개인정보의 의미

김 민 호*

【목 차】

Ⅰ. 서론

Ⅱ. 개인정보 개념에 대한 해석론
1. 개인정보 개념에 대한 법규정
2. 개인정보 개념에 대한 EU의 법제 동향
3. 개인정보 개념에 대한 새로운 해석론

Ⅲ. 개인정보 개념에 대한 판례의 태도와 평가
1. 전교조 명단 공개사건
2. 로앤비 사건

Ⅳ. 프라이버시, 개인정보자기결정권, 「개인정보보호법」 상의 개인정보
1. 문제의 소재
2. 프라이버시와 개인정보자기결정권
3. 「개인정보 보호법」 상 개인정보의 의미
4. '개인정보'의 다의적 의미

Ⅴ. 결론

【국 문 요 약】

개인정보보호의 가치에는 프라이버시 보호라는 인격적 가치와 재산의 안전한 보호 및 활용이라는 재산적 가치를 모두 포함하고 있다. 그런데 우리 현행법은 과거 정보통신기술이 첨단화되기 이전에 개인정보보호의 가치를 인격적 가치로만 이해하던 시대의 법이론을 그대로 답습하고 있다. '개인정보'는 고정개념이 아니다. 정보통신기술 발달 이전의 개인정보와 정보통신기술이 고도화된 지금 현재의 개인정보를 동일한 개념으로 해석하는 데는 한계가 있다. 「개인정보 보호법」이라는 일반법이 제정되기 이전과 제정된 이후의 개인정보 개념도 완전히 동일하게 해석하는 것은 문제가 있다. 특히 공개된 개인정보의 취급관련 판결(일명 : 로앤비 판결) 이후에는 개인정보 개념에 대한 해석론에 대한 전면적 재논의가 필요

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수

한 시점이다. 전교조 명단공개 판결이나 로앤비 판결은 비록 그 결론에 있어서는 완전히 상반되지만 결론에 이르는 내용에 있어서는 「개인정보보호법」의 시행 유무가 판례의 형성에 아무런 영향을 주지 못했다는 점은 동일하다. 이들 양 판례는 모두 해당 사건의 침해행위가 「개인정보보호법」을 위반했는지 여부에 대해서는 판단하지 아니하고 개인정보자기결정권의 침해행위로 인한 불법행위 손해배상책임의 성립 여부만을 판단하였다. 하지만 프라이버시 또는 개인정보자기결정권의 대상으로서 개인정보와 「개인정보보호법」의 보호대상으로서 개인정보의 개념이 완전히 일치하지 않는다. 불법행위법상 '위법'은 '법이 허용하지 아니하는 법익의 침해'를 말하지만 개인정보보호법을 위반한 이른바 '행위규범의 위반'으로서의 위법은 '법률에 반하는 규범위반성'을 말한다. 따라서 개인정보의 개념은 불법행위법상 침해대상으로서의 개인정보와 「개인정보 보호법」의 적용대상으로서의 개인정보가 그 위법성 평가가 상이하므로 양자는 상대적 개념으로 구분되어야 한다. 당연히 양자는 그 개념 요소인 식별성 또는 식별가능성에 대한 판단 역시 차별화되어야 한다. 불법행위법상 침해대상으로서의 개인정보는 식별성 또는 식별가능성을 다소 넓게 인정하여도 무방하지만 법 위반시 형벌, 과태료 등 제재를 할 수 있는 「개인정보 보호법」의 적용대상으로서의 개인정보는 식별성 또는 식별가능성을 비교적 엄격하게 인정할 필요가 있다.

Ⅰ. 서론

증기기관 발명에 따른 기계화를 1차 산업혁명으로, 전기의 발명으로 대량생산이 가능해진 시대를 2차 산업혁명으로, 컴퓨터의 발명에 따른 자동화시대를 3차 산업혁명으로 정의했다면, 지금은 컴퓨팅파워의 급진적 발전에 따른 지능정보화 시대인 4차 산업혁명의 서막이 열리고 있다. 4차 산업혁명 시대 대표적 신산업 분야는 사물인터넷(IoT), 인공지능(AI), 핀테크(Fin-Tech) 등이 될 것이다. 그런데 이들을 관통하는 핵심 `키(key)`는 `빅데이터`다. 컴퓨팅 기기가 데이터 분석을 통하여 결과와 행동을 예측하고 문제해결 방안까지 제시하는 것을 빅데이터 기반 기술이라 한다. 따라서 4차 산업혁명 시대에 빅데이터 기반 기술은 국가의 생존과 미래가 달려 있는 핵심 역량일 수밖에 없다. 빅데이터 기반 기술은 '정보'의 수집과 처리를 기반으로 하는 기술이므로, 그 정보 속에 포함된 개인정보의 처리를 피할 수 없다. 현행 개인정보보호 관련법들은 원칙적으로 개인정보 수집·이용시 정보주체의 사전 동의를 받도록 하고, 당초 동의한 목적이 변경될 경우마다 다시 추가로 동의를 받도록 규정하고 있다. 여러 경로에서 수집한 다양한 형태의 데이터가 복합적으로 결합·분석되는 빅데이터 환경에서는 사전 동의가 사실상 불가능하다. 특히 그림이나 영상, 음성, 문서 등 형태와 구조가 복잡해 정형화되지 않은 비정형 데이터는 개인정보 포함 여부를 사전에 확인하는 것이 곤란하기 때문에 데이터 결합·분석 후 이용 목적이 사후적으로 결정될 수밖에 없다.

'개인정보보호'의 가치에는 프라이버시 보호라는 인격적 가치와 재산의 안전한 보호 및 활용이라는 재산적 가치를 모두 포함하고 있다. 그런데 우리 현행법은 과거 정보통신기술이 첨단화되기 이전에 개인정보보호의 가치를 인격적 가치로만 이해하던 시대의 법이론을 그대로 답습하고 있다. 이른바 '동의만능주의'에 함몰되어 있다는 것이다. 정보주체에게 '동의'의 기회를 형식적으로 주기만 하면 개인정보자기결정권을 보장하고 국가의 책무를 다한 것으로 믿어버리는 '동의'의 만능주의에 빠져있다는 것이다. 조그만 글씨로 빽빽하게 쓰여 진 동의서를 모두 읽고 동의 여부를 체크하는 사람은 거의 없다. 그저 형식적으로 동의 여부에 체크를 할 뿐이다. 그것만으로 진정 정보주체의 개인정보가 보호될 수 있는 것인가? 결코 그렇지 않다. 오히려 개인정보처리자(기업)에게 불필요한 부담만을 줄 뿐이다. 그럼에도 불구하고 바로 이 '동의'의 장벽에 가로막혀 사물인터넷(IoT)과 빅

데이터(Big Data)를 응용한 신규서비스가 상용화되지 못하고 있다면 이에 대한 진지한 재검토가 필요한 시점이다. 현재 정보주체가 동의를 해야만 개인정보를 처리할 수 있는 옵트인(opt in) 동의방식을 제한적으로나마 옵트아웃(opt out) 동의방식으로 전환할 필요가 있다. 옵트아웃(opt out)방식이란 일단 정보주체 동의 없이 개인정보를 처리할 수는 있으나 정보주체가 거부 의사를 밝히면 즉각 개인정보의 처리를 중단해야 하는 것을 말한다. 이러한 동의방식을 모든 분야에 모두 허용할 수는 없으나 ⑴정보주체에게 서비스를 제공하기 위하여 또는 정보주체와 계약의 체결 및 이행을 위하여 개인정보를 수집·제공하는 경우, 그리고 ⑵개인정보영향평가를 통하여 인증을 받은 개인정보처리자(기업)가 개인정보를 수집·이용하는 경우만이라도 부분적으로 옵트아웃(opt out)방식을 허용할 필요가 있다. 하지만 보다 더 근본적인 문제는 '개인정보'의 개념에 대한 전면적 재검토이다. 현행법은 '다른 정보와 쉽게 결합하여 개인을 알아볼 수 있는 것'도 개인정보에 포함시키고 있기 때문에 세상의 거의 모든 정보가 개인정보가 될 수 있는 가능성을 열어 놓고 있다. '쉽게 결합하여'라는 이른바 '결합용이성'을 보다 구체화하여야 한다. 예컨대 '결합을 통한 식별에 상당한 시간과 노력이 필요한 정보'는 개인정보에서 제외하는 것도 방법일 수 있다.

물론 이러한 논의들은 많은 사회적 논의를 거쳐 법 개정을 통하여 개선할 수 있는 사항이다. 하지만 현행법 하에서 '개인정보'의 개념에 대한 정확한 해석을 통해서도 이러한 문제는 상당히 해소될 수 있다고 확신한다. '개인정보'는 고정개념이 아니다. 정보통신기술 발달 이전의 개인정보와 정보통신기술이 고도화된 지금 현재의 개인정보를 동일한 개념으로 해석하는 데는 한계가 있다. 「개인정보보호법」이라는 일반법이 제정되기 이전과 제정된 이후의 개인정보 개념도 완전히 동일하게 해석하는 것은 문제가 있다. 특히 공개된 개인정보의 취급관련 판결(일명 : 로앤비 판결)[1] 이후에는 개인정보 개념에 대한 해석론에 대한 전면적 재논의가 필요한 시점이다.

1) 대법원 2016. 8. 17. 선고, 2014다235080 판결.

Ⅱ. 개인정보 개념에 대한 해석론

1. 개인정보 개념에 대한 법규정

「개인정보 보호법」은 '개인정보'를 '살아 있는 개인에 관한 정보로서 성명, 주민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보(해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 것을 포함한다)'라고,[2] 정보통신망법은 '생존하는 개인에 관한 정보로서 성명·주민등록번호 등에 의하여 특정한 개인을 알아볼 수 있는 부호·문자·음성·음향 및 영상 등의 정보(해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없어도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 경우에는 그 정보를 포함한다)[3]라고 각각 정의하고 있다.

한편, 신용정보법은 ⑴특정 신용정보주체를 식별할 수 있는 정보, ⑵신용정보주체의 거래내용을 판단할 수 있는 정보, ⑶신용정보주체의 신용도를 판단할 수 있는 정보, ⑷신용정보주체의 신용거래능력을 판단할 수 있는 정보 등 금융거래 등 상거래에 있어서 거래 상대방의 신용을 판단할 때 필요한 정보를 '신용정보'라고 정의하고, 이러한 신용정보 중 특히 개인의 신용도와 신용거래능력 등을 판단할 때 필요한 정보를 '개인신용정보'라고 규정하고 있다.[4] 이처럼 각각의 법률들은 개인정보 개념정의에 대해 법문언적 표현을 조금 달리할 뿐 그 해석상 의미는 사실상 동일하다.

개인정보는 첫째, '생존하는' 개인에 관한 정보이여야 하며, 둘째, '개인에 관한' 정보이여야 하며, 셋째, 개인을 '알아볼 수 있는' 정보이여야 한다. 또한 다른 정보와 '쉽게 결합하여' 개인을 알아볼 수 있는 정보도 개인정보에 포함된다.

2. 개인정보 개념에 대한 EU의 법제 동향

(1) 1995년 개인정보보호 디렉티브[5]

1995년 개인정보보호 디렉티브는 개인정보의 처리와 관련하여 자연인의 프라

2)「개인정보 보호법」은 제2조 제1호.
3)「정보통신망 이용 촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항제6호
4)「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」 제2조제1호 및 제2호
5) Directive 95/46/EC.

이버시권을 보호하기 위한 목적과 개인정보의 회원국 간 자유로운 유통을 금지 또는 제한하지 못하도록 하기 위한 목적을 위하여 제정되었다.[6]

디렉티브 제2조(a)는 개인정보란 '식별되었거나 식별가능한 자연인에 관한 모든 정보'이며, 여기서 '식별가능한 사람'이란 직·간접적인 방법으로, 특히 식별번호 또는 개인의 특유한 신체적·생리적·정신적·경제적·문화적·사회적 특질 중 하나 이상의 요소를 참고하여 신원을 확인할 수 있는 사람을 말한다고 규정하고 있다.[7]

(2) 개인정보보호 일반규정[8]

GDPR은 개인정보를 '식별되었거나 식별가능한 자연인 즉 정보주체에 관련된 모든 정보를 개인정보'로 정의하고 있다.[9] GDPR 제안이유서 23(a)[10]는 '식별가능성'에 대해 '식별가능성을 결정하기 위해서는 관리자 또는 다른 어떤 사람이 개인을 직·간접적으로 식별하기 위하여 사용할 것이라고 합리적으로 예상되는 모든 수단을 고려하여야 한다. 개인을 식별하기 위하여 사용될 것으로 합리적으로 예상되는지를 판단하기 위해서는 정보를 처리하는 시점의 가능한 기술 수준과 기술의 발전을 고려하여 식별에 소요되는 시간과 비용과 같은 모든 객관적 요소를 고려하여야 한다.'라고 설명하고 있다.

3. 개인정보 개념에 대한 새로운 해석론

(1) 보호정도에 다른 개인정보 개념의 상대화

개인정보의 보호정도의 차별화를 통해 개인정보의 개념을 세분화하려는 시도들이 있었다. 개인정보 활용 시 개인의 존엄과 인격권, 사생활에 미치는 영향, 당해 개인정보의 형성 영역 등을 고려하여 개인정보간의 차별화 또는 개인정보별 보호정도의 차별화를 주장하는 견해들이다.[11]

개인정보의 차별적 정의의 예로는 (1)성향중립 개인정보와 성향기반 개인정보

---

6) 문재완, 유럽연합(EU) 개인정보보호법의 특징과 최근 발전, 외법논집 제40권 제1호, 2016. 2, 4면.
7) 문재완, 앞의 논문, 4면.
8) General Data Protection Regulation, GDPR.
9) GDPR article4(1) 'personal data' means any information relating to an identified or identifiable natural person data.
10) GDPR recital 23(a)
11) 황성기, 개인정보 보호와 다른 헌법적 가치의 조화, 프라이버시 정책연구 포럼, 2013, 16~20면.

로 구분하는 견해, ⑵공적 성격의 정보와 사적 성격의 정보로 나누는 견해, ⑶개인에 관한 정보와 개인정보를 차별화하는 견해 등을 들 수 있다.[12]

(2) 인격성에 유무에 따른 개인정보 개념의 상대화

인격주체성 있는 개인정보와 그렇지 않은 개인정보를 구분하여 차별적 규제를 해야 한다는 견해가 있다.[13] 이러한 견해는 헌법상 개인정보자기결정권의 대상이 되는 인격주체성이 존재하는 개인정보는 지금처럼 정보주체의 권리를 보장하는 것이 타당하지만 인격주체성과 관련 없는 개인정보는 원칙적으로 정보주체의 동의 없이도 자유롭게 유통되도록 하는 것이 타당하다는 주장이다.

(3) 식별성에 따른 개인정보 개념 상대화

개인정보 개념의 핵심적 구성요소인 이른바 '식별성'의 식별정도에 따라 개인정보 개념을 차별화하는 견해이다. 다시 말해서 개인식별정보와 개인식별가능정보는 보호의 정도에 있어서 차별화할 필요가 있다는 주장이다.[14]

(4) 개인정보와 개인정보 데이터베이스의 차별화

개인정보에 대한 보호, 또는 권리 개념의 발생과 이에 대한 법적 보호의 근저에는 정보기술의 발달, 개인정보의 온라인화가 전제되어 있다고 주장하면서, 개인정보 해당성은 오프라인상의 개인정보가 온라인을 통해 대량화·데이터베이스 되었을 때 개인정보의 보호 필요성이 극대화 되는 바 데이터베이스화되지 않은 개인정보에 대하여서는 보다 낮은 규제가 도입되어야 한다는 주장이다. 따라서 개인정보는 개인을 식별할 수 있는 모든 정보로 폭넓게 정의하되 개인정보라고 할지라도 대량으로 자동화 또는 구조화된 파일링시스템에 속한 개인정보에만 법이 엄격 적용되도록 제한적으로 규정할 필요가 있다고 한다.[15]

12) 김현경, 개인정보의 개념에 대한 논의와 법적 과제, 미국헌법연구 제25권 2호, 2014, 152면.
13) 문재완, 개인정보의 개념에 관한 연구, 공법연구 제42집 제3호, 2014, 69~74면.
14) 황성기, 개인정보 보호와 다른 헌법적 가치의 조화, 프라이버시 정책연구 포럼, 2013, 23~25면.
15) 김현경, 앞의 논문, 152면.

Ⅲ. 개인정보 개념에 대한 판례의 태도와 평가

1. 전교조 명단 공개사건

(1) 사안의 개요

국회의원 A(피고1)가 국정감사 자료를 수집하는 과정에서 취득한 초·중등학교 교원의 노동조합 가입 현황을 자신의 인터넷 홈페이지를 통하여 공개하였다. 공개된 노조 가입 현황자료에는 교원의 이름과 소속 학교가 나열되어 있었다. 한편 언론사 B(피고2)는 피고 1로부터 이 사건 정보의 전산파일을 제공받아 자사 인터넷 홈페이지를 통하여 이 사건 정보를 공개하였다.

이에 전국교직원노동조합(이하 '전교조'라 한다)(원고)들은, 피고들이 개인정보인 이 사건 정보를 자신들의 각 인터넷 홈페이지에 게시하여 원고들 및 별지 선정자 목록 기재 선정자들의 사생활의 비밀과 자유 또는 단결권을 침해하였으므로, 피고들은 불법행위에 기한 손해배상금의 일부로서 피고별로 각 원고들 및 선정자들에 대하여 각 100,000원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 것을 구하는 소송을 제기하였다.

(2) 판결의 요지

1) 원심심결[16]

헌법상의 기본권은 제1차적으로 개인의 자유로운 영역을 공권력의 침해로부터 보호하기 위한 방어적 권리이지만 다른 한편으로 헌법의 기본적인 결단인 객관적인 가치질서를 구체화한 것으로서, 사법을 포함한 모든 법 영역에 그 영향을 미치는 것이므로 사인간의 사적인 법률관계도 헌법상의 기본권 규정에 적합하게 규율되어야 한다.[17]

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 같이 개인정보의 공개와 이용에 관하여 정보주체 스스로가 결정할 권리인 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보

16) 서울고등법원 2012. 5. 18. 선고 2011나67097 판결.
17) 대법원 2010. 4. 22. 선고 2008다38288 전원합의체 판결 참조.

는 개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보라고 할 수 있다. 또한, 그러한 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다.[18]

한편, 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률」[19]제2조 제2호는 위 법에 의하여 보호되는 개인정보를 생존하는 개인에 관한 정보로서 당해 정보에 포함되어 있는 성명·주민등록번호 및 화상 등의 사항에 의하여 당해 개인을 식별할 수 있는 정보(당해정보만으로는 특정개인을 식별할 수 없더라도 다른 정보와 용이하게 결합하여 식별할 수 있는 것을 포함한다)로 규정하고 있다.

이 사건 정보는 기관(학교)명, 교사명, 담당교과, 교원단체 및 노동조합 가입 현황을 담고 있어 그 정보에 의하여 특정 개인을 식별하기에 충분한 정보를 담고 있다. 또한, 정치·경제·사회·문화적으로 정체성을 인식케 하는 개인의 직·간접적인 모든 정보는 개인정보의 범주에 포함되는바, 이 사건 정보는 교원단체 및 노동조합 가입자 개인의 조합원 신분을 인식케 하는 데 충분한 정보를 담고 있다. 따라서 이 사건 정보는 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보에 해당하므로, 이 사건 정보를 일반대중에 공개하는 행위는 정보주체에 해당하는 교원들의 동의가 있거나, 개인정보자기결정권이 적절한 보호대책이 있는 다른 법률에 의하여 제한되거나, 보다 더 우월한 기본권의 보장을 위한 것이 아닌 한, 교원들의 개인정보자기결정권을 침해하는 것으로서 그들에 대한 불법행위를 구성한다.

2) 대법원 판결

인간의 존엄과 가치, 행복추구권을 규정한 헌법 제10조 제1문에서 도출되는 일반적 인격권 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 의하여 보장되는 개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리이다. 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 개인의 동일성을 식별할 수

18) 헌재 2005. 7. 21. 선고 2003헌마282, 헌법재판소 2010. 9. 30. 선고 2008헌바132 전원재판부 결정 참조.

19) 「개인정보보호법」의 시행에 따라 2011. 9. 30. 폐지되었다. 하지만 이 사건은 2010. 4. 19 ~ 5. 4. 에 발생하였기에 당시 적용법은 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률」이었다.

있게 하는 일체의 정보라고 할 수 있고, 반드시 개인의 내밀한 영역에 속하는 정보에 국한되지 않고 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보까지 포함한다. 또한 그러한 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다.

정보주체의 동의 없이 개인정보를 공개함으로써 침해되는 인격적 법익과 정보주체의 동의 없이 자유롭게 개인정보를 공개하는 표현행위로써 보호받을 수 있는 법적 이익이 하나의 법률관계를 둘러싸고 충돌하는 경우에는, 개인이 공적인 존재인지 여부, 개인정보의 공공성과 공익성, 개인정보 수집의 목적·절차·이용형태의 상당성, 개인정보 이용의 필요성, 개인정보 이용으로 인해 침해되는 이익의 성질과 내용 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여, 개인정보에 관한 인격권 보호에 의하여 얻을 수 있는 이익(비공개 이익)과 표현행위에 의하여 얻을 수 있는 이익(공개 이익)을 구체적으로 비교 형량하여, 어느 쪽 이익이 더 우월한 것으로 평가할 수 있는지에 따라 그 행위의 최종적인 위법성 여부를 판단하여야 한다.[20]

2. 로앤비 사건[21]

(1) 사안의 개요

피고가 대학교 홈페이지 등에 공개된 원고(대학의 법학과 교수로 재직 중임)의 사진, 성명, 성별, 출생연도, 직업, 직장, 학력, 경력 등의 개인정보를 원고의 별도의 동의 없이 수집하여 이를 자신이 운영하는 사이트에서 유료로 제3자에게 제공한 행위에 대하여, 원고가 개인정보자기결정권이 침해되었다고 주장하면서 위자료 지급을 구한 사안이다.

(2) 판결요지

정보주체가 직접 또는 제3자를 통하여 이미 공개한 개인정보는 그 공개 당시 정보주체가 자신의 개인정보에 대한 수집이나 제3자 제공 등의 처리에 대하여 일정한 범위 내에서 동의를 하였다고 할 것이다. 이와 같이 공개된 개인정보를 객관적으로 보아 정보주체가 동의한 범위 내에서 처리하는 것으로 평가할 수 있는 경우에도 그 동의의 범위가 외부에 표시되지 아니하였다는 이유만으로 또다시

20) 대법원 2014. 7. 24 선고 2012다49933 판결.
21) 대법원 2016. 8. 17. 선고 2014다235080 판결.

정보주체의 별도의 동의를 받을 것을 요구한다면 이는 정보주체의 공개의사에도 부합하지 아니하거니와 정보주체나 개인정보처리자에게 무의미한 동의절차를 밟기 위한 비용만을 부담시키는 결과가 된다. 다른 한편, 개인정보보호법 제20조는 공개된 개인정보 등을 수집·처리하는 때에는 정보주체의 요구가 있으면 즉시 개인정보의 수집 출처, 개인정보의 처리 목적, 제37조에 따른 개인정보 처리의 정지를 요구할 권리가 있다는 사실을 정보주체에게 알리도록 규정하고 있으므로, 공개된 개인정보에 대한 정보주체의 개인정보자기결정권은 이러한 사후통제에 의하여 보호받게 된다.

따라서 이미 공개된 개인정보를 정보주체의 동의가 있었다고 객관적으로 인정되는 범위 내에서 수집·이용·제공 등 처리를 할 때는 정보주체의 별도의 동의는 불필요하다고 보아야 할 것이고, 그러한 별도의 동의를 받지 아니하였다고 하여 개인정보보호법 제15조나 제17조를 위반한 것으로 볼 수 없다. 그리고 정보주체의 동의가 있었다고 인정되는 범위 내인지는 공개된 개인정보의 성격, 공개의 형태와 대상 범위, 그로부터 추단되는 정보주체의 공개 의도 내지 목적뿐만 아니라, 정보처리자의 정보제공 등 처리의 형태와 그 정보제공으로 인하여 공개의 대상 범위가 원래의 것과 달라졌는지, 그 정보제공이 정보주체의 원래의 공개 목적과 상당한 관련성이 있는지 등을 검토하여 객관적으로 판단하여야 할 것이다.

Ⅳ. 프라이버시, 개인정보자기결정권, 「개인정보보호법」 상의 개인정보

1. 문제의 소재

전교조 명단공개 사건에서 법원은 해당 정보가 '개인정보자기결정권의 대상이 되는 개인정보'에 해당한다고 보았고, 다만 이러한 개인정보를 '공개하는 행위'가 학생의 학습권, 학부모의 교육권 및 국민의 알 권리 등에 의하여 그 위법성이 조각될 수 있는지를 쟁점으로 하였다. 대법원은 개인정보에 관한 인격권 보호에 의하여 얻을 수 있는 이익(비공개 이익)과 표현행위에 의하여 얻을 수 있는 이익(공개 이익)을 구체적으로 비교 형량한 결과, 이 사건 정보의 공개행위는 손해배상책임을 성립시키는 '불법행위'에 해당한다고 판단하였다. 이러한 판단의 적절성 또는 타당성에 대해서는 검토를 생략한다.

로앤비 사건에서 법원은 원고의 위 개인정보는 이미 정보주체의 의사에 따라

국민 누구나가 일반적으로 접근할 수 있는 정보원에 공개된 개인정보로서 그 내용 또한 민감정보나 고유식별정보에 해당하지 않고 대체적으로 공립대학교 교수로서의 공적인 존재인 원고의 직업적 정보라서, 피고가 영리 목적으로 이 사건 개인정보를 수집하여 제3자에게 제공하였더라도 그에 의하여 얻을 수 있는 법적 이익이 그와 같은 정보처리를 막음으로써 얻을 수 있는 정보주체의 인격적 법익에 비하여 우월하므로, 피고의 행위를 원고의 개인정보자기결정권을 침해하는 위법한 행위로 평가할 수는 없다고 하여 피고의 영리목적 개인정보 처리가 위법하다고 판단한 원심판결을 파기하였다.

이들 판례를 통하여 논의하고자 하는 핵심 쟁점은 '개인정보'의 의미에 관한 것이다. 전교조 명단공개 판결은 「개인정보보호법」의 제정·시행 이전에 발생한 사건이고, 로앤비 판결은 그 이후에 발생한 사건이다. 물론 현행 「개인정보보호법」 시행 전에도 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률」, 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」등에서 '개인정보'에 대한 정의를 하고 있었고, 이러한 정의가 현행 「개인정보보호법」과 크게 다르지 않기 때문에 이들 판례가 전혀 다른 사정 하에서 형성된 것이 아니라고 볼 수도 있다. 하지만 해당 사건에서 침해의 대상이 된 '개인정보'의 개념에 대해 법령의 직접적 규정이 있는 경우와 없는 경우가 완전히 동일한 사정에 놓여 있었다고 하기는 어렵다. 그럼에도 불구하고 양 판례는 비록 그 결론에 있어서는 완전히 상반되지만 결론에 이르는 과정상 내용에 있어서는 크게 다르지 않다. 다시 말해서 「개인정보보호법」의 시행 유무가 판례의 형성에 아무런 영향을 주지 못했음을 알 수 있다. 그 까닭은 이들 양 판례는 모두 해당 사건의 침해행위가 「개인정보보호법」을 위반했는지 여부에 대해서는 판단하지 아니하고 개인정보침해행위(보다 정확히는 개인정보자기결정권의 침해행위)로 인한 불법행위에 의한 손해배상책임의 성립 여부만을 판단하였기 때문이다. 이들 판결에서 '개인정보의 침해'라는 표현을 사용하지 않고 '개인정보자기결정권의 침해'라는 표현을 쓰고 있는 점을 보더라도 이를 짐작할 수 있다.

양 판례는 모두 개인이 공적인 존재인지 여부, 개인정보의 공공성과 공익성, 개인정보 수집의 목적·절차·이용형태의 상당성, 개인정보 이용의 필요성, 개인정보 이용으로 인해 침해되는 이익의 성질과 내용 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 해당 개인정보의 처리가 불법행위책임을 성립시킬 정도로 위법한지를 판단하고 있다. 해당 사건이 「개인정보보호법」상 보호되는 개인정보를 침해하였는

지에 대해서는 판단하지 않은 것으로 보인다.

「개인정보보호법」의 보호대상이 되는 '개인정보'의 개념과 불법행위에 의한 손해배상책임의 성립요건으로서 위법 해당성을 판단하기 위한 '개인정보'가 반드시 동일한 것은 아니다. 그럼에도 불구하고 개인정보보호법을 연구하는 학자들마저도 '프라이버시', '개인정보자기결정권', 「개인정보보호법」상의 '개인정보'를 구분하지 아니하고 혼용하는 경우가 있다. 일반인들 입장에서는 더욱 혼란스러울 수밖에 없다.

이하에서는 프라이버시, 개인정보자기결정권, 개인정보에 대한 각각의 의미와 그 상호 관계에 대해 규명하고자 한다. 특히 현행 「개인정보보호법」상의 '개인정보'의 의미에 관하여 고찰하고자 한다.

2. 프라이버시와 개인정보자기결정권

(1) 프라이버시

프라이버시(privacy)란 미국 연방대법원장 워런(Sammuel D. Warren)과 연방대법관 브랜다이스(Louis D. Brandeis)가 청년시절인 1890년 하버드 로스쿨의 Law Review에 기고한 'The Right to Privacy'라는 논문[22]에서 처음 등장한 개념이다.

당시 미국의 옐로저널리즘이 유명인사의 사생활을 폭로하는 기사를 자주 게재해도 종래의 명예훼손 법리만으로는 그 구제가 곤란한 경우가 많아 새로이 프라이버시권을 인정할 필요가 있다는 주장을 제기하면서, 프라이버시란 '타인의 방해를 받지 않고 개인의 사적인 영역(personal space)을 유지하고자 하는 이익 또는 권리'라고 설명하였다.

이후 프라이버시에 대한 정의는 미국의 판례와 학자들에 의해 계속 진화·발전되어졌다. 어떠한 환경이든 개인의 신체나 태도 및 행위를 타인에게 얼마나 노출할 것인지 자신이 자유롭게 선택할 수 있는 권리라는 견해[23], 인격권으로서 인격침해로부터 개인의 자주성, 존엄성, 완전성을 보호할 수 있는 권리라는 견해[24], 비밀·익명성·고립성 등 세 요소를 가지며 그것이 자신의 의사나 타인의

22) Warren and Brandeis, "The Right to Privacy", Harvard Law Review. Vol. IV No. 5, December 15, 1890.

23) Alan F. Westin, Privacy and Freedom, Atheneum(N .Y.), (1967), p.7.

24) Edward Bloustine, "Privacy as an aspect of human dignity", 39 New York Univ. Law Review (1964), p.971.

행위에 의하여 상실될 수 있는 상태라는 견해[25] 등이 대표적이다.[26] 로젠바움(Rosenbaum)은 프라이버시 개념의 이 같은 다의성을 세 가지 범주, 즉 공간적 프라이버시(Territorial Privacy), 개인적 프라이버시(Personal Privacy), 그리고 정보프라이버시(Information Privacy)로 나누어 파악하였다.[27]

미연방대법원은 헌법상의 프라이버시권이 두 가지 내용의 보호법익을 가지고 있는 것으로 판시하였다. 그 하나가 "사적인 사항이 공개되는 것을 원치 않는 이익(interest in avoiding disclosure of personal matters)"이며, 다른 하나는 "자신의 중요한 문제에 대하여 자율적이고 독자적으로 결정을 내리고자 하는 이익(interest in independence in making certain kinds of important decision- s)"이다.[28]

국내 헌법학자들은 전자를 소극적 침해배제권이라 할 수 있는 이른바 '프라이버시권'으로, 후자를 적극적 보호형성권으로서 이른바 '개인정보자기결정권'으로 각각 설명하고 있다. 헌법 제17조의 "모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다."의 규정을 전단과 후단으로 나누어, 전단의 "비밀 침해배제"는 프라이버시권을 후단의 "자유 침해배제"는 개인정보자기결정권을 각각 보장하는 헌법적 근거라고 설명한다.[29]

(2) 개인정보자기결정권

헌법재판소와 법원은 개인정보자기결정권을 "자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리"라고 설명하면서, 인간의 존엄과 가치, 행복추구권을 규정한 헌법 제10조 제1문에서 도출되는 일반적 인격권 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 의하여 보장되는 권리라고 하였다.

개인정보자기결정권은 사적 정보의 통제를 정보주체 스스로가 "결정"할 수 있다는 적극적 의미의 프라이버시권이라 할 수 있다. 결국 프라이버시와 개인정보자기결정권의 관계는 '프라이버시' 의미의 광협에 따라 달라진다. 프라이버시를

25) Ruth Gavison, "Privacy and the Limits of Law", 89 Yale Law Journal 42 1 (1980), p.428.

26) 노동일/정완, "사이버공간상 프라이버시 개념의 변화와 그에 대한 법적 대응", 경희법학 제45권 제14호, 2010, 185면.

27) Joseph I. Rosenbaum, "Privacy on the Internet: Whose Information is it Anyway?", 38 Jurimetrics p.565, pp.566-67 (1998); 김현경, "개인정보보호제도의 본질과 보호법익의 재검토", 성균관법학 제26권 제4호, 2014.12, 272면 재인용.

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

29) 강경근, "프라이버시 보호와 진료정보", 헌법학연구 제10권 제2호, 2004, 187면.

좁게 해석하여 '비밀 보호'라는 소극적 방해배제의 권리로 이해한다면 '자유 결정'이라는 적극적 보호형성권인 개인정보자기결정권과 구별적 개념이 될 것이며, 프라이버시를 넓게 해석하여 '사생활의 비밀 및 자유'를 방해받지 않을 뿐만 아니라 정보주체가 스스로 침해배제를 위한 결정권을 행사할 수 있는 것으로 해석한다면 프라이버시는 개인정보자기결정권은 포함하는 상위의 개념이 된다.

하지만 이들 관계를 굳이 구별할 실익이 없다. 양자 모두 헌법적 가치이며 헌법상 보장되는 기본권이므로 헌법소원이나 불법행위에 의한 손해배상청구소송 등에서 다르게 취급되지 않기 때문이다.

3. 「개인정보 보호법」상 개인정보의 의미

현행 「개인정보보호법」은 개인정보를 "살아 있는 개인에 관한 정보로서 성명, 주민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보(해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 것을 포함한다)를 말한다."라고 규정하고 있다.

그런데 이러한 정의는 ⑴어느 정도가 되어야 특정 개인을 식별할 수 있다고 할 수 있는 것인지, ⑵특정한 개인을 식별하는 주체는 누구인지, ⑶다른 정보와 용이하게 결합하여 특정한 개인을 식별할 수 있다고 하더라도 정보를 결합하는 주체는 누구이고 결합이 용이하다고 볼 수 있는 기준은 무엇인지 등과 관련하여 상당한 해석론상 어려움이 존재하므로 법적 안정성의 측면이나 예측가능성의 측면에서 부적절하다.[30] 하지만 이에 대한 논의는 다른 기회에 하기로 하고 여기서는 현행법상의 개인정보의 의미만을 검토한다.

현행법상 개인정보는 ⑴생존하는 개인의 정보 중에서 ⑵그 개인을 식별할 수 있는 정보를 의미한다. 물론 당장에 개인을 식별할 수 없어도 다른 정보와 결합하여 개인을 식별할 가능성이 있는 정보도 개인정보에 포함된다. 따라서 현행법상 개인정보의 의미는 '개인에 관한 모든 정보'가 아니라 '개인에 관한 정보이면서 또한 개인을 식별 또는 식별가능하게 하는 정보'를 말한다.

---

30) 김현경, "개인정보의 개념에 대한 논의와 법적 과제", 미국헌법연구 제25권 2호, 2014, 142면.

4. '개인정보'의 다의적 의미

(1) 개요

개인정보의 의미는 ⑴프라이버시 또는 개인정보자기결정권의 대상으로서의 개인정보와 ⑵개인정보보호법의 보호대상으로서의 개인정보가 반드시 일치하는 것은 아니다. 프라이버시 또는 개인정보자기결정권 등과 같은 기본권적 의미로서의 개인정보는 손해배상청구소송에서 불법행위책임의 구성요소로서의 위법성 판단에 있어 '침해의 대상'의 관점에서 주로 논의되는 의미이다.

불법행위법은 '가해행위'나 '위법성' 요건을 통해 기본권의 효력이나 영향이 매우 직접적·전면적으로 투입되는 구조이다. 우리나라의 불법행위사건 재판에서 기본권에 대한 고려는 일상적 일이 되었다. 이는 공법상 법률관계뿐 아니라 사인들 사이에서도 기본권적 가치를 인식하고 그 위상에 맞게 보호함으로써 시대정신의 투영이자 공·사 영역을 불문하는 법질서의 기초에 놓여있는 기본권적 가치의 보호를 완성해가는 당연하고도 바람직한 움직임이라고 한다.[31] 이처럼 불법행위책임의 성립요건으로서 침해의 대상이 되는 '개인정보'의 의미는 헌법상 기본권으로서의 프라이버시 또는 개인정보자기결정권 등의 대상이 되는 개인정보를 의미한다.

반면에 개인정보보호법의 보호대상으로서의 개인정보는 ⑴법위반 행위에 대한 제재나 ⑵개인정보보호법에 특별히 규정된 입증책임의 전환, 법정손해배상 등과 같은 손해배상의 특칙을 적용할 때 주로 논의되는 개념이다.

(2) 불법행위법상 침해대상으로서의 개인정보

법원은 "개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보라고 할 수 있고, 반드시 개인의 내밀한 영역에 속하는 정보에 국한되지 않고 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보까지 포함한다."라고 판시하였다.

이에 따르면 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 ⑴개인의 인격주체성을 특징짓는 사항과 ⑵개인의 동일성을 식별할 수 있는 정보라는 2가지 요건을 모두 갖추어야 한다. 다시 말해서 개인의 인격적 정보 모두가 개인정보가

31) 윤영미, "불법행위법의 보호대상인 기본권적 법익" 세계헌법연구 제18권 제2호, 2012, 147면.

되는 것이 아니라 그 중에서 특정 개인을 식별할 수 있는 정보만이 개인정보에 해당하는 것이다. 만약 전교조 가입자 명단이 공개되었으나 지역 또는 소속 학교 등이 함께 공개되지 않았다면 개인에 대한 식별이 용이하지 않으므로 개인정보에 해당하지 않을 수도 있다. 물론 특이한 이름의 경우 식별 가능성이 상대적으로 높기 때문에 개인정보에 해당할 수도 있다. 이처럼 식별성 또는 식별가능성의 판단은 매우 임의적이고 상대적일 수밖에 없다.

그런데 불법행위법에서 위법성의 구성요소로서 '침해'의 대상이 되는 것은 노출을 원하지 않는 개인의 인격적 정보가 알려지거나 알려질 가능성이 있는 상태에 놓여있다는 것이다. 따라서 불법행위법상 침해 대상으로서의 개인정보는 현행 법령의 보호대상으로서 개인정보보다 '식별성 또는 식별가능성'을 비교적 넓게 인정하여도 무방할 것으로 보인다.

(3) 「개인정보 보호법」의 적용대상으로서의 개인정보

현행법의 보호대상으로서의 개인정보는 법문언에 충실한 해석이 필요하다. 현행법의 법문언은 개인의 인격주체성보다는 개인의 식별성에 무게중심을 두고 있다. 「개인정보보호법」은 사상·신념, 노동조합·정당의 가입·탈퇴, 정치적 견해, 건강, 성생활 등에 관한 정보 등을 민감정보라 하여 원칙적 처리 금지를 규정하고 있다.[32] 여기서 민감정보는 개인에 대한 모든 민감한 정보를 의미하는 것이 아니라 당연히 개인정보의 범주에 속하는 정보 중에서 특히 민감한 정보를 말한다.

따라서 만약 민감정보가 유출되었으나 개인에 대한 식별성 판단이 애매한 경우 불법행위법과 개인정보보호법의 판단이 다를 수 있다. 다소 식별성이 낮아 개인정보보호법의 적용이 배제되더라도 손해배상책임은 면책되지 않을 수 있다. 하지만 현행 「개인정보보호법」제39조 제1항의 손해배상책임에 있어 입증책임의 전환이나 제39조의2 제1항의 법정손해배상의 청구 등은 불법행위법의 특칙규정으로서 이때에 개인정보의 의미는 일반 불법행위법적 의미의 개인정보가 아닌 개인정보보호법상의 개인정보가 적용되어야 한다. 향후 재판에서 법원이 이에 대한 법리의 오해가 없기를 바란다.

---

32) 「개인정보보호법」 제23조.

(4) 소결

불법행위법상 '위법개념'은 피해자의 구제라는 견지에서 피해자를 중심으로 판단되어져야 하며, 따라서 위법이란 '법이 허용하지 아니하는 법익의 침해'를 말하고, 그것은 원인행위의 적법 여부에 대한 판단에 초점을 맞추기 보다는 법이 인용하지 않는 결과(손해)의 발생에서 그 위법성이 발견되는 것으로 이해되어야 한다. 다시 말해서 불법행위에서의 위법이란 '도덕적, 법률적으로 허용되지 않는'이라는 의미의 '침해불법성' 또는 illicit[33]로 이해해야 할 것이다. 반면에 법령에서 규정하고 있는 '행위규범의 위반'을 의미하는 위법개념은 '법률에 반하는'이라는 의미의 '규범위반성' 또는 illegal[34]인 것이다.[35]

따라서 개인정보의 개념은 불법행위법상 침해대상으로서의 개인정보와 「개인정보 보호법」의 적용대상으로서의 개인정보가 그 위법성 평가가 상이하므로 양자는 상대적 개념으로 구분되어야 한다. 당연히 양자는 그 개념 요소인 식별성 또는 식별가능성에 대한 판단 역시 차별화되어야 한다. 불법행위법상 침해대상으로서의 개인정보는 식별성 또는 식별가능성을 다소 넓게 인정하여도 무방하지만 법 위반시 형벌, 과태료 등 제재를 할 수 있는 「개인정보 보호법」의 적용대상으로서의 개인정보는 식별성 또는 식별가능성을 비교적 엄격하게 인정할 필요가 있다.

Ⅴ. 결론

이상에서 살펴본 바와 같이 전교조 명단공개 판결이나 로앤비 판결은 비록 그 결론에 있어서는 완전히 상반되지만 결론에 이르는 내용에 있어서는 「개인정보 보호법」의 시행 유무가 판례의 형성에 아무런 영향을 주지 못했다는 점은 동일하다. 이들 양 판례는 모두 해당 사건의 침해행위가 「개인정보보호법」을 위반했는지 여부에 대해서는 판단하지 아니하고 개인정보자기결정권의 침해행위로 인한 불법행위 손해배상책임의 성립 여부만을 판단하였다. 다시 말해서 「개인정보

33) 'not permitted or allowed' H. C. Black, Black's Law Dictionary, 5th ed., West Publishing Co, 1979, p.673

34) 'against or not authorized by law', ibid., p.673 : 이처럼 illegal의 의미는 '규범을 위반하는 것'과 '법이 허용하지 아니 하는 것'을 모두 포함하고 있다. 따라서 항고쟁송에서의 위법과 국가배상에서의 위법을 모두 illegal로 표현하여도 무방하지만 양자를 명확하게 구분하기 위해 부득이 전자를 illegal로 후자를 illicit로 표현한 것이다.

35) 김민호, 고도과학기술사회에서 국가배상제도의 역할에 관한 연구, 공법연구 제27집 제3호, 1999, 449면.

보호법」상 개인정보 개념을 규명하고 그 개념에 비추어 해당 정보의 처리가 법을 위반했는지 여부를 판단하지 않고, 해당 사건에서 정보를 처리한 행위가 불법행위법상 위법성에 해당하는지 만을 판단하였다는 것이다. 하지만 판결의 내용을 면밀히 살피지 못하였거나, 살폈더라도 이를 정확히 이해하지 못한 경우에는 이들 판례를 통하여 형성된 개인정보의 개념이 마치 「개인정보보호법」에서 규정하고 있는 개인정보 개념에 대한 법원의 태도인 것으로 오인할 우려가 있다. 프라이버시 또는 개인정보자기결정권의 대상으로서 개인정보와 「개인정보보호법」의 보호대상으로서 개인정보의 개념이 완전히 일치하지는 않음은 이미 고찰하였다.

법원의 태도에 대한 또 다른 문제는 개인정보 해당성에 대한 해석의 주도권이 사법부로 넘어갔다는 것이다. 법원은 개인이 공적인 존재인지 여부, 개인정보의 공공성과 공익성, 개인정보 수집의 목적·절차·이용형태의 상당성, 개인정보 이용의 필요성, 개인정보 이용으로 인해 침해되는 이익의 성질과 내용 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 개인정보 침해 여부를 판단해야한다고 판시하고 있다. 이는 결국 법령의 규정으로 개인정보 개념을 명확히 하지 못하고 개별적 사건마다 법원의 판단에 따라 개인정보 해당성 여부가 결정된다는 것을 의미한다. 개인정보 해당성에 대한 기준이 법령의 규정에 의해 명확히 설정되지 못하고 개별적 사건마다 법원에 판단에 의존할 수밖에 없는 구조에서는 '불확실성'이라는 매우 커다란 문제가 발생한다. 불확실성으로 인하여 「개인정보보호법」의 수범자는 법령을 매우 엄격하고 소극적으로 해석할 수밖에 없으며, 법이 허용하는 정보의 처리마저도 주저하게 만들 수 있다. 따라서 법령에서 개인정보 개념을 명확히 규정하는 것이 최선이겠지만 그것이 현실적으로 곤란하면 최소한 가이드라인이라도 마련되어 법의 수범자들에게 제공되어야 한다.

(논문투고일 : 2016.11.20, 심사개시일 : 2016.11.22, 게재확정일 : 2016.12.15)



김 민 호

개인정보, 개인정보보호법, 개인정보의 개념, 프라이버시,
개인정보자기결정권

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 국내 문헌

강경근, 프라이버시 보호와 진료정보, 헌법학연구 제10권 제2호, 2004

김민호, 고도과학기술사회에서 국가배상제도의 역할에 관한 연구, 공법연구 제27집 제3호, 1999

김민호, 개인정보처리자에 관한 연구, 성균관법학 제26권 제4호, 2014.12

김민호, 공공부문 개인정보보호법제의 현황과 과제, 토지공법연구 37집, 2007

김일환, 개인정보보호법 적용대상의 합리화 방안, 공법연구 제43집 제1호, 2014

김일환, 정보자기결정권의 헌법상 근거와 보호에 관한 연구, 공법연구 제29집 제3호, 2001

김현경, 개인정보보호제도의 본질과 보호법익의 재검토, 성균관법학 제26권 제4호, 2014.12

김현경, 개인정보의 개념에 대한 논의와 법적 과제, 미국헌법연구 제25권 2호, 2014

노동일/정완, 사이버공간상 프라이버시 개념의 변화와 그에 대한 법적 대응, 경희법학 제45권 제14호, 2010

문재완, 개인정보의 개념에 관한 연구, 공법연구제42집제3호, 2014

문재완, 유럽연합(EU) 개인정보보호법의 특징과 최근 발전, 외법논집 제40권 제1호, 2016. 2

윤영미, 불법행위법의 보호대상인 기본권적 법익, 세계헌법연구 제18권 제2호, 2012

황성기, 개인정보 보호와 다른 헌법적 가치의 조화, 프라이버시 정책연구 포럼, 2013

Ⅱ. 외국 문헌

Alan F. Westin, Privacy and Freedom, Atheneum(N .Y.), 1967

Edward Bloustine, Privacy as an aspect of human dignity, 39 New York Univ. Law Review, 1964

Ruth Gavison, Privacy and the Limits of Law, 89 Yale Law Journal 42 1, 1980

Warren and Brandeis, THE RIGHT TO PRIVACY, Harvard Law Review. Vol. IV No. 5, December 15, 1890.

Abstract

Legal Meaning of Personal Information

Min Ho Kim

Value of 'Personal Information Protection' includes both privacy protection called personal rights and secured protection and use of property called property rights. However, current law follows the legal theories established before information communication technology was modernized, where value of personal information protection was only understood as personal rights. 'Personal Information' is not a fixed idea. Personal information of pre-information communication technology development should not be interpreted the same way as of now where the technology is highly developed. The idea of personal information before and after the establishment of 「Personal Information Protection Act」 statute is different. Personal information as privacy differs from that as statute. An 'Illicit act' under tort law defines it as 'Violation of legal rights unpardoned by law', however, violating personal information protection act is defined illegal. Therefore, personal information under tort law is different from that of under personal information protection act. Under tort law, if an information is in any association with 'Identity' or 'Possibility of Identify', it is defined 'Personal information'. However, under personal information protection act, it must be directly involved in 'Identity' or 'Possibility of Identify' to become so.

Min Ho Kim

personal information, personal data, personal information protection, personal date protection, privacy.

북한의 사이버공격에 대한 국가총력적 대응체계를 위한 법제방향*

정 준 현**

【목 차】

Ⅰ. 처음에
Ⅱ. 사이버환경과 사이버공격의 법적 의의
1. 오늘날의 사이버환경
2. 사이버공격의 의의
3. 사이버공격과 전쟁법상 전쟁
4. 사이버공격의 법적 규율가능성과 특성
5. 사이버공격의 파급효과
Ⅲ. 북한과 사이버공격
1. 북한의 법적 지위
2. 북한의 사이버공격과 사이버공격능력
3. 북한의 사이버공격과 과제
Ⅳ. 북한 사이버공격의 법적 의의와 대응법제
1. 북한의 사이버공격과 헌법상 국가안전보장·질서유지
2. 북한의 국가안보 등 질서위협행위에 대한 대응법제
3. 북한의 사이버공격과 관련 대응법제의 문제점과 개선방향
4. 관련법제의 개선방향
5. 북한의 사이버공격에 대한 국가총력적 대응
Ⅴ. 맺는 말

【국 문 요 약】

우리의 주적인 북한은 자유민주질서를 부정하고 김일성·김정일주의 국가로 통합하려는 군사도발을 포기하지 않고 있다. 이러한 군사적 도발의 전략적 우위를 차지하기 위해 북한은 우리 사회 전반을 대상으로 한 사이버공격을 하여 좀비군대를 형성하고 있다. 특히, '자유민주적 법치국가' 대 '김일성·김정일주의에 입각한 전체주의'라는 제도적 비대칭성과 '정보화 강국 대 정보화 석기시대'라는 정보화 기반의 비대칭성을 악용한 북한의 대남 전략적 사이버공격에 대해 국가가 총

* 이 논문은 2016. 11. 3. "사이버안보역량강화를 위한 법적 과제"(제13회 항공작전법세미나)에서 발제한 것을 수정·보완한 것임
** 단국대학교 법과대학 교수·한국사이버안보법정책학회 회장

력적으로 대응할 수 있도록 하되, 사이버공격의 효과에 따른 북한의 전쟁도발 가능성을 염두에 두면서 '전쟁 외 군사작전'으로서 사이버작전의 필요성을 살펴보아야 한다.

그리고 우리 헌법 제37조제2항 및 제77조제1항의 비례원칙상 전시·사변 또는 국가비상사태에 있어서 병력으로써 질서유지를 유지할 필요가 있는 특단의 상황이 있는 경우가 아니라면, 평시상태에 있어서 군의 개입은 엄격하게 제한되어야 한다는 점과 관련하여, 북한의 사이버 공격으로 인한 사이버위기가 발생한 경우 또는 지역의 주요기반시설에 대한 사이버공격과 동시에 적의 침투·도발에 의한 통합방위사태가 선포된 경우에 북한 사이버공격에 대한 책임 대응기관을 누구로 하여야 하며, 물리적 도발이 없는 상태에서 이루어진 군사시설에 대한 북한의 사이버 공격에 대해 '전쟁 외의 군사작전'으로서 군의 제한적 대응이 가능한지 여부 등을 검토해볼 필요가 있다.

Ⅰ. 처음에

최근 북한의 핵실험과 관련하여 유엔 안전보장이사회의 2016년 3월 2일의 대북제재결의 2270호[1]로 북한경제가 더욱 어려워진 상황[2] 하에서 북한정권은 소리 없고 탐지도 곤란한 사이버공격을 통해 정보화지수 세계 제1위인 대한민국의 혼란을 조장하고 그들이 의도한 혼란이 발생하게 되면 여지없이 군사도발을 선택할 가능성이 점증하고 있다.[3] 일부는 북한의 정보화수준 및 경제적 능력에 비추어 볼 때, 고도의 위협적인 사이버공격은 지나친 우려로 보는 입장[4]도 있지만 최근 "사이버전은 핵·미사일과 함께 우리 인민군대의 무자비한 타격능력을 담보하는 만능의 보검"이라는 김정은의 발언[5]이나 "북한의 군사 전략상 사이버전쟁에서 우위에 서야 전쟁에서 승리할 수 있다"는 내용이 담긴 보고서를 김정은이 승인하였다는 소식[6]에 비추어 볼 때 사이버공격을 앞세워 조지아 및 에스토니아에 대하여 군사적 도발을 감행한 러시아의 경우처럼[7] 북한 역시 사이버공격을 통해 고도화된 우리 사회의 정보처리시스템을 마비·손상하거나 사이버심리전이 효과를 거두고 있는 때를 전후하여 군사적으로 도발을 감행할 것이라는 점[8]을 배제할 수 없다.

이러한 점에서 우리의 불가침적 가치인 자유민주적 기본질서를 위하여 북한 군사도발의 빌미를 찾는 북한의 사이버공격에 대한 국가역량의 결집을 가능케 하는 법제방향을 오늘날의 사이버 환경을 고려하여 살펴볼 필요가 있다.

---

1) 김진아, 유엔안보리 대북제재 결의 2270호 분석:함의와 한계점", 「주간국방논단」 제1613-1호(2016.4.), 4-7면

2) "中 40여종 대북 수출추가 금지 …유엔제재 이행의지", http://view.asiae.co.kr/news/view.htm?idxno <2016.5.11.>

3) 김태웅, "제3자 북핵 실험 이후 북한의 무력도발가능성과 군사적 측면에서의 한국의 대응", 「한국동북아 논총」 제67권(2013), 한국동북아학회, 39면.

4) "북 '잠수함 탄도탄' 성공…정부, 북한 능력 오판·안보관리 실패에 '사드 무용론도 다시 불거져", 경향신문, 2016.8.24.

5) 배달형, "4세대전쟁 및 비대칭 위협 관점의 사이버전 및 사이버심리전 발전방향",「전략연구」 통권 제65호(2015). 152면.

6) "북한 매체 완전 개방하고 AM주파수로 북에 뉴스 쏴야", http://blog.donga.com/nambukstory/archives/67991 <2016. 5. 24.>

7) 정준현, "북한의 사이버공격에 대한 우리의 대응전략과 법적 과제", 「한국국가정보학회」 제8권 제1호, 2015, 89-93면 참조

8) 김재엽, "제4세대 전쟁:미래전과 한국안보에 대한 함의", 「신아세아」 제17권제1호(2010년 봄), 182-184면 참조.

Ⅱ. 사이버환경과 사이버공격의 법적 의의

1. 오늘날의 사이버 환경

현시점의 사회는 인터넷을 매개로 사람과 사람, 사람과 물건 및 물건이 상호소통하는 사물통신시대인 동시에 인터넷을 매개로 자신의 생활영역 내에 있는 사람이나 물건을 통제하려는 "자기 감시사회"[9] 내지는 '사생활이 없는 사회'[10]로서, 사생활비밀권이나 통신비밀권 등에 대한 일정한 제한을 사물통신사회의 질서유지를 위한 '사회적 제약'으로 받아들일 필요가 있다. 특히, 일반적 '표층 웹'(surface web)과 달리 국가기관 등에 의한 검열가능성을 피할 수 있게 고안된 '심층 웹'(Deep web)[11]이나 '망중립성'원칙에 따라 누구든 이용할 수 있는 토르(The Onion Router)[12]를 통해 접근이 가능한 '암흑 웹'(Dark web)에 기반을 둔 북한 등 불순세력의 도발가능성[13]을 고려하면 더욱 그러하다.

2. 사이버공격의 의의

가. 일반적 의미

사이버상의 위험을 야기하는 행위와 관련하여서는 사이버위협, 사이버범죄, 사이버공격 또는 사이버전 등 다양한 용어가 사용되고 있다. 이와 관련하여, '사이버위협'은 "합법적인 권한 없이 정보시스템 등에 접근하여 이들의 무결성·기밀성·보안성·가용성을 조작·손상케 하려는 행위"[14] 내지 "정보시스템에 원하지 아니한

---

9) Scott McNealy, Polly Sprenger, Sun on Privacy: 'Get Over It', WIRED (Jan. 26, 1999), http://archive.wired.com/politics/law/news/1999/01/17538 <2016.3.11.>

10) Daniel J. Solove / Marc Rotenberg, 「Information Privacy Law」, Aspen. 2003. p.507.

11) 북한의 통신시스템은 외부 IP로는 접속이 불가능하도록 심층웹화 되어 있다. "포털서 검색불가, 딥웹에 대한 사실 9가지", http://www.wikitree.co.kr/main/news_view.php?id=258695 <2016.5.21.>

12) 토르는 6,000개의 서버에 트래픽을 옮김으로써 웹페이지에 접속한 사람을 숨겨준다. 그렇기 때문에 누구나 불법행위를 범하더라도 실체파악이 거의 불가능하다. "인터넷 세계의 암흑가", http:// navercast.naver.com/magazine_contents.nhn?rid=1697&contents_id=88309 <2015.3.23.>

13) 보안 인텔리전스 회사 'Intelliagg'에 의하면, 48%의 다크웹에서 불법 컨텐츠가 발견된 바, 다크웹 사이트에서 유출된 데이터는 28%, 금융사기는 12%, 마약 관련 컨텐츠는 4%, 무기 및 포르노 관련 컨텐츠는 2%의 순서를 차지하고 있는 것으로 보고되고 있다.. "보안인텔리전스 회사, 타크웹의 약 50%는 합법적이라고 밝혀", http://www.dailysecu.com/news_view.php?article_id=13598 <2016.4.12.> ; Michael Chertoff and Tobby Simon, "The Impact of the Dark Web on Internet Governance and Cyber Security", CIGI, Global Commission on Internet Governance, 2015.2.(https://www.cigionline. org/sites/default/files/gcig_paper_no6.pdf <2016.5.13.>) p.6 of 18.

위해를 야기할 수 있는 잠재적인 사이버 이벤트"[15]로, '사이버 범죄'는 "네트워크와 관련한 범죄로서 인터넷이나 모바일 폰 등 현대의 통신네트워크를 사용하여 개인이나 단체 등을 상대로 물리적 또는 정신적 피해를 야기할 목적으로 행하여지는 범행"[16]으로, '사이버공격'은 " 컴퓨터 정보 시스템 인프라, 컴퓨터 네트워크 등을 대상으로 개인이나 단체에 의하여 익명소스를 통해 이루어지는 모든 공격적 책동(offensive maneuver)으로서 취약한 시스템을 해킹하여 해당 목표물을 절취·변경 또는 파괴하는 다양한 수단의 악의적인 행동"[17]으로 그리고 '사이버전'은 "정보시스템에 대한 정치적 동기의 공격을 포함한 인터넷 기반의 분쟁(Internet-based conflict)"[18] 내지"손상이나 파괴를 야기할 목적으로 특정 국가가 다른 국가의 컴퓨터나 네트워크를 침투하는 행위"나 "테러집단, 정치적 또는 이념적 과격단체나 초국가적 범죄단체에 의한 위와 같은 행위"로 각각 설명된다.[19]

나. 사이버공격의 법적 분류

사이버위협은 침해가 현실화되거나 그러하지 않고 잠재되어 있더라도 공격적인 책동 내지 악의적인 행동으로서 사이버공격에 포섭될 수 있고, 이러한 사이버공격 중 해당 국가의 형법 또는 행정형벌의 대상을 이루게 되면 사이버범죄로[20], 그 사이버공격이 적대세력의 무력행사와 병행되면 전쟁법상의 전쟁으로 된다.

이하에서는 이러한 관점에서 아래의 <표 1>에서 보는 바와 같이 국가정보통신망 자체에 대한 사이버위협 행위뿐만 아니라 정보통신망을 매개로 사회적 혼란을 야기할 수 있는 사이버 선전·선동행위를 포함하는 모든 사이버위협행위를 사이버공격으로 이해하고, 이것을 다시 사이버공격·사이버범죄 및 사이버전으로 구별하

14) U.S. Department of Homeland Security, Privacy Impact Assessment for the Initiative Three Exercise 3 (Mar. 18, 2010)

15) Partnering for Cyber Resilience: Risk and Responsibility in a Hyperconnected World-Principles and Guidelines, p. 14.

16) Halder, D., & Jaishankar, K. (2011) Cyber crime and the Victimization of Women: Laws, Rights, and Regulations. Hershey, PA, USA: IGI Global. ISBN 978-1-60960-830-9.

17) https://en.wikipedia.org/wiki/Cyber-attack <2016.5.23.>

18) "What is cyberwarfare?", http://searchsecurity.techtarget.com/definition/cyberwarfare <2016.6.12.>

19) https://en.wikipedia.org/wiki/Cyberwarfare <2016.6.12.>

20) 정완교수는 사이버범죄를 다시 대규모의 피해를 야기하는 해킹, 바이러스 유포 등을 통해 행하여지는 사이버테러와 현실세계의 범죄를 사이버를 통해 실현하는 일반 사이버범죄로 양분하기도 한다. "한·미 사이버보안 법제 동향에 관한 고찰", 「경희법학」 제48권 제3호(2013), 216-217면.

고자 한다.

<표 1> 사이버공격 유형 (참고 : "The Law of Cyber attack", 「Califonia Law Review」, 2012.)

	비국가 행위	형사법위 반행위	컴퓨터 네트워크 기능저해를 목적으로 한 행위	정치적·국가안보를 해할 목적(선전·선동포함)	무력분쟁의 맥락에서 발생한 행위
사이버공격	○	○	○	○	○
사이버범죄	○	○			
사이버전			○	○	○

다. 사이버공격의 기법

위와 같은 넓은 의미에서 사이버공격은 통상 해킹과 컴퓨터 시스템을 손상하게 하거나 오작동을 일으킬 악의적인 목적의 악성소프트웨어(Malware; Malicious software) 및 이들 양자가 결합된 DDos 공격[21]으로 그 기법을 대별할 수 있으며, 악성소프트웨어를 특정 또는 불특정 다수의 정보처리시스템·기기 등에 숨기거나 감염·유포하는 형태로 이루어진다. 악성소프트웨어의 대표적인 것으로는 바이러스·웜·트로얀(troan horse)·랜썸웨어(ransomware) 및 스파이웨어(또는 애드웨어)등이 있다.[22] 그밖에 적대세력에 대한 선전·선동 등 심리전의 도구로 사용되는 것으로는 인터넷 연결 없이 근거리 내에서 P2P로 연결할 수 있는 사적 모바일 앱인 파이어챗(FireChat)[23]과 SNS 등이 있다.

3. 사이버공격과 전쟁법상 전쟁

가. 국제적 논의

사물통신시대로 대변되는 오늘날에 그 근원 파악이 어려운 해킹과 스파이 프로그램 또는 공격성 악성프로그램의 유포 등 국방분야를 비롯하여 정치·경제·사

21) 카스퍼시키의 보고서에 의하면, 2016년 1분기에 74개국에서 DDoS공격이 발생하였으며 한국은 20.4%로 발생율 2위이고, C&C 서버점유율은 한국이 67.6%로 1위의 불명예를 안고 있다. 한국인터넷진흥원, 「2016년 1분기 사이버위협 동향보고서」, 2016.5. 52-53면.

22) http://techterms.com/definition/malware <2015.9.27.>

23) "홍콩 시위의 중심에 선 '파이어챗'…SNS차단되도 걱정없어", http://www.asiatoday.co.kr/view.php?key=20141003010001780 <2015.9.12>

회·문화의 모든 영역에 걸친 사이버 공격이 끊임없이 전개되고 있으며, 이러한 사이버공격[24]은 종국적으로는 전통적인 대량파괴무기(WMD)에 버금가는 파급적 피해를 초래할 수 있다는 인식이 보편화되었다. 그 결과로 UN 차원에서 'UN 정보안보 정부전문가그룹(Group of Governmental Experts on Information Security)'이 사이버안보 확보를 위한 국제규범의 정립을 논의하기에 이르렀지만 사이버범죄에 중점을 둔 친서방 중심의 사이버범죄조약 그룹과 군사적 충돌까지 염두에 두고 있는 러시아·중국 중심의 국제정보보안조약 그룹(또는 상하이 그룹[25])간 냉전과 유사한 새로운 체제경쟁을 야기하게 하였다.[26]

나. 사이버공격과 국제법상 전쟁

국제전기통신연합(ITU)은 법적 구속력이 있는 규범과 법적 구속력이 없는 규범 등을 통해 국제통신을 규율하나, 원칙적으로 다른 나라의 통신서비스에 대한 간섭을 금지하고 보안목적을 위해 비국가 통신에 대한 통제를 허용하면서 군사적인 사이버공격을 명시적으로 금지하거나 별도로 규율하고 있지는 않다.[27] 그리고, 제네바협약 추가의정서 제52조 제2항의 '군사목표물에 의한 공격 원칙'과 유엔 헌장 제2조 제4항의 무력사용과 별도로 유엔헌장 제51조의 자위권 행사의 대상으로서 무력공격과 관련한 '전쟁법' 규정은 실질적인 인명피해나 재산상의 피해가 발생하는 등 개별적 상황에 따라서는 사이버공격에 대해 적용할 수도 있지만[28], 개별국가에 의한 적용시도에 따른 국제적 선례나 그 적용성과 관련한 국제

---

24) 국가정보원·미래창조과학부·방송통신위원회·행정자치부, 「2012 국가정보보호백서」, 251면; 그러나 이러한 사이버위협의 도구는 2013년 3월의 "유엔 무기거래조약 회의"(UN Final Conference on Arms Trade Treaty)에서 무기로 인정되고 있지 않다. http://amnesty.or.kr/campaign/ <2016.5.25.>

25) Matthew C. Waxman, "Cyber-Attacks and the Use of Force", 「Back to the Future of Article 2(4)」 36, YALE J. INT'L L. 421, 458-59 (2011).

26) 김인중, 「사이버공간의 사이버안보」, 글과생각, 2103. 260-2287면 및 288-319면 참조.;John Markoff, *Step Taken to End Impasse Over Cybersecurity Talks*, N.Y. TIMES, July 16,2010, http://www.nytimes.com/2010/07/17/orld/7cyber.tml?_r=1. <2015.12.1.>

27) Anthony Rutkowski, "Public International Law of the International Telecommunication Instruments: Cyber Security Treaty Provisions Since 1850," 2011. p.13.

28) 국가간의 무력충돌을 다루는 법으로서 '전쟁결정조건'(jus ad bellum)이나 국가간의 무력충돌이 이미 일어난 이후 국가간의 행동을 통제하는 수단으로서 '전쟁수행조건'(jus in bello) 모두 사이버전과 사이버분쟁에 적용될 수 있다고도 한다. 최문정·최준성·박원형·국광호, "사이버전에서 보복과 복구의 한계", 396면:다만, 무력사용을 '가장 중대한 유형의 무력사용'과 '다른 덜 중요한 유형의 무력사용'을 구분하여 전자에 대해서만 유엔헌장 제51조의 자위권 행사대상인 무력공격으로 보는 국제사법재판소(ICJ)의 입장에 의하면, 통상의 통신장애만 초래하는 사이버공격에 대하여는 자위권행사가 가능한 무력공격이 아닌 유엔헌장 제2조제4항에 의해 '금지된 무력

협약 조차 없는 상태에서 사이버공격과 전쟁성 여부는 여전한 숙제로 남는다. 사이버공격이 전쟁법상의 전쟁으로 파악함에 있어서는 사이버공격과 물리적 도발 간의 연관성여부 등 해결하기 어려운 인과관계 입증의 문제를 남기고 있다.[29] 그밖에 사이버공간에 있어서의 영토한계와 사이버공간에 대한 무력공격을 구성하는 것은 무엇인가 하는 등의 문제는 남아 있지만, 2007년 에스토니아 사건을 계기로 NATO 산하기관으로 개설된 "사이버방호협력센터"(Cooperative Cyber Defence Center of Exellence)에서 발간한 국제법상 구속력이 없는[30] 사이버전에 관한 적용지침서인 탈린매뉴얼에 의하면, 전력그리드와 같은 시설에 대한 사이버공격으로 실제로 사망자 또는 부상자가 발생하는 등의 피해가 발생한 경우에 한하여 전쟁법의 적용이 가능하다.[31]

그리고 사이버공격에 대한 자위권의 행사와 관련하여서는 사이버공격이 전통적인 무력사용의 결과와 유사한지 여부에 따라 판단해야 한다고 한다.[32] 이와 관련하여 국제법에는 반하지만 무력공격의 수준에는 이르지 아니한 사이버공격에 대해 국가가 어떻게 정당한 자위권을 행사할 수 있는가에 대해 의문을 가질 수 있다. 이 경우에는 책임을 져야할 국가를 상대로 피해국가가 그 위반의 중단을 직접적인 목적으로 필요한 범위 내에서 일시적인 대응조치를 행사한 것으로 인정된다면, 해당 대응조치는 자위권의 행사로 정당화될 수 있다.[33]

다. 사이버공격의 특정 곤란성과 대응법제 선택의 곤란성

북한 등에 의한 사이버공격의 유형은 앞에서 살펴본 바와 같이 형사법의 적용

사용'으로 보아야 할 것이다. 박노형, "사이버전의 국제법적 분석을 위한 기본개념의 연구", 「국제법학회논총」 제59권제2호(대한국제법학회, 2014), 74면.

29) 예컨대, 잠수함발사미사일에 대응하기 위해 한·미연합군이 북한의 잠수함을 선제타격으로 격침시킨 뒤 북한이 아무런 도발도 하지 않게 되면 한·미연합국이 결과적으로 북한을 선제공격한 것으로 되는 어려운 상황에 빠지게 되는 것과 유사한 결과가 발생할 수 있다. 중앙일보, "사드 배치되면 북한 SLBM 작전구역도 좁아진다". 2016. 9. 6.

30) 이를 위해서는 특히, 전쟁수행조건(jus in bello)과 관련하여 국제적십자위원회(ICRC)를 중심으로 새로운 추가의정서가 국가들 사이에서 협상·채택되어야 한다고 한다. 박노형, 앞의 논문, 69면.

31) Mary Ellen O'Connell and Louise Arimatsu, Cyber Security and International Law(UK, Chatham House,5.29.2012),http://www.tsa.gov/sites/default/files/assets/pdf/Intermodal/pipeline_sec_incident_recvr_protocol_ plan.pdf.;James A. Lewis, Conflict and Negotiation in Cyberspace(Center for Strategic and International Studies, 2.2013), https://csis.org/files/publication/130208_Lewis_ ConflictCyberspace_Web.pdf.

32) Michael Gevais, "Cyberattacks and the Laws of War", 1 J.L & Cyberwarfare 8. 2012, p.31.

33) 국제사법재판소(ICJ)는 자위권의 행사는 필요성과 비례성의 원칙에 의한 제한을 받는다고 한다. Oil Platfirms (Iran v. United States), Judgement, ICJ Reports, 2003. para. 77.

을 받는 사이버범죄와 적대세력에 의한 무력행사의 일환으로 행하여지는 경우의 사이버전 그리고 그 어느 것에도 속하지 아니하는 사이버공격으로 구별할 수 있다. 문제는 이들 사이버공격이 갖는 은밀성·잠복성 및 '물리력 없는 공격성' 등으로 인하여 공격시점과 효과발생 시점 간에는 시간적 격차가 있으며, 적대세력의 무력행사가 없는 상태에서[34] 인명이나 재산상의 피해가 발생한 경우에, 이를 사이버범죄로 볼 것인지 아니면 사이버전쟁으로 간주할 것인지 여부를 판단하기 어려울 뿐 아니라, 설사 사이버전쟁으로 본다고 하더라도 누구에 대해 선전포고를 할 것인지를 확정할 수 없어 대응의 곤란성이 발생한다.[35]

4. 사이버공격의 법적 규율가능성과 특성

가. 사이버공격의 법적 성질

앞에서 살펴본 바와 같이 사이버를 이용한 공격은 물건에 해당하지 아니하는 악성프로그램에 의한 비물리적(非物理的) 공격으로서 정보통신망이나 정보시스템·자동화기기 등의 오작동이나 기능상실을 매개로 실질적인 피해를 야기하는 것이기 때문에, 사이버 규제를 목적으로 한 법령에 의하지 아니하고는 사이버공격에 대한 규제의 사각지대가 발생할 수밖에 없다. 바꾸어 말하자면, 전통적인 물리력 중심의 형법 등과 같은 금지규범이나 물리적 관계에 의한 인과관계에 중점을 둔 증거법제 또한 현실 타당성·정합성을 갖지 못할 것으로 평가된다.[36] [37]

나. 사이버공격의 특성

사이버공격은 해킹과 악성 소프트웨어를 무기 삼아 행하여진다. 사이버공격의 주된 도구인 악성 소프트웨어는 ①공격자의 실시간 명령에 따라 공격자가 원하는 때 비정형적인 불법활동을 수행하도록 악성프로그램이 지능화·지속화(APT)되어 있으며, ②감염병의 병원체처럼 변형·자기증식을 하면서 인터넷을 통하여 정보통

34) 정준현,"북한의 사이버공격에 대한 우리의 대응전략과 법적 과제", 「국가정보연구」 제8권제1호(2015), 91면 및 각주 16) 참조.

35) 조성렬, "북한의 사이버전 능력과 대남 사이버위협 평가", 123면.

36) 이와 관련된 상세한 내용은 정준현, 앞의 논문, 104면 이하 참조.

37) 판례는 "수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다고 보아야 한다"(대법원 2007.11.15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결)

신 접속기기를 좀비상태로 만들면서도 공격자의 명령이나 일정한 조건이 갖추어지기 전까지는 증상을 나타내지 아니하여 ③관리자가 그 사실을 즉시 파악할 수 없는 은밀성과 탐지곤란성[38] 및 대응곤란성[39] 을 갖기도 한다. 최근에 이르러서는 공격자의 장기적인 치밀한 계획 하에 ④스파이웨어 등 악성 소프트웨어가 내장된 전자모듈이나 정보통신부품 등을 시장에 유통시켜 대립관계에 있는 자의 정보통신시스템을 자신의 통제 하에 두는 형태의 우회적 공격이 행하여지기도 한다.[40] 그렇기 때문에, 사이버공격에 대하여는 사전탐지를 기대하기 보다는 사후적인 대응에 있어 국가총력적 조치가 더욱 중요하다.

5. 사이버공격의 파급효과

오늘날 사물통신을 중심으로 하는 생활관계가 심화되면 될수록 정보통신망이나 자동화프로그램 등에 대한 사이버공격이 갖는 파급효과는 '가상적 충격'이나 '정서적 충격'에 그치지 아니하고, 관련된 자동화기기의 오·작동이나 동작중단으로 인하여 인명 및 재산에 대한 막대한 실질피해를 야기할 가능성 또한 높아지게 된다. 예컨대, 공항·철도의 관제시스템이나 원자력발전소의 제어시스템 또는 금융관제시스템 등에서 오·작동이 발생하고, 그 오·작동이 사람의 인지능력을 초과하는 미세한 것이라면, 각종 자동화프로그램에 의해 작동되는 철도나 원자력발전소 등에 의하여 발생할 수 있는 사회적·국가적 혼란은 북한으로 하여금 대남도발의 빌미를 제공하는 국가적 위험마저 초래할 수도 있다.

Ⅲ. 북한과 사이버공격

1. 북한의 법적 지위

38) 보안전문업체에 의하더라도 사이버공격을 탐지하는데 최소 100일에서 200일정도가 소요된다고 한다. "조직을 위협하는 인텔리전스한 사이버공격 어떻게 막을 것인가", http://www.dailysecu.com /news_view.php?article_id=10303 <2016.5.21.>

39) 권문택, "북한의 비대칭전략- 사이버기습공격에 대한 대책연구", 「융합·보안논문지」 제10권제4호(2010), 84면.

40) 소니가 판매한 CD에 트로얀이 내장된 사례(Russinovich, Mark (2005-10-31). "Sony, Rootkits and Digital Rights Management Gone Too Far". Mark's Blog. Microsoft MSDN. Retrieved 2009-07-29)외에 중국이 국내에 판매한 IP카메라에 중국제조사의 클라우드 서버를 통해서만 접근할 수 있는 백도어를 심어 놓은 사실이 발견되었다. "한국이 감시되고 있다.…중국산 CCTV에 백도어 장착", http://www.zdnet.co.kr/news/news_view.asp?artice_id=20150601180929&type=det&re= <2016.6. 14.>.

우리 헌법질서에 의하면 북한이 우리와 동시에 유엔에 가입하였다고 하더라도 북한지역은 미수복지구이고 북한정권은 반란단체이지만,[41] 북한주민은 분단 이후 제정된 국적법상 휴전선 이북지역에 거주하는 대한민국 국민임에는 변한이 없다.[42] 현행 판례도[43] "북한이 우리의 자유민주적 기본질서에 대한 위협이 되고 있음이 분명한 상황에서…'남북 사이의 화해불가침 및 교류협력에 관한 합의서'에 서명하였다는 등의 사유가 있다 하여 북한이 국가보안법상의 반국가단체가 아니라고 할 수 없다"고 하여 북한정권을 반란단체로 보고 있다. 이러한 점에서 북한 사이버공격은 국토를 잠절하거나 국헌을 문란할 목적의 속성을 가진 사이버공격으로 보아야 하며, 형법은 반란수괴에 대해 적용성은 갖지만 실효성을 갖지 못할 뿐인 것으로 보아야 한다.[44]

2. 북한의 사이버공격과 사이버공격 능력

가. 북한의 사이버공격(사이버 심리전 포함)

북한의 사이버환경은 생활의 도구로서는 석기시대로 평가되고[45] 있지만 무력도발을 위한 '소프트 파워'로서 사이버공격 능력은 달리 평가되어야 한다. 구체적으로 말하자면, 북한은 통일전선부를 중심으로 대남 사이버 선전·선동 등 인터넷 심리전[46]을 운용하거나 암약하고 있는 간첩에 대해 평범한 영상이나 음성파일에 정보를 암호화하여 숨기는 '스태가노 그래피' 기술로 지령을 전달하는[47] 한편, 인민무력부 총참모부 소속의 기술국은 우리의 주요정보통신기반시설에 대한 해킹·악성프로그램의 유포 등 사이버공격을 주도한 것으로 밝혀졌고[48], 지난해

41) 대법원 1961. 9. 28. 4292행상48.
42) 정영화, "헌법 제3조", 「헌법주석서 I」, 법제처, 2007.12. 97면.
43) 대법원 1992.8.14. 선고 92도1211 판결; 대법원 2003. 9. 23. 선고 2001도4328 판결; 헌법재판소 1993. 7. 29. 92헌바48.
44) 대법원 1990.9.28. 89누6369.
45) McDonald, M. (21 Feb 2011) "Home Internet May Get Even Faster in South Korea," The New York Times; 최근의 보도에 의하면, 김정은이 '국가기관과 개인에게 인터넷을 허용하라'는 지시를 하였다고 한다."북 김정은, 개인인터넷 허용 직접 지시", http://imnews.imbc.com/replay/2016/ nwtoday/article/4024401_19847.html <2016.7.14.>
46) 북한의 사이버심리전이 야기할 수 있는 정보왜곡과 유언비어의 기습적 유포는 국가적 혼란을 야기하는 결과 우리의 국가방어와 기반시설을 붕괴시키는 하드킬 이상의 파괴력을 지니고 있다는 평가를 하고 있다. 이상호, "북한의 사이버 심리전의 실체와 대응방향", 「한국정치외교사논총」 제33집 제1호(2011), 264-265면.
47) 연합뉴스, "남북 휴전선 상공에 냉전시대 방불 난수방송 전파 오가", 2016.8.12.
48) 박영준, "북한의 전쟁위협평가와 한국 대북전략의 방향", 「국가전략」 제12권제1호(2015), 14면.

2015년의 한수원사태 등도 모두 북한의 정찰총국에 의해 주도된 것으로 믿어지고 있다.[49]

이에 대해 북한 인민무력부는 '사이버전은 자기를 노출하지 않고 상대를 공격하기 위해 미국이 고안해낸 특수한 형태의 침략전쟁방식'으로 자신과는 무관하다고 발뺌[50]하지만, 중국 이외에 미국·홍콩 등 24개국을 경유[51]하여 국내 보안업체 '소프트포럼'에서 개발하여 국내 금융권이 사용하는 컴퓨터 절반 이상과 2,000만대 이상의 일반 PC에서 활용되고 있는 공인인증서 보안프로그램인 '제큐어웹'[52] 등에 악성코드 심어 놓아 우리의 주요 공영방송사와 금융기관 및 보안업체의 전산시스템을 마비케 한 2013년의 3·20 사이버사태가 북한의 소행으로 밝혀진 점은 주목해야 한다.

나. 북한의 사이버공격능력

FireEye 조사에 따르면, 러시아의 기술지원을 받은 것으로 추정되는 북한 해커의 공격은 '대상조직이나 기업에 속한 사용자가 자주 방문하는 Web 사이트를 방문할 때 해당 사용자의 컴퓨터가 악성프로그램에 감염되도록 만드는 소위 "유인공격"(Water hole attack)을 자행하고 있는 것으로 확인되고 있다.[53] 북한의 이러한 사이버공격 능력은 5점 만점에 3.6점으로 세계 160여국 중 사이버공격 능력 2위 그룹에 속하는 것으로(1위 그룹인 미국·중국은 평균 4점, 2위 그룹인 북한·일본·이스라엘은 평균 3.6점 그리고 우리는 평균 3.2점으로 북한보다 열세다),[54] 그러나 사이버방호능력은 매우 취약한 것으로 각각 평가된다.[55] 그래서,

---

49) 북한 사이버 테러 부대는 디도스 공격에 쓸 좀비PC를 한국에 40만 대 넘게 확보했다고 한다. "북한 매체 완전 개방하고 AM주파수로 북에 뉴스 쏴야", http://blog.donga.com/nambukstory/archives/67991 <2016. 5. 24.>

50) 조선일보, 2011.5.11.

51) "북한 사이버공격, 치밀·지능화…해외 경유지 늘려", http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=001&aid=0006197631 <2013.4.11.>

52) "속수무책 당한 '제큐어웹', "국내 공인인증체계 보안 취약점 보완해야", http://www.etoday.co.kr/news/section/newsview.php?TM=news&SM=2201&idxno=715850; "3.20 해킹사태 원인 밝혀졌다. …소프트포럼,'제큐어웹'",http://pc-to-mac-changer.blogspot.kr/2013/04/blog-post_5916.html <2013.4.10.>

53) FireEye,「サイバー世界大戦: 国家レベルの高度なサイバー攻撃 の背景を理解する」, 2014, 10면.

54) "[3·20 사이버 테러] 천안함 때처럼… 韓美훈련 막바지에 터진 해킹 테러", http://inside.chosun.com/site/data/html_dir/2013/03/21/2013032100542.html <2013.4.11.> :이와 달리 북한 해커부대의 능력에 대해 회의적인 입장도 있다. "진짜 IP 남기며 해킹하는 해커가 어디 있나… 전문가들 갸웃", 한국일보 2011.5.

55) 조성렬, 앞의 논문, 130면.

석기시대에 머문 북한에 대한 우리의 사이버 대응공격은 아무런 전략적 의미를 갖지 아니한다.

3. 북한의 사이버공격과 과제

북한의 사이버공격으로서 인터넷에 의한 대남 선전·선동 등의 심리전 또는 스파이 프로램이나 자동화 프로그램을 오·작동하게 하는 악성프로그램 등 사이버위협행위 등은 북한의 선전·선동과 왜곡된 대남 허위사실을 전파하여 북한 동조세력을 키우면서 대한민국에 대한 북한의 심리적 우위달성을 가능하게 할 것이다.[56] 그밖에 봇넷으로 불리는 각종 악성프로그램에 감염된 PC로 구성되는 좀비군대[57] 등을 통해 우리 사회의 대혼란을 통한 국방역량의 무력화를 도모함으로써 북한이 전쟁개전 초기의 주도권을 장악할 우려 또한 배제할 수 없다.[58] 이에 대해, 우리는 자유민주주의질서를 바탕으로 한 사회·문화·경제적 대북우위성과 민·관·군의 일원적 대응체계성을 북한의 사이버도발에 대한 억제력으로 삼아야 한다.

Ⅳ. 북한 사이버공격의 법적 의의와 대응법제

1. 북한 사이버공격과 헌법상 국가안정보장·질서유지

가. 북한 사이버공격과 질서(개인·사회 및 국가안전보장)와의 관계

공공과 민간의 구별 없이 전방위적으로 범하여지고 있는 북한 사이버공격은 사이버에 대한 의존도가 높은 우리 사회의 와해를 틈탄 무력도발의 기회포착을 목적으로 삼고 있다. 최근에 이르러 국가안보개념이 '경제안보'를 거쳐 '인간안보'로 확대되고, 전통적인 주권에 더하여 사이버주권이 논의되고 있는 점과 백신프로그램으로 위장한 악성코드가 개인과 기업 PC에 침투한 후 방송사·금융기관 등 주요 전산망을 마비시킨 과거 3·20사태[59]에서 알 수 있는 바와 같이 정보화가 고도화되면 될수록 인터넷을 매개로 상호 연결된 개인과 사회 및 국가는 불가

56) 이상호, 앞의 논문, 265면.
57) FireEye, "World War C:오늘날의 지능형 사이버공격 배후 국가들의 동기이해", 3면.
58) 이상호, 앞의 논문, 263면.
59) "3·20 전산대란", https://ko.wikipedia.org/wiki/3%C2%B720_%EC%A0%84%EC%82%B0_%EB%8C%80%B%9E%80 <2016.6.19.>

분적 운명공동체로 되지만 APT화된 사이버공격에 대한 개인적 대응은 기대할 수 없고 국가의 대응능력에 의존할 수밖에 없는 점을 감안할 때,[60] 이하에서는 국가안전보장(국가안보)을 "전체로서 국가의 안전성을 유지하는 상태"[61]로 새기기로 한다. 전체로서의 국가의 안전성은 국가의 성립요소인 국민·주권·영토에 대한 "위험부존재"(The Absence of Risk)[62]의 '안전한 상태'라는 점에서 전술한 개념은 헌법 제37조제2항의 '국가안전보장 및 질서유지'(개인·사회 및 국가의 안전)가 인터넷을 매개로 상호연동하게 되는 사물통신시대의 상황에도 합치된다.[63]

나. 질서유지를 위한 대응체계

질서유지를 위한 국가공권력의 대응체계는 헌법 제37조제2항의 비례원칙에 따른다. 「민사집행법」 제5조를 예로 들면, "사인과 사인간의 자율적 통제(의무이행 등)⇒법원의 명령에 근거한 집달관의 강제집행⇒경찰력 개입⇒국군 개입"의 순서에 따른다. 이러한 공권력 개입의 순서를 살펴보면, 민사질서 이외에 사회·국가의 일반적인 질서에 대한 공권력의 형태별 개입순서도 다르지 않다. 즉, 일반적인 질서법에 의한 경찰권(행정경찰권) 등 행정력만으로는 공공의 안녕질서가 담보될 수 없는 극도의 사회적 혼란이 발생한 경우에는 「계엄법」이 정한 요건에 따라 병력(국군)으로써 공공질서를 유지하게 되며, 계엄전의 사태와 관련하여서는 평시와 다름 없이 행정력에 의한 질서유지를 기본으로 적의 침투·도발에 한하여 「통합방위법」에 의한 통합방위본부장 등이나 지방경찰청장 등 작전지휘관에 의한 군사작전으로써 발생된 위험에 대응하게 하고 있다.[64]

---

60) Eric Talbot Jensen "Cyber Attacks: International Cybersecurity in the 21st Century", http://fordhamilj.org/articles/sovereignty -and-neutrality-in-cyber-conflict/ <2016.2.21.>

61) "What is National Security?", http://index.heritage.org/military/2015/important-essays-analysis/national-security/ < 2016. 5. 30.>

62) 이원우, "안보협력 개념 등의 의미분화와 적용", 「국제정치논총」 제51집 제1호(2011), 34면.

63) 정완교수는 사이버보안에 대해 "사이버공간을 통해 전송되는 정보와 데이터 시스템을 저해하는 모든 보안위협으로부터 해당 자원을 보호하는 것"으로 정의한다, "한·미 사이버보안 법제 동향에 관한 고찰",「경희법학」 제48권 제3호(2013), 218면.

64) 최초 입법당시의 제안이유나 통합방위사태의 선포와 관련된 규정을 종합하더라도 「통합방위법」에 의한 통합방위사태는 적의 침투나 도발 또는 그 위협에 대한 대응에만 한정되며, 일반적인 치안은 계엄과 달리 평시경찰질서에 따르게 된다. http://likms.assembly.go.kr/bill/summaryPopup.do?billId=013887 <2016.8.11.>

2. 북한의 국가안보 등 질서위협행위에 대한 대응법제

현행법상 북한 반란단체가 범하거나 범할 것으로 예상되는 국지적인 군사도발과 비군사적 도발로서 현실공간 및 가상공간을 통한 간첩활동과 사이버 선전·선동 등과 해킹을 통한 각종 악성코드의 유포 등과 같은 사이버공격을 들 수 있다. 이러한 불법행위에 대응하는 법제로는 첫째, 북한의 전면전 군사도발의 경우에는 「계엄법」에 의한 계엄선포와 동시에 전시법령이 시행되는 외에 전투병력과 관련한 「국군조직법」·「국군조직법 제9조제3항에 따른 전투를 주임무로 하는 각 군의 작전부대 등에 관한 규정」및「향토예비군설치법」에 의한 대응 외에 「징발법」에 근거하여 군사작전 수행에 필요한 물적 자원의 징발 및「비상대비자원관리법」에 의한 국가의 인력·물자 등 자원의 효율적 지원이 이루어지게 된다.

다음으로, 북한의 국지적인 무력도발은 있으나 사회질서의 혼란이 극도에 이르지 아니하여 계엄선포는 없지만,[65] 「통합방위법」[66]에 의한 갑·을·병종 사태의 선포가 있으면, 「비상대비자원관리법」이 정한 바에 따른 인적·물적 자원의 활용을 통해 적의 도발 등을 격퇴하기 위한 최소한의 군사작전에 의한 대응이 가능하다.[67] 끝으로, 군사력이 동반되지 않거나 군사적 도발이 잠재된 상황에서 북한의 사이버 간첩활동에 대하여는「형법」과 「국가보안법」에 의한 대응조치가 가능하고, 사이버공격에 대하여는「국군기무사령부령」에 의한 국군기무사령부 및 「국군사이버사령부령」에 의한 국군사이버사령부가 군사상의 필요에 응하는 것 이외에 별도의 대응법률이 없다. 이러한 문제의 해소를 위해서는 현재 국회에

65) 최초 법률안에서는 갑종사태는 국가비상사태로서 계엄을 선포하는 경우를 상정하였으나, 계엄법에 의한 계엄선포와는 무관하도록 하되 국무회의의 심의를 거치도록 수정되었다. http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=013887 <2016.7.23.>

66)「국민보호와 공공안전을 위한 테러방지법」은 유엔 지정의 테러단체를 전제로 한다는 점(법 제2조제2호)에서 무장간첩에 의한 테러에는 적용성이 없고, 「통합방위법」에 의한 대응만 가능하다.

67) 연평도 포격사건과 같은 북한의 국지도발이 발생하면 예비역과 보충역 일부를 부분적으로 동원할 수 있도록 「통합방위법일부개정안」(2016.8.31. 의안번호 2001978)과 「병역법」의 일부개정안을 심의·의결하여 국회에 제출한 상태이다. 국민일보 "北 국지도발 때 예비역·보충겨 동원…국무회의 개정안 심의·의결"2016. 8.22. ; 개정안은 "법 제2조 제14호에 부분동원에 대한 정의 규정(일정한 조직체계를 갖춘 적의 대규모 병력 침투 또는 대량살상무기 공격 등의 도발로 발생한 비상사태나 일부 또는 여러 지역에서 적이 침투·도발하여 단기간 내에 치안이 회복되기 어려운 상황에서 국가방위요소에 의한 통합방위작전으로는 그 상황을 해결할 수 없다고 판단될 때 적의 침투·도발에 신속하게 대응하고 확전(擴戰)을 방지하기 위하여 「병역법」에 따른 병력동원소집 대상자 중 예비역과 교육소집을 마친 보충역을 필요한 범위에서 동원하는 것으로 함)을 신설하고 제20조의2(부분동원령의 선포) 및 제20조의3(부분동원령의 해제)를 각각 신설하는 것"을 내용으로 한다.

제출된 「국가사이버안보에 관한 법률(안)」이나 입법예고 중에 있는 「국가사이버안보기본법(안)」을 법률로 확정될 필요가 있다. 이하에서는, 평시상태에서 군사도발의 잠재성을 가진 북한 사이버공격에 대한 국가총력적 대응법제간 정합성을 확보하는 관점에서 군사작전을 전제로 한 「통합방위법」과 그러하지 아니한 「국가사이버안보에 관한 법률(안)」[68]간의 문제점과 개선점을 살펴보기로 한다.

3. 북한의 사이버공격과 관련 대응법제의 문제점과 개선방향

가. 「국가사이버안보에 관한 법률(안)」

1) 법안의 기본적 대응체계

「국가사이버안보에 관한 법률(안)」[69]에 의한 사이버위기 대응체계는 아래의 <표 2>에서 보는 바와 같이 기본적으로 민관협치의 거버넌스에 기반을 둔 국가총력적 대응체계라고 일단 평가할 수 있다.

<표 2> 「국가사이버안보에 관한 법률(안)」에 의한 대응체계

기관		책무		비고
국가사이버안보정책조정회의		사이버안보에 관한 전략·정책 법령에 관한 사항/기관 상호간의 역할 조정/사이버안보기본실행계획 등(§5)		의장:국가안보실장 / 위원:중앙행정기관의 차관급
국가사이버안보센터		사이버안보에 관한 전략·정책 수립·시행/중앙행정기관 등의 사이버안보실태 평가/위협정보의 수집·분석·전파 등(§6)		국가정보원장 소속 / 위협분석·사고조사·경보발령을 위한 **민·관·군 합동대응팀** 구성(§6)
국가정보원장		사이버안보기본계획 수립(§7)/사이버안보 실태평가(§9)/사이버위기경보(§14)		
		국가사이버위협정보공유센터 구축·운영(§11)		**책임기관·지원기관 인력 파견/민관협의회**(§11)
책임기관	중앙행정기관	보안관제센터(§10)/위협정보의 제공(§11)/사고조사·대응조치(§12)	사이버안보대책 수립·시행(§8)	국회·법원·헌법재판소 등 행정사무 처리하는 기관 등(§2, 5호 가목)
	책임기관			공공기관, 집적정보통신시설사업자 등 (§2 5호 나~아목)
정부		대응훈련(§13)/사이버위기 대책본부 구성(§15) / 사이버안보전문업체지정·관리(§16)/국제협력(§20)		대책본부 : 책임기관 및 **민간지원기관 참여(§15)**

68) 최근 「국가 사이버안보 기본법(안)」이 2016년 9월1일 국가정보원 공고 제2016-3호로 「국가사이버안보기본법(안)」이 입법예고된 상태인 점을 고려하여 이철우 의원 등이 2016년 5월 30일에 발의한 「국가사이버안보에 관한 법률(안)」을 중심으로 살펴보기로 한다.

69) 이 법률안에 대한 상세한 내용은 "2000032-의사국+의안과-의안원문.pdf" 참조. http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId= PRC_L1Z6M0L5M3W0U1W4T2M8K4L3S5I0Y2 <2016. 8. 2.>

즉, 국가정보원 소속하에 국가사이버안보센터·국가사이버위협정보공유센터를 두어 국가정보원장으로 하여금 사이버안보에 관한 기본계획에서부터 관련한 전략·정책의 수립·시행을 비롯한 사이버위협정보를 수집·분석·전파 및 사이버안보실태의 평가 등을 행하도록 하여 사이버공격에 대한 국가적 대응의 통일성을 도모하는 한편, 보안관제센터 설치·운영하는 중앙행정기관 등과 일정한 민관기관을 책임기관으로 삼아 위협정보[70]의 제공·공유 및 사고조사·대응조치를 하도록 함으로써 소관기관별 책임대응체계를 구축함으로써 국가적 대응의 시너지 효과를 추구하고 있다.

그러면서도, 위협정보의 공유 등으로 야기될 수 있는 개인정보침해의 문제를 감시할 민관협의회를 전제하고 있다. 그런데, 각 책임기관에 의하여 생산되고 비밀로 분류·관리되는 위협정보는 비밀의 속성상 다른 책임기관 등 제3자에 대한 접근·공유를 허용하지 아니하여야 하며, 제3자의 접근·공유는 일정한 법정요건의 구비를 전제로 하여야 한다. 그럼에도 이를 규율하는 법률이 없다는 점에서는 민간기관을 포함한 위협정보의 공유가 실현될 수 있을지는 지극히 의문이다.[71]

2) 국방분야의 주된 책임기관

앞에서 살펴본 「국가사이버안보에 관한 법률(안)」 제6조제3항은 국가안보를 위협하는 사이버공격의 분석, 사고조사 및 위기경보 등을 위해 국가정보원장에게 민·관·군 합동대응팀의 구성권을 부여함으로써 군사 내외의 분야를 포함한 종합적 차원에서의 북한 사이버공격에 대한 국가안보적 평가를 가능하게 한다. 이와 관련, 군사분야에 관한 책임기관인 국방부장관의 역할을 수행할 내부책임기관을 국군기무사령부와 국군사이버사령부 중 누구로 할 것인가가 논란이 될 수 있지만, 국군기무사령부는 군사 및 정부전복에 관한 첩보의 수집·작성 및 처리를 소관사무로 하나(령 제3조제2호), 국군사이버사령부는 국방사이버전의 기획 및 계획수립·국방사이버전의 시행 등을 소관사무로(령 제2조)로 한다는 점에서 군사작전을

70) 현행 법안은 사이버공격에 대한 근원지 확인을 위한 인터넷프로토콜주소(IP)와 네트워크카드주소(MAC)와 악성프로그램 등에 관한 정보만을 규정하고 있으나(법안 제11조제1항), 책임기관별로 생산된 위협정보는 보안정보로서 비밀등급이 부여될 것으로 예상되고, 이러한 비밀분류된 정보의 공유를 위한 별도의 법적 기반이 없다는 점에서 그 실효성을 꾀하기 어려울 것으로 예상된다.

71) 비밀은 국민의 알권리를 제한하는 동시에 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」에 의한 정보공개청구의 거부사유로 됨에도 불구하고 아무런 작용법적 근거 없이 대통령령인 「보안업무규정」으로 규율하고 있는 것도 문제이다.

전제로 하는 통합방위사태 이전까지는 국군기무사령부가, 통합방위사태 이후 전시사태에 이르기까지는 국군사이버사령부가 국방부 내에서의 주된 책임을 수행해야 할 것으로 보이나, 「국군사이버사령부령」 제2조제5호의 유관기관 사이의 정보의 공유 및 협조체계 구축을 고려한다면 군사작전의 전제여부를 떠한 국군사이버사령부가 사이버위협과 관련한 내부책임기관으로 일원화함이 타당하다.[72]

나. 「통합방위법」

1) 「통합방위법」의 적용대상

「통합방위법」은 북한의 침투나 도발 또는 위협에 대응하여 국가총력적인 국가방위요소의 통합·운영에 의한 방호를 목적으로 한다. 만일, 북한의 사이버공격이 대한민국의 영토 밖에서 북한에 의한 사이버공격이 이루어졌다면, 사이버공간이라고 할지라도 우리의 주권적 지배를 받는 정보통신인프라에 대한 공격인 한도에서는 우리 주권에 대한 공격은 인정되지만[73] 북한에 의한 영토침범은 없다는 점에서 「통합방위법」 제2조제9호의 적의 침투가 있은 것으로 볼 수 없다. 그러나, 그 사이버공격으로 인하여 우리의 주권적 지배를 받은 정보통신망으로부터 국민 개인정보가 대량유출되거나 정보통신망의 장해로 인하여 인명과 재산상의 피해가 발생하여 사이버전으로 관념할 수 있는 한, 같은 법 제2조제10호의 도발로 볼 수 있고 그 점에서는 같은 법 제2조제12호에 의한 방호는 가능하다.

그런데, 국가총력적인 국가방위요소의 통합·운영을 위한 전제요건인 갑·을·병종사태의 선포와 관련하여 「통합방위법」은 그 요건으로서 '일정한 조직체계를 갖춘 적의 대규모 병력침투','여러 지역에서 적의 침투·도발' 또는 '적의 침투 또는 소규모의 적이 침투'로 규정하고 있다. 이러한 규정의 전후문맥에 의하면, 침투·도발은 북한반란단체 구성원에 의한 우리의 물리적 영토공간에 대한 침투·도발로 해석될 뿐, 이와 같은 인적 요소의 물리적 개입이 없는 사이버공격을 포함하는 것으로 해석할 수는 없다.[74] 그렇다고 하여 사이버전으로 관념할 수도 있는 북

---

72) 입법예고된 정부안(「국가사이버기본법(안)」) 제2조 제2호는 책임기관으로 국군조직법에 따른 합동참모본부, 각 군 및 국방부 직할부대 등을 포함하고 있는 바, 이는 불필요한 조치로 보인다.

73) Michael N. Schmitt, 「Tallinn Manual On The International Law Applicable To Cyber Warfare」, Cambridge, 2013. p.15-16.

74) 적의 위협 또는 우발상황까지 포함하여 통합방위사태의 선포요건을 너무 광범위하게 규정한 것이 아닌가 하는 국회의 대정부질문에 대해 국방부장관은 적의 침투·도발이나 이와 직접으로 관련된 위협이 있는 때에만 발동하는 것이지 일반적인 적의 위협 등을 이유로 선포할 수는 없

한 사이버공격에 대해 군사력의 행사가 없다는 이유만으로 '전쟁 외의 군사작전'에 의한 대응가능성까지 처음부터 배제하는 것은 문제라고 할 것이다.

2) 「통합방위법」의 문제점

은밀성·잠복성 및 '물리력 없는 공격성'(Attack without force) 등의 특징을 갖는 북한 사이버공격은 공격시점과 효과발생 시점 간에는 시간적 격차가 있으며, 효과가 발생한 후의 대응은 그루지아 사태나 에스토니아 사태를 재연하는 결과를 초래할 뿐이다. 요컨대, 러시아의 사이버공격에 이은 물리력 행사에 대해 대응조차 제대로 못한 채 5일 만에 정전협정에 이르게 된 조지아 사태[75]로부터 북한에 의한 사이버공격은 "평온한 상태의 총성 없는 사이버공격에 불과한 외관을 갖지만 언제든지 군사적 도발과 이어질 수 있음에도 불구하고 군을 포함한 전국가차원의 실시간 종합분석을 통한 경계를 늦춘다면 언제든지 전쟁으로 이어질 수 있고, 이길 수 있는 전쟁을 패전으로 몰고 갈 수 있다"는 비대칭전략의 실패 내지는 군사적인 면에서는 북한의 무력도발에 대한 '전후맥락없는 군사작전'의 결과를 야기할 것이라는 교훈을 얻을 수 있다. 이러한 점에서 북한 사이버공격에 대하여는 '전쟁 외 국가방위요소'의 통합운용을 전제로 하는 「통합방위법」의 개정이 필요하다.

3) 「통합방위법」 개선의 방향

전술한 바와 같이 '무장한 적의 물리력'를 대상으로 하는 「통합방위법」의 한계를 극복하고 '무장하지 아니한 적'의 '물리력 아닌 사이버공격'에 국가총력전의 개념으로 대응하기 위해서는 위 법률을 다음과 같이 조정할 필요가 있다. 첫째, 사이버공격 그 자체만으로는 전쟁법적 대응이 허용되지 않기[76] 때문에 "전쟁 이외의 군사작전"(Military Operation Other Than War)[77]의 차원에서의 대응이 필요하다. 이러한 점에서, 사이버위협경보의 수준에 따라 군사영역에서는 갑·을·병종사태와 병행하거나 별도로 수행될 수 있는 '전쟁 외의 군사작전'으로서 사이버전의 개념 및 보안전문가와 시설을 법 제2조제2호에 의한 국가방위요소로 삼

다고 답변하고 있는 점에 주목할 필요가 있다. 앞의 「통합방위법안 심사보고서」, 12/40면.

75) 정준현, "북한의 사이버공격에 대한 우리의 대응전략과 법적 과제", 89-91면..

76) 정준현, 앞의 논문,103면.

77) 길병옥·길정우, "전쟁이외의 군사작전(MOOTW) 수행을 위한 정책방향", 「軍史」 제60호(2006. 8.), 307·331면.

는 「통합방위법」 및 「비상대비자원관리법」의 개정이 각각 필요하다.

둘째, 북한을 비롯한 최근의 사이버공격은 가시적인 웹을 통하기 보다는 '심층 웹'이나 '암흑 웹'과 같은 비가시적인 웹을 통하여 자신의 정체를 숨기면서 국민생활에 유용한 정보통신 인프라 등에 악성코드를 심어 놓는 "표적 유인 공격"(Water hole attack) 기법에 의하여 이에 접속한 악성코드에 감염된 개인이나 기업 등의 정보통신망이나 정보통신기기가 북한반란단체의 명령을 기다리는 좀비 군대로 될 수 있다. 이를 국가총력전의 개념으로 방어하기 위해서는 사이버위협정보의 만·관·군의 위협정보공유체계가 필요하다.[78] 다음으로, 최근의 한수원사태나 인터파크 개인정보유출사건에서 보듯이 이러한 사이버공격은 물리적 비상사태가 아닌 사이버상의 비상사태로서 물리적 대응이 아니라 전문가에 의한 실시간의 탐지와 대응이 요구된다는 점 등을 종합적으로 고려할 때, 현행 「통합방위법」상 국회 등의 사전통제가 아닌 사후통제의 전제로 실시간 대응을 가능하게 하는 '전쟁 이외의 군사작전'으로서의 사이버통합방위사태가 별도로 관념되어야 한다.

다. 「국가사이버안보에 관한 법률(안)」과 「통합방위법」·「국군사이버사령부령」

국방 사이버전의 기획, 계획, 시행, 연구·개발 및 부대 훈련에 관한 사항을 관장하는 국군사이버사령부는 국방부장관의 명을 받은 합동참모의장의 지도·감독하에 국방사이버전에서 사이버작전을 수행하지만(영 제7조), 「국군조직법」 제2조제2항과 제9조제3항에 근거한 「국군조직법 제9조제3항에 따른 전투를 주임무로 하는 각 군의 작전부대 등에 관한 규정」에서는 작전부대(2조) 또는 합동부대(3조)로서 국군사이버사령부를 명시하지 아니한 점에 비추어 볼 때, 사이버전을 전쟁으로 관념하지는 않았지만 '전쟁 외의 군사작전'의 대상성이 됨을 전제한 것으로 보인다. 이 점에서, 북한의 무력도발로 인한 계엄선포 이전의 평시상황으로서 「통합방위법」에 의한 관할구역별 지휘관과 「국가사이버안보에 관한 법률(안)」(또는 「국가사이버안보기본법(안)」)[79]에 의한 국가사이버안전센터와 국군

78) 미국 국토안보부는 "사이버보안에 대한 책임은 중앙집중될 수 없으며, 공유되어야 한다"면서 "정부는 모든 면에서 사이버보안에 대응해야 한다"고 한다. http://fcw.com/articles/2016/09/20/ozment-cyber-central.aspx

79) 이와 관련하여 「국가사이버안보기본법(안)」 제2조제6호 나목에서는 책임기관으로 「국군조직법」에 따른 합동참모본부, 각 군 및 국방부 직할부대·기관을 책임기관으로 규정한 점은 이를 염두에 둔 입법안으로 보이기는 하지만, 국방부장관의 명을 받은 합동참모의 장의 지도·감독하에 국방사이버전에서 사이버작전을 수행하는 사이버사령부를 책임기관으로 함이 보다 일원적인

사이버사령부간의 역할을 살펴볼 필요가 있다.

생각컨대, 전술한 바와 같이 군사적 도발이 없는 북한의 사이버공격을 '전쟁 외의 군사작전'의 대상으로 삼는 「통합방위법」의 개정이 이루어진다면, 전투를 주 임무로 하지 아니하는 국군사이버사령부로 하여금 국군 내에서 북한의 사이버공격에 대한 위협정보를 공유하는 기관으로 일원화해야 한다. 그러면서 평시에는 「통합방위법」상의 작전지휘관의 지원 하에 사이버 사령부를 중심으로 위기경보에 대응하거나 훈련을 실시하고, 통합방위사태가 선포된 경우에는 사이버사령부의 지원 하에 각 작전지휘관의 책임으로 정보통신기반시설에 대한 '전쟁 외의 군사작전'으로서 통합방위작전을, 그리고 전시로 인하여 계엄이 선포된 경우에는 사이버사령부의 지원 하에 각 전투작전 지휘관의 책임 하에 전투 목적의 군사작전을 각각 수행하도록 하거나 독립적으로 사이버전을 수행해야 한다.

라. 「국가사이버안보에 관한 법률(안)」상 위협정보 공유와 「비밀분류법」

「국가사이버안보에 관한 법률(안)」에 의하면 집적정보통신시설사업자나 전자금융기반시설사업자 등을 포함하는 책임기관(제2조)과 위협정보를 공유하도록 하고 있으나(제11조)[80], 위협정보는 해당 정보를 생산하는 책임기관의 입장에서는 비밀로 분류하여 관리하게 되는데, 공유하게 될 기관이 해당 비밀을 누설할 우려가 없다는 점에 대한 적정평가 없이[81] 위협정보의 공유를 기대하기도 어렵다. 비밀생산기관과 비밀공유기관간의 비밀공유를 위한 기준이나 해당 비밀의 보호조치에 관한 별도의 기준제시가 없는 상태에서 위협정보의 공유는 결국 사상누각이 될 우려가 크다. 이러한 점에서 현재 대통령령으로 된「보안업무규정」이 아닌 법률차원의 비밀분류법을 조속하게 입법할 필요가 있다.

4. 관련법제의 개선방향

평시와 전시의 구별 없이 범하여질 수 있는 북한의 사이버공격에 대해 군사적인 관점에서의 효율적 대응을 위해서는 먼저 「국군사이버사령부령」을 개정하여 사이버전의 소관기관인 국군사이버사령부를 「국가사이버안보에 관한 법률(안)」

체계와 함께 명료성을 갖는다고 하겠다.

80) 물론, 법안 제11조제1항 가목에 의한 IP와 Mac 주소는 개인식별정보에는 해당하지만 「개인정보보호법」 제18조 제2항제2호의 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 해당하여 위법의 문제를 야기하지 아니한다.

81) 일본의 「特定秘密の保護に関する法律」 제5장(제12조부터 제17조까지) 이하 참조.

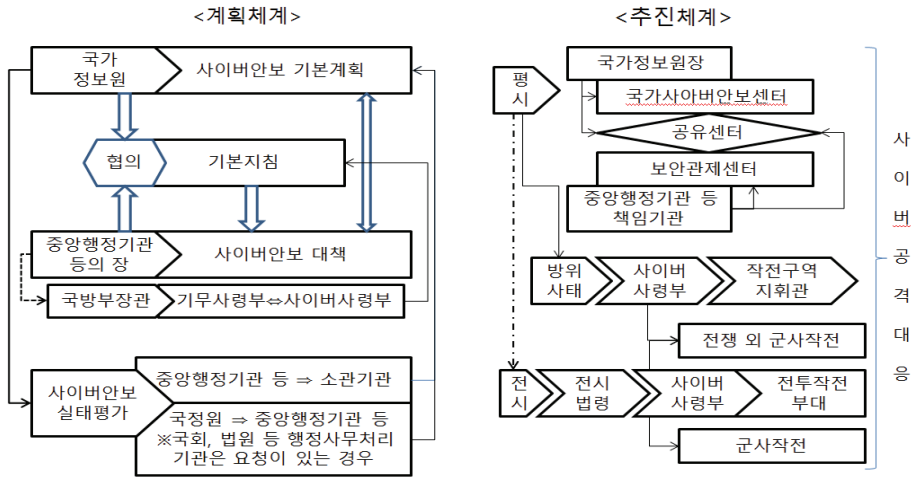
제12조의 책임기관의 장인 국방부장관을 대리하는 기관으로 삼아야 한다. 이러한 조치를 취한 다음, 통합방위사태가 선포되기 전까지는 국군사이버사령부가 '전쟁 외의 사이버군사작전'으로서 「군사시설 및 군사시설보호법」 제2조제2호가 규정한 군사시설 중 정보통신망 기반한 시설을 대상으로 「국가사이버안보에 관한 법률(안)」에 근거한 사이버안보대책의 수립·시행(제8조), 사이버안보실태 평가(제9조), 보안관제센터의 설치(10조), 위협정보공유센터의 참여(제11조제3항) 및 사고조사(제12조) 등을 수행하는 내용으로, 통합방위사태가 선포되고 전시를 이유로 하는 계엄 전까지는 「통합방위법」 제2조제4호에서 규정한 통합방위본부장이나 지방경찰청장 등 작전지휘관이 국군사이버사령부의 응원을 받아 통합방위작전의 하나로서 사이버작전을 병행할 수 있도록 「통합방위법」을 개정하여야 한다. 끝으로 전시로 인한 계엄이 선포되면, 공포될 전시법령에서도 위와 같은 국가총력적인 대응태세가 당연 반영되어야 할 것이다.

그밖에,「국가사이버안보에 관한 법률(안)」에는 사이버위기경보의 수준에 따른 국민의 사이버활동에 대한 제한규정을 신설하되, 북한발 사이버공격은 제한적 또는 전면적 무력도발의 가능성을 안고 있다는 점을 감안하여 사이버위기경보의 수준과 「통합방위법」 제2조 제6호에서 제8호까지의 갑·을·병종사태와의 연관관계에서 비례원칙에 따라 국민의 사이버활동에 대한 제한을 설정하여야 할 것이다. 그리고 사이버위기경보의 발령에서부터 통합방위사태 및 전시사태와 관련하여 「국가사이버안보에 관한 법률(안)」 제13조의 대응훈련이나, '전쟁 외의 군사작전'으로 그리고 통합방위사태의 선포 이후의 상황에 대한 군사작전으로서 「국가 사이버안보에 관한 법률(안)」 제2조제5호의 민간책임기관이나 법안 제16조의 사이버안보 전문업체를 국방자원요소로 통합·운용할 수 있도록 하는 내용을 「통합방위법」에 별도로 규정함과 아울러 「비상대비자원관리법」 제11조제1항에 근거한 시행령의 '중점관리대상자원의 지정목록'에 「국가 사이버안보에 관한 법률(안)」 제16조에 의한 전문업체를 추가할 필요가 있다.

5. 북한의 사이버공격에 대한 국가총력적 대응

북한 등의 사이버공격은 앞에서 살펴본 바와 같이 무력에 의한 군사도발의 기회를 잡을 목적으로 우리 사회에 전반에 걸쳐 지속적으로 범하여질 매우 높다. 이러한 북한 등의 사이버공격에 대하여는 아래의 <그림 1>과 같은 계획 및 추진

체계를 형성함이 요구된다. 즉, 평시의 계획체계의 면에서는 국가정보원에 대해 최상위계획으로서 '사이버안보기본계획'의 수립권한을 인정하고, 중앙행정기관 등 책임기관과 국가정보원장간 협의를 거쳐 마련한 기본지침을 통해 각 중앙행정기관 등의 장이 하위 '사이버안보대책'을 수립·시행하되, 국방의 경우 사이버전의 기획 및 시행을 소관사무로 하는 국군사이버사령부를 국방부의 내부책임기관으로 함이 합당하다.[82]



<그림 1 > 국가총력적 대응체계(안)

추진체계에 있어서는 통합방위사태를 포함한 평시에 있어서도 전시사태와의 연계의 측면에서 중앙행정기관인 국방부 소속 보안관제센터에 대한 총괄이나 사이버위협정보공유센터의 참여는 국군사이버사령부가 중심이 되어야 한다. 그래야 적의 사이버공격과 병행된 통합방위사태에 임하여서도 작전구역의 지휘관의 군사작전을 지원할 "전쟁 외의 군사작전"으로서의 사이버사령부의 사이버전의 수행을 비롯하여 전쟁이 발발한 경우에 있어서 군사작전으로서의 사이버전수행에 일관성을 통한 전체적인 군사작전의 효율성 내지 전략적 우위성[83]을 담보할 수 있다.

82) 아마 전시에는 국군기무사령부가 국가정보원의 역할을 수행할 것으로 예상된다.
83) 조성열, 앞의 논문, 120·125면.

Ⅴ. 맺는 말

사이버공격은 개인과 단체를 대상으로 하던 단계에서 오늘날에는 개인과 단체뿐만 아니라 국가기반시설과 군정보시스템을 포함하고 있으며, 한반도 전역에 걸친 김일성·김정일주의를 관철하기 위해 무력행사의 기회를 엿보는 북한은 군사전략적 우위의 면에서나 남·북한간 정보화수준 및 정치제도적 격차로 야기되는 사이버전의 비대칭전략차원의 면에서 볼 때 우리 사회의 안전을 위협하는 사이버공격을 게릴라식으로 또는 부분적 도발의 수단으로 끊임없이 자행할 것으로 예상된다. 특히, 사이버공격이 갖고 있는 은밀성·잠복성·감염성·지속적 지능화 등을 이용하여 사이버안보 법제의 제정여부를 둘러쌓고 개인감시논란에서 벗어나지 못한 우리 사회 곳곳에 북한이 좀비군대를 심어두고 사이버공격별 사회적 혼란의 정도나 특정지역에 한정된 사이버공격과 물리적 침투·도발의 효과 등에 대한 학습효과(Deep Learning)를 도모할 가능성이 높을 것으로 보인다.

이러한 점에서 사물통신사회에서 개인안보는 사회 및 국가안보로 연결될 수밖에 없고 이러한 사이버공격에 대하여는 국가총력적 대응만이 그 피해를 최소화할 수 있다는 대국민 설득을 통한 국민적 인식을 바탕으로 먼저 국회에 계류 중인 「국가사이버안보에 관한 법률(안)」을 신속하게 입법하되 위기경보의 수준에 따라 제한가능한 개인정보자기결정권의 범위나 강제사이버대피소의 강제격리조치 등을 행위제한에 관한 조항을 별도로 두어야 한다.

다음으로, 북한에 의한 사이버공격의 종국적인 목적은 군사적 도발에 있음을 확인하여 평시와 전시의 군사작전을 연계할 국군사이버사령부를 중심으로 국방부의 대북 사이버공격전 대응체계를 구축하되 민간의 참여를 허용하여 국민총합적 대응체계를 구축하여야 한다.

이를 위해서 한편으로는 「국가사이버안보에 관한 법률(안)」의 정착과 아울러 '비밀분류법' 또한 조속하게 제정하여 민간전문기관의 참여와 참여민간기관의 위협정보 공유가 가능한 기반을 마련하여야 하여야 하고, 다른 한편으로는 「통합방위법」을 개정하여 사이버공격과 관련한 민간보안전문가·시설 등을 방위전력에 포함시켜 「비상대비자원관리법」의 대상자원을 통합방위작전에 동원할 수 있도록 함과 아울러 평시와 전쟁간의 일관된 군사작전의 연계성 확보를 위해서 국군사이버사령부를 「국군조직법 제9조제3항에 따른 전투를 주임무로 하는 각 군의 작전부대 등

에 관한 규정」에 의한 전투를 임무로 하는 작전부대에 포함시킬 필요가 있다.

(논문투고일 : 2016.10.31, 심사개시일 : 2016.11.22, 게재확정일 : 2016.12.15)



정 준 현

국가총력적 대응체계, 국방자원요소, 사이버공격, 위협정보 공유, 전쟁 외 군사작전, 통합방위사태

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

김인중, 「사이버공간의 사이버안보」, 글과생각, 2103.

Michael N. Schmitt, 「Tallinn Manual On The International Law Applicable To Cyber Warfare」, Cambridge, 2013.

Ⅱ. 논문

권문택, “북한의 비대칭전략- 사이버기습공격에 대한 대책연구,「융합보안논문지」제10권제4호(2010).

김재엽, “제4세대 전쟁:미래전과 한국안보에 대한 함의”,「신아세아」제17권제1호(2010년 봄),

길병옥·길정우, “전쟁이외의 군사작전(MOOTW) 수행을 위한 정책방향”, 「軍史」 제60호(2006. 8.).

박노형, “사이버전의 국제법적 분석을 위한 기본개념의 연구”, 「국제법학회논총」 제59권제2호(대한국제법학회, 2014).

박영준, “북한의 전쟁위협평가와 한국 대북전략의 방향”, 「국가전략」 제12권제1호(2015).

배달형, “국가군사전략급 수준에서 북한 사이버 위협과 한국군의 대응방향”, 「전략연구」 통권 제52호(2011.7.).

장규현·임종인, “국제사이버보안 협력 현황과 함의: 국제안보와 UN GGE 권고안을 중심으로”, 「정보통신방송정책」 제26권제5호(2014.3.),

전승수, 「초연결사회의 빅데이터 생태계분석과 시사점」, 한국과학기술기획평가원, 2012.10.

정 완, “한·미 사이버보안 법제 동향에 관한 고찰”, 「경희법학」 제48권 제3호(2013),

정준현, “북한의 사이버공격에 대한 우리의 대응전략과 법적 과제”, 「한국국가정보학회」 제8권제1호, 2015.

정준현, “국가사이버안전법제의 방향에 관한 연구”, 「법학논총」 제39권제4호(단국대학교 법학연구소, 2015).

조성렬, “북한의 사이버전 능력과 대남 사이버위협 평가”, 「북한연구학회보」 제17권2호(2013),

최문정·최준성·박원형·국광호, “사이버전에서 보복과 복구의 한계”, 「보안공학연구논문지」 제10권제4호(보안공학연구지원센터, 2013.8.),

한권희, “통일전선전술(대남적화전략의 전모 3)”, 「북한」 통권 477호(2011.9.),

이원우 “안보협력 개념 등의 의미분화와 적용”, 「국제정치논총」 제51집 제1호 (2011).

Anthony Rutkowski, “Public International Law of the International Telecommunication Instruments: Cyber Security Treaty Provisions Since 1850,” 2011.

Matthew C. Waxman, “Cyber-Attacks and the Use of Force”, 「Back to the Future of Article 2(4)」 36, YALE J. INT’L L. 421(2011).

Michael Chertoff and Tobby Simon, “The Impact of the Dark Web on Internet Governance and Cyber Security”, CIGI, Global Commission on Internet Governance, 2015. 2.

Paul Ducheine/Jelle van Haaster, “Fighting Power, Targeting and Cyber Operations”, 2014 6th International Conference on Cyber Conflict.

Peter Margulies, “Sovereignty and Cyber Attacks: Technology’s Challenge to the Law of State Responsibility”, 「Roger Williams University School of Law」 , 2013.

World Economic Forum, Partnering for Cyber Resilience: Risk and Responsibility in a Hyperconnected World-Principles and Guidelines, 2012. pdf.

Ⅲ. 기타

한국인터넷진흥원, 「2016년 1분기 사이버위협 동향보고서」, 2016.5.

Scott McNealy, Polly Sprenger, Sun on Privacy: ‘Get Over It’, WIRED (Jan. 26, 1999), http://archive.wired.com/politics/law/news/1999/01/17538 <2016.3.11.>

Abstract

Study on the Direction of the Legislation for the Nationally totalized Responses to the North- korean Cyber-attack

Jun Hyeon, Jeong

It is difficult to detect the attack and not free from conspiracy by the impure forces in the country, because North Korea's recent cyber attack has been carried out through the poetic deep Web and dark web rather than the visible web. In particular, if the North Korea of cyber attacks by infectious malware with Advanced Persistent Threats is directed to an important information and communication infrastructure in the life of people or the site that many people routinely use, it can not be ruled out fears that personal PC and/or national critical information and communication infrastructure will fall into the zombie troops moving along on the adjustment of that.

Cyber attacks by the forces of impurity, such as North Korea, will lead to a threat to both the individual, the society and the country for which they are combined into organismic via the Internet in accordance with the evolution of IoT. Therefor, it is necessary to understand national security as “the absence of the threat to national security as a whole nation” under ‘IoT’ circumstance. And in a limited range on the basis of the 「United Defense Act」, it should allow to perform ‘the cyber military operations other than united defense situtions’ under regarding that North Korea's cyber attack can lead to any armed provocations. In short, if a cyber attack by North Korea reach a certain level of cyber threat, the Nationaly totalized correspondence against cyber attack as ‘military operations other than war under the united defense situation should be permitted.



Jun Hyeon Jeong

Nationally totalized defence, National Defense Elements, Cyber attack, Military operation other than War, United defense situation

분쟁조정제도에 관한 법제정비 방안

권 수 진*
김 일 환**

【목 차】

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 재판 외 분쟁해결제도의 개관
Ⅲ. 재판 외 분쟁조정제도의 유형별 분류 및 분석
Ⅳ. 현행 분쟁조정제도에 대한 법적 검토
Ⅴ. 결 론

【국 문 요 약】

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

* 성균관대학교 글로컬과학기술법전문가양성사업단 연구원
** 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

해에 대한 신속하고 효과적인 해결을 도모할 수 있는 법제정비 방안을 제시하고자 한다.

I. 서 론

어느 국가, 어느 사회나 갈등에 의한 분쟁은 존재한다. 종래에 이용되어 왔던 국가 공권력에 의한 분쟁해결 방식은 사법부를 통한 소송으로서의 해결을 의미하며, 제기된 분쟁에 대하여 종국적이고 강제적으로 해결할 수 있는 장점을 가지고 있다. 그러나 소송에 의한 갈등해결 방식은 시간이 오래 걸리고 비용이 많이 소요되며, 소송 당사자들 간의 갈등이 완전하게 해소되지 않고, 사법적인 절차만으로 강제적 합의가 이루어진다는 제도적 단점도 가지고 있다. 이에 따라서 분쟁의 형태가 다양화되고 있는 현대사회에서 새로운 분쟁해결방식으로 재판 외 분쟁해결제도가 부각되고 있다.[1] 이러한 분쟁해결제도가 헌법상 재판을 받을 권리를 침해하는 것이 아닌지 다투어지고 있으나 기본권의 효율적 보호를 위하여 다양한 권리보호수단을 마련하는 것은 법치주의 원리상 타당하다.[2] 우리나라에서도 현재 다양한 형태의 재판 외 분쟁해결제도가 시행되고 있는 바, 이에 관한 논의도 활발하다.[3] 그 중 특히 많이 이용되고 있는 행정형 분쟁조정제도의 경우에는 행정기관 소속으로 존재하거나 행정기관 산하에 분쟁조정위원회 등의 이름으로 설치·운영되고 있다. 이러한 행정형 분쟁조정제도가 법률규정 등을 통하여 외관상 활성화되어 있는 것처럼 보이지만 실제로는 몇몇 기관을 제외하고는 대부분 그 이용도가 매우 저조한 실정이라서 명목상으로만 존재하고 있는 경우도 많다.[4] 또한 행정형 분쟁조정제도의 경우 관련 법률이 제정·개정됨에 따라서 분쟁조정위원회가 무분별하게 설치 또는 폐지되거나, 혹은 주관기관 자체가 변경되기도 하면서 제도의 실효성이 떨어지는 문제점이 있다. 이 논문에서는 현대사회에서 부각되는

---

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

2) 김일환, “개인정보의 보호와 이용법제의 분석을 위한 헌법상 고찰”, 헌법학연구 제17권 제2호 2011. 6, 353-389면

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

4) 이수종, “ADR의 사회통합적 기능: 헌법상 재판청구권과의 관계를 중심으로”, 저스티스 통권 제134권 제3호, 2013, 1~5면

재판 외 분쟁해결절차의 유형, 헌법적 의의를 살펴보고 특히 현행 행정형 분쟁조정제도가 가지고 있는 문제점을 중심으로 개선방안을 모색함으로써 우리나라의 분쟁조정제도의 활성화 방안에 대하여 살펴보고자 한다.

Ⅱ. 재판 외 분쟁해결제도의 개관

1. 헌법적 의의

법치국가원리와 기본권보호의 출발점은 바로 절차적 정의의 확보에 있다. 국가는 모든 관련자들에게 그들의 사정과 의견을 주장할 수 있는 공정하고 객관적인 절차들을 보장한 이후에 어떤 결정을 내려야만 한다. 결국 이러한 공정하고 객관적인 절차를 통하여 국가는 국가권력행사의 정당성을 확보할 수 있다. 특히 오늘날 기본권보호 경향은 최대한 기본권을 보호하자는 것인데, 이러한 경향중 하나가 바로 기본권을 절차보장으로 파악하는 것이다. 따라서 오늘날 기본권과 조직, 절차를 연결하는 것이 기본권의 실현과 보장을 위하여 아주 중요한 의미를 갖는다.[5] 그러므로 첨단과학기술사회, 정보사회에서 타인의 기본권보호는 물론 국가권력행사의 정당성을 위해서도 실체적 기본권은 절차영역에서부터 보호되어야만 한다. 물론 지금까지 전통적인 기본권보호제도에서는 국가의 공권력작용으로 인하여 국민의 권리가 침해된 경우에 재산상 손해를 전보해 주거나 당해 행정작용을 취소, 변경해 주는 사후적 구제제도가 핵심이었다. 그러나 원자력발전소나 무수히 많은 사람들이 동시에 개인의 사적인 정보를 저장, 전달할 수 있는 정보처리기술이 등장하는 첨단과학기술사회, 정보사회에서 이러한 전통적인 사후 구제제도로는 개인의 권리를 충분히 보호할 수 없다. 오히려 첨단과학기술사회, 정보사회에서는 국가의 공권력작용으로 인하여 국민의 권리침해가 발생하기 이전에 처음부터 위법하거나 부당한 공권력작용이 행하여지지 아니하도록 예방하는 사전적, 절차적 제도를 통한 권리보호가 훨씬 더 효율적이다. 따라서 아직까지는 사전적, 구제제도가 사후적 구제제도를 보완, 보충하는 역할을 맡고 있으나 앞으로는 그 중요성이 사후적 구제제도에 준할 만큼 중요한 몫을 차지할 것이다.[6]

---

5) 김일환, “첨단기술사회에서 효율적인 기본권보호에 관한 예비적 고찰”, 한국헌법학회 헌법학연구 제8권 제3호, 2002. 10, 65~70면

6) 김일환, 전게논문, 70~85면

이러한 관점에서 본다면 재판 외 분쟁절차의 한 종류인 분쟁조정제도는 현대사회에서 생겨나는 다양한 갈등을 재판에 비하여 보다 신속하고 저렴한 비용으로 해결할 수 있는 절차이다. 이에 대하여 이러한 분재조정제도는 헌법상 보장된 재판을 받을 권리를 침해할 위험성이 있다는 견해도 존재한다.[7] 그러나 재판제도가 현실적으로 모든 분쟁을 해결할 수 없을 경우, 그 최종적인 분쟁해결수단은 재판제도를 이용한다 하더라도, 사전에 제3자의 협력에 따른 재판 외 분쟁해결절차를 통해서 갈등을 해결하고 권익을 보장해주는 것이 기본권 보장의 원리에 충실하며, 오히려 법치주의를 확장할 수 있다.[8]

2. 재판 외 분쟁해결제도의 유형

가. 개관

재판 외 분쟁해결제도를 의미하는 ADR(Alternative Dispute Resolution, 이하 'ADR'이라 함)은 일반적으로 소송을 통한 법원의 판결에 의하지 아니하는 분쟁해결제도로 협상, 조정, 중재 등과 같이 직접 당사자의 교섭에 의하거나 제3자의 관여 하에 이루어지는 분쟁해결제도를 말한다. 재판 외 분쟁해결제도를 통한 분쟁해결절차는 소송과는 달리 신속하고 저렴하게 분쟁의 해결을 도모할 수 있고 직접당사자들 간의 협의에 따른 결정인바 원만한 갈등해결을 할 수 있으므로 법원의 부담을 경감시켜 줄 수 있는 절차로서 관심이 집중되고 있다. 재판 외 분쟁해결제도는 과거에는 주로 사법(私法)영역에서 논의되었으나 현재는 민사법상 재판 외 분쟁해결절차 뿐 아니라 형사 및 행정영역을 포함하는 다양한 영역에서 적용될 수 있는 것으로 인식되고 있다.[9] 이러한 재판 외 분쟁해결제도는 다양한 형식과 방법들에 따라 나눌 수 있으며 그 기준으로는 ①당사자의 자발성, ②제3자의 개입의 정도, ③분쟁해결에 따른 결과의 구속력 여부, ④절차의 공식성 정도 등에 따라 구분된다.[10] 이에 대한 다양한 학자들의 연구가 있다. 대표적인 학자로 Stephen B. Goldberg가 있는데 그는 분쟁해결 제도를 협상, 조정, 중재, 판

---

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

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

9) 김경배, 전게논문, 252면 ; 유병현, 전게논문 29면

10) 김원태, “재판 외 분쟁해결제도의 현상과 과제”, 법학연구 제22권 제1호, 충북대학교 법학연구소, 2011. 6, 20~40면 ; 박철규, 「대체적분쟁해결총론」,도서출판 오래, 2016, 47면

정 등과 같은 기본적 분쟁해결 제도와 그러한 기본제도를 혼합한 혼합형(Hybrid) 분쟁해결 제도로 나누어 구분할 수 있다고 주장한다.[11] 기본적 분쟁해결제도와 혼합적 분쟁해결제도의 특성을 비교하면 <표 1-1> <표1-2>와 같다. 또한 Stephen B. Goldberg는 혼합적(Hybrid)분쟁해결 제도의 예로 약식배심재판, 옴부즈만, 미니트라이얼 등을 들 수 있다고 한다.

<표 1-1> 기본적 분쟁해결제도의 특성

구분	협상	조정	중재	판정
참여의 자발성	자발적	자발적	자발적	비자발적
결과의 구속성	비구속력 (계약으로 합의하면 집행가능)	비구속력 (계약으로 합의하면 집행가능)	구속력 (예외가능)	구속력 (항소가능)
제3자의 개입	없음	당사자 선임조정인	당사자선임 중재인	선임하지 않은 판정자
공식성 정도	대체로 비공식적	대체로 비공식적	공식성 약함, 당사자 합의로 변경가능	공식성 강함 엄격한 소송절차,

11) Stephen B. Goldberg, Frank E.A Sander, Nancy H. Roger, Dispute Resolution: Negotiation Mediation & Other Processes, Sixth Edition, pp. 4~5

<표1-2> 혼합적(Hybrid) 분쟁해결제도의 특성

구분	약식배심재판	옴부즈맨	미니트라이얼	중립적 사실 확인 전문가	사적판결
참여의 자발성	자발적/비자발적	자발적	자발적	자발적/비자발적	자발적
결과의 구속성	비구속력(계약으로 합의하면 집행가능)	비구속력	비구속력 (계약으로 합의하면 집행가능)	비구속력	구속력 (항소가능)
제3자의 개입	법원의 모의 배심원 선정	옴부즈맨 선정	당사자 선임 중립자	당사자 또는 법원 선임 중립적 전문가	당사자 선임의 전직 법관이나 변호사
공식성의 정도	판결보다 덜 공식적인 절차	비공식적	판결보다 덜 공식적인 절차	비공식적	법률에 따른 절차

출처: 박철규, 대체적 분쟁해결 총론, 2016 자료집

나. 재판 외 분쟁해결제도의 유형

앞서 살펴본 바와 같이 재판 외 분쟁해결제도의 유형은 매우 다양하다. 그 중에서도 특히 많이 이용되고 있는 유형으로 협상, 조정, 중재, 가 있는 바, 각각의 특성을 살펴보고자 한다.[12)]

1) 협상

분쟁해결에 있어 당사자들 간의 교섭과정을 통하여 합의의 도달하는 방식인 협상(Negotiation)이 있다. 당사자들의 주도 하에 분쟁을 해결하는 방식으로 제3자의 개입이 없는 형태의 분쟁조정 유형이라는 특징을 가진다. 조정과 비교하였을 때 조정은 조정인 또는 조정위원이 마련한 조정안을 당사자가 수락하는 형태로 권고하는 것임에 비하여 협상은 제3자 개입이 필수적이지 않다는 점에서 차이가 존재한다.

