어야 한다고 판시하였다(Kyllo v. United States, 533 U. S. 27).

25) Smith v. Maryland, 442 U. S. 735 (749); California v. Ciaolo, 476 U. S. 207 (213).

26) 이에 따라 해당 정보에 대한 수사기관의 수집요건만을 규정하고 있다, 18 U.S.C. § 2703(c). 이에 관하여는 Ringland, "THE EUROPEAN UNION'S DATA RETENTION DIRECTIVE AND THE UNITED STATES'S DATA PRESERVATION LAWS: FINDING THE BETTER MODEL", 5 Shidler J. L. Com. & Tech. 13, 2009, S. 4.

미국의 법제는 우리나라의 개인정보보호시스템의 원칙적 구조와는 근본적으로 다름에도 불구하고, 통비법 제13조나 전기통신사업법 또는 개인정보보호법은 전기통신사업자의 영업적 정보처리에 대해 구체적으로 규정하지 않음으로써 원칙적인 개인정보보호시스템이 개인정보처리가 허용되어 있는 구체적 영역에서 실질적으로 구현되지 못하고 있다. 즉 전기통신사업자가 영업목적을 위하여 저장할 수 있는 정보의 범위를 제한하거나 저장기간이나 삭제의무를 규정하지 않음으로써, 이를 '온전히' 전기통신사업자에게 맡기고 있다. 전기통신사업자가 계약체결 시에 제공하는 약관에 정보주체가 동의하는 방식으로 전기통신사업자 스스로 계약이행에 필요하다고 여기는 개인정보의 저장과 그 저장기간을 임의로 설정할 수 있는 구조로 되어 있는 것이다.[27] 이로 인하여 수사기관의 요청규정 역시 그 권한과 요건만을 규정하면서 시행령 상의 최소보관기간규정을 두고 있음에도 불구하고 전기통신사업자에 대한 '만일의 수사목적을 위한 사전적 저장의무부과'의 문제가 수면 위로 드러나지 않는 것이다. 이로써 전기통신사업자의 개인정보 수집과 이용과 관련하여 정보주체의 동의에 기반하는 경우 고지한 수집·이용 목적 내에서 어떠한 개인정보라도 전기통신사업자가 계약이행에 필요하다고 여기는 한, 법률상의 기간제한없이 수집·이용하는 것이 가능하다. 또한 계약이행을 위하여 필요한 개인정보로서 경제적·기술적 사유로 통상적인 동의를 받는 것이 뚜렷하게 곤란한 경우 또는 요금정산을 위하여 필요한 경우에는 정보주체의 동의없이도 개인정보를 수집·저장·이용할 수 있으며, 해당 정보의 구체적인 삭제기간도 법률에 제한되어 있지 않다.

각 국의 개인정보보호시스템과 그에 따라 통신사실확인자료저장실무에 대한 법적 제한의 여부를 도식화하면 다음과 같다.

---

27) 전기통신사업법 제28조에 따라 전기통신서비스에 관하여 그 서비스별로 이용 및 이용조건(이용약관)을 과학기술정보통신부장관에게 신고하고, 과학기술정보통신부장관이 신고된 이용약관을 관리감독하기는 하지만, 이러한 통제는 대체로 불공정한 요금이나 이용조건이라는 측면에 치중되어 있다.

<각국의 개인정보보호시스템 비교>

	독일	한국	미국
개인정보자기결정권 보호	O	O	X
포괄적 개인정보보호법	O	O	X
민간부문에서의 개인정보처리의 기본원칙	원칙적 금지, 예외적 허용	원칙적 금지, 예외적 허용	시장자율규율방식 / 특정 영역에 있어서의 부문별 입법방식
통신사실확인자료저장실무에 대한 법적 제한의 유무	O	X	X

정보의 저장은 해커의 공격이나 서비스개선과정에서 돌발적인 오류로 인한 데이터 노출 등 다양한 위협 앞에서 개인정보보호적 과제를 수행하는 데에 장애가 될 수 있다. 정보통신서비스 이용자는 사업자에게 자신의 정보를 제공함으로써 사업자가 사회통념상 요구되는 주의의무에 합치되게, 즉 안전하게 처리할 것을 기대한다. 이러한 기대를 고려하여 사업자의 고의 혹은 과실로 개인정보보호법이 요구하는 안전성 확보에 필요한 조치를 하지 아니하여 개인정보가 유출되는 경우, 해당 전기통신사업자에게는 민사상의 손해배상책임과 함께 행정법적 책임과 형사상의 책임을 부과할 수 있다.[28] 이러한 제재규정을 통해 안전조치를 마련할 강제를 하고 있기는 하지만, 이 모든 수단은 사후적으로 작동한다. 문제는 현대 정보처리기술 하에서의 저장실무는 늘 권한없는 자에 의한 유출이나 권한있는 자에 의한 남용의 위험 하에 있고, 그 피해는 상상할 수 없을 정도에 이를 수 있다는 데에 있다. 예를 들어 전기통신사업자가 저장하고 있는 통신사실확인자료가 해커에 의하여 유출되는 경우, 이 정보는 대규모의 사람들을 대상으로 한 보이스피싱에 이용될 수도 있고, 성범죄

28) 안전성 확보에 필요한 조치를 하지 아니하여 개인정보가 유출된 경우, 전기통신사업자에게는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금(형사책임), 시정명령과 함께 이루어지는 관련 매출액 3% 이하의 과징금(행정법적 책임) 또는 민법 제750조에 따른 불법행위로 인한 민사상의 손해배상책임을 물을 수 있다.

의 대상물색의 자료가 될 수도 있다. 이러한 사정은 만일의 유출사건의 경우에 제재규정을 두고 있는 것과는 별개로 저장정보는 언제든 권한없는 접근이나 남용의 대상이 될 수 있다는 것을 고려하여 사전적인 대책도 마련해야 할 필요성의 근거가 된다. 이를 위해 정보주체의 동의에 의하더라도 전기통신사업자가 영업적 목적을 위하여 처리하는 것이 허용되는 정보에 대한 구체적인 최소한의 법률적 제한이 필요하다. 즉 통신사실확인자료의 저장을 정보주체의 동의에만 맡겨둘 것이 아니라, 그 정보의 민감성 뿐만 아니라 '정보저장'이 가지는 남용이나 유출의 위험성까지도 고려하여 필요최소한도로 제한되어 있어야 한다. 법적 제한을 통해 개인정보보호과제를 충실히 이행하기 위해서 일단 영업목적을 위하여 저장될 수 있는 정보의 범주와 그 기간을 처리되는 개인정보의 의미에 상응하도록 규정하고, 해당 정보가 계약의 체결 및 이행, 요금정산에 필요하지 않은 경우 지체없이 삭제할 의무 역시 명확하게 입법해야 한다. 이러한 규정이 전제될 때에야 비로소 통신사실확인자료요청제도의 요청요건이 그 처분의 기본권 제한의 정도에 부합하는지를 검토할 수 있을 것이다.

2. 개인정보보호적 흠결

앞서 살펴본 바와 같이, 전기통신사업자에 의한 통신사실확인자료의 저장은 그 정보에 내재되어 있는 정보적 잠재력을 보건대 특별한 보호가 필요하며, 효과적인 보호가 이루어질 수 있도록 법적인 제한을 마련하는 것이 개인정보보호시스템에도 부합한다. 그럼에도 불구하고 현행 법률은 이에 관하여 정보주체의 동의 또는 영업적 필요라는 수권근거 하에 전기통신사업자에게 온전히 맡김으로써, 시대의 요청에 부응하는 효과적인 개인정보보호를 수행하기에 어려움이 있다.

정보통신망에서의 정보주체의 동의는 주로 비대면으로 이루어진다는 점에서 서비스이용자가 자신의 개인정보가 얼마나 수집되며, 어떻게 이용되는지 그리고 얼마동안이나 이용가능상태로 저장되는지를 제대로 알지 못한 채 개인정보수집에 동의할 위험성이 있어 이용자의 보호의 필요성이 매우 높다.[29] 개인정보자기결정권을 보호하는 법제 하에서는 이미

제3자에게 제공한 정보라 하더라도 정보주체의 지배권에서는 벗어났을지언정, 그의 통제권도 배제되는 것은 아니다. 따라서 전기통신사업자가 제공하는 서비스를 이용하기 위하여 제공한 정보 또는 이용하는 과정에서 전기통신사업자 측에게 생성되는 정보는 정보주체의 지배권 하에 있지 않다 하더라도, 여전히 그 정보의 계속적인 이용, 저장 등에 있어 정보주체의 통제가능성이 유지되어야 한다. 현실적인 통제가능성이 보장되어 있지 않은 상황에서 개인정보자기결정권의 보호는 유명무실해질 수 있기 때문이다. 그럼에도 불구하고 '정보주체의 동의'라는 허울 아래 어떠한 법적 제한도 마련하지 않음으로써 개인정보자기결정권의 실질적인 보호가 어려워지는 것이다.

이러한 문제는 동의에 기반하지도 않은 정보수집의 경우, 즉 개인정보보호법 제39조의3 제2항에 의하여 계약이행에 필요하거나 요금정산에 필요한 정보의 수집의 경우 더욱 뚜렷해진다. 이 때에는 - 허울뿐이라 하더라도 - 정보주체의 동의조차 존재하지 않음에도 불구하고, 그 필요성과 한계에 있어 전기통신사업자의 영업적 재량에만 맡겨둠으로써 개인정보보호의 흠결이 생길 수밖에 없다. 이는 언제든지 전기통신서비스이용자에 의한 민사소송의 대상이 될 수 있다는 점에서 전기통신사업자에게도 부담으로 작용할 수밖에 없다. 따라서 개인정보의 처리에 대한 법

29) 개인정보보호법이 일반적으로 적용되는 개인정보처리허용조항인 제15조, 제16조에 대하여 정보통신서비스제공자의 개인정보처리에 대한 특례규정을 마련하고 있는 것 또한 이러한 정보주체의 동의에 허점이 존재할 수 있다는 인식 하에서 이루어진 것으로 보인다(개인정보보호위원회, 「개인정보보호 법령 및 지침·고시해설」, 2020.12., 415면: "개인정보보호법 제39조의3은 동법 제15조, 제16조에 대한 특례규정으로서, ... 정보처리기술의 발전으로 정보통신망을 통한 개인정보 수집 규모는 나날이 증가하고 있는 반면, 정보통신망에 기반한 서비스의 경우 주로 비대면으로 이루어지고 있어, 그 서비스 이용자는 자신의 개인정보가 얼마나 수집되며 어떻게 이용될 것인지 제대로 알지 못한 채 개인정보의 수집에 동의할 위험성이 있는 등 정보통신망을 통한 개인정보 수집·이용 시 이용자 보호의 필요성이 보다 큰 점을 고려한 것이다."). 그러나 동법 제39조의3에 따른 고지사항은 제15조 제2항 제4호(동의거부권에 대한 사실 및 동의 거부시 불이익 내용에 대한 고지의무)를 포함하지 않고 있어, 오히려 정보통신서비스제공자의 개인정보 수집의 요건을 완화시키는 역할을 할 수 있다. 이에 대하여 개인정보보호위원회, 「개인정보보호 법령 및 지침·고시해설」, 2020.12., 416면은 "이용자 보호를 위하여 정보통신서비스 제공자는 특례에 따른 고지사항 이외에도 제15조 제2항에 따른 고지사항에 대해서도 알리고 동의를 받는 것이 바람직하다"라고만 하고 있다.

적 제한은 처리가 허용되는 정보의 범위, 처리가 허용되는 기한뿐 아니라 그 이후의 삭제에 있어서도 요구된다.[30]

3. 국가의 기본권보호의무

개인정보가 처리되는 영역이 늘어날수록, 또한 고도로 현대화된 정보처리여건들 하에서 정보 하나가 가지는 의미가 더 이상 그 자체의 의미에만 머물 수 없어질수록,[31] 개인정보자기결정권 보호의 의미와 중요성은 커질 수밖에 없다. 이러한 맥락이나 우리나라의 개인정보보호시스템에 비추어 볼 때 전기통신사업자에 의한 통신사실확인자료 저장실무에 관하여 어떠한 제한없이 정보주체의 동의에만, 혹은 전기통신사업자의 영업적 판단에만 맡겨두는 것은 개인정보자기결정권이라는 기본권 보호에 상응하기 어렵다. 국가는 기본권에 의하여 보호받을 법익이 국가나 사인에 의하여 위법하게 침해받지 아니하도록 보호하여야 할 기본권 보장의무를 진다(헌법 제10조 후문). 이러한 기본권 보장의무[32]는 국가 스스로 국민의 기본권을 침해하지 않을 의무와 기본권 실현을 위한 법령과 제도를 정비하고, 기본권 보호입법이 흠결되거나 충분하지 아니한 경우 입법자에게 입법의무를 부과하거나 입법개선의무를 부과함으로써 기본권의 최대한의 보장을 힘쓸 적극적 의무 그리고 마지막으로 기본권의 실현이 모든 영역에서 이루어질 수 있도록 사인에 의한 기본권 침해를 방지하고 나아가 실효성있는 피해구제수단을 마련해야 할 의무에까지 이른다.[33] 그러한 의미에서 국가가 법적 제한을 마련하지 않고 시장자율에

30) 개인정보보호법 제39조의6은 정보통신서비스를 1년의 기간 동안 이용하지 아니하는 이용자의 개인정보의 경우에만 파기에 관한 특례를 규정하고 있다.

31) BVerfGE 65, 1 (44).

32) 미국의 경우 개인의 기본권을 보호하기 위하여 능동적인 조치를 내려야 할 기본권적 보호의무라는 컨셉이 존재하지 않고, 미국헌법에서 도출될 수 있는 권리들은 오로지 국가에 대한 방어권으로만 이해될 수 있는 반면, 독일의 경우에는 '기본권보호의무이론'에 의하여 사인 사이에 기본권 침해가 발생할 경우 국가의 적극적 개입을 정당화한다(Genz, 「Datenschutz in Europa und den USA」, Springer, 2004, S. 49; Schwartz, "Zur Architektonik des Datenschutzes in den USA", in: Stern/Pfeifer/Hain, Datenschutz im digitalen Zeitalter, München, 2015, S. 118).

33) 성낙인, 「헌법학」, 제21판, 2021, 법문사, 1063면.

내맡겨둔 것은 입법부작위로 평가될 수도 있다.[34] 물론 개인에게 특정한 기본권이 인정된 경우라고 하더라도 어떤 내용의 의무가 국가에게 부과되는지에 대해서는 해석이 필요한 문제이기 때문에 불명확하며, 이러한 입법의무를 근거로 위헌을 주장하는 것이 실질적으로는 어려울 수 있다.[35] 그러나 통신영역에 있어서 전기통신사업자가 처리하는 것이 허용되는 개인정보에 대한 제한을 마련하여 두지 않는 것은 국가가 어떠한 위험이 있는지조차 잘 알지 못하는 장소에 최소한의 울타리조차 마련하지 않은 채 국민을 내버려두는 것과 다를 바 없다. 권한없는 개인정보의 수집, 저장이나 권한있는 자에 의한 과도한 개인정보의 처리가 이루어지는 것으로부터 국민을 보호하고 지켜내기 위한 울타리를 마련해야 할 국가의 책무는 범죄를 수사하고 처벌함으로써 사회를 보호해야 할 전통적인 책무 못지않게 중요한 일이다. 사회발전을 저해하고, 특정산업분야의 혁신을 가로막을 수 있다는 우려로 포장된 국가기관의 의무방기 또는 한편으로 쏠려져 있는 균형성 상실의 댓가는 결국 개인의 자유 희생으로 이어질 수 있기 때문이다. 이러한 의미에서 통신사실확인자료의 저장실무에 대한 현행 법률의 태도는 개인정보자기결정권 보호에 대한 위협, 더 나아가 개인의 자유로운 삶의 영위에 대한 위협에 소극적으로 대처하고 있음을 보여준다.

IV. 독립된 기관에 의한 관리감독

효과적인 개인정보보호시스템을 구축하기 위해서는 개인정보이용내역에 관한 정보주체에 대한 통지[36] 외에도 개인정보처리에 대한 독립된

34) 헌재 1993. 9. 27. 89헌마248 참조: “진정입법부작위가 헌법소원의 대상이 되려면 헌법에서 기본권보장을 위하여 법령에 명시적인 위임을 하였는데도 입법자가 상당한 기간 내에 이를 이행하지 않거나 또는 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자가 아무런 입법조치를 취하지 않고 있는 경우라야 한다.“

35) 김대환, “국가의 국민안전보장의무”, 공법학연구 제15권 제3호, 한국비교공법학회, 2014, 14면.

36) 개인정보보호법 제39조의8은 정보통신서비스제공자는 수집한 이용자의 개인정보의 이용내역을 연1회 이상 이용자에게 통지할 것을 요구하고 있다. 이러한 정보주체에 대한 통지

기관의 참여가 보장되어야 한다. 이로써 독립된 기관에 의해 개인정보의 수집·저장·이용·제3자 제공이 개인정보보호법이 요구하고 있는 원칙들에 상응하게 이루어지고 있는지가 지속적으로 관리·감독되어야 한다.

전기통신사업법에서 전기통신사업자가 영업목적을 위하여 저장·이용할 수 있는 정보를 법률상 제한한다 하더라도, 이러한 정보처리가 개인정보보호법에 부합하게 이루어지고 있는가에 대한 현실적인 관리감독은 전기통신사업자가 영업목적을 위하여 해당 정보의 수집·저장·이용·수집 목적 내 또는 목적 외의 제3자 제공을 하고 있는 실태를 개인정보보호업무에 대한 권한이 있는 독립된 기관[37]이 파악하고 있는 경우에만 기능할 수 있다. 따라서 개인정보가 처리되는 개별 영역에서의 실무현황이 개인정보보호위원회로 취합될 수 있는 유기적 시스템을 구축하는 것이 보다 효과적인 개인정보보호에 기여할 수 있다. 이를 위하여는 어떤 영역에서든 개인정보가 처리되는 경우에는 관련대장을 작성하고, 처리현황을 개인정보보호위원회에 해마다 보고하게 함으로써, 개인정보처리현황을 파악하여 개인정보보호적 관점에서 내려져야 할 구체적인 조치나 개선되어야 할 사항들이 반영될 수 있도록 하는 조직적·절차적 조치가 마련되어야 한다.[38] 현재 개인정보가 처리될 수 있는 구체적인 영역을 규율하는 개별 법률들[39]은 2011년 제정된 개인정보보호법보다 더 긴 역사를 가지고

는 개인정보자기결정권보호의 본질적인 전제조건이다.

37) 개인정보 보호에 관한 사무를 독립적으로 수행하기 위하여 국무총리 소속으로 개인정보보호위원회를 둔다(개인정보보호법 제7조 제1항).

38) 박소현, "복제전송자에 관한 정보제공청구에 있어 개인정보보호의 문제", 산업재산권 제70호, 한국지식재산학회, 2022.01., 217면.

39) 개인정보보호법은 일반법으로서 개인정보가 처리되는 모든 영역에 있어 개인정보처리원칙에 부합하도록 개별법률들이 제정되어야 한다. 그러나 개인정보보호법은 2011년에야 비로소 제정된 데에 반하여, 개인정보처리가 이루어지는 개별 영역의 법률들은 그 역사가 더 오래 되었다(예를 들어 구 공중전기통신사업법은 이미 1984년에 제정). 이러한 사유로 인하여 이미 제정되고, 여러 차례 걸쳐 개정이 이루어진 개별법률들을 개인정보보호적 관점에서 수정·보완해야 할 필요성이 제기된다. 2011년 개인정보보호법이 제정될 당시의 제정이유 역시 이를 분명히 하였다: "정보사회의 고도화와 개인정보의 경제적 가치 증대로 사회 모든 영역에 걸쳐 개인정보의 수집과 이용이 보편화되고 있으나, 국가사회 전반을 규율하는 개인정보 보호원칙과 개인정보 처리기준이 마련되지 못해 개인정보 보호의 사각지대가 발생할 뿐만 아니라, 최근 개인정보의 유출·오용·남용 등 개인정보 침해 사례가 지속적으로 발생함에 따라 국민의 프라이버시 침해는 물론 명의도용, 전화사기 등 정신

있다. 따라서 이러한 개별 법률들을 개인정보보호법이 세우고 있는 원칙들에 부합하도록 개정하는 많은 관심과 노력이 필요하다. 개인정보보호를 위한 조치들이 전제되지 않은 정보기술의 발전이 가진 위험성들을 고려할 때, 효과적인 개인정보보호의 기틀을 마련하기 위하여 관련 법률들을 정비하고, 조직적·절차적 체계를 마련하며, 개인정보보호에 관한 전문인력을 양성하는 것은 정보화사회에서의 국가의 필수적 책무이다.

V. 나오며

정보통신기술의 발달은 과거에는 생각해 볼 수 없을 정도에 이르렀고, 이 또한 빠른 속도로 계속해서 발전되어가고 있다. 이러한 기술발전은 인간의 삶에 편리함과 수많은 가능성들을 제공해 줌과 동시에 인간의 자유에 대한 새로운 위협원이 되기도 한다. 더 두려운 것은 기술발전이 가지고 있는 가능성(긍정적이든, 부정적이든)을 대부분의 이용자들이 다 알기 어렵다는 것이다. 그럼에도 불구하고 국가가 보호의 필요성이 특히 높은 정보통신기술이용영역에서 개인정보보호를 위한 최소한의 입법적 제한을 마련하지 않는 것은 우리나라의 개인정보보호시스템에도 부합하지 않을 뿐 아니라, 개인정보자기결정권의 보호에도 흠결이 생기게 만드는 것이다.

따라서 입법부는 정보통신영역에 있어 전기통신사업자가 처리할 수 있는 통신사실확인자료를 정의하면서, 개인정보보호법이 요구하고 있는 정보주체의 사생활 침해를 최소화하는 방법과 정도에 상응하는 개인정보처리를 담보할 수 있는 입법적 근거를 제공하여야 한다. 이를 위해서 해당 산업분야의 영업적 필요에 의하여 통상 정보처리가 허용되어야 하는 기간에 대한 조사와 법적 제한의 사전영향평가 등을 거쳐 개인정보를 효과적으로 보호할 수 있도록 하여야 할 것이다.

이에 덧붙여 입법부에 의하여 제정된 통신사실확인자료저장실무에 대

적·금전적 피해를 초래하고 있는 바, 공공부문과 민간부문을 망라하여 국제 수준에 부합하는 개인정보 처리원칙 등을 규정하고, 개인정보 침해로 인한 국민의 피해 구제를 강화하여 국민의 사생활의 비밀을 보호하며, 개인정보에 대한 권리와 이익을 보장하려는 것임"(법률 제10465호, 2011.3.29. 제정).

한 법적 제한의 준수여부는 통합된 개인정보보호위원회에 의하여 통제·감독되어야 한다. 이러한 개인정보보호시스템은 글로벌 시대의 자유로운 정보교류의 전제조건이 된다. 유럽연합이 제시하고 있는 개인정보보호의 표준에 상응하는 수준을 담보하여야만 유럽연합과의 자유로운 정보교류가 이루어질 수 있는 것이 그것이다. 이러한 의미에서 미국의 많은 정보통신회사들은 유럽연합이 요구하는 수준에 맞추는 것이 어려워 유럽 쪽으로의 진출을 포기하기도 한다. 자유로운 시장경제를 존중하는 태도보다 최소한의 법적 제한을 통해 기술수준에 맞는 구체적인 개인정보보호시스템을 마련함으로써 세계적인 추세에 발맞추어 가는 것이 오히려 세계시장에서의 경쟁력있는 산업을 구축할 수 있는 빠르고 올바른 길이라 생각된다.

(논문투고일: 2022.8.31., 심사개시일: 2022.9.2., 게재확정일: 2022.9.19.)

박 소 현

통신사실확인자료, 개인정보보호, 정보보호시스템,
전기통신사업자, 개인정보자기결정권

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 국내문헌

김대환, “국가의 국민안전보장의무”, 공법학연구 제15권 제3호, 한국비교공법학회, 2014, 성낙인, 「헌법학」, 제21판, 법문사, 2021.

박소현, “복제전송자에 관한 정보제공청구에 있어 개인정보보호의 문제”, 산업재산권 제70호, 한국지식재산학회, 2022.01.

, “개인정보보호적 관점에서의 통신사실확인자료요청제도”, 형사법연구 제34권 제2호, 한국형사법학회, 2022.6.

박종현, “「통신비밀보호법」상 통신사실 확인자료 제공관련 조항들에 대한 헌법적 검토”, 헌법학연구 제25권 제2호, 한국헌법학회, 2019. 6.

박주희, “수사목적의 개인정보 제공·이용에 대한 규범적 통제수사”, 홍익법학 제21권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2020.6.

박현준, “비식별화된 통신사실확인자료의 제공 절차 도입을 통한 기본권 침해 최소화 방안”, 형사정책연구 제30권 제1호, 한국형사법무정책연구원, 2019. 3.

박혜림, “범죄수사를 위한 통신사실확인자료 수집에 대한 소고”, 법학연구 통권 제64집, 전부대학교 법학연구소, 2020. 12.

박희영, “독일 형사소송법상 통신데이터 수집권과 한국 통신비밀보호법상 통신사실확인자료제공 요청권의 비교 및 시사점”, 경찰학연구 통권 제21호, 경찰대학, 2009.

차진아, 전기통신사업법상 범죄수사를 위한 통신자료 제공요청의 헌법적 쟁점, 고려법학 제105호, 고려대학교 법학연구원, 2022.6.

황성기, “현행 통신비밀 보호법제의 헌법적 문제점”, 언론과 법 제14권 제1호, 한국언론법학회, 2015.

Ⅱ. 외국문헌

Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO § 100g.

Wolte/Greco, in: SK-StPO § 100a.

Bär, BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra, Graf, TTDSG § 9, 43. Aufl., 2022.

Genz, 「Datenschutz in Europa und den USA」, Springer, 2004.

Ringland, "THE EUROPEAN UNION'S DATA RETENTION DIRECTIVE AND THE UNITED STATES'S DATA PRESERVATION LAWS: FINDING THE BETTER MODEL", 5 Shidler J. L. Com. & Tech. 13, 2009.

Schwartz, "Zur Architektonik des Datenschutzes in den USA", in: Stern/Pfeifer/Hain, Datenschutz im digitalen Zeitalter, München, 2015.

Solove/Schwartz, 「PRIVACY LAW」: FUNDAMENTALS, IAP, 2011.

Ⅲ. 기타

개인정보보호위원회, 「개인정보보호 법령 및 지침·고시해설」, 2020.12.

Bundestag-Drucksache 18/5088, S. 27.

Leitfaden des BfDI und der BNetzA für eine datenschutzgerechte Speicherung von Verkehrsdaten, Stand 19.12.12.

Zusammenfassung

Die Notwendigkeit gesetzlicher Beschränkungen der Speicherung von Verkehrsdaten durch die Telekommunikationsdiensteanbieter

Sohyun Park*

Die Speicherung von Verkehrsdaten durch die Telekommunikationsdiensteanbieter ist eine Voraussetzung für das Auskunftsersuchen durch die Strafverfolgungsbehörden und zugleich ein wichtiger Faktor, der die solcher Ermittlungsmethode immanente Eingriffsintensität der Grundrechte beeinflusst. Das koreanische Datenschutzgesetz erlaubt die Verarbeitung personenbezogener Daten nur unter dem Vorbehalt der Erlaubsnistatbestände, und selbst in solchen Fällen beschränkt es ihre Verarbeitung auf das erforderliche Mindestmaß, um den Zweck zu erfüllen. Für die Datenverarbeitung im Bereich der Telekommunikation gibt es jedoch neben den grundsätzlichen Erlaubnistatbeständen keine gesetzlichen Mindestbeschränkungen. Dies ist nicht nur mit dem koreanischen Datenschutzsystem unvereinbar, sondern auch mit der Pflicht des Staates, die Grundrechte der Burger im Hinblick auf den Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung zu schützen. Um die personenbezogenen Daten effektiv zu schützen, sollten der Umfang und die Dauer von Daten, die gespeichert werden dürfen, und die unverzügliche Löschungspflicht nach der Verwendung der Daten gesetzlich geregelt werden. Für das effektive Datenschutzsystem bedarf es kontinuierlicher Kontrolle durch die unabhängige Organisation bei der Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe personenbezogener Daten.

* Donzentin an der Uni Sungkyunkwan, Dr.jur.

Sohyun Park

Verkehrsdaten, Datenschutz, Datenschutzsystem,
Telekommunikationsdiensteanbieter,
das Recht auf informationelle Selbstbestimmung

성균관대학교 법학연구원『성균관법학』 10.17008/skklr.2022.34.3.008
제34권 제3호(2022. 9.)
Sungkyunkwan Law Review Vol.34. No.3 (September 2022) pp. 247 - 280

회복적사법 프로그램으로써 한국 형사조정제도 발전방안에 관한 제언*

김재희**

【목 차】

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. 회복적사법 프로그램으로써 한국형사조정
Ⅲ. 한국형사조정의 운용현황
Ⅳ. 개선방안에 관한 제언
Ⅴ. 마치며

【국 문 요 약】

형사조정제도가 2006년 시범 프로그램으로 검찰단계에 도입되어 전국적으로 시행된 지 상당한 시간이 흘렀다. 그동안 다수의 선행 논문들은 형사조정제도를 회복적사법 프로그램으로 인정하고, 회복적사법 프로그램으로써 적합성과 형사절차 내에서 존재의 타당성에 대하여 검토하였다.

* 이 논문 또는 저서는 2017년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2017S1A5B5A02025344)
본 논문은 김재희, “한국형 형사조정제도의 발전방향에 관한 제언” - 일범 박광민교수 정년퇴임 기념학술행사, 2022. 7. 8, 성균관대학교 인문사회캠퍼스 법학관 201호. 발제문을 대폭·수정 보완한 것임.
** 김재희, 성결대학교 파이데이아학부(교양학부) 조교수, 법학박사(형사법 전공)

또 형사조정제도의 발전방안에 대하여도 다양한 견해를 제시하고 있다. 그러나 여전히 현장에서는 회복적사법 프로그램의 핵심이라 할 수 있는 당사자 중심의 회복의 약속, 자발적 책임인수와 약속불이행 등 문제점은 반복되고 있다. 이에 형사조정제도를 설계하고 회복적 프로그램으로써 의의와 효용성을 위한 검토와 제도적 문제점의 개선에서 한걸음 나아가 최근 발간된 유엔의 「회복적사법 프로그램의 위한 핸드북(개정판)」과 「유엔 형사사법에 회복적사법 프로그램을 사용하기 위한 기본원칙」을 기준으로 현행의 문제점을 진단해보고, 본 제도가 추구하는 방향에 부합하는 실무상의 개선방향을 제안하고자 한다.

Ⅰ. 들어가며

"국가 공형벌체계가 확립된 전통적인 형사사법체계 하에서 오랫동안 '잊혀진 존재' 내지 '주변적인 존재'로 취급되어 왔던 범죄피해자가 1980년대 중반부터 불기 시작한 '피해자의 르네상스(Renaissance des Opfers)'에 힘입어 형사사법의 핵심주체로 부각되기 시작한지 상당한 세월이 흘렀다."[1] 형사절차에 피해자 지위의 재정립과 참여의 움직임은 회복적 정의 사조를 형사사법 영역에서 실천하려는 국제 형사정책적 동향과 맞물려 기존 형사사법에 상당한 변화를 가져오게 하였다. 이에 UN은 「형사사건에 있어 회복적사법 프로그램의 활용의 기본원칙(The Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters)」으로 총 23개의 기본원칙을 세워 회원국들에게 제공함으로써, 회원국들로 하여금 기존 사법시스템에 맞게 회복적 사법제도를 채택하고 정착시킬 수 있도록 유용한 정보로 동 원칙을 마련하고 있다.[2]

---

1) 박광민, "형사절차상 피해자보호의 현황과 전망", 「경성법학」(제14권 제1호), 경성대학교 법학연구소, 2005. 19면.

2) UNODC는 비엔나선언에서 총 23개 조항으로 구성된 유엔 기본원칙을 선언하였다. 나아가 유엔형사사법 핸드북-회복적 사법 프로그램을 위한 핸드북을 제작하여 회원국들에게 형사사법 절차에 회복적 사법 프로그램을 사용할 것을 독려하고 있다. 동 기본원칙을 핸드북에 부록편(Annex.)으로 소개하고 있다.
https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/20-01146_Handbook_on_Resto

회복적 프로그램으로 평가되는 형사조정제도가 기존 형사사법 제도들과 구별되는 특징은 특히 당사자 간의 갈등이 사건의 주요 원인 및 내용인 경우 이를 형사조정에 회부하여 발생한 피해와 어긋난 관계회복을 위해 형사조정의 안내에 따라 당사자가 주도적 절차진행을 한다는 점이다.

'형사조정'이란 범죄의 피해자와 가해자가 중립적인 제3자의 안내 하에 범죄에 의해 야기된 피해와 장래의 회복을 위한 약속을 자발적인 합의로 함께 만들어가는 과정을 의미한다.[3] 이러한 형사조정을 바탕으로 '형사조정제도'는 피의자 및 범죄피해자(피고소인, 범죄피해자인 고소인을 포함)간 형사분쟁에 대하여 공정하고 원만한 해결을 통해 범죄피해자의 피해를 실질적으로 회복함과 아울러 지역사회의 동참을 통한 형사분쟁의 자율적 해결을 촉진하기 위하여 마련되었다(형사조정 실무운용지침 제1조[4]). 그 대상사건은 재산범죄 고소사건(사기, 횡령, 배임 등)과 소년, 의료, 명예훼손 등 민사 분쟁 성격의 형사사건으로, 고소인과 피고소인이 화해에 이를 수 있도록 지역사회 각 분야의 전문가들로 구성되어 검찰청에 설치된 '형사조정위원회'에서 조정한다. 현행 검찰 주도적 기구로 형사조정위원회의 형성은 이러한 점에서 동 제도를 안정적으로 운영하고 활성화하기 위한 단단한 기반을 조성했다고 할 것이다. 즉 피의자와 범죄피해자 사이에 형사분쟁을 공정하고 원만하게 해결하여 범죄피해자가 입은 피해를 실질적으로 회복하기 위해 형사조정에 적합하다고 판단한 사건을 검사는 직권으로 또는 피의자나 범죄피해자의 신청으로 형사조정에 회부한다[5]는 점에서 사건의뢰의 선별과 회복적사법 프로그램으로써 취지에 보다 적합한 진행을 기대할 수 있기 때문이다.

많은 선행 연구들[6]에서 주장하듯 형사조정이 회복적 사법의 철학(회복

---

rative_Justice_Programmes.pdf, 2020. p. 113-116.
동 핸드북의 번역서로, UNODC지음·김재희 외 공역, UN 형사사법 핸드북-회복적 사법 프로그램을 위한 핸드북(제2판), 박영사, 2021. 111-114면.

3) 김재희, "현행 범죄피해자보호법상 형사조정제도의 검토", 「피해자학연구」(제19권 1호), 2011. 262면.

4) 대검찰청 예규 제741호, 2014. 12. 1. 발령·시행.