12) 김남철, "갈등관리수단으로서 공법상의 조정: 독일과 한국의 공법상 조정제도", 한국공법학회, 공법연구 제34권 42호, 2006, 213면

2) 조정

분쟁해결에 있어 분쟁해결 당사자가 합의 가능한 해결안에 도달할 수 있도록 도와주는 제3자를 포함하는 일종의 비구속적인 분쟁해결 방법인 조정(Mediation)이 있다. 조정에서는 중립적 지위에 있는 제3자가 분쟁당사자들이 쉽게 협의하여 분쟁을 해결할 수 있도록 도와주는 역할을 하게 된다. 협상의 연장으로서 조정인의 도움을 받는 협상이라 할 수 있다. 조정은 중재와 같이 제3자의 개입을 필요로 한다는 점에서 공통점이 있지만 중립적인 제3자인 조정인과 조정위원들의 제안은 일반적으로 구속력이 없다는 점에서 구속력이 인정되는 중재와의 차이점을 가진다.[13] 그러므로 조정에서 중립적인 제3자가 작성한 조정안은 소송에서의 판결문과 같이 기판력이 생기지 않는 것이 원칙이다.[14]

3) 중재

분쟁해결에 있어 중재(Arbitration)는 중립적인 제3자가 개입하는 분쟁해결의 한 형태이며 중재인의 판정은 일반적으로 구속력이 인정된다, 그러므로 중재판정이 부적절하거나 실수가 있었다고 하더라도 그 판정이 법률이나 다른 공공정책에 저촉되어 무효가 되거나 취소 사유에 해당하지 않는 한 당사자들은 기본적으로 동일한 사안을 법정에서 다시 다툴 수 없다. 본질적으로 중재의 존재 근거는 중재합의에 있으므로 당사자 간의 합의가 있어야 하고, 분쟁당사자들은 중재인이 내린 중재판정에 의해 분쟁을 해결한다.[15]

3. 소 결

미국을 비롯하여 많은 국가에서 재판 외 분쟁해결절차를 통한 분쟁의 해결이 이루어지고 있다. 독일의 경우도 공법상의 조정을 통한 분쟁해결에 관하여 논의가 늘어나고 있다.[16] 우리나라의 경우에도 재판 외 분쟁해결제도를 통한 분쟁의 해결이 늘어나고 있으며 이에 대하여 후술하겠다.

13) 박철규, 전게서, 68면
14) 김경배, 전게논문, 257면
15) 박철규, 전게서, 80면 ; 김상수, 전게논문 30면
16) 법무부, 전게서, 20면

Ⅲ. 분쟁조정제도의 유형별 분류 및 분석

1. 재판 외 분쟁해결절차의 분류

가. 주관기관에 따른 분류

재판 외 분쟁해결제도를 분류하기 위한 여러 방법이 존재한다. 첫 번째로 일본에서 주로 이용되는 보편적인 분류 방법 중 하나인 운영주체에 따른 분류가 있다.[17] 우리나라의 대다수 학자들과 실무에서도 이와 같은 분류방법을 따르고 있다.[18] 이는 분쟁조정을 주관하는 기관을 설치하고 운영하는 자가 누구인가에 따라 분류하는 방법이다. 이러한 분류방법에 따르면 분쟁조정기관의 설치자·운영자가 법원인지, 행정기관인지, 민간단체인지에 따라 사법형(司法型) 분쟁조정제도, 행정형(行政型) 분쟁조정제도, 민간형(民間型) 분쟁조정제도로 나눌 수 있다.

1) 사법형(司法型) 분쟁조정제도

사법형(司法型) 분쟁조정제도는 법원이 설치·운영하는 분쟁조정제도로 민사조정법상의 조정제도, 가사심판법상의 조정, 노동심판법 상의 조정 등을 들 수 있다.[19] 사법정책으로 분쟁조정제도를 활용하는 방법이며 법관이 조정에 관여하고 조정위원의 선임에 관여하며 조정조서의 집행력을 부여한다는 특징이 있다. 그러나 절차의 내용이나 합의 방법에 있어 유연성이 떨어질 수 있고 조정 이후 소송절차와의 연속성에 대하 제한도 존재한다.[20]

2) 행정형 분쟁조정제도

행정형 분쟁조정제도는 행정기관이 설치·운영하는 분쟁조정제도로서 그 종류가 매우 다양하며 현재 60개의 분쟁조정제도가 존재한다.[21] 행정형 분쟁조정제도는 행정기관이 관할 사항에 관하여 보다 효율적이고 실효성 있는 관리를 하기 위한 목적이 있다. 예컨대 행정기관이나 주무관청은 분쟁조정제도를 통하여 분쟁의 발생원인이나 발생빈도 등의 자료를 구체적으로 파악 할 수 있어 보다 효율적으로

17) 山本和彦 · 山田文, 「ADR仲裁法」 , 日本評論社, 2008, 18面
18) 김상찬, 「ADR」 , 도서출판 온누리, 2012, 18면
19) 김상찬, 전게논문, 216면
20) 법무부,「ADR제도 활성화를 위한 변호사 역할에 관한 연구」, 2016, 12면
21) 법무부,「ADR제도 활성화를 위한 변호사 역할에 관한 연구」, 2016, 10~20면

관리를 할 수 있다. 더 나아가 행정형 분쟁조정제도는 개개의 분쟁해결을 넘어 그와 관련된 일반적인 정책의 실현에도 유용하다. 같은 유형의 분쟁의 잠재가능성이나 그 소재를 예측하여 예방적 정책을 입안하고 법령으로 규제할 수 있기 때문이다.[22] 우리나라의 경우 행정형 분쟁조정제도가 법률규정 등을 통하여 외관상 활성화되어 있는 것처럼 보이지만 실제로는 환경분쟁조정위원회, 언론중재위원회, 하도급분쟁조정협의회 등 몇몇 기관을 제외하고는 대부분 그 이용도가 매우 저조한 편이다.[23] 행정형 분쟁조정제도에 대한 실효성 확보가 필요하며 이에 관해서는 현행 분쟁조정제도에 대한 법적 검토 부분에서 후술하겠다.

3) 민간형 분쟁조정제도

민간형 분쟁조정제도는 위의 사법형· 행정형 이외의 모든 분쟁해결제도를 포함한다. 우리나라의 경우 시민단체가 사회적인 분쟁해결과정에 참여하는 경우가 더러 있기는 하나, 분쟁해결을 주목적으로 하는 민간형 분쟁해결기구가 만들어져 있는 경우는 거의 없으며, 상설적인 기구로서 대한상사중재원이 있을 뿐이다.[24] 일본의 경우 우리나라와 달리 민간형 분쟁조정제도가 활발하게 이루어지고 있다.[25]

나. 절차 종류에 따른 분류

재판 외 분쟁해결절차에는 절차주재자의 개입의 적극성 및 절차결과의 효력에 따라서, ①상담·조언형, ②조정·알선형(調整型), ③중재·재단형(裁斷型) 세 가지로 나눌 수 있다.[26] ①상담·조언형은 당사자가 상대방과 직접 접촉하지 않는다는 특징을 가진다. 이 유형에서는 일방당사자만 상담자에게 조언을 구하고 이에 대하여 상담자가 상대방과의 교섭을 통하여 분쟁을 해결한다. ②조정·알선형은 절차주재자(조정인)이 분쟁당사자 간에 화해가 성립하는 것을 지향하여, 당사자 간 조정이나 알선을 행하는 유형이다. 행정형 분쟁조정제도와 민간형 분쟁조정제도의 대부분이 양 당사자가 교섭의 결과로서 절차주재자의 제안을 받아들여 구체적인

22) 김상찬, 전게서, 19면 ; 山本和彦 · 山田文, 前掃書, 19面 ; 김상찬, "우리나라 행정형 ADR 제도의 활성화 방안", 한국법학회 법학연구 제46집, 2012. 5, 217면 ; 법무부, 전게서, 14-15면
23) 함영주, 「분쟁해결방법론」, 진원사, 2014, 45~49면
24) 법무부, 전게서, 20면
25) 山本和彦 · 山田文, 前掃書, 15~20面.
26) 법무부, 전게서, 13면

분쟁해결 합의를 이루는 바, 조정· 알선형 절차 유형에 해당한다. 조정절차에 대한 결과인 조정안에 대하여는 대부분 재판상 화해의 효력을 인정한다. ③중재형은 제3자가 대립하는 당사자 간의 분쟁에 관하여 강제력 있는 판단을 내리는 유형을 말한다. 중재에 대한 합의가 필요하며 중재절차에 대한 결과로서 내려진 중재판정은 법원의 확정판결과 동일한 효력을 가진다.

Ⅳ. 현행 분쟁조정제도에 대한 법적 검토

앞서 살펴본 바와 같이 재판 외 분쟁해결제도는 주관기관이 어디인지에 따라 사법형(司法型) 분쟁조정제도, 민간형(民間型) 분쟁조정제도, 행정형(行政型) 분쟁조정제도로 구분된다.[27] 현재 우리나라에서 분쟁해결은 주로 사법형 분쟁조정제도와 행정형 분쟁조정제도를 통하여 이루어지고 있으며, 민간형 분쟁조정제도는 대한상사중재원의 중재를 통한 분쟁해결 이외에는 매우 미미하게 이루어지고 있다.[28] 이 중에서도 특히 다양한 분쟁조정기구를 통하여 활성화되어 있는 행정형 분쟁조정제도에 대하여 살펴보고자 한다.

1. 현행 행정형 분쟁조정제도에 대한 분석

가. 개관

행정형 분쟁조정제도는 법령에 근거하여 행정부에서 직접 또는 정부 산하의 공공 기관에 설치된 분쟁해결기구를 통하여 소송 외의 방법으로 분쟁을 해결하는 제도를 말한다. 구체적으로는 국가기관이나 지방자치단체에 직접 분쟁해결기구를 설치하거나 정부 산하의 공공기관 등에 분쟁조정을 위탁하는 방법으로 분쟁조정이 이루어진다. 이러한 분쟁조정기구는 정부와 개인 사이 또는 정부기관 간의 갈등이나 분쟁을 조정하는 기능을 할 뿐만 아니라 공공기관의 업무와 관련하여 개인들 사이에 발생하는 이해관계에 관한 분쟁을 해결하기도 한다. 외국의 경우 미국은 연방정부나 주정부차원에서 다양한 행정형 분쟁해결 기구가 존재한다.[29] 우리나라 또한 법령의 근거 하에 분쟁조정위원회, 분쟁심의회, 분쟁조정협의회 등

27) 함영주, 전게서 323면 ; 전병서, 전게서, 13면
28) 법무부, 전게서, 25면 ; 김유환, 전게서, 10~20면
29) 임동진, “대안적 갈등해결방식(ADR)제도의 운영실태 및 개선방안 연구”, 한국행정연구원, 2012, 290~296면

다양한 형태로 행정형 분쟁기구가 설치되어 운영되고 있다. 현행 법령상 규정되어 있는 분쟁조정기구는 60개가 있다.[30] 이에 대한 근거법령, 소관부처, 위원의 제척, 기피, 회피 규정, 분쟁해결의 효력 등을 분석하면 아래와 같다.

나. 근거법령에 대한 분석

현행 행정형 분쟁조정제도는 60개의 분쟁조정기구를 가지고 있으며 이에 대한 근거법령을 살펴보면 전체 60개 분쟁조정기구 중 98.3%인 59개는 법률에 의하여, 1.7%인 1개는 시행령에 의해 규정되어 있다.[31] 그러므로 행정형 분쟁조정기구를 설치하는 근거법령은 주로 시행령 이하의 하위 법보다는 법률에 의하고 있음을 알 수 있다. 문제는 분쟁조정기구를 설치하는데 어떠한 기준이 존재하거나 필요성을 평가하는 기관이 없어서 행정형 분쟁조정기구의 설치가 해당 행정부처의 의지에 따라 결정되고 있다는 것이다.[32] 그 결과 어떤 분야는 하나의 법률 소관에 복수의 분쟁조정기구가 설치되어 있는가 하면[33] 어떤 분야는 분쟁해결기구가 필요한 한 경우에도 주무 부처의 무관심으로 분쟁조정기구가 설치되지 않은 문제점이 있다. 행정형 분쟁조정제도의 문제점은 분쟁조정제도의 법적검토 부분에서 후술하겠다.

---

30) 2016년 4월을 기준으로 현행 법률과 대통령령을 분석한 바에 의하면 국가계약분쟁조정위원회, 민간투자사업분쟁조정위원회, 교권보호위원회, 사학분쟁조정위원회, 학교폭력대책자치위원회, 우체국보험분쟁조정위원회, 인터넷주소분쟁조정위원회, 전자문서 전자거래분쟁조정위원회, 정보보호산업분쟁조정위원회, 집합건물분쟁조정위원회, 개인정보분쟁조정위원회, 공제분쟁조정심의위원회, 공공데이터제공분쟁조정위원회, 언론중재위원회, 콘텐츠분쟁조정위원회, 한국저작권위원회, 농수산물전자거래분쟁조정위원회, 축산계열화사업 분쟁조정위원회, 환지심의위원회, 배치설계심의조정위원회, 산업기술분쟁조정위원회, 산업재산권분쟁조정위원회, 디자인분쟁조정위원회, 시장분쟁조정위원회, 유통분쟁조정위원회, 건강보험분쟁조정위원회, 의료분쟁조정위원회, 환경분쟁조정위원회, 노동위원회, 차별시정위원회, 조정위원회, 특별조정위원회, 중개위원회, 교원노동조정위원회, 공무원노동관계조정위원회, 건설분쟁조정위원회, 건축분쟁전문위원회, 하자심사 분쟁조정위원회, 중앙공동주택관리분쟁조정위원회, 공제분쟁조정위원회, 도시분쟁조정위원회, 임대주택분쟁조정위원회, 자동차보험진료수가 분쟁심의회, 중앙하청관리위원회, 화물운송사업분쟁조정협의회, 중앙수산조정위원회, 방송분쟁조정위원회, 명예훼손 분쟁조정위원회, 국가인권 조정위원회, 가맹사업거래분쟁조정 협의회, 공정거래분쟁조정협의회, 대규모유통업거래분쟁조정협의회, 약관분쟁조정협의회, 소비자분쟁조정협의회, 하도급분쟁조정협의회, 금융분쟁조정협의회, 대부업분쟁조정위원회, 시장감시위원회, 국민권익위원회, 원자력손해배상심의회 이상 60개이다. ; 법무부, 「ADR제도 활성화를 위한 변호사 역할에 관한 연구」, 2016, 30면 참조

31) 박철규, 전게서, 376~386면

32) 김상찬 · 양영화, “우리나라 ADR제도의 활성화 방안”, 법학연구 제35호, 2009, 21~34면

33) 그 예로 공동주택관리분쟁조정위원회와 하자심사·분쟁조정위원회는 동일한 공동주택관리법을 근거로 하고 있다. 하나의 법률 소관에 두 개의 분쟁조정기구가 설치된 형태이다.

다. 소관부처에 대한 분석

분쟁조정위원회를 포함한 각종 행정형 분쟁조정제도를 다루는 근거법령의 소관부처를 살펴보면 전체 60개의 분쟁조정기구를 규율하고 있는 법령 중 국토교통부 소관법령이 전체 60개 중 16.7%인 10개 법령으로 가장 많았다. 그 다음으로 고용노동부 소관법령이 전체의 11.7%인 7개 법령이 있으며 산업통산자원부, 공정거래위원회, 미래창조과학부 소관법령이 4개 이상이었다.[34] 이러한 결과를 보면 우리나라에서는 행정형 분쟁조정제도가 국민들의 경제생활과 관련되는 민원과 갈등이 많은 국토교통부, 고용노동부, 산업통산자원부, 공정거래위원회, 미래창조과학부 등의 부처나 그 산하기관에서 주로 이용되고 있음을 알 수 있다.

라. 위원의 제척, 기피, 회피 규정에 대한 분석

행정형 분쟁조정제도에서 절차에 참여하는 위원의 제척, 기피, 회피 규정은 절차의 투명성과 공정성을 확보하기 위한 필수적인 요소이다. 행정형 분쟁조정제도에서는 많은 위원들이 의사결정 과정에 참여하므로 위원 개개인이 분쟁과 직·간접적인 관련이 있는지 여부에 대하여 절차를 시작하기 전에 미리 판단하는 것이 무엇보다도 중요하다. 현재 60개의 분쟁조정기구 중 위원의 제척, 기피, 회피에 관한 규정을 법률에 두는 경우는 전체의 55%인 33개였으며 시행령에 두는 경우는 전체의 20%인 22개였다. 나머지 5개의 경우 이에 관한 규정을 두고 있지 않았다.[35] 위원의 제척, 기피, 회피 규정의 중요성을 고려하여 입법상의 보완이 필요한 것으로 보인다.

마. 분쟁해결방식에 대한 분석

전체 60개의 행정형 분쟁해결조정기구 중 98.3%인 59개가 분쟁해결방식으로 조정을 규정하고 있다.[36] 다만 조정의 효력에 대하여 소관 법령과 분쟁조정기구에 따라 다르게 규정하고 있다. 59개 중 35.6%인 21개의 분쟁조정기구는 조정의 효력에 대하여 재판상 화해의 효력을 가진다고 규정하였다. 59개 중 28.8%인 17개의 기구는 당사자에 조정서와 같은 내용의 합의가 성립된 것으로 규정하였다. 59개 중 27.1%인 16개의 기구는 조정의 효력에 관하여 법령상에 규정이 두

34) 함영주, 전게서, 30면 ; 박철규, 전게서, 387면
35) 유병현, 전게서, 100~200면 ; 박철규, 전게서, 380~390면
36) 함영주, 전게서, 10~30면 ; 박철규, 전게서, 393면

고 있지 않았다. 조정의 효력에 관한 문제는 행정형 분쟁조정제도의 실효성 확보를 위해서도 매우 중요한 사항이므로 법률에 명확하게 규정할 필요가 있다.

2. 행정형 분쟁조정제도의 분류

행정형 분쟁조정제도는 일정한 기준에 따라 다양하게 분류할 수 있다. 이 논문에서는 분쟁주체가 누구인지를 기준으로 그리고 분쟁조정기구의 설치를 어디에 하였는지를 기준으로 분류하고자 한다.

가. 분쟁주체에 따른 분류

재판 외 분쟁해결제도 중 특히 행정형 분쟁조정제도의 경우 분쟁주체가 누구인지에 따라 분류할 수 있다. 이러한 분류방식에 따르면 ① 사인간의 분쟁을 대상으로 하는 유형, ② 사인과 행정청간의 분쟁을 대상으로 하는 유형, ③ 행정청 상호간의 분쟁을 대상으로 하는 유형으로 나눌 수 있다. 사인간의 분쟁을 대상으로 하는 유형이 분쟁조정제도의 대부분을 차지한다.[37] 사인과 행정청간의 분쟁을 대상으로 하는 유형은 행정청의 일정한 처분에 대한 불복을 분쟁대상으로 하며, 행정소송 의 제기가 가능하다. 행정청 상호간의 분쟁을 대상으로 하는 유형은 지방자치단체 상호간의 분쟁을 조정하기 위하여 분쟁조정제도를 적용하는 경우가 있다.[38]

나. 분쟁조정기구 설치에 따른 분류

재판 외 분쟁해결제도 중 행정형 분쟁조정제도는 그 설치·운영자가 행정기관 또는 그 산하기관인 것을 특징으로 한다. 그러므로 분쟁조정기구의 설치에 따라 행정기관 자체에 설치된 경우, 행정기관의 산하기관 또는 법인에 설치된 경우, 독립적으로 설치되어 있는 경우 등으로 나누어 분류할 수 있다.[39]

---

37) 가맹사업거래의 공정화에 따른 법률 제16조 이하의 가맹사업거래협의회, 건설산업기본법 이하 규정에 따른 중앙건설분쟁조정위원회, 지방분쟁조정위원회, 건축법에 따른 건축분쟁조정위원회, 공인회계사법에 따른 분쟁조정위원회,금융감독원의 금융분쟁조정위원회, 남녀고용평등법에 따른 고용평등위원회, 대부업법에 따른 분쟁조정위원회, 새마을금고법에 따른 공제분쟁조정심의위원회,정보통신망이용촉진및정보보호등에관한 법률에 따른 개인정보분쟁조정위원회, 환경분쟁에 따른 중앙환경분쟁조정위원회, 지방환경분쟁위원회, 노동조합및노동관계조정법에 따른 노동위원회 조정위원회, 특별조정위원회 등이 이에 해당한다. ; 박철규, 전게서, 300면 참조.

38) 박철규, 전게서, 350면

39) 이 구분은 전병서,「대체적 분쟁처리제도(ADR) 도입방안」, 사법제도개혁추진위원회, 2005. 12, 13면 ; 함영주, 전게서, 43~45면 ; 김상찬, 전게논문, 81~82면 ; 황해봉, "행정조정제도의 문제

1) 행정기관 자체에 설치된 분쟁조정위원회

첫 번째로 행정기관 자체에 분쟁조정기구를 설치한 유형이 있다. 행정기관 자체에 분쟁조정위원회를 설치한 경우로는 건설산업기본법에 따른 국토해양부의 건설분쟁조정위원회, 환경분쟁조정법에 따른 환경부의 환경분쟁조정위원회, 건축법에 따른 국토해양부의 건축전문위원회, 대부업의등록및금융이용자보호에관한법률에 따른 시·도의 분쟁조정위원회, 여객자동차운수사업법에 따른 국토해양부의 공제분쟁조정위원회, 의료법에 따른 보건복지가족부의 의료심사조정위원회, 발명진흥법에 따른 특허청의 산업재산권분쟁조정위원회 등이 있다.

2) 행정기관의 산하기관 또는 법인 소속 하에 두는 분쟁조정위원회

두 번째로 분쟁조정기구를 행정기관의 산하기관으로 또는 법인 소속하에 설치한 유형이 있다. 금융위원회의 설치 등에 관한 법률에 따른 금융감독원의 금융분쟁조정위원회, 소비자기본법에 따른 공정거래위원회 산하 한국소비자원의 소비자분쟁조정위원회, 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률에 따른 한국공정거래조정원의 가맹사업거래분쟁조정협의회, 하도급공정화에 관한 법률에 따라 사업자단체에 설치된 '하도급분쟁조정협의회 등이 있다.[40]

3) 독립적인 분쟁조정위원회

세 번째로 독립적으로 운영되는 분쟁조정위원회 형태가 있다. 노동조합 및 노동관계조정법에 따른 노동위원회의 조정위원회, 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률에 따라 설치된 언론중재위원회 등이 이 유형에 해당한다.[41]

4) 자율적 조직 소속 하에 두는 분쟁조정위원회

네 번째로 자율적 조직 소속 하에 분쟁조정기구를 두는 유형이 있다. 변호사법에 따른 각 지방변호사협회, 농업협동조합법시행령에 따른 농협중앙회의 분쟁조정위원회 등이 이 유형에 해당한다.[42]

점과 개선방안 분쟁해결", 한국 조정학회, 2011. 6, 60~62면을 참조하여 재구성하였다

40) 법무부, 전게서, 26면

41) 김상찬, 전게서, 26면

42) 법무부, 전게서, 26면 ; 김상태, 전게논문, 10~20면

3. 행정형 분쟁조정제도에 대한 법적 검토

가. 행정형 분쟁조정제도 간 공통점과 차이점

행정형 분쟁조정제도는 각각의 사안에 따라 분쟁해결방식에 따른 공통점과 차이점이 존재한다. 개별 분쟁조정제도 간의 공통점으로는 ①조정위원회의 구성규정, ②조정위원회의 공정성에 관한 규정, ③중립성을 확보하기 위한 제도규정(제척, 기피, 회피 등), ④선정당사자에 관한 규정이 근거법령에 규정되어 있다는 것이다.[43] 이에 반하여 개별 분쟁조정제도 간의 차이점으로는 ①분쟁조정제도를 통하여 보호되는 권리가 단순한 법률상의 권리인지 국민들이 가지는 헌법상 기본권의 보호에 관한 것인지에 따라 분쟁해결의 중요성에 대한 차이가 존재한다는 점, ②분쟁해결절차에 있어 근거법령에 규정된 중앙의 분쟁조정위원회가 모든 업무를 관할하는지, 아니면 별도의 지방위원회를 두어 업무를 분할하는지를 나누어 규정하고 있다는 차이점이 있다.[44] 하나의 단일 위원회가 업무를 하는 경우에는 분쟁해결 절차의 통일성을 도모하는 장점이 있는 반면에, 지방위원회를 두는 경우에는 조정신청인이 거주하는 지역에서 분쟁을 해결 할 수 있어 신청인의 편의를 도모하고 다수의 지방조직을 둘 수 있어 신속한 해결이 가능하다는 장점이 있다.

나. 행정형 분쟁조정제도의 문제점

1) 분쟁조정제도 관련 설치기준 및 관련법규의 미비

현행 행정형 분쟁조정제도의 경우 개별법의 규정을 통하여 행정 부처의 필요에 의해 각각의 분쟁조정기구를 설치하도록 되어 있다. 그러나 현행 법률 규정상으로는 분쟁조정기구를 설치하는데 법령상의 기준이 존재하거나 분쟁조정기구를 설치하는 경우 그 필요성에 대하여 평가하는 법률규정이 없다는 문제점이 있다.[45] 행정형 분쟁조정기구의 설치는 오로지 해당 행정부처의 의지에 따라 결정되므로 동일한 법률적 사안에 관하여 복수의 분쟁조정기구가 설치되거나, 어떤 사안의 경우 분쟁조정기구 자체가 존재하지 않는 등의 문제가 존재한다. 동일한 법률적 사안에 대해서는 하나의 분쟁조정절차로 규율하도록 하는 법률적 보완 및 분쟁조정기구의 설치에 관한 기준이 필요하다. 이러한 문제점을 해결하기 위하여 미국과 일본 등은 불충분한 제도를 정비하고 분쟁조정제도의 이용을 촉진하기 위

43) 박철규, "한국 ADR 법령체계의 현황과 정립방안 연구", 한국개발연구원, 2012 참조
44) 법무부, 전게서, 370~390을 참조하여 재구성하였다.
45) 법무부, 전게서, 30면

한 방법으로 분쟁조정기본법을 제정하여 시행하고 있다.[46] 이러한 세계 주요국가의 동향을 살펴볼 때 우리나라도 분쟁조정제도가 보다 활성화될 수 있도록 분쟁조정기본법을 제정할 필요가 있다. 이에 대해서는 개선방안에서 후술하겠다.

2) 분쟁조정기관의 운영상 문제점

행정형 분쟁조정제도가 법률규정 등을 통하여 외관상 활성화되어 있는 것처럼 보이지만 실제로는 몇몇 기관을 제외하고는 대부분 그 이용도가 매우 저조하여 명목상으로만 존재하고 있는 경우도 많다.[47] 행정형 분쟁조정제도는 구체적인 분쟁에 대하여 어떤 기관에 분쟁해결을 신청해야 하는지를 법률전문가조차 알기 어려울 정도로 산발적으로 규정되어 있다는 문제점이 있다.[48] 이러한 산발적인 규정에 대하여 행정형 분쟁조정제도를 전체적으로 파악하여 홍보 및 안내를 담당할 수 있는 부서나 시스템 또한 없다. 그리고 분쟁조정기관은 주로 고위공무원이나 저명인사 위주로 구성되어 있는 바, 분쟁해결을 실질적으로 담당할 인력이 부족하다는 문제점도 있다.[49]

3) 분쟁조정제도에 대한 사회적 인식부족

분쟁조정제도에 대한 사회적 인식부족은 행정형 분쟁조정제도의 활성화를 저해하는 요소이다. 첨단과학기술사회, 정보사회에서 들어와 분쟁이 늘어나고 그 유형이 다양해지고 있음에도 불구하고 과거의 분쟁해결모델에 집착하고 있으며 새로운 권리보호 수단인 재판 외 분쟁조정제도에 대한 인식은 여전히 부족하다.[50] 이는 우리사회가 분쟁을 예방하는 시스템을 갖추지 못하고 있다는 점과 사회 전체적으로 협상문화에 대한 이해도가 부족하기 때문인 것으로 보인다.[51] 일반 국민들의 경우 새로운 권리보호 수단인 분쟁조정제도에 대한 인지도가 낮아 소송에 의존하는 경향이 높다는 문제점이 지적되고 있다.[52] 이와 같이 우리나라

---

46) 김광수, “우리나라 ADR제도의 발전방향에 관한 고찰”, 대한상사중재원 중재 제329호, 2009, 7면 참조
47) 이수종, 전게논문, 1~5면
48) 법무부, 전게서, 370~375면
49) 함영주, 전게서, 50면.
50) 김선빈, “한국사회 갈등구조에 대한 이해”, 삼성경제연구소, 2001, 150~200면
51) 김유환, “갈등대응체계의 진단과 개선방안”,지속가능발전위원회 자료집, 2004, 49-57면
52) 신군재, “한국에서 ADR정착화를 위한 상설 ADR기관의 활성화 방안”, 한국중재학회 중재연구 제16권 제2호, 2006. 8, 190면

의 경우 분쟁조정제도에 대한 국민들의 사회적 인식은 전반적으로 미흡한 것으로 보이며, 사회적 인식의 고양을 위한 시스템을 갖추는 노력이 필요하다.

다. 개선방안

1) 분쟁조정 기본법의 제정

재판 외 분쟁조정 제도의 이용을 촉진하고 재판절차와 연계하기 위한 분쟁조정 기본법의 제정·운영은 세계적인 추세가 되어가고 있다. 대표적으로 미국과 일본의 예를 들 수 있다. 미국은 1998년 연방ADR법을 제정하여, 각 연방지방법원은 하나 이상의 ADR기구를 마련하도록 요구하고 있다.[53] 연방기관이 관련되어 있는 행정사건과 민사사건에 대안적 분쟁해결을 공식적 경로를 통해 적극 이용될 수 있도록 법적 근거를 마련한 것이다. 일본은 2004년에 '재판 외 분쟁해결절차의 이용촉진에 관한 법률'을 제정하고, 법의 시행 후에는 추이를 지켜보면서 5년마다 시행 중 나타나는 문제점들을 실증적으로 분석하여 개선하기 위한 노력을 하고 있다.[54] 우리나라의 경우 분쟁조정 기본법이 아직 존재하지 않는 바, 이에 대한 입법이 필요하다.[55] 분쟁조정기본법이 제정되면, 행정형 분쟁조정기관에 있어 설치 기준에 관한 사항과 입법적 미비사항을 보완할 수 있고, 분쟁조정제도의 결과에 대한 효력에 관한 문제, 분쟁조정제도의 시효중단효력을 인정할 것인지의 문제 등 분쟁조정제도가 가지고 있는 다양한 문제를 일률적으로 규정하여 해결할 수 있다. 그러므로 분쟁조정제도가 국민을 위한 새로운 권리보호 수단으로서 효과적으로 운영되기 위해서는 분쟁조정 기본법의 제정이 필요하다. 분쟁조정 기본법을 통하여 분쟁조정 제도의 기반을 다지고 이용을 촉진하며 재판절차와의 연계강화 등을 통하여 분쟁조정제도의 실효성을 확보하여야 한다.

2) 행정형 분쟁조정기구의 정비

각 분쟁조정위원회의 조정절차 및 효력 등의 본질적 부분을 규정하는 '분쟁조정절차에 관한 법률'과 같은 통일적 규율을 위한 법률을 마련하여야 한다는 주장

---

53) 유병현, "미국의 소송대체분쟁해결제도(ADR)의 현황과 그 도입방안", 민사소송 제13권 제1호, 한국민사소송법학회, 2009. 5, 501-502면.

54) 홍성규, "일본 ADR법의 주요내용과 시사점", 무역학회지 제32권 제2호, 한국무역학회, 2007. 4, 180~182면

55) 김상찬, "ADR기본법의 입법론에 관한 연구중재연구", 한국중재학회 중재연구 제13권 제2호, 2004. 2, 15~23면

이 제기되고 있다.[56] 생각건대, 현재 각종 행정형 분쟁조정기구가 산재되어 있으며, 그 근거법령이 다르고, 위원회의 설치 및 구성, 위원의 위촉 또는 선정, 분쟁해결절차, 분쟁해결의 효력, 시효중단의 효력 유무 등에 대하여 제각각이어서, 제대로 규율되지 못하고 있다는 문제점이 있고 이러한 문제점들은 결과적으로 행정형 분쟁조정제도의 실효성을 떨어뜨리는 바, 행정형 분쟁조정기구를 정비하여 통일적인 법률의 규율을 받도록 할 필요가 있다. 분쟁조정기구에 대한 통일적인 규율의 방법으로 ①'분쟁조정 기본법'이 제정되기 전까지의 법적공백에 대해서는 분쟁조정 '분쟁조정절차에 관한 법률'을 통해 분쟁조정 사항을 규율하고, ②'분쟁조정기본법'이 제정된 후에는 '분쟁조정절차에 관한 법률'에 규정된 사항들을 분쟁조정기본법에서 흡수하는 방법으로 나누어 생각할 수 있다. 이러한 방법을 통하여 각각의 분쟁조정기구들이 통일적인 법률의 규율을 받도록 해야 한다.

3) 재판 외 분쟁조정제도 종합지원센터의 설립

분쟁조정기구를 감독하고 지원하는 기구인 분쟁조정제도 종합지원센터를 설치해야 한다는 주장도 제기되고 있다.[57] 생각건대 분쟁조정제도에 대한 종합지원센터를 설치하는 것은 분쟁해결기구의 운영상 문제점을 해결할 수 있으므로 그 필요성이 인정된다. 예컨대 분쟁조정 종합센터를 통하여 분쟁조정기구의 조직적 홍보나 분쟁조정기관 간의 제휴 등을 도모할 수 있고, 대국민 홍보를 통하여 분쟁조정에 관한 정보를 국민에게 제공할 수 있다. 이를 통하여 행정형 분쟁조정제도가 법률규정 등을 통하여 외관상 활성화되어 있는 것처럼 보이지만 실제로는 몇몇 기관을 제외하고는 이용도가 저조했던 것과 같은 운영상의 문제점을 해결할 수 있다. 이러한 분쟁조정 종합지원센터는 법무부, 대법원, 대한변호사회 등과 관련된 공익법인에 설치하는 것이 바람직하며, 국가 또는 지방자치단체로부터의 예산지원을 통하여 운영될 필요가 있다.

4) 분쟁조정제도에 대한 사회적 인식제고

분쟁조정제도를 활성화하기 위해서는 분쟁조정제도에 대한 국민들의 공감대를 형성하는 것이 무엇보다 중요하다. 분쟁조정제도에 대한 부지는 국민들의 제도활용을 저해하는 요인이 되므로 분쟁당사자들이 재판 외 분쟁조정제도를 정확히

56) 유병현, 전게논문, 72면
57) 법무부, 전게서, 34면

이해하고 활용하며, 그 결과를 신뢰하는 문화가 구축되어야 한다.[58] 이를 위해서는 분쟁조정제도의 내용과 절차 등에 대한 지속적인 교육과 적극적인 홍보가 필요하다. 시·군·구청·읍·면·동사무소·경찰서·소비자센터·변호사회와 같이 국민이 1차적으로 접근하기 쉬운 장소에 항상 분쟁조정제도에 대하여 안내하는 홍보책자를 구비하고 이에 대한 교육도 이루어져야 한다. 법원 상담창구에 분쟁조정제도에 대한 안내문을 비치하는 것도 한 방법이다.[59] 또한 분쟁관련용어집을 출판하여 국민들이 정확하게 분쟁조정제도에 대하여 이해하고 활용할 수 있도록 하며 분쟁조정제도에 관한 통일적 정리가 요구된다.

Ⅴ. 결 론

현대사회에 있어 행정기관에 의한 분쟁조정제도는 새로운 권리보호 수단으로서 그 논의가 점점 확대되고 있다. 이는 소송의 대안제도에 관한 논의가 활성화되고 있는 것과 무관하지는 않다. 그러나 행정형 분쟁조정제도에 대해서 비판적 입장도 주장되고 있다. 즉 행정형 분쟁조정제도의 지나친 확대는 법적 분쟁해결의 주체가 행정부가 되어 사법부의 입지가 약화된다는 비판, 조정기관이 양 당사자의 자유로운 의사에 맡기지 않고 조정기관이 일반적으로 정한 내용을 양 당사자에게 강요하는 것은 강제조정이 되어, 법관이 아닌 자의 재판을 받는 경우와 마찬가지의 결과가 될 수 있다는 비판, 그리고 조정결과의 효력을 재판상 화해로 인정한다면 행정부가 법원만이 할 수 있는 판결을 한 것으로 되어 헌법상의 기본권인 재판을 받을 권리를 침해하게 된다는 비판 등이 존재한다. 그러나 기존의 분쟁해결수단인 재판제도로는 현실적으로 모든 분쟁을 해결할 수 없으므로 최종적으로는 재판제도를 이용한다 하더라도 사전에 제3자의 협력에 따른 재판 외 분쟁해결절차를 통해서 갈등을 해결하고 권익을 보장해주는 것이 기본권 보장의 원리에 충실하며, 오히려 법치주의를 확장할 수 있다. 이 논문에서는 행정형 분쟁조정제도의 활성화를 위하여 재판 외 분쟁해결제도의 종류 및 그 중에서도 특히 행정형 분쟁조정기구의 유형에 대하여 분석하고 문제점과 개선방안을 제시한다. 현행 행정형 분쟁조정제도는 60개의 분쟁조정기구를 가지고 있으며, 이러한 분쟁조정기구는 다시 분쟁의 주체가 누구인지를 기준으로, 분쟁조정기구의 설치

58) 김상찬, 전게논문, 40면
59) 전병서, 전게서, 161면

에 따른 기준으로 분류할 수 있다. 현행 행정형 분쟁조정제도의 경우 여러 가지 문제점을 가지는데 대표적으로 ①개별법의 규정을 통하여 행정 부처의 필요에 의해 각각의 분쟁조정기구를 설치하도록 되어 있는바, 그에 대한 기준이 없다는 점, ②행정형 분쟁조정제도가 법률규정 등을 통하여 외관상 활성화되어 있는 것처럼 보이지만 실제로는 몇몇 기관을 제외하고는 대부분 그 이용이 저조하고 명목상으로만 존재하고 있는 경우도 많다는 점, ③분쟁조정제도의 사회적 인식이 미비하다는 문제점이 존재한다. 이러한 문제점에 대한 개선방안으로 첫째, 분쟁조정제도가 국민을 위한 새로운 권리보호 수단으로서 효과적으로 운영되기 위해서는 분쟁조정 기본법의 제정이 필요하다. 분쟁조정 기본법을 통하여 분쟁조정제도의 기반을 다지고 이용을 촉진하며 분쟁조정제도의 실효성을 확보하여야 한다. 둘째, 행정형 분쟁조정기구를 정비하여 통일적인 법률의 규율을 받도록 할 필요가 있다. 분쟁조정 기본법이 제정되기 전까지의 법적공백에 대해서는 분쟁조정 '분쟁조정절차에 관한 법률'과 같은 법률을 제정하여 분쟁조정 사항을 규율하고, 분쟁조정기본법이 제정된 후에는 '분쟁조정절차에 관한 법률'에 규정된 사항들을 분쟁조정기본법에서 흡수하는 방법으로 각각의 분쟁조정기구들이 통일적인 법률의 규율을 받도록 해야 한다. 셋째, 분쟁조정기구를 감독하고 지원하는 기구인 분쟁조정 종합지원센터를 설치할 필요성이 있다. 종합지원센터를 통하여 분쟁조정기구의 조직적인 홍보활동이나 분쟁조정기관 사이의 제휴 등을 도모할 수 있으며, 운영예산이 부족하고 홍보가 미비하여 특정 분쟁조정기구를 제외하고는 이용이 활발하지 못한 현행 분쟁조정제도의 운영상 문제점을 해결할 수 있다. 마지막으로 분쟁조정제도에 대한 사회적인 인식의 제고가 필요하다. 분쟁조정제도의 내용과 절차 등에 대한 지속적인 교육과 적극적인 홍보를 통하여 분쟁당사자들이 재판 외 분쟁조정제도를 정확히 이해하고 활용하며, 분쟁조정의 결과를 신뢰할 수 있는 문화가 구축되어야 한다. 결과적으로 현행 행정형 분쟁조정제도에 대한 입법개선 및 분쟁조정제도의 활성화 노력을 통하여 당사자의 분쟁에 대한 신속한 해결을 지향하여야 한다.

(논문투고일 : 2016.11.20, 심사개시일 : 2016.11.22, 게재확정일 : 2016.12.15)



권 수 진 · 김 일 환

재판 외 분쟁해결수단, 분쟁조정제도, 분쟁조정 유형, 대체적 분쟁해결, 새로운 권리보호 수단

【참 고 문 헌】

박철규, 「대체적분쟁해결총론」,도서출판 오래, 2016

법무부 「ADR제도 활성화를 위한 변호사 역할에 관한 연구」, 2016

서정일, 「ADR 분쟁조정제도의 통합적 운영방안」, 2010

전병서,「대체적 분쟁처리제도(ADR) 도입방안」,사법제도개혁추진위원회, 2005.12

황해봉, 「행정조정제도의 문제점과 개선방안 분쟁해결」,한국 조정학회, 2011.6

황승태, 계인국, 「한국형 대체적 분쟁 해결(ADR) 제도의 발전 방향에 관한 연구」, 사법정책연구원, 2016

함영주, 「분쟁해결방법론」, 진원사, 2014

김경배 “한국 대체적 분쟁해결제도의 제도화 및 발전방안에 관한 연구”, 제18권 제1호, 2005

김남철, “갈등관리수단으로서 공법상의 조정: 독일과 한국의 공법상 조정제도”, 한국 공법학회 공법연구 제34권 제42호, 2006

김상수 “ADR제도의 활성화를 위한 현행제도의 문제점” JURIST, 통권.393호, 2003

_____ “바람직한 ADR운영기관”, 중재, 대한상사중재원, 2009

_____ “우리나라 ADR법제의 운영현황과 발전방향”, 국회입법조사처, 2012

김상태, “행정법상 대체적 분쟁해결제도의 허용성에 관한 연구”,법학연구 제35호 2009,

김선빈, “한국사회 갈등구조에 대한 이해”, 「사법개혁과 세계의 사법제도 Ⅳ」, 한국사법행정학회, 2006

김연, “소송 외 분쟁해결제도에 관한 서론적 연구”, 사회과학연구 제13집, 1997,

김유환, “행정형 ADR 정비방안- 모델절차법(안)”, 사법제도개혁추진위원회, 2006

_____ “갈등대층체계의 진단과 개선방안”, 지속가능발전위원회 자료집, 2004

김상찬. “우리나라 행정형 ADR제도의 활성화 방안”, 제46집, 2012

_____ “ADR 기본법의 입법론에 관한 연구”, 중재연구, 중재 제13권 제2호 2004

김상찬·양영화, “우리나라 ADR제도의 활성화 방안”, 법학연구, 제35호 2009

김일환 , “개인정보의 보호와 이용법제의 분석을 위한 헌법상 고찰”,한국헌법학회 헌법학 연구 제17권 제2호, 2011

_____, “첨단기술사회에서 효율적인 기본권보호에 관한 예비적 고찰” 한국헌법학회 헌법학연구 제8권 제3호, 2002. 10

박철규, “한국 ADR 법령체계의 현황과 정립방안 연구”, 한국개발연구원, 2012

송길룡, “ADR관련 입법에 대한 검토,” 사법개혁연구보고서, 2006

신군재, “한국에서 ADR정착화를 위한 상설 ADR기관의 활성화 방안에 대한 상사중재원을 중심으로”, 한국중재학회 중재연구 제16권 제2호, 2006.8

유병현, “ADR의 발전과 법원 외 조정의 효력”, 법조 제53권 제6호, 법조협회, 2004

이건묵, “대체적 분쟁해결제도 법제의 중요쟁점과 입법과제”, 국회입법조사처, 2012

이수종, “ADR의 사회통합적 기능: 헌법상 재판청구권과의 관계를 중심으로”, 저스티스 통권 제134권 제3호, 2013

홍성규, “일본 ADR법의 주요내용과 시사점”, 무역학회지 제32권 제2호, 한국무역학회, 2007.4

Stephen B. Goldberg, Frank E.A Sander, Nancy H. Roger,Stephen B. Goldberg, Frank E.A Sander, Nancy H. Roger, Dispute Resolution: Negotiation Mediation & Other Processes, Sixth Edition.2014

山本和彦・山田文, 「ADR仲裁法」 , 日本評論社, 2008

Abstract

Legislative Recommendations for Reforming the Alternative Dispute Resolution

Su Jin Kwon
Il Hwan Kim

Alternative Dispute Resolution(hereafter called ADR) provides rapid settlement, low cost and right protection means accessible to anyone compared to trials, so it is good for not only more effective dispute settlement but also alleviation of court's case burden ultimately. There are problems of extrajudicial dispute mediation system such as infringement of the constitutional right of access to courts and effectiveness of dispute mediation system, but forms and aspects of conflicts in this high tech society become very diverse, so the existing conflict settlement means like lawsuit can't protect constitutional basic rights enough. There are high demands for dispute settlement by extrajudicial dispute resolution process, or dispute resolution system. Due to the demands, extrajudicial dispute resolution process should be researched, categories and problems of 60 current dispute mediation systems are considered, and through legal reviews, dispute mediation systems should be the ones that can improve rapid and effective settlement for infringement of rights of those involved. In addition, current dispute mediation systems should be operated within the maximum range that laws permit for protection of rights of those involved.

Su Jin Kwon · Il Hwan Kim

Alternative Dispute Resolution, Dispute Mediation System , Types Of Dispute Mediation System, Constitutional Right of Access To Courts, New Rights Protection

퍼블리시티권의 법제화 방향에 대한 연구*

이 해 완**

【목 차】

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 퍼블리시티권 개념의 역사와 주요국의 동향
1. 서언
2. 미국에서의 퍼블리시티권 개념의 형성 및 발전 과정
3. 독일의 경우
4. 일본의 경우
5. 프랑스의 경우
6. 기타 국가들의 경우
III. 퍼블리시티권 법제화의 필요성과 바람직한 입법형태
1. 퍼블리시티권 인정의 근거
2. 우리나라 판례 상황과의 관계에 대한 검토
3. 바람직한 입법형태
IV. 입법상의 주요 쟁점에 대한 검토
1. 서언
2. 권리의 법적 성격 및 인격권과의 관계 설정
3. 표현의 자유와의 관계
4. 양도성의 인정여부
5. 상속성 및 존속기간의 문제
V. 결론

【국 문 요 약】

우리나라에서 퍼블리시티권은 아직 법적으로 공식적인 자기자리를 찾지 못하고 있다. 초상, 성명 등 개인의 아이덴티티를 상업적으로 이용할 권리를 뜻하는 이 권리에 대하여 대법원 판례는 없고 하급심 판결들의 입장이 서로 엇갈리고 있는 상황이 오랫동안 지속되고 있다. 그로 인해 관련 산업계와 이해당사자들 사이에 여러 가지 혼란과 어려움이 야기되고 있는 상황이 계속 방치되고 있는 것이다.

이러한 상황은 퍼블리시티권의 법제화 필요성에 대한 관심을 촉구하고 있으나, 그간 있어 왔던 여러 차례에 걸친 입법화의 시도는 번번이 좌절을 겪어 왔다. 이

* 이 논문은 필자가 국가지식재산위원회 보호전문위원회 위원으로서 연구 과제를 수행한 후 2015년 9월에 제출한 최종보고서를 토대로 하면서 이를 대폭적으로 수정, 보완하여 작성한 것임을 밝힌다.

** 성균관대학교 법학전문대학원 교수.

러한 상황에서 이 논문은 제19대 국회에서 심의된 바 있는 '인격표지권 보호 및 이용에 관한 법률안'을 검토대상으로 하여 분석하면서, 바람직한 법제화의 방향을 모색하였다. 이 논문의 주요 제안은 다음과 같다.

첫째, 퍼블리시티권의 요건과 범위를 보다 명확하게 한정적으로 규정함으로써 표현의 자유에 대한 위축효과가 발생하지 않도록 하여야 한다. 단순히 '인격표지를 상업적으로 이용할 권리'라고 하는 것만으로는 권리의 범위가 지나치게 확장될 수 있으므로, '상업적 이용'의 구체적 내용 및 범위를 제한적으로 자세히 규정할 필요가 있다.

둘째, 퍼블리시티권의 법적 성격에 대하여 어려 가지 논의가 있으나, '인격권에서 파생된 재산권'으로서 인격권과 불가분의 관계를 지닌 것으로 보는 관점을 입법의 기본적 전제로 삼는 것이 타당하다. 법안의 내용에 있어서는 퍼블리시티권의 재산권적 측면에 초점을 맞추어 규정하되, 인격권과의 관계에 대하여 명확한 규정을 둘 필요가 있다.

셋째, 퍼블리시티권의 양도성을 부정하는 규정을 두는 것이 인격주체의 인격적 이익과 인간으로서의 존엄성을 일관성 있게 보호하는 면에서 타당하다. 반면에 권리의 상속성은 이를 인정하는 것이 오히려 망인의 인격적 이익을 보호하고자 하는 취지에 부합된다. 퍼블리시티권의 양도성은 부정하면서 그 상속성을 인정하는 것은 퍼블리시티권이 재산권적 속성을 가지지만 동시에 인격권과 불가분의 관계를 가지고 있는 '복합적' 권리라는 것을 적절하게 감안한 것으로서 거기에 어떤 논리적 모순이 있는 것은 아니다. 다만 공중의 이익과의 조화라는 면에서, 그 존속기간은 너무 길지 않게 규정하는 것이 타당하다.

Ⅰ. 서론

퍼블리시티권(the right of publicity)은 우리나라 법률에서 명문으로 규정하고 있는 권리가 아니므로 이에 대하여 정확하고 엄격한 의미의 정의를 내리기는 어렵다. 일반적으로 초상, 성명 등의 상업적 이용에 관한 권리, 즉 '사람의 초상, 성명 등 그 사람 자체를 가리키는 것(identity)을 광고, 상품 등에 상업적으로 이용하여 경제적 이익을 얻을 수 있는 권리'를 말하는 것으로 설명되고 있다.[1)]

1995년 우리나라에서 처음으로 '퍼블리시티권'의 존재를 언급한 하급심 판결[2)]이 선고된 이래 이미 20 여년의 세월이 흘렀다. 그러나 아직도 퍼블리시티권은 대법원 판례에 의한 사법적 승인을 받을 기회를 갖지 못하였다. 하급심판결의 태도에는 일관성이 없어서 어떤 재판부를 만나면 퍼블리시티권 침해 소송에서 원고승소판결을 받을 수 있지만,[3)] 다른 어떤 재판부를 만나면 그런 권리는 우리 법률상 존재하지 않는다는 이유로 원고패소 판결을 받을 수도 있는[4)] 불안정한 상태가 오랫동안 지속되고 있다. 이는 매우 이례적인 현상으로서, 사건 당사자들뿐만 아니라 관련 업계 등에 큰 혼란을 초래하고 있다.

이러한 상황은 퍼블리시티권의 입법화 쪽으로 우리의 관심을 돌리게 하는 원인이 되고 있다. 법원에 의하여 문제가 해결되지 못하고 법적 안정성과 형평성이 결여된 혼란스러운 상황이 지속되고 있다면, 이 문제를 입법을 통해 명료하게 해결하는 것이 바람직한 해결방법으로 부각되는 것은 필연적인 일이다.

하급심 판결 중에서 퍼블리시티권의 존재를 실정법의 차원에서 부정한 판결들도 퍼블리시티권을 인정할 필요성 자체를 부정하지는 않는다. "우리나라에서도 근래에 이르러 연예, 스포츠산업 및 광고 산업의 급격한 발달로 유명인의 성명이나 초상 등을 광고에 이용하게 됨으로써 그에 따른 분쟁이 적지 않게 일어나고 있으므로 이를 규율하기 위하여, 성명이나 초상, 서명 등이 갖는 재산적 가치를 독점적, 배타적으로 지배하는 권리인 퍼블리시티권이라는 새로운 권리 개념을 인

1) 한위수, "퍼블리시티권 – 성명 · 초상 등의 상업적 이용에 관한 권리 – 의 침해와 민사책임," 민사재판의 제문제 제9호(사법행정학회, 1997) 527쪽.
2) 서울지방법원 1995. 6. 23. 선고 94카합9230 판결('소설 이휘소' 사건).
3) 서울중앙지방법원 2004. 12. 10. 선고 2004가합16025 판결; 서울중앙지방법원 2014.6.27. 선고 2013가합503743 판결 등
4) 서울고등법원 2002. 4. 16. 선고 2000나42061 판결; 서울중앙지방법원 2013.10.1. 선고 2013가합509239판결; 서울서부지방법원 2014.7.24. 선고 2013가합32048판결 등.

정할 필요성은 충분히 수긍할 수 있다"[5]라는 등의 표현으로 권리의 필요성은 기본적으로 긍정하는 취지의 판시를 하고 있다. 그러면서 "그러나 민법 제185조는 '물권은 법률 또는 관습법에 의하는 외에는 임의로 창설하지 못한다.'라고 규정하여 이른바 물권법정주의를 선언하고 있고, 물권법의 강행법규성은 이를 중핵으로 하고 있으므로, 법률(성문법과 관습법)이 인정하지 않는 새로운 종류의 물권을 창설하는 것은 허용되지 아니한다. 그런데 재산권으로서의 퍼블리시티권은 성문법과 관습법 어디에도 근거가 없다. 따라서 법률, 조약 등 실정법이나 확립된 관습법 등의 근거 없이 필요성이 있다는 사정만으로 물권과 유사한 독점배타적 재산권인 퍼블리시티권을 인정하기는 어렵고, 퍼블리시티권의 성립요건, 양도·상속성, 보호대상과 존속기간, 침해가 있는 경우의 구제수단 등을 구체적으로 규정하는 법률적인 근거가 마련되어야만 비로소 퍼블리시티권을 인정할 수 있다."[6]고 판시하고 있다.[7] 이것은 판결을 통해 퍼블리시티권 제도의 조속한 입법화를 촉구하고 있는 셈이라고 할 수 있다.[8]

퍼블리시티권의 도입은 엔터테인먼트 기업들의 오랜 숙원이기도 하다. 이 권리를 국내에서 명확하게 보장받음으로써 외국에서의 한류의 권리 보호에 긍정적인 영향을 기대할 수 있을 것으로 보는 견해도 있다.[9]

---

5) 서울서부지방법원 2014.7.24. 선고 2013가합32048판결.

6) Ibid.

7) 필자는 일부 판결례에서 이와 같이 별도의 입법이 없는 한 퍼블리시티권을 인정할 수 없다고 본 것이 나름대로 일리가 있어 보이지만, 결론적으로 타당한 것은 아니라고 생각한다. 퍼블리시티권의 법적 성격(이에 대하여는 뒤에서 자세히 살펴본다)과 관련하여 인격권으로부터 독립한 재산권설을 취하는 경우에는 물권법정주의와의 관계에서 문제가 있을 수 있으나(그 경우에는 위와 같은 판결의 입장이 타당할 수 있다), 퍼블리시티권을 인격권에서 파생된 권리라고 볼 경우에는 인격권이 이미 판례에 의하여 하나의 배타적 권리로 인정되고 있는 이상 그 연장선상에서 퍼블리시티권을 인정하는 것은 법리적으로 문제가 없다고 할 수 있다. 실제로 우리와 법체계와 유사한 일본에서 최고재판소 판결이 별도의 법적 근거가 없음에도 불구하고 퍼블리시티권을 "인격권에 유래하는 권리의 한 내용을 구성하는 것"으로 보아 이를 긍정하는 입장을 취하였는데, 그 판결에서 인격권과의 불가분적 관계를 강조한 이면에는 독립된 재산권설을 취할 경우 물권법정주의와의 관계에서 문제가 제기될 수 있음을 인식한 것으로 보인다.
瀬戸宗一郎,"いわゆる「パブリシティ権」をめぐる行為規範の具体化に向けた総合的考察", 法律学研究 54号(2015) (http://www.clb.law.mita.keio.ac.jp/j-committee/papers/˜"" 宗一郎.pdf; 2016.9.3. 방문) 229~230쪽 참조. 별도의 입법이 이루어지지 않고 있는 상태에서 우리 대법원이 이 문제에 대한 판단을 해야 할 경우에는 이러한 일본의 판례 입장을 참고할 필요가 있으리라 생각한다.

8) 같은 취지, 남형두, 「퍼블리시티권의 입법적 보호 방안 연구」, 문화관광부 연구용역보고서(2011.12.)(이하 '남형두, 앞의 보고서'라 한다.) 40쪽.

9) 남형두, "세계시장 관점에서 본 퍼블리시티권 - 한류의 재산권보장으로서의 퍼블리시티권 -", 저스티스 통권 제86호(한국법학원, 2005) 114쪽; 박준석, "인격권과 구별된 퍼블리시티권을 인

그러나 다른 한편에서는 이 권리의 인정과 도입에 대하여 반대 및 경계의 목소리도 없지 않다. 혹시라도 표현의 자유 등에 대한 진지한 검토 없이 섣불리 이 권리를 도입하는 입법을 함으로써 일반인들의 표현의 자유, 예술의 자유 및 영업의 자유를 위축시키는 결과를 가져올지는 않을까 하는 우려가 일각에서 제기되고 있는 것이다.[10]

이러한 상황에서 퍼블리시티권의 도입을 위한 법률안이 과거 저작권법 개정안의 형태로 두 차례 발의된 바 있으나 성사되지는 못하였다.[11] 그러다가 제19대 국회에서 별도 단행법안의 형태로 '인격표지권 보호 및 이용에 관한 법률안'[12]이 발의되어 심의된 바 있다.

이 법안 역시 제19대 국회의 임기만료로 폐기되긴 하였지만, 퍼블리시티권과 관련한 다양한 논점을 망라하여 반영하고 있다는 점에서 그 내용을 자세히 검토해 볼 만한 가치가 충분한 것으로 생각된다. 본 논문에서 필자는 이 법률안을 '검토법안'이라고 지칭하면서 중점적으로 검토해 보고자 한다.

'검토법안'의 내용을 살펴보면, 기본적인 법제화의 방향은 타당한 면이 많으나, 그 내용 가운데는 표현의 자유나 창작의 자유에 위축효과(chilling effect)를 안길 우려가 있는 조항들이 보이고, 인격권과의 관계 등에 있어서 법리적으로 재검토되어야 할 부분들이 있는 것으로 보인다. 특히 퍼블리시티권의 양도성을 인정하고 있는 점에 대하여는 심도 있는 재검토가 요망되는 측면이 있다고 생각한다.

이러한 입법론적 검토에 있어서는 무엇보다 세계 주요국에서 퍼블리시티권이

정할지에 관한 고찰 : 최근의 비판론에 대한 논리적 재반박을 중심으로", 법학 제56권 제4호(통권 제177호)(서울대학교 법학연구소, 2015) 124~125면 등. 한류의 재산권 보장을 위해 퍼블리시티권의 도입이 필요하다는 입장에 대하여는 반대론도 만만치 않다{김현경, "'퍼블리시티권' 인정에 대한 비판적 소고", 안암법학 48권(안암법학회, 2015) 318쪽 등}. 우리나라의 국내법이 퍼블리시티권을 인정한다고 해서 다른 나라에서의 침해를 방지할 수 있는 집행력이 있는 것이 아닌 한 해외에서의 한류에 대한 권리를 보장하는 역할을 수행할 수는 없다는 것이 반대론의 요지이다. 우리의 입법이 해외에서의 한류의 권리를 보호하는 직접적인 힘을 가지지 않는 것은 반대론의 지적대로이지만, 정부간 협상 등을 통해 해외에서의 권리보장을 요구하는 데 일정한 영향을 미칠 수 있음을 부정하기는 어려울 것이다. 섭외적 계약관계에 대한 분쟁과 관련한 재판 또는 중재에서 한국법이 준거법으로 적용될 수 있는 경우에 내국인의 퍼블리시티권 보호에 도움이 될 수 있다는 점도 긍정설의 입장을 뒷받침한다. 남형두, 위의 논문, 114쪽 참조.

10) 김현경, 앞의 논문, 320쪽 등.

11) 2005년 제17대 국회에서 박찬숙 의원 등이 저작권법 일부 개정안으로 발의를 하였으나 제17대 국회 종료로 자동 폐기되었고, 2009년 제18대 국회에서 이성헌 의원 등이 마찬가지로 저작권법 일부 개정안으로 발의 하였으나 역시 국회 종료로 자동 폐기되었다.

12) 이 법률안은 남형두, 앞의 보고서에서 제시한 안을 기초로 하고 있다.

어떻게 법적으로 다루어지고 있는지를 현재시점에서 전체적으로 살펴보는 일이 선행될 필요가 있다.

이와 같은 관점에서 이 논문은 먼저 미국에서 퍼블리시티권의 개념이 역사적으로 형성되어 온 과정과 다른 주요국들의 입장은 어떠한지를 살펴본 후, 퍼블리시티권을 인정하여야 하는 이유와 법제화의 필요성, 나아가 입법의 바람직한 형태에 대하여 짚어 보고, '검토법안'의 내용과 관련된 중요한 쟁점들에 대하여 검토해 보기로 한다. 퍼블리시티권의 법제화가 표현의 자유나 창작의 자유에 대한 위축효과를 가지지 않는 타당한 방향으로 이루어져 관련 산업계 및 국민들의 혼란을 최소화하고, 인격표지의 주체가 가지는 정당한 권익을 보호하며, 나아가 문화산업의 발전에 기여할 수 있도록 하는 데 조금이라도 도움이 되고자 하는 것이 이 논문을 작성하는 목적이자 주안점이다.

II. 퍼블리시티권 개념의 역사와 주요국의 동향

1. 서언

퍼블리시티권에 대한 국내 입법의 방향을 정함에 있어서 무엇보다 중요한 참고자료가 되는 것은 해외 주요국들에서 이와 관련하여 어떠한 입장을 취하고 있는가 하는 것이다. 이 문제에 관한 우리나라의 연구자들의 입장이 크게 대립하고 있는 데에는 연구자들이 연구과정에서 어느 특정 국가의 입장에 경도되는 경향이 크다는 점도 무시 못 할 원인으로 작용하고 있는 것으로 보인다. 그런 점에서 이 논문은 각국의 입장을 하나하나 세밀하게 살피지는 못하더라도 최대한 높은 전망대로 올라가 해외 여러 나라의 입장이 어떻게 '숲'을 이루고 있는지를 조망해 보고 그로부터 시사점을 얻고자 한다.

2. 미국에서의 퍼블리시티권 개념의 형성 및 발전 과정

미국에서 퍼블리시티권의 개념이 발전해 온 과정을 살펴보면, 그에 앞서 먼저 프라이버시권이 인정된 것이 그 기초가 되었음을 알 수 있다. 프라이버시권은 1890년에 Samuel D. Warren과 Louis Brandeis가 Harvard Law Review에 기고한 논문인 "The Right to Privacy"에서 그 보호의 필요성을 강력하게 주창한 후 사회적인 관심과 함께 격렬한 논쟁의 대상이 되었다. 그 후 뉴욕주 대법원

(The Court of Appeals)에서는 1902년에 젊은 여성인 원고가 자신의 사진이 제분업자인 피고에 의하여 무단으로 광고에 이용됨으로써 프라이버시권이 침해되었다는 이유로 제소한 사안에 관한 Roberson 사건[13]에서 프라이버시권은 판례법상 인정되지 않는다는 이유로 원고의 청구를 기각하는 판결을 내렸다. 이 판결의 다수의견을 작성한 파커(Alton B. Parker) 대법관은 주의회가 성명이나 초상의 광고목적 사용 등을 금지하는 법률을 제정하면, 그 제정법에 정해진 범위 내로 적용범위가 한정됨으로써 법체계에 어떤 혼란도 주지 않을 것이라고 설시함으로써 입법권을 가진 주의회로 공을 넘겼다.[14]

이를 계기로 그 이듬해인 1903년 뉴욕주에서 최초로 상업적 이용을 목적으로 개인의 허락 없이 그의 성명이나 초상 등을 이용하는 것을 금하는 내용의 프라이버시에 관한 법률이 제정되었다.[15]

뉴욕주 대법원과는 달리 1905년 죠지아주 대법원에서는 Pavesich 사건[16]에서 피고 보험회사가 원고의 동의 없이 그의 사진을 광고에 이용한 사안에 대하여 프라이버시권은 보통법(common law)의 일부에 포함되는 권리라고 판시하여 판례법상으로 위 권리의 존재를 인정하였다. 이후 미국 판례는 프라이버시권을 보통법상의 권리로 인정하는 판결과 그렇지 않은 판결로 나뉘는 모습을 보이다가 1940년대에는 대체로 프라이버시권을 인격적인(personal) 권리로 인정하는 경향을 보이게 되었다.[17]

위와 같이 개인의 초상이나 성명을 함부로 사용당하지 않을 수 있는 권리가 프라이버시권으로서 인정되게 되었지만, 유명인사의 경우에는 그러한 프라이버시권의 혜택을 누리지 못하는 경우가 많았다. 예컨대 O'Brien 판결[18]에서 연방제5항소법원은 유명한 프로미식축구선수가 자기의 사진이 맥주회사의 광고에 사용된 데 대하여 프라이버시권의 침해를 이유로 제소한 데 대하여 "원고는 이제 사인(私人)이 아니므로 그의 초상이 공개되었다고 해서 권리를 침해받는 일은 있을 수 없다. 왜냐하면 원고가 항상 추구하고 향유하고자 했던 것이 바로 초상의 공

13) Roberson v. Rochester Folding Box Co., 171 N.Y. 538, 64 N.E. 442 (1902).
14) J. McCarthy, The Rights of Publicity & Privacy, 2013 ed., Westlaw, §1:16.
15) 이로 인해 뉴욕주는 퍼블리시티권을 보통법(common law)상의 권리로 인정하지 않는 대신 프라이버시권의 한 내용으로 퍼블리시티권을 보호하고 그 양도가능성이나 상속성을 인정하지 않는 제정법을 가지게 되었고, 그것이 현재에까지 이르고 있다.
16) Pavesich v. New England Life Insurance Co., 122 Ga. 190, 50 S.E. 68 (1905).
17) J. McCarthy, op.cit,, §1:17.
18) O'Brien v. Pabst Sales Co., 124 F. 2d 167 (5th Cir. 1941).

개이기 때문이다"고 하면서 원고의 정신적 손해를 인정하지 않았다.

그러한 경우에 유명인이 설사 정신적 손해를 입지는 않았다 하더라도 경제적 손해를 입은 것에 대하여 배상을 받을 가능성이 있을 수 있다는 인식의 전환이 있어야만 유명인의 권리가 실질적으로 보호받을 수 있는 길이 열리게 되는 상황이었다. 바로 그러한 인식의 전환을 가져온 최초의 판결이 1953년 연방제2항소법원이 선고한 Haelan 판결이다.[19]

이 판결은 유명 프로야구선수들의 사진과 이름을 독점적으로 제품에 이용하는 계약을 체결한 껌 제조회사인 원고가 경쟁관계에 있는 껌 제조회사가 동일한 선수들의 사진을 실은 제품을 내놓자 이를 금지하기 위해 제소한 사안에 대한 것이다. 이에 대하여 제2항소법원은 "사람은, 프라이버시권과는 별도로 그에 부가하여, 자신의 사진이 가지는 공표가치에 대한 권리, 즉 그의 사진을 공표할 배타적 권리를 타인에게 부여할 수 있는 권리를 가진다. … 이 권리를 퍼블리시티권이라 할 수 있다. 왜냐하면 저명인은 그들의 모습이 대중에 노출됨으로 인한 정신적 고통과는 별도로 그러한 광고를 허락함에 대하여 금전적 보상을 받지 못하게 되는 데에 큰 박탈감을 느끼게 될 것이기 때문이다"고 판시하였다. 위 판결은 위와 같이 유명인 등의 경우 그 초상의 사용에 대하여 일종의 경제적 권리로서의 퍼블리시티권을 가질 수 있음을 천명함과 동시에 그 권리는 양도불가능성을 특질로 하는 프라이버시권과 달리 양도할 수 있는 권리이므로 이러한 권리를 전속적으로 양도받은 자는 이를 침해하는 제3자를 상대로 소송을 제기할 수 있다고 하여 원고의 청구를 인용하였다.[20]

이 판결문을 작성한 제롬 프랑크(Jerome Frank) 판사는 퍼블리시티권(right of publicity)이라는 용어를 처음으로 만들어내었을 뿐만 아니라 이 권리를 인격적인 권리인 프라이버시권과는 구별되는 경제적 권리로서의 성격 규정을 처음으로 함으로써 퍼블리시티권의 발전에 하나의 이정표를 세운 것으로 평가되고 있다.

Haelan 판결 후 퍼블리시티권을 학문적으로 정리한 최초의 논문을 발표함으로써 퍼블리시티권의 이론적 발전에 큰 역할을 한 사람이 저작권법의 대가이기도 한 Melville B. Nimmer 교수이다. Nimmer 교수는 1954년에 "The Right of

19) Haelan Labortories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc., 202 F. 2d 866 (2d Cir. 1953), cert. denied, 346 U.S. 816 (1953).

20) 한위수, 앞의 논문, 531쪽.

Publicity"라는 제목으로 발표한 논문에서, 초상 등 사람의 동일성에 대하여 가지는 상업적 이익에 대하여는 전통적인 프라이버시권 이론이나 부정경쟁금지법리 혹은 계약법이나 명예훼손 법리만으로는 그 보호가 불충분하며, 개인의 "공표가치(publicity value)"에 대한 재산적 권리로서 양도가능성을 가지는 퍼블리시티권을 별도로 인정할 필요가 있다고 주장하였다.[21] 이 논문에서 Nimmer 교수는 퍼블리시티권의 보호법익인 개인의 동일성(identity)이 가지는 공표가치를 해당 개인의 허락 없이 상업적인 방법으로 이용하는 한 퍼블리시티권 침해에 따른 재산적 손해를 배상할 의무를 가지며, 그러한 의무는 해당 개인의 정신적 손해의 유무, 소비자의 오인 또는 혼동의 유무, 경쟁관계의 유무, 또는 명예훼손적 방법의 사용이나 계약관계의 유무 등을 불문하고 인정되어야 한다고 주장하였다. 나아가 그것이 재산적 권리인 한 그 양도성도 인정되어야 하고, 일반적으로 유명인에게 인정되는 권리이겠지만, 반드시 유명인일 것을 요건으로 할 이유는 없다고 주장하였다.[22]

이러한 Nimmer교수의 견해는 퍼블리시티권을 하나의 독립된 권리로 자리잡도록 하는 데 큰 영향을 미친 것이 사실이다. 그러나 Nimmer교수가 '공표가치'의 경제적 측면에 지나치게 초점을 맞춤으로써 그것이 개인의 인격권(프라이버시권)의 한 속성으로서의 자기결정권과 관련성이 있음을 전면적으로 부정하는 입장을 취한 것은 비판의 소지가 있다고 생각한다. 그리고 그러한 Nimmer 교수의 입장이 미국 각주의 퍼블리시티권 입법에 일관되게 수용된 것도 결코 아니라는 점을 유의할 필요가 있다. Nimmer교수의 위 논문이 발표된 이후에 프라이버시권의 내용을 체계적으로 정리한 Wiliiiam Prosser교수의 논문[23]이 1960년에 발표되었다. 프라이버시권의 이론적 확립에 지대한 영향력을 발휘한 이 논문에서 Prosser교수는 영리적 목적으로 타인의 성명이나 초상 등을 사용하는 행위를 프라이버시 침해의 네 번째 유형인 개인의 성명, 초상 등의 부당이용의 한 유형으로 보는 입장을 취하였다. Prosser교수의 입장은 프라이버시권의 네 번째 속성을 통해 타인의 성명이나 초상 등을 영리적으로 이용하는 것을 금지함으로써 그 성명, 초상 등의 주체가 가지는 인격적 이익과 재산적 이익을 함께 보호할 수 있다

21) Melville B. Nimmer, The Right of Publicity, 19 Law and Contemporary Problems 203~223 (Spring 1954). Available at: http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol19/iss2/6.
22) Ibid, 217.
23) William L. Prosser, Privacy, 48 Calif. L. Rev. 389~407, 1960.

고 본 것으로서, '퍼블리시티권'의 독자적 성격을 인정하지는 않은 것으로 볼 수 있다.[24]

하지만 퍼블리시티권을 독자적 권리로 인정하는 흐름이 미국의 여러 주에서 보다 강하게 대두된 것은 사실이다. 이후 미국의 여러 법원에서 차츰 퍼블리시티권의 존재를 인정하는 경향을 보여 오다가 1977년에는 미국 연방대법원도 Zacchini 사건 판결[25]에서 퍼블리시티권을 언급하기에 이름으로써 퍼블리시티권의 판례법상의 지위가 더욱 공고해지게 되었다.

2013년 현재 미국의 51개주 중에서 보통법이나 성문규정을 통하여 실질적으로 퍼블리시티권을 인정하고 있는 주는 총 31개인 것으로 분석되고 있다.[26] 다만 이 가운데 뉴욕주 등의 경우에는 프라이버시권이라는 이름으로 개인의 아이덴티티가 가지는 재산적 이익을 보호하는 점에서, 인격권의 이름으로 그 재산적 이익을 보호하고 있는, 후술하는 독일이나 프랑스의 입장과 유사하다고 할 수 있다.

3. 독일의 경우

독일에서는 기본적으로 성명이나 초상 등을 인격권으로 규율한다. 미술 및 사진저작물의 저작권에 관한 법률(KUG) 제22조에서 초상권을, 민법 제12조에서 성명권을 각 규정하고 있고, 그 외에 일반적 인격권의 존재를 긍정하고 있다. 독일에서는 이러한 인격권과 별도로 퍼블리시티권에 대한 규정을 두고 있지는 않다. 다만 독일의 판례는 인격권에 의하여 개인의 성명이나 초상 등이 가지는 재산적 이익이 보호될 수 있음을 긍정함으로써, 실질적으로 퍼블리시티권을 인정하

24) J. McCarthy, op.cit,, §1:23.

25) Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co., 433 U.S. 564 (1977). 이 사건은 전형적인 퍼블리시티권 사건이 아니지만 연방대법원이 공식적으로 퍼블리시티권을 언급한 최초의 판결이라는 점에서 큰 주목을 받았다. 정상기, "PUBLICITY권에 관한 소고," 한국저작권논문선집(Ⅱ)(한국저작권심의조정위원회, 1995) 125~126면 참조. 이 판결은 '인간 대포'라는 별명을 가진 원고의 실연 장면을 자세히 보도한 것과 관련된 사건이므로 우리 저작권법상으로는 실연자의 저작인접권 보호와 관련된 것이고, 미국의 경우 고정되지 않은 실연은 저작권법의 보호를 받지 못한 관계로 퍼블리시티권에 의한 보호가 문제되었으나, '공표가치'의 보호와 관련된 사안이 아니라 '실연가치'의 보호와 관련된 사안으로서 미국법상으로도 보통법상의 저작권 보호에 관한 주법으로 보호하는 것이 타당하였다고 보는 견해가 유력하다. J. J. McCarthy, op.cit., §5:46.

26) 21개 주의 법원이 명시적으로 퍼블리시티권을 보통법(common law)상의 권리로 인정하였고, 그 중 8개주는 동시에 퍼블리시티권의 내용을 담은 성문규정을 두고 있으며, 그 외 추가로 10개 주가 일부는 프라이버시권이라는 이름으로 규정하긴 하였지만, 퍼블리시티권을 내용적으로 대부분 구현한 성문규정을 두고 있다. J. McCarthy, op.cit., §6:3.

는 것과 크게 다르지 않은 입장을 취하고 있다.

특히 독일 연방대법원의 1999. 12. 1.자 판결[27]은 유명한 여배우인 Marlene Dietrich가 사망한 후에 그녀의 삶에 대한 뮤지컬을 제작했던 피고가 그녀의 이름을 자동차에 사용하는 것을 허락하고 그녀의 모습을 화장품 광고에 이용하도록 하며, 그녀의 초상을 이용한 머천다이징 상품 등을 제작하게 하여 판매한 것이 문제된 사건에서 피고에게 인격권의 재산가치 있는 부분 침해로 인한 재산적 손해를 배상할 책임이 있다고 판시하였다. 이러한 권리의 상속성과 관련하여 위 판결은 인격권이 정신적 이익을 보호하는 한 그 주체와 불가분적으로 결합되고 일신전속권으로서 양도와 상속이 불가능하지만 인격의 상업적 이익을 보호하는 인격권의 재산가치 있는 부분은 상속될 수 있다고 판시하였다.[28] 이와 같이 초상, 성명 등 인격표지의 재산적 이익과 관련된 부분의 상속성을 인정하는 판례의 입장은 명백히 표명되었지만, 그 양도가능성을 인정하는 판례는 아직 나오지 않고 있고, 성명권과 관련하여서는 양도가능성을 명시적으로 부정한 판례가 남아 있다.[29]

이러한 독일 판례의 입장에 대하여는 독일 저작권법에서 저작인격권과 저작재산권을 이원적으로 보지 않고 일원적으로 보는 일원론(일원주의)적 입장이 반영된 것으로 보는 견해가 있으나,[30] 인격권의 재산적 구성부분을 비재산적 구성부분과 구별하여 재산적 구성부분의 상속성만 인정한 점에서는 이원론(이원주의)적 색채를 보이는 면이 있다.[31]

---

27) BGH NJW 2000, 2195.

28) 이 판결이 그 근거로 내세운 것은 첫째, 상호권이 인격권으로 여겨지다가 현재는 재산권으로 분류되고, 상표권이 인격권으로 분류되다가 현재 무체재산권으로 인정되는 등 권리의 성격이 법질서의 평가에 의해 달라질 수 있는 점, 둘째, 기술적, 경제적, 사회적 상황의 변화로 인격표지가 예전에는 생각하지 못한 정도로 경제적 이용이 가능하게 된 점, 셋째, 인격권의 재산가치 있는 부분의 효과적인 사후 보호를 보장하기 위해서는 상속인이 인격권 보유자의 역할을 대신하여 사망자의 추정적 의사를 보호하고 권한 없는 이용에 대응할 수 있어야 한다는 점 등이다. 권태상, 「퍼블리시티권의 이론적 구성 – 인격권에 의한 보호를 중심으로 –」(경인문화사, 2013) 156~157쪽 참조.

29) 독일 연방대법원 1992.9.23.자 판결(BGH NJW 1993, 918 – Universitätsemblem. 권태상, 위의 책, 140쪽.

30) 박준석, "인격권과 구별된 퍼블리시티권을 인정할지에 관한 고찰 : 최근의 비판론에 대한 논리적 재반박을 중심으로", 법학 제56권 제4호(통권 제177호)(서울대학교 법학연구소, 2015), 116~117쪽 참조. 박준석 교수는 이 논문에서 독일에서 인격권의 틀 안에서 초상 등 본인의 재산적 권리를 보호하는 입장의 이면에는 독일저작권법의 '일원론'의 영향이 크므로 저작인격권과 저작재산권의 이원적 구별을 전제로 한 이원론적 입법을 한 한국법의 해석에서 독일의 입장을 그대로 수용하는 것은 적절치 않다는 취지로 주장한다.

31) 안병하, "독일의 퍼블리시티권 관련 논의 개관", 비교사법 제23권 제1호(한국비교사법학회,

특히 판결 이유에서 무체재산권으로서의 상호권, 상표권 등의 성격 변화 과정을 언급한 것은 재산적 권리로서의 퍼블리시티권의 독자성을 어느 정도 인정하고자 하는 취지가 내포된 것이 아닐까 추측하게 한다. 그렇지만 기본적으로 권리 인정의 근거의 면에서 초상 등 본인의 자기결정권을 중시하고 있고, 기본적으로 인격권의 한 구성부분으로 보는 입장을 취하고 있다는 점에서, 인격권과 완전히 구별된 재산권설의 입장과는 분명한 거리를 두고 있는 것이 사실이다.

4. 일본의 경우

일본에서도 인격권으로서의 초상권, 성명권은 일반적으로 인정되어 왔다. 그런데 그러한 초상권과 성명권이 경제적 권리로서의 성격을 가질 수도 있다는 것을 처음으로 인정한 것은 이른바 '마크 레스터' 사건에 대한 동경지방재판소의 1976. 6. 29. 선고 판결에서이다.[32] 이 사건은 영국의 아역배우였던 마크 레스터(Mark Lester)가 출연한 영화 '작은 목격자'의 한 장면을 롯데 제품의 CF에 이용한 것이 문제된 것이었다. 법원은 피고에게 원고가 입은 재산적 손해의 배상을 명하면서 "배우 등은 스스로 얻은 명성에 따라 일정한 대가를 받고 자기의 성명이나 초상을 제3자에게 전속적으로 이용하게 하는 이익을 가지고 있다. 이러한 점에서 성명 또는 초상은 인격적 이익과는 구별되는 독립된 경제적 이익(이는 당연히 불법행위법에 의한 보호를 받을 수 있는 이익이다)의 객체가 되므로 배우 등은 그의 성명이나 초상의 무단 사용에 의하여 정신적 고통을 받지 아니한 경우라 하더라도 경제적 이익의 침해를 이유로 법적 구제를 받을 수 있는 경우가 많다고 할 것이다"라고 판시하였다. 이 판결은 판결문에서 퍼블리시티권이라는 용어를 사용하고 있지는 않지만 일본에서 퍼블리시티권을 인정한 최초의 판결로 평가되고 있다.

그 후 일본의 판례는 퍼블리시티권이라는 용어를 사용하는 경우도 있고 그렇지 않은 경우도 있지만 대체로 유명인 등의 초상, 성명 등이 가지는 경제적 권리를 인정하는 입장을 표명해 왔다. 특히 동경고등재판소가 1990. 9. 26. 선고한 이른바 '냔 아이 클럽' 사건에 대한 판결[33]은 다음과 같이 퍼블리시티권의 인정 근거를 밝힌 바 있다.

2016) 124~125쪽.

32) 昭46(ワ)9609.

33) 平2(ネ)4794.921.

"피항소인들은 이른바 연예인이고 그 연예인으로서의 평가는 자기의 출연(出演), 소속 프로덕션이나 매스미디어를 통한 선전 활동 등에 의하여 폭넓게 전국에 그 성명·초상이 알려지고 대중의 인기를 얻음으로써 높아지는 것이고, 피항소인들도 이와 같이 자기의 성명·초상이 알려짐으로써 평가가 높아지기를 바라고 있을 것이라고 추인하여도 무방하다. 그리고 이와 같이 성명·초상을 이용하여 자기의 존재를 폭넓게 대중에게 호소하기를 바라는 이른바 연예인에 있어서 사사성(私事性)을 중핵으로 하는 인격적 이익을 향유하는 면에 있어서는 일반 사인과는 다른 제약을 받지 않을 수 없다. 즉, 이를 연예인의 성명·초상의 사용행위에 관하여 보면, 해당 연예인의 사회적 평가의 저하를 가져올 것 같은 사용행위는 별도로 하고, 사회적으로 허용된 방법, 태양 등에 의한 사용행위에 관하여는 해당 연예인의 주지성을 높이는 것으로서 그 인격적 이익을 훼손하는 것이라고는 해석하기 어렵다. 반면에, 고유의 명성, 사회적 평가, 지명도 등을 획득한 연예인의 성명·초상을 상품에 붙인 경우에는 해당 상품의 판매를 촉진하는 효과가 있다는 것은 공지의 사실이다. 그리고 연예인의 성명·초상이 가지는 고객 흡인력은 해당 연예인이 획득한 명성, 사회적 평가, 지명도 등으로부터 생기는 독립한 경제적인 이익 내지 가치로서 파악할 수 있으므로 이것이 해당 연예인에게 고유의 것으로 귀속되는 것은 당연한 것이라고 해야 할 것이고, 해당 연예인은 그러한 고객 흡인력이 갖는 경제적인 이익 내지 가치를 배타적으로 지배할 재산적 권리를 가지는 것이라고 인정함이 상당하다. 따라서 위 권리에 근거하여 그 침해행위에 대해서는 금지 및 침해의 방지를 실효성 있게 하기 위해 침해 물건의 폐기를 청구할 수 있다고 해석하는 것이 타당하다."[34]

그 후 2012년에 '핑크레이디' 사건에 대한 일본 최고재 판결[35]이 선고되었는데, 이는 일본의 최고법원이 퍼블리시티권을 일정한 요건 하에 하나의 배타적 권리로 인정하는 입장을 최초로 천명하였다는 점에 큰 의의가 있다.[36] 이 판결은 "초상 등은 상품의 판매 등을 촉진하는 고객흡인력을 가지는 경우가 있고 이러한 고객흡인력을 배타적으로 이용할 권리(이하 '퍼블리시티권'이라 한다)는 초상 등 그 자체의 상업적 가치에 기한 것이므로 인격권에서 유래하는 권리의 한 내용

34) 이해완, 「저작권법」(제3판)(박영사, 2015) 920~921쪽.
35) 最高裁 2012. 2. 2. 平２１ (受) ２０５６号.
36) 계승균, "일본 최고재판소 최초의 퍼블리시티권 판결", 대한변협신문 2012. 12. 17.자(427호)(판례평석) 참조.

을 구성하는 것이라고 할 수 있다"고 판시하여 퍼블리시티권의 본질이 초상등이 가지는 고객흡인력의 이용에 있는 것으로 보면서 인격권에서 유래하는 (재산적) 권리로서의 법적 성격을 가지는 것으로 보는 입장을 표명하고 있다. 나아가 위 판결은 "다른 한편으로 초상 등에 고객흡인력을 가지는 자는 사회의 이목을 끄는 등으로 그 사용을 정당한 표현행위 등으로서 수인하여야 할 경우도 있다. 그렇다면 초상등을 무단으로 사용하는 행위는 ① 성명, 초상 등 그 자체를 독립하여 감상의 대상이 되는 상품 등으로서 사용하거나, ② 상품 등의 차별화를 도모할 목적으로 성명, 초상 등을 상품 등에 붙이는 것 또는 ③ 성명, 초상 등을 상품 등의 광고로서 사용하는 등, 오로지 성명, 초상 등이 가지는 고객흡인력의 이용을 목적으로 한다고 할 수 있는 경우에, 당해 고객흡인력을 배타적으로 이용할 권리(이른바 퍼블리시티권)를 침해하는 것으로서 불법행위법상 위법하게 된다"고 판시하여 표현의 자유와의 관계에서 퍼블리시티권의 인정범위를 위와 같은 세 가지의 경우로 제한하는 입장을 천명하였다.

위 판결의 사안은 가수를 피사체로 하는 사진을 그의 허락을 받지 않고 주간지의 기사에 사용하여 이를 게재한 것이 해당 가수의 퍼블리시티권을 침해한 것인지가 문제된 것이었다. 이에 대하여 최고재판소 판결은 ① 위 기사의 내용은 위 주간지가 발행되기 전년도 가을경에 유행하였던, 위 가수의 곡의 안무를 이용한 다이어트법을 해설함과 동시에 어렸을 때 위 가수의 곡의 안무를 흉내 내었던 탤런트의 생각 등을 소개하고 있는 것이라는 점, ② 위 사진은 약 200페이지의 위 주간지 전체 중에 3페이지에 사용된 데 불과하고 모두 흑백사진이며, 그 크기도 세로 2.8cm, 가로 3.6cm부터 세로 8cm, 가로 10cm 정도의 것이었던 점을 감안하여, 위와 같은 사실관계 하에서는 "오로지 그 가수의 초상이 가지는 고객흡인력의 이용을 목적으로 하는 것이라고 할 수 없어 당해 고객흡인력을 배타적으로 이용할 권리(이른바 퍼블리시티권)를 침해하는 것으로서 불법행위법상 위법하다고 할 수 없다"고 판시하였다. 이와 같이 위 판결은 구체적 사안의 특성에 따라 퍼블리시티권의 침해를 인정하는 결론으로 나아가지는 않았으나, 인격권에서 유래하는 배타적, 재산적 권리로서의 퍼블리시티권을 인정하는 취지를 표명한 것으로 보이고, 다만 그 인정범위를 표현의 자유와의 관계에서 비교적 엄격하게 제한하고자 하는 취지를 나타낸 것이라 여겨진다.[37]

37) 이해완, 앞의 책, 921~922쪽 참조.

일본 최고재판소의 이러한 판결은 우리와 유사한 법체계 하에서 퍼블리시티권을 '인격권에서 유래하는 권리의 한 내용'으로 파악함으로써 물권법정주의와 관련된 논란을 회피하고, 초상 등 본인의 인격적 이익에 대한 보호를 일관되게 관철하며, 한편으로는 표현의 자유와의 관계에서 제기될 수 있는 우려를 최대한 불식하고자 하는 취지를 강력하게 담고 있는 점에서 참고가치가 큰 것으로 보인다.

5. 프랑스의 경우

프랑스에서는 종래의 판례에서 인격권의 한 내용으로 이미지권(droit a l'image)이라는 권리가 인정되어 왔다. 이 권리는 개인의 이미지를 사전 허락 없이 함부로 복제, 배포할 수 없도록 하는 권리로서 한편으로는 인격권적인 성격을 가지지만 동시에 유명인 등이 자신의 이미지가 가지는 상업적 이익을 침해당하는 것으로부터 손해배상을 받을 수 있는 재산적 권리의 성격을 가지는 것으로 인정되고 있다.[38] 인격적 권리와 재산적 권리의 관계에 대하여는 이미지권이 재산권적 성격과 비재산권적 성격을 동시에 가지고 있다고 보는 일원론의 입장을 취한 판결들과 재산적 권리에 대하여만 '이미지권'이라는 표현을 사용하고, 정신적 보호법익과 관련될 때에는 '이미지에 대한 권리'라는 표현을 사용하는 등의 방법으로 두 가지 권리를 서로 구별하는 입장을 취하는 판결들로 나뉘고 있다고 한다.[39]

이와 같이 이미지권의 재산권적 측면이 판례상으로 인정되고는 있으나, 권리의 성격상 그 양도가능성은 인정되지 않고 있는 것으로 보인다.[40] 따라서 권리의 물권적 양도 대신 사용승낙에 의한 제3자의 사용만 가능할 터인데, 이와 관련하여 그 제3자는 채권적 권리만 가지므로 초상 등 본인의 허락 없이 이를 다른 제3자에게 사용하도록 하는 것은 허용되지 않는 것으로 본 판례가 있다.[41]

---

38) Elisabeth Logeais & Jean-Baptiste Schroeder, The French Right of Image: An Ambiguous Concept Protecting the Human Persona, 18 Loy. L.A. Ent. L.J. 511, 1998; 김성환, 「퍼블리시티권의 법리와 실제」, (진원사, 2009) 72쪽.

39) 박수곤·김태희, "프랑스법에서의 퍼블리시티권에 관한 논의의 전개", 비교사법 제23권 제2호(통권 제73호)(한국비교사법학회, 2016) 699~700쪽. 이 논문에서 소개하고 있는 바에 따르면, 프랑스 최고법원인 파기원은 이에 대하여 오랫동안 아무런 입장을 표명하지 않고 있으며, 권리주체의 승낙 없이 그의 이미지를 공표한 것이 이미지에 의해 표상되는 사람에게 재산적 손해를 발생시킨 것이 아닌지의 여부가 문제된 사안에서도, 배상의 대상인 손해의 성질 및 범위에 대한 판단은 사실심법원의 재량에 위임된 사항이라고 하여 이미지권의 대상과 성질에 대한 구체적인 판단을 유보하였다고 한다(위 논문, 700~701쪽).

40) 위의 논문, 712쪽 참조.

상속성의 인정 여부와 관련하여서는 다소 애매한 상황으로 보인다. 망자의 이미지를 복제하는 행위에 대해서도 망자의 근친자가 반대할 수 있으나, 다만 이를 위해서는 어떠한 손해가 발생하였을 것이 전제되어야한다고 판시한 프랑스 파기원의 2009년 판결[42]을 넓게 해석할 경우에는 "망자의 사망 후에도 그의 이미지권이 상속인에 의해 행해질 수 있다는 설명이 가능할 수도 있을 것"이라고 보는 견해가 있다.[43]

6. 기타 국가들의 경우

가. 영국의 경우

영국에서는 원래 프라이버시권이나 퍼블리시티권을 인정하지 않고 있다가 2000년 영국인권법의 제정으로 유럽인권협약상 인정되는 프라이버시권을 인정하는 규정을 도입하였다.[44] 그러나 아직 퍼블리시티권은 인정하지 않고 있다. 다만 영국에서도 광고업자들의 자율규약에는 광고에 사람의 성명, 초상을 사용할 때에는 원칙적으로 사전 허락을 받도록 하고 있어 퍼블리시티권의 취지를 일부 살리고 있는 부분이 있다. 한편으로 판례가 성명이나 초상 등의 광고목적 무단이용에 대하여 명예훼손에 해당한다거나 passing-off(기망)에 해당한다는 등의 이유로 책임을 묻는 경우들이 있다.[45]

나. 이탈리아의 경우

이탈리아의 경우 퍼블리시티권을 인정하는 명문의 규정은 없으나, Dalla v. Autovox SpA 사건에서 이탈리아 지방법원이 퍼블리시티권을 인정하는 판결[46]을 선고한 이래 판례상으로 퍼블리시티권의 존재 및 퍼블리시티권의 침해에 대한 재산적 손해배상이 인정되고 있다.[47]

---

41) 위의 논문, 711~712쪽 참조.
42) Cass. civ. 1re, 22 oct. 2009, n° 08-10557.
43) 박수곤·김태희, 앞의 논문, 713쪽.
44) J. McCarthy, op.cit, §6:151.
45) J. McCarthy, op.cit, §6:152.
46) Pret. di Roma, 18 apr. 1984, Foro It. 1984, I, 2030.
47) Silvio Martuccelli, The Right of Publicity under Italian Civil Law, 18 Loy. L.A. Ent. L.J. 543, 1998; 김성환, 앞의 책, 72쪽.

다. 캐나다의 경우

캐나다의 경우에는 영국과 달리 미국에서라면 퍼블리시티권이라고 칭하였을 만한 권리의 존재를 인정하는 입장을 판례가 취하고 있다. 즉 캐나다 법원들은 사람은 "자신의 인격, 이미지와 성명의 영리를 목적으로 한 상품화에 대하여 배타적인 재산적 권리를 가지고 있다"고 판시하고 있다.[48]

III. 퍼블리시티권 법제화의 필요성과 바람직한 입법형태

1. 퍼블리시티권 인정의 근거

퍼블리시티권의 법제화를 추진하려면 무엇보다 먼저, 왜 퍼블리시티권을 인정하여야 하는지, 퍼블리시티권을 인정하는 것이 어떤 이유에서 정의롭거나 합목적적인 일인지에 대하여 분명한 근거를 제시할 필요가 있다.

이에 대하여는 이미 오랫동안 많은 논의가 있어 왔다. 주요한 논의를 중심으로 퍼블리시티권의 인정근거로 제시되는 이론들을 간략하게 살펴보면 다음과 같다.

첫째는 철학자 존 로크의 노동이론(Labor theory)에 기초한 정당화 입론이다. 유명인 등의 초상, 성명 등의 동일성표지를 광고 등에 사용할 경우 그 초상 등이 가지는 고객흡인력을 활용함으로 인한 경제적 이익을 그 사용자가 취하게 되는데, 그 경제적 이익은 대개의 경우 해당 유명인 등의 예체능 활동 등의 노력에 기초한 것인 경우가 많으므로, 그러한 노력을 기울인 해당 본인에게 경제적 이익을 귀속시키는 것이 정의의 관념에 합당하다는 것, 즉 씨를 뿌린 자가 거두는 것이 합당하다는 것이다. 자신의 노동의 결실에 대한 권리는 일종의 자연권이라고 볼 수 있다는 점에서 자연권론이라고 부를 수도 있다.[49]

이에 대하여는 개인의 성명이나 초상 등이 가지는 퍼블리시티 가치는 투하된 노동력의 양에 비례하지 않는다는 것과 그것은 사회 속에서 대중과의 관계 속에서 형성되는 '사회적 산물'로서의 성격을 가지고 있다는 것 등을 무시한 이론이라는 비판이 있다.[50]

---

48) Athans v. Canadian Adventures Camps Ltd. (1977) 17 O.R.2d 425, 434, 4 C.C.L.T. 20; J. McCarthy, op.cit,, §6:156.

49) 김성환, 앞의 책, 114~143쪽; J. McCarthy, op.cit., §2:2, §2:5.

50) 비판적 주장의 자세한 내용에 대하여는 남형두, "퍼블리시티권의 철학적 기반(상) - '호사유피 인사유명'의 현대적 변용", 저스티스 2007.4.(통권 제97호)(한국법학원) 152~156쪽 참조.

그러한 비판은 일부 타당하지만, 그것이 노동이론의 근거를 완전히 소멸시키는 것은 아니다. 그러한 점들이 일부 있더라도 대개는 인격주체인 각 개인이 자신의 성명이나 초상 등이 고객흡인력을 가지는 정도가 될 때까지 꽁장히 큰 개인적 노력을 기울였을 터이고, 따라서 그 경제적 가치가 임의의 무단 사용자에게 귀속되기보다는 인격표지의 주체에게 귀속되는 것이 정의관념에 부합한다는 것에 대하여 사회적 승인이 충분히 있을 수 있는 것은 사실이기 때문이다. 다만 그러한 비판적 주장의 일정한 타당성을 고려할 때 단지 노동이론만으로 퍼블리시티권의 정당화를 근거지우기보다는 뒤에서 보는 인격주체의 '자기결정권' 보호 등의 추가적 근거를 필요로 하는 면이 있음을 인정하는 것으로 족할 것이다. 나아가 그러한 퍼블리시티 가치가 대중과의 관계 속에서 형성되는 '사회적 산물'로서의 측면을 가진다는 것을 근거로, 일반 대중이 누리는 표현의 자유 등을 최대한 존중하여 권리범위의 적절한 제한을 가할 필요성이 있음을 인정하여야 할 것이다.

위와 같은 노동이론을 소극적인 차원으로 뒤집어 보면, 타인의 아이덴티티가 가지는 고객흡인력을 아무런 대가 없이 이용하는 상업적 무임승차(free ride) 행위를 허용할 경우 그 사용자에게 부당이득을 안겨주는 셈이므로 그러한 부당이득을 방지하기 위하여 퍼블리시티권을 인정할 필요가 있다고 말할 수도 있다(부당이득방지론).[51]

둘째는 이른바 유인이론(Incentive theory)이다. 이러한 권리의 인정을 통해 자신의 재능을 개발하여 공표가치를 창출, 유지할 수 있도록 유도하고 나아가 문화 및 산업의 발전을 유도할 수 있다는 취지이다.[52]

이는 철학적으로는 공리주의의 입장과 관련되며, 정책 차원의 합목적적인 고려와도 상통한다. 우리나라에서 특히 한류와 관련된 문화산업의 발전을 위해 퍼블리시티권 법제화의 필요성이 있다고 주장하는 것도 같은 맥락으로 이해할 수 있다.

유인이론에 대하여도, 인간이 가진 동기가 반드시 금전적인 것에만 국한되는 것은 아님에도 불구하고 인간의 다양성에 대한 이해가 부족한 데서 기인한 이론이라는 등의 비판이 있지만,[53] 그 비판들 역시 유인이론의 정당성을 전부 소멸시

51) 김성환, 앞의 책, 143~160쪽.
52) 김성환, 앞의 책, 160~172쪽; J. McCarthy, op.cit., §2:6.
53) 그 자세한 내용은 남형두, "퍼블리시티권의 철학적 기반(상) - '호사유피 인사유명'의 현대적 변용", 저스티스 2007.4.(통권 제97호)(한국법학원) 160~165쪽 참조.

키는 것은 아니다. 이러한 권리의 인정을 통한 경제적 이익의 향유가 예체능 분야 및 관련 산업에 종사하는 사람들에게 긍정적인 동기부여의 요소가 되는 면이 현실적으로 있다는 것을 전적으로 외면하는 것은 타당하지 않을 것이기 때문이다. 저작물의 경우에도 그 작성 동기에 비단 경제적인 동기만이 있는 것이 아님을 누구나 알고 있지만, 경제적인 면에서도 동기부여를 제공할 필요가 있다는 점을 전체적으로 감안하여(적어도 그것을 하나의 주된 이유로 하여) 저작재산권이라고 하는 경제적 차원의 권리를 인정하고 있다. 그러한 논리구조는 퍼블리시티권의 경우도 유사하다고 할 수 있다. 다만 이러한 유인이론의 근거는 절대적인 것이 아니라 정책적 합목적성과 관련된 것이므로, 그것을 바탕으로 한 제도화에 있어서 비교적 유연하게 접근하여 표현의 자유 등 공중의 이익과 사이에 조화를 이루는 방향을 취할 필요가 있다.

셋째는, '자기결정권'(Right of self-definition) 이론이다. 이것은 자신의 초상이나 성명이 어떠한 광고에 사용되는지에 따라 본인의 이미지가 서로 다르게 형성될 수 있으므로 인격표지의 주체에게 자신의 인격표지를 어떤 광고 등에 사용하도록 할지 여부를 결정함으로써 공중이 자신과 연관시키는 의미와 가치들을 통제할 수 있는 권리로서 자기결정권을 갖게 하여야 하고, 이를 위해 퍼블리시티권을 인정할 필요가 있다는 취지이다.[54]

이러한 자기결정권은 인격권의 보호 필요성과 깊은 관련을 가지고 있다. 따라서 인격권과 관련하여 퍼블리시티권을 실질적으로 보호하는 입장을 취하는 독일, 프랑스, 일본 등의 경우도 이러한 자기결정권 이론과 본질적으로 유사한 사상이 퍼블리시티권 보호의 이면에 깔려 있다고 할 수 있다. 이것은 미국이나 우리나라의 일부 판례가 취해 온 입장과 같이 자신의 초상 등이 대중에게 공개되기를 원해 온 사람은 광고등의 무단 이용에 대하여도 인격권 침해를 주장하기 어렵다고 단정하는 것과는 상반되는 논거이지만, 충분한 설득력이 있는 이론이라고 할 수 있다. 이른바 '공적 인물'에 해당하는 유명 연예인이라고 하더라도 자신의 초상이 주류 광고에 사용되거나 대부업 광고에 사용됨으로써 어떤 이미지가 형성될 것인지에 대한 인격적 관심을 가질 수 있음은 당연한 것이고, 그러한 부분에 대한 세부적인 통제권을 행사함으로써 자신의 사회적 이미지를 형성할 수 있는 자유를 인정받는 것은 우리 헌법으로 보자면 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권 등 인격

54) Mark P. McKenna, The Right of Publicity and Autonomous Self-Definition, 67 U. Pitt. L. Rev. 225(2005); J. McCarthy, op.cit., §2:9.

권의 근거가 되는 기본권조항과 관련된 것으로서 그 보호가치가 충분히 인정될 수 있을 것으로 생각된다.

다만 우리나라와 일본 등에서의 전통적인 인격권적 관점에서는 그 침해 시에 인격적 이익의 훼손에 따른 정신적 손해의 배상에 주안점이 있었고, 인격표지가 가지는 고객흡인력의 활용에 따른 경제적 대가와 같은 적극적인 재산적 이익을 중심에 둔 것은 아니었으므로, 그러한 재산적 이익 내지 가치를 성명이나 초상 등의 주체에게 귀속시키는 것을 인정하는 근거의 면에서는 위에서 본 노동이론 등의 근거와 결합하여 제시될 필요가 있지 않은가 생각된다.[55]

위와 같이 퍼블리시티권의 인정근거에는 노동이론, 유인이론, 자기결정권 이론 등의 여러 가지 이론이 있다. 이 가운데 인격권과의 관계에서 퍼블리시티권의 존재를 긍정하는 입장에서는 자기결정권 이론이 가장 중요하게 여겨질 것으로 생각된다. 필자의 입장도 그러하다. 노동이론이나 유인이론은 강한 논거가 되기 어려운 일정한 약점들도 가지고 있으나, 자기결정권 이론은 인간의 존엄과 가치 등 헌법적 가치와 관련된 부분으로서 상당한 설득력을 가지고 있다고 생각한다. 다만 노동이론이나 유인이론도 유명인 등의 성명이나 초상 등이 가지는 고객흡인력의 경제적 가치가 그 본인에게 귀속되게 하는 것이 타당한 이유를 설득력 있게 제시하는 데 도움이 되는 측면들을 가지고 있으므로, 위와 같은 자기결정권 이론을 중심에 두고 노동이론과 유인이론을 보충적인 근거로 삼는 것이 바람직하지 않을까 생각한다.

퍼블리시티권의 인정 근거에 대한 필자의 이러한 관점은 그 법적 성격의 논의에 있어서 그것이 인격권과 단절될 수 없는 성격을 가진다고 보는 결론으로 이어지게 되는데, 그에 대하여는 뒤에서 자세히 살펴볼 것이다.

앞서 서론에서도 언급한 바와 같이, 표현의 자유 등과의 관계에서 퍼블리시티권의 인정이나 그 제도화에 부정적인 입장을 표명하는 견해도 없지 않다. 그러나 표현의 자유에 대한 관계에서 우려되는 바는 그것을 법제도로 구현함에 있어서 권리의 범위와 한계를 명확하게 잘 규정함으로써 최소화할 수 있는 부분이라 생

55) 성명이나 초상 등의 활용이 고객흡인력이라고 하는 경제적 가치를 가지고 있을 경우 그러한 경제적 가치를 본인이 회수하는 것을 인정하지 않고 인격권 침해를 이유로 소액의 위자료 배상만을 인정할 경우에는 그러한 상업적 활용을 실질적으로 통제하기 어려울 것이라는 점에서, 자기결정권의 실질적 보호를 위해서는 단순히 정신적 손해만 배상하여서는 곤란하고 재산적 손해의 배상을 인정하여야 한다는 결론이 도출될 수 있다. 그러나 이것만으로 재산적 가치의 귀속을 인정하는 논거로 삼기는 여전히 다소간 부족한 점이 있고, 그 점에서 노동이론 및 유인이론도 보충적으로 원용하는 것이 타당하다고 본다.

각한다. 표현의 자유를 이유로 퍼블리시티권 인정의 필요성이나 타당성을 전적으로 부정하는 입장을 취하기보다, 위에서 본 퍼블리시티권 인정의 근거 내지 필요성을 인정하는 전제 위에서 표현의 자유와의 균형 및 조화를 도모하는 것이 바람직한 방향이라 생각한다.

2. 우리나라 판례 상황과의 관계에 대한 검토

현재 퍼블리시티권과 관련하여 대법원 판례가 정립되지 않은 상태에서 하급심 판결이 담당 재판부에 따라 때로는 긍정설[56]을 취하고 때로는 부정설[57]을 취하여 일관성이 결여된 흐름을 보임으로써, 법원이나 재판부에 따라 유리 또는 불리한 결과를 얻게 되어 불공평한 결과가 초래되고 있음은 서론에서도 언급한 바 있다. 이러한 상황은 당사자의 법적 안정성의 결여 등 정의와 효율의 양면에서 큰 문제와 어려움 내지 혼란을 초래하고 있으므로 입법을 통한 조속한 해결을 필요로 하고 있다고 생각된다.

만약 대법원이 해석을 통해 퍼블리시티권을 인정하는 입장을 취하는 경우라면 어떨까?

필자는 별도의 입법이 없더라도 우리 대법원이 일본의 최고재 판결과 같이 퍼블리시티권을 인격권으로부터 유래하여 인격권과 불가분의 관계를 가진 재산적 권리로서 인정하는 입장을 취하는 것이 가능할 뿐만 아니라 그렇게 하는 것이 옳다고 생각한다. 이미 인간의 존엄과 가치 등에 관한 헌법 규정 등을 근거로 배타적 권리로 인정되고 있는 인격권에 근거하여 인정하는 것이고, 인격권과 별도의 재산권을 창설하는 것이 아닌 이상 헌법상의 재산권 관련 조항이나 민법상의 물권법정주의에 반한다고 볼 아무런 근거가 없다.

그러나 그러한 판결이 언제 나올지를 아무도 장담할 수 없는 상황이다. 나아가 설사 그러한 판결이 나온다고 하더라도, 할 수만 있다면 입법적으로 정비하는 것

56) 실제 퍼블리시티권 침해를 인정했는지 여부를 불문하고 퍼블리시티권의 존재를 긍정한 판례를 들어보면, 그에 해당하는 최초의 판결인 서울지방법원 1995.6.23. 선고 94가합9230 판결('이휘소' 사건) 외에, 서울지방법원 1996.9.6. 선고 95가합7271 판결, 서울지방법원 1997.11.21. 선고 97가합5560 판결, 서울고등법원 1998.9.29.자 98라35결정, 서울중앙지방법원 2005. 9. 27. 선고 2004가단235324 판결, 서울중앙지방법원 2006.4.19. 선고 2005가합80450 판결, 서울동부지방법원 2006.12.21. 선고 2006가합6780 판결 등이 있어 왔고, 비교적 최근 판결 중 긍정설의 입장을 취한 판례로는 서울중앙지방법원 2014. 6. 27. 선고 2013가합503743 판결 등이 있다.

57) 과거에 서울고등법원 2002.4.16. 선고 2000나42061 판결이 부정설의 입장을 취하였고, 최근의 판례로는 서울서부지방법원 2014. 7. 24. 선고 2013가합32048 판결, 서울중앙지방법원 2013. 10. 1. 선고 2013가합509239 판결 등 다수가 있다.

이 바람직한 방향이라고 생각한다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 권리의 양도성 유무, 사용허락의 인정 여부 등을 명확하게 정리할 필요가 있다.

둘째, 상속성의 인정 및 그 보호기간을 명확히 할 필요가 있다. 이 부분은 입법조치 없이 판례에 의하여 확정하기가 특히 곤란한 부분이 아닌가 생각된다.

셋째, 손해액 추정 등 관련 규정을 정비함으로써 권리구제를 용이하게 할 필요가 있다.

넷째, 표현의 자유와의 관계에서 균형 있는 규정들을 입법을 통해 구현하는 것이 바람직한 측면이 있다. 물론 이것은 우리 대법원이 일본 최고재판소 판결이 제시한 기준과 같이 엄격한 침해 기준을 제시한다면 그것으로 상당한 정도 해결이 될 수도 있지만, 그것 역시 향후 어떠한 판결이 언제 나올지를 알 수 없는 상태에서는 입법적인 결단으로 그 균형장치를 도입할 필요성을 부정할 수 없다.

3. 바람직한 입법형태

가. 민법의 개정에 의한 방법

제19대 국회에 상정되었던 의안 중 최원식의원 대표발의안이 그러한 입법형태를 취한 예인데, 이것은 다음과 같은 점에서 적절하지 않은 것으로 보인다.

첫째, 주로 문화, 스포츠 분야의 유명인 등이 보호 주체가 될 것이라는 점에서 일반법인 민법에 규정하는 것이 적절치 않은 면이 있다.

둘째, 기본법인 민법의 특성상 자세한 규정을 두기 어려운 면이 있고 실제로 위 법안의 경우 규정내용이 너무 소략하여, 표현의 자유가 인정되어야 할 영역과의 구별이 모호하며, 손해배상액 추정 규정 등도 포함되지 않아, 이해당사자들의 법적 안정성을 높이는 면에서나 권리구제의 실효성을 높이는 면에서나 부족한 점이 많은 것으로 생각된다.

나. 부정경쟁방지법에 의한 방법

우리나라의 학설 중에는 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률에 유명인의 허락을 얻지 않고 그 유명인을 떠올리는 유사물을 광고 등에 이용하지 못하도록 금지하는 규정을 도입하는 등의 방법으로 부정경쟁방지의 법리에 따른 입법을 도모하는 것이 입법적 효율성의 면에서 타당하다는 견해가 있다.[58] 그러나 부정

경쟁방지법에 의한 보호방법은 다음과 같은 점에서 적절하지 않거나 아쉬운 측면이 있는 것으로 생각된다.[59]

첫째, 부정경쟁행위 중 영업주체혼동행위 등의 하나로 보는 것은 '혼동가능성'이라는 추가적인 요건을 요구하는 것이 되어 퍼블리시티권 인정의 보편적 흐름과 맞지 않다.[60] 반면에, '성과부정사용 행위'(제2조 제1호 차목규정)로 보는 것은 개인의 아이덴티티가 가지는 고객흡인력이 반드시 노력의 성과가 아닐 수도 있다는 점과의 관계에서 문제의 소지가 있고, 현재의 규정이 여러 가지 불확정개념으로 구성되어 있어 그 적용에 애매한 점이 많으며, 따라서 표현의 자유와의 관계에서 명확한 경계선을 긋기도 어렵다는 문제가 있다.[61]

둘째, 부정경쟁행위로 규제하는 것은 권리자에게 배타적 권리를 귀속시키지 않고 단지 침해자의 행위를 규제하는 '행위규제'의 접근방법을 취하는 것이므로, 권리자가 자신의 법상의 권리에 기하여 이용허락을 하는 등의 유통적 측면을 보장받는 데 있어서 아쉬운 점이 크게 느껴질 것이다.

---

58) 박준우, "부정경쟁방지법에 의한 퍼블리시티의 보호", 산업재산권 통권 제22호 (2007년 4월)(한국산업재산권법학회) 190쪽.

59) 미국에서도 퍼블리시티권이라는 별도의 권리가 인정되기 전에는 우리의 현행 부정경쟁방지법상의 성과부정사용행위에 해당하는 부정사용(misappropriation) 법리를 유사한 사안에 적용한 바 있었으나, 독자적 권리의 인정 후에는 그러한 초기판례의 경향을 탈피한 것으로 평가된다. J. McCarthy, op.cit., §5:48.
한편으로, 퍼블리시티권 침해의 불법행위가 부정경쟁행위적인 성격도 일부 내포하고 있다는 것이 일부 학자 등에 의하여 인정되고 있지만, 그것은 퍼블리시티권의 재산권으로서의 성격을 인정하는 전제 위에 선 것일 뿐이므로(J. McCarthy, op.cit., §2:9), 그것을 부정경쟁방지법에 의한 보호의 정당화 근거로 삼기는 어려운 것으로 생각된다. 1995년에 발간된 부정경쟁 리스테이트먼트(Restatement of the Law, Unfair Competition)에서도 퍼블리시티권을 부정경쟁방지법의 한 내용에 포함시키고 있으나{자세한 것은 권태상, "미국 퍼블리시티권(The Right of Publicity)의 개념과 보호대상 – 캘리포니아주와 뉴욕주를 중심으로 –", 법학논총(法學論叢) 제34권 제1호(단국대학교 법학연구소, 2010) 215쪽 참조}, 영업가치의 도용과 관련된 사항으로 퍼블리시티권의 침해를 포함하고 있는 것으로서, 단순한 행위규제가 아니라 '퍼블리시티권(The Right of Publicity)의 존재를 긍정함을 전제로 하고 있음을 유의할 필요가 있다.

60) 부정경쟁방지 법리를 기초로 한 입법화를 주장하는 박주우 교수도 '혼동가능성'을 요건으로 한 보호에는 큰 한계가 있다고 보고, '부정이득' 법리에 기한 입법을 지지하는 입장을 취한다. 박준우, 앞의 논문, 189~191쪽.

61) 이러한 필자의 관점과는 달리, 박준석, "인격권과 구별된 퍼블리시티권을 인정할지에 관한 고찰: 최근의 비판론에 대한 논리적 재반박을 중심으로", 법학 제56권 제4호(통권 제177호)(서울대학교 법학연구소, 2015) 91쪽 등은 부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목 규정이 퍼블리시티권 인정의 법적 근거조항이 될 수 있을 것이라고 주장한다. 그러나 위 차목 규정은 어디까지나 그 규정상의 요건을 갖춘 경우에 부정경쟁행위가 될 수 있음을 규정한 것일 뿐, 특정한 권리를 창설하는 규정이라고 볼 수는 없다고 생각된다. 그리고 설사 이 규정이 퍼블리시티권과 관련하여 일정한 의미를 가진다고 하더라도, 불확정 개념들로 구성된 이 규정을 법상의 근거로 삼는 것은 퍼블리시티권과 관련된 이해당사자들의 법적 안정성을 높이는 면이나 표현의 자유에 대한 우려를 불식하는 면에 있어서는 많은 어려움을 초래할 것으로 생각된다.

셋째, 위 둘째의 문제점의 연장선에서, 권리가 없고 반사적 이익만 있으므로 권리의 상속성을 분명하게 인정받을 수도 없다는 점도 한계이다.

다. 저작권법의 개정에 의한 방법

과거 두 차례 저작권법 개정법의 형태로 퍼블리시티권의 입법화가 추진되었다가 성사되지 않은 바 있음은 서론에서 언급한 바와 같다. 저작권법에서 퍼블리시티권의 보호규정을 두는 것은 퍼블리시티권이 창작물로서의 저작물 등에 대한 보호를 중심으로 하는 저작권법의 성격에 잘 부합하지 않는다는 점에서, 적절치 않은 것으로 생각된다.

라. 단행법으로서의 특별법 제정에 의한 방법

마지막으로, 퍼블리시티권 보호를 위한 특별법으로서의 단행법을 별도로 제정하는 방안이 있을 수 있다. 이 방법이 다음과 같은 이유에서 가장 바람직할 것으로 생각된다.

첫째, 권리의 법적 성격 및 내용이나 보호체계 등을 그 특성에 부합되게 규정할 수 있다.

둘째, 부정경쟁방지법에 의한 행위규제를 통한 보호와 달리, 동일성표지의 주체에게 배타적 권리를 직접적으로 부여하는 방안이므로, (독점적) 이용허락을 인정하는 등 유통과 관련된 필요를 적절히 반영할 수 있다.

셋째, 권리의 상속성을 인정하고, 그 보호기간을 명확히 할 수 있다.

넷째, 표현의 자유와의 관계를 잘 조정하여 반영할 수 있고, 기타 온라인 서비스 제공자 책임[62]등 여러 가지 사항들을 적절하게 규율할 수 있다.

'검토법안'이 이러한 단행법 제정이라는 방향을 취한 것은 기본적으로 타당하다고 생각된다. 다만, 그 구체적 내용에 대하여는 심도 있는 재검토가 필요할 것이라 생각된다.

---

62) 미국의 경우는 온라인서비스제공자가 퍼블리시티권 침해에 대한 기여침해 등의 간접침해 책임을 질 가능성이 있는 문제와 관련하여 통신품위법상의 면책규정의 적용 가능성을 둘러싼 논의가 있다. J. McCarthy, op.cit., §3:35.

IV. 입법상의 주요 쟁점에 대한 검토

1. 서언

이 논문에서는 '검토법안'(인격표지권 보호 및 이용에 관한 법률안)을 중심으로 몇 가지 중요한 쟁점에 대하여만 살펴본다. 필자는 '검토법안'이 퍼블리시티권과 관련된 기존의 논의를 최대한 집대성하여 자세한 규정을 제시한 것에 큰 의미가 있다고 생각하며, 단행법을 통해 퍼블리시티권을 보호하고자 하는 기본적인 방향에도 동의하는 입장이다. 다만 더 많은 사회적 합의를 이루어 나가는 데 도움이 될 수 있도록 몇 가지 중요한 고려사항에 대하여 필자의 의견을 제시하고자 한다. 법안의 주요쟁점들은 지금까지 많은 논의를 거쳐 왔음을 감안하여, 필자로서는 권리의 법적 성격에 대한 이슈를 제외하고 나머지 이슈에 대하여는 기존의 논의를 자세히 소개하는 노력을 생략하고, 법안에 대한 필자의 의견을 명료하게 제시하는 데만 초점을 맞추기로 한다.

2. 권리의 법적 성격 및 인격권과의 관계 설정

가. 서설

입법의 내용적인 면에서 중요한 선결문제는 퍼블리시티권의 법적 성격을 어떻게 파악할 것인가 하는 점이다. 이 부분이 명확히 결정되어야 그 구체적인 내용들이 그에 따라 정합성 있게 결정될 수 있을 것이다.

나. 학설의 검토

이에 대한 학설은 어떤 면에서 대단히 복잡하게 나뉘고 있지만, 크게 봐서 다음의 네 가지 정도로 구분하여 정리해 볼 수 있지 않을까 생각된다.

1) 순수인격권설

퍼블리시티권을 재산적 권리로 인정하지 않고 순수한 정신적 인격권으로만 인정하는 입장이다. 개인의 성명이나 초상 등의 사용과 관련하여 순수한 인격권의 법리만 적용될 수 있고 퍼블리시티권 같은 것은 인정할 필요가 없다고 보는 관점이라면, 퍼블리시티권 부정설이라고 불리겠지만, 퍼블리시티권의 존재를 긍정하면서도 그 권리의 법적 성격이 순수한 인격권이라고 보는 견해가 있다.

예를 들어, 퍼블리시티권은 권리의 객체인 '사람의 아이덴티티가 가지는 경제적 가치'는 재산권 개념의 필수적 요소인 특정성(specificity)이 결여되어 있다고 하는 이유로, "퍼블리시티권은 재산권이 아니라 실질적으로는 사람들이 자신의 프라이버시권을 포기할 수 있는 권리(자유권)에 불과한 것이고, 다만 계약을 통하여 그 사람으로부터 취득한, 그 사람의 아이덴티티를 경제적으로 이용할 수 있는 권리가 재산권(청구권)에 해당한다고 할 것"이라고 하는 국내 일부 학설의 입장[63]이 기본적으로 이러한 입장에 해당한다고 할 수 있다.

2) '인격권에 포함된 재산적 권리'설

이 입장은 퍼블리시티권도 인격권 안에 있는 권리라고 보지만, 인격권 안의 재산적 구성부분에 해당하거나 재산권적 측면을 가진 것으로 보고, 그에 따라 침해시의 손해배상에 있어서도 재산적 손해배상을 인정하는 면에서 실질적인 면에서 퍼블리시티권을 인정하는 입장에 해당한다고 할 수 있다.[64]

앞서 살펴본 독일, 프랑스의 판례입장만이 아니라 미국의 Prosser교수의 입장이나 뉴욕주의 입법 등이 이 입장에 해당하는 것으로 볼 수 있다.

3) 순수재산권설

퍼블리시티권을 인격권으로부터 독립한 순수한 재산권으로 보는 입장, 즉 인격권과의 관계가 완전히 절연된 것으로 보는 입장이다.[65] 위에서 본 Nimmer 교수의 견해가 이 입장을 선도한 것으로 볼 수 있다.

---

63) 엄동섭, "퍼블리시티(Publicity)권," 서강법학연구 제6권(서강대학교 법학연구소, 2004) 167쪽.

64) 권태상, 앞의 책, 368~371쪽 등에서 우리나라에서 인격권의 법리에 의한 퍼블리시티권 보호를 주장하고 있는 것이 바로 이러한 입장에 기한 것이다. 퍼블리시티권이라는 이름의 권리에는 반대하지만, 인격권의 재산적 가치 또는 재산권적 측면을 인정함으로써 실질적인 면에서 이 견해에서 말하는 바와 같은 성격의 퍼블리시티권을 긍정하는 것으로 해석될 수 있는 견해로는, 김영훈, "하급심 판결례의 퍼블리시티권(Right of Publicity) 인정에 대한 비판적 고찰", 사법논집 제44집(법원도서관, 2007)368~373쪽과 안병하, "인격권의 재산권적 성격 - 퍼블리시티권 비판서론 -", 민사법학 제45-1호(한국민사법학회, 2009) 81쪽 등을 들 수 있다.

65) 강신하, "퍼블리시티권과 이용자와의 이익의 균형 패러디를 중심으로", 경기법조 제19호(수원지방변호사회, ,2012) 636쪽; 나윤수·박홍진,"퍼블리시티권의 개념과 대상에 관한 고찰", 법학연구, 제24집(한국법학회, 2006) 443쪽; 박준석, "인격권과 구별된 퍼블리시티권을 인정할지에 관한 고찰 : 최근의 비판론에 대한논리적 재반박을 중심으로", 법학 제56권 제4호(통권 제177호)(서울대학교 법학연구소, 2015) 76쪽 등.

4) '인격권에서 파생된 재산적 권리'설

퍼블리시티권은 인격권에서 파생된 권리로서 개념적으로는 재산적 권리의 성격을 가지지만, 본질적으로 인격권과의 관계가 단절되지는 않은 권리라고 보는 입장이다.[66] 퍼블리시티권이 인격권적인 성격과 재산권적인 성격을 겸유하고 있다고 보는 관점[67] 등도 크게 봐서 이 견해에 해당하는 것으로 볼 수 있으리라 생각한다.

순수재산권설과의 구별에 있어서 중요한 기준은 인격권과의 법적인 관계가 단절된 것으로 볼 것인지 여부에 있다. 만약 퍼블리시티권이 인격권에서 파생된 권리라고 하면서도 결과적으로 인격권과의 관계가 완전히 단절된 것으로 보아, 그 재산권으로서의 양도가능성 등을 아무런 유보 없이 인정하는 견해[68]를 취한다면 이 입장에 해당한다고 하기보다 '순수재산권설'에 해당하는 것으로 보는 것이 타당할 것이다. 반면에 퍼블리시티권을 하나의 재산권으로 보면서도 양도성의 인정 여부 등과 같은 중요한 논점과 관련하여 인격권과의 관련성을 심각하게 고려하는 입장[69]을 취한다면, 순수재산권설이 아니라 바로 이 입장에 해당하는 것으로 볼 수 있다.

이 입장에서는 비록 이 권리가 개념적으로는 재산적 권리를 중심으로 파악되지만 본질적으로 인격권에 기초하고 있는 일정한 성격을 가지고 있다고 보기 때문에 인격권의 일신전속성과의 관계를 보다 진지하게 고민하는 경향을 보이게 된다.

다. 검토

위와 같이 학설이 '인격권설'과 '재산권설'의 둘로 간명하게 정리되지 않고 다소 복잡한 양상을 띠는 것은 퍼블리시티권이 개인의 '인격'표지가 가지는 '재산'

---

66) 박영규, "인격권, 퍼블리시티권 그리고 지적재산권", 저스티스 통권 제112호(한국법학원, 2009) 284쪽; 정진근, "퍼블리시티권의 공정거래법에 의한 제한", 계간저작권, 제21권 제1호, 한국저작권위원회, 2008, 94쪽; 이재경, "퍼블리시티권의 법제화 가능성," 법학논총 제15집, 숭실대학교 법학연구소, 2006, 113~114쪽 등이 이러한 입장을 표명하고 있고, 그것은 권리의 양도가능성을 인정하지 않는 입장으로 이어지고 있다.

67) 정희섭, "퍼블리시티(Publicity)權利의 相續性에 관한 考察", 동아법학 제31호(동아대학교 법학연구소, 2002) 233쪽.

68) 이한주, "경주마(競走馬)의 퍼블리시티권", 저스티스 통권 제85호, 168쪽 및 신지혜, "표현의 자유와 퍼블리시티권의 보호범위", 저스티스 제150호, 한국법학원, 2015, 85쪽 등이 그러한 예에 해당한다.

69) 이상정, "퍼블리시티권에 관한 소고", 아세아여성법학 제4권(아세아여성법학연구소, 2001), 318쪽.

적 가치에 대한 권리라는 점에서 인격권적 요소와 재산권적 요소를 동시에 내포하고 있는 것을 어느 각도에서 바라보는지에 따라 다양한 입장의 스펙트럼이 나올 수 있기 때문이라고 할 수 있다.

인격권의 성격과 관련하여, 독일에서는 인격권에 재산권적 요소 내지 재산적 구성부분이 포함된다는 것이 뚜렷이 승인되고 있으므로, 퍼블리시티권을 인격권 내부의 권리로 보는 데 큰 문제는 없는 것으로 보인다.

그러나 우리나라의 경우는 비록 인격권 개념을 독일로부터 계수하긴 하였지만, 인격권과 재산권을 논리적으로 준별하여, 인격권은 인격적 가치를 보호하고 재산권은 재산적 이익을 보호하는 권리라고 명확히 구별하여 인식해 온 면이 강한 것으로 생각된다. 적어도 독일의 판례 경향과 같이 인격권 안에 재산적 권리가 있다고 보는 입장은 우리나라에서는 아직 생경하고 어색하며, 뭔가 모순된 것으로 느껴지는 면이 있는 것이다. 실무상 인격권 침해에 대하여는 정신적 손해배상으로서 위자료를 인정하는 것 외에 '재산적' 손해배상을 하도록 한 사례가 잘 발견되지 않는 것은 그러한 이유에 기인한 것으로 생각된다. 인격권 침해 자체와 상당인과관계가 있는 재산적 손해의 배상가능성이 이론적으로는 인정된다고 하더라도, 유명 연예인의 광고료 상당 수입의 상실과 같은 재산적 손해의 배상을 명하면서 이를 '인격권 침해에 따른 재산적 손해의 배상'이라고 하는 입장을 취하는 것은 지금까지의 우리 법원실무의 태도와 쉽게 조화되기 어려운 면이 있는 것으로 보인다.[70]

그러므로 퍼블리시티권을 '인격권에서 파생된 재산적 권리'로 보는 입장이 우리나라의 기존 판례이론이나 실무관행 등에 보다 잘 부합할 수 있는 것으로 생각된다. 그리고 그러한 표현에 의하여 이 권리가 인격권의 '안'이 아니라 그 '밖'에 있는 것으로 여겨지기는 하지만, 인격권과 밀접 불가분의 관계를 가지고 있고,

---

70) 이와 관련하여, 우리 대법원이 초상영리권을 인정하는 취지의 판결을 함으로써 이미 초상 등의 영리적 이용을 통제할 권리는 인정되고 있고, 인격권침해에 대한 재산적 손해배상의 가능성도 인정된다는 이유로 현재의 판례상으로도 독일과 같이 인격권으로서의 퍼블리시티권을 인정할 수 있는 여건이 갖추어진 것으로 보는 입장이 있다.{권태상, 앞의 책, 288쪽 및 김상중, "퍼블리시티권`에 관한 국내 논의의 현황과 비교법적 고찰을 통한 법리적 제언", 제23권 제1호(통권 제72호)(한국비교사법학회, 2016), 58쪽이 대법원 2006.10.13. 선고 2004다16280판결이 초상이 "영리적으로 이용당하지 않을 권리"를 초상권의 내용으로 파악하고 있다는 이유로 그러한 취지의 입장을 표명하고 있는 것으로 보인다.} 그러나 초상영리권을 인격권의 내용으로 인정할 때 그 취지는 영리적 목적으로 타인의 초상 등을 사용하는 것에 대하여 그 초상등의 본인이 인격권에 기한 금지청구를 하거나 침해시 정신적 손해배상을 청구할 수 있다는 취지를 넘어선 것은 아니라고 보는 것이 지금까지의 판례흐름에 비추어볼 때 타당한 것으로 생각된다.

인격권을 효과적으로 보호하기 위하여 인정되는 권리라고 본다면, 일본 최고재가 그렇게 보았던 것처럼, 우리 법원도 이를 별도의 법률적 근거 없이 해석상으로 인정할 수 있고, 그렇게 하여도 물권법정주의 등에 반하는 것은 아니라고 할 수 있다.

입법적으로도 '인격권에서 파생된 재산적 권리'설에 입각하여 법안을 작성하되, 그 재산권성을 보다 분명히 하는 것[71]이 타당한 것으로 본다. 이유는 다음과 같다.

첫째, '인격권에 포함된 재산적 권리'설에 기한 입법을 하는 것은 법의 포괄영역을 지나치게 넓히는 것이 되는 문제가 있다. 인격권이라는 권리는 하나의 포괄적이고 유동적인 권리로서, 판례 및 학설에 의하여 그 내용이 정립되어 가고 있는 중이다. 퍼블리시티권을 인격권 내부의 권리로 볼 경우에는 퍼블리시티권 입법이 필연적으로 인격권 자체에 대한 입법의 문제로 이어짐으로써, 법리적으로 훨씬 더 복잡한 소용돌이 속으로 들어가게 되는 면이 있다. 물론 그것이 개념적으로 불가피한 것이라면 어쩔 수 없는 일이지만, 그렇지는 않다고 보아야 할 것이다. 기존의 전통적인 사고와 같이 재산적 보호법익과 인격적 보호법익에 따라 재산권과 인격권을 명확하게 준별하는 입장을 취하는 것이 적어도 우리가 입법적으로 선택할 수 있는 하나의 선택지일 수 있음은 당연한 것이다. 그러한 선택을 바탕으로, 퍼블리시티권을 인격표지의 상업적 이용과 관련된 재산적 법익을 보호하기 위한 재산권에 해당하는 것으로 보고, 그 재산권에 대하여만 일단 하나의 단행법으로 규율하는 취지의 입법을 추진하는 것이 그렇지 않아도 복잡다단한 입법과정의 어려움을 조금이라도 더는 면에서 바람직한 길이라 하겠다.

둘째, 순수재산권설을 취하는 것도 바람직하지 않다. 순수재산권설을 취하는 것은 개인의 성명이나 초상 등의 영리 목적 사용에 대한 구체적인 통제권을 인정할 인격적인 차원의 필요가 퍼블리시티권 인정의 중요한 근거라고 보는 관점과는 크게 상치되는 것이다. 순수재산권설을 취할 경우 거의 필연적으로 양도성의 전면적 인정으로 이어지는 결과를 초래하게 될 것인데, 그것이 타당하지 않다는 것에 대하여는 뒤에서 자세히 살펴볼 것이다.

---

71) 대법원 판결 등에 의하여 퍼블리시티권을 인정할 경우에는 물권법정주의와의 관계 등을 의식하여 그것이 가지는 인격권적 성격을 보다 강조할 필요가 있을 수 있지만, 법률안의 형태로 추진할 경우에는 어차피 입법적으로 새로운 재산권 또는 준물권을 창설하는 것이 가능하므로, 특수한 재산권으로서의 성격을 명확히 하여 규정하고 이를 제외한 인격권의 일반적 문제는 민법학의 과제로 남겨두는 것이 바람직할 것이라 생각한다.

이상과 같은 관점에서 '검토법안'을 살펴보면, '검토법안'은 순수재산권설에 가까운 입장에 기초한 것으로 생각된다. 따라서 순수재산권설에 대한 필자의 위와 같은 비판적 관점이 그대로 적용될 수 있다.

라. 인격권과의 관계 설정

위와 같이 퍼블리시티권을 인격권과 밀접한 관련이 있지만 개념적으로는 구분되는 재산권으로 볼 경우 법률의 구체적 내용에 있어서 인격권과의 관계를 어떻게 설정할 것인지가 문제이다.

'검토법안'은 권리주체의 정신적 권리로서의 인격권을 보호하는 취지의 규정도 다수 포함하고 있다.[72] 특히 저작권법 제14조 제2항을 본떠서 인격표지권자 사후의 인격적 이익에 관한 보호 규정[73]을 두고 있기도 하여, 마치 저작권법상 저작재산권과 저작인격권을 이원적 구성으로 동시에 보호하고 있는 것과 유사한 인상을 주고 있다.

이러한 법률적 구성은 인격권 일반의 문제까지 포괄범위에 넣어 다루는 것이 되어, 위에서 이미 언급한 바와 같이, 법안을 둘러싼 더욱 복잡한 법리 논쟁을 촉발할 가능성이 높다는 점에서 지양될 필요가 있다고 생각한다.

그러므로, 인격권 자체의 문제는 기존의 판례법리 등에 의하여 해결되도록 맡겨두고, 이 법에서는 인격권에서 파생된 '재산권'만을 따로 떼어 그것에 '인격표지권'이라는 명칭을 부여하고, 그것만을 다루는 것이 바람직할 것이라 생각한다. 인격권과의 관계에 대하여는 "이 법의 규정은 인격권의 보호에 영향을 미치지 않는다"는 취지의 규정을 둠으로써 인격권 보호는 이 법과 관계없이 별도의 법리에 의하여 적용됨을 명확히 해 두는 것이 바람직할 것이다.

---

72) '검토법안' 제13조, 제20조 등.

73) '검토법안' 제21조(인격표지권자의 사망 후 인격적 이익의 보호) 인격표지권자가 사망한 후에 그 유족(사망한 인격표지권자의 배우자·자·부모·손·조부모 또는 형제자매를 말한다)이나 유언집행자는 해당 인격표지권의 대상이 되는 인격표지의 사용으로 제13조를 위반하거나 위반할 우려가 있는 자에 대하여는 제18조에 따른 청구를 할 수 있으며, 고의 또는 과실로 인격표지권자의 인격권을 침해하거나 제13조를 위반한 자에 대하여는 제20조에 따른 명예회복 등의 청구를 할 수 있다.

3. 표현의 자유와의 관계

가. 서언

개인이 자신의 성명이나 초상 등의 인격표지에 대하여 가지는 고객흡인력은 때로 매우 큰 경제적 가치를 가지지만 그것은 해당 주체의 개인적 노력에 전적으로 의존하기보다 대중과의 관계에서 많은 사람들의 집단적 상호작용을 통하여 이루어지는 '사회적 산물'로서의 성격을 가지고 있음은 앞서 살펴본 바와 같다. 따라서 그에 대한 개인의 권리를 인정한다고 하더라도 일반 대중의 공공적 이익과의 관계에서 그 권리범위는 꼭 필요한 범위 내로 한정되는 것이 바람직하다. 특히, 퍼블리시티권의 광범위한 인정이 일반 국민의 표현의 자유를 과도하게 제한하는 결과를 초래하지 않도록 제도설계의 면에서 각별한 주의를 기울일 필요가 있으리라 생각된다.

그러한 관점에서 '검토법안'을 검토해 보면, '검토법안'도 표현의 자유와의 균형 내지 조화의 필요성을 의식하여 일부 예외조항(제15조)과 저작권법의 공정이용 일반조항과 유사한 공정이용 조항(제16조)등을 두고 있음을 알 수 있다.

그러나 현재의 규정만으로는 표현의 자유와의 관계에서 제기되는 우려를 해소하기에는 크게 부족한 것으로 생각된다.

나. '상업적 사용'의 의미와 관련한 문제

'검토법안'은 '인격표지권'을 '인격표지를 상업적으로 사용할 권리'라고 규정(제2조 제2호)하고 '상업적 사용'의 의미가 무엇인지에 대하여 특별한 규정을 두고 있지는 않다.

그런데 '상업적 사용'은 경우에 따라 대단히 넓게 확대해석될 수 있는 개념이라는 데 문제의 심각성이 있다. 예컨대, 특정인에 대한 전기 소설을 책으로 내서 판매하는 것도 보기에 따라서는 '상업적 이용'이라고 할 수 있고, 실제로 그렇게 보는 학설이 있다.[74]

그러한 해석을 전제로 위 규정을 보면, 위와 같은 정의규정 자체가 표현의 자유에 대한 심각한 우려를 낳는 면이 있다.

이러한 문제를 의식하여, 전술한 바와 같이, 일본의 최고재판소는 '핑크 레이디' 사건에서 이른바 '오로지 기준설'을 채택하여, "오로지 성명, 초상등이 가지는

74) 남형두, "세계시장 관점에서 본 퍼블리시티권 - 한류의 재산권보장으로서의 퍼블리시티권 -", 저스티스 통권 제86호(한국법학원, 2005) 104쪽이 그러한 입장을 표명하고 있다.

고객흡인력의 이용을 목적으로 한다고 할 수 있는 경우에, 당해 고객흡인력을 배타적으로 이용할 권리(이른바 퍼블리시티권)를 침해하는 것으로서 불법행위법상 위법하게 된다"고 판시하였다. 그리고 이에 해당하는 행위유형으로 ① 성명, 초상등 그 자체를 독립하여 감상의 대상이 되는 상품 등으로서 사용하거나, ② 상품등의 차별화를 도모할 목적으로 성명, 초상 등을 상품 등에 붙이는 것 또는 ③ 성명, 초상 등을 상품등의 광고로서 사용하는 등의 세 가지 유형을 예시하였다. 이것은 타인의 성명이나 초상 등을 상업적으로 사용하는 행위 중에서도 퍼블리시티권 침해에 해당하는 행위 유형 등을 최대한 명확하게 한정하는 입장을 통해 그 나머지의 보다 넓은 영역은 일반 국민이 성명이나 초상 등 본인의 인격권을 침해하지 않는 한 표현의 자유를 누릴 수 있는 영역임을 분명히 하고자 한 것이다. 물론 '오로지 기준설'만이 정답이라고 할 것은 아니지만, 그와 같이 꼭 필요한 범위 내로 침해의 가능성을 한정하는 노력은 표현의 자유에 대한 위축효과(chilling effect)를 방지하기 위해 반드시 필요하다.[75]

'검토법안'은 기본적으로 '상업적 사용'의 범위를 넓게 잡은 다음, 표현의 자유와의 관계에서 문제가 될 만한 경우에 대하여는 공정이용조항을 적용하여 사건별로 신중하게 판단하여 처리하는 것이 타당할 것이라고 하는 관점에 기한 것으로 보이는데, 이러한 관점은 현실적으로 표현의 자유에 대한 위축효과를 가져올 수 있다는 점에서 재고되어야 한다. '검토법안'에 의할 경우, 문학 및 예술의 창작과 관련하여 유명인 등의 성명이나 초상 등을 사용하고, 그것이 하나의 작품으로 판매 또는 영리목적의 공연 등에 사용되기만 하면 일단 '권리침해'의 요건에 해당하게 되고, 그러한 책임에서 벗어나기 위해서는 그 창작행위자가 그것이 공정이용 등에 해당함을 애써 주장·입증하여야만 하는, 대단히 불리한 상황에 놓이게 되기 때문이다.

---

75) 미국 부정경쟁방지법 리스테이트먼트(Restatement of the Law, Unfair Competition)는 퍼블리시티권 침해 판단기준에 관하여 §46에서 '상업 목적'으로'(for purposes of trade) 사용된 경우에 한하여 퍼블리시티권 침해를 인정하고 있고, §47에서는 '상업 목적으로' 사용된 경우에 해당하는 경우로서 ① 사용자의 상품이나 서비스의 광고에 사용된 경우, ② 사용자에 의하여 판매된 상품에 표시된 경우 또는 ③ 사용자에 의한 서비스와 함께 제공된 경우의 세 가지만을 한정적으로 열거하고 있다. 아울러, 일반적으로,"사람의 정체성을 뉴스 보도, 비평, 연예, 픽션이나 논픽션 작품에서 사용하는 것 또는 그러한 사용에 부수하는(incidental) 광고에서 사용하는 것은 통상 상업 목적의 사용에 포함되지 아니한다."고 명시하고 있다(§47 후문). 그리고 미국의 오하이오주와 캘리포니아주 등의 입법에서도 이와 유사한 한정적 열거방식을 취하고 있다. 임상민, "퍼블리시티권 침해 판단기준", 지식재산연구 제8권 제4호(한국지식재산연구원, 2013) 131~133쪽 참조.

나아가 '검토법안'은 제6조에서 '인격표지의 이용예시'라는 제목 하에 '정기간행물, 허락받지 않은 전기물'(제3호)을 포함하고 있어 허락받지 않은 전기물 발행을 명시적으로 퍼블리시티권 침해로 규정하고 있는 것처럼 보인다. 그러나 이것은 미국[76]이나 우리나라[77]의 기존 판례가 표현의 자유와의 관계에서 허락 없는 전기물의 발간행위에 대하여 퍼블리시티권 침해책임을 인정하지 않는 입장을 취한 것에 정면으로 반하는 것으로서 표현의 자유와 창작의 자유를 크게 위축시킬 수 있는 독소조항으로 평가될 가능성이 많다.

또한 같은 조에서 사진, 영화, 드라마, 연극, 음악, 미술 등에서의 사용을 모두 인격표지 이용사례로 나열하고 있어, 창작의 자유 및 예술적 표현의 자유에 대한 중대한 걸림돌로 작용할 우려가 있다.[78] 물론 유명배우의 사진을 찍어 광고 등에 사용하는 경우와 같이 그러한 표현 영역에 해당하는 것 중 일정한 부분은 퍼블리시티권과의 관계에서 문제되는 것이 예외적으로 있을 수 있으나, 마치 예술적 표현의 경우에도 원칙적으로 퍼블리시티권 침해가 인정될 것처럼 보이는 규정을 두는 것은 예술 영역에 상당한 위축 효과를 초래할 수 있다.

다. 법안의 수정방향

우리의 법률안에서도 막연히 '상업적 사용'이라는 용어로 권리범위의 외연을 크게 넓히기보다, '상업적 사용'의 의미를 한정적으로 정의하는 규정을 별도로 두거나 그렇지 않으면 권리침해행위의 인정범위를 명확하게 한정하는 규정을 둘 필요가 있다. 구체적으로는 일본 판례의 입장을 참고하여, 광고, 상품화, 브로마이드 등 전형적으로 문제되는 이용형태들을 나열한 후 그와 유사하게 고객흡인력의

---

76) 미국에서는 갑부로서 유명한 하워드 휴즈, 안무가로 유명한 죠지 발란신, 소설가 아가사 크리스티, 배우 마릴린 먼로 등의 삶을 다룬 전기 또는 그 밖의 표현적 저작물 작성, 배포 행위에 대하여 퍼블리시티권침해 책임을 인정하지 않은 판례들이 있다. J. McCarthy, op.cit,, §8:65.

77) 우리나라의 하급심 판례 중 서울고등법원 1998. 9. 29.자 98라35 결정에서는 별책부록으로 제작한 박찬호 선수의 브로마이드에 대하여만 퍼블리시티권 침해 가능성을 인정하고, 평전적 성격의 "메이저리그와 정복자 박찬호"라는 책에 박찬호 선수의 성명과 초상을 사용한 것에 대하여는 침해를 인정하지 않는 결론을 내린 바 있다. 그리고 핵물리학자 이휘소의 성명과 초상을 모델 소설인 '소설 이휘소'에 사용한 것(서울지방법원 1995. 6. 23. 선고 94카합9230 판결)이나 유명한 카레이서를 만화 '아스팔트 사나이'의 주요 조연의 모델로 삼은 것(서울지방법원 1996. 9. 6. 선고 95가합72771 판결)에 대하여도 모두 퍼블리시티권 침해를 인정하지 않는 결론을 내렸다.

78) 미국의 경우 각 주에 따라 입장이 조금씩 다르지만, 뉴욕주의 판례는 표현의 자유를 중시하여 예술적 표현의 경우에는 퍼블리시티권의 침해를 인정할 수 없다는 입장을 일관되게 취하고 있다. J. McCarthy, op.cit,, §6:92.

활용을 주된 목적으로 하는 행위까지만 상업적 사용행위로 보아 권리침해행위가 될 수 있는 것으로 규정하는 것이 바람직할 것으로 생각된다.

독소조항이 될 수 있는 제6조는 삭제하는 대신, '검토법안'의 포괄적 공정이용 조항은 존치함으로써, 표현의 자유를 보장하기 위한 이중의 안전장치를 마련하는 것이 바람직할 것으로 생각된다. 즉, 1단계로 '상업적 사용'의 범위를 구체적으로 한정하는 규정 등에 따라, 그 범위에서 벗어나는 사용행위에 대하여 안전하게 표현의 자유를 향유하고, 일단 상업적 사용의 범위에 관한 규정에는 해당하는 경우라고 하더라도 구체적인 상황에 비추어 표현의 자유가 존중되어야 할 사안의 특성이 있는 경우에는 공정이용조항의 적용을 통한 해결을 기대할 수 있는 구조를 가지게 되면 일반 국민이 퍼블리시티권 입법에 대하여 가지는 우려를 크게 불식할 수 있으리라 생각한다. 그렇게 하더라도 광고, 상품화 등 재산적 가치가 크게 부각되는 대부분의 경우는 권리범위에 포함되므로, 권리주체의 재산적 이익에 크게 반하는 결과를 초래하는 것은 아니라고 생각한다.

4. 양도성의 인정 여부

가. 서언

퍼블리시티권의 양도성을 인정할 것인지 여부의 문제는 퍼블리시티권의 법적 성격에 대한 논의와 직접적인 연관성을 가지고 있지만 조금 더 거슬러 올라가면, 이 권리를 인정할 필요성에 대한 논의와도 깊은 관련성을 가지고 있다.

만약 퍼블리시티권의 인정근거와 관련하여, 개인의 성명, 초상 등이 가지는 고객흡인력에 초점을 두어 그 고객흡인력이 가지는 재산적 가치에 대하여 누군가에게 권리를 귀속시킬 필요가 있다는 것과 노동이론이나 유인이론 등에 기초하여 그것이 자신의 성명 등이 고객흡인력을 가질 수 있도록 노력한 본인에게 그 권리를 귀속시키는 것이 정의롭기도 하고 합목적적이기도 하다는 것을 이유로 하는 입장을 취한다면, '재산적 가치'에 초점을 맞춘 이 권리의 특성에 비추어 그 양도성을 인정하는 것도 가능한 입장이라 할 수 있다.[79] 그러나, 퍼블리시티권의 인

79) 퍼블리시티권의 재산권성을 강조함에 따라 자연스럽게 그 양도성을 인정하는 입장을 취하는 견해로는, 남형두, 앞의 보고서, 56쪽; 이한주, "퍼블리시티권에 관하여", 사법논집 제39집(법원도서관, 2004) 387쪽; 강승묵, "퍼블리시티권의 상속에 관한 연구", 법학논총 27권 4호(한양대학교 법학연구소, 2010) 209쪽; 노현숙, "저작권 원리에 근거한 퍼블리시티권 보호에 관한 입법론적 고찰", 강원법학 제41권(강원대학교 비교법학연구소, 2014) 393쪽; 김원일, "퍼블리시티權利에 대한 小考 - 인격권, 부정경쟁방지 법리, 저작권 요소의 구별과 권리의 범위", 법조 제

정근거와 관련하여, 성명이나 초상 등의 주체가 자신의 이미지를 어떻게 형성할 것인지를 결정해 나갈 수 있는 '자기결정권'을 행사하도록 하는 것이 '인간의 존엄과 가치'에 부합하는 것이라고 보는 입장을 취할 경우에는 결국 이 권리의 법적 성격이 적어도 인격권과 불가분적 관계를 가지는 것으로 볼 수밖에 없고, 따라서 그 양도성을 부정하는 입장을 취하는 것이 자연스러운 귀결이라고 할 수 있다.[80]

그러나 퍼블리시티권의 입법에 있어서, 우리가 보다 깊은 관심을 가져야 할 것은 실제적인 면에서 양도성을 인정할 경우와 부정할 경우에 각각 어떤 문제가 있는지 어느 쪽이 결과적인 면에서 더 바람직한 상황을 가져오는지에 대하여 판단해 보는 것이다. 아래에서는 그러한 관점에 더 큰 비중을 두고 논의를 진행해 보고자 한다.

나. 양도성 인정의 문제점

'검토법안'은 제10조 제1항에서 인격표지권의 양도성을 거의 전면적으로 인정하고 있다.[81] 검토법안의 이러한 입장은 법리적인 측면만이 아니라 현실적인 면에서도 심각한 문제를 내포하고 있다고 생각한다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 초상등의 영리적 사용에 대한 통제권으로서의 이른바 초상영리권이 인격권의 하나로 대법원 판례[82]에 의해서도 인정되고 있음은 앞에서 언급한 바와 같다. 퍼블리시티권은 단지 단순한 통제만이 아니라 그로 인한 재산적 가치를 초상등의 주체가 독점적, 배타적으로 누릴 수 있게 하는 것에 그 취지가 있으나, 결국 '초상등의 상업적 사용행위' 자체에 대한 통제권의 성격을 가지고 있어 초상

52권 1호(556호)(법조협회, 2003) 123쪽 등을 들 수 있다.

80) 인격권설의 입장에 서 있는 엄동섭, "퍼블리시티(Publicity)권," 서강법학연구 제6권(서강대학교 법학연구소, 2004) 168쪽 및 '인격권에 포함된 재산적 권리설'의 입장을 취하는 권태상 , "인격권 관점에서 본 퍼블리시티권", 민사법학 제59호(한국민사법학회, 2012) 68쪽은 모두 그 양도성을 부정한다. 한위수, 앞의 논문, 550~552쪽; 이상정, 앞의 논문, 318쪽; 박영규, 앞의 논문, 284쪽; 최승재, "퍼블리시티(publicity)권의 성격과 가처분의 성부에 대한 연구", 지식재산연구 제3권 제1호(한국지식재산연구원, 2008) 9~10쪽; 오승종, 「저작권법」(제3판)(박영사, 2013) 963쪽; 이해완, 앞의 책, 941쪽 등도 양도성을 부정하는 입장을 표명하고 있는데, 이들 견해는 '인격권에서 파생된 재산권설' 또는 그와 가까운 입장에 기한 것이라 할 수 있다.

81) '검토법안'은 제10조 제1항에서 장래 발생할 가능성이 있는 퍼블리시티권의 양도를 허용하지 않는 규정을 두고 있지만, 퍼블리시티권의 경우에는 개인의 아이덴티티에 대한 권리이므로, 장래에 발생할 가능성이 있는 권리가 어떤 것인지 애매하고, 설사 그에 해당하는 것이 있더라도 기존의 권리가 가지는 비중이 절대적으로 클 것이라 생각된다.

82) 대법원 2006.10.13. 선고 2004다16280판결.

영리권 등의 인격권과의 관련성을 벗어날 수 없다. 퍼블리시티권의 법적 성격을 어떻게 규정하는지와 관계없이 퍼블리시티권이 본인에게는 없고 그 권리를 양수한 제3자인 양수인에게만 있어서 그 양수인의 권리로서 행사되는 상황이 초상영리권을 포함한 인격권의 주체인 본인의 인격권 행사와 충돌과 혼란을 야기하고 그 본인의 인격적 이익을 크게 잠식 또는 훼손할 가능성이 있다는 것은 누구도 부정할 수 없을 것이다.

둘째, 퍼블리시티권의 양도성을 인정하는 것이 미국에서의 다수설이라는 것을 양도성 긍정의 근거로 삼는 경우들이 있는데, 그것은 적절하지 않다. 주별로 상이한 입장을 취하고 있는 미국[83]을 제외하고는 세계 주요국가들 중에 그 양도성을 분명하게 인정하는 나라를 찾아보기 어려운 점 등에 비추어보면, 양도성 부정의 사례가 국제적으로 다수를 점하는 것으로 보는 것이 보다 타당할 것으로 생각된다. 특히 우리나라와 인격권 보호의 법적 체계의 면에서 보다 유사한 체계를 가지고 있는 독일, 프랑스 등에서 이 권리의 인격권적 속성이나 인격권과의 불가분성을 중시하여 양도성을 부정하는 입장을 취하고 있다는 점에 보다 큰 주의를 기울일 필요가 있다.

셋째, 좀 더 현실적인 면을 짚어본다. 실제로 우리나라의 엔터테인먼트 산업의 주체들이 이 문제에 대하여 깊은 이해관계를 가지고 있고 그들의 입장은 양도성이 인정되기를 바라는 입장임은 분명하다. 그러나 필자가 그들 중 일부에게 직접 문의하고 답을 들어본 바에 의하면, 그들이 실제로 양도성이 인정되기를 바라는 가장 중요한 이유는, 실제 퍼블리시티권이 연예인의 통제로부터 자유롭게 하나의 재산으로 전전 양도되어야 할 필요성이 크다기보다, 양도성이 인정되지 않을 경우 법원에 권리침해를 이유로 한 손해배상청구 소송 등을 제기할 때 해당 연예인 등 본인 명의로 (물론 대리인을 선임하여 하긴 하지만) 제소하여야 하는 것과 관련하여 해당 연예인의 사회적 평판 등과 관련한 부담을 느끼게 되는 면이 있다는

83) 참고로 미국의 대표적인 2개주의 사례를 보면, 뉴욕주의 경우 퍼블리시티권의 양도성과 상속성을 동시에 부정하는 입장을 취하고 있고(뉴욕주 Civil Rights Law §51~§52 등 관련 규정에 양도성을 인정하거나 부정하는 규정을 두지는 않았으나, 프라이버시권의 성격으로 규정되어 있어, 뉴욕주 법원은 일관되게 양도성과 상속성을 부정하는 판결을 내리고 있다. J. McCarthy, op.cit,, §6:94 & §6:96), 캘리포니아주의 경우에는 재산권으로서의 퍼블리시티권을 비교적 강력하게 보호하는 입법을 하였지만, 보통법(common law)에 의한 다른 법적 취급은 별론으로 하고 최소한 성문법으로는 생존중인 자의 퍼블리시티권 양도를 인정하지 않고 사후의 권리양도만 인정하는 입장을 취하고 있다는 것(캘리포니아 민법 §3344 및 §3344.1 참조)에 주목할 필요가 있다.

것에 있었다. 이것은 물론 가능하다면 고려하여야 할 문제의 한 측면인 것이 사실이다.

그러나 이러한 문제를 권리의 양도성을 인정할 경우에 수반되게 되는 다른 중대한 문제들과 비교형량할 때 어떠한 결론을 내릴 것인지를 생각해 보아야 할 것이다. 권리의 양도성을 인정할 때 현실적으로 생각해 볼 수 있는 중대한 문제들을 사례로 나열해 보면 다음과 같은 일들이 있을 수 있다.

1) 연예인 A는 무명시절 자신의 소속사와 계약을 하면서 퍼블리시티권을 소속사에 양도하기로 하는 계약을 하였고, 이후 그 연예인이 계약기간 만료 후에 소속사를 변경하기를 원하지만, 자신의 연예활동에 꼭 필요한 퍼블리시티권이 이미 기존 소속사에 양도되어 있어 신소속사를 통해 자유롭게 행사할 수 없는 것이 문제되어 실질적으로 기존 소속사를 떠나기가 어려운 상황임을 알게 되어 큰 고통과 좌절감을 느끼고 있다.

2) 연예인 B는 자신의 퍼블리시티권을 양도한 후에 자신이 연예인으로서 대중들에게 인식된 이미지를 자신이 원하는 다른 이미지로 바꾸고 싶은 생각을 가지고 그렇게 노력하고 있으나, 퍼블리시티권을 가지고 있는 회사 측에서는 주류광고 등에 B의 이미지를 계속 사용하고 있다.

3) C는 연예인으로 활동할 때 자신의 퍼블리시티권을 특정 회사에 양도하였다. 그 후 결혼과 함께 연예인으로서의 활동을 모두 청산하고 조용히 살 생각을 가지고 연예계에서 은퇴하였으나, 그 권리를 비싼 대가를 주고 매수한 회사 측에서는 계속 C의 이미지를 활용한 광고계약을 수주하여 광고에 사용할 의사를 가지고 있다. 이러한 사실을 안 C가 회사에 자신의 이미지 사용의 중단을 요청하였으나, 회사에서는 그 부분은 이미 자신의 권리이므로 중단할 수는 없다고 답을 하여 C는 큰 고통과 번민에 휩싸여 있다.

만약 이러한 경우들에서 퍼블리시티권의 양도성을 부정하는 입장에 의하면, 연예인 A, B, C는 모두 자신의 자유나 인격적 이익을 보장받는 쪽으로 법의 보호를 받을 수 있지만, 그 양도성을 긍정하는 입장에 의하면, 연예인의 자유와 인격적 이익이 침해되는 상황으로부터 해당 연예인을 보호하기가 쉽지 않은 상황이 된다.

‘검토법안’은 이와 관련한 문제를 의식하여, 제13조에서 ‘인격 훼손에 따른 이용 제한’이라는 제목 하에 그 제1항에서 “승계인 또는 이용자는 인격표지권자의 인격을 훼손하는 방법으로 그 인격표지를 이용할 수 없다”고 규정하고 제2항에

서 “인격표지권자와 승계인 또는 이용자가 제1항에 반하는 내용으로 한 계약은 그 부분에 한해 효력이 없다”고 규정하고 있다. 그러나 어떠한 행위가 인격을 훼손하는 행위인지 여부는 극히 애매하고 불확실하다. 그러한 불확실성은 양수인의 법적 안정성도 위협하지만, 역시 더 큰 문제는 인격권의 주체인 연예인, 스포츠 선수 등의 법적 안정성도 보장하지 못한다는 데 있다. 위 2)의 사안에서 B가 이미 과거에 자신의 이미지가 주류광고에 사용되는 것을 허락한 바 있었다면, 이제 마음이 바뀌었다는 이유만으로 그 광고 사용을 막기가 어려울 가능성이 적지 않을 것이다. 그것은 해당 연예인이 자신의 이미지가 어떻게 형성될지를 그때그때 자유롭게 결정할 수 있는 자기결정권을 실질적으로 상실하게 됨을 의미하지만, 그렇다고 해서 퍼블리시티권의 양도성을 법이 인정해 놓고서는 그러한 사용의 권리마저 부정하여 양수인의 법적 지위를 지나치게 취약한 것으로 만드는 것 역시 부당하다는 평가를 받을 가능성이 많을 것이다. 이러한 딜레마는 위 1)이나 3)의 경우도 비슷하다. 결국 권리의 양도성을 인정하면서 연예인 등의 인격적 이익을 충분하게 보호하는 것은 자체적 모순으로 인해 불가능한 일이라는 것을 알 수 있다.

이것은 인간의 존엄과 가치, 행복추구권 등의 헌법적 가치와 직결되는 문제로서 그 심각성을 가볍게 여길 수는 없을 것인바, 엔터테인먼트회사가 현실적으로 소 제기시에 느끼는 부담의 측면과 비교형량할 때 어느 쪽 저울이 기울 것인지에 대하여는 굳이 언급할 필요가 없으리라 생각된다.[84] 지금까지 연예인 등 본인 명의로 많은 법적 조치가 이루어져 온 것을 볼 때, 그 부분의 불편이 권리구제에 큰 어려움을 초래한다고 말하기는 어려울 것이라는 점에서 더욱 그러하다.

넷째, 퍼블리시티권의 양도성을 인정하는 것은 공시방법과의 관계에서도 문제가 있다. 그 양도성을 인정하는 미국의 주법에서는 그에 대한 공시제도를 마련하고 있는 예가 많은데(캘리포니아, 오클라호마, 네바다, 텍사스의 경우),[85] 검토대상법안은 공시제도를 마련하지 않고 있어, 권리귀속의 명확성, 분쟁의 예방 등에 큰 결함이 있을 수 있다. 그렇다고 고비용의 공시제도를 마련하는 것도 바람직한 방향이라고 하기 어렵다.

다섯째, 양도성을 인정하지 않고 '이용허락'을 인정하는 규정만 두더라도 독점적 이용허락의 경우 대위에 의한 침해정지 청구 등이 가능하고,[86] 대가의 수령,

84) 김상중, 앞의 논문, 32~33쪽도 '비교형량'의 관점에서 필자와 동일한 결론을 도출하고 있다.
85) J. McCarthy, op.cit, §6:40, §6:59.

분배 등을 계약에 의하여 처리함으로써 연예기획사 등의 권리를 상당 정도 보장할 수 있다는 점도 감안할 필요가 있다.

여섯째, 저작권법상 저작인격권의 양도성을 부정하는 것과 비교해 보아도 퍼블리시티권의 양도성을 인정하기는 어렵다. 어떤 사람이 작성한 저작물에 성명을 표시할지 말지 혹은 그것을 수정할지 말지의 문제와 어떤 사람의 성명 자체나 그 초상이 포함된 이미지, 동영상 등을 광고에 사용할지 말지의 문제 중에 후자의 경우가 개인의 인격적인 이익과의 관련성이 훨씬 높다고 생각된다. 그럼에도 불구하고 전자의 경우에는 양도성을 부정함으로써 그와 관련된 인격적 이익을 강행적으로 보호하고, 후자의 경우에는 그 양도를 인정함으로써 그 부분의 권리를 본인이 계약을 통해 상실할 수 있는 가능성을 허용하는 것은 입법적 균형을 잃는 일이 되지 않을까 생각된다.

일곱째, 뒤에서 이 논문이 상속성에 대하여는 입법론적으로 긍정적인 입장을 취하는 것과 관련하여, 상속성의 인정과 양도성의 불인정은 모순이 아닌가 하는 지적이 있을 수 있으나, 그러한 지적은 반드시 타당하다고 하기 어렵다. 권리의 양도는 본인이 누릴 수 있는 권리의 상실을 초래하는 것이나 본인의 사후에 이루어지는 상속의 경우는 그렇지 않다는 점에서 양자 간에는 뚜렷한 차이점이 있다.[87]

다. 법안의 수정방향

위에서 본 바와 같이 양도성을 인정할지 여부는 단순한 법리논쟁의 대상인 것만이 아니라, 실질적인 면에서 해당 연예인 등의 인격권 보호와의 관계에서 매우 심각하게 검토되어야 할 문제이다. 이상의 논의를 참고하여 이후의 법안에서는 이용허락에 대한 규정은 존치하고, 양도허용의 규정은 삭제하는 대신 오히려 양도금지의 취지를 명시하는 규정을 두는 방향을 적극적으로 검토할 필요가 있으리

86) 저작물의 독점적 이용허락의 경우에 대한 대법원 2007.1.25. 선고 2005다11626판결('소리바다' 사건) 참조.

87) 이 점에 대하여는 안병하, "독일의 퍼블리시티권 관련 논의 개관", 비교사법 제23권 1호(통권72호)(한국비교사법학회, 2016) 134쪽도 이 논문과 같은 취지를 다음과 같이 표명하고 있다. "양도성과 상속성은 통상 동일하게 취급되어 전자가 인정되면 후자가 인정되는 것이 자연스럽게 보이지만 반드시 그래야만 하는 것은 아니다. 권리의 양도는 권리를 행사할 수 있는 원래의 주체가 존재하고 있음에도 불구하고 그 주체의 변경을 꾀하는 것이고, 상속이라는 것은 더 이상 권리를 행사할 주체가 존재하지 않는다는 사정으로부터 발생하는 권리의 이전이므로 양도와 상속을 둘러싼 상황이 다르기 때문이다. 독일 저작권법 또한 저작권의 양도성은 부정하지만 상속성은 인정하고 있다."

라 생각된다.

4. 상속성 및 존속기간의 문제

가. 서언

퍼블리시티권의 상속성을 인정할지 여부의 문제는 대개 양도성의 인정여부와 짝을 이루는 문제로서 같은 동일선 상에 두 문제를 같이 놓고 검토하는 예가 많다. 그리고 이는 역시 퍼블리시티권의 법적 성격에 대한 논의와 직결되는 것으로 보아, 이 권리가 인격권적 성격을 가지는 것으로 보거나 그렇지 않더라도 인격권과 불가분의 밀접한 관련성을 가지는 권리라고 보는 입장에서는 그 양도성과 함께 상속성도 부정하는 입장[88]을 취하고, 그렇지 않고 순수재산권설의 입장을 취할 경우에는 양도성과 함께 상속성도 긍정하는 입장[89]을 취하는 경우가 많은 것이 사실이다.

그러나 독일의 경우는 판례가 '인격권에 포함된 재산적 권리'설에 해당하는 입장을 기본적으로 취하면서도 그 상속성을 인정하는 결론을 내린 바 있다는 것은 앞서 본 바와 같다. 이것은 독일 판례가 아직 그 양도성은 인정하지 않는 입장을 유지하는 가운데 내려진 결론이라는 점에서 양도성과 상속성의 문제를 같은 선상의 문제로 보기보다 서로 다른 결론이 나올 수 있는 문제로 보는 입장을 취한 것이라 할 것이다.

프랑스의 경우도 앞서 살펴본 바와 같이, 아직 분명하지는 않지만, 양도성은 인정하지 않고 상속성만 인정하는 입장으로 해석될 여지를 다소간 드러내고 있다고 할 수 있다.

한편 우리나라의 학설 중에도 양도성은 부정하지만 상속성에 대하여는 해석론적 또는 입법론적으로 긍정적인 입장을 취하는 학설들[90]이 꽤 많이 있음을 보게 된다.

---

88) 엄동섭, 앞의 논문, 168쪽; 이호선, "퍼블리시티권(신원 공표권)의 성격에 관한 연구 - 지적재산권적 관점, 과연 타당한가?", 연세법학연구 제19권 제4호(통권 제44호),(연세대학교 법학연구원, 2009, 55쪽 등.

89) 권오성, "퍼블리시티권에 관한 연구", 과학기술법연구 제19집 제1호(한남대학교 과학기술법연구원, 2013) 292쪽; 강승묵, 앞의 논문, 209쪽 등.

90) 박영규, 앞의 논문, 284쪽; 김상중, 앞의 논문, 37쪽; 이상정, 앞의 논문, 320쪽; 최승재, 앞의 논문, 10쪽; 오승종, 앞의 책, 966쪽, 이해완, 앞의 책, 943(다만 이 책은 해석론이 아니라 입법론으로 상속성을 긍정함) 등. '인격권에 내포된 재산권설'의 입장을 취하는 권태상 , "인격권 관점에서 본 퍼블리시티권", 민사법학 제59호(한국민사법학회, 2012) 79쪽도 상속성은 긍정하는 입장을 취한다.

일신전속적 권리로서의 인격권의 본질과도 맞지 않고, 순수재산권에 대한 일반 원칙과도 상치하는 이러한 결론이 이처럼 많은 지지를 받고 있는 것은 왜일까? 그것은 퍼블리시티권이 가지고 있는 복합적 성격에서 비롯된 것으로 보인다.

즉, 퍼블리시티권은 개인의 인격표지를 상업적으로 사용하는 것과 관련된 권리로서, 개인의 인격표지의 사용이라고 하는 면에서 인격권으로부터 결코 완전히 벗어날 수 없는 속성을 가지고 있지만, 다른 한편으로는 인격적 이익의 침해에 따른 통상의 손해배상의 차원을 넘어서서 오늘날의 현대사회에서 유명인등의 성명이나 초상이 광고 등의 산업을 매개로 하여 적극적 경제적 이익과 결부된 부분에 초점을 맞춘 권리라는 점에서는 재산적 권리로서의 속성을 가지고 있음도 부정할 수 없다는 점에서 '복합적'인 성격의 권리임이 분명하다.[91] 이것은 위에서 '인격권에 포함된 재산적 권리'설과 '인격권에서 파생된 재산적 권리설'등의 다소 길고 복잡한 학설명을 붙인 학설만이 아니라 다른 학설을 취하는 경우에도 실제적인 면에서는 인정할 수밖에 없는, 이 권리의 독특한 성격이 아닐까 생각된다. 개념법학적으로 인격권과 재산권의 어느 하나로 성격규정을 한 다음에, 그 성격규정에 따라 곧장 결론을 내리는 것은 퍼블리시티권에 대하여는 타당하지 않은 것으로 생각되는 면이 있는 것이다.

나. 상속성 인정의 필요성

'검토법안'은 퍼블리시티권(인격표지권)의 상속성을 인정하고 있다. 필자는 '검토법안'의 이 부분 결론이 다음의 이유에서 타당하다고 생각한다.

첫째. 성명, 초상등 본인의 사망 직전에 본인과 독점적 이용허락 계약을 체결한 상대방의 이익을 보호할 필요성이 있다. 일정한 대가를 지급하고 독점적 이용허락을 체결하였는데, 본인의 사망으로 인해 독점적 이용권이 무의미하게 되어 불측의 피해를 입는 일을 방지하려면, 퍼블리시티권의 상속성을 인정할 필요가 있다.

둘째, 그 상속성을 인정할 경우, 사망한 초상등 본인의 상속인인 유족 등을 통해 본인(사자)의 인격적 이익과 관련된 부분도 적절히 보호될 수 있을 것으로 기대할 수 있다.

---

91) 일부 학설은 이러한 입장에 대하여 퍼블리시티권이 재산권이지만 인격권과 완전히 결별하지 않은 "하이브리드적 성격을 가진 권리'라고 이해하는 입장이라고 지칭하기도 한다. 최승재, 앞의 논문, 12쪽.

셋째, 다른 제3자의 부당이득을 용인하기보다는 상속인에게 일정기간 그 이익을 귀속시키는 것이 법적 정의의 관념에 부합하며, 유인이론의 관점에서도 타당한 것으로 생각된다.

권리의 상속성을 인정하는 것은 그 일신전속성을 다소간 완화하는 면에서 우리의 법제도에 있어서 이 권리를 '인격권' 자체의 내용으로 보는 입장을 취할 경우에는 채택하기 어려운 입장이라 하겠지만, 위에서 본 바와 같이 이 권리를 인격권과 재산권의 복합적 성격의 특수한 권리라고 보면, 적어도 입법적으로 채택할 수 없는 입장은 아니다. 그 양도성을 부정하면서 상속성만 긍정하는 입장이 정당화될 수 있는 이유는 앞에서도 잠깐 언급한 바와 같이, 양도성 인정과 상속성 인정이 본인의 인격적 이익이나 자유와의 관계에서 가지는 함의가 크게 다르다는 점에 있다. 즉, 그 양도성을 인정할 경우에는 생존중인 본인의 인격적 이익 또는 자유가 그로 인해 실질적으로 훼손될 수 있다는 점에서 중대한 문제를 야기하는 것으로 보이는 반면, 상속성 인정의 경우에는 본인의 사망으로 그러한 인격적 이익이나 자유를 본인이 누릴 수 없는 상황에서 오히려 상속인의 권리행사를 통해 본인의 인격적 이익이 보호될 수 있는 가능성이 높아진다는 점에서 두 가지 경우는 근본적인 차이를 내포하고 있다.

다. 권리의 존속기간

상속성을 인정하는 입장을 취할 경우 권리의 존속기간을 어떻게 볼 것인지가 중요한 문제로 떠오른다. 이에 관한 우리나라의 학설은 여러 갈래로 엇갈리고 있다.[92] 미국의 입법도 다양하다.[93] 독일의 경우는 앞서 소개한 연방대법원의

92) 강승묵, 앞의 논문, 290쪽; 이상정, 앞의 논문, 320쪽; 권태상, "인격권 관점에서 본 퍼블리시티권", 민사법학 제59호(한국민사법학회, 2012) 79쪽 등은 저작재산권의 보호기간과 동일한 것으로 볼 수 있다고 주장하고, 김상중, 앞의 논문, 37쪽은 민법 제160조 제2항을 유추적용하여 사후 20년간 존속하는 것으로 보는 것이 타당하다고 주장한다. 상황에 따라 기간이 다르게 정해질 수 있다고 보는 견해도 있어, 권오성, 앞의 논문, 292쪽은 유명인의 성명, 초상 등이 갖는 상업적 가치가 명백히 인정되는 기간 정도로 제한할 필요가 있다고 주장하고, 이한주, "퍼블리시티권에 관하여", 사법논집 제39집(법원도서관, 2004) 393쪽은 사망 후의 세월의 경과 정도, 고인의 이름, 얼굴 등 인격적 속성에 관한 상품가치의 희석 내지 고객흡인역의 약화정도, 이용의 태양, 이용자의 주관적 사정 등을 종합적으로 고찰하여 신의칙에 따라 합리적이라고 판단되는 기간으로 제한할 수 있다고 주장한다.

93) 보호기간이 짧은 주부터 나열해 보면, 테네시주(사후 10년), 버지니아주(20년), 펜실베니아주(30년), 플로리다주(40년), 일리노이주, 네바다주, 텍사스주, 켄터키주(각 50년), 오하이오주(60년), 캘리포니아주(70년), 와싱턴주(해당 본인의 아이덴티티가 상업적 가치를 가지지 않을 경우에는 사후 10년, 상업적 가치를 가질 경우에는 사후 75년), 인디아나주, 오클라호마주(각 100년) 순이다.. J. McCarthy, op.cit, §9:20~§9:40.

Marlene 판결에서 인격권의 재산적 구성부분의 사후적 보호기간은 비재산적 이익의 그것보다 더 길 수는 없다고 하면서, 구체적으로는 미술 및 사진저작물의 저작권에 관한 법률 제22조 제3문에 규정된 10년의 기간이 참고로 될 수 있을 것이라고 하였다.[94]

우리나라 판례 중 상속성을 인정하는 입장을 취하면서 저작권법 유추적용을 한 사례가 있는데, 저작권법과 같이 사후 70년의 보호기간을 인정하는 것은 지나치게 장기간의 보호를 인정한다는 점에서 반드시 타당하다고 하기 어렵다.

이와 관련하여, '검토법안'은 인격표지권자가 생존하는 기간 동안과 사망한 후 30년 간 존속하는 것으로 규정(제8조 제1항)하고 있다. 이것은 크게 봐서 비교적 짧은 기간의 존속기간을 인정한 것이라고 볼 수 있으므로 큰 틀에서 찬성할 수 있는 입장이라 하겠다. 그러나 퍼블리시티권이 앞서 언급한 바와 같이 사회 속에서 대중과의 관계 속에서 형성되는 '사회적 산물'로서의 성격을 가지고 있다는 점을 감안하여 권리주체의 이익과 공중의 이익 사이에 균형을 이루기 위하여는 그보다 더 짧은 10년 정도의 보호기간만 인정하는 것이 더욱 타당할 것이라 생각한다.

라. 법안의 세부적 문제점

현재의 법안에서는 인격표지권자의 명시적 반대의사가 있으면 상속되지 않는 것으로 규정하면서 그 반대의사 표시로도 제3자의 권리를 해할 수는 없는 것으로 규정하고 있는데(제9조 제1항), 이는 권리 귀속의 명료성을 크게 해하여 거래의 안정을 위협할 수 있다는 점에서 바람직하지 않은 면이 큰 것으로 생각된다. 제3자 보호의 규정이 있긴 하지만, 실제의 분쟁사례에서는 그 적용이 간단치 않은 경우들이 발생할 수 있기 때문이다.

또한 승계인이 갖는 인격표지권과 이용허락 받은 자의 이용권리는 상속되지 않는다고 규정하고 있는데(같은 조 제3항), 그 중 승계인의 권리에 대한 상속을 부정하는 것이 타당한지는 의문이다.

마. 법안의 수정방향

이상과 같이 '검토법안'이 상속성을 인정하고 비교적 짧은 기간의 존속기간을

94) 안병하, "독일의 퍼블리시티권 관련 논의 개관", 비교사법 제23권 제1호(한국비교사법학회, 2016) 138쪽.

인정한 것은 기본적으로 타당하다고 할 수 있다. 다만 그 존속기간을 좀 더 짧게 규정할지 여부는 지속적으로 검토될 필요가 있을 것이다.

그리고 '검토법안'이 상속과 관련하여 다소간 복잡한 세부규정을 둔 것은 대부분 그 필요성이 인정되지 않는 규정들이므로, 이를 삭제하고 간명하게 규율하는 방향으로 수정하는 것이 바람직하다.

V. 결론

퍼블리시티권에 대하여 대법원 판례는 나오지 않고 하급심 판결들은 서로 엇갈리고 있는 상황이 지속되어 산업계와 이해당사자 사이에 여러 가지 혼란과 어려움을 야기하고 있는 가운데, 퍼블리시티권의 법제화 필요성에 대한 관심이 높다. 그러나 그간 있어 왔던 여러 차례에 걸친 입법화의 시도가 번번이 실패로 귀결됨으로써 상황은 아직도 전혀 변하지 않고 있다. 이러한 상황에서 이 논문은 지난 19대 국회에서 심의된 바 있는 '인격표지권 보호 및 이용에 관한 법률안'('검토법안')을 검토대상으로 하여 분석하면서 바람직한 법제화의 방향을 모색해 보고자 하였다. 이후에도 지속적으로 이루어질 퍼블리시티권의 법제화 관련 논의에 있어서 이 문제와 관련된 여러 가지 가치와 이해관계들을 균형 있게 반영한 설득력 있는 대안이 제시되지 않으면, 또 다시 서로의 관점차이만 확인한 채 불발로 그칠 수 있을 것이라는 우려가 이 논문 집필의 동기가 되었다. 이 논문을 통해 필자는 '검토법안'에 대한 하나의 보충적 대안으로 다음과 같은 점들을 반영한 입법의 필요성을 주장하였다.

첫째, 퍼블리시티권의 요건과 범위를 명확히 함과 동시에, 퍼블리시티권과 표현의 자유의 관계를 보다 명확하게 규정하여, 표현의 자유에 대한 보호가 소홀하지 않도록 배려할 필요가 있다. 이러한 노력은 '검토법안'의 문제점을 해소하는 면도 있지만, '검토법안' 등에 대한 일각의 우려와 반대에 적절히 대처하여 입법추진을 용이하게 하는 데 큰 도움이 될 것이라 생각한다.

둘째, 퍼블리시티권의 법적 성격에 대하여 학설의 견해가 복잡하게 나뉘고 있으나, 이 논문은 퍼블리시티권이 인격권에서 파생된 재산권의 성격을 가진 것으로 파악한다. 다만 법안의 내용에 있어서는 이 권리가 가지는 재산권적 속성에 초점을 맞추어야 한다고 본다. 이 점에서 '검토법안'이 인격권과의 관계를 분명하게 정리하지 않고 인격권적인 측면과 재산권적 측면을 동시에 규율대상으로 삼은

것은 인격권에 대한 복잡한 법리논쟁을 탈피하기 어렵다는 등의 면에서 적절하지 않은 것으로 생각된다. 따라서 인격권 자체는 일반법에 맡기고 원칙적으로 이 법에서는 퍼블리시티권의 재산권적 성격에 초점을 맞추어 규정하는 방향을 취하는 것이 타당하다.

셋째, 양도금지 규정을 통해 인격주체의 인격적 이익과 인간으로서의 존엄성을 일관성 있게 보호할 필요가 있다. 이러한 양도금지 규정을 두면서도 입법을 할 필요가 있는가 하는 의문을 제기하는 경우도 없지 않지만, 양도성의 유무보다 성명이나 초상등 본인이 가지는 재산적 권리를 일관되게 보호하는 것에 이 법의 보다 중요하고 기본적인 목적이 있다고 생각한다. 그리고 양도금지 규정은 그러한 인격주체의 권리가 계약에 의하여 형해화되지 않도록 보호하는 의미를 가진다. 이 문제를 지나치게 산업주체의 관점에서 바라봄으로써 인격주체의 권리에 대한 실질적 보호의 관점을 등한히 하는 입장에는 찬동하기 어렵다.

넷째, 상속 등과 관련하여서는 기본적인 입장은 '검토법안'과 같이하지만, 그와 관련한 복잡한 규정을 간결하게 하여 법적 안정성 및 예측가능성을 높이는 것이 바람직한 것으로 보았다.[95]

이러한 사항들이 심도 있게 재검토됨으로써 법리적 명료성과 현실적 타당성을 가진 새로운 법안이 도출되고, 그에 대한 사회적 합의가 형성되어 입법화가 성공적으로 이루어짐으로써 현재의 여러 가지 혼란과 법적 불안정성이 조속히 해소될 수 있기를 희망한다.

(논문투고일 : 2016.11.20, 심사개시일 : 2016.11.22, 게재확정일 : 2016.12.15)



이 해 완

퍼블리시티권, 인격권, 양도성, 상속성, 표현의 자유

95) '검토법안'에는 그 밖에도 필자가 동의하기 어려운 부분들이 여러 곳에 있다. 특히 단체의 인격표지권에 관한 제7조의 규정 및 최초판매의 원칙과 유사한 취지를 규정한 제15조 제2호의 규정 등은 삭제하는 것이 바람직하다고 생각한다. 다만 이에 대한 자세한 논의는 이후 다른 기회로 미루기로 한다.

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

권태상, 「퍼블리시티권의 이론적 구성 - 인격권에 의한 보호를 중심으로 -」, 경인문화사, 2013

김성환, 「퍼블리시티권의 법리와 실제」, 진원사, 2009

오승종, 「저작권법」(제3판), 박영사, 2013

이해완, 「저작권법」(제3판), 박영사, 2015

内藤篤·田代貞之, , 「パブリシティ權槪說」(第3版), 木鐸社, 2014,

J. McCarthy, The Rights of Publicity & Privacy, 2013 ed., Westlaw

Ⅱ. 논문

강신하, "퍼블리시티권과 이용자와의 이익의 균형 - 패러디를 중심으로", 경기법조 제19호, 수원지방변호사회, 2012

권오성, "퍼블리시티권에 관한 연구", 과학기술법연구 제19집 제1호, 한남대학교 과학기술법연구원, 2013

권태상, “미국 퍼블리시티권(The Right of Publicity)의 개념과 보호대상 - 캘리포니아주와 뉴욕주를 중심으로 -“, 법학논총 제34권 제1호, 2010

_____ , "인격권 관점에서 본 퍼블리시티권", 민사법학 제59호, 한국민사법학회, 2012

김영훈, "하급심 판결례의 퍼블리시티권(Right of Publicity) 인정에 대한 비판적 고찰", 사법논집 제44집, 법원도서관, 2007

김원일, "퍼블리시티 權利에 대한 小考 - 인격권, 부정경쟁방지 법리, 저작권 요소의 구별과 권리의 범위", 법조 제52권 1호(556호), 법조협회, 2003

김현경, "‘퍼블리시티권’ 인정에 대한 비판적 소고", 안암법학회 48권, 안암법학회, 2015

남형두, "세계시장 관점에서 본 퍼블리시티권 - 한류의 재산권보장으로서의 퍼블리시티권 -", 저스티스 통권 제86호, 한국법학원, 2005

_____, “퍼블리시티권의 철학적 기반(상) - ‘호사유피 인사유명’의 현대적 변용”, 저스티스 2007.4.(통권 제97호), 한국법학원

_____, "퍼블리시티권의 철학적 기반(하) - '호사유피 인사유명'의 현대적 변용", 저스티스 2007.6.(통권 제 98호). 한국법학원

노현숙, "저작권 원리에 근거한 퍼블리시티권 보호에 관한 입법론적 고찰", 강원법학 제41권, 강원대학교 비교법학연구소, 2014

박성호, "인격권의 변용 - 퍼블리시티권에 관한 논의를 중심으로 -", 법학논총 제23집 제2호, 한양대학교 법학연구소, 2006

박수곤 · 김태희, "프랑스법에서의 퍼블리시티권에 관한 논의의 전개", 비교사법 제23권 제2호(통권 제73호), 한국비교사법학회, 2016

박영규, "인격권, 퍼블리시티권 그리고 지적재산권", 저스티스 통권 제112호, 한국법학원, 2009

박준석, "퍼블리시티권의 법적 성격 - 저작권과 상표관련 권리 중 무엇에 더 가까운가?", 산업재산권 제30호, 한국산업재산권법학회,, 2009

_____, "인격권과 구별된 퍼블리시티권을 인정할지에 관한 고찰 : 최근의 비판론에 대한논리적 재반박을 중심으로", 법학 제56권 제4호(통권 제177호), 서울대학교 법학연구소, 2015

박준우, "부정경쟁방지법에 의한 퍼블리시티의 보호", 산업재산권 제22호, 한국산업재산권법학회, 2007

신지혜, "표현의 자유와 퍼블리시티권의 보호범위", 저스티스 제150호, 한국법학원, 2015

안병하, "독일의 퍼블리시티권 관련 논의 개관", 비교사법 제23권 1호(통권72호)(한국비교사법학회, 2016)

_____, "인격권의 재산권적 성격 - 퍼블리시티권 비판 서론 -", 민사법학 제45-1호, 한국민사법학회, 2009

엄동섭, "퍼블리시티(Publicity)권," 서강법학연구 제6권, 서강대학교 법학연구소, 2004

_____, "한국에서의 퍼블리시티권 논의: 법적 성격을 중심으로", 민사법학 제57호, 한국민사법학회, 2011

이상정, "퍼블리시티권에 관한 소고", 아세아여성법학 제4권, 아세아여성법학연구소, 2001

이재경, "퍼블리시티권의 법제화 가능성," 법학논총 제15집, 숭실대학교 법학연구소, 2006

이한주, “경주마(競走馬)의 퍼블리시티권”, 저스티스 통권 제85호, 한국법학원, 2005

_____, "퍼블리시티권에 관하여", 사법논집 제39집, 법원도서관, 2004

이호선, "퍼블리시티권(신원 공표권)의 성격에 관한 연구 - 지적재산권적 관점, 과연 타당한가?", 연세법학연구 제19권 제4호 (통권 제44호), 연세대학교 법학연구원, 2009

임상민, "퍼블리시티권 침해 판단기준", 지식재산연구 제8권 제4호, 한국지식재산연구원, 2013

정상기, “PUBLICITY권에 관한 소고,” 한국저작권논문선집(Ⅱ), 한국저작권심의조정위원회, 1995

최승재, "퍼블리시티(publicity)권의 성격과 가처분의 성부에 대한 연구", 지식재산연구 제3권 제1호, 한국지식재산연구원, 2008

한위수, “퍼블리시티권 – 성명 · 초상 등의 상업적 이용에 관한 권리 – 의 침해와 민사책임,” 민사재판의 제문제 제9호, 사법행정학회, 1997

瀬戸宗一郎, "いわゆる「パブリシティ権」をめぐる行為規範の
具体化に向けた 総合的考察", 法律学研究 54号, 2015

Elisabeth Logeais & Jean-Baptiste Schroeder, The French Right of Image: An Ambiguous Concept Protecting the Human Persona, 18 Loy. L.A. Ent. L.J. 511, 1998

Mark P. McKenna, The Right of Publicity and Autonomous Self-Definition, 67 U. Pitt. L. Rev. 225, 2005

Melville B. Nimmer, The Right of Publicity, 19 Law and Contemporary Problems 203~223, 1954

Silvio Martuccelli, The Right of Publicity under Italian Civil Law, 18 Loy. L.A. Ent. L.J. 543, 1998

William L. Prosser, Privacy, Privacy, 48 Calif. L. Rev.389~407, 1960.

Ⅲ. 연구보고서

남형두,「퍼블리시티권의 입법적 보호 방안 연구」, 문화관광부 연구용역보고서, 2011.12.

Abstract

A study on the direction of legislation of the right of publicity

Hae Wan Lee

In Korea, the right of publicity which means the right to put a person's identity to commercial use has not yet found its official status in the legal system. The supreme court has not made a relevant case decision while the case decisions of lower courts are not consistent. This situation is causing a big confusion and difficulties among stake holders and industrial circles, which calls our attention to the necessity to legislate this right. But several rounds of legislative attempt have not yet been successful. Considering these situations, this writing explores the desirable direction of legislation by critically analyzing a bill that some lawmakers proposed to protect this right in the last session of parliament. The suggestions of this writing are as follows.

Firstly, we should make detailed and clear provisions about the prerequisite and scope of this right in the act in order not to give 'chilling effect' on people's freedom of expression. Especially, the meaning of 'commercial use' included in the concept of this right should be clearly and limitedly defined by concrete and specific provisions.

Secondly, the act should focus on the side of property right even though this right is inextricably linked to personal rights. In addition, it must have a clear provision about the relation with personal rights.

Lastly, it is necessary to prohibit the transferability of this right in order to protect the human dignity and personal interest of the person in

question. But the descendibility of this right must not be denied. It is rather helpful for the adequate protection of the personal interest of the deceased. A post mortem right of publicity should be provided to last for a comparatively short term.



Hae Wan Lee

the right of publicity, personal rights, transferability, descendibility, the freedom of expression

국가배상소송과 상호보증
-대법원 2015. 6. 11. 선고 2013다208388 판결과 관련하여-

문 영 화*

【목 차】

Ⅰ. 머리말
Ⅱ. 대상판결의 내용
1. 사실관계
2. 제1심 및 항소심 판결의 요지
3. 대법원 판결(대상판결)의 요지
Ⅲ. 국가배상소송에서 상호보증
1. 상호보증의 의미와 근거
2. 상호보증에 관한 입법례
3. 상호보증주의에 대한 법정책적 문제
4. 국가배상법 제7조의 적용범위
5. 상호보증의 방법
6. 상호보증의 정도
7. 상호보증의 시기
8. 소송상 문제점
9. 상호보증이 인정되지 않는 경우
Ⅳ. 대상판결에 대하여
Ⅴ. 맺음말

【국 문 요 약】

대상판결(대법원 2015. 6. 11. 선고 2013다208388 판결)은 국가배상법 제7조와 관련하여 상호보증의 방법과 정도에 대하여 최초로 판시한 대법원 판결로서 의의가 있다. 대상판결에 따르면 외국인이 우리나라를 상대로 국가배상청구를 하기 위하여는 우리 국민이 그 외국인의 본국을 상대로 국가배상청구를 함에 있어서 그 국가배상청구권의 발생요건이 우리 국가배상청구권의 발생요건 보다 현저히 균형을 상실하지 않고 전체로서 과중하지 아니하여 중요한 점에서 실질적으로 거의 차이가 없다는 것이 그 외국국가의 법령, 판례 및 관례 등에 의하여 인정될 수 있어야 한다.

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수

각국의 국가배상제도를 보면 국가배상청구권의 발생요건과 배상의 범위에서 차이가 있고, 배상책임의 제한에 관한 규정을 광범위하게 두고 있는 국가도 있다. 대상판결의 판시에 따르면 외국인이 원고인 국가배상소송에 있어서 법원은 그 외국인의 본국의 국가배상제도를 심리하여야 하는 부담을, 당사자는 이에 관한 주장·증명을 하여야 하는 부담을 갖게 되는 문제점이 있다.

비교법적으로 보면, 국가배상법에 상호보증에 관한 규정이 애당초 없는 국가도 있을 뿐만 아니라, 대륙법계 국가에 영향을 끼친 독일에서는 1993년 이후 상호보증주의를 사실상 폐지하는 방향으로 법률이 개정되었다. 일본에서는 위헌문제와 함께 법정책적으로 타당성에 관한 문제가 제기되어 국가배상청구권의 발생요건이나 배상범위에 관하여 엄격하게 비교하는 작업을 거치지 않는 등으로 실무상으로 상호보증규정을 들어서 외국인의 국가배상청구를 배척하지는 않는 방향으로 운용되고 있다. 미국에서는 판례상으로 외국인의 본국에서 미국시민을 차별하지 않으면 상호보증이 있다고 해석하는 등 국가배상소송에 있어서 상호보증요건은 실질적으로 의미를 잃어가고 있다.

국가배상소송을 제기하는 외국인은 혼인, 직업, 학업 등의 사유로 국내에 장기간 체류를 하는 경우가 많을 것인바, 그러한 외국인에게 공무원의 위법행위 등에 의하여 입은 손해를 배상함에 있어서 우리 국민과 차별을 두는 것은 입법 정책적으로 타당하다고 할 수 없을 뿐만 아니라, 외국인이 본국의 법제에 아무런 영향력을 행사할 수 없음에도 그로 인하여 우리나라에서 입은 손해에 대하여 국가배상청구를 할 수 없도록 하는 것은 인권침해의 소지가 있고, 상호보증규정에 의하여 국가배상청구를 할 수 없게 된 외국인으로부터 경과실에 의한 공무상 위법행위로 인하여 손해배상청구소송을 당하여야 하는 공무원의 지위 역시 우연한 사정에 의하여 차별을 받게 되는 면이 있으므로 국가배상법 제7조의 상호보증규정은 종국적으로 폐지되어야 할 뿐만 아니라, 상호보증규정에 의하여 외국인의 국가배상청구를 배척하지 않는 방향으로 해석, 적용되어야 한다.

I. 머리말

현행 국가배상법 제7조는 '외국인에 대한 책임'이라는 제목으로 '이 법은 외국인이 피해자인 경우에는 해당 국가와 상호보증이 있을 때에만 적용한다'고 규정하고 있다. 조문의 체계 및 내용에 비추어 위 규정은 외국인이 우리나라 공무원의 법령에 위반한 직무수행에 의하여 손해를 입거나 우리나라 공공영조물의 설치나 관리의 하자로 인하여 손해를 입게 된 경우에 그 외국인의 본국법이 우리나라 국민에 대하여도 우리 국가배상법과 같은 정도로 국가배상책임을 인정하는 경우에만 그 외국인에 대하여 우리 국가배상법을 적용한다는 취지로 이해할 수 있다. 국가배상법의 상호보증규정은 1951. 9. 8. 공포·시행된 국가배상법 제5조에 규정된 후 국가배상법의 폐지와 재제정(再制定), 일부 개정 등의 과정을 거치면서 문구의 수정과 조문의 위치가 변경되어 현재에 이르게 되었다.

최근 국가배상법의 상호보증규정과 관련하여 의미 있는 대법원 판결이 선고되었다. 대법원은 2015. 6. 11. 선고 2013다208388 판결(이하 '대상판결'이라고 한다)에서 '국가배상법 제7조는 우리나라만이 입을 수 있는 불이익을 방지하고 국제관계에서 형평을 도모하기 위하여 외국인의 국가배상청구권의 발생요건으로 "외국인이 피해자인 경우에는 해당 국가와 상호보증이 있을 것"을 요구하고 있는데, 해당 국가에서 외국인에 대한 국가배상청구권의 발생요건이 우리나라의 그것과 동일하거나 오히려 관대할 것을 요구하는 것은 지나치게 외국인의 국가배상청구권을 제한하는 결과가 되어 국제적인 교류가 빈번한 오늘날의 현실에 맞지 아니할 뿐만 아니라 외국에서 우리나라 국민에 대한 보호를 거부하게 하는 불합리한 결과를 가져올 수 있는 점을 고려할 때, 우리나라와 외국 사이에 국가배상청구권의 발생요건이 현저히 균형을 상실하지 아니하고 외국에서 정한 요건이 우리나라에서 정한 그것보다 전체로서 과중하지 아니하여 중요한 점에서 실질적으로 거의 차이가 없는 정도라면 국가배상법 제7조가 정하는 상호보증의 요건을 구비하였다고 봄이 타당하다. 그리고 이와 같은 상호보증은 외국의 법령, 판례 및 관례 등에 의하여 발생요건을 비교하여 인정되면 충분하고 반드시 당사국과의 조약이 체결되어 있을 필요는 없으며, 당해 외국에서 구체적으로 우리나라 국민에게 국가배상청구를 인정한 사례가 없더라도 실제로 인정될 것이라고 기대할 수 있는 상태이면 충분하다'고 판시하면서, 2014. 5. 20. 개정되기 전 민사소송법

제217조 제4호의 상호보증에 관한 대법원 판결[1]을 참고판결로 들었다(위 판시내용은 참고판결의 판시와 동일하다).

대상판결 이외에 국가배상법의 상호보증규정과 관련하여 판례검색사이트를 통하여 검색되는 대법원 판결로는 중화민국과 우리나라 사이에 상호보증이 있다고 한 1969. 12. 3. 선고 68다1929 판결이 유일하다. 1980년대부터 국제교류가 활발해지고 2000년대에 들어서면서 여러 가지 이유로 국내 상주 외국인의 수가 급증하고 있음에도, 대상판결 이외에 대법원에서 외국인에 대한 국가배상법의 적용이 문제로 된 사례가 없었다는 것이 의아하게 여겨지는 반면,[2] 민법상 사용자책임의 특별규정이라고 할 수 있는 국가배상법을 적용함에 있어서[3] 외국인을 내국인과 달리 취급하는 것이 타당하다고 할 수 있는지에 대한 의문도 강하게 든다.

국내에서는 국가배상법의 상호보증규정에 관한 연구가 전무하다. 그런데 일본에서는 1960년대부터 하급심 판결에서 문제된 사례를 바탕으로 그 규정의 위헌 여부 및 타당성에 대한 문제제기가 있었고, 상호보증의 정도, 상호보증의 시기, 증명책임 등 실무적 문제에 관한 연구가 이루어져 왔으며,[4] 일본 국가배상법의 상호보증규정의 모태라고 할 수 있는 독일 제국공무원책임법 제7조가 1993년에 이르러 사실상 폐지되었음에 근거하여 그 규정의 폐지에 관한 주장도 강하게 제기되고 있다.[5]

이 글은 각국의 입법례와 기존 일본에서의 논의를 바탕으로 국가배상법의 상호보증규정의 해석과 관련하여 제기될 수 있는 문제와 대상판결의 타당성에 관하

---

1) 대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다74213 판결, 대법원 2013. 2. 15. 선고 2012므66, 73 판결

2) 공간된 하급심판결에서도 국가배상법의 상호보증규정과 관련된 사건이 검색되지 않는다.

3) 국가배상법의 성격에 관해서는 국내 헌법학자들과 행정법학자들은 공법설을 주장하고 있고, 민법학자들은 민법의 특별법으로 보고 있다. 대법원은 1971. 4. 6. 선고 70다2955 판결에서 국가배상법을 민법의 특별법이라고 판시하였고, 1996. 2. 15. 선고 95다38677 전원합의체판결 등에서도 국가배상법 제2조를 민법 제756조의 사용자책임과 대비하여 법리를 전개하고 있는 점에 비추어 국가배상법을 민법의 특별법이라고 보고 있다고 생각된다. 국가배상법은 공무원의 직무상 위법행위 등에 대하여 국가 등이 이익의 귀속주체인 지위에서 피해자에 대한 손해배상책임을 부담함으로써 국민의 재산권을 보장하려는 취지로 제정된 것으로서, 국가배상법 제8조에 의하여 국가 등의 배상책임에 관하여 국가배상법에 규정이 없거나 특별법에 규정이 없는 경우에는 보충적으로 민법이 적용되는 점에 비추어 볼 때 국가배상법은 민법의 특별법이라고 할 수 있다. 최재정, 『불법행위를 원인으로 한 국가배상책임의 특수성에 관한 연구』, 한양대학교 대학원 박사학위논문(2013), 115면도 같은 취지이다.

4) 古崎慶長, “国家賠償法６条の相互保証に関する諸問題”, 『判例タイムズ』 No.344(1977. 4. 15.), 23면에는 당시 국적별 거주 외국인수에 관한 통계가 나와 있는바, 한국・조선으로 분류된 수는 638,806명으로 전체 749,094명 중 압도적 다수를 차지하고, 당시까지 일본 국가배상법 제6조(상호보증규정)에 관한 재판례 9건 중 원고의 국적이 한국이나 조선인 사건이 7건으로 나타난다.

5) 近藤 敦, “國賠法6條の相互保証主義と憲法17條”, 『法學セミナー』 No.603(2005. 3.), 118면

여 검토해보려고 한다.

II. 대상판결의 내용

1. 사실관계

원고는 1943. 9. 5. 일본에서 출생하여 국립 오사카대학교 및 동 대학원에서 제어이론 공부를 하다가 1973. 3. 서울대학교 의과대학에 입학하여 의예과 2년을 수료하고 본과 1년을 다니다 휴학 중이었는데, 1975. 10. 13. 서울대학교 부속병원 기숙사에서 중앙정보부 수사관들에 의하여 영장 없이 연행되어 구금되었고, 1975. 11. 1. 영장에 의하여 구속된 후, 1975. 12. 9. 국가보안법상 회합 통신, 간첩 및 반공법상 잠입 등의 혐의로 기소되었다. 서울형사지방법원은 1976. 4. 30. 원고에 대한 공소사실을 모두 유죄로 인정하고 징역 3년 6월, 자격정지 3년 6월의 형을 선고하였고, 서울고등법원은 검사와 피고인의 항소를 모두 기각하였다. 대법원은 1976. 12. 28. 원고가 가입하여 활동하였다는 한국민족자주통일연맹이 반국가단체라는 점과 원고가 그 단체의 지령에 의하여 목적사항을 수행하기 위하여 국가기밀 누설, 탐지 등 범행을 하였다는 점에 대하여 피고인인 원고의 자백 외에 이를 보강할 만한 증거가 없다는 이유로 원심판결을 파기하였고, 서울고등법원은 1977. 2. 28. 원고를 보석으로 석방한 다음 1979. 1. 10. 제1심 판결을 취소하고 공소사실을 인정할 증거가 없다는 이유로 무죄를 선고하였다. 그 후 원고는 2006. 4. 6. 일본으로 귀화하여 대한민국의 국적을 상실하였다. 진실화해위원회는 2010. 7. 23. ‘국가는 중앙정보부가 원고를 장기간 불법구금하고 가혹행위를 가한 점 등에 대해 원고에게 사과하고, 화해를 위한 적절한 조치를 취하는 것이 필요하다’ 고 결정하였다. 그 후 원고는 2011. 12. 6. 국가를 상대로 중앙정보부 수사관 등의 위법행위에 의하여 1975. 10. 13.부터 1979. 1. 10.까지 발생한 손해로 위자료 1억 원을 청구하는 소송을 제기하였다.

2. 제1심 및 항소심 판결의 요지

가. 서울중앙지방법원 2012. 8. 21. 선고 2011가단442991 판결

피고 대한민국은 제1심 소송절차에서, 원고는 2006년 일본으로 귀화하여 외국인인데, 외국인에 대한 국가배상은 해당 국가와 상호보증이 있을 때에만 적용되

는 것으로 일본과 우리나라는 국가배상에 관한 상호보증이 없어 원고의 피고에 대한 이 사건 소는 부적법하다는 취지로 다투었다. 이에 대하여 제1심 법원은 '피고의 불법행위는 원고가 대한민국 국민이었을 때 발생하였고 원고가 대한민국 국적을 상실하였다고 하여 원고의 피고에 대한 국가배상청구권이 상실된다고는 볼 수 없는 점, 국가배상법의 상호주의는 조약이나 협정으로 양국 간에 타방 국민인 피해자에게 국가배상청구권을 인정한다는 점을 명문의 규정으로 체결할 것을 요하지 아니하며 피해자인 외국인의 본국 법제상으로 그와 같은 배상 사고의 경우에 한국 국민의 청구권이 가능하다면 우리 국가배상법이 외국인 피해자에게 적용되는 것이라는 점, 일본 국가배상법 제6조에서 우리 국가배상법 제7조와 같은 취지의 규정이 있는 점 등을 고려하면 원고에게도 국가배상법이 적용된다'고 판단한 다음, '중앙정보부 수사관들이 원고를 연행함에 있어서 헌법 및 형사소송법이 규정하고 있는 적법절차를 지키지 아니한 채 강제연행 하여 1975. 10. 13. 부터 같은 해 11. 1.까지 구속영장 없이 불법구금 하였고, 위 기간 동안 가족의 면회나 변호인의 접견권도 보장되지 아니하였으며, 구타, 협박 등 가혹행위를 하여 원고에게 허위의 자백을 하도록 한 일련의 위법행위에 대하여 국가배상법 제2조 제1항에 따라 원고가 입은 정신적 고통을 금전으로 배상할 의무가 있다'고 하여, 위자료로 3,000만 원을 인용하였다.

나. 서울중앙지방법원 2013. 6. 13. 선고 2012나42689 판결

항소심은 제1심 판결을 인용하여 판결이유를 기재하면서 위자료 인용 액수를 1억 원으로 증액하였다(원고는 항소심에서 청구취지를 3억 원으로 확장하였다).

3. 대상판결의 요지

대법원은, '원고는 일본인으로서 피고 소속 공무원의 위법한 직무집행으로 인한 피해에 대하여 국가배상법의 적용을 받으려면 일본에서 우리나라 국가배상법 제7조가 정하는 상호보증이 있어야 하는데, 일본 국가배상법 제1조 제1항은 "국가 또는 공공단체의 공권력을 행사하는 공무원이 그 직무를 행함에 있어서 고의 또는 과실로 위법하게 타인에게 손해를 가한 때에는 국가와 공공단체는 이를 배상할 책임이 있다."고 규정하고, 제6조는 "이 법률은 외국인이 피해자인 경우에는 상호보증이 있을 때에만 이를 적용한다."고 규정함으로써 국가배상청구권의

발생요건 및 상호보증에 관하여 우리나라 국가배상법과 동일한 내용을 규정하고 있으므로, 일본에서의 국가배상청구권의 발생요건이 현저히 균형을 상실하지 아니하고 우리나라 국가배상법이 정한 그것보다 전체로서 과중하지 아니하여 중요한 점에서 실질적으로 거의가 차이가 없다고 할 수 있다. 또한 위 규정에 비추어 보면 우리나라 국민이 일본에서 국가배상청구를 할 경우 그 청구가 인정될 것이 기대될 뿐만 아니라 실제로 일본에서 다수의 재판례를 통하여 우리나라 국민에 대한 국가배상청구가 인정되고 있으므로, 우리나라와 일본 사이에 국가배상법 제7조가 정하는 상호보증이 있는 것으로 봄이 타당하다'고 하여 피고의 상고를 기각하였다.

III. 국가배상소송에서 상호보증

1. 상호보증의 의미와 근거

외국인이 공무원의 위법한 직무수행에 의하여 손해를 입거나 공공영조물의 설치나 관리의 하자로 인하여 손해를 입게 된 경우에, 외국인에 대하여도 국가배상법을 적용할 것인지에 관한 입법례는 두 가지가 있다. 외국인을 내국인과 동일하게 취급하는 '내외국인 평등주의'와 동일한 사안에 대하여 그 외국인의 본국법에 의하여 내국인에 대하여도 국가배상책임이 인정되는 경우에만 그 외국인을 내국인과 동등하게 취급하는 '상호보증주의'이다.[6] 우리 국가배상법 제7조는 상호보증주의를 채택한 것이다. 상호보증주의는 자국의 국민을 보호해주지 않는 외국국가의 국민을 적극적으로 보호할 필요는 없다는 형평의 관념에 기초한 것이라고 한다.[7]

민사소송법 제217조 제1항은 외국판결의 승인요건으로서 상호보증을 규정하고 있다. 외국판결의 승인요건으로서 '상호보증'의 취지는 자국이 일방적으로 외국판결을 승인 및 집행함으로써 입게 되는 불이익을 방지하고 국제관계에서 형평을 도모하며, 자국의 재판을 승인 및 집행하지 않는 나라에 대하여 보복을 가하는 의미에서 당해 외국으로 하여금 자국 재판의 승인 및 집행요건을 완화하도록 함으로써 외국의 승인 및 집행의 요건과 자국의 요건이 균형을 이루도록하기 위한

6) 西埜章, 『国家賠償法 コンメンタール』 (第2版), 株式會社勁草書房(2014), 1210면
7) 西埜章, 앞의 책, 1211면

정책적인 것이라고 설명된다.[8] 이러한 외국판결의 승인요건으로서 '상호보증'의 취지는 국가배상법의 상호보증의 취지와 다르지는 않다.

한편, 판결의 승인과 집행에 있어서 상호주의는 재판의 질과 상관없이 자국의 판결을 승인하지 않는 타국의 판결에 대한 승인을 거부하는 보복적 측면을 가지고 있고 그 피해는 종국적으로 사건의 당사자인 사인(私人)이 입게 될 뿐, 국가는 어떤 구체적인 피해를 입는 것이 아닌 점, 법을 해석하고 정의를 실현하는 법원을 보복의 도구로 사용하는 점, 상호주의는 쓸데없이 시간과 비용을 낭비하게 하고 불확실성을 조장하게 함으로써 신속하고 공정하게 분쟁을 해결하여야 사법(司法)의 기본적인 업무에 반하는 불합리한 점이 지적됨에 따라, 점차로 상호주의를 외국판결의 승인과 집행의 조건으로 인정하지 않는 경우가 증가하고 있다. 이러한 추세는 국가들 사이의 상호의존성이 증대하고, 국제공동체가 더욱 긴밀해지는 현실의 여건상 국가들 사이의 교류의 증가는 물론 국가들 사이에 판결의 상호승인의 필요성이 점차로 증대하고 있는 데에 기인한다고 한다.[9]

2. 상호보증에 관한 입법례

가. 독일

독일에서 공무원의 직무상 잘못으로 인한 국가의 책임에 관한 논의는 19세기 후반부터 있어 왔다. 1900. 1. 1. 시행된 독일 민법(BGB)에서는 공무원 개인의 책임만을 규정하였을 뿐 국가의 책임에 대하여는 아무런 규정을 두지 않았고(그 이유는 당시 독일제국의 의회에 각 주를 포함하는 포괄적인 국가책임에 대한 입법권이 없었기 때문이라고 한다), 독일 민법시행법(BGB Einführungsgesetz) 제77조는 국가의 책임에 관한 규율을 각 주(Land)에 맡겼는데, 대부분의 주는 보

8) 석광현, 『국제민사소송법』, 박영사(2012), 397면; 이성훈, "외국판결의 승인에 있어서 상호보증 요건에 관한 법경제학적 접근", 『사법논집』 38집, 법원도서관(2004), 667면에서는 상호보증은 구체적인 외국판결 그 자체에 대한 승인이 아니라 국가 간에 있어서의 승인 가능성을 문제로 한다는 점에서 독특한 성격을 갖는 것이고, 이러한 요건의 근거는 국제법상 외국의 주권행사를 인정함으로써 자국의 주권행사를 인정받아 판결의 국제적 교류를 원활하게 하려는 데에 있다고 한다; 松浦馨, 『条解 民事訴訟法』(第2版), 弘文堂(2011), 643면에서는 국가대등의 원칙에 근거한 것이라고 한다; 김석호, "외국판결을 승인·집행하는 논거", 『법학연구』 제23집, 한국법학회(2006), 294면에서는 외국판결의 승인과 집행에 있어서 상호주의는 주권의 개념이 중시되면서 이와 함께 만들어진 이념이라고 할 수 있는데, 타국이 자국의 판결에 대한 승인 및 집행을 거부하는 것을 주권의 침해, 아니면 적어도 주권의 비존중으로 간주함으로써 이에 대응하는 조치를 취할 필요성에서 인정된 것이라고 한다.

9) 김석호, 앞의 글, 298~299면

충적인 국가의 책임(subsidäre Staatshaftung)을 인정하였다. 즉, 민법 제839조에 의한 공무원의 책임을 국가로 이전하는 규정을 둠으로써 국가는 공무원에 대신하여 책임을 지도록 하는 직무책임(Amtshaftung)의 모델을 택하였다. 그 후 프로이센은 1909년 국가책임법(Staatshaftungsgesetz)에서, 독일제국은 1910년 제국공무원책임법(Reichsbeamtenhaftungsgesetz)에서 이를 받아들였다. 1919년 바이마르공화국 헌법 제131조에 '공무원이 그에게 위임된 공권력을 행사함으로써 제3자에 대한 직무상 의무를 위반한 경우에는 원칙적으로 공무원의 직무가 귀속되는 국가 또는 공공단체가 책임을 진다'고 규정함으로써 직무책임이 헌법적으로 보장되게 되었다. 이러한 바이마르공화국 헌법규정이 약간의 수정을 거쳐 현행 기본법 제34조에 수용되었다. 독일 연방의회가 종전의 직무책임제도에 대체하여 1981. 6. 26. 새로이 국가책임법(Staatshaftungsgesetz)을 제정함으로써, 1982. 1. 1.부터 시행되게 되었다. 새 국가책임법은 국가의 자기책임을 채택하고, 무과실행위에 대한 국가의 책임을 규정함으로써 종래의 문제점을 상당부분 입법에 의하여 해결하였으나, 1983. 10. 19. 연방헌법재판소에 의하여 '국가책임법의 입법은 연방의 입법권한에 속하지 않는다'는 이유로 위헌판결을 받음으로써, 독일의 국가배상책임은 그 이전과 마찬가지로 민법 제839조[10]와 기본법 제34조[11]의 결합에 의하는 구조를 갖게 되었다.[12]

1910년 제국공무원책임법 제7조[13]는 외국인이 피해자인 경우에 상호보증이 있는 경우에만 배상책임을 지도록 규정하였고, 각 주의 국가책임법에서도 이와

---

10) 제839조[직무상 의무위반의 경우의 책임] ① 공무원이 고의 또는 과실로 제3자에 대하여 자신에게 부과되어 있는 직무상의 의무를 위반한 경우에는 그는 제3자에게 그로 인하여 발생한 손해를 배상하여야 한다. 공무원에게 과실만이 있는 경우에는 그는 피해자가 다른 방법으로 배상을 받을 수 없는 경우에만 청구를 당할 수 있다.
② 공무원이 소송사건에서의 판결에 있어서 그의 직무상 의무를 위반한 경우에는 그의 의무위반이 범죄행위인 때에만 그로 인하여 발생한 손해에 대하여 책임이 있다. 이 규정은 의무에 반하는 직무행사의 거절 또는 지연에는 적용하지 아니한다.
③ 피해자가 법적 수단의 사용에 의하여 손해를 피하는 것을 고의 또는 과실로 행하지 않는 경우에는 배상의무는 발생하지 않는다.

11) 제34조 자신에게 위탁된 공무의 수행 중에 있는 자가 자신이 이행하여야 할 제3자에 대한 직무상 의무를 위반한 경우, 그 책임은 원칙적으로 국가 또는 그 소속단체가 진다. 고의 또는 중과실의 경우에는 구상할 수 있다. 손해배상청구권과 구상권에 대하여 통상적인 권리구제절차가 배제되지 않는다.

12) 이일세, "독일 국가배상책임의 법적 구조와 그 요건에 관한 연구", 『강원법학』 Vol 5, 강원대학교 비교법학연구소(1993), 95~96면

13) 제7조 본법에 의한 배상청구권은 외국인에 대하여는 연방수상의 고시에 따라, 외국의 입법 또는 국가 간의 조약에 의하여 상호보증이 있는 경우에 한하여 부여될 수 있다.

동일한 취지의 규정이 있었으나, 바덴 뷔르템베르그, 베를린, 함부르그, 헤센 등 몇 주에선 일찍이 이러한 규정을 삭제하였다.[14]

독일은 1993. 7. 28. 제국공무원책임법 제7조를 '외국국가와 이 법률의 적용영역에서 주소나 상거소가 없는 그 외국국가의 국민은, 독일이나 그 국민이 그 외국국가의 법령에 따라 동일한 손해에 대하여 외국국가에 의하여 동일한 가치의 손해전보를 받을 수 없는 때에는, 이 법률에 따른 청구권이 없다는 것을 연방정부가 상호보증을 실현하기 위한 법령으로써 규정할 수 있다'고 개정하였는데,[15] 연방정부는 지금까지 그와 같은 법령을 규정하지 않았다. 이로써 독일에서는 외국국가나 외국인 누구나 연방공무원의 직무위반행위에 대하여 기본법 제34조 제1문에 따른 손해배상을 독일국가를 상대로 청구할 수 있게 되었다. 그리고 연방정부가 위와 같은 법령을 규정한다고 하더라도 독일 내에 주소가 있거나 상거소가 있는 외국인에게는 적용되지 않게 되었다. 이것은 점점 밀접해지는 국제적 생활관계의 관련성과 독일에서 근무하는 외국인 근로자들의 수를 고려할 때 직무상 불법행위에 있어서 독일인과 외국인을 차별하는 것은 법정책적으로 더 이상 적절하지 않다는 것을 인정한 것이라고 한다. 종전 제국공무원책임법 제7조에 상응하는 규정을 가지고 있었던 각주에서는 그러한 규정을 삭제함으로써 외국인에 대하여 국가배상책임의 제한이 존재하지 않게 되었다고 한다.[16]

나. 일본

일본은 2차 대전 후 1947년에 헌법 제17조에 국가배상청구권을 규정하고, 1947. 10. 27. 국가배상법을 공포 시행하였는데, 국가배상법 제6조에 '이 법률은 외국인이 피해자인 경우에는 상호보증이 있는 경우에 한하여 적용한다'고 규정하였다. 그 입법취지는 위법한 공무원의 직무행위에 의하여 또는 공공영조물의 설치, 관리의 하자에 의하여 외국인에 대한 손해가 발생한 경우에, 형평상 상호보증주의를 채용하여, 국가 또는 공공단체의 손해배상책임을 결정하도록 한 것이라고 설명된다.[17] 이는 독일의 1910년 제국공무원책임법 제7조를 참고하였다고 한

14) 이일세, 앞의 글, 106면

15) 이 규정은 위헌으로 선언된 국가책임법 제35조 제1항을 수용한 것이다.

16) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 5 Schuldrecht·Besonderer Teil III, Verlag C.H.Beck München(2013), S.2663, 슐레스비히 홀스타인주가 유일하게 외국인에 대하여 책임을 제한하는 규정을 두고 있다고 한다.

17) 古崎慶長, 『國家賠償法』, 有斐閣(1971), 253면

다.[18]

다. 미국・영국

미국은 1946년 연방국가배상법(the Federal Tort Claim Act)이 제정되면서 국가배상을 입법화하였고, 이는 US Code Title 28에 편입되었다. 연방공무원의 직무상 위법행위로 인하여 타인에게 손해를 입힌 경우, 연방정부의 불법행위책임은 행위지의 법률에 따라 연방정부가 사인이라면 책임을 부담하는 경우에 성립하는바, 미국의 국가배상법은 광범위한 면책규정을 두고 있다는 특징이 있다.[19]

28 U.S.C. 제2502조 (a)는 '외국국가의 시민이나 주민은 그 외국국가에서 미국시민에게 그 정부를 상대로 소송을 제기할 권리를 부여하는 경우에만 미국을 상대로 연방지방법원(United States Court of Federal Claims)에 소송을 제기할 수 있다. 단, 소송물이 그 법원의 관할에 속하여야 한다'고 규정하고 있다.[20][21]

영국에서는 1947년 국가소추법(Crown Proceedings Act)이 제정되어 공무원의 불법행위에 대하여 국가배상책임이 인정되었고, 그 법률에는 다수의 배상책임 예외규정과 면책규정이 있으나, 상호보증에 관한 규정은 없다.[22]

3. 상호보증주의에 대한 법정책적 문제

가. 우리나라에서의 논의

우리 헌법 제29조 제1항은 '공무원은 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가 또는 공공단체에 정당한 배상을 청구할 수 있다'고 규정하고 있다. 국내 헌법 교과서에서는 국가배상청구권의 주체는 국민과 법인이라고 하고 외국인에 대하여는 국가배상법상 상호주의가 적용된다고 설명하고 있을 뿐,[23] 국가배상법의 상호보증규정에 대한 위헌논의나 법정책적 측면에서

---

18) 西埜章, 앞의 책, 1211면

19) 최재경, 앞의 글, 144면

20) 28 U.S.C.A. § 2502 Aliens' privilege to sue
(a) Citizens or subjects of any foreign government which accords to citizens of the United States the right to prosecute claims against their government in its courts may sue the United States in the United States Court of Federal Claims if the subject matter of the suit is otherwise within such court's jurisdiction.

21) 古崎慶長, 앞의 책, 256면에서는 이를 상호보증규정이라고 한다; 법무자료 제141집 『국가배상제도의 제문제』, 법무부(1991), 154면에서도 미국은 상호보증규정을 두고 있다고 기술되어 있다.

22) 최재경, 앞의 글, 142면

의 문제제기는 찾을 수가 없다.

나. 독일에서의 논의

독일 1910년 제국공무원책임법 제7조는 외국의 입법 또는 국가 간의 조약에 의하여 상호보증이 있다는 것 외에, 그것이 독일 국내에서 고시(Bekantmachung)되어야 함을 규정하였었다. 과거 독일의 판결례 중에는 그러한 고시가 없음에 근거하여 외국인에 대한 국가배상책임을 부정한 것이 있었고,[24] BGH 1980. 2. 28. 판결[25] 등은 '국가배상에서 상호보증은 상대국가에 대하여 자국의 이해관계를 지키는 데에 기여하는 국제법상 상호주의원칙의 표현이고, 독일 국민에 대하여 상응하는 권리를 보장하는 것에 대한 반대급부로서 그 외국국가의 국민들에게 동일한 지위를 제공하는 것이어서 헌법상 자의금지에 위반되지 않으며, 이로 인하여 상호보증이 있는 외국국가의 국민에 대하여 손해가 발생한 경우와 그렇지 않은 외국국가의 국민에 대하여 손해가 발생한 경우에 있어서 위법행위를 한 공무원 사이의 차별의 문제(손해를 입은 외국인에 대하여 국가배상책임이 인정되지 않는 경우에 위법행위를 한 공무원이 민법상 손해배상책임을 지게 된다)는 법에 의하여 예상되었고 불가피한 결과'라고 하였다.

이에 대하여는 독일의 행정법학자인 Maurer교수는 외국인에 대한 국가배상책임의 제한을 기본법 제34조만이 아니라 기본법 제3조 제1항(평등의 원칙)의 위반의 관점에서도 검토해야 한다고 하였다. 즉, 상호보증주의에 의하여 국가배상책임을 제한하는 것은 외국인에 관해서는 외국인 집단이 아니라 상호보증이 없는 외국인에 대한 것이고 합리적인 것이어서 기본법 제3조 제1항을 위반한 것이 아니라고 할 수 있지만, 공무원의 입장에서 보면 상호보증규정 때문에 우연히 그리고 자의적으로 스스로 책임을 지기도 하고 국가책임으로 이전되기도 하기 때문에 기본법 제3조 제1항에 위반된다고 하였다. 또 상호보증이 없는 경우에도 위법행위를 한 공무원의 배상책임이 인정됨으로써 외국인에게 손해배상의 최소한이 보장될 수 있다는 사고는 법치국가원리와 기본법 제25조[26]와도 합치되지 않는다고

23) 정재황, 『신헌법입문』 제4판, 박영사(2014), 521면; 양건, 『헌법강의』 제5판, 법문사(2014), 768면; 허영, 『한국헌법론』 전정9판, 박영사(2013), 609면

24) BGH 1956. 10. 1.판결(NJW 1956, 1836), 이 판결은 벨기에인에 대하여 상호보증이 없음을 이유로 국가배상책임을 인정하지 않았다.

25) BGH, Urteil vom 28. 2. 1980-III ZR 165/78(NJW 1980, 1567), 이 판결은 리히텐슈타인 법에 의하여 설립된 법인의 손해배상청구에 관한 것이었다; BGH, Urteil vom 17. 12. 1981-III ZR 28/80(NJW 1982, 523)은 터키에 대하여 상호보증이 없다고 하였다.

하면서, 독일에 거주하는 외국인의 수와 그 의미가 변경된 상황에서 더 이상 1910년이나 1949년의 사고가 기준이 될 수 없다고 비판하였다.[27]

다. 일본에서의 논의

일본 헌법 제17조는 '국가 및 공공단체의 배상책임'이라는 제목 하에 '누구도, 공무원의 불법행위에 의하여, 손해를 받은 경우에는 법률이 정하는 것에 따라 국가 또는 공공단체에 그 배상을 구할 수 있다'고 규정하고 있다. 일본에서는 헌법 제17조와 관련하여, 위 규정의 '누구도'에는 외국인도 포함되므로 국가배상법 제6조는 위헌이고, 그렇지 않더라도 상호주의는 국가주의적 색채가 있고 헌법 전문에 표현된 국제주의 정신에서 보면 타당성이 없다는 견해도 있지만, 통설은 결론적으로 위헌은 아니라고 하고,[28] 하급심에서도 합헌이라고 판결한 예[29]가 있다.

그러나 일본에서는 국가배상법의 상호보증규정의 타당성에 대하여는 의문을 제기하는 목소리가 높다. 상호주의는 국가주의적 사상에 기초한 것으로서 외국인 개인에게 지나친 조건이 될 수 있다는 점에서 그 자체의 합리성, 바꾸어 말하면 일본 헌법이 채택하고 있는 국제협조주의의 이념 및 국제사회에서 개인의 기본적인 인권존중의 발전상황(세계인권선언, 국제인권규약 등)과의 정합성이 문제로 되므로 향후 입법정책의 당부에 관해서 제고가 되어야 한다는 견해,[30] 상호보증

---

26) 제25조 일반적인 국제법의 규정은 독일법을 구성한다. 그것은 법률에 우선하고 독일지역 내에 거주하는 주민의 직접적인 권리와 의무가 된다.

27) 이일세, 앞의 글, 107면; Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht 4. Auflage, C.H.Beck(1985), S.521; Maurer교수는 2006년에 발간된 위 책 제6판 678면에서는 과거에 외국인에 대한 책임제한과 관련한 헌법위반의 문제는 제국공무원책임법 제7조의 개정으로 해결되었다고 기술하고 있다.

28) 古崎慶長, 앞의 책 254면; 西埜章, 앞의 책, 1211면

29) 東京地裁 2002(平成 14). 6. 28.판결은 미국인이 일본의 교도소에서 징역형을 복역하던 중에 공무상 불법행위로 인하여 입게 된 손해의 배상을 청구한 사안에 대하여, '헌법 제17조는 그 성질상 일본 국민만을 대상으로 하는 것은 아니지만, 그 규정에 의하여 바로 구체적인 국가배상청구권이 발생하는 것은 아니기 때문에 외국인의 국가배상청구에 대하여 반드시 일본국민에 의한 것과 동일하게 보장해야 하는 요청은 없고, 법률상 특별한 규정에 의하여 제약을 가하더라도 그 내용이 불합리하지 않는 한 위 헌법 규정에 위반하지 않는다. 국가배상법의 상호보증규정은 형평의 관념에 기초한 것이고 외국인에 의한 국가배상청구에 관하여 상호보증을 요구함으로써 외국에서 일본국민의 구제를 넓힐 수 있게 되기 때문에 그 취지 및 내용은 합리성이 인정된다. 현재 국제사회에 있어서 기본적인 인권의 국제적인 보장이 중요하게 된 것을 고려하면, 입법정책의 당부의 문제로서는 외국인에 의한 국가배상청구에 있어서 일본 국민과 평등을 보장하는 것도 충분히 검토해 볼 가치가 있지만, 그 점에서 국가배상법이 외국인에 의한 국가배상청구에 있어서 상호주의를 채택한 것이 직접 불합리하다고까지는 할 수 없다'고 하였다(判例時報 1831호 192면).

30) 鈴木康之, "相互保証", 『裁判實務大系 18 國家賠償訴訟法』, 青林書院(1988), 76면

주의가 실제로 형식적인 것에 그치지 않고 그 적용례가 적지 않지만, 재정적 부담을 염려할 정도는 아니고, 상호보증이 문제로 되는 사건은 대부분 원고가 일본에 정착하고 있는 외국인(定住外國人)이라는 점 등을 고려하면 입법정책으로 상호주의를 폐지하고, 외국인과 일본인과 평등하게 취급하는 것이 바람직하다는 견해, 종래의 국제관행에 입각한 입법이라고 하더라도 국제화가 진행되고 인권보장의 이념이 보편화된 현대사회에서는 시대에 뒤떨어지는 느낌이 있어서 바람직한 것은 아니라는 견해, 상호보증규정은 일본이 솔선하여 입법적 개혁을 하는 것이 바람직하고, 입법적 개혁에 이르기까지는 해석론으로 탄력적으로 운용하여야 한다는 견해 등이 있고,[31] 외국인 개인이 본국의 법제도나 법의 운용을 변경할 수 없음에도 상호주의에 의한 부담을 지게 되는 것은 불합리하다는 견해[32]도 있다.

일본에서 2014년까지 판결을 통하여 상호보증이 인정된 국가는 대한민국, 미국, 영국, 캐나다, 독일, 스위스, 오스트리아, 타이, 이탈리아, 중국, 브라질, 필리핀, 노르웨이, 이란, 말레지아, 나이지리아, 러시아 등으로서,[33] 외국인이 국가배상청구를 하는 예는 드물지 않다. 일본의 재판실무는 위와 같은 법정책적 문제를 고려해서인지 상호보증규정에 의하여 국가배상책임을 부정한 예로 東京高裁 2005(平成 17). 6. 23. 판결이 유일하였는데, 그 판결도 상고심인 最高裁에서 다른 논점에 의하여 원고의 청구를 받아들이지 않음으로써 상호보증규정에 의하여 국가배상청구가 배척된 예는 없다고 한다.[34]

라. 미국 법원의 상호주의규정(the Reciprocity Act)에 대한 해석[35]

28 U.S.C. 제2502조(a)와 같은 내용의 상호주의규정(the Reciprocity Act)이 미국에서 처음 제정된 것은 1868년이고, 몇 번의 개정 과정을 거쳐 1948년에 28 U.S.C. 제2502조(a)와 같이 규정되었으며, 당시에는 "the United States

31) 西埜章, 앞의 책, 1211~1213면; 佐藤英善 編, 『實務判例 逐條國家賠償法』, 三協法規出版(2008), 298면에 의하면, 일본 국가배상법 시행 직후에 연합군 최고사령부 민정국이 한 상호보증주의의 합헌성에 관한 조회에 대하여, 법무청은 그것을 합헌이라고 하면서도 법률문제를 떠나서 실제 문제로서 별도의 조문을 두어야 할 필요성이 없기 때문에 다음의 통상국회에 그 조문을 삭제하는 법률안을 제출하려고 한다는 회답을 하였다고 한다.

32) 高梨文彦, "外国人受刑者に対する懲罰等の違法性と国家賠償法 6 条の「相互の保証」", 『自治研究』 제80권, 제5호(2002), 141면

33) 西埜章, 앞의 책, 1214~1215면 참조

34) 佐藤英善, 앞의 책, 299면

35) 2003. 12. 4. 선고된 미국 연방항소법원의 판결문(Ferriro v. U.S., C.A. Fed 2003, 350F.3d 1318)의 내용이다.

Court of Federal Claims"이 아니라 "the Court of Claims"이었는데, 1992년 개정에 의하여 위와 같이 변경된 법원의 명칭으로 바뀌었다.

미국 법원은, United States v. O'Keefe, 11 Wall. 178, 78 U.S. 178, 179, 20 L.Ed. 131 (1870)에서, 영국에서 영국 정부를 상대로 소송을 제기하는 것은 국왕의 재량에 달려있기 때문에 대통령의 허가 없이 미국 정부를 상대로 소송을 제기할 수 있는 미국과 영국 사이에는 상호보증(reciprocity)이 없다는 미국 정부의 주장에 대하여, 미국과 영국 사이에 상호보증이 있다고 하였다. 법원은 '영국 국민이 영국 정부를 상대로 소송을 하기 위해서는 청원권(petition of rights)을 받아야 하고, 이것은 정치적 고려를 이유로 거부될 수도 있지만 그러한 예외적인 경우를 이유로 모든 영국 국민에게 미국 정부를 상대로 소송을 제기할 수 없다고 하는 것은 가혹한 해석'이라고 하면서, '상호보증은 미국 국민에게 영국 국민과 동일한 청원서를 제출할 권리를 부여하는 것'을 의미하고, 정부를 상대로 소송을 제기하는 데에 있어서 미국과 영국의 제도에 의한 절차상의 동등을 의미하는 것은 아니라고 하였다.

Brodie v. United States, 62 Ct.Cl. 29, 45-46 (1926)에서는, '영국에서 특허침해를 사유로 영국 정부를 상대로 소송을 제기할 수 없지만, 영국의 제도 하에서는 영국 국민에게도 미국 시민과 동등하게 특허침해를 이유로 국가를 상대로 소송을 제기하는 어려움이 있고, 또한 국가를 상대로 한 다른 소를 제기할 기회가 열려 있기 때문에 상호보증이 있다'는 취지로 판단을 하였다.

또, Marcos v. United States, 122 Ct.Cl. 641, 102 F.Supp.547, 551(1952)에서는, '미국 시민에게 필리핀 국민의 모든 권리와 함께 필리핀 정부를 상대로 소송을 제기할 권리를 부여하는 것으로써 28 U.S.C. 제2502조를 충족하고, 소송을 제기하는 데에 필리핀 정부의 동의가 필요하기 때문에 미국 정부를 상대로 소송을 제기하는 것보다 더 제한적이라는 사실은 중요하지 않다'는 취지로 판단하였다.

또한 Zalcmanis v. United States, 146 Ct.Cl.254, 173 F.Supp. 355,357 (1959)에서는, '라트비아국에서 정부를 상대로 한 소송이 행정적으로 처리된다는 이유로 상호보증을 부정할 수 없다'는 취지로 판단하였다.

Ferriro v. United States, C.A. Fed 2003, 350F.3d 1318에서는, 동등한 취급이 상호보증에서는 무엇보다도 중요한 요소이라고 하면서, '상호보증은 외국 정부로부터의 약간의 정치적 개입, 외국국가의 주권면제포기에 대한 다양한 차

이, 외국국가의 사법제도의 부재 등에 의하여 부정될 수 없는 것이고, 미국 시민이 외국국가에 대하여 그 국가의 국민과 동등한 조건으로 소송을 제기할 수 있다면 그 외국국가와 미국 사이에는 상호보증이 있다'고 하였다.

위와 같은 미국법원의 판단을 보면, 28 U.S.C. 제2502조(a)의 상호주의규정은 미국 시민이 외국국가에서 그 국가의 국민과 동등한 조건으로, 즉 그 국가에서 차별받지 않고 외국국가를 상대로 소송을 제기할 수 있는 것을 의미하는 것으로 이해된다.

4. 국가배상법 제7조의 적용범위

가. 국가배상법 제7조의 성질

국가배상법 제7조의 상호보증은 국가나 지방자치단체가 국가배상법 제2조 및 제5조에 의하여 배상책임을 지는 경우에 적용되는 것이고, 국가나 지방자치단체의 사경제작용 또는 보통재산의 설치 및 관리의 하자에 의하여 발생한 손해에 대하여는 국가배상법이 적용되지 않으므로[36] 상호보증규정 역시 적용되지 않는다.[37] 국가배상법의 상호보증규정은 외국인의 지위를 정한 실체법규로서 외인법(外人法)[38]의 하나라고 할 수 있다.

한편, 일본 국가배상법 부칙 제6항은 '이 법률 시행 전의 행위에 근거한 손해에 관하여는 종전의 예에 의한다'고 규정하고 있는데, 일본 국가배상법 시행 이전에 공무원의 위법행위에 의하여 발생한 손해에 관한 배상청구에 있어서도 상호보증주의가 적용될 수 있는지가 문제로 된다. 일본에서는 위 부칙 조항의 취지는 손해의 원인이 되는 행위가 국가배상법 시행 이전에 행해진 경우(소위 전후보상

36) 대법원 2004. 4. 9. 선고 2002다10691 판결은 '국가배상법이 정한 손해배상청구의 요건인 "공무원의 직무"에는 국가나 지방자치단체의 권력적 작용뿐만 아니라 비권력적 작용도 포함되지만 단순한 사경제의 주체로서 하는 작용은 포함되지 않는다'고 하였다.

37) 鈴木康之, 앞의 글, 76면; 佐藤英善, 앞의 책, 302~303면; 西埜章, 앞의 책, 1215면

38) 외국인을 내국인과 달리 취급하는 법규의 총체를 외인법(Fremdenrecht)이라고 한다. 이종혁, "외국인의 법적 지위에 관한 헌법조항의 연원과 의의-제헌국회의 논의와 비교헌법적 검토를 중심으로-", 『서울대학교 법학』 제55권 제1호(2014. 3.), 524면; 澤木敬郎, "国家賠償法と相互の保証", 別冊『ジュリスト』 No.16(1976. 12.) 205면에 의하면 외인법은 외국인이 일본법상의 권리를 어느 정도 향유하는지, 의무를 부담하는지를 정하는 법규의 전체를 일컫는 용어인데, 국가배상법을 사법이라고 보는 입장에서는 국가배상법의 상호보증규정은 국내실체법으로서 외인법의 하나이고, 일본 민법 제2조{외국인은 법령 또는 조약에서 금지하는 경우를 제외하고 사권(私權)을 향유한다}의 평등원칙에 대한 예외를 규정한 것이라고 하고, 공법이라고 보는 입장에서는 국가의 작용이 외국인에 대하여 미치는 경우를 예상하여 특별히 외국인에게 손해배상청구권을 향유하도록 인정한 규정이라고 한다.

사건)에는 소급하여 국가배상법이 적용되는 것은 아니고, 그 행위가 행해진 당시의 법령에 근거하여 손해배상책임을 판단하여야 한다는 것이라고 한다.[39] 따라서 국가배상법 시행 이전의 손해에 관하여 일본국을 상대로 손해배상청구소송을 하더라도 국가배상법의 상호보증규정이 적용되지 않는다.

국가배상법 시행 이전에 발생한 손해에 대하여 일본의 통설과 판례는 독일과 달리 헌법 제17조에 근거하여 직접 손해배상을 청구할 수는 없다고 한다. 민법의 불법행위규정을 적용하여 국가나 공공단체의 배상책임이 인정할 수 있을 것인가가 문제인바, 1971년에 발간된 문헌에서는 위 규정의 '종전의 예에 의한다'는 의미는 국가무책임의 원리(國家無答責)를 지칭하는 것이어서 국가나 지방자치단체에 대하여는 민법에 의하여도 손해배상청구를 할 수 없다는 것이 통설과 판례의 입장이라고 하고 있다.[40] 반면, 2008년에 발간된 문헌에서는 통설과 판례는 민법의 불법행위규정이 적용되는 범위에서 국가 또는 공공단체의 배상책임이 성립한다고 해석한다고 하면서, 판례도 그 적용범위를 국가 또는 공공단체의 사경제적 활동에 한정하지 않고, 넓게 공익적인 활동에 관하여도 민법을 적용하여 피해의 구제를 도모하고 있다고 설명하고 있다.[41]

나. 국제사법에 의한 준거법 지정의 문제

우리 공무원이 국외에서 사경제적 작용을 행하는 과정에서 외국인에게 손해를 가한 경우에 국가의 사용자책임에 대한 준거법과 관련하여 국제사법이 적용되는데에는 다툼이 있을 수 없다. 우리 공무원이 국외에서 공권력을 행사함에 있어서

39) 古崎慶長, 앞의 책, 260면

40) 古崎慶長, 앞의 책, 260면

41) 佐藤英善 編, 앞의 책, 321면; 東京地裁 2003(平成 15). 3. 11.판결은 '전전(戰前)에 있어서 판례와 통설은 민법의 불법행위에 관한 규정은 공무원의 권력적 작용에는 적용이 없다고 해석을 해왔다는 것이 법원에 현저하다. (중략) 그러나 전전에 그러한 해석이 채택된 근거는 명확하지 않고, "국가무책임"이라는 불문의 법리가 확립되어 있었다는 이해를 배경으로 하여 그러한 해석을 채택한 것이 엿보이는데, 현 시점에서 "국가무책임의 법리"는 정당성 내지 합리성이 있다고 볼 수 없으며, 법원이 국가배상법 시행 이전의 법체계 하에서 민법의 불법행위규정을 해석함에 있어서 실정법상 명문의 근거를 가지지 않는 위와 같은 불문의 법리에 의하여 실정법에 의한 것과 같은 구속을 받고 그러한 구속 하에서 민법을 해석하지 않으면 안된다는 이유는 찾기 어렵다. 민법 제715조의 문언은 공무원의 공권력의 행사에 그 조문의 적용을 배제하고 있다고 할 수 없고, 행정재판소법 제16조가 "행정법원은 손해배상의 소송을 수리하지 않는다"고 규정하고 있는데, 그 규정은 실체법상의 공권력의 행사가 위법한 경우에 국가에 대하여 손해배상청구권이 성립된다는 것을 전제로 하면서 행정법원이 손해배상청구소송을 수리하지 않는다는 소송법상의 규정을 둔 것이라고 해석할 여지가 있음을 고려할 때, 국가배상법 시행 전에 있어서 공무원의 공권력 행사의 위법을 이유로 하는 국가의 책임에 관해서도 민법 제715조의 규정에 맡겼었다고 해석할 여지가 없지 않다'고 하였다.

고의·과실에 의한 법령위반행위로 인하여 외국인에게 손해를 가한 경우, 예를 들어 외국 주재 대사관에서 근무하는 우리 공무원의 잘못으로 인하여 외국인이 손해를 입은 경우, 외국 파견 군대에 의한 전투 이외의 행위에 의하여 외국인이 손해를 입은 경우 등이 해당된다. 위와 같은 사안에서 손해를 입은 외국인이 우리나라 법원에 대한민국을 피고로 하여 배상청구를 하는 경우에 국가배상법 제7조가 바로 적용될 수 있는지, 국제사법에 의하여 준거법이 우리나라의 법률로 지정되는 경우에 비로소 국가배상법 제7조가 적용되는지가 문제로 될 수 있다.

일본에서는, 국가배상법을 민법상 손해배상책임의 특별규정으로 보는 입장에서 외국적 요소가 있는 법률관계에 대하여 국제사법에 의하여 일본법이 준거법으로 되어 국가배상법이 적용되는 경우에만 상호보증이 문제로 된다는 견해(국제사법 적용설)[42]와 공권력의 행사에 의한 가해행위에 대하여는 국제사법이 적용되지 않고 국가배상법이 직접 적용된다는 견해(국제사법비적용설)[43]의 대립이 있는데, 아직 위와 같은 사안에 대한 구체적인 판결례는 없다. 전후보상과 관련한 사안에서 하급심판결들은 국가배상책임의 법률관계는 공권력 행사의 적부를 판단대상으로 하는 측면에서 공법적 색체를 부정하기 어렵고, 각국의 국가배상제도는 국정 전반에 관한 정책적 판단과 밀접한 관련이 있는 등으로 국가의 공익에 관련되기 때문에 국제사법에 의하여 준거법을 결정하여야 하는 사법적 법률관계는 아니라는 이유로 국제사법의 적용을 부정하고 있다.[44][45]

다. 외국인의 의미

국가배상법 제7조의 외국인은 대한민국의 국적을 가지지 않은 자를 의미하는 바, 외국국적을 가지더라도 대한민국의 국적을 함께 가지는 경우에는 적용되지 않는다. 외국인에는 자연인뿐만 아니라 외국법인도 포함된다. 무국적자는 상호보증의 가능성이 없기 때문에 내국인과 동일하게 보호되어야 한다는 것이 일본의

---

42) 鈴木康之, 앞의 글, 76면; 山内惟介, "国家賠償法と相互の保証", 別冊『ジュリスト』 No.133(1995. 5.), 256면에서는 국가배상책임은 전통적으로 민사법의 영역이고 공무원의 직무상 위반행위로 인하여 국가가 배상책임을 지는 경우에도 국제사법의 불법행위영역으로서 다루어져야 할 문제로서, 섭외적 불법행위사건에 있어서 우리나라 법이 준거법으로 지정된 경우에 한하여 국가배상법이 적용되고, 그 경우에 특별한 요건으로서 상호보증이 문제로 된다고 한다.

43) 住田裕子, 国際私法と国家賠償法との関係──法例１１条の適用範囲をめぐって, 判例時報 1539号, 20면 이하

44) 자세히는 西埜章, 앞의 책, 1221~1228면

45) 이 부분과 관련하여서는 좀 더 깊이 있는 연구가 필요하고, 대상판결의 쟁점도 아니므로 다음의 연구과제로 남겨둔다.

통설이다. 이에 따르면 무국적자는 외국인에 해당되지 않는다. 2개 이상의 외국 국적을 가진 자에 대하여는 그 중 어느 국가라도 상호보증이 있으면 된다는 것이 일본의 통설이다. 난민조약(Convention Relating to the Status of Refugees)의 적용을 받는 난민은 난민조약 제7조 제2항에 의하여 체약국에서 3년간 거주하면 상호주의의 적용이 면제된다.[46]

일본에서는 특별영주자와 같이 역사적인 이유로 특별한 보호가 부여되어야 하는 외국인에 관하여는 상호보증주의를 적용하지 않고 일본국민과 동등하게 보호를 하여야 한다는 지적도 있다.[47]

특히 일본에서는 재일교포가 제기하는 국가배상소송이 문제로 된다. 실무에서는 대한민국과 조선민주주의인민공화국의 두 개의 국적을 보유하는 것으로 보아 대한민국의 국가배상법 제7조에 근거하여 상호보증이 있다고 하면 충분하다고 하는 견해가 유력하지만, 하급심 판결례에서는 두 개의 정부가 대립하고 있음을 근거로 하여 피해자인 원고가 어느 정부를 지지하는지와 상관없이 대한민국 정부의 국가배상법 제7조에 근거하여 상호보증이 있다고 한 예도 있고, 이중국적자로 취급하여 동일한 결론에 이른 예도 있다.[48]

5. 상호보증의 방법

대상판결은 상호보증의 방법과 관련하여, '상호보증은 외국의 법령, 판례 및 관례 등에 의하여 발생요건을 비교하여 인정되면 충분하고 반드시 당사국과의 조약이 체결되어 있을 필요는 없으며, 당해 외국에서 구체적으로 우리나라 국민에게 국가배상청구를 인정한 사례가 없더라도 실제로 인정될 것이라고 기대할 수 있는 상태이면 충분하다'고 판시하였다.

일본에서는 상호보증의 방법과 관련하여, 외국의 국내법 규정이 일본 국민에게 인정하는 권리를 일본이 그 외국의 국민에게 인정하는 경우를 '입법상의 상호주

46) 古崎慶長, 앞의 책, 254~255면; 鈴木康之, 앞의 글, 76~78면; 西埜章, 앞의 책, 1214~1215면; 佐藤英善, 앞의 책, 303면, 일본에는 미얀마난민에 관한 하급심판결례(東京地裁 2003. 4. 9.판결)도 있다.

47) 佐藤英善, 앞의 책, 303면

48) 鈴木康之, 앞의 글, 78~79면; 西埜章, 앞의 책, 1217면; 佐藤英善, 앞의 책, 310~312면에는 국적을 朝鮮이라고 주장하는 원고들에 관한 하급심판결례가 소개되어 있다; 2차 대전 전부터 일본에 거주해오고 있는 조선인들과 그 자녀들에 대하여는 상호주의의 틀로부터 벗어나서 직접 국가배상법을 적용해야한다는 견해도 있다. 村瀬信也, 被害者の国籍が朝鮮である場合の国家賠償法６条における「相互の保証」の有無",『ジュリスト』No.564(1974. 7. 1.), 122면

의'라고 하고, 외국의 국내법 규정뿐만 아니라, 판례, 행정선례 등에 의하여 사실상(실제상) 일본 국민에게 인정하는 권리를 일본이 그 외국의 국민에게 인정하는 경우를 '사실상 상호주의'라고 하여 양자를 구분한다.[49] 일본의 통설과 판례는 상호보증의 유무는 당해 외국과 사이에 조약이나 협정이 있으면 명확하지만, 반드시 그것을 필요로 하는 것은 아니고, 당해 외국의 성문법이나 판례법에 의하여 인정될 수 있으면 충분하다고 한다.[50]

6. 상호보증의 정도

가. 국가배상책임의 요건

국가배상책임이 인정되는 국가에 있어서도 그 성립요건은 국가마다 차이가 있고, 외국인의 국가배상청구권이 인정되는지 여부도 차이가 있다. 대상판결은 '우리나라와 외국 사이에 국가배상청구권의 발생요건이 현저히 균형을 상실하지 아니하고 외국에서 정한 요건이 우리나라에서 정한 그것보다 전체로서 과중하지 아니하여 중요한 점에서 실질적으로 거의 차이가 없는 정도라면 국가배상법 제7조가 정하는 상호보증의 요건을 구비하였다고 봄이 타당하다'고 하였다.

외국국가에서 국가배상책임을 인정하는 요건(내국인과 외국인을 구별하지 않는 경우) 또는 외국인에 대하여 국가배상책임을 인정하는 요건(내국인과 외국인을 구별하는 경우)이 우리 국가배상법의 요건과 동일하거나 그보다 완화된 경우에 문제가 없으나, 엄격한 경우[51]에도 상호보증이 있다고 볼 것인지에 대하여 일본에서는 학설의 다툼이 있다. 일본의 통설은, 외국법과 비교하는 작업이 쉽지 않기 때문에 일본 국가배상법과 중요한 점에서 다르지 않다면 충분하다고 한다.[52]

---

49) 鈴木康之, 앞의 글, 79면, 일본은 사실상 상호주의를 채택하고 있다고 한다.

50) 古崎慶長, 앞의 책, 255면; 佐藤英善, 앞의 책, 304면; 西埜章, 앞의 책, 1213~1214면; 東京地裁 1973(昭和 47). 6. 26.판결은 중화민국(대만)의 국가배상법이 시행(1981. 7. 1.)되기 전의 사안에 대하여, '중화민국 헌법 제24조는 공무원의 위법행위에 의하여 손해를 입은 자는 법률에 의하여 국가에 대하여 손해배상청구를 할 수 있다고 규정하고 있으나 그에 근거하여 직접 국가배상청구를 할 수는 없으나 국가 또는 공공단체에 대하여 민법에 의하여 손해배상청구를 할 수 있기 때문에 외국인에 대하여도 동일한 해석을 할 수 있다'고 하여 상호보증이 있다고 하였다.

51) 예를 들어 공무원의 중과실이 있는 경우에만 국가배상책임이 인정되거나, 외국인에 대하여는 그러한 요건을 인정하는 입법례, 또는 국가배상책임의 예외·제한·면제 규정을 두고 있는 경우

52) 西埜章, 앞의 책, 1232면; 鈴木康之, 앞의 글, 81면, 이는 일본 最高裁 1983. 6. 7.판결이 민사소송법상 상호보증에 관하여 한 것과 같은 내용인데, 이 견해는 국가배상법의 상호보증은 외인법상의 상호주의의 문제이고, 민사소송법의 그것은 소송법상의 상호주의 문제이기 때문에 전적으로 동일하다고 말할 수는 없지만, 법률제도의 비교라는 점에서는 동일한 고려를 하여야 한다고

반면, 외국의 입법례에서 국가배상책임의 예외, 제한, 면제 규정을 두고 있는 경우에 그러한 규정에 해당되는 사안에 대하여는 그 외국국가의 국민에 대하여 국가배상책임을 인정할 수는 없고, 국가배상책임의 제한이 입법이 아니라 판례 등에 의하여 확실한 경우에도 동일하게 보아야 한다는 견해[53]도 있고, 국가배상책임의 성립요건이 엄격한 경우라고 하더라도 국제주의의 명분에서 원칙으로서 국가배상법을 적용하여야 한다는 견해 또는 요건의 차이를 강조하는 것은 쓸데없이 피해자의 구제를 곤란하게 하는 것일 뿐이므로 명문의 제한 규정이 있는 경우에도 가능한 한 국가배상법을 적용하는 것으로 해석하여야 한다는 견해도 있다.[54]

일본의 하급심 판결 중에서는 당시 우리의 구(舊) 국가배상법이 배상심의회의 결정을 필요적 절차로 하는 결정전치주의를 채용하고 있던 것과 관련하여 이것이 권리구제를 곤란하게 하는 것은 아니라고 하면서 상호보증이 있다고 해석하는 것이 상당하다고 한 예[55]가 있고, 외국의 국가배상책임의 요건에 관한 구체적인 비교를 하지 않은 채 상호보증이 있다고 한 예[56]도 있다.

나. 국가배상의 범위

대상판결은 국가배상청구권의 발생요건과 관련하여 상호보증의 정도에 관하여 판시를 하였으나 배상책임의 범위에 관하여는 판시를 하지 않았다. 상호보증의 구비는 국가배상청구권의 발생요건뿐만 아니라 배상책임의 범위에서도 문제로 될 수 있다. 상호보증을 엄격하게 요구하면 해당 외국국가에서 우리나라 국민에게 국가배상책임을 인정하는 범위에서만 그 외국국가의 국민에 대하여 국가배상청구권을 인정하면 된다고 해석할 여지도 있다. 일본에서는 우리나라 국가배상법상의 정액배상이 문제로 되는바, 한국은 피해자인 일본인에게 정액배상을 할 것이므로

한다.

53) 古崎慶長, 앞의 책, 255면

54) 西埜章, 앞의 책, 1232면

55) 大阪高裁 1979(昭和 54). 5. 15.판결, 西埜章, 앞의 책, 1232면

56) 東京地裁 2002(平成 14). 6. 28.판결은 '각국의 법제의 존재방식에 차이가 있고, 민사상 청구에 관한 요건, 효과, 청구절차 등에 관하여 우리나라와 비교를 하는 것은 반드시 용이하지 않은 면이 있는 이상, 상호보증을 엄밀히 요구하는 경우에는 국제적인 인권보장의 관점에서 불합리, 폐해가 발생할 우려가 있다는 것을 부정하기 어렵고, 특히 본건의 경우, 미합중국은 연방제를 채용하고 있는 국가이고, 판례법 국가이어서 우리나라와 현저히 다른 법제도를 가진 국가라는 것도 고려하면...(중략) 상호보증이 존재한다고 해석하는 것이 상당하다'고 하였다. 東京地裁 2003(平成 15). 6. 26. 판결은 이란의 국가배상제도와 관련하여도 동일한 이유로 상호보증이 있다고 하였다. 西埜章, 앞의 책, 1233면

한국인의 국가배상청구에 대하여 그 범위에서 배상을 하면 충분하다는 견해도 유력하지만, 일본 하급심판결에서 그러한 견해를 채택하여 한국인에 대하여 일본 국가배상법의 적용을 배제하거나 제한한 예는 없다.[57] 또, 중국 국가배상법의 배상방식 및 계산 기준, 그리고 위자료청구권의 불인정과 관련하여도 상호보증이 있다고 한 예가 있다.[58]

7. 상호보증의 시기

일본에서는 상호보증의 존재는 불법행위 시를 기준으로 판단되어야 한다는 불법행위시설과 피해자의 보호를 고려하여 청구권행사 시에 상호보증이 있으면 된다는 청구권행사시설이 있다. 전자는 불법행위청구권의 성립과 관련된 논리적 일관성을 중시하고, 후자는 피해자 보호를 논거로 한다. 불법행위시설에 의하면 불법행위 시에 상호보증이 있었으나 그 후에 그것이 흠결되더라도 일단 성립된 손해배상청구권에는 영향이 없다고 한다.[59] 불법행위시설의 입장을 취하면서도 피해의 성질, 형평의 관념을 고려하여 탄력적으로 운영할 필요성이 지적되고, 특히 잠재진행형 피해 또는 계속적·누적적인 피해에 관한 사안에 있어서는 상호보증의 시기에 관해서도 불법행위시설을 수정할 수밖에 없다는 견해[60]도 있다. 일본 하급심판결례는 상호보증의 시기에 관하여 따로 판단하지 않고 상호보증을 긍정

57) 西埜章, 앞의 책, 1234면; 名古屋高裁 1976(昭和 51). 9. 30.판결은 '1967. 3. 3. 제정 공포된 한국의 국가배상법은 도로, 하천 그 밖의 공공의 영조물의 설치 또는 관리에 하자가 있기 때문에 타인의 재산에 손해를 발생하게 한 경우 또는 타인의 생명 또는 신체에 손해를 입게 한 경우에, 국가 또는 지방자치단체가 그 손해를 배상할 책임을 부담하고, 외국인이 피해자인 경우에는 상호의 보증이 있는 경우에 한하여 그 법률이 적용되는 것으로 하고 있다. 단 제3조, 제9조 및 같은 법 시행령에 의하면 한국의 국가배상제도는 심의위원회전치주의를 취하고, 또 배상액을 정액화 하고 있고, 그리고 그 배상액이 현재 일본의 배상액과 비교하여 약간 낮은 액수라는 점이 일본의 국가배상제도와 차이가 있지만, 그러한 차이가 있다고 하더라도 상호보증이 있는 경우에 해당한다고 해석하는 데에 방해가 되지 않는다'고 하였다.

58) 東京地裁 2001(平成 13). 7. 12.판결은 '중국 국가배상법(1995년 1월 시행) 제4장에 있는 배상방식 및 계산기준과 관련하여서, 일본 국가배상법에 없는 제한규정이 있고, 위자료 청구권이 인정되지 않는다고 해석할 여지가 있지만, 그것을 가지고 중국과 사이에 상호보증이 인정되지 않는다고 해석하는 것은 타당하지 않다'고 판단하였다. 佐藤英善, 앞의 책, 313면; 한편, 東京地裁 2003(平成 15). 9. 29. 판결은 중국의 판례상으로 정신적 손해에 대한 금전배상이 긍정된다고 판단을 함으로써 東京地裁 2001(平成 13). 7. 12. 판결과 다른 판단을 하였는바, 이와 관련하여 상세한 비교연구가 되어있지 않기 때문에 국가배상책임의 범위가 다르다고 취급하는 것은 타당하지 않다는 견해도 있다. 西埜章, 앞의 책, 1235면

59) 鈴木康之, 앞의 글, 82면; 西埜章, 앞의 책, 1236면은 상호보증이 불법행위 후에 폐지되는 경우에는 청구권행사시설로 피해자를 보호할 수 없기 때문에 청구권행사시설이 반드시 피해자보호를 위한 것이라고 할 수 없다고 한다.

60) 佐藤英善, 앞의 책, 305면

한 예[61]도 있고, 청구권행사시설을 취하여 상호보증을 긍정한 예[62]도 있다. 한편, 東京高裁 2005(平成 17). 6. 23. 판결은 강제징용된 중국인이 광업소를 탈출한 후 1947(昭和 22). 10. 27.(일본 국가배상법 시행일)부터 발견, 보호된 1958(昭和 33). 2. 9.까지 공무원의 위법한 행위로 인하여 북해도 산중에서 어쩔 수 없이 생활을 함으로써 정신적 손해를 입게 되었다고 하여 그의 상속인이 일본국에 대하여 국가배상청구를 한 사건에 대하여, 불법행위시설을 취하여 위 기간에 중국에는 정책적으로 국가무책임의 법리(國家無答責)가 존재하였기 때문에 일본인이 중국 국가공무원의 위법행위에 의하여 피해를 입더라도 중국에 국가배상을 청구할 법적 근거가 존재하지 않았으므로 일본과 중국 사이에 국가배상에 관한 상호보증이 없다고 판단하여 원고들의 청구를 기각하였다.[63]

8. 소송상의 문제점

가. 상호보증의 성질과 관련하여

일본에서는 상호보증의 유무가 국가배상청구권에 관한 권리능력의 문제인가, 아니면 권리발생요건(권리취득요건)의 문제인가에 관한 학설상 다툼이 있다. 전자는 국가배상청구권이라는 특정의 권리에 관한 주체가 될 수 있는 권리능력에 관한 문제로 본다. 이에 따르면 국가배상청구권의 취득만이 아니라 보유, 행사, 처분 등의 경우에도 그 시점에 상호보증이 문제로 될 수 있다. 후자는 국가배상법상의 상호보증은 국가배상법에 따른 권리의 취득에 관한 규정으로서 외국인에 대하여 그 요건을 가중한 것이라는 견해이다. 이에 따르면 외국인이 상호보증에 근거하여 일단 배상청구권을 취득하였다면 그 후에 상호보증이 흠결되더라도 손해배상청구권은 그 외국인에게 귀속되게 된다.[64]

나. 증명책임

상호보증을 권리능력의 문제로 보는 입장을 취하면 이는 소송요건(당사자능력)

61) 東京地裁 2001(平成 13). 7. 12.판결
62) 東京地裁 2003(平成 15). 9. 29.판결
63) 불법행위시설을 지지하면서도 위 판결에 대하여는, 위 기간 동안 중국에 국가배상법이 없었다고 하더라도, 일본인이 당시 중국에서 같은 피해를 당한다는 것은 일반적으로 예상하기 어려운데, 그러한 경우에 상호보증의 유무를 드는 것은 상호보증주의의 기초인 형평의 관념에 반하는 결과를 가져오므로 불법행위시설은 적용될 수 없다고 하면서, 그런한 의미에 있어서 불법행위시설에는 일정한 적용제한이 있을 수 있다는 견해가 있다. 西埜章, 앞의 책, 1239면
64) 鈴木康之, 앞의 글, 83면

에 관한 문제로서 직권조사사항이 된다. 한편, 상호보증을 권리취득요건으로 보면 이는 본안에서 다루어져야 할 문제이고, 변론주의가 적용되어 법원이 직권으로 조사할 사항이라고 할 수는 없게 된다. 상호보증의 주장·증명책임은 국가배상법 제7조를 권리근거규정이라고 할 것인지, 권리장애규정이라고 할 것인지에 따라 결정된다. 일본의 다수설은 상호보증의 존재를 권리근거규정의 요건사실로 보고 원고가 주장, 증명책임을 부담한다고 한다.[65] 일본 最高裁가 상호보증을 본안의 요건으로 보는 것은 확실하지만, 권리근거규정설의 입장인지, 권리장애규정설의 입장인지는 불분명하다. 실무적으로 국가배상법 제1, 2조의 요건이 충족되지 않는 경우에는 상호보증의 유무는 판단하지 않는 것이 통례이며,[66] 하급심 판결례의 다수는 피고가 항변으로써 주장, 증명하여야 한다는 피고설을 취한 것으로 볼 수 있다고 한다.[67] 상호보증의 존재를 원고가 주장, 증명하여야 한다는 원고설은 증거와의 거리나 증명의 난이도를 논거로 한다. 즉, 외국인이 그 본국의 법제를 알 수 있는 수단과 방법은 일본국이나 공공단체 이상으로 풍부한데, 이는 영사 등을 통하여 해당 본국의 법에 접근할 수 있기 때문이라고 한다.[68] 원고설

---

65) 古崎慶長, 앞의 책, 256면, 이 글에서는 국제사법상 외국법의 조사는 소송상 직권탐지사항으로 취급되지만, 그것은 적용할 외국법을 탐지하는 경우이고, 상호보증은 국가배상법상의 청구권의 존부에 관한 것으로서 법원이 직권으로 조사해야할 의무가 있는 사항은 아니라고 한다; 鈴木康之, 앞의 글, 84~85면

66) 佐藤英善, 앞의 책, 304면

67) 佐藤英善, 앞의 책, 306면; 일본 헌법 제17조의 규정과 헌법전문의 국제주의를 함께 고려한다면, 원칙적으로 외국인에게도 국가배상청구권을 인정하여야 하고, 예외적으로 국가나 공공단체가 상호보증이 없다는 것을 증명한 경우에 한하여 국가배상법의 적용을 배제할 수 있다고 하는 것이 상당하고, 특히 국가배상법 제2조 1항은 사법적 색채가 농후한 규정이고, 피해자 측에 상호보증의 증명을 하도록 한다면 피해자측의 과도한 부담이 되기 때문에 위와 같이 해석하는 것이 합리적이라고 하면서, 피고인 국가가 원고에 대하여 이 법을 적용하는 것이 부당하다고 할 뿐, 조선에 있어서 상호보증이 없다는 것을 증명하지 않기 때문에 피고는 손해배상책임을 면할 수 없다고 한 사례[大津地裁 1974(昭和 49). 5. 8.판결], 국가배상법 제6조의 문언을 보면 상호보증이 있다는 것을 원고가 주장, 증명할 책임을 부담하는 것이라고 볼 수 있지만, 국가배상법 제2조는 민법 제717조와 취지가 같고, 민법 제2조에 의하여 국가배상법 제2조도 외국인에게 적용하는 것이 원칙이고, 단지 제6조가 존재하기 때문에 상호보증이 없는 경우에는 예외적으로 제2조의 적용이 배제된다고 해석하여야 하므로, 상호보증이 없다는 것을 피고가 주장, 증명하지 않으면 안된다고 한 사례[大阪地裁 1980(昭和 55). 12. 25.판결], 국가배상법 제1조가 민법 제709조의 특별규정이고, 불법행위의 피해자의 구제를 쉽게 하는 것이 합리적이므로 국가나 공공단체가 외국인의 본국법에 의하여 상호보증이 없다는 것을 주장, 증명한 경우에 한하여 국가배상법의 적용이 배제되어야 하고, 상호보증의 유무는 적용되어야 할 외국법의 확정의 문제가 아니라 사실의 존부의 문제이기 때문에 직권탐지사항이 아니라고 한 사례[大分地裁 1985(昭和 60). 2. 20.판결]가 있다. 佐藤英善, 앞의 책, 306~307면; 증명책임에 관하여 직접 판단을 하지 않고 상호보증을 인정한 예[東京地裁 2001(平成 13). 7. 12.판결, 東京地裁 2003(平成 15). 9. 29.판결]도 있다고 한다.

68) 古崎慶長, 앞의 책, 256면; 西埜章, 앞의 책, 1243면

을 취하는 경우에도 피해자인 외국인은 본국에서 어떤 법 규정 또는 판례에 의하여 국가배상을 받을 수 있는 가능성이 있다는 것을 지적하면 충분하고, 그 경우에 피고가 당해 외국법의 운영에 있어서 국가나 지방자치단체의 배상책임이 인정되지 않는다는 것을 반증하지 않는 한, 상호보증을 인정하여야 한다고 한다.[69]

9. 상호보증이 인정되지 않는 경우

대법원은 1996. 2. 15. 선고 95다38677 전원합의체 판결에서 공무원의 위법행위가 경과실에 의한 경우에는 국가배상책임만 인정되고 공무원 개인의 손해배상책임은 인정되지 않으며, 공무원의 위법행위가 고의·중과실에 기한 경우에는 국가배상책임과 공무원 개인의 배상책임이 중첩적으로 인정된다고 선언하였다.

외국국가와 상호보증이 없어서 대한민국을 상대로 손해배상청구를 할 수 없는 외국인은 위법행위를 한 공무원에 대하여 손해배상청구를 할 수 있을까? 공무원의 위법행위가 고의·중과실에 기한 경우에는 문제로 되지 않는다. 경과실의 경우에는 어떤가?[70]

독일에서는 민법 제839조 제1항에서 '공무원이 과실로 타인에게 손해를 입힌 경우에 피해자가 다른 방법으로 배상을 받을 수 없는 경우에만 청구를 당할 수 있다'고 규정하고 있고, 외국국가와 사이에 상호보증이 없어서 외국인에 대하여 국가배상책임이 인정되지 않는 경우에는 공무원이 손해배상책임을 지게 된다고 한다.[71]

대법원은 위 전원합의체 판결에서 공무원이 경과실로 타인에게 손해를 입힌 경우에 개인적으로 손해배상책임을 부담하지 않는 이유를, ① 국가배상법 제2조 제2항을 공무원의 국가에 대한 구상책임에 관한 것이라고만 해석한다면, 경과실의 경우에는 공무원 개인의 책임을 궁극적으로 면제시켜 공무원으로 하여금 안심하고 적극적으로 공무를 수행하도록 하려는 입법의도를 실현할 수 없게 되고, ② 피해자의 입장에서 보면 헌법 제23조에서 보장하고 있는 재산권에 대한 제한이

---

69) 佐藤英善, 앞의 책, 306면; 일본의 하급심 판결례 중에는 미국의 상호보증에 관하여, 일본 국민이 미국에서 본건과 같은 위법으로 인정되는 행위와 같은 형태의 가해행위를 공무원으로부터 받은 경우에는, 일본국의 국가배상과 같은 정도의 효과의 구제를 받을 수 있다는 것이 일응 인정되고, 그러한 인정을 번복할 증거는 없다고 한 판결례[東京地裁 2002(平成 14). 6. 28.판결]도 있다.

70) 일본 문헌에서 이에 관한 논의는 찾지 못하였다; 상호보증이 부정되는 사례가 없기 때문에 그런 것이 아닌지 생각된다.

71) BGH, Urteil vom 28. 2. 1980-III ZR 165/78(NJW 1980, 1567)

될 것이지만, 공무수행의 안정성이라는 공공의 이익을 위한 것이라는 점과 공무원 개인책임이 인정되지 않더라도 충분한 자력이 있는 국가에 의한 배상책임이 인정되고 국가배상책임의 인정요건이 민법상 사용자책임에 비하여 완화되는 점을 비추어 헌법 제37조 제2항이 허용하는 기본권의 제한범위에 속한다는 데에 두었다.

공무원이 경과실로 타인에게 손해를 입힌 경우에 공무원 개인이 손해배상책임을 지지 않는 것은 국가배상책임이 인정됨을 전제로 한 것인바, 외국국가와 상호보증이 없어서 국가배상책임이 인정되지 않는 외국인에 대하여 공무원 개인의 배상책임이 면제된다고 할 수는 없다고 생각된다.

IV. 대상판결에 대하여

1. 국가배상법 제7조의 적용 여부

대상판결의 원고는 수사기관의 불법구금, 고문, 협박 등 불법행위에 의하여 손해가 발생할 당시인 1973년 무렵에는 대한민국의 국적을 보유하고 있다가, 2006년 일본에 귀화함으로써 대한민국의 국적을 상실하였다.

대상판결은 '원고는 일본인이므로 피고 소속 공무원의 위법한 직무집행으로 인한 피해에 대하여 국가배상법의 적용을 받으려면 일본에서 상호보증이 있어야 한다'고 하였다.

국가배상법의 상호보증규정의 성질에 관하여는 앞에서 본 바와 같이 국가배상청구권이라는 특정한 권리의 귀속주체가 될 수 있는 권리능력의 문제로 보는 견해와 권리발생요건(권리취득요건)으로 보는 견해가 있는데, 후자는 상호보증규정을 권리근거규정으로 보는 견해와 권리장애규정으로 보는 견해가 나누어져 있다. 한편, 상호보증의 요건을 갖추어야 할 시점과 관련하여서는 불법행위시설과 청구권행사시설이 대립되는데, 불법행위시설은 다른 불법행위의 성립요건과 마찬가지로 권리발생요건인 상호보증도 불법행위 시에 갖추어야 한다는 입장이고, 청구권행사시설은 다른 불법행위의 성립요건과 달리 상호보증의 요건은 청구권행사시를 기준으로 판단하면 된다는 입장이다. 위와 같은 상호보증규정의 성질과 상호보증의 시점에 관한 논의는 외국인이 국가배상청구권을 취득하는 것을 전제로 하는 것이다. 즉, 손해배상청구권의 발생 시인 불법행위 시 또는 손해발행 시에 그 권

리의 귀속주체가 외국인임을 전제로 하는 논의라고 할 수 있다.

대상판결의 원고는 공무원의 위법행위 당시 대한민국의 국민이어서 당연히 국가배상청구권을 취득하므로 국가배상법 제7조가 적용된다고 할 수 없다. 다만, 원고가 국가배상청구권을 취득한 후 대한민국의 국적을 상실함으로써 이미 취득한 국가배상청구권이 소멸되는지가 문제로 될 수 있는바, 우리 국가배상법상 외국인도 상호보증규정에 따라 국가배상청구권을 취득할 수 있는 점에 비추어 볼 때, 국적의 상실에 의하여 이미 발생한 국가배상청구권이 소멸된다고 할 수는 없다.

2. 외국판결의 승인요건으로서 상호보증과 국가배상법의 상호보증

대상판결은 구 민사소송법 제217조 제4호에 규정된 외국판결의 승인요건으로서 상호보증에 관한 대법원 판결을 참고판결로 하여 국가배상법의 상호보증에 관한 판시에 그대로 사용하였다.

외국판결의 승인에 있어서 상호보증과 국가배상법에서의 상호보증은 국제관계에서 상호주의에 기초한 것으로서 그 연원에서는 큰 차이가 없다. 그러나 외국판결의 승인에 있어서 상호보증요건은 각국의 재판권행사라는 절차적 문제로서 이에 관한 국제적인 검토가 진행되고 있지만, 개인의 기본적 인권존중의 측면에서 상호보증요건의 폐지에 관한 논의가 이루어지고 있다고 할 수는 없다. 반면, 국가배상법의 상호보증은 피해자의 손해에 대한 전보라는 실체법적 권리구제에 관한 문제로서, 비교법적으로 국가배상법의 상호보증규정이 없는 국가도 있고, 독일의 경우와 같이 사실상 폐지하는 방향으로 법률의 개정이 이루어졌거나, 일본의 경우와 같이 위헌여부와 함께 법정책적 타당성에 대한 문제제기가 있어서 실무적으로 상호보증규정을 들어서 외국인의 국가배상청구권을 배척하지 않는 방향으로 운용되고 있는 실정이다.

대상판결에서 국가배상법의 상호보증규정에 관한 비교법적인 고려와 법정책적 측면에서 제기될 수 있는 문제점에 관한 고려 없이 외국판결의 승인요건으로서 상호보증에 관한 기존 판례의 판시를 그대로 차용한 것에는 아쉬움이 있다.

3. 대상판결의 판시에 따른 실무상 문제점

가. 심리의 부담

대상판결은, 우리 국민의 외국국가에 대한 국가배상청구권의 발생요건과 우리 국가배상법의 국가배상청구권의 발생요건[72]을 비교하여, 외국국가에 대한 국가배상청구권의 발생요건이 현저히 균형을 상실하지 아니하고 우리 국가배상법의 발생요건 보다 전체로서 과중하지 아니하여 중요한 점에서 실질적으로 거의 차이가 없는 정도이면 국가배상법 제7조의 상호보증요건을 구비한 것이 되는데, 위와 같은 상호보증요건의 구비 여부는 조약을 비롯하여 외국의 법령, 판례 및 관례 등에 의하여 인정될 수 있으면 충분하다고 한다.