5) 법무부, 찾기 쉬운 생활법령 홈>책자형>범죄피해자
https://www.easylaw.go.kr/CSP/CnpClsMain.laf?popMenu=ov&csmSeq=734&ccfNo=2&cciNo=2&cnpClsNo=2&search_put=%ED%98%95%EC%82%AC%EC%A1%B0%EC%A0%95

6) 김성돈, "회복적 사법형 형사조정제도의 법제화 방안", 「성균관법학」(제21권 제2호), 2009;

적 정의)을 근거로 한다는 것에는 대부분 합의를 이루고 있다. 그렇다면 본래 취지에 부응하는 형사조정제도는 검찰청 소속의 형사조정위원회가 회복적 사법의 이론을 인지하고 독자적 프로그램으로 운용되는가가 동 제도를 활성화, 발전방안의 키워드가 될 것이다. 2006년 시범운영으로 시작하여 15년 이상 운영되어 이제 안정적인 제도로 활용되고 있다는 점에서 형사조정제도의 질적, 안정적 운영에서 한걸음 나아가 질적 상향을 강구해야 할 시점이다. 따라서 한국 형사조정이 갖는 특징에서 출발하여 그동안 형사조정위원과 전국 형사조정위원 전문화 교육에 참여하며 전국 형사조정위원을 만나 온 경험에서 느껴온 이론 및 실무상 한국의 형사조정제도의 운용현황과 문제점을 진단하고 나아가 형사조정제도의 발전 방향에 대한 몇 가지 의견을 제시하고자 한다.

Ⅱ. 회복적사법 프로그램으로써 형사조정

1. 형사조정을 활용한 피해회복 지향의 국제 형사정책 동향

형사사법 절차에서 회복적 사법 이념을 표방하는 제도를 시행하고자 하는 것은 더 이상 낯설지 않다. 이와 관련하여 "각국에서 시도되고 있는 다양한 제도로는 사인소추제도와 결합된 화해전치주의, 미국식의 피해자-가해자 조정제도(Victim-Offender Mediation) 및 독일형법 제46조의 a와 같은 가해자-피해자의 화해 내지 조정(Täter-Opfer-Ausgleich) 등 다양한 모델들이 제시되어 있다."[7] 일반적으로 '조정 (mediation)', '중재(arbitration)' 및 '합의(reconciliation)'라는 용어가 유사하게 혼용[8]되

김범식(김대원), "현행 형사조정제도의 과제 - 현행의 형사조정은 과연 회복적 사법의 이념에 입각하고 있는가?", 「피해자학연구」(제23권 제3호), 2015.; 김용욱, "한국의 형사조정: 회복적 사법 프로그램인가?", 「형사정책연구」(제19권 제2호), 2008.; 김재희, "현행 범죄피해자보호법상 형사조정제도의 검토", 「피해자학연구」(제19권 제1호), 2011.; 박광현, "회복적 사법의 형사조정에 관한 고찰", 「법과정책」(제20권 제1호), 2014 등 다수.

7) 박광민, "형사절차상 피해자보호의 현황과 전망", 「경성법학」(제14집 1호), 2005. 27-28면, 주)30.

8) '조정(mediation)'이란 중립적인 제3자가 분쟁자들 사이에서 협상을 주선하는 조정안을 제시하여 분쟁을 해결하는 방식이다. '중재((arbitration)'란 중립적인 중재자가 공정하게 최종적인 결정을 한다. 중재자인 제3자가 법적 구속력 있는 최종결정을 내림으로써 직접 분쟁을 해결한다. '합의 또는 화해(reconciliation)'란 3가지중 분쟁 당사자가 가장 주도적인 지위를

어 사용되는 경우가 있다. 이렇게 볼 때 우리나라의 형사조정제도는 사실상 '조정'보다는 '화해'라는 표현이 적당하다고 보는 주장도 있다.[9] 그러나 '화해'는 용서를 전제로 한 상호관계의 재확립을 의미하는 것이고, '형사화해'라고 했을 경우 '형사재판 상 화해'(소송촉진특례법 제36조 이하)를 가리키는 경우도 있어 혼동을 불러일으킬 우려가 있다. '범죄피해자보호법', '형사조정 운영지침' 등에서 이미 '형사조정'이라고 하는 용어를 사용하고 있으며, 그 의미의 혼동을 피하고 아울러 용어의 통일을 꾀하기 위해 '중립적'인 견지에서 '형사조정'이라는 용어[10]를 사용하는 것이 적절하고 본다.

외국의 사례 중 독일은 1994년 「범죄방지법(Verbrechensbekämpfungsgesetz)」을 제정하고 이와 함께 형법을 일부 개정하여 형법 제46조a에 형사화해제도와 제3의 형사제재로서 형법적 원상회복에 관한 규정을 신설하였다.[11] 가해자와 피해자와 화해하기 위하여 [행위자와 피해자 간의 화해, 손해의 원상회복] [12]이라고 하는 제목으로, 형법상 형사 조정제도에 관련한

갖게 된다. 이때 협상주선기관은 단순히 양 당사자 간의 정보전달을 용이하도록 하는 역할을 하며 자신의 의견을 제시하지는 않는다.
위키백과, 대체적 분쟁해결, https://ko.wikipedia.org/wiki/

9) 김성돈 교수는 이 양자의 개념은 "화해"란 다툼의 해결(화해) 혹은 소원해진 관계의 재친화를 의미하는 것으로서 도달해야 할 지향점이 사고와 용서임을 전제로 한 개념이라고 하면서, '조정'이란 중립적인 제3자가 분쟁의 당사자들 사이에서 협상을 주선하는 분쟁해결방식이라고 구분지울 수 있다고 한다. 이렇게 볼 때, 우리나라의 형사조정제도는 사실상 '조정'보다는 '화해'라는 표현이 적합하다고 지적한다. 김성돈, 「해로운 범죄대응 전략으로서 화해조정제계구축(Ⅰ) - 형사사법체계내 형사조정제도 도입에 따른 법이론적 문제점 및 개선방안」, 연구총서, 한국형사정책연구원, 2008. 23면 이하.

10) 이러한 의견으로는 김성돈, "형사절차상 피해자-가해자-조정제도의 도입방안", 「법학연구」(제18집), 2001. 153-184면; 송길용, "형사조정의 새로운 이해", 「법조」, 2007.5., 137-186면; 원혜욱, "피해자-가해자-조정", 「청소년법연구」(제1권), 2002. 2, 355-356면; 이진국·오영근, "형사사법체계상 회복적 사법 이념의 실천방안",연구논문, 한국형사정책연구원, 2002. 2, 179-180면; 이진국, "독일형법상 가해자-피해자 조정", 「사법행정」, 2000. 9. 22-30면; 김재희, "현행 범죄피해자보호법상 형사조정제도의 검토", 263면, 주8).

11) 박광민, 앞의 논문, 20면.

12) 독일형법 제46조a [행위자와 피해자 간의 화해, 손해의 원상회복]
행위자가 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 법원은 제49조 제1항에 의해 형을 감경하거나 또는 1년 이하의 자유형 또는 360일수 이하의 벌금형을 초과하지 않은 형은 면제할 수 있다.

사항을 규정하고, 이를 근거로 들어 피해자에 대하여 전부 또는 대부분의 피해회복을 배상한 경우 가벼운 형의 경우 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다고 규정하고 있다.

프랑스의 경우, 형사소송법 제41-1조[13]에서 형사조정에 관련한 규정을 두고 그 이행을 강제하기 위하여 조정성립의 내용을 이행할 것을 조건으로 하는 조건부 기소유예제도를 형사조정제도에서 활용하고 있다.

아울러 영국의 경우, 가해자와 피해자가 참여하는 갈등해결 프로그램

---

1. 행위자가 피해자와 화해하기 위한 노력(행위자와 피해자 간의 화해)으로 그 범행의 전부 또는 주요부분을 원상회복했거나 또는 원상회복을 위하여 진지하게 노력한 경우
2. 손해의 원상회복이 행위자의 상당한 개인적 급부 또는 개인적 권리포기를 요하는 경우 행위자가 피해자에게 피해의 전부 또는 주요 부분에 대한 배상을 한 경우

13) 프랑스 형사소송법 제41-1조 ① 피해자의 손해배상이나, 범죄 관련 분쟁 해결, 범죄자의 사회복귀에 필요하다고 판단하는 경우, 검사장은 공소제기 결정에 앞서 직접 또는 소속 검사를 통해 다음 조치를 취할 수 있다.

1. 행위자에 대하여 법적으로 지급의무 있는 채무를 지급하게 하는 것
2. 행위자를 보건시설·사회시설·직업시설 등에 위탁하는 것; 행위자가 비용을 부담하여 약물남용치료과정, 부모로서의 역할 훈련 과정, 시민의식 연수 과정, 기타 보건시설·사회시설·직업훈련시설에 개설된 프로그램을 이수하게 할 수 있고, 자동차 운전 중 범법행위를 저지른 자에 대해서는 도로교통안전 프로그램을 자비로 이수하게 할 수 있다.
3. 행위자에 대하여 법률이나 규정에 따른 자격 혹은 지위를 취득하게 하는 것
4. 행위자에 대하여 법률이나 규정에 따라 손해를 배상하게 하는 것
5. 당사자의 동의를 받아 행위자와 피해자 사이에 화해절차 (la médiation pénale)에 회부하는 것; 화해가 성공한 경우 검사 또는 검찰 측 대리인은 조서를 작성하여 당사자에게 서명하게 한 후 자신도 서명하여 그 사본을 당사자에게 교부한다. 화해 내용에 피해자의 손해 및 이자를 지급하는 것이 포함된 경우에는 피해자는 조서에 민사소송법에 정한 절차에 따라 지급명령의 대상이 됨을 명시하게 할 수 있다. 가족법 상 계약으로 맺어진 배우자·동거인·기타 내연 관계에 있는 자 사이의 폭행 등으로 인하여 피해자가 민법 제515-9조에 정한 바에 따라 가정법원에 소송을 제기한 경우 에는 그 피해자는 형사화해 결과에 동의하지 않는 것으로 간주한다.
6. 가족법상 계약으로 맺어진 배우자·동거인·기타 내연관계에 있는 자 또는 그들의 자녀에 대한 범죄에 대해서는 가해자로 하여금 기존의 거주지 혹은 주소에서 퇴거하게 하거나, 피해자의 거주지, 주소 및 그 인근에 접근하지 못하게 하거나, 필요한 경우에는 가해자를 보건시설·사회복지시설·정신병원 등에 위탁할 수 있다. 본 호에 정한 조치는 가족법상 계약에 따라 관계를 맺은 바 있는 전 배우자·전 동거인·전 내연관계인에게도 적용된다.

② 제1항에 정한 조치의 실행으로 공소시효가 정지된다. 3 본조에 정한 의무를 범죄행위자가 책임질 사유로 이행하지 않는 경우, 검사는 달리 새로운 사정이 발생하지 않은 한 형사소추하거나 형사조정 절차에 회부한다.

으로 상당히 오래전부터 활용되어 온 제도가 있으며, 법적 근거 없이 민간단체 주도하에 다양하게 운영되어 온 점이 특징이다. 1998년 범죄 및 질서위반법에서 소년사법에 형사화해, 조정제도에 관한 규정을 두면서 실정법적 근거가 마련되었다. 이후 1999년 소년사법과 형사증거법에서 범죄소년패널에 회부명령을 도입하여 회복적사법 프로그램에 관한 합의를 적용하고 있다. 반면 성인범에 대하여는 공식적 제도가 없으나. 2003년 형사화해, 조정 및 회복적 사법에 관한 국가정책전략이 내무성에 마련되었으며, 2003년 형사사법에 '조건부 경고'규정이 도입되었다[14]

최근 국제검사협회(International Association of Prosecutors, IAP)에서도 '검찰을 위한 형사조정 가이드라인(IAP Guidelines for the Victim-Offender Mediation(VOM)[15]을 구축하여 회원국에 제공하였다. IAP는 UN을 비롯하여 전세계적으로 VOM 프로그램을 구축하기 위한 주도적 이니셔티브가 증가하고 있음을 주목하면서, 법의 지배를 지지하는 형사사법의 영역에서 인권을 존중하고 보호하기 위한 IAP의 목적을 주지하고 이를 위한 높은 수준의 원칙을 구축·증진시키기 위하여 어떤 상황에선 VOM 프로그램이 일부 형태의 범죄에 더 효율적으로 대응하고 형사사법 적용에 더 효과적일 수 있다는 점을 인지하였다. 그리하여 전세계 검찰서비스에 해당 가이드라인을 준수할 것을 권고하고 있다. 해당 지침은 총 7개의 장으로 구성하고 있으며 특히 가이드라인의 서문에서 동 지침이 IAP 동 지침의 초안을 마련할 때, 한국의 대검찰청의 협조하에 한국형사조정제도를 참조하였음을 밝히고 있다.[16]

2. 유엔의 형사사법에 회복적사법 프로그램 사용을 위한 기본원칙

다양한 선행연구에 의해 우리 형사조정제도가 회복적사법 프로그램으

14) 대검찰청, 「형사조정의 이론과 실무」, 박영사, 2019. 52-54면.

15) International Association of Prosecutors - News: International Association of Prosecutors (www.iap-association.org)

16) 동 가이드라인 2면. Guidelines for the Victim-Offender Mediation(VOM) https://www.iap-association.org/News/New-guidelines-IAP-Guidelines-for-the-Victim-Offen 그러나 해당 내용을 살펴보면 반드시 한국의 형사조정제도가 모델이 되었다기보다 한국 대검찰청의 지원으로 한국형사조정제도 위에 각국의 형사조정제도의 장점을 취합한 것으로 보인다.

로 평가됨은 이미 전술하였다. 아울러 각국의 형사사법 절차에 다양한 회복적사법 프로그램이 운용되고 있음도 상술하였다. 이에 유엔마약범죄사무소(UNODC, United Nations Office on Drugs and Crime)는 회원국에게 필요한 경우 회복적사법 프로그램의 사용을 관리하는 지침과 표준을 입법주의 권한으로 제정하는 것을 고려할 것을 촉구하며, 그 표준으로 「유엔 형사사법에 회복적사법 프로그램 사용을 위한 기본원칙(UN Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters, 이하 '기본원칙')」[17]을 발표하였다. 동 원칙은 특히 다음의 사항을 다룰 것을 권고하고 있다. 기본원칙 제12조는 "(a) 회복적사법 프로그램에 사건을 회부하는 조건, (b) 회복적 절차에 따른 사건처리, (c) 진행자의 자격, 훈련 및 평가, (d) 회복적사법 프로그램의 관리, (e) 회복적사법 프로그램의 운영을 관리하는 역량 기준 및 행동 규칙"을 마련하여 운영할 것을 권고한다.

우리는 「범죄피해자보호법」 제6장 (제41조부터 제46조)을 근거법률로 하여, 대검찰청예규로 「형사조정 실무운용 지침」을 마련해 활용하고 있다. 이에 상술한 법률과 지침이 회복적사법 프로그램으로써 위 유엔 기본원칙을 기준으로 관련 조문 등을 반영하고 있는지를 파악하는 것도 유의미할 것이다.

Ⅲ. 한국형사조정의 운용현황

1. 형사사법 절차에서 형사조정

가. 회복적사법 프로그램으로써 형사조정제도

하워드 제어교수의 주장처럼 회복적 사법은 갈등이 존재하는 사회 어느 곳이나 존재한다고 본다면[18], 이 포괄적이고 추상적인 개념, 즉 당사자들이 주체가 되어 피해를 회복하고 어긋난 관계를 회복하려는 시도를 형사사법 세계에 적용되기 위해서는 엄격하고 정교화된 이론이 필요하다. 이러한 점에서 회복적 사법의 이론은 초창기부터 형사사법 체계로

17) https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Basic_Principles_on_the_use_of_Restorative_Justice_Programs_in_Criminal_Matters.pdf

18) 하워드제어 지음·조균석 외 공역, 회복적 정의 실현을 위한 사법의 이념과 실천, 대장간, 2015년.

들어오기 위한 다양하고 특별한 노력을 통하여 발전하였다.[19]

회복적사법 프로그램[20]은 모든 형사사법 제도 단계에서 사용될 수 있다고 서술한다(기본원칙 제6조). 우리 형사사법 제도의 절차적 단계에서도 각 절차에 대응한 회복적사법 프로그램을 살펴보면, 수사단계인 경찰단계에서는 회복적 경찰활동이 있다. 검찰단계에서는 형사조정제도가, 이어 법원단계에서는 소년보호사건에서 화해권고제도, 그리고 행형단계(교정단계)와 보안처분에 해당하는 절차에서도 현재 다양한 프로그램이 모의 시행[21] 되고 있다. 예컨대 서울보호관찰소에서 시작한 보호소년 대상 프로그램은 현재 전국 보호관찰소에서 운영하며 긍정적인 평가로 전문강사진 육성에 힘을 싣고 활성화되어가고 있다.[22]

나. 다양한 적절한 사건의 회부

형사사법의 새로운 시도로 많은 우려 속에 시작된 형사조정제도는 이제 그 의뢰건수와 조정진행 건수 등으로 살펴볼 때, 형사사법 절차에서 안정적으로 자리를 잡았다고 본다. 실제 형사조정에서 다루는 대상사건을 검찰의 피해분류에 따라 분석하면 아래와 같은 분포도를 보인다.

효용성이 높을 것으로 기대하면서 고안된 회복적사법 프로그램이 잘 운용될 것인지 아니면 제대로 활용되지 못하고 저조한 실적으로 주변적으로 남게 될 것이지는 그 프로그램을 담당하는 기관의 역할과 관심과도

---

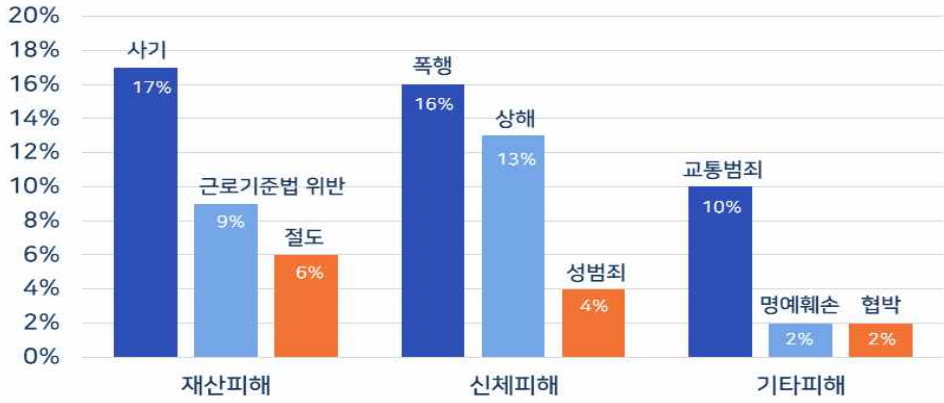
19) 하워드제어, 위의 책, 23면.

20) '회복적 사법 프로그램(Restorative justice programme)'이란, 회복적 절차를 사용하고 회복적 결과를 달성하고자 하는 모든 프로그램을 의미하며(기본원칙 제1조). '회복적 절차(Restorative process)'란 일반적으로 진행자의 도움을 받아 피해자와 가해자, 그리고 해당되는 경우 범죄의 영향을 받은 개인이나 지역사회 구성원이 범죄로 인해 발생하는 문제의 해결에 적극적으로 참여하는 모든 절차를 의미한다(기본원칙 제2조). 또 '회복적 결과(Restorative outcome)'란 회복적 절차로 도출된 합의를 의미한다(기본원칙 제3조).

21) 예컨대 2018년 서울보호관찰소의 보호관찰 대상 소년에게 시범운영되었던 회복적 사법 프로그램은 현재 보호소년을 대상으로 교육프로그램으로 운용되고 있으며, 교정단계에서 회복적 사법 프로그램을 실천하는 다양한 시도가 진행중이다. 법원단계에서도 불법행위에 기한 손해배상사건의 민사조정에서 피해회복을 위한 가해자-피해자 회복적 서클을 활용하는 회복적 사법 프로그램 적용 사례가 증가하고 있다.

22) 2018년 모의시행된 동 제도에 대한 보다 자세한 연구내용은 조균석·김재희, "소년보호관찰에 회복적 사법 프로그램 실천을 위한 제언", 형사정책(제31권 제1호), 2019.

직결된다. 그러므로 회복적 절차의 위임, 재량, 경찰과 형사사법 공무원들 간 공조관계 등을 위한 일반적이고 정형화된 가이드라인 및 절차의 구축 등에 동의와 협조가 필요하다.



[표-1 형사조정 대상사건 분포도][23]

기존 운영실적과 사건 건수를 살펴보는 것으로 형사조정제도가 실무에서 얼마나 활용되고 있고 실질적인 효과를 얻고 있는지를 갈음할 수 있다. 사실상 2006년 시범운영을 시작으로, 형사조정제도의 최근 운영실적은 이러한 점을 시사하고 있다고 본다.

최근의 형사조정실적을 살펴보면, 2021년의 경우 코로나19 사태로 인하여 형사조정이 중단되는 등의 사유로 1월 6월까지 조정의뢰한 건수와 그 처리내역을 파악한 것이어서 2020년도의 건수에 비하여 현저히 수가 감소하였다. 그러나 조정성립률은 여전히 50% 이상을 유지하고 있다.

연도	조정위원수	처리건수	성 립	불 성 립	소환불능	성립률	공중
2020년	2,754명	66,425건	34,296건	29,399건	2,730건	51.6%	131건
2021년	2,718명	24,176건	13,256건	10,364건	556건	54.8%	46건

[표-2 최근 형사조정 실적] [24]

23) 출처: 대검찰청 피해자인권과(현 대검찰청 형사4과로 편입) 제공자료, 2017-2018년까지 형사조정에 회부된 사건 총 1345건 대상 분류(이후 피해자인권과의 형사과로 축소 편입됨에 따라 2020년 이후(2019년도 이후 해당 데이터) 자료와 같은 분석DB 혹은 모니터링 자료가 취합되고 있지 않다.

형사조정의 대상 사건은 「형사조정 실무운용 지침」 제3조 제1항 제3호 '기타 형사조정에 회부하는 것이 분쟁해결에 적합하다고 판단되는 고소사건'과 제4호 '고소사건 이외의 일반 형사사건으로 제1호~제3호에 준하는 사건'으로 규정하고 있으며 「범죄피해자보호법」 제41조 제1항도 '형사분쟁을 공정하고 원하게 해결하여 범죄피해자가 입은 피해를 실질적으로 회복하는 데 필요하다고 인정하면 당사자의 신청 또는 직권으로 수사 중인 형사사건을 형사조정에 회부할 수 있다'고 함으로써 사실상 모든 사건을 형사조정에 회부할 수 있다. 폭행과 사기(사실상 민사사건 중심)에 대한 고소사건이 주를 이루던 초기사건들과 달리 현행 형사조정에 회부되는 사건은 매우 다양하다. 실제 형사조정에서 꺼리던 가정폭력과 성범죄사건도 보인다. 단순한 가정폭력(예컨대 폭력의 정도가 비교적 미비한 1회성)에서부터 불법사진 촬영이나 강제추행과 같은 비교적 심각한 성범죄 사건도 상당히 증가하였다. 앞으로도 지속적으로 형사조정에 회부되는 사건은 보다 다양해질 것으로 보인다. 이러한 형사조정제도가 사회적으로 지지와 유용성을 인정받기 위해서 현행의 문제점을 진단하고 지속적인 발전방안을 제시하는 것이 필요하다. 이하에서는 현행 형사조정제도의 문제점을 지적하고 이에 대한 발전방안에 대하여 제안해본다.

2. 현행 형사조정제도의 문제점

UNODC의 「회복적사법 프로그램의 운용을 위하여 핸드북」은 개정판에서 효과적인 회복적사법 프로그램 운용을 위하여 각국에서 자체개발한 프로그램 사례들의 성공적 경험을 바탕으로 그 주요 내용을 간추려 소개한다. 회복적 프로그램에 적절한 사건을 의뢰하도록 촉구하는 것, 회복적 선택, 피해자의 유의미하고 안전한 참여, 참여자들의 적절한 준비, 절차의 효과적인 프로그램 지원 및 긍정적인 공동체 관계에 대한 인식의 제고이다.[25] 유엔 핸드북은 특히 제5장에서 '성공적인 회복적 사법프로그램을 운용하기 위한 요건'으로 다음의 7가지를 제안하고 있다.[26] 이러

24) 대검찰청 내부자료, 2021년은 6월까지의 실적을 반영한 자료임.

25) UNODC·김재희 외 공역, 전게서, 49면.

26) UNODC·김재희 외 공역, 전게서, 49-66면.

한 요건에 비추어 현행 우리 형사조정제도의 운영상 문제점을 이하에서 몇 가지 짚어보고자 한다.

5.1 적절한 사건을 회부할 것 - 사건선별과 회복기관에 사례를 회부하는 방법과 시기에 대한 명확한 합의가 있을 때에만 성공할 수 있다.
5.2 피해자, 가해자에 의한 직접 의뢰
5.3 참가자의 적절하고 충분한 준비 - 회복적 과정에 참여하기로 동의하기 앞서 당사자들은 자신의 권리, 회복적 사법의 본질, 참여하기로 결정했을 때 생길 수 있는 결과와 고충처리 절차 등에 대한 세부사항을 이해할 필요가 있다.
5.4 회복적 사법절차의 진행 - 이러한 진행을 위한 진행자(facilitator)의 모집, 선발, 교육 감독이 필요하다. 진행자는 회복적 가치와 원칙에 전념해야 하며 회복적 사법을 활용할 수 있는 감성과 능력(역량)을 소유해야 한다.
5.5 회복적 절차를 통한 합의도출 및 이러한 사항에 대한 모니터링방식의 존재
5.6 유용하고 효과적인 프로그램 지원 서비스 - 회복적사법 프로그램이 직접적으로 공동체의 돌봄을 만들고, 피해자에게 지원과 도움을 제공하고, 가해자의 사회복귀와 재통합을 지원하기 위해 여러 지원 서비스와 공동체 자원과 연계된 프로그램이 필요하다.
5.7 공동체의 참여와 관여 - 공동체가 긍정적으로 참여할 수 있는 방법을 찾아서 해당 공동체가 매체를 통해서 폭넓은 공동체의 지원을 개발할 수 있도록 해야 한다.

가. 피해자와 가해자의 직접 의뢰 – 검사 직권 신청과 형사조정제도 안내에 의한 당사자들의 참여

현행 형사조정의뢰 과정을 보면 당사자에 의한 형사조정신청서 및 신청확인서(형사조정 실무운용지침 별지제1호, 제2호)에 의한 의뢰는 매우 드물다. 주로 검사 직권에 의한 신청으로 형사조정 회부서가 첨부될 뿐이며, 드물게 조정신청서가 첨부된 경우에도 대부분 검사의 회부에 준하여 검사실에서 신청의 권유에 의한 경우가 대부분이다. 그러나 피해자가 직접 의뢰하는 경우가 매우 드문 것은 국내상황에 국한되지 않는다.[27] 회복적 사법에 대한 인식의 부족과 오해, 형사조정제도의 홍보 부족을 생각해볼 수 있다. 이에 유럽연합은 2012년 범죄피해자 관련 지침 제

27) UNODC·김재희 외 공역, 전게서, 54-55면은 의뢰구조 개선 및 피해자와 가해자에 의한 직접 의뢰의 필요성에 대하여 강조하면서도 그 중요성만큼 피해자의 피해충격 등으로 인하여 참가준비 및 시기 여부를 판단할 수 있도록 신뢰할 수 있는 전문가의 지원을 받는 것도 중요하다고 강조하고 있다.

4(j)조에서 회원국들이 “관할 당국과 첫 접촉부터 불필요한 지연 없이 피해자에게 이용 가능한 회복적 사법 서비스에 대한 정보를 제공하도록 보장해야 한다”고 권고하고 있다.[28] 피해자가 가해자와 조정을 위한 접촉을 원하지 않을 수도 반대로 선호할 수도 있다. 그러므로 검사에 의한 직권적 신청이 형사조정제도의 본질에 반하는 것은 아니다. 그러나 적어도 당사자의 신청에 준할만큼 자발성이 요구되어야 하므로 검찰직권 회부사건의 경우 충분한 조정절차에 대한 안내와 설명, 조정결과의 영향에 대한 설명이 필요하다. 실제 사례에서는 형사조정실에서 만나는 당사자가 검찰에서 소환하여 보충 수사로 알고 절차참여 의사를 한 경우, 혹은 문자로 조정안내를 받는 경우도 있다. 이는 조정의사 확인과정에서 안내하는 준비자의 역할에 대한 검찰직원(수사관 혹은 실무관이 담당)의 회복적 프로그램으로써 형사조정에 대한 이해부족을 꼽을 수 있다. 당사자에 의한 신청 사건이 좀 더 증가할 필요와 함께 형사조정제도에 대한 검찰의 적극적 홍보와 지원, 검찰 직원의 교육도 이루어져야 한다. 이는 이후에 나오는 충분한 준비와도 연결되는 문제이다.

나. 참가자의 적절하고 충분한 준비 – 안전한 조정

모든 회복적 사법절차가 그렇듯이 피해자의 이익, 권리 및 안전을 보호하고 2차 피해(revictimization)가 발생하지 않도록 하는 것이 중요하다.[29] 그런데 형사조정이 도입되기 이전 이미 우리 사회에도 가해자와 피해자 사이에 형사절차에 영향을 미치기 위하여 손해의 전보 등을 주된 내용으로 하여 이루어지는 화해로서, 비공식적 제도인 형사합의가 존재하여 왔다. 형사조정제도가 형사합의와 상당 부분 공통된 점을 가지고 있는 것도 사실이나 형사조정은 형사사법 절차에 적용되어야 한다는 점에서 형사사법 이론과 모순되지 않도록 회복적사법 프로그램으로써 정형화하는 과정을 거칠 필요가 있으며 이러한 정형화하고 다듬는 과정을 거친 형사조정제도를 형사합의 혹은 형사화해제도와 구분 지을 필요가 있다. ‘형사조정’은 제3자인 조정위원회의 알선으로 당사자가 합의에 응하

28) European Parliament and Council.2012. article 4.

29) UNODC 저·김재희 외 공역, 전게서, 56면.

는 형식을 취한다는 점, 형사실체법적 성격이 아닌 형사절차법적 성격을 가진다는 점, 민사조정과도 구분된다는 점에서 '형사화해'와는 그 개념을 달리한다. 이는 소송촉진 등에 관한 특례법 제36조 내지 제39조에서 '형사화해'에서 형사피고사건의 피고인과 피해자 사이에 '민사상 다툼'에 관하여 합의한 경우, 법원이 이를 수용하는 형태를 취한다는 것을 보더라도 쉽게 이해할 수 있다. 위와 같이 법에서 규정하고 있는 형사화해는 법원이 피고인과 피해자를 알선하여 합의를 유도하는 것이 아니라 형사절차 외에서 피고인과 피해자가 스스로 민사상 다툼에 관한 화해를 하고 법원이 이를 확인한 후, 이에 대하여 소송상의 집행력을 부여하는 것에 불가하므로 '형사화해'라고 칭하더라도 문제가 없다. 형사조정은 피해자와 가해자 및 이들을 포함한 지역사회가 '범죄'로 인하여 발생한 갈등을 해결하기 위한 공동목표를 가지고 함께 참여하여 분쟁의 자율적 해결을 지향해 가는 과정을 의미하는 '회복적 사법'의 근본이념을 바탕으로 한다는 점에서 단순한 손해배상금을 다투는 것보다 포괄적이고 대상이 다르다는 점에서 구별된다.

다수 전직 검찰공무원이었던 형사조정위원 중에는 예전 형사사건의 당사자들에게 형사합의를 안내하던 것과 관련 형사조정제도의 취지를 혼동하는 경우가 있다. 이 경우 손해배상금액에 맞춰 피해자들에게 '합의종용'으로 인한 2차 피해 야기, 금전배상이 속죄금으로 전락하는 문제, 당사자 민원으로 문제가 드러난다. 그럼에도 불구하고 해당 조정위원은 손해배상금합의에 의한 조정성립률을 앞세워 형사조정과 형사합의를 혼동하여 진행하고 있다는 것조차 인지하지 못하는 것도 다반사이다. 그러므로 형사조정위원은 양자를 구분할 것과 형사조정을 위한 다양한 안전장치에 대한 숙지가 매우 중요하다는 점을 거듭 강조하고 싶다.

다. 회복적 사법절차의 진행 – 조정위원의 위촉

동 제도에서 형사조정위원의 역할이 조정의 중요한 역할을 한다는 것은 말할 것도 없을 것이다. 조정위원이 조정에 임하는 태도나 조정을 이끄는 대화의 기법을 위원 개개인을 교육함으로써 조정전문가를 만드는 것이 가장 이상적일 것이나 현실에서는 많은 어려움이 있다.

우선 형사조정제도를 위한 충분한 예산확보가 전제되지 못한 상태에서

제도의 도입이 되었다는 것을 가장 큰 문제 중 하나라고 지적할 수 있다. 형사조정제도가 회복적 사법을 근거이념으로 고안된 프로그램이라고 할 때, 조정위원들이 그들의 역할을 수행하기 위한 전문지식 습득을 보장하고 관련 교육을 이수하며, 형사조정제도의 취지와 목표를 이해할 것이 전제되어야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 조정위원에게 조정의 기술이나 조정에서 가장 중요한 점 등에 대한 검토나 논의 없이 조정위원으로 위촉하고 바로 조정제도를 실시한 바, 초기 형사조정제도를 프로그래밍할 때 피해자의 감정적 물질적 피해회복에 초점이 맞추었던 의도와 달리 피해자의 물질적 손해배상에 초점을 맞춰 조정제도가 운용되고 있음은 어쩌면 너무나도 당연한 결과이기도 하다.

형사조정 운용지침 제4조 5항은 “형사조정위원회의 위원장과 위원을 위촉하는 경우 관할 지역의 법조계·교육계·의료계·종교계·문화계 및 언론계 등 각계의 추천을 받거나 공모절차에 응한 사람들을 대상으로 공정하고 투명하게 심사하여 위촉한다”고 규정하고 있으나 59개 청, 대부분에서 조정위원을 공개 위촉하지 않고 있다. 오히려 “다만, 추천대상자가 없거나 기타 사정으로 공모절차를 밟기 어려운 경우에는 관할 지방검찰청(지청)의 장이 개별적으로 위촉할 수 있다”고 하는 단서 조항에 의해 직권으로 개별위촉하고 있어 원칙과 예외가 전도된 상황이다. 특히 지방청의 경우 짧은 임기로 담당 지방검찰청장 혹은 지청장이 해당 위원을 발굴하여 위촉하기보다, 기존 형사조정위원회 또는 위원장이 추천하는 자들을 그대로 위촉하고 있어 친분이 있는 위원들 간에 조정이 진행되면 조정위원회의 독주를 견재하기 어렵다는 문제도 발생한다.