대상판결에 따르면 외국인의 대한민국에 대한 국가배상청구권의 발생요건과 관련하여, ① 우리나라와 해당 외국국가 사이에 문제된 사안과 관련된 조약이 있는지, ② 외국국가의 법령상으로 공무원의 법령에 위반한 직무수행에 의하여 발생한 손해 등에 대하여 우리 국민이 외국국가를 상대로 손해배상청구권을 행사할 수 있는지, ③ 그런 법령이 없다면 해당국에서 우리 국민의 국가배상청구권을 인정한 판결례가 있는지 등에 관하여 심리를 하여야 한다.

외국인이 국가배상청구를 할 경우 당사자와 하급심 법원으로서는 그 외국인의 본국법에 관하여 심리를 하여 우리 국가배상법의 청구권 발생요건과 비교하여야 하는바, 비교법적으로 각국의 국가배상청구권은 그 발생요건에서 차이가 있고 광범위한 면책규정을 두고 있는 경우도 있어서, 그에 관한 심리를 하는 것은 법원은 물론, 증명책임에 관한 문제를 들지 않더라도 당사자들에게도 큰 부담으로 작용할 수 있다.

나. 외국의 입법례에서 국가배상책임이 제한·면제되는 사안의 경우

대상판결은 외국국가에 대한 국가배상청구권의 발생요건이 우리 국가배상법에 따른 배상청구권의 발생요건 보다 전체로서 과중하지 아니하여 중요한 점에서 실질적으로 거의 차이가 없는 정도이면 국가배상법 제7조의 상호보증요건을 구비한 것으로 보았다. 그런데 영국이나 미국과 같이 광범위한 면책규정을 두고 있는 경우에도 전체로서 과중하지 아니하여 실질적으로 거의 차이가 없다고 할 수 있는지, 아니면 문제로 된 사안이 외국인의 본국법에 의하면 국가배상책임이 제한되거나 면제되는 때에도 일반적으로 공무원의 위법행위로 인한 손해에 대하여 국

72) 엄격하게 말하면, 외국인의 우리나라에 대한 국가배상청구권의 발생요건이 되어야 하나, 우리 국가배상법은 제7조의 상호보증규정을 제외하고는 우리 국민과 외국인의 국가배상청구권의 발생요건에 관하여 제한을 두고 있지 않기 때문에 우리 국민의 국가배상청구권의 발생요건과 비교하더라도 동일하다.

가배상청구권이 인정되는 경우에는 상호보증이 있다고 할 것인지 등 구체적인 사안에 있어서 위와 같은 대상판결의 판시는 명확한 기준이 되기 어렵다. 또 법원이 이러한 상호보증요건에 관하여 엄격히 심리를 하는 것은 결과적으로 피해자인 원고에게 불리하게 작용될 여지가 있다.

4. 국가배상법 제7조의 성질과 관련한 문제점

대상판결의 제1심 소송절차에서 피고 대한민국은 국가배상법 제7조의 상호보증요건을 소송요건으로 보고, 일본과 우리나라는 국가배상에 관한 상호보증이 없어서 원고가 제기한 소가 부적법하다고 다투었다. 이에 대하여 제1심 법원은 '① 피고의 불법행위는 원고가 대한민국 국민이었을 때 발생하였고 원고가 대한민국 국적을 상실하였다고 하여 원고의 피고에 대한 국가배상청구권이 상실된다고는 볼 수 없는 점, ② 국가배상법의 상호주의는 조약이나 협정으로 양국간에 타방 국민인 피해자에게 국가배상청구권을 인정한다는 점을 명문의 규정으로 체결할 것을 요하지 아니하며 피해자인 외국인의 본국 법제상으로 그와 같은 배상 사고의 경우에 한국 국민의 청구권이 가능하다면 우리 국가배상법이 외국인 피해자에게 적용되는 것이라는 점, ③ 일본 국가배상법 제6조에서 우리 국가배상법 제7조와 같은 취지의 규정이 있는 점'을 근거로 원고에게도 국가배상법이 적용된다고 판단하여 피고의 본안전 항변을 배척하였다.

제1심 법원은 원고가 대한민국 국민으로서 국가배상청구권을 취득하였고 국적의 상실에 의하여 그 국가배상청구권이 소멸되지 않는다는 판단을 하였음에도, 당해 사건은 국가배상법 제7조가 적용되지 않는 사건이라는 판단을 하지 않은 점과 국가배상법 제7조의 상호보증요건은 실체법상의 권리발생요건(권리취득요건)으로서 이와 달리 소송요건으로 파악한 피고의 주장이 타당하지 않다는 판단을 적극적으로 하지 않은 점에서 그 판단은 미흡하다(이와 관련한 대상판결의 판단은 없다).

대상판결의 사건진행을 보면, 국가배상법 제7조의 상호보증요건을 소송요건으로 보아 본안전 항변을 한 피고 대한민국은 국가배상법의 상호보증요건에 대한 이해가 부족함을 드러낸 것일 뿐만 아니라, 일본에 대하여 국가배상법의 상호보증이 없다고 한 주장은 일본에서 우리나라 국민이 제기한 다수의 국가배상사건에서 일본의 하급심이 대한민국과 상호보증이 있다고 하여 원고의 청구를 인용해오

고 있다는 사실 및 일본 국가배상법의 상호보증규정이 문제로 되는 사건의 다수는 일본에 거주하는 최대 다수의 외국인인 우리나라 국민이 제기하고 있다는 사실을 고려할 때 부적절한 소송수행이었다.

V. 맺음말

대상판결은 국가배상법 제7조와 관련하여 상호보증의 방법과 정도를 최초로 판시한 대법원 판결로서 그 의의를 찾아볼 수 있다. 대상판결에 따르면 외국인이 우리나라를 상대로 국가배상청구를 하기 위하여는 우리 국민이 그 외국인의 본국을 상대로 국가배상청구를 함에 있어서 그 국가배상청구권의 발생요건이 우리 국가배상청구권의 발생요건 보다 현저히 균형을 상실하지 않고 전체로서 과중하지 아니하여 중요한 점에서 실질적으로 거의 차이가 없다는 것이 그 외국국가의 법령, 판례 및 관례 등에 의하여 인정될 수 있어야 한다.

각국의 국가배상제도를 보면 국가배상청구권의 발생요건과 배상의 범위에서 차이가 있고, 배상책임의 제한에 관한 규정을 광범위하게 두고 있는 국가도 있다. 대상판결의 판시에 따르면 외국인이 원고인 국가배상소송에 있어서 법원은 그 외국인의 본국의 국가배상제도를 심리하여야 하는 부담을, 당사자는 이에 관한 주장·증명의 부담을 갖게 되는 문제점이 있다.

비교법적으로 보면, 국가배상법에 상호보증에 관한 규정이 애당초 없는 국가도 있을 뿐만 아니라, 대륙법계 국가에 영향을 끼친 독일에서는 1993년 이후 상호보증주의를 사실상 폐지하는 방향으로 법률이 개정되었다. 일본에서는 위헌문제와 함께 법정책적으로 타당성에 관한 문제가 제기되어 국가배상청구권의 발생요건이나 배상범위에 관하여 엄격하게 비교하는 작업을 거치지 않는 등으로 실무상으로 상호보증규정을 들어서 외국인의 국가배상청구를 배척하지 않는 방향으로 운용되고 있다. 미국에서는 판례상으로 외국인의 본국에서 미국시민에 대하여 차별을 하지 않으면 상호보증이 있다고 해석하는 등 국가배상소송에 있어서 상호보증요건은 실질적으로 의미를 잃어가고 있다고 할 수 있다.

국가배상소송을 제기하는 외국인은 혼인, 직업, 학업 등의 사유로 국내에 장기간 체류를 하는 경우가 많을 것인바, 그러한 외국인에게 공무원의 위법행위 등에 의하여 입은 손해를 배상함에 있어서 우리 국민과 차별을 두는 것은 입법 정책적

으로 타당하다고 할 수 없을 뿐만 아니라, 외국인이 본국의 법제에 아무런 영향력을 행사할 수 없음에도 그로 인하여 우리나라에서 입은 손해에 관하여 국가배상청구를 할 수 없도록 하는 것은 인권침해의 소지가 있고, 상호보증규정에 의하여 국가배상청구를 할 수 없게 된 외국인으로부터 경과실에 의한 공무상 위법행위로 인하여 손해배상청구소송을 당하여야 하는 공무원의 지위 역시 우연한 사정에 의하여 차별을 받게 되는 면이 있으므로 국가배상법 제7조의 상호보증규정은 종국적으로 폐지되어야 할 뿐만 아니라, 상호보증규정에 의하여 외국인의 국가배상청구를 배척하지 않는 방향으로 해석, 적용되어야 한다.

(논문투고일 : 2016.11.16, 심사개시일 : 2016.11.22, 게재확정일 : 2016.12.15)



문 영 화

국가배상, 상호보증, 외국인, 국가배상법, 외인법

【참 고 문 헌】

국내문헌

I. 단행본

석광현, 『국제민사소송법』, 박영사(2012)

양건, 『헌법강의』 제5판, 법문사(2014)

정재황, 『신헌법입문』 제4판, 박영사(2014)

최재정, 『불법행위를 원인으로 한 국가배상책임의 특수성에 관한 연구』, 한양대학교 대학원 박사학위논문(2013)

허영, 『한국헌법론』 전정9판, 박영사(2013)

II. 학술논문

김석호, "외국판결을 승인·집행하는 논거", 『법학연구』 제23집, 한국법학회(2006)

이성훈, "외국판결의 승인에 있어서 상호보증요건에 관한 법경제학적 접근", 『사법논집』 38집, 법원도서관(2004)

이일세, "독일 국가배상책임의 법적 구조와 그 요건에 관한 연구", 『강원법학』 Vol 5, 강원대학교 비교법학연구소(1993)

이종혁, "외국인의 법적 지위에 관한 헌법조항의 연원과 의의-제헌국회의 논의와 비교헌법적 검토를 중심으로-", 『서울대학교 법학』 제55권 제1호(2014. 3.)

III. 기타

법무자료 제141집 『국가배상제도의 제문제』, 법무부(1991)

외국 문헌

Ⅰ. 독일문헌

Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht 4. Auflage, C.H.Beck(1985)

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 5 Schuldrecht· Besonderer Teil III, Verlag C.H.Beck München(2013)

Ⅱ. 일본문헌

古崎慶長, 『國家賠償法』, 有斐閣(1971)

古崎慶長, “国家賠償法 6 条の相互保証に関する諸問題”, 『判例タイムズ』 No.344(1977. 4. 15.)

近藤敦, “國賠法6條の相互保証主義と憲法17條”, 『法學セミナー』 no.603(2005. 3.)

佐藤英善 編, 實務判例 逐條國家賠償法』, 三協法規出版(2008)

澤木敬郎, “国家賠償法と相互の保証”, 別冊『ジュリスト』 No.16(1976. 12.)

鈴木康之, “相互保証”, 『裁判實務大系 18 國家賠償訴訟法』, 青林書院(1988)

高梨文彦, “外国人受刑者に対する懲罰等の違法性と国家賠償法 6 条の相互の保証」”, 『自治研究』 제80권, 제5호(2002)

西埜章, 『国家賠償法 コンメンタール』 (第 2 版), 株式會社勁草書房(2014)

松浦馨, 『条解 民事訴訟法』 (第 2 版), 弘文堂(2011)

村瀬信也, “被害者の国籍が朝鮮である場合の国家賠償法 6 条における「相互の保証」の有無”, 『ジュリスト』 No.564(1974. 7. 1.)

山内惟介, “国家賠償法と相互の保証”, 別冊『ジュリスト』 No.133(1995. 5.)

Zusammenfassung

Das Erfordernis der Gegenseitigkeit bei der Staatshaftung gegenüber Ausländern

Young Hwa Moon

Nach dem Artikel 7 von koreanischem Staatshaftungsgesetz haftet der Staat nur dann gegenüber Ausländern für Amtspflichtsverletzungen, wenn die Gegenseitigkeit verbürgt ist. Am 11. 6. 2015. traf der Oberste Gerichtshof eine wichtige Entscheidung bezüglich des Erfordernisses der Gegenseitigkeit bei Staatshaftung, wobei er über die Gegenseitigkeit erklärte, daß die Ansprüche aus dem koreanischen Staatshaftungsgesetz nur dann Ausländern zustehen, wenn Koreanern nach dem ausländischen Recht bei vergleichbaren Schädigungen mit keiner schwierigeren Voraussetzungen als nach dem koreanischen Recht ein gleichwertiger Schadensausgleich von dem ausländischen Staat geleistet werden kann.

Im Vergleich zu den rechtlichen Umständen bei Staatshaftung gegenüber Ausländern verlangen einige Staaten, wie England, nicht die Verbürgung der Gegenseitigkeit. Nach der alten Fassung des Gesetzes in Deutschland mußte die Gegenseitigkeit entweder durch die Gesetzgebung des ausländischen Staates oder durch den Staatsvertrag verbürgt und eine entsprechende Bekanntmachung erfolgt sein, aber seit der Änderung des Gesetzes in 1993 kann grundsätzlich jeder Ausländer bei Amtspflichtverletzungen durch Bundesbeamte einen Anspruch gegen die Bundesrepublik erheben. In Japan gibt es einen Artikel von der Gegenseitigkeit im Staatshaftungsgesetz, aber es gibt bis jetzt keinen gerichtlichen Präzedenzfall, daß das Gericht die Staatshaftung gegenüber Ausländern wegen der Verbürgung der Gegenseitigkeit verneint hat.

In Anbetracht der immer engeren internationalen Verflechtung der Lebensbeziehungen und der Vielzahl der in Korea tätigen ausländischen Arbeitnehmer erscheint der Haftungsausschluß gegenüber Ausländern heute nicht mehr angemessen. Die Verbürgung der Gegenseitigkeit bilden materielle Voraussetzungen für den Klageanspruch und auch gleichzeitig ein verfahrensrechtliches Hindernis für die Geltendmachung des Anspruchs. Darum sollte m.E. das Erfordernis der Verbürgung der Gegenseitigkeit im Staatshaftungsgesetz grundsätzlich aufgegeben werden.



Young Hwa Moon

Staatshaftung, Die Verb rgung der Gegenseitigkeit, Staatshaftungsgesetz, Ausl nder, Fremdenrecht

파산관재인의 선임 및 법원과의 업무에 있어서 독일 개정파산법이 주는 시사점

이 상 영*

【목 차】

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 파산관재인의 선임 및 업무의 특성
1. 파산관재인의 자격
2. 파산관재인의 선임
3. 파산관재인 업무의 특성
4. 소결
Ⅲ. 감독법원과 관련된 업무
1. 보고 및 통지업무
2. 법원의 허가업무
3. 법원의 조치에 대한 즉시항고
4. 파산계획의 제출
5. 그 밖의 업무
6. 소결
Ⅳ. 결 론

【국 문 요 약】

우리 법에서는 파산관재인의 선임이 법원의 전권사항으로서 선임에 대한 즉시항고 여부에 대해 논란이 있다. 그러나 독일에서는 파산관재인의 선임이 법원의 전권사항이 아닐 뿐만 아니라, 실무경험을 갖추고 이해관계인과 독립적인 자를 선임할 수 있어야 하며, 선임결정에 대해 즉시항고를 정하고 있다. 또 우리 법과 달리 독일법에서는 법원의 감독과 파산관재인의 보고업무를 동일 조문에 규정하여 언제든지 개별정보에 대한 중간보고를 통해 감독할 수 있도록 상호 연계시키고 있다. 우리 법이 대부분의 파산관재인의 업무를 법원의 허가사항으로 정하고 있음에 대하여, 독일법에서는 파산관재인의 업무 중 법원의 허가사항이 전혀 없으며, 단지 3가지 사항에 대해서만 법원의 동의를 받도록 정하고 있다. 이처럼 독일에서는 관료적·권위적 색채를 지닌 허가라는 용어 대신에 동의를 받도록 함으로써 비록 법원의 선임과 감독을 받더라도 파산절차를 주도하는 파산관재인의 역할에 대한 독립적 지위를 법적으로 뒷받침하고 있다. 또한 독일에서는 입법을

* 동국대 법과대학 교수, 법학박사

통해 법원의 동의사항과 감사위원의 동의사항을 중복시키지 않고 있다. 중복동의로 인한 절차 지연의 번거로움을 줄일 수 있게 한 것이다. 독일에서는 파산관재인이 자신의 업무를 이행하지 않을 경우 법원이 강제금을 부과할 수 있고, 이에 대해 파산관재인이 즉시항고를 제기할 수 있는데 우리 파산절차에는 없는 규정이다. 파산관재인의 업무해태를 방지하고, 파산절차의 원활한 진행을 위한 규정으로 보인다. 끝으로 독일에서는 다툼이 있는 채권이라도 파산관재인이 채권자와 의결권에 대하여 합의가 있으면 의결권을 행사할 수 있지만, 우리나라에서는 이의있는 채권액에 대해서는 의결권을 부여하지 않고 있다. 이상 독일 개정파산법의 주요 내용을 살펴보았는데, 가장 중요한 특색은 파산관재인의 지위를 객관적으로 견고하게 정하였고, 파산업무를 책임있게 수행할 수 있도록 업무의 독립성을 강화하였다는 것으로 압축할 수 있다. 이러한 독일법의 특색은 우리 법 조문에 투영되어 있는 구시대적·권위주의적 색채를 버리고 새로운 시대적 변화와 국민들의 눈높이에 맞는 수준 높은 파산법으로의 개정을 위한 입법에 시사하는 바가 클 것으로 여겨진다.

I. 서 론

독일에서는 시대의 변화에 따라 파산법(Konkursordnung)과 화의법(Vergleichsordnung)[1] 및 구동독지역에서 시행되었던 공동집행법(GesO)을 통합하여 1994년 10월5일 개정파산법(Insolvenzordnung = InsO)[2]을 제정하여 1999년 1월1일부터 시행하고 있는데, 그 전까지 1877년 2월10일에 제정된 파산법(Konkursordnung = KO)을 120년이 넘는 장기간 동안 개정하지 않은 채 존치하였었다. 이 법은 일본파산법을 통해 1960년 1월20일 제정·시행된 우리나라의 구파산법에도 큰 영향을 미친 바 있다. 독일에서는 수차례 개정작업을 거치면서 현재의 개정파산법(InsO)[3]이 시행되고 있다. 우리나라에서도 IMF 경제위기 이후 수차례 개정작업을 거치면서 파산법, 화의법, 회사정리법을 통합한 현행 '채무자 회생 및 파산에 관한 법률'[4]이 제정되어 시행되고 있다.

특히 우리 채무자회생법에서 제3편의 파산절차(제294조-제578조의17)는 그 토대를 1877년에 제정된 독일의 파산법을 계수한 우리의 구파산법에서 찾을 수 있다. 이와 같이 양국의 파산법은 역사적인 뿌리가 같기 때문에 개정되기 이전의 양국의 구파산법은 기본적인 법체계가 매우 유사하였다.[5] 또한 독일과 우리나라에서 파산법을 전면 개정한 것은 90년대와 2000년대로서 시기적으로도 비슷하다는 점이다. 그럼에도 불구하고 파산절차에 대한 실무경험이나 국민의 법 감정, 시대적·사회경제적 배경 등의 차이로 인하여 서로 다르게 발전해 왔을 것으로 여겨진다. 바로 이 점에서 개정 이후의 현행 파산법의 조문을 비교대상으로 삼는 것은 매우 의미가 있을 것으로 판단하였다.

파산절차에서 가장 중요한 역할을 담당하는 사람은 파산관재인이다. 그러므로 파산절차의 성패를 좌우하는 것은 파산관재인의 능력과 전문성에 달려있다고 해도 과언이 아니다. 최근 우리나라에서 파산사건이 기하급수적으로 증가하고 있지

---

1) 1935.2.26. RGBl. S.321.

2) 이하 독일의 개정파산법(Insolvenzordnung)에 대해서는 약칭 'InsO'로 기술한다.

3) 본고에서는 2015년 11월20일 개정된 Insolvenzordnung을 비교대상이 되는 연구의 기초자료로 하였다.

4) 이하 '채무자 회생 및 파산에 관한 법률'은 '채무자회생법'으로 약칭하며, 본고에서 동일 법령의 반복을 피하기 위하여 '동법'으로 기술하고 한다. 또한 본 논문에서 언급하고 있는 '파산절차'란 채무자회생법 제3편에서 정하고 있는 파산절차를 의미한다.

5) 독일파산법의 개정과정과 그 주요내용에 대한 자세한 내용은 졸고, "독일파산법상 갱생절차의 채택", 1997, 비교사법 제6호, 102면 이하 참조.

만, 이에 걸맞게 파산사건이 신속하게 처리되지 못하고 있는 실정이다. 그러므로 파산절차에서 핵심역할을 하는 파산관재인의 업무를 중심으로 비교하는 것은 파산절차의 효율성 제고라는 측면에서도 매우 의미가 있는 연구가 될 것이다. 이에 대한 연구가 중요한 또 다른 이유는 파산관재인의 법적 책임을 도출하는데 우선적으로 검토되어야 할 부분이기 때문이다.

그러나 파산관재인의 업무는 감독법원, 파산재단 및 이해관계인과 관련하여 매우 광범위하다. 더구나 업무내용이 파산절차의 전 영역에 산재하고 있어서 한국과 독일의 법규를 샅샅이 살펴봐야 한다는 점에서 이 분야의 연구가 매우 번거로운 작업임에 틀림없다. 이에 파산재단 및 이해관계인과 관련한 업무에 대한 검토는 다음으로 미루고, 본고에서는 우선 파산관재인의 선임 및 법원과 관련된 업무만을 중심으로 양국의 법규에 어떤 차이가 있는지를 비교해보고자 한다.[6] 이를 통해 자연스럽게 우리 법의 문제점을 찾을 수 있을 것이며, 나아가 우리 파산절차의 개선을 위한 시사점을 제시할 수 있을 것으로 여겨진다.

II. 파산관재인의 선임 및 업무의 특성

1. 파산관재인의 자격

채무자회생법은 파산관재인에 대하여 제355조부터 제366조까지 모두 12개의 조문에서 선임(동법 제355조, 제356조, 제367조), 사임(동법 제363조), 해임(동법 제364조), 의무(동법 제361조, 제365조) 등에 관하여 정하고 있다. 그러나 파산관재인의 피선임자격에 관하여는 정하고 있지 않다. 채권자집회에서 선임되는 감사위원의 자격에 대해서는 '법률이나 경영에 관한 전문가로서 파산절차에 이해관계가 없는 자'라야 한다고(동법 제377조 제2항) 정하는 것과 대조된다. 이처럼 파산관재인에 대해서는 감사위원의 자격조항과 같은 명문규정이 없다.

파산절차는 회생을 위한 절차가 아니라, 전적으로 청산을 목적으로 하며, 복잡한 법률문제가 많고 업무수행의 공정 중립을 기해야 한다는 점에서 파산관재인은 법률지식에 정통하고 스스로 소송사건을 처리할 수 있는 자일 것이 요망된다고 한다.[7] 이 점에서 실무상 변호사를 파산관재인으로 선임하는 경우가 많다. 회생

6) 양국 법에서 개인파산과 법인파산을 분리하여 규정하고 있지 않으므로 본고에서도 구분하지 않고 기술한다.

7) 윤남근, "파산관재인 - 그 법률상 지위와 권한을 중심으로", 파산법의 제문제(상), 재판자료 82집 (99.06), 198면.

절차에 있어서 전문경영인을 관리인으로 선임하는 경우와 대비된다.[8]

한편 독일법에서는 파산관재인에 대하여 제56조부터 제60조까지 5개 조문에서 선임과 임명장 교부(InsO 제56조), 선임시 채권자의 개입(InsO 제56조a), 채권자집회에서의 선임(InsO 제57조), 법원의 감독과 강제금 부과(InsO 제58조), 해임(InsO 제59조), 책임(InsO 제57조) 등에 관하여 정하고 있다. 하지만, 독일법에도 파산관재인의 자격에 관한 규정은 없다. 다만 동법 제56조 제1항에 따르면 실무경험을 갖춘 자로서 채권자나 채무자와 같은 이해관계인에게 종속되지 않고 독립적인 자연인을 파산관재인으로 선임한다고 정하고 있다. 업무수행을 위하여 필요한 지식과 파산관재인으로서의 경험을 필요로 하는 것이다. 또한 파산관재인에게는 외부의 영향없이 독자적으로 업무를 수행할 수 있을 정도로 독립성이 요구된다.[9] 그러므로 채무자 및 그의 법정대리인은 파산관재인으로 선임될 수 없다.[10] 이처럼 직무능력이 없거나, 독립성이 없는 자를 파산관재인으로 선임한 경우에는 처음부터 그 효력이 없으므로 이들에 의한 직무행위 역시 무효가 된다. 이 경우 법원은 새로운 파산관재인을 선임해야 한다. 또 파산관재인이 수인이어서 이들이 파산관재인단을 구성한 경우에도 채권자나 채무자로부터 독립적으로 업무를 수행할 수 있어야 한다. 만일 채권자 중에서 파산관재인으로 선정되거나 선임되었다면, 그에게는 독립성의 흠결 및 이익상충의 우려가 특히 높은 것으로 추정한다.[11]

이에 반하여 우리 법에는 실무경험을 갖추고 이해관계인과 독립적인 자여야 한다는 규정이 없다.[12] 법적근거는 없지만 공평·중립일 것이 요구되는 파산관재인의 직무의 성질상 파산자나 이에 준하는 자, 파산채권자, 기타 파산법상의 이해관계인이나 그 친족 및 대리인 등은 피선임 자격이 없는 것으로 파악한다.[13]

---

8) 최병규, "법정관리인 선임절차상의 문제점과 개선방안", 경영법률 11집(2000. 12), 한국경영법률학회, 150면 이하.

9) Obermüller/Hess, InsO – Eine systematische Darstellung des neuen Insolvenzrechts, 4. neu bearbeitete Aufl. 2003, C. F. Müller, Rdnr. 550; Gottwald/Huber, Insolvenzrechts-Handbuch, 5. neubearb. Aufl. 2015, C.H. Beck, § 129, S. 2653.

10) Obermüller/Hess, aaO., Rdnr. 551.

11) Obermüller/Hess, aaO., Rdnr. 557.

12) 회생절차에 있어서 관리인은 정리회사의 조직이나 업무, 영업활동 등에 관하여 충분한 지식을 가지고 있어야 하고 또한 경영의 정상화에 대하여 높은 열의를 필요로 하기 때문에 오히려 이해관계인 자신 혹은 그의 추천을 받은 자가 관리인이 되는 경우가 많다. 나아가 관리인이 선임되지 않은 경우에는 채무자를 관리인으로 본다(동법 제74조 제4항).

13) 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 「법인파산실무」(제4판), 105면; 윤남근, 앞의 논문, 198면.

또 우리 법에서는 독일법과 달리 법인도 파산관재인으로 선임될 수 있다(동법 제355조 제2항).[14] 이에 따라 파산관재인의 법적 지위에 관하여 대리인설을 취할 때 자연인인 경우와 법인인 경우를 구분하여 파악할 것인지, 아니면 어느 설을 취하던지 행위능력을 필요로 한다고 할 것인지 의문이다. 왜냐하면 법인이 아닌 자연인이 파산관재인인 경우 그의 법적 지위에 관하여 대리인설을 취하면 이론적으로는 행위능력자일 것을 요하지 않기 때문이다(민법 제117조). 물론 파산업무의 성격상 제한능력자가 파산관재인으로 선임되는 것을 상상할 수는 없다. 이에 대해 자연인만을 파산관재인으로 선임할 수 있는 독일에서는 행위능력이 제한되어 있는 미성년자나 일시적으로 행위능력이 제한된 자를 파산관재인으로 선임하더라도 무효가 아니다. 이런 경우 법원은 행위능력이 제한된 파산관재인을 해임할 수 있을 뿐이다.[15] 이처럼 독일에서는 신탁회사 및 법인 아닌 사단은 파산관재인으로 선임될 수 없기[16] 때문에 파산관재인이 업무를 수행할 수 없는 경우에는 특별파산관재인을 선임할 수 있다고 한다.[17]

2. 파산관재인의 선임

가. 선임방법

양국법에서는 법원이 파산관재인을 선임하지만(동법 제355조, InsO 제56조), 선임방법에 차이가 있다. 즉 우리 법에서는 관리위원회의 의견을 청취하기는 하나 파산관재인의 선임이 법원의 전권사항임에(동법 제355조 제1항)[18] 반하여, 독일에서는 선임이 법원의 전권사항이 아니다. 즉 임시감사위원회(vorläufiger Gläubigerausschuß)[19]에서 파산관재인으로 추천한 자를 법원이 반드시 고려해

14) 구파산법에서는 파산관재인으로 행위능력이 있는 자연인일 것을 요한다고 보는 것이 통설이었고, 따라서 법인은 파산관재인이 될 수 없었다.

15) Obermüller/Hess, aaO., Rdnr. 551.

16) Obermüller/Hess, aaO., Rdnr. 558.

17) 개정파산법에서는 정하고 있지 않으나 문헌에서 보수에 대해 언급하고 있는 것을 보면 실무상 선임이 가능한 것으로 보인다(Obermüller/Hess, aaO., Rdnr. 560; Gottwald/Huber, aaO., § 129, S. 2653).

18) 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 앞의 책, 58면.

19) 독일의 채권자위원회(Gläubigerausschuß)는 위원의 자격으로 별제권자와 파산채권자 등 채권자를 대표한 자와 기업의 경우 근로자 대표도 당연히 위원으로 선임되며, 채권자가 아닌 자도 위원으로 선임될 수 있지만(InsO 제67조), 우리의 감사위원은 파산절차에 이해관계가 없는 자를 선임해야 한다(동법 제377조)는 점에서 차이가 있다. 그러나 그 밖에 위원회의 설치, 직무집행 및 기능 등에서 우리의 감사위원과 매우 유사하다. 더구나 독일 개정파산법에는 우리 법에 있는 채권자협의회(동법 제21조)와 관리위원회(동법 제15조)가 없고, 이들과 본질적으로 다름에도

야 하며(InsO 제56조의a), 제1차 채권자집회에서는 법원이 선임한 자가 아닌 다른 사람을 파산관재인으로 선정할 수도 있고 이를 법원이 거절하면 즉시항고(sofortige Beschwerde)까지 가능하다(InsO 제57조). 나아가 독일에서는 우리 법에 없는 임시파산관재인 제도를 두고 있다(InsO 제22조). 우리 파산절차에서는 파산선고와 동시에 파산관재인을 선임하고 있지만, 독일에서는 파산관재인의 선임절차에 임시감사위원회와 채권자집회가 개입하므로 파산선고와 동시에 파산관재인을 선임하는 것이 어렵다. 그러므로 파산관재인의 선임이 최종 확정될 때까지 채무자의 재산을 보전하기 위하여 법원이 임시파산관재인을 선임할 수 있도록 한 것이다.

우리 법원은 파산선고의 공고시 파산관재인의 성명을 공고해야 한다(동법 제313조).[20] 이와 동시에 파산결정문 및 파산관재인의 인적사항을 공고하며, 파산관재인에게 파산결정 내용을 고지하고, 선임증을 교부함과(동법 제357조 제1항) 동시에 그 직에 취임한다.[21] 그런데 파산선고와 동시에 파산관재인을 선임하기 때문에 별도로 선임결정을 하지 않고 파산선고 결정서에 파산관재인의 인적사항이 기재된다. 또 법으로 정하고 있지는 않으나 법원의 선임권한에 임기설정권을 추정하여 2008년 파산관재인의 임기제를 도입하였다.[22]

독일에서는 법원이 파산관재인을 선임하면 그에게 증서(Urkunde)을 교부한다(InsO 제56조 제2항).[23] 증서에는 선의자 보호와 연계하지 않기 때문에 이를 분

불구하고 우리 법과 용어상 혼동할 여지가 있기 때문에 이해의 편의를 위하여 우리 법에 적절하게 감사위원으로 번역하여 사용한다.

20) 채무자회생법 제313조 제1항에서는 파산선고를 한 때에 공고할 사항으로 파산결정의 주문 및 파산관재인의 성명 및 주소 또는 사무소뿐만 아니라, 제312조의 규정에 의한 기간 및 기일, 파산선고를 받은 채무자의 채무자와 파산재단에 속하는 재산의 소유자는 파산선고를 받은 채무자에게 변제를 하거나 그 재산을 교부하여서는 아니된다는 뜻의 명령, 파산선고를 받은 채무자의 채무자와 파산재단에 속하는 재산의 소유자에 대하여 3가지 사항을 일정한 기간 안에 파산관재인에게 신고하여야 한다는 뜻의 명령 등을 예시하고 있다.

21) 일본에서는 파산관재인 선임결정의 효력발생 시기를 그가 선임결정 정본을 이의없이 수령한 때에 발생한다고 해석하는데(윤남근, 앞의 논문, 198면; 霽藤秀夫·麻上正信, 註解 破産法, 青林書院, p. 828.), 우리 문헌에는 이에 대한 언급이 없다. 파산선고시 파산관재인의 성명을 동시에 공고하고, 파산선고와 함께 파산의 효력이 발생하므로 선임결정문의 교부와 관계없이 선임의 효력이 발생한다고 보는 것이 타당할 것이다.

22) 파산관재인의 임기는 파산결정문과 파산관재인 선임증에 명시한다(서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 앞의 책, 64면).

23) 채무자회생법 제357조 제1항에서는 '법원은 파산관재인에게 그 선임을 증명하는 서면을 교부하여야 한다'라고 정하고, 이 때 교부하는 서면을 '자격증명서'로 칭하고 있다. 또한 동조 제2항에서는 파산관재인의 직무수행과 관련하여 이해관계인이 '자격증명서'를 요구할 때에는 이를 제시하도록 정하고 있다.

실한 경우에도 재발급하지 않으므로[24] 증서에 의하여 합법적으로 증명된 파산관재인과 법률행위를 함에 있어서 상대방은 그에게 업무를 행할 권한이 있는지 여부를 스스로 조사해야 한다. 파산관재인은 선임시 수령한 증서를 직무가 종료되면 다시 파산법원에 반납하여야 한다(InsO 제56조 제2항). 우리 법에도 자격증명서를 교부하도록 정하고 있지만, 직무 종료 시 이를 반납하여야 한다고 정하고 있지는 않다. 또한 우리 법이 파산관재인의 인적사항을 공고하도록 하고 있음에 비하여 독일법에서는 파산관재인의 인적사항이 아니라 그의 보수결정만을 공고하도록 하고 있을 뿐이다. 독일에서는 오히려 채무자의 성명, 주소 및 사무소에 대하여 공고하도록 정하고 있다(InsO 제9조). 이는 파산채무자에 의한 채권자를 해하는 행위를 방지하고, 선의의 피해자를 줄일 수 있다는 점에서 파산관재인의 인적사항을 공고하는 것보다 효과가 더 클 것이다.

나. 선임결정에 대한 불복

독일의 경우는 기술한 바와 같이 파산관재인의 선임에 임시감사위원회와 채권자집회가 개입할 수 있다. 즉 채권자는 채권자자치권에 근거하여 파산관재인 선임 후 최초로 개최되는 채권자집회에서 이미 선임된 파산관재인을 다른 사람으로 선택할 수 있으며, 법원이 그를 파산관재인으로 선임하는 것을 거절할 경우 각 파산채권자는 즉시항고를 제기할 수 있다(InsO 제57조). 그러나 채무자에게는 즉시항고권이 없다. 왜냐하면 채무자는 파산관재인으로 선정된 자와 마찬가지로 채권자의 추천결의에 대한 법원의 선임거절에 대하여 사실상 관련이 있을 뿐, 선임거절이 채무자의 권리를 침해한 것이 아니기 때문이다.[25]

우리 법에서는 파산관재인의 해임결정에 대하여는 즉시항고를 인정하고 있는데(동법 제364조 제2항), 그의 선임결정에 대하여는 즉시항고를 정하고 있지 않다. 우리와 같이 규정이 없는 일본에서는 긍정설과 부정설로 논란이 되고 있지만,[26] 아직 우리나라에서는 이에 대한 논의는 보이지 않는다. 파산관재인의 선임에 법원의 전권을 부여하고 있는 우리 법의 구시대적·권위주의적 입법태도는 차츰 개정해 나가야 할 부분이기에 비록 규정이 없더라도 채권자의 이익을 위하여 일본의 긍정설과 마찬가지로 피선임자격이 없는 자가 선임된 경우 이해관계인은

24) Gottwald/Huber, aaO., § 22, S. 474.
25) Obermüller/Hess, aaO., Rdnr. 565.
26) 일본의 학설에 대한 자세한 내용은 윤남근, 앞의 논문, 200면 참조할 것.

즉시항고로 다툴 법률상의 이익이 있고, 선임결정도 파산절차에 관한 재판인 이상 동법 제13조를 적용하여 선임결정의 공고가 있는 때로부터 14일 이내에 즉시항고를 할 수 있다고 보아야 할 것이다.

3. 파산관재인 업무의 특성

파산관재인의 업무를 독일법과 개별적으로 비교하기 전에 변호사, 법무사, 공인중개사 및 집행관 등 국내의 여러 법조직역의 직무와 간략하게 비교해 보고자 한다. 이는 제3장에서 기술할 파산관재인의 업무를 이해하는데 도움이 될 것이기 때문이다.

가. 직무규정과 자격

변호사, 법무사, 공인중개사 및 집행관은 각각 별도의 법규를 마련하여 당해 법규 내에 따로 직무에 관한 규정을 두고 있지만[27], 파산관재인의 경우는 별도의 법규가 없다. 더구나 채무자회생법 내에 따로 파산관재인의 직무조항도 없으며, 파산관재인의 업무에 대한 내용은 여러 조문에 산재되어 규정되고 있을 뿐이다.

변호사, 법무사, 공인중개사 모두 일정한 자격시험에 통과하여야[28] 자격을 취득하지만, 집행관이나 파산관재인은 법원의 선임에 의하여 당해 자격이 증명된다. 즉 파산관재인은 기술한 바와 같고, 집행관 역시 10년 이상 법원공무원으로 근무한 자 중에서 지방법원장이 임명한다(집행관법 제3조). 자격과 관련하여 법원에서 선임한다는 점에서 파산관재인은 집행관과 유사하다.

또한 단체조직과 관련하여 품위유지와 업무향상을 위하여 대한변호사협회와 대한법무사협회는 설립이 강제되지만,[29] 공인중개사협회는 설립할 수 있다고 정한다(공인중개사법 제41조). 한편 파산관재인과 집행관의 경우는 단체설립에 대한 규정도 없고 실제로 단체를 조직하고 있지도 않다. 이는 법원의 선임절차라는 출발점이 다르고, 당해 직무에 대하여 종신자격을 갖는 것이 아니라, 임기나 절차의 종료로 자격이 상실되기 때문에 조직체를 구성할 토대가 형성될 수 없기 때문일 것이다.

---

27) 변호사법, 법무사법, 공인중개사법, 집행관법 등.
28) 변호사법 제4조, 법무사법 제4조, 공인중개사법 제4조 참조.
29) 변호사법 제78조 이하, 법무사법 제62조 참조.

나. 선임과 보수

변호사, 법무사, 공인중개사 모두 일정한 수준의 전문자격을 가진 자로서 당사자의 위임을 받아 법률로 정한 업무를 수행한다. 이 경우 의뢰인과 변호사, 법무사, 공인중개사의 법률관계는 민법상 위임계약으로 본다. 집행관 역시 채권자의 집행위임을 통해 업무를 수행하는데, 여기서 위임은 민법상의 위임이라기보다는 강제집행 신청권으로 이해한다.[30] 이에 대하여 채무자의 재산을 관리·환가하는 파산관재인은 채무자가 아닌 법원의 선임을 받아 그의 감독을 받지만 법원과 독립된 기관으로서 업무를 수행한다는 점에서 위임과 다르다.

변호사, 법무사, 공인중개사는 위임계약상 위임인에게 위임사무의 처리에 대한 보수를 청구할 수 있지만, 집행관은 위임받은 직무를 수행한 경우에 대법원규칙으로 정하는 바에 따라 채권자로부터 수수료를 받는다(집행관법 제19조). 파산관재인의 보수는 법원이 정하고(동법 제30조 1항), 재단채권으로써 파산재단으로부터 우선적으로 지급받는다(동법 제473조 제4호, 제476조).[31] 이와 같이 파산관재인의 보수는 다른 법조직역의 보수와 성질상 차이가 있다.

다. 비밀누설금지

변호사, 법무사, 공인중개사의 업무에 있어서 동일하게 인정하고 있는 것은 직무상 알게 된 비밀을 누설할 수 없도록 정하고 있다는 점이다.[32] 그런데 이 비밀누설 금지조항이 집행관법에는 없으며, 파산관재인에게도 비밀준수의무가 없다. 이는 변호사, 법무사, 공인중개사는 자신의 업무가 의뢰인과 긴밀하게 관련되어 있고, 위임계약의 성질상 의뢰인과의 신뢰를 지켜야 한다는 측면에서 업무상 취득한 비밀을 지켜야 할 직업상 의무를 정한 것이다. 이에 대하여 집행관과 파산관재인은 법원이 선임하기 때문에 비교적 독립적이고, 이해관계인이 다양하여 업무상 지득한 비밀을 준수하기보다는 오히려 업무내용을 보고하고 공개해야 공평한 업무를 수행할 수 있기 때문일 것이다.

---

30) 이시윤, 신민사집행법, 2009, 53면 이하.
31) 아래 Ⅲ. 5. 가. 지출비용의 선급 및 보수청구권에서 보다 자세하게 설명함.
32) 비밀누설금지를 정하고 있는 규정은 변호사법 제26조, 법무사법 제27조, 공인중개사법 제29조 제2항 등이다.

라. 집행관 업무와의 차이점

이상 살펴본 바와 같이 별도의 법규를 가지고 있는 변호사, 법무사, 공인중개사의 직무는 파산관재인의 직무와 자격, 선임방법, 보수 및 비밀누설금지 등에서 현저한 차이가 있다는 것을 확인할 수 있다.

다만 집행관은 별도의 법규를 갖고 있긴 하지만 법원에서 선임하고 감독한다는 점에서 집행관과 비교해 보는 것이 파산관재인의 직무의 특색을 가장 쉽게 파악할 수 있을 것으로 보인다. 우선 유사점을 살펴보면, 자격이 필요치 않고, 업무가 한시적이라는 점, 채무자의 재산을 대상으로 한다는 점, 법원과 독립된 기관으로서 공무원에 준한다는 점,[33] 국가로부터 보수를 받지 않고 수수료나 파산재단으로부터 보수를 받는다는 것으로 요약된다. 이에 대해 파산관재인과 집행관의 직무상 차이점을 살펴보면, 첫째, 집행관은 자연인만을 선임할 수 있으나 파산관재인은 법인도 선임이 가능하다는 점, 둘째, 집행관은 채무자의 특정재산만을 집행할 수 있으나, 파산관재인은 채무자의 포괄재산을 관리・처분・배당까지 가능하다는 점, 셋째, 집행관은 채권자의 위임을 받아 그를 위해 업무를 수행하지만, 파산관재인은 채권자뿐만 아니라 여러 이해관계인의 이익도 고려해 업무를 수행한다는 점, 넷째, 집행관에게는 직무에 관한 위임을 정당한 이유없이 거절할 수 없는 직무상 거절금지의무가 있지만, 파산관재인에게는 이런 의무가 없다는 점 등이다.

4. 소결

검토한 바와 같이 독일법에서는 파산관재인으로 자연인만을 선임할 수 있으며, 이해관계인과 독립적이어야 하고, 실무경험 등 업무수행능력을 우선적으로 파악하고 있음을 알 수 있었다. 이에 반해 우리 법에서는 이러한 구체적 내용을 정하고 있지 않다. 현행 채무자회생법에서 파산관재인의 선임을 위하여 관리위원회의 의견을 듣고, 법인도 파산관재인으로 선임할 수 있도록 정한 것은 이해관계인의 개입을 줄이고 선임의 공정성을 확보하려는 의도가 있었을 것으로 보이기는 하지만, 독일과 같이 명확한 법적 근거를 제시하고 있지는 않다.

또한 법원이 파산관재인의 선임에 대한 전권을 보유하는 것은 채권자 등 이해

33) 집행관을 실질적 의미의 공무원 또는 특수직 공무원으로 파악한다(추신영, “집행관의 법적 지위”, 민사집행법연구 10권, 2014, 197면).

관계인의 이익을 고려해야 한다는 점에 비추어 볼 때 적절치 않다고 본다. 독일 개정파산법 제57조와 같은 별도의 규정이 없더라도 채무자회생법 제13조를 적용하여 이해관계인의 즉시항고를 인정해야 할 것이다. 다만 이해관계인의 즉시항고로 인해 파산관재인의 선임이 늦어짐으로써 초래될 수 있는 파산재단의 침해를 예방하기 위한 적절한 조치를 취할 수 있어야 할 것이다. 이런 경우 독일과 같이 특별파산관재인을 선임하는 것도 참고가 될 것이다.

III. 감독법원과 관련된 업무

파산관재인은 자신을 선임한 법원뿐만 아니라, 채무자, 채무자와 법률행위를 한 자, 채권자 및 채권자집회 등 여러 기관 및 이해관계인과 다양한 업무를 수행하게 된다. 이처럼 광범위한 그의 업무는 감독법원, 파산재단, 이해관계인(채무자와 채권자 등)과 관련된 업무로 크게 삼분해 볼 수 있다. 이에 본장에서는 한국과 독일의 파산절차상 감독법원에 대한 파산관재인의 업무를 비교·검토해 본다.

1. 보고 및 통지 업무

가. 보고업무(Berichtsaufgabe)

채무자회생법 제358조에서는 '파산관재인은 법원의 감독을 받는다'라고만 짧게 정하고 있다. 이에 비해 독일 개정파산법 제58조 제1항에서는 파산관재인에 대한 법원의 감독을 정하면서 동시에 재산상황이나 절차진행에 대한 정보를 요청하거나, 이에 대해 보고하도록 요구할 수 있다고 정한다. 나아가 파산관재인이 이들 의무를 불이행할 경우 사전경고 후에 강제금까지 부과할 수 있도록 구체적으로 정하고 있다(동조 제2항). 이처럼 독일에서는 1개 조문에 감독과 보고를 연계시켜 규정하고 있다.

단일 조문에 감독과 업무보고를 정하고 있는 독일과 달리, 우리 채무자회생법에는 법원의 감독을 정하고 있는 제358조에 법원에 대한 보고업무를 개별적으로 정하고 있지 않다.[34] 감독기관인 법원의 감독과 파산관재인의 보고업무를 긴밀히

34) 그나마 유일하게 파산관재인의 보고업무로 볼 수 있는 것은 채권자집회일 3일 전까지 이해관계인의 열람을 위하여 계산보고서와 그에 관한 감사위원의 의견서를 법원에 제출해야 할 의무를 들 수 있다(동법 제365조 제3항). 이와 달리 채무자집회에 대한 파산관재인의 보고업무는 개별적으로 정하고 있다.

연계시키지 못하고 있는 것이다. 법원에 대한 일반적 보고업무를 정하지 않은 이유는 아마도 파산관재인의 업무 중에서 법원으로부터 허가받아야 할 허가사항이 상당히 많기 때문일 것이다. 물론 법원이 파산관재인에 대한 해임권을 가지고 있으므로(동법 제364조) 그에게 필요한 서류제출이나 업무보고를 요구하는 방법으로 사실상의 감독을 할 수 있는 것도 이유가 될 것이다.[35]

한편 독일에서는 제58조에 법원의 감독과 감독의 일환으로 파산관재인에게 정보요청이나 보고요구를 할 수 있는 것에 그치지 않고, 법원은 파산관재인에게 언제든지 개별정보 및 중간보고를 요구할 수 있으며, 파산관재인은 법원의 감독을 받는 동안 법원에 대하여 보고하여야 한다(InsO 제261조 제2항). 이처럼 독일에서는 법원이 파산관재인에게 언제든지 개별정보와 중간보고를 요구할 수 있는 규정을 두어 광범위한 보고업무를[36] 인정하고 있는 반면에 우리 법에는 이런 규정이 없다.[37]

나. 재단부족시 통지(Anzeige der Masseunzulänglichkeit)

독일에서는 재단부족시 파산관재인이 법원에 이를 통지하도록 정하고 있다(InsO 제208조). 즉 파산재단(Insolvenzmasse)으로 파산절차비용을 지불하려고 했지만 이미 만기가 된 재단채무를[38] 변제하기에도 충분하지 않다고 판단되는 때에는 파산관재인은 재단부족 사실을 법원에 통지해야 하며, 법원은 이를 공고해야 한다. 현존하는 재단채무의 만기시점에 파산재단으로 이를 이행하는 것이 부족할 것으로 예상되는 경우에도 이 사실을 법원에 통지하여야 한다.

채무자회생법에는 파산재단이 재단채권의 총액을 변제하기에 부족한 경우의 변제방법으로 채권액의 비율에 따른다는 내용이 있을 뿐(동법 제477조), 파산관재인의 통지의무에 관한 규정은 없다. 오히려 파산재단으로 절차비용을 충당하기

35) 일반적 감독권이 있으므로 파산관재인은 법원의 명령에 따른 보고의무가 있다고 보며(서울중앙지방법원 파산부, 앞의 책, 106면 참조), 서울중앙지방법원에서는 파산관재인에게 파산재단의 환가를 위해 3개월마다 보고서를 제출하도록 하고 있다(서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 「개인파산회생실무」, 제4판, 2015, 박영사,127면).

36) Obermüller/Hess, aaO., Rdnr. 596.

37) 일반적 보고업무는 정하고 있지 않지만 법원은 파산관재인으로 하여금 면책불허가사유의 유무를 조사하게 하고, 면책을 신청한 채무자의 심문기일에 그 결과를 보고하게 할 수 있게 하고 있다(동법 제560조).

38) 독일개정파산법 제55조에서 정하고 있는 재단채무(Masseverbindlichkeit)는 우리 파산절차상의 '재단채권'과 단지 용어에 차이가 있을 뿐 동일한 의미를 지닌다.

부족한 경우 파산절차 개시 전에는 파산선고와 동시에 파산폐지를 결정하고, 파산절차 개시 후에는 채권자집회의 의견을 들어 직권으로 파산폐지를 결정한다고 정한다(제317조, 제545조). 독일에서도 파산절차 개시 후의 절차비용을 충당할 재단부족을 이유로 한 파산폐지(Einstellung mangels Masse)를 정하고 있다(InsO 제207조 제1항).

2. 법원의 허가업무

가. 채무자회생법상 법원의 허가사항

법원의 허가사항은 자산의 감소를 초래하는 업무, 파산관재인의 직무와 관련된 업무, 환가 및 배당에 관한 업무 등 크게 세 가지로 나누어 볼 수 있다.

채무자회생법은 자산의 감소를 초래하는 거의 모든 업무를 법원의 허가사항으로 정하고 있다. 동법 제492조에서는 부동산의 매각, 영업양도, 상품의 일괄매각, 동산의 임의매각, 자금 차입 등 모두 16가지의 법원 허가사항을 열거하고 있다. 더구나 감사위원이 설치되어 있는 때에는 그의 동의까지 받도록 하고 있다. 그러나 거래가액이 1천만 원 미만으로 법원이 정한 금액 미만인 때에는 허가의 없이도 행위를 할 수 있다는 예외[39]를 인정한다(동조 단서). 물론 가액이 1천만 원 미만인 때라도 법원이 다시 금액을 정하여 허가없이 할 수 있는 한도를 정해야만 허가없이 업무를 할 수 있게 된다.

파산관재인 자신의 직무와 관련한 사항으로서 파산관재인이 여러 명일 경우의 직무분장(동법 제360조), 대리인의 선임(제362조), 파산관재인의 사임(동법 제363조) 등도 법원의 허가사항이며, 파산채무자가 운영해 오던 영업을 파산관재인이 계속할 경우에도 법원의 허가를 받아야 한다(동법 제486조).

그밖에 환가 및 배당과 관련하여 채권조사기일이 종료되기 전 파산재단에 속한 재산의 환가(동법 제491조), 민사집행법에서 정한 환가방법 이외의 다른 환가방법(동법 제496조), 배당허가(동법 제506조), 배당률의 결정(동법 제515조), 최후배당(동법 제520조), 추가배당(동법 제531조) 등과 같은 업무도 법원의 허가를 받아야 한다. 끝으로 임치물의 반환청구는 법원의 허가사항이 아니라, 감사위원의 동의만 받아도 되는데, 감사위원이 설치되지 않은 경우에 한하여 법원의 허가

39) 동산의 임의매각, 채권 및 유가증권의 양도, 제335조제1항의 규정에 의한 이행의 청구, 소의 제기(가처분 및 가압류의 신청을 제외한다), 화해, 권리의 포기, 재단채권·환취권 및 별제권의 승인, 별제권의 목적의 환수, 파산재단의 부담을 수반하는 계약의 체결 등.

를 받도록 정하고 있다(동법 제500조 제1항). 그런데 우리나라에서는 실무상 감사위원을 설치하지 않는 경우가 많다.[40]

여기서 주목할 것은 법원의 허가사항 중에서 상당부분에 대하여 다시 채권자집회에서 선임된 감사위원의 동의를 받도록 정하고 있다는 점이다. 동법 제492조에서 정하는 모든 행위 이외에도 임치물의 반환청구(동법 제500조), 배당허가(동법 제506조), 배당률의 결정(동법 제515조), 최후배당(동법 제520조) 등이 감사위원의 동의사항이다. 감사위원의 동의는 채권자의 이익을 보호하기 위한 것이므로 꼭 필요하긴 하지만, 법원의 허가와 감사위원의 동의가 중복됨으로써 업무가 지체될 수 있다는 문제를 안고 있다.

나. 독일 개정파산법상 법원의 동의사항

독일 개정파산법에서는 파산관재인의 업무에 대하여 법원이 '허가한다'라는 문구를 찾을 수 없다. 법조문을 살펴보면 법원의 '허가'(Erlaubnis, Zulassung)라는 용어 대신에 법원의 '동의'(Zustimmumg)를 받아야 한다고 규정하고 있는데, 용어에서 우리 채무자회생법과 분명한 차이를 보이고 있다. 특별히 이해관계를 가진 자에게 기업을 양도하는 경우와(InsO 제162조 제1항) 채무자나 과반수 이상의 채권자가 채권자집회의 동의를 얻어 기업양도를 신청한 경우처럼(InsO 제163조 제1항) 기업양도 시에 법원의 허가를 받아야 하지만, 이들도 파산관재인의 업무는 아니다. 독일에서는 파산관재인의 업무 중에 법원의 허가사항이 없다.

기술한 바와 같이 우리 채무자회생법에서는 파산관재인의 업무에 대하여 법원에서는 허가를 받고, 감사위원으로부터는 동의를 받도록 정하고 있으나, 독일에서는 법으로 정한 특정한 업무에 대하여 법원이나 감사위원회로부터 동의를 받도록 하고 있을 뿐이지 허가라는 용어를 사용하지 않고 있다. 여기에 법률상 어떤 차이가 있는지는 아래에서 살펴본다.

파산관재인의 업무에 대하여 독일의 개정파산법에서는 우리 파산절차처럼 법원이 허가하는 것이 아니라, 단지 동의해 주는 것으로 정하고 있다. 또 법원이 파산관재인의 업무에 동의해 줄 수 있는 사항도 파산기업의 구조조정을 위한 노동법원의 동의(InsO 제122조 제1항), 해고근로자에 대한 사회복지 지원계획

40) 실무상 감사위원을 설치하지 않는 자세한 이유에 대해서는 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 「법인파산실무」, 113면 이하를 참조.

(InsO 제123조), 최후배당(InsO 제196) 등 단지 3개밖에 되지 않는다.[41] 법원의 간섭을 최소화하고 있음을 알 수 있다. 파산관재인의 업무로서 채무자회생법과 독일 개정파산법에서 법원의 허가 또는 동의를 받아야 할 업무로 일치하고 있는 것은 최후배당 뿐이라는 것을 알 수 있다(동법 제520조, InsO 제196조).

또한 독일에서는 법원의 동의사항과 감사위원회의 동의사항이 전혀 서로 중복되지 않는다. 즉 법원의 동의를 받은 사항을 다시 감사위원회에서 동의를 받을 필요가 없다는 것이다.[42] 파산절차를 번거롭게 하거나 지연시킬 수 있는 법원의 허가사항을 대폭 줄이고 이를 감사위원의 동의로 대체하고 있다.[43] 법원의 허가사항에 대하여 다시 감사위원의 동의를 얻어야 하는 우리 채무자회생법 제492조와 완전히 대립되는 입법태도이다.

다. 허가와 동의

채무자회생법에서 파산관재인의 일정한 업무를 법원의 허가사항으로 정했다면, 허가사항으로 정해 놓은 그 업무의 허가여부에 대한 전권은 법원에 있다.[44] 그러므로 파산관재인은 법원의 허가없이 업무를 처리할 수 없다. 만일 법원의 허가없이 업무를 처리했다면 무효일 뿐만 아니라,[45] 무허가행위 등의 죄라는 형사제재를 받게 된다(동법 제648조 제1항). 그러나 파산관재인이 법원의 허가를 받아 업무를 처리했다면, 관리자로서의 주의의무를 해태한 것이 아닌 한 원칙적으로 그에게는 개인적으로 손해배상책임이 없다.[46]

이에 반하여 독일법에서는 법원의 동의를 받아야 할 사항이 3개에 불과할 정도로 매우 적기 때문에, 대부분의 업무는 법원의 동의없이 파산관재인이 자기 책임 아래 처리할 수 있다. 물론 법원의 동의를 받지 않았다고 하여 파산관재인에게 업무를 처리할 권한이 없는 것이 아니다. 개정파산법에서 정하고 있는 파산관

41) Obermüller/Hess, aaO., Rdnr. 255, 1130ff.
42) Gottwald/Huber, aaO., § 21, S. 466ff.
43) 독일도 감사위원회는 임의기관인데, 여기서 동의를 받아야 할 사항은 채무자에 대한 부양(InsO 제100조) 등 모두 8가지가 된다(Obermüller/Hess, aaO., Rdnr. 619).
44) 허가는 순전히 사경제주체로서 행하는 사법상의 행위가 아니라 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 행하는 행정처분이다(대법원 2006.03.09. 선고 2004다31074 판결).
45) 추인이 있으면 소급하여 유효로 된다(서울중앙지방법원 파산부, 법인파산, 326면; 대법원 1990.11.13. 선고 88다카26987 판결; 대법원 2015.09.10. 선고 2014다68303 판결).
46) 관리자로서의 주의의무에 반하는 사례에 대한 자세한 내용은 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 「법인파산실무」, 103면 이하 참조.

재인의 업무는 모두 그의 고유업무이기 때문에 법원의 동의없이 행위를 하더라도 당연무효가 되거나 형사제재를 받지 않는다. 이 경우 법원은 사전경고 후 25,000유로 이하의 강제금을 부과할 수 있을 뿐이다(InsO 제58조 제2항). 이와 같이 독일에서는 파산관재인이 자신의 업무에 대하여 전적으로 책임을 진다.[47] 그러므로 법원의 동의를 받아 처리한 업무에 대하여 파산관재인의 책임이 경감될 수 있을지는 몰라도 책임을 면할 수는 없다.

3. 법원의 조치에 대한 즉시항고

가. 해임에 대한 즉시항고

법원은 직권 또는 채권자집회의 결의, 감사위원의 신청으로 파산관재인을 해임할 수 있는데(동법 제364조 제1항), 독일 개정파산법의 내용도 이와 유사하다(InsO 제59조 제1항). 해임을 결정하기 전에 법원이 파산관재인의 의견을 청취해야 하는 것도 마찬가지다(동법 제364조 제1항 2문, InsO 제59조 제1항). 이러한 법원의 해임조치에 대하여 양국법에서는 모두 즉시항고를 인정하고 있다(동법 제364조 제2항, InsO 제59조 제2항).

나. 보수결정에 대한 즉시항고

파산관재인의 보수 및 특별보상금은 법원이 결정하는데, 이 결정에 대하여 파산관재인은 즉시항고를 할 수 있다(동법 제30조).[48] 독일법에서도 보수결정(Beschluß von Vergütung)에 대하여 파산관재인에게 즉시항고를 인정하고 있지만, 다른 이해관계인, 즉 채무자와 모든 파산채권자도 즉시항고를 제기할 수 있다(InsO 제64조 제3항). 우리 법과 달리 파산관재인 이외에 이해관계인에게도 즉시항고를 인정한 것은 파산관재인의 보수액이 과다할 경우 파산재단의 감소로 이어져 파산채권자의 배당액에 영향을 미칠 수 있기 때문일 것이다. 그밖에 우리 법과 다른 점은 법원의 보수결정을 공고하도록 하였고, 파산관재인과 채무자, 감사위원회가 설치된 경우 감사위원회에게 특별송달을 하도록 정하고 있다는 점이다(InsO 제64조 제2항). 또 즉시항고는 공고 및 송달된 보수결정에 대하여 할 수

47) Jutta Laws, Die Haftung des Insolvenzverwalters nach der Insolvenzordnung, Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 2011. S. 7ff.

48) 우리 법원의 보수결정 기준에 대한 자세한 내용은 서울중앙지방법원 합의부 실무연구회, 「법인파산실무」, 342면 이하 참조.

있는 것이고, 송달 후 보수결정이 확정된 다음에는 공고할 필요도 없고, 즉시항고도 할 수 없다(동조 동항).

다. 강제금 부과에 대한 즉시항고

파산관재인이 자신의 의무를 이행하지 않으면 법원은 사전경고 후 25,000€(한화 대략 3200만원) 이하의 강제금(Zwangsgeld))을 부과할 수 있다. 이러한 법원의 결정에 대하여 파산관재인은 즉시항고할 수 있다(InsO 제58조 제2항). 해임된 파산관재인이 파산재단의 반환의무를 이행하지 않은 경우에도 법원은 강제금을 부과할 수 있다(InsO 제58조 제3항). 독일의 강제금 부과는 우리 채무자회생법상 벌칙조항의 벌금에 해당하는 것인데, 우리 법에서 법원의 허가사항인 업무를 허가없이 행한 경우 3000만원 이하의 벌금에 처할 수 있지만(동법 제648조) 이에 대해 즉시항고는 할 수 없다. 기술한 바와 같이 허가사항이 많은데다가 무허가행위에 대한 처벌조항까지 둠으로써 파산관재인의 업무상 독립성을 예외없이 부정하고 있다. 그밖에도 우리 채무자회생법에는 보고와 검사거절의 죄(제649조), 파산수뢰죄(제655조), 파산증뢰죄(제656조) 등의 벌칙조항을 두어 파산관재인을 제재하고 있다.[49] 업무의 독립성이 없는 파산관재인에게 과연 얼마나 실효성이 있을지 의심스럽다.

4. 파산계획의 제출

우리 채무자회생법 제2편 회생절차에서는 회생계획에 대해서만 무려 100여개의 조문을 두고 있음에도 불구하고 파산절차에는 파산계획, 변제계획 또는 채무자의 변제에 대하여 정하고 있는 조문이 단 1개조차 보이지 않고 있다. 이는 입법기술상의 차이에서 비롯된 것인데, 우리는 채무자회생법에 이해관계인의 법률관계를 조정하여 회생을 도모하는 갱생절차와 환가·배당을 목적으로 하는 파산절차를 제2편과 제3편으로 엄밀히 구분하여 규정하고 있는데 반하여, 독일 개정파산법에서는 이 두 가지 절차를 혼합하여 가변적인 절차로 단일화하였기 때문이다.[50] 즉 우리 파산절차에서는 파산계획이라는 용어가 없고, 절차의 성격상 파산관재인의 보고서에 이런 내용들이 포함될 수 있을 것이다.[51] 동법 제6장에는 파

49) '무허가행위 등의 죄' 이외의 각종 파산범죄에 대해서는 전병서,「도산법」, 433면 이하 참고.
50) 이에 대한 자세한 설명은 이상영, 앞의 논문, 비교사법 제6호(1997.6), 113쪽 이하를 참고.

산계획(Insolvenzplan)에 대하여 상세한 규정을 두고 있는데, 여기서 파산계획은 우리 채무자회생법상의 회생계획과 용어만 다를 뿐 내용과 절차가 같은 것이어서 본고에서는 파산관재인의 업무를 중심으로 간략하게 기술하고자 한다.

독일 개정파산법에서 파산계획에는 별제권자와 파산채권자에 대한 변제, 파산재단의 환가 및 배당, 파산절차 종료 후 채무자의 책임 등에 대하여 법에서 정한 것과 달리 작성할 수 있도록 정하고 있다(InsO 제217조).[52] 법원에 파산계획을 제출할 권한은 파산관재인과 채무자에게 있으며, 채무자가 제출할 경우에는 파산절차의 개시신청과 동시에 제출해야 한다(InsO 제218조 제1항).[53] 파산계획의 이행여부에 대한 감독권도 파산관재인에게 부여하고 있다(InsO 제261조 제1항). 파산계획의 이행여부에 대한 감독권을 파산관재인에게 양도한 경우 InsO 제261조 이하의 규정에 따른 파산관재인에 해당하는 법적지위는 대리인의 지위로 파악하기 어렵다. 파산관재인이 파산계획의 이행여부를 감독하더라도, 파산관재인의 업무와 감사위원의 직무 및 법원의 감독권은 변함없이 그대로 유지·존속된다(InsO 제261조 제1항).

파산관재인은 감독기간동안 감사위원회와 파산법원에 대하여 보고를 하여야 하고, 감사위원회 및 파산법원은 언제든지 개별정보 및 중간보고를 요구할 수 있다(InsO 제261조 제2항). 파산관재인은 채권이 이행되지 아니하거나 이행될 수 없음을 확인한 경우에는 감사위원회 및 파산법원에 그 사실을 통지하여야 하고 감사위원회가 구성되어 있지 아니한 경우에는 파산계획의 명부에 의거하여 모든 채권자에게 보고하여야 한다(InsO 제262조).

파산계획은 도입부분와 실행부분로 나뉘는데 계획의 이행에 대한 감독내용은 파산계획의 실행부에 기재되며, 파산절차가 종료된 이후 파산관재인은 감독내용이 담긴 파산계획의 실행부에 적절하게 채무가 이행되었는지를 확인하게 된다(InsO 제260조).[54]

---

51) 서울중앙지방법원에서는 파산관재인에게 파산재단의 환가를 위해 3개월마다 보고서를 제출하도록 하고 있다(서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 「개인파산회생실무」, 제4판, 2015, 박영사,127면).

52) Obermüller/Hess, aaO., Rdnr. 599.

53) 파산계획의 작성 제출 및 심의에 대한 자세한 내용은 졸고, 앞의 논문, 비교사법 제6호(1997.6), 119쪽 이하를 참고 바람.

54) 도입부와 실행부에 대한 자세한 내용은 졸고, 앞의 논문, 비교사법 제6호(1997.6), 121쪽 이하를 참고 바람.

5. 그 밖의 업무

가. 지출비용의 선급 및 보수청구권

파산관재인은 통신료·여비 기타의 비용을 선급받을 수 있고, 법원이 정한 보수 및 특별보상금을 받을 수 있다(동법 제30조 제1항).[55] 이러한 비용은 재단채권으로써 파산재단으로부터 우선적으로 지급된다(동법 제473조 제4호, 제476조).

파산관재인은 자신의 업무수행에 대한 보수청구권(Anspruch auf Vergütung)과 자신이 지출한 비용에 상응하는 상환청구권(Anspruch auf Erstattung angemessener Auslagen)을 가진다(InsO 제63조 제1항). 통상의 보수율은 파산절차가 종료할 때까지 파산재단의 가치에 따라 산정되며, 파산관재인의 업무수행의 과다와 직무수행의 범위 및 난이도를 고려하여 보수율을 조정할 수 있다(InsO 제63조 제1항). 또 독일 개정파산법에서는 파산관재인의 보수에 대하여 2단계의 비교적 상세한 내용을 정해 놓고 있는데, 이는 파산관재인이 보수에 대한 불안이나 불만없이 업무에 전념할 수 있도록 배려한 것으로 보인다. 이처럼 독일 개정파산법에서는 보다 구체적으로 보수액 산정방법을 정하고 있음에 비하여, 우리 채무자회생법은 단지 법원이 보수를 정한다고만 규정하고 있다. 그러나 2012. 8. 1. '법인 파산관재인의 보수 등에 관한 준칙'을 제정하여[56] 시행함으로써 법의 흠결을 보충하고 있다.

나. 이의제기

1) 의결권 행사에 대한 이의제기

파산채권자가 변제받을 수 없는 채권으로 채권자집회에서 의결권을 행사할 경우 파산관재인이 법원에 이의를 제기할 할 수 있고, 이 경우 의결권 행사여부를 법원이 결정한다(동법 제373조 제2항). 이 결정에 대해 불복신청할 수 없으며, 채권조사기일에 이의된 채권액은 전액 의결권을 부여하지 않는다.[57]

독일에서도 이와 유사한 규정을 두고 있다. 즉 채권자가 채권자집회에서 의결권을 행사하려면 파산관재인의 이의가 없어야 하는데, 파산관재인과 채권자가 의결권에 대한 합의하지 못한 경우는 의결권 행사여부를 파산법원이 결정한다. 파

55) 실무상으로는 업무의 번거로움으로 인하여 선급받는 경우가 거의 없다.
56) 자세한 내용은 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 「법인파산실무」, 342면 이하 참조.
57) 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 「법인파산실무」, 122면

산관재인과 채권자가 의결권에 대하여 합의하였다면 다툼이 있는 채권이라도 의결권이 있다고 한다(InsO 제77조 제2항). 채권자의 의결권 행사에 있어서 단순히 이의제기에 그치고 있는 우리 파산관재인보다는 의결권 행사에 그의 합의를 필요로 하는 독일의 파산관재인이 더 강력한 지위를 가지고 있음을 알 수 있다.

2) 채권신고기간 이후의 신고에 대한 이의제기

두 나라 법 모두 신고기간 이후에 신고한 채권이라도 채권조사의 일반기일에 조사할 수 있으나, 파산관재인이나 파산채권자가 이의를 제기한 경우에는 특별기일을 정하여 조사하여야 한다고 정한다(동법 제453조 제2항, InsO 제177조 제1항). 이처럼 양국 법은 거의 차이가 없지만 독일에서는 신고기간 이후에 신고한 채권과 조사기간 이후에 신고한 채권을 구분하여 정하고 있고, 특별기일을 정함이 없이 서면절차로도 조사할 수 있도록 하였다. 즉 신고기간 이후에 신고한 채권은 파산관재인이 이의를 제기해야 특별조사기일을 정하거나 서면절차로 조사할 수 있지만, 조사기간 이후에 신고한 채권은 파산관재인의 이의제기가 없어도 특별조사기일을 정하거나 서면절차로 조사할 수 있게 한 것이다(InsO 제177조 제1항).

6. 소결

독일의 개정파산법은 허가라는 용어에서 느끼는 관료적, 권위적 색채를 버림으로써 비록 파산관재인이 법원의 선임과 감독을 받는 지위에 있음에도 불구하고 파산절차를 주도하는 파산관재인의 역할에 대한 독자적 지위를 법률적으로 뒷받침하고 있다. 또한 독일에서는 입법을 통해 법원의 동의사항과 감사위원의 동의사항을 중복시키지 않음으로써 중복동의로 인한 절차상 지연의 번거로움을 줄일 수 있게 한 것도 독일 개정파산법의 장점이다.

해임이나 보수 등 파산관재인 자신의 신상과 관련된 사항에 대해서는 한국과 독일 모두 즉시항고를 인정하고 있지만 독일에서는 파산관재인이 자신의 업무를 이행하지 않아 법원으로부터 제재를 받은 경우에도 즉시항고를 제기할 수 있도록 하고 있다는 점이 다르다. 파산절차의 원활한 진행을 촉진하고, 파산관재인의 업무해태를 방지하기 위한 규정으로 보이는데, 파산관재인이 업무를 해태할 수밖에 없었던 데 상당한 이유가 있을 때에는 그를 보호해 주기 위한 방법으로 즉시항고를 인정한 것이다. 독일법상 파산계획은 파산절차와 회생절차를 단일화하면서 생

겨난 것으로서 우리의 회생절차상 관리인의 업무를 파산관재인이 담당하는 것으로 이해하면 된다.

독일에서는 다툼이 있는 채권이라도 파산관재인이 채권자와 의결권에 대하여 합의가 있으면 의결권을 행사할 수 있지만, 우리나라에서는 이의있는 채권액에 대해서는 의결권을 부여하지 않는 것이 관행이다. 또 채권조사에 있어서 신고기간 이후에 신고한 채권과 조사기간 이후에 신고한 채권을 구분하여 특별기일을 정하거나 서면절차로도 조사할 수 있도록 하였다는 점도 독일 개정파산법의 특색이다.

IV. 결 론

90년대까지만 해도 양국의 파산법은 그 역사적 기원이 같은 것으로 인식되었지만, 여러 우연곡절을 통한 개정작업을 거치면서 현재 시행되고 있는 양국의 파산절차는 특히 본고에서 검토한 파산관재인의 업무와 관련한 부분에서는 기술한 바와 같이 현저한 차이가 있다는 것을 파악할 수 있었다. 독일에서는 1970년대부터 많은 학자들이 파산법분야와 관련해 많은 연구를 진행해 왔고, 독일의 개정파산법은 이런 오랜 연구와 토론과정을 거친 결과의 산물로서 새로운 경제적 변화에 부응하는 내용으로 대폭 개정되었다. 하지만, 우리 채무자회생법상 파산절차에 대한 규정은 구파산법의 내용을 대부분 수용하고 있다는 점이다. 우리 채무자회생법에 없는 독일 개정파산법의 주요 내용을 간추리면 다음과 같다.

독일에서는 파산관재인의 선임이 법원의 전권사항이 아니며, 실무경험을 갖추고 이해관계인과 독립적인 자를 선임할 수 있어야 하고, 선임결정에 대해 즉시항고를 인정하고 있다. 또 법원의 감독과 파산관재인의 보고업무를 동일 조문에 규정하여 언제든지 개별정보에 대한 중간보고를 통해 감독할 수 있도록 상호 연계시키고 있다. 파산관재인의 업무 중 법원의 허가사항이 전혀 없으며, 단지 3가지 사항에 대해서만 법원의 동의만 받도록 정하고 있다. 또한 파산관재인이 법원과 감사위원으로부터 받을 동의사항이 서로 중복하고 있지 않다. 파산관재인의 보수에 대한 법원의 결정에 대해서는 이해관계인도 즉시항고를 인정하고 있고, 파산관재인의 의무불이행에 대하여 강제금을 부과할 수 있도록 정하고 있다. 또 다툼이 있는 채권이라도 파산관재인과 합의가 있으면 의결권을 행사할 수 있도록 하였고, 채권조사에 있어서 신고기간 이후에 신고한 채권과 조사기간 이후에 신고

한 채권을 구분하였으며 서면절차로도 조사할 수 있도록 했다는 점이다.

살펴 본 바와 같이 한국의 채무자회생법에 비하여 독일에서는 극히 일부 업무에 대해서만 법원의 동의를 받도록 정하고 있다. 법원의 허가사항이 많은 한국보다 독일의 파산관재인이 업무의 독립성이 훨씬 강하여 파산업무를 책임있게 수행할 수 있을 것으로 파악된다. 독일 파산관재인의 지위가 객관적으로도 매우 견고하다는 것을 보여주는 것이다. 이에 비하여 한국의 채무자회생법에 법원의 허가사항을 과다하게 규정하고 있다는 것은 파산관재인의 지위를 약화시킬 뿐만 아니라, 그의 책임까지 분산시키는 부작용을 낳는다. 이런 논리에 비추어보면 채무자회생법 제492조야말로 파산관재인의 책임을 완화시키는 대표적 규정이다. 파산관재인의 책임있는 절차진행을 위해서는 향후 개정작업을 통해 이 조문을 전면 삭제되거나 허가사항을 대폭 줄여야 할 것이다.

파산관재인의 업무는 매우 복잡하고 다양하여 법률지식만으로 해결할 수 없는 업무도 많다. 특히 환가 및 배당업무는 단순히 법률지식을 가진 변호사를 선임하는 것만으로는 한계가 있다. 독일처럼 실무경험과 업무수행능력을 고루 갖출 것을 요건으로 한다면 다양한 법률지식과 등기업무, 집행절차상의 실무경험을 겸비하고 있는 법무사를 파산관재인으로 선임하는 것도 매우 바람직 할 것이다. 사회경제적 측면에서도 파산관련법에 대한 중요성이 점점 증대하고 있어 우리 법 조문에 투영되어 있는 구시대적·권위주의적 색채를 버리고 새로운 시대적 변화와 국민들의 눈높이에 맞는 수준 높은 파산법으로의 개정을 위한 노력이 수반되어야 할 것이다. 본 연구는 우리 파산법의 선진화를 위한 기초자료가 될 수 있을 것으로 본다.

(논문투고일 : 2016.11.20, 심사개시일 : 2016.11.22, 게재확정일 : 2016.12.15)



이 상 영

파산관재인의 업무, 선임, 법원의 허가 또는 동의, 즉시항고, 이의제기

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 국내 문헌

남 현 : “파산관재인 전면 선임 방식과 관련한 제문제”, 재판자료 제127집(2013년), 도산법실무연구 127집(도산법실무연구), 275-314, 법원도서관.

서울지방법원 파산부 실무연구회, 「개인파산·회생실무」, 2016, 박영사.

서울지방법원 파산부 실무연구회, 「법인파산실무」, 제4판, 2015, 박영사.

윤남근 : “파산관재인 : 그 법률상 지위와 권한을 중심으로”, 재판자료 82집(99.06), 파산법의 제문제(상) 175-229.

이상영 : “독일파산법상 갱생절차의 채택”, 비교사법 제4권 1호(1997.6), 한국비교사법학회

전병서 : 「도산법」, 2007, 법문사.

최병규 : “법정관리인 선임절차상의 문제점과 개선방안”, 경영법률 11집(2000.12) 149-174, 한국경영법률학회.

추신영 : “집행관의 법적 지위”, 민사집행법연구 10권(2014.02), 178-211, 한국사법행정학회.

황남석 : “파산관재인의 법적 지위에 관한 고찰 - 제3자의 지위를 중심으로 -”, 경희법학 제42권 제2호(2007).

Ⅱ. 외국 문헌

Laws, Jutta : Die Haftung des Insolvenzverwalters nach der Insolvenzordnung, Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 2011.

Gottwald/Huber, Insolvenzrechts-Handbuch, 5. neubearb. Aufl. 2015, C.H. Beck.

Obermüller/Hess : InsO - Eine systematische Darstellung des neuen Insolvenzrechts, 4. neu bearbeitete Aufl. 2003, C. F. Müller

Staak, Kai S. : Die deutsche Insolvenzverwalter im Europäischen Insolvenzrecht, Eine Analyse der EG-Verordnung Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren unter besonderer Berücksichtigung der Person des deutschen

Insolvenzverwalters, Verl. Peter Lang, 2004.

Wedde, Rainer : Der Insolvenzverwalter im russischen und deutschen Recht - Bestellung, Befugnisse, Bezahlung, BWV · Berliner Wiss.-Verl., 2006.

Zimmer, Frank Thomas : Haftung des eingewechselten Insolvenzverwalters - Eine Analyse des gläubigerveranlassten Verwalterwechsels und des verwalterwechselspezifischen Pflichtenbegriffs, Nomos, 2008.

Zusammenfassung

Die in der deutschen Insolvenzordnung ausdenkbare Andeutung in Bestellung und Aufgaben von Insolvenzverwalter gegen das Insolvenzgericht

Sang Young Lee

In Deutschland ist als Insolvenzverwalter eine natürliche, geschäftskundige, von den Beteiligten unabhängige Person zu bestellen(§56 Abs. 1 InsO). Das Erfordernis der Geschäftskunde soll die zur Erfüllung der Aufgaben erforderlichen Kenntnisse und Erfahrungen des Verwalters sicherstellen. Die Unabhängigkeit ist notwendig, um das Amt frei von sachwidrigen Einflüssen ausüben zu können. Im gleichen Paragraph von InsO bestimmt es, daß der Insolvenzverwalter unter der Aufsicht des Insolvenzgerichts steht, und das Gericht jederzeit einen Bericht über den Sachstand und die Geschäftsführung von ihm verlangen kann.

Wenn der Insolvenzverwalter seine Pflichten verletzt hat und einer gerichtlichen Anordnung nicht gefolgt ist, kann das Gericht ein zuvor angedrohtes Zwangsgeld verhängen(§58 Abs. 2 InsO). Der Insolvenzverwalter ist für die Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten allen Beteiligten gegenüber verantwortlich(§60 InsO). Der Koreanische Insolvenzverwalter hat für Ausübung von seine Aufgaben die Erlaubnis des Gerichts nach §492 Schuldnersanierungsgesetz einzuholen, bzw. wenn ein Gläubigerausschuß bestellt ist, hat zugleich die Zustimmung des Gläubigerausschusses einzuholen. Dagegen gibt es in Insolvenzordnung keinen Vorschriften über den Erlaubnis des Gerichts für Aufgaben von Insolvenzverwalter.

In der deutsche Insolvenzordnung ist die Zustimmung des Gerichts nur in drei Geschäftsräume des Insolvenzverwalters erforderlich(§§122, 123, 196 InsO). Die Berichtspflicht des Verwalters im neu eingeführten Berichtstermin

soll die Grundlage für die Diskussion über die verschiedenen Möglichkeiten des Fortgangs des Verfahrens sein(§156 InsO). Das Insolvenzgericht setzt die Vergütung des Insolvenzverwalters durch Beschluß fest. Gegen den Beschluß steht dem Verwalter, dem Schuldner und jedem Insolvenzgläubiger die sofortige Beschwerde zu. § 567 Abs. 2 der Zivilprozeßordnung gilt entsprechend.



Sang Young Lee

Aufgaben von Insolvenzverwalter, Bestellung, Zulassung oder Zustimmung von Insolvenzgericht, sofortige Beschwerde, Widerspruch

특허소송의 관할집중:
‘특허권에 관한’ 사건인지 여부의 판단*

정 차 호**

【목 차】

I. 서론
II. ‘특허권에 관한’ 소송의 의미
  1. ‘관한’의 문언적(textual) 의미
  2. 입법의도 검토
  3. 합목적적 해석
III. 주요국의 특허소송 관할집중 법리
  1. 일본 2. 영국 3. 대만 4. 독일
  5. 프랑스 6. 네덜란드 7. 스위스
  8. 중국
IV. 직무발명보상 소송의 특허권 관련 소송 여부
  1. 직무발명의 승계와 보상금 청구권
  2. 직무발명 보상금의 종류 및 성격
  3. 직무발명보상 소송을 특허권에 관한 소송으로 보지 않는 견해
  4. 직무발명보상 소송을 특허권에 관한 소송으로 보아야 하는 이유
  5. 각종 보상금 또는 대가지급 청구 소송
V. 특허계약 사건의 ‘특허권에 관한’ 소송 여부
  1. 특허발명실시계약 사건
  2. 특허권양도계약 및 특허출원권양도계약 사건
  3. 특허대리계약 사건
VI. 기타 사건
  1. 가처분 사건
  2. 가보호 권리에 근거한 보상금청구 소송
VII. 향후 추가적으로 연구되어야 할 쟁점
  1. 특허권 등에 관한 소의 범위를 대법원 규칙이 결정
  2. 비기술적 특허권에 관한 소의 취급
  3. 항소심에서의 재량에 의한 이송
  4. 영업비밀 소송의 관할집중 필요성
  5. 비특허 쟁점과 특허 쟁점이 혼재된 사건
  6. 무역위원회 판정에 대한 취소소송
  7. 통상실시권 허여를 위한 재정에 관한 불복
  8. 서울중앙지방법원의 중복관할
  9. 심결취소소송과 민사소송 항소심의 병합
VIII. 결론

* 이 글은 한국특허법학회가 2016년 10월 15일 개최한 “특허소송의 관할집중: ‘특허권 관련’ 소송의 대상”이라는 제목의 세미나에서 발표된 내용을 그 세미나에서의 토론 등을 반영하여 수정, 보완한 것이다. 동 세미나에서 훌륭한 토론을 하여 주신 김지수 국장님, 김병국 판사님께 깊이 감사드린다. 그리고 따끔한 지도를 통하여 좀 더 조심스럽고 좀 더 부지런한 자세를 환기시켜주신 무명씨에게도 깊이 감사드린다.

** 성균관대학교 법학전문대학원 교수.

【국 문 요 약】

민사소송법 제24조 및 법원조직법 제28조의 개정에 따라 '특허권에 관한' 소송은 1심 차원에서는 5개 지방법원만이, 2심 차원에서는 특허법원만이 전속관할하게 되었다. 그러한 관할집중 제도로 인하여 향후 어떤 사건이 관할집중의 대상인지, 즉 특허권에 관한 사건인지 여부의 판단이 매우 중요하게 되었다. 이 글은 '특허권에 관한'의 문언적 의미, 입법의도 및 합목적적 해석을 통하여 널리 특허권과 관련된 사건이 관할집중의 대상이 된다고 보았다. 또 이 글은 미국, 중국, 일본, 스위스, 독일 등 여러 국가의 관할집중 대상을 비교법적으로 검토하였고, 그러한 검토를 바탕으로 다른 국가에서도 특허권에 관한 소송을 넓게 해석하고 있음을 확인하였다. 직무발명보상금 청구 소송은 '특허를 받을 수 있는 권리'를 승계한 대가에 관한 것이고 그 권리가 '특허권'으로 연결되는 것이므로 그 소송이 관할집중의 대상이 된다고 보았다. 특허발명실시계약 관련 소송은 그 계약이 '특허권'을 행사하지 않겠다는 약속에 관한 것이라는 이유로 관할집중의 대상이 된다고 보았다. 이 글은 나아가, 가처분 사건 및 출원공개를 기초로 하는 보상금 청구 소송도 관할집중의 대상이 되어야 한다고 주장하였다. 관할집중 제도의 시행 초기라는 점을 감안하여 이 글은 동 제도와 관련되어 향후 검토되어야 할 여러 쟁점도 발굴, 제시하였다.

I. 서론

마침내 특허권 등에 관한 소송의 관할이 집중되었다.[1] 2015년 12월 1일 법률 제13521호로 개정된 민사소송법(2016. 1. 1. 시행) 제24조 제2항에 따라 ‘특허권에 관한’ 소에 대하여 관할집중이 이루어졌다.[2][3] 또, 같은 날 법률 제13522호로 개정된 법원조직법(2016. 1. 1. 시행) 제28조의4 제2호에 따라 그 제1심 사건의 항소사건을 특허법원이 전속관할하게 되었다.[4] 그러므로 관할집중의 대상이 되는 사건(이하 ‘관할집중 사건’)은 그 사건을 다루는 5개 지방법원(이하 ‘관할집중 법원’)만이 제1심 사건을 전속관할하게 되었다.[5][6] 당연히, 관할집중의 대상이 아닌 사건(이하 ‘일반 사건’)은 기존의 관할 규정에 따라 정해지는 법원(이하 ‘일반 법원’)이 다루게 된다. 민사소송법 제24조 제2항이 규정하는 ‘특허권 등’은 특허권 외에 실용신안권, 디자인권, 상표권 등을 포함하는데,[7] 이 글은 편의를 위하여 특허권에 한정하여 논한다. 그러나, 이 글의 논지는 다른 권리에 관한 사건에도 유추 적용될 것이다.

법 시행일인 2016년 1월 1일 이후 접수된 사건의 경우 제1심에서부터 전속관할 규정이 적용되어 해당 법원이 그 소송에 관하여 관할권을 가지지 않는다면 직

---

1) 국가지식재산위원회 보도자료, “「특허소송 관할집중」 관련법안 본회의 통과 … 내년부터 시행”, 2015. 12. 2.(“과학계·산업계·경제계 등 창조경제 현장의 오랜 숙원이었던 특허 등 지식재산권 소송의 관할 집중이 내년부터 시행된다.”).

2) 민사소송법 제24조 제2항(“특허권등의 지식재산권에 관한 소를 제기하는 경우에는 제2조부터 제23조까지의 규정에 따른 관할법원 소재지를 관할하는 고등법원이 있는 곳의 지방법원의 전속관할로 한다. 다만, 서울고등법원이 있는 곳의 지방법원은 서울중앙지방법원으로 한정한다.”).

3) 다만, 동조 제3항에 따라 당사자가 서울중앙지방법원을 선택할 수 있도록 하여 동 법원이 전국에 걸쳐 중복관할을 가진다. 제3항(“제2항에도 불구하고 당사자는 서울중앙지방법원에 특허권등의 지식재산권에 관한 소를 제기할 수 있다.”).

4) 법원조직법 제28조의4(“특허법원은 다음의 사건을 심판한다.
1. 「특허법」 제186조제1항, 「실용신안법」 제33조, 「디자인보호법」 제166조제1항 및 「상표법」 제85조의3제1항에서 정하는 제1심사건
2. 「민사소송법」 제24조제2항 및 제3항에 따른 사건의 항소사건
3. 다른 법률에 따라 특허법원의 권한에 속하는 사건”).

5) 수원고등법원을 설치하는 법률안이 2016년 2월에 통과되었으므로 향후 동 법원이 개원하면 수원지방법원을 포함하여 6개 지방법원이 특허소송을 전속관할하는 법원이 된다.

6) 법원조직법 제28조의4는 특허법원이 민사소송법 제24조 제2항에 따른 사건의 항소사건을 심판한다고 규정한다.

7) 민사소송법 제24조 제1항(“특허권, 실용신안권, 디자인권, 상표권, 품종보호권(이하 ‘특허권등’이라 한다)을 제외한 지식재산권과 국제거래에 관한 소를 제기하는 경우에는 제2조 내지 제23조의 규정에 따른 관할법원 소재지를 관할하는 고등법원이 있는 곳의 지방법원에 제기할 수 있다. 다만, 서울고등법원이 있는 곳의 지방법원은 서울중앙지방법원으로 한정한다.”).

권으로 조사하고[8][9] 결정으로 그 사건을 관할집중 법원에 이송하여야 하는데,[10][11] 관할권을 가진 것으로 잘못 판단하는 경우 엉뚱한 법원이 판결을 선고하게 되고 그 판결은 절대적 상고이유가 된다.[12] 그런 견지에서 해당 사건이 관할집중 사건인지를 판단하는 문제가 중요하게 되었다. 그러한 판단이 쉽지 않은 사건으로 여러 종류가 제시될 수 있을 것인데, 이 글은 그 중 '직무발명보상금청구소송'(이하 '직무발명보상 소송' 또는 '직무발명보상 사건') 및 '특허발명실시계약소송'(이하 '실시계약 소송')이 관할집중 사건인지 여부를 집중적으로 검토하고 그 외 일부 유사 사건에 대하여도 검토한다.[13]

직무발명보상 소송 및 실시계약 소송과 더불어 해당 소송이 관할집중 소송인지를 판단하기가 쉽지 않은 소송이 많다. 예를 들어, 공유인 특허에 대한 공유물분할 사건,[14][15] 특허소유권 분쟁,[16] 모인(冒認)특허 사건,[17][18] 특허양도계약의

---

8) 민사소송법 제32조("법원은 관할에 관한 사항을 직권으로 조사할 수 있다."); 김홍엽, 「민사소송법」 제4판, 박영사, 2013, 91-92면("관할권의 유무는 소송요건으로 직권조사사항이다. ... 전속관할의 경우에는 원칙적으로 직권증거조사가 허용되나 ...").

9) Metabolite Labs., Inc. v. Lab. Corp. of Am. Holdings, 370 F.3d 1354, 1369 (Fed. Cir. 2004) ("Subject matter jurisdiction is an inquiry that this court must raise *sua sponte*, even where, as here, neither party has raised this issue.").

10) 민사소송법 제34조 제1항("법원은 소송의 전부 또는 일부에 대하여 관할권이 없다고 인정하는 경우에는 결정으로 이를 관할법원에 이송한다."); 김홍엽, 앞의 책, 98면("관할위반에 의한 이송은 직권이송이다. 따라서 당사자에게는 이송신청권이 없다.").

11) 그 결정이 부당하다고 판단하는 경우 민사소송법 제449조 소정의 '특별항고'를 할 수 있다.

12) 민사소송법 제424조 제1항 제3호("판결에 다음 각호 가운데 어느 하나의 사유가 있는 때에는 상고에 정당한 이유가 있는 것으로 한다.... 3. 전속관할에 관한 규정에 어긋난 때 ...").

13) 이 글의 심사과정에서 한 심사위원이 직무발명보상 소송 및 특허계약 소송이 특히 문제가 되는 이유에 대해서 보충설명이 필요하다고 지적하였다: ① 전형적인 특허권 침해소송이 가장 자주 제기되는 것이고 그 다음으로 위 두 종류 소송이 자주 제기된다; ② 위 두 종류 소송이 '특허권에 관한' 소송인지 여부가 서울고등법원은 물론이고, 일본, 미국에서도 자주 쟁점이 되었다.

14) 대법원 2014. 8. 20. 선고 2013다41578 판결(특허권의 공유관계에 민법상 공유물분할청구에 관한 규정이 적용될 수 있다고 보면서도 특허권의 특성을 감안하여 현물분할은 불허하고 경매에 의한 대금분할만을 인정).

15) 특허공유물 분할에 관한 사건도 특허에 내재된 '특허권'을 분할하는 것으로 보아 특허권에 관한 사건으로 분류할 수 있을 것이다.

16) 특허소유권 분쟁은 미국에서도 연방법원 관할에 속한다. T. Christian Landreth, *The Fight Against "Patent Trolls:" Will State Law Come to the Rescue?*, 15 N.C. J.L. & Tech. On. 100, 109 (2014) ("Vesting the federal courts with exclusive jurisdiction means that, generally, disputes over patent ownership and rights are heard at the federal level.").

17) 2016. 2. 29. 개정된 특허법(법률 제14035호, 시행 2017. 3. 1.) 제99조의2에 따라 모인특허에 대한 직접적인 이전청구가 가능하게 되었다. 구 법에서는 진정 권리자가 ① 특허출원 및 ② 모인특허에 대한 무효심판 청구의 두 행위를 하여야 했었다.

18) 미국에서도 모인특허 사건은 연방법원의 관할에 속한다. Fina Oil and Chemical Co. v. Ewen, 123 F.3d 1466, 1471-72 (Fed. Cir. 1997).

이행에 관한 소,[19] 특허소유권과 세법 쟁점이 혼재된 사건,[20] 특허의 발명자 정정 청구 소송[21][22] 등이 일반 사건에 해당하는지 관할집중 사건에 해당하는지를 판단하기가 쉽지 않다.[23]

참고로, 미국은 특허'권'에 관한 사건이 아니라 특허'법'으로부터 비롯되는 사건(a case arising under the patent law)을 연방법원이 다룬다.[24][25] 그래서 특허소유권에 대한 분쟁은 특허법에 관한 것이 아니므로 연방법원의 관할이 되지 못하나, 발명자 지위(inventorship)에 관한 분쟁은 특허법에 관한 것, 구체적으로 특허법 제256조에 관한 것이므로 연방법원의 관할이 된다. 특허법으로부터 비롯되었는지 여부를 판단하는 것이 쉽지 않고,[26][27] 그 의미에 대하여 치열하게 논

19) 미국에서는 특허양도계약의 이행에 관한 소는 계약법 사건으로 분류되어 주법원의 관할에 속한다. Robert A. Matthews, Jr., 5 Annotated Patent Digest § 35:7 ("State contract law, not federal patent law, governs the enforcement of agreements assigning patents and agreements to assign patent rights.").

20) 미국에서 특허소유권에 관한 문제가 연방조세법의 해석과 관련되어 특허사건으로 분류된 경우: Grable & Sons Metal Prods., Inc. v. Darue Eng'g & Mfg., 545 U.S. 308, 314-15 (2005).

21) 우리나라에서는 (권리자가 아닌) 발명자 명의의 정정을 청구하는 소송이 가능한지 의문이다.

22) 미국에서는 발명자 명의의 정정을 청구하는 소송이 가능하다. 35 U.S.C. § 256(b) (2012) ("[A] court . . . may order correction of the [inventorship of the] patent on notice and hearing of all parties concerned . . . ."); Fina Oil & Chem. Co. v. Ewen, 123 F.3d 1466, 1471 (Fed. Cir. 1997) ([§ 256] "provides a cause of action to interested parties to have the inventorship of a patent changed to reflect the true inventors of the subject matter claimed in the patent.").

23) 서울고등법원이 이 쟁점에 대하여 하나의 결정문을 제시하였으나 이에 관한 논의 및 논쟁은 당분간 계속될 필요가 있다. 서울고등법원 2016. 5. 24.자 2016나2016427 결정("특허권 등의 실시계약에 기초한 실시료 지급청구소송, 특허권 등의 이전·말소등록청구소송, 전용·통상실시권 등의 설정 유무, 귀속 등에 관한 소송, 직무발명·고안·디자인에 대한 보상금 청구소송 등도 포함된다고 해석하는 것이 타당하다.").

24) 28 U.S.C. § 1338(a) ("The district courts shall have original jurisdiction of any civil action arising under any Act of Congress relating to patents . . ."); AIA, Pub. L. No. 212-29, § 19, 125 Stat. 284, 331 (2011) ("No State court shall have jurisdiction over any claim for relief arising under any Act of Congress relating to patents.").

25) Timothy E. Grimsrud, *Holmes and the Erosion of Exclusive Federal Jurisdiction over Patent Claims*, 87 Minn. L. Rev. 2133, 2133-34 (2003) ("With respect to cases arising under patent law, Congress gave exclusive original jurisdiction to the federal district courts under 28 U.S.C. § 1338 and exclusive appellate jurisdiction to the Court of Appeals for the Federal Circuit under 28 U.S.C. § 1295.").

26) Amelia Smith Rinehart, *The Federal Question in Patent-License Cases*, 90 Ind. L.J. 659, 678-79 (2015) ("The complex layers of rules for determining whether a case arises under the laws relating to patents (including the Supreme Court's recent decision in Gunn) leave litigants vulnerable to inconsistent rulings from the various courts making jurisdictional decisions.").

27) Franchise Tax Bd. v. Constr. Laborers Vacation Trust, 463 U.S. 1, 8 (1983) ([The Court] "has resisted all attempts to frame a single, precise definition for determining which cases fall within, and which cases fall outside, the original jurisdiction of the district courts.").

쟁이 있었고,[28] 그 논쟁은 아직도 계속되고 있다.[29] 유사하게 우리도 민사소송법의 규정이 사용한 '관한'('on' or 'relating')의 의미를 두고 많은 검토를 하여야 할 것이다.

II. '특허권에 관한' 소송의 의미

직무발명보상 소송, 실시계약 소송 등이 특허권에 관한 소송인지 여부를 판단하기 위해서는 먼저 '특허권에 관한 소송'이 무엇인지를 파악하여야 한다. 그 표현에서 '특허권'의 의미는 비교적 명확한데,[30] '관한'이 무엇을 의미하는지가 명확하지 않다.[31] 법률 규정에서 사용된 용어의 해석을 위해서는 문언적 해석이 우선되고[32] 상황에 따라 입법의도 해석, 동태적 해석 등이 적용될 수 있다.[33][34]

---

28) 2016년 5월 25일 Westlaw의 학술논문(Law Review) DB에서 제목(title)에 "arising under"라는 구를 포함한 논문이 80개 검색되었다. 그 중 많은 논문이 "arising under"라는 용어의 해석에 대하여 탐색하였다. 향후 우리나라에서 '특허권에 관한'의 의미에 대하여 많은 논문이 생산될 필요가 있음을 보여주는 대목이다.

29) 비교적 최근의 논문: Simona Grossi, *A Modified Theory of the Law of Federal Courts: The Case of Arising-Under Jurisdiction*, 88 Wash. L. Rev. 961 (2013); Paul R. Gugliuzza, *Patent Law Federalism*, 2014 Wis. L. Rev. 11, 25 (2014).

30) 심사관의 특허결정에 따라 특허등록이 되면 그때부터 특허권이 발생한다. 특허법 제87조 제1항("특허권은 설정등록에 의하여 발생한다.").

31) 박준석, "특허권 보호의 강화에 따른 남소방지 등 보완책 연구", 법무부 연구용역보고서, 2015, 77면("현재의 개정법률에 따르면 특허권 등의 지식재산권에 '관한' 소송에 관해 관할집중이 이루어지고 있다. 무엇이 위에서 말한 '관한' 것인지는 민소법의 기존 논의 등에 따르게 될 것이다.").

32) Viscount Simon, in Nokes v. Doncaster Amalgamated Collieries, [1940] A.C. 1014, p. 1022 ("The golden rule is that the words of a statute must *prima facie* be given their ordinary meaning.").

33) 대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결("요컨대, 법해석의 목표는 어디까지나 법적 안정성을 저해하지 않는 범위 내에서 구체적 타당성을 찾는 데에 두어야 할 것이다. 그리고 그 과정에서 가능한 한 법률에 사용된 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하는 것을 원칙으로 하고, 나아가 법률의 입법 취지와 목적, 그 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 추가적으로 동원함으로써, 위에서 본 법해석의 요청에 부응하는 타당한 해석이 되도록 하여야 할 것이다. 한편, 법률의 문언 자체가 비교적 명확한 개념으로 구성되어 있다면 원칙적으로 더 이상 다른 해석방법은 활용할 필요가 없거나 제한될 수밖에 없고, 어떠한 법률의 규정에서 사용된 용어에 관하여 그 법률 및 규정의 입법 취지와 목적을 중시하여 문언의 통상적 의미와 다르게 해석하려 하더라도 당해 법률 내의 다른 규정들 및 다른 법률과의 체계적 관련성 내지 전체 법체계와의 조화를 무시할 수 없으므로, 거기에는 일정한 한계가 있을 수밖에 없다.").

34) 나라마다 계약의 내용을 해석하는 태도가 조금씩 다르다. 영국법은 계약의 '문언'의 의미를 중시하는 반면, 독일법은 그 계약의 목적을 중요하게 살핀다. Paul Kavanagh and Dylan Balbirnie, *English High Court considers co-existence provisions under German and English law*, May 30, 2016 ("It was clear that German law took a more purposive approach and was more willing to 'fill in the gaps' of an agreement whereas, under English law, judges are more loyal to the

먼저, '관한'이라는 용어의 문언적 의미를 살핀다.

1. '관한'의 문언적(textual) 의미

'관한'의 한글로서의 의미를 설명하는 글을 찾지 못하였다. 사전도 도움이 되지 못한다. 다만, 필자의 상식적인 한글해석에 기초하면 '관한'의 해석과 관련하여 ① 그 단어에 의미가 없는 것으로 해석하는 방안 또는 ② 앞 단어와 연관되는 사항을 포함하는 것으로 해석하는 방안의 두 가지가 제시될 수 있을 것이다. 전자를 '무의미' 해석이라고 칭할 수 있고 후자를 '확장' 해석이라고 칭할 수 있을 것이다. 무의미 해석에 의하면 '관한'은 아무런 의미가 없어서 '특허권에 관한 소송'은 '특허권 소송'(a case on a patent right)과 같은 의미를 가지고, '특허권을 중심으로' 또는 '특허권을 기초로' 제기되는 소송으로 이해된다. 확장 해석에 의하면 특허권이 연관되는 더 넓은 범위의 소송이라는 의미를 가지고, 특허권이 어떤 식으로든 개입되기만 하면 특허권이 중심이 되지 않아도 그 소송은 특허권에 관한 소송이 된다.

'관한'을 영어와 비교하면 조금 더 이해하기가 쉽다. '관한'은 통상 "on" 또는 "relating"으로 번역되는데, 여기서의 "on"은 위의 무의미 해석과 연결되고 "relating"은 위의 확장 해석과 연결된다. 즉, '특허권에 관한 사건'을 "A Case on a Patent Right"라고 번역하면 특허권 그 자체에 관한 사건으로 이해될 것이고, "A Case Relating to a Patent Right"라고 번역하면 특허권과 관련되는 (조금 더 넓은 개념의) 사건으로 이해될 것이다. 그렇다면 우리 학자들은 '관한'을 어떻게 이해하고 있을까?

학술논문에서 자주 사용되는 "...에 관한 연구"라는 제목에서는 통상 "A Study on ..." 또는 "A Research on ..."이라는 영어 표현이 정착된 것으로 보인다.[35] 그 외 제목의 주요 단어 뒤에 "에 관한"을 사용한 사례에서는 "on"을 사용하는 예가 많고,[36] "concerning", "relating", "regarding"을 사용한 예도 보인다

---

actual language used.").

35) 정경영, "일본 자금결제에 관한 법률에 관한 소고", 「선진상사법률연구」 제51호, 법무부, 2010(A Research on the Act of the Fund Settlement of Japan); 정상익, "상속세 및 증여세법의 헌법상의 문제에 관한 연구", 「세계헌법연구」 제16권 제3호, 국제헌법학회, 2010(A Study on the Constitutional Law Issues in Inheritance Tax and Gift Tax Law).

36) 김엘림, "여성차별에 관한 사법의 동향", 「저스티스」 제146권 제3호, 한국법학원, 2015(The Trend of Jurisdiction on Discrimination against Women); 이진권, "수사지휘에 관한 대통령령의 특징과 문제점", 「한국경찰연구」 제11권 제1호, 한국경찰연구학회, 2012(The Characteristics

.[37][38][39] 그리고 regarding 및 concerning은 relating과 동의어인 것으로 이해된다. 그렇다면 우리 학자들은 "에 관한"을 "on"의 의미로 더 자주 사용하지만 "relating"의 의미로도 사용하고 있다고 이해된다.[40] 즉, "on"과 "relating"이라는 두 의미로 사용되어서 어떤 상황에서 "on"으로 해석하고 또 어떤 상황에서 "relating"으로 해석해야 하는지를 알 수가 없다.

'특허권에 관한 소송'이라는 의미는 그 용어와 유사한 '특허권에 기초한 소송', '특허권 침해에 관한 소송' 등의 용어와 구별되어야 한다. 뒤 2개의 소송은 전형적인 침해소송으로 한정하는 것인데, 법이 그 용어를 선택하지 않은 것은 관할집중 소송의 범위를 넓게 보겠다는 의미로 이해하여야 한다. 서울고등법원도 동일하게 이해하였다.[41]

2. 입법의도 검토

'관한'의 문언적 의미가 두 가지로 해석될 수 있으므로 그 용어를 선택한 입법자의 의도를 살필 필요가 있다. 민사소송법 제24조 제2항을 개정하기 위한 절차에서의 국회 회의록 등 자료에 의하면 특허권의 가치가 증대되므로 특허권을 제대로 보호할 필요가 있고,[42] 관련 소송의 전문성을 제고할 필요가 있다는 점에

---

and Issues of the Presidential Decrees on Search Command); 김종천, "야간 옥외집회 및 시위에 관한 법규정의 공백에 따른 방향 설정을 위한 비교법적 고찰", 법학논문집 제36권 제1호, 중앙대학교 법학연구소, 2012(Comparative Study on Legal Vacuum on Night-time Outdoor Assembly and the Future Direction); 김정선, 김재원, "결혼중개업의 관리에 관한 법률, 의미 없지만 유효한 법 : 캄보디아 국제결혼 중개실태를 중심으로", 「경제와 사회」 제86호, 비판사회학회, 2010(The Act on Regulation of Marriage Brokerage Agency, a Meaningless but Valid Law : The Cases of the Cambodian International Marriage Brokerage).

37) 정인섭, "국제기구에 관한 조약의 국회동의", 「국제법학회논총」 제56권 제3호, 대한국제법학회, 2011(Legislative Consent to Treaties concerning International Organizations).

38) 강태성, "동산물권과 용익물권의 변동에 관한 민법개정방향", 「재산법연구」 제31권 제4호, 한국재산법학회, 2015(Amendment Proposal Relating Civil Act on Change of Real Rights over Movables and for Use).

39) 심인숙, "수익권에 관한 「신탁법」 개정시안", 「선진상사법률연구」 제48호, 법무부, 2009(Analysis of the Proposed Draft Bill for the Amendments to the Trust Act regarding Beneficiary's Interests).

40) 참고로, 영국의 관할집중에 관한 규정은 "relating to patents"라는 표현을 사용하고 그 표현이 '특허권에 관한'으로 번역될 수 있을 것이다

41) 서울고등법원 2016나2016427 사건("나아가 민사소송법 제24조 제2항, 제3항은 '특허권 등의 지식재산권 침해에 관한 소'라거나 '특허권 등의 지식재산권에 기초한 소'가 아니라 '특허권 등의 지식재산권에 관한 소'라고 포괄적으로 규정하고 있다.")(특허법 등에서 '침해에 관한 소송'이라는 용어를 사용한 사례를 예시).

42) 법제사법위원장, 민사소송법 일부개정법률안(대안), 의안번호 17547, 2015. 11., 2면("특허권, 디

대하여만 언급이 되어 있고,[43][44] 그 외 '특허권에 관한'의 의미에 대하여 힌트를 주는 언급은 없다.

다만, 민사소송법 및 법원조직법의 개정이유는 주로 전문성을 요구하는 사건이 전속관할의 대상이 되도록 한다는 것이다.[45] 그 개정취지를 그대로 이해하면 전문성이 요구되지 않는 비기술적 사건은 관할집중의 대상이 되지 않아야 한다. 일본은 그렇게 해석한다.[46] 그러나, 우리나라의 경우 비기술적 사건인 상표권에 관한 사건을 관할집중의 대상으로 책정하고 있으므로 반드시 그렇게 볼 수가 없다. 우리의 경우에도 애초 특허사건에서의 기술적 전문성이 관할집중 필요성의 가장 중요한 논거로 제시된 것은 사실이다. 그러나, 특허법원이 상표심결에 대한 심결취소소송도 다루고 있다는 점을 감안하여 비기술적 사건인 상표권에 관한 소도 관할집중의 대상으로 책정한 것이다.[47][48] 그러므로, 우리나라에서는 기술적 전문성이 필요한지 여부가 해당 사건이 관할집중의 대상인지 여부를 판단하는 기준이 될 수가 없다. 즉, 예를 들어, 실시계약 사건에서 (특허권 침해 등) 기술적 쟁점이 포함되지 않아도 그 계약이 특허권에 관한 것이라는 이유로 해당 사건을 관할집중의 대상으로 보아야 하는 것이다. 이 점이 우리 관할집중 제도가 일본의 그

자인권, 상표권 등의 지식재산권의 가치가 증대하고 이에 관한 국내외 소송이 증가하고 있음.").

43) 제337회 국회(정기회), 법제사법위원회회의록, 2015. 10. 28., 11면("지식재산권에 관한 소송의 전문성을 제고하기 위해 특허권·실용신안권·디자인권·상표권·품종보호권 등 5개의 지식재산권에 대해서는 고등법원 소재지 지방법원에서만 소송을 제기하도록 하는 전속관할제도를 도입하는 ...").

44) 이상민 의원 대표발의, 민사소송법 일부개정법률안, 의안번호 11549, 발의일 2014. 9. 1., 3면("지식재산권 침해소송에 대한 전문성 확보 및 지식재산권 경쟁력 강화를 위하여 특허권 등에 대한 관할집중의 필요가 있음.").

45) 2015. 12. 1. 관보 제18649호.

46) 일본에서는 '기술적' 전문성을 중요하게 보았다. 大阪地方裁判所, 平成１１年９月２１日, 平成１１年（モ）５８５９号("その審理判断に高度の専門技術的知識を要することが多く、審理の円滑な進行のためには通常の民事事件とは異なるノウハウや経験の蓄積も必要であることから、知的財産権訴訟を取り扱う専門部が設けられ、専門技術的知識を有する裁判所調査官も配置されている東京地方裁判所及び大阪地方裁判所にも競合的に管轄権を付与することにより、これらの訴訟の審理の充実と促進を図ったものである。").

47) 정차호, "대한민국 지식재산전문법원의 사물관할", 「법제연구」 제43호, 법제처, 2012, 523면 (산업재산권 사건의 관할집중을 제안).

48) 상표와 성격이 같다는 이유로 농수산물품질관리법 상의 지리적 표시권에 관한 분쟁도 관할집중의 대상으로 포함하였어야 했다는 주장이 있는데, 상표사건을 관할집중의 대상으로 포함한 것은 그 사건의 성격 때문이 아니라 특허법원이 기왕에 (특허심판원 심결에 대한) 상표사건을 다루어 왔다는 점에 근거한 것이므로 그 주장에 온전히 동의하기는 어렵다. 박준석, 앞의 보고서, 15면. 혹자는 상표도 (전문성이 필요하지 않은 사건이므로) 관할집중이 잘못 되었는데, 그것이 또 다른 잘못을 유도하게 할 수는 없다고 주장할 수 있다.

것과 매우 다른 점이다.

소액사건이 많다는 점, 기술적 전문성이 필요하지 않다는 점 등의 이유로 저작권 사건은 관할집중의 대상에서 제외되었는데,[49] 그러한 이유에 의하면 상표 사건도 관할집중의 대상에서 제외되어야 한다는 주장도 가능할 것이다.[50] 상표 사건에서도 심결취소소송과 침해소송의 모순 가능성을 방지할 필요가 있다는 점이 상표 사건을 관할집중의 대상으로 책정한 가장 중요한 논거가 되었을 것이다. 물론, 현실적으로는 관할집중 제도 입법에 가장 중요한 역할을 한 특허청의 의견이 큰 반대없이 받아들여진 결과로 생각된다.

3. 합목적적 해석

'관한'의 문언적 의미는 약간 좁게 또는 약간 넓게 해석될 수 있는데, '특허권에 관한 소송'에서는 그 중 어떤 해석을 선택하는 것이 더 합리적인가? 해당 용어의 의미는 그 법 전체에서 일관되게 해석되어야 한다.[51] 민사소송법 내에서 '관한 소'라는 표현을 여러 곳에서 사용하고 있다.[52] 특히, 민사소송법 제8조가 "재산권에 관한 소를 제기하는 경우에는 거소지 또는 의무이행지의 법원에 제기할 수 있다"고 규정하는데, 여기서의 재산권에 '관한' 소는 재산권을 기초로 하는 소 또는 재산권을 중심으로 하는 소에 한정되지 않고 일상생활에서 발생하는 여러 다양한 형태의 재산권과 연계된 소를 의미한다.[53] 민사소송법 제18조는 '불법행위에 관한 소'를 규정하는데, 여기서의 불법행위도 엄격한 의미에 있어서의 민법 제750조 이하의 경우뿐만 아니라 민법의 다른 규정이나 다른 법률에서 규정하는 모든 위법행위에 기인하여 손해배상책임이 생기는 경우를 포함한다. 그러므로, 우리 민사소송법에서 사용된 '관한'의 의미는 그것이 수식하는 대상과 관련된

---

49) 지식재산위원회, 「지식재산권분쟁해결제도 선진화를 위한 특허소송 관할 제도개선(안)」, 2013. 12. 3., 10면.

50) 상표사건의 관할집중을 찬성한 글: 전성태·이유리나, "지식재산소송의 관할집중에 관한 소고 - 일본의 경험으로 부터의 시사-", 「법학연구」 제17집, 인하대 법학연구소, 2014, 326면.

51) 하나의 법률에서 사용된 동일한 용어는 다른 장소에서도 동일한 의미를 가진 것으로 보아야 한다는 것이 법령해석의 기본규칙(normal rule of statutory construction)이다. Gustafson v. Alloyd Co., Inc., 513 U.S. 561, 570 (1995) ("Only last Term we adhered to the 'normal rule of statutory construction' that 'identical words used in different parts of the same act are intended to have the same meaning.'").

52) 민사소송법 제8조, 제9조, 제14조, 제18조 내지 제22조 등.

53) 한국사법행정학회, 「주석 신민사소송법(I)」 제1판, 2003, 153면.("이와같이 재산권에 관한 소의 범위는 굉장히 넓으므로 ...").

넓은 범위를 포괄하는 것으로 생각된다.[54]

특허법에서 침해소송('침해에 관한 소송')이라는 용어를 이미 사용하여 왔으므로[55] 만약 국회가 관할집중의 대상으로 침해소송만을 책정하고자 하였다면 특허법에서 허다히 사용된 그 용어를 선택하였을 것이다. 그런데 국회가 특허법에서 허다히 사용된 그 용어를 선택하지 않았다는 것은 관할집중의 범위를 그 용어의 범위에 한정하지 않았다는 강력한 증거가 된다.

'특허권'에 관한 소송의 범위를 해석함에 있어서 그 해석이 특허법의 다른 규정과 조화를 이룰 필요가 있다.[56] 그런데, 좁은 해석은 특허법 제65조와 충돌을 야기한다. 특허법 제65조 제2항은 출원공개된 발명을 업으로 실시한 자에 대한 보상금 청구권을 규정한다.[57] 그 청구권의 행사는 비록 특허권이 설정등록된 후에 가능하지만[58] 그 청구권 자체는 특허권의 설정등록 전에 이미 형성된 것이다.[59] 만약, 특허권에 관한 소송을 좁은 의미로 해석하게 되면 그러한 보상금 청구권은 특허권에 관한 것이 아니게 되고 관할집중의 대상이 되지 못한다. 그러나, 그 보상금청구 소송의 절차가 특허무효 판단, 권리범위에의 속부 판단, 보상액 산정 등으로 구성되므로 일반 특허권 침해소송의 내용과 크게 다를 것이 없다. 만약, 그 보상금청구 사건을 관할집중 사건으로 분류하지 않게 되면 동일한 원고가 제기하는 보상금청구 소송 및 손해배상청구 소송을 일반 법원 및 관할집중 법원이 각각 달리 관할하게 되는 비상식적인 결과를 초래하게 된다. 그렇다면

54) 한편, 일반관할 규정에서 사용된 "에 관한"과 전속관할 규정에서 사용된 "에 관한"은 서로 입법목적이 동일하지 않으므로 다르게 해석할 수 있다는 의견도 있을 수 있다. 다른 한편, 우리 민사소송법의 특별재판적 규정들에서도 '관한'이라는 용어가 사용되며, 그 범위도 넓게 해석되고 있다고 생각된다.

55) 특허법 제128조, 제132조("법원은 특허권 또는 전용실시권의 침해에 관한 소송에서 ..."), 제164조, 제224조의3 등.

56) 영국의 Wensleydale 대법관, Grey v. Pearson (1857) 6 HL Cas 61, 106 ("In construing statutes, and all written instruments, the grammatical and ordinary sense of the words is to be adhered to, unless that would lead to some absurdity or inconsistency with the rest of the instrument, in which case the grammatical and ordinary sense of the words may be modified, so as to avoid that absurdity or inconsistency, but not farther.").

57) 특허법 제65조 제2항("특허출원인은 제1항에 따른 경고를 받거나 제64조에 따라 출원공개된 발명임을 알고 그 특허출원된 발명을 업으로 실시한 자에게 그 경고를 받거나 출원공개된 발명임을 알았을 때부터 특허권의 설정등록을 할 때까지의 기간 동안 그 특허발명의 실시에 대하여 통상적으로 받을 수 있는 금액에 상당하는 보상금의 지급을 청구할 수 있다.").

58) 특허법 제65조 제3항("제2항에 따른 청구권은 그 특허출원된 발명에 대한 특허권이 설정등록된 후에만 행사할 수 있다.").

59) 같은 조 제4항이 "제2항에 따른 청구권의 행사는 특허권의 행사에 영향을 미치지 아니한다"고 규정하는 바에 의하면 동 청구권과 특허권에 기반한 다른 (침해금지명령 및 손해배상) 청구권은 구별되는 것이다.

그러한 비상식을 방지하기 위하여 특허법 제65조에 기초한 보상금청구 소송도 관할집중의 대상이 되게 할 필요가 있다. 그렇게 되면 그 결과는 '특허권에 관한'을 넓게 해석하는 것이 된다. 특허법 제65조와의 조화를 위하여 '특허권에 관한' 소송을 특허권 그 자체의 소송 또는 특허권에 기초한 소송으로 한정할 것이 아니라 특허권과 관련된 여러 소송으로 보아야 할 것이다. 참고로 중국의 경우 출원공개에 기초한 보상금청구 소송이 관할집중의 대상이 됨을 명확하게 하고 있다.[60]

결론적으로 특허권에 '관한' 소송의 범위에 대하여 두 가지의 문언적 해석이 가능하지만, 입법자의 의도, 민사소송법 제8조, 제16조 및 특허법 제65조와의 상응을 고려하면 넓게 해석하는 것이 더 타당하다고 생각한다. 물론, 특허권과의 관련성이 매우 낮은 사건 모두를 '특허권에 관한' 사건으로 포섭하는 잘못은 경계해야 할 것이다. 이하에서는 외국의 지식재산전문법원들은 어떤 사건들을 전속관할하는지에 대하여 알아본다.

III. 주요국의 특허소송 관할집중 법리[61][62]

1. 일본의 기술사건 관할집중

일본 민사소송법 제6조 제1항도 '특허권에 관한' 소송을 관할집중의 대상으로 규정하고 있다.[63] 그 특허권에 관한 소송의 범위와 관련하여 특허권과 '밀접하

60)「最高人民法院关于修改〈民事案件案由规定〉的决定」 法〔2011〕41号("专利合同纠纷包括: ①专利申请权转让合同纠纷; ②专利权转让合同纠纷; ③发明专利实施许可合同纠纷; ④实用新型专利实施许可合同纠纷; ⑤外观设计专利实施许可合同纠纷; ⑥专利代理合同纠纷。专利权权属、侵权纠纷包括: ①专利申请权权属纠纷; ②专利权权属纠纷; ③侵害发明专利权纠纷; ④侵害实用新型专利权纠纷; ⑤侵害外观设计专利权纠纷; ⑥假冒他人专利纠纷; ⑦发明专利临时保护期使用费纠纷; ⑧职务发明创造发明人、设计人奖励、报酬纠纷; ⑨发明创造发明人、设计人署名权纠纷.").
<http://www.nxsft.gov.cn/201508/555.html>.

61) 지식재산전문법원을 가진 19개 국가의 제도에 대하여 개략적으로 설명하는 보고서:
International Chamber of Commerce, *Adjudicating Intellectual Property Disputes: An ICC report on specialised IP jurisdictions worldwide*, 2016.
<http://www.ccpit-patent.com.cn/sites/default/files/files/education/ICC%20Specialised%20IP%20Jurisdictions%20EN.pdf>.

62) 이 글의 심사과정에서 한 심사위원이 주요국의 제도조사가 표리적이라고 지적하였다. 동의한다. 한편, 심층분석은 각국의 언어를 이해하여야 하는데, 필자의 언어능력의 한계가 심층분석을 가능하지 않게 한다. 필자로서는 그저 영어를 중심으로 하여 관련된 자료를 열심히 수집한 결과를 정리한다. 각국의 제도를 심층분석하는 후학을 기대한다.

63) 日本 民事訴訟法 第六条 特許権、実用新案権、回路配置利用権又はプログラムの著作物について

게' 관련된 소송으로 좁게 해석한 사례도 있으나,[64] 도쿄지적재산고등재판소는 '특허권에 관한'을 '넓게' 해석하여 침해금지나 손해배상 소송은 물론이고 직무발명보상 소송, 특허발명실시계약에 관한 소송도 특허권에 관한 소송으로 본 바 있고,[65] 동 재판소 홈페이지도 직무발명보상 소송을 특허권에 관한 소송의 한 종류로 적시하고 있다.[66]

일본에서 '특허권에 관한 소송'의 범위를 넓게 보아야 하는 이유의 하나로서 다음이 제시된 바 있다. 즉, 해당 규정을 "특허권에 기초한 소송"이라고 표현하지 않고 "특허권에 관한 소송"이라고 표현한 것이 유사 소송을 넓게 포섭하기 위한 목적을 가진다는 것이다.[67] 일본의 경우 (전문성이 요구되는) '기술' 사건을 관할집중의 대상으로 삼았고, 직무발명 사건이 '기술' 사건으로 쉽게 분류될 수 있으므로 직무발명보상 소송을 특허권 관련 소송으로 포섭하기가 우리보다 더 용이하였다고 생각된다.

2. 영국 특허지방법원(Patents County Court, PCC)의 관할

영국의 1988년 지재권법 제287(1)조가 PCC의 사물관할을 규정하고 있는데 같은 조 제a항이 특허권에 관한(relating to patents) 사건을, 제b항이 특허권에 관한 절차에 부수적인(ancillary) 사건을 규정하고 있다.[68] 이렇게 특허권에 관한 사건뿐만 아니라 그 절차에 부수적인 사건도 PCC의 관할이 되도록 규정함으로

の著作者の権利に関する訴え（以下「特許権等に関する訴え」という。）について、前二条の規定によれば次の各号に掲げる裁判所が管轄権を有すべき場合には、その訴えは、それぞれ当該各号に定める裁判所の管轄に専属する。

64) 大阪地方裁判所，平成１１年９月２１日，平成１１年（モ）５８５９号("民事訴訟法６条にいう特許権に関する訴えには、特許権又はこれに準ずる特許法上の権利の侵害の成否、存否、帰属等にかかわる訴えなど特許権と密接に関連する訴えも含まれる。").

65) 知的財産高等裁判所，平成21年1月29日，平成20年(ネ)第10061号("民訴法６条１項によれば，『特許権…に関する訴え』については，東京地裁又は大阪地裁の専属管轄である旨が規定され，ここにいう『特許権に関する訴え』は,特許権に関係する訴訟を広く含むものであって，特許権侵害を理由とする差止請求訴訟や損害賠償請求訴訟，職務発明の対価の支払を求める訴訟などに限られず，本件のように特許権の専用実施権や通常実施権の設定契約に関する訴訟をも含むと解するのが相当である。そうすると，一審原告は東京都に住所を有し一審被告らはいずれも埼玉県に住所を有する本件訴訟の第一審の土地管轄は，民訴法６条１項によれば，東京地方裁判所に専属するということになるから，原判決は管轄違いの判決であって，取消しを免れない。"}.

66) "職務発明者から使用者に対する，職務発明の相当の対価を請求する訴訟".

67) 저자 불명, "民訴法6条1項ガ規定する特許権に関する訴訟の意義", 判例タイムズ No. 1291, 2009, 287頁.

68) Section 287(1) of the Copyright, Designs and Patents Act 1988.

인하여 영국에서는 특허소송의 범위가 넓게 해석되고, 그래서 직무발명보상 사건도 PCC가 관할하게 된다.[69] 우리의 경우 '특허권에 관한'이라는 용어의 (확대)해석을 통하여 직무발명보상 소송을 포섭할 수 있는데 반해 영국은 명문의 규정으로 '부수적인' 사건을 포섭하고 그 부수적인 사건에 직무발명보상 소송이 포함된다고 쉽게 해석할 수 있다. 차후에 우리도 민사소송법을 추가로 개정하여 특허권을 중심으로 하는 소송 외에 특허권이 직·간접적으로 연관되는 소송도 관할집중의 대상이 됨을 명확하게 할 필요가 있다.

3. 대만 지식재산전문법원의 관할

대만 지재법원 1심법원이 다루는 민사사건은 특허사건, 상표사건, 저작권사건, 영업비밀사건, 부정경쟁사건 및 기타 사건으로 구성된다. 여기서의 '기타' 사건에는 직무발명보상 사건, 실시계약 분쟁 사건, 발명자 결정 사건 등이 포함된다. 지식재산법원조직법 제3조 제4항이 "대법원이 지재 사건을 지재법원에 할당할 수 있다"고 규정하고 있고, 2008년 대법원이 지재 관련 계약 사건도 지재법원이 관할하도록 명령하여[70] 실시계약 분쟁 사건이 관할집중의 대상이 됨이 명확해졌다. 대만에서는 기술사건, 특허사건 외에 상표사건, 저작권사건, 영업비밀사건, 부정경쟁사건 등을 폭넓게 관할집중의 대상으로 책정한 점이 이채롭다. 특히, 저작권사건을 관할집중의 대상으로 삼은 점은 대만제도의 가장 큰 특징이라고 생각된다.[71]

4. 독일 특허사건 관할 지방법원

가. 독일의 법원 및 관할집중 법원 개요

독일에는 16개의 주에 115개의 지방법원이 존재하는데, 각 주는 특허소송을 전속관할하는 지방법원을 지정하며, 결과적으로 총 12개의 지방법원이 특허소송을 담당한다.[72] 독일에서 연간 1300건 이상의 특허소송이 제기되는데, 약 500건

---

69) Chancellor of the High Court, *The Patents County Court Guide*, 12th May 2011, p. 3.

70) 대만 지재법원의 Sung-Mei Hsiung 판사와의 이메일 질의 및 응답.

71) 이용우, "지적재산권의 중요성에 비추어 본 지적재산권소송제도의 문제점-관할 및 소송대리권 확대의 문제를 중심으로-", 「법조」 제568호, 법조협회, 2004, 120면(컴퓨터프로그램 사건 등 저작권 사건의 일부에서도 기술내용의 이해가 중요하다는 설명).

72) Christian Osterrieth, *Patent Enforcement in Germany*, in the book of *Patent Enforcement Worldwide* 3rd ed., edited by Christopher Heath, Hart Publishing, 2015, p. 121.

이 뒤셀도르프 지방법원에, 약 280건이 만하임 지방법원에, 약 170건이 뮌헨 및 함부르크 지방법원에 제기된다.[73] 그래서, 뒤셀도르프 지방법원에는 특허소송을 다루는 전담부가 3개 운영되며, 만하임, 함부르크 및 뮌헨 지방법원에는 2개 전담부가 운영된다.[74] 심리는 반드시 3인의 판사에 의하여 진행되며,[75] 그 3인은 1인의 재판장 및 2인의 배석판사로 구성되며 배석판사 중 1인이 사건에 대한 보고(reporting)를 하게 된다.[76]

지방법원(LG, Regional Court) 판결에 대한 항소는 그 지방법원이 속한 지역을 관할하는 고등법원(OLG, Higher Regional Court)에 제기되며, 고등법원은 특별한 경우를 제외하고는 새로운 사실 및 증거의 제출을 인정하지 않는다.[77] 예외적으로 중요한 문제를 가진 항소는 대법원(BGH, Federal Supreme Court)으로 바로 항소된다. 상고는 대법원으로 제기되는데 동 상고가 법적 쟁점이 일반적인 중요성을 가지거나 법리 형성을 위해 필요한 경우에 한하여 해당 판결을 선고한 고등법원 또는 대법원이 상고를 허가한다.[78] 항소의 이유가 승소의 가능성이 없다고 판단되는 경우 고등법원은 그 항소를 기각할 수 있다. 대법원 민사 제10부가 특허소송을 심리한다. 항소심은 3명의 판사에 의하여, 상고심은 5명의 대법관에 의하여 심리된다.[79]

나. 독일의 관할집중의 대상이 되는 특허분규 사건

독일 특허법 제143(1)조는 모든 특허분규(patent disputes, Patentstreitsachen)가 관할집중의 대상이 된다고 규정하며,[80][81][82] '특허분규'의 의미는 넓게 해

73) Christian Osterrieth, supra, pp. 115-16.
74) *Id.* p. 121.
75) 독일 민사소송법 제348(1)(2)(k)조.
76) *Patent Litigation in Germany*, Claudia Milbradt ed., German Law Publishers, 2012, p. 79.
77) *Id.* p. 80.
78) 독일 민사소송법 제 543(2)조.
79) *Patent Litigation in Germany*, supra, p. 81.
80) "Für alle Klagen, durch die ein Anspruch aus einem der in diesem Gesetz geregelten Rechtsverhältnisse geltend gemacht wird (Patentstreitsachen), sind die Zivilkammern der Landgerichte ohne Rücksicht auf den Streitwert ausschließlich zuständig."
81) 다만, 특허무효소송은 특허법원(Bundespatentgericht, BPG)이 전속관할한다. 독일의 특허법원에 대하여는 동 법원 영문홈페이지 참조: <https://www.bundespatentgericht.de/cms/index.php?lang=en>.
82) 이시윤·이상정, "특허법원의 신설과 특허심판구조의 개편", 「사법행정」 제422호, 한국사법행정학회, 1996, 18면(특허무효는 연방특허법원이 관할하고 그 판결에 대하여는 연방최고법원에 상고할 수 있는 2심제를 취한다는 설명).

석되며,[83] 구체적으로는 발명을 위한 청구, 발명에 기반한 청구 및 그 외 발명과 밀접하게 관련되어 기술적 전문성이 요구되는 청구가 특허분규에 해당한다.[84] 특허분규는 전통적인 특허권 침해소송에 한정되지 않으며, 일반적인 불법행위법에 근거한 특허 관련 청구, 특허와 연관된 다른 청구 등도 포함하는데 특허와 연관된 다른 청구에는 실시계약으로부터 비롯되는 청구, 공동발명자 결정에 관한 청구 등이 포함된다.[85] 특허법 제143(1)조의 규정은 본안소송에만 적용되는 것이 아니라 가처분 결정에도 적용된다.[86] 다만, 특이하게도 특허소유권 이전을 약속한 계약에 근거한 청구가 특허분규가 아니라고 판단한 사례가 존재한다.[87] 특허권의 이전에 관한 것이지만 분규의 내용이 특허 그 자체에 있다기 보다는 계약에 있다고 본 것으로 이해된다.

다. 피고의 반소가 특허분규를 포함하는 경우의 처리

원고의 청구에 특허분규가 포함되지 않았는데, 피고의 반소(counterclaim)에 의하여 특허분규가 포함되는 경우 관할이 변경되지 않는다.[88] 그러므로, 피고는 별도의 특허분규 소송을 관할집중 법원에 제소하든지, 아니면 비특허분규 소송에서 특허분규 반소가 제기되는 경우 해당 쟁점에 대하여는 소가 분할되고 그 쟁점은 관할집중 법원으로 이송된다.[89] 피고가 특허분규 쟁점을 반소로서 비관할집중 법원에 제기하는 경우 이송을 신청하여야 하며, 이송신청이 없는 경우에는 그 반소는 각하된다.[90]

5. 프랑스 관할집중 법원

프랑스에서는 파리지방법원만이 특허소송을 전속관할하는데, 본안 소송에 대하여 연평균 77건의 판결을 선고한다.[91] 특허소송의 종류는 침해소송(74%), 계약

83) *Patent Litigation in Germany*, supra, p. 78 ("The term 'patent dispute' within the sense of Sec. 143 of PatG [Patent Act] is to be interpreted broadly.").
84) *Patent Litigation Proceedings in Germany* 7th ed., Heymanns, 2015, p. 289.
85) *Patent Litigation in Germany*, supra, p. 78.
86) *Id.*
87) Federal Supreme Court (BGH), 22 Feb. 2011, GRUR 2011, 662.
88) Thomas Kuhnen, supra, pp. 289-290.
89) *Id.* p. 290.
90) *Id.*
91) Isabelle Romet, Amandine Metier and Dora Talvard, *Patent Enforcement in France*, in the book

소송(7%), 직무발명소송(6%), 특허소유권소송(5%) 등으로 구성된다.[92]

6. 네덜란드 관할집중 법원

네덜란드에서는 특허법 제80조가 특허소송은 헤이그 지방법원만이 전속관할함을 규정하며, 나아가 그 '특허소송'의 종류를 명확하게 나열하고 있다. 즉, 특허법 제10조(우선권주장의 인정), 제75조(특허무효확인소송), 제77조 및 제78조(모인출원)에 의한 소송(1항 a호), 유럽특허출원 관련 소송(1항 b호), 제58(1)조가 언급하는 (강제)라이선스의 허여에 관한 소송(1항 c호), 제58조 내지 제60조가 언급하는 배상(강제실시료)을 조정하기 위한 소송(1항 d호), 제70조 내지 제73조에 의한 특허권 침해소송(2항 a호), 제3자에 의한 특허권 비저촉을 확인하는 소송(2항 b호)만이 전속관할의 대상이 된다. 네덜란드에서는 이러한 명확한 규정으로 인하여 특허소송의 범위에 관한 이견, 혼선은 없거나 매우 적을 것으로 추측된다. 향후, 우리도 이러한 명확한 규정을 도입할 필요성에 대하여 검토하여야 할 것이다.

7. 스위스 관할집중 법원

스위스에서는 특허법원법(Patent Court Act) 제26(1)조에 따라 특허법원이 특허권에 기초한 소송을 전속관할한다. 그 특허권에 기초한 소송에는 ① 특허권 침해 소송, ② 특허무효확인 소송 및 ③ 강제실시의 허여를 청구하는 소송으로 구성된다.[93] 이러한 전속관할은 위 본안소송과 관련된 가처분 절차에도 적용된다.[94] 특허법원법 제26(2)조에 따라 특허법원은 '특허와 사실적 연관을 가진(having factual connection to patents)' 소송에 대하여 경합관할을 가진다. 즉, 원고는 일반적인 관할의 법리에 따라 해당 지방법원에 소를 제기할 수도 있고 또는 특허법원에 소를 제기할 수도 있는 것이다. 그러한 '특허와 사실적 연관을 가진' 소송의 범위는 넓게(broadly) 해석되며, ① 특허소유권에 관한 소송, ② 특허

---

of *Patent Enforcement Worldwide* 3rd ed., edited by Christopher Heath, Hart Publishing, 2015, p. 175.