라. 회복적 절차를 통한 합의도출 – 조정위원의 전문성

다수 조정위원들은 회복적 사법의 이념이 어떤 것인지, 동 제도가 목표로 설정한 바가 어떤 것인지 모른체 형사조정에 임하는 경우, 단순히 피해자의 피해회복을 위한 제도라는 점에서 익숙한 형상화해제도를 떠올릴 것이다. 조정위원의 회복적 사법 절차 진행에 대한 전문성 부족은 설상가상으로 형사조정의 짧은 시간(보통 1사건 당 할당시간은 평균 30분~1시간)이라는 어려운 상황과 만나 더더욱 형사조정의 본래 취지인 회복을 위한 충분한 대화와 협의를 뒤로 하고 차선적인 피해회복 금액을

맞추는 절차로 전락하게 된다.

또한 이러한 점은 이미 상당한 시간(10년 정도의)이 지난 지금의 시점에서 확대된 조정제도와 조정위원의 수를 감안한다면 초기에 설정한 목표를 향해 이를 바로잡는 문제 또한 상당히 어려운 이야기가 될 것이다. 더욱이 현재 조정전문가 양성과정이 구비된 사설기관의 연수프로그램이 시간과 비용이 상당히 필요하다는 점을 감안한다면 현 조정위원을 개인별 연수시키는 것은 쉽지 않다. 반면 일반적인 사건에서 조정위원의 실무상 경험과 짧은 자체 교육에 의존하여 모든 조정사건을 진행하는 것에는 한계가 있을 수 있고, 이는 곧 형사조정제도의 한계로 연결된다.

검찰은 이러한 문제를 개선하기 위해 대검찰청이 주관하여 매해 형사조정위원 전문성 강화 교육을 기획하고 보다 많은 조정위원의 참여를 독려하기 위해 전국 고검단위별 지역에서 전국을 돌며 6회 집합교육을 실시하고 있다. 그러나 이 또한 참여하는 위원들만 매년 참여할 뿐이며 이미 스스로가 형사조정의 의미를 이론적으로 알고 있다고 생각하는 법조인(법무사와 변호사 등)의 참여가 저조한 것이 사실이다. 주로 교육이 9~10월 진행되고 있으나 형사조정위원 임명은 주로 11월 말에 시행된다는 점, 교육 이수가 조정투입에 필요요건이 아니란 점에서 형사조정으로 위촉되고 교육을 받지 못한 체, 바로 현장에 조정위원으로 투입된다. 형사조정에서 회복적 사법의 절차 진행의 필요성과 방법을 적용함 없이 당사자의 합의 종용과 손해배상 금액의 협상은 피해자에게 모욕감과 가해자에게 강요가 되어 많은 민원을 발생하는 원인이 되고 있다.

아울러 업무를 지도해야 하는 관련 법규 및 정책에 대한 교육과 성별 감수성을 포함한 다양한 종류의 교육도 필요하며[30], 형사조정위원 교육에 이러한 내용이 포함되어야 한다.

Ⅳ. 개선방안에 관한 제언

전술한 바와 같이 선행 논문들에서도 다양한 형사조정제도의 개선방안에 대하여 제안하고 있다. 그러므로 본고에서는 개선방안을 크게 제도개

30) 보다 상세한 진행자가 준수해야 할 기본원칙과 필요한 기본역량은 UNODC·김재희 외 공역, 전게서, 58면 이하.

선의 방안과 회복적사법 프로그램으로써 그 취치에 부합한 제도운용을 위한 조정위원 역량강화 측면으로 나누어 제시하고자 한다. 앞서 현재 문제점들의 지적에서처럼 대부분 문제들은 무엇보다 회복적 사법의 이론과 절차를 숙지하고 있는 조정위원의 역량과 관련 있다는 점에서 Ⅳ장에서는 주로 공동체에서 회복적 정의를 실천하고 있는 다양한 민간단체의 활용과 이를 통한 조정위원의 역량강화에 대하여 제언하려 한다.

1. 회복적사법 프로그램으로써 조정위원 역량강화

가. 조정위원의 조정전문가로 육성-모집, 선발, 교육 및 감독(모니터링)

현행 형사조정위원의 전문화 교육은 기존의 교육이 일회성이란 지적에 따라 매해 조금씩 그 내용을 다양화하고 보강해 나가는 방식을 채택하고 있으며, 심화교육을 별도로 개설하기도 하였다. 그 내용적인 면에서도 형사조정제도의 개선방안이나 형사조정당사자의 심리와 같은 추상적인 강좌를 과감하게 제외하고 조정실무와 형사조정을 위한 대화와 조정의 기법 등 실제 조정의 운용에서 필요로 하는 내용을 강좌에 포함시켜 조정위원들의 큰 호응을 얻었다. 최근 전문화 교육을 살펴본 결과 3년간 반복하여 교육을 수강한 위원이 상당수 있다는 사실도 이러한 점을 잘 보여주는 것이라 생각된다.[31]

갈등 당사자를 만나고 이들의 갈등 안에 숨겨진 욕구를 찾아 연결하는 것은 단순한 이론적 교육만으론 부족하다. 조정위원들이 교육을 수강하고 난 뒤 바로 사건에 이러한 내용을 적용하기는 어려울 것이다. 따라서 교육한 내용을 바탕으로 이를 몸에 익히고 대화와 조정의 기술을 실제 상황에 적용할 수 있기 위한 훈련이 필요하다.

조정에서 조정위원의 중요성과 함께 교육의 필요성에도 불구하고 현행의 형사조정은 조정위원의 위촉과 동시에 바로 형사조정제도에 조정위원으로 투입되어 조정위원 스스로 실무의 경험을 통하여 조정기술을 터득

31) 특히 그동안 서울에서 전국 조정위원 전문화 교육을 해 왔다고 하는 점에서 지방의 조정위원이 교육참여의 비용과 어려움을 반영하여, 2015년 전문 교육은 고등검찰청 소재지를 중심(서울, 대전, 대구, 광주, 부산, 수원)으로 지방소재 위원을 찾아가는 교육으로 방향을 바꾸어 실행하였으며, 조정위원들의 만족도를 높이고 참여율(기존 80%대에서 90%이상 출석)을 높이는 실적을 가져왔다.

하고 운용절차를 익히도록 하고 있다. 아울러 전술한 조정위원의 교육 또한 강제나 필수사항이 아닌 본인의 신청에 의해 참가하고 이수여부에 무관하게 조정절차에 투입되고 있다.

가해자와 피해자 입장에선 당사자의 운에 따라 노련한 조정자를 만나 당사자의 욕구가 원만히 충족되는 반면에, 결과중심의 형사합의를 지향하는 조정자를 만나 당사자의 욕구를 제대로 진술하지도 못하고 오히려 문제가 된 사건에서 발생한 갈등을 고조시킬 가능성도 배제할 수 없다.

조정위원을 위한 교육과 함께 이들에 대한 조정사건 모니터링도 중요하다. 단순하게는 교육이수여부와 조정참여 및 민원사항에 대한 관리에서 조정사건의 모니터링과 위원에 대한 관리감독도 체계적으로 이루어질 필요가 있다.

나. 전문조정자(facilitator) 양성

일부 국가에서는 회복적 사법 실무자를 위한 전문가 인증 과정을 만들기 위해서 노력하고 있다.[32] 회복적 사법 위원회(영국 Restorative Justice Council, RJC)는 전문가 인증 체계를 운영하고 있다.[33] 이러한 인증과정의 목적은 일반 사람들과 프로그램 참가자들, 특히 피해자들에게 회복적 절차가 안전하고 전문적으로 수행된다는 확신을 주는 것이다.[34]

이러한 영국의 사례를 벤치마킹하여 '한국 회복적 정의 협회', '갈등해결과 대화' 등 국내 몇몇 단체는 회복적 사법 진행과정 전문가자격 양성과정을 개설하고 1~3단계를 구분하여 인증과정을 만들었다[35]. 현재 회복적 경찰활동에서 2급 이상의 자격증을 보유한 이들을 위촉하여 인력풀로 활용하고 있으며, 향후 형사조정의 경우에도 이들의 위촉이 전체 형사조정위원의 질적 향상을 꾀할 것으로 보인다.

전문성을 위한 인증제도 외에도 지속적인 조정절차 및 조정위원 모니터링이 필요하다. 교육과정에서 검토된 위원들의 연령이 80세 이상인 위원이 있고, 위원들 간에도 소통의 문제 등으로 연령의 제한을 달라는 의

32) UNODC·김재희 외 공역, 전게서, 61-62면.

33) The Restorative Service Quality Mark : restorativejustice.org.uk/restorative-service- quality-mark

34) UNODC·김재희 외 공역, 전게서, 62면.

35) 한국회복적정의협회의 예 https://www.karj.org/30

견이 제시되고 있다. 또 지속적으로 민원이 제기되는 위원에 대한 문제가 제기되고 있다. 아울러 교육을 이수하지 않은 위원을 관리하여 해당 교육을 이수하지 않는 경우 사건을 배정에서 배제하여야 하며, 위촉 기간 조정에 거의 참여하지 않은 위원의 재위촉 배제사유로 삼아야 할 것은 앞서 위원의 모니터링에서 강조하였다. 물론 일부 청에서 개별적인 모니터링이 이루어지고 있는 경우도 있으나 이를 형사조정 지침에 규정으로 명시하여 객관적 기준으로 제시할 필요가 있다(예: 교육수료 – 70% 이하 수강도 미수료, 위촉기간 내 5회 이상 참여, 75세 이하일 것을 재임용 조건으로 제시 등).

회복적 사법절차에서 도출된 합의 및 기타 결과에 대한 법원 판단으로 제공될 수 있는 관리감독 외에도, 프로그램의 전반적인 품질을 유지하고 회복적 정의 원칙과 법률 및 기타 기존 표준의 준수 여부의 모니터링에 대한 충실성을 보장하기 위해 포괄적인 프로그램 관리감독 매커니즘이 필요하다.[36] 예컨대 영국에서는 회복적 사법 위원회(Restorative Justice Council, RJC)에 의한 품질보증시스템이 마련되어 있다.[37] 뉴질랜드에서는 분쟁해결 협회(Resolution Institute)가 법무부와 계약을 맺고 회복적 사법 진행자를 위한 교육과 인증 서비스를 제공하고 있다.[38]

최근 회복적 경찰활동의 경우 간단한 갈등에 대응하여 전담 경찰관이 서클(회복적 대화 모임) 등의 프로그램을 진행하기도 하나, 다양한 회복적 정의 실천 민간기관들과 MOU를 체결하여 이들에 의한 회복적 경찰활동을 진행(회복적 대화모임 진행자, facilitator)하고 있음을 주지해볼 필요가 있다. 이 과정에서 함께 조정에 참여한 위원과 담당 경찰관(피해자보호전담경찰간, 피보전)의 성장도 기대할 수 있다. 이러한 전문인력의 활용은 나아가 해당 기관이 지역사회 기반한 기관들과 해당 경찰청이 MOU를 체결하는 방식으로 이하여 커뮤니티 기반 갈등해결의 역할도 기대할 수 있다. 회복적 사법에서 공동체는 갈등의 당사자이기도 하면서 피해자와 가해자를 지원하는 역할을 담당한다.[39] 형사조정의 경우도 앞

36) UNODC·김재희 외 공역, 전게서, 103면.

37) Restorative Justice Council:The Restorative Service Standards, the Practitioner Code of Practice, and the code of Practoce for Trainers and Training Organizations.

38) UNODC·김재희 외 공역, 전게서, 62면.

서 제기한 조정위원위촉의 문제들도 해당지역의 NGO기관의 전문인력을 활용하는 방안을 제안해본다.

기관	내용
갈등해결과 대화	• 회복적 대화모임 진행 및 관련전문가 양성 등 운영 • '07 경찰청 '소년범 가족회합프로그램' 시범운영
비폭력평화물결	• 시민평화활동가 양성, 회복적 서클 프로세스 진행 등 활동 • 강원청 학교전담경찰관 'WITH YOU' 프로그램교육
한국NVC센터	• 회복적 서클 진행자 육성 및 갈등해결 컨퍼런스 진행 • '18~19 현장 경찰관 약 860명 대상 의사소통 교육
한국 회복적 정의 협회	• 경찰청 청소년 선도프로그램 지정기관 • 경기교육청 갈등조정 교육 지정기관
좋은교사운동	• 학교폭력에 대한 회복적 생활운동 전개 • '11년부터 매년 학교폭력 회복적 생활교육 컨퍼런스 개최

[표-3 회복적 경찰활동을 진행하는 MOU 민간 전문기관][40]

이를 통해 조정위원의 공동체 역할수행, 특히 공동체로써 안전한 대화의 장을 마련하는 역할을 착실히 수행하게 될 것이다.

다. 형사조정제도의 적극적인 홍보 및 다른 조정제도들과 연계

많은 인력과 경제적 지원을 통해 형사조정제도를 구축하고 운영한다고 해도 사실상 당사자의 동의나 신청이 없다면 아무 소용이 없을 것이다. 사실상 형사조정제도에 오는 당사자(피해자와 가해자)가 형사조정제도에 대하여 아는 경우는 극히 드물다. 심지어 조정에 임하는 조정위원들 조차 조정의 성격이나 효력에 대하여 잘 모르는 경우도 있다. 물론 이 경우는 앞서 교육의 필요성과 지속적인 훈련의 중요성을 지적한 부분과도 연결되는 부분이기도 하다. 더욱이 형사조정제도가 회복적 사법에 기반을 둔 당사자가 주도적 입장에서 발생한 문제의 갈등을 해결하고 회복을 위한 참여의 장을 마련하기 위해서는 무엇보다 당사자의 참여의지가 중

39) 회복적 사법에서 공동체의 역할에 관하여 보다 자세한 내용은 김재희, "회복적 사법에서 공동체의 의미에 관한 소고", 「형사법연구」(제33권 제2호), 2021.

40) 경찰청, 회복적 경찰활동 운영가이드, 경찰청 피해자보호담당관실, 2020. 42면.

요하다 할 것이며, 이러한 점에서 검사의 신청에 의하여 마지못해 조정실에 나와 진행되는 조정제도보다 당사자의 적극적 참여의지에 기한 진행이 형사조정제도의 본질적 의미에도 더 부합할 것이다. 먼저 형사조정제도에 들어가는 과정에서 형사조정의 의미를 조정에 참가하는 당사자들에게 설명하는 것이 중요하다. 현재 형사조정 시작단계에서 형사조정제도의 의미를 전달하고 그 결과가 형사절차에서 어떠한 효과를 미칠 것인지를 설명하는 매뉴얼을 형사조정실에 비치하고 형사조정위원에게 조정에 앞서 설명하도록 권고하고 있으나, 실제 동 절차가 생략되거나 혹은 간략하게 지나가는 경우도 다수 있다. 이는 조정위원들조차 형사조정이 형사절차에서 갖는 의미를 제대로 이해하지 못하고 있는 증거라 생각된다. 따라서 형사조정제도를 홍보하는 것과 함께 조정위원에게 형사조정제도의 의미를 교육해야 하는 중요성으로 다시 한번 강조해 두고 싶다.

"우리나라의 경우 행정청이 주도하는 – 건설, 교통, 환경, 거래계약, 금융·증권·보험, 지식재산권, 정보·통신, 언론·방송, 농업·어업, 교육, 노동, 의료 등 50여 개의 조정제도가 운용되고 있다. 특히 형사사건과 밀접한 관련이 있는 조정제도도 –공정거래, 언론중재, 환경분쟁, 개인정보, 저작권, 산업재산권, 의료분쟁, 정보통신망법 등 상당수 존재한다."[41] 예컨대 의료분쟁조정의 경우 의사의 업무상과실을 다투는 것에 있어서 당사자가 의료분쟁조정원에 신청하면 의료분쟁사건으로, 형사고소로 다루어져 검사가 형사조정에 회부하면 형사조정사건으로 진행된다. 그런데 업무상과실치상의 경우 반의사불벌죄로 검사는 조정결과를 기다려 형사절차(기소)를 진행하게 된다. 이때 당사자의 의사를 중심으로 유족 혹은 피해자의 억울함과 감정을 다루어야 하는 사건인지(회복적사법 프로그램에 회부), 또 업무상과실의 여부(인과관계)를 따져 손해배상이 중요한 사건인지(의료분쟁조정으로 연계) 검사와 행정형 조정제도 사이에 연결고리를 구축해두는 방안을 검토해볼 필요가 있다.[42]

---

41) 이얼, 한국형 형사조정제도의 발전방향에 관한 제언 –토론문, 일범 박광민교수 정년퇴임기념학술행사, 2022. 7. 8, 성균관대학교 인문사회캠퍼스 법학관 201호, 4면.

42) 이얼, 앞의 토론문, 4면은 업무상과실을 따지는 의료분쟁의 경우는 전문적 의료분쟁조정원으로 이관할 것을 주장하고 있으나, 회복적사법 프로그램의 적용이 필요한 것인지에 검사가 형사조정에 회부할 것인지 혹은 해당중재원에 이관할 것인지를 결정하게 하는 것이

2. 제도개선영역에서 제언

가. 형사조정을 형사사법 시스템에서 관리할 필요성

양형위원회 또한 피해회복의 노력을 감면사유로 양형인자에 반영하고 있으며 이에 대한 부작용을 최소화하기 위하여 피해회복의 노력과 의미를 매우 엄격하게 해석하고 있다. 최근 양형위원회의 양형기준은 공탁을 포함한 손해배상 및 피해회복의 노력을 양형감경요소로 평가하고 있다. 그런데 아동학대관련 양형기준의 수정안 내용을 보면, "피해자의 처벌불원의 의사와 피해회복을 감경요소로 파악"하면서 단순한 손해배상만으론 진지한 피해회복을 위한 노력을 하였다 평가하지 않은 내용이 눈에 띈다. 즉 "형사사건에서 피해자와 가해자가 원만한 합의가 이루어져 피해자가 가해자의 처벌을 원하지 않는다는 의사를 표현하면 감형될 수 있으나 '처벌불원'은 피해자가 그 의미를 명백히 이해하고 타인의 강요에 의한 것이 아닌 경우에만 감형을 인정할 수 있도록 적용요건을 강화하였다. 따라서 기존 '실질적 피해 회복'(손해배상금의 지불)여부 만으론 피해자가 처벌을 원치 않는 것(처벌불원)에 준한다고 평가하기 어렵다고 보아 특별감경인자에서 제외"[43]하고 있다는 것도 처벌불원의 의사를 보다 엄격하게 해석해야 한다는 취지일 것이다. 이러한 양형기준의 배경은 형사사법상 책임이 일차적 잘못에 대한 책임과 함께 사후대처방식 즉 피해회복의 노력을 책임의 대상에 포함시킨다고 해석할 수 있다.[44] 이러한 피해회복의 노력과 당사자의 합의에 대한 평가는 형사사사법 시스템 관리 영역 내에 두어야 할 것이다.

전술한 바와 같이 독일과 프랑스 등 외국의 경우, 형사상 가해자와 피해자의 피해회복을 위한 형사절차 상의 프로그램 중 형사조정 또는 형사화해 제도를 형법 및 형사소송법에서 규정하고 있음을 확인한 바 있다.

피해회복에 보다 충실할 것이다.

43) 양형위원회 홈페이지>알림>보도자료 내용보기 - "양형위원회 아동학대범죄 최종 의결안, 국민적 공감대에 상응하는 판결의 기준이 될 것으로 기대", 2022-03-29 https://www.mohw.go.kr/react/al/sal0301vw.jsp?PAR_MENU_ID=04&MENU_ID=0403&page=1&CONT_SEQ=370815&SEARCHKEY=TITLE&SEARCHVALUE=%EC%95%84%EB%8F%99%ED%95%99%EB%8C%80

44) 김재희, "피해의 회복과 회복적 책임-양형인자로써 회복의 의미", 「형사법연구」(제32권 1호), 2020. 50면 이하.

우리의 경우, 범죄피해자보호법에 근거법률을 만들고 구체적인 운용은 검찰예규인 운용지침으로 규정을 두어 시행하고 있다. 그러나 동 제도가 피해자 보호뿐만 아니라 회복적사법 프로그램으로써 당사자의 참여에 의한 범죄대응이라는 점에서 범죄피해자보호법 외에 별도로 형사절차법 즉 형사소송법에도 근거 규정을 마련해야 한다고 본다.[45]

나. 조건부 기소유예 도입

형사조정제도가 형사화해와 같이 당사자 간의 재산상 손해배상에 초점을 맞추게 된다면 조정위원의 위촉 시에 법무사와 변호사를 위주로 위촉하고 이들의 법률상 지식에 근거하여 당사자 간 손실보상의 적정한 수준을 맞춰 손해배상 금액에 합의를 이루어 내고 이에 대한 강제력을 부과하는 방안을 모색하는 것이 훨씬 경제적일 것이다. 그러나 회복적 프로그램 형사조정제도는 피해와 관계회복에 초점을 맞추고 있다. 그런데 당사자가 관계를 회복하고 손해회복에 합의한 경우라도 금액이 너무 커서 준비에 시간이 필요한 경우 형사조정 절차에 어려움이 생긴다.[46] 이 외에도 당사자의 피해회복의 약속을 이행하도록 독려하는 방안에 대하여 다양한 논의가 진행되고 있다. 전술한 프랑스의 회복적 프로그램에서 합의의 이행을 조건부로 기소유예하는 제도를 참조하여 조정성립을 조건부로 하여 이행의 약속을 남긴 경우 이러한 조정합의의 내용을 조건으로 기소유예하는 방안을 제안한다.[47] 현행 형사조정 회부서(형사조정 실무운용 지침 별지 제3호)에는 형사조정결과에 대한 검사의견으로 조정 성립 시 예상 처분으로 '공소권 없음-친고죄, 반의사불벌죄, 기타), 각하, 양형자료 참작. 기타'로 크게 4가지 항목을 회부 시에 제시하고 있다. 검사가 피해회복을 전제로 기소유예를 염두에 두고 있는 경우라면 '조건부

45) 김재희, "현행 범죄피해자보호법상 형사조정제도의 검토", 「피해자학 연구」(제19권 1호), 2011. 261-262면.

46) 실제로 2015년 이후 형사조정실에서는 손해배상금액으로 당사자 간 적정금액에 합의가 이루어지면 이를 조정성립으로 간주하고 공증하도록 유도했었다. 그러나 공증을 한 후 여전히 이행하지 않는 경우가 속출하고 공증이 실질적 이행을 담보하지 못한다는 점에서 공증지원은 크게 활용되지 못하고 있다(예컨대 21년 공증활용 성립건 수는 0.4% 그림. 주24 참조).

47) 대검찰청, 형사조정의 이론과 실무(증보판), 박영사, 2018. 99-100면에서는 소년범에 대한 소년심판에서 소위 '회복적 조건부 기소유예'제도 도입을 검토하고 있음을 소개하고 있다.

기소유예'를 추가하는 것도 생각해볼 수 있다. 단순히 피의자의 시간끌기 수단이 아닌 조정 조건(손해배상금)을 반드시 이행하여 피해회복의 적극적 노력을 조정약속으로 하는 의미도 있다.

검사 의견	1. 조정 성립 시 예상 처분 □ 공소권 없음 • 친고죄 - 고소취소 ( ) • 반의사불벌죄 - 처벌불원의사표시 ( ) • 기타 ( ) □ 각하 □ 양형자료 참작 □ 기타 ( ) 2. 조정 진행 시 유의사항 등 참고사항(※ 별지 사용 가능)
조정 기간	년 월 일 ~ 년 월 일까지 (개월)

[표-4 형사조정 실무운용 지침 '별지 제3호' 부분발췌]

최근 경찰에서도 회복적사법 프로그램으로 회복적 경찰활동, 회복적 대화모임을 시작하였다. 그러나 해당 제도의 경우 해당 사건을 범죄에 국한하고 있지 않다는 점에서 형사조정제도와 확연히 구분된다. 사실상 다수의 사건이 학교폭력사건(형사 혹은 소년보호사건의 대상이 되지 않는 경미한 사건도 학교전담경찰(SPO)에게 접수된 경우), 이웃간 분쟁(층간 소음, 주차시비 등)의 경우와 같이 수사기관이 아닌 서비스기관으로서 또 범죄예방적 차원으로 사건을 맡을 수 있다.[48] 물론 경미한 다수 범죄, 쌍방폭행, 생활절도 등이 회부되고 있어 사실상 다수의 경미한 범죄도 형사조정에 회부되기 전 회복적 경찰활동에서 처리되고 있다.

그러므로 향후 검찰에서 다루는 사건은 조정신청의 결심을 늦게 한 경우거나 중대한 범죄인 경우가 상당할 것으로 예측되어 기존과 달리 '검찰단계'에서 조정의 의미가 달라질 수 있다.

기존 형사조정의 처리 건수는 상당수 감소할 것이나 처리대상의 사건은 더욱 섬세하고 중대한 사건의 경우가 많아질 것으로 보인다. 이러한 경우 당사자 간의 갈등이 심각하고 사안이 비교적 갈등 사항 외 단순한

48) 경찰청, 회복적 경찰활동 운영가이드, 경찰청 피해자보호담당관실, 2019. 9면.

경우(가해자 사실인정 등) 검사는 간이공판 혹은 기소유예로 넘어갈 가능성이 크나 피해자와 가해자의 입장에서는 자신의 사건에 대한 처리에 불만이 생길 가능성이 매우 크다. 이러한 경우 조건부 기소유예 의견으로 형사조정에 회부하여 당사자의 의견을 중시하는 절차로 진행함으로써 형사조정의 목적인 당사자의 관계회복과 피해회복을 위한 역할에도 충실할 수 있다. 이와 관련하여 “당사자 합의”를 기초로 한 조건이라는 점, 이를 전제로 한 기소유예 처분은 준사법적인 성격을 가지지만 행정처분에 해당하여 절차적 정당성을 벗어난 것도 아니란 점 등을 들어 회복 조건부 기소유예를 주장하는 의견도 있다.[49]

다. 전담 검사 및 간사 - 전담인력의 배치

많은 국가에서 검사들은 회복적사법 프로그램에 대한 회부를 결정하는 주요 기관이다. 프랑스도 형사조정제도가 비공식적 분쟁해결 담당자가 아닌 검사가 중심으로 운영되고 있으며, 조건부 기소유예도 가능하다(프랑스 형사소송법 제41-1조). 검사는 회복적 사법프로그램에 회부하는 재량권을 행사하면서 이와 함께 기소를 결정하게 되는데, 사실상 형사사법 시스템에 갈음한 프로그램에 회부여부를 검사 개인에게 위임하여 회부결정에 대한 객관성에 대한 확보와 이로부터 신뢰형성을 확보하는 것이 장기적으로 해당 프로그램을 활성화 시키고 이를 유지할 수 있는 근거가 된다.

형사조정 운용지침(제7조)은 ‘형사조정 업무의 원활한 수행을 지원하기 위하여 형사조정 담당 검사를 지정할 수 있다’고 규정한다. 그러나 해당 조문은 필요적 규정으로 하고 있지 않아 지방검찰청(지청)은 해당 검사를 지정하고 있지 않으며 간사의 경우 최근 형사조정위원이 조정절차의 진행 중에 직접 조서를 작성하고 있어 간사 역시 두고 있지 않은 지청이 많다. 그러나 담당 검사나 간사의 경우, 사건의 준비(회복적 준비절차)와 당사자들에게 안내를 위해서도 매우 중요한 역할을 담당한다. 특히 전담직원과 상근위원의 필요성은 형사조정사건의 사전면담과 사건에 대한 동의여부를 이끌어 내는데 꼭 필요한 인적 자원으로 요구된다.

전술한 바와 같이 형사조정제도가 회복적 사법에 근거하여 운용되기

49) 보다 자세한 내용은 조균석, “회복 조건부 기소유예제도의 도입 방안”, 「피해자학연구」(제29권 1호), 2021.

위하여는 사건에 참여하는 당사자들의 자발적 참여와 참여과정에서 발생하는 피해회복의 요구사항을 가해자의 자발성에 기반하여 스스로 인수하고 합의된 내용을 이행하는 과정이 필요하며 이러한 전반적인 사항을 담당하고 보조하기 위하여는 시간과 인력적 지원이 필요하다. 사건이 담당 조정위원에게 사전에 공유되고 이러한 사건의 전반적 사항에 관련된 자료(예컨대 수사절차에서 확보된 조정내용과 관련하여 첨부된 증거자료 등)를 첨부하기 위해서는 현재의 담당 수사관 혹은 실무관에 의하여 지원되는 시스템과 인력으로는 턱없이 부족하고, 이들에게 너무 많은 부담을 지우게 되어 조직 내부에서부터 조정제도에 대한 불만을 증가시키게 된다.

그런데 몇몇 검찰청에서는 이러한 문제를 보완하기 위해 형사조정위원 중 상근직을 뽑아 이들이 형사조정 외에 형사조정회부를 위한 당사자 의사를 확인하고 당사자 의사를 확인하는 과정에서 사전모임에 해당하는 피해자 혹은 가해자의 공감과 형사조정으로의 초대의 절차를 수행하고 있으며 이러한 청은 형사조정의 성립률과 만족도가 상당히 긍정적인 결과를 보인다.[50] 그러나 전담 형사조정 관련 업무를 담당하는 공식 업무가 없는 만큼 변칙적이고 불안정한 지위(형사조정위원)에서 업무를 수행하고 있어 형사조정을 위한 전담 담당자로써 안정적이고 효율적인 업무를 담당하도록 할 필요가 있다. 그렇지 않은 다수 청의 경우 담당공무원이, 사전 안내와 형사조정에 참가하도록 "당사자의 마음을 공감하고 환대하는 절차없이", 단순히 형사조정에 올 것인지를 확인하고 참여를 안내하고 있는 실정이다. 심각한 상황에서는 당사자에게 문자로 형사조정 안내와 형사조정에 참가할 것을 전달하는 경우도 있다. 이는 앞서 제기한 회복적사법 프로그램에 대한 이해부족과 업무부담으로 인한 동 제도의 본 취지가 아닌 검찰의 업무를 감소하는 당사자 간 형사화해로 사건을 마무리하여 피해자에게 2차 피해와 민원을 야기하는 원인이 되기도 한다.

형사조정에 대한 교육은 형사조정위원 외 해당 절차를 세팅하는 검찰 담당자(검사, 수사관)에게도 필요하다. 최근 2년 동안 코로나 사태로 인하여 비대면 교육을 위한 동영상 강의의 콘텐츠 구축이 이루어진 것을 기화로 교육이수 대상을 확대하여, 담당 공무원도 동 교육을 이수하도록

50) https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=118713

함으로써 회복적사법 프로그램인 형사조정제도의 의의와 담당자의 역할과 그 중요성에 대하여 주지시킬 필요가 있다.

라. "이행"을 위한 충분한 조정기간 및 조정시간의 확보

기존 조정사건에 회부하는 경우 해당 사건에 시한부 기소중지 기간을 부여하고 있어서 이러한 처분으로 조정을 위한 시간을 확보한다는 이점을 갖기도 한다(형사조정 실무운용 지침 제2조 2항). 이를 통해 조정회부된 사건은 1회에 그치지 않고 필요한 경우에 2차, 3차 조정으로 보다 깊이 있는 조정이 가능한 시간을 확보할 수 있게 된다(단, 조정에 회부된 사건은 회부된 때로부터 3개월 이내에 조정성부를 결정하여야 하는 제한이 존재한다(동 지침 제9조). 또 조정에서 피해자가 참가하여 자신의 견해와 입장에 대한 진술기회를 보장하여 동 프로그램 취지상 조정에 초점을 맞추기보다 조정에 참가하는 당사자 간 의견과 감정을 공유하는 것이 무엇보다 중요하다.

그런데 실무에서 보면 형사조정에 회부되는 사건의 기간이 3개월로 정해져 있다고는 하나 사실상 형사조정이 열리는 날 이미 상당 기간 지나 사실상 당사자가 조정 성부를 결정해야 하는 시간은 고작 30일 정도에 그친다. 따라서 형사조정결정한 때가 아닌 사건이 실제 형사조정이 회부되는 때, 시한부 기소중지의 효력이 발생하고 조정에서 약속한 내용을 이행하기 위한 3개월의 시간이 확보될 필요가 있다. 왜냐하면 당사자의 회복의 약속이 형사조정 당일에 이루어지지 않으면 이는 조건부 형사조정성립이 되어 지정일까지 이행되지 않으면 조정은 불성립으로 끝난다. 특히 배상금액이 다액인 경우와 같이 이행을 위한 기간이 필요한 경우, 이행을 위한 기간이 조정 당일 전부터 이미 상당기간 흘러 당사자가 만나 이행을 위한 준비 기간이 부족하게 된다(예컨대 조정기간이 6월1일~8월 31일인 경우, 조정기일은 7월 중순이나 말). 실무상에선 조정회부기간이 3개월로 지정되어있으나 실제 조정실에 사건이 진행되는 날짜는 그 기간종료가 임박한 때도 다수이다.

또한 기존 지속적으로 지적된 문제로 짧은 형사조정에 배정되는 시간도 좀 더 충분한 시간이 필요하다고 본다. 사실상 형사조정에 배정되는 시간은 조정위원에게 재량이 인정되는 일부 청에선 2시간 정도의 시간을

할당할 수도 있다고는 하나 평균 30분~1시간이 배정된다. 그러나 조건부 기소유예의 활용에서도 언급한 바와 같이 향후 형사조정에 회부되는 사건 수는 기존 유일한 회복적사법 프로그램으로 운용될 때보다 상당 수 줄어들 것과 함께 보다 심각하고 당사자의 감정을 섬세하게 다루어야 하는 사건들이 증가할 것이다. 그동안 형사조정이 아닌 형사화해 혹은 형사합의로 운용되어 왔다는 비판과 함께 이러한 문제에 대한 개선방안으로 전문성을 갖춘 조정위원에 의한 당사자의 니즈(needs)와 감정을 연결할 수 있는 사전면담과 충분한 조정시간의 보장이 필요하다.

이와 함께 검사실에서 조정으로 회부할 때, 당사자에게 충분한 설명과 조정에 참여할 의사를 명확하게 확인함으로써 당사자의 조정에 참여할 적극적 의사를 확보할 필요가 있음은 다시 한번 더 강조하고 싶다.

마. 적절한 절차의 설계

프로그램은 일반적으로 강력하고 명확한 의뢰 매커니즘 및 절차를 개발하는데 주의를 기울여야만 한다. 현재 「형사조정 실무운용 지침」(제3조) 및 「범죄피해자보호법」(동법 제41조, 동 시행령 제46조) 상 관련 규정은 광범위한 형사조정의뢰 가능 사건만을 나열하고 있을 뿐이다. 의뢰기준, 절차 및 양식은 의뢰 결정에 대한 책임과 그 책임이 있는 자가 각 상황에서 다각적으로 쉽게 검토할 수 있도록 설계되어야 한다.[51]

Ⅴ. 마치며

회복적 사법 프로그램으로써 형사조정제도의 발전방향에 대하여 제안하는 다수의 선행 논문이 존재한다. 그러나 본 고에서는 현장에서의 문제점을 보다 구체적으로 나열함으로써 적시된 해당 문제에 적용가능한 개선방안을 제안하고자 하였다.

먼저 조정위원의 회복적 사법을 이해하고 실천할 수 있는 전문성과 역량강화를 강조하였다. 이 과정에서 이미 활발하게 활동하고 있는 민간단체의 활용과 해당 기관에서 전문성 검증된 자들을 조정위원으로 활용하

51) UNODC·김재희 외 공역, 전게서,50-51면.

는 방안을 제안하였다. 형사절차에 회복적 사법의 도입, 형사조정제도에 대한 왜곡된 시각과 이해부족은 동 제도의 목적과 장점을 충분히 살리기 어렵다는 점에서 주로 해당 내용을 중심으로 문제되는 사안과 이에 대응한 대안을 제안하였다.

둘째로 최근 활발하게 활동을 시작한 회복적 경찰활동과의 관계설정에도 많은 관심이 쏠리고 있다. 그런 의미에서 형사조정절차를 살펴보면 앞서 운영절차에서 언급한 바와 같이 1) 경찰로부터 송치받은 사건을 조정에 회부할 것인지를 검사가 검토하고 이를 조정사건에 회부하거나, 2) 검사자 직접 사건의 적합성을 따져 형사조정에 회부하거나, 3) 당사자가 직접 신청하는 3가지의 조정회부 가능성을 갖는다. 이러한 3가지의 경우에 범죄의 수사를 시작한 사건이라는 점에서 절차는 모두 '경찰'을 경유하게 된다. 그러므로 다수의 사건은 회복적 경찰활동에 회부될 것으로 예측된다. 경찰이 수사지휘권을 갖게 된 상황에서 기존에 비하여 형사조정에 의뢰되는 사건이 물리적으로 줄어들 것으로 예측된다. 반면 검사가 기소 전 단계에서 형사조정에 회부하는 장점은 더욱 부각될 것이다. 예컨데 전보다 더욱 피의자의 혐의가 확실하고 여기에 기소유예를 염두에 둔 사건에서 당사자의 갈등을 위한 대화의 장을 마련한 후에 기소유예로 나아가게 될 경우 민원을 최소할 수 있다는 점과 가해자로부터 진지한 사과 등 피해자의 피해회복을 위한 기회가 주어진다는 점에 의미가 있다.[52]

기존 형사조정의 회부는 전적으로 검사에게 있었으나 상술한 형사조정의 홍보 등을 통해 검찰로 송치된 사건에 대하여 피해자나 가해자가 형사조정을 적극적으로 신청하는 방안도 고민해 볼 필요가 있다. 수사단계부터 갈등이 심화된 당사자가 경찰단계에선 회복적사법 프로그램에 나갈 마음이 없다가 시간이 어느 정도 지난 후 마음이 흥분이 가라앉아 조정을 희망할 수도 있기 때문이다.

또한 회복적 경찰활동은 층간소음, 학교폭력과 같은 반드시 범죄에 해당하지 않는 경우에도 이웃간 갈등을 약화하기 위한 수단으로 활용되고 있다는 점에서 당사자들에게 형사조정과 그 역할과 의미가 상당히 다르

52) 이미 형사조정에 조건부기소유예를 제안한 선행연구도 존재한다. 대검찰청, 형사조정의 이론과 실무(증보판), 박영사, 2018. 그러나 회복적 경찰활동과 수사권의 독립과 관련하여 기소기관으로써 검찰의 역할과 관련 해당 내용의 심도있는 후속연구를 제안하고 싶다.

게 다가갈 수 있다. 이러한 점에서 조건부 기소유예로써 형사조정의 중요성이 강조될 것이다. 이와 함께 사법 관계기관들 간 프로토콜의 마련 등에 대하여도 언급하였다.

셋째 예산의 확보이다. 앞선 개선방안을 위한 새로운 구상들은 예산의 확보가 전제되어야 할 것이다. 이러한 예산은 그 근거법률이 필요하며, 현재는 '범죄피해자보호기금법'에서 가져오는 것으로 범죄피해자 보호기금은 벌금에서 일정 금액(현재 6%)으로 확보하고 있으며, 이 자원에서 형사조정을 위한 예산도 지원받고 있다. 정기적인 연속된 교육, 사후 모니터링 등을 위해서도 예산의 확보가 전제되어야 가능할 것이다. 또 여러 조정제도, 기관들과의 연계도 제안해보았다.

또 조종위원의 전문성 확보를 위하여 민간 기관에서 활동하고 있는 전문성을 갖춘 인력을 투입하는 방안을 제안하였다. 영국의 사례에서 도입된 국내의 회복적 조정전문가 과정을 안내하였다.

다수의 선행연구들에서 이론적 제도적인 문제제기와 발전방향에 대한 연구들이 진행되어 왔으므로 본고에서는 그동안 형사조정위원교육과 형사조정위원으로 참여하면서 보다 실무적인 측면에 보이는 문제점들을 제시하였다. 이에 상응한 구체적인 발전방향에 대하여 언급해보았다.

이러한 현장의 문제점들의 개선으로 형사조정제도가 시민들의 갈등을 해소하고 보다 평화롭고 안전한 사회에 기여하는 제도로 자라잡기를 희망해본다.

(논문투고일: 2022.8.23., 심사개시일: 2022.9.6., 게재확정일: 2022.9.19.)

김 재 희
회복적 사법, 회복적사법 프로그램, 형사조정, 피해회복, 범죄피해자의 형사절차 참여

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

김성돈, 「새로운 범죄대응 전략으로서 화해조정제도체계구축(1)-형사사법체계 내 형사조정제도 도입에 따른 법 이론적 문제점 및 개선방안」, 연구총서, 한국형사정책연구원, 2008.

김용세, 「회복적 사법과 형사화해 - 형사화해 알선 지침」, 진원사, 2009.

대검찰청, 「형사조정의 이론과 실무」, 박영사, 2019.

Howard Zehr 지음·조균석 외 공역, 「회복적 정의 실현을 위한 사법의 이념과 실천(The Little Book of Restorative Justice)」, KAPS, 2015.

UNOCD 저·김재희 외 공역, 「유엔 형사사법 핸드북-회복적사법 프로그램을 위한 핸드북(Handbook on Restorative Justice Programmes)」, 박영사, 2021.

경찰청, 「회복적 경찰활동 운영가이드」, 경찰청피해자보호담당관실, 2019.

Ⅱ. 논문

김성돈, “회복적 사법형 형사조정제도의 법제화 방안”,「성균관법학」(제21권 2호), 2009.

김용욱, “한국의 형사조정:회복적사법 프로그램인가?”, 「형사정책연구」(제19권 제2호), 2008.

김재희, “현행 범죄피해자보호법상 형사조정제도의 검토”, 「피해자학연구」(제19권 1호), 2011.

----, “피해의 회복과 회복적 책임-양형인자로써 회복의 의미”, 「형사법연구」(제32권 1호), 2020.

----, “회복적 사법에서 공동체의 의미에 관한 소고”, 「형사법연구」(제33권 제2호), 2021.

박광민, “형사절차상 피해자보호의 현황과 전망”, 「경셩법학」(제14권 1호), 경성대학교 법학연구소, 2005.

이진국, 도중진, 오영근, 김성돈, 김용세, 박광섭, 원혜욱 공저, 「형사사법분야에서 갈등현상과 해소 전략 :갈등해소의 수단으로서 회복적

사법」, 한국형사정책연구원, 2006.
이호중, “회복적 사법의 이념과 실무”, 「법학논집」(제14권 2호), 이대 법학연구소, 2009.
조균석, “회복 조건부 기소유예제도의 도입 방안”,「피해자학연구」(제29권 1호), 2021.
조균석·김재희, “소년보호관찰에 회복적사법 프로그램 실천을 위한 제언”, 형사정책(제31권 제1호), 2019.

Abstract

A Study on Korean Criminal Mediation as Restorative Justice Programmes*

Kim, Zaehee**

The criminal mediation system, which began as a pilot project at the Daejeon District Prosecutors' Office and the Bucheon District Office in April 2006, was operated for 15 years and has established itself as a system. Most of the discu-ssions on restorative judicial programming, which have been discussed since the beginning of the demonstration, have positively evaluated restorative judicial pro gramming.

Now that it has been 15 years since the program was operated, we will once again cultivate its meaning as a restorative judicial program in criminal justice procedures, review the meaning and role of the criminal mediation system along with restorative police activities that began in 2019.It is also meaningful to predict changes in the criminal mediation system and discuss the direction of development in response to the transfer of investigative power to the police due to the revision of the Criminal Procedure Act.

In order to establish and operate the criminal mediation system at the stage of designing and establishing the existing system, efforts based on quantitative case requests and mediation establishment rates now need to be reviewed in the direction of improving the quality of the system and establishing identity

* This work was supported by the Ministry of Education of the Republic of Korea and the National Research Foundation of Korea (NRF-2017S1A5B5A02025344)

** Sungkyul University, Assistant professor, Ph. D. in Law.

as a restorative judicial system. In particular, the meaning of damage recovery in criminal justice procedures was reviewed, focusing on the need for human resource management as a development direction to secure institutional effectiveness beyond the stage of design and construction discussed at the beginning of the new program.

Kim, Zaehee

Restorative justice, restorative justice programmes, criminal mediation, criminal victim-offender encounter process, criminal victims' participation in criminal process

성균관대학교 법학연구원『성균관법학』 10.17008/skklr.2022.34.3.009
제34권 제3호(2022. 9.)
Sungkyunkwan Law Review Vol.34. No.3 (September 2022) pp. 281 - 308

국가관할권이원지역 해양유전자원의 규제대상에 관한 이해관계자 설문조사 결과와 정책적 함의*

서 진 웅**·김 진 영***·진 상 기****

【목 차】

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 이해관계자 설문조사 통계 결과 및 분석
1. 설문조사 기초정보
2. 설문조사 결과
3. 설문조사 결과에 대한 평가
Ⅲ. 이해관계자 설문조사 결과의 국제법적 검토
1. *in situ, ex situ, in silico*
2. ABNJ의 법원칙과 이익공유
Ⅳ. 결론: 정책제언

【국 문 요 약】

국가관할권이원지역의 생물다양성에 대한 국제적 협의가 진행 중에 있다. 본 협상의 주요 논의대상 중 규제대상에 대한 이견의 격차가 매우

* 본 논문은 국립해양생물자원관이 수행하는 「해양생명자원 글로벌 규범체계 대비전략 연구」(2022M00900) 사업의 지원을 받아 작성되었습니다. 그러나 본문의 내용은 저자의 개인적 견해로 국립해양생물자원관의 공식적 견해와 무관함을 밝힙니다.

** 국립해양생물자원관 전문연구원(제1저자, 교신저자)
*** 충남연구원 책임연구원(공동저자)
**** 대한기계설비산업연구원 산업정책실장(공동저자)

큰 편이다. 그러함에도 불구하고 국내적 수준의 국가관할권이원지역의 해양유전자원에 관한 이해관계자들의 입장을 반영한 연구는 아직도 부족한 것이 현실이다.

이 글에서는 국가관할권이원지역의 해양유전자원의 규제대상에 대하여 이해관계자 설문조사를 통하여 국내 전문가들의 입장을 통계학적인 측면에서 확인해 보고자 하였다. 국가관할권이원지역의 해양유전자원의 규제대상에 대하여 다수의 응답자들은 그 범위를 축소해야 한다는 입장을 보여주었으나, 구체적인 규제대상인 *in situ/ex situ/in silico*, access/colection에 대하여서는 이해의 정도에 차이가 존재하였다. 이와 같은 혼동은 제4차 국가관할권이원지역의 해양 생물다양성의 보존과 지속가능한 이용을 위한 UN해양법협약 하의 국제적으로 법적 구속력이 있는 법률문서에 관한 정부간 회의에서도 동일하게 나타나고 있다.

국가관할권이원지역의 생물다양성의 규제대상의 범위 문제는 궁극적으로 국가관할권이원지역의 생물다양성으로부터 유래하는 이익공유의 범위와 직결되는 문제라는 점에 주목할 필요가 있다. 규제대상이 광범위해질수록 이익공유의 범위가 확장될 것이며, 이와 같은 결과는 결국 이해관계자들, 특히 연구자 및 산업계의 측면에서, 국가관할권이원지역의 해양생물자원의 탐사활동에 투자할 의향이 줄어들 것이다.

법적 명확성과 투명성, 예측가능성의 증대를 위하여서는 국가관할권이원지역의 해양유전자원의 규제대상에 대한 명확한 정의를 도입하여야 한다. 이를 통해 국가관할권이원지역의 해양생물자원에 대한 연구가 촉진될 것이며, 이는 결국 인류 전체의 해양유전자원에 대한 지식의 증대로 이어질 것이며, 이는 전인류의 이익으로 돌아갈 것이라는 점을 유의할 필요가 있다.

이를 위하여서 본 글에서는 보존과 접근/수집의 개념적 차이를 검토하였으며, *in situ, ex situ, in silico*의 개념 정의가 국가관할권이원지역의 해양 생물다양성의 보존과 지속가능한 이용을 위한 UN해양법협약 하의 국제적으로 법적 구속력이 있는 법률문서에 포함될 필요가 있음을 살펴보았다.

UN해양법협약과 불가분의 일부에 해당하는 1994년 심해저 이행협정의 부속서 제5절 제1항 제1호에서 '심해저공사 및 심해저광업기술 획득

을 희망하는 개발도상국은 공개시장에서 공정하고 합리적인 상업적 조건으로, 또는 합작투자약정을 통하여 그러한 기술을 획득한다.(필자 강조 추가)'고 규정한 바를 환기하며, UN해양법협약 하의 법적 구속력을 가지는 법률문서 라는 점을 고려하여야 함을 강조하고자 한다. 이와 같은 '공정하고 합리적인 상업적 조건에 따라'라는 전제조건에 기초하여 in situ, ex situ, in silico에 대한 개념 정의를 모색하여야 하며, 이를 통하여 이익공유를 위한 규제대상에 대한 새로운 인식에 대한 모멘텀을 구축하는 것이 필요하다.

Ⅰ. 서론

국가관할권이원지역의 생물다양성(Biological Diversity of Areas Beyond National Jurisdiction, BBNJ)에 대한 국제적 협의가 진행 중에 있다. 이는 UN총회결의 69/292에 따라서 'UN해양법협약에 따른 국가관할권이원지역의 생물다양성의 보존과 지속가능한 이용에 관한 국제적 법적 구속력을 가지는 법률문서' 개발로부터 시작되었다. 국가관할권이원지역의 생물다양성은 지리적 관점에서 해양의 표면적은 지구 전체의 표면적 중 약 4분의 3을 차지하고 있으며, 전체 해양 중 국가관할권이 미치는 지역을 제외한 지역인, 즉 배타적경제수역과 대륙붕 이원의 지역인, 공해와 심해저가 전 해양의 64%를 차지하고 있다고 알려져 있기에,[1] 더욱 주목받고 있다.

국가관할권이원지역(Areas Beyond National Jurisdiction, 이하 ABNJ)의 해양유전자원(Marine Genetic Resources, 이하 MGR)에 관한 논의를 UN에서 '국가관할권이원지역의 해양 생물다양성의 보존과 지속가능한 이용을 위한 UN해양법협약 하의 국제적으로 법적 구속력이 있는 법률문서에 관한 정부간 회의(Intergovernmental Conference on an International Legally Binding Instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and

1) 심상민, 「국가관할권 이원지역의 해양생물다양성(BBNJ) 논의현황과 한국에의 함의」, 국립외교원 외교안보연구소, 2017, p. 1.

Sustainable use of Marine Biological Diversity of Areas Beyond National Jurisdiction, 이하 BBNJ 정부간회의)'로 진행 중에 있으며, 지난 2022년 3월 제4차 BBNJ 정부간회의가 개최되었으며, 제5차 BBNJ 정부간회의는 2022년 8월 개최되었다.

BBNJ 정부간회의에서의 논의와 관련하여 관련 이해관계자 집단의 관심이 높다. 'UN총회결의 69/292에 의하여 설립된 국가관할권이원지역의 생물다양성의 보존과 지속가능한 이용에 관한 UN해양법협약에 따른 국제적 법적 구속력을 가지는 법률문서 준비위원회'(Preparatory Committee established by General Assembly resolution 69/292: Development of an international legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction, 이하 준비위원회)에 제출된 각국별 서면입장서[2]를 통해 국가별 국가관할권이원지역의 MGR에 대한 입장을 확인할 수 있으며, 이와 관련된 연구가 수행된 바 있다.[3] 이와 달리 국내 이해관계자들이 ABNJ의 MGR의 규제대상에 대하여 어떠한 입장을 가지고 있는지에 대한 연구는 부족한 것이 현실이다.

다수의 국가들이 BBNJ 논의에 관심을 가지는 이유는 세 가지 측면에 있다. 그 첫 번째는 다수의 개발도상국가들이 ABNJ에 적용될 법적 원칙으로 '인류공동유산'을 주장함으로써, 기존의 UN해양법협약 상의 공해체제의 기초가 흔들릴 가능성이 존재하기 때문이다. 두 번째는 기존의 ABNJ의 미지의 MGR이 가지는 잠재적 경제적 가치가 막대할 것으로 추정되기 때문이며, 특히, 분자생물학 데이터가 향후 수십년 동안 우리 삶에 가져올 변화로서 항암제, 개인 맞춤형 의약품의 개발 등의 기반이 된다는 점[4]에서 MGR의 규제범위에 대한 관심이 높아지고 있다. 즉 미래

---

2) *available at* https://www.un.org/Depts/los/biodiversity/prepcom.htm

3) 서진웅, "국가관할권이원지역(ABNJ)에 대한 일반원칙에 관한 논의 동향 분석", 국제해양법연구, 제3권 제1호, 2019, pp. 51-58.

4) Patrick Greenfield, "Biopiracy row at UN talks in Geneva threatens global deal to save nature", *The Gardian,* 2022,03.30. available at https://www.theguardian.com/environment/2022/mar/30/cop15-faces-copenhagen-moment-genetic-data-dispute-aoe

먹거리의 중요한 부분으로 BBNJ의 MGR이 인식되고 있는 것이다. 마지막으로 BBNJ 국제적 법적 구속력을 가지는 법률문서는 UN총회결의 69/292에 따라서 유엔해양법협약 하의 이행협정의 성격을 가져야 함에도 불구하고 생물다양성협약의 체계를 답습하고자 하는 국제사회의 다수를 차지하는 개발도상국들의 요구에 대한 대응의 필요성이 있다. 이와 같은 배경 하에 각국별 입장 내지는 학자들의 견해 외에 산업의 측면을 고려하여, 경제적 이해관계자들의 입장을 포괄하는 ABNJ의 MGR의 규제대상에 대한 연구가 수행될 필요성이 크다.

이 글에서는 ABNJ의 MGR의 규제대상에 관한 국내 이해관계자들의 인식을 델파이기법(Delphi Technique)을 활용하여 설문조사 및 통계를 통하여 살펴보고자 한다. 국내이해관계자들의 통계적 입장을 확인한 이후 이와 같은 통계결과를 국제법적 측면에서 검토함으로서, 해양영토 및 과학영토 확장을 위한 정책제안을 도출하고자 한다.

Ⅱ. 이해관계자 설문조사 통계 결과 및 분석

1. 설문조사 기초정보

1) 설문조사 구성 및 응답율[5)]

설문조사 방법론으로 델파이 기법(Delphi Technique)을 채택하였으며, 이 기법은 반복적인 피드백에 근거한 통계적 처리를 통해 전문가 또는 전문집단의 아이디어와 대안을 수렴하는 기법으로서, 비교적 장기간에 걸쳐서, 한정된 규모의 집단에게 반복적으로 피드백(feedback)을 얻기 위해 반복적 설문조사를 시행하며, 회차를 거듭하는 과정에서 개방형 및 폐쇄형 설문조사서를 사용하는 방법이다.

통계 방식에 있어서 델파이 기법은 모집단의 수가 제한적인 경우에, 특정한 전문성을 가지는 집단에 대한 의견수렴이 필요할 때 효과적인 통

5) 구체적인 내용은 서진웅 “국가관할권이원지역 해양유전자원의 규제대상에 관한 이해관계자 설문조사 결과와 정책적 함의”, 국제경제법연구 제20권 제1호, 2022, pp. 74-76. 참조.; 이 글의 경우 본 각주 상의 논문과 동일한 연구사업의 지원을 받아 수행된 통계를 활용하였으며, 이에 따라서 이 글의 [표 1] 내지 [표 5]는 본 각주 상의 논문과 동일함을 밝힙니다.

계학 기법으로서, 최종 설문조사의 결과를 수렴된 의견으로 평가하는 방식이다.

본 연구를 수행함에 있어서 델파이 기법을 선택한 이유는 국내 모집단의 전체 수가 크지 않기 때문이다. 모수 집단은 민간기업, 민간연구소, 국공립연구소의 전문가를 대상으로 하였다. 국내의 경우 바이오 산업이 발전도상에 있는 관계로 이해관계자의 수가 제한적인 특성이 있으며, 이로 인하여 바이오 산업 관련 전문가 그룹(각 바이오 회사의 대표급 내지는 실무자가 참여)의 수가 제한적인 특성을 가진다. 또한 학계 및 국내 민·관 연구기관의 연구자 중에서 BBNJ 관련 연구를 수행하거나 이와 밀접한 영역의 연구를 수행하는 종사자를 포함하였으나, 그 모수 또한 제한적인 편이다. 이와 같은 기준으로 파악된 2021년도 전체 모집단의 수가 35명 정도에 불과하다. 동 설문조사에 대한 기초정보를 요약하면 다음과 같다.

[표 1] 설문응답율

델파이 회수	설문 배포	응답자	응답률
1차 설문	35	29	82.8
2차 설문	29	29	100.0
3차 설문	29	29	100.0
합 계	29	29	100.0

2) 설문응답자의 특성

응답자 29명의 대다수(19명, 65.5%)는 박사학위자로 이번 연구에서 설계한 전문가 의견 조사대상의 표본에 부합하는 것으로 평가되었다.[6)]

6) *Ibid.*, p. 71

[표 2] 설문응답자의 특성

최종학위		
	빈도	퍼센트
대학교 수료	2	6.9
대학교 졸업	2	6.9
석 사 졸업	4	13.8
박 사 수료	2	6.9
박 사 졸업	19	65.5
합 계	29	100.0

응답자 29명의 근무지를 살펴보면, 민간기업에 근무하는 응답자가 17명(58.6%)으로 가장 많았으며, 국공립연구소 연구원이 10명(34.5%), 민간연구소 연구원이 1명(3.4%)로 나타났으며, UN BBNJ 협상관련 MGR 국내 이해관계자들의 다양한 의견을 수렴하고자 이번 연구는 민간과 공공, 산업현장의 전문가들로 적절하게 구성하여 조사되었음을 확인할 수 있었다.[7)]

[표 3] 설문응답자의 근무지

근무지		
	빈도	퍼센트
민간기업	17	58.6
국공립연구소(연구원)	10	34.5
민간연구소(연구원)	1	3.4
기타	1	3.4
합 계	29	100.0

본 연구는 응답자들의 활동영역(근무지)이 전문가 응답결과에 영향을 미치는지의 여부와 민간과 공공의 전문가적 견해의 차이가 있는지를 분

7) *Ibid.*.

석하기 위해 델파이 참석 전문가들의 현 근무지를 기반으로 공공부문과 민간부문으로 구분하였으며, 민간기업과 민간 연구소 등을 민간부문으로 대분류 하였고, 국공립연구원을 공공부문으로 대분류 하였다.[8)]

[표 4] 설문응답자의 활동분야

전문가 활동 분야		
	빈도	퍼센트
공공부문	10	34.5
민간부문	19	65.5
합 계	29	100.0

응답자들의 자신의 (전문)분야에서 근무기간은 표5에서 확인할 수 있는 바와 같이 다음과 같았다. “15년 초과 ~ 20년 이하”라고 응답한 응답자가 8명(27.6%)로 가장 많고, “10년 초과 ~ 15년 이하”라는 응답자가 7명(24.1%), “25년 초과 ~ 30년 이하”라는 응답자가 6명(20.7%)로 나타났으며, 응답자의 평균 근무기간은 약 17년 10개월이었으므로, 따라서 본 연구는 BBNJ 협상관련 정책방향 설정과 관련하여 이해관계를 보다 명확하게 정리하고 표현할 수 있는 수준의 전문가 집단을 대상으로 연구를 진행하였음을 확인할 수 있었다.[9)]

8) *Ibid.*.

9) *supra* no. 5, pp. 71-72.

[표 5] 설문응답자의 근무기간

	빈도	비율
~ 5년 이하	2	6.9%
5년 초과 ~ 10년 이하	3	10.3%
10년 초과 ~ 15년 이하	7	24.1%
15년 초과 ~ 20년 이하	8	27.6%
20년 초과 ~ 25년 이하	2	6.9%
25년 초과 ~ 30년 이하	6	20.7%
30년 초과 ~	1	3.4%
	29	100.0%

이후 본연구의 목적 달성을 위하여, 설문에 응답한 전문가들의 분야별 전문가 이해도를 확인함으로써, 조사 응답의 신뢰성과 그 결과의 타당성을 제고하기 위한 절차를 설계하여 조사를 실시 분석하였다.[10]

2. 설문조사 결과

1) 설문조사 결과

델파이기법은 특정분야에 대한 전문지식을 지닌 전문그룹의 의견수렴이 필요할 때 효과적인 통계학 기법으로서, 최종 설문조사의 결과를 해당 전문가그룹의 수렴된 의견으로 평가하는 방식이다. 따라서, 개방형 1차와 폐쇄형 2차 설문조사 결과보다 폐쇄형 3차 설문조사 결과에서의 의견수렴을 주요 분석대상으로 한다. 이러한 기법에 따라 다음과 같이 설문조사 결과를 분석하였다.

BBNJ의 MGR 규제대상에 관하여 제3차 정부간 회의 의장문서에 기술된 규제대상영역 전체인 *in situ*(현지내), *ex situ*(현지외), *in silico*(컴퓨터 시뮬레이션)를 설문조사 대상으로 삼았다. 세부조사 항목과 개방형 1차, 폐쇄형 2차 및 3차의 설문조사 결과는 다음의 [표 6]과 같다.

10) *supra* no. 5, p. 72.

[표 6] ‘in situ, ex situ, in silico 규제 필요성’ 응답결과

세부 조사항목	차수	매우 그렇지 않다	그렇지 않다	보통이다	그렇다	매우 그렇다	부정	보통	긍정
9. 국가관할권이원 ‘*in situ*(현지 내)’에서 채집한 해양유전자원에 대한 새로운 국제규제가 필요하다(‘*in situ*’에서 채집한 해양유전자원은 이익공유의 대상이 되어야 한다).	2차	2	17	5	5		19	5	5
		6.9%	58.6%	17.2%	17.2%		65.5%	17.2%	17.2%
	1차	1	12	8	8		13	8	8
		3.4%	41.4%	27.6%	27.6%		44.8%	27.6%	27.6%
10. 국가관할권이원 해양유전자원을 밖으로 가져와 연구자들이 접근할 수 있도록 유전자은행(gene bank)과 같은 다른 위치에 저장한 이른바 '*ex situ*(현지외)'에서 수집한 해양유전자원에 대한 새로운 국제규제가 필요하다(‘*ex situ*’에서 수집한 해양유전자원은 이익공유의 대상이 되어야 한다).	3차		23	2	4		23	2	4
			79.3%	6.9%	13.8%		79.3%	6.9%	13.8%
	2차	1	16	4	8		17	4	8
		3.4%	55.2%	13.8%	27.6%		58.6%	13.8%	27.6%
	1차	1	12	5	10	1	13	5	11
		3.4%	41.4%	17.2%	34.5%	3.4%	44.8%	17.2%	37.9%
11. ‘현지 내’에서 얻은 해양유전자원 샘플에 대한 정보 및 컴퓨터 기반의 시뮬레이션 분석 등 소위 ‘*in silico*’ 분석 결과에 대한 새로운 국제규제가 필요하다(‘*in silico*’ 분석결과는 이익공유의 대상이 되어야한다).	2차	4	17	4	4		21	4	4
		13.8%	58.6%	13.8%	13.8%		72.4%	13.8%	13.8%
	1차	5	13	4	7		18	4	7
		17.2%	44.8%	13.8%	24.1%		62.1%	13.8%	24.1%

해양유전자원의 규제 대상과 관련하여 *in situ*(현지 내) 규제필요, *ex situ*(현지외) 규제필요, *in silico* 규제필요에 관한 질문을 하였다. 전체

적으로 3개의 질문 모두에서 “부정”적인 응답의 비율이 높게 나오고 있다. 1차 설문과 비교하여, 3차 설문조사 결과에서 특히 3개 질문 모두 “부정”적인 응답의 비율이 증가하였다.

(1) in situ(현지 내) 규제필요성

‘*in situ*(현지 내) 규제필요’와 관련하여, “그렇지 않다”라는 응답이 58.6%로 가장 높은 비중을 차지하였다. “그렇지 않다”와 “매우 그렇지 않다”라고 응답한 비중의 합(“부정”적인 응답 비율)은 65.5%에 달한다. 이를 통해 볼 때, 설문 응답자들은 “*in situ*(현지 내) 규제필요”에 대하여 “부정”적인 방향으로 의견의 수렴이 이루어 졌다고 판단할 수 있을 것이다.

(2) ex situ(현지 외) 규제필요성

‘*ex situ*(현지 외) 규제필요’와 관련하여, “그렇지 않다”라는 응답이 79.3%로 가장 높은 비중을 차지하고 있다. 1차 설문의 경우 부정적인 응답의 비율이 44.8%로 나타났으며, 2차 설문의 경우 58.6%, 최종 3차 설문조사의 경우 79.3%로 나타났다. 설문의 차수가 증가할수록 “부정”적인 응답의 비율이 증가하고 있음을 확인할 수 있다.

이와 대조적으로 “긍정”적인 응답의 비율은 1차 설문의 경우 응답의 비율이 37.9%로 나타났으며, 2차 설문의 경우 27.6%, 최종 3차 설문조사의 경우 13.8%로 나타났다. 설문의 차수가 증가할수록 감소하고 있음을 확인할 수 있다. “보통”이라는 응답의 비율도 설문의 차수가 증가함에 1차 설문조사의 경우 17.2%, 2차 설문조사의 경우 13.8%, 최종 3차 설문조사의 경우 6.9%로 나타남으로써 점차 감소한 것을 확인할 수 있다.

설문 응답자들은 “*ex situ*(현지 외) 규제필요”에 대하여 “부정”적인 방향으로 의견의 수렴이 이루어진다고 판단 할 수 있다.

(3) in silico 규제필요성

‘*in silico* 규제필요’와 관련하여, “그렇지 않다”는 응답의 비율이 58.6%로 절반이 넘는 높은 비중을 차지하고 있다. “그렇지 않다”는 응

답의 비율(58.6%)과 “매우 그렇지 않다”는 응답 비율(13.8%)을 포함한 “부정”적인 응답의 비율은 72.4%로 나타나고 있다.

설문 응답자들은 “*in silico* 규제필요”에 대하여 “부정”적인 방향으로 의견의 수렴이 이루어진다고 판단 할 수 있다.

3) 활동분야와 설문 결과 간의 상관관계(민간과 공공 부문 차이분석)

본 설문조사의 질문들에 대한 선호에 있어 공공부문과 민간부문의 차이가 있는지를 분석해 보았다.

[표 7] 독립군 T-검증 결과 요약

민간부문 VS 공공부문		N	평균	표준편차	평균의 표준오차	유의확률
9. *in situ*_규제필요	민간	19	2.53	0.964	0.221	0.070
	공공	10	2.30	0.675	0.213	
10. *ex situ*_규제필요	민간	19	2.53	0.841	0.193	0.000
	공공	10	2.00	0.000	0.000	
11. *in silico*_규제필요	민간	19	2.37	0.895	0.205	0.486
	공공	10	2.10	0.876	0.277	

T-test 독립군 분석(집단 간 차이분석) 결과를 보면 ‘9. *in situ*_규제필요’와 ‘10. *ex situ*_규제필요’ 질문 두 항목에 있어 민간과 공공 부문의 집단 간 차이가 있음을 알 수 있었다.

우선 ‘9. *in situ*_규제필요’ 여부에 대해 민간(2.53)과 공공(2.30) 부문의 응답이 통계적 유의 수준 내에서 차이가 있음을 확인할 수 있었고, 공공부문이 민간부문 보다 상대적으로 신규규제 신설에 대해 부정적(불필요)으로 평가 하고 있음을 확인 할 수 있었다.

다음으로 ‘10. *ex situ*_규제필요’성 여부 질문에 대해서도 통계적 유의 수준에서 양 집단 간의 차이성을 확인 할 수 있었고, 이 역시 공공부문(2.00)이 민간부문(2.53)보다 신규 제도 필요성에 대해 부정적으로 보고

있음을 확인 할 수 있었다.

결론적으로 공공부문의 전문가 층에서 규제 신설에 대해 좀 더 부정적으로 보고 있음을 통계적으로 확인 할 수 있었다.

3. 설문조사 결과에 대한 평가

(1) in situ, ex situ, in silico

in situ, ex situ, in silico 모든 부분에서 부정적인 방향으로 의견이 수렴된 결과를 확인할 수 있다. 다만, *ex situ, in silico*의 경우 부정적인 의견이 70% 이상임에 비하여 *in situ*의 경우 부정적인 의견이 65.5%대로 상대적으로 낮은 경향을 확인할 수 있다. 상관관계에 있어서도 민간부문에 비하여 공공부문의 부정적 응답비율이 통계적 수준에서 유의미하게 높은 수준을 보이고 있다.

민간부문 및 공공부문 양 분야 전반에 걸쳐 신규규제의 신설에 부정적 의견을 표출한 것은 신규규제가 어떠한 내용을 가질지 불확실한 현 상황이 반영된 것으로 평가된다.[11)]

또한 공공영역의 경우 신규규제에 대한 부정적 측면이 더 강한 이유는 보존과 지속가능한 이용의 측면에서의 법적 확실성으로서 UN해양법협약상의 제 규정들과 해양법 관련 규정들에 대한 이해를 전제로 할 때 예측가능한 결론에 해당한다고 평가된다.[12)]

다만, 민간부분이 공공부문에 비하여 신규규제의 신설에 부정적 의견이 상관관계의 통계적 수준에서 유의미한 수준으로 조금 더 낮게 나타나는 이유는 회피가능성에 기인한 것으로 평가할 수 있다. 민간부문의 경우 규제가 도입되는 경우에 해당 생물자원 내지는 유전자원을 이용하지 않거나, 우회적 수단과 같은 대안적 접근을 통해 경제논리에 따라 활동이 가능하다는 점이 영향을 미친 것으로 평가된다. 이와 관련하여 민간부문의 경우 나고야의정서에 따른 부담을 우회하기 위하여 필요한 유전물질 추출물을 현지기업이 생산토록 하여 이를 구매하여 활용하는 사례

11) *see* Thomas Greibet *et. al.*, "An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing", IUCN Environmental Policy and Law Paper No.83, 2012, pp. 13-14.

12) *Ibid.*.