92) *Id.* p. 177.

93) Fritz Blumer, Patent Enforcement in Switzerland, in the book of *Patent Enforcement Worldwide* 3rd ed., edited by Christopher Heath, Hart Publishing, 2015, p. 262.

94) *Id.* p. 263.

양도에 관한 소송은 물론이고 라이선스 계약, 연구개발 계약 등도 포함한다.[95] 스위스 제도는 '특허권에 기초한' 소송은 좁게 해석되고 '특허와 관련된' 소송은 넓게 해석되는 사례라고 생각된다. 물론 우리의 규정은 후자와 유사하다.

8. 중국의 관할집중 법원

중국은 지식재산권의 사법보호를 강화하기 위해 2014년 8월 31일 전국인대상위회(全國人大常委會)에서 "북경, 상해, 광주에서의 지식재산법원의 설립에 관한 결정"을 통과시켰고 특허 등 전문성(專業性)이 있는 지식재산권 사건에 대한 북경, 상해, 광주 세 지역에서의 관할집중을 실시하였다. 2014년 10월 27일 최고인민법원심판위원회 제1628회 회의에서 「최고인민법원의 북경, 상해, 광주 지식재산법원 사건관할에 관한 규정」(이하 '북상광규정')을[96] 통과하였고 같은 해 11월 3일부터 시행하였다.

북상광규정 제1조는 다음의 사건을 관할집중 대상으로 규정한다.[97] "① 특허, 식물신품종, 회로배치설계, 기술비밀, 컴퓨터 소프트웨어에 관한 민사 및 행정사건; ② 국무원부서 혹은 현급 이상 인민정부가 맡은 저작권, 상표, 부정당경쟁 등 행정행위와 관련하여 소송을 제기한 행정사건; ③ 저명상표 인정에 관련된 민사사건."

중국은 그 전인 2011년 2월 18일 「최고인민법원의 <민사사건사유규정> 수정에 관한 결정」에서[98] 이미 특허분쟁(relating to patents)의[99] 종류를 특허계약사건, 특허권 귀속 사건 및 특허권 침해 사건의 세 종류로 분류하고, 특허권 귀속과 관련된 사건의 한 종류로 직무발명보상 소송을 예시하고 있다.[100] 특허계약

---

95) *Id.*

96)「最高人民法院关于北京、上海、广州知识产权法院案件管辖的规定 」 法释〔2014〕12号. http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-13655.html

97)「最高人民法院关于北京、上海、广州知识产权法院案件管辖的规定 」 第一条(知识产权法院管辖所在市辖区内的下列第一审案件：（一）专利、植物新品种、集成电路布图设计、技术秘密、计算机软件民事和行政案件；（二）对国务院部门或者县级以上地方人民政府所作的涉及著作权、商标、不正当竞争等行政行为提起诉讼的行政案件；（三）涉及驰名商标认定的民事案件。）

98)「最高人民法院关于修改〈民事案件案由规定〉的决定」 法〔2011〕41号. http://www.nxsft.gov.cn/201508/555.html

99) Benjamin Bai, *Specialized IP Courts in China: One Giant Step?*, December 10, 2014. <http://kluwerpatentblog.com>.

100)「最高人民法院关于修改〈民事案件案由规定〉的决定」 法〔2011〕41号("专利合同纠纷包括：①专利申请权转让合同纠纷；②专利权转让合同纠纷；③发明专利实施许可合同纠纷；④实用新型专利实施许可合同纠纷；⑤外观设计专利实施许可合同纠纷；⑥专利代理合同纠纷。专利权权属、侵权

사건에는 위탁연구계약 및 공동연구계약이 포함된다.[101] 다만, 단순한 직무발명 사건 또는 실시계약 사건은 관할집중의 대상이 되지 못하고 그 사건에 전문적 기술사항이 포함되어야 관할집중의 대상이 된다.[102][103] 기술사항을 기준으로 판단하는 이러한 중국 법리의 취지는 충분히 공감하나 해당 사건이 기술사항을 포함하고 있는지 여부를 미리 판단하여야 하는 단점도 지적된다.

손해배상 청구액이 적은 소액사건을 일괄적으로 관할집중의 대상으로 책정하는 것이 바람직한지에 대하여 고민할 필요가 있다. 중국도 (우리나라와 마찬가지로) 청구액은 고려치 않고 사건의 종류에 따라서 관할집중 여부를 책정하였었는데,[104] 최근(2016. 2.) 상하이 지재법원은 청구액이 2억위안을 초과하는 사건 등에 대하여만 관할을 집중하는 것으로 관련 규정을 개정하였다.[105][106] 동 개정은

纠纷包括: ①专利申请权权属纠纷; ②专利权权属纠纷; ③侵害发明专利权纠纷; ④侵害实用新型专利权纠纷; ⑤侵害外观设计专利权纠纷; ⑥假冒他人专利纠纷; ⑦发明专利临时保护期使用费纠纷; ⑧职务发明创造发明人、设计人奖励、报酬纠纷; ⑨发明创造发明人、设计人署名权纠纷.").

101) Thomas Pattloch, *Patent Enforcement in China*, in the book of *Patent Enforcement Worldwide* 3rd ed., edited by Christopher Heath, Hart Publishing, 2015, p. 322.

102) 张旭东, "中国知识产权法院民事案件管辖规定检视—以专利纠纷案件为视角", 北京社会科学, 2015 (09), 83页("当事人如仅就专利合同、专利权归属发生争议，而不涉及专业技术事项，这种案件就不应纳入知识产权法院受案范围。对于涉及专业技术事项且又包含其他内容的专利纠纷案件，依2014 年10 月27 日最高人民法院关于北京、上海、广州知识产权法院案件管辖规定第4 条规定，知识产权法院应当享有管辖权。因此知识产权法院管辖专利等知识产权纠纷案件在范围上"宜窄不宜宽"，这样才能真正体现知识产权案件审理的高度专业化。").

103) 张明, "浅议我国知识产权法院的级别管辖问题—以北上广知识产权法院试点为切入点", 知识经济 (Knowledge Economy), 2015(04), 26页("知识产权法院是审理专业技术性较强的民事、行政案件的专门法院。结合我国民事诉讼法及最高院的相关意见和规定，专利案件的管辖以中院管辖为原则，基层人民法院管辖为例外。有权管辖专利纠纷第一审案件的为各省、自治区、直辖市人民政府所在地的中级人民法院和最高人民法院指定的中级人民法院，最高人民法院根据实际情况，可以指定基层人民法院管辖第一审专利纠纷案件。关于涉及驰名商标案件的管辖权，也一律上移至中院，明确此类案件由省、自治区人民政府所在地的市、计划单列市中级人民法院，以及直辖市辖区内的中级人民法院管辖。《案件规定》第一条第(一) 项所列举的技术性较强案件的类型中，除计算机软件这一类案件的级别管辖最高人民法院没有明确规定归属中院，其他均在相关司法解释或者通知中将管辖权明确赋予中院，例外情况下赋予基层人民法院。上述诸案件性质较为复杂，审理难度较大，《决定》第二条第一款将这类案件的管辖权统一赋予知识产权法院，并且在《案件规定》第六条第三款中明确这些案件不再由基层人民法院管辖，既与目前实行的知识产权案件管辖制度相接轨，又完成了向专门法院的过渡。再次，知识产权法院是审理一般著作权、商标类民事、行政案件的上诉审法院。由《决定》第三条及《案件规定》第六条，基层人民法院第一审著作权、商标、技术合同、不正当竞争等知识产权民事和行政判决、裁定的上诉案件，由知识产权法院审理。并且《案件规定》第三条第三款只规定北上广各基层人民法院不再受理技术性较强类案件和涉及驰名商标认定的案件，而不包括一般的著作权、商标类案件。可见，最高院认为这类案件性质较为简单，审理难度不大，按照民事诉讼法一般规定，归基层人民法院管辖.").

104) <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=3718a99c-0202-4e06-807b-f84a592d176c>.

105) <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=2000fdfe-3b8c-46ed-900a-122257688125&utm_source=Lexology+ Daily+ Newsfeed&utm_medium=HTML+ email+ -+ Body+ -+ General+ section&utm_campaign=Lexology+ subscriber+ daily+ feed&utm_content=Lexology+ Daily+ Newsfeed+ 2016-11-

상하이 지재법원에만 적용되고 베이징 지재법원 및 광저우 지재법원에는 기존의 최고법원의 규정이 적용된다.

관할집중 사건의 건수와 관련하여, 2014년 12월 21일부터 2015년 12월 31일까지의 통계에 따르면 특허권 사건은 54.09%이고 저작권 사건은 34.51%, 상표와 부정당경쟁 사건은 9.78%, 행정 사건은 0.38%, 기타 사건은 1.23%이다. 그 중에서 특허권 사건은 수리건수가 2,673건, 판결건수가 1,339건이었다고 한다.[107]

IV. 직무발명보상 소송의 특허권에 관한 소송 여부

1. 직무발명의 승계와 보상금 청구권

직무발명은 회사의 종업원이 주어진 직무의 범위 안에서 창출한 발명을 말한다.[108] 발명은 자연인만이 창출할 수 있는 것으로 인정되므로 종업원이 발명자가 되지만, 직무발명의 창출을 위해서는 회사가 의미있는 기여를 하므로 직무발명에 대하여는 회사와 종업원 사이의 이해관계를 조율할 필요가 있다.[109] 그러한 조율의 한 방법으로 현행법은 직무발명의 완성과 동시에 종업원이 원시적으로 취하게 되는 '특허를 받을 수 있는 권리'를 회사가 승계받고,[110] 그 승계에 대한 반대급부로 회사는 종업원에게 보상금을 지급할 의무를 부담한다.[111]

16&utm_term=>.

106) 2억위안을 초과하는 사건 또는 1억위안을 초과하면서 양 당사자 중 최소 1명이 상하이에 거주하지 않거나 대만, 마카오, 홍콩 또는 외국에 거주하는 경우의 사건이 관할집중의 대상이 된다.

107) <http://www.gipc.gov.cn/showu/big_content.jsp;jsessionid=0399521797BBF15EEDEA99453F6717B4?id=5352eb2a5ba8441a9e31fd13fd34655f>.

108) 발명진흥법 제2조 제2호("'직무발명'이란 종업원, 법인의 임원 또는 공무원(이하 '종업원등'이라 한다)이 그 직무에 관하여 발명한 것이 성질상 사용자·법인 또는 국가나 지방자치단체(이하 '사용자등'이라 한다)의 업무 범위에 속하고 그 발명을 하게 된 행위가 종업원등의 현재 또는 과거의 직무에 속하는 발명을 말한다.").

109) 정차호, "직무발명 법제 입법 이력", 「직무발명제도 해설」, 한국특허법학회 편, 박영사, 2014, 3면("직무발명제도는 세금우대 제도 등 여러 측면이 있지만, 기본적으로 직무발명에 대한 회사와 종업원 사이의 이해관계를 조율하여 직무발명의 왕성한 창출, 활용을 도모하는 목적을 가진다.").

110) 발명진흥법 제13조(승계 여부의 통지).

111) 발명진흥법 제15조(직무발명에 대한 보상).

2. 직무발명 보상금의 종류 및 성격

직무발명 보상금에는 출원보상금, 등록보상금, 자기실시 이익에 대한 보상금(이하, '자기실시 보상금'), 특허발명실시계약으로 인한 실시료 이익에 대한 보상금(이하 '실시료 보상금'), 양도대금 보상금 등으로 구분되지만, 출원보상금 및 등록보상금은 그 액수가 크지 않아서 그것들을 이유로 보상금 청구 소송을 제기하는 경우는 없다고 보아야 한다. 그래서 이 글에서는 자기실시 보상금, 실시료 보상금, 양도대금 보상금만을 논의의 대상으로 삼는다.

3. 직무발명보상 소송을 특허권에 관한 소송으로 보지 않는 견해

직무발명의 경우 ① 특허권이 형성되기 전 즉, 특허등록 이전에도 그 발명으로부터 경제적 이익이 발생할 수 있다는 점, ② 특허를 획득하지 않고 영업비밀로 간직하여도 경제적 이익의 발생이 가능한 점 등으로 인하여 직무발명보상 사건을 반드시 특허권에 관한 사건이라고 보기 어렵다는 지적이 가능하다. 또, 비록 특허를 획득하였다고 하더라도 그 특허발명(직무발명)의 자기실시가 특허권의 행사에 관한 것도 아니어서 그 자기실시로부터 비롯되는 경제적 이익을 근거로 보상금을 청구하는 것이 특허권에 관한 것이라고 보기도 어려운 면이 있다. 나아가, 실시료 보상금을 청구하는 경우 그 본질이 특허권의 행사에 관한 것인지 아니면 실시료라는 이익에 대한 지분을 청구하는 것인지를 결정해야 할 것인데, 아무래도 후자로 보는 것이 더 합리적이라고 생각된다.

4. 직무발명보상 소송을 특허권에 관한 소송으로 보아야 하는 (필자의) 이유

직무발명보상 소송은 원고(종업원)가 '특허를 받을 수 있는 권리'를 피고(회사)에게 승계한 바에 대한 반대급부를 주장하는 소송이다. 그 반대급부는 발명진흥법 제15조가 보장하는 것이다. 비록 '특허권'을 양도한 것이 아니라 '특허를 받을 수 있는 권리'를 양도한 것이지만, 회사가 그 권리에 근거하여 특허권을 통상 획득한다는 점에 근거하면 '특허를 받을 수 있는 권리'로부터 비롯되는 소송인 직무발명보상 소송도 '특허권에 관한' 소송으로 보아야 할 것이다.[112] 위에서 소개

112) (특허권자 명의변경 청구 소송이 아닌) 발명자 명의변경 청구 소송도 특허권 관련 소송으로 보아야 한다. 필자는 동 소송을 특허를 받을 수 있는 권리의 온전한 승계를 통하여 해당 특

한 (출원공개 후 발생하는) 가보호권에 근거한 소송을 특허권에 관한 소송으로 보아야 하는 점과 논거는 동일하다.

소송의 내용도 특허무효 판단, 회사의 이익액 판단, 발명자 판단, 기여율 판단 등이 중심을 이루므로 기술, 특허법 및 발명진흥법을 중심으로 사건이 전개된다.[113][114] 즉 내용상 직무발명보상 소송은 특허소송과 유사한 면이 많은 것이다. 달리 말하면 특허권이 사건 해결의 필요적 요소가 되므로 동 사건을 특허권에 관한 사건으로 보아야 하는 것이다.[115] 참고로, 일본,[116] 중국[117] 등 주요국의 지재전문법원도 직무발명 보상 소송을 관할집중의 대상으로 삼고 있다.

5. 각종 보상금 또는 대가지급 청구 소송

특허법 여러 규정에서 일정한 경우 특허권자 등에게 보상금을 지급하거나 대가를 지급하도록 규율하고 있다.[118] 이에 관한 소송 역시 특허권과 밀접한 관련이 있을 뿐만 아니라 문제의 실시가 해당 특허권의 권리범위에 속하는지 여부가 중요한 쟁점이 될 것이다. 또, 실시권자가 항변으로 해당 특허의 무효를 주장할 수도 있으므로, 그러한 소송들을 관할집중 사건으로 분류하여야 할 것이다. 또, 직무발명보상 소송을 특허권에 관한 소로 보는 것과 상응시키기 위해서도 그러하다.

V. 특허계약 사건의 '특허권에 관한' 소송 여부

특허와 관련된 계약의 종류로는 특허발명실시계약, 특허출원권양도계약, 특허권양도계약, 특허대리계약 등이 있을 것이다.[119] 이하, 각각에 대하여 살핀다.

허권이 형성되었는지를 따지는 소송이라고 본다. 미국에서는 특허법으로부터 비롯된 사건이 아니라고 본다. Luckett v. Delpark, Inc., 270 U.S. 496, 510 (1926).

113) 서울중앙지방법원 2012가합501788 판결(보상금=사용자의 매출액 x 직무발명의 기여도 x 실시료율 x 독점권 기여율 x 발명자공헌도 x 발명자 기여율).

114) 기술적 전문성을 특허권에 관한 사건인지 여부를 판단하는 중요한 요소로 삼은 사례: 大阪地方裁判所, 平成11年9月21日, 平成11年 (モ) 5859号.

115) 정차호, 앞의 논문(2012), 506면("특허쟁점이 사건의 해결에 필요적인 요소인 것으로 인정되는 경우 해당 사건은 특허사건이 된다.")(미국에서 특허법으로부터 비롯되는 사건인지를 판단하는 법리를 설명).

116) 위 Ⅲ. 1. 부분 참고.

117)「最高人民法院关于修改〈民事案件案由规定〉的决定」.

118) 특허법 제65조 제2항, 제104조 제2항, 제105조 제3항, 제183조 제2항 등.

119) 중국 최고인민법원이 2011년 2월 18일 「최고인민법원의 <민사사건사유규정> 수정에 관한 결

1. 특허발명실시계약 사건

가. 실시계약의 성격

특허발명실시계약은 '특허권'에 관한 계약이므로 특별한 경우를 제외하고는 관할집중 사건으로 분류되어야 할 것이다.[120] 즉, 특허발명통상실시계약은 통상실시권자에게 특허권(배타권)을 행사하지 않겠다는 약속[121][122] 및/또는 특허발명을 실시할 수 있는 권리를 부여하는 약속에 해당하는 계약이고, 특허발명전용실시계약은 그러한 약속에 더하여 전용실시권자가 특허권을 행사할 수 있도록 허락하는 계약인 것이다.[123][124] 특허발명실시계약의 실시허락자(특허권자)가 실시계약의 위반을 이유로 소송을 제기하는 경우, 그 위반으로 인하여 이제 실시권자가 '특허권'을 침해하는 것이라고 주장하게 되고 그렇다면 그 소송은 '특허권'에 관한 것이 된다.[125]

나. 소송에서 심리되는 내용

실시계약 사건에서 심리되는 내용도 실시권자의 제품에 특허발명이 적용되었는지 여부, 적용되었다면 적용된 비율(apportionment)의 결정 등 기술과 특허법

정」에서 특허계약을 이런 정도로 분류하고 있다. 「最高人民法院关于修改〈民事案件案由规定〉的决定」 法〔2011〕41号.
<http://www.nxsft.gov.cn/201508/555.html>.

120) Amelia Smith Rinehart, supra, at 686 ("If courts recognize a patent license as a special kind of contract that not only involves contractual rights and obligations but also involves an exchange related to the property interest of the patent (the right to exclude others from practicing the claimed invention), . . .").

121) 정차호, "특허권 및 전용실시권의 개념 재정립", 「성균관법학」 제22권 제3호, 2010, 1238면 ("통상실시계약은 특허권자가 통상실시권자에게 특허권 침해소송을 제기할 수 없도록 하는 것이다.").

122) Spindelfabrik Suessen-Schurr Stahlecker & Grill GmbH v. Schubert & Salzer Maschinenfabrik Aktiengesellschaft, 829 F.2d 1075, 1081 (Fed. Cir. 1987) ("[A] patent license agreement is in essence nothing more than a promise by the licensor not to sue the licensee.").

123) 특허법 제126조 제1항("특허권자 또는 전용실시권자는 자기의 권리를 침해한 자 또는 침해할 우려가 있는 자에 대하여 그 침해의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다."); 제128조 제1항("특허권자 또는 전용실시권자는 고의 또는 과실로 자기의 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자에 대하여 침해로 인하여 입은 손해의 배상을 청구할 수 있다.").

124) 미국의 약간 다른 견해: Brian G. Brunsvold & Dennis P. O'Reilley, *Drafting Patent License Agreements* 4th Ed., 2002, p. 18 ("The express grant of an exclusive license conveys an implied promise by the patent owner not to practice under the patent and not to grant any further licenses.").

125) Amelia Smith Rinehart, supra, at 659 ("In most cases, the patent owner brings her suit against the licensee in federal court, alleging that the licensee breached the license contract and, as a result, now infringes the patent.").

을 중심으로 전개되므로 관할집중 사건으로 분류할 필요성도 인정된다.[126] 또, 실시계약에 근거한 소송에서 실시권자가 특허무효를 주장할 수 있으므로 그러한 상황을 예상하면 더욱 그러하다.[127][128]

다. 비기술적 실시계약 사건의 처리

일부 실시계약 사건의 경우에는 특허권 관련 사건으로 보기 어려운 경우도 있을 수 있다. 예를 들어, 실시계약에서 실시권자가 실시내역을 보고(report)하도록 규정하고 있는데, 실시권자가 그 보고의무를 이행한 것인지 여부가 쟁점이 되는 경우 그 사건은 특허권 관련 사건으로 보기 어렵다.[129] 또, 통상실시권 등록말소청구 소송도 기술적 내용과 무관할 수 있다. 그러나, 비록 그 사건들을 특허사건으로 보기 어려운 측면이 인정되지만 실시계약 관련 사건의 쟁점을 사안마다 구분하여 관할을 결정하게 하는 것은 법원에게도 당사자에게도 곤혹스러운 측면이 있다. 그러므로, "특허발명실시계약에 관한 분쟁은 특별한 경우가 아니면 관할집중 사건이 된다"는 것으로 법리를 단순하게 정리할 필요가 있다. 우리는 기술사건에 한정하여 관할을 집중한 것이 아니므로 그러한 단순화가 가능하다. 현실적으로도 관할집중 법원은 특허쟁점과 비특허쟁점에 모두 익숙한 반면, 일반 법원은 비특허쟁점에는 익숙하더라도 특허쟁점에는 익숙하지 않으므로, 특허쟁점과 비특허쟁점이 혼재된 사건을 관할집중 법원이 다루는 편이 조금이라도 더 나아 보인다. '관련'을 넓게 보아 대부분의 특허발명실시계약 사건을 특허사건으로 보아야 한다는 미국에서의 주장이 있는데,[130] 그 주장이 우리나라에서는 더욱 타당한 것이라고 생각된다.

---

126) Ballard Med. Prods. v. Wright, 823 F.2d 527 (Fed. Cir. 1987)(특허발명실시계약에 관한 소가 본질적으로 특허권의 범위를 다투는 소송이라고 주장된 사건).

127) 특허무효의 주장은 여러 장면에서 허용된다. 직무발명보상금청구 소송에서 회사가 특허무효를 주장하였고 법원이 특허가 무효될 것이 분명하다는 이유로 종업원의 보상금 청구를 기각한 사례: 대법원 2011. 7. 28. 선고 2009다75178 판결, 2011. 9. 8. 선고 2009다91507 판결.

128) 연구개발 계약과 관련된 사건은 특허권 관련 사건인가? 그 계약이 연구개발의 결과인 발명 및 나아가 특허에 관하여 규정하고 있다면 어떠한가? 스위스에서는 그러한 사건도 관할집중 사건으로 분류한다. Cyrill P. Rigamonti, *The New Swiss Patent Litigation System*, 2 Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law (JIPITEC) 3, para. 28 (2011), <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1799343>.

129) Applera Corp. v. MP Biomedicals, LLC, 93 Cal. Rptr. 3d 178, 192 (Ct. App. 2009).

130) Amelia Smith Rinehart, supra, at 659 & 685.

라. 서울고등법원 실시계약 위반 사건[131]

원고가 피고의 통상실시계약 위반을 이유로 통상실시권 말소등록 및 손해배상을 청구하는 사안에서 서울고등법원은 그러한 소송의 "심리판단에 전문기술적 지식이 필요하게 될 가능성이 있다"는 이유로 해당 사건을 관할집중 사건으로 분류하였다.[132] 일반적인 실시계약 사건은 소 제기 당시에 판단키로는 기술쟁점이 포함될 가능성을 어느 정도라도 내포하고 있을 것이므로 관할집중의 대상이 되어야 할 것이다.

마. 외국의 사례

미국에서는 특허발명실시계약 사건은 주로 주법원이 관할한다. 특허'법'으로부터 비롯되는 사건은 연방법원의 관할이 되는데, 특허발명실시계약은 주로 계약법으로부터 비롯되는 사건으로 보아서 주법원이 다루는 것이다.[133] 특허발명실시계약의 실시허락자(특허권자)가 실시계약의 위반을 이유로 소송을 제기하고, 그 위반으로 인하여 이제 실시권자가 '특허권'을 침해하는 것이라고 주장하게 되면 그 소송은 '특허법'에 관한 것이 된다.[134] 한편, 실시허락자가 실시계약의 위반만을 이유로 소송을 제기하는 경우, 그 소송은 '계약'에 관한 것에 그치고 특허법에 관한 것이 아니게 된다.[135] 그런 견지에서 특허권자가 소장에서 주장하는 바에 따라 특허소송이 될 수도 있고 아니 될 수도 있는 것이다.[136] 그래서 혹자는 특허

131) 서울고등법원 2016. 5. 24.자 2016나2016427 결정.

132) "예를 들면, 전용실시권의 설정을 받은 사람이 약정대로 실시 제품을 제조, 판매하였는지 아닌지가 쟁점으로 되는 경우에는 실제로 제조·판매된 제품이 특허발명의 실시 제품이라고 평가할 수 있는 것인지 아닌지가 중요한 사실로 되고, 그 판단을 위해서는 특허발명의 내용 외에 실제로 제조·판매된 제품의 구조나 성능 등을 이해할 수 있는 전문기술적 지식이 필요하게 될 가능성이 높다."

133) Harvard Law Review, *Licenses - Enforceability - Royalty Provisions in Know-How Licensing Agreements Held Unenforceable. - Painton & Co. v. Bourns, Inc., 309 F. Supp. 271 (S.D.N.Y. 1970).*, 84 Harv. L. Rev. 477, 484 (1970) ("Although claims of patent infringement may be heard only in federal courts, 28 U.S.C. § 1338 (1964); see, e.g., In re Hohorst, 150 U.S. 653 (1893), contractual claims arising under patent licenses are not subject to exclusive federal jurisdiction, Dale Tile Mfg. Co. v. Hyatt, 125 U.S. 46 (1888), Adkins v. Lear, Inc., 67 Cal. 2d 882, 890-91, 435 P.2d 321, 325, 64 Cal. Rptr. 545, 549 (1967).").

134) Amelia Smith Rinehart, supra, at 659 ("In most cases, the patent owner brings her suit against the licensee in federal court, alleging that the licensee breached the license contract and, as a result, now infringes the patent.").

135) 참고로, 미국에서는 특허권자가 실시계약 관련 사건이 주법원에서 심리되기를 선호할 수 있다. 연방법원과는 달리 주법원에서는 피고가 특허무효의 항변을 제기할 수 없기 때문이다. Amelia Smith Rinehart, supra, at 680 ("the patent owner eager to remain in state court to protect the validity of his patent.").

발명실시계약에 관한 사건에 대하여 연방법원이 관할을 가지는지 아니면 주법원이 관할을 가지는지가 매우 어려운 판단이라고 평가하기도 한다.[137] 미국은 우리와 달리 "특허'법'으로부터 비롯되는"이라는 표현을 사용하여 특허발명실시계약이 특허법에 관한 것이 아니라는 결론이 타당할 수 있지만, "특허'권'에 관한"이라는 표현을 둔 우리는 특허발명실시계약을 일반적으로는 특허권 관련 사건으로 분류하여야 할 것이다. 우리나라의 경우 특허실시계약을 특허권의 일부를 제한하거나 이전하는 계약으로 보고 동 계약을 특허권에 관한 사건으로 취급할 수 있다.[138]

참고로, 일본에서도 실시계약에 관한 소송이 관할집중의 대상이 된다.[139] 대만에서는 지식재산법원조직법 제3조 제4항이 대법원이 지재 사건을 지재법원에 할당할 수 있다고 규정하고 있고, 2008년 대법원이 지재 관련 '계약' 사건도 지재법원이 관할하도록 명령하였다고 한다.[140]

2. 특허권양도계약 및 특허출원권양도계약 사건

가. 특허권양도계약의 성격

특허권을 양도하는 내용의 계약에 관한 사건은 당연히 '특허권에 관한' 사건으로 분류될 것이다. 물론, 그 사건의 본질이 기술이 아니라 계약법에 있다 하더라도 (미국과는 달리) 우리 규정이 '특허권에 관한' 사건을 명문으로 규율하고 있으므로 특허권양도계약에 관한 사건은 관할집중의 대상이 되어야 한다. 유사한 이유로 특허권 귀속에 관한 사건도 관할집중의 대상이 될 것이다.[141] 한편, 민사소

136) *Id.* ("However, a patent owner, as the master of her suit, may choose to bring it in state court and raise only a contract claim governed by state law.").

137) Donald Shelby Chisum, *The Allocation of Jurisdiction Between State and Federal Courts in Patent Litigation*, 46 Wash. L. Rev. 633, 639, 662-64 (1971) ("one of the darkest corridors of the law of federal courts and federal jurisdiction").

138) Amelia Smith Rinehart, supra, at 686 ("If courts recognize a patent license as a special kind of contract that not only involves contractual rights and obligations but also involves an exchange related to the property interest of the patent (the right to exclude others from practicing the claimed invention), . . .").

139) コンメンタール 民事訴訟法 Ⅰ [第2版追補版], 日本評論社, 2014; 新·コンメンタール 民事訴訟法 [第2版,] 日本評論社, 2013; 知的財産高等裁判所, 平成２1年1月29日, 平成２０年 (ネ) 第１００６１号 損害賠償請求控訴事件.

140) 대만 지재법원의 Sung-Mei Hsiung 판사와의 이메일 질의 및 응답.

141) 특허 양도 계약에 관한 모든 분쟁이 특허사건인가? 예를 들어, 양도계약서가 위조되었다고 주장하여 위조 여부가 쟁점이 된 사건도 특허사건이어야 하는가?

송법 제20조의 '부동산에 관한 소'에 부동산 물권의 설정·이전에 따라 구하는 등기청구권이 당연히 포함된다고 해석되듯이,[142] 특허권 등의 이전·설정·말소 등록청구소송은 특허권에 관한 소에 해당한다고 보는 것이 타당할 것이다.

나. 특허출원권양도계약

특허출원권(특허를 받을 수 있는 권리)은 아직 특허권에 이르지 못한 것이지만 특허권 획득을 전제로 한다는 점에서 특허출원권에 관한 사건을 특허권에 관한 사건으로 포섭할 필요가 있다. 그 소송의 내용도 발명자가 누구인지를 판단하는 지극히 기술적인 내용이 주를 이룰 것이다. 직무발명의 승계에 관한 계약도 그 소송의 내용은 해당 발명이 직무발명인지 여부, 특히 해당 발명이 직무범위에 포함하는지 여부를 판단하는 기술적인 것이 된다.

3. 특허대리계약 사건

발명자(출원인/의뢰인)와 변리사 사이에 체결되는 특허출원을 대리하는 계약에 대한 분쟁은 특허권에 관한 사건인가? 대리과실(legal malpractice)[143] 소송이 ① 손해배상액을 산정하기 위하여 대상 발명의 가치를 산정하여야 한다는 점, ② 대상 발명의 가치와 관련하여 발명의 신규성, 진보성 등을 판단하여야 한다는 점, ③ 특허권 획득에 실패한 바를 다투는 특허권 관련 소송이라는 점[144] 등에 근거하면 대리과실 소송도 특허권에 관한 소송으로 포섭할 필요성이 높다고 본다. 다만, 미국의 경우 원고가 변호사가 적절한 주장을 하지 않아서 그의 특허가 무효 되었다고 주장하면서 대리과실에 대한 손해배상을 청구한 사건에서[145] 연방대법원은 대상 소송은 그 내용이 특허에 관한 것이라도 (연방관할이 되는) 특허소송이 되기 어렵다고 판단한 바 있다.[146]

---

142) 한국사법행정학회, 「주석 신민사소송법(I)」 제1판, 2003, 178면.

143) 의료인의 과실에 대한 소송을 '의료과실(medical malpractice)' 소송이라고 칭하듯이 대리인의 과오에 대한 소송을 '대리과실(legal malpractice)' 소송이라고 칭할 수 있을 것이다. 그에 관한 논문: 김종윤, "변호사 과오책임과 책임보험", 경희대학교 대학원 박사학위논문, 1992.

144) 정차호, "변리사 과실 책임", 「특허판례연구」 개정판, 박영사, 2012, 934-935면.

145) Gunn v. Minton, 133 S.Ct. 1059, 1063 (2013).

146) *Id.* p. 1065.

VI. 기타 사건

1. 가처분 사건

2016년 12월 현재 특허권 침해에 따른 가처분 사건은 관할집중의 대상이 되지 않는 것으로 이해된다.[147][148] 그러나, 그러한 가처분 신청도 당연히 관할집중 법원이 결정하여야 한다. 가처분 신청 자체가 특허권에 근거한 것이고 가처분 절차에서 다루는 내용이 기술적 전문성을 요구하기 때문이다. 가처분은 본안과 달리 신속성이 매우 중요하므로 그것을 위해 원거리에 위치한 법원을 이용하도록 강제하는 것이 바람직하지 않은 면이 있으나,[149] 가처분 신청이 특허권에 기초한 사건이라는 점에 근거하면 관할집중의 대상으로 보는 것이 더 타당하다.[150] 가처분 신청이 '특허권에 기초한' 것임에는 이견이 있기 어렵고, 가처분 신청이 '사건'이 아니라고 보기도 어렵다.[151]

참고로, 독일 특허법 제143(1)조는 모든 특허분규(patent disputes, Patentstreitsachen)가 관할집중의 대상이 된다고 규정하는데 동 규정은 본안소송에만 적용되는 것이 아니라 가처분 결정에도 적용된다.[152] 스위스에서는 특허법원법(Patent Court Act) 제26(1)조에 따라 특허법원이 특허권에 기초한 소송을 전속관할한다. 그 특허권에 기초한 소송에는 ① 특허권 침해 소송, ② 특허무효확인 소송 및 ③ 강제실시의 허여를 청구하는 소송으로 구성된다.[153] 이러한 전속관할은 위 본안소송과 관련된 가처분 절차에도 적용된다.[154]

---

147) 대법원 사법지원실에서 2015. 12. 21. 코트넷을 통해 공지한 "특허권 등 관할 집중 관련 법률 시행에 따른 각급 법원 주의사항 안내"에서는 관할집중 사건을 "특허권, 실용신안권, 디자인권, 상표권, 품종보호권의 침해에 따른 민사 본안사건임"이라고 기재하였다.

148) 박준석, 앞의 보고서, 15면.

149) 상동.

150) 애초 관할집중이 지리적 접근성을 다소 희생해서라고 전문성을 제고하자는 목적 하에 단행된 것이다.

151) 이 글의 심사과정에서 한 심사위원이 가처분 사건의 포함 여부에 대하여 좀 더 집중적으로 다루어질 필요가 있다고 지적하였다. 공감한다. 그러나, 그 주제는 별도의 논문이 필요한 정도로 중요한 것이므로 다음 기회를 기약하고자 한다.

152) *Patent Litigation in Germany*, Claudia Milbradt ed., German Law Publishers, 2012, p. 78.

153) Fritz Blumer, supra, p. 262.

154) *Id.* p. 263.

2. 가보호 권리에 근거한 보상금청구 소송

출원공개에 의하여 부여되는 가보호 권리에 근거한 보상금청구 소송도 특허등록 후 권리행사를 할 수 있다는 면에서 '특허권'을 전제로 하는 것이므로 '특허권에 관한' 소송으로 볼 수 있을 것이다. 참고로, 유럽통합특허법원합의 제31조 제1항이 유럽통합특허법원의 사물관할을 규정하는데,[155] 동 규정은 출원공개에 의하여 부여되는 가보호 권리에 관한 소송을 명시하고 있다.[156] 명문의 규정으로 동 소송을 '특허권에 관한' 소송임을 명확하게 한 사례라고 생각된다. 중국도 동 사건을 관할집중 사건으로 분류한다.[157]

VII. 향후 추가적으로 연구되어야 할 쟁점

특허소송 관할집중으로 인하여 다양한 쟁점이 제기되고, 그러한 쟁점에 대한 연구가 필요하다. 이하, 그러한 쟁점 중 일부를 예시한다.

1. 특허권 등에 관한 소의 범위를 대법원 규칙이 결정

특허권과 관련된 다양한 소송이 존재하는데 그 모든 소송에 대하여 관할집중의 대상인지 여부를 판단하기가 쉽지 않다. 그러한 혼란을 최소화 하기 위하여 대법원 규칙이 특허권에 관한 소의 범위를 결정할 수 있도록 하는 방안이 제시될 수 있다.[158] 참고로, 대만이 그러한 융통성 있는 제도를 채택하였다. 대만 지식재산법원조직법 제3조 제4항이 "대법원이 지식재산 사건을 지식재산법원에 할당할 수 있다"고 규정하는 것이다. 또 참고로, (앞에서 소개한 바와 같이) 네덜란드는 법이 대상 사건을 명확하게 규정한 사례이다.

---

155) Official Journal of the European Union, C 175/1, 20. 6. 2013.

156) Agreement on a Unified Patent Court
Article 15 (1) The Court shall have exclusive competence in respect of: . . .
(f) actions for damages or compensation derived from the provisional protection conferred by a published patent application . . .
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:175:0001:0040:EN:PDF>.

157)「最高人民法院关于修改〈民事案件案由规定〉的决定」.

158) 같은 의견: 이규홍, "'특허권 등에 관한 소송'의 해석과 문제점", 한국특허법학회 세미나 발표자료, 2016, 105면 각주 90("아예 민사소송법 제24조에 '특허권등의 지식재산권에 관한 소의 범위는 대법원 규칙으로 정한다.'는 조항을 신설하는 방안도 검토될 수 있을 것이다.").

2. 비기술적 특허권에 관한 소의 취급

서울고등법원은 '특허권에 관한' 소라고 하더라도 전문기술적 지식 또는 특단의 노하우를 필요로 하지 않는 경우에는 민사소송법 제36조 제3항에 따라 다른 법원에 이송할 수 있다고 설시한 바 있다.[159] 그러나, 민사소송법 제36조 제3항은 현저한 손해 또는 지연이 발생하는 경우에 대비하기 위한 규정인데,[160] 심리내용이 비기술적이라는 점이 어떤 한 당사자에게 현저한 손해를 끼친다거나 그 소송절차를 지연시킨다고는 생각되지 않는다. 또, 명문의 규정(제24조 제2항)이 특허권에 관한 소가 관할집중의 대상이 된다고 규정하고 있으므로 해당 사건이 특허권에 관한 소라고 분류가 되면 그 사건은 관할집중의 대상이 되어야 한다. 심리될 내용이 비기술적이라는 이유가 관할집중의 대상인 것을 아닌 것으로 변경할 수는 없다고 생각된다. 일본의 경우 기술적 사건을 관할집중의 대상으로 책정하고 있지만 우리의 경우 비기술적 사건인 상표권 사건도 관할집중의 대상으로 포섭하고 있는 점을 감안하면 대상 판결의 설시는 일본 법리와는 상응할 수 있으나 우리 법리와는 상응할 수 없다.[161]

3. 항소심에서의 재량에 의한 이송

전속관할 규정에도 불구하고 재량이송이 가능하다고 규정한 민사소송법 제36조 제3항은 제1심 단계에서만 적용되므로 일본에서처럼 항소심에 있어서도 특허법원이 재량이송을 할 수 있는 규정을 신설하는 것이 타당해 보인다.[162][163] 한

---

159) 서울고등법원 2016. 5. 24.자 2016나2016427 결정("한편 특허권 등의 지식재산권에 관한 소라고 하더라도 구체적인 사건의 내용에 따라서는 심리판단을 위하여 전문기술적 지식이나 특단의 노하우를 필요로 하지 아니하는 경우도 있을 수 있으나, 이러한 경우에는 민사소송법 제36조 제3항에 따라 다른 법원에 이송할 수 있다.").

160) 민사소송법 제36조 제3항("제24조제2항 또는 제3항에 따라 특허권등의 지식재산권에 관한 소를 관할하는 법원은 현저한 손해 또는 지연을 피하기 위하여 필요한 때에는 직권 또는 당사자의 신청에 따른 결정으로 소송의 전부 또는 일부를 제2조부터 제23조까지의 규정에 따른 지방법원으로 이송할 수 있다.

161) 일본 민사소송법 제20조의2 제1항("제6조 제1호 각호에 정한 재판소는 '특허권등에 관한 소송'에 관련있는 소송이 동 조항의 규정에 의해 그 관할에 전속하는 경우일지라도 당해 소송에서 심리할 전문기술적 사항이 빠져 있거나 여타 사정에 의해 현저한 손해나 지연을 피하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 신청에 의하거나 직권으로 소송의 전부 또는 일부를 제4조, 제5조 또는 제11조의 규정에 의해 관할권을 가질 지방재판소 또는 제19조 제1항의 규정에 의할 경우 이송을 받아야할 지방재판소에 이송할 수 있다.").

162) 일본 민사소송법 제20조의2 제2항("도쿄고등재판소는 제6조 제3항의 항소가 제기된 경우일지라도 그 항소심에서 심리할 전문기술적 사항이 빠져 있거나 여타 사정에 의해 현저한 손해나 지연을 피하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 신청에 의하거나 직권으로 소송의 전부

편, 이송을 하여야 하는 현저한 손해 또는 지연이 발생하는 경우가 어떤 것인지에 대하여는 의문이 제기될 수 있다. 한 예로, 가처분 사건을 서울고등법원이 이미 상당 부분 심리한 경우 해당 본안 사건도 서울고등법원이 처리하는 것이 소송경제에 부합한다고 설명하는데,[164] 그러나, 가처분 사건도 관할집중의 대상으로 삼아야 한다는 주장에 근거하면 가처분 사건을 이유로 항소심에서 이송의 필요성이 있다고 주장하는 것은 곤란하다.

4. 영업비밀 소송의 관할집중 필요성

이 글은 직무발명보상 소송, 특허발명실시계약 소송 등을 중심으로 논하였지만 향후 영업비밀 소송에 대한 논의도 필요하다. 미국에서는 영업비밀 사건이 연방법원의 관할이 되어야 한다는 주장이 제기된 바 있고,[165] 급기야 최근 영업비밀 사건을 연방법원이 관할하는 것으로 법을 개정하였는데,[166][167] 영업비밀 사건이 기술의 분석을 많이 포함하고, 그 기술이 직무발명으로부터 비롯된 것이 많다는 점에 근거하면 우리도 영업비밀 사건을 관할집중의 대상으로 삼을 필요가 있다.[168] 현행 법의 해석에 의하면 영업비밀 사건을 관할집중 사건으로 보기는 어렵고, 법을 개정하여야 할 것이다. 참고로 중국은 영업비밀 중 기술비밀(technical secret)에 한정하여 관할을 집중하였고,[169] 영국도 영업비밀 유용에 관한 소를 관할집중하였다.[170]

또는 일부를 오사카고등재판소에 이송할 수 있다.").

163) 박준석, 앞의 보고서, 75면.

164) 상동, 76면.

165) James Pooley, *The Myth of the Trade Secret Troll: Why We Need a Federal Civil Claim for Trade Secret Misappropriation*, 23 George Mason L. Rev. 1045 (2016).

166) Maxwell Goss, *What the Defend Trade Secrets Act Means for Trade Secret Defendants*, May 5, 2016. <www.patentlyo.com>.

167) 동 법의 규정 중 권리자 입장에서 가장 유용한 것은 영업비밀의 공개를 막기 위하여 사전통지 없이 법집행관이 해당 재산을 압수할 수 있게 하는 것이다.

168) 미국의 DTSA에 관한 여러 글을 정리한 사이트: Gene Quinn, *Obama Administration strongly supports Defend Trade Secrets Act*, April 4, 2016. <www.ipwatchdog.com>.

169) 위 III. 8. 부분 참고.

170) Chancellor of the High Court, *The Intellectual Property Enterprise Court Guide*, 2014, p. 4. <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/426123/intellectual-property-enterprise-court-guide.pdf>.

5. 비특허 쟁점과 특허 쟁점이 혼재된 사건

미국에서 부정경쟁 사건은 주법원이 관할권을 가지고 특허 사건은 연방법원이 관할권을 가지는데, 두 쟁점이 혼재된 사건에 대하여는 연방법원이 관할권을 가질 수 있으며, 주어진 사실관계를 종합하여 법원이 재량으로 관할권 행사를 결정한다.[171] 우리나라에서 만약 부정경쟁 쟁점이 대부분을 차지하고 특허 쟁점이 부분적으로 포함된 사건을 관할집중할 것인지 여부에 대한 검토가 필요하다.[172] 특허 쟁점이 주 쟁점인 경우 그 사건을 관할집중 사건으로 분류하는 데에는 아무런 장애가 없을 것인데,[173] 특허 쟁점이 부 쟁점인 경우에는 어떻게 처리하여야 하는가?[174] 참고로, 중국에서는 관할쟁점과 비관할쟁점이 혼재된 경우 일반적으로 관할사건으로 포섭한다.[175]

6. 무역위원회 판정에 대한 취소소송

무역위원회는 「불공정무역행위 조사 및 산업피해구제에 관한 법률」에 따라 지식재산권을 침해하거나 원산지 또는 품질 표시를 위반한 수출입품에 대해서는 조사·판정을 거쳐 시정조치(제10조) 및 과징금 부과(제11조)를 하고 있다. 그 시

171) Verdegaal Bros., Inc. v. Union Oil Co. of California, 750 F.2d 947 (Fed. Cir. 1984) ("Weight to be accorded various considerations in determining whether it is appropriate for a federal district court to exercise jurisdiction over a state unfair competition claim joined with a patent infringement claim lies in sound discretion of the district court.").

172) 부정경쟁 쟁점과 상표 쟁점이 혼재된 사건은 자주 발생할 것이다. 광주고등법원 제주부 2016나82 판결(본 사건은 침해금지 및 침해물 폐기를 구하는 소가 50,00100원의 상표사용금지 소송으로 특허법원으로의 직권이송결정에 대하여 원고가 제주도에서 이루어질 항소심을 기대하였다가 대전 지역으로 이송됨에 따른 부당함을 지적하며 특별항고를 하였으나 대법원에서 기각된 후 이송이 이루어졌음).

173) 홍일표 의원과 강형주 법원행정처 차장의 각 진술[국회 제334회 법제사법소위 제1차(2015. 6. 17.) 회의록 10면]("홍일표 의원 : 특허권, 실용신안권, 디자인권 여기에 관한 쟁점만이 유일한 쟁점인 사건만 여기에 해당한다고 할 거냐, 여러 쟁점 중에 그게 하나만 들어갔어도 그것은 여기에 포함돼서 전속관할로 가야 될 거냐 이런 사건 분류상의 어려움이 있다, 그런 부분은 어떻게 처리할 수 있는지?" "강형주 법원행정처 차장 : 일부 그런 사례가 있겠습니다마는 주 쟁점이 특허권침해소송이면 침해소송으로 분류하는 것이 맞다고 봅니다." " 홍일표 의원 : 그러니까 주 쟁점이냐 그런 것도 사실은 약간 애매한 부분이 있을 수 있지요." "강형주 법원행정처 차장 : 저희가 서울중앙지방법원에서 사건을 배당할 때 역시 같은 문제가 있을 텐데요. 전문재판부, 그러니까 지식재산권 전문재판부에 배당을 하는 경우에도 같은 문제가 있습니다. 그런데 거기에서 주 쟁점이 침해소송인 경우에는 전문재판부로 배당을 하는 걸로 알고 있습니다.").

174) 한국특허법학회가 2016. 10. 15. 개최한 세미나에서 토론자 유영선 부장판사는 관할쟁점이 부수적인 경우 해당 사건은 관할집중의 대상에서 제외하여야 한다는 개인적인 의견을 제시하였다. 한국특허법학회 세미나 발표자료, 131면.

175) 한국특허법학회 세미나 발표자료 중 박종학 부장판사 토론자료, 9면.

정조치 또는 과징금 부과에 불복하는 자는 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있는데[176] 그 심판 또는 소송의 내용이 특허권에 관한 것이라면 그 불복을 특허법원에 제기토록 하는 것이 더 바람직하다는 주장이 가능하다. 참고로 미국에서는 국제무역위원회(ITC) 결정에 대한 항소를 연방관할항소법원(CAFC)이 전속관할한다.[177] 다만, 우리 무역위원회가 다루는 지식재산권 사건이 저작권 사건도 포함하고 있으므로 동 저작권 사건도 특허법원이 심리하는 것이 바람직한지 등과 관련하여 추가적인 연구가 필요할 것이다.

7. 통상실시권 허여를 위한 재정에 관한 불복

특허법 제115조에 의하면 제107조에 근거한 통상실시권 허여에 대한 특허청장의 재정에 대하여 불복하는 자는 일반 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있다.[178] 기왕 특허사건에 대하여 관할을 집중한 마당에 이러한 사건도 관할집중의 대상으로 삼을 필요성이 제기될 수 있다.[179] 다른 의견은 동 사건이 "특허권을 둘러싼 본질적인 다툼이라기보다 다분히 일반행정 사건에 더 가까운" 것이므로 굳이 관할집중의 대상으로 삼을 필요가 없다는 것이다.[180]

필자는 동 사건이 '특허권'이 부여하는 배타권에 예외를 허용하는 것에 관한 것이므로 '특허권' 사건으로 보아야 한다는 점, 다루는 내용도 통상실시권의 범위, 관련 대가의 크기 등이어서 기술적 전문성이 요구된다는 점 등은 동 사건을 관할집중의 대상으로 포섭할 필요성을 긍정케 한다고 생각한다. 동 사건이 일반 행정사건과 유사한 측면이 있지만 그 측면보다는 특허사건의 측면이 더 강한 것이다. 참고로, 중국의 경우 중국특허청의 재정에 대하여 불복하는 소는 베이징 지식재산법원이 관할한다.[181]

---

176) 불공정무역행위 조사 및 산업피해구제에 관한 법률 제14조 제3항("제1항에 따라 이의신청을 한 자는 그 이의신청과 관계없이 「행정심판법」에 따른 행정심판이나 「행정소송법」에 따른 행정소송을 제기할 수 있다.").

177) 28 U.S.C. § 1295(a)(6) ("Congress granted the court exclusive jurisdiction over all appeals arising under the patent laws, whether originating from U.S. district courts, the USPTO, or the ITC.").

178) 제115조(재정에 대한 불복이유의 제한) 재정에 대하여 「행정심판법」에 따라 행정심판을 제기하거나 「행정소송법」에 따라 취소소송을 제기하는 경우에는 그 재정으로 정한 대가는 불복이유로 할 수 없다.

179) 이장호, "특허소송과 특허침해소송의 일괄처리방안에 관한 연구", 「특허소송연구」 1집, 특허법원, 1999(박준석, 앞의 보고서, 16면에서 재인용).

180) 박준석, 앞의 보고서, 16면.

8. 서울중앙지방법원의 중복관할

서울중앙지방법원과 대전지방법원의 2개 지방법원만이 특허권 등에 관한 사건을 전속관할하여야 한다는 주장이 있었음에도 불구하고[182] 현행법은 지리적 접근성이라는 명분 아래 5개 지방법원이 관할을 가지게 하면서 다른 한편으로는 서울중앙지방법원에 중복관할을 인정하였다.[183] 그 결과 서울중앙지방법원의 역할은 지나치게 확대되고 나머지 4개 지방법원의 역할은 크게 축소되었다. 서울중앙지방법원의 중복관할을 인정하는 지금의 체계보다는 서울과 대전의 두 법원만이 관할하게 하는 체계가 더 나아 보인다.[184] 지금의 체계는 서울중앙지방법원만 살리고 나머지 4개 지방법원은 모두 죽이는 것인데, 서울과 대전의 두 법원만이 관할하게 하는 경우 대전지방법원이 일정한 기능을 담당할 수 있을 것이다.

9. 심결취소소송과 민사소송 항소심의 병합

특허법원이 심결취소소송과 침해소송 항소심을 모두 관할하게 되었다. 그런데 그 두 소송에서 심리되는 내용이 상당 부분 중복되므로 그 두 소송을 병합하는 것이 더 효율적일 것이다. 그러나, 한 소송은 행정소송이고 다른 소송은 민사소송이어서 성격이 다른 두 소송을 병합하는 것이 일반적으로는 바람직하지 않다고 생각되어 왔다.[185] 한편, 행정소송법 제10조 제2항에 근거하여 행정소송인 심결취소소송에 민사소송인 침해소송 항소심을 병합할 수 있다는 주장도 존재한다.[186] 두 소송을 병합하는 것이 더 효율적일 것임은 분명하므로 향후 병합의 법리적 가능성에 대한 추가적인 검토가 필요하다. 나아가, 심결취소소송에서 대리권을 가지는 변리사가 병합된 민사소송 항소심에서 어떤 역할을 할 수 있을 것인

181) 북광상 결정 제2조 제2문("국무원 행정부문의 재정 또는 결정에 대한 불복으로 제기된 제1심, 지식산권 수권 및 권리확인에 대한 행정사건은 베이징 지식산권법원이 관할한다.")(박준석, 앞의 보고서, 35면에서의 번역에서 인용).

182) 정차호 등, "특허소송 관할 개선 및 소송대리 전문성 강화방안 연구", 국가지식재산위원회 연구용역 보고서, 2012, 174면.

183) 민사소송법 제24조 제3항.

184) 정재권, "한국의 특허 관할 집중 관련 법령 개정안에 대한 고찰", 「LAW & TECHNOLOGY」 제11권 제3호, 서울대학교 기술과법센터, 2015, 90면("서울중앙지방법원에 전속관할을 중복으로 인정하는 것은 다른 고등법원소재 지방법원의 전문성 강화를 위한 노력을 약화시키고 서울중앙지방법원으로 특허소송이 지나치게 집중되어 사법 접근성 제한의 정도가 크게 될 우려가 있다고 생각한다.").

185) 실제로, 관할집중을 반대하는 논거 중 하나로 이 점이 제시되었던 바 있다.

186) 정재권, 앞의 논문, 92면.

지에 대하여도 추가적인 검토가 필요하다.[187]

VIII. 결론

민사소송법 및 법원조직법 개정으로 인하여 특허권에 관한 사건의 관할이 집중되었다. 그런데, 무엇이 '특허권에 관한' 사건인지를 판단하는 것이 쉽지 않다. 그와 관련하여 이 글은 '관한'의 의미를 넓게 해석하여야 한다고 주장한다.[188] 그러한 넓은 해석의 근거로는 다음이 제시된다. 첫째, 민사소송법 제8조가 규정하는 '재산권에 관한 소' 및 제16조가 규정하는 '불법행위에 관한 소'도 매우 넓은 의미로 해석된다. 둘째, 좁은 해석은 특허법 제65조에 의한 보상금 청구 소송이 일반 소송이 되게 하여 비상식적인 결과를 초래한다. 셋째, 우리와 동일한 표현을 가진 일본도 넓게 해석하고 있고, 대부분의 다른 국가에서도 그러하다.

특허권에 관한 소송을 넓게 해석하는 바에 따라 다음의 소송이 모두 관할집중의 대상이 되어야 할 것이다: 출원공개 가보호권에 근거한 보상금 청구 소송, 특허발명실시계약 관련 소송, 모인특허 소송, 특허권 양도계약 관련 소송, 직무발명 보상 소송 등. 그러한 소송 중 일부는 기술적 내용을 전혀 포함되지 않을 수 있지만, 기술적 내용을 포함하고 있을 '가능성'을 배제할 수 없다는 점,[189] 기술적 내용을 포함하는지 여부를 판단하는 것이 추가적인 부담이라는 점에 근거하면 일반적으로 관할집중의 대상으로 보는 것이 더 효율적이라고 생각한다.

이 글은 나아가 관할집중 체계 아래에서 향후 제기될 쟁점을 다음과 같이 발굴, 제시하였다: 특허권 등에 관한 소의 범위를 대법원 규칙이 결정하도록 하는 문제, 비기술적 특허권에 관한 소를 일반법원으로 이송하여야 하는지 여부, 영업비밀 소송을 관할집중 사건으로 포섭할 필요성, 비특허 쟁점과 특허 쟁점이 혼재된 사건의 처리 문제, 무역위원회 판정에 대한 취소소송을 특허법원이 관할하는 문제, 통상실시권 허여를 위한 재정에 관한 불복을 특허법원이 처리하는 문제, 서울중앙지방법원이 전국 모든 특허권에 관한 사건에 대하여 중복관할을 가지는 (부작용의) 문제, 심결취소소송과 민사침해소송의 항소심을 특허법원에서 병합하는 문제 등.

---

187) 상동.
188) 동일한 미국에서의 주장: Amelia Smith Rinehart, supra, at 685.
189) 서울고등법원 2016. 5. 24.자 2016나2016427 결정.

관할법리는 명확할 필요가 있다.[190] 아무쪼록 이 글이 관할집중 제도에 대한 이해도를 조금이라도 높이는 데 일조하기를 기대하며, 관할집중으로 인하여 판결의 전문성,[191] 효율성이 제고되고, 그러한 높아진 전문성[192] 및 효율성을 바탕으로 우리 법원이 세계특허소송의 허브(hub) 역할을 수행하게 되기를 기대한다.[193][194][195]

190) Grable & Sons Metal Prods., Inc. v. Darue Eng'g & Mfg., 545 U.S. 308, 321 (2005) (Thomas, J., concurring) ("Jurisdictional rules should be clear.").

191) 정재권, 앞의 논문, 86-87면(기존 특허 관할의 문제점 중 하나로 특허사건을 해결하는 법원의 '전문성' 부족을 제시).

192) 박정하, "특허법원 혁신 – 지식재산권 소송의 관할 집중", 「LAW & TECHNOLOGY」 제11권 제6호, 서울대학교 기술과법센터, 2015, 42면("... 특허소송의 관할이 분산되어 있어, 특허와 기술에 대한 전문적인 이해가 필요한 특허 관련 소송에서 법원 심리의 전문성과 효율성을 담보하기가 어려운 실정이었다.").

193) 정차호, "대한민국 특허시장의 미래 : 특허 분야 선도시장 구축", 「지식재산21」, 특허청, 2011년 1월호(우리 법원의 세계 특허시장에서의 선도적 역할의 가능성에 대하여 (아마도) 처음으로 제시한 글).

194) 영국이 유럽통합특허법원 체계를 승인함에 따라 유럽이 세계의 특허발전소(patent powerhouse)가 될 것이라는 평가: Jack Ellis, *Europe's prospects of becoming the world's patent powerhouse are back on track after UK announcement*, Nov. 30, 2016. <http://www.iam-market.com>.

195) 중심(hub)법원이 되고자 하는 경쟁은 국제적으로도 존재하지만 국내적으로도 존재할 수 있다. 미국 내의 연방지방법원 사이에서도 특허사건을 유치하기 위한 경쟁이 존재한다는 점에 관하여 설명한 글: J. Jonas Anderson, *Court Competition for Patent Cases*, 163 U. Pa. L. Rev. 631 (2015). 독일의 지방법원 사이에서도 경쟁이 존재한다는 설명: Guntram Rahn, Preface, *Patent Litigation in Japan and Germany*, edited by Guntram Rahn, Carl Heymanns Verlag, 2011, p. 4 ("However, it cannot be ignored that in recent years other courts in Germany have begun to actively compete with Dusseldorf as forums for patent infringement cases by devising their own distinct procedures . . .").

(논문투고일: 2016.11.17., 심사개시일: 2016.11.22., 게재확정일: 2016.12.15.)



정 차 호

관할집중, 특허소송, 직무발명 소송, 실시계약 소송, 특허법원

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 국내논문 등

강태성, “동산물권과 용익물권의 변동에 관한 민법개정방향”, 「재산법연구」 제31권 제4호, 한국재산법학회, 2015.

국가지식재산위원회 보도자료, “「특허소송 관할집중」 관련법안 본회의 통과 … 내년부터 시행”, 2015. 12. 2.

김엘림, “여성차별에 관한 사법의 동향”, 「저스티스」 제146권 제3호, 한국법학원, 2015.

김정선, 김재원, “결혼중개업의 관리에 관한 법률, 의미 없지만 유효한 법 : 캄보디아 국제결혼 중개실태를 중심으로”, 「경제와 사회」 제86호, 비판사회학회, 2010.

김종윤, “변호사 과오책임과 책임보험”, 경희대학교 대학원 박사학위논문, 1992.

김종천, “야간 옥외집회 및 시위에 관한 법규정의 공백에 따른 방향 설정을 위한 비교법적 고찰”, 법학논문집 제36권 제1호, 중앙대학교 법학연구소, 2012.

김홍엽, 「민사소송법」 제4판, 박영사, 2013.

박정하, “특허법원 혁신 - 지식재산권 소송의 관할 집중”, 「LAW & TECHNOLOGY」 제11권 제6호, 서울대학교 기술과법센터, 2015.

박준석, “특허권 보호의 강화에 따른 남소방지 등 보완책 연구”, 법무부 연구용역보고서, 2015.

법제사법위원장, 민사소송법 일부개정법률안(대안), 의안번호 17547, 2015. 11.

심인숙, “수익권에 관한 「신탁법」 개정시안”, 「선진상사법률연구」 제48호, 법무부, 2009.

이규홍, “‘특허권 등에 관한 소송’의 해석과 문제점”, 한국특허법학회 세미나 발표자료, 2016.

이상민 의원 대표발의, 민사소송법 일부개정법률안, 의안번호 11549, 발의일 2014. 9. 1.

이시윤·이상정, “특허법원의 신설과 특허심판구조의 개편”, 「사법행정」 제422호, 한국사법행정학회, 1996,

이용우, "지적재산권의 중요성에 비추어 본 지적재산권소송제도의 문제점-관할 및 소송대리권 확대의 문제를 중심으로-", 「법조」 제568호, 법조협회, 2004.

이장호, "특허소송과 특허침해소송의 일괄처리방안에 관한 연구", 「특허소송연구」 1집, 특허법원, 1999.

이진권, "수사지휘에 관한 대통령령의 특징과 문제점", 「한국경찰연구」 제11권 제1호, 한국경찰연구학회, 2012.

전성태·이유리나, "지식재산소송의 관할집중에 관한 소고 -일본의 경험으로 부터의 시사-", 「법학연구」 제17집, 인하대 법학연구소, 2014.

정경영, "일본 자금결제에 관한 법률에 관한 소고", 「선진상사법률연구」 제51호, 법무부, 2010.

정상익, "상속세 및 증여세법의 헌법상의 문제에 관한 연구", 「세계헌법연구」 제16권 제3호, 국제헌법학회, 2010.

정인섭, "국제기구에 관한 조약의 국회동의", 「국제법학회논총」 제56권 제3호, 대한국제법학회, 2011.

정재권, "한국의 특허 관할 집중 관련 법령 개정안에 대한 고찰", 「LAW & TECHNOLOGY」 제11권 제3호, 서울대학교 기술과법센터, 2015.

정차호, "대한민국 지식재산전문법원의 사물관할", 「법제연구」 제43호, 법제처, 2012.

정차호, "직무발명 법제 입법 이력", 「직무발명제도 해설」, 한국특허법학회 편, 박영사, 2014.

정차호, "특허권 및 전용실시권의 개념 재정립", 「성균관법학」 제22권 제3호, 2010.

정차호, "변리사 과실 책임", 「특허판례연구」 개정판, 박영사, 2012.

정차호, "대한민국 특허시장의 미래 : 특허 분야 선도시장 구축", 「지식재산21」, 특허청, 2011년 1월호.

지식재산위원회, 「지식재산권분쟁해결제도 선진화를 위한 특허소송 관할 제도개선(안)」, 2013.

한국사법행정학회, 「주석 신민사소송법(I)」 제1판, 2003.

제337회 국회(정기회), 법제사법위원회회의록, 2015. 10. 28.

Ⅱ. 영어자료

Amelia Smith Rinehart, The Federal Question in Patent-License Cases, 90 Ind. L.J. 659, (2015).

Benjamin Bai, Specialized IP Courts in China: One Giant Step?, December 10, 2014.

Brian G. Brunsvold & Dennis P. O'Reilley, Drafting Patent License Agreements 4th Ed., 2002.

Chancellor of the High Court, The Patents County Court Guide, 12th May 2011.

Chancellor of the High Court, The Intellectual Property Enterprise Court Guide, 2014.

Christian Osterrieth, Patent Enforcement in Germany, in the book of Patent Enforcement Worldwide 3rd ed., edited by Christopher Heath, Hart Publishing, 2015.

Cyrill P. Rigamonti, The New Swiss Patent Litigation System, 2 Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law (JIPITEC) 3 (2011).

Donald Shelby Chisum, The Allocation of Jurisdiction Between State and Federal Courts in Patent Litigation, 46 Wash. L. Rev. 633, 639 (1971).

Fritz Blumer, Patent Enforcement in Switzerland, in the book of Patent Enforcement Worldwide 3rd ed., edited by Christopher Heath, Hart Publishing, 2015.

Gene Quinn, Obama Administration strongly supports Defend Trade Secrets Act, April 4, 2016.

Guntram Rahn, Preface, Patent Litigation in Japan and Germany, edited by Guntram Rahn, Carl Heymanns Verlag, 2011.

Harvard Law Review, Licenses - Enforceability - Royalty Provisions in Know-How Licensing Agreements Held Unenforceable. - Painton & Co. v. Bourns, Inc., 309 F. Supp. 271 (S.D.N.Y. 1970)., 84

Harv. L. Rev. 477 (1970).

International Chamber of Commerce, Adjudicating Intellectual Property Disputes: An ICC report on specialised IP jurisdictions worldwide, 2016.

Isabelle Romet, Amandine Metier and Dora Talvard, Patent Enforcement in France, in the book of Patent Enforcement Worldwide 3rd ed., edited by Christopher Heath, Hart Publishing, 2015.

J. Jonas Anderson, Court Competition for Patent Cases, 163 U. Pa. L. Rev. 631 (2015).

Jack Ellis, Europe's prospects of becoming the world's patent powerhouse are back on track after UK announcement, Nov. 30, 2016.

James Pooley, The Myth of the Trade Secret Troll: Why We Need a Federal Civil Claim for Trade Secret Misappropriation, 23 George Mason L. Rev. __ (2016).

Maxwell Goss, What the Defend Trade Secrets Act Means for Trade Secret Defendants, May 5, 2016.

Megan M. La Belle, The Local Rules of Patent Procedure, 47 Ariz. St. L.J. 63 (2015).

Simona Grossi, A Modified Theory of the Law of Federal Courts: The Case of Arising-Under Jurisdiction, 88 Wash. L. Rev. 961 (2013).

Patent Litigation in Germany, Claudia Milbradt ed., German Law Publishers, 2012.

Paul Kavanagh and Dylan Balbirnie, English High Court considers co-existence provisions under German and English law, May 30, 2016.

Paul R. Gugliuzza, Patent Law Federalism, 2014 Wis. L. Rev. 11 (2014).

Scott Amy, Limiting the Jurisdiction of the Federal Circuit: How Holmes Alters the Landscape of Patent Cases on Appeal, 38 Ga. L. Rev. 429 ((2003).

T. Christian Landreth, The Fight Against "Patent Trolls:" Will State Law Come to the Rescue?, 15 N.C. J.L. & Tech. On. 100 (2014).

Thomas Kuhnen, Patent Litigation Proceedings in Germany 7th ed., Heymanns, 2015.

Thomas Pattloch, Patent Enforcement in China, in the book of Patent Enforcement Worldwide 3rd ed., edited by Christopher Heath, Hart Publishing, 2015.

Timothy E. Grimsrud, Holmes and the Erosion of Exclusive Federal Jurisdiction over Patent Claims, 87 Minn. L. Rev. 2133 (2003).

Robert A. Matthews, Jr., 5 Annotated Patent Digest § 35:7.

Ⅲ. 중국, 일본 자료

「最高人民法院关于修改〈民事案件案由规定〉的决定」 法〔2011〕41号.

「最高人民法院关于北京、上海、广州知识产权法院案件管辖的规定 」 法释〔2014〕12号.

最高人民法院关于北京、上海、广州知识产权法院案件管辖的规定 」.

张旭东, “中国知识产权法院民事案件管辖规定检视—以专利纠纷案件为视角”, 北京社会科学, 2015.

张明,“浅议我国知识产权法院的级别管辖问题—以北上广知识产权法院试点为切入点”, 知识经济, 2015.

コンメンタール 民事訴訟法 Ⅰ[第2版追補版], 日本評論社, 2014.

新·コンメンタール 民事訴訟法 [第2版,] 日本評論社, 2013.

저자 불명, “民訴法6条1項ガ規定する特許権に関する訴訟の意義”, 判例タイムズ No. 1291, 2009.

Abstract

Jurisdiction Consolidation of Patent Cases: Whether or Not a Case is Related to a Patent Right

Chaho Jung

Due to amendments of section 24 of the Civil Procedure Act and section 28 of the Court Organization Act, a case related to a patent right is exclusively handled by five first instance district courts and by the second instance Patent Court. Because of such a jurisdiction consolidation system, it is very important to determine whether a case is related to a patent right or not. After conducting textual interpretation, legislative intent interpretation and purposive interpretation, this paper found that the patent right related case shall be "broadly" interpreted. This paper comparatively analyzed subject matter jurisdiction of several countries, such as the U.S.A., Germany, China, Japan, Switzerland, and based on such analysis, found that such countries also broadly interpret patent related cases. A case demanding remuneration on an employee invention shall be subject to jurisdiction consolidation, because it is on consideration against transfer of "the right for a patent" and the right is corresponding to a patent right. A case relating patent license agreement shall also be subject to jurisdiction consolidation, because it is on a promise not to exercise the "patent right." This paper, in addition, proclaimed that a case on preliminary injunction and a case requesting remuneration based on application publication should also be subject to jurisdiction consolidation. Considering it is at early stage to operate the jurisdiction consolidation system, this paper suggested some relevant issues which would be raised in the near future.



Chaho Jung

jurisdiction consolidation, patent case, employee invention case, patent license case, the Patent Court

청탁금지법의 쟁점 재검토

한 석 훈*

【목 차】

Ⅰ. 머리말
Ⅱ. 청탁금지법의 금지행위
Ⅲ. 위반행위의 신고절차
Ⅳ. 징계와 공개
Ⅴ. 과태료 및 형사처벌
Ⅵ. 결어

【국 문 요 약】

청탁금지법의 내용상 위헌 여부에 관한 헌법재판소의 합헌 결정이 있음에도 불구하고, 향후 계속 문제가 제기될 수 있는 청탁금지법의 내용상 문제점과 법 시행절차상 문제점을 간략히 검토해 보았다. 금품 등 수수의 대가는 물론 직무나 지위 관련성 여하를 불문하고 일정 금액을 초과하는 금품 등 수수·요구·약속행위를 형사처벌하는 규정의 범죄구성요건상 불완전성, 공직자 등에게 배우자의 금품 수수 등을 알게 된 경우 신고 의무를 부과하는 규정 준수의 기대불가능성, 외부강의 등 신고의무 규정의 직무관련성 또는 지위관련성 개념의 불명확성 등을 검토하였고, 그 밖의 시행절차상 문제점들을 검토하였다.

청탁금지법의 실효적 집행을 보장하기 위하여는 법의 내용이 일반인에 대한 설득력을 갖추어야 할 것이다. 법률의 합헌 결정은 위헌이 아니라는 것일 뿐 이러한 설득력과 실효성을 갖추었다는 선언은 아니다. 특히, 이 사건 헌재결정은 9인의 재판관 중 5인이나 세부적인 개별사항별로 반대의견을 개진하였다는 사실(다만, 개별사항별로는 5인이 일치하여 반대의견을 개진하지 않았을 뿐임)을 가볍게 보아서는 안 될 것이다. 이 법의 실효성을 확보하기 위하여는 위 문제점에

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 변호사

관하여 계속 규제내용을 개선하는 노력이 필요하다고 본다.

Ⅰ. 머리말

「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」(약칭 청탁금지법, 이하 '청탁금지법' 또는 '법'이라 함)은 2015. 3. 27. 제정·공포된 이래 그 시행 전부터 헌법소원이 제기되는 등 법률시행에 대한 찬·반 양론이 첨예하게 대립하여 왔다. 그러나 2016. 7. 28. 위 헌법소원 사건에 대한 합헌 결정(이하, '이 사건 헌재결정'이라 함)[1]이 있었고, 같은 법 시행령(이하 '시행령'이라 함)이 2016. 9. 8. 제정되어 2016. 9. 28.부터 시행되었다. 청탁금지법은 공직자 등에 대한 부정청탁과 금품 등 수수를 금지함으로써 그 직무수행의 공정성과 그에 대한 국민의 신뢰를 확보하려는 것이다(법 제1조). 따라서 청탁금지법의 입법취지나 보호법익은 바로 '공직자 등의 직무수행의 공정성 및 그에 대한 국민의 신뢰'로 보아야 할 것이다. 이러한 입법취지를 관철하기 위하여 청탁금지법이 금지하는 행위는 크게 공직자등에 대한 부정청탁행위, 부정청탁에 따른 직무수행행위 및 공직자등의 금품 등 수수행위로 대별할 수 있다.

이 논문에서는 그 동안 활발히 논의되어 온 입법상의 위헌성 문제보다는 청탁금지법의 시행을 전제로 그 위반행위시 이루어지는 신고나 수수 금품 등의 반환·인도, 징계, 형사처벌 또는 과태료부과 등 사후제재에 관한 절차상 문제를 중심으로 그 쟁점을 검토하고, 청탁금지법의 내용에 관하여는 위 합헌결정 이유에 비추어 보더라도 납득할 수 없고 향후 변경 가능성이 있는 주요 쟁점만을 중심으로 재검토하고자 한다.

---

1) 헌법재판소 2016. 7. 28. 2015헌마236,412·662·673(병합) 결정(이 사건은 언론인 및 사립학교 관계자를 공직자와 마찬가지로 청탁금지법의 적용대상으로 한 규정이 과도한 국가형벌권의 행사인지, 민간부문에 속하는 사립학교 관계자나 언론인의 일정가액을 초과하는 금품 등의 수수·요구·약속만으로 형사처벌까지 할 수 있도록 한 규정이 책임과 형벌 간의 비례원칙에 어긋나는 것인지, 배우자의 금품 등 수수·요구·약속 사실을 알게 된 공직자등이 소속기관장 등에게 신고하지 아니한 경우에 형사처벌이나 과태료를 부과할 수 있도록 한 규정이 자기책임 원리에 위배되거나 과잉입법인지 여부 등 청탁금지법상 대부분의 쟁점이 다루어 졌으나 헌법재판소는 합헌결정을 하였다)

Ⅱ. 청탁금지법의 금지행위

1. 부정청탁행위

누구든지 직접 또는 제3자를 통하여 직무를 수행하는 공직자 등[2] 또는 공무수행사인[3]에게 일정한 업무에 관하여 법령을 위반하여[4] 청탁하는 행위를 금지하고 있다(법 제5조 제1항 제1호부터 제14호까지). 또한, 부정청탁의 대상이 되는 위 각 업무에 관하여 공직자 등 또는 공무수행사인으로 하여금 법령에 따라 부여받은 지위·권한을 벗어나 행사하거나 권한에 속하지 아니한 사항을 행사하도록 하는 청탁행위를 금지하고 있다(법 제5조 제1항 제15호). 이를 위반한 청탁행위는 청탁금지법을 위반하여 징계처분의 대상이 됨(법 제21조)은 물론, 청탁의 목적과 경위 및 청탁자의 신분에 따라 구분하여 과태료를 부과하고 있다(법 제23조 제1항 제1호 본문, 제2항 본문, 제3항 본문).

자신을 위하여 직접 공직자 등 또는 공무수행사인에게 부정청탁을 하는 것은 인지상정(人之常情)일 뿐만 아니라 공무수행의 공정성을 침해할 위험이 크지 않다고 보아서[5] 과태료를 부과하지 않고, 그 행위자가 공직자 등인 경우에 한하여 징계처분(법 제21조)만 할 수 있을 뿐이다. 따라서 부정청탁 행위를 한 자에 대한 과태료 부과는 그 행위자가 제3자를 위하여 또는 제3자를 통하여 한 행위로 한정되므로 제3자로 보는 기준이 문제된다. 법인 소속 임직원의 법인을 위한 부정청탁은 청탁으로 인한 법적 이익·불이익은 법인에게 귀속되는 반면, 청탁행위

---

2) '공직자 등'에는 국가공무원, 지방공무원, 그 자격·임용·교육훈련·복무·보수·신분보장 등에 있어서 공무원으로 인정된 자, 공직자윤리법 제3조의2, 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 공직유관단체 및 기관의 장과 그 임직원, 초·중등교육법, 고등교육법, 유아교육법 및 그 밖의 다른 법령에 따라 설치된 각급 학교 및 사립학교법에 따른 각급 학교의 장과 교직원 및 학교법인의 임직원, 「언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률」 제2조 제12호에 따른 언론사의 대표자와 그 임직원을 포함함(이하 같은 의미의 용어로 사용함).

3) '공무수행사인'(즉, 「행정기관 소속 위원회의 설치·운영에 관한 법률」 또는 다른 법령에 따라 설치된 각종 위원회의 위원 중 공직자가 아닌 위원, 법령에 따라 공공기관의 권한을 위임·위탁받은 법인·단체 또는 그 기관이나 개인, 공무를 수행하기 위하여 민간부문에서 공공기관에 파견 나온 사람, 법령에 따라 공무상 심의·평가 등을 하는 개인 또는 법인·단체)의 공무수행에도 법 제5조부터 제9조까지의 규정을 준용하고 있다(법 제11조 제1항).

4) 다만, 그 중 같은 항 제9호의 경우만은 "공공기관이 생산·공급·관리하는 재화 및 용역을 특정 개인·단체·법인에게 법령에서 정하는 가격 또는 정상적인 거래관행에서 벗어나 매각·교환·사용·수익·점유하도록 하는 행위"를 금지하고 있다.

5) 자신을 위하여 직접 청탁하는 것을 금지하지 않는 이유는 그것이 사회상규에 반하지 않는다거나 공공기관과 국민 사이의 의사소통을 보장하기 위한 것으로 보는 견해[이광훈, 「청탁금지법 해설」(진원사, 2016), 42,43면]도 있다.

자는 자연인인 임직원이라는 이유로 제3자를 위한 청탁에 해당한다는 견해[6]가 있다. 그러나 법인 대표자의 행위는 불법행위를 포함하여 곧 법인의 행위로 보아야 하는 것인데,[7] 법인의 대표자가 법인의 업무에 관하여 청탁한 행위를 제3자를 위한 청탁으로 보아 과태료를 부과하는 것은 법인의 행위능력 법리에 반하는 해석이다. 특히, 과태료 부과의 경우에는 법인도 그 행위주체성이 인정되어 법인 대표자 등이 법인 업무에 관하여 법인에게 부과된 법률상 의무를 위반한 때에는 법인에게 과태료를 부과하고 있다(질서위반행위규제법 제11조 제1항). 또한, 이렇게 해석하지 않는다면 법인의 경우에는 자신을 위하여 청탁하는 경우를 인정할 수 없게 되어 개인의 경우와 비교하여 불공평할 뿐만 아니라, 자신을 위한 부정청탁은 공무수행의 공정성을 침해할 위험이 크지 않다고 보아서 처벌하지 아니하는 입법취지에 맞지 않게 되어 부당하다.

법 제5조 제2항 제1호부터 제7호까지는 같은 조 제1항의 부정청탁에 해당하더라도 청탁금지법의 적용에서 제외되는 행위를 규정하고 있다. 이는 위 제외행위에 해당하면 법령을 위반한 부정청탁도 허용된다는 해석이 불가피하여 문제될 수 있다. 이 점에 관하여 국민권익위원회는 법령에서 정한 절차·방법에 따르는 형식적 요건을 구비한 경우에는 그 요구내용이 부정청탁을 포함하여 적법하지 않더라도 위 제외행위에 해당하고 이와 별도로 직무를 수행하도록 요구하는 행위는 금지된다는 취지로 해석하고 있다.[8] 그러나 위 제외행위 중 "선출직 공직자, 정당, 시민단체 등이 공익적인 목적으로 제3자의 고충민원을 전달하는 행위"(법 제5조 제2항 제3호)의 경우는 "청원법, 민원사무 처리에 관한 법률, 행정절차법, 국회법, 그 밖의 다른 법령·기준에서 정하는 절차·방법에 따라 권리침해의 구제·해결을 요구하거나 그와 관련된 법령·기준의 제정·개정·폐지를 제안·건의하는 등 특정행위를 요구하는 행위"(법 제5조 제2항 제1호)와는 별도의 제외행위로 규정하고 있고, 이러한 절차·방법 외에 그 고충민원을 전달하는 절차·방법이 별도로 법령에 규정되어 있지 않다. 그러므로, 선출직 공직자, 정당, 시민단체 등이 정치적, 사회적 위력을 배경으로 공익적 목적이나 고충민원으로 포장된 사실상 부정

6) 국민권익위원회, 「부정청탁및금품등수수의금지에관한법률 해설집」(이하 '해설집'이라고만 함), 2016, 192면; 이 사건 헌재결정도 같은 입장에서 사단법인의 이 사건 헌법소원청구를 부적법 각하하였다.

7) 회사 등 법인 대표자의 불법행위는 법인의 불법행위가 되므로(민법 제35조 제1항, 상법 제210조, 제389조 제3항 등), 법인의 불법행위능력을 인정함이 통설이다[최준선, 「회사법」(삼영사, 2016), 103면; 송덕수, 「민법강의」(박영사, 2012), 429면].

8) 해설집 71,72,73면.

청탁을 하는 것을 법 제5조 제2항 제3호에 해당하는 행위로 보아 허용하는 결과가 될 수 있어서 문제이다.[9] 그 밖의 제외행위 중 법 제5조 제2항 제4호부터 제7호까지의 행위는 법정기한 내 처리를 요구한다거나 확인·문의·증명·설명·해석을 요구한다거나 사회상규에 위배되지 아니하는 행위를 규정하고 있을 뿐이어서 애당초 법령을 위반하는 부정청탁으로 볼 수 없는 경우가 대부분이므로 굳이 제외행위로 열거할 필요도 없는 경우이다.

2. 부정청탁에 따른 직무수행행위

부정청탁을 받은 공직자 등 또는 공무수행사인이 그 청탁에 따라 직무를 수행하는 행위는 금지되고(법 제6조), 이를 위반한 행위는 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다(법 제22조 제2항 제1호).

이 경우 수행하는 공무(公務)도 업무상배임죄의 '타인의 사무'에 해당하므로[10] 재산상 사무에 종사하는 공직자 등이 부정청탁에 따른 직무수행을 하여 청탁자에게 재산상 이익을 취득하게 하고 자신의 '공공기관'(법 제2조 제1호)에 손해를 가한 경우에는 업무상배임죄(만약, 그 이득액이 5억 원 이상인 때에는 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」제3조 위반죄)도 성립하고, 양 죄는 1개의 행위가 수개의 죄에 해당하므로 상상적 경합관계가 된다.

3. 공직자 등 또는 공무수행사인의 금품 등 수수행위

공직자 등 또는 공무수행사인이 직무 관련성 여부나 대가성 여부에 관계없이 '동일인'으로부터 1회에 100만 원 또는 매 회계연도에 300만 원을 초과하는 '금품 등'[11]을 받거나 요구 또는 약속하는 행위는 금지되고(법 제8조 제1항), 그 위반자는 형사처벌을 한다(법 제22조 제1항 제1호 본문). 그 금액 이하일지라도 직무와 관련하여 수수·요구·약속하는 행위는 금지되며(법 제8조 제2항), 그 위반자에 대하여는 과태료를 부과한다(법 제23조 제5항 제1호 본문).[12] 여기서 '동일

---

9) 같은 취지 : 송기춘, "「부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률」의 법적 문제점과 개선방향", 「세계헌법연구」21권 3호(2015), 51면.

10) 대법원 2010. 10. 14. 2010도387; 1974. 11. 12. 74도1138; 손동권/김재윤, 「새로운 형법각론」(율곡출판사, 2013), 464면; 한석훈, 「기업범죄의 쟁점 연구」(법문사, 2013), 69면.

11) '금품 등'의 내용은 법 제2조 제3호에서 상술(이하 같은 의미의 용어로 사용함).

12) 만약 공무원이 그 직무에 관하여 대가성 있는 금품 등을 수수·요구·약속한 경우에는 형법상 수뢰죄(형법 제129조 제1항, 수뢰액이 3천만 원 이상인 경우에는 특정범죄가중처벌 등에 관한 법

인'이란 금품 등의 제공자를 말하고 자연인이건 법인이건 불문한다.[13]

다만, 원활한 직무수행 또는 사교·의례 또는 부조의 목적으로 제공되는 음식물·경조사비·선물 등으로서 대통령령으로 정하는 가액[14] 범위 안의 금품 등(법 제8조 제3항 제2호), 사적거래로 인한 채무의 이행 등 정당한 권원에 의하여 제공되는 금품 등(법 제8조 제3항 제3호)을 비롯하여 법 제8조 제3항 제1호부터 제8호까지 규정된 금품 등의 경우에는 위 수수금지 금품 등(이하 '수수금지 금품 등'이라 함)에서 제외하고 있다. 이러한 제외사유에 해당하더라도 직무관련성 및 직무행위와의 대가성도 인정되는 경우에 뇌물수수죄 등 별개 범죄의 구성요건에 해당하여 처벌하는 것은 당연하다. 국민권익위원회는 이러한 제외사유에 해당하더라도 직무관련성과 대가성이 인정되는 경우에 형법상 뇌물죄가 성립하는 것은 물론이고 가액을 불문하고 법 제8조 제2항의 직무관련 금품 등 수수에도 해당하지만, 뇌물죄 등으로 형사처벌을 받을 경우에는 같은 조항 위반으로 인한 과태료를 부과할 수 없을 뿐이라고 해석하고 있다.[15] 국민권익위원회의 해석대로라면 법 제8조 제3항 각 호에 해당하는 행위도 직무관련성이 있는 경우에는 청탁금지법위반으로 징계처분을 해야 하는 셈인데(법 제21조), 근거 없는 해석이다. 법 제8조 제3항은 직무관련성과 무관한 금지 규정인 같은 조 제1항의 예외조항이기도 한 점, 같은 항 제1호 및 제6호의 경우에는 직무관련성을 전제로 하고 있는 점, 이러한 제외사유에 해당하는 경우에는 직무관련성이 없는 것으로 추정하는 것이 아니라 아예 '수수금지 금품 등'에 해당하지 않는 것으로 규정한 규정형식 등에 비추어, 이러한 경우에는 직무관련성 인정 여부를 불문하고 금품 등의 수수를 허용한 것으로 보아야 할 것이므로 청탁금지법위반으로 인한 과태료 부과는 물론 징계처분도 할 수 없다고 보아야 할 것이다. 법 제8조 제3항 제2호에 규정한 제외사유인 음식물·경조사비·선물 등 수수의 경우에는 '원활한 직무수행 또는 사교·의례 또는 부조의 목적'이라는 목적상의 제한이 있다. 이러한 목적이 인정되지만 직무관련성도 인정되는 경우[16]가 있을 수 있고, 이 경우에는 위 제외사유에 해당

률 제2조 제1항으로 의율됨)도 성립할 수 있고, 이 경우 청탁금지법위반죄와 수뢰죄는 1개의 행위가 수개의 죄에 해당하므로 상상적 경합관계가 된다.

13) 국민권익위원회도 '동일인'이란 금품 등의 출처로서 실제 제공자를 의미하므로 자연인은 물론 법인도 포함된다고 해석하고 있다(해설집, 103면).

14) 음식물은 3만원, 경조사비는 10만원, 선물은 5만원으로 정하고 있다(시행령 제17조 별표1)

15) 해설집 125면.

16) 예컨대, 중학교 교사가 담임을 맡고 있는 학생의 부모가 찾아와 상담을 하다가 식사시간이 되어 학생의 부모가 1인당 2만원 상당의 식사를 산 사례에서 국민권익위원회는 '원활한 직무수

하는 이상 직무관련성 여부를 불문하고 법 제8조 제2항 위반행위도 될 수 없다고 해석해야 할 것이다.

외부강의 등에 관한 사례금은 원래 법 제8조 제3항 제3호의 '정당한 권원에 의하여 제공되는 금품'에 해당할 수 있는 것이지만 우회적인 금품수수로 악용되는 것을 방지하기 위하여[17] 법 제10조에서 별도로 규제하고 있다.

위와 같이 공직자 등 또는 공무수행사인이 동일인으로부터 일정 금액을 초과하는 금품 등을 받거나 그 요구 또는 약속을 하기만 하면 그 직무관련성 여부도 묻지 않고 형사처벌을 하고 있는데, 이러한 입법은 공직자 등의 부패방지에 성공적인 제도를 운영하는 것으로 평가받고 있는 미국, 영국, 독일, 프랑스 등 선진국을 비롯하여 외국에서는 그 유례를 찾아보기 어려운 매우 엄격한 입법례라 할 수 있다.[18] 이에 대하여, 이 사건 헌재결정에서는 이러한 처벌 조항은 "사립학교 관계자나 언론인(청구인이 '사립학교 관계자와 언론인'이었음)에게 적지 않은 금품을 주는 행위가 순수한 동기에서 비롯될 수 없고 일정한 대가관계를 추정할 수 있다는 데 근거한 것으로 볼 수 있다"고 그 입법취지를 해석하고 있다. 이어서 이러한 금품수수금지 및 형사처벌 조항은 "뿌리 깊은 악습을 없애기 위한 부득이한 선택"이고 "경제적 약자가 아닌 이들에게 아무런 이유 없이 1회 100만 원 또는 매 회계연도에 300만 원을 초과하는 금품을 준다는 것은 건전한 상식으로는 이해할 수 없는 일"이라는 이유로 침해의 최소성 원칙에 반하지 않고 합헌이라는 취지의 결정을 하였다. 그러나 예컨대, 국민과 사회에 봉사하는 공직자, 교육자,

---

행 또는 사교·의례' 목적에 해당하지 않는다고 해석하고 있다[국민권익위원회, 「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률 Q&A 사례집」(2016. 9.), 128면]. 그러나 이러한 사례는 나아가 구체적 청탁 등이 없었던 이상 원활한 직무수행 또는 사교·의례 목적과 함께 직무관련성도 인정되는 경우이다.

17) 해설집 142면.

18) 미국은 연방법전에 규정된 수뢰죄는 물론 불법사례수수죄(illegal gratuity)의 경우[18 U.S.C. §201(c)(1)(B)]에도 직무와 관련하여 이루어진 금품 수수 등을 처벌하고 있을 뿐이고[지유미, "현행 뇌물관련법제에 대한 보완책으로서 부정청탁금지법안",「형사법연구」 26권 1호(2014), 163~167면에서 위 미국 법제를 상세히 소개하고 있음], 영국은 뇌물법(The Bribery Act, 2010) 제1조 내지 제5조에 규정된 뇌물죄에서 직무관련성을 요구하고 있으며[김세환/배성호, "부정청탁 금지 및 공직자의 이해충돌 방지법(안)에 대한 비교법적 고찰 : 유럽연합의 반부패관련법제를 중심으로",「한국부패학회보」 19권 4호(2014), 146~149면에서 위 영국 법규를 상세히 소개하고 있음], 독일은 형법전에 규정된 뇌물죄는 물론 형법 제331조의 부당이익수수죄(Vorteilsannahme) 및 제333조의 부정이익수수죄(Vorteilsgew hrung)도 직무관련성을 요구하고 있고(김세환/배성호, 같은 논문, 150~151면), 프랑스는 형법 제435-1조 내지 제435-4조에 규정된 뇌물죄에서 직무나 지위 관련성을 요구하고 있다(김세환/배성호, 같은 논문, 153~154면)고 한다.

학자 등을 후원하기 위하여 그 직무와 관련은 없지만 경제적 여유가 있는 친구나 독지가가 공직수행·교육·연구에 필요한 비용이나 비품을 지원하는 경우 등 금품 등 수수의 동기는 여러 가지가 있을 수 있다. 왜 국회의원 등 정치인은 정치자금법에 의하여 정치자금을 후원받으면서 다른 공직자, 교육자, 학자 등이 그 자금을 후원받는 것은 건전한 상식으로 이해할 수 없는 것인지도 이해하기 어렵다.[19] 공직자 등의 직무나 지위와의 관련성도 없이 일정 금액을 초과하는 금품 등 수수만으로 그 직무와의 대가관계, 즉 뇌물성까지 추정하여 형사처벌한다는 것은 보호법익이 범죄구성요건에 제대로 반영되지 아니한 불완전한 입법이라는 비판을 면하기 어렵다. 이 사건 헌재결정 중 반대의견[20]도 나아가 직무관련성이나 대가성이 인정되지 않는 금품 등 수수 행위는 일종의 사회윤리규범 위반행위로서의 성격을 띨 수 있을 뿐인데 이에 대하여 형벌과 과태료를 부과하는 것은 과도한 국가형벌권의 행사라고 하거나,[21] 이들 조항만으로는 청탁금지법의 입법취지와 무관한 일상적 사적 금전거래마저 모두 할 수 없게 되어 보호법익의 침해가 없는 행위마저 금지하는 불합리한 결과를 발생케 하므로 부당하다고 설시[22]하였다. 사견으로는 수수 금품 등의 가액보다는 직무관련성을 형사불법성의 표지로 삼는 것이 타당하고, 그렇지 않다 하더라도 적어도 공직자 등의 지위관련성만이라도 범죄구성요건에 포함하여야 비례성, 적정성, 보충성 원칙에 부합할 것이다.[23]

---

19) 예컨대, 우리나라에서 학계 최초의 노벨상 수상자를 배출하기 위하여 수상 가능성이 높은 교수를 개인이 후원할 수도 있고, 순수한 예술적 관심으로 가난하지만 재능이 있는 예술가인 교원을 개인적으로 후원할 수도 있는데, 청탁금지법은 그러한 시도를 원천적으로 차단하게 된다.

20) 9인의 재판관 중 5인이 각기 일부 위헌취지의 반대의견을 개진하였음. 다만, 같은 사항에 관하여 5인이 합치된 의견을 내지 아니하여 전체적으로는 합헌 결정에 이르게 되었을 뿐이다.

21) 재판관 김창종, 조용호의 반대의견.

22) 재판관 이정미, 김이수, 안창호의 반대의견. 다만, 이 반대의견은 이러한 불합리를 보완하기 위하여 법 제8조 제3항에서 수수금지 금품 등에서 제외되는 경우를 규정한 것인데, 그 중 제2호의 음식물·경조사비·선물 등의 가액기준은 실질적 규범력을 가진 내용임에도 대통령령에 위임한 것은 위헌이라는 취지로 설시하고 있다. 그러나 법 제8조 제3항 각 호의 규정이 그 불합리를 보완할 수 있는 모든 내용을 담고 있다고 보기도 어렵고, 그러한 내용으로 본다고 하더라도 보호법익이 불분명한 기이한 범죄구성요건 규정방식이 아닐 수 없다.

23) 같은 취지 :지유미, 앞의 논문, 168,169면. 이에 대하여, “국회가 광범위한 입법재량권을 가지고 있으므로 입법자가 정한 기준이 현저히 또는 명백히 잘못된 것이 아닌 한 위헌이 아니다”라고 주장하는 견해[김래영, “‘부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률’의 입법현황과 과제”, 「한양법학」 26권 3집(2015. 8.), 274면]도 있다. 그러나 “우리 헌법은 국가권력의 남용으로부터 국민의 기본권을 보호하려는 법치국가의 실현을 기본이념으로 하고 있고, 법치국가의 개념은 범죄에 대한 법정형을 정함에 있어 죄질과 그에 따른 행위자의 책임 사이에 적절한 비례관계가 지켜질 것을 요구하는 실질적 법치국가의 이념을 포함하고 있다. 따라서 어떤 행위를 범죄로 규정하고 어떠한 형벌을 과할 것인가 하는데 대한 입법자의 입법형성권이 무제한한 것이 될 수는 없다. 즉, 법정형의 종류와 범위를 정할 때는 형벌 위협으로부터 인간의 존엄과 가치

한편, 공직자 등 또는 공무수행사인의 배우자도 그 공직자 등의 직무와 관련하여 위 수수금지 금품 등을 받거나 요구하거나 제공받기로 약속하는 행위는 금지되지만(법 제8조 제4항, 제11조), 그 위반행위에 관하여 배우자를 처벌하는 규정은 없다. 다만, 공직자 등 또는 공무수행사인은 배우자가 수수금지 금품 등을 받거나 제공의 약속 또는 의사표시를 받은 사실을 알게 되면 지체 없이 소속기관장에게 서면으로 신고해야 할 의무가 있고(법 제9조 제1항 제2호), 배우자의 위 금품 등 수수·요구·약속 사실을 알고도 신고하지 아니한 경우에 자신이 직접 그 금품 등을 수수한 경우와 마찬가지로 형사처벌을 하거나 과태료 부과를 하고 있을 뿐이다(법 제22조 제1항 제2호 본문, 제23조 제5항 제2호 본문). 이 처벌규정에 관하여 이 사건 헌재결정은 공직자 등 또는 공무수행사인이 자신의 신고의무를 이행하지 아니한 행위에 대한 책임이므로 자기책임 원리에 반하지 않고, "본인과 경제적 이익 및 일상을 공유하는 긴밀한 관계에 있는 배우자가 본인의 직무와 관련하여 수수 금지 금품 등을 받은 행위는 사실상 본인이 수수한 것과 마찬가지라고 볼 수 있고, 배우자가 본인에 대한 금품 등 수수의 우회적 통로로 이용될 수 있어" 이를 규제할 필요가 있으므로 법익침해의 최소성 원칙에 반하지 않고 법익균형성도 충족하며, "배우자에게 청탁금지법이나 형법상 별도의 범죄가 성립하는 것이 아니므로" 본인에게 기대가능성 없는 행위를 강요하는 것이 아니며, 친족간 불처벌 특례를 인정하지만 친족의 범죄성립을 전제로 하는 범인은닉죄나 증거인멸죄와는 형벌체계가 다르다는 이유로 합헌이라고 판시하였다.[24] 그러나 배우자의 금품 등 수수가 본인의 직무와 관련하여 사기죄 등 재산범죄를 구성하는 경우가 있을 수 있고, 범죄가 되지는 않더라도 타인이 그 금품 등 수수 사실을 알게 될 경우 배우자의 명예감정을 심히 손상시키는 경우가 될 터인데, 그럼에도 불구하고 본인에게 배우자의 의사에 반하여 신고할 것을 기대할 수 있는지는 의문이다. 또한, 정상적 부부관계라면 배우자의 동의를 받지 못하는 한 본인으로서는

를 존중하고 보호하여야 한다는 헌법 제10조의 요구에 따라야 하고, 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 과잉입법금지의 정신에 따라 형벌개별화 원칙이 적용될 수 있는 범위의 법정형을 설정하여 실질적 법치국가의 원리를 구현하도록 하여야 하며, 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성을 지켜야 한다"(헌법재판소 2003. 11. 27. 2002헌바24 전원재판부; 1992. 4. 28. 90헌바24)는 기존 헌법재판소 판결례 입장에서는 동의하기 어려운 주장이다.

24) 이에 대하여, 재판관 이정미, 김이수, 김창종, 안창호의 반대의견은 "공직자 등의 불신고 행위를 처벌할 필요가 있다고 하더라도 공직자 등 본인이 직접 금품을 수수한 경우와는 가벌성, 죄질, 비난가능성, 행위책임이 동일하다고 볼 수 없음에도 같은 법정형으로 처벌하는 것은 책임과 형벌의 비례원칙에 위배된다"고 설시하고 있다.

수수한 금품 등을 공여자에게 반환하는 조치는 취하겠지만, 배우자의 의사에 반하여 신고까지 할 것을 기대할 수는 없다고 보아야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 공직자 등 또는 공무수행사인이 이를 신고하지 아니한 경우에는 불신고 행위로서 형사처벌 또는 과태료부과를 하거나 징계처분을 한다는 것[25]은 부부간 정의(情義)에 반하며, 기대가능성이 없어서 처벌하지 아니하는 범인은닉죄 등의 친족간 특례[26]와 비교하여 형벌체계가 맞지 않는 입법이 아닐 수 없다. 또한, "본인과 경제적 이익 및 일상을 공유하는 긴밀한 관계에 있는 배우자가 본인의 직무와 관련하여 수수 금지 금품 등을 받은 행위는 사실상 본인이 수수한 것과 마찬가지라고 볼 수 있다"는 이 사건 헌재결정의 이유설시는 민법상 부부별산제 원칙에 반하고, 실제로도 굳이 별거하지 않더라도 배우자가 받은 금품 등을 본인이 받은 것으로 볼 수 없는 얼마든지 다양한 부부관계가 있을 수 있음을 간과한 해석이다.

그리고 누구든지 공직자 등 또는 공무수행사인이나 그 배우자에게 수수금지 금품 등의 제공·제공약속·제공의사표시를 하는 행위도 금지하고(법 제8조 제5항), 이를 위반한 자에 대하여는 상대 공직자 등 또는 공무수행사인과 마찬가지로 형사처벌을 하거나 과태료를 부과한다(법 제22조 제1항 제3호, 제23조 제5항 제3호). 이에 관하여, 이러한 금품제공·제공약속·제공의사표시의 행위주체는 '누구든지'라는 규정 문언이나 원칙적으로 법인의 범죄능력을 인정하지 않는 판례 입장[27]에 비추어 자연인 외에 법인은 될 수 없다고 보는 견해(자연인 한정설)[28]가 있다. 그러나 '누구든지'라는 문언이 반드시 법인을 제외하는 취지로 해석해야 하는 것은 아니고, 법인의 범죄능력 인정 여부에 관하여는 세계적으로 입법론이나 해석론상 긍정설이 대세를 이루고 있는 추세이다.[29] 또한, 이러한 자연인 한정설

25) 다만, 수수 금품 등을 반환하여 형사처벌이나 과태료 부과처분은 모면할 수 있지만(법 제22조 제1항 제2호 단서, 제23조 제5항 제2호 단서), 이 경우에도 불신고 행위로 인한 징계는 면할 수 없다.

26) 범인은닉죄나 증거인멸죄의 경우 친족 간 특례를 인정하는 이유도 친족 간 정의(情義)에 비추어 기대가능성이 없기 때문이라는 견해가 통설적 견해이다[정성근/박광민, 「형법각론」(성균관대학교 출판부, 2015), 889,914면; 김성돈, 「형법각론」(성균관대학교 출판부, 2016), 808,825면].

27) 대법원 1984. 10. 10. 82도2595 전원합의체; 한석훈, 앞의 책, 18면.

28) 이는 국민권익위원회의 입장임(해설집 193면).

29) 현재 유럽지역은 독일의 통설·판례만 법인실재설 입장이면서 법인의 범죄능력은 인정하지 않고 있을 뿐, 그 밖의 프랑스, 네델란드, 벨기에, 룩셈부르크, 스위스, 오스트리아, 리히텐슈타인, 헝가리, 루마니아, 에스파냐(스페인), 포르투갈, 아이슬란드, 노르웨이, 스웨덴, 핀란드, 에스토니아, 라트비아, 리투아니아, 슬로베니아, 크로아티아, 마케도니아, 몰타 등 대부분 국가는 법인의

에 따른다면, 같은 금품 등 수수에 있어서 이를 받은 자의 처벌시에는 앞에서 본 바와 같이 법인도 그 금품 등 제공자(즉, 법 제8조 제1항의 '동일인')로 보면서 그 제공자의 처벌시에는 자연인만 제공자로 보는 결과, 같은 돈을 받은 자와 제공한 자 사이에 수수 금액에 차이가 발생함으로써 처벌의 균형을 잃는 기이한 결과[30]가 되므로 납득하기 어렵다. 특히, 앞에서 살펴본 것처럼 과태료 부과에 관한 일반법인 질서위반행위규제법 제11조 제1항에서는 법인도 그 과태료 부과 대상행위의 행위주체성이 인정되어 법인 대표자, 대리인, 사용인 또는 종업원이 법인 업무에 관하여 법인에게 부과된 법률상 의무를 위반한 때에는 실제 행위자가 아니라 법인에게 과태료를 부과하고 있다.[31] 제공 금품 등의 가액을 기준으로 과태료를 부과하거나 형사처벌을 하고 있는데, 법인에 대한 처벌에 관하여 과태료 부과의 경우와 형사처벌의 경우를 달리 취급하는 것은 합리적 근거가 없다. 그러므로 청탁금지법 제24조는 후술하는 바와 같이 부정청탁이나 수수금지 금품제공·제공약속·제공의사표시의 경우에는 실제 행위자와 함께 법인도 처벌하는 특별규

형사책임을 형법전에 명시하거나 특별법을 제정하는 등의 방식으로 법제상 인정하고 있다[안성조, "미국 판례상 집단인식에 의한 법인책임의 법리 연구", 「법학연구」 제51권 제1호(부산대학교, 2010. 2.), 432면 ; 김유근, "법인의 형사책임 : 독일 Nordrhein-Westfalen주의 기업 및 기타 단체의 형사책임의 도입을 위한 법률안을 중심으로", 「형사정책연구」 제25권 제3호(한국형사정책연구원, 2014·가을), 11면]. 또한, 미국에서는 주로 판례를 통하여 살인·강간·중혼 등을 제외한 거의 모든 범죄에 법인의 형사책임을 광범위하게 인정하면서 대위책임 법리를 발전시켜 왔고[V. S. Khanna, "Corporate Criminal Liability : What Purpose Does It Serve?", Harvard Law Review Vol. 109, pp. 1481~1484 (1996)], 영국에서는 1944년 Director of Public Prosecutions v. Kent and Sussex Contrators Limited 사건부터 종전 법인의 민사책임에 인정하여 왔던 동일시원리론(Identification Doctrine)을 적용하여 법인의 형사책임을 인정한 이래 동일시원리론을 중심으로 법인의 형사책임을 인정하고 있다[송기동, "영미 기업범죄 형사책임의 전개", 「형사정책」 제20권 제2호(한국형사정책학회, 2008), 51,52면].

30) 예컨대, 같은 법인의 임직원 4명이 같은 법인의 업무에 관하여 같은 회계연도에 각 90만 원씩 1명의 공직자에게 제공한 경우에, 그 공직자의 금품수수에 대하여는 4명이 제공한 돈을 합산한 360만 원의 수수로 보아 법 제8조 제1항 위반이 되어 법 제22조 제1항 제1호 본문 규정에 따라 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처하게 된다. 그런데, 그 돈을 제공한 임직원 4명에 대하여는 그 공모관계를 증명하지 못하는 한 각 90만 원의 금품제공으로 보아 법 제8조 제2항 위반 문제가 되고, 공직자 직무와의 관련성 입증 여부에 따라 법 제23조 제5항 제1호 본문에 따라 과태료 부과에 그치거나 과태료 부과조차 할 수 없게 되는 결과가 될 수 있다.

31) 이에 관하여, 법 제5조 제1항의 부정청탁 금지 규정이나 법 제8조 제5항의 금품 등 제공·제공약속·제공의사표시 금지 규정은 '누구든지'라고 표현하고 있어서 법인을 제외한 자연인에게만 그 금지의무를 부과한 것임을 전제로 사업주인 '법인이나 개인에게 부과된 법률상 의무'를 위반한 경우가 아니어서 질서위반행위규제법 제11조 제1항이 적용되지 않는다고 주장하는 견해가 있다. 그러나 적어도 "법인 대표자의 법규위반행위에 대한 법인의 책임은 법인 자신의 법규위반행위로 평가될 수 있는 행위에 대한 법인의 직접책임이라는 것"이 판례(대법원 2010. 9. 30. 2009도3876.)의 입장이므로, 이러한 경우에도 '법인에게 부과된 법률상 의무'를 인정할 수 없다는 논거는 부당하다.

정을 두었다고 볼 수 있다.

4. 공직자 등의 외부강의 등 관련 사례금 수수행위

공직자 등이 자신의 직무와 관련되거나(즉, 직무관련성) 그 지위·직책 등에서 유래되는 사실상의 영향력을 통하여(즉, 지위관련성) 요청받은 교육·홍보·토론회·세미나·공청회 또는 그 밖의 회의 등[32]에서 한 강의·강연·기고 등(이하 '외부강의 등'이라 함)의 대가로서 대통령령으로 정하는 금액[33]을 초과하는 사례금을 받는 행위는 금지된다(법 제10조 제1항). 그 초과사례금을 받은 경우에는 그 사실을 안 날부터 2일 이내에 서면으로 소속기관장에게 신고해야 하고, 초과금액은 지체 없이 반환하여야 한다(법 제10조 제5항, 시행령 제27조 제1항). 공직자 등이 외부강의 등의 경우에 받은 사례금 중 초과금액을 그 사실을 안 날부터 2일 이내에 서면으로 소속기관장에게 신고하지 않거나, 그 초과금액을 지체 없이(신고를 한 경우에는 소속기관장의 반환요구 통지를 받고 지체 없이) 반환하지 아니한 경우에는 500만 원 이하의 과태료를 부과한다(법 제23조 제4항, 시행령 제27조 제2항, 제3항). 또한, 공직자 등이 외부강의 등[34]을 할 때에는 그 요청자가 국가나 지방자치단체인 경우[35] 외에는 사전에 외부강의 등의 일시, 장소, 주제, 사례금 총액 등을 기재한 서면(신고서)을 소속기관장에게 제출하여야 한다(법 제10조 제2항, 시행령 제26조 제1항). 다만, 미리 신고하는 것이 곤란한 경우에는 그 외부강의 등을 마친 날부터 2일 이내에 서면으로 신고하여야 하고, 사전신고를 하더라도 사례금 총액 등을 미리 알 수 없는 경우에는 그 사항을 제외하고 신고한 후 외부강의 등을 마친 날부터 2일 이내에 보완하여야 한다(법 제10조 제3항, 시행

32) 국민권익위원회, 「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률 직종별 매뉴얼 : 학교 및 학교 법인 대상」(2016. 9.), 143면에서도 "제10조의 규율대상인 '외부강의 등'은 '직무관련성'이 있고 '다수인을 대상으로 의견·지식을 전달하거나 회의 형태'인 경우"라고 해설하고 있다.

33) 대통령령인 청탁금지법 시행령 제25조 별표2에 따르면 대체로 국가공무원 및 지방공무원 등의 경우에는 직급별로 20만 원부터 50만 원까지(강의 등의 경우에는 1시간당, 기고의 경우에는 1건당 상한액이고, 1시간을 초과하여 강의 등을 하는 경우에도 사례금 총액은 강의시간에 관계없이 1시간 상한액의 100분의 150 해당 금액을 초과하지 못함), 각급 학교의 장과 교직원 및 학교법인의 임직원, 언론사의 대표자와 그 임직원의 경우에는 100만 원(각 강의등의 경우에는 1시간당, 기고의 경우에는 1건당 상한액임)으로 정하고 있다.

34) 외부강의등이 직무와 관련성이 없다거나, 다수인을 대상으로 하지 않고 회의형태도 아닌 경우(예컨대 용역이나 자문)에는 법 제10조의 '외부강의 등'으로 볼 수 없고 일반적인 금품 등 수수로 규제된다(해설집 144면).

35) 이러한 경우에는 기획재정부 등에서 시달한 공통 예산지침이 적용되어 예산집행의 투명성이 확보되고(해설집 145면) 직무수행의 공정성을 해칠 우려가 없으므로 사전신고가 불필요하다.

령 제26조 제2항). 이러한 사전신고 의무의 불이행은 징계사유가 될 뿐이다(법 제21조). 소속기관장은 공직자 등이 이와 같이 신고한 외부강의 등이 공정한 직무수행을 저해할 수 있다고 판단하는 경우에는 그 외부강의 등을 제한할 수도 있다(법 제10조 제4항).

그런데, 공직자 등의 경우에는 그 직무관련성이나 지위관련성을 인정하는 것이 어렵지 않을 수 있으나 예컨대 교수처럼 교육행정, 교육 및 연구 등 다양한 활동에 종사하는 교원의 경우에 그 직무관련성이나 지위관련성의 범위를 어디까지로 볼 것인지는 애매한 문제이다. 부정청탁의 개념에 관한 법 제5조 제1항 제10호에는 "각급 학교의 입학·성적·수행평가 등의 업무"만 들고 있을 뿐이고, 청탁금지법의 입법취지가 부정청탁을 금지함으로써 직무수행의 공정성을 확보하려는 것임을 유의할 필요가 있다. 이 사건 헌재결정에서도 청탁금지법의 적용범위에 사립학교 교직원을 포함하고 있는 점의 위헌 여부와 관련하여 그것이 "사립학교 관계자의 교육의 자유나 사립학교 운영의 법적 주체인 학교법인만이 향유할 수 있는 사학의 자유를 제한하고 있지 않다"라고 설시하거나, "교원의 업무는 아직 인격이 완성되지 아니한 학생들을 대면하여 건전한 사회구성원으로 길러내는 역할을 담당하는 것…, 교육행정…, 학교의 사무처리…, 사립학교의 경영…" 등 교육행정이나 교육이 학교의 장, 교직원 및 학교법인 임직원의 직무임을 전제로 판시하고 있다.[36] 고등교육을 담당하는 교수 등 교원이 학문을 연구해야 할 임무는 있는 것이지만(고등교육법 제15조 제2항), 연구하는 학문·예술 내용의 공정성까지 요구하고 규제한다는 것은 헌법 제22조 제1항에서 보장하는 학문과 예술의 자유를 침해하는 것이다. 따라서 교수가 학문·예술의 연구와 관련하여 학회 등 세미나에서 발표하고 학회지 등에 기고하는 것도 청탁금지법의 규제대상에 포함하여 일일이 학교에 사전신고를 해야 하고 법 제10조 제4항에 의하여 학교의 장으로부터 그 발표나 기고의 제한을 받을 수 있는 것으로 해석한다면, 이는 직무수행의 공정성을 확보하려는 청탁금지법의 입법취지를 벗어나는 해석이 아닐 수 없다.[37]

---

36) 이 사건 헌재결정문 제5의 나. (6), 라.(1)(나).

37) 이 점에 관하여, 국민권익위원회는 그 직무범위에 관한 명확한 해석을 하지 않고 있음에도 불구하고[국민권익위원회, 「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률 직종별 매뉴얼 : 학교 및 학교법인 대상」(2016. 9.), 143면; 앞의 「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률 Q&A 사례집」, 190면], 일부 대학교의 경우에는 교수의 학회에서의 연구논문 발표나 기고의 경우에도 사전신고 의무를 부과하는 등 혼선을 빚고 있는 실정이다.

5. 수수 금품 등의 신고자, 반환자 등의 면책

공직자 등 또는 공무수행사인의 경우에는 자신이나 배우자가 금품 등 수수, 제공의 약속 또는 의사표시를 받은 사실을 소속기관장이나 감독기관 등에 지체 없이 서면으로 신고하였거나, 지체 없이 금품 등을 제공자에게 반환하였거나, 제공자에게 반환하기 어려운 사정 등이 있어 소속기관장이나 감독기관 등에 인도하였거나, 금품 등 수수가 아닌 경우에 제공자에게 거부의 의사표시를 한 경우에는 위 형사처벌이나 과태료 부과대상에서 제외된다(법 제22조 제1항 제1호 단서, 같은 항 제2호 단서, 제23조 제5항 제1호 단서, 제2호 단서). 이러한 경우에는 범죄구성요건이나 과태료 부과사유에 해당하지 않는 것으로 규정한 것이다.

그런데, 법 제9조 제1항 제2호에서 공직자 등 또는 공무수행자의 배우자가 수수금지 금품 등을 제공자에게 요구한 경우에 그 사실을 알게 된 공직자 등 또는 공무수행자에게 신고의무를 부과하지 않으면서[38] 배우자의 금품 등 요구 사실을 알았으나 소속기관장 등에게 신고하지 아니한 공직자 등 또는 공무수행자에 대하여 형사처벌 또는 과태료를 부과하는 것(법 제22조 제1항 제2호 본문, 제23조 제5항 제2호 본문)은 부당하다. 입법의 결함이다.

또한, 법 제22조 제4항에서는 제1항 제1호부터 제3호까지의 규정에 따른 금품 등(즉, 형사처벌 대상인 금품 등의 수수·요구·약속 또는 제공의 의사표시를 한 금품 등)은 몰수하고, 몰수하기 불가능한 경우에는 그 가액을 추징한다고 규정하고 있다. 그런데, 그 몰수·추징의 대상이 수수한 금품 등에 한정되는 것인지, 요구·약속 또는 제공의 의사표시를 한 금품 등도 모두 포함하는 것인지 여부가 불분명하다. 몰수는 특정된 물건에 대한 것이고 추징은 본래 몰수할 수 있었음을 전제로 하는 것이며[39] 몰수·추징은 범죄로 인한 이득의 박탈이나 범죄의 반복을 막기 위한 것이므로[40] 공직자등이 일방적으로 요구한 금품 등까지 필요적 몰수·추징의 대상으로 규정한 것은 부적절하다.

---

38) 법 제9조 제1항 제2호 및 제11조에서는 공직자 등 또는 공무수행사인이 자신의 배우자가 "수수금지 금품 등을 받거나 그 제공의 약속 또는 **의사표시를 받은 사실**을 안 경우"에 소속기관장에게 신고해야 할 의무를 부과하고 있을 뿐이다.

39) 대법원 1996. 5. 8. 96도221.

40) 박상기, 「형법총론」, 박영사, 2012, 540면.

Ⅲ. 위반행위의 신고절차

1. 개요

은밀하게 이루어지는 부정청탁이나 부정목적을 위한 금품 등 수수의 속성상 그 예방을 위하여는 그 사실을 아는 자의 신고를 장려함이 효과적이다. 청탁금지법은 이를 위하여 공직자등 또는 공무수행사인이 부정청탁을 받았거나 금품 등을 받거나 그 제공의 약속 또는 의사표시를 받은 경우, 직무와 관련하여 외부강의 등을 하거나 그 초과사례금을 받은 경우, 자신의 배우자가 수수금지 금품 등을 받거나 그 제공의 약속 또는 의사표시를 받은 사실을 알게 된 공직자등 또는 공무수행사인에게 소속기관장 또는 감독기관 등에게의 신고의무를 부과하고 있다(법 제7조 제2항, 제9조 제1항, 제10조 제2항, 제5항, 이하 '의무신고'라 함).

이와는 별도로 청탁금지법 위반행위를 효율적으로 적발하기 위하여 누구든지 청탁금지법 위반행위가 발생하였거나 발생하고 있다는 사실을 알게 된 경우에는 그 위반행위가 발생한 공공기관이나 그 감독기관 등에 신고할 수 있도록 허용하고(이하 '임의신고'라 함), 소정의 포상금이나 보상금도 지급하도록 하였다(법 제13조 제1항, 제15조 제5항, 제6항).

2. 의무신고

가. 부정청탁을 받은 공직자 등의 신고와 조사기관의 조치

공직자 등 또는 공무수행사인은 부정청탁을 받았을 때에는 그 청탁자에게 부정청탁임을 알리고 이를 거절하는 의사를 명확히 표시하여야 한다(법 제7조 제1항). 그럼에도 불구하고 다시 동일한 부정청탁을 받은 경우에는 이를 소속기관장이나 감독기관 등에 서면(전자문서를 포함한다. 이하 같다)으로 신고하여야 한다(법 제7조 제2항, 제6항). 이 경우 동일한 청탁인지 여부는 직무수행의 공정성 확보라는 입법취지에 비추어 청탁자의 동일성이 아니라 청탁의 내용을 기준으로 실질적 동일성 여부를 판단하여야 한다.[41] 따라서 같은 법인 소속 수 명의 임직원이 법인의 업무에 관한 같은 내용의 부정청탁을 한 경우에는 신고의무가 발생하는 동일한 부정청탁에 해당한다.

41) 해설집 85,192면에서도 "청탁신고의무가 부과되는 공직자등을 기준으로 부정청탁 내용의 본질적 동일성 여부로" 동일성을 판단하여야 한다고 해석하고 있다.

소속기관장·감독기관·감사원 또는 수사기관(이하 '소속기관장 등'이라 함)은 신고내용에 관하여 필요한 조사·감사 또는 수사(이하 '조사 등'이라 함)를 하여 신고내용이 부정청탁에 해당하는지를 신속하게 확인해야 한다(법 제7조 제3항). 이 경우 신고내용에 관한 조사 등을 하는 경우에 조사는 행정조사기본법[42]에 따라 그 피조사자의 동의 아래 해당 공직자 등 외의 제3자나 다른 공공기관 소속 공직자에 대한 조사도 할 수 있고,[43] 감사는 감사원법 제25조 이하의 감사방법에 따라 관계자의 출석·답변 등을 요구할 수 있으며, 수사는 형사소송법에 따라 임의수사나 강제수사를 할 수 있을 것이다. 조사·감사 결과 범죄혐의가 있거나 수사의 필요성이 있다고 인정하는 경우에는 소속기관장·감독기관·감사원은 수사기관에 통보하고 수사기관은 직접 수사절차를 진행하여야 한다(시행령 제5조 제1호, 제9조 제1호 가.목, 제2호 가.목).

한편, 소속기관장 등 또는 국민권익위원회는 신고내용이 명백히 거짓인 경우, 신고자가 신고내용의 보완을 요구받고도 보완기간 내에 보완하지 아니한 경우, 이미 처리결과를 통보받은 신고사항에 대하여 정당한 사유나 새로운 증거 없이 다시 신고한 경우, 언론매체 등을 통하여 공개된 내용을 신고한 경우로서 조사 등이 진행 중이거나 이미 끝났고 새로운 증거가 없는 경우, 동일 내용의 신고가 먼저 접수되어 조사 등이 진행 중이거나 이미 끝났고 새로운 증거가 없는 경우, 그 밖에 법 위반행위를 확인할 수 없는 등 조사 등이 필요하지 아니하다고 인정되어 종결하는 것이 합리적이라고 인정되는 경우에는 그대로 신고를 종결할 수 있다(시행령 제14조 제1항 제1문). 이 경우 종결사실과 그 사유를 신고자에게 통보하여야 하고, 그 통보를 받은 신고자는 새로운 증거자료의 제출 등 합리적인 이유를 들어 다시 신고할 수 있다(시행령 제14조 제1항 제2문, 제2항). 그런데, '신고내용이 명백히 거짓인 경우'에 해당하여 신고 사건을 종결하는 경우에는 피신고자 입장에서는 형사처벌 또는 징계처분 목적의 무고를 당한 경우에 해당할 수 있는데, 그 처리사실을 피신고자에게 통지하여 무고죄로 고소할 기회를 갖게 하는 절차가 없는 점은 신고절차가 지나치게 신고자 보호에 치우쳐 피신고자의

42) 행정조사를 하는 경우에 행정기관의 장은 조사대상자에 대한 조사만으로는 당해 행정조사의 목적을 달성할 수 없거나 조사대상이 되는 행위에 대한 사실 여부 등을 입증하는 데 과도한 비용 등이 소요되는 경우로서 다른 법률에서 제3자에 대한 조사를 허용하고 있는 경우이거나 제3자의 동의가 있는 경우에는 제3자에 대하여 보충조사를 할 수 있다(행정조사기본법 제19조 제1항).

43) 해설집 157면.

.

보호에는 소홀한 입법이라는 평가를 면할 수 없다.

나. 부정청탁을 받은 공직자 등에 대한 직무수행 제한 조치

소속기관장은 부정청탁이 있었던 사실을 알게 된 경우, 또는 부정청탁에 관한 신고나 그 확인 과정에서 해당 직무의 수행에 지장이 있다고 인정하는 경우에는 부정청탁을 받은 공직자 등 또는 공무수행사인에 대하여 직무 참여의 일시중지, 직무 대리자의 지정 및 전보나 그 밖의 조치[44]를 할 수 있다. 청탁금지법 시행령은 그 밖의 조치로서 직무 공동수행자의 지정, 사무분장의 변경을 추가하면서(시행령 제7조 제2항), 전보 조치는 다른 조치를 통해서도 그 목적을 달성할 수 없는 경우에 한하여 할 수 있도록 규정하였다(시행령 제7조 제1항). 다만, 소속기관장은 공직자 등 또는 공무수행사인을 대체하기 지극히 어렵거나, 그 직무수행에 미치는 영향이 크지 아니하거나, 국가의 안전보장 및 경제발전 등 공익증진을 이유로 직무수행의 필요성이 더 큰 경우에는 직무를 계속 수행하게 할 수 있다. 이 경우에는 소속기관의 청탁금지 담당관 또는 다른 공직자 등으로 하여금 그 공직자 등의 공정한 직무수행 여부를 주기적으로 확인·점검하도록 하였다(법 제7조 제5항).

공직자 등 또는 공무수행사인에 대한 이러한 직무수행 제한조치는 직무수행의 공정성에 대한 의심을 차단하려는 것이지만[45] 해당 공직자 등의 직무수행을 원치 않는 자에 의한 신고의 악용 우려도 있다. 따라서 소속기관장은 부정청탁의 신고가 있더라도 “해당 직무의 수행에 지장이 있다”고 인정할 것인지 여부는 신중하게 판단할 필요가 있을 것이다.

다. 금품 등 수수의 신고와 수수 금품 등의 반환

공직자 등 또는 공무수행사인은 수수금지 금품 수수 등의 경우나 배우자의 금품 수수 등 사실을 알게 된 경우에 소속기관장이나 감독기관 등에 지체없이 서면으로 신고해야 할 의무가 있고, 수수 금품 등을 제공자에게 지체 없이 반환하거나 배우자로 하여금 반환하도록 하고, 그 밖의 경우에는 그 수령거부 의사를 밝히거나 배우자로 하여금 그 의사를 밝히도록 하여야 의무가 있음은 앞에서 설명

44) 즉, 국회규칙, 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령으로 정하는 조치.

45) 해설집 89면.

한 바와 같다. 다만, 공직자 등이 비록 지체는 하였으나 자진하여 위반사실을 신고하였거나 그 신고나 금품 등의 인도 등으로 인하여 자신의 청탁금지법 위반행위가 발견된 경우에는 형사처벌, 과태료 부과, 징계처분, 그 밖의 행정처분 등을 감경하거나 면제할 수 있다(법 제15조 제3항). 이는 임의적 감면사유에 해당한다.

소속기관장은 공직자 등 또는 공무수행사인으로부터 그 신고를 받거나 금품 등을 인도받은 경우이거나, 공직자 등 또는 공무수행사인이나 그 배우자가 수수금지 금품 등을 받거나 그 제공의 약속 또는 의사표시를 받은 사실을 알게 된 경우에 수사의 필요성이 인정되는 경우에는 그 내용을 지체 없이 수사기관에 통보해야 한다(법 제9조 제3항 후단, 제4항). 그런데, 법 제9조 제4항에서는 소속기관장이 공직자 등 또는 공무수행사인이나 그 배우자가 수수금지 금품 등을 요구한 사실을 알고 수사의 필요성이 있음을 인정하는 경우에 수사기관에 통보할 의무는 부과하지 않고 있다. 이는 법 제8조 제1항, 제2항 및 제4항에서 공직자 등 또는 공무수행사인이나 그 배우자가 수수금지 금품 등을 요구하는 행위도 금지하고, 법 제22조 제1항 제1호 본문, 제2호 본문에서는 이를 위반하여 그 요구 행위를 하거나 배우자의 요구 사실을 알면서도 신고하지 아니한 행위를 형사처벌하는 규정과 비교하여 볼 때 규정체계가 맞지 않다. 입법과정에서 간과한 것으로 보인다. 또한, 소속기관장은 소속 공직자 등 또는 공무수행사인이나 그 배우자가 수수금지 금품 등을 받거나 그 제공의 약속 또는 의사표시를 받은 사실을 알게 된 경우이거나, 위 금품 등의 신고·반환·인도 또는 수사기관에 대한 통보 과정에서 공직자 등 또는 공무수행사인의 직무수행에 지장이 있다고 인정하는 경우에는 위 직무수행 제한조치도 할 수 있다(법 제9조 제5항). 이 경우에도 소속기관장이 공직자 등 또는 그 배우자의 수수금지 금품 등 '요구'사실을 알게 된 경우를 포함하여야 할 것임에도 입법시 간과한 것이다.

3. 임의신고 및 신고지원제도

누구든지 청탁금지법 위반행위가 발생하였거나 발생하고 있다는 사실을 알게 된 경우에는 그 위반행위가 발생한 공공기관·감독기관·감사원·수사기관(이하 '조사기관'이라 함) 또는 국민권익위원회에 신고할 수 있다(법 제13조 제1항). 이 경우 조사기관 또는 국민권익위원회는 신고자에게 신고처리절차 및 신분공개 절차

를 설명하고 그 신고처리과정에서 신고자의 신분을 밝히거나 암시하는 신분공개에 동의하는지 여부를 신고자에게 확인할 수 있는데(시행령 제30조 제1항 제4호, 제2항), 만약 신분공개에 동의하지 아니한 경우에는 조사기관은 조사·감사·수사(이하 '조사 등'이라 함) 과정에서 신고자의 신분이 공개되지 않도록 필요한 조치를 하여야 한다(시행령 제38조). 이는 신분공개로 인한 불이익을 우려하는 신고자를 배려함으로써 신고제도를 활성화시키기 위한 것이다.

국민권익위원회가 위 임의신고를 받은 경우에는 조사기관에 이첩하여야 하고(법 제14조 제2항), 조사기관은 조사 등의 결과를 신고자와 국민권익위원회(국민권익위원회로부터 이첩된 경우에만 포함)에 통보하고, 필요한 공소제기, 법원에 대한 과태료 부과대상 위반행위 통보, 징계처분 등 조치를 하여야 한다(법 제14조 제3항). 조사기관이나 국민권익위원회로부터 조사 등의 결과를 통보받은 신고자는 통보를 받은 날부터 7일 이내에 이의신청의 경위와 이유를 적은 신청서에 필요한 자료를 첨부하여 서면으로 통보를 한 조사기관이나 국민권익위원회에 이의신청을 할 수 있다(법 제14조 제5항, 시행령 제36조 제1항). 국민권익위원회도 조사기관의 조사 등 결과가 충분치 않다고 인정되는 경우에는 조사 등 결과를 통보받은 날부터 30일 이내에 새로운 증거자료의 제출 등 합리적인 이유를 들어 조사기관에 재조사를 요구할 수 있다(법 제14조 제6항). 위와 같은 이의신청에 대한 결정과 재조사 결과의 통지에 대하여는 다시 이의신청을 할 수 없다(시행령 제36조 제3항).

한편, 청탁금지법은 신고를 지원하기 위하여 의무신고자, 임의신고자 또는 신고 관련 조사 등 절차의 조력자에 대하여 그 신고나 협조를 방해하거나 이를 취소하도록 강요하는 행위를 금지하고, 그 위반행위는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처하고 있다(법 제15조 제1항, 제22조 제3항 제1호). 또한, 그 신고나 조력을 이유로 공익신고자보호법 제2조 제6호의 불이익조치를 하는 행위도 금지하고(법 제15조 제2항), 그 위반행위도 마찬가지로 형사처벌하고 있다(법 제22조 제3항 제2호). 아울러 신고자 등은 그 불이익조치에 관한 원상회복이나 그 밖의 필요한 보호조치도 신청할 수 있고(법 제15조 제4항, 공익신고자보호법 제17조 제1항). 이러한 보호조치 결정이 확정된 경우에 이를 이행하지 아니한 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다(법 제22조 제2항 제3호).

또한, 국민권익위원회는 임의신고로 인하여 공공기관에 직접적인 수입의 회복·

증대 또는 비용절감을 가져온 경우에는 그 신고자의 신청에 의하여 보상금을 지급해야 하고, 공공기관에 재산상 이익을 가져오거나 손실을 방지한 경우 또는 공익의 증진을 가져온 경우에는 그 신고자에게 포상금을 지급할 수 있다(법 제15조 제5항, 제6항). 다만, 그 신고자가 신고의 내용이 거짓이라는 사실을 알았거나 알 수 있었음에도 신고한 경우, 신고와 관련하여 금품 등이나 근무관계상의 특혜를 요구한 경우, 그 밖에 부정한 목적으로 신고한 경우에는 위와 같은 보호나 보상을 받지 못한다(법 제13조 제2항).

그리고 부정청탁의 신고 및 조치에 관한 업무, 수수금지 금품 등의 신고 및 처리에 관한 업무를 수행하거나 수행하였던 공직자 등은 그 업무처리 과정에서 알게 된 비밀을 누설해서는 아니 되고, 이를 위반한 경우에는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다(법 제18조, 제22조 제1항 제5호). 만약 공무원 또는 공무원이었던 자가 법령에 의한 직무상 비밀을 누설한 경우에는 형법 제127조의 공무상비밀누설죄도 성립할 수 있다. 또한, 누구든지 청탁금지법 제15조 제1항 각 호의 신고나 조력을 한 자라는 사정을 알면서 그의 인적사항이나 신고자나 조력자임을 미루어 알 수 있는 사실을 다른 사람에게 알려주거나 공개 또는 보도를 하여서는 아니되고(법 제15조 제4항, 공익신고자보호법 제12조 제1항), 이를 위반한 자도 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다(법 제22조 제1항 제4호). 1개의 행위에 이러한 죄들이 경합하는 경우에는 상상적 경합관계가 될 것이다.

이상과 같이 청탁금지법 및 시행령은 임의신고의 지원을 통한 법집행의 활성화를 도모하기 위하여 신고자의 신분 비공개 제도, 조사 등 결과에 대한 신고자의 이의신청권, 신고자에 대한 방해·불이익조치·보호조치미이행 행위에 대한 형사처벌, 임의신고자에 대한 보상금·포상금 제도, 신고업무 담당자의 비밀누설금지와 그 위반 공직자 등에 대한 형사처벌, 신고사실의 공개 또는 보도의 금지와 그 위반자에 대한 형사처벌 등 이중 삼중의 신고자 보호제도를 규정하였다. 반면 신고를 남용하거나 악용하는 자에 대한 규제나 그로 인한 피해방지에 대하여는 소극적이다. 다만, 신고사실의 공개 또는 보도의 금지 제도가 피해 공직자 등의 명예훼손을 방지하는 효과도 기할 수 있을 뿐이다. 그 밖에는 신고제도를 악용하여 허위사실을 신고한 경우에는 그 신고처가 공무소나 공무원이고 타인으로 하여금 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적이 인정된다면 신고자를 무고죄로 처벌할 수 있을 뿐이다(형법 제156조). 공직자 등의 청탁금지법위반은 부정부패행위로

인식되므로 해당 공직자로서는 신고사실 자체만으로도 정신적 고통은 물론 직장이나 가정생활에서 엄청난 타격을 받을 수 있는 일이다. 그런데, 임의신고는 청탁금지법 위반 증거자료를 확보하지 아니한 경우에도 할 수 있다(시행령 제29조 제5호). 그러므로 만약 임의신고자의 오인이나 경솔로 인하여 허위신고를 하였거나 포상금을 노리고 의심만으로 확실한 근거가 없이 신고를 한 경우에도 조사기관은 조사 등 절차를 진행할 수 있다. 그 조사 등 결과 무혐의로 종결되더라도 그로 인하여 피해를 입은 공직자 등은 신고자의 인적사항조차 파악할 수 없으므로 신고자를 무고죄로 고소하거나 신고자의 과실로 인한 손해배상청구를 할 수도 없다. 나아가 인사시기에 경쟁관계나 악감정이 있는 공직자 등에 인사상 타격을 주려는 의도로 신고제도를 남용하거나 악용하더라도 그 폐해를 사전예방할 방법이 없을 뿐만 아니라 신고자의 무고 고의나 불법행위 과실을 증명하는 것이 용이한 것도 아니다. 따라서 임의신고를 함에는 청탁금지법 위반사실에 관한 소명자료를 갖출 것을 요구하고, 신고서 수리 여부 심사제도를 마련하여 소명자료를 갖추지 못하는 등 조사 등을 진행할 만한 확실한 근거가 없는 경우에는 수리 자체를 거부하는 등 남용방지 제도를 마련할 필요가 있다고 본다.[46]

Ⅳ. 징계와 공개

1. 징계

공공기관의 장 등은 공직자등이 청탁금지법 또는 이 법에 따른 명령을 위반한 경우에는 징계처분을 하여야 한다(법 제21조). 이는 공공기관의 장 등에게 해당 공직자등을 국가공무원법, 지방공무원법, 사립학교법 등의 징계절차에 회부하여야 할 의무를 부과하는 취지이고 반드시 징계를 해야 하는 것은 아니다. 따라서 구체적인 징계처분은 징계위원회, 인사위원회, 교원징계위원회 등의 의결에 따라야 할 것이다(국가공무원법 제82조, 지방공무원법 제72조, 사립학교법 제66조 등). 징계는 일정 직역에 종사하는 자에 대하여 그 직역에 통용되는 규범을 위반한 경우에 부과하는 제재일 뿐이므로[47] 청탁금지법을 위반하여 형벌이나 과태료

46) 현행 청탁금지법령상으로는 일단 신고를 접수한 후 신고내용이 명백히 거짓인 경우이거나 청탁금지법 위반행위를 확인할 수 없는 등 조사 등이 필요하지 아니한 것으로 인정되는 경우 등 시행령 제14조 제1항 각 호의 극히 제한적인 경우에만 더 이상 조사 등을 진행함이 없이 신고종결 처리를 할 수 있을 뿐이다.

부과처분을 받은 자에 대하여도 징계처분을 할 수 있다. 청탁금지법은 그러한 자를 포함하여 청탁금지법이나 이 법에 따른 명령을 위반한 자에 대하여 반드시 징계절차에 회부하도록 하여 법 시행의 실효성을 확보하고 있는 것이다. 그러나 청탁금지법 적용대상자 중 사립학교 직원, 학교법인 임직원, 언론사의 대표자와 그 임직원의 경우에는 징계절차가 마련되어 있지 않다.