가 있다.[13]

이와 달리, 공공부문에서는 생물다양성에 대한 연구 내지는 신물질에 관한 연구를 수행해야 하는 기초과학적 측면에서 국가관할권이원지역 내지는 타국 관할권 이내 지역의 유전자원의 이용의 필요성이 크다는 점, 기초과학의 측면에서는 유용종 1종의 발견을 목표로 하는 것이 아니라 생물다양성의 측면에서 최대한 다수종의 유전자원을 확보하여야 한다는 점에서 민간부문에 비하여 신규규제의 도입이 더욱 부담으로 작용할 수 있는 점이 영향을 미친 것으로 평가된다.[14]

(2) 정의의 부재

현재 제3차 정부간 회의 의장문서를 통해 *in situ, ex situ, in silico* 용어에 대한 법적 정의가 확립되지 않은 과도적 한계도 존재하며,[15] *in situ, ex situ, in silico*에 대한 과학자들의 이해도 조금씩 다르다는 점도 한계임을 인식할 필요가 있다. BBNJ 법률문서 상의 규정들이 나고야의정서와 본질적으로 다른 접근방식임을 인식할 필요가 있으나, 국제회의에서도 이와 같은 부분들이 혼동되고 있는 바와 같이[16] 국내 이해관계자 간에도 혼동이 존재한다고 평가할 수 있다.

BBNJ 법률문서안은 collected *in situ*, accessed *in situ*, collected *ex situ*, accessed *ex situ*, collected *in silico*, accessed *in silico*에 대하여 규정하는 반면에, 이해관계자들의 이해는 CBD와 나고야의정서 상의 *in situ* conservation, *ex situ* conservation을 유추하여 판단하고 있는 것으로 평가된다.

---

13) 「국가관할권이원 해양생명자원 관련 국내이해관계자 및 전문가 간담회(2021년 7월 13 - 14일)」 결과보고서, p. 2. 산업계 이해관계자 발언 중 발췌 (비공개자료)

14) *Ibid.*. 중 공공기관 이해관계자 발언 중 발췌 (비공개자료)

15) *see* Earth Negotiations Bulletin, Summary of the Fourth Session of the Intergovernmental Conference on an Interational Legally Binding Instrument under the UN Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biodiversity of Areas Beyond National Jurisdiction: 7-18 March 2022, 2022, p. 4.

16) *Ibid.*.

(3) '보존(conservation)'과 '접근(access)', '수집(collect)'의 차이

'보존(conservation)'이라는 용어는 보호와 지속 가능한 이용을 포괄하는 개념이다.[17], 또한 '접근'과 '수집'이라는 용어는 각각 다른 의미를 가지고 있으며, 'conservation'과도 의미가 다르다는 점을 환기할 필요가 있다. 다만, 접근이 무엇을 의미하는지, 수집이 무엇을 의미하는지에 대한 합의 역시 부족한 것이 현재까지 BBNJ 논의의 현실이며, 제4차 BBNJ정부간회의에서 합의되지 않은 부분이다.[18]

CBD의 논의과정에서 자유로운 접근에 대한 개발도상국과 선진국 간 이해도의 차이를 돌아볼 필요가 있다.[19], 아직까지 합의되지 않은 access와 collect의 정확한 의미를 확정하여야 하며,[20] 그 후에 collected in situ, accessed in situ, collected ex situ, accessed ex situ, collected in silico, accessed in silico의 의미를 확정하는 작업이 선행되어야 한다.[21] 이러한 개념들이 단순한 위치 정보에의 접근 허용 또는 샘플에의 접근 허용에 한정되는 것인지 혹은 관련 데이터 내지는 분석자료, 2차적 자료에의 접근까지 포함하는지 여부에 따라 규정의 의미의 확장성 자체가 달라지기 때문이다.[22]

국가관할권이내 지역을 규율하는 CBD체계와 다름을 우선 인식하여야 한다. 과학적 의미의 collected in situ, accessed in situ, collected ex situ, accessed ex situ, collected in silico, accessed in silico의 개념과 법적 의미의 collected in situ, accessed in situ, collected ex situ, accessed ex situ, collected in silico, accessed in silico의 개념에 일

---

17) Black`s Law Dictionary 2nd ed.에 따르면 'conservation'은 'Protecting and using resources in a wise way to get the most benefit for long term. There are many ways to do this by alternative technologies, recycling, and reduction of waste.'로 해설되어 있다. available at https://thelawdictionary.org/conservation/

18) 제4차 BBNJ정부간회의에서도 제10조와 관련하여, EU와 미국은 접근을 삭제할 것을 요청한 반면, 인도네시아의 경우 접근과 채집 모두 수용되어야 한다는 입장을 취하는 등 국가별 입장 차이가 매우 큰 것이 현실이다. *see supra* no. 8.

19) *see supra* no, p. 11.

20) *see supra* no. 15.

21) *Ibid.*, p. 5.

22) *Ibid.*, p. 20.

부 간격이 발생할 수 있음에도 유의가 필요하다. 이는 UN해양법협약 상 대륙붕의 법적 의미[23]와 대륙붕의 지질학적 의미가 합치하지 않는 예를 통해 예측 가능하다.

Ⅲ. 이해관계자 설문조사 결과에 대한 국제법적 검토

1. in situ, ex situ, in silico

BBNJ의 MGR 규제대상에 관하여 제3차 정부간 회의 의장문서에 기술된 BBNJ 규제대상영역 전체인 *in situ, ex situ, in silico*에 대한 전문가 집단의 의견수렴을 진행하였다. *in situ, ex situ, in silico*는 각각 수집(collect) 또는 접근(access)과 유기적으로 연결되며, collected *in situ*, accessed *in situ*, collected *ex situ*, accessed *ex situ*, collected *in silico*, accessed *in silico*의 형태로 제3차 정부간 회의 의장문서에 기술되어 있다.

사실상 상기의 개념들은 과학적 차원의 개념에 해당하지만 아직까지 이들에 대한 명확한 정의 내지는 과학자 간의 합의가 도출되었다고 보기에 곤란한 것이 현실이다. 또한 법적 개념으로서도 명확히 정립되지 않고 있다.[24] 여기에 더하여서 상술한 바와 같이, CBD 상의 현지내(*in situ*) 보존, 현지외(*ex situ*) 보존과 collected *in situ*, accessed *in situ*, collected *ex situ*, accessed *ex situ*, collected *in silico*, accessed *in silico*의 개념 간의 의미적 차이까지 고려하면 과학적 의미의 정의 및 법학적 의미의 정의는 모호한 상태로 남아 있다.[25]

유엔해양법협약 하의 국가관할권이원지역의 해양생물다양성의 보존과 지속가능한 이용에 관한 협정 개정초안(Revised draft text of an agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction) 제8조에 언급된 바와

23) UN해양법협약 제76조 제4항 내지 제6항.

24) *see supra* no. 15.

25) *see supra* no. 13.

같이, *in situ, ex situ, in silico*는 수집(collected) 내지는 접근(accessed)과 관련될 수 있다. *in situ, ex situ, in silico*에 대한 인식의 차이뿐만 아니라, collected *in situ*, accessed *in situ*를 포함하여, collected *ex situ*, accessed *ex situ*, collected *in silico*, accessed *in silico*에 대한 명확한 과학적 합의가 존재하는 지 역시 명확하지 않은 것이 현실이다.[26] 특히 *in vivo*(생체내), *in vitro*(생체외), *ex vivo*(脫體)[27]와 같은 연구방법이 상기의 개념 중 어디에 해당하는지에 대하여서도 명확한 이해가 부재하며, 디지털 염기서열 정보(Digital Sequence Information, DSI)가 유전자원에 포함되는지 역시 불분명하다.[28]

과학적 개념과 법적 개념이 차이가 날 수 있음을 UN해양법협약을 통해서도 확인할 수 있다. 특히 UN해양법협약 상의 법적 대륙붕과 지질학적 측면에서의 대륙붕의 의미의 차이와 같은 사례가 있다. 그러함에도 불구하고, 1차적으로는 해당 과학 분야의 합의된 정의가 필요하며, 이와 같은 과학 분야의 합의된 정의 위에 법적 정의를 확립하는 것이 법적 확실성을 보장할 수 있다.[29] 이용자 측면에서, 유전자원에 접근 시 법적 명확성과 확실성을 보장하는 명확하고 투명하여 예측 가능하고 공평하고 효율적인 체제가 필요하다는 점에는 이견이 없으며, 법적 명확성이 부족한 경우에 연구자 및 산업의 측면에서 생물자원탐사활동에 투자할 의향이 줄어들 것임을 고려할 필요가 있다.[30]

아직까지는 이와 같은 개념에 대한 합의의 노력이 부족한 것이 현실이며[31], 이와 동시에 *in situ, ex situ, in silico*는 BBNJ 법률문서의 상위

---

26) *Ibid.*.

27) 탈체: 치료 목적으로 장기나 조직을 체외로 내었다가 다시 원위치로 돌려놓는 것을 의미함.

28) 현재 생물다양성협약 관련 'Open Ended Working Group on the Post-2020 Global Biodiversity Framework Third meeting의 Recommendation Adopted by the Working Group on the Post-2020 Global Biodiversity Framework'의 Annex에서 살펴볼 수 있는 바와 같이, DSI가 유전자원의 하나에 속하는지 여부에 대한 입장 차이가 존재한다; CBD/WG2020/REC/3/2, pp. 3-6.

29) *supra* no. 11. pp. 13-14.

30) *Ibid.*,

31) 제4차 BBNJ정부간회의에서 선진국들과 개발도상국 간의 이견 차를 돌아볼 때, BBNJ 법률문서의 합의에 대한 노력은 아직도 도상에 있다고 평가할 수 있을 것이다.

규범에 해당하는 UN해양법협약 상에 규정되지 않은 개념에 해당한다는 점도 고려되어야 한다. 국가관할권 밖의 지역에 적용되는 새로운 개념으로서 collected *in situ,* accessed *in situ*, collected *ex situ*, accessed *ex situ*, collected *in silico*, accessed *in silico* 모든 개념에 있어서 법적 정의를 명확히 할 필요가 있으며, 이를 통해 법적 확실성을 증진할 필요가 있다.[32]

명확한 법적 정의가 부족한 상황 하에서 관련된 규율이 추가될 수도 있다는 점은 모든 이해관계자들에게 법적 불확실성을 가중하는 측면이 있음에 환기가 필요하다.[33] 또한 제3차 정부간회의 의장문서에 열거된 *in situ, ex situ, in silico*와 같은 규율범위의 폭을 정하는 문제는 동 협약안에 있어서 이익공유의 범위를 결정하는 문제와도 직결된다. 규율범위가 확대되면 이익공유의 범위가 함께 확장되며, 규율범위를 제한하면 이익공유의 범위 역시 함께 제한된다. 이러한 점에 있어서 다수의 개발도상국가들은 최대한 규율범위를 확대하고자 하며, 이를 위하여 ABNJ에 적용되는 법원칙은 인류공동유산이어야 함을 주장하는 반면에, 선진국들은 공해자유원칙의 훼손을 우려하여 규율범위를 제한하고자 한다.

2. ABNJ의 법원칙과 이익공유

해양유전자원의 활용에 대한 가능성이 증대될수록 체계적 접근과 규범 창설의 필요성은 증대될 수 밖에 없다.[34] 결국 UN해양법협약과 기존의 국제관습법에 기초하여 해양유전자원의 규제 대상 여부를 평가하는 것은 궁극적으로는 ABNJ에 적용되는 법원칙에 따라 상이해 질 수 있다.[35]

G-77그룹과 중국, 아프리카그룹, 내륙국 개발도상국 등의 입장과 같이[36], 인류공동유산을 ABNJ에 적용되는 원칙으로 결정할 경우, 해양유

32) *see supra* no. 29.

33) *supra* no. 29.

34) Yoshifumi Tanaka, "Reflections on the Conservation and Sustainable Use of Genetic Resources in the Deep Seabed beyond the Limits of National Jurisdiction", Ocean Development & International Law vol. 39, 2008, p. 131.

35) *supra* no. 3, pp. 65-68.

전자원 전체가 심해저제도에 적용되는 바와 동일한 수준의 보존과 이익 공유를 수반하여야 한다. 이러할 경우, in situ, ex situ, in silico를 명확히 구분하여 규율할 필요성은 낮을 것으로 평가된다.[37] in situ, ex situ, in silico를 구분하지 않더라도 해양유전자원으로부터 발생하는 모든 지식과 이익, 노하우를 공유하여야 하기 때문이다.

이와 달리, 공해자유원칙을 ABNJ에 적용되는 원칙으로 결정할 경우, 해양유전자원에 먼저 접근하여 그에 대한 과학적 조사를 수행하고, 이를 통해 유용물질을 발견 및 상품화한 국가의 독점적 권리가 보장될 수 있다.[38] 즉, 기존의 국제관습법상의 획득 기반 소유권 취득의 법리가 적용된다.[39] 다만, 이러한 경우에도 공해자유원칙 상의 자유가 완전한 자유가 아님에 유의할 필요가 있다.[40] UN해양법협약 상의 제 제한규정 및 여타 국제법상의 제한을 포함하여, 특히 UN해양법협약 제14부 상의 해양기술의 개발과 이전에 관한 규정을 준수하여야 한다. 또한 제266조 제2항의 개발도상국에 대한 배려를 고려하여야 한다.

공해제도와 심해저제도 양 제도상의 원칙이 본질적으로 분권적 자유와 중앙집권적 관리라는 상이한 방식을 토대로 하고 있어, 양 제도의 공간적 범위를 포괄하는 국가관할권이원지역에 적용되어야 할 적절한 원칙을

36) Earth Negotiations Bulletin, Summary of the Fourth Session of the Intergovernmental Conference on an Interational Legally Binding Instrument under the UN Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biodiversity of Areas Beyond National Jurisdiction: 7-18 March 2022, 2022, pp. 18-19.

37) 이와 관련하여 구체적인 내용은 서진웅, “국제법상 ‘인류공동유산’의 법적 의미”, 성균관법학 제34권 제1호, 2022 참조.

38) *see* UN Doc. A/62/169, Report on the Work of the United Nations Open-ended Informal Consultative Process on Oceans and the Law of the Sea at its eighth meeting, 2007, para. 74.; Earth Negotiations Bulletin, Summary Report by the Earth Negotiations Bulletin of the Eighth Meeting of the UN Open-ended Informal Consultative Process on Oceans and the Law of the Sea, 2007.

39) Rosemary Rayfuse/Robin Warner, “Securing a Sustainable Future for the Oceans Beyond National Jurisdiction: The Legal Basis for an Integrated Cross-Sectoral Regime for High Seas Governance for the 21st Century”, The International Journal of Marine and Coastal Law, vol. 23, 2008, p. 409.

40) Yoshifumi Tanaka, 「The International Law od the Sea」, 2nd ed., Cambridge University Press, 2015, pp. 156-157.

일관성 있게 확인하는 것은 용이한 것이 아니다. 아울러 양 체제 상의 원칙이 동시에 병렬적으로 적용가능하지도 않다.[41]

현행 UN해양법협약과 국제관습법에 기초하여 볼 때 ABNJ에의 적용되어야 할 법원칙은 공해자유원칙이다.[42] 다만, 공해자유원칙에 따라 규율된다고 하더라도 개발도상국의 '개발에 대한 필요'에 대응하기 위한 특혜대우 내지는 시혜적 배려의 측면에서 in situ, ex situ, in silico 및 collected in situ, accessed in situ, collected ex situ, accessed ex situ, collected in silico, accessed in silico에 대한 법적 정의는 분명히 이루어 져야 할 필요가 있으며, 어디까지 규율할 것인지를 결정할 필요가 있다.

현재까지의 국제적 관행을 고려할 때, collected in situ 내지는 accessed in situ에 한정하는 것이 적절할 것으로 평가되지만, 이에 대하여서는 개발도상국의 '개발에 대한 필요'에의 배려라는 국제경제법적 관념의 BBNJ 법률문서에로의 수용 정도에 따라 달라질 수 있을 것으로서 현 상태에서는 명확히 단정할 수 없는 한계가 존재한다.

다만, 공해자유원칙에 기초한 ABNJ 체제를 UN해양법협약과 체계적으로 이해할 경우에 있어서는 in situ, ex situ, in silico 및 collected in situ, accessed in situ, collected ex situ, accessed ex situ, collected in silico, accessed in silico의 개념 정의는 그 중요성이 크지 않을 수 있다. UN해양법협약 제14부 상의 개발도상국의 개발에 대한 필요에 대응하기 위한 특혜대우 내지는 배려는 강행적인 성격의 것이 아닌, 자발적 성격을 가지기 때문이다.

국제경제법상의 개발도상국의 특혜대우의 개념이 확장된 개념에 해당하는 개발도상국의 개발의 필요에 대한 특별대우는 EU의 GSP+ 의 경우와 같이 자발적이며 수혜적인 대우에 해당한다. 따라서 다소 차별적인 성격을 가질 수도 있다. EU의 GSP+ 역시 모든 개발도상국과 저개발국가에 동일한 특혜대우를 제공하지 않음에 실례를 확인할 수 있다.[43]

---

41) Rayfuse/Warner, *supra* no. 39, p. 403.; Tanaka, *supra* no. 34, p. 139.

42) *supra* no. 3, pp. 67-68.

43) 구체적인 내용은 서진웅, "EU의 신 GSP+ 제도 小考", 국제법 동향과 실무 제14권 제4호 (통권 제39호), 2015 참조.

공해자유원칙을 ABNJ에의 적용원칙으로 전제할 때, 개발도상국의 개발의 필요에 대한 '특혜' 대우로서 어디까지를 규율대상으로 할지를 결정할 수 있을 것으로 판단된다. 다만, 법적 확실성의 측면을 환기할 때, in situ, ex situ, in silico에 대한 과학 분야의 합의된 정의와 이를 기초로 한 법적 정의의 필요성은 잔존한다고 평가된다.

Ⅳ. 결론: 정책 제언

현재 in situ, ex situ, in silico에 대한 개념의 이해조차 국가마다 상이할 뿐만 아니라, 국내적으로 과학자 간에도 이해가 상이하다. 과학적 개념정의를 1차적으로 합의한 후 법적 개념을 도출하여 in situ, ex situ, in silico를 명확히 하여 BBNJ 협상에 임할 필요성이 있다.

UN해양법협약 하에서는 in situ, ex situ, in silico에 대한 규정이 명시적으로 규정되어 있지 않으며, 국제관습법상에서도 이와 관련된 내용을 찾을 수 없다. 다만, UN해양법협약 상 해양환경의 보호와 보존, 이용 및 개발도상국에 대한 특혜에 대한 규정이 존재할 뿐이다.

UN해양법협약의 공해자유원칙을 ABNJ의 적용원칙으로 삼는 것을 전제로 하여, 기 존재하는 UN해양법협약 상의 해양환경의 보호와 보존, 이용 및 개발도상국에 대한 특혜 규정들을 실효적으로 이행할 수 있는 방안에 초점을 맞추어 새로운 모멘텀을 선진국들과 함께 구축하여 BBNJ 협상에 임하는 것이 UN해양법협약과의 합치성의 측면에서 적합할 것으로 판단된다.

in situ access/collection의 경우 좌표 및 채집목록의 공개는 수용 가능한 정도로 평가될 수 있다. 다만, ex situ access/collection과 in silico access/collection의 경우 그 의미 자체의 불분명성을 배제하더라도, 이와 관련된 정보, 연구결과, 노하우 등의 정보를 공유하는 것은 해당 유전자원에 대한 연구에 투자된 자본을 매몰비용화 할 가능성이 존재한다. 이러한 위험성은 궁극적으로 심해저 광물자원의 상업적 수준의 개발이 불가능하게 하였던 심해저제도의 한계[44]를 답습할 가능성이 존재

44) Donald R. Rothwell *et al.*, 「The Oxford Handbook of the Law of the Sea」 Oxford

하는 것으로 평가할 수 있다. 따라서 ex situ access/collection과 in silico access/collection의 경우에는 BBNJ 법률문서 초안에서 제외하도록 적극적으로 노력하여야 한다.

ABNJ에 접근하기 위하여 필요한 기술은 상당부분 공개되어 있음에도 불구하고 대부분의 개발도상국가들은 해양탐사에 소요되는 막대한 자본의 투여를 감당하지 못하기 때문에 심해저 해양탐사 자체를 시도하지 않고 있다. 해양탐사와 관련한 투자 내지 연구개발 시 감당하여야 하는 리스크를 전혀 부담하지 않은 채, 그 결과물의 공유를 요구하는 것은 도리어 'technology piracy'에 해당한다는 점을 BBNJ 협상 시 환기할 필요가 있다.

BBNJ 협상의 방향이 in situ access/collection의 범위를 넘어 ex situ access/collection과 in silico access/collection의 경우까지 포함하게 된다고 하더라도, 1994년 심해저 이행협정 부속서 제5절 제1항 제1호에서 '심해저공사 및 심해저광업기술 획득을 희망하는 개발도상국은 공개시장에서 공정하고 합리적인 상업적 조건으로, 또는 합작투자약정을 통하여 그러한 기술을 획득한다.(필자 강조 추가)'고 규정한 바를 환기하여야 하며, 이를 통하여 공정하고 합리적인 상업적 조건에 따라 in situ, ex situ, in silico 및 collected in situ, accessed in situ, collected ex situ, accessed ex situ, collected in silico, accessed in silico가 이루어지도록 모멘텀을 형성하는 것이 UN해양법협약 및 협약과 불가분의 일부에 해당하는 1994년 심해저 이행협정의 제 규정과 합치하는 것이라고 보아야 한다. BBNJ 협상을 통하여 도출될 법률문서는 UN해양법협약에 합치하여야 하며, 관련 국제문제를 저해(undermine)하지 말아야 한다는 BBNJ 초안 문안을 고려할 때 역시 동일한 결론에 도달할 수 있다.

BBNJ의 규율범위의 정도에 따라 각국의 BBNJ 법률문서에의 참여 여부가 달라질 수 있을 것이다. 이는 1994년도 심해저이행협정의 도입 이전의 선진국들의 유엔해양법협약 불참의 사례를 통해서도 확인할 수 있다. 이와 같이 유엔해양법협약 하에서 법적 구속력을 가지는 체제들이 파편화 되면 궁극적으로 MGR의 활용과 이용을 통해 산출된 상품에 대

University Press, 2015, p. 226.

한 통상 문제로 대두될 가능성이 존재한다. 정책적 측면에서 이와 같은 부분을 고려하여 제5차 BBNJ 정부간 회의에 대응할 수 있는 국가전략을 수립할 필요가 있다. 특히 선진국들의 의견을 하나의 모멘텀으로 수렴하여 우리나라의 공해 사용 및 이를 통해 창출되는 부가가치의 보호 및 이를 수행하는 기업의 국제적 보호를 위한 거버넌스의 구축이 필요하다.

(논문투고일: 2022.8.5., 심사개시일: 2022.9.5., 게재확정일: 2022.9.19.)

서진웅 · 김진영 · 진상기

국가관할권이원지역, 해양유전자원, *in situ, ex situ, in silico*

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

Black`s Law Dictionary 2nd ed.

Donald R. Rothwell et al., 「The Oxford Handbook of the Law of the Sea」, Oxford University Press, 2015.

Yoshifumi Tanaka, 「The International Law of the Sea」, 2nd ed., Cambridge University Press, 2015.

심상민, 「국가관할권 이원지역의 해양생물다양성(BBNJ) 논의현황과 한국에의 함의」, 국립외교원 외교안보연구소, 2017.

Ⅱ. 논문

Rosemary Rayfuse/Robin Warner, “Securing a Sustainable Future for the Oceans Beyond National Jurisdiction: The Legal Basis for an Integrated Cross-Sectoral Regime for High Seas Governance for the 21st Century”, The International Journal of Marine and Coastal Law, vol. 23(3), 2008.

Thomas Greibet et. al., “An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing”, IUCN Environmental Policy and Law Paper, No. 83, 2012.

Yoshifumi Tanaka, “Reflections on the Conservation and Sustainable Use of Genetic Resources in the Deep Seabed beyond the Limits of National Jurisdiction”, Ocean Development & International Law, vol. 39, 2008.

서진웅 “국가관할권이원지역 해양유전자원의 규제대상에 관한 이해관계자 설문조사 결과와 정책적 함의”, 국제경제법연구 제20권 제1호, 2022.

서진웅, “EU의 신 GSP+ 제도 小考”, 국제법 동향과 실무 제14권 제4호

(통권 제39호), 2015.
서진웅, “국제법상 ‘인류공동우산’의 법적 의미”, 성균관법학 제34권 제1호, 2022.
서진웅, “국가관할권이원지역(ABNJ)에 대한 일반원칙에 관한 논의 동향 분석”, 국제해양법연구, 제3권 제1호, 2019.

Ⅱ. 기타자료

CBD/WG2020/REC/3/2, Open Ended Working Group on the Post-2020 Global Biodiversity Framework Third meeting의 Recommendation Adopted by the Working Group on the Post-2020 Global Biodiversity Framework.
Earth Negotiations Bulletin, Summary of the Fourth Session of the Intergovernmental Conference on an Interational Legally Binding Instrument under the UN Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biodiversity of Areas Beyond National Jurisdiction: 7-18 March 2022, 2022.
Earth Negotiations Bulletin, Summary Report by the Earth Negotiations Bulletin of the Eighth Meeting of the UN Open-ended Informal Consultative Process on Oceans and the Law of the Sea, 2007.
Patrick Greenfield, “Biopiracy row at UN talks in Geneva threatens global deal to save nature”, The Gardian, 2022,03.30.
UN Doc. A/62/169, Report on the Work of the United Nations Open-ended Informal Consultative Process on Oceans and the Law of the Sea at its eighth meeting, 2007.

Abstract

Stakeholders Survey Results on the Subject of Regulation about Marine Genetic Resources in the Areas Beyond National Jurisdiction and its' Policy Implications

SEO Jinwoong
KIM Jin Young
Jin Sanggi

The discussion about Marine Biological diversity of Areas Beyond National Jurisdiction(BBNJ) are being discussed in UN. Especially, The progress of such discussions can be confirmed through the chairman's document: Revised draft text of an agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction. Among the main topics of such discussion in this negotiation, there is a very large gap of opinions on the subject of regulation. Nevertheless, the reality is that there is still a lack of research that reflects the positions of stakeholders on marine genetic resources in Areas Beyond National Jurisdiction(ABNJ) at the domestic level.

In this article, we tried to confirm the position of domestic experts from a statistical point of view through a stakeholder survey on the

subject of regulation of marine genetic resources in ABNJ. Regarding the regulatory targets of marine genetic resources in ABNJ, a majority of respondents showed the position that the scope should be reduced. There was a difference in the level of understanding regarding in situ/ex situ/in silico and access/collection, which are specific regulatory targets. The same confusion is also manifested in the 4th Intergovernmental Conference on an international legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine BBNJ.

It is worth noting that the issue of the scope of the subject of regulation of BBNJ is ultimately directly related to the scope of benefit-sharing derived from BBNJ. If the scope of regulation becomes broader, the scope of benefit sharing will expand, and as a result, stakeholders, especially researchers and industries, are will be less willingness to invest in exploration activities for marine living resources in ABNJ.

In order to increase legal clarity, transparency, and predictability, a clear definition of the target of regulation of marine genetic resources in ABNJ should be stipulated. It is important to note that this will promote research on marine biological resources in ABNJ, and it will eventually lead to an increase in the knowledge of marine genetic resources for the entire humankind, and it will return to the interests of all humankind.

To this end, this paper examines the conceptual differences between ‘conservation’ and ‘access/collection’, and the definitions of in situ, ex situ, and in silico shoud be defined under international legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine BBNJ.

I want to recall that the Annex Section 5, Article 1(1) of the Agreement relating to the Implementation of Part XI of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982,

which is an integral part of the United Nations Convention on the Law of the Sea, it is stipulated that 'developing states wishing to abtain deep seabed mining technology, shall seek to obtain such technology on fair and reasonable commercial terms and conditions on the open market, or joint-venture asrrangements'(emphasis added), and we would like to emphasize that consideration should be given to the fact that it is a 'legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea'. Based on the premise of 'on fair and reasonable commercial terms and conditions on the open market', the definition of in situ, ex situ, and in silico should be sought, and through this, it is necessary to build momentum for a new perception of the subject of regulation for benefit-sharing.

SEO Jinwoong · KIM Jin Young · Jin Sanggi

Areas Beyond National Jurisdiction, Marine Genetic Resources, *in situ, ex situ, in silico*

성균관대학교 법학연구원『성균관법학』 10.17008/skklr.2022.34.3.010
제34권 제3호(2022. 9.)
Sungkyunkwan Law Review Vol.34. No.3 (September 2022) pp. 309 - 344

특허권 침해에 대한 손해배상액 산정을 위한 특허발명의 기여도(apportionment ratio) 산정방법

정차호*
정여단**

【목 차】

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 기여도의 정의(definition)에서 출발하는 기여도 개념의 정립
1. 기여도의 정의
2. 기여도 개념도
3. 기여도의 정의 선택지 2가 더 타당한 이유
4. 기여도의 정의 선택지 2가 더 편리한 이유
5. 비기술요소의 반영?
III. 단순제품 및 복잡제품에서의 기여도 산정
1. 단순제품에서의 기여도 산정
2. 복잡제품에서의 기여도 산정방법
3. 기여도 증명책임
4. 최소특허부품원칙의 경직성
5. 청구항 작성기법에 따른 영향이 작음
IV. 네 가지 경우에서의 기여도 산정의 예시
1. 하나의 특허발명만 적용된 경우
2. 저작권 침해사건에서의 기여도 산정
3. 특허발명이 특허부품 외에 다른 부품에 순영향을 미치는 경우
4. 기여도의 실시료기초에서의 적용
V. 결론

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수.
** 성균관대학교 법학전문대학원 박사과정 학생.

【국 문 요 약】

피고제품이 특허권의 권리범위에 속하는 경우, 그 제품을 기준으로 특허권 침해에 대한 손해배상액을 산정한다. 그런데 특허발명이 해당 제품의 일부분에 기여하는 경우 '기여도'를 산정한 후 손해배상액을 산정하게 된다. 그 기여도 산정에 있어서 지금까지 기여도를 제대로 정의한 사례를 발견하지 못하였다. 대상 특허발명이 대상 제품에 기여한 정도가 기여도인 것으로 대충 설명하는 사례가 일반적이었다. 이 글은 기여도를 정의하는 두 방식을 제시하였다. 하나는 해당 제품의 가치(가격) 중 대상 특허발명의 가치의 비율이라는 정의이다. 다른 하나는 해당 제품에 적용된 전체 기술의 가치 중 대상 특허발명의 가치의 비율이라는 정의이다. 이 글은 여러가지 이유로 후자의 정의가 실무적으로 더 타당함을 설명한다. 기여도 산정이 단순제품에서는 상대적으로 용이하나, 복잡제품에서는 상대적으로 어렵다. 복잡제품에서의 기여도 산정을 용이하게 하는 도구로 '최소특허부품의 원칙'이 활용되어 왔다. 이 글은 최소특허부품의 원칙이 타당함을 수학적으로 설명하였다. 아래 공식에 따라 특허부품의 가격과 전체 제품의 가격의 비율(A)을 구하는 것이 크게 어렵지 않을 것이고, 관건은 그 특허부품에 적용된 전체 기술의 가치와 대상 특허발명의 가치의 비율(B)을 구하는 작업이 된다. 이러한 산정방식이 복잡제품에서 다른 부품에 적용된 기술의 가치를 비교하지 않게 하는 장점을 가진다.

$$
\begin{aligned}
&\text{기여도} \\
&= \left(\frac{\text{특허발명가치}}{\text{전체기술가치}}\right) \\
&= \left(\frac{\text{특허부품에 적용된 기술의 가치}}{\text{전체기술가치}}\right) \times \left(\frac{\text{특허발명가치}}{\text{특허부품에 적용된 기술의 가치}}\right) \\
&\fallingdotseq \left(\frac{\text{특허부품가격}}{\text{전체제품가격}}\right) \times \left(\frac{\text{특허발명가치}}{\text{특허부품에 적용된 기술의 가치}}\right) \\
&= A \times B
\end{aligned}
$$

I. 서론

이 글은 특허권 침해에 대한 손해배상액의 산정에 있어서 기여도(apportionment ratio)를 산정하는 법리를 탐구한다.[1] 필자는 지난 8년 이상 기여도 법리에 대하여 고민해왔고 그 와중에 하나의 연구용역도 수행하였고,[2] 다섯 개의 논문도 발표하였다.[3] 그러나 그 논문들에서 필자는 기여도에 관한 두 다른 정의를 제시하였다. 즉, 필자가 기여도에 대해 정확하게 이해하지 못한 채, 두 다른 정의를 제시하였던 것이다. 필자의 마음 속에 의문이 남게 되어 기여도에 관한 연구가 계속되었고, 그 결과 이 글이 완성되었다. 이제 기여도 법리에 관한 여러 개의 퍼즐 중 일부가 맞추어졌다고 생각된다.

기여도에 관한 아래 말상자에서의 정의 중 어떤 것이 맞는 것인가? 특허권 침해에 대한 손해배상에 관한 미국의 여러 판례와 논문을 열심히 검색하였으나, 이 질문에 답하는 것을 발견하지 못하였다. 물론, 한국의 판례와 논문에서도 답을 발견하지 못하였다.[4] 이 글은 이 질문에 대한

---

1) 기여도는 분자와 분모의 비율(percentage)로 표현될 수 있다. Thomas A. Eaton, *Who Owes How Much? Developments in Apportionment and Joint and Several Liability Under O.C.G.A. § 51-12-33*, 64 Mercer L. Rev. 15, 28 (2012) ("A necessary implication of this holding is that when damages are apportioned according to percentages of fault, the liability is not joint."); Caroline B. Blitzer, *Corporation and Business Law*, 49 La. B.J. 475 (2002) ("As the basis for its assessment, the department exercised its statutory discretion in apportioning approximately 44 percent of the punitive damages award to Louisiana.").

2) 정차호 등, "특허침해 손해배상액 산정 방식 및 기준 연구", 특허청 발주, 성균관대학교 산학협력단 수행, 2017.

3) 정차호 · 문려화, "직무발명보상금 산정에서의 대상 직무발명의 '기여도' 산정법리", 성균관법학 제31권 제2호, 2019년 6월호; 정차호 · 문려화, "특허권 침해에 대한 손해배상액 산정에 있어서의 기여도(apportionment ratio) 산정 법리", 정보법학 제21권 제3호, 한국정보법학회, 2017; 정차호 · 황성필, "특허권 침해에 대한 손해배상액 산정: 미국의 기여도(apportionment ratio) 법리", 과학기술과 법 제10권 제2호, 충북대학교 법학연구소, 2019년 12월호; 주현재 · 문려화 · 정차호, "특허법상 손해배상액 산정에 있어서 기여도 증명책임의 소재", 지식재산연구 제13권 제1호, 한국지식재산연구원, 2018; 정차호 · 장태미, "특허권침해 손해배상액 산정의 기초(base): 전체시장가치원칙, 최소판매가능부품원칙 및 기여도배분원칙의 상황별 적용", 법학연구 제22권 제2호, 경상대학교 법학연구소, 2014.

4) 제품 전체의 '구매력'에 기여한 바를 말하는 흥미로운 (그러나 근거가 제시되지 않은) 설

답을 제시하는 것을 일차적 목적으로 한다.