공직자 등인 청탁자가 자신을 위하여 직접 부정청탁을 한 경우에 형사처벌이나 과태료 부과대상은 아니지만 법 제5조 제1항을 위반한 것이므로 징계처분의 대상이 된다.[48] 통상적으로는 형사처벌을 위한 수사절차나 과태료 부과를 위한 조사절차에서 사실관계가 인정된 후 징계심사를 하게 되지만,[49] 징계처분만 하는 경우에는 심사절차에서 사실인정도 해야 한다. 이 때 부정청탁 여부 등 사실관계 다툼이 있는 경우에 그 사실인정이 용이한 일이 아니므로 징계를 위한 심의절차가 필요하다. 그런데, 공무원의 경우에는 공무원징계령 제11조, 「지방공무원 징계 및 소청 규정」제5조 및 「교육공무원 징계령」제9조 등에 징계혐의자의 증인심문 신청권 등 방어절차를 마련하고 있으나, 사립학교 교원의 경우에는 징계의결 전에 징계혐의자의 의견을 들어야 하고 교원징계위원회가 필요하다고 인정한 경우에 관계인 등을 출석케 하여 그 의견을 들을 수 있도록 한 규정(사립학교법 제65조) 외에는 징계혐의자의 방어권 보장 등 사실규명을 위한 객관적 절차가 없어서 문제이다.

2. 공개

소속기관장은 다른 법령에 위배되지 아니하는 범위에서 부정청탁의 내용 및 조치사항을 해당 공공기관의 인터넷 홈페이지 등에 공개할 수 있고(법 제7조 제7항), 그 공개를 위하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하기로 하였다(제7조 제8항). 이는 부정청탁 사례를 공개함으로써 예방과 계도 효과를 도모하려는 것이다. 그러므로 구체적인 시행령이 없더라도 소속기관장은 부정청탁을 예방하기 위하여 그 공개 여부 및 공개형식을 임의로 정할 수 있을 것이다. 다만, 부정청탁 당사

47) 신동운, 「형법총론」, 법문사, 2012, 779면.
48) 해설집 175면.
49) 공무원의 경우에 감사원에서 조사 중인 사건은 징계절차를 진행하지 못하고 수사기관에서 수사 중인 사건은 징계절차를 진행하지 아니할 수 있다(국가공무원법 제83조, 지방공무원법 제73조).

자의 인적사항은 위 법 규정의 문언 및 입법취지, 그것이 당사자의 명예훼손이 될 수 있다는 점에 비추어 공개대상에 포함할 수 없는 것으로 해석함이 타당하다.[50]

Ⅴ. 과태료 및 형사처벌

1. 과태료 부과와 형사처벌 절차

부정청탁 또는 금품 수수 등의 신고 관련 절차에서 설명한 것처럼 조사기관은 신고내용을 조사한 후 과태료 부과 사안은 소속기관에 통보해야 하고, 소속기관장은 그 통보사건을 포함하여 과태료 부과 사안의 경우에는 대상자의 위반사실을 비송사건절차법에 따른 과태료 재판 관할 법원[51]에 통보해야 한다(법 제23조 제7항). 이 경우 소속기관장은 위반행위를 한 소속 공직자 등은 물론 부정청탁을 하거나 수수금지 금품 등을 제공하거나 제공의 약속 또는 의사표시를 한 다른 공공기관 소속 공직자 등이나 사인(私人)도 그 통보에 포함하여 과태료를 부과하게 할 수 있다.[52] 그 밖의 재판 및 집행 등 절차에 관하여는 질서위반행위규제법[53]과 비송사건절차법[54]이 적용되고, 양 법의 내용이 저촉하는 경우에는 특별법인 질서위반행위규제법이 우선 적용된다(질서위반행위규제법 제5조). 법원은 당사자의 진술을 듣고 검사의 의견을 구한 후 이유를 붙인 결정으로 과태료 부과 재판을 한다(질서위반행위규제법 제31조, 제36조 제1항, 비송사건절차법 제248조 제1항, 제2항).[55] 증거조사는 민사소송법에 따르지만, 직권탐지주의가 적용되어 법원은 직권으로 사실의 탐지와 필요하다고 인정하는 증거의 조사를 하여야 한다(질서위반행위규제법 제33조). 위반행위에 대한 고의·과실이 요구되고, 위반행위 당시 14세 이상이고 심신장애자가 아니라야 하며, 심신미약자는 과태료를 감경한

50) 같은 결론 : 해설집 90면.

51) 과태료 재판은 특별규정이 없는 이상 과태료를 부과받을 자의 주소지 지방법원이 관할한다(비송사건절차법 제247조).

52) 해설집 181면.

53) 질서위반행위규제법상 '질서위반행위'란 법률상 의무를 위반하여 과태료를 부과하는 행위이다(같은 법 제2조 제1호).

54) 법원의 관할에 속하는 비송사건 중 비송사건절차법 또는 그 밖의 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외한 모든 사건에 비송사건절차법을 적용한다(비송사건절차법 제1조).

55) 법원은 타당하다고 인정할 때에는 당사자의 진술을 듣지 않고 과태료 재판을 할 수 있고(약식재판), 당사자나 검사가 이의신청을 하는 경우에는 법원은 당사자의 진술을 듣는 등 심문을 거쳐 다시 재판해야 한다(질서위반행위규제법 제44조, 제45조 제1항, 제50조, 비송사건절차법 제250조).

다(질서위반행위규제법 제7조, 제9조, 제10조). 위법성 착오도 정당한 이유가 있으면 과태료를 부과하지 않는다(질서위반행위규제법 제8조). 과태료 부과는 위반행위 종료일부터 5년의 제척기간이 적용된다(질서위반행위규제법 제19조 제1항).

그런데, 부정청탁이나 직무 관련 금품수수 등 청탁금지법위반 과태료 사안은 그 사실인정이나 법리해석상의 다툼이 빈번하게 발생하고 첨예한 공방이 예상된다.[56] 그럼에도 불구하고 당사자의 진술만을 듣고 재판함이 원칙인 과태료 재판 절차가 적절한지도 의문이지만, 과태료 재판 회부를 위한 조사기관의 조사·감사 절차에서 혐의자의 증인 신청권과 같은 증거제출권 보장 등 합리적인 조사·감사 절차를 위한 아무런 규정이 없어서 문제이다.[57] 청탁금지법의 과태료 부과를 위한 조사·감사나 재판의 경우에는 분쟁이 많은 사안의 성격상 수사와 형사재판에 준하는 절차와 재판부 구성이 필요하다고 본다. 특히, 사실규명에 필요한 참고인의 강제구인 제도, 조사기관의 통신사실확인자료 열람·제출 요청권,[58] 민간 기업·단체 등에 대한 사실조회, 당사자의 증인 신청권 등 방어권 보장 제도가 필요하다고 본다.

형사처벌의 경우에는 조사기관이나 국민권익위원회가 신고를 받은 청탁금지법 위반사건에 범죄혐의가 있거나 수사의 필요성이 인정되면 모두 수사기관에 통보나 이첩을 하여야 한다. 수사기관은 직접 신고를 받은 사건이나 위 통보나 이첩을 받은 사건을 수사한 후 검사가 기소하여 법원이 판결을 선고하거나 약식명령을 고지하게 된다.

과태료는 행정상 질서를 유지하기 위하여 행정상 의무위반자에게 부과하는 금전적 제재일 뿐 형벌이 아니므로[59] 일사부재리 원칙(헌법 제13조 제1항 후단)이 적용되지 않는다.[60] 따라서 과태료 부과처분을 한 사안에 대하여 형사처벌을 할 수 있으므로, 청탁금지법상 과태료를 부과하더라도 같은 사안에 관하여 형사처벌을 할 수 있음이 원칙이다. 그러나 실질적으로는 행정상 의무위반에 대한 금전적

56) 금품수수 사실 하나만 하더라도 대부분 현금 수수 여부가 문제될 텐데, 관련 증인 신문, 현장검증, 사실조회 등의 절차를 거치더라도 그 수수 사실을 판단하기가 쉽지 않다.

57) 질서위반행위법상 당사자의 의견 및 자료 제출권, 행정청이 필요하다고 인정한 경우의 참고인 진술 청취, 당사자에 대한 자료제출 명령 및 장부·서류·물건 검사, 공공기관장에 대한 자료·정보 제공요청 제도 등이 있을 뿐이다(같은 법 제16조 제1항, 제2항, 제22조, 제23조).

58) 법원은 재판상 필요한 경우에 통신비밀보호법 제13조의2 및 민사소송법 제294조에 의하여 전기통신사업자에게 통신사실확인자료 제공을 요청할 수 있다.

59) 신동운, 앞의 책, 778면

60) 대법원 1996. 4. 12. 96도158.

제재라는 점, 과태료 부과 재판의 당사자가 검사이고, 확정된 과태료 부과재판은 검사의 명령으로 집행하는(질서위반행위규제법 제42조 제1항) 등 행정형벌로서의 벌금 등을 부과·집행하는 경우와 유사하다. 이러한 점을 감안하여 부정청탁 금지 규정을 위반한 자나 금품 등 수수금지 규정 위반자가 형사처벌을 받은 경우에는 과태료를 부과하지 아니하고, 과태료 부과 후 형사처벌을 받은 경우에는 그 과태료 부과를 취소하는 것으로 규정하였다(법 제23조 제1항 제1호 단서, 제2항 단서, 제3항 단서, 제5항 단서). 이러한 경우에는 확정된 과태료 재판이 있더라도 이 규정을 근거로 그 과태료 부과를 취소할 수 있다.[61]

2. 양벌규정

가. 규정 내용

법인 또는 단체의 대표자나 법인·단체 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인·단체 또는 개인의 업무에 관하여 제3자를 위하거나 제3자를 통한 부정청탁, 수수금지 금품 등 제공·제공약속·제공의사표시 행위(법 제22조 제1항 제3호, 제23조 제2항, 제3항, 제5항 제3호)를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인·단체 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금 또는 과태료를 부과한다(법 제24조 본문). 다만, 법인·단체 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 처벌하지 아니한다(법 제24조 단서).

그 중 수수금지 금품 등 제공·제공약속·제공의사표시 행위(법 제22조 제1항 제3호 및 법 제23조 제5항 제3호)의 경우에는 그 제공자가 공직자 등 또는 공무수행사인이면 양벌규정이 적용되지 않는다. 그 밖의 경우, 즉 부정청탁행위의 경우에도 부정청탁자가 공직자 등 또는 공무수행사인인 경우에 관한 처벌규정인 법 제23조 제1항 제1호를 양벌규정 적용대상에서 제외하고 있다. 그러므로 양벌규정은 실제 위반행위를 한 자가 공직자 등 또는 공무수행사인인 경우에는 일체 적용되지 않는다. 판례는 위 '업무에 관하여'란 요건을 객관적 외형상으로 폭넓게 해석하는 입장인데,[62] 공직자 등 또는 공무수행사인의 금품 등 제공·제공약속·제

61) 해설집 183면.

62) 양벌규정의 '업무에 관하여' 요건에 관하여 "객관적 외형상으로 파악하여 업무주의 업무에 관한 행위인 성질을 갖고 있다면, 그 위반행위가 법인 내부의 결재를 받지 아니하였다거나, 그 행위의 동기나 목적이 업무주가 아닌 종업원 등이나 기타 제3자의 이익을 위한 것에 불과하

공의사표시 행위나 부정청탁행위가 그 소속 기관의 업무에 관한 행위로 되어 양벌규정으로 인하여 입게 되는 소속기관의 피해를 방지하기 위한 것으로 보인다. 마찬가지 이유로 수수금지 금품 등 수수·요구·약속 행위의 경우는 실제 행위자가 공직자 등 또는 공무수행사인에 한정되므로 양벌규정 적용대상에서 배제한 것이다.[63]

나. 법인 형사처벌의 문제점

실제 행위자가 소정 금액을 초과하는 금품 등 제공·제공약속·제공의사표시 행위를 한 경우(법 제22조 제1항 제3호)에 위 양벌규정에 따라 실제 행위자는 징역형 또는 벌금형에 처하고 사업주인 법인은 벌금형에 처할 수 있다고 해석함에 다툼이 없다. 앞에서 살펴본 것처럼 법인의 범죄능력을 인정하는 입장에서는 실제 행위자의 법인 업무에 관한 이러한 위반행위는 바로 법인의 범죄가 되므로 법인을 처벌하는 것은 당연하고 법 제24조의 양벌규정은 실제 행위자도 함께 처벌함으로써 위와 같은 위반행위 방지에 실효를 기하기 위한 것으로 본다. 다만, 법 제5조 제1항이나 제8조 제5항의 금지규정은 실제 행위자에게도 적용되므로 위 양벌규정을 실제 행위자의 범죄구성요건 창설 규정[64]이라고 할 수는 없을 것이다.

그런데, 사업주인 법인의 책임을 묻기 위하여 법인에게 실제 행위자에 대한 선임·감독상 과실이 없을 것을 요구하는 법 제24조 단서 규정이 실제행위자가 법인의 대표자인 경우에도 적용되는지는 문제가 된다. 실제 행위자가 법인의 대표자 등 기관인 경우의 법인 책임에 관하여, 헌법재판소나 판례는 “법인은 기관을 통하여 행위를 하므로 법인이 대표자를 선임한 이상 그의 행위로 인한 법률효과는 법인에게 귀속되어야 하고, 법인 대표자의 범죄행위에 대하여는 법인 자신이 자신의 행위에 대한 책임을 부담하여야 하는바, 법인 대표자의 법규위반행위에 대한 법인의 책임은 법인 자신의 법규위반행위로 평가될 수 있는 행위에 대한 법

고 업무주의 업무에 이로운 행위가 아니라 하더라도 무방하다”는 취지로 판시하고 있다(대법원 2007. 11. 16. 2005다3229; 2002. 1. 25. 2001도5595; 1987. 11. 10. 87도1213; 1977. 5. 24. 77도412).

63) 국민권익위원회는 “금품 등을 수수한 자가 공직자 등인 경우에는 양벌규정이 적용이 가능하나, 소속 공공기관의 지위에 따라 개별적 판단이 필요하다”고 해석하고 있으나(해설집 184면), 이는 규정내용을 오인한 해석으로 보인다.

64) 양벌규정을 실제 행위자에 대한 범죄구성요건 창설 규정으로 보는 경우에 관하여는 한석훈, 앞의 책, 30,31,32면 참조.

인의 직접책임으로서, 대표자의 고의에 의한 위반행위에 대하여는 법인 자신의 고의에 의한 책임을, 대표자의 과실에 의한 위반행위에 대하여는 법인 자신의 과실에 의한 책임을 부담하는 것이다. 따라서 양벌규정 중 법인의 '대표자' 관련 부분은 대표자의 책임을 요건으로 하여 법인을 처벌하므로 책임주의원칙에 반하지 아니한다."라고 판시하고 있다.[65][66] 이러한 판례의 입장에 대하여는 "법인 대표자의 일정한 범죄행위가 있으면 법인이 그와 같은 대표자의 범죄에 대해 어떠한 잘못이 있는지를 전혀 묻지 않고 곧바로 법인을 형사처벌 하도록 규정한 것은, 비난받을 만한 행위를 하였는지 여부를 묻지 않고 무조건 다른 사람의 범죄행위를 이유로 처벌하는 것으로서 형벌에 관한 책임주의에 반하는 것이다. 이러한 부당함을 방지하기 위해서는 법인에게 대표자에 대한 선임·감독상의 과실이 있는지 여부에 따라 책임을 물어야 한다"고 주장하는 반대견해[67]도 있다. 그러나 대표자 등 기관의 모든 행위가 다 법인의 행위로 되는 것이 아니라 위 판결이유처럼 '법인 자신의 법규위반행위로 평가될 수 있는 행위', 즉 법인 기관의 행위로 볼 수 있는 행위만이 법인의 행위로 되는 것이고, 이러한 기관의 의사나 행위는 곧 법인의 의사나 행위로 봄이 법인의 행위능력 및 불법행위능력 제도에 부합하는 해석이다. 따라서 법인의 대표자가 실제행위자인 경우에는 법 제24조 단서는 적용되지 않는다고 봄이 타당하다.[68] 실제행위자가 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원인 경우에는 법 제24조 단서가 적용되므로 사업주의 실제행위자에 대한 선임·감독상 고의·과실이 없을 것이 요구되고 이는 소극적 범죄구성요건에 해당하므로 검사가 그 고의·과실에 대한 증명책임을 부담한다.[69]

---

65) 헌법재판소 2011. 12. 29. 2010헌바117; 2010. 7. 29. 2009헌가25 전원재판부; 대법원 2010. 9. 30. 2009도3876.

66) 한편, 판례는 사업주가 법인이고 실제행위자가 대리인·사용인·종업원인 경우인 헌법재판소 2009. 7. 30. 2008헌가14, 2009. 7. 30. 2008헌가16, 2009. 7. 30. 2008헌가17, 2009. 7. 30. 2008헌가18, 2009. 7. 30. 2008헌가24 각 결정에서는 사업주의 실제행위자에 대한 선임·감독상의 과실 등 귀책사유를 사업주 책임의 요건으로 요구하고 있으므로, 판례의 입장은 행위책임·감독책임 이원설 입장이라 할 수 있다.

67) 헌법재판소 2011. 12. 29. 2010헌바117 결정 중 반대의견.

68) 같은 견해 : 손동권/김재윤, 앞의 책, 113면.

69) 대법원 2010. 2. 25. 2009도5824, 2010. 9. 9. 2008도7834 판결은 검사에게 법인의 과실에 대한 증명책임이 있음을 전제로 판시하고 있다.

다. 과태료 부과의 문제점

앞에서 살펴본 것처럼 청탁금지법의 과태료 부과에 적용되는 질서위반행위규제법 제11조 제1항에 따르면 “법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인·사용인 및 그 밖의 종업원이 업무에 관하여 법인 또는 그 개인에게 부과된 법률상의 의무를 위반한 때에는 법인 또는 그 개인에게 과태료를 부과한다”고 규정하고 있다. 실제 행위자가 과태료 부과 대상행위를 한 경우에 위 규정의 적용으로 실제 행위자에 대하여는 과태료를 부과할 수 없고 사업주인 법인 또는 개인에게만 과태료를 부과할 수 있는 것인지가 문제될 수 있다. 법 제24조의 양벌규정은 과태료 부과에 관한 일반법인 질서위반행위규제법의 특별법이므로 사업주와 실제 행위자 모두에게 과태료를 부과할 수 있다고 해석해야 할 것이다.[70] 앞에서 설명한 것처럼 과태료 부과의 경우에 그 위반행위에 관한 법인의 행위주체성을 인정한다면 위반행위를 한 법인에 대하여 과태료를 부과하는 것은 당연하고, 법 제24조의 양벌규정은 실제 행위자를 한 자에 대하여도 과태료를 부과함으로써 법 준수의 실효를 기하기 위한 규정으로 보아야 할 것이다.

Ⅵ. 결어

청탁금지법의 내용상 위헌 여부에 관한 헌법재판소의 합헌 결정이 있음에도 불구하고 향후 계속 문제가 제기될 수 있는 내용상 문제점과 법 시행절차상 문제점을 쟁점 중심으로 간략히 검토해 보았다. 이 법의 적용대상은 사실상 전 국민이고, 기존 관행이나 관습에 정면으로 저항하는 내용도 담고 있다. 법의 내용을 검토해 볼수록 이 법이 우리나라의 사회·경제·인간관계 전반에 미치는 충격과 영향이 적지 아니한 가히 혁명적 입법이라는 느낌을 받았다.

우리나라 공직사회의 과거 청탁 및 접대 문화는 몇 차례의 정권교체를 거치면서 민주화와 더불어 내부적 자정노력이나 외부적 압력을 통하여 이미 많은 변화를 이루어 왔다. 강력한 제재수단을 갖춘 청탁금지법의 입법이 이러한 그 동안의 노력과 개선상황을 평가절하 하는 반증이 되어서는 안 될 것이다. 그럼에도 불구하고 속칭 ‘로비’를 통하여 현안을 해결해야 한다는 불합리한 사고의 잔재가 아직 남아있는 것은 사실이고, 그것은 정당한 길을 걸으며 합리적으로 살아가는 건

70) 같은 취지 : 해설집 188면.

강한 사람들의 의욕을 허무하게 꺾는다. 청탁 없는 사회, 정당하게 경쟁하고 노력에 상응하는 대가를 받는 합리적인 사회는 우리 모두가 바라고 꿈꾸는 사회이다. 그러나 현행 청탁금지법의 시행만으로 그것이 가능할지, 아니 사고의 전환을 이끄는 계기라도 될지는 생각해 볼 문제이다. 법이 추구하는 목적이 훌륭하다고 하여 그 실효적 집행까지 보장할 수 있는 것이 아님은 물론이고, 이를 위하여는 법의 내용이 일반인에 대한 설득력을 갖추어야 할 것이다. 법률의 합헌 결정은 위헌이 아니라는 것일 뿐 이러한 설득력과 실효성을 갖추었다는 선언은 아니다. 특히, 이 사건 헌재결정은 9인의 재판관 중 5인이나 세부적인 개별사항별로 반대의견을 개진하였다는 사실(다만, 개별사항별로는 5인이 일치하여 반대의견을 개진하지 않았을 뿐임)을 가볍게 보아서는 안 될 것이다. 이 법의 실효성을 확보하기 위하여는 앞에서 언급한 쟁점에 관하여 계속 그 규제내용을 개선하여 설득력을 가진 법으로 다듬어 가는 노력이 필요하다고 본다.

한편, 공직·교육계·언론계는 그 공공성과 영향력으로 인하여 투명성과 효율성을 겸비할 것이 요구되는데, 투명성 즉 부정부패 방지를 위한 이 법의 시행이 공직자·교직자·언론인의 직무에 대한 자부심과 효율적인 활동력을 손상시켜서는 안 될 것이다. 또한, 부정부패 감시를 위하여 형사처벌이라는 강력한 제재수단을 갖춘 성문법으로 규제하는 것만이 효과적일지도 재고해 볼 일이다. 아울러 경제생활에 충분한 보수를 배려한다거나 공공적 직무에 대한 자부심을 갖게 하는 일도 중요하다고 본다. 이러한 환경에서만이 형사처벌 규정은 행위선택의 기로에 선 자들의 의사결정에 영향을 미치는 강력한 동기가 될 수 있을 것이다. 그렇지 못하면, 오히려 부정청탁이나 금품수수는 음성적으로 바뀌게 될 것이고, 형사처벌의 위험부담은 그 금품수수의 규모만 키우는 역효과를 가져 올 수도 있다. 끝.

(논문투고일 : 2016.11.21, 심사개시일 : 2016.11.22, 게재확정일 : 2016.12.15)



한 석 훈

부정청탁, 금품수수, 청탁금지법, 뇌물수수, 공직자

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

국민권익위원회, 「부정청탁및금품등수수의금지에관한법률 해설집」, 2016.
국민권익위원회, 「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률 Q&A 사례집」, 2016. 9.
국민권익위원회, 「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률 직종별 매뉴얼 : 학교 및 학교 법인 대상」, 2016. 9.
국민권익위원회, 「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률 직종별 매뉴얼 : 언론사 대상」, 2016. 9.
국민권익위원회, 「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률 직종별 매뉴얼 : 행정기관 및 공직유관단체 대상」, 2016. 9.
김성돈, 「형법각론」, 성균관대학교 출판부, 2016.
박상기, 「형법총론」, 박영사, 2012.
손동권/김재윤, 「새로운 형법각론」, 율곡출판사, 2013.
송덕수, 「민법강의」, 박영사, 2012.
신동운, 「형법총론」, 법문사, 2012.
이광훈, 「청탁금지법 해설」, 진원사, 2016.
정성근/박광민, 「형법각론」, 성균관대학교 출판부, 2015.
최준선, 「회사법」, 삼영사, 2016.
한석훈, 「기업범죄의 쟁점 연구」, 법문사, 2013.

Ⅱ. 논문

김래영, "'부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률'의 입법현황과 과제", 「한양법학」 26권 3집, 2015. 8.
김세환/배성호, "부정청탁 금지 및 공직자의 이해충돌 방지법(안)에 대한 비교법적 고찰 : 유럽연합의 반부패관련법제를 중심으로",「한국부패학회보」 19권 4호, 2014.
김유근, "법인의 형사책임 : 독일 Nordrhein-Westfalen주의 기업 및 기타 단체의 형사책임의 도입을 위한 법률안을 중심으로", 「형사정책연구」 25권 3호, 한국형사정책연구원, 2014· 가을.

나채준, “미국의 공직자 부패방지 제도에 관한 비교법적고찰”,「영남법학」42집, 영남대학교 법학연구소, 2016. 6.

박경철, “영국의 반부패전략과 반부패법제”, 「강원법학」47권, 2016.

서보학,“「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」에 대한 형사법적 검토”, 「입법학연구」12권 1호, 2015.

송기동, “영미 기업범죄 형사책임의 전개”, 「형사정책」 20권 2호, 한국형사정책학회, 2008.

송기춘, “「부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률」의 법적 문제점과 개선방향”, 「세계헌법연구」21권 3호, 2015.

안성조, “미국 판례상 집단인식에 의한 법인책임의 법리 연구”, 「법학연구」 51권 1호, 부산대학교, 2010. 2.

이성기, “미국의 뇌물, 부정청탁 및 이해충돌방지법에 관한 연구”, 「미국헌법연구」23권 2호, 2012.

이천현, “부정청탁 금지행위와 제재에 관한 소고”, 「한양법학」26권 3집, 2015. 8.

지유미, “현행 뇌물관련법제에 대한 보완책으로서 부정청탁금지법안”,「형사법연구」 26권 1호, 2014.

허일태, “한국에서의 부패방지에 관한 대책”, 「형사정책연구」2015-09, 한국형사정책연구원, 2015.

V. S. Khanna, “Corporate Criminal Liability : What Purpose Does It Serve?”, Harvard Law Review Vol. 109, pp. 1481~1484 (1996).

Abstract

Review of the Issue in the Improper Solicitation and Graft Act

Seok Hoon Han

This article briefly reviews possible problems regarding interpretation, implementation, and the content of the act itself. Reviewing the act, at first I was worried of its possible impact on our society, but at the same time, I could think of a bright future where healthy competition is guaranteed. Although briberies of public officials has been cleaned out through several democratic regimes entailing both internal and external effort to change, I wish this act would be a little help cleaning out such unhealthy customs.

However, the specific regulations in the act should be more rational in order to carry out the act more effectively. The decision of constitutional court doesn't necessarily guarantee that the content nor procedure of such act is perfect; even some details of the act had been dissented by 5 of 9 judges. As it has been mentioned by consitutional court decision, this act applies to all citizens, and it is against existing custom. Therefore, like it says on the purpose of the act-"to ensure that public officials and relevant persons fulfill their duties uprightly and to secure public confidence in public institutions", we need to consistently re-examine and revise the act and guarantee it being rational and suitable enough as a criminal law.

In addition, we have to reconsider whether regulating briberies and misconducts of public officials only with strict written-law would be solely effective. Strict regulations on criminal law might be a powerful mean to

dissuade the person who is right before the choice of action. But if act of bribing or accepting bribery depends on structural defect of society, such briberies and misconducts will rather perpetrated under the surface. Eventually, the risk and cost of bribery might be even higher, possibly resulting in even bigger amount of bribery than before. Therefore, we need to examine the elements affecting the public officials decisions, and revise the act accordingly. For example, we can reward them with pays sufficient enough to meet their living costs, or create an atmosphere boosting their self-esteem as a public official.



Seok Hoon Han

improper solicitation, graft, Improper Solicitation and Graft Act, bribery, public official

주식회사 이사의 선관주의의무와 책임*

– 최근 미국법상 논의와의 비교법적 검토를 중심으로–

정 경 영**

【목 차】

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 선관주의의무에 관한 논의
1. 민법상 선관주의의무
2. 이사의 선관주의의무와 책임
3. 문제점
Ⅲ. 미국법상 주의의무
1. 신인관계
2. 주의의무의 의의
3. 최근의 입법 및 판례의 변화
Ⅳ. 이사의 선관주의의무의 쟁점 고찰
1. 개념 정리
2. 충실의무와의 관계
3. 경영판단원칙과의 관계
4. 기타 의무와의 관계
Ⅴ. 결어

【국 문 요 약】

최근 금융회사의 지배구조에 관한 법률이 시행되어 주식회사의 지배구조 특히 이사선임에 관한 새로운 입법의 움직임이 나타났고, 글로벌 금융위기 이후 이사의 보수에 대한 논의가 점증되고 있으며 이사의 감시의무에 관한 논의가 학설과 판례상 뜨겁다. 그런데 우리 회사법상 이사의 선관주의의무가 무엇을 의미하는지 명확하지 않아 충실의무의 해석에도 영향을 미칠 뿐만 아니라 실무에서 경영판단원칙의 적용에서도 논쟁을 발생시키고 있다. 이 글은 미국법상 이사의 주의의무의 변화를 비교법적으로 분석하여, 우리 회사법학에서 모호성 속에 방치되고 있는 선량한 관리자의 주의의무를 끄집어내어 그 개념을 명확히 한다.

영리사단법인인 주식회사의 이사는 회사의 이익형성을 위해 노력할 의무로서 선관주의의무를 부담한다. 이사의 선관주의의무는 법령을 준수하면서 회사의 이익형성에 기여할 의무로서, 다양한 정보를 수집하여 의사를 결정하고 이를 집행

* 이 논문은 2015학년도 성균관대학교의 성균학술연구비에 의하여 지원되었음.
** 성균관대학교 법학전문대학원 교수

하면서 다른 이사의 업무집행을 감시할 의무를 포함한다. 이를 위반하여 회사에 손해가 발생한 경우 이사에 귀책사유가 인정되면 이사는 회사에 대해 손해배상책임을 부담한다. 계약상의 의무와 그 위반시 채무자의 과실과 책임 및 그 채권자에 의한 책임의 추궁이라는 '의무와 책임의 구조'에서 볼 때, 이사의 선관주의의무는 업무집행의 기준이면서 과실판단기준이 된다. 업무집행기준으로 이사의 선관주의의무는 법령준수, 선의성, 성실성 등을 전제하여 회사의 이익형성을 위해 노력할 의무이다. 과실판단기준으로서 선관주의의무를 보면, 유사한 상황에 있는 회사 이사의 평균적 능력을 기준으로 판단되는 성질 즉 객관성(추상성)과 상대성(객관적·상대적 과실)을 가진다. 만일 이사가 이러한 수준에 미흡하게, 부족한 정보에 근거하여 중요한 결정을 하였다든지, 법령·정관에 위반하였다든지, 회사의 이익을 추구한다는 믿음 없이 행동하였을 경우에는 이사는 손해배상책임을 부담한다.

이사의 손해배상책임의 전제가 되는 선관주의의무는 회사의 이익형성을 위해 모든 적극적, 소극적 노력이 포함될 수 있다. 따라서 법령을 준수하면서 이사가 회사의 이익을 추구하여야 이익상충행위를 하여서는 안 되는 소극적 의무인 이사의 충실의무와는 구별된다. 따라서 이사의 충실의무는 회사와 이사간의 이해상충이 전제될 경우에만 문제되므로 적용범위에서도 구별되고, 회사의 인용가능성, 이익의 반환 등 효과에서도 구별된다. 법원은 이사의 경영판단이 법원의 사후적 심사에 부적합하고 이사의 엄격한 책임은 이사를 위축시켜 회사의 이익을 해할 수 있다는 이유에서 법원은 경영판단원칙을 도입하였다. 동 원칙의 성질 등에 관한 논란에도 불구하고, 경영판단원칙은 이사의 선관주의의무 위반이 있고 이사의 과실을 묻는 단계에서 이사의 경영판단을 존중하기 위해 일반 채무불이행과 달리 원고에게 사실상 증명책임을 전환시킨 것으로 본다. 그밖에 선관주의의무는 감시의무, 선의의무를 포함하며, 경영판단원칙에 의해 실질적으로 약화되었지만 이사의 행위를 규율하는 기본적 의무로서 위상에는 변화가 없다고 본다.

Ⅰ. 서론

2011년 회사법 개정 전후하여 주식회사의 지배구조에 관한 논의가 활성화된 바 있었다. 이후 2013년 법무부 주도로 진행된 주식회사 지배구조의 핵심적 사항 5가지에 관한 개정작업[1]이 무산된 이후 산발적인 회사법 개정논의가 진행되고 있다. 주식회사의 지배구조에 관한 논의의 중심에는 이사가 있고 이사와 회사·주주의 관계가 지배구조의 핵심을 이룬다. 영리사업을 통해 이익을 창출하고 그 이익을 주주에게 분배하는 것을 목적으로 하는 주식회사의 이사는 회사로부터 권한을 위임받아 업무를 집행하고 그 결과에 따른 책임을 부담한다. 회사가 이사에게 어떠한 권한을 부여하고, 이사는 그 권한을 실행함에 있어 어떠한 의무를 부담하며, 의무를 위반한 경우 어떠한 책임을 부담시킬 것인가 하는 문제는 회사의 이해관계, 주주의 이해관계에 밀접하게 관련된다.

이사와 회사의 관계를 중심으로 한 주식회사의 지배구조에 관한 논의에는 많은 쟁점들이 포함되어 있다. 회사가 이사에게 회사의 의사결정과 결정된 의사의 집행권한을 위임하였으므로, 이사는 그 권한을 실행함에 있어 회사의 최선의 이익을 추구하기 위한 주의의무 이른바 '선량한 관리자의 주의의무'를 부담한다. 이사의 선량한 관리자의 주의의무는 회사와 이사의 관계, 주주와 이사의 관계를 설정함에 있어서 출발점에 해당하는 중요한 개념이다. 하지만 선량한 관리자의 주의의무(이하 선관주의의무 또는 선관주의라 한다)는 그 개념이 모호하여, 의무의 범위를 어디까지로 해야 할지, 다른 의무(충실의무 등)와는 어떠한 관계에 있는지, 그리고 의무위반에 따른 책임을 제한할 수 있는지 등이 학설상 다투어지고 소송에서도 문제되고 있다.

이사와 회사의 관계는 포괄적으로 선관주의의무에 기초하고 있지만, 보다 특수하게 이사와 회사의 이익이 상충하는 관계에 있게 될 경우 선관주의의무 이외에 충실의무가 부가된다. 이 경우 선관주의의무와 충실의무의 관계가 한국과 일본의 회사법학에서 다투어져 왔다. 그리고 미국에서는 우리의 선관주의의무와 유사한 duty of care(이하 미국 회사법 관련해서 '주의의무'로 번역한다), 충실의무에 상응하는 duty of loyalty(이하 미국 회사법 관련해서는 '충실의무'로 번역한다) 이외에 선의의무(duty of good faith)[2]가 문제되고 있다. 그리고 이사의 업무집행

1) 법무부, 「기업지배구조 상법 개정 공청회(자료집)」, 2013. 6. 14.(정경영, 천경훈 발표) 참조.

에 대한 주의의무의 규범성이 판례상 경영판단원칙(business judgement rule)에 의해 약화되고, 특히 미국 주회사법의 가장 중요한 모델의 하나인 델라웨어주 회사법(DGCL)상 정관에 의한 이사의 책임면제(exculpation)가 허용됨으로써(§102(b)(7)) 이사의 주의의무는 거의 형해화되고 있는 실정이다.

최근 금융회사의 지배구조에 관한 법률이 시행되어 주식회사의 지배구조 특히 이사선임에 관한 새로운 입법의 움직임[3]이 나타났고, 글로벌금융위기 이후 이사의 보수에 대한 논의[4]가 점증되고 있으며 이사의 감시의무에 관한 논의가 학설과 판례상 뜨겁다. 그런데 이들 입법과 논의의 대부분이 미국법에 그 연원을 두고 있는데다 우리 회사법상 이사의 선관주의의무가 무엇을 의미하는지 명확하게 이해되지 않아 이들 논의가 우리 회사법체계와 맞지 않는 경우도 없지 않다고 생각된다. 그리고 선관주의의무에 대한 이해부족은 충실의무의 해석에도 영향을 미칠 뿐만 아니라 실무에서 경영판단원칙의 적용범위에서도 문제점을 발생시키고 있다. 이 글은 미국법상 이사의 주의의무의 변화를 비교법적으로 분석하여(Ⅱ), 우리 회사법학에서 모호성 속에 방치되고 있는 선량한 관리자의 주의의무를 다시 끄집어내어 그 개념을 명확히 한다(Ⅲ).[5] 이를 통해 충실의무와의 관계를 다시 검토하고 판례상 모호하게 나타나고 있는 경영판단의 원칙, 감시의무, 선의의무 등 회사법학에 새롭게 등장하는 개념들과의 관계 및 그 기능을 밝히고자 한다(Ⅳ). 이사의 선관주의의무에 관한 선명한 이해는 충실의무의 해석은 물론 이사 보수의 환수문제[6], 회사의 사회적책임(CSR)에 관한 논의의 초석이 되리라 본다.

Ⅱ. 선관주의의무에 관한 논의

1. 민법상 선관주의의무

민법 제681조는 '수임인은 위임의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의로써 위임사무를 처리하여야 한다'고 정하고 있다. 위임은 그 성질상 일방 당사자인 위

2) duty of good faith를 '성실의무', '신의의무'로 번역하는 견해도 있지만 '성실'은 일을 처리하는 자세를 의미하고 우리법상 신의성실의 원칙과 관련되는 개념으로 오해되어 duty of care의 핵심적인 내용을 벗어날 수 있다고 보아 이를 이 글에서는 '선의의무'로 번역한다.

3) 동법 제19조 5항은 감사위원인 사외이사 1명의 분리선임방식을 도입하고 있다.

4) Dodd-Frank Act §953; Alan R. Palmiter, op.cit., Wolters Kluwer, 2015. p.246

5) 법률개념의 정의에 있어 전통적으로 사용되고 있는 최근류와 종차의 방식(최봉철, 「현대법철학」 (법문사, 2007) 48면 참조)도 유용하리라 본다.

6) 대법원 2015.09.10. 선고 2015다213308 판결에서 이사의 보수의 반환을 판시하고 있어 논란의 여지가 있다.

임인의 이익만을 목적으로 하는 것이다. 민법 학설상 선량한 관리자의 주의의 구체적 개념에 관한 설명은 찾아보기 힘들고, 독일민법의 '거래에 필요한 주의'(BGB §276)에 상당하는 것으로 보아 위임계약의 신임관계[7]에서 특히 기대되는 '성실한 수임인이 갖는 주의의무'라고 해석된다. 이는 수임인의 직업·지위·지식 등에 있어서 일반적으로 요구되는 평균인의 주의의무를 가리키는 점에서 추상적이다. 따라서 수임인 개인적 기능이나 학력·경험연수·건강상태·성별 등의 주관적 표준은 책임의 기초가 되지 않는다고 본다.[8] 하지만 어떠한 계약관계에서도 동일한 평균인의 주의의무를 뜻하는 것으로는 보이지 않고, 각 구체적 경우에 거래의 통념에 좇아 상당하다고 인정되는 사람이 가져야 할 주의의 정도를 말한다고 본다. 즉 개별적인 경우 추상적인 일반인이 아니라 구체적 상황에 있는 평균적 행위자로서의 주의의무(구체적·객관적 주의의무)를 뜻한다. 이에 관해, 선량한 관리자의 주의의무에 대한 민법의 해석은 '선량한'이나 '관리자'라는 용어에 별도의 가치부여를 하지 않는 대신, '선량한 관리자'라는 용어를 '통상의 일반인'으로 보고 '합리적 주의'를 다했는가에 중점을 두고 있다고 보는 견해가 있다.[9] 하지만 평균인의 주의는 합리성이 반드시 보장된다고 볼 수 없고 평균은 존재적 개념이고 합리는 평가적 개념이어서 구별된다는 점에서, 통상 평균적 주의의무가 민법의 일반적 견해라고 본다.

위임계약을 포함하여 일반적 계약관계에서 채무이행시 요구되는 선관주의의무가 채무자에 의해 이행되지 못하면 채무불이행에 따른 책임이 문제된다. 채무불이행이 성립하기 위해서는 우리법상 고의 또는 과실(귀책사유)이 요구되는데, 이는 이러한 귀책사유를 요구하지 않는 미국, 프랑스와는 구별된다고 한다.[10] 그리고 채무불이행의 요건으로서 과실이라 함은 자신(채무자)의 행위(부작위를 포함)에 의하여 채무불이행의 결과가 발생함을 인식(예견)하고 또 나아가 이를 회피하여야 함에도 불구하고, 이를 인식하지 못하거나 또는 인식하였어도 이를 회피하지 못함으로써 그 행위에 의하여 채무불이행의 결과가 발생한 경우를 말한다. 즉 과실은 채무불이행의 결과에 대한 인식가능성(예견가능성) 및 회피가능성을 전제

7) fiduciary relationship에 대해 민법의 학설상 그리고 신탁법에서는 신임관계(信任關係)라는 용어를 사용하고 있지만(동법 제2조) 회사법에서는 대체로 신인관계(信認關係)로 번역하므로 이 글의 다른 곳에서는 신인관계로 번역한다.

8) 곽윤직 편저, 「민법주해 제15권(이재홍 집필)」 (박영사, 2001) 535면.

9) 박기령, "이사의 선관의무와 충실의무의 법사학적 기원에 관한 고찰", 「상사법연구」 제30권 제2호 (한국상사법학회, 2011) 480-481면.

10) 곽윤직 편저, 「민법주해 제9권(양창수 집필)」 (박영사, 2001) 351면.

한다.[11] 채무이행 단계의 선관주의의무는 위반시 책임평가 단계에서 과실(주의의무의 위반)로 포섭되는데, 평가단계의 주의의무는 예견의무·회피의무를 의미한다.

민법 학설은 객관화·정형화된 기준에 따라 요구되는 선관주의의무를 주의의무의 원칙적 모습이라 보면서, 주의의무의 해태인 추상적 경과실을 채무불이행의 요건으로 보고 있다.[12] 즉 채무자가 선관주의의무를 위반하여 채무를 불이행하면 채무불이행에 객관적 경과실(추상적 경과실)[13]이 있는 것으로 되고, 채무자는 민법 제390조에 따라 손해배상책임을 부담한다고 이해된다. 그리고 선관주의의무의 이행여부에 관해 민법 제390조 단서(면책규정)에 따라 채무자가 채무불이행에 고의 또는 과실이 없었음을 증명하여야 하므로 결국 선관주의의무의 준수에 관한 증명책임을 채무자가 부담한다고 보는 견해가 일반적이다. 즉 채무자는 자신의 채무이행에 있어 선관주의를 다하였음을 증명하면 채무불이행에 따른 손해배상책임을 면할 수 있다. 이렇게 볼 때 선관주의의무는 위임계약과 같은 구체적인 계약에서만 수임인의 의무가 되는데 그치지 않고, 채권·채무관계에서 채무자가 채무를 이행함에 있어 일반적으로 부과되는 의무로 이해된다.

2. 상법상 이사의 선관주의의무와 책임

(1) 의무와 책임의 구조

민법에서 통상 거래상 요구되는 주의로서 선관주의[14]와 위임계약에서 규정하는 선관주의의무, 채무이행불이행의 요건의 하나인 과실 개념의 기초로서 주의의무가 논의되고 있음을 보았다. 상법 특히 회사법은 이사·감사·집행임원[15] 등의 업무집행상의 구체적인 의무로서 선관주의의무가 논의되고 있다. 이사가 회사에 대하여 선관주의의무를 부담하는 법적 근거에 관해 상법학자 및 판례의 일치된

11) 위의 책, 357면.

12) 지원림, 「민법강의」 6판 (홍문사, 2007) 824면.

13) 민법의 통설은 추상적 경과실이라는 용어를 사용하고 있으며 평균인을 판단기준으로 한다는 점에서 타당하지만, 추상적 경과실을 판단함에 있어서도 구체적인 상황을 고려한다는 점에서 '추상성'의 개념과 모순이 발생하므로 '객관성'이라는 개념이 더 적확한 용어로 생각되어 이 글에서는 타인의 글을 인용하는 경우를 제외하고는 '객관적 주의의무'라는 용어를 사용한다.

14) 지원림, 앞의 책, 21면.

15) 집행임원에 관해서는 직접 상법 제382조 2항과 동일한 내용의 조항을 두고 있고(상법 제408조의2 2항), 상법 제382조 2항의 규정은 감사에 준용되며(상법 제415조), 감사위원회 위원에 관해서는 별도의 규정은 없지만 감사위원회 위원은 이사의 자격이 전제되므로 상법 제382조 2항에 따라 회사에 대해 선관주의의무를 부담한다. 따라서 이하의 논의는 이사를 중심으로 전개되지만 집행임원이나 감사, 감사위원회 위원에게도 거의 동일하게 적용된다.

입장은, 회사와 이사가 위임관계에 있다고 보고 위임관계에서 수임인의 의무를 들고 있다. 상법 제382조 2항은 회사와 이사의 위임관계에 근거하여 위임에 관한 규정(특히 민법 제681조)을 준용하고 있어, 이사는 회사에 대하여 선관주의의무를 부담한다고 본다.

이사가 주주총회에서 선임되어 대표이사와 위임계약을 체결하면 회사에 대해 선관주의의무를 부담한다. 이사가 의사결정을 하거나 결정된 의사를 집행함에 있어 선관주의의무를 위반하게 되면 채무불이행이 되고 회사에 손해발생시 손해배상책임을 지게 된다(상법 제399조). 이사의 선관주의의무는 민법에서의 논의와 동일하게 채무자인 이사의 업무집행(사무처리)기준이 되고, 채무불이행이라는 결과(예컨대, 투자실패로 인한 회사의 손해)가 발생하면 이는 과실의 개념에 포섭되어 손해배상책임 여부를 결정함에 있어 책임평가기준이 된다. 즉 투자실패로 인한 회사의 손해라는 사실에 대해 이사의 책임이 발생하기 위해서는 이러한 결과가 이사의 귀책사유(고의, 과실)에 의한 채무불이행이어야 한다. 이사의 선관주의의무는 책임평가단계에서 예견의무, 회피의무로 모습은 바뀌지만 '구체적 사정하의 평균인의 주의력(객관적 경과실)'을 기준으로 평가된다는 점에서 양자는 서로 관련된다.

(2) 의무의 특성

이사가 직무를 수행함에 있어 부담하는 '선량한 관리자의 주의의무'의 개념에서 이사가 '관리자'에 해당함에는 의문이 없으나, '선량한' '주의의무'가 과연 무엇을 의미하는가에 관해서는 입법, 판례는 침묵하고 있다. 학설도 선관주의의무의 개념에 관해, 특별히 개념 정의를 하지 않거나,[16] '상당한 주의', '객관적 주의'로 간단하게 언급하는 견해가 일반적이다.[17] 일부 견해는 주의의무의 정도, 판단기준, 대상에 관해 간단히 설명하거나,[18] 이사가 직무를 수행함에 있어 법령

16) 선관주의의무의 개념에 관한 적극적 설명 없이 보수나 상근 유무에 관계없이 모든 이사에게 주어지는 의무로 설명하기도 하고(장덕조, 「회사법」 2판 (법문사, 2015) 338면), 선관주의의무와 충실의무를 구별하지 않고 이사는 선량한 관리자의 주의를 다하여 충실하게 회사의 업무를 집행하여야 한다고 주장하는 견해도 있다(최준선, 「회사법」 3판 (삼지원, 2007) 457면).

17) 이사의 선관주의의무에 관해 이사의 지위에 있는 자에게 요구되는 상당한 정도의 주의라고 설명하기도 하고(최기원, 「신회사법론」 13판 (박영사, 2009) 648면), 거래의 통념상 객관적으로 요구되는 주의(이기수, 「회사법」 8판 (박영사, 2009) 369면), 사회통념상 주식회사의 업무집행기관의 구성원으로서 객관적으로 요구되는 주의능력을 갖추고 회사의 업무를 집행하는 주의(김정호, 「회사법」 2판 (법문사, 2012) 443면).

18) 주의의무의 정도에 관해 현대 회사의 경영은 복잡하고 전문화되어 있으므로 그러한 전문직에

을 위반하여서는 안 될 의무(소극적 의무)는 물론 항상 회사에 최선의 이익이 되는 결과를 추구할 의무(적극적 의무)를 부담하는 것으로 보는 견해[19]도 있다. 일본의 학설은 선관주의의무의 수준에 관해 그 지위, 상황에 있는 자에게 통상 기대되는 정도가 요구되고 특히 전문적 능력이 요구되는 이사에 선임된 자에 관해서는 기대되는 수준이 높게 된다고 보고 있어,[20] 우리법상 논의와 크게 다르지 않다.[21]

업무집행단계에서 이사의 '선관주의의무'에 관해 보면, 회사는 영리를 목적으로 하는 (사단)[22]법인이므로 수임인인 이사가 '회사의 이익형성(영리)'라는 추상적 목적을 추구하고 그 구체적인 방안으로 정관에서 정한 '회사의 목적'(상법 제179, 270, 287조의3, 289, 543조)을 수단으로 할 의무를 부담한다고 볼 수 있다. 회사의 이익형성을 위해 노력하여야 할 이사의 의무가 정상적 이행되었을 때 '선량한' 관리자의 주의의무가 이행되었다고 본다. 따라서 '선량한'은 관리자의 자질을 의미하는 주관적 개념으로는 볼 수 없고 주의의무의 객관적 평가기준을 의미한다.

(3) 판단기준 - 객관성과 상대성

민법에서 논의되는 바와 같이 선관주의의무는 수임인의 개인적 능력이 아닌 평균인의 능력을 기준으로 평가한다는 이론은 이사의 선관주의의무 평가에도 적절하다고 본다. 다만 관리자의 지위는 계약관계에 따라 달라지므로 평균인의 개념도 구체적으로 어떠한 지위에 있는가에 따르는 상대적 개념이어야 의미를 가진

부응하는 정도의 객관적 주의의무라고 보는 견해도 있다(정동윤, 「회사법」 6판 (법문사 2000) 428면). 그밖에 선관주의의무의 판단기준에 관해, 선관의무를 객관적 기준에 의하여 같은 지위에 있는 합리적인 사람을 기준으로 판단하므로 당해 이사 개인의 능력이나 주관적 사정은 참작되지 않는다고 설명하는 견해도 있다(임재연, 「회사법Ⅱ」 개정판 (박영사, 2013) 378면). 그리고 선관주의의무의 대상에 관해 회사로부터 위임받은 업무의 처리에 한정되고 위임받지 아니한 업무의 처리는 포함되지 않는다고 본다(권기범, 「현대회사법론」 2판 (삼지원, 2005) 653면).

19) 정경영, 「상법학쟁점」 (박영사, 2016) 105면.

20) 江頭憲治郎, 「株式會社法」 6版 (有斐閣, 2015) 429穴.

21) 일본 회사법은 선관주의의무에 관해 위임규정의 준용에 따르고 있어(일본 회사법 제330조) 우리와 유사하며, 충실의무에 관해 '이사는 법령, 정관 및 주주총회결의를 준수하고 주식회사를 위하여 그 직무를 충실하게 수행하여야 한다'고 정하고 있어(일본 회사법 제355조) 주총결의 준수의무를 포함시킨 것을 제외하고는 우리법과 유사하다.

22) 1인회사 등을 근거로 회사의 사단성에 관해 의문을 제기하는 견해도 있고 상법 개정시 사단성에 관한 조문을 삭제하였으나, 회사 특히 주식회사가 원칙적으로 사단임에는 의문이 없다고 본다.

다고 본다.[23] 따라서 선관주의는 개인의 구체적 능력에 따라 차별적으로 평가되어서는 안 되고 평균적 능력을 가진 자를 기준으로 기대되는 능력이라는 의미에서, 선관주의의무에 민법에서는 '추상적'이라는 수식어를, 회사법에서는 '객관적'이라는 수식어를 붙이고 있다. 물론 선관주의의무를 평가함에 있어 평균인을 기준으로 하여 객관성을 담보하지만, 회사의 규모와 업종을 불문하고 모든 이사가 어떤 사안에서든 동일한 평균적 기준에 의해 평가될 수는 없다. 왜냐하면 대규모 회사의 이사가 하는 위험성이 높은 판단에 소규모 회사의 이사가 통상적으로 하는 판단과 동일한 기준의 선관주의의무가 요구된다고 볼 수 없기 때문이다.[24] 그리고 앞서 본 바와 같이 주의의무는 행위단계에는 행동의 기준이 되지만 평가단계 즉 행위의 결과에 따른 책임의 유무가 문제될 때에는 우리 사법상 과실의 개념과 연결되므로 책임판단시에도 개별 이사의 업무집행시 구체적인 상황이 고려되어야 한다(상대성). 요컨대 선량한 관리자의 주의의무는 객관적이긴 하지만 고정된 개념이 아니고 수임인이 어떠한 지위에 있는가에 따라 그 기준이 변화하는 상대적 개념으로 보아야 한다. 이렇게 볼 때 이사의 선관주의의무는 회사의 이익형성을 위해 노력할 의무로서, 그 업무집행에 있어서 또는 불이행시 과실을 판단함에 있어서 '유사한 상황의 이사의 평균적 능력'을 기준으로 하므로 '객관성과 상대성'이라는 특성을 가지고 불이행시 '객관적·상대적 과실'의 개념으로 포섭된다.

3. 문제점

회사의 이익형성을 위해 노력할 의무로서 이사의 선관주의의무는 개념의 정립도 쉽지 않지만 그 적용에 있어 몇 가지 쟁점이 제기되고 있으며, 이는 이사의 선관주의의무의 개념이해와 관련된다. 첫째, 선관주의의무의 객관성과 관련하여 이사의 평균적 능력을 어떻게 이해하고 게다가 상대성 즉 '유사한 상황에 있는 이사'를 어떻게 이해할 것인지 하는 점은 쉽지 않은 문제이다. 법률·정관을 준수

23) 이사의 선관의무가 '충실한 직무수행을 의미하지 않지만, 이를 '이사의 지위에 있는 통상의 일반인이 회사업무 수행시 필요한 합리적인 주의를 기울일 의무'라고 보는 견해(박기령, 앞의 논문, 486면)는 동 개념의 파악에 있어 '일반인'이 아닌 '평균적 이사'가 기준이 되어야 한다는 점, 합리적이라는 평가적 개념이 들어가는 것은 부적절하다는 점에서 민법의 일반론과 다르고 문제가 있다고 본다.

24) 특히 은행 이사에게 보다 높은 주의의무가 요구된다고 보는 견해(정대, "미국 뉴욕주 회사법상의 은행 이사의 주의의무와 책임에 관한 연구", 「법학연구」, 제55집 (2014) 177면)도 있다.

하고 회사의 이익을 위한다는 선의성을 가지고 성실하게 업무를 수행한다는 할 것 등 그 개념 정립과 평가의 기준에 관해 외국의 입법, 판례를 참고하여 자세한 논의가 요구된다. 둘째, 도입의 필요성 및 우리 판례상 도입여부에 관해 논란이 있지만 경영판단원칙과의 관계가 문제된다. 경영판단원칙은 소송법상의 원칙인지 아니면 이사의 선관주의의무의 실체법적 개념을 제한하는 원칙인지 불분명하여 선관주의의무의 개념을 더욱 모호하게 하고 있다. 계약의 체결, 그에 따른 의무부담, 그 의무의 불이행시 귀책사유, 그에 따른 책임, 면책 또는 책임의 추궁(소송)으로 발전하는 '의무와 책임의 구조'에서 경영판단원칙이 어디에 어떻게 작용하는 원칙인가 하는 점이 문제된다. 셋째, 판례는 선관주의의무와 충실의무를 유사한 개념으로 이해하고 있는데 이는 영미의 판례나 학설과는 다르고 동일한 원칙이 상법에 이중으로 규정되고 있어 입법적 모호성을 불러 일으킨다. 동일성설도 경영판단원칙이 충실의무에는 적용되지 않는다고 하고 있어 선관주의의무의 이해를 더욱 어렵게 하고 있다. 넷째, 최근 미국 판례에서 등장하고 있는 선의의무(duty of good faith)가 과연 선관주의의무와 어떻게 관련되는지 하는 점이 미국 판례에서도 정리가 되지 않고 있지만 우리법 해석상 참고의 여지가 있는지 검토를 요한다. 이하에서는 미국법을 중심으로 이들 문제점에 관한 논의를 살펴본 후 이를 참고하여 이에 관한 우리법상 논의를 전개한다.

Ⅲ. 미국 회사법상 주의의무

1. 연혁 - 신인관계

(1) 의의

영미법에서 이사의 의무를 검토할 때 신인관계(fiduciary relationships)라는 우리법상 비교적 생소한 개념과 부딪친다. 영미계열의 법계(Anglo-American law)에서 신인관계(fiduciary)는 매우 넓게 형성되어 왔다. 신인관계는 신탁관계에 그 연원을 두고 있지만, 다양한 전문직업인과 그 고객의 관계뿐만 아니라 대리, 조합, 회사관계, 은행과 고객간의 계약관계 등 상거래의 많은 영역으로 확장되고 있어,[25] 그 범위를 확정하기 어려운 개념으로 본다. 하지만 주식회사의 이

25) Victor Brudney, "Contract and Fiduciary Duty in Corporate Law", Boston College Law Review, July, 1997, p.595; Brudney교수는 신인관계를 형성하는 요소는 동일하지 않고 각 관계에 따라 다양하며, 신인의무자의 자기이익추구(self-benefiting behavior)에 대한 제한도 동일하지 않고 관계에 따라 다르게 나타난다고 보고 있다.

사가 회사와 신인관계에 있다는 점[26]에 관해서는 영미법상 이견을 찾아보기 어렵다. 다만 이를 신인관계라는 특별한 법률적 관계로 포섭하지 않고 일반적 계약관계의 관점에서 보려는 계약주의자들의 견해[27]와 대립되었던 것도 사실이다.[28] 신인관계의 개념에 관해 학설이 대립되고 있지만, 일방(신인의무자, fiduciary)이 타방(수익자, beneficiary)의 이익에 관한 권한을 부여받아 결과적으로 수익자가 피해를 입을 수 있는 관계를 말한다는 점에는 적어도 합의가 있다고 볼 수 있다. 신인관계에서의 피해가능성(vulnerability)으로 인해 신탁의 개념이 등장하였고, 타방우선주의(the other-regarding preference)가 신뢰할 수 있는 행동의 표상으로 등장하였다.[29]

(2) 신인의무

소유와 경영의 분리를 기본원리로 하는 주식회사의 이사도 회사와 신인관계에 있다. 이사는 수익자(beneficiary)인 회사에 대해 신인의무를 가지므로[30], 이사(임원, 지배주주 포함)는 회사의 최선의 이익을 위해 행동하여야 할 의무를 부담한다. 다만 미국법은 대체로 회사의 이익이 전통적으로 회사의 최후순위 재무적 권한(residual financial rights)을 보유한 주주의 이익을 의미한다고 이해한다.[31] 따라서 델라웨어주 판례는 이사가 경영을 함에 있어 회사에 대해서 뿐만 아니라 그 주주에 대해서도[32] 직접 신인의무(duty of care and loyalty)를 부담한다고 본다.[33]

---

26) 후술하는 바와 같이 이사가 신탁관계의 수탁자에 비교할 때, 광범위한 재량을 가지고 위험선택의 필요성이 강조되는 지위에 있다는 점에서 일반적 신인관계와 구별된다.

27) Ibid., p.663

28) 계약주의자들은 일반적으로 계약의 조항의 강제와는 별도로 계약당사자의 행위에 대한 약한 정도의 제한을 전제하는데 반해, 신인관계론자들은 행동의 자유를 상당히 강한 제한하는 규율을 전제한다(Victor Brudney, op.cit., p.598): 하지만 이사의 선관주의의무를 비롯한 회사법적 현상의 본질에 관한 계약주의이론과의 대립은 이 글의 범위를 벗어나므로 검토를 생략한다.

29) Julian Velasco, "A Defense of the Corporate Law Duty of Care", Journal of Corporation Law, 2015. Spring, p.696.

30) 회사의 신인관계는 신탁에 비유되었는데, 회사의 이사는 수탁자, 주주는 수익자와 유사한 지위에 있다고 보았지만, 최근에는 수탁자는 이사와 비교할 때 제한된 재량을 가진다는 점에서 이러한 비유가 잘못되었다고 본다(Alan R. Palmiter, Corporations, Wolters Kluwer, 2015. p.222).

31) Alan R. Palmiter, op.cit., p.221.

32) 우리법상으로는 이사 등은 주주가 아닌 회사와 위임관계에 있어 회사에 대해 소정의 의무를 부담하며, 주주와 별개의 법인격을 가지는 회사를 주주와 동일시할 수 없다고 본다. 따라서 이사가 주주에 대해 신인의무를 부담하는 것으로 볼 수 없다는 견해가 충분히 설득력이 있지만, 이는 다시 미국법상의 주주우선주의(shareholders primacy)에 관한 검토가 전제되어야 하므로 신인의무의 대상에 관한 논의를 이 글에서 더 이상 다루지 않는다.

미국법상 회사의 신인의무(corporate fiduciary duty)는 대체로 주의의무(duty of care)와 충실의무(duty of loyalty)로 구성된다고 보며,[34] 비교적 최근에 선의의무(duty of good faith)를 추가하는 경우도 적지 않다.[35] 신인의무는 포괄적 의무이고, 주의의무와 충실의무가 모두 신인의무에 포함되므로 양자는 서로 관련이 없는 독립된 의무로 볼 수는 없다. 따라서 '주의'와 '충실'은, 경우에 따라 '선의'도 포함하여, 신인의무의 또 다른 표현으로 볼 수 있다.[36] 다만 신인의무의 적용범위는 회사의 형태별로 달리 규정된다. 특히 델라웨어주 회사법은 신인의무의 하나인 충실의무에 관해서는 회사가 이를 배제할 수 없는 의무로 정하고 있지만(DGCL §107(b)(7)), LP나 LLC계약에서는 모든 신인의무를 배제하는 것을 허용하고 있다.[37]

영국법상으로도 신인관계, 신인의무[38]는 회사법상 이사의 지위와 의무를 규정하는 중요한 개념이 되고 있다. 다만 영국법상 신인의무는 충실의무로 국한되고 특히 주의의무와 구별된다.[39] 2006년 영국회사법(Company Act)은 이사의 일반적 의무를, 권한준수의무(s171), 포괄적 이해관계를 고려한 회사성공 추구의무(s172)[40], 독립적 판단의무(s173), 합리적 주의의무(s174)[41], 이익상충 회피의무

33) Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 872(Del. 1984); Edward P. Wlech et al., Folk on the Delaware General Corporation Law, Wolters Kluwer, 2016, pp.134-135)

34) Alan R. Palmiter, op.cit., p.228; 현재 델라웨어주 최고법원도 이사의 신인의무는 주의의무와 충실의무를 포함하는 것으로 보고 있다(Edward P. Wlech et al., op.cit., §141.02).

35) 선의의무(duty in good faith, 인용문에서는 '신의의무'로 번역)는 델라웨어 회사법 §102(b)(7)의 예외조항 (ii) 선의에 의하지 않은 작위·부작위(acts or omissions to act not in good faith)에서 비롯되어 Technicolor 사건(Cede & Co. v. Technicolor 634 A.2d. 345(Del. 1993))에서 시작되어, Disney 사건(In re Walt Disney Co. Derivative Litig., 907 A.2d. 693(Del. Ch. 2005) 독자성을 인정받았지만, Ritter 사건(Stone v. Ritter 911 A.ed. 362(Del. 2006)에서 독자성이 부인되었다(문상일, "미국법상 이사 의무론의 전개와 신의의무의 독자성", 「홍익법학」 제16권 제1호(2015) 64-66면 참조)

36) Julian Velasco, op.cit., p.697.

37) Sandra K. Miller/ Karie Kavis-Nozemack, "Toward Consistent Fiduciary Duties for Publicaly Traded Entities," Florida Law Review, 2016. 1, p.263, 267.

38) 영국의 형평법상 이사의 신의의무의 기원은 Keech v. Snaford(1726)이고 회사와 이사의 관계를 신인관계로 보고, 수임자인 이사에게 업무집행상의 주의의무와 충실의무를 인정한 선구적 판례로 Charitatble Corp. v. Sutton(1742)를 들고 있다(김은정, 「이사의 신인의무와 경영판단의 원칙에 관한 연구 - 미국 판례와 법제를 중심으로 -」 (성균관대학교 대학원 법학박사논문, 2010) 10-12면 참조)

39) Simon Mortimore QC, Company Directors Duties, Liabilities and Remegies(2nd), Oxford University Press, 2013, pp.223-224.

40) 영국회사법 제172조는 회사의 이사는 선의로(in good faith), 사원의 이익을 위하여 회사의 성공을 가장 촉진하리라 생각되는 방법으로 행동하여 하고, 이를 실행함에 있어, a) 의사결정의 장기적 결과, b) 피용자의 이익, c) 공급자, 고객 등과 회사의 영업적 관계의 증진, d) 회사 활동

(s175), 제3자로부터 이익수취금지의무(s176), 제안된 거래와 계약상 이익공시의무(s177) 등으로 규정하고 있다. 이들 의무는 이사에 적용되는 보통법과 형평법상의 원칙에 근거하였으므로 이들 원칙과 동일한 방법으로 해석하고 적용되어야 하고, 이들 규정의 해석, 적용에 있어 보통법과 형평법상의 원칙이 존중되어야 한다.[42] 동법은 주의의무(duty of care, CA 174)가 신인의무(fiduciary duty)에 포함되지 않는다고 정하고 있는데(CA 178(2)), 이를 과실책임에 관한 보통법상의 주의의무에 관한 명문규정으로 이해한다.[43]

2. 주의의무의 의의

(1) 개념

미국 회사법상 주의의무란 회사의 의사결정과 감시기능의 수행에 있어서 이사 등이 주의를 기울이고 신중할 의무를 의미한다.[44] 주의의무는 신인의무의 하나의 표현으로서 성실하게(diligently) 회사(주주)의 이익을 추구할 의무로 이해되기도 한다.[45] 성실은 주의의무의 가장 기본적 요소이고 신인관계로부터 수익자가 가장 원하는 요소 중의 하나로 본다.[46]

이사로 하여금 경영판단을 함에 있어 합리적으로 이용할 수 있는 모든 중요정보를 고려하고 대안에 관해 알 것을 요구하지만, 주의의무를 충족하기 위해 따라야 할 규정된 절차 또는 특별한 수단이 있는 것은 아니다.[47] 결정하여야 할 안건이 중요하면 할수록 조사와 대안을 고려하여 할 요청이 더 커지만, 이는 실체적 주의가 아니라 결정과정에서 적정한 절차적 주의를 의미한다고 보기도 한다.[48] 최근 회사법학에서 충실의무는 상대적으로 부각되었지만, 주의의무의 경우 실무에서 이에 근거하여 이사에게 책임을 지우는 경우가 적어 그다지 주목을 받

의 지역사회와 환경에 대한 영향, e) 높은 수준의 회사평판유지 등을 고려하도록 하고 있다.

41) 영국회사법 제174조는 합리적 주의, 능력, 성실 이행의무(duty of exercise reasonable care, skill and diligence)를 규정하고 있지만 선관주의의무에 수임인의 능력과 성실은 전제된다는 점에서 합리적 주의의무로 보아도 무방하다고 본다.

42) CA s170(4); Simon Mortimore QC, op.cit., p.222.

43) Brenda Hanningan, Company Law(3rd), Oxford University Press, 2012, p.203.

44) Alan R. Palmiter, op.cit., p.229

45) Julian Velasco, op.cit., p.698.

46) Ibid., p.699.

47) In re Walt Disney Co. 907 A.2d. 693, 749(Del. Ch. 2005); Edward P. Wlech et al., op.cit., p.136)

48) Ibid., p.137

지 못하고 있다.[49] 델라웨어주 회사법은 이사의 의무를 적극적으로 규정하고 있지는 않으나, 이사, 집행임원 등에 대한 보상과 관련하여 행동기준(standard of conduct)로서 '선의로 회사의 최선의 이익이라고 또는 그에 반하지 않는다고 합리적으로 믿고 행동한 경우'를 요구하고 있어 간접적으로 주의의무를 규정하고 있다고 볼 수 있다(DGCL §145(a),(b),(d)). 그리고 미국 모범회사법(MBCA)은 이사의 주의의무에 관해, '이사는 선의로(in good faith) 주의의무를 다해야 하며 회사의 최상의 이익이라고 합리적으로 믿는 방법으로 행동하여야 한다'고 정하고 있다(MBCA §8.30(a)).

(2) 주의의무의 판단기준

주의의무의 정도를 판단하는 기준에 관해, 통상의 주의력을 가진 신중한 사람이 동일한 상황에서 가질 수준으로 이해한다.[50] 회사의 주의의무의 개념은 불법행위법상 '합리적 주의'(reasonable care)와 유사하므로 이사가 과실로(negligently) 행위한 경우 이를 위반하게 된다. 델라웨어주 판례도 주의의무는 이사에게 통상적인 주의력을 가진 신중한 사람이 유사한 상황에서 사용할 정도의 주의를 기울일 것을 요구한다. 그리고 미국 모범회사법(MBCA)은 주의의무를 정하면서 그 판단기준에 관해, '이사는 의사결정을 하고 감시기능을 수행함에 있어 동일한 지위에 있는 자(person in like position)[51]가 유사한 상황(under similar circumstances)에서 합리적으로 적절하다고 믿는[52] 정도의 주의를 가져야 한다'(MBCA §8.30(b))고 본다.[53] 판례상 이사의 주의의무의 기준을 보면, 델라웨어주 대법원은 경영상의 결정에 이의를 제기하는 당사자는 이사가, 1) 선의로, 2) 행위가 회사의 최상의 이익을 위한 것이고, 3) 충분한 정보에 근거하여 행위하였다고 볼 수 없는 사실을 증명하여야 한다고 본다.[54] 이사의 선의성에 관해, 정직

---

49) Julian Velasco, op.cit., p.648.

50) Stephen M. Bainbridge, Corporate Law(3rd), Foundation Press, 2015, p.107.

51) '동일한 지위에 있는 자'는 위험선택이 이사 임무의 중심이라는 점을 인식한 객관적인 기준이며, '유사한 상황'은 이사회의 의사결정과 감시기능의 복잡성과 긴박성을 법원으로 하여금 고려하도록 한다고 이해된다(Alan R. Palmiter, op.cit., p.253).

52) 종전의 '통상 신중한 자(ordinally prudent person)'이라는 보다 엄격한 기준을 변경하였다(Ibid., p.252).

53) 모범회사법의 입장에 관해 불법행위법을 차용한 것이지만, 불법행위에서 과실(negligence)의 검토방법은 발생한 결과에 대한 과실의 유무를 묻는 결과지향 책임분석(result-oriented liability analysis)라고 설명한다(Curtis J. Milhaupt, 「米國會社法」 有斐閣, 2009, 72穴)

54) Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805(Del 1984).

하여야 하고 이해의 상충이 없어야 하고, 위법행위를 용인하지 않아야 하는 것으로 해석한다. 최상의 이익은 이사가 자신의 결정이 회사의 최상의 이익을 위한 것이라는 합리적 믿음을 의미하는데, 믿음이라는 점에서 주관적 요소와 합리적이라는 점에서 객관적 요소를 내포한다[55]. 정보요건은 이사회의 의사결정과 감시의 절차와 관련된다. 이사들은 의사결정을 하고 회사의 활동을 감시하고 감독함에 있어 충분한 정보를 가져야 한다. 충분한 정보를 소화하기 위해서는 이사는 최소한의 능력과 전문성을 가져야 한다고 본다.

(3) 주의의무에 대한 판례의 연혁 및 평가

보통법상 주의의무에 관한 판례의 역사는 꽤 오래전으로 소급한다. 영국의 경우 1742년 Sutton 사건에서 나타났다고 하며, 미국의 경우 루지애나주 대법원의 1829년 Percy 판결을 필두로 미국 연방대법원의 1891년 Briggs 판결 등 긴 역사를 가지고 있다고 본다.[56] 다만 델라웨어 판례상 주의의무가 판례상 주목을 받게 된 것은 그다지 오래지 않으며, Graham 판결[57]에서 정보를 가진 신중한 사람의 주의력을 가지고 행동하도록 하는 의무로서 이사의 신인의무의 이행이 문제되었다고 한다.[58] 주의의무에 근거한 청구에서 판례의 심사기준은 명확하지 않으며 오랜 기간에 걸쳐 다양한 방법으로 구체화되었다. 1984년에 델라웨어주 대법원은 중과실(gross negligence) 기준을 도입했지만 중과실이라는 용어는 다시 다양하게 해석되었다. 일부는 이를 유사고의(recklessness)와 동의어로 보기도 하며, 델라웨어주 대법원은 의무의 의식적 해태 또는 유사고의가 선의의무의 위반을 증명하기에 충분하다고 판시한 바 있다.[59] 다시 Caremark 사건[60]에서 문제된 감시의무는 논란은 있지만 주의의무의 하나이고, 동 판결은 경영판단원칙이 적용되는 주의의무의 기준이라 볼 수 있는 Caremark 기준을 채택하였다.[61]

판례상 주의의무는 경영판단원칙에 의해 먼저 제한된다. 경영판단원칙은 법원으로 하여금 이사의 경영판단에 관해 실체(substantive merit)판단을 회피하도록

55) 이러한 최상의 이익 요건은 합리적 영리목적을 결여할 경우 이사회의 행위가 효력을 상실하는 '낭비(waste)기준'을 구현하고 있다(Alan R. Palmiter, op.cit., p.252).
56) Ibid., pp.684-685.
57) Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Co. 188 A.2d 125(41 Del.Ch. 78)
58) Julian Velasco, op.cit., p.683.
59) Julian Velasco, op.cit., p.701.
60) In re Caremark International Inc. Derivative Litigation, 698 A.2d 959(1996).
61) Ibid., p.702.

한다. Brehm 사건[62]에서 이사가 실체적인 주의의무를 위반하였다는 원고의 주장에 관해 델라웨어주 대법원은 주의의무는 경영판단원칙과 상충된다고 보았다. 그러면서 법원은 이사의 판단을 계량하거나 심사하지 않으므로 경영판단이 합리적인지 여부에 관해 결정하지 않으며, 결정과정에서 적정한 주의는 절차상의 적정한 주의만을 의미한다고 보았다.[63] 경영판단원칙으로 주의의무가 설 자리를 잃어가던 중 Van Gorkom 사건[64]에서 델라웨어주 대법원은 주의의무에 생기를 불어넣었다.[65] 즉 '정보에 근거'한 경영판단을 하여야 할 이사의 의무는 충실의무와 구별되는 주의의무의 성질을 가지지만 경영판단원칙이 적용되지 않는다고 보았다.[66] 하지만 이는 델라웨어주 회사법의 개정을 가져와 책임배제조항(exculpation provisions)을 각 회사들이 정관에 포함시킴으로써 주의의무의 위반을 이유로 한 이사에 대한 손해배상청구는 불가능하게 되었다. 하지만 Van Gorkom 사건의 망령은 다시 살아나 주의의무는 Disney 사건[67]과 Ritter 사건[68]에서 선의의무로서 다시 투영되었다. '선의' 관련 청구(good faith claim)는 정관규정에 의해서도 배제될 수 없으므로 주의의무 위반에 근거한 손해배상책임의 주장이 다시 가능하게 되었다.[69]

(4) 경영판단원칙(business judgement rule)과의 관계

이사의 주의의무 위반에도 불구하고 경영판단원칙으로 인해 이사는 채무불이행에 대한 책임으로부터 보호된다. 미국 판례상 이사나 집행임원이 단순히 잘못된 판단을 이유로 책임을 부담하는 경우는 극히 드물고 이러한 이사의 경영상의

62) Brehm, v. Eisner 746 A.2d 244(2000).

63) Julian Velasco, op.cit., p.700.

64) Smith v. Van Gorkom 488 A.2d 858(1985) : 동 소송은 신설회사에 현금교부합병의 취소를 구하는 주주들의 단체소송이었는데 예비적 청구로 이사회의 구성원과 신설회사, 신설회사의 모회사를 상대로 손해배상청구를 제기하였다. 원심인 형평법원은 피고(이사) 승소판결을 내렸고 주주들이 이에 상소하였다. 델라웨어주 대법원의 Horsey 판사는 (1) 제안된 현금교부합병을 승인하는 이사회의 결정은 정보에 기반한 경영판단의 결과물이 아니었으며; (2) 이사회는 합병제안에 대한 변경을 승인함에 있어서 중과실 있는 방법으로 행동하였고; 그리고 (3) 이사회는 주주들의 합병승인을 확보하기 전에 알거나 알았어야 하는 모든 중요한 사실을 게시하지 못하였다고 판시하였다.

65) Julian Velasco, op.cit., p.701.

66) Smith v. Van Gorkom 488 A.2d 858(1985) 872-873.

67) In re Walt Disney Co. Derivative Litigation, 906 A.2d 27 (2006).

68) Stone ex rel. AmSouth Bancorporation v. Ritter, 911 A.2d 362 (2006).

69) Julian Velasco, op.cit., p.701.

결정에 대한 책임을 묻지 못한다는 원칙을 이론적으로 경영판단원칙이라 불러오고 있다.[70] 경영판단원칙에 의해 제한되는 이사의 주의의무는 실제가 아닌 소망이고, 앞서 본 바와 같이 많은 회사들이 이사의 주의의무 위반으로 인한 책임을 배제하는 정관조항을 두어 이를 더 심화시킨다.[71] 특히 미국법은 이사를 포함한 채무자의 채무불이행에 따른 손해배상책임의 성립에 채무자의 귀책사유를 요구하지 않으므로[72] 채무불이행이 있으면 손해배상책임을 부담하는 구조이다. 우리와 달리 채무자가 자신에게 귀책사유가 없음을 증명하여 면책될 수 있는 계기가 없으므로 이사가 선관주의의무를 위반하면 책임을 부담하게 되는, 책임의 엄격성이 있다. 이러한 엄격한 책임구조 하에서는 이사의 위험회피가 일상화되어 회사와 주주의 이익을 침해할 가능성이 많으므로 이사가 적극적으로 업무수행을 할 수 있도록 경영판단원칙을 통해 이사의 면책 기회를 제공한 것으로 볼 수 있다.

이사의 주의의무와 경영판단원칙의 관계에 관해 두 가지 입장이 있다. 그 첫째는 일부 법원과 학자는 경영판단원칙을 '검토기준'으로 보고 이사가 선의로 행동한 범위 내에서는 이사를 책임으로부터 보호한다고 주장한다.[73] 즉 경영판단원칙은 이사가 자신의 역할을 수행함에 있어서 정직하였으며 자신의 결정이 정보에 근거하였고 합리적으로 이뤄졌다는 추정(rebuttable presumption)이라고 하면서, 이는 이사가 주의의무를 위반하지 않았다는 것의 추정으로 이해한다.[74] 이 견해는 이사회의 결정이 문제되면, 법원은 이러한 경영판단추정을 번복하기 위해 일정한 사항[75]들 중의 하나를 증명하여야 할 증명책임을 문제를 제기한 자(원고)에 부담시킨다. 다른 견해는 경영판단의 원칙을 '책임기준'으로 보고 이를 단순한 과실에서 중과실(gross negligence) 또는 유사고의(recklessness)로 격상시킨 것으로 주장한다.[76] 델라웨어주 대법원은 이사회의 판단을 문제 삼는 당사자(원고)는 이사회의 경영판단이 정보에 근거하였다는 추정을 번복하여야 하고, 경영판단원칙은 정보에 어둡거나 자문되지 않은 판단으로부터 이사를 보호하지 않는다고

70) Stephen M. Bainbridge, Ibid., p107.
71) Alan R. Palmiter, op.cit., p.252.
72) 곽윤직 편저, 「민법주해 제9권(양창수 집필)」 (박영사, 2001) 351면.
73) Stephen M. Bainbridge, op.cit., p.107.
74) Alan R. Palmiter, op.cit., p.254.
75) 경영판단원칙에 따른 추정을 번복하기 위한 사항으로는 1) 선의성의 상실(lack of good faith; 사기, 악의, 불법 또는 이익의 충돌), 2) 합리적인 경영목적(rational business judgement)의 상실(낭비: waste), 3) 정보에 근거한 결정의 실패(중과실), 4) 회사활동의 감시 실패(부주의: inattention) 등을 들고 있다(Alan R. Palmiter, op.cit., pp.256-270).
76) Stephen M. Bainbridge, op.cit., p.107.

보았다.[77] 그러면서도 동 판결은 경영판단원칙에 따라 이사의 책임은 중과실 여부로 판단될 수 있으며 중과실의 개념은 이사회의 경영판단이 정보에 근거하는지 여부(informed business judgement)[78]를 결정함에 적절한 기준이 된다고 보았다.

(5) 충실의무와의 관계

미국 회사법에서도 자기거래 등에 관한 충실의무와 주의의무의 관계는 주의의무를 해석함에 있어서 문제된다. 특히 이사의 주의의무를 판단하는 요소에 이사의 선의성이 포함되고 이사의 충실의무에도 선의성이 하나의 요소로 되어 있어[79] 서로 관련되는 점이 없지 않다. 하지만 주의의무와 충실의무가 구별된다는 점에 관해서는 이의가 없는 듯하며, 그 차이점에 관해 다양한 견해가 언급되고 있다. 예컨대, 이사의 주의의무가 문제되는 대표적인 경우가 의사결정이고 이는 집단적 행위인데 반해, 충실의무는 개인 이사의 회사와의 이익충돌이 문제된다는 점에서 차이점을 지적하는 견해가 있다.[80] 신인의무는 이사가 회사자산 등 회사의 가치를 횡령하고 회사자산의 관리를 소홀히 하는 것과 관련되는데, 전자(횡령)는 충실의무와 관련되고 후자(관리상의 과실)는 주의의무와 관련된다고 본다.[81] 주의의무와 충실의무를 구체적으로 비교하면, 주의의무 위반이 경영판단원칙에 의해 제한되는데 반해, 충실의무는 이에 영향을 받지 않아 이사의 책임이 경감되는 것이 아니라 오히려 공정성요건(entire fairness test) 등이 추가로 요구된다고 본다. 이사는 공정성의 증명책임을 부담하고 결정의 과정과 결정의 실체의 근거를 밝혀야 한다. 다만 이는 모든 이사에 부담되는 것은 아니고 자기거래 관계에 있는 이사에만 적용된다고 본다.[82]

---

77) Smith v. Van Gorkom 488 A.2d 858(1985) 872.

78) Van Gorkom 판결은 이사회는 회사를 현금교부합병 제안에 대해 주당 55불에 매각하는 것에 투표함에 있어 정보에 근거한 경영판단을 하지 못하였다고 보았고, 오히려 사전 예고 없이 긴급하지 않음에도 2시간만의 논의에 따라 회사를 판매하는 것을 승인함에 중과실이 있다고 보았다. 그리고 이사들은 회사의 매각을 함에 있어 주당 매각가격을 정함에 있어 의장과 CEO의 역할에 관해 정통하지 못하였고 회사의 본질적인 가치에 관해 알지 못하였다고 판단하였다(Smith v. Van Gorkom 488 A.2d 858(1985) 874)

79) Alan R. Palmiter, op.cit., p.253.

80) Stephen M. Bainbridge, op.cit., p.157.

81) Robert Cooter & Bradley J. Freedman, "The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences", 66 New York University Law Review, 1045, p.1047; Julian Velasco, op.cit., p.690.

82) Julian Velasco, op.cit., p.648.

주의의무와 충실의무를 구별하는 견해와 달리 주의의무에 따른 이사의 책임 인정이 쉽지 않아 주의의무는 신인의무가 아니라고 볼 여지도 있지만, 최근 주의의무는 충실의무의 잘못 부착된 종속물이 아니라 충실의무까지 포괄하는 신인의무의 본질적인 부분으로 보는 견해도 있다.[83] 주의의무는 잘 발달된 신인의무로서 이사의 위법행위를 저지하는 기능을 한다고 본다. 즉 이사의 주의의무 위반에 따른 책임체계의 두 가지 효용은 보상과 저지라 보는데, 이는 피해를 받은 당사자에 대한 보상과 이사의 위법행위를 방지하는 것을 의미한다.[84] 다만 위법행위 저지기능에 관해 이사로 하여금 과실회피를 넘어 위험기피성향을 가지게 할 가능성이 있어 과잉저지위험(risk of over-deterrence)이 문제된다.[85] 이러한 이사의 경향은 결과적으로 주주의 이익을 해한다는 주장이 많아 경영판단원칙 등 주의의무 위반으로부터 이사를 보호하려는 다양한 시도가 이뤄졌다고 본다.

또 다른 견해로서 신인의무는 회사법에서 주의의무, 충실의무 또는 선의의무 등으로 나타나는데 이들 의무는 신인의무가 다른 수준에서 추상화된 것으로 보기도 한다. 가장 높은 수준으로 추상화할 경우 수익자의 이익을 추구할 하나의 신인의무가 되고, 주의의무, 충실의무, 선의의무는 낮은 추상화 단계에서 하나의 신인의무가 분화되어 표현된 것에 지나지 않는다고 본다. 즉 수익자의 이익을 추구함에 있어 주의의무는 주의해서, 충실의무는 충실히, 선의의무는 정직하게 업무를 집행할 의무를 나타내어, 결국 수익자를 신인의무자의 권한남용으로부터 보호하려는 것이 목적이라고 본다.[86]

영국 회사법의 해석상으로도 주의의무와 신인의무를 의미하는 충실의무[87]는 엄격하게 구별되고 있다. 2006년 회사법 제178조는 신인의무(충실의무)와 기타 의무를 확고하게 구별하여, 합리적 주의의무를 신인의무에서 배제하면서 위반시 민사법상 효과는 다른 원칙에 따라 결정된다고 보았다. 하지만 이는 양자간에 관련이 없다는 의미는 아니며 영국 회사법 제179조에 따라 하나 이상의 의무가 적용될 수 있어, 회사의 이익을 추구할 의무를 포함하여 다른 의무를 이행함에 있어 합리적 주의의무가 문제될 가능성이 있다.[88]

---

83) Julian Velasco, op.cit., p.648.
84) Ibid., p.685.
85) Ibid., p.686.
86) Julian Velasco, op.cit., p.696.
87) Simon Mortimore QC, op.cit., p.224.
88) Ibid., p.224.

3. 최근의 입법 및 판례의 변화

이사의 의무와 책임 등 미국의 주식회사에 대한 규율은 주법에 의해 이뤄져 왔고 상장회사는 예외적으로 SEC가 제정한 연방법의 규율도 따른다. 하지만 수차례의 회사법의 위기를 겪으며 연방법률이 주법이 담당하던 영역의 일부를 규율하기 시작했다. 그 대표적인 예가 2002년 엔론사태와 2008년 글로벌 금융위기로서 이를 계기로 연방법의 역할이 증대되었다. 2002년 의회와 증권위원회, 자율규제기구는 장래의 금융사기를 방지할 것을 목표로 하는 개혁을 채택하였다. 2008년의 금융붕괴 이후에도 의회와 금융규제권자들은 다시 유사한 재난이 발생하지 않도록 계획된 중요한 개혁을 채택하였다. 이러한 연방의 개혁시도에도 불구하고 근본적인 지배구조문제는 여전히 해결되지 않고 있다고 본다.[89]

특히 사베인스-옥슬리 개혁의 근본인 감시모델은 회사 경영에 대한 독립이사(independent director) 지위를 강화하였다. 판례도 이사회의 감시의 중요성을 지속적으로 강조해 이사로 하여금 회사의 경영자의 행동에 주의를 기울이고 정보를 가지고 깨어 있는 감시자의 역할을 할 것을 요구하였다.[90] 2008년 미국의 금융시장은 거의 붕괴되었고 은행은 대출을 중단하고 투자자들은 자신들의 증권이 무가치하게 된 결과 미국 경제가 흔들렸다. 붕괴의 원인에 관해서는 아직 논란이 있지만 주된 원인은 2000년대의 주택버블로 보인다. 수천억불의 자금이 지속가능성이 없는 서버프라임 저당대출에 투자되었고 그 대부분은 선두권 금융기관의 자산을 이루고 있었다. 글로벌 금융위기 이후 미국 의회는 금융시스템을 개혁하기 위해 월스트리트 개혁과 소비자보호법(Dodd-Frank Act)을 제정하였다. 동법은 금융시스템의 시스템 리스크와 금융기관의 안정성, 미국 은행의 투자와 대출실무에 집중되었다. 하지만 동법은 공개회사의 회사지배구조도 대상으로 하였는데, 주로 주주의 의결권을 확장하고 임원에 대한 보상에 관해 공개기업의 책임을 가중시키는 것이었다.[91]

---

89) Renee M. Jones, Michelle Welsh, "Toward a public Enforcement Model for Directors' Duty of Oversight", Vanderbilt Journal of Transnational Law, 2012. 3, p.346.

90) Ibid., p.346.

91) Alan R. Palmiter, op.cit., pp.145-147.

Ⅳ. 이사의 선관주의의무의 쟁점 고찰

1. 개념 정리

(1) 선관주의의 특성

회사법상 이사의 선관주의의무에 관해 추상적 경과실로 설명되는 민법상의 선관주의보다 구체적인 논의가 전개되고 있다. 왜냐하면 회사법은 선관주의의무와 구별되는 이사의 충실의무를 따로 규정하고 있고(상법 제382조의3) 그밖에 이사의 비밀유지의무가 규정되어 있어(상법 제382조의4) 선관주의의무와 이들 의무의 관계가 문제되기 때문이다. 뿐만 아니라 이사의 선관주의의무를 적용함에 있어 판례상 경영판단원칙이 적용되어 선관주의의무의 적용을 사실상 제한하고 있으며 학설이나 판례상 이사회의 감독권한(상법 제393조 2항)의 하나로 이사에 대한 감시의무를 인정하고 있어, 경영판단원칙과 감시의무와 선관주의의무와의 관계 정립도 문제된다.

이사가 선관주의의무를 위반하여 업무를 집행함으로써 회사에 손해가 발생한 경우 해당 이사는 회사에 대하여 손해배상책임을 부담하므로(상법 제399조) 선관주의의무는 이사에 대한 회사의 손해배상책임을 결정함에 있어서도 관건이 된다. 따라서 상법에서 선관주의의무의 불이행을 원인으로 책임을 묻기 위해서는 평균인 기준의 객관성(추상성)이라는 민법상의 과실의 잣대를 활용함은 물론, 다양한 형태와 규모의 회사가 전제되어야 하고 책임이 문제되는 상황을 고려하여야 하는 특성(상대성)을 가진다. 뿐만 아니라 다수의 이사를 전제하고 있어 의무 이행에 있어 다른 이사와의 관계라든가 회사의 공시제도, 내부통제시스템 등과도 관련하여 선관주의의무가 이행되고 평가되어야 하고 입법론적으로는 이사의 보수적 성향(위험 과도회피 가능성)을 방지하는 정책적 목적도 고려되는 특성을 가진다. 이에 관해 이사는 회사의 성공을 위해 위험을 감수(risk-taking)해야 한다는 점에서 수탁자와 비교할 때 적극적 작위를 행할 권한과 의무의 정도가 더 강하다고 보는 견해가 있다.[92]

92) 이중기, “충실의무와 선관의무의 작동방식 : 충실의무의 선관의무 보충 역할에 대하여”, 「홍익법학」 제16권 제4호(2015) 341면.

(2) 선관주의의 내용과 범위

이사의 선관주의의무는 고도의 인적 신뢰를 기초로 하는 매우 높은 수준의 주의의무로서, 이사는 사용인과 달리 회사경영의 주체라는 지위에 있기 때문에 이러한 의무가 요구된다고 본다. 따라서 이사는 자신의 직무를 수행함에 있어 법령을 준수해야 하는 의무(소극적 의무)를 짐은 물론 항상 회사에 최선의 이익이 되는 결과를 추구해야 할 의무(적극적 의무)를 부담한다고 본다.[93] 그러면서 동 견해는 선관의무는 법상 이사의 의무로 규정된 직무의 수행에만 미치는 것이 아니라 의결권행사, 소제기, 기타 법상 명문화된 권한행사에도 미친다고 보고, 특히 이사회의 감독권(상법 제393조 2항)에 근거하여 이사를 감시의무를 부담하며 이를 이사의 선관주의의무의 구체적 형태로 이해한다.[94] 그리고 이사들의 권한 내의 사항에 관해 이사들이 내린 의사결정이 그같이 할 합리적인 근거가 있고, 회사의 이익을 위한 것이라는 믿음하에 어떤 다른 고려에 의한 영향을 받지 아니한 채 독립적인 판단을 통해 성실히 이루어졌다면 이는 선관주의의무를 이행한 것으로 보아 경영판단원칙을 선관주의의무의 해석론과 관련시키고 있다.[95]

(3) 판례상 이사의 선관주의의무

우리 판례상 이사의 선관주의의무의 내용이나 의무 이행의 판단기준에 관해 상세하게 판시하고 있는 판결을 찾기는 쉽지 않다. 단지 회사가 소유하는 자산(거래 실례가 없는 비상장주식)을 매도하는 경우에, -- 회사가 소유하고 있는 비상장주식을 매도하는 업무를 담당하는 이사들이 당해 거래의 목적, 거래 당시 당해 비상장법인의 상황, 당해 업종의 특성 및 보편적으로 인정되는 평가방법에 의하여 주가를 평가한 결과 등 당해 거래에 있어서 적정한 거래가액을 도출하기 위한 합당한 정보를 가지고 회사의 최대이익을 위하여 거래가액을 결정하였고, 그러한 거래가액이 당해 거래의 특수성을 고려하더라도 객관적으로 현저히 불합리하지 않을 정도로 상당성이 있다면 선량한 관리자의 주의의무를 다한 것으로 보았다. 동 판결은 이사가 거래에 합당한 정보와 결과의 합리성·상당성을 선관주의의무의 판단기준으로 제시하고 있다.[96] 그리고 다른 판결에서 이사가 회사에 대

93) 이철송, 「회사법」, (박영사, 2012) 708면; 정경영, 앞의 책, 105면; 다른 상법학자들은 선관주의의무에 관해 적극적인 설명보다는 선관주의의무와 충실의무의 동일성설에 따라 충실의무의 설명에 집중하고 있다(정찬형, 「상법강의(상)」 (박영사, 2008), 873면)).

94) 이철송, 앞의 책, 709면.

95) 이철송, 앞의 책, 753면.

하여 연대하여 손해배상 책임을 지는 '임무해태 행위'라 함은 이사의 직무상 충실 및 선관주의의무 위반의 행위라 하여 충실·선관의무 위반을 임무해태로 이해하고 있다.[97]

대표이사나 이사를 상대로 주식회사에 대한 임무 해태를 내세워 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 물음에 있어서는 대표이사나 이사의 직무수행상의 채무는 미회수금 손해 등의 결과가 전혀 발생하지 않도록 하여야 할 결과채무가 아니라, 회사의 이익을 위하여 선량한 관리자로서의 주의의무를 가지고 필요하고 적절한 조치를 다해야 할 채무이므로, 회사에게 대출금 중 미회수금 손해가 발생하였다는 결과만을 가지고 곧바로 채무불이행 사실을 추정할 수도 없다고 보았다.[98] 그리고 비상장법인간 합병비율산정에 관해, 합병에 있어서 적정한 합병비율을 도출하기 위한 합당한 정보를 가지고 합병비율의 적정성을 판단하여 그 합병에 동의할 것인지를 결정하였고, 그 합병비율이 객관적으로 현저히 불합리하지 아니할 정도로 상당성이 있다면, 이사는 선량한 관리자의 주의의무를 다한 것이라고 봄이 상당하다고 보았다.[99]

대출과 관련된 경영판단을 하는 금융기관의 임원의 선관주의의무에 관해, 그 상황에서 합당한 정보를 가지고 적합한 절차에 따라 회사의 최대이익을 위하여 신의성실에 따라 대출심사를 한 것이라면 그 의사결정과정에 현저한 불합리가 없는 한 그 임원의 경영판단은 허용되는 재량의 범위 내의 것으로서 회사에 대한 선량한 관리자의 주의의무 내지 충실의무를 다한 것으로 볼 수 있다고 하였다.[100] 동 판결은 선관주의의무의 이행을 위해 상황에 합당한 정보와 적법절차, 신의성실을 요한다고 보는데, 다만 선관주의의무의 이행과 경영판단원칙의 적용을 동일하게 이해하는 듯한 표현을 하고 있다. 하지만 다른 판결에서, 관계회사의 회생에 필요한 적정 지원자금을 의결함에 있어 -- 합리적으로 이용가능한 범위 내에서 필요한 정보를 충분히 수집·조사하고 검토하는 절차를 거친 다음, 이를 근거로 회사의 최대 이익에 부합한다고 합리적으로 신뢰하고 신의성실을 다하여 경영상의 판단을 내렸고, 그 내용이 현저히 불합리하지 않은 것으로서 통상의

96) 대법원 2005. 10. 28. 선고 2003다69638 판결.
97) 대법원 2010.07.29. 선고 2008다7895 판결
98) 대법원 2011.10.13. 선고 2009다80521 판결; 대법원 1996. 12. 23. 선고 96다30465, 30472 판결
99) 대법원 2015.07.23. 선고 2013다62278 판결; 대법원 2005. 10. 28. 선고 2003다69638 판결, 대법원 2008. 1. 10. 선고 2007다64136 판결
100) 대법원 2006.07.06. 선고 2004다8272 판결

이사를 기준으로 할 때 합리적으로 선택할 수 있는 범위 안에 있는 것이라면, 비록 사후에 회사가 손해를 입게 되는 결과가 발생하였다 하더라도 그 이사의 행위는 허용되는 경영판단의 재량범위 내에 있는 것이어서 회사에 대하여 손해배상책임을 부담한다고 할 수 없다.[101] 동 판결은 경영판단원칙을 선관주의의무와 별도로 판단하면서 정보요건, 신뢰, 선의성실, 결과의 합리성을 요구하고 있다. 이사의 선관주의의무에 관한 판례의 입장을 정리하면 개념정의가 모호하며[102] 동 의무의 판단기준의 일관성이 없으며 경영판단원칙과의 관계에 관해 있어 양자를 동일하게 보기도 하고 또 분리하여 기준을 제시하기도 하여 혼란스러운 점이 있다.

(4) 소결

이사의 선관주의의무는 위에서 정리한 바와 같이 회사의 이익형성을 위해 노력할 의무로서, '유사한 상황에 놓인 회사'의 이사의 '평균적 능력'을 기준으로 판단되어야 하는 성질의 의무이다. '유사한 상황에 놓인 회사'를 의무이행의 판단기준으로 한다는 점에서 선관주의의무가 고정적·절대적 개념이지 않고 상대적 개념이며, '평균적 능력'을 또 다른 기준으로 한다는 점에서 주관적이지 않고 객관적(추상적) 개념임을 앞서 보았다. 그리고 이러한 평균적 능력의 범위 속에는 미국 판례와 같이 '법령·정관을 준수하여(선의성, in good faith)', '성실하게(diligently)'라는 요소가 포함된다고 볼 수 있다.

이러한 개념을 기초로 현대 회사법에서 이사의 선관의무를 구체적으로 보면, 의사결정과 업무집행에 있어 회사의 이익(최대이익) 형성을 위해 다양한 정보를 수집하여 이를 분석·숙지·활용하여야(적극적 측면) 할 뿐만 아니라 법령을 준수하고 회사의 지속적인 존속과 건전한 발전을 위해 위험을 감지하고 이를 방지하여야(소극적 측면) 할 의무로 이해되어 매우 광범위하고 고차원적 의무로 이해된다. 선관주의의무의 적극적 측면은 정보에 의한 의사결정(informed decision)을 전제하고 이를 위해 회계사·변호사의 조언을 받아야 하고 집행임원제도를 도입한 경우 집행임원의 보고서를 신뢰한 경우 면책가능성[103]도 문제되리라 본다. 법령

101) 대법원 2011.04.14. 선고 2008다14633 판결

102) 자산운용회사는 간접투자재산을 운용할 때 가능한 범위 내에서 수집된 정보를 바탕으로 간접투자자의 이익에 합치된다는 믿음을 가지고 신중하게 간접투자재산의 운용에 관한 지시를 하여 선량한 관리자로서의 책임을 다할 의무가 있고, 만약 자산운용회사가 이를 위반하여 투자자에게 손해를 가하는 경우 투자자에 대하여 손해배상책임을 진다고 판단하여(대법원 2015.11.12. 선고 2014다15996 판결), 자산운용사의 선관의무에 관해서는 다소 구체적인 기준을 제시하고 있다.

준수의무를 이해함에는 의문이 없지만 기타 선관주의의무의 소극적 측면은 좀 더 불명확하며 복잡한 논의를 배태한다. 다른 회사의 비밀을 누설하여서는 안 되고 다른 이사 또는 집행임원의 위법행위를 감시할 의무가 포함되는데, 감시의무가 준법통제시스템의 도입과 그 활용시 어느 정도의 행위를 요구하는지 불명확하고 이사와 회사의 이익이 충돌할 경우 선관주의의무 위반이 되는지 충실의무 위반이 되는지 모호한 점이 없지 않다.

요컨대 이사의 선관주의의무는 법령을 준수하면서 회사의 이익형성에 기여할 의무로서, 다양한 정보를 수집하여 의사를 결정하고 이를 집행하면서 다른 이사의 업무집행을 감시할 의무를 포함한다. 이러한 개념에서 더 나아가 회사의 지속가능한 성장을 위해 이해관계자 이익의 고려[104] 등에 관한 의무도 우리 회사법상 이사의 선관주의의무에 포함되는가 하는 점은 향후 논의를 요한다. 이와 같이 선관주의의무는 고정된 개념이 아니고 회사에 따라 다르게 해석될 수 있으며 장소와 시대에 따라 유동적인 개념으로 이해하여야 한다. 그러나 선관주의의무는 이사의 과실로 포섭되어[105] 회사에 대한 손해배상책임으로 연결될 수 있으므로 무한정 확장될 수 있는 개념은 아니고 책임의 전제로서 한계 지워져야 하는 개념이다. 아래에서는 이사의 선관주의의무과 관련하여서 발생하는 법적 쟁점들에 관해 간략히 고찰한다.

2. 충실의무와의 관계

(1) 충실의무의 개념

이사는 법령과 정관의 규정에 따라 회사를 위하여 그 직무를 충실하게 수행하여야 한다(상법 제382조의3). 이는 일본 회사법 제355조와 유사한데, 이른바 영미의 보통법에서 인정하는 이사의 신인의무의 개념을 성문적으로 표현한 것으로 이해한다.[106] 이와 달리 충실의무를 영미법계의 충실의무에 관한 조항으로 이해하고 선관주의의무를 구체화한 것으로 보기도 한다.[107] 상법상 충실의무는 1) 법

103) Stone ex rel. AmSouth Bancorporation v. Ritter, 911 A.2d 362 (2006) pp.372-373.

104) 금융회사의 지배구조에 관한 법률 제24조 1항 참조.

105) 의무의 과실로의 포섭에 관해 전자를 행위기준(standard of conduct), 후자를 재고기준(standard of review)으로 구별하여 설명하는 미국 판례상의 입장을 도입하려는 견해도 있다(김정호, "회사법상 행위기준과 재고기준", 「상사법연구」, 제30권 제3호 (2011), 229-230면). 재고기준은 미국법이 채무불이행에 따르는 손해배상책임을 인정함에 있어 과실을 문제 삼지 않는 특수성에서 비롯되었다고 볼 수 있고 우리법상으로는 과실 개념에 포섭된다고 볼 수 있다.

106) 이철송, 앞의 책, 717면.

령·정관준수의무, 2) 회사이익 지향성, 3) 충실한 직무수행 이라는 세 부분으로 구별할 수 있다. 그런데 법령·정관의 준수와 회사이익 지향성은 회사의 이사라는 지위의 특성이 아니라 영리성을 가진 사단인 주식회사의 구성원 모두에게 해당하는 내용이라는 점에서 특별한 의미를 가진다고 보기 어렵다. 이사의 충실의무의 특성은 '충실한 직무수행'에서 나타나고 '충실'의 의미가 그 사전적 의미를 넘어서 회사법에서 어떠한 함의를 가지는지가 문제되는데, 이에 관해 충분한 설명을 찾아보기 어렵다. 충실의무에 관해 집중적 고찰은 이 글의 의도를 넘어서기 때문에 가능한 한 간략하게 고찰하고자 한다.

비교법적으로 충실의무가 영미법에서 유래하였다고 보는 견해가 다수인 듯하다. 다만 앞서 본 바와 같이 회사법상 충실의무가 영미법의 신인의무(fiduciary duty)의 표현인지 충실의무(duty of loyalty)에서 유래한 것인지 입법자의 의도는 정확히 알 수 없다. 하지만 선관주의의무가 이미 정착되어 있는 상태에서 충실의무가 도입된 점을 고려할 때, 포괄적 성질을 가진 신인의무를 도입하였다기 보다는 영미법상의 충실의무의 내용을 우리법상 도입하였다고 보는 것이 좀 더 설득력이 있다. 그렇게 해석해야만 중복규정의 비난을 피할 수도 있고 충실의무규정의 실익을 구현할 수 있기 때문이다. 그리고 앞서 본 바와 같이 영미법상 충실의무는 개인 이사와 회사의 이익충돌을 전제하고 있다.[108] 다음으로 우리 국내법상 충실의무를 사용하고 있는 법률을 살펴보면, 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제79조 1항에서 선관주의의무를 규정하고 2항에서 '집합투자업자는 투자자의 이익을 보호하기 위하여 해당 업무를 충실하게 수행하여야 한다'고 정하고 있다. 그리고 신탁법 제32조에서 수탁자의 선관의무를 정하면서 제33조에서 충실의무를 정하고 있는데 '수탁자는 수익자의 이익을 위하여 신탁사무를 처리하여야 한다'고 정하고 있다. 영미법상의 충실의무와 우리의 다른 법률에서 나타난 충실의무는 대체로 '충실'이라는 개념에 이익상충을 전제하거나 회사 또는 투자자의 이익(보호)와 관련시키면서 선관주의의무와 구별하고 있다. 그리고 우리 회사법상 이사의 일련의 금지의무인 경업금지의무(제397조), 회사기회유용금지의무(제397조의2), 자기거래금지의무(제398조) 등이 충실의무의 표현이라고 대체로 이해된다. 이렇게 볼 때 우리 회사법상 충실의무는 적극적인 이익의 형성보다는 이익이

107) 정찬형, 앞의 책, 873면.

108) Stephen M. Bainbridge, op.cit., p.157; Robert Cooter & Bradley J. Freedman, op.cit., p.1047; Julian Velasco, op.cit., p.690.

침해되지 않도록 보호할 의무(이익상충을 방지할 의무)를 내용으로 한다는 해석이 입법의 취지에 부합하고 비교법적, 합리적 해석에 부합한다고 생각된다.

(2) 선관주의의무와의 충실의무

이사의 선관주의의무와 충실의무의 관계에 관해 양자의 별개의 의무인지 아니면 동질적인 의무인지에 관해 학설이 대립된다. 동질설은 양 의무의 내용이 명확하게 구별되지 않아 동일한 의무라고 보고 선관주의의무 이외에 충실의무를 요구하는 것은 불필요하다는 견해,[109] 주의의무에 포함될 수 없는 영미법상의 신인의무의 수용을 충실의무로 담을 수 없다는 점을 논거로 제시하는 견해가 있다.[110] 이사의 경업금지의무·자기거래금지의무 등은 모두 충실의무를 구체화한 것이 아니라 선관주의의무를 구체화한 것으로 보는 견해도[111] 없지 않다. 그밖에 선관주의의무를 탄력적으로 해석하면 회사의 최선의 이익을 추구할 의무(적극적 의무)를 포함하므로 양자를 구별할 수 없다는 점을 논거로 들기도 한다.[112] 참고로 우리와 유사한 법제를 가지고 있는 일본의 학설이나 판례도 대체로 양 의무를 구별하지 않는 동질설을 따르고 있는데 논의는 좀 더 상세하다. 즉 미국법과 같이 이사와 회사간에 이해대립의 가능성이 있는 충실의무의 영역과 그렇지 않는 주의의무의 영역을 준별하고 이사가 각각의 책임을 면하는 요건 및 위반의 효과를 크게 구별하는 법제에서는 충실의무에 특별한 의미를 부여하는 이유는 있지만 일본법에서는 양자의 요건, 효과를 구별하지 않는다고 일반적으로 이해되므로 동질설이 타당하다고 한다.[113]

양 의무를 구별하는 견해는 무상위임에서 인정되는 선관의무와 이사의 의무는 동일할 수 없다는 점에서 서로 구별되어야 한다는 점을 논거로 제시하기도 하고[114], 선관주의의무는 업무집행의 기준이지만 충실의무는 결과보호적 기능을 한다는 점, 과실 기준이 되는 선관주의의무를 다하였더라도 이익충돌이 있으면 충실의무에 반한다는 점, 충실의무는 선관주의의무를 보다 높은 수준으로 올려 수익자의 이익을 보호하는 의무라는 점 등을 논거로 구별설을 주장하기도 한다.[115]

---

109) 손주찬, 「상법(상)」 (박영사, 2002), 795면,
110) 이철송, 앞의 책,
111) 최준선, 앞의 책, 459면.
112) 정찬형, 앞의 책, 875면; 최준선, 「회사법」 (삼영사, 2011), 457면,
113) 江頭憲治郎, 「株式會社法」 6版 (有斐閣, 2015) 430穴.
114) 정동윤, 「회사법」 (법문사, 2001), 432면

신탁관계에서 선관주의의무와 충실의무를 구별하는 견해가 있다. 수탁자의 충실의무를 이익충돌상황에서 본인의 이익을 우선하거나 최대한 도모하기 위한 사전금지적 의무(proscriptive duty)로 보고, 이를 이익충돌금지원칙(no-conflict rule)와 이익향수금지원칙(no-profit rule)이라고 보는 견해도 있다. 동 견해는 적극적 작위를 명하는 규범형식을 취하는 선관주의의무는 이와 달리 명령적 의무(prescriptive duty)의 방식으로 작동한다고 보아 구별한다.[116] 충실의무의 관계는 계약관계, 제정법관계 혹은 판례법 등과 같이 사무처리의무 등을 부과하는 별도의 '기본적 관계'의 존재를 전제하는데, 당사자 사이에 신뢰와 신임이 부여되는 예외적인 경우 충실의무법은 이러한 기본적 관계에 추가하여 '금지적' 충실의무를 부과한다고 본다.[117]

(3) 판례

판례는 충실의무에 관한 상법 규정이 도입된 이후에도 선관주의의무와 충실의무를 구별하지 않는 입장이다 예를 들어 신세계주주대표소송에서도 이사와 회사 간의 거래에 대하여 이사회의 승인을 받도록 정한 것은 이사가 그 지위를 이용하여 회사와 직접 거래를 하거나 이사 자신의 이익을 위하여 회사와 제3자 간에 거래를 함으로써 이사 자신의 이익을 도모하고 회사 또는 주주에게 손해를 입히는 것을 방지하고자 하는 것이므로, 위 규정이 적용되기 위하여는 이사 또는 제3자의 거래상대방이 이사가 직무수행에 관하여 선량한 관리자의 주의의무 또는 충실의무를 부담하는 당해 회사이어야 한다고[118] 하는 등 대법원은 '선량한 관리자의 주의의무 또는 충실의무'라는 표현을 사용함으로써 양 의무를 구별하지 않는 입장으로 이해된다. 하지만 이 판례는 충실의무가 문제될 때 선관의무도 위반하는 것으로 해석될 여지도 없지 않다.

회사의 대표이사인 피고가 회사의 시공에 관한 의사결정 및 업무집행을 하였다고 보아야 할 것이므로, 이러한 경우 원심으로서는 회사의 위와 같은 시공상의 잘못에 관하여 피고가 대표이사로서 선량한 관리자의 주의의무와 충실의무를 위

115) 정경영, 앞의 책, 106면.
116) 이중기, "충실의무와 선관의무의 작동방식 : 충실의무의 선관의무 보충 역할에 대하여", 「홍익법학」 제16권 제4호(2015) 334면. 이 견해는 같은 원리를 주식회사의 이사에도 적용하고 있어 회사법상의 논의와도 관련된다(같은 논문 341면).
117) 이중기, 위의 논문, 335면.
118) 대법원 2013.09.12. 선고, 2011다57869 판결

반하여 의사결정을 하고, 업무를 집행하거나, 피용자의 그와 같은 행위를 방지할 의무를 해태하여 감시·감독의무를 위반한 과실이 있는지를 심리·판단하였어야 할 것이다고 보았다.[119] 이 판결은 시공상의 잘못 등 건설회사의 이사회의 업무집행에 관한 의사결정이 회사와 이사의 이익출돌이 전제되는 충실의무와 관련되지 않는 사안임에도 대법원은 '선량한 관리자의 주의의무와 충실의무'를 위반한 것으로 보고 있다. 이렇게 볼 때 대법원은 선관주의의무와 충실의무를 거의 동의어로 사용하고 있어 양 의무의 동질설의 입장에 서 있다고 본다. 그러나 최근에는 선관주의의무와 충실의무를 함께 사용하지 않은 판례도 없지 않다.[120]

(4) 검토

선관주의의무나 충실의무 양자 모두 회사의 이익을 보호하며, 법령·정관·주총결의의 준수가 선관주의의무의 당연한 내용일 뿐 아니라 충실의무에 관한 회사법규정(제382조의3)에 포함되므로 양 의무는 공통점을 가진다. 그리고 선관주의의무와 충실의무 양자 모두 영미법상 신인의무라는 동일한 뿌리로부터 생겨난 의무라는 점에서 동질적 요소를 가지고 있음은 부인하기 어렵다. 양 의무를 위반한 경우 공히 상법 제399조에 따라 회사에 손해배상책임이 발생할 수 있다는 점[121]에서도 유사하다. 특히 충실의무를 회사법에 도입하면서 동조에서 '법령과 정관의 규정에 따라'[122]라는 충실의무 이행방법을 규정함으로써 선관주의의무와의 경계를 더욱 모호하게 하였다고 볼 수 있다. 다만 이를 법령·정관을 따라서 직무를 집행하는 것이 충실의무라는 의미가 아니라 일반적인 법령·정관 준수의무를 나타낸 것으로 볼 수 있어 선관주의의무나 충실의무의 이행에 당연한 전제로 이해될 수 있다.

양 의무의 이익관련적·분류상의 유사성에도 불구하고 양 의무를 구체적으로 고찰할 때, 우선 서로 다른 법사학적 기원에서 비롯하여 그 본질 역시 다른 방향으로 발전해 왔다고 볼 수 있다.[123] 연혁적 이유를 제외하더라도 양자간의 실천적

119) 대법원 2013.04.11. 선고, 2012다116307 판결.
120) 대법원 2015.07.23. 선고 2013다62278 판결; 대법원 2007.10.11. 선고 2007다34746 판결
121) 대법원 2010.07.29. 선고 2008다7895 판결.
122) 일본 회사법 제355조에서 법령, 정관 이외에 주주총회의 결의를 포함시키고 있지만, 우리 회사법과 같이 '규정에 따라'라는 표현을 사용하지 않고(적극적 의미) '준수하여'라는 표현을 사용하여(위반되지 않는다는 소극적 의미) 다소 법령준수에 관한 일반적 전제를 규정하였다고 볼 여지도 있다.
123) 박기령, 앞의 논문, 499면.

차이점을 열거하면, 첫째, 선관주의의무의 근거규정(상법 제382조 2항, 민법 제681조)과 충실의무의 근거규정(상법 제382조의3)이 별개의 규정으로 되어 있어 동질설에 따를 경우 나중에 회사법에 포함된 충실의무에 관한 규정은 불필요한 규정이 된다(입법취지). 둘째, 충실의무의 개념정의에 관한 이견이 다소 있을 수는 있지만 충실의무는 이익충돌의 상황을 전제한 의무로 이해되는데 반해 선관주의의무는 이를 전제하지 않고 회사의 이익형성에 노력할 포괄적인 의무라는 점에서 구별된다(적용범위). 셋째, 양 의무 모두 회사의 이익을 위해 노력할 의무이지만 그 노력의 태양이 다르다. 선관주의의무는 이익충돌과 무관하게 회사의 이익형성을 위한 적극적 선택 등의 방법이 요구되는데 반해 충실의무는 이익충돌이 생기지 않도록 소극적 방법을 요구된다는 점에서 구별된다(이행방법). 넷째, 후술하는 바와 같이 경영판단원칙은 선관주의의무와 관련해서는 작동하지만 충실의무에 관해서는 적용될 수 없는 원리로 이해되어 양자는 구별된다(경영판단 관련). 앞서 소개한 바 있는 양 의무 위반의 요건·효과의 일치성을 근거로 동질설을 주장한 일본의 학설은[124] 경영판단원칙이 선관의무위반의 경우에만 적용되어 결과적으로 충실의무와 그 효과가 불일치하게 되므로 타당하지 않다. 다섯째, 충실의무가 적용되는 사례에서도 이익상충행위에 관해 이사의 특별결의에 따른 승인을 얻은 경우 충실의무의 위반은 문제되지 않게 되고 이사는 그 행위를 계속 수행할 수 있지만 이 경우에도 선관주의의무는 면제되지 않아 선관주의가 요구된다는 점에서 구별된다(이사회의 승인). 여섯째, 선관주의의무는 업무집행의 기준으로서 행위준칙적 기능을 하게 되는데, 충실의무는 업무집행의 기준으로서 기능도 가지지만 더 나아가 회사의 이익이라는 결과보호적 기능도 한다는 점에서 구별된다(기능구별).[125] 예를 들어 이사의 영업이 회사의 영업과 경업관계가 불분명한 상태에서 영업을 계속하였는데 결과적으로 회사의 이익이 침해되었다면 선관주의의무를 위반하였다고 보기는 어렵지만 결과적으로 침해된 이사의 이익은 충실의무의 위반(상법 제397조 1항)을 이유로 반환받을 수 있다(동조 2항). 그밖에 동질성의 입장은 상법에서 이사의 이익충돌행위 유형으로 명시적으로 열거한 개별규정에 해당하는 경우를 제외하고, 그 밖의 충실의무 위반행에 대해서는 규제하기 어렵다는 문제점을 지적하는 견해도 있다.[126]

---

124) 江頭憲治郎, 「株式會社法」 6版 (有斐閣, 2015) 430穴.
125) 정경영, 앞의 책, 106면
126) 유영일, "이사의 충실의무의 체계화에 관한 연구", 「상사판례연구」 제26집 제4권 (2013) 324면.

생각건대 선관주의의무는 충실의무의 범위를 넘어 훨씬 넓고 다양한 방법으로 회사의 이익형성에 노력하여야 할 의무를 의미한다. 양 의무의 관계를 선관의무가 충실의무를 포함하는 관계로 이해할 수도 있지만 충실의무는 이익상충을 방지하기 위한 제도여서 이익상충을 전제하고 이익상충이 발생한 경우 그 결과를 회복하는 수단도 포함하고 있다. 뿐만 아니라 이익상충에도 불구하고 이를 허용하는 절차(이사회의 특별결의 등) 등 절차적 측면도 포괄하고 있어 선관주의의무에 포함되지 않는 특징도 가진다. 그리고 선관주의의무는 계약에 근거하여 형성되고 그 의무 위반(고의, 과실)을 이유로 책임이 발생하는 일반적 '계약상 의무와 책임'의 구조를 따르는데 반해, 충실의무는 이러한 의무와 책임의 구조를 따르지 않는다. 즉 의무가 계약에 근거하지 않아 계약자유의 원칙이 적용되지 않고 법률의 규정에 근거하여 발생하는 것으로 볼 여지도 없지 않다는 점, 법률의 규정은 이익상충을 허용하는 절차(예, 이사회의 특별결의)와 충실의무 위반시 그 이익의 회복절차(예, 개입권) 등을 내용으로 하는 등 의무와 책임의 불연속이라는 특징을 가진다. 요컨대 선관주의의무와 충실의무는 연혁적·비교법적 논거와 의무의 실질(행위준칙-결과보호 등)은 물론 책임의 실질(의무와 책임의 연속성 여부)에서도 구별되어 입법의 모호함에도 불구하고 동질설을 취하는 것은 어렵고 이질설이 타당하다고 본다.

3. 경영판단원칙과의 관계

(1) 경영판단원칙의 개념

경영판단원칙(business judgement rule)은 우리 회사법에 규정된 규범이 아니고 영미의 판례상 인정되는 원칙으로서, 우리 판례에도 이를 고려할 수 있는가 하는 관점에서 문제되고 있다. 경영판단원칙이란 회사의 목적범위 내이고 이사의 권한 내인 사항에 관해 이사가 내린 의사결정이 그같이 할 합리적인 근거가 있고, 회사의 이익을 위한 것이라는 믿음 하에서 어떤 다른 고려에 의한 영향을 받지 아니한 채 독립적인 판단을 통해 성실히 이루어진 것이라면 법원은 이에 개입하여 그 판단에 따른 거래를 무효로 하거나 그로 인한 회사의 손해에 관해 이사의 책임을 묻지 않는다는 원칙으로 이해된다.[127] 이 견해에 의하면 경영판단의 원칙은 일정한 요건(목적, 권한범위, 합리적 근거, 믿음, 성실)이 충족될 경우 결

127) 이철송, 앞의 책, 751면.

과적으로 선관주의의무를 위반한 이사를 면책시키는 원칙이다.

이사의 회사에 대한 손해배상책임(상법 제399조)에 관해, 통설은 이를 이사의 고의, 과실을 전제로 하는 손해배상책임으로 이해하므로 경영판단의 원칙은 이사의 과실판단과 관련되고 일정한 요건이 충족된 경우 과실을 부인하는 법리라 할 수 있다. 그런데 이사의 과실은 이사와 회사의 법률관계 즉 위임관계에서 선관주의의무, 충실의무의 위반을 의미하므로 결국 과실의 부인은 의무의 제한으로 이해된다. 선관의무와 경영판단원칙에 관해 미국의 학설은 전자는 임원의 행위의 기준을 내용으로 하는 것으로 볼 수 있는 반면, 후자는 사법적 심사의 기준을 구현하고 있다고 이해한다.[128] 그런데 경영판단원칙이 선관주의의무, 충실의무 양자 모두에 적용되는 원칙인지 여부, 그리고 동 원칙이 적용되면 이사의 의무위반인 추상적 경과실이 중과실[129]의 수준으로 변경되는 것인지 아니면 일응 이사는 채무불이행책임의 일반원칙인 과실추정이 제한되어 무과실이 오히려 추정되고 이사의 과실을 주장하는 자가 이를 증명할 책임을 부담하는 증명책임에 관한 소송법적 효과를 가지는지에 관해 개념이 분명하지 않다. 그밖에 경영판단원칙의 도입필요성, 판례상 도입여부에 관해 논란의 여지가 있지만 이 글의 범위를 넘어서는 논의이므로 그 논의를 생략한다. 다만 아래에서 보는 바와 같이 경영판단원칙이 판례상 도입되었다고 볼 여지가 있어 경영판단원칙이 선관주의의무와 어떠한 관계에 있는가 하는 점에 국한해서 고찰한다.

(2) 판례

통상의 합리적인 금융기관의 임원이 그 당시의 상황에서 적합한 절차에 따라 금융기관의 최대이익을 위하여 신의성실에 따라 직무를 수행하였고 그 의사결정 과정 및 내용이 현저하게 불합리하지 않다면 그 임원의 행위는 허용되는 경영판단의 재량범위 내에 있다고 할 것이나, 법령에 위반한 임원의 행위에 대하여는 원칙적으로 경영판단의 원칙이 적용되지 않는다고 보았다.[130] 이러한 법리를 전제하여, 동일인에 대한 대출한도를 초과하여 대출한 행위는 동일인에 대한 대출한도 제한에 관한 구 새마을금고법 시행령 제23조를 위반한 행위이고, 고의 또는

128) James D. Cox/ Thomas Lee Hazen, Corporations 2th, 2003, Aspen Pubishers, p.184.

129) 일방 당사자의 이익만을 위한다는 성질(호의적 성질)을 가지는 위임계약에서는 채무자는 고의 또는 중과실에 대하여만 책임을 부담하고 경과실에 대하여는 책임을 부담하지 않는 것이 상당하다고 보는 견해도 있다(곽윤직 편저, 앞의 책, 535면).

130) 대법원 2007.07.26. 선고, 2006다33609 판결

중과실로 선량한 관리자의 주의의무 또는 성실의무를 게을리한 것이어서 경영판단의 원칙이 적용되지 않고, 동일인에 대한 대출한도 초과 대출에 관하여 새마을금고연합회로부터 사전 승인을 받았다고 보기도 어렵다고 판단하였다.[131] 이러한 판결들에서는 '경영판단의 원칙'이라는 용어를 사용하고 있을 뿐만 아니라 '경영판단의 재량의 범위 내'라고 하여 경영판단원칙의 실질을 표현하고 있다고 본다.

대법원은 금융거래에서 경영판단의 원칙에 관해, 금융기관의 이사가 대출 관련 임무를 수행함에 있어 필요한 정보를 충분히 수집·조사하고 검토하는 절차를 거친 다음 이를 근거로 금융기관의 최대 이익에 부합한다고 합리적으로 신뢰하고 신의성실에 따라 경영상의 판단을 내렸고, 그 내용이 현저히 불합리하지 아니하여 이사로서 통상 선택할 수 있는 범위 안에 있는 것이라면, 비록 사후에 회사가 손해를 입게 되는 결과가 발생하였다고 하더라도 그로 인하여 이사가 회사에 대하여 손해배상책임을 부담한다고 할 수 없다고 하여,[132] 경영판단의 기준을 미국 판례상의 주의의무의 판단기준과 유사하게 판시하고 있어[133] 선관주의의무의 이행여부와 경영판단원칙의 적용이 어떠한 관계에 있는지 더욱 모호하게 한다. 다만 우리 판례는 경영판단원칙을 광범위하게 적용하는 미국 판례와는 달리 제한적으로 접근하고 있다고 이해된다.

(3) 양자의 관계에 관한 논의

먼저 경영판단원칙은 이사의 경영판단이 법원의 사후판단에 맡겨지기는 부적절하다는 점, 이사의 과도한 위험회피 성향을 방지하여 회사의 이익을 위해 다소의 위험선택을 가능하도록 하여 회사와 주주의 이익형성에 기여하게 하고자는 정책적 의미도 담고 있다는 취지에서 회사법상 긍정될 수 있으며, 판례에 도입되었다고 볼 수 있다.[134] 경영판단원칙은 이사의 선관주의의무의 위반이 있어 이사의

131) 대법원 2015.10.29. 선고, 2011다81213 판결

132) 대법원 2008.07.10. 선고, 2006다39935 판결

133) 델라웨어주 회사법은 앞서 본 바와 같이 이사 등의 행동기준(standard of conduct)로서 '선의로 회사의 최선의 이익이라고 또는 그에 반하지 않는다고 합리적으로 믿고 행동한 경우'를 요구하고 있어 간접적으로 주의의무를 규정하고 있으며(DGCL §145(a),(b),(d)), 미국 모범회사법(MBCA)도 '이사는 선의로 주의의무를 다해야 하며 회사의 최상의 이익이라고 합리적으로 믿는 방법으로 행동하여야 한다'고 정하고 있다(MBCA §8.30(a)). 그리고 정보에 관한 부분은 델라웨어주 판례에서 주의의무를 판시하면서 자주 등장하는 개념이다(예컨대, Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805(Del 1984)).

134) 경영판단원칙이 판례상 도입 여부에 관해 논란이 해소된 것은 아니며(학설 대립에 관해서는 이영철, "경영판단에 따른 이사의 법적 책임 여부에 대한 판단기준", 「경영법률」 2015 272-274면 참조), 아직 판례상 도입되지 않았다고 보는 견해도 여전히 있다(이철송, 앞의 책,

객관적(추상적) 경과실이 인정되는 상황에서 구체적인 사례에서 일정한 요건이 충족되면 책임을 부인하는 이론으로 이해된다. 따라서 경영판단원칙이 선관주의의무와 어떠한 관계에 있고 선관주의의무 위반에 따른 이사의 책임에 어떠한 영향을 미치는지는 이사책임법제의 해석에 있어 매우 중요한 논의가 된다. 경영판단의 원칙은 일응 이사의 선관주의의무가 과실로 포섭되는 과정에 선관주의의무의 엄격성을 제한하는 원리로 이해된다. 이사의 업무집행의 적법성이 아닌 비효율성은 사후적이고 이사가 관리불가능한 변수에 의해 결정되어진 것이므로 이를 임무해태라고 한다면 이사에게 관리불가능한 책임을 과하는 문제가 있어 이사의 책임한계를 설정한 것이라 볼 수 있다.[135] 이 견해는 정직한 실수(honest mistake)는 사후적 안목에서(in the hindsight) 비난하지 않는 것으로 보아 소송법적 의의[136]를 가지고 있다고 본다.

미국의 판례도 우리의 논의처럼 증명책임의 전환으로 보는 견해도 있지만 주의의무 위반이 되기 위해선 경과실이 아닌 중과실이 요구되는 즉 주의의무의 판단기준을 엄격하게 하여 사실상 이사의 책임의 엄격성이 유지되도록 하는 실체법적 이론으로 보는 견해가 있음은 앞서 보았다. 하지만 미국법체계는 채무불이행에 귀책사유를 요하지 않는 우리와 다른 책임구조에서 귀책사유가 없음을 증명하여 면책하려는 채무자의 기회가 존재하지 않아 경영판단원칙은 이사에게 면책기회를 제공하는 의미를 가지고 있다. 따라서 우리법에서는 채무불이행에 채무자의 귀책사유가 없음을 증명할 경우 채무자는 면책될 수 있으므로 미국법과는 의무와 책임의 구조가 같지 않고 따라서 경영판단원칙이 가지는 의미도 구별되어야 한다. 특히 미국의 판례가 경영판단원칙을 이해하는 방식 즉 절차법적 원리(법률상 추정) 또는 실체법적 원리(중과실 요건)는 모두 우리법상 법률의 규정 없이 받아들이기 어려운 원칙으로 판단된다.

(4) 소결

경영판단원칙이 법률의 규정에 의해 도입되기 전에는 해석을 통해 선관주의의

752면).

135) 이철송, 앞의 책, 751면.

136) 이사가 경영에 관해 내린 의사결정은 사익을 위한 것이 아니고, 사안에 관해 숙지한 상태에서 그러한 행위가 회사에 최선의 이익을 가져온다는 정직한 믿음에 기해 성의로 이루졌다고 하는 추정을 의미한다고 본다. 그래서 이사의 책임을 묻기 위해서는 이러한 추정을 깨는 사실을 주장, 증명하여야 하고 추정이 번복된 이후에는 다시 이사 측이 문제된 거래의 공정성을 증명할 책임을 부담한다고 본다(이철송, 앞의 책, 752면).

무의 판단기준을 상향시키거나 증명책임을 전환하는 것은 어려우므로 사실상의 증명책임의 전환으로 해석하는 것이 적절하다고 본다. 즉 이사의 책임을 추구하는 소송에서 선관주의의무 위반에 대한 증명책임은 채무자인 이사가 부담하는데, 이사가 법률·정관을 준수하고 회사의 이익을 위한다는 생각으로(선의로) 절차적 주의의무를 다한 상태에서 경영판단을 하였다면 설령 회사에 손해가 발생하였다고 하더라도 이사의 선관주의의무의 위반에 관한 증명책임은 이사의 책임을 추구하는 회사 또는 주주가 부담하여야 하는 것으로 해석한다. 이는 사실상의 추정에 해당하므로 증명책임이 완전히 전환된 것은 아니고 회사 또는 주주는 판사에게 확신을 주는 증명(본증)이 아닌 판사에게 의심이 생길 정도의 증명으로도 가능하다. 이 경우 이사는 다시 자신의 행위가 선관주의의무에 반하지 않았다는 사실에 관한 증명을 할 책임을 부담한다는 점에서 법률상 추정과 구별된다.[137]

경영판단원칙이 대체로 선관주의의무 위반시에는 적용되지만, 충실의무 위반시에는 그 적용이 배제되는지 여부에 관해 견해가 대립된다.[138] 그런데 신세계주주대표소송에서 대법원은, 회사의 이사회가 그에 관하여 충분한 정보를 수집·분석하고 정당한 절차를 거쳐 회사의 이익을 위하여 의사를 결정함으로써 그러한 사업기회를 포기하거나 어느 이사가 그것을 이용할 수 있도록 승인하였다면 그 의사결정과정에 현저한 불합리가 없는 한 그와 같이 결의한 이사들의 경영판단은 존중되어야 할 것이므로, 이 경우에는 어느 이사가 그러한 사업기회를 이용하게 되었더라도 그 이사나 이사회의 승인 결의에 참여한 이사들이 이사로서 선량한 관리자의 주의의무 또는 충실의무를 위반하였다고 할 수 없다고 판단한 바 있다.[139] 동 판례를 회사의 기회유용라는 충실의무 관련 사안에서 경영판단원칙을 적용한 사례라고 볼 가능성도 있지만, 동 판결에서 '경영판단'은 이사회의 승인이라는 의사결정을 의미할 뿐이고 동 판결이 경영판단원칙을 적용하였다고 볼 수 없고 이를 충실의무에 관해 경영판단원칙을 적용한 사례로 이해하긴 어렵다.

137) 정영환, 「신민사소송법」 (세창출판사, 2009) 660면.

138) 배제된다는 견해로 정동윤, 앞의 책, 428면, 정대, "미국 뉴욕주 회사법상의 은행 이사의 주의의무와 책임에 관한 연구", 「법학연구」, 제55집 (2014) 156면; 경영판단원칙이 충실의무 위반과 형사책임에까지 확대되어 미국법과 다르다고 보는 견해로 임재연, 앞의 책, 449면 참조.

139) 대법원 2013.09.12. 선고, 2011다57869 판결

4. 기타 의무와의 관계

(1) 감시의무와 관계

이사의 감시의무란 이사가 다른 이사·집행임원이 회사법상 의무(선관주의의무와 충실의무)를 준수하여 업무집행을 하고 있는지 감시할 의무로 정의될 수 있다. 이사의 감시의무의 근거를 보면, 이사회는 이사에 대한 감독원을 가지며(상법 제393조 2항) 이를 근거로 이사는 감시의무를 가지는 것으로 이해한다.[140] 대표이사나 업무담당이사의 감시의무는 물론이고 통설은 평이사, 업무를 담당하지 않는 이사, 사외이사도 감시의무를 담당한다고 본다. 판례도 대표이사는 회사의 영역에 관하여 재판상·재판 외의 모든 행위를 할 권한이 있으므로 모든 직원의 직무집행을 감시할 의무를 부담하는 한편, 이사회의 구성원으로서 다른 대표이사를 비롯한 업무담당이사의 전반적인 업무집행을 감시할 권한과 책임도 있어, 다른 대표이사나 업무담당이사의 업무집행이 위법하다고 의심할 만한 사유가 있음에도 불구하고 감시의무를 위반하여 이를 방치한 때에는 이로 말미암아 회사가 입은 손해에 대하여 배상책임을 면할 수 없다고 보아 감시의무를 인정하고 있다.[141] 이사의 감시의무의 성격은 다른 이사가 회사의 이익형성을 방해하는 행위를 저지하는 소극적 성격을 가진 의무로 이해할 수 있다. 따라서 감시의무는 이익상충을 전제하는 충실의무와는 관련이 적고, 회사의 이익형성을 위해 노력할 의무인 이사의 선관주의의무에 포함되는 개별의무 중 하나로 이해된다.

(2) 비밀유지의무와의 관계

회사법에는 선관주의의무, 충실의무, 감시의무, 그리고 충실의무의 내용으로 볼 수 있는 3가지 의무(상법 제397조, 397조의2, 398조)에 관한 규정과 별도로 이사의 비밀유지의무에 관한 규정을 두고 있다(상법 제382조의4). 이사의 비밀유지의무는 이사가 직무상 알게 된 회사의 영업비밀을 누설하여서는 안 될 의무이다. 회사의 영업비밀누설은 회사의 이익형성을 위해 전제된다고 볼 때 이사의 선관주의의무의 당연한 내용이고 이익상충을 전제하지 않으므로 충실의무와 관련이 적다. 회사법이 선관주의의무에 당연히 포함되는 비밀유지의무를 별도의 규정으로

140) 이철송, 앞의 책, 709면.

141) 대법원 2009.12.10. 선고, 2007다58285 판결; 대법원 1985. 6. 25. 선고, 84다카1954 판결, 대법원 2004. 12. 10. 선고, 2002다60474 판결, 대법원 2008. 9. 11. 선고, 2006다68834 판결.

둔 것은 이사로서 지위에 있는 동안이 아닌 이사의 지위를 떠난 뒤 즉 퇴임 후에도 비밀유지의무를 부담시키기 위한 것으로 해석된다.[142] 다만 퇴임 이후의 이사의 비밀유지의무는 이사와 회사간의 위임관계가 해소되었으므로 선관주의의무로 이해되지 않고 법정의무로 보아야 하며, 이사 퇴임 후 동조를 위반하여 회사에 손해가 발생한 경우 상법 제399조에 의한 손해배상책임은 인정되지 않고 위법행위를 이유로 불법행위에 따른 손해배상책임을 물을 수 있다고 본다.