다음 중 '기여도'의 올바른 정의(definition)인 것은? ① 해당 '제품(product)'의 가치(가격) 중 대상 특허발명의 가치의 비율[5][6] ② 해당 제품에 적용된 '전체 기술(technologies)'의 가치 중 대상 특허발명의 가치의 비율[7] ③ ①, ② 모두 맞음 ④ ①, ② 모두 틀림

기여도 산정법리는 현대 특허권 침해소송에서 가장 중요한 쟁점이다.[8][9]

명: 최지선, "특허침해 손해액 산정시 기술가치평가 방법론 활용 가능성에 관한 소고: DCF 모델과 침해자이익 조항 비교를 중심으로", 산업재산권 제51호, 한국지식재산학회, 2016, 256면("기여도 고려설에서는 침해자의 제품 중 침해부분이 차지하는 비중이 일부분에 불과한 경우에는 제품 전체의 구매력에 대한 특허발명의 공헌의 정도인 기여율을 고려할 필요가 있다는 점을 강조한다."). 이 글에서 사용된 모든 밑줄은 그 단어를 강조하기 위해 필자가 부가한 것이다.

5) 정차호 · 문려화, 앞의 논문(2017), 88면("그런 견지에서 '기여도는 손해배상액 산정의 대상이 되는 제품의 가치(판매가)에 해당 특허발명이 기여한 비율'이라고 정의할 수 있다. 그래서 해당 제품의 판매가(가치)에 기여도를 곱하면 해당 발명의 가격(가치)이 산출된다.").

6) John W. Schlicher, *Patent Damages, the Patent Reform Act, and Better Alternatives for the Courts and Congress*, 91 J. Pat. & Trademark Off. Soc'y 19, 24 (2009) ("This will happen if the courts interpret those rules to require measuring the economic value of some invention by comparing the value of products employing that invention . . ."); F. Russell Denton & Paul J. Heald, *Random Walks, Non-Cooperative Games, and the Complex Mathematics of Patent Pricing*, 55 Rutgers L. Rev. 1175, 1270 (2003) ("For technical impact we also assess proportional impact--how much of a product's (or method's) value does an invention account for?"); Geoffrey D. Aurini & Bryan K. Wheelock, *Evaluating and Addressing the Complexities of Various Intellectual Property Cases*, 2015 WL 4975035, at *12 (2015) ("Resolution of the apparent shift of damages from the entire market value (EMV) to the smallest salable patent practicing unit (SSPPU) and the focus on apportioning the value of the patented technology in the accused product as a whole . . .").

7) 정차호 · 문려화, 앞의 논문(2019), 289면("그 적용된 전체 '기술'의 가치 중 해당 직무발명의 가치의 비율이 기여도가 된다.").

8) 张玲·张楠, "专利侵权损害赔偿额计算中的技术分摊规则", 天津法学 总第113期, 2013年, 13页("在发生专利侵权后, 如何确定损害赔偿的数额是专利法领域的世界难题。究竟应该以全部市场价值规则, 还是以技术分摊规则为基础确定赔偿额一直以来存在争议。").

대상 침해제품이 다부품 복잡제품(multi-components complex product)이고, 해당 특허발명이 그 침해제품의 전체가 아닌 하나의 부품에 적용된 경우에는 거의 항상 기여도(apportionment ratio) 산정이 쟁점으로 부각된다.[10] 그런데 불행하게도 기여도 법리는 아직도 제대로 정립되어 있지 않다. 미국 연방관할항소법원(이하 'CAFC')이 기여도 산정방법의 일반원칙을 제시하였으나, 해당 산정방법에 대한 학계의 비판도 다수 제기되는 상황이다.[11] 그런 견지에서 한 논자는 기여도 산정을 위해 고려해야 할 요소들을 제시하고, 해당 특허발명의 가치를 대상 전체제품의 가치를 기준으로 하면서 고려된 요소에 의한 영향의 정도를 반영하는 기여도 산정방법을 제시한 바 있다.[12] 필자도 기여도 산정방법에 관한 CAFC의 일반법리를 토대로 기여도 산정의 고려요소를 제안하고 그 요소들의 역할을 구분하여 어느 정도 객관성을 담보할 수 있는 소위 '경유형' 기여도 산정방법을 제안한 바 있다.[13] 그럼에도 불구하고 여전히 기여도가 명확히 파악되지 않았다. 눈에 보이는 그리고 이론이 납득되는 기여도 산정방법이 제시되지 못한 것이다. 이 글은 눈에 보이며, 이론이 납득되어서, 실무에서 적용될 수 있는 기여도 산정방법을 제시하는 것을 목적으로 한다.

II. 기여도의 정의(definition)에서 출발하는 기여도 개념의 정립

1. 기여도의 정의

기여도(apportionment ratio)는 비율(ratio)에 관한 것이므로,[14] 그

9) 刘晓, "论知识产权损害赔偿中侵权获利的分摊方法", 法律科学(西北政法大学学报) 第4期, 2018年, 171页("在有证据证明侵权人的利润时, 确定侵权获利的最大困难在于确定侵权行为对侵权人利润的贡献比例或分摊比例。").

10) See Josh Friedman, *Apportionment: Shining the Light of Day on Patent Damages*, 63 Case W. Res. L. Rev. 147, 178 (2012) ("The debate over apportionment has largely been one between biotechnology on one side and electronics and software on the other. The pharmaceutical industry is among the strongest opponents of apportionment.") (footnote omitted).

11) *Id.*

12) *Id.*

13) 정차호 · 문려화, 앞의 논문(2017).

비율을 구성하는 분모(denominator) 및 분자(numerator)로 구성된다.[15] 그러므로 그 분모 및 분자를 정확히 특정해야 한다. 그 분모 및 분자를 어떻게 설정하느냐에 따라 두 선택지가 존재한다.

가. 기여도 정의 선택지 1

기여도를 해당 '전체 제품'의 가치(가격) 중 대상 특허발명의 가치의 비율이라고 정의할 수 있다.[16] 미국의 Ericsson v. D-Link 사건에서 CAFC는 기여도 산정을 위해 기존 제품이 가지는 가치에 대상 특허발명이 보태는 가치를 비교하여 기여도를 산정해야 한다고 설시하였는데,[17] 그 설시에 따르면 제품의 가치와 특허발명의 가치가 비교되어야 할 것이다. 그 전체 제품은 침해자(피고)의 침해제품일 수도 있고(침해자 이익 산정 또는 합리적 실시료 산정), 특허권자(원고)의 제품일 수도 있다(일실이익 산정). 이러한 정의에 의하면 해당 제품의 판매가격(가치)에 기여도를 곱하면 해당 발명의 가치(가격)가 구해진다. 해당 제품의 판매가격에는 비용, 비기술요소 및 기술요소가 기여한다.

$$\text{기여도 선택지 1} = \left(\frac{\text{특허발명가치}}{\text{전체제품가치}}\right) = \left(\frac{\text{특허발명가치}}{\text{비용} + \text{비기술요소의 가치} + \text{전체 기술의 가치}}\right)$$

14) Michael Risch, *(Un)reasonable Royalties*, 98 B.U. L. Rev. 187, 244 (2018) ("In profits apportionment, the entire market value rule means the patentee recovers one hundred percent of the profits (which almost never happens); apportionment means the patentee recovers something less than one hundred percent of the profits based on the value of the invention."); Josh Friedman, *supra*, at 182-83 ("Under this Note's proposed framework, the entire market value rule is equivalent to a 100 percent Apportionment Factor.").

15) Rambus Inc. v. Hynix Semiconductor Inc., No. C-05-00334 RMW, 2008 WL 2795135, at *3 (N.D. Cal. 2008) ("Both parties' dictionary definitions suggest that the word 'rate' is a ratio that compares two different kind of units.").

16) 管荣齐·管萃竹, "以技术分摊规则核算专利侵权损害赔偿数额—日本本田公司等诉力帆公司等专利侵权纠纷案", 中国发明与专利 第16卷 第1期, 2019年 1月, 110页("所谓"技术分摊规则", 是指以专利技术在整体产品中所占价值比重, 核算和确定专利侵权损害赔偿数额。").

17) Ericsson, Inc. v. D-Link Sys., Inc., 773 F.3d 1201, 1226 (Fed. Cir. 2014) ([Damages award] "must be based on the incremental value that the patented invention adds to the end product.").

나. 기여도 정의 선택지 2

기여도를 해당 제품에 적용된 '전체 기술'의 가치 중 대상 특허발명의 가치의 비율이라고 정의할 수 있다. 즉, 전체 기술의 가치에 기여도를 곱하여 대상 특허발명의 가치를 구할 수 있다. 미국의 *Garretson v. Clark* 사건에서 연방대법원은 기여도 산정을 위해 특허특징(patented feature) 및 비특허특징(unpatented feature)으로 구분해야 한다고 설시하였는데,[18] 그 설시가 말하는 '특징'은 '기술적' 특징을 의미하는 것으로 보아야 하며, 그러므로 특허기술 및 비특허기술로 구분하여 기여도를 산정하는 것이 타당하다고 볼 수 있다.

$$\text{기여도 선택지 2} = \left(\frac{\text{특허발명가치}}{\text{전체기술가치}}\right) = \left(\frac{\text{특허발명가치}}{\text{특허발명가치} + \text{다른기술의가치}}\right)$$

다. 두 선택지 중 어떤 것이 올바른 정의인가?

올바른 기여도의 정의를 먼저 정립해야 그 후 기여도를 정확히 산정할 수 있다. 지금까지 기여도에 관한 정의를 정립하지 않은 채 기여도를 산정하여 왔다. 기여도를 산정하기 위해서 해당 특허발명의 가치와 다른 어떤 가치를 비교해야 하는데, 그 다른 가치가 무엇인지에 대하여는 설명하지 못하는 사례가 많다.[19] 그 다른 것을 비특허특성(unpatented feature)이라고 표현하면서 그것이 무엇인지에 대하여 설명하지는 못 하는 사례도 있다.[20] 기여도에 대하여 설명 또는 정의한 사례를 분류하면,

---

18) Garretson v. Clark, 111 U.S. 120, 124 (1884) ([The patentee] "must, in every case give evidence tending to separate or apportion the defendant's profits and the patentee's damages between the patented feature and the unpatented features. . . .").

19) Gregory K. Leonard, *Reflections on the Debates Surrounding Standard-Essential Patents*, 14 Antitrust Source 1, 6 (2015) ("Moreover, the Federal Circuit has made clear that the reasonable royalty should be limited to the contribution of the invention to the product's value, after properly apportioning out other contributions to the value of the product.").

20) Jaimeson Fedell, *A Step in the Right Direction: Patent Damages and the Elimination of the*

첫째, 해당 제품에 대한 대상 특허발명의 기여를 평가하여야 한다고만 말하는 사례,[21][22][23] 둘째, 해당 제품의 가치와 비교하여 대상 특허발명의 가치를 설명하는 사례,[24][25][26][27][28] 선행기술의 가치와 비교하는 사

Entire Market Value Rule, 98 Minn. L. Rev. 1143, 1150 (2014) ("The court also required that in every case, the patentee must produce evidence apportioning value between profits flowing from their invention and those stemming from the unpatented features.") (citing Garretson v. Clark, 111 U.S. 120, 121 (1884)).

21) Matthew C. Holohan, *Making Sense of Apportionment in Patent Damages: Strategy in the Face of Uncertainty*, Colo. Law., July 2015, at 81, 82 ("Because the entire market value rule is narrowly applied and thus scarcely available to plaintiffs, in most cases, some apportionment of damages will be necessary to determine the relative value of the patented feature in relation to the overall product.").

22) IPO, *Apportionment in Determining Reasonable Royalty Damages: Legal Principles, Practical Considerations and Countervailing Viewpoints*, Dec. 2018, at 2 ("However expressed, the goal of reasonable royalty damages is to compensate the patent holder for the value of the patented technology based on the infringer's use of that technology.") (citing Ericsson, Inc. v. D-Link Sys., Inc., 773 F.3d 1201, 1226 (Fed. Cir. 2014)).

23) David Kappos & Paul R. Michel, *The Smallest Salable Patent-Practicing Unit: Observations on Its Origins, Development, and Future*, 32 Berkeley Tech. L.J. 1433, 1438 (2017) ("If the patent holder cannot establish that the invention drives demand for the product--and thus is not entitled to use the entire market value of the product as the base--then the patent holder must, in some fashion, apportion the value contributed by the invention to the final product.") (citing Ericsson, Inc. v. D-Link Sys., Inc., 773 F.3d 1201, 1226 (Fed. Cir. 2014) ("The essential requirement [of apportionment] is that the ultimate reasonable royalty award must be based on the incremental value that the patented invention adds to the end product.")).

24) Elizabeth M. Bailey, Gregory K. Leonard & Mario A. Lopez, *Making Sense of "Apportionment" in Patent Damages*, 12 Colum. Sci. & Tech. L. Rev. 255, 256 (2011) ("Under apportionment, the portion of the overall value of the product that is 'attributable' to the patented technology is identified.").

25) Ericsson, Inc. v. D-Link Sys., Inc., 773 F.3d 1201, 1226 (Fed. Cir. 2014) ("The essential requirement [of apportionment] is that the ultimate reasonable royalty award must be based on the incremental value that the patented invention adds to the end product.").

26) Bernard Chao, *The Case for Contribution in Patent Law*, 80 U. Cin. L. Rev. 97, 107 (2011) ("Under apportionment theory, the patent holder's remedy should be based on the value the patented invention adds to the infringing product or process.").

27) Damien Geradin & Anne Layne-Farrar, *Patent Value Apportionment Rules for Complex, Multi-Patent Products*, 27 Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 763, 769 (2011) ("The

례[29][30] 등으로 나누어진다. 해당 제품에 적용된 전체 기술의 가치와 대상 특허발명의 가치의 비율이라는 설명은 보이지 않고, 그저 해당 제품의 가치를 제고한 바를 기여도에서 반영해야 한다는 정도의 상식적인 설명을 하는 사례가 대부분이다. 그래서 결론적으로 기여도를 명확하게 정의한 사례는 발견되지 않았다.

참고로, 미국의 *Realtek v. LSI* 사건에서 법원은 기여도를 논하면서 ① 해당 두 표준필수특허가 모든 표준필수특허와 비교되었고, 또 ② 모든 표준필수특허의 가치와 대상 제품의 가치가 비교되었다.[31] 표준필수특허의 기여도를 논하면서, 다른 모든 표준필수특허 중 해당 표준필수특허의 가치를 비교하는 것은 *TCL v. Ericsson* 판결에서도 발견된다.[32]

---

apportionment principle seeks to ensure that the damages awarded to the patentee are proportionate to the contribution of its invention to the infringing product, and not based on any value attributable to the infringer's or third parties' inventions.").

28) Elizabeth M. Bailey, et al., *supra*, at 256 ("Then, reasonable royalty damages are calculated with reference to this apportioned value of the patented technology rather than the overall value of the product.").

29) Randall W. Schwartz, *Patent Reform and the Perception of A Broken System*, J. Kan. B. Ass'n, November/December 2010, at 22, 24 ("In the simplest sense, apportionment involves an award of damages that is limited to the invention's contribution over the prior art.").

30) David W. Opderbeck, *Patent Damages Reform and the Shape of Patent Law*, 89 B.U. L. Rev. 127, 134 (2009) ("These bills focus on the 'entire market value' rule and the apportionment of damages between the claimed invention and the prior art.") (citing Patent Reform Act of 2008, S. 1145, 110th Cong. § 4 (2008); Patent Reform Act of 2007, H.R. 1908, 110th Cong. § 5 (2007)).

31) Realtek Semiconductor Corp. v. LSI Corp, 946 F. Supp. 2d 998 (N.D. Cal. 2013).

32) TCL Commc'n Tech. Holdings Ltd v Telefonaktiebolaget LM Ericsson, 2017 WL 6611635, at 8 (C.D. Cal., 21 December 2017) ("A top down model aims to value a portfolio of SEPs by determining a fair and reasonable total aggregate royalty for all patents that are essential to a standard. It then apportions that royalty to the SEP owners based on the relative value of their portfolio against the value of all patents essential to the standard. In simplest terms, TCL's top down approach computes a fraction of the aggregate royalty where the numerator is the value of the SEPs owned by Ericsson for that standard, and the denominator is the total value of all SEPs in that standard.").

2. 기여도 개념도

손해배상액을 산정함에 있어서, 해당 특허제품의 매출액에 기여하는 요소들을 분석하여 그 요소 중 대상 특허발명이 어떻게 기여했는지를 살핀다.

<매출액에 기여하는 여러 요소 중 특허발명의 기여>

위 그림은 매출의 발생에 기여하는 여러 요소를 표시한다. 당연히, 대상 특허발명이 기여할 뿐만 아니라, 그 외 다른 기술들도 기여한다.[33][34] 다만, 그 기술들 중 비용으로 이미 처리된 기술이나 누구든지 사용할 수 있는 기술은 포함되지 않아야 한다. 해당 제품의 매출(가치)에 비기술적 요소도 기여한다.[35] 위험감수,[36] 자본력, 영업망, 판매전략, 브랜드 인지

33) 서울중앙지방법원 2012. 9. 14. 선고 2008가합107370 판결(드럼세탁기 사건)(대상 제품에 특허발명 외에 피고가 권리를 가지고 있는 39개의 특허발명 및 등록고안이 적용되었다는 점을 감안하여 기여도를 적용한 사례).

34) 디자인은 기술이 아니지만 해당 제품의 가치를 상승시키는 지식재산에 포함되므로, 다른 기술들과 동일하게 취급할 수 있을 것이다. 직무발명뿐 아니라 직무디자인에도 보상이 되는 측면에서도 그러하다. 발명진흥법 제2조 제1호는 '발명'을 발명 및 고안은 물론이고 디자인(창작)을 포함한다.

도 등이 비기술요소에 포함된다.[37] 해당 제품이 제조, 판매되기 위해서는 여러 비용이 투여된다. 그 비용에는 기술적 완성을 위한 비용과 기술 완성 후 추가비용으로 구성될 수 있는데, 그 추가비용에 간접비, 생산비, 일부 부품 구매비, 홍보비, 유통비 등이 포함된다.[38]

기여도 정의 선택지 1에 따르면, 기여도는 대상 특허발명의 가치와 전체 제품의 가치의 비율이 되는데 전체 제품의 가치는 적용된 전체 기술의 가치, 비기술적 요소의 가치 및 비용을 합하여 구할 수 있고, 적용된 전체 기술은 대상 특허발명의 가치와 다른 기술의 가치로 구성된다. 기여도 정의 선택지 2에 따르면, 기여도는 대상 특허발명의 가치와 적용된 전체 기술의 가치의 비율이 된다. 두 경우 모두에서 적용된 기술은 '가치'를 가지는 기술에 한정된다. 이론적으로는 위 두 기여도 선택지 모두 가능하다. 특허발명의 가치가 잘 반영된다면 두 방법 중 어떤 것이어도 무방할 것이다. 그러나, 지금까지 우리는 기여도 정의 선택지 2에 따른 개념을 사용하여 왔고, 그것이 더 편리하다. 지금까지 우리가 기여도 정의 선택지 2의 개념을 사용하여 온 점 및 그것이 더 편리한 점을 아래에서 설명한다.

3. 기여도의 정의 선택지 2가 더 타당한 이유

가. 기여도 1(100%)을 인정해온 실무와 부합

선택지 1에서는 분모에 비용 및 비기술적 요소가 포함된다. 그러므로,

---

35) Howard W. Fogt, Jr. & Ilene Knable Gotts, *The Antitrust and Technology Transfer Licensing Interface: A Comparative Analysis of Current Developments*, 13 Int'l Tax & Bus. Law. 1, 40 (1995) ("The FTC rejected this argument, however, noting that 'a significant commercial value is generally achieved only when a patented idea is combined with complementary assets -- for example, productive capital, technology, a brand name, or a marketing and distribution network.'") (citation ommitted).

36) Kelly and Chiu v GE Healthcare Ltd. [2009] EWHC 181 (Pat), para. H45-46 ("and overall it had been the employer who had accepted the risk for the project. ... any of the commercialisation risk.").

37) 서울중앙지방법원 2012. 9. 14. 선고 2008가합107370 판결(드럼세탁기 사건)("... 피고가 피고 제품을 생산·판매하여 위 매출소득을 얻은 것은 이 사건 특허발명 뿐 아니라 피고의 브랜드 인지도, 유통망, 외관의 디자인, 마케팅 등의 자본적, 경영적 요소가 기여하였다고 인정되는 점 ...").

38) 여기서의 비용이 '모든' 비용을 말하는 것인지에 대하여는 추가적인 확인이 필요하다.

선택지 1에 따르면 이론적으로 기여도가 1(100%)이 될 수가 없다. 선택지 2에 따르면 해당 제품에 적용된 기술이 대상 특허발명 하나인 경우 분모와 분자가 동일해져서 기여도가 1이 될 수 있다. 전체시장가치원칙(entire market value rule, EMVR)은 기여도 1을 인정하는 원칙이다.[39][40] 많은 사건에서 기여도를 아예 적용하지 않은 사례가 많은데, 그 사례는 기여도 1을 인정한 것과 동일하게 볼 수 있다. 기여도 1을 인정해온 지금까지의 실무가 선택지 2를 선택하도록 강요한다.[41]

나. 손해배상액 산정의 실무와 부합[42]

손해배상액을 산정하는 장면에서 이익액을 먼저 구하고 그 후 기여도를 구한다. 그렇게 이익액을 산정하는 과정에서 비용이 이미 공제되었므로, 그 비용이 기여도에서 이중으로 적용되지 않아야 한다.[43] 특허권자의 일실이익(lost profit)을 산정하기 위하여 침해로 인하여 덜 팔린 수량에 단위수량당 '이익액'을 곱하고, 침해자의 '이익'(infringer's profit)을

---

39) EMVR = 특허발명이 고객수요(customer)의 유일한 원인인 경우, 전체 제품을 기준으로, 즉 기여도 100%를 적용하여 손해배상액을 산정할 수 있다. Rite-Hite Corp. v. Kelley Co., 56 F.3d 1538, 1549 (Fed. Cir. 1995).

40) Michael Risch, *supra*, at 244 ("In profits apportionment, the entire market value rule means the patentee recovers one hundred percent of the profits (which almost never happens); apportionment means the patentee recovers something less than one hundred percent of the profits based on the value of the invention."); Josh Friedman, *supra*, at 182-83.

41) 심층검토가 필요하지만, 일견 특허발명의 기술적 중요성, 필요성에 근거하여 기여도를 산정한 사례: Fractus v. Samsung 사건에서 휴대폰의 가격 140.36불에 10%의 기여도를 적용하여 내부안테나의 가치를 14.04불로 책정하였다. Fractus, S.A. v. Samsung Elecs. Co., 876 F.Supp.2d 802 (E.D. Tex. 2012). 그 10% 기여도를 적용함에 있어서 휴대폰에서 소형 내부안테나의 기술적 필요성, 중요성에 대하여 설명되었다. Id. at 836.

42) 日本知的財産仲裁センター実施料判定プロジェクトチーム, "特許権等の実施料相当額算定手法について", 2018, 22頁("또 이러한 발명의 특징적 부분의 침해자의 한계이익 기여분은 본래적으로는 특허권자가 주장·입증책임을 져야 하지만, 실질적으로는 소송에서는 일반적으로 침해자 한계이익이 우선 산정되기 때문에 ..."). <https://www.ip-adr.gr.jp/news/file/20180702.pdf>.

43) 기여도가 실시료기초에서 적용되고 실시료율에서도 적용되는 소위 '2중적용'이 발생하지 않아야 한다: Michael Risch, *supra*, at 242 ("What does not make sense is apportioning a revenue base and then further apportioning through a royalty rate.").

침해자의 매출액에서 관련 비용을 공제하여 구하게 한다.[44] 두 방법 모두에서 먼저 '이익액'을 구하고 그 후 기여도를 산정하게 되므로 그 기여도 산정에서는 비용에서 이미 공제(반영)된 것이 또다시 반영되지 않아야 한다. 합리적 실시료(reasonable royalty)는 실시료기초(매출액)에 실시료율을 곱하여 구하는데, 그 실시료율이 '이익'률에 기술기여계수를 곱한 것이므로,[45] 그것에도 이미 이익률의 개념이 적용되었고, 그 과정에서 비용이 반영된 것이다.

4. 기여도의 정의 선택지 2가 더 편리한 이유

기여도의 정의 선택지 2에 따르면 기여도를 산정함에 있어서 전체 기술과 대상 특허발명만을 비교할 뿐 비용, 비기술요소를 고려하지 않는다. 즉, 선택지 2에 따른 기여도가 기여도 산정을 더 쉽게 만든다. 그리고, 그 방법이 최소특허부품을 기준으로 하는 산정이 가능하게 한다. 나아가, 그 방법이 비기술요소의 처리에 대한 문제를 우회할 수 있게 한다. 즉, 기여도를 산정하면서 비기술요소의 가치를 고민하지 않아도 된다.

5. 비기술요소의 반영?

위에서 제시된 개념도는 해당 매출액에 비기술요소가 역할을 한다고 설명한다. 그렇다면 손해배상액을 산정하면서 그 비기술요소의 영향이 어떤 형태로든 반영되어야 할 것이다. 그 비기술요소를 어떻게 반영할 것인가? 이 쟁점을 해결하기 위해서는 별도의 논의가 필요하므로, 이 글에서는 더 이상 논하지 않는다. 향후 해결되어야 할 과제이다. 이 과제의 해결의 단초에 대하여는 결론에서 언급한다.

---

44) 17 U.S.C. § 504(b) (2000) ("The copyright owner is entitled to recover...any profits of the infringer that are attributable to the infringement....In establishing the infringer's profits, the copyright owner is required to present proof only of the infringer's gross revenue, and the infringer is required to prove his or her deductible expenses and the elements of profit attributable to factors other than the copyrighted work.").

45) 정차호·문려화, 앞의 논문(2019).

III. 단순제품 및 복잡제품에서의 기여도 산정

위에서 설명한 바와 같이, 기여도는 적용된 전체 기술의 가치 중 대상 특허발명의 가치의 비율이라고 정의될 수 있다. 그 정의에 따른 단순제품 및 복잡제품에서의 기여도 산정방법을 설명한다.

1. 단순제품에서의 기여도 산정

단순제품에서는 적용된 전체 기술의 수가 많지 않으므로 전체 기술의 가치와 대상 특허발명의 가치를 바로 비교할 수 있다. 다만, 그 산정에 포함되는 기술은 '가치(value)'기술에 한정된다. 여기서의 가치기술이란 고객관심을 유도하는 기술, 특허권(독점권)을 행사하게 하는 기술, 비용에서 반영되지 않은 가치를 가지는 기술 등이 된다.[46] 그 산정에 포함되지 않는 기술을 무가치기술이라고 칭할 수 있다. 무가치기술에는 비용에서 반영된 기술(구매한 기술 등), 특허권 존속기간이 만료된 기술, 오래된 기술, 공짜기술, 아무나 쓰는 기술 등이 포함된다.

2. 복잡제품에서의 기여도 산정방법

복잡제품은 여러 부품을 가지고 그 여러 부품에는 많은 기술이 적용된다. 많은 기술이 적용되었으므로 해당 특허발명의 기여도를 따질 필요가 발생한다. 그래서 기여도라는 개념이 개발되었고, 복잡제품에서 기여도를 산정하는 것이 더 중요하고 더 어렵다. 복잡제품의 전체에 적용된 모든 기술의 가치를 다투는데 많은 비용과 시간이 투입되게 마련이다. 그래서, 그 산정을 간편하게 하기 위하여 특허부품을 활용하는 방안이 모색된다.

기여도는 특허발명의 가치를 전체 기술의 가치로 나누어서 구할 수 있다. 특허부품을 중간 매개체로 활용하기 위하여 분모와 분자에 "특허부품에 적용된 기술의 가치"를 같이 곱하여 정리하면 아래 두 번째 식을 구할 수 있다. 다시, (특허부품에 적용된 기술의 가치와 전체기술의 가치의 비율)이 (특허부품의 가격과 전체제품의 가격의 비율)과 크게 다르지

46) 어떤 기술에 대하여 직무발명보상금을 이미 지불한 경우, 그 기술은 비교대상이 되는 전체 기술 속에 포함되어야 하는가?

않을 것이라고 보면 세 번째 식을 구할 수 있다. 특허부품에 적용된 기술의 가치와 특허부품의 가격은 같은 것이 아니지만, 특허부품에 적용된 기술의 가치와 전체 기술의 가치의 비율이 특허부품의 가격과 전체제품의 가격의 비율은 유사하게 볼 수 있다. 산정의 편의를 위해 약간의 다름을 감수하는 것이다. 손해배상액 산정이 어느 정도의 불명확성을 감수하여야 하므로[47][48] 세 번째 식이 용인된다.

$$
\begin{aligned}
&\text{기여도} \\
&= \left(\frac{\text{특허발명가치}}{\text{전체기술가치}}\right) \\
&= \left(\frac{\text{특허부품에 적용된 기술의 가치}}{\text{전체기술가치}}\right) \times \left(\frac{\text{특허발명가치}}{\text{특허부품에 적용된 기술의 가치}}\right) \\
&\fallingdotseq \left(\frac{\text{특허부품가격}}{\text{전체제품가격}}\right) \times \left(\frac{\text{특허발명가치}}{\text{특허부품에 적용된 기술의 가치}}\right) \\
&= A \times B
\end{aligned}
$$

위 공식에서 A는 특허부품의 가격에 전체제품의 가격을 나누어서 비교적 쉽게 구할 수 있다. 그렇다면, 기여도 산정의 작업은 특허부품에 적용된 기술의 가치 중 대상 특허발명의 가치의 비율(B)을 구하는 작업에 집중하게 된다. 즉, 위 공식에 따르면 특허부품 외 다른 부품에 적용된 기술에 대하여 따지지 않아도 무방하다. 결국, (최소)특허부품원칙은 특허부품이라는 중간단계를 두고 기여도를 산정함으로써, 기여도 산정을 더 편리하게 하는 것이 된다. 다만, 예외적으로 특허제품에 적용된 부품의 수를 기준으로 기여도를 산정할 수도 있을 것이다.[49]

---

47) 정차호·장태미, 특허법의 손해배상론, 동방문화사, 2016, 254면("법원이 손해배상액을 산정하는 작업은 정산(精算)이 아닌 개산(槪算)의 작업이다.").

48) VirnetX, Inc. v. Cisco Sys., 767 F.3d 1308, 1328 (Fed. Cir. 2014) ("In reaching this conclusion, we are cognizant of the difficulty that patentees may face in assigning value to a feature that may not have ever been individually sold. However, we note that we have never required absolute precision in this task; on the contrary, it is well-understood that this process may involve some degree of approximation and uncertainty.").

49) Herman v. Youngstown Car Manufacturing Co., 216 F. 604, 606 (6th Cir. 1914)(대상판결의

3. 기여도 증명책임

복잡제품에서 특허부품의 가격과 전체제품의 가격은 비교적 용이하게 구할 수 있을 것이고, 관건은 부품에 적용된 기술의 가치를 대상 특허발명의 가치와 비교하는 것이 된다. 그 비교에 있어서 피고(회사)가 해당 부품에 적용된 다른 가치있는 기술들의 존재 및 그 기술들의 가치액을 증명할 책임을 부담하여야 한다. 원고는 대상 특허발명이 고객관심을 끄는 점, 특별히 가치가 있는 점을 증명할 책임을 부담하여야 한다.[50] 각 당사자가 본인에게 유리한 사항에 대하여 증명책임을 부담하게 하는 것이 합리적이다.[51] 본인에게 유리한 사항은 본인이 증명하는 것이 법률요건분류설의 핵심이다.[52]

4. 최소특허부품원칙의 경직성

최소(smallest)특허부품원칙은 해당 특허부품이 최소단위가 될 것을 요구한다.[53] 그런데, 어떤 경우에는 최소특허부품을 어디까지 분해해야 할지에 대하여 이견이 발생할 수 있다. 필자가 제시하는 위 방법에 따르면,

---

법원은 해당 사안에서 기여도 산정의 필요성을 설시하면서 대상 특허제품이 2개의 부품으로 구성되고 특허발명이 그 중 하나에 적용된다고 보아서 기여도를 50%로 인정하였음).

50) 黄熠, "专利损害赔偿计算中技术分摊规则的适用条件及证据规则", 法制与经济 总第339期, 2013年 2月, 20页("但同时权利人也可以提出相应证据, 证明整个涉案产品的全部市场价值均来源于该涉案专利, 该专利对于涉案产品的价值提升起到了决定性的作用。").

51) 필자는 일실이익, 침해자 이익의 산정에서는 피고가 기여도를 증명해야 한다고 생각한 적이 있었는데, 이 글을 작성하면서 기여도 산정과 관련된 여러 요소 중 원고 또는 피고가 본인에게 유리한 요소에 대하여 증명책임을 부담하는 것이 더 합리적이라고 생각하게 되었다.

52) 전현철, "조세소송에 있어서 주장책임과 증명책임에 관한 고찰", 원광법학 제35권 제3호, 원광대학교 법학연구소, 2019, 165면("한편 증명책임의 분배에 있어서 민사소송에서는 법률요건분류설에 의하고 있다. 즉, 당사자는 자기에게 유리한 법규의 요건사실의 존부에 대하여 증명책임을 부담한다.").

53) 최소특허부품(Smallest Salable Patent-Practicing Unit, SSPPU) 접근법은 *Cornell* 판결에서 최초로 제시되었으며 CAFC가 *LaserDynamic* 판결에서 최초로 인용하였고 그 후 (적어도 복잡제품에서는) 일반원칙이 되었다. Michael Risch, *supra*, at 235 ("Suddenly, the smallest salable unit rule was engrained as if it had always been the law, despite having been made out of whole cloth just a couple years earlier.") (citing Versata Software, Inc. v. SAP Am., Inc., 717, F.3d 1255, 1268 (Fed. Cir. 2013)); see also David J. Kappos & Paul R. Michel, supra, at 1452 ("*Garretson* itself did not refer to the SSPPU concept.").

특허부품을 조금 더 작게 책정하는지 혹은 조금 더 크게 책정하는지가 중요하지 않다. 특허부품을 어떤 것으로 선정하느냐가 크게 중요하지 않다. 특허부품을 조금 더 크게 잡으면 A(특허부품가격/전체제품가격)는 커지겠지만, B(특허발명가치/특허부품에 적용된 기술의 가치)는 작아지게 된다. 반대로 특허부품을 조금 더 작게 잡으면 A는 작아지고 B는 커지게 된다. 즉, 상쇄효과가 발생하는 것이다.

그런 의미에서 최소부품이 아닌 중간부품을 기준으로 하여 기여도를 산정하는 것이 충분히 가능하다.[54] 원고가 본인에게 유리한 약간 더 큰 부품을 특허부품으로 특정할 것을 요구할 수 있을 것이다. 최소부품을 포함하는 중간부품에 다른 가치기술이 존재하지 않는 경우에는 중간부품을 특허부품으로 특정하는 것이 원고에게 더 유리할 것이다. 실무적으로는, 법원이 양 당사자에게 특허부품을 어떤 것으로 책정하는 것이 타당한지에 대하여 의견과 이유를 제시하도록 요구한 후, 그 논거에 따라 재판부가 특허부품을 특정한 후, 그 특허부품에 적용된 다른 기술들의 가치를 쟁점으로 삼아야 할 것이다.[55]

5. 청구항 작성기법에 따른 영향이 작음

필자가 주장하는 위 산정방법에 따르면 '청구항 작성기법'(claim draftsmanship)에 따라 기여도가 크게 달라지지 않게 된다. 즉, 대상 특허발명이 엔진에 관한 것이나, 청구항이 자동차를 청구하더라도 상쇄작용이 발생하여 결과치가 크게 달라지지 않게 된다. 자동차를 실시료기초(royalty base)로 삼더라도 자동차에 적용된 많은 다른 기술로 인하여 기여도가 매우 낮아질 것이다.

54) CAFC는 *VirnetX* 판결에서 최소특허부품은 특허발명의 기술적 특징과 충분히(sufficiently) 밀접한 관계가 있는 특허실시부품일 것임을 강조하면서, 적정한 최소특허부품은 기능적으로 특허부품과 상응관계에 있지 않은 상당한(significant) 비특허부품의 수를 포함하고 있지 않은 것이어야 한다고 설시하였다. VirnetX, Inc. v. Cisco Sys., 767 F.3d 1308, 1327 (Fed. Cir. 2014).

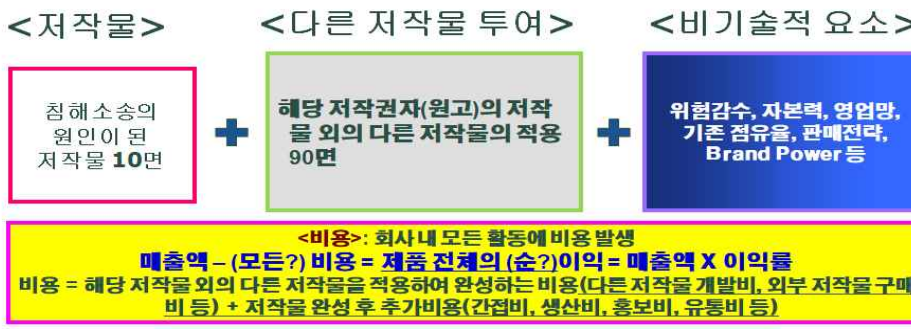
55) 黄熠, 前揭 论文, 20页("在双方提交证据及质证后, 法庭可以根据证据优势来判断该专利技术对于整个涉案产品的贡献比例, 确定专利侵权损害赔偿金.").

IV. 네 가지 경우에서의 기여도 산정의 예시

1. 하나의 특허발명만 적용된 경우

이 글에서는 기여도를 대상 특허발명의 가치와 제품 전체에 적용된 전체 기술의 가치의 비율이라고 정의하였다. 그 정의에 따르면, 대상 제품에 하나의 특허발명만 적용되고 다른 기술이 적용되지 않은 경우에는 분자와 분모가 같아지고 그래서 기여도는 1(100%)이 된다.[56] 이러한 대표적인 사례가 의약품이 된다. 예를 들어, 비아그라 제품은 발기부전 기술 외에 다른 기술이 투여되었다고 보기 어렵다. 물론, 예를 들어, 해당 제품을 알약(tablet)으로 만들기 위한 기술이 적용되었겠지만, 그 기술은 공짜기술, 무가치기술에 해당하므로 고려하지 않아야 한다. 즉, 극히 단순한 비아그라 제품에도 여러 다른 기술들이 적용되었겠지만, 그 다른 기술들의 가치는 무시할 수 있는 정도이고 그 경우 기여도는 1이 되는 것이다.

2. 저작권 침해사건에서의 기여도 산정



침해저작물인 소설책이 100면에 해당하고, 침해소송의 원인이 된 저작물이 10면에 해당하고, 나머지 90면은 해당 저작권자(원고)의 저작물 외의 다른 저작물에 해당한다면, 그러한 경우에는 양적비율에 근거하여 기

56) 黄熠, 上揭 论文, 20页("第一种情形, 相同侵权, 即侵权产品和专利权利要求所描述的范围一致, 侵权产品完全覆盖专利权人的专利, 并且没有增添其他元素。这种情况下, 涉案专利对侵权人所获利益的贡献度毫无疑问就是100%, 侵权人之所以能够获得利润完全是得益于权利人的专利技术, 而并无其他专利技术或非专利技术部件的因素。此时构件因果关系的纽带就应当是唯一的被侵权专利。").

여도를 산정하는 것이 편리할 수 있다. 위 경우 1차적으로 기여도를 0.1(10%)로 산정할 수 있을 것이다. 그 외 가격비율, 중요도 등도 감안할 수 있을 것이다. 예를 들어, 해당 침해소송의 원인이 된 저작물의 다른 부분과의 상대적 중요도, 해당 저작물을 구매하기 위한 가격 등이 고려될 수 있을 것이다. 저작권 사건에서는 양적비율, 가격비율, 중요도 등의 요소로 기여도를 구하는 것이 타당한 측면을 가진다.[57] 그러나, 필자가 위에서 설명한 특허발명의 기여도 정의에 따르면, 양적비율, 가격비율, 중요도 등을 기준으로 기여도를 산정하는 것이 바람직하지 않다. 발명에서는 양적비율이 중요한 경우는 거의 없을 것이고, 특허부품의 가격, 제품의 가격 및 특허부품에 적용된 다른 기술의 가치가 중요할 것이다.

3. 특허발명이 특허부품 외에 다른 부품에 순영향을 미치는 경우

전체시장가치원칙 및 최소특허부품원칙에 따르면, 특허권자는 대상 특허제품 전체의 가치 또는 대상 최소특허부품의 가치를 기준으로 손해배상액을 산정해야 한다.[58] 즉, CAFC는 엄격한 이분법에 기초한 기여도 산정 법리를 제시하고 있다. CAFC가 기여도 산정방법에 관하여 이분법적 방법을 엄격히 적용하는 배경에는 미국의 특허권 침해소송이 대부분

57) 대법원 2004. 6. 11. 선고 2002다18244 판결("물건의 일부가 저작재산권의 침해에 관계된 경우에 있어서는 침해자가 그 물건을 제작·판매함으로써 얻은 이익 전체를 침해행위에 의한 이익이라고 할 수는 없고, 침해자가 그 물건을 제작·판매함으로써 얻은 전체 이익에 대한 당해 저작재산권의 침해행위에 관계된 부분의 기여율(기여도)을 산정하여 그에 따라 침해행위에 의한 이익액을 산출하여야 할 것이고, 그러한 기여율은 침해자가 얻은 전체 이익에 대한 저작재산권의 침해에 관계된 부분의 불가결성, 중요성, 가격비율, 양적 비율 등을 참작하여 종합적으로 평가할 수밖에 없다.").

58) John M. Golden, *Foreword: Channeling Patent Damages*, 26 Tex. Intell. Prop. L.J. v, vii (2018) ("Anne Layne-Farrar argues that current U.S. law tends to improperly bind courts to a binary choice between two potential base values from which reasonable royalty damages are to be derived: (1) the entire value of a product or process accused of infringement; or (2) the value of the so-called "smallest salable patent-practicing unit" (SSPPU), which a district court has defined as "'the smallest salable infringing unit with close relation to the claimed invention."') (citing Anne Layne-Farrar, *The Patent Damages Gap: An Economist's Review of U.S. Statutory Patent Damages Apportionment Rules*, 26 Tex. Intell. Prop. L.J. 31, 33 (2018)) (quoting Cornell Univ. v. Hewlett-Packard Co., 609 F.Supp.2d 279, 288 (N.D.N.Y, 2009)).

평범한 미국 시민인 배심원에 의해 이루어지는 독특한 소송구조에 근거하고 있다고 생각된다.[59] 반면, 양 극단 중간에 위치할 수 있는 특허발명의 기여도를 인정해야 한다고 주장하면서 양 극단 중 하나를 선택하게 하는 CAFC의 기여도 산정방법을 비판하는 학계의 주장도 다수 있다.[60] 필자는 그 주장에 동의한다.

어떤 부품을 특허부품으로 특정하더라도 그 특허부품이 다른 부품과 기능적 연동성을 가지거나 다른 부품에 비하여 고객수요에 큰 영향을 미치는 경우에는 A(특허부품가격/전체제품가격)에 1(100%)을 초과하는 기여도를 곱할 수 있다고 생각한다.

---

59) Whiteserve, LLC v. Computer Packages, Inc., 694 F.3d 10, 33 (2012) ("[T]he jury is entitled to award compensatory damages . . . [and] [p]atentees bear the burden of proving such damages."); Limelight Networks, Inc. v. Xo Communs., No. 3:15-cv-720-JAG, 2018 WL 678245, at 4 (E.D. Va., Feb. 2, 2018) ("Courts should avoid using the entire revenues of a multi-component product and adjusting the reasonable royalty rate downward. Adjusting a royalty rate, rather than the base, runs the risk of misleading a jury.") (citing Ericsson, Inc. v. D-Link Systems, Inc., 773 F.3d 1201, 1227 (Fed. Cir. 2014)); PWC, *2018 Patent Litigation Study*, PricewaterhouseCoopper (Feb 3, 2020) (showing that juries have decided roughly 80 percent of these cases.). <https://www.ipwatchdog.com/wp-content/uploads/2018/09/2018-pwc-patent-litigation-study.pdf>.

60) Anne Layne-Farrar, *The Patent Damages Gap: An Economist's Review of U.S. Statutory Patent Damages Apportionment Rules*, 26 Tex. Intell. Prop. L.J. 31, 32 (2018) ("[T]he language of *Garretson* provides for two mutually exclusive but exhaustive options in calculating damages - the end-product value or an apportionment of that value - and does not call for pulling individual components out of end products."); David J. Kappos & Paul R. Michel, *supra*, at 1452 ("The broader body of case law covering patent infringement damages makes clear that a definitive SSPPU rule would be inappropriate. The Federal Circuit has repeatedly rejected rigid approaches to patent damages and has emphasized that the trial court has broad discretion to fashion a damages methodology appropriate to the particular case before it.") (footnote omitted); Mark Snyder, *SSPPU: A Tool For Avoiding Jury Confusion*, 17 Sedona Conf. J. 373, 386 (2016) ("Mandatory application of the concept of SSPPU in patent damages determinations would establish an artificial ceiling on royalties. If utilized as advocated by some, the SSPPU concept would limit the royalty base in a reasonable royalty determination to the cost of the component in which the patented invention is primarily implemented, which can prevent the very outcome apportionment requires--a royalty commensurate with the value added by the patented invention to the end product.") (footnote omitted).

$$\text{기여도}$$

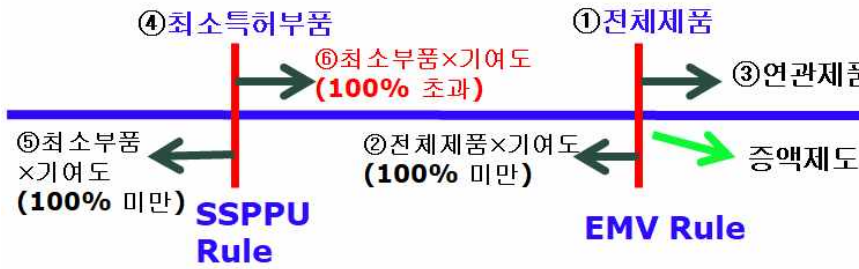
$$= \left(\frac{\text{특허발명가치}}{\text{전체기술가치}}\right)$$

$$\fallingdotseq \left(\frac{\text{특허부품가격}}{\text{전체제품가격}}\right) \times \left(\frac{\text{특허발명가치}}{\text{특허부품에 적용된 기술의 가치}}\right)$$

$$= (A \times \text{부품확대기여도}) \times B(= \text{부품內기여도})$$

위 공식에서 부품확대기여도가 특허부품의 기능적 연동성, 고객수요를 반영할 수 있을 것이며, 그 값은 1(100%) 이상이 된다. B는 특허부품에 적용된 기술의 가치와 대상 특허발명의 가치의 비율이다.

필자가 이전의 논문에서 아래와 같은 개념도를 제시한 바 있는데,[61] 위 공식에서 말한 부품확대기여도는 아래 개념도의 ⑥번에 해당하는 것이다. 즉, 최소특허부품을 기준으로 하면서도 특허발명의 영향력이 그 부품의 가치를 넘어서는 경우, 1을 초과하는 부품확대기여도를 곱할 수 있는 것이다. 그리고, 위 그림에서 말한 부품內기여도는 ⑤번에 해당하는 것이다. 즉, 전체제품을 기준으로 하면서도 그 전체제품에 다른 기술이 영향을 미치는 경우, 1 미만의 부품내기여도를 곱할 수 있는 것이다.



4. 기여도의 실시료기초에서의 적용

손해배상액을 실시료(royalty)에 기초하여 산정하는 장면에서 특허권자는 실시료기초(royalty base)를 전체제품으로 책정하고, 기여도를 실시료

61) 정차호 · 문려화, 앞의 논문(2017), 91면.

율(royalty rate)에서 반영하면 된다는 주장을 하곤 한다. 그러나, '정박효과'(anchoring effect)로 인하여 실시료율에서 기여도가 제대로 반영되기 어렵다는 것이 경험칙이다. 즉, 실시료율이 잠정적으로라도 먼저 결정되고 나면 판단자는 심리적으로 그 잠정 실시료율에서 크게 벗어나지 못하게 된다. 그래서 많은 법원이 그러한 기여도 반영방법이 타당하지 않다고 보고, 기여도가 실시료기초에서 먼저 반영되어야 한다고 본다.[62] 필자도 그 이론에 동의한다.

V. 결론

특허권 침해에 대한 손해배상액의 산정을 위하여 기여도를 산정하는 법리의 정립이 절실하다. 그 법리의 정립을 위한 첫 단계로 기여도를 정확하게 정의할 필요가 있다. 기여도의 정의를 명확하게 하지 않으면 기여도를 산정하면서 심지어 (전혀 무관한) 제3자의 시장점유율까지 고려하는 실수를 하게 된다.[63] 필자는 기여도를 정확히 정의한 논문이나 판례를 발견하지 못하였다. 기여도는 ① 대상 특허발명의 가치와 특허제품의 가치의 비율이라고 정의될 수 있고 또는 ② 대상 특허발명의 가치와 특허제품에 적용된 모든 기술의 가치의 비율이라고도 정의될 수 있다. 이 글은 후자의 정의가 타당함을 (아마도 세계 최초로) 논증하였다.

이 글은 특허발명과 비교되는 다른 '기술'이 무엇인지를 정확하게 특정하였다. 특허발명과 비교되는 특허제품에 적용된 모든 기술은 '가치있는(valuable)' 기술에 한정되며, 가치있는 것이라도 비용에서 처리된 기술은 제외된다. 오래된 기술, 특허권 존속기간이 만료된 기술 등은 공짜기술에 해당하고 이 글은 그러한 기술들을 '무가치기술(no-value technology)'이라고

62) Jury Instructions, WiLAN v. Apple, 14cv2235 (Jan. 24, 2020 S.D. Ca), at 27 ("In other words, the royalty base must be closely tied to the invention. It is not sufficient to use a royalty base that is too high and then adjust the damages downward by applying a lower royalty rate.").
<https://patentlyo.com/media/2020/01/Jury-Instructions.pdf>.

63) 서울중앙지방법원 2009. 10. 14. 선고 2007가합63206 판결(기여도(apportionment rate)를 산정하면서 제3자의 시장점유율(40%)을 고려한 사례).

칭한다. 또, 제3자로부터 구매한 기술은 가치가 있더라도 그 구매비용이 비용으로 반영되었으므로, 그 기술은 비교되지 않는다. 특허권을 행사하는 기술, 표준필수특허기술 등이 가치기술에 해당한다. 참고로, 여기서의 그 모든 '기술'에 (가치있는) '디자인'도 포함되어야 한다고 본다.[64]

대상 제품이 단순제품인 경우, 그 제품에 적용된 모든 기술의 가치와 대상 특허발명의 가치를 비교하는 것이 가능하다. 그런데, 대상 제품이 복잡제품인 경우, 그 모든 기술의 가치를 구하는 것이 매우 어려운 작업이 된다. 즉, 대상 복잡제품에 적용된 수많은 기술의 가치를 대상 특허발명의 가치와 비교하는 것이 고비용 작업이 되는 것이다. 그래서, 필자는 그 비교를 간단하게 하기 위하여 특허부품을 중간에 개입하고 다음의 식을 도출하였다.

$$
\begin{aligned}
&\text{기여도} \\
&= \left(\frac{\text{특허발명가치}}{\text{전체기술가치}}\right) \\
&= \left(\frac{\text{특허부품에 적용된 기술의 가치}}{\text{전체기술가치}}\right) \times \left(\frac{\text{특허발명가치}}{\text{특허부품에 적용된 기술의 가치}}\right) \\
&\fallingdotseq \left(\frac{\text{특허부품가격}}{\text{전체제품가격}}\right) \times \left(\frac{\text{특허발명가치}}{\text{특허부품에 적용된 기술의 가치}}\right) \\
&= A \times B
\end{aligned}
$$

위 공식의 A는 (최소)특허부품의 가격을 전체제품의 가격과 비교하는 것이고, 최소특허부품(SSPPU) 원칙과 개념적으로 연결된다. 그 두 가격은 비교적 쉽게 구할 수 있으므로, 기여도 산정의 작업은 B를 구하는 것에 집중된다. B가 (최소특허부품에 여러 기술이 적용된 경우 그 부품에도 또 기여도를 산정할 수 있다는) CAFC의 *VirnetX* 판결의 법리와 연결된다.[65] 물론, 특허부품에 적용된 다른 가치기술이 존재하지 않는 경

64) 디자인은 기술이 아니지만, 직무디자인을 직무발명과 동일하게 취급한다는 견지에서 디자인을 다른 직무발명(기술)과 동일하게 취급할 필요가 있다.

65) VirnetX, Inc. v. Cisco Sys., Inc., 767 F.3d 1308, 1327 (Fed. Cir. 2014) ("[T]he requirement that a patentee identify damages associated with the smallest salable patent-practicing unit is simply a step toward meeting the requirement of apportionment.

우 B에서 분모와 분자 모두 특허발명의 가치가 되어 B는 1(100%)이 된다.

기여도 증명책임에 대하여는 법리가 아직 정립되지 않은 것으로 보인다.[66] 이 글은 기여도 증명책임에 대하여 새로운 주장을 제시한다. 기여도는 피고가 증명하는 것이 타당하다는 주장이 있고,[67] 특허법원의 한 판결도 기여도를 피고가 증명해야 한다고 설시한 바 있다. 필자도 이전의 글에서 침해자 이익 및 특허권자 일실이익을 산정하는 장면에서는 피고가 기여도를 증명해야 하고, 실시료를 산정하는 장면에서는 원고가 기여도를 증명해야 한다고 주장한 바 있다.[68] 그런데, 금번 연구를 통하여 그 증명책임에 대하여 약간 다른 견해를 가지게 되었다. 기여도를 높이는 요소, 예를 들어, 고객수요,[69] 기술적 연동성, 홍보 등의 사항에 대하

Where the smallest salable unit is, in fact, a multi-component product containing several non-infringing features with no relation to the patented feature ... the patentee must do more to estimate what portion of the value of that product is attributable to the patented technology.").

66) Christopher B. Seaman et al., *Lost Profits and Disgorgement*, in the book titled *Patent Remedies and Complex Products*, Cambridge University Press, 2019, p. 89 ("Consequently, if an accounting of profits is to be permitted as a remedy in the context of complex products, further research is required on the issue of the burden of proof of apportionment."); Ellen R. Peirce Terry, *Workers' Compensation and Occupational Disease: A Return to Original Intent*, 67 Or. L. Rev. 649, 669 (1988) ("Under current application of apportionment statutes in dual-causation cases, several factors are important in determining the compensation level for the claimant and in determining the extent of the burden carried by the employer: (1) whether the preexisting condition was patent; (2) the existence and interpretation of a special fund to which the plaintiff can look to provide the compensation not paid for by the employer; and (3) which party bears the burden of proof as to apportionment.").

67) Ronald M. Sandgrund & Jennifer A. Seidman, *Deconstructing Construction Defect Fault Allocation and Damages Apportionment-Part II*, Colo. Law., December 2011, at 49, 50 ("Third, if a defendant seeks to reduce the damages apportioned or fault allocated to it, that defendant bears the burden of proof."); David P. Miranda, *The Crashworthiness Doctrine in New York*, N.Y. St. B.J., January 1997, at 28, 30 ("Once that burden is met by the plaintiff, the burden of proof then shifts to the defendant tortfeasors to apportion the damages between them.").

68) 주현재 · 문려화 · 정차호, 앞의 논문.

69) Jonathan R. Spivey, *King Instruments Corporation v. Perego: Conflict in the Awarding of Patent Damages*, 21 T. Marshall L. Rev. 369, 391 (1996) ("The rule requires a patentee

여는 원고가 증명하여야 하고,[70] 기여도를 낮추는 요소, 예를 들어, 대상 제품 또는 부품에 적용된 다른 가치기술의 존재에 대하여는 피고가 증명하여야 한다. 본인에게 유리한 사항을 본인이 증명하게 하는 것이 합리적이다.

필자는 이 글이 기여도 산정법리의 퍼즐을 상당히 해결하였다고 생각한다. 그러나, 아직까지는 기여도 퍼즐이 모두 맞추어진 것은 아니다. 특허권자의 일실이익 또는 침해자의 이익을 구하는 경우, 그 이익은 증분이익(incremental profit) 또는 한계이익(marginal profit)이라는 설이 다수설이다.[71][72][73][74] 한국의 학자들도 그렇게 주장하며,[75][76] 서울중앙지

---

to prove that the patent related feature is the basis for customer demand for the unpatented parts to which it seeks to extend its damages . . ."); Patryk Oskar Rogowski, *Damages for Partial Product Design Patent Infringement*, 33 Touro L. Rev. 1243, 1277 (2017) ("The burden of proof would be on the plaintiff to prove that the customer demand for the product was substantially based on the infringing component.").

70) 유사한 주장: Gerald F. Tietz, Meyer A. Bushman & Joseph R. Podraza Jr., *Crashworthiness and Erie: Determining State Law Regarding the Burden of Proving and Apportioning Damages*, 62 Temp. L. Rev. 587, 604 (1989) ("Rather than shifting the burden of apportionment to the proven tortfeasors, thereby relieving the plaintiff of a difficult if not impossible burden of proof, the *Huddell* court increased the plaintiff's burden of proof beyond its traditional parameters.").

71) John S. Torkelson, *Calculating Reasonable Royalty Damages for Infringement of Early-Stage Technology Patents*, 4 Sedona Conf. J. 47, 49 (2003) ("Lost profits damages equal the incremental profits that the patentee would have earned on lost sales in the 'but for' world.").

72) 증분이익을 인정한 판결들을 제시한 글: Paul M. Janicke, *Contemporary Issues in Patent Damages*, 42 Am. U. L. Rev. 691, 736 (1993).

73) Mark A. Glick & David G. Mangum, *The Economics of Reasonable Royalty Damages: The Limited, Proper Role of the So-Called "Analytical Method"*, 49 J. Marshall L. Rev. 1, 20 (2015) ("As for the analytical method, the incremental profit margin attributable to use of the patented invention is clearly a factor that rational licensors and licensees would consider in negotiating a royalty rate.").

74) Andrew Blair-Stanek, *Profits As Commercial Success*, 117 Yale L.J. 642, 661 (2008) ("In assessing damages for patent infringement, profits generally mean marginal profits that would have accrued from producing the additional units.").

75) 김상중, "지적재산권 침해로 인한 손해배상책임 : 손해배상법의 현대적 발전경향의 관점에서", 재산법연구 제31권 제3호, 한국재산법학회, 2014, 276면("특히 제조원가와 같이 침해행위로 인하여

방법원 2019. 8. 14. 선고 2017가합582904 판결에서는 침해자의 '한계' 이익을 기준으로 손해배상액을 산정하였다. 독일,[77] 일본[78] 등에서도 그러하다. 그런데 기여도를 이 글이 제시하는 바와 같이 정의하는 경우에도 그 이익이 증분이익인지는 재검토가 필요하다고 생각한다. 적어도 합리적 실시료를 산정하는 과정에서는 '영업'이익율을 먼저 구한 후 그것의 일부(예를 들어 25%)를 실시료율로 책정한다.[79][80] 후속 연구를 통하여 그 재검토를 수행하고 답을 제시할 것이다.

직접 증가한 변동비용만의 공제를 인정하려는 한계이익설의 견해가 유력하게 제기되고 있다. 미국과 독일의 입장도 원칙적으로 변동비용만의 공제를 허용하고 있을 뿐이며, 최근의 대법원 판결례도 한계이익의 입장에 따라 산정된 침해자이익을 손해배상으로 청구할 수 있다고 판시한 바 있다.") (대법원 2008. 3. 27. 선고 2005다75002 판결 및 2006. 10. 13. 선고 2005다36830 판결 인용).

76) 최지선, 앞의 논문, 255면("과거에는 순이익설이 통설이었으나, 산업의 특성 및 제품양산 단계에 기인하여 비용이 큰 경우 순이익설을 취하게 되면 손해배상액이 소액이 되어 권리자 보호에 한계가 있다는 점 등이 고려되어 한계이익설이 유력하게 받아들여진다.")(인용: 양창수, "특허권 침해로 인한 손해배상 시론: 특허법 제128조 제1항의 입법취지와 해석론" 법조 통권 제588호, 법조협회, 2005, 60-63면; 박성수, 특허침해로 인한 손해배상액의 산정, 서울대학교 법학연구소, 법학연구총서 12, 경인문화사, 2007, 231-238면).

77) 독일의 "Gemeinkostenanteil" 판결(BGH, GRUR 2001, 329)이 공제할 비용을 제한하기 시작하였다는 설명: Huttermann Aloys, "유럽통합특허법원(UPC) 설립 이전 독일 특허소송에 관한 손해배상", 문화·미디어·엔터테인먼트 법(구 문화산업과 법) 제9권 제2호, 중앙대학교 문화미디어엔터테인먼트법연구소, 2015, 106-017면.

78) Yasufumi Shiroyama, *National Patent Litigation-Japan*, 53 Les Nouvelles 360 (2018) ("In addition, in relation to facts necessary for calculation of the amount of the damages, such as an alleged infringer's sales, expenses, and marginal profits, in response to a request of the patentee, the court may appoint an expert to determine the amount of the damages and instruct said expert to inspect the financial documents of the accused infringer and submit an opinion on the quantum of damages.").

79) DeForest McDuff, *Splitting the Atom: Economic Methodologies for Profit Sharing in Reasonable Royalty Analysis*, 51 Les Nouvelles 70, 71 (2016) ("The 25% Rule is a so-called 'rule of thumb' based on the idea that the licensor should receive 25 percent of the operating profit associated with the revenue generated by a certain product or technology.").

80) 영업이익율에 25% 원칙을 적용한 프랑스 사례: Tribunal de grande instance de Paris, 3ème chambre, 2ème section, September 26, 2014, Vorwerk & Co. Interholding GmbH v. Electrodomesticos Taurus SL, Lacor Export, Lacor Menaje Profesional SL & Taurus France. RG No. 2008/10729.
<http://patentmyfrench.com/category/infringement/damages/>.

이 글은 논의의 간편화를 위하여 비기술요소가 기여도 산정에 미치는 영향에 대하여는 일단 무시하였다. 그러나, 비기술요소가 기술요소보다 더 중요한 경우도 많으므로 비기술요소의 영향력을 밝힐 필요가 있다.[81] 또, 기여도가 인과관계의 문제이듯,[82] 비기술요소도 인과관계의 문제이므로 반영이 되어야 한다.[83] 배심원 안내문에서 기여도 산정에 있어서 다른 기술의 가치뿐만 아니라 비기술의 가치도 반영해야 한다고 설명하며, 나아가 그 비기술에 마케팅, 홍보, 피고의 규모, 시장지배력 등이 포함된다고 설명한 사례가 발견된다.[84] 합리적 실시료에 의한 산정에서는 실시료율에 비기술요소가 반영되므로, 기여도 산정에서 비기술요소를 이중 적용하지 않아도 된다.[85][86] 그러나, 일실이익 또는 침해자 이익에 의

81) 제품 전체에 투여된 다른 기술뿐만 아니라 비기술요소까지 포함하여 기여도를 산정해야 한다고 설명하는 글도 존재한다: Gregory K. Leonard, *supra*, at 3 ("The Federal Circuit has explained that the reasonable royalty for a patent must appropriately apportion the value of the product between the patented technology at issue and the other contributions to the product's value (including other patented technologies, non-patented technologies, other intellectual property, development activities, brand name, marketing, etc.).") (citing Ericsson Inc. v. D-Link Sys., Inc., 773 F.3d 1201, 1226 (Fed. Cir. 2015)).

82) 최지선, 앞의 논문, 258면("특허법 제128조는 당해 특허권의 침해와 상당인과관계가 있는 손해의 전보를 목적으로 하는 것이고, 당해 특허권과 관계없는 부분의 판매이익까지 권리자의 손해액으로 추정해야 할 근거는 없다는 점에서 기여도 고려설이 다수설이다.").

83) 특허권 침해에 대한 손해배상액 산정에서는 3가지 다른 인과관계가 인정되어야 한다: 첫째, 전통적 '수량' 인과관계이다. 침해자가 판매한 침해제품의 수량 중 몇 개에 대해 인과관계가 인정되는지 여부를 판단한다. 둘째, 기여도 인과관계이다. 대상 제품의 가치제고에 기여한 바를 판단한다. 즉, 특허발명과 대상 제품의 가치제고와의 인과관계를 판단한다. 셋째, 비기술 인과관계이다. 비기술요소가 대상 제품의 가치제고에 기여한 바에는 인과관계가 인정되지 않는다. 이 세 인과관계의 실체에 대하여는 후속 연구를 다짐한다. 기여도와 인과관계(causation)을 연결시켜 설명하는 글: Jane Nielsen, *Rethinking the standard for ascertaining the quantum of disgorgement in patent law contexts*, J.B.L. 2017, 5, 413-435, 421 ("There are two broad ways of determining causation and measuring the quantum of profits to be disgorged: these are the apportionment and incremental (or differential) approaches.").

84) Jury Instructions, WiLAN v. Apple, 14cv2235 (Jan. 24, 2020 S.D. Ca), at 27 ("The amount you find as damages must be based on the value attributable to the patented technology, as distinct from other, unpatented features of the accused product, or other factors such as marketing or advertising, or Apple's size or market position.").
<https://patentlyo.com/media/2020/01/Jury-Instructions.pdf>.

한 산정에서는 이익을 구하는 과정에서 비기술요소가 별도로 반영되지 않으므로 기여도를 산정하는 과정 또는 다른 과정에서 반영될 필요가 있다.

2019년 10월 특허법원 2017나2585 판결이 침해자의 이익에 비기술요소의 영향을 반영하면 실시료가 된다는 획기적인 판결을 선고하였다.[87] 이익률의 4분의 1이 실시료율이라는 25% 경험칙에 따르면,[88] 비기술요소의 영향이 75%에 달할 것이다.[89] 특허법원 2017나2585 판결은 미국, 일본, 유럽 등의 판결에서도 보지 못한 획기적인 법리를 제시하는 것이라고 생각된다. 그 이론은 특허권자의 일실이익에도 그대로 적용될 수 있으며, 일실이익에 비기술요소의 영향을 반영하면 결과치는 (25% 경험칙에 따르면) 4분의 1에 그치게 된다. 특허권 침해소송에서의 손해배상액 산정에 있어서 지난 10년간은 '기여도'가 가장 중요한 쟁점이어 왔는데,[90] 앞으로의 10년간은 '비기술요소'가 가장 중요한 쟁점이

85) 정차호 · 문려화, 앞의 논문(2019).

86) 실시료율을 산정하면서 그 속에 기술적 기여도(1-비기술적 기여도)도 포함시킨 사례: 서울중앙지방법원 2017. 2. 9. 선고 2016가합503454 판결("매출에는 사업자의 상표, 인지도, 지위, 명성 등에서 비롯하는 고객흡인력, 디자인의 우수성, 홍보 및 마케팅 활동 등 비기술적인 요소 역시 기여하는 점 등의 사정을 보태어 보면, 합리적이고 상당한 통상 실시료율은 ...").

87) 특허법원 2019. 10. 2. 선고 2017나2585 판결(이규홍 재판장, 우성엽 판사, 이진희 판사) ("피고가 얻은 이익에 관하여 보건대, 피고가 위 침해기간 동안 제1 피고제품을 실시하여 얻은 영업이익에는 원고의 이 사건 특허권 외에 피고의 자본과 신용, 영업능력, 선전광고, 브랜드, 지명도, 시장 상황 등 다른 요인들에 의해 발생한 부분이 혼재되어 있으므로, 위와 같이 이 사건 특허권과 다른 요인들의 각각의 기여 정도와 금액에 관한 주장과 증명이 없는 이상, 피고의 영업이익 전부를 이 사건 특허권 침해로 인한 피고의 부당이득으로 인정할 수 없고, 피고는 원고와 적법하게 이 사건 특허권에 관한 실시계약을 체결하였을 경우 원고에게 지급하였을 실시료 상당액을 법률상 원인 없이 취득한 것으로 봄이 타당하다.")(대상사건은 특허법 제128조 제4항에 따른 침해자 이익을 산정한 것이 아니라, 민법 제741조에 의한 부당이득을 산정한 것이나, 이 판결에서의 기본원리는 침해자 이익 및 권리자 일실이익에도 유추 적용될 수 있다.).

88) Roy J. Epstein, *The "25% Rule" for Patent Infringement Damages After Uniloc*, Duke L. & Tech. Rev., January 29 2012, at 1, 1 ("In *Uniloc v. Microsoft*, one of the most important of these decisions, the Federal Circuit took special aim at the '25% Rule,' under which 25% of the infringer's profits is the baseline determinant for reasonable royalty damages.").

89) 대상 판결에서는 비기술적 요소를 종합적으로 고려하여 1차적으로 산정된 기여도 4.4%를 4.0%로 낮추는 정도에 그쳤으나, 비기술적 요소는 그 정도의 영향에 불과한 것이 아니다.

될 것으로 예상된다. 만약, 비기술요소가 일반적으로 반영된다면 향후의 손해배상액의 평균값은 현행 평균값의 적어도 2분의 1 이하로 작아질 것이다. 25% 경험칙에 따르면 4분의 1이 된다. 그런 점에서만 본다면 특허법원 2017나2585 판결은 2019년에 선고된 대한민국 특허판결 중 가장 중요한 판결이 된다. 손해배상액 산정에 관한 비기술요소의 영향력 및 특허법원 2017나2585 판결에 대한 추가 연구를 다짐한다.

(논문투고일: 2022.7.31., 심사개시일: 2022.9.1., 게재확정일: 2022.9.18.)

정차호 · 정여단

기여도, 손해배상, 특허권 침해, 특허발명가치, 최소특허부품 원칙

90) David Franklyn & Adam Kuhn, *The Problem of Mop Heads in the Era of Apps: Toward More Rigorous Standards of Value Apportionment in Contemporary Patent Law*, 98 J. Pat. & Trademark Off. Soc'y 182, 184 (2016) ("There is no more important set of issues in this era of high tech patent wars, where billions turn on the value of specific infringing features, than apportionment of damages."); Damien Geradin & Anne Layne-Farrar, *supra*, at 764 ("[W]hether the royalty base for a given patent should include only the component(s) of the product that the patent directly reads on or the product as a whole seems an important question that has been hotly debated in courts and also by scholars and policy-makers.") (footnotes omitted)).