(3) 불법행위책임과의 관계

이사 중 대표이사가 업무집행으로 인하여 타인에게 손해를 가한 때에는 회사는 대표이사와 연대하여 손해를 배상할 책임을 부담한다(상법 제389조 3항, 제210조). 동조는 회사의 불법행위책임을 정한 규정으로 이해되므로 대표이사의 위법행위가 있어야 하고 이는 대표이사의 고의 또는 과실에 의한 행위임이 요구된다. 결국 업무집행에 관한 대표이사의 과실은 이사로서의 의무 위반이 전제된다고 볼 수 있어, 회사의 불법행위가 이사의 선관주의의무와 어떠한 관계에 있는지도 문제될 수 있다. 우선 이사의 충실의무 위반은 자기 또는 타인의 이익추구로 회사에 손해를 발생케 하는 것이므로 충실의무위반과 회사의 불법행위는 관련성이 적다. 그러나 이사가 선관주의의무를 위반한 업무집행이 위법행위일 경우 선관주의의무의 위반이 과실을 구성하고 불법행위가 성립할 수 있으므로 선관주의의무와 불법행위는 관련될 가능성이 많다. 하지만 대표이사가 이사의 선관주의의무를 위반하였다고 바로 불법행위가 되는 것은 아니고 위법성을 구비하여야 하고 타인의 손해가 발생하여야 하므로 아주 일부만 회사의 불법행위로 포섭될 수 있다. 그리고 회사의 불법행위가 성립할 경우 위법성이 전제되므로 경영판단원칙은 당연히 적용되지 않는다.

(4) 선의의무(duty of good faith)와의 관계

Disney 판결[143]에서 문제가 된 이사의 선의의무는 우리 회사법상 생소한 개념이다. 동 의무가 특히 델라웨어주 회사법이 이사의 주의의무 위반에 대한 책임에 관해 정관에 면책(exculpation)조항을 둠으로 면책될 수 있도록 한 주법의 개정과 이를 정관에 반영한 각 회사의 움직임에 대한 반작용으로 이해할 수 도 있다.

142) 정경영, 앞의 책, 105면.
143) In re Walt Disney Co. Derivative Litig., 907 A.2d. 693(Del. Ch. 2005).

즉 회사의 정관에 면책규정을 두었더라도 이사가 선의의무를 위반한 경우에는 이사의 책임은 면책되지 않는다고 해석되어, 결과적으로 이사의 주의의무 위반이 다시 문제될 가능성을 높이고 있다. 그러나 동 판결 전에도 이미 이사의 주의의무 또는 충실의무를 구체적으로 개념정의함에는 항상 선의성을 요구하고 있어 선의의무 또는 선의성은 의무이행의 기본적 심리상태로 이해된다. 즉 이사는 법령·정관을 준수하고 회사의 이익을 위하여 의사결정 또는 업무를 집행한다는 믿음이 바로 선의성을 의미하고 이는 이사의 주의의무, 충실의무에 전제된 개념으로 이해할 수 있다. 그리고 선의는 의도적 위반행위(intentional misconduct)와 관련된 드문 경우에 제한될 것이라 본다.[144] 우리 회사법상 선관주의의무나 충실의무를 해석함에 있어서도 법령·정관준수와 회사이익성에 대한 믿음이 없이 다른 의무이행의 요건을 갖춘 상태에서 의사결정 또는 업무집행을 하여 회사에 손해가 발생하였다면 이는 의무 위반으로 평가되리라 본다. 따라서 영미법상 선의의무는 우리 회사법상 이사의 의무와 구별되는 별도의 의무가 아니라 특히 선관주의의무의 기초가 되는 의무라 이해된다.

Ⅴ. 결어

영리사단법인인 회사 특히 주식회사의 이사는 회사에 대하여 선관주의의무를 부담한다. 이사의 선관주의의무는 법령을 준수하면서 회사의 이익형성에 기여할 의무로서, 다양한 정보를 수집하여 의사를 결정하고 이를 집행하면서 다른 이사의 업무집행을 감시할 의무를 포함하며, 이를 위반한 경우 이사의 회사에 대한 손해배상책임이 성립한다. 즉 이사의 선관주의의무의 이행여부는 손해배상책임을 물음에 있어 행위자 즉 이사의 과실로 포섭된다. 이 때 이사의 과실을 판단하는 기준은 유사한 상황에 있는 회사 이사의 평균적 능력을 기준으로 판단되는 성질 즉 객관(추상)성과 상대성(객관적·상대적 과실)을 가진다. 따라서 이사의 의사결정, 결정된 의사의 집행, 감시의무의 이행에 있어 회사에 손해가 발생한 경우 이사에게 선관주의의무 위반에 따른 과실이 있는지 여부는 유사한 규모의 회사에 평균적 능력을 가진 이사를 기준으로 판단한다. 만일 이사가 이러한 능력에 미흡하게, 부족한 정보에 근거하여 중요한 결정을 하였다든지, 법령·정관에 위반하였다든지, 회사의 이익을 추구한다는 믿음 없이 행동하여 회사에 손해가 발생하였

144) Julian Velasco, op.cit., p.703.

을 경우에는 이사는 선관주의의무를 위반한 것이 되고 자신의 무과실을 증명하지 못할 경우 손해배상책임을 부담한다.

이사의 손해배상책임의 요인이 되는 선관주의의무는 이해상충이 전제된 경우에 이사가 회사의 이익을 추구하여야 하는 의무인 충실의무와는 구별된다. 물론 충실의무를 이해함에 있어서도 선관주의의무가 배제되지 않는다는 점에서 양자가 별개의 의무는 아니고 관련되지만 충실의무는 선관의무와 적용영역, 의무의 취지, 경영판단원칙과의 관계 등에서 구별되는 의무이다. 법원이 선관의주의무를 엄격하게 해석하여 이사의 책임을 물을 경우 이사의 행위가 위축되어 회사와 주주의 이익에 반하는, 소극적 업무수행의 우려를 낮추기 위해 경영판단원칙의 도입이 필요하다고 본다. 하지만 법률의 규정 없이 이를 선관주의의무의 위반 요건을 중과실로 제한하거나 과실에 대한 증명책임의 전환이 생기는 원칙으로 해석하는 것은 적절하지 않고, 경영판단원칙의 취지를 고려하여 사실상의 증명책임의 전환으로 이해하는 입장이 타당하다고 본다.

이사의 선관주의의무에는 영미법상의 선의의무의 중요부분이 이미 포함되어 있다고 보며 상법이 별도의 규정을 두고 있는 비밀유지의무도 포함된다. 특히 최근 판례에서 많이 문제되는 이사의 감시의무 역시 선관주의의무의 한 부분으로 이해하여야 하고 선관주의의무에 관한 법리가 그대로 적용되어야 한다. 영미법에서도 이사의 책임을 묻기 위한 전제로서 이사의 주의의무는 해석상 위상의 변화가 없는 충실의무와 달리 계약주의자이론, 경영판단원익, 주법의 책임배제허용, 선의의무의 등장 등에 의해 그 위상이 변화되었다. 하지만 주식회사의 업무집행에 있어 회사의 이익 그리고 그 위임자인 주주의 이익보호를 위해 이사의 주의의무는 우여곡절을 겪으면서도 건재하고 있다고 판단된다. 우리 회사법에서 이사의 선관주의의무도 경영판단원칙이 등장하면서 다소 모호해진 것은 사실이지만, 동 원칙을 제한적으로 해석함으로써 크게 흔들리지 않았고 앞으로도 보다 선명하게 이사의 행동을 적적하게 제한하는 중요한 원리가 되리라 본다.

(논문투고일 : 2016.11.20, 심사개시일 : 2016.11.28, 게재확정일 : 2016.12.15)



정 경 영

선관주의의무, 충실의무, 신인의무, 경영판단원칙, 선의의무, 과실, 이사의 책임, 주의의무

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 국내 문헌

곽윤직 편저, 「민법주해」 박영사, 2001.
권기범, 「현대회사법론」 삼지원, 2005.
김정호, 「회사법」 법문사, 2012.
손주찬, 「상법(상)」, 박영사, 2002.
이기수, 「회사법」 박영사, 2009.
이철송, 「회사법」, 박영사, 2012
임재연, 「회사법Ⅱ」, 박영사, 2013.
장덕조, 「회사법」, 법문사, 2015.
정경영, 「상법학쟁점」, 박영사, 2016
정동윤, 「회사법」, 법문사 2000.
정영환, 「신민사소송법」 세창출판사, 2009.
정찬형, 「상법강의(상)」, 박영사, 2008
지원림, 「민법강의」 6판, 홍문사, 2007.
최준선, 「회사법」, 삼지원, 2007.
최기원, 「신회사법론」, 박영사, 2009.
김은정, 「이사의 신인의무와 경영판단의 원칙에 관한 연구 – 미국 판례와 법제를 중심으로 -」 성균관대학교 대학원 법학박사논문, 2010.
김정호, “회사법상 행위기준과 재고기준”, 「상사법연구」, 제30권 제3호 (2011)
문상일, “미국법상 이사 의무론의 전개와 신의의무의 독자성”, 「홍익법학」 제16권 제1호(2015).
박기령, “이사의 선관의무와 충실의무의 법사학적 기원에 관한 고찰”, 「상사법연구」 제30권 제2호 한국상사법학회, 2011.
유영일, “이사의 충실의무의 체계화에 관한 연구”, 「상사판례연구」 제26집 제4권 (2013) 324면.
이영철, “경영판단에 따른 이사의 법적 책임 여부에 대한 판단기준”, 「경영법률」 2015

이중기, “충실의무와 선관의무의 작동방식 : 충실의무의 선관의무 보충 역할에 대하여”, 「홍익법학」 제16권 제4호(2015).

정대, “미국 뉴욕주 회사법상의 은행 이사의 주의의무와 책임에 관한 연구”, 「법학연구」, 제55집 (2014)

Ⅱ. 외국 문헌

江頭憲治郎, 「株式會社法」 6版 有斐閣, 2015.

Curtis J. Milhaupt 編, 「米國會社法」 有斐閣, 2009.

Alan R. Palmiter, Corporations, Wolters Kluwer, 2015

Brenda Hanningan, Company Law(3rd), Oxford University Press, 2012

Edward P. Wlech et al., Folk on the Delaware General Corporation Law, Wolters Kluwer, 2016,

James D. Cox/ Thomas Lee Hazen, Corporations 2th, Aspen Pubishers, 2003,

Stephen M. Bainbridge, Corporate Law(3rd), Foundation Press, 2015

Julian Velasco, “A Defense of the Corporate Law Duty of Care”, Journal of Corporation Law, 2015. Spring,

Renee M. Jones, Michelle Welsh, “Toward a public Enforcement Model for Directors’ Duty of Oversight”, Vanderbilt Journal of Transnational Law, 2012. 3.

Robert Cooter & Bradley J. Freedman, “The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences”, 66 N.Y.U. L. REV. 045,

Sandra K. Miller/ Karie Kavis-Nozemack, “Toward Consistent Fiduciary Duties for Publicaly Traded Entities,” Florida Law Review, 2016. 1,

Simon Mortimore QC, Company Directors Duties, Liabilities and Remegies(2nd), Oxford University Press, 2013

Victor Brudney, “Contract and Fiduciary Duty in Corporate Law”, Boston College Law Review, July, 1997,

Abstract

The Duty of Care and Liability of Director in Corporation
- Focused on Comparative Legal Study on Corporate Law of US-

Gyung Young, Jung

The director of corporation has the duty of care to make decision or manage the corporation to the best interest of it. If a director breached this duty and incurred damage to the corporate, the negligent director would have liability for damages. From the perspective of 'duty and liability structure' in corporate law, the director's duty of care is not only the guidance of management but also a reviewing criterion of director's negligence. As for the duty of care as the guidance of management, it involves the observance of law and certificate of incorporation and diligence and the duty of good faith(under the belief to be the best interest of corporation).

As for the duty of care as the criterion of negligence, it has the standards for directorial behavior that a person in the like position would reasonably believe appropriate under similar circumstances, which means the standards with characteristics of objectivity and relativity. If a director breached the law or behaved without the belief that his behavior is to the best interest of corporation, the director should have the liability for damages of corporation.

The duty of loyalty addresses directors' conflicts of interest and requires directors to put the corporations's interests ahead of their own. Comparing the duty of care with the duty of loyalty, the former involves comprehensive efforts to the interest of corporation both positively and negatively. But the latter is premised on the conflict of interest between a corporation and a director and requires the director not to do

something against the corporation's interest, which means negative duty. And the duty of care encompasses the business judgement rule as a way to relieve the rigidity of the directors' liability and it relates to the negligence of director who is responsible for the damage of corporation.



Gyung Young, Jung

Duty of Care, Duty of Loyalty, Duty of Good Faith, Fiduciary Duty, Business Judgement Rule, Liability of Director

마약류 투약 사건과 공소사실의 특정

- 판례 동향의 분석 및 비판 -

민 만 기*

【목 차】

Ⅰ. 글머리에
Ⅱ. 모발감정의 원리
Ⅲ. 판례의 동향
1. 초창기 판례-모발감정 결과에 따른 개괄적 기재를 전면 인정
2. 모발감정 결과에 따른 개괄적 기재를 제한하는 판결의 등장
3. 모발 분할감정 등 가능한 한 최선의 특정 요구
4. 모발감정 결과 만에 기초한 공소사실 특정의 전면 부인
5. 새로운 기준의 제시-다른 투약 범행과의 구별 가능성
6. 소결
Ⅳ. 판례의 종합적 분석 및 전망
1. 종합적 분석
2. 전망
Ⅴ. 판례의 문제점과 해결 방안
Ⅵ. 맺는 글

【국 문 요 약】

공소사실의 기재는 범죄의 시일, 장소와 방법을 명시하여 사실을 특정할 수 있도록 하여야 하지만, 범죄의 성격에 비추어 그 시일에 관한 개괄적 기재가 부득이하며 또한 그에 대한 피고인의 방어권 행사에 지장이 없다고 보이는 경우에는 다소 불명확한 기재도 허용된다는 할 것이다.

공소장 특정과 관련하여 실무상 가장 문제가 되는 것은 마약류 투약 사건이다. 마약류 투약 범죄는 일반적으로 밀폐된 공간에서 은밀히 이루어지는 경우가 많기 때문에 피고인이 범행을 부인하거나 묵비하는 경우에 범행 일시, 장소, 방법 등에 관하여 어느 정도 개괄적 기재가 불가피하다.

우리 대법원은 애초에 마약류 투약 사건에서, 모발 감정결과에 따라 범행 일시를, 시료 채취일로부터 역산하여 1개월 내지 6개월 이내로 개괄적으로 기재하는

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 변호사.

것을 허용하였다. 그러나 이후 모발의 분할감정에 의하여 범행 기간을 최대한 좁게 특정할 것을 요구하다가, 최근에는 모발감정 결과 만에 기초한 공소사실의 특정을 전면적으로 부인하기에 이르렀다. 즉 대법원은 마약 투약 범행이 단기간에 반복적으로 이루어지는 점을 고려하여, 범행 기간 내의 다른 투약 범행과 구별할 수 있는지 여부로써 공소장 특정의 인정 여부를 결정해야 한다고 하여, 형벌권의 적정한 행사보다 피고인의 방어권 보장을 더 중시하는 입장을 취하게 된 것이다.

그러나 마약류 투약은 개인적 차원을 넘어 국민 건강 전체에 심대한 악영향을 미칠 수 있는 중대한 범죄로서, 모발감정 등에 의하여 범행이 명백히 인정됨에도 불구하고 공소사실의 불특정을 이유로 처벌을 면하게 하는 것은 대단히 불합리하다고 할 수 있다.

피고인이 공소사실로 적시된 범행 기간 내에 수차례 마약을 투약한 사실이 있음에도 검사가 부득이하게 1회의 행위 만에 대하여 기소한 경우에 피고인은 기소되지 아니한 다른 투약 범행에 대하여 부당하게 불 처벌되는 이익을 받게 된다. 그런데 피고인이 그 최소한 1회의 행위에 대하여 마저 공소사실의 불특정을 이유로 공소기각 된다면, 이는 간과할 수 없는 국가형벌권 행사의 공백이라고 하지 않을 수 없다.

피고인이 저지른 명백한 범행에 대하여 유죄판결을 받는다고 해서, 피고인의 방어권에 지장이 초래된 것으로 볼 수 없으며, 이중 기소·처벌의 문제도 발생할 여지가 없으므로, 마약류 투약 사건에서 범행 일시에 관하여 초창기 판결이 인정한 바와 같은, 어느 정도의 개괄적 기재가 허용되어야 할 것이다.

Ⅰ. 글머리에

공소사실의 기재는 범죄의 시일, 장소와 방법을 명시하여 사실을 특정할 수 있도록 하여야 한다.[1] 공소사실이란 범죄의 특별구성요건을 충족하는 구체적 사실로서[2] 법원의 심판 대상으로 된 범죄사실이다. 공소사실의 특정을 요구하는 것은 심판의 대상을 한정함으로써 재판의 능률과 신속을 꾀함과 동시에 방어의 범위를 특정하여 피고인의 방어권 행사를 쉽게 해 주기 위함이다.[3]

공소사실은 가능한 한 구체적으로 특정되어야 하지만, 공소사실의 특정을 지나치게 엄격하게 요구하면 검사의 공소제기와 유지에 지나친 부담을 줄 뿐만 아니라, 동적·발전적으로 변화하는 실체 형성의 특징에 비추어 볼 때 지엽말단의 점까지 그 특정을 고집할 수도 없다.[4] 또한 범죄의 성격에 따라서는 범죄의 일시, 장소, 방법 등에 관하여 개괄적인 기재가 불가피한 경우가 있다.

공소사실이 특정되지 아니하면 형사소송법 제327조 제2호의, '공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때'에 해당하므로 법원은 판결로써 공소기각의 선고를 하여야 하는바, 과연 공소사실은 어느 정도 특정되어야 적법하다고 할 것인가?

일반적으로 공소사실 특정의 정도와 관련하여 대법원은, ① 일시에 관하여는 이중기소나 시효에 저촉되지 않을 정도로 기재하면 되고[5] ② 장소에 관하여는 토지관할을 가늠할 수 있을 정도로, ③ 방법은 범죄 구성요건의 해당 여부 등의 식별이 가능한 범위 내에서, 위 세가지 특정요소를 종합하여 범죄구성요건에 해당하는 구체적 사실을 다른 사실과 식별할 수 있는 정도로 기재하여야 한다는 원칙을 제시하고 있다.[6]

다만 위 특정을 위한 요소 중 일부가 다소 불명확하게 적시되어 있다 할지라도 그 기재가 위에서 본 정도에 반하지 아니하고, 더구나 그 범죄의 성격에 비추어 그 시일에 관한 개괄적 표시가 부득이하며 또한 그에 대한 피고인의 방어권 행사에 지장이 없다고 보이는 경우에는 그 공소내용이 특정되지 않았다고 볼 수

1) 형사소송법 제254조 제4항.
2) 대법원 1984. 5. 22. 선고 84도471 판결.
3) 대법원 2000. 11. 24. 선고 2000도2119 판결.
4) 신동운, 신형사소송법(제5판), 법문사, 2014, 578-579면.
5) 대법원 2005. 6. 24. 선고 2005도1014 판결.
6) 심희기·양동철, 형사소송법(판례백선)(제3판), 홍문사, 2013, 292면.

없다 할 것이다[7]

공소사실의 특정과 관련하여 실무상 가장 문제가 되고 있는 것은 마약류 투약 사건이다. 마약류 투약 범죄는 일반적으로 밀폐된 공간에서 은밀히 이루어지기 때문에 목격자가 있기 어려울 뿐만 아니라 의존성이 매우 강해 단기간에도 계속적 사용 행위가 충분히 예상되는 범죄이다. 이와 같은 범죄의 특성 상, 모발 검사 결과 범행이 명백히 인정됨에도 불구하고 범죄자가 이를 묵비하거나 범행을 부인하는 경우 범행 일시, 장소, 방법 등에 관하여 어느 정도 개괄적 기재가 불가피하다.

공소사실의 특정에 관한 일반적 원칙은 마약류 투약 사건에도 당연히 적용되는 것이지만, 이와 같은 마약 범죄의 특성 상 다른 범죄에 비하여 공소사실의 개괄적 기재가 어느 정도 허용될 수밖에 없으며 이는 대법원 판결에 의하여도 인정되고 있다. 다만 개괄적 기재를 지나치게 폭넓게 허용할 경우 피고인의 방어권 행사에 지장을 초래할 수 있기 때문에[8] 개괄적 기재의 허용 범위를 한정할 수밖에 없다.

요컨대 마약류 투약 사건에서 어느 범위 내에서 공소사실의 특정을 인정할 것인가 하는 문제는 '국가형벌권의 적정한 행사(실체적 진실의 발견)'와 '피고인의 방어권 보장'이라는 형사소송법상의 기본 이념이 날카롭게 충돌하는 접점에 있으며, 양자의 조화로운 균형이 이루어져야 하는 부분이다.

애초에 우리 대법원은 마약류 투약 사건에서 공소사실의 개괄적 기재를 상당히 폭넓게 인정하는 입장이었으나, 점차 단계적으로 개괄적 기재를 제한하면서 피고인의 방어권 보장을 강화하는 방향으로 일관성 있게 나아가고 있는바, 이러한 방향성에 대하여는 기본적으로 공감하나, 자칫 마약류 투약 범죄에 대한 국가형벌권의 적정한 행사를 과도하게 제한할 수 있다는 점에서 우려되는 바가 있다.

본 논문에서는 모발감정 결과가 증거로 채택되기 시작한 시점부터 최근에 이르기까지 마약류 투약 사건의 공소사실 특정에 관한 대법원 판례의 동향을 살펴보고, 특히 최근 대법원의 견해를 대변하는 주요한 판결들에 대한 분석을 통하여

---

7) 대법원 1997. 8. 22. 선고 97도1211 판결.

8) 예컨대, 검사가 "피고인이 2014. 3. 초순경에서 같은 해 6. 초순경 사이에 서울 등 불상지에서 필로폰 불상량을 맥주에 타서 마시거나 1회용 주사기에 넣어 희석하는 방법으로 자신의 혈관에 주사하는 방법으로 투약하였다"라는 공소사실로 기소한 경우 피고인의 입장에서는 개괄적으로 기재된 기간 내의 어느 행위에 대하여 방어권을 행사하여야 하는지에 대하여 혼란이 생기며, 특히 알리바이의 입증은 사실상 불가능하게 된다.

현재 대법원이 마약류 투약 사건에서 공소사실의 특정과 관련하여 취하고 있는 입장 및 그에 대한 문제점과 해결 방안을 검토해 보기로 한다.

Ⅱ. 모발감정의 원리

모발분석은 마약류를 비롯한 각종 약물 성분의 체내 잔류 여부를 판정하는 방법의 하나이며, 소변검사의 보완책 또는 유효한 대체방법으로 사용된다.

일반적으로 약물을 정맥주사를 통해 복용하게 되면 직접 혈액으로 흡수되고, 그 이외의 방법으로서 경구나 (per oral) 코를 통해 흡입하게 되면 주로 장이나 폐, 점막 등을 통해 혈액으로 흡수되게 된다. 혈액 내의 약물은 혈액의 흐름에 따라 운반되어 약리작용을 일으키고, 대사과정(metabolism)을 통해 소변 등으로 배출되기 때문에 일반적으로 소변검사를 통해 약물 복용 여부를 감정하고 있다.[9] 그러나 소변검사에 의하여 약물이 검출이 되는 것은, 약물의 종류에 따라 다르지만, 보통 검출 가능 시점은 길어도 통상 1주일에서 10일 정도이고 메스암페타민의 경우 투약 후 3-4일이면 대부분 배출되기 때문에 투약 후 상당한 기간이 경과한 경우에는, 소변검사만으로 투약 여부를 확정할 수 없는바 여기에 소변검사의 한계가 있다.

모발감정과 약물 투약 시기의 추정 원리를 살펴보건대, 약물이 체내에 들어오면 대부분 소변, 분변, 피부, 호흡 등으로 배설되지만, 그 중 극히 일부가 신체 일부 조직에 흡착되는데, 모발의 경우 모근 부위의 모세혈관을 통한 확산 등 여러 경로를 통하여 모발에 흡착되고, 흡착된 약물은 대기 중 노출 등 여러 경로로 소실되기도 한다. 결국 모발감정은 이런 경로를 거쳐 모발에 잔존하는 약물의 성분을 추출하여 판정을 하게 된다. 메스암페타민의 경우 섭취된 약물이 모세혈관을 통하여 모공 내에 있는 모근에 흡수되고, 이것이 성장하여 각질화 되면서 혈액 중의 약물이 0.5ng/mg이상이어야 양성으로 판정한다. 한편 머리카락의 경우 1개월에 평균 1cm 정도 자란다는 전제하에(사람에 따라 0.8cm-1.3cm로 편차가 있다)양성 판정을 받은 사람의 머리카락의 길이(전량검사의 경우)나, 양성판정을 받은 머리카락의 부위(분할 검정의 경우)에 따라 투약시기를 결정하게 된다.[10]

---

9) 박용훈·원혜욱·김진영·민경철, “마약류범죄수사에서 모발감정 결과의 증거사용과 투약시기 추정형사정책연구 제19권 제3호(2008), 174면.

10) 양동철, “마약류 자기사용죄에 있어서의 공소사실의 특정-모발감정의 증거능력·증명력과 관련하여-” 경희법학 제44권 제1호(2009), 42면.

따라서 검사는 이러한 모발 감정결과 약물이 검출되었으나 피의자가 범행을 부인하거나 묵비하는 경우[11] 부득이 공소사실 중 범죄일시를 시료 채취일로부터 역산하여 1개월 또는 3개월 이내로 개괄적인 기재를 하게 되는 것이다.

Ⅲ. 판례의 동향

1. 초창기 판례-모발감정 결과에 따른 개괄적 기재를 전면 인정

인간 모발에 대한 감정은 1986년 이후 유기화합물을 양적으로 분리·분석이 가능한 가스크로마토그래피-질량분석기의 발전과 활용에 대한 연구가 진행되어 본격적인 학문의 발전을 이루게 되었으며 매우 낮은 농도에서도 특정 약독물의 선택적 확인이 가능하게 됨으로써 1993년 전후부터 우리나라에서도 마약류 투약 여부를 판정하기 위한 과학적인 수단으로서 본격 활용되어 왔다.[12]

마약류에 대한 모발감정 결과가 과학적 증거(scientific evidence)[13]로 인정되면서 우리 대법원은 모발감정 결과 양성 반응이 나왔을 경우 검사가 기소 당시의 증거에 의하여 가능한 한 특정한 것이라면 투약 시기를 모발감정 결과에 따라 추정되는 일정 범위 내로 기재하고, 장소를 특정 도시 또는 불상지로 기재하였다고 하더라도 공소사실의 특정에 장애가 되지 않는다고 판단하였다.

모발 감정 결과가 법원에 현출되기 시작한 초창기 대법원 판결들은, 모발감정 결과에 의하여 피고인의 마약 투약 사실이 인정되는 한 공소사실의 개괄적 기재를 최대한 허용하는 입장이었는바, [1994. 12. 9. 선고 94도1680] 판결이 이 시기의 대표적 판결이라고 할 수 있다. 위 판결에서 검사의, '피고인은 1993. 8. 중순 일자 불상경 인천 이하 불상지에서 히로뽕을 1회용 주사기에 넣고 증류수에 희석시킨 후 자신의 팔에 주사하여 이를 투약한 것이다'는 공소사실에 대하여 대

11) 대법원은 이러한 모발감정에 의해 메스암페타민 성분이 검출되었다는 국립과학수사연구소장의 사실회보가 있는 경우, 「그 회보의 기초가 된 감정에 있어서 실험물인 모발이 바뀌었다거나 착오나 오류가 있었다는 등의 구체적인 사정이 없는 한, 피고인으로부터 채취한 모발에서 메스암페타민 성분이 검출되었다고 인정하여야 하고, 따라서 논리와 경험의 법칙상 피고인은 감정의 대상이 된 모발을 채취하기 이전 언젠가에 메스암페타민을 투약한 사실이 있다고 인정하여야 할 것이다.」라고 판시하여 모발감정 결과에 대하여 증거능력 및 증명력을 인정하고 있다.(1994. 12. 9. 선고 94도1680 판결 등)

12) 박용훈·원혜욱·김진영·민경철, 위 논문 176-177면.

13) 과학적 증거는 혈액검사, 소변검사, 모발검사, DNA검사 등에 의한 테스트 결과가 이에 해당하는바, 모발감정 결과에 대하여 증거능력을 부여하는 기준에 대한 자세한 논의는 박상열, "마약사용자의 모발분석과 그 증거법적 함의- 미국의 경우" 비교형사법연구 제4권 제2호(2002) 참조.

법원은, 범행일시로 적시된 '1993. 8. 중순 일자 불상경'이 검사의 막연한 추측에 의한 기재로서 실제 범죄사실과 부합된다고 보기 어려우나, 「모발에 대한 감정을 실시한 결과 모발에서 메스암페타민 성분이 검출되어 피고인이 메스암페타민을 투약한 사실이 판명된 경우에도 피고인이 그 투약사실을 부인하는 경우, 검사로서는 그 투약의 시기 및 장소를 구체적으로 밝힐 증거를 확보하기란 용이하지 않은 점을 고려할 때, 검사가 기소 당시의 증거에 의하여 가능한 한 특정한 것이라면, 위와 같이 시일을 일정 범위의 기간 내로 기재하고 장소를 '인천 또는 불상지'라고 기재하였다고 하더라도, 범죄의 특성상 공소사실이 특정되어 있다고 보아야 할 것이다.」고 판시하였다. 이는 피고인의 모발감정에서 메스암페타민이 검출될 가능성이 있는 메스암페타민 투약기간의 범위를 범행일시로 적시한 경우에도 공소사실이 특정된 것으로 인정할 수 있다는 원칙을 분명히 한 것으로서, 피고인의 방어권 보장보다는 국가형벌권의 적정한 행사에 방점을 둔 입장이라고 할 것이다. 초창기 다수의 판례는 모발감정에 기하여 범죄일시를 '6개월 정도의 장기간', 장소를 '피고인의 주거지 등', 방법을 '일반적인 마약류의 사용방법으로' 기재하는 것을 허용하였다[14]

심지어 어떤 판결[15]은 '피고인이 1988.7. 중순 일자불상경부터 1989.2. 중순 일자불상경까지 사이에 1회용 주사기로써 암페타민을 팔에 주사하는 방법으로 모두 4회에 걸쳐 향정신성의약품을 투약하였다'는 공소사실에 대하여 공소사실이 특정된 것이라고 판단하였는바, 이는 마약류 투약 범행이 실체적 경합범에 해당한다는 점마저 간과하여 피고인의 방어권 보장을 지나치게 경시한 판결이라고 할 수 있다.

2. 모발감정 결과에 따른 개괄적 기재를 제한하는 판결의 등장

그런데 이후 대법원은 〔1999. 6. 11. 선고 98도3293 판결〕에서, 「'피고인은 1996. 7. 내지 10. 일자 불상경 장소 불상에서 불상의 방법으로 메스암페타민 불상량을 사용하였다'는 것과 같은 기재만으로는 형사소송법 제254조 제4항의 요건에 맞는 구체적인 사실의 기재라고 볼 수 없다」고 판시함으로써, 기존에 폭넓게 허용하던 개괄적 기재의 범위에 제한을 가하기 시작하였다.

---

14) 양동철, 앞의 논문 50면.
15) 대법원 1989.12.12. 선고 89도2020 판결

그리하여 위 판결 이후로, 대법원은 〔2000. 11. 24. 선고 2000도 2119 판결〕에서 '검사가 단지 길이 4~7㎝인 피고인의 모발을 대상으로 가스크로마토그라피/질량분석법에 의한 실험을 한 결과 메스암페타민 양성반응이 나왔다는 국립과학수사연구소의 감정 결과만에 기초하여 위 정도 길이의 모발에서 메스암페타민이 검출된 경우 그 사용가능한 기간을 체포시로부터 역으로 추산한 다음 그 전 기간을 범행일시로 하고, 위 기간 중의 피고인의 행적에 대하여도 별다른 조사를 하지 아니한 채 피고인의 주거지인 의왕시를 범행 장소로 하여 공소를 제기한 경우 공소사실이 특정된 것이라고 할 수 없다.' 판시한 것을 비롯하여 모발감정에 기하여 범행 일시를 4-6월로 기재한 공소사실에 대하여 불특정을 이유로 기각한 바 있다.[16]

3. 모발 분할감정 등 가능한 한 최선의 특정 요구

모발 구분감정[17] 기술이 발달함에 따라 대법원은 「피고인의 모발에서 메스암페타민이 성분이 검출되었다는 감정서가 증거로 제출되어 있고, 피고인이 그 투약 사실을 부인하는 경우에는 검사가 모발을 성장기간 별로 구분하여 투약시기를 세분한 모발감정 결과에 기초하거나 피고인의 행적 등 다른 증거들에 의하여 모발감정에서 마약 성분이 검출될 수 있는 기간의 범위 내에서 투약 시기를 가능한 한 최단 기간으로 특정하고, 장소도 토지 관할의 구분이 가능할 정도로 특정하고 있다면 그 시기, 장소, 방법, 투약량 등을 불상으로 기재하더라도 공소사실이 특정되었다고 보아야 할 것이다」라고 판시함으로써[18] 공소사실 특정에 관한 새로운 기준을 제시하기에 이르렀다.

이는 모발 분할감정이 아닌 전체감정 결과만으로도 양성반응이 현출되었다면 해당 모발의 길이에 따른 시기 추정의 방법으로 공소사실이 특정된 것으로 보았던 과거의 입장과 달리, 모발 구분 감정 등 '가능한 한 기소 당시의 증거에 의하여 공소사실의 특정'이라는 새로운 기준을 제시한 것이라 할 수 있다.

이 판결에 즈음하여, 검찰에서도 모발감정의 방법을 개선하여 채취한 모발을

16) 대법원 2000. 4. 28. 선고 2000노638 판결, 대법원 2000. 10 27. 선고 2000도3082 판결, 대법원 2001. 4. 27. 선고 2001도506 판결 등.

17) 마약류 사용 시기를 구체적으로 추정하기 위하여 모발을 세분하여 감정하는 분할감정이 시행되는 경우가 많은데 우리나라에서 보통 분할감정은 모근으로부터 3cm씩 절단하여 12cm까지 분할하여 분석을 시행한다

18) 2001. 1. 30. 선고 2000도3111 판결.

세부적으로 분리하여 마약류 양성 반응이 나타난 부분과 모발의 성장 속도를 감안하여 사용 시기를 최대한 특정하고, 장소도 휴대전화 위치추적, 출입국 사실증명 등의 확인으로 피고인의 행동반경을 최대한 줄여 공소사실을 특정하려는 노력을 보였다.[19]

그리하여 위 2000도3111 판결[20] 이후 대법원은, 모발의 분할감정을 통하여 투약시기를 세분하여 공소사실을 적시한 경우 원칙적으로 공소사실이 특정되었다고 판단하였는바, [2000. 11. 14. 선고 2000도3798 판결],[21] [2003. 6. 27. 선고 2003도866 판결][22], [2005. 6. 24. 선고 2005도2667 판결],[23] 등이 여기에 해당한다.

이 시기 대법원 판결의 특징은 모발의 분할감정 결과에 따라 투약 시기를 가능한 한 세분하였는지 여부를 살펴 공소사실의 특정 여부를 판단하고, 분할감정을 하지 않았더라도 출소일 이후 등으로 투약시기를 좁혀 범죄 시일을 기재한 경우에는 분할감정에 준하여 특정을 인정한다는 것이다. 따라서 대법원은 2005도7465 사건 등과 같이 모발 분할 감정에 의하지 않고 그 감정결과에 기초하여 범죄 시일을 기재하거나[24] 2006도3912 사건과 같이 경합범 관계에 있는 수개의

---

19) 양동철, 앞의 논문 51-52면.

20) 위 사건에서 대법원은, '피고인이 2003. 6. 중순경부터 같은 해 9. 초순경까지, 같은 해 9. 중순경부터 같은 해 12. 초순경까지, 같은 해 12. 중순경부터 2004. 3. 초순경까지, 각 대구 일원에서 향정신성의약품인 메스암페타민(속칭 필로폰) 불상의 양을 불상의 방법으로 투약하였다.'는 공소사실에 대하여 대법원은 「향정신성의약품 관련 범죄의 특성상, 피고인의 모발에서 메스암페타민 성분이 검출되었다는 감정서가 증거로 제출되어 있고 피고인이 그 투약사실을 부인하는 경우에는, 검사가 모발을 성장기간 별로 구분하여 투약시기를 세분하여 감정한 모발감정 결과에 기초하거나 피고인의 행적 등 다른 증거들에 의하여 모발감정에서 성분이 검출될 수 있는 기간의 범위 내에서 투약시기를 가능한 한 최단기간으로 특정하고, 장소도 토지관할의 구분이 가능할 정도로 특정하고 있다면, 그 시기·장소·방법·투약량 등을 불상으로 기재하더라도 공소사실이 특정되었다고 보아야 할 것이다」라고 판시하였다.

21) '피고인이 1998. 9. 2.(형 집행을 마치고 출소한 다음날)부터 1991. 1. 하순경까지 사이에 서울 이하 불상지에서 분량 미상의 메스암페타민을 불상의 방법으로 투약하였다'라는 공소사실에 대하여 특정을 인정(모발 분할감정을 하지는 않았으나, 출소일 이후로 기간을 제한하여 특정한 점이 고려된 것으로 보인다.)

22) '피고인이 2003. 10. 1.부터 2004. 3. 7. 사이에 충주시 제천시 이하 불상지에서 메스암페타민 불상량을 불상의 방법으로 투약하였다'는 공소사실에 대하여 특정을 인정(모발을 3cm 간격으로 분할하여 감정)

23) '피고인이 2004. 4. 21.(형 집행을 마치고 출소한 다음날) 경부터 같은 해 6. 16. 경 사이에 인천시내에서 메스암페타민 0.03밀리그램 정도를 주사하거나 음용하는 방법으로 투약하였다'는 공소사실에 대하여 특정을 인정(모발 분할감정을 하지는 않았으나, 2004. 6. 23. 및 같은 해 8. 11. 2차례에 걸쳐 모발을 채취하여 제1회 채취한 4cm 가량의 모발에서 양성반응이 나왔고, 제2회 채취한 모발에서는 음성반응이 나온 것을 기초로 기간을 산정한 사례로서 분할감정과 동일한 것으로 판단한 것으로 보인다.)

투약 범죄에 대하여 전혀 특정이 되어 있지 않고 막연히 '수회 투약하였다'라고 만 적시한 경우에는[25] 공소사실을 특정을 인정하지 아니 하였다.

4. 모발감정 결과 만에 기초한 공소사실 특정의 전면 부인

그러나 2005년 말경에 이르러 대법원은 피고인의 모발을 대상으로 검사를 한 결과 필로폰 양성반응이 나왔다는 감정결과 만에 기초하여 그 정도 길이의 모발에서 필로폰이 검출된 경우 그 투약 가능한 기간을 역으로 추산한 것이고 투약량이나 투약 방법 역시 마약 복용자들의 일반적인 통례이거나 피고인의 종전 전과에 나타난 투약 량이나 투약 방법을 근거한 것에 불과하며, 그 투약의 장소마저 위와 같이 기재한 것만으로는 형사소송법 제254조 제4항의 요건에 맞는 구체적 사실의 기재라고 볼 수 없으므로 그 공소사실이 특정되었다고 볼 수 없다고 판시함으로써[26] 모발의 전체감정은 물론 분할감정 결과에 따라 투약시기를 최대한 세분하여 공소사실을 적시하였다고 할지라도 모발감정 결과만으로는 공소사실의 특정을 인정할 수 없다는 입장으로 선회하였다.

즉 과거 대법원 판례의 입장은 모발을 3cm 간격으로 분할하여 감정하고, 이에 따라 투약 시기를 3개월 정도의 범위 내로 특정하여 공소 제기한 경우 대체로 공소사실의 특정을 인정하였으나, 이제 모발감정 결과 만에 의한 범행시일의 개괄적 기재를 더 이상 허용하지 아니하겠다는 입장을 선언한 것이다.

---

24) 대법원 2005. 12. 9. 선고 2005도7465 판결. 위 사건에서 '피고인은 마약류취급자가 아님에도 불구하고 2004. 11. 14.경부터 2005. 2. 4.경까지 사이에 군산이 이하 번지 불상지에서 향정신성의약품인 메스암페타민(속칭 '필로폰') 약 0.05그램 내지 0.1그램을 1회용 주시기에 넣고 생수에 희석한 뒤 왼쪽 팔뚝에 주사하거나 음료에 타서 마시는 방법으로 투약하였다'는 공소사실에 대하여 대법원은,「위 공소사실에 기재된 범행일시는 피고인의 모발을 대상으로 실험을 한 결과 필로폰 양성반응이 나왔다는 감정 결과만에 기초하여 그 정도 길이의 모발에서 필로폰이 검출된 경우 그 투약가능한 기간을 역으로 추산한 것이고, 투약량이나 투약방법 역시 마약복용자들의 일반적인 통례이거나 피고인의 종전 전과에 나타난 투약량과 투약방법을 근거로 한 것에 불과하며, 그 투약의 장소마저 위와 같이 기재한 것만으로는 형사소송법 제254조 제4항의 요건에 맞는 구체적 사실의 기재라고 볼 수 없으므로, 이 사건 공소는 그 공소사실이 특정되었다고 할 수 없다.」라고 판시하였다.

25) 대법원 2006. 4. 28. 선고 2006도391 판결. 위 사건에서 '피고인이 마약취급자가 아니면서 2005. 3. 15.경부터 같은 해 4. 10.경까지 사이에 일시불상경 진해시내 일원에서 필로폰 불상량을 불상의 방법으로 수회 투약하였다'는 공소사실에 대하여 대법원은,「이는 필로폰의 투약회수와 투약방법이 특정되지 아니한 것이고(경합범 관계에 있는 투약범죄의 개수도 특정되지 아니하였다), 그 투약의 일시와 장소를 위와 같은 정도로 기재한 것만으로는 형사소송법 제254조 제4항의 요건에 맞는 구체적 사실의 기재라고 볼 수 없으므로, 이 사건 공소부분은 그 공소사실이 특정되었다고 할 수 없다」고 판시하였다.

26) 대법원 2005. 12. 9. 선고 2005도7465 판결.

모발감정 결과에 따라 피고인의 마약 투약 사실이 인정되기만 하면 투약 시기를 6개월 이상의 장기간에 걸친 것으로 적시하더라도 공소장의 특정을 인정해 온 대법원이, 투약 시기를 1-2개월 정도의 비교적 좁은 범위 내로 범위를 좁혀 적시한 경우에도 공소사실의 특정을 부인한 근거는 무엇인가?

〔2005. 6. 24. 선고 2005도2667 판결〕에서 대법원은 '피고인은 마약류 취급자가 아님에도 2004. 9.경에서 10.경 사이 대구 달성군 등지에서, 메스암페타민 약 0.03g을 1회용 주사기에 넣고 물과 희석한 다음 피고인의 팔에 주사하는 방법으로 이를 투약하였다'는 공소사실에 대하여, 「메스암페타민 투약시기에 관한 위와 같은 기재만으로는 피고인의 방어권 행사에 지장을 초래할 위험성이 크고, 단기간 내에 반복되는 공소 범죄사실의 특성에 비추어 볼 때 위 투약시기로 기재된 위 기간 내에 복수의 투약 가능성이 농후하여 심판대상이 한정되었다고 보기도 어렵다고 할 것이니, 이러한 공소사실의 기재는 특정한 구체적 사실의 기재에 해당한다고 볼 수 없어 형사소송법 제254조 제4항에 정해진 요건을 갖추지 못한 것이므로, 이 부분 공소는 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효라고 할 것이다.」라고 판시 하였다.

즉 대법원은 마약 투약 범행이 단기간에 반복되는 특성으로 인하여 범행일시로 적시된 기간 내에 복수의 투약 가능성이 상당하므로 그 중 어느 투약행위를 기소한 것인지 불분명하여, 심판대상이 한정되었다고 보기 어려우며, 이로 인하여 피고인이 방어권이 침해될 가능성이 농후하다는 것이다. 이는 결국 애초에 우리 대법원이 피고인에 대한 형벌권의 적정한 행사를 강조하던 입장에서 피고인의 방어권 보장이라는 적법 절차를 더 중시하는 방향으로 선회하였음을 의미한다.

한편 대법원의 이러한 입장 변화의 근본적인 원인은 최근 모발 검사 결과에 대한 기존의 절대적인 신뢰에서 한 발 후퇴한 것에서도 확인할 수 있는바, 〔2005. 6. 24. 선고 2005도2667 판결〕에서 「마약류 투약사실을 밝히기 위한 모발감정은 그 검사 조건 등 외부적 요인에 의한 변수가 작용할 수 있고, 그 결과에 터 잡아 투약가능기간을 추정하는 방법은 모발의 성장속도가 일정하다는 것을 전제로 하고 있으나 실제로는 개인에 따라 그 성장속도에 적지 않은 차이가 있고, 동일인이라도 모발의 채취 부위, 건강상태 등에 따라 편차가 있으며, 채취된 모발에도 성장기, 휴지기, 퇴행기 단계의 모발이 혼재함으로 인해 그 정확성을 신뢰하기 어려운 문제가 있다.」라고 판시하여, 모발감정에 따른 투약 시기 추정에 대하여 근본적인 의문을 던지고 있는 것이다.[27]

이는 결국 모발감정(전체감정이든 분할감정이든)에 따라 투약 가능한 기간을 역산하여 범행일시를 일정한 기간 내로 적시한 경우 이를 전적으로 신뢰할 수는 없다는 입장을 천명한 것이다. 그렇다면 마약류 등 투약 사건에서, 모발 감정결과 과거 어느 시점에 투약 사실이 명백히 인정됨에도 불구하고 피고인이 범행을 부인하거나 묵비하는 경우, 어떻게 공소사실을 특정할 것인가?

마약류 투약 죄는 이른바 실체적 경합범으로서, 투약 행위마다 1개의 죄가 성립하고, 마약류는 습관성 때문에 대부분 짧은 기간 내에 다수의 투약 행위를 반복하는 것이 일반적이므로, 공소사실에 적시된 일시나 장소가 개괄적인 경우 공소사실에 기재된 투약 행위와 그 즈음의 가능성 있는 다른 투약 행위와 구별할 수 없게 된다.

결국 법원의 입장에서는 심판의 대상이 한정되지 않을 뿐만 아니라, 특히 같은 기간 내의 다른 투약 행위가 공소 제기된다면 이중 기소에 해당하는지 여부가 문제되고, 실체 판결이 확정된 경우 기판력이 미치는 것인지에 대한 의문도 생긴다. 한편 피고인의 입장은 공소사실의 일시로서 개괄적으로 기재된 기간 내의 어느 투약 행위에 대하여 방어권을 행사하여야 하는지에 대하여 혼란이 생기게 되고, 특히 알리바이의 입증은 사실상 불가능하게 된다.[28]

그리하여 최근 대법원 판결의 동향은, 모발 분할감정 결과만을 근거로, 3개월 정도의 기간으로 투약 시기를 추정하고 이에 기하여 개괄적으로 공소사실을 적시한 경우 공소사실의 특정을 인정하지 않을 뿐만 아니라 검사가 모발감정 결과에 더하여 추가적 증거에 의하여, '가능한 한 특정'으로 투약 시기를 1개월 이내로 좁힌 경우에도 공소사실의 특정을 부인하고 있다.[29]

5. 새로운 기준의 제시- 다른 투약 범행과의 구별 가능성

결국 마약류 투약 사건에서 공소사실의 특정 여부에 관한 가장 최근의 법원 입장은, 공소사실에 적시된 범행 일시를 기간적으로 얼마나 좁히느냐의 문제가 아니라, 공소사실에 적시된 특정한 투약 행위가 피고인의 다른 투약행위와 구별

27) 위 판결은 모발 감정결과에 따른 투약 시기의 추정에 대하여 의문을 표시하고 있을 뿐 투약 자체를 의심한 것은 아니며 이후의 판결들도 모발 감정에 의한 투약 사실 인정에 대하여는 확고한 입장을 취하고 있다(대법원 2008. 2. 14. 선고 2007도10937판결 등)

28) 심희기·양동철, 앞의 책, 313면.

29) 대법원 2006. 4. 28. 선고 2006도391 판결(위 판결의 내용은 각주 25. 참조.

할 수 있느냐의 문제로 귀결된다고 볼 수 있다.[30]

예컨대 검사가 공소사실에서 범행 일시를 1개월 이내로 좁혀 특정하였다고 할지라도 그 기간 안에 피고인이 마약 투약 행위를 반복하였을 가능성이 있다면, 다른 투약 행위와 구별이 불가능하게 되어 공소사실이 특정되었다고 볼 수 없는 반면, 그 기간이 비록 1개월 이상에 걸쳐 있더라도 모발 감정결과 외에 목격자 진술 등 다른 사정에 의하여 공소 제기된 투약 행위가 동 기간 내에 유일하거나, 유일하지 않을 수 있다고 하더라도 동 기간 내의 다른 투약 행위와 구별될 수 있다면 공소사실이 특정된 것으로 본다는 것이다.

그렇다면 공소 제기하다 투약 범행이 피고인의 다른 투약 행위와 구별될 수 있는 계기는 무엇인가? 최근에 나온 우리 대법원 판결을 통하여 법원의 구체적 판단 기준을 살펴보자.[31]

가. [대법원 2011. 2. 10. 선고 2010도16361 판결]

(1) 사건 개요

제보자의 제보 내용은, "2010. 4. 하순경 피의자와 통화하였는데, 당시 피의자가 '약 2달 전에 필로폰을 투약했는데 모발감정에서 검출되겠느냐?' 라고 물었다"는 것이었고 2010. 4. 27. 피의자로부터 채취한 길이 3cm 가량의 모발에서 필로폰 양성 반응이 나왔던 바, 제보자의 진술과 모발 필로폰 감정결과, 휴대폰 발신기지국에 기초하여 검사는 "피고인은 2010. 2경 부산, 양산 등 경남 지역 일원에서 향정신의약품인 메스암페타민 약 0.03g을 액체에 용해시킨 다음 일회용 주사기로 주사하는 방법 또는 음료에 타 마시는 방법으로 이를 투약하였다"는 공소사실로 기소하였다.

(2) 판결 내용

대법원은 「이 사건의 경우 피고인이 공소사실을 부인하고 있고, 소변감정 결

30) 2011.6.9. 선고 2011도3801 사건에서, 대법원은 「"피고인은 마약류 취급자가 아님에도 불구하고 2010년 2월 초순경부터 2010. 4. 18.경 사이에 진주시 이하 불상지에서 향정신성의약품인 메스암페타민(일명 필로폰) 약 0.03g을 생수에 타서 마시거나 일회용 주사기를 이용하여 이를 투약하였다."라는 것이다. 그러나 메스암페타민의 투약시기에 관한 위와 같은 기재만으로는 피고인의 방어권 행사에 지장을 초래할 위험성이 크고, 단기간 내에 반복되는 이 사건 공소 범죄사실의 특성에 비추어 볼 때 위와 같이 투약시기로 기재된 위 기간 내에 복수의 투약가능성이 농후하여 심판대상이 한정되었다고 보기도 어렵다.」고 판시하였다.

31) 이하 언급하는 판례들은 모두 미공간된 것으로, 이성일, "마약류 투약사건의 공소사실 특정 및 가명조서의 제보자 진술 특정 정도", 법학연구, Vol 9 No2, 2014, 4-11면으로부터 인용하였다.

과 메스암페타민 반응이 음성으로 검출된 데다가 위 공소사실과 같은 범죄행위의 성격을 고려해 볼 때, 위 공소사실과 같이 투약의 시점을 2010. 2.경으로만 기재하여 그 일시가 상당한 기간에 걸쳐 있고 투약의 장소도 구체적이지 않은 막연한 내용으로 되어 있다면, 그런 기재만으로는 피고인이 적정한 방어권을 행사하는데 커다란 지장을 받을 수 있다고 보인다」라고 판시하였다.

(3) 검토

이 사건에서 모발검사 결과 양성 반응이 나왔기 때문에 투약 시기를 3개월 정도의 범위로 추정할 수 있었으나, 검사는 제보자의 진술을 토대로 투약시기를 더욱 특정하여, 1달 정도로 범위를 좁혀 특정하였음에도 불구하고 법원은 공소사실이 특정되지 않은 것으로 판단하였다.

전술한 바와 같이 우리 대법원은, 1달 이내로 투약 시기를 특정하여 범죄일시를 적시한 경우에도 공소사실의 특정을 부인하는 입장이었기 때문에[32], 범죄일시를 '2010. 2.경' 으로 적시하였다고 하더라도 공소사실이 특정된 것으로 인정되기 어려웠을 것이다. 다만 이 사건에서는 피의자로부터 '약 2달 전에 필로폰을 투약하였다' 말을 들었다는 제보자의 진술을 기초로 범행 일시를 특정하였으므로, 단순한 모발감정 결과에서 한 걸음 더 나아간 구체적인 특정이 있었다고 볼 수 있으나, 법원은 위 범죄 사실이 범행 일시로 기재된 위 기간 내에 있을 수 있는 다른 투약 범행과 뚜렷이 구별될 수 없다고 본 것이다.

나. [대법원 2011. 2. 24. 선고 2010도15403 판결]

(1) 사건 개요

제보자의 제보 내용은, '2010. 3. 22. 내지 3. 23. 피의자를 만났는데, 피의자가 마약에 취한 상태였다'는 것이고, 2010. 3. 26. 피의자로부터 약 6cm의 모발을 채취하여 3cm씩 분할하여 감정하였으며, 모발 전체에서 필로폰 양성반응이 나왔는바, 검사는 제보자의 진술과 모발감정 결과, 휴대폰 발신 기지국 위치에 기초하여, '피고인은 2010. 3. 하순경 부산 동구 내지 부산진구 이하 구체적인 장소를 알 수 없는 곳에서 향정신의약품인 메스암페타민 약 0.03g을 액체에 용해시킨 다음 일회용 주사기로 주사하는 방법 또는 음료에 타 마시는 방법으로 이

32) 대법원 2006. 4. 28. 선고 2006도391 판결(위 각주 25.)

를 투약하였다'는 공소사실로 기소하였다.

(2) 판결 내용

위 공소사실에 대하여 제1심 법원은 공소사실이 특정되지 않았다는 이유로 공소기각의 판결을 선고하였으나, 항소심은 '①피고인에 대한 모발 분할감정 결과, ②제보자가 피고인이 길거리에서 술에 취한 사람처럼 횡설수설하는 것을 보고 경찰에 신고한 점, ③모발감정 결과와 제보자의 진술 등을 토대로 범행 기간을 2010. 3. 하순경으로 기재하여 가능한 한 단기간으로 특정한 점(피고인이 2010. 3. 26. 폭력 사건으로 체포된 사실까지 고려하면 위 공소사실의 범행기간인 2010. 3. 하순경의 실질적인 의미는 2010. 3. 21.부터 같은 달 3. 26까지로 해석된다), ④범행 횟수도 1회로, 투약 량을 통상의 1회 투약 량인 0.03g을 각 한정한 점 등에 비추어 공소사실은 기소 당시의 증거에 의하여 최대한 특정된 것으로 볼 수 있고 피고인의 방어권 행사에 지장을 초래한다고 보이지 않는다. 고 판시하였으며, 대법원도 피고인의 상고를 기각하였다.

(3) 검토

위 사건은 범행 일시를 10일 정도의 범위로 적시하였다는 점에서 1달 정도의 범위로 특정한 위 대법원 2010도16361 사건과 크게 다르다고 할 수 있다.

그 뿐만 아니라 위 사건에서는, 술도 마시지 않은 피고인이 길거리에서 술 취한 사람처럼 횡설수설하는 것을 직접 목격한 제보자의 진술이 있었고, 제보자의 진술을 토대로 투약 일시를 실질적으로 2-3일 정도의 범위로 특정할 수 있었다는 점에서 모발 감정에 더하여 범행일시를 상당히 구체화시킬 수 있던 명확한 증거가 존재하였던 상황이다.

위 대법원 2010도16361 사건에서도 '피고인과의 전화 통화에서 피고인이 약 두 달 전에 필로폰을 투약했다는 말을 들었다'는 제보자의 진술이 존재하였으나 피고인과의 통화시점 자체가 2010. 4. 하순경으로서 다소 모호하고, 피고인이 필로폰을 투약했다는 일시도, '약 두 달 전이라고 들었다'는 제보자의 진술만으로 투약 시기를 정밀하게 특정하기에 다소 문제가 있다.

다. [대법원 2014.10.30. 선고 2014도6107 판결]

(1) 사건 개요

위 사건에서 피고인은 공소외 1과 공모하여, 미성년자인 공소외 2에게 필로폰을 투약하였는바, 이 사건 공소사실은, '피고인은 2010. 1월에서 3월 사이 일자 불상 03:00경 서산시 소재 상호불상의 모텔에서, 공소외1과 공모하여 청소년인 공소외 2(여, 당시 17세)에게 향정신성의약품인 메스암페타민(이하 '필로폰'이라 한다)을 투약하기로 마음먹고, 위 공소외 1은 불상의 경위로 소지한 필로폰 불상량을 일회용 주사기에 담아 생수로 희석한 다음, 공소외 2의 팔에 주사하였다. 이로써 피고인은 공소외 1과 공모하여 위와 같이 공소외 2에게 필로폰을 투약하였다'는 것이다.

(2) 판결 내용

① 피고인이 필로폰 투약사실을 부인하고 있고 그에 관한 뚜렷한 증거가 확보되지 않았음에도 모발감정 결과에 기초하여 그 투약 가능 기간을 추정한 다음 개괄적으로만 그 범행시기를 적시하여 공소사실을 기재하게 되면 감정의 정확성을 신뢰하기 어렵다는 문제와 감정 결과에 기초한 투약 가능 기간이 오랜 기간 걸쳐 있는 경우가 많다는 마약류 투약범죄의 특성상 그 기간에 여러 차례 투약했을 가능성이 있다는 점 때문에 피고인의 방어권 행사에 지장을 초래할 수 있고 이중기소 여부나 일사부재리의 효력 범위를 판단함에 있어 곤란한 문제가 발생할 수 있어 그 공소내용이 특정되었다고 볼 것인지는 매우 신중히 판단하여야 하겠으나, 이 사건 공소사실은 투약 대상인 공소외 2의 진술에 기초한 것이라는 점에서 피고인에 대한 모발 등의 감정결과에만 기초하여 공소사실을 기재한 경우와는 달리 볼 필요가 있다.

② 이 사건 공소사실에서 범행 일시가 2010. 1.부터 같은 해 3.까지로 다소 개괄적으로 기재된 것은 사실이지만, 피고인이 혼자 은밀한 공간에서 마약류를 투약하는 경우와 비교하여 보면 이 사건은 새벽 3시경에 서산에 있는 모텔에 피고인이 공범 공소외 1과 청소년이자 여성인 공소외 2와 함께 투숙하였고 공소외 1이 공소외 2에게 필로폰을 주사하였다는 구별되는 사정이 존재한다.

③ 공소외 2는 2012. 12.에 이르러서야 경찰에서 2012. 7.과 2012. 9.에 공소외 1 등과 함께 필로폰을 투약한 행위로 조사받으면서 그때로부터 2년 전에 있었던 이 사건 공소사실 범행을 처음 필로폰을 접하게 된 계기가 된 사건이라고

자백하게 된 것이다.

④ 원심이 유지한 제1심이 적법하게 채택한 증거에 의하면, 공소외 2는 이 사건 당시 연인 관계였던 피고인 및 피고인의 친구인 공소외 1과 서산 바닷가에 놀러 갔다가 처음으로 필로폰을 투약한 것이고, 이 사건 외에는 그 전이나 후에 피고인과 필로폰을 투약한 적은 없었다고 진술한 사실, 피고인은 2010년 초나 다른 시기에 공소외 2와 서산에 간 적이 있었는지 기억나지 않고, 2010년까지는 필로폰이 무엇인지조차 몰랐다고 진술한 사실, 공소외 2는 2012. 7.과 2012. 9. 등 두 차례 필로폰 투약으로 기소유예처분을 받은 전력만 있고, 피고인도 2012. 12.과 2013. 1.경의 필로폰 투약으로 징역형의 처벌을 받았기는 하였으나 그 전에 필로폰 투약으로 처벌받은 적은 없는 사실을 알 수 있는바, 여기에 이 사건 공소사실의 투약행위는 1회에 불과하다는 사정을 더하여 보면, 이 사건 투약행위가 있었던 시기 전후하여 상당한 기간에는 이 사건 공소사실의 구별을 곤란하게 하는 다른 유사한 내용의 투약행위가 존재할 가능성은 낮다.

⑤ 이러한 사정을 앞서 본 법리에 비추어 볼 때, 이 사건 공소사실에서 일시나 장소가 다소 개괄적으로 기재되었다고 하더라도 이 사건 공소사실의 기재가 다른 사실과 식별이 곤란하다거나 그로 인하여 피고인의 방어권 행사에 지장을 초래할 정도라고는 보기 어렵다고 할 것이다.

(3) 검토

위 판결은 마약류 투약 사건에서 공소사실은 어떻게 특정되어야 하는지에 대한 최근 대법원의 입장을 분명하게 보여주는 의미있는 판결이다.

우선 범행 일시를 '2010. 1월에서 3월 사이'로 2개월이라는 비교적 장기간에 걸친 것으로 적시하였음에도 대법원이 공소사실이 특정된 것으로 보았다는 점에서 흥미롭다. 위 판결은, 마약류 투약 사건에서 범행일시로 적시된 기간의 장단이 문제가 아니라 그 기간 내의 다른 투약 행위와의 구별 가능성을 공소사실 특정의 판단 기준으로 삼는 근자의 대법원의 태도를 다시 분명하게 확인한 것이다.

위 사건이 종래 통상의 마약 투약 사건과 구별되는 점은, ① 피고인이 스스로 마약을 투약한 것이 아니고, 미성년자였던 공소외 2에게 투약한 사실로 공소제기되었고, ② 위 공소외 2에 대한 모발감정 결과에 의하여 투약 일시를 추정한 것이 아니라(이미 2년이 지난 시점의 범행이어서 모발감정이 불가능하였을 것으로 보인다), 위 공소외 2의 진술에 의하여 투약일시를 추정하고 이에 기하여 개괄적

으로 공소사실을 적시하였다는 것이다.

동일한 사실 관계에 기초하여 하급심 판결은, 「필로폰의 투약시기와 장소에 관한 위와 같은 개괄적인 기재는 피고인의 방어권 행사에 지장을 초래할 위험성이 크고, 단기간 내에 반복되는 공소 범죄사실의 특성에 비추어 볼 때 위 투약시기로 기재된 기간 내에 복수의 범행 가능성이 농후하여 심판대상이 한정되었다고 보기도 어렵다.」고 판단하였는바, 이는 공소장 기재 범죄 일시가 '2010. 1월에서 3월 사이'로 2개월의 장기간에 걸쳐 적시된 점을 지적한 듯하다.[33]

그러나 대법원은, 피고인이 혼자 은밀한 공간에서 마약류를 투약하는 경우와 달리 이 사건에서는 피고인이 공범 공소외 1, 미성년자인 공소외 2와 함께 모텔에 투숙하였고, 공소외 1이 공소외 2에게 필로폰을 주사하였다는 사정에 주목하여, 이 사건 투약행위가 있었던 시기를 전후하여 상당한 기간에는 이 사건 공소사실과의 구별을 곤란하게 하는 다른 유사한 내용의 투약행위가 존재할 가능성은 낮다고 보았다.

결국 대법원 판결에 따르면, 공소사실의 특정 여부를 판단함에 있어 중요한 것은, 범행 일시의 시간적 범위의 장단이 아니라, 그 기간 내의 공소 범죄사실과 구별되는 다른 투약 범행의 존재 가능성 여부라고 할 것이다.

6. 소결

위에서 살펴 본 바와 같이, 우리 대법원은 모발감정이 시행되기 시작한 초기에는 모발감정 결과 양성 반응이 나와 필로폰 투약 사실이 인정되는 한, 분할감정에 의하여 투약 시기를 세분화함이 없이 10여 개월 이상의 기간에 걸쳐 범행 일시를 적시한 경우에도, 공소사실의 특정을 전적으로 인정하였다. 이는 밀폐된 장소에서 은밀하게 이루어지는 마약류 투약 범행의 특성을 최대한 고려한 결과이다.

그 후 2000년경을 전후하여, 대법원은 모발 전체감정 결과에 따른 공소사실의 개괄적 기재에 대하여 제한을 가하기 시작하였고, 이 시기부터는 모발 분할감정에 의하여 투약시기를 3개월 이내의 기간으로 세분하여 특정할 것을 요구하였다. 그리하여 이 시기에 법원은, 모발 전체감정이 아닌 분할감정에 의하여 추정된 투

33) 범죄 일시를 1개월 이내로 적시한 경우에도 공소사실의 특정을 부인한, 종래 우리 대법원 판결을 의식한 듯하다.

약시기를 바탕으로 범행 일시를 적시한 경우에만 공소사실의 특정을 인정하였다.

그러나 2005년 말경에 이르러 대법원은, 종래의 입장에서 급선회하여, 피고인의 방어권 보장을 강화하는 견지에서, 공소사실의 개괄적 기재를 대폭 제한하기에 이르렀다.

그리하여 대법원은 모발분할 감정결과에 의하여 범행일시를 세분화한 경우 공소사실이 특정되었다고 인정한 기존의 입장에서 탈피하여, 모발분할 감정 결과가 있더라도 검사가 범행일시로 적시한 그 기간 내의 다른 가능한 투약행위와 구별될 수 있는 '뚜렷한 증거'가 없다면 공소사실의 특정을 부인한다.

즉 마약류 투약 사건에서 공소사실의 특정 여부에 관한 대법원의 최근 입장은, '모발감정으로 범행 일시를 얼마나 좁게 특정하였느냐'[34]가 아니라 '범행 일시로 적시된 그 기간 내에 다른 투약 범행이 반복적으로 행해질 가능성이 있느냐', 그리고 '그러한 가능성이 있다면 공소사실로 기재된 범행이 분명한 증거에 의하여 가능한 다른 투약범행과 구별될 수 있는지' 여부에 따라 공소사실의 특정을 판단한다는 것이다.

Ⅳ. 판례의 종합적 분석 및 전망

1. 종합적 분석

위에서 살펴 본 봐와 같이 우리 대법원은 마약류 투약 사건에 있어서, 공소사실의 개괄적 기재를 전면적으로 인정하는 입장에서 출발하여, 부분적으로 인정하는 입장으로, 다시 극단적으로 제한하는 입장으로 변화하여 왔는바 이는 국가형벌권의 적정한 행사라는 측면보다는 피고인에 대한 방어권 강화의 방향으로 나아가고 있음을 의미한다.

그리하여 현행 대법원 판례의 취지를 종합적으로 분석하면 다음과 같이 정리될 수 있다.

첫째, 공소사실 중 범행 일시의 기재는 가능한 한 최대한 특정되어야 하고, 모발감정(전체 감정이든 분할 감정이든) 결과 만에 의한 투약 시기의 추정과 이에 따른 범행 일시의 기재는 허용되지 아니하며, 목격자의 진술 등 다른 '뚜렷한 증

34) 물론 대법원이 소변감정 결과에 의하여 범행일시를 10일 이내의 기간으로 적시한 경우 공소사실의 특정을 인정하는 등 범행일시로 적시된 기간이 매우 좁혀져 있는 경우에는 범행 시기를 입증할 수 있는 다른 뚜렷한 증거가 없는 경우에도 아직 공소사실의 특정을 인정하는 입장이기 때문에 적시된 범행 기간의 장단이 공소사실의 특정과 전혀 무관하다고는 할 수 없다.

거'에 의하여 보다 정밀하게 특정되어야 한다.

둘째, 공소사실의 특정에서 중요한 것은 범행 일시로 적시된 기간의 장단이 아니라 그 기간 내에 다른 투약 범행의 존재 가능성 및 다른 투약 범행과의 구별 가능성 여부이다.

셋째, 그럼에도 불구하고 범행 일시의 기재가 10일 이내로 적시되어 있는 경우에는 여전히 모발감정 결과 만에 의한 공소사실의 특정을 인정한다.[35]

넷째, 과거에는 모발감정 자체 및 모발감정에 따른 투약 시기의 추정에 대하여 증명력과 증거능력을 전적으로 인정하였으나, 이제는 특히 모발감정에 의한 투약 시기의 추정에 대하여, 그 정확성을 더 이상 절대적으로 신뢰하지 않는다.[36]

다섯째, 장소는 피고인의 행적 조사, 구금 여부, 해외출입국 여부, 휴대폰 위치 추적 조사 등을 정밀하게 하여 최대한 특정하여야 하나 범행 일시보다 더욱 넓게 개괄적 기재가 허용될 수 있다.[37]

여섯째, 범행의 방법은 마약류에 따라 사용의 방법이 매우 정형적이고 한정되어 있는 점을 고려하는 것인지 비교적 관대하다.[38]

2. 전망

그 동안 대법원 판례의 동향 및 최근 판례의 분석을 통하여 가장 주목할 만한 것은, 위에서 언급한 분석 내용 중 둘째, 즉 공소사실의 특정 여부를 결정짓는 것은 범행 일시로 적시된 기간 중 다른 투약 범행과의 구별 가능성이라는 점이다.

마약 투약 범죄의 특성상 단기간에 범행이 반복되었을 가능성이 농후하고 비록 10일 이내의 단기간으로 좁혀 범행일시를 기재하였다고 하여도 그 기간 내에 다수의 마약 투약 범행이 이루어졌을 가능성이 존재한다. 은폐된 장소에서 고립적으로 이루어지는 마약 투약 범행의 특성으로 볼 때 모발감정 결과 외에 목격자 진술 등 별다른 증거가 없는 경우가 대부분인데 피고인이 투약 사실을 부인하는 상황에서는, 비록 단기간일지라도 그 기간 동안 가능한 여러 투약 범행 중 특정

35) 이는 소변감정에 대하여도 마찬가지이다.
36) 2005. 6. 24. 선고 2005도2667 판결, 2012. 4. 24. 선고 2012도2398 판결 등
37) 대법원 2007.4.26. 선고 2007도1824 판결 등 참조
38) '---향정신성의약품인 메스암페타민 약 0.03그램을 일회용 주사기에 넣고 물에 타 용해한 다음 피고인의 팔에 주사하거나 음료수에 타 마시는 방법으로 투약하였다'라고 하는 공소사실에 대하여 특정을 문제삼지 아니하였다(2012. 4. 26. 선고 2012도2398 판결 등)

행위에 대하여 공소 제기하는 것은 사실상 불가능하게 된다.

따라서 최근 판례에서 표명하고 있는 바와 같이, 공소사실 특정의 핵심 요소로서 '범죄 일시로 적시한 기간 내에 있을 수 있는 다른 사건과의 구별 가능성'을 철저하게 관철한다면, 피고인이 범행을 부인하거나 묵비하는 경우 모발감정만에 의한 마약 투약 사범의 공소제기는 사실상 불가능하게 될 것이다.[39]

앞서 언급한 바와 같이, 이제 우리 대법원은 모발감정 결과에 대한 절대적 신뢰로부터 한 발짝 후퇴하는 입장을 보이고 있으며, 별개의 '뚜렷한 증거' 없이는 마약류 투약 범죄를 인정하지 않으려는 방향으로 나아갈 가능성이 엿보인다.[40][41]

Ⅴ. 판례의 문제점과 해결 방안

1. 문제점

앞서 살펴 본 바와 같이, 현재 우리 대법원은 비록 분할감정에 의하여 마약류의 투약 시기를 상당히 좁혀, 공소사실을 기재한 경우에도 모발감정 결과 만에 의한 범행 일시를 추정한 경우 공소장의 특정을 인정하고 있지 않다. 그렇다면 검사가 투약 시기를 더 짧은 시일 내로 특정하기 위하여 모발을 더 잘게 분할하여 감정하는 방법으로 법원의 특정 요구를 충족시킬 수 있을 것인가?

현재의 감정 기술에 의하면 1cm 단위의 시기 감정도 가능 하므로 대략 1개월 범위 내에서의 투약 사실은 확인 가능하다고 한다.[42] 그러나 필로폰 투약 여부에 대하여 전량 검사할 경우 7cm 모발을 기준으로 50올이 필요하지만, 1cm 단위로 분할할 경우 그 7배인 350올이 필요하고, 만약 필로폰 외에 대마까지 흡연한 혐의가 있다면 그에 따른 필요량 700올을 더하면 1,000올이 넘는 모발이 필요하다고 한다.[43] 그러므로 투약 시기 추정을 단축하기 위한 광범위한 모발의 채취가

---

39) 일본의 경우 마약류 사범의 공소사실의 특정은 소변감정 결과에 의한다. 모발감정결과에 기한 감정서는 피고인이 부인하는 경우에 독립된 증명력을 갖지 못하고 소변감정 결과에 대하여 증명력을 보강하는 증거나 피고인의 자백에 대한 보강증거로서만 취급된다고 한다(황일호, "모발감정결과에 기한 공소사실의 특정 : 대법원 2007. 1. 11. 선고 2005도7422 판결", 법학논문집 Vol.32 No.1, 2008, 82-83면)

40) 양동철, 앞의 논문 59면도 같은 취지이다.

41) 우리나라의 마약류관리에 관한 법률은 마약류의 단순 투약 등 사용행위도 마약류 매매 등 다른 행위와 동일한 법정형으로 처벌하도록 규정하고 있으나, 이에 반해 미국, 독일 등지에서는 마약의 단순한 사용행위는 형법적 처벌의 대상에서 제외된다고 한다.(이진국/신동일, "주요국의 마약류 통제체제에 관한 연구", 한국형사정책연구원, 2003, 124면, 169면)

42) 예상균, "마약 투약사범의 공소사실 특정-모발 투약시기 추정과 관련하여", 법과 정책연구 Vol. 14 No. 4, 2014, 1977면.

오히려 피고인의 인권을 심각하게 침해하는 결과를 초래할 수도 있을 것이다.

또한 앞서 언급한 바와 같이 1개월 이내로 투약 시기를 적시한 경우에도 공소사실의 특정을 인정하지 아니한 판결이 있을 뿐만 아니라[44], 범행 일시로 적시된 기간의 장단이 문제가 아니라 당해 범죄사실이, 공소사실에 적시된 투약 시기 내에 있을 수는 피고인의 다른 투약 행위와 구별될 수 있어야 한다는 것이 최근 대법원 판결의 취지를 감안할 때 더 세분화된 모발감정이 궁극적인 해결 방안이 될 수가 없음은 분명하다.

마약 투약행위가 상습성을 띠기 쉽고, 검사가 공소장에 적시한 범행 시기가 여러 날에 걸쳐 있는 경우 그 사이에 당해 범행 외에 다른 투약 범행이 이루어졌을 가능성이 있다는 측면에서 보아, 목격자의 진술 기타 범행 일시를 특정할 수 있는 특별한 정황이 존재하지 않은 한 공소사실의 특정을 인정하지 않은 것이 현재 우리 대법원의 입장이다. 즉 일정한 기간 중에 행하여질 수 있는 수개의 투약 행위에 가운데 어느 행위로 기소된 것인지가 공소장의 기재 자체에 의하여 명확하지 않은 경우 우리 대법원은 공소장이 특정되지 않은 것으로 본다는 것이며, 이는 원칙적으로 일응 타당하다.

그러나 한편, 피고인이 모발감정 결과에 의하여 추정할 수 있는 범행 시기 내의 어느 시점에 마약을 투약한 사실이 명백하게 인정됨에도 불구하고[45] 공소사실의 불특정을 이유로 처벌되지 않는다는 것은 분명히 불합리하다고 할 수 있다. 마약류 투약과 같은 중대한 범죄가 피고인에 의하여 이루어졌음이 명백한데도 이를 처벌하지 못하게 되는 것은 형사사법이 제대로 작동하지 못하고 있음을 의미한다.

---

43) 박용훈·원혜욱·김진영·민경철, 앞의 논문, 189면.

44) 대법원 2006. 4. 28. 선고 2006도391 판결.

45) 앞서 살펴 본 바와 같이 우리 대법원은 모발감정 결과를 과학적 증거방법으로 인정하고 있으며, 모발감정 결과 양성 반응이 나온 경우 피고인이 마약류를 투약한 사실 자체에 대하여는 의심할 여지가 없음을 인정하고 있다(판례는 이러한 모발감정에 의해 메스암페타민 성분이 검출되었다는 국립과학연구소장의 사실조회 회보가 있는 경우, 「그 회보의 기초가 된 감정에 있어서 실험물인 모발이 바뀌었다거나 착오나 오류가 있었다는 등의 구체적인 사정이 없는 한 피고인으로부터 채취한 모발에서 메스암페타민 성분이 검출되었다고 인정하여야 하고, 따라서 논리와 경험의 법칙 상 피고인은 감정의 대상이 된 모발을 채취하기 전에 언젠가에 메스암페타민을 투약한 사실이 있다고 하여야 한다」고 하고 있다. 대법원 1994. 12. 9. 선고 94도1689 판결)

2. 해결 방안

공소사실의 특정은, 법원에 대하여 심판의 범위를 한정함으로써 심판의 능률과 신속을 꾀함과 동시에, 피고인에 대하여는 방어권 행사의 범위를 명시함으로써 피고인의 방어권의 확보 즉 인권보장을 위한 기능을 하고 있다.[46]

공소사실의 특정을 지나치게 엄격하게 요구하면 공소의 제기와 유지에 장애를 초래할 수 있으므로 범죄사실을 특정할 수 있는 한도 내에서, 범죄의 일시의 기재는 적용 법령을 결정하고 행위자의 책임능력을 명확히 하며 공소시효의 완성 여부를 결정할 수 있을 정도로 기재하면 족하다 할 것이다.[47]

마약류 투약 사건에서 공소사실의 특정 여부를 판단함에 있어서도 형사소송법상의 근본이념인 국가형벌권의 적정한 행사(실체적 진실주의)와 피고인의 방어권 보장(적정절차 원리)이 조화를 이루어야 한다. 그런데 모발감정 결과 마약성분이 검출된 이상 피고인이 최소 한 차례 이상 마약을 투약한 사실은 명백하고, 이로 인하여 피고인이 유죄 판결을 받더라도 방어권 행사에 지장이 초래된 경우라고 보기 어렵다.

범행 일시의 개괄적 기재에도 불구하고, 공소사실의 특정이 인정되어 피고인이 유죄 판결을 받은 경우에 정작 문제가 될 수 있는 것은 방어권 보장이 아니라 이중 기소·처벌의 위험성이다. 예컨대 검사가 피고인을 1회 마약 투약 행위로 기소하면서, 범행 일시를 '2016. 3. 초순경부터 같은 해 6.초순경'으로 기재하였는데 실제 피고인이 마약을 투약한 것은 '2016년 3월 15일', '같은 해 4월 15일', '같은 해 5월 15일'의 3회였다고 한다면, 검사가 위 3회중 어느 것을 기소한 것으로 보아야 할 것이며, 또 확정 판결의 기판력은 어느 행위에 대하여 미친다고 하여야 할 것인가?

피고인이 '2016. 3. 초순경부터 같은 해 6. 초순경까지 사이에' 마약을 투약한 혐의로 유죄판결을 받아, 확정되었는데 나중에 피고인이 같은 기간 동안에 실제로 3회에 걸쳐 마약을 투약하였다는 점이 밝혀진 경우 검사가 다시 피고인을 기소할 수 있을 것인가 또는 이 때 법원은 어떤 판결을 하여야 하는가? 이와 같은 경우에 실제 공소 사실, 즉 법원의 심판이 되는 사실이 무엇인가 하는 문제와 관련하여, 일본에서는 여러 투약 행위 중 모발이나 소변 채취 시로부터 가장 가까

46) 노명선/이완규, 형사소송법(제4판), SKKUP, 2015, 313면
47) 이재상/조균석, 형사소송법(제10판), 박영사, 2015, 392-393면.

운 1회의 행위를 기소한 것이라는 최종행위설과 공소장 기재 기간 내의 적어도 1회 투약 행위를 기소하는 것이라는 최소 1행위설이 주장되고 있다.[48]

이 중 최종행위설에 따르면, 위 사안의 경우 공소제기된 것은 '5월 15일'.의 행위이고, 그 이전의 행위에는 기판력이 미치지 않게 되어, '3월 15일' 과 '4월 15일'에 투약한 행위에 대해서는 다시 기소될 가능성이 있다. 그러나 검사가 처음 공소장 기재 범행 기간 내의 투약 행위에 대하여 다시 기소한 경우 기판력을 피하기 위해서는 재차 기소된 투약 범행이 앞서 기소된 투약 범행과 별개의 범행임을 입증하여야 하기 때문에, 실제로 이중처벌의 가능성은 없다고 보아야 할 것이다.

한편 최소 1행위설에 따르면, 위 사안의 경우 3회의 투약 범행이 모두 기소된 것이고, 따라서 당해 기간 중의 모든 투약 행위에 대하여 기판력이 미친다고 보게 되며, 결국 이중처벌의 가능성은 없게 된다.[49]

최소 1행위설에 의할 경우, 어느 일정한 기간 동안 수회의 마약투약 행위가 있을 수 있다는 전제 하에 전체 투약행위를 포괄하여 1개의 범죄로 취급하게 된다. 그러나 마약 투약은 매 행위마다 1죄가 성립하며 수회의 마약 투약행위 사이에는 실체적 경합관계에 있다는 기본 법리와 판례에 배치되는 문제점이 있으므로 최소1행위설은 받아들이기 어렵다.

따라서 최종행위설에 따라 모발이나 소변 채취 시로부터 가장 가까운 1회 투약행위를 기소한 것으로 보고, 나중에 그 기간 중의 특정 마약 투약 행위가 밝혀져 공소 제기된 경우, 나중에 밝혀진 투약행위가 최초에 기소된 범죄사실과 구별되는 별개의 범죄임을 검사가 입증하면, 법원은 나중 기소된 공소사실에 대하여 유죄판결을 하면 되고, 검사가 별개의 범죄임을 입증하지 못하면 최초 판결의 기판력이 미치는 것으로 하여 면소 판결을 하면 된다.[50]

---

48) 노명선, "공소사실의 정정의 정도와 예외 인정의 요건-약물사범의 범행일시 기재를 중심으로-", 형사법의 신동향(통권 제9호), 2007. 8. 116면.

49) 다만 이 경우 3회의 투약 범행을 포괄일죄로 보지 않는 한, 공소사실은 1개가 아닌 것으로 되어 공소사실의 명시를 요구하는 법의 취지에 반하게 되는 문제가 발생하게 된다(이은모, "공소사실 특정과 관련된 몇가지 문제에 대하여", 한양법학 제10집, 1999, 37면.)

50) 형사소송법 제326조 제1호

Ⅵ. 맺는 말

우리 형사소송법이 공소사실의 특정을 요구하는 취지는 심판의 대상을 한정함으로써 심판의 능률과 신속을 꾀함과 동시에 방어의 범위를 특정하여 피고인의 방어권 행사를 쉽게 해 주기 위한 것이다.

공소장이 특정되어야 한다는 형사소송법 상의 원리는 마약류 투약 사건에도 당연히 적용되어야 하는 것이지만 마약류 투약죄는 범행이 은밀하게 이루어지고 증거확보가 곤란한 경우가 많다. 특히 메스암페타민(필로폰)과 같은 마약은 중독성이 매우 강하여, 상습적으로 단기간에 투약되는 경우가 흔하다.

따라서 모발 감정 등에 의하여 투약 사실이 명백히 인정되지만 피고인이 범행을 부인하는 경우에는 범행일시 등을 구체적으로 특정하지 못하고 모발 감정 결과로부터 추정되는 일정한 기간에 투약한 것으로 범죄사실을 적시하여 공소를 제기하는 수밖에 없다.

애초에 우리 대법원은 마약사범 단속의 필요성을 감안하여, 모발감정 결과에 기초하여 추정되는 일정한 기간을 범죄일시로 기재한 경우 공소사실의 특정을 인정하였으나, 점차 엄격한 입장을 취하여, 모발을 분획하는 등 검사가 약물 투약 시기를 최단 기간으로 단축할 것을 요구하게 되었다. 그리고 최근에는 마약투약이 단기간에 여러 차례 이루어지는 특성과 피고인의 방어권 보장이라는 측면을 강조하면서 비록 1개월 내와 같은 좁은 범위로 범죄 일시를 적시하였다고 하여도 그 동안에 이루어질 수 있는 다른 투약 행위와 구별될 수 없다면, 공소사실이 특정되었다고 볼 수 없다는 입장을 취하고 있다.

이론상으로는 대법원의 이러한 판단이 일응 타당할 수 있지만 이는 대개 단독으로, 은밀하게 이루어지는 마약 투약범죄의 특성을 고려하지 않은 무리한 해석이라고 하지 않을 수 없다. 모발감정 등에 의하여 마약 투약 사실이 명백히 인정되더라도 피고인이 부인하는 경우, 모발감정 결과로 추정되는 일정한 기간을 범죄일시로 적시할 수밖에 없는데 이와 같은 경우 공소사실이 특정되지 않았다는 이유로 처벌하지 못한다면 이는 형사사법의 중대한 흠결이다.

대법원은 피고인의 방어권 보장을 운위하지만, 피고인에 대하여 범죄 일시 기간 내에 최소한 1회 이상의 마약 투약 사실이 명백히 인정되므로, 공소사실의 개괄적 기재가 반드시 방어권 보장 문제와 연결된다고 볼 수 없다.

다만 그 공소장 기재 범죄 일시 기간 내에 다른 마약 투약 사실이 더 있을 수 있고, 이에 대하여 재차 공소가 제기되어 이중처벌의 위험이 있을 수는 있다. 이와 관련하여 일본에서 제기된 이른바 최종행위설은 그 기간 내에 있을 수 있었던 여러 투약 행위 가운데 모발 또는 소변 채취 시로부터 가장 가까운 시점의 투약 행위에 대하여 공소가 제기된 것으로 보고, 나중에 새로운 투약 범죄사실로 공소가 제기된다면 검사가 최초 공소 범죄사실과 구별되는 별개의 범죄임을 입증하여야만 기판력을 피할 수 있다는 것이다.

생각건대 마약류 투약범죄에서 공소사실의 개괄적 기재는 어느 정도 피할 수 없으며, 이는 피고인의 방어권 보장이라는 측면보다 이중처벌의 위험 측면에서 논하여야져야 하는바, 앞서 살펴 본 최종행위설에 따라 합리적 해결이 충분히 가능할 것으로 보인다.

마약류 투약 범죄는 개인적 차원을 넘어 국민건강과 사회 풍조 전반에 큰 해악을 끼치는 중대한 범죄이다. 소변이나 모발검사 결과 약물이 검출되기만 하면 범행이 명백히 인정되는 것이고, 피고인의 방어권 보장도 실질적으로 크게 문제가 될 여지가 없으므로, 마약류 투약 사건에서는 공소장의 범행 일시 등에 대하여 상당한 범위 내에서 개괄적인 기재가 허용되어야 할 것이다.

(논문투고일: 2016.11.18, 심사개시일 : 2016.11.22, 게재확정일 : 2016.12.15)



민 만 기

공소사실의 특정, 모발감정, 범행 일시 추정, 개괄적 기재, 이중위험

【참 고 문 헌】

노명선/이완규, 형사소송법(제4판), SKKUP, 2015

신동운, 신형사소송법(제5판), 법문사, 2014

심희기·양동철, 형사소송법(판례백선)(제3판), 홍문사, 2013

이재상/조균석, 형사소송법(제10판), 박영사, 2015

노명선, “공소사실의 정정의 정도와 예외 인정의 요건-약물사범의 범행일시 기재를 중심으로-”, 형사법의 신동향 (통권 제9호), 2007. 8.

박상열, “마약사용자의 모발분석과 그 증거법적 함의- 미국의 경우” 비교형사법연구 제4권 제2호(2002)

박용훈·원혜욱·김진영·민경철, “마약류범죄수사에서 모발감정 결과의 증거사용과 투약시기 추정”, 형사정책연구 제19권 제3호(2008)

양동철, “마약류 자기사용죄에 있어서의 공소사실의 특정-모발감정의 증거능력·증명력과 관련하여-” 경희법학 제 44권 제1호(2009)

예상균, “마약 투약사범의 공소사실 특정-모발 투약시기 추정과 관련하여”, 법과정책연구 Vol. 14 No. 4, 2014

이성일, “마약류 투약사건의 공소사실 특정 및 가명조서의 제보자 진술 특정 정도”, 법학연구, Vol 9 No2, 2014

이은모, “공소사실 특정과 관련된 몇가지 문제에 대하여”, 한양법학 제10집, 1999.

이진국/신동일, “주요국의 마약류 통제체제에 관한 연구”, 한국형사정책연구원, 2003

황일호, “모발감정결과에 기한 공소사실의 특정 : 대법원 2007. 1. 11. 선고 2005도7422 판결”, 법학논문집 Vol.32 No.1, 2008

Abstract

Narcotic abuse crime and specifying the facts charged

Man Kee Min

When the institution of public prosecution shall be made, the facts charged shall be stated clearly by specifying the time and date, place, and method of a crime. From the standpoint of the court, specifying the count of charge is related to confirming the scope of judgement. As far as the defendants are concerned it is very important to guarantee the right of defence and protect double jeopardy by specifying the time and date, place, and method of a crime.

However, when the suspects deny the abuse of narcotics, the prosecutor has no choice but to specify the date of crime on a term basis presumed by the result of the appraisal. Considering that narcotic crimes are secretly committed, it is inevitable to some extent for prosecutors to specify the term of the crime based on the result of hair appraisal.

Initially the Supreme Court of Korea recognized the general specification of the count of charge based on the hair appraisal. However, nowadays the Supreme Court denies the specification of the facts charged when the term of a crime is presumed based on the result of the hair appraisal only for the reason that during the term of a crime presumed other crimes of narcotic abuse could be committed, and it can end up failing in the protection of the right of defense of the defendant.

However, it is definitely absurd that a narcotic-abuse criminal is free from the punishment for the reason that the date of the crime was not specified when he/she is clearly proved to be guilty. And even though the court recognizes general statement of the fact charged, there will be no

danger of double jeopardy to the defendant. Therefore, I think that the court should be more generous in recognizing the specification of the facts charged



Man Kee Min

specifying the facts charged, hair appraisal, narcotic abuse, term of crime presumed, double jeopardy

한국의 근대 사법제도 형성과 발전에 관한 탐구*

이 경 렬**

【목 차】

Ⅰ. 들어가는 말
Ⅱ. 舊來의 전통적 사법제도 개요
1. 재판제도의 역사적 시원
2. 朝鮮의 사법제도와 체계
3. 조선의 소송절차 개관
Ⅲ. 근대적 사법제도의 형성과 위기
1. 구한말 근대적 재판제도의 태동
2. 일본의 사법침탈과 사법제도의 개혁
Ⅳ. 한국 형사사법제도의 현대적 정비와 발전
1. 사법의 독립
2. 국민의 형사재판 참여제도의 도입과 성과 분석
3. 양형기준제도의 실시
Ⅴ. 맺는 말

【국 문 요 약】

黨內民主라는 자기혁신을 추진하고 있는 중국은, 형사사법 분야에서 2013년 2월 이래로 전국적인 사법운영시스템의 수립과 법원심판의 독립, 검찰권의 공정한 행사를 강조하고 있다. 이는 향후 중국의 사법개혁 방향을 전망할 수 있게 하였다. 이러한 중국의 자기혁신에서 과거 동아시아 전통사회를 기반으로 같이 하였던 구한말 대한제국의 개혁이 중첩된다는 생각이 들었기 때문이다. 즉 중국사법기관의 현재 활동에 영향을 미치는 '당위원회의 영도'가 한국전통사회의 이른바 원님재판에 대한 '국왕의 傳敎'와 그 기능 면에서 어느 정도 유사한 점이 있으며, 또한 사법조직의 구성면에서도 중국의 사법기관 안에 설립된 당조(黨組)와 사법기관 핵심구성원의 일치는 사법과 행정이 분리되지 않았던 한국의 전통사법체계와 일응 공통점이 있는 것으로 보았다. 나아가 사법담당자의 부정한 처사나 또는 경우에 따라서는 부정한 목적이 개입하여 사건을 불공정하게 처리하는 원인의 하나로서 한국사회에 만연된 '연고주의', 중국의 경우에는 전통적인 '관계문화'가 상

* 이 연구는 2016년 8월18일부터 8월21일 中國 吉林省 長春市에서 司法文明協同創新中心·吉林大學理論法學研究中心·成均館大學校 法學專門大學院이 공동으로 주최한 '第二屆 中韓司法理論與實踐 國際研討會'에서 발표한 "有關韓國近代司法制度的形成及現代發展的探究"를 요약하여 수정·보완한 글이다.

** 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

당부분 자리하고 있음도 염두에 둘 수 있다.

한국의 근대 사법체계 형성과정에 나타난 이러한 부정적인 순환 고리는 중국의 현재 사법제도의 운용과 개혁에 暗影으로 비치기도 한다. 결국, 한국 전통사법제도의 연속과 단절에 관한 명확한 이해는 중국사법제도의 현대적 개혁에 시사점이 있다고 하겠다.

이에 한국 근대사법의 전개과정을 되짚어보는 이 글에서 중국사법의 나아갈 방향에 대한 지침을 제공하고자 하였다.

중국에서 사법의 독립은 심판독립, 즉 법원의 재판독립을 의미하는 것이고, 현재 사법개혁의 핵심도 이 심판독립에 的中되어 있다. 그러나 재판의 독립을 위한 필수불가결한 전제요건은 법원의 독립과 법관의 독립이다. 재판의 독립, 법원의 독립, 법관의 독립, 이 세 가지는 서로 밀접불가분의 관계에 있고 통상적으로 사법의 독립이라고 하면 이들 모두를 의미하는 것이다. 재판의 독립이 사법독립의 핵심이라지만, 법원과 법관의 독립 없이는 재판의 독립, 나아가 사법의 독립은 요원하다고 하였다. 법관은 단순한 사법전문가 그 이상의 존재로서 국민 전체에 대한 봉사자의 지위에서 사회현실을 이해하고 법을 적용·집행해야 하며 재판을 함에 있어 공정하고 품위 있는 태도를 견지하여야 하고, 법원은 법정운영이나 재판절차에서 사법이용자인 국민에게 편리하고 효율적이며 만족스러운 사법역무를 제공할 수 있어야하기에 그러하다.

이 글에서는 또한 주권자 국민에 대한 사법의 책임성을 강화하기 위하여 현대적 사법독립에 핵심적 화두가 되는 사법에의 시민참가를 특징으로 하는 참여재판제도와, 법관의 양형재량에 대한 편차를 감소하려는 양형기준제도의 시행에 대해서도 소개하였다.

근대형사사법체계의 기본은 당사자가 자기에게 유리한 증거를 찾아 수사·재판기관에 제시함으로써 사법기관을 납득시켜야 하는 당사자주의에 있다. 따라서 사법에 대한 국민의 신뢰를 회복하기 위해서는 사법에 국민을 참여하게 함으로써 자기의 방어와 권익확보를 위한 활동을 충분하게 하도록 해야 한다. 그렇지 않다면, 사법의 피해자를 자처하는 국민은 수사와 재판업무를 담당하는 사법기관의 불공정성을 용이하게 탓할 것이기 때문이다. 한국의 사법근대화가 잘못 남긴 전통사법체계의 법의식을 시정할 수 있도록 현재사법체계의 본질과 법제도의 이해를 위한 법교육을 더욱 활발하게 해야 할 필요가 있다. 이러한 법교육의 필요성은 사법개혁을 하는 오늘의 중국에서는 그 의미하는 바가 매우 클 것이다.

Ⅰ. 들어가는 말

1) '韓·中兩國司法制度의 비교연구'는 공안과 검찰기관 그리고 재판기관이 형사소송의 각 단계에서 형사사건의 실체적 진실을 발견하고 국가형벌권의 공정한 실현을 위하여 어떻게 각자의 권한과 책무를 수행하는지를 비교·논의해야 하는, 용이하게 종결지울 수 없고 종결되지도 않는 난제에 해당한다.[1] 그럼에도 이와 같은 활동에서 한국과 비교되는 중국제도의 특징을 간략하게 소개하면, 먼저 수사절차와 관련하여 公民訴追制度와 豫審裁判制度가 인정되는 것과 중대복잡사건의 인신구속연장에 대해 전국인민대표회의(전인대) 상무위원회의 비준을 받아야 하는 점, 다음으로 재판절차에는 兩審終審制度와 人民陪審員制度, 死刑의 再審 및 執行猶豫制度를 그 특색으로 거론할 수 있다.[2]

나아가 양국사법기관의 조직과 기능방면에서의 특징으로는 첫째, 한국의 경찰에 해당하는 중국의 공안기관은 한국의 법무부의 일부 기능까지도 포함하는 막강한 권력기관이고 둘째, 중국의 검찰원은 한국처럼 법무부 산하기관이 아니라 독립적 헌법기관이나 한국의 검찰처럼 수사공소권의 독점적 행사기관은 아니라는 점 셋째, 중국의 법원은 4급2심제를 채택하고 있으며 중대사건의 재판에 대해서는 각급법원의 재판위원회에서 그 처리를 토론하고 결정한다는 점이다.[3] 특히 중국의 검찰원은 법원재판결과의 적법성여부를 감독하는 법률 감독기관이라는 사실이 생소하다.[4] 여기서의 감독은 법원의 확정판결에 중대한 흠결이 있는 경우 이를 시정하기 위한 再審을 의미하지만, 재심을 이유로 법원의 재판에 간섭하는 일은 재판의 독립에 영향을 미치는 중대한 문제가 있는 것으로 학계에서는 인지되어 있다.[5] 그럼에도 중국에서 사법의 독립은 西歐의 삼권분립에 기초한 사법독립

---

1) 司法制度의 중국식 의미파악에 따르면 광의로는 수사·검찰제도, 재판과 사법행정관리제도, 교도행정 및 노동교양제도, 인민화해·중재제도, 변호사·공증제도 등이 포함되며 형사소송활동에 집중되는 협의만으로도 공안 및 검찰의 수사·검찰제도와 법원의 재판제도를 의미하는 광활한 범위의 논의주제이다.

2) 중국의 사법제도에 대한 개관은 한옥승, "중국의 사법제도 -형사소송 중 각 기관의 책무를 중심으로-", 교정연구 제39호, 한국교정학회, 2008년 6월, 255면 이하참조.

3) 한중양국의 형사사법관련 각 기관의 조직과 기능에 대한 자세한 비교는 이영근, "한·중 형사사법제도 비교연구", 교정연구 제39호, 7면 이하참조. 그밖에 교정기관의 경우, 중국은 기결수만을 관리하며 미결수는 공안기관에서 관리하는 점이 지적되어 있다(이영근, 앞의 논문, 26면 이하).

4) 박종근·이금일, "중국 사법독립의 현황과 문제점 및 향후 대책", 강원법학 제41권, 강원대학교 비교법연구소, 2014년 2월, 112면 및 각주 8) 참조.

5) 박종근·이금일, 앞의 논문, 116면 및 각주 19) 참조.

과는 다소 거리가 있음에 유의해야 한다. 그런 사법독립은 국가최고의 권력기관인 전인대하의 '일부양원제'라는 중국의 정치제체와 국정에 부합되지 않는 것이기 때문이다.[6]

중국에서의 사법독립은 오히려 심판독립, 즉 법원의 재판독립을 의미하는 것이라 한다. 사법개혁의 핵심인 사법독립도 이에 的中되어 있다.[7] 2013년 2월 23일 중국공산당 최고지도자 25인으로 구성된 중앙정치국 제4차 집단학습에서 시진핑 총서기가 법원심판의 독립적 행사보장을 강조한 이래로 동년 10월 28일 최고인민법원에서는 '국민을 위한 사법을 실현하고 사법의 공정성을 강화하며 사법의 공신력을 제고할 데 관한 의견'(關于切實踐行司法爲民大力加强公正司法不斷提高司法公信力的若干意見)을 반포하여 심판독립의 요구를 구체화하였다. 게다가 동년 11월 12일 폐막된 중국공산당 제18기 중앙위원회 제3차 전원회의에서 채택된 공보에서는 전국적인 사법운영시스템의 수립과 심판권 및 검찰권의 공정한 행사를 다시 한 번 강조함으로써 향후의 사법개혁방향을 전망할 수 있도록 하였다.[8]

2) 21세기를 맞이한 현재 중국은 黨內民主라는 새로운 자기혁신을 추진하고 있다. 이러한 중국의 자기혁신에서, 과거 동아시아 전통사회로 그 기반을 같이 하였던 구한말 대한제국의 개혁이 중첩된다(over lap)는 생각을 하게 되어 역사의 순환·반복에서 溫故而知新의 묘미를 느껴본다. 한국근대사법의 전개과정을 되짚어보는 이 論考에서 중국사법의 나아갈 방향에 대한 지침을 모색할 수 있기를 바란다. 이러한 기대는 '中韓司法制度比較研究'라는 時題에 대해 '한국의 근대적 사법제도의 형성과 현대적 발전'으로 화답하는 발제자의 辯論이기도 하거니와, 他山之石이나 集思廣益이 공연한 虛言이 아니라는 兩國의 共感도 있기 때문이다.

---

6) 중국은 인민민주주의 독재를 표방하고 최고의 권력기관인 전인대를 정점으로 정부·인민검찰원과 인민법원이 중앙에서 지방으로 연계되어 중앙의 통일적 관할에 복속되어 있다(중국헌법 제1조). 한편 전인대와 병렬적 지위에 전인대 상무위원회, 국가주석, 국가중앙군사위원회가 있으며 다른 한편으로 국무원, 최고인민법원, 최고인민검찰원이 예속적 위치에 있다(동법 제3조).

7) 주지하다시피 중국의 법치와 사법개혁은 다난한 굴곡의 과정이었다. 1966년부터 10년간 문화혁명시기에는 법치국가로서의 기본의 구비되지 않은 재앙의 암흑기였다. 1980년대의 개혁·개방시기에는 외국투자자의 신뢰를 확보할 수 있는 법적 환경의 정비가 필요했으며, 1990년대의 계획경제에서 시장경제로의 전환시대에는 사회주의이데올로기의 구심력 강화와 공직자의 부정부패에 대한 새로운 법제적 대응이 요구되었다. 그 일환으로써 사법개혁이 현재에도 추진 중이며 사법개혁의 중심에는 사법의 독립이 자리 잡고 있다.

8) 박종근·이금일, 앞의 논문, 120~121면 참조.

한국 전통사법제도의 연속과 단절에 관한 명확한 이해는 중국사법제도의 개혁에 커다란 시사점을 제시할 수 있다고 본다.

實로 한국의 근대적 재판제도의 형성·발전에 대한 일본의 간섭을 도외시할 수 없고 그 영향이 아직도 남아 있다고 評價하더라도 과언은 아니다. 격동의 근대화 과정에서 굳건한 내부적 결속체제를 유지하고 있었다고 하더라도 그 난관을 돌파하기가 쉽지 않았을 것인데, 그렇지 못했던 과거는 한국의 불행이었다. 심지어 1906년 초대통감으로 한국에 온 이토 히로부미(伊藤博文)는 "한국에는 재판제도가 없다고 해도 과언이 아닐 정도로 재판제도가 불완전하다"는 말로 전통사법제도의 전근대성을 폄하하였다고도 한다.[9] 하지만 식민지근대화에 기초한 근대적 사법제도 일백여년의 역사이전에는 한국전통사법제도 일천년의 역사가 존재해 왔으며, 사법근대화의 자주적 개혁활동도 엄연히 있었음을 잊지 말아야 한다.

이하에서는 바로 한국의 전통적 사법체계에 대한 개관에서부터 시작하고자 한다. 중국사법기관의 활동에 영향을 끼치는 '당위원회의 영도'가 한국전통사회의 소위 원님재판에 대한 '국왕의 傳敎'의 기능과 어느 정도 유사한 측면이 있다고 생각하게 되었으며, 나아가 사법조직의 구성면에서도 중국사법기관내에 설립된 당조(黨組)와 사법기관의 핵심구성원의 일치가 사법과 행정이 분리되지 않았던 한국의 전통사법체계와 공통점이 있다고 보았기 때문이다. 이어서 단지 사법의 분리·독립에만 머물지 않고 중국의 사법혁신에 새로운 방향성을 제시할 수 있도록 한국의 현대사법개혁의 성과, 즉 사법민주화를 위한 사법에의 시민참가제도를 소개한다.

---

9) 한국전통사법제도를 폄하하고 근대적 개혁에 일본이 그토록 적극적이었던 이유는 먼저 한국의 '시정개선'으로 한국침략을 용이하게 하는 동시에 지방관의 사법횡포에 시달리던 한국인들로부터 일본의 통치에 대한 지지와 호감을 유발시키는데 있고 나아가 서구열강이 한국에서 보유하고 있는 치외법권· 영사재판권의 폐지를 위해서도 사법제도의 서구식개혁이 필요했다고 분석한다(도면회, 한국근대형사재판제도사, 푸른역사, 2014년 1월, 29면; 405면; 442면). 일본의 입장에서는 일본식민통치에 대한 한국민의 지지를 도출하고 서구열강의 치외법권을 철폐하려는 두 목적을 달성한다면, 한국에서의 독점저 지위를 확보하고 이후 한국을 순조롭게 병합할 수 있을 것으로 판단했을 것이다. 한국병합의 야욕을 위해서 한국의 재판제도를 서구열강이나 적어도 일본의 수준으로 개혁근대화해야 하였을 것이다.

Ⅱ. 舊來의 전통적 사법제도 개요

1. 재판제도의 역사적 시원

사법이 근대화되기 전까지는 사법과 행정이 미분화되었으며 하나의 기관(지방관)이 행정도 하고 재판도 수행하였다. 초기부족사회에서는 민중집회에서 재판을 하였을 것이며, 율령체계가 확립된 고대국가시기에는 재판권이 궁극에는 국왕에게 귀속되었을 것이라는 추정은 당연한 하지만 구체적으로 어느 조직이 어떻게 재판권을 행사하였는지는 확실하지 않다.[10] 그럼에도 재판의 역사적 흔적의 시원은 다음에서 찾을 수 있다.

「三國遺事」에 기록된 國祖 檀君神話에 의하면, 昔有桓國 庶子桓雄 數意天下貪求人世 父知子意 下視三危 大伯可以弘益人間 乃授天符印 三箇 遣往理止(中略) 主刑 主善惡 凡主人間 三百六十餘事 在世理和(下略) 中에서 '主刑 主善惡'의 말에서 太古時代부터 裁判이 있었던 것으로 추정하고 있다.[11]

그러나 高麗이전의 형사재판절차에 대해 명확하게 알 수는 없다.[12] 그리고 고려시대에도 사법과 행정이 분리되지 않았기 때문에 행정기관인 지방수령(원님)이 민·형사사건을 재판하였을 것이고, 그 재판절차는 오늘날 이해하는 소위 '원님재판'과 그렇게 크게 다르지 않았을 것으로 推斷된다. 원님재판이란 사법과 행정의 미분화 내지 민사와 형사사건의 미구별을 지칭하는 일반적 표현으로서, 한국의 전통사법제도에서 가장 중요하고 보편적인 재판형태라고 한다.[13]

---

10) 박병호, 한국법제사, 민속원, 2012년 2월, 146~147면.

11) 尹白南, 朝鮮刑政史, 文藝書林, 檀紀4281(1948)년 7월, 8면 참조.

12) 고려는 초기에 당률을 계수하여 '고려율'이라는 나름의 법전체계를 구비하고 시행하였으나 오늘날과 같은 의미의 일반적·통일적인 성문법전의 시행이라고 하기 보다는 오히려 구체적인 사건과 관련된 왕의 판결과 명령을 집적해가는 불문법의 소위 '왕법체계'를 따르고 있다고 본다. 高麗史 刑法志에 의하면, 고려율은 獄官令 2조, 名例 12조, 衛禁 4조, 職制 14조, 戶婚 4조, 廐庫 3조, 擅興 3조, 盜賊 6조, 鬪訟 7조, 詐僞 2조, 雜律 2조, 捕亡 8조, 斷獄 4조 등 총 71개조로 되어 있다고 하나 그 구체적 내용은 전해지지 않는다(박병호, 앞의 책, 35면). 그러나 자백을 얻기 위한 고문의 폐단이 심하였고, 형사정책은 엄정하지 못하여 赦免令이 빈번하였기 때문에 형벌부과로 대표되는 사법은 그 권위를 잃었다. 고려말기 국가기강의 해이로 인해 지방 관료의 부패한 기득권 세력은 법을 자신의 지배도구로 전환시켰으며, 법은 더 이상 법이 아닌 부패한 힘으로 전락하게 된다. 고려말의 사법상의 혼란은 '고려공사삼일'이라는 말에 잘 나타나 있듯이 법령의 개폐가 빈번하고 법령의 적용에 일정한 기준이 없었다(조지만, 조선시대의 형사법 -대명률과 국전-, 경인문화사, 2007년 7월, 32~33면 참조).

13) 신평, "한국의 전통적 사법체계와 그 변형", 법학논고 제28집, 경북대학교 법학연구원, 2008년 6월, 482면: "과거 왕조시대에 억울한 일이 있는 백성은 고을 원님에게 달려가서 이를 호소하고, 그러면 고을 원님은 그 백성이 호소하는 사실과는 관련 없는 사실까지도 때로는 조사하여

2. 朝鮮의 사법제도와 체계

조선을 건국한 태조 이성계는 그 즉위조서에서부터 이미 통일적 법령적용의 기준으로 '대명률'의 전반적 의용을 밝힘으로써 고려말기의 문란상을 극복하고자 하였다. 이처럼 조선은 대명률의 계수와 경제육전, 경국대전 등 통일법전의 제정과 계속적인 속전의 편찬을 통한 법치주의의 통치를 표방하였다.[14] 그 결과 조선의 재판제도는 나름의 완결된 체계를 구비하였으며, 한국전통사법체계의 典型으로서의 지위를 차지하게 되었다.

먼저 중앙의 사법의 중추역할을 한 기관으로는 삼법사(三法司)라고 칭하는 사헌부(司憲府)·형조(刑曹)·한성부(漢城府)가 있었다.[15] 사헌부는 본래 문무백관의 치적을 조사하는 감찰기관이었으나 백성의 호소로 지방관의 형벌처분을 조사하여 이를 경정하였기 때문에 오늘날의 견지에서 보면 일종의 상소심역할도 하였다. 육조(六曹)의 하나인 형조는 재판기능을 지닌 다른 하급기관의 감독기관인 동시에 지방의 수령이 관장하였던 일반사건의 상소심을 담당하였다.[16] 그리고 한성부는 수도 한성의 일반 행정과 경찰사무를 하는 관장하는 기관이지만 동시에 각종 민·형사소송을 담당하였고, 한성부 이외의 토지가옥에 관한 사건에 대해전국에 걸쳐 관할권을 행사하는 제1심 재판기관이었다. 하지만 실제로는 再審도 담당하여 점차 본래의 심급을 넘어 형조와 대등한 사법기관이 되었다.[17]

위 삼법사는 원래 사법기관이 아니라 고유의 직무처리범위 내에서 사법기능을 담당한 것인데 반해 본래적 의미의 사법기관은 의금부(義禁府)였다. 의금부는 왕의 명에 따라 왕족·양반관리·權門士族의 범죄, 국사범, 역모 및 반역죄, 평민의 왕실·왕족에 대한 범죄, 삼강오륜위반의 범죄 등의 재판을 단심으로 행하였다. 특

사건의 원만한 해결을 도모했다. 사건의 당사자가 되어 자신의 힘으로 사건을 해결한다는 의식을 갖기보다는 고을 원님으로 상징되는 국가권력이 스스로의 원리에 따라 작동하며 만들어내는 은혜를 받는 것으로 생각했을 것"이고 이러한 형식의 재판을 소위 '원님재판'으로 관념한다.

14) 박병호, 앞의 책, 39면. 조선의 법전편찬에서는 원칙은 원전존중의 원칙 즉 조종성헌존중주의를 기본원칙으로 지켰다. 또 하나의 원칙은 영구히 지켜야 할 법령은 典에 수록하고 일시적 필요에 따라 시행되는 법령은 錄에 수록한다는 것이다. 따라서 '典'에 수록된 법령은 永世不變의 祖宗成憲이 되는 것이다.

15) 법원행정처(편), 法院史, 1995년, 5~6면; 신평, 앞의 논문, 483면 참조.

16) 형조의 하부조직으로는 중죄에 대한 상소심을 한 상복사(詳覆司), 법령조사를 한 고율사(考律司), 감옥의 관리와 범죄수사를 한 장금사(掌禁司), 노비에 관한 소송을 담당하는 장예사(掌隷司), 법률교육을 담당한 율학청(律學廳), 죄인의 구금을 담당한 전옥서(典獄署)라는 기관이 있었다.

17) 박병호, 앞의 책, 150면 참조.

히 삼강오륜을 위반한 중범(重犯)에 대해서는 의정부·양사(兩司: 사헌부·사간원)·의금부의 관원들이 합동하여 참여하는 '삼성추국'(三省推鞫)[18]의 재판절차가 있었다.[19]

다음으로 지방의 사법·재판기관에는 관찰사·수령·암행어사가 있었다.[20] 조선8도의 관찰사는 한 도(道)의 행정·사법을 통할하고 관하 목(牧)·군(郡)·현(縣)의 수령을 지휘·감독하였는데, 감영이 소재한 곳의 부윤(府尹)·목사(牧使)를 兼하는 경우도 있었다. 재판기관으로서의 관찰사는 유형(流刑)이하의 형사사건을 제1심으로 직접 처리하였고, 지방수령이 재판한 민사사건의 상소심을 담당하였다.[21] 직접 관민을 다스리는 지방수령인 牧使·府使, 留守·郡守, 縣令·縣監 등 지방관은 태형(笞刑) 이하의 가벼운 형사사건과 일반 민사사건의 제1심을 직결하였다. 그리고 왕의 특명을 받아 지방관의 치적을 감찰하고 백성의 사정을 조사하는 암행어사는 지방수령의 관인을 빼앗고 파직을 할 수 있는데, 지방관을 대신하여 재판도 하였다. 따라서 암행어사는 부정기 순회재판소의 기능을 담당하였다고 할 수 있다.[22]

그밖에 지방관직에도 등용하지 못한 조선의 양반은 그 지방의 백성이나 자기 소유의 노비에 대해 재판권과 형벌권을 행사하였다. 지방 내의 사소한 분쟁은 자치적으로 처리되는 경우가 있었고 이를 관장한 것이 그 지방의 지배층인 양반이었기 때문이다.[23]

위와 같이 조선에서는 의금부 등 특별 재판관청과 형조만이 오늘날 의미의 사법기관이었으며, 지방수령은 1인의 행정기관이 사법기능을 동시에 담당하였다. 또 재판제도에서 상소심은 일부에 한정되었으며 일반백성들의 대부분의 재판은

---

18) 조선시대에 역옥(逆獄)과 강상(綱常)에 관계되는 형사사건은 죄질이 아주 중하다고 보아 사실심리를 일반적인 절차에 맡기지 않고 사건이 발생할 때마다 일종의 비상설 특별재판소라 할 수 있는 '국'(鞫)을 설치하여 국청(鞫廳)에서 사실의 심리와 재판을 행하였다. 이때 왕이 친히 절차를 주재하면 친국(親鞫), 왕으로부터 위임을 받은 위관(委官)이 대신 행하면 추국(推鞫)이라고 불렀다(심희기, 한국법제사강의, 삼영사, 1997년 3월, 227면 참조.

19) 삼법사와 의금부 외에 포도청(捕盜廳)·병조(兵曹)·승정원(承政院)·비변사(備邊司) 등의 기관에서도 관장업무와 관련된 범죄자를 체포하여 처벌할 수 있었다고 한다(신평, 앞의 논문, 484면 참조).

20) 법원행정처(편), 앞의 책, 6~7면 참조.

21) 상소심이라고 하지만 오늘날처럼 직접 다시 재판을 하는 것이 아니라 해당 수령에게 판결방향을 지시하고 그 지시에 따라 수령이 다시 판결하는 형식이었다.

22) 신평, 앞의 논문, 485면 참조.

23) 신평, 앞의 논문, 485면 참조.

지방수령에 의한 소위 '원님재판'이었다. 따라서 지방관의 기본업무는 관내백성의 송사업무처리와 조세의 징수였고, 그 조세징수에 형벌권을 불법·부당하게 활용하는 경우 탐관오리로 전락하게 된다. 그런 稅政의 문란은 백성들의 怨聲을 샀을 뿐만 아니라 공정하지 못한 재판은 舊韓末 司法權 侵奪의 한 原因이 되기도 하였다.

3. 조선의 소송절차 개관

조선시대의 재판은 訟事라고 한다. 송사의 시작은 '所志' 또는 '所志單子'라는 문서를 제출하는 서면주의를 따랐다.[24] 소지의 내용에는 민사적인 것만이 아니라 형사고소나 고발, 행정청원 혹은 행정소송[25] 등을 포함하는 등 다양하였다. 이런 소지가 관청에 제출되면, 수령은 이를 읽고 반대당사자[26]를 대질시켜야 할 경우 대질하고, 즉결로 처리할 수 있는 때는 직결하였다. 사실관계가 복잡하여 더 조사해야 할 필요가 있는 경우[27]에는 미루어두었다가 신속한 처리가 가능한 다른 재판이 끝난 다음에 충분한 시간을 갖고 재판하였다. 그러나 실제의 재판은 수령이 그 지방사정에 어둡고 행정과 사법의 실무경험과 지식이 부족한 경우가 허다하여 구체적인 송사실무를 지방의 아전이 담당하였다. 오늘날의 민사소송에 해당하는 사송 또한 官衙의 刑房을 경유해야 하였으므로 실제로는 아전이 재판에 많은 영향력을 행사할 수 있었다.[28]

판결은 먼저 구술로 선고한 다음 법전에 규정된 형식에 따라 문서로 하였다. 판결을 표시한 문서를 '立案' 또는 '斷決立案·決訟立案'이라고 부른다.[29] 입안의 내용은 사건에 대한 판결사항만을 기재하는 것이 아니라 최초의 所志부터 원고와 피고가 제출한 일체의 소장과 서증의 전부 그리고 관청에서 결정한 모든 題辭[30]

---

24) 박병호, 앞의 책, 153면. 양반이 직접 제출하는 소장을 '單子'라고도 하였다. 그 당시의 공문체인 吏讀體로 작성되었고, 재산의 소재, 소유자, 신분, 권리침해 내용 등에 관하여 간략하게 기술한 것이었다(법원행정처(편), 앞의 책, 10면 참조).

25) 예컨대 잘못 부과된 조세를 감해달라는 요청, 주민에 대한 부역·징발을 허락해달라는 서원의 요청 등을 들 수 있다(법원행정처(편), 앞의 책, 12면).

26) 당사자는 元告, 상대방은 被告, 元雙, 雙이라고 하였는데, 양자를 합하여 共히 元雙이라고도 하였다(법원행정처(편), 앞의 책, 10면).

27) 수령이 面任里任·鄕所를 파견하여 조사보고를 명하는 경우가 있었다(법원행정처(편), 앞의 책, 10면).

28) 박병호, 앞의 책, 149면 참조.

29) 승소한 것을 得伸, 得決 등으로 부르고, 패소는 落訟이라 하였다(법원행정처(편), 앞의 책, 10면).

의 문자를 한 자도 빠짐없이, 제출된 날짜순으로 모두 기입하고 그 마지막에 판결사항을 기재하였다. 따라서 입안만으로도 그 사건의 전모를 알 수 있으며, 판결의 당부에 대해서도 객관적으로 알 수 있었다. 이러한 입안은 승소자가 신청하는 경우에만 발급했는데, 입안발급의 수수료에 해당하는 '질지'(作紙)를 납부해야 발급받을 수 있었다.[31] 질지는 白紙 또는 布木인데, 사건의 소송물가격에 따라 차이가 있으나 20권을 넘지 못하였다. 토지·가옥·노비에 관한 사건이외의 잡송 예컨대 채무에 관한 소송에 대해서는 입안 대신에 간단한 '立旨'를 받았다.[32]

한편 형사소송에 대해서는 獄訟의 지연을 방지하기 위하여 사건의 경중에 따라 심리기한에 제한을 두는 決獄日限,[33] 죄인을 신문하고 자백을 얻기 위하여 拷問을 하는 囚禁·拷訊制度와 訊杖制度가 시행되었다.[34] 형사소송에서의 訊問은 口訊平問이 원칙이지만, 규문주의절차에 따라 피고인의 자백을 얻기 위하여 囚禁하여 拷訊 즉 窮問取服으로 일관하였다.[35]

재판에 대한 상소절차는 訴冤인데, 재판을 담당했던 관원이 경질된 후 신임관에게 다시 제소하는 방법이 일반적이었다.[36] 또한 조선시대 전통적 재판은 행정조치의 일환으로 인식되기 때문에 판결의 확정은 관념하기 곤란하였다.[37] 굳이 현대의 상소개념에 따르자면, 수령의 재판에 대해서는 관찰사에게 항소하는 '議訟', 관찰사의 재판이나 한성부의 재판에 대해서는 중앙의 형조나 사헌부에 상소할 수 있었다.[38] 그래도 억울하면 왕에게 직접 상소하는 '상언'(上言)과 같은 특

30) 제사는 제출된 소지의 말미에 바로 적었는데, 확정판결인 수도 있고 때로는 심리진행 과정의 명령일 수도 있었다(신평, 앞의 논문, 486면 참조).

31) 박병호, 앞의 책, 160면. 현존하는 입안 중 最長의 것은 家垈에 관한 사건의 현종 2년(1661) 6월 19일자의 한성부 결송입안이다. 3개월여에 걸친 이 시건의 입안은 문자 7천여 字, 백지의 폭 약 42cm, 길이 10.3m에 달하는 것으로 오늘날의 판결문에 비하더라도 조금도 손색이 없었다고 한다.

32) 박병호, 앞의 책, 161면. 立旨는 별도로 발급하는 것이 아니라 所志의 끝에 적어주는 것이다.

33) 박병호, 앞의 책, 169면. 사형에 해당하는 사건은 30일, 도형·유형에 해당하는 사건은 20일, 태형·장형에 해당하는 사건은 10일 이내에 처결하도록 하였다.

34) 이에 대해서는 박병호, 앞의 책, 170~171면 참조.

35) 이러한 형사재판의 진행은 非但 조선의 문제만은 아니었다. 서구의 형사재판역사에서도 중세의 규문주의적인 절차에서는 자백은 증거의 왕으로 취급되고 고문이 자행된 보편적인 현상이었다.

36) 박병호, 앞의 책, 162면 참조.

37) 신평, 앞의 논문, 486면. 따라서 부질없는 소송을 회피하기 위하여 당사자 일방이 세 번 승소하면 패소자는 억울하더라도 다시 제소하지 못하고 판결이 확정되도록 하는 법 즉, 三度得伸法이 있었다(박병호, 앞의 책, 161면 참조).

38) 사헌부에 의해 상소가 기각되면 '퇴장'(退狀)을 발급받았다. 그러나 이러한 소원제도가 오늘날의 상소제도와는 다르다는 사실에 유의해야 한다. 3심제에 따른 심급제와 재판의 확정제도는 융희 원년(1907년) 12월 23일, 법률 제8호 재판소구성법에 의하여 지방재판소, 공소원, 대심원을

별한 상소제도가 있었다.[39]

위와 같이 조선의 재판권은 일반 행정기관에서 관장하였으나 그 기구와 심급구조가 법상으로 명확하게 정해져 있었고, 이를 위반하는 경우에는 越訴라고 하여 그 사건을 수리하지 않았다. 그러나 후대로 내려올수록 계통을 무시하고 월소의 사례가 증가하였는데, 한성부가 사실상 제2심으로 기능한 것이 그 대표적인 예라고 하겠다.[40]

조선시대의 소송에는 오늘날의 민사재판과 형사재판처럼 분명하게 구분되지는 않았지만, 개인상호 간의 권리나 재산에 관한 분쟁을 다루는 詞訟과 형사법상의 범죄를 다루는 獄訟이 있었다. 그러나 모든 송사는 경중의 차이가 있으나 형벌이 부과될 가능성이 있기 때문에 기본적으로는 형사재판적인 성격을 가지고 있었다. 이런 특징은 전근대적이라 혹평할 수도 있으나 반대로 근대적 소송의 결점으로 나타나는 소송절차와 재판집행력의 비능률성·비경제성과 비교한다면, 당시로는 오히려 쟁송의 집행효과가 신속하고도 효율적이었다고 긍정적인 평가[41]를 받기도 한다. 이러한 기능은 오늘날의 징벌적 손해배상제도 또는 형사배상명령제도와 비견될 수도 있겠다.

요컨대, 전통사법의 원님재판은 사건의 실체를 파악하는데 그 형식에 구애됨이 없이 모든 수단을 사용하여 재판의 목적을 효율적으로 달성하는 것이라 하겠다. 또 국가의 공권력이 객관적인 제3자의 입장에서 분쟁당사자의 쟁송의 해결을 위해 개입한다는 오늘날 의미의 사법기능이기보다는 사법적·행정적 통합조치에 더욱 근접한 것으로 이해된다.[42]

둔 것에 기원한다(박병호, 앞의 책, 163면).

39) 上言은 서면으로 상소장을 작성하여 국왕이 행차하는 길 앞에 엎드려 호소하는 것이고, 그 외 국왕의 행차시에 북을 치거나 일정장소에 비치된 북(申聞鼓)을 울려 억울함을 호소하는 격고(擊鼓)·격쟁(擊錚)의 방법이 있었다(법원행정처(편), 앞의 책, 9면; 박병호, 앞의 책, 173면 참조).

40) 박병호, 앞의 책, 150면; 162면 참조.

41) 박병호, 앞의 책, 146면.

42) 신평, 앞의 논문, 486면 참조.

Ⅲ. 근대적 사법제도의 형성과 위기

1. 구한말 근대적 재판제도의 태동

가. 사법권과 행정권의 분리

한국에서 근대적 사법제도의 출발은 1894년의 甲午更張에 의한 개혁에서 찾을 수 있다. 甲午改革은 조선의 왕조체제를 정치적으로 근대적 절대군주제국가라는 새로운 통치체제로 전환시키고 신체제의 유지·발전에 장애가 되는 불합리한 봉건제도를 폐지하는 조치였다. 조선의 開國紀年을 사용하여 개국503(1894)년 6월 28일 周禮에 근거한 종래의 六曹體制를 폐지하고, 입법부에 해당하는 軍國機務處를 비롯하여 각 衙門의 관제를 시행하였다(刑曹의 폐지와 法務衙門의 설치).[43]

1894년 7월 군국기무처는 군율위반의 경우를 예외로 하고서 각 官廳·宮 등 행정기관의 범인체포를 금하고, 사법관이 재판절차를 통하여 형벌을 부과하도록 하였다. 또한 일반 형사사건의 재판권을 法務衙門이 담당하게 하고 관리의 죄는 義禁司에게 전담시키는 議案을 결의하여 신재판제도 수립의 기초를 마련하였다. 그러나 행정관청 법무아문이 형사재판을 하는 것이 부당하다고 보아 1894년 12월 중앙의 義禁司를 法務衙門權設裁判所로 개편하고 재판사무를 전당하게 하여 마침내 사법이 행정과 분리되었으며, '재판소'라는 새로운 裁判專擔機構가 탄생하였다.[44]

나. 근대적 재판소의 구성

1) 근대적 재판제도는 1895년 3월 25일 갑오개혁의 법률 제1호 '재판소구성법'이 제정되면서 정비되었다. 1896년 8월 15일에 개정된 내용까지 포함하여 정리하면, 재판소는 지방재판소, 한성재판소 및 개항장재판소, 순회재판소, 고등재판소, 특별법원의 5종으로 구성되었다. 지방재판소는 각 도에 설치하여 일체의 민·형사재판을 관할하고 단독재판을 원칙으로 하였다. 한성·개항장재판소는 한성과 인천·부산·원산에 설치되어 민·형사재판과 외국인 관련사건을 관할하였다. 순회재판소는 매년 3월부터 9월 사이에 법부대신이 정하는 장소에 임시로 개정하여, 개항장재판소 및 각 지방재판소의 상소사건을 재판하였다. 고등재판소는 법

43) 박병호, 앞의 책, 73~74면 참조.
44) 박병호, 앞의 책, 151면 참조.

부에 임시로 개정하여 재판장 1인, 판사 2인의 합의제로 재판하되, 한성재판소와 인천항재판소의 상소사건만 재판하였으나 이후에는 각 지방재판소의 상소심도 수리하였다. 특별법원은 왕족의 범죄를 재판하였다.[45] 1899년에는 재판소구성법을 개정하여 임시의 고등재판소를 상설의 평리원(平理院)으로 개칭하고 상소심을 담당하게 하였다.

판사와 검사는 원칙적으로 사법관시험에 합격한 자라야 하며, 칙임(勅任) 또는 주임(奏任)관이고, 서기는 판임관으로 법부대신이 임명하였다.[46] 검사는 영장의 집행, 범죄수사, 증거수집재판의 집행을 담당하고, 정리는 문서의 송달, 법정의 관리, 강제집행 등 사무에 종사하였다.[47] 재판소에서는 조선어를 사용해야 하며, 외국인은 일본어로 재판받을 수 있었다. 그러나 소송기록은 조선어로 해야 하였다.[48]

2) 그러나 재판소구성법이 제정·시행되었지만 즉시 재판소가 개설되지 않아 실제로 설립된 것은 평리원과 한성재판소뿐이었다.[49] 평리원은 지방재판소 및 개항장재판소의 상소심을 담당하였으나 법부대신이 평리원 재판장을 겸직하게 규정되어 있어 내용상으로는 과거의 형조로 회귀하는 것이었다.[50] 나아가 사법인원과 예산이 뒷받침되지 않은 상부로부터의 개혁은 이름만 개혁이었지, 지방재판소도 각 도의 감영 또는 부청에 명패만 달았고, 사법관도 관찰사 또는 부윤·군수가 겸임하였으므로 실제로는 구제도와 크게 다를 바가 없었다.[51] 또한 평리원을 최종심 재판소로 규정하였음에도 평리원의 판결에 불복하여 법부에 상소하거나 판결 자체가 번복되는 일도 허다하였다.

재판과정에는 고문을 비롯한 전근대적 관행이 여전히 남아 있었고, 평리원과 한성재판소에도 전임사법관의 임용과 재판이 용이하지 않았음을 알 수 있다. 예컨대, 당시로는 한성재판소와 경기재판소(1897년 9월 12일 설치)만이 독자적 건물을 사용함은 물론 전임사법관이 임명되어 명실상부한 행정에서 사법의 독립재

45) 박병호, 앞의 책, 151면 참조.
46) 재판소구성법 제14조, 제34조 및 제40조 참조.
47) 재판소구성법 제38조 및 제43조 참조.
48) 재판소구성법 제51조 및 제52조 참조.
49) 도면회, 앞의 책, 169면 참조. 1996년 1월 당시 지방 및 개항장재판소는 전국에 총23개소가 있었다(도면회, 앞의 책, 171면 참조).
50) 정긍식, 韓國近代法史攷, 박영사, 2002년, 260면 참조.
51) 박병호, 앞의 책, 152면 참조.

판여건이 마련되었지만, 이마저도 법부대신(李裕仁)의 상소에 의해 1898년 2월 9일 폐지된 후 각각 경기관찰부와 한성부에 합설되어 버렸다. 법부대신은 사법권의 독립이나 전문사법관의 필요성을 부정하고 갑오개혁이전처럼 관찰사 또는 군수 등 지방수령이 행정·사법권을 모두 관장하는 것이 올바른 방향이라고 주장하였다. 갑오개혁의 결과 사법행정의 최고책임자가 스스로 그 개혁의 성과를 부정하는 역설적 현상이 발생한 것이다.[52] 이와 같은 현상은 외세의존적·급진적 근대화의 갑오개혁에 대한 반발에서 나온, 조선의 독립유지와 전제군주제의 확립을 표방한 고종의 1897년 光武改革의 일환이기도 하였다. 광무개혁의 사법은 갑오개혁기의 재판소구성법을 전면 개정하여 모든 재판소를 행정기관과 합설하고 재판절차나 형의 집행을 구래의 전통적인 방법으로 역행시키는 것이었다. 그 결과 한 번도 개정된 적이 없는 재판소도 있었으며 행정관이 판사업무를 겸임하는 등 재판제도에 문제를 내포하고 있었다.[53]

2. 일본의 사법침탈과 사법제도의 개혁

가. 통감부시대, 한국의 사법제도 개혁

1) 1868년 明治維新으로 근대화를 추진하고 제국주의로 성장한 일본이 조선의 내정에 간섭할 수 있었던 법적 근거는 1904년 8월 22일에 체결한 제1차 한일협약이었지만, 조선침략의 야욕은 이미 1876년 2월에 무력을 사용하여 조일수호조규(朝日修好條規; 일명 강화도조약)를 체결한 이후로 본격화되었다. 1894년 청일전쟁에서 승리한 일본은 청국으로부터 조선의 자주독립을 확인받음으로써 한반도에서의 우월적 지위를 획득하였다. 이 시기 일본의 對韓政策은 청일전쟁·러일전쟁 등 무력사용과 카쓰라-태프트 밀약(Taft-Katsra Secret Agreement)·제2차 영일동맹협약 등 외교정치를 통하여 한국에 대한 보호·감리를 국제적으로 보장받고, 이를 기반으로 한국에 대한 지배를 최대로 확장하는 것이었다. 특히 1905년 7월 17일에는 제2차 한일협약(을사조약)을 강압적으로 체결하고 한국의 외교권을 침탈하였다.

이에 1905년 12월 한국에는 통감부가 설립되고 일본인 통감이 파견되어 경성

52) 도면회, 앞의 책, 175~177면 및 537면 尾註 132 참조.

53) 이에 이토 히로부미(伊藤博文)가 한국에는 재판제도가 없다고 한 것이다. 행정관리에 의한 재판이라는 사법의 결함을 보충하고 사법역량을 지원하기 위하여 일본인 사법전문관인 法務補佐官 및 補佐官補를 雇聘하는 법무보좌관제도를 시행하였다(이영미지음·김혜정옮김, 한국사법제도와 우메 겐지로, 일조각, 2011년 2월, 25~26면 참조).

에 주재하며 한국의 대외정책에 관한 외교사항을 관리하였다. 일본의 침략구상을 관철하기 위하여 통감부는 한국의 施政改善協議會[54]를 고안하였고 초대통감 이토 히로부미(伊藤博文)는 1906년 3월 13일 개최된 제1차 회의에서 한국시정개선의 주요방향을 설명하면서 특히 재판 및 감옥제도의 개혁필요성을 제기하였다.[55] 일본의 보호정치가 한국에 성과를 내는데 장애사유로서 서구열강의 치외법권 문제와 공정한 재판제도 및 기본법전의 미비로 판단했기 때문이다. 이에 사법제도의 확립과 정비 및 치외법권의 철폐라는 급선무를 해결하기 위하여 우메 겐지로(梅謙次郎)를 한국정부의 법률고문으로 고빙하여 한국의 재판제도 개혁과 법전편찬사업의 입안을 위탁하였다.[56]

통감부의 재판제도의 개혁은 법무보좌관제도를 도입한 제1기, 한국법부에 일본인 차관을 두고 한국재판소에 일본인 재판관을 채용한 제2기, 그리고 사법권을 일본에 위탁한 제3기로 구분할 수 있다. 그러나 통감부의 사법개혁은 한국을 완전통합하려는 일본국내로부터 비판을 받아 왔으며 결국 1909년 7월 일본의 한국병합방침결정에 따라 7월 22일 한국의 사법권을 일본에 위탁하였다. 그 결과 한국의 법부와 재판소는 폐지되고 통감부 司法廳이 설치되었다. 1910년 8월 한일병합이후에는 통감부 사법청도 폐지되기에 이른다.[57]

2) 일본인 전문사법관을 용빙하는 법무보좌관제도의 도입은 조선의 사법제도를 일거에 개편하는데 대규모의 인력과 재정을 필요로 했지만, 그 당시 재정은 물론 전문사법인력을 충원할 방법이 없었기 때문이었다. 즉 근본적 개혁을 위한

54) 시정개선협의회는 이토 히로부미가 직접 참석하고 한국 내각의 각 대신들이 참여하는 비공식 기구였는데, 여기에서는 통감부의 한국내정에 관한 개편요구를 한국의 대신으로부터 추인을 받는 형식을 취하였다. 을사조약을 계기로 한국의 외부(外部)가 폐지되고 대외업무를 통감부에서 직접 관장하였기 때문에, 시정개선협의회는 한국의 내정을 일본 주도로 개편하는 기구였다고 할 수 있다. 시정개선협의회는 1906년 3월 13일에 처음 열린 뒤 1909년 12월 28일까지 총 97회에 걸쳐 개최되었다.

55) 市川正明 編, 韓國併合史料 1, 原書房, 1978年(2刷), 141면.