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 국내문헌

1. 논문

김상중, “지적재산권 침해로 인한 손해배상책임 : 손해배상법의 현대적 발전경향의 관점에서”, 재산법연구 제31권 제3호, 한국재산법학회, 2014.

전현철, “조세소송에 있어서 주장책임과 증명책임에 관한 고찰”, 원광법학 제35권 제3호, 원광대학교 법학연구소, 2019.

정차호·문려화, “직무발명보상금 산정에서의 대상 직무발명의 ‘기여도’ 산정법리”, 성균관법학 제31권 제2호, 2019.

정차호·문려화, “특허권 침해에 대한 손해배상액 산정에 있어서의 기여도(apportionment ratio) 산정 법리”, 정보법학 제21권 제3호, 한국정보법학회, 2017.

정차호·황성필, “특허권 침해에 대한 손해배상액 산정: 미국의 기여도(apportionment ratio) 법리”, 과학기술과 법 제10권 제2호, 충북대학교 법학연구소, 2019.

주현재·문려화·정차호, “특허법상 손해배상액 산정에 있어서 기여도 증명책임의 소재”, 지식재산연구 제13권 제1호, 한국지식재산연구원, 2018.

정차호·장태미, “특허권침해 손해배상액 산정의 기초(base): 전체시장가치원칙, 최소판매가능부품원칙 및 기여도배분원칙의 상황별 적용”, 법학연구 제22권 제2호, 경상대학교 법학연구소, 2014.

최지선, “특허침해 손해액 산정시 기술가치평가 방법론 활용 가능성에 관한 소고: DCF모델과 침해자이익 조항 비교를 중심으로”, 산업재산권 제51호, 한국지식재산학회, 2016.

Huttermann Aloys, “유럽통합특허법원(UPC) 설립 이전 독일 특허소송에 관한 손해배상”, 문화·미디어·엔터테인먼트 법(구 문화산업과 법) 제9권 제2호, 중앙대학교 문화미디어엔터테인먼트법연구소, 2015.

2. 단행본

정차호·장태미, 특허법의 손해배상론, 동방문화사, 2016.

3. 보고서 등 기타 자료

정차호 등, “특허침해 손해배상액 산정 방식 및 기준 연구”, 특허청 발주, 성균관대학교 산학협력단 수행, 2017.

Ⅱ. 영문문헌

Andrew Blair-Stanek, *Profits As Commercial Success*, 117 Yale L.J. 642 (2008).

Anne Layne-Farrar, *The Patent Damages Gap: An Economist's Review of U.S. Statutory Patent Damages Apportionment Rules*, 26 Tex. Intell. Prop. L.J. 31 (2018).

Bernard Chao, *The Case for Contribution in Patent Law*, 80 U. Cin. L. Rev. 97 (2011).

Caroline B. Blitzer, *Corporation and Business Law*, 49 La. B.J. 475 (2002).

Christopher B. Seaman et al., *Lost Proftis and Disgorgement*, in the book titled *Patent Remedies and Complex Products*, Cambridge University Press, 2019.

Damien Geradin & Anne Layne-Farrar, *Patent Value Apportionment Rules for Complex, Multi-Patent Products*, 27 Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 763 (2011).

David Franklyn & Adam Kuhn, *The Problem of Mop Heads in the Era of Apps: Toward More Rigorous Standards of Value Apportionment in Contemporary Patent Law*, 98 J. Pat. & Trademark Off. Soc'y 182 (2016).

David Kappos & Paul R. Michel, *The Smallest Salable Patent-Practicing Unit: Observations on Its Origins, Development, and Future*, 32 Berkeley Tech. L.J. 1433

(2017).

David P. Miranda, *The Crashworthiness Doctrine in New York*, N.Y. St. B.J., January 1997.

David W. Opderbeck, *Patent Damages Reform and the Shape of Patent Law*, 89 B.U. L. Rev. 127 (2009).

DeForest McDuff, *Splitting the Atom: Economic Methodologies for Profit Sharing in Reasonable Royalty Analysis*, 51 Les Nouvelles 70 (2016).

Elizabeth M. Bailey, Gregory K. Leonard & Mario A. Lopez, *Making Sense of "Apportionment" in Patent Damages*, 12 Colum. Sci. & Tech. L. Rev. 255 (2011).

Ellen R. Peirce Terry, *Workers' Compensation and Occupational Disease: A Return to Original Intent*, 67 Or. L. Rev. 649 (1988).

F. Russell Denton & Paul J. Heald, *Random Walks, Non-Cooperative Games, and the Complex Mathematics of Patent Pricing*, 55 Rutgers L. Rev. 1175 (2003).

Geoffrey D. Aurini & Bryan K. Wheelock, *Evaluating and Addressing the Complexities of Various Intellectual Property Cases*, 2015 WL 4975035 (2015).

Gerald F. Tietz, Meyer A. Bushman & Joseph R. Podraza Jr., *Crashworthiness and Erie: Determining State Law Regarding the Burden of Proving and Apportioning Damages*, 62 Temp. L. Rev. 587 (1989).

Gregory K. Leonard, *Reflections on the Debates Surrounding Standard-Essential Patents*, 14 Antitrust Source 1 (2015).

Howard W. Fogt, Jr. & Ilene Knable Gotts, *The Antitrust and Technology Transfer Licensing Interface: A Comparative Analysis of Current Developments*, 13 Int'l Tax & Bus. Law. 1 (1995).

IPO, *Apportionment in Determining Reasonable Royalty Damages:*

Legal Principles, Practical Considerations and Countervailing Viewpoints, Dec. 2018.

Jaimeson Fedell, *A Step in the Right Direction: Patent Damages and the Elimination of the Entire Market Value Rule*, 98 Minn. L. Rev. 1143 (2014).

Jane Nielsen, *Rethinking the standard for ascertaining the quantum of disgorgement in patent law contexts*, J.B.L. 2017.

John M. Golden, *Foreword: Channeling Patent Damages*, 26 Tex. Intell. Prop. L.J. v, vii (2018).

John S. Torkelson, *Calculating Reasonable Royalty Damages for Infringement of Early-Stage Technology Patents*, 4 Sedona Conf. J. 47 (2003).

John W. Schlicher, *Patent Damages, the Patent Reform Act, and Better Alternatives for the Courts and Congress*, 91 J. Pat. & Trademark Off. Soc'y 19 (2009).

Jonathan R. Spivey, *King Instruments Corporation v. Perego: Conflict in the Awarding of Patent Damages*, 21 T. Marshall L. Rev. 369 (1996).

Josh Friedman, *Apportionment: Shining the Light of Day on Patent Damages*, 63 Case W. Res. L. Rev. 147 (2012).

Mark A. Glick & David G. Mangum, *The Economics of Reasonable Royalty Damages: The Limited, Proper Role of the So-Called "Analytical Method"*, 49 J. Marshall L. Rev. 1 (2015).

Mark Snyder, *SSPPU: A Tool For Avoiding Jury Confusion*, 17 Sedona Conf. J. 373 (2016).

Matthew C. Holohan, *Making Sense of Apportionment in Patent Damages: Strategy in the Face of Uncertainty*, Colo. Law., July 2015.

Michael Risch, *(Un)reasonable Royalties*, 98 B.U. L. Rev. 187 (2018).

Patryk Oskar Rogowski, *Damages for Partial Product Design Patent Infringement*, 33 Touro L. Rev. 1243 (2017).

Paul M. Janicke, *Contemporary Issues in Patent Damages*, 42 Am. U. L. Rev. 691 (1993).

PWC, *2018 Patent Litigation Study*, PriceWaterhouseCoopper (Feb. 3, 2020).

Randall W. Schwartz, *Patent Reform and the Perception of A Broken System*, J. Kan. B. Ass'n, November/December 2010.

Ronald M. Sandgrund & Jennifer A. Seidman, *Deconstructing Construction Defect Fault Allocation and Damages Apportionment-Part II*, Colo. Law., December 2011.

Roy J. Epstein, *The "25% Rule" for Patent Infringement Damages After Uniloc*, Duke L. & Tech. Rev., January 29 2012.

Thomas A. Eaton, *Who Owes How Much? Developments in Apportionment and Joint and Several Liability Under O.C.G.A. § 51-12-33*, 64 Mercer L. Rev. 15 (2012).

Yasufumi Shiroyama, *National Patent Litigation-Japan*, 53 Les Nouvelles 360 (2018).

Ⅲ. 중국문헌

管荣齐·管萃竹, "以技术分摊规则核算专利侵权损害赔偿数额—日本本田公司等诉力帆公司等专利侵权纠纷案", 中国发明与专利 第16卷 第1期, 2019年 1月.

刘晓, "论知识产权损害赔偿中侵权获利的分摊方法", 法律科学(西北政法大学学报) 第4期, 2018年.

黄熠, "专利损害赔偿计算中技术分摊规则的适用条件及证据规则", 法制与经济 总第339期, 2013年 2月.

张玲·张楠, "专利侵权损害赔偿额计算中的技术分摊规则", 天津法学 总第113期, 2013年.

Abstract

A Method for Calculating the "Apportionment Ratio" of a Patented Invention When Calculating Damages for Patent Infringement

Chaho JUNG, Professor, Sungkyunkwan Univ. Law School
Rudan ZHENG, Ph.D. Candidate,Sungkyunkwan Univ. Law School

After a patent-at-issue is determined to be valid and infringed, damages is calculated based on the market value (price) of either the infringer's product or the patentee's product. If a patented invention contributes to only part of the product at issue, adequate damages can be determined after calculating an apportionment ratio. However, no proper definition for the apportionment ratio has yet been suggested in the U.S., even though apportionment ratio calculation is becoming increasingly important. At best, it is common for an apportionment ratio to indicate the degree to which a patented invention contributes to value of the accused product. This article suggests two different ways to define the apportionment ratio: the value of a patented invention over the value of the product at issue or the value of a patented invention over the value of all technologies applied to the product at issue. This article suggests two reasons why the latter definition is better than the former one.

Firstly, the latter definition can explain the appropriateness of a smallest salable patent-practicing unit (SSPPU) approach. Measuring an apportionment ratio would be relatively easier when the product at issue is not complex. In other words, it is very difficult to use the price of that product without attempting to apportion the value attributable to the patented invention. In this regard, SSPPU approach has been used as a tool to ease the calculation of the apportionment ratio for a complex product. This article explains the appropriateness of the SSPPU approach using the mathematical formula given

below. Secondly, the formula reflecting the latter definition above would have a merit in calculating the apportionment ratio because it simplifies the calculation of the apportionment ratio when the product at issue is complex by eliminating the need to account for the value all the technologies applied to non-disputed components within the product. Using that formula, it would not be very difficult to determine percentage value "A" by using the price of the patented component as the numerator and the price of the product at issue as the denominator of the fraction. In other words, the critical issue will be to calculate percentage value "B" to represent the ratio between the value of the patented invention and the value of all technologies applied to the patented component. According to the formula suggested below, the calculation of the apportionment ratio is made simple even though a complex product is at issue in that it eliminates the need to account for the value of all technologies applied to other components other than the patented component within that product.

$$\text{Apportionment ratio}$$

$$= \left(\frac{\text{value of the patented invention}}{\text{value of all technologies applied to the product at issue}}\right)$$

$$= \left(\frac{\text{value of technologies applied to the patented component}}{\text{value of all technologies applied to the product at issue}}\right) \times \left(\frac{\text{value of the patented invention}}{\text{value of technologies applied to the patented component}}\right)$$

$$\fallingdotseq \left(\frac{\text{price of the patented component}}{\text{price of the product at issue}}\right) \times \left(\frac{\text{value of the patented invention}}{\text{value of technologies applied to the patented component}}\right)$$

$$= A \times B$$

Chaho JUNG · Rudan ZHENG

Apportionment Ratio, Damages, Patent Infringement, Patent Value, Smallest Salable Patent-Practicing Unit (SSPPU)

成均館法學

第 34 卷　第 3 號

成均館大學校 法學硏究院

2022. 9.

성균관대학교「成均館法學」편집위원회 운영규정

제1조 (목적) 이 규정은 법학연구원 규정 제13조에 따른 편집위원회의 구성 기타 운영에 관한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조 (구성) 편집위원장 및 편집위원은 4년제 대학(법학전문대학원 포함)의 전임교원 및 법조실무가 가운데서 7인 이상을 법학연구원 원장(이하 "원장"이라 한다)이 위촉한다.

제3조 (편집위원의 임기) ① 편집위원장 및 편집위원의 임기는 2년으로 하며, 연임할 수 있다.
② 원장은 특별히 필요하다고 인정되는 경우에 임기가 종료되지 아니한 위원을 운영위원회의 동의를 얻어 해촉할 수 있다. 또한 원장은 해촉된 위원을 교체하기 위하여, 또는 사임한 위원을 승계하기 위하여, 기타 필요한 경우에 편집위원을 새로 선임할 수 있고, 그 임기는 퇴임한 위원의 잔여임기로 한다.

제4조 (편집위원회 업무 등) ① 편집위원회는 다음 각호의 사항을 처리한다.
1. 『성균관법학』에 게재를 신청한 원고의 심사를 위한 심사위원의 선임
2. 심사결과의 평가와 게재 여부의 결정
3. 심사결과에 대한 이의의 처리

제5조 (논문심사의 위촉) ① 투고된 원고는 원칙적으로 편집위원장을 통해 위촉된 심사위원에 의하여 1편당 3인에 의하여 심사된다.
② 심사위원은 원칙적으로 외부 심사위원 2인 이상으로 한다. 단, 부득이한 사정이 있는 경우 이러한 내 · 외부 심사위원의 비율을 변경할 수 있다.
③ 편집위원장은 당해 논문의 전공분야의 박사학위자 또는 당해 논문제목과 동일 또는 유사한 선행 논문을 발표한 전문가에게 심사를 위촉함을 원칙으로 한다.
④ 논문심사에 있어서 심사위원과 투고자의 인적사항은 밝히지 않는다.

제6조 (게재 결정) ① 편집위원회는 개별심사위원의 의견을 종합하여 「성균관법학」 심사규칙 제4조 제2항에 따른 심사 결과가 모두 "게재 가능" 또는 "수정 후 게재"인 경우에는 게재를 허용하되, 이에 해당하지 아니하고 심사 의견이 다를 때에는 심사위원의 다수 의견에 따라 결정한다. 심사위원의 다수 의견을 정함에 있어서 "게재가능"은 "수정 후 게재"와 합산하여 "수정 후 게재"로 정하고, "수정 후 재심"은 "게재불가"와 합산하여 "수정 후 재심"으로 정한다. 다만, 심사의 공정성을 우려할 만한 특별한 사정이 있거나 그 밖에 편집 등의 부득이한 사정이 있는 경우에는 편집위원회가 달리 결정할 수 있다. (2019. 6. 3. 개정)

② 편집위원장은 편집위원회 회의 개최 전에 "수정 후 재심" 또는 "게재불가"인 심사의견에 대하여 특별한 사정이 있는 경우에는 당해 논문을 심사하지 않은 다른 1인의 심사위원에게 재심사를 의뢰할 수 있다. (2019. 6. 3. 개정)

③ 편집위원회가 "수정 후 재심" 결정을 한 경우에는 투고자에게 서면 또는 전자우편으로 즉시 통지하며, 투고자는 다음 호에 수정 후 투고하여 재심사를 받을 수 있다. 투고자가 다음 호에 투고하지 않거나 재심사 후에도 게재가 불가하다고 판단될 경우에는 "게재불가"로 처리한다. (2019. 6. 3. 신설)

④ 편집위원회가 "게재불가"로 결정한 경우 투고자에게 서면 또는 전자우편으로 즉시 통지한다. (2019. 6. 3. 신설)

⑤ 동일호에 동일인이 단독 저자 및 제1저자일 경우를 포함하여 2편 이상의 논문을 게재하는 것은 허용하지 아니한다.

제7조 (게재결정에 대한 이의) ① 법학연구원 심사규칙 제4조에 의하여 “수정 후 재심” 또는 “게재불가”의 결정을 통고 받은 투고자는 통지를 받은 날로부터 3일 이내에 편집위원장에게 서면 또는 전자우편으로 이의를 제기할 수 있다. (2019. 6. 3. 개정)

② 제1항에 따른 이의가 제기된 경우 편집위원장은 편집위원회를 소집하여 이를 처리하여야 한다.

③ 편집위원장은 제2항에 따른 편집위원회의 결과를 지체 없이 투고자에게 통지하여야 한다.

제8조 (편집위원회의 운영) ① 편집위원장은 년4회 정기편집회의를 소집하여야 하며, 원장이 요구할 경우 임시편집회의를 소집할 수 있다.
② 편집위원회는 재적 과반수 출석과 출석 과반수 찬성으로 의결한다.
③ 필요하다고 인정되는 경우 편집위원장은 서면결정으로 편집위원회 회의에 갈음할 수 있다.

제9조 (비밀준수의무) 편집위원은 편집위원회의 업무에 관하여 얻은 정보를 공개하지 않을 의무가 있다.

제10조 (규정의 개정) 이 규정은 법학연구원 운영위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다. (2019. 6. 3. 신설)

< 부 칙 > 본 규정은 1997년 3월 1일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규정은 2002년 3월 2일부터 시행된다.
< 부 칙 > 본 규정은 2004년 6월 30일부터 시행된다.
< 부 칙 > 본 규정은 2006년 12월 1일부터 시행된다.
< 부 칙 > 본 규정은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우 제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월 31일에 각각 발간한다.
< 부 칙 > 본 규정은 2010년 3월 2일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규정은 2011년 3월 2일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규정은 2011년 5월 1일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규정은 2011년 12월 1일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규정은 2012년 9월 1일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규정은 2014년 9월 1일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규정은 2014년 12월 11일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규정은 2019년 6월 3일부터 시행한다.

성균관대학교 「成均館法學」 연구윤리규정

제1조 (목적) 이 규정은 성균관법학에 투고된 글에 관하여 연구윤리위반에 대해 판정하고, 더 나아가 연구윤리의 확산과 부정행위 방지를 목적으로 한다.

제2조 (연구윤리위반의 종류) 연구윤리위반에는 아래의 행위가 포함된다.

1. 표절 등 타인의 저작권을 침해하는 행위
2. 논문의 작성에 실질적인 기여 없이 작성자로 기재하는 행위
3. 과거에 출판된 논문 등 저작물을 중복하여 출판하는 행위
4. 상당한 이유 없이 타인의 명예를 침해하는 표현을 사용하는 행위
5. 학계에서 통상적으로 용인되는 범위를 심각하게 벗어난 행위
6. 소속과 직위 등의 저자 정보를 명확하게 기재하지 않거나 거짓된 저자 정보를 기재하는 행위

제3조 (연구윤리위원회의 구성) ① 법학연구원규정 제15조에 따라 구성된 성균관대학교 법학연구원의 연구윤리위원회가 성균관법학 윤리위원회(이하 위원회라 한다)의 업무를 수행한다.

② 위원회는 연구윤리위원장을 포함하여 10인 이내의 위원으로 구성한다.

③ 연구윤리위원장과 연구윤리위원은 법학연구원장이 위촉한다.

제4조 (연구윤리위원의 임기) 연구윤리위원장과 연구윤리위원의 임기는 2년으로 하며, 연임할 수 있다.

제5조 (위원회의 권한) ① 위원회는 투고된 글의 연구윤리위반에 대해 심의하고 의결한다.

② 위원회는 연구윤리위반 사안을 검토하기 위해 조사위원을 선임할 수 있다.

제6조 (위원회의 회의) ① 위원장은 위원회를 소집하고 그 의장이 된다.

② 위원장은 투고된 글의 연구윤리위반에 관해 의심이 있을 때나 심의 요청이 접수된 때에 회의를 소집하여야 한다.

③ 회의는 위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다.
④ 당해 사안에 대해 공정성을 기대하기 어려운 사유가 있는 위원은 심의나 의결에 관여할 수 없다.

제7조 (조사위원의 권한과 의무) ① 조사위원은 당해 사안이 심의되는 위원회의 회의에 참석하여 발언할 수 있다.
② 조사위원은 당해 사안에 관해 조사보고서를 작성하여 위원회에 제출해야 한다.

제8조 (피조사자의 권한) ① 피조사자는 회의에 출석하여 진술할 권한을 가진다.
② 피조사자는 위원회의 결정이 있은 날로부터 15일 이내에 그 결정에 대해 통지를 받을 권한을 가진다.
③ 피조사자는 통지를 받은 날로부터 7일 이내에 재심을 청구할 권한을 가진다.

제8조의2 (저자 정보 확인을 위한 조치) 투고된 논문의 저자 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 논문의 투고에 관한 사항을 정하는 것을 목적으로 한다.

제2조 (투고자격) ① 투고 요청논문은 다음 각 호에 해당하는 자에 한정된다.

1. 성균관대학교 법학전문대학원 교수
2. 성균관대학교 법학연구원 연구원
3. 전국의 법과대학 및 법학전문대학원 교수, 판사, 검사, 변호사
4. 법학 박사학위 과정을 밟고 있는 자 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 기관에 소속된 저자의 투고 비율이 전체 투고자의 4할(5분의 2) 이상이 되는 경우에는 투고 순서나 편집위원회가 달리 정하는 기준으로 정해지는 대상 투고 논문에 대하여 심사 절차를 개시하지 않고 반려할 수 있다.

제3조 (투고원고) 학술지에 투고할 원고는 다음과 같다.

1. 발표논문: 본 연구원 주최 학술모임에서 발표되고 제출된 논문
2. 일반논문: 학술지 게재를 위하여 따로 투고된 논문
3. 판례평석
4. 기타 편집위원회에서 학술적 가치가 있다고 인정한 번역물과 서평 등

제4조 (원고제출) ① 학술지에 논문을 게재하고자 하는 자는 원고를 각각 발간일 60일 전까지 원고파일을 온라인 논문 투고 및 심사 시스템 홈페이지(https://icls.jams.or.kr)에 제출함을 원칙으로 한다. 단, 논문제출 마감일이 공휴일인 경우에는 원고

제출은 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 투고할 때에는 심사비 6만원을 납부해야 한다. 게재가 결정된 원고에 대해서는 지정된 기일까지 게재료 20만원과 추가부담금을 납부해야 하며, 추가부담금은 200자 원고지 200매를 초과하는 원고지 1매당 1,000원으로 한다. 이를 이행하지 아니한 논문은 게재하지 아니한다.
② 저자가 2명 이상인 경우에는 심사료 및 게재료는 인원수에 따라 분담한다.
③ 본교 법학전문대학원의 교수는 제1항의 지급의무를 면제한다. 단, 공저인 경우 본교 법학전문대학원의 교수에 한하여 의무가 면제되며 그 외의 자는 그러하지 아니하다.

제7조 (논문게재예정증명서 및 논문게재확인서) 법학연구원장은 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.

제10조 (기타) 성균관법학의 논문투고와 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.

< 부 칙 > 본 규칙은 2021년 1월 1일부터 시행한다.

성균관대학교 「成均館法學」 원고작성요령

1. 원고는 논문, 판례평석, 서평, 자료로 구별하여 작성합니다.

2. 원고의 표지에는 논문제목(국문 및 영문), 필자성명(국문 및 영문), 소속과 직위, 학위, 전화번호 및 이메일 주소를 기재하여야 합니다.

3. 원고의 분량은 200자 원고지 150매 내외를 원칙으로 합니다. 다만, 원고가 200매 초과시에는 초과분에 대한 게재료를 추가로 부담하여야 하며, 추가부담금은 200자 원고지 200매를 초과하는 원고지 1매당 1,000원으로 합니다.

4. 제출하는 원고에는 반드시 목차, 국문요약(외국어 논문인 경우에는 외국어요약), 참고문헌, 외국어초록(외국어 논문인 경우에는 국문초록), 국문 및 외국어 5개 이상의 주제어를 첨부해야 합니다. 초록의 분량은 2쪽 이내이어야 합니다.

5. 주석은 '각주'로 처리합니다. 각주에서 인용한 문헌을 참고문헌에서 가나다 순 또는 알파벳 순으로 모두 표시합니다.

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. 인용되는 표현인 것을 표시하는 경우에는 " "를 사용하고 강조하는 내용을 표시하는 경우에는 ' ', 방점 또는 밑줄을 사용합니다.

8. 성균관법학은 인용방법의 통일화를 지향합니다. 각주에서 출전을 밝히는 방법은 사법정책연구원 발간 「법률문헌의 인용방법 표준안(증보판)(2017)」 또는 그 후 개정되는 내용을 준수하여야 합니다.

<자주 사용되는 인용 사례>

다음은 (편의를 위해) 사법정책연구원, 「법률문헌의 인용방법 표준안(증보판)(2017)」의 내용 중 자주 사용되는 것을 예시한 것입니다. 자세한 내용, 추가 내용은 「법률문헌의 인용방법 표준안(증보판)(2017)」을 참고하시기 바랍니다.

① 논문의 인용

- 저자명, “논문 제목”, 간행물명 제X권 제Y호, 출판기관(출판연도), 인용면수.
- 홍길동, “속인주의와 속지주의의 구별”, 인권과 정의 제236호, 대한변호사회(1996), 133-134.
- 단행본 내의 논문: 저자명, “논문 제목”, 책 제목(편자명), 출판기관(출판연도), 인용면수.
- 학위 논문: 저자명, “논문 제목”, 석사(또는 박사) 학위논문, 학위수여 대학교(제출연도), 인용면수.
- 외국 논문은 그 나라의 인용방법에 따른다.

② 판결 등의 인용

- 법원명 선고 년. 월. 일. 선고 사건번호 판결.
- 대법원 1996. 4. 26. 선고 96다1078 판결.
- 대법원 1995. 11. 16. 선고 94다56852 전원합의체 판결
- 대법원 2010. 1. 14.자 2009마1449 결정.
- 심리불속행 판결: 대법원 2000. 1. 1.자 99다2342 판결.
- 헌법재판소 1994. 7. 29. 선고 92헌바49 결정.
- 조세심판원 2013. 11. 4.자 2013지0444 결정.

③ 단행본의 인용

- 저자명, 제목(개정판 정보), 출판사(출판연도), 인용면수(“해당 내용.”).
- 정차호, 특허법의 진보성, 박영사(2013), 56(“진보성은 특허법에서 가장 중요한 요건이다.”).
- 저자가 2명 이상인 경우에는 기여도의 순에 따라 기재하고 각 이름 사이에는 가운데 점(·)을 둔다.
- 저자가 3명 이상인 경우 제1저자의 성명만 표기하고 “외 3인”으로 표기할 수 있다.

④ 법령의 인용

- 법령명(정식 명칭 또는 약칭) 제#조 제#항 제#호 ( )목.
- 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제25조의2 제3항 제1호
- 구 특허법(2008. 3. 28. 법률 제9097호로 개정되기 전의 것) 제29조 제2항.

⑤ 신문기사 등 기타 글의 인용, 인터넷 자료의 인용

- 신문기사: 저자명(신문사와 별도로 있는 경우), “기사 제목”, 발행 신문, 기사 일자(년. 월. 일.), 인용면수.
- 홍길동, “상고법원이 아닌 대법관 증원이 상책”, 동아일보(2019. 9. 14.), A12.
- 세미나 자료: 저자명, “발표문 제목”, 세미나 명칭, 주최자, 발표일(년. 월. 일.), 인용면수.
- 인터넷 자료: 전통적 출판 문헌의 인용방식 + 인터넷 주소(최종확인일자).

⑥ 외국자료의 인용

- 외국자료의 인용은 그 나라의 인용방법을 기준으로 한다.
- 그 나라의 인용방법을 알지 못하는 경우에는 해당 논문에서 가장 많이 인용된 외국자료의 해당 국가의 인용방법을 적용할 수 있다.

⑦ 각주 인용방법: 기타

- 하나의 각주에서 2개 이상 문헌을 인용하는 경우 각 문헌을 반쌍점(;)으로 이어준다.
- 앞에서 인용된 것을 다시 인용하는 경우, ‘저자명, 앞의 논문, 해당 면수’, ‘저자명, 앞의 책, 해당 면수’ 등으로 표시하고 바로 앞에서 인용된 것을 다시 인용하는 경우, ‘저자명, 위의 논문, 해당 면수’, ‘저자명, 위의 책, 해당 면수’ 등으로 표시합니다. 앞에서 인용된 각주번호를 병기할 수 있으며 (참고문헌이 별도로 제공되는 점을 감안하여) 병기를 생략할 수도 있다. ‘저자명, 앞의 논문(각주 34), 해당 면수’.
- 2차 문헌을 통해 1차 문헌을 인용하는 경우, 두 문헌의 출처를 모두 밝히고 ‘재인용’임을 표시하여야 한다.

성균관대학교 「成均館法學」 심사규칙

제1조 (목적) 이 규칙은 성균관대학교 법학연구원(이하 '연구원'이라 한다)이 간행하는 『성균관법학』에 게재하기 위하여 투고된 논문, 판례평석, 기타 원고 등의 심사절차를 정함으로써 공정한 심사기준을 마련함을 목적으로 한다.

제2조 (심사대상) 투고규칙 제3조에 따라 투고된 논문은 심사대상이 된다. 단, 번역물과 서평 등은 논문심사에서 제외할 수 있다.

제3조 (논문심사의 위촉과 심사절차) 논문심사의 위촉은 편집위원회 운영규정 제5조에 따른다.

제4조 (논문심사기준) ① 논문심사는 다음 각호의 기준에 따른다.

1. 논문의 독창성
2. 논문의 전문성
3. 논문의 형식
4. 논문의 해당분야 이론 및 실무의 관한 발전에 대한 기여도

② 논문에 대한 평가는 다음의 단계로 구분한다. (2019. 6. 3. 개정)

1. 수정이 필요 없을 경우 : "게재가능"
2. 간단한 수정이 필요한 경우 : "수정 후 게재"
3. 전면적인 수정 및 재심이 필요한 경우 : "수정 후 재심"
4. 게재가 가능하지 않는 경우 : "게재불가"

제5조 (개정) 이 규칙은 법학연구원 운영위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다. (2019. 6. 3. 개정)

< 부 칙 > 본 규칙은 1997년 3월 1일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2002년 3월 2일부터 시행된다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2004년 6월 30일부터 시행된다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2006년 12월 1일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우 제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월 31일에 각각 발간한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2010년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 5월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 12월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2012년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2019년 6월 3일부터 시행한다.

성균관대학교「成均館法學」발행규칙

제1조 (목적) 이 규칙은 성균관대학교 『성균관법학』을 발행함에 있어 필요한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조 (학술지명) 법학연구원은 국내학술지로『성균관법학』(SungKyunKwan Law Review)을 발행한다.

제3조 (발간시기) ① 성균관법학은 연4회 발간한다.
② 성균관법학의 발간일자는 매년 3월 31일, 6월 30일, 9월 30일, 12월 31일로 한다.
③ 성균관법학에 게재된 저작물에는 논문투고일자(2***년 *월 *일), 심사일자(2***, *월, *일, 게재확정일자(2***, *월, *일)를 표기한다.
④ 편집위원회의 결정에 의하여 기념호 또는 특집호를 발간할 수 있다.

제4조 (전자 발간) ① 성균관법학의 발간은 전자적 방식으로 한다.
② 게재가 확정된 논문에 대해서는 해당 논문을 PDF파일 형태로 하여 게재자에게 무상으로 제공한다.

제5조 (기타) 성균관법학의 발행과 관련하여 본 규칙에 명시되지 아니한 사항은 법학연구원 운영위원회의 결정에 따른다.

< 부 칙 > 본 규칙은 1997년 3월 1일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2002년 3월 2일부터 시행된다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2004년 6월 30일부터 시행된다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2006년 12월 1일부터 시행된다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우 제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월 31일에 각각 발간한다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2010년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 5월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 12월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2012년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2018년 11월 20일부터 시행한다.

法學硏究院 운영위원회

- 연구원장 이해완(성균관대학교)
- 운영위원 강현호(성균관대학교) 김재원(성균관대학교)
  이경열(성균관대학교) 정차호(성균관대학교)

法學硏究院 편집위원회

- 편집위원장 이경열(성균관대학교)
- 편집위원 강현호(성균관대학교) 김연미(성균관대학교)
  이해완(성균관대학교) 정차호(성균관대학교)
  현소혜(성균관대학교)
  김동준(충남대학교) 박근웅(부산대학교)
  이기춘(부산대학교) 이창섭(제주대학교)
  이효경(충남대학교) 정구태(조선대학교)

法學硏究院 윤리위원회

- 윤리위원장 이해완(성균관대학교)
- 윤리위원 강현호(성균관대학교) 김재원(성균관대학교)
  이경열(성균관대학교) 정차호(성균관대학교)

- 연락처 : 서울시 종로구 성균관로 25-2 성균관대학교 법학관 303호 법학연구원
- 전화 : (02) 760 - 1288 Fax : (02) 760 - 1289
- Homepage : http://law.skku.edu/
- E-mail : icls@skku.edu

成均館法學

第34卷 第3號

1판 1쇄 발행 2022년 9월 30일
발행인 : 이 해 완
발행처 : 성균관대학교 법학연구원
주소 : 03063 서울특별시 종로구 성균관로 25-2
전화 : (02) 760-1288~9
E-mail : icls@skku.edu
등록번호 : 1992년 12월 22일 제1-1469호

SungKyunKwan Law Review

Vol. 34 No. 3

Articles

• A Study on the Concept and Criteria of Hate Speech	Choi kyungmi Ji seongwoo	1
• Review of Automated decision with Artificial Intelligence and Adiministrative Procedure Act	Kim, Min Ho Yoon, Geum Nang	39
• A Study on the Unconstitutionality of the Mandatory Revocation of Driver's License Provision under the Road Traffic Act - Focusing on Drunk Driving of Personal Mobility Device -	Roh Su Hwan	63
• A Review on the Calculating of Burden in Subrogation and the Revision Proposal on the Korean Civil Code 482 (2)	Sang Hyun JUNG	101
• Die prozessrechtliche Stellung des streitgenössischen Nebenintervenienten	Kim Donghyeon	137
• A Study on Joint penal provision applied to Type of violation by representative of corporation - Focus on absolving provisions of the Serious Accidents Punishment Act and Military Service Act -	Sungil Lee	183
• Die Notwendigkeit gesetzlicher Beschränkungen der Speicherung von Verkehrsdaten durch die Telekommunikationsdiensteanbieter	Sohyun Park	221

成均館法學 Vol.34 No.3 2022 成均館大學校 法學研究院

Articles

- A Study on Korean Criminal Mediation as Restorative Justice Programmes — Kim, Zaehee — 247
- Stakeholders Survey Results on the Subject of Regulation about Marine Genetic Resources in the Areas Beyond National Jurisdiction and its' Policy Implications — SEO Jinwoong, KIM Jin Young, Jin Sanggi — 281
- A Method for Calculating the "Apportionment Ratio" of a Patented Invention When Calculating Damages for Patent Infringement — Chaho JUNG, Rudan ZHENG — 309