56) 이영미지음·김혜정옮김, 앞의 책, 12면 참조. 우메 겐지로가 계획한 사법제도개편의 구체적 방안은 一. 평리원에 數人, 관찰부에 一人의 일본인을 傭聘하여 민사·형사재판에 관여하게 할 것, 二. 군수는 체포·감금의 직무를 하지 않도록 할 것, 三. 민사재판에서는 당사자를 체포·구금할 수 없도록 할 것, 四. 형사재판에서는 체포·구금의 권한이 평리원, 관찰부, 재판소 또는 경찰관에 속하는 것으로 할 것, 五. 증인이 정당한 이유 없이 出願하지 않을 때는 拘引할 수 있도록 할 것, 六. 부동산법의 적용에 관한 소송은 1심은 군수, 2심은 관찰부재판소, 상고는 평리원에 제기하도록 할 것 등이다. 이러한 우메 겐지로의 구상은 일거에 실현되지는 못하였고 한국정부의 내부상황에 따라 단계적으로 추진되었다.

57) 이영미지음·김혜정옮김, 앞의 책, 12~14면 참조.

임시조치로서 법무보좌관제도로 사법제도를 개선하려 한 것이다. 1906년 12월 우메 겐지로에 의해 법무보좌관 및 보좌관보의 인선과 임지(任地)가 결정되었고,[58] 1907년 1월에는 법무보좌관 15명과 보좌관보 12명이 당시 법부대신(李夏榮)의 임명과 훈시 후에 평리원 및 전국 각지의 지방재판소에 각 1인씩 배치되었다.[59] 이로써 군수와 관찰사가 재판업무를 담당하는 지방재판소에 법무보좌관 내지 동보는 재판사무를 원조한다는 명목으로 지방재판에 간섭할 수 있었다. 그러나 법무보좌관들이 지방재판소에서 한국 관리와 갈등을 겪으면서 사법개혁은 통감부의 의지대로 진행되지 않았다.[60] 이 갈등은 일본인 법무보좌관이 한국의 지방관은 전임재판관이 아니라 근대적 법률지식이 부족하다는 이유로, 수시로 지방관의 재판권에 대해 간섭하려 했기 때문에 발생하였다.[61]

법무보좌관들은 활동 중 제기된 재판제도의 문제를 정리하여 통감부와 법부대신에게 그 개정의견서를 제출했는데[62], 이는 일부 수용되어 1907년 6월 27일 법률 제1호 '민형사의 소송에 관한 건' 및 법률 제2호 '訊問刑에 관한 건'으로 분리되어 공포되었다.[63] 법률 제1호에서 군수는 일체의 민사와 태형에 해당하는 형사사건을 제1심으로 재판하고, 군수재판에 불복하는 자는 소관지방재판소에 신소(申訴)할 수 있도록 규정했다(제1조, 제2조). 그러나 勅·奏任官의 범죄는 각도 재판소나 한성재판소에서 제1심을 재판하였다(제5조). 특히 민사에 관해서 판결 선고 전에는 소송관계인을 拘留하지 못하도록 규정함으로써(제6조) 민사와 형사 절차를 구분하고자 시도했다. 나아가 당시까지 인정되었던 군수의 검험과 가택수색, 물건집류와 기타 일체의 수색처분을 금지했다(제3조). 법률 제1호는 민·형사 소송의 절차에 관한 규정으로 全文10개조, 고문금지를 규정하는 법률 제2호는 전문3개조에 불과하였으나 근대사법의 형성에 의미하는 바는 지대했다. 즉 勅任官의 특권을 폐지함으로써 신분층에 따른 재판제도의 폐해를 제거하여(법률 제1호 제5조) 법 앞의 평등원칙을 반영하였을 뿐만 아니라 군수의 재판에 대한 불복을 소관 지방재판소에 申訴하게 함으로써 재판심급을 3심제와 비슷할 정도로 정

58) 남기정 역, 일제의 한국사법부 침략실화, 육법사, 1978년 1월, 71면 참조.
59) 이영미지음·김혜정옮김, 앞의 책, 26~27면 참조.
60) 남기정 역, 앞의 책, 47면.
61) 이영미지음·김혜정옮김, 앞의 책, 43~44면 참조.
62) 그 중 중요한 것으로는 1. 법부는 평리원의 판결에 대하여 종래 행하던 경사(更査)를 폐지할 것, 2. 보좌관의 보조로서 용빙경찰관을 임용할 것, 3. 민·형사사건의 조사에 고문을 폐지할 것, 법무아문에 설치되어 있는 민사관계자 구치감(拘置監)을 폐쇄할 것 등이다.
63) 이영미지음·김혜정옮김, 앞의 책, 45면 참조.

비하였다.[64]

이렇게 재판제도를 개선하던 도중에 1907년 6월 네덜란드 헤이그에서 열린 제2회 국제평화회의에 고종황제가 밀사를 파견한 사건이 발생하였고, 이를 불법행위로 간주한 일본은 황제의 讓位(동년 7월 19일)와 제3차 한일협약의 체결(7월 24일), 또 한국군대의 해산(8월 1일)에까지 이르렀다. 제3차 한일협약의 체결은 한국의 사법권이 행정권으로부터 완전 독립하는 내용을 담고 있었으나, 법무보좌관제도가 폐지되고 기존의 법무보좌관이 직접 한국의 재판사무를 담당하게 되어 사법권의 박탈로 귀결되었다.[65] 그리고 대부분의 법무보좌관은 고빙이 끝남과 동시에 소위 차관시대의 재판제도에 합류되어 각 재판소에 배속되었다.[66]

3) 제3차 한일협약의 체결의 후속조치로 한국의 재판소는 1 大審院·3 控訴院·8 地方裁判所·113 區裁判所로 구성되는 4단계3심제로 계획되었고, 사법의 중앙기관인 법부장관을 제외한 차관을 정점으로 하는 각급재판소의 원장 및 소장·檢事長 및 檢事正을 모두 일본인으로 임용하는 구조로 되어 있다.[67] 실로 한국의 재판제도는 일본인 법관에 의하여 운영되는 실정이었다.[68] 제3차 한일협약의 각서(불공표)의 구상은 1907년 12월 23일 법률 제8호로 전면 개정된 '재판소구성법'에 그대로 반영되었고, 이 법률은 한국근대재판제도의 골간을 이루는 것[69]으

64) 이영미지음·김혜정옮김, 앞의 책, 46면 참조.

65) 그러나 일본인 사법관의 한국 도착지연으로 인하여 한국인 행정관에 의한 재판은 당초의 협약내용보다 6개월 이상 지속되었다고 한다(이영미지음·김혜정옮김, 앞의 책, 146면 참조).

66) 전봉덕, "한국근대사법제도사 ⑧", 변호사법 제20호, 1976년 27면 이하에서는 법무보좌관은 판검사에, 보좌관보는 서기에 모두 흡수되었다고 한다(이영미지음·김혜정옮김, 앞의 책, 59면 미주 60) 참조).

67) 제3차 한일협약의 각서(불공표)의 구체적 내용은 이영미지음·김혜정옮김, 앞의 책, 148면 참조.

68) 구재판소는 단독제, 지방재판소는 3인, 공소원은 5인, 대심원은 7인의 합의제로 하고 상고심은 대심원의 권한으로 하는 심급관할을 정하였으며 각 재판소에서 필요로 하는 총 인원은 1,000명 이상이고 이중 일본인 사법관은 400명을 목표로 하였다. 그러나 제도시행의 초창기부터 사법인력의 수급에 차질이 있어 실제로 한일합병 직전까지 한국인 사법관은 309명에 불과하였다. 즉 사법개혁의 근대화이후에도 행정관이 재판업무를 겸하였고, 법관양성소 출신의 한국인 전문사법관의 배출마저도 아직 초기단계여서 이와 같은 대규모의 임용에는 크게 미흡하였다(이영미지음·김혜정옮김, 앞의 책, 149~150면 참조). 나아가 재판소 청사의 확보와 경비 등 예산상의 문제로 인하여, 지방재판소이상인 1大審院·3控訴院·8地方裁判所는 모두 개청되었으나 구재판소는 16개소만 개청되었으며 한일합병직전까지도 구재판소가 54개소만 개설되고 58개소는 미개청 상태였다(이영미지음·김혜정옮김, 앞의 책, 153~154면 참조).

69) 전문 5장 39개조 및 부칙으로 구성된 재판소구성법은 大審院·控訴院·地方裁判所·區裁判所로 구성되는 4단계 3심제를 한국에 최초로 채택한 것(제1조), 각급 재판소의 소장 또는 원장과 같이 사법행정사무의 감독자를 둔 것(제18조, 제32조), 검사국에 검사장을 두고 재판소 및 검사국에 書記課를 설치하여 오늘날 법원 사무국의 원조를 만든 것(제4조), 재판부를 민사부와 형사부로

로 한일병합이후에도 조선총독부재판소령에 의해 그대로 이어졌다.

특히, 종래 특별법원에서 관할하였던 왕족의 재판 중 민사사건은 지방재판소가(제15조), 형사사건은 대심원에서 담당하도록 규정하였다(제31조). 이러한 규정은 특권배제에 기초한 것으로 모든 사람은 법 앞에 평등하다는 원칙에 근거하는 思考다. 나아가 以前時期에 행정관이 재판업무를 담당하게 되면서 나타난 폐해를 시정하고자 동법은 사법관의 위상을 행정관보다 높게, 판사의 위상을 검사보다 높게 설정하였는데, 이러한 특징도 오늘에까지 이르고 있다.[70]

그러나 이러한 재판제도의 정비도 1909년 7월 12일 총리대신(李完用)과 총감(曾彌荒助) 사이에 '대한제국 사법 및 감옥사무 위탁에 관한 각서(기유각서)'가 교환됨으로써 한국정부의 재판소와 감옥 및 법부는 폐지되고, 사법권을 일본에 위탁하게 되었다. 이 시기 한국의 통감부 재판소는 고등법원, 공소원, 지방재판소 및 구재판소의 4단계3심제로 통감에게 직속되었다. 1907년 재판소구성법과 비교하면, 대심원의 명칭을 고등법원으로 변경한 것을 제외하고서 모두 동일하였다.[71]

나. 총독부시대, 한국의 사법제도

1) 한일병합이후 1912년 3월에 한국의 재판제도는 다시 변천을 거듭하여 고등법원·복심원·지방법원의 3단계3심제로 되어 해방이후에도 존속하였다. 이러한 재판소의 구성이외에 판사의 신분보장 및 징계처분에 대해서도 법률을 대신하는 총독의 制令에서 규정하고 있었다. 판사의 징계절차에 대해 일본의 경우에는 징계재판소의 자치적 재판에 의하였지만, 한국에서는 판사징계위원회에서 의결하였다. 그런데 이 징계위원회의 회의는 총독의 청구에 의해 개시되며 심리도 서면심리주의를 취하고 있을 뿐만 아니라 위원회가 필요하다고 인정하는 때에 한하여 본인의 출두를 명하였고 또 항소를 금지하였기 때문에 판사는 총독부에 예속되게 되었다.[72]

구분하고 부장제도를 둔 것(제17조)그리고 부칙 규정이외에 법률의 시행에 필요한 단행법을 별도로 규정한 점(법률 제9조 재판소구성법시행법) 등이다.

70) 이영미지음·김혜정옮김, 앞의 책, 152면 참조.

71) 1909년 11월 1일 통감부재판소령 참조. 구재판소는 단독심리제를 채택하였고, 기타 재판소에서는 합의심리제를 채용하였다. 구한말의 한국인 전문사법관은 통감부재판소의 판사 및 검사에 임용되었으나 민사사건의 경우 원고·피고가 모두 한국인인 경우에, 형사사건에서는 피고인이 한국인인 경우에 한하여 그 직무를 수행할 수 있었다(도면회, 앞의 책, 447~448면 참조).

72) 박병호, 앞의 책, 84면.

이처럼 사법의 행정에 대한 분리·독립을 기치로 전개되어 왔던 한국의 근대적 사법개혁의 종착역은 결국 사법권을 총독이 장악하게 되어 사법권은 독립되어 있지 않았으며, 재판소는 총독부 소속의 행정관서에 불과하여 재판에 대한 정치적 압박이 가능하였다. 따라서 법관에 의한 공정한 재판을 받을 권리를 핵심내용으로 하는 사법권의 독립은 요원하였다.[73]

2) 일본에 의해 근대적 여러 사법제도가 한국에 이식되었지만 이는 형식만 근대적이었을 뿐 그 제도의 근대적 정신은 제대로 파악되지 못한 채로 8.15해방이후 불행한 유산으로 현대의 제도로 이행되었다. 한마디로 '일본화된 서구적 근대법'의 계수과정이었다고 본다.[74] 달리 말하면 '자주적 근대화를 통한 전통사법의 계승발전'이라는 전통의 연속이 무산되고, 타율적 식민지근대에 의한 서구식 근대재판제도가 전격도입·형성된 단절의 사법제도사라고 할 수 있다.

그리고 1945년 8월의 광복과 1948년의 정부수립이후에는 식민해방의 감격과 흥분 및 서구민주주의에의 맹목적 추종에 휩싸여 구한말개화기이후의 전통사법의 단절에 관한 자각과 그 계승발전을 위한 시간적 여유도 갖지 못한 채 이식된 일제의 법체계와 법제를 그대로 의용하게 된다.[75]

Ⅳ. 한국 형사사법제도의 현대적 정비와 발전

1. 사법의 독립

1) 1948년 7월 17일 대한민국 헌법이 공포되었고, 헌법은 삼권분립 원칙에 따라 사법의 독립을 보장하였다. 이어 1949년 9월 26일 법원조직법이 제정·공포되었다. 헌법과 법원조직법은 법원이 민사소송, 형사소송, 행정소송, 선거소송 등의 법률적 쟁송을 심판하도록 정하고, 대법원 이외에 고등법원과 지방법원(및 지방법원지원)을 두어 3급3심제를 확립하였다. 그 후 정치적·사회적 격변과 급속한 산업화로 말미암아 누차에 걸쳐 헌법 개정이 있고 그에 따라 법원조직법도 대법

73) 박병호, 앞의 책, 85면.
74) 박병호, 앞의 책, 87면; 89면.
75) 예컨대 형사법의 경우만 보더라도, 일제의 조선형사령의 시행으로 인해 1912년 4월부터 의용된 일본형법·형사소송법이 1945년 광복이후에는 미군정법령 제21호(1945.11.2.)를 통하여, 1948년 정부수립이후에는 건국헌법 제100조에 의해 한국에 그대로 존속하게 되었다.

관 및 법관의 임명방법, 대법관의 수와 관련하여 변천이 있었지만, 최고법원이자 상고심인 대법원을 정점으로 하는 항소심인 고등법원, 사실심인 지방법원과 그 지원 등 3급3심구조로 구성된 법원조직의 골간은 그대로 유지되어 왔다.

2) 사법기능의 공정성과 중립성을 보장하기 위하여 사법부의 업무수행을 사법 이외의 다른 국가기관과 외부세력으로부터 독립시키는 것을 사법의 독립이라 한다. 사법독립에서 가장 중요한 것은 법원이 수행하는 재판에서 독립을 확보하는 재판의 독립이다. 협의의 사법독립은 이러한 재판의 독립을 의미한다. 그러나 재판의 독립을 위한 필수불가결한 전제요건이 법원의 독립과 법관의 독립이다. 재판의 독립, 법원의 독립, 법관의 독립, 이 세 가지는 상호밀접불가분의 관계에 있으며, 통상적으로 사법의 독립이라고 하면 이를 모두 의미하는 것이다. 재판의 독립이 사법독립의 핵심이라고 하지만, 법원과 법관의 독립을 이룰 수 없으면 재판의 독립 나아가 사법독립은 이루어져 있다고 할 수 없다.

法治國家(of the law)든, 依法治國(by the law)의 표방이든 오늘날 사법의 독립을 보장하는 목적은 1. 법관의 자율을 보장하여 법률의 적용과 집행에서 불편부당성을 확보하고, 2. 재판이 공정하게 행해지도록 함으로써 국가의 분쟁해결에 정당성을 확보하고, 3. 국가권력의 남용으로부터 국민의 자유와 권리를 보호하여 법치주의를 실현하는데 있다. 사법의 독립을 실현하기 위하여 한국헌법은 사법권을 법관으로 구성된 법원에게만 속하게 하여 국회나 행정부 등 다른 국가기관과의 분리·독립을 명시하고 있다. 또 법관의 독립과 신분의 보장을 위하여 제103조는 재판의 독립을 명문화하고 있을 뿐만 아니라 법관의 임기와 연임을 헌법에 규정하는 동시에 법관의 자격을 법률로 정하도록 하였다.

[표] 사법독립의 구체적 내용

사법의 독립	법원 독립	근본 원리	헌법 제101조제1항	사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다.
			의 의	입법과 행정으로부터 법원의 독립을 강조
	재판 독립	핵심 원리	헌법 제103조	법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다.
			의 의	재판에서 법관의 독립적 판단을 보장
	법관 독립	전제 원리	헌법 제101조 제3항	법관의 자격은 법률로 정한다.
			헌법 제102조 제3항	대법원과 각급 법원의 조직은 법률로 정한다.
			헌법 제106조 제1항	법관은 탄핵 또는 금고이상의 형의선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니하며, 징계처분에 의하지 아니하고는 정직, 감봉 기타 불리한 처분을 받지 아니한다.
			의 의	법관의 자격과 신분보장을 통하여 재판독립을 확보

사법의 독립이 법치주의에 근거한 사법의 자율성을 원리로 한 것이라면, 오늘날에는 현대적 민주주의에 기반을 두고 있는 사법의 책임성이 강조되고 있다. 사법의 독립이 법원이나 법관의 전횡을 허용하는 것이 아니기 때문이다. 사법의 자율성을 존중하게 되면, 비정치적 사법전문가에 의한 관료주의가 생성될 우려가 있다. 반대로 사법의 책임성을 강조하게 되면 사법자율성이 억제되어 사법의 독립이 훼손될 위험이 있다. 사법의 자율성과 책임성의 균형과 조화가 현대의 사법독립에 있어서 핵심화두가 된다.[76]

주권자 국민에 대한 사법의 '책임성'을 강화하기 위하여 현재 다음과 같은 사법개혁을 수행하고 있다. 현재의 개혁목표는 사법의 신뢰에 관한 사회의 부정적 현실을 반영하여 결국에는 사법의 독립을 견지하려는 것이다. 법관은 단순한 사법전문가 그 이상의 존재로서 국민전체에 대한 봉사자의 지위에서 사회현실을 이해하고 법을 적용·집행해야 한다. 법관은 재판에 있어 공정하고 품위 있는 태도를 견지하고 법원은 법정의 운영이나 재판 관련절차에서 사법의 이용자인 국민에게 편리하고 효율적이며 만족스러운 사법역무를 제공할 수 있어야 한다. 한국의 2007년 이후 사법개혁의 특징은 한 마디로 법관의 자유재량에 대한 통제에 있

76) 鄭宗燮, 헌법학원론 제10판, 박영사, 2015년 3월, 1400면.

다. 여기서는 특히 법관의 양형재량에 대한 편차를 감소시키기 위한 양형기준제도의 시행과 형사재판에의 시민참가를 소개한다.

2. 국민의 형사재판 참여제도의 도입과 성과 분석

1) 한국에서 배심재판의 단초는 구한말 개정형법대전[77]에 규정된 재판관의 자유재량권 때문에 발생하게 되는 인권유린 우려와 연관이 있다.[78] 개정형법대전의 시행이후 1년 반 정도 지난 시기에 배심재판의 실시를 주장하는 목소리가 높았지만, 근대사법제도 형성에 크게 관여하였던 우메 겐지로는 독일학자들의 배심제 반대론으로 이를 무마하였다고 한다.[79] 100년이 지난 오늘날 사법개혁의 일환으로 영미법계의 배심재판과 독일법계의 참심재판의 요소를 혼용한 국민의 형사재판참여제도가 2008년 1월부터 시험적으로 시행되고 있다.

국민의 형사재판참여제도는 사법에의 민주적 정당성 확보와 국민의 신뢰성 제고를 위하여 재판절차에 일반 국민이 참가하여 사법에 일반인의 건전한 상식이 반영되도록 함으로써, 형사사법에 민주주의적 기반을 마련할 수 있는 제도이다.[80]

'국민의 형사재판 참여에 관한 법률'은 중대사건의 피고인에게 참여재판의 의사를 서면 등의 방법으로 확인하도록 규정하고 있다(제8조). 대상사건[81]에 대한 참여재판 결정여부는 원칙적으로 피고인의 의사를 서면으로 확인하는 소위 희망주의를 채택하고 있다. 다만 법원은, 예컨대 배심원이나 그 친족의 생명·신체·재산에 대한 침해 또는 침해의 우려가 있어 출석의 어려움이 있거나 이 법에 따른 직무를 공정하게 수행하지 못할 염려가 있다고 인정되는 경우, 또는 공범 관계에

77) 1908년 7월 23일 법률 제19호 "형법대전 중 개정의 건"으로 공포되었다. 1905년에 제정된 형법대전은 그 이듬해 1906년에 제1차 개정이 있었다. 따라서 1908년의 개정은 제2차 개정에 해당한다.

78) 그러나 당시의 법률신문 1908년 8월 5일자 기사, "韓國의 改正刑"을 보면, 형법대전의 관련 규정은 재판관에게 자유재량의 여지를 크게 주고 있었지만 한국인재판관은 이를 시행할 기량이 없고, 일본인재판관은 한국인의 의심을 불러일으킬 소지가 있기 때문에 이를 행사하지 않을 것으로 전망하였다(이미영지음·김혜정옮김, 앞의 책, 160면 참조).

79) 이미영지음·김혜정옮김, 앞의 책, 161면.

80) 국민재판참여법 제1조도 "서법의 민주적 정당성과 신뢰를 높이기 위하여 국민이 형사재판에 참여"할 필요성이 있다고 천명하고 있다.

81) 대상사건으로는 사망의 결과를 야기한 범죄, 강도와 강간이 결합된 범죄, 강도 조는 강간에 치상·치사가 결합된 범죄, 특정 범위의 부패범죄 등을 중심으로 법률에 구체적으로 규정된 사건뿐만 아니라 합의부 관할사건 중 대법원 규칙이 정한 사건 등을 대상으로 하고 있다(제5조)

있는 피고인들 중 일부가 참여재판을 원하지 않아 재판의 진행에 어려움이 있다고 인정되는 경우 등에는 배제결정을 할 수 있다(제9조).

배심원의 선정은 각 지방법원에서 작성하여 관리하고 배심원후보예정자명부를 기초로 하는데, 관할구역 내에 거주하는 주민 가운데 성별, 연령 등을 고려하여 충분히 대표성을 갖추도록 작성한다. 참여재판의 실행하기 전에 법원은 법률에 정해진 필요한 배심원후보자의 수를 정하고 배심원후보예정자 명부에서 무작위로 추출하여 선정기일을 통지한다(제23조). 출석통지를 받은 배심원후보자는 지정된 선정기일에 출석하고, 이들에게 법원은 결격사유[82](제17조)나 제척사유[83](제19조) 등의 유무를 판단하여 불공평한 판단을 할 우려가 있는 사람을 제외한 후, 배심원과 예비배심원[84]을 무작위로 선정한다. 당해사건의 검사와 변호인[85]은 선정기일에 출석해야 하고, 피고인은 법원의 허가를 얻어 출석할 수 있다(제27조). 검사, 피고인 또는 변호인은 위의 결격사유 등이나 기타 불공평한 판단을 할 사유 등을 들어 배심원후보자에 대하여 기피신청을 할 수 있으며, 그 인원에는 제한이 없다(이유부 기피신청). 또한 검사와 변호인이 각자 3인 내지 5인의 범위 내에서 무이유부 기피신청을 할 수도 있다(제30조).

형사재판심리에 참여한 배심원단은 독자적으로 피고인의 유·무죄에 관하여 평의하여 전원일치로 평결한다. 배심원의 의견이 만장일치에 이르지 못하면, 평결 이전에 담당재판부 판사의 의견을 들어야 한다(제46조). 후자의 평의는 참심재판적인 평의라고 할 수 있다. 배심원이 유죄평결을 한 경우 담당판사와 함께 양형을 토의하고 그 의견을 개진한다. 그러나 배심원의 평결과 양형에 관한 의견은

82) 국민참여재판법 제17조에서 규정하고 있는 배심원의 결격사유는 다음과 같다. 1. 금치산자 또는 한정치산자, 2. 파산선고를 받고 복권되지 아니한 사람, 3. 금고 이상의 실형을 선고받고 그 집행이 종료(종료된 것으로 보는 경우를 포함한다)되거나 집행이 면제된 후 5년을 경과하지 아니한 사람, 4. 금고 이상의 형의 집행유예를 선고받고 그 기간이 완료된 날부터 2년을 경과하지 아니한 사람, 5. 금고 이상의 형의 선고유예를 받고 그 선고유예기간 중에 있는 사람, 6. 법원의 판결에 의하여 자격이 상실 또는 정지된 사람

83) 국민참여재판법 제19조에서 규정하고 있는 배심원의 제척사유는 다음과 같다. 1. 피해자, 2. 피고인 또는 피해자의 친족이나 이러한 관계에 있었던 사람, 3. 피고인 또는 피해자의 법정대리인, 4. 사건에 관한 증인·감정인·피해자의 대리인, 5. 사건에 관한 피고인의 대리인·변호인·보조인, 6. 사건에 관한 검사 또는 사법경찰관의 직무를 행한 사람, 7. 사건에 관하여 전심 재판 또는 그 기초가 되는 조사·심리에 관여한 사람

84) 예비배심원은 참여재판에서 배심원이 해임되거나 사임하여 결원이 생긴 경우를 대비하여 재판장의 재량에 따라 5인 이내의 범위에서 두는 배심원을 의미한다. 예비배심원은 배심원과 같이 사실심리에 참여하나 평의·평결 및 양형에 관한 토의에는 참여하지 아니한다. 그런데 평의·평결전까지는 누가 예비배심원인지, 배심원인지를 알려주지 않는다.

85) 참여재판에 변호인이 없는 경우, 법원은 직권으로 국선변호인을 선정하여야 한다(제7조).

법원을 구속하지 않으며,[86] 배심원의 평결과 의견을 집계한 서면은 소송기록에 편철된다.

2) 참여재판제도는 법률비전문가인 일반국민을 형사재판에 참여하게 함으로써 피고인이나 피해자가 납득가능한 재판이 실현되면, 국민의 사법에 대한 이해가 증진되고 재판의 공정성과 정당성에 대한 국민의 신뢰가 제고될 것이라는 기대효과가 있었다. 참여재판이 국민들에게 민주주의교육의 장이 되고, 전관예우나 유전무죄·무전유죄의 폐쇄적 사법관료화에 따른 문제가 발생할 여지가 감소하는 등 긍정적으로 평가되는 일은 고무적이었지만, 실제로는 당초의 예상과 달리, 대상사건에 비해 신청률이 저조하였고 높은 철회율로 인하여 참여재판의 판결이 많지 않았다는 문제점들도 노정시켰다.[87] 참여재판 6년간의 시행성과를 비판적으로 분석한 연구에 따르면, ①전체대상사건 21,912건 중 574건(2.62%)만이 참여재판으로 진행된 저조한 시행실적[88] ②집중심리제도에 따라 1일 또는 2일 만에 종결되는 참여재판의 부실 우려[89] ③평결에는 전원일치를 요구하나 권고효력에 불과한 평결과 효력의 부정합 ④참여재판의 의미를 퇴색시키는 높은 항소율[90] 등을 문제로 들고 있다.[91]

그럼에도 대법원 국민사법참여위원회는 그간의 시행성과를 바탕으로 참여재판제도의 최종안을 2013년 3월 6일 제8차 회의에서 확정·의결하였다. 이에 따르면, ①피고인의 희망신청주의를 유지하면서 법원의 직권 또는 검사의 신청에 따른 일부강제주의를 도입함(안 제5조 제3항), ②현행 단순다수결제의 폐지와 가중다수결제(3/4이상 찬성)의 도입 및 배심원평결불성립(3/4이상 찬성 불성립)시 평

86) 배심원의 의견은 재판부에 권고적 효력만 있다. 이것이 배심원의 평결의견을 반드시 따라야 하는 미국식 배심재판와 다른 점이다. 그러나 법원은 참여재판의 조기정착을 위하여 배심원의 의견을 최대한 존중하여 판결해야 할 것이다. 법류에서는 이를 간접적으로 규정하고 있다. 즉, 재판장이 배심원의 평결과 다른 판결을 선고하는 경우 피고인에게 그 이유를 설명하고 판결서에 그 이유를 기재하도록 정하고 있다(제48조 제4항, 제49조).

87) 김범식, "국민참여재판 6년의 경험", 형사소송의 이론과 실무 제6권제2호, 한국형사소송법학회, 2014년 12월, 170면.

88) 전체대상사건 중 1,490건(6.8%)이 접수되어 582건(39.1%)이 철회, 274건(18.4%)이 배제되었기 때문이다.

89) 참여재판 574건 중 527건(91.8%)이 하루에 선고를 제외한 모든 절차를, 나머지 47건(8.2%)은 이틀만에 심리절차를 마쳤다.

90) 참여재판 514건 중 491건이 항소되어 항소율(85.5%)은 동시기 일반재판의 항소율(68%)보다 높게 나타났다.

91) 김범식, 앞의 논문, 164~165면 참조.

결 없는 판결선고가 가능하도록 함(안 제46조 제3항), ③법원의 배심원평결 존중 의무를 법률에 명시함(안 제46조 제5항), 이외에도 ④현행 5인배심제를 폐지하고 7인 및 9인배심제만을 유지함(안 제13조 제1항), ⑤배심원후보예정자의 연령을 만 19세로 하향하고(안 제16조), ⑥재판장 설명사항에 '검사 주장의 요지'를 포함하도록 하고 있다. 다른 한편 법무부는 기본적으로는 이러한 국민사법참여위원회안과 동일하게 평결의 사실상 기속력만을 인정하면서 공직선거법위반사건과 치료감호사건을 참여재판 대상에서 제외하였고(안 제5조제1항제1호), 법원의 국민참여재판 직권회부 권한을 삭제하고 검사의 국민참여재판 회부신청권을 신설하고(안 제5조제3항), 검사의 국민참여재판 배제신청권의 신설(안 제9조 제1항), 참여재판배제사유의 추가(안 제9조 제1항 제4호) 등을 제시하고 있다.

그러나 이들 개정안에는 강제주의 일부도입 및 가중다수결제 등 절차 관련 규정 등이 포함되어 있기는 하지만, 입법당시부터 제기되어 온 참여재판의 본질적 문제인 배심원평결의 효력, 항소심과의 관계 등에 대하여는 시행 5년이 지난 당시에도 여전히 출발선상에 그대로 머물러 있는 문제가 있다. 그 결과, 참여재판의 핵심인 배심원 평결의 기속력문제는 해결하지 않고 대상사건의 확대와 축소 그리고 참여재판의 회부와 배제신청 등을 통해서 참여재판에서 법원과 검찰의 각각의 권한을 강화시키고자 하는 특징만을 나타내고 있어 그 어느 것도 입법화되지 못하였다.

3. 양형기준제도의 실시

1) 형의 양정에 관하여 현행형법은 총칙 제3장 제2절에서 8개의 조문을 두고 있지만, 그 중에서 실질적 의미가 있는 규정은 제51조(양형의 조건)와 제53조(작량감경) 정도라 하겠다. 법관에게 과도한 양형재량을 인정한 규정(특히, 제53조)은 양형의 불균형이라는 문제적 현상을 초래하였으며, 이에 더욱 정교한 양형규범의 마련 내지 양형기준의 체계화를 통하여 법원별·법관별 양형의 편차를 시정하고자 하는 노력이 태동되었다.[92] 마침내 사법독립의 한 내용을 보호되어 왔던 법관의 양형재량권[93]을 효과적으로 규제하기 위하여 2009년 7월부터 중요범죄

92) 오영근·최석윤, 양형의 합리화에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1992년 12월.

93) 헌법재판소 1992. 4. 28. 자 90헌바24 결정에 따르면, 법관의 양형권은 "해당범죄의 귀책사유에 알맞게 형량을 정함으로써 구체적 정의를 구현하는 선고형의 합리성과 사법권 독립을 보장하는 중요한 기능"을 보장하고 있는 '사법권의 한 내용'으로 이해되고 있다. 이에 따라 대법원에서도 양형에 관하여 법관이 광범위한 재량을 가지고 있는 것으로 판시하고 있다(대법원 2003.

에 대하여 양형기준을 마련하여 시행하고 있다.[94] 위와 같은 양형기준제도의 도입은 법관의 양형재량에 대한 통제가 곤란하다는 과거의 인식과는 달리 양형의 합리화에 관한 이론적 규명을 통한 통제, 항소심을 통한 하급심의 양형통제 또는 양형DB를 활용한 통제 등 다양한 방법으로 그 통제가 가능하다는 사고에 기인한다. 가장 효과적인 양형통제방법은 법관에게 일정한 범위의 형량기준을 제시하는 양형기준제도라고 한다.[95]

개인의 신체적·경제적 자유를 직접 제한하고, 심지어 생명까지 박탈하는 중대한 결과를 가져 법관의 적정하고 합리적인 양형은 형사재판 전체의 공정성과 신뢰성을 확보하기 위한 필수적 요소에 해당한다. 법관이 합리적인 양형을 도출하는데 참고가 되도록 양형위원회가 설정한 기준이 양형기준이다(법원조직법 제81조의6 제1항). 양형기준의 설정에는 ①범죄의 죄질 및 범정과 피고인의 책임의 정도를 반영할 것, ②범죄의 일반예방 및 피고인의 재범 방지와 사회복귀를 고려할 것, ③동종 또는 유사한 범죄에 대하여는 고려하여야 할 양형요소에 차이가 없는 한 양형에 있어 상이하게 취급하지 아니할 것, ④피고인의 국적·종교 및 양심·사회적 신분 등을 이유로 양형상 차별을 하지 아니할 것이라는 四原則을 준수한다(법원조직법 제81조의6 제2항).

현행의 양형기준은 형종 및 형량 기준과 집행유예 기준으로 구성되어 있다. 형종 및 형량 기준은 범죄군별로 범죄유형을 구분한 다음 각 유형별로 감경, 기본, 가중의 3단계 권고 형량범위를 제시하고 있으므로 법관은 양형기준을 적용함에 있어 해당 범죄유형을 찾아 권고 형량범위를 결정한 다음 최종 선고형을 정하게 된다. 이어 선고형이 3년 이하의 징역 또는 금고에 해당하는 경우에는, 실형이

---

2. 20. 선고 2001도6138 전원합의체 판결 [다수의견]참조).
그러나 종래에는 법관의 양형재량권은 자유재량이 아니라 형법이 정한 양형의 조건에 따라 그 범위 내에서 각 범죄사정에 적합하게 양형을 해야 하는 기속재량으로 이해되었다(대법원 1964. 10. 28. 선고 64도454 판결 참조). 법관의 양형재량에도 법적 통제가 가능하며, 형사소송법은 양형범위를 일탈하거나 남용한 경우 양형부당을 상소이유로 정하고 있다(제361조의5 제15호 및 제383조 제4호 참조).

94) 현재 양형기준이 적용되는 중요범죄군으로는 살인범죄, 뇌물범죄, 성범죄, 강도범죄, 횡령·배임범죄, 위증범죄, 무고범죄, 약취·유인·인신매매범죄, 사기범죄, 절도범죄, 공문서범죄, 사문서범죄, 공무집행방해범죄, 식품·보건범죄, 마약범죄, 증권·금융범죄, 지식재산권범죄, 폭력범죄, 교통범죄, 선거범죄, 조세범죄, 공갈범죄, 방화범죄, 배임수증재범죄, 변호사법위반범죄, 성매매범죄, 체포·감금·유기·학대범죄, 장물범죄, 권리행사방해범죄, 업무방해범죄, 손괴범죄, 사행성·게임물범죄, 근로기준법위반범죄, 석유사업법위반범죄, 과실치사상범죄 등이다.

95) 홍순욱, “양형기준의 제정과 한계”, 저스티스 제139호, 한국법학원, 2013년 12월, 139면 참조.

권고되는 경우, 집행유예가 권고되는 경우, 어느 쪽도 권고되지 않는 경우(실형과 집행유예 중에서 선택 가능)를 구분하고 있는 집행유예 기준에 따라 법관은 집행유예 여부를 결정하게 된다. 하지만 양형기준이 모든 사례에 예외 없이 적정하고 합리적인 양형을 제시하고 있는 것은 아니다. 구체적 사안에서 양형기준 설정시 반영하지 못한 고려사유가 있거나 양형기준이 정한 양형인자나 참작사유와 다른 평가를 하여야 하는 특별한 사정이 있는 경우 법관은 양형의 이유를 밝히고, 양형기준이 정한 양형사유의 존부에 따라 자동적으로 정해지는 권고형량범위에 속하지 않는 형량을 선고하거나, 집행유예여부에 관하여 양형기준상 권고내용과 다른 결정을 할 수 있다.[96]

이와 같이 양형기준은 법관의 형종선택과 형량결정에 참고가 되나 법적 구속력은 없는 권고적 기준에 불과하다(법원조직법 제81조의7 제1항 단서). 다만, 법관은 양형과정에서 양형기준을 존중하며, 양형기준을 벗어난 판결을 하는 경우에는 판결서에 양형의 이유를 기재해야 한다(법원조직법 제81조의7 제1항 본문, 제2항 본문). 이 경우 구체적으로 어떻게 양형이유를 기재하는지에 대해서는 법률상으로 강제된 방식은 없지만, 법관은 당해사건에 가장 적합하고 설득력 있는 양형이유를 기재해야 할 것이다.

양형기준은 제1심 법관은 물론 항소심 법관도 참작하지만, 제1심 판결이 양형기준을 준수해야만 적정한 양형으로 평가받는 것도 아니며, 이를 준수하지 않았다고 하여 양형부당의 항소이유가 당연히 인정되는 것도 아니다. 또 양형기준을 준수하였다고 하여 양형부당을 이유로 한 항소가 금지되는 것도 아니다.

2) 양형인자의 선정이나 양형기준의 효력에 근본적 의문이 있지만,[97] 원칙적으

96) 구체적으로 예를 들면, ① 양형기준상 기본영역이 권고됨에도 가중영역을 선택할 경우, ② 양형기준상 집행유예가 권고됨에도 실형을 선택할 경우, ③ 양형기준상 가중영역이 권고됨에도 기본영역을 선택할 경우, ④ 양형기준상 실형이 권고됨에도 집행유예를 선택할 경우가 있을 수 있고, ①과 ④ 또는 ②와 ③ 등과 같이 상호간에 중첩되는 경우도 가능하다. 또한 다수범죄 처리기준에 의해 산출된 형량범위 상한을 초과하는 형을 선고하는 경우, 양형기준이 설정된 범죄와 그렇지 아니한 범죄의 경합범에서 전자의 권고 형량범위 하한에 미달하는 형을 선고하는 경우, 행위자/기타인자-특별가중인자를 행위인자-특별감경인자와 동등하게 평가함으로써 일반적인 양형인자 평가원칙에 따르지 않고 권고 영역을 선택하는 경우, 양형기준상 특별양형인자로 포함되지 아니한 사유를 특별양형인자로 평가하여 권고 영역을 정하는 경우 등도 그 예로 들 수 있다.

97) 전자에 대해서는 가중·감경구성요건과 양형인자 사이에 존재하는 이중평가금지의 원초적 물음이 제기되고, 후자에 대해서는 법적 구속력의 부정과 권고적 효력의 인정에 따른 간접적 강제와 양형기준의 사실상의 효력에 의문이 있다(류부곤, “우리나라 양형기준에 대한 고찰”, 형사법

로 양형기준은 법관을 수범자로 하는 규범에 해당한다. 비록 법원조직법은 양형기준의 법적 구속력을 인정하지 않지만 간접적인 사실상의 강제는 있는 것으로 평가한다. 특히 현행양형기준은 법정형보다 축소된 형량범위를 규범으로 제시하고, 양형인자의 평가원칙도 형량범위결정과 선고형결정으로 구분하여 개별양형인자의 평가와 형량범위의 구간선택을 산술적으로 정하고 있다. 이러한 양형기준은 전통적인 법관의 양형재량 및 그 판단과정을 규범화한 것이고 법원의 양형권한의 일부를 양형위원회라는 또 다른 사법기관에 기능적으로 재분배하는 것이다. 대법원산하 양형위원회가 양형기준을 정하더라도 사법부(국법상의 의미)가 형사재판을 담당하는 법원(소송법상 의미)은 아니기 때문이다. 사법권한의 기능적 재분배가 사법권의 영역 안에 머물러 있는 한, 헌법상의 삼권분립원칙과 사법의 독립보장에 위배되지는 않을 것이다. 이는 양형기준제도의 도입초기에 양형기준의 마련을 준비하는 양형위원회를 대법원 산하에 둔 이유이기도 하다.

그럼에도 양형기준제도의 도입초기부터 많은 연구가 있어 왔으며 문제점에 대한 지적도 있었다.[98] 이들 문제적 지적을 개관하면, 먼저 양형기준설정의 방법론상 문제로서 ①양형에 대한 책임과 예방목적의 관계 및 책임주의의 확정 등 형법이론적인 원칙의 부재를 지적할 수 있다. ②과거의 경험적 양형실무를 통계자료로 이용하여 양형범위를 설정함으로써 비록 규범적인 어느 정도의 조정을 거치더라도 양형기준의 출발점이어야 할 입법자의 법정형과의 괴리현상을 막을 수 없는 문제가 있다.[99] 다음 양형기준의 권고형량의 범위도 법정형과 비교하면, 너무 낮게 책정되어 있고 각 영역별 권고형량의 범위가 광범위한 것도 지적된다. 이 문제는 현행의 양형기준이 '법정형'이 아니라 그 하한을 기준으로 처벌하여왔던 관행적 양형실무의 '선고형'을 기반으로 범위를 설정하였기 때문이다.[100] 그 결과

연구 제24권제4호, 한국형사법학회, 2012년 12월, 254면; 여인권·이경렬, "양형인자의 통계적 분석을 통한 양형의 합리상 제고", 미국헌법연구 제25권제3호, 2014년 12월, 211면 이하참조).

98) 이현정·임 웅, "양형위원회의 양형기준안에 대한 비판적 고찰", 성균관법학 제21권제1호, 성균관대학교 법학연구소, 2009.4, 359면 이하; 이주형, "최초 양형기준에 대한 비판적 고찰", 형사법의 신동향 제21호, 검찰, 2009.8, 45면 이하; 서보학, "양형기준의 시행에 대한 평가와 개선방향", 형사법연구 제23권 제4호, 한국형사법학회, 2011.12, 59면 이하; 강우예, "대법원 양형기준에 대한 비판적 고찰", 형사법연구 제24권 제1호, 한국형사법학회, 2012.3, 125면 이하; 방희선, "양형의 본질과 양형기준에 관한 소고", 형사법의 신동향 제34호, 검찰, 2012.3, 5면 이하; 류부곤, 앞의 논문, 249면 이하; 조병선, "양형에 관한 한일비교연구", 형사법의 신동향 제41호, 검찰, 2013.12, 1면 이하 등 참조.

99) 이현정·임 웅, 앞의 논문, 370~372면; 류부곤, 앞의 논문, 255~260면 참조.

100) 류부곤, 앞의 논문, 259면.

법정형의 상한에 도달하지 못하는 권고형량의 범위설정은 형벌예고를 통한 일반예방을 실현하려는 형법의 기능에 장애사유로 작동할 우려도 있다. 이외에도 현행 작량감경규정의 사실상 폐지, 집행유예기준에 대한 문제, 벌금형의 양형기준 부재, 양형인자의 획일적·계량적 평가, 양형기준의 권고효력 등이 공통적으로 지적되고 있는 문제점이다.[101]

그 결과 현행양형기준제도는 한편으로 양형편차의 감소라는 긍정적인 측면도 있지만, 권고형량의 범위 안에서 가중·감경의 범위를 차별하고 이때 고려해야 할 양형인자요소에 대한 평가방향만을 예시할 뿐, 그 적용의 정도 내지 수준에 대한 구체적인 제시가 부족하기 때문에 선고형의 결정은 여전히 법관의 재량에 맡겨져 있다. 그렇다면, 합리적 양형의 구체적 기준의 제시라는 제도도입의 취지는 그다지 개선되지 않았다는 비판이 가능하다.[102]

다른 한편으로 양형기준의 적용이 실무에서 관행화된다면 실제로 사건담당법관은 사건의 구체적 내용이나 배경 등 실체적 진실에 대한 고민 없이 획일적으로 권고형량에 따라 형을 선고하거나 형식적·기계적으로 양형기준을 적용함으로써 재판의 본질에 대한 침해가 우려되기도 한다. 이러한 量刑基準安住·逃避의 憂慮現狀이 현행의 양형인자를 단순개수를 비교하는 양형인자평가원칙과 결합하는 경우 더욱 심각한 문제를 초래할 것이다. 이에 양형기준제가 시행된 후 2013년 전국형사법관포럼에서 대법원이 전국주요법원의 7개 합의부와 8개 단독재판부에서 시범실시한 양형심리모델의 성과를 분석하면서 이 양형심리모델을 전국적으로 확대하여 정식으로 양형기준제도의 대안으로 도입할 것을 제안하였다.[103] 그리고 순차적으로 마련되고 있는 개별범죄의 양형기준에는 개개범죄별로 유형화하여 기준을 설정함으로써 범죄전체에서 개별범죄의 불법성이 차지하는 차등서열화의 비교가 충분하지 않은 문제가 있다.[104]

끝으로 유의해야 할 것은 양형기준의 세분화와 양형인자 평가방법의 계량화·수치화가 양형기준의 형평성을 제고하는 장점이 있지만, 양형기준의 과도한 형식적·기계적 적용은 법관의 양형권한을 형해화(形骸化, 해골)시키는 단점도 있다는

101) 이현정·임 웅, 앞의 논문, 374~376면; 류부곤, 앞의 논문, 265~267면 등 참조.
102) 이상근, "양형기준의 규범성", 인권과 정의 제426호, 144~146면; 조병선, 앞의 논문, 4면 참조.
103) 이 형사법관포럼의 발표와 토의내용에 대해서는 법률신문 2013. 7. 22.자 기사.
양형심리모델은 법원이 양형심리절차를 보장함으로써, 형사재판의 당사자가 공판정에서 형의 가중·감경사유 또는 집행유예의 여부 등 양형에 관한 공방을 펼칠 수 있도록 재판·심리하는 것을 말한다.
104) 이현정·임 웅, 앞의 논문, 370면 참조.

사실이다. 어떤 제도의 도입취지를 달성함에는 그 제도의 구성자체로부터 어느 정도 그 승패가 좌우되지만 최종적 실효성의 달성은 그 제도를 운용하는 사람이 결정한다.[105] 현해의 양형기준제도는 합리적 양형을 추구하는 최고의 제도가 아니라 그 당시에는 불가피한 차선의 제도선택이었다는 사실을 상기(想起)해야 한다. 따라서 실제로 담당재판부는 개별사건에서 적정한 선고형을 선택함에 있어 입법부가 제시한 법률의 법정형의 범위 안에서 범죄의 중대성, 피해자에 대한 영향, 범인의 제반 환경, 공공의 이익 등을 구체적으로 고려하여 판단하고 양형권한을 적정하게 행사하는 것이 중요하다.[106]

요컨대 사법신뢰는 양형기준의 형식적 준수가 아니라 법률전문가인 법관의 일반인에 대한 양형이유의 자세한 설명에 있다고 본다. 법률비전문가인 국민이 법관의 양형권 행사를 충분하게 이해하도록 하는 법관의 노력이 양형합리화에 대한 불가결한 전제가 될 것이다. 따라서 법원조직법 제81조의7 제2항의 "양형기준을 벗어난 판결을 하는 경우"만이 아니라 모든 경우, 특히 양형기준적용대상범죄에 대해서는 양형권한·권력을 지난 법원이 재판에서는 양형이유를 명시하고 설명하는 것이 법률약자인 피고인·피해자를 배려하는 책무여야 한다.

Ⅴ. 맺는 말

한국의 사법개혁 100여년의 역사는 행정에서 사법의 독립과, 사법독립에 따른 법관의 자유재량에 대한 통제의 辨證法的 순환의 과정이었다. 한국의 전통적 사법체계가 현재의 우리에게 남긴 법문화를 감안하여 현재의 사법제도에 대한 조금의 수정필요에 대해서도 살펴보았다.

근대사법제도의 도입에서 나타난 현상, 즉 자주적 근대화에 의한 전통계승의 특수성 대 타율로 이식된 식민지근대화의 보편성의 대립은 어떤 측면에서는 19

105) 여인권·이경렬, 앞의 눈문, 226면.

106) 2011년 3월 법무부가 마련한 형법총칙 개정법률안은 다음과 같이 규정하고 있다.
제46조 (양형의 원칙) ①형은 범인의 책임을 기초로 하여 정하여야 한다.
②형은 다음 각 호의 사항을 고려하여 정하여야 한다.
1. 범인의 연령, 품행, 지능과 환경
2. 피해자와의 관계
3. 범행의 동기, 목적, 방법과 결과
4. 범행 후 범인의 태도와 정황
5. 형의 부과에 따른 장래의 범죄 예방 및 범인의 재사회화
③벌금액은 범인의 경제적 사정을 고려하여 정하여야 한다.

세기 독일법사학계의 게르마니스트와 로마니스트의 논쟁과도 유사한 면이 있다.[107] 요컨대, 후자의 로마론자는 가능한 신속하게 선진외국법의 경향을 따라가자는 주장으로, 전자의 게르만론자는 한국사회의 특수성에 맞는 법과 제도·법이론을 전개하는 것이 중요하다는 견해로 나타날 수 있다. 한국법문화와 한국인의 법의식의 심층에는 전통사법체계의 원님재판, 즉 지방수령이 사법과 행정에 관한 권한을 총괄·행사하여 억울한 국민이 별다른 조치를 취하지 않더라도 적절한 해결책을 제시하였던 재판형태에 대한 鄕愁가 남아 있고, 지방행정관은 행정관대로 기득의 사법권한의 분리에 대해 반발하는 현상도 보였다. 이러한 법의식은 오늘날의 현실에도 미쳐 재판 또는 사건 수사가 자기의 생각과 다른 경우, 쉽게 법원·검찰 등 사법기관이 불공정하게 사건을 처리하였기 때문이라고 생각하도록 한 점도 있다.

그러나 근대적 형사사법체계는 기본적으로 당사자가 자기에게 유리한 증거를 찾아 수사·재판기관에 제시함으로써 사법기관을 납득시켜야 하는 당사자주의에 입각해 있다. 따라서 국민의 사법에의 불신을 불식시키기 위해서는 사법에 국민의 참가나 국민이 자기의 방어 또는 권익확보를 위해 충분하게 활동할 수 있도록 해야 한다. 그렇지 않다면, 사법의 피해자로 자처하는 국민에게 남아있는 가능성은 수사·재판업무를 담당하는 사법기관의 불공정성을 탓할 수밖에 없을 것이기 때문이다. 따라서 한국의 사법근대화가 잘못 남긴 전통사법체계의 법의식을 시정하기 위해서는 국민들에게 현재의 사법체계의 본질과 법제도의 이해를 위한 법교육이 더욱 활발해야 할 필요가 있는 것이다.

또한 사법담당자의 부정한 처사 또는 경우에 따라서는 부정한 목적개입의 불공정한 사건처리의 한 원인에는 한국사회에 만연된 緣故主義(중국의 경우는 전통적인 關係文化)가 상당부분 자리하고 있음도 염두에 두어야 한다. 한국의 근대적 사법체계의 형성과정에 나타난 이와 같은 부정적 순환 고리가 중국의 현재 사법제도의 운용과 개혁에 暗影으로 비치기도 한다.

미국에서 연방대법원이 존중받는 이유는 사법의 독립에 있다고 한다. 특정 재판의 독립도 중요하지만 기관이나 제도의 독립성이 유지돼야 한다. 무엇보다도 법관의 독립성이 중요하다고 루스 베이더 긴즈버그(Ruth Bader Ginsburg) 연방대법관은 강조하였다. “사법의 독립은 법관의 독립이 가장 중요하다.” 2015년 8

107) 이 논쟁의 자세한 점에 관하여는 심희기, 앞의 책, 71면 이하를 참조.

월 한국 대법원 강연에서 행한 그의 말은 오늘의 발제에 시사하는 바가 매우 크다고 생각한다. 물론 각 사회의 상황과 맥락이 다르기 때문에 한 사회에 맞는 시스템이 다른 사회에 그대로 들어맞는다고 보기는 어려울 것이다. 중국의 법치와 사법개혁은 한국의 경우와는 다를 것으로 여겨진다. 하지만 법은 사회의 의도를 반영해야 이상적이고, 법의 이상은 법률에 의해 법제도로 구현·실현되어야 한다.

(논문투고일 : 2016.11.14, 심사개시일 : 2016.11.22, 게재확정일 : 2016.12.15)



이 경 렬

사법개혁, 사법의 독립, 법치국가, 국민 참여재판제도, 양형기준제도.

【참 고 문 헌】

강우예, “대법원 양형기준에 대한 비판적 고찰”, 형사법연구 제24권 제1호, 한국형사법학회, 2012.3, 125면 이하

김범식, “국민참여재판 6년의 경험”, 형사소송의 이론과 실무 제6권제2호, 한국형사소송법학회, 2014년 12월, 170면.

남기정 역, 일제의 한국사법부 침략실화, 육법사, 1978년 1월

도면회, 한국근대형사재판제도사, 푸른역사, 2014년 2월,

류부곤, “우리나라 양형기준에 대한 고찰”, 형사법연구 제24권제4호, 한국형사법학회, 2012년 12월, 254면

박병호, 한국법제사, 민속원, 2012년 2월

박종근·이금일, “중국 사법독립의 현황과 문제점 및 향후 대책”, 강원법학 제41권, 강원대학교 비교법연구소, 2014년 2월, 112면

방희선, “양형의 본질과 양형기준에 관한 소고”, 형사법의 신동향 제34호, 검찰, 2012.3, 5면 이하

법원행정처(편), 法院史, 1995년

서보학, “양형기준의 시행에 대한 평가와 개선방향”, 형사법연구 제23권 제4호, 한국형사법학회, 2011.12, 59면 이하

신 평, “한국의 전통적 사법체계와 그 변형”, 법학논고 제28집, 경북대학교 법학연구원, 2008년 6월, 482면

심희기, 한국법제사강의, 삼영사, 1997년 3월

여인권·이경렬, “양형인자의 통계적 분석을 통한 양형의 합리상 제고”, 미국헌법연구 제25권제3호, 2014년 12월, 211면 이하

오영근·최석윤, 양형의 합리화에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1992년 12월.

尹白南, 朝鮮刑政史, 文藝書林, 檀紀4281(1948)년 7월

이상근, “양형기준의 규범성”, 인권과 정의 제426호, 144~146면

이영근, “한·중 형사사법제도 비교연구”, 교정연구 제39호, 7면 이하

이영미지음·김혜정옮김, 한국사법제도와 우메 겐지로, 일조각, 2011년 2월

이주형, “최초 양형기준에 대한 비판적 고찰”, 형사법의 신동향 제21호, 검찰, 2009.8, 45면 이하

이현정·임 웅, “양형위원회의 양형기준안에 대한 비판적 고찰”, 성균관법학 제21

권제1호, 성균관대학교 법학연구소, 2009.4, 359면 이하
정긍식, 韓國近代法史攷, 박영사, 2002년
鄭宗燮, 헌법학원론 제10판, 박영사, 2015년 3월
조병선, “양형에 관한 한일비교연구”, 형사법의 신동향 제41호, 검찰, 2013.12, 1면 이하
조지만, 조선시대의 형사법 -대명률과 국전-, 경인문화사, 2007년 7월
한옥승, “중국의 사법제도 -형사소송 중 각 기관의 책무를 중심으로-”, 교정연구 제39호, 한국교정학회, 2008년 6월, 255면 이하
홍순욱, “양형기준의 제정과 한계”, 저스티스 제139호, 한국법학원, 2013년 12월, 139면

市川正明 編, 韓國併合史料 1, 原書房, 1978年(2刷).

Abstract

A Study on Formation and Development of Modern Justice System In Korea

Kyung Lyul Lee

China innovates itself by democracy in the Communist Party to establish justice operation system in the nation since February 2013 and to have independent judge of the court and to exercise prosecution right fairly. China's self-reformation was overlapped with reformation of Daehan Jeguk at the end of Chosun Dynasty based on traditional society of East Asia in the past. Leadership of the committee of the party had influence upon current activity of justice organization in China to do Wonnim trial in Korean traditional society and to give king's ordinance and others: Construction of justice organization coincided with that of Dangjo of justice organization in China and important members of justice organization to have common feature of traditional justice system in Korea. Justice department person may take unfair action to involve in unfair goal and to take actions of case in unfair way according to relationship in the Korean society and 'Gwansi culture' in China.

Such a negative circulation at formation of modern justice system may give negative influence upon operation and reformation of justice system in China. Understanding on connection and disconnection with traditional justice system in Korea may give implications to modern reformation of justice system in China. This study reexamined development process of modern justice in Korea to give guideline of justice in China.

In China, independence of the justice means that of judge and/or court, and

current reformation of the justice is aimed at independence of the judge. Independence of the court and judge has prerequisite of trial. Independence of the trial, court and judge has close relations, and independence of the justice commonly means that of trial, court and judge. Independence of the trial is said to be important for independence of the justice: Independence of the justice and trial cannot be made without that of courts and judge. Judges who are above than simple judicial professionals shall serve people to understand realities in the society and to put laws into practice and to keep fair and good attitude at trial and to provide people with convenient and effective and satisfactory justice service at court operation and/or trial procedure.

This study introduced civil participation, judge's sentencing system and enforcement to strengthen people's responsibility in the justice. Modern criminal justice system shall find out advantageous evidence by someone to give to investigation and/or trial organization and to persuade justice organization. To recover people's reliability on the justice, people shall join justice to defend them and to get rights and profit. If not, the one who says to be a victim of the justice shall blame injustice of judicial organization that investigates and does trial. Legal education is needed to make correction of legal consciousness of traditional justice system at modernization of the justice in Korea and to understand nature and legal system. Today, China thinks much of justice reformation of legal education.



Kyung Lyul Lee

Reformation of the justice, independence of the justice, the rule of law, civil participation in criminal trials, sentencing guideline system.

인터넷 상황 하에서 컴퓨터 공학과 법학의 융복합 교육방안 연구

- 컴퓨터 포렌식 전공의 인재상과 교육방법론을 중심으로 -

노 명 선*

【목 차】

제 1 장 융복합 교육의 배경과 필요성
1. 들어가면서
2. 융복합 연구의 필요성
3. 새로운 안티포렌식(Anti-forensic) 상황의 등장

제 2 장 미국의 판례동향과 포렌식 교육의 방법론
1. 미국의 포렌식 자료 등에 대한 법정 동향
2. 미국 대학의 학과개설과 산학협동
3. 시사점

제 3 장 컴퓨터 포렌식 교육의 방법론
1. 바람직한 포렌식 교육의 인재상
2. 교육의 목표와 능력요건
3. 교육과정별 교과과정

제 4 장 기타 검토사항
1. 리걸클리닉과 연계교육방안
2. 자격시험제도와의 연계교육 실시

제 5 장 총 결

【국 문 요 약】

인터넷 상황 하에서는 거의 모든 일상적인 법률행위가 컴퓨터를 통해 기록됨으로써 법률적인 분쟁해결에 있어서 컴퓨터 증거가 매우 중요한 역할을 수행하게 된다. 기업 간의 분쟁도 대다수 인터넷상의 증거를 요구하고 있다.

미국은, 연방 민사소송법(FRCP, Federal Rules of Civil Procedure)의 개정을 통해 e-Discovery 개정안이 발효되면서 모든 민사 소송에서 디지털 포렌식 도구를 이용하여 디지털 증거를 확보할 것을 의무화하고 있다.

우리 대법원도 비록 형사사건이지만, 전자적 증거가 갖는 제반 특성에 비추어 적법한 절차와 방법에 따라 수집된 증거에 대해서만 증거능력을 인정하고 있다

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수

(대결 2011. 5. 26. 자 2009모1190).

우리는 기존의 법과대학을 폐지하고, 법학전문대학원 체제가 출범된 지 9년차를 맞이하고 있다. 법학전문대학원의 출범은 다양한 학문적 배경을 가진 학생들에게 소송실무를 습득케 함으로써 전문소송에 대비하자는 측면이 강하지만 소송에 있어서 결정적 증거가 되는 디지털 포렌식(Digital Forensics) 절차에 대한 교육은 초보수준이다.

점차 과학수사분야나 기업의 준법경영이라는 측면에서도 컴퓨터 포렌식은 중요성이 날로 높아가고 있다. 그런 점에서 우리 보다 한발 앞서 가는 미국에서 컴퓨터 포렌식을 정규 과목으로 개설하는 대학의 교육목표는 무엇이고, 교과과정은 어떻게 구성되어 있는지를 살펴 우리에게 시사하는 바를 따져보는 것도 의미있는 행보라고 할 수 있다. 본 연구에서는 주로 컴퓨터 포렌식 분야의 인재상, 교육방법이나 교과과정에 대해 주로 살펴보았다. 향후 학제간, 학문영역간 융복합 교육정책을 수립함에 있어서 하나의 모델이 되기를 기대해 본다.

제 1 장 융복합 교육의 배경과 필요성

1. 들어가면서

디지털 문화에 대한 지적 관심이 늘어나고 IoT로 대변하는 사물 인터넷의 등장으로 디지털 기기를 이용한 삶의 변화를 실감케 하고 있다. 이렇게 변화해가는 환경 하에서 디지털 기기 자체가 해커의 공격대상이 되거나 부정한 이용의 수단이 되는 부작용도 점차 늘어가고 있다. 디지털 기기에 대한 압수·수색이나 분석 절차는 이미 수사과정에서 빠질 수 없는 필수적인 과정이 되었다[2]. 형사소송은 물론 민사소송, 행정소송에서도 디지털 증거가 중요한 역할을 함을 따라 컴퓨터 '포렌식(Computer forensics)'이라는 용어도 이제는 낯설지 않게 되었다.

흔히 디지털(Digital) 포렌식은 컴퓨터 등 특수기억매체로부터 증거를 식별하고, 수집하여 분석한 다음 법정에 증거로 제출하는 일련을 절차를 말한다. 포렌식을 원활히 수행하기 위해서는 컴퓨터 등 특수기록매체의 구조를 포함하여 관련 포렌식 Tool이나 프로그램 등에 관한 공학적인 능력은 물론 절차에 관한 관련 법률적 지식도 갖추지 않으면 안 된다. 이러한 포렌식 Tool이나 프로그램은 날로 발전하고 있어서 포렌식 전문가는 컴퓨터 공학과 법학에 관한 전문적인 지식을 가지고, 기술과 도구의 발전에 따른 유연한 태도를 지니지 않으면 안 된다.

미국은, 연방 민사소송법(FRCP, Federal Rules of Civil Procedure)의 개정을 통해 e-Discovery 개정안이 발효되면서 모든 소송절차에서 가장 최신의 포렌식 기술을 사용하여 디지털 증거의 증거능력과 증명력을 확보하도록 의무화하고 있다.[3]

우리 대법원도 비록 형사사건이지만, 컴퓨터의 전자적 증거가 갖는 제반 특성을 고려하여 적절한 절차와 방법에 따라 수집되지 않은 증거는 증거로서 사용을 배제하고 있다[4]

한편 우리는 기존의 법과대학을 폐지하고, 법학전문대학원 체제를 출범한지 벌

2) 증거 분석에 있어서 "작성자 내지 원진술자의 특정을 위해 디지털 포렌식 전문가의 분석결과가 중요한 역할을 할 수 있다", 곽병선외 3인, "사이버수사 및 디지털 증거수집 실태조사", 국가인권위원회 연구보고서, 2012, 82면

3) 미국은 2006. 12. 연방민사소송법을 개정하여 전자증거를 증거개시제도에 포함하였다.

4) 대법원 2011. 5. 26. 자 2009모1190 결정

써 10년을 맞이하고 있다. 법학전문대학원의 출범은 다양한 학문적 배경을 가진 학생들에게 소송관계 법률과 송무 기술을 습득하게 함으로써 전문소송에 대비하자는 측면이 강하다. 그래서 각 법학전문대학원에서는, 대학의 특성화를 살려 전문분야를 특화하고 있으면서도 컴퓨터와 법학의 융합분야라고 할 수 있는 디지털 포렌식 분야에 대해서는 그다지 관심을 가지고 있지 않다.

기업의 법무 활동이나 준법경영의 면에서도 컴퓨터 포렌식은 필수적인 업무의 연속선상[5]에 있다. 기업뿐만 아니라 감사업무에서도 감사계획 수립 및 처분요구를 위한 증거자료로 디지털 자료의 활용빈도가 증가하고 있다.[6] 나아가 최근에 자주 등장하는 사이버 테러나 사이버 전쟁은 법집행기관에 대한 새로운 도전으로서 보다 광범위하고 복잡한 포렌식 기술을 요구하고 있다.

이러한 사이버상의 안전을 확보하기 위해서는 산업 현장과 학계의 공동 연구와 협력이 필수적으로 요청된다.[7]

이 점에서 각국의 대학이나 대학원은 점차 현장수요에 적합한 인재양성과 기술개발에 관심을 가지게 되었고, 포렌식 과정을 정규 대학원 과정에 포섭하는 학교도 늘고 있다.

고려대학교[8], 군산대학교[9], 충남대, 순천향대학교, 경북대 등에서 학부 또는 특수대학원 과정에서 디지털포렌식 관련 교육을 실시하고 있지만 2017년 1학기부터 성균관대학교에서는 일반대학원 정규과정으로 과학수사학과 신설을 확정하였다[10]. 이로써 국내에서도 과학수사학 석사 · 과학수사학 박사의 학위를 취득할 수 있게 되었다.

컴퓨터 포렌식은 컴퓨터의 구조나 네트워크에 대해서 잘 알고 있으면서 컴퓨터 상의 전자적 정보가 갖는 제반 특성에 비추어 법적인 하자 없이 수집하고 이

---

5) 저장되어 있는 회계 데이터를 추출하고 회계 전문가가 분석할 수 있도록 데이터를 정제하는 디지털 포렌식의 분야를 '회계 포렌식(audit forensic)'이라고 한다. 기업의 부정과 관련된 수사, 예를 들면 부정회계 감사에 활용하고 있다.

6) 차경엽, "디지털포렌식의 개념 및 해외 적용사례", 계간·감사, 2015, 44면

7) The National Strategy to Secure Cyberspace, Letter from the President, http://www.whitehouse.gov/pcipb/letter.pdf, 2003

8) 교육과정을 전공필수와 전공선택으로 구분하여 정보보호 관련강좌, 법학 및 범죄학 강좌, 법과학 강좌, 디지털 포렌식 기술 강좌, 디지털 포렌식 응용강좌를 운영함; 신준우, "디지털 포렌식 전문인력양성 방안에 관한 연구", 한국정보통신학회논문지, 2014, 785면

9) 학기별로 교과과정을 운영하고 실무교육, 법학교육, 컴퓨터교육을 통한 디지털 포렌식 교육을 목표로 한다.

10) "성균관대 로스쿨에 일반대학원 과정 과학수사학과 개설", 연합뉴스, 2016.09.27

동, 분석을 통해 적절한 증거를 획득하지 않으면 안 된다. 또한 포렌식 전문가로서 갖추어야 할 덕목으로서는 전문적인 지식과 융복합적 사고력 못지않게 직무윤리가 강조되어야 한다.

이러한 기술, 법률, 윤리라는 세 가지 요소를 모두 충족하는 포렌식 전문가를 육성하기 위해서는 관련 학문 영역간의 공동연구도 중요하지만 영역간, 학제간 융복합적인 인재 양성기관의 설립[11]이 필요하다.

본 연구는 이러한 수요에 상응하는 바람직한 포렌식 전문가를 양성하기 위해 필요한 기본적인 교육 이념과 목표를 제시하고, 구체적인 교과목 등 교육방법론에 관한 일응의 교육모델을 제시함에 있다.

이하에서는 특히 이 분야에 앞서가는 미국 대학이나 대학원의 관련 학과의 교육이념이나 목표, 교과과정을 살펴보고, 디지털 포렌식 전공자를 수요에 맞추어 관련 학문영역을 상호 접목시킴으로써 현장에서 바로 적용 가능한 디지털 융합형 인재상과 이를 양성, 심화하기 위한 교육 과정 등을 제시하고자 한다.

2. 융복합 연구의 필요성

디지털 포렌식(Digital Forensics)은, 먼저 사전 절차를 통해 준비(preparation)하고, 현장에 나가 컴퓨터나 모바일 등 특수저장매체에 기억된 정보를 수색하여 관련 정보를 식별(identification)하며, 이를 복제하거나 압수하는 방식으로 수집(acquisition)하고, 분석(analysis)을 통해 요증사실에 부합하는 정보를 동일성을 유지하면서 법정에 증거로 제출(submit)하는 절차를 총괄하는 의미로 사용하고 있다[12].

이를 단계별로 보면, 사전준비단계로서 관련 네트워크를 파악하고 관할 법원에 영장을 청구하여 강제 수사를 준비하여야 한다. 이 단계에서는 현장의 네트워크 상황과 형사소송법의 소정 절차에 대한 숙지가 필요하다[13].

---

11) 디지털 증거의 증거능력을 논함에 있어서 디지털 증거물의 특성에 대한 판사 및 검사, 변호사 등 법률 실무가의 전문지식이 부족하다는 점도 문제점으로 제기되고 있다(곽병선외, 사이버수사 및 디지털 증거수집 실태조사, 국가인권위원회, 2012, 89면).

12) 노명선·백명훈 공저, “디지털 포렌식”, 고시계, 2016, 23면

13) 증거를 확보하여야 하는 수사관의 입장에서 세부적 저장위치, 서버운영 방식, 사무실 규모 등이 다른 경우시기를 놓치게 되고, 이와 관련된 내용이 삭제되는 경우가 많다. 이에 대한 기술적 제도적 보안이 필요하며 법률의 근거 조항이 필요한 실정이다.

정보수집 단계에서는 영장을 집행하는 절차를 통해 디지털 기기로 부터 데이터를 식별하고, 표시하고, 기록하고, 획득 보존하여야 하고, 현재 접속 중인 네트워크상 데이터와 같은 동적 데이터나 전자식 장치(휴대전화, PDA 등)를 시기적절하게 수집함이 필수적이다. 따라서 컴퓨터 구조나 이 과정에서 사용하여야 하는 프로그램 등 포렌식 도구(Tool)에 대해서도 전문적인 지식을 가져야 한다.

구체적으로는, 저장매체나 정보에 관한 압수과정에서는 반드시 사용자정보, 저장된 데이터, 전송 중에 있는 데이터로 구분하여 취급하여야 한다. 사용자 정보는 다시 이용자 신상정보와 통신이용정보로 나뉘는데, 이용자 신상정보는 통신사업자에 등록된 가입자의 신원정보를 의미하고 이는 "통신자료"에 해당되어 통신의 비밀 중 프라이버시 보호의 정도가 낮아 영장이나 법원의 허가 없이도 통신자료제공요청공문에 의하여 획득할 수 있다. 하지만 통신이용정보는 "통신사실확인자료"에 해당되어 법원의 영장에 의해서만 수집이 가능하다. 이것은 통신비밀보호법상 규율되어 있다.

네트워크를 통해 흘러온 데이터라도 일단 저장매체에 저장이 완료되면 형사소송법상 압수·수색 규정이 그대로 적용된다. 따라서 송수신이 완료되어 사용자 컴퓨터 또는 메일서버 '받은편지함'에 저장되어 있는 이메일은 감청이 아닌 형사소송법상의 압수·수색의 대상이 된다.[14)]

미국의 판례[15)]도 「'가로채기'가 성립하려면 그 통신내용이 전송 중 또는 전송과정에 이루어져야 하고, 전송을 끝내고 백업용 저장소에 저장되어 있는 메시지를 가져오는 경우에는 해당하지 않는다. 이러한 해석은 'intercept'라는 단어의 사전적인 의미와도 정확히 합치하는데 그 이유는 intercept라 함은 '도착 전, 또는 진행 중에 중지하거나 빼앗거나 방해하다'이기 때문이며, 따라서 The Wiretap Act가 보호하는 개인통신의 보호는 그 전송 과정 중에만 적용되는 것으로 봄이 합당하다.」고 하여 전송이 완료된 이메일을 압수하는 것은 감청에 해당하지 않는다고 보고 있다.

전송중인 데이터의 내용을 수집하는 것은 압수·수색이 아닌 감청이므로, 통신비밀보호법의 절차에 따라 통신제한조치허가서에 의해서만 증거수집이 가능하다.

---

14) 송수신이 완료된 전기통신의 경우에는 형사소송법 제106조, 제107조, 제219조에 따라 수사기관이 법관으로부터 발부받은 영장에 의하여 이를 압수하도록 되어 있다(대법원 2016.03.10. 선고 2012다105482 판결)

15) Fraser v. Nationwide Mut. Ins. Co., 135F. Supp. 2d 623(E.D. Pa. 2001)

따라서 증거수집의 적법성 여부는 통신비밀보호법의 요건과 절차를 구비했는가의 여부에 따라 좌우된다.

다음 **분석단계**에서는 수집된 많은 양의 데이터를 자동적 또는 수동적 방법을 사용하여 특정한 데이터를 발췌, 복구, 평가하여야 하고, 이 과정에서는 공학적인 기술이 요청되면서 데이터의 무결성을 유지하는 것이 무엇보다 강조된다. **분석결과서**에는, 포렌식 과정에서 취한 행동요령을 자세히 기술하고, 사용된 도구와 절차, 구체적 증거수집 방법과 추가적 데이터 출처 등도 기재되어야 한다.

다음 이러한 보고서가 법정에 증거로 제출되는 경우 최근 개정된 형사소송법 제313조 제1항의 포렌식 조사관의 진술서 형식이 되거나 동조 제2항에 의한 감정서로 제출될 것이므로 작성자로서 **법정증언**으로 연결된다.

특히 개정조문에 의해 디지털 증거의 성립의 진정을 확보하기 위해 사용되는 「포렌식 자료등 객관적인 자료」 는 과연 어떤 것인지에 대한 기술적·법적 연구도 필요하다.

흔히 컴퓨터 포렌식을 포렌식 도구 사용과 기술에 관한 전문영역으로만 인식하고 이러한 포렌식 전문가는 범죄수사와 컴퓨터 보안사고 처리 정도에 그치는 것으로 생각하기 쉽다. 그러나 의심이 가는 시스템을 조사하여 사건에 적절히 대응하고 관련 증거수집과 보존, 사건의 재구성에 이르기까지 전 과정에서 법률적 평가도 수반된다. 따라서 포렌식 전문가는 전자적 증거가 가지는 제반 속성을 감안하면서 적법한 절차를 거쳐 신뢰성 있는 증거를 수집하는 법적절차에도 유념하여야 한다.

우리나라도 최근 융복합 연구의 중요성을 인식하고 점차 융복합 학회[16]가 늘어가고, 학제간 공동연구의 분위기가 조성되어가고 있다.[17] 그러나 아직 융복합 시대를 주도할 융복합 인재 양성이나 교육 인프라는 아주 미미한 상태이다.[18]

이러한 배경에는 무엇보다도 중고등교육 과정에서부터 문과와 이과로 나뉘고, 대학과정에서도 전공 분야에만 집중하는 교육 환경이 주된 원인이라고 할 수 있

16) (사)융복합지식학회 http://www.scvk.or.kr/

17) 국가차원에서의 공동연구에 관한 자료는 한국과학기술기획평가원, 「2015년도 국가연구개발사업 조사·분석보고서」 참고, http://www.kistep.re.kr/c3/sub2_5.jsp?, 최종접속일: 2016. 11. 17

18) 융합연구정책센터, 「융합연구리뷰」, 2016. 11. 7; 강경종·윤여인·정호, 「수요 지향적 융합·실무형 공학 인재 육성 방안」, 한국직업능력개발원, 2013. 03

다[19]. 또한 국가의 엘리트 공무원이 주도하는 경제성장 모델을 주축으로 특정 분야 산업기술형 인재만을 선호해 온 사회 환경도 문제라고 할 수 있다[20].

최근 융복합형 교육 프로그램의 주된 움직임은 학제간의 공동연구를 통해 이루어 가고 있다. 의학과 과학기술, 인문사회과학과 산업공학, 건축학과 디자인학, 컴퓨터 공학과 법학이라는 만남으로 이루어지고 있다[21]. 이러한 학제간의 공동연구는 한국연구재단의 용역과제에서도 크게 주목을 받고 있다[22].

3. 새로운 안티포렌식(Anti-forensic) 상황의 등장

최근 정보기기의 발전과 더불어 포렌식에 대한 일반인들의 인식에도 많은 변화가 찾아오고 있다. 현대인에게 있어 정보는 곧 자산이며 가장 큰 재산이 되었다. 개인의 작은 행동이나 의사표현에서부터 각종 지식, 정보, 권리·의무, 재산권에 이르기까지 인간 생활의 거의 대부분이 디지털화되어 다양한 정보저장매체에 기록, 저장되고 있고, 첨단기술을 응용한 각종 편의서비스가 쏟아져 나오고 있다.

정보의 추출과 정보의 방어를 의미하는 포렌식(Forensic)과 안티포렌식(Anti-Forensic)은 양날의 검으로써 공존하며 급격한 발전을 이루고 있다.

디지털 포렌식 기술이 널리 활용됨과 더불어 이를 차단하려는 안티포렌식 기술도 함께 발전하고 있는 추세이다.

여기서 안티포렌식이라는 용어는 컴퓨터, IT정보 분석을 통해 범죄정보를 찾아내고 복구하는 디지털 포렌식 기법에 대응해 디지털 흔적을 숨기거나 없애기 위해 동원하는 수법 등으로 수사기관의 조사를 고의적으로 방해하는 일체의 행위라고 할 수 있다. 구체적 유형으로는 데이터를 완전히 삭제하거나 암호화하고 은닉하는 행위, 데이터를 복구 불가능하게 하거나 찾을 수 없게 만드는 행위, 디지털 포렌식 기술에 대응하기 위해 자신에게 불리할 수 있는 증거물을 훼손하거나 차단하는 행위 등이 있다.

---

19) 경향신문, "[과학 오디세이]융합형 인재를 키우자", 2011. 10. 16
20) 경향신문, "[과학 오디세이]융합형 인재를 키우자", 2011. 10. 16
21) 교수신문, "시행지침서 숙지는 필수…공동연구자 확보가 관건", 2005. 02. 01
22) 첨단융합기술개발사업, 21C 기술혁명을 주도할 융합기술을 기반으로 국가 신성장동력을 창출하고, 지속가능한 성장을 견인할 친환경 원천기술을 개발-교육과 과학기술의 연계를 통한 새로운 교육-연구 융합환경 구축 '13년 1,051억원 투입('12년 1,017억원)
http://www.nrf.re.kr/nrf_tot_cms/board/biz/biz.jsp?show_no=170&check_no=169&c_relation=biz&c_relation2=0&c_no=25&c_now_tab=0

나아가 정보보안(Information Security)의 차원에 이루어진 행위들 즉, 비치된 PC의 저장 공간을 최소화하고, 내부망인 업무영역에 최소한의 저장 공간 만 제공하면서 별도의 네트워크 스토리지에 저장 공간을 제공하는 등 PC내 보유 중인 데이터를 최소화 하면서 주기적으로 자동 삭제하는 사례도 늘고 있다. 이는 정보의 유출을 최소화하려는 정보보안차원이라고 하지만 사실상 안티포렌식의 기능을 다하고 있다. 이러한 안티 포렌식(Anti-forensic)에 대응하는 기술도 새롭게 개발되고 있음은 주지의 사실이다.

결론적으로 디지털 포렌식 분야는 먼저 저장장치의 용량이 날로 증가함에 따라 압수·수색 대상도 그만큼 방대하고, 하드웨어 인터페이스가 다양해짐에 따라 저장장치를 손쉽게 분리해 가져오거나 이미지를 생성하기도 어려워지고 있다. 파일 형식이 다변화됨에 따라 현장에서 데이터를 추출하고 분석하는 과정이 사실상 어려워지고 있고, 디바이스가 여러 가지로 분화되고 그 수가 많아짐에 따라 여러 개의 장치를 분석하고 이로써 도출된 결과물을 서로 연결시켜야 하는 경우가 점점 늘어나고 있다. 암호화 도구의 사용이나 악성코드를 대상으로 RAM 포렌식 기술도 필요한 반면, 법원의 사법적인 통제는 날로 엄해지고 있다[23].

이러한 상황에 안이하게 대처한다면 디지털 포렌식은 최신 기술 동향에 크게 뒤처지게 될 것이며, 자연스럽게 디지털 증거의 법정제출 또한 원천적으로 불가능해질 위험도 있다. 정확성을 담보하고 진정성을 확보할 수 있는 새로운 기법의 개발이 없는 한 증거수집 단계에서부터 원칙적으로 불가능하기 때문이다. 늦기 전에 이러한 문제들을 체계적으로 연구하고, 그러한 연구의 성과를 교육과정에 반영해 나가야 한다.

제 2 장 미국의 판례동향과 포렌식 교육의 방법론

1. 미국의 포렌식 자료 등에 대한 법정 동향

미국의 법정에서는 디지털 포렌식 절차를 당사자의 법적인 의무라고 하고 있고, 디지털 증거의 진정성과 증거능력을 입증하기 위해 포렌식 전문가의 증언이 상용화되고 있다. 나아가 이를 다루는 도구에 대한 신뢰성 또한 여러 가지 방면으로 검증이 이루어지고 있다.

---

23) 노명선, 교육부용역과제 “국제기준에 적합한 디지털포렌식 기술교육의 표준모델 개발(2012년)”, 11면이하 참조

미국에서는 Gates Rubber Co. v. Bando Chemical Industries, Ltd.[24] 사건 이후 각종 소송에서 활용할 수 있는 가장 높은 수준의 기술을 사용하여 증거를 수집할 의무가 있다고 함으로써 포렌식 절차에 의한 증거 제출을 당사자의 의무라고 하며, 필요할 때에는 법원 사무관으로 하여금 그 절차를 수행할 수 있도록 보조하고 있다. 즉, 2006. 12. 연방 민사소송법(FRCP, Federal Rules of Civil Procedure)의 개정을 통해 e-Discovery 개정안이 발효되면서 모든 민사 소송에서 디지털 포렌식 도구를 이용하여 디지털 증거를 확보할 것을 의무화하였다.

나아가 그에 상응한 전문조사관의 능력에 관하여 일응의 기준을 제시하고 있다. Galaxy Computer Services, Inc. v. Baker[25] 사건에서 피고인 측은 「테일러 조사관은, (1) 그는 컴퓨터과학 학위를 가지고 있지 않았다. (2)그는 다른 컴퓨터 언어를 유창하게 구사하지 못한다. (3)그는 컴퓨터 프로그래머가 아니다. (4)그는 컴퓨터과학 증명서를 가지고 있지 않았다. (5)그는 마이크로소프트 증명서를 받기 위한 특별한 교육이나 훈련을 받지 못하였다」 등의 주장을 하였다.

이에 대해 법원은「조사관의 지식, 기술, 경험, 훈련, 그리고 교육을 근거로 그는 전문가 증인으로서 자격이 충분하다」고 판결하였다.

나아가 Simon Property Group, L.P. v. mySimon, Inc[26]에서는 포렌식 전문가의 역할에 대해서, 「전문가는 자신의 전문지식을 사용하여 각 컴퓨터의 하드디스크 이미지로부터 정보를 복원하고 피고측 변호사에게 편의성이 있는 형태로 모든 워드프로세서 문서, 이메일 메시지, 파워포인트 프레젠테이션, 스프레드시트, 기타 파일을 제공하여야 한다. 법원은 운영체계와 고수준의 프로그램을 구성하는 파일들은 복사하지 않도록 함으로써 본건과 관계가 있을 가능성을 가진 파일들 만으로 그 복사의 범위를 한정하는 것이다. 가능한 범위 내에서 전문가는 피고측 변호사에게 (a) 복원한 파일의 삭제시점에 대한 정보, (b) 복원될 수 없는 파일의 내용에 대한 정보를 제공하여야 한다.」고 요구하였다.

이어서 United States v. Hilton,[27]에서는, 포렌식 조사관이 제출한 자료를 토대로「검찰은 모뎀 전송에 대한 '직접적'인 증거를 제시할 필요는 없고, 막스 포렌식 전문관의 법정 증언은 그 파일들이 인터넷 또는 전화망을 통하여 전송되었

24) Gates Rubber Co. v. Bando Chemical Industries, Ltd. 167 F.R.D. 90 (D.Colo. 1996)
25) 325 B.R. 544 (E.D.Va. 2005)
26) 194 F.R.D. 639 (S.D. Ind. 2000)
27) 257 F.3d 50 (1st Cir. 2001)

음을 인정하기에 부족하지 않다」고 하여 인터넷을 통하여 포르노그래피를 주고받은 사실에 대해 포렌식 조사관의 법정 진술대로 유죄를 인정하고 있다.

2. 미국 대학의 학과개설과 산학협동

미국은 이러한 판례의 취지에 따라 많은 대학에서 일찍부터 디지털 포렌식 학위과정이나 인증과정을 마련하고 있다. 대학마다 서로 조금씩 다른 디지털 포렌식의 인재상을 추구하면서 특성화 분야도 달리하고 있다. 이하에서는 디지털 포렌식 교육이 상대적으로 활발하게 이루어지고 있는 미국의 각 대학에서 행하고 있는 디지털 포렌식 교육과정의 목표 및 비전, 입학요구조건, 특성화된 인재상, 교육과정 구성 등을 살펴보는 것도 우리에게 시사하는 바가 클 것이다.

메이져 대학에서 디지털 포렌식 교과과정을 마련하고 학사, 석사과정을 두고 있는 대학은 다음과 같다. 그러나 아래 표에서 보는 바와 같이 디지털 포렌식이라는 명칭으로 학과를 두고 있는 대학보다는 여전히 컴퓨터 정보과학 또는 사이버보안학과의 명칭으로 포렌식 과정을 개설하고 있는 대학이 많았다.

<디지털 포렌식 전문교육 기관의 학위체계>

George Mason University[28]	컴퓨터정보과학 석사과정	DeVry University[29]	컴퓨터 정보시스템 학사과정
Rhode Island University[30]	디지털 포렌식 학사과정	Century College[31]	컴퓨터 포렌식 학사 과정
University of Alabama[32]	컴퓨터 포렌식 보안관리 석사과정	John Jay College of Criminal Justice[33]	사이버 보안 석사과정
Central Florida University[34]	디지털 포렌식 석사과정	Utica College[35]	사이버 보안 학사과정
Westwood College[36]	컴퓨터 포렌식 학사과정	Butler County Community College[37]	디지털 포렌식 학사과정
Colorado State University-Pueblo[38]	컴퓨터 정보시스템 학사과정	Champlain College[39]	디지털포렌식 학·석사과정

전문적인 교육기관으로는 대학이외 NFSTC[40] 등 미국 정부기관에서 수사기관의 요원 등을 대상으로 직접 시행하는 훈련프로그램이 있다[41]. 비록 그 대상이 수사관 등으로 한정되어 있지만 국가에서 조직적으로 교육을 시행하고 있는 사례로 특기할 만하다.

George Mason 대학이나 Manyland 대학, Purdue 대학 등은 컴퓨터 포렌식 전문가 양성을 직접 목표로 삼아 포렌식 이론과 기술을 통합적으로 교육하는 전형적인 사례라고 할 수 있다. 이하 대학별 교육목표와 방법을 예시하면 다음과 같다.

---

28) George Mason University, MS in Computer Forensics Introduction, George Mason University, http://ece.gmu.edu/index.php?id=ms_forensics_introduction

29) DeVry University, Computer Forensics Specialization, DeVry University, http://www.devry.edu/degree-programs/college-engineering-information-sciences/computer-forensics-about.jsp

30) Rhode Island University, Digital Forensics Minor, Rhode Island University, http://www.dfcsc.uri.edu/academics/df_minor

31) http://www.century.edu/futurestudents/programs/pnd.aspx?id=9

32) University of Alabama, Computer Forensics and Security Management Info, University of Alabama, http://www.cis.uab.edu/Computer_Forensics_and_Security_Management

33) http://www.jjay.cuny.edu/academics/5130.php

34) Central Florida University, Master of Science in Digital Forensics, Central Florida University, http://msdf.ucf.edu/mission.html

35) www.utica.edu/academics/programs/

36) http://www.westwood.edu/programs/school-of-technology/computer-forensics-degree

37) http://academic-catalog.bc3.edu/preview_program.php?catoid=4&poid=232&returnto=144

38) Colorado State University-Pueblo, Computer Information Systems, Colorado State University-Pueblo, http://hsb.colostate-pueblo.edu/UndergraduatePrograms/Majors/ComputerInformationSystems/Pages/default.aspx

39) http://www.champlain.edu/undergraduate-studies/majors-and-programs/computer-and-digital-forensics-x14305.html

40) https://www.nfstc.org/

41) 미국의 수사기관인 National Forensic Science Technology Center(NFSTC), Federal LawEnforcement Training Center(FLETC), Regional Computer Forensics Laboratory(RCFL) 등에서 실질적인 재판준비, 증인 및 증거품과 관련한 재판준비, 디지털 포토그래피 등과 같은 사이버 범죄의 상황에 맞는 프로그램 및 기술을 습득할 수 있도록 교육과정을 개설하여 운영하고 있다. Brian Carrier, File System Forensic Analysis, Addison Wesley, 2005.

<대학별 교육목표와 방법 예시>

	교육목표	교육방법	입학조건	참 고
George Mason University[42] (석사)	컴퓨터 포렌식 전문가 양성	컴퓨터 포렌식 이론 + 포렌식 기술의 통합적 교습	- 공학, 수학, 과학, 컴퓨터 과학, 경제나 다른 분석 과목 이수자 - 분석 관련 실무 경험이 있는 자	- 30학점, 평균 3.0 이상, 핵심 요소 18학점 (일반과목 15학점 + 필수과목 3학점)과 선택 요소 12학점으로 구성 FBI 연계 강좌개설
Boston University – Metropolitan College[43] (석사)	보안 전문가 양성	정보 보안, 데이터베이스 시스템 보안, 네트워크 보안, 암호법 등 보안 전문지식 습득	- IT 분야의 학사 졸업장	- 정보 시스템 분석 및 설계 (Information System Analysis and Design) -기반과목과 바이오메트릭스(Biometrics) 등 심화과목으로 구분
University of Maryland – University College[44] (석사)	디지털 범죄 전문가 양성		학문영역 불문, 다만 IT 배경 지식을 가진 학생 우대	- Encase Certifies Examiner 시험에 준비 - 12개의 군부대, 400개의 연방 및 민간 리서치 센터, 50개의 연방 기구와 협력 관계 중시
Purdue University – College of Technology[45] (석사)	사이버 포렌식 전문가 양성	Cyberforensics of Malware, Cyber Frn Cloud /Virtual Enviro 등 기반과목 중심	- 컴퓨터 또는 정보 기술 전공 학사 비전공자는 특정 과목 이수 조건	- 법 집행 기구에게 교육 및 훈련 그리고 수사 지원

42) http://ece.gmu.edu/index.php?id=ms_forensics
43) http://www.bu.edu/met/admissions/apply-now/graduate-degree-program/
44) http://www.umd.edu/catalog/index.cfm/show/content.chapter/c/1
45) https://polytechnic.purdue.edu/kokomo

포렌식 학과를 개설하고 있는 대학은 이와 같이 대다수 실무기관과 업무협약을 체결하고 산학협동을 하고 있고, 특히 University of Maryland, Purdue University, Rhode Island University 같은 경우는 법무부, 국방부 등 법집행 실무기관과 교육과 훈련, 수사지원을 하는 등 협력관계에 있다는 점 또한 특기할 만하다. 특히 모바일 포렌식(Mobile Forensic), 클라우드 포렌식(Cloud Forensic), 스테가노그래피(Steganography) 등에 관한 산학협력 프로젝트가 흥미롭다.

Central Florida University의 경우[46]는 졸업생에게 디지털 증거 조사에서 효과적인 팀 구성원 또는 팀 리더로 참여하기 위해 필요한 지식과 기술을 제공하고, 법정 심사관 및 전문가 증인으로서 문제 해결뿐만 아니라 효과적인 의사소통을 위해 절차상 필요한 법률과목도 이수하도록 하고 있다.

<Central Florida University 교과과정>

	구분	실무과목	법률과목
컴퓨터 포렌식 석사 과정	기반		
	심화	Introduction to Technologies of Forensics Value Information Security Essentials Information Security Theory and Practice Network Forensics Digital Media Forensics	IT의 법과 윤리적 이슈 (Legal and Ethical Issues in IT)
	응용	Incident Response Forensics Applied Computer Forensics Fraud and Forensics in Accounting	
	선택	Operations of Intrusion Detection for Forensics Microprocessors Advanced Applied Cryptography Data Mining for Homeland Security Security Audit and Compliance Testing Network Security Intrusion Detection Research in Digital Forensics	

46) Central Florida University, Master of Science in Digital Forensics, Central Florida University, http://msdf.ucf.edu/mission.html

법률과목으로는 사이버범죄와 사이버상 법률상 쟁점, 포렌식 법정증언, 디지털 증거조사 과목 등을 편성하고 있다.

George Mason University 또한 실무과목과 법률과목을 적절히 편성하여 운영하고 있다.

<George Mason University 교과과정>

	구분	실무과목	법률과목
디지털 포렌식 석사 과정	기반	Computer Forensics I Topics in Forensic Science The Practice of Digital Forensics	
	심화	Computer Forensics II Advanced Topics in Computer Security and Computer Forensics Wireless Security and Forensics Malware and Software Vulnerability Analysis	Cybercrime and Criminal Justice Current Issues in Cyberlaw
	응용	Distributed Processing of Digital Evidence Incident Response Technologies OS & File System Forensics Investigative and Intelligence Analysis, Theory and Methods Quantitative Methods and Computer Utilization in Criminal Justice	Forensic Expert in the Courtroom Forensic Examination of Digital Evidence
	선택		

법률과목으로서는 심화과정에서 2T관련 법률 쟁점과 윤리적 쟁점에 관해 과목을 편성하고 있다.

아메리칸 인터콘티넨탈 대학 (American InterContinental University)[47]은 산

47) American InterContinental University, Bachelor of Information Technology (BIT): Specialization in Digital Investigations, American InterContinental University, http://www.aiuniv.edu/Degree-Programs/Bachelor-Of-Information-Technology-Specialization-In-Dig

학협동의 차원에서 디지털 수사 전문화과정을 운영하고 있다.

<American InterContinental University 교과과정>

	구분	실무과목	법률과목
디지털 포렌식 수사 전문화 과정	기반	Introduction to Computer and Network Hardware Introduction to Operating Systems Introduction to Databases Fundamentals of Programming and Logic Network Infrastructure Basics Introduction to Web Systems and Media Program Capstone	Survey of Calculus
	심화	Data Structures and Implementation Relational Database Management Systems Applications of Discrete Mathematics and Statistics in IT Computer Networks and Security Introduction to Cyber Crime and Digital Investigations Digital Investigations I Network Investigations Wireless Network Investigations Wireless Investigations	Human/Computer Interface Interactions Laws and Ethics in Digital Investigations Social Media and Social Engineering in Digital Investigations Principles in Electronic Discovery
	응용	Comprehensive IT Project Digital Investigations II Global Investigations Senior Project in Digital Investigations	
	선택		

특히 디지털 증거의 증거능력에 관한 법적 쟁점과 윤리적 쟁점, 디지털 증거 개시 등 과목을 개설하고 있는 점이 주목된다.

ital-Investigations

3. 시사점

미국 대학의 디지털 포렌식 석사 과정은 주로 컴퓨터나 IT 전공학사 자격을 갖춘 학생들 또는 컴퓨터나 IT 분야 경력자들을 대상으로 그들이 이미 가지고 있는 컴퓨터 또는 IT 배경지식 위에 디지털 포렌식 지식을 덧 칠해 주어 실무에 적합한 디지털 포렌식 전문가를 양성하는데 목표를 두고 있다. 다만 예외적으로 컴퓨터 또는 IT의 배경지식이 없더라도 지원자가 특정 수업을 수강하는 것을 조건으로 입학을 시켜 주기도 하는데 이러한 학생들은 주로 초급 실무자 수준의 교육을 염두에 둔 것으로 보인다.

이 부분에 대해서는 우리나라 포렌식 대학원이나 관련 과학수사학 대학원이 참고할 가치가 있다고 생각한다.

대학과정에서 수강자의 학문적 배경에 상응해서 여러 단계의 과정(Track)을 구축하고, 컴퓨터나 IT 분야에 배경지식이 없는 학생의 경우에는 기초실무자 track에 따라 관련 컴퓨터나 IT 관련 지식을 습득하게 하면 충분할 것이기 때문이다.

미국 대학원에서는 대부분 Introduction to Computer and Network, Hardware, Introduction to Operating Systems, Incident Response Forensics, Applied Computer Forensics 등과 같은 컴퓨터의 기술적인 부분에 중점을 두고 있고, 반드시 알아두고 지켜야 할 디지털 포렌식에 관한 법률 절차에 대해서는 심도 있는 교육이 제공되지 않고 있다. 그러나 디지털 포렌식을 진행하는 과정에서 이러한 법률 절차를 따르지 않으면 의도치 않게 증거능력을 잃게 될 위험이 따르기 때문에 법률교육도 필요하다.

따라서 우리의 경우 미국처럼 포렌식의 기술적인 내용에 편중하기 보다는 포렌식 절차에 관한 법률이나 실체법 상 제재규정에 대해서도 일정한 비율로 교과과정을 마련할 필요가 있다.

나아가 미국의 몇 개 대학원에서도 직무윤리에 대한 수업을 제공하고 있는 것처럼[48] 우리도 관련 법과목 수업과 동시에 또는 선행적으로 직업윤리 과목을 수

48) 미국에서는 이미 각 분야에서 윤리강의를 활발히 진행되고 있다. 특히 하버드의 경우 기업윤리를 2004년부터 필수과목으로 지정하여 시행하고 있다. http://www.hbs.edu/about/news/062104_ethics.html; 와튼 스쿨의 경우에도 윤리프로그램을 운영하고 있다. http://ethics.wharton.upenn.edu/; “하버드를 비롯한 유명 경영전문대학원들은 자신의 학교 졸업생들이 미국 경제의 근간을 흔든 부정 사건에 잇달아 연루된 것에 자극받아, 그동안 유명무실하거나 단지 선택과목에 불과

강하도록 배려하여야 한다. 그렇게 함으로써 기술과 법률, 직무윤리 모든 면에서 준비된 전문가로서 역할을 다할 수 있을 것이다.

미국의 특정 대학원에서는 교육과정을 통해 학생들이 자연스럽게 EnCase나 AccessData 취급과 같은 자격증을 취득하는데 도움을 주고 있다. 디지털 포렌식 관련 자격증들은 특정 소프트웨어 사용능력을 필요로 하는데 이러한 소프트웨어들은 실무에 진출해서도 바로 사용할 것이 때문이다. 우리나라에서도 다양한 디지털 포렌식 소프트웨어의 실습 경험을 주어 학생들이 대학원에서 미리 실무 경험도 쌓고 취직에도 유리한 자격증 취득에 도움을 줄 수 있도록 하는 것이 바람직하다.

포렌식 기술이 다양하고 사용도구도 제각기 다른 상황에서 전형적인 소프트웨어뿐만 아니라 검찰청, 경찰청, 한국저작권보호원, 국정원, 기무사 등과 같은 기관에서 실제로 사용하는 유형의 포렌식 장비들을 실험 실습을 통해 사용기술을 습득하게 함으로써 사회적 비용을 절약할 수도 있다.

이를 위해 미국 내 특정 대학들은 FBI나 비밀수사국과 같은 정부 수사기관 그리고 정부 및 민간 연구소와 협력관계를 맺어 공동연구나 도구등 기술개발을 위해 R&D사업을 하고 있다. 우리도 수사기관들과 산학 협력을 통해 졸업생들이 정부 수사기관에 진출할 수 있는 기회를 확대시켜주고 정부 수사기관의 담당자들도 과학수사 대학원을 통해 실무 능력을 한 단계 Upgrade 할 수 있는 기회를 마련해 줄 필요가 있다. 졸업생들이 이수 후 국제형사재판소와 같은 국제기구에도 수월하게 진출할 수 있도록 국제기구와의 협력도 강화되어야 한다.

대부분의 디지털 포렌식 석사과정을 제공하는 미국 대학들이 디지털 포렌식 시장의 실시간 채용 공고를 알려주고 있다. 해당 웹사이트를 통해 아마존이나 애플과 같은 IT 기업뿐만 아니라 Target 같은 백화점 기업[49]까지 다양한 분야의 일반기업이 대학과 연계해서 디지털 포렌식 전문가를 충원하고 있음을 알 수 있다.

우리나라의 경우 포렌식 시장이 아직 협소하여 미국만큼 일반 기업들의 디지털 포렌식 전문가에 대한 수요가 많지 않더라도 최소한 네이버(Naver)와 다음

했던 '윤리' 과목을 필수이수과목에 포함시키기 시작했다.", USA Today, 2006년 9월 27일, 김성훈, "도덕적 인간, 도덕적 기업: 미국기업과 윤리", International Labor Brief, 2006, 109, 112면 재인용

49) 2013년 미국의 Targer(중저가 백화점)에서 추수감사절 전후로 고객 거래 정보가 유출된 사건이 있었다.

(Daum), 엔씨소프트(ncsoft), 넥슨(Nexon)과 같은 IT기업들은 디지털 포렌식 전문가를 필요로 할 것이다. 오히려 협소한 만큼 모든 주요 IT 기업들과 협력관계를 맺을 수 있다는 가능성을 열어두고 있다.

우리나라의 과학수사 대학원에서도 국내외 디지털 포렌식 분야의 실시간 채용공고 현황을 알 수 있도록 웹사이트를 설립하여 학생들이 채용까지 걸리는 시간을 줄이고 해외 기업들에게도 진출 할 수 있도록 도움을 줄 필요가 있어 보인다.

제 3 장 컴퓨터 포렌식 교육의 방법론

1. 바람직한 포렌식 교육의 인재상

미국에서의 디지털 포렌식 과정 개설의 이념과 목적, 개설 강좌 등에 대해서 구체적으로 살펴보았다. 미국은 주로 컴퓨터 공학의 입장에서 법절차상 문제가 없도록 기본적으로 컴퓨터 공학을 기본으로 하고, 법률을 부차적으로 교육하는 정도의 컴퓨터 공학 우위의 입장을 고수하고 있다. 물론 디지털 포렌식에 대한 과학기술적인 측면은 자연과학적인 사고를 가지고 개발하여야 하겠지만 법적 증언 등 법기술적인 측면은 역시 법학적인 지식을 염두에 두어야 한다. 미국은, 로스쿨에서 디지털 포렌식 강의 과목이나 전문가 교육을 실시하지 않고 있다. 법률가로서는 법률적인 지식을 가지고 논리적인 문제해결에 집중하고, 기술적인 방법에 대해서는 전문가의 법정 증언등 전문가의 영역에 맡기는 것을 원칙으로 하기 때문이다.

그러나 상술한 바와 같이 컴퓨터 포렌식은 증거의 수집단계에서 분석에 이르기까지 전자적 증거가 갖는 특성 때문에 동일성이나 무결성을 유지하는 것이 어렵고, 법정에서 이를 다투는 경우 변호사가 관련 내용을 제대로 이해하지 못하면 원만한 소송 진행이나 입증노력을 다하였다고 할 수 없을 정도이다.

대법원의 태도는 디지털 증거의 수집에서부터 증거능력에 이르기까지 사법적 통제를 강화해 가고 있다. 즉, 법원은 압수·수색 현장에서의 인권보호, 적정절차 보장에 우위를 두고 압수·수색의 구체적인 방법에서부터 분석에 이르기까지 전 과정에서 통제를 강화하고 있다. 이에 관한 자세한 설명은 노명선 변호인 또한 마찬가지로 준항고를 통해 절차 하나하나를 다투고 있다[50]. 그만큼 포렌식 관련

50) 이에 관한 자세한 설명은 노명선, “디지털 증거의 압수・수색에 관한 판례 동향과 비교법적 고찰”, 형사법의 신동향 제43호, 2014 참조

기술이 아직은 부족함에도 법적인 다툼이 활성화되고 있는 현상을 직시하고 법률과 컴퓨터 공학기술이라는 양면에서 융복합적인 교육이 병행하지 않으면 안 된다. 우리 교육이 미국과 달리 실무형 교육[51]이 되어야 하는 이유가 여기에 있다.

이러한 실무형 인재상이란 어떠한 자격과 능력을 갖춘 인재이어야 할까? 이하에서는 바람직한 디지털 포렌식 인재상으로 5가지 원칙을 제시하고자 한다.

첫 번째는 디지털 시대에 적합한 융합형(Homo-Convergence) 인재이다. 디지털 정보는 법률적 절차에 따라 디지털 형태로 특수저장매체에 기억된다, 따라서 이를 수집하고 분석하는 전문가로서는 매일 매일 발전하는 디지털 기술개발에도 노력하여야 하지만 이를 뒷받침하는 법학 등 법률 기반 지식에도 관심을 가져야 한다. 디지털 포렌식 산업은 변화가 빠르게 전개되고 있으며 이를 규정하는 수많은 법규의 내용도 끊임없이 변하고 있다. 따라서 기술과 법률 양면에서 전문적인 지식을 겸비한 인재를 양성함으로써 디지털 시대에 적합한 융합형 인재를 배출할 수 있을 것이다.

두 번째는 글로벌 경쟁력(global competitiveness)을 갖춘 인재의 양성이다. 디지털 포렌식은 세계적인 네트워크를 구축하고 발전하는 새로운 형태의 산업이며 기술이라고 할 수 있다. 특히 세계적으로 통용되는 기술을 적용함으로써 글로벌 경쟁력을 갖추지 않으면 안 된다. 특히 디지털 포렌식 산업은 아직 정립되지 못하거나 미비한 각국의 지역사회에로의 진출을 모색할 수 있는 새로운 기회의 장이 될 것이다.

세 번째는 희소성(scarcity)을 갖춘 인재이어야 한다. 디지털 포렌식은 현재 그 자원이 부족하여 수요를 따라가지 못하고 있다. 향후 우리 사회가 지속적으로 디지털화 되어 감에 따라 디지털 포렌식 인재의 수요는 기하급수적으로 늘어날 것이다. 포렌식 전문가는 분야별로 세분화하여 특화된 분야의 희소성에 가치를 두고 끊임없이 자기 노력하는 개발자가 되어야 한다.

네 번째 기업 등 사회적 수요(social need)에 부합해 가는 인재이어야 한다. 디지털 포렌식은 그 자체로 단순히 기술적 가치를 가지는 것이 아니라 기업 등 사회적 수요를 능동적으로 충족시킬 수 있어야 한다. 특히 이를 필요로 하는 고

51) 대검예규(디지털포렌식 수사관의 증거 수집 및 분석 규정) 제6조(디지털포렌식 수사관의 임명)에서는 디지털포렌식수사관으로 하여금 디지털 포렌식 전문자격을 갖추고 실무를 수행할 능력, 그리고 국내외 국가기관, 전문교육기관 또는 학회에서 실시하는 디지털포렌식 관련 교육의 이수를 요구 하고 있다.

객과의 사전적 연계를 강화하고 법적인 분쟁이 발생한 경우 디지털 포렌식을 통하여 이를 해결할 수 있도록 미리 대비할 필요가 있다. 특히 준법경영이 강조되는 상황에서 회계의 적정성 감사를 위한 회계포렌식(Account forensics)에 대한 수요도 증가하고 있다.

다섯째 포렌식 전문가는 미래지향적인 사고를 가지고 유연성(flexibleness)을 지닌 인재이어야 한다. 산업계의 새로운 기술발전에 대해 능동적으로 대처해가면서 인접 학문에도 관심을 갖는 유연성을 가져야 한다. 이를 위해 대학에서는 산학간 공동 논의를 통해 학습목표와 내용, 방법에 대해 지속적으로 수정해갈 필요가 있다.[52]

2. 교육의 목표와 능력요건

디지털 포렌식 교육은 교육 대상자들에게 디지털 포렌식과 관련한 이론적 실무적·능력을 배양하여 차후에 발생하는 문제를 해결하여 나아갈 수 있는 능력을 갖추도록 구성되어야 한다. 그런만큼 포렌식 교육의 목표는 다양한 사회적 수요에 부응할 수 있도록 설계되어야 한다. 수사기관에서 디지털 포렌식 업무를 하는 사람만을 대상으로 하는 것이 아니라 디지털 포렌식의 수요가 필요한 모든 곳에 인원의 배치가 가능하도록 다양한 인재의 배출이라는 점에 궁극적인 목적을 가지고 있다. 교육 대상자는 디지털 포렌식에 관심을 가지는 모든 사람에게 개방을 하되, 수요에 따라 계층별로 구분할 필요가 있다.

단순히 증거수집 및 분석을 기계적으로 수행하는 단순기술자의 영역에서 벗어나, 앞으로 디지털 포렌식의 이론을 발전시키고 정책결정과정에 참여할 수 있도록 하려면 학문적 배경에 따라 다음의 4가지 계층으로 나누어 목표를 달리할 수 있다.

⑴ 기초 실무자(Technician)

포렌식 기초실무자는 실제 포렌식 현장에서 증거를 수집하고 분석을 수행하는 실무자를 말한다. 법적으로 허용되는 한도 내에서 포렌식 도구와 기술을 이용하여 디지털 증거를 수집하고 분석하는 자로서 컴퓨터와 네트워크에서 정보를 수집

52) 이희용, 「지식융합 교육을 위한 교양 교과목 개발과 기본모델」, 교양논총, 2011, 13면 이하 참조

할 수 있도록 기초적인 지식과 기술을 필요로 한다.

⑵ 포렌식 전문가(Professional)

포렌식 현장의 기초실무자를 양성하고, 관리하고, 감독하는 역할을 수행하는 전문가로서 포렌식 정책과 현장 사이의 '연결고리' 역할을 수행한다. 포렌식 전문가는 포렌식 기술은 물론이고 광범위한 교육과 풍부한 실무경험을 바탕으로 사법절차와 증거능력의 요건에 대해서 심도있는 이해력을 갖추어야 한다. 나아가 공공기관이나 기업 등 일선 현장의 업무영역을 이해하고 포렌식 정책이 그 업무영역 내에서 제대로 시행되고 있는지를 확인하여야 할 책임을 부담한다.

이러한 포렌식 전문가는 특히 세부적으로 데이터베이스, 네트워크, 침해사고대응, 모바일 등 특수매체별 또는 포렌식 툴이나 침해 기술별로 특화되어야 함은 물론이다.

⑶ 포렌식 연구가(Researcher)

디지털 포렌식 과목은 아직 완전하게 독립된 학문분야로 인정받은 상태는 아니지만, 급격히 성장하고 있는 새로운 학문영역이라고 할 수 있다. 이를 이론적으로 체계화하고 사용하는 도구와 기술에 대한 신뢰성을 재고하기 위해 R&D 사업을 통해 새로운 기술개발에도 주력하여야 한다. 포렌식 연구가는 법학을 base로 하는 법학분야 연구자와 컴퓨터 공학을 base로 하는 공학분야 연구자로 나누고, 대학이나 연구기관에서 학술적인 연구와 실험을 통해 현장에서의 수요에 지속적으로 응대해 나가야 한다.

⑷ 포렌식 정책결정자(Policy maker)

정책결정자는 기업이나 공공기관에서 포렌식 정책을 결정·수립하는 역할로서 관리직에 해당한다. 이러한 정책결정자는 기업·기관의 운영목적과 상충되지 않아야 하고, 개인의 프라이버시의 침해도 최소화하도록 균형 감각을 유지하여야 한다. 관심대상은 포렌식에 관한 세부적 사항이 아니라 '큰 그림'에 초점을 두고 있는 만큼 컴퓨터와 관련 법률지식에 대한 심도 있는 이해가 필요하다. 포렌식에 관한 합리적인 결정을 할 수 있도록 교육과정 마련도 필요하다.

위 내용을 간략히 정리하면 다음과 같다.

<포렌식 전문가의 구분과 능력요건>

분류		지식능력	주업무역량
기초 실무자		· 디지털포렌식, 컴퓨터공학, 운영체제에 대한 전반적인 기초 지식 · 형법, 형사소송, 민사소송, 개인정보보호 관련 법률 등에 대한 기본적인 수준의 지식	· 현장 포렌식 전문조사관 · 실제 현장에서 증거분석 수행 · 압수한 저장매체 운송과정 감독 · 법정증언
포렌식 전문가		· 선택된 전문분야에 대한 지식능력 + 정보시스템, 네트워크시스템, 아키텍처에 대한 심도 있는 지식 · 기초적인 프로그래밍 능력 · 형사·민사 증거조사 절차 등에 대한 중급 수준의 지식 · 높은 수준의 커뮤니케이션 기술	· 고급 포렌식 조사관 · 포렌식 신기술 검증 및 도입 · 법정 증언 · 포렌식 프로젝트 관리감독자 · 포렌식 압수·수색팀 리더
연구자	법학분야	· 각종 법분야(헌법, 형법, 형사소송법, 민사소송법, 행정법 등)에 대한 심도 있는 지식 · 특히 디지털 증거의 증거조사, 증거능력 등에 관한 고급수준의 법률지식 · 디지털포렌식, 컴퓨터공학, 컴퓨터 하드웨어에 대한 중급 수준의 지식	· 포렌식 관련 법적 쟁점 탐구 · 현장의 법률적 수요에 적절한 응대 · 입법개선 연구·활동 · 디지털 증거의 수집과 분석에 이르는 과정에 대한 포렌식 가이드라인 제시, 개선안 도출 · 공학과 법학 간의 가교 역할
	공학분야	· 디지털포렌식, 컴퓨터공학, 운영체제, 소프트웨어 공학에 대한 심도 있는 지식 · 중급 수준의 프로그래밍 능력 · 형사소송법, 민사소송법에 대한 기초적인 지식 · Forensic Accounting을 위한 회계정보	· 디지털포렌식 관련 기술동향 탐구 · 기술의 발전과 부합하는 새로운 포렌식 방법론의 개발과 제시 · 최신 기술동향을 법학연구분야에 전달 · 새로운 포렌식 Tools의 개발
정책 결정자		· 디지털포렌식, 정보관리, 정보보호, 정보보증에 대한 이해 · 지식관리, 조직구조, 의사결정에 대한 중급 수준의 지식 · 디지털 법률에 관한 고급 수준의 지식 · E-Discovery에 관한 지식	· 디지털 환경에서의 포렌식 정책과제 발굴과 정책 결정 · 포렌식 감사·정책위반 적발 및 처리 · 보안사고 발생 시 책임자의 역할 · 조직의 포렌식 능력 관리 · 관련 입법 정비, 개선, 분야별 특성화 · 준법경영, Forensic Accounting에 관한 가이드라인 제시

3. 교육과정별 교과과정

디지털 포렌식 석·박사과정은 교육과정의 목표, 활용 가능한 시설, 학생들과 교강사의 능력과 실력을 고려하여 설계되어야 한다. 법률과 관련 컴퓨터 공학을 합하여 최소한 30학점 이상의 학점을 이수하도록 설계하되 비법학 전공자가 법률연구직을, 비공학 전공자가 공학연구가를 지망하는 경우 사전에 선행과목을 반드시 수강하도록 유도함이 상당하다.

(1) 기초실무자

전문분야	과목구분	컴퓨터과목	법학·윤리과목
기초실무자 양성과정	기반	디지털 포렌식 개론 컴퓨터 공학 기초 운영체제와 네트워크 기본 이론	헌법 기초 형사소송법 기초 민사소송법 기초
	심화	디지털 포렌식 절차와 관련 도구 디지털 증거 채증 실무 Live Forensics	개인정보보호법 형사증거법 직무윤리
	응용	파일 시스템 기초 이론 운영체제 Artifacts 연구 네트워크 증거 추적 이론 Internship in Digital Forensics	법정증언 증거조사론
	선행	학사학위 종류에 따라, - 전산관련전공인 경우 법학 기초과목 선행 - 법학 전공인 경우 컴퓨터 기초과목 선행 - 기타 전공인 경우 법학, 컴퓨터 기초과목 모두 선행 - 디지털포렌식 학부 전공자의 경우 선행과목 면제	

(2) 포렌식 고급 전문가

전문분야	과목구분	컴퓨터과목	법학·윤리과목
포렌식 전문가 양성과정	기반	E-Discovery와 디지털 포렌식 동향 Windows와 Linux Server 기초 무선 네트워크 기초	형법, 민법 형사소송법, 민사소송법

	심화	Windows Forensics Linux Forensics 무선 네트워크 증거 추적	디지털·사이버범죄 디지털 증거법칙 직무 윤리
	응용	파일 시스템과 데이터 복구 모바일 포렌식 기초 Anti-forensic Cyber Warfare And Terrorism Internship in Digital Forensics	법정의 전문가증언 모의법정 사이버범죄 쟁점 개인정보와 법률
	선행	학사학위 종류에 따라, - 전산관련전공인 경우 법학 기초과목 선행 - 법학 전공인 경우 컴퓨터 기초과목 선행 - 디지털포렌식 학부 전공자의 경우 선행과목 면제	

(3)-1 포렌식 연구자 (법률)

전문분야	과목구분	컴퓨터과목	법학·윤리과목
포렌식 법률연구자 양성과정	기반	디지털 포렌식 개론 컴퓨터 공학 기초 운영체제와 네트워크 기본 이론	헌법, 형법, 소송절차론, 증거조사방법론
	심화	디지털 증거 채증 실무 E-Discovery 디지털 포렌식 절차와 관련 도구 Windows Forensics 운영체제 Artifacts 연구	디지털·사이버범죄 디지털 증거법칙 개인정보와 법률 e-discovery
	응용	Cyber Warfare And Terrorism Account Forensic	법정에서의 전문가증언 사이버범죄 쟁점 증거조사방법론
	선행	학사학위 종류에 따라, - 전산관련전공인 경우 법학 기초과목 선행 - 법학 전공인 경우 컴퓨터 기초과목 선행 - 디지털포렌식 학부 전공자의 경우 선행과목 면제	

⑶-2 포렌식 연구자 (공학)

전문분야	과목구분	컴퓨터과목	법학·윤리과목
포렌식 공학연구자 양성과정	기반	디지털 포렌식 컴퓨터 공학 기초 Windows와 Linux Server 기초 무선 네트워크 기초	형사소송법기초 민사소송법기초
	심화	Live Forensics Windows Forensics Linux Forensics 무선 네트워크 증거 추적	디지털 증거법칙 디지털 조사의 법과 윤리
	응용	파일 시스템과 데이터 복구 디지털 포렌식 신기술 모바일 포렌식 Anti-forensic Cyber Warfare And Terrorism	
	선행	학사학위 종류에 따라, - 전산관련전공인 경우 법학 기초과목 선행 - 법학 전공인 경우 컴퓨터 기초과목 선행 - 디지털포렌식 학부 전공자의 경우 선행과목 면제	

⑷ 포렌식 정책결정자

전문분야	과목구분	컴퓨터과목	법학·윤리과목
디지털포렌식 정책결정자 양성과정	기반	디지털 포렌식 컴퓨터 공학 기초	형사소송법 민사소송법
	심화	디지털 증거 채증 실무 디지털 포렌식 절차와 관련 도구 Windows Forensics	사이버범죄 디지털 증거법칙 디지털 포렌식 윤리
	응용	E-Discovery Cyber Warfare And Terrorism Account Forensic 정보보호 및 포렌식 준비도	국제조약, EU조약 등 사이버범죄 쟁점 IT법
	선행	학사학위 종류에 따라, - 전산관련전공인 경우 법학 기초과목 선행 - 법학 전공인 경우 컴퓨터 기초과목 선행	

전문분야	과목구분	컴퓨터과목	법학·윤리과목
		- 기타 전공인 경우 법학, 컴퓨터 기초과목 모두 선행 - 디지털포렌식 학부 전공자의 경우 선행과목 면제	

위와 같이 포렌식의 기본 교육과정을 기초실무자, 포렌식 전문가, 연구자. 정책결정자로 구분하여 역할에 상응한 교과과정을 설계하는 것이 바람직하다. 다변화되는 사회인만큼 여러 가지 사회적 수요에 맞춰 역할 분담하는 것이 필요하다. 단순히 디지털 포렌식 기술만을 갖추게 하는 획일화된 교육과정으로는 특성화된 인재를 양성해 가는 데 일정한 한계가 있고 사회가 요구하는 다양한 role을 수행할 수 있는 능력을 갖출 수 없다. 상설적으로 마련하는 교육과정이라면 기술·법·윤리적 3요소를 모두 갖추고 세부 전문분야에 특화된 인재를 양성하도록 하여야 한다.

구체적인 방법론으로서는 융복합교육의 혁신적인 방법의 하나로 스탠포드 디스쿨의 예를 모델로 삼을 수 있다[53]. 성균관대 N-center의 나노연구실과 같이 학생과 연구원이 하나의 공간에서 토론과 지도, 자율과 감독이 가능하도록 하는 환경적 요소도 필요하다. 관련 학문 영역간 벽을 허물고, 다른 전공자와 같이 자유로운 토론이 가능한 교육공간을 마련해가는 것도 필요하다.

제 4 장 기타 검토사항

1. 리걸클리닉과 연계교육방안

법학전문대학원에서는 기술교육과 인문학적 교육도 실시함으로써 융복합적 사고를 배양해 나가야 한다. 특히 새로운 컴퓨터 환경, 즉 유비쿼터스 상황이나 클라우드 컴퓨팅 하에서 컴퓨터 공학과 법률적 분쟁을 해결하기 위한 적절한 법률적 지식도 공유할 필요가 있다. 국내 법률적 분쟁은 물론 국제적, 기업 간 소송에도 시의적절한 송무와 증거개시에 관한 기술을 제공할 필요가 있다.

각 대학에서는 실무교육의 필요성에서 리걸 클리닉 제도를 적극활용하고 있다[54]. 이는 1890년대부터 판례 위주의 교습방법이 큰 인기를 얻으면서 실무출신

53) http://dschool.stanford.edu/wp-content/uploads/2013/10/METHODCARDS-v3-slim.pdf
54) 우리나라 리걸클리닉 연구자료는 법학전문대학원협의회, “한국 리걸클리닉 현황 및 향후 발전

교수가 학생들에게 실전의 경험을 쌓는 동시에 변호사를 선임할 형편이 되지 않는 빈곤층 의뢰인에게 법률지원을 할 수 있는 “사회 정의 임무”(social justice mission) 차원에서 시작되었다. 비록 학점 인정은 되지 않지만 자발적으로 법률 “진료소”라는 명칭의 사무소를 학교마다 설립하고 있다.

특히 최근에는 리걸클리닉의 중요성을 깨닫고, 점차 로-스쿨 전체 차원에서 주도적으로 운영하고 있으며 전담교수를 두고 실무적인 경험을 제공하는 형태로 확대 운영되고 있다. 그러나 아직도 대부분 변호사의 보조, 증인과 의뢰인과의 인터뷰와 조사, 문서 작성, 집체교육 그리고 조사와 분석을 실습하는 정도에 그치고 있는 것은 개선하여야 할 점이다.

구체적으로 컴퓨터로 주고받는 이메일이나 스마트 폰 등을 통해 주고 받는 대화내용 등에 대해서 실무상 어떻게 증거 수집을 하고, 소송에 대처하는지에 대한 실증적인 교육은 이루어지고 있지 않다. 거의 모든 소송에서 디지털 증거가 결정적인 자료로서 사용되고 있다는 점에서 이에 대한 교육도 필요성을 실감하고 있다. 따라서 디지털 증거의 취급에 관한 실증적인 교육이 리걸 클리닉 과목을 통해 실현될 수 있도록 정비되어야 한다.

2. 자격시험제도와의 연계교육 실시

미국에서는 디지털 포렌식 자격제도가 모두 민간자격으로 진행되고 있으며 전국적으로 통일된 공인자격증 제도는 없는 것 같다[55]. 대신에 민간 자격증 제도에는 NASA, 국보안보부 (Homeland Security), 미국 육군 (U.S Army)등 주요 국가 기관들이 적극 참여하고 있다[56].

한국에서는 현재 (사)한국포렌식학회에서 1급과 2급 디지털 포렌식 자격시험 제도를 마련하며, 2012년 12월 법무부 공인자격을 취득한 바 있다. 검찰, 경찰, 국방부, 국가정보원, 공거래위원회, 중안선거관리위원회 등 관공서는 물론이고 민간기업에서도 적극 참여하고 있어 신뢰성을 갖춘 전문적인 디지털 포렌식 자격제도로 자리매김해가고 있다.

방안”, 2012년도 법학전문대학원 실무교육역량강화(리걸클리닉 지원)사업 정책과제 결과보고서, 2013, 미국의 리걸클리닉 논문은 서정민, “미국의 리걸클리닉 제도 연구”, 국외훈련검사 연구논문집(제26집). 2011년 참고

55) 미국의 경우 국가기관 자격제도로 FBI의 자격제도인 CART Forensic Examiner, USSS(비밀경호처)의 Electronic Crime Special Agent Program을 운영하고 있다.

56) http://www.cid.army.mil/dfsc-usacil.html

포렌식 전공자들의 객관적인 인증제도로서 포렌식 전문가 자격시험을 활용할 수 있다. 자격제도는 Encase 프로그램 등 포렌식 Tool을 이용하여 수집한 증거의 증거능력을 논함에 있어서 조사관의 능력을 판단하는 하나의 기준이 될 수 있다. 그에 상응하여 포렌식 전문가 시험은 교과목의 내용과 시행절차에 있어서 공정성과 객관성, 전문성을 갖추어야 함은 당연하다.

포렌식 전문가 제도의 지속적인 발전을 위해서는 교육·양성제도를 통한 검증된 전문가의 배출이 필수적인 요소이다. 이를 위해 학교에서는 자격시험과 연계하여 교육과정이나 강의내용을 편성하고, 전문가시험 합격을 졸업의 필수 조건으로 삼을 수도 있다. 시험관리본부에서는 시험을 위한 단기간의 강좌를 개설하고, 대학에 전문적인 강사를 파견하는 등으로 원활한 학교 수업이 진행될 수 있도록 강의교재는 물론 부교재로서 사례교재 작성 또한 실무가들과의 산학 협동이 필요한 대목이다.

제 5 장 총 결

최근 통신매체의 급속한 발전으로 문서형식으로 이루어지던 일상 법률행위가 통신매체를 수단으로 한 전자파일로 이동되었다고 해도 과언은 아닐 것이다. 계약서, 매도증서 형태의 종이문서가 아니라 이메일이나 문자메시지 등 전자문서를 통해 법률행위가 이루어지고 있는 상황을 보아도 쉽게 알 수 있다. 당사자 간의 법률상 분쟁으로 비화되는 경우 사실 확정을 위한 자료로서 디지털 증거가 중요한 역할을 한지 오래다.

디지털 증거는 그 자체 제반 특성에 비추어 기존의 아나로그식 증거 수집방법과 증거능력, 증명력에 관한 이론은 상당수 바뀌어 가야 한다. 민사소송과 달리 형사사건에서는 강제처분 시 반드시 법관의 영장을 요하는 강제처분 영장주의를 기본으로 하고 있다. 그러나 이러한 영장주의 원칙도 디지털 증거가 갖는 제반 특성에 맞추어 수정되어 가야 한다.

그 동안 이에 대한 논의는 충분하지 않았다. 법적, 제도적 정비도 충분하다고 할 수 없다. 그에 못지않게 적절한 방법에 의해 디지털 증거를 취급할 수 있는 전문가의 양성에 대해서도 상대적으로 소홀히 해온 감이 있다.

더 늦기 전에 전문가의 양성교육기관에 대한 체제를 정비하고, 교육이념이나 목적, 교과과정, 향후 진로, 바람직한 인재상에 대한 연구를 수행할 때이다. 그래

서 본 보고서에는 이에 대한 미국의 대학 운영 실무를 살펴보고 시사하는 바가 무엇인지 몇 가지 정리를 해 보았다.

미국은 컴퓨터 증거의 수집, 분석에 관한 표준화된 가이드라인을 정비하고, 전문증거라도 증거로 사용할 수 있는 예외를 법률로 폭넓게 인정하고 있다. 나아가 증거파일을 임의로 삭제하거나 은닉하는 행위에 대해서는 형사 처벌하거나 민사 제재를 가하고 있다.

반면 우리나라에서는 당사자의 안티 포렌식(Anti-forensics) 행위에 대해서 까지 삭제된 파일을 복구하고, 삭제하기 전 파일과의 동일성을 입증해야 할 책임은 여전히 수사기관의 몫이라고 하고 있다.

IT 선진국인 우리나라에서 우리 환경에 걸 맞는 컴퓨터 증거의 수집이나 분석 방법, 증거능력에 관해 구체적인 법률을 가지지 못한 것은 입법의 정비를 통해 해결할 수 있다. 그러나 막상 실무가인 변호사가 컴퓨터 포렌식을 제대로 이해하지 못하고, 입법의 불비를 빌미삼아 터무니없는 법정주장을 하거나 증거를 인멸하려 한다면 이는 법정모욕에 해당한다. 미국에서는 이를 사법방해죄 형태로 형사처벌하고 있다. 변호사들의 '디지털 포렌식'에 대한 이해부족이 너무나 아쉽다.

디지털 포렌식에 정통한 전문가는 기본적으로 전기, 정보통신분야는 물론 이를 규율하는 법률분야에도 정통할 필요가 있다. 포렌식 전문가가 법률과 정보공학을 두루 섭렵하는 융합형 인간형(Homo-Convergence)이 되어야 하는 소이가 여기에 있다.

본문에서는 포렌식 전문가 과정을 수강자의 학문적 배경을 토대로 네 가지 Track으로 나누어 보았다. 기초실무자(Technician), 포렌식전문가(Professional), 법학-공학 연구자(Researcher), 정책결정자(Policy Maker)로 나누어 기능에 상응한 교과과정과 필요한 능력을 달리 구성해 보았다.

컴퓨터에는 수많은 개인정보가 기억되어 있어 이를 오남용하지 않도록 예방한다고 하더라도 언제든지 악용될 소지가 있으므로 직무윤리도 강화해 갈 필요가 있다. 나아가 디지털 포렌식은 기술개발이 급속히 발전되고 있고, 그에 상응해서 수명주기(Life Cycle) 또한 짧아지고 있다. 그래서 직무교육이나 재교육의 필요성도 증대하고 있다. 날로 발전하는 anti-forensics에 적절히 대응하기위해서도 컴퓨터 공학과 법학간의 공동연구와 그에 필요한 인재 양성을 위한 융복합 교육의 중요성은 날로 높아가고 있다. 새로운 컴퓨터 환경에 맞는 융복합적인 맞춤형 교육이 필요한 때이다.

(논문투고일 : 2016.11.20, 심사개시일 : 2016.11.22, 게재확정일 : 2016.12.15)



노 명 선

과학수사, 컴퓨터 포렌식, 융복합교육, 글로벌 경쟁력, 적정절차, 컴퓨터 파일의 증거능력

【참 고 문 헌】

노명선·백명훈 공저, “디지털 포렌식”, 고시계, 2016

곽병선외3인, “사이버수사 및 디지털 증거수집 실태조사”, 국가인원위원회 연구보고서, 2012

한국과학기술기획평가원, 「2015년도 국가연구개발사업 조사·분석보고서」, 2015

융합연구정책센터, 「융합연구리뷰」, 2016

강경종·윤여인·정호, 「수요 지향적 융합·실무형 공학 인재 육성 방안」, 한국직업능력개발원, 2013

노명선, “국제기준에 적합한 디지털포렌식 기술교육의 표준모델 개발, 교육부, 2012

노명선, “디지털 증거의 압수・수색에 관한 판례 동향과 비교법적 고찰”, 형사법의 신동향 제43호, 2014

법학전문대학원협의회, 2012년도 법학전문대학원 실무교육역량강화(리걸클리닉 지원)사업 정책과제 결과보고서, “한국 리걸클리닉 현황 및 향후 발전방안”, 2013

차경엽, “디지털포렌식의 개념 및 해외 적용사례”, 계간·감사, 2015

김성훈, “도덕적 인간, 도덕적 기업: 미국기업과 윤리”, International Labor Brief, 2006

이희용,“지식융합 교육을 위한 교양 교과목 개발과 기본모델”, 교양논총, 2011

서정민, “미국의 리걸클리닉 제도 연구”, 국외훈련검사 연구논문집(제26집). 2011

신준우, “디지털 포렌식 전문인력양성 방안에 관한 연구”, 한국정보통신학회논문지, 2014,

(사)융복합지식학회 http://www.scvk.or.kr/

http://ece.gmu.edu/index.php?id=ms_forensics_introduction

http://www.devry.edu/degree-programs/college-engineering-information-sciences/computer-forensics-about.jsp

http://www.dfcsc.uri.edu/academics/df_minor

http://www.century.edu/futurestudents/programs/pnd.aspx?id=9
http://www.cis.uab.edu/Computer_Forensics_and_Security_Management
http://www.jjay.cuny.edu/academics/5130.php
http://msdf.ucf.edu/mission.html
www.utica.edu/academics/programs/
http://www.westwood.edu/programs/school-of-technology/computer-forensics-degree
http://academic-catalog.bc3.edu/preview_program.php?catoid=4&poid=232&returnto=144
http://hsb.colostate-pueblo.edu/UndergraduatePrograms/Majors/ComputerInformationSystems/Pages/default.aspx
www.champlain.edu/undergraduate-studies/majors-and-programs/computer-and-digital-forensics-x14305.html
http://ece.gmu.edu/index.php?id=ms_forensics
http://www.bu.edu/met/admissions/apply-now/graduate-degree-program/
http://www.umd.edu/catalog/index.cfm/show/content.chapter/c/1
https://polytechnic.purdue.edu/kokomo
http://msdf.ucf.edu/mission.html
http://www.aiuniv.edu/Degree-Programs/Bachelor-Of-Information-Technology-Specialization-In-Digital-Investigations
http://www.hbs.edu/about/news/062104_ethics.html
http://ethics.wharton.upenn.edu/
http://www.cid.army.mil/dfsc-usacil.html

Abstract

Study of Interdisciplinary Studies of Computer Engineering and Law in 'Cyber Space'

Myung Sun Roh

In ‘cyber-space’, any actions, including conflicts among users, that take place on a daily routine, are generated through computers we use everyday, making the computer-based evidence, also known as, digital evidence, very crucial to solving such conflicts. Further, it plays an important role in solving business conflicts between companies as well.

After ‘e-Discovery’ came into effect, the revised United States Federal Rules of Civil Procedure, also known as, FRCP, now requires securing of digital evidence through digital forensics in every civil procedure cases.

The Supreme Court of Korea also recognizes admissibility of digital evidence, accepting it as crucial evidence to certain criminal procedure cases, under condition that it has not been acquired unlawfully.

It has been 9 years since Law School (Graduate Level) program is established and College of Law (Undergraduate Level) discontinued its program. Law School trains students from diverse academic backgrounds and prepares them for professional procedure cases however, its forensics program is not yet established and implemented well.

Importance of computer forensics is enforced more and more regarding forensic science and business compliances. Thus, it is necessary for us to look closely into the purpose of universities in the US that established computer forensics program and look closely into the details of their programs. In this research paper, we have looked into procedures, core studies, and 'fit' of the program (types of students that may be appropriate and qualified for the program). I hope this research be helpful to those establishing interdisciplinary studies program in the future.



Myung Sun Roh

forensics science, computer forensics, interdisciplinary studies, global competitiveness, due process, admissibility of computer-based evidence/digital evidence

제3회 송암학술상 수상논문 선정경과



송암학술상은 성균관대학교 법학전문대학원 교수로 재직하시다가 법무법인 율촌으로 자리를 옮기신 임재연 변호사께서 학술연구비로 써달라고 쾌척하신 1억 원의 기금으로 만들어졌습니다.

성균관법학 2014년 12월호 (제26권 제4호)부터 2016년 9월호 (제28권 제3호)까지 총 85편의 논문이 투고되었고, 그 중 총 50편의 논문이 게재되었습니다. 성균관법학 편집위원회는 성균관법학 제26권 제4호부터 제28권 제3호까지 매호마다 우수 논문 1-3편씩을 엄격한 심사를 거쳐 예비적으로 총 8편을 선정하였고, 이 8편의 논문 중 다시 송암학술상 선정위원회에서 4편의 논문을 우수논문으로 선정하였습니다. 금년도 송암학술상은 성균관대 김홍영 교수, 정경영 교수, 경성대학교의 최문기 교수 그리고 원광대학교의 정연부 교수께서 수상하셨습니다.

그리고 이와 별도로 2편의 논문을 송암신진학술상의 대상으로 선정하였습니다. 이는 2014년도 선정위원회에서 신진학자에게는 별도의 수상기회를 부여하는 것이 좋겠다는 의견이 개진되어 2015년 학술상부터는 신진학자를 위한 학술상을 별도로 만들어 수상하기로 하였던 것입니다. 송암신진학술상을 박상돈 박사와 류일현 박사가 수상하였습니다.

다시 한번 송암학술상과 송암신진학술상을 수상하신 분들께 축하의 말씀을 드립니다.